

司法書士



合格基本選書

2

民法Ⅱ

【債権・親族・相続】



 東京法経学院

 〈公益社団法人 日本複製権センター 委託出版物〉

本書を無断で複写複製（電子化を含む）することは、著作権法上の例外を除き、禁じられています。本書をコピーされる場合は、事前に公益社団法人 日本複製権センター（JRRC）の許諾を受けてください。

また本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは、たとえ個人や家庭内での利用であっても一切認められておりません。

JRRC 〈<https://www.jrrc.or.jp> メール：info@jrrc.or.jp 電話：03-3401-2382〉

は し が き

本書は、民法を理解し、司法書士試験の短期合格を目指す受験生のために書かれた民法の基本書であり、次に述べるような特長がある。

① 初学者、独学者にも理解できるように書かれていること

初学者が法律の学習を始めるにあたってまず直面するのは法律の難解さであるが、初学者がゼロから学べて理解できる基本書は今までなかった。多くの基本書は、予備校の講義を受けることを前提として書かれていたり、ある程度学習の進んだ者を対象としたりしたものであり、初めて学習する者がそれだけで理解できるものではなかった。逆に、わかりやすく書かれているものは入門的なもので、到底司法書士試験の難関に立ち向かえるだけのレベルには達していないものばかりであった。

本書では、司法書士試験に合格できるレベルを保ちながらも初学者の方が民法を理解できるように噛み砕いて説明した。特に理解が困難と思えるところには、具体的な事例を豊富に入れて理解しやすくした。

② 民法の本質論（基本）から説明されていること

何年も学習している方や成績が伸び悩んでいる方に話を聞いてみると、基本である本質論を理解していない方が非常に多いのに驚く。基本を理解しないで知識を暗記していたら、成績が伸び悩むに決まっている。ちょっとひねられたり、現場思考型の問題が出題されたら対応できないからだ。しかし、受験生を責めるわけにはいかない。予備校も単に知識を整理して提供しているだけだし、基本書にも何が本質か書いていないのだから。誰も本当に重要なことを教えてくれない。

本書では、民法の基本的な考え方を記述し、すべての説明を一貫させ、有機的なつながりを持たせた。また、制度趣旨や体系についても詳しく解説し、自然と民法の考え方や本質から発想できるように工夫した。本書を読むことで、知識の丸暗記でなく、民法を本質から考えることができるようになるであろう。

③ 司法書士試験合格のために必要十分な情報量が提供されていること

いくらわかりやすく書かれていても、合格できるレベルに達していなければ

ば意味がない。また、情報が多すぎでは短期合格のためにはかえって害になるだろう。

本書では、司法書士試験の本試験を徹底的に分析し、必要十分な情報量を提供している。本書の記述に無駄な部分はなく、逆に、本書に記述されていない知識は、合格にとっては不要なものである。

本書は合格への最短距離を示したものであり、安心して使ってほしい。

本書を徹底的に活用して、民法を基本から理解して、短期合格を勝ち取っていただきたい。健闘を祈る。

東京法経学院 編集部

目 次

第1編 債権総論	1
第1章 債権の目的	3
第1節 債権の目的とその種類	3
第2節 特定物債権と種類債権	6
第3節 金銭債権	9
第4節 選択債権	14
第2章 債務不履行	17
第1節 債務不履行	17
第3章 債権の消滅～実現した場合を中心に～	27
第1節 債権の消滅総説	27
第2節 弁済の意義・方法	29
第3節 弁済の効果	33
第4節 弁済の提供	38
第5節 代物弁済	41
第6節 供 託	43
第7節 相 殺	47
第8節 その他の債務消滅原因	55
第4章 債権譲渡・債務引受	59
第1節 債権譲渡	59
第2節 債務引受及び契約上の地位の移転	74
第5章 責任財産の保全	79
第1節 責任財産保全の制度	79
第2節 債権者代位権	80
第3節 詐害行為取消権	87
第6章 多数当事者の債権債務関係	95
第1節 総論	95
第2節 分割債権・分割債務	97
第3節 不可分債権・債務	99
第4節 連帯債権	102
第5節 連帯債務	104

第6節	保証債務	111
第7節	連帯保証	123
第8節	共同保証	124
第9節	個人根保証契約及び個人貸金等根保証契約の特則	127
第2編	債権各論～契約総論～	131
第1章	契約とは何か	133
第2章	契約の成立	135
第3章	双務契約の効力	139
第1節	同時履行の抗弁権	139
第2節	危険負担	145
第4章	第三者のためにする契約	147
第5章	契約の解除	151
第1節	解除総説	151
第2節	債務不履行による解除	153
第3節	解除権の行使	158
第4節	解除の効果	160
第5節	解除権の消滅	162
第6章	定型約款	163
第3編	債権各論～契約各論～	167
第1章	売買契約	169
第1節	売買契約総説	169
第2節	売買契約の成立	170
第3節	手付	172
第4節	売主の担保責任と危険の移転	176
第5節	売買の効力	183
第6節	売買の一方の予約	187
第7節	買戻しの特約	189
第2章	交換契約	191
第3章	贈与	193
第4章	消費貸借契約	197

