

2009 年度冬学期 民法第 3 部 シケプリ (1)

シケタイ：酒本、小林、飯永、川北、松浦、白浜、酒井、島貫、坂本、大澤、名部、松下

目次

第 1 回 (10 月 1 日) 債権総論とは何か、債権の概念、債権発生の原因と要件	2
第 2 回 (10 月 5 日) 債権の種類	10
第 3 回 (10 月 8 日) 「債権の効力」とは何か、履行の強制	18
第 4 回 (10 月 15 日) 債務不履行による損害賠償 (第 2 節—1 の 4 まで)	24
第 5 回 (10 月 19 日) 債務不履行による損害賠償 (第 2 節—2 の 4 まで)	33
第 6 回 (10 月 22 日) 債務不履行による損害賠償 (終わりまで)、受領遅滞	40
第 7 回 (10 月 26 日) 債権者代位権	47
第 8 回 (10 月 29 日) 詐害行為取消権 (第 3 節 3 まで)	57
第 9 回 (11 月 2 日) 詐害行為取消権 (終わりまで)、第三者による債権侵害	66
第 10 回 (11 月 5 日) 弁済 (第 2 節 4(2)まで)	74
第 11 回 (11 月 9 日) 弁済 (第 2 節 4(3))	81
第 12 回 (11 月 12 日) 弁済 (終わりまで)	88
第 13 回 (11 月 16 日) 弁済供託、代物弁済、相殺 (第 5 節 3(2)まで)	96
第 14 回 (11 月 19 日) 相殺 (終わりまで)、更改・免除・混同	102

第1回（10月1日）債権総論とは何か、債権の概念、債権発生の原因と要件

文責：酒本 雄一

前提（c.f. 講義資料（1-1））

民法とはどんな法か。民法とは、財産問題と家族問題に関する法である。財産問題は、私人と私人の横の関係である。民法の中で想定されている私人とは、抽象化・記号化された人で、つまり、自由で対等と取り扱われた均質な人々のことをいう。

財産問題では、三つの関係が考えられる。①人から物に対する関係。人の物に対する権利・物権のことで、代表的なものに、所有権が考えられる。②人と人との関係。人と人との取引に関するものであり、物と金銭を交換したり、労務を提供したりする。お互いの合意、契約によって定まる。③ある人から別の人・別の人の物に対する関係。ある人が他人を侵害したり、他人の物を侵害したりする場合である。この場合、侵害された人は侵害者に対して、生じた損害の賠償を請求する。主に不法行為がある。以上のように、②は契約関係、③は非契約関係である。②・③の場合には、ある人は、特定の他の人に何かをしろと請求することができる。この権利を債権という。物権を物に対する権利、債権を人に対する権利という。

一方、家族問題では、それぞれの人には家族がおり、夫婦の問題や、相続の問題が生じる（c.f. (1-1)④）。

財産問題を規律するのが財産法であり、家族問題を規律するのが家族法である。財産門問題の中でもとりわけ②・③を規律するのが債権法である。

また、ある人がお金を貸したのに、借りた人が借金を返さない時がある。この場合に、あらかじめ債務者の財産を押さえておきたい必要が生じる。これが担保物権である。

第1章 債権総論とは何か（教科書 pp.1-10）

1 民法典と債権総論

(1) 日本の民法典の生い立ちと構造

債権総論を学ぶには、その前提として日本民法典の構造を知っておく必要がある。

(a) 民法典の成立

民法の内、財産法は1896年に公布され、1898年に施行された。そして、現在でも財産法は60年前の姿をある程度保っている。日本の民法は内容ではフランス民法の影響が大きい、構成はドイツ法に似ている。その理由は以下の通りである。当初施行予定だった旧民法典が、民法典論争が起きたことから、施行されなかった。その後旧民法を修正して日本の学者が起草した新民法典が現在まで維持された。旧民法ではフランス法を基にした

が、現行民法に修正される過程で多くの国の法律が参照され、その中でもドイツ法の影響が大きかった。

(b) 民法典の構造 (c.f.講義資料(1-2))

ドイツ民法との類似点は、2 つある。

第一に、全体の編成である。フランス民法典は、日常的なイメージに沿ったものであった（1 編人、2 編財産及び所有権の変容、3 編所有権取得の諸方法）。一方、ドイツ民法はより抽象化している（総則、債務関係法、物権法、親族法、相続法）。日本民法はこのドイツ民法の編成を参照した。

第二に、総則が多い点にある。民法冒頭に総則があり、各章ごとにも、節ごとにも、総則がある。その結果、全体的に体系化された。規定相互の論理的関係が明確になった。これをパンデクテン方式という。

(2) 債権総論の位置付け

(a) 債権総則と債権総論

債権総則は、債権法の共通規範を定めたもので、共通規範を民法の冒頭に括りだしたのが債権総則である。そして、その債権総則について研究するのが、債権総論である。なぜ、債権総論は一つの学問になっているのか。それは、物権などと比較して条文の数が多いことである。債権総則は 122 条もある。このように条文が多い理由は 2 つある。①物権・親族・相続は制度の数が限られていて、共通規定をおく必要性が小さい。一方、債権法は具体的な債権関係が多様である。②物権・親族・相続個人の自由意思で変更できることが少ない。一方、債権法は自由意思によって新たな関係を形成することが可能であり、多くの共通規定をおく必要がある。

(b) 債権総則と債権各則

債権総則が債権法の共通規範を定めたものであるとすれば、債権総則は債権各則の共通規範を定めたものになるはずである。

しかし、現行民法では、「債権総則が債権法の共通規範を定めたものである」ということが必ずしも妥当しない。債権各則は、第二章契約・第三章事務管理、第四章不当利得、第五章不法行為を定めており、いずれも債権の発生原因を定めている。一方、債権総則は、第一節債権の目的、第二節債権の効力、第三節多数当事者の債権及び債務、第四節債権の譲渡、第五節債権の消滅を定めており、債権の内容・効力・消滅を定めている。債権法全体をみると、債権の発生から消滅までのプロセスを定めていると考えられる。（債権総則と債権各則はもはや共通・個別という関係ではない。）

(c) 債権総則の総則性

以上のように、現行民法は不徹底なパンデクテン方式であり、共通規範を定める本来の債権総則からすれば、不明瞭な総則である。

第一に、債権の種類についての抽象化が不徹底である。総則の規定なのに、特定の債権（特に、金銭債権や不動産引渡し債権）を想定している規定が多い。どんな債権にもあてはまる規定が多いわけではない。したがって、各規定を見る際にも、一般論より、各規定がどのような場合を想定しているかを個別具体的に考える方がよい場合もある。

第二に、債権の発生原因との関係との不明瞭さがある。発生原因には、契約による債権と法定債権（非契約による債権、事務管理・不当利得・不法行為）があり、総則は両者に共通する規定を設けているはずである。しかし、この点が不明確である。債権総則には、①債権の発生原因と切断された規定もあれば、②債権の発生原因と連続性のある規定もある。①では、債権はその発生原因からの影響を受けない。②では、契約による債権を想定した規定が多い(c.f.400条「特定物の引渡し」、401条「債権の目的物を種類のみで指定」)。しかし、契約に関する規定が全て債権総則に規定されているわけではない。例えば、不動産売買の引渡しを相手方が履行しない時には、債務不履行に基づく損害賠償請求と債務不履行に基づく契約の解除が考えられる。損害賠償請求は415条の債権総則に規定があるが、解除は540条以下の契約に規定があり、規定されている場所が異なっている。

債権総則の総則としての不明瞭さは、債権総則の存在意義に関わる。2つの考え方がある。①現在の体制を維持してよいとする。債権を中核とする。②契約と非契約とを区別し、契約を基礎に債権法を構成する。債権という概念は後景に退き、「契約の不履行の場合に債権者はいかなることができるか」という視点が重視される。（授業では①の考え方を前提とする。）

2 社会の中の債権総論 (c.f.教科書 p7)

債権総則は、金融取引・サービス取引の基本ルールとなる。

債権総則は、債権が財産権として取引される際の基本ルールとなる。

債権総則は、現在の社会の中でも重要な意義がある。

3 債権総論に関する国際的な動き (c.f.講義資料 (1-3))

取引から発生する債権について統一ルールを作成する試みがある。ウィーン売買条約は、日本でも2009年に発効された。ユニドロワ国際商事契約は、各国の学者と実務家が検討し、2004年に改正された。これは条約ではなく、各国の立法で参照される。ヨーロッパ契約法原則はヨーロッパの学者が作成した共通ルールである。ヨーロッパ私法共通参照枠組みは学者が広い範囲の共通ルールを作成した。法定債権から契約各則、信託も含んでいる。以上のように、債権総則は契約法とあわせて検討されていることが多い。

ドイツ・フランスでは、改正の動きがある。また、アジアでも新設・改正の動きがある。その理由は、①社会主義国の市場経済化、②市場のグローバル化、③ヨーロッパにおける統一契約法の主導権争いが考えられる。

4 民法（債権法）改正の現状と見直し

以上の国際化の動きに照らせば、日本は改正が遅れているように思える。日本の現行民法が長期にわたって維持されてきた理由は、①民法の規定が抽象的である、②民法が判例や特別法によって補われてきた、③契約自由の原則があるから民法典が時代に合わなくてもかまわない、④ドイツの学説が導入され条文と離れた解釈がなされ、条文が軽視された。その結果、法律家以外の一般の人が日本民法典を見ても何が書いてあるかわからない現状がある。民法が市民社会の基本法であることに照らせば、この現状は妥当ではない。日本では、9月から債権法改正の法制審議会が開催される。今後の動きが注目される。

第2章 債権の概念（教科書 pp.12-18）

1 2つの定義

旧民法では、債権についての定義規定がある(c.f.講義資料(2-1)「義務は一人又は数人をして他の定まりたる一人又は数人に対してある物を与え又はある事を為し若しくは為さざることによって服従せしむる人定法又は自然法の羈絆なり」)。現行では、定義規定は落とされた。しかし、現在でもこの規定を基に債権は定義されることが多い(c.f. 講義資料(2-2))。まず、 α 「ある特定の人が他の特定の人に対して、ある特定の行為をすること（あるいはしないこと）を請求しうる権利」という定義がある。「ある特定の行為をすること（あるいはしないこと）」が債権の内容であり、金銭を支払う・荷物を運ぶ・夜間騒音を出さないといったことである。債務者の為すべき行為、債権者が請求することができる行為をいう。このような行為を給付という。

この定義 α には批判がある。定義 α は、行為に重点がありすぎ、結果は重視されない。例えば、馬を引き渡す債権について、 α では、馬を引き渡す行為を請求できることになるが、そこで重要なのは、引き渡す行為ではなく、むしろ馬それ自体の結果が重要なのではないか。この観点からの定義が β である（「特定人（債権者）が特定の義務者（債務者）をして一定の行為（給付）をなさしめ、その行為（給付）のもたらす結果ないし利益を当該債務者に対する関係において適法に保持しうる権利」）。

両者の違いを明確にするためには、給付の概念を分析する必要がある。給付が行為の結果を意味することもあり、 β は給付行為と給付結果とを区別する。 α は給付行為を重視すると言える。

現在一般的な定義は、 α である。これには二つの理由がある。①債権という概念は、伝統的には他人に何らかの行為を要求することに対して、絞りをかけるものだった。つまり、債権者は債務者の全人格を支配するわけではなく、特定の行為を要求することしかできない。例えば、ラーメンを家まで運ぶ債務において、債権者は債務者に対してラーメンを家に運ぶことしか請求できず、肩をマッサージしろと請求できるわけではない。したがって、

債権の概念を考える際に、債務者に対する人格的支配を排除し、債務者の特定の行為に着目した。②債権と物権との峻別の影響がある。債権は人に何かをさせることまでが守備範囲であり、その結果もたらされた物は、物権法の領域の問題である。つまり、債権法は財貨移転秩序を規律し、物権法は財貨帰属秩序を規律すると考えられた。

この2つの理由に対するBからの反論は、①に対しては、人格的支配の排除はBでも維持できると主張し、②に対しては、物権と債権の区別は明確ではなくなってきたし、債権によってもたらされる利益は物権に限られず、様々である。その債権によって結果としてもたらされる利益に着目することこそが実情に適合すると反論する。Bは債権の現実の機能に着目し、現在では、有力説である。（授業では、B。）

2 債権と物権

債権と物権との違いは五点ある。

①排他性の違い。一つの物については一つの物権しかない。一方、債権には排他性がないから、複数成立する。コンサートの席に座らせよという債権は複数の人に存在することができ、一人が座ると、他の人の有する債権は不履行になるだけである。なお、ある歌手が東京と大阪で同じ時間に出演する約束をした場合がよく例に挙げられるが、この例は同じ債権が複数成立しているわけではなく、違う債権が成立し、併存しているにすぎないのではないか。

②物権の絶対性と債権の相対性。物権は誰に対しても主張できるが、債権は債務者にたいしてしか主張できない。これには、債務者しか請求できないというのは債権の内容の問題であり、債権が侵害された時には債務者ではなく第三者にも主張しうるから、次元が違う話ではないかという反論がある。なお、現在では、賃借権の物権化の傾向がある。

③物権は新たな権利を勝手に作り出すことはできないが、債権には契約自由の原則があるから、新たな権利を契約で創設することができる。現在では、譲渡担保権などの新たな物権も認められている。また、契約自由の原則も特別法により、制約されている。

④譲渡性の有無。物権は簡単に譲渡できるが、債権は勝手に譲渡できない。現在では、債権の譲渡も認められており、差異は低下。

⑤物権は債権に優先する。しかし、修正がある。物権債権二元論が修正されたり変更されたりしている現象を認識できるのは、物権と債権との区別があるからであり、「原則両者に違いがあり、修正され近づいている」と考えることにはなお意味がある。

3 債権と請求権

請求権は、損害賠償債権・損害賠償請求権という。請求権とは、「他人に対して作為又は不作為を要求する権利」と言われる。二つの考え方がある。一つの考え方は、請求権は実体法上の権利を裁判との関係においてとらえたものである。請求権とは、債権の内、裁判において請求できる権利であるとする。もう一つは、実体法上の権利の中で、請求す

ることができる権利を類型化したものとする。債権には請求・保持する権利があり、その内の請求することができる力に着目したものである。しかし、使われ方は多義的であり、債権と請求権を特に区別しなくても問題はない。

第3章 債権発生概念と要件 (教科書 pp.18-26)

第1節 債権の発生原因

1 各種の発生原因

債権の発生原因には、契約・非契約によるものがある。また、判例では、信義則上の義務に違反した場合に、損害賠償請求権が発生することを認めたものがある。契約交渉破棄の場合や、安全配慮義務違反の場合がある。

2 発生原因と債権の関係

従来、発生原因と債権とを切断して考えていたが、近時、両者の連続性を考える説も有力である。

第2節 債権の発生要件

1 債権の「目的」

債権が発生するためにはなにが必要か。関連条文に民法 399 条がある。399 条の見出しには「債権の目的」とあり、その節の見出しも「第一節債権の目的」と書かれている。第一節には 13 か条が定められている。

債権の目的の「目的」は、手段と対置され、日常的には最終的な目標(goal, aim, purpose)といった意味である。法律における目的とは、客体・内容・対象(object)を意味する。よって、債権の目的は、債権の内容といってもよく、債務者のなすべき一定の行為(給付行為)のことである。馬の売買では、買主の債権の目的は、売主の馬を引き渡すという行為であり、売主の債権の目的は、買主の金銭を支払うという行為である。

次に、「目的物」という言葉がある。これは物を引き渡すという内容の債権におけるその引き渡すべき物のことである。買主の債権の目的物は馬であり、売主の債権の目的物は金銭である。例えば、402 条 1 項は、「債権の目的物が金銭であるときは、債務者は、その選択に従い、各種の通貨で弁済をすることができる。ただし、特定の種類の通貨の給付を債権の目的としたときは、この限りでない。」と定めており、本文と但し書きで、目的物と目的とを区別している。

2 債権の「目的」の要件

(1) 債権の目的と契約

債権の目的の要件とは、債権としての効力が生じるには、どのような内容のものでなければならぬか、ということである。そもそもその内容が何によって決まるかは、法定債権の場合には、法律の規定により決まる（多くは、金銭債権）。ところが、契約から生じる債権の内容は契約により決まるから様々なものがあり、その要件が問題となる。一般に、給付の適法性・可能性・確定性という三つの要件がある。ここでは、2つのレベルが含まれている。第一のレベルは、およそ債権として成立しうるための要件。私を幸せにせよという債権はおよそ成立し得ない。第二のレベルは、契約の有効要件である。元の契約が無効だから、債権が発生しないに過ぎない。これは債権が発生しうるかどうかの問題である。

(2) 給付の適法性

債権が発生させる契約の有効要件の問題である。麻薬を引き渡す債権は、それ自体は債権になり得る。例えば、医療の場面では、治療用として麻薬を引き渡す債権が発生する。しかし、通常の場合麻薬を引き渡す債権は、公序良俗に反し契約は無効(民法 90 条)だから、その結果として債権は発生しない。

(3) 給付の可能性

実現可能性ともいう。不可能なことの債権は存在しない。不可能にはいろんな場合がある。①給付の内容が性質上およそ実現不可能な場合。例えば、不老不死の薬である。②給付の内容は性質上実現可能であるが、契約成立時点では目的物が存在しなかった場合である。例えば、不動産売買契約をしたが、契約締結の前日に当該不動産が火事で滅失していた場合である。

学説は後者②を中心に論じてきた。契約の締結時点で、給付が不可能である場合には、引渡しを求める債権は発生しない（原始的不能）。代金支払い債権などの反対債権も発生せず、そうした契約はそもそも無効である。そして、目的物滅失に売主に過失がある場合には、契約締結上の過失により損害賠償請求権が発生することがある（信義則上の付随義務）。

最近では、原始的不能の場合でも、契約は成立するとするのが有力である。二つの考え方がある。

(a) 原則無効、例外有効。例外の場合の具体例は、投機的取引の場合、目的物が存在しないリスクを承知の上で契約を締結する場合、売主が目的物の存在を保証した場合などが考えられる。

(b) 原則有効。契約時の前であろうが後であろうが、債務者に責任があれば、債務不履行責任を負うと考える。給付が物理的に可能かどうかではなく、当事者の意思を重視し、当事者が何を合意したのか、何を引き受けたのかを問題として、債務者に責任が認められるかどうかを考える。国際的にも原則有効とするのが有力である。

確かに、契約の解釈により債務を負担すると考えるのが適切である。しかし、錯誤無効になることも多いと思われるから、原始的不能を一律に有効としなくてもよいのではないか。また、不老不死の薬の売買の場合にも原則有効とするのか問題となる。それはやはり

無理ではないか。なお、性質上不可能かどうかが不明な場合もあり、そのような場合には、契約は有効として債務者は契約により定まる債務を負うとした上で、錯誤無効や信義則により別途調整した方がよいのではないか。

(4) 給付の確定性

あなたを幸せにしますと約束しても、漠然としすぎており、債権として成立し得ない。ただ、有料老人ホームで、「豊かな老後を保証する」と約束した場合、ゴルフクラブ入会契約で「戦略的なプレイが期待できる」と約束した場合には、本当に債権として成立しないかは微妙である。ここでは、何が約束されたのかの判断の問題となるだろう。

(5) 給付の金銭的価値

民法 399 条との関係。「債権は、金銭に見積もることができないものであっても、その目的とすることができる。」と定め、給付は金銭的価値がなくてもよいとする。かつては、法的保護を受ける債権は限定されていた。現在では、契約自由の原則を認め当事者の合意を重視しようとされ、民法 399 条が規定された。

しかし、現在では、重要性は乏しい。①まず、金銭評価の判断の変化してきた。起草者は、医師・教師・弁護士は金銭に見積もることはできないとし、399 条の適用により解決しようとしたが、現在では、医師・教師・弁護士の仕事も金銭評価が可能であるから、399 条の問題にはならない。②金銭的評価ができるかどうかというよりむしろ、現在は、ある約束が法律上の拘束力までもつものか、または、社交的・宗教的・道徳的な約束にすぎないのかの判断の方が重要である。例えば、友達とテニスをする約束が破られたからといって、損害賠償請求の問題とはならない。これは、友達とテニスをする約束が法的拘束力をもたず、社交的な約束にすぎないからである。裁判例として、念仏供養事件（東京地判大 3 年・月日不詳）が有名。

第2回（10月5日）債権の種類

文責：酒本 雄一

第4章 債権の種類（教科書 pp.27-56）

第1節 債権の分類

1 債権にはどのようなものがあるか（c.f. 講義資料(4-1)）

債権は契約によるものと法定債権がある。契約はさらに典型契約の13個に分かれる。典型契約の中で様々な債権が発生している。例えば、①売買契約（555条「売買は、当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し、相手方がこれに対してその代金を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。」）。例えば、不動産売買の場合、買主の債権は移転登記請求権や引き渡し請求権。売主の債権は代金支払債権。②賃貸借契約（601条「賃貸借は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。」、606条1項「賃貸人は、賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う。」）。賃借人は、賃貸人に対して、使用収益権を有し、具体的には606条1項に基づいて、賃貸人には修繕義務が発生する。賃貸人には、賃料支払債務がある。賃貸借契約終了時には、明け渡し請求権が発生する。③委任契約（643条「委任は、当事者の一方が法律行為をすることを相手方に委託し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずる。」644条「受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う。」）委任者は法律行為をすることを受任者に委託する。受任者は善管注意義務を負う。

2 分類の視点

(1) 様々な分類

以上のように、いろんな債権が発生していて、債権の分類が必要になる。なんのために分類するのが重要である。

(2) 履行の強制という視点

債務者が履行しない時に、債権者はどうやって履行を強制することができるかという視点からの分類である。①作為債務か不作為債務か。②与える債務かなす（する）債務か。フランス法では、与える債務は、所有権移転債務に限定されてきた。しかし、日本では、与える債務には、広く物を物理的に引き渡す債務も含まれる。よって、与える債務という言葉ではなく、引き渡し債務か履行債務かという分類も有力である。しかし、財産権と占有権とが移転することが考えられるが、引き渡し債務という言葉を使うと占有移転のみをさすとも思われがちであるから、授業では、与える債務かなす債務かという分類を用いる（c.f. 講義資料（4-2））。講義資料の分類Aは作為債務か不作為債務かを上位概念とし、与える債務かなす債務かを下位概念とする。与える債務は、さらに金銭債務か否かに分か

れ、なす債務の中では、さらに代替債務か不代替債務かに分かれる。不作為債務はやや特殊であるから、分類 A の方が適当である。与える債務の金銭債務は、売買契約や、賃貸借契約の場合の金銭支払い債務である。与える債務の金銭以外債務は、売買契約における建物などの特定物の引き渡し債務やワイン 100 本の不特定物の引き渡し債務などが考えられる。なす債務の内、代替的債務は、賃貸人の修繕をなす債務が例として挙げられ、不代替的債務は、委任の場合などが挙げられる。

分類 A はどのように履行を強制するのか、強制執行との関係で意味がある。特定物債権は明渡し命令、金銭債務は債務者の財産の差し押さえが考えられ、なす債務は、難しい。修繕義務など代替的な時は、借家人の方で、修繕して、要した費用を賃貸人に請求すればよい。では、不代替的債務の場合は、問題である。

(3) 債務者はどんな場合に責任を負うのかという視点 (c.f. 講義資料 4-2 分類 C)

結果債務か手段債務か。結果債務は債権者に一定の結果を実現する債務である。例えば、JR には運送契約上の目的地までの運送を実現する債務がある。目的地まで運送できなければ、不可抗力などでない限り、債務不履行になる。一方、手段債務は、債務者が達成すべき任務に適した手段をとり、慎重かつ真剣に、最善を尽くすことを約束する債務である。例えば、難病患者の医者の治療債務や、塾講師の債務などである。

何を証明しなければならないのかが、債務の分類によって異なる。結果債務の場合には、結果の不実現を証明すればよい。手段債務の場合、結果の不実現の立証だけでは足りず、債務者がなすべきことをしなかったことを立証する必要がある。例えば、医師の債務不履行を立証する場合、医師として当然すべきことをしなかったことを立証する必要がある。

第 2 節 民法の規定する債権

民法は 400 条から 411 条に債権に関する規定を置いている。以下、各条文を検討する。

1 特定物債権

(1) 意義

(a) 特定物・不特定物の概念

特定物債権とは、特定物の引き渡しを目的とする債権である（400 条「債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない。」）。

では、特定物とは、何か。特定されたものであるが、特定の基準には二つの考え方がある。①客観的に判断する基準。世間一般的にみて特定されているかを判断する②主観的に判断する基準。当事者の主観によって特定されたか否かを判断する。400 条に定める特定物の判断基準は、主観的な基準によって判断する。その物も個性に着眼したか否かによって判断する。講義資料(4-3)を見ると、名馬・ゴッホのひまわり・土地・中古車などが主観的に見ても、客観的に見ても、個性に着眼しているといえる。主観的に特定されているが、客観的には特定されていないものの例として、まず地元の作家 A の遺品

のこの赤ワインが挙げられる。地域で作家の偲ぶ会が催され、そこで遺品の赤ワインを飲みたい。客観的にみれば、同じ銘柄の赤ワインはいっぱいあるかもしれないが、当事者からすれば、作家 A の赤ワインだからこそ意味がある。次に、町の時計屋が店じまいする場合である。残り 30 個の時計があるって、現物限りとして売り出す。同様の時計はメーカーに頼めば他にもいっぱいあるかもしれないが、店じまいする時計屋では現物限りでありメーカーから再度取り寄せることが予定されていない。したがって、当事者からすればそれしかなく特定されている。

