

債権の効力1・現実的履行の強制等

2003/04/18

松岡 久和

【現実的履行の強制】（教科書93～104頁）

Case06 X自治会は、近所で営業しているYゴルフクラブが経営改善のために夜間営業を開始するというので反対運動を展開した。交渉の結果、Yは、Xに対して、夜間営業は9時までとし、近隣の迷惑とならないように駐車場を整備する旨の「念書」を差し入れた。ところが、実際の営業は11時近くにまで及び、近隣への迷惑駐車に対して有効な措置は採られていない。Xはいかなる措置が採れるか。

1 現実的履行の強制の意義と歴史

- ・ 意義：履行遅滞の場合に、債権者が本来の債権の内容を国家機関の手を借りてそのまま強制的に実現する制度。
- ・ 履行遅滞の場合の債権の法的保障の歴史的・比較法的な位置づけ
ローマ法・英米法の金銭補償原則 ドイツ法の履行請求権の強制的実現原則
フランス法は中間的位置を占めていたが、その後判例で強制的実現を全般的に導入；為す債務・為さざる債務（＝行為債務）への罰金強制 *astreinte* による間接強制
英米法と大陸法の歩み寄りとその限界
- ・ 現行414条の歴史的意義と旧民法からの改正点

2 現実的履行の強制の要件

- ・ 適法な債権の存在
履行期に債務の本旨に従った履行がなされていないこと（帰責事由不要！）下記*
履行が可能であること（ をまとめれば履行遅滞。なお、履行不能は抗弁事由）
債務の性質が現実的履行の強制を許さないものでないこと
このうち、原告が主張・立証すべきは、 と（もっとも、履行がないという消極的事実を立証できるかについては議論があり、立証対象は履行期がすでに到来していることで、すでに履行をしたという事実は被告が抗弁として立証責任を負うとの考え方もある）。（履行が不能であること）（債務の性質が現実的履行の強制に適さないこと）は、現実的履行の強制を求める原告の請求を拒否したい被告が主張・立証責任を負う。なお、帰責事由を不要とする私の見解では、債務者たる被告が履行遅滞につき帰責事由がないと主張・立証しても、抗弁とならない。
- ・ 比較法的には、債務者に過分の費用がかかるときには許さないとする方向にある。

* 「二つの法制度は債権者にとっての法的保護と債務者にとっての法的サンクションという二つの側面をもっている。そうして、債権者にとっての法的保護すなわち『債権の効力』という平面でとらえれば履行強制と填補賠償とはまったく等価的な保護として働く 例えば建物売買で建物給付の強制実現＝直接強制をはかろうと、売主（債務者）の責に帰すべき建物滅失の場合に履行時の市価で金銭賠償（いわゆる給付に代わる金銭賠償）を求めようと、債権者にとってはいずれも等価値が保障されている。

しかしながら、債務者に向けられた法的サンクションという平面では履行強制か填補賠償かはけっして債務者に対する等価的制裁としては現われない。建物給付の強制実現は合意された交換条件の強制実現を一步も

出ないのに対して、建物滅失という事態を媒介として働く填補賠償いいかえれば履行時の市価による金銭賠償は、それが契約代金として現われていた締約時の市価を超えている限り、両者の差額は債務者の私的所有からの追加支出として現われることになる、からである」(川村・後掲)

3 現実的履行の強制の方法 - 414条の一般的な理解(判例・通説)

