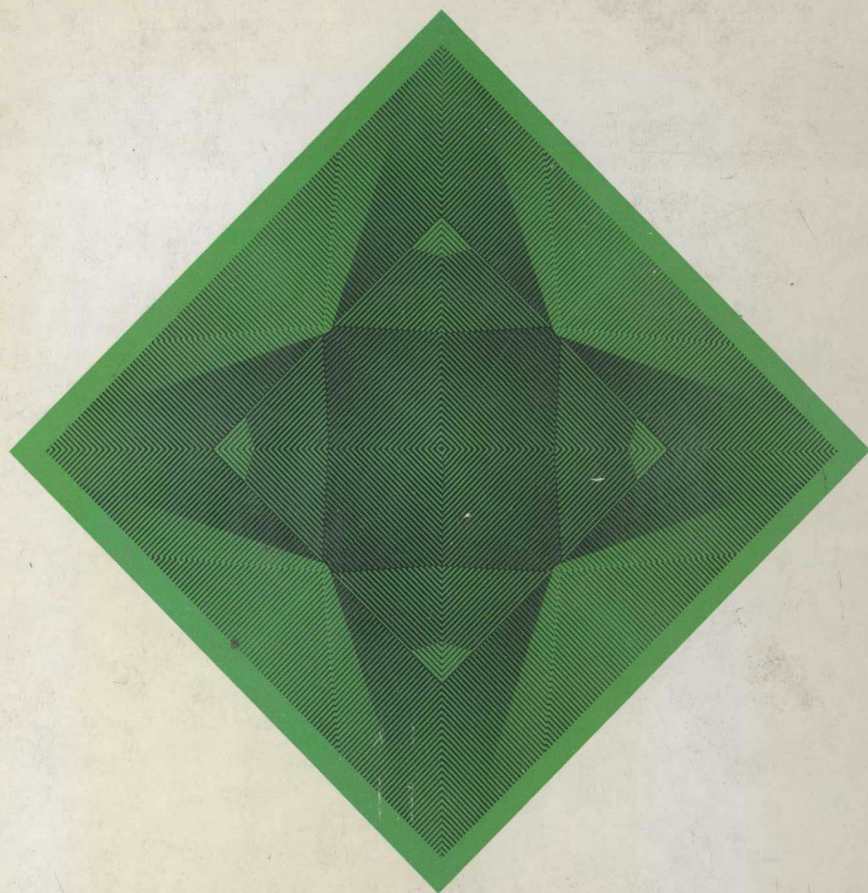


【現代社会と民法—Ⅲ】

債権法総論

本城武雄・山崎 寛編

久保宏之・采女博文・岸上晴志・朝見行弘・松井宏興・花谷 薫・安井 宏・新関輝夫



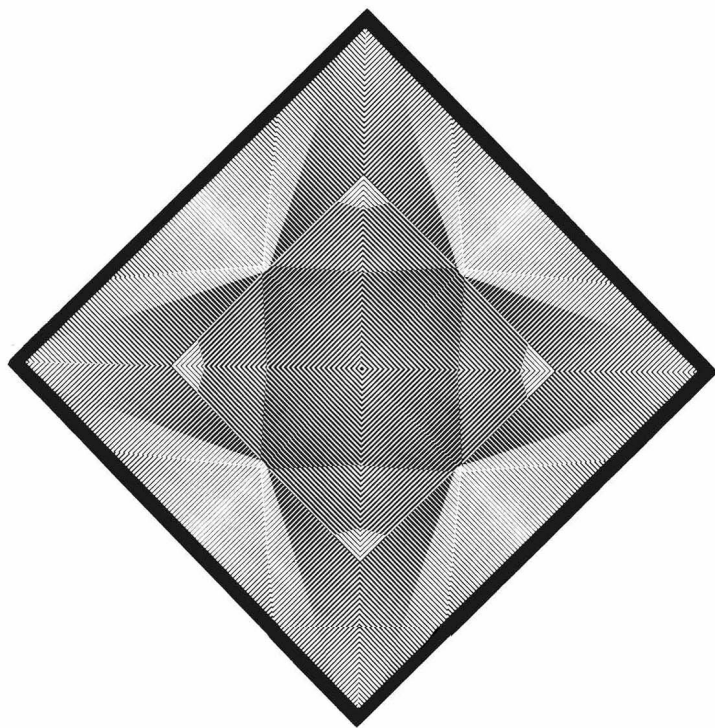
嵯峨野書院

現代社会と民法―Ⅲ

債権法総論

本城武雄・山崎 寛 編

久保宏之・采女博文・岸上晴志・朝見行弘・松井宏興・花谷 薫・安井 宏・新関輝夫



嵯峨野書院

債 権 法 総 論 [現代社会と民法Ⅲ]