第5章 賃貸借契約	201
第1節 賃貸借総説	201
第2節 賃貸借契約の成立	202
第3節 賃貸借の効力	206
第4節 賃貸人たる地位の移転	211
第5節 不動産の賃借人による妨害の停止の請求等	214
第6節 賃借権の譲渡・転貸	215
第7節 賃貸借の終了	219
第8節 借地借家法上の特殊な賃貸借	223
第6章 使用貸借契約	225
第7章 雇用契約	229
第8章 請負	231
第9章 委任契約	235
第10章 寄託契約	241
第11章 その他の契約類型	247
第1節 組合契約	247
第2節 終身定期金契約	253
第3節 和解契約	254
 第4編 債権各論～契約以外の債権発生原因～	 257
第1章 事務管理	259
第2章 不当利得	263
第3章 不法行為	267
第1節 一般不法行為	267
第2節 特殊の不法行為	273
 第5編 親族法	 279
第1章 親族	281
第2章 婚姻	285
第1節 婚姻の成立	285
第2節 婚姻の効力	294
第3節 婚姻の解消	298

第4節	内縁	305
第3章	親子	307
第1節	法律的親子の種類	307
第2節	実子	308
第3節	養子	319
第4節	子の氏	332
第4章	親権	337
第5章	後見，保佐，補助	347
第6章	扶養	353
第6編	相続法	355
第1章	相続の開始	357
第2章	相続人	359
第1節	相続人及びその順位	359
第2節	相続資格の喪失(1)～相続欠格・廃除～	365
第3節	相続資格の喪失(2)～相続の承認・放棄～	370
第3章	相続財産	379
第4章	相続分	383
第5章	共同相続	395
第1節	遺産共有の法的性質	395
第2節	共同相続における権利行使	398
第3節	相続分の譲渡	401
第4節	遺産分割	402
第5節	相続回復請求権	410
第6章	相続人の不存在	413
第7章	遺言	417
第1節	遺言総説	417
第2節	遺言の方式	420
第3節	遺言の効力	427
第4節	遺言の執行	430
第5節	遺言の撤回・無効・取消し	435
第8章	配偶者の居住の権利	439
第1節	配偶者居住権	439

第2節 配偶者短期居住権	447
第9章 遺留分	453
第10章 特別の寄与	465
判例索引	469
先例索引	472
INDEX	473

* 本書では、原則として下記の表記（略記）とした。

1. 判 例

まず裁判所名と判決・決定の別を、つづけて、年月日を略記した。

- (例) 大判＝大審院判決
大連判＝大審院連合部判決
最決＝最高裁判所決定
最大判＝最高裁判所大法廷判決
東京高判＝東京高等裁判所判決
(昭和41・4・20＝昭和41年4月20日)

2. 先 例

下記のように略記した。

- (例) 大正元・11・25民事708号
昭和42・3・8民甲373号

3. 条 文

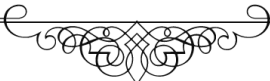
本文かっこ書きの法条数については、条数はアラビア数字、項数はローマ数字、号数は丸囲みの数字によって略記した。

民法の条文については、○条○項○号としている。

- (例) (111条1項1号)＝民法111条1項1号



第1編 債権総論



第1章 債権の目的

第1節 債権の目的とその種類

1 意義

債権の目的とは、給付のことである。つまり、債権の内容である債務者の行為のことである。

2 債権の目的の要件

物権法定主義に支配されている物権の場合と異なり、債権の目的は、当事者が自由に設定できる。ただし、以下の要件を満たす必要がある。

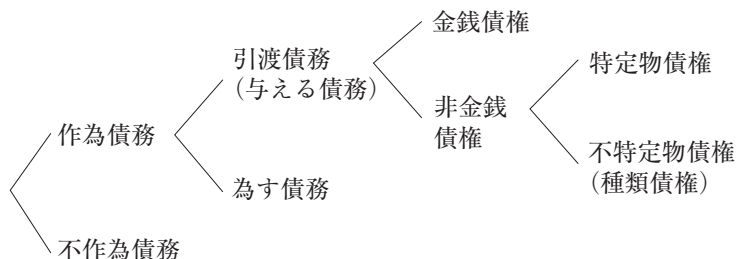
- ① 適法であり、公序良俗に反しないこと。
- ② 債権発生時において給付が可能であること。
- ③ 確定できるものであること。

※ 債権は、金銭に見積もることができないものであっても、その目的とすることができる（399条）。

3 債権の種類

(1) 債権の目的の分類

債権を目的によって、体系的に分類すると次の図のようになる。



上の図の中で、「債務」と表現したり、「債権」と表現したり，統一されていないが，債権と債務は違う視点から表現しているだけであるから，同じものと理解してほしい。たとえば，「為す債務」は，為す債権とはいわず，「特定物債権」はこのように表現するのが一般的である。

(2) 作為債務と不作為債務

債権は，その内容に着目すると，大きく，作為債務と不作為債務に分かれる。

作為債務とは，債務者がある行為を積極的に行うことを内容とする債務である。

不作為債務とは，債務者が特定の積極的な行為を行わないことを内容とする債務である。

作為債務は，たとえば，大工が建物をつくる債務などが該当する。不作為債務は，隣どうしの土地の所有者相互間で高層建物を建てないという契約をした場合に発生する（建物を建てる行為をしない）などという債務がこれに該当する。

