

## 第6回講義の補足説明

2011/10/17

今回の10にも関連する問題として、前回質問があった点について、潮見教授からお返事をいただきましたので、先に、それをここで紹介します（若干文字を修正）。

「ご指摘のように、『基本講義債権各論Ⅰ』では、使い分けをしています。履行請求の場合のせり上がりを裁判実務で明確に述べていないことによるものです。もっとも、私自身の見解としては、法律学の森シリーズ（信山社）のどこか（たしか、『債権総論Ⅰ』）には述べているのですが、損害賠償の場合も行使効果説をとるべきだと考えています。法科大学院では学生にこの旨を述べているところですが、学部生にも使われる『基本講義』では、あまり自説を前面に出していませんので、学生さんにお伝えください」。

### 09関連

善管注意義務と債務・給付義務・注意義務などの関係について質問がありました。有斐閣・法律学小辞典第4版補訂版に、「給付義務・付随義務・保護義務」という格好の対比がありましたので紹介して、若干コメント（赤字）を加えます。

契約から生じる中心的な義務で、双務契約（⇒双務契約・片務契約）にあつては、反対給付と対価的な関係にあるものを給付義務という。売買契約における目的物の所有権を買主に移転する義務や、買主の代金支払義務のように、与える債務が給付義務の典型であるが、建物を建築する債務などの、なす債務であってもよい。（要するに給付義務は契約で約束した給付を実現する相当抽象的な義務であり、狭義の債務です。これに反することは過失ではなく、債務不履行そのものです）。これに対して付随義務は、給付義務の実現を準備・配慮・補助する関係にある義務をいう。売主が目的物の使用方法を説明する義務（これは、売買契約における移転登記申請協力義務などと同じく従たる給付義務と性格付けられたりもします）、目的物の引渡しに際して目的物を毀損しないように注意する義務などがこれにあたる。給付義務の不履行に対する債権者の救済手段としては、損害賠償だけでなく、現実履行の請求や契約の解除がある。これに対して付随義務の違反は、解除を正当化するほどの債務不履行とならないこともあり（正確には、契約の目的を達成できない場合にのみ解除が可能となります）、その救済手段としては損害賠償が中心となる。しかし、両者の区別は相対的である（上記の従たる給付義務など）。なお、このほかに、債権者・債務者の双方が互いに相手方の生命・身体・所有権などを侵害しないように注意すべき義務を保護義務（あるいは安全配慮義務）と称して、給付義務・付随義務から区別することがある（売主が目的物の搬入に際して買主の家具を毀損した場合、デパートの買物客が店内で転倒した場合など）。保護義務違反は、損害賠償請求の根拠として主張される。付随義務や保護義務は、契約当事者が契約に際しては意識していないことが多く、その意味で信義則上の義務ともいわれる。

## 10関連

講義後に質問がありました。一般的には、期間の定めのない契約での履行請求も、また相当の期間を定めていない履行請求も、適法な催告になります。

もっとも、この問題では、一つ論じるべき重要点をうっかり落としてしまっていました。この問題では、09までや11のケースとは異なって、Bは代金の提供をせずにAに引渡しを請求しています。双務契約で両債務が同時履行関係にあることが請求の趣旨から明らかの場合には、自らの債務の履行の提供をして相手方の同時履行の抗弁権を封じておかないと相手方の(違法な)債務不履行を主張できませんので(同時履行の抗弁権の存在効果説。解除については判例・通説。潮見教授は少数説の行使効果説であることは前回の補足として冒頭に紹介したとおりです)、本件では解除権が発生しません。

次に、行使効果説に立って単純な催告も適法であるとして、催告後に履行拒絶があれば直ちに解除できるのかどうか問題になります。大判昭和7・7・7民集11巻1510頁は、たしかに、催告後に履行拒絶がされれば催告期間の経過を要しないとしています。ただ、多くの学説は、債務者が履行を「終局的・確定的に拒絶した場合」に限定してこの判決を理解しています。明確な履行拒絶があっても、契約締結の事実自体を争うなどおよそ翻意の可能性がない場合を除いて翻意の可能性があるため、催告をする必要がある、とされることとの均衡を理由としていると思われます。解除という重大な効果を生じるためには、その程度の慎重さを要すると考えてよいでしょう。