<検印省略>

昭和 62 年 1 月 20 日 第 1 版第 1 刷発行

昭和 62 年 10 月 20 日 第 1 版第 2 刷発行

平成 2 年 3 月 20 日 改訂版第 1 刷発行

編 者 本 城 武 雄
 山 崎 寛

発 行 者 中 村 忠 義

発 行 所 嵯 峨 野 書 院

〒615 京都市西京区下津林中島町15-3 電話(075)391-7686 振替京都 2-40694

© Honjo, Yamazaki, 1987

ベル工房・穂谷印刷・兼文堂製本

3032-02057-2850

[現代社会と民法シリーズ] は し が き

法学は、医学と共に、古くから実用の学問として発達し、その中心は実定法の解釈学であった。それは法の意味内容を明らかにし、客観的に規範論理を説明するものであるが、もともと国家統治の実用目的に奉仕するものであるから、その非科学性を批判され、これを反省して真の科学としての法学となろうと努力してきた。そのため大学では基礎法学や教養教育を重視すると共に、民法学の分野でも概念の構成学に加えて、比較法学、法制史学、法社会学、立法政策学や隣接諸科学との学際的総合化を目指す研究がすすめられている。

民法学の講義はそれらの多彩な研究をも取り入れてやらなければならないのであるから、それはまさに至難の業である。平素大学法学部の教壇に立ち種々の工夫をこらして講義している実際の講義を活字化し、現場で役立つ講義案を作り、授業の効率化と学習の充実をはかると共に、大学の講義を広く〈社会〉にも開放して欲しいという強い要請に応えようとした。それが本書の刊行の趣旨である。経済も社会も科学も高度化して複雑となっている現代社会における民法の構造と機能を、分析洞察できるような分かり易い明晰なものにしたいと願って現代社会シリーズの民法を引受けたのである。

講義を聞くのと、独学で勉強するのとは、大変な違いがある。独学は何倍もの手間暇を要し苦勞なものであるのに対し、大学の講義を聞く勉強は安易で楽な方法なので、これを書き放し、聞き流しでは身につかない。言い古されているように、やはり予習・復習が大切である。そのためにも教科書は不可欠である。

たとえば探險調査や観光旅行に出掛ける際に、地図と方位磁石を持たないでは、一步も踏み出せない筈である。失礼な比喻だが、講義はガイド付きのバス旅行のような安易さがある。居ながら説明を聞き、かわる景色を眺めておればよい。だが、自力で再度訪ねるためには、旅行中に地図と磁石でフォローして

いないとむづかしい。講義における教科書は旅行の際の地図である。もちろん磁石も必要で、今何処にいるのか、何処を通ってきたのか、明日はどの方面へ行くのか、旅程と地図との照合がなければわからないはずである。したがって予習・復習のためにも講義テキストは必要である。そして六法は方向を定める磁石のように問題解決の規範方向をその地点ごとに指示するものである。

国内旅行に世界地図は役立たぬように、大学の授業にも講義スケジュールに応じたくわしさの教科書が望ましい。そして実際の講義では、なされているところだが、毎時間、導入部分に始まり、山あり谷ありの景色を添えて進められるように、まず、わかり易い設例を掲げて講義の導入部分や、まとめのための部分を作るように工夫をした。そして判例学説の概観には、さらに自習の手掛りを与えることなどに配慮した。またその都度まとまりをつけて90分授業の講義分量を単位として分担執筆の分量割当てがなされたのである。

叙述は分担執筆でそれぞれ余りに個性が強すぎると、互いに教科書として使いにくいから、筋書だけの簡潔なものとし、学説は紹介にとどめ判例理論を中心に、解釈学的基礎理論を講義スタイルでわかり易く解説することを本文とした。そして設例導入部分や、より高度の問題提起および解説部分、さらに判例の流れや学説概観の部分は、活字を小さくして、節ごとに注の形で入れた。また歴史的変遷・諸外国の比較立法例の概観・現実の社会に生ける法・法社会学的成果・立法政策学的考察などは章ごとに注の形で挿入した。こうした節注や章注や講注や脚注を使いわけることによって、学習の深度や理解力に応じた授業や自習の段階をわけ易くするように配慮しようとした。