(3) 与える債務と為す債務

作為債務は，与える債務（引渡債務）と為す債務（作為債務）に分かれる。与える債務とは，物の引渡しを内容とする債務であり，代金支払や建物の引渡債務などがある。

為す債務は，一定の行為をすることを内容とする債務である。つまり，債務者に物の引渡し以外の作為をすることが求められる債務である。

(4) 金銭債権と非金銭債権

与える債務は，金銭債権と非金銭債権に分類される。

金銭債権とは、与える債務のうち、引き渡す物が金銭であるものである。民法上、金銭債権には、どのような通貨で支払うべきかについての規定（402条、403条）や、履行遅滞についての特則（419条）がある。

非金銭債権は、与える債務のうち、引き渡す物が金銭でないものである。たとえば、売買契約では、買主は売主に対して非金銭債権を取得し、売主は買主に対して金銭債権を取得することになる。

(5) 特定物債権と種類債権

非金銭債権は、その引き渡す物によって、特定物債権と種類債権（不特定物債権）に分類される。

特定物債権とは、取引においてその物の個性に着目して引渡しを求める債権である。

種類債権は、ある種類に属する物の一定量の引渡しを求める債権である。

たとえば、新車の売買であれば、種類債権となるが、中古車の場合には走行距離等に着目して売買が行われるため、特定物債権となる。

第2節 特定物債権と種類債権

1 特定物債権

(1) 意義

特定物債権とは、取引においてその物の個性に着目して引渡しを求める債権である。

(2) 特定物債権の効力

① 特定物の引渡しの場合の注意義務

債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして定まる善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない（400条）。

善良な管理者の注意義務は、「善管注意義務」ともいわれ、自己の財産に対するのと同じの注意義務よりも、より高度な注意義務であるが、債権の目的が特定物の引渡しであるときには、その義務の内容や程度は、個々の取引関係における個別の事情と無関係に客観的かつ一律に定まるのではなく、契約の性質、契約の目的、契約の締結に至る経緯等の債権の発生原因となった契約に関する諸事情を考慮し、併せて取引に関して形成された社会通念をも勘案して定まることになる。

ただし、債権者が当該特定物の受領を拒み、または受領することができない場合に、債務者は、履行の提供をした時からその引渡しをするまで、自己の財産に対するのと同じの注意をもって、その物を保存すれば足りる（413条1項）。

② 特定物の現状による引渡し

債権の目的が特定物の引渡しである場合において、契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らしてその引渡しをすべき時の品質を定めることができないときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない（483条）。

もっとも、本条が適用されるのは、「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らしてその引渡しをすべき時の品質を定めることができないとき」であるから、当事者の意思解釈によることが

できない不当利得や事務管理を原因とする特定物の返還請求権（法定債権）くらいであると解されている。

③ 所有権の移転時

特定物債権の場合、原則として契約時に所有権が移転する。

2 種類債権

(1) 意 義

種類債権は、ある種類に属する物の一定量の引渡しを求める債権である。灯油18リットルやビール1ダースの引渡債権やインターネットで本を買う場合に発生する引渡債権も種類債権である。

給付すべき品質は、法律行為の性質または当事者の意思によって確定するが、それでも確定できない場合は、中等の品質を有する物を給付すべきことになる（401条1項）。

(2) 種類債権の効力（調達義務）

種類債権においては、債務者が引渡しを予定していたものが滅失しても履行不能とはならず、債務者は、同種の物が市場に存在する限り、この物を調達して引渡す義務を負う（調達義務）。逆にいえば、種類物の場合、保管が十分でなくても、債権者は新たなものを請求できるわけであるから、特定物のような保管義務は定められていない。

(3) 特 定

① 意 義

種類債権は、その種類の物が市場に存在する限り、履行不能とはならず、債務者は、いつまでも無限に調達しなければならないという過大な責任を負う。そこで、民法は、この責任を軽減するために、一定の要件があると、種類債権が特定物債権に転化するという制度を設けた。これが種類債権の特定（集中）と呼ばれる制度である。

② 特定の効果

特定が生じると、種類債権は、特定された物を引き渡せばよい特定物債権になる。そのことから以下の効果が生じる。

(ア) 善管注意義務

債務者は、特定した物を引き渡すまで善管注意義務を負う（400

条)。

(i) 所有権の移転

原則として、特定と同時に目的物の所有権は債権者に移転する。

③ 特定の時期

(ア) 意義

種類債権の特定は、物の給付をするのに必要な行為を完了した時、または、債権者の同意を得て給付すべき物を指定した時に生じる。ここでは、物の給付をするのに必要な行為を完了した時がいつなのか問題となるが、次に詳説する。

(i) 物の給付をするのに必要な行為を完了した時とはいつか

(a) 持参債務の場合

債権者の住所において、債務の本旨に従った現実の提供をした時。

(b) 取立債務の場合

債務者が目的物を分離し、債権者がいつでも受領できる程度に準備し、かつその旨を債権者に通知した時。

(c) 送付債務の場合

債務者に送付義務があるときは、持参債務と同様に考え、送付先に到達した時に特定する。これに対して、債務者に送付義務がなく、好意で送付するときは、取立債務と同様に考え、目的物を分離して送付先に向けて発送した時に特定する。

