

特 226

604



* 0014023000 *

0014023-000

特 226 - 604

債権法総論

小出廉二・著

明治大学出版部

昭和 13

ACE

特 226

604

小出廉二先生著

債權法總論

明治大學出版部發行

特226
604

92



小出廉二先生著

債
權
法
總
論

明治大學出版部發行



債權法總論 目次

第一章 債權法	一
一 債權法の意義	一
二 債權法の性質	二
第二章 債權	四
三 債權の本質	四
四 債務と責任	六
五 自然債務	七
第三章 債權の目的	九
六 目的の意義	九
七 目的に關する要件	一〇

八 債權の目的と金銭的價值……………二

第四章 債權の種類……………三

第一節 特定債權……………三

九 意義及び性質……………三

一〇 效力……………三

第二節 種類債權……………一五

二 意義及び性質……………一五

三 種類債權の特定……………一六

第三節 金銭債權……………三

三 金銭債權の意義……………三

四 金銭債權の種類……………三

一五 金銭債權の特質……………一五

第四節 利息債權……………二七

一六 利息の意義……………二七

一七 利息債權の性質……………二八

一八 利息債權の發生原因……………三〇

一九 利息制限法……………三一

二〇 重利……………三三

第五節 選擇債權……………三三

二 選擇債權の意義……………三三

三 選擇による特定……………三五

四 履行不能による特定……………三六

第六節 任意債權……………四〇

二四 任意債権の意義……………四〇

第七節 損害賠償債権……………四一

二五 意義及び性質……………四一

二六 発生原因……………四四

二七 賠償の方法……………四四

二八 成立要件……………四五

二九 賠償の範囲……………四八

三〇 賠償額の算定……………五〇

三一 過失相殺……………五三

三二 賠償額の豫定……………五三

三三 違約金……………五六

三四 債権者の代償請求権……………五七

三五 損害賠償者の代位……………五七

第五章 債権の效力……………六〇

第一節 債権の實現……………六〇

三六 強制履行……………六〇

三七 各種の強制履行の認められる範囲……………六一

三八 強制履行と損害賠償請求との関係……………六二

第二節 債務不履行……………六三

三九 債務不履行の態容……………六三

四〇 履行遅滞……………六三

四一 履行不能……………七一

四二 不完全履行……………七五

第三節 債權者遲滞……………七六

三三 債權者の受領義務……………七六

三四 債權者遲滞の意義及び性質……………七九

三五 債權者遲滞の効果……………八二

第六章 債權の對外的效力……………八二

第一節 序説……………八二

八三 總債權者の共同擔保……………八三

八四 債權の對外的效力を認むる理由……………八三

第二節 債權者代位權……………八四

八五 債權者代位權の意義……………八四

八六 代位權の發生要件……………八四

五〇 代位權の行使……………八六

五一 代位の目的たる權利……………八九

五二 代位權行使の効果……………九〇

第三節 債權者取消權……………九二

五三 債權者取消權の意義……………九二

五四 債權者取消權の性質……………九三

五五 取消權の發生要件……………九五

五六 取消權の行使……………一〇〇

五七 取消權行使の効果……………一〇一

五八 取消權の時効による消滅……………一〇一

債權法總論

第一章 債權法

一 債權法の意義

債權法は物權法と共に財産關係を規律する法規である。(一) 而して物權法は主として財貨の支配關係を定むる法規として人類社會に於て相當古くから發生發達したものであるに對し、債權法は主として財貨の移動關係を定むる法規として人類社會の文化が更に一層進展した後に於て發生發達したものである。(二) 殊に近代に於て貨幣經濟の發達に伴ひ債權法の重要性は増大するに至つた。(三)

一 民法第三九九條は「債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ之ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得」と

規定する。然しかゝる債權と雖も、其の不履行の場合には金銭的損害賠償債權に變ずるものであるから、債權法が財産關係(非身分關係)の法律なることは明らかである。

二 蓋し物權關係に於ては權利者の爲めに現實の利益が確保せられるものであるに反し、債權關係に於ては將來の利益が確保せられるものだからである。

三 近時財産の債權化的傾向に伴ひ、債權關係は社會生活關係中優越的地位を占むるに至つたことは注目すべきことである。

二 債權法の性質

物權法は強行法規であり、當事者は任意に物權關係を創設し得ざるに反し(一七)、債權法は任意法規であり、當事者は公序良俗に反せざる限り如何なる種類内容の債權關係と雖も之を成立せしめ得るのである。(一)實に債權法の分野に於ては意思自治の原則(契約自由の原則)が鮮やかに活躍せるを認め得る。(二)

吾人が決して自給自足の生活を爲し得ないものである以上、必ずや

他人の助力が要請せられる。債權法はこの他人の助力を受け得べき豫期を法律的に保護することを目的とするものであるから、取引に關する法規なりと謂ふことを得る。

元來取引に關する法規は普遍的性質を有するものであるが、(三)交通の發達に伴ひ取引が漸次世界化すると共に、債權法も將來國際的に統一せられること必ずしも不可能でない。

一 物權法上の定型は確定的なるに反し、債權法上の定型は弾力性と多様性を有する。

二 然し近時國家並に社會一般の福利増進の爲め契約自由の原則は各方面に於て制限せられつゝあることは注目に値する。

三 例へば海商法・手形法・小切手法等の如し。

第一章 債 權

三 債權の本質

債權は特定人(債權者)が他の特定人(債務者)に對して一定の行爲(一)給付)を請求する財産的權利である。

債權は債務者の給付を要求する權利であるから、債務者が任意に履行(給付をなすこと)するときは、債權の目的は達成せられ、債權は之によつて消滅する。然し債務者が任意に履行しないときは、債權者は國家の助力を得て債務者に其の履行を強制し(四一)、又は不履行に基く損害の賠償を請求することを得る(四一、五條)。

債權は債務者に對する權利であるが、若し第三者がこれを侵害するときは、債權者は第三者に對し不法行爲を理由として損害賠償を請求

することを得る(七〇、(一)九條)

債權は請求權なること、(三)債權には排他性なきこと、(四)等の點に於て債權は物權と異なる。(五)

- 一 行爲は作爲たると不作爲たるを問はない。
- 二 苟しくも債權が權利として法の保護を受ける以上、何人もこれを侵害し得ないものと謂はねばならぬ(債權の不可侵性)。第三者が故なくして債權の實現を妨害するときは、不法行爲となり、賠償請求權の發生することは疑の餘地がない。然し更に妨害自體の排除又は豫防を請求し得るや否やについては説駁る。これを肯定すべきものと思ふ。

大正四・三・二〇大判(民錄二一輯三九八頁)

故意又ハ過失ニ因リ違法ニ他人ノ債權ヲ侵害シタル者ハ不法行爲ノ責任ズベキモノトス。

大正一〇・一〇・一五大判(民錄二七輯七八頁)

權利者が自己ノ爲メニ權利ヲ行使スルニ際シ、之ヲ妨グルモノアルトキハ其妨害ヲ排除スルコトヲ得ルハ權利ノ性質上素ヨリ當然ニシテ、其權利ガ物權ナルト債權ナルトニヨリテ其ノ適用ヲ異ニスベキ理由ナシ。

- 三 之に反し物權は物の直接支配を目的とする權利である。
- 四 債權には排他性なきため事實上兩立し得ない二個以上の債權も併存し得る。而して其の效力も成立の時の前後によることなく、原則として平等である。
- 五 債權と物權との差異は近時次第に薄らぐ傾向にあるものといひ得よう。

四 債務と責任

債權に基き債務者が給付すべき義務を負ふことを債務といひ、債務者の財産が債務の引當となることを責任といふ。責任は債務の全部について存するのが原則であるが、例外として一定額に限定せられる場合もある。(一) 債務と責任とは相伴ふのが通常である。然し債務なくして責任のみの存する場合(二)あると共に、又責任なき債務も存在し得る。

- 一 株式會社の株主(商法二〇〇條)、合資會社の有限責任社員(商法一五七條)、有限會社の社員(有限會社法一七條)、相続の限定承認者(一〇二五條)、質屋取締法の適用を受ける質權設定者等の場合に

於けるが如し。

- 二 例へば物上保證人、抵當不動産の第三取得者等。

五 自然債務

責任を伴はない債務を自然債務といふ。自然債務の觀念を認め得るか否かについては議論の存する所であるが、(一)之を否定的に解するときは、かゝる債務に對して爲された辨濟は非債辨濟であり、債權者の受領は不當利得となり、債務者は其の返還を請求し得るものと謂はねばならない。然るに我民法の下に於て、或債權關係につき當事者が特に訴を提起せざる旨又は強制執行を爲さざる旨を約したるときは、かゝる特約は有効である。更に消滅時効に罹つた債權についての相殺(五〇)・賭博より生じた債權の任意辨濟(七〇八)・利息制限法超過の高利を支拂つた場合等を綜合して考究するときは、我民法上自然債務の觀念を認め得るものと思はれる。(二)

- 一 否定説の根據は責任なき債務は、單に人情的・道徳的なるに止まり、決してかゝるものを法律上の債務なりといひ得ないと爲すに在る。
- 二 自然債務を民法上最少限度の效力ある債務としては、認することは、債權の本質を理解する上に於ても便宜であると思ふ。

第三章 債權の目的

六 目的の意義

債權は債務者に對して一定の行爲を要求する權利であるから、債權の目的は債務者の行爲(給付)である。給付は作爲(一)なることあり、不作爲(二)なることもある。又一時的(三)なることあり、繼續的(四)なることもある。

- 一 給付が作爲(積極的給付)なる場合に於ても、それが單なる勞務の給付なる場合と物の給付なる場合とがある。又物の給付も終局的に物を債權者に交付する場合と、一時的に之を交付するに過ぎない場合とがある。
- 二 給付が不作爲(消極的給付)なる場合とは、例へば競業を爲さないこと、觀望を妨げないこと、一定の行爲に對し異議を述べないこと(受忍義務)等の義務を負へる場合の如し。
- 三 一時的給付とは一回の給付により債權の目的を達し得る場合をいふ。贈與・賣買・交換・消費貸借等

の場合に於けるが如し。

四 繼續的給付とは給付が一定期間繼續的に爲される場合である。例へば貸貸借・雇傭・委任・不作爲給付等。

七 目的に關する要件

債權が成立する爲めには其の目的に關し次の要件の具備することを必要とする。

(1) 適法なること。物權に於ては其の種類内容等すべて法律によつて定められてゐる(一七)。(五七)然るに債權にあつては當事者は契約自由の原則に基き如何なる種類内容の債權と雖も任意に創設することを得るのであるが、たゞ強行規定又は公序良俗(一)に反することを得ないのである。

(2) 可能なること。實現不能(原始的不能)なことを目的とする債權は成立しない。之に反し一旦成立した債權が後に至つて實現不能(後

發的不能)となつた場合には、所謂履行不能(四一五)の問題を生ずる。(二)原始的不能の場合に之を可能なりと誤信することによつて損害を受けた債權者は、或程度の賠償を請求し得るものと解する(五六五)。(三)

(3) 確定し得べきこと。物權は物の直接支配を目的とする權利であるから、其の客體たる物は特定せることを必要とする。之に反し債權の目的たる給付の内容は確定せることを必要としない。たゞ何等かの標準によつて確定し得べきものであれば足りる。如何なる標準によつて確定せられるかは結局當事者の意思解釋の問題であるが、民法は之に關する一般的規定を設けた(四〇一條、(四)。

一 公序良俗は契約自由の原則の適用せられる限界を示すものであり、信義誠實の原則は個々の法律行為について遵守せねばならぬ規範(具體の場合に於ける社會的妥當性)を與へるものである。

二 債務者の責に歸すべき事由に基いて履行不能となりたる場合には、本來の債務に損害賠償債務に變ずる。之に反し債務者の責に歸すべからざる事由に基いて履行不能を生じたときは、債務者は債務

か免るるに至る。

三 このことは信義誠實の原則からみて正當視し得られると思ふ。

四 民法第三九九條乃至四一一條の諸規定は主として目的確定の標準に關するものである。

八 債權の目的と金銭的價値

債權の目的たる給付は法律上保護せらるべき價値ありとせらるるものなることを要する。(一)然しそれは必ずしも金銭に見積り得べきものたることを要しない(三九、二)但し金銭に見積り得ない内容を有する債權も、其の不履行の場合に於ける損害賠償は、特約なき限り、金銭で支拂はれることになる(四一、七條)。

