

324.4

049842



0014809000

0014809-000

324.4-0498s2

債權法總論

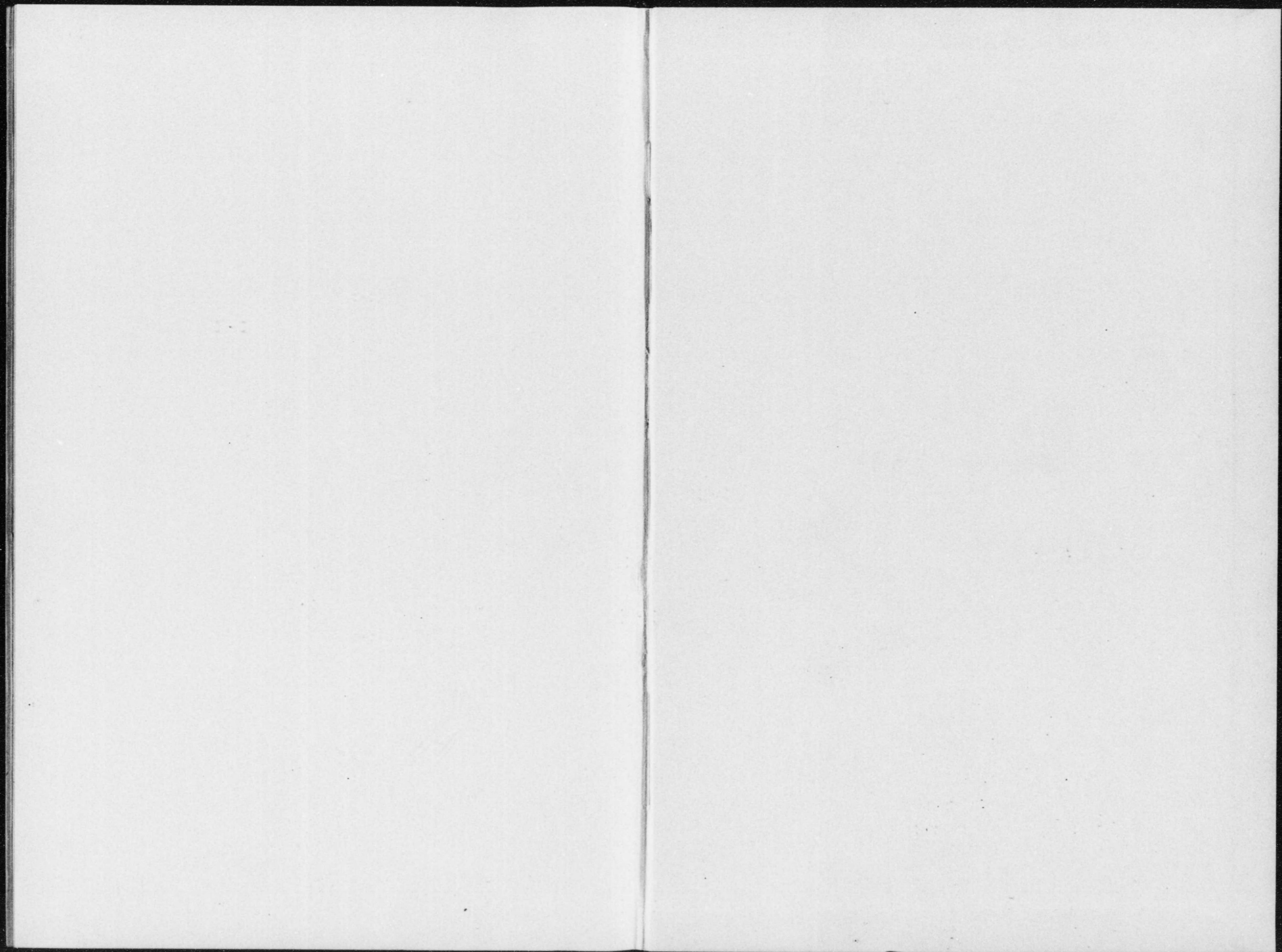
岡村玄治・著

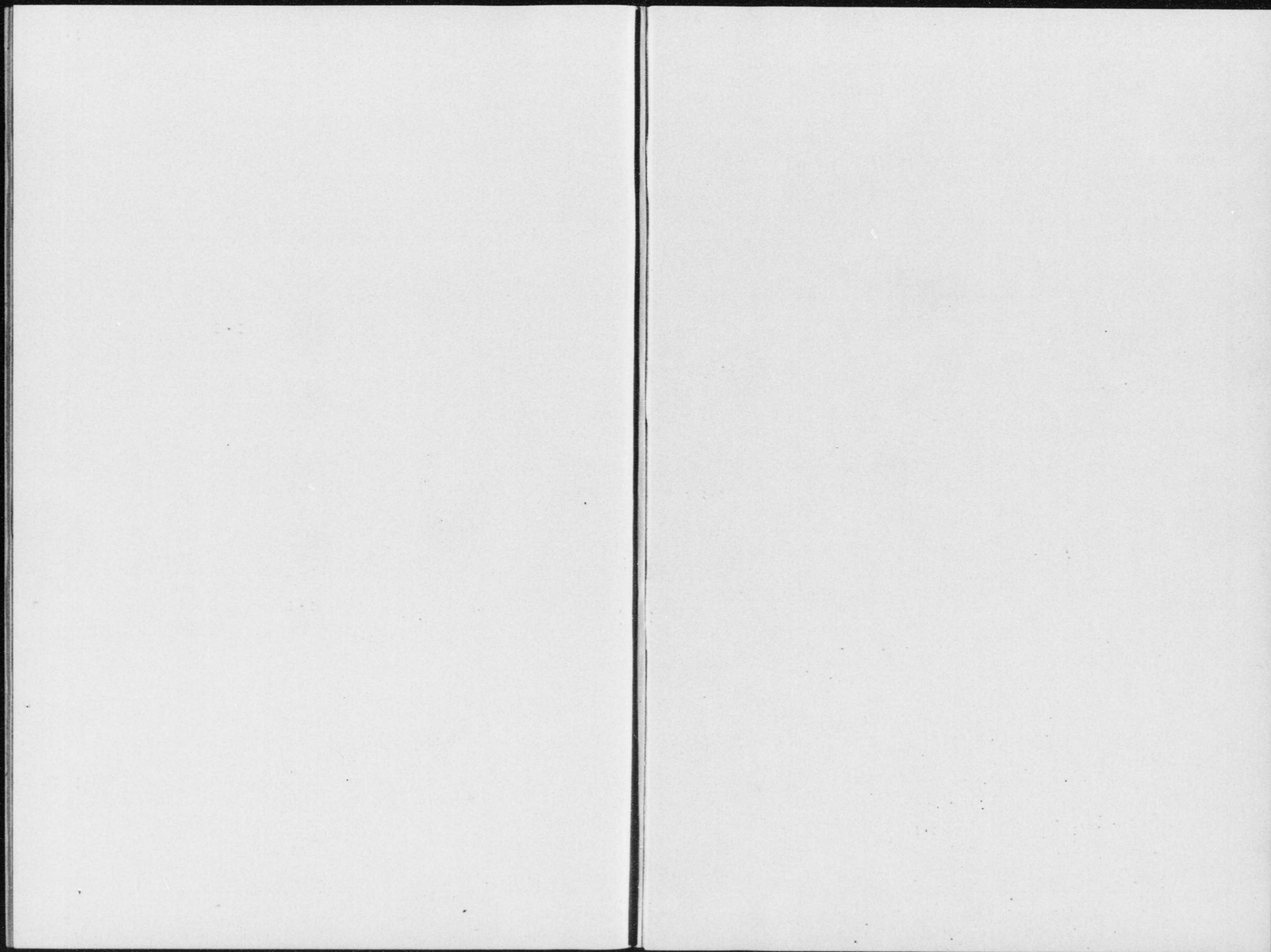
巖松堂書店

全訂版

1940

ACE





1250-68

訂全
債權法總論

大審院判事 岡村玄治著

東京 巖松堂書店發兌

324.4

Q498.12



705789

初版はしがき

子曰。學而不思則罔。思而不學則殆。是れ實に千古の名言である。吾人が法律を研究するに付ても亦最もよく服膺すべきことである。見聞を廣むるは即ち學ぶのであり、考ふるは即ち思ふのである。然るに好んで學ぶ者は多いが好んで思ふ者は少く、思うてよく正鵠を得る者は更に少い。惟ふに一般に斯る傾向あるは學ぶは易く、思ふは難きが爲めであらう。私一己の經驗から觀ても一時間の深思熟考は一時間の讀書に比し其疲勞が數倍する。難きを避けて易きに就くは一般の人情ではあるが、右の傾向に安んずれば孔子の所謂「學而不思則罔」の弊に陥り、法律の研究もやがて行詰らざるを得ないのである。法律上の問題に付き一の見解を掲げて、此見解は根據なきに非ず、某國の某氏斯く言へば也と云ふが如き若くは一の問題に逢著し先づ自己の思索に因りて一應の解決を試みんとすることなく、直ちに泰西の書物を繕き之に關する一の學說を發見するときは其當否を考ふることなく、直ちに之に據りて其問題を決せん

とするが如きは正に右の弊に陥つたものであらう。由來某國の某氏又は泰西の著者が如何に其道の大家なればとて、其所説其ものが決して吾人の採るべき見解の根據となるものではない。根據となるは唯基本的事物の誤なき認識と正確なる論理とであり、窮極の根據は客觀的實在の事物其ものである。而して一種又は數種若くは各種の事物に共通の眞理を求むることが即ち學問の目的である。博く他人の所説を聴き、多く良書を精讀するは、何れも皆眞理を求むる所の手段たり得るが、決して其總てではなく、常に基本的事物の誤なき認識に基き各人固有の理性に因り、客觀的實在の事物を直觀し判斷すると云ふことが最も肝要なのである。而して多くの良書を熟讀玩味するは、よく理性を磨き判斷力を養ふ所以でもあるから、其事も亦大に力めねばならぬが、良書は必ずしも常に存在せず、存在するも手にし難きことあり、殊に前人未發の眞理に付ては未だ良書のあるべき筈もないから、吾人は良書に頼らずとも、基本的事物の誤なき認識に基き各人固有の理性に因り、客觀的實在の事物を直觀し判斷して、よく眞理を把握し得る所の實力を養はねばならぬ。而して且つ學び且つ思ふと云ふことは即ち右の實力を養ふ所以である。

以上は學問、殊に法律の研究に對して私が常に持つて居たいと思ふ態度である。顧みて本書を見るに、學ぶこと甚だ足らず、思ふこと亦淺くして、唯自己の愚を露はすの具たるに過ぎぬかも知れぬが、私は之に因りて大方の教を仰ぎ、且つ自己を鞭撻し得るものと思ひ、敢て本書を公けにするのである。其内容には通説に反する見解も少くない。通説に反するは敢て私の好む所ではないが、現代の法律思想は甚だしく行詰つた所があり、隨て通説には大に謬れりと思ふ見解も多々あるので、斯る見解に對して私が微力を顧みず、極力反對するのも實に已むを得ない次第である。讀者諸賢若し私の態度に同情し、本書を熟讀して垂教の勞を吝しみ給ふことなくば、洵に幸ひである。

大正十三年六月

東京小石川の寓居に於て

著者

改訂版はしがき

我が國從來の法律思想は大體に於て西洋傳來のものである。然るに其傳來の思想が本來唯物的な個人主義を基調とするものであるから、公益よりも私益を先にし、利益を権利の要素と爲し、権利は法の保護する利益だとか、法の與へた意思の力だとか、法に訴へ意思を以て主張し得べき利益だとか、又義務は義務者の意思を拘束するものだとか、法の保護する利益實現の爲めの行爲不行爲を強制され得る状態であるとかと云ふ風に考へられて居る。併し其基調を成す所の個人主義其ものが本來天理に背いた不健全な思想であるから、之に基く右の法律思想が健全であり得る筈がなく、權利義務を右の如く觀念するのも決して其本質を把握したものではない。然らば法とは何乎。權利義務とは何乎。惟ふに法文其ものは決して法自體ではなく唯法を指示して居るに過ぎぬ。而して法文の指示する法が成文法であり、慣習の指示する法が慣習法であり、兩者を總稱して成法と云ふ。故に法文や慣習が出來て初めて法が出來るのでなく、法文や慣習以前から法は儼存して居るのであつて、

大日本帝國憲法第一條第三條第四條等に徴しても其事極めて明白である。惟ふに法は天地と與に無窮に存在する天理人道であり、彌榮の道である。道徳亦然り。然らば祭祀は如何。天地は吾人の大なる父母であり始祖であり現に又吾人を生み且つ育む所の父母でもある。而して肉身の父母祖先は中間の父母祖先であつて天地と一體を爲して居るのである。是に於て看過すべからざるは天地に大なる精神、大なる靈のあることである。故に若し其天地より生れ出でたる吾々にして吾々自身に精神あり魂あることを認めながら天地に靈なし精神なしと思惟するものあらば、是れ即ち無より有を生じたることを認むる不合理に陥るのであつて、認識不足の甚しき是より大なるばなし。我が國は皇大神宮を首め奉り數多の神社を建立し、君民一致厚く祖宗の神靈を祭り、敬神崇祖の念彌々旺なる國であるから、此點から觀て我が國が單に一君萬民と國土によりて成るものでなく、天照大御神を中心とする祖宗の神靈も亦其重大尊貴なる構成要素を成し給ふことは何人も之を否定し得ない所であつて、我が國の神國たる所以、寶祚の隆えまさむこと天壤と窮無かるべきことの必然性が儼として此に存するのである。而して國民一般が

此事を十分に意識するとき我が國體は眞に明徴となるのである。されば我が國人が敬神崇祖の念極めて深厚にして隨て又子孫を愛護尊重することの極めて篤きは當然のことなると共に、天地祖宗の神靈が吾人の彌榮を欲し且つ喜ばせ給ふことは疑なき所である。故に眞によく其彌榮の實現に努力するは即ち天地祖宗の神靈に事へて之を祭る所以であつて、彌榮の道即ち祭祀の道である。祭典や禮拜の重要なことは勿論だが、そのみが祭祀ではない。而して其彌榮の道即ち祭祀の道を實行するのが眞の祭祀であるが、祭祀の道其ものを祭祀と名づくるならば、祭祀と法と道徳とは一であり、祭法、徳一致である。然り實體に於て三者全く同一である。併し觀察の角度に依り其間に何等の差別がないではない。即ち天地祖宗の神靈に對する信仰に即して人道を觀るとき之を祭祀と謂ひ、成法に即して人道を觀るとき之を法と謂ひ、一般的に人道を觀るとき之を道徳と謂ふのである。乃ち斯る區別はあるけれども其實體は即ち一であるから、天皇が親政し、吾人が納税し、農夫が耕作し、各人が所有物を適當に處置するが如きも、信仰に即して之を觀れば即ち神に仕ふる所以であつて祭祀であり、成法に即して之を觀れば即ち義務の履

行乃至權利の行使であり、一般的に人道と云ふ角度より之を觀れば即ち道德の實踐である。而して特に法律の研究に付て言はんか、神を信じて法は即ち祭祀の道に外ならぬことを體認せる者より觀れば、法を研究することも亦神に奉仕する所以であつて、斯る者の研究は自ら質實眞摯となりて自欺的の解釋に晏如たるが如きことなく、法學の進歩も刮目して視るべきものがあらう。而して我が國には斯る研究者多數輩出して法學に於ても世界を指導すべき大使命があるものと思ふ。

法は人の作るものでなく、天地と與に存在し、人之に従へば少くとも比較的健全圓滿幸福なる生活を遂げ、背けば即ち反對の結果となるべき必然的因果の法則である。而して此に謂ふ人は國家、各種の法人及び個人を含む。されば人或は罪を犯し或は不法行爲を爲し或は債務の不履行を爲すときは、必然的に自他の生活が少くとも比較的、不健全不圓滿不幸となる。凡そ必然的因果の法則でなければ以て法と做すに足らぬ。故に眞の法、法の本體、法其ものは決して人力を以て改廢變更し能ふものではない。隨て通常法律の改廢變更ありと言はるる場合にも、其實眞の法に改廢變更あるに非ず、法文や慣習は

社會事情に他ならぬから、其改廢變更は隨時行はるるけれども、之が爲め法の本體は改廢變更せらるるものでない。それは恰も氷室に在る者は厚衣を纏はねばならぬが、温室に移りたる上は薄衣を纏ふべきものなるも、之が爲め氷室に在る者厚衣を纏ふべしとの法消滅して温室に在る者薄衣を纏ふべしとの法新に生ずるものでないのと同様であつて、新法施行後に於ては最早舊法に依ることなく、新法に従ふべしとの法が自然に存在し、新法に従ふのは其實此自然に存在する法に従ふのであり、又若し舊法施行中の社會あらば其社會に於ては猶其舊法に従ふべしとの法が自然に存在して此法は決して消滅しないのである。國際間に於て條約を締結し個人間に於て契約を爲すのも凡そ約束は之を守るべしとの法が自然に存在するからであつて、條約を守り契約に従ふのは其實自然に存在する此法を守り之に従ふのである。

時に所謂惡法なるものがある。人智不完全なる爲め、時に立法宜しきを得ず、所謂惡法の制定せらるることなきに非ず。然れども之に因りて眞に惡法新に生ずるに非ず、其社會に於ては之に従はざれば秩序紊れて却て害ある故、所謂惡法にても其改廢せられざる限り、之に従ふべしとの法が自然に存在す

るのであつて、外形上右の惡法に従ふのは其實此自然の法に従ふのである。但し成文法の個々の規定の中には全く事物の性質に反する爲め又は他の規定と矛盾する爲め其效力を生ずるに由なきものも現にあり且つ將來あり得ることを忘れてはならぬ。又法文の用語不適當なる爲め其眞意が用語の普通の意味より或は廣く或は狭く或は趣を異にする事例は枚擧に違がないから、法文を其字句に捉はれて機械的に解釋することは嚴に警戒せねばならぬ。法は公權力に依りて強行せらるものなることを以て法の法たることの要件なるが如く思惟する者もあらう。併し憲法中 天皇に關する規定や戸主父母等の同意權を規定する民法の諸規定や國際法等に徴しても其誤なることが明瞭であつて、唯法には強行すべきものと強行すべからざるものとがあり成文法中の大部分が前者に屬するのみである。

法は行爲に顯はれざる人の内心に關係なく、此點に於て法は道德や宗教と異なるとの見解を懷く者もあらう。併し其誤なることは内心に關係なき行爲あることなく、又直接又は間接に行爲に影響せざる内心あることなく、信義誠實は日常取引の上に於ても法律上常に要求せらる所なるに徴しても其見

解の誤れること疑なく、唯行爲に顯はれざる内心に付ては敢て責任を問ふべき必要なく、又問ふに適せざるのみである。官吏服務規律第三條には官吏は廉恥を重んずべきことを規定して居るが、之は内心のことである。又民法第八七九條は親權者は未成年の子の監護教育を爲す權利義務を有する旨規定して居るが、内心修らずして監護教育の任を全うし得るものなく、同條の規定が修心をも要求するものなること疑なく、法が行爲に顯はれざる内心に關係なしと思惟するが如きは餘りに皮相の見解である。

法は上述の如く人道である。然らば權利義務は如何。是は各人各場合の具體的の人道であり、法は一般的抽象的の人道である。法を *objektives Recht* と謂ひ、權利を *subjektives Recht* と謂ふは此關係を示すものと云ふことも出来る。而して權利も其本質は義務であるが唯自治ある義務と自治なき義務との區別があり、前者を權利と謂ひ、後者を狹義の義務と謂ふに過ぎぬのである。然らば自治とは何ぞ。それは各人が自らは非善惡を判斷して最善と信ずる所に従つて行動することである。例へば辨濟期に在る貸金債權は其取立を爲すべきか之を猶豫すべきか將た債務の免除を爲すべきか等債權者自ら其是

なりと判断する所に従つて行動する自由あるも、債務者は狭義の義務者であるから、勝手に辨済を延期するとか其債務を免れるとか云ふ自由はなく、遅滞なく其履行を爲すべきものである。又所有権に付て云へば所有者は所有物を如何に處置するのが最もよく自他の福祉を増進する所以なるかを考慮し其最善と信する所に従つて處置すべき自由があるから所有権は即ち權利である。反之、自他の福祉を害すべく處置するが如きは決して權利の行使ではない。故に自己の所有物なればとて例へば之を無益に滅却するが如きは決して權利の行使ではなく、法に背くものであるが、所有者に自治の存する限り他より干渉し制裁を加ふると云ふが如きことなきに過ぎぬのである。併し其滅却行為の如きは決して權利の行使でないから他人が故意に之を妨ぐるも不法行為となるものではない。

法及び權利義務の本質は上來說明の如きものであるから權利其ものは利益でもなく意思の力でもない。又法其ものが權利を保護するものでもない。保護する者は國家其他の實力者である。故に法其ものが保護する如く思惟する者あらばそれは全く現實を離れた架空の觀念である。而して權利は之

を行へば利益を生じ、行ふには意思と力を要する。故に權利を法の保護する利益なりと觀る利益説は權利行使の結果を以て權利其ものと誤認し、權利を法の保護する意思の力なりとする意思説は權利行使の手段たる意思乃至力を以て權利其ものと誤認し、且つ兩説俱に法に依りて行動する國家其他の者の實力を法其ものの力と誤認して居るのである。又義務其ものは義務者の意思を拘束するものでなく、拘束するものは本人の良心又は外來の實力であることは如何に重大なる義務にても之を知らざるときは義務者に於て何等の拘束を感じざるに徴して極めて明白である。又義務は一定の行為不行爲を強制され得る状態だと云ふ如き見解も夫妻同居の義務(民七)親權者の有する未成年の子の監護教育の義務(民八)所謂自然債務(民五〇八、民訴三三七等參照)國際法上の義務等に付て考ふれば其正當でないことが容易に了解されるであらう。

以上の所説は法乃至權利義務に關する私の根本思想の概略であり信念である。而して私は此信念に立脚して法の研究を進め其結果の一部に付更に大方の教を乞はんが爲め此度改訂したる本書を公にするのである。素より少見寡聞淺學菲才の身猶ほ幾多の誤謬あり思索の及ぶべくして未だ及ばざ

改訂版はしがき

一〇

る所あるべきは容易に想像し得る所なるも、兎に角現に自ら信じて是なりとする所を忌憚なく披瀝して讀者諸賢の高教を仰ぎ同志相提携して法學の進歩發達乃至法律思想の革新に極力貢獻したいと云ふのが私の至願である。

紀元二千六百年

昭和十五年十一月十日

東京洗足に於て

著者

略語解

第一法律

民……民法
 小……小切手法
 舊民……舊民法
 和……和議法
 獨民……獨逸民法
 條ハ日本數字、項ハ「ローマ」數字、號ハ「アラビヤ」數字ニテ表ハス。例ハ「民四〇一」ハ民法第四〇一條第一項、民四五〇「I」2ハ民法第四五〇條第一項第二號ナルカ如シ。

第二判例

大判……大審院判決
 東控判……東京控訴院判決
 集……當該年度ノ大審院民事判例集
 正……大正
 年月日ハ元ヲ以テ元年ヲ表ハス外何レモ日本數字ヲ以テ示ス。例ハ「正一〇、五、九」ハ大正十年五月九日ナルカ如シ。

第三 著書及雜誌（但シ姓、卷又ハ號ノ下ノ單ナル數字ハ頁數ヲ示ス）

吾孫子……吾孫子勝氏著 債權法要論
 我妻……我妻榮氏著 債權總論（民法講義10）

略語解

鳩山……鳩山秀夫氏著 增訂日本債權法(總論) 鳩山各……同氏著 增訂日本債權法各論	石坂……石坂音四郎氏著 日本民法債權總論 磯谷……磯谷幸次郎氏著 債權法論總論上卷	磯谷下……同下卷 岩田……岩田新氏著 債權法概論(昭和四年版)	勝本……勝本正晃氏著 債權總論上卷 勝本中(1)……同氏著 債權總論中卷(1)	川名……川名兼四郎氏著 債權法要論 嘉山……嘉山幹一氏著 債權總論(大正十四年版)	中島……中島玉吉氏著 民法釋義卷之三 債權總論上(六) 沼義雄氏著 債權法要論	岡松無過失……岡松參太郎氏著 無過失損害賠償責任論 大谷……大谷美隆氏著 債權總論	末弘全……末弘嚴太郎氏著 債權總論、新法學全集 末弘各……同氏著 債權各論	富井……富井政章氏著 民法原論第三卷 債權總論上 鳥賀陽……鳥賀陽然良氏著 債權總論綱要(上册)	梅謙次郎氏著 民法要義卷之三 債權編 遊佐……遊佐慶夫氏著 民法原理	橫田……橫田秀雄氏著 債權總論 橫田各……同氏著 債權各論	拙著……拙著 債權法各論 橫田各……同氏著 債權各論	法協……法學協會雜誌 法曹……法曹記事 評論……法律評論	京法……京都法學會雜誌 論叢……法學論叢 新報……法學新報	新誌……日本法政新誌 志林……法學志林
---	---	---------------------------------	---	---	---	---	---------------------------------------	--	------------------------------------	-------------------------------	----------------------------	------------------------------	-------------------------------	---------------------

訂全 債權法總論目次

序論……………	一
第一章 債權ノ成立……………	二
第二章 債權ノ本質……………	二
四 債權ノ定義 四 a 債權ト請求權 四 b 債務ト責任 四 c 自然債務 五 債權ノ不可侵性 六 債權ノ排他性 七 債權ト物權ノ差異	
第三章 債權ノ目的……………	八
第一節 總論……………	八
八 債權ノ目的ニ關スル要件 八 a 給付ノ確定 九 金錢ヲ對價トスルヲ得サル給付	
一〇 給付ノ種類	
第二節 特定給付ノ債權……………	二二
一一 特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權 一一 a 債務者ノ保管義務 一二 特定物ノ引渡以外ノ特定給付ノ債權	

第三節 不特定給付ノ債權……………三三

- 一三 不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權 一三 a 制限種類債權(混合種類債權) 一三 b
- 種類債權ノ特定(集中) 一三 c 種類債權特定ノ方法 一三 d 種類債權特定ノ效果
- 一三 e 種類債權特定後ニ於ケル變更權 一四 物ノ給付ヲ目的トセサル不特定給付ノ債權

第四節 金錢債權……………二六

- 一五 金錢債權ノ意義 一六 内國貨幣金錢債權 一七 外國貨幣金錢債權 一八 内
- 外國貨幣金錢債權

第五節 利息債權……………二三

- 一九 利息債權ノ意義 二〇 利息ハ法定果實ナリヤ 二一 利息債權發生ノ原因
- 二三 利息制限法 二三 重利 二三 a 約定重利 二三 b 法定重利

第六節 選擇債權……………三〇

- 二四 選擇債權ノ意義 二四 a 種類債權ト選擇債權トノ差異 二五 選擇債權ノ特定

第七節 任意債權……………四〇

第八節 損害賠償債權……………四一

- 二七 總說 二八 損害賠償債權成立ノ要件 二八 a 債務不履行ニ因ル損害賠償ノ範圍
- 二九 損害賠償ノ範圍ニ關スル特別 二九 a 損害賠償額ノ豫定 二九 b 過失相殺

第四章 債權ノ效力……………六五

第一節 債務ノ履行……………六五

- 三二 履行ノ意義 三三 履行ノ態様 三四 履行期 三五 履行ノ場所 三六 債
- 務者カ任意ニ履行セサル場合ノ債權ノ效力

第二節 債務ノ不履行……………七六

- 三七 債務不履行ノ意義 三七 a 債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ノ意義 三八 履行遲滯
- 三八 a 履行遲滯ノ要件 三八 b 履行遲滯ノ效果 三八 c 所謂填補賠償ノ問題
- 三八 d 履行遲滯ノ終了 三九 履行不能 三九 a 履行不能ノ效果 四〇 不本旨履
- 行 四〇 a 債務ノ不法ナル否認

第三節 債權者ノ履行受領……………九九

- 四一 債權者ニ履行受領ノ義務ナキヤ 四二 債權者ノ遲滯 四二 a 債權者遲滯ノ效果
- 四二 b 受領遲滯ノ終了

第五章 債權ノ第三者ニ對スル效力……………一〇三

第一節 總說.....101

四三 債權ノ第三者ニ對スル效力

第二節 債權者代位權.....104

四四 性質 四五 代位權行使ノ範圍

四六 代位權行使ノ要件

四七 代位ノ物體

四八 代位ノ效果

第三節 債權者取消權.....113

四九 概念 五〇 性質 五一 要件 五二 轉得者ノ惡意 五三 善意惡意ノ立證

責任 五四 取消權ノ主體 五五 取消權行使ノ方法 五六 取消權行使ノ效果

五七 取消權ノ消滅

第六章 債權ノ箇數ト同一性.....119

第七章 多數當事者ノ債權.....126

第一節 總說.....126

第二節 分割債權關係.....140

第三節 不可分債權關係.....142

六一 a 不可分債權 六一 b 不可分債務 六一 c 不可分ノ消滅

第四節 連帶債務.....151

六二 連帶債務ノ性質 六三 連帶關係成立ノ原因 六四 債權者ニ對スル連帶債務ノ效力

六五 連帶債務者間ノ求償權 六六 連帶ノ免除 六七 連帶債權

第五節 保證債務.....167

六八 總說 六九 保證債務ノ概念、性質 七〇 保證關係ノ成立 七一 保證債務ノ內容

七二 對外關係ニ於ケル保證債務ノ效力 七三 對內關係ニ於ケル保證債務ノ效力

七四 保證關係ノ消滅

第八章 債權ノ讓渡.....173

第一節 債權讓渡ノ意義.....173

第二節 債權ノ讓渡性.....175

第三節 債權讓渡契約ノ效力.....176

第四節 債權讓渡ノ對抗要件.....177

第一款 對抗要件ノ意義.....177

第二款 指名債權讓渡ノ對抗要件.....178

八〇 通知前ニ生シタル事由ノ效力 八一 承諾ノ效力 八二 債權ノ讓渡ト擔保權ノ移

轉 八三 債權讓渡契約解除ニ因ル債權復歸ノ對抗要件

第三款 指圖債權讓渡ノ對抗要件 二六三

八四ニ指圖債權ノ意義、性質 八五 對抗要件 八六 指圖債權讓渡ノ效果

第四款 無記名債權讓渡ノ對抗要件 二六八

第五款 記名式所持人拂債權讓渡ノ對抗要件 二六九

第九章 債務ノ引受 二七〇

第一節 債務ノ引受ヲ認メ得ルコト 二七〇

第二節 債務引受ノ成立要件 二七三

第三節 債務引受ノ效力 二七四

第十章 債權ノ消滅 二七五

第一節 總 說 二七五

第二節 辨 濟 二七六

第一款 辨濟ノ本質 二七六

第二款 辨濟者 二八〇

第三款 辨濟受領者 二八一

九六 債權ノ準占有者

第四款 辨濟ノ目的物 二八九

第五款 辨濟ノ費用 二九二

第六款 辨濟者ノ權利 二九三

第七款 辨濟ノ充當 二九五

第八款 辨濟ノ提供 二九九

第九款 代位辨濟 三〇二

一〇二 代位辨濟ノ意義 一〇三 法律上ノ代位 一〇四 承諾ニ因ル代位 一〇五

代位辨濟ノ場合ニ債權ノ移轉アリヤ 一〇六 代位ノ制限 一〇七 一部ノ代位辨濟

一〇八 債權者ニ對スル代位者ノ權利 一〇九 擔保ノ喪失又ハ減少ノ效果

第三節 代物辨濟 三二八

第四節 供 託 三三三

第五節 相 殺 三七七

一一二 概念 一一三 相殺ノ要件 一一四 相殺ノ方法 一一五 相殺ノ效力

第六節 更改……………三七

第一款 更改ノ意義要件……………三七

 一一七 更改ニ因ル新債務不成立又ハ取消ノ場合 一一七a 更改契約ノ解除

第二款 更改ノ種類……………三四一

 一一九 債權者ノ交替ニ因ル更改 一二〇 債務者ノ交替ニ因ル更改 一二一 當事者ノ交替ヲ要セサル更改 一二二 更改ノ擬制

第三款 更改ノ效力……………三四七

第七節 免除……………三五〇

第八節 混同……………三五二

—(目次完)—

全訂 債權法總論

岡村 玄 治 著

序 論

一 物權ハ物ヲ目的トシ債權ハ他人ノ行爲ヲ目的トス。物ハ有體ニシテ所持スルヲ得。他人ノ行爲ハ無體ニシテ所持スルヲ得ス。故ニ物ノ支配ト云フ觀念ハ早ク發達シ他人ノ行爲ヲ受クト云フ觀念ハ晚ク發達シタリ。隨テ物ノ支配ヲ規律スル物權法ハ成法(Positive)トシテ比較的早ク發達シ他人ノ行爲ヲ受クル關係ヲ規律スル債權法ハ成法トシテ是ヨリ後レ比較的文化ノ進ミタル後ニ發達シタリ。然レトモ物ハ有體固定的ニシテ變化少キニ反シ人ノ行爲ハ無體ニシテ變化極メテ多シ。故ニ物ノ支配ヲ規律スル物權法ハ其範圍狹ク之ヲ適用スヘキ場合ノ種類少キニ反シ他人ノ行爲ヲ受クル關係ヲ規律スル債權法ハ其範圍極メテ廣ク之ヲ適用スヘキ場合ノ種類多シ。前者ハ靜的ニシテ後者ハ動的ナリト云フヲ得ヘシ。

二 債權法ノ規定ハ唯リ民法債權編ニ限ラス民法中他ノ各編ニモ之アリ。又商法、保險業法、取引所法、利息制限法、貯蓄銀行法其他ノ法律中ニモ之アリ。民法債權編總則ノ規定ハ即チ債權法中ノ他ノ規定ニ對スル一般法タル地位ヲ有シ以下説明スル所ハ主トシテ此一般法ノミニ關ス

第一章 債權ノ成立

三 債權 (Forderungsdroit) ハ債權成立ノ原因タル事實ノ發生ニ因リテ成立ス。其事實ヲ債權ノ原因ト云フ。民法ハ其主ナルモノニ付一般ノ規定ヲ設ケタリ。契約、事務管理、不當利得及不法行為是也。就中重要ナルヲ契約トス。然レトモ債權ノ原因ハ此四種ニ限ラス單獨行為其他ノ事實ニシテ債權成立ノ原因タルモノアリ。債權總則ノ規定ハ則チ此等ノ原因ニ因ル債權ニ付テモ亦其適用アリ。

第二章 債權ノ本質

四 債權トハ人カ特定ノ他人ヨリ特定ノ行為ヲ受クル權利ニシテ特定ノ他人カ其特定ノ行為ヲ爲スヘキ義務即チ債務 (Schuld) ト相對ス。其權利者ヲ債權者 (Gläubiger) ト云ヒ其義務者ヲ債務者 (Schuldner) ト云フ。而シテ債權債務相對スル關係ヲ債權關係又ハ債務關係 (Schuldverhältnis) ト

債權ノ定義

云フ。債權ノ目的ハ即チ債務者ノ行為ニシテ給付 (Leistung) 也。給付トハ相手方ノ利益トナル行為ヲ謂フ。債權ノ目的タル行為ハ多ク積極的ノ行為(爲作)ナルモ又消極的ノ行為(爲不作)ナルコトアリ。

債權ノ定義右ノ如クナルカ故ニ例ヘハ貸主カ借主ヨリ貸金ノ返済ヲ受クル權利カ債權ナルハ勿論、家屋ノ所有者カ不法占有者ヨリ其返還ヲ受クル權利ノ如キモ亦債權タルヲ失ハス。但此權利ハ不法占有ノ事實ニ因リ所有權ノ效力トシテ發生シ存續スルモノナルカ故ニ消滅時効(民一六六)ニ罹ルコトナク又單獨ニ讓渡シ得サルモノトス。學者多ク債權ヲ左(四a)ノ如ク定義シナカラ例ヘハ所有物返還請求權ヲ債權ニ非ストナスカ如キハ一ノ矛盾也。蓋其返還請求權モ亦特定ノ人ニ對シテ特定ノ行為ヲ要求スル權利ニ外ナラサレハ也。

四 a 學者多ク債權ハ特定ノ人ニ對シテ特定ノ行為ヲ要求スル權利也ト定義ス。此ニ要求ト云フハ請求ト同義也。惟フニ此定義ハ債權ノ本體ヲ逸ス。凡ソ債權ハ要求ニ因リテ満足セス、特定ノ行為ヲ受クルニ因リテ満足ス。債權ノ最モ圓滿ナル行使ハ債權者カ要求セサルモ債務者進ンテ其特定ノ行為ヲ爲シ債權者之ヲ受クルニ在リ。債權者ハ債權カ既ニ圓滿ヲ缺クトキ若ハ將ニ缺カントスルトキ債務者ニ對シテ其特定ノ行為ヲ要求シ得ルモノ也。故ニ其要求スル權利即チ請求權 (Anspruch) ハ債權ノ本體ニ非スシテ債權カ既ニ圓滿ヲ缺クニ因リ又ハ將ニ缺カント

債權ト請求權

スルニ因リ債權ノ效力トシテ間斷ナク發生スル權利也ト云ハサルヘカラス。而シテ所有者ノ有
スルコトアル所謂物上請求權ノ如キモ亦右ノ請求權ニ屬ス。蓋所有物カ例ヘハ他人ノ不法占有
ニ歸スルトキハ所有權ノ效力トシテ所有者カ其返還ヲ受クル債權ヲ生シ直ニ返還ナキトキハ即
チ其債權カ不圓滿ノ状態ニ在ルモノニシテ是ニ因リ其債權ノ效力トシテ右ノ物上請求權タル返
還請求權ヲ生スルモノナレハ也。

債權ト請求權トノ關係ハ前項説明ノ如クナルモ兩者ハ通常混同セラレ債權ヲ請求權ト云ヒ請
求權ヲ債權ト稱スルコトアリ。余モ亦慣例ニ從ヒ其名稱ヲ混同スルコト少カラス。

債務ト責任

四b 債務(Forderung)ト責任(Haftung)トハ異ナリ。然レトモ混同セラレルコト少カラス。責任

トハ(イ)將來發生スルヤ否ヤ不確定ナル一定ノ事實ニ因リテ一定ノ債務ヲ負擔スルニ至ルヘ
キ地位又ハ(ロ)債權者ノ權利ノ行使ニ因ル不利益ヲ甘受スヘキ地位ヲ謂フ。例ヘハ合名會社
ノ社員ハ會社財産ヲ以テ會社ノ債務ヲ完済スル能ハス又ハ會社財産ニ對スル強制執行カ其效ヲ
奏セスト云フ事實到來セル場合ニハ會社ノ債務ニ付連帶債務ヲ負擔スルモ其事實到來セサル間
ハ之ヲ負擔スルコトナク唯斯ル債務ヲ負擔スルニ至ルコトアルヘキ地位ヲ有スルニ過キス(前ハ
外破)。故ニ其事實到來前ニ於ケル右社員ノ無限責任ト云フ責任ハ(イ)ノ責任ニ屬ス。保證ニ付
テ云ヘハ主タル債務者ノ不履行狀態發生セサル間ニ於ケル保證人ノ地位ハ債務ニ非スシテ(イ)

ノ責任ナルモ通常之ヲ債務ト云ヒテ債務ト責任トヲ混同ス(尙民七一九I、七二〇I等參照)。然レトモ普通債務者
ノ責任ハ(ロ)ノ責任ニ屬シ債務者ハ其全財産ヲ以テ債務辨濟ノ責ニ任ス(無限責)但例外アリ。
例ヘハ第一〇二五條以下ノ規定ニ依リ限定承認ヲ爲シタル相續人ハ相續ニ因リ得タル積極財産
ノ限度ニ於テノミ相續債務辨濟ノ責ニ任スルカ故ニ此場合ノ責任ハ有限ニシテ、例ヘハ右積極
財産一萬圓相續債務二萬圓ナルトキハ債務額ハ二萬圓ナレトモ責任額ハ一萬圓也。又其積極財
産絶無ナルトキハ責任モ亦絶無ニシテ債務ノミ唯リ殘存ス(尙商六九〇ニ依ル)。

自然債務

四c 自然債務(Obligatio naturalis; natürliche Ver-) 是ハローマ法以來諸國法律ノ認ムル所ニシ

テ(佛民一二三五ハ明ニ之ヲ) 債務ニ對スル債權カ訴ニ依リテ保護セラレサルモノヲ謂フ。我國法上
スル債務アリヤト云フニ多數說(梅七。鳩山一三。石坂四)ハ消極ニ解スルモ時効ニ罹リテ其援用ア
リタル債務(八參照)。不法原因ニ基ク給付返還ノ債務(〇八)、利息制限法ノ制限超過ノ利息債務、
限定承認ヲ爲シタル相續人ノ相續債務ノ内相續財産ヲ超過スル部分、債權者カ勝訴ノ終局判決
ヲ受ケタル後訴ヲ取下ケタル場合ノ債務(三七一)、強制和議ノ場合ニ一部免除ヲ受ケタル部分ノ
債務(破三二六)ノ如ク四b(ロ)ノ責任ナキ債務ハ皆自然債務ト云フヲ得(同旨我妻六九。尙自然債務ヲ
參照)。反之、夫婦同居ノ義務(八七)ノ如キハ直接強制セラレルコトナキモ尙其權利者ハ訴ニ依
リテ義務者ニ其履行ヲ命スル判決ヲ求メ得ヘキカ故ニ自然債務ニ非ス。

債權ノ不可侵性

五 債權ノ不可侵性

六

五 第三者ニ依ル債權ノ侵害カ可能ナリヤ又其侵害カ不法行爲トナルヤ否ヤニ付テハ議論ノ岐レタルコトアルモ、今日ニ於テハ積極説ヲ通説トシ、大正四年以來大審院判例(正四、三、一〇洞三、二〇。民錄三九五)モ亦此説ヲ採ル。惟フニ如何ナル權利ニテモ侵害不能ナルコトナシ。債權ハ事實上第三者ニ於テ履行又ハ其受領ヲ不能ナラシメ若ハ之ヲ妨害スルニ因リテ侵害シ能フコト疑ノ餘地ナキカ故ニ第三者ニ依ル債權侵害ハ本來可能也ト云フヘク、第七〇九條ハ汎ク權利ト云ヒテ債權ヲ除外セサルカ故ニ第三者カ故意過失ニ因リテ不法ニ債權ヲ侵害シタルトキハ第三者ハ是ニ因ル損害ヲ賠償セサルヘカラス。又右ノ妨害存續中ナルトキハ債權者ハ其排除又ハ停止ヲ請求シ得サルヘカラス(同旨勝本四二。六二。正一〇、一〇、一五、大判、民錄一七八八。末)。積極説ヲ正當トス。

債權ノ排他性

六 債權ニハ排他性ナシト云フヲ通説トス。惟フニ不特定給付ノ債權例ヘハ金錢其他ノ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ニハ排他性ナシト云フヲ正當トス。然レトモ特定給付ノ債權例ヘハ一定ノ時ニ於ケル特定人ノ一定ノ勞務ヲ目的トスル債權ニモ排他性ナシト云フハ正當ナラス

例ヘハ甲カ今日乙ノ爲メ大阪ニ使シ同時ニ丙ノ爲メ仙臺ニ使スルコトハ不能也。法ハ不能ヲ求メス。不能事ニ付テハ權利發生セサルカ故ニ甲カ乙ノ爲メ今日大阪ニ使スヘキコトヲ契約シ更ニ丙ノ爲メ同一時間ニ仙臺ニ使スヘキコトヲ契約スルモ二ツノ契約カ俱ニ效力ヲ生シテ同時ニ

債權ト物權ノ差異

大阪行ノ債務ト仙臺行ノ債務トカ發生スルモノト云フヲ得ス。乃チ何レカ一方ノ債權債務ハ發生セサル也。而シテ甲乙間ノ契約カ前ナラハ其契約ニ因リテ債權債務發生スルコト論ナク、後ニ甲丙間ノ契約成立スレハトテ之ニ因リテ右甲乙間ノ債權債務消滅スヘキ道理ナキカ故ニ其債權ノ存續スル限リ甲丙間ノ契約ハ其效力ヲ生スルニ由ナク、特定給付ノ債權ニ排他性アルコト明白也。

七 債權ト物權ノ根本的ノ差異ハ債權ハ行爲ヲ受クル權利ナルニ反シ物權ハ物ヲ支配スル權利ナルニ在リ(兩者ノ區別ヲ絕對性相對性ニ在リトナスハ正當ナラス、同旨勝本四)。其結果更ニ次ノ如キ差異ヲ生ス。物權ニハ常ニ排他性アレトモ債權ニハ特定給付ノ債權ニノミ排他性アリテ其他ノ債權ニハ排他性ナシ。例ヘハ數人カ同一ノ物ニ付獨立ノ所有權ヲ有スルコトハ不能ナルモ數人カ同一ノ債務者ニ對シテ同額ノ金錢債權ヲ有スルコトハ可能也。

從來ノ學者多ク物權ニハ追及權(Verfolgungsrecht)ヲ生スレトモ債權ニ之ヲ生セサルハ則チ兩者ノ相違點也トナス。然レトモ動產物權ノ目的タル物ノ所在カ移動スルハ恰モ債務者ノ所在カ移動スルニ對比スヘキモノニシテ債權者カ債務者ノ移轉先ニ追及シテ債務ノ履行ヲ請求シ得ルハ動產物權者カ其物ノ所在ニ追及シテ權利ヲ行ヒ得ルト同様ナルカ故ニ追及權ノ生スルト否トヲ以テ物權債權ノ差異トナスハ適切ナラス。

第三章 債權ノ目的

第一節 總論

八 債權ノ目的ニ關スル要件 債權ノ目的 (Cessum) ハ又其客體若ハ物體トモ云フ。債權者ノ受クヘキ債務者ノ行爲也 (民四〇〇。四〇六。四)。而シテ債權ノ目的ハ (イ) 可能ナルコト、(ロ) 適法ナルコト、(ハ) 確定シ又ハ確定シ得ヘキコト 以上ノ三要件ヲ具備スルヲ要シ、其一ヲ缺クモ債權ハ成立セス。

八 a 債權ノ目的タル給付カ初ヨリ確定セル場合ニ付テハ説明ヲ要セサルモ唯確定シ得ヘキニ過キサルトキハ債權者債務者又ハ第三者カ法律 (例民四〇一。四〇六等參照) 慣習又ハ契約ニ從ヒ信義則乃至公序良俗ニ反セサル範圍ニ於テ自由ニ其債權ノ目的ヲ確定シ得ヘキコトヲ要ス。例ヘハ瓦斯ノ供給契約ニ於テ每期ノ供給ハ一定量ヲ限度トシテ使用者タル債權者ノ需要ニ應シ其決定スル所ニ依ルトシ、又代價ハ債務者タル買主ニ於テ普通ノ場合ニ準シ相當ニ決定スヘキモノトシ、若ハ第三者カ一般ノ相場ヲ判斷シ之ヲ標準トシテ其代價ヲ決定スヘシト云フカ如ク定メアルヲ要シ、斯クノ如ク定メアルトキハ債權成立ス。但第三者カ其決定ヲ爲スヘキ場合ニ其決定ヲ爲

