

## 第17回講義の補足説明

2011/11/25

今回は後半大量に残って済みませんでした。ただ、解説を要する難問が前半に多かったため、仕方ない面もあると思います。

### 05関連

履行の提供をしても債権者が受領しない受領遅滞の場合には、注意義務が軽減されます。逆に履行遅滞中は08でも問題にしたように、不可抗力による滅失についても因果関係がある限り責任を負います。問題文の「原則として」が特別の規定や特約がある場合のみを例外としているように読めますので、上記のような義務の軽減や責任加重があるとして、「履行期まで」でも正解とする答えでも良いと思います。

質問者の松本君自身に『注釈民法』を調べてもらったところ、受領遅滞も責めに帰すべき履行遅滞もない場合（不可抗力により履行期に履行できなかったが、今はできるという場合）には争いがありますが、講義でも述べたように400条の文言に忠実に引渡時まで善管注意義務を負うと解するのが多数のようです。

### 07関連

目的物の損傷・滅失が契約締結前から存在した隠れた瑕疵に起因する場合以外は、後発的な損傷・滅失ですから、瑕疵担保責任の問題ではありません。（客観的な意味での）不履行となりますが、損傷・滅失について善管注意義務違反がなければ、債務者は免責されますので、債務不履行責任を負いません。追完・修繕の義務については、瑕疵担保責任の性質に関する法定責任説と同じ発想で、損傷した物の現状引渡しでも債務の本旨に従った履行となりますので（483条）、追完や修繕をする必要はないとされます。

特定物が損傷・滅失した場合の処理は、判例によると次のような整理になります。

時期 \ 債務者	帰責事由あり	帰責事由なし
契約締結前	契約無効＋契約締結上の過失責任（滅失） 瑕疵担保責任（損傷）*1	契約無効（滅失） 瑕疵担保責任（損傷）
契約締結後	債務不履行責任	債務者免責⇒危険負担

\*1 瑕疵担保責任は債務者の帰責事由の有無を問わないという趣旨でこちらにも記載。なお、債務者に帰責事由があれば、契約締結上の過失責任等により、履行利益や瑕疵結果損害についても責任を問うことができるとする説（我妻・下森など）も有力です。また、各欄の責任は当然に生じるわけではなく、それぞれの要件（たとえば、隠れた瑕疵や債権者の善意など）の充足が必要です。

契約責任説はバリエーションが豊富なので、こういう簡単な図式的整理は困難です。

### 10関連

債務者は調達リスクを負っていると考えられますから、原則として、市場に同種のもの

が存在すればいくら取得費を払っても調達する重い義務を負います。きわめて例外的な場合には、事情変更の原則や信義則・権利濫用などの一般条項を用いた制限はありうるでしょうが、そのような例外が認められるのは稀有でしょう。設問の趣旨は、特定が生じない限り債務者が調達義務を負うという点にありますので、それを見失わないようにしてください。

以下は、少し高度な補足です。通説的な見解では、制限種類債務も種類債務の一種であり、種類債務の特定によって初めて引き渡すべき物について善管注意義務が生じると考えることになりましょう。そうすると、制限種類債務が全部滅失した場合には、善管注意義務違反があっても債務不履行責任は生じず、自己の財産に対するのと同じの注意を怠ったときに限って債務不履行責任が生じる（そうでなければ危険負担の問題になる）ことになりません。

しかし、これは少し奇妙な気がします。制限種類債務は、給付するものを選び出す対象が限定されています。たとえば、倉庫中の特定銘柄のワイン500本のうち250本を売却して引き渡す債務の場合です。倉庫が倒壊したり焼失するなどして500本全部のワインが滅失すれば、引渡し債務は履行不能となり、履行不能となったことについて帰責事由があれば、債務者は損害賠償責任を負います。この例で、残ったワインが250本以上あれば、なお履行は可能ですので、仮に管理がずさんで一部のワインが滅失したり、債務者自らがワインを消費していても、責任を問われることはありません。その意味で、債務者は、500本全体について、たしかに特定物の保管義務同様の義務を負うわけではありません。

