



* 0014818000 *

0014818-000

324.4-H383h

判例に現はれたる信義誠実の原則

林信雄・著

巖松堂書店

1940

ACE



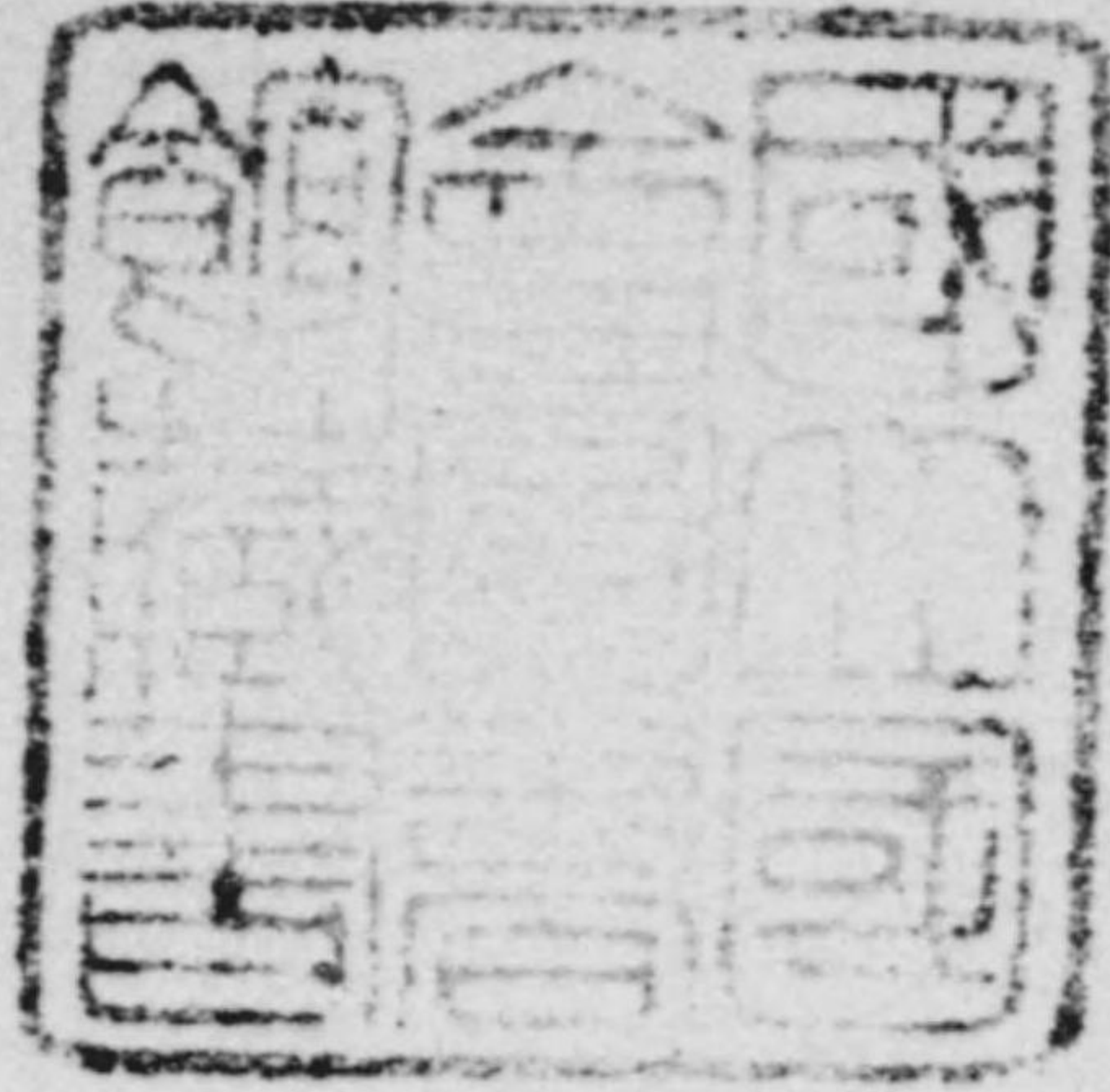
林 信 雄 著

判例に現はれたる信義誠實の原則



東京 巖松堂書店發兌

3244
H383p



498659

序

一 信義誠實あるひは信義則といふ用語は必ずしも法律における特有なものではない。寧ろそれは道徳上の用語であるとも言へる。しかしながら、社会生活の現實は、信義誠實といふことをば道徳の世界においてのみ活かし意義づけるには、餘りにも冷酷である。ここに、信義誠實といふことが法律の内容とされ本質とされる理由があり、信義誠實をその内容とし本質とするところの法律が社会生活を統制し指導し強行するの根據が見出されるものとせねばならぬのである。法律における信義誠實はローマ法におけるいはゆる『一般的悪意の抗辯』にその起源を有するものとされてゐる。けれども、それが近代に至つて法の領域に採り入れられたのは、先づ、フランス・ドイツ・スイスなどの私法の領域からであり、それは、まことに、法律と道徳との調和を企圖する高次の觀念として、法律學における最も重要な課題の一つとされたのである。我々は、明治四十一年において、戊申の詔書を賜はつた中に、『惟れ信、惟れ義』とあるのを意義深く反

省せねばならぬのである。

二 かくて、法律における信義誠實については、先づ、二つの事柄が問題とされねばならなかつた。すなはち、その一は、信義則は法律のどの部分の原則であるのか、といふことであり、他は、信義則は法律解釋の標準たるに止まるのか、それとも立法上にもその法源をなすものか、といふことである。かくて、前者については全法律における信義則が論ぜられ、後者については信義則は解釋の標準でもあり立法上の淵源でもあることが明らかになされて來たものと言ひうるのであるが、この二つの問題における發展の足跡こそは、まさに、思想としての信義則が確立されるがための苦難の途であつたものと言ひえようか。そして、今日また、それが新たな歴史的意義をもつて問題とされねばならぬとされるのである。すなはち、特定の時代が、いまや、轉形期的な様相を呈し始めるにつれて、社會科學一般における方法論的なものへの反省が社會的に要請されるのと、まさに、その歸を一にして、信義則は、轉形期における法律學の方法論的課題として、明日の法律學のために、我々に向つて反省・自覺を促しつつあるものとせねばならぬのである。言葉に表現されると、外見上では、同一の問題であるかの如く思はれるものも、それがもつ問題の現實性はそれぞれの時代において異つてゐるのである。さればこそ、それは、決して、一

派の人々の主張するが如くに言ひ古されたものとして敬遠すべきものでもなければ、また、それに對しては、その内容の稀薄な概念として法律理論の全體を支へこれを轉換せしめうるや否やといふ風に、徒らなる懷疑的態度を採ることを許さるべきものではない。我々は、いまや、新たな歴史的意義において、信義則を更に理解し更に構成し、その内容を補填しつつ、その廣く遠かるべき展開のために、思を新たにせねばならぬのである。

三 私 は、かつて、判例に現はれた法律思想の動向をば、信義則の展開において把握しようとしたささやかな試みをば、いはば未完成・未定稿のまま、「轉形期における私法理論」(昭和十三年)として、公刊したことであつた。いま、私は、その一部分を修正し補整し加筆することによつて、この「判例に現はれたる信義誠實の原則」を公にすることになつたのである。これもまた、なほ幾多の問題を論究すべく後の機會を必要とする私の信義則論の一齣である。

判例に現はれたる信義誠實の原則については、私は、三度それを究明しようとしたことであつた。その一は、民商法雜誌第四卷第五號および第六號(昭和十一年)、その二は、拙著「轉形期における私法理論」第三章(昭和十三年)、その三は、民商法雜誌第十一卷第一號(昭和十五年)においてであつた。それ等の場合においては、私は、専ら、判例が特に信義則といふことをば揚言したも

のについて、判例法が如何なる程度にまで信義則を承認するに至つたかを浮彫することに努めたのである。従つて、その際には、それぞれの判例について諸家が如何なる批評・評釋を加へられてゐるかの研究をば、割愛したわけであるが、何時の日には、更に新たなるものを附加して、これ等を総合的に研究せねばならぬと思つてゐたし、私自身もまた若干の所見を明らかにしてみたいと考へてゐた。いまその願をこのささやかな論著において達することができたとも言ひえようか。この書「判例に現はれたる信義誠實の原則」においては、私は、個々の判例が如何なる具體的な事案に對して信義則を援用するに至つたかを明らかにすると共に、判例理論が如何なる進化の過程を辿りつつあるかに注意を向けたつもりである。かくて、また、私は、如何に多くの原審判決が、大審院によつて、信義則の援用の下に、破毀されたかをも知ることができ、下級審自體における信義則援用への一種の機運とは別に、下級審を動かす概念法學的傳統の力の無視し難いことに思ひを新たにしたのである。諸家の批評・評釋もまた、そのすべてが信義則論への好意的態度においてなされてゐるものとは言ひ難い。ともあれ、私は、大正の後期から始まり、いま昭和期の判例において、信義誠實の原則が、しかく、鮮かに、援用されることになつたといふ事實を擧げることによつて、少くとも私法の領域においては、信義則は、我が學界において思想

として動かすべからざる地歩を占めるに至つたといふ事實をば、明らかにすることができたのである。かくて、私はそこに我が國における法律思想の最近の進化を考へることになるのである。さればまた、先きの「轉形期における私法理論」を補整し、更に新たなる展開において、「思想としての信義誠實の原則」を豫定せねばならぬのである。

四 まことに、第十九世紀の法律學は、法律を道徳から區別することに重點を置き、従つて、法律をば、その内在的價値から切り離して、ひたすら形式的なものとして、處理したのである。これがすなはち概念法學である。概念法學は、惡法もまた法なりといふことをば揚言して、ある程度まで權力的にその主張をなしたのであるが、しかし法律が單に形式的な觀念なり概念なりをば權力によつて維持しようとするにおいては、それは、もはや、法律論としての本來の意義を失つたものとせねばならぬのである。しかしながら、それもまた一種の立場であるとせねばなるまい。かかる立場に立つ人々が、信義則を援用することをば、いさぎよしとしないのは當然のことであるかも知れぬ。けれども法規は法規なるが故に權威をもつものではなくて、それが事物の合理性に合致するの内容を具有することによつて、すなはち法規による統制は裸の權力の作用として權威をもつものではなくて、それが信義則の表現として社會的倫理的に意義づけられること

によつて、言ひ換へればそこに進化と秩序と調和とが齎らされうる限りにおいて、はじめ、價値をもつものであることが深く顧みられねばならぬのである。大正の後期から昭和の現在における我が國の判例が、如何に鮮やかに、信義則を援用しつつあるかに思ひを致し、判例に対する論理的・分析的な批判とは別に、判例による信義則の援用がいゆる法律的確實を脅かしつつあるかをば、冷静に反省してみねばならぬのである。果して、法律の使命としての法律的確實が脅かされてゐると言ひえようか。いまなほ實定法規に對する分析的・形式的立場を固守し信義則の援用を斥ける人々が傳統的な概念法學に安住しようとするのは、重ねて言ふが、それもまさしく一種の立場ではある。しかしながら、かかる立場を固守する人々は、おそらくは、法律思想の進化と發達とから取り残されるであらうことを覺悟せねばなるまい。學界は、いま信義則によつて新たに概念を定立し結合することをば、その仕事とせねばならぬことに氣付いてゐるものと言ひえよう。我々はこれからのかやうな仕事を豫定しつつ、今日、信義則を論じてゐるのであるが、しかし、思想としての信義則が今日におけるが如くに定立されるに至るまでには、決して容易なことではなかつたであらうことに、思ひを深く致さねばならぬのである。ともあれ、いまや、信義則といふことが法のあらゆる分野において意識されるに至つたといふことは、まさに、第二十世

紀の法律學が、その新らしい出發點を確めることになつたものとせねばならぬのである。

五 思へば、私が、信義誠實の原則に關して、諸先輩の驥尾に附して、「轉形期における私法理論」を公にしたのは昭和十三年の秋であつた。その書は、その公刊に先だつ兩三年の間、信義則をば判例法について吟味するといふ仕事に力を集中して來た私が、その研究の一里塚にでもと考へて、いはば未完成・未定稿のままに公刊したものはあるが、ともあれ、そこでは、判例法に現はれた法律思想の動向をば、信義則の展開において把握しようと試みたのであつた。幸ひにも、公刊直後、法律時報（第一〇卷一號）はこれを取り上げ、有泉享教授が懇切に批評してくれられたのである。常盤敏太教授またその『法律における信義誠實の原則』（一橋論叢第二卷五號）における學界展望において私の努力に同情を寄せてくれたのである。それらにもまして、私を感激せしめたものは、『林教授のこの仕事は、一石をわが學界の池に投じたものであり……信義則を判例法について吟味するといふ仕事に對して、林教授は、好個の礎石を据えつけられたことになるものとせねばならぬ』といふ過分の讚辭をもつて紹介と批評の麗筆を運んでくれた自治研究第十五卷三號『信義則と判例法』における牧野英一博士の激勵である。私は、いま、これ等の人々をはじめ幾多の人々の直接間接の學界的友誼に支へられて、信義則を更に理解し更に構成

し、その内容を補填しつつ、その廣く遠かるべき展開のために、努力を傾注しうるの喜びを持ち
 うることをば感謝せねばならぬのである、更にまた、この書の公刊に當つては、十年に近い關西
 における學界生活から昭和十三年の春四月東京において學界的に更生し今日に至るまで公私とも
 に何くれとなく、身に餘る御憐憫を忝なくしてゐる法學博士末川博先生に對して深甚の敬慕と感
 謝の念を禁じえないのである。出版については、何時に變らぬ巖松堂・波多野一氏の御厚意を感
 謝せねばならぬのである。幸ひにして大方諸賢の御叱正と御鞭撻を賜らば望外の喜びである。

昭和十五年新緑の候

林 信 雄

目 次

序

第一章 債務の履行における信義誠實

第一節 序 説

第二節 債務者の提供したる給付に些少の不足ある場合と

信義誠實

- 一 債務の本旨に従つた履行の提供……………二
- 二 些少の不足ある提供と買戻權の行使……………三
- 三 辨濟金の些少の不足と債權證書の返還……………七
- 四 些少の額の債務不履行と賣渡擔保物件の返還……………二
- 五 些少の不足ある金額の辨濟供託……………三

第三節 履行の方法に些少の缺點ある場合と信義誠實……………三

- 一 現實の提供と言語上の提供……………三
- 二 轉買代金を携行せる第三者と同行してなす賣買代金の提供……………三
- 三 履行の場所外における辨濟の提供(一)……………三
- 四 履行の場所外における辨濟の提供(二)……………三
- 五 履行期後における月賦返濟金の履行の提供(一)……………三
- 六 履行期後における月賦返濟金の履行の提供(二)……………三

第四節 辨濟供託と信義誠實……………六

- 一 債權者が受領しないことの明確な場合における辨濟供託——判例理論の變遷……………六
- 二 本來の履行期における履行の提供に對する拒絶と辨濟供託……………四
- 三 履行地外の供託局になされたる辨濟供託……………四

第二章 債權者遲滯における信義誠實……………七

第一節 序説……………四七

第二節 債權者と債務者との協力行爲としての履行……………四

- 一 『深川渡』と定められた場合の履行の提供……………四
- 二 履行の場所の指定をなすべき者がこれをなさない場合と解除の前提たる催告……………五
- 三 株主の名義書換請求と株式會社の協力……………六
- 四 刑事判例二つ——不作爲による詐欺罪の成立……………三

第三節 履行の提供に必要な辨濟の準備と債權者の協力……………五

- 一 履行の提供と債權者の所要の協力……………五
- 二 言語上の提供と債權者の所要の協力……………六

第三章 債權擔保における信義誠實……………七

第一節 序説……………七

第二節 保證人の責任の限界と信義誠實……………七

- 一 保證債務における債權者の徳義……………七
- 二 手形割引契約に基く將來債務の保證(一)……………七

- 三 手形割引契約に基く將來債務の保證(一).....六
- 四 賃料債務の保證人の一方的告知權(一).....八
- 五 賃料債務の保證人の一方的告知權(二).....五

第三節 保證人の免責と信義誠實.....九

- 一 民法第五〇四條の法意.....九
- 二 經濟界の變動による擔保物の價格の減少といはゆる擔保の減少——判例理論の變遷.....九
- 三 經濟界の變動による擔保物の價格の減少といはゆる擔保の減少(一).....九
- 四 經濟界の變動による擔保物の價格の減少といはゆる擔保の減少(三).....一〇

第四節 債權者代位權における信義誠實.....一〇

- 一 共同擔保の保全.....一〇
- 二 家屋取拂土地明渡請求權の代位行使.....一〇

第四章 同時履行の抗辯における信義誠實.....一三

第一節 序説.....一三

- 一 民法第五三三條の法意.....一三
- 二 一部履行の提供または不完全履行の提供と同時履行の抗辯權.....一四
- 三 債權者遲滞に在る當事者と同時履行の抗辯權.....一九
- 四 當事者の一方の債務不履行の意思明確なる場合と相手方の同時履行の抗辯.....一三〇

第二節 雙務契約における同時履行の抗辯と信義誠實.....一三

- 一 雙務契約における履行上の牽連性.....一三
- 二 賃貸借における同時履行の抗辯——賃借家屋の些少の不備と家賃支拂義務.....一六

第三節 債務の交換的履行と信義誠實.....一六

- 一 對價關係類似の關係と同時履行の抗辯.....一六
- 二 法定地上權における地代支拂義務と地上權登記義務との關係.....一三〇
- 三 供託證書交付義務と債權證書返還義務との關係.....一三五

第五章 契約解除における信義誠實.....一四

第一節 序説.....一四

第二節 解除權發生の要件としての債務不履行と信義誠實……………一四

- 一 解除權發生の要件としての債務不履行……………一四
- 二 賃料債務の不履行と契約解除……………一四
- 三 賃貸借の合意解除と轉貸借との關係……………一四
- 四 債務の一部不履行および附隨的義務の不履行と契約解除——判例理論の變遷……………一五

第三節 解除權發生の要件としての催告における相當の期間と信義誠實……………一五

- 一 民法第五四一條の法意……………一五
- 二 催告後の履行拒絶の意思表示と解除權……………一五
- 三 いはゆる相當の期間……………一六
- 四 相當の期間よりも短い期間を定めてなされた催告の效力——判例理論の變遷……………一七
- 五 期間の明示なき催告の效力……………一七

第四節 過大なる催告その他不適當なる催告と信義誠實……………一六

- 一 過大なる催告と債務者の誠實……………一六

第五節 催告不要の契約解除と信義誠實……………一八

- 一 履行期到來前における履行拒絶と催告の要否……………一八
- 二 履行遅滞後における履行拒絶と催告の要否……………一九
- 三 特別の事情の下になされた履行拒絶と催告の要否……………一九

第六節 解除權留保の特約に基づく契約解除と信義誠實……………一九

- 一 解除權留保の特約……………一九
- 二 解除權留保の特約に基づく契約解除についての對蹠的判例……………一九

第七節 經濟事情の變動に基づく契約解除と信義誠實……………二〇

- 一 法律行為と事情の變更……………二〇
- 二 經濟事情の變動と信義誠實……………二〇

(目次完)

は判
れ例
たに
る現
信義誠實の原則

第一章 債務の履行における信義誠實

第一節 序 説

債務の内容を實現する債務者の給付行爲すなはち履行は、債務の本旨に従つてなされねばならぬ。しかしながら、何が債務の本旨に従へりや否やの標準については、我が民法には詳細な規定はなく、ただ、債務者は債務の本旨に従つた履行をなすべき旨を規定してゐるに止まる（民四一五條・四九三條参照）。この點において、我が民法は、たとへばフランス民法第一一三四條の如く『契約ハ信義ニ從ツテ履行スルコトヲ要ス』とか、『債務者ハ誠實ニ且ツ取引上ノ慣習ニ從ヒ給付ヲ爲ス義務ヲ負フ』となすドイツ民法第二四二條の如く、あるひはスイス民法第二條第一項が『何人モ權利ノ行使及ヒ義務ノ履行ハ信義誠實ニ從ツテ之ヲ爲スコトヲ要ス』といふやうに、債務の履行における信義誠實といふことをば明文をもつて規定してゐるものとは、おのづから異なるものがあるかの如く思はれるのである。けれども、我が民法においても、また、履行期・履行の場所・

および給付の内容などについては、すべて取引上妥當なりと認められべきところに従はざるをえないことになるのであるから、歸するところ、何が債務の本旨に従つた履行であるかは信義誠實の原則によつて決定せられるのほかはないわけである。

第二節 債務者の提供したる給付に些少の

不足ある場合と信義誠實

一 債務者の提供したる給付に些少の不足ある場合に、債権者はこれを債務の本旨に従はないものとして拒否することをうるか。いはゆる一部履行の提供が履行の提供たるの效力をもちうるかどうかは、具體的に定められねばならぬ。ただ、一般的・抽象的に言へば、債務者が債務の本旨に従つた履行をなすがためには給付の内容を實現せねばならぬのであるから、なされるべき給付は全部の給付たることを要し、一部の給付をなす権利はこれを有しない。獨・佛の民法やスイス債務法などには、この點について、特に明文をもつて、債務者は一部履行の權限なき旨が規定されてゐるが（獨民二六六條・佛民一二四四條・瑞債六九條）、我が民法には特別の規定がない。しかしながら原則としては、同一に解すべきものとせねばならぬのである。従つて、一部履行の提供は履行

の提供たるの效力をもたない。従つて、債権者がこれを拒絶するとしても、いはゆる債権者遲滯を生じることはない。しかれば、一部履行の提供をもつて、常に債務の本旨に従はないものと言ひうるであらうか。信義則に照して事を論ぜねばならぬのである。

二 債務者の提供した給付に些少の不足ある場合が、果して、債務の本旨に従つたものと言ひうるか否か、について、まづ、引合に出されるものに、大判大正九年十二月十八日（民錄二六輯一九四七頁）がある。民法第五八三條一項にかかはる買戻權の行使に關する判例である。この判例は、その判決理由中に特に明白に『債權關係ヲ支配スル信義ノ原則』といふことを揚言して、世の注意を引いたものであつて、おそらくは、これが、我が國における判例としては、形式上、信義則を明言した最初のものであらうか。

この判例における事の次第はこうである、——賣買代金は五百十七圓、契約の費用は十二圓八錢であつた、そこで、賣主は、買戻をなすがためには、民法第五八三條一項によれば、合計金五百二十九圓八錢を提供せねばならぬ關係にあつたのであるが、賣主が買戻權者として提供した金額は五百二十八圓で差金一圓八錢の不足があつた、その不足の生じた理由は買主の支出した契約費用が十分明らかに買戻權者たる賣主に通知されてゐなかつたことに基因するものであつた。原

審たる大阪控訴院は『右不足ハ被控訴人カ契約ノ費用額ヲ告ケサリシニ基因スルトスルモ之カ爲メニ不足ノ金額ヲ提供シテ爲シタル買戻ノ意思表示ヲ有效ナリト爲ス能ハス』と判決したのであるが、大審院は、原審判決を破毀して次ぎの如く判決したのである。曰く、――

『賣主カ其有スル買戻權ヲ行使セントスルニハ買戻ノ期間内ニ代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供スルコトヲ要スルコト民法第五百八十三條ノ明示スル所ナリト雖モ賣主ノ現ニ提供シタル代金及ヒ契約ノ費用ノ合額カ極メテ些少ノ不足アルニ過キサルトキハ買主ニ於テ之ニ藉口シ代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供ナキヲ以テ買戻ノ效力ヲ生セスト主張スルコトヲ得サルモノトス蓋スル不足額ハ買主ニ於テ買戻ヲ爲シタル賣主ニ對シ辨濟ヲ請求スルヲ得ヘキコト勿論ナリト雖モ斯ル不足アルヲ口實トシテ買戻ノ效力ヲ生セスト云フカ如キハ債權關係ヲ支配スル信義ノ原則ニ背反スルヲ以テ斯ル不足アルニ過キサルトキハ買戻ノ效力ヲ生スト解スルヲ相當トスレハナリ』

惟ふに、もし我々が概念法學的方法を固執するならば、二圓八錢の不足をもつて買戻の效力を生じるに支障なきものとすれば二圓九錢の不足ではどういふことになるのかが問題とならう。すなはち買戻の效力を生じるや否やの標準は専ら形式的概念的に決定することが法律論の法律論たるべき要點であるといふことにならう。さすれば、右の判例のやうに説くことは、民法第五八三條の全き蹂躪であるとせねばならぬのである。しかして、所有權の絶對と契約の自由といふこと

が法律思想の基本的なものとされてゐた當時においては、世の意外ともせねばならなかつたところであつて、原審の判決こそ、法律論としては當時の學界のいはゆる定石に屬するものであつたとせねばならぬのである。しかしながら、もし、徒らに法律の形式的な規定に執著して、事物の實體的な妥當性を考慮しないとすれば、その法律論は、その内容において、まことに空虚なものと云はねばならぬ。されば、民法第五八三條一項の規定は、やはり、信義則の上において理解されるべきである。だが、我々は、何も、ただ單に抽象的に信義則とのみ言つて、法律の規定を無視しようといふのではない。信義則に基いてそれが運用されることによつて、法律論としての論理的構成を完うせしめられねばならぬと主張するのである。これは、ひとり、民法第五八三條一項の規定に限つたことではない。

この判例について、鳩山博士は、信義則の立前から事を論じて、『買戻權者の爲したる給付の提供は買戻の條件に適する即ち第五百八十三條の要求する所に適する給付の提供』であつたと解し判旨を正當とされるのである(一)。これに對して牧野博士は、『民法第五百八十三條の文言に「藉口」することは、權利の濫用に歸着するものなることを明かにしたのである(二)』従つて、『本案件の解決を、給付の適當な提供があつたかどうかの方面から考へるのは適當ではないので、やは

り、買主がその権利を適當に行使したかどうかの方面から考へる方が適當だと思ふのである』とされ判旨に賛意を表されてゐる(三)。私の考へるところにして誤りなしとすれば、買戻権者のなしたる給付それ自體は、『些少の不足額』の故に民法第五八三條の要求に適合するものとは解し難いが、いやしくも買戻権者が十分なる誠意をもつて給付行爲をなした以上は、買戻の關係において、相手方は自己の権利につき信義誠實の原則によつて統制されることになるのである。かくて、そこに、信義誠實と権利の濫用との原理的統一が見出されることになるのである。

最後に、我々は、この判例が、大正後期の新現象をあらはにしたことをば、注意せねばならぬのである。この判例は、信義則をもつて、さも當然の原則として、民法制定の當初から承認されてでもゐたかのやうな口吻をもつて事を論じてゐるが、しかし、それは、しかく當然なものではないし、しかく承認されて來たものでもないのである。もとより、我々は、大正の前期から一種の思想の法律的に醸成してゐたことを考へねばならぬ。それは『法律の社會化』といふ標語をもつてせられた牧野博士による思想としての自由法論である。我が國における思想としての信義則論は、かくして、法律における傳統の破壊と新しい原理の構成のために、その廣く遠かるべき展開のために、巨大なる歩みを踏み出したものとせねばならぬのである。さればこそ、右の判例

は世の意外とされつつも、世の當然とするところとなつたのである。かくて、大勢は、信義則のかやうな運用を肯定し承認することになつたのである。こうした意味において、右の判例は極めて大きな歴史的意義をもつものとせねばならぬのである(四)。

(一) 鳩山秀夫氏著「民法研究・第三卷」(大正十五年)所收「債權法における信義誠實」三二頁。

(二) 牧野英一氏著「法律における具體的妥當性」(大正十四年)所收「具體的妥當性」四三頁。

(三) 牧野英一氏著「民法の基本問題・第四編」(昭和十一年)一二七頁以下。

(四) 牧野英一氏「契約と信義則と判例法」自治研究第一五卷一〇號一頁以下参照。

三 いはゆる『些少の不足』に藉口することを許さぬとした昭和期の判例に、大判昭和九年二月二十六日(民集一三卷三六六頁)がある。民法第四八七條にかかはる辨濟金の不足と債權證書返還の關係に關するものである。事件の要旨は、——甲(上告人)は、乙(訴外人)が丙(被上告人)に對して負擔せる抵當權附の金一萬圓の債務の引受をなし、丙との間に、甲が右引受債務一萬圓の支拂をなしたる後に、丙が債權證書の引渡と抵當權の抹消登記をなすべきことを約した。その後甲は段々債務を辨濟して結局殘額が百圓となつた、そこで甲はその百圓の支拂の準備を整へて債權證書の引渡と抵當權の抹消登記を請求したところ、丙は債務の完済なきことを理由としてこれ

を拒んだといふのである。原審は債権者たる被告入丙の立場を是認したのであるが、大審院は上告を容れて原審判決を破毀した。判示して曰く、――

『債務者カ債権證書ノ引渡及抵當權ノ抹消登記ヲ請求スルニハ先ツ債務ノ辨濟ヲ爲スコトヲ要スルハ原判示ノ如クナレトモ債務者ノ現ニ支拂ヒ又ハ提供シタル金額カ極メテ少額ノ不足アルニ過キサルトキハ債権者カ其ノ不足ニ藉口シテ證書ノ引渡及登記手續ノ履行ヲ拒絶スルハ信義誠實ノ原則ニ反スルモノト謂ハサルヲ得サルヲ以テ此場合ニ於テ債務者カ債権者ニ履行ノ催告ヲ爲シタルトキハ債権者ハ遲滞ニ付セラルルモノト解スルヲ相當トス本件ニ於テ上告人ノ既ニ支拂ヒタル金額ハ元金一萬圓中僅カニ一百圓ノ不足アルニ過キス而モ其ノ金圓ハ既ニ支拂ノ準備ヲ調ヘタルコト原判決確定ノ如クナレハ被告入カ單ニ其ノ不足ヲ口實トシテ上告人ノ請求ヲ拒ムモノトセハ信義ノ原則ニ反シ不當ナルモノト謂ハサルヲ得ス況ヤ上告人主張ノ如ク被告入カ所轄登記所ニ赴ク途中道順ナル上告人ノ住宅ニ立寄り該金圓及ヒ其ノ日迄ニ準備シタル利息金ヲ携帶シ被告入ト共ニ登記所ニ行クコトヲ得トセハ(原判決事實摘示中上告人ノ陳述參照)上告人ニ於テ登記手續前支給付ヲ完了スルヲ得ルコト易キタルニ於テオヤ』

我が民法第四八七條は、辨濟の効果として、債権の證書ある場合には、債務者にその證書の返還請求権を認めてゐるのである。しかしながら、同條によれば、債務者がかかる権利を行使しうるのは辨濟者として『全部の辨濟ヲ爲シタルトキ』である。しかれば、ここにいはゆる『全部の

辨濟』は、債務者の側からする支拂が常に先給付に屬するものと認めらるべきであらうか。本件におけるが如く、『上告人ノ既ニ支拂ヒタル金額ハ元金一萬圓中僅カニ一百圓ノ不足アルニ過キス』しかも『其ノ金圓ハ既ニ支拂ノ準備ヲ調ヘタルコト』が認められ、更に債権者たる『被告入カ所轄登記所ニ赴ク途中道順ナル上告人ノ住宅ニ立寄り該金圓及ヒ其ノ日迄ニ準備シタル利息金ヲ携帶シ被告入ト共ニ登記所ニ行クコトヲ得トセハ上告人ニ於テ登記手續前支給付ヲ完了スルコト易キタル』ものがあると認められるやうな事情の下においても、債務者の側からの支拂が、常に、先給付であらねばならぬことを主張して、債権證書返還の交換的履行を拒みうるものと考へらるであらうか。この判例を評される末川博士は(一)、『問題は、先に辨濟を爲すべき債務者の既に支拂つた金額に僅少の不足がある場合に、債権者はその僅少の不足を理由として自己の義務の履行を拒絶し得るか否か、といふことに集中する』べきであつて、『債権證書の返還が債務の完済と同時に引換に爲さるべきか否かといふ如き問題は提起される餘地がない』何故ならば『本判決においても「債務者カ債権證書ノ引渡及抵當權ノ抹消登記ヲ請求スルニハ先ツ債務ノ辨濟ヲ爲スコトヲ要スルハ原判示ノ如ク」であるとして、原判決におけると同様に、債務者の側からの支拂が先給付に屬することが認められてゐるのだから』と論ぜられるのである。博士もま

た、本件事案に對する判例の見解はこれを支持されるのではあるが、しかし、それには、本件におけるが如き『斯かる僅少の不足がある場合に債務者が爲した履行の催告が債権者を遅滞に附するに足るかどうか』といふ面においてである。博士の見解はもとより正當であつて、私もまた、異論があるわけではない。しかしながら、私は、本件判決が原審判決を破毀した理由をば博士が考へられるが如くには解しないのである。すなはち博士は、債務者の支拂における僅少の不足を理由として債権者は自己の義務の履行を拒絶しうるかどうかといふ問題と債権證書の返還が債務の完済と同時に引換になさるべきか否かといふ問題をば、別個獨立の問題であるかの如く論ぜられるのであるが、私は、この二つの問題は、しかく別異なものとして取上げらるべきものではないと考へてゐる。博士は、『……先づ債務ノ辨濟ヲ爲スコトヲ要スルハ原判示ノ如ク』と解せられるが故に、かかる結論に達せられるもの如くであるが、寧ろ重點は、『……原判示ノ如クナレトモ、債務者ノ現ニ支拂ヒ又提供シタル金額ノ極メテ少額ノ不足アルニ過キサルトキハ債権者カ其ノ不足ニ藉口シテ證書ノ引渡及登記手續ノ履行ヲ拒絶スルハ信義誠實ノ原則ニ反スルヲ以テ……』といふことに存するものとせねばならぬのである。されば、本判決は、從來、辨濟者は受取證書の交付をば辨濟と交換的に請求しうることの理由で、債権證書の引渡請求が辨濟と交換的

になされうるか否かについて消極的に解されて來た見解(二)に對して、本件事案の如き場合には、少くとも、事は、積極に解さるべきことを明らかにしたものとせねばならぬ。すなはち、民法第四八七條にはゆる『全部ノ辨濟』といふことは、常に、概念的形式的にのみ解釋さるべきではなくて、信義誠實の要請に基いて考慮さるべき問題の存するといふことについて、その見解を明らかにした點において、本判決は信義則の展開のために、また新たなものを加へたことになるのである。尤も、判例によるかかる信義則の展開は、必ずしも、學界のすべてに亘つて心よく迎へられるものではない。たとへば、この判例を批評される田島博士が——『信義誠實の原則を眞向に振りかざして、法の解釋適用を扮飾したること、判例の態度として必ずしも新らしきものと云ふべきでない』として事を論ぜられるが如きを我々は記憶せねばならぬのである(三)。

(一) 末川博士著「判例民法研究」(昭和十二年)二二六頁以下参照。

(二) たとへば、鳩山秀夫氏著「増訂改訂・日本債權法(總論)」(大正十四年)四一三頁、磯谷幸次郎氏著「改訂・債權法總論」(大正十四年)七七七頁、川名兼四郎氏著「債權法要論」(大正九年)五三〇頁、近藤・田島・柚木氏等共著「註釋日本民法債權編總則・下巻」(昭和十一年)一二二頁など。

(三) 田島順氏法學論叢第三一卷(二號)『民事判例研究』二六九頁以下参照。

四 やがて、判例は、賣渡擔保物件の返還に關して、信義誠實の原則を適用することになつた

のである。大判昭和十年六月八日（大審院判決全集（第二輯）（第十九）九一八頁）がすなはちこれである。甲（被上告人）が乙（上告人）から金三十八圓を借受けて、ある物件をば乙に對して賣渡擔保とした。期限内に金四十圓五十錢を支拂ふにおいてはその物件の所有權は甲に復歸するとの契約になつてゐて、その物件は甲の占有に在つたが、甲は期限までに金四十圓を辨濟したに過ぎなかつた。乙は甲の債務不履行を理由として右物件の引渡を請求したのであるが、原審は、殘額が僅かに五十錢である點に鑑みて、賣渡擔保の物件の所有權はすでに甲に復歸してゐるものとしたのである。乙の上告に對して大審院は原審判決を支持して、判示して曰く、――