給付ノ確定

金銭ヲ對價トシ得サル給付

サス又ハ爲スコト不能トナリタルトキハ債權無効トナルカ或ハ他ノ方法ニ依リテ給付ヲ確定スヘキカ將タ又客觀的ニ妥當ナル給付カ其目的トナルヘキカハ其債權ノ性質若ハ其債權成立ノ原因タル法律行爲ノ解釋ニ依リテ之ヲ決スルノ外ナシ。而シテ給付スヘキ數量ノ既ニ確定セル種類債務ヲ除外シテ云フトキハ (一三以下及民四〇一乃至四〇三。民) 債權者、債務者又ハ第三者ノ何レカ其確定ヲ爲スヘキ場合ニ於テモ其確定ヲ爲スヘキ權利ハ一種ノ形成權ニシテ相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ之ヲ行使スヘキモノトス (同旨鳩山一九。勝本八四)。而シテ第三者カ確定ヲ爲スヘキ場合ニ於ケル其意思表示ハ法律又ハ契約ニ別段ノ定ナキトキハ第四〇九條ノ類推ニ依リ債權者又ハ債務者ノ一方ニ對シテ爲スヲ以テ足ルト解ス (獨民三一八一參照。反之、雙方ニ)。確定ヲ爲ス意思表示ハ何レノ場合ニ於テモ撤回ヲ許サス (同旨鳩山一九。石坂一二)。債權者、債務者又ハ第三者カ確定ヲ爲スヘキ場合ニ其確定ヲ爲ササルトキハ第四〇八條第四〇九條ノ類推適用アルモノト解ス (異勝本八五)。

九 債權ノ目的タル給付ハ金銭ヲ對價トシ得ヘキモノタルコトヲ要セス。換言セハ例ヘハ衆議院議員選舉法 (正一四年法) ニ依ル選舉運動 (同法一一) ノ如ク金銭ヲ對價トシ得サル給付ニテモ之ヲ債權ノ目的ト爲シ得ルモノニシテ第三九九條ハ此事ヲ明ニシタルモノ也。即チ同條ハ財產權ニ非サル債權アルコトヲ認メタルモノ也。同條ニハ債權ハ金銭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ト規定スレトモ、他人ノ身體、名譽、自由ヲ侵害シタルカ如

九 金銭ヲ對價トスルヲ得サル給付

九

キ場合ニ於テモ之カ損害ノ賠償ハ金錢ヲ以テ爲スヘキモノニシテ(民七二〇。七)、金錢ヲ以テ賠償スルニハ先ツ其侵害セラレタル權利ノ客體ヲ金錢ニ見積ラサルヘカラサルヲ以テ如何ナルモノニテモ金錢ニ見積リ得スト云フコトナシ。而シテ或種ノ給付ヲ目的トスル債權ノ侵害アリタル場合ニ之ヲ金錢ニ見積リテ損害ノ賠償ヲ請求シ得ルモ金錢ヲ對價トシテ其種ノ給付ヲ爲スハ公序良俗ニ反スルモノアルヘシ。斯ル給付ハ即チ第三九九條ニ所謂「金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノ」ニ屬ス。要スルニ同條ハ金錢ヲ對價トシテ爲スコトカ公序良俗ニ反スル給付ニテモ金錢又ハ經濟上之ニ代ヘ得ルモノヲ對價トセサル場合ニハ其給付ヲ以テ債權ノ目的ト爲シ得ヘキコトヲ定メタルモノト云フヘシ。

給付ノ種類

一〇 債權ノ目的タル給付ハ種々ノ標準ニ依リテ分類スルヲ得。其主ナルモノ左ノ如シ。

イ、積極給付(Positive Leistung)、消極給付(Negative) 給付カ作爲(Thun)ナリヤ不作爲(Lassen)ナリヤ

ニ依ル區別也。

ロ、可分給付(teilbare)、不可分給付(unteilbare) 給付カ其價值ト性質トヲ害セスシテ數個ノ

給付ニ分割シ得ルヤ否ヤニ依ル區別也。而シテ給付カ可分ナリヤ否ヤハ給付ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ定マリ、可分ナルトキハ其債權ヲ可分債權ト稱シ、不可分ナルトキハ不可分債權ト稱ス(六一)。

ハ、特定給付(Bestimmte)、不特定給付(Unbestimmte) 給付カ履行前ヨリ既ニ特定シ居ルヤ否ヤニ依ル區別ニシテ、特定給付ハ更ニ分レテ特定物ノ給付ト其他ノ特定給付トナリ、不特定給付ハ不特定物ノ給付ト其他ノ不特定給付ニ分ル。

ニ、繼續的給付(auernde L.)、非繼續的給付(nichtdauernde od.)、回歸的給付(wiederkehrende L.)
(例、雇人ノ勤務)、(例、毎朝新聞ノ配達)

第二節 特定給付ノ債權

特定物引渡ノ債權

一一 特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權(Specieobligation)ハ特定物ノ占有ノ移轉ヲ目的トスル債權ニシテ債權者カ其物ヲ占有スヘキ權利アルニ因リテ當然發生ス。即チ物權ノ效力トシテ發生スル債權ナルカ故ニ契約ハ其直接ノ發生原因トナラス。例ヘハ甲カ自己ノ占有スル特定物ノ所有權ヲ乙ニ移轉シタルトキハ乙ノ所有權ノ效力トシテ甲ハ當然其占有ヲ乙ニ移轉スル義務ヲ負フ。隨テ更ニ契約ニ因リテ其義務ヲ發生セシメ得ヘキ餘地ナク、更ニ契約ニ因リテ定メ得ルハ唯其履行ノ時期方法等ニ過キス。故ニ其引渡ヲ目的トスル債權ハ目的物ヲ占有スヘキ權利ノ移轉又ハ消滅ニ伴ヒテ當然移轉シ又ハ消滅スルモノニシテ獨立ニ處分スルヲ得ス又單獨ニ消滅セサルモノトス。

保管義務

一一 a 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

一一 特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權

一一 a 債務者ノ保管義務

一一

善良ナル
管理者ノ
注意

過失

注意ヲ以テ其物ヲ保存スルヲ要ス (民四〇〇。尙民二九八。三五〇。六四四。六七一)。善良ナル管理者ノ注意(善管)トハローマ法ニ於テ良家父ノ注意(diligentia boni)ト云ヘルニ相當シ獨逸民法(六七)ニ於テ取引上必要ナル注意ト云フニ該當ス。要スルニ眞面目ナル社會一般人カ同様ノ場合ニ於テ通常用キル程度ノ注意ヲ謂フモノニシテ個々ノ債務者ノ通常用キル注意又ハ其能力ニ應シタル注意ヲ謂フニ非ス(後段同旨石)。注意トハ注意ノ努力ヲ謂フモノニ非スシテ氣ノ付クコトヲ謂フ也。法ノ要求スル所ノ注意ヲ缺クハ即チ過失(culpa: Verschulden)ニシテ法カ善良ナル管理者ノ注意ヲ要求スル場合ニ其注意ヲ缺クコトヲ具體的輕過失(in concreto)ト云フ。廣義ノ輕過失ハ此兩種ノ輕過失ヲ含ミ重過失(culpa)ニ對ス。重過失又ハ重大ナル過失トハ法ノ要求スル注意ヲ缺クコト甚シキヲ謂フ。

而シテ重過失ニ付テノミ責任ヲ負フハ具體的輕過失ノ場合ト同シク法律ニ其旨ヲ明ニシタル場合ニ限ル(民九五但書。六九八。前六四一。六四三。六四四。六七八。六八八。三。明三二年法律四〇號失火ノ責任ニ關スル件。登一三。戸四等)。

次ニ保存ト云フハ保管(custodia)ノコトニシテ自然力又ハ人力ニ因ル侵害ニ對シテ物ヲ保護スルコト也。債務者カ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ保存ヲ爲ササル爲メ物ノ滅失毀損ヲ來シタル

トキハ債務者ハ之ニ因ル損害ヲ賠償セサルヘカラス(民四一五)。然レトモ第四〇〇條ハ強行規定ニ非サルカ故ニ當事者ハ契約ニ因リテ特別ナル注意義務(Specialer Pflicht)ヲ定メ得ヘク、又法律ニ別段ノ規定アルトキハ之ニ從フヘキモノトス。

保存

一二 特定物ノ引渡以外ノ特定給付ノ債權 特定物ノ引渡ヲ目的トセサル特定給付ノ債權トシテハ唯特定セル權利ノ移轉又ハ一定ノ時間ニ於ケル特定人ノ一定ノ行爲ヲ目的トスル債權アルノミ。例ヘハ甲カ今日某劇場ニ於テ午後一時ヨリ四時マテ俳優乙ノ出演ヲ受クヘキ債權、又ハ甲カ乙ノ爲メ今日大阪ニ使スヘキ債務ニ對スル乙ノ債權ノ如キハ後者ノ事例也。

第三節 不特定給付ノ債權

一三 不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ハ一名種類債權(義務ノ方面ヨリ觀テ種類債務 Gattungsschuld; obligation de genre)ト云フ。例ヘハ米百石、石炭百萬斤ト云フカ如ク債權ノ目的(給付スヘキ目的物ヲモ亦債權ノ目的ト云フ)カ具體的ニ定マレルニ非スシテ唯一ノ特徴ト數量トニ依リテ定マレルモノヲ謂フ也。而シテ一定ノ特徴ハ通常種類ニ依リテ定マルカ故ニ其債權ヲ種類債權ト云フ。然レトモ例ヘハ甲カ現ニ米百石又ハ石炭百萬斤ヲ占有スル場合ニ其米又ハ石炭ノ引渡ヲ受クヘキ債權ノ如キハ其目的タル米又ハ石炭カ具體的ニ特定シ居ルカ故ニ種類債權ニ非ス。

不特定物
給付ノ債
權

一二 特定物ノ引渡以外ノ特定給付ノ債權
一三 不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權

一三 a 制限種類債權ノ特定 一三 b 種類債權ノ特定

一三 a 制限種類債權又ハ混合種類債權 (Beschränkte od. gemischte) トハ一定ノ種類ニ屬スル物ニ就キ更ニ一定ノ特徴ニ依リ其範圍ヲ狹クシタル物ノ中ヨリ給付ヲ受クヘキ債權ヲ謂フ。例ヘハ此倉庫内ノ米ノ中ヨリ十石ノ給付ヲ受クヘキ債權ト云フカ如キ是也。此種ノ債權カ種類債權ナリヤ否ヤニ付テハ議論アルモ積極說ヲ正當トス。通說也(二四 a)。

一三 b 種類債權ヲ辨濟スルニハ其目的物ヲ具體的(個別)ニ確定スルヲ要ス。即チ特定スルヲ要ス。不特定ノママ給付スルハ不能ナレハ也。此確定ヲ種類債權ノ特定 (Konkretisierung) 又ハ集中 (Konzentration) ト云フ。而シテ其確定ハ如何ナル標準ニ依リテ爲スヘキカト云フニ、其債權ノ目的トナレル一定ノ特徴ヲ有スル物ノ中ニ品質ノ差等ナキトキハ其中ヨリ任意ニ確定シ得ヘク、差等アルトキハ法律行爲ノ性質、第九二條ノ慣習、法律ノ特別ノ規定(例、民五八七)又ハ當事者ノ合意ニ依リテ其品質ヲ定ムヘク、若シ此等ノ標準ニ依リテ定メ得サルトキハ中等ノ品質ヲ有スル物ノ中ヨリ其給付スヘキ物ヲ具體的ニ確定スヘキモノトス(民四〇一)。但債務者之ヲ確定スル場合即チ普通ノ場合ニ債務者カ上等ノ品質ヲ有スル物ノ中ヨリ確定スルモ債務ノ本旨ニ反セサル限り何等ノ妨ナシ(諸學說ニ付テハ勝本一二九以下參照) 而シテ中等ノ品質ノ何タルカハ一般取引ノ通念ニ依リテ之ヲ決ス。

一三 c 種類債權特定ノ方法種々アリ。民法カ明文ニ示スハ只左記(イ)(ロ)ノ二方法ニ過キサルモ尙(ハ)(ニ)(ホ)(ヘ)ノ方法及慣習ニ依リテ特定スル場合アルコトモ亦之ヲ認メサルヘカラス。

ラス。

(イ) 債務者カ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタルトキハ種類債權ハ特定ス(民四〇一段。獨民二四三)。而シテ其必要ナル行爲ノ完了トハ現實ノ提供ニ外ナラス。故ニ債權者ノ住所ヲ履行ノ場所トスル所謂持參債務 (Besorgung 民四八) ニ在リテハ債務者カ物ヲ發送シタルノミニテハ足ラス履行スヘキ場所ニ於テ現實ニ履行ノ提供ヲ爲スニ因リテ種類債權ハ特定ス(同旨正八、一二、四〇)。通說也。債務者ノ住所ヲ履行ノ場所トスル所謂取立債務 (Holt) 其他債務ノ履行ニ付特定ノ債權者ノ行爲ヲ要スルモノニ在リテモ履行ノ準備ヲ爲シテ口頭ノ提供(言語上ノ提供民四九三)ヲ爲スノミニテハ特定セス(反對石坂一四三以下。烏賀陽六一)。更ニ現實ノ提供ヲ爲スニ因リテ特定ス。例ヘハ米十俵ヲ自己ノ住所ニ於テ給付スヘキ債務者カ米二十俵ノ準備アル場合ニ債權者ニ對シ口頭ノ提供ヲ爲シタルハトテ其二十俵ノ中何レノ十俵カ債權ノ目的トナルカハ確定セス。債權者カ取立ニ來リタル時現實ニ米十俵ヲ指定シテ之ヲ提供スルニ因リ始メテ確定ス。而シテ初ヨリ其十俵ノミヲ準備シテ口頭ノ提供ヲ爲シタル場合ト雖モ未タ第四〇一條第二項ニ所謂「給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ノ完了」ナク隨テ特定セサルモノトス(反對勝本一三七)。蓋右ノ程度ニテハ尙債權者ヲ右十俵ノ所在ニ案内シテ之ヲ指示スル等ノ行爲ヲ必要トシ、語ノ普通ノ意義ニ依ルモ未タ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノト云フヲ得サルノミナラス、若シ是ニ因リテ特

取立債務 持參債務

一三 c 種類債權特定ノ方法

定スルモノトセハ債權者ノ同意ヲ得シテ給付スヘキ物ヲ指定スルモ仍ホ特定スルト同一ノ結果トナリテ同項後段ノ精神ニ反スレハ也。

(ロ) 債務者カ債權者ノ同意ヲ得テ其給付スヘキ物ヲ指定シタルトキハ種類債權ハ又特定ス(民四〇一)。是レ現實ノ提供前豫メ特定スル方法ニシテ、債務者カ豫メ特定スルニハ債權者ノ同意ヲ要ス。而シテ右ノ指定ヲ爲ス權利ハ一種ノ形成權ニシテ債權者ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行フ(同旨勝本一五)。

(ハ) 當事者カ契約ニ因リ債權者又ハ第三者ニ指定權ヲ與ヘタル場合ニ在リテハ其指定ニ因リテ特定シ又其他ノ事實ニ因リテ特定スヘキコトヲ定メタル場合ニハ其事實ノ發生ニ因リテ特定ス。而シテ右指定權者カ指定セサル場合ニ付其指定權ハ第四〇八條第四〇九條第一項ノ準用ニ依リ債務者ニ屬ストナス學說(石坂一三四)アルモ余ハ右指定權ノ消滅ニ付其準用アルモノト解ス(同旨勝本一五)。蓋此學說ハ第四〇一條第二項後段ノ精神ニ反シ且實際上妥當ナラスト信スレハ也。而シテ右指定權ハ(ロ)ノ場合ト同様一種ノ形成權ニシテ債權者カ行使スル場合ニハ債務者ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行ヒ第三者カ行使スル場合ニハ債權者又ハ債務者ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行フ(民四〇七一)。

(ニ) 執達吏カ不特定給付ノ債權ニ基ク強制執行トシテ其債權ノ目的物ノ種類品質ニ屬スル

債務者所有ノ物ヲ差押ヘタルトキハ其差押ト同時ニ債權ノ目的物ハ特定シ同時ニ債權ノ辨濟アリタルモノト看做サル(民訴五七)。

(ホ) 債權發生後當事者カ契約ヲ以テ給付スヘキ物ヲ特定スルトキハ是ニ因リ種類債權ハ特定ス。

(ヘ) 例ヘハ債權發生當時此牧場ニ現存スル牛二百頭ノ中百頭ヲ給付スヘシト云フカ如キ制限種類債權ノ場合ニ其牛カ百頭以下ニ減少スルトキハ是ニ因リ特定ス。蓋債務者ハ其殘存スル牛全部ヲ給付スルヲ要シ更ニ特定セシムヘキ餘地ナケレハ也(反對石坂一三二)。

一三 d 種類債權特定ノ效果トシテ其債權ハ特定物給付ノ債權トナル。而シテ尙其特定ノ效果トシテ別ニ舉クヘキモノアリ。左ノ如シ。

(イ) 特定ノ效果トシテ最重要ナルモノハ物權ノ移轉也(同旨梅一六。横田)。夫レ物權ノ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ效力ヲ生ス(民一七六)。然ルニ種類債權發生ノ目的ハ債權者ヲシテ後日特定スヘキ目的物ノ上ニ物權ヲ取得セシムルコトニ在ルカ故ニ特定當時目的物カ債務者ノ所有ナルトキハ特定スルト同時ニ其物權ノ移轉ヲ來スヲ原則トシ當事者ノ特別ノ意思表示アル場合ニ限り其意思表示ニ定ムル時期マテ物權ノ移轉ヲ來ササルモノト解スルヲ正當トス。サレハ目的物ノ特定シタルノミニテハ物權移轉セス物權ノ移轉ニハ更ニ移轉ノ意思表示ヲ要ストナ

種類債權
特定ノ效
果
物權ノ移
轉

一三 e 種類債權特定後ニ於ケル目的物ノ變更
ス學說(石坂一五〇。富井一〇五以下)ハ探ルヲ得ス。

(ロ) 物カ滅失毀損シタル場合ニモ債務者ハ同種類ノ他ノ物ヲ給付スルヲ要セス。毀損シタル場合ニハ其毀損シタル物ヲ給付スヘキモノトス。反之、特定前ニ在リテハ苟モ其種類ノ物カ世間ニ存スル限リ假令債務者ノ物カ全滅スルモ仍ホ其種類ノ物ヲ給付セサルヘカラス。然レトモ其特定シタル物カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ滅失毀損シタルトキハ債務者ハ損害賠償ノ義務ヲ負フ。民法カ目的物ノ確定以後ニ於ケル滅失毀損ニ因ル危險ヲ債權者ニ負擔セシムルハ(民五三)確定ト同時ニ物權カ債權者ニ移轉スレハ也。

(ハ) 債務者ハ爾後善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保管スルヲ要ス(民四〇)。

一三 e 種類債權特定後ニ於テハ理論上當事者ハ相手方ノ同意アルニ非サレハ其目的物ヲ變更シ得ス(同旨石坂一四七。川名七一以下)。然レトモ債務者カ現實ニ提供シテ目的物確定シタルモ債權者カ受領ヲ拒絶シタル場合ニハ債務者ニ於テ例ヘハ其目的物ヲ任意ニ他ノ用途ニ使用シ後日更ニ同種同等ノ物ヲ債務ノ履行トシテ提供シ債權者之ヲ辨濟トシテ受領スルカ如キハ事實上普通一般ニ行ハレ居ル所ノ慣習ナリト信ス(註)。而シテ反證ナキ限リ當事者ハ初ヨリ是ニ依ル意思ヲ有スルモノト認ムルヲ相當トスヘク、此慣習ハ公序良俗ニ反セス又強行規定ニ反セサルカ故ニ(民九)右ノ如キ場合ニ債務者ハ通常右例示ノ如キ事實行為ニ因リテ其確定ヲ取消シ本來ノ

保管義務
變更權
(Jus
variandi)

種類債務ヲ復活シ得ルモノト云フヘシ。隨テ例ヘハ甲カ乙ニ對シ磐城炭一萬斤給付ノ債務ヲ負擔シ磐城中等炭一萬斤ヲ提供シタルニ乙カ受領ヲ拒絶シタルニ因リ甲カ之ヲ丙ニ賣渡シタルカ如キ場合ニ於テハ甲ノ乙ニ對スル種類債務ハ提供ニ因リテ一旦特定シ其一萬斤ノ所有權ハ乙ニ移轉シタルモ右ノ慣習ニ從ヒ甲カ更ニ之ヲ丙ニ提供スルニ因リテ乙ノ所有權ハ消滅シ甲ノ乙ニ對スル從來ノ債務ハ種類債務トシテ復活シ甲ハ更ニ又乙ニ對シ磐城中等炭一萬斤給付ノ義務ヲ負フモノト云ハサルヘカラス。

註、松本氏新報二九卷三號二三頁ハ單ニ賣主カ給付ヲ爲スニ必要ナル行為ヲ完了シタルニ因リテ特定セル場合ニ付テハ賣主ニ變更權ヲ認ムルコト取引上ノ便宜ニ合スル所ニシテ此趣旨ノ商慣習ハ存在セルモノト謂フモ可ナルヘシトナス。

右ハ慣習アル場合ノ説明也。而シテ慣習ナキ場合ニ於テモ相手方ニ變更權ヲ認メサルコトカ取引上信義ノ原則ニ反スルトキハ其變更權アルモノト解スルヲ相當トス(同旨勝本一六。鳩山三三)。判例モ變更權ヲ認ム(昭一二、七、七、大判、集一六卷一二二〇)。

一四 物ノ給付ヲ目的トセサル不特定給付ノ債權 此種ノ債權ハ更ニ分レテ二種トナル。
(イ) 權利ノ給付ヲ目的トスルモノ 例ヘハ債務者ノ有スル一口百圓ノ數十口ノ債權ノ中不特定ノ十口ノ讓渡ヲ受クヘキ債權ノ如キ是也。斯ル債權ニ付テハ種類債權ノ規定準用アリ

(同旨勝本一二六。富井八七。石坂一二五以下等)。

一四 物ノ給付ヲ目的トセサル不特定給付 債權

(ロ) 權利ノ給付ヲ目的トセサルモノ 例ヘハ一定期間ニ一定種類ノ人夫十名雇入ノ周旋ヲ受クヘキ債權ノ如キ是ニ屬ス。此種ノ債權ハ當事者ノ合意ニ因リ又ハ當事者ノ一方カ相手方ノ同意ヲ得テ爲ス指定ニ因リ特定給付ノ債權ニ變更スルコトアリ得ルモ其他ノ原因ニ因リテハ特定給付ノ債權トナリテ存續スルコトナク、給付ノ確定スル場合ニハ必スヤ同時ニ債權ノ辨濟アルヘキモノトス。故ニ人夫某々十名ノ周旋ヲ爲サントシタルニ債權者カ受領ヲ拒絶シタル場合ニ於テモ債務者ハ爾後其特定ノ十名ノ周旋ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スルニ非スシテ唯其種類ノ人夫十名ノ周旋ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スルニ過キス(反對勝本^{一二七})。不特定給付ノ債權ト此點ニ付斯ル差異アルハ權利ノ給付ヲ目的トセサル不特定給付ノ債權ニ在リテハ債權者カ給付ノ客體ニ付其提供ニ因リテ何等特定ノ權利ヲ取得セサルニ反シ、不特定物給付ノ債權ニ在リテハ其提供ニ因リ債權者カ其目的物ノ上ニ特定ノ權利ヲ取得スルカ爲メ也ト云フヘシ。

第四節 金錢債權 (金錢債務) (Geldschuld)

一五 金錢債權トハ金錢ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ謂フ。一種ノ種類債權也。金錢トハ國家カ財貨交換ノ用具トシテ名價(額面價格、法定價格) (Nennwert) ヲ定メタル動産ヲ謂フ。之ヲ法定貨幣、法貨 (Geld) 又ハ通貨ト稱ス。法定貨幣ニ對シテ自由貨幣 (Freies Geld) ナルモノアリ。取引上貨幣トシテ通

金錢債權ノ意義

用スルモ法定貨幣ニ非サルモノヲ謂フ。

一六 内國貨幣金錢債權

内國貨幣ノ給付ヲ目的トスル債權二種アリ。左ノ如シ。

a 金額債權 (Summen-) 單ニ一定ノ金額ノ給付ヲ目的トスル債權也。此場合ニハ債務者ハ其選擇ニ從ヒ各種ノ通貨(金貨幣、兌換銀、行券及補助貨幣) ヲ以テ辨濟スルヲ得(民四〇)。但補助貨幣 (Freies Geld) (Scheidemünz) ハ貨幣法其他ノ法規ニ依ル強制通用力ノ限度(銀貨幣及小額紙幣ハ十圓迄、其他ノ十錢及五錢ノ補助貨幣ハ五圓迄、一錢以下ノ補助貨幣ハ一圓迄) ニ於テ之ヲ選擇スルヲ得。然レトモ債權者ノ同意アルトキハ此制限ヲ超過シ得ルコト勿論也。

b 金種債權 (Geldsorten-) 特種ノ通貨ノ給付ヲ目的トスル債權也。例ヘハ銅貨ノミニテ金十圓ノ給付ヲ受クヘキ債權ノ如キ是也(民四〇^二)。然レトモ其特種ノ通貨カ辨濟期ニ於テ強制通用力ナキトキハ債務者ハ他ノ通貨ヲ以テ辨濟スルヲ要ス(民四〇)。但此規定ハ任意規定ナルカ故ニ強制通用力ヲ失フト否トヲ問ハス其特種ノ通貨ヲ給付スヘキ特約アルトキハ之ニ從フ。斯ル債權ハ之ヲ絶對的金種債權ト云フ。強制通用力ニ質的量的ノ二義アリ。質的ノ強制通用力トハ現ニ法定貨幣タル性質ヲ有スルコトヲ云ヒ、第四〇二條第二項ニ所謂強制通用ノ效力ハ之ヲ意味ス。量的ノ強制通用力トハ金錢債務ノ支拂トシテ時及場所ニ付債務ノ本旨ニ從ヒ名價額ニテ債務全額ニ相當スル同種ノ通貨ノ提供アリタル場合ニ債權者受領ヲ拒絶スルトキハ受領遲滯トナルヘキ效力ヲ謂フ。金貨幣及兌換銀行券ニハ量的ノ強制通用力ニ制限ナキモ補助貨幣ニハ前

強制通用力

掲(a)ノ制限アリ。

一七 外國貨幣金銭債權 外國貨幣ノ給付ヲ目的トスル金銭債權ニモ亦金額債權ト金種債權ノ二種アリテ内國貨幣金銭債權ニ關スル規定準用セラル(民四〇)。然レトモ此債權ヲ次(一八)ニ説明スル債權ト混同スルハ非也。

一八 内外國貨幣金銭債權 外國ノ通貨ヲ以テ債權額ヲ指定スルコトアリ。此債權ノ性質如何ハ意思表示ノ解釋問題ナルモ其意思不明ナル場合ニ付テハ學說岐レ或ハ外國貨幣金銭債權ニシテ唯内國貨幣ノ代用給付ヲ認メタル任意債權也トナスモ(勝本二)此說ニ依ルトキハ強制執行ヲ爲シ内國貨幣ヲ差押フルモ民法第五七四條ニ依リ執達吏ハ直ニ之ヲ債權者ニ引渡スヲ得ス債權者ハ同法第七三四條末段ノ命令ヲ得ルニ非サレハ容易ニ執行ノ目的ヲ達シ得サルノ不便アリ。惟フニ此債權ハ其目的ヲ外國ノ通貨トモ内國ノ通貨トモ限定セス、唯其債權額ノ指定ニ外國ノ通貨ヲ用キタルモノナレハ此債權ノ目的ハ右内外兩種ノ通貨也ト解スルヲ相當トス(同旨右一。富井)。隨テ債務者ハ内國ノ通貨ヲ以テモ辨濟シ得ヘキハ當然ニシテ此場合ニハ履行地ニ於ケル爲替相場ニ依リテ其債權額相當ノ内國通貨ヲ算定スヘキ也(民四)。而シテ現ニ支拂當時ノ爲替相場ニ依ルヘキモノトス。通説也。此債權ノ性質右説明ノ如クナルヲ以テ債權者ハ内國貨幣又ハ其外國貨幣ヲ以テ債權額相當ノ金銭ヲ支拂フヘキ旨請求シ得ルモ外國貨幣又ハ内國貨幣ニ

限定シテ請求スルヲ得ス。然レトモ其債權ニ基ク強制執行ノ場合ニハ執達吏ハ債務者ニ屬スル其外國貨幣又ハ内國貨幣ノ何レニテモ差押ヘテ之ヲ債權者ニ引渡スコトヲ得ヘク(民五)、他ノ財産ヲ差押ヘタルトキハ之ヲ競賣シ競賣地ニ於ケル爲替相場ニ依リテ其債權相當ノ内國通貨ノ額ヲ算定シ(民五)其額ニ達スルマテ右ノ賣得金ヲ債權者ニ交付スヘキ也。

第五節 利息債權 (利息債務 Zinsschuld)

一九 利息債權トハ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ一ノ原因トシ、其額ト該債權ノ存續期間トニ比例シテ支拂ハルヘキ同種物品等ノ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ謂フ。而シテ右原因タル債權ヲ元本債權ト稱ス。單ニ元本ト云フトキハ元本債權又ハ其目的物ヲ意味スルト同様單ニ利息ト云フトキハ利息債權又ハ其目的物ヲ意味ス。

利息 (usurac; Zinsen; interests) ノ意義ニ付テハ法律ニ明文ナク又學說ノ歸一セサル所ナルモ前項ノ如ク説明スルヲ正當トス。以下少シク利息債權ノ觀念ヲ分析シテ説明スヘシ。

a 利息債權ハ元本債權ヲ一ノ原因トシ其存在ヲ前提トシテ發生スル債權也。故ニ元本債權ナクハ利息債權成立セス、元本債權消滅セハ爾後利息債權ヲ生セサル也。學者多ク利息債權ヲ以テ元本債權ニ從タル債權也トナス(鳩山四二。鳥賀陽一七八。嘉山五〇。沼四九等)。畢竟用語上ノ問題ナルモ從タル債權

利息債權ノ意義

利息債權ハ從タル債權ナリ

ト云フ以上例へハ從物カ從物トシテ存在スルニハ常ニ主物ノ存在ヲ必要トスルカ如ク、利息債權カ利息債權トシテ存在スルニハ常ニ元本債權ノ存在ヲ必要トセサルヘカラサルモ元本債權消滅シテ獨リ利息債權ノミ利息債權トシテ存在スルコトアルカ故ニ利息債權ヲ從タル債權ト云フハ妥當ナラス(嘉山前掲モ嚴正ノ意味ニ於ケル從タル債權ニ非ストナス)。

元本債權ノ移轉ト利息ハ又利子ト云フ。元本ト利子トノ關係ハ恰モ親ト子ノ關係ノ如シ。而シテ元本債權ノ讓渡又ハ差押ノ場合ニ將來ノ期間ニ對スル利息債權ハ特別ノ事由ナキ限り元本ト共ニ讓渡又ハ差押ノ目的タルコト勿論ナルモ過去ノ期間ニ對スル利息債權ニ付テハ當然讓渡又ハ差押ノ效力ヲ生スルモノト云フヲ得ス。差押ノ場合ニハ差押命令ノ趣旨ヲ解釋シテ決スヘク、讓渡ノ場合ニハ要スルニ當事者ノ意思解釋ノ問題ナルモ疑ハシキトキハ右利息債權カ辨濟期前ナル場合ト辨濟期ニ在ル場合トヲ區別シ、前ナル場合ニハ讓渡ノ目的ニ包含セラレ(結果同鳩山四三。富井一五二。勝本二四一)辨濟期ニ在ル場合ニハ包含セラレサルモノ(結果同鳩山前掲。勝本二四三。等)ト解スルヲ相當トス。遲延利息債權ニ付テ云フモ亦同シ(同旨正九、二、一四大判民錄一七八。尙二七(4)參照。反對昭二、一〇、三二大判評。論一六卷民法一三四八。鳩山三四八註二。我妻一一八。勝本二四三。瑞債一七〇)。尙利息ノ擔保ニ付テハ民二九七II。三二二。三二三。三二八。三四〇。三四六。三七四。四四七。辨濟ニ付テハ民四九一參照。

元本債權ト利息債權トハ同種同品等ノ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權也。特定物ノ給

ナルヲ要スルヤ

利率

利息ハ法定果實ナリヤ

付ヲ目的トスル債權ニ付テハ利息債權ヲ生セス。利息カ常ニ元本ト同種類ノ物タルヲ要スルヤ否ヤニ付テハ議論アルモ要ストナスヲ正當トシ多數說トス(積極說法曹會議決議法曹一八卷二號。川名八八。鳩山四一。石坂二四五。嘉山四九。富井一三三。我妻四六等)。故ニ例へハ米一石ノ消費貸借ニ付一ヶ月一升ノ割合ニ依リ麥ヲ以テ利息ヲ支拂フヘシト契約シタル場合ノ如キモ其麥ヲ給付スル債務ハ眞ノ利息債務ニ非ス第四〇五條ノ如キモ之ニ適用シ得サル也。利息制限法ニ所謂利息ハ金錢ニ限ラストノ判例(明三五、四、三四)アルモ金錢外ノ物ニハ元本金額トノ比率ナキカ故ニ同法ハ其物ニ適用ナク、只其換算金額カ同法ノ制限率ヲ超ユルトキハ脫法行爲トシテ超過部分ヲ裁判上無効ト解スルヲ妥當トス。

c 利息ノ數額ハ元本ノ數額ニ對シ一定ノ期間ニ依ル一定ノ割合ナルヲ要ス。通說也(反對例石坂二四〇)。此割合ヲ利率(Interest rate)ト云フ。例へハ年一割二分、月一分、百圓ニ付日歩二錢ト云フカ如シ。利率ニ二種アリ。約定利率(conventional rate)及法定利率(legal rate)是也。約定利率ハ法律行爲ニ因リテ定ムル利率ニシテ、法定利率ハ法律ノ規定ニ依リテ定マル利率也。法定利率ハ原則トシテ年五分(民四〇四。利率ニ云フ分)ナルモ商行爲ニ因リ生シタル債務ノ法定利率ハ年六分(商五一四)、供託金ノ利息ハ年二歩四厘也(供託法三。昭七。司法省令四一號)。約定利率ニ付テハ利息制限法ノ制限ヲ受クル場合アリ(參照)。

二〇 學者多ク利息ハ法定果實也トナス(例、鳩山四〇。勝本二三一)。然レトモ法定果實ハ物ノ使

用ノ對價タルヲ要スルカ故ニ(八八)其法定果實ヲ受クヘキ權利者ハ元物ニ付權利ヲ有スル者又ハ其承繼人タルヲ要シ其元物ハ特定物ナラサルヘカラサルモ利息債權ニ付テハ斯ル元物ナキカ故ニ利息ハ法定果實ニ非ス。例ヘハ貸金ノ利息ノ如キモ其貸付金ハ貸付ト同時ニ借主ノ所有トナリ、貸主ハ最早該金錢ニ付何等特別ノ權利ヲ有セス借主カ借受後直ニ之ヲ滅失スルモ利息債權ニ何等ノ影響ナキカ故ニ利息ハ法律上其貸金使用ノ對價ニ非ス隨テ法定果實ニ非サルコト論ヲ竣タス。第四四二條第二項ニ所謂利息ノ如キハ元本使用ノ對價タル性質ヲ有セサルコト殊ニ明白也。反之、地代又ハ家賃ノ如キハ土地又ハ家屋使用ノ對價ナルカ故ニ地上權又ハ賃借權設定後天災ニ因リ土地又ハ家屋滅失シタルカ如キ場合ニ於テハ使用不能ノ爲メ爾後ノ期間ニ對スル地代又ハ家賃ノ債權亦消滅ス。是レ即チ其地代又ハ家賃ハ法定果實ナルモ利息カ法定果實ニ非サルコトノ確證也。單ニ經濟關係ヨリ觀ルトキハ元本ヲ辨濟セサル間債務者カ元本相當ノ財產ヲ自己ノ爲ニ使用シテ利益ヲ收メ得ル資力アル場合ニ於テ元本ヲ辨濟セサル間ノ利息ハ即チ經濟上元本使用ノ對價ト云フヲ得ヘキモ法律上之ヲ以テ物ノ使用ノ對價ト云フヲ得サルヤ明也。

利息債權發生ノ原因

二一 不特定物給付ノ債務アルコトハ利息債權發生ノ一原因ナルモ其債務アルニ因リテ當然利息債權ヲ生スルモノニ非ス。之ヲ生スルニハ尙之ヲ生セシムヘキ法律行爲又ハ法律ノ規定アリ

ルヲ要ス。而シテ法律行爲ニ依ル利息ヲ約定利息ト云ヒ法律ノ規定(例、民四四二。四五九。五七〇四。商)ニ依ル利息ヲ法定利息ト云フ。約定利息ニハ通常約定利率アルカ故ニ其約定利率ニ從フモ約定利率ナキトキハ法定利率ニ從フ。然レトモ法定利息ハ約定利率アリテ法定利率ヲ超ユル場合ノ外常ニ法定利率ニ從フ(民四二)。

利息制限法

二二 明治十年布告第六六號利息制限法第二條ハ金錢消費貸借ニ因ル利息ノ約定利率ヲ制限シ元金百圓未滿ハ年二割以下、千圓未滿ハ年一割五分以下、千圓以上ハ年一割二分以下トシタルモ此制限ハ大正八年法律第五九號(同年五月一日施行)ニ依リ元金百圓未滿ハ年一割五分以下、千圓未滿ハ年一割二分以下、千圓以上ハ年一割以下ト改正セラレタリ。利息制限法ニ所謂利息ハ常ニ金錢(又ハ金)ナルヲ要スルモ必スシモ利息ノ名義ヲ用キルヲ要セス。禮金、棒利(濟崩ノ殘元本ニ對シテモ當初ノ元本全額ニ對スルト同額)等ノ名稱ヲ用キルモ實質上利息ナルトキハ右ノ制限ヲ受ケ之ヲ超過スル部分ノ利息ヲ生セシム(同法四。尙同法五)。富井一四六。山五三。我妻五三。勝本二五七。茲ニ裁判上無効トハ實體法上無効ノ意也トナス學說(鳩山各八三。以下)。同法四。尙同法五。蓋此部分ノ支拂モ信義ニ合シ之ヲ違法トシテ禁スヘキ妥當性ナク唯此部分ノ債權ニ付テハ裁判上保護ヲ與ヘサルヲ以テ足ルトナスヲ妥當トスレハ也。故ニ例ヘハ其超過部分ヲ元本ニ組入レタル元利合計ニ付更ニ準消費貸借ヲ爲スモ右超過部分ニ付テハ債權者ハ該準消費貸借成立

シタルモノトシテ裁判上保護ヲ受クルヲ得ス。然レトモ債務者カ任意ニ超過部分ヲ支拂ヒタルトキハ是レ亦債務ノ辨濟ニ外ナラサルカ故ニ非債辨濟(〇五)ニ非ス(結果同正六、四、一六。大判民録六四一六。商法二三八。細野氏新報)。三七一。號五八。嘉山前掲等)。

利息トシテ天引シタル金額ニ付テハ其率カ同法ノ制限ヲ超ユルト否トヲ問ハス貸借成立セサルモノト解ス(八七)。故ニ例ヘハ金千圓ヲ利息年一割、九年間ノ利息天引ノ約ニテ貸借ノ契約ヲ爲シ九百圓ヲ天引シ百圓ヲ交付シタルニ過キサルトキハ眞ニ貸借ノ成立スルハ百圓ニ過キス。但現實千圓ヲ交付シタル後借主カ契約ニ依ラス任意ニ利息ノ前拂トシテ九百圓ヲ支拂フモ千圓ノ貸借ノ成立ヲ妨ケサルコト勿論也(同旨勝本)。

利息制限法改正前ノ約定利率ハ改正後ニ如何ナル效力ヲ有スル乎。惟フニ同法制定ノ理由ハ一定ノ率ヲ超過スル利息債權ヲ裁判上保護スルハ公序良俗ニ反スルカ爲メ也。左レハ同法ヲ改正シテ其率ヲ低下セシメタル場合ニ於テハ其新利率ヲ超過スル利息債權ヲ裁判上保護スルハ其改正當時ノ社會狀態ニ照シ公序良俗ニ反スト認メタルカ爲メ其改正ヲ爲シタルモノト云ハサルヘカラス。隨テ改正前ノ約定利率ニ依ル利息債權ニテモ改正法ノ制限ヲ超過スル部分ニシテ改正法施行後ニ生スルモノハ裁判上保護ヲ受ケ得サルモノト云ハサルヘカラス。判例(正八、一二、一五六。大判民録一三〇三)カ改正法ノ制限ハ其施行後發生スヘキ利息ニ付テモ舊法施行當時ノ約定利率ニ適用ナシトナセルハ非也(同旨菅原氏論叢卷三五號九六。藥師寺氏志林二)。四卷一二四〇。我妻五一。反對勝本二六五以下)。

利息制限法ハ金錢消費貸借ノ場合ニ限り適用アリト解スルヲ正當トシ多數説トス(同旨正一〇、一一、二八。大判民録二〇五一。利米ニ適用ナシトノ判例正七、一、二)。公益質屋法第五條。質屋取締法第九條ハ利息制限法ヨリモ高率ノ利息ヲ認ム。

利息制限法ヲ設クルノ可否ニ付テハ議論アリ。各國ノ立法例亦區々ニ岐ル(石坂二五六以下。勝本二五〇以下参照)。

III 重利 (anatocismus) ハ又複利ト云フ。利息債權ヲ元本債權ニ組入レ其合算額ニ

對シテ更ニ利息債權ヲ生セシムルコト也。重利ヲ利息ノ利息ト云フハ正確ナラス。反之、利息債權ヲ元本債權ニ組入ルルコトナク本來ノ元本債權ニ對シテノミ利息債權ヲ生セシムルコトヲ單利ト云フ。我國ノ法律ハ重利ヲ禁セス。金錢消費貸借ノ場合ノ重利ハ每一ケ年ノ始ニ於ケル元本債權ト其一ケ年ノ終ニ於ケル元利合計ヨリ右ノ元本ヲ控除シタル殘額トノ比例カ利息制限法ノ制限ヲ超過セサル限度ニ於テノミ裁判上保護ヲ受ケ得ルモノト解ス。重利ハ之ヲ分チテ約定重利ト法定重利ノ二種トス。左ニ之ヲ説明スヘシ。

二三 a 約定重利 重利ハ契約ニ因リテ定マルコトアリ。之ヲ約定重利ト云フ。而シテ其約定ニ利息ノ辨濟期前又ハ利息發生前ノ約定ト辨濟期到來後ノ約定トアリ。前者ヲ重利ノ豫約ト云フ(獨民二四八。瑞債三一四。佛民一一)。即チ利息ヲ期限ニ支拂ハサルトキハ當然之ヲ元本ニ組入ルルト云フ特約又ハ一定ノ時期ニ利息ヲ當然元本ニ組入ルルト云フ特約是也。辨濟期到來後ノ約定ハ利息ノ辨濟期到來後當事者合意ニ因リテ之ヲ元本ニ組入ルル約定也。

重利、複利

單利

天引

二二 b 法定重利 重利ノ豫約ナキ場合ニ於テモ一定ノ條件存スルトキハ法律ノ規定ニ依リ債權者一方ノ行爲ヲ以テ利息債權ヲ元本債權ニ組入レ其合算額ニ對シテ更ニ利息債權ヲ生セシムルヲ得(民四〇五)。之ヲ法定重利ト云フ。其條件三アリ。(イ)利息カ一年分以上延滞セルコト、(ロ)債權者カ催告ヲ爲セルコト、(ハ)其催告ニ拘ラス債務者カ相當期間内ニ(金錢債務ニ付テハアル故「延滞ナク」ト云ヒテハ語弊アリ)利息ヲ支拂ハサルコト是也。而シテ組入ヲ爲スニハ組入ノ意思表示ヲ爲スヲ要シ其意思表示ノ效力ヲ生シタル時ヨリ將來ニ向テ組入ノ效果ヲ生ス。又第四〇五條所謂利息ハ遅延利息(Verzugszinsen)ヲモ包含ス(同旨勝本二七五。尙民五七五。六。六九。七〇四。破三八。一七參照)。而シテ右(イ)(ロ)(ハ)ノ三要件具備スルトキハ元本カ既ニ消滅シテ利息ノミ殘存スル場合ニ於テモ組入ニ因リテ之ヲ元本ト爲スヲ得(同旨鳩山四九)。尙直接ニ法律ノ規定ニ因リテ生スル重利アリ。例ヘハ商法第五三三條、日本勸業銀行法第二二條、貯蓄銀行法第一條、農工銀行法第一四條ノ場合ノ如キ是也。

第六節 選擇債權(選擇債務)

二四 選擇債權(Wahlschuld; obligation alternative)トハ數箇ノ給付中選擇ニ因リテ定マルヘキ更ニ少キ數箇又ハ一箇ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ謂フ。今之ヲ例示セハ (a) 甲乙丙丁ノ四頭ノ馬ノ中ヨリ選擇セラルル一頭又ハ二頭ノ給付ヲ受クヘキ債權、(b) 米十俵、麥十五俵又ハ金百圓ノ何レヲ給

付スヘキカカ選擇ニ因リテ定マル債權、(c) 甲乙丙丁四頭ノ馬、米十俵、金百圓ノ中何レカノ馬二頭、米十俵又ハ金百圓ノ何レヲ給付スヘキカカ選擇ニ因リテ定マル債權ノ如キ是也。選擇債權ハ法律行爲又ハ法規(例、民一七〇。四。九六一)ニ因リテ發生ス(民一七〇。四。九六一)。而シテ其義務ハ選擇前ニ於テ九號四八以下ハ數個ノ債權也トナス。而シテ結局ハ選擇ニ因リテ定マル給付ヲ目的トスルモノナレトモ選擇前ニ於テハ選擇シ得ヘキ各給付ヲ目的トス。故ニ其給付カ特定物ノ引渡ヲ要スルトキハ選擇前ニ於テモ債務者ハ第四〇〇條ノ保管義務ヲ負フ(同旨中島三〇八。乾氏志林一〇。卷二號四一。反對勝本一七一)。而シテ其義務ハ選擇ノ結果ニ付テハ第五三四條ノ適用ナク第五三六條ノ適用アリ(拙著各一四。七以下參照)。

二四 a 種類債權ト選擇債權トノ差異 債權ノ物體が債權成立ト同時ニ確定セスシテ後ニ確定シ得ヘキモノタル點ニ於テハ兩者同様ナルモ次ノ二點ニ於テ異ナリ

(イ) 種類債權ニ在リテハ縱令此倉庫内ノ米十俵ノ中五俵ヲ給付スヘシト云フカ如キ制限種類債權ニテモ其十俵ノ間ニハ互ニ代替性アリ。反之、選擇債權ニ在リテハ例ヘハ甲乙丙丁ノ四頭ノ馬ノ中二頭ヲ給付スヘキ債權ニテモ其四頭ノ間ニハ互ニ代替性ナシ。要スルニ種類債權ニ在リテハ其目的物ノ範圍ノ廣狹ハ別トシ其目的物ノ間ニ必ス代替性アリ。反之、選擇債權ニ在

リテハ選擇ノ目的トナリ得ヘキ數箇ノ給付ノ間ニ代替性ナシ。

(ロ) 選擇債權ハ常ニ選擇權ヲ成立セシメ其行使ニ因リテ選擇債權特定ス。反之、種類債權ニ在リテハ債務者選擇シテ之ヲ債權者ニ通知スルモ第四〇一條第二項ノ要件ヲ滿ササル限り特定ヲ來サス。