しかし、問題は残りが250本未満になった場合です。売ったワインを含んでいるのに、自己の財産における同一の注意を払っていたら免責されるとして良いのでしょうか。250本の給付が可能ないように管理する義務は、特定の物の保管義務ではありませんが、やはり注意の程度としては善管注意義務が基準となってよいように思われます。

なお、自己の財産における同一の注意を基準にすれば無過失だが、善管注意義務を基準にすれば過失があるとされる事例が実際にはほとんどないかもしれません。ワインセラーの温度管理装置が壊れた場合、短期間の暫定措置として冷蔵庫に入れておくのは自分のワインなら良いが、売った物ならきちんと温度管理ができる倉庫を借りて預けるべきだというような評価（あくまで仮想です）が成り立つとすると、冷蔵庫保管で品質が落ちた場合には、具体的過失はないが、抽象的過失はある、となるでしょう。

もっとも、問題文では、善管注意義務をもって保管していたということですから、自己の財産における同一の注意義務を基準にする通説の見解では、当然に帰責事由なしと評価されますので、債務不履行責任は生じません。通説の見解でも私の見解でも、それゆえにこの文章は正しいという結論になります。

## 12関連

持参債務については正しいですが、取立債務では、分離（引渡しの準備）＋債権者への通知の両方が揃って初めて、特定すると考えられています。

送付債務については、通説によれば×とすべきでしょう。ただ、いろいろ疑問もあります。通説は、「送付債務の場合には、持参債務に準じて、原則として履行場所で現実に提供する必要があります。ただし、債務者が債権者の要請に応じて好意で第三地に送付する場合には発送によって特定する」、としています。しかし、後者の「好意で」というのが履行場所の変更の合意を意味しないならば、債務者はそもそも送付「債務」を負いません。他

方、それが履行場所の変更の合意を意味するのなら、最初から第三地に送付する債務と同じで現実の提供を要するはずで、さらに、そもそも、契約で「送付する」と決めたのであれば、信頼できる専門的な運送人に手渡せば、「送付する」という債務は履行したことになってしかるべきで、近時の国際的な規律は、ほぼ一致してそのように扱っています。それに対して、なぜ債権者の住所地や第三地で現実に提供されなければ特定しないのか、いささか理解に苦しみます。そこまで考えると後段は、相当難問になります。

### 13関連

問題文が少し紛らわしくてご迷惑をおかけしてすみません。

「買主が取りに来ればいつでも目的物を特定して給付できる状態にして受取を催告すれば、」というのは、「いつでも」が「特定して給付できる状態」にかかっているのです。まだ特定はしていないという趣旨で書いていたのですが、すでに特定していると読めなくもありません(かなり無理っぽいですが)。その結果、意に反してですが、特定している場合としていない場合を対比する難度の高い問題になりました。

債務者が引渡場所を指定し、引渡しの準備をして言語上の提供をしたからといって、それだけでは民401条2項の「必要な行為の完了」とはいえない(最判昭和30・10・18民集9巻11号1642頁・P113)とされています。目的物を分離しないと対価危険は移転しません。仮に特定していないとすると、手元にある物すべてが売主の帰責事由なく滅失しても、債務者は代わりの物の調達義務を負うことになります。買主は同時履行の抗弁権(533条)を主張して、目的物が引き渡されなければ代金の支払いを拒絶できますので問題文は誤りです。

これに対して、すでに分離をして特定しているとすれば、売主は調達義務を免れ、特定した物について善管注意義務を負うだけです。売主の帰責事由なしに目的物が滅失すれば、売主は引渡し義務を免れます。534条2項を素直に適用すれば買主は、目的物ももらえないのに代金を払わなければならない、この文章は正しいことになります。