〈物の給付をするのに必要な行為を完了した時のまとめ〉

持参債務	債権者の住所において、債務の本旨に従った現実の提供をした時
取立債務	債務者が目的物を分離し、債権者がいつでも受領できる程度に準備し、かつその旨を債権者に通知した時
送付債務	債務者に送付義務があるとき→持参債務と同様に考え、送付先に到達した時 好意で送付するとき→取立債務と同様に考え、目的物を分離して送付先に向けて発送した時

第3節 金銭債権

1 金銭債権

(1) 意義

金銭債権とは、一定額の金銭の引渡しを目的とする債権である。

(2) どの通貨で支払うか

① 原則

金銭債権においては、債務者がどのような通貨で支払うかは、債務者の任意の選択に委ねられている（402条1項）。したがって、100万円を払うには、1万円札100枚でも1,000円札1,000枚でも債務者の自由である。

② 例外

1万円札のみで払うなどの特殊な合意があれば、それに従うことになる（402条1項ただし書）。ただし、外国の通貨で支払うとの合意があっても、債務者は、履行地における為替相場により、日本の通貨で弁済することができる（403条）。

(3) 金銭債権の特色

金銭は、物と扱うことができない抽象性があることから、金銭債権に関して債務不履行の特則が定められている。

① 履行不能とはならず、常に履行遅滞となる。

債務者が金銭をもっていなくても、金銭は、世の中からなくなるということが實際上考えられないから、履行不能ということは理論的にありえないのである。

② 債務者は、不可抗力をもって抗弁とすることができない（419条3項）。

履行期に提供しなければ、帰責事由の有無を問わず、債務不履行責任を負う。たとえば、弁済期に金銭を提供できなければ、たとえ、その理由が自然災害による交通の遮断であっても、履行遅滞になるということである。

③ 債権者は損害賠償をするにあたり、損害の証明をする必要がない

(419条2項)。

債務不履行により損害賠償を請求するには、通常であれば、債権者は、損害の額を立証しなければならないが、金銭債権の場合は、履行遅滞でありさえすれば（債権者が履行遅滞さえ証明すれば）、当然に損害があるものとされる。そして、その損害の額も、債務者が遅滞の責任を負った最初の時点における法定利率（ただし、約定利率がこれを超える場合には約定利率）によると定められている（同条1項）。反対に、債権者は、これ以上の実損害が生じたことを立証してもその賠償を請求することはできない。

2 利息債権

(1) 意義

金銭の貸借などの場合に、債務者は、借受金（元金）を返還するとともに、合意があれば、借受金を使用した期間に対応した一定の比率（利率）によって計算される金銭（利息）を収益の支払として支払わなければならないことがある。このような場合に、債権者が貸付金の元本の支払を求めることができる権利を元本債権、元金を収益したことの対価として利息の支払を求めることができる権利を利息債権という。

(2) 基本権と支分権

① 意義

利息債権は、基本権たる利息債権と支分権たる利息債権に分類することができる。基本権たる利息債権とは、利息を発生させる合意によって、貸主に発生する債権であり、支分権たる利息債権とは、基本権たる利息債権に基づいて実際に発生した個々の具体的債権である。

② 基本権たる利息債権の特徴

基本権たる利息債権は元本債権に付従する性質を有する。したがって、元本債権がなければ利息債権も成立しない。また、元本債権が消滅すれば、利息債権も消滅する。そして、元本債権を処分（債権譲渡など）すれば、利息債権もこれに伴う。

③ 支分権たる利息債権の特徴

支分権たる利息債権は一度発生すると、元本とは独立した存在を有する。したがって、元本債権が弁済により消滅しても、一度発生した

支分権たる利息債権は残存する。また、元本と分離して、処分や弁済をすることができる。そして、元本債権とは別個に消滅時効にかかる。

(3) 利 率

利息を生ずべき債権について、当事者が利率を定めたときは、その利率によって計算される。これを約定利率という。当事者が利率を定めないときは、法定利率によって計算される。その利率は、その利息が生じた最初の時点における法定利率による（404条1項）。

法定利率は、年3パーセントである（同条2項）。しかし、この法定利率が市中利率と乖離することを懸念して、以下の仕組みにしたがって変動するものとされている（同条3項～5項、いわゆる緩やかな変動制）。

- ① 法定利率は、法務省令で定めるところにより、3年を1期として、1期ごとに、②以下の基準により変動する。
- ② 直近変動期（法定利率の数値に実際に変動があった期のうち直近のものをいう。ただし、法施行後最初の変動があるまでは、施行後最初の期をいう）の「基準割合」と当期の「基準割合」との差に相当する割合を、直近変動期における法定利率に加算し、または減算する。ただし、その差の1%未満の端数は、切り捨てられる。つまり、差が1%未満のときは、法定利率は変動しない。
- ③ ある期における基準割合とは、法務省令で定めるところにより、過去5年間（各期の初日の属する年の6年前の年の1月から前々年の12月までの各月）における短期貸付けの平均利率（当該各月において銀行が新たに行った貸付期間が1年未満の貸付けに係る利率の平均をいう）の合計を60で除して計算した割合（0.1%未満の端数は切捨て）として法務大臣が告示するものをいう。