選擇債權ノ特定

二五 選擇債權ノ目的タル給付ノ客體若ハ種類ノ特定スルコトヲ選擇債權ノ特定ト云フ。特定ノ方法三アリ。選擇權ノ行使ニ因ル特定、他ノ給付ノ不能ニ因ル特定及契約ニ因ル特定是也。而シテ契約ニ因リテ特定シ得ルハ自明ノコト。故ニ此ニハ只前二者ニ付テノミ説明ス。

A 選擇權ノ行使 選擇債權ハ選擇權ノ行使ニ因リテ特定ス。左ニ選擇權者、選擇權行使ノ方法、效果及選擇權ノ性質ヲ説明ス。

選擇權者

(イ) 第四〇六條ハ選擇權ハ債務者ニ屬スル旨規定ス。蓋給付ノ範圍ヲ廣クシ其中ヨリ選擇シ得シムルハ通常債務者ノ利益ノ爲メナレハ債務者ニ其選擇權アリトナセルハ至當也。然レトモ此規定ハ任意規定ニシテ當事者ハ特約ニ因リ其選擇權ヲ債權者又ハ第三者ニ屬セシメ得ルモノト解ス。

選擇權ノ移轉

選擇權者カ選擇權ヲ行使セサルトキハ選擇權ハ移轉ス。即チ選擇權者カ債權者又ハ債務者ナル場合ニ若シ (a) 債權カ辨濟期ニ在ルコト、(b) 相手方ヨリ相當ノ期間ヲ定メテ選擇ノ催告ヲ爲

シタルコト及 c) 選擇權者カ其期間内ニ選擇ヲ爲ササルコト、右ノ三要件備ハルトキハ是ニ因リ其選擇權ハ相手方ニ移轉ス(〇八)。又第三者カ選擇權者ナル場合ニ選擇ヲ爲ス能ハス又ハ欲セサルトキハ選擇權ハ債務者ニ移轉ス(九四)。而シテ其欲セサルトキトハ第三者ヨリ債務者ニ對シテ其欲セサル旨ノ表示アリタル場合ヲ謂フモノト解ス。又辨濟期ニ在リテ第三者カ選擇ヲ爲シ能フニ拘ラス之ヲ爲サス選擇スルヲ欲セサル旨ノ表示モ爲ササルトキハ債權者又ハ債務者ハ第四〇八條ノ類推ニ依リ相當ノ期間ヲ定メテ第三者ニ其選擇ヲ催告シ得ヘク、其期間内ニ第三者ノ選擇ナキトキハ選擇權ハ債務者ニ移轉スルモノト解ス。選擇權拋棄ノ場合ニ付テハ規定ナキモ當事者カ拋棄シタルトキハ相手方ニ、第三者カ拋棄シタルトキハ債務者ニ其選擇權移轉スルモノト解ス。

選擇權行使ノ方法

(ロ) 債務者又ハ債權者ノ有スル選擇權ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行ヒ(七四。九七)。第三者ノ有スル選擇權ハ債權者又ハ債務者ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行フ(〇九)。選擇權者又ハ選擇ノ意思表示ヲ受クヘキ者數人アルトキハ其意思表示ハ全員ヨリ又ハ全員ニ對シテ爲スヲ要ス(一八三)。

選擇權行使ノ效果

(ハ) 選擇權行使ノ效果ニ形式上ノ效果ト實質上ノ效果トアリ。前者ハ選擇ノ意思表示ヲ撤回シ得サルコト也。但選擇ノ意思表示ヲ爲シタル者カ債權者又ハ債務者ナル場合ニハ其相手方

ノ同意アルトキニ限り、又第三者ナル場合ニハ債權者債務者雙方ノ同意アルトキニ限り其撤回ヲ爲シ得ヘキモノト解ス(同旨鳩山五六。勝本一八六)。第四〇七條第二項ニ所謂取消ハ意思表示ノ瑕疵又ハ行爲無能力ニ因ル取消ト異ナリ撤回ノ意也。

選擇ノ遡及效ノ

選擇權行使ノ實質上ノ效果ハ選擇債權ノ特定也。而シテ其特定ハ債權發生ノ時ニ遡及シ初ヨリ其特定シタル債權成立シタルト同一ノ結果トナル(民四一。獨。民二六三)。之ヲ選擇ノ遡及效ト云フ。

遡及及効ノ制限

此遡及効ニ對シ一ノ制限アリ第三者ノ權利ヲ害シ得サルコト是也(一但書。民四一)。此規定ノ解釋ニ付五說アリ。甲說ハ選擇セラレタル給付カ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ナルトキハ債權者ハ初ヨリ其物權ヲ取得セルコトトナルカ故ニ同條但書ハ其中間ノ時ニ其特定物ノ物權ヲ取シタル第三者ノ權利ヲ保護センカ爲メノ規定ナルモ債權者カ第三者ノ權利取得前豫メ假登記ヲ爲ストキハ其假登記アル不動産ニ付テハ右但書ノ適用ナシト爲ス(梅四〇。橫田二一八。以下。吾孫子七三等)。乙說ハ云フ甲說ハ債權契約ト物權契約トヲ混同スル佛主義ニ基ケルモノニシテ我法律ノ解釋トシテ正當ナラス畢竟初ヨリ債權存在ストスルモ其爲メニ物權移轉スルコトナシ故ニ第三者ノ權利ノ害セラレヘキ場合ナク但書ハ無意義也ト(石坂一八八以下。嘉。山六九。鳩山五八等)。丙說ハ不動産上ノ權利ノ設定移轉ヲ目的トスル選擇債權ニ付假登記ヲ爲シ選擇債權特定後本登記ヲ爲ストキハ其本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ルカ故ニ(七登)若シ選擇ニ遡及効ヲ認ムルトキハ是ニ因リ或ハ其本登記前ニ成立シ且登

記セラレタル第三者ノ權利ヲ害スルコトトナルヘキモ此場合ニハ右但書ノ適用アリテ第三者ノ權利ヲ排斥シ得ストナス(川名五八。中島三一。〇。沼六二以下等)。丁說ハ選擇債權成立後債務者カ目的物ニ關スル物權ヲ第三者ニ讓渡シ未タ其對抗要件完成セサル間ニ選擇債權ノ特定ヲ生シ債權者カ第三者ニ先チテ物權ヲ取得シタルコトトナルモ右但書ハ此場合ニ第三者ノ物權ハ依然トシテ有效ニ存續スルコトヲ認メタルモノニシテ何レカ早ク對抗要件ヲ具備シタル方ニ物權ハ完全ニ移轉ストナス(勝本一。九三)。

卑見

戊說ハ卑見也。惟フニ第四一一條但書ハ唯第三者ノ權利トノ關係ニ於テ選擇ニ遡及効ナキコトヲ定メタルニ過キス。由來我民法及不動産登記法カ佛主義ノ影響ヲ受ケ今日ノ所謂物權契約ト債權契約トヲ混同シ契約ハ皆債權契約也トノ見解ノ下ニ制定セラレタルモノナルコトハ民法カ契約ノ總則ヲ總則編ニ規定セスシテ債權編ニ規定シタルコト、右但書及第五四五條第一項但書ノ規定アルコト、不動産登記法第二條ニ權利ノ設定移轉又ハ消滅ノ請求權ト云フ語ヲ用キタルコト等ニ徴シテ明白也。即チ若シ民法ニ謂フ契約中ニ今日ノ所謂物權契約ヲ包含セサルモノトセハ物權契約、債權契約及其他ノ契約ニ共通ノ規定ヲ設クル爲メ契約ノ總則ハ之ヲ總則編ニ規定スヘカリシニ拘ラス却テ之ヲ債權編ニ規定シタルノミナラス第四一一條但書ハ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉更ラ目的トスル選擇債權成立シテ其選擇アルトキハ物權的效力ヲ生ス

ルコト、第五四五條第一項但書ハ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉變更ヲ目的トスル契約ノ解除ニ物權的効力ノ生スルコトヲ前提トセルモノト見ルニ非サレハ此等ノ但書ヲ設ケタルハ全ク無意味ニシテ若シ債權的効力ヲ生スルニ過キササルモノトセハ乙說ニ謂フカ如ク選擇ニ因リテ第三者ノ權利ヲ害スルコトハ絕對ニアリ得サルカ故ニ立法者カ右ノ如キ但書ヲ設ケタルハ則チ今日ノ所謂物權契約ヲ債權契約ト混同シ前者モ亦債權契約也トノ見解ナリシカ爲ナルコト明白也。又不動産登記法第二條ニ所謂請求權ハ例ヘハ乙所有ノ特定ノ不動産ヲ(イ)甲ノ請求次第、(ロ)一年後又ハ(ハ)或停止條件成就ノトキ當然甲カ讓受クヘク若ハ甲カ該不動産ヲ所有シテ之ヲ乙ニ讓渡シタルモ或解除條件成就ノトキ當然返還ヲ受クヘキ旨ノ契約カ甲乙間ニ締結セラレタルモ甲カ未タ其所有權ヲ取得セサル間ニ於テ甲ノ有スル其權利(民一〇二九參照)ノ如キモノヲ意味シ同條ニ所謂請求權ハ債權ニアラス又正當ナル意義ニ於ケル請求權ニモアラスシテ物權ノ得喪變更ニ付既ニ物權的ノ効力ヲ生シタルモ未タ現實ノ權利關係トナラサル期待權ヲ謂フニ他ナラス。故ニ未タ物權的効力ヲ生セサル場合ヘハ甲カ後日乙ノ不動産ヲ讓受ケテ更ニ之ヲ丙ニ讓渡スヘキコトノ契約カ甲丙間ニ締結セラレルトキハ丙ハ甲ニ對シテ其物權移轉ノ請求權ヲ取得スヘキモ未タ物權的効力ヲ生セサルカ故ニ丙ハ其請求權ノ假登記ヲ爲スヲ得ス。同條第二號ニ依リテ假登記ヲ爲シ得ルハ既ニ物權的効力ヲ生シ居ル場合ニ限ル。然ルニモ拘ラス同條ニ請求權ナル

語ヲ用キタルハ立法者カ物權契約ト債權契約トヲ混同シ今日ノ所謂物權契約ニテ債權發生ノ餘地ナキ契約ノ場合ニ於テモ一旦ハ債權發生シ其結果物權ノ設定移轉變更ヲ生スルモノト誤解シタルカ爲メ也ト云ハサルヘカラス。

右述ノ如クナルヲ以テ民法カ債權ト云フモ例ヘハ債務者ニ屬スル特定物ニ關スル物權ノ移轉ヲ目的トスル選擇債權ナルトキハ選擇ト同時ニ當然物權ノ移轉ヲ來スコト疑ナキカ故ニ乙說ノ不當ナルヤ論ヲ竣タス。而シテ又例ヘハ甲カ自己所有ノ土地又ハ家屋ヲ選擇シテ乙ニ讓渡スヘキ契約ヲ爲ストキハ此ニ乙ハ選擇債權ヲ取得シ將來其土地又ハ家屋ノ所有權ヲ取得スヘキ物權的効力ヲ生スルモノナルモ其選擇アルマテハ其土地及家屋ハ依然トシテ甲ノ所有ナルカ故ニ甲ハ自己ノ有スル權利ノ範圍ニ於テ之ヲ第三者ニ讓渡シ第三者モ亦乙ノ權利ヲ害セサル範圍ニ於テ之ヲ讓受ケ得ルモノトス。而シテ此ニ乙ノ權利ヲ害セサル範圍ニ於テト云フハ選擇ノ結果所有權カ乙ニ歸屬スルコトヲ妨ケサル状態ニ於テト云フコト也。然レトモ其選擇ノ效果カ適及スルモノトスルトキハ第三者ハ無權利者ヨリ讓受ケタルコトトナリ其讓受後選擇マテニ取得シタル果實ノ返還、必要費ノ償還等(民一八九。一) 九六等參照 複雑ナル關係ヲ生スルノミナラス不當ニ第三者ノ利益ヲ犧牲ニシテ乙ノ利益ヲ保護スルカ如キ結果トナリ妥當ヲ缺クカ故ニ第四一一條但書ハ第三者ノ權利ヲ喪失セシムヘキ關係ニ於テハ適及効ヲ生セシメス唯將來ニ向テ其効力ヲ生セシム

ルノ法意也ト解セサルヘカラス。文理解釋ニ依ルモ右但書ハ選擇カ遡リテ其效力ヲ生スルノ結果第三者ノ權利ヲ害スルコトナカラシムルノ法意タルニ止マリ將來ニ向テ其效力ヲ生スル結果第三者ノ權利ニ影響スルコトアルモ之ヲ阻止スルノ法意ニ非サルコト明也。故ニ其選擇債權發生後第三者ノ讓受ケタル土地又ハ家屋カ選擇セラレタルトキハ其土地又ハ家屋ハ第三者ヨリ乙ニ移轉スルモノニシテ選擇債權者ノ爲メ假登記アル場合ニ此事ハ第三期ノ豫期スヘキ所ナルカ故ニ第三者ハ意外ノ不利益ヲ受クルモノト云フヲ得ス。然レトモ假登記ナキトキハ選擇債權者タル乙カ其第三者ニ對抗シ得サル場合ヲ生スヘキコト勿論也。反之、乙ノ爲メ假登記アルトキハ乙ハ其假登記後ニ權利ヲ取得シ本登記ヲ爲シタル第三者ニモ對抗シ得ヘク選擇ト同時ニ第三者ノ權利ハ當然乙ニ移轉スヘキ也。然レトモ如何ナル場合ニモ第三期ハ遡リテ其權利ヲ失フコトナク第四一一條ニ但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ストアルハ即チ此事ヲ謂フニ外ナラス。左レハ甲説カ選擇債權者カ第三期ノ權利取得前豫メ假登記ヲ爲シ置クトキハ其不動産ニ付右但書ノ適用ナシトスルハ採リ難ク明ニ明文ニ反シ且實際上不當也。乙説ノ非ナルヤ更ニ言フ俟タス。又丙説カ選擇債權假登記後選擇前第三者カ權利ヲ取得シ其登記ヲ爲ストキハ其不動産ノ選擇アリタル場合ニ於テモ債權者カ第三期ノ權利ヲ排斥シ得サルモノトナスハ右但書ノ誤解ニシテ第三者カ惡意ヲ以テ選擇債權者ノ權利ヲ侵害スルコトヲモ許容スルコトトナリ第一二八條第

一二九條不動産登記法第二條ノ精神ニモ反ス。丁説ハ丙説ト同様ノ缺點アルノミナラス債權者ノ物權取得カ遡及シテ第三期ノ取得當時讓渡人タル債務者カ無權利者ナリシコトトナルコトヲ認メナカラ仍ホ第三期ノ權利取得ヲ有效トスルノ不合理アリ且對抗要件具備前ニ於ケル物權カ共有者ニ非サル債權者及第三期ニ兩屬スルコトヲ認ムルモノニシテ事物ノ性質ニ反ス。

(ニ) 選擇債權ハ選擇債權者一方ノ意思表示ニ依リテ之ヲ行使シ以テ法律上ノ變動ヲ生セシムルコトヲ目的トス。故ニ一種ノ形成權也(同旨鳩山五八)。

B 他ノ給付ノ不能 選擇債權ハ又其目的タル給付ノ中履行不能ナルモノアルニ因リテ特定スルコトアリ。其場合三アリ。次ノ如シ。(イ)當初ヨリ給付ノ不能ナルモノアル場合、(ロ)後ニ至リ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ給付ノ不能トナリタルモノアル場合、(ハ)選擇債權ヲ有スル者ノ過失(此過失ハ廣義ニテ責ニ歸スヘキ事由ノ義ト解ス三七a參照)ニ因リテ給付ノ不能トナリタルモノアル場合、以上三種ノ場合ニ於テ尙殘存スル可能ノ給付中ヨリ更ニ選擇スヘキトキハ其可能ノ給付ニ付依然トシテ選擇債權存在スルモ更ニ選擇ノ餘地ナク殘存スル給付全部ヲ履行スヘキ場合ニ於テハ選擇債權ハ此ニ特定ス(民四一〇。立法論トシテハハノ場合ヲ選擇債權ヲ有スル債務者ノ過失ニ限ル方カナラン。尙勝本一九六參照)。而シテ此特定ハ唯將來ニ向テノミ效力ヲ生シ遡及效ヲ生セス。是レ選擇權行使ノ場合ト異ナリ其遡及效ヲ認ムヘキ特別ノ規定ナケレハ也。

右ノ場合ト異ナリ選擇權ヲ有セサル當事者ノ過失(故意ヲ)ニ因ル給付不能ノ場合ニハ選擇權ハ依然トシテ存在シ選擇債權特定セス(民四一)。選擇權ヲ有スル當事者ト有セサル當事者ノ共同過失ニ因ル給付不能ノ場合亦同シト解ス(同旨勝本一)。此ニ當事者ト云フハ債權債務ノ當事者ニシテ即チ債權者又ハ債務者也。

一ノ給付ノ一部カ不能トナリタル場合ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナシ。若シ特約アルトキハ是ニ依ルコト勿論ナルモ、特約ナキトキハ一部不能ノ爲メ其給付ヲ受クヘキ債權發生ノ目的ヲ達シ得サルヤ否ヤニ依リテ區別シ、達シ得サル場合ニハ其ノ給付カ不能ナルト同視シ、達シ得ル場合ニハ可能ナルモノトシテ取扱フヘキモノト解ス(同旨鳩山六一。富井一九三。吾孫子七五。勝本一九九等)。

第七節 任意債權

二六 任意債權(Schuld mit Ersetzungsbefugnis; S. mit alternativer Ermächtigung; obligatio facultativa)トハ債務者ニ於テ債權ノ目的ニ非サル限定セラレタル他ノ給付(代用)ヲ爲スニ因リテ其債務ヲ免レ得ヘキ債權、若ハ債權者ニ於テ其債權ヲ他ノ一定ノ債權ニ變更シ得ヘキ債權ニシテ、前者ハ之ヲ債務者ノ任意債權ト云ヒ、後者ハ之ヲ債權者ノ任意債權ト云フ。例ヘハ馬一頭ヲ給付スヘキ債務者カ馬ノ給付ヲ欲セサルトキハ金千圓ヲ給付シテ其債務ヲ免レ得ヘキ場合ニ於ケル其債權ノ如キハ債務者ノ任意債權

代用給付

一部不能ノ場合

也。又債權者ニ於テ其馬ノ給付ヲ受クルヲ欲セサルトキハ馬ニ代ヘテ金千圓ヲ請求シ得ヘク、其千圓ノ請求アリタルトキハ馬ノ債權ハ消滅シテ金千圓ノ債權トナル場合ニ於ケル其馬ノ債權ノ如キハ即チ債權者ノ任意債權也。債權ノ目的タル給付カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ不能トナリタルトキハ任意債權ハ爾後損害賠償ニ付キ存続ス(結果同勝本二〇三)。

債權カ任意債權トナルハ例ヘハ第四六一條第二項ノ場合若ハ第七二三條ニ依リ損害賠償ニ代ヘ名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ヲ請求スル場合ノ如ク法律ノ規定ニ依ルコトアリ、又當事者ノ契約ニ依ルコトアリ。而シテ當事者ノ契約ニ依リテ債務者ノ任意債權トナスハ即チ代物辨濟(民四八二尙)ノ豫約也ト云フヲ得ヘシ(同旨梅二五五。中島二五三。反。一一〇參照)ノ豫約也ト云フヲ得ヘシ(對勝本二〇二。磯谷二一六等)。債權ノ目的タル給付カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ一部不能トナルトキハ特別ノ事情ナキ限り代用給付モ亦其割合ニ應シテ減少ス(同旨勝本二〇五)。

第八節 損害賠償債權

二七 總說 (1) 損害(Dannum; Schaden;)トハ或事實ニ因リテ被ル財産的又ハ非財産的ノ不利益也。損害ニ積極的損害(dannum emergens)ト消極的損害(lucrum cessans; negativer Schaden)トアリ。前者ハ既存ノ利益ノ滅失又ハ減少ニシテ後者ハ將來ノ利益ノ獲得ヲ妨ケラレタルコト也。

(2) 損害賠償トハ他人ノ受ケタル損害ヲ填補スルコト也。其方法ニ原則トシテ見ルヘキモノニアリ。金錢ノ支拂ニ依ル方法ト事實的原狀回復ノ方法ト是也。我民法(四一七。七二)ハ前者ヲ原則トシ當事者カ別段ノ意思表示ヲ爲シタルトキ又ハ法律ニ別段ノ規定アルトキハ之ニ從フヘキモノトス。反之、獨逸民法(二四九乃)ハ原狀回復ノ方法ニ依ルヲ原則トス。而シテ右別段ノ意思表示ハ默示ニテモ可ナルコト勿論ニシテ例ヘハ租ノ消費貸借ニ於テ月一分ノ利率ノ約定アルトキハ反對ノ事情ナキ限り元本債務不履行ニ因ル損害モ同率ノ利率ヲ以テ賠償スヘキ旨ノ別段ノ意思表示カ暗黙ノ間ニ爲サレタルモノト解スルヲ相當トス(損害賠償トシテ利率相當ノ租ノ請求ヲ是認シタル判例學説アリ正一〇、五、一八六判民錄九三九。同旨)。

(3) 損害賠償債權トハ他人ヨリ損害ノ填補即チ賠償ヲ受クル債權也。其債權發生ノ原因種々アリ。債務ノ不履行及不法行爲ハ其主ナルモノナルモ、此二者ニ限ラス其ノ他ニモ之アリ。法律(例、民一七。二〇九。二二)ニ特ニ規定スル事實又ハ保險契約ノ如キ是也。

(4) 債務不履行ニ因ル損害賠償債權カ本來ノ債權ト同一ナリヤ否ヤニ付テハ議論アリ。積極説ヲ通説トシ消極説ハ少數也(川名二八六。乾氏志林一)。而シテ積極説ハ債權ノ同一性ヲ認メ是ニ因リテ時効ノ起算點ヲ本來ノ債權ニ付テ定メ且擔保權ノ存續ヲ認メントスルモノ也。然レトモ本來ノ債權カ履行不能トナリタル爲メ發生シタル損害賠償債權ノ如キハ前者ノ消滅ヲ原因トスル

損害賠償債權ハ本來ノ債權ト同一ナリヤ

モノナレハ其消滅ノ結果發生シタル債權ヲ消滅シタル債權ト同一ト云フカ如キハ全ク矛盾セル不條理ノ觀念也。殊ニ遲延利息外ノ損害賠償ノ債權ニ付テ考フルトキハ其目的タル給付ノ内容カ本來ノ債權ノ目的タル給付ノ内容トハ全ク別個ニシテ給付ノ内容ハ即チ債權ノ要素ヲ爲スモノナレハ互ニ要素ヲ異ニスル本來ノ債權ト是ニ代ル損害賠償ノ債權ト同一ト云フハ全ク理由ナキ見解也。乃チ時効ニ付テモ損害賠償ノ債權自體ハ本來ノ債權ト別個ナルカ故ニ前者ノ時効ハ其債權發生ノ時ヨリ進行スヘキモノトス(民一六)。而シテ斯ク解スルトキハ實際ノ結果ニ於テモ穩當也。次ニ擔保權ニ付テ考フルニ擔保契約ヲ爲ス者ハ將來債權ノ不履行ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害賠償ノ債權ヲモ擔保スル意思ニテ契約スルモノト解スルヲ相當トスルカ故ニ擔保權ノ存續ヲ認メンカ爲メニモ右損害賠償ノ債權ト本來ノ債權ト同一性ヲ認ムヘキ實益ナク且兩者ハ要素ヲ異ニスルコト前述ノ如クナルヲ以テ其同一性ヲ認ムル通説ハ不當也(五八。民三七。四。四四)。

二八 損害賠償債權成立ノ要件三アリ、左ノ如シ。

A 損害ノ發生 損害賠償債權ノ成立ニハ必スヤ債權者ニ損害發生シタルコトヲ要ス。英米法ニ於テハ名義上ノ損害(Nominal)ト云フモノヲ認メ例ヘハ權利ノ侵害ハ縱令事實上損害ヲ伴ハサルモ法律上損害アリトシテ名義ノ爲メ極メテ少額ノ賠償ヲ爲サシムト云ハル。然レトモ何

損害賠償債權成立ノ要件

等ノ損害ナキニ拘ラス賠償ヲ爲サシムト云フハ全ク不條理ナルカ故ニ所謂名義上ノ損害ハ其實損害ナキニ非スシテ自由ノ侵害ニ因リテ生シタル非財産的ノ損害ヲ意味スルモノト解スルヲ相當トス。

責任原因

B 責任原因ノ存在 責任原因トハ損害賠償債務ヲ負擔スルニ付債務者ニ存スヘキ要件ナリ。責任原因ハ原則トシテ契約ト過失(故意ヲ含ム。一)ニ分ル。之ヲ過失主義(Verschuldungsprinzip)ト云フ。ローマ法以來諸國法制ノ採ル所ニシテ我民法亦之ニ倣フ。而シテ過失ハ常ニ違法性ヲ有ス(被害者ノ過失ニ付テハ二九b(1)参照)。更ニ例外トシテ契約又ハ過失ニ非サル責任原因アリ。廣義ノ不當利得其他法律(例、民一一七)ノ特ニ定ムル關係即チ是也。此ニ廣義ノ不當利得トハ通常ノ不當利得即チ狹義ノ不當利得ヲ包含スルコト勿論ナルモ其外尙一定ノ行爲ニ因リ現實ニ利得ヲ爲ササルコトアルモ一般的ニ觀テ其行爲ニ因リ債權者ニ加フル損害以上ノ利益ヲ直接又ハ間接ニ社會ノ爲メ生セシムヘキカ故ニ其行爲カ法律上許容セラルル場合ニ於ケル其行爲ヲ謂フナリ。例ヘハ近世發達シタル汽車電車造船業ノ如キハ其事業ニ因リテ他人ノ生命身體ヲ害スルコトアルハ通常豫期スヘキ所ナルモ仍ホ其事業ノ許容セラルルハ通常他人ノ生命身體ヲ害スルニ因リテ生スル損害ヨリモ其事業ニ因リテ社會ノ受クル利益カ一層大ナルニ因ルモノニシテ其事業ニ因リテ直接ニ最も大ナル利益ヲ受クル者ハ其事業主ナルカ故ニ其事業ニ因リテ通常生スルコトアルヘキ他人ノ

因果關係
又ハ牽連
關係

損害ハ不當利得ノ法理ニ依リ事業主ニ於テ賠償スヘキモノト云ハサルヘカラス。狹義ノ不當利得ノ外尙右ノ如キ廣義ノ不當利得ヲ認ムル學說ノ他ニ存スルコトハ未タ聞カサル所ナルモ之ヲ認ムルハ理論ト實際ニ適スルモノト信ス。不當利得ノ返還ハ通常損害ノ賠償ト云ハサルモ是レ亦債權者ニ生シタル損害ノ填補ニ外ナラサルカ故ニ性質上損害賠償ノ一種タルヲ失ハス。而シテ第二〇九條第二項ニ依ル損害賠償ノ如キモ不當利得ノ返還ニシテ隣地使用ニ因リテ受クヘキ利益カ其使用ニ因リテ隣人ノ受クヘキ損害ヨリ大ナル場合ニ於テノミ其使用ハ許容セラルヘキモノトス。第二四八條ニ依ル償金ノ如キモ亦一種ノ不當利得ヲ原因トス。

C 因果關係又ハ牽連關係ノ存在 契約又ハ過失カ責任原因タル場合ニハ契約ニ定メタル事實又ハ過失ト損害トノ間ニ因果關係アルヲ要シ、其他ノ事項カ責任原因タル場合ニハ該事項ト損害トノ間ニ因果關係又ハ牽連關係アルヲ要ス。左ニ因果關係並ニ牽連關係ノ意義及因果ト責任ノ關係ヲ説明スヘシ。

(イ) 因果關係 因果關係(Kausalzusammenhang; causality)トハ甲ノ事實ナカリセハ乙ノ事實ヲ發生セス又ハ其發生ノ力ヲ減シタルヘカリシ場合ニ於ケル甲乙ノ關係ヲ謂フモノニシテ、甲ヲ原因、乙ヲ結果ト云フ、例ヘハ甲カ發砲シテ乙ノ頭部ヲ貫キ即死セシメタルトキハ甲ノ行爲ナカリセハ乙ノ死ナカルヘカリシモノナレハ甲ノ行爲ハ乙ノ死ノ原因ニシテ其間ニ因果關係アリ、又甲ト

牽連關係

乙トノ發砲シタル砲丸カ同時ニ丙ノ頭部ヲ貫キ即死セシメタルトキハ甲又ハ乙一方ノ行爲ナカリシモノトスルモ仍ホ丙ノ死ハ生シタルヘキモノナルモ其何レカノ行爲ナカリセハ丙ノ死ヲ來スヘキ力ヲ減シタルヘキモノナルカ故ニ甲乙何レノ行爲モ丙ノ死ノ原因ニシテ丙ノ死トノ間ニ因果關係アリ。左レハ原因ト結果トハ時ヲ異ニシ其間ニ必ス前後ノ關係アルモノトス。廣義ノ牽連關係ハ因果關係ヲ包含シ因果關係ハ即チ前後ノ關係アル牽連關係ヲ意味スルモ因果關係ト區別シテ牽連關係ト云フトキハ狹義ニシテ前後ノ關係ナキ牽連關係ノミヲ意味ス。例ヘハ甲ノ財産ヲ乙カ取得シタルコトカ乙ノ不當利得トナル場合ニハ甲ノ損失ト乙ノ利得トノ間ニハ牽連關係アルモ前後ノ關係ナク隨テ因果關係ナシ。

(ロ) 因果ト責任ノ關係 學者多ク法律學上ノ因果ノ概念ヲ法律ノ目的ニ從ヒテ定メントスルモ是レ全ク因果ト責任トヲ混同スルモノ也。惟フニ因果關係ハ物理上ノ概念ナルカ故ニ因果關係ノ有無ハ單ニ物理的ニ考察スヘク、之ヲ物理的ニ考察シテ因果關係アル場合ニ其結果ニ付責任アリヤ否ヤハ更ニ當事者ノ契約、故意過失、不當利得又ハ法律ノ特ニ定ムル關係ノ有無ニ依リテ決スヘキモノトス。因果關係ニ付適當條件說又ハ相當因果關係說(Theorie der adäquaten)ナルモノアリ。是レ或事實カ現實ノ場合ニ結果發生ノ條件タルノミナラス一般ノ場合ニモ亦同様ノ結果ヲ發生セシムルニ適スルヤ否ヤニ因リテ因果關係ノ有無ヲ定メントスル學說ニシテ此

說ヲ採用スル者多シ。然レトモ此學說モ亦因果ト責任トヲ混同セルモノニシテ正當ナラス。又結果ニ付故意アリテ不法ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ其故意ノ及フ限り如何ニ間接、如何ニ稀有ナル結果ニテモ是ニ付責ヲ負フヘキハ當然ナルニ此說ニ依ルトキハ其ノ責ヲ負ハシメ得サル實際上ノ不都合アリ。惟フニ故意ナキ場合ニ於テハ一般ノ場合ニ通常生スヘキ結果ヲ豫見セサリシトキハ過失アリト云ヒ得ルヲ以テ其ノ結果ニ付テハ責任アルモ稀ニ發生スヘキ結果ニ付テハ通常過失アリト云フヲ得サルカ故ニ縱令因果關係アルモ責任アリト云フヲ得サルヲ普通トス。故ニ故意ナキ結果ニ付テハ相當因果關係說ニ依リテ實際上ノ不都合ヲ生セサルモ是レ其ノ說ノ正當ナルカ爲メニハ非スシテ偶々結果ノ妥當ナルニ過キス。

二八 a 債務不履行ニ因ル損害賠償ノ範圍 民法ハ其範圍ヲ分チテ通常生スヘキ損害ト特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ノ二種トナス(尙其範圍及數額ニ付テハ拙著各九八三以下參照)。

(イ) 通常生スヘキ損害 債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ハ常ニ之ヲ賠償スルヲ要ス(民四一)。通常生スヘキ損害トハ特別ノ事情ニ因リ生シタル損害ト區別シタルモノニシテ其種ノ債務不履行アルトキハ通常生スヘキ損害ヲ謂フ。例ヘハ一日通常十圓ノ純益ヲ得ヘキ機械ノ修繕ヲ託サレタル債務者カ其修繕ヲ十日間遲滯シタル爲メ債權者カ其間機械ノ使用ヲ爲ス能ハス百圓ノ損害ヲ受ケタリトセハ是レ其通常生スヘキ損害ナルカ故ニ債務者ハ之ヲ賠償セサルヘ

通常生スヘキ損害

カラス。

(ロ) 特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害 此損害ハ債務者カ其特別ノ事情ヲ豫見シタル場合又ハ豫見シ得ヘカリシ場合ニ之ヲ賠償スルヲ要ス(民四一)。例ヘハ(イ)ノ設例ノ遲滞ノ中最後ノ三日間ハ債権者カ其機械ニ依ル仕事ヲ第三者ヨリ普通ノ倍額ノ報酬ニテ請負ヒ一日二十圓ノ純益ヲ得ヘカリシモ債務者遲滞ノ結果其請負ヲ爲ス右ノ純益ヲ得サリシ場合ニハ其純益中通常ノ純益ヲ超過スル部分タル三十圓ノ純益ヲ得サリシ損害ハ即チ右ノ如キ有利ナル請負ヲ爲スヲ得サリシト云フ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ニシテ債務者カ此特別ノ事情ヲ豫見シタル場合又ハ豫見シ得ヘカリシ場合ニ於テハ債務者ハ前示十日間ノ通常生スヘキ損害金百圓ノ外尙右特別ノ事情ニ因リテ生シタル金三十圓ノ損害ヲモ賠償スルヲ要ス。法文ニハ當事者カ其事情ヲ豫見シ云々トアレトモ其當事者ト云フハ即チ債務者也。之ヲ通説トス(反對川名)。豫見云々ノ時期ニ付テハ債權成立ノ時ト解スル説ト不履行ノ時ト解スル説(多數)トアルモ前者ハ不當ニシテ後者ハ正確ナラス。相當ノ注意ヲ以テセハ債務ヲ履行シテ其損害ヲ未發ニ防キ得ヘキ時間アル時ト解スルヲ正當トス(同旨勝本三)。乃チ債權成立後ニ至リテ特別ノ損害ヲ生スヘキ事情發生シ債務者之ヲ知リナカラ殊更ニ履行ヲ遲滞シテ其損害ヲ發生セシメタルカ如キ場合ニハ其損害が通常生スヘキ損害ヨリ大ナル場合ト雖是カ賠償ノ責任アルニ反シ既ニ其特別ノ事情ヲ

豫見スルモ爾後相當ノ注意ヲ用キテ仍ホ其損害ヲ防止スルコト能ハサリシ場合ニハ是カ全額賠償ノ責任ナク唯其中ノ通常生スヘカリシ程度ノ損害ヲ賠償スル責任アルニ過キス。要之、特別ノ事情ニ因ル損害ハ債務者カ相當ノ注意ヲ以テセハ履行ヲ爲シ得ヘキ時間ノ餘裕アル時ニ於テ其事情ヲ豫見シタルニ拘ラス又ハ豫見シ得ヘカリシニ拘ラス履行ヲ爲ササルカ爲メ其損害ヲ生シタル場合ニ於テ之ヲ賠償スヘキモノトス。而シテ豫見シ得ヘカリシトハ豫見セサリシコトカ債務者ノ過失ニ出テタルコトヲ謂フ。

二九 損害賠償ノ範圍ニ關スル特別 債務不履行ニ因ル損害賠償ノ範圍ニ關スル原則ハ前述(二八)ノ如クナルモ之ニ對シテ三個ノ例外アリ。損害賠償額ノ豫定、過失相殺及金錢債務不履行ニ因ル損害賠償是也。

二九 a 損害賠償額ノ豫定

(イ) 損害賠償額豫定ノ性質 損害賠償ヲ請求セントスル者ハ損害額ノ立證ニ困難ヲ感シ是カ爲メ其權利ヲ行使スル能ハサル場合少カラス。是レ當事者カ豫メ契約ヲ以テ賠償額ヲ定ムルコトアル所以也。斯ル契約ヲ損害賠償額豫定ノ契約ト云フ。

民法ハ債務不履行ニ因ル損害賠償額ノ豫定ニ付テノミ規定ス(民四〇)。然レトモ當事者ハ其他ノ損害賠償額ノ豫定モ亦爲スヲ得。豫定ノ時期ニ付テハ損害發生前ナルヲ要スル外何等ノ制限ナ

シ。賠償額トハ賠償トシテ給付スヘキ金錢其他ノモノノ數量ヲ謂フ。然レトモ當事者カ金錢外ノモノヲ損害ノ賠償ニ充ツヘキ旨定メタル場合ニハ其額ヲ豫定スルモ第四二〇條ニ所謂損害賠償ノ額ヲ豫定シタルモノニ非ス。蓋第四二一條ニ於テ前條ノ規定ヲ此場合ニ準用スル旨規定スレハ也。

損害賠償額豫定ノ契約ハ債務ノ不履行其他一定ノ事實ニ因リテ通常生スヘキ損害又ハ當事者双方ノ豫見シタル特別事情ニ因ル損害ニ付テノミ締結セラルルモノニシテ當事者ノ一方ノミノ豫見シタル又ハ豫見シ得ヘカリシ特別事情ニ因ル損害ニ付テハ締結セラレズ假ニ締結セラルルモ公序良俗ニ反シ其效ナキモノト解スルヲ相當トス。故ニ例ヘハ毎朝一定ノ馬糧ヲ供給スヘキ債務ノ履行ヲ遲滞スルトキハ債権者ハ幾分高價ニテ急遽他ヨリ買入ノ費用ト手數ヲ要スルニ因リ一回ノ遲滞ニ付損害賠償ノ額ヲ金十圓ト豫定シ置キタルニ或朝債務者カ履行セサルトキハ債権者カ他ヨリ馬糧ヲ得ル能ハスシテ債権者ノ價千圓ノ馬カ餓死スヘキ特別ノ事情アルコトヲ債務者カ知リナカラ履行セサルニ因リ其馬餓死シテ債権者ニ金千圓ノ損害ヲ生シタルカ如キ場合ニ於テハ債権者ハ右豫定ノ十圓ノ外尙千圓ノ賠償ヲ請求シ得ヘキモノトス。次ニ債務不履行ニ因ル損害賠償額ヲ豫定シタル場合ニ於テハ特別ノ意思表示ナキ限り債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ル不履行アリタル場合ニ付テノミ契約シタルモノト解スルヲ相當トス(同旨勝本四五六、中島五九五等)。

賠償額ノ
特別事情ニ
因ル損害ニ

(ロ) 賠償額豫定ノ效力

(1) 賠償額ノ豫定ハ損害ノ發生其モノニ付テモ效力アリトナスヲ多數説トス(正一、七、二六、大判、集一卷四三)

豫定ノ客
體

二。明四〇、二、二大判民錄三六、鳩山八、五。沼一二四、嘉山一二一。我妻一一四等。然レトモ賠償額ノ豫定ハ單ニ事實上生スヘキ損害ニ付賠償

トシテ給付スヘキ額ヲ豫定スルニ止マリ損害ノ發生ヲモ豫定スルモノニ非スト解スルヲ正當トス(同旨石坂三五六、末弘全六五)。然レトモ不履行アルトキハ通常損害ヲ生スルカ故ニ不履行ノ事實ヲ認メ得ル

限リ債権者ハ敢テ損害發生ノ事實ヲ立證スルヲ要セス。債務者之ヲ争フトキハ債務者ニ於テ損害ノ發生セサリシコトヲ立證セサルヘカラス(同旨勝本四、五三以下)。又其損害ノ發生ヲ認ムヘキ場合ト雖

損益相殺(參照三一b)ヲ妨ケス。故ニ例ヘハ米百俵ヲ給付スヘキ債務ニ付其履行ヲ延滞シタルトキハ

一日十圓ノ損害ヲ賠償スヘキコトヲ豫定シタルモ期日ニ履行シタリトセハ其晚火災ニ罹リ悉ク烏有ニ歸シタルヘカリシヲ一日遅延シテ履行シタル爲メ火災ヲ免レタルカ如キ場合ニ於テハ債務者ハ其事實ヲ證明シテ十圓ノ損害賠償ノ請求ヲ排斥シ得ヘキ也。反對論ハ第四二〇條第一項ノ文理解釋ヨリ見ルモ不當也。

豫定額ノ
増減

2) 豫定セラレタル賠償額ハ裁判所之ヲ増減スルヲ得ス(民四三、〇一)。故ニ當事者モ反證ヲ擧ケテ豫定額ヲ動かカスヲ得ス。但利息制限法第五條ハ此原則ニ對スル例外ヲ規定ス。民法ニハ例外ヲ規定セサルモ豫定額カ過大過小ナル爲メ公序良俗ニ反スルトキハ第九〇條ノ精神ニ鑑ミ其豫定

ハ公序良俗ニ反セサル範圍ニ於テノミ效力アルモノト解ス(我妻一五八過大ノ場合ニ全部又ハ一部ヲ無効トスヘキモノトナス)。又賠償額ノ豫定ハ過失相殺(二九b)ヲ妨ケス(同旨勝本四五六。沼一二五)。

(3) 賠償額ノ豫定ト履行ノ請求又ハ契約ノ解除(民四二) 履行遲滯ニ因ル損害賠償額ノ豫定ヲ爲スモ本來ノ債務ノ履行ヲ請求シ得ルヤ論ナシ。此場合ニハ豫定セラレタル損害ノ賠償ト併セテ請求シ得。然レトモ賠償額ノ豫定ニハ一定期間内ニ履行セサルトキ又ハ履行不能トナリタルトキハ本來ノ債務ニ代ルヘキ損害賠償額ヲ豫定スルモノアリ。此場合ト雖辨濟期到來後其期間經過前又ハ履行不能トナラサル間ハ債權者ハ本來ノ債務ノ履行ヲ請求シ得ルヤ勿論ニシテ即チ其賠償額ノ豫定ハ本來ノ債務履行ノ請求ヲ妨ケサルモ、唯其期間經過シ若ハ履行不能トナリタルトキハ之ニ因リ本來ノ債權ハ當然消滅スルカ故ニ債權者ハ唯豫定セラレタル損害賠償ヲ請求シ得ルノミ。

次ニ賠償額ノ豫定ハ如何ナル場合ニモ契約ノ解除ヲ妨ケス。然レトモ解除スルトキハ豫定シタル賠償額ノ全部又ハ一部ヲ請求シ得サルニ至ルヲ原則トス(受贈者カ不履行ヲ理由トシテ贈與ヲ解除シタルカ如キ場合ハ例外也)。即チ債務ノ不履行ナク不履行ヲ理由トセサル解除ノ場合ニハ原狀回復ノ關係ヲ生シ得ルニ止マリ債務不履行ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求シ得サルコト勿論ナルモ債務不履行ヲ理由トスル解除ノ場合ニハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケサルカ故ニ(民五四)豫定セラレタル賠償額ニテモ既ニ發生シタル損害

賠償額ノ豫定ト履行ノ請求

賠償額ノ豫定ト解除

ニ付テハ原狀回復ニ因リ填補セラレサル限度ニ於テ其賠償ヲ請求シ得ヘク又特定ノ時期ニ於ケル本來ノ債務ニ代ルヘキ損害賠償額ヲ豫定シタル場合ニ未タ其時期到來セス本來ノ債務ニ代リテ其豫定セラレタル賠償額ノ債務カ發生セサル間ニ不履行ニ因リ契約解除セラレタルトキハ賠償額ノ豫定ハ其目的ヲ失ヒ解除當時ニ於ケル本來ノ債權ノ價額カ原狀回復ニ因リテ得ヘキ利益ヨリ大ナル場合ニ於テノミ其差額ヲ損害賠償トシテ請求シ得ヘキモノトス。例ヘハ甲カ乙ヨリ米百石ヲ三千圓ニテ買受ノ契約ヲ爲シ米ノ引渡期限六月五日、延滯一日毎ニ損害金三圓ヲ支拂フヘク、七月十日迄ニ引渡ヲ爲ササルトキハ米ノ代リニ損害賠償トシテ金三千三百圓ヲ支拂フヘク、代金支拂期ハ六月末日ト定メタリトセヨ。然ルニ乙カ其引渡ヲ延滯シタルニ因リ六月末日甲カ契約ヲ解除シ同日ノ米百石ノ價三千二百圓ナリシトセヨ。此場合ニ六月末日乙ノ履行アリシモノトセハ甲ノ受クヘカリシ利益ハ米百石ノ價三千二百圓及六月六日ヨリ六月末日迄ノ延滯ニ因ル豫定損害金七十五圓合計金三千二百七十五圓ニシテ其支拂フヘキ代金三千圓ヲ控除シタル殘額二百七十五圓(内七十五圓ハ豫定賠償額)ヲ損害賠償トシテ請求シ得ヘキモ米百石ニ代ル賠償額ノ豫定タル三千三百圓ニ付テハ毫モ請求シ得サルモノトス。何トナレハ其三千三百圓ハ七月十日ノ滿了時ニ於ケル米百石ノ債權消滅ニ因ル損害賠償額ヲ豫定シタルモノニシテ其豫定セラレタル損害即チ七月十日ノ滿了時ニ於ケル損害ハ全ク發生セサルニ至リタレハ也。然レトモ本來ノ債

務ニ付債権者カ既ニ一部ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニハ豫定セラレタル損害賠償ノ額モ割合ヲ以テ計算スヘキモノト解ス(同旨勝本四六七。反之、此場合ニ豫定ハ效力ヲ生)。
(セストスル説アリ。鳩山八六以下。富井二五八)。

(ハ) 違約金 違約金トハ債権者債務者カ債務不履行ノ場合ニ債務者ノ支拂フヘキコトヲ約シタル金銭ヲ謂フ。違約金ハ必スシモ契約ニ違反シタル場合ニ限ラス總テノ債務不履行ニ付之ヲ定ムルヲ得。金銭外ノモノヲ給付スヘキコトヲ約シタル場合ト雖廣義ニ於テハ之ヲ違約金ト稱シ得ヘク法律上ノ效果亦同一ナルモ第四二〇條第三項ニ所謂違約金ニ非ス。同項ニ所謂違約金カ金銭ナルコトハ第四二一條トノ對照上明瞭ナレハ也。

違約金ヲ定ムル目的ハ一ナラス。或ハ債務不履行ニ因ル損害賠償額ノ豫定ナルコトアリ或ハ債務ノ履行ヲ確實ナラシムル爲メ違約罰トシテ定ムルコトアルモ、民法ハ紛争ヲ避ケンカ爲メ賠償額ノ豫定ト推定セリ。故ニ違約金ノ定アル場合ニ其定カ賠償額ノ豫定ニ非スシテ他ノ性質ヲ有スト主張シ相手方之ヲ争フトキハ其主張者ニ於テ之ヲ立證セサルヘカラス。

二九b 過失相殺 (Culpa-compensation)

(1) 意義 債務ノ不履行又ハ不法行爲ニ因ル損害ノ發生ニ付被害者ニモ過失アルトキハ其過失 (eigenes Ver-) ヲ斟酌シテ損害賠償ノ問題ヲ決スヘキモノトスルコト學說立法例ノ殆一致スル所也。學問上之ヲ過失相殺ト云フ。蓋此場合ニハ債権者債務者ノ雙方ニ過失アルヲ原則トス

