

創造債務の間接強制

森 村 進

目 次

- 一 序
- 二 創造の自発性
- 三 債務者の自律
- 四 履行の不可能性
- 五 結語

一 序

作為を目的とする債務であつて、債務者自身が履行しなければ債務の本旨に従つたことにならない債務——以下、「不代替的作為債務」と呼ぶ——の強制執行については、民事執行法一七二条に規定がある。その方法は「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期間内に履行しないときは直ちに、債務の履行を確保するために相当と認める一定の額の金銭と債権者に支払うべき旨を命ずる方法」（同条一項）であり、間接強制と呼

ばれる。騒音や振動や環境汚染等の侵害行為の防止や子の引渡など、強制執行の方法としてこの間接強制だけを認めるべきか、それともそれにかえて、あるいはそれとともに他の手段も認めるべきかについて議論のある請求権もある。しかしともかく、純粹に不代替的な作為義務の強制方法としては、現行法上間接強制しか存在しない。

ところが不代替的作為債務の中には、その間接強制ができず、まして他の強制執行もできないので、強制執行しようがなく、損害賠償による以外救済の方法がないと今日一般に解されているものがある。そのような債務としては、①任意に履行するの⁽¹⁾でなければ債権の目的を達成できない場合（大決昭五・九・三〇民集九卷九二六頁は夫婦の同居義務についてこの理由をあげる）や、②債務の履行が債務者の意思のみに係るのではなく第三者の協力を必要とするのにそれを得る見込みがない場合（大決昭五・一一・五法律新聞三三〇三号七頁——焼失した株券を再発行して引き渡せとの請求について）等、履行を實際上不可能にするような外的障害のある場合、そして③履行の強制が債務者の人格——「プライバシー」と言う人もいるかもしれない——の尊重と両立しない場合（①の夫婦の同居義務はむしろこちらに含めるべきか？）⁽¹⁾があげられている。そして芸術家の作成義務や名優（そうでなければ不代替的ではないの⁽²⁾だろう）の出演義務や学者の著述義務等の創造・創作的義務——以下「創造債務」と呼ぶ——を①に含めて、間接強制できないとするのが常である⁽¹⁾。本稿の目的は、この見解のうち①に関する、創造債務には間接強制ができないという民法典起草者以来の定説に⁽²⁾反対して、創造債務にも原則として間接強制を認めるべきだと主張することにある。

二 創造の自発性

間接強制を受けたために、いわゆる「心理的強制」の下に「任意」でなく製作された美術作品や著作は、なぜ債務の本旨に従った給与にならないのだろうか？ 私にはその理由がわからない。芸術作品や学術的著作は、製作者の内

面の自然な自己表現ではない。思ったことをそのまま書けばよいのならば、小学生の作文と変わらない。芸術作品や著作は制作者の創造時の心理的狀態とは別個の客観的な存在であって、強制された結果の産物だからといって、あるいは「真心」から出たものでないからといって、価値が低いとはいえない。⁽³⁾ 一再ならず債務監獄に收容され、債鬼に責められて書いたバルザックの小説は債務の本旨にかなっていなかったらどうか？ 編集者の厳しい督促の下に学者が書いた著書や論文は学術的価値を持たないのか？

創造債務を間接強制できないと考える人々はおそらく、芸術的創作や著作は——少なくとも、それが芸術的あるいは学術的な価値を持つものならば——心理的強制を含めて何ら外部からの拘束を受けないときに、製作者や著者の内面に創造意欲とともに泉のようにわき上がってくるものだと思像しているのだろう。これとは反対に、創作や著述は、そもそも何もなかったところに創造者が粒々辛苦の末その頭脳と技術を使ってひねり出すものだ、という見方をとれば、間接強制は創作や著述を妨げることはないだろう。どちらの見方が現実在即しているかの判断は読者に委ねるが、私自身は前者はあまりにもロマンティックにすぎるように思う。

また前者の見方のように創造における自発性の要素を強調するとしても、外的な拘束が創造の妨げになるという帰結は必然的には出てこない。むしろ事実とは逆ではなからうか。他の人々が自分の作品を期待しているという自覚は、創造意欲を高めこそすれ鈍らせたりはしないだろう。編集者が執筆者をはげましたり、おだてたり、すかしたりして、ようやく原稿が書き上げられるということはよくある。そして債権者や注文者が履行遅滞を理由に解約して損害賠償を請求するかわりにあくまで履行を求めるとしたら、それは作品や著作への需要が存すればこそである。もしも債権者による拘束が創造の意欲を妨げるなどと言う者がいるとしたら、それは怠け者か無能な者の逃げ口上にしかすぎないのではないかと私は疑う。

