

意見書

—民法（債権法）改正について—

平成21年9月

大阪弁護士会

はじめに

1. 民法（債権法）改正への動き

法務省は、2006年（平成18年）に民法（債権法）の抜本的な見直しに着手することを公表した。そして、2009年（平成21年）9月、法制審議会に対して、民法（債権法）改正が諮問され、これを受けて法制審議会は、民法（債権法）改正についての意見を取りまとめるため新たに部会を設置し、審議を開始するものと予想されている。

現行民法典の財産編は、1898年（明治31年）に施行されてから抜本的な改正がなされることなく既に110年余が経過しており、この間、社会や経済の状況は大きく変化し、他方、経済取引のみならず市民生活も複雑化・多様化し、グローバル化が進展している。また、判例や学説によって民法典に明示されていない多くの法規範（解釈論）が定立されている。このような状況のなかで、改正そのものの可否を含めて、現代の日本社会に適合した民法典の内容を検討する必要性は否定されないであろう。

2. 民法（債権法）改正作業にあたって

民法は、私法の一般法であり、市民社会の基本法であって、市民生活や経済取引に極めて密接に関連している。現行民法は、施行以来今日まで、日常の市民生活や経済取引の基本ルールとして市民や企業の間で定着し、弁護士・裁判官等の法曹を含む法律関係者の努力によって安定的に運用ないし適用されており、差し迫った改正の必要性があるとはいえない。

したがって、法制審議会における民法（債権法）改正の審議にあたっては、民法研究者のほか、弁護士・裁判官、行政、消費者団体、企業関係者、労働団体その他広く各界の委員の参加のもと、まず第1に、「今、民法を改正することの意義・必要性」について慎重かつ十分に検討し、第2に、見直さないし改正が必要であるとしても、「現代および将来の日本社会にとって、どのような民法典が相応しいのか」について各界の意見を集約すべきであるといえる。そして、そのような大局的な議論を踏まえて、第3に、「具体的にどのような内容の条項を定めるのか」、慎重でかつ充実した審議がなされるべきである。

さらに、民法改正が市民生活や経済取引に与える影響の大きさからして、その審議にあたっては、審議の経過と内容が広く社会に開示され、市民、企業および法曹関係者等が調査研究し、意見を表明するために必要にして十分な時間と機会が確保されるとともに、社会全般のコンセンサスが形成されるよう配慮がなされるべきである。

3. 「債権法改正の基本方針」の公表

2009年（平成21年）3月31日、学者有志による「民法（債権法）改正検討委員会」が2年半に及ぶ検討作業の結果、「債権法改正の基本方針」（改正試案）をとりま

とめ、同年4月29日のシンポジウムにおいて公表した（NBL904号・別冊NBL126号）。その内容は、判例・学説のこれまでの変遷と現在の到達点を踏まえた、極めて充実した内容となっており、この改正試案を取り纏められた同委員会の委員諸氏には深甚の敬意を表するものである。

そして、同委員会におけるこれまでの検討の経過、議論された内容および費やされた時間、構成メンバー、さらに、改正試案の内容が新たな理念のもとでの法典を想定した詳細かつ精緻なものであること等に鑑みれば、この「債権法改正の基本方針」がこれからの法制審議会における審議において、極めて重要な参考資料となるものと思われる。

4. 大阪弁護士会における民法改正に関する取り組み

当会は、2008年（平成20年）9月に司法委員会内に民法改正対応プロジェクトチームを設置し、民法（債権法）改正について研究を続けてきたところ、民法（債権法）改正検討委員会作成の「債権法改正の基本方針」が公表された本年4月29日以降は、主として同基本方針の内容を分析し、検討してきた（同プロジェクトチームの活動は、2009年（平成21年）7月に新たに設置された民法改正問題特別委員会に引き継がれている。）。

そこで、当会としては、今般、「債権法改正の基本方針」の重要性に鑑み、日常の民事紛争の解決と予防に携わり、民法の運用ないし適用の最前線に立つ法曹実務家の立場から、この「債権法改正の基本方針」に対して、以下のとおり、これまでの個別的な検討の結果を現時点における意見ならびに疑問点として公表することとした。本意見書が民法（債権法）改正についての市民および社会全般の理解とコンセンサス形成の一助となることを祈念するものである。

5. 本意見書の構成

本意見書は、最初に、これから開始される法制審議会での民法（債権法）改正作業にあたっての要望を述べた後、「債権法改正の基本方針」の内容に沿って、意見ないし疑問点を述べ、一部において提案を行っている。また、情報量と交渉力の格差が生じた現代の市民社会において消費者保護の理念が後退することはないか、改正試案が倒産手続や保全・執行・民事訴訟等の手続にどのような影響を生じさせるのかといった観点からの分析も試みている。そして、最後に、労働関係の観点からの問題点を記述している。

ただ、「債権法改正の基本方針」が公表されてから、まだ4ヶ月しか経過しておらず、極めて詳細で精緻な同基本方針を分析・検討するにはあまりにも時間が少なく、決して十分な時間をかけて議論することができたとは言い難い。そのため、改正試案を正しく理解しない部分や誤った分析のもとでの指摘や提案が存在するおそれがあること、また、今後、さらに検討を進める中で、当会としての意見を変更する可能性のあることをご容赦賜りたい。

末筆ながら、この4ヶ月の間に内田貴法務省経済関係民刑基本法整備推進本部参与、筒井健夫法務省民事局参事官、潮見佳男京都大学大学院法学研究科教授、沖野眞已一橋大学大学院法学研究科教授、山本敬三京都大学大学院法学研究科教授、窪田充見神戸大学大学院法学研究科教授、山田誠一神戸大学大学院法学研究科教授、加藤雅信上智大学法科大学院教授に当会までお越しいただき、民法（債権法）改正についてご講演、ご教示いただいた。この場を借りて、改めて厚く御礼申し上げる次第である。

2009年（平成21年）9月15日

大 阪 弁 護 士 会
会 長 畑 守 人

目 次

法制審議会における民法（債権法）改正審議にあたって	1
---------------------------	---

各 論

民法典の対象と編成について

6 消費者契約法の取扱い

第1 取込みについて	4
第2 一般法化について	9
第3 消費者法の取込みと消費者法以外の一般の民事ルールについて	13

第1編 総 則

第5章 法律行為

第1節 総 則

【1.5.06】（商法1条2項の改正）	16
【1.5.07】（消費者・事業者の定義）	17

第2節 意思表示

【1.5.09】（意思能力）	18
【1.5.10】（日常生活に関する行為の特則）	20
【1.5.13】（錯誤）	21
【1.5.15】（不実表示）	22
【1.5.16】（詐欺）	25
（情報提供義務違反・説明義務違反と意思表示の効力の否定）	26
【1.5.18】（消費者契約の特則—断定的判断の提供に基づく誤認）	28
【1.5.19】（消費者契約の特則—困惑）	29
（状況の濫用における取消権の付与）	32
（不招請勧誘における取消権の付与）	34
（不当勧誘における取消権付与の一般条項の新設）	35
（適合性の原則による無効規定の新設）	36
【1.5.20】（意思表示の効力発生時期）	39

第3節 代理および授權

【1.5.35】（代理権授与の表示による表見代理）	41
【1.5.36】（権限外の行為の表見代理）	43
【1.5.37】（代理権消滅後の表見代理）	47

第4節 無効および取消し

【1.5.50】（複数の法律行為の無効）	50
【1.5.53】（取消権者の範囲）	52
【1.5.58】（法定追認）	53
【1.5.59】（取消権の行使期間）	54
第5節 条件および期限	
【1.5.64】（期限の利益）	56
第6章 期間の計算	
第7章 時効等	
【1.7.01】（取得時効および消滅時効の対象）	57
【1.7.13】（形成権に係る期間制限）	59
第3編 債権	
第1部 契約および債権一般	
第1章 契約に基づく債権	
第1節 通則	
【3.1.1.03】（債権債務関係と信義則）	61
【3.1.1.04】（書面の定義）	61
【3.1.1.05】（瑕疵の定義）	62
第2節 契約の成立	
【3.1.1.10】（交渉当事者の情報提供義務・説明義務）	63
【3.1.1.16】（期間の定めのない申込みの撤回・失効）	64
【3.1.1.18】（事業者による不特定の者に対する契約内容の提示）	65
【3.1.1.24】（申込みに変更を加えた承諾）	66
（契約条項の明確化・平易化について）	67
【3.1.1.A】（不意打ち条項）	69
【3.1.1.31】（契約の無効および取消しの原因）	70
【3.1.1.32】（不当条項の効力に関する一般規定）	72
【3.1.1.B】（約款および消費者契約に共通する不当条項リスト）	74
【3.1.1.36】（消費者契約に関して不当条項と推定される条項の例）	78
第3節 契約の内容	
【3.1.1.41】（規範的解釈）	79
【3.1.1.42】（補充的解釈）	80
【3.1.1.43】（条項使用者不利の原則）	81
【3.1.1.48】（法定利息）	83
第4節 契約の効力	
【3.1.1.55】（履行請求と不安の抗弁権）	85
【3.1.1.57】（追完請求権）	88

【3.1.1.58】（追完権）	91
【3.1.1.59】（代償請求権）	93
【3.1.1.60】（債務の履行と第三者）	94
【3.1.1.63】（損害賠償の免責事由）	94
【3.1.1.67】（損害賠償の範囲）	98
【3.1.1.70】（物の価格の算定基準時—不履行後の価格騰貴の場合）	99
【3.1.1.72】（金銭債務の特則）	100
【3.1.1.73】（債権者の損害軽減義務）	103
【3.1.1.75】（損害賠償額の予定）	104
【3.1.1.77】（解除権の発生要件）	104
【3.1.1.89】（受領強制）	107
【3.1.1.91】（事情変更の要件）	108
【3.1.1.92】（事情変更の効果）	108
【3.1.1.93】（事情変更に基づく履行の拒絶）	108
第2章 責任財産の保全	
第1節 債権者代位権	
【3.1.2.01】（債権者代位権）	114
【3.1.2.04】（債務者への通知）	118
第2節 詐害行為取消権	
【3.1.2.08】（詐害行為取消権）	119
【3.1.2.10】（対象行為の要件）	120
【3.1.2.16】（受益者に対する財産の返還請求等）	124
【3.1.2.17】（回復された財産への権利行使）	124
第3章 債権の消滅等	
第1節 弁 済	
第2節 相 殺	
【3.1.3.23】（債務者以外の者による相殺）	129
【3.1.3.25】（相殺の効力）	130
【3.1.3.27】（債権時効によって履行を拒むことができる債権を自働債権とする相殺）	130
【3.1.3.28】（損害賠償債権を受働債権とする相殺）	132
【3.1.3.30】（弁済を禁止された債権を受働債権とする相殺等の禁止）	133
第3節 更 改	
第4節 一 人 計 算	
【3.1.3.37】（一人計算の意義）	135
第5節 免 除	

第6節	混同	
第7節	債権時効	
	【3.1.3.43】(債権時効の対象)	57
	【3.1.3.44】(債権時効の起算点と時効期間の原則)	138
	【3.1.3.49】(人格的利益等の侵害による損害賠償の債権時効期間)	140
	【3.1.3.54】(債務者による債権の承認による債権時効期間の更新)	143
	【3.1.3.56】(債権時効期間の進行の停止)	143
	【3.1.3.60】(協議の合意による債権時効期間の進行の停止)	143
	【3.1.3.68】(債権時効期間満了の効果)	146
	【3.1.3.70】(債権時効期間満了の債務者以外の者に対する効果)	147
第4章	当事者の変動	
第1節	債権譲渡	
	【3.1.4.02】(将来債権の譲渡)	148
	【3.1.4.03】(債権譲渡禁止特約の効力)	152
	【3.1.4.04】(債権譲渡における債務者以外の第三者に対する対抗要件)	154
	【3.1.4.07】(債権譲渡登記)	154
	【3.1.4.08】(債権譲渡における債務者の抗弁)	157
第2節	債務引受	
	【3.1.4.11】(債務引受の効果)	158
第3節	契約上の地位の移転	
第5章	有価証券	
第1節	指図証券	
第2節	持参人払証券	
第3節	有価証券喪失の場合の権利行使方法	
第6章	多数当事者の債権債務関係	
第1節	多数の債権者	
第2節	多数の債務者	
	【3.1.6.06】(分割債務・連帯債務・不可分債務)	159
	【3.1.6.09】(連帯債務者に対する履行請求)	161
	【3.1.6.10】(一人の連帯債務者についての債権時効)	161
	【3.1.6.11】(一人の連帯債務者との間の免除)	161
第7章	保証	
第1節	一般の保証	
	【3.1.7.01】(保証の意義)	163
	【3.1.7.02】(保証契約等の締結)	164
	【3.1.7.06】(適時執行義務)	166

【3. 1. 7. 11】（保証人の事前求償権）	167
第2節 連帯保証	
第3節 根保証	
【3. 1. 7. 16】（根保証契約の元本の確定事由）	168
第2部 各種の契約	
第1章 売 買	
第1節 売買の意義と成立	
第2節 売主の義務	
【3. 2. 1. 09】（他人の権利の移転義務の不履行による解除）	169
【3. 2. 1. 10】（解除と損害賠償）	169
【3. 2. 1. 11】（権利移転義務の一部不履行）	170
【3. 2. 1. 12】（救済手段の要件と相互の関係）	170
【3. 2. 1. 13】（利用を妨げる権利の存在等）	172
【3. 2. 1. 14】（救済手段の要件と相互の関係）	172
【3. 2. 1. 16】（目的物の瑕疵に対する買主の救済手段）	173
【3. 2. 1. 17】（救済手段の要件と相互の関係）	173
【3. 2. 1. 18】（瑕疵の通知義務）	177
【3. 2. 1. 19】（事業者買主の検査・通知義務）	179
【3. 2. 1. 20】（強制競売等における買受人の救済手段）	180
【3. 2. 1. 21】（新築住宅の売主に関する特則）	181
【3. 2. 1. H】（数量超過の場合の特別規定）	186
第3節 買主の義務	
【3. 2. 1. 28】（瑕疵ある目的物が滅失した場合の特則）	188
第4節 特殊の売買	
【3. 2. 1. 44】（試味売買）	189
第2章 交 換	
第3章 贈 与	
第1節 贈与の意義と成立	
【3. 2. 3. 02】（贈与の予約）	190
【3. 2. 3. 03】（書面によらない贈与の解除）	191
【3. 2. 3. 04】（無償契約への準用）	194
第2節 贈与の効力	
【3. 2. 3. 05】（背信行為を理由とする解除）	195
【3. 2. 3. 06】（背信行為を理由とする解除権の行使期間）	195
【3. 2. 3. 09】（贈与の債務不履行を理由とする損害賠償）	197
【3. 2. 3. 10】（他人の権利の贈与）	198

【3.2.3.11】（目的物の瑕疵についての贈与者の責任）	199
第3節 特殊の贈与	
【3.2.3.16】（死因贈与の成立要件）	201
【3.2.3.19】（死因贈与の撤回）	201
第4章 賃貸借	
第1節 賃貸借の意義と成立	
第2節 賃貸借と第三者との関係	
【3.2.4.06】（目的物の所有権の移転と賃貸借契約）	203
第3節 賃貸人の義務	
第4節 賃借人の義務	
【3.2.4.13】（事情変更による賃料の増減額請求権）	208
【3.2.4.14】（目的物の一部が利用できないことによる賃料の減額等）	211
【3.2.4.15】（目的物が一時的に利用できないことによる賃料の減額等）	211
第5節 賃貸借の終了	
【3.2.4.27】（損害賠償請求権についての期間の制限）	212
第5章 使用貸借	
第1節 使用貸借の意義と成立	
【3.2.5.01】（使用貸借の定義）	214
第2節 使用貸借の効力	
【3.2.5.05】（目的物についての貸主の責任）	215
【3.2.5.06】（負担付使用貸借における貸主の責任）	216
第3節 使用貸借の終了	
第6章 消費貸借	
第1節 消費貸借の意義と成立	
【3.2.6.01】（消費貸借の定義）	217
【3.2.6.03】（〔無利息〕消費貸借の引渡前解除権）	217
第2節 消費貸借の効力	
第3節 抗弁の接続	
【3.2.6.D】（抗弁の接続に関する基本方針）	220
【3.2.6.10】（抗弁の接続の要件）	220
第4節 消費貸借の終了	
第7章 ファイナンス・リース	
【第7章 前注】（ファイナンス・リース）	222
第1節 ファイナンス・リースの意義と成立	
【3.2.7.01】（ファイナンス・リースの定義）	223
第2節 ファイナンス・リースの効力	

【3.2.7.07】（目的物の瑕疵についての責任）	225
第3節 ファイナンス・リースの終了	
第8章 役務提供	
第1節 役務提供の意義と成立	
第2節 役務提供と報酬請求	
【3.2.8.09】（役務提供が不可能な場合における具体的報酬請求権）	226
第3節 役務提供の終了	
【3.2.8.10】（役務受領者の任意解除権）	231
【3.2.8.11】（役務提供者の任意解除権）	232
第9章 請負	
第1節 請負の意義と成立	
【3.2.9.01】（請負の定義）	232
第2節 請負の効力	
【3.2.9.02】（仕事の完成とその目的物の受領）	233
【3.2.9.04】（瑕疵担保責任の救済内容）	236
【3.2.9.05】（瑕疵の通知義務）	237
【3.2.9.06】（瑕疵担保期間）	239
第3節 請負の終了	
第4節 下請負	
【3.2.9.10】（注文者と下請負人との法律関係—直接請求権等）	242
第10章 委任	
第1節 委任の意義と成立	
第2節 受任者の義務	
第3節 委任者の義務	
第4節 委任の終了	
【3.2.10.16】（委任の終了事由）	245
第5節 特殊の委任等	
【3.2.10.19】（媒介契約の定義および内容）	246
第11章 寄託	
第1節 寄託の意義と成立	
第2節 寄託物の保管	
第3節 寄託物の返還	
第4節 寄託物に係る第三者の権利	
【3.2.11.12】（寄託物に関する第三者の権利主張と受寄者の義務と権限）	248
第5節 特殊の寄託等	
【3.2.11.17】（流動性預金口座による消費寄託）	249

第12章	雇 用	
第13章	組 合	
第1節	組合契約の意義と成立	
第2節	組合および組合員の財産関係	
第3節	組合の業務執行および組合代理	
第4節	組合員の変動	
第5節	組合の解散および清算	
第6節	内的組合	
第14章	終身定期金	
第15章	和 解	
第16章	補 則	
第1節	第三者のためにする契約	
【3.2.16.02】	（債権取得型）	251
【3.2.16.08】	（要約者から諾約者に対する履行請求の可否）	252
第2節	継続的契約等	
【3.2.16.12】	（継続的契約の定義）	252
【3.2.16.13】	（期間の定めのない契約の終了）	253
【3.2.16.14】	（期間の定めのある契約の終了）	253
【3.2.16.17】	（多数当事者型継続的契約）	255
第3部	法律に基づく債権	
第4部	労働法的観点からの意見	257

法制審議会における民法（債権法）改正審議にあたって

1. 民法は、私法の一般法であり、市民社会の基本法であって、社会の一般ルールを定めた基本法典である。なかでも契約法を中心とした債権法は、市民生活や経済取引を規律する基本法である。

現行民法典の財産編は、1896年（明治29年）に制定され、1898年（明治31年）に施行されてから既に110年以上が経過しているが、この間、市民生活や経済取引の基本ルールとして市民・企業の間に着し、民法研究者、弁護士・裁判官等の法曹を含む法律関係者の努力によって安定的に運用ないし適用されており、機能しているといえる。すなわち、今、現行民法を改正すべき緊急の必要性や解決すべき課題（立法事実）があるとは言えない。

確かに、現行民法の制定・施行から110年余の間に、社会や経済の状況は大きく変化し、経済取引のみならず市民生活も複雑化・多様化し、グローバル化が進展している。そのような変化の中で、現在の社会状況に適合しない規定が一部に残り、また、条文が極めて簡潔であるために、現行民法が想定しない事態も生じているといえるが、これらの点については、これまで判例や学説によって多くの法規範（解釈論）が形成され、現行民法を適切に解釈・運用することにより公正で妥当な解決を図る努力がなされてきており、特段の不都合が生じている訳でもない。

2. 市民生活の基本ルールである民法とりわけ債権法の改正は、日常の市民生活や経済取引に大きな影響を与えることになる。しかも、現行民法は110年余にわたり、これまでの判例や学説の蓄積により、安定的な運用がなされてきたのであるから、なおさらである。

したがって、民法（債権法）の改正を法制審議会に審議するにあたっては、まず第1に、現行民法を改正する必要があるのか、改正すべき具体的な背景事情（立法事実）はどこにあるのかについて、慎重で十分な調査・検討が不可欠である。現行民法が市民生活の間に浸透している状況に鑑みれば、それを改正するにあたっては、市民と社会全体の十分な理解とコンセンサスが不可欠であり、その理解なくして改正を強行すれば、日常の市民生活や経済取引をいたずらに混乱させ、結果的に大きな社会的損失を招くことになりかねないだけでなく、改正民法は、市民生活や経済取引に根付いたものとはなりえないであろう。

3. この点に関し、2006年（平成18年）10月に設置され、去る2009年（平成21年）4月29日に開催されたシンポジウムにおいて「債権法改正の基本方針」（改正試案）を公表した、「民法（債権法）改正検討委員会」は、その設立趣意書において次のように述べている。

「市民社会の枠組みを定める基本法である民法典は、その制定から110年を経て、債権編を中核とする部分について、抜本的な改正の必要性に直面している。すなわち、経済や社会は制定時の予想を超える大きな変化を遂げ、また市場のグローバル化はそれへの対応としての取引法の国際的調和への動きをもたらした。これら前提条件の質的变化は、新たな理念のもとでの法典の見直しを要請している。他方で、法典の解釈適用の過程で判例は条文の外に膨大な数の規範群を形成しており、基本法典の内容について透明性を高める必要性を痛感させている。」(NBL904号・別冊NBL126号各6頁)

また、「民法改正研究会」によって公表された「日本民法改正試案・仮案(平成21年1月1日案)」においては、民法改正の目的と基本姿勢として、(ア)民法典の現代性の回復、(イ)判例法の可視性、(ウ)民法典の私法総合法典としての性格の回復、(エ)現実的で国民にわかりやすい民法典などが掲げられている(判例タイムズ1281号5頁以下)。

これらの提案に見られるように、現在、民法(債権法)改正の理由としては、(1)現代化の要請および民法空洞化の回避、(2)再法典化、(3)市民にわかりやすい民法、および(4)債権法の統一化へ向けたアジアからの発信等が唱えられている。

4. 確かに、現行民法典が、制定後長期間経過していること、社会や経済が大きな変化を遂げたこと、取引法の国際的調和の要請があること、判例・学説等によって解釈論として条文の外に相当量の規範群が形成されていることは、いずれも指摘のとおりである。さらに、社会の変化は、情報量や交渉力における格差を生み出し、それゆえに民法典が対等な私人間の契約のみを規律するのでは不十分であるとの指摘も首肯できる。

また、EU統合に伴うヨーロッパ各国における債権法改正の動きに合わせて、現行民法が母法とするドイツ民法やフランス民法にも改正の動きがあることは、現行民法の現代社会への適応性が十分でないこと、国際的調和の見地からも改正の必要性があることを推認させる。さらに、判例・学説により形成されてきた安定した規範を条文に取り込むことにも合理性があるといえる。民法の私法の一般法としての性格を回復させることの意義も理解できないものではない。

しかしながら、前述したとおり、民法(債権法)改正について法制審議会で審議を開始するに当たっては、改正の必要性やその背景事情について十分な調査・検討を行うべきであるとともに、市民と社会全般の理解とコンセンサスを得る必要があることを肝に銘ずべきである。

5. そして、民法改正の必要性が首肯でき、改正作業に具体的に着手するときには、第2に、現代および将来の日本社会にとって、どのような民法典が相応しいのか、すなわち、基本法たる民法は、社会におけるできる限り広範囲の現象を適用範囲とする詳細で具体性の高い法規範であるべきか、あるいは、時の経過を超え、社会情勢の変化を超えて永

き命を保つ高次の法理念（それが許容する解釈方法を含む。）に基礎をおく法規範であるべきか（現行民法もまたかかる高次の法理念を基礎とするからこそ、解釈論によって安定した運用が実現されてきたことを意味すると考えられる。）という民法典の基本的なあり方についても、慎重でかつ充実した議論がなされるべきである。

このような議論を経てはじめて、最終的に、どのような内容の条項を定めるのかという具体的な改正作業に進むことになるのである。

6. また、民法（債権法）の改正に際しては、これまで築き上げられてきた消費者保護の理念がより一層前進するように配慮されるべきであり、さらに、民法改正が民事訴訟・保全・執行等の諸手続や倒産手続にどのような影響を及ぼすのか、市民生活と企業活動に直結する労働関係にいかなる問題を生じさせるのかといった幅広い観点からも慎重に検討がなされるべきであるといえる。

7. 法制審議会における民法改正の審議にあたっては、民法が市民生活に密着し、日常の経済取引の基本ルールとなっていることから、これまでの学者中心の検討作業の貴重な成果を活用しつつも、その使い手である市民・企業等の意見を幅広く聴取する一方、日常的に市民各層および各種企業から相談を受け、民法の適用に接している弁護士、弁護士会、法曹実務家等の意見を十分に聴取して、利用者の意見を民法改正に的確に反映させるべきであるといえる。そのためにも、審議の経過と内容は、迅速に広く社会に開示される必要があるといえる。

法制審議会においては、制定以来110年以上、抜本的な改正がなされなかった民法を改正する必要性と意義を確認したうえ、その歴史の重みと社会への大きな影響を忘れることなく、拙速な審議に陥ることを避け、慎重にかつ視野の広い審議を進めるべきである。

そして、各界の叡智が結集された結果として、歴史に残り、世界に誇れる日本民法典となるよう祈念するものである。

各 論

以下では、民法（債権法）改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」（NBL 904号・別冊NBL 126号）の「提案」に対して意見を述べる。各項の標題の右に付した「NBL *頁」は同書の頁である（本文中も同じ）。

民法典の対象と編成について

6 消費者契約法の取扱い NBL 18 頁

基本方針においては、改正民法典は、消費者取引に関する基本ルールを取り込む（一般法化・統合する）ことを前提としている。このことについて、以下、3つの観点から意見を述べる。

第1 取込みについて

1 改正提案

消費者契約法4条1項1号の不実告知を一般法化し、同条1項2号の断定的判断の提供や同条3項の困惑については統合する。

消費者契約法8～10条の不当条項規制については統合する（さらに約款へ拡張）。

2 意見

(1) 消費者契約法の実体法規定を民法に取り込むことについては、形式的に民法に取込みを行うかという問題よりも、いかなるルールが規定されるかが何よりも重要であり、現在の実務上の問題点を踏まえて、消費者保護をより充実させるルール改正を伴うべきである。

(2) 消費者契約法の実体法規定については、不当勧誘行為規制（取消権付与等）や不当条項リストといった消費者保護規定を拡張・追加する法改正を行うことには賛成である。

上記の法改正を、民法改正より先行して（または、遅くとも民法改正と同時に）、消費者契約法の改正または新たな消費者法典の立法という方法によって実現することも積極的に検討すべきである。

(3) 消費者契約法を民法へ取り込む場合には、民法に消費者契約に関して情報の質・量や交渉力の格差を考慮すべき旨の解釈規定（現民法2条参照）を入れるべきであるとともに、（これを含みかつこれに限定せずに）制度を整備して、現行の消費者契約法における消費者保護・救済を後退させず、むしろ発展させるような措置・対応をとるべきである。

3 理由

(1) 消費者契約法の実体法規定の取込みの検討の方向性

基本方針の提案においても、消費者契約法に関する一定の改善・改良が見られることから、こうして消費者保護の発展が図られることは評価できるところである。

しかしながら、消費者契約法の実体法規定の統合には下記(2)のとおり懸念や問題点があるから、民法への取込みという方法をとるか否かについては、慎重な検討を要する。特に、上記の法改正を、民法改正より先行して（または、遅くとも民法改正と同時に）、消費者契約法の改正または新たな消費者法典の立法という方法によって実現することも十分考えられるところであり、かかる方法も積極的に検討すべきである。

そして、（消費者契約法の実体規定を民法に取り込むことに対して、基本法たる民法に規定が設けられることに意義を認めるとしても、）何より重要なことは、形式的に民法に取込みを行うか否かという問題よりも、いかなるルールが規定されるかであるから、現在の実務上の問題点を踏まえて、消費者保護をより充実させるルール改正を伴うべきである。

(2) 統合に対する懸念・問題点

ア 目的規定が取り込まれないことによる弊害

消費者契約法等の消費者法については、裁判において、目的規定（消費者契約法1条、特定商取引に関する法律1条等）を参照し、当該目的規定に沿った解釈により消費者保護を図る例が少なくない（大津地判平成18年6月28日（判例集未掲載）等）。

そのため、消費者法においては、個別の取消権条項や無効条項のみを独立させ、目的規定と切り離してしまうと、具体的事案における各条項の適用において、目的規定を参照することが困難となり、結果として、現在も行われている目的規定を参照した上での個別条項の解釈適用がなされず、ひいては消費者保護が十分図れず、現状以下のレベルに落ちてしまうおそれがある。

この点、目的規定を取りこまなくても、消費者契約法を民法に取り込むということにより民法の目的として消費者保護が含まれることになるので問題ないであるとか、あるいは、個々の消費者保護規定を充実させることにより実質的に消費者保護を図ればよいなどとして、目的規定の取込みは不要という趣旨の意見もあるようである。

しかしながら、現実に消費者契約法の目的（情報・交渉力格差）が民法に明文化されない場合には、裁判所において民法の目的に消費者契約法の目的も加わったことが明確に認識されず、場合によっては、情報・交渉力格差が何ら考慮されない可能性も否定できない。また、そうであれば、個々の消費者保護規定の解釈においても、情報・交渉力格差が強く考慮されない可能性が高くなる。

したがって、目的規定（さらには、情報・交渉力格差という目的を考慮した解釈をすべきという解釈規定）がない場合には、前記の意味において弊害が生じる可能性は

否定できず、個々の消費者保護規定の充実だけでは足りないものであるから、消費者契約法を民法に取り込む場合には、消費者法における目的規定（消費者契約法1条、特定商取引に関する法律1条等）を踏まえた、消費者契約に関して情報の質・量や交渉力の格差を考慮して解釈運用すべき旨の解釈規定を設けるべきである。

イ 消費者契約法の発展の阻害

消費者契約法は、新たな消費者被害の発生や少子高齢化の進展やIT化等の社会情勢の変化に応じて絶えず改良され発展しているところ、特に、消費者契約法については消費者保護の観点からまだ十分なものとは言えず改良の余地が多分にあり、継続的に改良され発展すべきものである。

消費者契約法が制定された際には、「小さく生んで大きく育てる」と言われていたところ、今般消費者庁が設置されたことから、今後は、消費者法の中心的法律として消費者庁の下で大きく育てていくべきである。

特に、消費者契約法等の消費者法は短期間で改正を繰り返して機動的な改正が行われることにより発展していったところ、基本法である民法はその性質上、法制審議会等における慎重かつ長期間の議論・審議を経て改正がなされてきた経緯があり、その改正は容易ではなく、少なくとも消費者契約法等の消費者法のような機動的な改正は困難である。

この点、民法であっても機動的かつ短期間に改正を行うことは可能であり、かつ、そうすべきであり、実際に商法では短期間に改正がされてきたという意見もあるが、これまでの民法改正の実態からすれば、そのような理念どおりに機動的・短期間の改正が図られるか疑問がある。なお、商法が頻繁に改正されたのは、日本における最大の圧力団体である経済界からの強い要請による場合がほとんどであるが、政界や与党とのパイプが強固でない消費者団体からの要望により容易に民法が改正されるとは考えにくい上、商法の改正は主として法人企業に関する部分であり、法人企業に限らずあらゆる取引に関わる私法の基本法たる民法とは同列に語ることはできない。

そうすると、消費者契約法が民法に取り込まれた場合、特別法であり続けた場合と比べて消費者保護条項が固定化されてゆくことは明らかであり、結果として、消費者保護の進展・発展に対する大きな阻害要因となるおそれがある。

なお、前記の基本方針の提案においても、消費者契約法に関する一定の改善・改良が見られることから、今回の基本方針の提案によっても、一定の発展が図られることは大変評価できるところである。

しかし、この改善・改良によっても十分ではなく、例えば、

- ① 「消費者」概念の拡大が不十分であること
- ② 情報提供義務について事業者にのみ課すべきで、消費者には（特に事業者との関係では）努力義務も課すべきではないこと
- ③ 不利益事実の不告知について、事業者の説明義務違反・情報提供義務違反と

なる場合における取消権付与の要件として事業者の「故意」の欺罔行為によらない場合も含めるべきであること

- ④ 不意打ち条項の無効規定を新設すべきであること
- ⑤ 不招請勧誘を禁止し、同勧誘による契約の取消権を付与すべきであること
- ⑥ 状況の濫用による契約の取消権を付与すべきであること
- ⑦ 適合性の原則に反する契約条項の無効規定を設けるべきであること
- ⑧ 継続的契約に関する消費者の中途解約権を新設すべきであること

等、多くの課題が山積しているところである。

ウ 他の社会的立法に対する対応との整合性

改正試案は、借地借家法や労働契約法に関しては、政策的配慮等を理由に、民法に取り込まない方向性であるが、消費者契約法も、弱者保護という観点から立法されたという点で借地借家法や労働契約法と共通するのであり、また、政策的観点から今後も適宜改正がなされる可能性があるという意味でも借地借家法や労働契約法と共通することから、消費者契約法も借地借家法や労働契約法と同様に、民法に取り込まない方が、民法改正の方向性として整合性がとれるものと考えられる。

エ 消費者法の分断

消費者法のうち消費者契約法のみを民法に取り込み、他の特定商取引に関する法律や割賦販売法等は民法に取り込まないという整理の仕方は、消費者法を分断するものであり、特に市民にとってわかりにくいものになると考えられる。

この点、前記基本方針の提案の趣旨としては、意思表示に関する一般ルールを民法でまとめて取り入れるという一貫性に基づくようであるが、消費者（市民）からすれば、当該契約の拘束力からの解放の可否が最大の関心事なのであり、契約の拘束力からの解放について、意思表示に関する規律を民法に統一したとしても、クーリングオフ等による契約の拘束力からの解放については別の法律（特定商取引に関する法律）ということであれば、消費者（市民）にとっては、やはり消費者ルールが分断されており、わかりにくい状況には変わりはない。

将来的には、各種の消費者関連法を一つの消費者法に統一していく方向で検討がなされるべきであり、その方が市民にとってわかりやすいものとなると考えられる。消費者法の分断となる民法への取込みは、この消費者法の統一化を阻害するものでもある。なお、消費者法の統一化については、具体的な法案も構想もない状況で、これを前提に議論するのはおかしいという意見もあるようだが、消費者契約法を民法に取り込まない場合には、既存の消費者関連法を一つの法典にまとめることで比較的容易に消費者法の統一化が図れると考えられるが、消費者契約法を民法に取り込んだ後に消費者法の統一化を図る場合には、いったん民法に取り込んだ消費者保護規定を再度取り出して消費者法典に取り込むという作業が必要であり、その作業の時間や手間を考えると、消費者法の統一化は容易ではないと考えられる上、消費者保護規定を民法に

取り込むという事実が先行することにより、消費者法一般を民法に取り込んでいく方向に意見を誘導しているともみられ、消費者法の統一化に反する方向性とみられるおそれもある。

オ 消費者庁による消費者行政一元化の阻害

消費者行政は、今年9月1日に発足した消費者庁において、今後は一元的に所管され運営されていくべきものである。

ところが、消費者庁が所管すべき消費者関連法の中心的存在である消費者契約法の実体法部分が民法に取り込まれてしまうと、民法の所管官庁は法務省であることから、消費者庁において行われるべき一元的な消費者行政が困難となることは明らかである。

そもそも、消費者庁を設置した趣旨は、従来は消費者関係法の所管官庁が分散し縦割り行政の弊害が生じていたことから、機動的かつ効率的な消費者行政のために消費者行政を統一的・一元的に推進する点にあった。このような消費者庁設置の趣旨からすれば、消費者関係法を消費者法として一元化することは容認できたとしても、消費者契約法の中心的部分を消費者庁以外の官庁が所管する法律（民法）に移行させるということは到底容認できないものである。

この点、法務省と消費者庁の共管ということも考えられるが、消費者被害の実態に合わせて消費者法を改正すべき場合に、消費者庁での議論と法務省（法制審議会）での議論という二重に時間がかかる可能性があり、時機に応じた機動的な改正の障害となりえ、また省庁間の主導権争いに巻き込まれたり、政争の具となる懸念さえ生じるので、共管という案も問題が多い。

カ 諸外国の法制

EU諸国においても、フランス等のように消費者法を民法典には取り込まず、別途、消費者保護に関する諸法令を消費者法典に統合している国も存在するのであり、民法典の国際化・グローバル化という理由では消費者法を民法典に取り込む根拠にはならないものである。

(3) 消費者契約法の取込みに際して留意すべき事項

ア 消費者契約法の実体規定を民法に取り込む場合には、上記のとおり今後の消費者法の発展等の観点から種々の危惧も存するところであり、以下の諸点にも留意すべきである。

- ① 消費者契約における現在の実務上の問題点を踏まえ、現在のルールの改善および新たなルールの追加を十分に行うこと
- ② 消費者と事業者間の情報力・交渉力の格差に関する消費者契約法1条の目的規定を解釈規定の形で民法に取り入れ、その趣旨が法解釈において十分に斟酌されるようにすること
- ③ 基本法たる民法がどの程度安定的であるべきであるかについては議論のあるところであり、この点の議論を行い、今後の消費者法の積極的な展開を確保

する上での支障が生じないように十分な手当てを行うこと

- ④ 消費者契約法の実体規定は、適格消費者団体による差止請求の対象でもあることから、この点について支障が生じないようにすること。また、他の民法の規定（消費者契約上のルールが一般法化されたものをも含む。）についても、消費者被害を生じさせるものについては、その対象を拡大することを検討すること
- ⑤ 単に消費者契約法の実体規定のみならず、消費者法およびこれに隣接する法律のうち特に重要なもの、例えば、特定商取引に関する法律の規定（特に訪問販売、クーリングオフ）、労働契約法、借地借家法、利息制限法などについても、合わせて統合することを検討すること
- ⑥ 消費者契約法の実体規定を民法に取り込むとしても、直ちにこれを実施するか、それとも、消費者庁・消費者委員会の設置を踏まえて、将来的な統合を予定しつつも、しばらくの間、新たな制度下での改正・運用を実施し、その経過を踏まえた上で、民法への取込みを実施することを検討すること
- ⑦ 消費者契約に関する民事ルールは、消費者行政との連携も十分に確保される必要があることから、法律の所管の問題、法制審議会と消費者委員会等との関係などを十分に検討し、その整備を行うこと

イ 他方、消費者契約法の実体規定を民法に取り込まない場合には、以下の点に留意すべきである。

- ① 民法（債権法）改正における議論を踏まえて、仮に民法に取り込まないとしても、同時並行的に検討を進め、現在の実務上の問題点を踏まえて、直ちに消費者契約法の実体規定の見直しを図るべきこと
- ② 商法、消費者契約法、およびその他の単行法の発展により、民法の総合法典としての性格が希薄化していることから、重要な意義を有する法律（特に、消費者契約法、特定商取引に関する法律の規定（特に訪問販売、クーリングオフ）、労働契約法、借地借家法、利息制限法）に関しては、民法にリファレンス規定などを置くこともひとつの方法であること
- ③ 消費者契約法を、特定商取引に関する法律等の単行法（特に民事ルール）のみならず、消費者基本法等と統合して、統一した消費者法典とすることを積極的に検討すること（その際には、地方公共団体の消費者保護条例の規律をも吸収することを検討すること）

第2 一般法化について

1 改正提案

消費者契約法4条1項1号の不実告知の規定を不実表示【1.5.15】として一般法化する

る。

2 意見

- (1) **消費者契約法（実体法部分）の特定の規定の一般法化については、一般法化によって保護の対象を拡大するとしても、一般法化する対象・内容について、消費者に与える影響等を十分に検証する必要がある、対象となる各提案について、完全に一般法化する必要があるか否かにつき、なお慎重に検討すべきである。**
- (2) **仮に、一部の規定を一般法化した場合、消費者に対する関係で事業者が保護される形で適用されるケース（いわば「逆適用」となる場合）については、消費者の利益を害する結果とならないよう、一定の制限・修正を行うべきである。**
- (3) **また、一般法化を行う場合にも、それに対応する消費者契約法上の規定を廃止せず残置すべきである。**

3 理由

- (1) 救済範囲の拡大の必要とその対応

近年、個人事業者や中小企業に対する電話機リース、悪徳消火器販売、ホームページ・リース等で、消費者同様の被害が後を絶たず、これらの者を消費者に準じて保護・救済すべきとの要請がある。

この点、基本方針は、消費者契約法の実体規定の一部（不実告知）を一般法化することによって、消費者に限定されていた保護・救済の対象を、個人事業主や中小の法人等にも拡大しようとする。

もともと、中小事業者の保護・被害救済を実現する方策としては、消費者契約法の実体規定の一般法化以外にも、特定商取引に関する法律・割賦販売法における連鎖販売取引・業務提供誘引販売取引のように消費者概念を拡張・修正するという方策もあり、また、金融商品販売法・製造物責任法（さらには借地借家法）のように、特定の契約類型について、消費者・事業者を問わず、劣位に立つ側の契約当事者を保護するという方法もある。

消費者保護のルールを拡大するとしても、一般法化によるべきか、それとも、他の方策による対応が妥当であるかは、なお検討を要するところである。

- (2) 保護水準の平準化（低下）のおそれ

従来は、情報力・交渉力の格差（消費者契約法1条）を前提として、その格差を前提とした解釈により消費者の利益を図る方向での解釈を行う実務的努力が重ねられてきた。ところが、消費者契約法の実体規定（の一部）が完全に一般法化された場合、その規定は、消費者契約だけではなく、情報力・交渉力の格差を前提としない事業者間契約、消費者間契約にも適用されることになる（さらには、後述の「逆適用の問題」もある）。その結果、規範の性格が中立的・両面的なものとなることにより、いわば

保護水準が平準化（低下）してしまうことがないように注意しなければならない。

まず、懸念されるのは、一般法化されるにあたって、法律の規定そのものが平準化されることである。規範の適用範囲が広がることにともない、従来の消費者保護の水準が後退することのないように十分に留意する必要がある（この点、不当条項規制につき、約款規制の導入に伴い、消費者契約においても「個別的交渉条項」を除外しようとの考え方はこれに近いものである。）。

次に懸念されるのは、規範の要件・効果において平準化がなされなくとも、適用場面が拡大する結果、当該規定の解釈において、情報力・交渉力の格差を踏まえた解釈が困難になることである。この点については、消費者契約法の目的規定（1条）を解釈規定の形で民法に取り込むことにより、一定の歯止めをかけることも可能である。もっとも、それは、一般条項あるいは規範的要件を中核とする規定には妥当するものの、それ以外の規定については必ずしも妥当しない。なぜなら、同じ記述的要件の解釈において、消費者契約とそれ以外において異なった解釈をすることが難しいからである。

このような意味において、一般法化により保護水準が平準化（低下）することにより、消費者保護が後退することにつながらないように、慎重な対応が必要である。

(3) 「逆適用の問題」の扱い

消費者契約法の実体規定を一般法化すると、同規定は、消費者と事業者の立場が従前の消費者契約法の規定とは逆のケース（例えば、不実表示においては、不実表意者が消費者で、事業者が誤信した場合）にも適用されることとなる。これは当事者が従来の規定とは逆になっていることから、「逆適用の問題」と呼ぶことができる。

交渉力・情報力において優位に立つ事業者を、情報力・交渉力の劣る消費者との関係において、従来の消費者保護のルールと同じルールで「保護」することには問題がある。場合によっては、消費者に酷な結果を招くことになり、別の意味で消費者保護の後退となりかねない。そこで、一定の場合には、修正・制限が検討されるべきである。

不実告知（消費者契約法4条1項1号）の一般法化を例にとれば、仮に完全な一般法化をしたとしても、消費者が（重）過失によらずに誤った表示をした場合や、事業者の誤信につき過失（確認・調査義務の懈怠）がある場合には、消費者に対する取消権の行使は否定するということが検討すべきである。

少なくとも、一般法化を論ずるに当たっては、この逆適用の問題について十分に議論・検討を行い、消費者の利益を害する結果とならないよう、消費者保護のための手当てを行うことを検討すべきである。

(4) 「事業者ルール」としての消費者契約法の視点

かかる不実告知における逆適用の問題は、消費者契約法の事業者ルールとしての側面を改めることによって生じる問題点（事業者ルールであることを維持すれば生じない問題点）であるということが出来る。

そもそも、消費者契約法は、消費者と事業者との間のルールを定めるものである（消費者契約法2条3項）。それゆえ、消費者契約法の定めるルールは、消費者保護・救済のルールであると同時に、事業者の事業活動のルール（事業者ルール）を定めるものでもある。保護・救済される対象の範囲の問題と、ルールが適用される活動主体の範囲の問題とは、別個の問題である。保護・救済の範囲を事業者（あるいはその一部）にも拡大すべきかということと、事業者ルールとしての側面までをも変更すべきかということは、区別されうるところで、この点を曖昧にしたまま議論することは妥当ではない。

消費者契約法の一部の規定を一般法化することは、当該規定の事業者ルールとしての側面をも変更しようとするものである。現に生じている前記の中小事業者の保護・被害救済の問題は、いずれも、対事業者（販売業者とそれにかかわるクレジット会社・リース業者）との関係のものである。そのルールが適用される活動主体の範囲の見直しまでが必要かどうか、消費者契約法の事業者ルールという側面をも改めるべきかについては、その必要性について、慎重に検討すべきである。

(5) 一般法化と情報格差・交渉力格差に対する考慮について

消費者契約法の一部の規定を一般法化することは、当該規定の保護対象を消費者から事業者へ広げ、当該規定の規制対象を事業者から消費者へ広げることを意味し、B to BやC to C（さらには、もちろん前記(3)の逆適用の場面）にも適用することを意味する。

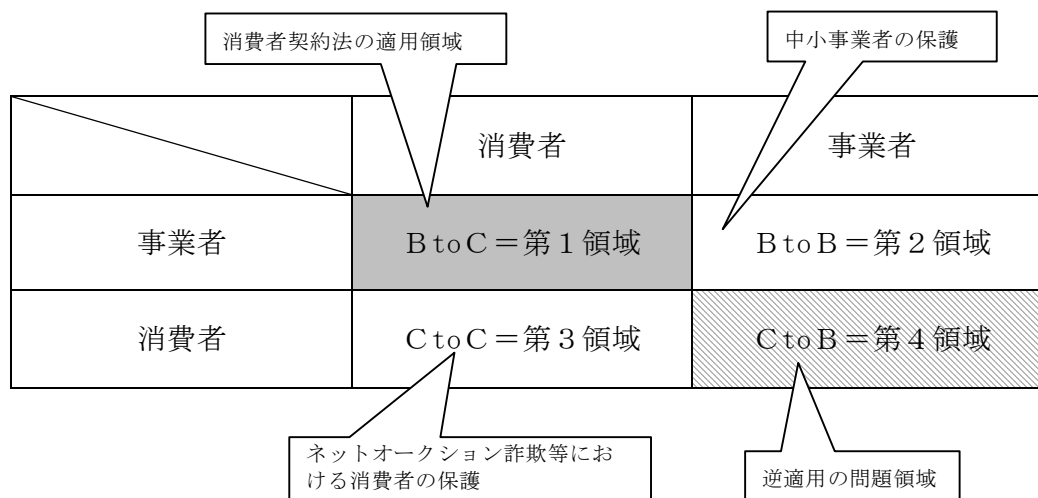
不実表示の規定が一般法化されることにより、C to C間にも適用され、現行消費者契約法では保護されなかった消費者（例えば、売主が消費者で買主も消費者であるようなネットオークション詐欺等における被害事案）が保護される可能性があり、その点は積極的に評価できる。

しかしながら、消費者契約法上の不実告知および不利益事実の不告知は、情報格差および交渉力格差を基礎においた規定である。

不実表示をB to BやC to Cにも適用して、前者では事業者の保護の可能性を、後者では消費者から不実表示者たる当該消費者に対する取消権行使の可能性を、それぞれ認めるとしても、不実表示の規定は、本来、消費者対事業者の情報格差および交渉力格差を前提とした規定であることを考慮して、適切に適用されるべきであり、この点の検討を要する。

(6) 消費者契約法に関する規律を一般法化して民法に取り込むにあたって、消費者契約法の該当規定を廃止した場合には、消費者契約への適用という場面においては、消費者契約法の取込みと同じ問題、すなわち、目的規定が取り込まれないおそれ、消費者契約法の発展の阻害、消費者法の分断、一元的消費者行政への支障などが生じうる。そのため、一般法化した規定と同趣旨の規定を消費者契約法にも残置すべきである。

(参考) 消費者契約法の適用領域と一般法化の関係



第3 消費者法の取込みと消費者法以外の一般の民事ルールについて

1 改正提案

基本方針では、現行法より消費者保護を発展させようとし、消費者契約法の実体規定の一般法化や統合による取込みを提案しているが、それ以外の一般の民事ルールでも消費者への適用があることを前提としている。

2 意見

一般の民事ルール（消費者契約法の一般化・統合以外）の見直しについては、新たなルールが、事業者間契約（B to B）だけではなく、消費者契約（B to C）、消費者間契約（C to C）、および消費者に準ずるような中小事業者を当事者とする契約にも適用されるものであることを十分に踏まえ、ルール変更の必要性の要否をも含めて、慎重に検討を行うべきである。

3 理由

- (1) 基本方針では、現行法より消費者保護を発展させようとし、消費者契約法の実体規定の一般法化や統合による取込みを提案しているが、その他の民法の規定も消費者を含む一般市民や事業者にも適用されるものであるから、事業者対消費者や消費者間に一般の民事ルールが適用される場合において、一般市民や消費者の利益保護がなされなければならないのは当然であり、そうした視点からの慎重な検討を怠ってはならない。

(2) そもそも、民法は、私法の基本ルールを定めるものであり、事業者間契約（B to B）に適用されるだけでなく、消費者契約（B to C）や消費者間契約（一般の市民間の契約、C to C）にも広く適用されるルールとして、社会的に重要な役割を担っている。

しかも、民法の多くの規定は任意規定であり、いわばデフォルト・ルールに止まることから、通常、B to B等の事業者が取り結ぶ契約では、特約で民法の規定が修正されたり、追加の合意がなされたりすることも多く（また、商法による修正・補充もある。）、民法の規定が機能する場面は限定的である。それゆえ、民法の規定が機能する場面は、むしろ消費者間契約もしくはそれに準ずる者の間の契約であると言っている。

このようなことから、民法は、一般市民の取引に適した共通ルールでなければならない（これは、19世紀的な民法観である「抽象的な合理的人間での市民の間のルールなければならない」というような意味ではない。）。民法の規定を修正・追加する場合は、B to Bに限らず、C to C、B to Cをも含めた一般ルールとして適切なものとなっているかどうかを慎重に吟味する必要がある。

なお、B to Cのルールについては、例えば、売買契約において消費者が買主となるいわばB to Cの場合と、消費者が売主となるいわばC to Bのケースのいずれもありうることから、その点も十分に留意する必要がある。

(3) 基本方針は、消費者契約法の統合・一般法化以外の点においても、数多くの提言を行っているが、その中には、現行法の規律を修正し、あるいは、新たなルールを追加するものも少なくない。これらに関しては、本書において個別的に意見を述べるが、まず、その総論的観点から、以下のとおり意見を述べる。

ア 基本方針の提言は、債権譲渡登記・債権時効など今後の債権法の新たなモデルを意欲的に示そうとしている。しかし、基本ルールを大きく変更する場合には、相応の社会的必要性、すなわち立法事実が存在しなければならない。民法は施行されてから既に1世紀が経過し、国民に広く定着している社会的ルールとなっている。このルールを大きく変更する必要があるのか、この点がまず明らかにされる必要がある。また、既存のルールの変更に伴う国民の負担（現在、利用している制度・契約を見直すことに伴う負担だけではなく、現行のルールに親しんできた国民が、改めて新たなルールを理解・習得しなければならないコストなど）をも十分に考慮する必要がある。

また、漸進的な改良を重ねることなく大きな変革を行おうとする場合には、それに伴う支障・弊害が生ずることを完全に予測し回避することも非常に難しいことから、これを敢行しようとするにあたっては、より慎重な検討・議論が必要である。たしかに、現在、グローバルな意味合いをも含めて大きな変革期にあることは否定できないが、既にわが国の市民法秩序も相当程度確立されており、民法の定めるルールも安定的に運用されていることも否定し難い。現民法の制定された明治期とは状況が相当異なることにも留意が必要である。

イ 基本方針は、市場のグローバル化とそれに対応する取引法の国際的調和への動きを強く意識しているようであるが、民法典は、わが国の市民生活のルールとして、わが国の市民生活の便宜のために存在するものである。何よりもまずこの点を見失ってはならない。国際的な私法ルールのハーモナイゼーションの必要性については否定し難いが、市場統合を進めるEU諸国とは事情が異なっている。この問題は、わが国が単独で模索するよりも、むしろ、近隣アジア諸国その他との協調の下に進められるべき事柄であろう。

ウ 基本方針の提言には、ウィーン売買条約の規定の影響が顕著に見られる。しかしながら、ウィーン売買条約は、事業者間の国際取引を対象とするものである。この条約の諸規定は、消費者契約、消費者間契約には適用されない。これに対し、民法は、事業者間契約だけでなく消費者契約、消費者間契約にも広く適用される私法の一般ルールである。事業者間の国際取引のルールを基礎に、市民間の基本ルールを再構築することは、消費者契約および消費者間契約に適さない、いわば「商化された基本ルール」が帰結される危険もある。市民のための一般法であるにもかかわらず、別途、「消費者契約および消費者間契約の特則」という奇妙な規定を設けることにもつながりかねない。

エ 基本方針は、ファイナンス・リース契約を典型契約とし、流動性預金口座による消費寄託などの規定を設け、さらに「一人計算」という制度の創設を提唱している。しかし、これらは、むしろ企業の取引との関連も強く、商法（商法典）あるいは単行法（特別法）で規律することが適当とも考えられる。にもかかわらず、基本方針はこれらの規定を民法典に組み込むことを提言しているが、その根拠（あるいは視点）は明確でない。私法の一般法・基本法たる民法典はどのような性格のものであるべきか、特に国民にとって好ましいのか、また、商法（商法典）との関係・役割分担はどのようにあるべきかなどを検討した上で、導入しようとする規定のそれぞれの性格を考慮しつつ、民法典に盛り込むことの是非を改めて検討すべきである。

第1編 総則
第5章 法律行為
第1節 総則

【1. 5. 06】（商法1条2項の改正） NBL 22頁

1 改正提案

【1. 5. 06】（商法1条2項の改正）

〔甲案〕

商法1条2項を削除する。

〔乙案〕

商法1条2項を、次のように修正する。

商事に関し、この法律に定めがない事項については、民法の定めるところによる。

2 意見

（民法に消費者契約法が取り込まれる場合、）消費者契約について、商法の適用は、民法に劣後すると規定すべきである。

3 理由

消費者契約法が民法に取り込まれることになる場合、「民法<商法<消費者契約法」という優劣関係（一般法・特別法の関係）が、「民法（消費者契約法）<商法」となり、消費者に不利な商法上の規定の消費者契約への適用が復活することもあり得るので、その点についての配慮をすべきである。

この点、消費者契約法で消費者有利に修正されていると考えられる例としては、以下のようなものがある。

(1) 商法の規定

運送に関する免責約款の制限（商法739条）

「船舶所有者ハ特約ヲ為シタルトキト雖モ自己ノ過失、船員其他ノ使用人ノ悪意若クハ重大ナル過失又ハ船舶カ航海ニ堪ヘサルニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ヲ免ルルコトヲ得ス」

(2) 消費者契約法8条1項1号・2号〔事業者の損害賠償の免除する条項の無効〕

「次に掲げる消費者契約の条項は、無効とする。

- 一 事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項
- 二 事業者の債務不履行（当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものに限る。）により消費者に生じた損害を賠償する責任の一部を免除する条項」

【1.5.07】（消費者・事業者の定義） NBL 23 頁

1 改正提案

【1.5.07】（消費者・事業者の定義）

<1>消費者契約に関する特則の適用対象を画するために、消費者・事業者の定義規定を一對をなすものとして置くものとする。

<2>消費者・事業者の定義に際しては、次のような考え方に立つものとする。

<ア>消費者：事業活動〔または専門的職業活動〕以外の活動のために契約を締結する個人

<イ>事業者：法人その他の団体

事業活動〔または専門的職業活動〕のために契約を締結する個人

<3>消費者契約以外の契約につき事業者の概念を用いる場合には、上記の定義を利用することとし、要件を絞る必要がある場合には「営業〔事業〕として」「営業〔事業〕の範囲内において」等の文言を加えるものとする。

2 意見

- (1) **消費者の定義について「個人（事業活動に直接関連する目的で取引するものを除く）」に拡大すべきである。**
- (2) さらに、前記(1)の拡大定義によっても必ずしも「消費者」として保護対象とならない電話機リース被害事案やホームページ関係（アフェリエイト・ドロップシッピング）の被害事案の被害者についても、「消費者」またはこれに準じる者として消費者保護関係規定により保護・救済されるようにするため、①「消費者」の定義を拡大する、②「消費者」の概念を相対的なものとする、③その他の救済策を導入する、等の対応策を導入すべきである。

3 理由

- (1) 意見(1)について

個人事業主が、当該事業と直接に関連しない目的で契約の当事者となった場合には、相手方事業者との間の情報・交渉力の格差は一般の消費者と事業者との間におけるものと大差ない。

すなわち、提案の定義は現行消費者契約法と同様の定義内容であるが、これでは、例えば個人事業主が事務所に設置するために空気清浄機を購入する場合など、事業のために契約の当事者となっているけれども、事業に直接関連しない目的で契約の当事者となった場合には、当該契約においては消費者にあたらないとされることになってしまう可能性がある。

本来、個人事業者であっても当該事業と間接的にしか関連しない契約であれば、相手方事業者との間の情報・交渉力の格差があるのであるから、本法の目的からは、消費者

として保護すべきである。

上記問題を解決するためには、現行消費者契約法の定義を維持する場合には類推適用の方法による解決が考えられるが、このような方法をとるまでもなく、端的に直接適用できるように条文を改正すべきである。〔以上、日弁連意見書「消費者契約法の実体的改正に関する意見書」(H18.12.14)参照〕

(2) 意見(2)について

電話機リース被害事案においては、当該事業の規模等に比して過剰に高性能かつ高価な電話機器を導入されてしまう零細個人事業主が主体となるが、事業者であることから、原則として消費者としての保護・救済がなされないことになってしまう。

ホームページ関係の消費者被害事案においては、主婦等が被害にあっているところ、アフィリエイト事業やドロップ SHIPPING 事業を行うために高額なホームページ制作・管理等の契約を締結させられてしまうことから、事業開始前の契約であっても開業準備的行為として原則として消費者としての保護・救済がなされないおそれがある。

このことは、前記2(1)のとおり、消費者概念を「事業活動に直接関連するもの」だけを除いた個人に変更したとしても、当該電話機器等は、当該事業活動に直接関連すると判断される可能性が高く、ホームページ等については当該事業(アフィリエイト、ドロップ SHIPPING)に直接関連することは明らかであり、前記2(1)の消費者概念の拡大だけでは対応できない。

しかしながら、このような事案においても、電話機販売業者と零細個人事業主との間や、ホームページ制作業者(同業者の仲介業者)と主婦等との間には、それぞれ情報格差・交渉力格差が認められるのであり、消費者ないしはこれに準ずる者として、現行消費者契約法の適用対象とすべきと考えられる。

ただ、消費者概念を安易に拡大すると、反面として事業者概念が縮小することとなり、結果として、本来事業者とされるべき者が消費者となってしまう、消費者保護規制の対象外になってしまうという問題もある。

そこで、前記の零細個人事業主や事業準備中の主婦等の中間的な存在(準事業者、準消費者)については、契約相手方の属性により、「消費者」該当性を相対的に判断することも一案であると考えられる。例えば、零細個人事業主であれば、電話機販売業者やリース業者との関係では「消費者」として扱い、他方、当該零細個人事業主の事業における顧客との関係では「事業者」として扱うことが考えられる。

第2節 意思表示

【1.5.09】(意思能力) NBL 24頁

1 改正提案

【1.5.09】（意思能力）

<1>法律行為をすることの意味を弁識する能力（以下「意思能力」という。）を欠く状態でなされた意思表示は、取り消すことができる。

<2><1>の場合において、表意者が故意または重大な過失によって一時的に意思能力を欠く状態を招いたときは、意思表示は取り消すことができない。ただし、表意者が意思能力を欠いていたことを相手方が知り、または知らなかったことにつき重大な過失があったときは、この限りでない。

* 効果に関して、次のように定めるという考え方もある。

<1>法律行為をすることの意味を弁識する能力（以下「意思能力」という。）を欠く状態でなされた意思表示は、無効とする。

<2><1>の場合において、表意者が故意または重大な過失によって一時的に意思能力を欠く状態を招いたときは、意思表示はその効力を妨げられない。ただし、表意者が意思能力を欠いていたことを相手方が知り、または知らなかったことにつき重大な過失があったときは、この限りでない。

2 意見

意思無能力に基づく意思表示の効力を、無効構成ではなく取消構成に変更することで本当によいか、無効・取消の議論に関連して、なお慎重な検討が必要である。

3 理由

(1) 基本方針の提案において、意思能力を欠く者による意思表示を無効ではなく取り消すことができる行為とし、当該法律行為は取り消されない限り有効とすることについては、実務家の感覚としては違和感を否定できない。当会の民法改正問題特別委員会においても、意思能力を欠く者の意思表示の効力を無効とする立場に賛成する者が過半数であった。

(2) すなわち、そもそも、私的自治の原則の観点からは、意思を欠く以上、意思表示として効力を与える基礎がないから、当該意思表示は無効となるのが本来であり、取消しとした上でとりあえず有効となる構成とすることに無理があるともいえる。

また、例えば、取消構成に変更すると、取消権行使の行使期間制限が課せられることとなる等（【1.5.59】。なお、本意見書では追認可能時から3年の期間には反対。）、無効に比べて意思無能力者に不利になる場合がありうる。

(3) 確かに、無効と取消が近接しており、無効と取消しのいずれが有利であるかは、俄かに決し難い面もあるし、取消とすることによって意思無能力者側に選択権を与えて意思無能力者を保護するという一面では理解できるとしても、意思無能力者には、成年被後見人、被保佐人、被補助人とは異なり、成年後見人、保佐人、補助人のような保護をする者がおらず、当該意思表示後に直ちに保護を得られない状況にあり、制限行為

能力者と同一に扱えないとも考えられる。

すなわち、現行法においてもそうであるが、本来は、意思無能力者の意思表示の後、成年後見人が選任された上でしかるべく無効主張がされるべきではあるが、成年後見人の選任にそれなりの時間を要することから、成年後見人が選任されるまでの意思無能力者の利益を如何に保護するか問題がある。本来、意思無能力に基づく法律行為であることが明らかであっても、成年後見人が選任されるまでは具体的な救済に向けた権利行使を行えない状況にあるが、その間、当該意思表示が有効であれば履行強制を拒絶できないこととなり、表意者により不利益な結果となりうるから、実体法としては、無効としたほうが、表意者の保護に資するとも考えられる。

そこで、意思無能力者による意思表示は無効とした上で意思無能力者側の判断・選択で当該行為を有効にできる制度（例えば将来に向かって追認を認める制度）を創設することで、保護を図ることも十分可能ではないかと考えられる。よって、意思無能力者の法律行為の効力については、取消構成と無効構成のいずれが妥当か、引き続き慎重な検討をすべきである。

【1.5.10】（日常生活に関する行為の特則） NBL 25 頁

1 改正提案

【1.5.10】（日常生活に関する行為の特則）

現民法9条ただし書に該当する行為は、意思能力を欠く状態でなされたときでも、取り消すことができない。

*1 効果に関して、次のように定めるという考え方もある。

現民法9条ただし書に該当する行為は、意思能力を欠く状態でなされたときでも、その効力を妨げられない。

*2 本案および*1案について、現民法9条ただし書に該当する行為に関する特則を置かないとする考え方もある。

2 意見

（本特則を置くか置かないかにかかわらず）現民法9条ただし書の「日常生活に関する行為」について、当該行為者が日常生活をするのに必要不可欠な行為であると解する立場に立つことを明示すべき。