レハ也(例外ニ付テハ)。然レトモ法律(民五〇五以下。五七九。)ニ所謂相殺ト大ニ其意義ヲ異ニス(尙三)
(3)(イ)參照。而シテ茲ニ被害者ノ過失ト云フコトニ付學者多ク其過失ハ法律上ノ義務ノ違背ニ非

比(損益相殺)。而シテ茲ニ被害者ノ過失ト云フコトニ付學者多ク其過失ハ法律上ノ義務ノ違背ニ非ス隨テ加害者ノ過失ト意義性質ヲ異ニスト説明スルヲ普通トス。然レトモ其意義性質ヲ異ニスルモノトセハ兩者ノ過失ヲ相殺スト云フハ妥當ナラス。惟フニ凡ソ權利ハ權利者自由ノ判斷ニ依リ適當ニ之ヲ行使シテ自他ノ正當ノ利益ヲ實現セシメンカ爲メニ認めラルルモノナレハ權利者カ相當ノ注意ヲ以テ適當ニ其權利ノ保全行使又ハ處分ヲ爲スコトハ法律ノ要求スル所也ト云ハサルヘカラス。故ニ不注意ノ爲メ自己ノ權利ヲ害スルハ是レ亦法律上ノ義務ニ違背スルモノニシテ茲ニ謂フ被害者ノ過失ト加害者ノ過失トハ毫モ其意義性質ヲ異ニスルモノニ非ス(結果同一。尙拙著純正。法理學九六以下)。隨テ過失相殺ノ觀念ヲ容ス也。然レトモ過失ニ因リテ自己ノ權利ヲ害シタル者ハ即チ他人ノ權利ヲ害シタルモノト云フヲ得サルカ故ニ他人ニ對シテ何等損害賠償ノ義務ヲ負フモノニ非ス。又自己ニ對シテ損害賠償ノ義務ヲ負フコトハ性質上不能ナルカ故ニ自己ニ對スル過失ト他人ニ對スル過失トハ唯其結果ヲ異ニスルニ過キス。

(2) 過失相殺ノ要件次ノ如シ。

(イ) 損害賠償債権ノ成立ニ必要ナル普通ノ要件備ハルヲ要ス。例ヘハ債務不履行ニ付テ云ヘハ其不履行、損害ノ發生及不履行ト損害トノ間ニ因果關係アルヲ要ス。

(ロ) 損害ノ發生ニ付被害者ノ行爲(作爲又ハ不作爲)カ共同原因ヲ成スヲ要ス。第四一八條ハ債務ノ不履行ニ關シト云ヒテ獨逸民法第二五四條ノ如ク損害ノ發生ニ付ト云ハサルモ損害ノ發生ニ付苟モ債權者ノ行爲カ債務者ノ行爲ト共同原因ヲ成ス以上債權者ノ其行爲カ債務ノ不履行ニ付爲サレタルト不履行後ニ爲サレタルトニ依リテ其結果ヲ異ニスヘキ理由ナキカ故ニ同條ハ不履行後ニ爲サレタル場合ヲ除外スル法意ニ非スシテ債權者ノ行爲カ損害ノ發生ニ付共同原因ヲ成スハ寧ロ不履行ノ際ナルヲ普通トスルカ故ニ其普通ノ場合ニ著眼シテ單ニ債務ノ不履行ニ關シト云ヒタルニ過キサレモノト解スルヲ相當トス(結果同鳩山九五。富井二四五。嘉山一〇。川名二二三等。通説也)。

(ハ) 被害者ニ過失アルヲ要ス。即チ損害ノ共同原因ヲ成ス被害者ノ作爲又ハ不作爲カ相當ノ注意ヲ缺キタルコト、換言セハ過失ニ出テタルコトヲ要ス。被害者ノ代理人ノ過失ハ被害者ノ過失ト同視スヘキモノトス(拙著各九。九六參照)。

(3) 過失相殺ノ效果 過失相殺ハ債務不履行ノ場合ト不法行爲ノ場合トニ於テ相違スル所アリ。而シテ其相違點ニアリ。

(イ) 債務不履行ノ場合ニハ賠償ノ責任又ハ賠償額ヲ定ムルニ付債權者ノ過失ヲ斟酌スルニ反シ、不法行爲ノ場合ニハ單ニ賠償額ヲ定ムルニ付被害者ノ過失ヲ斟酌シ得ルニ止マリ被害者ニ如何ナル過失アルモ故意過失アル加害者ニ全ク責任ナキモノト爲スヲ得ス(民七二) 第四一八

債務不履行ノ場合

條ニハ損害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付斟酌ストアルモ、其及ヒト云フハ又ハノ意也(同

一〇一)。蓋責任ヲ定ムルニ付斟酌シテ責任ナシトスルトキハ賠償額ヲ定ムル必要ナク、又賠償額ヲ定ムルニハ責任アルコトヲ前提トシ責任ニ付テノ斟酌ト賠償額ニ付テノ斟酌トハ兩立シ得サルモノナレハ也。而シテ民法カ債務不履行ノ場合ト不法行爲ノ場合ニ付右ノ如ク異ナレル規定ヲ設ケタルハ主トシテ不法行爲ニ因ル損害賠償責任ノ發生ニハ故意過失ヲ要件トスル明文(民七〇九)アルニ反シ債務不履行ニ因ル損害賠償責任ノ發生ニ付テハ斯ル明文ナキニ因ル。即チ後

者ニ付テモ原則トシテ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由即チ債務者ノ過失又ハ是ト同視スヘキ事實ヲ必要トスルモノト解スヘキコト後述(三七)ノ如クナルモ、民法ニ所謂不履行ニハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ナキトスヘキ事由ナキ不履行ヲ包含スルコト第四一五條前段第四一九條ニ依ルモ明瞭ニシテ、第四一八條ハ斯ル不履行ヲモ眼中ニ置キ債權者ニ過失アルト共ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由アルトキハ額ヲ定ムルニ付斟酌スヘキモノトシ又債權者ニ過失アリテ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ナキトキハ責任ニ付斟酌スヘキ場合(例、債務者ニ於テ利殖不能ナリシ場合)ト額ヲ定ムルニ付斟酌スヘキ場合(例、債務者ニ於テアリトノ法意ニテ右各種ノ場合ヲ一括シテ規定シタルモノト解スルヲ相當トス。然ルニ不法行爲ノ場合ニ加害者カ損害賠償ノ責任ヲ負フニハ故意過失アルヲ要スルコト第七〇九條ニ依リ明白ニシテ加害者ニ故意過失アル以上被害者ニ過失アルモ是カ爲メ加害者ニ責任ナキモノトスル

理由ナキカ故ニ其責任ヲ斟酌シ得ル規定ヲ設クヘキモノニ非ス、唯賠償ノ額ヲ定ムルニ付斟酌スヘキヤ否ヤヲ決スヘキモノニシテ之ヲ規定シタル第七二條第二項ノ趣旨ハ次ニ(ロ)ニ説明スル如クナルカ故ニ過失相殺ハ債務不履行ノ場合ト不法行為ノ場合トニ於テ實質上大差ナク彼此毫モ權衡ヲ失ハス。

(ロ) 債務不履行ノ場合ニ付テハ「裁判所ハ斟酌ス」ト規定スルニ反シ不法行為ノ場合ニ付テハ「裁判所ハ斟酌スルコトヲ得」ト規定ス。故ニ債務不履行ノ場合ニ損害ノ發生ニ付債權者ノ過失アリタルトキハ裁判所ハ必ス賠償ノ責任又ハ額ヲ定ムルニ付斟酌スルヲ要ス。反之、不法行為ノ場合ニハ損害ノ發生ニ付被害者ノ過失アリタル場合ト雖必スシモ賠償額ヲ定ムルニ付斟酌スヘキモノニ非ス。第七二條第二項ハ斟酌スルコトヲ得ト規定シ斟酌スルト否トハ裁判所ノ隨意ナルカ如クナレトモ其實然ラス。即チ加害者カ被害者ノ過失ヲ豫期シ又ハ其過失ニ乘シ故意ニ加害行為ヲ爲シタル場合ニハ縱令被害者ノ過失カ損害ノ共同原因ヲ成シタル場合ト雖其賠償額ヲ定ムルニ付斟酌スヘキモノニ非サルモ其他ノ場合ニ於テハ之ヲ斟酌スヘキモノ也。例ヘハ甲カ乙所有ノ牛一頭ニ病氣ヲ感染セシメ更ニ乙ノ不注意ニ因リ其所有ノ牛數十頭ニ傳染セシメシコトヲ企テ右ノ一頭ニ感染セシメタルニ果シテ乙ノ不注意ニ因リ更ニ右數十頭ニ傳染セシメ損害ヲ増大シタルカ如キ場合ニ於テハ裁判所ハ被害者乙ニ過失アリタルノ故ヲ以テ賠償

不法行為
ノ場合

斟酌ノ標
準

額ヲ定ムルニ付之ヲ斟酌シ得ヘキモノニ非サルモ若シ此設例ノ場合ニ右ノ如キ企テ甲ハ唯過失ニ因リ一頭ニ感染セシメタルモノナルトキハ賠償額ヲ定ムルニ付乙ノ過失ヲ斟酌スヘキモノ也。斯ノ如ク斟酌スヘキ場合ト斟酌スヘカラサル場合トアルニ拘ラス之ヲ區別セス一括シテ規定スルニハ「斟酌スルコトヲ得」ト規定スルノ外ナキモ、之ヲ區別シテ規定セザリシハ宜シカラス。然レトモ其解釋ハ右ノ如ク區別スヘキモノニシテ事實認定ノ結果斟酌スヘキ場合ニ斟酌セス斟酌スヘカラサル場合ニ斟酌シタルトキハ上告ノ理由トナル(反對正九、一一、二六六判例、民錄一九二一頁、通説モ反對)。斟酌ヲ爲スニ付何ヲ標準トスヘキカハ明文ノ規定ナク議論ノ存スル所ナルモ、責任ヲ定ムルニ付斟酌スヘキヤ否ヤニ關シテハ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ナキヤ否ヤヲ一ノ標準トスヘキコト(イ)ノ説明ニ依リテ明也。而シテ額ヲ定ムルニ付斟酌スヘキ場合ニ於テハ債權者ノ過失ナカリシモノト假定シテ仍ホ發生シタルヘカリシ損害ノ額明ナルトキハ其額ヲ以テ賠償スヘキ額ト定ムルヲ相當トシ、斯ル額明ナラサルトキハ一定ノ標準ナク裁判所ハ只適宜斟酌スルノ外ナキモノト信ス。

二九c 金錢債權ニ關スル特則 金錢債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ニ付テハ次ノ如キ種々ノ特則アリ。

(1) 金錢債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ハ唯履行遲滯ニ因ル損害賠償ニ限り、履行不能ニ因ル

損害賠償ナシ。

(2) 損害賠償ノ額ハ實際ノ損害如何ニ拘ラス法定利率ニ依リテ之ヲ定ムルヲ原則トシ(民四一四〇四。)、次ニ示ス(イ)(ロ)(ハ)(ニ)ノ如キ例外アリ(尙三〇)。

(イ) 金銭債権ニ付約定利率アリテ其利率カ法定利率ヲ超ユルトキハ約定利率ニ依ル(民四一書)。

(ロ) 損害賠償額ノ豫定又ハ違約金ノ定アルトキハ之ニ從フ(民四二〇。但利息制限)。

(ハ) 法律ニ特別ノ規定アルトキハ是ニ依ル(例、民)。

(ニ) 當事者カ實際生シタル損害額ヲ賠償スヘキ旨特約シタルトキハ是ニ依ル(同旨鳩山一〇一。五一五。沼一二〇等。多數說也。反對富井二六三以下。横田三五九)。

約定利率又ハ法定利率ニ依ル損害賠償ノ債權又ハ其目的物ヲ遲延利息、遲滯利息(Verszinsung)若ハ延滯利息ト云フ。

(3) 遲延利息ニ付テハ債務者ハ不可抗力ノ抗辯ヲ爲シ得ス又債權者ハ損害ノ證明ヲ爲スヲ要セス(民四一)。茲ニ不可抗力トハ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ヲ謂フ(民二七四。二七五。三四八。五九四I。七二六。七二八I。七四一。七五二。七五五。七五六。七)。即チ履行期ニ履行セサルコトカ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由(參照三七a)ニ因ル場合ト雖債務者ハ損害賠償トシテ遲延利息支拂ノ義務ヲ

遲延利息

負ヒ債權者ハ其損害發生ノ事實ヲ證明スル必要ナシ。由來金銭ハ用途多方面ニシテ金銭債務ノ履行遲滯ニ因ル事實上ノ損害及其額ヲ證明スルコト頗ル困難ナルノミナラス金銭ハ通常利殖シ得ルモノナルカ故ニ法律ハ金銭債務ノ履行遲滯ニ因リ當然損害ヲ生スルモノトシ其賠償額ハ法定利率又ハ之ヲ超過スル約定利率ニ依ルヘキモノトナシタル也。

(4) 利息又ハ遲延利息ニ對シテハ契約又ハ第四〇五條其他法律ノ規定ニ依リ之ヲ元本ニ組入ルルニ非サレハ更ニ遲延利息ヲ生セス(同旨正六、三、五、大判民錄四一一。獨)。

三〇 金銭債務ノ不履行ニ因ル遲延利息外ノ損害賠償

金銭債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依ルヲ原則トス。而シテ通説ハ前記例外(二九c(2)(イ)ノ場合ノ外之ヲ超過シ得サルモノトナス。然レトモ惟フニ第四一九條ハ金銭債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償額ヲ定メタルニ過キスシテ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ノ賠償額ヲ定メタルモノニ非ス(獨民二八)。(八I參照)。例ヘハ甲カ履行遲滯中ノ利息年六分ノ金百圓ノ債務ヲ即時履行セスハ債權者乙カ一萬圓ノ損失ヲ受クヘキ特別ノ事情アルコトヲ知りナカラ而モ即時履行シ能フニ拘ラス乙ニ其損害ヲ受ケシメンカ爲メ故意ニ履行セスシテ乙ニ一萬圓ノ損害ヲ受ケシメタルカ如キ場合ニ於テモ甲ハ單ニ年六分ノ遲延利息ノ外何等損害賠償ノ責ナシトナスノ如何ニ不都合ナルカハ言ハスシテ明也。故ニ金銭債務不履行ニ因ル損害ニシテ特別

ノ事情ニ因リテ生シタルモノト雖是ニ付債務者ニ故意過失アルトキハ之ヲ賠償セサルヘカラス。但債務者履行セント欲スルモ資力ナキ爲メ履行スルコト能ハサルトキハ故意過失アルモノト云フヲ得ス。而シテ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ハ争アル場合ニ於テハ債權者之ヲ立證スルヲ要シ債務者ニ於テハ故意過失ナキコト又ハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲シ得ヘキコト勿論也。

三一 賠償ニ因ル代位(subro- gation)

(1) 意義 債權者カ債務者又ハ第三者ヨリ損害ノ賠償トシテ債權ノ目的タル物又ハ權利ノ價額ノ全部ヲ受ケタルトキハ右ノ債務者又ハ第三者ハ其物又ハ權利ニ付當然債權者ニ代位ス(民四二二。同條ニ所謂債務者ハ右ニ云フ全部ヲ給付シタル者ヲ)。之ヲ賠償ニ因ル代位ト云フ。債權者ニ二重ニ利得セシメサル爲メローマ法以來諸國ノ法律ニ認メタル制度也。而シテ第四二二條ハ債務不履行外ノ原因ニ因ル損害賠償ノ場合ニ類推適用アリ。通説也。

代位ノ性質ハ法律ノ規定ニ依ル權利ノ移轉ニシテ讓渡ニ因ル移轉ニ非ス。對抗要件ニ付テハ第一七七條ノ適用アリ。第四六七條ハ準用アルモノト解ス(八三參照。反對勝本四七六以下。鳩山一〇三。余ハ第一七八條ハ第一九二條アルニ因リ存在ノ價值ナク隨テ)。而シテ第四二二條ニ損害賠償トシテ價額ノ全部ヲ受ケタルトキト云フハ、其支拂アリタル場合ノミナラス代物辨濟(民四二)、供託(民四九四)、相殺(民五〇五)等債權ノ辨濟ト同價値ノ事實アリタル場合ヲ包含ス(同旨、鳩山一〇〇。四。勝本四七五)。

代位ノ性質

(2) 代位ノ物體

代位ノ爲メ移轉スルモノハ權利也。第四二二條ニ債權ノ目的タル物又ハ權利トアル其物ハ本來ノ債權ノ目的タル物ノ所有權ヲ意味シ權利トアルハ其他ノ權利ヲ意味ス。故ニ例ヘハ甲カ乙所有ノ物ヲ乙ニ引渡スヘキ債務ヲ負ヒ自己ノ過失ニ因リ丙ニ竊取セラレタル爲メ其價額全部ヲ賠償シタルトキハ其物ノ所有權ハ當然甲ニ移轉ス。又甲カ乙ノ丙ニ對スル債權ノ取立ヲ委託セラレ其取立ヲ怠リ居ル間ニ丙カ無資力トナリタルニ因リ甲カ右債權本來ノ價額全部ヲ乙ニ賠償シタルトキハ其債權ハ當然甲ニ移轉ス(同旨石坂三。三九以下)。

三一 a 賠償ニ因リ代位シ得ル場合ニ於ケル賠償請求權ノ範圍

(1) 債權ノ目的物毀損ノ場合 例ヘハ甲カ乙所有ノ價百圓ノ材木ヲ乙ニ引渡スヘキ債務ヲ負擔シ、過失ニ因リテ之ヲ毀損シ價五十圓トナリタルトキハ乙ノ受ケタル損害ハ五十圓ニ過キス。故ニ乙ハ其毀損シタル材木ノ引渡ノ外唯五十圓ノ損害賠償ヲ請求シ得ルノミ。然レトモ當事者ハ事前又ハ事後ニ於テ賠償額ヲ定メ實損害ハ五十圓ニテモ仍ホ百圓ノ賠償ヲ爲スヘキコトヲ有效ニ契約シ得ルモノトス。隨テ毀損セラレサル状態ニ於ケル價額ノ全部即チ百圓ヲ賠償額ト定メタル場合ニ乙カ甲ヨリ其百圓ノ辨濟ヲ受ケタルトキハ甲ハ其材木ニ付當然乙ニ代位シ其所有權ヲ取得ス。而シテ一旦其賠償額ヲ百圓ト定メタル以上乙カ其百圓ヲ請求シ得ルヤ論ヲ竣タス。然レトモ其約定ハ特別ノ意思表示ナキ限り直ニ其材木ニ對スル乙ノ所有權ニ影響スヘキ

ニ非サルカ故ニ其百圓ノ辨濟ナキ限リ乙ハ其材木ノ引渡ヲモ請求シ得ヘク、其引渡ヲ受ケタルトキハ右ノ約定ハ效力ヲ失ヒ實損害五十圓ノ賠償ヲ請求シ得ルニ過キサレモノト解ス。

(2) 債務者カ債權ノ目的物ノ占有ヲ失ヒタル場合 例ヘハ(1)ノ設例ニ於テ甲ノ過失ニ因リ丙ノ爲メ其材木ヲ奪取セラレ丙之ヲ所持スル場合ニ於テハ乙ハ未タ其所有權ヲ喪失セサルカ故ニ丙ニ對シテ其材木ノ返還ヲ求ムル物上請求權ヲ有スルコトハ勿論也。然ラハ乙カ甲ノ過失ニ因リテ受ケタル損害額如何ト云フニ其材木ノ價額全部即チ百圓ニ相當スト云フハ一見不條理ナルカ如クナルモ其損害ノ完全ナル賠償方法ハ其材木ヲ債權者乙ニ引渡シテ占有セシムルニ在リ。然レトモ民法ハ金錢ヲ以テ損害ノ賠償ヲ爲スヘキコトヲ定ムルカ故ニ(民四)其材木ノ價額全部ヲ以テ賠償額トナササルヘカラス。隨テ乙ハ甲ニ對シテ其材木ノ價額全部即チ百圓ヲ損害ノ賠償トシテ請求シ得ヘキ也(結果同勝本四七五。石坂三三七。中島)。而シテ甲カ其全部ヲ賠償シタルトキハ當然乙ニ代位シテ其材木ノ所有權ヲ取得シ自己ノ所有權ニ基キ丙ニ對シテ其返還ヲ請求シ得ヘキコト勿論也。若シ夫レ丙ノ奪取後其材木滅失シタルトキハ甲ハ乙ニ對スル損害賠償前ニ於テハ第四六〇條第二號ノ類推ニ依リ丙ニ對シテ豫メ求償シ得ヘク、自ラ乙ニ賠償シタル後ニ於テハ第四四二條ニ依リ丙ニ對シテ求償シ得ヘキモ第四四二條ニ依リ代位ノ關係ハ生セサルモノトス(六二(4)參照)。

三一 b 損益相殺 *compensatio iuri cum damno* (又損得相殺ト云フ。學問上ノ語)

ニシテ法文上ノ語ニアラス(二九b(1)過失(相殺比較參照))。賠償債權者カ加害者ノ違法行爲ニ因リ損害ヲ受ケタルモ尙其行爲ノ結果利益ヲモ受ケタルトキハ損害ヨリ利益ヲ差引キタル殘額ヲ以テ賠償ヲ受クヘキ損害額トナスコト也。是レ民法ニ明文ノ存セサル所ナルモローマ法以來一般ニ認メラルル所ニシテ理論上當然ノコトニ屬ス。例ヘハ債務者カ汽車賃ハ債權者ノ負擔ニ於テ某地ニ急行スヘキ債務ヲ有シ過失ニ因リ普通列車ニテ往キタル爲メ延著シ債權者ハ通常生スヘキ金二十圓ノ損害ヲ受ケタルモ急行券ノ代金五圓ノ負擔ヲ免レタルトキハ差引殘額金十五圓ノ賠償ヲ受クヘキモノトナルカ如シ(尙民五三六。拙著)。差引クヘキ利益ハ右損害ノ賠償ヲ請求スル訴ノ第二審判決ノ基本タル口頭辯論終結ノ時迄ニ生シタルモノニ限ル。而シテ債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ利益タルヲ要セサルモ(反對川名二〇一)債權者ニ同情スル見舞金ノ如キハ差引クヘキモノニ非ス(同旨川名前掲)。

第四章 債權ノ效力

第一節 債務ノ履行

三二 履行ノ意義 債務ノ履行トハ債權ノ目的タル行爲ヲ爲スコトニシテ辨濟ト同義也。唯債權債務消滅ノ點ヨリ觀テ之ヲ辨濟ト云ヒ、辨濟者ノ行爲ノ方面ヨリ觀テ之ヲ履行ト云フ。又債務ノ方面ヨリ觀テ債務ノ辨濟又ハ履行ト云ヒ、債權ノ方面ヨリ觀テ債權ノ辨濟ト云フモ債權ノ履行ト云フコトナシ。

三三 履行ノ態様 債務ノ履行ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ爲スヲ要ス(民四九三)。即チ圓滿ニ爲スヲ要ス。債務ノ本旨ニ從フコトハ信義誠實ノ原則ニ從フコトヲ含ム(獨民二四二。佛民。一部履行ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒタル提供ニ非ス。故ニ斯ル提供ハ債務者ニ遲滯ノ責ヲ免レシムル效力ナキヲ原則トス、然レトモ意思表示又ハ法規(例、手三九一。七。小三四一)ニ依リテ一部履行ノ提供ヲ爲シ得ルトキ、債權者カ特ニ一部ノ請求ヲ爲シタルトキ(一部判決アル場合ニ付テハ五八八末項參照)又ハ債務ノ性質上一回ニ給付スルコトカ不能若ハ著シク困難ナル爲メ全部ヲ數回ニ分チテ給付スル趣旨ニテ提供スルトキハ一部ノ提供モ亦債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ニシテ其部分ニ付債務者遲滯ノ責ヲ免ルルノ效力アリ。給付ノ一部カ不能トナリ債務カ可能部分ニ付殘存スルトキハ殘存債務ヲ其本旨ニ從ヒテ履行スルヲ要ス。履行ニハ量的ニ觀テ全部履行ト一部履行ノ別アリ。又質的ニ觀テ右何レノ履行ニモ本旨履行ト不本旨履行ノ別アリ(四〇參照)。

三四 履行期

履行期 (No. 1118)

ハ又辨濟期ト云フ。

辨濟期ニ三種アリ。第一種ハ一定ノ

辨濟期ニ三種アリ

時期迄ニ若ハ其時期ニ辨濟スヘキ場合ニ於ケル其時期ヲ意味ス、例ヘハ某日限り辨濟スヘシト契約シタル場合ニ於ケル某日ノ取引時間滿了時ノ如キ是也。第三四九條ニ所謂辨濟期ノ如キ亦然リ。第二種ハ債權者カ期間ヲ定ムルヲ要セスシテ辨濟ヲ請求シ得ル時ヲ意味ス。例ヘハ第四〇八條第五〇五條第一項第七〇六條ニ所謂辨濟期ノ如キ是也。第三種ハ債權者カ辨濟ヲ請求シ得ルノミナラス債務者カ現ニ辨濟ヲ爲スヲ要スル時ヲ謂ヒ、其時ニ履行セサルハ即チ債務者ノ遲滯タルヘキモノ也。例ヘハ返濟期限ヲ過キタル借用金ノ債務ノ如キハ此種ノ辨濟期ニ在リ。第五九一條第一項ノ場合ハ貸主カ何時ニテモ辨濟ヲ請求シ得レトモ其請求ニハ相當期間ヲ定ムルヲ要スルカ故ニ未タ第二種ノ辨濟期ニ在ラス。右ノ期間滿了ノ時刻ハ即チ第一種ノ辨濟期トナリ滿了後ハ即チ第三種ノ辨濟期トナル。

債權成立後ニ到來スヘキ履行期ハ常ニ當事者ノ一方又ハ雙方ノ利益ノ爲メニ定メラル。一定時期ノ經過後始メテ履行シ得ヘキ場合ニハ其時期ハ期限ナレトモ履行期ニ非ス。債權者一方ノ利益ノ爲メニ定メタル期限ハ即チ是也。此場合ニハ其期限後ニ非サレハ債務者ハ履行ノ提供ヲ爲シ得ス。爲スモ債務ノ本旨ニ從ヒタル提供ニ非ス。

(イ) 履行期ハ當事者ノ意思表示、法律ノ規定(例、民五、九十一)給付ノ性質其他ノ事情ニ因リテ定マル。

(ロ) 履行期(第一種ノ)ハ初ヨリ確定セルコトヲ要セス單ニ確定シ得ヘキヲ以テ足ル。故ニ其履行期ニハ確定期限(*des certus an, et quando*)ト不確定期限(*des certus an, sed incertus quando*)トアリ。前者ハ到來スル時期ノ確定セルモノヲ謂ヒ後者ハ其確定セサルモノヲ謂フ。債權者請求ノ日ニ履行スヘク定メアル場合ノ如キハ後者ニ屬ス。履行ノ時間ニ付テハ民法ニ規定ナキモ特別ノ意思表示ナキトキハ一般ノ慣習ト信義ノ原則ニ從ヒテ之ヲ定ムヘキモノトス(商五二)。

(ハ) 期限ハ債務者一方ノ利益ノ爲メニ定メタルモノト推定セラレ(民一三六)。故ニ債務ノ履行ニ關スル期限ハ債務者一方ノ利益ノ爲メニ定メタル履行期ナリトノ推定ヲ受ク。隨テ其期限カ債權者ニ於テ履行ノ受領ヲ拒絶シ得ル期限換言セハ其期限後ニ至リ始メテ履行シ得ヘキ期限ナリト主張スル者ハ爭アルトキハ之カ立證責任アリ。債務者一方ノ利益ノ爲メニ定メタル履行期ノ存スル場合ニ拋棄其他ノ事由(例、民一三七)ニ因リ債務者カ期限ノ利益ヲ失ヒタルトキハ爾後期限ノ定ナキモノトナル。履行期アルモ其履行期當時一時的ニ履行又ハ其受領カ不能ナルトキハ履行期ハ自ラ延期セラレ(金錢債務ハ例外、民四一九)其不能ノ止ミタル後履行期到來スヘク、其履行期ハ不確定期限也。

尙履行期ノ效力ニ付テハ第四一二條、第一六六條、第五〇五條、第五四二條等參照。

三五 履行ノ場所 履行ノ場所 (*Leistungs-*)トハ債務ノ履行ヲ爲スヘキ場所ヲ謂フ。故ニ他

ノ場所ニ於テ爲シタル履行ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒタル提供ニ非ス。履行ノ場所ハ當事者ノ意思表示、法律ノ特別ノ規定(例、民五七四。六)給付ノ性質又ハ信義則ニ依リテ定マルコトアリ。而シテ此等ノ事由ニ因リテ定マラサル場合ニ債權者又ハ債務者ノ何レノ住所ヲ以テ履行ノ場所トナスヘキカニ付テハ學說立法例ノ一致セサル所ナルモ、民法ハ特定物ノ引渡ニ付テハ債權發生ノ當時其物ノ存在セシ場所ヲ以テ履行ノ場所トシ其他ノ債務ニ付テハ債權者ノ現時ノ住所ヲ以テ履行ノ場所トナス(民四八四)。現時ノ住所トハ現實履行ヲ爲ス時ノ住所ヲ謂フモノニシテ債權發生ノ時又ハ履行期ニ於ケル住所タルヲ要セス(尙民二)尙履行ノ場所ノ效力ニ付テハ第四〇三條、民訴法第五條參照。

三六 債務者カ任意ニ履行セサル場合ノ債權ノ效力

(1) 債務者カ任意ニ履行セサル場合ニ債權者ハ債權ノ效力トシテ其履行ヲ請求シ若ハ裁判所ニ對シテ其履行ヲ債務者ニ命スル判決ヲ求メ得ルコト勿論也。然レトモ債務者カ其判決ニ從ハサル場合ニ債權者ハ如何ナル救済ヲ求メ得ヘキ乎。古代ローマ法ニ於テハ對人執行(*Personal-*)ノ主義ヲ採リ債務者ヲ監禁シテ給付ヲ強制シタルコトアルモ其後極端ナル對物執行(*Real-*)ノ主義ヲ生シ債權者ハ唯債務者ノ財産ニ就キ損害賠償ヲ受クル外ナキモノトナシ、フランス民法(一一四二)ハ物又ハ代替的ノ給付ニ非サル給付ニ付此主義ヲ採リタリ。然レトモ債權ハ債務者

任意ノ履行ナキ場合ニ總テ皆損害賠償債權トナルノ外ナシトセハ債權ノ效力ハ餘リニ薄弱ニシテ社會ノ實際ニ適セス。左レハトテ對人執行ノ主義モ亦不可ナルカ故ニ我民法ハ第四一四條ニ於テ債務ノ履行カ可能ナルニ債務者任意ニ履行セサルトキハ直接又ハ間接ノ強制執行ヲ裁判所ニ請求スル權利ヲ債權者ニ認め尙債務者ノ不履行ニ因ル損害アルトキハ其賠償ヲ請求シ得ルコトヲ定ム。

(2) 第四一四條ハ債權者カ訴權ト強制執行請求權トヲ有スルコトヲ定メタル規定也トスル學說雄本氏京法七卷一號一三アルモ、訴權ヲ規定シタルモノニ非サルコトハ同條ノ強制履行ト云フ語ヨリ見ルモ將タ第一項ト第二項ノ對照上ヨリ考フルモ明瞭ニシテ第一項乃至第三項ハ債權者カ強制執行請求權ヲ有スルコトヲ規定シタルモノトス。通說也。惟フニ債權ハ債務者ノ一定ノ行為ヲ目的トス。而シテ債務者任意ノ行為ニ非サレハ債務者ノ行為ト云フヲ得サルカ故ニ債權本來ノ效力トシテハ債務者履行セサルトキハ其履行ヲ直接債務者ニ請求シ若ハ其履行ヲ命スヘキコトヲ裁判所ニ訴求シ得ルニ止マリ、債務者任意ノ行為ヲ竣タス強制執行ノ方法ニ依リテ債權ノ満足ヲ得ンカ爲メニハ特別ノ規定ヲ要ス。是レ民法カ債權ノ效力トシテ特ニ同條ノ規定ヲ設ケタル所以也。而シテ民法ハ其手續ヲ規定ス。由來訴訟法ハ權利實行ノ手續ヲ規定スヘキモノナルカ故ニ同法ハ其權利アルコトヲ前提トシ其權利ハ理論上當然認め得ルモノノ外之ヲ實

體法ニ規定スルヲ相當トス。故ニ同條ヲ訴訟法中ニ規定セスシテ民法ノ債權ノ效力ノ規定中ニ置キタルハ其所ヲ得タルモノト云フヘシ(反對石)。

強制履行ノ意義

(3) 直接強制執行(Zwangsvollstreckung)

第四一四條第一項ハ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但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ

此限ニ在ラスト規定ス。其所謂強制履行ノ意義ニ付テハ從來五說アリ。甲說ハ強制執行ト同義也トシ(石坂七)、乙說ハ債務者ヲ強制シ自ラ其債務ヲ履行セシムルコト即チ間接ノ強制執行也トシ(仁井田氏民法)、丙說ハ直接強制執行ヲ謂ヒ間接強制執行ヲ含マストナシ(川名三)、丁說ハ同條ニ付テハ丙說ト同一ニ解シ民法第七三四條ニ付テハ間接強制執行ト解シ(加藤氏法協四卷一號八五。我妻八七。八八)、戊說ハ債務本來ノ内容タル給付其モノノ強制執行ヲ謂ヒ所謂代替執行ヲ包含セサルモノトナス(鳩山一)。余ハ丙說ヲ正當トシ、債務ノ性質カ強制履行ヲ許スモノトハ物ノ給付其他占有移轉ノ給付ヲ目的トスル債務ヲ謂ヒ其債務ハ畢竟金錢其他ノ代替物給付ノ債務、特定セル動産、不動産又ハ人身引渡ノ債務ヲ謂フニ外ナラスシテ(尙(4)參照、幼兒ノ引渡ハ其性質強制履行ヲ許ササルス判例アリ、正元、一二、一九、大判民錄一〇八七)其他ノ債務ハ皆其性質カ所謂強制履行ヲ許ササルモノト解ス。純理ヨリ云フトキハ國家機關ノ力ヲ以テ直接ニ債務者カ任意履行シタルト同一ノ結果ヲ實現シ得ル債務ハ皆性質上強制履行ヲ許ス債務ト云フヲ得ヘク隨テ或種ノ不作爲債務ノ如キハ是ニ屬スヘキ

卑見

不作爲債務ニ付テハ同條(民四)第三項ニ特別ノ規定アルカ故ニ所謂強制履行ヲ許ス債務ニハ不作爲債務ヲ包含セス。

4) 間接強制執行 債務ノ性質カ直接強制執行即チ強制履行ヲ許ササルモノニ作爲債務アリ不作爲債務アリ而シテ其作爲債務ノ内性質上第三者ヲシテ其作爲ヲ爲サシメ得ルモノアリ然ラサルモノアリ。以下場合ヲ分チテ説明スヘシ。

(イ) 代替執行 作爲債務ノ性質上第三者ヲシテ其作爲ヲ爲サシムルモ能ク債權ノ目的ヲ達シ得ヘキモノニ在リテハ債務者カ任意ニ履行セサル場合ニ於テ債權者ハ強制執行トシテ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ其作爲ヲ爲サシムルコトヲ裁判所ニ請求スルヲ得(民四一)。之ヲ代替執行ト云フ。例ヘハ大工カ家屋建築ノ債務ヲ履行セサルトキハ債權者ハ其大工ヲ被告トシテ家屋ノ建築ヲ命スル判決ヲ受ケ其判決ノ執行トシテ債務者ノ費用ヲ以テ他ノ大工ニ其建築ヲ爲サシムヘキ決定ヲ求メテ其建築ヲ爲サシムルコトヲ得ヘキ也(民三三)。代替執行ハ一ノ間接強制執行也。然レトモ斯ル債務ハ通常契約上ノ債務ニシテ債權者ハ債務者ノ不履行ヲ理由トシ契約ヲ解除シテ損害ノ賠償ヲ得(民五四一)。自ラ又ハ第三者ニ委託シテ右債務ノ目的タル作爲ヲ爲スノ簡便迅速ナルニ如カサルカ故ニ代替執行ノ實用稀也。

(ロ) 作爲債務ニ關スル代替執行外ノ間接強制執行 作爲債務ニ關スル間接強制執行ト

テ民法ノ規定スル所ハ單ニ代替執行ノミナルモ、民訴法第七三四條ハ債務ノ性質カ強制履行ヲ許ス場合ニモ亦間接強制執行ヲ爲シ得ルコトヲ規定シ、第一審ノ受訴裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ決定ヲ以テ相當ノ期間ヲ定メ債務者カ其期間内ニ履行セサルトキハ其遲延ノ期間ニ應シ一定ノ賠償ヲ爲スヘキコト又ハ直ニ本來ノ債務ノ履行ニ代ヘテ其價額相當ノ金錢ヲ支拂フヘキコトヲ命スヘキモノトナス(舊民財產編三、八六參照)。故ニ例ヘハ債務者カ受寄物ノ返還ヲ命スル確定判決ヲ受ケタルニ拘ラス任意ニ其返還ヲ爲ササルトキハ債權者ハ第一審ノ受訴裁判所ニ同條末段ノ決定ヲ求メテ之ヲ債務名義(民訴五五九一、七三五、五五八)トシテ金錢執行ヲモ爲シ得ヘキ也。而シテ同條末段ニ直ニ損害ノ賠償云々トアルハ用語當ヲ得サルモ其趣旨ハ唯債權者カ強制的ニ金錢ニテモ辨濟ヲ受ケ得ル途ヲ開キタルニ止マリ本來ノ債務ヲ損害賠償ノ債務ニ變更スルモノニ非サルコト本來ノ債務カ債務者ノ保證債務又ハ第三者トノ不可分債務若クハ連帶債務ナル場合ヲ考フレハ自ラ明白也。而シテ金錢債務モ亦性質上強制履行ヲ許スモノナルモ其強制執行ニ付テハ別ニ民訴法第五六四條乃至第七二九條ノ規定アルノミナラス金錢債務不履行ニ因ル損害賠償ニ付テハ民法第四一九條ノ特別規定アルカ故ニ民訴法第七三四條ハ金錢債務ニ適用ノ餘地ナキモノトス。然レトモ爾餘ノ債務ニシテ特定ノ動産不動産又ハ代替物ノ一定ノ數量ヲ引渡スコトヲ目的トスルモノニ付テハ是ト同一ニ論スルヲ得ス。即チ此種ノ債務ノ強制執行ニ付テハ同法第七三〇條第七三

一條ノ規定アレトモ之ニ依ル強制執行ハ事實上不能ナルコトアリ。又可能ナルモ頗ル困難ナルコトアリ、立法者ハ其執行方法ノミニテハ債權者ノ保護十分ナラサルヲ以テ補充的ニ尙同法第七三四條ニ依ル強制執行ノ方法ヲ定メタルモノト解スルヲ相當トス(結果同横田三一八。左レハ昭五、動産又ハ不動産ノ引渡ヲ目的トスル債權ノ強制執行ハ民訴七三〇乃至七三二ニ依リテ執行得ヘク特ニ民訴七三四ノ如キ迂遠ナル執行手段ヲ採ル必要ナキ旨列示シタルハ民四一四一、民訴七三四ノ明文及社會ノ實際ニ適セサルモノト云フヘシ。尙三八)。

次ニ債務ノ性質カ強制履行モ代替執行モ許ササル作爲債務例ヘハ或有名ノ畫家ヨリ繪ヲ畫キテ給付スヘキ債務ノ強制執行ニ付テハ民法及民訴法ニ明文ノ規定ナキモ同法第七三四條ヲ準用シ得ヘキモノト信ス。即チ斯ル債務ハ債務者任意ニ履行セスハ債權者ハ其履行ヲ受クルノ不能ナルコト例ヘハ受寄者秘藏ノ受寄物ハ受寄者任意ニ返還セスハ寄託者其返還ヲ受クルコト殆不可能ナルト酷似スルモノニシテ其債務ノ強制執行ニ付別異ノ取扱ヲ爲スヘキ理由ナク又他ニ特別ノ規定ナキカ故ニ後者ニ付テノ規定ハ前者ニ準用アルモノト解ス(異趣獨民訴八八八。夫婦同居ノル故民訴七三四ニ依ル間接強制モ許サストノ判例アリ昭五、九、三〇大) 義務ハ性質上強制履行ヲ許ササル故民集九二六。余ハ其間接強制モ良俗ニ反スル故同條ノ準用ナシト解ス)

(ハ) 不作爲債務ノ強制執行 民法ハ不作爲債務ノ強制執行ニ付第四一四條第三項ニ特別規定ヲ設ケ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裁判所ニ請求シ得ル旨規定ス。此除却ハ原狀回復ノ趣旨ニ非スシテ不作爲債務カ尙繼續スル場

合ニ將來ニ向テ其不履行ナキ状態ヲ作出センカ爲メノ除却也。故ニ例ヘハ或土地ニ建物ヲ建築存置セサル不作爲債務ヲ負擔セル者カ其建築存置ヲ爲ストキハ即チ右債務ノ不履行ヲ爲シ居ルモノナレハ債權者ハ同條項及民訴法第七三三條ニ依リ強制執行トシテ債務者ノ費用ヲ以テ他人ヲシテ之ヲ收去セシメ且將來ノ爲メ例ヘハ執達吏ニ其土地ヲ占有セシメ再建築ノ爲メノ立入ヲ禁スルカ如キ適當ノ處分ヲ裁判所ニ請求シ得ヘキモ右ノ債務カ例ヘハ三年間其建築存置ヲ爲サル債務ナルトキハ債務者カ三年内ニ其建築存置ヲ爲スモ債權者ハ三年經過後ニ於テハ右ノ請求ヲ爲シ得ス唯不履行ニ依ル損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキノミ。

(ニ) 意思表示又ハ準法律行爲ヲ爲スヘキ債務ノ強制執行 指名債權讓渡ノ通知(民四)、登記、登録ノ申請ノ如キハ準法律行爲也 第四一四條第二項但書ニ所謂法律行爲及民訴法第七三六條ニ所謂意思ノ陳述ハ意思表示及準法律行爲ヲ意味シ、之ヲ爲スヘキ債務ノ強制執行ハ右兩條ニ之ヲ規定ス。而シテ其規定ニ依リテ執行シ得ヘキ意思表示又ハ準法律行爲ニシテ債權者ヲ相手方トシテ爲スヘキモノアルコトハ之ヲ想像シ得サル所ナルカ故ニ右法條ニ所謂法律行爲又ハ意思ノ陳述ハ畢竟第三者ヲ相手方トシテ爲スヘキ意思表示又ハ準法律行爲ニ外ナラスシテ之ヲ命スル判決確定シタルトキハ債務者ニ對スル普通ノ強制執行手續(民訴五一六乃至五二八參照)ヲ爲ス外尙債權者カ右確定判決ニ執行文ヲ付シタル正本(正本ニ付テハ民訴一五一。一九三。三九二等參照)ヲ其第三者ニ呈示スルニ因

リテ執行セラレ(民訴五一六)、其意思表示又ハ準法律行為アリタルモノト看做サルヘキモノト解スルヲ相當トス。通説ハ此等ノ行為ハ債權者又ハ官廳ニ對スルモノタルヲ要シ判決ハ第三者ニ對シテ當然效力ヲ生セサルカ故ニ第三者ニ對スル意思表示又ハ準法律行為ニ付テハ右法條ノ適用ナシトナス(石坂1 Op. Sentent. C. P. O. § 894 s. 638等參照)。然レトモ官廳モ亦第三者タルノミナラス判決ハ第三者ニ對シテモ效力ヲ生スルヲ事理ノ當然トシ反對ニ解スヘキ根據ナキカ故ニ余ハ右ノ通説ヲ採ラス(尙四五)。大審院判例(明四一、一一二、二)モ民訴法第七三六條ハ第三者ニ對スル意思表示ニモ適用アリトナス(同條ニ相當スル獨民訴八九四ニ付同)。同條ハ債務者カ意思ノ陳述ヲ爲スヘキコトノ判決ヲ受ケタルトキハ其判決ノ確定ヲ以テ意思ノ陳述ヲ爲シタルモノト看做ス旨規定シ、是ニ依レハ恰モ判決ノ確定ト同時ニ其意思ノ陳述ハ爲サレタルモノト看做サレ其效力ヲ生スルモノノ如クナルモ實ハ然ラスシテ唯其判決ノ確定ヲ俟テ始メテ之ヲ執行シ得ヘキコトヲ定メタルニ過キサルモノト解セサルヘカラス。故ニ例ヘハ右ノ判決ニ於テ債務者ニ登記手續ヲ命スルモ其登記申請ト云フ意思ノ陳述ハ第三者タル登記所ヲ相手方トスルモノナレハ其判決ノ確定ト同時ニ登記ノ申請アリタルモノト看做サルニハ非スシテ其確定判決ニ執行文ヲ付シタル正本ヲ債權者カ登記所ニ提出シテ登記ヲ申請スルニ因リテ始メテ債務者モ共ニ申請シタルモノト看做サルヘク(註)又債務者カ第三者ニ對シテ承諾ノ意思表示ヲ爲シ以テ契約ヲ成立セシムヘキ債務ヲ負擔

シ任意ニ其承諾ヲ爲ササルトキハ債權者ハ債務者ヲ相手取リテ其承諾ヲ爲スヘキ旨ノ判決ヲ受ケ其確定ヲ俟テ債務者ニ對スル普通ノ強制執行手續ヲ爲ス外尙其判決ニ執行文ヲ付シタル正本ヲ債權者カ第三者ニ呈示スルニ因リテ其承諾アリタルモノト看做サルヘキモノニシテ其判決ノ確定ト同時ニ其承諾アリタルモノト看做サルヘキモノニ非ス(Friedrich Stein前掲ハ斯ル場合ニ債權者カヲ呈示スルニ因リテ意思表示アリタルト同一ノ效力ヲ生ストナセトモ債權者ノ通知ニ因リテ其效力ヲ生ストナス點ハ採リ難シ)。然レトモ反對給付ノアリタル後意思ノ陳述ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ債權者カ民訴法第五一八條第五二〇條ノ規定ニ從ヒ執行力アル正本ノ付與ヲ受ケ之ヲ債務者ニ送達スル等同法第五二八條所定ノ手續ヲ爲シ且ツ右同様ノ正本ヲ第三者ニ呈示スルニ因リテ判決執行セラレ其意思ノ陳述アリタルモノト看做サルヘキモノト解スルヲ相當トス(民訴七三(六)後段)。

註、執行文ノ要否ニ付テハ議論岐ル。積極說 Gaupp-Stein, C. P. O. 10. Aufl. § 894. II. 消極說加藤氏法協四一卷一〇號一三一以下。實際ノ取扱ニハ消極說ニ依レル事例アリ。又登二七ハ判決ニ因ル登記ハ登記權利者ノミニテ申請シ得ル者規定スレトモ同條ハ前條ヲ受ケタル規定ナル故登記權利者ノミ登記所ニ出頭シテ申請シ得ル旨ノ規定也。隨テ被告ニ登記手續ヲ命スル判決ヲ以テ原告カ出頭シテ登記申請ヲ爲ストキハ其申請ハ前條ニ依リ登記權利者及登記義務者出頭シテ之ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ生スルモノニシテ該申請ハ即チ一面ニ於テハ右判決ノ執行ニ外ナラス。又其申請當時ノ登記義務者ハ被告ノ一般ノ承繼人(例、相續人、包括受遺者、合併會社等)ナルコトモアルヘキカ故ニ右ノ申請ニハ執行文ヲ付シタル判決ノ正本ヲ要スルモノト解スルヲ妥當トス(民訴五一六乃至五一九。五二)。