- ・そもそも414条の規定を民法に置くことの当否について議論がある。
 - (1) 414条1項本文 = 引渡債務(特定を要する種類債務の履行を含む)の**直接強制**。
 - ・具体的には、民執43条～167条(金銭)、168条・170条(不動産)、169条・170条(動産)；差押え 換価処分(売却・管理・取立命令・転付命令) 配当
 - ・1項但書 = 行為債務の直接強制が認められないこと。
 - ・直接強制できる債務には**間接強制は不許(間接強制の補充性)** 人権尊重・訴訟経済
 - (2) 414条2項本文 = 代替的作為債務の**代替執行**。
 - 【例】 広告看板の撤去義務、新聞紙上への謝罪広告掲載義務
 - ・「債務ノ性質力強制履行ヲ許サル場合」= 直接強制のできない場合。
 - ・具体的には、授權決定(民執171)を得て第三者に実行させ、その費用を取り立てる。
 - ・2項但書 = 不代替的作為債務である法律行為を行う債務の**判決代用**。
 - 【例】 農地所有権の移転につき都道府県知事の許可の共同申請に協力する義務
 - ・具体的には、意思表示擬制(民執173条)
 - ・移転登記をせよという給付判決や所有権確認判決に基づき単独申請できる(不登27条) 移転登記申請協力請求権(登記請求権)の場合には、この手続を要しない。
 - (3) 414条3項前段 = 不作為債務の違反結果の除去の**代替執行**。
 - 【例】 高層建物を建てない義務(東京地判平14年12月18日 - 国立市高層マンション事件)
 - ・3項後段 = 不作為債務の違反につき、将来のための適当な処分(間接強制、担保提供命令、妨害予防措置命令、差止命令)
 - 【例】 競業禁止義務、一定音量以上の騒音を出さない義務
 - 具体的には 不履行の結果、有形物が残る場合.....民執171条(代替執行)
不履行の結果、有形物が残らない場合
 - 1) 反復型・継続型的不履行.....民執172条(間接強制他)
 - 2) 一回的な不履行.....もっぱら損害賠償。
 - (4) 414条4項 = 現実的履行の強制と損害賠償の両立(注意規定)。
 - 【例】 金銭債務・物の引渡債務の履行遅滞の場合の直接強制 + 遅延賠償・遅延利息
- ### 4 判例・通説の理解への批判と立法提案
- (1) 批判
 - ・意思の自由の尊重は歴史的制約を受けたイデオロギー
問題は、債務者の生活・人権の保障と効率的権利保障の実質的衡量・調整。
権利実現の実効性の点から間接強制を広く認めても人格侵害にはならない 比較法。
 - (2) 立法提案
 - ・法制審議会担保・執行法制部会の議論を受けて、法制審議会の行った法改正要綱答申を受け、3月14日に法務省が国会に法律案を提案 今次国会で成立見込み。
 - ・金銭債務以外の債務については、間接強制の補充性を否定する。

金銭債務については、なお間接強制を許さない。

- 1) 利息制限法等の利率規制、2) 懲罰的損害賠償制度の欠如、3) サラ金問題
- ・ 法案は、民執173条を改正し（現行民執173条は174条になる）債権者の任意選択を許す。

第173条 第168条第1項、第169条第1項、第170条第1項及び第171条第1項に規定する強制執行は、それぞれ第168条から第171条までの規定により行うほか、債権者の申立てがあるときは、前条第1項に規定する方法により行う。この場合においては、同条第2項から第5項までの規定を準用する。

前項の執行裁判所は、第33条第2項各号（第4号を除く。）に掲げる債務名義の区分に応じ、それぞれ当該債務名義についての執行文付与の訴えの管轄裁判所とする。

5 重要な個別問題

(1) 子供の引渡請求 詳しくは民法第五部に譲る。

- ・ そもそも債権ではないが、請求権として現実的履行の強制を考えうる。

【類】 物権的請求権の強制履行 【債権構造論】

・ 最高裁判例（参考 <http://www.law.kyoto-u.ac.jp/matsuoka/research/DeliveryOfChild.htm>）は次の三方法をいずれも肯定。下級審では直接強制肯定例もある。

通常訴訟による親権行使の妨害排除請求（820条） - 間接強制。

離婚訴訟の付帯申立てでも可（人訴15条）。家百51。下級審裁判例で15歳以上の子が自由意思でよそに居る場合には（年齢の下限は10歳前後か）、妨害排除はできず、せいぜい居所指定のみとするものがある。