3 理由

現民法9条ただし書の「日常生活に関する行為」について、現民法761条にいう「日常の家事」に関する法律行為と同趣旨のものとして理解する立場と、当該行為者が日常生活をするのに必要不可欠かどうかという観点から判断されるべきとする立場があると

ころ、前者の立場にたつと、意思能力を欠く者が行った法律行為が相当広い範囲で確定的に有効とされることになり、当該行為者の保護に欠ける結果となる可能性がある。

【1.5.13】（錯誤） NBL 28 頁

1 改正提案

【1.5.13】（錯誤）

〈1〉法律行為の当事者または内容について錯誤により真意と異なる意思表示をした場合において、その錯誤がなければ表意者がその意思表示をしなかったと考えられ、かつ、そのように考えるのが合理的であるときは、その意思表示は取り消すことができる。

〈2〉意思表示をする際に人もしくは物の性質その他当該意思表示に係る事実を誤って認識した場合は、その認識が法律行為の内容とされたときに限り、〈1〉の錯誤による意思表示をした場合に当たるものとする。

〈3〉〈1〉〈2〉の場合において、表意者に重大な過失があったときは、その意思表示は取り消すことができない。ただし、次のいずれかに該当するときは、この限りでない。

〈ア〉相手方が表意者の錯誤を知っていたとき

〈イ〉相手方が表意者の錯誤を知らなかったことにつき重大な過失があるとき

〈ウ〉相手方が表意者の錯誤を引き起こしたとき

〈エ〉相手方も表意者と同一の錯誤をしていたとき

〈4〉〈1〉〈2〉〈3〉による意思表示の取消しは、善意無過失の第三者に対抗することができない。

2 意見

(1) **錯誤に基づく意思表示の効力につき、無効構成ではなく取消構成に変更することで本当によいか、無効・取消の議論に関連して、なお慎重な検討が必要である。**

(2) **錯誤に基づく意思表示につき、善意無過失の第三者に対抗できないとすることが妥当か否かについても、引き続き慎重な検討を要する。**

3 理由

(1) 錯誤の効果について

確かに、取消構成のほうが表意者に有効無効の選択権を与えることができるとの一面もある。しかしながら、取消構成に変更すると行使期間制限が課せられることとなる等（【1.5.59】。なお、本意見書では追認可能時から3年の期間には反対。）、無効に比べて意思無能力者に不利になる面もある。

動機の錯誤の議論を踏まえ、無効と取消しが近接しており、無効と取消しのいずれ

が有利か、表意者保護にとっていずれであるべきか容易に決し難いところであるから、引き続き慎重な検討が必要である。

そうした点からは、錯誤においても詐欺と効果を異にすることも意味があるとも考えられる。よって、無効とした上で、表意者に選択権を与える制度も検討に値すると思われる。

また、その意味でも、錯誤に基づく意思表示につき、善意無過失の第三者に対抗できないとすることが妥当か否かについても、慎重な検討を要する。

- (2) 相手方の情報提供義務違反に基づいて意思表示をした場合を錯誤の一場面とすることも検討すべきであるが、それについては、次々々項「情報提供義務違反・説明義務違反と意思表示の効力の否定」を参照されたい。

【1.5.15】(不実表示) NBL 30 頁

1 改正提案

【1.5.15】(不実表示)

<1>相手方に対する意思表示について、表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項につき相手方が事実と異なることを表示したために表意者がその事実を誤って認識し、それによって意思表示をした場合は、その意思表示は取り消すことができる。

<2>相手方に対する意思表示について、表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項につき第三者が事実と異なることを表示したために表意者がその事実を誤って認識し、それによって意思表示をした場合は、次のいずれかに該当するときに限り、その意思表示は取り消すことができる。

<ア>当該第三者が相手方の代理人その他その行為につき相手方が責任を負うべき者であるとき。

<イ>表意者が意思表示をする際に、当該第三者が表意者に事実と異なることを表示したことを相手方が知っていたとき、または、知ることができたとき。

<3><1><2>による意思表示の取消しは、善意無過失の第三者に対抗することができない。

*消費者契約法4条2項に該当する場合(不利益事実の不告知)は、ここでいう「不実表示」に当たり、この提案(【1.5.15】)により取消しが認められるが、その旨を明示的に確認しておく方が望ましいという考え方もある。

2 意見

- (1) 事業者から消費者への取消権の行使について、制限を設けるべきである。

さらに、事業者による不実表示の場合にのみ表意者に取消権を認めるのみにとどめることや、消費者による不実表示の場合に不実表示者である消費者に重過失がない場

合や、表意者（事業者）に過失がある場合等には取消権を制限することも検討すべきである。

- (2) 消費者契約に関する適用において消費者契約法の立法趣旨（情報量・交渉力格差）が考慮されるよう、その趣旨を解釈規定（現民法2条参照）として、民法に盛り込むべきである。

3 理由

- (1) 不実表示が一般法化されることにより、消費者契約において、消費者からだけでなく、事業者からも取消権を行使することができるようになる。

確かに、事業者を騙そうとする消費者が存在する可能性もあり、そのような場合に、事業者からの取消権を認める意味がないとは言えない。

しかしながら、以下の理由により、事業者から消費者に対する取消権の行使は制限されるべきである。

① 「不実表示」の対象が広いこと

「詐欺」と異なり、故意は必要とされていないので、単なる不注意で不実表示をした場合も広く「不実表示」の対象となってしまうところ、そのような不注意により不実表示をしてしまう消費者が少なからず存在するものと考えられる。

もちろん、不実表示の相手方が事業者である場合には、消費者の不注意による不実表示について安易に信じるということは考えられないため、そもそも不実表示が適用されるべき「誤信」や「因果関係」がないと判断される可能性が高いと思われる。

しかしながら、そのような判断は、訴訟となり、判決となって初めて確定するため、そのような判断が確定的となるまでの一定期間は、事実上、事業者から消費者が取消権を不当に主張されるケースが少なからず生じると考えられる。

また、前記のような判断が本当に主流となるかについては予断を許さない。

したがって、前記のような判断がなされる可能性が高いことだけをもって、消費者に対する事業者の取消権行使について何ら懸念を持つ必要がないと即断することはできない。

なお、保険法における告知義務違反における解除の場合には、不実表示者に重過失がなければ解除を否定している（保険法28条・55条・84条、旧商法644条・678条）ことも参考になる。

② 重要事項について事業者を基準に判断すること

不実表示の対象が重要事実かどうかの判断については、「表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項」という表現からも、消費者契約における不実表示者が消費者の場合、事業者を基準に判断することになる。

しかしながら、消費者において、当該事実が当該事業者において「通常影響を及ぼすべき」か否かについて認識できることは少ないと考えられる。

特に、当該事業者（が属する業界）における常識が、当該消費者を含む社会一般の常識となっていないような場合においては、あくまでも当該事業者を基準に重要事項を判断することになるので、消費者には特段の落ち度がないにもかかわらず、「不実表示」で取り消される可能性がある。

例えば、ある消費者が新古車（販売実績上乘せのため、ディーラー自身が自社の車を購入・登録するが全く使用しておらず、車自体は新車と同じもの。）購入後にその車を中古車買取業者へ売却した際、中古車を購入したのではないと伝えて売却した場合、中古車市場（オークション等）では、新古車も中古車扱いで、新車で購入した車を消費者が売却するのでない限り（新古車で購入した車を売却する場合も）「ワンオーナー」の表示ができず、ワンオーナー車に比べ一般に評価額は下がる（事業者の常識／この趣旨は、複数のオーナーに色々な乗り方をされた車より程度がよいと考えられるため）ことから、当該消費者の「中古車ではない」という言は不実表示であるとして、業者が取消権を行使することが考えられる。この場合、本来、当該業者において、当該消費者に対し、新車・中古車・新古車の違いを説明した上で、購入時にどれに該当していたかを確認すべきであると考えられるが、そのような説明・確認をしていなくても、形式的には、本条項に該当してしまう。

③ 消費者契約法4条の趣旨（情報の質・量や交渉力の格差）

この条項の元となっている消費者契約法4条の規定は、本来、事業者と消費者の情報の量・質や交渉力の格差を考慮して設けられた規定であるところ、この場合の格差とは、当然のことながら、事業者が消費者を遥かに上回っているという意味であることから、消費者の事業者に対する取消権だけを認めれば足りるはずである。

そもそも、情報の質・量や交渉力について、消費者が事業者を上回るということは實際上想定し難い。

また、事業者においては、不実表示による意思表示を防ぐため、契約締結前に、事業者にとっての重要事項について、詳細に確認をするだけの情報量や交渉力を有しているのであるから、消費者契約においてあえて事業者を保護する必要はない。

- (2) 消費者契約法1条の目的規定が取り込まれないため、本条項の適用にあたって消費者契約法の立法趣旨が勘案されない可能性が高く、ひいては消費者保護が十分図れないおそれがある。

消費者契約法等の消費者法については、裁判において、目的規定（消費者契約法1条（注1）等。）を参照し、当該目的規定に沿った解釈により消費者保護を図る例が少なくない（注2）。

そのため、消費者法においては、個別の取消権条項や無効条項のみを独立させ、目的規定と切り離してしまうと、具体的事案における各条項の適用において、目的規定を参照することが困難となり、消費者保護が十分図れない可能性が高い。

この点、本提案においては、消費者契約法の目的規定を取り込んでいないことから、

「不実表示」など民法に取り込まれた個別の取消権条項等を適用するにあたり、肝心の目的規定を参照することが困難となり、結果として、現在も行われている目的規定を参照した上での個別条項の解釈適用がなされず、ひいては消費者保護が十分図れず、現状以下のレベルに落ちてしまうおそれがある。

(注1) 「この法律は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ、事業者の一定の行為により消費者が誤認し、又は困惑した場合について契約の申込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができることとするとともに、事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とするほか、消費者の被害の発生又は拡大を防止するため適格消費者団体が事業者等に対し差止請求をすることができることとするにより、消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする。」

(注2) 東京地判平成16年4月30日（TKCローライブラリー）等がある。

【1.5.16】（詐欺） NBL 32 頁

1 改正提案

【1.5.16】（詐欺）

〈1〉詐欺により表意者が意思表示をしたときは、その意思表示は取り消すことができる。

〈2〉信義誠実の原則により提供すべきであった情報を提供しないこと、またはその情報について信義誠実の原則によりなすべきであった説明をしないことにより、故意に表意者を錯誤に陥らせ、または表意者の錯誤を故意に利用して、表意者に意思表示をさせたときも、〈1〉の詐欺による意思表示があったものとする。

〈3〉相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合は、次のいずれかに該当するときに限り、その意思表示は取り消すことができる。

〈ア〉当該第三者が相手方の代理人その他その行為につき相手方が責任を負うべき者であるとき。

〈イ〉表意者が意思表示をする際に、当該第三者が詐欺を行ったことを相手方が知っていたとき、または知ることができたとき。

〈4〉〈1〉〈2〉〈3〉による意思表示の取消しは、善意無過失の第三者に対抗することができない。

2 意見

本提案2項前半の情報提供義務・説明義務と【3.1.1.10】（交渉当事者の情報提供義務・説明義務）（NBL 96頁）〈1〉の情報提供義務・説明義務との関係を明示すべきである。具体的には、取消という効果を生じる本提案の義務より、損害賠償という割合的な解決が可能な【3.1.1.10】〈1〉の義務の方がより広く認められるべき旨を示すべきである。

3 理由

- (1) 本提案2項前半の情報提供義務・説明義務と【3.1.1.10】(交渉当事者の情報提供義務・説明義務)〈1〉(NBL 96頁)における情報提供義務・説明義務とが完全に重なるものか否かが必ずしも明らかではない。

また、本提案における義務違反の効果は取消であり、原則として対象の契約により受領した対価等は全て返還する義務を負うことになる。

これに対し、【3.1.1.10】(交渉当事者の情報提供義務・説明義務)における義務違反の効果は損害賠償であり、交付した対価の全額についての損害賠償責任までは認められない程度の義務違反の場合(この場合は、経済的には取消が認められた場合と同様の結果をもたらすことになる。)でも、交付対価の一部相当額についての損害賠償責任は認められる義務違反ということも観念できる。すなわち、双方の属性、落ち度、契約経緯等を総合的に考慮し、割合的解決を図ることができる。

以上からすれば、特に、交付対価の一部相当額についての損害賠償請求しか認められない程度の義務違反の場合を想定すれば、本提案における義務と、【3.1.1.10】(交渉当事者の情報提供義務・説明義務)〈1〉における義務と比較すると、後者の方が広く解釈されるべきものと考えられる。

したがって、後者の方が広く解釈されるべきであり、かつ、そのことを明確にすべきであると考えられる。

- (2) なお、相手方の情報提供義務違反・説明義務違反がある場合には、かかる違反を前提として欺罔の故意をもってする沈黙の詐欺の場合にかぎらず、意思表示の効力を否定する制度を検討すべきであるが、これについては、次項「情報提供義務違反・説明義務違反と意思表示の効力の否定」を参照されたい。

(情報提供義務違反・説明義務違反と意思表示の効力の否定)

1 改正提案

意思表示の取消に関し、故意による情報提供義務違反・説明義務違反に基づく沈黙の詐欺において取消の対象となる提案をするが、それ以外の情報提供義務違反・説明義務違反に基づく意思表示の効力の否定(取消権)の提案はなされていない。

2 意見

法律行為に際して、情報の偏在・格差(あるいは交渉力格差)を前提として、相手方に情報提供義務違反・説明義務違反ある場合には、欺罔の故意をもってかかる違反をした沈黙の詐欺に限定せずに、広く一般に意思表示の効力を否定することを、検討すべきである。

具体的には、錯誤の一場面とするか、情報提供義務違反・説明義務違反による取消しを

検討すべきである。

また、少なくとも表意者が消費者である場合には、**情報提供義務違反・説明義務違反に基づく錯誤による取消し(または無効)ないし情報提供義務違反・説明義務違反による取消しを認めるべきであり、かかる制度を検討すべきである。**

3 理由

基本方針では、情報提供義務違反・説明義務違反を意思表示の効力として問題とする場合として、相手方が欺罔の故意をもって情報提供義務違反・説明義務違反をした沈黙による詐欺の場合に限定している。

しかしながら、法律行為の意思表示において当事者が適切な自由な自己決定を行うには、その前提として情報の偏在・格差および交渉力格差ある場合には、十分に多数の情報を有する側から情報の提供や説明がなされることが不可欠である。したがって、相手方に信義則上の情報提供義務違反・説明義務違反が認められる場合は、損害賠償の問題にとどまらず、表意者の意思決定に直結する問題として意思表示の効力を否定する制度を検討すべきである。

したがって、前提として情報の偏在・格差（あるいは交渉力格差）があり、信義則上相手方に情報提供義務・説明義務が認められる場合には、相手方に欺罔の故意がない場合に限らず広く情報提供義務違反・説明義務違反のある場合に意思表示の効力を否定する制度を設けることを検討すべきである。

基本方針においても、不実表示は不実告知と不利益事実の不告知を含むものであり、それなりに欺罔の故意がない場合の情報提供義務違反・説明義務違反も含まれる可能性はあるが、不実表示から漏れる場面も考えられる。

こうしたものをカバーする方法としては、①情報提供義務違反・説明義務違反による詐欺を欺罔の故意ある沈黙の詐欺に限定しないという構成も考えられるが、違法な欺罔行為には故意を伴う必要があることの議論がありうることから、②錯誤の一場面として規定することや、③端的に情報提供義務違反・説明義務違反に基づく意思表示の取消しとして規定することも考えられるところである。

また、欺罔の故意を伴う沈黙の詐欺の場合に限定せずに広く情報提供義務違反・説明義務違反に基づく意思表示の効力を否定することについては、一般法化することを検討すべきである。

しかしながら、少なくとも、情報提供義務違反・説明義務違反は、消費者と事業者間の情報力格差・交渉力格差を是正するものとして発展してきたものである。現行消費者契約法4条は、不実告知や断定的判断の提供、不利益事実の不告知による取消を規定し、一定の誤った情報の提供により消費者が誤認して意思表示をした場合に取消権を付与しているが、これは、このような場合には判断の基礎になる情報が事業者によって歪められていることから、意思表示をした消費者に自己責任を問えないとするものである。

そうすると、契約締結に際して、事業者からその契約をするか否かを判断するのに必要な情報が提供されなかったために、消費者が誤った判断をして意思表示がなされた場合についても、自己責任を問う前提が欠けていると考えられることから、断定的判断の提供等の場合と同様に、少なくとも消費者に対する事業者による情報提供義務違反・説明義務違反がある場合には、消費者による当該意思表示の取消しを認めるべきである。

また、もちろん、一般法化した場合にも消費者保護が損なわれないよう配慮すべきであるのは、当然である。

なお、情報提供義務違反・説明義務違反に基づく意思表示の取消しを認めるとした場合の取消しの範囲の適正化・限定の問題がありうるが、信義則に基づき情報提供義務違反・説明義務違反の有無によって限定する方法が考えられる。

検討委員会においては、故意の場合に関する沈黙の詐欺の場合を超えて、情報提供義務違反・説明義務違反に基づく意思表示の効力の否定については、コンセンサスが得られていないとしているが、(一定の実務的ニーズがあるのは当然の前提として) 現実にコンセンサスがないのかどうか、ないとしても将来的にコンセンサスが得られる可能性が見出せないのかを含め、慎重に検討すべきである。

【1.5.18】(消費者契約の特則—断定的判断の提供に基づく誤認) NBL 34 頁

1 改正提案

【1.5.18】(消費者契約の特則—断定的判断の提供に基づく誤認)

<1>消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対して、物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものに関し、不確実な事項につき断定的判断を提供したことにより、当該提供された断定的判断の内容が確実であるとの誤認をし、それによって当該消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。

<2>第三者が消費者に対し<1>の断定的判断を提供した場合は、次のいずれかに該当するときに限り、当該消費者契約の申込みまたは承諾の意思表示は取り消すことができる。

<ア>当該第三者が当該事業者の代理人その他その行為につき当該事業者が責任を負うべき者であるとき。

<イ>当該消費者が当該消費者契約の申込みまたは承諾の意思表示をする際に、当該第三者が断定的判断を提供したことを当該事業者が知っていたとき、または知ることができたとき。

<3>消費者契約の締結に係る消費者の代理人(復代理人(二以上の段階にわたり復代理人として選任された者を含む。))を含む。)は、<1><2>の適用については、消費者とみなす。

〈4〉〈1〉〈2〉〈3〉による消費者契約の申込みまたは承諾の意思表示の取消しは、善意無過失の第三者に対抗することができない。

2 意見

断定的判断に基づく契約の申込みまたは承諾の意思表示の取消しを、消費者契約に限らず、その他の契約一般にも適用することができないか、検討をすべきである(ただし、もちろんその際には、消費者契約における保護が後退しないように配慮すべきである。)

3 理由

法律行為の意思表示において当事者が適切な自己決定を行うには、その前提として、情報の偏在・格差（あるいは交渉力格差）がある場合にはその情報が提供されることが不可欠であるのはもとより、その情報提供ないし説明も適正に行われる必要があり、不確実な事項について断定的判断がなされた場合は、表意者の自己決定の前提を不当に欠く事態となるのであって、意思表示に多大な影響を与えるところである。

したがって、情報格差・交渉力格差が認められる限り、相手方の断定的判断の提供に基づく意思表示の取消しは、事業者に対する消費者の意思表示の場合に限られないとすることも考えられる。そこで、消費者契約以外の一般についても、情報格差等を前提とした断定的判断の提供に基づく意思表示の取消しを認めることができないか、検討すべきである。

もちろん、断定的判断の提供に対する取消しは、そもそも消費者対事業者間で形成されてきた法理であるから、少なくとも本提案のように消費者契約においては当然認められるべきであり、一般法化においても消費者の利益を後退させないことが当然の前提である。

【1.5.19】（消費者契約の特則—困惑） NBL 35 頁

1 改正提案

【1.5.19】（消費者契約の特則—困惑）

〈1〉消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、以下のいずれかに該当する行為によるほか、当該消費者が勧誘の継続を望まない意思を示したにもかかわらず、当該消費者に対して勧誘を継続することにより、当該消費者が当該消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示をするまで勧誘が継続するものと困惑し、それによって当該消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。

〈ア〉当該事業者に対し、当該消費者が、その住居またはその業務を行っている場所から退去すべき旨の意思を示したにもかかわらず、それらの場所から退去しないこと。

〈1〉当該事業者が当該消費者契約の締結について勧誘をしている場所から当該消費者が退去する旨の意思を示したにもかかわらず、その場所から当該消費者を退去させないこと。

〈2〉【1.5.18】〈2〉〈3〉〈4〉は、〈1〉の場合に準用する。

2 意見

〈1〉について、提案の内容より広く困惑の範囲を拡げた上、事業者が消費者を威迫して勧誘をした場合や消費者を心理的に動揺させた場合にも消費者に取消権を付与する以下のような条項とすべきである。

「消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、以下のいずれかに該当する行為、その他当該消費者を困惑させる行為をし、それによって当該消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。

- ①当該事業者が当該消費者の私生活又は業務の平穩を害すること
- ②当該事業者が当該消費者を威迫すること
- ③当該事業者が当該消費者を心理的に動揺させること」

3 理由

(1) 当該事業者が当該消費者を威迫した場合

本提案では、消費者契約法4条3項で取消事由とされている不退去・監禁に限定せず、困惑要件を広げている点では評価できるものの、「困惑」類型に限っている点では変わらない。

しかしながら、現実のトラブル例としては、強迫まがいの抑圧的な言動により勧誘するケースや、消費者の公私にわたる生活の平穩を乱すような言動により勧誘するケースなどがある。例えば、電話勧誘販売において、事業者が執ようかつ威迫的な言動を繰り返すことにより、消費者が勧誘の継続を望まない意思を示すことなくやむなく契約に応じてしまう例がある。かかるトラブルは、消費者の自己決定過程を著しく侵害しているにもかかわらず、上記の困惑類型では必ずしも十分に対処できない。

そもそも現行消費者契約法4条3項は、消費者と事業者との間に交渉力において格差があることを踏まえて、契約締結過程における、事業者のいわゆる威迫・困惑行為によって消費者が瑕疵ある意思決定をした場合のルールを定めるものとして議論されてきた。第16次国民生活審議会の中間報告では、「消費者契約において、契約の勧誘にあたって事業者が消費者を威迫した又は困惑させた場合であって、当該威迫行為又は困惑行為がなかったならば消費者が契約締結の意思決定を行わなかった場合には、消費者は当該契約を取り消すことができる」という内容が提案されており、同最終報告では、「事業者が、消費者を威迫するような言動（強迫まがいの威圧的な言動）、消費者の私生活

又は業務の平穩を害するような言動（例えば、長時間にわたり消費者を拘束する、夜間に消費者の居宅に上がり込む、消費者に不意打ち的に接近し考慮する時間を与えないなど、消費者の公私にわたる生活の安寧を乱すような行動）をした場合においては、消費者は契約を取り消すことができる」とすることが適当である」と、行為の明確化を意識した表現となっていた。

ところが、最終的には、産業界の強い反対により後退し、現行消費者契約法は、不適切な勧誘行為として従来議論されていた行為態様の中でも、もっとも極端な行為態様である、消費者宅等からの不退去と、消費者の退去妨害という行為を限定的に取り上げたものとなってしまっている。

今回の基本方針の提案も、この現行消費者契約法が困惑に限定した枠組みを維持しているが、前記のとおり、不十分な内容と言わざるをえない。例えば、『買ってくれないと困る』と声を荒げられて、誰もいないのでどうしてよいかわからなくなり、（特に勧誘継続を望まない意思を表示せず）早く帰ってもらいたくて契約した」場合や、「契約した覚えがないと断ると、『ここまで話が進んでいるのに無責任だ。勤務先へ行って上司に言う。』などと強く言われ、（特に勧誘継続を望まない意思を表示せず）それは困るので契約を承諾した。」といった場合等は、現行消費者契約法のみならず基本方針の提案による保護の対象外となる可能性が高く不都合である。かかるトラブルについて対処できるようにするためには、困惑の場合だけでなく、威迫により契約を締結させた場合も保護の対象とすべきである。

この点、特定商取引に関する法律においては、「威迫」行為をも、事業者の禁止行為として掲げている（同法6条3項）。

以上より、取消事由の一類型として、事業者が消費者を威迫する勧誘形態を追加すべきである。なお、ここにいう「威迫」とは、「言語・動作・態度により、相手方に不安・困惑の念を抱かせること」であり、現民法96条1項の強迫にいう「畏怖させる」程度までは至らなくとも、消費者に不安感を与えたり戸惑わせることで足りるというべきである。

(2) 当該事業者が当該消費者の私生活または業務の平穩を害した場合

現行消費者契約法4条3項の趣旨は、消費者が、事業者から意思決定に瑕疵をもたらす不適切な勧誘行為を受けて、困惑して契約締結の意思表示をした場合には、消費者は当該契約の効力を否定しうるものとするのが適当であることにある。

しかしながら、消費者の困惑による意思表示をもたらす事業者の不適切な勧誘行為は上記不退去と退去妨害に止まるものではない。例えば、長時間にわたる消費者に対する勧誘、不適切な時間帯での勧誘、勧誘目的を隠匿した不意打ち的勧誘など消費者の公私にわたる生活の安寧を乱す言動、すなわち、事業者が消費者の私生活または業務の平穩を害する言動もまた、消費者を困惑させ、消費者の意思決定に重大な瑕疵をもたらす不適切な勧誘行為であることは疑う余地はない。

よって、事業者が消費者の私生活または業務の平穩を害した場合も取消対象とすべきである。

(3) 当該事業者が当該消費者を心理的に動揺させた場合

例えば、「先祖のたたりがある。このままでは子どもたちに不幸が及ぶ。」などと告げて高額な壺等を売る行為等のように消費者を心理的に動揺させて契約を締結させる行為もまた、消費者の意思決定に瑕疵をもたらす不適切な勧誘行為であることは疑う余地はない（福岡地判平成11年12月16日判時1717号128頁等）。

このような消費者を心理的に動揺させる行為についても取消事由に追加する必要がある。

よって、事業者が消費者を心理的に動揺させた場合も取消対象とすべきである。

(4) 例示

さらに、以上の3類型以外にも、消費者を困惑させる類型は今後も新たに生じる可能性が高い。

そのような場合、前記3類型に限定して取消事由を列挙したのでは、新たな消費者被害に迅速に対応できない。

そこで、前記3類型に限定することなく、これらを例示列挙とし、同3類型に直接該当しない場合であっても、事業者が消費者を困惑させて契約を締結させたような場合には本取消権を行使できるようにすべきである。

なお、消費者が困惑する行為があれば常に取消権が行使されるのでは取引の安全が害される、消費者からの濫用的な取消権の行使がなされるのではとの懸念については、因果関係が必要であることからそのような懸念は現実化しないものと解される。

すなわち、消費者が困惑する行為があったとしても当該消費者が契約締結をしたような場合には、因果関係がないとして、取消権は行使できないのである。

逆に、事業者による困惑行為がなければ当該消費者が契約締結をしなかったのであれば、やはり当該契約はその締結過程に問題があると考えざるを得ず、当該消費者に取消権を与えるべきであり、そのような場合における取消権行使は濫用的とは到底評価されないものと考えられる。

[以上、日本弁護士連合会2006年12月14日「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」23～25頁参照]

(状況の濫用における取消権の付与)

1 改正提案

意思表示の取消に関し、消費者契約法4条1項1号の不実告知を一般法化し、同条1項2号の断定的判断の提供や同条3項の困惑については統合するものの、それ以外に新たな消費者による取消権の提案はなされていない。

2 意見

事業者が不当勧誘行為を行った場合に消費者に取消権を付与する以下のような一般条項を新設すべきである。

「消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対して、当該消費者の知識の不足、加齢・疾病・恋愛感情・急迫状態等による判断力の不足を知り、または、知りうるため信義則上勧誘を行うべきでないにもかかわらず勧誘を行ったときは、当該消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示を取り消すことができる。ただし、当該行為がなかったとしても当該消費者が当該消費者契約を締結した場合はこの限りではない。」

3 理由

現在の我が国では、販売の意図を隠して消費者に接近したうえで恋愛感情等を利用して契約させる恋人商法や、一時的な昂揚状態を利用するSF商法、最近特に社会問題となっている高齢者の判断力不足につけ込む次々販売や悪質リフォーム、上下水道の不具合という緊急事態に乗じて不必要かつ高額な工事を締結させるシール業者、呼ばれてもいないのに押しかけて高額な契約を締結させる葬儀業者・レッカー業者などについて、多数の深刻な被害が発生している。これらは、一時的ないしは恒常的に契約締結についての知識・判断力が消費者に不足している状況を業者が利用して契約締結がなされることに特徴がある。

上記のような深刻な社会的事実からすれば、消費者の知識・判断力不足を利用して、事業者が消費者に契約を締結させた場合には、消費者に契約からの離脱を認めるべきである。しかし、現行法では、これらの事例は成年後見がなされている場合や公序良俗に反すると判断される場合以外は直接的には救済されない。このような「状況を濫用」して契約締結をさせられた消費者は真意から契約を締結したとは言い難い。したがって、事業者が消費者の知識不足・判断力不足をいわば利用して契約を締結させた場合を取消事由に追加すべきである。事業者には、消費者の知識不足・判断力不足の状態を知りまたは知り得た場合には契約が取り消されるリスクを負わせてしかるべきであるから、事業者が消費者のそのような状態を知りまたは知りうるにもかかわらず契約を締結させた場合は取消事由とすべきである。

なお、消費者が「既におかれている状況」を利用するだけでなく、そのような状況を作成した上で、その状況を利用する行為もこれに含まれていると解すべきである。

この点、オランダ民法典第3編44条には、以下のような条項がある。「1. 法律行為は、それが強迫、詐欺または状況の濫用の結果として行われた場合は、取り消すことができる。(略) 3. 相手方が法律行為を—必要性、依存性、気まぐれ、異常な精神状態または経験不足といった—特殊な状況の結果として行う気にさせられていることを知り、または知るべきである者が、そうすべきでないにもかかわらず、相手方にその法律行為

をなすように促した場合は、状況を濫用している。」(中田邦博龍谷大学助教授(当時。現在は同大学法科大学院教授)の訳では「窮状、依存状況、軽率さ、異常な精神状態、経験のなさなどの特段の事情によって相手方が法律行為をなすに至ったことを知り、または知ることができた者が、そのことを知り、または知るべきであった事情の下では当該法律行為の成立を妨げるべきであったにもかかわらず、その成立を求める場合、状況の濫用となる」とされている。)(以上、「消費者契約法日弁連試案・同解説」1999年10月)。

また、特定商取引法7条3号省令7条2号は、指示対象行為として、「老人その他の判断力の不足に乘じ、訪問販売にかかる契約を締結させること。」を定めている。

よって、意見の趣旨記載のとおり、事業者が状況の濫用を行った場合に民事効として取消権を付与する規定を追加すべきである。

[以上、日本弁護士連合会2006年12月14日「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」25頁参照]

(不招請勧誘における取消権の付与)

1 改正提案

意思表示の取消に関し、消費者契約法4条1項1号の不実告知を一般法化し、同条1項2号の断定的判断の提供や同条3項の困惑については統合するものの、それ以外に新たな消費者による取消権の提案はなされていない。

2 意見

事業者が不当勧誘行為を行った場合に消費者に取消権を付与する以下のような一般条項を新設すべきである。

「消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対して、あらかじめ当該消費者の要請がないにもかかわらず次のいずれかの行為をしたときは、当該消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示を取り消すことができる。ただし、当該行為がなかったとしても当該消費者が当該消費者契約を締結した場合はこの限りではない。

- ① 当該消費者の住居または勤務先を訪問すること。
- ② 当該消費者の住居または勤務先に対して、電話、ファクシミリ、電子メールを送信すること。」

3 理由

不招請勧誘は、定型的に消費者の私生活や業務の平穩を侵し、その冷静かつ自由な判断を侵害する勧誘方法であることから、消費者被害の温床となっている。したがって、

かかる勧誘方法を禁止する必要性は高く、そのためには不招請勧誘によって締結された契約に関する意思表示を取消の対象とすることが効果的である。

また、不招請勧誘は、全く無防備な消費者に対して、突如として行われる不意打ち的なものである上、消費者契約の特性として、事業者と消費者の知識および交渉力の差が大きいため、消費者が十分に契約の必要性、契約内容や契約条件などが理解できないまま、事業者の勧誘文言に幻惑されてしまうことがほぼ常態化しているといえる。

このように、不招請勧誘は、定型的に私生活の平穩を害し、消費者を困惑させて契約をさせる勧誘方法であり、消費者契約法4条3項の不退去、退去妨害と同様に、消費者の正常な意思表示が害されていると考えられる。したがって、不招請勧誘によって契約が締結された場合には、民法96条、あるいは消費者契約法4条3項に準じて、消費者に意思表示の取消権を付与すべきである。

さらに、平成17年4月に政府が公表した「消費者基本計画」における不招請勧誘の規制の検討も消費者契約法施行後の状況の分析・検討を前提に、分野横断的、包括的視点に立った取引ルール作りの一つとして位置づけられており、不招請勧誘に関する規定を消費者契約法に規定することは、その規定の位置づけとして整合性を欠くものではない。

このように、被害事例の多さ、消費者契約法1条の同法の趣旨、市場の公正の確保の必要から不招請勧誘について民事効を定める必要性は高いというべきであり、また理論的にも民法やこれまでの消費者契約法とも整合性があると考えられる。不招請勧誘の禁止の実効性担保のために民事効が規定されることが必要である。

なお、不招請勧誘を理由とする取消においては、消費者の困惑を要件とせずに、事業者の勧誘態度のみを要件としている。不招請勧誘は不意打ち的で、私生活の平穩を害する勧誘であり、定型的に消費者を困惑させて契約をさせる勧誘方法である。また、消費者の困惑の発生はその蓋然性が極めて高いものである。そこで、消費者の困惑を要件とせずに取消しができることとした。

よって、前記意見の趣旨記載のとおり、事業者が不招請勧誘を行った場合に民事効として取消権を付与する規定を追加すべきである。

[以上、日本弁護士連合会2006年12月14日「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」26～27頁参照]

(不当勧誘における取消権付与の一般条項の新設)

1 改正提案

意思表示の取消に関し、消費者契約法4条1項1号の不実告知を一般法化し、同条1項2号の断定的判断の提供や同条3項の困惑については統合するものの、それ以外に新たな消費者による取消権の提案はなされていない。

2 意見

事業者が不当勧誘行為を行った場合に消費者に取消権を付与する以下のような一般条項を新設すべきである。

「消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対して信義誠実の原則に反する行為をしたときは、当該消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示を取り消すことができる。ただし、当該行為がなかったとしても当該消費者が当該消費者契約を締結した場合はこの限りではない。」

3 理由

事業者の消費者に対する不当勧誘類型を、誤認類型、困惑類型、適合性原則等の個別規定には該当しないが、情報の質・量や交渉力において優位に立つ事業者がその交渉力等を濫用して、信義則に反する態様の勧誘行為を行う場合が存在している。例えば、異性の販売員が勧誘して消費者に好意をもたせることにより契約に持ち込む販売方法であるデート商法が挙げられる。こうした場合、消費者の自由な意思決定が歪められ、消費者が不本意な内容の契約を締結させられるという消費者被害が生じている。

また、現代社会では、日々新たな不当勧誘行為が業者によって生み出されており、具体的かつ個別的な規定のみでは時代の変化に対応しきれない。

これら事業者の不当勧誘行為に厳正かつ迅速に対処するためには、事業者の不当勧誘を規制する一般条項を設けることが必要かつ効果的である。そこで前記2の意見に記載したとおりの規定を設けて、信義則に反する態様の勧誘行為一般について、それが原因で消費者が意思表示をしたと認められる場合には、意思表示に瑕疵がある場合に準じて、これを取消事由とすることによって、消費者被害の受け皿を広げることが妥当である。

特に、事業者と消費者との間の情報や交渉力の格差に鑑みると、事業者と消費者との間に公正な取引ルールを構築し、消費者被害を防止するためにも、事業者の不当勧誘を規制する一般条項の創設が不可欠である。

[以上、日本弁護士連合会2006年12月14日「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」27頁参照]

(適合性の原則による無効規定の新設)

1 改正提案

適合性の原則に関する提案はなされていない。

2 意見

適合性の原則に反して締結された契約を無効とする以下のような条項を新設すべきである。

「消費者の知識、経験、理解力、必要性、財産の状況に照らして不適當な消費者契約は無効とする。」

3 理由

- (1) 適合性原則とは、消費者の知識、経験、資力の状況等を考慮して勧誘・販売を行わなければならないとする原則である。

もともと適合性原則は、アメリカにおいて、1930年代から証券業者の自主規制機関の規則という形態で定められていたものである。

我が国においては、当初、証券取引に関する大蔵省通達（昭和49年12月2日付大蔵省証券局長通達（蔵証第2211号））においてその考え方が示され、その後、旧証券取引法、旧商品取引所法等で規定され、現在、金融商品取引法40条1号、商品取引所法215条に規定され、金融商品販売法8条2項では勧誘方針において定める事項の一つの事項とされ、同法3条2項では説明義務の内容につき同原則にそった方法程度が規定されている。

投資に限られない分野においては、国民生活審議会消費者政策部会報告「21世紀型消費者政策の在り方について」（平成15年5月）は「事業者は、消費者の知識、経験、理解力、資力等の特性を考慮した勧誘・販売を行わなければならないとする考え方は、消費者契約に広く適用されるべき原則であり、その旨を法的に明確化する必要がある。また、明らかに当該取引に対する適合性を有しない消費者に対し、過大なリスクを伴う商品・サービスを積極的に勧誘・販売してはならないとする考え方の導入を、取引類型に応じて検討する必要がある。」としている。

これを受けて、消費者基本法（平成16年5月改正）5条1項3号は、「消費者との取引に際して、消費者の知識、経験及び財産の状況等に配慮すること」を事業者の責務としている。

また、特定商取引法7条3号省令7条3号は指示対象行為として、「顧客の知識、経験及び財産の状況に照らして不適當と認められる勧誘を行うこと。」を定めている。

- (2) 具体的被害事例

近時大きな社会問題となっている高額かつ不要なリフォーム工事契約を次々に締結させる悪質リフォーム問題、普段それほど電話を利用していない高齢者等に対し多機能電話機のリース契約を締結させる電話リース問題、普段着物をほとんど着る機会がない消費者に対し支払能力を超える高額な着物の売買契約を次々と締結させる例、消費者に明らかに不必要な量の布団を販売する例、最終的な引受能力のない消費者に対し過量な取引をさせる先物取引、経済的にも仕事上も長期休暇をとる余裕のない若年者に対し高額なレジャークラブ会員権の契約を締結させる例等、適合性原則違反が問題となる被害事例は極めて多い。

これらの事例は事例によっては極めて深刻な被害となっており、早急な救済が必要で

ある。

- (3) これらの被害事例について、現行法による直接的な救済としては、信義則に基づく契約上の付随義務違反による損害賠償が考えられ、これを認めた判決も存するが、過失相殺の問題もあり、これでは救済は部分的にすぎない。

上記のとおり、同原則は、投資分野や訪問販売の分野では法律上の原則として規定され、また、消費者基本法において事業者の責務とされており、消費者契約において、事業者が守らなければならない一般的責務であるといえる。このような責務は消費者の側からみれば、消費者保護のために重要な役割を果たすものであり、消費者被害の救済の必要性からは、同原則違反行為に民事上の効果を付与すべきである。最高裁判例においても、「顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は不法行為法上も違法となると解するのが相当である。」として、適合性原則違反に民事上の効果を認めることを認めた例もある(最判平成17年7月14日民集59巻6号1323頁)。

- (4) 割賦販売法・特定商取引に関する法律の改正

このような状況の中、平成20年6月には、割賦販売法および特定商取引法において、過量販売に係る契約について購入者等に解除権(過量販売撤回・解除権)を与える旨の改正がなされ、平成21年末には施行される予定である。

この改正により、訪問販売に関する取引に関しては、当該取引自体や当該取引に係る個別式クレジット契約を解除することが可能となる。

しかしながら、あくまでも訪問販売に限定されており不十分と言わざるを得ない。

- (5) 改正すべき内容

適合性原則の考慮要素としては、一般的に適合性原則としてあげられる、消費者の知識、経験、財産の状況のほか、上記の被害事例に鑑み、消費者の理解力、必要性(特に過量販売に対応するために必要)をいれるべきである。

考えられる民事上の効果は取消事由ないし無効事由であるが、適合性原則違反は、消費者契約における消費者利益保護の要請に反していること、現行消費者契約法は従前の公序良俗の基準よりもより低いレベルで消費者契約における不当条項を無効にしている点(同法8ないし10条)でいわば消費者取引公序を創設したと解することができること、学説においても公序良俗違反で無効となる可能性が指摘されていること、取消事由は原因のやみたる時から取消可能となるのが一般的だが、同原則違反においては原因のやみたる時は観念しづらいこと等から、民事上の効果は無効とすべきである。この無効は、消費者からのみ無効を主張しうる相対的無効とすべきであろう。

以上からすれば、適合性原則違反の消費者契約を広く無効とする規定を新設すべきである。

[以上、日本弁護士連合会2006年12月14日「消費者契約法の実体法改正に関

する意見書」30～31頁参照]

【1.5.20】（意思表示の効力発生時期） NBL 36 頁

1 改正提案

【1.5.20】（意思表示の効力発生時期）

〈1〉相手方のある意思表示は、その意思表示が相手方に到達した時からその効力を生ずる。

〈2〉次のいずれかに該当する場合は、別段の合意または慣習がある場合を除き、その時に〈1〉の到達があったものとする。

〈ア〉相手方または相手方のために意思表示を受領する権限を有する者が意思表示を了知した場合。

〈イ〉相手方または相手方のために意思表示を受領する権限を有する者が設置または指定した受信設備に意思表示が着信した場合のほか、相手方または相手方のために意思表示を受領する権限を有する者が意思表示を了知することができる状態に置かれた場合。

〈3〉相手方のある意思表示が相手方に通常到達すべき方法でされた場合において、相手方が正当な理由なしにその到達に必要な行為をしなかったために、その意思表示が相手方に到達しなかったときは、その意思表示は、通常到達すべきであった時に到達したものとみなす。

2 意見

- (1) Eメールを用いた意思表示について、〈2〉〈イ〉の適用対象とするか否かについては、**慎重な検討が行われるべきである。**
- (2) 〈3〉で到達の擬制がなされることにより、**意思表示の相手方が不在であり留置期間の経過により内容証明郵便が差出人に還付されるような事例、においても、相手方において「正当な理由」の評価根拠事実を主張立証する必要があることとなるが、このような結果が相手方に過剰な負担にならないか、慎重な検討を行うべきである。**

3 理由

- (1) Eメールを用いた意思表示について、〈2〉〈イ〉の「受信設備」にEメールアドレスに対応したプロバイダ等のメールサーバーも含まれると解すれば、着信したメールが迷惑メールフォルダに入り相手方の目に留まることが期待し難い場合、サーバー上のメールフィルタではねられてしまい、メールが送信されたことすら事実上認識しえない場合等、相手方に不当な不利益を強いることとなる場合も想定される。

また、これは、「受信設備」とは何をさすか、相手方のために「設置」したとは何か

にも深く係わるところであるが、本提案からは曖昧であることも問題である。

よって、Eメールを用いた意思表示について、〈2〉〈1〉の適用対象とするか否かについては、慎重な検討が行われるべきである。

- (2) 〈3〉は、「相手方のある意思表示が相手方に通常到達すべき方法でされた場合において、相手方が正当な理由なしにその到達に必要な行為をしなかったために、その意思表示が相手方に到達しなかったときは、その意思表示は、通常到達すべきであった時に到達したものとみなす。」とする新しい規定である。

提案要旨では、「相手方が意思表示の受領を拒絶するなどしたために」とあるが、本提案の書き振りよりして、このような受領拒絶事例のみでなく、不在事例、すなわち、意思表示の相手方が不在であり留置期間の経過により内容証明郵便が差出人に還付されるような事例においても、〈3〉が適用されるものと思われる。

この点、最判平成10年6月11日民集52巻4号1034頁は、「受取人の了知可能な状態」(到達)を「被上告人は、不在配達通知書の記載により、〇〇弁護士から書留郵便(本件内容証明郵便)が送付されたことを知り(略)、その内容が本件遺産分割に関するものではないかと推測していたというのであり、さらに、この間弁護士を訪れて遺留分減殺について説明を受けていた等の事情が存することを考慮すると、被上告人としては、本件内容証明郵便の内容が遺留分減殺の意思表示または少なくともこれを含む遺産分割協議の申入れであることを十分に推知することができたというべきである。また、被上告人は、本件当時、長期間の不在、その他郵便物を受領し得ない客観的状況にあったものではなく、その主張するように仕事で多忙であったとしても、受領の意思があれば、郵便物の受取方法を指定することによって(略)、さしたる労力、困難を伴うことなく本件内容証明郵便を受領することができたものといえる。そうすると、本件内容証明郵便の内容である遺留分減殺の意思表示は、社会通念上、被上告人の了知可能な状態に置かれ、遅くとも留置期間が満了した時点で被上告人に到達したものと認めるのが相当である。」とし、諸事情を考慮の上社会通念に照らし判断しているが、本件提案は原則到達の擬制がなされるという意味において、上記判決を到達の効力を認める方向にさらに進めるものといえる。

これにより、「相手方のある意思表示が相手方に通常到達すべき方法でされた場合」については、原則として到達の擬制がなされることとなり、それを争う意思表示の相手方において「正当な理由」の評価根拠事実を主張立証する必要があることとなる。

前述のとおり、〈3〉の規定は、今般新設されるものであるため、このような結果が相手方に過剰な負担にならないか、慎重な検討を行うべきものとする。

第3節 代理および授權

【1.5.35】（代理權授与の表示による表見代理） NBL 53 頁

1 改正提案

【1.5.35】（代理權授与の表示による表見代理）

〈1〉相手方に対して他人に代理權を与えた旨を表示した者は、次のいずれかに該当する場合を除き、その代理權の範囲内においてその他人が相手方との間でした行為について、自己に対してその行為の効力が生じないことを主張できない。

〈ア〉相手方に対して他人に代理權を与えた旨を表示した者が、その表示された代理權を与えていないことを知らなかった場合。ただし、その者に重大な過失があるときは、この限りでない。

〈イ〉相手方が、その表示された代理權が与えられていないことを知っていた場合

〈ウ〉相手方が、その表示された代理權が与えられていないことを過失によって知らなかった場合。ただし、相手方に対して他人に代理權を与えた旨を表示した者が、その表示された代理權を与えていないことを知りながら、その表示された代理權を与えたものと相手方を誤信させるためにその表示をしたときは、この限りではない。

〈2〉相手方に対して他人に代理權を与えた旨を表示した者は、その代理權の範囲を越えてその他人が相手方との間でした行為についても、相手方がその行為についてその他人に代理權があると信ずべき正当な事由があるときは、〈1〉と同様とする。

〈3〉〈1〉〈2〉は、相手方に対して自己の名称を使用して法律行為をすることを他人に認めた場合に準用する。

〈4〉他人に代理權を与える旨の書面（この提案（【1.5.35】）では、【3.1.1.04】にいう電子的記録を含む。）を交付した者は、その他人が相手方に対してその書面を呈示したときは、相手方に対しその他人にその書面に記載された代理權を与えた旨を表示したものと推定する。代理人を特定せずに代理權を与える旨の書面を交付した者も、その書面を取得した者が相手方に対してその書面を呈示したときは、相手方に対してその者にその書面に記載された代理權を与えた旨を表示したものと推定する。

2 意見

- (1) 〈1〉につき、代理權授与の表示による表見代理の適用範囲について、法定代理の場合を除外してもよいかにつきなお慎重な検討を要する。
- (2) 〈1〉〈イ〉〈ウ〉本文につき、【1.5.K】で代理權消滅後の表見代理を表見代理の類型に含ませたことと関連して、相手方の保護要件を善意無過失とすることには、なお慎重な検討を要する。

3 理由

- (1) 検討委員会の基本方針では、代理権授与の表示による表見代理の適用範囲について「代理権を与えた旨の表示をした者」と規定して任意代理のみを対象としているが、これは妥当ではなく、法定代理への適用可能性も検討されるべきである。

提案要旨にあるとおり、「法定代理権を授与する旨の表示をしても意味がない」ことから、現民法109条の適用範囲について、通説的立場は任意代理にのみ適用されると考えるようである。これに対し、法定代理にもいろいろあり（法定代理の多様性を認めない学説はない。）、一般的に法定代理への適用を否定するのは妥当ではないという考え方もある（四宮和夫・能見善久民法総則（第7版）305頁）。そして、例えば、日常家事債務に関する夫婦の相互代理権のように本人が代理人を監督できる状況にある場合には、現民法109条を適用してもよい、さらに、国や自治体の組織上の代理権についても本人の監督上の帰責性を問うるので、現民法109条を適用してもよいとする。ここでは、本人側の帰責性を、本人の代理人に対する「監督可能性」に求めているが、これは果たして妥当か。つまり、通説が考える本人の帰責性は、代理権授与表示に求められており、帰責性の内容について相違が認められる。そこで、後者の少数説のいう「監督可能性」をもって本人に法律行為の効果を帰属させてもよいという価値判断を行うことが可能なのであれば、改正試案においても、一般的に法定代理への適用を否定する必要性はないはずである。

よって、明文によって適用範囲を任意代理に限定してもよいか否かについては、さらに慎重な検討を要する。

- (2) 意見の主眼は、現民法102条に相当する【1.5.37】を、改正試案では、表見代理の一類型としたことに対する疑問を述べるものである（【1.5.K】）。すなわち、【1.5.37】では、「その代理権が全部または一部消滅していたことを相手方が知らなかったとき」に適用範囲を限定することで、たまたま遙か過去に何の関係もない代理権があったというだけで、現在代理権があると信じただけの相手方を保護の対象から除外し、妥当な結論を導く考えを採用している。しかし、同じ表見代理の類型である【1.5.35】や【1.5.36】の場合と異なり、本人の帰責性という事情は、【1.5.37】では、考慮されていないのではないかと、という疑問がある。さらに言えば、【1.5.37】の類型では、本人の帰責性が観念できないのではないかと、という疑問がある。とすれば、同じく表見代理として3つの類型を規定するとしても、各類型がそれぞれ特徴を有することを正面から認め、各類型の要件を統一的に規定するのではなく、必要に応じて差異を設けて規定することも許されるべきである。この考え方に立ち、本類型について、相手方の保護要件を考えた場合、「相手方に対して他人に代理権を与えた旨を表示した」本人の帰責性は他の表見代理の類型と比較して大きいものと評価しうる。とすれば、より本人の帰責性の小さい他の表見代理の類型との比較で、本人の帰責性以外の要件である相手方の保護要件を差別化し、本類型においては、具体的に相手方の保護要件を「善意無重過失」と規定するこ

とも考えられてよいはずである。

この点、①表見代理の各類型にそれぞれの特徴を認める以上、他の類型との比較の視点など不要で、各類型の適用要件については、それぞれの類型毎に想定される事例を念頭におきつつ各々立法を行えばよい、との批判が考えられる。

しかし、これに対しては、改正試案の立場も、後述するように各表見代理規定を貫く共通の思想として、「表見法理」の考え方を前提としていると見ることができ、だからこそ類型化が可能なのであって、類型毎の特徴を認めたとしても、共通の基盤に立っていることを前提とすることまで失念してははならない。とすれば、各類型間での比較という視点までは否定されるべきではない。

また、②現民法109条の確立した通説と判例は、相手方の保護要件を文言どおり「善意無過失」と解し、2004年現代語化の際の改正でも、それは維持された。今回の改正においても維持すべきであるとの批判が考えられる。

しかし、これに対しては、【1.5.37】の部分で述べるように、現民法112条を表見代理の規定とは解さない立場もあり、現民法109条と現民法110条のみ表見代理の規定とするこの立場によれば、両者の場合の本人の帰責性の程度はともに大きく、適用要件に差異を設ける必要性は認められないから、相手方の保護要件についても統一的に「善意無過失」とすることに問題はないといえる。しかし、現民法102条にあたる【1.5.37】については、そもそも、どういった事情に本人の帰責性を求めているのか、という疑問があり、にもかかわらず、これを明文で表見代理の規定と類型化することから、他の類型においても適用要件をそのまま維持することができるのかという点についての検討がさらに必要となるはずである。これは、改正試案が本来異質なものを「表見代理」の類型に加えたのではないかと、との危惧によるものである。

いずれにしろ、相手方保護要件を「善意無重過失」とすべきとの本意見は、【1.5.37】の捉え方とも関わるものであり（この点については、【1.5.37】の部分で後述する。）、それも含めてさらに慎重な検討を要する。

【1.5.36】（権限外の行為の表見代理） NBL 55 頁

1 改正提案

【1.5.36】（権限外の行為の表見代理）

代理人が本人から与えられた権限外の行為をした場合において、相手方がその行為について代理人に代理権があると信じ、かつ、次の事情等を考慮して、そのように信じたことに正当な理由があると認められるときは、本人は、自己に対してその行為の効力が生じないことを主張できない。

〈ア〉当該行為について代理権があることを推測させる徴憑の有無

〈イ〉代理人が〈ア〉の徴憑を取得した経緯と本人がそれに関与した程度

〈ウ〉代理人の行為に対する本人の言動

〈エ〉当該行為により代理人が取得する利益の程度，当該行為により本人が負うべき不利益または負担の程度その他当該行為について代理人に代理権があることを疑わせる事情の有無およびその程度

〈オ〉代理人に与えられた代理権について相手方が調査しまたは確認するためにした行為の有無およびその程度

2 意見

権限外の行為の表見代理について，任意代理の場合に限定をすべきではなく，法定代理への適用を認めるべきである。

3 理由

(1) はじめに

本提案では、「権利者が権利を失うことを正当化するためには，その権利者自身に権利を失ってもやむを得ない理由がなければならない」という表見法理の基礎にある考え方を基本原則として位置づけるべきとし、「代理人が本人から与えられた権限外の行為をした場合」と定め，任意代理の場合に限り適用されることを明らかにしているが，このような限定を行うべきではない。すなわち，法定代理への適用を立法によって一方的に否定することは差し控えるべきであり，法定代理への適用を認めるべきである。あるいは少なくとも法定代理への適用可能性の解釈の余地を残すべきである。

(2) 表見代理制度の趣旨の捉え方

現民法上，表見代理制度の趣旨をどう理解するかについては，争いがある（山本敬三民法講義Ⅰ 350頁以下）。

ア 取引安全説

一方で，表見代理制度を，取引安全のための制度として理解する立場がある。例えば，我妻榮新版民法総則（民法講義Ⅰ）364頁には，「取引の安全は，近代法の一理想である。しかも，代理は，近代取引の重要な制度であるから，取引の安全の理想は，特に強く現れねばならない。表見代理の規定は，この意味において適当に拡張をはかるべきである。」との記述がある。

イ 表見法理説

これに対し，表見代理制度の基礎には，真実に反する外観を作り出したという帰責性を前提として，その外観を正当に信頼した者を保護するという考え方，つまり表見法理があるとする考え方がある。

例えば，佐久間毅民法の基礎1総則260頁以下には，「代理行為の効果が本人に生じるには，法律行為の実行，その際の顕名，行為者における代理権の存在が必要である。したがって，行為者に代理権がなければ，本来，その行為の効果は本人に帰属

しない。それにもかかわらず、代理権の存在に代わるある種の事情が認められるときに、代理行為の本人への効果帰属と同じ法的効果を生じさせるのが、表見代理である。そうすると、表見代理の成否を考える際には、代理権が存在しない場合に、どのような事情があれば代理権が存在する場合と同様に扱ってよいのか、という観点が重要になる。ここでは、本人側の事情と相手方の事情を、ともに考慮しなければならない。すなわち、無権代理行為であるにもかかわらず、本人に効果引受けの責任を負わせようとする者でなければならない。そこで、表見代理責任の成立には本人にどのような帰責性のあることが必要か、相手方が表見代理による保護に値するのはどのような場合かについて、明らかにすることが重要となる。」との記述がある。

ウ そして、両者の見解の相違が、①制限行為能力者の法定代理の場合についての表見代理規定の適用を認めるかどうか、②現民法110条の正当理由存否の判断において本人の事情を顧慮することを認めるかどうか、等について結論に影響を与える。

エ 評価（近時有力な立場は後者）

すなわち、「契約上の義務は行為者自らの私的自治的自己決定によって生ずるのが本来である。例外となる表見代理においても、相手方から見て代理権があると信じてもよかった外観について本人が何らかの意思的、意識的な関与をしたといえることが必要となると考えるべきであり、単に相手方保護の必要性和本人の犠牲を甘受すべき事情との比較という利益衡量的な判断のみによるべきではない。したがって、権利外観論的構成が妥当であると考え。」との評価がある（民法の争点76頁安永正昭）。

また、「従来は、取引の安全を強調するあまり、不利益を被る側（表見代理でいえば、本人）の帰責事由を不問に付するきらいがあったが、近時の学説が帰責事由を重視するようになったことは、心強いかぎりである。」との評価もある（四宮和夫「民法総則」第4版補正版258頁）。

(3) 本提案の評価

本提案が、イの立場に立つことは明らかである。この立場を妥当とするとしても、法定代理の多様性についてはどちらの立場に立っても認められるところ、法定代理の場合には、事情の如何を問わず常に表見代理規定の適用を否定すべきと立法者が判断することが妥当か否かはさらに検討を要する。ここでの問題は、言い換えれば、法定代理の場合には、表見代理規定の適用要件である本人の帰責性が常に認められないと結論付けてもよいか、果たしてその際要求される帰責性の内容をどのように考えるのかという問題である。

この問題に関する現民法110条の判例の立場は（大判昭和17年5月21日民集21巻571頁）、法定代理にも同条の適用を認める。ただし、事案は親族会の同意を得ずに代理行為がなされたケースであり、現民法下においては、法定代理に現民法110条の適用を認めるか否かが問題になるケースは限られており（従来の行為能力者制度によると、無能力者の法定代理人には包括的な代理権が認められていたので、せいぜい問

題になるのは、後見監督人が選任されているときに、その同意を得ないで後見人が代理行為をした場合、問題は大きくはなかった。

しかし、平成13年改正により導入された成年後見制度により、状況が少し変わったとの評価もある。

例えば、山本敬三前掲382頁以下では、「保佐人や補助人に代理権を付与する審判がおこなわれるときは、その代理権の範囲は特定の法律行為に限定される（現民法876条の4第1項、876条の9第1項）。したがって、その範囲を越えて代理行為がおこなわれた場合に、表見代理が問題とされる可能性がある。そこでは、本人も代理権付与の審判の請求や同意を通じて代理人の選任に関与していることのほか、代理権の範囲も登記されているため（後見登記等に関する法律4条1項6号）、登記事項証明書による可能性をどう評価するかなどが問題となろう。」との記述がある。すなわち、この場面では、本人（被保佐人、被補助人）も代理権付与の審判の請求や同意を通じて代理人の選任に関与していることから、表見法理説によっても、法定代理の場合に権限外の行為の表見代理の規定（【1.5.36】）の適用を基礎付けることが可能ではないか、という点が問題となるのである。

また、「新成年後見制度においては、法定代理の本人に表見代理責任が認められてよい事情が、以前よりも多く存在している、ということができよう。」との評価もある（佐久間毅「代理方からみた法定後見・任意後見」民商法雑誌122巻4＝5号69頁）。

これに対しては、上記の意味での同意等については、本人の自己決定権を尊重する理念から同意等を求めただけであり、そのような同意等があったとの事情のみをもって、判断能力が不十分または著しく不十分な者に個別の代理行為についての表見代理の責任を負わせる意味での帰責性が承認できると考えるべきではない、との考えがある（安永正昭「成年後見制度（4）」法教239号60頁）。

しかし、この見解に対しては、次のような疑問がある。すなわち、「法は制限能力者に自己決定権を制限する代償として保護制度を与えるのだから、この保護制度は完全なものであることが求められる、ということができる。しかしその反面、それゆえに保護制度が十分に機能しなかったときには本人は一切不利益を受けないとすると、現実には、保護制度の不完全性を相手方という一私人の負担で実現することになる点も、見逃されてはならない。」という考え方である（佐久間毅「代理取引の保護法利」258頁）。この考え方がバランスを失し不当であるとするならば、本提案の立場も是認できないわけではない。しかし、今回の改正では家族法の規定の見直しは先送りにされており、この立場が指摘する「保護制度の不完全性を相手方という一私人の負担で実現することになる」という点を見逃してはならないはずである（この場面で要求される帰責性の程度をどのように考えるのか。）。この点に関しては、無権代理人の責任の規定もあるが（【1.5.43】）、無権代理人が本人所有の特定物（たとえば不動産）を売ったり、貸したりした場合には、相手方が無権代理人に履行請求をしても意味がなく、結局総則の規定

では相手方の保護は図れない。

加えて、本提案は、単に本人の帰責性を重視するという理由のみで、法定代理への適用を一律に排除する立場のように思える。すなわち、論理一貫性という点を重視し過ぎているとのきらいがある。しかし、法定代理の多様性を考慮すれば、立法によって一律に法定代理への適用を排除する立場を選択することには疑問が残る。

よって、少なくとも、この論点について、解釈の余地を残す形での立法がなされるべきである。

【1.5.37】（代理権消滅後の表見代理） NBL 56 頁

1 改正提案

【1.5.37】（代理権消滅後の表見代理）

〈1〉代理人が、本人から与えられた代理権が全部または一部消滅したにもかかわらず、その代理権があるものとしてその代理権の範囲内の行為をした場合において、その代理権が全部または一部消滅していたことを相手方が知らなかったときは、本人は、自己に対してその行為の効力が生じないことを主張できない。ただし、代理人にその代理権が全部または一部消滅していたことを相手方が過失によって知らなかったときは、この限りではない。

〈2〉代理人が、本人から与えられた代理権が全部または一部消滅したにもかかわらず、その代理権があるものとしてその代理権の範囲外の行為をした場合において、その代理権が全部または一部消滅していたことを相手方が知らなかったときで、かつ、【1.5.36】〈ア〉ないし〈ウ〉に掲げた事情を考慮して、相手方がその行為について代理人に代理権があると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、自己に対してその行為の効力が生じないことを主張できない。ただし、代理人にその代理権が全部または一部消滅していたことを相手方が過失によって知らなかったときは、この限りではない。

2 意見

- (1) 本提案は、「その代理権が全部または一部消滅していたことを相手方が知らなかったときは」と定めた理由として、代理権消滅後の表見代理における相手方保護要件について、相手方が過去において代理権が存在していたことを知っていたことを前提として、その代理権の消滅を知らなかったことが必要であると考えたというが、この点についてはなお慎重な検討が必要である。
- (2) 「本人から与えられた代理権が全部または一部消滅した」と定めることにより、法定代理については、代理権消滅後の表見代理も認められないことを明確に定めることとしているが、この点についても(1)の議論に関連し、なお慎重な検討が必要である。

- (3) (1), (2)の意見の前提として、改正試案が本条を「代理権消滅後の表見代理」と位置づけた点についても、再考が必要である。

3 理由

- (1) 提案要旨においては、代理権消滅後の表見代理につき、本来、代理権の「存在」に対する信頼を保護するための制度ではなく、代理権が「存続」していることを前提としていたのに、代理権が消滅することによって相手方が思わぬ不利益をこうむるのを防ぐための制度であると考えたとされる。行為の時点で代理権が存在しないことを知らなかったことで足りるとする考え方に立った場合、同じように代理権の「存在」を信じた相手方でも、①代理行為にまったく代理権が与えられたことがなければ、現民法110条の適用もなく、表見代理が成立しないのに対し、②たまたま代理行為者にかつて代理権が与えられ、それが消滅したという事情がある場合は、表見代理が認められることになって不均衡であるというのがその根拠とされている。

かかる説明は説得的ではある。しかし、さらに進んで、代理権の「存続」に対する信頼という場合の相手方保護要件の具体的な中身が問題になるはずである。問題となる代理行為について、相手方が、取引時に代理人と称する者が以前代理権を有していたこと、そしてそれが「存続」していると信じたことを相手方保護要件とするのが改正試案の立場と評価しうるが、これは具体的にどのような場合をいうと考えるべきなのか、この点に関する議論は提案要旨からは判然とししない。また、この相手方保護要件の問題と関連し、「相手方が保護されるには、相手方が、代理人の代理権の消滅前にその者を介して本人と取引した経験があることを要するか」という点も問題となる所（実際に最高裁まで争われた事例があり、最判昭和44年7月25日判時574号26頁は、現民法112条の表見代理が成立するためには、相手方が、代理権の消滅する前に代理人と取引をしたことがあることを要するものではないとする。）、提案要旨からはこの判例に対する評価についても明らかにされていない。そして、これらの問題は、代理権消滅後の表見代理における本人側の帰責性をどう考えるのか、さらには代理権消滅後の表見代理の規定を他の2つの類型の表見代理との関係でどう捉えるのか、という問題とも関連性を有する。さらに、後者の問題に関連し、本条の規律を「代理権消滅後の表見代理」規定と位置づけることが妥当か、という問題まで検討を要する。