(5) 損害賠償ノ請求 債權者ハ債務者カ任意ニ履行セサルトキハ強制執行ヲ爲シ得ルモ是カ爲メ履行遅延ニ因リテ既ニ生シタル損害賠償請求權ヲ失フコトナク又強制執行ニ因リテ債權者ノ受ケタル利益カ任意履行ニ因リテ受クヘカリシ利益ヨリ少キトキハ民訴法第七三四條末段ニ依ル強制執行ノ場合ノ外其差額ノ賠償ヲ請求シ得ルモノトス。是レ民法第四一四條第四項ノ規定アル所以也。然レトモ強制執行ヲ爲シ得ルニ拘ラス之ヲ爲サス本來ノ債務ノ履行ニ代ル損害ノ賠償ヲ請求シ得ルモノト誤解スヘカラス(三八)。

第二節 債務ノ不履行

三七 債務不履行ノ意義 債務ノ不履行トハ債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササル事實ヲ謂フ。而シテ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サスト云フコトノ中最モ主ナルモノハ履行遅滯(Mora solvendi)ト履行不能トナルモ十分ニ債務ノ本旨ニ從ハサル履行即チ多數學者ノ所謂不完全履行モ亦債務ノ不履行也(四〇)。然レトモ債務ノ不履行ニ因リテ損害賠償債務ノ發生スルニハ右ノ不履行カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルコトヲ要ス。但金錢債務不履行ノ場合ハ此限ニ在ラス(一九)。而シテ債務者ニハ債務ノ履行ニ付相當ノ注意義務アルカ故ニ債務ノ不履行カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ルコトハ債務者ニ於テ立證セサルヘカラス(結果同正四、二七六判)

民集九七。石坂五八〇。鳩山一。六〇。獨民二八二。瑞債九七等。

三七a 債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ノ意義 債務者ノ責ニ歸スヘキ事由トハ債務者ノ故意

過失又ハ是ト同視スヘキ事實ヲ謂フ。左ニ順次之ヲ説明スヘシ。

(イ) 故意 (dolus) トハ自己ノ行爲ニ因リテ一定ノ結果ヲ生スヘク又ハ生スルコトアルヘキコトヲ知りナカラ其行爲ヲ爲ス所ノ心理状態ヲ謂フ。故意ヲ斯ク説明スル主義ヲ觀念主義又ハ豫見主義 (Vorstellungstheorie) ト云フ。是ニ對シテ意欲主義 (Willens-) ナルモノアリ。後者ハ故意ノ成立ニハ結果ノ認識ヲ必要トスルノミナラス結果ヲ欲スルコトヲ必要ナリトシ前者ハ之ヲ必要ナラストナス。前者ヲ正當トス。此兩主義ハ主トシテ所謂未必の故意 (dolus eventualis) ノ場合ニ其結果ヲ異ニス。例ヘハ二階ヨリ石ヲ街路ニ投スルトキハ或ハ行人ニ負傷セシムルコトアルヘク或ハ何等ノ事故ヲ生スルコトナカルヘシト思惟シ而モ行人ヲ傷ケント欲スルニハ非サルモ其石ヲ投シタルニ行人ヲ負傷セシメタル場合ニハ觀念主義ニ依レハ故意アリトセサルヘカラスアルモ意欲主義ニ依レハ故意ナク只過失アルニ過キスト云ハサルヘカラス。然レトモ民法上ハ過失相殺ノ場合(二九)ノ外故意ニ因ル責任モ過失ニ因ル責任モ被害者ニ對シテ輕重ノ差ナク、數人共同ノ故意又ハ過失アル場合ニハ其數人ニ對シ同一ノ主義ニ依リテ故意カ過失カヲ判斷スヘキカ故ニ何レノ主義ニ依ルモ民法ノ解釋上其結果ヲ異ニスルコトナキヲ原則トス。兩主

故意ト違
法ノ認識

三七a 債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ノ意義

八〇

義カ著シク其結果ヲ異ニスルハ刑事責任ニ付テナリ。
故意ノ成立ニハ違法ノ認識ヲ必要トセス。通説也(反對石坂)。故ニ例ヘハ契約ノ一方ノ當事者
カ相手方ニ侮辱セラレタルニ因リ其契約ヲ履行スル義務ナキニ至リタルモノト誤信シテ違約シ
履行セサル場合ニモ其不履行ハ即チ故意ニ因ル不履行ナリ。

(ロ) 過失 過失 (Culpable Fault) トハ注意ヲ缺クコト即チ不注意ヲ謂フ(一a)。正確ニ云ヘ
ハ不注意ニテ行爲(不作爲)ノ結果ヲ豫見セサルニ因リ其行爲ヲ爲ス所ノ心理状態ヲ謂フ。廣義ノ
過失ハ故意ヲ包含ス(例、民四一〇。四一八。四)。

故意過失
ト意思能
力

故意ハ行爲者ノ意思能力アルコトヲ前提トスルコト勿論ナルモ不注意モ亦意思ノ作用ヲ爲シ
得ルコトヲ前提トスルモノナレハ過失ニモ亦行爲者ノ意思能力ヲ要スルコト勿論也(七一三參照)。

(ハ) 債務者ノ故意過失ト同視スヘキ事實 例ヘハ債務者カ履行ノ爲メ任意ニ使用シタル
被用者ノ過失(故意)ノ如キ是ニ屬ス(結果同、勝本三二二。小町谷氏志林三二卷二號五二。我妻一〇〇。昭四、
商五六〇。五七七。七六六。獨民二七八。五四九。瑞債一〇一。二八)。蓋其過失ハ債務者ノ行爲ノ延長乃至
九。二六四比較參照。又債務者遲滞中ノ不可抗力ニ付テハ三三三(3)參照)。擴張トモ云フヘキモノナレハ也。故ニ其過失モ亦債權者ニ對シテハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由
タルヲ免レサルモノニシテ民法カ第四一五條後段第五三五條第三項等ニ於テ債務者ノ故意又ハ
過失ニ因リト云ハス(民四一〇。七)。特ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リト云ヘルハ即チ斯ル

使用者ノ
過失

轉借人ノ
過失

場合ヲモ包含セシムル趣旨ト解スルヲ相當トシ、第七一五條ノ類推適用アル程度ニ止マルヘキ
モノニ非ス(結果同磯谷二八〇以下。獨民二七八。瑞債一〇一。反對鳩山一六一)。債務履行ノ爲メ鐵道又ハ郵
便ヲ利用セルカ如キ場合ニ於ケル其職員ノ過失ニ付テ云フモ亦同シ(反對勝本三二九。郵便ニ付反對、
尙郵便法一三。郵)。轉借人ハ貸借人ニ對スル目的物保管義務ノ履行ニ付貸借人ノ被用者タルヲ失ハ
尙規則七九參照)。轉借人ノ過失ハ貸借人ニ對シテハ貸借人ノ過失ト同視スヘク(結果同昭四、六、一九大判
六二。尙拙著各五二六)。借家人又ハ其適法ナル轉借人ノ同居ノ家族雇人客人等ノ過失ニ因リテ保管
義務ノ不履行ヲ來シタル場合ニ於テモ此等ノ者ハ少クトモ保管義務履行ノ爲メノ被用者ニ準ス
ヘキモノナルヲ以テ其過失ハ貸主ニ對シテハ借主ノ過失ト同視スヘキモノトス(結果同小町) 多
數說ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ヲ債務者ノ故意過失也トナス(橫田二三六。石坂五六九。中島四七四。
等) 然レトモ余ハ右ノ理由ニ依リ債務者ノ故意過失外ニモ尙債務者ノ責ニ歸スヘキ事由アリト
解ス(結果同明四〇、一一。二大判民錄二〇七一。明四一、二、一) 但少クトモ被用者若クハ是ニ準スヘキ者
ノ故意過失ヲ要スルカ故ニ右ノ場合ニ無過失責任(民三四八。四一九)ヲ認ムルモノト云フハ用語
妥當ナラス。

三八 履行遲滞 履行遲滞ハ又債務者ノ遲滞ト云フ。債務者カ履行ノ可能ナルニ拘ラス自

己ノ責ニ歸スヘキ事由(三七a參照。金錢)ニ因リ第一種ノ辨濟期マテニ又ハ第三種ノ辨濟期(三四)

三八 履行遲滞

八一

ニ履行セサルコトヲ謂フ。債務ハ右辨濟期マテニ又ハ辨濟期ニ履行スルヲ本旨トスルモノナレハ也。

三八a 履行遅滞ノ要件左ノ如シ。

- (1) 債務ノ存在
- (2) 履行ノ可能

(3) 第一種ノ辨濟期(三四)ノ經過 此辨濟期ニハ確定期限ト不確定期限トアリ。

(イ) 債務ノ履行ニ付確定期限アルトキハ其經過ト共ニ履行遅滞トナル(民四一二I。但商五一七スラ)。之ヲ期限ハ人ニ代リテ催告ス(dies interpellat)ト云フ(尙佛氏一一三。九比較参照)。

(ロ) 債務ノ履行ニ付不確定期限アルトキハ、債務者(又ハ其代理人)カ其期限ノ到來ヲ知り又ハ相當ノ注意ヲ以テセハ之ヲ知り得ヘカリシ時ヨリ更ニ怠リナク履行セハ履行シ得ヘキ時間經過ノ時ヨリ遅滞トナル。此場合ハ後ノ時間經過ノ時カ真ノ履行期也。第四一二條第二項ニハ期限ノ到來シタルコトヲ知りタル時ヨリトアリテ知ラサルニ付過失ノ有無ヲ問ハサルカ如クナルモ、過失ニ因リテ知ラサル爲メ履行セサルハ即チ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行セサルモノナルカ故ニ其不知ハ知りタルト同視スルヲ相當トシ(反對川名、一四九)。又同項ニハ知りタル時ヨリ遅滞ノ責ニ任ストアルモ法律ノ趣旨ハ不確定期限ノ到來ヲ知りタル時迄ニ履行スヘキコトヲ命スルニ

非スシテ知りタル時ヨリ怠リナク履行スヘキコトヲ命スルニ外ナラサルカ故ニ右ノ如ク解スルヲ正當トス。不確定期限ノ到來後債權者催告スルモ債務者相當ノ注意ヲ用ヒテ猶期限ノ到來ヲ知り得サルトキハ遅滞ヲ生セサルモノト解ス(是ト異ナリ川名一四九ハ催告アルモ債務者期限ノ到來ヲ知ラザルトキハ遅滞ヲ生セサルモノト解ス(ルトキハ遅滞ヲ生セストシ鳩山一三二我妻九八ハ期限到來後催告アルトキハ遲滞ヲ生ストナス)。

(ハ) 債務ノ履行ニ付期限ノ定ナキトキハ債權者カ請求即チ催告(interpellatio)ヲ爲シ、其催告ニ定メタル相當ノ期間若ハ催告後相當ノ期間經過ノ時ヨリ遅滞トナル。此場合ハ其期間經過ノ時カ即チ履行期也。第四一二條第三項ニハ請求ヲ受ケタル時ヨリ遅滞ノ責ニ任ストアレトモ如何ナル債務ニテモ履行ニハ夫々相當ノ時間ヲ要スルモノナレハ債權者モ履行ノ期間ヲ定メスシテ催告スル場合ニハ請求ヲ受ケタル後怠リナク履行スヘキコトヲ請求スルモノニシテ請求ト同時ニ履行スヘキコトヲ請求スルモノト解スヘカラス。

催告ハ債務者ニ對シ債務ノ履行ヲ要求スル意思ノ通知(Mitteilung)ニシテ到達ニ因リテ其效力ヲ生ス。催告ハ意思表示也トノ學說アルモ(川名三)催告ヨリ生スル效果ハ債權者之ヲ欲シタルコトヲ必要トセサルカ故ニ催告ハ意思表示又ハ法律行為ニ非ス。然レトモ其性質是ニ類似スルカ故ニ意思表示又ハ法律行為ノ規定ノ準用アルヘキ也(同旨石坂四七四。鳩山一)。催告ニハ一定ノ方式ヲ必要トセス。裁判上、裁判外、書面、口頭等何レノ方法ニ依ルモ可也。催告ニ條件ヲ附シ得

三八 a 履行遲滯ノ要件

ルヤ否ヤニ付テハ議論アルモ條件ヲ附スルコトハ毫モ債務者ノ利益ヲ害セサルカ故ニ積極説ヲ正當トス(同旨石坂四八二以下。結果同嘉山一六五。原則トシテ反對鳩山一三三)。催告ノ内容ト當該債務トノ間ニ差異アルモ其債務ニ對スル催告ナルコトヲ債務者ニ於テ認識シ得ヘキ事情アルトキハ有效ナル催告ト云ハサルヘカラス(過大ノ催告ニ付同旨石坂四七八。昭二、三、二二大判民集一三八。正二、一、二、二二大判民集一〇五〇等。通説也。過不及アル催告ニ付同旨横田二三三以下)。

損害賠償ノ債務ハ其發生ト同時ニ遲滯ニ陥ルトノ説アリ(勝本三八二以下。不法行為ニ因ル場合ニ付未開一六五二號二〇。正一〇、一〇。大判民集一八九三。正一五、一、一)。然レトモ根據ナキカ故ニ催告アリテ後履行遲滯ヲ生スルモノト云フヘシ(同旨正七、一〇、一〇。大判民集一八九三。正一五、一、一)。然レトモ損害賠償ノ債務ハ別段ノ意思表示ナキ限り金錢債務ニシテ通常其發生ノ時ヨリ法定利息相當ノ損害ハ更ニ發生スルモノナルカ故ニ履行遲滯ニ因ル損害賠償ノ場合ヲ除キ(三七b。民四〇五參照)債務者ハ未タ遲滯ニ陥ラサルモ現ニ辨濟スルニ當リ損害發生ノ時ヨリ起算シ法定利率ニ依ル損害金ヲ加算シテ支拂フヘキ義務アルモノニシテ(同旨正一〇、四、四。大判民集六二五。正三、六、二。四。大判民集四九三)。結果ニ於テハ債務ノ發生ト同時ニ履行遲滯ニ在ルト同一也。

(4) 債務者ノ責ニ歸スヘキ事由(三七a參照)アルコト(但民四一九ノ場合ハ例外) 履行遲滯ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由アルコトヲ要スルヤ否ヤニ付テハ議論ノ存スル所ニシテ、消極ニ解スル學說判例(川名一五六。岡松無過失三九五。正八、九、一。一。大判民集一六〇七。正六、七、六。二。七。大判民集一五三三)アルモ積極説ヲ正當トス。蓋履行不能ニ因ル損害賠償

債ニ付テ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ヲ必要トスルコトハ第四一五條ニ明記スル所ニシテ理論上履行不能ノ場合ト履行遲滯ノ場合トヲ區別スヘキ理由ナキノミナラス第四一九條第二項ニ於テ遲延利息ニ付テハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲シ得サル旨規定セルハ即チ一面ニ於テ其他ノ債務不履行ニ因ル損害ニ付テハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲シ得ルコト隨テ履行遲滯ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ヲ必要トスルコトヲ示スモノト云フヲ得ヘク、又不法行為ニ因ル損害ノ賠償ニハ故意過失ヲ要件トスルニ拘ラス(民七〇九)債務ノ履行遲滯ニ因ル損害ノ賠償ニハ過失其他債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ヲ要セスト云フハ明ニ權衡ヲ失シ民法ノ精神ニ非サルコト明ナレハ也(結果同石坂四田二三六以下。鳩山一三六以下。我妻九九。正一〇、一、一。二。二。大判評論一〇。卷民法一、二八九。正九、四、五。大判民集四三五。尙前五七七。七六六比較參照)。

右ノ如ク履行遲滯ニハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ヲ必要トスルカ故ニ、債務者カ例ヘハ留置權(民二九五)、同時履行ノ抗辯權(民三五)ヲ有スル場合ノ如ク履行期ヲ過クルモ履行ヲ拒絶シ得ヘキ理由アル場合ニハ履行セシテ履行期ヲ過クルモ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由アリト云フヲ得サルヲ以テ履行遲滯トナルコトナシ(同旨正一〇、六、三。〇。大判民集一、二八七。正九、一、一。二。九。大判民集二五〇。末弘各一五二。横田二三五以下。鳩山一三八等。反對石坂四八一)。

三八 b 履行遲滯ノ效果 履行遲滯ノ效果トシテ舉クヘキモノ左ノ如シ(履行遲滯ノ效果ノ一ト求シ得ルコトヲ學說アリ。鳩山一三八。嘉山一六九。磯谷三一三。余モ先ニ此説ヲ採リタルモ債權者カ履行ヲ請求シ得ルハ履行遲滯ノ效果ニ非スシテ債權カ辨濟期ニ在ルコトノ效果ト解スルヲ相當トス)。

(1) 債權者ハ第五四一條第五四二條ニ依リ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得。

三八 b 履行遲滯ノ效果

(2) 債権者ハ第四一五條以下ノ規定ニ從ヒ履行遲滞ニ因リテ生シタル損害ノ賠償(遲延賠償)ヲ請求スルコトヲ得。然ラハ履行遲滞中ノ不可抗力ニ因リ履行不能トナリタルトキハ如何。債務者ハ是ニ因ル損害ニ付テモ責ヲ負フトナス判例アリ(明三九、一〇、二九)。通説ハ債務者ハ原則トシテ其損害ヲモ賠償スル義務ヲ負ヒ、唯履行遲滞ナクモ仍ホ其損害ノ發生シタルヘカリシトキハ遲滞ト其損害トノ間ニ因果關係ナキカ故ニ例外トシテ是カ賠償ノ義務ナシトナス。然レトモ此見解ハ獨逸民法第二八七條ノ如キ明文ナキ我法制ノ下ニ於テハ明ニ第四一六條ヲ無視シタル解釋也。蓋履行遲滞ノ債務者ハ其遲滞即チ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ヲ賠償スヘク特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ハ債務者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ場合ニ於テノミ之ヲ賠償スヘキ義務ヲ負フモノナルコトハ同條ノ解釋上明白ナレハ也。即チ遲滞後ノ不可抗力ニ因リテ履行不能トナリタルトキハ其履行不能ニ因ル損害ハ遲滞ニ因リテ通常生スヘキ損害ト云フヲ得スシテ却テ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト云フヘク而モ其不可抗力ハ債務者カ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシモノニ非サルカ故ニ債務者ハ其履行不能ニ因ル損害賠償ノ義務ナキモノト云ハサルヘカラス。

履行不能ニ因ル賠償ニテモ其履行不能カ遲滞ノ結果トシテ通常生シ得ヘキモノナルトキハ債務者ハ其不能ニ因ル損害ノ賠償即チ其履行ニ代ル損害賠償ヲ爲ササルヘカラス。又履行遲滞ノ

結果契約ヲ解除セラルトキハ本來ノ債務ハ消滅スルモ其消滅ハ畢竟履行ノ遲滞ニ因リテ通常生スルコトアルヘキ結果ナルカ故ニ債務者ハ其消滅ニ因ル損害即チ本來ノ債務ニ代ルヘキ損害ヲ原狀回復ニ因リテ填補セラレサル限度ニ於テ賠償セサルヘカラス(二九(ロ)(3)第二項參照)。

三八c 所謂填補賠償ノ問題 債務ノ履行ニ代ル損害賠償ヲ學者稱シテ填補賠償ト云フ。

凡ソ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行不能トナリタル場合ニ填補賠償ヲ請求シ得ルコト論ヲ竣タス。然レトモ履行遲滞ノ場合ニ本來ノ債務ノ履行カ可能ナルニ拘ラス債権者ハ仍ホ其填補賠償ヲ請求シ得ルヤ否ヤニ付テハ議論岐レ或ハ絶對的定期行爲ノ場合ニハ請求シ得ルモ其他ノ場合ニハ請求シ得ストナシ(石坂四九)或ハ遲滞後ノ履行カ債権者ニトリ殆利益ナキ場合ニノミ請求シ得ト解シ(我妻一)或ハ契約上ノ債務ニ付テハ遲滞以後ノ給付カ債権者ノ利益トナラサルカ如キ特別ノ事由ナキ限り債権者ハ契約ヲ解除シタル後ニ非サレハ請求シ得ストナシ(正四、一四、二大判民錄九三。正七、二大判民錄六一五)或ハ債務ノ性質カ強制履行ヲ許ササルトキ、遅延シタル履行カ債権者ノ利益トナラサルトキ及債務者カ判決ニ基キ履行ヲ爲ササルトキニ於テノミ請求シ得ルモノト解シ(横田三一)或ハ原則トシテハ請求シ得ルモ唯契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ其請求權ナキモノト認ムヘキ場合及其請求ヲ爲スコトカ信義ノ原則ニ反スル場合ニノミ例外トシテ請求シ得サルモノトシ(鳩山一三)或ハ本來ノ給付ヲ訴求シ得ル原告ハ其強制執行奏效セサル場

合ニ付履行遲滯ニ因ル損害ノ賠償トシテ最後ノ口頭辯論當時ノ價額ヲ以テ本來ノ給付ニ代ル損害賠償ノ豫備的請求ヲ爲シ得ルモノトナス(昭一五、三、一三三判例。民聯、集一九卷五三〇)。然レトモ余ハ民法第七三四條末段ノ適用又ハ準用ヲ求ムル場合ノ外本來ノ給付ニ代ヘテ金錢ノ給付ヲ請求シ得サルモノト解ス。民法第四一五條ハ不履行ニ因ル損害賠償ヲ請求シ得ル旨規定スレトモ其損害タルヤ不履行ニ因リテ既ニ生シタル損害ト解スヘク未タ生セサル損害ヲ包含スルモノト解スヘカラス。而シテ履行遲滯トナルトキハ是ニ因リ既ニ生シタル損害アルヘシト雖、本來ノ債務ハ猶存在スルカ故ニ是ニ代ルヘキ損害ハ未タ發生セス隨テ其賠償ヲ請求シ得サルヤ論ヲ竣タス。換言セハ本來ノ債務ニ代ル損害賠償ノ債務ハ本來ノ債務消滅スルニ非サレハ發生セサル也。然ルニ學者或ハ債權者ハ本來ノ債務ノ履行ヲ請求スルト同時ニ、若シ其履行ヲ爲ササルトキハ是ニ代ル損害賠償ヲ爲スヘシトノ請求ヲ爲シ得ルモノトシ(例、中島五二二以下。遊佐五〇二)、此見解ヲ採レル判例亦少カラス。然レトモ此見解ハ理論上不當ナルコト右ノ説明ニ依リテ明ナルノミナラス結果ニ於テモ甚失當也。例ヘハ米百俵ヲ引渡スヘキ債務アリテ其履行遲滯シタル場合ニ債務者ハ債權者ニ米百俵ヲ引渡スヘシ若シ引渡ササルトキハ損害ノ賠償トシテ金千五百圓ヲ支拂フヘシトノ判決アリトスルモ其所謂引渡ササルトキト云フハ何時迄ニ引渡ササルコトナルカ明瞭ナラス、執達吏カ米百俵ノ強制執行ノ爲メ債務者ノ倉庫ニ到リタルモ執行スヘキ米ナキトキハ金錢ノ強制執行ヲ爲シ

得ルモノト解スヘカラス。蓋右ノ如キ判決ニ米ヲ引渡ササルトキハト云フハ一種ノ條件ト見ルヘク、條件ナルトキハ其金錢ノ執行ニハ民法第五一八條第二項第五二〇條ニ依リ證明書ヲ以テ其條件ノ成就ヲ證シ執行文ノ付與ヲ受ケサルヘカラサルモ如何ナル事實アルニ因リテ其條件成就シタルカヲ知ルヘキ標準ナケレハ也。而シテ若シ債務者が遲滯ナク米ヲ引渡ササルトキハ直ニ是ニ代ル損害賠償ノ履行ヲ爲シ得ルモノトセハ債權者ハ履行遲滯トナルヤ直ニ米又ハ是ニ代ル損害賠償ヲ爲スヘシト云フ擇一的ノ請求ヲ爲シ其裁判ヲ求メ得サルヘカラサルモ斯ル請求ヲ爲シ得ヘキ根據ナシ。加之、前示ノ如キ判決ヲ爲スニハ米百俵ノ價額判定ノ必要アリ、結局判決言渡ノ當時ヲ標準トシテ判定スルノ外ナカルヘキモ(同旨正五、六、七判例。正一二、三、七判例、評論一二卷民法九五)、判決言渡ノ當時米百俵ノ價額ハ例ヘハ千五百圓ナルニ判決執行當時ニハ價額變動シテ或ハ三千圓トナリ或ハ千圓トナリ或ハ又目的物ノ如何ニ因リ殆無價値トナルコトモアルヘシ。殆無價値トナリタル場合ト雖、債務者カ其物ヲ引渡シタルトキハ債權者ハ判決ニ示ス金額ヲ毫モ請求シ得サルヘク、若シ價額暴騰シタルトキハ債務者ハ其物ヲ引渡サス金錢ヲ支拂ヒテ債權者ノ利益ヲ不當ニ害スルコト大ナルヘク、斯ル不都合ノ結果ヲ生スルハ則チ前示判例ノ如キ見解ノ誤レルコトノ確證也。學者或ハ絶對的定期行爲ニ付債務者遲滯ノ場合ニハ債權者ハ直ニ填補賠償ヲ請求シ得ルモノトナス(石坂五〇二)。然レトモ定期行爲ノ場合ト雖、履行遲滯ニ因リ當然本來ノ債務消滅スル

モノニ非サルコト第五四二條ニ依リ明白ナルカ故ニ、契約ヲ解除セスシテ直ニ履行ニ代ル損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキ理由ナク、又之ヲ請求シ得ルモノト假定スルモ遲滯以後ニ於ケル其債務ハ著シク價值ヲ減シ殆無價值ナルコトアルヘキカ故ニ、其債務ノ履行ニ代ル損害ノ賠償ヨリモ寧ロ遲滯ノ爲メ價值ヲ減シタルニ因ル損害ノ賠償ヲ請求シ、仍ホ直ニ契約ヲ解除シテ其既ニ價值ヲ減シタル債務ノ履行ニ代ル損害ノ賠償ヲ請求スルノ合理的ナルニ如カス。但其解除ノ場合ニハ原狀回復ニ因リテ填補セラレサル限度ノ損害賠償ヲ請求シ得ルニ過キサコト勿論也。

履行遲滯トナルモ本來ノ債務ノ履行カ可能ナル限り債權者ハ其履行ニ代ル損害ノ賠償ヲ請求シ得サルコト上述ノ如シ。然ラハ債務者カ任意ニ履行セサル場合ニ債權者ハ如何ニシテ其救済ヲ受ケ得ヘキカ。是レ民法第四一四條民法第四九七條乃至第七三六條ニ規定スル所也。故ニ例ヘハ債務者が米百俵ヲ給付スヘキ債務ヲ任意ニ履行セサル場合ニ債務者カ現ニ米百俵ヲ所有シテ其所在明ナルトキハ債權者ハ民法第七三〇條ニ依リテ直接ノ強制執行ヲ爲シ得ヘク、若シ債務者カ米ヲ所有セス又ハ所有スルモ其所在不明ニシテ直接ノ強制執行ヲ爲ス能ハサルトキハ其債務ハ由來強制履行ヲ許スモノナルカ故ニ(三六⁽³⁾)債權者ハ同法第七三四條ニ依ル強制執行ヲ爲シ得ヘキ也。而シテ裁判所カ同條末段ノ決定ヲ爲シ其決定確定(民訴七三五。五五)スルトキハ之カ執行ニ因リ債權者(原)ハ金錢債權ニ非サル本來ノ債權ノ辨濟トシテ金錢ノ支拂ヲ受ケ得ヘ

ク、其受ケタル限度ニ於テハ其割合ニ於テ本來ノ債權消滅スルモ其債權ハ右決定ノ確定ニ因リテ金錢債權ニ變更セラレタルモノニ非ス(三六⁽⁴⁾)。故ニ其確定後ニ於テモ債權者ハ本來ノ債權ノ目的物ニ對シテ執行シ得ヘク、債務者モ亦之ヲ給付シテ右決定ノ執行ヲ免レ得ヘキ也。尙右ノ決定ニ於テハ其決定當時ニ於ケル本來ノ債務ノ價額相當ノ金錢ノ支拂ヲ命スヘキモノニシテ其價額判定ノ爲メ必要アルトキハ裁判所ハ鑑定ヲ命シ得ルモノトス。

右ハ債務ノ性質カ強制履行ヲ許スモノニ付テノ説明ナルモ強制履行ヲ許ササル作爲債務ノ中代替執行ヲ許スモノニ付テハ第四一四條第二項民法第七三三條ニ依リテ執行スヘキモノナルカ故ニ其履行ノ可能ナル限り契約解除ノ場合ノ外履行ニ代ル損害賠償ヲ請求シ得ス。又代替執行ヲ許ササル債務ニ付テハ契約解除ノ場合ノ外三六(4)(ロ)第二項ニ説明シタルカ如ク同法第七三四條ノ準用ニ依ル強制執行ヲ爲シ得ヘキ也。

三八d 履行遲滯ノ終了 履行遲滯ハ左ノ事由ニ因リテ終了ス。終了ストハ將來ニ向テ消滅スルコトニシテ過去ニ遡リテ遲滯ナカリシコトトナルニ非ス。

(イ) 履行ノ提供(民四) 但其提供ハ現存債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ナルヲ要ス。

(ロ) 債權債務ノ消滅

(ハ) 債權者カ履行ニ付猶豫ヲ與ヘタルコト

三八d 履行遲滯ノ終了

(ニ) 履行又ハ其受領カ一時的ニ不能トナリタルコト 法ハ不能ヲ責メサルカ故ニ其不能ノ爲メ履行ハ自ラ猶豫セラレ可能トナリテヨリ履行期更ニ到來スヘク(三四)(ハ)未段及(三)、其到來スルマテノ間債務者ハ遲滞ノ責ヲ免ル。然レトモ其不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルトキハ其履行遲滞ニ因ル損害ハ債務者ニ於テ賠償セサルヘカラス。

三九 履行不能 履行期ニ於ケル履行不能ノ事項ニ付テハ債務存在シ得サルカ故ニ其不能カ當初ヨリ確定セルトキ即チ原始的不能(Ursprüngliche)ナルトキハ債務發生セサルモ後ニ至リテ確定セルトキ即チ後發的不能(Nachträgliche)ナルトキハ一旦發生シタル債務モ是ニ因リテ消滅ス(何時ヲ標準トシテ右原始的後發的ノ區別ヲ爲スヘキカニ付テハ學說岐ルルモ(鳩山一四五參照)債(務ニ付テハ債務成立ノ時ヲ標準トシ法律行爲ニ付テハ法律行爲成立ノ時ヲ標準トスルヲ正當トス)。而シテ其後發的不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルトキハ是レ即チ債務者カ其責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲サスト云フコトトナルカ故ニ民法ハ此場合ヲモ不履行ノ觀念ニ包含セシメタリ(六四一、一八、四)。以下説明スル不能ノ區別ハ後發的不能ノ區別ナルモ原始的不能ニモ全ク同様ノ區別アリ。

(1) 履行ノ不能ヲ絶對不能ト相對不能ニ分ツ。絶對不能ニ事實上ノ不能ト法律上ノ不能トアリ。目的物滅失ノ如キ場合ハ事實上ノ不能ニシテ法律ノ變更ニ因リ履行スヘキ種類ノ行爲ヲ禁セラレタルカ如キ場合ハ法律上ノ不能也。學者或ハ海底ニ沈没シタル寶石ヲ給付スト云フカ如ク

債務者ノ非常ナル犠牲ヲ必要トスル爲メ一般ニ不能ト認メラルヘキ事項ハ法律上不能也トナス(川名一〇三。大(谷一〇五以下)。然レトモ海底ニ沈没シタル寶石ニテモ債務者カ非常ノ費用ヲ要スルコトヲ知リナカラ有償又ハ無償ニテ之ヲ取上ケ所有者ニ引渡スヘキコトヲ契約シタルカ如キ場合ニ其給付ヲ右費用ノ故ヲ以テ不能ト云フヲ得サルヤ疑ナカルヘシ。又受寄者甲カ過失ニ因リ其寶石ヲ海底ニ落シ占有ヲ失ヒタル場合ニハ甲ハ其實寄託者タル所有者乙ノ物權ヲ侵害シ乙ヲ非常ニ不利益ナル状態ニ置キ損害ヲ加ヘタルモノナルモ民法ハ甲ニ原狀回復ノ義務ヲ負ハシメサルカ故ニ別段ノ約定ナキ限り甲ハ其寶石ヲ取上ケテ原狀ニ回復スヘキ義務アルコトナク唯乙ニ對シ金錢ヲ以テ其損害ヲ賠償スヘキ義務ヲ負フニ過キス。而シテ其賠償額ハ寶石ノ價額タルヘキ也。甲カ過失ニ因リ其寶石ヲ竊取セラレタル場合ノ如キ亦同シ(三一a)(2)參照)。故ニ斯ル場合ニハ履行ノ可能ナリヤ否ヤヲ論スルノ要ナシ。

(2) 債務ノ履行カ絶對不能ニハ非サルモ債務ノ性質又ハ債務發生ノ目的ニ依リ一般取引ノ通念上其履行ヲ不能トナスモノアリ。余ハ之ヲ相對不能ト名ツク。第五六一條以下ニ謂フ賣主カ現ニ他人ノ有スル權利ヲ取得シテ買主ニ移轉スルコトノ可能ナリヤ否ヤノ區別ノ如キハ債務ノ性質ト取引ノ通念ニ依リテ決スヘキ場合ノ好適例也。即チ他人カ其權利ノ移轉ヲ一旦拒絶シタル場合ト雖、後日意ヲ翻シテ之ヲ承諾スルヤモ測リ難ク隨テ未タ不能ト云フ能ハサルカ如クナ

ルモ、斯クテハ永久ニ可能ナリヤ否ヤヲ決スルコト能ハサルニ至リ第五六一條以下ノ規定ヲ設ケタル精神ニ反スルカ故ニ、一旦拒絶アリタルトキハ之ヲ以テ不能トナリタルモノト解スヘキ也。又拒絶セサルモ相當ノ期間内ニ其他人ト交渉スル機會ヲ得ル能ハサルカ如キ場合モ亦履行不能ナルモノト云フヘシ。買主カ相當期間ヲ定メ其期間内ニ右ノ權利ヲ取得シテ買主ニ移轉スヘキコトヲ催告シ賣主應セサルカ如キ場合ニ於テモ買主ハ之ヲ以テ履行不能トナスヲ得ヘキ也。然レトモ不特定物ニ付テハ債務者カ現在如何ニ無資力其他ノ原因ニ因リ之ヲ取得スルコト能ハサルモ何時如何ナル事情ニ因リテ之ヲ取得シ得ルヤモ測リ難キカ故ニ一般取引ノ通念上其履行ヲ不能トハナサス。學者或ハ履行不能ヲ客觀的不能 (objective Un-) ト主觀的不能 (subjective) ニ區別ス(石坂五二六以下。鳩山一四七以下等參照)。然レトモ民法ノ所謂不能ニ斯ル區別ナシ。

(3) 履行不能ニ全部不能 (total) ト一部不能 (partial) トアリ。全部不能ハ給付全部カ履行不能ナルヲ謂ヒ一部不能ハ給付ノ一部カ履行不能ナルヲ謂フ。例ヘハ目的物ノ半分滅失シタルカ如キ場合ハ一部不能也。然ラハ一部不能ノ效果如何。其不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルトキハ債權者ハ可能ナル部分ノ履行ヲ請求シ得ル外尙損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘク又其債務カ契約ニ因ル債務ナルトキハ債權者ハ契約ヲ解除シ得ヘキモノトス(民四三)。反之、其不能カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ルトキハ債權者ハ唯可能ナル部分ノ履行ヲ請求シ得ルニ止リ不能

客觀的不能
主觀的不能
全部不能
一部不能

ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求シ得ス。尙反對給付ノ關係ニ付テハ第五三四條乃至第五三六條參照。

學者或ハ一部不能ノ爲メ債權者カ殘部ノ履行ヲ受クルニ付何等ノ利益ヲ有セサルトキハ第五四三條ノ類推ニ依リ債權者ハ殘部ノ履行ヲ拒絶シテ是ニ代ル損害賠償ヲ請求スル權利ヲ有ストナス(鳩山一六一)。然レトモ履行ヲ受クルニ付何等ノ利益ヲ有セサル場合ニハ其履行ヲ受ケサルモ、是カ爲メ何等ノ損害ナク從テ其履行ニ代ル損害ノ賠償ト云フコトハアリ得サル也。加之、契約ニ因ル債務ノ場合ハ多クハ雙務契約ノ場合ニシテ債權者モ亦反對給付ノ債務ヲ負フカ故ニ、一部不能ノ場合ト雖契約ノ解除ニ因リテ反對給付ノ債務ヲ免レ得シムヘキ必要アルモ、契約ニ因ラサル債務ニ付テハ斯ル必要ナキカ故ニ第五四三條ハ契約ニ因ラサル債務履行ノ一部不能ノ場合ニ類推スヘキモノニ非ス。然レトモ殘部ノ履行ニ付債權者カ何等ノ利益ヲ有セサル場合ニハ債權者ハ全部不能ノ場合ト同様ノ損害ヲ受ケタルモノナルカ故ニ全部ノ損害賠償ヲ請求シ得ヘク、債務者カ全部ノ賠償ヲ爲シタルトキハ可能ナル殘部ニ付債務ヲ免ルヘキモノトス(民四二二參照)。

三九 a 履行不能ノ效果 履行不能ガ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルトキハ債務者ハ其不能ニ因ル損害賠償ノ責ニ任スルモ(民四一五)其不能カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ルトキハ債務者其損害賠償ノ責ニ任セス(但民五六〇以下ノ規定ニ依リ賣主カ過失ナクモ履行不能ニ因ル損害賠償責スルコトアリ民五三)。然レトモ既ニ遲滯ニ因ル損害アルトキハ是カ賠償ノ責アルヤ勿論也。債務者

ハ履行不能トナリタルコトヲ通知スル義務アリヤ。積極ニ解スルヲ妥當トス。第四九五條第三項第五二二條第五二七條等ノ規定ヲ類推適用スヘキ也(同旨石坂五七九以下)。學者多ク債務者カ給付不能ヲ生シタル事由ニ因リテ給付ノ物體ノ代償タル利益(Satis)ヲ取得シタル場合ニ債權者ハ其利益ノ引渡ヲ請求スル權利ヲ有ストナシ此權利ヲ代償請求權ト稱ス(石坂五八一。鳩山一六三。嘉山一八六。大谷一一五等)。然レトモ例ヘハ第三者カ過失ニテ債務ノ目的物ヲ破壊シタル爲メ履行不能トナリタルトキハ債權者ハ自己ノ所有權其他ノ物權又ハ債權ノ侵害ニ因ル損害ノ賠償ヲ直接第三者ニ對シテ請求シ得ヘク、第三者カ債權者ニ賠償スヘキモノヲ債務者ニ支拂ヒテ其義務ヲ免レタル場合(七八)ニハ債權者ハ此部分ニ付債務者ニ對シテ不法行爲ニ因ル損害ノ賠償又ハ不當利得ノ返還ヲ請求シ得ヘキモノニシテ獨逸民法第二八一條ノ如キ明文ナキ我民法ノ下ニ於テハ所謂代償請求權ハ之ヲ認ムヘキモノニ非ス。

四〇 不本旨履行(學者ノ所謂不完全履行又ハ不完全給付) 債務ノ不履行ニハ履行遲滯、履行不能ノ外尙不本旨履行アリ。此履行ハ債務ノ本旨ニ從ハサルモノナルモ仍ホ履行(濟辨)ニ外ナラサルカ故ニ之ニ因リテ債務消滅ス。然レトモ本旨ニ從ハサル點ニ於テ債務ノ不履行ニ屬シ第四一五條前段及第四一六條等ノ適用アリ。本旨ニ從ハストハ本旨ニ若干從ヘルモ十分從ハサルコトヲ云フ。例ヘハ手術ノ債務ヲ負フ醫師カ相當ノ注意ヲ以テ手術セハ七日ニテ治癒スヘカリシヲ其手術ニ相當ノ

注意ヲ缺キタル爲メ治癒ニ十日ヲ要シタルカ如キ場合ハ即チ不本旨履行ノ一例ニシテ其手術ノ債務ハ履行セラレタルモ十分本旨ニ從ハサル爲メ治癒ノ延引三日ニ及フ損害賠償ノ責任アリ。尙其手術カ既ニ履行遲滯以後ナルトキハ其遲滯ニ因ル損害賠償ノ責任モアリ。右ノ如キ場合ト異ナリ例ヘハ金千圓ヲ支拂フヘキ債務者カ期限ニ封金ノママ支拂ヒタル二十圓不足シタルカ如キ場合ハ不本旨履行ニ非スシテ一部履行ニ外ナラス。隨テ債務者ハ爾後不足分十圓ニ付遲滯ノ責ニ任スルニ過キス。然ルニ不本旨履行ハ不完全履行又ハ不完全給付ナル名稱ヲ用フルトキハ斯ル場合モ亦不完全履行又ハ不完全給付ト誤解セラレ易キカ故ニ此名稱ハ適當ナラス。本旨ニ從ハサル提供ト本旨ニ從ハサル履行トヲ混同スヘカラス。右封金ノ提供ハ本旨ニ從ハサル提供ナルモ債權者ノ受領セル實在ノ金九百九十圓ニ付テハ本旨ニ從ヘル履行アリタルモノ也。食用雞卵給付ノ債務者カ腐卵ヲ債權者ニ交付スルカ如キハ害アリテ益ナク、給付ニ非ス。何等ノ履行トナラサルコト勿論也。米十俵ノ債務者カ他人ノ米十俵ヲ債權者ニ引渡スモ履行トナラス。然レトモ債權者之カ即時取得(民一)ヲ爲シ若ハ善意ニテ之ヲ消費シ又ハ讓渡シタルトキハ右ノ引渡ハ有效ノ履行トナリ(民四七五。四七七)。其履行ハ不本旨履行也。一等米給付ノ債務者カ履行トシテ二等米ヲ債權者ニ交付スルモ履行トナラス(民四〇)、一等米ノ債務ハ依然トシテ存續ス。然レトモ債權者カ其二等米ヲ消費シ又ハ讓渡シタルトキハ債權成立ノ目的ハ不完全ナカラモ達セラレ

タルモノト云フヘク、第四七七條ヲ類推シテ右二等米ノ交付ハ爰ニ不本旨履行トシテ辨濟ノ効
カヲ生スルモノト解ス。而シテ十分ニ本旨ニ從ハサル爲メ債權者ニ損害ヲ生シタルトキハ故意
過失アル辨濟者ハ之カ賠償ノ責ニ任スヘキモノトス。尙第六三四條第一項本文ノ場合ハ履行未
了ニシテ不本旨履行ニ非ス、但書ノ場合ハ不本旨履行ト解スルヲ相當トス。凡ソ追完ヲ請求シ
得ル場合ニシテ其追完ニ因リ全部本旨ニ從フ履行ノ完了セラルヘキトキハ既ニ爲サレタル履行
ハ一部履行ニシテ不本旨履行ニ非ス。

四〇a 債務ノ不法ナル否認 債權者ハ債務者カ其債務ヲ否認スルニ因リ損害ヲ受クルコ
トアリ。例ヘハ本日正午東京驛出發ノ豫定ナル債權者ヲ驛迄送ルヘク午前十一時債權者宅ニ自
動車ヲ差向クヘキ債務者甲カ午前十時ニ至リ其債務ヲ否認シタル爲メ債權者カ他ノ自動車屋乙
ト契約シ乙カ午前十一時債權者宅ニ自動車ヲ差向ケタル處是ト同時ニ甲モ約ニ違ハス自動車ヲ
差向ケタルカ如キ場合ニ於テハ甲ニハ普通ノ意味ニ於ケル不履行ナキモ債權者ニハ仍ホ損害ア
ルヲ免レス。而シテ右債務ノ否認カ甲ノ故意過失ニ基ク場合ニ甲ハ其損害賠償ノ義務ヲ負フト
ナスノ妥當ナルハ疑ナキ所也。惟フニ債務者ハ履行期ニ履行スルヲ要スル外尙履行期前ニ於テ
モ其債務ヲ否認スヘカラサル義務ヲ負フモノニシテ此義務ハ債務ニ當然從屬シ此義務ノ違背モ
亦廣義ニ於ケル債務ノ不履行ニ屬シ其違背カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルトキハ債務者ハ

其違背ニ因ル債權者ノ損害ヲ賠償スル義務アルモノト解スルヲ相當トス(地主カ故意ニ地上權ヲ否認シタル結果地上權者ニ損害ヲ生セシメタルカ)如キ場合亦然リ。

第三節 債權者ノ履行受領

四一 債權者ニ履行受領ノ義務ナキヤ

債權者ハ債務ノ履行ヲ受領スヘキ義務 (An alme) ナシトスルヲ通説トス(石坂六〇五。鳩山一七一。川名二三五。嘉山一九一。正四、五、二九大。判民錄八五八等)。反之、故梅博士(要義第四一五條)ハ債務者ハ履行ヲ受クル義務ヲ負ヘル者ニシテ此義務ハ即チ一ノ債務ニ外ナラストナス。第五一九條ハ債權者カ單獨行爲ニテ債務ヲ免除シ得ルコトヲ規定シ學者或ハ此規定ヲ以テ債權者カ履行受領ノ義務ヲ有セストスル一ノ根據トナスモ(鳩山前掲)債權者ニ受領義務アリヤ否ヤノ問題ハ債權者カ其債權ヲ有シナカラ辨濟ノ受領ヲ拒絶シ得ルヤ否ヤノ問題ニシテ債務ヲ免除シタル場合ニハ債務消滅シ債務ノ履行ナルモノアリ得サルカ故ニ第五一九條ハ此問題ノ解決ニ何等ノ關係ナシ。此問題ハ債權債務ヲ認メタル法律ノ本旨ニ鑑ミテ之ヲ決セサルヘカラス。惟フニ法律カ債權債務ヲ認メタルハ債務者ヲシテ之ヲ履行セシメ債權者ヲシテ之ヲ受領セシメンカ爲メ也。故ニ縱令法律ハ債務ノ免除ヲ認ムルモ苟モ債權債務ノ存在スル以上、債務者ニハ履行ヲ要求シ債權者ニハ其受領ヲ要求スルモノニシテ債權者

カ現ニ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ヲ受ケナカラ何等ノ理由ナクシテ其受領ヲ拒絶スルハ信義ニ悖リ良俗ニ反スルコト言フ埃タス。故ニ債権者ニハ其受領義務アリト解スルヲ正當トス(結果同、末弘全一七)。而シテ此義務タルヤ其本質ハ債務ナリト雖、全ク債權(又ハ其他ノ權利)ニ從屬スル義務ニシテ民法所謂債務ニ非ス(一三〇、(イ)、民四〇一。昭五、八、六六決民集七七三。昭。六、我妻六五。八八)。而シテ此義務タルヤ其本質ハ債務ナリト雖、全ク債權(又ハ其他ノ權利)ニ從屬スル義務ノ履行ハ此義務ノ履行ヲ包含セサルカ故ニ此義務ノ履行遲滞ニ付テハ特ニ規定ヲ設クル必要アリ。是レ即チ第四一三條ノ規定アル所以也。