一 債權關係として法律的效果が発生するか否かは、當事者の所謂法律的效果意思の有無によつて決定せらるべきではなく、客觀的立場に於て法律的に保護する價値ありや否やによつて決せらるべきである。

二 例へば祖先のために念佛供養することを約し又は奏樂・揮毫を約した場合の如し、尙不作爲債權には其の例が多い。

第四章 債權の種類

債權は其の目的たる給付の態様により、これを數種に分類することを得る。

第一節 特定債權(特定物の引渡を目的とする債權)

九 意義及び性質

特定債權とは特定物の占有を移轉することを目的とする債權である。(一)特定債權にあつては給付の目的物が固定してゐるから、債務者は之に替へて他の物を給付することを得ない。

一 例へば受託者が寄託者に受寄物を返還し、賃借人が賃貸人に賃借物を返還する場合の如し。

一〇 效力

(1) 現狀引渡義務

債務者は其の物を引渡を爲すべき時期(履行期)に於ける現狀の儘で引渡すことを要し、且つ之を以て足る(四八)(一)(三條)

(2) 保管義務

債務者は引渡を爲すまで善良なる管理者の注意を以て目的物を保管することを要する(四〇)(條)。善良なる管理者の注意(善管注意)とは取引上一般人として通常要求せられる程度の注意である。(二) 本條は強行規定ではないから、當事者は反對の特約を爲すことを得る。又引渡を爲すまでとは、引渡を爲すべき時(履行期)までの意味なりと解する。(三)

- 一 従つて目的物に果實が生じたときは、履行期後に生じた果實のみ引渡せば足りる。蓋し履行期前に生じた果實は目的物自体ではないからである。又債務者の過失によつて目的物の價値を減損せしめた場合には債務者は之を賠償すべきであるが、債務者に於て其の物を修繕して給付すべき義務はない。
- 二 民法は人に對し原則としてこの程度の注意義務を要求する(二九八條・六四四條・九一六條・九三

六條・九五三條等)。而して特に注意の程度を軽減するか妥當とする場合には、其の人の注意能力を標準として、自己の爲めにする同一の注意(自己の財産に於けると同一の注意)なる文字を用ひる(六五九條・八〇五條・八八九條等)。

- 三 蓋し、履行期に債務者に於て其の引渡を爲さざるときは債務者は爾後不可抗力についても責を負ふこととなり、之に反し其の引渡を爲すも債權者之を受領せざるときは債務者の注意義務は軽減せられるに至る(六五九條參照)からである。

第二節 種類債權 (不特定物の給付を目的とする債權)

一一 意義及び性質

種類債權とは一定の種類に屬する物の一定の數量を給付することを目的とする債權をいふ。種類のみが定められてゐる場合と、種類以外に範圍が限定せられてゐる場合(制限種類債權(一))とがある。種類債權にあつては債權者は單に一定の種類に屬する物の中から一定の數

量を指示すれば足りるのであるから、實際取引上最も普通の債權關係である。(二)

種類債權の目的物は動産たると不動産たると、又現在の物なると將來の物なるとを問はない。代替物なるを通常とするが、(三) 種類債權なりや否やは目的物の性質に基き客觀的に決定せらるべきではなく、具體的取引に於ける當事者の意思表示によつて決定せらるべきものである。

一 例へば特定の倉庫内の米の中何俵、特定の店舗内にある書物の中一冊といふが如し。

二 特定債權の如きは、概して、種類債權を現實に履行するための二次的のものであるといへよう。

三 代替物でも當事者が其の物の個性に重きを置かなかつた場合には種類債權の目的物たり得る。例へば一頭の馬、一枚の繪畫等を給付すべしと約した場合の如し。

一二 種類債權の特定

種類債權は給付の内容が種類及び數量によつて示されてゐるに過

ぎないものであるから、これを履行せんが爲めには先づ示された標準に従つて給付の内容を特定することが必要である。かくの如く種類債權が其の同一性を害せられることなくして特定債權に轉換することを種類債權の特定といふ。

(1) 品質の決定

同一種類に屬する物の中、如何なる品質の物を給付すべきかは、法律行為の性質(一)又は當事者の意思によつて決すべきであるが、若しこれによつて決し得ない場合には、中等の品質を有する物を給付すべきである(四〇一)。(條一項)。

(2) 特定の方法

契約の存する場合と然らざる場合とに分つことを得る。

(イ) 契約の存する場合

債權者債務者間の契約を以て直接給付物を指定し、又は第三者債權者・債務者の何れかに指定權を與へ、この者をして指定せしめる(四〇一條二項後段參照)。

(ロ)契約の存しない場合

債權者債務者間に給付物の特定に關し契約の存しない場合には、債務者は物の給付を爲すに必要な行爲を完了することを要する(四〇一條前段)。(三)如何なる程度の行爲をなせば、物の給付を爲すに必要な行爲を完了したといひ得るかは、債務の種類によつて異なる。

a 持參債務の場合

持參債務とは債權者の住所を以て履行の場所と定めた債務である。

この場合には債務者が債權者の住所に於て目的物を債權者に提供した時に特定する(四八四條・四九三條參照)。(四)

b 取立債務の場合

取立債務とは債務者の住所を履行の場所と定めた債務である。こ

の場合には債務者に於て、債權者が受領せんと欲せば直ちに受領し得る程度に辨濟の準備を爲し、且つ其の旨を債權者に通知し、其の受領を催告したときに特定する(四九三條但書)。(五)

c 第三地が履行の場所たる債務の場合

債權者及び債務者の住所以外の場所が履行の場所たる債務(六)にあつては、債務者が履行の場所に於て辨濟の準備を爲し、且つ其の旨を債權者に通知して受領を催告することによつて特定する。

d 送付債務の場合

送付債務とは債務者が給付物を履行の場所以外の場所に送付すべき債務である。送付債務にあつては債務者が給付物を發送することによつて特定する。

(3) 特定の效果

種類債權が特定すると次の如き效果が発生する。(七)

(イ) 特定後目的物が債務者の責に歸すべき事由に基いて滅失した場合には、債務者は損害賠償の責に任すべく、之に反し債務者の責に歸すべからざる事由によつて滅失した場合には、債務は消滅する(四一)。(八)

(ロ) 特定の時から所謂危険の負擔が債權者に移る(五三四)。(九)

(ハ) 特定後は債務者は善良なる管理者の注意を以て其の物を保管する義務を負ふ(四〇)。(四〇)。

(ニ) 特定によつて債務者は其の特定物自體を給付すべき義務を負ふことになるのであるが、其の物と同種同量の他の物を之に代へて給付することによつて債權者が何等の損害を蒙らない場合には、信義誠實の原則により、債務者は之を變更することを得るものと解すべきである。(一〇)

(ホ) 特定によつて給付物の所有權は、特約なき限り、債權者に移轉する

(一七六) 條参照

(二) 種類債權の特定には遡及效がない。(一一)

- 一 消費貸借の場合に於ては、借りた物と同一品質の物を給付することを要する(五八七條参照)。
- 二 上等の品質の物が給付せられた場合に債權者は其の受領を拒み得るか。
本條は品質に關し最少限度を定めた規定なりと解すべきであるから、債權者は之を拒み得ざるものと解する。蓋し債權者が特に中等の品質の物を欲する場合には、品質に關し特約を爲すべきだからである。
- 三 このことは債務者が債務の本旨に従つた履行の提供を爲すことに該當する。
- 四 債權者が豫め受領を拒んだときは、取立債務の場合と同様である(四九三條但書)。
- 五 通知は準備の前たると後たるを問はない。又債務者の責に歸すべからざる事由によつて通知を爲すことを得ない場合には準備のみにて足る。
- 六 例へば某製作所渡・某倉庫渡・某驛渡・税關渡等の定を爲した場合の如し。
- 七 種類債權は特定することによつて特定債權に變ずるのであるから、爾後特定債權に關する規定が適用せられることになる。
- 八 従つて何れの場合にも、債務者は同種類の他の物を給付する義務はない。
- 九 例へば賣買に於て特定後目的物が債務者の責に歸すべからざる事由によつて滅失すれば、賣主は債務を免れて代金を請求し得ることになる。

一〇 昭和一二・七・七大判(民集一六卷一一二〇頁)

甲が乙に賣渡シタル株式ヲ乙ノ委託ニ因リ乙名義ニ書換手續ヲ爲スニ當リテハ、特ニ右株式ノ番號ニ重キヲ措クベキ事情ナキトキハ、甲ハ右株式ニ換フルニ番號ノ異ナレル同種ノ他ノ株式ヲ以テスル自由即變更權ヲ有スルモノトス。

一一 この點に於て選擇債權の特定と異る(四一一條參照)。

第三節 金錢債權

一三 金錢債權の意義

金錢債權とは金錢の給付を目的とする債權をいふ。金錢とは貨幣、紙幣及び兌換銀行券である。金錢は交換の媒介を爲すものたる性質上、他の動産とは法律上自ら特殊な取扱を受くべきものである。(一) 金錢債權は種類債權の一種であるから、特定した貨幣の引渡を目的とする債權(特定金)(二)の如きは金錢債權ではない。

一 金錢は其の表現する價值が本體を爲すものなる點に於て特色を有する。

二 例へば陳列の目的を以て爲さるる特定の金貨の貸借、封金の寄託第の如し。

一四 金錢債權の種類

(1) 金額債權

金額債權とは一定の金額の給付を目的とする債權である。金錢債權は金額債權なるを通常とする。金額債權に於ては債務者は任意に各種の通貨を以て辨濟を爲すことを得る(四〇三條一項)。但し補助貨幣については貨幣法第七條による制限がある。(一) 銀行兌換券は金貨幣に代るべきものであるから、金額に制限なく通用する。(二)

(2) 金種債權

金種債權とは特殊の通貨の給付を目的とする債權である。三 金種債權は制限種類債權であるから、債務者は其の種の通貨を以て支拂を爲すことを要する(四〇二條一項但書)。然し債務者が現に支拂を爲す時に其の種

の通貨が強制通用力を失つた場合には、債務者は他の通貨を以て辨済を爲さねばならない(四〇三)。(四)

(3) 外國金錢債權

外國金錢債權とは外國の通貨の給付を目的とする債權である。外國金錢債權に於ても債務者は任意に當該外國の各種の通貨を以て辨済を爲すことを得べく、又特殊の通貨を以て辨済すべきことを特約したる場合には、其の種の外國通貨を以て辨済を爲すことを要する(四〇二)。(條三項)然し外國の通貨を以て債權額を指定した場合に、其の債務の履行地が日本なるときは、債務者は現に辨済を爲す時に於ける(五)履行地の爲替相場により、日本の通貨に換算して辨済を爲すことを得る。(四〇)。(條三項)。

一 銀貨は十圓、白銅貨は五圓、青銅貨は一圓まで強制通用力を有する。

二 大正八・七・一五大判(民錄二六輯一三三一頁)

支拂ノ爲メニスル郵便小爲替ハ取引上現金ト同一ノ作用ヲ爲スベキモノナレバ、郵便小爲替券ヲ債權

者ノ住所ニ送付スルコトニヨリ爲シタル提供ヲ以テ適法ノ提供ナリト判示シタルハ相當ナリ。

三 例へば金貨にて百圓、又は五十錢銀貨にて五圓支拂ふことを約した場合の如し

四 債務者は債務を免れるに至るのではない。但し當事者が特に其の種の通貨以外の金錢による支拂を絶対に許さざる旨を約した場合には、假令其の種の通貨が強制通用力を失ふも、尙其の金種の存する限り、債務者は其の種の金錢を以て支拂ふことを要し、若し其の種の金錢存在せざるに至つたときは、債務は消滅する(四一五條參照)ものと解すべきである。

五 若し現に履行を爲す時の爲替相場が履行期に於ける爲替相場より下落せるときは、債務者は遅延利息の外、其の差額を賠償することを要する。之に對し履行期の爲替相場によつて換算すべきであると爲す反對説がある。