その上、間接強制を認めなくても債務不履行の損害賠償責任は逃れられない。契約をした以上、何らかの心理的強制を受けたいわけにはいかない⁽⁴⁾。すると、間接強制を認めない場合と認める場合との違いは、心理的強制の有無にあるのではない。それは履行利益の損害賠償責任によって拘束されるのと、「債務の履行を確保するために相当と認める一定の額の金銭」(民事執行法一七二条一項)を支払う義務によって拘束されるのとの相違である。後者の金額は前者の損害賠償額を超過することが多いだろう(同条四項を参照⁽⁵⁾)⁽⁵⁾が、それは程度の違いで、ともに心理的強制を含むことに違いはない。そして、⁽⁴⁾芸術的創造や学問的著作は損害賠償の金額を支払う義務による心理的強制の下でなされれば債務の本旨に従った履行になるが、間接強制の金額を支払う義務による心理的強制の下でなされると債務の本旨に従った履行にならない⁽⁴⁾と推測すべき十分な根拠があるとは思えない。換言すれば、間接強制の下では債務の本旨に従った履行ができないような者は、間接強制が認められない——従って損害賠償義務しか負わない——ときでもろくな作品を創り出せないことが多いのではなからうか。

もっとも芸術家や著述家の中には色々の人がいる。彼らの中には、私の推測に反して、間接強制を受けないときは満足すべき任方で債務を履行できるが、間接強制をされるとそれができないような人も、少数ではあっても存在するかもしれない。そのような人のためには結局のところ間接強制を否定すべきではないか？

しかし私はこの説にもやはり反対する。間接強制に対する債務者の対応はたやすく予想できるとは限らない。債務者が前の段落で述べられたような人だと判断して損害賠償請求一本にしぼるか、それとも間接強制という手段に訴えてでもあくまで契約の履行を求めるかは、債権者が自らの危険において選べばよい。裁判所は、当事者でもなく、債権者が当該創造債務をどれだけ高く評価しているかについて推測するしかなく、またおそらくは債務者の性質について債権者よりも知るところが少ないだろうから、その選択を行うにはふさわしくない。まして現在通用している間接

強制否定説のように、芸術家や学者は間接強制を受けると債務の本旨に従った履行をしないと一律に決めつけて初めから間接強制の選択肢を奪うのは、債権者に対しても債務者に対しても不遜な態度である。

創造債務にも間接強制が可能だということになれば、単に債権者が救済方法を得られて得をするというだけでなく、債務者のためにもなる。履行が不可能にでもならない限り自分は創造債務を履行するという自信のある者は、履行への強いコミットメントを行うことによって、間接強制の可能性がない場合よりも自らとの契約を高く売りつけることができるようになる⁽⁶⁾。

それに私は契約違反の救済方法として間接強制を用いないむねの特約も効力があり裁判所を拘束すると考えるから、間接強制を避けたい者はそのような契約を結ぶことができる。では誰が間接強制を避けようとするだろうか？ それは、間接強制（現実のものであれ、ありうべきものであれ）におびやかされていては債務の本旨に従った履行ができないと考えるような繊細な人か、あるいは間接強制は自分の人格を尊重しないものだと思える人だろう。前者の発想から生じた創造債務の間接強制否定論についてはすでに述べた。後者の発想から生じた間接強制否定論を次に検討しよう。

三 債務者の自律

私は前節で、債務の本旨に従った履行のためにも、創造債務の間接強制を認めるべきだと説いた。しかしそれに対しては、かりに間接強制が創造債務の履行の確保に資するとしても、債務者の人格の尊重という法的要請のゆえにそれは認められてはならない、という反論もあろう。それは第一節で間接強制が認められない理由の③としてあげたものである。債務者はその気さえあれば履行できるにしても、彼がかつて表明したが今では後悔して従いたくないよそ