四二 債権者ノ遅滞 債権者ノ遅滞(mora creditoris; Verzug des Gläubigers)ハ又受領遲滞(mora accipiendi; Annahmeverzug)ト云フ。債権者カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供(一〇一)アリタルニ拘ラス其責ニ歸スヘキ事由(三七a)ニ因リテ之ヲ受領セサルコト也(同旨我妻。一八六)。

第四一三條ハ債権者ノ遅滞ニハ歸責事由ヲ必要トスル旨明示セス。又其字句ニ依ンハ受領不能ノ場合ト雖債権者ハ履行ノ提供アリタル時ヨリ遅滞ノ責ニ任スルモノノ如シ。而シテ通説モ亦其文字通りニ解ス。然レトモ余輩ノ如ク債権者ノ受領義務ヲ認ムル以上債権者ノ遅滞ニハ歸責事由ヲ要セサルモノト解シ得ス、又受領不能ナルニ拘ラス殊ニ債務者カ之ヲ知り乍ラ履行ノ提供ヲ爲スハ全ク無用無意味ニシテ、到底債務ノ本旨ニ從ヒタル提供ト云フヲ得サルカ故ニ債権者ノ責ニ歸スヘカラサル受領不能ノ場合ニハ債権者ハ遅滞ノ責ニ任セサルモノト云ハサルヘ

カラス。

四二a 債権者遅滞ノ效果

(1) 民法ハ直接ニ債権者遅滞ノ效果ヲ規定セス。然レトモ債権者ノ遅滞モ亦義務ノ違背ナルカ故ニ第五四一條ノ如キモ準用アリ又其遅滞ニ因リテ債務者ノ受ケタル損害ハ之ヲ賠償スヘキモノニシテ第四一五條乃至第四一八條ノ準用アルモノト解ス。今例ヲ以テ説明スレハ債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒテ給付ノ目的物ヲ債権者ノ住所ニ運搬シ之ヲ提供シタルニ債権者カ受領ヲ拒絶セハ債務者ハ之ヲ持還ラサルヘカラス。而シテ持還ルニハ費用ヲモ要スヘキニ債権者カ故ナク受領ヲ拒絶シタル爲メ其持還ノ費用ヲ要シタリトセハ債権者ハ之ヲ賠償セサルヘカラス(民四但書。獨民三〇四參照。結果同鳩山一七八。)。又其物ヲ持還ラシムルトキハ途中強盜ニ襲ハレ危害ヲ受横田二五二。嘉山一九九等。反對石坂六三七)。

カ如キ場合ニ於テハ債権者ハ第四一六條第二項ノ準用ニ依リ其損害ヲ賠償セサルヘカラス。通説ニ從ヘハ斯ル場合ニ於テモ債権者ニハ何等ノ義務違反ナク損害賠償ノ責任ナキコトトナルヘキモ其不當ナルヤ言フ埃タス。

(2) 債務者ハ債権者遅滞ノ時ヨリ將來ニ向テ自己ノ遅滞ノ責ヲ免ル。而シテ此效果ハ第四九二條ニ定ムル辨濟提供ノ效果ト全ク一致ス。故ニ債権者ハ自己ノ遅滞ノ消滅セサル間ハ質權、

抵當權ヲ實行シ得サルハ勿論、其間違約金、遅延利息其他延滞ニ因ル損害賠償及約定利息ノ債權ハ其發生ヲ停止ス(同旨正五、四、二六大判民録八〇五。鳩山一八〇。横田)。而シテ受領遲滞ノ繼續中債務者ノ注意義務ニ付テハ或ハ故意又ハ重過失ニ付テノミ責任アリトナシ(中島四〇二。我妻一)、或ハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スヲ以テ足ルトナスモ(鳩山一八〇。嘉山二〇〇。横田氏新、報三二卷六號五七以下。磯谷三三六)、余ハ注意義務ノ輕減ナシト解ス(結果同石坂六三四。尙一〇)。蓋例ヘハ有償受寄者カ債権者ノ受領遲滞ニ因リ他ノ有償寄託ヲ受クル能ハス預料相當ノ損害ヲ受クルトキハ之カ賠償ヲ請求シ得ヘキニ拘ラス注意義務ノ輕減ヲ認ムルハ妥當ナラス且第四〇〇條ノ明文ニ反スレハ也。受領遲滞ハ債権者が受領可能ノ状態ニ在リテ受領ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ履行ノ提供撤回後ニ於ケル同時履行ノ抗辯ヲ妨ケス(拙著各一三六參照)。又受領遲滞中當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ル履行不能ハ第五三六條第二項ニ所謂債権者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ル履行不能ニ該當セス(三八b(2)比較參照。反對鳩山一八一。石坂二一四三。末弘各一七六。反對說ハ獨民三二四ノ如キ明文ナキ我民法ノ下ニ於テ其明文アルト同一ノ結果ヲ認ムルモノナルモ第五三六條ノ明文ニ反ス。又通說ノ如ク受領遲滞ニ過失ヲ要セストスルトキハ反對說ノ採リ難キコト一層明ナルヘシ)。

(3) 債務ノ目的物カ供託シ得ヘキトキハ債務者ハ供託スルヲ得(民四)。又其目的物カ供託ニ適セス又ハ滅失毀損ノ虞アリ若ハ保存ニ付過分ノ費用ヲ要スルトキハ債務者ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ競賣(自助賣却)シ其代價ヲ供託スルヲ得(民四)。

四二b 受領遲滞ノ終了 其終了原因左ノ如シ。

- (1) 債権ノ消滅
- (2) 當事者カ更ニ履行期ヲ定ムル契約ヲ爲スコト
- (3) 債権者カ履行受領ノ準備ヲ爲シ履行ヲ催告スルコト

第五章 債権ノ第三者ニ對スル效力

第一節 總 說

四三 債権ノ第三者ニ對スル效力中最モ重要ナルモノハ不可侵性ニシテ更ニ其效果トシテ視ルヘキモノハ特定給付ノ債権ノ排他性也。然レトモ不可侵性及排他性ニ付テハ既(五。六)ニ述ヘタルカ故ニ茲ニ贅セス。本章ニ於テ述ヘントスルハ債権者代位權及債権者取消權也。前者ハ債務者カ自己ノ財産權ヲ行使セサル場合ニ債務者ノ財産ヲ保全スル爲メ債権者カ代リテ之ヲ行フ權利也。後者ハ債務者カ其財産ヲ減少スル法律行為ヲ爲シ債務辨濟ノ資力ヲ不足ナラシメタル場合ニ其法律行為ヲ取消シ資力ヲ回復スル債権者ノ權利也。蓋債務者ノ財産ハ是ニ依リテ満足ヲ受ケントスル總債権者共同ノ擔保タル用ヲナスモノナレハ民法ハ此共同擔保ヲ維持スル爲メ

右兩種ノ權利ヲ債權者ニ認メタルモノ也。

第二節 債權者代位權

四四 性質

債權者代位權(action subrogatoire)ハ又間接訴訟權(action indirecte)若ハ代位訴訟權ト云フ。債權者カ直接ニハ債務者ノ財産ヲ保全シ間接ニハ自己ノ債權ノ満足ヲ得ンカ爲メ債務者ニ代リテ其權利ヲ行使スル權利也。學者或ハ權利分類ノ上ヨリ論セハ此權利ハ自己ノ行爲ニ依リテ一種ノ法律上ノ效果ヲ發生セシメ得ル權利ナレハ之ヲ廣義ノ形成權ニ數ヘ得ヘシトナス(鳩山一)。然レトモ債權者カ右代位權ノ行使トシテ債務者ノ財産ニ對スル事實上ノ保存行爲ヲ爲スカ如キ場合ヲ考フレハ此見解ノ不當ナルコト明也。惟フニ此權利ハ債務者ノ授與スルモノニ非ス、法定ノ要件ヲ備フルニ因リテ生シ之カ行使ノ效果ハ直接債務者ニ歸屬スルモノナルカ故ニ一種ノ法定代理權也(代理權說。川名二五〇以下。反對末弘全七八。我妻一四三)。債權者代位權ノ制度ハローマ法及獨法系ニナク、佛法系ノ立法之ヲ認ム。我民法ハフランス民法第一一六六條ニ倣ヘルモノ也。

四五 代位權行使ノ範圍

代位權行使ノ範圍ニ付テハ法律ニ明文ナシ。然レトモ更改、免除、讓渡、和解等ノ處分行爲ヲ爲シ得サルハ代位權ノ性質上明白也。學者或ハ代位權ノ性質上

相殺モ亦爲シ得サルモノト爲ス(石坂六)。然レトモ第三者ニ對スル債務者ノ債權カ時効ニ因リ消滅シタルモ債務ハ消滅セス第五〇八條ニ依リテ相殺シ得ル場合若ハ第三債務者無資力ナル場合ノ如ク相殺ニ因リテ債務者ノ資産状態ヲ良好ナラシメ得ル場合ニ於テハ代位權ノ行使トシテ相殺モ亦爲シ得ルモノト解セサルヘカラス(同旨鳩山一九三。昭八、五、三〇大判集一二卷一三八二)。而シテ通説ハ訴訟法トノ關係ヲ顧ルコトナク權利ノ保存及實行ヲ目的トスル一切ノ裁判上及裁判外ノ行爲ハ債權者之ヲ爲シ得ルモノトナス。是レ第四二三條ノ文理解釋也。惟フニ裁判外ノ行爲ニ付テハ同條ノ文理解釋ニ從フヲ正當トス。然レトモ裁判上ノ行爲ニ付テハ訴訟法破産法等トノ關係及債務者ノ權利ヲ不當ニ害スルコトナキヤ否ヤヲ考ヘ論理的ニ解釋セサルヘカラス。

(1) 裁判上ノ行爲 債權者ハ第四二三條ニ依リ取立命令(民訴六〇〇。六二三)ニ依ラスシテ債務者ニ代位シ第三者ニ對シテ訴訟行爲ヲ爲シ得ルヤ。通説ハ之ヲ認メ未タ反對說アルヲ聞カス。然レトモ例ヘハ債權者甲カ債務者乙ニ代位シテ第三債務者丙ニ對スル乙ノ貸金取立ノ訴ヲ提起シ其繫屬中乙破産スルトキハ右貸金ノ債權ハ破産財團ニ屬シ(六)甲ハ訴訟實施權ヲ有セス(破七。一六二)、其訴訟手續ハ當然中斷スヘシ。殊ニ其訴カ取立命令ニ依ル場合ニハ當該強制執行ハ破産財團ニ對シテ失効シ(破七)右ノ中斷ヲ來スコト一層明白也。然ルニ破産法カ第八六條ニ於テ民法第四二四條ノ訴ノ繫屬中債務者破産スルトキハ訴訟手續ノ中斷ヲ來ス旨規定シ乍ラ、例ヘハ(a)代

位訴訟 (b) 民訴法第四七條ニ依リテ被選定者ヲ又ハ (c) 商法第八一條第二項ニ依リテ船長ヲ形式上ノ當事者トスル訴訟ノ繫屬中被告代位者タル債務者、選定者又ハ救助料ノ債務者破産ノ場合ニ訴訟手續中斷スルヤ否ヤニ付何等ノ規定ヲ設ケサルハ畢竟此等ノ者ハ實質上ノ訴訟當事者ニシテ民訴法ノ諸規定(例、民訴三五、八九、二二四等)殊ニ第二二四條(舊民訴一七九)所謂當事者ニ該當シ同條ニ依リ訴訟手續中斷スルカ故ニ外ナラス。隨テ斯ル場合ノ形式上ノ當事者ハ其實代理人ニ外ナラス。故ニ裁判所ハ職權ヲ以テ先ツ其代理權ノ有無ヲ審査スルヲ要シ取立命令ニ依ル前記 (a) ノ訴訟ノ場合ニハ取立命令ノ正本又ハ書記作成ノ謄本(民訴一五一)、(b) ノ訴訟ノ場合ニハ選定者作成ノ書面、(c) ノ訴訟ノ場合ニハ船長ノ資格證明書ヲ以テ之ヲ證スルヲ要ス(民訴五二)。然ルニ民法第四二三條ニ依リ代位訴訟ヲ爲シ得ルモノト假定スルモ其代位權ノ行使ニハ (イ) 債權者カ眞ニ債權ヲ有スルコト (ロ) 之カ保全ノ必要アルコト及 (ハ) 代位ノ客體タル權利ノ實在スルコトヲ必要トシ、右 (イ) (ロ) (ハ) ノ三要件具備スルニ非サレハ代位權存在セス隨テ訴訟上ノ代理權存在セサルカ故ニ若シ同條ニ依リテ代位訴訟ヲ爲シ得ルモノトセハ裁判所ハ職權ヲ以テ右三要件ノ具備スルヤ否ヤヲ審査セサルヘカラサルモ此審査ハ即チ本案ノ審査ト全ク同一ナルカ故ニ財産權ノ訴訟ニ於テ斯ル審査ハ許サルヘキモノニ非ス。又其代位權ノ行使カ同條第二項所定ノ裁判上ノ代位ニ依ル場合ト雖、非訟事件手續(非七二乃至七七)ニ於テ右ノ如キ審査ヲ遂クヘキモノニ非サルカ故ニ同

條ニ依リテ代位訴訟ヲ爲スコトハ全ク法ノ許ササル所ナリト解スルヲ正當トス。又債務名義ヲ有セス隨テ取立命令ヲモ得ル能ハサル自稱債權者カ代位訴訟ニ依リ債務者ニ對シテモ既判力ヲ生スル判決(民訴一〇一)ヲ求メ得ルモノト爲スノ實際上妥當ナラサルコト言フ可クタス。然レトモ裁判所カ誤リテ其訴訟ヲ許シ本案ノ判決ヲ爲シ其判決確定スルトキハ債務者ニ對シテモ右ノ效力ヲ生シ、原告敗訴ノ場合ニハ實質上ノ原告タル債務者ハ其權利ヲ不當ニ害セラルルモノニシテ再審ノ訴ヲ提起シ得ヘキモノトス(民訴四三)。尙舊民法財産編第三三九條ハ「債權者ハ其債務者ニ屬スル權利ヲ申立テ及ヒ其訴權ヲ行フコトヲ得」。「債權者ハ此事ノ爲メ或ハ差押ノ方法ニ依リ或ハ債務者ノ原告又ハ被告タル訴ニ參加スルコトニ依リ或ハ民事訴訟法ニ從ヒテ得タル裁判上ノ代位ヲ以テ第三者ニ對スル間接ノ訴ニ依ル」(第三項ハ略ス)ト規定セリ。故ニ此末段ノ規定ニ依ルモ債權者カ代位權ノ行使トシテ訴訟行爲ヲ爲スニハ民訴法ニ從ヒテ得タル裁判上ノ代位即チ取立命令ニ依ルヘキモノニシテ民法第四二三條ハ即チ此規定ノ趣旨ヲ踏襲シタルモノト云フヘシ。

(2) 裁判外ノ行爲 辨濟期ニ在ル債權者ハ其債權保全ノ爲メ裁判外ニ於テ任意ニ其代位權ヲ行使シ、例ヘハ債務者ノ債權ヲ取立テ得ルモノトス。是レ通説ノ認ムル所ニシテ第四二三條ノ文理解釋上亦然リ。然ラハ辨濟期前ノ債權者ハ如何ニシテ其代位權ヲ行使シ得ヘキ乎。第四

二三條第二項非訟事件手續法第七二條以下ニ其手續ヲ規定ス。乃チ債權者ハ裁判上ノ代位ニ依リ其代位權ヲ行使シ得ルモノナルモ同法第七六條第七七條ニ依レハ代位ノ申請ヲ許可シタル裁判ハ職權ヲ以テ債務者ニ告知スルヲ要シ、告知ヲ受ケタル債務者ハ其權利ヲ處分シ得サレトモ其裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スヲ得。而シテ裁判上ノ代位ニ依ルト否トヲ問ハス代位權ヲ行使シテ債權者カ第三者ヨリ取立テタルモノカ相殺ニ適スルトキハ債權者ハ債務者ニ對スル相殺ニ因リテ自己ノ債權ノ満足ヲ受ケ得ヘシ。然レトモ若シ相殺ニ適セサルトキハ取立テタル物ヲ如何ニ處理スヘキカニ付何等ノ規定ナキカ故ニ債權者ハ更ニ其物ヲ債務者ニ交付スルヲ要シ交付スルトキハ債權保全ノ目的ヲ達スルコト困難トナルヘシ。左レハトテ直ニ之ヲ差押ヘ得ヘキ債務名義アル場合ニハ債權者ハ初ヨリ強制執行ヲ爲シ得ヘキカ故ニ其債務名義ナクシテ代位ニ依リ取立テタル場合ニハ其取立テタル物ニ付假差押(民訴七三以下)ヲ爲シ置クノ外相當ノ方法ナカルヘキモ本來取立命令モナキニ第三者カ任意ニ債權者ニ辨濟スルカ如キハ事實上稀有ナルヘキカ故ニ取立ニ付テハ民法第四二三條ハ殆其實用ナカルヘシ。惟フニ代位權ノ行使ニ付主トシテ同條ノ實用アルハ取立ニ關セサル權利ノ行使ニシテ例ヘハ取消權、解除權(民五四五、五)、權利消滅請求權(民二七六)ノ如キ權利ノ行使又ハ保存行爲ヲ爲ス場合ナルヘシ。債務者ノ爲メニ時效ヲ中斷シ、債務者カ未タ移轉登記ヲ受ケサル不動産物權ヲ有シテ第三者對抗要件ヲ備ヘサル場合

ニ債務者ノ爲メ其移轉登記ヲ受クルカ如キハ保存行爲也。債權者ハ又同條ニ依リ債務者ノ財產タル物ニ付事實上ノ保存行爲ヲモ爲シ得ヘシ。

四六 代位權行使ノ要件 代位權行使ノ要件左ノ如シ。

(1) 債權者カ自己ノ債權保全ノ必要アルコト 其債權保全ト云フハ債務者ノ消極財產ニ對スル積極財產ノ比率カ減少シテ債權者ノ債權ノ満足ヲ得ルコト困難ナル場合又ハ困難トナルノ虞アル場合ニ其比率ヲ債權ノ満足ヲ得ルニ必要ナル程度ニマテ回復シ又ハ其比率ノ減少ヲ防クコトナリ。此必要アルニ非サレハ債權者ノ干涉ヲ許スヘキニ非ス(同旨石坂六五二、川名二五五)。然ルニ債權保全ノ必要トハ特定債權ノミノ保全ニ必要ナルヲ以テ足ルトシ、不動産ノ移轉登記請求權ニ付テ債務者ノ無資力ヲ必要トセス當該債權ノ保全ニ必要ナルヲ以テ足ルトセル判例學說アリ(正四、二九大決民錄八六五、正元、一二、一四法曹會決議法)。然レトモ登記請求權ハ物權ノ效力ニシテ物上請求權ナルカ故ニ甲カ其不動産ヲ乙ニ讓渡シ乙カ登記ヲ受ケスシテ更ニ之ヲ丙ニ讓渡シタル場合ニハ乙ハ最早物權ヲ有セサルカ故ニ甲ニ對シテ其移轉登記請求權ヲ有セス移轉登記ハ甲ヨリ直接現在ノ所有者丙ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノトス。然ルニ若シ丙ハ甲ニ對シテ直接ノ移轉登記請求權ヲ有セス、乙カ依然トシテ之ヲ有シ其權利カ債權ナリトセハ、乙ハ第五一九條ニ依リ甲ニ對シテ其債務ヲ免除シ得ヘク、假ニ債務ニ非ストスルモ之ヲ拋棄シ得ヘク、乙カ免除又ハ拋棄ヲ

爲シタル場合若ハ死亡シテ相續人ナキ場合又ハ乙カ會社ニシテ解散シ清算終了シタル場合ニハ丙ハ全ク登記ヲ受クル能ハサルノ不都合ヲ生スヘシ。是レ即チ乙カ依然トシテ其移轉登記請求權ヲ有ストナスノ誤解ナルコトノ確證也。故ニ此場合ニハ丙ノ行使スヘキ乙ノ權利ナク、丙ハ直ニ自己ノ權利ヲ行使シテ自己ノ名義ニ移轉登記ヲ請求シ得ヘキ也。(又土地ノ賃借人ハ第三者カ其土地ヲ不法ニ占據シテ使用收益ヲ妨害スル場合ニ賃借人タル所有者ニ代位シ右ノ妨害排除ノ請求權ヲ行使シ得ル旨ノ判例アルモ(昭四、一二、一六六判民集九四四。昭五、七、一四六判民集七三五) 卑見ニ依レハ賃借權ハ物權ナル故(拙著各五一八、五一九民八八)。

(2) 裁判上ノ代位ニ依ラスシテ代位權ヲ行使スルニハ債權者ノ債權カ辨濟期ニ在ルコトヲ要ス。第四二三條第二項ニ所謂期限ハ用語適當ナラス、第二種ノ辨濟期也(三四)。而シテ其辨濟期到來前ニ代位セント欲スル場合ニハ債權者ハ裁判所ニ裁判上ノ代位ヲ申請シ其許可ヲ受クルニ非サレハ債權者ノ權利ヲ行フヲ得ス(民四二三。非七二乃至七九)。但例外アリ、保存行爲ヲ爲スカ爲メニハ辨濟期到來シタルコトヲ要セス又裁判上ノ代位ノ手續ニ依ルヲ要セサルモノトス。是レ保存行爲ノ場合ニハ債權者ノ利益ヲ保全スルモノニシテ債權者ヲ害スル虞ナキヲ以テ也。此ニ裁判上ノ代位ト云フモ債權者ノ權利ヲ裁判上行使スルノ意ニ非スシテ唯代位ニ付裁判所ノ許可ヲ得ルコトヲ云フニ過キス。此事誤解ナキヲ要ス。

(3) 債權者カ自ら其權利ヲ行使セサルコト 法律ノ明文ニ定メサル所ナルモ代位權ノ性質

上當然ノコト也(同旨川名二五六。鳩山一八八。石坂六五七等)。

代位權行使ノ要件ハ以上ニ盡ク。而シテ裁判上ノ代位ニ依ル場合ニハ前述ノ如ク代位ヲ許可シタル裁判ハ職權ヲ以テ之ヲ債權者ニ告知スルコトヲ要シ、告知ヲ受ケタル債權者ハ其權利ヲ處分スルヲ得ス(六七)。然ルニ保存行爲ニ非スシテ裁判上ノ代位ニ依ラサル代位ハ債權者ノ債權カ辨濟期ニ在ル場合ナルカ故ニ學者或ハ其代位ハ辨濟期前ナル裁判上ノ代位ニ依ル場合ニ比シカ辨濟期ノ效力薄弱ナルヲ得ストノ理由ニテ債權者カ代位權ノ行使ニ著手シタル時債權者ハ其權利ノ處分權ヲ失フト爲シ(嘉山二一二。横田三九八。石坂六八〇)。又其處分權ヲ失フ時期ハ債權者カ債權者ニ對シテ代位ヲ通知シタル時ナリト爲ス(鳩山一九五。我妻一四四等)。然レトモ根據ナキ見解也。惟フニ辨濟期ニ在ル債權者ノ代位權ノ行使中代位ノ客體タル權利ヲ債權者カ任意ニ處分シ得ルモノト爲スハ裁判上ノ代位ニ依ル場合トノ權衡上不當ナルカ如キモ債權名義サヘ有セサル自稱債權者カ辨濟期到來シタルトテ代位權ノ行使ニ著手シ又ハ其著手ヲ債權者ニ通知スルニ因リテ債權者カ其處分權ヲ制限セラルト爲スカ如キハ到底妥當ニ非ス。即チ裁判外ニ於ケル代位權ノ行使ハ強制執行ニ依ラスシテ債權者ノ財産ニ干渉スルモノナルカ故ニ法律ニ明文アル場合ノ外容易ニ債權者ノ自由ヲ束縛スヘキモノニアラス。裁判上ノ代位ニ依ル場合ニ於テスラ裁判ノ告知ニ依リ債權者ニ處分ヲ禁スルハ立法上果シテ相當ナルヘキカ疑ナキ能ハス。況ンヤ債權者一個人ノ通知カ裁判所ノ告知

同様債務者ニ處分ヲ禁スル效力ヲ生ストナスハ當ヲ得タルモノニ非サルカ故ニ裁判上ノ代位ニ依ル場合ノ右ノ效果ヲ裁判上ノ代位ニ依ラサル裁判外ノ代位權行使ノ場合ニ類推スヘキモノニ非ス。而シテ裁判上其代位權ヲ行使スル場合ハ即チ取立命令ニ依ルヘキモノニシテ強制執行ニ屬スルカ故ニ差押ノ結果債務者カ其代位セラルヘキ權利ヲ處分シ得サルヤ勿論也。

四七 物體 債務者ニ屬スル權利ハ代位ノ物體タリ得ルヲ原則トス(債權ノ讓渡人カ其讓渡ヲ債務者ニ通知スルコトハ債務者ニ對スル讓渡人ノ權利ニ非サルヲ以テ讓受人ニ於テ代位スルヲ得ストノ判例アリ(昭五、一〇、一〇大判民集九四八)正當也)。而シテ其物體タリ得ル權利即チ代位ニ依リテ行使シ得ヘキ權利ニ付テハ第四二三條ノ明文ハ唯債務者ノ一身ニ專屬スル權利ヲ除外スルニ過キサルモ其外尙代位ノ性質上自ラ制限ナキヲ得ス。即チ民法カ債權者ニ代位權ヲ認メタルハ債務者ノ財産ニ因リテ債權ノ満足ヲ得シメンカ爲メナルヲ以テ、法律又ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ債權者共同擔保ノ目的タルコトヲ禁セラレタル權利ハ縱令債務者ノ一身ニ專屬セサル場合ト雖代位ノ物體タルヲ得ス。差押ヲ許ササル權利(民訴六一八)ハ是ニ屬ス。而シテ右ニ所謂一身ニ專屬スル權利ハ權利ノ行使カ一身のナルモノ即チ權利ノ性質上之ヲ行使スルト否トヲ權利者自ラ決定スルヲ要スルモノヲ意味シ(例、民八八七一ニ依ル取消權ノ如キモ是ニ屬ス。同旨正七、六、一九大判民集一二〇九)、相續ノ場合(民九一〇)ニ所謂一身ニ專屬セルモノカ權利義務歸屬ノ一身のニシテ他人ニ移轉スルヲ容ササルモノヲ意味スルト同シカラス(同旨鳩山一九一。嘉山二〇八。磯谷五一〇等)。故ニ例ヘハ戸主權、親權、婚姻取消權、離婚請求

權、夫婦間ノ契約取消權(民七九二)ノ如キモ第四二三條ニ所謂一身ニ專屬スル權利也。普通ノ金錢債權ニテモ當事者カ移轉ヲ禁シタルモノナルトキ亦然リ。反之、不法行爲ニ因ル損害賠償ノ債權ハ其不法行爲カ身體、健康、名譽、自由ノ侵害タル場合ト雖一身ニ專屬スル權利ニ非ス、又債權者共同擔保ノ目的タルコトヲ禁セラレタルモノニ非サルカ故ニ代位ノ物體タリ得ルヲ原則トシ(反對、鳩山一九一。石坂七六一)、唯其請求原因タル事實ヲ公表スルコトカ被害者ノ名譽ヲ害スヘキモノニシテ未タ公表セラレサル場合ニ於テノミ例外トシテ一身ニ專屬スル權利ト解スルヲ相當トス。

四八 效果 代位權行使ノ效果ハ債務者ニ歸屬ス。是レ債務者ノ權利ヲ行使スル當然ノ結果ニシテ敢テ説明ヲ要セサル所也。

第三節 債權者取消權

四九 概念 債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル財産權ヲ目的トスル法律行爲ハ受益者及轉得者ノ惡意ナル場合ニ於テ債權者之ヲ取消スコトヲ得(民四二四)。此取消權ヲ債權者取消權(Gläubiger- anfechtungsrecht)、詐害行爲取消權又ハ詐害行爲ノ廢罷訴權(action revocatoire)ト云フ。ローマ法以來バウルノ訴(actio pauliana)ト稱セラレ債權者ノ共同擔保ヲ回復スルコトヲ目的トス。

五〇 性質 此權利ニハ廢罷訴權ナル名稱アルモ訴訟法上ノ權利ニ非スシテ實體法上債權

四八 代位ノ效果

四九 債權者取消權ノ概念

五〇 債權者取消權ノ性質 一一三

者カ債權ノ效力トシテ有スル權利也。而シテ其内容ハ債務者ノ一定ノ行爲ヲ取消スニ在リ隨テ一種ノ形成權也。(同旨石坂六九六。川名二七六等。此說ヲ物權說ト云フ。尙五六參照)。然ルニ此權利ハ取消權ニ非スシテ離脫シタル財産ノ返還ヲ求ムル請求權ナリトスル學說アリ。(雄本氏志林一八卷一號三二。此。說ヲ債權說又ハ請求權說ト云フ)。又此權利ハ取消權ニ非スシテ法律行爲ヨリ生スル效力ヲ或點ニ於テ否認スル權利也、而シテ否認ノ結果受益者又ハ轉得者ニ對シテ債權的請求權ヲ發生セシムルモノ也トスル學說アルモ(加藤氏富井先生遺囑祝、右兩說ハ法律ノ明文ニ反スルノミナラス詐害行爲カ債務ノ免除又ハ債務負擔行爲タル場合ヲ説明シ難ク爾餘ノ場合ニ於テモ右ノ權利行使後ニ於ケル債務者受益者轉得者間ノ法律關係ヲ適當ニ且合理的ニ解決シ得サルヲ以テ採リ難シ。更ニ折衷說アリ、此取消權ヲ以テ法律行爲ヲ取消シ且金錢ノ支拂、占有ノ返還、登記ノ抹消等債務者ノ財産狀態ノ復舊ヲモ訴求シ得ル權利也トナス。鳩山二〇〇。磯谷五三三。嘉山二一七。明四四、三、二四。大判民聯。民錄一七。正四、一、一〇。大判民錄二〇三九等)。然レトモ後述(五六)ノ如ク取消ノ效果ハ何人トノ關係ニ於テモ生スルカ故ニ取消ノ結果生スル請求權ハ債務者ニ屬スルヲ當然トシ、一面ニ於テ債權者カ債務者ニ屬スル權利ヲ行使スル場合ニ付テハ第四二三條ノ規定アリ、債權者ハ同條ニ依リテ右ノ請求權ヲ行使シ又ハ之ニ對スル強制執行ニ因リテ保護ヲ受クルノ途アリ、他ノ一面ニ於テ第四二四條ノ明文ニハ單ニ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得トアリテ取消ノ結果生スル請求權ニ付何等規定スル所ナキヲ見レハ、同條ハ其文字通り單ニ取消ヲ請求シ得ルコトヲ規定

シタルニ止マリ取消ノ結果生スル請求權ニ基ク給付ノ判決ヲ求メ得ルコトヲ規定シタルモノニ非スト解スルヲ相當トス。尤モ同條ニ依ル取消ノ訴ニ取消ノ結果生スヘキ請求權ニ基ク給付ノ訴ヲ併合シ得ルヤ否ヤハ別箇ノ問題ニシテ、判例ハ明治四四年ノ前示聯合部ノ判決以來其併合ヲ是認シ、殊ニ大正六年三月三一日ノ判決(民錄六一)ハ債權者ハ債務者ニ代位セス自己ノ權利トシテ其給付ヲ求メ得ルモノトナス。然レトモ此結論ハ取消ノ效果ハ相對的ニシテ債權者及被告ト爲リタル受益者轉得者ニ對シテノミ生シ被告ト爲ラサル債務者ニ對シテ生セストナス前提ヨリ來ル止ムヲ得サル結論也。(正一〇、六、一八。大判。民錄一七〇以下參照)。然ルニ其前提カ事物ノ性質ニ反シ容スヘカラサルモノナルコト後述(五五⁽³⁾)ノ如クナルヲ以テ右ノ結論ハ當ラス。凡ソ取消ノ效果ハ何人トノ關係ニ於テモ生シ取消ノ結果生スル請求權ハ債務者ニ屬スヘキコト前述ノ如クナルカ故ニ給付ノ判決ヲ求ムルハ即チ債務者ニ代位スルモノニ他ナラス。而シテ取消ノ判決確定シテ始メテ發生スヘキ將來ノ給付請求權ニ基キ其給付ノ訴ヲ提起シ得ルモノト假定スルモ(民訴二二六。破七六參照)取立命令ヲ得サル債權者カ債務者ニ代位シテ訴ヲ提起スル權限ヲ有スヘキ何等ノ根據ナキヲ以テ(四五⁽¹⁾)債權者ハ詐害行爲取消ノ訴ニ於テ右給付ノ判決ヲ求メ得サルモノト解スルヲ正當トス。若シ夫レ徒ニ訴訟經濟ヲ顧慮シテ之ヲ求メ得ルモノト解シ其結果合理的ニ且容易ニ解決シ得サル法律關係ヲ後日ニ遺スカ如キハ却テ訴訟經濟ニ非ス。次ニ又此取消權ハ性質上債務者ノ不法行爲ヲ原

詐害行為
ハ一種ノ
不法行為
也

因トスル賠償請求權也トスル學說アリ(村上氏新報一九卷六號四)。惟フニ債務者ノ詐害行為ハ故意ニ債權者ノ權利ヲ害スルモノナレハ公序良俗ニ反スルコト勿論ニシテ一種ノ不法行為ト云フヲ得ヘク(次項参照)、其取消ニ因リテ債務者ノ財産上ノ地位ハ回復セラレ債權者ノ不利益ナル状態ハ原狀ニ回復セラレルモノナルカ故ニ此取消權ヲ以テ債務者ノ不法行為ヲ原因トスル損害賠償請求權也ト云フハ學問上必スシモ理由ナキニ非ス。然レトモ債務者カ其資力ヲ減少シテ債權者ヲ害スルハ畢竟債務不履行ノ中ニ吸收セラレルモノト云フヘク、隨テ我民法ノ解釋上之ヲ不法行為ト云フハ穩當ナラサルノミナラズ、損害賠償ハ別段ノ意思表示ナキ限り金錢ヲ以テ其額ヲ定ムルモノナルニ(民四一七)。此取消權ハ金錢ノ支拂ヲ目的トセサルカ故ニ我民法上此取消權ヲ以テ債務者ノ不法行為ヲ原因トスル損害賠償請求權也ト云フハ當ラス(結果同明三九、七、九六判民錄一)。

學者或ハ詐害行為ハ債權者ヲ害スル意思ニ出テタルカ故ニ公序良俗ニ反スル行為也トセハ其效果ハ第九〇條ニ依リ當然無効タルヘシトナス(鳩山二)。然レトモ同條ハ唯原則ヲ定メタルニ止マリ、例外ヲ許ササルモノニ非ス。即チ縱令公序良俗ニ反スル行為ニテモ之ヲ當然無効トスルトキハ公序良俗ニ反スルコト一層甚シキモノアリ。乃チ斯ル行為ハ縱令公序良俗ニ反スルモ例外ニ屬シ有效ニシテ唯取消シ得ルモノトスルヲ相當トス。第七六五條乃至第七七一條ニ反スル婚姻及詐害行為ノ如キハ其適例ニシテ斯ル婚姻ノ有效ナルコトハ第七七八條以下ニ於テ又詐害

行為ノ有效ナルコトハ第四二四條ニ於テ明カニ之ヲ認メ唯取消シ得ヘキモノトナスニ過キス。左レハ民法カ行為ノ效力ヲ認メタルノ故ヲ以テ常ニ其行為カ公序良俗ニ反セストナスノ不可ナルコト明白ニシテ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル行為即チ詐害行為カ公序良俗ニ反スルコト疑ナク(破三七四以下參照)、第三者タル受益者カ惡意ニテ其法律行為ノ一方ノ當事者トナリ更ニ他ノ第三者カ惡意ニテ斯ル受益者ヨリ轉得シ又ハ其轉得者ヨリ更ニ轉得スル其等ノ行為モ亦不法行為ナルカ故ニ其受益者又ハ轉得者ハ理論上其不法行為ニ因ル損害ヲ賠償セサルヘカラス。又債權者ハ取消權ヲ行使セスシテ直ニ其損害賠償ヲ右ノ受益者又ハ轉得者ニ請求シ得ルモノトナス學說アリ(正一三、五、七法曹會決議 同會雜誌二卷六號一二二)。然レトモ民法ハ第四二四條ニ於テ債權者ニ取消權ヲ認メ全ク其不法行為ナカリシ原狀ニ回復スル方法備ハルカ故ニ同條ハ此點ニ於テ第七〇九條ニ對スル特別法ノ關係ニ立チ債權者カ右取消權ヲ有スル限り受益者又ハ轉得者ハ第七〇九條ニ依ル損害賠償ノ責ニ任セス而モ受益者又ハ轉得者ハ其善意ナルトキハ縱令過失アルモ同條ニ對スル第四二四條ノ關係上右賠償ノ責ニ任セサルモノト云ハサルヘカラス。

學者或ハ債權者取消權ハ破産管財人ノ有スル否認權(破七二)ト略同一ノ目的ヲ有シ其權利ノ性質亦同シトナス(鳩山二〇三、嘉山二)。然レトモ否認權カ取消權ノ性質ヲ有セサルコトハ破産法第七九條ニ依リテ明也。而シテ何レモ裁判上ニ於テノミ行使シ得ルモノナルモ(民四二四、破七六)、債權者

取消權ノ行使ハ破産宣告ヲ前提トセサルニ反シ否認權ノ行使ハ之ヲ前提トス(尙拙稿新報三)。此兩者ハ沿革上相伴ヒテ發達シタル制度ニシテ英法ニ於テハ之ヲ同一ノ法律ニ規定ス(石坂六八八)。鳩山前掲參照。

五一 要件 債權者取消權ノ成立ニハ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ財產權ヲ目的トスル法律行為ヲ爲シ且受益者カ惡意ナルコトヲ要件トス。左ニ之ヲ分説スヘシ。

(1) 債務者カ法律行為ヲ爲シタルコトヲ要ス。訴訟行為ハ法律行為ニ非サルカ故ニ此取消權ノ物體トナラス。又例ヘハ相手方ト通シテ爲シタル虛偽ノ意思表示ノ如ク法律上無効ナル行為ハ取消シ得ス(同旨明四一、六、二〇大判民錄七五九。川名二六八。鳩山二)。隨テ其無効ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗シ得サル場合、例ヘハ債務者甲カ債權者ヲ害スルコトヲ知リ乍ラ相手方乙ト通シテ財產權ノ虛偽ノ讓渡ヲ爲シ第三者丙カ債權者ヲ害スルコトニ付テハ惡意、虛偽ノ讓渡ニ付テハ善意ニテ乙ヨリ其權利ヲ讓受ケタルカ如キ場合ト雖甲乙間ノ其虛偽ノ讓渡ハ取消シ得ス(反對正一三、等法院聯合部判決、評論一三卷民法四八)、取消ヲ竣タスシテ初ヨリ無効也。然レトモ虛偽ノ點ニ付善意ナル丙ハ右ノ權利ヲ取得シ債權者ヲ害スルコトニ付惡意ナル乙ト丙トハ債權者ニ對シ共同ノ不法行為者ナルカ故ニ連帶シテ損害賠償ノ責ニ任シ(參照五七(4))。債權者ハ反對說ニ依ルト同等以上ノ保護ヲ受ケ得ヘキ也。反之、債務者カ事實上法律行為ヲ爲ササルモ法律上之ヲ爲シタルモノト看做サル場合(例、民一九)ハ法律上之ヲ爲シタルト同一ノ取扱ヲ受クルモノナルカ故ニ第四二四

條ノ適用アルヲ妨ケス(同旨鳩山二〇四。川名二六六)。法律行為ノ種類ニ付テハ制限ナシ。故ニ單獨行為ナルト契約ナルト又債權の行為ナルト物權の行為ナルト將タ準物權の行為(例、債權ノ讓渡免除等)タルトヲ問ハス。債務者ノ代理人ノ爲シタル法律行為ハ債務者自身ノ爲シタルト同一ノ效果アルモノナルカ故ニ第四二四條ニ所謂債務者ノ爲シタル法律行為也。

(2) 右ノ法律行為ニ因リ債權者ニ損害ヲ生シタルコトヲ要ス。第四二四條ニ債權者ヲ害スルコトヲ知リトアルハ客觀的ニ害スルコトヲ知ルノ意也。故ニ實際債權者ニ損害ヲ生シタルコトヲ要ス。但其損害ト云フハ一般債權ニ對スル共同擔保ノ額ヲ其債權額ヨリ小ナラシメ若ハ既ニ小ナルモノヲ比例上一層小ナラシメ以テ債權ノ完済ヲ困難ナラシメ若ハ一層困難ナラシムルコト也。

然レトモ甲ニ對シテ特定物引渡ノ債務ヲ有スル乙カ之ヲ惡意ノ丙ニ讓渡ノ契約ヲ爲シ且丙ニ引渡シタルカ如キ場合ニ於テモ若シ甲カ既ニ其所有者ナルトキハ該契約ハ讓渡ノ效力ヲ生セサルカ故ニ債權者取消權ノ成立セサルヤ言ヲ竣タス(結果同正七、一〇、二六六判民錄二〇)。斯ル場合ニ取消權ノ成立スルヤ否ヤニ付學者間ニ議論ノ存スルハ全く其間ノ法律關係(參照七八(6))ヲ誤解セルカ爲メ也。

共同擔保ヲ減少シテ債權者ヲ害スル方法ニアリ。一ハ積極財產ノ減少也。他ハ消極財產ノ増

加也。然レトモ現存財産ノ變形例ヘハ相當ノ對價ヲ得テ之ヲ賣却スルカ如キハ共同擔保ヲ減少シテ債権者ヲ害スルモノニ非ス(同旨石坂七〇五。鳩山二〇九。嘉山二二一)。然ルニ不動産ヲ金錢ニ變スルハ擔保ノ效力ヲ薄弱ナラシムルカ故ニ詐害行為トナルトナス判例學說アリ(正七、九、二六大判民錄一七三〇。磯谷五四七等)。然レトモ非也。蓋其不動産ニ對シテ強制執行ヲ爲ストキハ執行費用ヲ控除シテ實際債権者ノ辨濟ヲ受ケ得ヘキ額ハ相當代金ヨリ少額ナルヘク、又債務者カ相當代金ニテ不動産ヲ賣却シ其代金ヲ受領セサル間ニ債権者カ其代金債権ヲ差押ヘタルカ如キ場合ニ於テハ、縱令債務者カ其代金ヲ浪費スル意思ヲ以テ賣却シタル場合ト雖其ノ賣却ノ法律行為ヲ以テ詐害行為ト云フヲ得サルコト明白ナレハ也。即チ其法律行為カ債権者ヲ害スルヤ否ヤハ其法律行為自體ニ因リテ害スルヤ否ヤヲ決スヘキモノニシテ債務者カ其法律行為ニ因リテ得タル權利ニ付更ニ爲ス法律行為又ハ事實行為ニ因リテ害スルヤ否ヤヲ決スヘキモノニ非サル也。然レトモ債務者カ代金ヲ浪費シテ債権者ヲ害スヘキコトヲ知リナカラ不動産ヲ買受ケ代金ヲ債務者ニ支拂ヒテ浪費セシメ以テ債権者ヲ害シタル買主ノ如キハ債権者ニ對シ不法行為ノ責ニ任スヘキモノトス(參照五七(4))。

辨濟カ詐害行為トナリ得ルヤ否ヤニ付テハ議論岐ル(積極說石坂七三三。中島七二五等。消極說正八、七、末弘全)。惟フニ總債務完済ノ資力ナキ債務者カ、一債権者ニ完済スルカ如キハ同時ニ他ノ債権者ヲ害スルモノニ他ナラサルモ、右ノ如ク資力不足ノ場合ニ於テモ一債権者カ強制執行ニ依リ

テ自己ノ債権ノ完済ヲ受クルコトハ法ノ認容スル所ニシテ、破産手續ニ依ラサル平等辨濟ハ法ノ要求セサル所ナルカ故ニ、債務者ノ爲ス辨濟其他ノ債務消滅ニ關スル行為及擔保ノ供與ハ破産法第三七五條第三號ニ該當スル場合ノ外公序良俗ニ反スルコトナク、詐害行為ト爲ラサルモノト解スルヲ妥當トス(擔保ノ供與ニ付積極說正八、五、五十大判民錄八三。八。中島七一。鳩山二一〇。消極說我妻一五五)。

(3) 債務者ノ行為ハ財産權ヲ目的トセルコトヲ要ス。間接ニ財産權得喪ノ效果ヲ生スルモ直接ニ之ヲ目的トセサル法律行為ハ債権者取消権ノ目的トナラス。例ヘハ婚姻、養子縁組、離縁、離婚、私生子認知、家督相續ノ承認、拋棄ノ如キハ財産上不利益ナル結果ヲ生スルコトナキニ非サルモ、此等ノ行為ニ付債権者ノ干渉ヲ許スハ不當ナルカ故ニ取消権ノ目的トナル行為ハ直接ニ財産權ヲ目的トスルモノニ限ル必要アリ。是レ民法カ之ヲ一ノ要件トセル所以也(民四二。四一)。遺產相續ノ承認拋棄ハ唯財産權ノ得喪ヲ目的トスル行為ナルカ故ニ一見債権者取消権ノ目的トナリ得ルカ如キモ、其承認又ハ拋棄ハ包括承繼ノ承認又ハ拋棄ナルカ故ニ其取消ニ因リテ必スシモ債権者ノ共同擔保ヲ増加スルモノニ非ス。即チ其取消後ニ至リ遺產相續ノ目的中ニ意外ナル積極財産又ハ消極財産アルコト分明スルコトアルヘク、隨テ其取消ハ却テ共同擔保率ヲ減少スルコトアルヘキカ故ニ、遺產相續ノ承認又ハ拋棄ハ債権者取消権ノ目的トナラサルモノト解ス(拋棄ニ付反對。石坂七三一)。財産ヲ出資スルニ因リ債権者ヲ害スヘキコトヲ知リテ合名會社、合資會社ヲ設

立シタルトキハ債権者ハ其債務者及會社ニ對スル訴ヲ以テ會社ノ設立ノ取消ヲ請求スルコトヲ得(商一四一)。

(4) 債務者ノ惡意 債務者カ債権者ヲ害スルコトヲ知リテ法律行為ヲ爲セルコトヲ要ス。

害スルコトヲ知レルヲ以テ足り、欲セルコトヲ要セス。又其惡意ハ特ニ取消権ヲ行使スル債権者ニ對シテ存シタルコトヲ要セス、他ノ債権者ヲ害スルコトヲ知レルヲ以テ足ル(同旨、石坂七一〇、鳩山二一三)。

(5) 受益者ノ惡意 詐害行為ノ當時其行為カ債権者ヲ害スルコトヲ受益者ニ於テ知レルコトヲ要ス(例外アリ、信託法一二)。民法カ此要件ヲ定メタルハ取消権ヲ與ヘテ債権者ヲ保護スル爲メ善意ノ