不特定物は、種類・品質・数量で表わされる。品質は示されない時もある(巨峰・10kg)。種類と数量だけで表わされる物は、種類物という。種類物を引き渡す債務を種類物債務という。なお、広義の種類物は、不特定物と同義である場合もある。広義の種類物と狭義の種類物がある。

(b) 代替物・不代替物 (c.f. 講義資料(4-3))

世間一般で考える客観的な基準による区分は、代替物か不代替物かという区分である。この分類が意味を持つのは、消費貸借契約で、代替物が前提とされる。強制執行などでも意味をもつ。また、不特定物は通常代替物である。しかし、例外的に不代替物なのに、不特定物である場合がある。例えば、映画撮影用の馬 20 頭は、本来馬は一頭一頭に個性があるが、撮影用の場合、馬が 20 頭あればとりあえずいいわけであるから、不代替物だが、不特定物となる。

(2) 特定物債権の特徴

第一に、400 条の適用がある(「債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない。」)。どのように保管するかの規定である。目的物引き渡しまでは善良な管理者の注意を負う。その立場にある標準的な人として払うべき注意である。この注意義務は、659 条の「自己の財産に対するのと同じ注意」に比して重い注意義務である。

なぜ、特定物に限って重い義務が定められているのか。その理由は、不特定物の場合、債務者にはそもそも保管する義務がない。巨峰 40kg を保管する義務はなく、どれでもいいからとりあえず巨峰 40kg を引き渡せばよい。滅失したとしても、不特定物の場合、調達義務がある。なお、不特定物であっても、履行期に履行すべき義務はある。履行するための準備をする義務なども考えられる。特定物の場合には、その物それ自体を引き渡す義務がある。483 条には、「債権の目的が特定物の引渡しであるときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない。」と定められており、1 ヶ月後を履行期として絵画を引き渡す債務を負った場合、履行期前に台風で絵画が濡れてしまって、染みがついてしまった場合、目的物には変化が生じているが、引渡しをすべき時の現状で引き渡すことになる。したがって、染みが付いた絵画のまま引き渡すことになる。これは、特定物であるから、当該絵画はそれしか世の中に存在していないからであ

る。逆にいえば、引き渡しまでは善管注意義務という重い義務を負うことで、均衡をとろうとしているのである。

第二に、目的物は滅失すれば、ただちに履行不能になる。例えば、建物売買で、履行期前に火事で建物が滅失した場合、売主はまず他の建物を引き渡す義務はない。なぜなら、特定物には、その建物しか世の中に存在しないから不可能である。債務者に帰責性があれば損害賠償請求権が発生し、帰責性がなければ、損害賠償請求権は発生しない。では、買主側からみるとどうか。売主の引き渡し債務が滅失した場合にも、買主は代金支払い債務を負うか。滅失が、不可抗力の場合は、危険負担の問題になる。

危険負担の危険とは何か。危険には給付危険と対価危険がある。売買の目的物が売主の帰責自由なく滅失した場合、不特定物だとすると、売主は調達義務を負うので、よそから調達しなければならない。これは目的物ダメになったリスク・危険、つまり、給付危険を売主が負担するということである。特定物の場合、給付義務はないし、不可能。売主は給付危険を負担しない。給付危険とは、本来の給付に対するリスクの分配のことである。これに対して、対価危険は、本来の給付に対する対価の支払いに関する危険である。買主がなお支払わないとならないとすると、買主は対価危険を負担する。特定物の場合には、給付危険も対価危険も買主が負担する。不特定物の場合には、給付危険は売主が負担する。不特定物の場合にも、履行不能になりうる。契約締結後、目的物の取引が法律で禁止されたような場合である。

第三に、484条の適用がある（「弁済をすべき場所について別段の意思表示がないときは、特定物の引渡しは債権発生の際にその物が存在した場所において、その他の弁済は債権者の現在の住所において、それぞれしなければならない。」）。どこで引き渡しをするかのルールである。

第四に、瑕疵担保責任における特定物ドグマがある。特定物の場合、瑕疵があったとしても、当事者はその個性に着目して売買したのであるから、売主は損害賠償責任を負わないとする考え方である。

2 種類物債権

(1) 種類債権の目的物

種類債権とは、種類物の引渡を目的とする債権である。401条の規定が問題となる。まず、401条1項は、「債権の目的物を種類のみで指定した場合において、法律行為の性質又は当事者の意思によってその品質を定めることができないときは、債務者は、中等の品質を有する物を給付しなければならない。」と定める。401条1項の段階では、品質は指定されていない。ここでは、狭義の種類物（種類・数量のみ指定）が問題となっている。どのように品質が定まるかという点、①当事者の意思が尊重される、②法律行為の性質によって決まる（消費貸借契約では、「種類、品質及び数量の同じ物」（587条）が前提と

される、③それでも決まらない場合に、401条1項で、中等の品質になる。これは当事者の通常の意味に合致するからである。

(2) 目的物の特定

(a) 特定の意義

問題は401条2項「前項の場合において、債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了し、又は債権者の同意を得てその給付すべき物を指定したときは、以後その物を債権の目的物とする。」である。これは、広義の種類物（つまり、不特定物）が問題となっている。例えば、電気屋で買主がたくさんあるテレビの中から一つを選び、代金を支払ったとする。その後、用事を思い出し、一時、電気屋に購入したテレビを保管してもらうよう頼んだ。電気屋はこの場合、ラベル等で当該テレビをくくったり、購入済みという札をしたりして、他の客が買わないように隅に分けておいておくはずである。このような場合には、もともと不特定物だったものが、以後債権の目的物となり、ほぼ特定物と同じようになる。このことを特定とか集中とかいう。それ以降、電気屋は400条の善管注意義務を負ったりする。

(b) 特定の要件

では、どのような場合に、特定されるのか。

第一に、当事者が合意によって特定される場合がある。

第二に、401条2項後半の「債権者の同意を得てその給付すべき物を指定したとき」である。これは、債権者が指定権を与えて、それに基づいて債務者が指定した場合である。

第三に、401条2項前半の「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了」した場合である。この場合が最も問題となる。例えば、買主がカタログをみてどのテレビを買うか決め、電気屋に依頼したとする。この場合、電気屋は、どこまでのことをすれば特定したことになるのか。学説では、3種類に分けて考えるのが一般的である。

持参債務の場合。持参債務とは、債務者が債権者の場所まで持参する債務である。この場合、電気屋は自宅まで持って行って、債権者がいつでも受け取れる状態にする必要がある。すなわち、債権者の住所における現実の提供が必要である。

取立債務の場合。債権者が債務者まで目的物を取りに行く場合である。二つの要件が必要である。①通知。例えば、メーカーから届きましたという通知。②分離。例えば、メーカーから5台のテレビが届いた場合、その内の1台が債権者の物である場合には、目的物を他と分離することが必要となる。この場合、どれを給付するかを決め、それをいつでも提供できる状態にすることを要する。

送付債務。第三地に持っていく場合。例えば、おじいさんが孫の家にテレビをプレゼントする場合。契約当事者は電気屋とおじいさんだが、届ける場所は孫の家である。こ

の場合、第三地が履行地である場合には、持参債務に準じ、債権者の住所における現実の提供が必要であるが、第三地に送付すればよい場合には、発送により特定される。

(c) 特定の効果

(i) 4つの効果

第一に、400条の善管注意義務を負う。

第二に、物が滅失すると、引き渡し債務が履行不能により消滅する。滅失したことに帰責性あれば、損害賠償義務を負うにとどまる。

第三に、所有権が移転しうる状態になる。いつ移転するかは、物権変動の移転時期による（売買契約の解釈による）。

第四に、目的物が滅失した場合に、債権者が対価危険の負担を負うことになる（危険負担の債権者主義）。534条2項「不特定物に関する契約については、第四百一条第二項の規定によりその物が確定した時から、前項の規定を適用する。」により、534条1項の対象となる。（534条1項自体に、現実の支配が移転した時に危険が移転するとする支配可能性説がある。）

(ii) 債務者の変更権

特定物は世の中に一つしかないから、滅失した場合に他の物を債務者が用意する義務はないし、不可能である。しかし、不特定物が特定された場合には、本来は不特定物であるから別のものを給付することは可能であり、特定物の原則を必ずしも貫かなくてよい場合がある。債務者の帰責性により滅失した場合、債務者は損害賠償義務を負うが、債務者からすれば、同種の別の物を提供すれば都合がいい場合がある。この場合、債権者に不利益にならない場合には、別の物を給付してもよいであろう。このように、不特定物が特定された後に目的物が滅失した場合に、同種の物を給付することで、損害賠償責任を免れることを認める、変更権が判例でも認められている。

(iii) 履行の提供との関係

特定が生じると、債務者に重い効果生じるから、債務者は相当の行為をする必要がある。一方、債務者がそのような相当の行為をする前でも、債務者がある程度のことをすれば、責任を免れさせてもよいのではないかと考えられる。このような段階を弁済の提供（履行の提供）という。

債務者が履行しようとしても、債権者の協力が必要であり、債権者が協力に応じない場合であっても債務者に責任を負わせるのは不公平であるから、一定の段階で、債務者の責任を免責させる必要がある。これを定めたのが、492条「債務者は、弁済の提供の時から、債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる。」である。つまり、弁済の提供をすれば、債務不履行に陥らない。では、どうすれば、弁済の提供があったことになるのか。これを規定したのが、493条「弁済の提供は、債務の本旨に従って現実になさなければならない。ただし、債権者があらかじめその受領を拒み、又は債務の履行について債権者の行為を要するときは、弁済の準備をしたことを通知してその

受領の催告をすれば足りる。」である。原則は、現実の提供をすることが必要である。持参債務の場合、現実の履行をすれば、第一レベル（弁済の提供）も第二レベル（特定）もクリアしたことになる。一方、493条ただし書きの場合、取立債務の場合、通知だけすると、第一レベルはクリアし、第二レベルは充たさない。さらに分離すれば、第二レベルもクリアすることになる。

(3) 制限種類物債権

制限種類物債権とは、種類物について、さらに一定の範囲の制限を加えたものである。例えば、店じまいをする時に、閉店セールで、倉庫にあるもの限定で、10個の同種の時計を販売している際に、火事で時計が滅失した場合、種類物は倉庫の中だけに限定されているので、その債権は履行不能になる。

制限種類物債権と種類物債権には三つの違いがある(c.f. 講義資料(4-4))。①履行不能になるかどうか。通常の種類物債権は履行不能にならない。制限種類物債権は履行不能になる。②品質の違い。通常は、401条1項で中等の品質になる。しかし、制限種類物債権は、例えば、倉庫の中の玉ねぎに限定されているので、客観的に中等な品質は観念できない。③保存にあたっての義務。通常の種類物債権は、特定前は調達義務があるが、特定後は善管注意義務を負う。制限種類物債権は、特定前から倉庫の中の物を保管する義務を負う。

しかし、制限種類物債権という概念は、必ずしも明確ではない。制限は、場所的制限に限らない。例えば、特定の農場が製造するチーズ10kgを卸売業者が小売店に売る場合、農場が停止すると、卸売業者が小売店に負うチーズの引き渡し債務は履行不能になる。しかし、卸売業者は、チーズの保存義務を負っているわけではない。むしろ、当事者が契約でどんな債務を負ったかの方が重要ではないか。制限種類物債権だから、保存義務を負うのではなく、倉庫に入っているものを売りその倉庫を支配しているから、保存義務が生じると考えるべきである。チーズの場合も、卸売業者には、農場のチーズを支配しているわけではなく、保存義務は起こり得ない。このように、制限種類物債権だから、こうなるといっわけでは必ずしもない。最判昭30・10・18[百選Ⅱ1]が参照に値する。百選の潮見先生の解説も参照。この判例では、①売買の目的物が通常の種類債権か制限種類物債権か(判例は何と言っていて、解説はなんと言っているか)、②種類物債権の特定の問題(分離通知が必要といった判例であるが、判例は分離・通知が必要だとは言っていない。調査官が言っているにすぎない。)の二点が問題になっている。

3 金銭債権

(1) 意義

金銭の支払いを目的とする債権である。1万円という価値が重要であり、どの製造番号の紙幣で支払うかなどは問題とならない。究極の種類債権ともいわれる。

(2) 金銭債権の特徴

第一に、金銭債権は履行不能とならない。価値を移転すればいいからである。

第二に、金銭債務が履行されない場合の損害賠償の要件・効果について特別の規定がある。(419条「①金銭の給付を目的とする債務の不履行については、その損害賠償の額は、法定利率によって定める。ただし、約定利率が法定利率を超えるときは、約定利率による。②前項の損害賠償については、債権者は、損害の証明をすることを要しない。③第一項の損害賠償については、債務者は、不可抗力をもって抗弁とすることができない。」)

第三に、金銭債権は、貨幣価値の変動により、実質的な価値が変化する。30年前の100万円と現在の100万円とは実質的な価値に違いがある。額面が基準となる(名目主義)(100万円は100万円)。名目主義にしないと、経済活動に対する影響が大きいためである。

第四に、強制執行について特殊性がある。債権者は債務者のどの財産にもかかっていく。

4 利息債権

(1) 概念

利息を払う債権であり、元本を払う債権を元本債権、利息を払う債権を利息債権という。利息とは、元本を借りていることの対価である。つまり、利息は使用料である。一方、遅延損害金は、返済が遅れたことに対して払うもので、債務不履行に対する対価である(c.f. 講義資料(4-6))。利息は金銭授受から発生して、弁済期まで利息が生じる。弁済期到来以降は、債務不履行になり、現実の返済をするまで、遅延損害金が生じる。金銭授受の初日も利息に含める。その理由は、借りたその日からお金を使えるからである。弁済期以降は、利息+遅延損害金を払わなければならないわけではなく、遅延損害金のみでよい。利息はあくまで弁済金までの使用料だからである。なお、遅延利息という言葉は、遅延損害金を意味する。

(2) 民法の規定 (c.f. 教科書 pp 48-49)

利率が問題となることがある。①合意によって決まる、②合意がなければ、法定利率(年5%) (404条) による。

(3) 高利の規制 (c.f. 教科書 pp 49-53)

民法内外で重要である。2006年改正が重要である。

(4) 融資枠契約 (c.f. 教科書 p53)

テキストに委ねる。

5 選択債権 (c.f.教科書 pp54-56)

選択債権とは、債権の目的が数個の給付の中から選択によって定まる債権である。例えば、5匹の犬から1匹を選ぶ場合、絵を描いてもらうか壺をもらうかを選ぶ場合である。対象となる給付に個性がある場合にその選択が問題となる。

第3回（10月8日）「債権の効力」とは何か、履行の強制

文責： 小林 沙妃

パートⅢ 債権の効力

第5章 「債権の効力」とは何か

第1節 「債権の効力」を検討する視点

- ① 債権にはどのような力が含まれているのかという視点⇒権利内容の分析、本質の追求
- ② 債権が存在するとき、当事者は実際に何ができるのかという視点⇒具体的機能の検討

第2節 債権に含まれる力の分析

1 債権の4つの力（p59~61）

（1）請求力

請求力とは、債権者が債務者に対し、任意に履行せよと請求できる力のこと。

（2）給付保持力

給付保持力とは、債務者のした給付を適法に保持できる力のこと。

請求力と給付保持力を合わせてたものが、債権の最小限の力であり、この2つの力により、債権者の履行請求が権利の行使として適法なものと評価される。

（3）訴求力（訴求可能性）

訴求力とは、債権者が債務者に対し、訴えによって履行を請求することできる力のこと。債務者が任意に履行をしないとき、債権者は自力救済ができない代わりに、裁判所による給付判決を得ることができる。

（4）強制力

債権者が給付判決を得たのち、なお債務者が任意に履行をしないとき、債権者は強制執行手続きをとることで、国家機関の手によって債権の内容を実現できる。この力を執行力というが、この執行力と上記請求力を合わせて、強制力と呼ぶことがある。

なお、債権内容をそのまま履行させる力を貫徹力、金銭債務を履行させる力を捫取力という。

2 一部または全部の力の欠如（p61~65）

（1）徳義上の債務

道徳上・社交場・宗教上の約束などで、上記の4つの力が全て欠けている場合、約束したものはそれを守る義務はあるが、約束の相手方は、それをするように求める権利をもたない。そのような約束を徳義上の約束と呼び、それにより生じる義務を徳義上の債務と呼ぶことがある。

（2）自然債務

(a) 意義

給付保持力はあるが、訴求力のない債務を、自然債務という。当事者の合意により訴求できないものと、法律上の原因により訴求できないものがある。

(b) 不訴求の合意のある債務

訴えを提起しないという当事者間の合意は、契約自由の原則に基づき、有効と解される。不訴求の合意という。

(c) 法律上訴求できない債務

債権者が訴求することはできないが、債務者が任意に履行すれば、もはや返還を請求できなくなるという債権がある。

例：消滅時効が完成し、債務者が事項を援用した債権

(d) 自然債務という概念の要否

上記(b)(c)の諸債務をまとめて自然債務と呼ぶこともあるが、さまざまな性質・内容のものがひとまとめにされているため、個別にその性質を検討すべきという批判も強い。

(3) 責任なき債務

訴求力まではあるが、執行力のない債権もある。これを責任なき債務という。

3 債務と責任(p65、66)

債務と責任の分離形態はいくつか存在する。

①責任なき債務(前述)

②責任が一定の範囲に限定される場合

例：相続における限定承認（債務は相続するが、相続財産の限度において責任を負う、922条）

③債務なき責任

例：物上保証人、抵当不動産の第3取得者（自己の特定の財産を持って他人の債務について責任を負うが、自ら債務を負うわけではない）

第3節 債権の具体的機能

1 当事者間の効力 (p67~69)

(1) 債権者のできること

①履行の強制

②損害賠償請求

③契約解除（ただし契約により生じた債務に限る）

①と②、②と③は両立するが、①と③は両立しない。

契約による債権の場合には、他にも、当時履行の抗弁が主張でき、代金減額請求が認められることもある。

(2) 債務者のできること

最大のものは「履行できること」である。履行により、債権を消滅させることができる。債権者が受領しない場合でも、履行の提供により、債務不履行責任を免れることができる。

2 債務者の責任財産の保全 (p69)

一般債権者は、債務者の責任財産の維持について利害関係を持つので、債権者は一定の場合に債務者の財産管理に介入することができる。

①債務者が責任財産減少を放置している場合、債務者に代わって権利を行使し、その現象を防ぐことができる。(債権者代位権、423条)

②債務者が責任財産を減少させる行為を積極的にした場合、債権者はそれを取り消し、財産を回復させることができる。(債権者取消権、424条)

3 第3者に対する効力 (p69)

債権の効力は第三者には及ばない。

第4節 「不履行に対する救済」という視点 (p70~71)

従来は、債権の効力を出発点に、債権者保護の諸制度を考察し、その相互の関係や限界づけは、「責めに帰すべき事由」や外敵事情によって画されるという発想が強かった。これに対して様々な批判が投げられたため、現在では、不履行の際に債権者に与えられる救済方法は何かを債権の発生原因との関係で検討するという新たな視点が提唱されている。

以下では、債権の効力という概念も維持しつつ、上記の新たな視点も考慮しつつ、検討を進めることとする。

第6章 当事者間の効力

第1節 履行の強制

1 意義(p72~73)

(1) 履行の強制の意義

債務者が任意に債務を履行しないとき、債権者は国家の力を借りて、それを強制的に履行させることができる。

(2) 2つの理念

私人の権利実現のため、国家が強制執行制度を用意しているのは、自力救済の禁止の代償である。ここでは、①権利保護と②債務者の人格尊重という2つの理念が存在するが、その調和をいかに実現するかが、強制執行制度における課題である。

2 履行の強制の具体的方法(p74~78)

(1) 民法414条と民事執行法

民法の改正を経ても、414 条はほぼ当時のまま維持されたが、民事執行法は大きな変遷を経た。

(2) 履行の強制の 3 種の方法

(a) 種類

- ・直接強制…債務内容をそのまま強制的に実現(民事執行法 43~170 条)
- ・代替執行…債務者以外の人に債務内容を実施させ、費用を債務者から取り立てる(同 171 条)。授權決定が必要。
- ・間接強制…制裁金などを課すことにより、履行をうながす(同 172 条)

(b) 利用可能な方法

上記のうち、債権者が利用できるのは以下の通り。

金銭債務…直接強制。一部間接強制も認められる

物の引渡…直接または間接強制を選択できる

作為・不作為債務…代替執行可能なら、代替執行または間接強制

不可能な場合は、間接強制による

(3) 民法 414 条の解釈

一項：債務者に対し本来の履行を強制できる旨定める。

二項：債務者に強制できなくても、代替執行可能である旨定める。

三項：不作為債務履行強制できることを定め、不作為債務特有の強制方法を定める。

四項：履行要請は一般債務不履行に基づく損害賠償と両立することを定める。

3 各種の債権の履行の強制方法(p78~86)

(1) 与える債務

(a) 金銭債権

債務者の一般財産の中から適当なものを差し押さえ、換価して債権者に交付する。
基本的には直接強制だが、扶養義務等に係る金銭債権には、一定要件下で間接強制も認められる。

(b) 特定物債権

直接債権または間接債権による。

(c) 種類債権

種類債権の履行強制には、二つの問題がある。

①特定に関する問題：執行官が任意に種類物を取り上げると、債務者による特定がなされないことになる⇒実質不利益はないのでよいのでは

②そもそも種類債権に履行強制認める意味あるのか⇒確かにないかもしれない

(2) なす債務

人格の尊重の観点から、直接強制以外の手段が取られることとなる。

(a) 代替的作為債務

債務者本人でなくても実現できる債務の場合、代替執行(414条2項、民執171条)または間接強制(民執172条)を行うことができる。

(b) 不代替的作為債務

(i) 一般

債務者本人によらなければ債務本来の趣旨に沿うことにならない行為を目的とする債務の場合、間接強制(172条)を行うしかない。しかし、以下の場合には、間接強制も認められない。

①債務の履行が事実上または法律上不可能なとき

(第3者の援助が必須の場合で、それが得られそうにないときなど)

②債務者の自由意思に反して強制することが、社会通念上是認できないとき

③債務者の時結氏を圧迫して強制したのでは、債務の本旨にかなう給付ができないとき

(ii) 意思表示をすべき債務

不代替的作為債務のうち、債務者が意思表示をすべき債務については、意思表示を命じる判決その他の裁判があれば、裁判を持って意思表示に変えることができるものとされる。(判決代用)

(c) 不作為債務

不作為債務の履行の強制方法は以下の通り。

①不作為債務に違反する継続的行為をやめさせること。間接強制による。

例：汚水の排出をやめさせる

②不作為債務違反によって生じた結果を除去すること。代替執行又は間接強制による。

例：看板を設置しないという契約に違反して設置された看板の除去

③不作為債務違反行為の予防のため、「将来のため適当な処分をすること」。主に間接強制による。

例：不履行の場合に損害賠償をさせる

(3) 問題となるケース

(a) 幼児の引き渡し

夫婦の離婚などで、幼児の引き渡しが問題となる。この場合、義務者だけでなく、幼児の人格の尊重も考える必要がある。

考え方としては、幼児は物と同視できないので、間接強制によるべきとする見解と、幼児に意思能力がない場合には、直接強制を認めてもよいとする見解がある。

(b) 謝罪広告

「単に事態の真相を告白し、陳謝の意思を表明するにとどまる程度のもの」(最大判昭31・7・4)であれば、代替執行によっても、良心の自由を侵害するものではないとされた。

ただし、人格の尊重という観点から、謝罪広告の強制執行には疑問を投じる学説もなお有力である。

4 履行の強制の要件(p86~91)

(1) 概観

履行の強制に関する考え方には、A「履行の強制は債権の効力である執行力によるものである」とする伝統的な見解と、B「履行の強制は、債務不履行が生じた状況下で債権者に与えられる救済手段のひとつである、履行請求権に基づくものである」とする見解がある。Bについては、なお様々に議論の余地があるが、Aの前提を問い直すという意義を持つ。

(2) 履行の強制と債務不履行

(a) 履行の強制の発生根拠

Aでは、債務の履行は債務者として当然であり、履行されない以上は、債務者にキセキ性がなくとも、債権者が強制的に実現することは妨げされない。これに基づけば、その要件は、①債権の存在 ②履行機の到来 ③履行が可能であること ④債務の性質が履行の強制に適さないものでないこと となる。

一方、Bでは、履行の強制は救済手段の一つであるから、その要件は①債権の存在 ②債務不履行の発生 ③履行の強制の障害事由がないこと となる。

(b) 履行の強制と損害賠償

履行の強制は、損害賠償請求を妨げない。(414条4項)履行強制により債務内容が実現されても、履行遅滞による損害賠償はなお請求できる。

(3) 履行の強制の障害自由

(a) 整理

履行の強制が認められない場合としてこれまで出てきたものを整理すると、

- ①「履行が可能」でないとき…「履行が可能」とは何かが問題となる。
- ②債務の性質がこれを許さないとき(414条1項但し書き)
- ③種類債権について、損害軽減義務の観点から履行強制が否定される場合
- ④不代替的作為債務について、間接強制さえ許されない場合
- ⑤不執行の合意があるとき
- 他にも、⑥権利濫用による制約

(b) 国際的な統一の動きとの関係

UNIDROITやPECLでは、履行請求が認められない事由を実質的に検討し、まとめて列挙している。こうした実質的考察は、履行の強制をどの範囲で認めるのか、あるいは履行請求権の限界をどう画するのかという問題に対して、その問題の全体認識と体系化への手掛かりを与える。