審判に基づく引渡請求（766条、家審9条1項乙類4号、53条）と審判前の保全処分（家審15条の2、家審規52条の2）

人身保護法による保護請求

【補足】

10条 仮釈放等の決定、勾引、12条 拘束者への行政罰（勾留・過料）つき命令

26条 刑事制裁（懲役・罰金）

【判例】 につき家百51：子（前者は10歳、後者は）に対し原告の支配下に入ることを強制できず、憲法22条、13条に反しない。下級審裁判例だが、大審院の定式を踏襲して、15歳以上の子が自由意思でよそに居る場合には（年齢の下限は10歳前後か）、妨害排除はできず、せいぜい居所指定のみ。

の用い方には変遷がある。

(i) 初期 人身保護規則4条の「拘束が権限なしにされていることが顕著である場合」を比較的厳格に適用し、引渡請求を否定

(ii) 昭和40年代半ば以降 いずれに子を監護させるのが子の幸福に適するかを比較衡量して請求の当否を判断。引渡請求を認めたものが多数出現。ただし、ある程度の年齢の子が自らの意思に基づいている場合には（ただし、自由意思に基づくことを否定した例もある）違法な拘束であることを否定。

親権や監護権を有している方から有していない方への請求は、子の幸福の点から著しく不当でない限り、原則的に肯定する傾向が強まる。逆に親権を有しない事実上の養親から確定判決を不服として実力で子を奪った実母への請求を認めた例もある（最判昭和49年2月26日家月26

巻6号22頁)。

の立法がなされた後も の積極運用を継続

(iii)平成以降 百52、マ56：夫婦間での適用では原則例外を逆転・慎重論へ。他方配偶者の監護が請求者の監護に比べて子の幸福に反することが明白でなければならない。

限定 仮処分や命令不遵守、子の健康への悪影響、義務教育阻害

もっとも離婚調停の合意に反して子供を返さない夫の拘束に顕著な違法性を認めて請求を認容した例もあるし（最判平成6年7月8日家月47巻5号43頁） 監護権者からそうでない拘束者への請求については従前の定式を維持している（最判平成6年11月8日民集48巻7号1337頁）

・ の得失

+ 強制力（ - とくに昭和55年以前）

もっとも間接強制（民執172条）が主流

迅速性・実効性・被拘束者の手続的地位の保証（ ）

- 文言との不整合（親権に基づく養育が違法か？

子の自由意思の有無の判断は微妙で難しい

夫婦間の場合には専門の調査官のいる家裁の方が適切

・ 子の幸福（利益）の判断のガイドライン（道垣内＝大村93頁、新・民法学5 88-89頁）

(a) 親権者・監護権者の優先原則：子の福祉が親権者等の決定ですでに考慮済

協議による決定の場合には安易な決定の場合もある

(b) 安定性の原則：現状の変更はできるだけ避ける

違法な既成事実の優先にならないような注意が必要。

(c) 母親優先の原則：乳幼児の監護は母親が望ましい

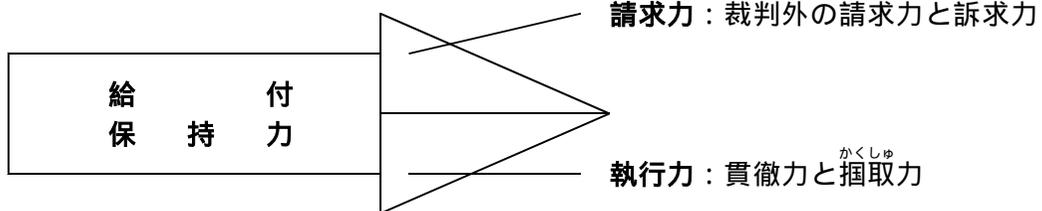
これも一概には言えないとの批判がある。

(d) 意思尊重の原則：一定年齢以上の子についてはその意思を尊重する

(2) 謝罪広告の強制と良心の自由 債権各論に譲る。

【債権の構造】（教科書52～63頁）

1 債権の図解（主として京都学派）



2 債権と請求権

・ 請求権は様々な権利から派生する（債権のほか、物権 物権的請求権、夫婦関係 同居協力請求権・婚姻費用分担請求権・扶養請求権）から、債権とその他の権利を区別する本質的要素は、給付された財貨の保持が債務者との間で相対的に正当化される点にある。