この点、「本人が代理行為者に過去に代理権を与えたことがあるという事実」を本人の帰責事由とする考え方もある。しかし、この考え方に立った場合、問題となった当該行為（無権代理行為）については本人にまったく帰責事由がないのに、本人は法的責任を負担しなければならぬことになり、代理権は、将来にわたり予測できない法的責任の負担を覚悟しなければ、与えられなくなってしまう。これでは、代理制度の利用を阻害する結果を招いてしまい妥当とは言えない。

そこで、この場合の本人の帰責事由について、次のように考える見解がある。すなわち、「ここでは、本人がかつて代理権を与えたという事実が、現に行われた代理行為を可能にしたと評価できることが必要である。そして、相手方は、代理行為者にかつて代理権が存在したがゆえに、現実の行為についても代理権があると信じたことが必要である。言い換えれば、本人が、代理行為者に過去に代理権を与えたことにより、問題の無権代理行為に関しても代理権ありとの信頼を相手方に惹起したことが必要である。これが充たされるのは、本人が代理人を介して相手方と過去に取引した際に、本人の真意はともかく結果的に、その後の取引にも代理権が及ぶとの信頼を相手方に惹起してしまった場合であろう。」と考える見解である（佐久間毅「代理取引の保護法理」271頁）。そして、この見解は、代理権消滅後の表見代理規定の評価について、「（現民法）112条は、当該無権代理行為時だけをみれば本人に表見代理責任を負わせるだけの事情がない場合に、本人・相手方間に代理行為者を介した取引関係が従前からあったために、今回の取引についても代理権ありと正当に信じてよかった相手方を保護する規定である。」とする（佐久間前掲272頁）。この考え方は、正当にも、代理権消滅後の表見代理規定について、無権代理行為時には、本人に表見代理責任を負わせるだけの事情がない場合の規定と捉え、他の2類型の表見代理規定との違いを指摘する。これに対し、改正試案では、代理権消滅後の表見代理規定と代理権授与の表示における表見代理、権限外の行為の表見代理規定との関係をどのように捉えるのか不明である。

以上より、本提案にいう「その代理権が全部または一部消滅していたことを相手方が知らなかったときは」とは、具体的にどのような場合を意味するのか、上記見解が指摘するように、「従前の取引関係」という視点を立法にも反映するという選択もなお検討に値するものと考えられる。

- (2) 代理権消滅後の表見代理規定に関し、法定代理への適用を認めるべきか否か、という問題点についても(1)の議論が影響を及ぼす。なぜなら、佐久間説によれば、代理権消滅後の表見代理規定については、無権代理行為時には、本人に表見代理責任を負わせるだけの事情がない場合の規定と捉えるからである。本人の帰責性を厳格に求め、表見代理規定への法定代理への適用を否定する考え方は、代理権消滅後の表見代理規定に関しては通用しないことになるのである。

よって、改正試案が法定代理への適用を明文で否定する立場に立つ点についても、なお検討の余地がある。

なお、佐久間前掲276頁以下には、次のような指摘がある。すなわち、「本人側にも、従前の法定代理人が代理権消滅後も代理行為を継続・反復した場合、これを帰責されても仕方のない事情が認められる。すなわち、法定代理人の代理権が単純に消滅した場合、それは、本人が当該事項に関しては能力を回復したことを意味する（もっとも、補佐人・補助人がある事項について同意権をもたず、代理権だけを付与されている場合

には、被補佐人・被補助人は、もともと、その事項については能力者である。したがって、この場合には、能力の回復という表現は適切ではないが、本人が能力を有するという点は同じである。)。そこでは、本人自身に、従前の法定代理人による代理行為の継続・反復の防止を期待してよい。また、従前の法定代理人が辞任し、または解任され、他の法定代理人が就職した場合には、この新法定代理人に、従前の法定代理人による代理行為の継続・反復を本人に代わって防止することを、期待してよい。それにもかかわらず、従前の代理人により代理行為が継続・反復された場合には、これを防止しえなかったことを本人側の帰責事由として、112条による相手方保護を認めてよい、と思われる。」との指摘である。

- (3) (1), (2)の問題の前提として、果たして本条を「代理権消滅後の表見代理」と位置づけることについても、検討されねばならない。

この点、留意されるべき点として、現民法112条の実務上の位置づけは、現民法112条は、「代理権消滅後の善意者保護」規定であるとされているという点である（増補民事訴訟における要件事実第1巻96頁以下）。すなわち、同条は、決して表見代理規定とは位置づけられていない。これは、多分に現民法112条が、表見代理の規定である現民法109条、110条の後、代理権の消滅事由についての111条の後に規定されているという点を考慮してのことと思われるが、多くの学説が現民法112条を表見代理規定と取られていることとは考えの相違が認められる。よって、(1)に挙げた判例（最判昭和44年7月25日判時574号26頁）についても、善意者保護の要件として条文の文言以上に限定して解釈する必要性がないと判断されたものと評価しうるだけで、改正試案において、代理権消滅後の「善意者保護」の規定ではなく、「表見代理」の規定と位置づけたことから、文言をさらに限定して「従前の取引関係」を相手方保護要件とすることが上記判例に反するものではないとすることも可能なはずである。

いずれにしろ、(1), (2)の問題につき、本条の要件をどのようにして規定するか、という問題については、そもそも本条を表見代理規定と位置づけることが妥当か否かという点に端を発する派生的な論点と位置づけることが可能で、(1), (2)の問題について慎重に検討を要するということは、すなわち、(3)の問題についても慎重に検討を要するということを意味する。

さらに、【1.5.35】の部分で述べたように、本類型の捉え方如何により、他の表見代理規定の適用要件の規定の仕方にも再検討が必要となる。

第4節 無効および取消し

【1.5.50】（複数の法律行為の無効） NBL 70頁

1 改正提案

【1.5.50】（複数の法律行為の無効）

複数の法律行為の間に密接な関連性がある場合において、一の法律行為が無効となり、当該法律行為が無効であるとすれば、当事者がこれと密接に関連する他の法律行為をしなかったであろうと合理的に考えられるときは、他の法律行為も無効である。

2 意見

密接関連性の要件の具体化を含め、本規定が積極的に活用されるよう、検討を継続し、規定を設けるべきである。

抗弁接続との関係も、互いに有効に機能するように配慮して、規定すべきである。

3 理由

- (1) 複数の法律行為の無効の規定を設ける方向性は妥当である。これによって、救済される個人や消費者も十分考えられる。
- (2) 問題は、密接関連性の要件があいまいであることにある。本提案の規定が有効に活用されるためには、密接関連性の要件を如何に規定するかが重要であるから、密接関連性の要件の具体化を含め、より有効な密接関連性の規定の仕方を検討すべきである。
- (3) 無効の対象となる複数の契約は、同一当事者間の複数の契約に限るかの問題点があるが、それに限らず、複数当事者間の複数の契約にも適用されるべきである。
- (4) さらに、この点は、第三者与信契約に関する抗弁の接続の提案（【3.2.6.10】）および複数契約の解除の提案（【3.1.1.81】）とも、相互に密接に関連するところであるから、これらとの関係を明確にする必要がある。

すなわち、抗弁の接続の提案（【3.2.6.10】）における要件と、本提案ないし複数契約の解除の提案（【3.1.1.81】）との異同や関連性を明確にする必要があり、それによって、各提案が有効に機能するように規定すべく、検討を継続すべきである。

- (5) さらに、本提案ないし複数契約の解除の提案（【3.1.1.81】）の要件の異同・関係も問題である。

本提案においては、「当該法律行為が無効であるとすれば、当事者がこれと密接に関連する他の法律行為をしなかったであろうと合理的に考えられるとき」として当事者の主観を要件としている（ただし、検討委員会の第14回全体会配布資料（無効・取消し）においては「一の法律行為が無効となることにより、他の法律行為の目的を達成することができなくなるとき」として契約の目的の達成という契約の客観的性質が要件されていた。）。

これに対して、複数契約の解除の提案（【3.1.1.81】）においては「一の契約に解除原因があり、これによって複数の契約を締結した目的を達成することができなくなったとき」として、契約の客観的性質を複数契約の解除の要件としている。

これら複数の法律行為ないし契約の効力を否定する場合の要件として、当事者の主観である合理的意思と、契約の客観的性質である契約の目的達成不能のいずれに求めるのが妥当か、取消しと解除で異なるものとするに合理性があるか、あるいは実質的に同じと考えるのか（当事者の意思解釈で合理性を重視すれば契約の性質・目的達成不能という客観面も考慮しうることとなるし、契約目的達成不能について契約目的の解釈に当事者の予測を考慮しうることとなり、両要件が接近してくるとも考えられる。また、接近の限界もありうることと思われる。）、結論に差異はないか、慎重に検討しなければならない。

- (6) そして、本提案、抗弁の接続の提案（【3.2.6.10】）および複数契約の解除の提案（【3.1.1.81】）が、ともに有効に機能するように、さらに、本提案については、抗弁の接続を超えて、より広く有効に有益に機能させるための検討を継続すべきである。

【1.5.53】（取消権者の範囲） NBL 72 頁

1 改正提案

【1.5.53】（取消権者の範囲）

<1>行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、制限行為能力者またはその代理人、承継人もしくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる。

<2>意思能力を欠く状態でなされた行為は、意思能力を欠いた者またはその代理人、承継人もしくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる。

<3>【1.5.13】、【1.5.15】、【1.5.16】、【1.5.17】、【1.5.18】および【1.5.19】に従って取り消すことができる行為は、これらの取消原因に基づいて意思表示をした者またはその代理人もしくは承継人に限り、取り消すことができる。

*意思能力を欠く状態でなされた行為の効果が無効とされるときには、<2>を削除する。

2 意見

制限行為能力者（および意思無能力も取り消しとするときは意思無能力者）本人が取消権者であることは妥当ではあるが、表意者にとって取り消したほうが不利益であるにもかかわらず誤って取り消した場合に、表意者を救済する手段を検討すべきである。

3 理由

制限行為能力者、意思無能力者といった表意者を保護するために、表意者そのものを取消権者とするのは、方向性としては妥当である。

しかしながら、その際の問題点は、表意者にとって取り消したほうが不利益であるに

もかかわらず誤って取り消してしまうことが十分考えられる点である。こうした場合に救済する手段を検討すべきである。たとえ取り消しの意思表示という行為を取り消すということに違和感があるとしても、こうした手段も、またそれ以外の手段も含めて、誤って取り消した表意者保護の手段を検討すべきである。

特に意思無能力者は、制限行為能力者とは異なり、保護してくれる成年後見人などがないから、誤って取り消す可能性が高く、そうした者の保護の必要性はより高い。

【1.5.58】（法定追認） NBL 75 頁

1 改正提案

【1.5.58】（法定追認）

【1.5.56】により追認をすることができる時以後に、取り消すことができる法律行為について次に掲げる事実があったときは、追認をしたものとみなす。ただし、異議をとどめたときは、この限りでない。

〈ア〉全部または一部の履行

〈イ〉履行の全部または一部の受領

〈ウ〉履行の請求

〈エ〉更改

〈オ〉担保の供与

〈カ〉担保の受領

〈キ〉取り消すことができる法律行為によって取得した権利の全部または一部の譲渡

〈ク〉強制執行

*〈イ〉の「履行の全部または一部の受領」については、削除するという考え方もありうる。また、〈カ〉の「担保の受領」についても、なお検討の余地がある。

2 意見

〈イ〉、〈カ〉は削除すべきである。

3 理由

〈イ〉履行の全部または一部の受領や〈カ〉担保の受領については、債務者側による一方的な送金等、債務者側による押し付けの可能性が否定できない。

【1.5.57】〈1〉において追認は、追認権者が取消権を行使しうることを知った後にしなければならないとしており、法定追認に関する本提案もそれを当然の前提としているとされる。しかしながら、「取消権を行使しうることを知ったこと」の認定や程度も相対的であり、これが比較的緩やかに認定されると、取消権者が了知しない一方的な〈イ〉履行の全部または一部の受領や〈カ〉担保の受領を排除しきれず、また債務者側からの押し付けの

危険を排除しきれない。

こうした危険を排除するための具体的な規定を設けることが容易にできないならば、このような危険のある<イ>履行の全部または一部の受領や<カ>担保の受領をあえて明文の規定で法定追認事由とすべきではない。

なお、流動預金口座に関する【3.2.11.17】<2>において、金銭債務の債務者が債権者の預金口座に送金した場合には、債権者が入金記帳して預金債権が成立したときに、金銭債務の弁済の効力が生じるとするが、これについては、債権者の意思に反して、あるいは債権者が了知しないのに、金銭債務の弁済の効力が生じうる提案であるから、弁済の効力については債権者が指定した預金口座に振り込みした場合に限定されるべきである（本意見書の【3.2.11.17】<2>の意見参照）。これは法定追認の本提案に対する本意見と同様の視点からの問題点の指摘である。

そして、仮に、法定追認との関係では、<イ>履行の全部または一部の受領と<カ>担保の受領を法定追認事由とする場合でも、流動性預金口座に対する送金の場合には【3.2.11.17】<2>との平仄を考慮すべきである。すなわち、少なくとも債権者が予め送金による弁済に了承し債権者が指定する口座に送金する場合に限られるべきであり、かつ、その法定追認の効力が生じるのは、仮に【3.2.11.17】<2>を採用する場合、入金記帳をした時点となるべきである。

【1.5.59】（取消権の行使期間） NBL 76 頁

1 改正提案

【1.5.59】（取消権の行使期間）

取消権は、追認をすることができる時から3年間行使しないときは、この期間の経過により消滅する。行為の時から10年を経過したときも、同様とする。

2 意見

**追認をすることができる時から3年間は短期にすぎ、現行の5年が妥当である。
行為の時から10年間も短期にすぎ、現行の20年が妥当である。**

3 理由

- (1) 本提案は、明らかに、現行法の取消権の期間制限より後退している。現行法より期間制限を短くする積極的理由が見出せない。
- (2) 現行第126条の期間制限については、その期間の性質に関して議論がなされることが多い（前段については消滅時効、後段については除斥期間とするのが現在の多数説のようであるが、後段についても、文言に従い消滅時効とする解釈の可能性も十分にある。）。

しかしながら、現行第126条について、なぜ、一般の消滅時効と異なる規定をおいているのか、特に、後段についてなぜ始期を「行為の時から」とし、なぜ20年の期間を設定しているのか、も重要であり、本提案については、これらに遡って検討する必要がある。

(3) 短期の期間制限について

現行法でも制限行為能力者や詐欺の被害者については、その意思表示そのものに問題があり、救済の必要性が高いが、その一方で、取り消すことができることを知って現実に取消権を行使できるようになるには、相当の期間を要する場合が多い。現行法もこうした点を考慮して、取消権の期間制限について、比較的長期の期間を設けていると考えられるのであり、現行法の5年より短くするべきではない。

また、基本方針は意思無能力を取り消しとするが、その場合、実務においては、意思無能力者が、現実に権利行使しうる状況になるには、相当長期間を要する場合が少なくなく、そのために、意思無能力者の保護にこれまで実務家が多大な努力を重ねてきたことを考えると、このように期間制限を短くすると、そもそも救済の道を奪ってしまうことになるから、特に意思無能力の場合については、現行法より期間制限を短くすることは妥当ではない。

基本方針では、たとえ抗弁権の永久性を認め（【1.7.13】）、取消権を抗弁として主張する場合には、期間制限には服さないとしているものの、主体的に取消権を行使するには、短期の期間制限については、取消しできることを知って追認できるときから3年間では、実務的には非常に短期にすぎるから、現行法の5年を維持すべきである。

また、長期の期間制限についても、同様であり、特に制限行為能力者による取消しや意思無能力の主張には相当の期間を要するが、意思表示に直結する問題であり救済の必要性が高いことからすれば、10年を超えて取消しできることを知った者に権利行使を否定すべきではなく、現行法より保護を減退させる積極的理由がないのであって、現行法どおり20年が妥当である。

(4) 債権時効の一般原則との関係

なお、本提案の期間制限は、本提案や提案要旨からは、債権時効か、除斥期間か必ずしも明確ではないが、基本方針として除斥期間を排除する方向であるなら、この点、債権時効であることを明示すべきである。

本意見書では、債権時効における時効期間については、【3.1.3.44】〈2〉に対して、主観的起算点による短期の債権時効期間は5年が妥当と考えることから、本提案でも取消権の短期の期間制限については、現行法どおり5年とするほうが平仄が取れる。

これに対して、長期の期間制限については、基本方針のように起算点を「行為のときから」とするなら、より長期の期間とするほうが合理性がある。

すなわち、消滅時効ないし債権時効の場合、「権利（債権）を行使できるときから」とは、権利行使について法律上および性質上の障害がなくなった時であり、これは、事案によって、行為時より遅れることがありうるのが前提である。

起算点を「行為のときから」とすると、「権利（債権）を行使できるときから」より、早

い時点で起算点が固定されるから、その分、期間自体を、「権利（債権）を行使できるときから」の場合より長くすることで、バランスが取れる。この観点から、現行法の消滅時効の10年と126条の20年とは、バランスが取れている。

こうした点からすれば、本提案の長期の10年の期間制限が債権時効であるとしながら、起算点は行為時に固定されるのであれば、事案によって行為時は「権利（債権）を行使できるときから」より早くなる（つまり期間満了時点が早くなって不利益になる）可能性がある。とすれば、債権時効であるとしながら、なぜ起算点を行為時に固定する（期間満了日が早くなる）ことに合理性があるのか、必ずしも明らかではない。

こうした点からは、起算点を「行為の時から」とするなら、期間の性質が債権時効であっても、期間そのものは長期にする方向で検討すべきであり、10年では短期に過ぎ、現行法に従い20年とすべきである。また、上記のとおり、実質的にも、表意者保護の必要性が高いのにその取消権を含む権利行使に長期間を要しうることから、また現行法からの保護の後退を避けるため、形成権の債権時効の一般原則とは異なり、長期の期間制限を20年とすべきである。

第5節 条件および期限

【1.5.64】（期限の利益） NBL 79 頁

1 改正提案

【1.5.64】（期限の利益）

〈1〉期限は、債務者の利益のために定めたものと推定する。

〈2〉期限の利益を有する者は、その意思表示により、期限の利益を放棄することができる。ただし、これによって、相手方の利益を害することはできない。

〈3〉次に掲げる場合は、期限が到来したものとみなす。

〈ア〉債務者が担保を喪失させ、損傷させ、または、減少させたとき

〈イ〉債務者が担保を供する義務を負う場合において、これを供しないとき

〈4〉当事者は、一定の事由が生じた場合に期限が到来したものとみなす旨を定めることができる。また、当事者は、一定の事由が生じた場合に期限が到来したものとみなす旨の債権者の意思表示により期限が到来したものとみなす旨を定めることができる。

2 意見

〈3〉に関して、「期限が到来したものとみなす」との「みなす提案」がなされているが、現行どおり「債務者は、期限の利益を主張することができない。」との規定のままにし

ておくべきである。

3 理由

現民法の解説では、みなし規定としないことにより、債権者の意思によって期限の利益の喪失の有無を決定することができるとした、とされている（注釈（４）金山正信４０８頁～４０９頁）。すなわち、債権者も同じ期限について期限の利益を有しているときに、「もし、債権者がいったん期限の利益の喪失を主張したならば、それによって期限が到来したと同じ効果を生ぜしめるものであるから、他方において自らの期限の利益の放棄も含む、と解すべきである。したがって、債権者がその意思を表示したならば、その時以後の利息の支払いを求めることはできなくなる。・・・債権者は、残余の期限についての利息を請求する法律上の根拠を失うに至る。」（注釈（４）４０９頁）と説明されているところである。

これに対し、みなし規定とした場合、どの時点をもって「期限が到来」したことが擬制されるかの認定がクリティカルな問題となるが、債務者の行為により、債権者のための期限についても一方的に期限が到来させられることになり、債権者が有する期限の利益の到来を選択できる権利を阻害する結果になるように思われ問題があると考ええる。

また、期限の到来は、消滅時効の起算点とも関連する。

すなわち、現民法では債権者が意思表示をしない限り、期限は到来せず、消滅時効は本来の期限到来までは進行しない。しかし、みなし規定とすることによって、擬制時点から進行することになるが、これでは、債務者の一定の行為に債権者が不利につきあわされることになり、問題があると考ええる。

第 7 章 時効等

【1. 7. 01】（取得時効および消滅時効の対象） NBL 81 頁

【3. 1. 3. 43】（債権時効の対象） NBL 197 頁

1 改正提案

【1. 7. 01】（取得時効および消滅時効の対象）

<1>取得時効は、所有権その他の財産権を対象とする。

<2>消滅時効は、所有権または債権（ただし、不動産貸借権を除く。）以外の財産権を対象とする。

<3>形成権の期間制限については、【1. 7. 13】に定めるところによることとする。

【3. 1. 3. 43】（債権時効の対象）

債権時効の対象は、債権（不動産貸借権を除く。）とする。

2 意見

債権時効を新設することについて、特に反対するものではない。

しかし、パンデクテン方式を維持する以上、条文の配置について、総則の中で債権時効を扱う様な検討をすべきである。

3 理由

- (1) 債権時効を債権編に移しつつ、取得時効および消滅時効を従前どおり総則編に残すという方針は、改正後の民法の条項が非常にわかりにくい配置となるように思われる。

総則編の中で取得時効、消滅時効および債権時効の項目だてをした方が、各条項の共通点・相違点が比較しやすくわかり易いと考える。

- (2) 本提案に従えば、総則編には、

① 時効取得および消滅時効に関する条項として

- (i) 本改正でまったくもしくはほとんど改正されない条項（債権時効の新設により実質的な影響を受けない条項）
- (ii) 債権時効を新設したことに起因して改正されるが、債権時効と共通する内容の条項
- (iii) 債権時効を新設したことに起因して改正されるが、取得時効および消滅時効に特有の内容の条項
- (iv) 債権時効を新設したことに起因して改正される条項のうち債権時効特有のものを除外して規定される条項

- ② 抵当権および（債権時効と非常に近接しつつも、一致しない）形成権に関する条項が規定されることになる。

他方、債権編において債権時効に関する規定がされることになり、そこでは、

- (i) 債権時効を新設したことに起因し、取得時効・消滅時効と共通する内容の条項
- (ii) 債権時効を新設したことに起因し、取得時効・消滅時効と共通する内容だが、多少表現が異なる条項
- (iii) 債権時効を新設したことに起因する条項のうち債権時効特有の内容の条項

が置かれる。

この結果、時効に関して、まったく、もしくはほぼ同様の規定、また一見似ているが異なる内容の規定（例えば、債権時効期間満了の効果に係る乙説をとった場合の時効期間満了の効果）が、総則編と債権編のところに離れた位置で置かれることになり、民法典を読む中で、これらの相互の意味の内容の比較が非常に困難な構成になると考えられる。

- (3) 本改正においてはパンデクテン方式を維持するという方針を取るとするのであれば、離れた箇所、(i) ほぼ同一の条項が重複する（準用するとそれはそれでわかりづらく

なる。), (ii)完全に同一ではないが, 似たような表現になることが想定される, (iii) 同じ概念だが異なる内容の条項が, 別々に規定されるということは避け, 近接する条項において規定をする方が, 自然であり, 国民にとってわかりやすいと考える。

- (4) さらに, 将来, 物権法の改正が行われることも想定した本提案とのことであるが, それまでは相当期間のタイムラグが生じることも予想され(物権法の改正が大きく遅延する可能性も否定できない。), それまでの間, あらかじめわかりにくいことが明らかな規定を国民に強いるべきではないと考える。規定の設置規定箇所については, 将来物権法の改正時に, まとめて議論した方が適切であると考え。

【1.7.13】(形成権に係る期間制限) NBL 87 頁

1 改正提案

【1.7.13】(形成権に係る期間制限)

〈1〉一方的意思表示によって他人との間に権利または義務の発生, 変更または消滅を生じさせる権利(以下, 形成権という。)は, 次の期間のいずれかの経過により消滅する。

〈ア〉権利を行使することができる時から〔10年〕

〈イ〉権利を行使することができ, かつ, 権利者が権利の発生原因と権利行使の相手方を知った時から〔3年/4年/5年〕

〈2〉〈1〉に掲げた期間につき, 債権時効期間の進行の停止に関する【3.1.3.57】〈1〉・〈3〉(ただし, 第3文を除く。), 【3.1.3.60】, 【3.1.3.61】(ただし, 〈2〉〈イ〉第3文, 〈3〉〈イ〉, 〈3〉〈ウ〉第3文を除く。), および債権時効期間の満了延期に関する【3.1.3.64】, 【3.1.3.65】, 【3.1.3.66】, 【3.1.3.67】を準用する。

〈3〉〔甲案〕期間満了の効果の援用に関する定めは置かない。

〔乙案〕期間満了の効果の援用につき, 時効の援用に関する【1.7.10】, 時効の利益の放棄に関する【1.7.11】, 時効利益の喪失に関する【1.7.12】を準用する。

〈4〉形成権行使の結果として生じる権利については, 形成権行使の時から債権時効または消滅時効の規定に従う。

〈5〉形成権が他人の請求を阻止するために行使されるときは, その行使は, その形成権の〈1〉による消滅の影響を受けない。

〈6〉〈1〉ないし〈5〉は, 法律に別段の定めがあるときは適用しない。

*〈2〉について, 承認による期間の更新を認める考えもありうる。

2 意見

- (1) <1><イ>について、債権時効期間と同様に5年に賛成。
- (2) <3>について甲案に賛成。

3 理由

- (1) <1><イ>について

形成権にかかる期間制限も、一定の時の経過に権利消滅の効果を求める制度であるので、期間については、債権時効期間と同様にするのが、広く一般市民にとっても理解しやすいと考える。

- (2) <3>について

形成権の期間制限については、現民法上通常、期間経過による権利消滅は当事者の援用を要しないと消滅時効と異なって解されている。このため、甲説による方が現行の取扱いに馴染みやすいといえ、あえて、債権時効の時効の援用についての規定を準用し、債権時効と整合させる必要性はないと考える。

第3編 債 権

第1部 契約および債権一般

第1章 契約に基づく債権

第1節 通 則

【3.1.1.03】（債権債務関係と信義則） NBL 90 頁

1 改正提案

【3.1.1.03】（債権債務関係と信義則）

〈1〉債務者は、債務の履行に当たり、信義に従い誠実に行動しなければならない。

〈2〉債権者は、債権の行使に当たり、信義に従い誠実に行動しなければならない。

〈3〉〈1〉および〈2〉のほか、債権債務関係において、当事者は、信義則に従って行動する義務を負う。

2 意見

現民法1条2項の具体化規定を債権編に置くこととするのであれば、親族法等の他の分野についても同様の規定を置くなど、他の分野との調整を行うことが望ましい。

3 理由

現民法1条2項の具体化規定を債権編に置くことについて特に異議はないが、親族法等において誤った反対解釈等を招くことを避ける必要はある。したがって、本提案の規定を置く場合には、親族法等の他の分野についても同様の規定を置くこと等も検討されるべきである。

【3.1.1.04】（書面の定義） NBL 91 頁

1 改正提案

【3.1.1.04】（書面の定義）

〔甲案〕

本編において「書面」は、電子的記録（電子的、光学的、電磁的、その他類似の方式によって作られる記録であって、爾後の参照に利用することができるものをいう。）を含む。

〔乙案〕

本編において「書面」は、電子的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によつては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）を含む。

2 意見

甲案を採用する場合には、民事訴訟規則等の他の法律を合わせて改正することが望ましい。

3 理由

甲案は、「光学的方法」について定めているところに特徴があるが、乙案（現民法446条3項）の定義は、現在、民事訴訟規則、会社法および刑法等においても採用されているところであり（注1）、民法において甲案を採用する場合には、統一性の観点から、民事訴訟規則等の他の法律についても合わせて改正することが望ましいものと思料する。

（注1）①民事訴訟規則3条の2「・・・電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。以下この条において同じ。）・・・」、②会社法26条2項「電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識できない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものとして法務省令で定めるものをいう。）」、③刑法7条の2「この法律において『電磁的記録』とは、電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識できない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。」、④電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律2条3項「この法律において『電磁的方法』とは、電子情報処理組織を使用する方法その他の情報通信の技術を利用する方法をいう。」

【3.1.1.05】（瑕疵の定義） NBL 92 頁

1 改正提案

【3.1.1.05】（瑕疵の定義）

物の給付を目的とする契約において、物の瑕疵とは、その物が備えるべき性能、品質、数量を備えていない等、当事者の合意、契約の趣旨および性質（有償、無償等）に照らして、給付された物が契約に適合しないことをいう。

* 「物の瑕疵」の文言を「物の契約不適合」とする考え方もある。

2 意見

本提案の定義を前提とすれば、「瑕疵」の文言については、「契約不適合」（*）とすることも十分検討に値する。「有償、無償」という性質決定の要素を記載することについては慎重に検討すべきである。

3 理由

「瑕疵」については、客観的瑕疵概念と主観的瑕疵概念があるところ、判例は、瑕疵

を主観的概念として捉えているものと考えられており(注1)、本提案はこれに沿うものであるといえる。

しかしながら、「瑕疵」との文言は、上記のとおり客観的瑕疵概念と主観的瑕疵概念が存しており、これまでの裁判例においても客観的性質・性能の欠如を理由に瑕疵を認定したものもあり(ただし、契約に即して判断しても瑕疵に該当するものとは思われる。)、また、必ずしも学説上は主観的瑕疵概念に統一されているとも言えないこと(注2)からすれば、本提案も指摘するとおり「瑕疵」との文言が「当該契約に即して判断される」趣旨を明確にするものといえるか疑問が存する。したがって、本提案の定義を前提とすれば、「瑕疵」との文言ではなく、「契約不適合」(注3)(*)との文言とすることも十分検討に値する。

また、「有償、無償」という性質決定の要素を記載することにより、極端にかかる要素を考慮することにならないか検討しておく必要がある。

なお、「物の給付を目的とする契約において」との限定は、717条における瑕疵とは異なる以上、必要であり、かかる点には特に異論はない。

(注1)「まず判例は一般的・抽象的態度としては、立法者の上掲意図とは無関係に、そして母法たるフランス民法とも離れて、欠点については主観的概念により、また保証違反をも瑕疵概念に含めること、ドイツ・スイスとその立場を同じくしている。この立場は数多くの判例が明言しているところであるが・・・」(「新版注釈民法(14)」346頁)、「当事者の合意を重視する考え方を主観説と言い、当該目的物の客観的な品質・性能基準で判断する客観説と対比されるが、主観説が妥当である(判例も主観説である。)」(内田貴「民法Ⅱ債権各論第2版」132頁)

(注2)「当事者が契約上予定した使用に対する適性を消滅または減少せしめるような欠点—主観的欠点—をも瑕疵に含ませるべきであるか否かについては、わが国の学界では多く自覚的に論争されていないようである。通説はこれを是認しているが、学者の中には、客観的欠点の外には、売主が特に保有すると保証した性質を欠く場合だけを瑕疵に含ませる見解も少なくない」(「新版注釈民法(14)」352頁)。

(注3) ウィーン売買条約35条参照。

第2節 契約の成立

【3.1.1.10】(交渉当事者の情報提供義務・説明義務) NBL 96 頁

1 改正提案

【3.1.1.10】(交渉当事者の情報提供義務・説明義務)

<1>当事者は、契約の交渉に際して、当該契約に関する事項であって、契約を締結するか否かに関し相手方の判断に影響を及ぼすべきものにつき、契約の性質、各当事

者の地位、当該交渉における行動、交渉過程でなされた当事者間の取り決めの存在およびその内容等に照らして、信義誠実の原則に従って情報を提供し、説明をしなければならない。

〈2〉〈1〉の義務に違反した者は、相手方がその契約を締結しなければ被らなかつたであろう損害を賠償する責任を負う。

2 意見

本提案の情報提供義務・説明義務と【1.5.16】（詐欺）2項の情報提供義務・説明義務との関係を明示すべき。具体的には、取消という効果を生じる【1.5.16】の義務より、損害賠償という割合的な解決が可能な本提案1項の義務の方がより広く認められるべき旨を示すべき。

3 理由

【1.5.16】の3(1)と同じ。

【3.1.1.16】（期間の定めのない申込みの撤回・失効） NBL 99 頁

1 改正提案

【3.1.1.16】（期間の定めのない申込みの撤回・失効）

〈1〉承諾の期間を定めなかった申込みは、相手方はもはや承諾しないだろうと申込者が考えることが合理的な期間が経過するまでに承諾がなされなかったときは、その効力を失う。

〈2〉申込者は、前項の合理的な期間の満了前であっても、その申込みを承諾するのに相当な期間を経過した後は、撤回することができる。

〈3〉申込者は、前項の相当な期間内においても撤回する可能性を留保することができる。この場合においては、申込みを撤回しなかったときでも、その相当な期間の経過により、申込みはその効力を失う。

〈4〉不特定の者に対して期間を定めなかった申込みは、〈1〉の規定にもかかわらず、その申込みを承諾するのに相当な期間の経過によりその効力を失う。

〈5〉〈1〉の合理的な期間を経過した後に承諾が申込者に到達した場合につき、

【3.1.1.15】の規定を準用する。

2 意見

(1) 〈3〉の撤回可能性を留保した申込みについて、通常の申込みと区別して、相当な期間の経過によって申込みの効力を失わせることの合理性については疑問があり、なお慎重な検討を要する。

(2) 〈5〉は〈1〉の合理的な期間を経過した後に承諾が申込者に到達した場合の取扱いのみ規

定するが、〈3〉の撤回可能性を留保した申込みおよび〈4〉の不特定の者に対してした申込みにつき、相当な期間を経過した後に承諾が申込者に到達した場合の取扱についても明確にするべきである。

3 理由

(1) 撤回可能性を留保した申込みの失効について

撤回可能性を留保した申込者の合理的な意思は、いつでも撤回してその効力を失わせることのできる申込みである、ということに尽きるものと思われる。かかる申込者は、むしろ、いつでも撤回することができたにもかかわらず、これを行わなかった者とも評価できるのであるから、申込みの承諾適格について、通常の申込みの場合と別異の取扱をする必要はないのではないかと思料される。

(2) 撤回可能性を留保した申込みおよび不特定の者に対してした申込みに対する承諾の期間経過後の到達について

提案〈5〉では、〈1〉の合理的な期間を経過した後に承諾が申込者に到達した場合の取扱のみを規定しており、提案の掲げる〈3〉の撤回可能性を留保した申込みおよび〈4〉の不特定の者に対してした申込みについて、相当な期間を経過した後に承諾が申込者に到達した場合の取扱については規定がない。仮に〈3〉の撤回可能性を留保した申込みの承諾適格について別異の取扱をすとしても、相当な期間を経過した後に到達した承諾の取扱については明確に定めるべきである。

【3.1.1.18】（事業者による不特定の者に対する契約内容の提示） NBL 101 頁

1 改正提案

【3.1.1.18】（事業者による不特定の者に対する契約内容の提示）

事業者がその事業の範囲内で、不特定の者に対し契約の内容となるべき事項を提示した場合、提示された事項によって契約内容を確定しうるときは、その提示は申込みと推定する。

2 意見

事業者による不特定の者に対する契約内容の提示を申込みと推定することが妥当かどうか、また、提示された事項によって契約内容を確定しうるだけで提示を申込みと推定する根拠について、なお慎重な検討を要する。

3 理由

従前、申込みか申込みの誘引か、という形で議論されてきた問題であるが、この点については、①内容の特定性のみならず、②相手方の重要性（誰と契約するかが重要であ

る場合、ex. 求人広告)、③履行の可能性(履行能力を超えて大量の注文が殺到する可能性がある場合、ex. 通信販売)などの要素も考慮されてきたところである。

これを申込みとすると、消費者に承諾によって契約の成立の選択権を与えることになり、消費者にとって有利になると考えられる一方、契約の成立を早めることになり、消費者も契約上の権利のみならず義務を負担させられるので、契約上の負担のないほうが消費者にとって利益になるとも考えられることから、申込みと申込みの承諾のいずれとするのが消費者によって有利か、俄かに決し難いところである。

単に契約内容を確定できるというだけで申込みと推定する根拠は乏しいから、仮に推定規定に事業者に申込みでないなら反対の意思を明示すべきとの慣行を徹底させることに積極的な意義を見いだすとしても、上記②および③の要素も加味して要件を限定することも検討すべきではないか。

【3. 1. 1. 24】(申込みに変更を加えた承諾) NBL 104 頁

1 改正提案

【3. 1. 1. 24】(申込みに変更を加えた承諾)

〈1〉承諾者が、申込みに変更を加えてこれを承諾したときは、その申込みの拒絶とともに新たな申込みをしたものとみなす。ただし、当事者の意思およびその契約の性質に照らして申込みを実質的変更が加えられていないときは、変更がなされた部分を除いた内容で契約は成立する。

〈2〉〈1〉ただし書の規定は、つぎの場合には適用しない。

〈ア〉申込者が、承諾者によって加えられた変更を契約内容とすることをあらかじめ拒絶する意思を表示していたとき

〈イ〉申込者が、承諾の到達後遅滞なく承諾者に異議を述べたとき

〈ウ〉承諾者が、自らの加えた変更が契約内容にならないのであれば契約を締結しない意思を表示していたとき

2 意見

実質的変更について、申込者が予期せぬ契約に拘束される危険もあり、なお慎重な検討を要する。

3 理由

現民法においては、変更を加えた承諾は新たな申込みとみなされており、変更を加えた承諾によって契約が成立することはないが、提案においては、当事者の意思およびその契約の性質に照らして申込みを実質的変更が加えられていないときは、変更がなされた部分を除いた内容で契約は成立することとなる。

これは、基本方針が、現行法のような厳格なミラーイメージルールを採用せず、契約がより成立する方向の制度としようとするものであり、その方向性は妥当である。また、C I S Gのような（検討委員会の全体会の最初の提案のように）実質的な変更がない場合は、変更された内容で契約が成立するとはせずに、変更を加えた範囲については拘束力は生じないとする、所謂ロックアウトルールを採用したことも妥当である。国内法において、承諾者が変更を加えた範囲でも契約の拘束力が生じるのは、基本方針の、国内法として、当事者の意思を重視する立場からは妥当でないからである。

ただし、この「当事者の意思およびその契約の性質に照らして申込みに実質的な変更が加えられていないとき」というのが、どのような場合か必ずしも明確でなく、同文言が広く解釈されると、申込者が予期せぬ契約に拘束される危険がある。この点、実質的な変更の内容について、より具体化規定をおく等の手段も考えられるのであり、なお慎重な検討を要する。

（契約条項の明確化・平易化について）

1 改正提案

契約条項の明確化・平易化についての提案はなされていない。

2 意見

事業者の義務として、契約条項の明瞭化・平易化を明示すべきであり、「事業者は、消費者契約の条項を定めるにあたっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容について消費者にとって明確かつ平易な表現を用いなければならない」とする規定を設けるべきである。

3 理由

- (1) 消費者と事業者間の情報の質・量ならびに交渉力の格差が存在するにもかかわらず、事業者が作成する契約条項は、一般の消費者にとって理解困難な用語や表現のものとなっていることが多く、これが消費者被害を生む原因の一つとなっていることは、消費者契約法制定以前から広く認識されていたところである。

第16次国民生活審議会消費者政策部会中間報告において、「契約条項は、常に明確かつ平易な言葉で表現されなければならない。」との提案がなされていたところである。

この契約条項を平易かつ明確なものとするべきであるという「透明性の原則」は、諸外国では、「努力する義務」ではなく、「すべき義務」であるとの考えがむしろ強い（1993年消費者契約における不公正条項に関するEU指令5条、2008年消費者の権利に関するEU指令案31条参照）。

- (2) ところが、消費者契約法3条1項は、「事業者は、消費者契約の条項を定めるに当た

っては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が消費者にとって明白かつ平易になるよう配慮する…よう努めなければならない」とし、配慮義務・努力義務に止めて、法的義務とはしなかった。

しかし、これでは、消費者契約法が本来予定していた、情報力格差を是正して消費者の利益擁護を図るといふ消費者契約法の立法目的が十分に果たされない結果となっており、日本弁護士連合会は、重ねて法的義務として明示することを求めていたところである(注1)(注2)。

- (3) 消費者契約法制定後も、この契約条項の明確化・平易化は十分に進んでいない。身近なものとしては、携帯電話の料金(特にパケット料金)体系についてのトラブル・苦情が問題となったところであるし(注3)、また、損害保険の保険金支払いの問題については、消費者だけでなく、事業者側の関係者までもが十分に契約内容を把握できていなかったことから、多数の支払漏れが生ずる事態となっていたことが判明している(注4)。なお、金融取引等においては、商品自体が消費者に十分には理解できないものが少なくなく、ロコ・ロンドン取引、仕組預金、ノックイン投信、年金保険などの問題が相次いでいるところである。

契約条項が明確であり平易であることは、消費者にとって、商品・役務の選択という契約締結段階はもとより、商品・役務の利用という契約締結後の段階においても重要なことであり、さらに、現実にトラブルとなった際にも、解決指針となるものである。消費者と事業者の間の情報の質および量ならびに交渉力の格差に鑑み、契約条項の明確化・平易化は、単に配慮義務・努力義務とするだけでは不十分であり、事業者の義務として明示される必要がある。

この義務に違反した場合には、契約の解除、損害賠償という一般原則の適用が認められるべきである。また、約款使用者不利益解釈の原則【3.1.1.43】は、この義務の効果(あるいは派生原則)の一つとして位置づけられるべきである。なお、この義務を明示することは、契約条項の使用上の行為規範を明示するという意味も少なくない。

- (4) ところが、基本方針は、契約(約款)の解釈に関して、「条項使用者不利の原則」は規定するものの(【3.1.1.43】)、透明性の原則については何らの提案も行っていない。「条項使用者不利の原則」は解釈の準則に止まり、契約条項の明確化・平易化には、せいぜい間接的に寄与するに過ぎない。これでは、配慮義務・努力義務を明示的に規定する現行消費者契約法よりも後退することにつながりかねない。

事業者の義務として、契約条項の明瞭化・平易化を明示すべきであり、「事業者は、消費者契約の条項を定めるにあたっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容について消費者にとって明確かつ平易な表現を用いなければならない」とする規定を設けるべきである。

(注1) 日本弁護士連合会、1999年10月22日「消費者契約法日弁連試案」

http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/1999_5.html

第9条 事業者は、消費者契約の条項について、常に明確かつ理解しやすい平易な言葉で表現しなければならない。

(注2) 日本弁護士連合会 2006年12月14日 「消費者契約法改正に関する意見書」

<http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/061214.html>

第3項 現行法3条1項前段を下記のとおり改正すべきである。

事業者は、消費者契約の条項を定めるにあたっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容について消費者にとって明確かつ平易な表現を用いなければならない。

(注3) 国民生活センター2007年4月5日報道発表資料

ポケット料金にご注意！予想以上に高額になることもー携帯電話のポケット通信関連相談をめぐるトラブルー

http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20070405_2.pdf

(注4) 金融庁・平成17年11月25日報道発表資料

損害保険会社26社に対する行政処分について

<http://www.fsa.go.jp/news/newsj/17/hoken/f-20051125-5.html>

【3.1.1.A】(不意打ち条項) NBL 108 頁

【3.1.1.A】(不意打ち条項)

約款の不意打ち条項に関する規定は設けない。

* 約款の不意打ち条項については、【3.1.1.26】にかかわらず、取引慣行に照らして異常な条項またはとりわけ取引の状況もしくは契約の外形からみて約款使用者の相手方にとって不意打ちとなる条項は、契約の内容とならないとする規定を設けるという考え方もある。

2 意見

本提案は、不意打ち条項についての規定は設けないとしているが、少なくとも消費者契約において約款を使用する場合には、不意打ち条項の規律は必要であり、提案には反対である(基本的に*案に賛成である。)

3 理由

(1) 基本方針の「第4目 約款による契約」の「前注」でも指摘されているとおり、約款を使用した取引においては、約款使用者の相手方は、個々の条項を十分に理解しないまま契約を締結することが避けられない(約款のいわゆる隠蔽的效果)。この点に関し、「基本方針」は、約款条項が契約に組入れられる要件として「開示」を求めているものの、相

手方が事前に約款内容を了知することまでは必要とはしていないことから、提案の内容では、約款使用者の相手方が不意打ち的な約款条項で思わぬ不利益を受ける可能性は否定し難い。

- (2) この点、提案要旨では、不当条項規制との重複や情報提供義務・説明義務などによる対処も「相当程度は可能」としているが、提案要旨において指摘されているように、物品販売に伴う付属品の供給条項のように、純粹に不意打ち条項であると考えられるものが存在する。また、「基本方針」では、不当条項の問題不当条項規制の及ぶ範囲に関して、いわゆる「給付記述条項」や「対価の取り決め」に関する部分には不当条項規制が及ぶとの姿勢は明示されておらず、契約の中心的な条項に関連する不意打ち的な条項に不当条項規制が及びうるのか明らかではない。さらに、情報提供義務・説明義務についても、その効果が損害賠償義務に止まっており相手方の保護として十分ではない。
- (3) さらに、提案要旨においては、不意打ち条項にあたるか否かについて、特に平均的顧客層の理解を基準とすることについて、約款の規律について当該契約当事者を基準とすることとの整合性などの問題も指摘されている。しかし、現に当該契約の相手方にとって不意打ちとなっていることを前提に、平均的顧客の理解を基準とした要件を必要とすることは不可能ではない（現に、錯誤における「要素」の理解はそのようなものといえる。）。
- (4) 少なくとも消費者契約において約款が使用される場合については、消費者の情報力・交渉力の格差に鑑み、不意打ち的な条項によって、消費者が不測の不利益を被ることを防止する必要性は否定し難い。なお、不意打ち条項の規律については、提案要旨においても指摘されているとおり、ドイツや韓国、さらにはUNIDOROLT（2004）2. 1. 20など規律する例があり、わが国においてこれを排斥する積極的な根拠は見出し難い。

【3. 1. 1. 31】（契約の無効および取消しの原因） NBL 111 頁

1 改正提案

【3. 1. 1. 31】（契約の無効および取消しの原因）
第3編第1部第1章第2節第2款第1目「契約の無効および取消しの原因」に次のような規定を置く。

〔甲案〕

<1>契約は、次の場合に無効となり、または、取り消すことができるものとなる。

<ア>【1. 5. 02】に掲げる場合

<イ>【1. 5. 11】，【1. 5. 12】に掲げる場合

<ウ>現民法5条，9条，13条，17条に掲げる場合

<エ>【1. 5. 09】，【1. 5. 13】，【1. 5. 15】，【1. 5. 16】，【1. 5. 17】に掲げる場合

〈2〉消費者契約については、〈1〉のほか、【1.5.18】、【1.5.19】に掲げる場合にも取り消すことができる。

〔乙案〕

契約の無効および取消しについては、次の各号に定めるところによるほか、現民法5条、9条、13条、17条、【1.5.02】、【1.5.09】、【1.5.11】、【1.5.12】、【1.5.13】、【1.5.15】、【1.5.16】、【1.5.17】による。

〈ア〉【1.5.18】に掲げる場合

〈イ〉【1.5.19】に掲げる場合

2 意見

甲・乙案以外に、下記の案も検討されたい。

記

〈1〉契約の無効および取消しについては、現民法5条、9条、13条、17条、【1.5.02】、【1.5.09】、【1.5.11】、【1.5.12】、【1.5.13】、【1.5.15】、【1.5.16】、【1.5.17】による。

〈2〉消費者契約については、〈1〉のほか、【1.5.18】、【1.5.19】によることができる。

3 理由

(1) 総則編の「契約の無効・取消し原因」を定める条文の再置

債権編に配置された「契約に関する規定群」の一覧性を確保するために、総則編に置かれた法律行為に関する規定のうち契約の無効・取消し原因を定めるものを参照の便宜のために再置することは特段問題がないものと思われる。

(2) 仮に再置すべきであるとして、どのように再置するのがよいか(甲案, 乙案, 代替案)。

ア 甲案について

甲案は、契約一般と消費者契約とを分けたうえで、契約一般の規定に関し「効果」の面から「無効」「取消し」とに分け、また両者についてもその性質によりさらに分けているものと思われるが、安易な分類は、各条文の無効や取消の意味にも影響を与える可能性がないとも言えないことから、慎重に検討されるべきである。

イ 乙案について

乙案は、契約一般と消費者契約とを分けたうえで、「第2目 契約条項の無効」(約款・消費者契約に係る規定)への流れを意識しているものと思われるが、第2款は、あくまで「契約の無効および取消し」という契約一般を規定するものであるから、消費者契約の場合の規定を各号として規定する必要はないものと思われる。

ウ 代替案

甲・乙案以外によるとすれば、単に条文を列挙することも検討されるべきである。かかる場合においても、以下のとおり、契約一般と消費者契約とを分けて明記するこ

とも考えられる。

<1>契約の無効および取消しについては、現民法5条, 9条, 13条, 17条, 【1.5.02】, 【1.5.09】, 【1.5.11】, 【1.5.12】, 【1.5.13】, 【1.5.15】, 【1.5.16】, 【1.5.17】による。

<2>消費者契約については、<1>のほか, 【1.5.18】, 【1.5.19】によることができる。

【参考】

現民法5条（未成年者の法律行為）→**取消し**

現民法9条（成年被後見人の法律行為）→**取消し**

現民法13条（保佐人の同意を要する行為等）→**取消し**

現民法17条（補助人の同意を要する旨の審判等）→**取消し**

【1.5.02】（公序良俗）→**無効**

【1.5.09】（意思能力）→**取消し**

【1.5.11】（心裡留保）→**無効**

【1.5.12】（虚偽表示）→**無効**

【1.5.13】（錯誤）→**取消し**

【1.5.15】（不実表示）→**取消し**

【1.5.16】（詐欺）→**取消し**

【1.5.17】（強迫）→**取消し**

【1.5.18】（消費者契約の特則—断定的判断の提供に基づく誤認）→**取消し**

【1.5.19】（消費者契約の特則—困惑）→**取消し**

【3.1.1.32】（不当条項の効力に関する一般規定） NBL 111 頁

1 改正提案

【3.1.1.32】（不当条項の効力に関する一般規定）

<1> 約款または消費者契約の条項〔（個別の交渉を経て採用された消費者契約の条項を除く。）〕であって、当該条項が存在しない場合と比較して、条項使用者の相手方の利益を信義則に反する程度に害するものは無効である。

<2> 当該条項が相手方の利益を信義則に反する程度に害しているかどうかの判断にあたっては、契約の性質および契約の趣旨、当事者の属性、同種の契約に関する取引慣行および任意規定が存する場合にはその内容等を考慮するものとする。

2 意見

【3.1.1.32】（不当条項の効力に関する一般規定）等（【-33】【-34】【-35】【-36】）における「（個別の交渉を経て採用された消費者契約の条項を除く。）」という記載の付加には反対である。

3 理由

- (1) 消費者契約の当事者間における構造的な情報力・交渉力の格差を前提にする限り、たとえ形式上個別的な交渉を経たとしても消費者は不利益な条項を強いられる結果になる。実際に、交渉結果として現に不当条項リストに該当する内容の条項が締結されている以上、対等な交渉を経たものとは通常は考えられない。現実問題としても、例えば、家屋賃貸借契約の締結過程において個別交渉がなされても、消費者（借主）が事業者（貸主）に対し敷引特約や原状回復義務加重条項の排除など求められるものではないことは自明のところであろう。
- (2) 少なくとも個別の事案において対等性が確保された実質的な交渉の有無の判断や証明は現実的には極めて困難である。また、不当条項を無効とする規定は個人の意思によって左右することを許さない強行規定としての性格を有することに鑑みれば、個別の交渉があれば排除できる規定は不適切であると考えられる。仮に消費者自らが積極的に提案した契約条項について後にその不当・無効を主張したような例外的な場合には、信義則違反や権利の濫用（民法第1条第3項）で対処可能である。これらの点は、いずれも第16次国民生活審議会・消費者政策部会「消費者契約法（仮称）の制定に向けて」において指摘されているところである（※）。
- (3) なお、特殊な領域において一定の場合に適用除外を認める必要性が高い場合には、それは個別の法律において、各種取引の特性に応じて、適用除外要件を明確化して対応すべきである（金融商品取引法34条の4第1項参照）。

※ 第16次国民生活審議会消費者政策部会報告「消費者契約法（仮称）の制定に向けて」

http://wp.cao.go.jp/zenbun/kokuseishin/spc16/houkoku_c/spc16-houkoku_c-contents.html

第2 消費者契約に関する民事ルールの在り方について

3 契約条項の適正化のためのルールの内容

(5) イ 不当条項の評価の対象外となる事項

…また、契約条項が実際に消費者の側から積極的に提案された内容であったり、十分な交渉の下で納得の上で合意された場合には、不当条項の評価の対象外とすべきであるという指摘もある。しかし、このような場合には、実質的な交渉の有無の判断や証明は現実的には極めて困難であり、また、不当条項を無効とする規定は個人の意思によって左右することを許さない強行規定としての性格を有することに鑑みれば、個別の交渉があれば排除できる規定は不適切であると考えられる。なお、仮に消費者が積極的に提案した契約条項について消費者自らがその不当を主張したとしても、その主張自体が信義則違反や権利の濫用（民法第1条第3項）

にあたるとされることもあろう。

【3.1.1.B】(約款および消費者契約に共通する不当条項リスト)ほか NBL 112 頁以下

1 改正提案

- 【3.1.1.B】(約款および消費者契約に共通する不当条項リスト)
- 【3.1.1.33】(不当条項とみなされる条項の例)
- 【3.1.1.34】(不当条項と推定される条項の例)
- 【3.1.1.C】(消費者契約に関する不当条項リスト)
- 【3.1.1.35】(消費者契約に関して不当条項とみなされる条項の例)
- 【3.1.1.36】(消費者契約に関して不当条項と推定される条項の例)

2 意見

- (1) 不当条項リストについては、本提案に例示されたものでは必ずしも十分ではなく、より充実したリスト化を図るべきである。
- (2) 不当条項のリストの追加にあたっては、本提案に例示されたものに限定されることなく、弁護士会等の意見書や不当条項研究会報告書等で示されたリストを含め広く検討を行うべきである。

3 理由

- (1) 不当条項規制に関しては、具体的なリストを設けて紛争を予防し、また、紛争解決を促進することが好ましい。この点、改正試案の各提案(【3.1.1.B】【-33】【-34】【-C】【-35】【-36】)は、現行消費者契約法の不当条項リストをより豊富にしようとするものとして評価できる。しかし、実際に用いられている条項でその不当性が問題となっているものはこれらにはとどまらず、必ずしも十分なリストとはなっておらず、より充実したリスト化が望まれるところである。
- (2) この点、具体的な不当条項に関しては、日本弁護士連合会は、平成11年10月22日に、「消費者契約法日弁連試案」を公表し、ブラックリストとして12項目、グレーリストとして21項目の提案を行い(注1)、さらに、平成18年12月14日「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」において、ブラックリスト6項、グレーリスト11項を提案している(注2)。また、内閣府「平成19年度消費者契約における不当条項研究会」は、平成20年3月の「報告書」において17の検討項目を指摘しているところである(注3)。これらを含め、実際にトラブルになっている条項を広く調査・検討し、また、海外の立法例なども参考にして、より十分なリスト化に努めるべきである。

(注1) 消費者契約法日弁連試案 http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/1999_5.html

同試案は下記の不当条項リストを提案している。

(1) ブラックリスト

1. 契約文言を解釈する排他的権利を事業者に認める条項
2. 法令上、消費者の有する同時履行の抗弁権、留置権、相殺権を排除又は制限する条項
3. 事業者の作為義務を内容とする契約において、消費者の同意なく事業者が第三者に契約上の地位を移転できるとする条項
4. 事業者が契約上消費者に対して有する債権を第三者に譲渡する場合に、消費者があらかじめ異議を留めない承諾をする旨の条項
5. 事業者の権利の担保責任を全面的に排除する条項
6. 事業者が、保証人に対し、保証期間又は限度額を一切定めない包括根保証をさせる条項
7. 事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項
8. 消費者の解除権を一切認めない条項
9. 継続的契約において、消費者が正当な理由に基づき解約告知をする場合に、違約金を支払わねばならないとする条項
10. 継続的契約において、消費者が正当な理由がなく解約告知をする場合に、契約が期間満了まで継続していれば事業者が得られた対価から解約告知により事業者が免れた費用を控除した金額を超える違約金を定める条項
11. 事業者又は第三者が一切の過失行為の責任を負わないとする条項
12. 管轄裁判所を事業所の住所地もしくは営業所所在地に限定する条項

(2) グレーリスト

1. 消費者に与えられた期限の利益を奪う条項
2. 事業者が契約上の給付の内容又は契約条件を一方向的に決定し、又は変更できるとする条項
3. 事業者又は消費者がその義務を履行したか否かの判断を事業者に委ねる条項
4. 消費者の一定の作為又は不作為により、消費者の意思表示がなされたもの又はなされなかったものとみなす条項
5. 消費者の利益に重大な影響を及ぼす事業者の意思表示が消費者に到達したものとみなす条項
6. 消費者の権利行使又は意思表示の形式又は要件に対して制限を課する条項
7. 事業者の物の担保責任を全面的に排除する条項
8. 事業者の権利又は物の担保責任について、担保責任発生事由、担保責任の内容、権利行使期間、権利行使方法を制限する条項
9. 事業者が、一方向的に予めもしくは追加的に担保を要求できるものとする条項
10. 保証人が保証債務を履行した場合の、主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項
11. 消費者に通常必要とされる程度を超えた多量の物品または役務を購入させる条項
12. 消費者に通常必要とされる程度を超えた長期にわたる継続した物品または役務の購入をさせる条項
13. 継続的契約において、消費者からの解約申し入れを制限する条項

14. 消費者の法定解除権を制限する条項
15. 消費者の債務不履行があった場合に、事業者の損害として通常予想できる額を超える違約金を定める条項
16. 事業者又は第三者の損害賠償責任を制限する条項
17. 消費者の事業者又は第三者に対する損害賠償その他の法定の権利行使方法を制限する条項
18. 消費者の契約に基づく給付請求について、権利行使方法を制限し、その行使方法違反を理由に消費者の給付請求を奪う条項
19. 契約が解除又は解約告知によって終了した場合に既に給付された金員は返還しないとする条項
20. 契約が解除又は解約告知によって終了した場合に、給付の目的である商品、権利、役務の対価相当額を上回る金員を請求できるとする条項
21. 事業者の証明責任を軽減し、又は消費者の証明責任を過重する条項

(注2) 日本弁護士連合会 2006年12月14日「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」

<http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/061214.html>

同意見書がグレーリストとして列挙するのは以下の11項目である。

- ① 事業者が契約上の給付の内容又は契約条件を一方的に決定し、または変更できるとする条項
- ② 事業者または消費者がその義務を履行したか否かの判断を事業者に委ねる条項
- ③ 一 事業者の債務不履行（当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものを除く。）により消費者に生じた損害を賠償する責任の一部を免除する条項
二 消費者契約における事業者の債務の履行に際してなされた当該事業者の不法行為（当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものを除く。）により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の一部を免除する条項
- ④ 法律により認められた消費者の解除権を制限する条項
- ⑤ 継続的契約において、消費者の中途解約権を制限する条項
- ⑥ 消費者の利益のために定められた期限の利益を喪失させる条項（ただし、民法第137条各号に規定する事由を、期限の利益を喪失する事由として定めた場合を除く。）
- ⑦ 消費者が一定の作為又は不作為をしたときは、当該消費者が一定の意思表示をしたもの又はしないものとみなす条項
- ⑧ 一定の事実があるときは、事業者の意思表示（消費者契約の解除等、消費者の利益に重大な影響を及ぼすものに限る。）が消費者に到達したものとみなす条項
- ⑨ 消費者の法定の権利行使又は意思表示の形式又は要件に対して制限を課す条項
- ⑩ 事業者の証明責任を軽減し、又は消費者の証明責任を加重する条項
- ⑪ 管轄裁判所を事業者の住所地又は営業所所在地に限定する条項

同意見書が、ブラックリストとして列挙するのは以下の6項目である。

- ① 契約文言を解釈する排他的権利を事業者に認める条項
- ② 民法第541条ないし第543条による消費者の解除権を認めない条項
- ③ 消費者の民法第295条、第505条（ただし、民法その他の法律の規定により制限される場合を除く。）、第533条（民法その他の法律の規定により準用される場合を含む。）により認められる権利を制限する条項
- ④ 事業者が消費者に対して役務の提供を約する消費者契約において、当該消費者の同意（あらかじめ得た同意は除く。）なく、事業者が第三者に当該消費者契約上の地位を承継させることができるものとする条項
- ⑤ 事業者が契約上消費者に対して有する債権を第三者に譲渡する場合に、消費者があらかじめ異議をとどめない承諾をなすものとする条項
- ⑥ 消費者が限度額を定めないで根保証をする条項

（注3） 不当条項研究会報告書

平成19年度消費者契約における不当条項研究会平成20年3月「報告書」

<http://www.consumer.go.jp/kankeihourei/keiyaku/sankou/file/houkokusyo.pdf>

同報告書は、以下の項目を「検討を要する不当条項類型」として検討を加えている。

- (1) 意思表示の擬制
- (2) 契約内容変更権、価格変更権
- (3) 契約適合性の判定権
- (4) 先履行の強制
- (5) 人身損害
- (6) 債務の履行責任の減免（瑕疵担保責任を含む）
- (7) 履行補助者等に関する免責
- (8) 消費者の義務の加重
- (9) 権利行使期間の制限、履行期間の制限
- (10) 消費者の解除権の制限、長期拘束
- (11) 事業者の解除権の留保、無催告解除
- (12) 損害賠償の予定、違約金条項、清算免除
- (13) 裁判管轄条項
- (14) 仲裁条項
- (15) 準拠法
- (16) 脱法行為禁止規定（不当条項規制の脱法を禁止するための一般規定の導入）
- (17) サルベージ条項（無効とされる不当条項の一部の有効性を確保するための条項）

【3.1.1.36】（消費者契約に関して不当条項と推定される条項の例） NBL 118 頁

1 改正提案

【3.1.1.36】（消費者契約に関して不当条項と推定される条項の例）

消費者契約の条項〔（個別の交渉を経て採用された消費者契約の条項を除く。）〕であって、次に定める条項は、当該条項が存在しない場合と比較して消費者の利益を信義則に反する程度に害するものと推定される。

（例）

〈ア〉 契約の締結に際し、前払い金、授業料、預かり金、担保その他の名目で事業者になされた給付を返還しないことを定める条項 ただし、本法その他の法令により事業者に戻還義務が生じない部分があるときは、それを定める部分については、消費者の利益を信義側に反する程度に害するものと推定されない。

（中略）

〈ウ〉 消費者による債務不履行の場合に消費者が支払うべき損害賠償の予定または違約金を定める条項 ただし、当該契約につき契約締結時に両当事者が予見しまたは予見すべきであった損害が事業者が生じているときは、その損害額を定める部分については、消費者の利益を信義則に反する程度に害するものと推定されない。

2 意見

【3.1.1.36】〈ウ〉の不当条項リストは、現行消費者契約法9条1号の問題点の多くが解消されている点において評価できる内容である。ただし、「消費者による債務不履行の場合に」という文言部分は削除した方がよいと考える。消費者が解除権を行使した場合に不当に高額なキャンセル料や解約料を課する契約条項に適用されないかのような疑義を生じさせる文言は加えるべきではない。

3 理由

- (1) 現行消費者契約法9条1号は、契約の解除の際に適用となる違約金条項等に適用範囲が限定されているところ、不当に高額な違約金条項等は解除の有無に関わらず存在するのであり（現に同条2号において金銭の支払については、そのような限定がない。）、【3.1.1.36】〈ウ〉がこの点を修正している点は極めて妥当である。
- (2) また、現行消費者契約法9条1号は、文理上平均的損害の立証責任は消費者にあると解釈せざるを得ないとされているところ（いわゆる学納金返還訴訟に関する最判平成18年11月27日判時1958号12頁）、上記のような立証責任の分配は事業者の内情など知り得ない消費者に無理を強いるものであり、【3.1.1.36】〈ウ〉がこの点を修正している点も極めて妥当である。
- (3) もっとも、現行消費者契約法9条1号は、消費者の債務不履行時に適用となる文字どおりの「損害賠償の予定」「違約金」条項のほか、消費者からの解約権行使に伴う契約