『被上告人ハ上告人ニ對シ約定ノ期限ニ金四十圓ヲ辨濟シ其ノ殘額ハ僅々五十錢ニ過キス……上告人カ此ノ僅少ナル殘債務存スルノ故ヲ以テ賣渡擔保ニ供セラレタル本訴物件ノ引渡ヲ請求スルハ特別ノ事情存セサル限り信義誠實ノ原則ニ悖ルモノニシテ原審カ右辨濟ニ因リ被上告人ハ本訴物件ノ所有權ヲ回復シタル旨判示シタルハ正當ナリト云ハサルヲ得ス』

五 更に、從來の判例理論を踏襲しつつ、一部履行の提供拒絶に基く、辨濟供託にまで發展せしめて、事を論じてゐるものに大判昭和十三年六月十一日（民集一七卷一二四九頁）がある。事の次第はこうである、――上告人は、金錢債務調停調書の執行力ある正本に基いて、被上告人所有の不

動産に對して強制競賣の申立をなし、その競賣手續開始せられ競落許可決定の言渡あり、昭和十年十月三十一日確定した、そこで被上告人は同年十一月二日右債務名義の債務を辨濟するため、上告人方へ赴き、元金七百五十圓利息金三十一圓二十五錢および手續費用金十六圓三十錢合計七百九十七圓五十五錢を提供したところ、受領を拒絶せられたので同金額を山形供託局米澤出張所に供託しその旨を上告人に通知した、ところが、その供託金額には競賣手續費用において被上告人の誤算のために金七圓四十錢の不足があつたので、被上告人は、後日、その不足額を提供して追加供託をなした、といふのである。このやうな事實に基いて、被上告人は供託の有効であることを主張して、その確認を求め、上告人は、假に被上告人主張の如き金額の提供があつたとしても競賣手續費用に不足があるからその提供は債務の本旨に従つたものとは言ひえない、従つて供託もまた無効であつて、後日なされた不足額の追加供託によつて有効となることはないと抗辯したのである。判決して曰く、――

『債務者カ債權者ニ對シ辨濟ノ提供トシテ爲シタル債務額中元利金ニ不足ナキモ誤算ノ結果競賣手續費用ニ於テ極メテ僅少額ノ不足アルニ過キサルトキハ債權者ハ之ニ藉口シテ債務ノ本旨ニ從ヒタル辨濟ノ提供ナシトシテ其ノ受領ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス蓋シ斯ル不足額ハ債權者ニ於テ債務者ニ對シ之カ辨濟ヲ請求シ

得ルコト勿論ナリト雖右不足額ヲ口實トシテ辨濟ノ提供ヲ無効ナラシムルカ如キハ取引社會ニ於ケル信義誠實ノ原則ニ悖ルモノト謂ハサルヘカラスレハナリ從テ右ノ如キ場合ニ於テ債權者其ノ受領ヲ拒ミタル爲債務者之ヲ供託シ尙其ノ不足額ニ付テモ辨濟ノ提供ヲ爲シテ拒絶セラレタル爲之ヲ供託シタルトキハ右供託ハ執レモ有效ナリト謂ハサルヘカラス本件ニ於テ原審ノ確定スルトコロハ被上告人ハ本件債務名義ニ基ク債務辨濟ノ爲元金七百五十圓利息金三十一圓二十五錢及強制競賣手續費用十六圓三十錢計金七百九十七圓五十五錢ヲ昭和十年十月三十一日債權者タル上告人ニ提供シタルモ其ノ受領ヲ拒絶セラレタルヲ以テ同年十一月二日之カ供託ヲ爲シタルモノナルトコロ右供託金額ニハ元利金ニ不足ナキモ競賣手續費用ニ於テ金七圓四十錢ノ不足アリ而モ斯ル不足ノ生シタルハ全ク被上告人ニ於テ其ノ算定ヲ誤リタルニ基因スルモノニシテ該不足額ハ總債務額ノ百分ノ一ニモ充タサル僅少額ナリトスル場合ニ於テモ尙債權者ニ與フルニ提供額全部ニ付受領拒絶ノ權ヲ以テスルカ如キハ信義誠實ノ原則ニ悖ルヘケレハ右提供ハ其ノ限度ニ於テ債務ノ本旨ニ副ヒタルモノトス而シテ被上告人ハ昭和十一年七月二十日競賣手續費用ノ不足額ニ相當スル金七圓四十錢及之ニ對スル昭和十年十月三十一日以降同十一年七月二十日迄ノ年五分ノ割合ニ依ル利息計金七圓六十七錢ヲ辨濟ノ爲メ上告人ニ提供シタルモ其ノ受領ヲ拒マレタルニ依リ之ヲ供託シタルモノニシテ該供託ハ孰レモ有效ナリト謂フニ在リテ右ノ如キ原審ノ認定ハ前叙ノ理由ニ依リテ相當ナレハ原判決ニハ所論ノ如キ違法アルコトナシ』

およそ、辨濟の提供は債務の本旨に従つて現實にこれをなすことを要するのは、民法第四九三

條によつて明白であるから、債務者は債務全額の提供をなすのでなければ、これをもつて債務の本旨に従つたものとは言ひえない。従つて債務者はたとへ僅少の額といへどもその不足ある額をもつてこれを債務全額であると主張したり、あるひはこれをもつて全債務額の提供をなしたものとほなしえないのである。しかしながら、このことは、一部履行の提供が場合によつては少くとも一部履行の提供としての效力を生じるか、また、少くとも全額を履行する方法として有効であるか、といふ問題とは、同一ではない。債務の本旨といふ緩かな表現を用ひてゐる我が民法の下においては、幾つかの例外が認めらるべき餘地が存するものとせねばならぬのである。勝本博士は、かかる例外を認めうる場合として、三つの場合を挙げられるのである。すなはち、その一は信義則に反しない程度の一部履行であり、その二は債務が性質上分割給付を許すべき場合において、且つ取引上、一部の履行によつて、これに比例して全給付の一部の目的を達しうる場合すなはち種類債務殊に金銭債務の如き場合であり、その三は全部履行の方法として一部履行をなす場合がこれである。しかれば、本件事案の如き場合は、これを如何やうに解すべきか。勝本博士は述べられるのである。——『即ち、判例は右に述べた第一の場合として取扱つてゐるのであるが、私見は、金銭債務なることに鑑み、一歩進みて、第二の理論により、各供託が、孰れも一部

履行として有効なりと解したい』とされるのである。(一)。本件判例を評釋される石田博士もまた、金錢債務における分割給付可能論の立前に立つて、『一部の金錢債務の提供または供託もその限度に於て債務の本旨に副ひたるものと解することも不當ではない』とされるのである。(二)。なるほど勝本博士や石田博士の主張される如く、種類債務や金錢債務にあつては、その一部の履行は全給付の一部の目的を達しはするであらうが、所詮それは程度の問題であるとせねばなるまい。さすれば如何なる程度であれば一部辨濟の提供として有効となすべきかは、やはり信義則の要請に従はねばならぬことになるわけであるから、事は信義則の立前から論じる方が、望ましいのではあるまいか。本件判決を評釋される穂積博士は、『不足金額の些少と謂ひ、不足を生じた事情と謂ひ、又不足金の追提供があつたことと謂ひ、これを有効の辨濟供託なりとした判旨は』いはゆる『信義誠實の原則の一適用例』であつて、先判例たる大判大正九年十二月十八日(前出)、大判昭和九年二月十六日(前出)、大判昭和十年六月八日(前出)と共に極めて適切であるとされるのである。(三)。私もまた、事を信義則の立前から論じて、判旨に賛意を表したのであつた(四)。

岩田博士また、『本判決が辨濟の提供につき信義誠實の原則を適用してをることは至當の見解であつて、提供の概念に關し大審院が從來發展させて來た見解に一段の明彩を添ふるものと

して賛成の意を表する』とされるのではあるが、博士は、石田博士と共に、本件事案は、かかる些少の不足ある辨濟の提供の問題としてよりも寧ろ供託の效力に關する事案としての方が興味あるものとして、事を論じ、後述するであらうやうに石田博士が判旨に賛成せられるのに對して、岩田博士は、『僅少額不足の提供は信義誠實の原則により有效なる提供であるが故に、これに基いて爲されたる供託も當然無効とはならず、即ち追加供託によつて有效なる供託と認めらるるといふ趣旨ならば、全幅的に賛意を表したのであるけれども、その如き意味は本判決からも、判例集の判決要旨からも現はれて來ないのである』と結論されるのである(五)。石田博士は、供託によつて直ちに債務が消滅するとなすところの我が國の通說の見解はこれを探らないとする立場から、本件判決をば、『供託の效力に關する事案として』評釋されるのである(六)。博士は主張される、『我國一般の學說のやうに、供託に依り直ちに債務は消滅するときは、辨濟のためにする供託は必らず債務の本旨に従つた供託でなくてはならぬ。假令僅少の不足にしても、不足ある以上は、その點において債務の本旨に従つた有效な供託と云ふを得ない。……若し、僅少の不足ある供託を以て有效な供託と解し、それにより債務が直ちに消滅すると解するときは、債務者は不足額の追加辨濟の義務を免れると云ふ不當な結果が生じる。信義誠實の原則

は決して不足ある辨済の供託を不足なき有効な辨済の供託と爲すものではない。』されば、『通説の如く「供託に依り直ちに債務は消滅する」と解するときは、供託の有効無効に關する判定も、最初爲されたる供託金額につき、債務の本旨に従ふものか否かを判断せねばならない。而して、假令僅少の不足であつても、それが不足である以上、債務の本旨に従つた辨済額の供託あつたものと爲すことを得ないのである。』かくて結論して曰く、——『反之、私見の如く、債権者が供託を受諾するか、又は其の供託を有効なりとする判決の確定した時に、債務は供託の爲された時に遡つて消滅すると解するならば、債権者に於て受領拒絶を爲し得ないやうな僅少の不足額の存する場合には、辨済者は第二審の最終辯論期日までに其の不足額を追加供託して、最初の供託を完全有效なものと爲すことが出来る。即ち最初の供託は後に爲された追加供託と合して有効となる。私は本件は正に其の適例であると解したい』とされるのである。しかしながら、博士においても、初めになされた供託額の多寡はやはり問題になるらしい。さればこそ、『勿論、不足額が多であつて、債権者より供託額の受領を拒絶することが正當と考へられる場合には、其の供託は無効となるけれども、本件の如く、不足額が僅少にして、債権者より其の供託額の受領を拒絶することが信義の原則上許されない場合には、辨済者は其の不足額を追加補充供託して、供託を

有効と宣言する判決を求めることが出来る』とされるのである。さすれば、先きにも述べたやうに、なされたる提供なり供託なりが、いはゆる一部履行として有効なりや無効なりやは、信義則の要請に従はねばならぬことになる。されば、私は、やはり、判例が卒直に主張する如く『僅少額ノ不足アルニ過キサル』ことを強調して、『債権者ハ之ニ藉口シテ債務ノ本旨ニ從ヒタル辨済ノ提供ナシトシテ其ノ受領ヲ拒ムコトハ信義誠實ノ原則ニ背反スル』ものと論じることの方が、殊更に、通説的見解に反對する立場において試みられる理論構成よりも好ましい理論構成であるのではなからうかと考へるのである。

惟ふに、民法上のいはゆる辨済供託なるものは法律が特に規定した債権消滅の一方法であつて、債権は、供託と同時に消滅するものとせられるのであるから（民四九四條）、嚴格にこれを解釋すべきものではある。さすれば、債務者は、全部履行の提供をなしたにも拘らず債権者がその受領を拒んだといふやうな場合でなければ、適法な供託をなしえないことになるわけである。しかしながら、何時如何なる場合においても、しかく嚴格に解釋せねばならぬと主張することは法律の形式に捉はれた議論であつて、事物の合理性を無視するものであるとせねばならぬのである。本件における上告理由が、——『……金七圓四十錢也ノ金額不足ノ供託ヲ爲シタルコト明ニシテ

被告入カ爲シタル右金額不足ノ供託ハ所謂被告入ノ債務ノ履行ニ適セサル提供並ニ供託ト稱スルコトヲ得ヘク斯カル不適法ノ供託ハ固ヨリ辨濟ノ效力ナキモノナルカ故ニ最初ヨリ辨濟ノ供託トシテハ絶対無効ノモノナリ從テ民法第四百九十三條及ヒ同法第四百九十四條ノ各規定ニ所謂債務ノ本旨ニ從ヒタル辨濟ノ提供及ヒ辨濟ノ供託ト稱スルヲ得サルモノナリ』と主張するが如きがまさにその適例であらう。債務者の提供額は何等かの事情によつて、たとへ債務の全額に満たなかつたとしても、その不足額が些少にしてしかも後日その不足額について更に提供をなしたといふやうな場合、すなはち債務者が充分なる誠意をもつてこれをなしたと考へうるやうな場合にもなほ、その不足額に藉口することは、まさに、権利の濫用であるとせねばならぬ。かかる具體的な事情の下においては、債権者の権利は、信義誠實の原則によつて、統制されねばならぬのである。本件におけるやうな辨濟供託が有効とされる理由もまた、この點から裏付けられるものとせねばならぬのである。

(一) 勝本正晃氏民商法雜誌第九卷一號『最新判例批評』八九頁以下参照。

(二) 石田文次郎氏法學論叢第三九卷(六號)『判例研究』一〇〇二頁以下、特に一〇〇五頁以下参照。

(三) 穂積重遠氏「判例民事法・昭和十三年度」三一〇頁以下参照。

(四) 拙稿日本法學第五卷一號『判例研究』六九頁以下参照。

(五) 岩田新氏法學新報第四九卷一號『民事判例研究』一四八頁以下参照。

(六) 石田文次郎氏法學論叢第三九卷(六號)『判例研究』一〇〇二頁以下参照。

第三節 履行の方法に些少の缺點ある場合 と信義誠實

一 債務者は、履行實現のために債権者の協力を待たずして、先づ自らなしうるだけのことをなさねばならぬ。これがすなはち履行の提供乃至は辨濟の提供と稱せられるものであるが、その提供は、常に、債務の本旨に従つてなされねばならぬ。従つて、給付の内容・場所・時期について債務の本旨に違背するときには、履行の提供はその効果を生じない。しかも履行の提供は、原則として、現實にこれをなすことを要する(民四九三條)。ただ債権者が豫めその受領を拒みまたは債務の履行につき債権者の行爲を要するときは、履行・辨濟の準備をなしたことを通知してその受領を催告するをもつて足りるのである(民四九三條但書)。これがすなはち、現實の提供あるひは事實上の提供に對して、口頭の提供あるひは言語上の提供と稱せられるものである。このやうに、觀念の上では、現實の提供と口頭の提供とは、要求されるところの履行の準備において一應これを

區別して考へられうるのであるが、實質的には、現實の提供は履行の準備が發展したものに外ならぬのであるから、實際的にはその限界はしかく明確ではないとせねばならぬのである。これすなはち、兩者の相違は、提供の方法上の差異ではなくて、債務者の側における準備行為の程度の差異に過ぎないとされる見解の行はれる所以である。ともあれ、如何なる場合に、可能且つ適法なる履行の提供がなされたと認むべきかは、まさに、信義則に基いて判断さるべき問題であらう。

二 代金支拂の債務を負担する買主が、自分は代金を携帯してはゐないけれども、轉買の代金を携帯してゐる轉買主を同行して履行の場所に到つたといふやうな場合、ここに現實の提供があつたものと言ひうるであらうか。

履行の提供について、いはゆる現實の提供あるひは事實上の提供が實際上如何なる場合に認めらるべきかに關して一つの重要な例示がなされたと見るべき判例がある。すなはち大判昭和五年四月七日（民集九卷三七頁）がこれである。事の次第はこうである、——上告人は米穀商であつて、大正十三年九月二十七日に被上告人から一石二十九圓の割で玄米二百五十俵を買受け、同年十一月三十日までに受渡をなすべきこと、代金は所定の受渡場所で現品と引換にこれを支拂ふべきことを定めて、内金として金六百五十圓を支拂つた、上告人は右期日に賣買殘代金を携帯して受渡

場所に行つたけれども被上告人は來會せずまた履行の準備もなかつたから、更に相當の期間を定めて履行の催告をしたのであるが、被上告人はこれに應じなかつた、そこで同年十二月七日に賣買契約解除の意思表示をなし、被上告人の不履行によつて被つた損害額と先きに支拂つた内金の返還を求めたわけである、これに對して被上告人の側では、上告人は受渡期日にもまた催告に定めた十二月五日にも代金の提供をしなかつたのだから、被上告人が玄米の引渡をなさなくとも履行遲滞の責任はなく、従つて上告人のなした契約解除の意思表示は無効であると抗辯したのである、これについて、第一審裁判所は上告人の請求を認容したのであるが、原審は、被上告人が本件契約の履行期日たる大正十三年十一月三十日および十二月五日の兩度に受渡場所に出頭せず玄米引渡の準備をしなかつたことは認めうるけれども、その際に上告人が玄米と引換に交付すべき代金を持參してゐたとは認め難い、尤もその際上告人と同行した訴外人の證言によれば訴外人が轉買の代金を携帯して上告人と共に右日時に受渡場所に行つたことはこれを認めるが、しかしこのことは直ちにもつて上告人が訴外人の携帯にかかる金圓を何等の故障なく隨意に被上告人に交付しうべき地位において該金圓を自己の支配の下に置いたと言ひえない、『蓋シ金圓ノ持參若ハ携帯トハ畢竟金圓ヲ自己ノ支配ニ置クノ義ニ外ナラサレハナリ』となし、上告人は結局自己の

義務たる代金の現實の提供をなして被上告人の履行を請求したとは言ひえないと判断して、本件契約解除は無効であると判定して上告人の本訴請求を排斥したのである。そこで、上告人は、履行の提供の一種たる『現實ノ提供トハ履行ノ目的物ヲ自己ノ支配内ニ置クノ謂ニアラスシテ社會通念上履行準備行為アリタリヤ否ノ問題ナリトス』となし、轉買人が轉買代金を携帶してゐるのに、買主たる上告人に代金の携帶を命じるが如きは、現代商取引の慣行に反するとして上告したのである。大審院はこの上告に理由ありとして、原審判決を破毀し、判示して曰く、――

『如何ナル場合ニ於テ債務ノ履行ノ提供アリト爲スヘキヤハ取引ノ通念並實驗則ヲ參酌シテ之ヲ判断スヘキモノトス履行ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒ現實ニ之ヲ爲スヲ原則トスルコトハ民法第四百九十三條ノ規定ニ依リ明ニシテ現實ノ提供即チ所謂事實上ノ提供トハ債務者カ履行ノ爲ニ必要ナル一切ノ行為ヲ完了スルコトヲ謂フモノナレハ金錢債務ニ在リテハ債務者ハ支拂ヲ爲スヘキ金錢ヲ履行ノ場所ニ持參シテ何時ニテモ之カ支拂ヲ爲シ得ヘキ準備ヲ爲スコトヲ要スルモノトス然レトモ商人カ商品買入ノ契約ヲ爲スニ當リテハ轉賣ノ目的ヲ以テ之ヲ爲スヲ通常トスルモノナレハ其ノ買入ノ契約ヲ爲シタル目的物ニ付既ニ轉買主定マリ商人タル買主カ其ノ轉買主ト同行シテ賣買契約履行ノ場所ニ到リタル場合ニ於テ轉買主カ其ノ轉買ノ爲ニスル代金ヲ携帶シ當初ノ賣主ヨリ履行ノ提供アリタランニハ直ニ之ヲ買主即チ轉買主ニ交付シテ之ヲ賣主ニ支拂ハシムヘキ準備調ヒタルトキハ縱令買主自己ニ於テ代金ヲ携帶セサルモ買主ハ代金支拂ノ債務ニ付履行ノ提供ヲ爲シタルモノト解スルヲ相當トス』

惟ふに、事を抽象的に論じるならば、現實の提供とは債務者が履行のために必要な一切の行為を完了することを言ふものであつて、しかも履行に必要な一切の行為といふのは、債務の内容としてその實現が要求せられる給付自體に關するものでなければならぬわけである。従つて本件事案の如きにおいては、買主の代金の提供は現實の提供として完全なものとは言ひえないかも知れぬ。しかしながらこの場合重要なことは、ただ單に債務者が現に實行してゐる事實が債務の内容としてなさるべき給付を如何なる程度にまで實現してゐるかをば單なる事實として認定することにあるのではなくて、その具體的の事實がその場合の状態の下において債務の内容の實現として如何なる價值を有するとせらるべきかを明らかにすることである。されば、末川博士が正當に評されるが如く(一)、そこには債務者の行為についての債權法上の價值判断がなされることを要するのであるから、その行為は常に債權者側のこれに對する態度との關聯において、しかも信義誠實の見點から、觀察されねばならぬのである。本判例は、如何なる場合において債務の履行の提供がなされたと見るべきかは、『取引ノ通念並實驗則ヲ參酌シテ之ヲ判断スヘキモノ』としてゐるが、これは、歸するところ、債權者側の態度との關聯において、債務者のなしたところが、取引上債務の内容を實現する過程として、如何なる價值を有するものと認めらるべきかを判定すべ

きものであるとなすものであつて、言ひ換へれば信義誠實の観点から判定すべきものであることを明らかにするものであつて、判示もとより正當であるとせねばならぬ。吾妻教授また、本件事案の如き場合、受渡場所に來會せず履行の準備さへもしなかつた被上告人を保護すべき理由は見當らないとして、判旨に賛意を表されてゐる(二)。

(一) 末川博氏著「破毀判例民法研究・第二卷」(昭和八年)二五三頁以下参照。

(二) 吾妻光俊氏「判例民事法・昭和五年度」所收三一事件一〇五頁以下参照。

三 我が民法は持參債務をもつて原則としてゐる(民四八四條)。従つて、債權者の現時の住所以外の場所においてなされた履行の提供は、一般的には、債務の本旨に従はないものとせねばならぬ。然らば履行地外の履行の提供は、常に、債務の本旨に従はないものとさるべきであらうか。判例は、ここに、如何なる程度の履行地外の提供であれば、なほ債務の本旨に従つたものとなるか、について我々の注意を促すことになつたのである。大判昭和十四年三月二十三日(民集一八卷二五〇頁)がこれであつて、少額の金員の支拂をなすべき債務者が履行の場所外においてなした辨濟の提供について、事を論じてゐるのである。すなはち、——上告人は被上告人に對し上告人所有の土地を期間の定なくして貸付け小作料については一箇年玄米一石またはこれに相當する金員

を毎年舊曆末に支拂ふべきことを定めてゐたところ、昭和十一年十月二十九日訴外人に對し該土地を賣渡すと同時に右三名合意の上賃貸借關係を同訴外人に承繼せしめ、且つ被上告人の承諾を得て同年度同日迄の小作米債權を同訴外人に讓渡した、ところで同年度の小作料は玄米ならば五等米一石金錢ならば金二十九圓と定めたので、被上告人は同訴外人に對してこれを支拂はねばならぬのに拘らずその支拂をなさなかつたので、上告人は昭和十二年三月七日同訴外人に對し右小作料二十九圓を支拂つた、そこで上告人は被上告人に對し同金額の償還を受くべき債權を取得したのでこれを被上告人に請求したところ、被上告人は上告人が昭和十二年五月二十四日被上告人の隣家に來訪した際に代理人をして隣家において上告人に面接の上辨濟のために現金二十九圓を提供せしめたが、上告人はその受領を拒絶した、そこで被上告人は同年九月二十二日右金員を東京供託局に提供しその旨を上告人に通知した、といふのが事の次第である。原審裁判所は、その目的物が僅かに金二十九圓に過ぎざる本件においては特別の事情なき限り被上告人が上告人本人に『出會ヒタル場所ニ於テ之カ提供ヲ爲スコトハ取引ノ通念ニ照ラシ之ヲ債務ノ本旨ニ從ヒタル提供ナリト認ムルニ妨ナキモノト解スルヲ相當トス』となし、従つて、債務者たる被上告人のなした辨濟供託もまた有効であると判示した。上告理由は、辨濟の提供は債權者の現住所地におい

てなすべきが法律の原則であつて、辨済金額の多少によつて支拂の方法場所を何處にても可なりとするのは失當であるとして争つた。大審院は原審判決をもつて正當であるとして、判示して曰く、

『金錢債務ヲ負擔スル者ハ別段ノ意思表示ナキ限り債權者ノ現時ノ住所ニ於テ辨済ヲ爲スヲ要スルコト民法第四百八十四條ノ規定上明白ナルヲ以テ其ノ他ノ場所ニ於テ爲シタル辨済ノ提供ハ特別ノ事情ナキ限り債務ノ本旨ニ從ハサルモノトシテ債權者ニ於テ之カ受領ヲ拒ムコトヲ得ルハ當然ナリト雖モ若シ右債權者ノ住所以外ノ場所ニ於ケル辨済カ其ノ住所ニ於ケル辨済ニ比シ之ヲ受領スル債權者ニ取リ別段ノ不利益トナラサルカ如キ特別ノ場合ニ於テハ債權者ハ濫リニ其ノ受領ヲ拒ムコトヲ得サルモノト解スルヲ相當トス蓋シ斯ル場合債權者ニ於テ前記ノ如キ辨済ノ受領ヲ拒ミ得ヘント爲スハ徒ニ債務者ノ自由ヲ拘束スルニ止リ債權者ニ對シテ何等ノ利益ヲ與フルモノニ非ス前記ノ法規カ斯ノ如キ不當ナル結果ヲ容認スル法意ナリトハ到底解シ得サルヲ以テナリ』

なるほど、本件の場合のやうに、債務者が債權者の現時の住所以外の場所において履行の提供をなしたことは、民法第四八四條の規定と表面的には相背反するものとせねばならぬ。従つて、形式的には、債務の内容たる目的物が少額の金員の支拂にあるといふことだけでは、直ちにもつて右の提供をば債務の本旨に従つたものとは考へえないであらう。しかしながら、この場合顧み

られねばならぬことは、かかる方法での履行の提供が債務の内容の實現として如何なる價值を有するとせらるべきか、といふことである。この判例を評せられる勝本博士は(一)、『判例は少額の金員と云へるも本件に於ける二十九圓は兎も角として、其他の場合に如何なる標準によつて限度を定むるか。各個の場合に應じて定むべきか、又、二三十圓迄はと云ふ程の意味なるか不明である。恐らくは後者の意味ならんも、私見は、額の點は、さまで問題とする必要なきものと思ふ。寧ろ「其住所ニ於ケル辨済ニ比シ別段ノ不利益トナラサル限り」と云ふ要件を以て足ると考へる。但し債權者の不利益となるや否やは、債權者の主觀のみによるべきでないことは云ふまでもない』と論じ、たとへ判示に難點ありとするも、『本件に於ては、判旨が結論的に妥當性を有する』とされるのである。後藤教授もまた、たとへ民法第四八四條が、權利者本位の現行法律秩序の下に、債權者の利益を重んじて樹てられたものであるとしても、『この第四八四條の規定は債權者の現住所地外における辨済の提供が現住所地における辨済の提供と同一の價值を有するに拘らず、法規の文言を楯にその受領を拒み、斯くて債務者に無用の拘束を課することを、是認したものである。殊に當事者の感情的な對立のある場合に、その私怨を晴さんがために、同一の價值ある辨済の提供の受領を拒みつつ、法規の文言に執着するが如きは、取引界の需要に即して

樹てられた法規を、徒らな闘争の具に利用せんとするものであつて、法の目的に背くこと甚だし。このやうに考へて來ると、本判決の説くところは極めて正當と言はねばならぬ』と賛意を表されるのである(二)。これに反して、柚木教授は、『かかる少額の金銭の辨濟に在つては、其の履行地の變更が原則として債權者に何等の不利益を齎らざるや否やが問題となるであらう。評者は此の點に深き疑惑を感ずる』とされ、進んで、『目的が金銭たると否と又其の額が少なると否とを問はず、債權者は歸宅迄の間に於て偶發的滅失に因る危険を免れ、又過失に因る紛失の虞をも免ぜられなければならない。之こそ持參債務の原則が債權者に與ふる重大なる利益なのであり、之を奪ふことは原則として當然に債權者に不利益を齎らざるを得ない。判旨はかくして通常事情と特別の事情とをあべこべにする』『かくて本判旨は不當であると評せざるを得ない』とされるのである。かくて、『評者は、大審院が從來信義誠實の適用に依つて法の生硬性を矯むることに銳意努力せられつつあることに、敬服しつつあるものである。併し乍ら、信義誠實則は債務者の爲に奉仕するものたると共に債權者の爲にも奉仕するものである。其の適用に當つては雙方の利益状態の評量を苟も忽にすべきものではあるまい。一般條項への逃避は特に當事者の一方への偏愛に其の最大の弊害を示す。戒心すべきことと思ふ。』と結ばれるのである(三)。一般的

條項への逃避について戒心すべきこと、まことに、柚木教授の言はれるが如くである。しかしながら、本件事案に對する判旨が果して、當事者一方への偏愛において、一般的條項への逃避の最大の弊害を露呈してゐるものと言ひうるであらうか。目的物が少額の金員にあるといふだけのことで、直ちに右の提供をば債務の本旨に従つたものと考へえないことは、既に述べた通りである。問題はかかる少額の提供が履行地外において行はれることが、果して、債權者の住所におけることに比して別段の不利益をば債權者に齎らすことになるだらうか、といふことである。もし民法第四八四條の立法趣旨をば、柚木教授が解されるが如くに、しかく嚴格にしかも形式的に論じるならば、履行地外における提供を受領せねばならぬとすることは、債權者に齎らす重大な不利益といふことにもならう。しかしながら、債權者の不利益となるや否やは、柚木教授が例示されるが如きいはば主觀的事情によつて判斷すべきではない。事は取引の通念に照して客觀的に判斷すべきであらう。さすれば、かかる履行を受領せしめることは、必らずしも、債務者への偏愛において債權者をば徒らに冷遇するものとは考へえないであらう。否寧ろ、債權者が本件におけるが如き辨濟の受領を拒むことは、ただ『徒ニ債務者ノ自由ヲ拘束スルニ止リ債權者ニ對シテ何等ノ利益ヲ與フル』こともこれなきに至り、かくては、當事者雙方の利益の衡平も確保し難い

ことにならう。されば、私は柚木教授とはその見解を異にし、本判決が、信義則の立前から事を論じ、債権者は、本件事案の如き場合においては、自己の住所以外の場所における履行の提供を拒みえないとしてゐる點に、賛意を表せねばならぬのである。

(一) 勝本正晃氏法學協會雜誌第五七卷(八號)『民事法判例研究録』昭和十四年度一七事件一五八四頁以下参照。

(二) 後藤清氏銀行論叢第三三卷二號『判例解説』二二頁以下参照。

(三) 柚木馨氏民商法雜誌第一〇卷二號『最新判例批評』一一四頁以下参照。

四 かくて、我々は、債務の履行場所外における履行の提供について、その趣旨を同じうせる判例に接することになったのである。大判昭和十四年十一月十一日(法律新聞四四九四號二二頁)がこれであつて、歸するところは、債務履行の場所の特定せる場合に債権者本人宅にてなされた履行の提供の効力に關するものである。事の次第を要約するところである、——債権額金三百五十九圓について金二百五十圓において當事者間に和解が成立し、毎月一圓五十錢を十三年餘の月賦分割拂となし、右月賦金は、昭和十二年五月からその完済に至るまで、毎月末日債権者たる上告人先代の代理人長尾潤方に持參支拂ふべく、もし二回分以上これが支拂を怠つた場合には殘額全部を一時に支拂ふべき旨の遲滯約款をなし、その支拂につき被上告人等が連帶の責に任じた、とこ

ろで最初の昭和十二年五月分をば債務者たる訴外の不破壽榮夫はその代理人たる訴外の不破新一郎をして支拂はしめようとした、新一郎は債権者本人にこれを提供するも可なりと信じ、債権者本人がその借家人たる訴外後藤糸十方に毎月家賃取立のために來るのを例としてゐるので右新一郎は昭和十二年五月中に糸十に對し債権者本人に交付方を依頼し、同月分の本件月賦金を託したところ、六月五日頃債権者たる上告人先代の子なる上告人が糸十方に家賃取立のために來た際に糸十は右月賦金をば上告人に交付し、上告人はこれを自宅に持ち歸り上告人先代に取次いだか、先代から右月賦金は直接受領すべからざる旨申聞かせられたので、六月十八日糸十を介してこれを新一郎に返還し、よつて新一郎は同年七月一日改めてこれを六月分の月賦金と共に右長尾潤方に持參提供したるもその受領を拒絶せられたので、これを供託したといふのである。これについて、原審は、——『本來債権者代理人方ニ持參支拂フヘキ月賦金ヲ直接債権者本人ニ提供シタルカ如キ手違ヒハ……月賦辨濟ノ約定ヲ爲シタル趣旨並ニ遲滯約款ノ性質上ヨリシテ右提供ノ無效ヲ來スヘキ理由ニ非ス』と判示したのである。そこで上告人は、これを争つて、論じて曰く、——『然レ共履行ノ場所方法カ特ニ明定セラレ上告人先代代理人長尾潤方ニ持參支拂フコトニ在ル以上昭和十二年五、六月分ヲ第三者ニ委託シ置キ定メラレタル場所以外ニ於テ更ニ代理權ナキ他

ノ第三者ヲ通シ定メラレタル受取人以外ノ者ニ例令其ノ者カ上告人先代ナルニモセヨ提供セラレタリトスレハ民法第四九三條所定ノ債務ノ本旨ニ從ヒタル現實ノ履行トハ謂ヒ難ク從ツテ上告人先代カ其ノ受領ヲ拒ミタリトスルモ固ヨリ債權者ノ受領義務違背ニ因ル責任ヲ負フヘキニアラス」と。これに對して、大審院は、判示して曰く、――

『原審ハ……斯ノ如ク昭和十二年五月分ハ同年六月五日ヨリ同月十八日迄ノ間ニ上告人先代ニ提供シタルモノナレハ期日經過後ノ提供ニ係ルト雖コノ一事ヲ以テハ上告人先代ニ於テソノ受領ヲ拒絶スヘキ理由ナク又本件和解ハ債務者ニ誠意ノ存スル以上分割辨濟ノ利益ヲ輒ク失ハシメサル趣旨ニテ成立シタルモノナレハ債權者代理人方ニ持參支拂フヘキ月賦金ヲ直接債權者本人ニ提供シタルカ如キ手違アル爲右提供ヲ以テ無効ト做スヲ得ス從テ債務者ハ本件五月分ノ月賦金ニ付遲滞ノ責ヲ免レタルモノト認定シタルモノナルコト判文ニ徴シ明白ニシテ凡ソ債務ノ履行場所ヲ債權者ノ代理人方ト定メタル場合ニ於テハ債權者ノ利害關係上右場所ニ於テノミ履行ヲ所期スヘキ特別ノ事情ナキ限り既ニ債權者本人方ニ於テ之ヲ受領スルモ何等ノ不利益ヲ被ラサル道理ナレハ債權者ハ斯ル提供ニ對シ單ニ履行場所ノ相違ヲ云爲シテ其ノ受領ヲ拒ムコトヲ得ス之ヲ拒絶スルカ如キハ畢竟徒ラニ履行ヲ阻止スルニ歸シ却テ受領遲滞ニ陥ルヘキモノト云フヲ妨ケス然モ原審ハ前示ノ如キ提供ノ経緯ト本件和解ノ趣旨ヲモ參酌ノ上上告人先代ニ對スル右月賦金ノ提供ハ有效ナリトシ之カ受領拒絶ニ依リ債務者ハ遲滞ノ責ヲ免レタル旨斷シタルモノナレハ該認定モ亦相當ニシテ所論ノ如キ不法アリト云フヲ得ス』

惟ふに、判旨もとより正當であつて、多くを述べる必要をみない。ただ我々は、今日においてもなほ、本件上告理由に窺はれるやうな實定法規の形式的解釋が相當根強く行はれてゐることに對して、心淋びしいものをおぼえるのである。我々はこの機會に一言せねばならぬ、すなはち、法規は法規なるが故に權威をもつのではない、それが權威をもつのは、それが事物の合理性に適合する内容を具有するが故にである、言ひ換へれば法規による統制は裸の權力の作用として權威をもつのではない、それが信義則の表現として倫理的社會的に意義づけられることによつて、そこに進化和秩序と調和とが齎らされる限りにおいて、はじめ、法規は價值をもつものであることが深く顧みられねばならぬのである。