以上のような新機軸の計画の結果は、いろいろと難航して、不備な点多々あると思われるけれども、各執筆者の創意工夫が随所にみられ、楽しい読みごたえのあるものとなったのは、偏えに執筆協力者の努力のお蔭である。ここに改めて共同執筆に当たって下さった方々の貴重なご尽力に心から厚く御礼を申し上げたい。

昭和59年1月

本 城 武 雄

本巻（債権法総論）は し が き

うそは泥棒の始まりだと子供の頃に教えられたが、ものを借りて返さないのは泥棒と同じだと考えていたのは何時頃までだったろう。大学生にもなれば、貸借と窃盗とは違うことは誰でも知っている。報復制裁と賠償との違いも知っている。しかし不法行為の秩序違反の賠償法理から、約束違反の賠償法理が歴史的に次第に分離独立したのだと説明されると、それは果たしてそうだろうか。どういう意味で言っているのか、考え込んでしまうだろう。

「義務を果たせ」と言っても、子供には何をどうせよと言わなければ分からない。人類の歴史においても、何か大事なことを具体的に天地神明に誓ったとか、お上み（共同体権力）に約束したとか、たとえば特定の贖罪金を支拂うとか、貢納義務を果たすとか、違反者の差出しの人請義務を守るとか、共同体的な公的な個別義務として胚胎して、次第に一部の身分階層の重要な私的義務・対人義務へとかわり、ついに債務は一般普遍化したのだと説明されても、すぐには納得できないだろう。

今、われわれは抽象的普遍的に債権・債務をとり上げる。わかりきったように、実はむづかしい進んだ段階の議論なのである。たとえば物を引渡す義務といっても、たった1つの代替物のない物の場合や、通貨としての金銭はクレジットとして世界を駆け廻るものである場合もあるし、物も担保も債権も証券化して流通する時代であるから、よほど基礎からしっかり勉強しておかなければならない。損害賠償の責任とその範囲、不履行債務者の責任財産の保全、共同的債務の責任割合、当事者の交替と債権の証券化の問題など流通・生産・情報の高度化した社会では一層むづかしくなっている。

率直に言おう。知識を追いかけることすら大変なのだ。しかし教育は知識を授けるよりも「能力を養育」するべきであるといわれる。バイオリンの幼児天

才教育で有名な鈴木鎮一氏の持論であるが、正しい反覆訓練をすれば誰でも天才になれるという。まり投げまり受けの能力は知識でなく訓練だ、跳躍能力は麻の若芽を植えて毎日その上を跳び越えて鍛えることだと、忍者訓練法を唱えられる。まねをして、まねび、まなんで知識を知り、さらに（知的）能力を高めるために「中途からお手本をとり上げろ」といわれるのである（同氏全集（双柿舎）参照）。法学的能力の養育のためにも反覆的基礎学習と応用問題訓練が必要だということであろうか。

学問は知識の体系化であり、科学は論理と実証に裏付けられた学問である。法律学の教科書（Lehrbuch）が伝統的に体系整備に努め、法律解釈学が規範論理による概念構成に終始し、概念の限界領域事例を通してその特質を解明してきた重厚な成果は、われわれの伝統遺産である。しかしこれを実際に教える立場からの反省というか、学ぶ者のみずからの問いかけのための知識と素材を提供しようとする、そうした教科書作りを願った。そのささやかながら新機軸のこの Guide text-book が楽しく役立ってくれることを願っている。

昭和61年10月

編 者

目 次

〔現代社会と民法シリーズ〕は し が き	i
本巻（債権法総論）は し が き	iii
編者ガイドライン〔物権と債権〕	3
編者ガイドライン〔債権（法）総論と債権（法）各論〕	5
第1章 序 説	7
第2章 債 権 の 目 的	14
第1節 総 説	14
第2節 特 定 物 債 権	21
第3節 種 類 債 権	24
第4節 金 銭 債 権	32
第5節 利 息 債 権	46
第6節 利 息 の 制 限	54
第7節 選 択 債 権	66
編者ガイドライン〔債権の効力総論〕	72
第3章 債 権 の 効 力 Ⅰ	77
第1節 自 然 債 務	77
第2節 第三者の債権侵害	85
第3節 現実的履行の強制	96
第4章 債 権 の 効 力 Ⅱ	105
第1節 債務不履行の態様	105