解除の際に適用となる「キャンセル料」「解約料」条項についても広く適用が認められているところ（上記最高裁判例）、【3.1.1.36】〈わ〉の不当条項リストは、文言だけを見れば、「消費者による債務不履行の場合」の違約金条項等に適用範囲を限定するような体裁となっている点において、現行法よりも後退する部分が生じるかのような疑義がある。そこで、「消費者による債務不履行の場合に」という文言部分は削除した方がよいと考える。

- (4) なお、消費者により契約が解除された場合の不当に高額な「キャンセル料」「解約料」条項については、【3.1.1.36】〈ア〉の規定により対応できるというのが提案の趣旨と理解できなくもない。しかし、上記のリストでは不当に高額なキャンセル料、解約料条項の全てをカバーできないように思われる（例えば、消費者が任意解除権を行使した場合にキャンセル料を新たに支払うべきことを定める条項など）。したがって、【3.1.1.36】〈ア〉の不当条項リストだけでは不十分と考える。

第3節 契約の内容

【3.1.1.41】（規範的解釈） NBL 122 頁

1 改正提案

【3.1.1.41】（規範的解釈）

契約は、当事者の意思が異なるときは、当事者が当該事情のもとにおいて合理的に考えるならば理解したであろう意味に従って解釈されなければならない。

2 意見

裁判規範として考えた場合、判断基準を抽象的一般人とすることもなお検討の余地があり、慎重に検討すべきである。

特に、事業者間取引については、具体的当事者を基準にしてよいのか、一層検討の余地があり、慎重に検討すべきである。

3 理由

- (1) 判断基準を誰に置くかについては、次の二とおりが考えられる。

A案（本提案） 具体的な当該当事者を判断基準

B案 抽象的一般人を判断基準

ウィーン売買条約はB案である。

- (2) A案（本提案）の方が、事案や当事者の属性に応じた柔軟な解釈で適切な解決を導きやすいように思われる。特に一方当事者が消費者や弱者であるような、当事者間の力関係に差がある場合には、意味を持つ可能性がある。

しかしながら、裁判での基準として考えた場合、A案（本提案）のように「本件の当事者が合理的に考えていたなら〇〇と考えたはずである」より、B案のように「通常では△△の意味と読める」の方が、紛争当事者が受け容れやすいという意見がある。A案における当事者の仮定的意思の判断の際の合理性は、捉え方によっては、抽象的一般人を基準とすることに近接する。そのため、解釈は抽象的一般人基準で行い、それと異なるものは意思表示の瑕疵で扱うのが理屈としてわかりやすいという意見もある。

- (3) 次に、事業者間の取引を考えた場合、本提案ではウィーン売買条約と基準が異なることになり、取引が国内か否かで判断基準が分かれることになる。そもそも事業者間については当該業界の取引通念が重きを占めることが少なくない。それゆえ、私人間一般としては本提案の具体的当事者を判断基準とする考え方を採用するとしても事業者間取引については別に考えるという結論もありうると思われる。

【3. 1. 1. 42】（補充的解釈） NBL 123 頁

1 改正提案

【3. 1. 1. 42】（補充的解釈）

【3. 1. 1. 40】および【3. 1. 1. 41】により、契約の内容を確定できない事項が残る場合において、当事者がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容が確定できるときには、それに従って解釈されなければならない。

2 意見

- (1) **裁判規範として考えた場合、判断基準を抽象的一般人とすることもなお検討の余地があり、慎重に検討すべきである。**

特に、事業者間取引については、**具体的当事者を基準にしてよいのか、一層検討の余地があり、慎重に検討すべきである。**

- (2) **【1. 5. 48】（法律行為の一部が無効となる場合の補充）との関係・規定の位置について、整理が必要である。**

3 理由

- (1) 意見(1)については、【3. 1. 1. 41】（規範的解釈）と同様である。
- (2) 法律行為の無効な条項の補充【1. 5. 48】の場面と、契約の補充的解釈【3. 1. 1. 42】の場面とを比較すると、次表のとおり異なっている。

提案	対象	場 面	補充方法
【1. 5. 48】	法 律 行 為	法律行為の一部が無効とされ、その部分を補充する必要があるとき	①当事者の仮定的な意思
			②慣習
			③任意規定
			④信義側
【3. 1. 1. 42】	契約	契約の内容が確定できない事項が残るとき	当事者の仮定的な合意

そのため、改正試案では、

- ① 契約以外の法律行為に確定できない事項があるとき、どのように扱うのかが明確でない。
- ② 契約に一部無効があるときは、【3. 1. 1. 42】ではなく、法律行為の【1. 5. 48】で扱うということのように思われるが、明確でない。
という問題がある。

①の問題については契約以外の法律行為共通の準則を立てることが難しいということとで省略されていると思われ、②の問題については条文の対比から導けるかもしれない。

しかし、これらの解釈準則の明文化は、特に一般市民から見てわかりやすい民法という趣旨を目指しているものであるから、明文にする以上は、規定の位置を接近させるとか内容や形式を統一するとか、整理してわかりやすく、かつ、疑問が生じないように明確にしておく必要があると思われる。

【3. 1. 1. 43】（条項使用者不利の原則） NBL 123 頁

1 改正提案

【3. 1. 1. 43】（条項使用者不利の原則）

<1>約款の解釈につき、【3. 1. 1. 40】および【3. 1. 1. 41】によってもなお、複数の解釈が可能なときは、条項使用者に不利な解釈が採用される。

<2>事業者が提示した消費者契約の条項につき、【3. 1. 1. 40】および【3. 1. 1. 41】によってもなお、複数の解釈が可能なときは、事業者に不利な解釈が採用される。[ただし、個別の交渉を経て採用された条項については、この限りではない。]

2 意見

かかる規定を設けることについては賛成する。

ただし、約款の解釈については、裁判例においてなされてきた、約款規定の趣旨・相手方の合理的な期待・利益考量などを考慮した限定解釈の方法を別途盛り込むべきである。また、【3. 1. 1. 41】の適用に関し、【3. 1. 1. 41】の内容が本提案のままとしても、なお約

款の特殊性を踏まえた抽象的な約款の対象者を基準とした解釈手法に修正すべき場合があることを明確にすべきである。

〈2〉の〔ただし、個別の交渉を経て採用された条項については、この限りではない。〕は不要である。

3 理由

- (1) 日弁連では、消費者契約法の改正のたびに、このような解釈規定を設けるべきことを述べてきたところであり、規定を設けること自体については積極的に賛成する。
- (2) 約款の解釈については、過去の裁判例で、約款規定の趣旨・相手方（消費者等）の合理的な期待・利益考量などからの限定解釈がなされ、適切な解決が導き出されてきた。これらの解釈手法は通常の契約と異なる約款の特殊性を考慮したものであり、民法改正において排除される理由はない。

次に、約款の解釈において【3.1.1.41】（規範的解釈）を適用する場面では、仮に【3.1.1.41】について同提案の具体的当事者基準を採用したとしても、なお約款の特殊性から約款により契約関係に入る相手方という抽象的な対象者（例えばある商品の購入者層）を想定すべき場合が考えられる。契約の場面と同じように個別当事者基準の解釈だけを考えると、約款の性格上それが許されず抽象的な対象者基準を採らざるを得ない場面はありうる。すなわち、約款において【3.1.1.41】を適用するというだけではわかりにくく、契約の場面での具体的当事者基準と異なり抽象的な対象者を基準とした解釈手法に修正すべき場合があることを明確にすべきである。

以上の2点については、解釈基準の明文化は市民に向けられた面が多いので、市民にわかりやすい民法という観点から明確にすることを考えるべきである。

まとめると、約款の解釈については、

- ① 約款規定の趣旨・相手方の合理的な期待・利益考量などからの限定解釈の明記
 - ② 【3.1.1.40】の適用
 - ③ 【3.1.1.41】を適用。ただし、この場面での基準が【3.1.1.41】と異なる点等について明確化。
 - ④ 【3.1.1.43】条項使用者不利の原則
という順で解釈すべきことを明らかにすべきである。
- (3) 提案の〈2〉の〔ただし〕以下の、個別の交渉を経て採用された条項とは、例えば価格といった、主要な事項であり、かつ、第三者が一概に不当性を判断できないものが想定されているところ、不当条項として無効化が問題となる場面（【3.1.1.33】ほか）ではともかく、有効な契約の内容を解釈する場面では、かかる重要な点が通常の解釈をしてもなお一義に定まらないという場面が想定しにくく、仮にそのような状況が生じたならば成り立ちうる解釈の中から事業者に不利なものを選択しても問題があるとは思われない。すなわち、【3.1.1.33～36】と平仄を合わせる必要はない。

【3.1.1.48】（法定利息） NBL 127 頁

1 改正提案

【3.1.1.48】（法定利息）

- 〈1〉法定利率の定め方は、固定方式から変動方式に移行するものとする。
- 〈2〉民法典には2種の法定利率（短期・長期）を定める。短期をさらに2種に分けるか否かは別途検討を要するが、商事の特則を置くか否かは商法に委ねるものとする。
- 〈3〉利率の決定方法としては、市場金利との連動をはかる方法を用いるものとする。
- 〈4〉規定の位置については、別途検討を要する。

2 意見

- (1) 中間利息の控除における利率以外の適用場面（遅延損害金の利率、利率の定めのない利息の合意の場合の利率および不当利得における悪意の受益者が付すべき利息の利率等）については、固定方式による利息計算の簡便さというメリットを放棄してまで、迅速に市場の金利変動に対応するという実務上の要請があるとはいえないことから、固定方式から変動方式に移行すべきではない。なお、中間利息の控除については、そもそも法定利息の問題として検討されるべきかについても議論があり、逸失利益の算定方式自体を見直すことも検討されるべきである。
- (2) 仮に一律に変動方式に移行する場合には、将来の遅延損害金を請求する場合等において損害額の算定が煩瑣となり、裁判所や当事者にとって過度の負担にならないような制度を設計すべきである。

3 理由

- (1) 現行の法定利率に対する評価について

改正試案では、現行の法定利率は高すぎるという批判が強いと指摘されている。

しかし、上記指摘が、いかなる適用場面において高すぎると評価しているのかは明らかでないが、例えば、一般的な取引において約定されている遅延損害金は、【3.1.1.35】（例）〈オ〉〔甲案〕においても前提とされているように、年14.6パーセント以上とされていることも多く、主として消費者はこれを甘受して資金調達せざるを得ない状況にある。

このような状況に鑑みれば、遅延損害金の利率として法定利率が適用される場面においては、年5分が必ずしも高い利率とは言い切れない。

- (2) 固定方式・変動方式

仮に現在の法定利率が高すぎると評価したとしても、変動方式に移行することは、必ずしも論理必然ではないと思料され、それぞれのメリット・デメリットを考慮して検討されるべきである。

- ① 法定利率の定め方につき、現民法404条のように固定方式を採用した場合には、

利息計算が簡便となるというメリットが認められるが、他方で、迅速に市場の金利変動に対応できず、市場金利との乖離が生じるというデメリットが認められる。

- ② これに対し、変動方式を採用した場合には、迅速に市場の金利変動に対応できるというメリットが認められるが、他方で、市場の金利変動に対応するために過度に市場金利との連動をはかる場合には、利息計算が煩瑣になるというデメリットが認められる。

本提案においては、上記市場の金利変動に対応できないという固定方式のデメリットを解消すべく、固定方式から変動方式への移行および市場金利との連動を提案しているものと理解される。

しかし、実務上重要となる利息計算が簡便となるという固定方式のメリットに鑑みれば、迅速に市場の金利変動に対応する実務上の要請がないような場合は、変動方式によらず、固定方式を維持しながらより低い利率に変更することも考えられる。

(3) 変動方式へ移行する実務上の要請の有無

ア 種々の場面において適用される法定利率について、上記のような固定方式の問題点のみを理由として、適用される場面を問わず一律に変動方式に移行することは、必ずしも論理必然ではないと思料される。

実務上法定利率の適用が問題となる場面としては、(a)中間利息の控除における利率(最判平成17年6月14日民集59巻5号983頁)、(b)遅延損害金の利率(現民法419条1項)、(c)利率の定めのない利息の合意の場合の利率(大判明治29年4月14日民録2巻57頁)、(d)不当利得における悪意の受益者が付すべき利息の利率(最判平成19年2月13日民集61巻1号182頁)等が想定される。

イ しかしながら、実務において市場金利との乖離が問題とされているのは、主として(a)中間利息の控除における利率の問題である。この問題については、前掲最判平成17年6月14日判決がなされるまでは、中間利息の利率を運用利益の利率についての事実認定の問題と捉えて、法定利率を適用せずに年5%未満とした下級審裁判例が複数存在し(東京高判平成12年3月22日判時1712号142頁等)、被害者保護の観点から実務において工夫されてきたところである。

もっとも、中間利息の控除は、法定利率の付随的な問題であり、かつ日本特有の特殊な問題であることから、そもそも法定利率の問題として検討されるべきかについても議論がある。

ウ 他方、(b)ないし(d)の場合については、上記(a)とは異なり、下級審裁判例においても、法定利率の適用が争われ、法定利率の適用を回避するような工夫がなされた裁判例等は見当たらない。

(b)ないし(d)の場合のように、迅速に市場の金利変動に対応する実務上の要請がないような場合にまで、一律に固定方式による利息計算の簡便さというメリットを放棄して、変動方式に移行する必要はないと思料される。

エ なお、(b)遅延損害金については、金融機関の実務家から、帰属に争いのある預金について紛争の当事者から金融機関を被告として預金払戻請求訴訟が提起された場合に、金融機関は預金金利よりも高い利率である法定利率による遅延損害金を付加させられることの不当性について指摘がなされている。また、供託金利息については供託規則33条において年0.024%と定められていることと比較して、法定利率が高すぎる旨の指摘もある（金融法務事情1715号103頁、同1751号4頁等）。

しかし、上記のような指摘については、そもそも金融機関が合理的判断に基づいて帰属に争いのある預金の払戻しを拒否する場合でも、供託制度等により遅延損害金の負担を回避できないことが問題であって、遅延損害金が高すぎるとか、市場金利と乖離していること自体が問題ではないと思料される。これは、遅延損害金の利率の見直しではなく、債権者不確知における弁済供託制度の見直し等により対応すべき問題であると思料される。

したがって、遅延損害金についても、迅速に市場の金利変動に対応する実務上の要請があるとはいえないと思料される。

(4) 結論

ア 以上のように、固定方式による利息計算の簡便さというメリットを放棄してまで、迅速に市場の金利変動に対応するという実務上の要請があるとはいえないことから、固定方式から変動方式に移行すべきではない。

なお、中間利息の控除は、法定利率の付随的な問題であり、かつ日本特有の特殊な問題であることから、そもそも法定利率の問題として検討されるべきかについても議論があり、逸失利益の算定方式自体を見直すことも検討されるべきである。

イ 仮に一律に変動方式に移行する場合には、将来の遅延損害金を請求する場合等において損害額の算定が煩瑣となり、裁判所や当事者にとって過度の負担にならないような制度を設計すべきである。特に倒産事件における債権認否等のような大量の処理を求められる場合には、破産管財人や債権者にとって過度の負担にならないように配慮されるべきである。

第4節 契約の効力

【3.1.1.55】（履行請求と不安の抗弁権） NBL 131 頁

1 改正提案

【3.1.1.55】（履行請求と不安の抗弁権）

〈1〉 双務契約において、債権者が債務者に対して債務の履行を請求したとき、債務者は、債権者の信用不安に伴う資力不足その他両当事者の予期することができなかつ

た事情が契約締結後に生じたために反対債務の履行を受けることができなくなる具体的な危険が生じたことを理由に、自己の債務の履行を拒むことができる。ただし、債権者が弁済の提供をした場合または相当の担保を提供した場合は、この限りでない。

<2> <1>に掲げた事情が契約締結時に既に生じていたが、債務者がこのことを合理的な理由により知ることができなかつた場合も、<1>と同様とする。

2 意見

- (1) 不安の抗弁が認められる場合の要件を適切かつ厳格に規定すべきである。
- (2) 「債権者の信用不安に伴う資力不足その他両当事者の予期することができなかつた事情」の部分は、例示ではあるが、要件を厳格化する観点からは、「信用不安」との文言は使用を避けるべきであると考ええる。また、「具体的な危険」との文言についても、客観的・合理的なものに限定されるより適切な文言があれば、かかる文言に置き換えるべきである。

例えば、以下のように規定してはどうか。

A 「双務契約において、債権者が債務者に対して債務の履行を請求した場合において、債権者の著しい資力不足その他両当事者の予期することができなかつた事情が契約締結後に生じたために反対債務の履行を受けることができなくなるおそれが生じたことが客観的に明らかだと認められるときは、債務者は、自己の債務の履行を拒むことができる。」

B 「双務契約において、債権者が債務者に対して債務の履行を請求したとき、債務者は、債権者の著しい資力不足その他両当事者の予期することができなかつた事情が契約締結後に生じたために反対債務の履行を受けることができなくなる客観的かつ具体的な危険が生じたことを理由に、自己の債務の履行を拒むことができる。」

- (3) 債務者が先履行義務を負担していない場合でも不安の抗弁権により履行を拒絶することができるとするものの是非については、十分な検討が必要であると考ええる。

3 理由

- (1) 不安の抗弁権の明文化について

不安の抗弁権については、現行法上明文はなく、裁判例においても認められてはいるが、「厳密な意味での対価的牽連に立つ債務相互の関係ではなく、もっぱら、継続的取引における当事者の一方による爾後の商品供給停止という形態が中心を占めている」とされている（「新版注釈民法（13）」595頁）。

また、かかる抗弁権は、現在は明文がないため、主張する側も慎重になる傾向にあり、事実上、濫用の抑止的効果があると解される。また、かかる抗弁権の明文化により、再

建型倒産手続に入った会社に対する同時履行（キャッシュオンデリバリー）の圧力が強まる懸念もある。

しかし、1回取引の場合であっても、契約当事者の信用力が著しく落ちたときまで相手方に先履行を強いる必要性は乏しく、継続的取引のみに限定する必要性は必ずしもない。

また、権利内容を確定するためには、要件を規定することは有益性が認められる。そして、海外の立法例においても、不安の抗弁権が明文化されている例が多数あり、ウィーン売買条約においても規定がなされている。さらに、旧民法は破産または無資力を理由とする先履行義務のある売主の抗弁を規定し、現民法の起草者は、不安の抗弁が問題となる場面においては、民法137条の期限の利益喪失事由の規定および民法424条の債権者取消権によって対処可能と考えたため、特別の規定を設けなかったに過ぎないとされている。

さらに、濫用の危険については、適切な要件を規定すれば一定程度は回避できる。

したがって、適切かつ厳格に規定されるのであれば、規定化自体には積極的に反対する理由はないと考える。

(2) 不安の抗弁の要件について

ア 学説においても、不安の抗弁権の具体的な適用を考えるにあたっては、事情変更の原則が適用されるのと同様に評価される事態が生じた場合に留めるべきであると主張されるなどしており、その要件、適用については慎重な判断が必要である。

イ 「債権者の信用不安に伴う資力不足その他両当事者の予期することができなかった事情が契約締結後に生じた」との文言について

信用不安との文言が、支払不能、支払停止、手形の不渡りによる銀行取引停止処分といったものを指すのであればよいが、一般用語としては、信用不安は、支払猶予や分割弁済の要請、在庫の急激な変化、借入増大なども含まれないか。そうであれば、かかる文言は適切ではなく、より限定的な文言を用いる必要がある。

また、現行法上においても、倒産手続の開始申立てに必ずしも信用不安という客観的事実の裏付けがあるとはいえないと解されており、「信用不安」なる文言により、民事再生や会社更生のような再建型倒産手続における取引先への協力依頼がスムーズにいかなくなるおそれも否定し得ない。

かかる観点からも、「信用不安」という広い文言は使用しない方がよいと考える。

ウ 「具体的な危険」との文言について

現行法上、「具体的な危険」なる文言を使用した法令は見あたらない。

この点、不安の抗弁権における不安は、客観的に合理的なものでなければならぬと解されている（「新版注釈民法（13）」599頁）。検討委員会の全体会議第5回資料「債務の履行、損害賠償、解除・危険負担、履行障害に関する報告」26頁においては、この点の要件が「債権者が債務の履行を受けることができなくなるおそ

れ」と広く規定されていたが、本提案の「具体的な危険」との要件は、これをより厳格化した趣旨と解される。また、「具体的な危険」との要件は、【3.2.1.32】（代金支払拒絶権－第三者からの権利主張）の「相当の理由」よりは厳格な要件と解される。また、「具体的な危険」との文言は、抽象的な危険では足りないということを裏返しで示すものであると解される。

もつとも、さらに適切な表現が存するなら、そちらを用いるべきであり、意見(2) AおよびBは、より適切な他の表現の可能性を探るものである。

(3) 不安の抗弁の性質について

債務者が先履行義務を負担していない場合でも不安の抗弁権により履行を拒絶することができるとした場合は、裁判において不安の抗弁権の主張が認められたときには、棄却判決となる。

一方、不安の抗弁権が認められるのは、債務者が先履行義務を負担している場合に限定されるときには、不安の抗弁権の効力は、先履行の合意を否定することにあるため、裁判において不安の抗弁権が認められたときには、引換給付判決となる。

この点、前者においては、そもそも同時履行の抗弁権が認められる場合に棄却判決となる不安の抗弁権を認める必要があるのかについて疑問があるとされ、また棄却判決が妥当なのかという点についても疑問がある。一方、後者においては、引換給付判決となるため、相手方において履行期到来前に履行を強制する結果となる不都合がある。また、引換給付判決の強制執行による実現（具体的には為す債務を負った者が引換給付判決に基づき強制執行をする場合。）には困難性を伴うとの指摘もある。

そこで、いずれの見解をとるかについては、十分な検討が必要であると考えられる。

【3.1.1.57】（追完請求権） NBL 132 頁

1 改正提案

【3.1.1.57】（追完請求権）

<1>債務者が不完全な履行をしたときは、債権者は履行の追完を請求することができる。

<2><1>の場合において、債権者が追完の催告をしたにもかかわらず、相当の期間を経過しても債務者が追完しないときは、債権者は追完に代わる損害賠償を請求することができる。

<3><1><2>にかかわらず、追完を債務者に請求することが、契約の趣旨に照らして合理的に期待できないときは、債権者は債務者に対し直ちに追完に代わる損害賠償を請求することができる。

<4><3>の場合において、債務者は、【3.1.1.58】に従い追完をなすことによって追完

に代わる損害賠償義務を免れることができる。

〈5〉追完および追完に代わる損害賠償請求権についての債権時効については、**【3.1.3.44】**〈1〉に定める期間は、不完全な履行に当たる事実が発生した時から起算され、同〈2〉に定める期間は、債権者が不完全な履行に当たる事実が発生したことを知った時から起算される。

2 意見

不完全履行の場合について、完全不履行・無履行の場合の規定と整合性を図るべきであるから、〈1〉ないし〈3〉につき、下記のとおり修正すべきであると思料する。「不完全な履行」の定義規定の要否（内容）を検討する必要がある。また、〈5〉の時効の起算点については、判例理論と異なることから、慎重に検討すべきである。

なお、〈4〉については追完権**【3.1.1.58】**参照。

記

【3.1.1.57】 -1（追完請求権）

- 〈1〉 債務者が不完全な履行をしたときは、債権者は追完を請求することができる。
- 〈2〉 追完が不可能な場合その他履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合、債権者は、債務者に対して履行を請求することができない。

【3.1.1.57】 -2（追完に代わる損害賠償）

- 〈1〉 債務者が不完全な履行をした場合には、債権者は、次の各号に掲げる事由が生じたとき、債務者に対し、追完に代わる損害の賠償を請求することができる。
- 〈7〉 追完が不可能なとき、その他追完をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できないとき
- 〈イ〉 債務者が追完を確定的に拒絶する意思を表明したとき
- 〈ウ〉 債務者が追完をしない場合において、債権者が相当の期間を定めて債務者に履行を催告し、その期間内に追完がされなかったとき

3 理由

(1) 履行に代わる損害賠償との整合性

不完全履行の場合につき、完全不履行・無履行の場合の規定と整合を図ることが必要であり、本提案について、下記のとおり整理すべきであると思料する。なお、〈4〉については、追完権の規定の要否に関わる（**【3.1.1.58】**参照）。

記

【3.1.1.57】 -1（追完請求権）（注1）

- 〈1〉 債務者が不完全な履行をしたときは、債権者は追完を請求することができる。
- 〈2〉 追完が不可能な場合その他履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合

理的に期待できない場合、債権者は、債務者に対して履行を請求することができない。

【3.1.1.57】-2（追完に代わる損害賠償）（注2）

〈1〉 債務者が不完全な履行をした場合には、債権者は、次の各号に掲げる事由が生じたとき、債務者に対し、追完に代わる損害の賠償を請求することができる。

〈ア〉 追完が不可能なとき、その他追完をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できないとき

〈イ〉 債務者が追完を確定的に拒絶する意思を表明したとき

〈ウ〉 債務者が追完をしない場合において、債権者が相当の期間を定めて債務者に履行を催告し、その期間内に追完がされなかったとき

(2) 「不完全な履行」概念

提案要旨は、「不完全な履行は、物の給付を目的とする契約においてその物が備えるべき性能、品質、数量を備えていない場合（【3.1.1.05】（瑕疵の定義）参照）のほか、役務提供契約における債務者が契約上の義務を尽くしたとはいえない場合を広く包含するものである。」とするが、瑕疵の定義付けを行うのであれば、不完全な履行についても定義規定の要否（内容）を検討する必要があると考える。

(3) 時効の起算点

提案要旨は「【3.1.3.44】〈1〉に定める期間は、不完全な履行に当たる事実が発生した時から起算され、同〈2〉に定める期間は、債権者が不完全な履行に当たる事実が発生したことを知った時から起算される。」としている。本来の履行請求権成立時点が起算点であるとしている判例理論（注3）と異なることになることから、慎重に検討すべきである。なお、学説上は、本来の履行請求権が時効消滅する前に債務不履行により損害賠償に変じて、このために時効期間が更新されることはなく、本来の履行請求権が時効消滅した後に、これにつき債務不履行による損害賠償請求権を生ずることはないとするのが通説であるとされているが（奥田昌道『債権総論〔増補版〕』149頁）、債務不履行による損害賠償請求権の消滅時効の起算点を債務不履行時と解する見解もある（平井宜雄「注釈民法 総則（5）」298頁）。

（注1）【3.1.1.53】（債権と請求力）債権者は、債務者に対し、債務の履行を求めることができる。

【3.1.1.56】（履行を請求することができない場合）履行が不可能な場合その他履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合、債権者は、債務者に対して履行を請求することができない。

（注2）【3.1.1.65】（履行に代わる損害賠償）

〈1〉 債権者は、次の各号に掲げる事由が生じたとき、【3.1.1.62】のもとで、債務者に対し、履行に代わる損害の賠償を請求することができる。

〈ア〉 履行が不可能なとき、その他履行をすることが契約に照らして債務者に合理的に期待できないとき

〈イ〉 履行期の到来の前後を問わず、債務者が債務の履行を確定的に拒絶する意思を表明したとき

〈ウ〉 債務者が債務の履行をしない場合において、債権者が相当の期間を定めて債務者に対し履行を催告し、その期間内に履行がされなかったとき

〈エ〉 債務を発生させた契約が解除されたとき
(注3) 最判昭和35年11月1日民集14巻13号2781頁, 最判平成10年4月24日判時1661号6
6頁等

【3.1.1.58】(追完権) NBL 133頁

1 改正提案

【3.1.1.58】(追完権)

〈1〉債務者が不完全な履行をしたときは、次の要件を満たす場合に、債務者は、自己の費用によって追完を為す権利を有する。
〈ア〉債務者が、なすべき追完の時期および内容について、不当に遅延することなく通知すること
〈イ〉通知された追完の時期および内容が契約の趣旨に照らして合理的であること
〈ウ〉債務者が追完をなすことが債権者に不合理な負担を課すものでないこと
〈2〉不完全な履行が契約の重大な不履行にあたる場合には、債務者の追完の権利は債権者の解除の権利を妨げない。

2 意見

追完権行使が実際に機能する場面を想定し難く、むしろ実務的に混乱を招くおそれがあることから、追完権の規定については、その要否を含め慎重に検討されるべきである。

3 理由

(1) 追完権行使の効果・实际的機能場面の有無等

ア 追完権行使の効果(解除権に劣後する)

本提案によれば、追完権の要件を充たす場合には、「追完権」が「追完に代わる損害賠償」に優先するが、「解除権」には劣後する。

「追完に代わる損害賠償」≪「追完権」≪「解除権」

イ 追完権の行使が実際に機能する場面の検討

(ア) 追完を債務者に請求することが契約の趣旨に照らして合理的に期待できないとき

本提案の提案要旨では、かかるときを追完権の行使が独自の意義を持つ場面としてあげるが、かかるときとは従前の履行不能の場面であり、債務者が契約の趣旨に照らして合理的な追完時期・内容を通知できるとは実際に考え難い。

なお、本提案において、債権者の視点から追完請求の期待不可能と考える場面でも債務者の視点から追完可能と考える場面を想定していたものとも考えられるが、債権者視点と債務者視点というズレを前提とした規定は実務的に混乱を招くおそれがある。むしろ追完請求権(追完に代わる損害賠償)に関する要件を整

理し、かかる要件の具備いかんにより決すべきである（例えば、「追完を債務者に請求することが契約の趣旨に照らして合理的に期待できないとき」との要件につき、債務者が争い、追完が可能であることを示せば、追完に代わる損害賠償請求は阻止される。）。

(イ) 追完を債務者に請求することが契約の趣旨に照らして合理的に期待できるとき

① 債権者の催告に応じて相当期間経過前に債務者が追完する場合

追完義務として追完するに過ぎず、追完権行使の場面とは言えない。

② 相当期間経過後に債務者が追完する場合

相当期間経過後であることからすれば、通知または追完の時期が不当に遅延または合理的でなく、追完権行使の要件を具備しない可能性が大きい。かかる場合に追完権行使の要件を具備する場面がまったく想定できない訳ではないが、極めて限定された場面を想定して権利としての追完権の規定を置くことは実務的に混乱を招くおそれがある（相当期間経過後でも債権者が追完請求した場合〔債務者の追完を認めた場合〕には債務者の追完が認められることはいうに及ばない。）。

また、そもそも相当期間が経過した後も債権者の追完に代わる損害賠償請求を劣後させて、債務者に追完権行使を認めるべきであるか疑問である。

なお、かかる場合においても、債務者が催告に係る相当期間について争うことが可能であることはいうまでもない。

(ウ) 本提案の提案要旨によれば、債務者にとって追完権の行使が独自の意義を持つ場面に関し、「債権者が、不完全な履行を理由として、契約全体についての解除・損害賠償や追完請求【3.1.1.57】で認められている救済を何も行使してこない段階で、債務者の側から追完を行うときである。このとき本提案<1>の要件を満たしていれば、債権者は追完に協力すべきことになり、追完が成就すれば債務不履行は治癒される。」とされるが、このような場面は、本来、債務者が義務として追完する場面である。したがって、追完権の行使が機能する場面としては考え難い。

(エ) 完全不履行・無履行の場合

本提案は、不完全履行の場合にのみ追完権を認めるものであり、完全不履行・無履行の場合には追完権を行使することができない（【3.1.1.65】参照）。

(2) その他

追完権の要件を具備しなくとも、義務としては追完できるはずであり、追完の「義務」と追完の「権利」との均衡について検討する必要がある。

(3) まとめ

以上のとおり、債務者が追完権を行使しても債権者の解除権には劣後し、また、追完

権が実際に有効に機能する場面を想定することは困難であり、むしろ、実務的に混乱を招くおそれさえ存する。債務者の利益は、追完権を認めなくとも、催告後「相当期間」の評価や債権者の損害軽減義務はもとより、解除の重大不履行の判断要素に追完可能性等を考慮することにより図り得る（図るべき）ものと思われる。

したがって、本提案の追完権の規定については、その要否を含め慎重に検討されるべきである。

【3.1.1.59】（代償請求権） NBL 134 頁

1 改正提案

【3.1.1.59】（代償請求権）

債務者の下で、【3.1.1.56】に定める事由が生じた場合において、債務者がこれと同一の原因により履行の目的物に代わる利益または権利（以下、代償という。）を得たとき、債権者は、代償の価値が目的物の価値を上回らない限度で、債務者に対し、代償の移転を請求することができる。

2 意見

代償請求権を行使した場合、その遅滞時期が代償請求権の発生時点なのか、代償請求権の行使時点なのかについて明らかでない。また、債権者の代償請求権と、債務者の債権者に対する反対給付請求権との関係（同時履行、留置権）についても明らかではない。したがって、これらの点について慎重に検討することが必要である。

3 理由

(1) 代償請求権の遅滞時期

債権者に代償請求権がある場合、その遅滞時期はいつかが問題となる。講学上は、①履行不能による代償請求権の発生が確定した時点、②債権者が代償請求権を行使した時点が考えられ、いずれであるかについては慎重検討のうえ、明確にすべきである。

なお、裁判例として、「代償請求権について遅延損害金が発生するのは、右請求権が右自動車の引渡の強制執行が執行不能となることを停止条件として確定的発生すると解されることに鑑み執行不能の日から履行期を徒過して遅滞に陥り一種の不法行為として民事法定利率年5分の遅延損害金を求めうるものと解される。」(札幌地判昭和50年4月15日判タ326号292頁、東京地判昭和54年7月19日判タ398号130頁)との例が見られる。

(2) 代償請求と同時履行の抗弁権、留置権

債務者が、債権者から代償請求権の行使を受けたとき、債務者に債権者に対する反対給付請求権がある場合、同時履行の抗弁権を主張しうるか。また、債権者が目的物を占

有している場合において、第三者からの引渡請求に対し、代償請求権を被担保債権として留置権を主張しうるか。判例（最判昭和62年7月10日金融法務事情1180号36頁）は、上記留置権の主張は、被担保債権と物との牽連性がないとして否定しているため、この点についても、慎重に検討のうえ、明確にすべきである。

【3.1.1.60】（債務の履行と第三者） NBL 135 頁

1 改正提案

【3.1.1.60】（債務の履行と第三者）

〈1〉債務者は、契約または法律に別段の定めのない限り、債務を履行するために第三者を使用することができる。

〈2〉債務者が第三者を使用することができる場合に、債務の履行のために当該第三者がした行為は、債務の履行および債務の不履行に関して債務者自身の行為と同視する。

2 意見

今日の取引実態に照らして、自己執行原則に係る原則と例外を逆転させる立法事実があるか再検討されるべきである。また、一般取引と商取引との区別を考える必要があるものと思料する。なお、「契約または法律に別段の定めのない限り」という文言では限定しすぎているように思われる。

3 理由

債務の内容が明らかでない場合、第三者を使用できるとすると、実務上もこれまでと変わる可能性があるのではないか。今日の取引実態に照らして、自己執行原則に係る原則と例外を逆転させる立法事実があるか疑問である。また、一般取引と商取引とを区別して考える必要があるように思われる。

なお、「契約または法律に別段の定めのない限り」という文言では限定しすぎているように思われる(注1)。

(注1) 【3.1.1.56】にかかる提案要旨によれば、「『契約の趣旨に照らして』というのは、明示的に契約内容とされているもののほか、契約の目的、性質、当事者の属性、当事者が契約締結に至った事情そのその他両当事者をとりまく諸事情を考慮に入れて判断するという意味である。」とされている。

【3.1.1.63】（損害賠償の免責事由） NBL 136 頁

1 改正提案

【3.1.1.63】（損害賠償の免責事由）

〈1〉契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債務者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。
〈2〉債務者が【3.1.1.54】または【3.1.1.55】に定められた抗弁権を有しているときには、債務者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。

2 意見

- (1) 対等当事者間での合意が一般的とはいえない現実において、損害賠償の帰責原因を契約の拘束力、すなわち、契約当事者の合意に求めることにより、力の強い一方当事者に有利な免責または履行保証ルールを約定する契約が増加するという事実上の問題が生ずる懸念がある。そこで、当事者間に地位の優劣が存在し、かつ、その一方当事者に有利な免責または履行保証ルールが約定された場合には、当該条項による不合理を是正するための規定を整備する必要がある。
- (2) 本提案ではその免責事由を「契約において債務者が引き受けていなかった事由」とするが、その文言では、内容が明確でないうえ、当該事由の判断が規範的評価を伴うものであることを適切に表しているとは言えない。むしろ、このような文言に変更することは、帰責原理についての原理的学理的転換だけでなく、あたかも従来の裁判実務上馴染まれてきた「責めに帰すべき事由」の内容およびその判断についてまで変更するがごとき誤ったメッセージを与えてしまう。そこで、免責事由としては、従来どおり、「責めに帰すべき事由がないこと」とするか、あるいは、次のように、免責事由についての定義、その評価基準を明記した新たな条項とすべきである。

記

- 〈1〉 契約において債務者に免責事由が認められる場合、又は契約において債務不履行の原因を想定し、これによる結果を債務者の負担としない旨の当事者間の合意がある場合には、債務者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。
- 〈2〉 免責事由とは、契約において債務者に責任を負わせることが正当でないと評価される場合をいう。
- 〈3〉 免責事由の該当性判断にあたっては、債務不履行の原因の内容および性質、当該契約当事者の属性、当該契約の目的、性質、内容および対価性、ならびに当事者が契約締結に至った事情等を総合考慮して判断する。
- 〈4〉 本提案〈2〉と同じ。

3 理由

- (1) 不当条項排除のルール整備について

契約の拘束力を重視することは理想的にはよく理解できるところであるが、事業者・消費者間の取引だけでなく、事業者間取引においても、実質的力関係は対等でなくむしろ大きな隔たりがある契約事例が多い現実からすると、契約の拘束力を重視することに

よる弊害、すなわち、免責または履行保証に関する不当条項（不当な債務限定または拡大条項や責任限定または拡大条項）の合意事例が生じることが予想される。

現行法下においても、不当な特約条項に対しては、公序良俗違反、信義則違反、消費者契約法による不当条項規制等によって、その有効性を吟味してきたものであるが、民法が契約の拘束力を重視する立場を明確するのであれば、これに伴う弊害に対しても、さらに不当条項を排除するルールをより充実させる必要がある（注1）。

たとえば、不当条項リストに不当な免責または履行保証ルールを排除するための条項例を十分に吟味して追加していく必要があるし、また、約款規制を柔軟に解釈するなど、当事者の地位（力関係）に優劣がある現状に配慮した条項または解釈の充実を図るべきである。

(2) 「契約において債務者が引き受けていなかった事由」の文言の問題

ア 本提案は、損害賠償責任の帰責原理につき、過失責任主義を転換し、契約における当事者の合意を基礎にした契約の拘束力に求め、その免責事由として「契約において債務者が引き受けていなかった事由」との文言を採用するが、その文言については、次のような問題点がある。

(ア) 文言の不明確性

本提案は、「債務者が引き受けていなかった事由」という文言を提案するが、その具体的内容が一義的に明らかであるとは言い難く、あえて採用を回避した「責めに帰すべき事由」と大差ないと評価せざるを得ない。

また、債務者が引き受けるか否かは債務不履行の原因ではなくその結果であるのであるから（原因については当事者において予想していたが、その結果の引き受けについてまでの合意が認められない場合もある。）、債務不履行の原因を引き受けたか否かという点のみを問題とするような「債務者が引き受けていなかった事由」という文言は適切とはいえない。

(イ) 免責事由が規範的評価を伴う要件であること

さらに、免責事由は規範的評価を伴う規範的要件であるにもかかわらず、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という文言では、規範的評価を伴わない事実であるかのような誤解を与える。

すなわち、損害賠償の免責事由は、債務不履行をもたらした事態（不履行原因）が契約において想定されず、かつ、想定されるべきものでもなかったときには、債務不履行による損失を債務者に負担させることが契約の拘束力から正当化できないために、その免責を認めるものである。

ここにおいては、事実として不履行原因を想定していたかだけでなく、想定されるべきものでもなかったか否かという規範的評価を伴う判断が問題とされる。しかるに、単に「債務者が引き受けていなかった事由」とすると、評価を伴うものではなく事実として引き受けたか否かだけがその判断対象となるおそれがあり、

必ずしも適切な表現ではないと言わざるを得ない。

想定されるべきものであったか否かは、債務不履行の原因の内容および性質、当該契約当事者の属性、当該契約の目的、性質、内容および対価性、ならびに当事者が契約締結に至った事情等を総合考慮して規範的に評価されるべきものであることを明確にする必要があるといえよう。

(り) 免責事由の内容変質の危惧

本提案も、「債務者が引き受けていなかった事由」という文言に変更したとしても、従来の裁判実務における「責めに帰すべき事由」としての免責事由の内容およびその判断基準に何らの変更を加えるものではないことを説明している。

しかしながら、「債務者が引き受けていなかった事由」という文言に変更することは、帰責原理についての原理的学理的転換だけでなく、あたかも従来の裁判実務上馴染まれてきた「責めに帰すべき事由」の内容およびその判断基準についてまで変更するがごとき誤ったメッセージを与えてしまう危惧が払拭できない。

イ 対案の提示

以上のような問題点に鑑みれば、債務不履行による損害賠償における帰責原理を契約の拘束力から説明することを原理的学理的に宣言すればそれで足りるものであり、免責事由としては、従来の裁判実務上馴染まれてきた「責めに帰すべき事由がないこと」という文言でよいと考える。

仮に、「責めに帰すべき事由」が市民にわかりにくいというのであれば、損害賠償責任における新たな免責事由の内容と判断基準を明確にするため、「定義規定」と「評価の基準」を組み合わせた条項として、次のようにすることを提案する。

- 〈1〉 契約において債務者に免責事由が認められる場合、または契約において債務不履行の原因を想定し、これによる結果を債務者の負担としない旨の当事者間の合意がある場合には、債務者は【3. 1. 1. 62】の損害賠償責任を負わない。
- 〈2〉 免責事由とは、契約において債務者に責任を負わせることが正当でないと評価される場合をいう。
- 〈3〉 免責事由の該当性判断にあたっては、債務不履行の原因の内容および性質、当該契約当事者の属性、当該契約の目的、性質、内容および対価性、ならびに当事者が契約締結に至った事情等を総合考慮して判断する。
- 〈4〉 本提案〈2〉と同じ。

ウ 対案の説明

〈1〉は「免責事由」がある場合には債務者は債務不履行責任を負わないこと、または当事者間において明確な合意がある場合は債務不履行責任を負わないことを規定するものである。後者の場合において、当該合意が不当条項に該当するような場合には、不当条項排除規定（公序良俗違反、信義則違反、消費者契約規制、約款規制等）による制約を受けることはいうまでもない。

〈2〉は「免責事由」の定義を定めるものである。免責事由を「契約において債務者に責任を負わせることが正当でないと評価される場合」と定義することにより、契約における拘束力が帰責原理であること、および、免責事由が規範的評価を伴うものであることを示すものである。

〈3〉は免責事由の判断要素および基準を定めるものである。債務者に責任を負わせることが正当か否かは、債務不履行の原因の内容および性質、当該契約当事者の属性、当該契約の目的、性質、内容および対価性、ならびに当事者が契約締結に至った事情等を総合考慮して判断することにより妥当性のある結論を導くことを企図したものである。

(注1) その意味で約款規制ルールを新設することには積極的評価が加えられるべきであるが、それにとどまらずより充実した不当条項排除ルールを検討していくべきである。

【3. 1. 1. 67】（損害賠償の範囲） NBL 139 頁

1 改正提案

【3. 1. 1. 67】（損害賠償の範囲）

〈1〉契約に基づき発生した債権において、債権者は、契約締結時に両当事者が債務不履行の結果として予見し、または予見すべきであった損害の賠償を、債務者に対して請求することができる。

〈2〉債権者は、契約締結後、債務不履行が生じるまでに債務者が予見し、または予見すべきであった損害についても、債務者がこれを回避するための合理的な措置を講じたのでなければ、債務者に対して、その賠償を請求することができる。

2 意見

- (1) **損害賠償の範囲について、従来の相当因果関係ルールを予見可能性ルールに変更することについては、十分に慎重に検討される必要がある。**
- (2) **損害の「予見」を狙って、想定されるあらゆる損害を契約書中に記載する事実上の問題が生じることに対応するため、不当条項規制が機能するよう充実させなければならない。**

3 理由

- (1) 現民法416条は、完全賠償原則を前提として相当因果関係理論が採用されたドイツの理論とは本来全く異質なものであったにもかかわらず、いわゆる学説継受により、相当因果関係を定めた規定であるという理解が通説になったという歴史的沿革があるにせよ、今日に至るまで、判例・実務において、損害賠償の範囲はいわゆる「相当因果関

係論」を基礎として判断されてきた。

したがって、現民法の「制定当時」の考え方に立脚して予見可能性ルールを採用することについては、実務に与える影響も十分に検討がなされるべきである。

特に、予見可能性ルールによると、事実的因果関係ある予見可能な損害は基本的に損害賠償の範囲内とされるが、「法的に相当と見られる条件」という因果関係概念に絞りが掛けられないことにより、相当因果関係理論における結果と異なる結論になれば、実務上の影響は極めて大きいといわざるを得ない。

したがって、相当因果関係ルールに代わって予見可能性ルールを採用することについては、慎重にその影響を検討する必要がある。

- (2) 対等な力関係にない当事者間において、損害を予見させるべく、契約書中に債権者に想定されるあらゆる損害が記載され、それが損害賠償の対象とされることが懸念される。これに対する対処は、主に不当条項規制により行われることになると考えられることから、不当条項規制自体が、実際に機能するように定められなければならない。

【3.1.1.70】（物の価格の算定基準時－不履行後の価格騰貴の場合） NBL 141 頁

1 改正提案

【3.1.1.70】（物の価格の算定基準時－不履行後の価格騰貴の場合）
物の価格が賠償されるべき場合において、債務不履行後に物の価格が上昇したときは、騰貴価格がなお維持され、かつ、債務者が当該価格騰貴を予見すべきであったのであれば、当該騰貴価格によって、賠償されるべき物の価格を算定することができる。ただし、債権者が契約に照らせば債権者が自らに生じた損害の発生または拡大を回避するための措置として代替取引をすべきであったときには、【3.1.1.73】により、賠償額が減額される。

2 意見

- (1) 「物の価格が賠償されるべき場合において」という表現がなされているが、算定基準時の問題において、「物の価格」に限定するのは妥当ではない。例えば、「契約の目的物の価値」といった表現を用いるべきではないか。
- (2) 価格騰貴を債務者が予見すべきであった時期を明示すべきである。仮に予見時期を明示しないのであれば、かかる準則・基準を条文として設けるべきではない。
- (3) 中間最高価格の事例において、騰貴価格での利得取得の確実性と、その時点で代替取引をすべきであったということは次元が異なるものであり、従前の判例と同じ結論を導き出すことはできないのではないか。

3 理由

(1) 「物の価格」について

填補賠償請求における損害額の算定基準時について、(有体)「物の価格」の問題に限定することは妥当ではない。

無体物であっても、損害額の算定基準時については同様に考えられるべきである。

とすると、「物の価格」という表現は的を射ておらず、「契約目的物の価値」といった表現を用いるのが正確と考える。

(2) 価格騰貴を債務者が予見すべきであった時期

価格騰貴を債務者が予見すべきであった時期について、指針では明記されていない。仮に条文化するのであれば、予見時期について明示すべきである。

この点、判例の考え方は履行不能時といわれている。もっとも、例えば二重譲渡のケースで、判例は、予見時期が履行不能時と考えているのか、解除時と考えているのか、判然としない面もある。

仮に「損害発生時」とした場合、【3.1.1.69】においては、【3.1.1.65】<1>の各号に掲げた事由が生じたいずれの時点でも填補賠償を請求できることになるが、そうすると、各時点のいずれかの時期に価格騰貴を債務者が予見すべきであったとすべきか。

仮に予見時期を明示できないのであれば、かかる細かな準則を条文として定めるべきではなく、解釈に委ねるべきである。

(3) 確実性の要件について（中間最高価格の事例）

中間最高価格での請求の場合、判例（大判大正15年5月22日民集5巻386頁・富貴丸事件）は、価格騰貴の予見可能性に加えて、当該騰貴価格での利得取得が確実であったことが必要としている（確実性の要件）。

これに対し、本提案によると、中間最高価格での請求が認められるか否かは、騰貴価格時に代替取引をすべきであったといえるかどうかによることとなる。

騰貴価格での利得取得が確実であったかどうかと、その時点で代替取引をすべきであったということは、次元の異なるものであり、本提案により、判例と同じ結論を導き出すことができるのか疑問がある。

【3.1.1.72】（金銭債務の特則） NBL 142 頁

1 改正提案

【3.1.1.72】（金銭債務の特則）

<1>金銭債務の不履行による損害賠償において、債権者は、法定利率によって定められた額（約定利率が法定利率を超えるときは、約定利率によって定められた額）の賠償を請求することができる。

<2><1>の損害賠償については、債権者は、損害の証明をすることを要しない。

<3>債権者は、【3.1.1.67】の定めるところに従い、<1>に定められた額を超えた損害

の賠償を請求することを妨げられない。

2 意見

〈3〉は利息超過損害について否定的な現在の運用を変更するものであるところ、対等当事者間の取引ではない場合に、消費者等の弱い立場の者に対してまでこれを適用することには反対である。また、現在の実務と反対方向の提案であること、利息超過損害を認めるべき実務上の要請もないこと、また実務的に混乱が予想されることから、少なくともその必要性について慎重な検討を要するとともに、請求可能な損害の範囲を類型化しその要件を明確にするとともに、十分な周知期間を設ける必要がある。

3 理由

(1) 利息超過損害の賠償請求を認めることの妥当性

ア 金銭債務の特殊性

判例、伝統的な学説と異なる提案であり、現在の実務を変更する提案である。

金銭債務において損害賠償の額が遅延利息に限られることの意味は、①実損害が法定利率によって算定される損害額より少ない場合であっても減額されない、②法定利率以上の実損害を証明して賠償請求することを認めないという両面がある。提案は、②についての制限をなくす方向性を示すものである。

ところで、利息超過損害としては、①金銭の運用による逸失利益、②債権取立費用相当額の損害、③債権取立に要した弁護士費用が例として上げられる。また、「さらには履行期に弁済を受けられなかったために倒産したことによって生じた損害などについても賠償範囲に含めてもよいことがあるのではないだろうか。」との見解もある。その他にも問題となりうる損害としては、

- (i) 債務者が支払いを遅滞している間に生じた貨幣価値の低下分相当損害
- (ii) 債権が外国通貨で定められている場合の外国為替レート差損
- (iii) 他からの借入による増加借入費用

などが考えられ、金銭の広範な通用性ゆえに、金銭債務の履行を怠った場合には多種多様な損害の発生が予測される。他方、債権者は、契約締結時点において、債務者の不履行により自身に発生するおそれのある損害は十分に予測可能であり、それに応じて約定利率の合意、遅延損害金率の合意や損害賠償の予約を求めることが可能である。すなわち、債権者は、契約締結時に債務者の不履行に伴うリスクを一定の範囲でコントロールすることが可能である。

このような金銭債務の特殊性を考慮することなく、他の債務と同じ予測可能性ルール【3.1.1.67】〈2〉で規律するとすれば、契約締結後であっても「債務者が予見し、または予見すべきであった損害についても」賠償を請求できる余地が生ずる。そして、このルールの射程によっては、契約締結時点では債務者では予見できなかった損害に

についても、契約締結後であっても債権者が債務者に利息超過損害の発生を通知することにより請求可能となる可能性がある。

契約締結後に債権者に生じた損害リスクについては、契約締結時点に可能であるにもかかわらず債権者があえて約定を置かなかつたこと、債務者が契約締結時に引き受けていないと思われるもの（例えば、債権者の倒産リスク）も想定されることから、債務者の予見のみで律することは慎重に検討されるべきである。

イ 消費者への影響

さらに、債権取立費用、訴訟費用、増加借入費用、弁護士費用等の比較的立証容易な類型については、実務的な影響が大きく、消費者が債務者となる金銭消費貸借契約においては、事業者側の上記費用の消費者負担に繋がるものである。

確かに、消費者の事業者に対する金銭請求訴訟においては、法定利率以上の損害を認めることに積極的な意義を見いだすことができる場面もあるが、大半の場面は、消費者は事業者から請求される側であることを常に考えておく必要がある。

このことは、理論的には利息超過損害の問題とは異なるが、事業者から金銭債務があるとして訴訟提起された消費者は防禦のために一定の出捐を強制されるにもかかわらず、事業者に勝訴（請求棄却）した場合にも弁護士費用の請求が認められない。かたや、事業者である債権者は特段のリスクを負うことなく利息超過損害の請求することが可能となり、消費者は利息超過損害への反論を余儀なくされ負担が増加することとなる。このように、対等当事者間ではない契約において、消費者等の弱い立場の者にこれを適用することには反対である。

(2) 金銭債務以外への波及

本提案は、金銭債務の特則として、〈1〉、〈2〉を提案した上で、利息超過損害については一般準則によるとの提案である。しかしながら、「弁護士費用」等、現在の実務では消極的運用がなされている損害について、利息超過損害として一般準則により認められるとした場合、金銭債務以外の債務についても一般準則に従い認められることになる。

本提案は、金銭債務にとどまらず一般の債務不履行の準則として波及するものであり、現在の実務を大きく変更するものであることから、十分な周知期間を要する。

(3) 法定利息請求と利息超過損害請求の関係

本提案に基づき法定利率による請求を行う場合には、根拠条文は、本提案【3.1.1.72】〈1〉となる。他方、超過利息損害を請求する場合の根拠条文は【3.1.1.62】、【3.1.1.64】、【3.1.1.67】になる。この請求相互の関係について、以下の場合、訴訟手続上はどのように扱われるのか検討を要する。

(i) 両請求とも“履行遅滞に基づく遅延賠償請求権”であることから訴訟物は同一と考えられる。

(ii) 原告が記載すべき請求の趣旨はどのような記載になるのか。利息超過損害相当額の記載のみで足りると考えてよいか。

- (iii) 法定利率による請求は立証不要ではあるが、その主張は要すると思われる。利息超過損害の主張と法定利率の主張は、訴訟法的に選択的か予備的かどのような関係に立つのか。
- (iv) 利息超過損害の請求の趣旨に対して、法定利率による認容判決の主文は、一部認容判決と理解してよいか。

【3.1.1.73】(債権者の損害軽減義務) NBL 143 頁

1 改正提案

【3.1.1.73】(債権者の損害軽減義務)

<1>裁判所は、債務不履行により債権者が被った損害につき、債権者が合理的な措置を講じていればその発生または拡大を防ぐことができたときは、損害賠償額を減額することができる。

<2>債権者は、債務者に対し、損害の発生または拡大を防止するために要した費用の賠償を、合理的な範囲で請求することができる。

2 意見

裁判実務は、現民法418条における「過失」概念を介在として、具体的事案において柔軟な解決を図ってきたと評価できる。これが、「損害軽減義務」と明記されることで、「義務」の側面が一人歩きし、債務不履行に直面した債権者には合理的に何が期待されるのかという観点から個別具体的に判断されている現在の裁判実務とは異なり、「債権者の義務論」と言った抽象化された議論が展開されるおそれがある。このような観点から、損害の公平な分配を趣旨とする現在の過失相殺に代わる規範として、「損害軽減義務」を採用することには慎重な検討を要する。

3 理由

現民法418条における「過失」の意義について明確な定義・意義を論ずる文献は少ない。裁判例は、損害の発生・拡大について、損害の公平な分担という制度趣旨に基づき、過失相殺における「過失」については、債権者の帰責原因としてではなく、具体的な状況下において債権者が寄与またはそれを防止できたかという観点から、アド・ホックに判断していると思われる。このことは、「過失」概念を介在として、具体的事案において、柔軟な解決を図ってきたと評価できる。また、従来は、現民法418条と現民法722条を共に損害の公平な分担を趣旨とする規定と捉え、各論点について同様の解釈論が展開されている。

ところが、本提案では、現民法722条と現民法418条の議論を切り離すとされており、今後、両条それぞれ異なった議論が展開される可能性がある。このように独自の

展開がなされることとなった場合、本提案の「損害軽減義務」の“義務”という用語が、法的評価としての“義務”を指すのかは不明瞭であることから、一人歩きし、「債権者にも損害軽減に対する法的義務」あるとの見解が将来的に主張される余地が残る（ひいては、債務者から債権者に対する損害軽減義務の履行請求といった筋違いな議論が起きかねないことが危惧される。）。仮に、このような見解が主張された場合、「損害の公平な分担」という趣旨に照らし、消費者が債権者である場合に、その属性を加味して事案の解決を図ってきた実務に対して、債権者の属性を捨象した「債権者の義務」として一律に論ぜられ、契約当事者の立場の違いが考慮されない、あるいは重視されないことが懸念される。

債権者の損害軽減義務が法的義務に高められたものを指すものではないとすれば、「損害軽減義務」という用語は、ミスリーディングなものであり、「債権者の損害軽減措置」等に修正すべきである。

このように、契約リスクの分配規範としての現民法418条の過失相殺制度から「損害軽減義務」による準則への転換については慎重な検討を要するというべきである。

【3.1.1.75】（損害賠償額の予定） NBL 143 頁

1 改正提案

【3.1.1.75】（損害賠償額の予定）

- 〈1〉当事者は、債務の不履行について損害賠償額を予定することができる。
- 〈2〉裁判所は、予定された賠償額が債権者に生じた損害に比して過大であるときには、その額を合理的な額まで減額することができる。
- 〈3〉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。
- 〈4〉違約金は、賠償額の予定と推定する。

2 意見

〈2〉については、裁判所による合理的な額までの減額とされているが、具体的な事案においては、賠償額の予定自体を無効とすべき事態も想定される。本提案は一般条項の適用を排斥するものではないが、これを明記すべきと考える。

記

〈2〉裁判所は、予定された賠償額が債権者に生じた損害に比して過大であるときには、その額を合理的な額まで減額または無効とすることができる。

【3.1.1.77】（解除権の発生要件） NBL 144 頁

1 改正提案

【3.1.1.77】（解除権の発生要件）

〈1〉契約当事者の一方に契約の重大な不履行があるときには、相手方は、契約の解除をすることができる。

〈ア〉契約の重大な不履行とは、契約当事者の一方が債務の履行をしなかったことによって、相手方が契約に対する正当な期待を失った場合をいう。

〈イ〉契約の性質または当事者の意思表示により、特定の日時または一定の期間内に債務の履行をしなければ契約の目的を達成することができない場合において、当事者の一方が債務の履行をしないでその時期を経過したときは、契約の重大な不履行にあたる。

〈2〉契約当事者の一方が債務の履行をしない場合に、相手方が相当の期間を定めてその履行を催告し、催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたる場合は、相手方は契約の解除をすることができる。

〈3〉事業者間で結ばれた契約において、契約当事者の一方が債務の履行をしない場合、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたらないときはこの限りでない。

2 意見

- (1) 〈2〉〈3〉につき、代案として以下のいずれかの条項とすることを提案する。

記

〈A案〉 当事者の一方が債務の履行をしない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときには、相手方は契約の解除をすることができる。ただし、期間内に履行をしないことが契約の重大な不履行に当たらないときは、この限りでない。

〈B案〉 契約の〔中心／核心部分〕となる債務につき、当事者の一方が履行をしない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときには、相手方は契約の解除をすることができる。

- (2) 本提案においては「重大な不履行」の具体的内容が明らかであるとは言い難く、裁判例の集積を待つというのでは予測可能性に欠けると言わざるを得ない。

3 理由

- (1) 「契約の重大な不履行」概念による解除について

本提案〈1〉は、これまでの伝統的な契約責任論から脱却して契約責任論の現代化に取り組む最近の学説の流れをくみ、「帰責事由」という債務者の側からの主観的な要件ではなく、債権者からの視点で解除の当否・限界を確定すべきとして、帰責事由は不要であるが、些細な履行障害では債権者は契約を解除できず履行障害が重大なものでなければ

ならないとして「契約の重大な不履行」というより客観的な概念で解除の要件を捉え直そうとする学説の主張を明文化している。また、ウィーン売買条約49条の規定(CISG 49(1)(a)、定義規定は同25)とも平仄をそろえ、同条約批准に伴う国内規準の整備という要請にも適うものである。

したがって、本提案の方向性には、異を唱えるものではない。

(2) 催告解除規定について

本提案は、催告解除(現民法541条)が、債務不履行を受けた債権者に対して、契約から迅速に離脱をして新たな取引を締結することへの機会を与えることを企図したものであると捉え、また、無催告解除が法的に可能な場合でも実務では念のため催告解除をすることが多いことから、催告解除を並列的に設けることを考えた。

この点については、催告解除は、実務上多用されているから、催告解除の制度をおくことについては、賛成するところである。

しかし本提案<2>は、催告解除が重要だとして債務の不履行に加えて一定期間を定めて催告をしてなおかつ催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたるときには解除でき、<3>で事業者間においては特に迅速性を重視して重大不履行であることの立証責任を転換させて解除を容易にしたとの構造を採っている。

<2>は、本提案に至る最後の段階で挿入されたもので、「どんな(重大でない)不履行でも催告後なお履行されないことが重大な不履行にあたる場合には、解除が許される」と読むことができるが、催告後なお履行されないことが「契約の重大な不履行である場合」と「契約の重大な不履行ではない場合」との区別がにわかにはわかりにくい。ただ、付随義務のうち本体的でないものの不履行の場合(たとえば、マンションの販売契約に対し、浴室の水道蛇口がイタリア製であることが内容とされていた場合に、当該蛇口が製造元の職人の死亡等で入手不可能となった場合)に解除ができることを阻止する構成が必要である。

そうであれば、代案<A案>のように、事業者であるか否かを問わず、債務不履行があったとき、相当の期間を定めて履行を催告をすれば解除することができるとし、重大不履行でない場合に抗弁として解除の効力を否定させるほうが、重大不履行の概念の下、催告解除を無催告解除と一元化しつつ、催告解除に対する実務の要請にも応えるものとする可以考虑。

また、代案<B案>は、A案に対して、「契約の重大な不履行」概念が債権者からの視点から生まれた概念であるにもかかわらず、債務者に抗弁として主張立証させることになる構造に違和感を抱くことから、解除をする債権者側がまず主張・立証するものとする構造であるべきこと、催告解除は政策的なものであることからこれを前面に出して契約の中心的債務(または核心部分)の不履行に対して催告解除を認めるとするものである。

(3) 重大不履行の問題点

重大な不履行であるかの判断に関し、本提案の提案要旨や提案者の講演においては、債権者が当該債務不履行によって契約利益を失い契約の存続を合理的に期待できないか否かの判断は、問題となっている契約類型ごとに客観的に定められるべき契約利益が、その基底におかれると説明されている。

かかる説明によると、契約書に契約利益をすべて盛り込んでおけば、解除できる範囲が設定されてしまうのではないかという疑問が生じる。これに対しては、個別当事者が当該合意に盛り込んだ主観的な契約利益がすべて考慮されるわけではない、と説明されているが、その線引きについては、解釈とりわけ裁判において解除の可否を決する裁判所の裁量の要素が存在することは避けられない。

この点、ウィーン売買条約では、「契約目的が実質的に達成できないという不利益が生じることについて、契約違反を行った当事者及び当該当事者と同種の合理的な者に予見可能性がなかった場合には、その契約違反は重大な契約違反に当たらない」(C I S G 25 ただし書)と明文をおいているのに対し、本提案ではこのような規定がない点で「裁判所の裁量」の集積を待つだけでいいのか、疑問が残るところである。

【3.1.1.89】(受領強制) NBL 153 頁

1 改正提案

【3.1.1.89】(受領強制)

契約において債権者が履行を受領することを合意していたとき、債務者は、債権者に対して、受領を強制することができる。

2 意見

本提案を規定することにより、具体的に何ができることとなるのかが不明であり、慎重な検討を要する。

3 理由

契約において債権者が履行を受領することを合意していた場合、受領しないことにより生ずる損害については、履行遅滞を理由に損害賠償請求が可能と思われる。

にもかかわらず、債権者に受領を強制させる場面がどのような場面なのか不明である。強制執行の方法を考えるに、直接強制は非現実的である。

次に、代替執行によることが考えられるが、受領遅滞の場合、相手方の占有下に物はないわけであるから、自ら倉庫等に保管してその費用を、履行遅滞を理由とした損害賠償請求として行えばすむように思える。

最後に、間接強制についても、債権者が受領しないことにより損害が拡大しすぎるような場合には、契約の拘束力から脱するため、通常、解除の手段が取られると考えられ

る。逆にいえば、解除をしないのに、間接強制まで請求する場面の想定が困難ではないか。

また、仮に解除せず契約継続を選択した場合、例えば売買代金請求と受領義務違反に基づく倉庫料の損害賠償請求をしながら、執行の場面ではさらに「受領せよ」との債務名義に基づき、間接強制金も買主に請求できるようになるということか。

