

八 示談と共同親権

一 問題の所在

交通事故の被害者たる未成年者（娘）が加害者たる運転者及び加害車の運行供用者と示談をするに際して、行為無能力の未成年者（四條）は相手方と示談を締結することはできず、親権者が未成年者を代理して示談締結に及ぶことになる（八一八條）。民法八二四條は「親権を行う者は、子の財産を管理し、又、その財産に関する法律行為についてその子を代表する。」と定めて親権者が法定代理人である旨を明定している。ところが、親権者といえども、婚姻中は父または母が単独で子を代理して行為することはできない。民法八一八條三項は「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同してこれを行う。但し、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が、これを行う。」と規定しているからである。

大阪高判昭和六三年七月二八日（判例時報一二九五号六一頁）は、娘を代理して単独で示談した父親が示談金を受領した上で勝手に費消してしまったという場合に、被害者本人たる娘の損害賠償請求債権は有効に消滅してしまうかという問題について判示している。

示談と損害賠償と共同親権の効力を考える上で興味深い判例なので詳しく検討してみたいと思う。

二 事実と判旨

(一) 〔事実〕

原告Xは、昭和五六年六月一日午後七時四〇分ごろ、被告Y₂運転の普通乗用自動車(被告Y₁保有)に同乗中、右自動車が訴外人運転の普通乗用車に追突したため、その衝撃によって、顔面、頭部及び頸部挫傷その他の傷害を受けた。しかも後遺傷害として顔面に著しい醜状痕が残存した。そこでXは、この交通事故(本件事故)はY₂の前方不注意等の過失によるもので、Y₁は事故車を保有している運行供用者であるから、Y₂は民法七〇九条に基づく不法行為責任、Y₁は自動車損害賠償保障法第三条に基づく運行供用者責任を負い、Xに対して賠償責任を負担するものであると主張して、各自に一三五〇万円を請求し、あわせてY₁と自動車保険契約を締結した保険会社Y₃に対してY₁に代位して保険金の支払を請求した。

Y₁らは抗弁として、Xの損害については、Xが未成年であったため、Xの父A及び母BとY₁らとの間で既払金のほか一三〇〇万円を支払うなどの内容の示談契約が成立し、既にAに示談金の支払を済ませているのでXの損害賠償債権は消滅したなどと主張した。ところで右示談契約は、実際には、父Aが母Bから代理権を与えられず、偽造したBの委任状を添えて勝手に親権者代表として締結したもので、示談契約書にはBの署名押印は存しないものであった。この示談契約締結のいきさつは以下のようであった。

Y₃の代理店を営んでいる訴外Iは昭和五六年七月ころからX側とY側との間を斡旋し、双方の意向を伝えるように

なっていた。一方Xの父Aは、知人の紹介で訴外交渉人N（示談屋）を知り、Bの同意を得てNに本件事故に関する示談交渉を委任し、Aが経営する会社（自動車部品製造業で従業員一〇〇人位いる）の渉外部長の肩書のある名刺の使用を許したところ、Nはこの名刺を使用してX側の代理人としてY₀保険会社との間で示談交渉を進め、昭和五六年八月五日には、X宅でA・Bの同席するところで、Iに対して早期に示談に応じるよう求めた。

Y₀会社の事故担当者の訴外FはX側が早期示談を望んでいるとの報告を代理店主Iから受けたため、Xの顔面の傷痕は後遺傷害として残る可能性があるのに、医師による後遺傷害診断書があれば、事前認定が受けられることを知り、N、Aと会って右診断書を医師から取り付けるよう依頼した。そしてさらに示談金額について打診したところ、N、Aは二〇〇〇万円を提示し、Y₀側が五〇〇万円（後遺傷害二級と予想していた）と考えていたのと大きな隔たりがあることがわかった。

その後、同年一〇月二二日、Fの部下EとNとは、Xを同道して関西労災病院に赴き、同病院の谷口医師にXを診断してもらい、同医師はXを診断の上診断書を作成した。この診断書を自賠責保険調査事務所に提出してXの後遺傷害等級の事前認定を求めたところ、同月三〇日にいたって、Xの後遺傷害（顔面醜状痕）につき、自賠責法施行令別表3後遺傷害等級表七級一二号に該当する旨の事前認定を受けた。この認定結果を受けて同年一月二日ごろ、Fとその上司がNと会い、Y₀側が既払金のほか一〇〇〇万円を提示したのに対してNは一三〇〇万円を要求し、いろいろ交渉の結果、二〇〇万円をY₁に負担してもらうことで話しがまとまり、Y₀の大阪支店で示談書を取り交わす運びとなった。

かくてAはY₀の指示により示談書に必要な住民票、印鑑証明書を取り寄せたが、Xには再手術の必要があるとの理

由から母Bはなお早期の示談成立には消極的であったため、Bに無断でAを代理人として本件事故についての示談締結及び示談金受領に関する一切の件を委任する旨の委任状の委任者欄にBの住所氏名を記入してこれを偽造し、同年一月五日、NとともにY₀大阪支店に赴いた。同支店には、Fとその上司、さらにIが待機し、Aから右委任状、印鑑証明書、住民票を受け取り、Aとの間で、本件示談契約の内容、示談金の振込先（Aの取引銀行）を確認した上、その場で示談書を作成するにいたった。その際、Y₀の事故担当者であるFや代理店主Iは母Bも本件示談に同意しているものと信じ、何らの疑念もいかなかった。そのご、Y₁及びY₂は本件示談金をAの銀行口座に全額振り込んで支払いを済ませた。

原判決は、AがBを代理した行為について民法一一〇条の表見代理の成立を認めて示談契約を有効とし、Y₁に対する示談契約の未履行分（一万九一四一円）の支払請求を認容したにとどまり、その余の請求を棄却した。そこでXが控訴し、控訴審ではXは請求金額を縮減して損害賠償残金五九二万円の支払を請求した。

（二）【判 旨】（控訴棄却）

（1）右の事実によれば、Xは、Aが本件示談金を受領した当時も未成年者であり、父A及び母Bの親権に服していたことが明らかであるところ、父母の婚姻中は、親権は父母が共同して行うものであるから、本件示談金についても、本来、AとBとが共同して受領すべきもののごとくである。

しかしながら、債務の弁済は、すでに発生している法律関係を決済するだけで本人に新たな利害関係を生ぜしめるものではなく、本人に不利益を及ぼす危険もないので、法定代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で弁済を受領

するものであることを相手方において知り又は知ることを得べかりし場合等の特段の事情のない限り、父母の一方がこれを受領したときでもその効力を妨げられることはないものと解するのが相当である。

(2) 右認定の事実によれば、Aが自己又は第三者の利益を図る目的で本件示談金を受領するものであることをY₃らにおいて知り得べかりし状況にあったものとはとうてい認めることができず、右示談金の振込先がAの取引銀行であったことや、Nがいわゆる示談屋ではないかとの疑いを持ったIがBに対し将来示談が成立した場合の示談金の振込先をNのではなくてBの銀行預金口座にした方がよい旨忠告したことがあったことなどがそのような状況に当たると認めることができないうまうまでもないところである。

そして、本件全証拠を検討しても、他にAによる本件示談金の受領を無効とすべき特段の事情があるものと認めることはできない。

そうすると、Xが本件において主張する損害及びその額がすべて認められたとしても、本件示談金支払（これが本件事故によってXの被った損害の賠償であることは前認定の事実関係から明らかである）の受領の効力はXにも及び、これによって右損害はすべて填補されたものといわなければならないから、XのY₄らに対する本訴請求は、その余の点について判断するまでもなく理由がないことに帰するといふべきである。

三 研 究

(一) 序

本件判決は、交通事故に基づく未成年者の損害賠償債権について共同親権者の一人である父親が他の共同親権者た

る母親の同意を得ないで単独で示談契約を締結し、その上で右示談金を受領した場合に、相手方がこの父親の自己又は第三者の利益を図る背任的意図を知り又は知ることを得べかりし場合でないかぎり、右父親の示談金の受領は右債権の弁済として有効であり、右未成年者の損害賠償請求権は消滅する、と判示したものである。

(二) 単独名義と無権代理

原審（神戸地裁尼崎支部）は、まず、本件示談契約の効力について判断している。Xの父Aは母Bの承諾ないし同意を得ずに示談がなされたもので本件示談契約締結の代理権は附与されていなかったと認定した上でつぎのように論ずる。民法八二五条は、親権が共同行使される場合において、外見上親権が共同行使された体裁をとっているものを特段に保護しようとしたものと解される。だから共同名義で法律行為をしたというのは、契約書上において親権者父の署名押印と親権者母の署名押印とが連記されている場合をいうものと解すべきである。本件示談契約書には、親権者代表父親Aとの署名押印はなされているが、親権者母Bの署名押印は存在せず、示談契約書が連名の形をとっていないことが明らかであるから、本件においては、本件示談契約書は父母共同名義で締結したということとはできない、と。

すなわち、本件示談契約は父母共同名義でなされたものではないから、民法八二五条はそのまま適用することはできないとの見解である。それゆえ、Aの単独名義による本件示談は無権代理行為ということになり、右示談契約の効力は、父Aに基本代理権が認められるかぎり、民法一一〇条の表見代理の成立の有無にかかっていると判断に立脚している。そこで原審はすすんで表見代理による本件示談契約の成立の有無につき判断する。まず、第一に示談屋N

に対して、X及び母Bが示談交渉を依頼していたかについて、代理店主IがBに「Nはいわゆる事件屋でたちの悪い男だから示談の交渉に入れないで弁護士を立てて欲しい」と度々要請したが、結局、X及びBは正式に弁護士に依頼しようとしなかったどころか、後遺傷害の事前認定その他のため、Nに積極的に協力していたということから考えて、X及びBは本件示談交渉自体は当初からNに依頼していたものと認められること、第二に、本件示談成立の日には、右Nを通じ連絡したとおりの必要書類をAが持参し、N同席の下にY₃の大阪支店において、F、I、A、Nが相集って示談契約書が作成されたこと、第三に、Bは当初は相当感情的になり、被告らに対して強硬な態度をとっていたが、本件事故の後遺傷害の程度からして、一三五〇万円（五〇万円は既払分）と極めて高額な金額で本件示談が成立するに至ったという事情から、Bもついに納得したものと考えたとしてもY₃らにおいて不自然ではないこと、第四に、Aは、従業員一〇〇名を擁する自動車部品製造の会社を経営し、それなりの社会的地位を有していたもので、X及びBと同居して通常の家庭生活を送っていた者であり（ただし、本件示談成立後、Aが妻Bの委任状を偽造するなど通常では考え難かったこと、などを認定して、AはBより「本件でもやむを得ない事情があったものというべく、したがって、本件示談契約は、民法一一〇条の表見代理により、被告Y₁とXとの間で有効に成立したものである」と判示した（原審判決）。

たしかに従来の「正当理由」について「普通の人が代理権があると信ずるのもっともだと思われること」（我妻「新訂民法総則」三七二頁）という説明に照らすならば、本件のAの代理行為について、Y側は正当理由を認めることはたやすいであろう。しかし、私は、「正当理由」をより厳しく考える立場から、すでにこれまで、「一一〇条の『正当理由』の説明について、従来『普通の人々が代理権があると信ずるのもっともだと思われること』（我妻「新訂民法総則」三七二頁）

という事情があり、代理権の存在についての善意・無過失のことをいうと余りに漠然と説明されていたのに対し、一〇条の正当理由を否定した判例（たとえば最判昭和四二年一月三〇日民集二巻二四九七頁、最判昭和四五年二月一五日日集二四巻二〇八一頁、最判昭和五一年六月二五日民集三〇巻六号六六五頁等）がしばしば用いる『代理権有無の確認手段』『本人の意思確認』という表現を『正当理由』の具体的な説明の中に盛り込んでいくべきだと考える。即ち一〇条の正当理由を否定した判例が『本人の意思の確認』を広汎に要求するならば、『正当理由』の内容規定において、この表現を採用し『本人に代理権の有無・範囲について問合せをすることが全く不要と感じさせるほどの客観的事情があり、それゆえに代理権の存在を信じたこと』が、相手方が代理権ありと信ずべき正当理由のあることと説明すべきである（高森「不動産取引業者と民法一〇条の『正当理由』」法律時報五六巻三号一九頁以下）。（高森八四郎・敏子「他方名義の不動産（三六巻四号）と論じており、この私見の立場から本件の事案を考察するならば、原審の認定になお若干の疑問が感じられる。というのは、原審認定事実によれば、前記一〜四点のみならず、次の点も見い出される。まず、Nが暴力団に關係していた示談屋であり、それをY側が充分承知して、前述のように、たちの悪い男だから示談の交渉に入れないでほしいと要請していた事実があり、示談の交渉はまかされていたとはいえず、Y側はNの人物を十分知悉していたもので、示談契約締結の当日も、示談金がNではなくAの銀行口座に振込まれることを確認している。しかしながら、そのあと、Aは実印をNに預けて退席し、示談書、領収書にはNがAの住所、氏名を署名し、Aから預かった印鑑を押印しているのである。これは、Bの委任状をAが偽造してみずから署名しているところから、委任状の偽造がバレないために、Aが退席して、Nに署名押印させたものであろう。少し注意すれば、委任状の署名がBのものではないこと、Aのものではないかと疑いうることは可能だったのである。原審もおそらく、これを慮ったのである

う。わざわざ、「しかしながら、Aが、FやIに対し、Bに無断で本件示談契約を締結すると話したり、同人名義の委任状が偽造であると告げたりしたことはなかった」と認定して、正当理由肯定の有力な事情とみなしている。しかし、偽造した本人がわざわざ無断でやったとか偽造であるとか相手方に告げるわけではないのであって、そのようなことはいささかも正当理由を肯定する事情にはなりえないであろう。むしろ、Xの顔面に傷痕が残り再手術の必要ありとの見込みなどからYらに感情的で、強硬な態度をとっていたBであったのだから、得体の知れない、いかがわしい示談屋Nと共に強引な示談交渉をつづけたAがいざ署名となればわざわざ実印をあづけて退席するなどの態度に接したならば、せめてB名義の委任状の筆跡などにも注意を払ってしかるべきではなかったかとも考えられるのである（なお、示談契約成立後のことであるが、IはAに家庭内がもめるからまだ示談は成立していない旨、および示談金額も一三〇〇万円ではなく一〇〇〇万円の提示内容である旨説明してくれと懇願されて、事実そのようにしている）。

しかしだからといって私の「問い合わせ」理論からみて、正当理由が否定されるというわけではない。原審及び控訴審も正当理由を厳しく認定する立場から事実認定していないので、認定された事実のみからみて若干の疑問を感じるということである（それゆえ、控訴代理人が控訴理由で主張している事実、たとえば、BがYらに示談のときは自分に必ず連絡してくれるよう頼んでいた、とか、IがAはだまされ易い人柄だから、受領金はBの口座に入れた方がよいとアドバイスしていたかの事実がもしあったならば、Y側の過失は免れなかったと思われる）。

思うに、本件示談契約の締結に際して、AがBの委任状を持参・呈示して自己単独名義で示談書に署名したという本件事案においては、確かに形式的には共同名義でなかったとしても、実質的には共同名義と同視してよく、民法一〇〇条の適用ではなく、むしろ八二五条が類推適用されて然るべきではなかったであろうか。AといえどもXの親権

者として示談契約締結の代理権限を有しているのであり、Bの委任状を持参せず、A・B両名の共同名義でなされたならば、八二五条によって相手方に悪意のないかぎり、示談の効力は妨げられなかつたはずである。それが委任状を持参し、単独名義でなされたならば、無権代理で民法一一〇条が適用されて、代理権ありと信ずべき正当理由の認定につき厳しく判定されるのでは比我的利益衡量上差がありすぎると思われる。右のように解することができるならば、原審判決も結論は結局正当に帰するであらう。

(三) 弁済の受領と共同代理

(1) これに対して控訴審たる大阪高判は、「合計一三〇〇万円（本件示談金）の支払いがXの被った本件損害賠償債務の弁済として有効であるならば、……Yらの主張する本件示談契約がXとの間でも有効であるか否かにかかわらず、X主張の損害賠償債権は損害の填補により消滅することになる」との立場から、一三〇〇万円のAの口座への振込みによるAへの弁済がXに対しても効力を生じるものであるかどうかを検討している。そして判旨(1)において、債務の弁済は、すでに発生している法律関係だけを決済するだけで本人に新たな利害関係を生ぜしめるものではなく、本人に不利益を及ぼす危険もないので……特段の事情のない限り、父母の一方がこれを受領したときでもその効力を妨げられないとしている。ところで父母が婚姻中は、親権は父母の共同によってなされなければならず（民法八二）、法律行為についても共同代理が原則とされ（八二）ている。これは通説によれば（我妻・前掲、（三三四一頁））、一種の代理権の制限と解されている。しかし受働代理については、共同代理の場合でも、一人で代理して受領する権限があると解されており、その理由として、「そう解さないと、甚だ不便であり」、共同代理の「趣旨は、積極的に意思表示をするためには共同する

ことを必要とするというのであって、意思表示の受領まで共同にすることを要求するものとは、考えられない」(我妻
掲書三 四一頁)からであるとされている(商法三九(条参照))。つまり共同代理は、受働代理に共同代理を要求することは不便であること、
共同代理の趣旨は能働代理に限定されるものであることを理由に認められたものだと説いている訳である。ところが
本件判決は、受働代理と債務の弁済とを同視して、本人に不利益を及ぼす危険がないことに共同代理に反して一人で
それを受領してもその効力を妨げられないと解する根拠としている。共同代理の定めがあるとき、それが法律で定め
られた場合でも、当事者の意思によって定められた場合でも、受働代理には及ばないと解すべきであり、それゆえに
民法八二五条は、共同親権を行う場合は、積極的な、能働的な意思表示を行うときでも父母の共同名義でなされるか
ぎり、効力を妨げられないと特に定めたものと解されるのである。端的に言って、共同代理の定めは原則として受働
代理の場合にあてはまらないだけのことであって、債務の弁済を受領する場合も同様であり、受働代理や債務の弁済
などが新たな利害関係を生ぜしめないゆえ、本人に不利益を及ぼす危険がないから単独の弁済受領が有効になる訳で
はないのである。受働代理においても債務の弁済においても、本人の意思に反したり、代理人が背任的意図を有して
いたりすれば、本人にとって不利益を及ぼす危険性はつねに存するといえるであろう。

右のように本来、受働代理や債務弁済受領行為には共同代理の制限がないと解されるから、本件の示談金について
Aが単独で受領したとしても有効であることに問題はないと考えられる。それゆえ控訴人が控訴理由として、共同代
理の定めがある場合は、一人の代理人が意思表示を受領しても、他の代理人又は本人に伝達しないという意味での消
極的濫用はありうるのであるから、受働代理であるからといって、共同代理人各自が単独でなしうるということはで
きず、同様に、弁済の受領であっても代理人全員が共同でしなければならぬというべきであるとの見解は採りえな

いであらう。

(2) ところで、さらに控訴理由は、交通事故の被害者の示談契約は、示談金の支払を目的として締結され、示談金の支払によってその目的を達するものであって、示談契約の締結と示談金の支払とは不可欠であるから、示談契約締結権限のない者は、示談契約の目的である示談金の受領権限も有しないし、示談契約について表見代理が成立しないときは、示談金の弁済が債権の準占有者に対する弁済として有効となることもないと主張する。

これに対して判旨は、本件示談契約が有効であるか否かにかかわらず、本件示談金の支払いが本件損害賠償債権の弁済として有効になるという立場である。たしかに控訴理由の主張内容を若干変形して、たとえば、売買契約締結権限のない共同代理人の一人が勝手に契約を締結して代金を受領しても、右売買契約について表見代理が成立しないかぎり、それが弁済として有効となることはないであらう。それゆえ控訴理由は、一般的立論としては正当なものを含んでいる。しかし本件は、交通事故に基づいて有効に発生した損害賠償債権についての示談契約が問題になっているのであって、この場合、たとえ示談契約自体が共同代理における単独の行為として無権代理で無効であっても、弁済された示談金が損害賠償債権の填補として債権の消滅をもたらすものにはちがいないのである。つまり、有効に発生した債権の弁済を受領する権限は共同代理人の一人にも有効に帰属しうるのである。したがって判旨は正当である。

(四) 代理権の濫用と信義則

以上のように本件示談金の受領権限をAが有していたとしても、Aは Y_1 Y_2 から支払を受けた本件示談金のうちから

一〇〇〇万円は自己の経営する会社の運営資金として費消してしまい、残余の三〇〇万円は示談屋のNに謝礼として支払ってしまったものであるから、Aが、当初より自己及び第三者の利益を図る目的で本件示談金を受領したものであることは疑いない。かような行為は、与えられた権限の範囲内で自己又は第三者の利益を図って代理権を行使するところの、いわゆる権限濫用行為にはかならない。代理権限の濫用については、すでに最判昭和四二年四月二〇日（民集二巻三）が「代理人が自己又は第三者の利益を図るため権限内の行為をしたときは、相手方が代理人の右意図を知りまたは知りうべかりし場合に限り、民法九三条但書の規定を類推して、本人はその行為につき責に任じないと解するを相当とする」旨判示しており、本件判決も、民法九三条但書の類推には触れていないが、法定代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で弁済を受領するものであることを「相手方において知り又は知ることを得べかりし場合等の特段の事情」のある場合には受領行為の効力の奪われることがあることを認め、その上で、本件においてY側は本件示談金支払の際にAの背任的意図を知り又は知り得たかどうかについて詳細な事実認定をしている。そして結論として本件示談金の受領を無効とすべき特段の事情があるものとは認められないと結論している。私見は、最判昭和四二年のように九三条但書を適用するのではなく、相手方の悪意（重大過失を含む）の場合にのみ代理行為は効力を妨げられると解しその根拠を信義則に求めるべきであると考えているが、本件判決としては右最判に従ったものであろう（権限濫用についての文献としては、高森「代理権限の濫用」法学セミナー二六七号九八頁参照。なお四宮和夫、民法総則（第四版）二四一頁参照、四宮和夫は法定代理人の場合には相手方の過失をも要求する立場である）。

