

第21回講義の補足説明

2011/12/11

質疑の結果を反映するものをソウル・仁川空港で書いています。中田裕康先生の本の記述に関する質問は、ご一緒していましたので、直接、今日の移動のバスの中で伺いました。

04関連

後順位抵当権者は、先順位抵当権者の抵当権の被担保債権について、利害関係を有するので、債務者の同意を要することなく、第三者弁済をすることができます（474条1項にあるように、当事者が反対の意思を表示した場合、すなわち、第三者による弁済を禁じる特約が付されていれば第三者弁済はできませんが、そのような特約は稀ですから、考えなくても良いでしょう）。

ただ、この利害関係を、順位上昇の利益で説明すること（たとえば、潮見佳男『プラクティス債権総論 [第3版]』310頁）は疑問です。というのは、上記の例で、第三者弁済をして消えるはずの第1順位抵当権は、債務者に対する求償権を確保するため弁済者＝第2抵当権者が代位行使でき、その限りで消滅しませんので、第2順位抵当権の順位は上昇しないからです。むしろ、実行時期選択の利益が大きいです。すなわち、第1順位の抵当権が実行されると、第2順位の抵当権も実行されることになり、融資取引の継続を願う場合に困ります。そこで、第三者弁済をして自ら代位により第1順位の抵当権を取得すれば、抵当権者は、実行時期を自らの意思だけで決めることができます。もっとも、後順位抵当権の設定を禁じる特約は、余剰担保価値のある物件では、あまりひどいと設定者の経済的自由を不合理に制限するとして無効になります。また、有効としても債権的に有効で違反すると損害賠償や期限の利益の喪失の効果が生じるだけで、物権的には無効にはなりません。

上記のように、実行時期選択の自由を利益の中心と考えれば、ほとんど議論がありませんが、先順位抵当権者が後順位抵当権の被担保債権を弁済することも、実行時期の決定権を確保するためには利害関係のある第三者の弁済と考えて良いように思います。

08関連

478条と本人確認法（「金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律」（平14年法32号）、平成16年12月30日より名称を「金融機関等による顧客等の本人確認等及び預金口座等の不正な利用の防止に関する法律」に変更。平成20年3月1日、「犯罪による収益の移転防止に関する法律」の全面施行に伴い廃止）の関係はどうなるのかとの質問がありました。基本的には無関係です。本人確認法は、そもそもマネー・ロンダリングの防止を目的としており、預金の払戻しに関する詐欺的行為の規制を含みません。払戻し手続に厳格な本人確認を要するのは、預金取引の迅速性を考えると不合理です。

10関連

判例（最判9・4・24民集51巻4号1991頁・P1121）は、契約者貸付にも478条の類推適用を認めており、契約者貸付けの段階で善意・無過失の保険会社は、後に貸付相手が保険契約者でなかったことを知っても、保険契約者に対する貸付であったかのように、相殺によりその範囲内で保険金請求権の消滅を主張することができます。相殺の時点で善意・無過失である必要はありません。お答えいただいた受講者は、相殺に478条が適用されるわけではないという趣旨で発言されたものと理解しました。

13関連

仮登記担保に関して清算義務を認めた昭49年の大法廷判決以前（当然に仮登記担保法より前）には、3倍の価格の代物弁済でも公序良俗違反にはならないとした最高裁判決があります（最判昭42・1・17金商52号2頁）。

18・19関連

489条と491条の関係について、出張先なので文献を引用できませんが、491条が優先し、複数の債権があっても、費用・利息があれば先に充当されるべきである（もっとも、任意規定なので、合意充当は債権者に不利になる元本から先に充当しても良い）、と考えるのが多数説のようです。他方、489条で先に弁済すべき債権が決まり、その後、その債権（同順位なので複数の債権の場合もあります）について、費用・利息・元本の順による、という少数説もあります。

20関連

弁済や供託がされないと債権は消滅しませんので、前段は正しいのですが、それでは受領を拒絶された債務者は、いつまでも危険を負うことになって不当な不利益を受けます。そのため、種類債務の特定と弁済提供があったのに受領拒絶された場合には、受領遅滞として給付危険は債権者に移転するとされています。

補足：特定物債務の場合、判例によれば、契約締結後引渡し前に目的物が債務者の帰責事由なく滅失・損傷すると、債務者は履行義務を免れるか、損傷した物を引き渡せば足り、それ以上に滅失・損傷を金銭で補償する義務を負いませんから、約束どおりの目的物を受け取れなかった債権者は、受領拒絶などの事由がなくても、目的物の滅失・損傷の損失を負担しなければなりません。特定物の給付危険は、契約時から債権者が負担していることとなります。

これに対して、種類物債務の場合には、目的物が特定した時点から、債権者が給付危険を負います。特定前には、偶々手元に用意していた種類物が滅失・損傷したときでも、債務者は、損傷のない物を他から調達してでも給付しなければなりません。特定前は、給付目的物が定まっていないので、給付危険を語るのは適切でないこととなります。また、種類債務が取立債務の場合、目的物を分離しないままでも口頭の提供はできますが、目的物が特定していない以上、給付危険を問題にすることはできません。

それゆえ、判例の見解によれば、弁済の提供と給付危険の問題は無関係ということになります。

以上の給付危険の議論は、双務契約だけでなく片務契約から生じる債権についても妥当します。これに対して、対価危険は、双務契約にのみ当てはまる議論で、給付危険が債権者に移転した場合において、債権者の反対給付義務（通常は代金債務）どうなるか負うのかという問題です。