本提案からは、具体的に何ができることとなるのか、明らかでない。

【3.1.1.91】（事情変更の要件） NBL 155 頁

【3.1.1.92】（事情変更の効果） NBL 155 頁

【3.1.1.93】（事情変更に基づく履行の拒絶） NBL 156 頁

1 改正提案

【3.1.1.91】（事情変更の要件）

〈1〉契約締結に当たって当事者がその基礎とした事情に変更が生じた場合でも、当事者は当該契約に基づいて負う義務を免れない。

〈2〉ただし、事情の変更が次の要件を満たすときは、当事者は【3.1.1.92】の定める請求をすることができる。

〈ア〉当該事情の変更が、契約当事者の利害に著しい不均衡を生じさせ、または契約を締結した目的の実現を不可能にする重大なものであること

〈イ〉当該事情の変更が、契約締結後に生じたこと、かつ

〈ウ〉当該事情の変更が、契約締結時に両当事者にとって予見し得ず、その統御を越えていること

【3.1.1.92】（事情変更の効果）

〈1〉事情の変更が【3.1.1.91】〈2〉の要件を満たすときは、当事者は契約改訂のための再交渉を求めることができる。当事者は再交渉の申出を遅滞なく行わなければならない。

〈2〉再交渉の申出がされたとき、相手方は、交渉に応じなければならない。

〈3〉両当事者は再交渉を信義に従い誠実に行わなければならない。

[甲案]

〈4〉当事者が〈2〉または〈3〉に定められた義務に違反したことにより、または再交渉を尽くしたにもかかわらず、契約改訂の合意が成立しない場合には、当事者（ただし〈2〉または〈3〉に定められた義務に違反した者は除く）は、

〈ア〉裁判所に、当該契約の解除を求めることができる。ただし、〈イ〉に従い裁判所により契約改訂が合理的と認められる場合はこのかぎりでない。裁判所は、解除を認めるに際して、当事者の申し出た適切な金銭的調整のための条件を付すことができる。

〈イ〉裁判所に、改訂案を示して契約の改訂を求めることができる。裁判所は、当該改訂案の内容が変更した事情および契約に照らして合理的であると判断するときにかぎり、当該改訂案に基づいて契約の改定を命じることができる。ただし、裁判所は、両当事者から求められた改訂案の内容がいずれも合理的であると判断するときは、より合理的であると認める改訂案に基づいて契約の改訂を命じることができる。

[乙案]

〈4〉当事者が〈2〉または〈3〉に定められた義務に違反したことにより、または再交渉を尽くしたにもかかわらず、契約改訂の合意が成立しない場合には、当事者（ただし〈2〉または〈3〉に定められた義務に違反した者は除く）は、

〈ア〉裁判所に、当該契約の解除を求めることができる。裁判所は、解除を認めるに際して、当事者の申し出た適切な金銭的調整のための条件を付すことができる。

〈イ〉裁判所に、改訂案を示して契約の改訂を求めることができる。裁判所は、当該改訂案の内容が変更した事情および契約に照らして合理的であると判断するときにかぎり、当該改訂案に基づいて契約の改定を命じることができる。ただし、〈ア〉に従い裁判所により契約解除が認められる場合にはこの限りでない。なお、裁判所は、両当事者から求められた改訂案の内容がいずれも合理的であると判断するときは、より合理的であると認める改訂案に基づいて契約の改定を命じることができる。

【3.1.1.93】（事情変更に基づく履行の拒絶）

【3.1.1.92】〈1〉により、再交渉の申出がされたとき、両当事者は、再交渉を行うのに相当な期間、自己の債務の履行を拒むことができる。ただしこの場合においても、当該当事者は、【3.1.1.64】の定める損害賠償責任を免れない。

2 意見

事情変更の法理が認められること自体には異論はないが、一般条項による適用を超えて、明文のルールを認めることは、適切でない。また、必要でもない。

3 理由

- (1) 事情変更の法理が承認されるべきことについては、学説・判例もともに認めるところであり（大判昭和19年12月6日民集23巻613頁，最判昭和29年2月12日民集8巻2号448頁，最判平成9年7月1日民集51巻6号2452頁他），この法理が認められるべきこと自体に実務的観点からは異論はない。
- (2) しかしながら、かかる法理の射程は極めて限定されたものに止まっており、下級審判例において同法理の適用が認められた事例も散見されるが、適用を否定する事例の数がこれを大幅に上回っている。そして、最高裁は、具体的事例への事情変更の法理の適用については極めて消極的であり、同法理の適用について判断した事例は数多く存在するが、適用を肯定したものは一つも存在しない（最判昭和26年2月6日民集5

卷3号36頁，最判昭和29年1月28日民集8巻1号28頁，最判昭和29年2月12日民集8巻2号448頁，最判昭和30年12月20日民集9巻14号2027頁，最判昭和31年4月6日民集10巻4号342頁，最判昭和31年5月25日民集10巻5号566頁，最判昭和33年4月22日ジュリ156号，最判昭和35年9月1日ジュリ212号，最判昭和36年6月20日民集15巻6号1602号，最判昭和56年6月16日判時1010号43頁，最判昭和57年7月15日判時1053号93頁，最判昭和57年10月15日判時1060号76頁，最判平成9年7月1日民集51巻6号2452頁）。

このうち，最判昭和29年1月28日，最判昭和56年6月16日および最判平成9年7月1日の各判決は，いずれも事情変更の法理の適用を認めた原審を破棄したものであり，同法理の適用に最高裁が極めて慎重な姿勢をとっていることが確認できる。最上級審レベルでは，大審院の先例を合わせても，適用肯定例は大判昭和19年12月6日民集23巻613頁の1件のみである。この点において，権利濫用の法理（民法1条3項）や信義誠実の原則（同2項，事情変更の法理を除く。）による解決例が最高裁レベルでも多数存在することと極めて対照的といえる。

結局，事情変更の法理の適用範囲は，極めて限定的な場面でしかなく，いわば異例とも言いうるケースに限って適用される法理なのである。

したがって，次に述べるとおり，事情変更の法理を明文化することにより発生しかねない弊害を併せて考慮すれば，あえて本提案のような明文の規律を契約一般に適用されるルールとして明文化する必要があるとは考え難いし，適当でもない。

事情変更の法理の適用によって事案を解決することが必要な事例においては，上記大審院判例と同様，一般条項である信義則による規律で対応することで十分である。

- (3)ア 契約の履行過程において紛争が発生する場合には，契約当時とは事情（多くは一方当事者にとっての事情）が変更したがゆえに紛争化する場合が多々存するところである。

しかしながら，事情変更の法理の適用範囲は，上記のとおり極めて限定的な場面でしか考えられてこなかったものである（なお，適用範囲を多少広げるべきとの意見もありうるところであるが，そのような立場にあっても，この法理の性格上その適用範囲はおのずと例外的なものに限られることは明らかである。）。

にもかかわらず，本提案のように事情変更の法理を明文化した場合，「契約は守られなければならない」とする基本原則を緩和するとの誤ったメッセージを発することになりかねず，事情変更の主張の乱発により，紛争をかえって誘発させることになりかねない。当事者間の交渉の段階では事情変更の法理の適用要件を満たしているかは確定されていないところ，同法理は，後に述べるとおり，その性質上，要件の定立が困難であり，適用範囲の切り分けが不明確にならざるを得ない面があるのであって，この点も同法理の主張の乱発に拍車をかけかねないといえる。

イ また、事情変更の法理につき明示のルールを整えることとなれば、契約の拘束力から免れたいと考える紛争当事者が、この法理を濫用的に主張する例が増加するおそれが否定できず、紛争の引き延ばしを図られたり、ゴネ得を許す結果にもなりかねない。特に、事情変更の原則の効果として、交渉義務や再交渉の申出がなされたとき再交渉を行うのに相当な期間、自己の債務の履行を拒絶することができるとする場合【3.1.1.93】にはなおさらである。

実際の事件においては、紛争の解決に要する時間が極めて重要な場合（争われて時間を要してしまうこと自体が大きな不利益となってしまう場合等）もあり、交渉を義務付けられること自体が大きな不利益となって、結果、ゴネ得を認めることにもなりかねないといえる。事情変更の法理の適用の有無については、その要件の性質上、事件毎に具体的事情の判断を個別に行っていかなざるをえないため、裁判においても早期に判断がつかない可能性が高いといえるところ、裁判で争いながら裁判所の判断を待っている期間は上記「相当な期間」と判断されるのではないかと思われる、なおさら不当な妥協を強いられかねない。

交渉に要する期間の予測性の観点からすれば、事情変更の法理の主張がなされた場合に裁判手続がどのようになるか手続法上の明確性も、実定法の明文化と同時に図られるべきであるが、手続法上どのようになるか基本方針からは不明である。

ウ 紛争解決にあたって、交渉するかどうかは当事者の意思に委ねるべきであって、法律により強制すべきでない。

交渉による解決がふさわしい事案においては、当事者間で適切な解決が和解により図られている場合が多いし、裁判になった場合であっても、裁判所からの和解勧告により多くは適切に解決がなされているといえる。

(4) そして、上記のとおり、事情変更の法理については、明文化するにあたり、その適用の有無を要件で明確に切り分けることができるかという大きな問題点がある。

ア 一般に、事情変更の法理の要件は、①契約成立当時その基礎となっていた事情が変更すること、②事情変更を当事者が予見せず、かつ予見し得なかったこと、③事情変更につき当事者の責めに帰すべき事由がないこと、④事情変更の結果、当事者を当初の契約内容に拘束することが信義則上著しく不当であることの4要件とする見解が一般的である（「新版注釈民法（13）」69頁以下[五十嵐清]）。

そして、民法（債権法）改正検討委員会の資料では、①と④の要件を整理して、〈ア〉の「事情変更の重大性」の要件とし、②と③を整理して〈ウ〉とした旨説明がなされていた。

しかしながら、本提案が掲げる要件のうち、〈ア〉についていえば、「著しい不均衡を生じさせ」た場合とは、どの程度の不均衡の発生を要するかは必ずしも明確でない。〈ウ〉の予見可能性についても、天災・戦乱・インフレ・環境破壊などによる事情の変更については漠然とは予見が可能であり、単純に事実の問題としてその存否を

一律に決められるわけではなく、一定の評価が避けられない。

また、〈ア〉では、選択的な要件として、「契約を締結した目的の実現を不可能にする重大なものであること」という要件を定めているが、契約を締結した目的と動機との区別が必ずしも明確でなく、ここでも一定の評価が避けられない。

結局、この法理の適用においては、従来通説の要件である「事情変更の結果、当事者を当初の契約内容に拘束することが信義則上著しく不当であること」という④の要件、すなわち信義則による総合判断によらざるをえないのである。

このような法理について、要件を列挙して適切な適用範囲を切り分けること自体そもそも困難というべきである。

イ また、上記のとおり、従来通説が掲げていた④の要件を①の要件とともに〈ア〉の要件に置き換えたとの説明であったが、〈ア〉の要件で従来④の要件を包摂しきれているとは考えられない。例えば、売主の履行遅滞中に価格の高騰があっても、売主は事情変更を理由として契約を解除することは許されないとした最高裁判決（最判昭和26年2月6日民集5巻3号36頁、最判昭和31年5月25日民集10巻5号566頁）があるが、売主に履行遅滞があったとの事情については、本提案の掲げる要件では考慮することができない。事情変更の法理の適用の有無を検討するにあたっては、信義則による総合判断によらざるをえないにもかかわらず、本提案のように要件を明文化することによりかえって具体的妥当性が保てない結果ともなりうるのである。

従来通説の掲げる④の要件は、①から③の要件とは異質なものとはいえるが、信義則による判断はこの法理の核心的な要素であり、この点を曖昧にすることは妥当ではない。また、従来④の要件を維持すると、①から③の要件との異質性は残ることとなるが、むしろこのことは、事情変更の法理につき要件を明文化することが困難であり、また適当でもないことを示すものといえる。

ウ また、契約には様々な契約類型があり、事情変更の法理の適用を検討するにあたっては各契約の性質に沿った判断がなされるべきといえる。例えば、和解契約後、その基礎となった事情が変更した場合につき、和解は元々争いを解決するための契約なので、事情変更の法理の適用に関してはより慎重な配慮が必要と考えられている（「新注釈民法（13）」87頁[五十嵐清]）。

しかしながら、基本方針の掲げる要件では、従来④の要件のような包括的な要件がないことから、これら契約の性質が取り込めないと思われる。

エ その他、事情変更の法理の適用場面としては、従来学説において、経済的不能の場面が考えられてきたところ（五十嵐清「事情変更の原則の再検討」法学教室〈第2期〉8号37頁以下）、現民法においては、履行不能を社会通念上の不能と拡大して理解しているため、事情変更の原則が適用される事例との線引きが必ずしも明確ではないと従来より評されていたところである。

このことは、基本方針でも同様にあてはまるものであり、【3.1.1.56】（「履行をす

ることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合」)に規定する経済的不能事案との切り分けが実際の事例への適用にあたり困難ではないかと思われる。

オ 以上のとおり、事情変更の法理を明文化するにあたり、その適用の有無を要件で明確に切り分けることができるかについては、疑問なしとしない。

- (5) さらに、事情変更の法理については、効果を法定することにも問題がある。

解除権が認められることについて異論はないが、裁判所による契約内容の改訂、および当事者に対する改訂交渉義務の発生については異論もあるところである。

まず、裁判所による契約内容の改訂であるが、私的自治に対する過度の介入となるのではないかとの原理的な疑問も提起されているところである。この点、本提案では、一方当事者の改訂案に裁判所が拘束される仕組みを採用しているが、反対当事者が拒絶する内容を反対当事者に強制することを認める結果となる関係ではなお問題があり、果たして契約改訂までを承認すべきか否かはなお慎重に検討すべきである。最高裁の判例においても、契約の解除の可能性は認めているものの、契約の改定について触れているものは存在しない。

また、契約内容の改訂(契約関係は維持されるが裁判所の契約内容への介入になる。)と契約解除(契約関係は解消されるが契約への裁判所の介入は限定的)のいずれを優先させるべきかについても議論のあるところである。この点、本提案では、判断の順序について、両論併記の形となっているが、一律に優劣関係を決めることの是非を含めて議論を要するところである。

他方、契約内容の改訂交渉義務については、義務違反の効果との関係で、このような義務を認めることの是非について議論があるほか、改訂交渉義務を認めるとしても、これを解除権の発生要件とするかどうかについて問題がある。この点、東京地判昭和34年8月19日判時200号22頁は義務違反を解除の要件とするが(改訂の申入れをしていないので解除は認めないとするが)、果たして、解除の前に改訂交渉を行うことを一律に要求することが妥当かどうかは疑問がある(場合によっては、直ちに解除を認めるべき事例もありうるのではないかとも考えられる。)。なお、仮に、改訂交渉義務を認め、それが解除の前提であるとする立場を採用しても、事情変更の法理を主張する側が被告となっているケースについては、この裁判例のように直ちに被告を敗訴させることには疑問が残る。改訂交渉と訴訟との関係をどのように規律するかについても検討が必要であろう。

これらの点に鑑みれば、事情変更の法理は、その効果を一律に法定すべきではなく、むしろ、一般条項である信義則の一適用場面として柔軟な解釈の余地を残しておくことがむしろ合理的である。

- (6) 以上のように、事情変更の法理は、その適用範囲がごく限られているのであって、契約一般に適用されるルールとしてその要件・効果ともに明文化することは妥当でない。

仮に、この法理が認められることを民法で明示するとしても、一般法理として認められうることを示すことで十分である。

なお、契約類型によっては、一定の事情の変更により契約改定を認めることが必要とされるものもありうるところであるが、当該契約類型毎の事情に応じて、個別の立法的手当によることが適切である（借地借家法11条・32条・17条参照）。

(7) なお、近時の立法や改正により事情変更の法理が明文化されたものとして、ドイツ民法、オランダ民法、ロシア民法などがある。

しかしながら、一方で、1999年に制定された中国契約法では、その起草過程において事情変更の法理の明文化について激しい論争が繰り広げられ、既に最高人民法院による司法解釈において事情変更の法理は承認されていたにもかかわらず、事情変更に関して明確な限界を定めることは困難であること、事情変更と商業上のリスクとを峻別することは困難であること、適用段階における判断にも困難が伴うこと、事情変更の原則が用いられるのは実際には極めて特殊な状況に限られる等の理由により、最終的に明文化されないこととなっているところである。（注1）

また、ウィーン売買条約においても、事情変更の法理は明文化されていない。（注2）

(注1) 石川博康「中国および台湾における事情変更の原則」岡=沖野=山下編『東アジア私法の諸相』所収167頁以下

(注2) なお、ウィーン売買条約第79条に関し、事情変更の法理を定めたものとの見解も存在するが（加藤亮太郎「ウィーン売買条約における事情変更の原則～CISG第79条について～」国際商事法務Vol.37, No.1）、同条により免責の対象となるのは損害賠償責任のみであり（同条第5項）、不履行の相手方当事者が有する契約解除権等の権利は何らの影響も受けないとされているのであって（曾野=山手著「現代法律学全集60 国際売買法」263頁）、同条が日本法でいうところのいわゆる事情変更の法理を定めたものと理解するのは一般的ではないように思われる。

第2章 責任財産の保全

第1節 債権者代位権

【3.1.2.01】（債権者代位権） NBL 159 頁

1 改正提案

【3.1.2.01】（債権者代位権）

<1>債権者は、次に掲げる場合には、その有する債権を保全するため、債務者に属する権利を行使することができる。

<ア>債務者がその負担する債務をその有する財産をもって完済することができない状態にあるとき（債務者が当該権利を行使しないことによって当該状態となる場合を含む。）

<イ>債務者に属する当該権利を行使することを当該債権者が債務者に対して求める

ことができる場合において、債務者が当該権利を行使しないことによって、債権者の当該債権の実現が妨げられているとき

〈2〉債権者は、債権者が債務者の当該権利を行使することが保存行為（債務者の財産の現状を維持する行為をいう。）となるときを除き、その有する債権につき履行期が到来しない間は、〈1〉による債務者に属する権利の行使をすることはできない。

〈3〉略

〈4〉略

* 1 〈1〉〈7〉については、民事保全や強制執行等の別の手続が存在するため、このような一般的な制度は不要であるという考え方がある。

* 2 不動産登記手続申請権の代位行使の場合には、登記制度に特有の考慮をも踏まえ、「債権者が、自己の債権を保全するため必要があるとき」に登記申請権の代位行使が認められる旨の規定を置くことが考えられる（不動産登記法59条7号参照）。その内容とともに、規定の位置に関して不動産登記法に設けることを含め、さらに検討を要する。

* 3 〈1〉〈1〉については、個別の対応を図るべきであり、このように一般的な制度を設けると、趣旨に反して予想を超えた使われ方がされる懸念があるため、このような制度は設けないものとするという考え方がある。

2 意見

- (1) 〈1〉〈7〉の一般責任財産保全型（いわゆる「本来型」）の要件について、これを債務超過の場合に限定するのは狭きに失するものと考えられ、より緩和されたものにすべきである。
- (2) 〈1〉〈1〉の個別権利実現準備型（いわゆる「転用型」）の要件が厳格ないし硬直的に過ぎるものと考えられ、例えば、振込め詐欺の事案などに柔軟に対応できないものと考えられる。かかる趣旨から〈1〉〈1〉は、下記のとおり、修正されるべきである。

記

債務者が当該権利を行使しないことによって、債権者の債権の実現が妨げられている場合において、債権者の当該債権の実現のために、債権者が債務者に属する当該権利を行使することが必要不可欠であり、他に方法がないとき。

3 理由

- (1) 一般責任財産保全型の要件について

ア 本提案〈1〉〈7〉は、債権者代位権の要件として、「債務者がその負担する債務をその有する財産をもって完済することができない状態」と規定し、債務超過の概念を採用した。

しかし、現民法における債権者代位権の無資力要件に関し、必ずしも明確に債務超

過に限定する趣旨の判例や学説上の議論があったとは思われず、少なくとも、責任財産の保全の必要性は、債務超過の場合のみならず、支払不能や支払停止が認められる場合にも肯定されるべきものと考えられる。

とりわけ立証の観点からは、積極財産と消極財産を計数的に把握しなければならない債務超過の立証は必ずしも容易ではない場合もあり得るところであり、これに代えて、支払不能や支払停止が立証された場合にも債権者代位権の行使を認めないのは厳格に過ぎるというべきである。

イ また、改正試案におけるいわゆる本来型の債権者代位権にあっては、事実上の優先弁済機能が否定され、代位債権者は、別途債務名義を取得しない限り、自己の債権の満足を得ることはできないこととされ、他方債務者は、代位債権者に金銭等が交付された場合でも代位債権者に対する返還請求権を有しているのである。このような債権者代位制度を前提とするならば、債権者による債務者の財産関係への介入の度合いは、同じく債務名義を必要としない民事保全制度におけるそれをとりたてて上回るというほどのものではないと評価することも可能ではないかと考える。

また、かかる制度前提においては、本来型の債権者代位権の実際の利用範囲は、債務者の有する債権の時効中断のための訴訟提起、権利保存のための倒産債権の届出、第三債務者の資産悪化・隠匿に備えて第三債務者に対する仮差押え手続を行う際の被保全権利としての権利主張、解除・取消しに基づく原状回復請求権の差押え等の前提としての解除権・取消権の行使、などのごく限られた場面における、純粋に強制執行の準備のためのものに限られるものと思われ、一部の形成権の行使について議論はありうるかもしれないが、債務者の財産関係への過度な介入が危惧される場面はとりたてて想定できないところである。

以上に鑑みれば、本提案における本来型の債権者代位権の要件としては、むしろ、現民法の要件よりも緩和させ、民事保全法20条1項の保全の必要性の要件と同じくすることすら、検討に値するものと考えられる。

ウ 以上のとおり、本提案<1><ア>の要件について、これを債務超過の場合に限定するのは狭きに失するものと考えられ、より緩和されたものが検討されるべきである。

(2) 個別権利実現準備型の要件について

ア 本提案<1><イ>における個別権利実現準備型（いわゆる「転用型」）の要件が厳格であるため、例えば振込め詐欺の事案などに、柔軟に対応できないものと考えられる。

すなわち、いわゆる振込め詐欺の事案において、東京地判平成17年3月30日金法1741号41頁は、「所在も明らかでない氏名不詳者に対して直接債務名義を取得する方法は現行法制上存在しないし、当該氏名不詳者の財産と認められるものは上記各口座についての預金払戻請求権以外には見当たらない」として、振込め詐欺被害者が、氏名不詳者の銀行に対する預金払戻請求権を代位行使することを認めた。この判示は、被保全債権が金銭債権であることから最高裁判決（最判昭和49

年11月29日民集28巻8号1670頁)に配慮して無資力要件を不要とはしなかったものの、事案の特性に即して無資力要件を緩和してこれを認定したものの解される。しかし、実質的には、債権者代位権のいわゆる転用型の肯定事案として積極的に評価されるべきものと考えられる。

イ これに対し、裁判所が、振込め詐欺のような事案を前にして被害者救済を図るにあたっては、不当利得返還の法理を深化させ、原因関係のない振込みについて一定の場合に送金人に、その相手方の預金債権に対する優先的な返還請求権を認める等の議論を展開していくべきであったのであり、融通無碍な債権者代位権の制度があったがために、かかる解釈努力を怠り有益な議論の展開が阻害されたとの評価もあり得るところである。

しかしながら、裁判実務においては、限られた時間内で適切な事案解決を図ることが最も重要なテーマである。新しい社会事象を前にして、裁判官をはじめとする裁判当事者に、直ちに理想的な法理を開発し適用することを要請・期待するのは過度なものというべきである。理想的な法理の展開のための議論の蓄積を待ちつつ、ともかくも目の前の事案は、柔軟な債権者代位制度をもって適切に事案解決できるようにすることは、現実的法制度として適切妥当なものであり否定されるべきものではない。また、賃借権や抵当権に基づく妨害排除請求権の事案ではまさに、債権者代位権が本来の法理の展開を促す機能を果たしたともいえるのであり、理想的法理の展開を促進する側面こそ積極的に評価されるべきである。

そしてそもそも、改正試案において、債権者代位権廃止論が有力に存在しながらなお転用型類型を存置したのは、まさに、新しい法律問題について過渡的段階での解釈による展開可能性を開くためであったはずである。存置の趣旨がそのようなものであったにもかかわらず、社会的な意義をもって有用に機能した、振込め詐欺の事例に適用できないような転用型類型の要件立ては問題である。

ウ なお、最判昭和50年3月6日民集29巻3号203頁は、売主の土地所有権移転登記義務を共同相続した者のうちの一人がこの義務の履行を拒絶しているため、買主が同時履行の抗弁権により代金全額の弁済を拒絶している場合は、他の相続人は、自己の相続した代金債権保全のため、買主が無資力でなくとも、買主に代位して、当該相続人に対して買主への所有権移転登記手続を請求しうるものと判示した。この事例は転用型類型に属すると評価でき、本提案ではかかる代位権行使が許容されるか否かは、他の相続人が買主に対し所有権移転登記手続をするよう請求できるか否かにかかってくることになるが、現時の解釈論を前提とすれば、必ずしも、他の相続人が買主に対してそのような請求権を有しているものとは思われない。そうすると、本提案によるならば、当該最判のような事例もまた、積極的理由なく代位権による救済の対象から除外されることにもなりかねないのであり、問題である。

エ そこで、個別権利実現準備型の債権者代位権の要件の対案として、検討委員会でも

検討がなされた、不可欠性・必要性・補充性による要件化を提案する。

【3.1.2.04】（債務者への通知） NBL 162 頁

1 改正提案

【3.1.2.04】（債務者への通知）

〈1〉債権者は、【3.1.2.01】〈1〉に基づき債務者の権利を行使するときは、その旨を債務者に通知しなければならない。ただし、債務者が所在不明であるなど債務者への通知が困難である場合、または債権者が債務者に権利の行使を催告していた場合は、この限りでない。

〈2〉債権者は、〈1〉の通知をした後、その通知のときから〔1か月〕を経過した後でなければ債務者の権利を代位行使することができない。ただし、緊急性のある場合その他事前に通知をしないことに正当な理由のあるときは、この限りでない。

〈3〉〈2〉ただし書の場合には、債権者は、事後に遅滞なく債務者に通知しなければならない。

2 意見

債権者が債権者代位権を行使するに先立って、その権利を行使する旨を債務者に通知しなければならないことを一律に原則とすることは、手続行為の密行性の観点に対する配慮を欠いており、妥当でなく、下記のとおり、対案を提案する。

記

〈2〉債権者は、〈1〉の通知をした後、その通知のときから〔1か月〕を経過した後でなければ債務者の権利を代位行使することができない。ただし、緊急性のある場合その他事前に通知をしないことに正当な理由のあるとき、または、裁判上の行為として債務者の権利を代位行使するときは、この限りでない。

3 理由

無資力の債務者の責任財産を保全する場面において、債権者の動きが債務者に察知されるとこれに対して防衛手段をとられてしまうことが多いことから、債権者にとって保全手続行為の密行性は重要なテーマである。事前通知を一律に原則とすることは、かかる密行性の観点に対する配慮を欠くものであり妥当でないものと考えられる。

もっとも、事前通知制度は、裁判外における債権者代位権の濫用的行使に対する防止策として、一定の合理性があると考えられ、また、実務上も、第三債務者が、債務者への確認なしに、裁判外での債権者代位権の行使に対して弁済等を行なう事態は異例であるといえるから、裁判外での代位権行使について事前通知を要件とすることは、不当とはいえない。

これに対し、債権者代位権が裁判上行使される場合は、代位権要件の充足性が裁判により判断されるから、事前通知がなされていなくても濫用的行使に歯止めがあると考えられ、また前記のとおり、手続行為の密行性への配慮が必要と考えられる。

そこで、対案として、債権者代位権が裁判上行使される場合に、事前通知を要しないものとするを提案する。

第2節 詐害行為取消権

【3.1.2.08】（詐害行為取消権） NBL 166 頁

1 改正提案

【3.1.2.08】（詐害行為取消権）

債権者は、その債務につきその財産をもって完済することができない状態にある（当該行為によりこの状態となる場合を含む。）債務者が債権者を害することを知ってした行為の取消し（以下、「詐害行為取消し」という。）を裁判所に請求することができる。

2 意見

本提案の詐害行為取消権におけるいわゆる無資力要件は、破産法における債務超過と同義とされたが、倒産法における詐害行為否認の規定との関係、当該分野の議論に与える影響、立証上の観点等を踏まえると、債務超過に限定するのは妥当でなく、下記のとおり、債務者の財産状況、時期について明文規定を設けないものとするべきである。

記

債権者は債務者が債権者を害することを知ってした行為の取消し（以下、「詐害行為取消し」という。）を裁判所に請求することができる。

3 理由

(1) 本提案におけるいわゆる無資力要件は、破産法における債務超過と同義とされた。

この点、破産法における詐害行為否認の前提としては、破産原因たる支払不能や債務超過状態が発生し、またはその発生が確実に予測される時期であれば詐害行為が禁止されると解する見解が一般的であるように思われ、実務上も、必ずしも詐害行為の基礎となる債務者の財産状況を債務超過のみに限定しているとは考えられない。また、再生手続や更生手続における詐害行為否認については、そもそもこれらの倒産手続が破産手続開始原因事実が生じるおそれをもって開始しうるものであることに鑑み、債務者が債務超過に達するよりも前の段階での行為が詐害行為否認の対象たり得ることは前提とされているものと考えられる。さらに、破産法その他の倒産法上も、詐害行

為否認の前提となる債務者の財産状況，時期について明文の規定を置いていない。このことは，現民法における詐害行為取消権についても同様である。

さらに，立証の観点からは，積極財産と消極財産を計数的に把握しなければならない債務超過の立証は必ずしも容易ではない場合があり，これに代えて，支払不能や支払停止が立証された場合にも，「債務者が債権者を害することを知ってした行為の取消し」が認められてよいようにも思われる。

以上により，本提案のようにいわゆる無資力要件を債務超過に限定してよいものかどうかについては，倒産法における詐害行為否認の規定との関係，当該分野の議論に与える影響，立証上の観点等を踏まえ，なお慎重な検討を要するよう思われる。

- (2) そこで，対案として，現民法や破産法等の倒産法上の詐害行為否認の規定に倣い，詐害行為取消しの前提となる債務者の財産状況，時期について明文の規定を設けないものとするを提案する。

【3.1.2.10】（対象行為の要件） NBL 167 頁

1 改正提案

【3.1.2.10】（対象行為の要件）

【3.1.2.08】にかかわらず，次に掲げる行為については，詐害行為取消しを請求することができない。

〔甲案〕

〈ア〉財産権を目的としない行為

〈イ〉債務の履行その他の債務の消滅に関する行為。ただし，次の場合を除く。

〈i〉期限前の弁済その他の非義務行為たる債務消滅行為であって，かつ，債務者と受益者たる債権者とが通謀してその債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った場合，または

〈ii〉過大な代物弁済の場合

〈ウ〉略

〔乙案〕

〈ア〉財産権を目的としない行為

〈イ〉債務の履行その他の債務の消滅に関する行為（過大な代物弁済を除く。）

〈ウ〉担保の供与

* 〔甲案〕〈イ〉および〈ウ〉については，偏頗行為否認の対象行為とならない行為を詐害行為取消しの対象行為となしうる余地があるため，この調整をどのようにして図るかという問題について，調整措置（倒産管財人に一定の場合には詐害行為取消権の行使を認める等）の要否を含めて，なお検討を要する。

2 意見

本旨弁済を詐害行為取消制度の完全な枠外におくことは妥当でないものと考えられる。

また、本提案の甲案は、債務消滅行為等の取扱いについて、倒産法上の否認権の対象に該当しない行為が、詐害行為取消権の対象となりうる点で、否認制度との整合性を欠いていて問題があり、むしろ、民法に支払不能概念を導入し、倒産法上の否認制度との整合性を図るのが妥当だと思われる。

そこで、対案として、下記のとおり、(狭義の)詐害行為取消権のほか偏頗行為取消権の規定を設けること提案する(下線部が本提案に対する変更部分である)。

記

【3.1.2.08】(詐害行為取消権)

債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした行為(担保の提供または債務の消滅に関する行為を除く。)の取消し(以下「詐害行為取消し」という。)を裁判所に請求することができる。

【3.1.2.10】(対象行為の要件)

【3.1.2.08】にかかわらず、財産権を目的としない行為については、詐害行為取消しを請求することができない。

【3.1.2.11A】(偏頗行為取消権)

<1> 債権者は、次に掲げる行為(既存の債務についてされた担保の供与または債務の消滅に関する行為に限る。)の取消し(以下「偏頗行為取消し」という。)を裁判所に請求することができる。

<7> 債務者が支払不能になった後にした行為。ただし、債権者が、その行為の当時、支払不能であったことまたは支払の停止があったことを知っていた場合に限る。

<1> 債務者の義務に属せず、またはその時期が債務者の義務に属しない行為であって、支払不能になる前30日以内にされたもの。ただし、債権者がその行為の当時他の債権者を害する事実を知らなかったときは、この限りでない。

<2> <1><7>の規定の適用については、次に掲げる場合には、債権者は、同号に掲げる行為の当時、支払不能であったこと及び支払の停止があったことを知っていたものと推定する。

<7> 債権者が【3.1.2.11】<3><7><1>に掲げる者のいずれかである場合

<1> <1><7>の行為が債務者の義務に属せず、またはその方法もしくは時期が債務者の義務に属しないものである場合

<3> <1><7><1>の規定の適用については、支払の停止(偏頗行為取消しの請求前1年以内のものに限る。)があった後は、支払不能であったものと推定する。

【3.1.2.12】(取消債権者の債権の要件)

【3.1.2.08】の詐害行為取消しまたは【3.1.2.11A】の偏頗行為取消しの請求は、債権者の有する債権が次に掲げる要件のいずれかに該当する場合には、当該債権を基礎としては、することができない。

．．．

【3.1.2.13】（無償行為の特則）

【3.1.2.08】にかかわらず、債務者のした当該行為が、無償行為またはこれと同視すべき有償行為である場合には、債務者が債権者を害することを知らなくても、当該行為の取消を裁判所に請求することができる。この場合において、【3.1.2.09】は適用しない。

【3.1.2.14】（取消しの範囲）

債権者は、その有する債権の額にかかわらず、【3.1.2.08】による詐害行為取消しまたは【3.1.2.11A】の偏頗行為取消しの請求によって、債務者の行為の全部または一部を取消することができる。

〈2〉は削除

【3.1.2.15】（詐害行為取消しの効力）

【3.1.2.08】の詐害行為取消し及び【3.1.2.11A】の偏頗行為取消しの効力は、債務者のすべての債権者に及ぶ。

【3.1.2.16】（受益者に対する財産の返還請求等）

〈1〉 【3.1.2.08】の詐害行為取消しまたは【3.1.2.11A】の偏頗行為取消しの請求において、取消債権者は、受益者に対し、〈2〉から〈5〉までに掲げる方法により、債務者の行為によって債務者から取得した財産を、債務者に返還するよう請求することができる。

．．．

〈8〉 【3.1.2.08】または【3.1.2.11A】により同一の債務者の行為について、二以上の詐害行為取消判決または偏頗行為取消判決が確定した場合において、〈3〉（〈6〉後段において準用する場合を含む。）により、取消債権者への交付の請求を受けた受益者は、いずれかの取消債権者に交付することにより、その責任を免れる。

．．．

〈11〉 【3.1.2.11A】の偏頗行為取消しに基づき、受益者が、その受けた給付を返還し、またはその価額を償還したときは、受益者の債権は原状に復する。

【3.1.2.18】（転得者に対する詐害行為取消し）

〈1〉 転得者を相手方とする【3.1.2.08】の詐害行為取消しまたは【3.1.2.11A】の偏頗行為取消しの請求は、転得者が転得の時に（転得者からの順次の取得があるときは、すべての転得者がそれぞれの転得の時に）債権者を害すべき事実を知っていたときに限り、することができる。

．．．

【3.1.2.19】（詐害行為取消訴訟等）

詐害行為取消訴訟及び偏頗行為取消訴訟においては、債務者と、取消しによる返還請求等の相手方（受益者または転得者）とを被告とする。

【3.1.2.20】（詐害行為取消権の行使期間）

〈1〉 詐害行為取消権は、債権者が債務者が債権者を害することを知って行為をした事実（【2.1.2.13】の行為にあつては、債務者が当該行為をした事実）を知ったときから2年を経過したとき、または債務者の行為の時から10年を経過したときは、行使することができない。

〈1A〉 偏頗行為取消権は、債権者が債務者が行為をした事実を知ったときから2年を経過したとき、または債務者の行為の時から10年を経過したときは、行使することができない。

〈2〉 〈1〉〈1A〉の行使期間制限については、現行の中断・停止事由、提唱される債権時効の場合の障害事由、形成権の期間制限の障害事由はいずれも適用しない。

3 理由

- (1) 実務上、債務者が破綻して廃業したにもかかわらず、法的倒産手続を申立てずにそのまま放置し、換価可能な資産はすべて散逸してしまう事案は多数見受けられる。かかる状況下で例えば、債務者と極めて懇意の者のみに廃業前後に通謀して相当高額な債務につき本旨弁済がなされていることが発覚した場合であっても、本提案によれば、債権者が破産等の手続費用を予納して破産等の倒産手続申立てをしなければその効力が否定されることはないものとされる。しかし、倒産手続申立ては債権者にとって大きな負担であり、通常の債権者には実務上期待し得ないものであるから、偏頗行為が詐害行為取消制度の完全な枠外とされるならば、実際上は、偏頗行為がなされた状態が放置され、さらには偏頗行為の助長につながりかねず問題である。したがって、偏頗行為についても、その効力を否定するための簡易な制度として詐害行為取消制度を残しておくべきものと思われる。

この点、偏頗行為を詐害行為取消権に取り込み、責任財産の減少行為に対する対応のみならず債権者間の平等をも図る制度とするならば、債権確定手続や金銭分配手続等の倒産手続類似の重たい制度を併せて構築せざるを得なくなって民法上の制度としては妥当でなく、債権者平等の要請についてはむしろ倒産手続で対応すべきであるとの考え方もある。

しかし、偏頗行為を詐害行為取消権の対象とするからといって、倒産手続類似の重たい制度の設計を構想すべき必然性はない。改正試案の詐害行為取消権においては、少なくとも現行法の詐害行為取消し制度にみられる「最初に回収に努力した者が負け、

二番目の者（詐害行為取消権行使者）が勝つ」という不合理は回避され、少なくとも2者の按分弁済は実現できることになっている（【3.1.2.16】<11>）。すなわち、独り占めは許さず、最低限2者での按分を強いるような制度を採用するという選択肢も、合理的なものであると考えられる。

- (2) また、詐害行為取消権の対象行為に関する本提案の甲案は、債務消滅行為等に関し、非義務行為であって、かつ、「債務者と受益者たる債権者とが通謀してその債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った場合」という要件を提案しているが、当該要件を充足する場合であっても、債務者は必ずしも支払不能であるとは限らないものと考えられる。だとすれば、本提案の*でも指摘されているように、倒産法上否認権行使の対象とならずに許容されるにもかかわらず、民法上は詐害行為取消権の対象になり許容されない場合があり得ることになり、倒産法上の否認制度との整合性の観点から問題である。倒産法上の否認制度との整合性を図るために、民法の詐害行為取消の対象行為要件に関し、支払不能概念を導入することも検討されてよいように思われる。
- (3) そこで、対案として、支払不能概念を導入し、倒産法上の否認制度との整合性を図った制度を提案する。

【3.1.2.16】（受益者に対する財産の返還請求等） NBL 169 頁

【3.1.2.17】（回復された財産への権利行使） NBL 171 頁

1 改正提案

【3.1.2.16】（受益者に対する財産の返還請求等）

<1> 【3.1.2.08】の詐害行為取消しの請求において、取消債権者は、受益者に対し、<2>から<5>までに掲げる方法により、債務者の行為によって債務者から取得した財産を、債務者に返還するよう請求することができる。

<2><1>の財産が登記または登録のある財産であるときは、取消債権者は、受益者に対し、詐害行為を原因とする登記もしくは登録の抹消手続または債務者への登記もしくは登録の移転手続を請求することができる。

<3><1>の財産が金銭その他の動産であるときは、取消債権者は、受益者に対し、債務者への交付を請求し、またはそれに代えて、自己への交付もしくは供託を請求することができる。

<4><1>の財産が債権であるときは、取消債権者は、受益者に対し、受益者への債権譲渡が取消された旨を第三債務者に通知すべきことを請求することができる。これとともに、債権譲渡登記がなされているときは、その抹消または債務者への移転手続を請求することができる。

<5>その他、取消債権者は、受益者に対し、<1>の財産の性質にしたがい、債務者へ

の財産の回復に必要な行為をすべきことを請求することができる。

<6><1>の財産の返還が不可能もしくは困難であるとき、または取消が<1>の財産の一部にとどまるときは、取消債権者は、受益者に対し、その価額の償還を請求することができる。この場合においては、<3>を準用する。

<7><1>にかかわらず、【3.1.2.13】の規定する無償行為についての詐害行為取消の場合において、受益者が、当該行為の当時、債権者を害すべき事実を知らなかったときは、受益者は、その現に受けている利益を償還すれば足りる。

<8> 【3.1.2.08】により同一の債務者の行為について、二以上の詐害行為取消判決が確定した場合において、<3>（<6>後段において準用する場合を含む。）により、取消債権者への交付の請求を受けた受益者は、いずれかの取消債権者に交付をすることにより、その責任を免れる。

<9><8>の場合において、受益者は、供託をすることができる。

<10><1>から<7>までの場合において、返還、支払または供託をした受益者が、債務者がした行為により債務者に対し反対給付をしていたときは、受益者は、債務者に対し、当該反対給付の価額の償還を請求することができる。

<11> 【3.1.2.08】の詐害行為取消の対象行為が債務者のした債務の消滅に関する行為であった場合において、受益者が、その受けた給付を返還し、またはその価額を償還したときは、受益者の債権は原状に復する。

*<10>の請求について、受益者は、詐害行為取消訴訟の係属中に、これに併合して、債務者を被告として訴えを提起することができるものとする考え方がある。

【3.1.2.17】（回復された財産への権利行使）

<1> 【3.1.2.16】の場合において、債務者のすべての債権者（受益者を含む。）は、債務者に回復された財産（【3.1.2.16】により債務者が受益者に対して有することとなる請求権を含む。）に対し、民事執行法の規定に従い、強制執行または担保権の実行をすることができる。

<2><1>の場合において、受益者は、回復された財産について、特別の先取特権を有し、他の債権者に先立って、【3.1.2.16】<10>の価額償還請求権の弁済を受ける権利を有する。ただし、当該行為の当時、反対給付として取得した財産について債務者が隠匿等の処分をする意思を有し、受益者がそれを知っていたときは、この限りでない。

<3><1>の場合において、取消債権者は、回復された財産について、他の債権者に先立って、詐害行為取消訴訟に関する費用償還請求権の弁済を受ける権利を有する。この権利は、<2>本文の受益者の権利に優先する。

<4> 【3.1.2.16】<3>の場合（【3.1.2.16】<6>後段において準用する場合を含む。）において、取消債権者が受益者から金銭その他の動産の交付を受けたときは、債務者のすべての債権者は、当該動産（または債務者の交付を受けた債権者に対する返還

請求権)につき、民事執行法の規定に従い、強制執行または担保権の実行をすることができる。

〈5〉〈2〉〈3〉は、〈4〉の場合について準用する。

〈6〉取消債権者が【3.1.2.16】〈3〉（【3.1.2.16】〈6〉後段において準用する場合を含む。）により受益者から金銭の交付を受けた場合において、取消債権者が当該金銭の交付を受けた時または取消債権者による当該金銭についての詐害行為取消訴訟が確定した時のいずれか遅い時から〔3か月／1か月〕を経過したときは、取消債権者は、受益者から交付を受けた金銭につき債務者に対する返還債務と債務者に対する自己の債権（〈3〉の費用償還請求権を含む。）とを相殺することができる。

〈7〉〈6〉の場合において、相殺後なお余剰が生じるときは、取消債権者は、その余剰を債務者に交付しなければならない。この場合において、取消債権者は、それを供託することができる。

〈8〉〈6〉にかかわらず、〈6〉に規定する期間内に、受益者から交付を受けた金銭についての債務者の返還請求権に対し強制執行がされたときは、〈6〉による相殺は、当該強制執行の係属中はすることができない。

2 意見

本提案においては、取消債権者が受益者に対し金銭を自己に交付するよう請求し、その旨の勝訴判決を得た後、自己の債権の弁済に充当できるまでの手段・過程が煩雑・迂遠に過ぎ、取消債権者のインセンティブ確保の観点から問題があると考えられる。

また、本提案においては、取消債権者が受益者に対し財産を債務者に返還するよう請求し、その旨の勝訴判決を得た後、現実に財産を債務者のもとに返還させたうえで当該財産に強制執行等を行うことが予定されているが、債務者への財産復帰時に債務者に対する処分禁止等の手当はなされておらず、責任財産保全のプロセスとして不備があるものと考えられる。

そこで、受益者に対する財産の返還請求および財産への権利行使について、対案として、下記のとおり、提案する。

記

- 1 取消債権者は、受益者に対し、債務者の行為によって債務者から取得した財産を、債務者に返還するよう請求することを原則とする。
- 2 詐害行為取消訴訟について確定した勝訴判決を得た取消債権者は、当該判決で認められた債務者の受益者に対する請求権を、債務者に対する債務名義に基づき自ら差押え、または、他の債権者の申立てた当該請求権に関する差押手続に配当要求することにより、自己の債権の権利行使をするものとする。
- 3 他の債権者（受益者を含む。）は、強制執行法、民事保全法のルールに従って、詐

害行為取消判決で認められた債務者の受益者に対する請求権を、自ら差押え、または、取消債権者の申立てた当該請求権に関する差押手続に配当要求する等に方法により、自己の債権の権利行使ができるものとする。取消債権者と他の債権者との優劣のルールは、強制執行一般のルールによる。

4 債務者による強制執行の妨害を防止するため、詐害行為取消判決で認められた債務者の受益者に対する請求権については、判決確定後〔6か月〕を経過するまで、債務者が自ら行使することができないものとし、かつ、受益者が債務者に対し弁済等をすることも禁止する（供託は認める。）。

5 本提案における、取消債権者が受益者に対し金銭その他の動産を自己に交付するよう請求できる制度、および一定期間後債務者への返還債務と自己の債権とを相殺できる制度については、上記1の返還請求制度および上記2の権利行使の制度と併存させるものとするか、あるいは当該制度を採用しないものとするか、さらに慎重に検討する。

3 理由

(1) 債務者が受益者に交付した財産が金銭等の動産である場合に、取消債権者が、受益者に対し、金銭等の動産を債務者に返還するよう請求したとしても、債務者がその受領を拒む可能性があり、または、受領したとしても直ちに隠匿・処分する可能性がある。

そこで本提案では、かかる場合に対応するため、取消債権者は金銭等の動産を自己に交付するよう請求することができるものとされている（【3.1.2.16】〈3〉）。

しかし例えば、既に債務名義を有する取消債権者が、詐害行為取消訴訟の確定判決を取得したものの、受益者が任意に履行しないため、労力と時間を費やして、受益者の財産に強制執行するなどしてようやく金銭を取得できたとしても、さらに一定期間待たなければ相殺により自己の債権に充当することはできず、また、受益者を含む他の債権者から権利行使があったときは、取消債権者を第三債務者とする債権執行手続に自ら手続参加して債権の回収を図らなければならない。極めて煩雑・迂遠なプロセスであり、取消債権者のインセンティブ確保の観点から問題であるし、また、通常の債権執行手続における差押債権者の地位とのバランス上も問題であると考えられる。

(2) また、取消債権者が受益者に対し財産を債務者に返還するよう請求する場合、本提案においては、現実に財産を債務者のもとに返還させたうえで当該財産に強制執行等を行うことが予定されている。しかし、債務者への財産復帰時に債務者に対する処分禁止等の手当はなされておらず、責任財産保全のプロセスとして不備があるものと考えられる。

(3) そこで、対案として、まず、取消債権者は、受益者に対し、債務者の行為によって債務者から取得した財産を、債務者に返還するよう請求することを原則とするものとし、確定した勝訴判決を得た取消債権者は、当該判決で認められた債務者の受益者に対す

る請求権を、債務名義に基づき自ら差押え、または、他の債権者の申立てた当該請求権に関する差押手続に配当要求することにより、自己の債権の権利行使をするものとするを提案する。

これにより、前述(1)の例で、既に債務名義を有する取消債権者は、詐害行為取消訴訟判決について確定した勝訴判決を取得後、すぐにでも当該債務名義に基づき、詐害行為取消判決で認められた債務者の受益者に対する請求権を差し押さえることにより、差押命令送達後1週間経過で取立権を得る。取消債権者が受益者から任意に金銭の交付を受けて取立てを了したとき、供託があったとき、転付命令を得て第三債務者（受益者）への送達を了したときまでに、他の債権者から二重差押えや配当要求等がなかった場合は、民事執行法における債権者間の優劣ルールに従い、取消債権者は、他の債権者を排斥して自己の債権の回収に充てることができる(注1)。

なお、債務者が受益者に交付した財産が動産である場合も、同様に、取消債権者は、詐害行為取消判決で認められた債務者の受益者に対する動産引渡請求権を差し押さえることにより自己の債権の権利行使が可能である（民事執行法163条）。

債務者が受益者に交付した財産が不動産である場合は、現行の強制執行法上、不動産引渡請求権は強制執行の対象とされていないため、取消債権者としては、不動産を債務者名義に戻し、同時に当該不動産に競売を申立てることになる。

- (4) また、債務者による強制執行の妨害を防止するため、対案として、詐害行為取消判決で認められた債務者の受益者に対する請求権については、判決確定後〔6か月〕を経過するまで、債務者が自ら行使することができないものとし、かつ、受益者が債務者に対し弁済等をすることも禁止する（供託は認める。）ことを提案する。

これにより、前述(1)の例で、詐害行為取消判決後に受益者が債務者に任意に金銭等の動産を返還し、あるいは債務者が任意に請求して受領し、金銭等の動産が隠匿・散逸してしまう危険が回避できる（なお、不動産については、現在の登記実務においても、登記義務者である債務者が勝訴判決を用いて単独で移転登記の抹消登記手続の申請することはできないものとされている。）。

- (5) 以上のように、対案によれば、少なくとも債務名義を有する取消債権者は、現行の強制執行法の債権者間優劣のルールに従い、本提案におけるよりもスムーズに自己の権利行使が可能となるから、取消債権者のインセンティブは確保されるものとする。

さらに、債務名義を有しない取消債権者のために、本提案における、取消債権者が受益者に対し金銭その他の動産を自己に交付するよう請求できる制度、および一定期間後債務者への返還債務と自己の債権とを相殺できる制度を併存して設けるか、あるいは、詐害行為取消権を責任財産保全のための制度に純化し、権利行使のためには別途債務名義が必要であるものとして、当該制度は採用しないものとするかについては、さらに慎重に検討すべきものとする。

(注 1) 通常の債権差押えでは、差押債権者が取立訴訟を提起し、その訴状が被告たる第三債務者に送達されたときまでに他の債権者から配当要求等がなかった場合も、差押債権者が他の債権者を排斥して自己の債権の回収に充てることができることになるが（民事執行法165条2項）、詐害行為取消訴訟の請求認容判決確定後の局面では、詐害行為取消訴訟判決が取立訴訟の判決に相当するため、改めて取立訴訟に相当するものの提起を行なうことは想定できない。そこで例えば、差押命令送達後〔1か月〕経過したことを、配当要求の終期の事由に加えることも検討に値するものと考えられる。

第3章 債権の消滅等

第2節 相 殺

【3.1.3.23】（債務者以外の者による相殺） NBL 185 頁

1 改正提案

【3.1.3.23】（債務者以外の者による相殺）

相殺は、第三者のする弁済の例により、債権者に対し債権を有する第三者もすることができるものとする。

2 意見

本提案には反対である。

3 理由

- (1) AがBに対して債権（甲債権）を有していて、BがCに対して債権（乙債権）を有している場合、Aの相殺の意思表示で、甲債権と乙債権とが対当額で消滅するというのが、提案内容である。



（事実上の倒産）

- (2) 第三者のする弁済【3.1.3.02】と異なる考慮が必要な場合として、債権者（B）が無資力の場合がある。すなわち、第三者（A）が「正当な利益を有する者」【3.1.3.02】<3>に該当しなくとも、本提案によると第三者のする相殺（による債権債務の消滅）は可能であり（けだし、「正当な利益」は第三者弁済をなし得るための要件ではなく、求償権取得の要件である。）、当該相殺が債務者（C）の意思に反しない場合、第三者（A）は債務者（C）に対する求償権を取得する。債権者（B）が事実上の倒産状態に陥っ

た場合、債権者（B）の債務者（C）に対する債権の奪い合いとなるが、第三者（A）が債務者（C）に働きかけて奏功すれば、第三者（A）は債務名義がなくとも相殺通知（内容証明郵便）だけで債権差押と同様の効果を得ることができる（動産売買先取特権に似た効果）。そして、第三者弁済の場合、第三者は自らまず弁済（出捐）する必要があるのに対し、第三者のする相殺は出捐不要であり、万が一、相殺の効力が認められないとしても、自らの債権が復活するため、何らリスクはない。

- (3) 同様に債権者（B）が事実上の倒産状態に陥った場合、債務者（C）が債権者（B）に対する債務の支払を免れるため、債権者（B）に対して債権を有する第三者（A）をそそのかし第三者のする相殺をさせる可能性もある（第三者（A）のする相殺が抗弁となる。）。この場合、第三者（A）が「正当な利益」を有しなくとも、相殺は有効である（債権債務は消滅する。）。
- (4) 関係者多数の場合の簡易な決済手段を用意するという意義はあろうが、債務者（C）の了解があれば、第三者（A）と債務者（C）間での債権譲渡ないし重疊的債務引受により、同様の効果を得ることが可能であり、判例も第三者のする相殺を認めていない（抵当不動産の第三取得者が抵当権者に対して有する債権を自働債権とし、抵当権者が債務者に対して有する抵当債権を受働債権として相殺することはできないとした大判昭和8年12月5日民集12巻24号2818頁）。

前記抜駆け的回収を認める弊害や、予期しない者から相殺され無用の混乱を生じさせる可能性にも鑑みると、本提案には反対である。仮に、第三者による相殺を認めるとしても、弊害の発生を実質的に防止するため、「正当な利益を有する場合」のみ相殺を認める（「求償権を取得する」ではなく）ようにすべきである。

【3.1.3.25】（相殺の効力） NBL 186 頁

【3.1.3.27】（債権時効によって履行を拒むことができる債権を自働債権とする相殺） NBL 187 頁

1 改正提案

【3.1.3.25】（相殺の効力）

<1>相殺の意思表示が効力を生じたときは、その意思表示をした者および相手方が互いに負担する債務は、その時に対当額について消滅するものとする。

<2>債務者でないものが相殺をする場合において、その意思表示をした者に対し債権者が負担する債務および債務者が債権者に対し負担する債務は、その時に対当額について消滅するものとする。

【3.1.3.27】（債権時効によって履行を拒むことができる債権を自働債権とする相殺）

<1>債権時効によって履行を拒むことのできる債権の債権者は、その債権をもって相

殺をすることができるものとする。ただし、債務者が履行を拒む旨の意思を表示していたとき〔債務者が時効を援用する旨の意思を表示していたとき〕は、この限りでないものとする。

〈2〉〈1〉ただし書の意思表示をしていない債務者が相殺の意思表示を受けた後1月以内に債権時効を主張する意思表示をした場合は、〈1〉の相殺は、効力を生じないものとする。

2 意見

(1) 【3.1.3.25】の提案には、反対である。

(2) 【3.1.3.27】の提案については、【3.1.3.25】の成否にかかわらず、相殺適状意識（相殺適状が生じたことへの期待）への保護を重視し、現民法どおりでよいとの考え方もあり得る。

3 理由

(1) 意思表示による法律関係の変動が意思表示の時に生ずることは、意思表示の基本原則といえ、また、銀行取引実務上、相殺の意思表示をした時点で差引計算をする実態が看取されるところである。その意味では、遡及効を廃止することに理由があるようにも思われる。

(2) もっとも、事実上、当事者の一方が相殺の時期を自由に選択できない場合が考えられ、その者の債務の利率の方が高いことが多いため、他方にとって有利な時期に相殺の意思表示がなされるという不公平を招くおそれがある。

例えば、預金者である企業と金融機関とのケースがある。金融機関は与信保全の方策として、企業に相当額の事実上、拘束性のある預金を求めていることが多いが、企業からの相殺は取引停止を覚悟した上でしか事実上なし得ないのに対し、金融機関は、いつでも相殺可能である。しかも、借入債務の利率の方が高い。また、カード会社との契約でショッピング（立替）とキャッシング（借入）を利用している者の場合、キャッシングにつき過払金が発生している場合であっても、通常、過払金の存在を認識していないため、立替金債務の方が過払金債権より遅延損害金の利率が高いにもかかわらず、事実上、相殺の意思表示を期待し得ない。

このような、一方当事者の相殺について事実上の障害が認められるケースについて、遡及効を廃止することは、一方当事者に不公平を生じさせるものである。

(3) なお、債権の転付命令と第三債務者による相殺との関係について、判例は無制限説をとる（最判昭和51年11月25日民集30巻10号939頁）と解されている。転付債権がその後の相殺により消滅する場合、差押債権者が弁済を受けたことにならない（転付命令が実体上無効と考える）根拠として、相殺の遡及効が挙げられることがあつ

た。すなわち、転付命令の時点で被転付債権が不存在であり、差押債権者は弁済を受けたことにならないというものである。遡及効を否定する場合、差押債権者が債権の満足を得ていないことを、どのように説明するのかという問題もある。

- (4) また、【3.1.3.27】は、遡及効を否定することに整合的（ただし、【3.1.3.68】債権時効期間満了の効果として遡及効を認める〔甲案〕を前提とする。）として提案されたとと思われる。

現民法508条では、自働債権の（債権）時効完成前に相殺適状が生じておれば、その後はいつでも相殺をなし得たが、本提案は相殺の意思表示に対して1月以内に債権時効の主張をすれば、常に債権時効を相殺に優越させることを内容としており、相殺適状後、自働債権の債権時効完成までに（しかも、債権時効期間は現行より短期）、相殺の意思表示をしなければならない。時効管理をおろそかにしていた者が、相殺の効力により時効援用から免れることが適切とはいえないという価値判断も理解できる反面、相殺適状意識（相殺適状が生じたことへの期待）への保護を弱め、積極的な債権回収を促すことは、取引実務の感覚と必ずしも合致しないように思われる。【3.1.3.27】の規定の仕方も複雑に過ぎよう。

【3.1.3.28】（損害賠償債権を受働債権とする相殺） NBL 187 頁

1 改正提案

【3.1.3.28】（損害賠償債権を受働債権とする相殺）

次に掲げる債権の債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができないものとする。

〈ア〉債務者が債権者に損害を生ぜしめることを意図してした不法行為に基づく損害賠償請求権

〈イ〉債務者が債権者に損害を生ぜしめることを意図して債務を履行しなかったことに基づく損害賠償請求権

〈ウ〉生命または身体の侵害があったことに基づく損害賠償請求権（〈ア〉および〈イ〉に掲げる請求権を除く。）

2 意見

不法行為により生じた損害賠償請求権のうち、相殺が禁止される債権の範囲を限定することは、被害者保護に欠けるものであり、本提案については反対である。

なお、仮に本提案の趣旨に沿った改正がなされるにしても、〈ア〉および〈イ〉については、被害者保護の観点から、債務者が「害意」を有していたことについて債権者が立証責任を負うことがないような改正とする必要がある。

3 理由

(1) 不法行為債権のうち相殺が禁止される債権の範囲を限定することについて

現民法509条は、不法行為により生じた債権を受働債権とする相殺を一律に禁止している。

これに対して本提案は、相殺が禁止される受働債権を、害意をもってする不法行為<ア>または債務不履行による損害賠償請求権<イ>を受働債権とする場合、ないし不法行為および債務不履行により侵害されたのが生命・身体である場合の損害賠償請求権<ウ>と改正するものである。

本提案によると、①被侵害利益が物的損害であって、かつ②過失に基づく不法行為の損害賠償請求権を受働債権とする相殺は許されることになる。したがって、当事者双方に過失が存する交通事故事案において、物的損害賠償請求権相互間の相殺を禁じた最高裁判決（最判昭和54年9月7日判タ407号78頁）の判旨は維持されなくなる。

しかし、本提案の考え方は、不法行為の被害者に現実弁済による救済を受けさせようとする現民法509条の趣旨を後退させるものであり、被害者の保護に欠けるといわざるを得ない。

従来から過失による物的損害の不法行為債権を相殺禁止の対象債権に含めることには、学説上批判が存したようである。しかし実務においては、このような損害賠償債権の被害者にも、現実の弁済を受けさせるべき事案は多数存すると思われる。例えば上記最高裁判決と同種の交通事故事案を例に取ると、事故発生後、一方当事者が自己に不当に有利な損害額、過失割合を前提として一方的に相殺の意思表示をし、それ以後の交渉を拒絶したような場合、事実上、相手方が損害賠償を受ける機会が奪われる（ないし損害賠償を受けづらくなる）結果を招来するおそれがある。

したがって、安易に相殺が禁止される受働債権の範囲を限定すべきではないと考えられる。

(2) 受働債権としての相殺が禁止される<ア>ないし<ウ>の各債権の規定の仕方について

本提案の<ア>および<イ>について、債務者が「債権者に損害を生ぜしめることを意図して」いた事実（害意）を、債権者側で立証責任を負うということになれば、被害者救済にとって酷な結果を招来するおそれがある。仮に本提案の趣旨に沿った改正がなされるにしても、債権者側に上記のような「害意」の立証責任を負わせるのは妥当ではないと考える。

【3.1.3.30】（弁済を禁止された債権を受働債権とする相殺等の禁止）

NBL 188 頁

1 改正提案

【3.1.3.30】（弁済を禁止された債権を受働債権とする相殺等の禁止）

〈1〉弁済を禁止された第三債務者は、債務者に対し有する債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができるものとする。

〈2〉〈1〉にかかわらず、弁済を禁止された第三債務者は、その後取得した債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができないものとする。

〈3〉〈1〉にかかわらず、弁済を禁止された第三債務者は、差押えまたは仮差押えの申立てがあった後に債権を取得した場合であって、その取得の当時、それらの申立てがあったことを知っていたときには、その債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができないものとする。

〈4〉差押えまたは仮差押えの申立てがあったこと、差押命令または仮差押命令が発せられたことその他債権の差押えまたは仮差押えの手続を開始させる事由に関する事実が生じたことをもって債権を相殺に適用するようにする旨の当事者の意思表示により相殺をすることができる場合において、その債権をもってする相殺は、その債権および差押えまたは仮差押えに係る債権の双方が当事者の特定の継続的取引によって生ずるものであるときに限り、これをもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができるものとする。債権の差押えまたは仮差押えの手続きを開始させる事由に関する事実が生じたことをもって相殺が効力を生ずるものとする旨の当事者の意思表示も、同様とするものとする。

〈5〉債権の取立てその他の処分を禁止された者に対し債権を有する者で第三債務者でないものが、その後その債権による相殺の意思表示をした場合において、第三債務者は、この相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができないものとする。差押えまたは仮差押えの申立てがあったことを知ってした相殺の意思表示も、同様とするものとする。

2 意見

〈4〉については、**反対である。**

〈5〉については、**【3. 1. 3. 23】に記載のとおり債務者以外の者による相殺に反対であるから、削除すべきである。**

3 理由

〈4〉の提案は、〈1〉ないし〈3〉の差押と第三債務者による相殺に関する無制限説（を若干拡張させた立場）を前提としつつ、差押や仮差押を期限の利益喪失条項とすることで相殺適状を作出するいわゆる相殺予約の合意を原則禁止し、「特定の継続的取引」により生ずる債権相互の相殺に限って例外的に相殺予約の効力を認めようとするものである。

その理由として、「個別債権執行等の作用を作為的に無に帰せしめるような第三債務

者側の企てを規制する」(差押回避)等と説明されるが、なぜ「双方」の債権が「特定の継続的取引」により生じた場合に限り相殺への期待(担保的効力)が保護されるのか根拠が必ずしも明確とはいえない。相殺予約の効力を否定しても、第三債務者がその支払いを自働債権の弁済期到来まで拒絶すれば、結局、相殺が可能となる(差押回避)のではないかとの疑問もある。