一五 金錢債權の特質

(1) 金錢債權にあつては其の性質上履行不能を生ずるの餘地なく、たゞ履行遅滞あるのみである。

(2) 履行遅滞による損害賠償請求に於ては

(イ) 債權者は損害の證明を爲すことを要しない(四一九條)。(二項前段)。(一)

(ロ)債務者は目的物に關し(三)不可抗力を以て抗辯と爲すことを得ない(四一九條)。
(二項後段)

(3)履行遲滞による損害賠償の額は法定利率によつて定まる。但し當事者間に於て利率についての定があり、しかも其の利率(約定利率)が法定利率に超ゆるときは約定利率による(四一九條)。(三)

(4)金錢債權は一定の價値を本體とするものであるから、貨幣價値の變動に際しては、所謂事情變更の原則(四)の適用を見る場合が多い。(五)

一 蓋し金錢は一定の利殖を爲し得るが通常だからである。

二 目的物以外については不可抗力を以て抗辯と爲し得るものと解する。例へば地震・洪水等の爲め履行遲滞を生じた場合に於けるが如し

三 之を遲延利息といふ。遲延利息は利息ではなく損害金であるから、法定重利に關する四〇五條の適用を受けない。尙法律に特別の規定ある場合(六四七條・六六九條)、又は當事者が法定利率によらず實際の損害を賠償すべき旨を特約したる場合、損害賠償額の豫定・違約金の特約ある場合等に於ては之

によるべきである。

四 法律行爲成立後債務が現實に履行せられる迄に、法律行爲成立當時其の環境たりし事情が當事者の責に歸すべからざる事由によつて變史し、しかもそれを當事者が豫見せず且つ豫見し得ざる性質のものであり、其の結果本來の給付が信義衡平の觀念上當事者に取つて著しく不當なる時は、當事者は信義衡平の要求する處に従ひ、其の給付の内容を適當に變更することを相手方に主張することを得る。之を事情變更の原則といふ。

五 尙金錢債權に關しては利息制限法・金錢債務臨時調停法等の存することは注目すべきである。

第四節 利息債權

一六 利息の意義

利息とは元本使用の對價として、一定の率により、元本額及び使用の期間に比例して支拂はるべき金錢其の他の代替物をいふ。

(1)利息は元本使用の對價であるから、法定果實である。(一)

(2)利息はそれと同一種類の物の給付を目的とする元本債權の存在を前提とする。(二)

(3)利息は元本の収入所得であつて、元本の消却ではない。(三)

(4)利息は一定の率(利率)によつて其の額が定る。

(5)利息は金錢其の他の代替物である。(四)

一 法定利息には法定果實でないやうな外觀を呈するものもあるが(四四二條二項・四五九條二項等)、結局元本使用の對價に歸著すると思ふ。

二 この點に於て利息は賃金・地代・小作料等と異なる。元本債權は必ずしも金錢債權なることを要しない。穀物を給付すべき債權の如きも元本債權たり得る。

三 この點に於て利息は月賦償還金と異なる。

四 蓋し、然らざれば利率の餘地がないからである。

一七 利息債權の性質

利息債權とは利息の給付を目的とする債權である。利息債權は之

を未だ辨濟期(一)に達しないもの(基本債たる利息債權)と既に辨濟期に達したものを

(支分債たる利息債權)とに區別することを得る。

(一)辨濟期に達しない利息債權

辨濟期に達しない利息債權は元本債權に對し附隨性を有する。従つて利息債權が成立する爲めには元本債權の存在することを必要とし、元本債權が讓渡せられると利息債權も亦之と共に移轉し、元本債權が消滅すれば利息債權も亦消滅する。又元本債權のために存する擔保は當然に利息債權にも及ぶ。普通に利息債權といふのは之に該當する。

(二)辨濟期に達した利息債權

辨濟期に達した利息債權は元本債權から全く獨立した債權である。従つて元本債權が讓渡せらるるも之と共に移轉することなく、又元本債權とは別に利息債權のみを讓渡することも可能である。然し利息

債權は元本債權から生じたものであるから、民法は債權者保護のため、元本債權の擔保は利息債權にも及ぶと規定した(三三二條・三三八條・四四七條)。

(二)

- 一 利息債權の辨濟期は當事者間の特約又は慣習によつて定る。若し特約又は慣習なきときは一年毎に支拂ふべきである。但し元本債權の辨濟期が一年未滿なるときは、元本債權と同時に支拂ふことを要するものと解する。
- 二 辨濟期に達した利息債權は元本債權から全く獨立した別個の債權とみるべきものであるから、利息のみの辨濟又は元本のみは辨濟は有效であり、一部辨濟と認むべきではない。従つてかゝる場合に債權者其の受領を拒むときは債權者遲滞となるものと解する。

一八 利息債權の發生原因

利息債權は法律行爲によつて發生することあり(約定)(一)又法律規定(四四二條二項・四五九條二項・五〇二條二項・五四五條二項・六四七條・六五〇條一項・六六九條・七〇四條・九二七條二項・九四〇條等)によつて發生することもある(法定)。利率は約定利息にあつては當事者の定むる所(約定)(利率)によるの

であるが(利息制限法の)、當事者が利率の定をしなかつたときは法定利率による。法定利率は民事年五分(四〇)、商事年六分(七六條)である。法定利息は常に法定利率による。

- 一 商人間の金錢貸借については、商法は當事者間に特別の合意がなくとも、當然に利息の發生するものとした(商法二七五條)。

一九 利息制限法

約定利息については利息制限法(明治一〇年大政官布告第六六號・改正大正八年法律第五九號)の適用がある。同法は高利取締を目的として制定せられたものである。其の内容は元金百圓未滿は年一割五分百圓以上千圓未滿は一割二分千圓以上は年一割を以て最高利率とし、約定利率がこの最高率を超過するときは各其の最高率まで引き下げる(同法二條)。尙當事者が禮金棒利^(一)等の名目で給付を約するも、實質上利息と見られる限り、本法の適用を受ける

(同法。二)判例は本法の適用を金銭を目的とする消費貸借に限り、(三)且つ本法に違反した場合には債権者がこれに基いて裁判上請求し得ざるに止まり、債務者が任意に支拂つた場合には其の返還を請求し得ないと解した。(四)(五)

- 一 例へば百圓の元金が毎月十圓づつ辨済される場合にも、利息だけは元金完済まで百圓に對する一定率を支拂ふと約した場合の如し。
- 二 當事者が制規の利息を支拂ふと約した場合には、利息制限法の許してゐる最高利率による利息と解すべきである。法定利率による利息ではない。
- 三 大正一〇・一一・二八大判(民錄二七輯二〇五一頁)
利息制限法ハ金銭貸借ノ場合ニ限り適用スベキモノトス。從ツテ買主ノ支拂フベキ賣買代金ニ利息ヲ附スルコトヲ約シ代金ノ一部ト認メラルル如キ場合ニ適用スベキモノニ非ズ。
- 四 明治三五・二〇・二五大判(民錄八輯一三四頁)
債務者が任意ニ制限超過ノ利息ヲ債権者ニ支拂ヒタル場合ニ於テハ民法第七百八條ニ所謂不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタルモノニシテ其ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ズ。

右と同趣旨のものに、明治三九・四・二八大判(民錄一二輯六六六頁)、明治四二・七・三大判、民錄一五輯六四九頁、大正一〇・三・五大判(民錄二七輯四七五頁)等がある。

五 利息制限法は立法上考慮の餘地あるものと思ふ。同法の如く總ての場合に一律に利息を制限することとは活氣ある經濟活動に支障を生ずるの虞あるのみならず、反つて資金難を助長するの虞なしとしない。不當な暴利を貪る者を徹底的に彈壓すると共に、合理的な利息で資金の融通せられる適當な手段が別途に講ぜられることが必要であると思ふ。

二〇 重利

重利(複利)とは辨済期に支拂はれざる利息に、更に利息を生せしめることである。當事者が重利の約定を爲したときは有效であるが(約定)(一)かゝる特約なき場合に於ても、利息が一年以上延滞し、債権者から催告を爲すも、債務者がこれを支拂はないときには、債権者は一方的に利息を元本に組入れる(法定)(重利)ことを得る(四〇)(二)(五條)

- 一 重利については之を禁止又は制限せんとする立法例がある(獨民二四八條・佛民一一五四條等)。

二 債務者が利息の支拂を怠ると遅延利息を生ずるわけであるが(四一九條)、民法は債務者を保護し、債権者に組入権を與へるに止めた。

第五節 選擇債權

二一 選擇債權の意義

選擇債權とは個別的に豫定された(一)數個の給付中、(二)選擇によつて定まるべき一個の給付を目的とする債權(三)をいふ。

選擇債權は當事者間の契約によつて發生するのが通常であるが、法律の直接規定によつて發生する場合もある(一九六條二項・二九九條二項)。(四六一條・五八三條二項等)。選擇債權は選擇により又は履行不能によつて特定する。

一 數個の給付が個別的に豫定されてゐる點に於て種類債權と異なる。

二 給付物は特定物たるを否とを問はない。

三 數個の給付は同一の資格に於て債權の目的となつてゐるのであるが、其の中の或給付が選擇される

と、債權成立當時から其の給付のみを目的とする債權が存在したこととなるのであるから、選擇債權は一個の債權とみるべきである。

二二 選擇による特定

選擇債權者が選擇權を行使すると、選擇債權はこれによつて特定する。

(1) 選擇債權者

數個の給付中其の一に決定することが選擇であり、選擇する權利を選擇權といふ。何人が選擇權を有するかは當事者間の契約によつて定るのが通常であるが、(二)何等の特約なきときは選擇權は債務者に屬する(四〇條)。當事者の一方が選擇權者なる場合に、履行期到來後相手方から相當の期間を定めて催告するも其の期間内に選擇を爲さざるときは、(三)選擇權はこの相手方に移轉する(四八條)。又第三者が選擇權者なる場合に、選擇を爲すこと能はず又は之を欲しないときは選擇權は債

務者に移轉する(四〇九、
條二項)。

(2) 選擇權の行使

選擇權は形成權であるから相手方に對する一方的意思表示によつて之を行使すべく(四〇七、
條一項)、(三) 第三者が選擇權を有する場合には債權者又は債務者に對する意思表示によつて之を行使する(四〇九、
條一項)。四) 一旦選擇權を行使すると、相手方の承諾あるにあらざれば之を撤回(五)することを得ない(四〇七、
條二項)。但し意思表示の瑕疵を理由とする取消は可能である。

(3) 選擇權行使の効果

選擇權の行使は債權發生の時に遡つて其の效力を生じ、選擇された給付を目的とする債權が當初から成立したと同一の結果となる(四一一、
條本文)。而して民法はこのことによつて第三者の權利を害することを得ない。

と規定するが(四一一、
條但書)、選擇により債權者が遡及的に取得した物權と、債權發生後選擇までの間に第三者が同一物につき取得した物權との優劣は公示の原則(一七七條、
一七八條)によつて決定せられるものであるから、本條但書は適用せらるる餘地なきものと謂ふべきである。(六)

- 一 當事者間の契約の結果當事者の一方が選擇權を有する場合と、第三者が選擇權を有する場合とがある。
- 二 蓋し選擇權の行使は之を強制し得ないからである。
- 三 債務者が選擇權者なる場合に一定の物を送付し、又は債權者が選擇權者なる場合に一定の給付を請求したるときは、默示的に選擇權が行使せられたものと解してよい。
- 四 數人の第三者が選擇權を有する場合には、全員一致の意思表示を以て選擇權は行使せられることを要する。
- 五 條文には取消とあるが撤回の意味である。
- 六 この點に於て一二二條但書と同様である。

二三 履行不能による特定

選擇債權の目的たる給付中、履行不能のものあるときは、債權は殘存給付について存在し、殘存給付が一個なるときは、債權は特定する。

(1) 原始的不能の場合

數個の給付中原始的不能のものあるときは、債權は殘存する給付につき存在する(四一〇)。

(2) 後發的不能の場合

數個の給付中後發的不能のものあるときは、先づ不能となるに至つた原因が當事者の過失に基くか否か、更に當事者の過失に基く場合に於ても、其の當事者は選擇權を有する者なるか否かを區別することを要する。