五 履行の時期についても、事は同様に論ぜられねばならぬのである。履行の提供は、債務者が履行をなすべき時すなはち履行期もしくは債務者が期限の利益を抛棄して履行をなしうる時においてなされるのでなければ、債務の本旨に從つた履行の提供とはならぬ。従つてかかる時期以外の時期において履行の提供がなされるとしても、履行の提供としての効果を生ずることはない。言ひ換へれば、履行期後における履行の提供は債務者における遲滞に何等の影響をも及ぼすことはない。しかしながら、この履行期についても、事をしかく形式的にのみ論じうるや否やの

問題を残すのである。

金七百二十五圓の債権をば調停でもつて金五百五十圓に減額し三回に分割支拂をなす契約が成立した、第一回第二回は誠實に支拂つたところ第三回目の支拂日が該地方の公休日に當つてゐたために一日延滞したわけである、そこで債権者は奇貨措くべからずとなし、調停契約に従つて全額の強制執行をなしたといふ事案について、右強制執行は、『信義誠實ノ原則ニ反スル所爲ナリ』となし、債務の履行の提供については『取引ノ通念ト信義誠實ノ原則ニ照セハ債務者ニハ遅滞ナキモノト解スルヲ相當トス』となす判例がある。津山區判昭和十一年六月三十日（法律新聞四〇一五號四頁）がこれである。曰く、――

『債権者債務者ノ互讓協定ニ依リ誠實ナル債務者ノ更生ヲ圖ルヲ目的トスル調停法ノ精神ニ鑑ミ原告ハ第一、二回ノ分割金ヲ誠實ニ支拂ヒ第三回（最終回）ノ支拂ニ付テモ其ノ支拂期日ノ翌日ニ現實ニ履行ノ提供ヲ爲シタル以上僅カ一日ノ延滞ノ如キ誠實ナル債務者トシテ通常許容サルヘキ所爲ナリト謂フヘク却テ斯ル誠實ナル債務者ノ履行ヲ故ニ拒絶シテ直ニ強制執行手續ニ移スカ如キハ信義誠實ノ原則ニ反スル所爲ナリトノ誹ヲ免レサルノミナラス右調停ニ於ケル「割拂ヲ怠リタルトキ」ノ意ハ支拂期日ニ付斯ク嚴格ナル意味ニ於テ定メラレタルモノトハ認メ難シ從テ本件ノ場合ニ於テハ支拂期日ノ翌日ニ其ノ履行ノ提供ヲ爲シタルヲ以テ直ニ債務者カ割拂ヲ怠リタル遅滞ノ責アリトハ爲シ難ク寧ロ取引ノ通念ト信義誠實ノ原則ニ照セハ債務

者ニハ遅滞ナキモノト解スルヲ相當トス』

六 同様に、履行遅滞について、『債権法ニ於ケル誠實信義ノ原則』を揚言せるその後のものに、佐賀地判昭和十四年二月十三日（法律新聞四三八九號一頁）がある。すなはち、金錢債務調停條項によれば、金二十三圓をば昭和十一年二月から向ふ二十三ヶ月月賦で毎月二十五日に支拂をなせば、債権者は調停書表示の數口の債権はこれを拋棄するが、もし一回でも支拂を怠つたときには右調停書表示の債務額から支拂額を差引いた殘額につき請求せられるも異議なき旨が明らかにされてゐる事情の下に、債務者は、うち二ヶ月分は各二日他の二ヶ月分は各一日いづれも期限に遅れて支拂をなしたところ、債権者はいづれも異議なくこれを受領して來たが、遂ひに昭和十三年三月二十日數回の支拂遅延を理由として金七十六圓七十二錢を請求したといふ事案について、『債権法ニ於ケル誠實信義ノ原則』の立場から遅滞の効果を否定してゐる。曰く、――

『抑モ契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ヲ除クノ外履行期ニ遅ルルコト僅カニ一兩日ニ過サル場合ニ於テ債権者カ債務者ヨリノ辨濟ノ提供ヲ拒絶スルコトナク之ヲ受領シタル場合ニ於テハ期限徒過ノ一事ヲ以テ之ニ遅滞ノ效果ヲ付スルカ如キハ債権法ニ於ケル誠實信義ノ原則ニ照シ妥當ナラサルノミナラス本件ノ如ク互讓ヲ精神トスル調停

ノ趣旨ニ悖ルモノアリト謂フニ難カラサルトコロナリ』

第四節 辨濟供託と信義誠實

一 民法第四九四條によれば、債権者が辨濟の受領を拒みまたはこれを受領すること能はざるときは、債務者その他の辨濟者は、辨濟の目的物をば、債権者のために、供託することによつて、債務を免れることができる。これがいはゆる辨濟供託であつて、民法が特に定めた債権消滅の一方法である。しかして、債権者が辨濟の受領を拒みまたはこれを受領すること能はざることといふことが、いはゆる供託原因の一つである。かかる原因の主なる場合は、いはゆる債権者遲滞（民四一三條）の場合である。問題となるのは、債権者遲滞の場合において、債権者が受領せざることを明確な場合には、辨濟者は何等の履行の提供をもなさずして、直ちに供託をなしうるや否やである。債権は供託と同時に消滅するものであるから、民法第四九四條はこれを嚴格に解釋するべきものではある。さすれば、かかる場合においても、なほいはゆる言語上の提供をなすことを必要とするかに思はれる。されば、判例も、かつては、民法第四九四條が供託要件として單に『債権者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ』と規定してゐるのをもつて、『辨濟者カ適法ナル辨濟ノ提供ヲ爲シ

タルニ拘ラス債権者カ應セザリシ場合』と解し、従つて、債務者は債権者が單に受領を拒絶したときには、更に言語上の提供をなした後でなければ供託をなしえないと主張したのである。すなはち、大判明治四十年五月二十日（民錄一三輯五七六頁）がこれであつて、論じて曰く、――

『辨濟者カ辨濟ノ受領ヲ拒絶セラレタルノ故ヲ以テ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルニハ其供託前民法第四百九十三條ノ規定ニ從ヒ辨濟ノ提供ヲ爲シタルコト及債権者カ之ニ應セスシテ辨濟ノ受領ヲ拒ミタルコト以上二個ノ事實アルコトヲ要ス何トナレハ同法第四百九十四條ニ所謂債権者カ受領ヲ拒ミタルトキトハ辨濟者カ適法ナル辨濟ノ提供ヲ爲シタルニ拘ラス債権者カ之ニ應セザリシ場合ノ謂ヒニ外ナラサレハナリ故ニ債権者カ豫メ辨濟ノ受領ヲ拒ミタルトキト雖モ辨濟者カ適法ノ提供ヲ爲シテ辨濟ノ受領ヲ拒絶セラレタルトキニ非サレハ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス』

なるほど、かかる見解は債権者にとつては極めて有利な結果を齎らしはするが、それがために債権関係における衡平關係は破壊されるのを免れえない。何故ならば、かかる見解においては、債権者の義務的半面は無視されて、その權利的半面のみが強調されるが故にである。衡平關係の維持のためには、債権者の義務的半面が強調されねばならぬのである。かくて、判例は、その後態度を改めて――『通知ヲ爲スモ其效ナキコト明確ナル場合ニ於テハ債務者ハ特ニ之ヲ爲スコトヲ要セス直チニ供託ヲ爲シテ其ノ債務ヲ免カルルコトヲ得ヘシ』――大判明治四十五年七月三日

(民録一八輯六八四頁)——となし、その後もこの見解を維持してゐるものの如くである。たとへば、大判大正十一年十月二十五日(民集一卷六二六頁)は曰く、――

「債権者カ債務者ニ對シ豫メ辨濟受領ヲ拒ミタル場合ニ債務者カ其ノ目的物ヲ供託スルコトニ因リテ債務ヲ免ルルヲ得ルカ爲ニハ何等特別ノ事情ノ存セサルトキハ債務者ニ於テ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ債権者ニ通知シ其ノ受領ヲ催告スルコトヲ必要トスヘキモ債務者カ債権者ニ對シ債務ノ辨濟ヲ爲シタル後債権者ヨリ或給付ヲ受クル場合ニ於テ債権者カ豫メ其ノ辨濟ノ受領ヲ拒ミタルトキハ自己ノ主張ヲ維持スルノ必要上之ヲ受領セサルヘキコト明確ナルヲ以テ債務者ハ更ニ債権者ニ對シ右ノ通知及催告ヲナスヲ要セス直ニ供託ヲ爲シテ其ノ債務ヲ免ルルコトヲ得ヘキコトハ當院判例ノ認ムル所ナリ(明治四十五年七月三日判決參照)」

大判大正十二年十二月二十八日(法律新聞二二二八號一八頁)もまた――「債務者カ辨濟ノ提供ヲ爲スモ特別ノ事情アリテ債権者カ受領ヲ拒絶スルコト明瞭ナルトキハ直ニ供託シ據テ以テ債務ヲ免レ得ヘシ」となし、その他長崎控判大正九・一〇・二一(法律新聞一七九〇號二〇頁)、東京地判大正二・一〇・一〇(法律新聞九一五號二〇頁)、東京地判大正一〇・二・一七(法律評論一〇卷民一五一頁)、東京地判大正一二・六・六(法律評論一二卷民五四七頁)、名古屋地判昭和三・五・三一(法律新聞二八六五號一三頁)、大阪區判大正八・九・二五(法律新聞一六一九號一六頁)などの下級審判例はいづれも同趣旨であつて、例外を見ない。かくて辨濟供託に關しては、事は、信義則の立前から論ぜられねばならぬ

ことになつたのである。

我々は、既に辨濟供託について、信義則の立前から事を論じてゐるところの判例の數々について、債務者の提供したる給付に些少の不足ある場合や履行の方法に些少の缺點のある場合における信義則の適用の問題に關聯するものとして、別の機會において、論じたことであつた(一)。大判昭和一三・六・一一(前出)、大判昭和一四・三・二三(前出)、大判昭和一四・一・一一(前出)、などがこれである。従つて、ここでは、直接に辨濟供託について信義則の立前から事を論じてゐると考へられる判例について述べることにしよう。

(一) 第一章第二節五(一二頁以下)、第三節三(二六頁以下)、および四(三二頁以下)參照。

二 債務の辨濟と引換に登記の抹消をなすべき場合に、債権者の登記抹消義務の履行期日が日曜日に該當するためその翌日に延期せられたときには、債務者は本來の履行期日に自己の債務の履行をなしうるや否や、債務者のなしたる履行の提供について債権者とその受領を拒んだ場合債権者は辨濟供託をなしうるや否や。債務者が本來の履行期日になした辨濟の提供をば債権者が拒否したがために、その翌日に債務者が債務全額についてなした辨濟供託をば、信義則の立前から、これを有効となす判例がある。すなはち、大判昭和九年十月九日(法學四卷二號一〇九頁)がこれ

である。曰く、――

『債務ノ辨濟ト引換ニ債權者カ登記ノ抹消ヲ爲スヘキ場合ニ其ノ履行ノ期日カ日曜日ニ該當スルトキハ債權者ノ義務ニ屬スル登記ノ抹消ハ其翌日ニ延期セラルルモノナレトモ債務者ハ該履行期日ニ債務ノ辨濟ヲ爲シ得ヘキ事勿論ニシテ債權者カ其ノ受領ヲ拒絶スルニ於テハ債務者ハ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其義務ヲ免レ得ヘク前記ノ如ク上告人カ本件債務ノ履行期日ニ於ケル被上告人ノ辨濟ヲ拒ミタル結果被上告人ハ其翌日債務金額ヲ供託シタルモノナレハ該供託ハ固ヨリ適法ニシテ何等信義誠實ノ原則ニ違背スルトコロナシ』

三 次いで、金錢債務の履行地に供託局が存在しない場合には、供託は履行地外の供託局にこれをなしうるかが問題とされねばならぬのである。先きに貸金返還請求訴訟で敗訴した甲（上告人）が、辨濟をなさうとして債權者乙（被上告人）方にその存否を問合せたところ、乙不在のため辨濟をなすことができなかったので供託しようとした、ところが、債務の履行地たる柏崎町に在つた新潟供託局柏崎出張所は、當時既に廢止せられ柏崎町には供託局なく、已むをえず本局たる新潟供託局に供託した、一方乙はその供託金を受領することなく、甲の住所に臨み、食肉および料理營業に必要な多數の動産を差押へ、年末年始に亘り前後四十日間休業の已むなきに至らしたので、因つて生じた損害の賠償を請求したといふ事件がある。原審は、債務履行地に供託局がな

くなつた以上は、民法第四九五條二項によつて裁判所に對し供託所の指定を求めその指定せられた供託局に供託すべきであるにも拘らず、甲はその指定を求めることなく直ちに履行地外に在る新潟供託局に供託したのは違法にして、その供託は無効であり、従つて供託の有効なることを前提とする本訴請求は失當であるとしたのである。そこで、甲は上告して、債務履行地たる町村に供託局出張所が存在しない場合にはその地を管轄する供託局に供託するも民法第四九五條一項の規定するところに反するものと斷すべきではない、と主張したのである。かくて、大判昭和八年五月二十日（民集一二卷二一九頁）は、金錢の供託については既に供託法第一條といふ法律の規定があるのだから、かかる規定なき場合のために設けられた民法第四九五條二項は、もはやその適用の餘地なしとして、原判決を破毀し、判示して曰く、――

『債務ノ履行地ニ供託所ナキニ至リタルトキハ履行地ノ供託所ニ供託スルコトハ不能トナリタルモノナルヲ以テ上告人等ハ履行地外ノ相當ナル供託局ニ供託スルコトヲ得ルモノト斷スルヲ相當トス蓋法律ハ一方ニ於テ債務者ニ供託ノ權利ヲ與ヘ乍ラ他方ニ於テ不能ヲ強イ以テ其ノ權利ヲ奪フモノトハ到底解スルコトヲ得サレハナリ然リ而シテ新潟供託局ハ柏崎出張所ノアリタル當時其ノ本局タリシモノニシテ交通ノ便否ヨリ考フルモ必ラスシモ本件ニ於ケル供託所トシテ相當ナルモノト認メ得サルニ非サルカ故ニ上告人等ノ爲シタル供託ハ適法ナリト論結セサルヘカラス』

惟ふに民法第四九五條二項にいはゆる『供託所ニ付キ別段ノ定ナキ場合』の意義については、我が國における學説は殆んど例外なく、供託物の性質によつて定まる供託所についての法令の別段の定と解してゐる。かかる意味において、法令に別段の定あるものと考へうるものに、供託法第一條および第五條がある。この場合においては民法第四九五條二項の適用はない。しかしながら、右の供託法の規定をもつて、債務履行地の供託局の有無の問題の場合にもまた民法第四九五條二項の適用を排除する『法令上ノ別段ノ定』であると解しうるや否やは問題であらう。本判例を評釋される戒能教授は——『原審は本件事案の如き場合をも民法第四九五條第二項に所謂『供託所ニ付法令ニ別段ノ定ナキ場合』と解して居るけれども、供託法第一條に於て「法令ノ規定ニ依リテ供託スル金銭及ヒ有價證券ハ供託局ニ於テ之ヲ保管ス」となし、金銭及び有價證券の供託は常に供託局に之をなすべき旨を命じてゐるから供託所なしと云ふことは出來ない』と論じられてゐるが(一)、疑問なきをえない。それでは、債務の履行地に供託局のない場合には、供託の途は皆無とせねばならぬだらうか。我が現行供託法または供託局官制には、供託局の管轄を定めた直接的規定はないから、辨濟供託をなすべき供託局について多少の疑問を残すではあらうが、本判例は、債務履行地に供託局がなければ『相當なる』供託局に供託すれば可なりとするのであ

る。この判例に賛意を表せられる戒能教授は、この判例理論を裏付けるに供託局官制の規定をもつてし、同官制第二條(各地方裁判所所在地に供託局を置く)および第七條(區裁判所所在地又は出張所の所在地に供託局出張所を置く)の規定は『相當なる』供託局に供託したかどうかを決する重要な判断資料であるとされるが(二)、私は、寧ろ、本判決の理論的基礎は、これを卒直に、信義則に求むべきものと考へてゐる。本判例が、——『該出張所カ廢止セラレ債務ノ履行地ニ供託所ナキニ至リタルトキハ履行地ノ供託所ニ供託スルコトハ不能トナリタルモノナルヲ以テ上告人ハ履行地以外ノ相當ナル供託局ニ供託スルコトヲ得ルモノト斷スルヲ相當トス蓋法律ハ一方ニ於テ債務者ニ供託ノ權利ヲ與ヘ乍ラ他方ニ於テ不能ヲ強イ以テ其ノ權利ヲ奪フモノトハ到底解スルコトヲ得サレハナリ』と判示してゐるのは、まさに、その精神において信義則の適用を表明せるものとして、判旨もとより正當であるとせねばならぬのである。

(一)(二) 戒能通孝氏「判例民事法・昭和八年度」所收八六事件三三二頁以下参照。

第二章 債権者遅滞における信義誠實

第一節 序 説

債務の履行を受領することは、債権者の義務ではなくて、寧ろ権利である。従つて、債務者は債務の履行の受領をば債権者に強制することはできないが、しかし債権者が権利の上に眠ることによつてこれを受領しないがために損害を被るには忍びないものがある。この矛盾を調和するために設けられた法律制度がすなはち債権者遅滞である。

債権者遅滞の本質は、債務者の履行遅滞におけると同様に、これを義務違反といふ點に、求めるであらうか。債権は権利である、従つて債権者は、その拋棄すなはち債務の免除をも債務者の意思とは無關係にさへなしうるやうな地位にあるのであるから、これを單に概念的に考察するにおいては、債権者に履行受領を認めるが如きことは、論理上、相當に困難なものと言はねばならぬ。そこで債権關係の社會的意義を顧み、債権の行使について信義誠實の原則を顧慮すること

が要請されるのである。されば、債権者遅滞の本質は、債権者における法律的な義務違反に求めらるべきではなくて、債権者債務者間の信義則から要求せられる債権者の責任とでも見らるべきものである。かくして、はじめて、債権者は債務者の履行に對して適当な受領行為をなすの義務すなはち債権者の協力義務といふことが、社會的規範意識として理解されるに至るかに思はれる。社會的規範意識として理解されるこの債権者の協力義務は、判例過程を通して、具體的な法的規範としての實を結びつつあるものの如くである。

第二節 債権者と債務者との協力行爲としての履行

一 債務の履行といふことは、要するに、債権者債務者間の協力行爲であつて、兩者のなすべき範圍は、結局において、信義誠實の原則に基いて決定されるのほかはない。されば、履行の提供といふことが問題とされる場合には、その行為をば債権者側の態度から全く切り離して觀察するべきではなくて、必らず債権者の側においてこれに對して如何なる態度を採るべきか、また如何なる態度を採つたかといふことを考慮して、信義則の立前から、事を全面的に論ぜねばならぬのである。

債権者と債務者との協力行爲としての履行について、信義則の立前から、事を論じるものに、先づ、大判大正十四年十二月三日（民集四卷六八五頁）がある。事の次第はこうである、——上告人は被上告人との間に大豆粕七百四十枚を代金一枚四圓三十錢、『物品引渡場所深川渡大正九年五月中引渡ト同時ニ代金ヲ支拂フヘキ定』で賣買契約をなした、そして上告人は同年五月中旬以降深川丸三倉庫で引渡の準備を整へ、被上告人に物品引換に代金を支拂ふべきことを請求したが、被上告人はこれに應じなかつたがために、六月二日更に七日の期間を定めて催告し、契約を解除して大豆粕の價格下落による千百十圓の損害賠償を請求したといふのである。問題の中心點はこの解除が有效なりや否やにあるのであるが、それを決定するためには、先づ、五月中に賣主たる上告人がなした催告が有効で買主たる被上告人が六月初日から遅滞に陥つたかどうかを決定することである。そして、この問題の決定は、かかつて、契約條項中の『深川渡』といふことをば、如何やうに解釋するかといふことにある。そこで、原審は、證人によつて、『東京地方ニ於ケル肥料商間ノ取引ニ於テ目的物ノ引渡場所ヲ深川渡ト定メタルトキハ賣主ノ指定スル深川所在ノ倉庫又ハ其ノ附近ノ舩船繫留河岸ニ於テ引渡ヲ爲スノ慣習存在』することを明らかにして、且つ、本件の當事者はこの慣習によるの意思を有したものであること（民九二條參照）を認定した。か

くて、原審は、この慣習を本件に當てはめて、賣主が五月中になした請求に際して丸三倉庫において引渡すことを通知しなかつた點を取り上げて、右慣習に基く引渡場所を特定せず従つて買主の代金支拂場所も特定しないから（民五七四條參照）、たとへ賣主がその主張の如く丸三倉庫において引渡の準備を整へたとしても、買主はその催告に應じるの義務なく、従つて、代金支拂義務につき遅滞の責に任すべきものではない、と判示したのである。上告人はこれを争つて、『深川渡』といふ慣習は、深川一圓の何處の倉庫でも舩船繫留河岸でもよいといふ趣旨であると見るべきにも拘らず、深川中の賣主の指定する倉庫または舩船繫留河岸と解したのは、採證を誤つたものであり、さすれば上告人が既に深川の丸三倉庫に引渡の準備をすることは、それだけで慣習の要求するところに合致するものであつて、それ以上のことを通知することを要しない、と論じたのである。大審院は上告論旨にかかはることなく、取引界の實狀に照した解釋に加へて、信義誠實の原則を援用して履行の提供に關する重要な一例を示めしたのであつた。判示して曰く、――

『東京市内ノ肥料商人ト一般地方人トノ大豆粕取引ニ付目的物ノ引渡場所ヲ深川渡ト定メタル場合ニハ其ノ引渡ハ賣人指定ノ深川所在ノ倉庫又ハ附近ノ舩船繫留河岸ニ於テ之ヲ爲スノ慣習存在ス……然レトモ右慣習ニ所謂賣人ノ引渡場所ノ指定ハ必スシモ明示ナルコトヲ要セス默示アリタル場合ハ勿論買人ニ於テ引渡場所

ヲ知り若ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシニ於テハ特ニ之ヲ通知セサルモ右慣習ニ於ケル指定ノ條件ハ具備セラレタルモノト解スルヲ相當トスルカ故ニ上告人カ引渡ノ準備ヲ完了シ之ヲ被上告人ニ通知シ代金支拂ヲ催告シタル際被上告人カ引渡場所ヲ知り又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシニ拘ラス之ニ應セザリシモノトスレハ固ヨリ遅滞ノ責ニ任セサルヘカラス……假ニ被上告人カ之ヲ知ラサリシトスルモ被上告人ニ於テ誠實ニ取引スルノ意思アラハ相手方ニ對スル一片ノ問合セニ依リ直ニ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシモノニシテ斯カル場合ニハ信義ノ原則ニ依リ被上告人ハ右問合セヲ爲スコトヲ要シ之ヲ怠リタルニ於テハ遅滞ノ責ヲ免ルルヲ得サルモノトス』

判旨もとより正當であつて、多くを附言する必要をみない。履行の提供は、それがいはゆる現實の提供であれ、はたまたいはゆる言語上の提供であれ、債権者側の態度から全く切り離して觀察するべきものではないから、本件の場合の如く、賣主における目的物の引渡が買主の行爲を必要とする履行の提供はいはゆる言語上の提供をもつてなされるべきものであるが、この言語上の提供たる通知は必ずしも買主側に對して總てを明らかにすることを絶對的な要件となすのではなくて、多少の缺陷があるとしても、買主側をして大した犠牲を被らしめることなくこれを明らかにしうるときは、賣主側としては、協力行爲についての任務を果たしたものと解するのが、信義則の要請に合致するものとせねばならぬのである。蓋し、本件判例を評釋される我妻教授が正當に

述べられてゐる如く(一)、債務の履行といふことは、要するに債權者債務者兩者の協同行爲であつて、兩者のなすべき範圍は結局において信義誠實の原則に基いて決定せられねばならぬものであり、現實の提供と云ひ、言語上の提供と云ふも、進んで、解除の要件たる催告といふも、それは要するに各種の債務關係に關する態様を規定しただけに止まるのであつて、結局は信義誠實の原則によつて規律されるのほかはないからである。

(一) 我妻榮氏「判例民事法・大正十四年度」一一一事件五四〇頁以下参照。

二 かくて、判例は、履行の場所の指定をなすべき債務者がこれをなさない場合に、契約解除の前提として債權者が債務者に對してなす催告について、事を論じることになつたのである。大判昭和九年二月十九日(民集一三卷一五〇頁)がこれである。上告人は昭和七年七月十三日に被上告人から兩備産小麥二百五十俵につき五圓替、履行の場所を本船乗(すなはち賣主指定の場所へ買主が船を回漕して引渡を受くべきこと)、引渡期日を同年八月末日限の約定にて買受けた、ところが、被上告人は同年七月二十六日に内百俵を引渡したのみで残り百五十俵の引渡をなさないのみならず、上告人が船を回漕すべき引渡の場所をも指定しないので、上告人は同年九月八日被上告人に對し同月十三日午前十一時から午後一時までの間に被上告人の店舗において引渡すべく、もしこれに應じ

なければ残り百五十俵については契約を解除すべき旨を通知し、且つ所定の日時に上告人は被上告人の店舗において代金を提供して履行を求めたが、被上告人はこれに應じなかつた、そこで、上告人は翌十四日被上告人に對し残存部分に關する契約を解除する旨を通知し、被上告人の不履行による損害賠償を請求したといふのが事の次第である。原審裁判所は——『本件ニ於ケル履行場所ハ……本船乗ニシテ控訴人ノ店舗ニ非サルコト明カナレハ敍上ノ如ク控訴人ノ店舗ニ於テ履行スヘク通知シタル催告ハ右理由ニ依リ其效ナカルヘク左レハ右催告ノ適法ナルコトヲ前提トシテ爲シタル本訴契約ノ解除並ニ該解除ニ基ク本訴請求ハ此ノ點ニ於テ失當』であるとした。上告人は上告理由として争つて、曰く、——『カカル事情ニアル取引ニ於テ若シ賣渡人カ不誠實ニ指定ヲ爲ササルニ於テハ買受人ハ契約ニヨリ定マレル引渡期間經過スルニ代金ノ提供ヲ爲スコト能ハス從ツテ履行ノ催告ヲ爲スコト能ハサルヘク斯クテハ信義誠實ヲ旨トシ敏速ヲ尙フヘキ商取引ニ於テ誠實ナル當事者ヲシテ徒ラニ苦シムルノ結果ニ終ラン本件ニ於テモ上告人ニ對シ屢々履行ノ期日場所ヲ指定スヘク催告セルニ拘ラス尙且之カ指定ヲ爲サス徒ラニ期間ヲ徒過セシメタルモノナリ以上ノ如ク履行場所不確定ナルニ尙確定セルカ如ク誤解シ該場所ニ於ケル履行催告ヲ要求スル原判決ハ遂ニ上告人ニ對シ不能ヲ強フルモノト謂ハサルヘカラス豈カクノ如キカ法律ノ要求

スル所ナランヤ』と。大審院は上告に理由ありとして、原審判決を破毀し、論じて曰く、――

『本件契約ニ在リテハ先ツ被上告人ニ於テ契約履行ノ場所ヲ指定スヘキ義務ヲ負擔シタルモノト云フヘク被上告人カ此ノ義務ヲ履行セサルニ於テハ上告人ハ其ノ履行ノ場所ヲ知ルニ由ナキ關係ニ在ルモノナルカ故ニ上告人トシテハ先ツ被上告人ニ對シ履行ノ場所ヲ指定スヘキコトヲ催告スヘカリシモノナリト雖モ履行ノ場所ヲ指定シ其ノ場所ニ於テ債務ヲ履行スヘキ義務ヲ負フ者カ相手方ヨリ其ノ店舗ニ於テ履行スヘキ催告ヲ受ケタルカ如キ場合ニ於テハ特ニ其ノ履行場所ヲ被上告人ノ店舗ニ限リタルモノト認メラレサル以上債權者ニ於テ其ノ履行場所ノ如何ヲ問ハス債務者ニ屬スヘキ義務ノ履行ヲ求ムルノ意思ヲ有スルコトヲ知り得ヘキヲ以テ若債務者ニ於テ其ノ店舗ニ於テ引渡ヲ爲スコトヲ欲セサル場合ニハ約旨ニ從ヒ履行ノ場所ヲ指定スルヲ相當トシ債務者ニ於テ此ノ如キ一舉手一投足ノ勞ヲ怠避シ催告ノ適否ヲ云爲スルカ如キハ債務ノ履行ニ關スル取引ノ信義ニ照シ之ヲ許スヘキニアラサルモノト果シテ然ラハ被上告人カ右催告ニ對シ何等ノ應對ヲ爲サス其ノ儘催告所定ノ期間ヲ空過シタル事實アリトセハ之ヲ以テ被上告人カ上告人ノ催告ニ應セザリシモノト認ム可ク被上告人ニ遲滞ノ責ヲ歸スルヲ得ヘキハ更ニ論ヲ俟タサルトコロナリ』

本件における中心的課題は、もとより、上告人が被上告人の店舗においてなした履行の催告が契約解除の前提として、有效なりや否や、に存するものとせねばならぬ。有效なりとすれば、如何なる理由の故にそれが有効であるかが、明らかにされねばならぬわけである。本判例を評釋さ

れる石田博士は、先づ最初に、『本判決は履行の提供の場所と履行の催告の場所との差異を明確に自覺してゐない』と斷じ、續いて、『履行の提供は必らず履行の場所に於て爲すことを要する。其のことが履行の場所に付與された法律効果の一であることは殆ど異説がない。反之、履行の催告を爲すべき場所は提供をなすべき履行の場所とは何等の關係がない。履行の催告は、債權者に於て其の義務の履行を求むる意思表示を債務者に到達せしめることを要し、且つ之を以て足りる。即ち履行の催告は債務者に對して之を爲すことを要し且つ之を以て足るのであつて、履行の場所とは何等の關係のない事柄である。故に本件の賣買關係に於て、買主たる上告人が契約解除の前提たる民法第五四一條の催告を一部の履行遲滞に在る被上告人の店舗に爲したことは固より有効であり、當然のことであると謂はねばならぬ。従つて本判決の結論については勿論異論はなし』とされるのであるが、(一)、それだけでは、かかる催告が被上告人のなすべき履行場所指定權の行使に對する上告人の催告との間に、如何なる關係をもつことになるか、といふ點が明らかにされたものとは言ひえない。従つて、本判決の結論に異論なしとされる論據が不明瞭であると言はねばならぬ。また、板木教授は、『元來履行の催告は特定の債務の履行を要求する旨の確定的意思が現はれてゐることを要し又それで十分である……又催告の内容と債務の内容とが相違して

ある場合に於て其の催告は有效なりや否やの問題も、當該催告が特定の債務の履行を要求する確定的意思の通知と見得るか否かを標準として決すべく、催告内容の相違が、債務の同一性又は履行請求の確定的意思を不明ならしめる程度のものである場合にのみ其の催告を無効とすべきである。今之を本件について言へば乙（被上告人）の店舗に於て履行を求めたことは一應債務の内容と一致を缺くが、併し甲（上告人）は乙が引渡場所を指定しないため不得已乙の店舗を指示したのに止まり乙の店舗に於てでなければ引渡を受けないといふ趣旨のものでないことは前後の事情に照し被催告者たる乙に顯著なる所であるから、この點の相違も毫も債務の同一性若くは請求の確定的意思を不明ならしめるものではない。従つて本件催告は催告自體として本來有效なものとするべきである』とされるのである（二）。しかしながら、本件催告が催告自體として本來有效であるといふことを明らかにしたただけでは、その催告が被上告人のなすべき履行場所指定権の行使に對する上告人の催告との間に、如何なる關係をもつことになるのかといふ點は、石田博士の場合と同様に、何等明らかになされるところはないものとせねばならぬ。尤も、板木教授は、この關係に關しては、別の理論をもつて解決されようとしてゐるものの如くではある。すなはち、『私は本件の引渡場所指定権については、選擇權に關する第四百八條の類推適用が可能だと思ふ』とさ

れるのが、これであつて、被上告人の『引渡場所指定権の不行使に對しては第四百八條を類推適用することにより指定權を甲（上告人）に歸屬せしめ甲に於て引渡場所を指定したる上催告又は履行の提供を爲すを得たわけではある』と解されるのである。ところが、これとてもまた、本判決を批評される片山教授が述べられてゐる如く、『上告論旨は固より、大審院の判旨も亦此の點につき直接、何等の考察を顯現してゐない所を見ると、事案の具體的事實が恐らく選擇債權又は少くとも選擇債權類似的關係を肯定し、前掲民法四百八條を適用若くは類推するに適しなかつたものと考へられる』といふことになる（三）。されば、板木教授もまた結論されるが如く、『結局乙（被上告人）が其の引渡場所指定權行使義務を履行せず甲（上告人）の催告の適否を云爲するが如きは取引の信義に照し之を許すべきものに非らずとして、乙の爲したる契約の解除を有效なりとした本判決は「契約又ハ催告ノ言辭ノ末ニ拘泥セス」真相を直視した正當な判決なりと言ふべきである』といふことになるのではあるまいか。

片山教授は、本件の場合、上告人のなした催告をば、過大催告の觀念でもつて、事を論ぜられるのである（四）。片山教授は論じて、——『抑も過大催告又は過當なる催告は、從來主として、請求せる數額が過大であるか否かを中心として論ぜられてゐるが、過大催告の觀念を請求の數額

の過當なる場合のみに局限すべき理由がない。履行の方法に關しても、過大催告の觀念の成立を認むることを得るものと考ふる』とされ、進んで——『今本件事案の具體的事實を考覈するに債權者たる上告人は債務者たる被上告人に對し、屢々履行の場所を指定し其の債務を履行すべき旨を催告したに拘らず、被上告人は其の指定を爲さず、其の債務の履行をも徒らに遷延してゐたが爲め、債權者たる被上告人は已むを得ず、債務者の店舗に於て履行を爲すべき旨の催告を爲したるに過ぎない。即ちかかる過大催告に於て、催告者たる債權者が債務者の店舗以外に於ては履行を受くることを欲せざる旨を明瞭に推知せしむべき積極的な狀況、資料は毫も存在しないものと謂はねばならぬ。果して然らば過大催告に拘らず、催告の目的たる債務の判然してゐる本件の場合に於て、事實上過大の催告たるの故のみを以て、有效なる催告としての效力を否定し得べきに非ざることは……明白なりと謂ふべく、即ち本件催告が解除權行使の要件として其の効果を發揮し得べきは勿論であると結論せねばならぬ』とされ、結果的には本判旨に賛成されるのではあるが、しかし、『大審院並に上告論旨が専ら取引に於ける信義誠實の原則といふ大鉞を振りかざして本件を一氣に解決せんと試みたことに對して多少の異見を持ちたい所である』と結ばれるのである。しかしながら、私は、片山教授が自らの過大催告理論の故に、信義則の立前から事を論じ

てゐる本判決に異見を持たれることに對して、異見を持たねばならぬのである。過大催告は、過大催告なるが故に當然に催告としての價值をもつのではない。それは信義則を通して淨化されねばならぬ。されば、それが、請求せる數額に關するものであるにせよ、あるひは履行の方法に關するものであるにせよ、催告としての價值をもつや否やは、信義則に照らして判斷されるのほかはないからである。これをしも『大鉞を振りかざして』一氣に事を決しようとするものであると評することは評する者の自由ではあるとしても、それは心なき批評であるとせねばなるまい。私は、本件に對する判旨は、これを卒直に、支持したいと思ふのである。本判例を評釋される内田教授もまた正當に評されるが如く(五)、本件催告は、それ自らの裡に履行場所指定の催告をも默示的に内包するものと解し、判旨が、『債權者ニ於テ其ノ履行場所ノ如何ヲ問ハス債務者ニ屬スヘキ義務ノ履行ヲ求ムルノ意思ヲ有スル事ヲ知り得ヘキヲ以テ若債務者ニ於テ其ノ店舗ニ於テ引渡ヲ爲スコトヲ欲セサル場合ニハ約旨ニ從ヒ履行ノ場所ヲ指定スルヲ相當トシ』云々と述べてゐるのは、この旨を明らかにしてゐるものと見るべきである。更にまた、判旨が、『一舉手一投足ノ勞ヲ怠避シ催告ノ適否ヲ云爲スルカ如キハ債務の履行ニ關スル取引ノ信義ニ照シ之ヲ許スヘキニアラス』と述べてゐるのは、右に述べた默示の催告の意思の認定を正當づけるに足る實質的基