25 債務者からの弁済の提供があったものの、債権者が受領を拒絶したり、受領できなかった場合には、債権者は、受領遅滞の責任を負う。受領遅滞の効果をどう考えるかは争いがあるが、債務者が目的物保存義務の程度を軽減され、~~自己の財産におけるのと同様の注意の程度を尽くして保管すれば足りることは、一致して認められている。~~

[やや難]

第1文は413条そのものです。また、第2文の前半はそのとおり、法定責任説・債務不履

行説・折衷説などが対立しています（瑕疵担保責任の性質論との関連はありません）。これに対して、受領遅滞による義務の軽減自体は争いなく認められています。多数説が、問題文のように義務の程度が低くなるという見解を採るのに対して、少数ながら、ドイツ民法300条1項のように軽過失を免責するという見解も有力です。そのため、最後の部分は誤りです（たとえば、前田達明『口述債権総論 [第3版]』（成文堂、1993年）36頁）。

両説の違いは、多数説では、自分の物を保管するとき当該債務者自身の能力に即して払うべき注意を怠っていれば具体的過失ありとして免責されないのに対して、少数説では、故意または故意に準じるような著しい義務違反がなければ免責されます。もっとも、実際に違いはわずかでしようし、このことが問題になった事例を私は知りません。

- ②6 弁済の提供は債務不履行の責任を免れるという消極的・防御的な効果を有するにすぎない。受領遅滞を法定責任とする説では、受領遅滞も弁済の提供と同一の効果を有するにすぎないことになる。これに対して、受領遅滞を債権者の債務不履行だと考える説では、受領遅滞は、弁済の提供を超える不利益を債権者に与える積極的・攻撃的な効果を有することになる。

正しい。解除や損害賠償などの積極的効果が認められるかどうかは問題です。

補足：中田裕康『債権総論』296頁に「双務契約での弁済の提供は相手方の同時履行の抗弁を封じ、債務不履行に陥れることによって責任の追及ができる、という攻撃的機能を持つ」旨の記述があることから、間違いではないかとの質問がありました。中田先生ご本人を煩わせてご意見を伺いました。

損害賠償や解除ができるかどうかは、その要件（受領遅滞を債務不履行とすればその帰責事由、受領遅滞を法定責任とすれば、反対債務の不履行の帰責事由）が充たされるかどうかによります。弁済の提供がなければ受領遅滞の責任を問えないので、損害賠償や解除は、積極的効果と表現して良いが、他の要件が加わらないと主張できないので、弁済提供自体の効果でないとも言えます、というお答えです。私の意見では、債務不履行説に立っても、受領遅滞に帰責事由がなければ同時履行の抗弁権は失われなと思いますので（この点では中田先生とは意見が異なりました）、弁済の提供だけで積極的な効果は生じないこととなります。法定責任説では、弁済の提供の効果ではなく、反対債務の不履行の効果と考えることになりましょう。

- ②7 債務者が弁済の提供をしたが、債権者が受領を拒絶した場合には、債務は消滅しない。債務が供託をすれば、債権者が供託物返還請求をする意思がないことが明らかな場合でも、債務は消滅する。ただし、債務者が適法に供託を撤回して供託物を取り戻した場合には、債務は消滅しない。[超基本]

正しい。第1文のような不利益があるため、供託という制度があります。第2文は、民494条による供託の効果で、供託物還付請求の有無によりません。第3文は、496条1項の通りです。

- 28 債務者が注意を払っても債権者が誰であるかわからない場合、債権者が受領不能になった場合、債権者が弁

済の受領を拒絶している場合には、債務者は供託をすることができる。~~債権者に受領拒絶の意思が明確である場合であっても、判例によれば、供託をするには、債務者はまず口頭の提供をしなければならない。~~ [基本]

判例は、債権者が予め受領拒絶していても改めて口頭の提供をしなければ供託できないとしていますが（大判明40・5・20民録13輯579頁）、例外的な場合として、債務者が提供しても債権者が受領しないことが明確な場合には、口頭の提供を経ずに供託しても有効であるとしています（大判明45・7・3民録18輯684頁・PⅡ128参考判例③、大判大11・10・25民集1巻616頁・PⅡ128）。受領しないことが明確な場合には、口頭の提供を不要とする判例とも軌を一にしています。これに対して、通説は、判例よりさらに緩やかに、予め受領拒絶をしているときは、口頭の提供なく直ちに供託を認めてかまわない、としています。

29 鮮魚の売買契約において、売主が契約の本旨に適った魚を提供したのに、買主が品質にクレームを付けて受領を拒絶した場合、~~売主は魚を供託して引渡債務を免れることができる。~~ [超基本]

受領拒絶があれば供託できるのが原則ですが、腐敗しやすいとか管理がしにくいなど供託に適しない魚の場合には、474条により、裁判所の許可を得て民事執行法195条で形式競売をした売却代金を供託することになります。

30 甲土地の賃借人Yが地主Aから甲土地の所有権を譲り受けたが移転登記を備えない間に、AがXに甲土地を二重に売ってXが移転登記を備えた場合において、Xが背信的悪意者に該当しないときには、XはYに対して、~~建物除去・土地明渡しを請求することができる。~~ [やや難]

教科書でも掲載していないものもあるので、やや難問です。判例（最判昭40・12・21民集19巻9号2221頁・PⅠ243）は、事例のようなケースで（実際には建物の賃貸借だし、もうすこし込み入った事例です）Xを背信的悪意者でないとしたものですが、いつたん混同によつて消滅したYの賃借権は、Xの所有権取得によつて、Xに対する関係では消滅しなかつたことになるとしています。そして、Yに地上建物の所有権の登記があれば、借地借家法10条により賃借権はXに対抗できますので、Xの請求は棄却されます。