## 12関連

借地借家法を扱う賃貸借の回にも言及する予定ですが、正当事由が必要な借地借家法の更新拒絶や解約と債務不履行解除はまったく別物です。正当事由による更新拒絶や解約は、賃借人の債務不履行を必要としません。また、借地借家法は賃借人の保護を強化していますが、債務不履行に陥った賃借人まで保護するものではありません。債務不履行解除の制限は、もっぱら民法の信頼関係破壊の法理、無断転貸・譲渡の場合の612条の背信的行為論による制限、(541条に代わる)628条の類推適用などで図られています。

## 14関連

これも債権総論の債務不履行の個所でもう一度取り上げますが、契約から生じる債務の不履行に対する主要な救済は、損害賠償請求と解除です。従来通説の見解によれば、いずれも債務者に帰責事由があること(正確には、免責事由がないこと)を要件としています。違法で帰責事由のある債務不履行(客観的に債務が履行されていないことも債務不履行と表現しますので、気をつけないと混乱します)があれば、損害が発生する限り損害賠償請求は常に認められますが、解除は、相手方(債務不履行当事者)から、契約の履行による利益獲得の機会を奪うので、常に認められるわけではありません。

## 16関連

ABCは、契約締結時に甲の所有権を取得しており、やはり共有関係となるのではないかと(次問17との関係)との疑問があるかもしれません。代金支払も引渡しもないうちにABCの所有権取得を認める判例の即時移転説自体の妥当性が問題ですが、その点を描けば、たしかにABCは売買契約により共有関係となるでしょう。ただ、共有物を買った契約を解除することは、共有物の所有権を失うことに

なりますので、共有物の変更（処分もその一例）となり、251条で全員一致が必要となって、結局、544条1項どおりとなります。

## 20関連

少し早口になって聞き逃した方がいるので、根拠条文の話を確認しておきます。20・21の事例は売買契約ではなく交換契約です。交換契約には、目的物に瑕疵があった場合を規律する規定がありません。売買契約における瑕疵担保責任（570条）の規定を、559条を介して、交換契約にも準用することで、根拠条文が明らかになる、ということでした。

## 21関連

危険負担規定（536条1項）類推適用説と（常時）価額返還説は、共に双務的債務の対価的牽連性を重視する点で共通していますが、この事例では差が生じます。危険負担規定類推適用説では、本件のように等価性に疑問のある場合に、Aがまがい物のルビーの指輪を押しつけられ、Bが得をする結果になってしまいます。価額返還説は、この点を不合理であるとして、対価的牽連性の保障を実質化する考え方と評することができます。Aはまがいもののルビーを返還するのと交換に、Bから失われた真珠のネックレスの客観的価額の返還を受けることができ、契約関係がなかった状態が実質的に回復されます。もっとも、この考え方は、帰責事由のない履行不能の場合には債務者が免責されるという一般的な考え方に反する点で、批判がありますから、それをどう根拠づけるのかが問題です。545条1項の「原状に復させる義務」を、現物返還だけでなく、それが不可能な場合には、価値的に原状回復させるという意味だと読むことで根拠づけることになりましょう。今年の私法学会のシンポジウムの私の報告は、より実質的な根拠を探求しています。松岡久和「不当利得法の全体像——給付利得法の位置づけを中心に」ジュリスト1428号4頁以下。