第4回（10月15日）債務不履行による損害賠償（第2節—1の4まで）

文責：飯永 大地

第2節—1 債務不履行に基づく損害賠償 ——要件

1 債務不履行とは何か

(1) 2つの用語法（教P91）

債務不履行には二つの意味がある

- i 事実として債務が履行されない（広義）→事実としての債務不履行
- ii その中で債務者に帰責事由がある（狭義）→以下では原則としてこの意味。

(2) 債務不履行の類型と領域（教P92～）

415条 債務者がその債務の本旨・・・

→では債務不履行とは何か？

それについては学説の推移あり（三分説→それを批判→次第に領域問題に）

①三分説

大体のイメージは講義資料6・6上段参照

債務不履行を以下に分類する説。

履行遅滞（根拠条文は415条前段 履行が可能であるのに履行期が来ても履行しないこと）

履行不能（415条後段 履行が不可能なために履行しないこと）

不完全履行（根拠条文なし。解釈上認められる 不完全な給付をしたこと）

②三分説に対する批判

ドイツ民法は債務不履行の損害賠償を請求できる場合を二つに限定。（履行不能と履行遅滞）

→「積極的契約侵害」という第三の類型を作り出す。

日本の学説はドイツの第三の類型を輸入し、不完全履行とした。

しかし、そもそも日本の条文では415条前段は履行遅滞に限定してはいない。（批判1）ドイツの積極的契約侵害にはいろいろなものが含まれていたが、日本の学説は一部である不完全履行を限定的に輸入した。そのため、三つの類型のいずれにも入らないものが残された。（批判2）つまり、不完全履行は引き渡し債務が念頭に置いて考えられており、為す債務・為さざる債務について考察が不十分。

③債務不履行の再構成

A、一元説

債務不履行とは「債務の本旨に従った履行をしないとき」であり、あとは個々の具体的債務について債務の本旨が何かを考えていけばいいとする説

B、二分説

債務不履行を履行不能（∴法技術的意味あり）と、それ以外の債務不履行に分類する説

C、新たな三分法（比較的多数説）

講義資料 6-6 下段参照

債務不履行を履行遅滞、履行不能、その他の債務不履行（根拠条文 415 条前段）に分類。理論的にこうあるべきだというよりも分けたほうが便利だという面が強い。

以下では新たな三分法を用いて説明していく。

④領域をめぐる問題

それでは、“その他の債務不履行”とはなにか？

→結論的には 415 条の債務の本旨に従った履行をしないときから履行遅滞の場合を除いたもの＝債務不履行から履行遅滞、履行不能の場合を除いたもの。

債務不履行というのは（主に）契約から発生した債務の不履行であり、契約には交渉段階から締結、その後というプロセスがある。どこで生じるトラブルまで債務不履行でカバーするのか。→領域の問題

例えば、原始的不能の場合は伝統的通説によると契約が無効で債務不履行が発生せず、契約締結上の過失の問題であるとする。対して有力説はこの場合も債務不履行としている。つまり、伝統的通説は原始的不能を債務不履行の領域外とし、有力説では領域内としてその他の債務不履行であるとする。

それ以外にも、契約交渉破棄・瑕疵担保・安全配慮義務違反などは債務不履行の領域の問題なのか？

それらが債務不履行の問題であるとする、完全に債務不履行の領域の外にあるものは？→責任がない場合、不法行為責任、その他の法定責任

(3) 債務不履行と不法行為（教 P95）

教科書に譲るそうです。

2 共通する要件

(1) と (2) の間に事実としての不履行があるが、授業の進行上後回しにする。事実としての不履行が要件としてあるというのは常に意識が必要。

(1) 債務の存在（教 P98）

損害賠償債務の発生原因として契約や不法行為がある。

Cf.709 条によって損害賠償債務が発生するが、遅延損害金は債務不履行による損害賠償

(2) 帰責事由 (教 P122～)

(a) 意義

帰責事由が最大の問題点。

415 条後段により債務者に帰責事由がない履行不能につき債務者は責任を負わない。

履行遅滞、その他の債務不履行についてはどうなのか。なぜ 415 条前段に帰責事由が書いていないのか。

それを知るために民法起草当初の議論を見てみる。

↓

履行不能について帰責事由を要件としたのには二つの意味が込められる。

①履行不能があっても帰責事由がない場合には債務者は責任を負わない。

②履行不能があっても帰責事由がなければ債務は消滅する。

(帰責事由があれば損害賠償債務に形を変えて存続。帰責事由がないことは債務の消滅原因である。)

第一の意味を重視すると履行遅滞その他の債務不履行についても帰責事由がなければ免責されると考えるべきことになる。

第二の意味を重視すると帰責事由の有無は履行が不可能な場合に限って意味を持つことになる。

判例・学説では第一の意味を重視し、履行不能以外の債務不履行についても帰責事由が必要だと解釈し、定着した。

では、一体帰責事由とは何なのか？

伝統的な通説は「故意過失、または信義則上これと同視すべき事由 (= 履行補助者の故意過失)」とする。

これに対して、大きく二つの批判がある。

第一の批判は帰責事由という抽象的な言葉を「故意過失または・・・」とこれまた抽象的な言葉に置き換えただけでは説明になっていない。置き換えでなくストレートに帰責事由とは何かを説明するべきだということ。

第二の批判は補助者の問題を帰責事由に持ってくるとかえって混乱を招く。補助者の問題は別に考えるべきで、この講義でも切り離して次回に。

(b) 具体的内容

第一の批判ももっともなので、いずれにしても具体的に帰責事由についてみていく。

物を引き渡す債務では、債務の本旨に従った履行が何なのか比較的是っきりしていて、引き渡しがなかったということは債務の本旨に従った履行がないということ。引き渡しがなかった以上原則として帰責事由ありとされる。

その例外とされるのが格別の外部的事情がある場合。例として不可抗力。これは民法の条文から導き出すことができる。419条3項で金銭債務について不可抗力免責がないとあるので、その反対解釈で金銭以外の引き渡しでは不可抗力免責があるとする。そのほかの外部的事情としては履行できなかった原因が債権者にある場合、第三者の行為による場合。

為す債務、とりわけ役務提供型の債務の場合は格別の外部的事情による免責というのも考えられなくはない。例えばピアニストが出演契約を結んだが、乗った飛行機がハイジャックにあった場合。しかし、帰責事由が実際に問題となるのは債務者側の事情が評価の対象になる場合。この場合には債務の本旨が何かというのと裏表の関係になる。例えば、肝臓ガンの患者を救えなかった場合、債務の本旨が何かを考え、債務の本旨に従った履行がなければ帰責事由ありとされる。

まとめると、物を引き渡す債務と為す債務では帰責事由の現れ方が違う。物を引き渡す債務ではものを引き渡さなければ原則として帰責事由あり。ただし、不可抗力等の例外あり。為す債務では債務の本旨が何かと帰責事由の有無は裏表である。

～こっから先は余談～

現在、債権法改正の流れの中で帰責事由の概念自体が大きな論点となっている。立法論としては帰責事由の概念自体を用いるべきではないという主張が非常に有力となっている。この立場からは帰責事由の概念の根底にある過失責任原理を批判する。過失責任原理というのは債務者に過失がある場合に損害賠償責任を負うということに帰着するわけだが、本来そうではないだろう、損害賠償責任を負うのは過失があったからではなくて債務を履行しなかったからであろうと。不法行為ではもともと無関係のもの同士の間で責任を負わせるので過失責任原理が妥当する。債務不履行では債務に拘束されるので行動の自由がなく、事実としての不履行があれば原則として損害賠償責任を負うのではないかと。ただし、一切の免責がないのではなく、もともと契約で引き受けられていなかったような事態が生じた場合には責任を負わない。例えば、伊豆大島への運送契約で、通常なら大型台風が来れば免責されるが、来ることが前提で、（例えば料金を高く設定するなどで）契約が結ばれた場合には免責されない。つまり、債務者が契約で何を引き受けていたかの問題であり、解釈によって補充された合意のなかに債務不履行の基準がある。

中田先生としては基本的にはこの見解は妥当だと考えるが、すべてを当事者の合意の中に求めるのではなく、当事者の合意をベースにしつつ、何らかの形で契約後の状況を取り込めないか考えている。

～ここまで～

(c) 証明責任

証明責任というのは裁判で審議をしたが真偽不明の場合にどちらに不利益になるか。

→証明責任のあるほうに不利益となる。

帰責事由についての証明責任は債務者にあるとされる。(判例・通説)つまり、債権者が責任追及するときに帰責事由があることを証明する必要はなく、債権者が帰責事由のないことを証明しなくてはならない。

不法行為(原告が被告の故意過失を証明しなくてはならない)との違いが一時期強調されて、医療過誤の場合なんかの時に、債務不履行責任構成のほうが原告有利だと言われた。しかし、債務不履行責任を追及するときに債務が何であったのか、事実としての不履行があったことを原告が主張立証しなくてはならないので、結局大きな差がないことが分かってきた。

(3) 責任能力(教 P129)

伝統的通説では、責任能力を債務不履行の要件だとしていた。債務不履行があったとしても、事故・病気・加齢などで判断能力を失っていた場合にまで責任を負わせるのは不当だと。

しかし、現在では責任能力を不要だとする反対説が有力。理由として二つ重要。

一つ目は取引安全の重視。責任能力が問題となるケースは二つあって、契約時はしっかりしていた or 契約時点で法定代理人による契約がなされた。いずれにしても契約が有効に成立している以上債務者の意思能力の喪失、または行為能力の制限についてのリスクを債権者に転嫁すべきではない。

二つ目は責任能力不要の立場をとっても無能力者の保護は図られている点。無能力者の保護は契約の時点で図られている。(→取り消し・無効事由・代理人)

(4) 損害の発生

債務不履行のもう一つの効果である解除の場合は損害の発生必要なしなので区別の必要あり。

(5) 債務不履行と損害の因果関係

3 類型ごとの要件

(1) 履行遅滞(教 P98)

履行遅滞とは、債務者が履行することが可能であるのに(①)、履行すべき時期が来ても(②)、履行しないこと(③)である。

①履行可能性

履行が不可能である場合は、履行不能や危険負担の問題になる

②履行期の到来

412 条による。

一項 確定期限があるときは期限が到来したときから遅滞。

当たり前のように思えるが、立法例としては期限を過ぎても催告など履行遅滞に陥れる手続きが必要とするところもある（フランス民法など）。

二項 不確定期限があるときは債務者が期限の到来を知った時から遅滞になる

三項 期限を定めなかった時は請求を受けた時から遅滞になる

期限といっても債権者がいつから権利行使できるのかというのと債務者がいつから履行遅滞になるのかにはずれがある。それを講義資料の 6・7 で表にしてある。

③履行しないこと

正確に言うと履行の提供をしないことが要件である

以上のほかに第四の要件があるといわれることがある。それは履行しないことの違法性であり、例えば同時履行の抗弁権、留置権、正当防衛などが認められるときには違法性の要件を満たさないとされる。

しかし、違法性といっても本来色々なものがありひとくくりにまとめる必要はない。帰責事由と違法性の並列という発想への批判も根底にはあると思われる。帰責事由というのは故意過失という主観的要件であり、違法性というのは客観的要件。そもそも先ほどの余談にあったように帰責事由に関しての議論もある。並列はおかしいのと、違法性をひとくくりにする必要はないというので、第四の見解としないのが学説で有力である。

(2) 履行不能（教 P102）

給付が不可能になった場合のながれというのが講義資料の 6・8 に書いてある。

債務不履行の領域の問題となるのは、債権成立後不可能になった場合で債務者に帰責事由があるとき。原始的不能も債務不履行とする有力説がある（教科書 P23、104）

“履行が不可能”というのはというのは物理的な不可能・法律的不可能（例えば不動産の二重売買での引き渡し）以外に（伝統的通説の言葉を借りると）社会通念上不可能という場合がある。もっとも、この辺に関しても社会通念という客観的概念によるのではなく、契約の内容によるという見解が有力である。

(3) その他の債務不履行 (教P105)

(a) その他の債務不履行の意義

その他の債務不履行というのは形式的には債務の本旨に従った履行をしないとき＝履行遅滞。＝債務不履行＝履行不能＝履行遅滞。以下では具体例を見て考察していく。

(b) その他の債務不履行の例

教科書P106にあるためここでは割愛します。ここから先は教科書を横に置きながら読んでいただければよいかと。

(c) 二つのアプローチ

(i) 問題の所在

六つの例を整理すると、

本来の債務が履行されていない→①②⑤

余計なことをした→③ 絨毯を傷つけない義務があったのか？

他にすべきことをしなかった→④ プラスアルファの義務があるのか？

そもそも債務の本旨が何か分からない→⑥

となる。つまり、全体をみると、本来の債務は何か。それが履行されたか。本来の債務以外の義務はあるのか。それと、両者の関係というところが問題となっている。

これらは契約に関して特に問題となるが、そこには二つのアプローチがある。

(ii) 契約解釈アプローチ

契約の解釈によって当事者がどのような内容の債務を負っているのかを考える方法。契約の解釈には本来的解释（合意の内容を明らかにする）と規範的解释（本来的解释では認められない債務であっても契約の目的・性質によって信義則によって一定の債務を認める→類型化という作業必要）がある。

(iii) 債務構造分析アプローチ

債務の構造を分析し、より体系的に説明しようとする方法である。本来の義務である給付義務と付随する義務である付随的注意義務・保護義務にわけらる。

付随的注意義務とは債務の実現に向けて債務者が払うべき注意義務。

保護義務は債権者債務者間でお互いに相手方の生命身体持参を侵害しないように配慮すべき義務。完全性利益を保護するためである。

付随的注意義務も保護義務も本来の債務でなく、信義則から発生する。

給付義務には対応する債権があり、履行請求ができるが、付随義務は損害賠償請求のみができる。①②⑤⑥が給付義務違反、④が付随的注意義務違反、②③が保護義務違反である。

以上を整理すると、契約解釈アプローチが契約上の義務を解釈によって柔軟に認めるのに対し、債務構造分析アプローチは給付義務を限定的にとらえたうえでそれを包括する付随義務を考える。債務構造分析アプローチのほうが明確で体系化もでき、優れているように見えるが、給付義務と付随義務の区別は単純ではなく、（ドイツから第三の類型を輸入した時の経緯なども考慮すると）日本ではあえてそのような区別はせず、個々の契約の解釈によることを基本として、類型化を図るほうが妥当ではないか？もちろん債務構造分析アプローチは整理概念として便利で、具体的問題解決の際の分析枠組みとなり、付随義務についての実質的根拠の考察を促すので否定する必要はない。

4 特色ある債務不履行類型（教P110～）

時間が限られているので、安全配慮義務について話していきたい。

（1）契約上の義務違反、（2）（b）契約前後の義務は教科書に譲ります。

（2）（a）安全配慮義務（教P112～）

安全配慮義務とは相手方の生命・身体・健康を危険から保護するよう配慮すべき義務。契約から生じる場合もあるが、契約以外から生じる場合もある。

實際上問題となるのは公務員の場合。公務員と国・地方公共団体との関係は公法上の関係であり、雇用契約とは異なる。

講義資料の6-9に二つ判例が上がっている。

最判昭和50・2・25（百選Ⅱ2、内田判例集Ⅱ78）

自衛隊員が作業中に同僚の運転する自動車にひかれて死亡した。4年後に損害賠償請求できることを知り（この時点で不法行為は時効）、債務不履行による損害賠償請求を行った事例。

最高裁は国と公務員の間にも安全配慮義務（ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方または双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般に認められる）が認められるとして（消滅時効は10年）、雇用契約でなく特別権力関係にあるため請求を認めなかった原審を破棄差戻。

最判昭和58・5・27（百選Ⅱ五版7）

自衛隊で隊長が車を運転中過失により事故を起こし隊員が死亡。隊員の遺族が安全配慮義務違反を

しかし、最高裁は隊長は国の履行補助者として安全配慮義務を負っているし、運転者としての注意義務があった。しかし、その二つは異なり、隊員が業務を安全に行えるような物的・人的環境を整えるのが安全配慮義務であるとして、運転者としての注意義務と国の安全配慮義務を区別した。

安全配慮義務違反は付随義務違反であるので効果としては損害賠償のみとなりそうであるが、以下で具体的に①契約から生じる場合と②契約以外の法律関係から生じる場合に分けて考える。

①契約から生じる場合

そもそも契約の債務に生命身体等の保護が含まれる場合（例えば保育園、宿泊契約、運送契約）と、契約の性質上により当然に備わっている場合（雇用契約や在学契約）がある。

②契約以外の法律関係から生じる場合

国と公務員の場合、元請と下請の被用者の場合。

安全配慮義務の効果として損害賠償が認められる。それを超えて義務の履行の請求（事故の未然防止）ができるのか？契約の内容が生命身体健康等の保護である場合には履行請求を認めてよいのではないかと。そうすると、付随義務であるからといって損害賠償しかできないというのでは不都合であり、少なくとも契約から生じる安全配慮義務の場合には履行請求ができるときもあるのではないかとというのが第一の問題点である

第二の問題点としては、最高裁判例の射程である。雇用以外にどのような契約に認められるのか？運送・宿泊・在学等については認められる可能性が大きい。ただし、これはあくまで契約の内容の場合であるので存否は契約の解釈で導かれる。

第三の問題としては、債務不履行と不法行為の問題。時効と証明責任の違いがあるが、証明責任は實際上あまり変わらない。履行補助者の場合は不法行為だと使用者責任を問えるが、債務不履行だと S 58 判例のようになる。

以上三点を考慮すると、安全配慮義務というのは保護義務と比べて独自の意味がないのではないかと。ここを強調する流れもあるが、新たな領域を開拓して普遍的な意義を持ってきたというところに意味があるのではないかと。

第5回（10月19日）債務不履行による損害賠償（第2節—2の4まで）

文責：松下 有宇

5 履行補助者（教科書131頁～）

（1）問題の概観

今日では、債務者が債務の履行にあたって、他人の助力を得ることが少なくない。そのような他人の作為・不作為によって事実としての債務不履行が生じた場合、債務者が債務不履行の責任を負うのかどうかの問題となる。かねてから、「履行補助者の故意過失」として論じられてきた問題である。履行補助者とは、債務者が債務の履行のために使用する者をいう。

（2）判例

大審院は、履行補助者の故意・過失につき、債務者の責任を認めた（大判昭和4年3月30日民集8巻363頁百選II5）。その後の判例には、医師の診療債務に関するものや、賃借家屋の、賃借人以外による焼損について、賃借人の責任を認めるものなどがある。ただ、後者については、最近は賃貸借特有の問題なのではないかと考えられている。

（3）学説

（a）従来の学説（資料6-11参照）

従来の学説は、資料6-11の分類1のような類型化を行う。すなわち、第一に、「真の意味の履行補助者」（債務者が自分の手足として使用する者）の故意過失については、債務者自身に故意過失があったのと同じ扱いをする。第二に、「真の意味の履行補助者」以外の場合である、「履行代行者」（債務者に代わって履行の全部を引き受けてする者）については、これをさらに3つに分ける。①履行代行者の使用が、法律又は特約で使用が禁じられている場合には、それ自体が債務不履行であるから、債務者が全責任を負う。②履行代行者の使用が明文上許されている場合（ex.106条、625条2項、658条1項）、履行代行者の故意過失は債務者のそれにはならず、代行者の選任又は監督につき過失があった場合に限り責任を負う。③どちらでもない場合については、第一の場合と同様の責任を負う。

（b）有力説

この従来の学説に対しては、第一の類型と第二の類型の区別が不明確であることや、第二の場合の①は債務者自身の債務不履行の問題に他ならないこと、第二の場合の②において債務者の責任が不当に軽いこと、③を第一の場合と同じに扱うことに疑問があること、などの批判がなされた。

そして、有力説は以上の批判を前提として、次のような分類をし、不法行為の場合との比較を行う（資料6-11分類2）

すなわち、債務者は、履行補助者を用いた場合、補助者が「被用者的補助者」（715条の被用者に相当）の場合のみならず、「独立的補助者」（716条の請負人に相当）である

場合においても、債務の履行についての補助者の帰責事由によって債務不履行が生じたときは、その選任監督上の過失の有無を問わず、責任を負う。つまり、履行補助者責任は、他人の行為による不法行為責任とは、716条又は715条1項但書に相当する場合に異なる帰結となり、また、補助者自身の責任を前提としない点も異なる。

(c) 第3の説

近年、新たな説が台頭している。この説は、「他人の行為」が契約内容及び債務の履行過程にどのように取りこまれるのかという評価の視点を問題とする。

この説で行こうとすれば、次の点が問題となる。

①債務者は何をすれば履行したことになるのか

債務の内容が何かという問題である。例えば、動産の売買において、運送業者に目的物を交付したが、運送中の事故のために目的物が滅失した場合については、まずは、運送中の危険を当事者のどちらが負担する合意であったのかを確定する必要がある。これは、契約の解釈によって定まる。

②債務者の履行過程に何か起きた時、補助者を使用しており、債権者がそれを承認していた場合はどうなるか

補助者の使用についての債権者の承諾がある場合、それが債務者の責任を免除するものであるかどうかは、その契約により債務者の負う債務の内容及びそこでの「承諾」の評価によって定まるべきものであり、各種の契約の内容に即して、契約各論レベルの問題として解決すべきである。

③特約と履行補助者との関係

契約当事者間の特約と補助者との関係が問題となることがある。一つは、契約当事者AB間の権利を制限する特約がある場合に、その制限はBの履行補助者Cにも及ぶのかという問題である。判例には、注文者Aの土地上に建物を建築する請負契約をAと請負人Bとの間で締結した場合、完成途上の建前の所有権はAに帰属するという特約の効力は、Cに及ぶとしたものがある（最判平成5年10月19日民集47巻8号5061頁）。他方、債権者Aが債務者Bの履行補助者Cに対し、Cの不法行為責任を追及した場合、CはAB間の免責条項、又は、BC間の免責条項を主張できるかという問題がある。

第2節-2 債務不履行に基づく損害賠償 —— 効果

1 損害賠償の方法 —— 金銭賠償の原則（教科書136頁～）

債務不履行があると、債権者は債務者に対して損害賠償を請求できる（415条）が、損害賠償の方法には2つある。原状回復と金銭賠償である。民法はこのうち、後者の金銭賠償を原則としている（417条）。その方が便利だからだとされる。

ところで、金銭賠償といっても、具体的にいくら支払うべきかを決定するについては、理論上も実際上も難問が多い。そもそも損害とは何か、その範囲で損害が賠償されるのか、

賠償すべき具体的金額はどのようにして算定されるのか、その他の関連諸制度は、について順次検討する（この回は、損害賠償の範囲まで）。

2 損害の概念

(1) 学説の概観

以下、わが国における学説の展開を見ていく。

(2) 差額説

まず、学説は民法典制定後、ドイツの学説を参照しつつ、損害の意義を論じるようになった。その出発点が差額説（総体差額説）である。

A	B
	D=A-B

この説は、債権者の全財産を観念し、債務不履行がなかったら債権者が有していたであろう仮定的な全財産の額（図の A）と、債務不履行があった結果として債権者が現に有する現実の全財産の額（図の B）との差額（同 D）を損害と考える。

日本では、金銭賠償の原則と結びつける形で、差額説を支持する学説が有力であった。しかし、この説に対しては、図の A や B の額を算定するのは難しいことや、非財産的損害を考慮するのが難しいこと、ドイツとはそもそも前提が異なること（完全賠償の原則の採否→140 頁◆）などが批判された。そして、次のような説が展開された。

(3) 個別損害説

b4
b3
b2
b1

この説は、債務不履行によって債権者が個々の特定の法益に被った不利益を損害と考える。もっとも、これだけだと全体としての損害が不明であるため、賠償されるべき損害項目が脱落する可能性が常に存在することになる。

(4) 新たな差額説

そこで、損害とはあくまで(2)の図の D であるが、そのような全体としての損害を認識し把握するための資料として、個々の「損害項目」があると考ええる見解が登場する。個々の損害項目ごとに、特定の法益の仮定的状況と現状とを比較し、その差を計り、その総和を損害額とするのである。

以上の(3)、(4)の考え方は比較的有力であり、実務とも合致する。

(5) 損害＝事実説

これは、損害の事実とその金銭的評価を区別すべきであり、損害とは不利益事実それ自体であるとする考えである。例えば絵画の滅失を考えた時、差額説だと、基準時をどうするかによって損害自体が変動するが、損害＝事実説によれば、滅失それ自体が損害であり、絵画の価格の変動は、損害の金銭的評価の一資料に過ぎないことになる。

(6) 損害の規範的評価（教科書 142 頁参照）

以上とは少し角度が違う問題として、損害を論じる際に、規範的観点を取り入れるべきことが指摘されている。たとえば、法令違反を前提とする損害が賠償の対象となるかという問題がある。無許可で運送営業をしていたものが、トラックを購入したところ、売主が引渡しを遅滞したため、営業できなかったとして、その間に得られたであろう利益を損害賠償として請求した場合について、裁判所は請求を認めている。

3 損害の種類 (資料 6-12 参照)

(1) 財産的損害・精神的損害

債務不履行によって債権者に生じた、財産上の不利益を財産的損害、精神的苦痛ないし不利益を精神的損害という。精神的損害を賠償する金銭を慰謝料という。

財産的損害はさらに、積極的損害と消極的損害に分かれる。積極的損害とは、債権者が現に受けた損失である。消極的損害とは、債権者の得べかりし利益の損失である。逸失利益とも。

精神的損害の賠償について、不法行為の場合とは異なり明文の規定はないが、解釈上認められる。

(2) 填補賠償・遅延賠償

(a) 意義

填補賠償とは、債務が履行されたのに等しい地位を回復させるに足りるだけの損害賠償。履行に代わる賠償ともいう。他方、遅延賠償とは、履行が遅れたことによる損害の賠償である。

(b) 本来の債権と填補賠償請求権との関係

履行不能の場合、填補賠償がなされる。このとき、解除との関係が問題となる。解除した場合とそうでない場合で、損害賠償額は異なるのであろうか。プロセスは同じであるが、結局同じである(146頁◇)。