礎の一部を組成するものと見ることができ。かくて、我々は、各種の債務關係に關する態様として現はれる現實の提供、言語上の提供、乃至は契約解除の要件としての催告を通して、債務の履行といふものが、債権者債務者間の協力行爲としての意義をもち、價值づけられるものであることをば、理解しうることになるのである。

(一) 石田文次郎氏法學論叢第三一卷一號『民事判例研究』一二四頁以下參照。

(二) 板木郁郎氏法と經濟第一卷六號『民事判例研究』一二七頁以下參照。

(三) (四) 片山金章氏『民事判例研究錄・第一卷』(昭和十一年)所收三二五頁以下參照。

(五) 内田力藏氏法學協會雜誌第五五卷(一一號)『民事判例研究錄』昭和九年度一四事件二一九〇頁以下參照。

三 株主の名義書換の請求に對し、株式會社は信義則に則つて行動せねばならぬことをば明らかにしてゐる大判昭和三年七月六日(民集七卷五四六頁)もまた、ここに引用することができよう。原審は、たとへ會社がその書換手續を遲滞した場合でも上告人等は會社に對して將來に向つてのみ書換手續を訴求するかまたは會社の義務不履行に基く損害賠償の請求をなすのほかなく、日附をば遡及してなす書換手續を求める權利を有せず、しかして記名株式の移轉は會社の代表者が讓渡當事者から名義書換の請求を受けてこれを承諾したとしてもその書換を終らない以上は會社そ

の他の第三者には對抗しえないものであるとしたのであるが、大審院は、この原審判決を破毀したのである。判示して曰く、――

『商法第五十條ハ記名株式ノ移轉ハ取得者ノ氏名住所ヲ株主名簿ニ記載シ且ツ其ノ氏名ヲ株券ニ記載スルニ非サレハ之ヲ以テ會社其ノ他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト規定スレトモ凡ソ記名株式ノ讓渡アリテ讓受人カ讓渡人ト共ニ其ノ株券及ヒ株主名簿ノ名義書換ヲ會社ニ請求シタルニ拘ラス會社カ正當ノ理由ナクシテ其ノ請求ニ應セサル場合ニ於テハ右讓渡ノ當事者ト會社トノ關係ニ於テハ同條ノ適用ナク會社ハ未タ其ノ名義書換ナキ故ヲ以テ讓渡人カ猶株主ニシテ讓受人カ未タ株主ニ非サルコトヲ主張シ得サル法意ナリト解スルヲ相當トス蓋シ會社カ之ヲ主張スルハ自ラ其書換ヲ懈怠シ乍ラ其結果ヲ相手方タル讓渡ノ當事者ニ歸セシメントスルモノニシテ信義ノ原則ニ反スルノミナラス商法カ株式ノ讓渡ヲ認メタル趣旨ニ背馳スル所アレハナリ』

判旨もとより正當であるとせねばならぬ。從來の通說的見解に従へば、舊商法第一五〇條改正新現行商法第二〇六條二項における對抗要件は絶対的なものとされ、判例においてもまたたとへ會社が株式讓渡の事實を承認しようとも――大判明治四〇・一〇・三一(民錄一三輯一〇五四頁)、大判明治四五・四・二四(民錄一八輯四一九頁)――または適法な形式を具備した名義書換の申請がなされようとも、いやしくも名義の書換なき以上は、讓受人は未だもつて株主たることをば會社には對

抗しえないとせられ、しかして、また、株主は会社に對して名義書換の請求権を有してはゐるが、單に株主たることの確認を直接に求めることは法律上無効であるとされてゐたのである——大判明治四一・四・一五（民錄一四輯四四頁）——本件における原審の見解は、まさに、この見解をそのまま踏襲せるものであるが、その原審判決をば破毀した本判例は、されば、從來の通說の見解を覆したものと見て注目されねばならぬのである。本判例を評釋される鈴木教授は判旨に疑義ありとして——『大審院は自己の見解を以て信義誠實の原則に合するものとして居るけれども、此の如き会社に對する株主の資格の問題は組織法に關する點に於て、かかる原則の侵入を容易に認め得ぬ範圍に屬するのではなからうか』とされるのである（一）。しかしながら、たとへ會社法が組織法であると言はれ技術法であると稱せられるとしても、それだけの理由でもつて法律における社會的倫理的な要求を排斥しうるものとは考へえられない。組織法は組織法なるが故に、技術法は技術法なるが故に、意義をもつものではない。それは、常に、社會的倫理的な反省を前提とし、それによつて批判され淨化されることを立前としてのみ、事物の合理性への適合が齎されるものとせねばならぬのである。私達は常に、法律における技術と倫理の融合といふことを主張し續けてゐるのであり、またそこに信義則の價值的構成を論じてゐるのであるが、本判例が従

來の通說の見解を退け、信義則の立前から事を論じてゐることをば、心強く思ふのである。

（一）鈴木竹雄氏「判例民事法・昭和三年度」所收五三事件二七四頁以下參照。

四 私は、この機會に、不作爲による詐欺罪の成立を肯定するに信義誠實の原則をもつてしてゐる刑事判例を擧げて置くことにしよう。

言ふまでもなく、刑法第二四六條における詐欺罪は、人を欺罔して財物を騙取することによつて成立する。いはゆる欺罔行爲は相手方をして錯誤に陥らしめることをもつて足るのであつて、もとより積極的行爲たることを要しない。されば、問題となるのは、當事者の一方が錯誤によつて財物を交付するに當つて、相手方がその錯誤の事實を知らながら、これを受ける行爲が詐欺罪となるや否やの點である。問題はかかつて、相手方はその錯誤につき注意を促す義務ありや否や、といふことにある。ところで、およそ権利を行使し義務を履行するには信義誠實の原則に従ふことを要する。従つて、その錯誤につき注意を促すの義務ありや否やもまた、信義則に従つて判定されねばならぬ。されば、信義則によつて作爲の期待せられる場合においてその作爲をなさざるときは、その不作爲による詐欺罪が成立するものとせねばならぬのである（一）。かくて、判例は、現に提供する擔保品が前に示めた見本と異なる場合について、不作爲による詐欺罪の成立を

肯定することになつたのである。大判大正十三年三月十八日（刑集三卷二三三頁）は曰く、――

『信義誠實ヲ旨トスル取引上ノ必要ニ鑑ミ本件ノ場合ニ被告人ノ現ニ提供スル擔保品カ前ニ示シタル見本ト異ル他物ナルトキハ被告人ハ之ヲ告知スルノ義務アリト解スルヲ相當トスヘク而シテ本件某銀行某支店長甲カ擔保品ハ見本ト同一ナリト誤信シテ取引ヲ爲スニ當リ被告人ハ告知義務ニ違背シ其ノ同一ナラサルコトヲ秘シ因テ以テ甲ヲシテ其ノ取引ヲ爲スニ至ラシメタルモノナレハ刑法第二百四十六條第一項ニ所謂欺罔行爲アリト謂ハサルヘカラス』

かくて、判例はまた、抵當權の設定およびその登記ある不動産の賣買において、右設定および登記の事實を知らずして買受代金を交付しようとする買主に對して賣主がその事實を告知しなかつた事件について、鮮かに信義則を援用して、重ねて、不作爲による詐欺罪の成立を肯定することになつたのである。大判昭和四年三月七日（刑集八卷一一三頁）がこれである。判示して曰く――

『抵當權ノ設定及ヒ其ノ登記アル不動産ヲ賣買スル場合ニ於テハ抵當權ノ行使ニ因リ買主ハ其ノ所有權ヲ喪フ虞アルヘキヲ以テ買主ニ於テ抵當權設定及ヒ其ノ登記アルコトヲ知りタラムニハ或ハ之ヲ買受ケサルコトアルヘク又縱令之ヲ買受クルモ代金ノ支拂ニ關シ自己ノ利益ヲ保護スル爲相當ノ措置ヲ爲ス必要アルヘキヲ以テ右設定及ヒ登記ノ事實ヲ知ラスシテ買受代金ヲ交付セムトスル場合ニ於テハ信義誠實ヲ旨トスル取引ノ必要ニ鑑ミ賣主ハ右事實ヲ買主ニ告知スル法律上ノ義務アルモノト謂ハサルヘカラス抵當權ノ設定カ登記簿

上明白ニシテ買主カ閱覽等ニ依リ容易ニ之カ設定ヲ知り得ヘキコトハ右義務ノ存在ヲ妨クルモノニ非ス故ニ……相手方ノ不知ニ乘シ故ラニ抵當權ノ設定及ヒ其ノ登記アルコトヲ默秘スルハ法律上ノ告知義務ニ違背スルモノニシテ之カ爲相手方ヲシテ抵當權ノ負擔ナキ不動産ナリト誤信セシメタル結果之ヲ買受ケ代金ヲ交付セシメタルトキハ詐欺罪成立スルモノトス』

（一） 牧野英一氏著「重訂・日本刑法下卷各論」（昭和十三年）三七四頁以下參照。

第三節 履行の提供に必要な辨濟の準備と 債権者の協力

一 いはゆる債権者遅滞の要件としての履行の提供に必要な辨濟の準備について、『債権者ノ所要ノ協力』といふことを論じてゐる點において興味ある二つの判例を擧げることができる。その一は、大判大正十年七月八日（民錄二七輯一四四九頁）であつて、論じて曰く、――

『債務ノ性質上債務者ニ於テ其履行ヲ完了シ得ムカ爲メニハ債権者カ給付ヲ受領シ呉ルルコトヲ必要トスルコト有リ其他或ハ目的物ヲ指定シ或ハ履行ノ場所ニ來會スル等要スルニ債権者ノ或協力ヲ缺チテ始メテ履行ヲ完了シ得ル場合尠カラス斯カル場合ニ於テ債権者カ任意ニ此協力ヲ爲ササル以上債務者ハ手ヲ束ネテ之ヲ

貸ツノ外無シトスルトキハ債務者ノ不利益少カラサルヲ以テ之ニ處スル救済ノ方法トシテ履行ノ提供ト云フコト有リ即提供ナルモノハ右ノ如ク債權者ノ協力有ルニ非サレハ履行ヲ完了スルヲ得サル場合ニ債務者カ當該事情ノ下ニ於テ其ノ爲シ得ル限りノコトヲ爲シ唯々債權者ノ協力無キカ爲メニ履行ヲ完了スルヲ得スト云フ程度ニ迄總テノコトヲ爲シ盡スヲ謂フモノトス

二 その二は、大判大正十年十一月八日（民録二七輯一九四八頁）であつて、言語上の提供に必要な辨濟の準備について、事を論じてゐるのである。事の次第はこうである、——すなはち、上告人は被上告人からある品物を總代金四萬二千圓で買入れ、金二千八百五十圓は契約締結と同時に前渡金として交付し、残金は賣主たる被上告人が先づ目的物の引渡場所を指示したる上その場所において目的物と交換に引渡すべき旨を約し、その後上告人は更に金千三百五十圓の手形を被上告人に交付した、ところが被上告人は引渡の場所を指示しないので、上告人は前渡金と手形によつて交付した金額とを控除した残額金三萬七千八百圓をば上告人に金を融通して呉れる訴外人との協定の辨濟の準備を了し、その旨を被上告人に通知し、いはゆる言語上の提供をなし、然る後に契約を解除し前渡金の返還と損害賠償を請求した、といふのである。原審は、右手形の交付は辨濟擔保のためにしたものであつて、被上告人は必らずしも手形債權を行使することを要せず

兩債權のいづれをも任意に選擇しうるものであるから、手形の交付によつては債權の一部辨濟とはならない、従つて上告人が訴外人と協定してなした辨濟の準備は右手形金額だけ不足したことになる、だから右の辨濟準備は不完全であり、上告人の催告は無効にして解除は效力を生じないと判決したのである。そこで、上告して曰く、——上告人が手形金額だけ不足して準備したのは辨濟に代へたものと信じたからである、たとへそれが誤解であつたとしても、右手形金額は總代金四萬二千圓中の金一千三百五十圓であつて、僅々三十二分の一に過ぎないものであるから、この少額の計算上の誤解を捉へて、提供の全部を無効とするのは『取引上ノ信義』に反し、『契約法ノ解釋ハ信義ノ原則ヲ重ンスヘキモノナル』根本法則を無視するものである、として争つたのである。大審院は、この上告論旨には直接に取合はず、次のやうな理由で、ともかく、原審判決を破毀したのである。論じて曰く、——

『準備ナルモノハ提供ノ際即時ニ履行ヲ爲シ得ル丈ケニ完全ニ整ヒ居ルコトヲ必要トセス唯將來債權者カ所要ノ協力ヲ爲シ呉レタル上債務者カ相當ノ時期ニ於テ其債務ヲ履行シ得ル丈ケノ準備カ今日ニ於テ整ヒ居ルヲ以テ足レリトスルモノナリ蓋シ若之ヲ爾ラストセハ竟ニ現實ノ提供ノ場合ト何等ノ區別ヲ觀サルニ至ルヘケレハナリ』

この判例を評釋される我妻教授は、『債務の履行も亦債権者と債務者の一の協同事業』であるから、信義誠實の原則を應用するのでなければ、『提供の問題は遂に適當な解決を見出し得ない』と論じられてゐる(一)。鳩山博士は、『履行の準備に付ても亦信義の原則が問題となる』といふ立前から、この判例を論評され、『如何なる程度に於て履行準備を要するかといふ問題は、信義則に依り成法の規定を補充して初めて決定し得べきものである』と述べられ(二)、牧野博士もまたこの判例をば信義則の要請として『債権者の協力義務といふ觀點において考慮せらるべきものである』とされてゐる(三)。されば、本判例が本件の場合は現實の提供を必要とする場合でないからといふことを唯一の理由としてゐるかに思はれるのは、それ自體としては何等の意味もない。現實の提供であれ、言語上の提供であれ、それが債務の内容の實現として如何なる價値を保有するかといふことが信義誠實の原則に基いて明らかにならぬのである。さすれば、大審院としては、その判旨の如き別の理論を構成して原審判決を破毀するよりも、上告論旨も主張する如く、大判大正九年十二月十八日(前出)の判例の趣旨を活かして、原審判決を破毀することの方が望ましかつたものとせねばならぬのである。

(一) 我妻榮氏「判例民法・大正十年度」一六六事件五五五頁以下參照。

(二) 鳩山氏前掲「民法研究・第三卷」四〇頁參照。

(三) 牧野氏前掲「民法の基本問題・第四編」一八九頁以下參照。

第三章 債權擔保における信義誠實

第一節 序 説

債權はその本質において、内部的關係すなはち對債務者關係において、ならびに外部的關係すなはち對第三者關係において、侵害の危険に曝されるの必然性をもつてゐる。債權をば、その内部的關係における侵害から防衛し保護する國家的法律的保障制度の一つとして、我々はいはゆる現實的履行の強制と損害賠償の制度を理解することができるのである。しかしながら、この制度のみをもつてしては、債權は實質的に充分に保護されるとは言ひえない、何故ならばそれ等は結局において債務者の資力に依存するものである。従つて、たとへ債權が形式的に保護されるとしても、債務者が無資力である場合には、その保護は非現實的であり空虚である。そこで、債權はそれ自らの本來の目的を達成するがために、債務者の資力に基因する危険から防衛・保護される必要に迫られる。この要請に照應する法的制度として理解されるものがすなはち物的ならびに人

的の債權擔保制度である。

民法は、物的ならびに人的の債權擔保制度のほか、いま一つの擔保制度を設けてゐる。物的擔保制度すなはち擔保物權制度は、特定の債權者をして、債務者または第三者の物の上に直接的な關係を有せしめることによつて、特定の債權の效力を確保しようとするものであり、人的擔保制度は、一個の特定の債權について債務者のほかにほ更に債務者もしくは責任者を設けしめることによつて、同時に二人以上の債務者の總財産をば一般擔保として、債權本來の目的の達成を確保しようとするものである。そのいづれもが、特定の債權者の特定の債權を擔保しようとするものであることは言ふまでもない。これに對して、債權者一般の債權を確保しようとするいまま一つの擔保制度が、すなはち、債權者代位權と債權者取消權とである。この制度の下においては、原則としては自由なるべき筈の各個人による自己の財産の使用・處分が制限・干渉せられ、債權の實質的基礎たる債權者の擔保力一般の保全といふことが、目的とされることになるのである。

第二節 保證人の責任の限界と信義誠實

一 人的擔保制度における典型的なものは保證である。保證は、一個の債權について、二人以

上の債務者がそのうちの一人を主たる債務者として、他の者がこれと主從的地位に立ちながら、債權を確保しようとする擔保的機能を營むものである。保證債務が、債權者との保證契約の效力として、保證人において、發生することは言ふまでもないことであるが、通常の場合は主たる債務者からの依頼によつて保證人たるべき者が債權者との間に保證契約を締結するわけである。しかるに、『吾習俗ニ觀ルニ他人殊ニ主債務者ヨリ保證ヲ依囑セラレタル場合必ス他日ノ責任ヲ負ヒテ厭ハサル程ノ確乎タル決意モ無ク漫然後患ノ到ラサルコトヲ庶幾シ卒易ニ之ニ應スルノ風アルカ爲メ一旦保證債務ノ履行ヲ請求セラルルヤ則チ構辯設辭苟モ責任ノ回避ヲ策シテ至ラサル無キモノ洵ニ一個ノ弊事ニ外ナラス其ノ矯正ハ勿論』であるが、『普通ニハ保證人ハ内外共ニ他人ノ爲メニスル從タル債務者ニ過キサルヲ常トス而モ其ノ全財産ヲ以テ責ヲ負フ點ニ於テ夫ノ物上保證人ノ比ニ非サルコトヲ願ルトキハ保證人タルモ亦窮セリト云フ可シ』である。されば、『債權者タル者モ亦聊カ此ノ間ノ消息ヲ思フコトアリテ以テ成ルヘク保證人ノ負擔ヲ加重セサルノ注意ヲ拂フハ是亦債權者トシテ現實ニ對スル一ノ徳義ナラストセス』——大判昭和八・九・二九・（民集二二卷二四四三頁）（一）——とせねばならぬのである。かくて、ここでもまた、保證人の責任の限界について、信義誠實の要請が深く顧みられねばならぬのである。

(一) なほ、この判例については、第三章第三節三(九四頁以下)参照。

二 保證人の責任の限界について、信義則の立前から事を論じてゐる四つの判例を擧げることができる。いづれも、期間の定なき保證契約において、保證人の一方的告知權を認めようとするところのものであるが、初めの二つは、手形割引契約に基く將來債務の保證に關するものであり、後の二つは、貸借における賃借人の賃料債務の保證に關するものである。

いはゆる將來債務について保證債務が成立しうるや否やについては民法上明文はない。判例は早くから將來債務の保證をもつて有効であるとしてゐるのであるが——大判明治三七・六・七(民錄一〇輯八一七頁)、大判大正四・四・二四(民錄二一輯五九五頁)——いま、主たる債務の成立すべき時期および額につき何等の限度を定めない將來債務の保證が有效なりや否やが争はれることになつたのである。すなはち、被上告人たる株式會社高岡商業銀行は、大正十年四月二十九日に上告人たる木村外四名の者と契約を結び、將來同銀行が中越電氣工業株式會社の振出した手形を割引し、右銀行がそれによつて右會社に對し債權を有するに至つた場合には右五名の者が連帶保證の責に任すべき旨を定めた、ところが、いよいよ右銀行は、右契約に定めた債權を得たので、木村に對して保證債務の履行を請求したが、木村は、保證契約締結の事實はこれを認めるが、主たる債務

の成立すべき時期および額について何等の限度の定められてゐない保證契約は法律上無効であると抗辯した。原審は、たとへ限度が定めてなくても保證契約は必らずしも無効ではない、本件のやうな契約においては、兩當事者は解約申入權があると解すべきであるとして、木村の抗辯を斥けたのである。そこで、木村が上告したわけであるが、大審院は上告に理由なしとして棄却したのである。大判大正十四年十月二十八日(民集四卷六五六頁)がこれであつて、論じて曰く、——

『債務ノ内容トシテ如何ナル給付ヲ爲スヘキカ全然之ヲ確定スルヲ得サルトキハ債務ハ成立スルニ由無キコト言フ俟タサルト共ニ給付ノ如何ナル細目ニ涉リテモ毫末モ確定セサルコト無キニ至リテ始メテ債務ハ成立スト云ハハ是亦實際ニ遠キノ論タルヲ免カレス確定ト云ヒ不確定ト云フモ竟ニ程度ノ問題ナリ一般取引上ノ通念ニ基キテ決スルノ外アルヘカラス故ニ内容ニ尙若干未確定ノ點ヲ留ムルモ他日此ノ點ヲ確定シ得ルノ方法ヲニ定マレル以上之ヲ以テ直ニ何等ノ債務モ存在セスト云フノ誤レルハ蓋多ク云フヲ須ヒス夫ノ條件附債權カ已ニ一ノ債權トシテ取扱ハルルコト將來成立スヘキ債務ニ就キ根抵當ノ設定セラルルコト所謂補充手形ノ流通ハ何人モ之ヲ怪マサルコトニ懲シ思半ハニ過キムナリ本件ヲ案スルニ主タル債權ハ訴外中越電氣工業株式會社ノ振出ニ係リ被上告人ニ於テ割引シタル爲替手形若ハ約束手形ニ基キ前記會社カ被上告人ニ對シテ負擔スル債務ナルコトハ原判決ノ確定スルコロナルヲ以テ如何ナル債務ヲ保證スルヤノ點ニ於テハ何等確定セサルコロアルヲ見ス其ノ確定セサルコロハ結局主債務ノ額ニ外ナラス而モ這ハ保證債務ニアリテハ

殆ント異トスルニ足ラサルコトニ屬ス……其ノ保證スヘキ主債務ハ幾許ノ巨額ニ達スルヤモ測ラレサルノ觀無キニ非スト雖抑會社ノ經營者ニ於テ故無ク手形ヲ濫發スルカ如キハ通常有リ得ヘカラサル事ニ屬スルノミナラス凡ソ將來成立スヘキ主債務ニ付其ノ時期ヲ制限シアラサル場合ハ反對ノ事情ノ認ムヘキモノ無キ限リ保證人ハ相當ノ日時經過後ハ解約權ヲ行使スルヲ得ヘク（此ノ解約權ハ相當ノ豫告期間ヲ存スヘキカ否カハ各場合ノ事情ニ依ル）若又主債務ノ成立ニ先チ主債務者ノ財産状態ニ著シキ缺陷ヲ生シタルトキハ保證人ハ直ニ解約權ヲ行使スルヲ得ト解スヘキハ此ノ種ノ取引ニ於ケル當事者ノ意思解釋ヨリスルモ又信義ノ觀念ニ訴フルモ殊ニ此ノ後ノ點ハ民法第五百八十九條ノ法意ヲ類推スルモ當然ノ事ニ屬スルカ故ニ本件ノ如キ保證ニ在リテハ保證人ハ過大ナル負擔ノ下ニ苦マサルヲ得サル處アリト云フカ如キハ寧ロ一片ノ杞憂ニ過キスト云フヘキナリ原判決ハ其ノ局處ニ於テハ必シモ首肯スルヲ得サル説述無キニ非スト雖其ノ本旨ノ存スルトコロハ以上ノ趣旨ヲ出テサルカ故ニ終局ノ判斷ソノモノニ於テ正鵠ヲ失セリト云フヘカラス」

惟ふに、本件事案における中心點は、時期および額に限度の定められてゐない將來成立すべき主債務の保證が、果して有效なりや無効なりやを明らかにすることにある。しかして、この點については、本判例を評釋される平井教授も述べられてゐるやうに（一）、元來、債務の内容を確定するといふことが問題となるのは、ただ契約に法律効果を附せんがために要求せられるに止まるのであるから、必要以上に窮屈に解すべきものではない。されば、當事者が法律上の拘束ある契

約を締結しようとしたものと考へうる限り、裁判所はできるだけ不明確な個所には一定の意味を附して、これを有効となすのが當然であらう。この意味においては本判例が本件保證契約は必ずしも無効ではなくて、本件におけるが如き兩當事者には解約申入權があるものと解して、結局は、本件契約をば有効であるとしたのは、まことに、正當な見解であるとせねばならぬのである。しかして、このことは、更に、保證すべき主債務額の大小によつて理論を異にすべきものではない、何故ならば、ただ單に額が巨大であるといふことだけでは、民法第九〇條に抵觸するものとは解し難いからである。主たる債務が將來生ずべきものであつて、その債務の限度を定めず、しかも保證期間を定めないうで保證をなしたとしても、債務の負擔は身體的拘束とはその趣を異にするものであるから、公序良俗に抵觸するものとは考へられない。しかしながら、それでは、保證は通常何等の對價なくしてしかも主たる債務者の依頼に應じてなされることに思を致すならば、保證人に對して餘りにも酷な結果を招來することとなしとてはなしえないであらう。されば、本判例が正當に結論せる如く、保證契約後相當の期間を経過せることやあるひは主債務の成立に先ち主債務者の財産状態に著しき缺陷を生じたといふやうな事情のある場合には、保證人に一方的な解約告知權を與へることによつて、事の調和を計ることこそ、まさに信義則の要請に合

致するものと言ひえよう。

(一) 平井三次氏「判例民事法・大正十四年度」所收一〇七事件五一五頁以下参照。

三 されば、やがて、判例は、將來發生することあるべき主債務につき期間の定なき保證契約がなされた場合に、かかる契約をもつて無効にあらずとするにつき、保證人がかかる契約を解約しうることをば一つの理由とすることから發展して、債權者と主債務者間の手形割引契約によつて將來主債務者の負擔することあるべき債務につき、期間の定なき保證契約をなした保證人が、保證契約後相當の期間を経過した後、債權者に對して保證契約解除の意思表示をなしたに拘らず債權者がその後なほも主債務者のために手形割引をなしその手形上の債務につき保證人にその責ありとなすことが、まさしく、信義誠實の原則に反することをば、正面から論じることになつたのである。大判昭和七年十二月十七日、(民集二卷二三三四頁) がこれである。まことに興味深い判例理論の發展である。事の次第はこうである、——上告人たる甲銀行は昭和三年四月八日訴外の丙との間に手形割引契約を締結し、被上告人たる乙は同日甲との間に、右手形割引契約によつて將來發生することあるべき丙の債務につき期間の定なき保證契約を締結した、その後、右の保證契約は昭和五年十月に至るまで支障なく繼續せられたのであるが、同月中旬頃に至り丙の營業方

針全く放漫を極めたがために乙は右保證契約につき不安を感じ、同月二十三日甲銀行に對して右保證契約解約の意思表示をなした、ところが丙は同年十一月自己を受取人丁を支拂人とする手形一通を振出し、甲銀行は、即日裏書讓渡を受け且つ丁の引受を受けたのであるが、その後該手形は不渡となつたので、乙に對して右手形金およびその利息を訴求した、そこで、乙は抗辯として、右保證契約は保證の範圍に際限がないから何時にても解約をなすべき約旨である、假に暗黙の解約權留保の契約がないとしても法律上當然に解約しうべきをもつて昭和五年十月二十三日甲銀行に對し解約の通知をなした、と述べたのである。原審は、乙の主張を容れて、その解約の意思表示は保證契約締結後相當の期間を経過してなされたものであるから、その效力を生じたものであるとして、甲銀行の請求を斥けたのである。そこで、甲銀行は上告して、手形割引契約に期限を附しないことは商慣習として行はれるところである、にも拘らず期限の定がないからとて手形割引契約に基く債務の保證をなした保證人に解約權ありと認められたのは、慣習法を無視したものであり、假に解約權ありとするも、單に相當の期間を経過したといふことをもつて保證人の一方的意思表示による解約權があると認められたのは、法の解釋を誤つたものである、と主張したのである。大審院は、上告に理由なしとして、これを棄却するに判示して曰く、——

「債權者ト主債務者間ノ手形割引契約ニ因リテ將來主債務者ノ負擔スルコトアルヘキ債務ニ付期間ノ定ナキ保證契約ヲ爲シタル保證人カ保證契約後相當ノ期間ヲ經過シタル後債權者ニ對シテ保證契約解約ノ意思表示ヲ爲シタルニ拘ラス債權者カ其ノ後尙主債務者ノ爲手形割引ヲ爲シテ其ノ手形上ノ債務ニ付右保證人ニ其責アリト爲スハ信義ノ原則ニ反スヘク又他ノ一面ニ於テ債權者ノ承諾ナキ限り若クハ右割引契約ノ終了セサル限り保證人ハ永久保證人タル責任ヲ免レ得サルモノト爲スハ到底妥當ニ非サルカ故ニ右ノ如キ保證人ハ保證契約締結後相當期間ヲ經過シタルトキハ債權者ニ對シテ保證契約解約ノ意思表示ヲ爲シテ將來主債務者ノ負擔スルコトアルヘキ債務ニ付テハ保證責任ヲ免レ得ルモノト解スルヲ相當トシ其ノ保證契約締結以來既ニ原審認定ノ如キ日時ヲ經過シタルトキハ既ニ相當ノ期間ヲ經過シタルモノト云フヘク又斯ル場合ニ保證契約ヲ解約シ得サル商慣習アルコトハ之ヲ認メ得サル所ナルヲ以テ原判決ニハ所論ノ如キ違法アルモノトナスヲ得ス」

判旨もとより正當であつて、多くを述べる必要をみない。本件のやうな保證契約は、いはゆる信用保證の一種と見らるべきものであつて、かかる保證が期間の定なくして行はれた場合には、當事者は相當且つ通常の關係の繼續を所期するものとせねばならぬから、債權者および主たる債務者は保證契約關係の繼續を過度に延長し保證人の責任を重くすることは、まさしく、信義則に反するものとせねばならぬのである。なほ、手形割引契約においては、銀行は、通常、無制限に

手形の割引をなすの義務を負ふものとは言ひえないから本件におけるが如く、手形割引契約者の信用状態が不良であるにも拘らず、手形の割引をなして保證人の責任を過重ならしめるが如きは信義誠實の原則に反するものとせねばならぬのである。本判例を評釋される東教授もまた、大審院が、信義則の立前から事を論じて保證人の解約をば正當であると判示したのは、極めて正當であるとされるのである（一）。

（一）東季彦氏「判例民事法・昭和七年度」所收一八四事件六四一頁以下参照。

四 さて、私は、貸借契約に基く債務の保證契約に關して、信義則の立前において保證人の一方的告知權を認め、もつて保證人の立場を保護しようとする二つ判例を擧げることしよう。共に昭和期における判例である。

大判昭和八年四月六日（民集一二卷七九一頁）にこのやうなのがある。すなはち、上告人はその所有家屋一棟をば昭和五年八月三日に訴外の甲に期限の定なく貸貸し、賃料を一ヶ月六十五圓毎月五日拂と定めて敷金三百圓を受領し、被上告人は甲のために連帶保證をなしたところが、甲は昭和六年一月一日以降の賃料を支拂はなかつたので被上告人は上告人に對し昭和六年六月二十四日保證契約解除の意思表示をなしたが、上告人はこれに對して別段の處置を採らなかつた、その

後同年九月一日に至り上告人は甲に對して貸借契約解除の意思表示をなし、その解除に至るまでの賃料の支拂を請求したが甲はこれに應じなかつたので連帶保證人たる被上告人に對し同年一月一日から九月十四日までの賃料ならびにその翌日から同年十一月七日に至るまでの損害金合計六百餘圓を訴求したといふのである。原審は被上告人が六月二十四日になした保證契約解除の意思表示を有効であると認めたとので、上告人は上告をなし、保證債務は貸借契約上の賃借人の債務に従たるものであるから、その主たる債務の存続する限り存続するものであつて、猥りに保證人の一方的意思表示によつて解除することをえない、『去レハ保證人ニシテ其ノ一方的表意ニ因リ其ノ責ヲ辭スルコトヲ得ヘキ場合（即チ保證契約ノ存続カ相當永キ期間ニ彌レル場合）又ハ主タル債務者ノ財産状態ノ著シキ悪化ニヨリ保證契約成立當時ノ事情ト著シキ變化ヲ來シタルカ如キ場合ニ限ラルヘク（御院大正十四年（オ）第七〇九號同年十月二十八日第三民事部判決「民事判例集」第四卷六五七頁）其ノ保證契約ニ於テ期待セラルル本然ノ機能ヲ發揮スヘキ段階ニ入ラントスルヤ直ニ保證人ノ一方的表意ニ因ル解約ヲ爲シ得ヘシトスルカ如キハ保證人ノ免責ヲ得セシメムトスルニ急ニシテ却テ衡平信義ノ原則ヲ疎外シ賃借人ノ利益ヲ不當ニ排撃スルモノト謂ハサルヘカラス』と主張したのである。大審院は、上告理由を容れず、原審判決を維持したのである。判示し

て曰く、――

『抑保證人ハ主タル債務者カ其ノ債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責ニ任スルモノナレハ賃借人ノ爲保證ヲ爲シタル者ハ其ノ賃借人ノ支拂ヲ怠リタル賃料及損害金等カ日時ノ經過ニ因リ増額スルモ之ヲ支拂フヘキ責任ヲ辭スルコトヲ得スト雖其ノ保證人カ期間ノ定ナキ保證契約ヲ締結シタル後相當ノ期間ヲ經過シ且賃借人カ屢賃料ノ支拂ヲ怠リ將來ニ於テモ誠實ニ其ノ債務ヲ履行スヘキ見込ナキニ拘ラス賃借人カ依然トシテ賃借人ヲシテ賃借物ノ使用収益ヲ爲サシメ賃借解除明渡等ノ處置ヲ爲ササル場合ニ於テ而モ保證人カ保證責任ノ存続ヲ欲セサルトキト雖尙賃借人ノ債務不履行ニ付保證人ノ責任ヲ免ルルコトヲ得スト爲スハ信義ノ原則ニ反スルモノト謂フヘキヲ以テ斯ノ如キ場合ニハ保證人ハ賃借人ニ對スル一方的意思表示ニ依リ保證契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノト解スルヲ相當トス』

この判例は、歸するところ、信義則の立前から事を論じて、保證人の一方的告知権を認めようとするのであつて、そのこと自體はもとより正當であるとせねばならぬ。しかしながら、如何なる點において信義則に悖るかにについては、輕々に論じえないであらう。上告論旨もまた信義則の立前から事を論じて、本件保證人に一方的告知権を認むべきではないとすることが思ひ併されねばならぬのである。本判例を評釋される山田教授も正當に指摘されるやうに（一）、判旨が主張するが如くに主たる債務者が屢々賃料の支拂を怠つたことや主たる債務者が將來においても債務を

誠實に履行すべき見込のないことなどは、必らずしも告知權發生の要件となすべきではなからうとは思はれる。何故ならば、保證人は主たる債務者が債務を履行せざる場合にこそ自らの保證債務の履行の責に任すべきものであるから、これをしも告知權發生の要件とするときは上告理由の主張する如く、『保證人ノ免責ヲ得セシメントスルニ急ニシテ却テ衡平信義ノ原則ヲ疎外シ貸貸人ノ利益ヲ不當ニ排撃スルモノ』であるとの誹を免れえないといふことにもならうか。されば法律の規定がないのにも拘らず徒らに保證人の告知權を認むべきではないこと勿論であるが、さりとて貸貸借の存続する限り保證人はその債務を免れうるの途なく何時までも保證の責に任せねばならぬとすることが、果して妥當な處置といひうるであらうか。されば、この點にこそ、保證人の告知權を認めることが信義則に合致するの根據が見出さるべきであらう。殊に、債權者が債務者に對する貸貸義務を免れうること（民五四一條・六一七條・借家法三條）を想起すれば、まことに信義則上當然のこととせねばなるまい。ただ、保證契約解除の要件とされる保證契約締結後經過した『相當の期間』をば、幾何の期間をもつて相當とするかは、主たる契約の性質や保證契約が既に相當の實績を挙げたかどうかなどを考慮して、具體的に定めらるべきものであつて、この點については、主たる債務の不履行が屢々行はれたかどうかもまた、考慮せらるべき事柄の重要なもの