（五） 結 語

最後にくり返えしになるが本件に対する私見をまとめて述べておきたい。私見は、原審とは異なり、民法一一〇条

を適用するのではなく、民法八二五条を類推適用すべきだと考える。その理由は以下のとおりである。すなわち民法八二五条は①他方の同意がなく、一方の単独の名義でした場合と②双方の名義でしたが他方の同意のない場合とを区別し②の場合のみ善意の第三者を保護し、共同行使の効果を生ずるものとしたと解されている（我妻「親族法」三二六頁）。①の場合に本条の適用のないのは相手方が注意することが容易だからであろう。しかしながらBの委任状の持参・呈示がなく、Aが一人で共同名義による示談契約を締結した場合とBの委任状を呈示し、Aの単独名義で示談契約を締結した場合とで相手方の注意の程度にはほとんど差異がないと思われる。従って本件では委任状の偽造につきY側に悪意（重過失を含む）がないかぎり、Aの示談契約は有効であり、したがって示談金の受領もまたXに対して効力を生ずるものと考えたい。ただ、控訴理由にもあるとおり、Aの不審な行動もなかった訳ではないので、控訴審としてはいまま少し厳密な事実認定をすべきではなかったかの疑問も残る（なお、Aの示談金受領がXとの間で民法八二六条の利益相反行為となる（かの問題については、判例時報のコメントに適切な言及がある）と見做らないう）。

〔初出〕「未成年者の損害賠償債権につき共同親権者の一人である父がその弁済を受領した場合と右債権の消滅」判例評論三六六号
四六頁（判例時報一三二二号二〇八頁）平成元年八月、一九八九年

九 和解（示談）と解除の遡及効

一 問題の所在

青森地判昭和五〇年八月八日（判例時報八〇七号八〇頁）（建物等収去土地明渡等請求事件）は、裁判上の和解が解除された場合、争い前の旧法律関係が復活して争いが再燃されるか否かについて重要な判断を示した。最高裁にはいまだ現われていない事案であり興味がもたれる。事案はつぎのようなものであった。

X・Y間でX所有の土地につきYが賃借権を有するか否かが争われ、結局、この争いを止めて、XがYに対しその所有地を売渡す旨の訴訟上の和解が成立したのち、Yの代金支払債務不履行によりXが和解を解除し所有権に基づいて土地の明渡しを求めたところ、Yは抗弁として、和解契約が解除されたら当事者間の実体上の権利関係は和解成立以前の紛争状態に復帰するから、賃借権の存否について争うと主張した。本件判決は、訴訟上の和解の内容である私法上の和解契約が解除された場合、和解成立前の紛争状態に復帰するか否かは、当事者の合意の内容によって定まるとしつつ、和解内容を、(1)従前の権利関係を基礎としてこれに条件、態様等の変更を加えたもの（確認型）と、(2)それにとどまらず、従前のそれを解消しこれと異なった新たな権利関係を創設形成したもの（更改型）とに区別し、(2)

の場合には、特段の事情なきがぎり、解除により、従前の紛争状態に復帰することはないと判示した。紛争を終了させるべく和解を締結し、新関係を創設形成したにもかかわらず、一方の債務不履行により解除するや、その債務不履行者が紛争状態でなしていた主張を復活せしめ、紛争が再燃されることは、解除者にとって余りに不利益であり、和解における当事者の意図とかげ離れたものとなることを理由としている。

和解の解除による旧関係の復活の可否の問題については、これまで、ほとんど論じられることがなく、先例としても大判大一〇・六・一三があるのみなので、この先例と本判決との関係を含めて、和解の本質を明らかにする格好の事例であると思われる。

〔参照条文〕 民法五四一、五四五、六九五条

二 事実と判旨

(一) 〔事実〕

本件土地はもと原告Xの所有に属するところ、被告Yは右土地につき賃借権を主張し、これを否定する原告Xとの間で抗争中(青森地裁昭和四五年(第一五三号事件)、昭和四七・九・三〇の和解期日に左記内容の訴訟上の和解契約が締結された。(1) Xは、Yに対し本件土地を代金一億七〇〇〇万円で売り渡す。(2) Yは、右代金を昭四八・三・三一までにX方へ持参または送金して支払う。(3) Xは、Yに対し右代金の支払と引換えに本件土地の所有権移転登記手続をする。ところが約束の期日が過ぎてもYの支払いがないので、Xは催告のうえ、和解を解除し、本件土地上にYが所有する建築物、施設および飼育中の動物を徹去して本件土地を明渡せと訴求した。Yは主たる抗弁として、本件和解は

訴訟上の和解として成立したものであるところ、右和解が解除されたら当事者間の実体上の権利関係は右訴訟上の和解成立以前の状態に復帰する、よってYは本件土地につき賃借権を有する、と主張した。

(二) 〔判旨〕

「訴訟上の和解の内容である私法上の和解契約が解除された場合、訴訟上の和解成立前の権利関係（紛争状態）に復帰するか否かは畢竟和解契約における当事者の合意の内容によって定まるものと解されるところ、右合意が、従前の権利関係および和解により確定された権利関係の内容とその異同、和解に至る経緯、和解条項等からみて従前の権利関係を基礎としてこれに条件、態様等の変更を加えたものにとどまらず、従前のそれを解消しこれと異った新たな権利関係を創設形成したものと認められる場合には特段の事情なき限り和解契約の解除により従前の権利関係に復帰することはないと解するのが相当である。

蓋し、このような場合、和解契約の解除により従前の権利関係に復帰するものとすれば、当事者は、紛争を終了させる目的で従前の権利関係と異った新たな権利関係を確定したにも拘らず、その一方の債務不履行により和解契約が解除されるや再び従前の紛争状態に逆戻りして抗争することになり、右紛争の再燃による他方の不利益は大きくその結果は和解における当事者の意図とかけ離れたものとなって極めて不合理だからである。従って、右のような和解契約が成立した場合、爾後の当事者間の、権利関係は、専ら、和解契約により新たに確定されたそれによってのみ律せられ、たとえ訴訟上の和解の内容をなす和解契約が債務不履行により解除された場合でも、従前の権利関係（紛争状態）に立ち戻ることなく、和解契約の不当得法的処理即ち原状回復のみで足りると考えるのが相当である。」

(一) 訴訟上の和解と訴訟終了効

本件和解は訴訟上の和解である。訴訟上の和解がその内容たる私法上の和解の債務不履行によって解除された場合、訴訟上の和解の訴訟終了効もまた消滅するかという問題は、もっぱら訴訟法上のものとしてこれまで論議されてきた判例は当初（大判昭八・二・一八法学二卷二四三頁、京都地判昭三一・一〇・一九下民集七卷一〇号二九三八頁）消滅を肯定して旧訴の復活を認めていたが、最判昭四三・二・一五（民集三二卷二号一八四頁）は、これを改めて、訴訟終了効は和解の解除によって覆滅させられないとする見解に転じた。学説上はこの最判に対し訴訟上の和解の本質論に対する理解とからまって賛否両論あるようである（さしあたり柏木「訴訟上の和解と和解契約の解除」別冊ジュリスト続民事訴訟法判例百選二〇〇頁参照）。しかし本件判決の問題は右の訴訟法の論議ではなく、まさに訴訟上の和解の内容を構成している私法上の和解が解除によって和解締結前の紛争状態に復帰するか否かというまさに実体法上の問題である。本来ならば、訴訟法の理論も踏まえて論じなければならぬにもかかわらず、筆者の能力から、ここではそれを視野の外におかざるをえない（本件は、旧訴復活の手續をとらず、新たに別訴で訴求している）。

(二) 和解の解除と遡及効

本件判決の問題は、土地所有者（X）と占有者（Y）との間に賃借権存否に関する争いが発生し、この争いを止めるために、XがYに本件土地を売却するとの内容の和解を締結したところ、この和解の具体的内容たる売買契約が買

主たるYの代金不払いを理由に解除された場合、解除の遡及効により和解締結前の法律関係、より正確には、和解締結前に存していた賃借権の存否をめぐる争いが復活するか否かにある。この問題につき、学説上はこれまでほとんど議論がなく、ただ和解を有償双務契約と理解する立場から、債務不履行の一般原則（民五四一―五四五条）に従って解除がなされえ、解除の効果も遡及的な原状回復であると述べる見解があるだけである（我妻・民法講義債権各論（中二）八八二頁）。右の学説に引用されている大判大正一〇・六・一三（民録二七輯一一五五頁、判民九九事件末弘評釈）は、本件判決と同一の問題を扱った唯一の先例といつてよいであろう。事實はつぎのとおりである。虚偽表示によって所有権および共有権を移転した真の所有者甲と名義人乙との間に争いが生じ（この争いの実体は不明、乙が虚偽表示ではないと争ったというのではなく、むしろ、名義を所有者へ返環することをしぶつたことから生じた争いらしい）、この争いを止めるためにつぎのような和解を締結。（1）甲はその主張する土地引渡ならびに所有権登記名義書換手続請求を抛棄し、右土地に関する乙の所有権を確認し（事実上は所有権譲渡）、（2）乙は甲に生涯生活の必要品を供給する義務を負うこと、（3）この義務履行を怠ったときは、甲は和解を解除しうることを、という約束であった。ところが乙が約束を履行しないので、甲は和解を解除して土地引渡と登記移転手続請求をした。乙はいったん解決した争いを再興することは「法ノ秩序ヲ紊リ権利関係ヲ混乱ニ陥ラシムル」と主張したが容れられず、甲の請求が認容された。

大判は、和解が解除されたなら契約締結の当時に遡及して和解なかりし状態に復するとしたのに対し、本件判決は、それを否定し、争いの再燃を禁止したので、両判決は結論が逆になっているかに見える。しかし、私見によれば、そのように解すべきではないと思う。大判の事案における争いの実体は、法律関係の存否をめぐるものではなく、仮装売買を理由に所有者が名義人に対して土地の明渡しと名義書換を請求したのに対し、名義人が事実上それを拒否した

(すなわちゴネた) というものであり、この場合、事実のレベルの争いにすぎないが故に、和解が解除されて、和解締結前の法律関係に復帰してもいわず「争いの再発」ではなく、真実の権利関係に基づく請求が復活するだけなのである。争いの再燃防止の要請がこの事件には存在していないといつてよい。したがって、解除によって旧紛争状態に復帰しないとの判断を示したとしても、あらためて真の所有者が虚偽表示を理由に名義人を訴求した場合、事実のレベルで名義人がさらにゴネることを防止することはできず、結局、新訴では、甲・乙間に虚偽表示がなされたか否かという真実の権利関係を確定し、この確定された権利関係にしがって甲の請求を認容するということにならざるをえない。大判も解除の遡及効によって、「和解ニ依リテ確認セラレタル権利ハ初ヨリ確認セラレサルコトナリ抛棄シタル請求権は抛棄セサリシコトナル」と判示していたにすぎないのである。

これに反し、本件判決においては、X・Y間に法律関係の存否に関する争いがあり、この争いを止める合意たる和解が、その内容として成立した売買契約の債務不履行による解除によって旧紛争状態(賃借権の存否に関する争い)に復帰するとされることは和解によって争いを止めた意味を没却せしめることになるのである。もし本件事案を所有権者Xと不法占拠者Y間において、XがYに土地明渡請求をしたとき、YがXの所有権の有無を争わず、事実上明渡を拒否する(すなわちゴネる)という形で争いが生じ、この争いを止めるため、XからYに土地を売却する旨の和解が締結されたと仮定するならば、大判と同一の結論がとられることになる。逆にもし大判において、甲・乙間に仮装売買であるか否かの法律関係の存否に関する争いが生じていた事案だったとするならば、本件判決と同じく、和解締結前の紛争状態への復帰は否定され、乙としては、もはや仮装売買にあらずとの抗弁を主張しえないという形で、争いを終了させる和解の効力は維持されるべきだったであろう。本判決も、結論としては、Xの所有権に基づく請求

(争いに即していえばYには賃借権は存在しないとの主張)に対し、債務不履行者たるYの「賃借権の存在」の主張を封じて争いの再燃を防止しているのである。結局、大判と本件判決とは、争いの実体が異なる故に両判決の間には何ら矛盾はないといつてよいと思う。

(三) 和解の確定効と争いの復活

相互の譲歩の方法によって、争いを止めることを約するところの和解は、それが締結され、新たな法律関係が形成されるや否や当事者双方に何らの債務も残さず完結すると考えることができる。和解によって「争いを止める債務が発生する」と考えるべきではない。和解の内容として、売買・交換・その他の双務契約が含まれることもあるが、この場合、和解内容が全体として双務性を帯びることはありえても、紛争を止める合意を核心とする和解自体は債務の不履行という問題が生じないが故に、法定解除による遡及的消滅(すなわち争いの復活)もまた生じえない(和解契約を双務契約とはみず、法律関係確定合意とするのは、山木戸「和解に関する一考察」民事訴訟理論の基礎的研究二八九頁)。

本件判決では、X・Y間の賃借権の存否をめぐる争いは和解の内容たるXからYへの土地売却の合意が成立するや否や完全に結着づけられる。和解の具体的な内容としての売買契約がYの債務不履行によって解除され、所有権はXに復帰し、Yの代金債務は消滅するけれども(この意味では和解締結前に復帰する)、Yとしてはもはや賃借権の存否については争いえないといふべきである。この意味において、和解自体の遡及的消滅をもたらす無効・取消の場合と和解によって形成された契約の解除とは決定的に相違するといつてよい。それゆえ、本件判決が、和解内容を確認型と更改型に分け、後者についてのみ解除の遡及効を否定する考え方を示した点は疑問である。本件事案でも、もしX

がYから代金の支払いを受けたのち、移転登記をなさないという形で債務不履行をしつづけるならば、Yは売買を解除してあらためて賃借権の存否について争いたいであろうし、またそれを認めないわけにはいかないと思われる。すなわち更改型であっても、Yが賃借権ありと主張しえないと処理すべきではないのである。私見によれば、この場合債務不履行者は従前の争い状態でなしていた主張を、解除後はもはや提起しえないという形で争いを止める合意たる和解自体は生きていると考えるので、XはYの賃借権なしとは主張しえず、結局、賃借権ありとして規律されることとなる。Yの賃借権存在の主張を認めることは、Xによる賃借権不存在の主張を認めないかぎり、和解締結前の紛争状態への復帰を肯定したことになるかと思われる。なぜなら、いずれにせよ、X・Y間の賃借権の存否をめぐる争いは結着づけられるからである。

結局、和解は、その内容たる双務契約の解除がなされた場合、解除者は和解締結前の紛争状態における自己の主張を提起することはできるが、債務不履行者（被解除者）は争いを復活することはできないとして処理されることとなる。

（四） おわりに

以上本判決の結論は正当であるが、理由づけは若干疑問が感じられる。

なお、本稿発表後、磯村保「和解契約の解除——和解契約の処分行為性——」（神戸法学雑誌三四卷三号（一九八四年二月）五二—五三頁）が公表された。残念ながら本稿（一九七六年八月）及び本稿の研究判例には何ら言及されていない。右磯村論文は、私見が主張した、和解契約の確定効は和解が締結され新しい法律関係が形成されるや否や当事者双方

に何らの債務を残さず完結され、従って、紛争を止める合意たる和解自体は債務の不履行という問題が生じないが故に解除による遡及的消滅はありえないという見解とほぼ同じ見解をとるもののである。しかし、解除による争いの復活のあることを当事者の復活への合意に求めているようであるが、私見は、合意のある場合に復活のあるのは当然として、それ以外の場合にも争いの内容次第では旧関係の復活もありうることを論じている点でなお異なるところがある。

さらに、訴訟上の和解の解除による旧訴の復活の問題を実体上の和解の解除遡及効を含めて、ドイツの文献に依拠して論じた注目すべきものに石川明「訴訟上の和解の解除と旧訴の復活について」法学研究四九巻一号八七頁がある。

〔初出 「裁判上の和解の解除と旧関係復活の可否」法律時報四八巻九号一一七頁（昭和五一年八月、一九七六年）〕

附録一 和 解

本稿は、和解に関する判例を主に学生の学習用にかんたんに解説したものである。

一 概 説

和解契約に関する民法典の規定は、六九五条（和解の定義）と六九六条（和解の効果）の2カ条しかない。特に和解と錯誤の関係については何も定めなかったので、この分野はもっぱら判例と学説とによって理論化がなされてきた。そして実際上も和解について判例上多く問題になるのは錯誤との関係についてである。

さて和解契約は、相互の譲歩の方法によって当事者間に存する争いを止める契約である。この「争ヲ止ムル」ことが和解の本質であることは疑いのないところである。争いのない法律関係を相互に譲歩することによって、争いのない法律関係へ転化させる合意であり、その意味で必然的に当事者間の法律関係が確定されることになる。だから「法律関係確定の合意」とも称される。その意味で、争いがあるから確定する必要があることである。逆に確定する合意があれば、そこに争いが存在していたことになるであろう。【一】は、和解契約が有効に成立する要件として、相互の譲歩と争いの存在を要求し、争いが存在していないならば、たとえ法律関係を確定する契約でも和解ではないと判

示した。この表現からみると、争いを止める契約たる和解と法律関係確定の合意とは性質の異なるものと判示したようにもみえるが、事案をよくみると、法律関係を確定する合意があったのか否かを明らかにせよといっていると理解しうるので、「判旨」の表現に惑わされて、判例上二つの合意を別個に取り扱っていると速断してはならないように思われる。

和解と錯誤の関係については、一般に、(1)争いの対象となつてゐる事項に錯誤があつても顧慮されない。(2)ただし争いも疑いもなき事項として和解の前提ないし基礎とされた事情について錯誤がある場合には、例外的に顧慮される。(3)上記以外の事項について錯誤あるときは、一般錯誤論の問題として民法九五条によつて処理すればよい、と説かれる。ただ理論的には(2)と(3)を区別しながらも、判例学説ともに実際上はこれを民法九五条の要素の錯誤としている。ところが(2)についていうならば、判例は、「和解の前提ないし基礎にされた事情」には(1)締結された和解の具体的内容からみて論理上当然に確定されたものとして基礎におかれた事情と(2)当事者がとくに和解締結に際して前提とした一定の事情との二つのものが含まれているということをとほとんど自覚していない。(1)についての錯誤はドイツ民法七七九条が規定している、いわゆる和解の基礎に関する錯誤で、和解契約の内容上確定したるものとして基礎におかれた事情が事実上一致せずかつ当事者が真の事態を知つたならば争いそのものが排除されたであろう錯誤という形で定式化されうる。このような和解の基礎となつた事情についての錯誤は、前述のとおり、わが判例上要素の錯誤として九五条によつて律せられている(たとえば、大判大正六・九・一八民録三三一三四二)。「二」は、この、和解の内容上確定したるものとして基礎におかれた事情に関する錯誤の事例で、判旨は、めずらしく錯誤の問題としてではなく、基礎の喪失という考え方を示唆している。他方、(2)の、当事者双方が特に締結に際して前提とした一定の事情に関する

る錯誤としては、最判昭三三・六・一四（民集二二—一四九二＝特選金菊印毒ジャム品質錯誤事件）がこの類型に属するが、これは、(1)とは異なり、真の事態を当事者が知っていても争い自体は発生していたとされる場合であって、(三)は、このような意味での前提についての錯誤の存在を原告は主張したが、判旨は、原告の主張する前提事実も、実は争いの対象になっていたのであり、民法六九六条によりその効力を争うことはもはや許されないと断じた。結局、(1)の事件として処理されたのである。すなわち、争いの対象になった事項について、のちに確証が発見されて真実が判明しても、争いを止める和解の本質上、それによって和解の効力が奪われてはならないということである。[四]もこの旨を強調している。けれども[四]は事案としては、むしろ他の契約においても原則的には顧慮されることのない、単なる動機の錯誤があつたにすぎない事案のようである。そして示談締結後、予期せぬ程の重大な後遺症が発生した場合に、これが和解錯誤論といかに関連するかという興味ある問題も残されているが、これはのちの[六]によって扱われる。

[五]は、訴訟上の和解については、和解条項の文言通りに厳格に解さなければならぬとして、民法上の和解と訴訟上の和解とを異なつて取り扱うべきだとの態度を表明したものと評しうる。

二 [一] 和解契約成立の有無——大判大正五年七月五日民録二二輯一三二五頁——

[要旨] 当事者間の法律関係について争いの存しない以上はたとえその法律関係を確定するためになしたる契約であっても和解契約ではない。〔破棄差戻〕

[事実] X・Y間の委託契約の履行によって生じた債務について、その弁済方法を定めた協定（甲第一号証）が成立した。この協定については当事者間には何ら争いがなく、ただその協定書の第二条項の支払方法たる株式譲渡を金一、〇〇〇円の支払いをする旨に変更し、かつ、その通りの履行も終えたのち「粟生武右衛門（Y）ト細野喜四郎（X）トノ賃借関係ハ本日和解ヲ遂ケ一切