第2節	履行遅滞の要件	107
第3節	履行遅滞の効果	111
第4節	履行不能の要件	112
第5節	履行不能の効果	114
第6節	不完全履行の要件	115
第7節	不完全履行の効果	117
第8節	債務不履行の効果としての損害賠償	121
第5章	債権の効力Ⅲ	128
第1節	総説（責任財産の保全）	128
第2節	債権者代位権	130
第3節	債権者代位権の転用	141
第4節	総括（債権者代位権）	145
第6章	債権の効力Ⅳ	147
第1節	債権者取消権の意義と性質	147
第2節	債権者取消権の要件	153
第3節	債権者取消権の行使	172
第4節	債権者取消権の効果	181
第5節	債権者取消権の消滅	185
第7章	多数当事者の債権関係	187
第1節	多数当事者の債権関係	187
第2節	分割債権関係	190
第3節	不可分債権関係	194
第4節	連帯債務	199
第5節	保証債務	211

編者ガイドライン〔債権者・債務者の交替〕	225
----------------------	-----

第8章 債権の譲渡	226
-----------	-----

第1節 序 説	226
---------	-----

第2節 指名債権の譲渡	228
-------------	-----

第3節 証券的債権の譲渡	243
--------------	-----

第9章 債務引受	248
----------	-----

第1節 債務引受の意義	248
-------------	-----

第2節 免責的債務引受	249
-------------	-----

第3節 併存的（重疊的）債務引受	253
------------------	-----

第4節 履行引受	256
----------	-----

第5節 契約上の地位の譲渡（契約引受）	257
---------------------	-----

第10章 債権の消滅	260
------------	-----

第1節 総 説	260
---------	-----

第2節 弁 済	260
---------	-----

第3節 代 物 弁 済	281
-------------	-----

第4節 供 託	284
---------	-----

第5節 相 殺	288
---------	-----

第6節 更 改	293
---------	-----

第7節 免 除	296
---------	-----

第8節 混 同	297
---------	-----

索 引	298
-----	-----

[執 筆 者 一 覽]

(執筆順 *印編者)

* 本 城 武 雄	(名城大学教授)	第 1 章
* 山 崎 寛	(関西学院大学教授)	第 2 章
久 保 宏 之	(京都産業大学助教授)	第 3 章
采 女 博 文	(鹿児島大学助教授)	第 4 章
岸 上 晴 志	(中京大学助教授)	第 5 章
朝 見 行 弘	(福岡大学助教授)	第 6 章
松 井 宏 興	(甲南大学教授)	第 7 章
花 谷 薫	(熊本商科大学助教授)	第 8 章
安 井 宏	(広島修道大学教授)	第 9 章
新 関 輝 夫	(福岡大学教授)	第10章

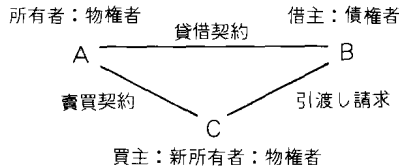
債 権 法 総 論

(現代社会と民法 Ⅲ)

【物 権 と 債 権】

民法典は財産を物権(第二編)と債権(第三編)との2種類の権利に分けて法律上の保護をしようとした。物権は物(有体物)に対する直接の支配の権利であるが、これに対し債権は人に対する一定の給付の請求権である。

Aが所有する物をBが借りたとしよう。具体的には、宝石装飾品かトラックか建物か土地か、貸借りか無償使用か、その借用期間や受領の有無など、もっと現実の特定をしなければ話にもならないが、あたりの体操を始める想定为例としよう。まずAは物の所有者—物権者であると共に貸主として債務者である。Bは借り主として賃借権または使用借権をもつ債権者である。すでに物の引渡しを受けておれば、Bが占有者でAは間接占有をもつに過ぎない。



貸借を約束して、Bがまだ占有していない場合には、BはAに早く利用させてくれと物の引渡しを請求し、もし裁判所での争いとなって、Aが自分は物権者であると言っても、Bの債権には勝てない。Aは約束どおりBに貸さねばならない。しかしAは所有者として物の支配権を失ったわけではないから、現実の使用はBにさせねばならないとしても支配の復帰権や権利処分の自由をもっているから、Bに何のこともわりもなく、AはCに自己の所有権を譲渡しよう。Bがすでに占有していると、AとCとの間の物権移転を第三者たるBに対抗するための対抗要件として不動産であれば移転登記、動産であれば引渡しが必要