他方、履行遅滞の場合は、契約を解除すれば、填補賠償を請求できる(545条③)が、問題は、解除をせずに填補賠償を請求できるかである。これについては、契約が維持されている以上、債権者は本来の給付の履行(及び遅延賠償)を請求すべきであり、債権者が填補賠償を請求したければ解除すればよいので、原則としてはこれを否定する学説が有力である。

(3) 履行利益・信頼利益 (教科書 150 頁～)

履行利益の賠償とは、債務の本旨に従った履行がなされたら債権者が得られたであろう利益の賠償である。信頼利益の賠償とは、契約が無効又は不成立であるのに、それを有効と信じたことによって債権者が受けた損害の賠償である。

ただ、この信頼利益は多義的で曖昧である。

まず、信頼利益の概念の理解には次の2つがある(教科書 150 頁◆、資料 6-13)。1つは、債権者が t_2 の時点で契約の無効又は不成立を知っていたとしたら現在あったであろう

う利益状態 e を実現するのが信託利益の賠償であるという考え方。この考え方においては、d（履行利益の賠償）と e（信託利益の賠償）とが対比される。もう 1 つは、無効・不成立の契約を有効と信じた結果、現在ある利益状態 c を、原状に回復するものだと考えるもの（回復すべき原状は、図の a か b）。この理解では、履行利益が t3 から t4 を見るのに対し、信託利益は t3 から t1 又は t2 を見る、ということになる。

また、「契約を有効であると信じた」ということの意味の不明確さが問題になる。①契約が有効に成立「した」と信じたことか、②有効に成立「する」と信じたことなのか。

このように、信託利益概念は曖昧さが問題となるが、一定の意義はあると考えられる（教科書 152 頁）

4 損害賠償の範囲

(1) 民法 416 条の系譜

債権者に生じる様々の損害のうち、どこまでを債務者が賠償すべきであることを定めるのが 416 条である。「通常生ずべき損害」は賠償され、「特別の事情によって生じた損害」であっても、当事者がその事情を予見し、又は予見できた場合には、やはり賠償される。つまり、最終的には当事者の予見可能性が決め手となる。この考え方は、フランスの 16 世紀のフランスの学説にはじまり、資料 6-14 のような系譜をたどってきたものである（154 頁◆）。

(2) 相当因果関係説とその批判

しかるに、わが国のかつての学説は、上記のような系譜から離れて、ドイツ学説の影響の下に、損害賠償の範囲は債務不履行との「相当因果関係」で定まると述べ、これが通説となった。

しかし、この理解に対して、416 条とドイツの相当因果関係説とは異なるものであるという批判が為されるようになった。批判の要点は、次の 2 点である。

①ドイツと日本との損害賠償法の相違。ドイツでは債務不履行と因果関係のある損害はすべて賠償されるという「完全賠償の原則」を採用しており、「因果関係」以外の要件によっては損害賠償の範囲は制限されない。そこで、無限に広がりうる損害賠償の範囲を限定するために考えだされたのが「相当因果関係」という概念なのである。他方日本においては、完全賠償の原則は採用されておらず、予見可能性によって損害賠償の範囲が制限される（制限賠償の原則）。このように、前提が異なるのに、ドイツの学説を持ちこむのはおかしい、というわけである。

②相当因果関係の概念が、曖昧であり、役に立っていないという点。実際には、裁判官が賠償すべきだと考えた損害について、後から、それは相当因果関係がある損害だと呼んでいるにすぎないのであるという。

上記のように批判した学説は、代わりに次の見解を提唱した（平井）。

資料 6-15 の図を参照。従来「相当因果関係」の概念で取り扱われてきた問題は、次の 3 つに分析して検討されるべきである。すなわち、①事実的因果関係、②保護範囲、③損害の金銭的評価である。①は、事実としての因果関係があるかどうか。これは **but for test** によって決定される。②は、事実的因果関係がある損害のうち、賠償されるべき損害の範囲を画定すること。416 条はここで働く。③は画定された範囲内の損害を金銭に見積もることである。これは、裁判官の裁量によるとされる。

この説に対しては、①について、事実的因果関係とは言うが、規範的要素を含んでしまっているという批判や、③について、金銭的評価を切り離すのに反対する立場（これは損害についての立場の違いから出てくる）、また金銭的評価を裁判官の裁量に丸投げすることは適当ではないとの批判もある。

(3) 民法 416 条の解釈

民法 416 条の解釈については、主に 3 つの理解がある（資料 6-16 参照）。

第一の理解は、比較的文言に忠実な解釈。すなわち、2 項には「特別の事情によって生じた損害」とあるから、特別の事情以外の、いわば「通常の事情」によって生じた損害は 1 項でカバーされるしかない。異例な損害については、言及がないため予見可能性の有無に関わらず賠償されない。こうして、1 項で通常の事情によって生じた損害をカバーし、2 項では特別の事情につき予見可能性があった時に、通常生ずべき損害をカバーすることになる。

第二の理解は、保護範囲説が提唱するもの。この理解では、事実的因果関係のある損害のうち、通常生ずべき損害はもちろん、それ以外のものでも、予見可能性のある損害を賠償させるとする。すなわち 1 項は通常損害につき、予見可能性の有無を問わず賠償されることを定め、2 項は特別損害につき、予見可能性のある場合に限って賠償されることを定める。この理解は、損害＝事実説に立つため、「事情」と「損害」を区別していない。従って、予見可能性の対象も「損害」と言うことができるのである。

折衷的見解につき教科書 159 頁◆。

基本的には、第一の理解をベースにすればよいと思われる。

(4) 通常損害・特別損害

いずれにせよ、通常損害と特別損害は、区別する必要がある。その債務不履行があれば、通常発生するものと社会一般の観念に従って考えられる範囲の損害が通常損害である。他方特別損害とは、そうでない場合であり、債権者に証明させるのが適当なものである。

とはいえ、この区別は具体的には微妙である。例えば転売利益について考えた時、買主が商人ならば転売利益の喪失は通常損害に、消費者なら特別損害になる。結局、契約次第であり、その契約の当事者の属性や、目的物の種類、社会経済状況などを考慮する必要があると言える。

(5) 予見可能性

予見可能性については、誰にとって、いつの時点での、予見可能性なのかが問題となる。これには、2つの見解がある。第一は、債務者＝不履行時説。債務者にとって、履行期ないし債務不履行の時に予見可能であった事情が基礎となるという見解であり、判例・通説である。第二は、両当事者＝契約締結時説。債権者と債務者の双方にとって、契約締結時に予見可能であった事情のみが基礎となるという、有力説の見解である。

この2つの見解は、後者が契約締結時の合意による利益・リスクの分配を尊重するのに対し、前者は契約締結後の各当事者の自己中心的な行動（機会主義的行動）を抑止し、両者の協力を促すべき要請（信義則の要請）を強調している。結局は、この両者の兼ね合い、組み合わせの問題であり、両立を目指すべきである（教科書 162 頁参照）。

(6) “通常生ずべき”の規範性

ところで、「通常生ずべき」と言うとき、何が「通常」なのであろうか。資料 6-18 は、通常生ずべき損害の判断にあたり、債権者に損害軽減義務という規範的要素を取り入れていると考えられる。

6-18 の事例では、被上告人（ビルの地階を上告人から賃借し、カラオケ店を営んでいた）が、上告人の修繕義務不履行のため、地階でのカラオケ店経営を再開することができず、営業利益相当の損害賠償を求めている。しかし、最高裁は、この営業利益相当の損害が通常生ずべき損害に含まれるとしても、被上告人はカラオケ店を別の場所に移す等の損害を回避又は減少させる措置をとらなかったものであるから、その損害全てを賠償させるのは条理上認められない、としている。

第6回（10月22日）債務不履行による損害賠償（終わりまで）、受領遅滞

文責：川北 功

第6章 当事者間の効力

第2節-2 債務不履行に基づく損害賠償 —— 効果

5 損害賠償額の算定（教 p162～）

（1）金銭的評価

損害賠償は金銭で行われるのが原則（417条）。よって、損害賠償の範囲に含まれた損害について金銭的に評価するというプロセスが必要となる。その方法はさまざまあるが、特に物の価格が変化しているとき、いつの時点で評価するか、という問題が大きい。

（2）損害賠償額算定の基準時

（a）候補となる時点 講義資料6-19参照

算定の基準時には、契約締結時や履行期、履行不能となった時、解除時、訴え提起時、口頭弁論終結時や判決時、支払時などが考えられる。しかし裁判の仕組み上、審理の終了後の時点を経済基準には取りようがないので、ぎりぎりのタイミングとして（事実審の）口頭弁論終結時が最後の考えられる時点であろう。

（b）判例の準則

判例は、損害賠償額算定の基準時を、履行不能のときと履行遅滞のときで分けている。

1. 履行不能の時

富喜丸事件以後、判例の蓄積があり、おおよそ次のような判断基準となっている。

講義資料6-20（参考：百選Ⅱ8）

①原則は、履行不能時の時価

②履行不能時以後も騰貴している場合、価格騰貴は「特別の事情」（416条2項）にあたるので、債務者に予見可能性があれば、債権者は騰貴した価格で請求できる。

③ただし、債権者がその騰貴した価格まで目的物を持ち続けておらず、騰貴前に目的物を他に処分したであろうと予想された場合は除く。

④中間最高価格（6-19でいうγ）を基準にできるのは、債権者がその価格でうまく処分して利益を確実に得たと予想されたことが必要（e.g.転売契約）

⑤しかし、価格が現在なお騰貴中の場合は、債権者が現在において処分したであろうと予想されたことは必要ない（債権者が自己使用目的で購入し、いまだ持ち続けたであろうと予想された場合でもよい）

2. 履行遅滞の時

判例の主流：解除時の時価（参考：百選Ⅱ7）

この根拠は本来の債権が、解除によって損害賠償請求権に転化するのが解除の時点だからである。しかしこれはあまりに判断が形式的すぎるとの批判があり、判例の中には本来の履行期や第三者との代取引の時価で判断したものなど、一致していない。→ではどのような基準で判断すれば統一的に理解できるか??

(c) 理論的説明

*かつての通説

416 条は、損害賠償額について①いかなる範囲の額まで賠償すべきか（賠償範囲の問題）と②賠償額算定の問題（その中心は算定の基準時の問題）の 2 つを含んでいるとの理解を元に、算定は損害賠償請求債権発生時を基準にし、その後の騰貴の事情については相当因果関係で処理する

*それに対する批判

1. そもそも①と②は切り離せないのでは。

e.g. 6-21

判例においては、履行不能時を基準にするので、120 が通常損害。残りの 30 については特別損害として予見可能性を基準に判断することになる。しかし口頭弁論終結時の 150 を基準に通常損害として判断することもできるのではないか??→①と②は連関した問題

2. 416 一元説そのものへの批判

1) 基準時は損害賠償債権発生時に限られない。現に判例も様々である。

→これに対しては通説としても類型化して対処する試み

2) 基準時は形式論的に決まるのではなく、規範的に判断すべきではないか。（規範的一元論）規範的一元論からは、基準時は「口頭弁論の終結すべき時」になる（債権者が合理的な行動をとったならば口頭弁論が終結したであろう時）

3) 基準時は一元的に決まるのではない（多元説）複数の基準時の候補のうち、債権者は自分に有利な時点を選べる

*ただし、以上の批判はあくまでも損害金銭説に立った上での批判である！！

一方、損害事実説に立つと、基準時にこだわらなくてもよくなる（いつを基準にしたところで損害は事実としての損害であって変わることはないから）。416 条は事実としての損害の範囲を確定するだけの条文であり、金銭評価の部分はその枠外におかれることに。

→ 金銭評価については全額評価の原則が妥当する（平井説）。416 条の範囲内の損害について、債権者にできる限り同様の経済状態に戻せるように評価する

↓ これをさらに発展させたのが内田説

特定物と種類物をわけ、特定物については全額評価の原則の下、口頭弁論終結時の時価で判断する。種類物については、債権者の損害軽減義務を元に判断（他の人から買えたはずだから、その買えた時点までが損害）する。6-21 で言えば、そも

そもそも t1 の時点で他から「買った」なら、そこを基準にするだろう。そこでその論理をさらに進めて、もし t1 で「買える」のならば、そこで買うことを債権者に求めて（損害軽減義務）、その時点を基準時にしてもよいのではないか？？という考え方。

↑

このように債権者にも合理的な行為を要求すべきという指摘は規範的一元説でも指摘されていたものだった。しかしそもそも債権者は解除するか本来の履行を求めるかは自由に選択できるはずであり、あまりに債権者に義務を求めるのはいきすぎなのではないかという批判もある。

結局、従来は算定の基準時との広い範囲の議論だったが、実質は物を引き渡す債務における填補賠償の話に過ぎない。よってその類型に絞れば、どのような賠償にすれば同じ利益になるかを考え、規範的判断を加えることになる。そしてその説明の仕方が諸説にわたっている、という状況。

6 賠償額の減額事由

(1) 損益相殺

損益相殺：債務不履行によって債権者が損害と同時に利益を得た場合、その利益分を損失から控除する。

逸失利益の算定：生きていたら得たであろう収入－生きていたら払ったであろう生活費

* どういった利益が考慮されるか？？（重複填補について）

かつては債務不履行と相当因果関係のある損害から相当因果関係のある利益を控除する処理だったが、中身はわからない。今日では精密化されているが、特に債務不履行の結果によって第三者から給付を受けるとき（重複填補）が、問題となることが多い。e.g. 生命保険金、遺族年金

判例においては、生命保険金は保険料の対価であることを強調して控除せず、遺族年金は控除の対象となるが、その違いはどこから来るのか。特に不法行為法の領域で発達した。

6－22の判定基準

①同時②同一の原因③同質性を満たすとき、その対象となる。

(2) 過失相殺（418条）←不法行為法においては722条

過失相殺：債務不履行に際して債権者にも過失があった場合に、それを考慮する。

文言上、債務不履行に「関して」と書いてあり、①債務不履行の発生に関するものと②損害の拡大に関するもの両方を含むことが示されている。

e.g. タクシー事故の結果、客が怪我した場合

①客が暴れた結果事故を起こしたのであれば、それは発生に関するもの

②客が病院で安静にできなかった結果であれば、損害の拡大に関するもの
ここでは客に病院で安静にすることを求めていることになるのであるから、債権者に損害軽減義務を課す考え方と親和性がある。

以上、損害軽減義務に関する議論を様々展開したが、その判断の視点が重要。

① 債権者の履行請求権を第一義的なものとするか

→第一義的なものとするのならば、債権者に損害軽減義務を課すのは認めにくいのでは？

② 債務者に義務を課するのが酷でないか

→債権者はあくまで権利者なので、義務を強調するのは妥当ではないのでは？

7 金銭債務の特則（419 条）

金銭の特殊性として、①用途の多様性と②代替金銭の取得可能性の高さがあげられる。

①については、金銭はその用途があまりに多様なのでその損害の立証が困難であり、②については利息さえ払えばいつでも調達できるはずであり、履行不能にはなりえない点に特徴がある。

＊ 6－23 が具体例

しかし、時に遅延損害金の 5% は不当なこともあるのでは？

e.g. 貸金が返還されないと倒産するのがわかっているのにあえて返済せずに貸金業者を倒産させたとき

→具体的妥当性を図るため、学説が対応（2 説紹介）

① 419 条は通常損害にのみ適用があり、特別の損害は 416 条 2 項の適用

これによって倒産した分は特別損害として予見可能性の紋の中に入れば賠償される

② 債務者に故意がある場合は全損害の賠償を認める

これに対し、判例は 709 条で処理することもあるが、立法論的には議論の余地。

8 損害賠償額の予定

（1）意義

現実の損害額を自ら証明するのは困難なので、予定しておく。もちろん、現実の損害額とは関係なく予定された額を受け取る（支払う）ことになる。

そのメリットとしては、

①立証の困難の除去

②履行の促進（少し高い額の予定だとがんばって履行する）

③債務者のリスク計算を容易にする

（2）民法 420 条 1 項の妥当性

あまりに予定が高すぎる or 低すぎる場合には、90 条や特別法（e.g.利息制限法、消費者契約法）の介入

*消費者契約法 9 条

損害賠償の額を予定した額が、当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者に生ずべき平均的な損害の額を超える場合は、その超えた分は無効である旨定める。

最近の判例でいえば、大学の入学金および授業料についていったん納入したものの結局入学しなかった場合の返還にかかるものが有名。

入学金については、大学に入学できる地位を取得するための対価だから返還しなくてもよい。

授業料については、在学契約の締結後その解除に伴う損害賠償額の予定である、とした上で、3/31 までに解除した場合は損害がないから、平均的損害＝0 円として授業料の全額について返還を認めた。

* 420 条は当事者の合意を強く認めているが、比較法的には自明ではない。今日では損害賠償額の予定がされていても過失相殺を認めており、その点で判例の上でも当事者の合意に裁判所が介入するようになっている。

9 賠償者の代位（422 条）

代位とは文字通りある法的地位を代わって取得することである。

e.g. A が B に絵画を預けていたところ、C によって盗難された場合

B の A に対する絵画の返還債務が履行不能となって損害賠償債務に転化することになる。そこで B が A に賠償を行うと、422 条によって B が A に代位し、C に対して損害賠償請求権を持つこととなる。

ここで問題になるのが、絵画の所有権の帰属である。代位した段階で B が絵画の所有者になるようにも思える（そうでないと A の二重取りになってしまうから）。しかし、もし絵画が戻ってきた場合に、最終的に A に絵画が戻るべきではないか？？実際学説上もそう考えるのが多数説。

そうであるなら、422 条を廃止し A に絵画の所有権と B への損害賠償請求権をもたせ、絵が戻ってきたときにその金を B に対して不当利得として返す、という制度もありえる。しかしこれでは A がその金を費消した場合には B には戻ってこないことから、B に A の無資力のリスクを負わすこととなり、妥当でないといえるだろう。

10 代償請求権

ある債務が履行不能になったとき、それと同一の原因で債務者が利益を得たときに、目的物の給付にかわってその利益を請求できる。代償請求権は、債務者が受けた利益を奪うものであって、債権者が受けた利益を控除する損益相殺とは異なるので注意！！

e.g. ビルが売買契約締結後に不可抗力によって履行不能となったがそれに保険がかかっていた場合

危険負担で売主はビルを引き渡す必要はないが、買主は代金を支払う必要がある。その際にもし買主が保険によっても給付を受けるとすれば、その分を買主がよこせ、といえる。

1 1 請求権競合

債務不履行でも不法行為でも損害賠償請求権が発生している場合にいかなる請求ができるか？

判例は、原告の選択でどちらでもよい、とする（請求権競合説）。一方、学説の一部には債務不履行には契約関係があることを重視し、債務不履行を優先すべき、との説もある（法条競合説）。他にも損害賠償請求権を統一的に捉え、双方で適切なものを適用する統合説もある。

第3節 受領遅滞

1 意義

(1) 履行と受領

基本的には債務の履行には受領が必要。そこで、相手方が受領しない場合はどうするか、が413条。

413条：履行の提供と492条：弁済の提供はとりあえず同じもので見方が違うだけとみればよい。では、ここでこの2つの関係が問題になる。

(2) 法定責任説

債権は権利であって義務ではない。そこで債権者は基本的にはなんら義務を負うことはないのが原則であるが、それでは具体的妥当性を図れないことがあるので、信義則上債権者に義務を特別に認めたもの、という説。特別に法定したのだから、条文がすべてであり、そこに書いてない、帰責性は要件にならない。

(3) 債務不履行責任説

一般的に債権者に受領義務を認め、その義務の不履行＝債務不履行である、との考え。その前提には債権者と債務者は給付の実現に向けてお互いに努力義務があるとの考え。債務不履行であるから、帰責が必要。

これによって、492条と413条それぞれに独自の意味を見出すこともできるし、条文の位置からしても自然。

2 効果

図 6－2 4

第一グループ：債務者の免責関係

第二グループ：債務者の責任を軽減し、債権者の責任を加重するもの

第三グループ：損害賠償と解除＝債務不履行の効果

3 検討

* 特定物売買においては、もともと危険は債権者が負っている。では受領遅滞によって負う危険とはなんなのか？

① 特約がある場合（e.g. 危険が引渡し時に移転する旨）→受領遅滞で移転する

② 534 条 1 項を制限的に解釈し、実質的な支配の移転で危険が移転とした場合→受領遅滞で移転

③ 536 条 1 項が適用される場合→受領遅滞で移転

④ 百選Ⅱ 10 事件：制限種類債権かつ取立債務の事例で、口頭の提供のみで特定が生じていなかった場合

* 2 説の違い

① 第二グループの帰責性の有無

② 第三グループを受領遅滞の効果として認めるか

↓

ではどちらがいいのか？ 一番の違いは②

法定責任説では、双務契約においては受領遅滞をするような債権者は自己の代金支払い債務も履行していないのが通常であるから、その不履行で処理すれば十分と考える。一方、それに対しては代金支払いが先履行だったら意味がないし、代金を支払い済みであっても問題になりうる、と反論があり、さらにそれに対しては個別の契約の解釈や信義則で義務を認めるという処理が主張されている。

判例は法定責任説にたっているものと解されているが、個別の契約の解釈によって受け取り義務を認める判決も出ている。

問題の本質は「債権者の受領遅滞」という問題設定そのものであり、抽象的な債権を前提にした条文とそれに基づく議論と、実際には契約の解釈によって導かれる受領義務とのズレにある。結局それを修正するために法定責任説に立ちつつも、信義則などによる修正で個別の契約の解釈を通じて引き取り義務を認定し、具体的妥当性を図る立場に判例は至ったのではないか？

第7回（10月26日）債権者代位権

文責：坂本 敬

第7章 債務者の責任財産の保全

第1節 責任財産と債権者平等

金銭債権が履行されない場合債権者は、判決を得るなどした上で、強制執行を行うことになる。金銭債権以外でも損害賠償によれば金銭になるし、破産すると金銭に転換して配分を受けることになる。

この際、債権者は債務者の一般財産を引き当てにしている。この債務者の財産を責任財産という。

責任財産が債権額より多ければ債権者は満足を受けるが、下回る場合は満足を得られない。下回る際、大勢の債権者がいる場合はどうするか。債権者からみれば責任財産を共同担保と捉えることもできるから、原則次のように平等に取り扱う。

非優先性 発生時期の先後や、貸金債権か売掛債権かで、優先順位はない。

比例弁済原則 債権額の割合に応じて配分される。

債権者としては自分の債権を確保したい。

方法

○ 抵当権などの約定担保物件 財産の一定部分について優先される

○ 第三者を引き当ての対象にする

保証などの人的担保 第三者の一般財産を引き当てにする

物上保証 第三者の特定財産を引き当てにする

○ 責任財産の減少の防止

債権者代位権 債務者の権利を行使する

詐害行為取消権 財産の減少を元の状態に戻す

財産の処分は本来自由だが、債務を弁済できないような状態では限定される。

第2節 債権者代位権

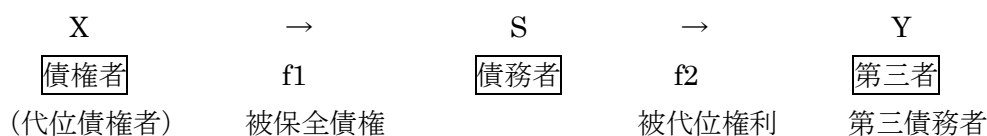
1 本来の存在理由と現実的機能のずれ

(1) 本来の存在理由 —— 責任財産の保全

423条1項本文

「債権者は、自己の債権を保全するため、債務者に属する権利を行使することができる。」

資料7-1 参照



被代位権利は債権に限られず、解除など形成権も含まれる。

(以下、この図に従って、債権者 X、債務者 S、第三者 Y、被保全債権 f1、被代位権利 f2 と表記します。)

S の財産の減少を防ぐため、責任財産の保全をしたい。f2 を代位行使した上で、必要があれば強制執行する。債権者代位権は強制執行の準備のための制度である。

例

X	→	S	→	Y	Y→S→X と売買されたが、S が Y から移転登記を受けていない場合。他の買い主 D が登記を備えれば、S は対抗できなくなってしまう、S の財産の目減りのおそれがある。
	f1		f2		
				D	

→そこで、S のもとに登記を移せと X が請求する。その上で、S に対して強制執行する。

(2) 現実的機能 代位債権者の満足

平等主義の原則から債権額に応じて按分比例される。しかしそれでは努力した債務者が報われないのではないか？

→実際には代位権を行使した債権者が優先的に満足を受ける。

なぜなら、f2 の弁済としての金銭を X が Y から直接受けることができる (判例)。

その場合、X は S に対して、受領した金銭を返さなければならない一方で、もともとの金銭債権 f1 が存在する。両者が相殺され、事実上充当されるので、事実上簡単かつ優先的に回収を行うことができる。

強制執行の場合では、f1 を支払えという裁判をする必要があり、判決に基づいて f2 を差し押さえる。Y が支払わないと、f2 を X が自ら取り立てる権利を得て、改めて被告として訴訟 (取立訴訟) を行う。

それに対して債権者代位では、いきなり Y を被告とした代位訴訟を提起することができ、1 回で済ますことができる。

また、強制執行では、f2 を差し押さえた際に、他の債権者もいれば平等な取り扱いとなる。それにたいして債権者代位では、受け取った金銭を相殺することによって独り占めすることができる。

(3) 存在理由の再検討

伝統的学説は責任財産の保全という本来の機能を重視し、現実の機能を例外として扱う。
近年有力な学説は、むしろ正面から認めて、より適正な行使のあり方を追求する。

2 要件

(1) 保全の必要性

財産の処分は本来的には S の自由であるから、干渉を正当化する理由が必要である。

S の責任財産の保全の必要性が根拠である。そのような趣旨から f1 は金銭債権が本来的であり、そして責任財産保全の必要性とは S の無資力であるから、これを無資力要件という。