決了到候ニ付他日双方ヨリ何等ノ苦情又ハ請求致ス間數……」の文詞を含む念書（乙第一号証）が作成された。Xは一審および二審において、弁済方法の協定は錯誤により無効となる、または詐欺により取消するといつてその効力を否定したが、たとえそれが無効または取り消しうるものであったとしても、乙第一号証の和解が成立している以上、もはや争うことができないと判示された。そこでXは、Yの詐欺によって債務がないのにそれありと誤信して、その債務の弁済のため土地の譲渡等の弁済方法を定めた甲第一号証の協定をなし、そしてその協定の一部を変更したので、それを確認するために乙第一号証を作成したものであり、甲第一号証の条項に苦情異議が起り、その結果双方が譲歩して争いを止めるためになしたのではないから、和解の文字が使用されていても和解契約は成立してはいない、と主張して上告した。

〔判旨〕 和解ハ当事者ガ互ニ譲歩ヲ為シテ其間ニ存スル争ヲ止ムル契約ナルヲ以テ、和解契約ノ成立ニハ当事者間ニ於テ権利義務ノ存否若クハ其範圍体様ニ関シ当事者互ニ其主張ヲ異ニシ之ガ紛争ヲ終局セシムルガ為メニ互ニ譲歩ヲ為シテ各一定ノ給付ヲ為スコトヲ約スル事実存在セザルベカラズ。換言スレバ、和解ハ当事者ノ互譲ヲ手段トシテ争ヲ止ムルコトヲ目的トスル契約ナルヲ以テ、当事者間ノ法律関係ニ付キ争ノ存スルナクシテ縱令当事者間ノ法律関係ヲ確定スル為メニ為シタル契約ナリトスルモ和解契約ニアラザルヲ以テ、当事者ガ之ニ付スルニ和解ノ名称ヲ以テスルモ法律上和解ノ効力ヲ生ゼザルヤ論ヲ俟タズ。

解説 和解は相互の譲歩によって争いを止める契約であるから、一般には、争いそのものがなく、相互の譲歩もない場合には、和解は成立しないと説かれる。本判決は争い自体が存在しないならば、たとえ当事者が和解をしたという証書を作っているとしても、真の和解は成立するはずがなく、したがってその効力も生じえないと判示した。しかし和解の本質を「法律関係確定の合意」に求める立場からは、判決要旨に述べているように、「法律関係を確定するために必要な契約」があるならば、相互の譲歩や争いの存在を問題にすることなく、真正の和解があったとみるべきではないか、との批判が投げかけられている。ただ本判決の「判旨」を詳しくみると、当事者間で一定の債務関係につき疑義

が生じ、種々交渉の結果、一方から他方に対し一定方法の弁済をする旨の協定が成立した場合、その協定通りの履行が終わった後に、この協定の趣旨と履行が済んだことを確認するために、和解をしたとの文言を有する約束証書が作成されても、最初の協定の内容について争いが生じた結果、それを解決するためになされたものでないかぎり和解とはいえないので、それについて争いがあつたか否かを調べなければならぬと判示しているにすぎない。つまり「法律関係を確定するための合意」があつたか否かを審査させるために破棄差戻したものである。それゆえ、本判決に対するさきの批判は必ずしも的を射たものではないといえる。本判決は正当な判断を示したものと評してよいと思う。

三 二二 和解と錯誤①——大判昭一〇年九月三日民集一四卷一八八六頁——

〔要旨〕 当事者間に立替金の求償債権あることを前提として締結された裁判上の和解はこの求償権が存在していないときは当然無効にしてこれに対し請求異議の訴を提起することができる。〔上告棄却〕

〔事実〕 Y（被告）はX（原告）の所有権に係る本件土地を強制競売において競落し、所有権を取得した。ところがこれよりさき本件土地につきXは、彼が耕地整理組合に対し支払う義務を負っていた耕地整理費合計金一二三円七二銭を怠納していたので、Yは競売後にこの怠納金およびそれに対する損害金合計金一六三円六六銭をXに代わって立替支払をした上で、Xに対し立替金返還の訴を提起した。ところがこの訴訟当事者間で裁判上の和解が成立し、この請求金額、損害金および訴訟費用を合計二〇〇円と計上し、XはYに対し毎月末日金一〇円を弁済する旨の協定がなされた。しかしこれはXのYに対する「求償債務ノ存否若クハ其ノ範圍態様ニ付毫毛争ナク」成立したものであったので、Yの和解金請求に対しXは和解金額に錯誤の存したことを理由に強制執行異議を申し立てた。しかし実さいには、立替金求償債権は法律上存在していなかつたようである。一審においてX敗訴、二審においてX勝訴。Yが上告した。

〔判旨〕 スクスクノ事柄有リ若クハ無シトノコトヲ前提（或ハ条件）ト定メテ一ノ契約ヲ締結シタル場合ニ、此ノ事柄ガ所定ニ反シ無ク若クハ有リタルトキハ其ノ依ツテ立ツトコロノ基礎ヲ失ヒタル契約ハ当然無効ニ帰セザルヲ得ズ。這ハ法規ノ明文ヲ俟ツマデモ無キ一般論理上ノ通則ニ外ナラズ、或ハ之ヲ解シテ以テ契約ノ要素ニ錯誤アリタルガ為メナリト為スハ単ナル用語トシテハ鬼モアレ、少クトモ民法第九五条ノ場合ト混同ヲ生ジ延テ此ノ法条ノ意義マデモ之ヲ濫晦ニ付スル虞アルヲ免レズ。而シテ上叙ノ論理ハ独リ民法（三）所謂和解ニ限り其ノ適用ヲ見ザルノ筈無キガ故ニ、同法第六九六条ハスカル場合ヲモ支配スル規定ニ非ズ。規定ノ趣旨ハ恰モ互譲ニ依リテ以テ協定セラレタル事項自体ニノミ関スルモノタルハ「争ノ目的（対象）タル権利」ト云フ同条ノ文字ニ觀ルモ亦之ヲ領スルニ余アラムナリ。

〔したがって和解が無効であるかぎり、和解は訴訟終了の効力を生じないから、求償金請求事件は依然裁判所に係属している。〕

解説 本件は立替金の求償債権が存することを前提として、その存否や範囲についてなんらの争いもなく、単に弁済方法について和解が成立したが、現実にはこの求償債権が存在しなかつた事案について、「当然無効」に帰せざるをえないと判示したものである。甲が乙に対し求償権に基づいてその弁済を請求してきたとき、乙は自分がこの甲に対して求償債務を負っていることを全く争わず、それを確定的な前提または基礎として承認した上で、その債務の弁済方法について甲と和解した場合だというのであるから、もし当事者が真の事態、すなわち甲は乙に対して求償権を有しないことを知っていたならば、乙の甲に対する求償債務の弁済方法に関する争いまたは交渉は全く発生しなかつたであろう。つまり本件は〔概説〕において述べたところの、契約の内容上確定したるものとして基礎におかれた事情に関する錯誤の典型的なものである。そして本判決のユニークな点は、これ以外の判例においては和解の基礎の錯誤がすべて民法九五条の要素の錯誤として処理されているにもかかわらず、ここでは、全く、錯誤の問題としてではなく、「契約が依って立っている基礎の喪失の問題」としてとらえていることである。しかも、本件の処理の仕方として民

法九五条を持ち出すことを判文上、明確に否定し、その不合理さを強調している。この点きわめて注目されてよい見解を示したといつてよい。だがこの考え方はこれ以後の判例・学説において、一部の例外を除き、ほとんど承継されてはいない。

四 〔三〕 和解と錯誤②——最判昭和三十六年五月二六日民集一五卷一一三六頁——

〔要旨〕 借地権の期間満了による建物収去土地明渡の調停において期限後における借地権の消滅が合意された以上、借地法六条の法定更新による期限後の借地権存続につき錯誤があったことを理由として右調停の効力を争うことは、民法六九六条により許されない。〔上告棄却〕

〔事実〕 Xは本件宅地上の建物を訴外Aより買い受け、地主Yの承諾を得て借地権も譲り受けて、昭和三年以来、該建物に居住し、飲食店を経営してきた。この宅地の賃貸期間の満了する（昭和二〇年）以前の昭和一六年に借地法が改正され、即日施行されたが、その六条によって法定更新がなされうることをXは全く知らず（このことは当時のY、調停委員、弁護士も不知であった）、賃貸借期間の満了と自己使用を理由にYより明渡訴訟がなされた際にも、借地権は消滅しているものとして、もっぱら借用力を懇請したのみだった。昭和二〇年、X・Y間に、同二年九月一六日限り土地を明け渡す旨の第一次調停が成立した。その後Xはこの調停の無効を主張して訴訟を起し、同年一〇月第二次裁判上の和解がなされ、それによって第一次調停が有効であることを認め、明渡期限を昭和二七年まで延期する旨を定めた。しかしXはさらに調停および和解の無効と借地権の確認を求めて本訴を提起し、一審二審とも敗訴したので、上告し、法定更新により二〇年の借地権の存在することを知らずに、期間満了により借地権が消滅したと誤信してなされた調停には要素の錯誤があり無効であると主張した。

〔判旨〕 所論は上告人〔X〕において法定更新の適用を知らなかった点、第一次調停には要素の錯誤があり、この主張が原審に誤解せられたというのであるが、右調停において民法上の和解の対象となつたのは借地権の存否自体だったのであるから、この和

解において判示期限後における借地権の消滅が合意せられた以上、後に法定更新の点が判明したとしても、民法六九六条により、和解の効力を争うことは許されないと解すべきであり、所論は採用に値しない。

解説 地主が期間満了と自己使用を理由に借地人に対し土地明渡請求をして訴訟を起こしたところ、借地法が改正されたばかりで法定更新の制度があることを知らなかったために、借地人は、借地権がその期間の満了によって消滅したと信じて調停に応じたという場合は、いわば、法律の不知があったにすぎず、厳密な意味での積極的な「錯誤」があったとはいえない。この場合、「法律の不知は（合意の効力を）害せず」という原則が十分に考慮されなければならぬ。本件における借地人は、「法定更新なきこと、すなわち借地権が消滅していること」を確実なるものとして和解の前提にして、土地明渡猶予期間を二年と定める調停をしたのだから、その前提の誤りであることが判明すれば、（和解の前提または基礎に関する錯誤として）要素の錯誤になり、調停は無効になると主張しているともみうるが、借地権の存続を二年と定めた和解の内容からみて論理必然的に法定更新なきことが確定的基礎となったとはいえないし、さらに当事者が法定更新あることを知っていたとしても、借地明渡請求をめぐる争いの発生が排除されるものではないので、和解の基礎に関する錯誤の類型には属さない事案だといわねばならない。両当事者がとくに合意によって法定更新なきことを条件または前提としたとみられることができるならば、その条件または前提合意によって調停の効力を奪うことはできないとはいえても、本来、法律の不知は自己が負わなければならない危険の典型であるのだから、余程明確に認定しうるのでなければこの合意の存在は認められえないであろう。まさに「法律の不知は許さず」なのである。本判決は、借地権が消滅したか否かそれ自体が争いの対象になっていたと認定して民法六九六条をそのまま適用した。いずれにせよ、第二次の和解によって調停の有効性が確認されている以上は、借地人敗訴の結論は動か

いところであった。

〔評釈〕 村上淳一・法協八〇巻二号

五 〔四〕 和解と錯誤③——最判昭和三八年二月一二日民集一七巻一七一頁——

〔要旨〕 訴訟物たる債権の存否につき被告が答弁しないまま成立した裁判上の和解において、原告が右債権を有することを被告が認めるについての錯誤の主張は、民法六九六条により許されないものと解するのを相当とする。〔上告棄却〕

〔事実〕 原告Xは被告Y会社に対して、XがY振出の約束手形を受取人訴外Aより譲り受けたことにもつき手形金を請求した。第一審において、Yの答弁のないまま、訴訟上の和解が成立。その後Yは和解が無効であると主張して新口頭弁論期日の指定を申請した。その理由とするところは、本件手形は本来馴合手形として振り出されたものであるが、Xが訴状において本件手形を満期前の裏書によって取得した旨を陳述しているので馴合手形の抗弁をなしえないものとして和解をしたところ、その後Xは期限後裏書を受けていることが判明したので、本件和解はXが満期前の裏書による善意の第三者所持人であることを前提として締結されたものであるから法律行為の要素に錯誤がある、というものである。原審で敗訴したY上告。

〔判旨〕 第一審で訴訟の目的物とされた原告〔X〕主張の三〇万円の手形金債権及び損害金債権を原告が有することをその口頭弁論期日における本件和解において被告〔Y〕が認めた以上は、たとえ和解後に至り和解において被告がこれを認めたことが右被告主張の如き錯誤にいでたものであったとしても、本件和解は無効とされるべきでなく民法六九六条により効力を妨げられないものと解するのを相当とする。論旨引用の判例はいずれも事案を異にし本件に適切でない。されば本件和解の成立により本件訴訟終了の効果を生じたものというほかない。

解説 本件第一審判決は、本件和解の骨子は、YがXに対する約束手形金債務の承認およびその支払方法を定めたこととあり、本件手形の所持人（原告）に対する裏書が期限後裏書であったことにつき振出人（被告）に錯誤があったと

しても「右事実の如何は振出人が本件和解で原告〔X〕に対する債務を認めた一つの縁由にすぎず、特に本件和解の前提とされたものではない、錯誤が問題になるのは、振出人が結局においてXに対する債務を認めたことが真実に反しかつこれを知らなかったという意味であろう。しかし訴訟物たる権利の有無について誤認があったとしても和解無効の原因とはならない」と判示していた。この一審の判決は真に妥当であり、その判旨は全く間断するところがない。原告Xの取得した手形が期限後裏書であったことについての被告の錯誤はまさしく本件和解締結に至るための動機の錯誤にすぎず、和解の前提ないし基礎に関する錯誤ではない。したがって動機の錯誤は要素の錯誤とはならないといえは事足りた事件である。この意味において上告審が六九六条の適用をもちだして解決しているのは、一見、無用の議論とみられるかもしれない。ただ本判決は、上告理由が原告の手形債権は当然存在するものとしてこれにつき全然争わず、これを前提として支払の協定のみにつき和解が成立したものである、と述べているところから、手形金債権の存否自体、争いの対象をなしていたのであるとして、六九六条の適用を肯定したものであるから、その限りではまた正当である。

〔評釈〕 淡路剛久・法協八二卷二号、山本戸克己・民商四九卷四号

六〔一五〕 訴訟上の和解の解釈——最判昭和四四年七月一〇日民集二三卷一四五〇頁——

〔要旨〕 訴訟の係属中に訴訟代理人たる弁護士も関与して成立した訴訟上の和解においては、その文言自体相互に矛盾し、または文言自体によってその意味を了解しがたいなど、和解条項それ自体に瑕疵を含むような特別の事情のないかぎり、和解調停に記載された文言と異なる意味に和解の趣旨を解すべきではない。〔破棄差戻〕

〔事実〕 本件建物の借主Xは貸主Yとの間に賃貸借を締結し、起訴前の和解手続によって和解調書を作成した。その期間が満了したときにも、同じく和解調書を作成して賃貸借を継続した。ついでYは第二回目の和解調書にもとづいて本件明渡の強制執行に着手したところ、訴外Aが第三者異議の訴を提起した。この訴訟においてXは利害関係人として参加し、本件建物について訴訟上の和解が成立した。その和解条項には種々のものが含まれているが、特に第一条項において「XはXが使用占有している本件家屋についてはこれを占有する正当な権限のないことを認め昭和三九年六月末日限り明渡すこと。」が定められていた。Yはこの和解調書にもとづき本件建物明渡の強制執行に着手したのに対しXはさらに請求異議の訴を起した。これが本件である。第一審はXの主張を棄却し、第二審はXの主張を容れて原判決を取り消し、賃貸借はいぜん存続していると判断した。その理由は、和解条項の文言は明渡猶予の約定であること明白であり、これを正反対の趣旨に解することは例外中の例外でなければならぬけれども、諸般の状況を検討すれば、結局賃貸借の約定であり、その期間の定めは単なる賃料改訂の期間を定めたものとみられる、ということにある。そこでYが上告した。

〔判旨〕 原判決の判示するように、和解条項の文言の解釈にあつてはその和解の成立に至つた経緯のみならず、和解成立以後の諸般の状況をも考慮にいれることは違法とはいえないが、本件和解は、訴訟の係属中に訴訟代理人たる弁護士も関与して成立した訴訟上の和解であり（もつとも被告本人〔X〕自身は、利害関係人として本人のみが関与しているが、この点については、和解文言の解釈については、とくに差異を設けるべきいわれはない。）、和解調書は確定判決と同一効力を有するものとされており（民法二〇三条）、その効力はきわめて大きく、このような紛争のなかで成立した本件和解をその表示された文言と異なる意味に解すべきであるとするのは、その文言自体相互に矛盾し、または文言自体によつてその意味を了解しがたいなど、和解条項それ自体に内包する、瑕疵を含むような特別の事情のないかぎり、容易に考えられないのである。

原判決も、この点について、原判示のような解釈は例外中の例外にかぎり許されるべきとする制約を付しているが、原判決の確定した事実関係のもとでは、いまだもつて、原判示のように本件和解条項の文言と異なる解釈をすべきものとは認められないので

ある。

解説 本件の訴訟上の和解は、すでにこれ以前に即決和解を二回行なったのちの三回目のものであった。原審の認定によれば、この二回にわたる即決和解の期間の定めについては、それは賃料改訂期間の趣旨に解されるべきだとされている。本件では、第一回目の和解証書に記載されている明渡猶予期間が満了すると家屋の貸主は明渡を請求せずに賃料と保証金を増額して第二回目の和解を締結し、同じく期間が満了すると同様のやり方で増額をして賃貸借を継続している。そして賃料の不払を理由に契約を解除し、強制執行続行中に成立したのが本件訴訟上の和解であった。原審は以上の本件和解締結をめぐる事情を中心に本件和解条項中の問題となりうる諸点を指摘した上で詳細な事実認定を行ない、前二回の即決和解におけると同様に本件和解の明渡猶予期間を単なる賃料改訂期間だと解すべきであると判断した。しかし本判決は、訴訟上の和解が訴訟継続中に訴訟代理人たる弁護士が関与してなされること、それが確定判決と同じ、きわめて大きい効力を有するものであることを主たる理由に、和解調書は文言通りの趣旨に解すべきことを強調した。このように専ら事実認定とその評価にかかわるにすぎないのに、最高裁が原判決を破棄して差戻しているということは、めずらしい部類に属するであろう。この判決によって、訴訟上の和解は、ほとんど文言通りの趣旨に解さねばならないことになる。原審が、異なった意味に解するのは「例外中の例外」なのだと述べつつ判断をしたのを、本判決はしりぞけたものであるだけになお一層その感を深くする。

〔評釈〕 山本戸克己・民商六二巻六号

七 〔六〕 示談後の後遺症の発生と追加的賠償請求——最判昭和四三年三月一五日民集二二巻五八七頁——

〔要旨〕 交通事故の全損害を正確に把握し難い状況下で早急に少額賠償の示談をした場合、当時予想できなかった後遺症につき後日賠償請求ができる。〔上告棄却〕

〔事実〕 AはYの被用者Bの過失により受傷し、治療費、治療期間中の逸失利益ならびに後遺症による逸失利益計七万余円の損害を受けた。Aは勤務中であつたため労災保険および自賠法により計四九万余円の給付を受けた。そこでX(国)がYに対し労災保険給付金額を求償した。ところでAY間にはすでに示談契約がなされていたため、Yが、XはYに求償しえない、と争つた。原審は示談締結当事者に予想されなかつた事態の発生を解除条件とする契約であるとしてYの主張を排斥した。Yは将来を予想してなされた示談には拘束力があると主張して上告した。

〔判旨〕 一般に、不法行為による損害賠償の示談において、被害者が一定額の支払をうけることで満足し、その余の賠償請求権を放棄したときは、被害者は、示談当時にそれ以上の損害が存在したとしても、あるいは、それ以上の損害が事後に生じたとしても、示談額を上廻る損害については、事後に請求しえない趣旨と解するのが相当である。

しかし、本件において原判決の確定した事実によれば、被害者Aは昭和三二年四月一六日左前腕骨複雑骨折の傷害をうけ、事故直後における医師の診断は全治一五週間の見込みであつたので、A自身も、右傷は比較的軽微なものであり、治療費等は自動車損害賠償保険金で賄えると考えていたので、事故後一〇日を出でず、まだ入院中の同月二五日に、Aと上告会社〔Y〕間において、上告会社が自動車損害賠償保険金(一〇万円)をAに支払い、Aは今後本件事故による治療費その他慰藉料等の一切の要求を申し立てない旨の示談契約が成立し、Aは右一〇万円を受領したところ、事故後一か月以上経ってから右傷は予期に反する重傷であることが判明し、Aは再手術を余儀なくされ、手術後も左前腕関節の用を廃する程度の機能障害が残り、よつて七万余円の損害を受けたというのである。

このように全損害を正確に把握し難い状況のもとにおいて、早急に小額の賠償金をもって満足する旨の示談がされた場合においては、示談によつて被害者が放棄した損害賠償請求権は、示談当時予想していた損害についてのみと解すべきであつて、そ

の当時予想できなかった不測の再手術や後遺症がその後発生した場合その損害についてまで、賠償請求権を放棄した趣旨と解するのは、当事者の合理的意思に合致するものとはいえない。