の一つとなるであらう。本判例は保證契約後十ヶ月の經過をもつて相當の期間の經過があつたものとしてゐるのであつて、手形割引契約の保證に關する大判昭和七年十二月十七日（前出）が保證契約後約二年六ヶ月を經過した事件について相當の期間を論じてゐるのに比すれば、著しい短期間である。さればこそ、山田教授は『或は少しく短きに失しはしまいかと思ふ』と評されるのである。ともあれ、本判決は、いはゆる『相當の期間』についての先例をなすに至つたものとして、注目されねばならぬのである。

（一） 山田晟氏「判例民事法・昭和八年度」所收六〇事件二二二頁以下参照。

五 かくて、判例は、從來の判例理論を踏襲しつつ、更にこれを強化せしめることになつたのである。大判昭和十四年四月十二日（民集一八卷三五〇頁）がこれであつて、原審が『貸貸借ノ終了前濫ニ一方的意思表示ニ依リ保證契約ヲ解除シ得サルモノ』としたのを破毀して、信義則の展開のために、また一つ、新たなものを加へたのである。事の次第はこうである、すなはち、——原審判決の確定した事實によると被告人は昭和六年九月十五日訴外人に對し本件建物を賃料一ヶ月金二十二圓の約にて期間の定なく貸貸し衛生費水道使用料などは同人において負擔すべきことと定め、上告人は同日同人のために被告人に對し連帶保證を約した、ところが訴外人は昭和

八年七月一日以降家賃を支拂はず、その建物を明渡したる前日すなはち昭和十年九月十九日まで
に右延滞額は金五百八十五圓九十三錢に達した、また同人は昭和八年七月乃至十二月の水道使用
料金五圓七十六錢を東京市に支拂はなかつたので、被上告人はこれを立替支拂つて來たわけであ
るが、上告人は昭和九年八月八日保證契約解除の意思表示をなした、といふのである。被上告人
は右保證契約に基いて上告人に對し前記延滞家賃金および立替金の支拂を請求したが、上告人は
抗辯として、訴外人は無資力にして延滞した家賃は勿論將來の家賃をも支拂ふべき資力がないか
ら、上告人は被上告人に對し訴外人に賃貸借の解除ならびに建物の明渡請求をなすべきことを勸
告したにも拘らず、被上告人はこれに應ぜず且つ上告人の保證責任が著しく加重するのを意に介
しないので、上告人は昭和九年八月八日一方的に保證契約を解除する旨の意思表示をなし、その
意思表示の書面は翌日到達したから、上告人は昭和九年八月十日以降保證人としての責任を負は
ないものだと主張したのである。原審は、被上告人が上告人の懇請があつたにも拘らず賃貸借の
解除その他上告人の責任の著しく加重することを避くるに必要な措置を講じなかつた事實を認め
えないのみならず、上告人（控訴人）は『前記賃貸借契約ノ存続スル限り訴外人ト連帶シテ之カ支
拂ノ責ニ任スヘキコト勿論ニシテ縱令本件賃貸借ニ付キ期間ノ定メナク又控訴人ノ連帶責任ヲ負

擔スヘキ金額ニ何等ノ制限ナカリシトスルモ賃借權ノ終了前濫ニ控訴人ノ一方的意思表示ニ依リ
保證契約ヲ解除シ得サルモノナリ』と判斷して被上告人の請求を認容したのである。そこで、上
告となつたわけであるが、上告理由は、大判昭和八年四月六日および大判昭和九年二月二十七日
を援用しつつ、『凡ソ將來繼續シテ發生スヘキ契約上ノ金錢債務ニシテ債務者カ將來無限ニ之カ
羈束ヲ蒙ラサルヘカラスト云フコトハ人道上若クハ公益上是認セラルヘキモノニ非スト共ニ將來
發生スヘキ他人ノ金錢債務ニ付期限ノ定ナキ保證ヲ爲シタル後保證人カ保證債務ヲ繼續スルニ堪
ヘサル事情ノ生シタルトキハ相當期間ノ經過ト否トニ拘ラス而モ豫告期間ヲ置クコトナクシテ保
證人ハ直チニ解約ヲ爲シ得ヘキモノナルコト』を主張し、賃料延滞が一個年分を超過し且つ數個
月分の水道使用料の支拂を怠るが如きは、『之ヲ日常生活の經驗則ニ徴シ特別ナル反證ナキ限り
少クトモ賃借人の無資力状態ヲ顯ハシ賃借債務ノ保證人ヲシテ將來ニ保證ヲ繼續スルノ危虞ヲ抱
カシムヘキ事態』にして、保證契約を繼續するに堪えざる事情であると主張し、保證契約を解除
してそれ以後の責任を免れうべきは、まことに、相當である、といふのである。大審院は、上告
を理由ありとして、原審判決を破毀し差戻したのである。判示して曰く、――

『按スルニ賃借人ノ爲保證ヲ爲シタル者ハ其ノ賃借人ノ支拂ヲ怠リタル賃料損害金等カ日時ノ經過ニ因リ増

額スルモ賃貸借契約ノ存続スル限り之ヲ支拂フヘキ責任ヲ辭スルコトヲ得サルモノナルコト勿論ナリト雖期間ノ定ナキ賃貸借ニ付キ賃借人ノ爲ニ其ノ債務ノ履行ヲ保證セル場合ニ爾後相當ノ期間ヲ經過シ且賃借人カ繼續シテ賃料ノ支拂ヲ遲滞シ將來ニ於テモ誠實ニ其ノ債務ヲ履行スル見込ナキカ如キ事態ヲ生シタルカ或ハ保證後ニ至リ賃借人ノ資産状態著ク悪化シ夫レ以上保證ヲ繼續スルトキハ爾後ノ分ニ對シ將來求償權ノ實現到底覺束ナキ虞アルカ若ハ賃借人カ繼續シテ其ノ債務履行ヲ怠リ居レルニ拘ラス賃借人ニ於テ保證人ニ對シテ其ノ事實ヲ告知シ又ハ其ノ遲滞ノ生スル毎ニ之カ保證債務ノ履行ヲ求ムル等ノ舉措ニ出テス突如トシテ一時ニ多額ノ延滞賃料支拂ヲ求メ保證人ヲシテ豫期セサル困惑ニ陥ラシムルカ如キ事態ヲ生シタルニ拘ラス賃借人ニ於テ依然賃借人ヲシテ賃借物ノ使用収益ヲ爲サシメ延滞賃料ノ異常ナル増加從テ保證人ノ責任ノ過當ナル加重ヲ來サシムルニ至ルカ如キ事情存スル場合ニ於テハ保證人ハ引續キ保證責任ノ存続スルコトヲ欲セサルモノナルコト通常ノ事態ナルヲ以テ斯ル場合ニ於テモ尙賃貸借契約ノ存続スル限り賃借人ノ債務不履行ニ付保證人ノ責任ヲ免ルルコトヲ得スト爲スハ信義ノ原則ニ反スルモノト謂フヘク斯ノ如キ場合ニハ保證人ハ其ノ一方的意思表示ニ依リテ保證契約ヲ解除シ爾後其ノ責任ノ異常ナル加重ヲ避クルコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相當ナリトス』

惟ふに、期間の定のない賃貸借につき保證をなしたる者が一方的解除權を有するや否やについては、既にこれを肯定せる前述の大判昭和八年四月六日（前出）がある。その判例によれば、保證人において一方的解除權が成立するがためには、保證契約に期間の定がなく、且つ保證契約締結

後相當の期間を經過し、しかも賃借人がしばしば賃料の支拂を怠り將來においても誠實にその債務を履行する見込なく、それにも拘らず賃借人が賃貸借の解除・明渡などの處置を講じない、といふやうな點が要件とされてゐるのである。本件判決は、更にこれを一層詳細に敷衍してゐるのであるが、特に、たとへば賃借人が連續して債務の履行を怠つてゐるにも拘らず、賃借人がこれを放置し、『之カ保證債務ノ履行ヲ求ムル等ノ舉措ニ出テス突如トシテ一時ニ多額ノ延滞賃料支拂ヲ求メ保證人ヲシテ豫期セサル困惑ニ陥ラシムルカ如キ事態』を生ぜしめるといふやうな場合すなはち債權者が保證人に對し信義に反する態度を採つた場合を指摘してゐるが如きは、從來の判例の見解を踏襲しつつ、これを一層強化せるものとして注目されねばならぬのである。

されば、本判例を評釋される折茂教授は、『唯昭和八年併びに本件の判旨がいつてゐる「相當の期間」の具體的な標準がいかに定められるかといふことは今後の判例法の發展に残れた問題といふべきであらう』とされつつ、判旨には賛意を表せられ（一）、岩田博士は、『本判決が本件を以つて保證人の解除權を認め、其の解除の意思表示以後に於ける賃料に付いては保證の責任を負はざるものとする判旨は、信義の原則に基く事情變更の法則の適用を認めたるものとして至當である』とされ（二）、西村教授また、『本判決に於て従前の判例に比し特に著しく現はれてゐるの

は、債權者が保證人に對して信義に反する態度を取つた場合には保證人に於ても最早將來に向つて保證の責を辭して差支ない、と云ふ考へ方である。元來債權關係は一般に信義を基礎とし債權者に於ても成可く債務者の負擔を輕からしむるやう注意すべき義務あること勿論であるが、保證債務の場合に在つてはその特殊性の故に、債權者は保證人に對し一層高度の注意義務を負ふてゐるものと云はねばならぬ。従つて、本判決に現はれてゐる右の如き考へ方は素より債權契約一般に妥當する所ではあるが、特に保證契約の場合には一層大なる妥當性を有つものと云ひ得る」と評せられ(三)、かくて、後藤教授によれば、この判例は、『判例の新たな展開として、高く評價せらるべきである。けだし、將來債務において、債權者側にも信義誠實に適へる行動が要求せられることは、それが繼續的債權關係たる以上、當然なところであり、もし債權者自らがこれに反するが如き行動をなせるに拘らず、なほ保證人はその責を免れずとするは、判例の言ふが如く信義の原則に反するからである』といふことになるのである(四)。保證人の立場を適當に保護せねばならぬといふことについて、いまや、かくの如く、信義則といふことが明らかに認識せられることになつたのである。されば、牧野博士が示唆されるやうに『さて、しかく信義則といふことを考へるにおいては、事は保證債務の一方的解除を超えて、更に廣く展開すべきものであるとせ

ねばなるまい。わたくしは、信義則上保證債務が當然に消滅する場合があり得ることを考へる』といふことにもならうか(五)。

- (一) 折茂豊氏法學協會雜誌第五七卷(八號)『民事法判例研究録』昭和十四年度二三事件一六〇一頁以下参照。
- (二) 岩田新氏法學新報第四九卷九號『民事判例研究』一五四頁以下参照。
- (三) 西村信雄氏民商法雜誌第一〇卷二號『最新判例批評』一五四頁以下参照。
- (四) 後藤清氏法と經濟第一二卷二號『民事法判例研究』一二二頁以下参照。
- (五) 牧野英一氏『契約と信義則と判例法』自治研究第一五卷一〇號一七頁参照。

第三節 保證人の免責と信義誠實

一 民法第五〇四條は、保證人その他がその辨濟によつて債權者に代位する場合において、『債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ爲スヘキ者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其責ヲ免ル』るものとしてゐる。されば同條が辨濟によつて當然に代位すべき者を保護する趣旨に出づるものであることは容易に理解することができる。判例は早くから、この趣旨を明らかにしてゐるのであつて、大判明治三十九年六月二十九日(民錄二二輯一〇五三頁)は曰く、——『民法第五百四條ハ抵當債權ノ保證人

又ハ抵當不動産ノ第三取得者アル場合ニ於テ債權者カ故意又ハ懈怠ニ依リ其ノ擔保ヲ喪失又ハ減少シ辨濟ニ因リテ代位スヘキ保證人等ノ債權ヲ害シ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至ラシメタルトキハ保證人等ヲシテ其害ヲ受クヘキ限度ニ於テ責任ヲ免レシメ以テ之ヲ保護セントスルノ趣意ナリトス』と論じてゐるのである。問題となるのは、この趣旨が信義則上、如何やうに類推的に擴大せらるべきかといふことである。我々は、債權者が適當の時期において抵當權の實行をなさなかつたがために、保證人が重い責任を負担せねばならなくなつたやうな場合における保證人の保護について、興味ある判例の變遷に接することになつたのである。そのいづれもが、經濟界の變動による擔保物の價格の減少をもつて、『擔保ノ減少』と目しうるや否やに、關するものであつて、そこではやはり信義則が援用せられ展開せられることになつたのである。

二 經濟界の變動による擔保物の價格の減少をもつて、民法第五〇四條にはゆる擔保の減少と目しうるや否やについて、判例は、かつて、これを否定的に解したのであつた。この問題に關する最初の判例であると思はれるものに、下級審のものではあるが、東京地判大正十三年十一月五日（法律評論一三卷民一〇一〇頁）がある。論じて曰く、――

『民法第五〇四條ニ所謂擔保ノ喪失又ハ減少中ニハ經濟界ノ變動ニヨル價格ノ減少ノ如キハ之ヲ包含セスト

解スルヲ相當トスヘク而モ擔保物ノ價格カ經濟界ノ不況ニ伴ヒ下落シタレハトテ之ヲ直ニ懈怠ナリト謂フヲ得ス』

續いて、大判昭和七年三月八日（法學一卷八號一〇六頁）もまた、本訴債務の辨濟期たる昭和五年一月七日に、保證人が債權者に對して抵當不動産を直ちに競賣してその賣得金をもつて辨濟に充當すべき旨を催告したにも拘らず債權者は競賣手續を執らなかつたがために、右抵當不動産の價格は漸次に下落して、右抵當不動産の賣得金をもつてしては本訴債權を完済しえないことになつたといふ事實に基いて、この事實によつては保證人の責任には何等の影響を生じることはない、と判示して曰く、――

『抵當權者ハ辨濟期ニ辨濟ヲ受ケサル場合ト雖モ抵當權ノ實行ヲ爲スノ責務アルコトナク抵當物件ノ競賣ヲ求ムルヤ否ヤハ素ヨリ抵當權者ノ自由ニ取捨シ得ル所ニシテ开ハ保證人ヨリ抵當權實行ノ催告アリタルト否トニヨリ毫モ異ル所ナキカ故ニ本件ニ於テ辨濟期到來以後抵當不動産ノ價格下落シタル事實アリトスルモ民法第五百四條ノ適用アルコトナク上告人ノ保證人トシテノ責任ニ何等ノ消長ヲ來タスヘキモノニアラス』

この判例について、石田博士は、代位をなすべき者すなはち本件保證人から擔保權實行の催告があつたにも拘らず債權者が直ちに擔保權を實行しなかつたがために擔保物の交換價値の減少す

るやうな事態に立ち至つたことは、債權者の故意または懈怠によつて擔保を減少せしめたものと言ふべく、債權者が擔保物の競賣を求むると否との自由は信義則の立前から、おのづからにして、制限されねばならぬものであると論ぜられるのである、すなはち、曰く、——『抵當物件の競賣を求むるや否やは素より抵當權者の自由に取捨し得るところではあらうが、其自由なる取捨も亦必ず法の目的により、又信義公平の原則によつて評價されねばならぬ。法の目的に違背し、又信義誠實の原則を無視して、權利行使の自由を認めることは出來ない』と(一)。まことに博士の主張されるが如く、權利の行使は、決して無制限に許さるべきものではなくて、信義則によつて統制さるべきものである。されば、本判決の如き抵當權者が何時競賣を求めんかは抵當權者の自由であるといふやうな形式論は、鋭く批判されて然るべきものであるとせねばならぬのである。

(一) 石田文次郎氏法學第一卷一〇卷『民事判例研究』一〇一頁以下参照。

三 かくて、判例は、いま、その態度を改めて、經濟界の變動によつて擔保物の價額が著しく下落した場合に、債權者この推移に處するにつき保證人に對する信義誠實に缺くるところあるときは、保證人は、その受くべき不利益の限度において、その責を免れうるものとしたのである。すなはち、大判昭和八年九月二十九日(民集一二卷二四四三頁)がこれである。事の次第はこうであ

る、——大正十四年五月二十三日に、甲(被告)は乙(原告)の先代の保證の下に訴外人丙(主債務者)に對し金五百圓を貸與し、丙はこれが擔保としてその所有家屋一棟の上に抵當權を設定した、そして右債務は同年六月一日において既に履行期到來し抵當權は行使されうべき状態となり、當時においては抵當物の價額は大體債務を完済するに足るものであつたが甲は抵當權の行使をなさず昭和七年に至つて初めてこれを行使したがために、その間經濟界の事情變動のために抵當物の價額は著しく低下し僅かに三十五圓で競落された、他方において、その間主債務者たる丙は全然約定利息の支拂をもなさなかつたがために債權の元利合計額は豫想外の多額に登り、先代の保證債務を承繼した上告人乙の負擔は意外の増加を見たのであるが、かかる増加額において請求を受けた乙は、民法第五〇四條を引用して、これは全く債權者たる甲が『故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキ』に該當するものであるから、保證人たる乙は『其喪失又ハ減少ニ因リ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其ノ責ヲ免ル』べきものであると争つた、といふ事件である。しかして、第一審でも第二審でも乙は敗訴したのであるが、第二審の判決理由に曰く、——『抵當權者カ債權ノ辨濟期到來シ抵當權ヲ實行シ得ヘキ状態ニ立至リタルニ拘ラス之ヲ實行セスシテ時日ヲ經過シ其ノ内經濟界ノ變動ニ因リテ該抵當物件ノ價額下落シ

タルカ如キ場合ハ民法第五百四條ニ所謂債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其ノ擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキニ該當セサルモノト看ルヲ相當トス蓋抵當權ヲ何時ニ實行スルカハ全ク抵當權者ノ自由ニ屬シ然モ經濟界ノ變動即何時ニ不景氣襲來シ何時迄繼續シ何時ニ恢復スルヤ豫見シ察知スルカ如キハ常人ノ容易ニ爲シ難キトコロナレハ偶々抵當權ヲ物件ノ價額カ比較的高騰セル時ニ實行セス其ノ實行セル時カ價額低落ノ時ニ際會シタリトテ之ヲ目シテ抵當債權者ノ懈怠即過失ニ出テタルモノト爲スノ失當ナルヤ呶々ヲ要セサレハナリ』といふのである。そこで、上告人は、歸するところ、『原判決ニ於テ結果ヲ豫見シ得ル場合ニ非スハ懈怠ノ在ルコト無シトシテ上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ民法第五百四條ノ解釋ヲ誤リタル違法アルモノト思料ス』として、縷々陳述したのであるが、大審院は、——『原審判示ハ則チ抵當權ノ行使ハ抵當權者ノ自由ナリ不景氣ノ來去ハ常人ノ得テト知スルトコロニ非ス民法第五百四條ハ本件ニ適用無シト云フニアルモ熟ラ々々上告人ノ抗辯ヲ吟味スルトキハ其ノ主張ノ趣旨ハ畢竟前敘事實ノ下ニ保證人ハ免責セラルルヲ相當トスト云フニ在ルヤ之ヲ窺フニ難カラス而モ此ノ主張ハ一ニ法條ノ死守ニ依リテ直チニ所斷シ得ラルル程爾ク單ナル問題ニ非ス細ニ事情ノ存スルトコロヲ討テ深ク法規ノ精神ヲ酌ミ保證人ニ於テ何等カ藉口ノ端緒ヲ索メ得テ以テ苟モ其ノ責ヲ免レムトスルヲ防クト共ニ債權者ノ信義

誠實ヲ顧サル措置ヲ警メ寬嚴其ノ節ニ中ルヲ努メサル限り適正ナル解決ノ得テ望ム可カラサルハ殆ント夫レ木ニ縁リテ魚ヲ求ムルノ類ナラスンハアラス』となし、上告を容れて原判決をば審理不盡として破毀し、次ぎの如く判示してゐるのである、曰く、——

『夫レ權利ヲ行使スルト否ト之ヲ減失減少セシムルト否ト其ノ事自體ハ固ヨリ權利者ノ自由ナリ則チ自由ナリト雖之カ爲メ累ヲ他人ニ及ホスニ至リテ自由ハ必シモ爾ク自由ナルヲ得ス代位權ハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ナル利益ヲ有スル者就中保證人ノ地位ヲ顧テ與ヘラレタル特典ナリ債權者ニシテ此ノ特典ヲ畫餅ニ屬セシメタル以上之ニ因テ彼ニ生シタル不利益ノ齟ツテ我ニ歸到スルコトヲ甘受スヘキハ當然ノ數ナリ這ハ民法第五百四條ノ基調ヲ成ス精神ナルハ云フマテモ無シ抑同條ニ故意又ハ懈怠トアルハ……結局民法第五百四條ニ所謂故意又ハ懈怠ハ同法ノ所々ニ散見スル故意又ハ過失ト其ノ義ヲ同フスルニ至ルモノトス從ヒテ經濟界ノ變動ニ伴レ擔保物ノ價額ノ下落シタル場合ノ如キ其ノ事自體ハ則チ同條ニ該當セサルヤ論ヲ俟タス況ンヤ擔保物ノ價額カ將來益々下落スル虞アル場合ニハ保證人ニ於テ進ンテ辨濟ヲ爲シ以テ自己ノ手ニ依リテ擔保權ヲ實行スルノ途モ亦存スルニ於テヤ然ラハ則チ右ノ場合ニ於テ保證人タルモノ何等ノ救濟ヲモ受クルニ由無キヤト云フニ必スシモ爾ラス他無シ以上縷説セシ如ク法律カ保證人ノ窮地ニ立ツヲ恤ミ之ヲ庇護スル所以ノモノ一ニシテ足ラサルコトヲ顧ミ又成ルヘク保證人ノ負擔ヲ加重セサルコトニ注意スルハ特ニ吾邦ニ於ケル風習ニ稽ヘ債權者トシテノ德義ニ外ナラサルコトヲ顧ルトキハ債權者ノ保證人ニ對シテ探ルヘキ信義誠實ノ程度ハ可ナリ高度ノモノタルコトヲ領スルニ難カラス蓋信義誠實ノ程度如何ハ各場合ニ於ケル具體的ノ問題

ニシテ始ヨリ一定不動ノ律アルニ非サレハナリ是故ニ辨濟期ノ至レル後少カラサル歲月ヲ經過シ其ノ間主債務ハ則チ依然存續其ノ利息ノ如キハ漸ク遞加スルト共ニ一面擔保物ノ價額ハ著シク下落ニ赴キタリト云フ推移變遷ノ際ニ處シ何等カ債權者トシテ（縱令法律上ノ義務違反ニハ涉ラサルモ）保證人ニ對スル信義誠實ノ態度ニ缺クルトコロアル以上保證人ノ免責ノ事由モ亦其ノ間ニ伏在セスト云フ可カラス』

この判例に對して、近藤教授は、辨濟期到來後相當の期間に、債權者が擔保權を實行しなかつたがために、景氣の變動によつて擔保物の價額が下落したといふ事實は、『民法第五〇四條の文理由も亦その立法理由に徴するも、擔保の喪失、又は減少に該當するものではない、蓋し……保證人等、辨濟をなすにつき正當なる利害關係を有する者をして、代位辨濟による擔保權行使の機會を失はしめざることに、本條の立法理由が存する限り、假令債權者に懈怠ありとするも、擔保權を行使して、以て、損失を免かるの機會を失はしめざる限り、本條適用の餘地はない』と論じ、本件擔保物の價額下落による損失は、保證人が自ら代位辨濟をなして免れらべきものを免れなかつたのだから、むしろ保證人自ら甘受すべく、債權者に對して、保證人としてその責を免れらべきものと主張すべき筋合のものではないとして、判旨に反對されるのである（一）。柚木教授もまた、同様な理由で判旨に反對され、『判例がかかる態度を採れるは、一には保證人の憐むべ

き地位に同情するの餘りであり、他は債權者の態度が餘りに信義誠實に反せるかの如く見ゆるに對する反感からであらうが、期待の裏切られざる所に代位者の免責のあるべきの理なく、辨濟期後の債權者の懈怠の結果までも債權者の負擔に歸せしむるものではないのである』と結論されるのである（二）。なるほど、民法第五〇四條が、保證人その他辨濟をなすにつき正當の利害關係を有する者の代位辨濟による擔保權行使の機會を失はしめないことを趣旨としてゐることについては、近藤・柚木兩教授の主張されるが如くではあらう。しかしながら、このことは、それ自らの裡に代位權者の利益を保護するがために債權者に對して擔保保存の間接義務を認めたものと考へるのでなければ、無意義であるとせねばならぬのである。しかして、債權者が、この擔保保存の間接義務をば誠實に履行するがためには、擔保物の價額が將來下落することを豫知しうるやうな場合には、債權者は速やに自己の擔保權を實行するよりほかはないわけである。されば、その實行をなさずして荏苒歲月を徒過し、その間に擔保物の價額が著しく下落した場合には、債權者の懈怠によつて、對保證人關係において擔保を減少せしめたものとせねばならぬのである。これをしても、近藤教授の如く『假令債權者に懈怠ありとするも、その結果、保證人をして、債權者の有する擔保權を行使して、以て、損失を免かるるの機會を失はしめざる限り』、また柚木教授の如く

『擔保の價値が減少するも、何等自己の正當なる期待を裏切られたとは謂ひ得ないから』保證人は民法第五〇四條による保護を受けうる筋合ではないと主張することは、徒らに、事を形式的に構へ、『一ニ法條ノ死守ニ依リテ直チニ所斷』しようとするの誹を免れえないであらう。事は、信義則の立前から批判され、信義則による統制といふことが考へられねばならぬのである。されば、私は、本判例を評釋される穂積博士と共に(三)、本判例が、經濟界の變動による擔保物件の價額の變動そのものをもつて直ちに民法第五〇四條にいはゆる『擔保ノ喪失又ハ減少シタルトキ』となすべきではないとして、原審判決の立場について、『一應其解釋を是認しつつ、しかも一方には保證人保護の立法趣旨に顧み、他方債權の行使にも信義誠實の缺くべからざることを指摘して、前掲判旨の如き擴張解釋に到達したのであつて、正當にして興味ある判例である』とせねばならぬのである。

(一) 近藤英吉氏法學論叢第三〇卷(五號)『民事判例研究』八二三頁以下參照。

(二) 柚木馨氏『債權者の擔保喪失に因る代位辨濟者の免責』民商法雜誌第一卷一號九六頁以下參照。

(三) 穂積重遠氏「判例民事法・昭和八年度」所收一六八事件六二五頁參照。

四 更に、同じ趣旨において、事を論じてゐるものに、大判昭和十年十二月二十八日(民集一四

卷二八頁)がある。當座貸越契約に基く取引が事實上中止せられ、且つ抵當物の價額が年と共に減少するやうな場合に、貸主が抵當權を實行せずして、歲月を經過せしめ、その結果保證人において代位辨濟をなすも最早償還を受けることができなくなつたときは、該保證人は、民法第五〇四條によつてその責を免れうるや否やに關するものである。すなはち、甲銀行は大正十五年八月六日に訴外の乙と限度額六千圓の當座貸越契約を締結し、その擔保として乙所有の木造家屋に根抵當權を設定し、上告人丙は乙の右債務につき連帶保證をなした、しかしして、右當座貸越契約には取引期間の定がなく、甲銀行から五日前の豫告をもつて何時でも解約しうることになつてゐた、ところが、昭和二年以降右當座貸越契約に基く新たな取引は全然行はれてゐない、しかしして同年十二月五日當時の貸越元金は五千二百二十七圓五十三錢を下らなかつた、ところが、昭和六年五月五日右抵當物について、市役所の税金滞納處分によつて、公賣處分が行はれ、甲銀行はその配當として金六百七十七圓九錢を受けたに過ぎなかつたので、甲銀行は昭和七年一月二十七日に右當座貸越契約を解除し、甲銀行(被上告人は甲銀行の破産管財人となつて訴訟手續を繼受した)は保證人たる上告人に對し右金額および元本に對する昭和六年五月五日以降完済に至るまでの年六分の利息の支拂を請求した、これに對して、上告人は、昭和二年頃における抵當物の價額はその當時の債

務を完済するに充分であつたにも拘らず、甲銀行は擔保物の一部たる株式および電話加入權はこれを處分して置きながら本件抵當家屋については抵當權の實行を怠つたから、遂に右公賣處分による賣得金は利息をすらも完済せしめるに足らなかつたのであつて、それは全く、甲銀行の懈怠によつて擔保の減少を生じたのであるから、本訴請求には應じ難いと抗辯した、といふのである。これについて、原審は、——『本件當座貸越契約ハ昭和七年一月二十七日解除セラレタルモノニシテ昭和二年當時ハ未タ契約存續中ナリシヲ以テ此際擔保物ヲ處分セサリシハ寧ロ當然ノ措置ニシテ之ヲ爲ササリシコトニ付甲銀行ニ過失アリト謂フヲ得ス然リ而シテ經濟界ノ變動ハ常人得テ之ヲト知スルコト困難ナルトコロニシテ爾後財界不景氣ノ襲來ニ因リ擔保物ノ價格下落セリトスルモノハ民法第五百四條ノ適用アルコトナク保證人ノ責任ニ何等ノ消長ヲ來タスヘキニ非サルカ故ニ該抗辯ハ理由ナシ』として被上告人の本訴請求を認容したのであつた。そこで、上告人は上告して論じて曰く、——『經濟界ノ變動ニ伴ヒ擔保物ノ價額下落シタル場合ノ如キ其ノ事自體ハ民法第五百四條ニ該當セサルヤ洵ニ判示ノ如シト雖モ債權者ニ於テ抵當權ヲ實行シ得ヘキニ拘ラス之ヲ爲ササルコト永キニ亘リ其ノ間經濟界ノ變動ニ因リ抵當物ノ價額著シク下落シタル場合ニ債權者此ノ推移ニ處スルニ付保證人ニ對スル信義誠實ニ缺クルトコロアルトキハ保證人ハ其

ノ受クヘキ不利益ノ限度ニ於テ其ノ責ヲ免ルヘキモノナリ』といふのである。大審院は却つて明らかに民法第五〇四條の適用があるものとして、原審判決を破毀して、曰く、——

『本件當座貸越契約ハ前示ノ如ク五日前ノ豫告ヲ以テ解約シ得ルモノナルカ故ニ若シ擔保物ニシテ例ヘハ木造家屋ノ如ク年ト共ニ其ノ價額減少スルヲ普通トスル場合ニ於テハ右貸越契約ニ基ク新ナル取引カ事實上中止セラレタル後債權者カ解約乃至擔保權實行ノ舉ニ出テス貸越契約ヲ其ノ儘ニ在再歲月ヲ徒過スルカ如キハ民法第五百條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲スヘキ保證人ニ對スル信義誠實ノ原則ニ反スルモノト云フヘシ故ニ若シ本件擔保物件カ年ト共ニ其ノ價額ヲ減少スルヲ普通トスルモノニシテ新ナル取引ナキニ至リタル昭和二年頃ノ價額ハ原審認定ノ如ク債務ヲ完済スルニ足リシモ前記銀行カ解約乃至擔保權實行ノ舉ニ出テスシテ在再歲月ヲ經過シ其ノ間ニ擔保物ノ價額減少シテ昭和六年六月五日ノ公賣賣得金カ利息タモ完済スルニ足ラサリシモノトセンカ而シテ上告人カ前示ノ如キ保證人ナリトセンカ特別ノ事情ナキ限り上告人ハ民法第五百四條ノ規定ニ依リテ其ノ責ヲ免レタルモノト解スルヲ妥當トス』

經濟界の變動によつて擔保物の價額が減少した場合、それが民法第五〇四條にはゆる保證人の免責との間に如何なる關係をもつことになるかについての判例の變遷については、既に述べたところである(一)。本判決は、大判昭和八年九月二十九日(前出)に續いて、擔保物の價額の下落が民法第五〇四條にはゆる擔保の減少に該當し、従つて債權者が擔保權の實行をなさず、在再歲

月を徒過したがために、その間に擔保物の價額が著しく下落した場合には代位權者たるべき保證人が免責せらるべきことを明らかにし、最近における保證人の責任輕減に關する立法ならびに判例の一傾向を裏付けたのである。判旨もとより正當であつて、改めて論評するの必要を見ない。ただ、本判例における事案は、債權者の抵當權が既に實行しうべき時期に達してゐたといふ昭和八年度のものとは異つて、當座貸越契約が存續中であつて債權者の抵當權は未だ實行期に達してゐなかつたといふ差異があるわけであるから、兩者は全く同じ理由によつて妥當であるとすことをえないであらう。されば、本判例を批評される柚木教授が『上告人は此の具體的事情の差異を無視して前示昭和八年の判決理由をそのままに援用し、大審院もまた此の上告理由を鵜呑みにして保證人を免責せしめた。之は果して至當と謂ふべきであらうか。筆者は深き疑ひを持つ』とされることにもならうか。しかしながら、柚木教授はその根本的態度においては、前示昭和八年度の判例を批評されたのと同様に、債權者が抵當權を實行せず荏苒歲月を徒過せる間に抵當物の價額が著しく下落した場合の如きは民法第五〇四條にいはゆる『債權者カ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ減少シタ』場合に該當しないといふ見解に立つて、本判例の判決理由に反對されるものとせねばならぬのであるから、事案の相違は大した問題ではないことになるのである(二)。しかしながら、

私は、既に述べたやうに、柚木教授とはその根本的見解を異にするものであるから、ここでもまた、事情右の如くであるとすれば、右の甲銀行は代位權者に對する擔保保存の間接義務をば、誠實に履行する方法として、右當座貸越契約を解約し、その抵當權を實行すべきであると解するほかはない。されば、本判例を評釋される石田博士(三)ならびに東教授(四)と共に、本判例が、あくまでも信義誠實の原則を強調して、その要求をば、抵當權實行のための要件たる本件當座貸越契約に對する解除權行使の懈怠にまで、推し擴げてゐることは、たとへば身元保證法などの立法や最近の判例に窺はれる保證人の責任輕減に關する法律思想の動向に照して、まことに正當にして穩當な態度であるとせねばなぬのである。これをしも、柚木教授の如く、『債權者の自由を抑ふることのみを意圖する見解』であると評するのは、評する者の自由であるとするほかはない。

(一) 第三章第三節二(九二頁以下)および三(九四頁以下)参照。

(二) 柚木義氏民商法雜誌第三卷六號『最新判例批評』二一九頁以下参照。

(三) 石田文次郎氏法學論叢第三卷(一號)『判例研究』一五二頁以下参照。

(四) 東季彦氏「判例民事法・昭和十年度」所收一四七事件五七七頁以下参照。

第四節 債權者代位權における信義誠實

一 債權者代位權は、一名、間接訴權とも言はれる。しかしながら、この権利は實體法上の權利であつて訴訟法上の權利ではないから、間接訴權といふのは適當ではない。債權者代位權は債務者が自らその権利を行使せずして財産を減少せしめ、それがためにその資力に不足を生ぜしめる虞ある場合に、債權者が『自己ノ債權ヲ保全スル爲其債務者ニ屬スル權利』をば『自己ノ名ニ於テ之ヲ行フヘキ』權利である——大判大正一一・八・三〇（民集一卷五〇七頁）従つて、この権利は、自己の名義において行使すべき權利たる點において代理權とは異り、そしてまた、自己の行爲によつて一種の法律上の効果を發生せしめることをうる點において廣義の形成權に屬し、一方的意思表示のみによつて法律上の効果を形成するものではない點において狹義の形成權とは異つてゐる。しかもこの権利は債權と不可分離な關係において存在するものであつて債權と離れて別個獨立に存在するものではないから、債權が消滅すれば債權者代位權もまた消滅するものである。

債權者代位權は債權者をして自己の債權を保全せしめるために許與された權利であるから、代位權を行使しうる者は債權者たることを要するのは言ふまでもない。しかれば、如何なる債權者