(4) 重 利

① 意 義

重利とは、弁済期の到来した利息を元本に組み入れ、元本の一部として利息を生み出すことである。利息については、弁済期が到来しても当然に遅延損害金が発生するわけではなく、重利とはならないのが原則である。

② 重利が生じる場合

(ア) 約定重利

利息が弁済期に支払われなかった場合には、当然に元本に組み入れられるという約定によって、重利が発生する。

(4) 法定重利

利息の支払が1年分以上延滞したものについて、債権者が催告しても利息が支払われない場合に、債権者はその利息を元本に組み入れることができる（405条）。

(5) 利息制限法

① 意義

金銭の貸借等について、利息の取得を無制限に認めると、債務者に著しく不利となり、場合によっては、家庭すら破壊しかねない。そこで、法によって利息を制限する必要がある、利息制限法が定められた。

② 利息制限の内容

利息制限法による利息の制限内容は、以下のとおりである（利息制限法1条1項）。

- | |
|---|
| <p>(ア) 元本が10万円未満の場合は、年20%</p> <p>(イ) 元本が10万円以上100万円未満の場合は、年18%</p> <p>(ウ) 元本が100万円以上の場合は、年15%</p> <p>これらを最高限度とする。</p> |
|---|

上記の制限利率を超える利息の約定は、その超過する部分に関して無効なものとなる（同条1項）。ただし、債務者は、その超過部分を任意に支払ったときは、その返還を請求することができない（利息制限法1条2項）。しかし、この利息制限法1条2項は、判例理論によって、事実上形骸化している（以下の発展で説明）。

【発展】

今、説明したように、利息制限法上は、超過利息を支払ったときは、その返還を求められないと規定されているが、判例は、この規定にもかかわらず、まず、弁済した制限超過利息が元本に充当されること、次いで、右の充当により元本が完済した後の超過部分の返還請求を認めた。時代順で判例を見ていくと以下のとおり。

まず、昭和39年には、超過利息は、利息制限法1条1項で無効とさ

れるから、その部分の債務は存在せず、よって、任意に支払った超過部分は、491条により残存している元本に充当されるとした（最大判昭和39・11・18）。

そして、昭和43年には、利息制限法1条2項は、元本の存在を当然の前提とするものであり、よって計算上元本が完済された後に支払われた金額は、債務が存在しないのに弁済されたものであるから、この場合は利息制限法の適用はなく、不当利得によりその返還を請求できるとした（最大判昭和43・11・13）。

次いで、昭和44年には、超過利息・損害金・元本を全額一括して支払い、充当について特別の指定をしない場合でも、その超過額については不当利得として返還請求できるとした（最判昭和44・11・25）。

このように、超過利息の返還を認める判例理論が形成されていき、利息制限法1条2項は、事実上形骸化していったのである。

第4節 選択債権

1 意 義

選択債権とは、複数の給付の中から特定の給付を選択して給付することを内容とする債権である。たとえば、AがBに対して、甲車と乙車のどちらか1台を売ると契約する場合に発生する債権がこれに当たる。

法律上選択債権となる場合として、無権代理人の責任追及（117条1項）や占有者の費用償還請求権（196条2項）などがあげられる。

2 選択権者

(1) 原 則

選択債権では、誰が選択するかが問題となるが、当事者の合意によって定まるのが原則である。合意によって、当事者の一方に定めることもできるし、第三者にすることもできる。

当事者が合意によって、定めないときは、債務者が選択権を有することになる（406条）。

(2) 選択権の移転

① 当事者の一方が選択権を有する場合

当事者の一方が選択権を有する場合に、債権の弁済期が来ても選択をしないときは、相手方は相当の期間を定めて催告をすることができる。選択権者がその期間内に選択をしないときには、選択権は相手方に移転する（408条）。

② 第三者が選択権を有する場合

第三者が選択権を有する場合において、第三者が選択することができず、または選択する意思を有しないときには、選択権は債務者に移転する（409条2項）。

3 選択の方法

(1) 当事者の一方が選択権を有する場合

相手方に対する意思表示により行う（407条1項）。この選択の意思表示は、相手方の承諾がなければ撤回することはできない（同条2項）。

(2) 第三者が選択権を有する場合

債権者または債務者に対する意思表示により行う（409条1項）。この選択の意思表示は、債権者と債務者の承諾がなければ撤回することはできない。

	当事者の一方が選択権を有する場合	第三者が選択権を有する場合
選択権の移転	相手方に移転する	債務者に移転する
選択の方法	相手方に対する意思表示	債権者または債務者に対する意思表示
撤回の要件	相手方の承諾	債権者及び債務者の承諾

4 選択の効果

選択によって、目的物が特定される。この効果は、債権発生時に遡って生ずる（411条本文）。

5 不能による選択債権の特定

債権の目的である給付の中に不能のものがある場合において、その不能が選択権を有する者の過失によるものであるときは、債権は、その残存するものについて存在する（410条）。