(2) 被保全債権に関する要件

(a) 被保全債権の存在

有効に存在していればよく、f1 が f2 より前に成立したことは必要でない。

(あくまで、S が f2 を行使しない結果、責任財産が保たれないかどうか重要だから)

(b) 被保全債権の種類

金銭債権が原則。

(c) 被保全債権の履行期

f1 が履行期にあること（履行期前では S の権利を行使するには早すぎる）。

例外

○423 条 2 項本文

「債権者は、その債権の期限が到来しない間は、裁判上の代位によらなければ、前項の権利を行使することができない。」

裁判上の代位（代位訴訟とは違う）については、非訟事件手続法に定めがある。f1 の履行期前でも行使できるが、f1 の保存が困難な場合に限られ、裁判所の許可が必要となる。

実際にはほとんど使われていない。実務では、仮処分や仮差し押えが用いられる。

○423 条 2 項但し書き

「ただし、保存行為は、この限りでない。」

保存行為とは、時効中断や未登記の権利の登記など債務者の財産の現状を維持する行為。履行期前に行使でき、裁判所の許可も不要である。

(3) 被代位権利に関する要件

(a) 原則

物権的請求権でも形成権でも何でもよいのが原則。

(b)例外

423 条 1 項但し書き

「ただし、債務者の一身に専属する権利は、この限りでない。」

(i)一身専属性

離婚請求権、相続法上の権利、名誉毀損の損害賠償権など。一身専属権かどうか微妙なものもある。

判断基準

○f2 が債権者にとって共同担保と評価されるべきか

○S の自由意志に任せるべきかどうか

学説では第一を中心にその他も考慮する傾向にある。

資料 7-2

遺留分減債請求について、判例は両方の観点を考慮し、X は S の権利を原則代位行使できないと判示した。

(ii)差し押えが禁止された権利

民事執行法 125 条や生活保護法 58 条など。政策的判断から共同担保から外されており、代位行使はできない。

(4) 債務者の権利不行使

なお不行使の場合以外にも、権利行使が下手な場合や、訴訟がなれ合いで行われている場合には、X は参加して補助することができる。

3 行使

(1) 方法

S の財産を管理する権利を取得し、X 自身の名で S の権利を行使する。代位訴訟では、X 自身が原告、Y が被告となり、f2 に基づいて裁判する。X には弁済を受領する権利が認められている。裁判外では、f2 の時効中断のために、X が Y に請求する場合もある。

(2) 範囲

代位権行使は f1 の債権額の範囲に限られる（判例通説）。責任財産の保全という本来の存在理由よりも現実的機能に即した判断がされている。

(3) 第三者の地位

Yは、SではなくXから請求される。一見Yは不利な立場に立たされるようにも見えるが、Sに抗弁として主張できたことは、Xにも主張できるので、不利益は無い。

4 効果

(1) 代位権行使の着手の効果

(a) 債務者の処分権の喪失

Sは代位行使を妨げる処分ができなくなる（判例通説）。

裁判所の判断もない状況でXをどこまで保護する必要があるかという問題だが、一方でSやYの保護も考える必要がある。SがX-Yの訴訟に参加する機会も設けるとするべきか。

(b) 被代位権利の時効中断

なお、f1については中断の効果を発生しない。

(2) 代位権行使が認められた場合の効果

(a) 債務者への効果の帰属

債務者Sに効果帰属する。

(b) 費用償還請求権

XはSに対して費用償還請求できる。

(3) 代位訴訟の判決の効力

X-Yの訴訟への参加や告知のない場合、Sに既判力は及ぶか。

及ぶとするのが判例通説である。民事執行法115条1項2号において、当事者X、他人Sであり、法定訴訟担当の一種にあたるとする。

←批判

SのYに対する訴訟に及ぶとする見解に対し、権利者Sが知らない間に決まってしまうのはおかしい。そこで、訴訟の性質によって区別する。

共同担保 → Sの権限をXが吸収して行使する関係にあるので、効力を及ぼしてよい。

個別的利益 → SとXの利益状況が対立する対立型であるので、Sに及ぶのはおかしい。

←この見解は、Yの保護という観点が抜けている。Sに及ばないとすると、Yは二重応訴の危険を負う。よってSに及ぶという説が支持される。

5 債権者代位権の「転用」

(1) 「転用」とは何か

f1 が金銭債権であれば、X は責任財産に利害を持つ。それ以外の場合は、特定の給付を求めることができるだけ（損害賠償などで金銭債権に変化しない限り）。金銭債権の場合、責任財産の維持の必要があれば、f1 と f2 の間に特に関連性は不要である。

しかし、金銭債権以外の場合でも、f1 と f2 が密接に関連している場合、どうしても代わりに行使する必要がある。そこで、債権者代位権の形だけ使う。

(2) 「転用」の具体例

(a) 登記請求権 登記請求権

資料 7-3

Y→S→X と所有権が移転したが、Y が S に対する登記をしない。f2 が行使されないと、X は登記を得られない。

→S が無資力でなくても代位行使できる（判例・通説）。

理由

- ・他にとりうる手段のない X の必要性（中間省略登記は判例上認められていない）。
- ・弊害が無い。S にもないし、Y も抗弁を主張できる。
- ・実態にも符合している。

本来の債権者代位権と異なる点

- ・目的が異なる（責任財産の保全ではない）
- ・f1 が金銭でない
- ・S の無資力を要件としない

←批判

登記制度の問題として解決すべきである。

(b) 不動産賃借権 妨害排除請求権

資料 7-4

第三者が不法に占拠している場合、X は Y に出て行けと言いたいが、地主は動いてくれない。f1 は債権なので、第三者に対して要求することはできない（物権である地上権なら、物権的請求権が可能）。S の所有権に基づく妨害排除請求を代位行使できるか。

→判例は認めた。

X の行使する必要性について

図 2 参照

X が占有していた場合は、占有訴権によって請求できる。

Xが賃借権を登記していた場合は、対抗力を有し、物権と同様妨害排除請求ができる。
→どちらでもない場合、債権者代位権転用の必要性がある。

←批判

不動産賃借権自体から妨害排除請求を認めるべきではないか。

(c) 抵当権に基づく侵害状態是正等請求権 妨害排除請求権

資料 7-5

抵当権の不動産を第三者が不法占拠している。抵当権は、369条「占有を移転しないで」とあるように、非占有担保である。

判例

○H3 非占有担保だから、Xは抵当権に基づく直接の請求も、代位行使もできない。

○H11 「抵当不動産の交換価値が妨げられ、抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態」ならば抵当権侵害となり、抵当権の効果として、XがSに対して是正することを請求できる。それを保存するために代位行使できるとした。

判決では、「423条の法意に従い」という表現が用いられているが、類推適用でないのはf1が債権でないから。

なお傍論で抵当権による直接の請求を認めている。

○H17 抵当権による直接の妨害排除請求を認める。

(d) 金銭債権 登記請求権

資料 7-6

f1が金銭の場合、原則無資力要件が必要だが、特殊な例もある。

Aが土地を600万でSに売却。手付金100万円を支払い、残り500万円と引き換えに土地の登記の移転をするということであったが、その前にAが死亡。

X1～X5は登記の移転と引き換えに500万円を得ようとしたが、Yが拒絶。全員の合意が無いと登記ができない一方、Sは500万円を支払わず登記が得られないと動かない。

→f1に基づいて、Sの無資力にかかわらず、SがYにもつf2の代位を認めた。

(e) 金銭債権 金銭債権

否定例

資料 7-7

Xは自動車事故の遺族。SはY会社の保険契約に加入していた。Sが責任を負った場合にYがSに支払う責任保険である。

→Xは代位訴訟を提起したが、f1が金銭債権だからSの無資力が必要という理由で、裁判所はこれを認めなかった。

←批判

f2はもともとf1のためのものである。

→現実には約款が変わり、Xに支払われるようになった。

(3)「転用型」の評価

「転用型」とは何か？

○f1が金銭債権以外の場合をいう。

7-6のケースや、7-7の批判は？

○無資力要件が課されない場合をいう。

結論が先行している。なぜ不要なのかが説明できていない。

○債権者Xの目的によって区分。責任財産の保全か、それ以外か。

具体的な違いが分かりにくい。

→それぞれ過不足がある。

債務者の責任財産の保全のためではなく、特定の請求権の保全のためであって、義務者の無資力を要件としない場合だといえる。

転用は、合理的な結果をもたらす、SやYに不当な利益を与えない場合には認めてよい。

しかし、それだけでは足りない。転用を広く認めることは、本来の法律構成のバイパスを設けることになり、またSの財産管理権に対する介入が広がる。

→f1の実現のためにf2を行使する妥当性、Sの利益確保の機会の保障も必要である。

それとも、転用を認めるのではなく、それぞれの制度の中で解決すべき問題なのか？

6 債権者代位権の意義

(1) 本来の趣旨とは異なる利用方法

責任財産の保全が本来の趣旨だが、異なる利用方法が2つの方向で発達してきた。一つは転用であり、これは上述の通り。

もうひとつは簡易優先回収機能である。

(2) 強制執行手続との関係

簡易優先機能を認めることは、強制執行を回避することになるのではないか。

代位訴訟と取立訴訟との関係については、70年代、並行自体を批判する次のような学説（三日月）が出てきた。

代位訴訟はフランスに由来する執行制度を補うための制度であり、取立訴訟は強力な執行制度を持つドイツに由来する制度である。両方を輸入して混乱している。現在の強制執行手続は精密であり、代位権との並立は必要ない、よって執行手続に一元化すべきである。

しかし、現在もなお代位権が使われている

代位権に特有のメリット

1、強制執行は債務名義が必要であり手続が煩雑であるのに対し、まず代位で保全して強制執行する方が簡易迅速である。

←疑問

現在は民事保全手続などが整備されているし、代位権でも結局はYとのトラブルにより訴訟によって実現することになる。

2、強制執行はf2が請求権であることが前提だが、代位権は形成権も含まれ広い
→メリットである。

3、保存行為については代位権によるしかない
→メリットである。

このように存在意義はあるが、実際には2や3というよりは、簡易優先機能だけが求められている。

←是正する解釈

Sの訴訟参加など、手続的要件を加重することによって、要件を重くしてバランスをとる

という説が有力である。

(3) 倒産手続との関係

簡易優先回収機能は、平等原則と対立する。しかし平等をどこまで貫くかは場面による。債権者代位権は、無資力だが倒産はまだ始まっていないくらいの状態で行使されるものであることから、破産に至らない限度でXに簡易優先回収を認めるのは可能である。Xにインセンティブを与えるためのものとみれば意義がある。

(4) 将来のあり方

債権者代位権について、立法論として維持すべきかどうかについては、債権者代位権を廃止して強制執行執行手続に一元化し、登記や賃貸借などにおける転用については固有の制度で解決すべきとする、三日月説が有力である。

しかし、債権者代位権は100年以上使われてきた制度であり、それなりに意味があるのではないかという実務の反発がある。

そこで一つの提案。債権者代位権の、責任財産の保全という側面については残す。転用についても、要件を明確にしたうえで残す。しかし、執行、保全の手続のバイパスとなる側面、簡易優先機能については封じる。履行期前の裁判上の代位も廃止する。廃止論の立場からは不徹底であるが、執行、保全手続との役割分担、また債権者代位権には受け皿的機能という面が根強いためである。

第8回（10月29日）詐害行為取消権（第3節3まで）

文責：大澤 一志

第3節 詐害行為取消権（p218~261）

1 意義（P218~223）

(1)制度の概観

424 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者又は転得者がその行為又は転得の時ににおいて債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない。

資料7－8参照

(2)制度の意義

(a)責任財産の保全

債務者がした詐害行為を取り消して逸失財産を回復し、債務者の責任財産を保全する。

→常に財産を取り戻すことが問題になるわけではない。

ex)債務者が第三債務者に債務免除をした場合

詐害行為取消権が行使されるとY・Zにも効力が及ぶ。

→正規の権利を持つSから財産を取得したY・Zは、当該法律行為が取消されると不測の損害を負う。

→限定の必要

- ・転用は認められない

- ・Sが無資力である必要

無資力とは資産より負債が超過していること

無資力は形式的な計算によって判断されるのではなく、債務者の信用なども考慮に入れる。

(b)債権者平等との関係

資料7－9 受益者が債権者であるとき

唯一の財産を弁済としてYに贈与

→詐害行為として取消しを認めることで、Yの抜け駆け防止を防止し、債権者平等に資する。

また

425 前条の規定による取り消しは、すべての債権者の利益のためにその効力を生ずる。

という規定も存在。

しかしYからSへ戻る財産が金銭の場合、金銭をSではなくXが受け取り、それを被保全債権の弁済に当てることが判例で認められており、これをどう説明するかとい

う問題が残っている。

(c)他の制度との比較

(i)虚偽表示

虚偽表示とは強制執行逃れのための財産隠しのなどの目的で行われる仮装の財産移転であり、財産移転について真意がない。

⇒詐害行為においては財産移転に真意あり。

(ii)不法行為

詐害行為が行われたときに Y に対して不法行為責任を問えるか。

→たとえば SY 間の売買行為があっても、X の S に対する被保全債権は消滅しないため、損害がなく不法行為は成立しない。たとえ成立すると解したとしても Y に対しては損害賠償請求しかできない。

(iii)否認権

破産者が一定の条件のもとで行った債権者を害する行為を破産管財人が否認することが破産法上認められている。

⇒詐害行為取消権は、破産はしていないが無資力の債務者のした詐害行為を、一般の債権者が取消すものである点で異なる。

(3)詐害行為取消権における基本的対立

4つの利益の衝突の存在

X→S の責任財産の保全

S→財産処分自由

Y・Z→取引の安全

S の全債権者→債権者平等

2 要件 (p223~241)

(1)債権者側の要件

(a)被保全債権の発生時期

(i)詐害行為前に発生したこと

X の被保全債権は詐害行為前に発生していることが必要である。X の債権が SY 間の法律行為後に発生したとすると、X の債権は SY 間の取引後の S の財産を引き当てにしているといえるからである。

(ii)対抗要件具備との関係

資料 7-10 参照 原因行為後 X の S に対する債権が発生し、その後 Y に対抗要件が具備された場合に、X はそれを取消せるか？

S 55 年判決→不動産譲渡に関するもの。S が土地を Y に譲渡した後に X の S に対する債権が発生し、その後 Y に登記が移転した場合に、当該登記の移転を取消せるか？

判旨→あくまで不動産取引が債権発生の前に行われていることが重要。登記は対抗要件にすぎず取消しの対象にはならない。

H10年判決→債権譲渡の通知が債権発生後に行われたケース。

判旨→S55年判決と同様に取消権なし。

しかし債権譲渡の通知に関しては、学説において、債権譲渡の通知は講学上觀念の通知に当たるから取消しの対象となるのではないかという批判も。

これに対し判例はあくまで通知を対抗要件としてとらえ、取消しの対象としなかった。

(b)被保全債権の種類

(i)金銭債権

被保全債権は債務者の責任財産でまかなわれる以上金銭債権である必要がある。

(ii)特定物債権

次週扱う

(3)債務者側の要件

(a)概観

424条における「債務者が債権者を害することを知ってした法律行為」

→かつての通説はこれを①債権者を害する法律行為という客観面②債権者を害する
と知っていたという主観面の2つに分けて考えていたが、近年では両者を総合的に判断すべきとされる。

(b)詐害行為－客観的要件

(i)法律行為

取消しの対象としての詐害行為は法律行為である。ただしここでの法律行為は厳密意味ではなく、法律的な行為というように広くとらえられている。

(ii)財産権を目的としない法律行為

α 意義

詐害行為取消権はあくまでSの責任財産を保全しようとするものであるから、原則Sの財産権を目的としない法律行為は取消することができない。

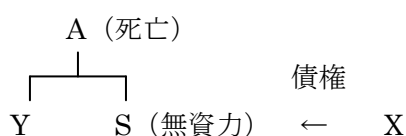
→婚姻・離婚などの家族法上の行為は原則取消せない

↓

しかし家族法上の行為でも財産権を目的にしている場合には取消しの対象となる。以下資料7-11参照

β 相続法上の行為

S49年判決



Sが相続放棄→XはSが相続放棄しなかったら債権を満足させることができたのにSの相続放棄によりそれができなくなってしまったことから、Sの相続放棄を詐害として取消すことはできるのか？

判旨→相続放棄は、積極的に財産を減らす行為ではなく消極的に財産を増やさない行為であること、相続放棄は身分行為であることから、詐害行為には当たらないとした。

H11年判決→上記と同じ状況で、遺産分割によりYの取り分を全部とし、S取り分をゼロとした場合に当該遺産分割は詐害行為に当たるか？

判旨→遺産分割は相続により一旦発生する財産の共有状態を動かし、相続財産の帰属を確定するものであることから、財産権を目的とする法律行為であり、詐害行為となり得る。

γ 親族法上の行為

S58年判決→離婚に伴う財産分与は詐害行為に当たるか？

判旨→財産分与の額が財産分与制度の趣旨に照らして不相当に課題である場合は財産分与に仮託してなされた財産処分にあたり、詐害行為取消しの対象となるが、このような特段の事情がない限り原則詐害行為にはあたらない。

H12年判決→離婚における慰謝料についてはどうか？

判旨→慰謝料については、あくまで支払う義務があることから原則詐害行為には当たらないが、その額が課題である場合は上記と同様に相当額を超える部分については贈与といえ、詐害行為取消しの対象となる。

(iii)債権者を害すること

α 意義

詐害行為は3つに類型化することができる。

- ①正味財産減少型→債務者の責任財産から債務の額を控除した額が減少
- ②配当率減少型→正味財産は変わらないが、一般債権の総額についての責任財産が減少
- ③担保価値減少型→正味財産も配当率も減少しないが、財産の性質上債権者が共同担保としてあてにできる程度が減少

資料7-12参照

- ①・②正味財産減少型、④配当率減少型、
- ⑦担保価値減少型→金銭は消費・隠避されやすいことから、不動産と比べて担保としての価値は低下している。

β 債務者の無資力との関係

債務者の無資力も要件となっている

γ 担保権の設定された財産

担保権の設定された財産は担保権者に優先弁済権があるため、一般債権者はその

分を引き当てにできない

→積極財産からは担保権が把握している価値を、消極財産からは担保権につき担保権によって担保されている債権の額をそれぞれ除外して判断する。

(c) 詐害の意思－主観的要件

認識説と意思説の対立

認識説→その行為が債権者を害するという認識で足りる。

意思説→特定の債権者を害する意思を有する。

↓

諸事情考慮説へ

詐害行為と詐害意思を相関関係的に判断する

ex) 行為の詐害性が強い場合は詐害意思はある程度弱くても良い etc

そして類型ごとに個別具体的に判断していく。

(d) 類型ごとの検討

(i) 財産の処分

α 無償行為

財産を無償で贈与すること。財産を不相当に低価格で売却する場合も含む。

→行為の詐害性が強い場合、債務者が行為の詐害性を了知しているという軽い程度で足りる。

β 相当価格での売却

財産上の損害はないが担保価値の減少が存在

←金銭は不動産と比べて消費・隠避されやすい

よって債務者の資力が悪化した状態で不動産が売却されるような場合は詐害性があるといえるが、その程度は無償で贈与することに比べて弱い。

↓

そこで詐害意思が大きな比重を占める

処分の目的・動機が正当なものである場合は取消しできないとすべき

ex) 売却の目的・動機が税金を払うことや生活費にあてることにあるような場合

(ii) 弁済等

α 弁済（義務的行為）

債権者が複数いる場合において一部の者にのみ弁済があった場合、弁済は義務的行為ではあるが、他の債権者を害している。

↓

これはかつて詐害行為と解されてこなかった。

←正味財産の減少がないこと。弁済は義務的行為であること。債権者平等はあくまで破産手続によるべきであることが主な理由

しかし判例では、一部のものに対する弁済は原則詐害行為にはならないが、債務

者と当該債権者が通謀し、他の債権者を害する意思で弁済がなされた場合は詐害行為に当たるとして、取消しの余地を認めた。

β 代物弁済

不相当な価格の代物弁済が詐害行為に当たることにはとくに問題なし
では相当価格における代物弁済はどうか

→相当な価格であれ、正味財産の額は変わらないが配当率は低下（資料 7-12
⑤参照）することから通常の弁済と同様の効果が発生。

しかし代物弁済は弁済と異なり債務者の義務とはいえないことから弁済よりも
詐害行為となりやすい。

判例でも、他の債権者を害することを知りながら一部の債権者と通謀し代物
弁済をした場合は詐害行為に当たるとしている。（主観的要件が通常の弁済と比べ
て弱い？）

(iii) 担保の提供

α 既存債務についての担保提供

資料 7-12-⑥参照

C は当該土地から 6000 を優先的に回収できるので、A・B は現金 1000 しか
引き当てにできないため配当率は低下

→詐害行為となる。ただし担保の提供が合理的である場合はこの限りでない。

ex) 会社の営業を続ける必要から取引先に担保提供

β 新たな借入れについての担保提供

資料 7-12-⑧参照

正味財産も配当率も変わらないが、不動産が金銭にかわっているため担保価値は
減少している。

→詐害性は弱いことから、担保提供の目的・動機に照らして妥当なものであれ
ば詐害行為とならない。

(e) 総括

① 正味財産が減少しているか？

減少している場合、財産の処分が無償でなされたのか有償でなされたのか、有償で
なされたとしてどのくらいの差額が発生しているかを検討する

正味財産が減少していれば、詐害意思に関しては債務者の詐害の認識で足りる。

② 配当率が減少しているか？

弁済、相当価格の代物弁済がこれに当たる。求められる詐害意思はより高度となる。

③ 担保価値が減少しているか？

正味財産、配当率が低下していないが担保価値が減少している場合。

財産処分の目的・動機の妥当性、目的・動機との関係で手段の相当性、債権者と債
務者との間の通謀の有無などを考慮して詐害行為かどうかを判断する。

(以下たぶんどうでもよい)

なぜ正味財産の減少のみを取消しの対象とする学説がかつて通説だったのか？

→主な理由として2つ

1 債権者平等の原則はあくまで破産手続きによるべき。

2 詐害行為取消しの範囲を広げると、例えば負債を抱える債務者に対する担保付貸付も詐害行為となりうることから債務者の取引活動が制約され、債務者の再建の機会を奪うことになりかねない。

そのようななかで破産法改正

破産管財人は相当価格の不動産売却について否認できるが、その場合を限定。

→経済的危機にある債務者の取引可能性を残し、再建の余地を残す。

そこでこれからの債権法全体の改正における3つのポイント

①配当率減少型を詐害行為とするか？

債権者平等は破産手続きによるべきとすれば、破産後の否認の対象とはなっても詐害行為取消の対象とすべきではないのでは？

また弁済についても義務的なものと、履行期にないのに弁済する場合のように義務的でない弁済とを区別し、義務的でないものについては取消の対象としてもいいのではないか？

②詐害行為取消の対象を明確にし、予測可能性を高めるべき。

③破産後の否認の対象とはならないが、詐害行為取消の対象となるものを認めてもいいか？

→理論的にはあり得る。

⇒否認の対象となるのは破産手続き開始後の行為であり時間的制約がかかっているが、詐害行為取消の対象にはそのような制約無し。

(どうでもよい部分終わり)

(3)受益者・転得者の要件

(a)意義

受益者・転得者の要件として

受益者→債務者と取引をした段階で債権者を害することを知っていたこと

転得者→受益者と取引をした段階で債権者を害することを知っていたこと

ここでいう「害することを知っていた」とは？

債務者に詐害意思が求められるのとは異なり、受益者・転得者の場合は認識で足りる。つまり害することについて善意か悪意かの問題であり、その立証責任は受益者・転得者にある。

←通常債権者と受益者・転得者は他人同士であり、債権者に受益者・転得者の取引当時の主観を立証させるのはあまりに債権者に酷であるから。

(b)組み合わせ

資料 7-13 参照

Y・Z ともに悪意の場合

取消し可。現物は Z にあることから Z には現物の返還を請求することができるが Y には現物の返還を請求することはできず財産の価格賠償を請求することになる。

Y が悪意、Z が善意の場合

Y に対して取消しでき、現物が Y にないことから価格賠償請求をすることになる。
(詐害行為取消は相対的取消。後に説明)

Y が善意、Z が悪意の場合

取消肯定説が有力

相対的取消であり Z との関係でのみ取消の効力が生じる。

ではこの場合 561 条により Z は Y に追奪担保責任を問えるか？

Z が現物を取られたのはもっぱら Z が悪意であったからであり、追奪担保責任は問題にならないとする。(て説明してたけど微妙。相対的取消であると考えれば Z は X との関係では自らの所有権を有効に所得したといえないだけで、Y との関係では有効に所得したといえるから、他人物売買における追奪担保責任は問題にならないという説明のほうがいい気がしないでもない。ここよくわかんないです。)

ちなみに追奪担保責任を肯定する立場は取消否定説に立つ。

Y・Z ともに前二の場合

取消し不可

3 行使方法 (判例) (p241~244)

(1) 訴えの提起

債権者は訴訟を提起する必要がある。反訴をおこして主張することも可能。

ただし抗弁として詐害行為取消を主張することはできない。

←詐害行為取消が行使されると第三者に対する影響が大きいことから、その効力は判決主文中で示される必要があるが、抗弁として提出するのみであると判決理由にしか示されない。