が代位權を行使しうるか。債權者代位權に關する我が民法第四二三條は、フランス民法第一一六六條に由來するものとされ、フランス民法における共同擔保保全の目的に出づるものであることが、理論上は次條の債權者取消權と共に、説明されるのである。たとへば、鳩山博士は、『蓋シ債權ハ畢竟債務者ノ財産ヨリ満足ヲ受クルコトヲ其主要ナル目的トスルモノナレハ、債務者ノ財産カ特に擔保權ノ設定ニヨリテ特定ノ債權ノ擔保トナレルニ非ルトキハ、總債權者ノ共同ノ擔保タルノ用ヲ爲スモノナルニヨリ法律ハ債權者ニ此共同擔保ヲ維持スル權利ヲ與ヘタルナリ』（一）として、兩者を統一的に説明されるのである。しかしながら、實際上は、この共同擔保保全の趣旨は債權者取消權にのみ貫かれ、債權者代位權はその適用範圍を廣められ、共同擔保の保全すなはち債務者の資力不十分といふことが要件とされないといふのが、學說における多數説であり（二）、判例としては、大判明治三十九年十一月二十一日（民錄一二輯一五三七頁）が理論通り、『債權者ハ債務者ノ辨濟資力不充分ナル場合ニ非サレハ代位訴權ヲ行フコトヲ得ス』と限定したほかは、大判明治四十三年七月六日（民錄一六輯五三七頁）が——『民法第四百二十三條ノ適用ヲ受クヘキ債權ハ債務者ノ權利行使ニ依リテ保全セラルヘキ性質ヲ有スレハ足ルモノニシテ債務者ノ資力ノ有無ニ關係ヲ有スルト否トハ必スシモ之ヲ問フヲ要セス』とし、大判大正九年十一月十一日（民錄

二六輯一七〇一頁)もまた同趣旨である。昭和期に這入つてからは、先づ、昭和四年十二月十六日(民集八卷九四四頁)が、土地の賃借人は、第三者がその土地を不法に占據し、使用収益を妨げたときは、自己の賃借權を保全するために、賃貸人が自らの所有地についての不法占據者に對して有する土地妨害排除請求權・土地明渡請求權をば、代位行使しうるものとして、次ぎの如く判示してゐるのが目につく、曰く、――

『債權者カ自己ノ債權ヲ保全スル爲債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得ルハ民法第四百二十三條ノ規定スル所ナリ同條ハ債務者カ自己ノ有スル權利ヲ行使セサル爲債權者ヲシテ其ノ債務者ニ對スル債權ノ十分ナル満足ヲ得サラシメタル場合ニ於ケル救済方法ヲ定メタルモノニシテ債權者ノ行フヘキ債務者ノ權利ニ付其ノ一身ニ專屬スルモノノ外ハ何等ノ制限ヲ設ケス又債務者ノ無資力タルコトヲ必要トセサルヲ以テ同條ニ所謂債權ハ必スシモ金錢上ノ債權タルコトヲ要セス又所謂債務者ノ權利ハ一般債權者ノ共同擔保トナルヘキモノタルニ限ラス或債權者ノ特定債權ヲ保全スル必要アル場合ニ於テモ同條ノ適用アルモノト解スルヲ相當トス』
——大判昭和七・七・七・(民集一卷一四九八頁)もまた、この點については、全く同趣旨である。

惟ふに、この判例を評釋されるに當つて、戒能教授が正當に述べられてゐる如く(三)、判例が債務者の無資力を要件としないことによつて、不動産登記法上のいはゆる中間省略登記や賃借權に基く妨害排除請求權についての不便を救済して來たことは經過的なものとして、一應諒解する

ことができよう。しかしながら、他面において、判例近來の態度として、いはゆる中間省略登記について取引の實際的要求に應じてゐること——たとへば大判大正五・九・一二・(民集二二輯一七〇二頁)、大判大正八・五・一六・(民集二五輯七七六頁)、大判大正一〇・四・一二・(民集二七輯七〇三頁)、大判大正一一・三・二五・(民集一卷一三〇頁)、大判大正一五・七・二七・(法律新聞二七四號九頁)——ならびに賃借權についても賃借權に基く妨害排除請求權を認めるに至つたこと——たとへば、大判大正一〇・一〇・一五・(民集二七輯一七八八頁)、大判大正一一・五・四・(民集一卷二三三五頁)、大判大正一二・四・一四・(民集二卷二三七頁)、大判昭和五・九・一七・(法律評論一九卷民一二八〇頁)——などを思ひ併せると、特定債權者の保護・救済といふ實際上の要求は、債權者代位權の行使といふやうな迂遠な方法による必要をば、現實的に、失ひつつあるものと言ふべきか。されば、債務者に辨濟資力あるにも拘らず債權者代位權を行使しうるものとせば、本判例を批評される中島玉吉博士が主張されるやうに(四)債權者代位權制度といふものが『何等正當の理由なく他人の權利に干涉する此の上も無い惡制度となつて仕舞ふであらう』かどうかは別としても、いま、債權者代位權は、その本來の地位を取り戻し、代位權行使のためには、あくまでも、共同擔保の保全・従つて債務者の資力不十分なることを要件とせねばならぬことになるのである。

- (一) 鳩山氏前掲「債權法總論」一八四頁。
- (二) たとへば、鳩山氏前掲「債權法總論」一八七頁、磯谷氏前掲「債權法總論」二九六頁、勝本正晃氏著「債權法總論概説」(昭和九年)三一頁、勝本正晃氏著「債權總論・中卷(5)」(昭和十一年)二〇三頁以下、遊佐慶夫氏著「民法原理」(昭和四年)五二三頁、石田文次郎氏著「債權總論講義」(昭和十二年)一九一頁など参照。
- (三) 戒能通孝氏「判例民事法・昭和四年度」所收九一事件三八六頁以下参照。
- (四) 中島玉吉氏法學論叢第二三卷(六號)「民事判例批評」九二五頁以下参照。

二 ともあれ、我々がここで考へてみたいのは、判例從來の態度には賛意を表し難いものがあるとしても、判例從來の理論が、次ぎのやうな場合にもまた適用されうるや否やはまことに興味ある問題であると言はねばならぬのである。すなはち甲(上告人)は訴外の乙の所有にかかる土地を賃借し、該地上に家屋を所有してゐた、その後甲は該家屋をば自己に對する債權者丙のために抵當權を設定したが、遂ひに競賣に附せられるの止むなきに至つた、しかして丁(被上告人)は、該家屋を競落して所有權を取得した、ところが甲は、該土地についての賃貸借關係は依然として自己と土地所有者乙との間に存続するのであるから、乙に對する賃借人として、従つて債權者として、乙が丁に對して有する土地不法占有を理由とする家屋取拂土地明渡請求權を代位行使することをうるや否やである。右の如き事案について、大判昭和十二年三月十三日(大審院判決全

集四輯(七號)三三五頁)は曰く、――

『原判示ノ如ク本件土地ノ賃借人タル上告人カ該地上ノ自己所有家屋ニ抵當權ヲ設定シ該抵當權ニ基ク競賣ノ結果該家屋ノ所有權カ競落人タル被上告人ニ移轉シタルモノナル以上假令同人カ右土地ノ所有者(賃借人)ニ對抗シ得ヘキ賃借權ヲ取得セサル場合ト雖上告人カ名ヲ民法第四百二十三條ニ依ル地位ニ藉リ被上告人ニ對シテ土地ノ明渡ヲ請求スルカ如キハ信義ノ原則ニ反スルノミナラス原審認定ノ如ク被上告人ハ右競落後敷地所有者タル星井孫市ヨリ該敷地ヲ賃借セルモノナル以上右星井ハ被上告人ニ對シ本件敷地ノ明渡請求權ヲ有セサルコト言フ俟タサルヲ以テ同條ノ適用ノ餘地ナク從テ同條ニ依ル上告人ノ本訴請求ハ到底排斥ヲ免レサルカ故ニ結局之ト同趣旨ニ出テタル原判決ニハ破毀ノ理由ト爲スニ足ルヘキ違法アルモノト云フヲ得ス論旨執レモ採用シ難シ』

この判決は、舊家屋所有者と土地所有者との間に残存する賃借權關係の特異性に着眼し、そこに信義誠實の原則を適用して、『競賣ノ結果該家屋ノ所有權カ競落人タル被上告人ニ移轉シタルモノナル以上假令同人カ右土地ノ所有者(賃借人)ニ對抗シ得ヘキ賃借權ヲ取得セサル場合ト雖上告人カ名ヲ民法第四百二十三條ニ依ル地位ニ藉リ被上告人ニ對シ右土地ノ明渡ヲ請求スルカ如キハ信義ノ原則ニ反ス』と判示してゐるのであるが、從來の判例理論との關聯において、まことに意義深いものがある。私がかつて、この判例を研究した際に述べたやうに(一)、まことに、土地

所有者による家屋取拂土地明渡の請求を認めることさへもが、建物保護法や借地法などとの關聯において考慮さるべき解釋論上の乃至は立法論上の幾多の問題を残してゐるにも拘らず、本件におけるが如き舊家屋所有者たる土地賃借人に、土地所有者が有するものと考へられる物權的請求權について、民法第四二三條による債權者代位權を認めるが如きことは、到底首肯しえないところである。判旨は、まことに、興味深いものがあるとせねばならぬのである。

(一) 拙稿同志社論叢第五十六號『民事法判例研究』一八八以下參照。

第四章 同時履行の抗辯における信義誠實

第一節 序 説

一 雙務契約に基く債務は、それ自體としては、各々獨立の存在性を有してゐるものであるから各債權者は無條件的にその債權を行使しうるわけであるが、自己の債務を履行することなくして、相手方に對してのみ債務の履行を請求することは衡平の觀念に反する。そこで、我が民法第五三三條は、當事者雙方の利益の衡平を維持するがために、いはゆる同時履行の抗辯を認めたものと考へられるのである。判例は、早くから、民法第五三三條が當事者雙方の利益を公平に保護しようとする趣旨に依存してゐることをば、明らかにしてゐるのである。すなはち、大判明治四十年六月十七日（民錄一四輯七三三頁）は、論じて曰く、——『法律カ民法第五百三十三條ニ於テ雙務契約ノ當事者ノ一方ニ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ル權利ヲ與ヘタルハ雙務契約ノ當事者ノ相手方ハ自己ノ債務ヲ履行スルコトナクシテ其一方ニ對

シテノミ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルトスルハ不公平ナルカ故ニ當事者雙方ノ利益ヲ公平ニ保護センカ爲メニ外ナラサルナリ』と。従つて、ここでもまた、信義誠實の原則が深く顧みられねばならぬのである。されば、相手方に極めて僅少部分または附隨的債務の不履行あるを理由として、同時履行の抗辯を主張し反對債務の履行を拒むが如きは、民法第五三三條の趣旨に反するものとせねばならぬ。こうした立前から事を論じて、民法第五三三條の立法の精神をば信義則に求め、これを揚言せるものに、東京地判昭和二年三月二十二日（法律評論一六卷民三三八頁）がある。すなはち曰く、――

『雙務契約ニ於テ同時履行ノ抗辯ヲ有スルモノハ自己ノ債務ニ付遲滯ニ陥ラサルモノト解スルヲ相當トスルモ同時履行ノ抗辯權ヲ認メタル法律ノ趣旨ハ信義ノ原則ニ基キ當事者雙方ノ利益ヲ公平ニ保護スルニ在ルヲ以テ相手方ニ於テ其ノ債務ノ大部分若ハ主タル部分ノ履行ヲ爲シタル場合ニ極メテ僅少部分若ハ附隨ノ債務不履行アリタルヲ理由トシテ相手方ニ對シ反對債務ノ履行ヲ拒ムカ如キハ叙上法律ノ趣旨ニ背クモノナレハ斯クノ如キ場合ニハ同時履行ノ抗辯權ナキモノト解スルヲ相當トス』

二 一部履行の提供または不完全履行の提供は同時履行の抗辯權と如何なる關係に立つか。雙務契約において當事者の一方が債務の一部を履行した場合に相手方もそれに應じた部分の債務を

履行せねばならぬかどうか。甲（被上告人）は乙（上告人）に對して大正九年四月二日に電報で大豆粕千八百五十枚を一枚四圓六十錢の割合で引渡場所は水澤驛、引渡期限は同年五月限りと定めて、賣買契約の申込をなし、乙はこれを承諾した、更に同年四月十日被上告人は前回と同様に電報で大豆粕千八百五十枚を一枚四圓二十八錢の割で引渡場所を水澤驛、引渡期限五月限りと定めて賣買契約の申込をなし、乙はこれを承諾した、ところで、甲は前後兩回ともそれぞれ金三百圓を内金として乙にこれを送附し、乙またこれを受領したが、期限が來ても契約の大豆粕を送付しないので、甲は同年八月三日乙に對し内容證明郵便をもつて八月十日限り内金合計六百圓に充つるまで大豆粕を送附すべき旨を催告したが、乙はこれを送附しなかつた、そこで甲は更に大正十年一月三十日内容證明郵便をもつて大豆粕三千七百枚を同年二月十五日までに引渡すべく、もし引渡をなさなければ契約を解除する旨を催告したが、乙は何等債務を履行しなかつたので、契約は解除せられ、甲は乙に對して右内金合計六百圓の返還ならびにその遲滯損害金の支拂を求めた。乙はこれに抗辯して、本件契約は雙務契約であるから、甲が代金を提供するのでなければ乙は大豆粕の引渡義務がない、乙は第一回の契約については内金五百圓を、第二回の契約については内金千圓の送附を要求したが、甲は各々三百圓を送附したに過ぎないから、乙には大豆粕引渡につ

き遅滞の責がない、従つて本件契約解除は無効であると争つた。原審は乙の抗辯を採用して甲を敗かした。甲は、代金債務の一部履行をなしたのだから、乙は賣買の目的物の一部分の引渡はこれを拒みえないとして、上告したが、大審院は上告を棄却した。大判大正十二年五月二十八日（民集二卷一三頁）がこれである。曰く、——『債務ノ履行及ヒ其ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ツテ爲サルヘカラス從ツテ雙務契約ニ於テ債務ノ一部ノ履行ハ相手方ノ負擔スル債務ニ付同時履行ノ抗辯ヲ喪失セシムルコトナキヲ以テ其ノ抗辯ヲ認メタル原判決ハ正當ナリ』と。もし特約ある場合には特約に従ふべきは勿論であるが、特約なきときは判旨の如く解すべきであつて、一般に債務の一部履行は相手方の負擔する債務につき同時履行の抗辯権を消滅せしめるものでない。判旨もより正當である。本判決を評釋される藤田教授もまた判旨を支持されてゐる（一）。同じ理由をもつて、『相手方カ債務履行ノ提供ヲ爲シタルモ提供シタル辨濟ノ目的物カ契約上ノ數ニ不足ナル場合ノ如キハ提供ノ效ナキヲ以テ』——大判大正六・三・七（民集二三輯三四三頁）——また、『相手方カ全然履行セサル場合ノミナラス不完全ナル履行ヲナシタル場合ニモ亦』——長崎控判明治三九・九・二九（法律新聞三八八號七頁）——同時履行の抗辯権に消長を來さないものとせねばならぬのである。

（一）藤田東三氏「判例民事法・大正十二年度」所收七七事件三一、二頁以下参照。

それでは、一部履行の提供または不完全履行の提供は、常に、同時履行の抗辯権に消長を齎らさないものと見るべきか。大判大正七年八月十四日（民集二四輯一六五〇頁）は、不動産の所有權を移轉すべき債務において、賣主が既に移轉登記を終つた場合には、『買主ハ其所有權取得ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘク其ノ引渡ヲ受クル以前ニ在リテモ之ヲ處分スルコトヲ得ヘキヲ以テ例ヘハ賣買ノ目的物タル土地ノ境界カ判然セサル等ノ如キ特別ノ事情アルトキ又ハ特約アルトキ』の如き場合でなければ『賣買登記ヲ爲スト同時ニ買主ハ代金ノ支拂ヲ爲スヘキモノニシテ賣主カ目的物ヲ引渡ササルコトヲ理由トシテ代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得サル』ものと言はねばならぬと判示してゐる。もしかある場合、賣主の債務の履行は不完全であるとの理由でもつて、買主の代金支拂につき、なほ同時履行の抗辯を認めるとするならば、それは信義誠實の原則に反するとの誹を免れえないであらう。

次に、商人間の賣買において當該賣買の賣主が既に債務の履行を完了したるや否や、従つて、買主は賣主の債務の履行（ワイヤード五十英噸の引渡）なきことを理由として同時履行の抗辯権をもつて代金の支拂を拒絶しうるや否やが問題とされ、賣主の債務の履行は、結局『取引上ノ

慣例』によるべしとなす判例がある。すなはち、大判大正十一年十一月二十四日（民集一卷七三三頁）がこれである。判示して曰く、――

『多數證人ノ證言ト書證トニ依據シテ阪神地方ニ於ケル普通商人間ニ於テハ賣主ヨリ買主ニ荷渡指圖書ヲ交付シ看貫ヲ爲シタルトキハ引渡ヲ完了シタルモノト看做ス取引上ノ慣例アルヲ以テ本件當事者ニ於テモ此ノ慣例ニ從ヒ乙第一號證ノ一、二ナル荷渡指圖書ノ授受ト共ニ契約品ノ看貫ヲ爲シタル事實アルカ故ニ其ノ契約品ノ引渡ヲ完了シタルモノト看做スヘキモノト認メ』しかしてかかる慣習は『公ノ秩序ニ關スル規定ニ背反セル慣習ト謂フコトヲ得サルヲ以テ右慣習ハ法律上當然之ヲ無効トシテ排斥セサルヘカラサル理由アルコトナシ』

この判例を評釋される末弘博士は、――『買主の同時履行の抗辯を却けるが爲めには、賣主の側に於て其債務の履行に必要な一切の行爲を完了しさへすればいい。而して其行爲の何たるかは主として當該債務の内容、契約の主旨等を參酌して之を定むべきであるが、同時に又取引上の慣例をも參考とすべきこと勿論である。本判決は即ち其主旨を言ひ現はしたものであつて、素より正當なりと言はねばならぬ』とされるのである（一）。私もまた、もとより異存はないが、判例が『取引上ノ慣例』といふことをば本件判決における事案解決の鍵として、賣主の債務の履行、すなはち物品の引渡の完了を認め、従つて買主側における代金支拂についての同時履行の抗辯權

の不存在を判示してゐるの根據は、やはり、履行の意義乃至は價值といふものは信義則によつて決定されるの外はないといふ點に、存するものとせねばならぬのである。

（一）末弘殿太郎氏「判例民法・大正十一年度」所收一〇九事件四五九頁以下、參照。

三 當事者の一方が債務の本旨に從つた履行の提供をなしたにも拘らず、相手方がこれを受領することを拒みまたはこれを受領しえなかつたがために、債權者遲滯・受領遲滯に陥つた當事者は、その後自己の債務の履行を請求せられるに當り、同時履行の抗辯權を有するか。これを有せずとなす學説があるが（二）、判例は早くからこれを積極に解してゐる。すなはち大判明治四十四年十二月十一日（民錄一七輯七七二頁）は曰く、――

『同時履行ノ抗辯ハ當事者ノ一方カ曾テ一タヒ履行ノ提供ヲ爲シタルコトアルモ其提供ニシテ繼續セサル以上ハ相手方ニ於テ主張スルコトヲ得ルモノトス蓋シ民法第四百十三條及ヒ第四百九十三條ニ依レハ雙務契約ニ於テ當事者ノ一方カ履行ノ提供ヲ爲シ相手方之ヲ受領セサルトキハ相手方ハ之ニ因リ遲滯ノ責ニ任シ提供者ハ不履行ノ責ヲ免カルルモノナリト雖モ是レ皆提供者ノ債務ニ關シ生スル效果ニシテ相手方ノ債務ハ之レカ爲メ何等ノ影響ヲ受クルモノニ非ス相手方カ有スル同時履行ノ抗辯ハ其債務ノ履行ニ付キ與ヘラレタル一ノ擔保ニシテ其ノ履行ヲ求メラルルニ當リ常ニ提出スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ他ノ一方ノ提供カ繼續スル場合ハ格別然ラサルトキハ之ニ依リ其履行ヲ拒ムコトヲ得ルモノト爲ササルヘカラス然ラサレハ他ノ一方

カ一タヒ履行ノ提供ヲ爲シタル後無資力ノ状態ニ陥ルコトアルモ相手方ハ必ラス其債務ノ履行ヲ爲ササルヘカラスシテ甚シキ不公平ノ結果ヲ觀ルニ至ルヘシ』

判例の見解をもつて正當であると信じてゐる。蓋し受領遲滞といふものは當然に債務の消滅を齎らすものではなく、債務者をして履行の提供を繰り返へさすとしてもそのこと自體によつて不利益を課するわけでもなく、ましてや受領遲滞に陥つたといふ一事によつて、債権者を不利益な地位に、債務者を有利な地位に、置く結果となるやうな事態を生ぜしめることは、當事者間における利益の衡平關係を破壊し、同時履行の抗辯權を認めたる民法の精神に反することとなるからである(11)。

(一) たとへば鳩山氏前掲「民法研究」第三卷四三頁以下、鳩山氏前掲「債權法總論」一一〇頁、勝本氏前掲「債權法總論概説」三九頁、末弘嚴太郎氏著「債權各論」(大正十年)一四四頁など。

(二) 拙著「判例を中心としたる債權法各論」(昭和十年)五一頁以下参照。

四 雙務契約の當事者の一方が債務の履行をなさざるの意思明確なる場合に、その當事者は、その相手方が何等の提供をもなさないことを理由として、同時履行の抗辯權を行使しうるか。甲(被上告人)は乙(上告人)から燒酎を買入れる契約をなし、乙はその一部を引渡したが、殘額四十

二石は、到底、期日までに受渡の見込がないから受渡を中止されたいとの旨を甲に申し入れた、ところが甲はこれを肯んぜず、なほもしばしば催告を重ねたが受渡なく、遂ひに已むをえず契約を解除して先に入れた内金の殘額と損害賠償を請求した、といふ事件がある。原審は甲の主張を認めたので、乙は上告して、たとへ受渡を拒絶しても債務そのものは消滅しないから、甲はなほ代金を提供するのでなければ解除をなしえない、と主張したのである。大判大正十年十一月九日(民錄二七輯一九〇七頁)は上告理由を認めず、判示して曰く、――

『雙務契約當事者ノ一方ナル乙カ其債務ヲ履行セサルノ意思明確ナル場合ニ於テハ縱令其相手方タル甲ニ於テ自己ノ債務ノ履行ヲ提供スルモ乙ノ債務履行ヲ期待スルコト能ハサルハ明カナルニヨリ斯ノ如キ場合ニ甲ニ其債務ノ履行ノ提供ヲ強ユルハ全ク條理ニ反シ何等ノ實益ヲモ有スルモノニアラサルカ故ニ甲ニ於テ自己ノ債務履行ニ付キ現實ノ提供ハ勿論所謂言語ノ提供ヲモ爲ササルモ乙ハ自己ノ債務ノ不履行ニ付キ同時履行ノ抗辯ヲ行使シテ不履行ノ責任ヲ免ルコトヲ得サルハ當院判例ノ示ス所ナリ』

判旨は、當事者の一方が債務を履行せざるの意思明確なる場合に、相手方になほ履行の提供を強ひるのは、『全ク條理ニ反シ何等ノ實益ヲモ有スルモノニ非サルカ故ニ』と説明し、その相手方が何等の提供をもなさないことを理由としては、同時履行の抗辯權は、これを行使しえないと

したのであつて、もとより正當であるとせねばならぬ。この判例に賛意を表せられる我妻教授は(二)、『その「履行スルコト能ハス」または「履行セサル意思明確」なる場合とは如何なる範圍までを包含せしむべきか』といふ實際上の重要な問題について、『本件は債務者がかくの如く前履行を拒絶した場合には——五三三條と四九三條の關係上言語上の提供が必要となるのではなく、全然同時履行の抗辯権を失ふ旨を明にしたもので極めて重要な判決と云ふべきである』と、正當に、評釋されるのである。まことに、本判決は雙務契約上の法律關係をば極めて圓滑に處理する重要な原則を明らかにしたものであつて、それは、その精神において、信義誠實の原則に基いて同時履行の抗辯権を制限したものと云はねばならぬのである。この判例に先立つ同趣旨のものとしては、大判大正三・一二・一。(民錄二〇輯九九頁)、大判大正六・一一・八。(民錄二三輯一七五三頁)、大判大正九・一一・一一。(民錄二六輯一八二〇頁)があり、それ等に續く多數の下級審の判例があるが、大審院判例とされるその後のものに、大判昭和二年一月二十一日。(法律新聞二六六八號一四頁)がある、論じて曰く、——

『雙務契約當事者ノ一方ナル乙カ其ノ債務ヲ履行セサルノ意思明確ナル場合ニ於テハ縱令其ノ相手方タル甲ニ於テ自己ノ債務ノ履行ヲ提供スルモ乙ノ債務履行ヲ期待スルコト能ハサルハ明ナルニヨリスノ如キ場合ニ

甲ニ其ノ債務ノ履行ヲ強ユルハ何等ノ實益ナキヲ以テ甲ニ於テ自己ノ債務履行ニ付現實ノ提供ハ勿論所謂言語上ノ提供ヲモ爲ササルモ乙ハ自己ノ債務ニ付同時履行ノ抗辯ヲ行使シテ不履行ノ責ヲ免ルコトヲ得サルモノナルコトハ當院從來ノ判例ノ示ス所ニシテ(大正十年(オ)第六百九十二號大正十年十一月九日第三民事部判決參照)右判例ハ今之ヲ變更スルノ必要ヲ見ス然ラハ原判決カ本件賣買契約ニ付被上告人カ上告人ニ對シ大正十二年十月十二日附書面(翌日到達)ニテ同月十六日午後三時迄代金引換ニ引渡ヲ爲スヘキ旨催告シ之ニ對シ上告人ハ同月十五日附書面ヲ以テ賣買契約ヲ否認スル旨ヲ被上告人ニ通知シ本件賣買契約ヲ履行セサルノ意思明確ナリシ事實ヲ確定シ從テ被上告人ヨリ代金ノ提供ナカリシトスルモ上告人ハ同月十六日午後三時以後履行遲滞ノ責アルモノト爲シ其ノ後被上告人カ同日午後五時上告人ニ對シ内容證明郵便(翌日到達ト認ム)ヲ以テ同月二十日正午迄ノ期間内ニ履行ヲ爲スヘキ旨ノ催告並期間内ニ履行ナキトキハ契約ヲ解除スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲シタルモ其ノ期間内ニ履行ナカリシ事ナキ事實ニ依リ本件賣買契約ハ同月二十日解除セラレタルモノト判定シタルハ相當ナリ』

(一) 我妻榮氏「判例民法・大正十年度」所收一五九事件五四五頁參照。

第二節 雙務契約における同時履行の抗辯と信義誠實

一 雙務契約において同時履行の抗辯が認められてゐるのは、相互に對立する給付の對價性に

著眼して、當事者雙方の利益の衡平を確保するがためであることは疑ひの餘地がない。判例が早くから、この趣旨を明らかにしてあることについては、既に述べたところである(一)。ただ、如何なる形態において、この衡平が確保せられようとしてゐるかについては、雙務契約が履行上牽連性を有するや否や、また牽連性を有するとすればその牽連性の程度如何などに關して、從來、色々な見方の存するところである。その一は、いはゆる獨立性説と稱せられる見方であつて、雙務契約から生じた各債務は、その成立に當つては牽連關係に立つものではあるが、成立後においては各々獨立性を有し、各當事者は單純に相手方の履行を請求しうるから、民法は公平の見地から特に第五三三條の抗辯權を認めたとするるのである。この見方は我が民法の解釋上到底採用し難いものであつて、今日、この見解に立つ學者は殆んど見當らない。その二は、いはゆる牽連性説であつて、雙務契約に基く各々の債務は、その成立に際しては勿論、その履行についても牽連關係に立つといふ立前から事を論じるものであつて、牽連關係の程度に關して、更に二つの見方に分れてゐる。一つは、性質上の牽連性説・當然牽連性説と言はれるものであつて、二個の債務は性質上當然に牽連關係に立つものであつて、各當事者は自己の債務を履行したかあるは少くとも履行の提供をなしたかでなければ相手方の履行を請求しえないとなすものである。ス

イス債務法(八二條)はこの説を基礎とするものの如くである(一)。他は、履行上の牽連性と稱せられるものであつて、各々の債務は、性質上獨立性を有してはゐるが、その履行上相互に牽連關係に立つ、従つて、各當事者は單純に履行の請求をなしうるが、その請求を受けた相手方は反對給付の履行または履行の提供なきことを理由として自己の給付を拒みうるとなす見解である。ドイツ民法(三二〇條)はこの説に従つてゐる。我が民法第五三三條は、『履行ヲ拒ムコトヲ得』となすのであるから、解釋上、履行上の牽連關係にあるものと解するほかはない(二)。されば、『同時履行ノ原則ハ契約當事者ノ一方カ債務ノ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ相手方ニ自己ノ債務履行ヲ拒絶シ得ヘキ權利ヲ附與シタルニ過キスシテ當事者雙方ノ義務カ同時ニ履行セラレタリトノ推定ヲ生セシムルニ非ス』——大判明治三七・一・一九・(民錄一〇輯二四頁)——また、『民法第五百三十三條ニ依レハ雙務契約ノ當事者ノ一方ハ相手方ノ其債務カ辨濟期ニ在ル時ニ限り相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スル迄ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ミ得ル權利ヲ有スルニ止マリ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供セサル場合ニハ當然自己ニ債務履行ノ責任ナキコトヲ規定シタルモノニ非ス』——横濱地判明治四四・(わ)三七七號・月日不詳・(法律新聞八三三號一九頁)——とせねばならぬのである。

(一) 我が民法の解釋について、この見解を採るものに、岡村判事がある。岡村玄治氏著「債權法各論」(昭和四年)

(二) 我が國における通説である。拙著前掲債權法各論四四頁以下参照。

二 我々は、事を、賃貸借について考へてみよう。賃貸借は雙務契約であるから、賃貸借當事者雙方の債務は互ひに履行上の牽連關係に立つ。賃貸人は賃借人が賃借物を使用・収益しうる状態を作る義務を負ひ、これに對しては賃借人の賃金すなはち借賃支拂義務が對價的關係において、履行上の牽連關係に立つことについては疑ひの餘地がない。しかれば、いはゆる賃貸人の修繕義務はどうか。一般的には、修繕義務の不履行に對しては、借賃支拂義務について、同時履行の抗辯權を生ぜしめるものとせねばならぬ。蓋し、修繕義務は、賃貸人が賃借人をして賃貸借の目的物を利用せしめるがために努力すべき積極的内容をもつものであつて、賃借物を使用・収益せしめる義務と不可分離な關係に立つ義務であるからである。しかれば、賃借人をして賃借物を利用せしむべく賃貸人が協力すべき積極的義務の範圍は如何やうに解さるべきであらうか。賃借人が物の用方に従つて使用・収益をなすことに甚だしき障害とならざる程度に協力すべき義務といふことが考へられねばならぬのである。だから、賃貸人の側における修繕義務の不履行は常に必らずしも賃借人における借賃支拂義務の不履行に違法性阻却の事由を與へるものとは解しえな

い。同時履行の關係に立つべきこの二つの義務は信義則の立前から價值判斷されねばならぬものである。我々は、近時、こうした立前において事を論じる二つの判例に、相次いで接することになつたのである。

大判昭和十三年六月二十九日（大審院判決全集第五輯一四號二〇頁）は、家屋の賃貸借における賃貸人の修繕義務の不履行が、賃借人における目的物の利用に甚しき障害を與へない程度のものである場合について、信義則の立前から事を論じてゐるのであつて、注目されねばならぬのである。すなはち曰く、――

「家屋ノ賃貸借ニ於テ賃貸人カ其ノ義務ニ屬スル雨漏疊破損等ノ修繕義務ヲ怠リタルトキハ賃借人ヲシテ完全ニ其ノ家屋ノ使用収益ヲ爲スコトヲ得サラシムルモノナルヲ以テ賃貸人トシテノ義務ヲ不完全ニ履行スルニ過キスシテ債務不履行タルヲ免レスト雖右修繕義務不履行ノ爲家屋ノ使用収益ニ著シキ障害ヲ與ヘサルニ於テハ取引上ノ信義ノ觀念ニ鑑ミ賃借人ニ於テ同時履行ノ抗辯ヲ援用シテ家賃全額ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得サルモノト解スルヲ相當トス本件家屋ノ賃貸借ニ於テ賃貸人タル被上告人カ賃貸家屋ノ修繕義務ヲ怠リタル爲ニ賃借人タル上告人カ該家屋ノ使用収益ヲ著シク妨ケラレタルモノニアラサルコト原審ノ認定ニ依リ明カナルヲ以テ上告人ノ家賃支拂義務不履行ヲ原因トスル本件賃貸借ノ解除ヲ以テ有効トナシタル原審判定ハ正當ナリト謂ハサルヘカラス」

大判昭和十四年十月十一日（大審院判決全集第六輯三〇號一八頁）もまた同様の立前において事を論じてゐる。すなはち、賃借家屋の敷地の排水不良にして二階の戸障子の隙間および便所に通じる廊下に雨の降込ある程度といふ賃借家屋における些少の不備を理由として、賃料の支拂を拒絶するや否やについて、原審判決を支持し、判示して曰く、――

『原判決ハ賃借家屋ハ其ノ敷地ノ排水不良ニシテ二階ノ戸障子ノ隙間及便所ニ通スル廊下ニ雨ノ降込アルモ其程度ハ家屋ノ使用収益ヲ不能ナラシムモノニ非サル事實及上告人カ使用収益ヲ繼續シナカラ右ノ事情ヲ口實トシテ賃料支拂ヲ拒否シタル事實ヲ認定シ賃借家屋ノ右ノ程度ノ不備ヲ理由トシテ賃料金額ノ支拂ヲ拒否スルカ如キハ信義誠實ノ原則ヨリ觀テ不當ナル旨判示シタルモノニシテ此ノ判示ハ正當ナリト謂フヘク論旨ハ凡テ理由ナシ』

第三節 債務の交換的履行と信義誠實

一 同時履行の抗辯権は、本来、雙務契約上の債務の履行の牽連關係から生じるものであるから、當事者雙方の債務が一個の雙務契約に基いて發生したことを要するわけである。しかし、かかる抗辯権の認められる根本的理由は、當事者の一方が自らの義務を盡さずして相手方の義務

の履行を強要するのは信義に反し徒らに紛争を多くすることになるから、その相手方をして義務の履行を拒みうる権利を與へ、當事者間における利益の衡平を確保しようとするにあるもの如くである。問題となるのは、民法におけるこの法理をば、一個の雙務契約に基かない當事者雙方の債務といへども、いやくもその履行が交換的に行はるべき性質を有するものと考へうる場合にも擴張して、これを認むべきや否やである。

一個の雙務契約から發生し互ひに對價的關係に立つ債務ではないが、實質的には、さうした關係にある債務と見られるもの間において、民法自體が特別規定を設けて、同時履行の抗辯権を認めてゐる場合がある。たとへば、契約解除によつて相互に原狀回復義務を負ふ當事者間に、同時履行の抗辯が認められる場合（民五四五條・五四六條）や、賣主の擔保責任に關聯して、減額代金返還義務と目的物の一部返還義務との間に同時履行の抗辯が認められる場合（民五七一條）、その他同様な趣旨に立つ民法第六三四條、第六九二條などの如きがこれである。これ等の場合には、民法自體が第五三三條を準用する旨を明らかにしてゐるのであるから、その限りにおいて、問題は解決されたものとせねばならぬ。だが、法律に特別規定の存在しない場合にも、なほ、實質上の對價關係類似的關係が存在することを理由として、同時履行の抗辯を認めうるかが、まさに、問題

とされねばならぬのである。

二 法定地上権における地代支拂義務と地上権登記義務との関係について、大判昭和十三年十月二十九日（民集一七卷二一四四頁）は、否定的な見解を明らかにしてゐるが、上告理由がその論旨において信義則の立前から事を論じてゐるのを顧みつつ、批判されるべきものではあるまいかと考へられるのである。事の要點は次ぎの如くである。すなはち、——訴外人は甲地上の建物と共に甲地を所有してゐたところ、これ等の物件に對する抵當権者の競賣申立によつて、共に競賣に附せられ、右建物は昭和五年五月十七日に上告人によつて競落され、同年九月二十二日所有権移轉登記を完了し、かくて、民法第三八八條によつて建物所有のためにする法定地上権を取得することになつた、次いで右甲地は、その後、被上告人が昭和六年二月五日に競落し同年同月二十五日に所有権移轉の登記を了し、かくて上告人のための法定地上権を負擔する土地の所有者となつたわけである、ところが、上告人は被上告人に對して地代を支拂ふべき義務を有するにも拘らずこれを支拂はざること二年以上に及んだので、被上告人は上告人に對し地上権消滅の意思表示をなし、延滞地代の支拂および建物收去地所明渡の請求をなしたのである。上告人は抗辯として、被上告人に對し地上権設定登記に關する協力を求めたが被上告人がこれに應じなかつたから地代を