・ 請求権の法的処理については、性質の許す限り、債権総則の規定が準用される。

【不完全な債権・債務】（教科書63～69頁）

Case07 Yは、バーのマダムXの歓心を買うため、将来Xが独立して店を構えるときにはその資金を提供してやるという約束をした。Xは、約束を反故にされては困ると思い、ちゃっかりとその旨の念書を作ってYに署名させた。

この約束は契約といえるか。

契約と言えるとして、有効要件を充たしているか。

有効な契約として、Xの現実的履行の強制を認めるのは適当か。

仮に現実的履行の強制までは認められないとして、Yは約束の金銭を全部又は一部支払った後に、返還請求ができるか。

1 法律上の債務と社会生活上の約束

- ・ 399条の意義：給付に金銭的価値があることは債権の成立に不可欠でないことの表明。
金銭補償主義や非金銭執行不許の克服
給付自体が金銭的価値評価できなくても、違反に対する債務不履行責任は問える。
契約自由の原則の拡大

判例 永代念仏事件（大5年）

- ・ 契約当事者が法的効果の発生を明示または黙示に意図していたか否かによる。

例 自治会がゴルフ場と交わした夜間照明を行わないとの「念書」

2 不完全な債権

(1) 訴求できない債権

- ・ 不訴求（不起訴）の特約のある債務 訴えは不適法却下 執行のみ可能な場合もある
勝訴の終局判決後原告（債権者）が訴えを取り下げた場合（民訴262条2項参照）

(2) 執行できない債権 間接強制も不可。損害賠償のみ。

「責任なき債務」 「債務なき責任」（物上保証人や抵当不動産の第三取得者の責任）

- ・ 意思を強制することが現代の文化観念に反する場合

例 婚姻予約の履行義務、夫婦同居義務

意思を強制したのでは本来的内容を実現したとはいいがたい場合

例 芸術的あるいは学術的創造を行なう債務

有限責任債務

例 限定承認（922条）をした相続人の債務；「物的有限責任」

株主の責任（商200条）；「金額有限責任または量的有限責任」

強制執行をしない旨の特約がある債権 強制執行は執行異議（民執11条）で排除可

(3) 訴求も執行もできない債権

- ・ 不起訴・不執行の特約のある債権

特別の事情によるもの 判例 カフェ丸玉事件（大10年）

破産手続で免責された債務（破366条の12）、和議において一部免除された債務

消滅時効が援用された債権（167条）

利息制限法違反の利息債権(？)

(4) 不完全な債権も債権であるという意味

- ・ 任意弁済は有効 債務者は不当利得返還請求(703条)ができない。

給付保持力がある債権の存在が「法律上ノ原因」

債権者からの相殺も原則として可能

債務者の承認による時効中断がある(147条)

担保の設定は可能

(5) いわゆる「自然債務」

【参考文献】

- ・ ハイン・ケッツ(松岡久和訳)「大陸法と英米法における契約上の救済」民商125巻1号31頁以下、とくに32～45頁(2001年)
- ・ 森田修『強制履行の法学的構造』(東大出版会、1995年)
- ・ 川村泰啓『商品交換法の体系 [増補版]』(勁草書房、1982年)92頁注(5)。
- ・ 道垣内弘人 = 大村敦志『民法解釈ゼミナール 親族・相続』(有斐閣、1999年)93頁
- ・ 奥田昌道『請求権概念の生成と展開』(創文社、1979年)

【次回予告】

- ・ 債権の効力2(債務不履行の種類と構造・帰責事由)
教科書89～93、110～166頁(たぶん全部は無理で次々回に持ち越すだろう)