(イ) 當事者の過失に基かない場合

當事者の過失によらずして給付が不能となつたときは、債權は殘存

する給付につき存在する(四一〇)。

(ロ) 當事者の過失に基く場合

a 選擇權を有する當事者の過失による場合

選擇權を有する債權者又は債務者の過失によつて給付が不能となつたときは、債權は殘存せる給付につき存在する(四一〇)。(1)

b 選擇權を有しない當事者の過失による場合

債權者が選擇權を有する場合に、債務者の過失によつて給付が不能となつたときは、債權者は殘存する給付と不能による損害賠償との間に於て選擇を爲すことを得る(四一〇)。(2) 又債務者が選擇權を有する場合に、債權者の過失によつて給付が不能となつたときは、債務者は不能となつた給付を選擇して債務を免れるか、又は殘存せる給付を選擇し、不能となつた給付については、債權者に對し損害賠償の請求を爲すことを得る(四一〇)。(3)

一 債権者が選擇權を有する場合に其の過失によつて給付が不能となつたときは、債権は殘存する給付について存在すると共に、債権者は不能ならしめたことにつき債務者に對し賠償の責を負ふべきである。

第六節 任意債權

二四 任意債權の意義

任意債權とは一個の特定せる給付を目的とするも、債務者(又は債權者)は一方的に本來の給付に代へて他の給付を爲し(又は請)得る債權をいふ。(一)任意債權は當事者間の契約によつて發生するのが通常であるが、法律の直接規定(四〇三條・四一一條二項)によつて發生することもある。

任意債權にあつては一個の特定せる給付が債權本來の目的であつて、他の給付は其の補充又は代用たるにすぎないものであるから、(二)本來の給付が債務者の責に歸すべからざる事由によつて不能となると

きは、假令他の給付が可能であつても、債務は消滅する。(三)又債務者が代用權を有する場合に、債務者が代用給付を爲すべき旨を債權者に通知した後、代用給付が不能となつても、債務者は本來の給付を免れることを得ない。(四)

一 例へば甲馬を給付する但し乙馬を以て之に代へることを得る旨を約し、又は甲馬を買ふ但し意に満足ざるときは乙馬に代へることを得ると約した場合の如し。

二 この點に於て任意債權は選擇債權と異なる。

三 本來の給付が一部不能其の他の事由によつて減縮するときは、代用給付も其の割合に應じて減少する。本來の給付の内容が損害賠償に變ずるも、代用給付には何等の影響がない。

四 蓋し代用給付を爲すべき旨を通知するも、このものに特定することがないからである。

第七節 損害賠償債權

二五 意義及び性質

損害賠償とは自己の受けた損害が他人によつて補填せられることであり、其の損害の賠償を請求する権利を損害賠償債権といふ。(一) 損害とは法益について蒙つた不利益をいふのであるが、之を次の如く分類することを得る。

(1) 財産的損害と非財産的損害

財産的損害(有形の損害)とは財産的法益の侵害によつて蒙つた損害であり、之に反し身體・自由・名譽等の如き人格的法益の侵害によつて受けた一切の不利益は非財産的損害である。

(2) 積極的損害と消極的損害

積極的損害とは既存財産の減少を意味し、消極的損害とは得べかりし利益の喪失を意味する。(二)(三)

損害賠償債権は最初から損害賠償自體を目的として発生したものと、其の他の目的の爲めに成立した債権の擴張又は變形にすぎないも

のところが(四)ある。後の場合に於ける損害賠償債権は原債権と同一性を有するものであるから、原債権のために存した擔保権は存続し、消滅時効も原債権によつて決定せられる。

一 現代私法に於ける損害賠償理論は、損害の発生した場合に何人をして之を補填せしめることが合理的であるかといふ相對的な價值判斷であるから、過失なければ責任なし(過失主義)といふ個人主義的な原則を以て一貫することを得ない。場合によつては過失主義によることが社會的合理性を有することがあり、又場合によつては過失主義を棄てて他の主義(原因主義・利益主義等)によることが社會的合理性を有することがある。我民法は個人主義的な法律であるところから、原則として過失主義を採用したにすぎない。

二 例へば身體を傷害せられた爲めに要した治療費は積極的損害であり、仕事を休んで勞銀が得られなかつたのは消極的損害である。兩者區別の實益は消極的損害が特別の事情に基くものなること(四一六條二項)を通常とするの點に在る。

三 これに似て非なるものに、履行利益(積極的契約利益)の賠償と信賴利益(消極的契約利益)の賠償とがある。履行利益とは契約が履行されたとせば債権者の取得すべかりし利益をいひ、信賴利益と

但し金銭債務の不履行による損害賠償についてはこの限でない(四一九條二項)。

(2) 歸責原因の存在

歸責原因の主なるものは故意及び過失である。(一) 故意とは結果の發生を認識しながら尙敢て之を爲す心理状態をいひ、過失とは普通人の爲すべき注意を怠ることをいふ。歸責原因の存在は不法行爲にあつては賠償權利者に於て之を證明することを要する(七〇條九條)。然し債務不履行にあつては債權者は之を證明することを要せず、唯金銭債務以外に於ては債務者は不可抗力(三)を以て抗辯と爲し得るに過ぎないものと解する(四一九條二項)の反對解釋。

(3) 歸責原因たる事實と損害との間に因果關係の存すること

因果關係とは歸責原因たる事實と其の結果として發生した損害との間の牽連關係である。(四) 因果關係ありや否やは一般社會の經驗則(通念又は取引觀念)によつて決定せらるべきであり、(五) 社會通念に照し歸責原因

たる事實が損害の發生に適合すると認められる場合には、其の事實と損害との間には因果關係ありと爲し得るのである。一般取引觀念に照して或事實と或損害との間に自然的な展開的牽連關係ありと認め得るや否やによつて、其の事實と損害との間の因果關係の有無を決せんとする見解を相當因果關係說(適當條件說)といふ。民法も亦この見解を採用したものと謂ふべきである(四一〇條六條)。

一 英美法に於ては權利侵害あるときは、假令現實の損害なくとも、賠償請求を認める(名義上の損害)。この場合にあつては賠償權利者に於て損害の發生を證明するの要なきは固よりである。然し我民法にはかかる制度なし。

二 債務不履行の場合に於ける歸責原因は債務者の故意又は過失の外、一般に信義誠實の原則上債務者に不履行の責任を負担せしめることが正當なりと考へられるすべての事由を包含するものと解すべきであるから、債務者の一身上の事由(精神上又は肉體上の障害・資力の缺乏等)又は履行補助者の過失等も包含せしむべきである。

三 不可抗力とは行為者が特定の場合に於て客觀的に要求せられる注意に従ひ人力を盡すも尙避くることを得ざりし事實をいふ。

四 因果關係と歸責原因とは之を區別することを要する。因果關係は歸責原因たる事實と損害との間の關係なるに反し、歸責原因は賠償義務者と歸責原因たる事實との間の關係である。

五 蓋し法律が社會生活の規程である以上、法律上の因果關係の問題は社會一般の經驗則に依據して決せらるべきが至當だからである。

六 因果關係については、不作爲に於ても、作爲に於けると同様なことがいひ得る。

二九 賠償の範圍

賠償せられる損害の範圍は、歸責原因たる事實と因果關係ありと認めらるべき損害のみに限られる。債務不履行についてはこれに關する規定がある^(四一)。^(六條)

(1) 債務の不履行によつて通常生すべき損害については、(2) 債權者は債務者に對して常に其の賠償を請求することを得る^(四一六)。この

場合にあつては債權者は債務不履行の事實を立證すれば足りる。(2)

(2) 特別の事情によつて生じた損害(3)は、不履行の當時債務者(4)が其の事情(5)を豫見し、又は豫見することを得べかりし場合に限り、債權者は其の賠償を請求することを得る^(四一六)。この場合にあつては、債權者に於て、債務者が其の事情を豫見し又は豫見し得べかりしものなることを立證するを要する。(六)

不法行為については直接の規定はない。然しこの點につき不法行為と債務不履行との間に差異を説くべきでないから、不法行為についても債務不履行に於けると同様に解してよい。

一 通常生すべき損害とは、例へば目的物の給付を遅延したがため其の期間利用を妨げられたこと、借用物を滅失せしめた場合に於ける其の物の市價等の如し。

二 蓋し通常生すべき損害とは債務不履行あらば因果關係上當然發生することを常とする損害だからである。

三 例へば買主が買買の目的物を第三者に轉賣することを約して巨利を得る筈のところ、賣主よりの給付が一ヶ月遅れた爲め轉賣の契約が解除せられ、買主は却つて違約金の支拂つた場合の如し。

四 當事者とは、この場合債務者を意味する。

五 特別の事情を豫見し又は豫見し得べかりしことであり、損害を豫見し又は豫見し得べかりしことではない。

六 大正一三・五・二七大判（民集三卷二三八頁）

賣買契約ニ於テ賣主ノ責ニ歸スベキ事由ニヨリ履行不能ニ至ラシメ、債務ノ目的物カ其ノ後經濟上ノ變動物資ノ増大等ニ依リ價格騰貴シタル場合ニ於テ、其ノ騰貴價格ニ依リ買主ノ利益ヲ得タルベキ特別ノ事情ハ一般商品就中有價證券ノ如キ取引ノ頻繁ニ行ハルベキ性質ヲ有スルモノニ在リテハ之ヲ推測シ得ベキ場合尠カラザルモ、土地及ビ之ニ定著スル立木ノ如キ比較的取引ノ頻繁ナラザルモノニ在リテハ之ヲ推測スルコトヲ得ザルヲ以テ、賠償ノ請求ヲ爲ス者ニ於テ右特別ノ事情存スルコトヲ立證スルノ責任アルモノトス。

三〇 損害額の算定

損害の賠償は被害者の蒙つた損害を賠償することであるから、損害

額は被害者の主觀的價格を標準として算定せらるべきである。若し主觀的價格が客觀的價格を超過する場合に、主觀的價格全部の賠償を請求せんとするならば、加害者が特別價格の存することを豫見し又は豫見し得べかりしことを被害者に於て立證することを要する（四一六條二項）。無形の損害については裁判所が當事者の財産狀態社會上の地位等を斟酌して之を定める。

被害者は賠償請求權行使の時（訴訟の場合は第二審の口頭辯論終結の時）までに實際生じた一切の損害を賠償せしむることを得る。而して其の額は損害の發生した時を標準として算定せらるべきである。（一）

一 判例は嘗て損害發生後價格が騰貴した場合には、最高價格を標準として損害額を算定することを許したが、後之を改めた。

大正一五・五・二二大民刑聯判（民集五卷三八六頁）

被害者ハ不法行爲當時ヨリ判決ニ至ル迄ノ間ニ價額ノ騰貴シタル一事ニ依リテ直ニ騰貴價格ニ相當ス

ル消極的損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノニ非ズ。其ノ賠償力縱シ自然ノ趨勢ニ因リタルモノトスルモ、被害者ニ於テ不法行為爲微リセバ其ノ賠償シタル價額ヲ以テ轉賣其ノ他ノ方法ニ依リ該價額ニ相當スル利益ヲ確實ニ取得シタルベキ特別ノ事情アリテ、其ノ事情ガ不法行為當時豫見シ又ハ豫見シ得ベカリシ場合ニ非ザレバ斯ル損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス。

三一 過失相殺

債務の不履行又は損害の發生につき債權者に過失あるときは、裁判所は損害賠償の責任の有無及び賠償額の範圍を定めるにつき之を斟酌する^(四一)。蓋し何人と雖も自己の不注意怠慢の結果を他人に轉嫁することは、公平の原則に反するからである。これと同様のことが不法行為に就いても認められる^{(七二)(七三)(七四)}。

一 通説は四一八條と七二二條二項とを對照した上、債務不履行の場合には責任の有無についても斟酌すべく且つ裁判所は必ず斟酌することを要するに拘らず、不法行為の場合には賠償金額についてのみ斟酌し得るにすぎずと爲し、兩者の間に差異ありと解する。然し債務不履行と不法行為とが其の本質

を同じうするものである以上、この點につき兩者を區別すべき理由がない。

二 過失相殺に似て非なるものに損益相殺がある。損益相殺とは賠償權利者が損害を蒙つたと同時に、同一原因によつて利益を受けたときは、其の利益を損害額から控除して損害賠償額を定めることをいふ。然しこれは結局賠償額算定の問題であると思ふ。