である（民177条、178条）。そこでこのA・C間の取引が不動産の所有権移転の場合には、Bに無関係にその移転登記をすることができるが、動産の場合にはAの間接占有をCに移転する指図による引渡し（民184条）をすることになる。Bがこの指図を承諾してもCが賃借を承諾しないと争いとなろうが、いつまで賃借権を頑張れるか、貸主の地位の譲渡（規定がないが債権譲渡に似た契約地位の譲渡や解除権移転の有無など）の問題もからんでくる。所有者の交替も止むなしとなると、新所有者Cから物権者として引渡しを要求される。本来Bの債権はAに対して請求しうるに過ぎない。BはAに対し約束通り使用できなくなったときは損害賠償を請求しうるとどまる。もっとも当然債権といえども新物権者に對抗しうるという反論もあるが、借家法1条、建物保護に関スル法律1条など特別の規定がないかぎり、当然には對抗できないと解するのが一般である。その特別規定の適用を受けられない部屋の間借人や駐車場としての借地人は、現行法上對抗しえないことになるわけである。

もっとも動産か不動産か、公示登録制度の有無、占有の有無、有償か無償か、によって立法例も解釈理論も異なりうる。解釈論としても賃借人に賃借権の一方的登記請求権を与えるか、占有ないし登録ある賃借人には対抗力を与えるか、によっても解決しうることもある。

これを立法論によって解決すれば、もっとすっきりするだろう。「売買は賃貸借を破る」という法諺を「売買は賃貸借を破らず」という逆の原則に変えてしまえば、問題は解決する（西ドイツ民法(BGB)571条・986条I項、中華民國民法425条など参照）。

いずれにせよ有償かつ占有している借主は、これを保護する方向で考えるのが良からう。しかしA・B間の賃貸借がB・C間へと当然移行することを法定しないとむづかしい問題がのこる。

冒頭から、むづかしい話になったが、物権と債権の関係を、少し考えた上で、さてこれから債権を一緒に勉強していこう。（本城）

【債権(法)総論と債権(法)各論】

総則とか総論というのは、共通の現象には共通の規則が適用されるべきであるということから、共通事項の通則的部分を抽出してあつめたものである。債権(法)についても同じである。

たとえば売買契約を結ぶと買主は物を渡せという請求権をもつ債権者である。売主は反対給付である代金を支払えという債権者である。売買取引により、買主は物についての債権者であると同時に代金についての債務者でもある。売主は代金について債権者であると同時に物について債務者である。具体的には物が何であるか、いつどこで、渡すのか取りにくるのか、取引の実際は遅れたり間違ったり、きずがあったり、変更したり、いろいろの流動的な双方の行動や意思表示が積み重ねられるので、それに応じて法律関係も流動的形成的複合的でありうる。単純に考えても上記の売買では2つの債権がある。物の所有権と占有権を引渡せという債権と、代金を支払えという金銭債権を、それぞれを一定の給付行為を要求する1つの債権とみると、これに共通する類型規則があるはずだから、これをあつめて勉強しようというのが債権(法)総論である。

現実の債権債務関係は複合的可變的であるが、ある判断時点でみるその断面構造では基本的に、債権発生の原因類型別の基礎関係の上に組立てられているから、債権債務関係の発生原因別に類型を分けて、それぞれ各論的に勉強する分野が、次巻の債権(法)各論である。

各論では4つの債権発生原因が規定されている。

(1) 不法行為 身近におこる交通事故や医薬・食品・製造物事故や公害など、この不法行為法の領域は広い。いろいろの損害賠償や差止めや謝罪などの請求権を発生せしめている。

(2) 契約 各種の契約として財貨取得の契約(贈与・売買・交換)、

財貨利用の契約（消費貸借・使用貸借・賃貸借）、労務利用の契約（雇傭・請負・委任・寄託・組合団体）、その他（終身定期金・和解示談）の契約が挙げられる。なおこれら契約の通則として、その成立・効力・解除などの総則規定がある。契約は相互の信頼の上に成立するもので、商品交換経済の原則である等価交換を保障する同時履行・契約解除・リスク負担の関係などを規定している。

(3) 事務管理　他人から頼まれていないのに隣人愛からのおせっかいの場合は、契約はなくてもそれに準じた扱いをして債権を発生せしめる。

(4) 不当利得　理由(法的原因)もなく他人の損失により利得をしている場合には、その利得の返還請求権を発生せしめる。不法というほどの批難性はなくても不法行為に準じて考えるものとも言えるが、更に広く凸凹を平均化する衡平法上の救済である。

以上各論で用意されている具体的な研究もやったあとで、今一度、ここでの債権の総論の問題を考え直してみると勉強は一層深くなるだろう。ぜひそうして欲しいのである。債権(法)総論のあらましは、本文12頁および他の編者ガイドラインを参照して下さい。　(本城)