解説

示談成立後に予想しえない程の増大損害が発生した場合に、示談中に含まれている請求権放棄約款の効力を制限するため、本件判例以前も以後も錯誤無効による構成を採用するものが多い（東京地判昭五〇・四・二四交通民集八卷二号五三七頁、大阪地判昭五一・三・二二交通民集九卷二号四〇六頁など）。本件の一審は（大津地判昭三八・九・三〇）、事故当事者間には、損害賠償請求権の全面的放棄の合意は成立していないとして原告（国）の求償権を認めていた。これに対し二審（大阪高判昭三九・一二・二五）は、右約款には、爾後に著しい事態の変化が生じた場合には、契約を解消せしめる趣旨の解除条件が附与されていた、したがって本件示談当時の予想に反して大幅に損害が増加した場合には、権利放棄の約款は、解除条件の成就により当然効力を失う、という理論によって原告の請求を認めている。本最判は、一、二審の理論も錯誤論にも依拠せず、賠償請求権放棄条項を示談当事者が示談締結当時双方ともに前提としていた損害結果にのみ関わり、当時予想できなかった不測の再手術や後遺症が発生した場合、その損害についてまで賠償請求権を放棄した趣旨と解すべきではないとしている。信義則に基づく合理的意思解釈を行っているのであって、他の法律構成より理論的にも実際のにもすぐれているものである。この最判の構成は「別損論」と呼ばれており、示談と後遺症に関するリーディング・ケースである。

〔評釈〕 藪重夫・民商五九卷五号

〔初出・別冊法学セミナー基本判例シリーズ5、判例民法Ⅱ(2)債権各論一〇五頁（昭和四九年五月、一九七四年）〕

附録二 裁判上の和解の成立を前提とする裁判外の和解の効力

昭和五八年九月一六日最高裁第二小法廷判決 (昭和五七年(第)第一一三三号) — 破棄差戻
(和解金支払請求事件)

〔要旨〕 裁判上の和解成立を前提とする裁判外の和解が成立したか否かの判断につき審理不盡理由不備の違法があるとされた事例。

〔事実の概要〕 被告Y(控訴人・被上诉人)は、先に原告X(被控訴人・上诉人)ほか一名を相手方として土地所有権に基づき所有権移転請求権仮登記抹消登記手続等を請求する訴を提起したが、右事件の控訴審において、(1)YがXらに対し所定の期日までに一定の金員(Xに対しては二、五〇〇万円)を支払うのと引換えに、XらはYに対して売買予約を原因とする所有権移転請求権仮登記の抹消登記手続をする(和解条項第三項)。(2)Yが所定の期日内に右金員を支払わなかったときは、YはXらに対し、右所定の金員を支払って、右登記の抹消登記手続を求める権利を喪失する(和解条項第五項)、旨の和解が成立した。ところが、Yは所定の期日までに約定の金員を支払わなかった。そこで、Xは、右和解成立と同日、X・Y間には、右和解成立の前提として、右和解条項第一項所定の期日(昭和五五年四月末日)までに、所定の金員(二、五〇〇万円)を支払う旨の裁判外の和解が成立していたと主張して、その支払を求める訴えを提起した。これが本件である。これに対してYは、X主張の事実を否認し、YがXらに対し、金員の支払義務を認め、その支払を約した上で、XらがYのために抹消登記に應ずる内容の合意は、訴訟外においても成立する余地はなかったと抗弁した。

一審（静岡地裁）は、X・Y間にX主張のごとき裁判外の和解が成立した事実が認められるとしてXの本訴請求を認容したが、二審（東京高裁）は、和解条項第五項によれば、Yが支払うこととされていた金員の支払は、Yの義務ではなく、「単に登記抹消義務履行の条件とされているに過ぎないことが明らかであり、仮りに裁判外でX主張のような合意があったとするならば、その合意は右第五項によって変更され、これにより、右合意によるYの金銭支払義務は消滅したといわざるをえない。それ故、Xの本訴請求は主張自体失当であって棄却を免れない」として一審判決を取消した。

そこでXは上告して、Xが主張しているのは当事者間における金銭支払の合意の存在であり、これに対しYは和解外での支払約定の存在を否定しつづけ、この約定の存否に関する「証拠の価値判断の誤り」を控訴理由としたにすぎないのに、原審が「仮りに裁判外でX主張のような合意があったとするならば、その合意は右和解条項によって変更され、これにより右合意によるYの金銭支払義務は消滅した」といい、「それ故、主張自体失当」と判示するような主張は、Yはなにもしていない、原判決には、審理不尽、理由不備、理由齟齬、弁論主義違背等の違法があると主張した。

〔判決理由〕 「しかしながら、不動産についての所有権移転請求権仮登記等の抹消登記手続請求事件において、仮登記等の権利者が右不動産の所有者からの一定の金員の支払と引換えに右仮登記等の抹消登記手続をする旨の裁判上の和解をする一方、右和解成立の前提としてあるいは右和解内容を補完するため裁判外で右不動産の所有者が右仮登記等の権利者に対し右仮登記抹消義務履行の条件とされている一定の金員を支払う旨の上告人主張のごとき合意をするというようなことは世上決してありえないわけではなく、また、そのような合意が許されないとする実定法上の根拠もないから、裁判上の和解に無効又は取消の原因となるような瑕疵がなく、かつ、裁判上の和解の条項に不動産所有者の金員支払義務が明記されていないからといって、直ちに上告人主張のような合意の成立が否定される道理はないといわざるをえない。しかるに、原審が、上告人主張の合意の成否について証拠に基づき明確な判断を示すことなく、漫然と前記判示のような理由でたやすく上告人主張の合意の成立を否定したのは、和解に関する法令の解釈適用を誤ったか、審理不尽、理由不備の違法を犯したものであるとはいはかない。」

裁判官全員一致の意見で、破棄差戻（宮崎梧一、木下忠良、鹽野宜慶、大橋進、牧圭次）。

〔参照条文〕 民法六九五条、民訴法二〇三条・三九五条一項六号

【解説】 本訴におけるXの請求は、裁判上の和解の前提として、別に裁判外の和解が締結され、そこでは、和解金の支払いがYの義務として合意されていた、したがって、裁判上の和解において、Yの金員の支払いがXの登記抹消義務履行の条件とされているにすぎなくとも、YはXに対して和解条項に定められた金員を支払う義務があるというのである。一審は右のXの主張どおり、裁判外の和解の成立を認定し、Yの和解金支払義務に関する合意の存在を肯定し、その義務履行がないので、Xの請求を認容したものである。ところが、原審は、裁判上の和解条項第五項において、Yの金員支払がなされなかったときの、Yの請求権の失権約款があり、いまだYの和解金支払約定がYの給付義務として明確にされていないところから、たとえ、Xの主張のように裁判外の和解がなされ、支払義務に関する合意があっても、裁判上の和解で和解内容が変更され、右合意によるYの支払義務は消滅してしまつたといわざるをえないから、Xの請求自体失当と判示した訳である。ここでは証拠に基づいて、X主張の裁判外の和解がなされたか否かの判断は全くなされておられない。裁判上の和解がなされた以上、その内容どおり当事者の法律関係が確定してしまふとの見解に立っているのであろうか。しかし、最高裁が正しく指摘しているように、裁判上の和解の成立を前提とし、それを補充・補完する裁判外の和解をすることは全然妨げないであろうし、さらには、裁判上の和解と内容上抵触ないし矛盾する条項が含まれていても、全体として当事者が信義に反する主張をするものでないかぎり、さような裁判外の和解を締結することも許されると思われる。本件のXの主張は決して内容上、両者が矛盾するようなものではなく、むしろ、補完的な意味合いのものであるから、原審としては、当然、証拠に基づいて、Xの主張のような

合意の存否について判断すべきものであった。

最高裁は、さらに、原審が仮定的に認定したX主張の金員支払債務消滅の事実は、Xの請求に対するYの抗弁事実
に該当し、これを認定することによって右の請求を排斥するためには、Yのその旨の主張がなければならないのに、
記録上、Yのかかる主張が窺われなにかかわらず、原審が認めている点をとらえて、原審判決には弁論主義に反
する違法があると断じている。全く、もっともな指摘であって、たとえ原審が「仮りに」と前置した仮定的な判断で
あっても許されないものであろう。

それゆえ、原判決は、いずれの観点からみても、破棄されざるを得なかったであろう。

なお、本件最判については、判例時報一〇九二号六五頁及び判例タイムズ五〇九号一一六頁に適切な解説がある。原審判決に
ついても判例時報一〇五三号一〇三頁に解説がある。

▼本件原審の資料等の入手につきましては、奥野兼宏弁護士のご協力を得ました。

〔初出・民商法雑誌九〇巻五号七五五頁（昭和五九年八月、一九八四年）〕

附録三 債権の効力

一 序 説

(一) 債権の効力概説

債権は債務者に対して一定の行為(給付という)を請求しうる権利である。たとえば、土地の売買において売主Aは買主Bに対して所有権を移転する債務を負い、買主Bは、Aに対して売買代金支払債務を負担する(五五条)。家屋の請負契約においては、請負人Cは、注文主Dの求めにおいて家屋を建築して完成させる債務を負い、DはCに対して請負代金支払債務を負担する(六三条)。画家Eと依頼者Fとの間にFの肖像画をかく約束を締結した場合には、EはFのために絵をかく債務を負い、Fは約束した報酬を支払う債務を負担するわけである。これらの当事者が約束どおり、任意に自己の負担する債務内容を履行して、給付行為を実現したならば、債権者は債務者の給付を受領することによって(受領権能)債権は目的を達して、満足して、債権の消滅に至るのである。

しかし債務者がつねに債務の目的たる行為をしてくれて債権を満足させてくれるとは限らない。その場合には、債権者は、債務者に履行をせよと請求し(請求権能)、それでも実行してくれなければ(債務不履行)、債権者は債務者を強制して行為をさせ(現実的強制力)、また債務者の一般財産につかみかかって(擱取権)、債権の代償的給付を得ることが

できなければならない。以上は債権者と債務者との内部的関係であるから、債権の効力としては、対内的効力と呼ぶことができる。

つぎに、債務者が債務を履行してくれなければ、債務の引当てとされるのは債務者の一般財産であり、これが債務者の行為によってみだりに散逸・消費されることは、債権の効力を最終的に弱化させることになるから、債務者の財産が散逸することを予防したり、回復をはかったりする必要がある。これを債権の保全的効力と呼び、債権者代位権^(四二)、債権者取消権^(四三)の制度が認められている。

さらに、債務者は履行する用意も意思もあるのに、第三者が違法にも債権の実現を妨害するならば、債権者は、この違法な妨害を排除する力を認められなければならないであろう。これが第三者による債権侵害に対する債権者の妨害排除請求権であり、これは債権の効力としては、対外的効力と呼ばれている。

以上、債権の効力としては、①対内的効力、②保全的効力、③対外的効力の三つがあり、本稿では、①と③を取り扱い、②については別稿「責任財産の保全」のところで扱う。

(二) 債権の対内的効力

債権者の債務者に対する効力を対内的効力といい、債権としての本質的内容をなしている。

1 受領権能(給付保持力)・請求権能・擱取権能(擱取力・強制力)

ア 受領権能(給付保持力) 債務者からの給付利益を取得・受領し、これを保持する効力である。債権の最小限度の効力で、すべての債権はこの権能をもっている。この効力を補強するために、民法は、弁済者が他人の物を引き渡してしまったときは、さらに有効な本来の弁済をしなにかぎり、その物を取り戻せないとか^(四七)、期限内に弁済給付をしたときは、その給付の返還を請求しえないとか^(七〇)の規定をおいている(このほか譲渡能力のない所有者の引渡物の取

戻制限（四七六条）、非償弁済（七〇五条）、他人の債務の弁済の返還請求の制限（七〇七条）などもある。

イ 請求権能（請求力）

債務者に対して給付をなせと請求する権能である。債務者に任意の履行を促すための裁判外の、社会的請求のことである（裁判所に訴える、「訴訟上の請求」はつぎの擱取権能の一部に含まれる）。一般的にも法的にも「催告」と呼ばれ、一定の法的効果（たとえば時効中断、解除権の発生など）をもっている。債権の本質は、請求権であり、物権などの支配権と区別されるが、請求権能そのものは、債権だけではなく、物権からは物権的請求権が、親族権からは、身分的請求権（たとえば、同居請求権、扶養請求権）が生じるので、債権と請求権とを全く同じものと理解してはならない（債権には請求権能以外の権能もある）。特殊な場合を除き、請求権能のない債権はありえないといふべきであろう。

ウ 擱取権能（擱取力・強制力） 近代国家は法治国家として、債務者が任意に履行しないからといって債権者が実力で債務内容を実現すること、すなわち「自力救済」を原則として認めていない。その上で債権内容の実現に向けて、債権者のために、国家が裁判所を通じて債権の本来的給付を実現するための現実的履行強制を保障している（四一）。すなわち債権者は、債務者が任意に履行してくれないときは、裁判所へ強制履行を請求することができ（四一四）（請求力、強制的に執行して、債権の本来的内容を実現することができる。これを債権の擱取権能という。この擱取権能には、本来の給付内容が実現しない場合、たとえば、土地の売買における売主AがBに売買したあとでCにも二重に売買して、Cのために所有権移転登記をしてしまったためにBへの所有権移転はもはや実現しえないというときには、債務者Aの他の一般財産へ損害賠償に姿をかえてかかっていくことも含まれている。このようにして、この現実的履行強制をしうる権能と債務者の一般財産による責任（四一七条）を追及しうる権能とが擱取権能なのである。擱取権能の実行は、裁判所に訴求し、執行してもらうことによってなされるから、前者は民事の訴訟手続（民事訴訟法による）により、後者は強制執行手続（民事執行法による）によってなされる。債権はこの権能をもっているのが普通であるが、なか

には、この権能の不完全なものがある。このうち、訴求力・執行力とも欠くものを「自然債務」といい、執行力のみを欠くものを「責任なき債務」という。この両者をまとめて不完全債務と呼ぶこともある。

2 債務と責任

右に述べたように、債務が任意に履行されない場合に、債権者の強制執行の引当てになること、いいかえれば、債務者の財産が債権の擱取力に服することを「責任」という。たとえば、当事者間で強制執行まではしないという特約をつけた債務は「責任なき債務」となるし、債務者の債務を保証する保証人（四四六条、ただし、保証人は実質的には債務なくして責任のみを負担しているわけであるが、民法は保証債務という債務を負担するものと構成していることに注意）や物上保証人（三四二条・三六九条でいう「第三者」）などは「債務なき責任」を負う。債務と責任とを区別することは理論上きわめて重要である。決して混同してはならない。

3 自然債務

国家による強制的実現の方法を欠いた債務、すなわち訴求力・執行力をもとに欠いた債務を「自然債務」という。判例上、カフエー丸玉女給事件（大判昭一〇・四・二五）において認められた。大阪道頓堀の「カフエー丸玉」に四カ月くらい通い、女給Aと遊興し親しくなった客Bが一時の興にのって、女給Aの歡心をかうため将来自活の資金として四〇〇円（今日に換算すればかなりの額である）をやろうと約束し、のちにこれを準消費貸借に改めて証書まで作成してAに交付していた。この約束をたてにとつてAはBを訴求した。一審も二審も「民法上の贈与が成立する」と判断したが、Bによって上告され、大審院は、かかる環境のうちにおいて一時の興に乘じ金員供与の約束がなされたとしても、これをもつて女給Aに裁判上の請求権を付与する趣旨でなされた」と速断してはならないのであつて、むしろ「かかる事情の下に於ける諾約は諾約者（B）が自ら進で之を履行するときは債務の弁済たることを失はざらんも要約者（A）に

においてこれが履行を強要することを得ざる特殊の債務関係を生ずるものと解する」と判示して、原審判決を破棄・差戻した。「裁判上請求して履行を強要できない特殊な債務」というから給付保持力しかない債務ということになるが、これを法的な債務と解してみても徳義上の約束とどこもちがわなわけではないかとの疑問も生じうるので、徳義上の約束よりも若干なりとも法的な効果を自然債務に認める必要がある。たとえば、相殺の自働債権とすることができ（時効消滅した債権でも自動債権として相殺することを五〇八条は認めている）とか担保の成立は認めるとかの効果は肯定されるべきである。

なお、相続に際して相続財産の範囲内でしか責任を負わないと限定承認（九二条）をした相続人が、資力が回復したら債務をすべて弁済したいと合意したならば、債務自体は法的に存在するが、執行力が相続財産以外に及ばないから、その限度で「責任なき債務」の存在を認め、これを自然債務から区別する見解もある。判例も、強制執行しない旨の特約のある債務について債権者があえて執行してきたときに、この執行を阻止するための訴訟は、「請求異議の訴」（これは請求の原因たる債務の存在自体を否定することを目的としている）ではなくて、「執行方法に関する異議の訴」（（現民執一四四条））であるとして、理論上「責任なき債務」の存在を認めている（（大判大一一五・二二四民集五卷五号三三五頁））。

三 債権の対外的効力

債権は債務者に一定の給付を要求しうる権利であるが、物権と異なり、相対的効力しかないといわれる。したがって債権が他人によって侵害をうけるといっても債務者が他人と任意に合意して約束した目的物を渡しても、そのこと自体は債権侵害とはいえない。しかし目的物を第三者が故意にこわしたり、賃借人が借りている家に勝手に入りこんで不法に占拠しているならば、債権者は破壊者に対して不法行為を理由とする損害賠償を請求したり、不法に占拠している者を排除したりすることは認められてしかるべきである。債権といえども権利である以上不可侵性を有する

のであるから、これを根拠に對外的効力としての妨害排除請求や損害賠償請求を認めてよいであろう。明文の規定はないので解釈によつて認められる（物權でも物權的請求權は明文を欠く）。ただし、物權侵害と異なり、債權侵害の場合は、債務者の自由意思の尊重、近代商品交換關係における自由競争の保障、債權の公示性の欠如という問題があり、對外的効力の發動に際しては具体的な要件の充足が慎重に図られなければならない。

二 債權の對内的効力

(一) 現實的履行の強制

1 債權内容の強制的實現

ア 「契約（合意）は守られなければならない」という規範意識はどここの社會においても広く承認されているであろう。債務者がこの規範意識に基づいて債務内容たる給付を任意に（自發的に）履行して債權者を満足させてくれたならば、問題は全く生じない。債權者はこれを受領し、自己の目的にしたがつて利用し使用し、管理・処分すればよいからである。じつさいの社會においてはたいていの場合、約束されたことは自發的に守られているといつてよい。しかし債務者が任意に履行しないこともまたしばしば生ずる。この場合、債權者は裁判外で債務者に請求して履行するよう促すであろう。それでも応じてくれなければ、債權者は、もはや任意の履行をあきらめて、國家に助力を求め、債權内容を強制的に實現してもらわなければならない。近代國家では私人が實力を行使して權利内容を実現することを禁じているからである。すなわち、自力救済禁止の法理である。この法理が妥当する以上、債務内容の實現は國家權力の發動にまたなければならない。この國家機關による債權内容の強制的實現を現實的履行の強制（四條）と呼んでい

る。任意履行に対する意味では強制履行または強制執行ともいう。

強制履行または強制執行の制度は、歴史的には、自力救済禁止の代償として次第に確立してきたといわれている。近代法においては、国家機関が強制力を独占している。この独占的な強制力をもって債権内容の実現をなすにあたっては、近代法の個人人格の尊重の原則に照らし、債務者の人格を最大限尊重しなければならぬ。

イ 債権内容の強制的実現の方法としては、主に直接強制・代替執行・間接強制の三種類があり、民法と民事執行法とにまたがって規定されている。

2 債務名義

ア 強制執行をするためには、その前提として、「債務名義」というものがなければならぬ。債務名義とは、債権の存在することを確証した強制執行の前提となるものである。国家機関がその権力を発動して債務者に強制執行するのであるから、債権債務が確実に存在していなければならぬ。もし債権もないのに強制執行すれば、債務者にはかりしれない程の不利益を与える。だからといって、執行機関がいちいち権利の存否を審査していたのでは、迅速・確実な執行は期しがたい。どうしても確実な債務の存在を証明するものが必要となるわけである。これが債務名義であり、その代表的なものは、裁判所の確定判決（民執三二条）である。それゆえ、債務名義とは、厳密に言えば、「一定の私法上の給付義務の存在を証明し、法律によって執行力を付与された公正の文書である」と定義される。名義とは、一般的には、権限をあらわしたものの（タイトル）という意味に用いられるが、債務名義は文書をも意味しているのである。

イ 債務名義には、確定判決以外にもつぎのものがある。裁判所の関与したものと、仮執行の宣言を付した判決（民執三二条）、仮執行の宣言を付した支払命令（民執三二条）があり、さらに和解調書（民訴三二条）、調停調書（民調二六条）などは確定判決と同一の効力を有し、したがって債務名義となる（民執三二条）。裁判所の関与しないものには、公証人の作成し

た公正証書や確定した執行判決のある仲裁判断(民執二二条五号・六号)などが債務名義となる。

右のうち、仮執行の宣言を付した判決は、判決の確定をまたずに強制執行できるし(第一審で判決をもらえば、たとえ控訴されていても執行できる)、仮執行の宣言を付した支払命令は、いわゆる督促手続によって比較的簡単に強制執行しうる点にうまみがある。和解調書や調停調書は当事者の協議さえまとまれば、裁判に持ち込まなくても確定判決と同一の執行力を得られるので便利である。これに対して公正証書は公証人役場で公証人の作成により、執行約款または執行文言つきでなければならぬけれども、それさえついていれば、それに基づいてただちに強制執行できる点においてもっとも迅速・簡便ですぐれている。