よそしい契約意思に彼をしぼりつけ、損害賠償を払ってもその拘束から逃れられないとすることは、その自律性をそこなうのではなからうか？⁽⁷⁾

だが私は、この反論の説得力は限られたものだと考える。ここで創造債務を、出演や演奏のように創造の過程と産物を切り離すことができず、履行の時と場所が特定されておりその場に人身を拘束するものと、製作や著述のように、債務者の身体の動静から独立した、創造の産物だけが目的となつていふものに分類することが適切である。(この中間に、日時や場所がある程度特定されている、特殊技能の提供といったものも考えられるが、ここでは無視する)。私も前者の創造債務の間接強制までは必ずしも主張しない。それは債務者には耐えがたい心理的負担を負わせるかもしれない。⁽⁸⁾だが後者の場合はそれとは違って、債務者はどこでどのようにして製作や著述を行つても構わないのだから、間接強制は身体を拘束しないし、自律性をそこなうこともそれだけ少ない。それでも間接強制は許されないとするほど、まるで腫れ物に触れるように債務者を恐る恐る取り扱う必要がどこにあるか。

また債務者がその重大な自由を失ってしまったとして後悔するような契約は錯誤や詐欺や強迫によるものである場合も少なくないだろうから、その場合は「創造債務は間接強制できない」とするまでもなく、民法九五条や九六条によつて、その契約は無効だ、あるいは取消せる、とすれば足りる。そのような事情なしに、自分のしていることを理解して結んだ創造債務の契約を間接強制してはならない理由は十分に明らかではない。

おそらく「間接強制を認めないのと認めるのの違いは、前者では債務者は履行と損害賠償の二つの選択肢を与えられているのに、後者では損害賠償で片づけるという選択肢の拒否が目論まれている——債権者にとっては損害賠償で十分なのに——という点にある」と考えられているのだろう。確かにこのように解すれば両者の相違の重大性は否定できない。金銭の取立てと創造債務の強制とでは、人格への関与の程度が大きく違いうる。⁽⁹⁾

しかし前節でも（一七六頁）指摘したように、債務者は履行しなければ損害賠償責任を負うのだから、間接強制と程度の差こそあれ、心理的強制を受けることに違いはない。また一方、間接強制を受けた者も、命じられた金額を支払えば履行を免れられる。だから間接強制が人格の尊重に反すると主張する者は、損害賠償義務による心理的強制は軽微なもので人格の尊重と矛盾しないが、「債務の履行を確保するために相当と認める一定の額の金銭」を支払う義務による心理的強制は重大なもので人格の尊重と矛盾する——おそらく違約罰の場合も同様と解されよう——と主張していることになる。だが支払わねばならぬ額がいくらになれば人格の尊重に反するかの線引きには曖昧さや恣意性がつきまとう。——もつとも線引きというのは大抵そういうものなのだから、線引き一般を拒むのでない限り、それは決定的な批判にならないが。⁽¹⁰⁾

むしろ債務者の人格の尊重という要請を強調すれば、債務者は損害賠償をする必要さえないとして創造債務を「自然債務」化する解釈も可能である。通説がそこまで行かないのは債権者の期待を尊重するからだろうが、債権者が間接強制を求めるとしたら、それは損害賠償額では現実の履行から得られるユニークな利益に足りない⁽¹¹⁾と考えるからこそだろうから、間接強制を拒むと債権者はその評価額以下の賠償しか受けられないおそれが大きい⁽¹²⁾。それとも、債権者があえて間接強制を要求するのは、ほかに「不純な動機」があるからだろうか、たとえば債務者を困らせてうつぶんを晴らすとか、損害賠償額を越える金額を間接強制によって得る（一七六頁参照）⁽¹³⁾とかいう？ しかし債務者は間接強制されるのが嫌なら、履行すればよいだけのことである。前述したように人身の自由を束縛する演奏や出演の契約は別として、創造債務の間接強制が一般的に債務者の人格の軽視になるとは私には思えない。

四 履行の不可能性

「間接強制をかけても債務者をいたずらに苦しめるだけで、創造債務の履行には役立たない」という場合があるかもしれない。指をけがしたピアニストに演奏を強いたり、好奇心や探求心を失った学者に本を書かせようとしても無理というものだろう。しかしこれらの場合に間接強制ができないのは、履行不能の場合はそのも強制履行ができないという、創造債務に限定されない、第一節の②の理由によるのであって、任意に履行しなければ債権の目的を達成できないという①の理由によるのではない。