第三者ニ不測ノ損害ヲ及ホスハ不可ナレハ也。受益者トハ詐害行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者也。詐害行為ノ相手方タルヲ普通トスレトモ必要トセス。其詐害行為カ第三者ノ爲メニスル契約(三五)ノ場合ニハ第三者カ受益者ニシテ契約ノ相手方ハ第四二四條ニ所謂受益者ニ非スト解ス。受益者ノ惡意ヲ要スルモ受益者自ラ行為セルコトヲ要セス。債務者カ債権者ヲ害スルコトヲ知リ乍ラ單獨行為ヲ以テ自己ニ對スル第三者ノ債務ヲ免除シタルカ如キ場合ニハ第三者ハ自ラ行為ヲ爲シタルニ非サルモ惡意ナルトキハ其免除ハ取消シ得ヘキモノトス。而シテ債務者カ第三者ノ手形債務ヲ免除シ且手形ヲ破毀シタル場合ニ免除ヲ取消シタルトキハ民法第七七七條以下ノ規定ニ從ヒ公示催告手續ニ依リ其手形上ノ權利ヲ回復シ得ヘシ。

取消権成立ノ要件ハ以上ニ盡ク。債務名義、債務者ノ支拂停止等ハ必要ニ非ス。又轉得者ノ惡意ハ取消権成立ノ要件ニ非ス。

五二 轉得者ノ惡意 轉得者ヲ生シタル場合ニ取消権ノ存續ニハ轉得者モ亦惡意ナルヲ要ス。即チ轉得者カ其轉得ノ當時債務者ノ行為カ債権者ヲ害シ受益者惡意ナリシ事實ヲ知レルコトヲ要ス(同旨、昭八、五、二大、判集一二卷一〇五一)。轉得者トハ受益者カ詐害行為ニ因リテ得タル權利ニ基キ更ニ爲シタル法律行為、之ト同視スヘキ行為(例、轉付、民訴六〇〇、轉付ニ付同旨、昭六、三、一七、大判集一〇卷一七一)。又ハ代位(民四二二、四四三、但書、五〇一)ニ因リ利益ヲ受ケタル者ヲ謂フ。故ニ受益者ヨリ其ノ權利ヲ讓受ケタル者又ハ其權利ニ付質權、抵當權、地上權等ノ設定ヲ受ケタル者カ轉得者ナルハ勿論ナルモ、必スシモ受益者ヨリ更ニ權利ヲ取得シタル特定承繼人ナルコトヲ要セス。例ヘハ債務者カ債権者ヲ害スルコトヲ知リテ自己ノ債権ヲ第三者(受益者)ニ讓渡シ、受益者其債務ヲ免除シタルトキハ、第三債務者ハ受益者ヨリ權利ヲ取得シタル者ニ非サルモ仍ホ轉得者也。受益者ノ包括承繼人ハ受益者ト同視セラル。故ニ轉得者ニ非ス。

轉得者アル場合ニ受益者及轉得者ノ惡意ト取消権トノ關係ニ付テハ三說アリ。第一說ハ取消権ノ存在ニハ兩者俱ニ惡意ナルヲ要ストシ(川名二、〇七)。第二說ハ何レカ一方カ惡意ナラハ其者ニ對シテ取消権ヲ行使スルヲ得トナシ(梅八五、以下)。第三說ハ取消権ヲ受益者ニ對シテ行使スルニハ其惡

意ナルヲ以テ足り轉得者ニ對シテ行使スルニハ受益者轉得者何レモ惡意ナルヲ要ストナス(石坂四以下。鳩山二一五。明四四。)。惟フニ第一說ハ明文ニ合シ、條理ニ協ヒ、實際ニ適スルモ、第二說(三、二四大判民錄一一七)。第三說ハ之ニ反ス。凡ソ法律行為ハ相對的ニ取消シ得ヘキモノニ非サルカ故ニ取消ノ效果ハ特別ノ規定(例、民九六)ナキ限り總テノ關係人ニ及フ。隨テ第二說第三說ニ依ルトキハ善意ノ第三者ニ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至リ第四二四條ノ精神ニ反シ且實際ニ適セサル也。反對論者ハ第一說ノ如クスルトキハ惡意ノ受益者ハ概ネ皆其目的物ヲ善意ノ第三者ニ轉賣シテ責任ヲ免レ取消權ヲ認メタル趣旨ハ達シ難カルヘシ故ニ斯ル場合ニモ受益者ニ對シテ取消權ヲ行使セシメ受益者ヲシテ目的物ニ代ルヘキ利益ヲ返還セシムルヲ妥當トストナス(鳩山二一六。石坂七四八)。然レトモ第一說ニ依レハ此場合ニ受益者ハ善意ノ第三者ニ轉賣スルニ因リテ故意ニ債權者ノ取消權ヲ侵害シ消滅セシメタルモノナレハ債權者ハ是ニ因ル損害ノ賠償ヲ受益者ニ對シテ請求シ以テ目的物ニ代ルヘキ利益ヲ返還セシムルト同様ノ結果ヲ收メ得ヘキカ故ニ論者ノ憂フルカ如キ結果ナク又善意ナル轉得者ノ權利取得ノ原因ヲ覆スカ如キ不都合ナシ(尙右損害賠償ノ詳細ハ五七(4)ニ其說明アリ)。

五三 善意惡意ノ立證責任 債務者、受益者、轉得者ノ惡意ニ付爭アルトキハ債務者惡意ノ立證責任カ債權者ニ在ルコトハ異論ナキ所ナルモ、債權者ニ於テ受益者及轉得者ノ惡意ヲ立證スル責任アルカ將タ受益者及轉得者ニ於テ其善意ヲ立證スル責任アルカニ付テハ議論岐レ判

例及多數說ハ第四二四條カ受益者又ハ轉得者ノ善意ナリシ場合ヲ但書ニテ規定シタルコトヲ理由トシ受益者及轉得者ニ其善意ノ立證責任アリトナス(正七、一三、三、二四大判、評論一三卷民法四二〇。四六。嘉山二二六。鳩山二一)。然レトモ立法者カ立證責任ヲ定ムル爲メ但書ノ形式ヲ用キタリト解スヘキ根據ナク、但書ハ立法者カ例外ト思惟シタル事項ニ付用キルコトアルモ又行文ノ都合上用キルコトアリ。而シテ立法者カ例外ト思惟シタル事項必スシモ常ニ事實上例外ニアラスシテ却テ原則ナルコトモアルヘク、立證責任ヲ定ムル規定ノ方法トシテハ「何々ト推定ス」(例、民一三〇。二二九。)、「證明スルコト能ハス」(例、民一三〇。二二九。)、「證明シタルトキ」又ハ「證明スルニ非サレハ」(例、民一三〇。二二九。)ト云フカ如キ文字ヲ用キル事例モ存スルカ故ニ、但書ノ事項ニ付其但書ノ形式ヲ用キアルノ故ヲ以テ法律カ其事項ヲ主張スル者ニ之カ立證責任アルコトヲ規定シタルモノト解スルハ非也。故ニ受益者轉得者ノ善意惡意ノ立證責任モ亦立證責任ノ一般法則ニ依リテ決スヘキモノトス。而シテ其ノ一般法則ハ推定ナキ積極的事實若ハ反對ノ推定アル消極的事實ヲ主張スル者ニハ之カ立證ノ責任アルモ其他ノ事實ヲ主張スル者ニハ之カ立證ノ責任ナク、甲(例ハ男子タル事實)ニ非スンハ乙(例ハ女子タル事實)、乙ニ非スンハ甲タルヘキ關係ニ在リテ甲乙何レモ積極的事實ナル場合ニハ自己ノ主張スル事實ノ認定ニ依リテ積極的ノ利益ヲ受クル者ニ之カ立證ノ責任アリト云フニ盡ク(拙著舉證責任論其他五。題ノ内舉證責任參照)。而シテ惡意ハ知レリト云フコトニシテ積極的事實ナルモ善意ハ知

ラスト云フコトニシテ消極的事實也。然ルニ吾人實際ノ社會生活上一般ニ受益者及轉得者ハ惡意也ト云フ推定アルニ非ス法律モ亦之ヲ推定シ居ルニ非ス。而シテ惡意ヲ主張スル債權者ハ即チ推定ナキ積極的事實ヲ主張スルモノナルカ故ニ之カ立證ノ責任アリ。善意ヲ主張スル受益者及轉得者ハ消極的事實ヲ主張スルモノニシテ其事實ニハ反對ノ推定ナキカ故ニ之カ立證ノ責任ナシ(結果同横田四三。四。磯谷五九一)。

五四 取消權ノ主體 其主體ハ債權者也。如何ナル債權者カト云フニ債務者ノ一般ノ財産ヨリ辨濟ヲ受クヘキ債權ヲ詐害行爲當時有セル總テノ債權者也。故ニ其債權ハ既ニ履行期ニ在ルヲ要セス、又其發生原因ノ如何ヲ問ハサルモ、不作爲ノ債權、特定給付ノ債權ヲ包含セス。而シテ其債權成立ノ時期ニ付テハ詐害行爲前ニ成立セルヲ要ストナスヲ多數說トスレトモ(横田四二五。鳩山二一九。嘉山二二三。磯谷五七四。正八、五、二〇大判民錄七八八。正六、一、二二大判民錄八等)、其債權カ詐害行爲前ニ成立シ又ハ將來其債權ノ成立スルコトアルヘキ特別ノ法律關係(例、停止條件附契約)カ詐害行爲前ニ成立セルコトヲ要ストナスヲ正當トス。然ルニ詐害行爲當時他ニ詐害セラレタル債權者アルトキハ行爲後ニ成立シタル債權ノ取得者モ右ノ詐害行爲ヲ取消スヲ得トナス學說アリ(石坂七一八。加藤氏破。產法研究四卷三二〇)、又例ヘハ人カ財産ヲ處分シ殆無資力トナルモ之ヲ隱蔽シテ借財ヲ爲ス場合ニ於テ右財産處分當時ヨリ其事實ヲ隱蔽シテ將來債務ヲ起スノ意思アルニ於テハ將來ノ債權ニ對シ過去ニ於テ詐害行爲アリト云フヲ得ト

ナス學說アルモ(中島六八七)、詐害行爲前ニ成立セサル債權又ハ詐害行爲前未タ右ニ謂フ特別ノ法律關係成立セサル將來ノ債權ハ其詐害行爲ニ因リテ害セラレタルモノト云フヲ得サルカ故ニ右兩說ハ正當ナラス。又其債權ハ特別擔保(民三三五。三三六。一〇)ニ依リテ十分ニ確保セラレタル債權ニ非サルコトヲ要ス。蓋特別擔保ニ依リテ十分ニ確保セラレタル債權ハ債務者カ他ノ財産ヲ減少シ若ハ消極財産ヲ増加スルモ其辨濟ヲ受クルニ付困難ヲ生スルコトナケレハ也(同旨鳩山二二七。反對石坂七一五。加藤氏前掲三二三)。

五五 取消權行使ノ方法 第四二四條ハ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ト規定ス。故ニ取消權ハ裁判外ノ意思表示ニ依リテ行フコトヲ得ス。惟フニ取消權成立ノ各要件具備スルヤ否ヤハ容易ニ判明セサル場合多カルヘク、又取消ノ效果ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ生スルカ故ニ(民四二五)、取消ノ事實ハ之ヲ總債權者ニ容易ニ明確ナラシムル必要アリ。是レ即チ民法カ取消ハ裁判所ニ請求スルコトヲ要ストセル所以也。而シテ其取消ニ付テハ債權者ト直接ニ利害相反スル者アリ且取消ノ手續ニ付特別ノ規定ナキカ故ニ其取消ノ請求ハ訴ノ方法ニ依ルヘキモノト解ス。左ニ其訴ノ性質及當事者ヲ説明スヘシ。

(1) 取消ノ訴ノ性質 此訴ハ創設ノ訴(konstitutive Klage)又ハ形成ノ訴(Gestaltungs-)ト稱スルモノニ屬ス。確認ノ訴又ハ給付ノ訴ニ非スシテ判決ニ因リ取消ノ效果ヲ創設又ハ形成スルコトヲ求ム

ル訴也(同旨石坂七三七。川名二八〇以下)。尤モ此點ニ付テハ異説アリ。取消權ノ性質ニ付請求權説ヲ採ル學者ハ給付ノ訴(Leistungs-)也トシ、折衷説ヲ採ル學者ハ取消ノミヲ目的トセルトキハ形成ノ訴ニシテ財産ノ返還ヲモ目的トセルトキハ形成ノ訴ト給付ノ訴ノ性質ヲ兼ネ有スル訴也トナス(鳩山二三〇前段。尙五参照)。

(2) 原告 取消ノ訴ノ原告ハ債權者也。債權者ハ自己ノ名ニ於テ取消權ヲ行使スルモノニシテ債務者ノ代理人ニ非ス。又同時ニ他ノ債權者ヲ代理スルモノニ非ス。

(3) 被告 債權者ハ何人ヲ被告トシテ此訴ヲ提起スヘキ乎。此點ニ付五説アリ。甲説ハ債權者受益者及轉得者ヲ共同被告トスヘシトナス(明四四、三、二四聯合。部判決前ノ大審院判例)。乙説ハ債務者ノ法律行為ノ當事者ヲ被告トスルヲ要シ轉得者ハ被告トスヘキモノニ非ス。故ニ單獨行為ニ付テハ債務者一人ヲ、契約ニ付テハ債務者ト相手方タル受益者ヲ被告トスヘシトナス(石坂七三、三八)。丙説ハ詐害行為ノ當事者ハ常ニ被告トスヘク、尙轉得者ニ對シ財産ノ返還ヲ請求スル場合ニハ轉得者ヲモ被告トスヘキモノトシ(鳩山二三)、丁説ハ受益者又ハ轉得者ヲ被告トスヘシトナス。丁説ノ理由區々タリ。(a) 雉本氏(志林一八卷一號)ハ此取消權カ請求權ナルコトヲ理由トシ、(b) 前記聯合部判決以來ノ大審院判例ハ取消ノ效果ハ相對的ニシテ被告トナレル受益者又ハ轉得者ニ對スル關係ニ於テノミ生スルモノナルカ故ニ債務者ヲ被告トスル必要ナク、債務者ハ被告トナル適格ナキモノナルコト

ヲ理由トシ、(c) 仁井田氏(法協三一卷一二號二〇四三。二〇五八)ハ凡ソ訴ハ反對ノ利益ヲ有スル者ノ間ニ於テノミ存在スヘキモノナルコトヲ理由トス。戊説ハ受益者一人ヲ被告トスヘシトナシ、此取消ハ法律行為ノ取消ニシテ相手方ニ付別段ノ規定ナキカ故ニ第一二三條ノ規定ニ從ヒ相手方ニ對シテ爲スヘキモノトナス(川名二七九)。

惟フニ詐害行為ノ取消ハ其法律行為ノ當事者ニ非サル利害關係人タル債權者ヨリ求ムルモノナルカ故ニ其取消ニ付直接ニ反對ノ利害關係ヲ有スル者ハ總テ之ヲ被告トスヘキモノニシテ、債務者モ亦自己ノ爲シタル行為ノ效力ヲ維持スルヲ以テ其利益トスルヲ原則トスルカ故ニ債務者、受益者及轉得者ハ之ヲ共同被告トスヘキモノト云フヘク、甲説ヲ正當トス。乙説ハ法律行為ノ當事者ニ非サルモノハ被告トナスヘカラスト云フモ、現ニ其當事者ニ非サル債權者カ原告ナル以上、受益者又ハ轉得者カ其當事者ナラサルノ故ヲ以テ被告トスヘカラスト云フハ理由ナシ。而シテ受益者又ハ轉得者ハ寧ロ債權者以上ノ利害關係ヲ有スルモノナルカ故ニ之ヲ訴訟ノ當事者トセスシテ而モ其權利ヲ奪フヘキ效力アル判決ヲ爲スハ不都合ノ最モ甚シキモノ也。加之、若シ判決ハ別段ノ規定ナキ限り訴訟ノ當事者外ノ者ニ效力ヲ及ボササルモノトセハ受益者カ法律行為ノ當事者ナラサルカ故ニ之ヲ被告トセス債務者ノミヲ被告トシタル場合ニハ其行為ヲ取消スモ何等ノ實益ナク、又轉得者ヲ被告トセサリシ場合ニハ轉得者ノ取得シタル權利ヲ債

務者ニ回復スルヲ得ス、受益者カ詐害行為ニ因リテ讓受ケタル債權ニ付債務ヲ免除シタルカ如キ場合ニモ取消ハ何等ノ實益ナキニ終ルヘシ。故ニ乙說ハ不當也。丙說ハ取消權者カ取消ト同時ニ給付ノ判決ヲ求メ得ルコトヲ前提トスルモ、其前提ノ非ナルコト既述(五〇第一項後段)ノ如クナルヲ以テ採リ難シ。丁說中(a)說ハ請求權說ノ採リ難キコト前述(五〇)ノ如クナルヲ以テ正當ナラス。(b)說ハ相對的ノ取消ヲ認ムルモノナルモ凡ソ法律行為ヲ相對的ニ取消スコトハ事物ノ性質上不能也。又詐害行為ニ因リテ不動産ヲ讓渡シ其登記ヲ爲シタル場合ニ讓渡ヲ相對的ニ取消シ得ルモノトセハ登記モ亦相對的ニ抹消セサルヘカラサルモ不動産登記法ハ相對的ノ登記ヲ認メサルカ故ニ相對的ノ抹消ハ不能ナルノミナラス、同說ノ如ク取消ノ訴ニ依リテ取消ト同時ニ給付ノ判決ヲ求メ得ヘキモノトシ、例ヘハ債務者カ被告(受益者)ニ爲シタル不動産ノ讓渡ヲ取得スト同時ニ其所有權移轉登記ノ抹消登記手續ヲ命スル判決ヲ爲スモ、凡ソ抹消セラルヘキ一個ノ登記ニ付其登記義務者アリタル場合ニ於ケル抹消登記ノ登記權利者ハ其抹消セラルヘキ登記ノ登記義務者タリシ者ニ外ナラサルヲ以テ右判決ノ場合ニ於ケル抹消登記ノ登記權利者ハ即チ右不動産ヲ被告ニ讓渡シテ其所有權移轉登記ヲ爲シタル債務者ナラサルヘカラサルモ其讓渡ノ取消カ相對的ニシテ債務者ニ對シテ效力ナキモノトセハ債務者ニ取リテハ其登記ヲ抹消スヘキ原因ナキカ故ニ債務者ハ其抹消請求權ヲ有セス、隨テ債權者カ債務者ニ代位スルモ其抹消登記

ヲ求ムルヲ得ス、其抹消登記手續ヲ命スル判決ハ全く無意味也。又其取消カ債務者ニ對シテ效力ナキモノトセハ其不動産ハ債務者ニ復歸セサルカ故ニ債權者ハ債務者ニ對シテ之ヲ債務者ノ財產トシテ強制執行ヲ爲スヲ得ス、債務者破産宣告ヲ受クルモ其不動産ハ破産財團ニ屬セス、債務者カ未タ受益者ニ引渡ササルトキハ破産管財人ニ對シテハ引渡ヲ拒ムコトヲ要シ、讓渡代金未濟ナルトキハ何人ニ對シテモ其不動産ヲ留置シ得ヘク、全く法律カ取消權ヲ認メタル趣旨ニ反ス。更ニ對世的ニ之ヲ觀ルニ右ノ取消カ總債權者及被告ニ對シテノミ效力ヲ生シ債務者其他被告ト爲ラサル者ニ對シテ效力ナキモノトセハ一般世人ニ對シテモ效力ナク一般世人ヨリ觀レハ取消後ニ於テモ右不動産ハ依然トシテ受益者又ハ轉得者ノ所有ナルカ故ニ世人ハ債務者又ハ破産財團所屬ノ不動産トシテ之ヲ買受クルヲ得ス、買受ケ得ルハ只右ノ債權者及被告ニ限ルト云フ奇怪ナル結果ヲ生ス。加之、例ヘハ千圓ノ不動産ヲ代金五百圓ノ現金拂ニテ賣渡シタル詐害行為カ取消サレタルトキハ受益者ハ不動産ヲ返還シ債務者ヨリハ五百圓ノ不當利得ノ返還ヲ受ケ得サルヘカラサルモ取消カ債務者ニ對シテ效力ナシトセハ債務者ハ毫モ不當利得ヲ爲シタルコトトナラサルカ故ニ受益者ハ不當ニ其利益ヲ害セラルヘク、(b)說ノ不當ナルコト洵ニ明白也。次ニ(c)說ノ非ナルコトハ債務者モ自己ノ行為ノ效力ヲ維持スルヲ以テ其利益トナシ債權者ト反對ノ利益ヲ有スルヲ原則トスヘキニ徴シテ疑ナカルヘシ。終リニ戊說ニ對シテハ第二

説ニ對スル非難ノ前半ヲ應用シ得ルノミナラス、第一二三條ハ行爲ノ當事者カ取消ス場合ノ規定ナルカ故ニ當事者外ノ者カ取消ス場合ニ準據シ得サルハ言フヲ踈タサル所ニシテ第五説ノ不當ナルコト亦明白也。

五六 取消權行使ノ效果

詐害行爲ノ取消ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生ス(民四)。(二五)。
詐害行爲取消ノ效果ニ付民法ノ規定スル所ハ唯是ノミ。而シテ民法ニ所謂取消ハ場合ニ依リ其意義必スシモ同一ナラスト雖第四二四條ニ所謂取消ハ法律行爲ノ取消ニシテ第六條第二項第一六條第七一條第五二四條第七七七條等ニ謂フ取消ノ如ク將來ニ向テノミ效力ヲ生スルモノト解スヘキ根據ナキカ故ニ第一二一條ニ從ヒ詐害行爲カ初ヨリ無効ナリシモノト看做サルル效果ヲ生スルモノト解ス。而シテ其效果ハ事物ノ性質上絕對的ニシテ何人トノ關係ニ於テモ生スヘキモノトス(結果同鳩山二二四。石坂七四一。沼一八四等。但取)。
故ニ例ヘハ權利ノ讓渡カ取消サレタルトキハ其權利ハ當然債務者ニ復歸シテ初ヨリ讓渡ナカリシコトナリ、債務ノ免除カ取消サレタルトキハ初ヨリ免除ナカリシコトナル。而シテ取消ノ結果受益者又ハ轉得者カ不當利得ノ返還ヲ爲スヘキ場合ニハ惡意ノ不當利得者トシテ利息ヲ附シテ返還シ尙損害アルトキハ之ヲ賠償スルヲ要ス(民七)。(四)。
取消ヲ爲シタル債權者ハ優先權ヲ有セス。第四二五條ハ主トシテ此事ヲ明ニスル爲メノ規定也。故ニ債權者カ自己ノ債權ノ満足ヲ得ント欲セハ更ニ債務者ヲ相手方トスル強

制執行等ノ方法ニ依ラサルヘカラス。

五七 取消權ノ消滅 其消滅原因左ノ如シ。

- (1) 債權ノ消滅 取消權ハ債權ノ效力ナルカ故ニ債權ノ消滅ニ因リテ消滅ス。
- (2) 拋棄 取消權ハ又拋棄ニ因リテ消滅ス。然レトモ他ノ債權者ノ取消權ニ影響セス。
- (3) 時效 民法ハ債權者取消權ニ付特殊ノ時效ヲ認メ、取消權ハ債權者カ取消ノ原因ヲ覺知シタル時即チ詐害行爲アリテ受益者惡意ナルコトヲ知リタル時ヨリ二年間若ハ行爲ノ時ヨリ二十年間行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅スヘキ旨規定ス(民四二六。尙民)。(一二六比較參照)。

(4) 轉得者ノ善意 取消權ハ一旦成立スルモ善意ノ轉得者アルニ至ルトキハ總債權者ノ取消權ハ是ニ因リテ皆消滅ス。但此點ニ付テハ反對説アリ(五二第二)。(項參照)。
而シテ此場合ノ消滅ハ受益者又ハ惡意ノ轉得者カ更ニ善意ノ轉得者ニ轉得セシメ、故意又ハ過失ニ因リテ債權者ノ取消權ヲ侵害シタルモノナルカ故ニ是ニ因ル損害賠償ノ義務ヲ生スヘク(民七)。(〇九)、其損害ハ畢竟債權者カ詐害行爲ヲ取消シテ債務者ノ財産ヲ回復シ其財産ヨリ自己ノ債權ノ満足ヲ受ケ得ヘカリシ利益ヲ喪失セシメラレタルニ因ル損害ナレハ右損害ノ賠償タルヤ其利益ヲ喪失セスシテ之ヲ收メ得タルト同一ノ状態ニ置クコトヲ目的トシ而モ其賠償ハ金錢ヲ以テ其額ヲ定ムヘキモノ(民七二二)ナルカ故ニ故意過失ニ因リテ取消權ヲ侵害シタル右ノ受益者又ハ惡意ノ轉得者ハ取消アラハ債

務者カ返還ヲ受クヘカリシ額ヲ總債權者ニ對シ金錢ヲ以テ賠償スヘキ義務アリ、各債權者ハ自己本來ノ債權額ヲ限度トシテ其賠償ヲ受クルコトヲ得ヘク、一債權者カ其賠償義務者ニ對シテ差押ヲ爲シタルトキハ他ノ債權者ハ夫々賠償債權ニ基キテ配當要求ヲ爲シ(民訴五八)公平ノ配當ヲ受クルコトヲ得ヘシ。而シテ右賠償債權ノ辨濟ハ一面ニ於テハ各債權者本來ノ債權ノ辨濟トナルモノナルカ故ニ各債權者ヨリ詐害行爲ヲ爲シタル債務者ニ對スル本來ノ債權ハ右賠償ヲ受ケタル限度ニ於テ消滅シ賠償者ハ更ニ債務者ニ對シテ求償シ得ヘキモ各債權者ノ殘存債權ハ此求償權ニ對シテ優先ス。蓋若シ優先セサルトキハ詐害ノ結果ハ猶消滅セサルコトトナリ民法カ取消權ヲ認メタル趣旨ニ反スレハ也。

(5) 債務者資力ノ回復 債務者カ詐害行爲ヲ爲シ債權者ノ取消權一旦成立スルモ其後債務者ノ資力回復シテ債務ヲ完済シ得ルニ至リタルトキハ取消權ハ目的ノ満足ニ因リテ消滅ス(同旨二〇八。中島六九五。正八、一〇、二八大判、評論八卷民法一一二。昭二、五、二八大判評論)
(一六卷民法八〇二。正一五、一一、一三三大判民錄七九八。昭一三、二、一八大判集一六卷一二一)。

第六章 債權ノ箇數ト同一性

五八 債權ノ箇數ノ問題ハ債權ノ同一性ノ問題ト同シ。唯前者ハ主トシテ時ヲ同ウスル場合

ニ著眼シ後者ハ主トシテ時ヲ異ニスル場合ニ著眼シテ云フニ過キス。此問題ニ付テハ議論岐ル多數說ハ債權關係ノ當事者(債權者、債務者)、給付ノ内容(目的)竝ニ發生原因ノ三者ヲ以テ債權ノ同一性ヲ決スル標準トナシ其一ヲ異ニスル債權ハ之ヲ別箇ノモノトナスモノノ如シ。然レトモ債權ハ其讓渡又ハ債務ノ引受ニ因リテ當事者ヲ異ニスルニ至ルモ同一性ヲ失ハサルコト言フ跋ササルカ故ニ債權關係ノ當事者ヲ以テ債權ノ同一性ヲ決スヘキ一ノ標準トナスハ明ニ不當也。惟フニ債權ノ同一性又ハ箇數ハ其目的即チ内容ヲ唯一ノ標準トシテ之ヲ決スヘク、其目的カ不特定給付ナル場合ニハ其目的ノ箇數又ハ同一性ハ原因ニ依リテ決スヘキモノトスルヲ正當トス。蓋目的ハ債務ノ要素ナルカ故ニ縱令數箇ノ債權アルカ如ク見ユル場合ト雖目的一ナルトキハ其債權ハ一體ヲ成シ理論上一箇ノ債權ト云ハサルヘカラサルヲ以テ也。凡ソモノノ箇數ハ絶對的ノモノニ非ス觀察ノ立場ニ依リテ異ナリ甲ノ立場ヨリ觀察セハ一箇ナルモ乙ノ立場ヨリ觀察セハ數箇ナルコトアリ。例ヘハ一冊ノ書籍ニテモ之ヲ構成スル紙ハ多數也。故ニ紙ノ數ト云フ立場ヨリ觀察セハ其書籍ハ多數ノモノナルモ書籍ト云フ立場ヨリ觀察セハ一箇也。而シテ吾人ノ取引上モノノ箇數ハ之ヲ處分シ取引スルコトノ立場ヨリ觀察スヘキモノニシテ債權ノ箇數モ亦此立場ヨリ觀察スヘキモノナルカ故ニ、債權ノ箇數モ之ヲ別々ニ處分シ別々ニ取引シ得ルヤ否ヤニ依リテ決セサルヘカラス。而シテ債權ヲ別々ニ處分シ別々ニ取引スルコトヲ得ルヤ否ヤハ債權ノ

目的カ一ナリヤ否ヤニ依リテ定マル。乃チ例ヘハ甲乙兩名ノ連帶債務ノ場合ニハ債務者兩名アルモ目的一ナルカ故ニ債權ハ一箇也。隨テ債權者ハ甲ニ對スル債權ヲ丙ニ讓渡シ、乙ニ對スル債權ハ自ラ保有シ又ハ丁ニ讓渡スルカ如キコトヲ爲シ得ルモノニ非ス(反對石坂八六〇以下。正八、一三、一七卷二五二六)。然ルニ若シ反對説ノ如ク此場合ハ債務者二名ナルカ故ニ二箇ノ債權アリトナストキハ、債權者ハ甲ニ對スル債權ハ之ヲ丙ニ讓渡シナカラ乙ニ對スル債權ハ自ラ之ヲ保有シテ乙ヨリ其完済ヲ受ケ丙ノ債權ヲ消滅セシメ以テ之ヲ侵害スルモ債權者ハ自己ノ權利ヲ行使シタルニ過キサカ故ニ何等ノ責任ナキコトナリ其不當ナルヤ言フ埃タス。甲カ乙ノ金百圓ヲ不法ニ消費シテ百圓ノ不當利得ヲ爲シタルカ如キ場合ニハ、一見乙ハ不法行爲ニ因ル債權ト不當利得ニ因ル債權ト二箇ノ債權ヲ有スルカ如クニシテ、一般ノ學說判例(川名七〇五。横田各八一〇四五、三、二三大判民錄三一五。正四、三、八東控判、評論四卷民法一六三等)亦之ヲ認メ、唯其債權ノ目的同一ナルカ故一方ノ債權ノ辨済アルトキハ目的ノ満足ニ因リテ他方ノ債權亦消滅スト説明スレトモ正當ナラス。此場合モ目的一ナルカ故ニ債權ハ一箇ニシテ一面ヨリ觀レハ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ債權タリ、他ノ一面ヨリ觀レハ不當利得返還ノ債權タルニ過キス。故ニ例ヘハ其損害賠償債權ノ讓渡又ハ轉付アリタルトキハ乙ハ最早不當利得ヲ理由トシテモ甲ニ對シテ其百圓ノ請求ヲ爲シ得ス、又其讓渡又ハ轉付ナキ場合ト雖其債權ハ一面ニ於テ不法行爲ニ因ル債權ニシテ第五〇九條ハ不法行爲ニ因ル

債權ニ付債務者ニ相殺ヲ禁スルカ故ニ甲ハ其不當利得ニ因ル債務ヲ以テスルモ相殺シ得サル也。若シ相殺シ得ルモノトセハ是ニ因リテ乙ノ債權ハ消滅シ同條ノ精神ハ全ク没却セラルヘシ。左レハ債權ノ箇數ハ其目的ノ一ナリヤ否ヤニ依リテ決セラルルモノト云フヘク、隨テ又債權ノ變更ニ因リ同一性ヲ失ヒタリヤ否ヤモ其目的ノ同一性ヲ失ヒタリヤ否ヤニ因リテ決スヘク、例ヘハ米ノ給付ノ債務カ金錢給付ノ債務ニ變更シタルカ如キ場合ハ債權ノ目的カ同一性ヲ失ヒタルコト明瞭ナルカ故ニ債權ハ同一性ヲ失ヒ別箇ノ債權トナリタルモノト云ハサルヘカラス(尚二七(4)及拙著舉證責任論其他五題ノ内請求權ノ競合否認論參照)。

右説明ノ如クナルヲ以テ債務ノ箇數ハ目的ノ箇數ニ依リテ定マルモノナルモ債務ハ責任(四b參照)ト異ナルカ故ニ債務ノ一箇ナルコトハ責任ノ數箇ナルコトヲ妨クルモノニ非ス。隨テ例ヘハ甲乙連帶ニテ債務ヲ負擔シ又ハ甲ハ主タル債務者、乙ハ保證人タル場合ニ甲カ全ク無財産ニテ死亡シ相續人乙カ限定承認(民一〇)ヲ爲ストキハ乙ハ甲ノ相續人トシテハ毫モ辨済ノ責ニ任セサルモ連帶債務者ノ一人又ハ保證人トシテ有シタル自己本來ノ責任ニハ何等ノ影響ナク其固有財産ヲ以テ辨済ノ責ニ任スヘキモノトス。

一箇ノ債權モ可分ナルトキハ分割ニ因リ數箇ノ債權トナル。而シテ其分割ハ當事者ノ合意、一部ノ讓渡、一部ノ轉付、一部判決(民訴一八三)、一部ノ時效中斷等ニ因リテ行ハル。又數箇ノ債權

カ準消費貸借又ハ準消費寄託(民五八八、五六六)ニ因リ併合セラレテ一箇ノ債權トナルコトアリ。

第七章 多數當事者ノ債權

第一節 總 說

五九 (1) 一箇ノ債權關係ノ主體即チ債權者及債務者ハ何レモ一人ナルコトアリ、又其一方又ハ雙方カ二人以上ナルコトアリ。前ノ場合ニハ其債權ヲ單數主體ノ債權ト云ヒ後ノ場合ニハ之ヲ多數當事者ノ債權又ハ多數主體ノ債權ト云フ。

(2) 債權ハ初ヨリ多數主體ノ債權トシテ成立スルコトアリ。一旦ハ單數主體ノ債權トシテ成立シ後ニ至リ多數主體ノ債權ニ變スルコトアリ。而シテ其主體ノ多數トナルハ法律行為ニ因ルコトアリ又法律ノ規定ニ因ルコトアリ。法律行為ニ因ル場合ニ於テモ各當事者ノ法律行為ハ夫々別箇ナルコトアリ又其各主體ニ對スル關係ハ互ニ異ナルコトアリ。例ヘハ一主體ニ付テハ無條件、無期限ナルモ他ノ主體ニ付テハ條件附、期限附ナルコトアルカ如シ。

(3) 多數主體ノ債權ニハ理論上成法上種々ノ區別アルモ民法ノ明ニ認ムルモノハ左ノ四種也。

(イ) 分割債權關係(民四二七)

(ロ) 不可分債權關係(民四二八)

(ハ) 連帶債務(民四三二)

(ニ) 保證債務(民四四五)

然レトモ(イ)ノ場合ハ直ニ單數主體ノ債權關係トナルモノニシテ多數主體ノ債權關係トシテ存續スルモノニ非サルカ故ニ真正ノ意義ニ於ケル多數主體ノ債權關係ニ非ス。然ルニ民法カ之ヲモ多數當事者ノ債權ト爲シタルハ次節ニ説明スル如ク其成立原因ノ當事者カ債權者側又ハ債務者側ノ何レカニ於テ多數ナルカ爲メニ他ナラス。(ロ)(ハ)(ニ)ノ場合ハ何レモ真正ノ意義ニ於ケル多數主體ノ債權關係ナルモ其他ニモ尙當事者ノ意思表示又ハ法律ノ規定ニ依リテ多數主體ノ債權關係ヲ成立セシムルコトヲ得。連帶債權關係、總有債權關係(共同債權關係 Schuld Hand; gemeinschaftliche Schuldverhältnis; 數人ノ債權者カ共同シテノミ履行スルヲ要スルモノ)ノ如キ是也。

(4) 同一ノ原因ニ因リテ多數當事者ノ間ニ債權關係ヲ發生スル場合ニ之ヲ多數主體ノ債權關係トナスヘキカ單數主體ノ債權關係トナスヘキカハ重要ナル問題ニシテ第四二七條ハ分割シテ單數主體ノ債權關係トナスコトヲ原則トシタリ(特別ニ付テハ民四四一、六六)。是レローマ法以來諸國立法例(獨民四二〇、瑞債一、四三、奧民八八八等)ノ採用スル所也。然レトモ例ヘハ一箇ノ物ヲ數人ニ賣却又ハ貸貸セ

ル場合ノ如ク不可分給付ニ對シテ相手方數人ノ負擔スル可分ノ反對給付ハ其全部カ右ノ不可分給付全體ニ對スル反對給付ニシテ其債務ハ當然連帶債務タル性質ヲ有シ同條ノ適用ナキモノト解スルヲ妥當トス。若シ之ヲ反對ニ解センカ、例ヘハ甲カ乙丙兩名ニ馬一頭ヲ代金千圓ニテ賣渡シ乙ハ其代金五百圓ヲ支拂ヒタルモ丙カ支拂ハサル場合ニ甲カ丙ノ不拂ヲ理由トシテ賣買ヲ解除セントセハ其支拂ヲ催告セサルヘカラナルモ(四一)乙ニハ催告スルヲ得ス、而モ解除ノ意思表示ハ乙丙兩名ニ對シテ爲スヲ要シ(四五)自己ノ債務履行済ノ乙ハ催告ヲモ受クルコトナク、突如トシテ賣買ヲ解除セラルルノ不都合アリ。サレハトテ乙支拂濟ノ故(四五)ヲ以テ甲ノ解除權ヲ否定スルハ一層不都合也。又双方ノ給付カ何レモ可分ナル場合ト雖數人カ共同ノ法律行為ニ因リテ債務ヲ負擔スル場合ニハ少クトモ暗黙ノ間ニ連帶ノ特約アルモノト認メ得ルコト多カルヘシ(七參照)。

第二節 分割債權關係

六〇 (1) 分割債權關係 (Geteilte Schuldverhältnisse) トハ同一ノ原因ニ因リ發生シタル可分ノ給付ヲ目的トスル債權債務カ其債權者又ハ債務者複數ナルノ故ヲ以テ其複數主體ノ間ニ分割セラレテ存在スル數箇ノ單數主體ノ債權關係ヲ謂フ。學者又或ハ之ヲ連合債權 (obligations conjointes) ト稱ス。例ヘハ數

人共同ニテ連帶ノ特約ナク米數石ヲ買受ケタル代金支拂ノ債權債務ノ如キ是也(但其買受行為カ商ヲ要ス。商五一)。此場合ニ其債權債務ハ各買主ニ付分割セラレテ數箇ノ債權債務トナリ、各債權ハ夫夫單數主體ノ債權トシテ存在ス。故ニ分割債權關係ノ場合ニ於ケル債權ハ、多數當事者ノ債權トシテ存在スル時間ナク、數箇ノ單數主體ノ債權トシテ夫々獨立ニ存在ス(可分ノ債權債務ニ付遺產相續人數人アル場合ニハ民一〇〇ニノ規定ニ拘ラス亦同シ。同)而シテ分割ハ平等ナルヲ原則トス。(相續人數人アル場合ニハ旨昭五、一二、四大判集九卷一、一八)

(2) 分割債權關係成立ノ要件左ノ如シ。

イ、債權發生ノ原因同一ナルコト(同旨石坂十六六。En eccernus) (Lehrb. I. 2, §311. I. 1. a.)

ロ、可分ノ給付ヲ目的トスルコト

ハ、債權者又ハ債務者ノ複數ニシテ連帶ノ特約又ハ規定ナキコト

(3) 分割債權關係ノ場合ニハ分割セラレタル債權債務カ夫々獨立ニ存在ス。故ニ分割債權關係ノ效力トシテ特ニ説明スヘキモノナシ。一ノ雙務契約ニ因リ甲乙兩人カ夫々分割セラレタル獨立ノ債務ヲ負擔シ甲ハ履行シタルモ乙ハ履行セサルトキハ甲乙兩者ニ對スル相手方ノ反對給付モ亦可分ナル場合ニ限り相手方ハ乙ニ對シテノミ同時履行(三五)ノ抗辯ヲ爲シ又第五四一條ニ依リ乙ニ對スル部分ニ付テノミ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ。學者多ク右ノ如キ制限ヲ附セスシテ同時履行ノ抗辯ヲ爲シ得ヘク又解除ハ總債權者ヨリ總債務者ニ對シテ(四五)爲スヘキモ

ノト解スルモ(石坂、F. necertus各前掲)、採リ難シ(尙拙著各二)。

(4) 對内關係 第四二七條ニ依リ分割ヲ受クル各債權者間又ハ債務者間ノ内部關係ニ付テハ民法ニ規定ナシ。故ニ其内部關係ハ特別ノ意思表示ナキ限り平等ト解スルノ外ナシ。

第三節 不可分債權關係

六一 (1) 不可分債權關係 (unteilbare Schuldverhältnisse) トハ不可分ノ給付ヲ目的トスル多數主體ノ債權關係ヲ謂フ。不可分ノ給付トハ其給付ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ因リ分割シテ給付シ得サル給付ヲ謂フ。而シテ給付ノ性質上不可分ナル場合ノ中ニハ價格ヲ害スルニ非サレハ分割シテ給付スル能ハサル場合ヲ包含ス。一箇ノ物ノ引渡ノ債務ノ如キハ通常性質上ノ不可分債務ト云フヘク唯完全ナル共同支配ノ關係ヲ生シ得ヘキ場合ニ於テノミ可分債務ト云フヲ得ヘシ。即チ一箇ノ物ヲ物理的ニ半分給付スルコト例ヘハ一頭ノ馬ノ頭部ノミ引渡スカ如キハ不能ナル故物理的ニ觀察シテ云フトキハ一箇ノ物ノ給付ハ不可分也。然レトモ一箇ノ物全部ヲ共同シテ支配シ得ヘキ場合ニ於テハ相手方ニ其支配ヲ共同セシムル方法ニテ支配者ノ地位ノ一部ヲ相手方ニ與ヘ得ルカ故ニ其地位ノ給付ハ可分也。物ノ所有權給付ノ債務ノ如キモ亦同様ニシテ其物ノ半分ニ付テノ所有權ヲ移轉スルコトハ不能ナル故此點ヨリ觀レハ其給付ハ不可分ナルモ其物ノ持分

ヲ與ヘテ共有トスルコトハ可能ナル故此點ヨリ觀レハ其給付ハ可分也(但實際ニ於テハ當事者ノ默示ノ普通ト)。次ニ當事者ノ意思表示ニ因ル不可分トハ性質上可分ナル給付ヲ當事者ノ意思表示ニ因リ不可分トセルモノ也。例ヘハ金千圓ヲ給付スヘキ債務ハ性質上可分ナルモ當事者カ特ニ分割給付ヲ禁シ一括シテノミ給付スヘキ旨契約セルカ如キ場合ニ於テハ其給付ハ即チ當事者ノ意思表示ニ因ル不可分ノ給付也。

(2) 不可分給付ハ債權關係ノ雙方ノ主體カ各一人ナル場合ニモ其目的タルヲ得。然レトモ此場合ニ付テハ特ニ説明ヲ要セス。民法カ不可分債務トシテ特ニ規定セルハ債權者複數ノ場合ト債務者複數ノ場合也。説明ノ便宜上前者ヲ不可分債權、後者ヲ不可分債務ト稱セン(同旨鳩山)。

六一 a 不可分債權

(1) 數人カ一箇ノ不可分給付ヲ受クル權利ヲ有スル場合ニ於ケル其債權ノ箇數ニ付テハ議論アリ。數箇トスル學說アルモ(鳩山二三三、石坂九四一)、目的カ一箇ナル故前述(五八)ノ理由ニ因リ一箇ノ債權ト觀サルヘカラス(結果同川名二九四)。而シテ一箇ノ物ノ共有者ノ如ク各債權者ハ夫々其一箇ノ債權ニ付權利ヲ有ス。準共有也(民二)。

(2) 不可分債權ニ付絶對的又ハ相對的效力ヲ生スル事例左ノ如シ(絶對的相對的ノ意義ニ)。

(イ) 履行ノ請求ト其受領 各債權者單獨ニテ債務者ニ履行ヲ請求スルヲ得(民四)。(外) 外國ノ

不可分債權ノ效力

不可分債權ノ箇數

立法例ヲ見ルニ或ハ總債權者共同スルニ非サレハ全部ノ給付ヲ請求シ得ストシ(舊國)、或ハ各債權者カ總債權者ニ給付スヘキ旨債務者ニ請求シ得ルモノトナス(獨民四三二)、或ハ各債權者カ總債權者ニ給付スヘキ旨債務者ニ請求シ得ルモノトナス(瑞債七〇一)等一様ナラサルモ(石坂九三四。嘉山二四。鳩山二二六參照)此等ハ實際上不便ナルヲ以テ我民法ハ之ヲ採ラス。

通説ハ一債權者ノ爲シタル請求モ總債權者ノ爲メニ其效力ヲ生スルモノト解ス。第四二八條ニ「各債權者ハ總債權者ノ爲メニ履行ヲ請求シ」トアルヲ見レハ右ノ通説ハ正解ナルカ如キモ民法ノ用語ハ必スシモ正確ナラス(參照)。惟フニ請求カ債務者ヲ遲滯ニ附スル場合(民四一)ニ、其遲滯ニ因リテ生スル損害賠償ノ債務ハ可分債務ナルカ故ニ一債權者ノ請求ニ他ノ債權者ノ爲メノ效力ヲ生セシムル必要ナク、之ヲ生セシムルハ不可分債務者ノ一人ニ對スル請求カ他ノ債務者ニ對シテ效力ヲ生セサルト(民四三〇但書。四三四)ノ權衡ヲ失ス。又一債權者ノ爲メ時効停止ノ事由(民一五八)。○(一六)アルモ其事由ナキ他ノ債權者ニ對シテハ時効完成スルコトアルヘキカ故ニ時効ニ關シテモ請求ニ絶對的效力ヲ生セシムル必要ナシ。又請求ハ意思表示ニ非サルカ故ニ一債權者カ自己一人ノ爲メニスル意思ヲ以テ請求スルモ其效力ニ缺クル所ナシ。又本來期限ノ定ナキ場合ニ甲債權者カ債務者ト約定シタル期限ハ有效ナルモ乙債權者ノ權利ヲ害セス、隨テ其期限前乙ノ爲シタル請求ハ乙ノ爲メ有效ナルモ甲ノ爲メニハ效力ヲ生セサルモノト解スルヲ相當トス。殊ニ例ヘハ甲乙丙ノ三名カ馬一頭ノ給付ヲ受クヘキ不可分債權ヲ有スル場合ニ債務者破産スルトキハ