3 強制履行と損害賠償

強制履行の請求は損害賠償の請求を妨げない(四一四)。たとえば、工作機械の売買において、売主Aが履行期日が到来しても引き渡してくれないので、買主Bは強制履行を求めてその機械を引き取ってきて自分の工場に据え付けたとしても、機械の引渡しが遅れたことよって工場の操業に支障を来して損害が生じていれば、なおそれをも賠償請求することができる。つまり強制履行と損害賠償とは択一的関係には立たず、両者は両立しうるのである。

(二) 現実的履行の強制の方法

債権者は債務を履行しない債務者の身柄を引致拘留して人格的に強制したいと思うことがあるかもしれない。しかし近代法は個人の人格を最大限尊重するという理念を標榜していることから、かような人格的強制は許されないと見える(ただしドイツでは今でも不代替的債務に限り「罰金又は拘留」による強制を認めている。ド民訴八八八条)。あくまでも債務者の財産に対する責任の追及で満足しなければならぬ。

現実的履行を強制する方法は、前述のとおり、直接強制(四一四)、代替執行(四一四条二)、間接強制(民執一七二条)の三つであ

る。

1 直接強制

これは、国家の執行機関の力によって、債務者の意思を無視して、直接に本来の債権内容を実現する方法である（四項）。いわゆる「与える債務」について行われる。

ア 金銭債務　たとえば、AがBに五〇〇万円を貸して金銭債権を有しているときに、弁済期日が来てもBが弁済しないと、債権者Aは裁判所に申し立て債務者Bの不動産を差し押え、これを競売して金銭にかえ、これをAの債権の満足に充てたり（民執四三）、強制管理（民執九三）をしたりする。またBの動産に執行するには、差押えのうえ売却（民執一二二条以下）によって得た金銭から配当を受けるのである（配当について民執八四・九五・九六条各以下）。強制執行にたずさわる者は、執行裁判所、管理人または執行官である。

イ その他の与える債務　不動産の売買において所有者が家を明け渡してくれないときは、不動産引渡し強制執行になるが、これは「執行官が債務者の目的物に対する占有を解いて債権者にその占有を取得させる方法」によって行（民執六八条）。また貸してやった自転車を借主が返してくれないときは、動産の強制執行になり、これは「執行官が債務者からこれを取り上げて債権者に引き渡す方法」によって行（民執六九条）。

直接強制は、債権の目的を達するために最も有効であるだけではなく、債務者の人格を害することもなく、すぐれた方法である。「与える債務」以外の「なす債務」（たとえば、落語をする債務、絵をかく債務）には用いられない。それであれば、人間の身体への強制、すなわち人格強制になるからである。

またこの方法が許される場合には、他の執行方法を用いることはできない。判例（大判昭五・一〇・二三民集九卷一〇号九八二頁、昭七・七・一九新聞三四五三三頁）もこのことを認めている。

間接強制を求めたがしりせられた。大判昭七・七・一九新聞三四五三三頁）もこのことを認めている。

2 代替執行

これは、債権者が裁判所に請求し、その裁判に基づいて、第三者をして債務者にかわって債権の内容を実現させ、その費用は債務者から強制的に取り立てる方法である（四一四条二項・三項、民執一七一一条）。たとえば土地の売買において売主の老朽化した建物を収去する約束になっていたのに、売主（債務者）がいつこうに収去しようとしなければ、買主（債権者）は、業者（第三者）にこれを除去させ、費用は債務者から取り立てるやり方である。

これはいわゆる「なす債務」のうち、第三者をして代わってなさしめても目的を達することができる作為・不作為について認められる。不代替的作為、すなわち、債務者自身がやらなければ意味のない作為義務、たとえば有名な演奏家のピアノ演奏をする債務については認められない。

代替執行が行われる場合は、大体において間接強制も可能である。しかし間接強制は、債務者に対する心理的圧迫の要素を含むものであるから、その点をかんがみて、代替執行の可能な場合はつねにこの方法を優先的に行うべきである。

ア 代替的「作為」債務 約束した設計図どおりの建物を建てる大工の債務とか、新聞に謝罪広告をのせる債務、たとえば、登録商標を侵害してもいらないのに侵害していると流布して名誉を傷つけたりしたら、名誉毀損をした加害者は被害者に謝罪広告をなすよう命ぜられる場合（大決昭一〇・二二、六民集一四卷三三〇四四）の債務についてこの方法は有効に行われる。債権者は債務名義を得た上で、執行裁判所に申し立てて、謝罪広告をなす債務を第三者に行わせ、それに要する費用を債務者から取り立て、これによって強制的に債務内容を実現させることができる（四一四条二項、民執一七一一条、旧民訴七三三一条）。

イ 「不作為」債務 一定の行為をしないという不作為の債務、たとえば、①借地人が借地上に勝手に工作物を
附録三 債権の効力

建ててはならないという債務とか、②悪臭や騒音を隣地に及ぼさない債務、③俳優が一定の劇場以外では演技しない債務、④土地への立入りを妨害しない債務などが不作為債務である。不作為債務には、一定の行為をしない義務(①、②、③)と一定の行為を受忍する義務(④)とがあるが、いずれにせよ、これらの義務に違反して一定の物的状態を現出したときは、債務者の費用をもってその状態を「除却」(除去に同じ、四一四条三項)すること(たとえば、不作為債務に違反して建てた建物を取りこわして除去するなど)を請求することができる。不作為債務の強制については、執行裁判所は決定によってそれを行うことができる(七一条)。また、「将来ノ為メ適當ノ処分」を命ずることもできる(四一四条三項)。じっさいには違反のときに給付すべき損害賠償のため担保を提供させることが多いといわれている。もちろん将来の適当な処分としてたとえば、通行や立入りを妨害している場合にはそれを阻止し、また予防のための施設を設置することもできる。しかし不作為義務違反がなんら物的結果を残さず、単に無形の違反状態が継続しているにすぎない場合(悪臭・騒音を発生させる、他の劇場に出演している、約束に違反して競業をつづけるなど)には、「発生(あるいは出演、競業継続)をやめるまで一日何円支払え」という形の間接強制によるほかはない(二一条一七)。

ウ 法律行為を目的とする債務 法律行為ないし意思表示をなすべき債務、たとえば、売買予約完結権(五五条)を行使すべき債務、農地の売買において知事への許可申請(五条、農地四条)をなすべき債務は、一種の作為債務であるが現実上意思表示をしなくても、それがあつたと同じ効果が生じればよいわけであるから、民法は「裁判ヲ以テ債務者ノ意思表示ニ代フルコトヲ得」という簡便な方法を認めた(四一四条二項但書、民執一七三条)。これがいわゆる「判決代用」である。これは、準法律行為にも類推されるから、債権譲渡の通知を譲渡人が懈怠しているとき、譲受人は、通知をなすよう命ずる確定判決を得て、これを債務者に送付すれば、債務者に対抗できる(四六条)。判例も電話加入権の売主Aが加入者名義の変更を申請してくれない場合、買主Bが申請書に申請をさせよと命ずる判決を添付して申請すればAの署名・捺印がある

と同様の効果を生じると判示している(大判大六・二二・二二)
(民録三三輯二一九八頁)。

なお、四一四条二項但書とは異なるが、共同申請を原則とする不動産登記も、申請に協力しない義務者に代わって判決を得て、登記権利者が単独で申請することができる(不登二)。
(七条)

3 間接強制

間接強制とは、いわゆる「なす債務」について債務者に相当と認める一定額の金銭支払いを命ずることによって債務者に心理的圧迫を加えて債務の履行を促す強制方法である。たとえば独占的な営業を営む電力会社が配電設備をなす債務を負っているのにこれを放置している場合に、一定期間内にこれをしないとときは、一日につき一百万円のお金を支払えと命じ、これによって電力会社に設備をなすよう促す方法である。民事執行法一七二条の定めるところであつて「執行裁判所が、債務者に対し、遅延の期間に応じ、又は相当と認める一定の額の金銭を債権者に支払うべき旨を命ずる」方法である。

この方法は、代替執行と異なつて債権内容の実現に対しては間接的であるが、履行が遅延している間債務者は継続的に金銭の消費を余儀なくされるので、債務者の自由意思は大幅に拘束を受ける点で時には強力な強制方法となる。しかし、それゆゑにまた債務者の人格を不当に圧迫し、人格尊重の原則に反するおそれ大きい。詩人に詩をつくらせるために期日に遅れたからといって金銭を支払えと命ずるのは誰の目からみても、詩人の良心を害し、人格を圧迫するものと見えるであらう。したがつて直接強制や代替執行のできない(他人が代わつて給付するわけにいかない)場合でかつ人格を不当に圧迫しない場合に、はじめて認められる。つぎの要件を必要とする。

ア 債務者の意思に圧迫を加えても債権内容に適した給付となりうること(右の詩人が詩を作る債務などは間接強制に親しまない)。

イ 債務者が履行しようと思えばすぐに実現できるような債務内容であること(前述の電力会社の設備配置のように)。したがって第三者の協力を要する場合は間接強制に適しない。判例は、第三者たる会社に株券を発行させて、質権者に交付すべき債務について間接強制はなしえないとした(大決昭五・一・一五)(新聞三三〇三三・七頁)。これに対して、財産管理の清算をする債務については、間接強制を認めた(大決大一〇・七・二五)(民録二七輯二三五四頁)。

ウ 人格尊重の原則に反しないこと。判例は、この見地から、家出した妻に対して夫からする同居請求に対して、この義務には間接強制をすることはできないとした(大決昭五・九・三〇民)(集九卷一・一〇九二六頁)。しかし幼児引渡義務については、協議離婚をして子供を監護養育している妻に対して、親権者となった夫の承諾を得てその子をもらい受けた養親が子供の引渡しを請求した事案において、間接強制を認めている(大判大元・一二・一九民録一八輯一)。判例は、幼児引渡しについては、その請求を認容する判決は憲法一三条に違反しないとしつつ、親権に基づく幼児引渡請求を一種の妨害排除にあたるとして間接強制を認めている(最判昭三八・九・一七民)(集一七卷八号九六八頁)。なお幼児引渡しの問題については、人身保護法による救済方法が一般的である。この法律は、本来、不当に身体の自由を拘束されている者の人身の自由を迅速かつ容易に回復するために(たとえばヤクザに拘禁されているような場合)制定されたものであった。それゆえこの手続においては、拘束者に対し勾引、勾留を含む間接強制の方法がとられ、裁判所は、審問の結果、理由ありと認めるときは、出席を命じておいた被拘束者を判決をもってただちに釈放する(人保二二条・一)(八条・二六条)。また裁判所は速やかに裁判する義務を負わされている(人保六条)。この手続が幼児の引渡請求に借用されたのである。たとえば、別居中の夫婦の間で両者の子供の取合いを生じ、妻から夫に対して幼児の引渡しを求める人身保護請求がなされた場合に、認められている(最判昭四三・一七・四民集二二卷七号一四四六頁)(一頁、最判昭五三・六・二九判タ三六八号二六〇)。

間接強制もできない債務は、つぎの債務不履行を理由とする損害賠償請求で満足せざるを得ない。

債務者が任意に債務を履行した場合には、債権はこれによって目的を達し、満足して消滅する。もし任意に履行されないときには、これまで述べたとおり、債務の種類や内容に従い直接強制・代替執行・間接強制という方法によって債務の現実的履行の強制をすることになる。

しかし、これとは別に、民法は、債務者が債務の本旨に従った履行をしないとき、または債務者の責に帰すべき事由によって履行することができなくなった（履行不能）ときに、債権者は債務者に対して損害賠償を請求しうるとして（四一四条三項・四一五条）。いかなる場合に、いかなる内容・範囲の損害賠償を請求しうるかは、理論的にも実際のにもきわめて重要である。それゆえ、これは、債権の対内的効力の問題の一部として、履行遅滞の効果のところでも詳しく説明することにした（なお、債権者には、債務者が任意に履行しない場合、現実的履行の強制と損害賠償のほかに、契約の解除という法的手段がある。これは、契約の効力を遡及的に消滅せしめて、債権者を保護しようとする制度であるが、債権自体の効力というよりは、契約当事者としての地位から生ずる権利である。債権各論で詳しく論じられる）。

【参考文献】 白井皓喜「強制履行」演習民法（債権）五二頁、目崎哲久「強制履行」民法講座4債権総論一頁

三 債務不履行

(一) 序

1 意義

債務不履行とは、債務者が正当な理由なくして債務の本旨に従った債務の履行をなさないことをいう。不法行為とならんで違法行為として損害賠償責任を生ぜしめる（四一五条）。

2 債務不履行の三態様

民法四一五条は、債務不履行について「債務者カ其債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為ササルトキ」と「債務者ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ為スコト能ハサルニ至リタルトキ」に債権者はその損害の賠償を請求することができる」と規定している。「債務ノ本旨」とは何を意味するかは一義的には定まらない。債務の性質や債務の発生事情・状況によつても異なりうるからである。結局、法律の規定、契約合意の趣旨、取引慣行のほか信義誠実の原則(二項)等に照らして総合的に判断されることになる。この四一五条の解釈から、一般に債務不履行の態様としてつぎの三つが挙げられている。

ア 履行遅滞——履行が可能であるのに履行すべき時期を徒過して履行しないことをいう。たとえば、みかん一箱の売買をして買主Bが代金を支払ったのに、売主Aが約束の期日を過ぎても引渡しをしない場合をいう。

イ 履行不能——債権(債務)成立後に履行することが不可能になったことをいう。たとえば、別荘の売主が売買契約締結後、自らの火の不始末で失火して別荘を焼失してしまった場合である。

ウ 不完全履行——債務の履行としてとにかく給付はなされたが、それが不完全な(すなわち、債務の本旨に適っていない)場合をいう。たとえば、有名メーカーのテレビを購入したところ故障があつて映らないとかビール一ダース購入したところ数量が少なかったり、そのうちの一本が腐つていたりした場合、つまり、給付された不特定物に瑕疵がある場合に主に問題となる。そのほか履行の方法が不適當な場合、たとえば、運送品を乱暴に運搬したために一部こわれってしまった場合とか、ときには履行する際に債権者の他の物を破損したり、債権者の身体に損傷を与えたりした場合も含まれる。

民法は、債務不履行を「債務の本旨に従つた履行をなさないとき」(四一五条(前段参照))と定義しているので、文理上履行不能

の場合もこれに含まれるが、四一五条後段で履行不能を独立して規定しているので、結局、前段は、履行遅滞と不完全履行を意味していることになる。また後段のみ「債務者ノ責ニ帰スヘキ事由」によることを規定しているが、履行遅滞や不完全履行にも債務者の責に帰すべき事由が必要であろう。債務者に責に帰すべき事由もない場合にまで賠償責任を負わせることはできないはずだからである。

3 効果

債務不履行の効果はつぎのようになる。

第一に、債権者に損害賠償請求権が生じる。損害賠償請求権が具体的に発生するためには、債務の本旨に従った履行がないため損害が生じているということのほかはその不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づいていること（わかりやすくいえば、債務者の側に故意、過失またはそれに準ずべき事情のあること）および不履行が違法であることも必要である。

第二に債務不履行された債務が契約から生じている場合には、民法五四〇条以下の規定に従い債権者に契約の解除が認められる。

(二) 履行遅滞

1 意義

履行遅滞とは、①債務が履行期を徒過しており、②履行が可能であるにもかかわらず、③債務者の責に帰すべき事由によって、④違法に（不履行を正当ならしめる特別の事情のないこと）、⑤履行（の提供）がなされないことをいう。履行期に債務が履行されることは「債務ノ本旨」といってよいから、履行期を徒過する履行遅滞は債務不履行である（（四一五））。民法は履行遅滞という表現を使っていないが「遅滞ノ責ニ任ス」という（（四一））。債権者遅滞（（述後））との対比で債務者遅滞とも呼ばれる。

2 履行遅滞の要件

ア 債務が履行期にあること 履行遅滞を生ずるには、履行期が到来していることが絶対に必要である。しかし履行期が到来しただけで必ず遅滞になるともいえない。履行期にはいくつか種類があり、その種類によってちがいがあからである。

① 確定期限のある場合 履行に確定期限の定めのある場合には、期限が到来している時に履行されていなければ履行遅滞となる(四二二条一項、一三五条一項)。この履行遅滞は当然に生じ、債権者の催告を必要としない。たとえば、今年の五月五日に支払うという債務は、その日が来たら当然に遅滞になる。今年中に支払うという債務は、一月三日が経過したら遅滞になる。もつとも取立債務の場合、たとえば、家主が毎月末日に来月分の家賃を借主のところへ取りに行くという約束のある場合は、債権者たる家主が前月の末日に借主のところへ取立てにやって来なければ、期限が到来しても遅滞にはならない。つまり、債権者の協力が必要な場合には、その協力があつてはじめて遅滞となるということである。

判例によれば、地代・家賃の支払期について確定期限のある場合に、貸主より増額請求がなされたときは、法律上正当に増額される範囲内において、その期限が過ぎれば遅滞になるという(最判昭三三・九・三民集二巻九号一四六七頁。なお借地借家二二条(旧借地二二条・三三一条(旧借家七条)参照)。履行について債権者の協力の必要な債務、たとえば、不動産売買において所有権移転の登記をするには、売主買主双方の共同申請を原則とするから、約束の期日に登記権利者たる買主が登記所に出頭していなければ、義務者たる売主が期限を徒過しても遅滞にはならない(大判昭五・四・一九評。論一九卷民三〇三頁)。また、手形債務は、確定期限があつても、証券の呈示がなければ遅滞とならない(商五一七条)。

② 不確定期限のある債務 履行に不確定期限のついているときは、債務者がその期限の到来したことを「知り

タル時」に履行遅滞となる(四二二)。たとえば、父親Cの死亡した時に支払う旨金銭の貸主Aに約束していたならば、借主たる債務者BがCの死亡したことを知った時から遅滞になる。債務者が期限の到来を知らなくても(Cの死亡の事実)は知らなかったとき、債権者は期限の到来のときから請求することができる(一三五)から、期限の到来後に債権者が催告をした場合には、その催告の時から遅滞を生ずると解されている。

③ 期限の定めのない債務 履行に期限の定めがない場合には、債務が発生すると同時に履行期にあるといえる。それゆえ債権者はいつでも請求できるのが原則である。しかし債務者が遅滞となるためには債権者からの催告が必要であり、債務者が「履行ノ請求ヲ受ケタル時」すなわち催告のあった時から遅滞になる(四二二)。債権者の催告は、どの債務かはつきりしていなければならないが、その債務の同一性がわかれば、数量または金額に多少の過不足があっても催告としての効力は生じる。また、催告は方法のいかんを問わず、債務者に到達すれば効力をもつ。訴状の送達にももちろん催告の効力をもち、訴えの提起が訴訟上無効であっても、またその訴えが後に取り下げられても催告の効力には影響がない。判例によれば、請求があり次第支払うという債務は、期限の定めがない債務であって、請求の時から遅滞になる(最判昭四〇・二・二三民)。債権者が催告にあたって、「一〇日以内に」とか「年末までに」という一定の期間をつけたときは、その期間を徒過すればただちに遅滞となる。

期限の定めのない債務は履行の請求(催告)の時から遅滞となるとの原則に対してはつぎの例外がある。

(i) 消費貸借による返還債務について履行期の定めがないときは、貸主は相当の期間を定めて返還の催告をしなければならぬ(五九一条一項―これは四)。だから相当の期間を定めずに催告したときは、催告の時から相当期間を経過した後に遅滞となる。

(ii) 法律の規定によつて生ずる債務は、原則として、期限の定めのない債務と解される。たとえば、善意の不当

利得返還債務(七〇)、脱退組合員に対する持分払戻債務(六八)、強制競売で配当を受けた債権者の買受人に対する代金返還債務(五六八)などがそれである。

(iii) 不法行為による損害賠償債務については不法行為の時(損害賠償債務成立の時)から当然遅滞になると解されている(最判昭三七・九・四民集)。
(一六卷九号一八三四頁)。

イ 履行期に履行が可能であること 履行期に履行が可能であるのに履行をなさないという場合が履行遅滞である。履行がはじめから不能な場合は、原始的不能といひ債権は成立しない。履行期に履行が不能な場合は、履行不能の問題であり、履行期を徒過した後に履行が不能になれば、その時から履行不能になる。

ウ 履行期に履行をしないことが違法であること 履行期に履行をしないことにつき債務者の側に正当な事由があれば遅滞にはならない。たとえば、同時履行の抗弁権(五三)、留置権などを債務者がもっているれば、履行をしなくても違法とはいえない。もっとも売買契約のような双務契約上の債務で、同時履行の抗弁権がついている場合に、売主Aが目的物の価格が騰貴したので約定価格では引き渡さないと一方的に自己の債務を履行しない意思を明確に示したときは、買主Bが代金を弁済提供していなくても、Aは自分の債務たる引渡しの不履行について履行遅滞の責を免れることはできないと解されている(最判昭四一・三・二二民)。
(集二〇卷三号四六八頁)。