三二 賠償額の豫定

賠償額の豫定とは債務不履行の場合に於て、債權者の請求し得べき金額を豫定する債權者債務者間の契約をいふ^(四二)。當事者が金錢以外のものを以て其の内容となしたときは之に準ずる。^(四三)

賠償額の豫定は損害賠償の請求に於ける立證上の困難を避けるために爲されたものであるから、特に反對の意思表示なき限り、當事者はこの契約により損害の發生をも豫定したものとみるべきである。^(四四)従つて債權者は單に債務不履行の事實を證明すれば豫定賠償額を請求し得べく、債務者は損害の不發生又は實際に發生した損害額が豫定

額より少いことを證明して其の責任の減免を主張し得ない。(三) 裁判所も亦この豫定賠償額を増減し得ない(四二〇)。(四)(五)

賠償額の豫定は債權者の利益のために爲されるのが通常であるから、この契約を爲したることによつて債權者は本來の債務の履行を請求する権利を失ふことはない(四二〇)。(四二〇) 然し債權者が本來の債務の履行を請求すると共に豫定賠償額をも請求し得るか否かは、場合によつて異なる。

(一) 賠償額の豫定が履行遲滞による損害賠償(遲延賠償)を豫定したものであるときは、債權者は本來の債務の履行と共に豫定賠償額をも請求することを得る。

(二) 賠償額の豫定が債務の履行に代る損害賠償(填補賠償)を豫定してある場合には、債權者は本來の債務の履行か豫定賠償額か其の何れかを請求することを得る。但し債務の履行が不能なるときは、豫定賠償額

のみを請求し得るにすぎない。

債務不履行の場合には契約解除権が発生する(五四一條乃至五四三條)。債權者は賠償額の豫定を爲したこのために、この契約解除権を失ふやうなことはない(四二〇)。(四二〇) 然し賠償額の豫定が履行に代る損害を豫定したものである場合には、債權者は契約の解除を爲すか又は豫定賠償額を請求するか其の何れかを選択すべきである。(六)

不法行爲の場合については規定がないが、債務不履行の場合に於けると同様、賠償額の豫定を爲し得るものと解してよい。

一 この契約は必ずしも債權成立と同時に爲されることを要しない。その以前でも以後でもよい。

二 大正一一・七・二六大判(民集一卷四三二頁)

民法第四百二十條ハ債務ノ不履行アルトキハ、損害ノ有無又ハ多少ヲ問ハズ、常ニ債權者チシテ豫定ノ賠償ヲ得セシムル趣旨ナリトス。

三 債權者も亦現實の損害額が豫定額より多いことを證明して現實の損害額を請求することを得ない。

- 四 但し民法九〇條及び利息制限法五條（商法施行法一一七條參照）の適用あるは固よりである。
- 五 この契約は、別段の定なき限り、債務者の責に歸すべき事由によつて債務の全部につき不履行のあった場合を前提とするものと解すべきであるから、債権者に過失ある場合又は債務の一部不履行の場合には其の割合に應じて豫定賠償額も斟酌せらるべきものと思ふ。
- 六 之に反し賠償額の豫定が民法五四五條三項の所謂損害賠償を豫定したものである場合には、債権者は契約を解除し且つ豫定賠償額を請求することを得る。

三三 違約金

違約金とは債務不履行の場合に債務者が債権者に給付すべきものと定められた金銭である。違約金は損害賠償と關係なく別に違約罰としての性質を有することあり、或は損害賠償の最小限度を定める趣旨のことあり、或は責に歸すべき事由なきときは之を支拂はない趣旨のこともあり、其の目的は種々であるが、民法は之を以て損害賠償額の豫定なりと推定した（四二〇）。（一）金銭以外のものを給付することを約し

た場合は之に準ずる。（四二）。

- 一 従つて當該違約金契約が賠償額の豫定ではなく、他の目的を有するものなることを立證した場合に、は、其の目的を有する契約として取扱はれる。

三四 債権者の代償請求權

履行不能によつて債権者が害せられ、債務者が反つて利得することは公平の原則に反するものであるから、かゝる場合には債権者は債務者に對し、債権の目的物の代償として其の利益を請求し得るものといはねばならぬ。（一）

- 一 第三者の不法行為によつて履行不能を生じた場合には、債務者は一方に於ては債務を免れると共に、他方に於ては第三者に對して損害賠償の請求を爲すことを得る結果、債務者は却つて利得する場合がある。かくの如く債務者の責に歸すべからざる事由によつて履行不能を生じた場合にこの制度の實益がある。

三五 損害賠償者の代位

損害賠償者の代位とは債権者が損害賠償として其の債権の目的たる物又は権利の價額の全部(一)を受けた(二)ときは、其の物又は権利は法律上當然に債務者に移轉することをいふ(三)(四)。この場合に於ける物又は権利の移轉は當事者の意思表示による讓渡でないから、物が動産なるとき又は権利が債権なるときは對抗要件を必要としない(一七八條・四六七條)。之に反し物が不動産なるときは、假令法律上の當然の移轉であつても、對抗要件を必要とする(一七七條)(三)。移轉するものは債権の目的たる物又は権利そのもの及び其の滅失毀損喪失等によつて債権者が第三者に對して取得するに至つた権利である。但し保險金請求權はこの限でない(商法四一)(四)。(六條参照)

この規定(二條)は賠償請求權者をして二重の利得をせしめない趣旨のものであるから、不法行爲の場合にも類推適用すべきものと解する。

- 一 債権者が物又は権利の價額の全部を受けたことを必要とする。其の一部が辨償せられたにすぎない

場合には本條の適用がない。

- 二 辨償の方法は必ずしも辨償方法によるを要しない。代物辨償又は相殺の方法によつてもよい。
- 三 例へば相續による不動産物權の取得に對抗要件を必要とするのと同様である。
- 四 蓋し保險金請求權は實際に生じた損害の範圍に於てのみ成立するものであり、債務者が目的物の價額の全部を賠償したときには、債権者に何等の損害も生じなかつたこととなるからである。

第五章 債権の效力

第一節 債権の實現

三六 強制履行

債務者が任意に其の債務を履行するときは、債権の内容は實現され其の目的は達せられるのであるが、若し債務者が任意に履行しないときは、國家は或程度の強制力を用ひることによつて債権内容を實現せしむべく助力するのである。(一)この強制履行の手段として認められるものに次の如きものがある。

(1) 直接強制

直接強制とは債務者の身體を拘束せずして債務の内容を直接に實

現せしめる方法である。(二)

(2) 代替執行

代替執行とは第三者をして債務の内容たる給付を爲さしめ、其の費用を債務者から強制的に取り立てる方法である。(三)

(3) 間接強制

間接強制とは債務者に對して一定期間内に履行しないときは拘留・罰金又は損害賠償を命ずべき旨を宣言し、債務者を心理的に強制し、債務者をして履行するの已むを得ざるに至らしめることをいふ。(四)

一 債務者が任意履行を爲さざるときは、債権者は確定判決・假執行の宣言のある判決又は執行力ある公正證書の正本に基づき、民事訴訟法の規定に従ひ、強制執行を爲すことを得るのである。

二 特定物の引渡を目的とする債務に於て、國家がこれを債務者から取り上げて債権者に交付する場合の如し。

三 債務者が家屋を收去しないとき、人夫を雇つて其の收去を爲さしめ、これがために要した費用を債

務者から強制的に取り立てる場合の如し。

四 例へば債務者が或る物を製作する獨占權を有する場合に、裁判所が債務者に對して一定期間内に目的物を製作しないときは、一日若干の割合による賠償金を債權者に支拂ふべしと命ずる場合の如し。

三七 各種の強制履行の認められる範圍

給付の内容が金銭の支拂・特定物の引渡等の如く所謂與へる債務なるときは、債權者は直接強制によつて債權の實現を期すべく(四一四)、其の方法は民事訴訟法の定むる所による(民訴法五六四條以下・七三〇條乃至七三二條)。

給付の内容が家屋の建築道路の修理等の如く所謂爲す債務であつて、しかも第三者が代つて之を爲し得るものである場合(代替的作爲)には、代替執行によるべく(四一四條、(一)其の方法も民事訴訟法の規定による(民訴法七三三條)。

給付の内容が電燈工事水道工事等の如く所謂爲す債務にして、しかも第三者が代つて之を爲し得ざるもの(不代替的作爲)である場合には、間接強

制によつて其の實現を期すべきである(民訴法七三三條、(二)三四條)。

不作爲債務については、債權者は債務者の費用を以て其の義務違反の結果を除却し、且つ擔保を供せしめる等將來の爲め適當な處分を爲すべきことを請求し得る(四一四條三項・(三)民訴法七三三條)。

一定の意思表示を爲すべき債務については、之を爲すべき旨を命ずる給付判決を以て直ちに債務者の意思表示に代へることを得る(四一四條二項但書、民。(四)民訴法七三六條)。

一 近來諸國の法律は何れも個人の人格を尊重し、債權實現のために債務者に人格的強制を加ふることを避けんとする。我民法四一四條の解釋に當つても、この思想的基調によるべきものと思ふ。従つて直接強制によつて目的を達し得る場合には先づこれにより、次に代替執行・間接強制の順序となる。代替執行の許されるものは間接強制によつても目的を達し得るのが通常であるが、この場合には先づ代替執行によるが至當であると思ふ。蓋し代替執行を爲し得るに拘らず間接強制を許すことは、餘りに債務者を強制することになるからである。

- 二 間接強制的手段によつて其の目的を達し得ない場合には、債権者は損害賠償を請求することによつて満足するより外に途がない。
- 三 この代替執行の方法によつて其の目的を達し得ない場合には、間接強制が許さるべきである。例へば毎夜十時以後は蓄音器をかけないといふが如き継続的な不作爲義務を負へる場合の如し。
- 四 従つてこの場合には意思表示を爲すべき旨の給付判決が確定すれば足り、間接強制の方法によるを要しない。間接強制によることは迂遠でもあり、又果して之によつて目的を達し得るか否か疑問でもあるから、民法は特別な方法を定めたのである。

三八 強制履行と損害賠償請求との關係

民法が各種の強制履行の方法を定めた理由は、成る可く債權本來の内容を實現せしめることによつて、債權者をして充分に其の目的を達せしめんが爲めである。従つて強制履行は毫も損害賠償の請求を妨げないのである(四一四條四項)。債權者は強制履行の方法によるも尙損害を蒙つたときは、其の損害の賠償を請求し得べく、又強制履行の方法によら

ず直ちに履行に代る損害賠償の請求をも爲し得る。即ち強制履行は損害賠償請求權を排除するものでもなく、又其の前提を爲すものでもない。

第二節 債務不履行

三九 債務不履行の態容

債務の履行は債務の本旨に従つて爲されることを要する(四一五條四九三條)。債務の本旨に従ふとは、當該債權の内容自的性質其の他法律の規定に従ふことであり、履行が債務の本旨に従つたものであるか否かは取引上の慣習信義誠實の原則等を斟酌し、各具體の場合について之を決定すべきものである。債務者が債務の本旨に従つた履行を爲さざることを債務不履行といふ。債務不履行には履行が可能なるに拘らず爲

さざる場合(履行遅滞)・履行の不能なる場合(履行不能)及び不完全な履行を爲した
場合(不完全履行)の三態容がある。

四〇 履行遅滞

履行遅滞(債務者)とは、債務者が履行の可能なるに拘らず、其の責に歸す
べき事由によつて、履行期に履行を爲さざることをいふ。

履行遅滞が生ずるためには次の要件を必要とする。

(1) 履行が可能なること

履行遅滞は履行の可能なることを前提とする。履行の不可能なる
場合には履行遅滞とならない。履行は履行期に於て可能であるのみ
ならず、(2) 履行期後に於ても亦可能なることを必要とする。

(2) 債務が履行期に在ること

履行の義務は履行期の到來することによつて生ずるのであるから、
履行期前には遅滞を生じない。

(イ) 確定期限の定ある債務については、債務者は期限の到來した時
から直ちに遅滞の責に任ずる(四二二)。(二)

(ロ) 不確定期限のある債務については、債務者が期限の到來を知つ
た時から遅滞の責に任ずる(四二二)。(三)