## 23・24関連

まず、判例が、545条1項ただし書の第三者には登記を要するとし、有力な学説がその登記を、「権利保護資格要件としての登記」としている意味を補足しておきます。直接効果説の論理を徹底すれば、契約の解除によって、契約は最初に遡って効力を失いますから、甲の所有権は、一度もBに帰属しなかったこととなります。そのため、Bの登記名義を見て、Bを所有権者であると信じてCが買い受けたとしても、不動産登記に公信力が認められない以上、Cは無権利者と言わざるをえなくなります。この場合、Aは、登記名義を回復しなくても、甲の所有権に基づいて、Cに甲の明渡しを求めることができます。なぜなら、Cは無権利者であって、Aの登記の欠缺を主張する正当な利益を持たないからです。177条は、両立しえない有効な物権変動の優劣を登記の具備の先後によって決める規定であり、無権限占有者や不法行為者には、登記なくして対抗できるという考え方が、これと対応しています。

しかし、これでは契約当時には所有権者であったはずのBと取引したCの利益をあまりにも害するので、直接効果説は、545条1項ただし書を、Cの保護のために、解除の遡及効を制限している規定であると理解するのです。そこで、次に、どの段階まで進めばCが保護に値する同条の第三者なのか問題となり、判例は、登記の具備によって取引が完結する段階に至っている者のみを保護するという考え方

を示しているのです（最判昭33・6・14民集12巻9号1449頁。さらに仮登記を備えていても第三者でないとするものとして、最判昭58・7・5判時1089号41頁）。この場合には、 $B \Rightarrow A$ と $B \Rightarrow C$ の物権変動の優劣が問題になる対抗関係ではないことが前提となっていますので、登記を対抗要件として位置づけることはできません。

「権利保護資格要件としての登記」という問題の整理（ないし位置づけ）は、要するに、対抗要件としての登記が問題になる場面ではない、ということの意味するにすぎないとも言えます。

これに対して、現在の多数の学説は、解除の遡及効を否定しています（間接効果説・折衷説・原契約変容説）。間接効果説は元の債務は未履行のものも消滅せずたんに債務者に履行拒絶権が発生するだけだとします。折衷説は、解除されると法律の効果により未履行債務は消滅するが既履行債務は原状回復債務に変わるとします。原契約変容説は、結論的に折衷説と同じですが、原状回復債務は元の債務と連続性があり、それが解除によって逆方向に変化したものだと捉えます。以上の3説の違いは、それほど気にする必要はなく、いずれも、解除前に登場した第三者との関係でも、解除による復歸的物権変動が $B \Rightarrow A$ に生じて、 $B \Rightarrow C$ の物権変動と対抗関係に立つとの構成に繋がりがやすいのです。それゆえ、第三者が登記を備えていない場合であっても、解除者にも復歸的物権変動について登記がなければ、両者未登記の二重譲受人相互の関係と同様、互いに対抗できません。仮処分や仮登記によって地位を確保した方が最終的には本登記を備えて勝訴することになります。なお、これらの3説では、545条1項ただし書は、当然のことを注意的に規定している（それゆえなくてもよい規定である）と理解します。

解除と登記については、松岡久和・法セミ880号104-105頁がおそらく最新の文献です。

25 AがBに土地（甲）を売って、代金の一部の受領と引き換えにBへの移転登記をしたが、Bが残代金を支払わないため、Aは、この売買契約を解除した。しかし、その後で、Bは、Aが解除の意思表示をしたことを知っていたCに甲地を売り、Cに甲地を引き渡したが、移転登記はまだ行われていなかった。Aは、所有権に基づいて、Cから甲地の明渡しを求めることができる。

判例の見解では、解除権行使後は、上述のように、 $B \Rightarrow A$ と $B \Rightarrow C$ の物権変動相互が対抗関係となります。177条の通説的理解からすると、Aも登記を備えないとCに権利の復歸を主張できません。

26 民事契約の解除権の消滅時効期間は、解除権が形成権であることから、民法167条2項により~~20年~~である。

判例は、債権に準じて同条1項により10年と解しています（商事契約の解除権は5年。解除権のような形成権には権利行使による中断がありえませんが除斥期間と解する見解が有力です）。ただ次の点に注意してください。解除権には564条などのように短期の期間制限を設ける個別の規定が多数ありますので、本文の命題は、そのような規定が適用されない解除権一般の場合のみに当てはまります。