エ 債務者に責に帰すべき事由のあること ① 「帰責事由の」根拠 民法四二五条はその後段において履行不能には債務者に「責ニ帰スヘキ事由」によることを定めているが、前段ではこれに言及していないから、履行遅滞についてこの帰責事由は必要ないのであるという疑問が生じる。もっとも四一九条二項は金銭債務につき債務者は「不可抗力ヲ以テ抗弁ト為スコトヲ得ス」と規定しているところから、その反対解釈として金銭債務以外の債務の遅滞については不可抗力をもって抗弁となしうることは疑いない。したがって不可抗力によって遅滞した場合にだけ責任を

免れるにすぎないとも解される(解除についての五四一条と五四三条の関係を参照)。しかしわが民法は過失責任主義を原則としているし、履行遅滞と履行不能を区別すべき合理的理由は見いだしたがたいということから、今日では、学説・判例ともに履行遅滞についても債務者に責に帰すべき事由のあることを要件とすべきだと考えている。

② 「帰責事由」の挙証責任 債権者が債務者の履行遅滞の責任を追及するためには、債権の存在していること、履行期が到来していること、催告を要する場合には催告をしたことおよび債務者がまだ債務を履行していないことを主張・立証することが必要である。一言でいえば、債権者は債務者の不履行の事実を証明すればよいのであって、むしろ、債務者の方が自己に帰責事由はなかったということ(免責事由)を立証しなければならないと解されている。不法行為の加害者の故意・過失については、債権者たる被害者が立証しなければならぬ(七〇)ことと比較して、債務不履行の場合には挙証責任が転換されているのである。

いかなる事由が免責事由(責に帰すべからざる事由)にあたるかは、債務の性質、履行期の重要性の程度、反対給付(対価)の額などを総合的に考慮して決定するほかない。種類債務にあつては、病気などのように債務者個人にとつたとえ主観的には責に帰すべからざる事情にあつたとしても、客観的に給付可能であるかぎり、遅滞の責を免れない。金銭債務については不可抗力でも抗弁となしえないことについてはすでに述べた。

③ 「帰責事由」の意義 これは、(a)債務者の故意・過失または(b)信義則上これと同視すべき事由(履行補助者の故意・過失)のことをいう。

(a) 故意とは結果の発生に向けられた意欲または認識をいい、債務不履行となるのをわかつていてあえて何かをや(債務の目的物を他に譲渡したり毀滅したり)、またはなすべきことをしない(引き渡すべき目的物を引き渡さない)ことである。過失とは、いわゆる「善良なる管理者の注意義務」(善管注意義務)(四〇〇条・六)を尽さなかつた場合(抽象的軽過失)をい

う。一般的には、その人の職業、その属する社会的・経済的地位からみて、取引社会生活上一般に要求される程度の注意を欠いたために債務不履行を生ずべきことを認識しないことをいう。抽象的軽過失が通常の過失のレベルであつて、「善良なる管理者の注意」(四〇条)、「良家父の注意」(私民一)、「または「取引上要求される注意」(六条二項)を欠く場合をいう。これに対して無償契約上は具体的軽過失で足りる場合がある。これは、「自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意」(六五)を欠くことをいい、「自己のためにすると同一の注意」(八二)、「その固有財産におけると同一の注意」(九一八条一項)「義務違反と同じである」(九四四条一項)。

(b) 信義則上、債務者の故意・過失と同視すべき事由とはいわゆる「履行補助者」の故意・過失のことである。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のことである。これは債務者の手足となつて債務の履行に手助けする者をいい、債務者に代わつて履行の全部を引き受ける者を「履行代行者・履行代用者」という。①履行補助者であるか履行代行者であるかを問わず、補助者または代行者を使用することを一般的に認められているときは、債務者はそれらの過失も自己の過失として責任を負う(商五七条・五九四)。(条二項・七三九条)。たとえば、履行補助者につき、賃貸借中の船舶を賃貸人Aの承諾を得て賃借人BがCに転貸借し、この転借人Cが使用していた船員の過失で船が座礁して難破したときは、賃借人B・転借人CはともにAに対して責任を負うとされている(大判昭四・三・三〇民集八卷三六)。(三頁)②契約ないし法律(一〇四条・六二五条二項・六)により補助者・代行者を用いることを禁止されており、あくまでも債務者自らが履行をなすべきものとされているときは、補助者・代行者を使用したがすでに債務不履行になるわけで、それゆえ補助者・代行者に故意・過失がなくても、他人を使用したかゆえに債務不履行が生じたといえるかぎり、債務者本人は責任を免れない。③契約ないし法律(一〇五条・六五八条二)により、補助者・代行者の使用を許されている場合(一般的には使用を許されていないが債権者の承諾または明文でやむを得ない場合にのみ補助者・代行者を用いることを許されているときのことである)、債

務者は補助者・代行者の選任監督の過失があつた場合にだけ責任を負う。④以上のルールは、いわゆる「利用補助者」についてもそのままあてはまる。すなわち、利用補助者とは、家屋の賃貸借契約などで目的物を利用する権能を有する名義人はいうまでもなく、賃借人であるが、その同居の家族、同居の使用人、来客なども賃借目的物たる家屋を利用するので、これらの者を指すのである。債務者たる賃借人は、これら利用補助者の故意・過失についても責任を負うとされている。たとえば、妻の失火につき最判昭三〇・四・一九(民集九卷五号五五六頁)、賃借家屋で家具製造をする者の住込職人の失火につき最判昭三五・六・二二(民集一四卷八号一四八七頁)は、いずれも賃借人の責任を認めている。

なお、転借人も利用補助者であり、転借人の過失について賃借人・転借人が責任を負うかについては、判例はこれを肯定している(大判昭四六・一民集八卷一〇号六七五頁承)。しかし、有力な学説の中には、賃貸人の承諾を得て転賃借をした場合には、独立して目的物を利用する転借人の失火についてまで賃借人に責任を負わせることは酷ではないかとの主張をする者がある。

(c) 債務者の法定代理人は履行補助者と同視すべきである。

④ 債務者の責任能力 債務者の責に帰すべき事由があるというためには、債務者に責任能力が具わっていないなければならない。

オ 債務者が履行の提供をしないこと 民法四九二条は「弁済ノ提供ハ其提供ノ時ヨリ不履行ニ因リテ生スヘキ一切ノ責任ヲ免レシム」と規定しているから、債務者は、履行期に「履行(弁済)の提供」をしておけば、たとえ債権者が受領してくれないため「履行」としては完了していなくとも、それから生ずる責任を負わない。つまり、債務者は少なくとも履行の提供をすれば、遅滞の責に任じなくともよいのである。

【参考文献】 鳥谷部茂「履行補助者」民法講座4債権総論一五頁

3 履行遅滞の効果

ア 序説 (1) 履行遅滞の効果は、遅滞によって生じた損害の賠償、すなわち損害賠償と契約から生じた債務に

ついては、契約解除権の発生(五四一条、五四二条、五四三条三項)とである。もちろん履行遅滞は、履行そのものは可能なのであるから、遅滞の効果として、現実的履行の強制力を行使することができる。しかし、これについては、すでに詳論したので、ここでは触れない。また解除については、債権各論で論じられる。ここでは損害賠償の理論について述べる。

損害賠償には、遅延賠償と填補賠償とがある。前者は、遅滞の事実からただちに生ずる損害の賠償、たとえば、履行期に返済すべき金銭の給付を遅滞したなら、遅滞の日数だけ遅延利息が生ずるであろう、この遅延利息の賠償がまさにこの遅延賠償である。この場合、本来の給付も可能だから、債権者は本来の給付を履行せよとも請求できるので、債権内容は遅延賠償の分だけ内容的に拡張することになる。後者は、本来の履行がなされなかった場合に、その履行に代えてなされる損害賠償である。たとえば、家屋の贈与契約で債務者が履行してくれなかったとすれば、それに代わる損害は、その家屋の時価相当額であり、この損害の賠償が填補賠償である。履行遅滞がなされた後に不可抗力によつて損害が生じても、債務者は賠償の責任を負わなければならない。

(2) 賠償請求権は、本来の債権の拡張(遅延賠償)または内容の変更(填補賠償)であり、本来の債権と同一性を有する。また賠償の方法は、当事者間で「別段ノ意思表示ナキトキ」は金銭をもつてその額を算出し、それを賠償する。これを金銭賠償の原則という(四一条)。

なお、定期行為に遅滞した債務については、のちに履行されても債権者にとっては無意味なので、この受領を拒絶して、ただちに填補賠償を求めることができる。遅滞後に履行不能になれば、もちろん填補賠償である。右のような場合のほか、債務者が遅滞しているときは、債権者は、一定の期間を定めて催告し、その期間内に履行がないと契約

上の債務ならば、契約を解除して(一四)、損害賠償を求めるのが普通である。この場合、解除せずに遅滞を理由に填補賠償を求めることができるかという問題がある。①債権者のなす反対給付が金銭以外の給付(たとえば、物の引渡しや労務の提供など)であるときは、債権者は反対給付をしたいと考える場合があり、②契約に基づかない債務、たとえば遺贈による債務においては、解除することはできず、填補賠償の請求を認めなければ、債権者の保護に欠けることもある、との理由から、これを肯定するのが一般的である。

(3) 以上、いやしくも損害が発生すれば、それが財産上のものか精神上のものか、また積極的損害(既存財産が減少したとき)であるか消極的損害(得べかりし利益が喪失したとき)であるかを問わず、一切賠償させることができる。

イ 損害賠償の範囲——相当因果関係理論 損害賠償の範囲を定めるにあたっては相当因果関係の理論を説明しなければならぬ。

(1) 債務不履行による損害賠償の目的は、債務不履行がなかったならば、あったであろう状態を可及的に回復・復元することであろう。そしてわが民法は金銭賠償の原則を採用しているので(四一七条、不法行為については七三二条一項、例外として名譽毀損につき名譽回復のため適当な処分—謝罪広告^{七三三}を認める)、それを金銭に換算して損害賠償額を算出しなければならない。これが損害賠償(額)の範囲の問題である。

(2) 損害賠償の範囲は、通説・判例によれば、債務不履行と相当因果関係にあるすべての損害の賠償である。いうまでもなく、賠償されるべき損害は、債務不履行を原因としその結果として発生した損害、すなわち、債務不履行と因果関係にある損害(事象的因果関係)でなければならないとしても、この原因・結果の連鎖は時に無限に広がりうることがある。たとえば、売買契約において、目的物の引渡しにつき債務不履行があったとして、買主の損害としては、目的物の客観的価値の喪失とか他の物を購入して高くついた分とか他の物を購入する間、同種の物を賃借した賃料とかが考えられるほか、さらに他の物を購入するために外出中交通事故にあつて大怪我をして入院し、治療費その他の

入院費用を余儀なくされたり、怪我の結果、労働能力を喪失した不利益、時期を失したために受験に失敗した不利益などと、これなければあれなしとの条件関係をたどればきりがなく広がっていく。そのような中で、債務者が賠償すべきものとされる損害はどこまでであるのかその合理的な基準を定めなければならないわけである。債務者にあまりに過重な負担を負わせることは妥当ではないからである。そこで、事実的因果関係のうち、法的にみて合理的な関係、すなわち「相当因果関係」にある損害のみを債務者に賠償させるべきではないかと提唱され、この相当因果関係の理論による損害賠償の範囲の画定を図ろうとするのが、今日の通説・判例の考え方なのである。

(3) わが民法は、四一六条において損害賠償の範囲を定めているが、その内容は相当因果関係理論によって画定された損害の範囲に相当するものと解されている(ただし今日、有力な反対説がでてゐる)。四一六条は、一項において債務の不履行により「通常生スヘキ損害」(通常損害)と二項において、予見可能性を条件に「特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害」(特別損害)を定め、この通常損害と特別損害とを債務者によって賠償されるべき損害であるとしている。

通常損害とは、その種の債務不履行があれば、社会通念に従い通常発生するものと考えられる範囲の損害である。通常損害については、債務者の予見の有無を問わない。債権者は、債務不履行と通常損害とを立証するだけでよい。

特別損害は、通常損害の枠をはみ出る損害、特別な事情から生ずる損害であり、それは当事者間の個別具体的事情のほか、戦争の勃発とか、異常なインフレーション、新たな立法のような外部的事情であることもある。四一六条二項は、当事者が「其事情ヲ予見シ……」と規定しているので、損害の原因となった特別事情についての当事者の予見可能性を問題としている。賠償されるべき損害の範囲は、特別事情から生じた全損害ではなく、特別事情から通常生ずべき損害の範囲である。

(4) 以上の相当因果関係理論、すなわち四一六条の基準は不法行為による損害賠償にも類推適用されるべきものと

解されている。判例は、大連判大一五・五・二二(民集五卷三八六頁)、最判昭四八・六・七(民集二七卷六号六八一頁)において明言するに至っている。

ウ 遅滞後履行された場合 履行は遅滞したけれども、結局、給付がなされた場合、遅れたことによる損害の賠償、すなわち、遅延賠償が問題となる。場合によって異なる。

(1) 金銭債務の場合 特約がなければ、法定利率(年五分、四〇四条)が原則であり、約定利率がこれをこえるときは、約定利率による(第一項)。しかし、利息制限法に定める利率をこえる約定利率は無効である。

(2) 物の引渡債務の場合 その物が債権者によって自己使用されるものか、収益目的としているか、転売を目的としているかによって異なる。目的は契約の解釈によって判断されるから、契約の解釈とは異なる目的をもっている場合、それは特別事情となり、債務者に予見可能ながきり、賠償範囲に入る。

① 自己使用のための動産・不動産 この場合は、債務者が遅滞している間、債権者が利用できなかったのだから、その間の賃料相当額が通常損害である。

② 営業用動産・不動産 工場用地・建物か生産機械・原材料かによって若干異なるが、一応、遅滞の間、営業できなかったのだから、あげえなかった営業収益が通常損害になる(最判昭二九・一・二八、民集八卷二九号二六五頁)。

③ 転売目的の動産・不動産 債務者が引渡しを遅滞したため、予定していた転売時期を失し、そのために生じた損害が通常損害になる。判例は、現実に履行された時の時価と履行期における時価との差額であるという(最判昭三六、民集一五卷一一号二七〇六頁)。遅滞中に、最高価格となり、履行時に値下がりしていたときは、最高価格時に転売することが債務者によって予見可能であれば、特別事情として損害の範囲に入ると解すべきである。いわゆる「中間最高価格」の問題である。中間最高価格時に転売しえたとの予見がないかぎり、損害の範囲に入れるべきではないであろう(前掲大連判大一五・五・二二、富貴丸事)

件)。

エ 遅滞後も履行されなかった場合 遅滞しているので、債権者が催告をしたが、それでも債務者が応じてくれなかったり、遅滞中に履行不能になったり、やむをえず債権者が解除したりした(五四)場合には、損害の範囲をいかに考えるべきか。

(1) 催告後なお不履行の場合 通説・判例によれば、債権者が相当の期間を定めて催告したにもかかわらず、遅滞がつづいているときは、その相当期間経過後は、契約を解除しなくても、履行不能とみなして填補賠償を請求しうるとしている(大判昭八・六・一三民集)。
(一二卷一四号一四三七頁)。

(2) 遅滞後履行不能になった場合 債務者が履行遅滞している間に、不可抗力によって履行不能になった場合、たとえば売買目的物たる製品を引き渡さない間に、他人の放火により倉庫が全焼して保管中の製品も滅失してしまったならば、債務者は、この履行不能についても責任を負うと解されている。もちろん、この履行不能が、遅滞がなくても生じていたというときは責任を負わない。たとえば、家屋の明渡債務につき、遅滞の間に、台風によって破損したならば、たとえ約定期日に債権者に引き渡していても台風による破損は免れなかったであろう。かような場合、債務者は責任を負わなくてもよい。なお、現実的履行の強制とあわせてその執行不能に備えて、あらかじめ填補賠償を求めることが認められている。

(3) 遅滞による契約の解除 履行期に履行がなされず、遅滞をつづけているときは、債権者は、相当の期間を定めて催告し、それにもかかわらず、履行がなされないときは、債権者は、債務が契約によって生じているならば、契約を解除して契約の効力を遡及的に消滅させることができる(五四一条―相当の期間を定めた催告でなくとも、相当の期間経過すれば解除できると解されている)。この場合、債権者は解除するまでの遅延賠償と解除に起因する損害賠償を請求できる(五四五)。(条三項)。通説・判例によれば、解除によって本来

の給付請求権が金銭賠償（填補賠償）請求権に転化するものであるから、解除時が賠償額算定の基準時である（最判昭二八・集七卷二二号）。たとえば、売買の場合、売主が遅滞して買主が解除したなら、解除時の目的物の時価が履行に代わる賠償（一四四六頁）であり、それから買主が負担して免れた売買代金を差し引いた差額が通常損害である（最判昭二八・一〇・一五民集七卷二〇号二〇九三頁、前掲最判昭二八・一一・二八）。

オ 損害賠償額算定期間 (1) 通常損害については、ほぼ述べたが、特別損害については、いつ予見しえたものとみるか、たとえば、契約時の予見に従うか、履行期までの予見によるべきかが問題となる。すなわち予見の時期の問題である。判例の事案としてつぎのものがある。マッチの売買において、売主Yが、第一次大戦の勃発のため、原料が高騰したこともあって、一部を買主Xに引き渡したのみで残部を引き渡さなかったため、買主Xは履行を催告したのち契約を解除して損害賠償を請求した。原審は、①本件損害（マッチの暴騰）は契約締結当時においては予見することができなかつた大戦勃発に起因している、②しかし売主Yは履行期前までにはマッチの価格が大戦の勃発によって暴騰するであろうことは十分に熟知していた、という二点を踏まえて履行時における債務者の予見に従い暴騰したマッチの価格を損害とみてYに賠償責任を認めた。Yは、特別事情の予見の時期は契約成立時を基準とすべきだと主張して上告したが、大審院は上告を棄却している（大判大七・八・二七民、録二四輯一六五八頁）。また土地の売買契約の履行期後に買主が他に転売し遅延賠償の特約をしたことを売主に通知したがなお遅滞を続けたという場合に、遅滞中に特別事情が生じたことを債務者が予見（了知）していたならば、その事情による損害も加えるべきであるとしている（大判昭一五・五・三判決、全集七輯一七号一三八頁）。右の例で買主が契約締結後、転売した上で転買主との間で法外な違約金を特約して、これを売主に通知したとしたならどうであろうか。遅滞した以上、売主は履行期前すでに予見していたのだから、法外な違約金も賠償すべきだとはいえないであろう。転売と違約金条項という特別事情を予見していたが、その通常の損害のみ（合理的範囲の違約金）賠償す

べきであろう。

(2) つぎに遲滞を理由として契約を解除し、目的物に代わる填補賠償を請求する場合に、どの時期における目的物の価格をもって損害とすべきかという問題がある。すなわち、契約締結時の価格、履行期の価格、解除時の価格、訴え提起時および口頭弁論終結時の価格の賠償が各々考えられる。このうちいずれを基準とすべきであろうか。

通説は、損害賠償額の算定期を、原則として履行期(時の価格)としつつ、ただし、履行期にその後の値上がりが見られ、しかも転売によつてその値上がった利益を取得しえたときは、その時点での価格で額を算定するものとしているようである。

判例はかなりの変遷を示している。①大判明三七・二一・七(民録一〇輯)は商人間の綿実の売買、②大判明三八・一一・二八(民録一七輯)はえん麦(不特定物、転売約束あり)の売買、③大判明三九・一〇・二九(民録一二輯)は葉タバコの売買、④大判明四一・三・一八(民録一四輯)は商人間の大麦の売買、などにおいては、大体、騰貴した現在時点を基準時にしているといえる。このあと⑤大判大四・二〇・二(民録二一輯)は無権代理人の損害賠償責任となったケースで買主たる賠償権利者は、損害発生時より判決時までの間において賠償権利者が任意に定めうるとしている。いわゆる「中間最高価格」を認容したわけである。その後は⑥大判大七・八・二七(民録二四輯)はマッチの売買で買主解除のケースで騰貴事情は特別事情だが予見可能として騰貴時を基準としているし、⑦大判大七・一一・一四(民録二四輯)は鉄線の売買で買主は解除後一週間経つて代品を購入しているケースでは、解除時ではなく、代品購入時(値上がっている)としている。また⑧大判大九・八・二八(民録二六輯)は、捲揚機械と付属品の売買において解除時を基準としている。⑨大判大一一・六・五(民集一卷)は受託穀物の不法処分により返還不能になったケースで、価格変動あるときは、適当の時期における価格を任意に選択しうる(予見を条件として)としている。さらに転売の事実があるときは⑩大判大一一〇・三・三〇

(民録二七輯、六〇三頁)、①大判大一一三・五・二七(民集三卷、三三三頁)も転売価格を損害とし基準時としては転売時をとつてみるとみうるものもある。①は立木の売買で売主が他に売却して履行不能となったので、買主は訴え提起時の騰貴価格で賠償請求したが、大審院は、現在の騰貴時にもなおそれを保有しているという特別事情を立証しなければ、騰貴価格を請求しえないとし、転売契約のなされている本ケースにおいて、転売時Ⅱ履行不能時を基準とした。

こうして判例法上、きわめて重要な判決と位置づけられている②富貴丸事件大判大一一五・五・二二(民集五卷、三八六頁)が登場する。不法行為によって船舶が沈没したことを理由とする損害賠償請求事件であった。大正四年四月二八日に沈没した富貴丸の所有者は原告として、加害者に対し①大正六年八月の価格(中間最高価格)を基準とする転売利益(二九〇万円)、②大正四年中の備船利益(二万六八〇〇円)、③大正五年から七年の三ヶ年の推定備船利益(一七〇万円)を請求した。この連合部判決は、①物の滅失による損害は、原則として物の滅失した当時の交換価格を基準とすべきであること、②滅失後における備船料は物の滅失時の価格に含まれているから別に計上すべきではない、③ただ、被害者が特別の技能・施設などによって異常の利益を得べかりし特別事情があれば、その挙証と予見可能性を条件として請求しうる、④騰貴した価格による転売利益もそれを確実に取得したはずだという特別の事情があり、不法行為時にその事情の予見可能性を条件として請求しうると判示し、結論として、滅失時の船体価格一〇万円を基準とした損害の賠償のみを認めた。