すなわち、選択債権の目的である数個の給付の中に不能のものがあっても、選択権者は不能な給付を選択することができるのが原則である。しかし、給付の不能が選択権者の過失による場合にまで、選択権者がその給付を選択することができるとするのは、公平の観点から相当ではないため、残存する給付が当然に債権の目的となるわけである。

第2章 債務不履行

第1節 債務不履行

1 意義

債務不履行とは、債務の本旨に従った履行をしないことである。つまり、履行期が到来したにもかかわらず、債務者が債務の履行を内容どおりにきちんと行わないことである。

債務不履行になった場合、債権者は、債務者に損害賠償を請求できるようになる（415条）。また、双務契約であれば、反対債権から解放されるために解除をすることが認められる（541条、542条）。

2 態様

債務不履行の態様について、民法では明確には規定されていないが、理論的には、次の3つの形態が考えられる。

(1) 履行遅滞

履行が可能であるにもかかわらず、履行期までに履行しない場合である。

(2) 履行不能

履行できない状態（履行不能）となり、履行ができない場合である。

(3) 不完全履行

債務の履行としての給付はなされたが、不完全であり、債務の本旨に従った履行とはならない場合である。

3 債務不履行の要件

(1) 履行遅滞の要件

履行遅滞となるためには以下の要件が必要である。

- ① 履行期に履行が可能であること
- ② 履行期を徒過したこと
- ③ 遅滞したことが違法であること
- ④ 債務者に帰責事由があること

① 履行が可能であること

履行することが可能であるにもかかわらず、履行しない場合に履行遅滞となる。履行期に履行が不可能であれば、履行不能の問題となり、履行期経過後に不能となった場合には、その時点から履行不能となる。

② 履行期を徒過したこと

履行期を徒過したことが、履行遅滞の要件であるが、履行期とはいつなのかが問題となる。

(ア) 確定期限付債務

期限の到来した時から遅滞となる（412条1項）。

(イ) 不確定期限付債務

債務者が、その期限の到来した後に履行の請求を受けた時またはその期限の到来したことを知った時のいずれか早い時から遅滞となる（412条2項）。

(ウ) 期限の定めのない債務

(a) 原則

期限の定めのない債務は、債権者がいつでも催告できるので、債務者が履行の請求を受けた時から遅滞となる（412条3項）。

(b) 例外

期限の定めのない消費貸借契約による債務の場合、貸主は、相当の期間を定めて返還の催告をすべきであるので、その期間が経過した時から遅滞となる（591条1項参照）。また、不法行為による損害賠償債務は、被害者保護のため、催告を待たずに成立と同時に（不法行為の時）に遅滞となる（大判大正10・4・4）。

③ 遅滞したことが違法であること

履行期に履行しないことに正当な事由があれば、履行遅滞とはならない。たとえば、留置権（295条）や同時履行の抗弁権（533条）があるから履行しないような場合である。

④ 債務者に帰責事由があること

債務者に帰責事由があるかどうかは、契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして判断される（415条ただし書参照）。債務者は、履行するのが本来であるから、履行しない場合には、帰責事由があるものと推定され、帰責事由がない場合には、そのことを債務者が立証する必要がある。

帰責事由には、債務者の故意・過失だけでなく、信義則上これと同視すべき事由が含まれる。

履行補助者に故意・過失がある場合も、信義則上、債務者の故意過失と同視され、債務者に帰責事由ありと判断される（大判昭和4・3・30、大判昭和4・6・19）。

なお、金銭債務の場合は、不可抗力を抗弁とすることができないので（419条3項）、債務者に帰責事由がなくても履行遅滞となる。

(2) 履行不能の要件

履行不能となるためには以下の要件が必要である。

- ① 履行が不能であること
- ② 履行しないことが違法であること
- ③ 債務者に帰責事由があること

① 履行が不能であること

履行不能とは、履行することが不可能になることである。履行不能かどうかは、社会通念によって判断される。よって、物理的な目的物の滅失等には限られない。たとえば、Aが不動産をBとCに二重に譲渡した場合、AのBに対する債務は、特段の事情がない限り、Cに対する所有権移転登記が完了した時に履行不能となる（最判昭和35・4・21）。

また、金銭債務の場合は、いつでも調達でき不可能となることはないから、履行遅滞とはなっても履行不能となることはない。

② 履行しないことが違法であること

履行遅滞と同様である。

③ 債務者に帰責事由があること

履行遅滞と同様である。なお、債務者がその債務について遅滞の責任を負っている間に当事者双方の責めに帰することができない事由によってその債務の履行が不能となったときは、その履行の不能は、債務者の責めに帰すべき事由によるものとみなされる（413条の2第1項）。