支拂はなかつたのであつて、地代の延滞は正當の理由に基くものである旨を主張したが、原審はこの抗辯を理由なしとして排斥し被上告人の請求を是認したのである。そこで、上告して曰く、——『地料支拂ヲ爲ササルハ全ク被上告人ノ登記協力義務懈怠ニヨリ之カ履行ヲ促進セシムル爲拒ミタルモノニシテ之カ今日社會道徳上通常人ノ執ルヘキ正道ニシテ所謂正當ナル理由アルモノト云ハサルヲ得ス法律ハ雙務契約ノ同時履行關係ノミニアラス一般ノ場合其ノ義務遲滞アリトスルモ其ノ遲滞ノ理由カ社會ノ信義公平ノ原則ニ準シ居ル限り此ノ一大法則ニ基キテ正否ヲ決スヘク法律モ亦斯ク解釋スヘキモノトス』と論じ、地上権の消滅ならびにこれに基因する請求は失當であるとして、原審判決の破毀されるべきことを主張したのである。大審院は、この上告には理由なしとしてこれを棄却して、曰く、——

『然レトモ被上告人等カ競落ニ因リ本件各宅地ノ所有權ヲ夫々取得シ之カ登記ヲ經タル當時上告人要吉ハ右各地上ノ本件各建物ヲ競落シ其ノ所有權取得登記ヲ經テ該各宅地上ニ法定ノ地上權ヲ有スルニ至リ該各宅地ヲ使用シ居レルモノナレハ縱令右法定地上權ノ登記ヲ經サルモ完全ニ該各宅地ヲ建物敷地トシテ使用收益シ居レルモノナルヲ以テ被上告人等カ右法定地上權ノ登記ニ協力セストスルモ其ノ地代支拂ノ義務ノ履行ヲ拒否スルコトヲ得ス若シ被上告人等カ右登記義務ヲ履行セサル爲ニ財産上ノ損害ヲ受クルトキハ右上告人ニ於テ之カ賠償ヲ請求シ得ヘキノミニシテ右地代支拂ノ義務ト右登記義務トハ引換ニ行ハルルコトヲ要スルモノ

ニアラス而シテ其ノ後右各建物ヲ上告人要吉ヨリ買受ケ之カ登記ヲ經テ右地上權ヲ承繼シタル上告人要平モ亦同様右地上權ノ登記ナキノ故ヲ以テ地代支拂ノ義務ヲ拒否スルコトヲ得サルモノトス即チ被上告人等ノ登記義務ト上告人要吉、要平等ノ地代支拂義務トハ同時履行ノ關係ニ立ツモノト解スルヲ得サルモノトス而シテ斯ク解スルコトハ所論ノ如ク毫モ正義公平ノ觀念ニ反スルモノト謂フヲ得ス從テ右上告人等カ右地代ノ支拂ヲ爲ササルトキハ民法第二百七十六條第二百六十六條ノ地代ノ支拂ヲ怠リタルモノニ該當スルモノト謂ハサルヲ得ス』

本件事案については、大審院は、登記義務と地代支拂義務とは同時履行の關係に立つものにあらずとの見解に立つて、事を、論じてゐるのであるが、疑問なきをえない。本判決を批評される舟橋教授もまた『地上權關係において、地代支拂債務と交換的に履行せらるべき意味において對價關係に立つは、通常、土地所有者の土地使用許容義務のみであつて、地上權登記協力義務のごときはこれに含まれぬものと解すべきであるから、原則として、地代支拂義務と地上權登記協力義務とは同時履行の關係に立たないものといふべきである』とされ、たとへば地代を一時に支拂ふやうな場合に特約をもつて登記協力義務をも含めて對價關係に立たせるといふ風に特別の意思表示乃至は特別の事情のあるときは格別だが、しかし、『本件においては、かやうな特別の意思表示乃至事情は認められないのみならず、逆に、本件の地上權は建物保護法によつてす

に對抗力を取得してゐるのだから改めて地上權登記をなすことはさほど重要性を有せず、したがつて、登記協力義務をもつて對價關係に立たしめざる事情がむしろ認められるものといへよう。かやうに考へて、私は判旨に賛意を表する』とされるのである(一)。なるほど、地上權關係において地代支拂義務と交換的に履行せらるべき意味において對價關係に立つものは、通常は、土地所有者の側における土地使用許容義務のみであると考へられてゐる。さすれば、使用収益の對價としての地代の支拂は、相手方における登記義務の不履行を理由として、これを拒みえないことにならう。しかしながら、土地所有者側における土地使用許容の義務は地上權關係をば完全に成立せしめることを内容とすべきものであつて、この意味においてこの義務は意義づけられるものと解すべきものである。さすれば、地上權關係の完全なる成立の障害となる地上權登記義務の不履行は、土地使用許容義務の完全なる履行とは考へえないことになる。このやうに考へることが許されるならば、地上權登記義務は、特別の意思表示はなくとも、地代支拂義務との間に交換的な關係を生じるものと言はねばならぬ。しかして、この交換的關係は、二個の債務をば全一體として見た交換的關係であつて、本判決を評釋される内田教授の如く(二)、各期間毎に具體的に發生する地代支拂義務と登記義務との關係如何といふ風に取り上げらるべきものではない。され

ば、内田教授が、『既に爲された使用収益の對價としての地代支拂は、登記義務不履行を理由として拒むことが出来ない。その意味に於ては、兩者は同時履行的關係に立たない。従つて登記義務を既に發生した地代債務の履行と引換に履行すべしとの請求は許されないであらう』とされることには、賛意を表し難い。かかる見解は、歸するところ、土地所有者にその権利のみを主張せしめうるの結果を招來することにもならう。これもしも、また、舟橋教授の如く、この二個の債務の交換的關係をば否認するに、既に引用したやうに、本件地上權が建物保護法によつてすでに對抗力を取得してゐるのだから改めて地上權登記をなすことはさほど重要性がないといふやうな理由で、裏付けるとすれば、淺井教授が正當に述べられるが如く、建物保護法による地上權の對抗力と地上權設定登記による地上權の對抗力とは必らずしも同一でないといふことをば看過することにもならう。さすれば、淺井教授が正當に評せられる如く、本件事案について、『大審院は登記義務の不履行あるときは損害賠償の請求のみで充分であり、右のやうな判旨は毫も正義公平に反しないと思料するが、これが建物保護法による地上權の保護を前提としていはれてをれば格別、然らざるときは右の判旨に従ふと登記ある地上權者の出現により登記なき地上權者の地代支拂が無意味となる可能性も考へられるから、右の判旨が毫も正義公平に反しないといへるか、疑

はし』ものとなせねばならぬ(三)。されば、私は、所有者が特別の理由なくして登記義務の履行を拒み地上權關係の完全なる成立を妨げるの事態を招來することは、まさしく自己の義務を盡さずして権利のみを行はんとするものであつて、信義則への背反であるとせねばならぬのである。雙務契約における同時履行關係といふものはいたづらに形式的にのみ理解されてはならぬのであつて、自己の債務の履行の提供をなさずして相手方の履行を請求することが信義則への背反であると解しうる限り、民法が同時履行を認める精神を活かさねばならぬことになるのである。

(一) 舟橋諄一氏民商法雜誌第九卷五號『最新判例批評』七〇頁參照。

(二) 内田力藏氏「判例民事法・昭和十三年度」所收一三一事件五〇二頁以下參照。

(三) 淺井清信氏銀行論叢第三二卷六號『判例解説』四〇頁以下參照。

三 辨濟供託をなしたる債務者の供託證書交付義務は債權證書返還義務との間に如何なる關係をもつことになるか。民法第四八七條は、辨濟の効果として、債權の證書ある場合には債務者にその證書の返還請求權を認めてゐる。しかしながら、同條によれば、債務者がかかる權利を行使しうるのは、辨濟として『全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキ』である。債權證書の引渡請求が辨濟と交換的になされるかは問題である。同様に、債務者が辨濟供託をなして供託受領證書を所持する

がために、債権者がその引渡を請求したのに對して、債務者は債權證書の引渡との交換的履行を主張しうるや否やもまた、まさに、問題であらう。前者については、我々は既に、大判昭和九年二月二十六日（民集一三卷三六六頁）が信義則の立前から事を積極に論じ、民法第四八七條の形式的解釋を拒否し、通說的見解を排斥してゐるのを知つてゐるのである（一）。後者についてもまた、信義則の要請に基いて事を考へてみねばならぬのである。

大判昭和十三年五月二十六日（民集一七卷一一八頁）は、辨濟供託をなした債務者の供託受領證書交付義務は債権者の債權證書返還義務と同時に履行の關係に立つか否かについて、事を消極に論じてゐる。事案はこうである、すなはち、——債権者たる被上告人は債務者たる上告人に對し昭和五年二月十五日に金八百圓を貸付けたのであるが、上告人は右債務の辨濟をなさず被上告人は遂ひに上告人に對し右債權に基いて破産の申立をなしたので、債務者は債務辨濟のため元利合計金千百一十一圓十八錢を提供した、ところが債権者はその受領を拒絶したので債務者は昭和十一年五月十五日右金額を供託所に供託して債務を免れた、そこで債権者はその供託受領證書の引渡を請求したが、債務者は債権者の所持する執行力ある公正證書と引換でなければ供託受領證書の引渡をなすべき義務なしとして、争つた。原審は債権者の供託受領證書引渡の請求に對する債権者の

抗辯を排斥したので、上告となつたわけである。上告人は論じて曰く、——『原判決説示ノ如クンハ上告人ハ忠實ニ其ノ債務ヲ履行スル事ニ因テ却テ不利益ナル地位ニ置カレ被上告人カ執行力アル公正證書正本ヲ濫用シ既ニ消滅ニ歸シタル債權ノ形式的執行力ヲ行使シ以テ上告人ニ對シ不法ナル攻撃ヲ加フルカ如キ事アランカ上告人ハ不測ノ損害ヲ蒙ルノ危険ニ曝サレ而モ之ニ對シ有效ニシテ且最モ適切ナル防禦方法ヲ失ヒ信義衡平ノ原則ニ背反スル結果ヲ生スル事アルヘキヲ以テ原判決ハ此ノ點ニ付キ信義衡平ノ原則ノ解釋ヲ誤リタルニアラスンハ審理不盡理由不備ノ違法アルヲ免レサルモノナリ蓋シ上告人カ供託金ノ還付請求ヲ爲スニ付之ニ積極的妨害ヲナスモノニ非スシテ被上告人カ執行力アル公正證書正本ニ因リ不法ナル攻撃ヲ加ヘタル場合ニ於ケル防禦方法ニ行使スル目的ヲ以テ供託受領證書ヲ所持スル者ナルヲ以テ被上告人カ公正證書正本ヲ上告人ニ引渡スニ於テハ上告人ハ敢テ之カ引渡ヲ拒否セサルノ意ナルニ於テハ被上告人ハ供託金受領證書ノ引渡ヲ請求スルニ當リ進テ公正證書正本ノ引渡ヲ爲スヲ以テ正義衡平ノ原則ニ合致スルモノ』といふべきであるといふのである。大審院は、これを軽く一蹴して曰く、——

『然レトモ債務者カ辨濟ノ爲ニスル供託ヲ爲シタル場合債権者ニ於テ之ヲ受諾シ債務者ニ對シ供託受領證書ノ交付ヲ請求シタルトキハ債務者ハ特別ノ事情ナキ限り債権者ノ供託金還付請求ヲ容易ナラシムル爲遅滞ナ

ク之ニ應スヘキ義務ヲ負擔スルモノニシテ債權者ヨリ債權證書ノ返還義務履行ノ提供アル迄供託受領證書ノ返還ヲ拒ムコトヲ得ルモノニ非サルコト辨濟供託ノ性質上極メテ明カナルトコロナリ論旨ハ之ト反對ノ見地ニ立チ原判決ヲ攻撃スルモノニシテ理由ナシ

しかしながら、上告論旨は、しかく、軽く一蹴さるべきものであらうか。疑問なきをえない。大審院は、供託受領證書交付義務と債權證書返還義務とが同時履行の關係に立たないのは『辨濟供託ノ性質上極メテ明カ』であると論斷してゐるが、これは原審判決が『供託受領證書ト公正證書トノ兩引渡義務ノ間ニハ民法第五三三條ニ規定スルカ如キ牽連關係ハ肯認シ難シ』と述べてゐるのとまさにその歸を一つにするところの形式的論理である。しかし、その根據はおそらくは、民法第四八七條の解釋に求められる通說の見解であらう。通說の主張するところによれば、辨濟者は受取證書の交付の請求（民法四八六條）をば、民法第五三三條の類推適用によつて、交換的になしうるからとの理由でもつて、辨濟と債權證書の引渡請求との交換的履行を否認しようとするのである。しかれば、この通說の理論によつて、供託による債務消滅の場合をもまた、本判例や原審判決の如くしかく簡單に論じ去りうるであらうか。この判例を評釋される勝本博士は（二）、民法第四九四條が債務者は供託に因つて『債務ヲ免ルルコトヲ得』と規定してゐるのは、通說が解

するが如くに直ちに辨濟が成立することを意味するものではないと論じ、『辨濟は原則として債權者が現實に供託所より目的物を受取るか、少くとも受取り得る状態（供託受領書の取得も其一場合なり）によつて成立するのである。……かやうに考へれば、債務者が供託受領證を債權者に引渡すことは、廣義に於て辨濟行為の一階段であつて、債務者は之等の行為を完了したる後でなければ、債權證書の返還を請求し得ざるは云ふ迄もなく、従つて判示は正當である』とされるのである。この判例を批評される安田教授もまた、『供託受領證書の交付と債權證書の返還とを同時履行的に請求しうべきでない。之は辨濟の場合に於ける債權證書の返還請求につき同時履行の關係を否定する通說から論斷せらるべきであらう』として、判旨を正當であるとされるのである（三）。いま、もし、事を形式的に論じるならば、民法第四八六條もまた第四八七條と同様に、明らかに、民法第五三三條が規定するやうな牽連關係はない。従つて辨濟者は先づ辨濟をなすべきであり、受取證書はしかる後にはじめて交付を請求しうるものとせねばならぬのである。しかるに、通說は、一方については第五三三條の類推適用を承認し、他方に對してはこれを否認するのである。供託の場合に關して事を論ぜられる勝本博士もまた『債務者は、供託受領證書を債權者に交付するときは、四八六條によつて其受取證書の交付を請求することを得べく、且つ、兩者は

同時に引換へに爲さるべきものである』として、通説とその結論を同じうされるのである。これ等の見解は、おのづから恣意的であると評されるのほかはない。事は、しかく、形式的にのみ論ぜられてはならぬのである。民法第五三三條はそのいづれの場合についても類推適用さるべきことは、まさに、信義則の要請である。本件事案についても、よろしく思ひをこの點に致し、供託證書交付義務と債權證書返還義務の關係について、上告理由の主張するところを深く顧みるべきであらう。されば、私は、本判例を評釋される安田教授が、——『かくて問題は決して上告審の言ふ如く簡單明瞭なものではない。供託受領證書は債權證書の返還と同時履行の關係にありと上告論旨の主張を認むれば上告人の正常なる主張に沿ふ結果を得る、併し乍らかくては債權者に對して、債務は消滅したが供託物の還付は求められないと言ふ不合理を押しつけなければならぬ結果を來す、反對に上告人の同時履行の抗辯権を否定する時は、債權者に對する不合理を除き得るも、供託者に對して不都合なる結果を生ずるを免かれぬと言ふ關係におかるのである。其處で之に對する吾人の論斷の根據は兩々孰れも或程度に不都合を免かれ難き場合、其孰れをより不合理の少きものとして採るかと言ふ事に置かるべきである。然る時供託は公の制度であり供託をなしたる事は必ずしも供託受領證書によらずとも證明する事が左程困難ではないと言ふ事が考

へらる可く、此理由よりして又此の理由によつて初めて、供託者は先づ供託受領證書を交付すべきであつて、債權證書の返還との間に同時履行の關係を認むべきに非ずとの上告審と同一の結論を下し得る』とされるところにも與し難い(四)。何故ならば、供託が公の制度であるといふことから、寧ろ反對の結論が導き出されるからである。すなはち、辨濟者が適法な供託をなし、供託通知が債權者に發送せられ、かくて債權者が供託を受諾したとか、あるひは供託について争はれ供託を有効と宣告したる判決が確定したときには、供託者は供託物を取戻しえないこととなるから(民四九六條)、元來、債權存在のための單なる證據手段に過ぎない債權證書を返還したとしても、債權者は特に不利益な状態に置かれるものとは考へえない。通説の主張する如く、供託によつて債權は直ちに消滅するものであるから、債權者は債權證書を遅滞なく返還すべきものであるとも考へえられないことはない。況んや、本件の如く、債務者は敢て供託受領書の引渡を拒絶してゐるのではないと考へえられるが如き場合においては、債權者は、寧ろ、自ら進んで債權證書の返還の提供をなして、供託受領書の引渡を求めて然るべきものでさへもある。ところが、事は、まさに、その正反對であるにおいては、債務者の側に同時履行の抗辯権を認め、債權者が債權證書を悪用することによつて被ることあるべき債務者の不都合を排除することこそ、信義則の

要請に合致するものとせねばならぬのである。この意味においても、私は、判旨に賛意を表し難いと同時に、供託證書交付義務と債権證書返還義務の関係について、上告理由の主張するところを顧みるべきであると重ねて注意したのである。

(一) 第一章第二節三(七頁以下)参照。

(二) 勝本正晃氏「判例民事法・昭和十三年度」所收七〇事件二七七頁以下参照。

(三)(四) 安田幹太氏民商法雑誌第八卷六號「最新判例批評」一四一頁以下参照。

第五章 契約解除における信義誠實

第一節 序 説

元來、契約が有効に成立して債権関係が発生することになると、残るところのものはただその内容の實現といふことだけである。ところが、時としては、契約当事者が豫期しなかつたやうな事情が生じるとか、あるひは特に債権者の期待に副ふやうな履行がなされなかつたとかいふやうな場合には、法律は現實的履行請求権や損害賠償請求権を認め、更に強制執行の方法などを定めて債権者たる當事者を保護してはゐるが、これ等がかかる場合には何等の形式において契約の目的を達せしめもしくは達せしめたのに近い結果を齎らさうとするものである。ところがかかる場合には、むしろ當初から契約を締結しなかつた方が好ましかつたと考へられることも起りうるのであつて、こゝいふ場合にもなほ當事者をば契約關係に結びつけて置くことは、契約目的の不到達を強制するの結果となるわけである。そこで、かかる不都合を除くために一つの制度が設

けられたのであつて、これがすなはち契約解除の制度である。ところで、我が民法第五四一條は「當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」と規定してゐる。これは、契約がいはゆる定期行爲でない場合における債務者の履行遅滞に基く解除権の發生を法定するものであつて、あらゆる債權契約に共通するところのものであるが、その意圖するところは、法律要件としての契約の廢棄について、當事者雙方の立場を考慮しながら、一般取引における契約についての信賴關係を維持しようとするにあるかに思はれる。

第二節 解除權發生の要件としての債務

不履行と信義誠實

一 契約がいはゆる定期行爲でない場合には、履行期に履行がなされないからといつて、債權者は直ちに契約を締結した目的を達しえなくなるわけではなく、また債務者にしても初めから履行期について特に重大な意味を附して契約を締結したものと考へられない事情もあるので、民法第五四一條は、債務者たる當事者がその債務を履行しないときは、債權者たる相手方は相當の期

間を定めて履行の催告をなし、もしその期間内に履行がなされない場合に、はじめて、解除權を發生せしめ、それに基づいて契約を解除しうるものと定めたのである。

ともあれ、解除權が發生するがためには、何よりも先づ、當事者の一方がその負擔せる債務を履行しないことを要する。債務の履行なしといふのは債務者が債務の本旨に従つた給付をなさず、それがために債權者をして債權本來の目的を達せしめないことを意味するのであるが、果して如何なる場合に債務の本旨に従つた履行なしとなすかは、結局、信義則に基いて決せられるのほかはないわけである。このことはすべての契約について、一般的に言はれるところである。

二 かくて、我々は、いま賃貸借契約の解除について、信義則の適用を明言せる判例を見ることになるのである。

賃貸小作における小作料支拂義務の不履行を理由としてなされた賃貸借契約の解除に關して、信義誠實の原則を適用せるものに、甲府地判昭和七年五月六日（法律新聞三四三三號五頁）がある。事の次第は、小作料の減額交渉中に、賃借小作人が、前年度においては契約小作料額の五割引でもつて支拂をなしたといふことを參酌して、契約額の六割引をもつて小作料を支拂つたところが、賃貸人は契約不履行を理由として賃貸借契約を解除した、といふのである。判示して曰く、――

『契約解除モ亦信義誠實ノ原則ヲ逸脱セサル範圍ニ於テノミ有效ナリト解スヘキモノナレハ本件ノ如ク永年
間大過ナク繼續シ來リタル貸借ニ於テハ單ニ只一回支拂ヲ遲滞シタルノ一事ヲ以テ直チニ解除ノ原因タル
ヘキ債務不履行アリトハ斷定シ難キノミナラス全然履行セサル意思ヲ表示シタル場合ハ格別然ラサル限り本
件ノ如ク五割引ト爲リタル前年度及前々年度ノ小作料ヲ參酌シ六割ニ相當スル數量ヲ支拂ヒタルカ如キハ之
ヲ以テ債務不履行ナリトシテ契約ヲ解除スルコトヲ得サルモノト謂フヲ妥當トス』

更に、判例は、進んで、賃料支拂につき賃借人に誠意ありと認めうるに十分なる場合は、僅少
部分につき賃料債務の不履行ありとするも賃借人に解除権を附與するを要しないとすことをも
つて、信義誠實の原則に適合するものとなすことになつたのである。大判昭和十四年十二月十三
日（大審院判決全集第七輯四號一〇頁）がこれである。すなはち、賃借人（被告）は昭和四年度から昭
和十年度までの延滞賃料金九十一圓九十三錢ありとして昭和十一年五月三十日附の催告を受けた
が、右催告額は眞實の債務額を遙かに超過せるものと考へられ、たとへ賃借人が眞實の債務額を
提供するも貸借人（原告）においてこれが受領を拒絶することあるを豫知して、賃借人は右眞
實の債務額として金五十二圓十九錢をば辨済のために供託したところ、賃借人は、更に、昭和十
一年六月五日附内容證明郵便をもつて、昭和二、三年度の延滞賃料ありとして催告をなした、と

ころが、右供託金額は昭和四年度から昭和十年度の實存賃料金三十六圓九十錢七厘に對し金十五
圓二十八錢三厘を超過するものであり、その超過をもつて昭和二、三年度分を償へば、昭和三年
度分において僅かに金一圓五錢八厘の不足を生じるに過ぎないといふのが、事の次第である。賃
務者の提供した給付に些少の不足ある場合の履行の提供の問題（一）に關聯せしめて考へてみれ
ば、なほ一層興味深いものがある。ともあれ、判示して曰く、――

『民法カ契約當事者ノ一方ニ履行遲滞アル場合相手方ヲシテ相當期間ヲ定メテ其ノ履行ヲ催告セシメ若シ該
期間内ニ履行ナキトキ初メテ契約ヲ解除シ得ル旨規定セル所以ノモノハ履行ニ付テノ誠意アリ乍ラ過テ遲滞
ニ陥ルコトヲ保シ難キヲ以テ履行遲滞ノ一事ノミニ依リ直ニ解除ヲ爲シ得ヘシトスルトキハ解除ヲ豫期セサ
ル當事者ヲシテ不測ノ損害ヲ蒙ラシメ之ニ對シ頗ル苛酷ナル結果ヲ生スルヲ以テ先ツ一應之ニ對シ警告ヲ與
ヘテ履行ヲ促サシメントシタル趣旨ト解スヘク之レ最モ信義誠實ノ原則ニ適合セルモノト謂フヘシ左レハ履
行遲滞ニ在ル債務者カ債權者ヨリノ催告ニ對シ誠意ヲ以テ履行ニ努力シ其誠意認メラルル場合ニ於テハ僅少
部分ニ付不履行ノ事實アレハトテ必スシモ解除權ヲ附與スルヲ要セサルモノト解スルヲ妥當トスヘシ竊テ本
件ニ付之ヲ觀ルニ原審舉示ノ各證據ヲ綜合シテ……右事實ニ鑑ミレハ被告人ニ本件賃料ノ支拂ニ付誠意ア
リタルコトヲ認ムルニ十分ナリト謂フヘシ從テ被告原告人カ昭和十一年六月五日付原告人ヨリノ右催告ニ應セ
サリントスルモ原告人ニ於テ之ヲ理由トシテ本件契約ヲ解除シ得サルモノト解スルハ信義誠實ノ原則ニ適合

スルモノニシテ原審カ右催告ハ本件契約解除ノ前提トシテハ其效ナク又被上告人カ本件訴狀ノ送達ニ應セザレハトテ右契約解除ノ效力ヲ生スルモノニ非スト解シ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ結局正當ニシテ原判決ニハ法律ノ適用ヲ誤リタル所論ノ如キ違法ノ存スルコトナシ』

(一) 第一章第二節(二頁以下)参照。

三 やがて、また、我々は賃貸借の合意解除と轉貸借との關係について、信義誠實の原則を適用せる判例に接することになった。大判昭和九年三月七日(民集一三卷二七八頁)がこれである。事の次第はこうである、すなはち、甲(被上告人)はその所有地を乙(訴外人)に賃貸し、乙は甲の承諾を得て右土地を丙(上告人)に轉貸してゐたが、丙は賃料(小作米)の支拂を怠つたので、甲は乙との合意の上賃貸借を解除し、轉借人にして現占有者たる丙に對し所有權に基き右土地の明渡を求め且つ轉貸借を原因として賃料の支拂を求めたといふのである。問題となるのは、土地明渡の請求を認容する前提たる原賃貸借の解除が轉貸借に如何なる影響を及ぼすかといふことである。原審は、甲が乙との合意によつて右賃貸借を解約したことを認め、かくて甲は轉借人たる丙に對して本件土地の明渡を請求しうるものとしたのである。そこで、丙は上告して、——『凡ソ如何ナル契約ト雖當事者ノ合意ニ依リ解約爲シ得ヘキコトハ契約ノ自由ヨリシテ疑ナキ所ナルモ

又ソハ自ラ一定ノ限界アリ他人ノ權利ヲ害シ信義ノ原則ニ反スルコトヲ得サルモノト信ス』となし、甲乙間の合意をもつて原賃貸借を解約しその效力を丙にまで及ぼさしめた原判決は違法である、と主張したのである。大審院は上告に理由ありとして、その主張を認め、原判決を破毀差戻したのである。判示して曰く、——

『甲カ其ノ所有物ヲ乙ニ賃貸シ乙カ甲ノ承諾ヲ得テ之ヲ丙ニ轉貸シタルトキハ丙ハ其ノ轉貸借契約ノ内容ニ從ヒテ右物件ノ使用収益ヲ爲ス權利ヲ有シ其ノ使用収益ハ甲ニ於テモ之ヲ認容セサルヘカラサルモノニシテ乃チ丙ハ甲ニ對シテモ右ノ權利ヲ主張シ得ルモノナルコト言フヲ俟タサル所ナルヲ以テ其ノ權利ハ甲單獨ノ意思ヲ以テ任意ニ之ヲ消滅セシメ得ヘキ道理ナキハ勿論甲乙間ノ合意ヲ以テスルモ之ヲ消滅セシメ得ヘキ理由ナキモノト云フヘク此ノ結論タルヤ信義ノ原則ヨリシテ觀ルモ洵ニ當然ノコトナリト云フヘシ(尙當院大正十一年(オ)第六七六號同年十一月二十四日判決並大正十三年(オ)第一〇四四號大正十四年七月十八日判決參照)故ニ縱令甲ト乙トカ右ノ賃貸借解除ノ合意ヲ爲スモ其ノ合意ハ乙丙間ノ轉貸借ニ影響シテ丙ノ權利ヲ消滅セシムヘキ理由ナキモノナルニ拘ラス原審カ被上告人ハ自己所有ノ本件土地ヲ訴外柿澤茂一郎ニ賃貸シ同人ハ被上告人ノ承諾ヲ得テ之ヲ上告人ニ轉貸シタルモノナルモ被上告人カ柿澤茂一郎トノ合意ニヨリ右賃貸借ヲ解約シタルヲ以テ被上告人ハ上告人ニ對シテ本件土地ノ明渡ヲ請求シ得ルモノト爲シタルハ法律ノ解釋ヲ誤リタル違法アルモノニシテ此ノ點ニ於テ論旨理由アリ』

惟ふに、適法になされた轉貸借は、賃貸人が賃借人に對して有する權利の範圍内において、賃

貸人と轉借人との間に直接的な法律關係を生じ、轉借人は貸貸人に對して直接的な義務を負ふことになる。そして、この場合、民法は、轉借人は轉貸人への借賃の前拂をもつて原貸人に對抗しえない旨をば、明らかにしてゐるのである（民六一三條一項）。この規定が、賃借人と轉借人とが通謀して賃貸人に損害を及ぼすことを防止しようとする趣旨であることは疑ひないとしても、その反面として、賃貸人と賃借人とが通謀して不法に轉借人の權利を害することをえざらしめることが、信義則上、深く顧られねばならぬのである。この判例を評される板木教授は、『轉借人が完全に其債務を履行してゐるに拘らず、單に轉借權を消滅せしめんがために賃貸借解約の合意がなされたとしてもいふならば、それは明かに解約の自由の濫用であり信義の原則に反するものといふことが出来るであらう』が、本件においては轉借人はその債務の履行をなさなかつたのだから、甲乙間の賃貸借の合意解除は『何等の理由なく單に轉借權を消滅せしめんがために恣に合意に因る解約を爲したのではない』とし、かくて、本判例が何故に、『理論に反してまで、債務不履行に在る轉借人の保護を圖つたのか私は其理由を解するに苦しむものである』とされるのであるが（一）、與し難い。轉貸が賃貸人の承諾を得て適法になされた限りは賃借人すなはち轉貸人と轉借人との間の内部關係が如何やうであらうとも、對賃貸人關係においては轉借人は目的物の全

部に對して、いはば共同的使用收益をなしうるの地位にあるものとせねばならぬのである。されば、賃貸人が、轉借人の賃料不拂を理由として、賃借人に賃料の履行催告をなすことなくして賃貸借の解約申入をなしたのに對して、賃借人は轉借人に對して何等の通知をもなすことなく直ちにこれに同意するが如きは、賃貸人と賃借人の通謀によつて、いはば共同的收益關係に在る轉借人の權利を害せんとするの故意あるものとせねばならぬ。かくては、契約の當事者がその合意によつてなしうる解約の一般的自由は制限されて然るべきである。されば、本判例が信義則の立前から事を論じる上告論旨を容れて、自らもまた本件賃貸借の合意解除は轉借人の權利に消長を齎らすものではないとしてゐるのは、もとより、正當な見解であるとして、支持されねばならぬことになるのである。

（一）板木郁郎氏法と經濟第二卷三號『民事判例研究』一三一頁以下参照。

四 民法第五四一條による解除權發生の第一要件は債務の履行がなされないといふことである。ところで、債務の履行なしといふのは、契約の要素をなせる債務について履行のないことを指稱することは言ふまでもない。問題となるのは、契約の要素たる債務の一部について不履行があつた場合といはゆる附隨的義務について不履行の生じた場合とである。この二つの問題はもと

より同一の問題ではないが、これを取扱ふ根本的態度においては、二つの間には共通性があるやうに思はれるのである。契約の要素をなせる債務の一部不履行の場合における判例理論の發展をば、しばらく論外に置けば、判例は、いま、附隨的義務の不履行と契約解除の問題について、はじめ、事を論じることになつたのである。大判昭和十三年九月三十日（民集一七卷一七七五頁）がこれである。事の次第はこうである、——原審の確定したところによると、昭和四年八月一日被告會社はその所有の田畑宅地十一筆合計七十八町五反八畝十三歩及該土地のうち田から生じる同年度以來の小作料八百二十七俵の債權を目的として上告人の間に賣買契約を締結し代金を九萬五千圓とし、代金完済に至るまではその權利を被告會社に留保することと定め、金二萬圓は契約手附金として支拂ふべく殘代金七萬五千圓は昭和六年十二月三十日限り一時に完済しこれに對しては年九分の利息を附し昭和四年九月一日以降同年十二月末日までの利息金二千二百五十圓は昭和五年三月三十一日限り支拂ふべく、昭和五年一月一日以降はその完済に至るまで六ヶ月目にその利息三千三百七十五圓を支拂ふべきこととし、また土地全部に對する地租税など公租公課またはこれに類するものは昭和四年七月以降の分はすべて上告人において負擔すべく右公租公課などの支拂を遅滞し、または前記の利息の支拂を怠つたときは各これに對し元金百圓に對する一日金四

錢五厘の割合による延滞損害金の支拂をなすべきことを約した、しかして、上告人は約旨の如くそれぞれの支拂をなして來たが、昭和五年度第二期の公租公課など八百四圓七十五錢および同年度第二回の利息金三千三百七十五圓はその支拂期日たる同年十二月十二日までに支拂はなかつたので被告會社はこの不拂を理由として昭和六年二月一日附内容證明郵便をもつて上告人に對し右各金員を同年同月七日までに支拂ふべく該期日までに支拂をなさなければその期日滿了をもつて本契約を解除すべき旨の催告ならびに條件附契約解除の意思表示をなしたといふのである。原審は、この解除の意思表示をもつて有效なりとし、本件賣買契約の存續およびその侵害を前提とする上告人の請求は失當であるとなした。そこで、上告となつたわけであるが、上告理由は判例集において二五頁を占める詳細なものにして、證據の援用、論理の運用において丹念を極めたものである。大審院の應へてゐる部分だけについて見るも、上告人の遅滞せる部分は總計十一萬四千九百二十三圓七十五錢に比すれば僅少部分に過ぎざる附隨的義務の不履行である『從テ斯卡ル附隨債務或ハ僅少ナル一部ノ履行遅滞ヲ以テシテハ未タ本件賣買契約ヲ爲シタル目的カ達成セラレサルモノト確認スルニハ足ラス之ヲ全契約ノ解除ノ原因トナスハ法ノ許容セサル所ト謂ハサルヘカラス蓋シ民法カ其ノ第五百四十條以下ニ於テ認定シタル所謂法定解除權ハ契約ニ於テ一方當

事者ノ債務不履行カ全契約ノ繼續ヲ無意義ナラシムルカ其ノ繼續カ他方當事者ニ著シク不衡平ナラシムル際其ノ救済トシテ認メタル制度ナレハナリ』と論じ、被上告會社が上告人の小作料債權を奪取し轉賣權・小作料取立權などを侵害してゐるのは信義則に反すると述べ、殊に被上告會社は『昭和五年後期一回分ノ遲滞ヲ理由トシテ契約ヲ解除シ手附金ヲ沒收スルノ舉ニ出テタルモノトス其ノ不衡平ナルモノナルコト眞ニ顯著ニシテ解除ニ關スル法文解釋上ヨリスルモ將亦信義則ノ適用上ヨリスルモ到底其ノ解除ノ有效ハ承認シ得サル所ト信ス』と論じ、原審判決の破毀さるべきことを主張してゐるのである。大審院は、この上告に理由ありとして、原審判決を破毀し差戻したのである。すなはち、判示して曰く、――

