

## 債権の効力1・現実的履行の強制等

2012/04/20

松岡 久和

### 【現実的履行の強制】(E18-21頁・23頁コラム⑧、中田74-94頁)

**Case 4-1** 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：罰金強制 *astreinte*による間接強制（判例法）  
英米法と大陸法の歩み寄りとその限界につき、ケッツ後掲。
- ・現行414条の歴史的意義

#### 2 現実的履行の強制の要件

- ・①適法な債権の存在 ※原告が主張立証すべきは売買などでは①のみ。
- ②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！）
- ③履行が可能であること（②③をまとめれば履行遅滞←→履行不能では強制は不可能）
- ④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  
※履行請求権の限界：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

#### 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）

※民法で規定の可否に議論有。置くとしても場所も問題。

##### (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43-167条（金銭）、168条・170条（不動産）、169条・170条（動産）  
；差押え→換価処分（競売・強制管理等）→配当
- ・1項ただし書＝行為債務の直接強制が認められないこと。
- ・間接強制の補充性（←人権尊重・訴訟経済）は2003年改正で否定←権利実現の実効性確保  
金銭債権のみ維持←①利息制限法との関係、②懲罰的損害賠償否定、③サラ金問題  
例外 定期的に支払われるべき養育費（民執167条の15）

##### (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

- ・「債務の性質が強制履行を許さない場合」：「強制履行」＝直接強制
- ・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項ただし書＝不代替的作為債務である法律行為を行う債務の意思表示擬制（判決代用：民執174条）

【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

- ・移転登記申請協力請求権（登記請求権）の場合には確定判決による単独申請（不登63条）。

### (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（PⅡ321－国立市高層マンション事件。第1審は取壊しまで肯定）

- ・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（PⅡ16）、一定音量以上の騒音を出さない義務

整理 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 重要な個別問題

### (1) 子供の引渡請求

- ・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.matsuoka.law.kyoto-u.ac.jp/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。

①通常訴訟による親権行使の妨害排除請求（820条）－間接強制

②審判に基づく引渡請求（766条3項、家手150条4号・171条ほか）と審判前の保全処分（家手105条以下）

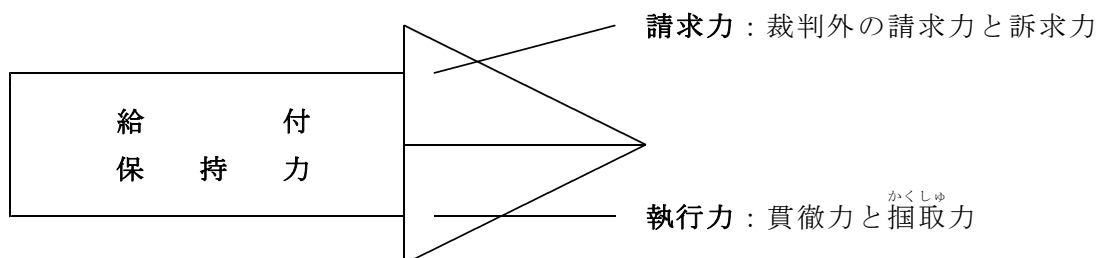
③人身保護法による保護請求

- ・国際問題：国際的な子の奪取の民事面に関する条約（ハーグ条約の1つ）

### (2) 謝罪広告の強制と良心の自由 → 民法第4部（債権各論）

## 【債権の構造】（E27頁コラム⑩・29頁コラム⑪、中田60-73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。

**Case 4-2** 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。

- ①この約束は契約といえるか。
- ②契約と言えるとして、有効要件を充たしているか。
- ③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。
- ④Y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。

## 3 法律上の債務と社会生活上の約束（再説につき省略するかも）

- ・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」

## 4 不完全な債権

### (1) 訴求できない債権

- ・①不訴求（不起訴）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  
②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

※「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）

- ・①意思を強制することが現代の文化観念に反する場合。損害賠償は可。  
**例** 婚姻予約の履行義務、夫婦同居義務（**PII 15**。そもそも債務ではないともいえる）  
②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。損害賠償は可。  
**例** 芸術的あるいは学術的創造を行なう債務  
③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（会104条）；「金額有限責任または量的有限責任」  
④不執行特約のある債権→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

- ・①不起訴・不執行の特約のある債権

②特別の事情によるもの 判例 PⅡ1 (カフェ丸玉事件・大10年)

③破産手続で免責された債務 (破248条以下)、和議において一部免除された債務

④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は、かつてはこういう性質のものと考えられた。

(4) 不完全な債権も債権であるという意味

- ・ ①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「法律上の原因」

②債権者からの相殺も原則として可能

③債務者の承認による時効中断がある (147条)

④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(2001年)31頁以下、とくに32-45頁
- ・森田修『強制履行の法学的構造』(東大出版会、1995年)
- ・道垣内弘人＝大村敦志『民法解釈ゼミナール⑤ 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)