なお、内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕』(東京大学出版会、2005年)93-94頁には、「債務不履行責任を免れるという防御的な効果を楽しむだけなら口頭の提供は必要ない」と書かれています。たしかに、取立債務の場合には、債権者の取立てという行為が先にされないと、債務者は履行のしようがなく、債務者は口頭の提供をしなくても、履行遅滞責任を負わない、というように見えます。ただ、この内田説は通説ではありませんし、492条・493条の明文の規定と整合するのかが疑問です。具体的にも、たとえば、確定期限付の金銭の取立債務の場合、弁済の提供がなければ期限の徒過とともに遅延損害金が発生すると考えてよいと思いますし、履行遅滞後は不可抗力による目的物の滅失で履行不能となっても債務者は責任を負うとされていて、取立債務でも、弁済の提供をしなければ、責任を負わざるをえないのではないのでしょうか。

弁済の提供と特定の関係は、通説的な理解では、給付対象を分離しなくても、分離の準備を整えて受領を催告すれば、口頭の提供があったとして履行遅滞責任を免れます。しかし、目的物を分離していない以上、特定は生じておらず、以後、手元にある種類物が滅失すれば、調達義務を伴う履行責任は存続します。これに対して、逆に、目的物を分離して通知することで特定すれば、その行為は同時に口頭の提供とも評価されるでしょう。

### 14関連

特定した目的物が滅失して売主に帰責事由がありますから、買主は、543条で催告を要

せず解除ができます。

変更権は目的物を代えても債権者に不利益とならない場合に信義則上認められる程度のものにすぎず、履行不能につき帰責事由のある売主に変更権の行使機会を保障するために買主が催告を経る必要はないでしょう。また、買主は、特定した目的物を滅失させた売主に見切りを付けて同種の物を別の者から調達し、損害賠償で清算することを考えてもよく、帰責事由のある売主にさらに履行の機会を与えて待つ必要はありません。もっとも、買主が、売主による代わりの物の給付で良いとして解決することは妨げられません。

## 19 関連

通説的見解は、特定の外国通貨によって支払う合意が成立している場合も、「403条が通貨高権を定めた強行規定であるがゆえに、無効とされる」（潮見『プラクティス民法 [第3版]』（信山社、2007年）36頁）とし、債務者の代用権や債権者の日本円での請求を認めます。しかし、403条や昭和50年判例が妥当するのは、外国金額債権に限られ、外国金種債権の場合には通貨公権との牴触の問題は生じず、合意通りの拘束力を認め、日本円での弁済も弁済の請求も約束違反として認められないと思います。実務家には、私のいう外国金種債権を外貨債権と呼び、強行法規としての403条が適用される外貨表示債権（私のいう外国金額債権）と区別するものがあります（潮見『債権総論 I [第2版]』（信山社、2003年）74頁が批判的に紹介しています）。

⑳ 不法行為に基づく損害賠償債務や不当利得返還債務の履行遅滞の場合の遅延損害金、将来の逸失利益を一時金で支払う場合の中間利息控除は、平均市場金利の変動にかかわらず、年利5%で計算される。

正しい。固定金利制が現実の低金利と懸け離れて弊害を生じているとして、諸外国で見られるような変動金利制を採用する民法改正案には賛成が多数となっています。なお債務不履行に基づく遅延損害金は、約定利率があればそれによりますので、法定利率によるのは補充的です。

21 わが国では、利息に利息を付けるとの特約は、約定の利率が利息制限法の範囲内であれば許される。~~特約がなければ、利息には利息は付かない。~~

第1文は明確な規定はありませんが、最高利率の制限以外の制約はありませんので、契約自由の原則が妥当すると考えられます。第2文は、405条により、組入3要件が充たされますと特約が無くても重利（複利）を取ることができるため、誤りです。