また、「特定の継続的取引」とは「相互に債権債務の関係に立つことにより信用を与えあっている」「頻繁に相手方の信用を調査しなければならない負担から解放される」関係として銀行取引を典型と捉えているようだが、通常の銀行業務によって生じる債権債務全てが含まれるのか、あるいは、一般的な取引基本契約に基づく取引が該当するのか明確とはいえず(c f. 現民法398条の2第2項「特定の継続的取引契約」)、取引の法的安定性に影響が出る可能性がある。

相殺予約の有効性をも認めた無制限説に関する判例(最判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁)から相当の年月が経過し、これに基づく実務が形成されている現状において、あえてそれを変更するだけの必要性があるのか疑問である。

第4節 一人計算

【3.1.3.37】(一人計算の意義) NBL 194頁

1 改正提案

【3.1.3.37】(一人計算の意義)

〈1〉当事者の一人が他の当事者に対し将来において負担することとなる債務(以下【3.1.3.37】および【3.1.3.39】において「計算の目的となる債務」という。)は、これに相当する債務を債務者が計算の目的となる債務の債権者でない当事者(以下【3.1.3.37】から【3.1.3.39】までにおいて「計算人」という。)に対し負担し、かつ、計算人が同様の債務を計算の目的となる債務の債権者に対し負担することを債権者となる者および債務者となる者が予め約し、これを計算人となる者が承諾した場合において、計算の目的となる債務が生じたときに、一人計算によって消滅するものとする。この場合において、計算の目的となる債務の債務者は、計算人に対し同債務に相当する債務を負担し、また、計算人は、同様の債務を計算の目的となる債務の債権者に対し負担するものとする。

〈2〉計算の目的となる債務の債権者および計算人は、法人でなければならないものとする。

〈3〉〈1〉の契約は、登記をすることにより効力を生じるものとする。この場合において、計算の目的となる債務に係る債権の処分で一人計算の登記に後れるものは、一人計算による債務の消滅により効力を失うものとする。

〈4〉一人計算が集団的な集中決裁のために用いられることを趣旨目的として提案されるものであることを踏まえ、計算人を同じくする数個の一人計算は、それらの当事者のいずれもが他のすべての当事者との間で一人計算の契約をする場合には、当事者を一覧にして公示することを可能とすることを基本指針とし、この基本指針を踏まえて登記の細目的事項を別途検討する。

〈5〉〈1〉の契約においては、計算の目的となる債務の債務者が、債権者に対して対抗することができた事由をもって、計算人に対抗することができない旨を約することができるものとする。

〈6〉当事者の一人が〈3〉の登記をした当時現に負担する債務を計算に組み入れることを債権者と約し、これを計算人となる者が承諾した場合において、計算の目的とした債務は、一人計算によって消滅するものとする。この場合において、計算の目的とした債務の債務者は、計算人に対し同債務に相当する債務を負担し、また、計算人は、同様の債務を計算の目的とした債務の債権者に対し負担するものとする。

2 意見

一人計算について、考え方そのものは否定しないが、計算人に関する制度設計は利害関係者保護のためより詳細にする必要があり、民法典に定める内容としては、適当でないと考える。

3 理由

(1) 一人計算の概念について

一人計算とは、多数当事者間の債権債務を集中決済するため、今般提案された新たな概念であるが、現代における多数当事者間の債権債務を集中決済する仕組みそのものの必要性は否定しない。

もっとも、かかる多数当事者間の集中決済は、これまでは必要に応じて、関係当事者間の約款等により、立替・債権譲渡・債務引受・相殺といった現在ある法概念を組み合わせられており、一人計算の概念が不可欠の制度として要請されているわけではない。

また一人計算の提案自体、多数当事者間の債権債務を集中決済するための一枠組みとの位置付けに過ぎない。一方で、一人計算制度が導入されることにより、現行で行われている集中決済の仕組みについて、その安定性を覆すような解釈がなされてはならない。

(2) 計算人に対する規制の必要性

一人計算においては、債権者の債務者に対する債権は、計算人に対する債権に置き換わり、計算人は債務者に対する債権を取得することになる。したがって、多数の当事者が参加した一人計算においては、参加当事者と計算人との間で多数の債権債務関係

が生じることとなる。

一人計算は、これら多数の債権債務を集中的、反復継続的に決済することを目的とするものであるから、一人計算並びにこれに起因する決済は業としてなされることがその前提となっている。

このため計算人となる者には、以下述べるとおり、一人計算の結果として取得・負担することとなる債権債務を適正に管理するとともに公平・正確に行使することが求められることになる。

すなわち計算人には、集中決済機構としての役割が期待される以上、万一、計算人が債権の把握を間違えば、多数の債権債務関係に影響を及ぼし、参加当事者に不測の損害をもたらすだけでなく、差押債権者等の第三者にも損害を与える可能性が存する。

このため一人計算によって取得しあるいは負担する債権債務の内容については、正確に把握され適正に管理される必要性が通常の私人間の取引以上に強いといえる。

このことから原債権に関する証拠書類の取付・保存・管理については、適正になされるとともに、決済結果を記録するためのシステムの整備等が不可欠となる。

また原債権債務について何らかの法的な瑕疵が存する場合など、処理の仕方や保護されるべき者の範囲など一定のルール作りを予めしておかなければ計算人が難しい判断を迫られる可能性も存する。

さらに集中決済機構たる計算人が行う決済は、業として継続して行われるものである以上、各参加当事者に対して、公平になされなければならない、この点を担保する規制も必要となる。

加えて参加当事者が破綻した場合には、帳尻損を生じることもあり得ることから、ある程度の資本的裏付も必要であろう。

このように見た場合、計算人については、単に法人とするだけでなく、いわゆる一人計算業務の適正を確保するための規制、その内容・程度・是正方法等について十分に検討される必要がある。

(3) 民法典への編入について

現時点において、一人計算の提案にあたっては、計算人については、集中決済機構としての法的安定性、責任財産の明確性の見地から法人とすること以外には何の要件も課されていない。

しかしながら、上述したとおり一人計算は、それ自体、業として反復継続して行われることが前提とされている上、独自の登記制度まで整備される点で相当大がかりな制度となる。

しかも相殺処理を含めた一人計算業務の実施にあたっては、債権債務の適正・正確な把握・管理等、計算人において考慮すべき要素が多数あり、特に自然人も債務者として一人計算の参加当事者となり得る状況においては、参加当事者、第三者に不測の損害を与えないための規制は必須と考えられる。

その意味で一人計算は、本来的には一人計算業ともいふべき業務についての業法とすべきであり、債権法への編入は適当とは思われない。あえて債権法に編入するのであれば業法の施行とセットにしてこれを実施すべきと考える。

第7節 債権時効

【3.1.3.44】（債権時効の起算点と時効期間の原則） NBL 198 頁

1 改正提案

【3.1.3.44】（債権時効の起算点と時効期間の原則）

〈1〉債権時効の期間は、民法その他の法律に別段の定めがある場合を除き、債権を行使することができる時から〔10年〕を経過することによって満了する。

〈2〉〈1〉の期間が経過する前であっても、債権者（債権者が未成年者または成年被後見人である場合は、その法定代理人）が債権発生の原因および債務者を知ったときは、その知った時または債権を行使することができる時のいずれか後に到来した時から〔3年／4年／5年〕の経過により、債権時効の期間は満了する。

【〈2〉の時効期間を3年とする場合】

〈3〉〈1〉にもかかわらず、債権者（債権者が未成年者または成年被後見人である場合は、その法定代理人）が債権を行使することができる時から〔10年〕以内に債権発生の原因および債務者を知ったときは、その知った時から〔3年〕が経過するまで、債権時効の期間は満了しない。

2 意見

(1) 〈2〉について

債権時効期間を3年とする場合は、権利保護のための期間の一般原則としては、短いように思われる。少なくとも5年とすべきであると考える。

(2) 〈3〉について

債権時効期間を3年とすることについて、上記のとおり反対であるが、仮に、3年とすることになった場合にも、〈3〉の見解（行使できるときから10年以内に債権発生の原因および債務者を知ったときは、その知った時から3年を経過するまでは債権時効の期間は満了せず、債権時効期間が最長13年となる見解）を採用することについて反対である。

3 理由

(1) 〈2〉について

民法は、取引社会に身を置き、日々、契約に関連した生活を送り、法律に一定程度

の関心を持つ人間のみならず、およそ日本国民全般を対象とした法である。

広く一般市民から法律に関する相談を受ける実務法曹の感覚からすると、一般の市民（特に日常的に法律家との接点を持たない大多数の市民）は、自らの権利の存否・有無につき悩み、さらに自ら法的手続を経て権利行使をすべきか否かに悩み、その後、ようやく弁護士のもとへ相談に訪れるケースが非常に多い。そして、弁護士が権利行使に関して、消滅時効の説明を行った場合にも、制度そのものを知らない例も多数あるし、知っていた場合にも10年は保護されると信じ、別途短期の時効期間が定められている例が存することまでは知らない例も多数存する。

そのような中で、主観的起算点からの債権時効期間をいきなり3年に統一することは、権利保護の期間として短すぎるのではないかというのが、多数の弁護士の意見である。

なお、債権に関連する事案の一般的な例においては、直ちに主観的起算点が到来するものが大半であると考えられるので、3年説を採用した場合には、〈3〉の見解を採用することで最長13年保護される可能性があるというのは、上記の我々弁護士の意見・感覚に対する対案としては適当ではない（さらに後述するとおり、〈3〉の見解に対しても賛同できない。）。

ところで、これまで短期消滅時効にかかっていた類型の債権の時効期間も含めて5年に統一されることになれば、時効期間が長期化し、債務者の側に立つ者がこれまで以上に権利行使を受けるリスクへの対応を迫られることになり、時の経過による事実関係の曖昧化によって生じうる諸処の負担と危険から人々と取引社会を解放するという債権時効制度の趣旨を全うできないとの意見も考えられるところである。

しかし、原則は、権利者の立場にある者の権利を保護することが大前提であり、上記債権時効の趣旨は、補助的に機能するものと考えべきであり、上記見解を理由に全債権の主観的起算点からの時効期間を3年に統一し短縮化を図るとするのは妥当ではない。

また、これまで短期で消滅する債権として社会的に定着しており、これを5年間に伸長すべきでないという債権の類型がある場合には、時効期間を統一するという理念にこだわるべきではないと考える。

時効制度は、あくまでも、現実社会に受容されて初めて機能するのであるから、この点も十分に考慮し、これまで十分に短期消滅時効制度が慣習としても浸透している類型があれば、社会の混乱を防止するという意味でも、例えば別途3年間の短期の債権時効を認めることがあっても構わないのではないかと考える。なお、本意見は、これまでの短期消滅時効期間の長期化に反対する意見が強い場合の対応を提示するものに過ぎず、そのような意見が存するからといって、全体を3年に統一することは妥当でないという見解を示すところに主眼がある。

また、積極的に2段階の債権時効期間を定めるべきであるとの見解を示すものでは

ない。

(2) <3>について

本提案では、客観的起算点と主観的起算点を両方採用する提案がなされている。

このため、債権時効期間は、最長で13年となることが予想される。

この見解は、起算点が2つ存在する上に、両方の時効期間を合計するという点で、複雑で、市民にとってわかりにくい制度である。

また、時効期間に関する当事者の予測を極めて困難にする提案である。

すなわち、債務者の側にとって見れば、債権者に主観的起算点が到来したか否かは、関知し得ないケースも多く、そのような場合には、結局、最長の13年間の対応準備を強いることになるからである。

加えて、主観的起算点が5年・4年である場合には、<3>を適用せず、3年の場合のみ<3>を適用するというのも、合理性がない提案である。客観的起算点からの期間満了直前に、主観的起算点が到来した場合、その時点において、債権者にとって権利行使のための時間的猶予が残されていないという状況は、5年説でも、3年説でも変わりはない。にもかかわらず、5年説を採用した場合には債権者は保護されず、3年説を採用した場合の債権者のみが自ら行動を起こすことなく保護されるというのは、合理的な根拠がない。

そもそも、債務者にとって、権利行使を受けるリスクがある期間として、客観的起算点からの10年が定められているのであるから、これに統一すべきであって、期間満了直前に主観的起算点が到来した債権者については、時効障害で対応せざるを得ないことになってもやむを得ないものとする。

【3.1.3.49】（人格的利益等の侵害による損害賠償の債権時効期間）

NBL 203 頁

1 改正提案

【3.1.3.49】（人格的利益等の侵害による損害賠償の債権時効期間）

〔生命、身体、名誉その他の人格的利益〕に対する侵害による損害賠償債権における【3.1.3.44】の規定の適用については、次のとおりとする。

<ア> 【3.1.3.44】<1>の期間は〔30年〕とする。

<イ> 【3.1.3.44】<2>の期間は〔5年／10年〕とする。

<ウ> 【3.1.3.44】<3>は適用しない。

2 意見

人格的利益等の侵害について損害賠償の債権時効期間の特則を定めること自体には賛成である。

しかし、

- (1) 生命，身体に対する侵害による損害賠償債権の客観的起算点は「損害が発生した時」とすべきである。
- (2) 生命，身体に対する侵害による損害賠償請求の主観的起算点にかかる時効期間は10年とすべきである。
- (3) 「名誉その他の人格的利益」の侵害の場合を「生命，身体」の場合と同一に扱うのであれば，その内容をさらに明確化すべきである。

なお，損害賠償債権を受働債権とする相殺についての提案においては，相殺をもって債権者に対抗することができない損害賠償債権は「生命または身体の侵害があったことに基づく損害賠償請求権」に限られており，両者の間の整合性を欠いており，整合させるべきと考える。

3 理由

(1) 意見(1)について

生命，身体に対する侵害による損害賠償請求訴訟において，現民法下で債権の消滅について争点となってきたのは，現民法724条後段「不法行為の時から20年を経過したとき」の「不法行為の時」すなわち除斥期間の起算点がいつであるか，であった。

最高裁は，筑豊じん肺訴訟判決（最判平成16年4月27日民集58巻4号1032頁），B型肝炎訴訟判決（最判平成18年6月16日民集60巻5号1997頁）等において，「身体に蓄積する物質が原因で人の健康が害されることによる損害や，一定の潜伏期間が経過した後に症状が現れる損害のように，当該不法行為により発生する損害の性質上，加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する場合には，当該損害の全部または一部が発生した時が除斥期間の起算点となると解すべきである。」とし，筑豊じん肺訴訟においては，「粉じんへの暴露が終わった後，相当長期間経過後に発症することも少なくないのであるから，じん肺被害を理由とする損害賠償請求権については，その損害発生の時が除斥期間の起算点となる。」として除斥期間の経過による損害賠償請求権消滅の主張を斥けた。また，B型肝炎訴訟においては，「B型肝炎を発症したことによる損害は，その損害の性質上，加害行為が終了してから相当期間が経過した後に発生するものと認められるから，除斥期間の起算点は，加害行為（本件集団予防接種等）の時ではなく，損害の発生（B型肝炎の発症）の時というべきである。」として除斥期間経過の主張を斥けた。最高裁は，民法724条後段「不法行為の時」との文言にかかわらず，除斥期間の起算点を加害行為時ではなく，損害発生時とすることによって，加害行為から近接した時期には損害が未発生で権利行使が困難な被害者を救済してきたものである。

改正試案は債権時効に関する客観的起算点について，「債権を行使することができる

時から」に統一しようとしているが、生命、身体侵害による損害賠償「債権を行使することができる時」が損害発生時となるのか文言上は不明である。したがって、「債権を行使することができる時」が損害発生の時であることを明確にすべきである。時効に関する規定についての文言統一の要請よりも、生命、身体に対する侵害による損害賠償債権の時効起算点を明確にする要請の方が高い。

(2) 意見(2)について

提案要旨においても指摘されているとおり、生命、身体の侵害の場合には被害者たる債権者において債権行使が現実的に可能となっても、速やかに債権行使を期待することが酷である場合が少なくない。医療過誤訴訟等においては、現民法下では債務不履行構成を取るにより実質的に10年の時効期間が認められており、現在よりも時効期間を短縮すべきではない。

(3) 意見(3)について

「名誉その他の人格的利益」の侵害は非常に幅の広い利益であり、現在のままでは、その内容の明確性に欠け、内容によっては、これを「生命、身体」に対する侵害と同等に扱ってよいのか、却って債務者側に酷すぎる場合も生じるのではないかという議論もある。

本意見は、債権時効期間の特則を「生命、身体」の侵害のみに限定せよという趣旨ではないが、債権者側、債務者側の利益状況を慎重に考慮し、特則が適用されるケースを必要以上に幅広く取り込みすぎることがないように配慮が必要であるとの見解に基づくものである。

破産法第253条3号においても、非免責とされる債権は「破産者が故意又は重大な過失により加えた人の生命又は身体を害する不法行為に基づく損害賠償請求権」と定められており、故意・重過失の不法行為に基づく損害賠償請求権の中でも非免責債権は「生命、身体」侵害に基づく損害賠償請求権に限定されている。生命、身体に対する侵害は、他の人格的利益に対する侵害とは一線を画している。

また、「生命または身体」に対する侵害による損害賠償請求権を保護する趣旨から、【3.1.3.28】では「生命または身体」の侵害に基づく損害賠償請求権を受働債権とする相殺を禁じる提案がなされているが、同提案においては「名誉その他の人格的利益」に対する侵害による損害賠償請求権については相殺を禁じられていない。相殺禁止規定においては「名誉その他の人格的利益」に対する侵害による損害賠償債権に特別な保護を与えているとはいえず、本提案と一貫性を欠いており、両者の整合性を欠かないように改正を検討すべきと考える。

【3. 1. 3. 54】（債務者による債権の承認による債権時効期間の更新） NBL 206 頁

1 改正提案

【3. 1. 3. 54】（債務者による債権の承認による債権時効期間の更新）

- 〈1〉 債務者による債権の承認による債権時効期間の更新は，承認の時に生ずる。
- 〈2〉 債務者が債務の一部を履行したときは，債務者はその債務に係る債権の全部を承認したものと推定する。債務者が利息債務，遅延損害金債務その他のある債権から付随的に生じる債務を履行したときは，債務者はその債権を承認したものと推定する。
- 〈3〉 時効期間の更新を生ずべき承認をするには，その承認に係る債務を負担することにつき行為能力または権限があることを要しない。

2 意見

〈3〉について，**債権の管理能力が必要であるとする現行法上の解釈に変更がないような規定とすべきである。**

3 理由

現行法上，承認には，「相手方の処分につき行為能力または権限があることを要しない」とされているが，処分能力は不要であるものの，管理能力は必要であると解されている。これと変更がないとするのであれば，その旨が明確になるような規定とすべきである。

【3. 1. 3. 56】（債権時効期間の進行の停止） NBL 207 頁

【3. 1. 3. 60】（協議の合意による債権時効期間の進行の停止） NBL 210 頁

1 改正提案

【3. 1. 3. 56】（債権時効期間の進行の停止）

- 〈1〉 債権時効期間は，次の事由により進行を停止する。
 - 〈ア〉 訴えの提起その他の裁判上の請求，支払督促の申立て，和解の申立て，民事調停法もしくは家事審判法による調停の申立て，破産手続参加，再生手続参加，更生手続参加等，現民法147条1号にいう「請求」に該当する場合（ただし，催告を除く。）またはその「請求」に準じるとされる場合
 - 〈イ〉 民事執行の申立て
 - 〈ウ〉 民事保全の申立て
 - 〈エ〉 債権者と債務者の間における，債権に関する協議をする旨の合意
 - 〈ウ〉 裁判外紛争処理手続の利用
- 他の主たる債務を履行する債務を負う他人に対しても，その効力を生じる。

【3.1.3.60】（協議の合意による債権時効期間の進行の停止）

〈1〉 債権者と債務者の間で債権に関する協議をする旨の合意が成立したときは、その時に債権時効期間の進行は停止する。

〈2〉 債務者の協議の続行を拒絶する旨の通知が債権者に到達したとき、または最後の協議から[3か月／6か月]が経過したとき（ただし、協議継続の合意があるときを除く。）は、その時点から債権時効期間の進行が再開する。

〈3〉〈2〉の場合、進行再開の時から[6か月／1年]が経過するまで、時効期間は満了しない。この[6か月／1年]の間にされた履行の催告は、時効期間の満了を延期する効力を持たない。

2 意見

- (1) 人格的利益の侵害などの場面を考慮すると、協議の合意が継続する間、時効障害となるとする考え方そのものは賛成である。
- (2) しかし、債権時効が問題となる多くの場面を想定した場合、本提案は実務に混乱を来すことが予想される。したがって、時効障害となる要件および効果を慎重に検討すべきであり、特に、具体的検討の場においては、協議の実務に直接関与する実務法曹の意見を尊重すべきである。
- (3) 例えば、時効期間の満了の延期として、協議の合意による時効障害を構成することも考えられる。

3 理由

- (1) 協議の合意を時効障害とする基本的考え方に対する意見

債権者が債務者との間で債権に関する協議を継続している間、債権者は債権時効が満了しないという合理的な期待があり、また、協議をすることに合意している債務者にとって、債権時効が完成しないとしても、不当な不利益を甘受させられるものではない。

例えば、生命・身体に対する侵害に基づく損害賠償請求、特に公害紛争など、協議に長い時間を要する類型の事件においては、債権者である被害者の合理的期待を保護すべき要請は強いといえる。

したがって、協議の合意を時効障害とする基本的な考え方に対しては、賛成である。

- (2) 協議の合意を時効障害とした場合に想定される実務上の問題点

ア しかし、協議の合意を時効障害、特に進行停止事由とした場合、実務的に次のような問題が生じることが想定される。

イ 債権者と債務者間での交渉が行われる場面としては、弁護士が受任した後であれば、内容証明や債務整理の受任通知の発送に対し、電話で話をしたり、弁護士会で相手方代理人と面談をしたり、文書での回答をしたりというところから始まり、これらが組み合わされて回数が重ねられていくことが通常であり、さらに受任前であれば、当該

事案に集中して交渉がなされるのではなく、私人間の日常会話の一部や法人間の他の交渉ごとに付随して話題とされることも多く想定され、どの段階で協議を「合意」することになったのかが判然としない。

また、「協議」の内容としても、抽象的には債権の存否および範囲に関する交渉がこれにあたりうるものと想定される。しかし、現実の交渉は、債権の存在を否定したり債権額を争う交渉や、売買代金請求において目的物が給付されていないなどの抗弁が争点となる交渉だけではない。債権の存在に争いはない前提での分割など弁済方法についての交渉や、債権の存否・範囲に争いがある中で、訴訟における敗訴リスクや訴訟コストを総合的に検討して和解的解決を当初から目指した交渉、企業がその社会的責任を全うする目的や風評被害などによる企業ダメージ回避目的で法的責任を留保しつつ解決金による解決を指向する交渉、請求側の早期に金銭を得る必要性や被請求側の資力の問題から、法的に請求可能な範囲の争いをいったん回避して行う解決金額の交渉など、千差万別である。さらに、これらの交渉は相互互換的であり、ときに入れ替わりながら、または平行して展開されることが常態であり、どのような交渉が時効停止事由としての「協議」にあたるかも不明確である。

これらは、実社会における交渉が段階的に行われ、単純な類型化が困難なことによるものであり、また、紛争解決手段の比較的初期に行われる交渉段階においては、解決の指向性も単純かつ単一のものではないことによるものである。

ウ すなわち、債権に関する協議の合意の成立時期、協議の終了時期は曖昧となることが多く、時効期間満了時期も不分明となる。この結果、債権時効期間満了予定時期前後に相談を受けた弁護士が、時効援用通知の発送をためらい、紛争の解決を図ることができないことも予想される。また、協議の合意の成立および終了の立証は他の進行停止事由と比して一般的に困難であることから、時効が争点となる訴訟の長期化を招来するおそれがある。

(3) 結論

したがって、協議の合意を時効障害とするにあたっては、その要件、効果について慎重な検討が必要である。

例えば、協議の合意自体についても、時の経過によって曖昧化することは債権そのものと同様であることから、債権時効期間の進行開始初期にも時効障害事由となる進行停止ではなく、満了の延期として構成することを再検討すべきであると考えられる。

なお、協議の合意を満了の延期とする場合には、協議継続中は債権時効期間が完成しないという債権者の期待を保護するため、一定の要件の下、満了延期の更新をみとめることとすべきである。

【3.1.3.68】（債権時効期間満了の効果） NBL 214 頁

1 改正提案

【3.1.3.68】（債権時効期間満了の効果）

〔甲案〕

〈1〉債権につき債権時効期間が満了したときは、債務者は、債権時効を援用することができる。

〈2〉〈1〉の援用は、裁判上、裁判外のいずれにおいてもすることができる。

〈3〉〈1〉の援用がされたときは、これを撤回することができない。

〈3〉〈1〉の援用がされたときは、その債権は起算日に遡って消滅する。

〔乙案〕

〈1〉債権につき債権時効期間が満了したときは、債務者は、その債権に係る債務の履行および利息債権、遅延損害金債権その他のその債権から付随的に生じる債権に係る債務の履行を拒絶することができる。

〈2〉〈1〉の履行拒絶は、裁判上、裁判外のいずれにおいてもすることができる。

〈3〉〈1〉の履行拒絶がされたときは、これを撤回することができない。

〈4〉〈1〉の履行拒絶がされたときは、履行その他によるその債権の実現を求めることができない。履行が拒絶された債務の履行を担保するための保証債権、担保物権その他の権利は消滅する。

2 意見

乙案を採用することが、法律効果に具体的に差異を生じさせるものでないのであれば、あえて、現時点において、多数の理解が得られている甲案を変更させる必要はないように考える。

3 理由

乙案については、まず、法律効果に具体的に差異を生じさせるものでないのであれば、あえて新たな構成を取る積極的な意義が見出せないように思われる。

また、条文の配置を「債権の消滅等」に置くというのであるから（なお、本意見書では、配置に関して「総則」へ置くべきであるとの見解をとっている。）、効果についても端的に「債権は消滅する」と甲案のように考えれば特段の不都合はないように思われる。

なお、乙案は、債権は消滅しないが、請求力と強制力を失うという説明により、請求することを合理的に説明する見解であるが、却って、その説明では、法に関する十分な知識を持ち合わせていない一般市民が債務者となった場合に、債権者の側からの事実上の請求を促しやすくする（「債権は消滅していない」）ことになる懸念もあるのでこの意味では慎重な検討が必要である。

また、本提案においては、取得時効・消滅時効の効果については、提案がなされてお

らず、結果として、両者の効果は、従前と変わらないことになると思われるが、そうになると消滅時効の効果と債権時効の効果は異なり、民法上、2本立てになる点も混乱のもととなる。

したがって、現時点においては、あえて、乙案による構成を選択する必要はないと考える。

【3.1.3.70】（債権時効期間満了の債務者以外の者に対する効果） NBL 216 頁

1 改正提案

【3.1.3.70】（債権時効期間満了の債務者以外の者に対する効果）

〔甲案〕（法律上正当な利益を有する者の債権時効援用権）

<1>債権時効期間が満了したときは、債務者のほか、保証人、物上保証人その他の法律上の正当な利害関係を有する者も債権時効援用権を有するものとする。

<2>債務者以外の者による債権時効の援用についても【3.1.3.68】甲案<2>、<3>と同様とする。

<3>債務者以外の者が債権時効を援用したときは、その債権は、その者の利益を保護するために必要な限りにおいて、起算日に遡って消滅する。

〔乙案〕（保証人、物上保証人等の地位）

<1>保証人その他の者が他人の債務を履行する債務を負う場合において、その他人の債務に係る債権につき債権時効期間が満了した後に債権者が保証人その他の者に債務の履行を請求したときは、請求を受けた保証人その他の者は、〔相当の期間内に〕債権者に対して主たる債務者に履行拒絶権を行使するか否かにつき催告をすべきことを請求して、その催告に対する主たる債務者の確答があるまで債務の履行を留保することができる。

<2>債権の弁済を担保するために物上保証人その他の債務者以外の者の財産が供されている場合において、その債権につき債権時効期間が満了した後に担保権実行の手續が申し立てられたときは、担保に供された財産を有する者は、〔その申立につき通知を受けた後相当の期間内に〕債権者に対して債務者に履行拒絶権を行使するか否かにつき催告をすべきことを請求することができる。この請求がされた場合、その催告に対する債務者の確答があるまで、担保権は実行されないものとする。

<3><1>の催告の請求の時から〔1ヶ月〕以内に主たる債務者が履行拒絶権を放棄しないとき、または<2>の催告の請求の時から〔1ヶ月〕以内に債務者が履行拒絶権を放棄しないときは、その催告を請求した者との関係においては、【3.1.3.68】乙案<1>の履行拒絶がされたものとみなす

2 意見

甲案に賛成、乙案に反対。

3 理由

乙案については、期間が短縮されることとのバランス、または債権者の権利保護の観点から、時効を主張しうる者の範囲を狭めるといふことのようにあるが、前提として、援用権者の範囲を狭める必要性がそもそもあるのか、実質的な判断の余地を残すべきではないかという問題がある。

また、新たな催告制度を設けて援用に代え、援用を行うのはあくまでも主債務者であるという提案であるが、技巧的で複雑化することにより混乱が予想される。この点、訴訟係属中に従来でいうところの援用をしようとする場合には、訴訟係属後に催告を行う必要が生じることになり、そこからさらに1か月の期間を要する点で迂遠な手続となる。

時効の利益を得ようとする者が、端的に効果を発生させることができるとするほうが簡易である。

このほかにも、主債務者が自らは弁済する意思がないにもかかわらず、保証人や物上保証人らの責務からの解放を望まず援用を行わないケースもあり、保証人らの保護が著しく欠けるケースも予想され問題である。

わざわざ複雑化しなければならない必要性がない中で、乙案の方向で改正を行うべきではないと考える。

第4章 当事者の変動

第1節 債権譲渡

【3.1.4.02】(将来債権の譲渡) NBL 220 頁

1 改正提案

【3.1.4.02】(将来債権の譲渡)

〈1〉将来発生すべき債権(以下、将来債権という)についても、譲渡することができ、

【3.1.4.04】に従って対抗要件を備えることができる旨の規定を置くこととする。

〈2〉将来債権が譲渡された場合には、その後、当該将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対しても、その譲渡の効力を対抗することができる。

2 意見

将来債権譲渡の効力が、「将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者」に対してまで及ぶとする点については、さらに慎重な検討を要する。

3 理由

本提案の〈2〉は、将来債権譲渡の効力に関して、譲渡人および「将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者」に対してまで、それが及ぶとする一方、当該効力

の範囲を、その限度に制限することを企図するものである。

しかし、将来債権譲渡にかかる譲渡対象に、譲渡人自身が債権者である債権以外に、「将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者」という第三者が債権者である債権まで含まれると考えるべきか否かは問題であり、以下の理由から、この点については、さらに慎重な検討を要するものと思料する。

(1) 理論的観点からの検討

ア 上記を肯定すると、将来債権の「譲渡対象」として、債務者のみならず債権者をも必ずしも特定しない債権（債権者・債務者という属人性を捨象して、それを生じさせる契約のみから特定される債権）という法的対象を観念するに近接するところ、特定人と特定人との間の関係としての債権という根本概念から乖離し、かつ、その特定性の観点から看ても行き過ぎではないかとの批判が生じ得るものと思料する。

イ すなわち、契約関係は、契約当事者が自由にその内容を決定できる性質を有しており、「将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者」であっても、その後契約相手方との合意により融通無碍にその契約内容を変容させ得るのであって、この場合に、債権の特定を、それを生じさせる契約のみに依拠するとすれば、将来債権の譲渡人が譲渡対象とした従来の契約により特定される債権と、「将来債権を生じさせる契約上の地位を承継した者」の下で変容した契約により特定される債権との同一性を判別することは不可能に近い。

ウ この点を具体的に論じれば、例えば、「契約上の地位の移転に代えて、従来の契約を終了させ、同時に同一の相手方と新たな契約を締結した場合」には、「実質的に契約上の地位の移転と考えるべきか、または、新たな契約の締結と考えるべきか」が常に問題となり得るが、この程度の判別を行うメルクマールさえ容易に創設し得るか否かは疑問と言わざるを得ず、契約内容に幾許かの変容を加えた場合における当該判別は尚一層困難と言わざるを得ない。

エ また、本来的に、「将来債権を生じさせる契約上の地位を承継した者」であっても、当該承継者の下で生ずる債権の処分権は、当該承継者のみが有しており、「契約上の地位の移転」が契約の同一性を維持したまま契約当事者を変更するものであったとしても、それは当該契約の相手方との間での拘束力をいうに過ぎず、当該承継者が、「将来債権の譲渡契約における譲渡人としての契約上の地位」まで承継したものではない以上、当該譲渡契約自体の拘束を受けなければならない根拠は容易には説明し難いとの批判も、十分に考えられるものと思料する。

(2) 公示方法の観点からの検討

ア 本提案の<2>は、将来債権譲渡を「当該将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者」に対抗するために当該将来債権譲渡にかかる公示を要求する趣旨か否かが判然とせず、むしろ、その提案文言からすれば、「将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者」は当然に「当該将来債権譲渡による制限を受けた契

約上の地位」を承継するとの理解に基づき、当該公示を要求しない趣旨とも推察される。

しかし、かかる理解に基づけば、例えば、賃貸不動産の譲受人は、公示もなされていない将来賃料債権譲渡の効力を受ける可能性があるなど、取引の安全を害すること甚だしいものと言わざるを得ない。

イ 一方、仮に、将来債権譲渡を「将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者」に対抗するためには当該将来債権譲渡にかかる公示を要求するものと解したとしても、やはり、上記の「(1) 理論的観点からの検討」において述べた問題点が浮き彫りにならざるを得ない。

すなわち、現在の動産・債権譲渡特例法においては、少なくとも「当該債権が発生した時点における債権者」を特定することによって、譲渡対象たる債権を特定する公示方法が用いられており（動産・債権譲渡規則第9条を参照）、この点は、本提案における債権譲渡登記による公示方法においても同様と推察される。

したがって、実務上、公示の有無を確認しようとする第三者は、先ず、「当該債権が発生した時点における債権者」について公示がなされているか否かを確認する方法を用いるのが通常である。

しかし、本提案によれば、「将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者」の下で発生した債権に関し、「当該債権が発生した時点における債権者（当該契約上の地位を承継した者）」について公示がなされているか否かを確認しても、「当該契約上の地位の被承継者」の下で将来債権譲渡がなされている可能性を全く排斥できないこととなる。

例えば、賃貸不動産がXからYに譲渡され、Xが将来賃料債権譲渡を行っていた場合、Y（将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者）から賃貸不動産を購入し、または、賃料債権を譲り受けようとする者は、Yについて公示がなされているか否かを確認しただけでは、不測の損害を被る可能性を否定できない。

また、XからYに事業譲渡がなされ、Xが当該事業にかかる将来売掛債権譲渡担保を行っていた場合にも、同様の問題が生じ得る。

もちろん、以上の問題は、債権譲渡登記において、譲渡対象たる債権を特定する方法として「当該債権が発生した時点における債権者」によって特定することを要しないものとし（例えば、それを生じさせる契約のみから債権を特定する。）、不動産や動産などと同様、属人性を捨象した譲渡対象自体にかかる公示方法を設けるのであれば理念的には解決可能であるが、上記のとおり、債務者のみならず債権者という属人性を捨象した上で、債権の特定性を維持することは到底容易とは言い難いものと思料する。

(3) 実務上の観点からの検討

本提案は、将来債権の流動性・将来債権譲渡の安定性を高める意図を有すると推察さ

れることから、上記に加えて、以下、これが問題となる代表的事例として、ア将来賃料債権譲渡と賃貸不動産の所有者変更の場面、およびイ将来売掛債権譲渡担保とこれにかかる事業譲渡の場面について、その実務上の意義を考察する。

ア 将来賃料債権譲渡については、仮に新賃貸人にも将来賃料債権譲渡の効力が及ぶとすれば、観念的には、将来賃料債権の流動性が高められるようにも思われる。

しかし、実務的には、仮に新賃貸人に将来賃料債権譲渡の効力が及ぶとしても、自ら賃料収入を享受できない新賃貸人に修繕義務等のアフターケアを期待することは困難であり、結局、譲渡対象たる将来賃料債権の安定性が保証されない結果、長期に亘る将来賃料を引き当てに資金供与を行う場合には、むしろ、賃貸不動産自体に抵当権を設定するか、賃貸不動産自体を流動化するのが通常である。

したがって、将来賃料債権の流動性を高める必要性自体が、そもそも実務的には然程高いものではなく、むしろ、賃貸不動産の新所有者となろうとする者が、将来賃料債権譲渡の有無を事前調査しなければならないことによる、賃貸不動産自体の流動性の阻害効果の方がより懸念される（もちろん、将来債権譲渡を「将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者」に対抗するために当該将来債権譲渡にかかる公示を要求しないとするのであれば、尚一層、賃貸不動産自体の流動性の阻害効果は大きい。）。

イ 将来売掛債権譲渡担保については、仮に事業譲受人にも将来売掛債権譲渡担保の効力が及ぶとすれば、将来売掛債権譲渡担保の安定性が高められることは事実と思われる。

しかし、実務的には、事業譲渡等を、将来売掛債権譲渡担保にかかる被担保債務のデフォルト事由（期限の利益喪失事由等）として規定した上で、事業譲渡に際しては、将来売掛債権譲渡担保にかかる被担保債務に対する事業譲渡対価金の弁済充当、または、事業譲受人による当該被担保債務の承継（および将来売掛債権譲渡担保の設定者たる地位の承継）等について、債権者と譲渡当事者間において協議を行い、当該協議の中で将来売掛債権譲渡担保の帰趨が決定されるのが通常である。

もちろん、所謂詐害的な態様による事業譲渡の場合には実務上の問題が生じると想定されるが、同様の問題は、「将来売掛債権譲渡担保が設定されず、事業用資金の貸付のみが行われた場合」にも生じるものであり、その場合と同様、詐害行為取消権等の他の制度による解決も可能であって、あえて、将来売掛債権譲渡担保の設定後に事業譲渡が行われた場合を問題視して、（事業譲渡法制の中で、解決を図るか否かは兎も角）民法レベルにおいて、「将来債権譲渡の効力は、当該将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者にも及ぶ」との一般的擬律を設ける必要性までは容易に肯定し難いものと思料する。

(4) 倒産管財人等の第三者性について

将来債権譲渡の後に譲渡人に倒産手続が開始した場合の擬律については、「倒産者の

再生・更生」の観点からの比較考量が必須であり、今般の改正において民法レベルで解決することが望ましいとは必ずしも言い切れないことから、倒産管財人等が第三者に該当するか否かとの問題提起に留める本提案の方向性にはあえて反対しないところである。

ただし、例えば、将来売掛債権譲渡担保の後に譲渡人に倒産手続が開始した場合については、「倒産手続開始後の将来売掛債権にも当該譲渡担保の効力は及ぶが、当該譲渡担保権が実行され、目的物たる債権が固定されてしまえば流動性は失われ、それ以降に発生する債権には効力が及ばない」とするなど、単純に倒産管財人等が「第三者」に該当するか否かという問題設定では割り切れない見解も、近時は有力であり、かかる議論展開を、民法レベルであえて阻害しない法文とすることが望ましいものと思料する。

【3.1.4.03】（債権譲渡禁止特約の効力） NBL 220 頁

1 改正提案

【3.1.4.03】（債権譲渡禁止特約の効力）

<1>債権者および債務者が特約により債権の譲渡を許さない旨を定めていた場合であっても、当該特約に反してなされた譲渡の効力は妨げられない。ただし、債務者は、この特約をもって譲受人に対抗することができる。

<2><1>ただし書にかかわらず、債務者は、次に掲げる場合には、<1>の特約をもって譲受人に対抗することができない。

<ア>債務者が、譲渡人または譲受人に対し、当該譲渡を承認したとき

<イ>譲受人が、<1>の特約につき善意であり、かつ、重大な過失がないとき

<ウ>第三者対抗要件が備えられている場合で、譲渡人について倒産手続の開始決定があったとき

<3><1>の特約のある債権が差し押さえられたときは、債務者は、差押債権者に対して<1>の特約をもって対抗することができない。

2 意見

譲渡禁止特約に反する債権譲渡の効力を、譲渡当事者・対第三者との関係では有効とする点、および譲渡人に倒産手続が開始した場合に、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗できないとする点について、いずれもさらに慎重な検討を要する。

なお、仮に、譲渡人に倒産手続が開始した場合に、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗できないとするのであれば、「債務者は、譲渡人の倒産手続の開始決定時まで、譲渡人（または、譲渡人の倒産手続の開始決定時まで債務者に対抗できる譲受人であった者）に対して生じた事由をもって対抗できる」旨の規定を別途設けるべきである。

3 理由

(1) 譲渡禁止特約に反する債権譲渡の効力について

本提案の<1>は、譲渡禁止特約に反する債権譲渡の効力を、譲渡当事者・対第三者との関係では有効とすることを企図するものであり、譲渡禁止特約が債務者の利益を保全する制度であることを強調する立場からは、一定の理解が及ぶところである。

しかし、譲渡人に倒産手続が開始した場合において、譲渡禁止特約に反する債権譲渡の効力を物権的無効と解すれば(ただし、最判平成21年3月27日判タ1295号172頁が、譲渡人の倒産管財人等を射程外とすることを前提とした場合)、倒産管財人等が当該債権を回収した場合における、当該債権の譲受人の倒産管財人等に対する請求権は、担保責任にかかる請求権として、倒産手続開始前の原因に基づく破産債権・再生債権等と解される一方、本提案によれば、倒産管財人等が当該債権を回収した場合における、当該債権の譲受人の倒産管財人等に対する請求権は、不当利得返還請求権として、倒産手続開始後の原因に基づく財団債権・共益債権等と解されることとなる。

現行法下においては、譲渡人により譲渡禁止特約に反する債権譲渡がなされた債権についても、譲渡人の財産を構成するとの前提において倒産実務が現に運営されてきたところであり、当該運営が「倒産者の再生・更生」ないし「一般債権や労働債権への弁済原資の確保」に役立っているのも事実であって、当該実務を翻して、「譲渡禁止特約について悪意・重過失である譲受人」(善意・無重過失である譲受人は、そもそも譲渡禁止特約を対抗されないので、本提案の射程外である。)の保護をあえて強化する必要性の有無については、さらに慎重な検討を要するものと思料する。

(2) 譲渡人の倒産手続開始と譲渡禁止特約について

本提案の<2>は、上記のとおり、譲渡禁止特約に反する債権譲渡の譲受人の倒産管財人等に対する請求権を財団債権・共益債権等とすることを超えて、「譲渡人に倒産手続が開始した場合には、もはや債務者と譲受人の利益が対立する局面というよりも、複数の債権者が債権を奪い合う局面である」として、譲渡禁止特約に反する債権譲渡の譲受人に、債務者に対する直接の請求権を認めることとし、延いては、譲渡禁止特約の付された債権をサイレント方式で流動化した場合等において、譲渡人にかかる倒産手続開始により、当該債権の回収金にかかるキャッシュフローが阻害されない(譲渡人からの倒産隔離)等の効果を企図するものである。

しかし、上記のとおり、「譲渡禁止特約について悪意・重過失である譲受人」を、ここまで保護する必要性があるのかという疑問が生じるだけではなく、本提案が、譲渡禁止特約自体の有効性を認め、それにより守られるべき債務者の利益の存在を肯定する立場を維持する以上、譲渡人の倒産手続開始という債務者にとっては何らの帰責性もない事象によって、当該債務者の譲渡禁止特約による利益(例えば、事務手続の煩瑣を避ける、望ましくない債権者からの弁済請求を避ける等)が奪われる理由は、到底容易には説明し難い。

また、譲渡人が倒産手続ではなく事業再生ADRや任意整理を行った場合(さらには、事実上夜逃げし、債務整理を放置した場合)や、将来債権譲渡について倒産管財人等に第三者性を認める結論を採った場合等を想定すると、本提案の企図する譲渡人からの倒産隔離等の効果も、一定程度限定的である可能性が高い。

したがって、本提案が、上記の譲渡人からの倒産隔離等の効果を重視する一方、譲渡禁止特約の有用性についても一定の配慮を払い、謂わば中間的な解決を企図したものであることは理解できるものの、譲渡人の倒産手続開始の場合に限って、譲渡禁止特約の効果を制限する十分な意義があるのか否かを含め、さらに慎重な検討を要するものと思料する。

(3) 債務者の抗弁にかかる規定の必要性について

なお、本提案の<2>によれば、譲渡人の倒産手続の開始決定により、債務者に対抗できない譲受人が債務者に対抗できる譲受人に昇格し、また、二重譲渡の場合には、債務者に対抗できない先行譲受人が、債務者に対抗できる後行譲受人に代わって、債務者に対抗できる譲受人に昇格するなど、債務者にとって、弁済すべき債権者が変更することとなり、当該新債権者が、早期に債務者権利行使要件を具備していた場合には、本提案【3.1.4.08】を前提とする限り、債務者は、当該倒産手続の開始決定さえなければ対抗できたはずの「従来の債権者に対して、譲渡人の倒産手続の開始決定時までには生じた事由」を、新債権者には対抗できなくなる可能性がある。

したがって、仮に、「譲渡人の倒産手続の開始決定により、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗できない」旨の規定を設けるのであれば、併せて、「債務者は、譲渡人の倒産手続の開始決定時までには、譲渡人(または、譲渡人の倒産手続の開始決定時までには債務者に対抗できる譲受人であった者)に対して生じた事由をもって対抗できる」旨の規定を別途設けるべきである。

【3.1.4.04】(債権譲渡における債務者以外の第三者に対する対抗要件)

NBL 221 頁

【3.1.4.07】(債権譲渡登記) NBL 223 頁

1 改正提案

【3.1.4.04】(債権譲渡における債務者以外の第三者に対する対抗要件)

<1>金銭債権の譲渡は、これについて債権譲渡の登記をしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。

<2>非金銭債権の譲渡は、その譲渡契約書に確定日付を得なければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。

* 金銭債権譲渡の対抗要件を登記に一元化することが、そのコストや手続へのバリアのゆえに困難であると判断された場合には、当然に現行制度に戻るのではなく、

新たな制度についてさらに検討することが必要である。

【3.1.4.07】（債権譲渡登記）

〈1〉債権譲渡の登記は、基本的に動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律の規定に基づいて行うものとするが、自然人を譲渡人とする金銭債権の譲渡の登記を可能とするための措置を講ずるほか、多数の登記を申請する場合の
手続負担の軽減を可能とするような方法その他実務上の要請に応える方法について検討するものとする。

〈2〉債権の差押えは、登記を要しないことにする。

2 意見

金銭債権譲渡の第三者対抗要件について、登記に一本化することが妥当か否か、また、債務者の承諾によっても第三者対抗要件具備が認められないのは、硬直的にすぎないか、さらに慎重な検討を要する。

また、非金銭債権譲渡の第三者対抗要件について、現行法の第三者対抗要件よりも公示機能が劣ることが妥当か否か、さらに慎重な検討を要する。

なお、仮に、金銭債権譲渡の第三者対抗要件について、登記に一本化するのであれば、金銭債権の差押えについても登記を要求し、一貫性を図るべきである。

3 理由

(1) 理念と利便性の衝突について

本提案は、債務者に回答義務がない点等、債務者インフォメーションセンター論に不備があること、および法人の金銭債権譲渡について民法と動産・債権譲渡特例法上の対抗要件が二重に存在すること等を踏まえ、金銭債権譲渡の第三者対抗要件を登記に一本化し、また、非金銭債権譲渡の第三者対抗要件を確定日付が付された譲渡契約書に一本化することを企図するものであり、その理念と提案内容の画期性については、十分に理解が及ぶところである。

しかし、金銭債権譲渡の第三者対抗要件については、法人だけではなく自然人を含めて第三者対抗要件を登記に一本化するために、国民一人ひとりの同一性情報をどの様に捕捉・管理するのか、今後、制度コスト面やプライバシーの観点も含めて検討が必要であり、そもそも制度構築の段階から問題が山積であるほか、仮に、この点を於くとしても、上記のとおり理念を優先する余り、実務上、以下のように利用者の利便性が低下する可能性が懸念される。

- ① 債権譲渡登記については、「多数の登記を申請する場合の手続負担の軽減を可能とするような方法その他実務上の要請に応える方法について検討する」とされており、実際にシステムが構築されてからでなければ、具体的な検討が困難な面があるものの、あらゆる債権譲渡の都度、司法書士等に依頼して債権譲渡登記を

具備する手間・費用、または、二重譲渡や譲渡人の倒産等のリスクを考慮して債権譲渡登記を具備するか否かを判断する手間は、相応の実務上の負担となると予想される。

- ② マスターレシーの交代の場面において貸貸人の地位の移転と既存の滞納債権の譲渡を同時に行う場合など、契約上の地位の移転に伴い個別債権を移転する場合には、現行法上は、一通の承諾書によって処理されるが、本提案によれば、契約上の地位の移転と個別債権の移転とを峻別して別途の手当てを行う必要が生じ、実務的に煩雑と言わざるを得ない。
- ③ 不動産を転売する際に、前所有者に対する瑕疵担保責任請求権（修補請求権、損害賠償請求権等）を譲渡する場合など、容易に「契約上の地位の移転」なのか「個別債権の移転」なのか峻別し難い場面も想定される。
- ④ 非金銭債権が金銭債権である損害賠償請求権に転化する場合や、非金銭債権と金銭債権が混在する上記の瑕疵担保責任請求権を譲渡する場合なども、金銭債権と非金銭債権の第三者対抗要件を峻別することによる手続の煩雑化が懸念される。

上記のとおり、仮に、債務者インフォメーションセンター論が理想的には不備な面があるとしても、それにより現行法下において多大な問題が生じている事実は、必ずしも認め難いところであり（債権譲渡により、無関係な債務者が紛争に巻き込まれる点を問題視する意見については、実際に、債務者が困窮するのは、弁済する際に「債権者が誰か」という点であり、本提案【3.1.4.06】の規定さえなされれば、確定日付が付された通知を求める現行法と、最終的には登記事項証明書が付された通知を求める本提案との間に、大きな相違は存しないように思われる。）、「不備な面があるから廃止すべきなのか」、「不備な面があるとは言え、その有効性を認めて存置すべきなのか」について、上記も踏まえ、さらに議論の余地があるように思われる。

なお、①上記の問題点を一定程度解決できること、および②債務者には、承諾を拒否する自由があり、一方、自ら承諾した債務者については、回答義務を課す理論的根拠を見出すことも不可能ではないこと等から、「債務者の承諾」についてのみ第三者対抗要件として残存させる方法も、検討に値するものと思料する。

(2) 非金銭債権譲渡の第三者対抗要件の公示機能の低下について

非金銭債権譲渡の第三者対抗要件については、確定日付ある譲渡契約書自体、譲渡人と譲受人以外の誰も知る者がいない中で作成されるため、現行法よりも公示機能が劣るといえる問題がある。仮に、非金銭債権譲渡の第三者対抗要件として確定日付の付された譲渡契約書の方法を用いるとしても、非金銭債権についてサイレント方式の債権譲渡を認める必要性は必ずしも高くなく、「確定日付の付された譲渡契約書を交付しての債務者への通知」を第三者対抗要件かつ債務者権利行使要件とし、現行法と同等の公示機能を維持する方法も検討に値するものと思料する。

(3) 金銭債権の差押えの第三者対抗要件について

なお、本提案は、金銭債権の差押えについては登記を要しないとするが、そうであれば、金銭債権の譲受人となろうとする者は、債権譲渡登記を確認しても、当該債権の差押えの有無を確認することができない結果、差し押さえられた債権を譲り受けることによって不測の損害を被る可能性がある。もちろん、全ての金銭債権の差押えについて登記を求めることとすれば、差押手続の煩雑化を招く懸念も考えられるところであるが、登記具備の要否や登記具備の時期（例えば、第三債務者の陳述後）を差押債権者に選択させる等の方法も考えられ、仮に公示機能を高めるために金銭債権譲渡の第三者対抗要件について登記に一本化するのであれば、以上の方法を含めて、債権の差押えについても登記を要する前提で制度構築を検討しなければ、一貫性を欠くものと思料する。

【3.1.4.08】（債権譲渡における債務者の抗弁） NBL 223 頁

1 改正提案

【3.1.4.08】（債権譲渡における債務者の抗弁）

〈1〉債権が譲渡された場合においては、債務者は、譲受人が債務者に対する権利行使要件を備えた時まで譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができる。

〈2〉債務者は、書面によらなければ、〈1〉の抗弁を放棄することができない。

〈3〉債務者は、〈2〉の書面がない場合であっても、譲受人に対して弁済をすることによって、〈1〉の抗弁を放棄することができる。

〈4〉債務者は、〈1〉の抗弁を放棄して譲受人に対し弁済その他の債務消滅行為をした場合において、その債務を消滅させるために譲渡人に払い渡したものがあるときはこれを取り戻し、譲渡人に対して負担した債務があるときはこれを成立しないものとみなすことができる。

2 意見

抗弁の放棄について要式性を求める点、および弁済についてのみ要式性を求めない点については、いずれもさらに慎重な検討を要する。

3 理由

本提案の〈3〉については、弁済に関してのみ例外規定を設け、弁済以外の債務消滅行為（相殺、代物弁済等）に関してはこれを設けない理由が判然としない。

また、そもそも本提案によっても、「例えば、債務者が債務消滅の抗弁を有することを知らずに譲受人に弁済した場合には、方式（弁済）が具備されているとみることもでき、債務者に抗弁放棄の意思が認められないため、放棄の効力が認められない」とさ

れる。

しかし、そうであれば、債務者が抗弁を主張せずに弁済する場合は、およそ抗弁を有することを知らなかったと推定される可能性が高い以上、あえて弁済に関してのみ例外規定を設ける意義は、殆ど存しない可能性が高いものと思料する。

むしろ、他に要式性が求められる行為・求められない行為とのバランスの観点を含めて（例えば、債権自体の免除については要式性が求められていない。）、抗弁の放棄について、例外なく要式性を求めるのが妥当か否かの観点から、さらに慎重な検討を要するものと思料する。

第2節 債務引受

【3.1.4.11】（債務引受の効果） NBL 225 頁

1 改正提案

【3.1.4.11】（債務引受の効果）

〈1〉引受人は、【3.1.4.10】〈2〉〈ア〉または〈イ〉の合意がされた時点で債務者が債権者に対して負う債務と同一内容の債務を、債務者と連帯して債権者に対して負う。

〈2〉引受人は、債務引受の効果が発生した時点で、債務者が債権者に対して当該債権について有していた抗弁をもって、債権者に対抗することができる。ただし、当該債権の発生原因となった契約の当事者であることに基づく権利については、この限りでない。また、引受人は、債務者が債権者に対して有している反対債権をもって、相殺を主張することはできない。

〈3〉債務引受の合意によって引受人の負う債務が債務者の負う債務を保証する目的のものであるときは、保証の規定が準用される。

2 意見

- (1) 〈3〉につき、「保証する目的」であるか否かのメルクマールを策定するにあたっては、
①保証の規律が併存的債務引受とされることにより潜脱されることを防止するという要請のみではなく、②当事者（特に債権者）の予測可能性を確保するという要請（想定外に保証目的とされないこと）の双方に配慮がなされるべきであり、可能な限りでメルクマールの明文化も検討されるべきである。
- (2) 同じく〈3〉につき、併存的債務引受に保証の規定が準用される場合、連帯保証であることが前提とされることおよび連帯保証に関する各規律のうち、いずれの規律がどのように妥当するかが、条文上明らかになるよう整理される必要がある。

3 理由

- (1) 併存的債務引受については、保証の目的でなされるケースが存在する一方で、保証の規律の潜脱を目的としない本来的な併存的債務引受についても、債権管理の容易性等から、金融機関を中心として、実務上相応の需要が存在する。

そこで、本提案<3>については、保証と債務引受との区別をいかなる基準をもって行なうかが問題となる。

この点、提案要旨でも述べられているように、「保証」・「債務引受」という契約書の文言だけに全面的に依拠することはできないものとしても、例えば、保証の趣旨の債務引受を行なう場合、契約書に保証の目的を記載するほか、如何なる条項を設けるべきかについて、その検討の前提として、一定のメルクマールが存在することが望ましいと言え、また、契約条項において保証の目的を含まないものとされているにもかかわらず、解釈上「保証の目的」とされる場合については、何らのメルクマールも策定されないまま「個々の契約における解釈に委ねる」のみとされると、結果的に債権者の想定に反して保証の規律が適用されることになる等、実務上混乱を招くおそれが高いことから、なおさらメルクマールの策定の必要性が高いものといえる。

言い換えれば、本提案において明示的に指摘されている、債務引受の形式を採ることによって保証の規律が潜脱されることを防止することで保証人の利益を保護するという要請は重要であるが、反面、債権者が有する権利をその想定に反して不当に弱めるようなことにならないよう配慮すべきとの要請も看過されてはならないのである。

したがって、現状、明快な基準が確立しているわけではないようであるとの指摘はそのとおりであるとしても、本提案に基づく条文化の段階においては、当事者（特に債権者）の予測可能性の確保のためのメルクマールの策定および可能な限りにおいてのメルクマールの明文化（認定要素の例示等）が検討されるべきであるものと思料する。

- (2) また、同じく条文化の段階において、保証目的の債務引受に保証の規律がいかにして適用されるかについての整理がなされる必要があるものと思料する。

第6章 多数当事者の債権債務関係

第2節 多数の債務者

【3.1.6.06】（分割債務・連帯債務・不可分債務） NBL 241 頁

1 改正提案

【3.1.6.06】（分割債務・連帯債務・不可分債務）

<1>同一の債務につき、数人の債務者があるときは、次に定めるところに従い、分割債務、連帯債務、または、不可分債務を負う。

<ア>債務がその性質上可分である場合で、連帯債務とならないとき 分割債務

〈イ〉債務がその性質上可分である場合で、債務者が共同で債務を負ったとき、債権者と債務者との間に連帯債務とする合意のあるとき、または、法律の規定があるとき
連帯債務

〈ウ〉債務がその性質上不可分であるとき 不可分債務

〈2〉不可分の利益の償還または対価の支払については、その債務がその性質上可分であるときは、連帯債務とする。ただし、反対の合意があるときは、この限りでない。

〈3〉同一の損害について複数の債務者がそれぞれ賠償する責任を負うときも、〈2〉と同様とする。ただし、共同不法行為の場合は、〈5〉を適用する。

〈4〉不可分債務は、債務が可分となったときは、分割債務となる。ただし、債権者と債務者との間であらかじめ反対の合意をしていれば、連帯債務となる。

〈5〉不法行為については、さしあたって現行法を維持し、かつ、連帯債務となるときはこの提案による連帯債務の規定を適用する。

2 意見

- (1) 本提案では、数人の債務者があるときの債務の種類として、大きく「分割債務」と「連帯債務（相対的効力事由を中心とする）」に区分しているが、このような類型立てにより誤解を招かないか、さらに検討を要する。
- (2) 本提案では、連帯債務の発生原因を3つ規定しているが、適切なものといえるか、特に、「共同で債務を負った」場合の意味が不明確であり、さらなる検討を要する。
- (3) （共同不法行為の場面も含め）不真正連帯債務についても明文の規定を設けるべきか、さらに検討を要する。

3 理由

(1) 区分について

本提案では、多数の債務者の場合に、分割債務、連帯債務、不可分債務の3つの類型を規定することとしているが、不可分債務は連帯債務の規定を準用することから、大きくは、「分割債務」と「連帯債務」に区分されることとなる。また、「連帯債務」は、現民法の連帯債務と異なり、相対的効力事由を中心とすることとされる。しかし、他の類型を認めないことを意味するものではないとされていることから、全ての類型を規定したものではないとの理解と思われる。このような類型立ての方法でよいのか、誤解を招かないか、さらなる検討を要すると考える。

(2) 連帯債務の発生原因について

本提案では、連帯債務の発生原因を3つ規定しているが、かかる発生原因が適切なものといえるか、特に、「共同で債務を負った」場合の意味は不明確であり、また、そもそもこのような3つの発生原因を規定する必要があるのか、効果からの規律で足りるのではないかも含めて、さらなる検討を要すると考える。

(3) 不真正連帯債務について

共同不法行為の不真正連帯債務についても連帯債務の規定が適用されることになるが、不真正連帯債務の多くは共同不法行為の場面で生じるものであり、今回の本提案の範囲外とされているところ、多数の債務者の場合に不真正連帯債務に関する規定を置かないままでよいのか、さらなる検討を要すると考える。

【3.1.6.09】（連帯債務者に対する履行請求） NBL 244 頁

【3.1.6.10】（一人の連帯債務者についての債権時効） NBL 245 頁

【3.1.6.11】（一人の連帯債務者との間の免除） NBL 246 頁

1 改正提案

【3.1.6.09】（連帯債務者に対する履行請求）

〈1〉連帯債務者の一人に対して履行を請求しても、他の連帯債務者に対して、その効力を生じない。

〈2〉〈1〉にかかわらず、連帯債務者の間に協働関係がある場合には、連帯債務者の一人に対する履行の請求は、他の連帯債務者に対して、その効力を生じる。

*本案の原則と例外とを逆転し、次のような修正案も考えられる。

〈1〉連帯債務者の一人に対する履行の請求は、他の連帯債務者に対して、その効力を生じる。

〈2〉〈1〉にかかわらず、連帯債務者の間に協働関係がない場合には、連帯債務者の一人に対して履行を請求しても、他の連帯債務者に対して、その効力を生じない。

【3.1.6.10】（一人の連帯債務者についての債権時効）

〈1〉連帯債務者の一人について債権時効期間の更新、進行の停止または満了の延期があったときも、他の連帯債務者に対して、その効力を生じない。ただし、**【3.1.6.09】**〈2〉が適用される場合は、この限りでない。

〈2〉連帯債務者の一人のために債権時効の期間が経過したときは、その債務者は債権者に対して履行を拒絶することができる。

〈3〉〈2〉の場合において、債権者に対して履行した他の連帯債務者が、当該債務者に対して求償権を行使することは妨げない。ただし、その者のために債権時効の期間が経過した連帯債務者が、自らと連帯して債務を負う他の債務者の存在を知らなかった場合は、この限りでない。

【3.1.6.11】（一人の連帯債務者との間の免除）

〈1〉債権者と連帯債務者の一人との間でされた免除は、他の連帯債務者に対してその効力を生じない。

〈2〉現民法445条は、廃止する。

2 意見

- (1) 連帯債務について、相対的効力事由を原則とするという方向性でよいのか、さらに検討を要する。
- (2) 【3.1.6.09】の提案につき、通常の連帯債務の場面であれば、「協働関係」があると思われるので、結局は原則と例外を入れ替えても結果は変わらないのではないかと、*の修正案でも立証責任の転換であり、履行請求の場面での紛争を発生させるだけではないかと、いずれも疑問であり、連帯保証【3.1.7.13】への影響も含め、さらに検討を要する。
- (3) 【3.1.6.10】の提案につき、現行法の負担部分型絶対的効力事由を変更する必要があるのか、さらに検討すべきである。なお、〈1〉ただし書では、現行法のような「負担部分」の用語はないが、求償権のことを考えると当然の前提となっていると理解したらよいか、不明確である。
- (4) 【3.1.6.11】の提案につき、一人に対する免除が絶対効を持つ免除の場合もあり、全て相対的効力事由とすることでよいのか、なお慎重な検討を要する。また、免除以降の事由に、履行と債権時効における「協働関係」の要件がないが、絶対効を認めてもよい場合があるのではないかと、なお慎重な検討を要する。

3 理由

(1) 相対的効力事由の原則について

今回の提案では、存在を知らない他の連帯債務者についての考慮を重視し、連帯債務について相対的効力事由を原則とするものであるが、ほぼ全て相対的効力事由とすることでよいのか、多くの連帯債務は他の連帯債務者の存在も知っている事案であり、何を原則とするのがよいのかについては、さらに検討を要する。また、一口に絶対的効力事由といっても、一人に対する履行の請求は債権の効力を強めるもの、他は弱めるものであって、機能は異なるのであり、一律に絶対的効力事由を否定することが適切なのかの観点も含めて、さらなる検討を要する。

(2) 連帯債務者に対する履行請求について

【3.1.6.09】の提案では、新たに「協働関係」との用語を用い、【3.1.6.06】の「共同で債務を負った」と同一の基準で判断されないことを示すためとされているが、曖昧である。通常の連帯債務の発生原因からすれば、「協働関係」があることが原則となるともいえ、また、特約で請求に対する絶対的効力の付与を認めることも可能であることも踏まえると、*の修正案も含め、単に無用な争いを惹起するだけのようにも思われ、さらに検討すべきである。

(3) その他の事由について

【3.1.6.10】および【3.1.6.11】の提案についても、様々な事案を想定し、変更する必要があるのか、他の解釈の余地がなく判断できるものとなっているのか、さらに検