(ハ) 期限の定なき債務については、債務者は履行の請求を受けた時
から遅滞の責に任ずる(四二二)。(三) 履行の請求は裁判上の手續によると
裁判外の手續によるとを問はず、又別段の形式を必要としない。然し
取立債務の如く履行につき債権者の行爲を必要とする場合には、債権
者に於て履行の受領に必要な行爲を爲すにあらざれば履行遅滞が生
じない。

(3) 債務者が履行期までに債務の本旨に従つた履行又は履行の提
供を爲さざること

(4) 遅滞が債務者の責に歸すべき事由によること

このことについては明文はないが、民法は原則として過失主義を採用し、不可抗力を以て免責事由と爲してゐること(四一九條二項後段反對解釋)からして理解し得る。従つて債務者は遅滞が債務者の責に歸すべからざる事由に基くことを立證するときは、遅滞の責を免れることを得る。(四)(五)

(5) 履行せざることが違法なること

債務者が留置權(五九條)・催告の抗辯權(四五條)・同時履行の抗辯權(五三條)等の如き履行を拒絶し得べき權利を有するときは、履行せざることとは正當な事由に基くものであるから、履行遅滞とならない。(六)

履行遅滞は次の如き効果を發生する。

(1) 債權者は履行遅滞後と雖も本來の債務の履行を請求し得ると共に、遅滞によつて損害を受けたときは其の賠償(賠償(遲延賠償))を請求することを得る(四一五條前段)。

(2) 定期行爲又は履行遅滞後の給付が債權者に契約を爲した利益

を與へないやうな場合には、債權者は直ちに履行に代る損害賠償(填補賠償)を請求し得べく、又は當該契約を解除して契約關係から脱退することを得る(五四二條)(七)(八)條參照)。

(3) 履行遅滞後の給付が債權者に利益を與へるものなるときは、債權者は相當の期間を定めて其の履行を催告したる上、其の期間内に履行なきときは當該契約を解除することを得る(五四一條參照)。

(4) 履行遅滞後は債務者は不可抗力についても其の責に任ずる。

一 履行が可能なりや否やは履行期を標準として決すべしとの見解があるが、履行期後に於ても履行が可能でなければ履行遅滞といひ得ない。

二 指圖債權又は無記名債權については、確定期限の定ある場合に於ても、所持人は期限到來後其の證券を呈示して履行を催告するにあらざれば履行遅滞を生じない(商法二七九條)。

三 大正一〇・五・二七大判(民錄二十輯九六三頁)

契約不履行ニ因ル損害賠償ノ債務ノ如キハ債務者ガ其履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遅滞ノ責ニ任ズ

ベキモノナルコトハ民法ノ規定ニ依リ明白ニシテ、其ノ法意ハ債務者ヲシテ履行ノ請求ヲ受ケタル日ニ其ノ履行ヲ爲サシムルヲ以テ足レリトシ、履行ヲ爲サズシテ其ノ日ヲ徒過シタル場合ニ於テ始メテ遅滞ノ責ニ任セシメタルモノト解スルヲ相當トス。

四 但し當事者が不可抗力による場合にも遅滞の責に任ずべき旨の特約を爲したるときはこの限りでない。

五 債務の履行に他人を使用した場合に、この被用者の故意・過失につき債務者は如何なる責任を負ふべきか。判例はこの場合債務者に當然の責任ありと爲す。

昭和四・三・三〇大判(民集八卷三六三頁)

債務者が債務履行ノ爲メ他人ヲ使用スル場合ニアリテハ債務者ハ自カラソノ被用者ノ選任監督ニツキ過失ナキコトヲ要スルハ勿論、コノ外ナホソノ他人ヲ使用シテ債務ノ履行ヲナサシムル範圍ニ於テハ被用者ヲシテソノナスベキ履行ニ伴ヒ必要ナル注意ヲ盡サシムベキ責ヲ免レザルモノニシテ、使用者タル債務者ハソノ履行ニツキ被用者ノ不注意ヨリ生ジタル結果ニ對シ債務ノ履行ニ關スル一切ノ責任ヲ回避スルコトヲ得ザルセト云ハザルベカラズ。蓋シ債務者ハ被用者ノ行爲ヲ利用シテソノ債務ヲ履行セムトスルモノニシテ、コノ範圍内ニ於ケル被用者ノ行爲ハ即チ債務者ノ行爲ソノモノニ外ナ

ラザルヲ以テナリ。

右の判例の見解に對し、被用者を二つに區別し、債務者の手足となる者(狹義の履行補助者)については判例理論を正當とするも、債務者に代つて履行する者(代用者)については代用者の使用が特に許される場合には、其の選任監督に過失なき以上責任なしとする見解あり。

六 大正四・五・二四大判(民錄二二輯七九七頁)

雙務契約ノ場合ニ於テ雙方ノ債務ガ共ニ辨濟期ニ在ルトキハ、一方ハ相手方ガ其ノ債務ノ履行ヲ提供スルマデ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ルヲ以テ、相手方ニ於テ其ノ債務ノ履行ヲ提供セザル限リハ唯ニ一方ガ約定ノ期限ニ其ノ債務ヲ履行セザレバトテ、直チニ遅滞若クハ不履行ノ責アルモノト爲スベキニ非ズ。

七 債権者は填補賠償の請求か、契約の解除か、其の何れかを選択し得るものと解する。

八 繼續的供給契約に於て債務者が一回の履行を遅滞したときは、債権者は其の結果爾後の給付につき契約を爲した利益を失つたことを證明するにあらざれば、直ちに將來に對する全體の契約を解除することを得ない。

四 履行不能

履行不能とは法律行為成立の時には履行が可能であつたものが、其の後に至り不能となつたこと(後發的不能)をいふ。従つて法律行為成立當時から履行の不能なることが確定せる場合(原始的不能)は、こゝに謂ふ履行不能ではない。

履行が不能なりや否やは物理的觀念によつて決すべきではなく、一般取引觀念を基礎として之を決定すべきである。(二)従つて物理的觀念よりするときは履行困難に過ぎない場合でも、取引觀念上給付不能と認められるときは履行不能となる。(三)

債務の一部につき履行が不能なるときは債務者は可能なる残部の履行を爲すべく、これにより債權者が契約を爲した目的を達し得ない場合には、全部不能と同一に取扱はれる。

履行が不能なるか否かは原則として債務の履行期を標準として之を決すべきである。而して履行期に履行の不能なることが既に確定

せる場合には、債權者は履行期前と雖も直ちに履行不能の効果を主張し得る。然し其の不能が一時的なもので、履行期後に可能となる見込があり、しかも債務の性質が履行期後の履行を許す場合には、債務者は給付の可能となるを俟つて其の履行を爲すべきである。(四)履行が不能なるときは次の効果が發生する。

(一) 不能が債務者の責に歸すべき事由によつて生じた場合

(イ) 全部不能の場合には債權者は直ちに(五)履行に代るべき損害賠償を請求するか(四一五)、又は契約の解除を爲すことを得る(三四三條)。

(ロ) 一部不能の場合には債權者は不能となつた部分の損害賠償を請求するか又は不能となつた部分に應じて契約の一部解除を爲すことを得ると共に、可能な部分の履行を請求し得べく、これによつて債權の目的を達し得ない場合には(六)全部不能の場合に於けると同様である。

(2) 不能が債務者の責に歸すべからざる事由によつて生じた場合給付の全部又は一部の不能が債務者の責に歸すべからざる事由によつて生じたことを債務者に於て立證した場合には、其の不能となりたる部分につき給付義務は消滅すると共に債務者は損害賠償義務を負はない。(七)

一 原始的不能な給付を目的とする法律行為は成立しない。

二 大正二・五・一二大判(民錄一九輯三二七頁)

民法第四百十五條同第五百四十三條ニ所謂履行不能ハ必ズシモ物理的不能ヲ意味スルモノニアラズ

一般取引上ノ觀念ニ從ヒ其ノ然ルヤ否ヤヲ判別スルコトヲ要スルヲ以テ、債務ノ履行ガ物理的ニハ尙

ホ可能性失却セザル場合ト雖モ、取引上ノ觀念ニ於テ之ヲ不能視スベキモノナルトキハ、其ノ履行ハ

我民法ノ意義ニ於テ不能タルヲ妨ゲズ。

三 例へば貸借人が重患のため約束の期日に借家を明渡し得ない場合の如し。

四 但し一時的不能が債務者の責に歸すべき事由に基いて發生したるものである場合には、債務者は履

行遲滞の責を負ふべきである。

五 債權者は其の不能が債務者の責に歸すべき事由によつて生じたことを立證することを要しない。之に反し債務者に於て、其の不能が債務者の責に歸すべからざる事由によつて生じたことを立證した場合には、債務者は其の責を免るに至る。

六 債權の目的を達し得ないことを債權者に於て立證し、其の履行を拒絶することを要する。

七 雙務契約に於て、この場合に債務者が尙反對給付を請求し得るや否やは所謂危險負擔の問題である。

(五三四條乃至五三六條參照)。

四二 不完全履行

不完全履行とは債務の履行として爲された給付が債務の本旨に適しなかつた場合をいふ。(一) 不完全履行は之を二つの場合に分つことを得る。

(1) 瑕疵ある給付が爲された場合

債務者の爲した給付が其の數量又は品質について瑕疵があつた場

合である。この場合には債權者は其の受領を拒絶することを得べく、假令一旦之を受領した場合に於ても、其の不完全なることを理由として之を返還し、更めて完全なる給付を請求することを得べく、又は不完全な部分の追完を請求することを得る。而して債權者よりの請求に對し債務者が追完又は完全なる給付を爲し得る場合には、履行遲滯に準じて取扱ふべく、之に反し債務者が追完又は完全なる給付を爲すこと不能なるときは、履行不能に準ずべきである。

債權者の受領せし給付に瑕疵の存する場合に於ても、其の追完又は完全なる給付を請求することが取引の觀念上不當なりと認められる場合には、(一)債權者は追完又は完全なる給付を請求する權利なきものと解すべきである。(三)

(2)債權が積極的に侵害せられた場合

債務者の給付が不完全であつた爲めに債權者が損害を蒙つた場合

である。(四)債權の積極的侵害が生ずるためには、債務者の爲した給付が不完全なものであること、其の不完全が債務者の責に歸すべき事由に基いて生じたこと、債權者が損害を蒙つたこと、及び給付行爲と損害の發生との間に因果關係の存することが必要である。この場合には債權者は債務者に對し、其の損害の賠償を請求することを得るのである。

一 履行遲滯・履行不能にあつては給付が爲されないのであるが、不完全履行に於ては給付は爲されたが、それが債務の本旨に従つてゐなかつた場合である。

二 例へば瑕疵を發見するも債務者に通知することなく其のままに放置し、其の物を使用・處分した場合の如し。

三 蓋しかゝる権利の行使を認めることは信義の原則に反するからである。

四 例へば債務者が腐敗した料理を供給した爲め債權者が病氣となつた場合、鑛山の調査報告が誤つてゐた爲め債權者が損害を蒙つた場合等の如し。

第三節 債權者遲滯

四三 債權者の受領義務

辨済が成立する爲めには債權者の協力を必要とするのが通常である。(一)而して債權關係が社會的共同生活關係である以上、債務者のみに義務があつて債權者には何等の拘束なしとすることは信義の原則の許さない所であるから、債務者の爲した給付を受領することは法律上債權者の義務なりと解すべきである。(二)

一 債務者の給付行爲自體を成立せしめる爲めに債權者の協力が必要とせられる場合と、單に辨済の爲めに債權者の協力(受領)を必要とする場合とがある。

二 通説は債權者に受領義務なしとする。其の根據の一つたる五一九條の如きも立法上相當疑のある規定であるのみならず、通説の如く解するときは四一三條は殆んど其の存在理由を失ふに至るであらう。民法は四一二條で債務者遲滯の發生時期を、又四一三條で債權者遲滯の發生時期を夫々規定し、四一

四條以下に於て兩者の場合に於ける効果を規定したものと解すべきである。

四四 債權者遲滯の意義及び要件

債權者遲滯とは債務者が債務の本旨に従つた履行の提供を爲したに拘らず、債權者に於て之を受領せざることをいふ。債權者遲滯が成立する爲めには次の要件を必要とする(四一)。