この判決は、民法四一六条が不法行為の損害賠償請求にも類推適用されるべきことを明らかにし、かつ損害賠償算定の基準時につき従来の判例理論を統一したことのほか、中間最高価格の請求については、それによる転売利益の確実なる取得に対する予見可能性を要求し、事実上これを否定した。しかし船が滅失しなければ、船の価格とその後数年間の備船料は常識的にみて通常損害であり、予見も可能であるから、これをも否定したことは納得できない。

せつかくの判例理論統一のための連合部判決であったが、それ以後の判例は必ずしもこれを踏襲していない。最高裁判例にかぎっても、①履行不能時としたもの（最判昭三五・一二・一五民集一四卷一）、②解除時としたもの（最判昭二八・一〇・一〇九三頁―杉素材二）、③履行期としたもの（最判昭三六・四・二八民集二五卷四号一）、④口頭弁論終結時としたもの（最判昭三七・一・二一五〇石の売買）、⑤同じく口頭弁論終結時としたもの（最判昭四七・四・二〇民集二六卷三号五二頁―土地・家屋の売買で、地を債務者が売却処分、履行不能）、⑥同じく口頭弁論終結時としたもの（最判昭四七・四・二〇民集二六卷三号五二頁―土地・家屋の売買で、使用）のようにいくつかに分かれている。分かれる理由は、事案が異なっていることと当事者の主張に裁判所が拘束を受けていることによると思われる。ただし、債務者の不法処分ないし二重譲渡の場合の損害賠償については、最高裁④、⑤両判決によって口頭弁論終結時、すなわち騰貴事情にある場合の騰貴中の現在時点を基準としているといえる。これは、目的物の喪失という損害をその物の保有利益の喪失と理解していることによるのであろう。⑤は「買主は右のような債務不履行がなければ、騰貴した価格のあるその不動産を現に保有しえたはずである」と判示している。

(3) 結局、賠償額算定の基準時を決定する方法は、損害賠償法の理念（四一六条がこれ）に従い、具体的事案の相違を吟味し、遅滞・減失・解除を区別し、履行期、さらに諸般の事情を考慮して、公平の理念と信義則に従って判断するということにならう。具体的な判断のプロセスは、①債務不履行がなければ現実に生じたはずの蓋然性の最も高い事情を前提とし、②これが債務者にとってあまりに酷でないかを再検討して決定し、③訴訟上裁判所は必ずしも当事者の主張した時点で拘束されないが、④ただし相手方に適切な攻撃・防禦の機会を与えうる程度に裁判上開示されていなければならぬ、といわれている。

カ 損害賠償債務の遅滞 債務不履行による損害賠償請求権は、遅延賠償も填補賠償も、期限の定めのない債権となり、催告によって遅滞を生ずる（四二二条）。したがって催告の翌日からさらにこれにその遅延損害金、すなわち遅延利息を付さなければならない。

キ 損害賠償責任の調整 相当因果関係の理論によって損害賠償の範囲が定まるとはいえ、それだけで最終的な賠償責任が決定されるわけではない。債権者が利益を得たり、出費を免れたなら、それは賠償範囲から控除されねばならないし、損害賠償の範囲に関する当事者の特約があれば、それに従わなければならない。賠償責任の調整の問題である。

(1) 損害賠償額の特約 当事者があらかじめ債務不履行について賠償額を約定しておくことを損害賠償額の予定という(四二〇)。債権者としては損害賠償額を立証する面倒を避けることができるし、債務者としては賠償額を予測してあらかじめ計算しておくので便利でありかつ紛争の予防にもなる。

賠償額の予定は金銭以外のものでも約定できる。その場合には四二〇条が準用される(四二)。

損害賠償額の予定には、①履行の遅延に対する賠償額、②本来の給付に代わる賠償額、③契約清算のさいの賠償額の三種がある。いずれであるかは解釈によって決める。額について裁判所が勝手に増減することはできない(四二〇条)。賠償額の予定がなされていても、本来の履行を請求したり、契約の解除をすることは妨げない(四二〇)。

賠償額の予定につき、法律上の制限はある。①予定額が高すぎるときは、時に、暴利行為として公序良俗に反し無効となる(大判昭一九・三・一四)。低すぎるときも、債権者の保護に欠ける。たとえば、航空機旅客運送約款による一〇〇万円の責任制限は無効であるとされている(大阪地判昭四二・六・一)。②利息制限法四条は、遅延損害金を一条所定の制限利率の二倍以下に抑えている。判例は、遅延損害金の特約はなく、利息についてのみ約定がなされ、しかもその約定が所定の制限利率をこえている場合、その遅延損害金は利息と同じく、右の制限利率にまで縮減されるとしている(最大判・七・一七民集二)。また、労働基準法(条一六)、船員法(条三三)は賠償額の予定の締結自体を禁止している(昭四三卷七号一五〇五頁)。

当事者は、「違約金」の約束をすることがある。違約したときの額を定めたとみれば、賠償額の予定と同じだが、違

約に対する制裁、すなわち「違約罰」のこともあり、この場合は、債権者は別に損害を立証して賠償請求することができる。民法は「違約金」を賠償額の予定と「推定」している。それゆえ当事者は反証をあげて違約罰であると主張することはできる。ただ、利息制限法は、金銭消費貸借につき、違約金を賠償額の予定と「みなす」としている。したがって違約罰だといって制限利率をこえる主張はできない(利息四)(条三項)。

(2) 過失相殺 債務の不履行に関し、債権者にも過失があつたときは、賠償責任の有無およびその額を定めるにあたり、裁判所がそれを斟酌して債務者の責任を軽減することをいう(八条)。額についてのみならず「責任」を斟酌できるとあるのは、賠償責任自体を否定することができる(不法行為に關する七三二条二項と比較せよ)。また、債務者に故意、過失がある以上、必ず斟酌しなければならない(不法行為ではそうではない)。過失相殺は、債務者からの主張がなくても、裁判所は職権ですることができるが、債権者に過失があつた事實は、債務者によって立証されなければならない(最判昭四三・一一・二四民)(集二二卷一三三・三四五頁)。

(3) 損益相殺 債務不履行を生じさせたのと同じの原因によって債権者が利益を得たり、出費を免れたときは、それを控除した残額を賠償額とすべきものとされる。明文の規定はないが、公平の原則により、当然認められる(五三六条(二)項但書(照参))。

(4) 代償請求権 履行不能を生じたのと同じの原因によって、債務者が履行の目的物の代償と考えられる利益、たとえば、第三者に対する賠償請求権ないし保険金などを得た場合、債権者は、履行不能によって受けた限度で、その利益の償還を請求することができる(最判昭四一・一一・三三民)(集二〇卷一〇号三二一頁)。これも明文を欠くが、公平上、認められる。

(5) 賠償者の代位 債権者が、損害賠償としてその債権の目的である物または権利の価額の全部を受けたときは、債務者はその物または権利につき「当然債権者二代位ス」ることをいう(四二)(二条)。たとえば、修理のため、自動車を保管

していた者が、自分の過失によって盗まれたために、損害賠償としてその自動車の価額を全部支払った場合には、債務者がその物の所有権を取得し、盗人に対する損害賠償請求権を取得する。この規定は、不法行為にも類推適用されるべきだと解されている。

【参考文献】 森孝三「損害賠償額の算定期間」民法II判例と学説320頁、高田桂一「賠償額の子定」演習民法（債権）九九頁

(三) 履行不能

1 意義

履行不能とは、債権の成立後、履行が物理的または社会観念上、もはや不可能となった場合をいう。売買や賃貸借で契約締結後目的物が滅失した場合が典型的である。

2 要件

ア 後発的不能であること 履行の不能は、債権成立時には可能であったが、その後不能となることである。債権成立時に不能であれば原始的不能として契約は無効となる。

イ 履行が不能であること 不能かどうかの判断は、社会の取引観念によって定められる。物理的不能には限らない。目的物の取引が法律上禁止された場合は履行不能である。実際に問題となるのは、不動産の売主が目的物を第三者に譲渡して移転登記をしまった場合である。厳密には不能とはいえないのであるが、判例は、これを履行不能としている（最判昭三五・四・二一民）。ただし、第一買主が仮登記を有しているときには、第二買主に移転本登記がなされても、いまだ履行不能とはいえない。また、第三者のために仮登記がなされたにすぎないときも売主の買主に対する義務の履行不能とはいえない（最判昭四六・一二・一六民）し、第三者から処分禁止の仮処分を受けただけでも不能にはならない（最判昭三一・九・一九民）。なお、履行期前でも、履行期に不能であることが確実ならば不能になった時点で履行不

能の効果が生じる。

ウ 債務者の責に帰すべき事由に基づくこと この要件は、民法が明文で規定している(四一五)(案後一段)。帰責事由の意義については、履行遅滞と同一である。遅滞の間に帰責事由なくして不能になっても賠償責任が生ずることについてはすでに述べた。債務者の責に帰すべき事由に基づくかどうかの举证責任は、債務者にある。この点も履行遅滞と同じ。

エ 不能が違法であること まれにはあるが、違法性を阻却する場合がある。たとえば、他人の動物を保管していた者が、緊急避難でこれを殺してしまった場合などである。

3 履行不能の効果

ア 履行不能も効果として損害賠償請求権の発生である。債権が契約から生じたものであれば、遅滞と異なり、催告なしに契約を解除することができる(三五四)。

イ 履行不能による損害賠償は填補賠償であるが、全部が不能ではなく一部のみ不能の場合がある。給付が不可分であれば、全部につき填補賠償を求めうる。可分でも、残部では目的を達することができなるときも同様である。

履行不能の場合でも解除をすることなしに不能を理由に填補賠償を求めうる。この場合、反対債務たる自分の債務は履行しなければならぬ。解除して損害賠償を求めめるのが普通であるが、この場合は、自分の債務も免れるが、賠償額の算定にさいして控除される。

ウ 填補賠償の範囲は、履行遅滞と同様、通常損害と予見可能な特別事情から生ずる損害である。填補賠償は履行に代わるものであるから目的物(為す債務では作為自体)の客観的価値にはかならない。したがって評価の基準時が問題となる。これについてはすでに履行遅滞のところ述べた。かんとんにまとめるとつぎのようになる。

① 通常損害については通説・判例は、履行不能時を基準としている(最判昭三五・四・二一民)(集一四卷六号九三〇頁)。本来の履行請求権が金

銭賠償請求権に転化した時点だというのがその理論的根拠である。

② 特別事情による損害については大審院判例によれば、①履行不能時の価格を標準とすべきこと、③その時点以後の騰貴した時期を標準とするためには、騰貴するであろうことならびに転売などによって騰貴時の利益を入手したであろうことの両方を予見しえたであろうということとを債権者が立証しなければならぬ、というものであった（立木の二重売買につき、前掲①大判大正三・五・一三）。最高裁は、前述のとおり、基本的には履行不能時をとり、予見可能な騰貴事情（二七（富貴丸事件）②大連判大正五・五・三三）。最高裁は、前述のとおり、基本的には履行不能時をとり、予見可能な騰貴事情の下で目的物を保有しつづけている場合は、口頭弁論終結時の価格によって賠償されるべきだとしている（とくに前掲⑤二〇）。

履行不能になったのちに、債権者が契約を解除した場合、基準時はいつだとされているだろうか。これもすでに履行遅滞の効果のところでも若干を述べたが、補足的にいえば、判例は、解除がなされ、しかも債権者が解除時の損害賠償を主張しているときには、解除時を基準としているといえる。前掲②最判昭二八・一〇・一五、最判昭二八・一一・一八（民集七卷一・二号）四四六頁（下駄材の売買契約代金）、最判昭三七・七・二〇（民集一六卷八）（号一五八三頁）などがそうである。最判昭和三七七年は、土地賃貸人Aが第三者Cに土地全部を二重に賃貸し、その第三者Cが建物を建築したため、借地人Bに生じた損害の賠償額が問題となり、履行不能時から七年後の解除時の賠償請求を認めている。結論的には、騰貴時の価値を認容している（原告が口頭弁論終結時の請求をしていたら、認められていたかもしれない）。

エ 過失相殺、損害賠償額の予定などは履行遅滞のところでも述べたとおりである。金銭債務の特則は履行不能とは無関係である。調整問題のうち、損益相殺、代償請求権、賠償者代位などは、むしろ履行不能について適用が多いものである。これらについてもすでに述べた。

(四) 不完全履行

附録三 債権の効力

不完全履行とは、債務者により、一応履行行為はなされたが、それが債務の本旨に従った完全な履行ではなく、不完全な履行であったために債権者に損害が生じた場合をいう。履行遅滞、履行不能とは別の、第三類型の債務不履行と考えられている。給付行為が不完全のため、給付利益が侵害された場合に、不完全履行と呼び、給付利益以外の一般法益をも侵害した場合、たとえば、家具を売買し、居室に運び配置することを約した売主が買主の居室で他の器物を毀損したり、買主の身体を怪我させたりした場合をとくに「積極的債権侵害」と呼ぶのが一般的である。

2 不完全履行の要件

不完全履行の要件は、①履行期に、②履行のあったこと、③債務者の責に帰すべき事由に基づくこと、④履行が不完全であった(債務の本旨に従っていない)こと、⑤違法であったこと、である。このうち、不完全履行に特有の要件は、②と④、すなわち、不完全な履行があったことである。

ア 不完全な履行があったこと (1) 履行が全然ないときは、履行遅滞か履行不能であって、不完全履行ではない。ともあれ履行として何らかの給付がなされることが必要である。

(2) 履行が不完全であるというのに二つの場合がある。

① テレビ〇台を注文したところ配達されたもののうち二台は故障していたというように給付物自体または給付行為の内容に瑕疵のある場合である。このほか卵の売主が不良の卵を給付した、鉱山の調査を依頼された者がさまざまな報告書を提出したなどである。追完が可能な場合と追完が不能な場合とがある。

② 鶏百羽の売買で、百羽給付されたが、そのうち一〇羽が病気であったため、買主の健康な鶏にまで病気が伝染してしまったというように積極的債権侵害ないし拡大損害を惹起する場合である。このほか、前述の家具商が注文主

の調度品を毀損したとか欠陥自動車を給付してそれを運転した買主が怪我をしたとかいう場合である。

いずれの場合においても債権者は債務不履行として損害のすべてを賠償しなければならない。債務者は、本来の完全な給付をなす義務のほか給付行為に関連して債権者の身体・財産の安全を保護すべき付随義務を負っており、これに反するかぎり、損害を賠償しなければならないとされている。このような付随的保護義務は雇傭契約においては使用者が被用者に対して負う「安全配慮義務」へと発展する。たとえば、最高裁は、「安全配慮義務は、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又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきものである」と定義づけ、使用者たる国が被用者たる自衛隊員の勤務環境上の生命・身体の安全配慮の義務に違反していたことを認めている（最判昭五〇・二・二五民集二九巻二号一四三頁・夜間宿泊所で殺害された隊員の親が国を訴えた事件）。

公務員・労働者が労務提供ないし遂行義務を果たすためには、その勤務環境上、生命・身体の安全性が配慮されていなければならないのであって、国・使用者は賃金支払義務のほかになお安全配慮義務を負うのである。一般的保護義務とのちがいをあえていえば、不完全履行で問題となる一般的保護義務は、債務者が本来の給付義務を履行する過程で債権者の生命・身体・財産が侵害されないようにする義務であるのに、安全配慮義務は、債権者（国・使用者）が債務者の義務遂行上、債務者の生命・身体の安全を配慮すべき義務である点であろう。白ろう病事件（高知地判昭五二・七・二二八判夕三五二一・二六頁）が有名である。

(3) なお、積極的債権侵害は不法行為にきわめて接近する。給付内容自体に瑕疵がなく、給付する過程で不注意により債権者の財産を毀損したという場合、たとえば、注文を受けた家具を買主の居室に搬入するに際し、不注意で他の調度品を毀損したという場合は、調度品の毀損に焦点を合わせれば、特別な関係のない者の単純な不法行為とも見られる。積極的債権侵害としてみれば保護義務違反が不法行為では加害者の故意・過失の問題として評価される。し

かも、前者なら契約責任であるから加害者（債務者）が挙証責任を負い、後者すなわち不法行為なら被害者（債権者）が挙証責任を負う。さらに損害賠償請求権の消滅時効も一〇年と三年という効果のちがひもある。

(4) 給付の目的物に瑕疵があるために履行が不完全であるとき、瑕疵担保責任（五七）との関係が問題となる。通説によれば、瑕疵担保責任は特定物についてののみ適用があり、不完全履行は不特定物を目的とする債務についてだけ問題となりうると思われる。

イ 履行期との関係 履行期の到来前に不完全な給付をしたときは、履行期までに、その瑕疵を追完すれば、不完全履行にはならない。ただし履行期前の不完全履行により積極的債権侵害が生じていれば、別である。

また、履行期に不完全な履行をすれば、追完のため時間をとられるから、結局、履行遅滞も生ずることになる。これは、履行期を徒過したのちに、不完全な履行をしたとき同様、遅滞と不完全履行との競合となる。

ウ その他の要件 履行遅滞、履行不能と同じである。

【参考文献】 奥田昌道「安全配慮義務」損害賠償法の課題と展望一頁

3 不完全履行の効果

不完全履行の効果としては、①不完全な履行がなされたことから生ずる損害賠償請求権の発生、②追完が可能な場合の追完請求権の発生、③債権が契約から生じた場合の契約解除権の発生の三つである。

ア 追完が可能な場合 ① 完全な履行をなすことがまだ可能であれば、債権者は瑕疵なきものの給付、すなわち、追完を請求することができるとともに、履行に遅れたことを理由に遅延賠償ならびに不完全な履行に基づいて債権者の法益に侵害があれば、それを理由とする損害賠償（積極的債権侵害に基づく損害賠償）を請求することができる。追完請求については、目的物に瑕疵のあるものが給付されたということは、債務の本旨に従った履行がなされていない

ということであるから、たとえ、いったん債権者が受領したとしても、これに満足するいわれはなく、瑕疵のない全く完全なものを給付せよと追完を請求することは当然である。たとえば、鉦山の調査報告書を作成・提出する債務を負うBが債権者Aに対して杜撰な報告書を提出したのなら、Aは、Bに対し完全な報告書を作成せよと請求することができる。この追完請求は、債権の本質的内容をなすといつてよいから、債権が時効によって消滅するまで存続するものと全く新しいものを取り替えてほしいと請求したならば、債務者は、すでに履行が終わったと思つて安心している場合も多く、債務者に酷だと感ずることになる。そこで、瑕疵あるとはいへ、それなりに目的を達しうる給付がいったんなされ、しかも債権者が受領した以上は、もはや追完請求はできなくなつて、以後はもつぱら瑕疵担保の規定(五七〇条・五七六条)によつて処理されるべきであるとの説が生じている。この説によれば、追完請求は否定され、損害賠償の請求かまたは、瑕疵のため契約の目的を達することができないときに、契約の解除をなすにとどまる。しかも、右の請求も債権者が瑕疵を知つてから一年以内に行使されなければならぬ。判例はかつてこの考えを承認していた(大判四・三・三民集四卷二二七頁一タービンポンプの売買、大判昭二・四・一五民集六卷二四九頁一アメリキ板五三〇箱の売買、大判昭六・四・二新聞三二六五号九頁一紙巻取一五、〇〇〇ポンドの売買)。この説に対しては、瑕疵担保の規定は特定物の原始的瑕疵に適用すべきもので、不特定物の、しかも後発的瑕疵についてまで適用するのは理論的に問題があるし、新しいものを請求することができないというのも具体的に妥当ではないと批判されている。

この結果、現在の通説は、原則的には、瑕疵なき完全なものの請求を肯定し、結果的に不当だとみられる場合には、信義則を適用して、妥当な処理をすべきであると解している。この説によれば、債権者が瑕疵を発見したときは、信義則上、相当の期間内にこれを債務者に通知するなど適當の処置を講じなければ、瑕疵なきものの給付を請求できなくなり(ちなみに、商一五二六条参照)、また瑕疵あるものをしばらく使用した後には瑕疵を発見し、新しいものを請求することが信義則に

反すると認められるときは、単に瑕疵の修補または損害賠償を請求しうるだけであるということになる。

② 不特定物にも瑕疵担保の規定を適用すべきであるとの判例はいくつか存在している(前掲判例)。ただし判例は、瑕疵あるものの給付がなされた場合、債権者はさらに債務の本旨に適った履行、すなわち追完請求をすることも、また瑕疵ある当該の物の給付を「履行として受領して」瑕疵担保の責任を債務者(売主)に問うとのいずれも債権者(買主)の任意になすことができ、いったん右「受領によって後者を選択した以上は他方の請求をなさない」という立場であった(大判昭三・一二・二二民集七卷一)。(〇七一頁―檜板二二五坪の売買)。そして右「受領」も、単なる「受領」(大判昭二・四・一五ヲ)から「履行トシテ之ヲ受領」、「履行トシテ認容」するともにも「瑕疵担保ノ責任ヲ問フ」場合に瑕疵担保の問題となる(大判昭三・一二・一)を経て、最高裁に至り、昭和三十六年一月一五日判決(民集二五卷一―一五二頁有線放送用スピーカ―出力五〇ワットの売買)は「瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容し債務者に対し瑕疵担保責任を問う」という形に確定してきたものである。右最判は、単に受領しただけでは、不完全履行請求権を失うものではないとして、追完請求を受けながら、これを怠った売主に対して買主からする債務不履行解除を有効と認めて代金返還を肯定している。