討すべきである。

第7章 保証

第1節 一般の保証

【3.1.7.01】（保証の意義） NBL 251 頁

1 改正提案

【3.1.7.01】（保証の意義）

〈1〉本章において「保証」とは、保証人が債権者に対して、債務者の負う債務につき、その履行（損害の賠償を含む。）をする義務を負うことをいう。

〈2〉保証は、次に掲げる方法のいずれかによってする。

〈ア〉債権者と保証人との間で契約（以下、「保証契約」という。）を締結すること。

〈イ〉債務者と保証人との間で契約（以下、「保証引受契約」という。）を締結すること。

〈3〉〈2〉〈イ〉による保証引受契約においては、債権者の権利は、債権者が保証人に対して同意の意思を表示した時に発生する。ただし、保証引受契約の存在を債権者に対して表示した時に発生する旨の慣習があるときは、それに従う。

〈4〉〈3〉により債権者の権利が発生した後は、債務者または保証人は、これを変更し、または、消滅させることができない。

〈5〉〈2〉〈イ〉による保証引受契約によって債務を負担した保証人は、債務者との間の契約に基づき債務者に対して主張しうる抗弁をもって、債権者に対抗することができる。

2 意見

〈3〉につき、「慣習」という概念は不明確であり、その要否および内容については、なお検討を要する。

3 理由

(1) 提案要旨〈3〉によれば、保証引受契約の場合、債権者による受益の意思表示がなくても慣習により、保証引受契約の存在を債権者に表示した時点で保証契約が成立することを認めるとされているが、「慣習」という要件は不明確ではないかとの疑問がある。

例えば、従来とは異なる新しい契約類型での保証形態を観念する場合に、どの時点で「慣習」の存在を認定できるのか不明である。

(2) また「慣習」について、【1.5.04】（法律行為と慣習）（NBL 21 頁）では、「法律行為に関して慣習があるときは、その慣習に従う。」とされているところ、〈3〉ただし書は確認規定であるとも考えられる。その場合、〈3〉ただし書は不要とも考えられる。

- (3) さらに、【1.5.04】では、「当事者がその慣習と異なる意思を表示したと認められるときは、この限りではない」とされているところ、保証引受契約において、債権者の権利の発生時期について当事者間の合意があれば常にこれが優先するとも考えられる。そうであれば、〈3〉ただし書がなくとも、保証引受契約において、保証引受契約の存在を債権者に対して表示した時に債権者の権利が発生する旨合意することとすれば足りるとも考えられる。
- (4) 以上のとおり、提案要旨〈3〉ただし書については、その要否および内容については、なお検討を要すると考える。

【3.1.7.02】（保証契約等の締結） NBL 253 頁

1 改正提案

【3.1.7.02】（保証契約等の締結）

- 〈1〉【3.1.7.01】〈2〉〈ア〉および〈イ〉の契約は、書面でしなければ、その効力を生じない。
- 〈2〉債権者は、保証契約の締結にあたって、次に定めるところに努めなければならない。保証引受契約を締結する債務者も同様である。
- 〈ア〉契約条項は、明確かつ平易な言葉で表現されること
- 〈イ〉保証人に、その責任の内容につき、正確な認識を形成するに足りる情報を提供すること
- 〈ウ〉保証人の資力に比して、過大な責任を負わせないこと
- 〈3〉保証引受契約を締結する債務者についても、〈2〉と同様とする。

2 意見

- (1) **個人保証、連帯保証制度の廃止を含め、個人保証制度のあり方について検討すべきである。**

個人保証を禁止する場合、次のような条項とすることが考えられる。

「自然人の事業者に対する保証は、これを無効とする。

ただし、法人の代表者が当該法人のために保証をする場合はこの限りでない。」

- (2) 個人保証制度を維持する場合においても、保証人となった者に過剰な保証責任が課されることがないように、債権者に対し、保証契約締結にあたり、保証人の返済能力の調査および保証人の資力に比して過大な責任を負わせない内容の契約を締結すべきことを義務付け、それら義務違反の効果として保証人の支払能力に鑑みて過剰となる部分の保証が無効となることを明記すべきである。

3 理由

- (1) 個人保証制度のあり方について

保証制度については、保証契約についてその契約内容を適正化するため、第161回国会において、「民法の一部を改正する法律」（平成16年法律第147号）が平成16年11月に成立し、平成17年4月1日から施行されている。

しかし、人的保証において、保証人となった者が過大な責任を負い、支払不能等に陥ることが多いことは、上記法律改正に際しても指摘されているように従来から指摘されてきたところである。

また保証契約を締結したがために、主債務者が破綻した場合に突然過剰な保証責任を追求され、保証人となった者まで経済的に破綻せざるを得なくなる事例は枚挙にいとまがない。

さらに、商工ローンなどにおいて、事業者が保証人から元本の返済を受けることをあらかじめ想定して、主たる債務者の返済能力を上回る融資が行われ、保証人が過酷な取り立てを受けた事例が多数報道されたことは記憶にも新しいところである。

他方、自然人が保証人となる保証契約において、保証人が営利目的で保証人となることは通常想定されず、主債務者から保証したことで見返りを得ることはほとんどない。

このような個人保証に関する弊害は、上記改正民法の施行によって、貸金等の根保証契約について、極度額の定めを設けることを義務づけ、極度額の定めのない根保証契約を無効とし、また元本確定期日までの間に行われた融資に限って保証債務を負担することとするなど根保証契約を締結した個人の保証人を保護するための措置が講じられたことにより、一定程度減少しているであろうとは考えられるものの、未だ全て解消するに至ったとは認められない状況にある。

- (2) 近時は、国が認可する各地の信用保証協会が手掛ける信用保証制度において、特別な事情がある場合を除き、原則として経営者本人以外の連帯保証人は不要とされる扱いに変更され、かかる動きは政府系金融機関に広がってきている。

さらに韓国においては、銀行連合会と主要都市銀行が連帯保証制度廃止について検討を行っているとの報道もなされている。

このように個人の保証制度・連帯保証制度を廃止する実務の動きは確実に広がっているといえ、前記の保証制度による弊害を解消すべく、民法改正を検討するにあたっては、個人保証、連帯保証制度の廃止を含め、個人保証制度のあり方について改めて検討すべきである。

- (3) それゆえ、自然人が事業者に対し保証を行うことは原則として禁止することが考えられる。ただし、法人の代表者が当該法人のためにする保証は、通常自己の事業のための保証であり、保証債務が顕在化しても保証を行った当該代表者にとって不意打ちとなるものではないこと、また現在の我が国の事業者の大多数を占める中小企業においては法人と代表者の資産が混然一体となっている事例が多く見受けられること、さらに法人と取引を行う者にとっては代表者の個人資産を引き当てにするよりむしろ経営責任、経営の充実の観点から法人の代表者の保証を求めることが多いことなどからして、これを禁

止する必要性は小さいと考えられる。

- (4) また個人保証制度あるいは連帯保証制度を存続する場合においても、提案においては、「債権者は、保証契約の締結にあたって、次に定めるところに務めなければならない。」として、

「ア契約条項は、明確かつ平易な言葉で表現されること

イ保証人に、その責任の内容につき、正確な認識を形成するに足りる情報を提供すること

ウ保証人の資力に比して、過大な責任を負わせないこと」

をあげている。

この点に関し、第165回国会において成立した貸金業の規制等に関する法律等の一部を改正する法律（平成18年法律第115号）においては、過剰与信防止の観点から貸金業者に対し借り手の返済能力の調査を義務づけ、調査の結果、総借入残高が年収の3分の1を超える貸付けなど返済能力を超えた貸付けが原則として禁止されることとなった。

また第169回国会において成立した特定商取引に関する法律および割賦販売法の一部を改正する法律（平成20年法律第74号）においても、クレジット業者に対し、支払能力調査を義務づけるとともに、消費者の支払能力を超える与信契約の締結を禁止されることとなった。

このように借り入れ等を行う者に対しては、過剰与信を防止する各種規制がなされることが近時の立法の傾向であるといえるが、個人保証制度を維持する場合においても、貸金業法、割賦販売法における過剰与信に対する規制を参考として、保証人に過剰な保証責任が課されることがないよう、債権者に対し、単に説明義務を努力義務として課し、あるいは過剰責任防止のための努力義務を課すだけでなく、保証契約締結にあたっては、保証人の返済能力を調査する義務を課し、また「保証人の資力に比して過大な責任を負わせない」内容の契約を締結すべきことを義務付けたうえ、それら義務違反の効果として保証人にとって過剰となる部分の保証が無効となることを明記すべきである。

【3.1.7.06】（適時執行義務） NBL 256 頁

1 改正提案

【3.1.7.06】（適時執行義務）

債権者が、主たる債務者の財産について適時に執行をすることを怠ったために主たる債務者から全部の弁済を得られなかったときは、保証人は、債権者が適時に執行をすれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れる。主たる債務者が破産手続開始の決定を受け、かつ、債権者がその破産財団の配当に加入しないときも同様である。ただし、別段の定めのあるときは、この限りでない。

2 意見

本提案は、従来信義則の適用により妥当な解決が図られてきたものを条項として具体化させるものであるが、あえて信義則を取り込む必要性があるのか、また取り込むとしてもその内容については、なお検討を要する。

3 理由

- (1) 適時執行義務を明文で規定すると、債務者のリスクの要請に応じた場合に本条違反となることをおそれ、債権者が必要以上にリスクに応じることに消極的となり、債権者債務者双方にとって硬直した運用がなされてしまうおそれがあると考えられる。
- (2) 本提案の規定する適時執行義務の内容は、必ずしも執行容易なものに限定されておらず、現民法453条の規定する検索の抗弁の効果の裏返しとは言い切れない面がある。
- (3) 適時執行義務は連帯保証では適用されないことから、実務上、本条を規定する実益は乏しいとも考えられる。

連帯保証の場合に、常に適時執行義務がないとしてよいのか、そうであるとすれば、かえって信義則による適時執行義務の適用を認めて柔軟な解決を図る余地を狭め、連帯保証人に酷な場面が出てくるのではないかと懸念がある。

- (4) 本提案を採用するとした場合においても、「主たる債務者が破産手続き開始の決定を受け、かつ、債権者がその破産財団の配当に加入しないときも同様である」とされている点については、保証人も破産法103条4項により将来の求償権として破産手続きに参加することが可能であり、上記部分に関する規定は不要であるとも考えられる。

【3.1.7.11】（保証人の事前求償権） NBL 260 頁

1 改正提案

【3.1.7.11】（保証人の事前求償権）
現民法460条の規定は、削除する。

2 意見

事前求償権の規定を廃止することについては、なお検討を要する。

また現民法460条を削除するとしても、現在実務において事前求償権が活用されていることを前提として、その権利義務の内容効果を正面から規律することも含めて検討するべきである。

3 理由

- (1) 現民法460条各号に定める事前求償権の規律を設ける必要性がない、もしくは少ないことは提案要旨のとおりであり、その点に大きな異論はない。

- (2) しかし、現在の実務においては、事前求償権に基づく競売、あるいは、破産管財人による担保物件の任意売却の場合における保証会社への事前求償権に基づく弁済など、約定に基づく事前求償権が活用されている実態がある。これら実務において事前求償権が活用される場面においては、民法上の事前求償権の規定を前提としてその権利義務の内容効果等について様々な議論がなされているところ、現民法460条を削除するとしても、事前求償権の時効など事前求償権の権利義務の内容効果を正面から検討のうえ、規律すべきである。

第3節 根保証

【3.1.7.16】（根保証契約の元本の確定事由） NBL 265 頁

1 改正提案

【3.1.7.16】（根保証契約の元本の確定事由）

次に掲げる場合には、根保証契約における主たる債務の元本は、確定する。

〈ア〉 債権者が、主たる債務者または保証人の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行または担保権の実行を申し立てたとき。ただし、強制執行または担保権の実行の手続の開始があったときに限る。

〈イ〉 主たる債務者または保証人が破産手続開始の決定を受けたとき。

〈ウ〉 主たる債務者または保証人が死亡したとき。

2 意見

根抵当権におけると同様に、債権者および根保証人それぞれからの元本の確定請求制度、元本額定後の根保証人からの極度額の減額請求、また特別解約権の規律を設けることについてなお検討を要する。

3 理由

- (1) 本提案において規律されている内容については異論はない。
- (2) しかしながら、根抵当権と同様に、債権者からの確定請求制度（現民法398条の19第2項参照）を設ける必要性の有無について検討を要すると考えられる。
- (3) 次に根保証人保護の観点から、特別解約権について明文の規定を設けるべきか否かについて、本提案は、著しい事情変更の考慮要素を根保証契約に即して明文化することは容易でなく、一般法理に委ねるか、あるいは根保証契約に限らない一般規定として別個検討するかの方が妥当であるとして、規定を置くことはしなかったとする。

事情変更法理については【3.1.1.91】（事情変更の要件）（NBL 155頁以下）に規律が設けられているが、同規律が根保証についてどのように適用されるかは必ずしも

明らかでなく、根保証人保護の観点から根保証人による特別解約権の規律を設けることについてなお検討すべきであると考えられる。

- (4) また根保証人保護の観点から、根抵当権における元本の確定請求（現民法398条の19第1項参照）および元本確定後における極度額の減額請求（現民法398条の21）と同様の制度を根保証にも規律することについてなお検討すべきであると考えられる。

第2部 各種の契約

第1章 売 買

第2節 売主の義務

【3.2.1.09】（他人の権利の移転義務の不履行による解除） NBL 272 頁

【3.2.1.10】（解除と損害賠償） NBL 272 頁

1 改正提案

【3.2.1.09】（他人の権利の移転義務の不履行による解除）

他人の権利を売買契約の目的とした場合において、売主が権利を移転することができないとき、または、履行期の到来後、履行の催告をしても履行がないときは、買主は売買契約を解除することができる。

【3.2.1.10】（解除と損害賠償）

買主が【3.2.1.09】に従って契約を解除したときは、買主は【3.1.1.82】<2>に従って損害賠償を請求することができる。

2 意見

債務不履行に基づく損害賠償における免責事由の解釈とも関連して、善意の買主保護の必要性につきなお慎重な検討を要する。

3 理由

- (1) 現行法の解釈下においては、全部他人物売買について、売主は、善意の買主に対し、信頼利益についての無過失損害賠償責任を負担することになるが、本提案では、およそ損害賠償は免責事由がない場合にしか認められないことになり、理屈の上では善意の買主の保護は後退することになる。
- (2) もっとも、全部他人物売買において、免責事由が認められる場合というのは極めて限定的であると考えられるので、実際上の影響はそれほど多くはないと思われる。
- (3) しかしながら、たとえば、不動産が、 $A \rightarrow B \rightarrow C \rightarrow D$ 、と売却され流通した後に、 A が B との売買契約を未成年者取消した場合に、 CD 間の売買が遡及的に他人物売買になったとして、このような場合に C に免責事由が認められるかが問題となる。仮に

免責事由が認められるとした場合、Dが所有権を取得したものと信じて何らかの費用支出をしていたとしても、同費用についてのCに対する損害賠償請求すら認められないことになる。上記のような場合でも、現行法の解釈下においては、Dは、Cに対して、支出した費用についての損害賠償請求を行うことができるものと思料され、やはり善意の買主の保護が後退する局面は生じ得ることから、善意の買主の保護の後退について、なお慎重な検討を要する。

【3.2.1.11】（権利移転義務の一部不履行） NBL 273 頁

【3.2.1.12】（救済手段の要件と相互の関係） NBL 274 頁

1 改正提案

【3.2.1.11】（権利移転義務の一部不履行）

売買契約の目的とされた権利の一部が他人に属する場合において、売主がその部分を移転することができないとき、または、履行期の到来後、履行の催告をしても履行がないときは、買主には、以下の救済手段が認められる。

〈ア〉代金減額請求

〈イ〉契約解除

〈ウ〉損害賠償請求

【3.2.1.12】（救済手段の要件と相互の関係）

【3.2.1.11】に定められる各救済手段の認められる要件と相互の関係は、以下のとおりとする。

〈ア〉【3.2.1.11】〈ア〉（※代金減額請求）は、売主に免責事由がある場合でも、また履行請求権を行使することができない場合でも、認められる。

〈イ〉【3.2.1.11】〈イ〉（※解除）は、権利の一部を移転することができないこと、または催告があっても権利の一部を移転しないことが、契約の重大な不履行に当たることを要件とする。

〈ウ〉売主が免責事由を証明した場合には、【3.2.1.11】〈ウ〉（※損害賠償請求）の救済手段は認められない。

〈エ〉【3.2.1.11】の〈イ〉（※解除）と〈ウ〉（※損害賠償請求）は同時に主張できる。

〈オ〉【3.2.1.11】〈ア〉（※代金減額請求）の権利を行使した場合、【3.2.1.11】〈イ〉（※解除）の救済手段は認められない。また、【3.2.1.11】〈ア〉（※代金減額請求）の権利と相容れない【3.2.1.11】〈ウ〉（※損害賠償請求）の救済手段は認められない。

2 意見

- (1) **【3.2.1.12】〈ウ〉**に関し、債務不履行に基づく損害賠償における免責事由の解釈とも関連して、善意の買主保護の必要性につきなお慎重な検討を要する。

- (2) 【3.2.1.12】〈オ〉に関し、代金減額請求権行使による解除の制限および損害賠償請求の制限につきなお慎重な検討を要する。代金減額請求権の「行使」を基準として他の救済手段に制限をかけるのではなく、判決において相矛盾する判断を行うことができないとの規律とすれば十分ではないか。

3 理由

- (1) 善意の買主保護の必要性について

【3.2.1.10】と同旨。

- (2) 代金減額請求権行使による他の救済手段の制限について

ア 買主が代金減額請求権を行使する場合としては、一部他人物であることを前提にこれを履行として認容する場合だけでなく、一部他人物が重大な不履行に当たるのかが明確でない場合（解除権行使が可能かが明確でない場合）、売主の免責事由の有無が明確でない場合（損害賠償請求権行使が可能かが明確でない場合）など、他の救済手段が認められない場合に備えて予備的に行使する場合もある。提案の文言では、このような予備的な代金減額請求権行使によっても、解除権または相容れない損害賠償請求権が行使できなくなると読むこともできるが、かかる結論は明らかに不合理である。

イ 本来的には解除原因がある場合に、買主が穏便に済ませる趣旨で代金減額請求権を行使したが、その後、売主との間で具体的な金額において大きな乖離が生じ、膠着状態に陥ったようなケースを想定すれば、もはや減額ではなく契約の拘束力から解放されたいと考える買主の救済手段として解除権行使を認める必要があり、一度代金減額請求権を行使したとの一事をもって、解除権行使が制限されることには問題がある。かかるケースを想定すれば、解除権行使を制限することで代金減額請求権の行使を躊躇せざるをえなくなることが強く懸念される場所である。

ウ 実際には、予見可能性ルールによる損害賠償額と代金減額請求によって減額される額のいずれも、買主において容易に算出するのが困難なケースも想定され、最終的には終局的な判決を経るまでいずれの救済手段を選択することが有利なのかが不明な場合もある（第1審と控訴審でこの点の結論が異なることもあり得る。）。結果的に損害賠償の方が高額であった場合に、一度代金減額請求権を行使したとの一事をもって、損害賠償請求権行使が制限されることには問題があり、損害賠償請求権行使を制限することで代金減額請求権の行使を躊躇せざるをえなくなることが強く懸念される場所である。

エ 〈オ〉は、代金減額請求権行使を終局的な意思として表示した場合に限定する趣旨であるとの意見もあるが、実際には終局的な意思であったか否かの区別は困難であり、その後解除の意思表示や損害賠償請求権行使をした以上は終局的な意思ではなかったとするのであれば、結局のところ、他の救済手段は制限されないというに等しい。

オ 〈オ〉の内容は、相矛盾する救済手段は認められないとの意味においては十分に理解

できるところであるが、代金減額請求権の「行使」を基準に他の救済手段に制限を加えると、実務的には、買主は代金減額請求権の行使を躊躇せざるをえなくなるものと思われ、かかる萎縮効果をもたらす制度設計が正当なものであるとは思われない。

【3.2.1.13】（利用を妨げる権利の存在等） NBL 275 頁

【3.2.1.14】（救済手段の要件と相互の関係） NBL 276 頁

1 改正提案

<p>【3.2.1.13】（利用を妨げる権利の存在等）</p> <p><1>売主が他人の権利による制限のない状態で権利を移転すべき場合において、売買契約の目的物が地上権、対抗力を備えた賃借権、永小作権、地役権、留置権または質権の目的であるときは、買主には以下の救済手段が認められる。</p> <p><ア>代金減額請求</p> <p><イ>契約解除</p> <p><ウ>損害賠償請求</p> <p><2>売買契約の目的である不動産のために存在するとされた借地権または地役権が存在しなかった場合、不動産の買主には以下の救済手段が認められる。</p> <p><ア>代金減額請求</p> <p><イ>契約解除</p> <p><ウ>損害賠償請求</p>
<p>【3.2.1.14】（救済手段の要件と相互の関係）</p> <p>【3.2.1.13】<1>および<2>で認められる各救済手段の要件と相互の関係は、以下のとおりとする。</p> <p><ア>【3.2.1.13】の<1>および<2>において、<ア>の代金減額請求は、売主に免責事由がある場合でも、また買主が履行請求権を行使することができない場合でも、認められる。</p> <p><イ>【3.2.1.13】の<1>および<2>において、<イ>の契約解除は、【3.2.1.13】の<1>において買主の権利を制限する権利の存在が、また【3.2.1.13】の<2>において買主のために存在すべき権利の不存在が、売主の契約の重大な不履行に当たることを要件とする。</p> <p><ウ>売主が免責事由を証明した場合には、【3.2.1.13】の<1>および<2>の<ウ>に定める損害賠償請求は認められない。</p> <p><エ>【3.2.1.13】の<1>および<2>において、<イ>（※解除）と<ウ>（※損害賠償請求）は同時に主張できる。</p> <p><オ>【3.2.1.13】の<1>および<2>において、<ア>（※代金減額請求）の権利を行使した場合、<イ>（※解除）の救済手段は認められない。また、<ア>（※代金減額請求）</p>

の権利と相容れない<ウ>（※損害賠償請求）の救済手段は認められない。

2 意見

- (1) 【3.2.1.14】<イ>に関し、買主の権利を制限する権利の除去を催告しても売主がこれに応じないことや、買主のために存在するべき権利の具備を催告しても売主がこれに応じないことが重大な不履行に当たる場合にも、契約解除が可能であることを明記すべきである。
- (2) 【3.2.1.14】<ウ>に関し、代金減額請求権行使による解除の制限および損害賠償請求の制限につきなお慎重な検討を要する。代金減額請求権の「行使」を基準として他の救済手段に制限をかけるのではなく、判決において相矛盾する判断を行うことができないとの規律とすれば十分ではないか。

3 理由

- (1) 催告に応じないときの解除について

【3.2.1.12】および【3.2.1.17】においては、解除の要件として、不完全履行自体が重大な不履行に当たること、または催告に応じないことが重大な不履行に当たることの双方が明記され、解除権の発生要件についての一般原則である【3.1.1.77】との平仄がとられている。

ところが、【3.2.1.14】<イ>においては、解除の要件として、買主の権利を制限する権利の存在が、また買主のために存在するべき権利の不存在が、売主の契約の重大な不履行に当たること、が掲げられるのみである。したがって、この場合、売主が催告に応じないことが重大な不履行に当たる場合にも解除はできないこととなるように思われる。

しかしながら、買主の権利を制限する権利の存在および買主の為に存在するべき権利の不存在の場合を、催告解除の可否の観点において、他の場合と区別すべき合理的理由は全くない。

したがって、この場合も解除権の発生要件の一般原則に従い、催告に応じないことが重大な不履行に当たる場合に解除が可能であることを明記すべきである。

- (2) 代金減額請求権行使による他の救済手段の制限について

【3.2.1.12】(2)と同旨。

【3.2.1.16】（目的物の瑕疵に対する買主の救済手段） NBL 277 頁

【3.2.1.17】（救済手段の要件と相互の関係） NBL 278 頁

1 改正提案

【3. 2. 1. 16】（目的物の瑕疵に対する買主の救済手段）

<1>買主に給付された目的物に瑕疵があった場合、買主には以下の救済手段が認められる。

<ア>瑕疵のない物の履行請求（代物請求，修補請求等による追完請求）

<イ>代金減額請求

<ウ>契約解除

<エ>損害賠償請求

<2>瑕疵の存否に関する判断については【3. 2. 1. 27】に従って危険が移転する時期を基準とする。

【3. 2. 1. 17】（救済手段の要件と相互の関係）

【3. 2. 1. 16】 <1>で定められる各救済手段の認められる要件と相互の関係は，以下のとおりとする。

<ア> **【3. 2. 1. 16】** <1><ア>の代物請求は，契約および目的物の性質に反する場合には認められない。

<イ> **【3. 2. 1. 16】** <1><ア>の修補請求は，修補に過分の費用が必要となる場合には認められない。

<ウ> **【3. 2. 1. 16】** <1><ア>において，代物請求と修補請求のいずれも可能である場合，買主はその意思に従って，いずれの権利を行使するかを選択することができる。この場合において，買主の修補請求に対し，売主は代物を給付することによって修補を免れることができる。

また，買主の代物請求に対し，瑕疵の程度が軽微であり，修補が容易であり，かつ，修補が相当期間内に可能である場合には，修補をこの期間内に行うことによって代物給付を免れることができる。

<エ> **【3. 2. 1. 16】** <1><イ>（※代金減額請求）は，売主に免責事由がある場合でも，また買主が履行請求権を行使することができない場合でも，認められる。ただし，買主に<ア>（※追完請求）の救済手段が認められる場合，買主が<ア>の履行を催告しても売主がこれに応じない場合に限って認められる。

<ウ> **【3. 2. 1. 16】** <1><ウ>（※解除）は，瑕疵ある物の給付，または催告があっても瑕疵のない物を給付しないことが契約の重大な不履行に当たることを要件とする。

<カ>売主が免責事由を証明した場合には，**【3. 2. 1. 16】** <1><エ>（※損害賠償請求）の救済手段は認められない。

<キ> **【3. 2. 1. 16】** <1><ア>の追完請求が可能な場合，**【3. 2. 1. 16】** <1><エ>（※損害賠償請求）の救済手段は，買主が相当期間を定めて<ア>の追完請求をし，その期間が経過したときに行うことができる。ただし，期間が経過したときは，売主は追完請求の時点から損害賠償債務について遅滞に陥るものとする。

<ク>買主が**【3. 2. 1. 16】** <1><イ>（※代金減額請求）の権利を行使した場合，**【3. 2. 1. 16】**

＜1＞＜ウ＞（※解除）の救済手段は認められない。また、【3.2.1.16】＜1＞＜イ＞（※代金減額請求）の権利と相容れない【3.2.1.16】＜1＞＜エ＞（※損害賠償請求）の救済手段は認められない。

2 意見

- (1) 【3.2.1.17】＜ウ＞第3段落は削除すべきである。残すとしても、要件としては①瑕疵の程度が軽微、②修補が容易、③修補が相当期間内に可能、のみならず、修補による契約目的の達成可能性といった事案に応じた柔軟な解決を可能とする実質的な要件を盛り込むべきである。
- (2) 【3.2.1.17】＜カ＞に関し、債務不履行に基づく損害賠償における免責事由の解釈とも関連して、善意の買主保護の必要性につきなお慎重な検討を要する。不完全履行の類型については、免責事由を不可抗力および買主の義務違反に限定することも検討すべきである。
- (3) 【3.2.1.17】＜ク＞に関し、代金減額請求権行使による解除の制限および損害賠償請求の制限につきなお慎重な検討を要する。代金減額請求権の「行使」を基準として他の救済手段に制限をかけるのではなく、判決において相矛盾する判断を行うことができないとの規律とすれば十分ではないか。

3 理由

- (1) 買主の代物請求に対する売主の修補による対応について

新車など修補で対応されること自体で経済的価値が下がるものもあり、そうでなくとも、一般的に見ても修理品ではなく代替品を求める買主の利益は、単に主観的なものであるとは言い難く、十分に法的保護に値するものと思料される。むしろ、信義則に反しない限り、買主は原則として代物請求を選択することができるものと考えべきである。また、提案の3要件では、同要件の判断が販売業者に委ねられてしまうケースも多いと思われ、事業者と消費者の情報格差・交渉力格差に照らせば、本来修補での対応が許されず、代物を供給しなければならぬところを修補で済ませる方便として用いられることも危惧される場所である。

- (2) 善意の買主保護の必要性について

ア 現行法の解釈下においては、瑕疵ある物を給付した売主は、善意の買主に対し、信頼利益についての無過失損害賠償責任を負担することになるが、本提案では、およそ損害賠償は免責事由がない場合にしか認められないことになり、理屈の上では善意の買主の保護は後退することになる。売主が無過失の場合、代金減額請求が認められるが、代金減額請求によって填補されるのは差額の限度であって、費用支出等のその他の損害は填補されない。

イ 従前の民法（債権法）改正検討委員会第6回全体会議における第2準備会報告資料

の検討の中で上げられていた事例とコメントは以下のとおりである。

「〔設例12-1〕

Aは、自己の生産した食品甲をBに販売したが、Bが甲を摂取したところ、甲に含まれていたサルモネラ菌のため食中毒となり、2週間の入院が必要となった。

A（食品甲製造）→B

〔設例12-2〕

Aは、Cから買い受けた密閉された食品乙をBに販売したが、Cの製造過程のミスにより、乙にサルモネラ菌が混入しており、Bが乙を摂取したことにより食中毒となり、2週間の入院が必要となった。

C（食品乙製造・密閉）→A→B

〔設例12-1〕において、Aは自ら生産した食品甲を販売しており、その食品が安全性を備える物であることを引き受けていると考えることができる。これに対して、〔設例12-2〕においても、Aが販売する商品が食品であることから、安全性を備えている物であることを前提に売買契約を締結しているとしても、〔設例12-1〕と同じ意味でその安全性について全てのリスクを引き受けているといえるかどうかの問題となりうる。この点について、第1準備会が免責事由をどのように考えているかを踏まえて、検討が必要である。」

ウ 上記〔設例12-2〕で免責事由ありとされれば、買主Bは売主Aに対し代金減額請求権の行使のみが可能で、入院費用等の拡大損害の賠償請求はできないということになる。仮に、買主Bも商店で、Aから大量に購入していた乙食品の仕入運搬費用等の支出があったとしても、やはりその損害の賠償を請求することはできないということになる。現行法の瑕疵担保責任を無過失責任と理解する限りにおいては、信託利益の解釈如何ではいずれの損害賠償請求も認められる余地があり、免責事由の解釈如何で買主の保護が後退することになる。

エ 別のケースとして、著名な画家の絵画の売買で、絵画に傷がついていたが、その傷が売主の下でついたのではなく、売主において傷を発見できなくともやむを得なかったという場合には、売主に免責事由が認められるため、買主には損害賠償請求が認められない。買主には代金減額請求は認められるものの、既に支出した同絵画の運搬や保管に要する費用等については、売主に対して損害賠償請求をすることができない。現行法の瑕疵担保責任を無過失責任と理解する限りにおいては、信託利益の解釈如何では費用支出にかかる損害賠償請求も認められる余地があり、免責事由の解釈如何で買主の保護が後退することになる。

オ 不完全履行の場合の債務不履行責任は実質的には無過失責任であるとの指摘もあるが、免責事由の解釈とも関連して、瑕疵ある物を給付した売主に免責事由が認められることで損害賠償責任が発生しないケースが皆無であるとは到底いえない。本提案

は、かかるケースにおける買主の救済としては代金減額請求が認められれば十分であるとの立場と考えられるが、現行法の瑕疵担保責任の損害賠償における信頼利益は、単に、瑕疵が存した部分につき支払われた代金と瑕疵があるがゆえの価格との差額のみならず、瑕疵によって目的物に生じた災害の復旧に要した費用、不動産への投下費用、登記費用、買主が転売先に支払った損害賠償額、瑕疵ある目的物により買主の生命・身体・財産に生じた損害といった広い解釈の幅をもった概念であり、これらの損害について全て瑕疵につき善意の買主の負担に帰せしめるとの結論の妥当性については、なお慎重な検討が必要であると思料する。不完全履行の場合、不完全履行の事実自体に本来的に免責事由が認められないことが顕れていると考えられるのであれば、免責事由を不可抗力および買主の義務違反の場合に限定することも検討されてよいものと思料する。

- (3) 代金減額請求権行使による他の救済手段の制限について
【3.2.1.12】(2)と同旨。

【3.2.1.18】(瑕疵の通知義務) NBL 280 頁

1 改正提案

【3.2.1.18】(瑕疵の通知義務)

<1>買主が、目的物の受領時、または受領後に瑕疵を知ったときは、契約の性質に従い合理的な期間内にその瑕疵の存在を売主に通知しなければならない。ただし、売主が目的物の瑕疵について悪意であるときは、この限りでない。

<2>買主が、<1>の通知をしなかったときは、買主は目的物の瑕疵を理由とする救済手段を行使することができない。ただし、通知をしなかったことが買主にとってやむを得ない事由に基づくものであるときは、この限りでない。

2 意見

削除すべきである。

3 理由

(1) 通知義務を課すことについて

ア 本来、瑕疵ある物を給付した売主は買主に対して完全履行義務を負い、瑕疵のない物を給付しなければならないというのが出発点というべきである。したがって、買主からの瑕疵の通知がなかったことをもって、売主が、本来負うべき完全履行義務および債務不履行責任を一切免れるとの効果を認めるためには、それ相応の積極的な正当化根拠がなければならない。

この点、請負についての【3.2.9.05】の提案要旨に「債務の本旨に従った履行を

完了したと信じた善意の債務者の正当な信頼を保護するために契約当事者の協力義務の一環として」通知義務を課したものであるとの説明がある。

しかしながら、現実の取引において、瑕疵ある物を給付した売主は、相当の期間が経過した後に、買主から瑕疵の指摘があった場合であっても、実際に引渡前の瑕疵であると判明する限りにおいては、完全履行義務を負う以上自らの責任とされてもやむを得ないとするのが通常ではないかと思われ、上記のような意味での売主の信頼をどこまで保護する必要があるのか、そもそも疑問がある。目的物に対する判断能力のある（ことが一般的に期待される）事業者買主との関係であれば、売主に上記のような一定の信頼が形成されることも考えられるが、目的物に対する判断能力を持たず、また十分な検査を行うことも期待できない消費者買主との関係においては、上記のような信頼は現実には極めて希薄なものではないかと思われる。

また、例えば、物品を購入した一般消費者である買主が受領後数日で瑕疵に気づいたもののこれを売主に通知することなく1年を経過した場合と、同じ物品を購入した別の一般消費者である買主が全く瑕疵に気づかないままに1年を経過した場合とで、「債務の本旨に従った履行を完了したと信じた善意の売主の正当な信頼」の点で本質的な差異はないと考えられる。

さらに、買主の協力義務についても、そもそも目的物の給付義務を十全に果たしていない売主に対する関係において、買主の協力義務を過度に強調するのは衡平上相当ではない。提案においては、買主の協力義務の一環である通知義務違反が、目的物の瑕疵を理由とする買主の一切の救済手段を剥奪するという買主にとって極めて過酷な効果をもたらすものとされているが、なぜに買主の協力義務違反からかかる過酷な効果が帰結されるのかは全く明らかではない。仮に「債務の本旨に従った履行を完了したと信じた善意の売主の正当な信頼」を保護する必要があるとしても、その方法にはいくつかの選択肢があるのであって、本提案のように、瑕疵ある物を給付した売主を完全に免責させることは明らかに過大な保護である。通知をしなかったことによる損害の拡大や売主の損害については賠償責任のフィールドで調整可能であるし、著しくアンフェアな買主については、個別の事情に基づいて信義則で対応することも十分に考えられるところである。

イ なお、現民法566条1項も、契約解除または損害賠償の請求は買主が瑕疵を知った時から1年以内にしなければならない旨定めているが、【3.2.1.E】の提案要旨が引用する【3.2.1.D】の提案要旨にも「一般の債務不履行責任について認められる期間よりも短期間に売主の責任を消滅させる根拠に乏しいと考えられる。本提案は、…売主が責任を負うべき期間を一般原則に委ねるとする趣旨である。」と記載されているとおり、その規定の合理性は疑わしく、本来、時効の一般原則に委ねれば足りるものである。

(2) 「合理的な期間」内の通知について

- ア 通知を發すべき「合理的な期間」との文言が、具体的にどの程度の期間を想定しているのか、文言からは全く不明であって、その解釈如何によって、買主の保護は現民法566条1項に比べても大きく後退することになる。「合理的な期間」との文言からすると、その期間が1年を超えると解釈されるケースは実際にはなかなか考えにくく、実質的には期間制限が大きく短縮され、買主に酷な結果を招く危険性が大きい。
- イ 実際にも、消費者である買主においては、目的物の多少の不具合を知りつつも、特段のクレームをつけることもなく、耐える範囲での使用を継続するといったケースは容易に想定され、このような場合に瑕疵を知ったと判断されると、いよいよ使用が不可能となった段階では、既に「合理的な期間」を徒過してしまっているということになり、買主は何ら救済を受けられないという事態に至ってしまうことになる。この点については、〈2〉ただし書の「やむを得ない事由」で救済するとの考え方もあろうが、一般的な用語として、同文言を消費者としてのいわば個人的な事情まで広く含むと解することは、実際には極めて困難となることが予想される。
- ウ また、「合理的な期間」との文言が抽象的で不明確であることで、予測可能性が乏しく、仮に事後的な評価としての裁判規範としては成り立ったとしても、行為規範としてはほとんど役に立たない。その結果、訴訟外の交渉の場においては、例えば、合理的な期間を短く捉えることで、販売業者に瑕疵ある物を給付したことの責任を免れるための方便を与えることになりかねない。事業者と消費者との間の現実の情報格差・交渉力格差を考えれば、消費者も含めて一般に通知義務を課するのは、消費者である買主に酷な結果を招く危険が大きい。
- エ 訴訟の場においても、瑕疵の知不知に加えて、合理的な期間がどの程度の期間かが争われることとなり、いたずらに争点を増やすことになる危険が大きい。

【3.2.1.19】（事業者買主の検査・通知義務） NBL 281 頁

1 改正提案

【3.2.1.19】（事業者買主の検査・通知義務）

〈1〉事業者である買主が、その事業の範囲で行った売買契約に基づいて目的物を受領したときは、相当な期間内に瑕疵の有無について検査しなければならない。ただし、売主が目的物の瑕疵について悪意であったときは、この限りでない。

〈2〉事業者である買主は、目的物の瑕疵を発見し、または発見すべきであった時から遅滞なく売主に対して瑕疵の存在を通知しなければならない。

〈3〉事業者である買主が、〈2〉に規定する通知をしなかったときは、目的物の瑕疵を理由とする救済手段を行使することができない。ただし、通知をしなかったことが買主にとってやむを得ない事由に基づくものであるときは、この限りでない。

2 意見

〈3〉については削除すべきである。

3 理由

〈3〉の根拠とされる買主の協力義務については、そもそも目的物の給付義務を十全に果たしていない売主に対する関係において、買主の協力義務を過度に強調するのは衡平上相当でない。本提案においては、買主の協力義務の一環である通知義務違反が、目的物の瑕疵を理由とする買主の一切の救済手段を剥奪するという買主にとって極めて過酷な効果をもたらすものとされているが、なぜに買主の協力義務違反からかかる過酷な効果が帰結されるのかは全く明らかではない。仮に「債務の本旨に従った履行を完了したと信じた善意の売主の正当な信頼」を保護する必要があるとしても、その方法にはいくつかの選択肢があるのであって、提案のように、瑕疵ある物を給付した売主を完全に免責させることは明らかに過大な保護である。

なお、事業者たる売主に検査義務および通知義務のみを認め、義務違反の効果について規定しないこと自体は立法上特段問題はない。

すなわち、保険法に関する現商法第651条および681条、ならびに保険法14条、50条および79条は、いずれも通知を発しなければならないとしているが、通知を発しなかったときの効果・制裁についてはまったく規定されていない。こうした違反の効果が伴わない債務は不真正債務とされる。

したがって、本提案においても、事業者に検査義務・通知義務を負わせるが、効果としてはそれにとどめ、失権効は認めないことが妥当である。

【3.2.1.20】（強制競売等における買受人の救済手段） NBL 281 頁

1 改正提案

【3.2.1.20】（強制競売等における買受人の救済手段）

「強制競売」における買受人の権利については、権利の移転義務に関する不履行の場合と物の瑕疵を理由とする不履行の場合を区別することなく、統一的な救済手段を定めるものとする。

買受人に認められる救済手段については、以下の案が考えられる。

〔甲案〕

〈1〉「強制競売」における買受人は、取得すべき権利を取得しなかった場合または買い受けた目的物に瑕疵があった場合、債務者に対し、契約の解除をし、または代金の減額を請求することができる。

〈2〉〈1〉による契約の解除については、【3.1.1.77】の要件を充足することが必要である。

〈3〉〈1〉の場合において、債務者が無資力であるときは、買受人は、代金の配当を受けた債権者に対し、その代金の全部または一部の返還を請求することができる
〈4〉〈1〉および〈3〉の場合において、債務者が物もしくは権利の不存在を知らずながら申し出なかったとき、または債権者がこれを知らずながら競売を申し立てたときは、買受人は、これらの者に対し、損害賠償の請求をすることができる。

〔乙案〕

甲案のうち、〈4〉を以下のように改める。

〈4〉〈1〉および〈3〉の場合において、債務者が物の瑕疵、権利の全部もしくは一部の不存在または他人の権利による制限があることを知らずながら申し出なかったとき、または〔債権者がこれを知らずながら競売を申し立てたとき／競売を申し立てた債権者が売却許可決定時にこれを知らずながら申し出なかったとき〕には、買受人は、これらの者に対し、損害賠償の請求をすることができる。

2 意見

〈1〉ないし〈3〉については現行法を維持するものであり（重大な不履行による解除を採用するとすれば）、特に異論はない。

〈4〉の乙案については、認識の対象を「物の瑕疵、権利の全部もしくは一部の不存在または他人の権利による制限」に拡大することは賛成するが、債権者の認識の時点は、「債権者がこれを知らずながら競売を申し立てたとき」とすべきである。

3 理由

- (1) 競売における競落人と債権者・債務者との公平の観点からは、〈4〉について、乙案のごとく、認識の対象を拡大するのは妥当である。
- (2) しかしながら、〈4〉の乙案で、債権者の認識の基準時を「競売を申し立てた債権者が売却許可決定時にこれを知らずながら申し出なかったとき」とするのは、そもそもレアケースを想定した規制になるし、債権者に告知義務を負担させる結果となるので、非常に債権者に酷な制度となる。さらには、債権者が執行手続きにおいて、こうして知ったことを申し出る手段も不明確である。
- (3) したがって、〈4〉の乙案で、債権者の認識の基準時は「債権者がこれを知らずながら競売を申し立てたとき」とすべきである。

【3.2.1.21】（新築住宅の売主に関する特則） NBL 282 頁

1 改正提案

【3.2.1.21】（新築住宅の売主に関する特則）

〈1〉耐久性を有する新築建物の売主は、その建物の耐久性にかかわる基礎構造部分について存する瑕疵について、買主に引き渡した時から10年間、【3.2.1.16】に従って責任を負う。

〈2〉〈1〉の規定に反する特約で、買主に不利なものは、無効とする。

2 意見

買主を保護し、〈1〉に反する特約を片面的に無効とする片面的強行規定を置くとの方向性は妥当ではある。

しかしながら、現行の住宅の品質確保の促進等に関する法律（以下、「品確法」という。）95条1項の場合よりも買主の保護が後退しないよう、慎重に検討すべきである。

品確法95条1項の場合より適用範囲が狭く解釈されないよう、「耐久性を有する新築建物」、「建物の耐久性に関わる基礎構造部分」との文言については、慎重な検討を要する。

10年間の期間制限については、債権時効の一般原則との関係を明確にすべきである。その際、本提案によって、債権時効の一般原則より買主が不利にならないように規定すべきである。

（特に債権時効の長期の10年の時効期間の合意による延長を否定する場合に）現行品確法97条において認められている瑕疵担保責任の存続期間につき20年の範囲での期間延長の合意の規定を取り込むかどうか、債権時効【3.1.3.50】〈3〉との関係を明確にしつつ、検討すべきである。

（買主に瑕疵の存在の通知義務が課せられるとした場合に）新築建物の買主が、通知義務を怠ったとしても失権せずに、本提案によって保護されることを明示すべきである。

3 理由

(1) 提案要旨によれば、本提案は品確法における売主の責任に関する私法規定の実質的内容を民法の売買の規定中に取り込む趣旨と明言されている。

提案の新築建物の買主を保護し、〈1〉に反する特約を片面的に無効とする片面的強行規定を置くとの方向性は妥当ではある。

しかしながら、品確法95条1項を取り込むことによって、現行法よりも買主の保護が後退しないよう、慎重に検討すべきである。

また、引渡しからの10年間の瑕疵担保責任の期間については、一般の債権時効の規定との関係や、瑕疵担保責任の存続期間につき20年の範囲で期間延長を認める品確法97条との関係、瑕疵に対する買主の通知義務との関係が明確でないから、明確にする必要がある。

(2) 本提案の適用範囲（文言）について

品確法95条1項では、同条項の保護の対象となる建物は単に「新築建物」としてい

るのに対して、本提案では「耐久性を有する新築建物」として、品確法95条1項より建物の概念に制限を加えているが、制限の必要性に乏しく、買主保護が後退する可能性がある。

また、品確法95条1項では「構造耐力上主要な部分」となっているのに対し、本提案では「基礎構造部分」となっており、その異同が本提案から明らかではない。

さらに、本提案には、「雨水の浸入を防止する部分」の文言が盛り込まれていない。

上記のとおり、本提案には、品確法95条1項との文言上の差異があるが、なぜそのような差異を設ける必要があるのか明確ではなく、本提案では現行の品確法95条1項よりも適用範囲が狭くなり、消費者保護を図った品確法95条の趣旨が没却される可能性があるとの懸念が生じる。

以上より、本提案における適用範囲について、品確法95条1項の場合よりも適用範囲が狭く解釈されないよう、文言については検討を要する。

(3) 10年の期間制限の性質と債権時効との関係について

また、本提案は、品確法第95条1項の10年の瑕疵担保責任の存続期間を民法に取り込み、建物に関する請負の瑕疵担保期間【3.4.9.06】に合わせて売主は引渡から10年間瑕疵担保責任を負うとする。これは、基本方針が、担保責任の期間制限について

【3.2.1.D】および【3.2.1.E】において現行の短期期間制限規定を削除し、債務不履行に関する債権時効の一般原則に委ねるとするものの、新築住宅については、その目的物の性質を考慮し、また、売買契約と請負契約の間で相違を設けるべき理由に乏しいとして、かかる提案をするものである。

しかしながら、本提案の10年間の期間制限は、債権時効の一般原則より不利になる制度であれば設ける必要性はない。したがって、これとの適用関係を明確にする必要がある。

(4) 現行の品確法95条について

現民法の第570条、566条3項において「瑕疵を知ったときから1年間」の除斥期間による権利行使期間の制限があるが、現行の品確法第95条は、この「知ったときから」の権利行使の永続性を否定するとともに、期間を明確にして、それより短期の期間制限の合意を否定する趣旨で制定された。すなわち「引渡から10年間」の担保責任の存続期間を規定するとともに(品確法第95条1項)、これを片面的強行規定とし(同条2項)、さらに同条3項で、566条3項も準用し、「瑕疵を知ったときから1年間」の除斥期間による権利行使期間の制限も並存させよう、引渡から10年間経過したら、566条3項、570条の瑕疵を知ったときから1年の権利行使はできなくなるという構造をとっている。

品確法95条(制定当時は88条)は、請負に関する規定を介して買主に瑕疵修補請求権、代金減額請求権を認めるとともに、10年の存続期間を片面的強行規定とし、瑕疵担保責任の存続期間をこれより短くする合意を無効とするところに大きな意義があ

る。加えて、同条が1999年（平成11年）に制定され、翌2000年（平成12年）4月1日に施行された法律であって、瑕疵担保責任について引渡のときから10年間の消滅時効にかかるとする最判平成13年11月27日民集55巻6号1311頁を、いわば先取りする形で制定されたものと評価できる。

(5) 基本方針における債権時効の一般原則と現行法の親和性

基本方針における債権時効の一般原則では、「債権を行使することができる時」という客観的起算点による10年の長期の債権時効（【3.1.3.44】<1>）と、「債権発生の原因および債権者を知った時」という主観的起算点から〔3/4/5〕年（【3.1.3.44】<2>）の短期の債権時効を併用することが提案されている。

こうした客観的起算点による期間制限と、主観的起算点による期間制限の併用という構造は、平成13年判決に基づく瑕疵担保責任の「引渡から10年」の消滅時効と「瑕疵を知ったときから1年」の除斥期間の期間制限の併用、ないし、品確法95条における「引渡から10年」の存続期間と「瑕疵を知ったときから1年」の除斥期間の期間制限の併用の構造に類似している。

これらを踏まえると、現行法における平成13年判決下における2種類の期間制限が、基本方針における債権時効の一般原則の2種類の時効によって処理されることは、親和的であるが、その上さらに、品確法95条の期間制限を民法に取り込むことによどのような意義があるのか、問題である。

(6) 長期の債権時効との関係 — 時効か否か

こうした観点からは、品確法95条の10年の期間制限を民法に取り込む場合、主として、客観的起算点による長期の10年の債権時効との関係が問題になる。

まず、起算点については、長期の債権時効の起算点は【3.1.3.44】<1>では「債権を行使することができる時」から10年となっているのに対して、本提案では、「買主に引き渡した時」から10年間となっている。新築建物の売買においては、「権利を行使することができる時」は通常「買主に引き渡した時」に一致すると考えられる（もちろん「買主に引き渡した時」より債権時効の一般原則が不利になることはあってはならない）。

しかしながら、そもそも本提案の新築建物の売主の負担する10年間の担保責任期間が、時効なのか、除斥期間か、その法的性質を明確にする必要がある。時効であれば、【3.1.3.51】以下の債権時効の更新、進行の停止、期間満了の延期の適用を受けることになるからである。

基本方針では、債権法から除斥期間を徹底的に排除する方向性を有している。また債権時効の方が更新等の制度により失権の時期が遅くなる可能性があつて、除斥期間よりも権利者に有利である。

とすれば、債権時効の一般原則に対して、不利な規定をおく意味がないから、本提案も債権時効となると考えられるが、本提案の表現ないし提案要旨からは、この点が必ず

しも明確ではないので、明確にする必要がある。

ただし、そうしたときに、一般原則による長期の債権時効と並存して品確法95条を民法への取り込むことに積極的意義が見出せるか問題となる。すなわち、品確法制定時の立法趣旨のひとつは、566条3項の期間制限の永続性を否定しその存続期間を明示することであったのであるから、平成13年判決以後あるいは基本方針で短期の債権時効と長期の債権時効を併用するならば、そもそも品確法95条の10年の期間制限はなくても一般原則で対応できる、一般原則のほうが有利である、ということになる可能性がある。

そうすると、品確法95条の取込みの意義は、期間制限が任意規定ではなく、片面的強行規定であることにあるから、基本的に債権時効に一般原則によることとした上で、新築建物の売買について、時効期間を短縮して買主に不利な合意をする場合に無効にする片面的強行規定をおくことを明確にすれば足りるとも考えられる（この点も、債権時効の一般原則において期間の短縮に対する合意を認める場合にのみ問題になり

（【3.1.3.50】<3>）、かかる合意を否定するなら、問題にならない。）。

また、品確法97条では、瑕疵担保責任の存続期間を20年の範囲で延長できることとなっていることから、【3.1.3.50】<3>において、債権時効の長期の10年の時効期間の合意による延長を否定する場合には、かかる20年の範囲での期間延長の合意の規定を取り込むかどうか問題となりうる。かかる20年の範囲での期間延長の合意を取り込まないとすれば、現行法より、買主の保護が後退することとなるから、かかる規定を取り込むかどうか、その際の債権時効【3.1.3.50】<3>との関係を明確にしつつ、検討する必要がある。

(7) 短期の債権時効との関係

品確法95条においても、引渡から10年の存続期間と、瑕疵を知ったときから1年の除斥期間の期間制限とを併用しているから、本提案においても、品確法95条の10年の期間制限を取り込むとしたときに、債権時効の一般原則である主観的起算点から[3/4/5]年（【3.1.3.44】<2>）の短期の債権時効の適用も併用するのかは、明確にする必要がある。

もちろん、仮に主観的起算点から[3/4/5]年が経過しても、10年間の期間制限が優先し、この10年間の期間制限の範囲内で保護されるならば、特則規定としてはより積極的な意義が見出せるが、現行法との比較からいえば、債権時効の一般原則のごとく短期の債権時効の一般原則との併用が考えられる。

そして、その場合、現行法においても、引渡から10年の存続期間と瑕疵を知ったときから1年の除斥期間の期間制限との関係が問題になるとするならば、基本方針においても、【3.1.3.44】<3>において指摘されるのと同様、客観的起算点から（本提案では「買主に引き渡した時」から）10年間を経過する直前に、買主が瑕疵を知った場合に、10年の経過によって担保責任の権利行使ができなくなるのか、問題となりうる。

この場合には、債権時効の一般原則で短期の時効を3年とし、かつ【3.1.3.44】〈3〉を採用して、10年の客観的期間制限を経過しても短期の3年の経過まで、つまり合計13年経過まで権利行使できるとするならば、本提案においても同様の処理をしなければならない。すなわち、「買主に引き渡した時から」10年間経過直前に、瑕疵を知った場合には、10年間経過した後も、13年の経過まで権利行使できなければ、本提案によって、買主にとって債権時効の一般原則より不利な規定をおくこととなってしまうので、この点、本提案においても、短期の債権時効との関係では、合計13年間は保護されることを明確にする必要がある。

仮に債権時効の一般原則で短期の主観的起算点による債権時効を4年ないし5年として、且つ【3.1.3.44】〈3〉を採用せず、客観的起算点による10年の債権時効の満了直前に、買主が債権の発生原因および債務者を知った場合でも、10年間の経過によって債権時効が完成するとするならば、本提案においても、現行品確法95条と同じく、債権時効と同様の処理をすべきである。客観的起算点である目的物たる新築住宅の引渡を受けた時から10年を経過すれば、主観的起算点による短期の債権時効が一切適用されなくなり、知ったときから4年ないし5年経過しなくても、客観的起算点から10年の範囲で保護されるという制度になるから、その点を明確にする必要がある。

(8) 債権時効との関係のまとめ

以上のとおり、本提案だけでは、債権時効との関係と、本提案の存在意義そのものが不明確であるので、債権時効の一般原則との関係を明確にするとともに、その際、品確法の期間制限を取り込む以上、債権時効の一般原則より有利ではない規定を設ける意味はないから、本提案の適用場面において、債権時効の一般原則と比較して、買主が不利になることのないように明確すべきである。

(9) 買主の瑕疵の通知義務との関係

買主の瑕疵の通知義務との関係も当然問題となりうる。本意見書では、買主の瑕疵の通知義務は削除すべきであるとの意見であるが、仮に買主に通知義務を課することとなったとしても、本提案との関係では、買主が通知義務を怠ったとしても、客観的起算点（少なくとも「買主が建物の引渡しを受けた時」）から10年間は保護されることを明示する必要がある。なぜなら、この点を明確にしなければ、通知義務の採用により、現行の品確法より買主の保護が大きく後退させられることになり、妥当でないからである。

【3.2.1.H】（数量超過の場合の特別規定） NBL 285 頁

1 改正提案

【3.2.1.H】（数量超過の場合の特別規定）

売主が、当事者の合意または契約の趣旨に従って目的物が備えるべき数量を超過する給付を行った場合については、特に規定を設けないものとする。

*売主が、当事者の合意または契約の趣旨に従って目的物が備えるべき数量を超過する給付を行った場合について、売主に一定の救済手段を認める規定を設けるとする考え方もある。この場合に、以下のような案を考えることができる。

〔甲案〕

<1>売主の給付すべき目的物が、契約の当事者の合意または契約の趣旨に従って備えるべき数量を超過している場合、これを知った売主は、買主に対して、相当な期間を定めて、数量が超過する部分に相当する価額の支払に応ずるかどうかを確答するように催告することができる。ただし、数量の超過が軽微なものである場合には、この限りではない。

<2>買主は<1>の催告に対して、契約を解除する意思を表示することができる。

<3><1>の催告期間内に買主が確答をしなかったときは、契約は解除されたものとみなす。

〔乙案〕

<1>売主の給付すべき目的物が、契約の当事者の合意または契約の趣旨に従って備えるべき数量を超過している場合、売主は【1.5.13】に従って売買契約を取り消すことができる。

<2><1>の規定にかかわらず、買主は、数量が超過する部分に相当する価額を提供することにより、売主の取消権行使を妨げることができる。

2 意見

**数量超過の場合の特別規定を設けることについて、検討を継続すべきである。
乙案を積極的に検討すべきである。**

3 理由

- (1) 数量超過の場合に、売主に超過部分に関する価額請求権などの救済手段を与える特別規定をおくかについては、本改正提案はこれを置かないことを提案している。

この点については、これを否定する最高裁判例があり、実務家においても両論あるところである。これに対して、学者の間では上記最高裁判例に反対する見解が多数と云ってよいことからすれば、今般の提案では、特別規定を設けないこととなったことについては、必ずしも妥当とは言えない。

- (2) 検討委員会内でも、規定を設けない案以外にも、甲案、乙案を支持する見解も多かったことからすると、数量超過の場合の特別規定を置かないことと決め付けるのではなく、特別規定をおくことについて、検討を継続すべきである。

検討委員会の第1読会前の当初の提案は、分離可能で一部返還可能な場合と、可能でない場合を分けた複雑な提案だったが、本改正提案におけるアスタリスク案である甲案、乙案はより簡明な内容となっており、評価できる。

そして、甲案は、数量超過の場合に、売主の催告によって解除の可能性を認めるものであり、比較的容易に契約の効果を否定することができ、要件もゆるやかで、効果の面でも重大にすぎる。

これに対して、売主側にも一定の落ち度が否定できない面も考えると、乙案のごとく錯誤によるほうが合理的であり、かつ錯誤に該当するときでも数量超過部分に相当する価額を支払えば取消権行使を妨げることができるとする提案も、バランスの取れた合理的な案であると考えられる。

第3節 買主の義務

【3.2.1.28】（瑕疵ある目的物が滅失した場合の特則） NBL 287 頁

1 改正提案

【3.2.1.28】（瑕疵ある目的物が滅失した場合の特則）

〈1〉売主が買主に引き渡した目的物に瑕疵があり、その目的物が引渡後に滅失した場合、買主は売主に対して瑕疵のない目的物の引渡しを請求することができる。ただし、契約または目的物の性質上、買主が他の目的物の引渡しを請求することができないときは、この限りでない。

〈2〉買主が、〈1〉本文に従って瑕疵のない目的物の引渡しを請求する場合、買主は瑕疵ある目的物の価額を返還する義務を負う。ただし、目的物の滅失がその瑕疵に基づく場合にはこの限りでない。

〈3〉買主が瑕疵ある目的物の価額返還義務を負う場合、買主は、履行請求権を放棄することにより、代金支払義務を免れることができる。

2 意見

売主が買主に瑕疵ある目的物を引き渡した場合に危険が移転するかどうか、慎重に検討すべきである。

仮に、売主が買主に瑕疵ある目的物を移転したのち、目的物の滅失が当該瑕疵によって生じたときにのみ売主に責任を負担させて、買主に価額返還義務なしに代物請求を認めるとしても、一般的に〈2〉の買主に価額返還義務を負わせた上で代物請求を認めることは、制度としては複雑にすぎ、実務的必要性も含め、慎重に検討すべきである。

3 理由

- (1) 本改正提案は、瑕疵ある目的物を引渡したとしても、目的物の引渡し時に危険が移転することを前提としているが、瑕疵担保責任において契約責任説を採用する以上、売主が買主に瑕疵ある目的物を引渡しても、本来それは債務不履行であるから、こうした売

主を保護するのではなく買主を保護すべきであり、かかる場合には、危険は移転しないとの考え方もありうるところである。したがって、瑕疵ある目的物の引渡しによって危険が移転するとするかどうか、慎重に検討すべきである。

- (2) 少なくとも目的物の引き渡し後に瑕疵に基づいて目的物が滅失した場合には、売主が目的物の滅失による責任を負担すべきであって、目的物の価額返還義務なしに代物請求できるとするのは相当であろう。

しかしながら、改正提案のように、それ以外の場合に、瑕疵ある目的物の価額返還義務を負担して、代替物を請求できるとする制度を設ける必要があるかは、別である。つまり、こうした提案は、制度としては複雑にすぎる面があり、さらに、この場合瑕疵ある目的物の価額を評価しなければならないという問題点を生じる。

また、かかる場合には、買主に目的物の代金支払義務と価額返還義務を負い、二重の負担を強いられることとなるが、実務的に一般の買主に対して二重の負担を負っても代物請求を認める余地を認める必要性（実務的なニーズ）が具体的にあるのかどうか問題である。また、明文の規定がなくてもが無くても同様の結論を導きうるとも考えられるのであり、あえて明文を設ける必要があるかも問題であり、慎重な検討が必要である。

- (3) また、買主が目的物の瑕疵を発見し、その引取を催告したにもかかわらず、売主がこれに応じなかった場合において、その後目的物が滅失した場合には、危険は売主が負担すべきであるが、この場合についてはどのように規律するのか（目的物の瑕疵に基づく滅失とするのか、基本方針の場合でも危険が復帰するというのか。）、提案からは、明確ではない。
- (4) したがって、端的に、売主が買主に瑕疵ある目的物を移転しても、危険は移転しないとの制度を採用することも考えられるところである。あるいは、少なくとも、目的物の引き渡し後に瑕疵に基づいて目的物が滅失した場合にのみ代物請求できるとすれば足りる、とも考えられることから、表記意見のとおり、慎重に検討すべきである。

第4節 特殊の売買

【3.2.1.44】（試味売買） NBL 294 頁

1 改正提案

【3.2.1.44】（試味売買）

<1>売買契約を締結しようとする当事者が、契約締結の前に買主が目的物を試用することができることを合意したときは、売買契約は、買主が目的物試用後に承諾の意思表示をしたときに成立する。

<2>目的物を試用した者が売買契約を承諾しなかった場合、目的物の試用に同意した所有者は、目的物の試用によって被った損害の賠償を試用者に請求することができ

ない。ただし、試用者に故意または重大な過失があった場合には、この限りでない。
〈3〉当事者が、目的物の試用後に試用者が承諾するかどうかを通知すべき期間を定めていなかったときは、相当期間の経過により、承諾の拒絶があったものとみなす。

2 意見

売主が事業者、買主が消費者の場合には、強行規定と解すべき方向で検討を行うべきである。

3 理由

いわゆる試味売買において、売買契約がどのようにして成立するか、また、目的物を試用した場合に、いつまでに承諾・拒絶を行う必要があるか、この通知を怠った場合にどのような効果が生ずるかなどを規定しておくことが望ましく、これらに関する規定を新設する趣旨には賛同しうる。

当該改正提案は、消費者保護の観点からなされているものとする。同提案では当該規定の性質については触れられてはいないが、売主が事業者、買主が消費者の場合には、本規定を強行規定と解するほうが、その趣旨を全うしうるものと考えられるため、その方向で検討を行うべきである。

第3章 贈与

第1節 贈与の意義と成立

【3.2.3.02】（贈与の予約） NBL 299 頁

1 改正提案

【3.2.3.02】（贈与の予約）

〈1〉贈与の予約は、受贈者による予約完結の意思表示により、当事者間であらかじめ定められた内容の贈与契約を成立させる合意である。

〈2〉贈与は、受贈者が贈与の予約を完結させる意思を表示した時からその効力を生じる。ただし、贈与の成立につき特定の方式が必要とされているときは、贈与の予約について、その方式に従うことを要する。

〈3〉予約が書面によってなされたときは、〈2〉によって効力を生じた贈与につき、贈与者は、贈与が書面によらないことを理由として贈与を解除することはできない。

〈4〉予約完結権に期間の定めがあるときは、予約は、期間内に予約完結権が行使されなければ、その効力を失う。

〈5〉予約完結権に期間の定めがないときは、予約者は、相手方に対し、相当の期間を

定めて予約を完結させるかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、相手方がその期間内に予約を完結させる意思を表示しなかったときは、予約はその効力を失う。

2 意見

贈与の予約完結権の譲渡性を一般的に否定すべきかどうか検討すべきである。

3 理由

売買契約の予約完結権は、譲渡性を認めるのが判例通説である（大判大正13年2月29日民集3巻80頁）。

売買予約に関する本提案において、この点は明示されていないが、従前の判例・通説どおり譲渡性は肯定されると考えられる。そうすると贈与の予約完結権も譲渡可能か、贈与が当事者間の人間関係に基盤があることから問題になる。