(1) 債務が原則として履行期にあること

履行の提供が履行期前に爲された場合に於ては債權者は其の受領を拒むことを得べく、この場合には債權者遲滯は生じない。但し履行期が債務者のみの利益のために存する場合はこの限でない。

(2) 債務の本旨に従つた履行の提供あること

履行の提供とは債務者が履行の準備を爲したことを債權者に通知し、其の受領を催告する行爲である(四九)。(一)履行の提供が債務の本旨に適しないものである場合には、債權者は其の受領を拒絶し得るを以

て、この場合には債権者遅滞は生じない。

(3) 債権者が受領しないこと

債権者が履行を受領することを拒み、(二) 又は之を受領すること能はざるときは債権者遅滞となる。

(4) 債権者の責に歸すべき事由存すること

履行を受領することが債権者の義務である以上、債権者遅滞は一種の債務不履行であるから、其の成立要件として債権者の責に歸すべき事由の存することを必要とする(四一五條參照)。従つて債権者に於て其の不受領が債権者の責に歸すべからざる事由によるものなることを證明するときは、遅滞の責を免れ得るのである。

一 履行の提供に現實の提供と言語上の提供とがある、四九三條參照。如何なる程度の準備を爲せば足りるかは、具體の場合につき取引上の觀念に従つて決定すべきである。

二 受領拒絶の意思を表示することを要しない。受領しない消極的な態度があれば足りる。

四五 債権者遅滞の効果

債権者遅滞の効果は債務不履行の効果と同様である。蓋し債権者遅滞は一種の債務不履行だからである。従つて債務者は損害賠償請求權及び契約解除權を取得するに至る。(一)

一 通説は債権者遅滞の効果として、(イ)債務者は債務不履行より生ずべき一切の責任を免れること、

(ロ)債務者は供託によつて債務を免れ得ること、(ハ)債務者は増加費用の請求權を有すること、(ニ)

四〇〇條の注意義務が軽減されること、(ホ)約定利息の發生を停めること、等を列擧するが、右の内

(ハ)以外の事項は債権者遅滞の効果ではなく、提供の効果なりと解すべきである。

第六章 債權の對外的效力

第一節 序 說

四六 總債權者の共同擔保

債權が其の本來の内容を實現し得ない場合には、金錢を目的とする損害賠償債權に變ずるものであり(四一七條)、其の結果債務者の一般財産は換價せられ、總債權者に對し夫々其の債權額に應じ平等に分配せらるるを原則とする(債權者平等の原則)。(一)かくの如く債務者の一般財産は總債權者の共同擔保(債權の最後の保障)をなすものである。

一 或る債權者が債務者の特定財産の上に優先權を有する場合はこの限でない。擔保物權の制度は即ちこの場合に屬する。

四七 債權の對外的效力を認むる理由

債務者の一般財産が總債權者の共同擔保である以上、一般財産の増減が債權者に影響を及ぼすものなることは當然である。即ち債務者の一般財産が増加するときは債權は確實性を増し、之に反し一般財産が減少するときは債權は確實性を減ずる。換言すれば、債權の實質的價値は債務者の一般財産の多寡によつて定まるものである。而して債務者が自己の財産を處分することは自由であり、債權者は之に干渉し得ないことは固よりではあるが、さらばとて債務者が濫りに其の財産を減損せしめて債權者に不利益を及ぼせるに拘らず、債權者がそれに何等の干渉を爲し得ないとすることは明かに不合理である。そこで民法は債權者の利益の爲めに、この場合或る程度の干渉を加へることを債權者に許し、債權の效力が積極的に第三者に及ぶ特別の場合を認め、債權者代位權(四二條)及び債權者取消權(四二條以下)の制度がそれで

ある。

第二節 債権者代位権

四八 債権者代位権の意義

債権者代位権とは債権者が自己の債権を保全するために、債務者の権利を債務者に代つて自己の名義を以て(一)行使し得る権利である(四二)。(三)とも稱せられるが、訴訟法上の権利ではなく、民法が債権の效力を確保する爲めに認められた實體法上の権利である。

一 債権者代位権は債権者が自己の名に於て債務者に屬する権利を行ふのであるから、代理権ではない(九九條参照)。

四九 代位権の發生要件

債権者代位権が發生する爲めには次の要件を必要とする。

(一) 債権保全の必要あること

債権保全の必要とは、債務者の資力不十分なるに拘らず債務者がそれを充實せしめ得べき行爲を爲さざる場合をいふのか、或は特定債権の内容實現のため直接必要なる行爲を債務者が實行せざる場合をも包含するかについては争の存する所である。債権者代位権制度本來の趣旨は明かに前者であるが、判例(一)並びに通説は後者に賛する。蓋し債権の效力を強大ならしめるための手段として妥當だからである。

(二) 債務者が権利を行使せざること

債務者が権利を行使し得るに拘らず之を行使せざる場合なることを要する。(二)債務者に於て既に自ら其の権利を行使せる以上、假令其の行使方法が不適當で充分の利益を收め得なかつたとしても、債権者は重ねて其の権利を代位し得ない。(四)

(三) 債権者の債権が原則として履行期にあること

代位權を行使せんとする債權者の債權が履行期にあることを必要とする。但しこの原則に對しては二つの例外がある。

(イ) 裁判上の代位

債權者が履行期前に債務者の權利を代位行使すべき必要あるときは、裁判所の許可を受けて代位し得る(四二三條二項、非訟法七二條乃至七九條)。

(ロ) 保存行爲の代位

保存行爲(五) については履行期前と雖も債權者に於て代位し得る

(四二三條二項但書)。

一 判例は最初は前の見解を採つたが後之を改めた。

明治三九・一一・二一六判(民錄一二輯一五二七頁)

債權者ハ債務者ノ辨濟資力不充分ナル場合ニ非ザレバ代位訴權ヲ行フコトヲ得ズ。從ツテ債務者ノ爲シタル行爲ノ無效ヲ確認セシムルニハ其ノ資力ノ不足トナリタルコトヲ立證セザル可カラズ。

昭和四・一二・一六六判(民集八卷九四四頁)

民法四二三條ハ債務者が自己ノ有スル權利ヲ行使セザル爲、其ノ債務者ニ對スル債權ノ十分ナル満足ヲ得ザラシメタル場合ニ於ケル救濟方法ヲ定メタルモノニシテ、債權者ノ行フべき債務者ノ權利ニ付キ其ノ一身ニ專屬スルモノノ外ハ何等ノ制限ヲ設ケズ。又債務者無資力タルコトヲ必要トセザルヲ以テ、同條ニ所謂債權ハ必シモ金錢上ノ債權タルコトヲ要セズ。又所謂債務者ノ權利ハ一般債務者ノ共同擔保トナルベキモノニ限ラズ。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。

二 四二三條が債權者は自己の債權を保全する爲めと規定せる點も根據の一つとなり得るであらう。債務者の無資力を必要としない點に於て債權者代位權は債權者取消權と異なる(四二五條參照)。

三 債務者が破産した場合の如く、債務者自ら其の權利を行使し得ない場合には代位權は成立しない。

四 大正七・四・一六六判(民錄二四輯六九〇頁)

債務者が既に其ノ權利ヲ行ヒタルトキハ其ノ行使ノ方法不適當ニシテ結果良好ナラザル場合ニ於テモ債權者ハ之ヲ行フコトヲ得ザルモノトス。何トナレバ若シ然ラザルトキハ債務者ハ債權者ノ不當ノ干涉ヲ受クルニ至ルベケレバナリ。故ニ債務者が訴ヲ提起シタルトキハ訴訟ノ方法不適當ニシテ敗訴ノ判決ヲ受ケタル場合ニ於テモ債權者ハ民法第四百二十三條ニ依リ代位權ヲ行フコトヲ得ザルモノト

ス。
この場合には債権者は利害關係を有する第三者として從參加を爲し得るにすぎない（民法六四條以下參照）。

五 例へば時效中斷・未登記權利の登記等の如し。保存行爲の代位については債權が履行期に在ることを要しないのである。

五〇 代位權の行使

債權者は自己の名を以て債務者の權利を行使するのであつて、債務者の名に於て行使するのではない。(一)而してこれが爲めに債務者の同意を要せざるは勿論、債務名義を必要としない。但し債權者は代位權行使の通知を債務者に爲すことを要するものと解する(六九九條、非訟法七六條參照)。代位權行使の範圍は債權を保全するに必要な限度によつて定まる。其の必要を超えて之を行使するを得ない。然し其の必要ある限り、債務者の權利を處分する行爲と雖も、之を爲し得るものと思ふ。(二)

一 大正一一・八・三〇大判（民集一卷五〇七頁）

代位訴權ハ代理權デハナク債務者ガ自己ノ名ニ於テ行フ權利ナルヲ以テ、代位訴權ニ基キ債權者ノ提起シタル訴訟ニ於ケル判決ノ效力ハ唯債權者ト其ノ相手方トノ間ニ生ズルニ止マリ、債務者ニ及ブモノニ非ズ。從ツテ此ノ訴訟ニ於テ債權者ガ勝訴ノ判決ヲ受ケテモ債務者ハ此ノ判決ヲ執行スルノ權利ヲ有セズ。

二 例へば債務者の債權を相殺の用に供し、又は之を有償的に讓渡するが如し。

五一 代位の目的たる權利

代位權の目的たる權利は債務者の權利であつて、しかも其の一身に專屬しないものたることを要する(四二三條)。(一)從つて戸主權親權夫權婚姻取消權離婚請求權夫婦間の契約取消權(七九條)・親族間の扶養請求權(九五四條以下)・相續回復請求權(九六條)等の如く、其の行使が權利者本人に限られる權利(行使の一身專屬權)は代位の目的たり得ない。其の他の權利は原則として代位の目的たり得べく、其の權利が必ずしも債權なることを要し

ない。(二)但し差押を許さざる権利(民法六八條參照)はこの限でない。(三)

一 民法は一身專屬權なる文字を二つの場合に用ひる。其の一は相續の場合(九八六條・一〇〇一條)であり、この場合には權利の歸屬が一身のなるを意味し、他は代位權の場合(四二三條)であり、この場合には權利の行使が一身のなることを意味する。

二 例へば取消權・解除權・買戻權・相殺權等の如き形成權、代位の目的となり得る。

三 蓋しこの權利は債權者の共同擔保たらざるものだからである。

五二 代位權行使の效果

代位權行使の效果は次の如し。

(1) 代位權行使の通知が債務者に爲されたときは、爾後債務者は其の權利の處分を爲すことを得ない(民法七六條參照)。(一)

(2) 第三者は債務者に對し主張し得べかりし總ての抗辯を以て、代位者たる債權者に主張し得る。(二)

(3) 代位權の行使により得たる結果は直接債務者に歸屬する。(三)

従つて債權者が其の結果から辨濟を受けんとせば、別に強制執行を爲すことを要する。

(4) 代位權が訴によつて行使せられた場合には、其の判決の既判力は訴訟當事者たらざる債務者には及ばない。(四)

(5) 代位者たる債權者は第三者の給付する金錢其他の物を受領することを得る。(五) 而して債權者は代位權行使の爲めに要した費用の償還を受くるまで(七〇二條參照)、其の受領せし物を留置し得るものと解する(二九)。

一 裁判上の代位については明文があるが、非訟法七六條、裁判外の代位についてもこれと同様に解すべきである。

二 蓋し代位權の行使によつて第三者が不利益を受くべきでないからである。

三 代位權を行使した債權者が其の結果を取得するのではなく、又其の債權者が特に其の結果について優先權を受け得るでもない。

四 大正一一・八三〇大判(民集一卷五〇七頁)(八九頁註一參照)。

五 蓋し債務者の爲めに物を受領することは、物の給付を請求する権利の代位行使の一部を爲すものだからである。

第三節 債權者取消權

五三 債權者取消權の意義

債權者取消權とは債務者の一般財産を保全するため債權者をして一定の要件のもとに債務者の爲した法律行爲を取消し、債務者の財産状態を原狀に回復せしめる權利である(四二)。詐害行爲取消權又は廢罷訴權とも稱せられるが、訴訟法上の權利ではなく、實體法上の權利である。(一)