(2) 請求の内容と相手方

(a) 基本構造

①債務者した法律行為を取消す②債務者の財産上の地位を法律行為の前に戻す

(b) 相手方

(i) 転得者がいない場合

債務者と受益者との間の法律行為を取消す→形成訴訟

受益者にある財産の返還を求める→給付訴訟

*ただし逸失財産のない場合 (債務の免除など) 形成訴訟のみ

また被告は受益者のみで債務者を被告とする必要なし

←詐欺行為取消は債務者から流出した財産を取り戻すことで、債権者のために責任財産を確保するためのもの

↓

戻す主体はあくまで受益者であって債務者ではない。

そしてそのための前提として債務者と受益者の間の法律行為を取消す

→取消は誰にでも主張できる絶対的なものである必要はなく、受益者が自己の所有権を基礎付ける法律行為の存在を X には主張できないという意味での相対的取消で足りる。

(ii) 転得者がいる場合

転得者を被告として取消と返還の2つを請求する。

ここで取消の対象となるのは債務者の行為である。

受益者のみを被告とすることも可能であるが、この場合は現物は転得者の下にあるので価格賠償を請求することになる。

(3) 行使の時期

(a) 期間制限

426 第四百二十四条の規定による取消権は、債権者が取消の原因を知ったときから二年間行使しないときは、時効によって消滅する。行為のときから二十年経過したときも同様とする。

(b) 被担保債権の時効消滅

取消は主張できない。

(c) 破産手続きとの関係

債務者につき破産手続きの開始がなされると、破産管財人に財産管理の権限が一元化され、各債権者は取消できなくなる。

第9回（11月2日）詐害行為取消権（終わりまで）、第三者による債権侵害

文責：島貫 まどか

第7章 債務者の責任財産の保全

第3節 詐害行為取消権

4 効果（判例）

(1) 取り消しうる範囲（教科書 P. 244～246）

(a) 被保全債権額

取消の対象となる財産が可分の場合、債権者は、被保全債権額の範囲でのみ取り消すことができる（一部取消）。詐害行為取消権は、詐害行為によって生じた債権者の損害を救済するための制度なので、救済に必要な限度で取消を認めれば十分だからである。

しかしこれは、詐害行為取消権を行使した者の被保全債権額を限度にしてしまう点で、詐害行為取消権が総債権者の利益のために効力を生じる、と規定している425条を空文化してしまっている、とも言われている。

(b) 目的物が不可分の場合

詐害行為取消権が行使されると、現物自体が返還されるのが原則とされている（現物返還の原則）。しかし、目的物が不可分の場合、一部で例外が発生する。

① 抵当権設定登記が残っている場合→一部取消・現物返還

② 抵当権が消滅した場合→一部取消・価格賠償

（7-15）ここでは②が問題となっている。Xは、SからYへの不動産の贈与により、引当て財産が減少し、損害を被った。もともと、当該不動産は800万円だが、Tが500万円分の抵当権を設定していたため、担保を設定していなかったXは、500万円分はTに優先弁済されてしまうことをもともと覚悟していなければならなかった。とすると、Xが本来引当てとして期待できた額、つまり贈与によって損害を受けた額は、 $800\text{万円} - 500\text{万円} = 300\text{万円}$ である。しかし、YがTに弁済をし、抵当権が消滅したあとに現物返還が認められるとすれば、抵当権による制限のない800万円分の土地が返還されることになり、引当て財産が本来の額より500万円分多くなってしまうことになる。この不都合を回避するために、抵当権消滅後の事例に限り、価格賠償（この事例では300万円）を認めている。

(2) 逸失財産の返還及び価格賠償の方法（教科書 P. 246～253）

(a) 一般論

425条からもわかるように、詐害行為取消権は、総債権者の利益のために行使される。よって、逸失財産の返還・価格賠償は、取消権者ではなく、債務者に対してなされることになる。

(b) 不動産の場合

(i) 登記の移転

不動産が逸失財産である場合、取消権者は受益者または転得者に登記の移転を求めることになる。受益者に対して行使するときは、抹消登記請求、転得者に対して行使するときは、移転登記請求を行うこともできる。

(ii) 二重譲渡の場合

(7-16) 二重譲渡に負けた者 (X) は、S Y間の売買を取消し、目的物を取り戻せるか。

①被保全債権が特定物債権であっても、詐害行為取消権を行使できるか。

昔は、特定物債権は被保全債権にならない、とされていた。なぜなら、

a, 詐害行為取消権は総債権者の共同担保を保全するための制度であるから、特定物債権の保全は本取消権の趣旨にそぐわない。(金銭債権を被保全債権とすべきである。)

b, 177 条の趣旨を没却する。

からである。

しかし、判例は変更され、今は特定物債権を被保全債権にできる、とされている。なぜなら、

a, 特定物債権も究極的には損害賠償債権に変じ得るので、債務者の一般財産により保全されなければならない点は金銭債権と同じ。

b, 424 条では無資力要件が加重されているから、177 条の趣旨を没却しない。からである。(最高裁昭和 36 年 7 月 19 日判決参照)

②取り消された場合、登記を Y から X に直接引き渡せ、と言えるか。

できない。

a, 詐害行為取消権は総債権者の共同担保の保全を目的としているので、自己の債権の弁済にあてることができない。

b, あくまでも不動産の所有権の帰属の問題については、177 条で決するべき。だからである。

③債務者に登記請求できるか。

できない。②と同じ理由。

以上をまとめると、被保全債権は原則金銭債権だが、不動産引渡債権も究極的には損害賠償債権として金銭債権に変じ得るので、被保全債権として許される場合がある。ただし、直接登記移転を請求することや、債務者のもとに戻された登記を自己に移転することを請求することはできない、ということ。

(c) 金銭・動産である場合

(i) 取消債権者への引渡し

判例は引渡しを認めている。なぜなら、

①相対的取消論からすると、債務者との関係では詐害行為は有効であるから、債務者に逸失財産の受領権限はない。

②債務者が受領を拒絶、又は受領できないときに、詐害行為取消権の実効性が図れない。

③無資力の債務者に返還すると費消してしまうおそれがある。

からである。

(7-17)

さらに、判例・通説は、取消債権者が事実上優先弁済を受ける結果を容認している。

この効果の法律構成として、取消債権者が受領した金銭を債務者に返還する債務（もともと取消債権者は総債権者のために金銭の引渡しを受け、預かっていたので、返還しなければならない）と、被保全債権を相殺（505 条）する、とするものが挙げられている。しかし、相対的取消論からすれば、債務者に取消の効果は及んでいないのだから、受領した金銭を債務者に返還する義務は、債務者との関係では生じていない。とすると、債権債務の対立がないので、相殺という構成はとれない。結局、事実上の優先弁済が認められているにすぎない、とのこと。

(ii) 債権者間の争い

α 他の債権者の分配請求

判例＝否定。つまり、

①債権者平等の原則が適用されるのは、「法律上の手続き」がとられたときのみである。

②取消債権者は、自己が分配者となって、他の債権者の請求に応じて平等の割合による分配をすべき義務を負うわけではない。

※①の「法律上の手続き」は破産の申立てなどと考えられている。

β 受益者である債権者の留保の主張

受益者である債権者が、受益の意思表示をすることで、自己に対する配当分の支払の留保を主張できるか？

判例（最高裁昭和 46 年 11 月 19 日）＝否定。なぜなら、

- ①受益者の「受益の意思表示」の効力を認める実定法上の根拠がない。
- ②いちはやく弁済を受けた者勝ちになり、総債権者の利益を無視することになる。まして、受益者が大口債権者であった場合、他の債権者が取り消せる分が僅かになってしまう。

もともと、判例では、遅い者勝ちになってしまうと批判して、新たな学説も立てられている。

⇒取消債権者は、逸失財産を供託せよ、と請求できるにすぎない、とする説。

⇨しかし、現在の供託制度では、そのような供託は認められていない。

結局、以下の理由で判例の立場が支持されている。

- ①取消債権者は、債権回収に勤勉な債権者であるといえるのだから、そのような債権者を保護すべきである。（詐害行為取消権制度を取消債権者が優先的に債権を回収できる制度であると解する説より）
- ②詐害行為取消権制度は強制執行の準備をする制度であり、債権者間の分配手続には関知しない。分配手続は、破産手続きによるべき。
- ③取消債権者に比例分配のコストを負わせるのは酷。

(3) 取り消された受益者・転得者と債務者との関係（教科書 P. 253～254）

(a) 受益者と債務者の関係

(i) 受益者からの請求

(7-8)

- ①受益者は債務者に追奪担保責任（561条、563条）をとえないか。

→相対的取消論によれば、二人の間の契約は有効ゆえ、追奪担保責任はとえない。

- ②受益者は債務者に不当利得の返還請求（703条）をとえないか。

（受益者から債務者に財産が復帰した時点を基準と考えたとき）

→同じく、相対的取消論より不可。

- ③受益者は債務者に不当利得の返還請求（703条）をとえないか。

（財産が債務者のもとに復帰したあと、強制執行手続により他の債権者が弁済を受けた時点を基準と考えた時）

→債務者は、受益者の財産によって、他の債権者に対する債務を免れた、といえる。よって不当利得返還請求は認められる。

(ii) 債務者からの請求

相対的取消論より、取消を前提とする請求はできない。

(b) 転得者と債務者との関係

前回の授業参照。

5 詐害行為取消権の性質論（教科書 P. 254～261）

(1) 判例理論

詐害行為取消権の性質について、判例では折衷説が採られている。折衷説は、詐害行為取消権が形成訴訟（詐害行為の取消）と給付訴訟（逸失財産の返還）の両面を備えたものであるとして、形成権説・請求権説の折衷案をとったものである。

(2) 形成権説・請求権説

形成権説→詐害行為取消権の本質は「取消」。取消は絶対的効力を持つとする。財産の返還については、別に訴訟を提起し、債務者の受益者に対する返還請求権につき債権者代位権を行使する。

請求権説→詐害行為取消権の本質は「返還」。詐害行為は有効のままである。

(3) 判例の考え方に対する批判

①相対的取消論からすれば、強制執行手続において取消債権者は、返還された財産が債務者の財産であるといえない。

②総債権者の利益のための責任財産保全という趣旨に反する。

(4) 責任説

判例の問題点を克服すべく持ちだされたのが責任説である。

この説は、詐害行為取消権は債務者の責任財産を保全するための制度であるから、逸失財産を受益者の手元においたままにして、責任財産として取り扱えれば足る、とする。そして、受益者の手元の逸失財産に強制執行をかける、とする。この説では2つの訴訟が必要となる。

第一に、取消訴訟。取消判決によって、受益者は債務者の物上保証人的立場におかれ、債務者の債務につき責任を負う。

第二に、責任訴訟。他の債権者に債務名義を付与するための訴訟。（このような判決は現行法上困難だが…）

<今後どうすべきか>

債権者平等の原則をどこまで徹底するか、や、手続法との兼ね合いをどうするか、について争いがあるために、現在はどうしても曖昧な折衷説をとることになっている。今後、この問題は立法により解決されることになろうが、その案として2つあげる。

①責任説に基づく形にする。→批判：手続法の改正にまで及んでしまう。

②実質的に妥当なものを新たな制度として作り直す。

要件面→否認権の対象よりも詐害行為取消権の範囲を小さく考える。

効果面→債務者を被告にする・債務者のもとに財産を戻させる・金銭については供託できる・他の債権者も、一定の期間内は取消債権者のもとに引き渡された逸失財産に強制執行でき、期間経過後は取消債権者への事実上の優先弁済を認める・受益者は、債務者に履行した反対給付を回収できる。など。

(5) その他の学説（教科書P, 257～259）

(6) 判例理論の持つ意味（教科書P, 260～261）

第8章 第三者による債権侵害（教科書P, 262～）

第1節 債権の性質と第三者との関係

第2節 不法行為に基づく損害賠償請求

1 不法行為法の展開と債権侵害論の展開

(8-1) 売主側の代理人と買主側の代理人が通謀して売主に損害を与えた事件。買主側の代理人が、売主と売主代理人間の委任契約を侵害した、として、売主が債権侵害を根拠に不法行為の成立を主張した。

かつては、債権は相対的な権利である、として債権侵害は不法行為にならない、とされていたが、今日では、債権も財産権である以上不可侵性を有する、として不法行為の成立を認めている。しかし、債権は弱い権利であるので、侵害態様が特に強いことが必要、とされている。

2 かつての通説の分類

①債権の帰属の侵害

(8-2 図1) 他人の無記名債権を第3者に即時取得させた。

(8-2 図2) 債権の準占有者として有効な弁済を受けた（478条）。

②債権の目的である給付の侵害（債権消滅）＝債務者に帰責性なし

侵害者に、過失があれば足りるとする見解と、認識ないし故意が必要とする見解があるが、後者が有力。

(8-2 図3) Yが放火してきた時

(8-2 図4) SがYに誘拐された時

③債権の目的である給付の侵害（債権不消滅）＝債務者に帰責性あり

債務者と侵害者が通謀した場合など。債務者に帰責性があるので債務は消滅せず、損害賠償請求権として残存する。

侵害者には、故意と侵害行為の態様が特に強いことが求められる。

(8-2 図 3) SY が通謀して放火した場合

(8-2 図 4) Y が X よりいい条件を提示したときに、S が X から Y に乗り換えた場合

3 通説批判と新たな議論

(1) 通説批判

①債権侵害による不法行為を成立させることにあまりに消極的。

②分類が曖昧（引き抜きや労働争議などの複雑な紛争類型にどう対応するのか）

③価値判断のプロセス及び判断枠組みが不鮮明

従来、債権侵害は不法行為にならない、という説があったが、限定的に不法行為を認めるべきではないか、という意見がでた。後者の意見を根拠づけるために、わざわざバイアスのかかったドイツの諸処の原理原則などを持ち出した。よって、必ずしも日本に適合する論理とはいえない。

(2) 新たな類型論

①契約の根拠を重視すべき

②第三者の取引安全を保護すべき

③類型ごとに検討すべき

をもとに学説がたてられている。

(3) 「債権侵害による不法行為」の問題設定に対する疑問

実は、709 条の「権利」にあたるかを検討すればいいだけで、中間概念として「債権侵害」という枠組みをわざわざ持ち出すことはなかった、とも思われる。

第 3 節 債権に基づく妨害排除

1 物権的請求権との比較

債権にも、205 条の準占有の規定から、物権的請求権を認める事は不可能ではないが、困難。

物権的請求権の根拠としては、大審院で権利の不可侵性を根拠としたものがあつた。しかし現在最高裁は、物権の直接性・排他性・絶対性を根拠にしており、債権一般については妨害排除請求を認めていない、といえる。

2 不動産賃借権に基づく妨害排除請求

(1) 二重賃借人に対する請求

(8-4 図 3)

対抗要件を具備した賃借人は、その土地につき物権を取得した第3者に賃借権を対抗できるのみならず（605条、借地借家10条1項、同31条1項より明らか）、二重賃借人にも賃借権を対抗できる。

(2) 不法占拠者に対する請求

(8-4図2)

(3) 対抗力ある不動産賃借権の意義

(7-4) 対抗力を備えていれば、二重賃借人に対しても、不法占拠者に対しても妨害排除請求できる。(判例)

しかし、二重賃借人に対する関係と、不法占拠者に対する関係は異なるので注意が必要。

学説では、

①妨害排除請求は、対抗力が認められる場合に物権化するために認められるものであるとする説

②妨害排除請求は、対抗力の有無とは関係なく不動産賃借権の性質上、妨害排除請求を認める必要性があるから特別に認められるものであるとする説がある。

(4) 評価

3 一般の債権に基づく妨害排除請求

債権は、相対的権利であるし、公示性もないので、一般の債権に一律に妨害排除請求を認めるのは行き過ぎであり、特殊な場合（侵害者に故意があるなど）に限るべきである。

第10回（11月5日）弁済（第2節4(2)まで）

文責：酒井 友加

第9章 債権の消滅

第1節 各種の債権消滅要因

民法典の「債権の消滅」の章には主に7つの債権消滅原因があり、以下のように整理できる。

①債権の本来の消滅原因

弁済

②債権者が間接的に満足を得る消滅原因

弁済供託、代物弁済、**相殺**、更改、混同

③債権者の満足を伴わない消滅原因

免除、消滅時効、債務者に帰責事由のない履行不能、債権発生原因である法律行為の消滅

④多数当事者の債権関係や請求権競合において、甲債権の消滅により乙債権が消滅するケース

甲債権の消滅原因によって②又は③に振り分けられる

中心となるのは、弁済と相殺。

第2節 弁済

1 意義

（1）弁済と履行

- ・弁済＝債権者又は第三者が債権の内容である給付行為をし、それによって債権が消滅すること。履行ともいう。
- ・履行は、債務の内容を実現するという債務者（または第三者）の行為の観点から、弁済は債権の消滅という観点から見たもので、どちらも同じこと。

（2）弁済の法的性質

- ・色々議論があるが、弁済の法的性質を論ずるよりも、弁済者の意思をどう評価するか、が重要になってきている。
- ・では、弁済者の意思はどう論じられているのか？

弁済の意思はどこまで必要か、という形で論じられてきた。①債務を消滅させようとする意思（効果意思）、②債務の弁済として給付行為をする意思、③給付行為が法律行為である場合にその要素としての意思、がある。弁済の法的性質に関するどの説でも、ほとんどが③を必要とする。

2 弁済の提供

(1) 意義

債務者の履行準備→履行着手→履行完了＝債権消滅

というプロセスにおいて、履行完了に債権者の行為を要することがある（例：受領行為）。そのときに、債権者が受領を拒否した場合、債務者としてはなすべきことをしたのだから債務不履行責任を負わないようにしたい。そのための制度が弁済である。つまり、弁済の提供とは、弁済の官僚に債権者の受領その他の行為が必要な債務について、債務者としてなすべきことをしたうえで、債権者の受領その他の行為を求めることをいう。

(2) 効果

(a) 債務不履行についての免責

- ・ 492 条→債務者は、弁済の提供のときから、一切の債務不履行責任を免れる。
- ・ その具体的効果として、
 - ①契約の解除（541 条）をされなくなる
 - ②損害賠償（415 条）を請求されない
 - ③違約金（420 条 3 項）も請求されない
 - ④担保権のじっこうがされない
 - ⑤抵当権の効力が抵当不動産の果実に及ばない（371 条）
- ・ ただし、弁済の提供があっても、債権自体が消滅するわけではない。債権を消滅させるためには、債権者が受領するか、弁済供託する必要がある。

(b) その他の効果

- ①同時履行の抗弁（533 条）の制限
- ②約定利息の発生停止
- ③受領遅滞（413 条）の前提要件の充足
- ④供託（494 条、497 条）の前提要件の充足

(c) 双務契約における機能

- ・ 実際に弁済の効果が問題となるのは、賃貸借など双務契約が多い。
- ・ ∴双務契約の当事者は、それぞれ債権者かつ債務者であるため、相互に履行を請求しあう関係にある。
- ・ 双務契約における弁済の提供の機能は？

①防御的機能

債務者は、弁済の提供をすれば、債務不履行責任を追及されない。

もっとも、同時履行の抗弁権があるので当然に債務不履行責任に陥るということはない。債務者が先履行義務を負っているときや、すでに債務者が履行遅滞に陥っている場合に、その機能を果たす。

②攻撃的機能

逆に相手を債務不履行状態に陥れたうえ、解除などでその責任の追及ができるようになる。相手方の同時履行の抗弁権を奪える。

(3) 提供の方法

(a) 2つの方法

493条本文＝現実の提供

493条但書＝口頭の提供

原則は前者だが、一定の場合に後者でよい、とされる。

(b) 現実の提供

(i) 意義

現実の提供＝債務の本旨に従って、現実にされた提供

「債務の本旨に従って」＝契約解釈により決定。

「現実」＝債務者としてその事情の下でなしうる限りのことをし、ただ債権者の協力がないために履行を完了できないというていどにまですべてのことをなし尽くしたということ。債権者のなすべき唯一の協力が受領である場合は、債権者が直ちに給付を受領できるようにしなければならない（判例）。

(ii) 金銭債務の現実の提供

現実の提供が問題となるのは、金銭債務の場合が多い。契約解除の成否において、それに先だってなされた提供の効力が争われるケースが典型的。

① 弁済の提供はあったが不足していた

金銭債務の現実の弁済の提供は、その時までの利息・損害金を含めた債務の全額についてなさなければならない。ただし、債務者に債務不履行責任を負わせるのが信義則に反するようばあい、一部提供であっても、例外的に弁済の効力を認められることがある。（とはいえ、このときでも債務自体が縮減されるわけではない。）

※不足額のある弁済の提供の判例として、【9-1】

② 弁済の提供はあったが額が多すぎた

債権者が超過分を控除して、債務額を受領しうるときは、有効な提供になる。ただし、超過提供が債務の本旨に沿った履行の提供と認められない場合もある。

(iii) その他の債務の現実の提供

① 引渡し債務のとき

そのものの自体の履行の提供が原則。

② なす債務のとき

個別具体的に判断。

(c) 口頭の提供

(i) 意義

口頭の提供＝債務者が弁済の準備をしたことを債権者に通知して受領を催告すること（493条但書）

これが認められるのは、以下（ii）（iii）の場合。

(ii) 債務者があらかじめ受領を拒む場合

∵債務者が拒んでいるのに現実の提供を要求することは、債務者に無駄を強いるもので合理性がなく、公平でない。

- ・弁済の準備をすることは必要。ここでの準備とは、債権者が翻意して受領しようとするれば債務者の方でこれに応じて給付を完了しうる程度のもので足りる。

(iii) 債務の履行について債権者の行為を要する場合

弁済をするときに債権者の行為が必要だという意味ではなく、弁済するのに先立って債権者の行為が必要だという意味。

∵弁済の提供は受領が必要な債務についてなされるものであるから、債権者の行為を受領行為と解すると、この規定の意味がなくなる。

- ・弁済の準備＝債権者の協力があれば直ちにこれに応じて弁済を完了しうる程度のもの

(iv) 通知・催告

債権者の受領拒絶・先行行為の必要のいずれの場合も。債務者は、弁済の準備をしたことを通知して、その受領を催告する必要がある（493条但書）。

通知と催告は同時でOK。

(d) 口頭の提供も不要とされる場合

- ・債権者が受領しないことが確実である場合も口頭の提供が必要か？

→判例は、以下のケースについて、口頭の提供は不要としている。

①債権者が契約そのものの存在を否定するなど弁済を受領しない意思が明確と認められる場合

②建物の賃借人が現実に提供された賃料の受領を拒絶した時は、特段の事情が無い限り、その後に提供されるべき賃料についても、受領拒絶の意思を明確にしたものと解すべき。

ただし、①の場合であっても、債務者が弁済の準備ができない経済状態にあるため口頭の提供もできないときは、債務者は弁済の提供をしないかぎり、債務不履行

責任を免れない、としている。

3 弁済の仕方

(1) 弁済の要件面での問題

弁済の効果が発生するための要件として、以下2つの問題がある。

①主体の問題：誰が、誰に対して弁済すべきか

②方法の問題：いつ、どこで、何を、どのように弁済すべきか

(2) 弁済の時期

・履行期＝債務の履行をすべき時期

→意思表示または法律の規定により定まる。

・履行期に履行しないと、債務者は412条履行遅滞の責任を負い、債権者は413条受領遅滞の責任を負う。

・履行期と、債権者が履行を請求できる時期とずれることがある。

(3) 弁済の場所

484条に解釈規定あり。

(4) 弁済の内容

(a) 弁済の目的物に関する規定

→債権発生原因である契約または法律の規定の解釈による。

民法は、債権の目的が引渡しの際に規定をおく。

(b) 特定物の引渡し

483条

→債権発生後に特定物の状態が変化した場合、履行期の現状で引き渡すべし。債権発生時や、引渡し時の状態ではない。

(c) 他人の物の引渡し

475条

477条

(5) 弁済の費用

485条 → 「どのように」弁済するか。

4 弁済の当事者

(1) 弁済をする者と受領するもの

弁済をする者＝（原則）債務者

（例外）474条、475・477条、476・477条、478・479条

受領する者＝債権者

(2) 弁済者

(a) 弁済をすべき者・しうる者

弁済する義務（すべき） + 弁済をする権限（しうる） がある



給付行為が弁済としての法的効果をもつ、ということ。

⇒債務者以外にも弁済をしうる者がいる

(b) 債務者

上の弁済しうる者に当然あてはまる。

債務者が履行補助者を用いる場合もある。

(c) 弁済の権限を与えられた者

債務者の意思または法律の規定による。

例：債務者の代理人、財産管理人、破産管財人など

ただし、本人以外給付行為ができないようなものは除く。

(d) 第三者

(i) 第三者弁済の要件

α 第三者弁済の可能性

474 条 1 項 債務の弁済は、第三者もすることができる。

→①債務者以外の者で、

②特段の弁済権限を与えられていない者が、

③第三者として弁済する場合。

⇒・連帯保証人や保証人...自己の債務を弁済するから①にあたらない

・債務者の代理人や破産管財人...弁済権限に基づくので②にあたらない

・自己の債務として弁済したもの...不当利得の問題で③にはあたらない

β 第三者弁済の制限

原則として、第三者の弁済は有効。しかし、以下 3 つの例外が存在する。

①債務の性質上、第三者弁済が許されない場合（474 条 1 項但書）

例：高名なピアニストの演奏債務

②当事者が反対の意思表示をしたとき（474 条 1 項但書）

③利害関係を有しない第三者は、債務者の意思に反して弁済することができない（474 条 2 項）

∴(ア)他人の弁済によって恩義を受けることを欲しないという債務者の感情を尊重？

→（批判）この思想は民法上一貫したものではない

(イ) 過酷な求償権の行使からの債務者の保護

→（批判）債務者は当初の状況より悪化することではなく、違法な取り立ては刑法等で罰すればよい

条文は以上の通りだが、学説では上に書いたような批判がでている。

では、判例の考えはどうか？

・「利害関係」：法律上の利害関係に限ると解する。

例...物上保証人、担保不動産の第三取得者、高順位抵当権者

・「債務者の意思」

i) あらかじめ表示される必要はなく、諸藩の事情から認定できればよい。

ii) 債務者が数人いる場合に、一部の債務者の意思に反するときは、その債務者については弁済を無効とする。

iii) 債務者の意思に反するため弁済が無効になるのは例外的なことだから、証明責任はそれを主張する側が負担する。

（ii）第三者弁済の効果

第三者の提供は弁済の効果を持ち、債権者は受領を拒絶できず、債権者が受領すれば債権は消滅する。債権者が受領拒絶すれば、受領遅滞に陥る。

ただし、弁済した第三者が当該債権を行使できることがある→求償権の問題。

第 11 回 (11 月 9 日) 弁済 (第 2 節 4(3))