もっとも創造債務の履行が不可能な場合は、前の例でいえば、指をけがしたピアニストのように、履行不能の原因が客観的に認識可能なばかりではなく、才能の枯渇した芸術家や著作家のように、外部からは認定が困難なことが多い、という点に特色がある。債務者が後者の種類の不可能性を主張するならば、それをにわかには信すべきでない理由がある——たとえば、他の注文主のために同種の仕事をしていたり、あるいはそのような契約を新しく結んでいる——のでない限り、本人の申し立てを一応受け入れて履行不能と解するしかないだろう。

これは「いくら時間があっても、能力を失ったので履行できない」という理由によって履行不能の場合だったか、それよりも問題なのは、「私はその作品を完成させる能力は十分に持っているのだが、忙しくて時間がないために完成できない」という抗弁である。

これに対してはどう答えられるだろうか。「与える債務」や不作為債務の履行はほとんどあるいは全く時間を必要としないのに対して、創造債務の履行にはかなりの時間が必要かもしれない。しかしそのことは創造債務以外の「なす債務」——たとえば、工業製品を製造して引き渡す債務や、公害の発生を防止する装置を取りつける債務——でも

同じである。このとき「忙しくて債務を履行する暇がない」などと言って間接強制を免れられるとは思えない。創造債務をその例外とする理由は何かあるのだろうか。また債務者が、債権者から履行を現に裁判上請求されている創造債務の履行よりも他の用事（その中には、そもそも法律上の義務ではないものも多いだろう）を優先しなければならない理由は何なのだろうか。かりにそのような理由があるとしても、債務者はその理由を示すためには、単に「忙しい」といった、日常のあいさつと変わらない漠然たる弁解ではなく、具体的にどのような用事がなぜ創造債務の履行よりも優先されねばならないのか、それらの用事がどれだけの時間を必要とするか、また残った時間ではなぜ創造債務を履行できないのかを証明すべきだろう。

なお債務の履行が不可能であるという、本節で検討してきた理由によって創造債務の間接強制を否定する際、その理由が必ずしも明確に認識可能でないときは、債務者の誠実さを確保するために、債務者が債権者以外の者に同種の給付をしないようにあらかじめ命ずることも考える余地がある。¹⁴⁾

五 結 語

以上述べてきたことから明らかにになったように、私はあらゆる創造債務について間接強制を認めるべきだと考えているわけではない。債務の履行がいずれにせよ不可能な場合（第四節）や、間接強制が債務者の人格の尊重と両立しない場合（第三節）は間接強制を許すべきではない。しかしそれは不代替的作為義務一般について言えることである。それを越えて、「強制されずに任意に履行したのでなければ、債務の本旨に従った履行にならない」といった理由（第二節参照）によって、創造債務だけを間接強制の適用範囲からはずす十分な理由は存在しない。

もっとも、創造債務を履行しない者に対しては、間接強制が認められなくても、それ以後注文が来なくなるといっ

た法律外の様々の形での不利益が来るだろうから、法律的サンクションよりもその方が履行への動機づけとして有力なことが多いかもしれない。だがそのように巨視的には取引の反復過程を通じて契約不履行者が契約を守るようになるか、あるいは見捨てられるとしても、そのことは個々の不履行の相手方の債権者の救済にはならない。そしてその救済方法として損害賠償だけでは不十分なものが多いとしたら(第三節末尾参照)、間接強制をも認めてしかるべきである。