一 債權者取消權は破産法上の否認權(破産法七二條以下)と其の性質・作用を同じうする。

五四 債權者取消權の性質

債權者取消權の性質に關しては學說が岐れてゐる。債務者の行爲によつて減少した財産の返還を請求する權利なりとする説(債權)(一)、債務者の行爲を取消し其の效力を遡及的に消滅せしめる權利なりとなす説(形成)(二)、又は債務者の行爲を取消し且必要あれば財産の返還を請求する權利なりとする説(折衷)(三)等が存在する。惟ふに債權者取消權は債務者の一般財産の保全を目的として債權者に與へられた權利であるから、債權者は債務者の行爲を取消すことのみによつて目的を達し得る場合には取消の訴を提起すべく、(四)之に反し取消のみによつて其の目的を達し得ない場合には、受益者又は轉得者に對し債務者の行爲を取消し其の財産の返還を請求する給付の訴を提起することゝを要する。然しこの場合に於ける債務者の行爲の取消は、債權者が裁判上の攻撃方法として一方的に爲すのであつて、取消の訴を提起

するのではない。(五)従つて其の訴の被告は受益者又は轉得者である。

一 この説は四二四條の文理解釋上妥當でないのみならず、債務者が第三者に對して有する權利を拋棄し又は第三者に對し債務を負擔せしが如き場合には、この訴を提起し得なくなる。この説によれば債權者は受益者又は轉得者を被告として給付の訴を提起すべきである。

二 この説によるときは債權者は債務者及び受益者を共同被告として形成の訴を提起することとなる。然し其の結果單に取消の効果が發生するのみであるから、債務者が受益者又は轉得者に對し財産の返還を請求しない限り、債權者は債務者に代位して(四二三條)更に訴を提起するより外に途なきに至る。

三 この説は二つに岐れる。其の一つは債務者の行爲の取消と財産の返還請求とを同格に取扱はんとする見解である。この見解によるときは債權者は債務者・受益者及び轉得者を共同被告として形成・給付の訴を提起することとなる。他の一つは財産の返還請求に重きを置き、債務者の行爲の取消は其の手段にすぎずと爲すもので、明治四十四年三月二十四日大審院民事聯合部判決(民錄一七輯一七七頁)以來一貫せる判例の見解である。而して判例は債權者は受益者又は轉得者を被告として給付の訴を提起すべきであると爲す。

四 訴の被告は債務者及び其の行爲の相手方である。判例は受益者なりと爲す(大正九・六、三大判民錄二六輯八〇八頁)。

五 裁判所は判決主文中に於て債務者の行爲を取消す旨を宣言する必要がない。判例の見解は之に反する。

五五 取消權の發生要件

債權者取消權が發生する爲めには次の要件を必要とする。

(1) 債務者が直接財産權を目的とする法律行爲を爲したること

債務者の行爲は法律行爲であり、しかも直接に財産權を目的とするものなることを要する(四二四條二項)。従つて事實行爲不法行爲(二)又は隠居

婚姻・養子縁組・離婚・離縁(二)等の如き行爲は取消の目的とならない。

(2) 債務者の行爲が債權者を害するものなること

債務者が法律行爲を爲した當時、債務者の財産・信用等總ての資力を以てするも、總債務を完済し得ない状態に在ることを要する。従つて

假令債務者が詐害の意思を以て法律行為を爲すも、債權者が事實上害せられない限り、債權者は取消權を有しない。尙債務者の資力不足の状態は、債務者が行為を爲した當時のみならず、取消權行使の當時にも存することを必要とする。蓋し一旦發生した取消權も、債務者が其の資力を回復し債權者を害しない状態となるときは、消滅するものと解すべきだからである。(三)

詐害行為には物を他人に贈與するとか、時價以下で賣却するとかの如く積極的に財産を減少せしめる場合もあり、(四)(五)又債務を免除するとか、新に債務を負擔するとかの如く消極的に財産を減少せしめる場合もある。

(3) 債務者が債權者を害することを知つて法律行為を爲したこと、債務者は行為の當時、單に債權者を害すべきことを知るを以て足り、特定の債權者を害すべきことを知るを要しない。又債務者が債權者

を害することを知らない以上、其の知らないことについて過失の有無は之を問はない。債務者に詐害の意思あることは取消權を行使する債權者に於て之を立證することを要する。

(4) 受益者又は轉得者の惡意なること

受益者とは債務者の詐害行為により直接利益を受けた者であり、又轉得者とは受益者より詐害行為の目的たる財産を讓受けた者をいふ。債權者が債務者の行為を取消して受益者又は轉得者より其の財産の返還を請求せんが爲めには、受益者は詐害行為の當時、又轉得者は轉得の當時、債務者の行為が債權者を害するものなることを知れることを要する。受益者又は轉得者の惡意は債權者に於て之を立證することを要せず、反つて受益者又は轉得者に於て其の善意なることを證明するときは取消權の行使を免れることを得る(四二四條(六)、一項但書)

(5) 取消權者の債權は詐害行為以前に發生したものであること

債權が詐害行為後に發生せるものなるときは、かゝる債權者は原則として取消權を有しない。(七) 蓋し債權は其の發生當時に於ける債務者の資力を標準とするからである。但し詐害行為と債權の發生との間に牽連關係ある場合はこの限でない。(八)(九)

- 一 訴訟上の和解及び相殺は同時に私法上の效果をも生ずるから、取消の目的となる。
- 二 遺産相續の拋棄は財産的意思表示なるを以て、取消の目的となり得るものと解する。
- 三 債權者取消權はこれによつて債權者を保護せんとする制度であつて、債務者に制裁を加へんとする制度ではない。

四 特定の債權者に辨濟し又は質權・抵當權を設定するが如きは詐害行為とならない。蓋し債權平等の原則は債權者が強制的に辨濟を受けんとするときのことであり、債務者が任意に辨濟するときにも平等に辨濟すべしといふのではないからである。これによつて他の債權者が不利益を受ける場合には破産を申請して救濟を受くべきである(破産法七二條參照)然し判例は之に反する。

大正六・六・七大判(民錄二三輯九三二頁)

債務者が多數債權者ヨリ辨濟ノ請求ヲ受ケ居ルニ拘ハラズ其ノ内ノ一債權者ト共謀シ他債權者ヲ害

スルノ目的ヲ以テ特ニ一債權者ニ辨濟ヲ爲スガ如キハ詐害行為トナル。

大正八・五・五大判(民錄二五輯八三九頁)

民法第四百二十四條ハ法律行為ニ何等ノ制限ナキヲ以テ苟モ債權者ヲ害スベキモノハ總テ之ヲ包含スル趣旨ナリトス。而シテ抵當權ノ設定ハ抵當權者ヲシテ抵當不動産ニ付キ他ノ債權者ニ優先シテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得セシムルモノナルが故ニ、債務者が或債權者ノ爲メニ抵當權ヲ設定スルトキハ他ノ債權者ノ共同擔保ハ之が爲メ其ノ價值減少スルコトナリ、從ツテ此ノ債權者ニ害ヲ及ボスコトアルハ自明ノ理ナルヲ以テ、抵當權ノ設定モ詐害行為タリ得ルモノトス。

五 不動産を時價で賣却する行為も詐害行為とならずと解する。蓋しこれによつて債務者の財産は減少することなきのみならず、詐害行為の範圍を擴張することは取引の安全を害するからである。然し判例は之に反對。

大正七・九・二六大判(民錄二四輯一七三〇頁)

債務者ガ他ニ債權ヲ辨濟スル資産ナキニ拘ラズ、其ノ所有ノ不動産ヲ賣却シ消費シ易キ金錢ニ代ユルガ如キハ、其ノ價格ノ相當ナルト否トヲ問ハズ、債權者ヲ害スルコトヲ知りテ爲シタル法律行為ナリト推定スベキモノトス。

六 この點に於て債務者の惡意と異る。

七 大正六・一・二二大判(民錄二三輯八頁)

詐害行爲取消權ヲ行使スル債權者ノ債權ハ其ノ行爲以前ニ發生シタルモノナルコトヲ要シ、其ノ行爲以後ニ發生シタル債權ハ以テ詐害ノ目的タルコトヲ得ザルモノトス。

八 例へば債務者が其の財産を悉く他人名義に書替へ之を隱蔽して債務を負擔する場合の如し。

九 債權の發生が詐害行爲以前なれば足りるのであるから、詐害行爲後かゝる債權を讓受けることによつて債權者となりたる者は取消權を有するものと解すべきである。

五六 取消權の行使

債權者取消權は常に訴によつて行使せらるることを要する(四二四條)。(一項本文)

(一) 而して債務者の資力を回復するに必要な限度に於て行使せらるべきである。(二)

一 蓋し取消權行使の要件の存否を決することは相當困難なことで争が生じ易いからである。

二 大正九・一・二・二四大判(民錄二六輯二〇二四頁)

民法第四百二十四條ニ於テ債權者ニ對シ債務者ノ爲シタル詐害行爲ヲ取消ス權利ヲ與ヘタル所以ハ

該行爲ニ因リテ生ジタル債權者ノ損害ヲ救済スルニ在ルモノトス。從ツテ其ノ行爲ノ目的ガ可分ナル場合ニ於テハ常ニ必ズシモ行爲全部ヲ取消スベキモノニ非ズ。債權者ノ損害ヲ救済スル爲メニ必要ナル限度ニ於テノミ其ノ行爲ヲ取消シ得ルモノトス。從ツテ金錢債權ヲ有スル者ハ原則トシテ自己ノ債權額ヲ超越シテ取消權ヲ行使スルコトヲ得ズ。唯其ノ損害ヲ救済スル爲メ必要存スル場合ニ於テハ其ノ債權額ヲ超エテ取消權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス。

五七 取消權行使の效果

債權者取消權は債務者の一般財産の保全を目的とするものであるから、取消權行使の效果も共同擔保の維持に必要な範圍に限定せらるべきである。從つて債務者の行爲も債權者に對する關係に於てのみ無効となるにすぎない(相對的)。(一)

取消權の行使は總債權者の利益のために其の效力を生ずる(四二)。(五條)

從つて取消權行使の結果増加した債務者の財産は總債權者の共同擔保となるのであつて、取消權を行使した債權者が特にそれに對して優

先權を有するのではない。但し取消權行使のために要した費用については先取特權が発生する(三〇)。(二)

一 明治四四・三・二四大聯判(民錄一輯一一七頁)

詐害行爲ノ廢罷ハ民法ガ法律行爲ノ取消ナル語辭ヲ用ヒタルニ拘ハラズ一般法律行爲ノ取消ト其ノ性質ヲ異ニシ之ガ效力ハ相對的ニシテ何人ニモ對抗スベキ絕對的ノモノニ非ズ。

二 取消權を行使する債權者は受益者又は轉得者に對し、其の財産を自己に直接引渡すべきことを請求し得ると解するのが判例の見解である。

大正一〇・六・一八大判(民錄二七輯一一六八頁)

詐害行爲取消權ハ債務者ノ法律行爲ヲ取消シ一般擔保權ヲ確保スルヲ目的トスルモノニシテ其ノ取消ノ效力ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ生ズルモノナルニ依リ、取消權者ハ詐害行爲取消ノ結果トシテ受益者又ハ轉得者ノ受ケタル利益又ハ財産ヲ自己獨リ辨濟ヲ受ケル爲メ直接之ガ請求ヲ爲スコトヲ得ズト雖モ、他ノ債權者ト共ニ辨濟ヲ受ケルガ爲メニ受益者又ハ轉得者ニ對シ其ノ受ケタル利益又ハ財産ヲ自己ニ直接支拂又ハ引渡ヲ爲スコトヲ請求シ得ルモノトス。

五八 取消權の時効による消滅

債權者取消權は債權者が取消の原因を覺知した時から二年間之を行はないときは時効によつて消滅する。又假令之を覺知せずとも行爲の時から二十年を経過すれば消滅する(四二)。(六條)。

昭和十三年十一月一日印刷
昭和十三年十一月五日發行

債權法總論

定價八十錢



著者 小出廉二

發行者 長井善藏
東京市小石川區雜司ヶ谷町一五番地

印刷者 鈴木貞助
東京市澁田區九段一丁目十八番地

發行所 東京・神田・駿河臺 明治大學出版部

電話 神田(5)一、一九一番
橋本口座東京三二六五番

384
465