文責：白浜 学

4 弁済の当事者 (講義資料 p.10、教科書 p.305-322 参照)

(3)弁済を受領する者→誰に対して給付すれば債権の法律上の効果が発生するかという問題

(a)債権者

(i)債権者に対する弁済の効力

弁済によって債権が消滅する。

(ii)弁済受領権限の喪失等

講義資料 p.41 9-4 参照。

民 481 I : 支払の差止めを受けた第三債務者が自己の債権者に弁済をしたときは、差押債権者は、その受けた損害の限度において更に弁済をすべき旨を第三債務者に請求することができる。

民 481 II : 前項の規定は、第三債務者からその債権者に対する求償権の行使を妨げない。

S が A に弁済しても、その効果を B に対して主張することができないため、B から請求されると S は B に対しても弁済をしなければならない (二重払い)。元々は AS 間の弁済の効力を B との関係でも主張できるとし、B は不法行為責任で追及することができるという構成が考えられていたが、今では先述の考え方が通説。

二重払いへの対処として、S は A に対し 481 条 2 項により求償していくことができる。

同じようなパターンとして A が破産した場合、A の破産管財人が取立権を持ち A は受領権限を失う。他に行為能力の制限や質入れについても同様。

(b)弁済受領権限を与えられた者

債権者自身による場合と、法律の規定による場合がある。任意代理人、法定代理人、破産管財人、債権者代位権を行使した者など。

(c)弁済受領権限のない者に対する給付

(i)原則

弁済の効果は生じない。講義資料 p.41 9-5 参照。

①において、A が S に対して 100 の債権 f を持ち、S は受領権限のない第三者 B に対して弁済をした。この弁済は無効であるため、②の状況となる。つまり A は S に対して債権 f を持ち続け、S は B に対して不当利得か不法行為による返還請求ができる。B が無資力のときのリスクは S が負担することになる。

民 479 : 前条の場合を除き、弁済を受領する権限を有しない者に対してした弁済は、債権者がこれによって利益を受けた限度においてのみ、その効力を有する。

③において、B が S から受けた 100 の弁済のうち 30 を A に与えたことで、30 に限って A が利益を得ているため、この限度でのみ S から B への弁済の効力を認めるとするのが 479

条の趣旨。③のままだと A が S に対して 100 の請求をした後に 30 を B に返し、B は S に対して A から受け取った 30 を含めて 100 を返すことになるが、煩雑でまた B の無資力のリスクを S が負担しなければならないため、④のように A が S に対して 70 を請求し S は B に対して 70 の不当利得か不法行為による返還請求ができることとなる。

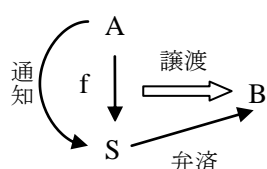
(ii) 弁済者の信頼の保護 (例外)

B に受領権限があるという外観を信じて弁済した者に対する保護を図る場合として、債権の準占有者に対する弁済(478 条)や受取証書の持参人に対する弁済(480 条)、証券的債権についての規定(470,471 条)がある。

(d) 債権の準占有者

民 478 : 債権の準占有者に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。

(i) 意義 → 取引の観念から見て、真実の債権者らしい外観を有する者。



例えば債権譲渡の場合。A が S に対して持っている債権 f を B に譲渡したとき、A が S に債権者が変わったことを通知すれば AB 間の債権譲渡を S に対しても主張できるが、AB 間の譲渡が無効のとき、B に弁済しても債権者への弁済とはならない。

もし 478 条がなかったら…講義資料 p.42 9-6②参照。

→ 債権 f は消滅せず、S は B に対して不当利得か不法行為で返還請求。

478 条のとき…9-6③参照。

→ 債権 f は消滅し、A が B に対して不当利得か不法行為で返還請求。

⇒ つまり B が無資力のリスクを A が負担するか、S が負担するかの違い。478 条の趣旨は外観を信頼した弁済者保護なので S の善意無過失が要求される。

(ii) 要件

α 準占有者

(ア) 具体例

無効な債権の譲受、表見相続人 (ex. 債権者を相続した養子に対して弁済したが、養子縁組が無効だった)、債権証書を偽造して債権者になりすました場合、債権の二重譲渡で劣後する債権者に弁済した場合 (→9-6 判決)、他人の預金通帳で銀行預金を引き出した場合

(イ) 詐称代理人 → 代理人ではないのに債権者の代理人として名乗った場合

例えば、女性名義の銀行口座を男性が代理人として払い戻した場合。現在の判例・通説は準占有者として認めているが、否定説もある。学説は次で検討するように準占有の概念の検討からより実質的な検討へと変わっていく。

(ウ) 準占有の概念

民 205 : この章の規定は、自己のためにする意思をもって財産権の行使をする場合について準用する。

478 条と 205 条の関係が問題になる。「自己のためにする意思」が 478 条でも必要か。

第1説→205条と478条の準占有は同じなので、自己のためにする意思が必要とする説。詐称代理人は自己のためにする意思がないので準占有者に当たらない。大審院の判例だが、現在では支持されていない。

第2説→205条と478条の準占有は同じで、自己のためにする意思が必要だが、「自己のため」は①より広い概念であるとする説。詐称代理人も準占有者に当たる。かつての通説。

第3説→205条と478条の準占有を別の概念と捉える説。205条は準占有者を保護する規定なので自己のためにする意思が必要だが、478条は準占有の外観を信頼した相手方を保護し、取引安全を図る規定なので準占有者の意思は必要ないとする。

第4説→205条と478条は沿革が違うので無関係とする説。478条は準占有を債権者の身分の占有とし、誰の目から見ても債権者と見える場合に限定するため、詐称代理人は準占有者には当たらないとする。少数説。

起草者は478条の場合も自己のためにする意思を必要と考えていた。また第4説の沿革的理解も正しい。しかし判例のいう準占有者の範囲は広がっており、特に最高裁はかつて第2説を採っていたが、最近は第3説を採っていると考えられている。学説上も第3説が有力。

(エ)表見代理との関係→表見代理を使わずに478条を使うのはなぜか

民110：前条本文の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて準用する。

講義資料 p.42 9-7 参照。478条と110条の比較。両条で弁済者・相手側の要件はさほど変わらないが、真の債権者・本人側の要件の基本代理権の要否が問題となる。基本代理権を要件としない478条で弁済者が110条の一般の代理人の場合より保護されるのは妥当か。

①既存の義務の履行（履行しないと債務不履行になる）という弁済の義務性

②弁済で本人の被る損失は最大でもその債権に画されている限りで、限定されている

③弁済者からすると相手方が本人か代理人かで変わるところがないのに、本人のときしか478条が適用されないとすると相手方が本人として振る舞うか代理人として振る舞うか次第になり妥当ではない

④弁済は日常的に行われる定型の行為で迅速性が求められるが、厳密な処理を求めると迅速性が損なわれる

以上①～④の点から弁済者が代理の場合の相手方より保護されるべきである。したがって、実質的にも詐称代理人を準占有者に含めるのが妥当である。

(オ)定義

「取引の観念からみて真実の債権者その他受領権者らしい外観を有する者」

β 弁済者の善意無過失

旧規定では無過失は明文になかったが、外観への信頼を保護する規定で善意無過失を要件とするものが多いこと、表見代理と比べ本人の側の要件が緩いこととのバランスから、判例・学説とも善意無過失を要件とされてきた。民法の現代語化で明文化された。

γ 任意性

外観への信頼を保護する規定なので強制執行の場合は含まれず、弁済は任意のものでなければならない。

δ 債権者の帰責性の要否

肯定する学説もある。特に領収書や借用書の偽造の場合など、本人に全く帰責性がないときに 478 条を認めると気の毒だが、弁済をしなければ債務不履行責任を負わされる債務者の保護を目的とするので否定すべき（通説）。もっとも、債権者に帰責事由がある場合は弁済者の無過失を広く認め、帰責事由がない場合は弁済者の過失認定を厳しくすることによってある程度対応できる。また債権者に帰責事由があり、弁済者が二重弁済を強いられるときは、弁済者が債権者に損害賠償の請求ができるので 478 条の要件として帰責事由を要求しなくてもよい。

(iii) 効果

講義資料 p.42 9-6③参照。A は S に対して履行請求できず、B に対して不当利得か不法行為による請求ができる。ここで S が B に対し弁済後、B が債権者でないのを知って S が B に返還請求が可能かどうか問題となる。AS 間の債権が絶対的に消滅すると考えるなら請求できないが、S が 478 条による保護を望まないなら認めてもいいのでは。そうであるなら 478 条は債権の絶対的消滅を効果とするのでなく、S が A から履行請求を受けたときに抗弁権を認めたということになる。

(iv) 銀行取引の問題

α 預金の払戻し

(ア) 約款と特別法

講義資料 p.42 9-8 参照。一方が責任を免れる免責約款の例。銀行取引は民法上は 478 条の問題だが、実際は免責約款上の問題とされることが多い。例えば、女性名義の口座から男性が払い戻しを受けても通帳と印鑑が正しければ認める。ただし、印鑑が偽造されていて届出印と異なるときは銀行に過失ありとされる。ただ現在はキャッシュカードによる引き出しが普通で、その場合銀行の過失とは何か。カードを簡単に偽造できたり、暗証番号を簡単に知ることのできる支払システムは安全性を欠いているので免責されない。

9-8 の最判平 5・7・19 判決について。何者かが真正なカードを用いて払い戻した事例で、銀行の免責を認めた。問題とされたのは、事件当時のシステムの安全性。暗証番号の情報を磁気ストライプ部に載せていたが、当時はその解読技術が知られていなかったため、安全性が認められた。今なら認められない。ちなみに、ATM の横の領収書を捨てるゴミ箱の口が小さいことや、暗証番号を生年月日にしないように呼びかけているのも安全性対策。

(イ) 478 条の過失

9-8 の最判平 15・4・8 判決について。約款ではなく 478 条の問題とされた事例。あまり普及していない通帳機械払いの方法で何者かに預金を引き出されたが、これについて免責約款がなかったため、478 条を適用して銀行の過失ありとした。普及していないシステムを

使うなら顧客に教えるべきであり、システムの設置管理上の注意義務を欠いているとされたため。

(ウ)偽造・盗難カード預貯金者保護法

9-8 参照。

法 2Ⅱ：この法律において「預貯金者」とは、金融機関と預貯金契約（預貯金の預入れ及び引出しに係る契約又はこれらに併せて金銭の借入れに係る事項を含む契約をいう。以下同じ。）を締結する個人をいう。

2 条 2 項で保護される対象が個人のみと規定されている。また、条文上の「カード等」の「等」は ATM で使えるなら通帳払いも含むという意味。

法 3：民法第四百七十八条の規定は、カード等その他これに類似するものを用いて行われる機械式預貯金払戻し及び機械式金銭借入れ（以下「機械式預貯金払戻し等」という。）については、適用しない。ただし、真正カード等を用いて行われる機械式預貯金払戻し等については、この限りではない。

3 条は偽造カードと真正カードを区別し、偽造カードの場合は 478 条は適用せず、払戻しの効果は生じないとする。

法 4Ⅰ：偽造カード等を用いて行われた機械式預貯金払戻しは、当該機械式預貯金払戻しに係る預貯金等契約を締結している預貯金者の故意により当該機械式預貯金払戻しが行われたものであるとき又は当該預貯金等契約を締結している金融機関が当該機械式預貯金払戻しについて善意でかつ過失がない場合であって当該預貯金者の重大な過失により当該機械式預貯金払戻しが行われることとなったときに限り、その効力を有する。

4 条 1 項が 3 条の例外を定め、預貯金者の故意か重過失による場合は払戻しの効果が生じる。ただし重過失のときは銀行は無過失でないといけない。

盗難カードのときは 4 条（「偽造カード等」）は適用されない。盗難カードは偽造カードと違い本物のカードであるため、預貯金者の保護を厳しくすべきだから。5 条（条文は長いので省略）参照。偽造カードのときとの違いは、預貯金者に過失があるときで、金融機関が善意無過失のときは 4 分の 3 のみが補填される（9-8 表を参照）。

β 民法 478 条の適用・類推適用の拡大

講義資料 p.43 9-9 参照。銀行取引で経済的に弁済に近いものに関して。

(ア)定期預金の期限前払戻し

9-9①について。Y は A に期限前払戻しをしたので XY 間の債権は 478 条により消滅したとした事例で、期限前払戻しが弁済にあたるかが問題となる。定期預金の期限前払戻しは預金契約の解約と弁済という 2 つの行為からなる。そして解約は合意による解除または期間の変更と捉えることができるが、いずれも新たな法律行為で表見代理が適用されるのではない。最高裁判決は解約と弁済を区別せず、全体として 478 条の弁済にあたると判断した。当事者の間で期間が満了すれば定期預金の利息がつくが、期限前に払い戻したら普通預金の利息しかつかないという合意があり、契約締結時に合意された 2 つの方法のうち

の1つをとったにすぎないから弁済にあたるとしたため。

(イ)預金担保貸付

9-9②③について。定期預金を解約して借入れを行うと普通預金の利息しかつかないが預金担保貸付だと定期預金の分の利息がつくこと、銀行側にしても定期預金の残高が多いほうがいいことから設けられている制度。

真の預金者 X 以外の第三者 A に貸付けたときに XY 間の定期預金債権と YA 間の貸付債権を相殺できるかが問題となる(9-9③の図を参照)。行為の第一段階として貸付けの時点で定期預金を担保とする合意、将来相殺する予約、貸付けの実行、第二段階として相殺の実行が考えられるが、第一段階はそれぞれが新たな法律行為であり期限前払戻しより弁済から遠ざかるが、経済的には期限前払戻しと変わらない。9-9②の判決は実質的に期限前払戻しと同視できるとして 478 条の類推適用を認めた。

この判決の特徴として、預金した人がわからない無記名定期預金について資金を出した人が預金者であるとする客観説をとったが、後に 9-9③判決の記名定期預金についても同様の判断をした。そして③では Y は貸付け後相殺前に A が真の預金者でないことを知り(悪意) 478 条の類推適用は不可能に見えるが、判例は認めた。つまり貸付けの時点で銀行側の善意無過失を判断しており、新たな法律行為のみ考慮するので 478 条の想定する場面とは違うが、銀行としては貸付けの時点で判断されないと困るので 478 条を借用するという形で類推適用を認めている。

ちなみに現在では最判平 15・2・21 判決(百選 71)が、普通預金について貸付けの相手方(③の図でいう A)を預金者とする考え方を採っており、③のような問題は生じない。また現在は銀行に本人確認が犯罪収益危険防止法によって義務付けられており、預金担保貸付の問題はこれからはあまり起こらなくなるのではないか。

(ウ)その後の拡張

9-9④の総合口座預金の貸越についても判例は 478 条の類推適用を認めた。また最判平 6・6・8 判決(詐称代理人に対する預金担保貸付)でも認めた。

また生命保険にも対象が広がり、契約期間途中に生命保険を解約すると解約返戻金として払戻しができ、その払戻し分を持っている人に対して貸付けをする生命保険契約者貸付という制度がある。9-9⑤の判例は詐称代理人に生命保険契約者貸付をした事例で、約款に基づく払戻しの義務性、債権が返戻金の範囲に限られること、将来残金が差し引き計算されることから経済的に預金担保貸付と同視できるとして 478 条の類推適用を認めた。

(エ)検討

478 条の類推適用をどのように捉えるかが問題となる。

第 1 の考え方として、真の債権者 X の帰責性を要求すべきだとの議論もあるが、X の帰責性を要求すると帰責性に関わらず弁済を認める 478 条を類推適用した意味が損なわれるから妥当ではなく少数説にとどまる。

第 2 の考え方として、X の帰責性を要件とせず 478 条の借用と捉える議論がある。(1)取

引の銀行にとっての義務性と、(2)システムの社会的有用性とそれから生じるリスクの合理的配分がなされているときは、478 条の場合と同じような状況であるため類推適用が認められると考えられる。

(e)受取証書の持参人

民 480：受取証書の持参人は、弁済を受領する権限があるものとみなす。ただし、弁済をした者がその権限がないことを知っていたとき、又は過失によって知らなかったときは、この限りではない。

受取証書とは領収書やレシートのこと。例えば、新聞の代金徴収で領収書を持ってきた徴収人が実は泥棒だったのに代金を支払ったとき。ただし受取証書は真正なものでなくてはだめで、偽造のときは 478 条の問題となる。

第12回（11月12日）弁済（終わりまで）

文責：松浦 綾子

5 弁済の効果

（1）債権の消滅

（a）基本的効果

弁済により債権消滅→履行請求できなくなる

→保証債務も消滅

→抵当権も消滅

（b）弁済の充当

（i）意義

一部弁済の割り当て問題。

原則は当事者間合意だが、合意のない場合には法定充当と指定充当が行われる（488条、491条）

（弁済の充当の指定）

第四百八十八条 債務者が同一の債権者に対して同種の給付を目的とする数個の債務を負担する場合において、弁済として提供した給付がすべての債務を消滅させるのに足りないときは、弁済をする者は、給付の時に、その弁済を充当すべき債務を指定することができる。

2 弁済をする者が前項の規定による指定をしないときは、弁済を受領する者は、その受領の時に、その弁済を充当すべき債務を指定することができる。ただし、弁済をする者がその充当に対して直ちに異議を述べたときは、この限りでない。

3 前二項の場合における弁済の充当の指定は、相手方に対する意思表示によつてする。

（法定充当）

第四百八十九条 弁済をする者及び弁済を受領する者がいずれも前条の規定による弁済の充当の指定をしないときは、次の各号の定めるところに従い、その弁済を充当する。

一 債務の中に弁済期にあるものと弁済期にないものとがあるときは、弁済期にあるものに先に充当する。

二 すべての債務が弁済期にあるとき、又は弁済期にないときは、債務者のために弁済の利益が多いものに先に充当する。

三 債務者のために弁済の利益が相等しいときは、弁済期が先に到来したもの又は先に到来すべきものに先に充当する。

四 前二号に掲げる事項が相等しい債務の弁済は、各債務の額に応じて充当する。

第四百九十一条 債務者が一個又は数個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべき場合において、弁済をする者がその債務の全部を消滅させるのに足りない給付をしたときは、これを順次に費用、利息及び元本に充当しなければならない。

2 第四百八十九条の規定は、前項の場合について準用する。

(ii) 費用・利息・元本

- ・数個の債務がある場合にも「費用・利息・元本」の順に妥当する。
- ・一方当事者による指定はできない
- ・利息は債権者の普通の収入なので保護＝債権者保護規定としての性質

(iii) 数個の元本間相当（利息相互間、費用相互間）

488条、489条、491条2項により規律。

まとめると、

ルール①当事者の合意による充当（488条）

ルール②**債権者**の利益保護（491条1項）

費用（立て替え）→利息（債権者の通常の信頼）→元本（法定充当）

ルール③**債務者**の利益保護（488条）

指定充当

ルール④**債務者**の利益保護（489条3号）

法定充当。 利率の高いもの・担保付のものを先に払う

* 以上の原則は競売・過払い金返還訴訟等において問題になる。

過払い金返還訴訟においては、法定利息の制限をオーバーするものは残存元本に充てられる。さらにまだ過払い金のある場合には、489条・491条により残存元本に充当される。（利息→元本→他の債務）

不動産競売においては、被担保債権の全額を消滅させられない場合、画一的処理の要請から法定充当が特約に優越する。

(2) 弁済の証明のための弁済者の権利

二つの権利がある。

(a)受取証書交付請求権（486条）

要は領収書。債務者が2重払いを請求されることを回避する目的で、弁済と同時履行の関係にある。

(b)債権証書返還請求権（487条）

契約時の債権証書を取り返すことができる権利。趣旨は(a)と同じであるが、弁済と同時履行の関係には立たない。債権者が紛失した場合などに支払いを拒めるのは妥当でないからである。

(受取証書の交付請求)

第四百八十六条 弁済をした者は、弁済を受領した者に対して受取証書の交付を請求することができる。

(債権証書の返還請求)

第四百八十七条 債権に関する証書がある場合において、弁済をした者が全部の弁済をしたときは、その証書の返還を請求することができる。

(3) 弁済による代位

図9-10 【求償・代位のパターン】

(任意代位)

第四百九十九条 債務者のために弁済をした者は、その弁済と同時に債権者の承諾を得て、債権者に代位することができる。

2 第四百六十七条の規定は、前項の場合について準用する。

(法定代位)

第五百条 弁済をするについて正当な利益を有する者は、弁済によって当然に債権者に代位する。

②650条1項 受任者による費用等の償還請求

702条1項 事務管理

などの場合。なお、贈与の場合には求償権は発生しない。

③AがSの保証人だった場合など、一定の要件のもとでAがGの地位についた場合。

原債権fと求償権の二つの債権を持つ。

⑤原債権fを代位できず、求償権のみの場合。Aが債務者の無資力リスクを負担することになり、債権回収できない恐れがある。

図9-11 【人的担保・物的担保の類型】

①の場合には保証人自身が債務を負う。

逆に③のように第3者が物的担保を保証する場合、物上保証人自身は担保物件限りの責任を負い、保証債務を負わない。

*第3者弁済(474条)と弁済による代位(499条、500条)の相違

(第三者の弁済)

第四百七十四条 債務の弁済は、第三者もすることができる。ただし、その債務の性質がこれを許さないとき、又は当事者が反対の意思を表示したときは、この限りでない。

2 利害関係を有しない第三者は、債務者の意思に反して弁済をすることができない。

弁済による代位には条文上の要件として、

- ・ ①債権者の承諾 または②正当な利益
- ・ 求償権の存在

が必要である。

逆に第3者弁済でなくても、保証人の共同債務者などは第3者弁済にはあたらないが代位は生じうる。

*信用保証協会と代位

中小企業の融資時の信用保証をする協会が求償の手立てにつき約款で詳しく規定していることと公正な処理の要請から、判例が急増している。

(a)意義

ある債権につき第3者または共同債務者が弁済→求償権が発生

しかし、この権利は債権的であり弁済者の保護としては不十分。

そこで弁済による代位という制度（501条）が必要となる。

弁済者の保護という趣旨のみならず、第3者による弁済制度を促進するという観点からは債権者・債務者にとってもプラスとなる制度である。

(b)要件

(i) 499条・500条に共通の要件

α 弁済等による債権者の満足

弁済には代物弁済・供託・共同債務者の相殺・混同および不可抗力的に（抵当権の実行など）所有権を喪失した場合を含む。

β 求償権の存在

前述（図9-10①）の通り、委任・事務管理による費用償還請求権が原則である。

(ii) 形態ごとの要件

α 任意代位（499条）

①指名債権譲渡と同様の対抗要件

* 債権者の承諾

* 債務者以外の第3者に対しては確定日付ある債権者の通知または債務者の承諾

②弁済と同時に債権者の承諾を得ること

β 法定代位（500条）

図9-12

「正当な利益」の類型

①弁済をしないと債権者から執行を受ける地位にあるもの

保証人、物上保証人、第3取得者、連帯債務者

②弁済をしないと債務者に対する自分の権利が価値を失う地位にあるもの

後順位抵当権者、一般債権者

5000万円の担保価値のある土地に債権者が3000万円、後順位担保権者が2000万円設定していた場合、担保価値が下落すれば後順位担保権者は害されるので、下落を予期して債権者に弁済することが可能である。

(c)効果

(i) 基本的効果

α 法律構成

求償権の範囲内で「債権の効力および担保としてその債権者が有していた一切の権利を行使することができる」。判例通説はこの根拠を代位弁済者による債務者に対する求償権の確保のための債権移転とする。

β 原債権と求償権の関係

図9-15 原債権と求償権との別債権性から、原債権と求償権には大小が生じうる。(459条2項、442条2項)

(委託を受けた保証人の求償権)

第四百五十九条 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、過失なく債権者に弁済をすべき旨の裁判の言渡しを受け、又は主たる債務者に代わって弁済をし、その他自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をしたときは、その保証人は、主たる債務者に対して求償権を有する。

(連帯債務者間の求償権)

第四百四十二条 連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、他の連帯債務者に対し、各自の負担部分について求償権を有する。

2 前項の規定による求償は、弁済その他免責があった日以後の法定利息及び避けることができなかった費用その他の損害の賠償を包含する。

2 第四百四十二条第二項の規定は、前項の場合について準用する。

(例①) 原債権<求償権：求償権の範囲内で代位

(例②) 原債権>求償権：原債権の範囲内で代位

(ii) 代位者と債務者との関係

図9-14、図9-16

- ・「移転した原債権は求償権に対し付従的な性質を有するので、・・・存在および債権額から離れて独立して行使することはできない」
- ・債権の効力および担保としてその債権者が有していた一切の権利＝