27 民事契約の解除によって生じた原状回復請求権の消滅時効期間は10年であり、その起算点は実際に解除権が行使された時である。したがって、たとえば、宅地の売買契約において、契約締結の9年半後に地盤の基礎工事の不良が明らかになって買主がこの契約を有効に解除できた場合には、買主の代金返還請求権は、契約締結後から19年半の時点まで消滅時効にかかることなく存続する。

正しい。地盤の基礎工事の不良が明らかになった場合には、570条の瑕疵担保責任に基

づく解除が主張できる可能性があります。この場合、瑕疵を知った時から1年以内であれば契約の解除ができ、判例によると、取消権行使後の不当利得返還請求権の消滅時効の問題とまったく同様の論理で、解除した時点で発生する原状回復請求権が、その履行を請求できる時点（通常解除権行使時）から、独自に10年の消滅時効に服することになります。しかし、判例のこのような見解（二段階構成と呼ばれたりします）に対しては、あまりに長期にわたって権利関係を不明確にするとの批判があり、解除権行使の結果発生する原状回復請求権も570条⇒566条3項の1年の消滅時効に服すると解すべきだとの有力な学説があります（この考え方の中にも、さらに、事実を知った時＝解除可能時から起算するとするものと、現実に解除した時から起算するとするものが、対立しています）。

28 いわゆるクーリング・オフ権とは、理由を要することなく、申込みを撤回したり、契約を解除できる権利であり、たとえば訪問販売において、契約締結時点から7日間、買主は、クーリング・オフ権が消滅する特別な場合を除き、気が変わったとして契約をやめることができ、債務不履行の責任も負わない。[基本]

少し細かい問題ですが、特定商取引法9条は、同法所定の書面を交付された時点から8日以内に（契約日の翌週の同一曜日まで）クーリング・オフ権を行使（書面による発信）すれば良いとしています。クーリング・オフには、理由は不要です。また、契約はなかったことになるので、買主には債務不履行責任も生じません。

29 訪問販売に関する規定が適用される契約の場合、販売業者に不実告知の行為があり、買主が告げられた内容を事実であると誤認したならば、クーリング・オフ権の行使期間を超えても、買主は、契約を解除できる。[基本]

これは、消費者契約法4条のいわゆる消費者取消権にならって、最近、特定商取引法9条の3の契約取消権の問題です。「解除できる」ではなく「取り消せる」としなければなりません。契約の効力を遡及的に失わせるという点では、クーリング・オフと同じですが、契約締結時の販売者の一定の行為態様（不実告知・重要事項の不告知）を要件とするいわばプチ詐欺（民法の詐欺の立証困難に対処する取消権の拡張）という性格を有します。

30 ~~いったん発生した解除権は、民法547条・548条の解除権消滅事由や期間制限によらない限り、消滅することはない。せいぜい、当該事件の具体的事情を総合的に考慮して、解除権行使が権利濫用となることがあるにとどまる。[やや難]~~

権利失効の原則というものがあります。また、有斐閣・法律学小辞典〔第4版〕（CD-ROM版）から引用しておきます。「権利者が長期間にわたって権利を行使しないため、権利行使の相手方となる者も権利者が権利を行使しないであろうと期待し、その結果、権利行使が信義誠実の原則に反すると認められるようになった状態、又は、この状態では権利は効力を失い、その行使は許されないという考え方。消滅時効に類似するが、消滅時効は画一的・一般的に権利の消滅を定めるのに対し、権利失効の原則は、関係者の期待や信頼を具体的に検討して個別的・具体的に適用される点で異なる。判例は一般論としてはこの原則を認めている（最判昭和30・11・22民集9・12・1781）が、現実にこれを適用して権利行使を否定したものはみあたらない。」

このように、一般条項を持ち出すまでもなく（というか、一般条項の具体化・類型化とも見られます）、一定の場合に解除権の行使が否定される場合があります。ただし、「事情変更の原則」についてコメントしたように、「原則」といっても、そういうルールがあるというだけであって、実際の適用は稀で、信義則・権利濫用による処理と実質的に差がない、きわめて例外的な処理であることには注意して下さい。