『原判決ハ上告人ハ昭和五年度第二期分ノ公租公課等八百四圓七十五錢及同年度第二期ノ利息三千三百七十五圓ノ支拂ヲ怠リタルヲ以テ之ヲ理由トシテ被上告會社ハ本件賣買契約ヲ解除シタルカ此ノ解除ハ適法ニシテ契約ハ消滅シタリト判示セリ然レトモ右公租公課及利息支拂ノ義務ハ附隨ノモノニシテ上告人ノ遲滞シタリト認定セラレタル分ハ而モ其ノ一部ニ過キス法律カ債務ノ不履行ニ因ル契約ノ解除ヲ認ムルハ契約ノ要素ヲ爲ス債務ノ履行ナク契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ヲ救済センカ爲メニシテ本件ニ付テ云ヘハ上告人カ賣買代金ノ支拂ニ付キ遲滞ニ在ル場合ニ於テハ被上告會社ハ之ヲ理由トシテ契約ヲ解除シ得ヘキモ以上ノ如キ附隨的ノ義務ヲ怠リタル場合ノ如キハ特別ノ約定ナキ限り之ヲ解除シ得サルモノト謂ハサル

ヘカラス殊ニ本件賣買契約ニ於テハ公租公課及利息ノ支拂ヲ遲延シタル場合ニ付特ニ乙第十五號證ノ二第十五條第二項ノ特別ノ約款アリテ小作料取立ノ代理權ヲ消滅セシムルコトヲ以テ其ノ制裁ト爲シタルモノナレハ被上告會社ハ以上ノ上告人ノ義務不履行ニ付テハ小作料取立ノ代理權ヲ剝奪スルコトヲ以テ甘んゼサルヘカラス之ヲ理由トシテ本件賣買契約ヲ解除スルカ如キハ法律ノ許ササル所ナリト謂フヘク原判決ハ契約解除ニ關スル法理ヲ誤解シタモノナリトノ譏ヲ免レス』

この判例を評釋される内田教授は、――『特約なき限り、附隨的義務の不履行に因つて契約を解除し得ざることに付いては直接の判例がない點に、本件の此の部分が新判例として發表される理由が存する譯である。然しこの點については從來學説は全く一致してゐる所であつて特に問題とすべきものがないやうである』として、判示、もとより、まことに正當であると言はれ（一）、柚木教授もまた、――『全部解除權は契約を爲したる目的を達し得ざることを前提とする。而して、主たる義務の一部不履行の場合と異り、不履行の部分に付てのみの一部解除といふことの考へられざる以上、附隨的義務の不履行に因つて契約を爲したる目的を達し得ざる場合に限つて全契約の解除權を發生せしむべく、然らざる場合には常に解除を排除せざるを得ないであらう。而も、苟も附隨的義務といふ以上其の不履行は當然には契約を爲したる目的を達するに妨げとなら

ざるを原則とすべく、従つて然らざる事情を立證せざる以上債権者は何等解除を爲し得ざるものといはねばならない』とし、本判旨の妥當性はこれを疑ひえないとされるのである(二)。ところが、一人中島弘道判事は、大審院がその解除の效力を否定したのは正當であるとしても、『然し其不履行は附隨的部分に付いて生じたのであるから解除はできないといふ説明は果して正當であらうか』と疑はれ、しかして、たとへ附隨的給付金額でも、それが數年に亘つて延滞されるやうな場合には、相當大きなものになり、全給付額の二割とか三割とかもしくはそれ以上にも達することが考へえられるが、それでもなほ不履行部分が附隨的性質のものであるから、それを理由としては何時になつても解除しえないといふことにならう、かくては、『解除権否定の理由は漸次薄弱になると考へるのが相當なのではあるまいか』とされるのである(三)。私は、不幸にして、かくの如き形式的議論には賛意を表しかねる。附隨的義務の不履行はそれが附隨的性質のものであるが故に解除権の發生を當然に排除するといふのではない。かかる附隨的義務の不履行が解除権發生の要件として如何なる意義をもち如何なる價值を保有するかが問題とされねばならぬのである。いはば、附隨的義務の量的内容の問題ではなくて、質的内容の問題である。されば、我々は、ここで、契約の要素をなせる債務の一部について不履行があつた場合に、解除に關する他の

要件の具備する限り、債権者は契約全部を解除しうるか否かの問題に關する判例理論の發展を回顧してみねばならぬのである。判例はまことに興味深い三つの段階的發展を遂げてゐるのであつて、その第一は、特別の規定もしくは特別の意思表示なき限り全部の解除をなしうるとなした段階であり、第二は、解除権者の選擇に従つて全部もしくは一部の解除をなしうるとの見解に立つた段階であり、そして第三は、既に履行の終つた部分についてはその一部分のみでは契約をなした目的を達しえないといふやうな特別の事情の存在しない限りこれを解除しえないとなす段階である。この判例の變遷については、私は既に、信義誠實の要請との關聯において、いはゆる權利者本位から義務者本位への嚮導原理的變遷として、事を論じたことであつた(四)。附隨的義務の不履行が契約解除権を發生せしめるか否かについても、事は、同一の根本的態度において、論ぜられねばならぬ。法定解除権制度の趣旨は、不履行によつて契約をなした目的を達しえない場合にのみ解除を認めようとするのであつて、債権者に必要以上のものを與へようとするものでは決してない。これこそは、まさに、信義則の要請である。本判例は、文字こそ用ひはしないが、その根本において信義則に則つて、事を論じるものであつて、もとより妥當な見解を明らかにしたものとせねばならぬのである。

- (一) 内田力藏氏「判例民事法・昭和十三年度」一一二事件四三〇頁以下参照。
- (二) 柚木馨氏「民法雑誌第九卷三號『最新判例批評』」一六五頁以下参照。
- (三) 中島弘道氏「法學新報」第四九卷四號『民事判例研究』一三三頁以下参照。
- (四) 拙著「轉形期における私法理論」(昭和十三年)一〇〇頁以下参照。

第三節 解除權發生の要件としての催告における相當の期間と信義誠實

一 我々は、先づ、民法第五四一條が、契約解除の前提として、一定の期間を定めた催告をなさねばならぬと規定してゐることを、考へてみねばならぬのである。かくて、我々は『民法第五四一條カ契約解除ノ前提トシテ一定ノ期間ヲ定メ履行ヲ催告スヘキ旨ヲ命シタル所以ハ一方ニ於テ履行遲滯ニ在ル債務者ニ對シ最後ノ考慮ヲ促サントスルト共ニ他方其ノ履行ノ準備並ニ其ノ完了ニ要スル期間ノ猶豫ヲ與ヘントスル趣旨』——大判昭和七・七・七・(民集二卷一五一〇頁)——に出づるものであることを知るのである。されば、『契約當初ノ履行期後ニ在リテモ尙履行ニ付注意ヲ加ヘラレ相當ノ猶豫期間アリテ履行ヲ爲スニ於テハ相手方ハ契約ノ目的ヲ達スルコトヲ得

テ解除ヲ爲スノ必要ナケレハ單ニ不履行ノ一事ノミヲ以テ直ニ相手方ニ契約ノ解除ヲ許スハ信義公平ニ反シ穩當ナラスト認メタルニ因ル』——大判大正一三・七・一五・(民集三卷二六二頁)——ものと言はねばならぬことになるのである。

二 民法第五四一條にいはゆる履行の催告が解除權發生の要件としての意義をもつがためには、その催告に相當の期間が定められて居らねばならぬ。民法第五四一條が契約解除の前提として相當の期間を定めて履行の催告をなすべき旨を定めたのは、法律要件としての契約の廢棄について、當事者雙方の立場を考慮しながら一般取引における契約についての信賴關係を維持しようとするにあるかに思はれる。すなはち、不履行の一事のみをもつて直ちに相手方に契約の解除を許すのは信義公平の觀念に反し穩當を缺くから、一つには履行遲滯にある債務者に對し更に最後の考慮を促さうとすると共に、二つにはその履行の準備ならびにその完了に要する期間の猶豫を與へようとする趣旨に出づるものの如くである。されば、單に履行の催告をなしたといふだけでは、解除權は發生せず、解除權の發生に適當な手續を盡さなかつたものと言ふほかはないが、しかし、『債務者ニシテ如上ノ催告ニ對シ之ヲ拒絶スヘキ意思ヲ表示シタルトキハ債權者カ與ヘタル履行期間ノ猶豫ノ如キハ之ヲ同條ノ本旨ニ照シ全ク無用ノモノトナルヘキカ故ニ此ノ如キ場合

ニ於テハ債務者ハ與ヘラレタル期間ノ利益ヲ失ヒ債権者ハ強テ右期間ノ終了ヲ待ツコトナク直ニ進テ契約ノ解除ヲ爲シ得ヘキ權限ヲ取得スルモノト解スルヲ相當トス蓋シ右ノ期間ハ履行ノ爲ニ必要ナルモノニシテ履行ヲ爲スヤ否ヲ考慮スルカ爲ニ設ケラレタルモノニアラサレハ如上催告ニ對シ一旦拒絶ヲ爲シタル者カ更ニ其ノ意ヲ變スコトアルヘキカ爲メ之ヲ留保シ得ヘキ期間ニアラサルヲ以テナリ』——大判昭和七・七・七・（民集二卷一五〇頁）——とせねばならぬのである。まことに、既に民法第五四一條の催告がなされたにも拘らず、債務者が『催告には絶対に應ぜず』といふ風に積極的に履行を拒絶した場合には、法が一定の猶豫期間内に債務者が履行をなすことあるべきを期待する理由は全く失はれたものと見るべきであり、このことは、右大判昭和七年七月七日の事件におけるが如く賃借人が賃借家屋をば賃貸人には無断で改築あるひは増築工事を施したがために、賃貸人が『工事を中止し三日以内に原状に回復すべし、もしこれをなさざれば賃貸借契約を解除する』とのいはゆる條件附解除の意思表示をなしたところ、翌日、賃借人はその催告に應じない旨を明示し且つ工事繼續の意思明白なるをもつて、賃貸人がその翌日假處分をもつて該家屋の現状變更をば禁止したといふやうに、いはば債務者の履行をも不能ならしめるかに見える場合についても、事情は何等異るところはないものとせねばならぬ。何故ならば、右判例を

評釋される川島教授も正當に述べられるやうに（一）、かかる場合債権者は何時にても解除をなすべき地位にあるのであるから、債権者がかかる假處分をなすことは、いはば解除の意思表示と同一視せらるべき行爲であり、かかる行爲は、信義則上、債権者の解除權に何等の影響をも及ぼさないと解すべきことは、右判例が、續いて、『故ニ右ノ如キ拒絶ノ意思表示ヲ受ケタル債権者ハ直チニ契約ヲ解除シ得ヘキハ勿論必要アルトキハ權利ノ行使又ハ保存ノ爲適當ナル處置ヲ採ルコトヲ妨ケサルモノニシテ此等處置ノ結果債務者カ期間内ニ爲スヘカリシ行爲不能ニ歸スルモ之カ爲メ債権者カ一旦取得シタル解除權ハ毫モ其ノ影響ヲ受クルモノニアラス』と判示する如く、解除理論としては、是認するべきであらう。

（一）川島武宣氏「判例民事法・昭和七年度」所收一九事件四〇五頁以下參照。

三 さて、何をもつて、民法第五四一條にいはゆる『相當ノ期間』となすべきか。判例は、『民法第五百四一條ニ所謂相當ナル期間トハ債務ノ履行ヲ準備シ之ヲ履行スルカ爲メ要スル期間』——大判大正六・六・二七・（民錄二三輯一一五三頁）、大判昭和二・一一・一六・（法律新聞二七九一號九頁）——『特別ノ事情ナキ限りハ履行準備ノ大略ヲ爲スコトヲ得ヘカリシ場合ニ於テ認メ得ヘキ履行ノ準備及ヒ給付ノ完了ニ必要ナル猶豫期間』——大判大正一三・七・一五・（民集三卷三六二頁）——を

いふものであつて、『契約當初ノ履行期間ニ等シキ期間』たることを要しない——大判大正一三・七・一五・(前出)、東京地判大正一四・一二・一七・(法律評論一五卷民三八八頁)、大判昭和八・九・二八・(法律新聞三六一八號一〇頁)、東京地判昭和一四・六・二八・(法律新聞四四五三號一六頁)としてゐるが、果して具體的には如何なる期間が相當であるかは、『債務者其人ノ病氣旅行等ノ如キ主觀的事情ヲ考察シテ定ムヘキモノニ非ス』して、『履行スヘキ債務ノ性質其他客觀的事情』を參酌して——大判大正六・六・二七・(民錄二三輯二一五三頁)——定めらるべきものである(一)。まことに、相當の期間を定める標準に關する原則といふものは、その他の法律上の原則や制度などと同様に、元來は、信義誠實の原則に従つて形成されたものとせねばならぬのであるが、その具體的な適用に當つては、再びこの原則によつて制限され淨化されることによつて、客觀的妥當性をもつことになるのである。されば、主觀的な事情に基く不利益の如きは債務者自らこれを負擔すべきが當然であり、また既に債權者のなす催告につき相當の期間を定めしめること自體が債務者の利益のために認められたものであるにも拘らず、これ以上債務者の主觀的事情までも考慮することは債權者にとつて酷に失し、信義則に反することになるのである。

かくて、信義則の立前から事を論じてゐる大判大正十三年七月十五日(民集三卷三六二頁)が注目

されねばならぬことになるのである。事の次第はこうである。すなはち、大正八年四月四日本件兩當事者間に青島產落花生剝實普通品二百英噸の賣買契約が成立し、該目的物は賣主甲會社において爾後青島において買付け、同年五月中に青島を積出し神戸に輸入し、神戸沖本船側において引渡すべく、これと同時に買主乙は代金を支拂ふべき旨を定めた、ところが、賣主たる甲會社は右期限を経過しても引渡をなさず、且つ同年六月二十五日附書面をもつて、右賣買契約を否認し履行を拒絶したので、買主乙は同月二十六日附書面をもつて『右契約ノ目的物全部ヲ同月三十日迄ニ積出シ次テ之ヲ神戸ニ輸入シテ引渡ヲ爲スヘキ趣旨ノ催告ヲ爲シ』たが、その後も依然賣主たる甲會社は引渡をなさなかつたので、買主乙は賣主會社に對して同年七月十日右賣買契約を解除すべき旨を通知した後、不履行による損害金二萬三千五百圓七十八錢四厘の支拂を訴求したのである。第一審では乙の請求が容れられたが、第二審は甲會社の答辯の中本件催告の期間は短さに失するとの主張を容れ、——『同月二十七日ヨリ同月三十日迄僅カニ三日ト半日餘ノ間ニ青島ニ於テ目的物二百噸ノ全部ヲ買附ケ之ヲ船積ノ上發航セシムルコトハ普通商人ノ困難トスル所ナレハ右催告ニ定メタル期間ハ短キニ失シ不相當ナリト謂ハサルヘカラス』として、乙の請求を棄却したのである。そこで、買主乙は上告して、——『原判決カ債務者ハ該催告ヲ受ケテ始メテ其

ノ履行ノ準備ニ着手スヘキモノナルコトヲ前提トシテ期間ノ當否ヲ定ムルモノト爲シタルハ民法第五百四十一條ヲ誤解シタルモノ』であるとして主張したのであるが、大審院は上告論旨の述べるところをそのままに受け容れて、原審判決を破毀差戻したのである。判示して曰く、――

『民法第五百四十一條ノ規定ニ依リ相當ノ期間ヲ定メテ債務ノ履行ヲ催告スルハ契約當事者ノ一方カ其ノ債務ヲ履行セサルニ因リ之ニ對シ相手方ヨリ契約解除ノ行ハルヘキコトヲ警告スルノ趣旨ヲ以テ爲スモノニ過キサレハ其ノ催告ニ於テ定ムヘキ相當ノ期間ハ必スシモ契約ノ當初ニ於テ履行ノ準備ニ着手シ給付ヲ完了スルニ足ルヘキ期間ト同一ナルコトヲ要セス契約ノ當事者ハ其ノ當初ニ定メタル履行期マテニ債務者カ履行ヲ準備シテ之ヲ完了スヘキコトヲ豫期シ其ノ準備ノ大略ハ既ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘカリシモノト推定スルヲ當然トスルヲ以テ右規定ニ依ル催告ニ於テ定ムヘキ期間ハ契約ノ當初ニ於テ相當トスヘキ履行期間ニ比シ短キトキト雖モ特別ノ事情ナキ限りハ履行準備ノ大略ヲ爲スコトヲ得ヘカリシ場合ニ於テ認メ得ヘキ履行ノ準備及給付ノ完了ニ必要ナル猶豫期間アルヲ以テ足ルモノト解セサルヲ得ス蓋シ第五百四十一條ニ於テ當事者ノ一方カ其ノ債務ヲ履行セサルニ拘ラス尙相當ノ期間ヲ定メテ其ノ履行ノ催告ヲ爲スコトヲ以テ契約解除ノ前提要件ト爲シタル所以ノモノハ其ノ債務不履行ニ對スル救済ノ一方法トシテハ相手方ニ契約ノ解除ヲ許スノ必要アリト雖モ不履行者ニ於テハ契約ノ解除ヲ豫期セサルコトナキニ非ス且ツ契約當初ノ履行期後ニ在リテモ尙履行ニ付注意ヲ加ヘラレ相當ノ猶豫期間アリテ履行ヲ爲スニ於テハ相手方ハ契約ノ目的ヲ達スルコトヲ得テ解除ヲ爲ス必要ナケレハ單ニ不履行ノ一事ノミヲ以テ直チニ相手方ニ契約ノ解除ヲ許スハ信義公平ノ觀

念ニ反シ穩當ナラスト認メタルニ因ル然ルニ右規定ニ依ル催告ニ於テ債務ノ不履行者カ其ノ催告ヲ受ケタル時ヨリ始メテ履行ノ準備ニ着手シ契約當初ノ履行期間ニ等シキ期間ヲ定ムルコトヲ要スルモノトセンカ債務不履行者ノ保護厚キニ失シ却テ其ノ怠慢ヲ助長スルノ虞アリ斯ノ如キハ又信義公平ノ觀念ニ戻リ失當ナルコト明白ナレハナリ』

この判例を評釋される舟橋教授は、この判決によつて、民法第五四一條にいはゆる『相當ノ期間』といふものの抽象的標準は明らかにされはしたが、具體的には何が果して相當な期間であるかの數量的客觀的算定の性質は失はれてしまひ、『専ら、裁判上争ひとなりたる場合における裁判官の諸般の事情を斟酌して爲す、合理的判斷に依りてのみ決せらるることとなつた。従つて、個々の場合につき相當の期間の幾許なるかを具體的に知るがためには、裁判官の合理性の表はれるなる判決の多數を通し、同様の事案についてほぼ同一の結論を得べきものなることを前提として、當該事案につきても恐らくかくかくの期間が相當なりと判斷せらるべしといふ、そのプロバビリティーを採求するの外はない。この意味に於て、吾々は、この點に關する判例の今後の發達を、ひたすらに待ち望むものである』とされるのである(二)。

(一) 不相當な催告期間の實例として、比較的に新しい判例の若干を示めてみよう。

- (1) 一萬五千餘圓の巨額の現金をば二日に足らない短期間を定めて催告するが如きは、特別の事情なき限り、かかる期間は不相當である——大判大正一一・八・四・(民集一卷四八三頁)(この判例の評釋、我妻榮氏「判例民法・大正十一年度」所收七一事件三〇四頁以下参照)
- (2) 凍氷五千噸を盛夏の候僅々十日以内の期間を指定して履行の催告をなすが如きは、相當の期間を定めてなした催告とは言ひ難い——東京控判大正一五・五・二七・(法律評論一五卷民四六七頁)
- (3) ドイツから印刷機を輸入して引渡すべき債務の履行の催告につき一ヶ月の期間は短きに失して不相當である——東京控判昭和二・一〇・一一・(法律新聞二七七〇號一四頁)
- (4) 濠洲から日本内地に輸入の上引渡すべき小麥四千噸の賣買契約履行の催告期間として十三日または五日を定めるのは共に短きに失し不相當である——東京控判昭和六・八・二八・(法律新聞三三四一號二〇頁)
- なほ、僅かに三日と半日餘の期間を定めて、青島において青島産落花生剝實二百英噸を買附け、船積し、發航の上神戸に輸入し引渡すべき旨を求める催告がその期間について不相當なりや否やについては、大判大正一三・七・一五・(前出)が、信義則の立前から必らずしも不相當となすべからずとするのが、注目されねばならぬ。更に、東京地判昭和一四・六・二八・(法律新聞四四五三號一六頁)は、『支那事變勃發後材料缺乏シ且貨車ノ需給意ノ如クナラサル』事實はこれを認めつつ、八噸貨車七車分合計一萬三千六百箱の石油箱をば郵便到達後二週間と定めてなした催告について、『催告ニ於テ定ムヘキ期間ハ必ラスシモ契約ノ當初ニ於テ履行ノ準備ニ着手シ給付ヲ完了スルニ足ルヘキ期間ト同一ナルコトヲ要セサルハ固ヨリ多言ヲ須ヒスシテ明カ』であるとして、右二週間の催告期間は不相當にあらずとしてゐる。

(二) 舟橋諄一氏「判例民法・大正十三年度」所收七五事件三二八頁以下参照。

四 債権者の定めた期間が客觀的に相當であるとされる期間よりも短い期間である場合とか、あるひは債権者が催告をなすにつき一定の期間を明示しなかつたとか、といふやうな場合には、その催告は有效なりや無効なりや。

債権者の定めた期間が客觀的に相當であるとされる期間よりも長い場合には、その催告の有効であることについては、議論の餘地がない。その短い場合においては催告は解除權の成立に對しては何等の效力を有しないか、あるひは催告のみは效力を有しその後客觀的に相當な期間を経過することによつて解除權を成立せしめうるか否かについては、解釋上議論の存するところである。民法第五四一條の字句からみても、また同條の趣旨が、債権者をして相當の期間を定めしめて履行遲滞にある債務者に最後の猶豫を與へ、それでもなほ債務者がかかる期間内に履行しないときに、はじめて解除權を發生せしめようとする點にあることからみても、不相當に短い期間をもつてなした催告は、法律が定めた要件に適せず従つて無効であるといふ主張が、いまなほ相當強く行はれてゐる(一)。私もまた、かつては、この見解に立つて事を論じたことであつた(二)。いま、改めて、催告自體はこれを有効とし、その後客觀的に相當な期間を経過することによつて解除權を成立せしむべしとなす反對説(三)に賛意を表するのである。惟ふに、民法第五四一條に

おける催告が、債務者の反省を促すと共に履行準備の期間を與へて債務者を保護することを目的とする最後通牒たる性質を有することは疑ひないとしても、その趣旨は債務不履行者の相手方たる債権者をして必要以上の不都合を煩はしめることを是認するものとは考へえられない。元來履行期以後においては、債務者は即時履行の義務を常に負擔してゐるものと考へらるべきものであるから、かかる債務者を法が保護するの限度は、債権者の利益を必要以上に犠牲に供せしめないといふことに、存せねばならぬのである。ここに、民法第五四一條における信義則の要請があるものとせねばならぬ。されば、同條が『相當ノ期間ヲ定メテ』と規定してゐることもまた、法文の文字解釋からのみ論ぜられてはならぬのであつて、信義の立前から考へられねばならぬのである。さすれば、解除權發生の要件として直接且つ重要なものは、催告に相當な期間が定められてゐるかどうかといふことではなくて、なされたる催告に對して債務者が履行をなさないといふ事實であるとせねばならぬ。言ひ換へれば、催告には相當の期間が定めらるべきこと勿論であるとしても、その定められた期間が相當ならざる短期間であつたといふことをば形式的に論じて催告の適否を云爲すべきではなくて、履行を請求するの意思だに明確であれば、その期間を相當の期間に延長して、催告自體は有效であるとみるべきである。蓋し、その期間を相當な期間にまで延

長することは、債務者に對しても、何等の不利益を課するものではないからである。されば客觀的に相當であるとされる期間よりも短い期間を定めてなした催告をば、無効であるとする大判、大正六年七月十日（民錄二三輯一一二八頁）は批判さればならぬ。右判例は、論じて、曰く、――

『民法第五百四十一條ハ債務ノ不履行ニ因リ契約ノ解除ヲ爲スニ付キ原則トスヘキ要件ヲ定メタルモノナレハ同條ノ規定ニ從ヒ契約ヲ解除スルニハ必ス先ツ相當ノ期間ヲ定メテ債務ノ履行ヲ催告スルコトヲ要シ其催告ヲ爲スニ當リ定メタル履行期間カ不相當ナルトキハ其催告ハ法律ノ定メタル要件ニ適セサルモノニシテ當初ヨリ無効ナリ從テ無効ナル催告ハ之ニ定メタル履行期間經過後更ニ幾日ヲ經過スルモ爲ニ有效ト爲ルヘキ理由ナキヲ以テ之ニ基ク契約解除ノ意思表示ハ亦其效ナキモノト謂ハサル可カラス』——大判大正一一・四・七（法律新聞一九八八號一七頁）、大判大正一四・四・二〇（法律評論一四卷民四三三頁）また同趣旨である。

もしこの判例の如くに相當ならざる短期間を定めてなした催告は常に無効であつて、無効なる催告が期間の経過によつて有効となるといふ法律上の理由はないからたとへ客觀的に相當な期間を経過しても解除權を成立せしめることはないといふことになれば、債権者は催告するといふことよりもこれに附すべき期間の量定に悩まされ、債務者保護の必要以上に債権者を煩はすことになる。かくては、信義則への背反を招來する。されば、同じことは、數次の催告がいつれもその期間において相當でなかつた場合についても、言へるのである。下級審の判例ではあるが、『數

次ノ催告ハ各獨立シテ之ヲ觀察スヘク後ノ催告ハ前ノ催告ヲ取消シタルモノト解シ得サルト共ニ各期間ヲ合シタル上其期間ノ相當ナリヤ否ヤヲ判定スヘキモノニ非ス從テ數次ノ催告何レモ其ノ期間相當ナラサル場合ハ總テ催告トシテ無効』となすものがあるが——横濱地判昭和四・一〇・二三・（法律新聞三〇五八號一三頁）——右の大審院判例の立場に立てば當然の結論と言ふべきではあらうが、しかし餘りにも、事を形式的に構へるものとして賛意を表し難い。かくて、後述するであらうところの大判昭和二年二月二日（民集六卷一三三頁）を契機として、近時の判例は、期間の明示なき催告におけると同様に、催告の時から解除をなす時までには相當の期間が経過して居りさへすれば、催告はもとより有効であつて、解除の意思表示もまた效力をもつものである、となすことになつたのである。されば、大判昭和十三年八月三十一日（大審院判決全集第五輯一八號六頁）は原審判決を破毀するに論じて曰く、——

『債權者カ債務者ニ對シ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲ストキハ假令右催告ニ於ケル履行期間カ不相當ナル場合ト雖モ全然無効ナルモノト目スヘキニ非スシテ少クトモ催告トシテノ效力ハ仍之ヲ失ハサルモノト解スルヲ相當トスヘク果シテ然ラハ右催告後相當ノ期間ヲ經過スルモ債務者ニ於テ理由ナク債務ノ履行ヲ爲ササル以上債權者ハ之ヲ理由トシテ契約ノ解除ヲ爲シ得ヘキモノト解セサルヘカラスサレハ本件ニ於テ上告人ノ爲

シタル前示昭和七年九月五日附履行ノ催告ハ假令其期間不相當ナリトスルモ其ノ後上告人カ第一審ニ於テ契約解除ノ意思表示ヲ爲スニ至ル迄ニ相當ノ期間ヲ經過シ居リ而カモ被上告人ニ於テ理由ナク其ノ履行ヲ爲ササリシモノナルニ於テハ前示上告人ノ第一審ニ於テ爲シタル賣買契約解除ノ意思表示ハ仍有效ナルモノト斷セサルヲ得サル筋合ナリ』

(一) たとへば、鳩山秀夫氏著「増訂・日本債權法各論」(大正十三年)二一四頁、磯谷幸次郎氏著「債權法各論」(昭和七年)二六〇頁以下、小池隆一氏著「債權法各論新稿・上卷」(昭和十四年)二四九頁以下、中村萬吉氏著「増訂三版・債權法概論(各論)」(昭和十三年)一四一頁など。

(二) 拙著前掲「債權法各論」九三頁、拙著前掲「轉形期における私法理論」七一頁以下参照。

(三) たとへば、石坂晋四郎氏著「日本民法債權總論」(大正十年)二二八一頁、末弘氏前掲「債權各論」二四五頁、末川博氏著「契約總論」(昭和七年)二一九頁以下、田島・柚木・川上・三木・伊達・近藤氏等共著「註釋日本民法・債權編契約總則」(昭和十二年)四三二頁以下、勝本氏前掲「債權法總論概説」五四頁など。尤も勝本氏においては、債權者が相當と認めた期間を便宜的に示めしたに過ぎないときに限られてゐる、不相當な期間に履行すべきことを請求する意思なる場合は、催告は無効であるとされてゐる。

五 次いで、我々は、解除の前提たる履行の催告に際して、債權者が一定の期間を明示しなかつた場合の催告の效力について考へてみねばならぬ。この問題について下級審の判例の多くは、民法第五四一條の『相當ノ期間』はこれを明示することを要するものとなしてゐる。たとへば、

——東京控判明治三三・一〇・一九・（法律新聞八號一一頁）、大阪地判明治四〇・七・一六・（法律新聞四五二號五頁）、東京控判大正五・三・二七・（法律新聞一一一〇號二五頁）、東京地判大正一〇・一一・一一・（法律評論一〇卷民一〇八〇頁）、東京控判大正一一・六・二八・（法律新聞二二七八號一五頁）——などの如くである。尤も下級審の判例中にも、『民法第五百四十一條ニ規定シタル相手方ニ對スル債務履行ノ爲メニスル相當ノ期間ハ必スシモ常ニ明示ヲ要スルモノニ非ス』——横濱地判明治四四・一一・一五・（法律新聞七六七號二四頁）——となすものがないではない。この問題についての大審院判例として注目すべきものに、大判昭和二年二月二日（民集六卷一三三頁）がある。この判例は従來の下級審における大多數の判例とは全く對蹠的な見解を示めすものであつて『催告ニ相當ノ期間ヲ定メサルヘカラサルハ固ヨリ論ナシト雖モ开ハ必ス常ニ始ヨリ一定ノ日時若ハ期間ヲ明示スルヲ要ストノ意ニアラス催告ノ時ト解除ノ時トノ間ニ既ニ相當ノ時ヲ經過シ居レハ是亦足レリ』といふのである。事の次第はこうである、すなはち、被上告人は、大正十二年七月三日上告人の注文によつて代金三百六十二圓をもつて硝子戸三十枚その他三十五點の建具を製作して同月二十日まで上告人の住居に備へ付くべきことを約し、上告人は即日内金として金百二十圓を被上告人に支拂ひ、殘代金は被上告人において債務を履行した上でこれを支拂ふべきことを約した、ところが、被上告人は大正

十二年七月二十日の履行期を過ぎても債務の履行をなさなかつたので、上告人はその後數回に亘つてその履行を催告し更に大正十三年八月二十日および同年十二月二日の二回に亘つて履行の催告をしたけれども、被上告人はこれに應じないので、上告人は被上告人においてその履行をなすの意思なきものと認め、同年十二月十三日被上告人に對し、契約解除の意思表示をなし、不當利得として、前記内金の返還を請求したといふのである。原審は従來の下級審多數の判例の如く、上告人のなした解除の意思表示は豫め相當の期間を定めてなした催告に基くものではないから、被上告人に履行の意思がないからとて、直ちに解除權を發生せしめるものではないとして、上告人の請求を排斥したのであつた。そこで、上告となつたわけであるが、大審院は次ぎのやうな理由で、原審判決を破毀したのである、すなはち曰く、——

『原判決ハ本件取引ハ民法第五百四十二條ノ場合ニモ當ラス又凡ソ債務者ニ履行ノ意思ナケレハトテ直ニ解除權ヲ生スルモノニモアラス而モ亦解除ノ意思表示ニ先チ相當ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告シタル事實ハ上告人ノ主張セサルトコロナルヲ以テ本件契約カ解除セラレタル旨ノ主張ハ夫自體理由ナキモノト判定シタリ然レトモ原判決ノ事實摘示ニ依レハ第一審以來上告人ノ主張スルトコロハ本件建具ノ引渡期日タル大正十二年七月二十日ヲ過クルモ被上告人ハ其ノ履行ヲ爲ササルヲ以テ上告人ハ數回ニ亘リテ履行ヲ催告シ更ニ大正十

三年八月二十日及同年十二月二日ノ二回ニ内容證明郵便ヲ以テ履行ヲ求メタルモ尙其效ナカリシニ依リ被上告人ニ於テハ履行ノ意思ナキモノト認メ同年十二月十三日之ニ對シ解除ノ意思表示ヲ爲シタリト云フニ在リ然ラハ則チ履行ノ意思ナキモノト認メ云々ハ畢竟一ノ餘波的主張ニ外ナラス之ヲ以テ解除ノ原因ト爲セシモノト解セシナラハ原裁判所ハ徒ニ言辭ノ末ニ拘ルモノナリ催告ニ應セサルニ及ヒ解除シタリトノ事實自體ハ始メヨリ上告人ノ主張スルトコロナラスヤ而モ其ノ催告期間ノ如何ニ付原裁判所ニ於テ其ノ釋明ヲ求メタル形跡ハ一モ見ルヘキナシ抑亦催告ニ相當ノ期間ヲ定メサルヘカラサルハ固ヨリ論ナシト雖開ハ必ス常ニ始ヨリ一定ノ日時若ハ期間ヲ明示スルヲ要ストノ意ニアラス催告ノ時ト解除ノ時トノ間ニ既ニ相當ノ時ヲ經過シ居レハ是亦足レリ蓋履行期以後ニ在リテハ債務者ハ即時履行ノ義務ヲ常時ニ負擔セルモノニシテ這ハ固ヨリ催告期間ノ當否如何ニヨリテ左右セラルヘキニ非ス法意ノ核心ハ原則トシテ解除權ハ不履行若ハ催告不應ニ依リ直ニ之ヲ生スルモノニアラス催告後相當ノ期間ヲ過クルモ尙且履行ヲ爲ササルニ及ヒテ始メテ之ヲ生ス又之ヲ以テ足ルト云フニ外ナラサレハナリ凡ソ此等ノ點ニ付原審ハ何等ノ考慮ヲ拂ハス又何等ノ釋明ヲモ求メス輒ク本件契約ノ解除ヲ無効ナリト斷定シタルハ正シク審理不盡ノ違法アリ——その後における判例、たとへば大判昭和五・九・五・(法律新聞三一七三號一頁)、大判昭和九・一〇・三一・(法律新聞三七七一號一頁)などはこの見解を踏襲し、かくて、先き述べた不相當な期間を定めた催告に關する大判昭和一三・八・三一・(前出)と共に、民法第五四一條にはゆる「相當の期間を定めた催告」についての判例法の確立をみたものとも言ひえようか。

惟ふに、民法第五四一條の趣旨は、この判例を評釋される宮崎教授が主張されるやうに『怠慢なる債務者に對し債權者を保護せん事を主眼とする』にあるとまでは主張しなくとも、債權者が履行期以後債務の履行をば再三催告し、既に相當の期間を經過してゐるにも拘らず、催告に期間の明示なきことを理由として、催告の適否を云爲することは、不相當なる催告期間を定めてなされた催告の效力の問題におけると同様に、相當なる限度を超えてまでも債務者を保護するの結果となり、民法第五四一條の所期するところは、おほよそ懸け離れた事態を生ぜしめることにならう。されば既に述べたやうに、『相當ノ期間ヲ定メテ』といふこともまた法文の形式的な文字解釋を離れて信義則の立前から解釋されねばならぬのである。さすれば、宮崎教授もまた正當に述べられるが如く(一)、同條にいはゆる催告の主眼とするところは『債務不履行があつた場合に先づ一應債務者に對して警告を與へ、然る後相當の猶豫期間内に履行を爲すべき旨を要求し得るといふ點』であるといふことになる。かくて、催告の效力は、それに一定の日時もしくは期間が明示されたかどうかによつてではなくて、催告の時と解除の時との間に既に相當の時の經過があつたかどうかによつて決せられれば十分であるとせねばならぬ。されば、「相當なる期間内に履行すべし」といふ催告もまた、同様に、解せらるべきである。ここでもまた、私は、理論の一貫