履行請求権、損害賠償請求権、債権者代位権、詐害行為取消権を行使することが出来る

(iii) 法定代位者相互間の関係

β 第3取得者がいない場合

- ①保証人のみ複数一頭数で割る
- ②物上保証人のみ複数一財産の価額で配分

図9-17

③図1：保証人と物上保証人が一人ずついる場合—人数で当分

図2：保証人のほかに物上保証人が複数いる場合—

保証人：物上保証人までは人数で配分し、物上保証人については価額で配分する

④図3：保証人と物上保証人を兼ねる人がいる場合—

学説の対立があるが、保証人の一人として③図2の公式に載せるのが通説である。学説の対立については教科書 p341 参照。

γ 第3取得者がいる場合

(弁済による代位の効果)

第五百一条 前二条の規定により債権者に代位した者は、自己の権利に基づいて求償をすることができる範囲内において、債権の効力及び担保としてその債権者が有していた一切の権利を行使することができる。この場合においては、次の各号の定めるところに従わなければならない。

一 保証人は、あらかじめ先取特権、不動産質権又は抵当権の登記にその代位を付記しなければ、その先取特権、不動産質権又は抵当権の目的である不動産の第三取得者に対して債権者に代位することができない。

二 第三取得者は、保証人に対して債権者に代位しない。

三 第三取得者の一人は、各不動産の価額に応じて、他の第三取得者に対して債権者に代位する。

四 物上保証人の一人は、各財産の価額に応じて、他の物上保証人に対して債権者に代位する。

五 保証人と物上保証人との間においては、その数に応じて、債権者に代位する。ただし、物上保証人が数人あるときは、保証人の負担部分を除いた残額について、各財産の価額に応じて、債権者に代位する。

六 前号の場合において、その財産が不動産であるときは、第一号の規定を準用する。

保証人は第3取得者に対し全額代位できるが（501条1項）、第3取得者は保証人に対して代位できない（501条2項）不動産登記により、担保がついていることをBは知っているからである。

なお、「あらかじめ」の意義は保証人の弁済後、第3取得者が登記するより前である（図9-18）。

（iv）代位者と債権者の関係

α 代位弁済をしたものの保護

（一部弁済による代位）

第五百二条 債権の一部について代位弁済があったときは、代位者は、その弁済をした価額に応じて、債権者とともにその権利を行使する。

2 前項の場合において、債務の不履行による契約の解除は、債権者のみができる。この場合においては、代位者に対し、その弁済をした価額及びその利息を償還しなければならない。

（債権者による債権証書の交付等）

第五百三条 代位弁済によって全部の弁済を受けた債権者は、債権に関する証書及び自己の占有する担保物を代位者に交付しなければならない。

2 債権の一部について代位弁済があった場合には、債権者は、債権に関する証書にその代位を記入し、かつ、自己の占有する担保物の保存を代位者に監督させなければならない。

（ア）全部代位：債務を全部弁済し債権者に代位するものと債権者との関係を考える。代位弁済によって全部の弁済を受けた債権者は、債権に関する証書および自己の占有する担保物を代位者に交付しなければならない。（503条1項）

（イ）一部代位：「その弁済した価額に応じて債権者とともにその権利を行使する」（502条1項）

図9-19

Q.担保権の実行をできるのはだれか

A.（判例）債権者も代位者も可能

（通説）債権者に限る＊代位者は債権者と共同

Q.配当は債権者と代位者どちらが優先するか

A.（判例）Gが優先 判例【93】

＊実務では特約が通例

β 債権者の担保保存義務

図 9－20

(ア) 意義

「債権者が故意または過失によりその担保を喪失し、または減少させた時は、その喪失または現象によって償還を受けることができなくなった限度において、その責任を免れる。」（504条）

図1 AのGに対する責任を、Aが求償を得られなくなった限度で免責するもの。

Gが他人の権利を害することのないように＝信義則に基づく義務である。

＊Gが銀行、Sが取引先企業の場合、SからGに担保の差しかえを申し込むのは合理的。実際はGとAの間で特約が結ばれることが多い。

図2 CにGAの間の特約の効果が及ぶか

→及ぶ。CもGに対し免責の効果を主張できない。

第 13 回（11 月 16 日）弁済供託、代物弁済、相殺（第 5 節 3(2)まで）

文責： 小林 沙妃

第 3 節 弁済供託

1、意義(p352~354)

(1)弁済供託と各種の供託

弁済供託とは、弁済者が弁済の目的物を債権者のために供託所に帰宅することによって、一方的に債務を消滅させる行為、またはその制度である(494 条)。

一般に供託というと、弁済供託に限らず、担保のための供託(366 条 3 項)など、各種のものが含まれるが、ここで扱う 494 条以下に規定された弁済供託は、供託の中でも中心的なものである。

(2)弁済供託の法的性質

通説では、弁済供託は第 3 者のためにする寄託契約であるとされる。すなわち、弁済者と供託所との間の寄託契約(657 条)であって、第 3 者たる債権者のためにするもの(537 条)である。他の特徴は

①供託のほとんどを占める金銭・有価証券の供託において、供託所は国家機関である法務局等なので、供託には公的要素がある。

⇒供託官の行為が行政処分に当たるか、時効期間はどうか、にかかわる。

②弁済供託によって、債権消滅の効果を生じる。

2、要件(p354~357)

(1)供託者

債務者、共同債務者その他弁済をなしうるものしかねない。

供託者は、遅滞なく債権者に供託の通知をしなくてはならない。(495 条 3 項)

(2)供託所

債務履行地の供託所に供託する。金銭・有価証券の場合は法務局・地方法務局等、その他物品については、法務大臣の指定する倉庫業者または銀行に供託する。

(3)目的物

弁済供託により債務を消滅させることができるのは、預けるべき目的物が存在するときのみ。供託に適さないものや滅失・損傷の恐れがあるもの、保存にお金がかかりすぎるものは、裁判所の許可を得てそれを競売に付し、代金を供託することができる（497 条）。

(4)供託原因

(a)債権者の受領拒絶

債権者が受領を拒絶すること。弁済者が適法に弁済の提供をしたのに受領を拒絶された場合以外にも、弁済者が適法な弁済提供は行っていないが債権者に受領拒絶の態度が認められる場合がありうるが、これに関しては説が分かれる。

①提供必要説…いったん口頭の提供をしたうえでないと供託できない。ただし受領しないことが明らかなきときには直ちに供託できる。

②提供不要説…提供者は常に直ちに供託できる。

(b)債権者の受領不能

債権者が受領できないこと。債権者の帰責事由は不要。

(c)債権者の確知不能

「弁済者が過失なく債権者を確知することができない」(949条後段)こと。

「過失なく」とは、弁済者が善良な管理者の注意を払っても、確定している債権者が誰か知りえないということであり、知りえない理由は事実上の理由でも法律上の理由でもよい。

(5)債務の本旨に従うものであること

弁済供託の効果は債権の消滅であるので、債権者に対し、債務の本旨に従った弁済と同一内容の目的物を得させる必要がある。したがって、金銭債権の一部を供託したとしても、無効である。ただし、不足額がわずかな場合など、一部だけの債権消滅が認められる場合もある。

3、効果(p357~358)

(1)債権の消滅

弁済供託により、債権が消滅する(494条)。それに伴い、抵当権等の担保権も消滅する。ただし、供託者は一定時期まで供託物を取り戻すことができるので(後述、496条)、法律関係としては、供託物の取り戻しを解除条件として供託時に債権が消滅すると解されている(解除条件説)。

(2)債権者の供託物交付請求権

弁済供託がなされると、債権者は、供託所に対し供託物の交付を請求する権利を取得する。

民法に規定はないが、制度上当然に導かれる。債権者の受益の意思表示は不要。

4、弁済者の取戻権(p358~360)

弁済者は一定の事由がある場合を除き、供託物を取り戻すことができる(496条1項前段)。取り戻しを行った場合、供託をしなかったものとみなされる。

取戻権を行使できない一定の事由は、以下の5つである。

①債権者の供託受諾

②供託を有効と宣告した判決の確定

- ③供託によって、質権または抵当権が消滅したとき
- ④弁済者の取戻権の放棄
- ⑤取戻請求権の時効消滅…10年の消滅時効(167条1項)にかかり、起算点は、供託者が供託による面積の効果を受ける必要が消滅した時

第4節 代物弁済

1、意義(p360~361)

債務者が、債権者の承諾を得て、その負担した給付に代えて他の給付をしたときは、その給付は弁済と同一の効力を有するとされる(482条)。

なお、代物弁済により新たな債権が発生するわけではなく、この点が更改とは異なる。

2、要件(p362~363)

(1)債権の存在

代物弁済は債権の消滅を目的とするので、債権が存在しない場合に成立しないことは言うまでもない。

(2)債権者の承諾

本来の債務の本旨に従ったものでない給付によって、債務を消滅させるのであるから、債権者の承諾が必要である。代物弁済の成否・効果は、まず合意の解釈により判断される。

(3)「その負担した給付に変えて」

本来の給付に「代えて」他の給付がなされる必要がある。

(4)「他の給付をした」

「他の給付」とは物または金銭に限らず、なす債務も含まれる。

「給付をした」というためには、現実給付がなされる必要があり、そのために、権利の移転のみならず、第3者対抗要件の具備も必要である。

3、効果(p363)

代物弁済により、債権が消滅する。それに伴い、担保物権・保証債務も消滅する。

4、代物弁済予約(p364~365)

代物弁済予約とは、債務者が、将来、弁済できないときは、代物で弁済するという債権者・債務者間の予約である。詳細は担保物権法参照。

第5節 相殺

1、意義(p365~369)

(1)概念

2人の人が互いに相手方に対して債務を負っているとき、差し引き計算が可能な場合は、差し引きして弁済すること。これは、合意に基づくものもあるが、505条以下では法律規定に基づき、一方当事者の意思表示により行うことができる(506条1項、法定相殺)。

なお、相殺の意思表示をする当事者の債権を自働債権、相殺される当事者の債権を受働債権という。

(2)立法趣旨—便利と公平

立法趣旨は「相殺ハ實際ニ便利ニシテ且其結果公平ナレハナリ」とされている。

「便利」とは、それぞれ弁済するより相殺した方が簡便だという意味である。一方「公平」には2つの側面がある。

①当事者間の公平…双方が同時に履行したのと同等になるので、公平である。(公平保持機能)

②無資力になった当事者に対する他の債権者との関係。相殺したものは他の債権者に優先するが、それが公平であると考えられている。(相殺の担保的機能)

(3)合意に基づく相殺

法定相殺でなく、合意に基づく相殺もある。以下4種。

①確定的相殺契約

既存のまたは将来の債権債務について相殺する合意。

②停止条件付相殺契約

将来一定の事由が生じたときに、当然に相殺の効力が生じることへの同意

③相殺予約

将来一定の事由が生じたとき、当事者が予約完結権を行使することにより、相殺の効力が発生する合意。

④弁済期に関する特約

将来一定の事由が生じたときに、自働債権の弁済期が到来し、受働債権については期限の利益を放棄しうるとする合意である。

合意に基づく相殺においては、後述の要件を満たしていなくても、あるいは法定相殺では禁止されている場合でも、相殺できる。ただし公序良俗違反や、第3者を害することはできない。

2、効果

(1)債権の遡及的消滅

(a)遡及効

相殺の効果は、量債務の重なり合う範囲で債権が消滅することである。

相殺の効力は、「双方の債務が互いに相殺に適するようになった時」にさかのぼって生じる。詳細に適するようになった状態のことを、相殺適状という。相殺されると、相殺適状の時から利息は発生しなかったことになり、履行遅滞もなかったことになる。

(b)相殺適状の終了と遡及効

遡及効とはいえ、相殺の意思表示の時点においても相殺適状にあることが前提である。相殺適状が生じたのち、相殺の意思表示の前に、一方の債権が弁済によって消滅した場合には、その後の相殺はできない。

(2)相殺の充当

自働債権と受働債権の一方または双方が複数債権である場合、相殺がなされると、どの債権に充当すべきかという問題が生じる。これには弁済の充当規定が準用される。(512・488~419)

3、要件

(1)概観

相殺の要件には、相殺の結果発生のために必要な積極的要件と、それがあると相殺の効果が妨げされることになる消極的要件がある。積極的要件には2種類あり、一つは相殺適状にかかわるもの、もう一つは相殺の意思表示にかかわるものである。消極的要件は、相殺が禁止されていないことである。

(2)積極的要件・その1－相殺適状

(a)対立する債権の存在

相殺適状の要件(505条1項本文)の「二人が～債務を負担する」により、「対立する債権の存在」が要件として導かれる。

(i)債権の対立

債権対立の要件は、2当事者間では特に問題とならない。

(ii)債権の存在

相殺の意思表示がなされる時点で、対立する債権債務が存在していることが必要である。いったん相殺適状になっても、一方債権が消滅すれば、もはや相殺はできない。ただし例外として、債権が時効により消滅した場合には、債権者はその債権を自働債権として相殺できる。いったん相殺適状となった以上、当事者の相殺についての期待や利益は保護されるべきであるからである。

(b)同種の目的

相殺適状が生じるためには、双方の債務が「同種の目的を有する」ものであることが必要である(505条1項)。

(c)債務の性質が相殺を許さないものでないこと

債務の性質が相殺を許さないときは、相殺は認められない(505条1項但書)。

例：隣家である2人が互いに夜8時以降騒音を出さないという契約をした場合

(d)弁済期の到来

自働債権と受働債権のいずれも弁済期が到来していなくてはならない。

相殺される相手方の期限の利益を奪ってしまうからである。したがってこの要件は相手方保護のためのものであるから、自働債権については、弁済期の到来が要件となるが、受働債権については、相殺しようとする者は、期限の利益を放棄すればよい(136 条 2 項)。

第5節 相殺

3 要件

（1）消極的要件—相殺の制限

（a）相殺禁止の意思表示（505条2項）

（b）自働債権の制限—抗弁権の付着する自働債権（9-26参照）

<原則>

貸金債権と売買代金債権が存在するとき、通常は相殺できるが、売買においてまだ目的物を引き渡していない場合、目的物引渡請求権と売買代金債権は同時履行の関係にある。そのときは相殺できない。

なぜなら、相殺は自働債権については一方的意思表示による強制履行を意味するので、相手方の抗弁権を奪うことはできないからである。

<例外>

請負契約において、たとえば仕事の目的物に瑕疵があった場合、買主は瑕疵修補請求、損害賠償請求権を持つことになる（634条）。そしてそのとき請負代金債権とは同時履行の関係に立つ（同2項）。だとすると、原則的には相殺は認められないはずだが、現実的にはこれは請負代金の減額の意味を持つため、相殺しても不利益がないと考えられ、相殺が例外的に認められる。

*判例

前述のとおり請負契約においては、相殺が認められる。その意味としては、瑕疵があった場合に、損害額が確定して相殺するまでは同時履行の関係にある請負代金債権その全体について履行遅滞にならない（遅延損害金が発生しない）。

さらに、相殺した結果残った請負代金債権についても、相殺は遡及効があるため残請負代金債権ははじめから（相殺適状時から）履行遅滞に陥るようにも思えるが、そこには遡及効は及ばず相殺の意思表示から履行遅滞に陥る、とした。

さらにH18年の判例で、請負人側からの相殺についても同様である旨の判示がなされた。

（c）受働債権の制限・その1—不法行為による損害賠償債権（509条）

9-27参照

不法行為の加害者の側から相殺することは許されない。

*趣旨

①不法行為の被害者保護。 被害者には速やかに給付が現実になされるべき

②不法行為の加害者は相殺による保護を与えるに値しないから。

③不法行為の誘発の防止。 債権者が相殺を狙ってあえて不法行為を行うと困る。

＊これに対する批判・疑問

①に対して。

被害者の損害が生命身体のような場合には妥当するが、財産的な不法行為には妥当しないのではないか？債務不履行による財産的損害については相殺できるのに均衡を欠くのではないか？

②に対して。

過失による不法行為については妥当しないのでは？

③に対して。

腹いせの場合は故意があるので、故意による不法行為のみを禁止すればいいのではないか？すでに損害賠償債務が発生している場合には当てはまらないので適切ではないのではないか？

→現在の学説としては少なくとも過失による物的損害については相殺を認めてもよいとするのが多数だった。

一方判例はこの立場をとらず、厳格に解している（相殺できないとの立場）。近年は保険とのかかわりで判例の立場を支持する学説も多い。現在においては損害保険が発達しており、それぞれが保険会社から給付を受ければよいので、相殺を認めないほうが被害者保護に資する、というもの。

以上は加害者からの相殺の話だったが、被害者からの相殺は認められる。

(d) 受働債権の制限・その2－差押禁止債権（510条）

(e) 受働債権の制限・その3－支払いの差止めを受けた債権（511条）

9－28参照→差押と相殺へ

(f) その他の法律による禁止

(g) 相殺権の濫用

形式的には相殺禁止にあらず相殺権があっても、公平の観念とのかかわりで問題になりうる。

e.g. 狙い撃ち相殺

AがBに対して複数の債権を持っており、BがAに1つの債権をもっているとする。そのとき、Aの債権の1つが差し押さえにあった場合に、その被差押債権のみを相殺し、それ以外は弁済するような「狙い撃ち」の相殺は、濫用とみなされる。

平常時においては債権回収が自由に行われるが、差押の段階では債権者平等を図る必要。その調整の問題に他ならないが、その基準としては害意を要求することが考えられる。

(2) 差押と相殺

(a) 問題状況

(b) 差押えと相殺

(i) 法定相殺

<前提知識>

AのBに対する債権をCが差し押さえると、債務者AはBから取り立てること、BがAに弁済することが禁止される（民事執行法145条）。さらに一週間が経過すると、Cは直接取立てできる（同155条）。また、それに違反して弁済がなされた場合でも、それをCに対抗できず、Cはなお取立てができる（民481条）。

<問題>

先の例は禁止に違反した弁済についてであったが、Bの相殺の場合はいかに解すべきか問題。

Cが差し押さえる前からBがAに対して債権を持っていれば、Bははじめから相殺できる地位にいたわけであるから、それを奪われるのはおかしい。しかし前後関係が逆のときは相殺を認めると差押えが無意味になる。

↓

そこで511条の規律。支払いの差し止めをうけた第三債務者はその後取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができない。

では、この規定の解釈として、第三債務者が相殺できるのは差押の段階で双方の債権が存在することのみでよいか、それとも相殺適状にあったことが必要か、が問題となる。

P49

(イ) 差し押さえの段階で相殺適状にあった（双方が弁済期にあった）場合

→問題なく相殺できる。相殺の効果は相殺適状になったときに遡及する（506条2項）ので、差押時には債権はなかったことになるから。

(ロ) 差押時に受働債権が未到来だった場合

→Bは期限の利益を放棄できる（136条2項）ので、差押前に放棄すれば（イ）と同じ。しかし差押後に放棄した場合には、放棄には遡及効がないので、差押時に相殺適状でないまま。この点、判例はBの相殺に対する期待を重視して、このケースで相殺を認めた。

(ハ) 双方弁済期になかったが、自動債権が先に来る場合

(ニ) 双方弁済期になかったが、自動債権が後に来る場合

→議論が紛糾。以下判例の推移

*S39（制限説）

(ハ)の場合、相殺できるが(ニ)の場合にはできない。なぜなら、(ハ)図でいう①の段階では、すでに自分の債権を行使できる段階であり、差し押さえたCが実際に履行を請求できる②になるまでの相殺への期待は保護されるべきであるから。一方(ニ)

の場合の相殺は自己の債務は履行遅滞に陥っているのが前提となるため、そのようなものの期待は保護に値しないからである。

↓

＊S45（無制限説）

511条を文言どおりに解釈し、差押時に双方の債権が存在していればよく、弁済期の前後関係による制限を考えず相殺できる、とした。もちろん、この立場に立っていても、実際に相殺できるのは相殺適状になってからであるから、（二）の場合では②になるまで待たなくてはならないことに注意。

これに対し、学説の多数は制限説。以下それぞれの論点について検討

① 条文の文言

→無制限説に有利。

② 差押の効力の評価

→制限説は差押債権者を重視することとなるが債権の差押にはもともとリスクがある（すでに弁済されていたり、抗弁権がついているおそれ）ので、差押債権者の期待は重要ではないのではないか？

③ 相殺の担保的機能

無制限説はBの相殺への利益を重視するが、実質的には公示機能のない担保権を認めることになるので債権者平等に反するのではないか？

④ Bの相殺に対する期待

＊制限説の立場から新たな視点が提供された。AがBに対して持っている債権f2はAの財産である。この財産をめぐってBとCが争っている、と見てどちらを優先すべきか、という視点。

Cについて法が認めた確取可能性が具体化する時期というのは、f2の弁済期。一方Bにとってf2に対して権利行使しうるのはf1の弁済期。だとすると、Bが相殺をCに主張できるためにはf1が先に弁済期が来る必要がある、という帰結になる。しかしCについて本当にf2の弁済期まで具体化しないのかはよくわからない笑

＊また、制限説は自ら履行遅滞に陥っているような者の期待は保護に値しない、との主張だが、無制限説からは銀行取引のように継続的なもの場合はあてはまらないのではないか？Bの債務不履行は別途遅延損害金の発生で解決すべきではないか？という批判がなされている。

9-29

学説上は弁済期先後基準説が多数説。合理的期待説は一時期ブームだったが、今は下火。

判例は無制限説。

（ii）相殺予約

判例は、B が銀行で A は取引先、C が国であるケース。f1 は貸付金債権、f2 は預金債権。通常銀行は、取引先が差押えなどを受けたときは、貸付金債権を預金債権で直ちに相殺できる旨の約款を定めていることが多い（期限の利益を失う特約）。判例は契約自由の原則を重んじ、この約款を有効として銀行の相殺を認めた。

（iii）問題点の整理

＊大隅意見

法定相殺については制限説に立ちつつ、相殺予約については銀行の貸付金と預金が密接な牽連関係があるので、その場合には相殺予約の担保的機能を重視し、効力を認めるべき。しかもこの手法は公知の事実。

→合理性と公知性がある場合には認めてよいという学説も有力（9－29参照）

（c）債権譲渡と相殺

債権譲渡されたとしても、債務者は譲渡人に対して有した抗弁を譲受人に対抗できる（468条2項）。

ここで相殺について、債権譲渡の通知の段階と、相殺適状になる時期について、差押えの話と同じ論点がある。この点、判例は無制限説にたち、債権譲渡の通知の段階で双方の債権が存在していれば相殺できる、とした（相殺適状にあったことは必要ない）。

学説は、差押えのときとパラレルに考えるものが支配的だったが、今は511条と468条2項とを区別する。

511条は第三債務者の相殺に対する期待保護の規定であるのに対し、468条2項においては債権譲渡の流通の安全の要請と抗弁事由の存続との調和の問題。結論としては、債権譲渡のときのほうが、Bの保護が少なくてもよい、とする。

①債権譲受人のほうが差押人よりも保護されるべき

↑取引の安全の重視。差押人はどの財産を差し押さえるか選べる。差押債権者は他の一般債権者と平等の位置にあるが、債権譲受人はその債権については独占的な地位である、etc

②債権譲渡の場合は債務者に自衛を期待できる。債務者は譲渡禁止特約などを結べばよい

第6節 更改・免除・混同

1 更改（513条）

更改とは、元の債務を消滅させて新たな債務を発生させるもの。旧債務と新債務に同一性なし

1. 免除（519条）

一方的な意思表示で可能（単独行為）

2. 混同（520条）

179条と同じ趣旨。

パートV 当事者の複数と変動

第10章 多数当事者の債権関係

第1節 総説

1 意義

（1）概念と具体例

ABCがレストランで食事をしたとき、契約関係が店とABCとの間で成立する、と見られる。しかしAが年配であれば、店とAのみかもしれない。これは契約解釈の問題に他ならない。

＊債権者が複数いる場合

馬を共同で買ったとき、馬を引き渡せ、という請求権

＊債務者が複数いる場合

馬を共同で売った場合、馬を引き渡す債務

Aの借金に対して、Bが保証人になっている場合も、広い意味では複数債務者がいる、といえる。

（2）3種類の問題

（a）対外的効力

多数当事者と相手方の問題。債務者が複数いる場合、一人に全額請求できるか？それとも一人分しかできないのか？などの問題。債権者が複数の場合にも、一人で全額請求できるか、それとも自分の分のみか、など。

（b）影響関係

多数当事者の一人について生じた事由が他に影響するか。債務者が複数いる場合、一人に対して免除したとき、他の債務者に影響するか。→10-4

「絶対的」：一人について生じた事由が、全員について及ぶこと

「相対的」：一人について生じた事由は、他に影響しない

（c）内部関係

清算の問題＝内部でどう調整するか、の問題。各人が負担すべき負担部分を越えて弁済したとき、超えた部分を他に支払わせる（求償）できるか？債権者の場合も同じ。

（3）民法典の規定

①分割債権（４２７条）②分割債務（４２７条）③不可分債権（４２８条）④不可分債務（４３０条）⑤連帯債務（４３２条）⑥保証債務（４４６条）の６つは明文がある。他に、解釈として不真正連帯債務、連帯債権などが考えられる。

２ ２つの視点

（１） 債権債務の帰属形態という視点

物権を参考に考えるとすれば、総有、合有、共有の考え方を流用できる。

土地を売ったとき、買主に対して代金債権を取得するが、それは土地の共同所有形態に準じて扱う、というもの。そして、債権の場合、４２７条以下の示すものは物権でいう共有と同じだと伝統的には理解されてきた。（しかし問題がある）

（２） 人的担保とみる視点

特に保証をイメージしやすい。複数債務者がいたとしてもひとりに対して全額を請求できるとすれば、債務者が他の債務者の無資力を負担していることになる。しかし分割債務のときは妥当しないし、債権者が複数の場合は関係ない。

（３） ２つの視点の関係

（１）（２）ともに一面的には正しいが、問題がないわけではない。この見方は古くから対立しており、１０－１（旧民法）にその対立の構図があらわになっている。