イ 追完が不能な場合 ① 瑕疵あるものを給付してしかも追完が不能なときは、債権者は受領したものを返還し、契約を解除して、履行に代わる損害賠償(填補賠償)を請求しうる。債務者が改めて完全な履行をすることは可能であるが、無意味なとき、たとえば、誤った鉱山調査の報告書を信頼して鉱山を買ってしまったとか給付された食品に有毒物質が混入していたために多数の中毒被害が出て賠償させられたとかという場合は、もはや追完して給付されても意味がないから、填補賠償のほか瑕疵ある給付によって生じた拡大した損害の賠償をも請求することができる。給付のうち、一部にのみ瑕疵があるとき、全部の賠償を請求できるか一部にとどまるかは、一部履行不能と同じである。すなわち、残部だけでは目的を達しえないなら全部を、可分でかつ残部でも一応の目的を達しえるなら一部のみに

の賠償を求めうるということになる。債務者が全部賠償をしたならば、すでに給付したものは、債権者から取り戻すことができる(四二二)。

② 損害賠償の方法・範囲については、履行遅滞・履行不能と同様である。解除権についても、不完全履行が追完不能の場合は、履行不能として催告なしに契約の解除をなすことができる(三四)。追完可能の場合は、履行遅滞として、相当の期間を定めて追完を催告し、債務者がなおもこれに応じないときにはじめて解除できる(五四)。それゆえ、不完全履行そのものを理由として解除できるかについて、これを否定する少数説もあるが、通説は肯定している。

【参考文献】 山本進一「債務不履行」演習民法(債権)八九頁

四 債権の対外的効力

1 序

債権は債務者に対して、一定の給付をなせと請求しうる権利である。いわば債務者という人格に対する相對権である。これに対して物権は物に対する直接・排他的權利であるとされ、いわば、物権者は一物一権主義で守られ、物権者以外の万人すべて物権を侵害してはならない義務を負うがゆえに、物権は絶対権といわれる。それゆえ、債務者以外に対して、いかなる効力をも及ぼしえないとすれば、債権の対外的効力について語ることはできない。しかし債権も財産権であるかぎり、第三者による違法な侵害があれば、債権侵害という不法行為として債権者から第三者に対して損害賠償請求ができなければならない。大審院は、買主の代理人が売主の代理人と共謀して本人を侵害した事件、すなわち、所有者Aから二万円以上で売るよう依頼を受けたBが、二万七〇〇〇円で買う意思のあるCの代理人Dと

共謀し、Aには二万一〇〇〇円で売れたとだまして六〇〇〇円を着服したという事件において、AがBとDを背任として告訴する際に、付帯私訴としてDに対してした不法行為に基づく損害賠償請求を肯定した。理論的根拠として、権利不可侵の効力は、権利の通有性であつて、債権も権利である以上、この不可侵の効力を有する、とした（大刑判大四・三・一〇）。また、同じく債権を現に侵害ないし妨害し、侵害ないし妨害するおそれがあるときは、債権者はその侵害ないし妨害を排除したり、予防したりできなければならない。前者は不法行為成立の問題であり、後者は債権に基づく妨害排除の問題といわれている。ここでは、債権の対外的効力として位置づけ、右両者について述べる。

2 第三者による債権侵害と不法行為の成立

ア 第三者による債権侵害が不法行為と評価される行為である以上、その行為自体が一般的な不法行為の成立要件を満たしていなければならない。七〇九条に従い、加害者の故意・過失と違法性が必要である。債権には排他性がないから、正常な取引行為によつて先に成立している債権の存在を知りつつ二重に債権を取得しても二重譲渡・二重雇傭、これは自由競争の原則のはたらく場合であつて、原則として違法性はなく、債権侵害とはならないことに注意しなければならない。

イ 自由競争の範囲外の侵害

(1) 債権者をして債権自体を失わせた場合

たとえば、他人の無記名債権証書

を横領して善意の第三者に取得せしめたり（一六六条三項）、債権者でもないのに、債権の準占有者（八七条）または受取証書

の持参人として有効に弁済を受けたり（四八条）することである。この場合、債権者は侵害者に対して不当利得返還請求権

（七〇三条）も成立するが不法行為成立の妨げとはならない。

(2) 給付を妨害した場合

特定物の引渡しを目的とする債権について、第三者が債権の目的物を滅失せしめた場

合、たとえば、債権の目的たる立木を第三者が自分の立木とともに他人に売却し、買主がこれを伐採してしまつた場

合に不法行為は成立する（大判大ニ一八・七）。また債務者を不法に拘禁して給付を妨害し、責に帰すべからざる履行不能となつて債権が消滅する場合、たとえば、芸妓を誘拐して芸妓契約に基づく債務の履行を不能にした場合も不法行為は成立する。右の債務者自身を誘拐したり、殺害・傷害したりして給付を妨害したら、債務者自身のほか債権者も被害を受ける。すなわち「間接被害者」である。最高裁は、自動車事故に関し、被害者の勤めている企業のこうむつた損害について一般的には加害者に賠償義務を認めていないが、いわゆる個人企業の代表取締役の傷害につき、「代替性」がないことを理由に企業のこうむつた損害の賠償を認めている（大判昭四三・一一・一五五頁）。

ウ 自由競争の範囲内の侵害 二重取引のように、同一内容の債権を成立せしめ、第二債権者が先に給付を受けて、第一債権者の弁済を受けられなくする場合は、それが債務者の任意の履行であるかぎり、不法行為は成立しない。不動産の二重譲渡において、第二買主が第一買主のいることを知って（悪意）買い受け、登記を先に取得しても不法行為にはならない（大判昭三〇・五・三一）。第二買主が非常に悪質で、売主を強迫、詐欺等をして、背信的悪意者とみられる場合にも、第一買主は登記なくして第二買主に対抗できるから、やはり不法行為とはならない。第一債権者が債権の実を失う場合、たとえば、第二債権者が二重の出演契約を背信的行為によって債務者（歌手）に契約させた上、自分の劇場に出演させた場合には不法行為とならう。また、第三者が債務者と通謀してその財産を隠匿したり、詐害行為をした場合、第三者の行為が悪質なら、不法行為の成立を認められる（大判大五・一一・二一民録二二輯二五〇頁、ただし、九四条二項や四二四条による債権者の保護は別にある）。

【参考文献】 潮海一雄「間接被害者の損害賠償請求」損害賠償法の課題と展望二〇三頁

3 債権に基づく妨害排除請求

第三者による債権侵害があった場合、不法行為の成立を認めて債権者を保護することができても、単に金銭的賠償をえるにすぎない（七二二）。債権が現に侵害されている、またはされるおそれがある場合に、債権に基づいて妨害・侵

害を排除ないし予防することはできないであろうか。賃権には物権とは異なり、排他性がないだけに、慎重な配慮が要求される。

ア 権利の不可侵性から認められる場合 「権利者ガ自己ノ為メニ権利ヲ行使スルニ際シ之ヲ妨グルモノアルトキハ其妨害ヲ排除スルコトヲ得ルハ權利ノ性質上固ヨリ当然ニシテ、其權利ガ物権ナルト債権ナルトニヨリテ其適用ヲ異ニスベキ理由ナシトス」との理由から、Aが東浦漁業組合より同漁場における^{きびな}鯆専用漁業権を賃借していたところ、何らの権利もなく同漁場での漁業をなすBに対して、賃借権確認と漁業差止めの本訴を提起しかつ漁業禁止の仮処分を申請し決定を得たAの請求を認め、賃権には排他性がないことを理由にAの請求棄却と仮処分決定の取消しを求めたBの要求を排斥した大判大一〇・一〇・一五（民録二七輯一七八頁）は、この立場であろう。同じく、国有地の借地人である寺院Aからその地上に何らの権利もないのに建築物を所有するBに対して、Aが借地権に基づいてその明渡しを請求した事案において、「此ノ使用権ハ物権タルト債権タルト問ハズ不可侵性ヲ有スルモノナレバ、之ヲ妨害スル者ニ対シ其妨害ノ排除ヲ請求スルコトヲ得ルモノト謂ハザルヲ得ズ」とした大判大一二・四・一四（民集二巻二三七頁）もこれに属する。しかし、この二つの判例の事案はいずれも賃借人が占有を取得していた場合であつたことに注意すべきである。土地の賃借人が占有を取得していない事案に対しては、判例は賃借権に基づく妨害排除請求権を認めていない。「賃借人ハ其占有ニ係ル賃借物ヲ他人ノ為メ不法ニ占有セラレタル場合ニ於テモ占有権ニ基クテ依リ其物ノ返還ヲ請求スルハ格別、賃借権若クハ損害賠償請求権ニ依リ之ガ引渡ヲ請求スルコトヲ得」と判示するものもある（大判大一〇・二・一七）
（民録二七輯三二二頁）。

イ 債権が排他性を備えていることから認められる場合 大審院判例は、実際には占有を取得した賃借権についてのみ妨害排除請求を認めていたのに反し、占有を伴わなくても對抗力を備えた賃借権は排他性を有するからとして

妨害排除請求を認めているのが最高裁の態度である。たとえば、地主Cから借地していたAの家屋が震災により焼失していた間に、Bは、Cを相続したDから借地して建物を建てた。AがBに建物取去・土地明渡しの請求をしたところ、最高裁は、罹災都市借地借家臨時処理法一〇条により、罹災建物滅失の当時から借地権を有する者が、借地権の登記や建物の登記がなくても第三者に対抗できるのは、物権的効力を付与されたからで、これにより、土地賃借権を取得した第三者にも対抗できるようになる旨を判示している（最判昭二八・一二・一八民集七卷二二号一五）。もともとこの事案においては、何らの権利もない不法占拠者に対する明渡請求事件ではなく、いわば二重賃借権が設定された場合であったから、判旨のような説明になったとも解せられる。

ウ 債権者代位権によつて認められる場合　また判例は、賃借権者が占有をもたないときでも、賃貸人所有者の有する物権的請求権を代位行使して自己に対して明渡しを請求しうることを賃借人に認めている（大判昭四・一二・一六民集八卷九四四頁）。この判例は、占有も対抗力も備えない賃借権を保護するために債権者代位権（四二）を用いたものであろう。

最高裁は、対抗力を備えた（排他性ある）賃借権には物権に準じるものとして、同時に妨害排除請求（絶対性）を認めるといふ立場を採っているようである。学説には、占有を伴う賃借権には妨害排除を認めるべきだとする説が多いが、不法占拠者に対しては、占有取得前でも、債権者代位権によらず、直接賃借権者に妨害排除請求を認めるべきではなからうか。この意味において、不法占拠者に対する土地の明渡しを対抗力を備えていないからとして認めなかつた最判昭二九・七・二〇（民集八卷七号）は問題があらう。

【参考文献】 中井美雄「債権に基づく妨害排除」民法II判例と学説3三〇頁

五 受領遅滞

1 意義

ア 受領遅滞とは、債務者の債務の本旨に従った履行の提供があった場合に、債権者が履行の完了に必要な協力をしないことをいう。債権者遅滞ともよばれる。たとえば、純粋な不作为債務（隣接する土地のため、自分の側に2m以上のへいを建てないという債務）では、債務者が債務の履行をするのに債権者の協力は必要としない。しかし、債権者の土地の上に建物を建築するという請負契約上の債務を履行するためには、債権者たる土地所有者の土地へ立ち入り、検査・掘削などをするため、債権者の協力が必要である。また売買目的物の給付債務の場合でも、債務者が履行の提供をしているのに、正当な理由なく、債権者が引取りを拒むならば、いつまでも履行は完了せず、債務者はいぜん債務に拘束され、履行が遅延することによって、過分の負担や不利益をこうむることになるであろう。たとえば、食肉一〇〇キログラムの売買契約が成立し、売主Aが履行期に約定どおりの履行場所・方法でこれを提供したが、買主Bが食肉価格が異常に下落したことを理由に受領を拒んだならば、Aは提供した食肉をさらに運送して冷蔵装置を設備した倉庫で保管しつづけないければならない。保管費用はもちろん保管にも細心の注意を払わないと腐敗してしまうであろう。このような負担・不利益がAに負わされるとしたならば、まことに不公平である。そこで民法は、四一三条に「債権者カ債務ノ履行ヲ受クルコトヲ拒ミ」またこれを「受クルコト能ハサルトキ」はその債権者は「履行ノ提供アリタル時ヨリ遅滞ノ責ニ任ス」と規定して、右の負担・不利益のすべてを債権者の負担と定めて債権者・債務者間の利害の調整を図ったわけである。ただ四一三条は「債権者ハ……遅滞ノ責ニ任ス」というのみでその責任の内容を明らかに

にしていない。この点、ドイツ民法は参考に値する。すなわち、売買と請負については(ド民四三三)引取義務を明文で認めた上で、債権者遅滞という制度を設け、債権者が債務者の債務の本旨に従って履行された給付を受領しないときは遅滞になるとして、それによって債務者の責任は軽減せられ(故意と重過失についてののみ責を負う)、目的物の滅失・毀損の危険は債権者に移転し、債務者の利息債務は停止し、債務者は目的物の提供・保管及び保存に要した増加費用の賠償を請求しうるものとしている(ド民二九三条)。右のような諸効果は、日本民法の下においても信義則に適用ものとしてみな認めてよいように思われる。しかしドイツ民法もこの受領遅滞をして一般的に債権者の義務違反の効果とみているのではなく(請負・売買は別)、したがって、債務不履行の制度なのではない。それゆえ、わが国でも、受領遅滞の性質について学説が対立している。

イ 主たる対立は、受領遅滞を債務不履行の一種とみるか、それとも信義と公平の原則に基づいて法がとくに認められた法定責任とみるかという点にある。前者とみれば、受領遅滞の要件上債権者の帰責事由が要求され、効果上では契約解除権が認められる。

① 法定責任説は、債権者は給付を受領する権利を有するも義務を負うものではないから、債権者には受領義務はなく、受領遅滞をもって債権者の不協力による履行遅延の不利益を債権者に負担させるための、信義則上法がとくに定めた法定責任である、と説く。

② これに対して債務不履行説はつぎのように説く。債権債務の関係は両当事者の信頼に基づいて共同の目的に向かって協力すべき一種の協同体をなすものであるから、債権者にもまた信義則上給付の実現に協力すべき法律上の義務があり、したがって債権者は給付受領義務を負い、その不受領は、債務者が債務を履行しないのと同じく、一種の債務不履行となる。

③ なお、他の学説として折衷説がある。この説は、ドイツ法にみならい、債権者の一般的受領義務は認めないが、売買・請負・寄託などは例外的に受領または引取義務を認めるものである。

右の学説のうち、通説は法定責任説である。判例は戦前から法定責任説をとっており、最高裁では、法定責任説が主流であり、ただ例外的に継続的供給契約（石炭）において信義則上引取義務を認めている。

2 受領遅滞の要件

ア 債務の履行について債権者の協力が必要とする債務であること　　そういう債務でないとそもそも受領遅滞は生じようがない。

イ 債務の本旨に従った履行の提供があったこと　　履行の提供がなされないか、履行の提供があっても債務の本旨に従ったものでないときは、受領遅滞は生じない。たとえば、甲家屋の賃貸人Aが賃料の支払いを請求したのに、賃借人Bが乙家屋と丙土地も合わせて賃貸借の目的物であると争って、甲、乙、丙三者の相当賃料の合計した額全部を受領しなければ支払わない意思で弁済の提供をした場合には、債務の本旨に従った履行の提供があったものといえないから、受領遅滞も生じないことになる（最判昭三二・一一・二七民
集一〇卷一一号一四八〇頁）。

ウ 債権者が債務者の提供を受領することを拒み、または受領することができないこと　　受領拒絶とは、たとえば、使用者が工場を閉鎖して労働者の就業を拒絶したり、買主が目的物の引取りを拒絶するようなことである。受領不能とは、たとえば、使用者の工場が焼失したため労働者の就業を受け容れられなくなったり、医師の手術債務において患者（債権者）が死亡したりした場合である。ただし、履行が不能なため受領も不能である場合、たとえば、労働者が病気で就労できないときは、あくまでも履行不能であって、受領不能とはいえない。しかし時には、この両者の区別は困難な場合がある。工場焼失による就労不能も受領遅滞か履行不能か必ずしもはっきりしない。受領遅滞に過

失を要せずと解するとき、危険負担の問題とも関連する。近時は、履行障害が債権者または債務者のいずれの企業範囲ないし影響範囲内にあるかによって両者を区別しようとする領域説が主張されている。つまり給付を不能とする原因が債権者と債務者のどちらの支配領域内の事由によるかを問題とする。たとえば、病気や交通渋滞のために就労が不能になったのならば、債務者側の支配領域内の事由であるから履行不能となる。工場の焼失や患者の死亡などは債権者側の支配領域内の事由であるから受領不能となると解している。

エ 債権者の受領拒絶または受領不能がその責に帰すべき事由に基づくこと 法定責任説は、債権者に受領義務を認めないから、責に帰すべき事由に基づくとの要件は不要となる。債務不履行説の立場にたつてはじめてこの要件が必要となる。したがって挙証責任も債権者にある。いいかえれば、債権者はその責に帰すべき事由に基づくかないことを挙証しないかぎり、受領遅滞の責を免れない。工場焼失の例では、失火ではなく、誰かの放火によるものであることを使用者（債権者）が挙証しないかぎり責任を負わねばならない。

【参考文献】 早川真一郎「不完全履行・積極的債権侵害」民法講座4債権総論四九頁

3 受領遅滞の効果

ア 法定責任説は、弁済の提供の効果と受領遅滞の効果とを同視するから、①債務者が不履行責任を免れること（四九）、②債権者から遅滞に基づく損害賠償、遅延利息ないし違約金の請求を受けないこと、③契約を解除されたまたは担保権を実行されないこと、④約定利息が発生しなくなる、⑤債権者の同時履行の抗弁権がなくなる、⑥債務者は供託することができる（四九）ことなど受領遅滞の効果となる。債務不履行説は、これらの効果はみな弁済の提供の効果であつて、受領遅滞固有の効果ではないとする。受領遅滞は債権者に帰責事由がなければならぬからである。

イ ①受領遅滞の後に履行不能となるときは、不可抗力に基づく場合にも、債権者の責に帰すべき履行不能となる。

②債務者は債務の履行につき以後注意義務を軽減される。故意または重過失についてのみ責に任ずればよい。③債務者は、受領遅滞のため増加した保管費用・弁済費用を債権者に請求できる(四八五)。

ウ 債務不履行説は、以上の効果のほか、①増加費用のみならず、債権者の受領遅滞によって生じた損害の賠償を請求することができる。さらに②債務者は受領可能の場合、相当の期間を定めて催告し、その上で解除することができる。また受領不能の場合は、ただちに解除できるとしている。法定責任説によれば、受領遅滞に債務者の責に帰すべき事由に基づくことを要件としない反面、債務者の損害賠償請求権および契約解除権を認めない。むしろ、債務者には供託(四九)や自助売却(四九)の保護もあるし、反対債権のあるときは、その債務不履行を理由に解除も損害賠償の請求もできるから、受領遅滞の効果としてこれらを認めても実益はうすいと批判している。

エ 判例(大判大四・五・二九)は、座椅子毎月五〇〇個、五カ年間の継続的売買において、買主Bが九〇〇個買い取っただけであとを引き取らないので、売主Aが引取義務違反を理由に契約を解除して損害賠償を請求した事案において、買主Bには受領すべき権利はあるが、義務はないから、受領の拒絶をしてもそれは債務不履行ではなく、受領遅滞の責を負うだけであるとして、売主の請求を否定していた。最高裁も右大判大正四年と同じく、ゴルフ場のクラブハウスへタンクその他の器具を製作して取り付けるという請負契約において、請負人Aが注文主Bの受領遅滞を理由に契約の解除をし損害賠償を請求した事案において、傍論ながら、これを否定している(最判昭四〇・二・三三)。^(集一九九卷九号二〇九〇頁)ところが、硫黄鉱区の採掘権を有するAが鉱石を採掘してBに売り渡す硫黄鉱石売買契約において、AはBに対して右契約の存続期間を通じて採掘する鉱石の全量を引き渡す約定があつたなどの事情がある場合には、信義則上、Bには、Aが期間内に採掘した鉱石を引き取る義務があると、解すべきであるとしているものもある(最判昭四六・二・二六)。^(集二五卷九号一四七二頁)このような判例の動きを法定責任説から債務不履行責任説へ移行したとみるべきか、それとも事案の相違による結論のちが

とみるべきなのかは今後の判例の展開をみてみなければわからない。

【参考文献】

五十嵐清「受領遅滞と契約解除」民法II判例と学説3四一頁、遠田新一「受領遅滞その一」演習民法（債権）五九頁、山崎寛「受領遅滞その二」演習民法（債権）七六頁、新田孝二「受領遅滞」民法講座4債権総論七三頁

〔初出・山口純夫編「債権の効力」『債権総論』第三章（青林書院平成五年一月、一九九三年）〕