24 現在の利息制限法によれば、50万円を金融業者以外から借り入れた人の私法上有効な借入れ利率は、上限が年18%であり、違約金や遅延損害金はその倍の~~36%まで許される。~~

利息制限法4条1項は、出資法1999年改正・2000年6月1日施行以前とは異なり、遅延損害金の倍率を2倍から1.46倍と規定しています。1.46倍という数字は、当時の改正法による一般貸金業者の上限金利日歩8銭＝年利29.2%（閏年では29.28%）に合わせ、 $29.2 \div 20$ （利息制限法の10万円未満の場合の最高制限利率）＝1.46という計算から来ています。日歩30銭＝年利109.5%と同様の理由による「変な数字」なのです。

㉓ 利息制限法では、その定める上限利率を超えた利息を合意しても、それは一部無効であるのが原則で、金銭消

費貸借契約自体が無効となるわけではないから、たとえば、50万円を年利50%で1年間貸した場合でも、貸主は、1年後に元本50万円の返還と利息9万円の支払いを請求できる。

後段は、50万円の場合、最高制限利率は18%ですから、9万円の利息は請求できます。なお、貸金業者が109.5%を超える高金利を取る契約は契約自体が無効となって利息の請求が一切できません（貸金業法42条1項）。それ以外の場合は問題文の前段のとおりですので正しいです。

26 判例は、利息制限法の上限利率を超えた利息を約束し、かつ、それを支払った借主は、~~過払い分の返還を請求できるとする。~~

利息制限法に関する判例は、まず、制限超過利息は元本に充当され（最判昭39・11・18民集18巻9号1868頁）、元本も消滅したら、過払い分を不当利得として返還請求できる（最大判昭43・11・13民集22巻12号2526頁）とするものですから、元本が残存しているときには、返還請求は認められません。

27 貸金業法によれば、借主が利息制限法の制限超過利息を任意に支払えば、~~その支払いは有効で、貸主は制限超過利息を正当に保持できる。~~

かつて法の定める要件を充たした書面を交付を要件としてそのような趣旨を定めた貸金業法43条は削除されましたので、もはやこのようには言えなくなりました。

②8 金銭消費貸借では、利息という名前がつけられていなくても、利息として扱われる場合がある。

正しい。利息制限法3条のみなし利息は、潜脱防止の趣旨です。

29 120万円を貸すときに、利息を30万円と定めて、この分を事前に差し引き、借主に90万円を渡したとき、借主は1年後に106万2000円を返還すれば足りる。いくらになるか計算しなさい。

利息制限法2条によれば、借主が実際に利用できた**計算上の元本90万円**に最高制限利率18%を乗じた16万2000円が取れる利息の上限になりますから、それを超えて天引により支払った額13万8000円は、**法律上の元本120万円**に充当され、借主は、106万2000円を返還すれば足りる。

30 Yは、Xとの間で、某雑誌の記念号の締切日（締切日を過ぎれば論文を書いてももらっても意味がない事例だとする）までに論文を書いてXに提出するか、さもなければ寄付金をXに提供するとの約束をした。当事者の意思によって選択権者が定まらない場合は、Yが選択権者である。~~Xは、相当の期間を定めてYにいずれを選択するかを催告することができ、Yが選択をしなれば、Xが選択することができる。Xが原稿の督促をしないまま締切日を徒過してしまった場合、Yは締切徒過による損害賠償を支払うことを選択して、寄付金の支払いを免れることができる。~~

第2文（第1文は設定なので正誤判定対象外）は、406条の規定どおりです。しかし、第3文は、408条によれば、選択権が移転するのは、弁済期到来後であることが要件になっていますから、Xが締切日前に選択の催告をすることはできません。これに対応して、第4文も、選択権のあるYの履行遅滞によって原稿債務は不能となった（定期行為の履行遅滞による一種の時に関する不能）と解されるので、410条1項を適用して、寄付金支払債務だけが残ることになります。