其債權ノ評價額ヲ以テ破産債權ノ額トスヘキモ(破二)之ニ對スル配當ハ可分給付ナルカ故ニ右評價額三千圓ナリトセハ特別ノ事情ナキ限り甲乙丙各千圓ノ破産債權者トシテ其權利ヲ行ヒ得ヘキモ各自三千圓宛ノ破産債權者トシテ若ハ其一人ノミカ三千圓ノ破産債權者トシテ其權利ヲ行ヒ得ヘキモノニ非サルコト明白也。而シテ各自千圓宛ノ債權額ヲ以テ配當加入ヲ爲ス行爲ハ即チ右不可分債權辨濟ノ請求ニ外ナラサルモ其請求ハ同時ニ他ノ債權者ノ請求タル效力ヲ生スルモノニ非サルコト疑ナキカ故ニ第四二八條ニ「各債權者ハ總債權者ノ爲メニ履行ヲ請求シ」トアルハ只各債權者何レモ不可分ノ給付其モノヲ請求シ得ヘク、而シテ之ヲ受領シタルトキハ其受領ハ總債權者ノ爲メニ效力ヲ生スルコトヲ規定シタルニ止マリ、敢テ一債權者ノ請求ハ同時ニ他ノ債權者モ請求ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ生スト云フ趣旨ニ非スト解スルヲ妥當トス。
(ロ) 履行 債務者ハ何レノ債權者ニ對シテモ不可分給付ノ履行ヲ爲スコトヲ得。而シテ之ニ因リ各債權者ニ對シテ債務ヲ免ル。債務者カ債權者ニ爲ス履行(辨濟)ハ法律行爲ニ非ス(九三參照)。故ニ債務者カ例ヘハ甲乙丙ノ三人ヲ債權者トスル不可分債權ノ辨濟ヲ爲スニ當リ債權者ヲ甲一人ノミト誤信シテ之ニ辨濟スルモ其辨濟ハ甲乙丙ニ對シテ效力ヲ生ス。法文ニ總債權者ノ爲メ各債權者ニ對シテ履行ヲ爲スコトヲ得トアルハ即チ一債權者ニ爲シタル辨濟ニ斯ル效力アルコトヲ意味スルニ過キス。

(ハ) 辨濟ノ提供 債務者カ一債權者ニ對シテ債務ノ本旨ニ從ヒタル辨濟ノ提供ヲ爲ストキハ之ニ因リ總債權者ニ對シテ遲滯ノ責ヲ免ル(民四九二。四九三)。

(ニ) 供託 甲債權者カ故ナク右辨濟ノ受領ヲ拒ミタルトキハ債務者ハ他ノ債權者乙丙等ニ提供スル迄モナク第四九四條又ハ第四九七條ニ依ル供託ヲ爲シテ總債權者ニ對シテ債務ヲ免ルコトヲ得。而シテ右ノ供託アルトキハ乙丙等ハ甲カ若シ辨濟ヲ受領シタリトセハ乙丙等モ受クヘカリシ程ノ利益ヲ却テ右ノ供託アリタルカ爲メ受クルヲ得ス、供託所ニ就キ供託物ノ還付(供八)ヲ受クル爲メ費用等ノ關係ニテ若干ノ損害ヲ被ルコトアルヘキモ是ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルニ非ス、甲ノ受領拒絶ニ因ルモノナレハ乙丙等ハ甲ニ對シテ右損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘシ。

(ホ) 債權者ノ受領遲滯 一債權者甲カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ受領遲滯(民四一三)トナルモ之カ爲メ他ノ債權者乙丙等モ受領遲滯トナルモノニ非ス。故ニ右受領拒絶ニ因リ債務者ニ生シタル損害賠償(四一以下。民四八五參照)ニ付テハ甲獨リ其責ニ任ス、乙丙等ニ其責ナシ。

(ヘ) 承認 債務ノ承認ハ意思表示ニ非ス。債務者カ債權者ニ對シテ爲ス債務認識ノ觀念通知ニ外ナラス。故ニ債務者カ一債權者甲ニ對シテ爲ス承認ハ縱令總債權者ノ債權ヲ承認スル趣旨ニテ爲スモ甲ニ代理セラレサル他ノ債權者乙丙等ニ對シテハ其效力ヲ生セス、隨テ其承認

ハ甲ノ爲メニハ時効中斷ノ效力(民一四七、一四八)ヲ生スルモ乙丙等ノ爲メニハ其效力ヲ生セサルモノトス。

(ト) 訴訟行爲 一債權者カ債務者ニ對シテ給付又ハ確認ノ訴訟ヲ爲ストキハ其勝敗何レノ判決モ當該原告間ノ權利關係ヲ確定スルニ止マリ、他ノ債權者ト債務者間ノ權利關係ニ付テハ確定力ヲ生セス。即チ一債權者ハ總債權者ノ債務者ニ對スル權利關係ヲ確定スヘキ性質ノ訴訟行爲ヲ爲スヲ得ス、隨テ又總債權者ノ爲メノ假差押又ハ假處分ヲ爲スヲ得ス、只自己一人ノ權利ニ基キテ全部ノ給付ヲ求ムル訴訟、全部ノ給付ヲ受クル權利アルコトノ確認ノ訴訟又ハ假差押假處分ヲ爲シ得ルニ過キス。

(チ) 不可分債權ハ一箇ノ債權ナレトモ其債權ニ付數人ノ債權者各權利ヲ有ス。故ニ各債權者ノ權利ハ共有者ノ持分ト同様夫々單獨ニ消滅シ得ヘク、單獨ニ消滅スルモ他ノ債權者ノ權利ヲ害セサルカ故ニ他ノ債權者ハ債務者ニ對シテ其不可分ナル全部ノ給付ヲ請求シ得ヘク、其給付アリタルトキハ一債權者カ權利ヲ失ハサレハ之ニ分與スヘキ利益ハ他ノ債權者ノ利得スヘキモノニ非サルカ故ニ不當利得トシテ之ヲ債務者ニ償還セサルヘカラス(償還ハ金錢ヲ以テス、拙著各八八參照。結果同鳩山二三九。横田四七五。磯谷下一〇五。我妻二八四)。第四二九條第一項ハ一人ノ債權者ト債務者トノ間ニ更改又ハ免除アリタル場合ニ付テノミ之ヲ償還スヘキコトヲ規定シ第二項ハ第一項ヲ承ケテ「此他不

一債權者ノ權利消滅ノ效果

相殺ノ能
否

可分債權者ノ一人ノ行爲又ハ其一人ニ付テ生シタル事項ハ他ノ債權者ニ對シテ其效力ヲ生セ
 スト規定スレトモ債權者ノ一人ニ付テ生シタル混同、代物辨濟又ハ時効ニ因ル消滅ノ場合モ
 類推ニ因リ更改又ハ免除ノ場合ト同一ノ結果トナルモノト解ス(同旨鳩山二三九以下。石坂九四八。)
 又一債權者ニ爲シタル辨濟カ他ノ債權者ニ對シテモ效力ヲ生スルコトハ前述ノ如クナルヲ以テ
 右第二項ノ規定ハ用語甚タ不正確ニシテ到底其文字通りニ解スルヲ得ス。更改及免除以外ノ事
 項カ如何ナル效力ヲ生スルカハ夫々其事項ノ性質ヲ考ヘテ解決スヘキモノトス。相殺ニ付テモ
 混同、代物辨濟等ト同様ニ解スル學說アルモ(鳩山前掲石坂九五。磯谷下一〇〇)、不可分債權ヲ一債權者ニ對スル
 債務者ノ債權ト對當額ニ於テ消滅セシムルコトハ總債權者ト債務者ノ特別ノ合意ナキ限り爲シ
 得サル所ナルヲ以テ一債權者ト債務者間ニ於テハ右ノ合意ナキ限り相殺シ得サルモノト云フヘ
 シ(民五〇五。五〇六參照。)。反之、更改、免除、混同、代物辨濟及時効ニ因ル消滅ハ一債權者ノ權
 利ノミニ付テ之ヲ認メ得ルノ餘地アリ。即チ此等ノ場合ハ一種特別ノ更改、免除、混同、代物
 辨濟及時効ニ因ル消滅トシテ之ヲ認ムルノ餘地アルモノトス。

(リ) 辨濟期ノ猶豫 一債權者カ辨濟期ヲ延期スルモ他ノ債權者ニ對シテハ何等ノ效力ヲ
 生セス、他ノ債權者カ履行ヲ受ケタルトキハ延期シタル債權者ニモ其延期ノ期限ヲ待タス其分
 與スヘキモノヲ直ニ分與スルヲ要ス。

債權者相
互ノ關係

債務ノ箇
數

連帶債務
トノ異同

協力ヲ要
スル場合

(3) 債權者相互間ニ於ケル不可分債權ノ效力ニ付テハ民法ニ明文ナキカ故ニ其效力ハ其債權
 ヲ成立セシメタル當事者ノ特別ノ意思表示又ハ各債權者間ノ契約ニ依リテ定マルヘク、然ラサ
 ル場合ニハ其給付ニ付各債權者平等ノ權利ヲ有スルモノト云フヘシ。

六一 b 不可分債務

(1) 性質

(イ) 我民法上不可分債務ニ付テハ債權者ハ一債務者ニ對シ又ハ同時若ハ順次ニ總債務者ニ
 對シテ全部ノ履行ヲ請求シ得ルヲ以テ(民四三〇。)不可分債務ヲ數箇ノ債務ト觀ル學說アルモ(鳩
 山二四一。石坂九五
 六。嘉山二四四)目的ナル故余ハ前述(五八)ノ理由ニ依リ其債權債務ハ一箇ニシテ一箇ノ債權
 關係ニ付數人カ債務ヲ負擔スルモノト解ス。

(ロ) 不可分債務ト連帶債務トハ各債務者カ全部給付ノ義務ヲ負フ點ニ於テ相同シ。然レト
 モ債權者ハ連帶債務ノ場合ニハ一部ノ履行ヲ請求シ得ルニ反シ、不可分債務ノ場合ニハ然ラス。
 又不可分債務ハ其給付カ可分トナルトキハ特別ノ事情ナキ限り當然分割債權關係トナル點ニ於
 テ相違ス。又第四三四條乃至第四四〇條カ不可分債務ニ準用ナキニ因リ其效力ニ於テ差異アリ
(民四三〇。但獨民四三一ハ不
 可分債務ヲ連帶債務トナス。)

(ハ) 不可分債務ハ何レノ債務者ニ於テモ全部給付ノ義務ヲ負フモノナルカ故ニ其給付ニ必

ス數人行爲ヲ要スル債務ハ不可分債務ニ非ス。例ヘハ數人協力シテ奏樂ヲ爲スヘキ債務ノ如キハ不可分債務ニ非ス。

(2) 效力 不可分債務ニ在リテハ一債務者ノ履行若ハ第四九四條第四九七條ニ依ル供託カ絶對的效力ヲ生シ他ノ債務者モ其債務ヲ免ルルハ理論上當然也。債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供(民四九三)モ亦絶對的效力ヲ生ス。債權者ノ遲滯(四二)ハ然ラス(六一a(2)ホ參照、履行ノ提供ニ付四四。勝本中(1)五)尚第四三〇條ハ債權者及數人ノ債務者間ノ效力ニ付第四三四條乃至第四四〇條ノ規定ヲ除キ其他連帶債務ニ關スル規定及第四二九條ヲ準用ス。故ニ

(イ) 債權者ハ一債務者ニ對シ又ハ同時若ハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部ノ履行ヲ請求スルヲ得。隨テ數人ノ債務者ヲ別々ニ相手取りテ給付ノ訴ヲ提起スルモ民法第二三一條ニ牴觸セス。又債權者ハ債務者ノ一人破産スルトキハ債權ノ全額ニ付其財團ノ配當ニ、又數人破産スルトキハ同シク全額ニ付各財團ノ配當ニ加入スルヲ得(民四三〇。四四一。破二四)而シテ其配當ハ即チ可分ノ金錢給付ナルモ(破二二)之カ爲メ債務カ可分債務トナルニ非ス、依然トシテ不可分債務ナレトモ債權者カ破産債權トシテ其權利ヲ行フニハ只評價額ニ依リ可分ノ金錢給付タル配當ヲ受クルノ外ナシ。履行ノ請求ハ其請求ヲ受ケタル債務者ニ對シテノミ效力ヲ生ス(民四三四。破二)。

履行ノ請求

更改、免除

混同、時效完成

求償關係

(ロ) 更改及免除ニ關スル第四二九條ハ不可分債務ニ準用アルカ故ニ債務者ノ一人ニ對スル關係ニ付テノミ更改又ハ免除アルモ他ノ債務者ハ其債務ヲ免レス、隨テ之ヲ履行シタル債務者ハ其更改又ハ免除ノ爲サレタル債務者ノ負擔部分ニ付債權者ニ對シ不當利得ノ返還ヲ請求シ得ヘシ。混同又ハ時効ニ因リ一債務者ノ義務消滅シタル場合ニ於テモ他ノ債務者トノ關係ニ付テハ同一ノ結果トナル(民四三〇但書。四三八)然レトモ債權者ハ各債務者ニ對スル其不可分債務ノ免除其他ノ處分ヲ爲シ得ルモノナルカ故ニ一債務者トノ契約ニ因リ他ノ債務者ノ債務ヲモ消滅セシムル所ノ更改ヲ爲シ(民五一)若ハ代物辨濟ヲ受クルヲ得(山二四五)而シテ代物辨濟ハ當事者ノ合意上一債務者ノミヲ其債務ヨリ免レシムル爲メニモ爲スヲ得ヘク、此場合ニハ債務ノ免脱ニ關スル限リ其一人ニ對スル關係ニ付テノミ更改アリタル場合ト同様ノ結果ヲ生ス。一債務者ニ對スル債權者ノ債務ト不可分債務トヲ相殺スルトキハ債權者ノ債權モ目的ヲ達シタルト同様ノ結果トナリ其相殺ハ絶對的效力ヲ生ス(反對鳩山二四四。石坂九六七。嘉山二四六等)。

(ハ) 不可分債務ノ債務者相互間ニ於ケル效力ニ付テハ民法ハ連帶債務ニ關スル規定ヲ準用ス。故ニ辨濟其他自己ノ出捐ニ因リテ不可分債務ヲ消滅セシメタル債務者ハ他ノ債務者ニ對シ各自ノ負擔部分ニ付求償權ヲ有ス(民四三〇。四四二以下。尙負擔部分ニ付テハ六五ノ(2)及(6)參照)。

六一c 不可分ノ消滅 不可分給付ハ後ニ可分給付トナルコトアリ。例ヘハ意思表示(普通

約)ニ因ル不可分給付ハ後ニ反對ノ意思表示(約ノ解除)ヲ爲ストキハ可分トナル。之ヲ不可分ノ消滅ト云フ。性質上ノ不可分給付ノ債務ニ代リタル損害賠償ノ債務ハ可分ノ給付ヲ目的トスルモ此場合ハ不可分ノ給付カ可分給付トナリタルニ非スシテ不可分給付ノ債務ハ消滅シタルモノト觀ルヘキ也。而シテ不可分消滅ノ結果不可分債權關係ハ通常分割債權關係トナル(民四三一)。是レ其不可分債權關係ハ唯給付カ不可分ナルコトノミヲ理由トシテ存在スルモノナレハ也。

第四節 連帶債務

六二 連帶債務ノ性質 先ツ概念ヲ掲ケテ然ル後性質ノ詳細ヲ説明スヘシ。

(1) 同一ノ給付ヲ負擔スル數人ノ債務者アリ、債權者カ一債務者ニ對シ又ハ同時若ハ順次ニ總債務者ニ對シ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求シ得ヘク、辨濟期未到來以外ノ理由ニ依リテ(六四(3))之ヲ拒絶シ得ヘキ特別ノ債務者アルコトナク、其債務者中ノ何人カ辨濟スルモ總債務者ノ爲メ其辨濟ノ限度ニ於テ債務消滅スヘキ場合ニ於テ其債務ヲ連帶債務ト云フ。

(2) 連帶債務ノ制度ハローマ法以來認めラレ、種々ノ變遷ヲ經テ今日ニ至レルモノ也。ローマ法ニ於テモ債權者カ同一ノ目的ヲ達スル爲メ數人ノ債務者ニ對シ同様ノ給付ヲ請求シ得ヘク債務者中ノ一人カ其全部ノ給付ヲ爲ストキハ是ニ因リ他ノ債務者モ亦其債務ヲ免ルヘキ場合ア

リ。其場合ヲ二種ニ分チ一ヲ共同連帶(Korreal obligation)ト稱シ、他ヲ單純連帶又ハ全部義務(Biossolidar-)ト稱ス。而シテ兩者區別ノ標準ニ付テハ非常ニ議論アリ。ケルラー(Kelr)、リッペントロップ(Ribben- tropp)兩氏ノ說ニ依レハ共同連帶ノ場合ハ債權債務單一ニシテ債務者數人也。例ヘハ要式口約(stipulatio)ニ依リ三人ニテ三百圓ヲ支拂フコトヲ約スルトキハ茲ニ共同連帶ヲ生ス。而シテ債務關係單一ナルカ故ニ一債務者ニ付テ生シタル事項ハ當然他ノ債務者ニ影響ス。反之、單純連帶(全部義務)ノ場合ニハ債權債務ノ數ハ債務者ノ數タケ存在シ而モ皆同一ノ目的ヲ達スルカ爲メニ存在ス。例ヘハ數人共同ニテ不法行爲ヲ爲ストキハ各自カ單純連帶ノ債務ヲ負擔ス。即チ單純連帶ノ場合ニハ數箇ノ債務存在スルカ故ニ同一目的ノ満足ニ因リテ各債務消滅スル場合ヲ除キ一債務者ニ付テ生シタル事項ハ他ノ債務者ニ影響セストナス。共同連帶ノ場合ニ著眼シテ此說ヲ債務單一說ト稱ス。然ルニ共同連帶ノ場合ニモ債務關係ハ複數ニシテ單純連帶トノ差異ハ之ヲ他ノ點ニ求ムヘシトナス說アリ。之ヲ債務複數說ト稱ス。而シテ其差異ヲ他ノ如何ナル點ニ求ムヘキカニ付又學說岐ルルモ、デルンブルヒ氏ハ其差異ヲ債務發生ノ原因ニ求メ其原因カ共同連帶ニ在リテハ法律行爲ニシテ單純連帶ニ在リテハ法律ノ規定也トナス(Dernburg, Pandekten B. 2. § 71. 石坂七六八以下等照參)。

然レトモ今日各國ノ法典ハ斯ル區別ヲ認メス。我舊民法ハ連帶債務ト全部義務トヲ區別シ連

連帶債務ハ債務者間ニ相互ノ代理權アル場合ニ存シ全部義務ハ其代理權ナキ場合ニ存ストナシ
(債權擔保編五)、例ヘハ數人カ同一ノ所爲ニ付損害賠償ノ責ニ任シ各自ノ過失又ハ懈怠ノ部分ヲ
(二〇五、四七三)知ルコト能ハサルトキハ全部義務ヲ生ストナシタルモ(財產編三七八)立法上宜シカラス。

(3) 連帶債務ノ性質ハ(1)ニ示ス概念ニ依リ自ラ明ナルヘキモ尙左ニ之ヲ詳説スヘシ。

(イ) 通説ハ連帶債務ヲ數箇ノ債務ト觀ル(石坂七九〇。鳩山二五〇。嘉山二五一。而シテ或ハ債務者複數ナルトキハ債務關係亦複數ト解スルヲ自然ノ解釋トシ、我民法上連帶債務ノ性質ヲ定ムヘキ基礎タル條文(三四)ニ於テ債權者ハ各債務者ニ對シ同時又ハ順次ニ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求シ得ト爲スカ故ニ民法ハ債務複數說ヲ採リタルモノト云ハサルヘカラストナス(鳩山)然レトモ余ハ前述(五八)ノ理由ニ依リ連帶債務ニ對スル債權ハ一箇ナルカ故ニ債務モ亦一箇ニシテ唯數名ノ債務者アルニ過キストナス(結果同横田四九九。尙佛ノ民法及學說力單。一說ナルコトニ付テハ石坂七八三以下參照)尙例ヘハ甲乙二名ノ連帶債務者アリ甲死亡シテ乙相續シ債務者一人トナルモ之カ爲メ債務ノ箇數ニ變動アルモノト云フヘカラス、複數說カ債務者複數ナルコトヲ根據トナスノ誤ナルコト自ラ明也。而シテ一箇ノ債務ニ數名ノ債務者アルモノト見ルモ第四三二條ノ如ク規定スルヲ妨ケサルコト同條自體ニ依リ明白ナルカ故ニ同條ハ決シテ民法カ債務複數說ヲ採リタルモノト解スヘキ根據トナラス。加之、債務ノ箇數ハ客觀的ニ定マリ立法者ノ見解如何ニ依リテ浮動スルモノニ非サルカ故ニ假ニ

性質
債務ノ箇
數

連帶債務ハ數箇ノ債務也トノ見解ノ下ニ民法ノ規定カ設ケラレタリトスルモ是カ爲メ連帶債務ハ數箇ノ債務トナルモノニ非ス。又第四六四條ハ連帶債務者ノ一人ノ爲メニ保證スルコトヲ認ムルモ一箇ノ債務ヲ負擔スル數人ノ債務者アリテ其一人ニ付テノミ附從的ノ法律關係タル保證ノ成立ヲ認ムルハ何等ノ不合理ナキカ故ニ同條ノ存在モ亦債務單一說ヲ妨クルモノニ非ス。

(ロ) 數人ノ債務者ハ債務ノ存スル限り各全部給付ノ義務ヲ負擔ス。若シ通説ノ如ク數箇ノ債權債務アルモノトセハ連帶債務者ノ數名カ同時ニ各全部ノ給付ヲ提供シタルトキハ債權者ハ其總テヲ受領シ得サルヘカラサルモ其不當ナルヤ言フタタス。債權者ハ債務者一人ノ提供シタル給付ノ全部又ハ債務者數人ノ提供シタル各給付ノ一部ヲ受領シ得ルニ過キス。是レ其債務者數名アルモ債務一箇ナルカ爲メ也。隨テ又例ヘハ米三斗ノ給付ヲ爲スヘキ三名ノ連帶債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒ同時ニ米三斗宛ノ提供ヲ爲スモ之ニ因リ直ニ第四〇一條第二項ノ適用アリテ其米合計九斗カ爾後債權ノ目的トナルモノニ非ス。債權者カ其三名中何レカ一人ノ提供ヲ受領スヘキ意思ヲ表示シ又ハ其三名カ合意シテ其内ノ三斗タケテ更ニ提供シタルトキ若ハ二名カ提供ヲ撤回シテ一名ノミ其三斗ノ提供ヲ爲シ居ルトキ始メテ其債權ノ目的物ハ特定スル也。

(ハ) 債權者ハ同一ノ給付ニ付債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若ハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求シ得ヘク、辨濟期未到來以外ノ理由ニ依リテ之ヲ拒絕シ得ヘキ特別ノ

債務者アルコトナシ。而シテ斯ル特別ノ債務者アルトキハ其債務者ハ右ノ拒絶ヲ爲シ得サルニ至リテ始メテ連帶債務者トナル。故ニ可分債務ノ單純ナル保證人モ辨濟期ニ在リテ催告及檢索ノ抗辯權(民四五二。四五三)ヲ有セサルニ至ルトキハ爰ニ連帶債務者(連帶保證人)トナル。連帶債務者ノ何レニ對シテ全部又ハ如何ナル部分ノ給付ヲ請求スヘキカハ全ク債權者ノ自由也。債權者ハ各債務者ニ對シ同時ニ全部ノ給付ヲ請求シ得レトモ同時ニ各債務者ヨリ夫々全部ノ給付ヲ受領シ得ス。是レ其數名ヨリ一箇ノ給付ヲ受クル債權ヲ有スルニ過キスシテ其債權一箇ナルカ爲メ也。

(ニ) 一債務者ノ爲シタル全部又ハ一部ノ給付ハ其限度ニ於テ總債務者ノ爲メ債務ヲ消滅セシム。是レ亦連帶債務ノ特色ニシテ債務一箇ナルコトノ當然ノ結果也。

負擔部分

(ホ) 連帶債務ノ場合ニハ債務者相互ノ間ニ必ス負擔部分ノ關係アリ。而シテ負擔部分ノ關係ハ當該債務一箇ナルコトヲ不可缺ノ前提トシ、連帶債務ノ場合ニ限ラス一箇ノ債務ニ付數人ノ債務者アルトキハ常ニ存在ス。負擔部分ニ付テハ尙後(六五)ニ詳説スヘシ。

(4) 學者多ク連帶債務ニ似テ非ナルモノニ不真正連帶債務(不完全連帶債務、舊民法ノ全部義務 inechte Solidarität; solidarische Inpartait)ナルモノアリトナス。然レトモ其連帶債務ノ定義トシテ示ス所ヲ見ルニ所謂不真正連帶債務モ皆其中ニ包含セラレ未タ兩者ヲ區別スルニ足ル定義ヲ擧ケタルモノアルヲ見ス。是レ其區別ナキカ爲メニハ非サル乎。而シテ區別論者ハ其區別ノ標準ニ付或ハ (a) 連帶債務ニ在リテハ數箇

不真正連帶債務

ノ債務其成立原因ヲ同ウシ不真正連帶債務ニ在リテハ之ヲ異ニストナス(石坂九四一以下。磯谷下二七二)。然レトモ其非ナルコトハ後(六二)ノ説明ニ依リ明也。或ハ又(b)不真正連帶債務ノ特質トシテ債務者間ニ負擔部分ノ關係ナキモノトナシ(仁井田氏法協三。四卷一號五九)、或ハ(c)兩者ノ差異ヲ目的ノ共同ナリヤ否ヤノ點ニ求メ連帶債務ノ場合ニハ數箇ノ債權カ共同ノ目的ヲ有シ隨テ對内關係ニ於テ負擔部分ノ問題ヲ生スルニ反シ不真正連帶債務ノ場合ニハ數箇ノ債務ハ縱令客觀的ニハ單一ノ目的ヲ有スルモ共同ノ目的ヲ有セサルヲ以テ對内關係ニ於テ負擔部分ノ問題ヲ生セストナシ、例ヘハ受寄物ヲ受寄者ノ不注意ニ乘シ第三者カ毀滅シタル場合ニ於ケル受寄者及第三者ノ債務、他人ノ家屋ニ放火シタル者ト保險者ノ債務ノ如キハ不真正連帶債務也トナス(鳩山二八七。嘉山二八)。然レトモ(c)說ノ如ク數箇ノ債務カ客觀的ニハ單一ノ目的ヲ有スルモ共同ノ目的ヲ有セスト云フハ意味ヲ成サス。又(c)說ノ如ク同一ノ給付ヲ負擔スル數人ノ債務者アル場合ニ對内關係ニ於テ負擔部分ナキ債務ヲ認ムルトキハ數人ノ債務者ハ自ら全部ヲ辨濟スルモ他ニ求償シ得ス(求償關係否定說 鳩山二八八。嘉山二八六。我妻三三三)。辨濟シタル債務者唯リ不利益ヲ受ク。隨テ各債務者ハ互ニ自ら辨濟セスシテ他ノ債務者ヲシテ辨濟セシメントスルカ如キ弊害ヲ生スヘク、斯ル債務關係ヲ認ムルコトハ公序良俗ニ反スルカ故ニ法律ノ明文ニ存セサル斯ル債務關係ハ之ヲ認ムヘキモノニ非ス。右設例ノ如キ場合ノ

債務ハ是レ亦連帶債務ニシテ負擔部分ハ總テ物ヲ毀滅シタル第三者又ハ放火者ニ在リ、隨テ若シ債權者カ第三者又ハ放火者ニ對シテ債務ヲ免除シタルトキハ第四三七條ニ依リ、其債務カ時効ニ罹リタルトキハ第四三九條ニ依リ受寄者又ハ保險者ハ全ク其債務ヲ免ル。サレハ商法第六六二條第一項ニ保險者カ其負擔額ヲ支拂ヒタルトキハ其限度ニ於テ債權者カ第三者ニ對シテ有セル權利ヲ取得スト規定セルハ右法理ノ誤解ニ因ルモノニシテ、其法意ハ結局第三者ニ對シテ求償權ヲ取得スルコトヲ規定シタルニ外ナラス。學者或ハ又連帶債務ノ場合ニハ債務者相互間ニ共同關係存在スルモ全部義務ノ場合ニハ其關係存在セス。第七一五條ノ場合ニ於ケル使用者ト被用者ノ義務、第九八九條ノ場合ニ於ケル前戶主ト家督相續人ノ義務、第二五四條ニ依ル共有者ノ一人ト其特定承繼人ノ義務ノ如キハ即チ全部義務ニシテ、全部義務者相互ノ關係ニ於テ求償權ノ生スル原因ハ委任、事務管理又ハ不當利得ノ外ニ出テストナス(橫田氏新論三〇卷評論。一二卷民法六一三以下)。然レトモ所謂全部義務ノ場合ト雖各債務者何レモ債務ノ目的タル全給付ヲ爲ス義務ヲ負フ點ニ著眼セハ其間ニ共同關係アリト云フヲ得ヘク、又連帶債務ノ場合ニ在リテモ各債務者各自單獨ニテモ全給付ヲ爲ス義務ヲ負フ點ニ著眼セハ共同關係ナシトモ云フヲ得ヘキカ故ニ共同關係ノ存否ニ因リテ連帶債務ト全部義務トヲ區別セントスルハ理由ナシ。殊ニ論者ノ如ク兩者區別ノ結果全部義務者相互ノ關係ニ於テ求償權ノ生スル原因カ委任、事務管理又ハ不當利得ノ外ニ出

テストセハ例ヘハ前戶主カ辨濟シタルニ因リ相續人ニ對シテ有スル求償權ノ範圍ハ第四四二條ニ依ル求償權ノ範圍ヨリモ小ニシテ(民七〇二。七〇四參照)。妥當ナラサルノミナラス、全部義務者ノ中償還ノ資力ナキ者アル場合ニモ第四四四條ニ依ルカ如キ公平ノ結果ヲ得ス、又例ヘハ債權者カ一債務者ニ對シテ債務ヲ免除シタル場合ニモ第四三七條ニ依ルカ如キ妥當ノ結果ヲ見サルヘシ。然ルニ余輩ノ如ク所謂全部義務モ亦連帶債務也ト解スルトキハ常ニ妥當ナル結果ヲ得ヘシ。故ニ連帶債務ノ外ニ全部義務アリトスルハ理論上且實際上不當也(川名三二六頁以下モ所謂不完全連帶。尙舊民法ハ明文ヲ以テ連帶債務ト全部義務ヲ區別シタルモ民法ノ明文ハ之ヲ區別セス、而モ民法ニハ前述ノ如ク學者ノ所謂不真正連帶債務又ハ全部義務ヲ規定シタル幾多ノ場合アリ且多數當事者ノ債權トシテ第四三二條以下ニ連帶債務ノ通則ヲ定メタルニ拘ラス、如何ナル債務ニモ不真正連帶債務又ハ全部義務ト云フカ如キ名稱ヲ用キタル事例ナク、隨テ又毫モ斯ル債務ノ通則ヲ別ニ定ムルコトナキヲ見レハ民法ハ連帶債務ノ外ニ斯ル債務アルコトヲ認メス、多數學者カ斯ル債務ナリトスル債務モ亦連帶債務ニ外ナラストスル趣旨ト解スルヲ妥當トス。

六三 連帶關係成立ノ原因

(1) 連帶債務ニ於ケル其債務發生ノ原因ハ一般債務發生ノ原因ト異ナラス。而シテ其數人ノ債務者間ノ連帶關係ハ法律行爲、法律ノ規定(例、民四四一。七一九。九一三。商八〇一。一九二) 又乃至一九五。二〇三。三五六一。五一。五三七等)又

ハ債務ノ發生原因ニ因リ成立スルモノニシテ、其成立ハ債務ノ發生ト同時ナルコトアリ、又其ノ債務カ一旦ハ連帶關係ナキ債務トシテ發生シ、後日連帶關係成立シテ連帶債務トナルコトアリ。然レトモ連帶關係ノ成立カ債務ノ發生ト同時ナルト否トヲ問ハス一箇ノ給付ヲ目的トスル債務ニ付數人ノ債務者アリテ債權者カ一債務者ニ對シ又ハ同時若ハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求シ得テ辨濟期未到來以外ノ理由ニ依リ之ヲ拒絶シ得ヘキ特別ノ債務者ナキ場合ニ於テハ其債務ハ即チ右總債務者ノ連帶債務ニシテ敢テ法律ニ其債務カ連帶債務ナル旨ノ明文アルヲ要セス(反對鳩山二五七)。故ニ例ヘハ甲カ乙ニ寄託シタル物ヲ乙ノ不注意ニ因リ丙ニ盜マレ消費セラレタルタルトキハ乙丙俱ニ其損害ヲ賠償スル義務ヲ有シ甲ハ乙丙ノ一人ニ對シ又ハ同時若ハ順次ニ乙丙兩人ニ對シテ全部又ハ一部ノ賠償ヲ請求シ得テ乙丙何レモ之ヲ拒絶シ得サルモノナルカ故ニ縱令法律ニハ此債務カ連帶債務ナルコトノ明文ナキモ乙丙ノ債務ハ其發生原因ニ依ル連帶債務ニシテ(反對鳩山二五三以下尙六二(4)參照)負擔部分ハ全部丙ニ在リ。

(2) 法律行為カ連帶關係成立ノ原因タル場合ニ其法律行為ハ契約タルヲ原則トスレトモ亦遺言タルヲ得。而シテ其法律行為ニハ常ニ連帶關係ヲ成立セシムヘキ意思表示アルヲ要ス(同旨正鳩山二五八。嘉山二五五)。但連帶ナル語ヲ用キサルモ實質上連帶關係ヲ成立セシムル旨ノ意思表示アルヲ以テ足ル。默示ニテモ可也(反對佛氏二〇二)。獨逸民法第四二七條ハ數人カ共同ノ契約ニ因リ可

分債務ヲ負擔スルトキハ特別ノ意思表示ナキ限り連帶債務ヲ負擔スル旨規定スレトモ我民法ニハ斯ル規定ナキヲ以テ同一ニ解スルヲ得ス。我民法上連帶ハ特別ノ事情ナキ限り推定スヘキモノニ非ス。

(3) 學者或ハ債務發生ノ原因同一ナルコトヲ以テ連帶債務ノ一要件トナシ(石坂七九七)、或ハ連帶債務ハ必スシモ常ニ同一ノ發生原因ヲ要セトナス(鳩山二五四)。惟フニ此等ハ皆連帶債務ヲ以テ數箇ノ債務也トナスカ爲メニ生スル意見ノ相違也。然レトモ連帶債務ハ數箇ノ債務也トセハ各債務ノ發生原因ハ全然同一ナル能ハス。例ヘハ三名連帶ニテ金百圓ヲ借受ケタル場合ニ於テ貸主カ金百圓貸渡シタル事實ハ三人ニ對シ同一ナルモ各自カ連帶ノ契約ヲ爲スハ夫々各自ノ行為ナルカ故ニ縱令相等シキモ同一ニアラス。甲一人カ既ニ金百圓ヲ借入レ後日乙カ重疊的債務引受(八九三參照)ヲ爲ストキハ甲ノ債務發生ノ原因ハ其借入ニシテ乙ノ債務發生ノ原因ハ甲ノ右債務ノ存在ト乙ノ引受也。隨テ甲ノ債務發生ノ原因ト乙ノ債務發生ノ原因トハ同一ニ非ス。故ニ連帶債務ハ數箇ノ債務也トセハ其發生原因ハ各債務者ニ對シテ一部共通ナルモ全然同一ニハ非ス。若ハ全然相異ナレルモノトナスヲ正當トス。反之、余輩ノ如ク連帶債務ヲ一箇ノ債務ト觀ルトキハ其發生原因同一カ否カノ問題ヲ生セス、連帶關係ノ成立ハ各債務者ニ對シテ共通ナルカ故ニ其成立原因ハ必然的ニ同一也。而シテ債務ノ發生ト同時ニ連帶關係成立シ各債務者カ皆主債

務者タル場合ニ於テ若ハ連帶債務者タル保證人相互ノ關係ニ於テハ一債務者ニ付テ存スル法律行為ノ無効又ハ取消ハ他ノ債務者ノ債務關係ヲ不成立ナラシメ若ハ之ヲ消滅セシムルモノニ非ス(民四三三)。然レトモ他ノ債務者ニ全ク影響ナキニ非ス。求償關係ニ付テハ影響スルコトアリ(民一七一。四四二。四四四)。而シテ爾餘ノ關係ニ於テ他ノ債務者ニ影響ナキハ各債務者ニ付獨立ノ債務成立スルカ爲メニ非スシテ同一ノ債務ニ對スル各債務者ノ關係カ夫々獨立ナルカ爲メ也。然レトモ第四三三條ハ強行規定ニ非サルカ故ニ當事者カ之ト異ナル特約ヲ爲セルトキハ其特約ニ從フ。

六四 債權者ニ對スル連帶債務ノ效力

A 債權者ノ權利

(1) 債權者ハ連帶債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若ハ順次ニ總債務者ニ對シ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルヲ得(三三)。同時ニ請求ストハ裁判上又ハ裁判外ニ於テ同時ニ請求スルコト、順次ニ請求ストハ時ヲ異ニシテ裁判上又ハ裁判外ニ於テ請求スルコトヲ謂フ。

(2) 債務者ノ數人又ハ全員カ破産シタル場合ニ債權者ハ其債權ノ全額ニ付各財團ノ配當ニ加入スルヲ得(四一)。其配當加入ハ破産法第二二八條ニ依ル届出ニ該當ス。債權ノ全額トハ配當加入即チ右届出當時現存スル債權ノ全額也。同法第二四條ニ破産宣告ノ時ニ於テ有スル債權ノ全

額ト云フハ即チ之ヲ意味シ、其全額ハ同法第一五條以下ノ制限ニ從フ。而シテ右ノ全額ニ付各財團ノ配當ニ加入スルモ同法第二四〇條以下ノ手續ニ依リ確定シタル債權額ニシテ配當ヲ受ケル當時猶現存スル債權額ヲ超過スル配當ヲ受ケ得サルヤ言フ俟タス。

B 連帶債務者ノ一人ニ付生シタル事項ノ效力

(1) 連帶債務者ノ一人ニ付生シタル事項カ他ノ債務者ノ法律關係ニモ影響スルヤ否ヤ即チ絶對的效力ヲ生スルヤ將タ相對的效力ヲ生スルニ過キササルヤ及其影響スル場合ニハ如何ニ影響スルヤノ問題ハ連帶債務者カ一箇ノ債務ニシテ其債務ニ付各債務者カ夫々別箇ノ關係ヲ有スト云フコトニ依リ解決スルヲ理論上正當トス。

(2) 絶對的效力ヲ生スル事項左ノ如シ。

(イ) 辨濟 直接ノ明文ナキモ辨濟カ絶對的效力ヲ生スルコト言フ俟タス(民四四二。獨民四二二。佛民一二〇〇)。代物辨濟(民四)及第四九四條第四九七條ニ依ル供託(民五七八)ハ辨濟ト同一ノ效力ヲ生スルカ故ニ是レ亦絶對的效力ヲ生ス。

(ロ) 相殺 相殺(民五)ノ結果ハ債權ノ目的ヲ達シタルト同視スヘキモノナルカ故ニ相殺ハ絶對的效力ヲ生ス(民四三六。獨民四四)。然ラハ連帶債務者ノ一人甲ハ他ノ債務者乙カ債權者丙ニ對シテ有スル反對債權ヲ以テ相殺シ得ル乎。理論上之ヲ許スヘキ理由ナシ。然レトモ民法ハ

便宜上ノ理由ニ基キ甲ハ乙ノ負擔部分ニ付テノミ右反對債權ヲ以テ相殺シ得ルコトヲ認ム(民四三六)
I。反對獨。
民四二二I。

但乙カ破産シ反對債權カ其破産財團ニ屬スルトキハ丙ノ債權カ破産債權トシテ確定シ(破二四〇以下)、之ニ對スル配當額定マリタル場合(破二六五、二六九)ニ於テ其配當ヲ受クル丙ノ債權ト右反對債權トヲ乙ノ負擔部分ニ付テノミ相殺シ得ルニ過キス。即チ若シ該反對債權ヲ自働債權(一一三參照)トシテ右配當額ヲ超過スル相殺ヲ爲ストキハ破産債權者平等ノ原則ニ反スルカ故ニ破産法第九八條ノ如キ特別ノ規定ナキ限り其超過スル相殺ハ許スヘキモノニ非ス。

(ハ) 更改 更改(一三五)モ亦債務消滅ノ原因ヲナシ舊債務ニ代ル新債務ヲ發生セシムルモノニシテ連帶債務ハ一箇ノ債務ナルカ故ニ理論上絕對的效力ヲ生スルヲ當然トシ民法ハ之ヲ認ム(民四三五。佛。民一二八一)。然レトモ若シ連帶債務カ數箇ノ債務也トセハ連帶債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ爲サレタル更改ニ因リ他ノ債務者ノ債務モ亦消滅スト云フハ不合理也。

(ニ) 混同 混同(二〇)ハ債權ノ満足ヲ來スモノニ非ス。故ニ絕對的效力ヲ生セシムヘキカ將タ相對的效力ヲ生セシムヘキカ(獨民四二五)ハ連帶債務ヲ數箇ノ債務トスル見解ニ從ヘハ便宜上ノ問題ナルモ一箇ノ債務トスル見解ニ從ヘハ理論上絕對的效力ヲ生スヘキモノニシテ第四三八條カ辨濟ヲ爲シタルモノト看做シ絕對的ノ效力ヲ生スルモノト爲シタルハ理論上且實際上相當

也(佛民一三〇一)ハ他ノ債務者ハ混同ヲ生シタル債務者ノ負擔部分ニ付テノミ債務ヲ免ルトナス。

(ホ) 一人ノ免除 連帶債務者ノ一人ニ對スル債務ノ免除(一九)ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テノミ絕對的效力ヲ生ス(三七)。此免除ハ普通ノ免除ノ如ク必スシモ債務ヲ消滅セシムル爲メニ爲スモノニ非スシテ唯連帶債務ナル一箇ノ債務ヨリ一債務者ノ負擔ヲ免レシムル爲メニ爲スモノナルモ、是ニ因リ其債務者カ他ノ債務者トノ關係ニ於テモ自己ノ負擔部分ニ付テ全ク債務ヲ免ルルノ結果他ノ債務者ノ負擔部分ヲ増加セシムルハ不可ナルカ故ニ民法ハ免除ヲ受ケタル債務者ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者モ亦其義務ヲ免ルトナシタルモノニシテ理論上實際上正當也。然レトモ債權者カ連帶債務其モノヲ消滅セシムル意思ヲ以テ一人ノ債務者ニ對シ免除ノ意思表示ヲ爲ストキハ其連帶債務ハ總債務者ノ爲メニ消滅ス(同旨鳩山二六五。石坂八四一。尙獨。佛民一二八五比較參照)。蓋其債務ハ一箇ニシテ各債務者ハ全部ヲ辨濟スヘキ義務ヲ有スルカ故ニ債權者カ債務者ノ一人ニ對シ右ノ意思表示ヲ爲ストキハ第五一九條ニ依リ其連帶債務ハ消滅スルモノト解スルヲ相當トスレハ也。

(ヘ) 履行ノ請求 連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生ス(三四)。但一債務者ニ對スル請求ハ裁判上ノ請求ニテモ他ノ債務者ニ對シテハ裁判外ノ請求タル效力ヲ生スルニ過キス。故ニ他ノ債務者ニ對シテハ爾後六个月内ニ第一五三條ノ行爲ヲ

爲ササル限リ時効中斷ノ效力ヲ生セス（反對昭一三、二二、八）。惟フニ連帶債務ハ一箇ノ債務ニシテ一債務者甲ニ對スル履行ノ請求モ其一箇ノ債務ニ付權利ヲ行使スルモノニ外ナラサルカ故ニ其請求ハ他ノ債務者乙ニ對シテモ其效力ヲ生スト爲スハ一見不可ナキカ如キモ其請求ハ當然乙ノ知ル所トナリテ債務ノ上ニ眠レル乙ヲ覺醒セシムルモノニ非ス、殊ニ其請求カ附遲滯ノ效果（民四一）又ハ除斥期間（民六〇〇。六二二。六三七。二〇。商五一。二。等參照）ノ經過ニ因ル失權防止ノ效果ヲ生スル場合ニ甲ニ對スル請求ニ因リテ乙ニ付テモ右ノ效果ヲ生スルモノト爲スハ到底妥當ニ非ス。又不可分債務者ノ一人ニ對スル請求カ他ノ債務者ニ對シテハ效力ヲ生セサルト（民四三〇但書。四三四）全ク權衡ヲ失スルカ故ニ連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求カ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生スト爲ス第四三四條ハ理論上實際上當ヲ得サル立法也（獨民四二。五〇參照）。

(ト) 時効ノ完成 連帶債務者ノ一人甲ニ付時効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乙丙等モ亦其義務ヲ免ル（民四三九。反。對獨民四二五）。若シ甲ニ付時効完成スルモ斯ル結果ヲ生セサルモノトセハ、乙丙等ハ是カ爲メ負擔部分ヲ加重セラルルノ不都合ヲ生スヘク、又乙丙等カ辨濟シタル場合ニ此加重ヲ避クル爲メ甲ニ對シテ求償シ得ルモノトセハ、甲ハ時効ノ利益ヲ受ケ得サルノ不都合ヲ生スヘキカ故ニ民法カ右ノ如ク規定セルハ便宜上ノ理由ニ出テタルニ非スシテ寧ロ理論ノ要求ニ從ヘルモノト云フヘク、結局連帶債務カ一箇ノ債務タルコトヨリ生

スル結果也。

(チ) 債權者敗訴ノ判決 第四四〇條ニ依レハ絕對的效力ヲ生スル事項ハ(ロ)乃至(ト)ニ盡クルモノノ如シ。而シテ學者亦多クハ(イ)ヲ加ヘテ之ヲ認ム（例、石坂八二七以下。嘉山。然レトモ同條ニ云フカ如ク解シ得サルコトハ條理ト他ノ規定ニ徴シ明白ニシテ同條ハ誤レル無用ノ規定也。即チ(イ)辨濟、(チ)債權者カ不當ニ敗訴シタル本案ノ判決、(リ)辨濟ノ猶豫及(ヌ)連帶ノ免除ノ如キモ亦絕對的效力ヲ生ス。是ヨリ(チ)(リ)(ヌ)ニ付説明スヘシ。(チ)例ハ負擔部分平等ナル甲乙兩名ノ連帶債務者アリテ債權者カ甲ニ對シテ給付ノ訴ヲ提起シ又ハ甲カ債權者ヲ相手取り債務不存在確認ノ訴ヲ提起シ債權存在スルニ拘ラス存在セストノ理由ニテ債權者敗訴ノ判決ヲ受ケ其判決確定スルトキハ縱令其判決ハ誤判ナルモ再審（民四二〇以下）ニ依ル取消ナキ限リ甲ハ爾後債務者ニ非ス隨テ負擔部分ヲ有セサルコトトナルカ故ニ其後乙カ辨濟スルモ是ニ因リ甲乙共同ノ免責ヲ得タルモノト云フヲ得サル結果第四四二條ニ依リ乙ハ甲ニ對シテ求償スルヲ得ス。然ルニ凡ソ連帶債務者ハ夫々他ノ債務者カ債權者ノ權利ヲ侵害シ債務ヲ履行セサル場合ト雖各自單獨ニテモ全部ノ履行ヲ爲ス爲メ其連帶債務ヲ負擔シタルモノナルカ故ニ右ノ如キ債權者敗訴ノ場合ト雖乙ハ其負擔ヲ輕減セラルルコトナク隨テ本來甲ニ屬シタル負擔部分モ亦乙一人ニ歸屬スルニ至ル。故ニ右ノ如キ債權者敗訴ノ確定判決ハ其勝訴者タラサル他ノ連帶