(3) 不完全履行の要件

- ① 一応の履行があったこと
- ② 履行が不完全であること
- ③ 履行しないことが違法であること
- ④ 債務者に帰責事由があること

① 一応の履行があったこと

履行自体がない場合には、履行遅滞または履行不能の問題となる。

② 履行が不完全であること

履行が債務の本旨に従わず一般的に不完全なことであるが、以下のよう類型化される

(ア) 給付内容（目的物や行為）に瑕疵がある場合

たとえば、新車を買ったのに、引き渡されたのが、エンジンのかからない車である場合や、医者がいい加減な診察をした場合である。

(イ) 履行の方法が不完全である場合

たとえば、運送人の運送方法が悪い場合である。

(ウ) 給付する際にそれに付随する注意義務を怠った場合

たとえば、引越し業者が必要な注意を怠り、家に傷を付けた場合である。

③ 履行しないことが違法であること

履行遅滞と同様である。

④ 債務者に帰責事由があること

履行遅滞と同様である。

〈債務不履行の要件のまとめ〉

履行遅滞	履行不能	不完全履行
履行期に履行が可能であること	履行が不能であること	一応の履行があったこと
履行期を徒過したこと		履行が不完全であること
履行しないことが違法であること		
債務者に帰責事由があること		

4 債務不履行の効果

(1) 総論

債務不履行になった場合、債権者は債務者に対して、損害賠償を請求することができるようになる。また、双務契約であれば、解除をすることができる。解除は、双務契約の場合の規定であるので、契約総論編で説明する。ここでは、損害賠償について、説明する。

なお、債務不履行になった場合、履行不能の場合を除いて債権者は、本来の債務の履行を請求することもできる（412条の2第1項参照）が、これは、債務不履行の効果ではなく、本来の債権の効力である。したがって、債務者の帰責事由がなくても請求することができる。債権者が履行を請求しても債務者が履行しない場合には、裁判所を使って履行の強制をしていくことができるのである。これについては、〈補足説明〉で説明することにする。

(2) 損害賠償請求権

① 意義

債務者が債務不履行になった場合、債権者は、その債務が履行されなかったことにより被った損害の賠償を債務者に対して請求することができる（415条1項）。理論的にいえば、債務不履行によって、もとの債権が損害賠償債権に転化するのである。

② 損害賠償の方法

特約がなければ、損害を金銭に評価してその額を支払う方法によってなされる（金銭賠償の原則，417条）。また、将来において取得すべき利益についての損害賠償の額を定める場合において、その利益を取得すべき時までの利息相当額を控除するときは、その損害賠償の請

求権が生じた時点における法定利率により、これをするものとされている（417条の2第1項）。これは、損害賠償の算定にあたり、中間利息を控除すべきときは、当該損害賠償請求権の発生時点の法定利率によることを規定している。

将来において負担すべき費用についての損害賠償の額を定める場合において、その費用を負担すべき時までの利息相当額を控除するときも、同様に取り扱われる（同条2項）。

③ 損害賠償の内容

(ア) 遅延賠償

遅延賠償とは、履行が遅れたことにより生じた損害の賠償である。たとえば、家の完成が遅れたためその間必要とされたホテル代などである。遅延賠償は、履行遅滞の場合に本来の履行とともに請求することができる。また、不完全履行の場合で追完が可能なときは、追完とともに請求できる。

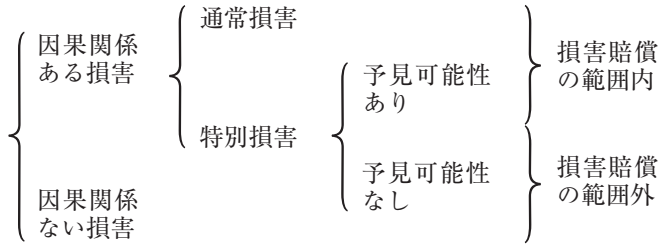
(イ) 填補賠償（債務の履行に代わる損害賠償）

填補賠償とは、本来の給付に代わる損害の賠償である。この填補賠償の請求は、次の場合にすることができる（415条2項各号）。

- a 債務の履行が不能であるとき。
- b 債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- c 債務が契約によって生じたものである場合において、その契約が解除され、または債務の不履行による契約の解除権が発生したとき。

④ 損害賠償の範囲

債務不履行により通常生ずべき損害を請求できる（416条1項）。また、特別の事情により生じた損害も、当事者がその事情を予見すべきであったときは、賠償を請求することができる（同条2項）。



⑤ 履行利益

履行利益とは、契約が有効な場合に、その債務が完全に履行されていたら得られた利益であり、信頼利益とは、契約が無効・不成立だった場合にそれを有効に成立すると信頼したために被った損害である。

債務不履行の損害賠償においては、履行利益の賠償を請求することができる。

⑥ 過失相殺

(ア) 意義

過失相殺とは、債務不履行またはこれによる損害の発生もしくは拡大に関して、債権者にも過失があったときに、その過失を考慮して、賠償責任、賠償額を軽減することである（418条）。

(イ) 内容

(a) 債権者に過失があった場合、裁判所は、賠償額を軽減できるだけでなく、場合によっては賠償責任それ自体を否定することもできる。なお、これに対し、不法行為における過失相殺は、賠償額を軽減することができるだけで、賠償責任自体を否定することはできない（722条2項）。

(b) 債権者に過失があることを認定した以上は、これを必ず考慮しなければならない。なお、これに対し、不法行為の場合には、考慮しなくてもよい（大判大正9・11・26）。

⑦ 損害賠償額の予定

(ア) 意義

損害賠償額の予定とは、債務不履行の場合に債務者が賠償すべき額をあらかじめ当事者の間で定めておくことである（420条1項）。損害の額を債権者が立証する煩雑さを避け、無駄な紛争を予防する実益がある。