(1) この三分類法は我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、一九六四年)「一二三」によった。ほかに表現や分類法に小異はあるが、遠藤浩ほか編『新版民法(4)債権総論』(有斐閣、一九八一年)「二二二」、三ヶ月章『民事執行法』(弘文堂、一九八一年)四二二頁、斎藤秀夫編『講義民事執行法』(青林書院新社、一九八一年)三六二―三頁、新堂幸司・竹下守夫編『民事執行法を学ぶ』(有斐閣、一九八一年)二六五、二七〇―二頁(上村明広執筆分)、中野貞一郎『民事執行法上巻』(青林書院新社、一九八三年)一〇五―六頁、鈴木忠一『三ヶ月章編』(注解民事執行法5)『第一法規、一九八五年)二六頁も同旨。しかし中川毅「間接強制の限界を論ず(一)」『法曹会雑誌』一一卷六号(一九三三年)は間接強制の限界についてのこの通説(著者は「目的説」と呼ぶ)に反対して、間接強制の対象は「専ら債務者の意思のみにて為すことを得べく且同条(旧民事訴訟法七三四条―森村)所定の間接強制(indirekter Zwang)を為すも毫も強行法又は公序若くは良俗に反せざる不代替作為(二二頁、附点を省略)と解すべきだと主張する。この「公序良俗説」は間接強制の「適用範囲を可及的広く解し」(二〇頁)、「特殊の技能経験を必要とする絵画を描く行為演劇を為す行為音楽を奏する行為其他一般に債務者独特の知識経験技能を必要とする行為」(二二頁、附点を省略)も含める。だが別の個所では、「発明発見を為す行為(Erfindung)を目的とする強制執行は独民訴八八八条一項(我民訴七三四条)所定の間接強制方法にも依ること能はされども既に完成せられたる叙上精神上の産物(Geistesprodukt)を自ら文書に作成する行為(Beschreibung)又は模倣する行為は普通人の有する才能(ein Durchschnittsmass von Fähigkeiten)を以て為すことを得るものなるを以て、斯る行為の強制執行は前記間接強制に依ることを得るものと為」(二〇頁註八、附点を省略)オドイツ法の判例に賛成しており、創造自体の間接強制は含まないかに見える。

(2) 法典調査会『民法議事速記録一八卷』三五丁表裏(穂積陳重発言)、梅謙次郎『訂正増補民法要義卷之三債権編』(明法堂、一九九九年)五一頁、岡松参太郎『註釈民法理由下巻債権編』(有斐閣、一九九七年)八〇―一頁。

(3) 「劣悪な詩はすべて真正の感情から生まれる。」O. Wilde, *The Critic as Artist*, Part II.

- (4) 「債務があるということが既に心理的強制を意味する。」星野英一『民法概論Ⅲ債権総論』(良書普及会、一九七八年)四〇頁。
- (5) 鈴木ニツヶ月編・前出注(一)一〇六—一七頁。
- (6) A.T. Kronman, *Specific Performance*, 45 *University of Chicago L.R.* 351, 367—68 (1978) (この論文の紹介・樋口範雄「一九八〇—」『アメリカ法』一一四頁)。また、契約者による種々の「保証 reinsurance」が契約の価値を高めるとして、C.J. Goetz and R.E. Scott, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, 89 *Yale Law Journal* 1261, 1274 (1980) を参照。
- (7) A.T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 *Yale Law Journal* 763, 780—83 (1983)。
- (8) Kronman, *supra* note 6, at 371—72 を参照。
- (9) R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (New York, 1974), pp. 169—72 が、収入への課税はその課税額の金銭を得るために必要だった労働の強制と等価であると主張するが、賛成しがたう (H.L.A. Hart, *Essays in Philosophy and Jurisprudence* (Oxford, 1982), p. 206)。
- (10) 「線引き」の問題については、一般的に井上達夫「人間・生命・倫理——堕胎論に寄せて」『法律時報』五七巻七号(一九八五年)、第二節を見よ。
- (11) Kronman, *supra* note 7, at 784 を参照。
- (12) 英米契約法において、契約不履行への救済方法として金銭賠償ではなくして特定履行 specific performance を認めるべき理由として、この点が見出される点が多い。たとえば、Kronman, *supra* note 6, at 360—65; A. Schwartz, *The Case for Specific Performance*, 89 *Yale Law Journal* 271, 274—78, 299—301 (1979)。
- (13) E. Yorio, *In Defence of Money Damages for Breach of Contract*, 82 *Columbia L.R.* 1365, 1374—75 (1982)。
- (14) *Ibid.*, at 1375—76. ただしここで命じられる義務は不作為義務だから、現行法上その強制手段としては間接強制しかないが、理論的には直接強制も可能である。実際、民法典起草者もそれを予想していたらしい。法典調査会・前出注(2)三五丁裏、四〇丁表裏(穂積陳重発言)(ただし四六丁表裏の梅謙次郎発言はやや慎重である)。梅・前出注(2)五三頁。なお我妻栄「作為又は不作為を目的とする債権の強制執行」菊井維大編『加藤正治先生還暦祝賀論文集』(有斐閣、一九三二年)五四四—四五、五四八—四九頁も参照。

中山幸二専任講師には、本稿の草稿を読んでもいただき、数多くの貴重なご教示、ご助言をたまわったことを深く感謝する。それらを十分生かせなかったとしたらその責任はすべて私にある。