(イ) 効 果

損害賠償額の予定が定められた場合、債権者は、債務不履行の事実さえ証明すれば、損害額や損害の発生を証明せずとも、予定された賠償額を請求することができる（大判大正11・7・26）。なお、損害賠償額の予定がなされても、債権者に過失がある場合の過失相殺はすることができる。損害賠償額の予定は、履行の請求または解除権の行使を妨げない（同条2項）。

(ウ) 違約金

違約金は、損害賠償額の予定と推定される（同条3項）。

⑧ 代償請求権

債務者が、その債務の履行が不能となったのと同じ原因により債務の目的物の代償である権利または利益を取得したときは、債権者は、その受けた損害の額の限度において、債務者に対し、その権利の移転またはその利益の償還を請求することができる（422条の2）。これを代償請求権という。たとえば、建物の売買契約において、建物が火災により焼失したため、売主が建物の火災保険金を取得したときは、買主は、売主に対して、その火災保険金の償還を請求することができることとなる。

(3) 解 除

債務不履行の場合の効果として、債権者は、契約を解除することができる。双務契約から発生した債権・債務がある場合、一方債務が債務不履行になっても、反対債権は存続し、債権者は、その請求をされることになる。その効力から解放されるように解除を認めたのである。

これは、契約（その中でも双務契約）の場合にのみ問題となる。

《補足説明》現実的履行の強制（強制執行）

(1) 意 義

債務者が債務を履行しない場合に、債権者は現実的履行の強制をすることができる。裁判所を使って強制執行することができるのである。

注意するのは、これは、債務者に履行を請求できるという債権の本来的効力であり、債務不履行の効果ではないということである。したがって、債務者の帰責事由がなくても（つまり、債務不履行でなくても）、債務が履行されなければ、強制執行することができるのである。具体的な手続の流れは、民事訴訟法、民事執行法で学習する。

(2) 要件

- ① 債務者が任意に債務を履行しないこと（414条1項本文）
- ② 債務者の帰責事由は必要ない

(3) 方法

① 直接強制

国家機関が債権の内容を直接的・強制的に実現する方法である（414条1項）。たとえば、金銭債務が履行されないときは、裁判所が債務者の財産を差し押さえ、売却して金銭に換え、債権者に配当する。

② 代替執行

第三者に債権の内容を実現させて、その費用を国家機関が債務者から取り立てる方法である。たとえば、債務者が工事をする債務を履行しない場合には、債務者から費用を取り立て、他の者に工事をさせる方法である。

③ 間接強制

債務を履行するまでの間、裁判所が債務者に対して一定の金銭の支払義務を課すことによって、債務者を心理的に圧迫して、間接的に債権の内容を実現させようとする方法である（民事執行法172条）。たとえば、不作為債務はこの方法によることになる。

(4) 損害賠償

強制執行をしても、なお損害が残る場合には、債務不履行の要件に従い、損賠賠償の請求もできる。

〈債務不履行と不法行為の比較〉

		債務不履行責任	不法行為責任
故意・過失（帰責事由）の立証責任		債務者が、帰責事由のないことを立証する必要がある	債権者（被害者）が、債務者（加害者）に故意・過失があることを立証する必要がある
過失相殺	考慮	必要的考慮（418）	任意的考慮（722Ⅱ）
	金額の免除	○	○
	責任の免除	○	×
相殺の制限		なし	あり 不法行為による損害賠償債権を受働債権とする相殺（加害者からの相殺）が禁止される（509）
消滅時効		債権者が権利を行使することができることを知った時から5年、または権利を行使することができる時から10年（166Ⅰ）	損害及び加害者を知ってから3年、不法行為時から20年（724）
賠償義務者が複数の場合の債務の性質		分割債務（427）	不真正連帯債務（共同不法行為が成立する場合、719）

第3章 債権の消滅

～実現した場合を中心に～

第1節 債権の消滅総説

1 意義

たとえば、AのBに対する車の引渡債権は、引渡しがあれば当然に消滅する。このように、債権は、給付内容の実現を目的とする権利であるから、その目的を達成すれば消滅する。通常、債権は、債務者による給付内容の履行によって消滅する。

また、それ以外でも、債権内容の実現が不能になった場合や、履行することの意味がなくなった場合にも債権は消滅する。

2 債権の消滅原因

民法は、債権の消滅原因として、弁済、代物弁済、供託、相殺、更改、免除、混同の7つを規定している（474条以下）。また、それ以外の規定でも消滅することがある（消滅時効など）。これらを整理すると、以下のようになる。

(1) 債権の目的が実現されたことによる消滅

これは、債権本来の消滅のあり方である。最も典型的なものは弁済である。代物弁済、供託も弁済に準ずる。また、相殺もここに位置づけることができる。

(2) 内容実現不能による消滅

たとえば、家屋の引渡債権は、家屋が滅失してしまえば、消滅する。ただし、債権の実現が不能になった原因が債務者の帰責事由にある場合は、債権は消滅せず、債務不履行に基づく損害賠償債権に転化して存続することは、前述した。