その前提として、贈与契約に基づく目的物引渡請求権（受贈者の贈与者に対する履行請求権）自体が債権の性質がこれを許さないとして、譲渡できないのではないかの検討が必要と思われる。そして、この点に関する判例や、言及した文献は見当たらないが、全ての贈与契約の履行請求権が債権譲渡の対象とならないとされるか、あるいは個別の贈与契約の内容・性質に応じて債権譲渡の対象となり得るかが決まるものと思われる。全ての贈与契約の履行請求権が債権譲渡の対象とならないのであれば、予約完結権も譲渡不可能と思われ、この点を法で明示することも検討されるべきと思われる。個別の贈与契約の内容・性質に応じて債権譲渡の対象となり得るかが決まると考えられる場合、贈与の当事者間の人的関係による基盤を重視して予約完結権の譲渡性を否定する考え方や、一律に予約完結権の譲渡性を否定せず、予約契約の内容・性質によって予約完結権も譲渡可能かが定まるという考え方もあり得よう。

したがって、本提案における予約完結権の譲渡性を否定すべきかについては、贈与の当事者間の人的関係に基づく基盤に鑑み、受贈者の履行請求権の譲渡可能性も含めて、慎重な検討が必要といえる。

なお、贈与の予約完結権の譲渡性を否定する条項をおくとしても、当事者が譲渡性を認める合意をしたときは、これを認めても特段問題はないと思われるので、任意規定であることを明示しておくこともあわせて検討されるべきである。

【3.2.3.03】（書面によらない贈与の解除） NBL 299 頁

1 改正提案

【3.2.3.03】（書面によらない贈与の解除）

〈1〉贈与契約が書面（電子的記録を除く。以下、本章の書面につき同じ。）でなされなかったときは、各当事者は贈与を解除することができる。ただし、履行の終わった部分については、この限りではない。

〈2〉負担付贈与契約が書面でなされなかった場合において、受贈者がすでに負担を履行したときは、各当事者は、履行の終わっていない部分についても、贈与を解除することができない。

2 意見

「解除」という形式をとることには異論はないが、解除の一般規定である【3.1.1.77】以下の規定の適用があることを前提に、【3.1.1.83】の規定は適用しない旨の規定をおくことを検討するべきである。

3 理由

(1) 現民法

現民法では、書面によらない贈与は「撤回」できるとされている。また、民法が現代語化される以前は、「取消」ができるとされていた。

ここでの「撤回」や「取消」は、民法に定められる一般的な「取消」や「解除」とは異なり、絶対的な無効と解されていた（新版注釈民法（14）46頁）。

(2) 「解除」が相当か

検討委員会の配付資料にもあるとおり、「撤回」は、一般的に法律行為の効力がまだ生じていないか、あるいはその効果が未確定の間に、意思表示の効力を将来的に消滅させる場合に用いられるものであり、ここでは、既に有効に成立した契約を一方的な意思表示によって解消する性質のものであることから、「解除」という用語を用いるのが適切であると考えられる。

ただし、「解除」という形式をとる以上、その効果や行使方法等について、解除の一般規定が適用されることになると思われる。

本提案では、【3.1.1.77】以下（実際に適用されるのは【3.1.1.79】以下）に「解除」の規定があり、書面によらない贈与の解除の場合に、これらの規定が全て適用されることに問題はないか検討する必要がある。

(3) 原状回復の規定適用の妥当性

解除の効果としては原状回復があり、この場合第三者の権利を害することはできないという規定があるところ【3.1.1.82】（現民法545条1項ただし書）、当該規定の適用があることが問題にはなる。

この点、書面によらない贈与が解除される場合は、履行はなされておらず、原状回復は通常必要なく、権利を害される第三者も想定されない。したがって、この点に関する手当は特段必要ないように思われる。

(4) 催告による解除権消滅の規定適用の妥当性

【3.1.1.83】では、解除の相手方は、解除権を有する者に対して、相当の期間を定めて解除をするかどうかの催告を行い、解除の通知がこの期間内になれば、解除権が消滅するとされている。この規定が書面によらない贈与の解除に適用があることに問題はないか。

解除の相手方とすれば、もし贈与者からもらえないのであれば、他からの調達を検討する必要があり、催告権を認める必要性がないとはいえない。

もっとも、本来、書面によらない贈与は贈与者側はいつでも解除が可能であり、受贈者側もそれを前提にするべきである。

そもそも、書面によらない贈与は、受贈者からの引渡請求に対して契約を解除してこれを拒むことができるため、引き渡せという権利がないのとあまり変わらない。すなわち、目的物の引渡を受けるときに、贈与者に贈与意思があらためてなければ意味をなさない契約である。そうすると、催告によって解除権を消滅させることにはなじまない。

そして、贈与が片務契約であり、人的関係を基盤にする以上、贈与者の意思を重視すべきであるし、催告に回答しないだけで解除できなくなるというのは贈与者に酷である。

一方、受贈者とすれば、不安定な面があれば、改めて書面をもらいにいけばよいわけで（拒絶されて解除されることはやむを得ない）、催告によって解除権を消滅させるまでの必要性があるとはいえない。

また、書面によらない贈与は、贈与契約が成立したかどうか微妙なケースが多いが、書面がなければ、受贈者から贈与の履行を求めても解除が可能である以上、贈与契約の成立の有無が紛争化しないという面がある。ところが、催告による解除権の消滅を認めると、贈与者は贈与をしていないと考えているために催告を無視するケースも見られるであろうし、贈与契約の成立自体が紛争となることも多いと思われるが、これも妥当とは思われない。

そうすると、催告による解除権の消滅を定めた【3.1.1.83】の規定は適用を排除すべきであると考えられる。

なお、【3.1.1.83】の2項では、解除権者が、目的物を著しく損傷し、もしくは返還することができなくなった場合や、加工若しくは改造によってこれを他の種類の物に変えた場合において、そのことが契約に照らして解除権者の負う義務の違反とされるときには、解除権は消滅するとされている。本項は、基本的には売買契約などで目的物を引渡済みのケースを想定していると思われ、履行前の書面によらない贈与の解除に適用されるものではないとも思われる。ただ、履行前のものを完全に排除する趣旨とも必ずしも考えられないので、同項の規定を書面によらない贈与者に適用するのも適切とは思われない（贈与者は、受贈者から引渡を求められてもいつでも拒絶できる（解除すればよい）と考えて、目的物を改造したり譲渡したりすることが考えられ、これが不当とは思

われない)。

したがって、【3.1.1.83】の規定は、書面によらない贈与の解除には適用されない旨を明示しておくべきである。

【3.2.3.04】(無償契約への準用) NBL 300 頁

1 改正提案

【3.2.3.04】(無償契約への準用)

〔甲案〕

本章の規定を無償契約に包括的に準用することはせず、各種の無償契約の規定において、必要に応じて、個別的に準用するものとする。

〔乙案〕

「本章の規定は、その性質に反しない限り、無償契約に準用する。」という規定を置く。

2 意見

甲案、乙案のいずれを採用するかは慎重に検討すべきである。

3 理由

(1) 甲案を推す意見

無償契約には、有償契約のように市場に置ける経済的取引という共通性に比して、共通性があるとも考えにくい。特に無償の委任や寄託は、経済的取引の中でも相当行われているともいえるし、贈与とは相当異なる契約類型であると思われる。

また、「その性質に反しない」かどうかの解釈・適用が問題となり、今後、見解の対立もあり得、予測可能性が確保できないし、使いにくい民法となりかねない。

無名契約に近い無償契約もある程度考えられるところ、乙案では、そのような場合に贈与の規定を前提に準用を検討することになる。しかし、無償性を除いて贈与とは契約の性質が全く異なるものについて、当該無名契約の性質に反しないかという点の検討が個別に必要になり、明確性は結局十分とはいえない。むしろ、贈与、貸借(使用貸借)、役務提供(委任等)それぞれの類似する性質を検討し、類推適用によって適用すべき規範群を見いだすという方が現実的とも思われる。

そして、贈与に関する規定はさほど多くはなく、個別に準用すべきものを各契約の規定の中で定めた方が、使いやすく、わかりやすい民法となると思われる。

(2) 乙案を推す意見

有償契約の場合も、財産権移転、貸借、役務提供等全く異なる類型のものであっても、その性質に反しない限り、売買の規定が他の契約に準用されている。無償契約の場合に、

むしろこのような規定がない方が不自然であり、有償・無償の違いのみから準用規定がないことの説明はつかない。

無償契約は、対価的關係をもたないという共通の要素があるほかに、個人的な人間関係が基盤になっていることが多いといった共通事情がある。

第2節 贈与の効力

【3.2.3.05】（背信行為を理由とする解除） NBL 302 頁

【3.2.3.06】（背信行為を理由とする解除権の行使期間） NBL 303 頁

1 改正提案

【3.2.3.05】（背信行為を理由とする解除）

〈1〉贈与者は、次に掲げる場合、贈与を解除することができる。

〈ア〉受贈者が贈与者に対し虐待、重大な侮辱その他の著しい非行を行ったとき

〈イ〉受贈者が詐欺または強迫により、書面によらない贈与の解除を妨げたとき

〈ウ〉贈与者に対し、現民法877条1項により法律上の扶養義務を負う受贈者が、経済的に困窮する贈与者からの扶養請求を受けたが、扶養義務の履行を拒絶したとき

〈2〉贈与者が死亡した場合、贈与者の相続人は、〈1〉の解除をすることができる。

〈3〉〈1〉または〈2〉により贈与が解除されたときは、受贈者は、解除原因が生じた時に受けていた利益の限度で返還義務を負う。

*〈2〉について、〈1〉〈ウ〉に基づいて解除権が発生した場合には、贈与者の相続人は解除できないとの考え方もある。

【3.2.3.06】（背信行為を理由とする解除権の行使期間）

〈1〉【3.2.3.05】〈1〉および〈2〉に基づく解除は、贈与者またはその相続人が解除権を行使しうる時から1年以内にしなければならない。

〈2〉〈1〉による解除は、贈与の履行がなされてから10年を経過した後は、履行の終わった部分についてすることができない。

2 意見

(1) 背信行為を理由とする解除権を認めることに異論はない。

(2) 特に履行前の解除の場合に、バスケット条項を入れるなど解除事由を広げる必要がないか、検討を要する。

(3) 解除権の行使期間について、知ったときから1年とすることは慎重に検討されるべきである。債権時効一般（3／4／5年）と同じとすることも検討するべきである。

3 理由

(1) 背信性を理由とする解除を認めることの相当性

現民法では、贈与者が贈与契約後あるいは履行後の受贈者の背信行為等を理由とした解除は、特に規定されていない。忘恩行為による解除は、贈与を他人に恩を売るためのものとみなすのと同じであって、道義上問題であると考えられたためである。

しかし、受贈者に贈与契約時には想定していないような背信行為があった場合にまで、贈与契約に贈与者が拘束されるというのは、一般的な国民感情にそぐわないものといえる。贈与が、当事者の人間関係に基盤をおくものであることからすれば、その基盤が失われた場合には、解除を認めるべきと考えられる。

そこで、背信性を理由とする解除権を制定すること自体は相当と考えられる。

(2) 条項の検討

本提案は、贈与者に対する侮辱など、直接贈与者に対して著しい背信行為があった場合に限定している。

贈与の履行後に契約が解除されて原状回復義務を負うことは、受贈者にとっても負担が大きい面があるので、解除権が発生する場合を限定することは合理的と考えられる。

もっとも、国民感情に照らせば、贈与者に対する直接の背信行為ではない場合でも、贈与の経緯に照らし、贈与の解除を認めるべき場合もないとはいえないように思われる。

そこで、契約を継続し難い重大な背信行為があった場合に解除を認めるというバスケット条項を入れることも検討に値する。ただし、現民法にて重視された道義上の問題や、法的安定性の確保という観点からも、履行後の解除を広げることについては慎重でなくてはならない。

一方、履行前については、法的安定性の要請は小さく、また、契約後の背信行為によって贈与の基盤となった人間関係が破壊されている場合に、贈与者に贈与の履行を強制するということは国民感情にそぐわないと思われる。例えば、弁護士を目指すという経済的に困窮している子に対して、20歳になったときに相当額の現金の贈与を約束していた場合で、大学に入学してからは全く勉強せずに怠惰な生活を送り別の道をあゆむこととしたり、さらには犯罪を起こしたりした場合などにおいては、贈与者に対する背信行為ではないが、解除を認めることが相当とも思われる。このようなケースは、必ずしも事情変更の法理によって対処できるとは限らず、むしろ贈与という人間関係を基盤とした無償契約の特殊性に基づくものといえることから、履行前については契約を継続し難い重大な背信行為があった場合に解除を認めるというバスケット条項を入れることを積極的に検討するべきと考えられる。

(3) 解除権の行使期間

一般の債務不履行解除などの場合、重大な不履行があった事実を知ったときから3/4/5年が解除権の行使期間とされている（【3.1.1.84】【3.1.3.44】）。

一方、背信行為による解除権については、解除権を行使し得るときから1年とされて

おり、大幅に短期間の定めがなされている。

このように、一般の解除の場合と比較して大幅に短期間にするのであれば、相応に積極的な理由が必要と考えられる。

法律関係の安定の要請や、解除がなされない場合、受贈者が贈与者は宥恕したと理解することに理があるということもそれなりにうなずけるものではあるが、それだけで1年間とまで短くすることに合理性があるのかは疑問である。特に、提案のように、背信性の著しい場合に限定して解除を認めるのであれば、受贈者にとっての安定性は、ある程度制限されることもやむを得ないとも思われる。

贈与者の多くは老人であることも想定され、解除権が発生していても、実際に解除をするかどうかには、親族等のアドバイスが必要とされる。1年間というのは、老人にとっては短期間とも思われ、一般の解除権の行使期間と同じ（3／4／5年）とするという案も検討に値するものと思われる。

【3.2.3.09】（贈与の債務不履行を理由とする損害賠償） NBL 305 頁

1 改正提案

【3.2.3.09】（贈与の債務不履行を理由とする損害賠償）

贈与者は、その債務不履行が、贈与契約において贈与者が引き受けていなかった事由によって生じたときは、【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。

2 意見

表現、文言については検討を要する。

3 理由

- (1) 贈与契約も契約であり、贈与者も目的物の引渡義務等の債務を負う以上、債務不履行責任を負う。

もっとも、贈与の無償性ゆえ、贈与者には、有償契約よりも免責が広く認められるべきであると考えられる。

提案要旨によると、この免責の範囲を広くする趣旨で、本規定を設けたものとされており、このような価値判断には賛成できる。

- (2) ただし、本提案は、「債務不履行が、贈与契約において贈与者が引き受けていなかった事由によって生じたときは、【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。」と定めるのみである。【3.1.1.63】は、「契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには」、損害賠償責任を負わないとされており、ほぼ同じ規定である。【3.1.1.63】の規定のみであっても、贈与契約の債務不履行責任が生じるかは、当該贈与契約において贈与者が引き受けていた事由によるかといえるかの判断になるとい

え、本規定と同じ解釈をすることになるものとも思われる。本規定をおくことによって贈与者の免責事由が拡大されるということがわかりにくい。

また、債務不履行はあるが損害賠償義務を負わないという免責事由の定め方として、「引き受けていなかった事由によって生じた」という表現が適切かかという点については、【3.1.1.63】において詳細に意見を述べているところである。

最終的に、免責事由の定め方に応じて、本規定の文言、表現についても、免責事由が広く認められる趣旨であることが明らかなように修正が必要である。

【3.2.3.10】（他人の権利の贈与） NBL 306 頁

1 改正提案

【3.2.3.10】（他人の権利の贈与）

〈1〉他人の財産権を目的とする贈与において、贈与者は、その財産権を自ら取得したときに限り、それを受贈者に移転する義務を負う。ただし、贈与者がその財産権を取得すべきことが合意されたときは、この限りではない。

〈2〉〈1〉本文の場合において、受贈者は、贈与が効力を生じた後、贈与の目的である財産を贈与者が取得するまでは、贈与を解除することができる。

2 意見

贈与者が他人物性について悪意である場合で、(1)ただし書の合意がない場合（受贈者が他人物性について善意であることが多いと思われる。）、常に自己取得義務を否定することが相当か、検討を要する。

3 理由

(1) 現民法

現民法は、目的である物または権利の瑕疵や不存在について、贈与者がこれを知って受贈者に告げなかったときに限り、担保責任を負うとされ、また、負担付贈与については、その負担の限度において売買の場合と同じ担保責任を負うとされている（現民法551条）。

(2) 本提案の検討

提案は、善意・悪意にかかわらず、他人物の贈与の場合、原則目的物の取得義務を否定し、取得が義務となっていた場合のみこれを肯定する。

他人物贈与の目的物の取得義務を原則否定すること自体は問題はないが、取得が義務となっていない場合に、常に取得義務を否定することが妥当かは検討を要する。

まず、贈与者が悪意であるからといって、常に担保責任を肯定するのは妥当ではなく、現民法も適切とは思われない。例えば、贈与者が、第三者から贈与を受けられると思っ

ていた、あるいは贈与を約束していた際に、相手方への贈与を合意したが、何らかの理由で第三者から贈与が受けられなかった場合などに、他人物であることを告げていなかったからといって、取得義務を肯定するのは酷である。

ただし、例えば、贈与者が他人物性について悪意で、受贈者が善意の場合に、負担付贈与がなされ、受贈者が負担を履行した場合に、贈与者が目的物の引渡ができないことの何らの責任も負わないとすれば不当とも思われる（なお、本提案では、現民法553条（負担付贈与の場合は双務契約の規定を準用する。）の規定は削除するとされている【3.2.3.15】。）。

そこで、贈与者が悪意の場合や、負担付贈与がなされた場合などでは、一定の場合に贈与者の取得義務等の責任を負わせることが考えられる。

【3.2.3.11】（目的物の瑕疵についての贈与者の責任） NBL 307 頁

1 改正提案

【3.2.3.11】（目的物の瑕疵についての贈与者の責任）

〈1〉目的物に瑕疵があった場合、受贈者は、贈与者に対し、瑕疵のない物の履行（代物請求、修補請求等による追完請求）を請求することができる。ただし、瑕疵のない物の履行をすることが贈与の趣旨に照らして贈与者に合理的に期待できないときは、この限りでない。

〈2〉【3.2.1.17】〈ア〉ないし〈ウ〉は、〈1〉本文の場合にこれを準用する。

2 意見

原則追完請求権を否定し、ただし書で「瑕疵のない物の履行をすることが贈与の趣旨に照らして贈与者に合理的に期待できるときに限り」、追完請求権を認めるという形式にするべきである（原則と例外を逆転し、立証責任も転換する。）。

3 理由

(1) 現民法と改正の必要性

現民法551条は、贈与者の担保責任につき、贈与の目的である物または権利の瑕疵または不存在について贈与者は責任を負わないことを原則とする。そして、例外的に、贈与者が知りながら受贈者に告げなかった瑕疵については贈与者に責任を認めている。

単に贈与者の善意・悪意のみで贈与者の責任の切り分けをすることは公平とも思われない。例えば、特定物の贈与で隠れたる著しい瑕疵があった場合（土地建物の贈与で地盤が不良だったとか、耐震性がなかったといったケース）、受贈者は瑕疵ある物を押しつけられるいわれはなく、少なくとも解除はできてしかるべきである。

本提案は担保責任を債務不履行責任の一環と構成しているし、担保責任の内容として

も詳細に規定している。贈与の場合に、どのようにこれらが適用されるべきかは検討が必要であるし、現民法の妥当性にも疑問であることから、現民法551条の改正が必要であることには異論ない。

(2) 追完請求権を認めることの相当性

ア 本提案は、一定の範囲で受贈者の追完請求権を認めるものである。追完請求権を認めることは、贈与者に負担を課するものであることから、贈与の惠与的性格、無償性からすれば、なじまない面があるとはいえる。

もつとも、本提案においては、「瑕疵」の定義が単なる物理的な欠陥等ではなく、その物が備えるべき性能、品質、数量を備えていない等、当事者の合意、契約の趣旨および性質（有償、無償等）に照らして、給付された物が契約に適合しないことをいう【3.1.1.05】とされており、贈与においては、「瑕疵」に該当するケースは相当限定されるものと思われる。

また、本提案は、瑕疵のない物の履行をすることが、贈与の趣旨に照らして贈与者に合理的に期待できないときには追完請求権は発生しないとしている。「贈与の趣旨に照らして」という文言から、贈与の経緯、目的物の性質、贈与の経緯、贈与者にとっての調達の容易さ、瑕疵の内容や程度、新たな出捐が必要か否かといった要素を考慮して追完請求権の有無が定まることとなり、やはり相当限定されるものと思われる。

このように2段階で限定されることによって、追完請求権が認められるケースは、それを認めることが贈与者にとって過度の負担とはならず、むしろ公平といえる場合に限定されると思われ、そのような場合に追完請求権を肯定することには問題がないと考えられる。

イ もつとも、本提案は、「瑕疵」にあてれば、原則追完請求権が発生し、例外的に「贈与の趣旨に照らして贈与者に合理的に期待できないとき」に限って追完請求権が発生しないものとされているが、これは問題である。また、この定め方からすれば、「合理的に期待できない」ことが贈与者側に立証責任があると考えられ、これも適切とは思われない。

一般的な贈与の場合、その無償性から、多少の欠陥があってもやむを得ないと考えるのが国民感情であるといえる。上記のとおり、贈与の目的物に何らかの欠陥があった場合でも、追完請求権が認められることが妥当と思われるのは、相当程度限定的になると考えられ、原則は追完請求権はなく、事案によっては例外的に追完請求権を認められる場合があると解するのが公平といえる。

また、立証責任についても、受贈者側で「瑕疵」の存在を立証し、受贈者側で「贈与の趣旨に照らして合理的に期待できない」ことが抗弁となるという構造も、上記の国民感情にはそぐわない。追完請求権を肯定すべきケースが、限定的例外的であることからすれば、受贈者の側で、「贈与の趣旨に照らして合理的に期待できる」ことの立証責任を負わせるべきである。

以上からすれば、本提案の本文とただし書を逆転させ、本文では、原則追完請求権がないことを定め、例外的にただし書にて「瑕疵のない物の履行をすることが贈与の趣旨に照らして贈与者に合理的に期待できるときにはこの限りではない」として、立証責任も逆転させるべきと考える。

ウ 上記は、基本方針の【3.1.1.05】に従い、瑕疵について無償性も考慮することを前提した意見であるが、本意見書では、瑕疵について、無償性を考慮することに疑問を呈している。

瑕疵該当性の判断において無償性を考慮しない場合、理論的には、無償性を考慮する場合に比べて、贈与の目的物に瑕疵がある場合が広がることにもなりそうである。

もともと、「贈与の趣旨に照らして合理的に期待できるか」の判断においても無償性を考慮することが予定されている。そして、実際の事例判断において、瑕疵の判断において無償性を考慮すれば目的物に瑕疵があるといえるが、これを考慮しないことによって目的物に瑕疵があるとされる場合があったとしても、「贈与の趣旨に照らして…」の判断において、無償性を考慮しても「瑕疵のないものを履行することが贈与の趣旨に照らして贈与者に合理的に期待できる」という判断になることは、想定し難い。

そうすると、瑕疵の該当性判断において無償性を考慮しないとしても、受贈者の追完請求権の判断において、結論としては変わりはないものと思われる。

もともと、提案要旨では、瑕疵該当性は受贈者に立証責任があるが、「贈与の趣旨に照らして合理的に期待できるか」の立証責任は贈与者にある。瑕疵該当性の判断において無償性を考慮しないのであれば、「贈与の趣旨に照らして合理的に期待できるか」の判断において追完請求権が否定される場合が増える可能性があり、贈与者の負担がより大きくなり得るため、本意見書で述べているとおり、「贈与の趣旨に照らして合理的に期待できるか」の判断については、立証責任を転換するべきといえる。

第3節 特殊の贈与

【3.2.3.16】（死因贈与の成立要件） NBL 311 頁

【3.2.3.19】（死因贈与の撤回） NBL 313 頁

1 改正提案

【3.2.3.16】（死因贈与の成立要件）

<1>贈与者の死亡によって効力を生じる贈与は、公正証書または自筆証書によってしなければならない。

<2>自筆証書によって死因贈与をするには、贈与者が、契約内容の全文、日付および

氏名を自署して押印し，受贈者が署名して押印しなければならない。
〈3〉現民法968条2項は，〈2〉の場合に準用する。

【3.2.3.19】（死因贈与の撤回）

遺言の撤回および取消しに関する遺言の規定は，死因贈与に準用しない。

死因贈与の贈与者に対し，受贈者が【3.2.3.05】に該当する行為をしたときは，
【3.2.3.06】〈1〉を準用する。

*死因贈与については，遺言と同様，撤回を認めるべきであるとの考え方もある。

2 意見

現最高裁判例のとおり，死因贈与の成立要件を特に限定せず，自由な撤回も可能という案が相当である。

3 理由

(1) 現民法と判例

現民法は，死因贈与について，「その性質に反しない限り，遺贈に関する規定を準用する」とされている（現民法554条）。

そして，死因贈与の方式については，生前贈与の原則に従うとされ，遺贈の方式に関する規定の準用はないというのが判例・通説である（最判昭和32年5月21日民集11巻5号732頁，新版注釈民法（14）72頁）。

また，撤回に関する民法1022条については，最判昭和47年5月25日（民集26巻4号805頁）は，その方式に関する部分を除いて準用されるとしており，死因贈与は贈与者が自由に撤回できるとされている。

そうすると，本提案は，これらの最高裁判例を変更するものといえる。

(2) 改正の必要性

ア 方式について

遺言の特別な方式は，それが単独行為であることによって必要とされると考えられ，契約である死因贈与には必ずしも当てはまらない。

ただ，確かに，提案要旨にあるように，慎重な契約の締結を促すために，厳格な方式を要求する必要があるとも思われるし，特に【3.2.3.19】の提案にあるように，現在の判例とは異なり，自由な撤回を否定するのであれば，厳格な要式を求めることにも合理性は認められるとも思われる。

しかし，後述のとおり自由な撤回を否定するべきかは疑問である。また，死因贈与は慎重になされるべきという遺贈との共通性から厳格な方式を求めるのであれば，遺贈と同じく自由な撤回も認めるとする方が整合性がある。さらに，契約である以上，単独行為である遺贈とは異なり，要式は問わないとする方が自然である。加えて，これまでの判例通説によって培われた実務の法的安定性も考慮するべきである。

そうすると、あえて現在の判例・通説を改正してまで、死因贈与について厳格な要式を必要とするというほどの合理性があるのかは疑問である。

イ 撤回について

自由な撤回を認めるかについては、撤回を認める見解は、死因贈与も贈与契約であり、両当事者、特に贈与者は、契約の拘束力に服するのは当然であり、無条件の撤回を認めることはできないという点を重視する。

一方撤回を肯定する見解は、死因贈与は死後の財産処分であるという点を重視し、遺贈と同様に、撤回を肯定するべきであるとする。

本提案において、背信行為を理由とする解除が制定され【3.2.3.05】、また、事情変更の法理も明文化されることから【3.1.1.91～】（ただし、かかる規定を設けることについて疑問があることは当該箇所述べている。）、一定の条件下での解除も可能となることや、無条件での撤回を否定する案も一定の合理性を有するとも思われる。

もっとも、本提案での背信行為による解除は、背信性が著しい場合で、しかも贈与者に対する背信行為等に限定されているし、事情変更の法理も、その要件は相当限定的であって、実際に解除可能なケースは相当限定されると思われる。

そして、死因贈与は、契約時から履行時までには時間的に長期間経過することも多く、死亡までの財産状況や人間関係の基盤の状況の変化を反映させるべきである。また、死因贈与であれば撤回できないということを知った相続人予定者や親族、知人等が、老人等をそそのかし、死因贈与契約を積極的に締結させるよう行動することが想定される。これまで、相続人予定者等が被相続人をそそのかして遺言を書かせるといったケースが相当程度見られ、遺言の撤回・変更によってある程度これが解消されていると思われるが、死因贈与であればこれが不可能となることは適切ではない（詐欺や錯誤等の法的構成が必要となるのは迂遠である。）。さらに、契約であるから債務者は拘束されるべきであるのはそのとおりであるが、贈与の無償性に鑑みれば、受贈者の保護の必要性は低く、一方で贈与者の死後の財産処分意思の尊重の必要性は高いといえ、契約の拘束性にとらわれる必要はない。

そうすると、あえて現在の判例と異なるものへと改正するだけの必要性があるかは疑問であり、法的安定性も考慮すれば、本提案とは異なり、死因贈与は自由な撤回を認めるとするべきである。

第4章 賃貸借

第2節 賃貸借と第三者との関係

【3.2.4.06】（目的物の所有権の移転と賃貸借契約） NBL 317 頁

1 改正提案

【3.2.4.06】（目的物の所有権の移転と賃貸借契約）

〈1〉賃貸借の目的物たる不動産の所有権が移転した場合において、【3.2.4.05】により、その不動産の賃借権が対抗できるときは、新所有者は、従前の賃貸借の賃貸人たる地位を承継する。不動産の旧所有者と新所有者との間での、賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨の合意は無効である。

〈2〉〈1〉の賃貸人たる地位の移転に際しては、賃借人の承諾を要しない。

〈3〉〈1〉の場合において、新所有者は、所有権の移転の対抗要件を備えた時から、賃借人に対して、賃貸人たる地位の移転を対抗することができる。

〈4〉〈3〉の場合において、賃借人が、目的物の所有権の移転を知る前に、従前の賃貸人に対して賃料を支払った場合には、賃借人は、その賃料の支払いをもって、新所有者に対抗することができる。

〈5〉〈3〉の場合において、賃貸借契約において、敷金として授受された金銭については、賃貸借の目的物たる不動産の旧所有者との間ですでに賃料等に充当された金額を除いて、その返還債務は、新所有者がこれを負担する。この場合に、旧所有者は、その返還債務の履行について担保義務を負担する。

〈6〉賃貸借の目的物の所有権が移転されたときに、賃貸人の地位を引き継ぐことが合意された場合には、以上の規定を準用する。

* 提案〈5〉における旧所有者の履行担保義務の負担については、その当否をめぐって議論があるほか、これを認める場合の限定が必要であるという見解もある。

2 意見

〈1〉2文は要否について慎重に検討すべきである。

〈5〉2文は削除すべきである。

3 理由

(1) 〈1〉2文について

〈1〉2文（賃貸人たる地位を留保する特約を無効とする規定）について、實際上、テナントビルのオーナーが、投資家にビル所有権を譲渡し、かつそのまま賃貸を継続しようとする事案はよく見られるところ、改正案ではかかる場合、全ての賃借人との間でオーナーが契約のやり直しをせざるを得ない。

この点に関する従前の判例として以下のものがある。

「自己の所有建物を他に賃貸している者が賃貸借継続中に右建物を第三者に譲渡してその所有権を移転した場合には、特段の事情のないかぎり、借家法1条の規定により、賃貸人の地位もこれに伴って右第三者に移転する」（最判昭和39年8月28日判タ166号117頁）。

「新旧所有者間において、従前からの賃貸借契約における賃貸人の地位を旧所有者に

留保する旨を合意したとしても、これをもって直ちに前記特段の事情があるものということとはできない。」(最判平成11年3月25日判タ1001号77頁)。

上記最判平成11年3月25日は、冒頭記載のものと同様の事例において、新旧所有者間における賃貸人の地位を旧所有者に留保する合意は、賃貸人の地位の新所有者への移転を妨げる「特段の事情」に該当しないことを示したものだが、他方で、かかる特約に加えて、さらに例えば、旧所有者・新所有者・賃借人の三者間における明確な合意はないものの、賃借人が新旧所有者間のスキームを認識した上で、事実上所有権譲渡後も旧所有者を賃貸人として受け容れていたような、新旧所有者間の特約だけに止まらないが、三者間合意にまでは至っていないという事情がある場合にまで「特段の事情」が認められないのかは不明である。賃貸人の地位を留保する合意を一律無効とすれば、かかる個別の事情が存在する場合にまで賃貸人の地位を旧所有者に留保することを否定することになると考えられ、資金調達目的で実需に基づき上記のような事案が発生している中で不動産の流通を徒らに阻害する結果となり行き過ぎではなかろうか、特段の規定を設けずに従前の判例の枠組みで対応することで足りるのではないかとの疑問がある。そのため、当該規定を設けることについてさらに慎重に検討するべきであると考え。

(2) <5>2文について

<5>は、賃貸不動産の所有権移転とともに賃貸人たる地位も承継されることを前提として、1文においては、その賃貸人たる地位の移転とともに敷金返還債務も新所有者へ承継されることを定め、2文において、敷金返還債務について旧所有者(旧賃貸人)に履行担保義務を負わせることを定めるものである。

しかし、以下の理由により、同2文は削除するべきであり、少なくとも適切な限定を付する必要があると考える。

ア 旧所有者に酷であること、不動産取引の混乱を招くこと

(ア) 賃貸不動産の所有権移転とともに敷金返還債務が新所有者に承継され、他方で旧所有者がその担保義務を負うということになれば、旧所有者は、賃貸不動産譲渡後、何十年も担保義務を負い続けることになりかねない。

(イ) かかる定めが設けられた場合、賃貸不動産を売却しようとする者は、敷金関係を含む賃貸借契約を一旦合意解約して敷金も精算した上で新所有者へ売却するという実務になるであろうが、その精算には時間を要するものと考えられ、他方でその精算結果により売却額が左右され得るために売買代金額がいつまでも決まらないこととなり、不動産取引に混乱をもたらす。

例えば、戸数が多い賃貸不動産の場合を念頭に置くと、旧所有者が各戸との賃貸関係を精算する作業に時間を要して売買代金額がいつまでも決まらず、この間、買主(候補)は購入すべきかどうかの最終判断を下すことができない。他方で精算作業を進めている途中で景気変動等の諸事情の変化により売買の話自体が消滅するということもあり得る。売買の話が消滅した場合、振り返ってみると既に旧所有

者と賃借人との間において進行中であった賃貸関係精算の作業は実は不要であったこととなり、今度は、旧所有者において既に賃貸関係の精算を完了してしまっている一部賃借人との間で改めて従前と同様の賃貸借契約を結びなおす必要が生じる等の混乱が生じることが考えられる。

- (ウ) 旧所有者が企業の場合、担保義務は簿外債務になるものと解される。

例えば、多数の賃借人が居住するマンションを所有して経営している業者の場合、上記(イ)のように各戸との間で従前の賃貸関係を精算した上で譲渡するということが事実上難しいという一方で、かかる精算を経ずに不動産所有権を譲渡すれば、敷金担保義務という巨額の簿外債務が発生することとなる。

このようなマンションを複数所有して経営している会社の場合、不動産を売却すればするほど巨額の簿外債務が累積して財務状態悪化を招くため事実上売却が困難となり、不動産の流通を阻害し、その資金調達・再生を困難化する。

- (エ) 不動産が複数所有者間を短期間で転々売買されるケースはよく見受けられるが、このようなケースでは、①第1売主は、第1買主(兼第2売主)の敷金返還債務のみを担保し、第1買主が不動産を第2買主(兼第3売主)へ転売した場合には、第1売主の担保義務は消滅するのであろうか。②または、第1売主は、第2買主(およびそれ以降の買主)の敷金返還債務をも担保することになるのであろうか。

仮に②となるのであれば、第1売主は、全く預かり知らない第2買主(およびそれ以降の買主)の資力をも担保する責任を負うこととなり不当であるし、当該不動産が転売されるごとに担保義務者が無限に増えて無数の担保義務者が現れることとなり、権利関係が極めて複雑化する。

他方、①となるのであれば、賃貸不動産の売却に際しては、例えば、直接の売主・買主の間にこれらの者とは資本関係を異にするペーパーカンパニー1社を介在させることにより売主は担保義務を免れて同義務を有名無実化することが可能となり、当該規定は有効に機能しないであろう。

イ 賃借人保護のために機能するのも疑問であること

- (ア) 当該規定が導入されれば、例えば、ワンルームマンションであれば、敷金をゼロとして保証会社を利用するオーナーが増えるだろう。このようなマンションを所有しているオーナーは元々収益目的で所有しているものであり、最終的には売り抜ける念頭に置いていることが多く、売り抜けの際に足枷となる敷金担保義務を予め回避したいという動機が働くためである。

そうすると、保証会社が居住者に対し強引に退去を迫る「追い出し屋」などの被害が続発している現状において、保証会社に対する適切な規制とワンセットで実行するのでなければ、かえって賃借人保護に反する結果を招くおそれがある。

もっとも、他方で、保証会社に対する規制を強化してその審査が厳しくなると、今度は家を借りることができない者がかえって増加しかねないものと危惧される。

(イ) 敷金を設定するにしても、当初賃貸借契約締結時に敷金を別会社に受けさせることで譲渡時の担保義務を容易に回避することができる。

ウ 必要性（立法事実）への疑問

(ア) 当該規定は、新所有者（兼新賃貸人）の無資力の危険を賃借人に負担させるべきではないとの考えから採用が検討されているものと解されるが、敷金返還請求権は既に倒産法上も保護されている（民事再生法92条3項、会社更生法48条2項、3項等）。

(イ) 仮に、新所有者（兼新賃貸人）の無資力の危険を賃借人に負担させるべきではないと考えるなら、敷金返還債務が賃貸人たる地位の移転後も旧賃貸人の下に残る（新賃貸人に承継されない）という構成を採用するのが本来の筋である。

このように解すると旧所有者（旧賃貸人）の無資力の危険を賃借人が負担することとなるが、旧所有者（旧賃貸人）の無資力の危険については元々賃借人が負担していたものである。また、賃貸不動産の譲渡によって旧所有者（兼旧賃貸人）には適切な譲渡対価が入るはずであることから同譲渡によっても旧所有者（旧賃貸人）の責任財産に変動は無く、敷金返還債務が旧所有者（旧賃貸人）の下に残ると構成しても賃貸不動産の譲渡により賃借人の回収不能の危険を増大させることにはならない（譲渡対価が廉価である場合は、詐害行為取消権等の別途の制度により保護すべき問題である。）。理論的にも、賃貸人たる地位の移転に伴い敷金返還債務も当然に移転すると解さなければならないというものでもない。

(ウ) それにもかかわらず、従前、賃貸不動産の所有権移転および賃貸人たる地位の移転に伴い敷金返還債務もまた新所有者（兼新賃貸人）に承継されると解されていた実質的理由は、新所有者（兼新賃貸人）の方が資力があると考えられていたからである。新所有者（兼新賃貸人）が所有することになる賃貸不動産自体が敷金返還債務の最終的な引き当てになり、敷金返還債務を新所有者（新賃貸人）へ承継させる方が、敷金返還請求権の保全を確実なものとして賃借人の保護に資すると考えられてきたからである。本提案<5>第1文において敷金返還債務が新所有者へ承継されとの規定が設けられているのもかかる観念を前提とするはずである。

このように、旧所有者（兼旧賃貸人）の資力よりも新所有者（兼新賃貸人）の資力の方が当てになるとの観念の下に、賃貸不動産の譲渡とともに敷金返還債務も新所有者（兼新賃貸人）に承継されると構成し、その旨の規定を今回明文化するにもかわらず、他方で、新所有者（兼新賃貸人）の資力が当てにならないことを前提に旧所有者（兼旧賃貸人）に対する敷金担保義務を認めることは論理不整合を生じていると言わざるを得ない。

(エ) 少なくとも、このような無理をしてまで、かつ、上記各種弊害が生じる危険を冒してまで、新旧両所有者に敷金返還の責任を負わせるだけの社会的必要性が生じているとは考え難い。

例えば、敷金返還債務が新所有者（新賃貸人）に免責的に承継されるという点を逆手にとって、旧所有者が資力の悪化した別会社に所有賃貸不動産を敷金返還債務とともに譲渡して同返還債務を免れようとするという事案が散見されるというのであろうか。

通常、賃貸人にとって賃借人は賃料を支払ってくれるという「お客様」である。新旧賃貸人双方とも「お客様」である賃借人とは長期に亘り良好な関係を築きたいと考えている。所有賃貸不動産売却を考えている旧所有者にとっては賃借人との良好な関係を維持することは当該不動産の売却価値を向上させる。また、その不動産を購入しようとする新所有者にとっては賃借人との良好な関係を築くことが今後の自己の収益を大きく左右する。したがって、通常、新旧両所有者において賃借人との関係悪化を招く行動を取る動機は無く、あえて制度を悪用して賃借人との関係悪化を招く敷金返還債務を免脱するようなスキームを考案・採用しようとすることは考えにくい。

例えば、対象が不法行為債務であれば、確かにこのような制度悪用による債務免脱の可能性は否定できないであろう。不法行為債務については、例えば、会社分割の場合に、分割会社が不法行為債務を承継会社へ免責的に承継させてこれを免脱しようとすることを防止する制度・解釈が存在する（会社法789条2項の個別催告対象に潜在的な不法行為債権者も含まれると解釈し、その催告を懈怠した場合には、分割会社に対しても担保義務が生じる（同法759条2項）ということ等）。

しかし、当該一回切りの関係が前提である不法行為の場合とは異なり、賃貸人においても賃借人との間で長期に亘り良好な関係を築くことを望む賃貸借関係において、あえて制度悪用を警戒して、旧所有者に敷金返還債務に関する担保義務を負担させるだけの社会的必要性は存在しないものと考えられる。

エ 以上のとおり、当該規定は弊害が多く、かつその必要性もないことから、削除すべきである。

少なくとも、仮にかかる規定を設けるといっているのであれば、担保義務が存続する期間に制限を設けるか、あるいは、賃貸不動産が譲渡される際に一定の精算期間および精算手続を設け、その精算手続を経ない賃借人との関係では敷金返還債務は新所有者（兼新賃貸人）に免責的に承継されようとするなど、適切な制限を設け、旧所有者（兼旧賃貸人）に担保義務から解放される機会を設ける必要がある。

第4節 賃借人の義務

【3.2.4.13】（事情変更による賃料の増減額請求権） NBL 322 頁

1 改正提案

【3.2.4.13】（事情変更による賃料の増減額請求権）

〈1〉賃料算定の基礎となる事情の変動があった場合には、賃貸借契約の当事者は、賃料の増減額を請求することができることを規定する。

〈2〉〈1〉の賃料の増減額請求権に関する規程は任意規定であり、特約によって排除することが可能であることを規定する。

〈3〉賃料増減額請求権を行使した場合の法律関係について、以下の点について規定する。

〈ア〉賃料増減額請求権を行使したが適正な増減額の金額が決まらない場合に、それを決める手続

〈イ〉〈ア〉の決定までに賃貸人が請求できる賃料額と賃借人が支払うべき賃料額

〈ウ〉〈ア〉によって決まった増減額の金額と〈イ〉で支払われた金額が異なる場合の処理

〈4〉減収による賃料の減額請求・解除を規定する現民法609条・610条の規定は削除する。

2 意見

賃貸借契約については事情変更による賃料増減額請求権を認める余地もあるが、仮に規定する場合でも、要件を明確化し、かつ、その要件の内容を厳格に絞るべきである。

3 理由

- (1) 本規定は、事情変更原則（【3.1.1.91】以下）の賃貸借契約における特則として提案されている。

この点、事情変更原則に関する一般的規定については、当該箇所において述べるとおり明文化するべきではない。もっとも、当該箇所でも述べているとおり、契約類型毎の事情に応じて個別の立法措置を講じることについては、個別の必要性・合理性が認められる限り、一律に反対するものではない。

- (2) そこで、本規定について個別の必要性・合理性が認められるか、という点について検討する。

この点、借地借家法の適用対象外となる賃貸借契約についてまで賃料増減額請求権を認める社会的必要性が存在するかという点については疑問がないではない。かかる賃貸借契約については借地契約等と異なり契約期間が短期間であることが多く、また、借地契約等のように契約更新が事実上強制されるわけでもないことから、賃料の増減額は契約更新時の交渉により解決されることが通常であり、それを超えて現時点において賃貸期間中の賃料増減額請求権まで認める社会的必要性が存在するのか疑問もあるところである。

もっとも、他方で、賃貸借契約の対象・内容は多様であるため、借地借家法の適用対象外である賃貸借契約についても賃貸期間中の賃料増減額請求権を認めることに一

定の合理性が認められるケースも想定できなくはない（例えば、賃貸期間が長期に及ぶゴルフ場敷地賃貸借契約など）。

したがって、要否についてさらに検討を深める必要はあるものの、賃貸借契約については、（事情変更一般原則とは異なり、）事情変更による賃料増減額請求権を認める余地はあると考えられる。

(3) しかしながら、仮にかかる規定が設けられるとしても、その要件については別途検討を要する。

ア まず、提案における「賃料算定の基礎となる事情の変動」という要件は、何が基礎事情に該当するのか不明確であり、過度に広く解釈されることにより賃貸借関係の安定性が阻害されることが懸念される。要件を規定する際には例示を付するなどして明確化を図る必要がある。

イ また、賃料増減額を肯定する要件の内容は、相当程度厳格に絞る必要がある。

(ア) そもそも、契約は守られるべきというのが原則である。当初契約時に設定した賃料が後日に多少不相当なものとなったとしても、それは、原則的には賃貸人ないし賃借人が契約締結時点において想定していたリスクが現実化したというに過ぎず、これが直ちに賃料増減額を認めるべき理由とはならない。賃貸期間中に賃料が不相当なものとなった場合には、更新時点において賃料を増減するか賃貸借契約を更新せずに終了させるかを賃貸人・賃借人双方が協議の上で選択して問題を解決するというのが原則形態である。

(イ) もっとも、借地・借家契約の場合には、更新が事実上強制される等して賃貸期間が非常に長期に亘ることが予定されていることから、賃貸期間中に賃料が不相当なものとなることが避けられない。また、更新が事実上強制されることから、更新時に賃貸人・賃借人が賃料増減か契約終了かを対等な立場で交渉して決めるということも期待し難い。そのため、賃貸期間中であっても賃料が「不相当」となった場合には、裁判手続を利用して賃料を適宜是正するという制度を設けることに合理性があり、それが賃貸人・賃借人間の公平に適う。

(ウ) しかし、借地借家法が適用されない賃貸借契約の場合には、賃貸期間は比較的短期間であることが多く、また、更新が事実上強制されるという事情もない以上、上記趣旨は直ちには妥当しない。そうである以上、上記同様に当初契約締結後に賃料が「不相当」となった場合に一律に賃料増減額を認めることは妥当ではない。契約は守られるべきというのが原則である以上、また、契約更新時における賃貸人・賃借人間の交渉を通じて賃料が適性化されることが期待できる以上、仮に賃貸期間中の賃料増減額請求権を認めるとしても、その要件は、例えば「当初契約締結時に予見し得なかった基礎事情の変更により賃料が『著しく不相当』になった場合」等、要件を相当程度厳格に絞る必要がある。少なくとも、要件が安易に拡大解釈されて本規定が安易に利用される余地を残す規定の仕方をするとは避ける必要がある。

【3. 2. 4. 14】（目的物の一部が利用できないことによる賃料の減額等）

NBL 323 頁

【3. 2. 4. 15】（目的物が一時的に利用できないことによる賃料の減額等）

NBL 323 頁

1 改正提案

【3. 2. 4. 14】（目的物の一部が利用できないことによる賃料の減額等）

<1>目的物の一部が利用できない場合には，利用できない部分の割合に応じて，賃料債権は生じない。

<2><1>の規定は，賃貸人の義務違反を理由とする損害賠償を請求することを妨げない。

<3>目的物の一部を利用することができない場合において，以下のいずれかに該当する場合には，賃借人は，契約の解除をすることができる。

<ア>目的物の一部を利用することができないことによって，契約の目的を達成することができない場合

<イ>目的物の一部が利用できないことを理由とする賃借人からの修繕の請求に対して，賃貸人が修繕義務を履行しないことにより，契約の目的を達成することができない場合

【3. 2. 4. 15】（目的物が一時的に利用できないことによる賃料の減額等）

<1>目的物が一時的に利用できなくなった場合には，利用できなかった当該期間については，賃料債権は生じない。

<2><1>の規定は，賃貸人の義務違反を理由とする損害賠償を請求することを妨げない。

<3>目的物を一時的に利用することができない場合において，以下のいずれかに該当する場合には，賃借人は，契約の解除をすることができる。

<ア>目的物を一時的に利用することができないことによって，契約の目的を達成することができない場合

<イ>目的物が利用できないことを理由とする賃借人からの修繕の請求に対して，賃貸人が修繕義務を履行しないことにより，契約の目的を達成することができない場合

2 意見

上記両提案<3>によると，賃借人による解除要件（契約の目的を達成することができない場合）が，賃貸人による解除要件（重大な不履行があった場合）よりも狭くなってしまい，賃貸人・賃借人間で不均衡を生じる。賃借人からの解除要件に関し，その表現を慎重に検討するべきである（仮に，解除の一般規定により賃借人が解除することも可能であるために不均衡は生じないというのであれば，その旨を明確にするべきである。）。

3 理由

解除の一般規定である「重大な不履行」概念について、本提案（NBL 145頁）では、相手方が契約に対する正当な期待を失った場合をいうとしつつ、重大な不履行の一般的判断基準を「契約の目的を達し得ない場合」より広い定式を取ったとし、具体例として賃料不払い解除に関する信頼関係破壊の裁判例を挙げている。したがって、〈3〉の賃借人からの解除事由である「契約の目的を達し得ない場合」は「重大な不履行」よりも狭い概念となる。

そうすると、例えば、賃借人による賃料滞納を理由として賃貸人が契約を解除するに際しては、上記のとおりより広い概念である「重大な不履行」に該当すれば足りるのに対し、反対に、例えば、賃貸人が目的物の使用収益を可能ならしめないがために賃借人が契約を解除しようとする際には、より狭い概念である「契約の目的を達し得ない場合」という要件を満たさなければならないことになり、解除要件に関して賃貸人・賃借人間で不均衡を生じる。

したがって、賃借人からの解除要件である「契約の目的を達し得ない場合」という文言について、さらに慎重な検討が必要であると考ええる。

もっとも、賃貸人に債務不履行が存する場合には当該規定とともに解除の一般原則も適用され、賃借人は同一般原則により解除することも可能というのであれば、上記解除要件に関する不均衡の問題は解消されるといえる。

しかし、仮にそうであるとすれば、無用な紛争を避けるため、賃貸人債務不履行の場合には解除の一般原則も併せて適用される旨を明確化しておくことが必要と考える。

第5節 賃貸借の終了

【3.2.4.27】（損害賠償請求権についての期間の制限） NBL 329 頁

1 改正提案

【3.2.4.27】（損害賠償請求権についての期間の制限）

〔甲案〕〈1〉契約またはその目的物の性質によって定まった用法に反する使用または収益によって目的物に生じた損傷等が目的物の返還時になお残っていた場合には、それに関する賠償請求権については、目的物が返還された時から、〔1年〕を経過するまで、債権時効期間は満了しない。

〈2〉賃貸人が、目的物の返還後に、目的物に生じた損傷等を知った場合には、それに関する賠償請求権については、【3.1.3.44】〈1〉の期間は、目的物が返還された時から起算し、【3.1.3.44】〈2〉の期間は、目的物の損傷を知った時から起算する。

〔乙案〕損害賠償請求権の期間制限について、〔甲案〕によって規定される債権時効

についての規律に加えて、以下の規定を置く。

〈3〉賃貸人が、目的物の返還を受けた際、または返還後に目的物に損傷等があることを知ったときは、契約の性質に従い合理的な期間内に、その損傷等の存在を賃借人に通知しなければならない。

〈4〉〈3〉の場合において、賃貸人が事業者である場合には、賃貸人は、目的物に損傷等があることを知り、または知ることができた時から契約の性質に従い合理的な期間内に、その損傷等の存在を賃借人に通知しなければならない。

〈5〉賃貸人が、〈3〉〈4〉の通知をしなかったときは、その損傷等を理由とする救済手段を行使することができない。ただし、〈3〉〈4〉に定められた期間内に通知をしなかったことが、賃貸人にとってやむを得ない事由に基づくものであるときは、この限りでない。

〈6〉賃借人が目的物の損傷等を知っていたときは、〈3〉〈4〉〈5〉の規定を適用しない。

*貸主が事業者であり、その事業の範囲内で目的物を賃貸した場合に限って、〔乙案〕の〈4〉〈5〉〈6〉を残すという見解もある。

2 意見

乙案〈3〉〈5〉について、個人の賃貸人にまで通知義務・失権効を課すのは行き過ぎである。また〈5〉について、事業者の賃貸人に対して失権効を課すことも行き過ぎである（甲案が妥当）。

3 理由

乙案は、賃貸人に損傷等の存在に関する通知義務を課し〈3〉、事業者ならこれを知りうべき場合にも通知義務を課し〈4〉、通知義務懈怠に失権効を定め〈5〉、賃借人悪意なら不適用とするものであり、不完全履行型の損害賠償の期間制限につき、他の典型契約に置いておくことが計画されている準則と整合させる趣旨とされる。

しかし、目的物を損傷させた賃借人がその損害を賠償等することは当然であり、これが議論の出発点である。賃貸人に一定の協力義務を課すとしても、これが過度の負担となるようなものであってはならない。

賃貸人が個人の場合、通知義務を課すこと自体が過度の負担となり得るのであって、目的物を損傷させた賃借人との関係でかかる義務を課すことは公平を欠く。例えば、転勤に伴い自己所有家屋を他人に賃貸している場合、賃借人が退去した後に新たな賃借人を直ちに募集するのであれば、退去後直ちに詳細に損傷等をチェックすることさえも期待し難い。このような場合に目的物を損傷等させた賃借人との関係において賃貸人に通知義務を課すことは公平とは言えない。これに加えて、賃貸人が通知義務を懈怠した場合に失権効まで認めるべきではないことはなおさらのことである。かかる賃借人との関係において、通知義務を懈怠した賃貸人がなぜに救済手段を全て失うことにならな

ればならないのか、合理的説明は全くなされていない（他の典型契約に置いておくことが計画されている準則と整合させるというだけでは十分な理由とはなり得ない。）。

また、賃貸人が事業者の場合で、事業として賃貸業を営んでいるケースであれば、賃借人の退去に際して損傷等をチェックすることが通常であろうから、かかる場合に限定すれば賃貸人に通知義務を課すことは過度の負担とまでは言えないであろう。しかし、この場合でも通知義務を懈怠した賃貸人に失権効まで認めることは行き過ぎである。目的物を損傷等した賃借人との関係において、通知義務を合理的期間内に履行しなかったからといって、それゆえに救済手段を全て剥奪することが公平上正当化されるとは到底考えられない。仮に、悪意で賃借人の退去後相当期間が経過した後に損害賠償を求める等の悪質な賃貸人が現れた場合には、権利濫用法理等をもって個別に対処すれば足りる。

第5章 使用貸借

第1節 使用貸借の意義と成立

【3.2.5.01】（使用貸借の定義） NBL 332 頁

1 改正提案

【3.2.5.01】（使用貸借の定義）

使用貸借は、当事者の一方（貸主）が、ある物（目的物）を契約の相手方（借主）が無償で使用収益するために、その目的物を引き渡す義務を負い、借主が、使用貸借の終了により、引き渡された目的物を返還する義務を負う契約である。

2 意見

諾成的合意による契約の成立を基本原則とすることについては、慎重な検討を要する。

3 理由

本提案は、使用貸借について要物性を排除し、諾成的合意による契約の成立を原則とすることを提案する。

しかし、要物契約とされる現行法をあえて変更するだけの必要性があるのか疑問である。単に、他の契約類型とのバランスということだけでは変更の理由として十分とは思えない。

また、諾成的合意により使用貸借が成立するとすると、借主は貸主に対して目的物の引渡を求めることができるようになるが、無償契約の貸主に引渡義務を課し、その履行強制まで可能とすることが妥当といえるかは疑問であるし、【3.2.5.02】の引渡前解除権を認めるのであれば、貸主に引渡義務を課すことに意味はない。

たとえば、赴任先で1年間は無償で住宅を提供するという約束があり、実際に赴任し

たところ利用できなかったというのでは不都合であり、こういった約束（合意）を保護するためにも諾成的合意で使用貸借が成立する必要があるとするようである。しかし、貸主に引渡前解除権を認めることからすれば、かかる場合には、貸主が引渡前解除権を行使すれば、借主の期待は保護されないのであり、かかる借主の期待の保護は、諾成的合意により契約の成立を認めるよりも、むしろ予約を認めることで実現できる（もっとも上記の例の場合、借主が赴任先に赴き、引渡しを求めるなどすれば貸主は引渡前解除権は行使できないとするのであれば諾成的合意により借主の期待を保護することは可能となるが、本提案では引渡前解除権行使の時的限界が規定されていないため、予約により保護される以上の保護となるのか不明である。）。

第2節 使用貸借の効力

【3.2.5.05】（目的物についての貸主の責任） NBL 334 頁

1 改正提案

【3.2.5.05】（目的物についての貸主の責任）

〔甲案〕<1>引き渡された使用貸借の目的物が通常の使用収益に適さないものであっても、貸主は、その責任を負わない。

<2><1>にかかわらず、目的物に、【3.1.1.05】にいう〕瑕疵があった場合には、借主は、貸主に対し、瑕疵のない物の履行（代物請求、修補請求等による追完請求）を請求できる。ただし、瑕疵のない物の履行をすることが使用貸借契約に照らして貸主に合理的に期待できないときは、この限りでない。

<3> 【3.2.1.17】<ア>ないし<ウ>は、<2>本文の場合にこれを準用する。

〔乙案〕引き渡された使用貸借の目的物が通常の使用収益に適さないものであっても、貸主は、その責任を負わない。ただし、当事者の合意または当該使用貸借の趣旨から、貸主が、一定の品質または性能を有する目的物を引き渡すべき債務を負担するものと解されるときは、借主は、瑕疵のない物の履行（代物請求、修補請求等による追完請求）を請求することができる。

2 意見

貸主に対する瑕疵のない物の履行請求権を借主に認める場合の規律としては、乙案によるべきである。

甲案<2>は贈与に関する【3.2.3.11】と同内容の規律であるが、<1>で貸主が責任を負わないにもかかわらず、原則的に瑕疵のない物の履行を請求できるとすることは相当ではない。

3 理由

- (1) 甲案<1>および乙案本文は、現民法596条（551条1項を準用）を実質的に変更するものではなく、異論はない。
- (2) しかし、甲案は、<1>において貸主が目的物が通常の使用収益に適さなかったとしても責任を負わない、すなわち、貸主は目的物の瑕疵について責任を負わないとしたうえで、<2>において、借主は原則的に瑕疵のない物の履行を請求できるとするが、かかる規律が<1>と整合するのか甚だ疑問である。

【3.2.5.06】（負担付使用貸借における貸主の責任） NBL 335 頁

1 改正提案

【3.2.5.06】（負担付使用貸借における貸主の責任）

〔甲案〕<1>負担付使用貸借において、引き渡された目的物に瑕疵があることにより、借主の負担の価額がその目的物の利用によって借主が受ける利用の価額を超える場合、借主は、貸主に対し、目的物の利用によって受ける利益の価額まで負担を縮減することを請求できる。

<2><1>の規定は、借主が他の救済手段を行使することを妨げない。

〔乙案〕負担付使用貸借については、貸主は、その負担の限度において、借主に目的物を使用収益させる義務を負う。この場合においては、その負担の限度で、賃貸借の規定が準用される。

2 意見

甲案によるべきであり、乙案は採用すべきでない。

3 理由

負担付使用貸借における負担と目的物の使用収益には必ずしも対価関係があるとは言えない。それにもかかわらず、負担の限度とはいえ、対価関係の存在を前提とする賃貸借の規定を準用する乙案は性格の異なる規定を準用するもので妥当ではない。

借主に、目的物利用によって受ける利益の範囲まで負担の縮減請求権を認めることにより貸主、借主間の利益の調整を図る甲案を採用すべきである。

第6章 消費貸借

第1節 消費貸借の意義と成立

【3.2.6.01】（消費貸借の定義） NBL 339 頁

【3.2.6.03】（〔無利息〕消費貸借の引渡前解除権） NBL 340 頁

1 改正提案

【3.2.6.01】（消費貸借の定義）

消費貸借とは、当事者の一方（貸主）が、相手方（借主）に、金銭その他の物を引き渡す義務を負い、借主が、引渡しを受けた物と種類、品質および数量の同じ物をもって返還する義務を負う契約である。

【3.2.6.03】（〔無利息〕消費貸借の引渡前解除権）

〔甲案〕無利息消費貸借においては、貸主が消費貸借の目的物を借主に引き渡すまでは、各当事者は消費貸借を解除することができる。ただし、消費貸借の成立が書面（電磁的記録を除く）による場合には、この限りではない。

〔乙案〕<1>無利息消費貸借においては、貸主が消費貸借の目的物を借主に引き渡すまでは、各当事者は消費貸借を解除することができる。ただし、消費貸借の成立が書面（電磁的記録を除く）による場合には、この限りではない。

<2>貸主が事業者であり借主が消費者である場合には、利息の有無を問わず、また、消費貸借の成立が書面による場合であっても、貸主が消費貸借の目的物を借主に引き渡すまでは、借主は、消費貸借を解除することができる。この借主からの引渡前解除権を排除する特約は無効である。

2 意見

要物契約を不採用とし、諾成的消費貸借をデフォルト（当事者間で特段の合意がない場合に適用される規律の意味に用いる）とすること自体については、反対しない。

しかし、諾成的消費貸借をデフォルトとすることによる弊害を防止する方途としては、【3.2.6.03】で示された引渡前解除権についての本提案では不十分であり、引渡前解除権の規律については、乙案を次のとおり修正すべきである。

記

<1>無利息消費貸借においては、貸主が消費貸借の目的物を借主に引き渡すまでは、各当事者は消費貸借を解除することができる。ただし、消費貸借の成立が書面（電磁的記録を除く）による場合にはこの限りではない。

<2>貸主が事業者である場合には、利息の有無を問わず、また、消費貸借の成立が書面による場合であっても、貸主が消費貸借の目的物を借主に引き渡すまでは、借主は、消費貸借を解除することができる。この借主からの引渡前解除権を排除する特約は無効である。ただし、特定融資枠契約に関する法律が適用される借主については、この限りでない。

3 理由

(1) 諾成的消費貸借をデフォルトとすることによる法律問題の検討

【3.2.6.01】の提案は、現行法の消費貸借の要物契約性を不採用とし、利息付、無利息を問わず、諾成的合意に基づく消費貸借の成立を認めるものである。

本提案は、物の引渡前に法律行為としての効力を認め、貸主に貸す債務を負わせるとともに、借主には、借りる義務を負わせることになる（【3.1.1.89】（受領強制）NBL 153頁の提案参照）。従来、こうした法律関係については、必ずしも十分に議論がなされていたものではないため、どのような問題が生じるのか、既存の法律問題についてどのような影響があるのかを今後検討する必要があると思われる。

(2) 当座貸越契約との関係

そうした問題の一つとして当座貸越契約がある。現在、金融機関側は、当座貸越について貸す債務を負担していないとの認識で運用しているようである。それは、多分に、現行法が、消費貸借に要物性を要求しているためと思われる。

そうすると、本提案のように、諾成的合意により、消費貸借が成立することがデフォルトとして、認められるようになると、既存の当座貸越契約の解釈に影響を与えることは必至であると思われる。

そうして、貸す債務の有無について、金融機関側と契約者間において、法的紛争が多発することが懸念される。

(3) 引渡請求権の譲渡

次に、諾成的消費貸借を認めると、物の引渡前に、借主は、貸主に対し、引渡請求権を有していると思われるが、引渡請求権も、債権であり、債権譲渡の対象になるのではないかと思われる。これに対し、借主の弁済義務は、引渡を前提としているので、引渡請求権と弁済義務は一体としてしか譲渡できないいわば契約上の地位の譲渡とも考えられる。しかし、賃貸人の賃料債権譲渡では、賃料債権を譲渡した後も、賃貸人は、賃借人に対し、使用収益させる義務、修繕義務などの義務を負い、権利者と義務者が別々になることはあり得ることである。そうすると、諾成的消費貸借の借主の場合、引渡請求権を第三者に譲渡しても、貸主に対する弁済義務は借主に残すことは可能であり、残した場合、貸主としては、弁済義務者が変わらない以上、引渡請求権の譲渡を拒絶する理由がない。このように、引渡請求権の債権譲渡という法律構成は可能である。このような法律関係から生じる問題を今後検討する必要がある。

(4) 貸す債務の不履行

本提案は、諾成的消費貸借を認めることから、改めて、貸す債務についての法律問題を正面から検討する必要がある。

貸す債務について、法律上特に問題となるのは、貸す債務の不履行である。

貸す債務の不履行については、実務上、金銭消費貸借の貸す債務の不履行が問題となることが多いと思われるが、その場合、貸す債務は、金銭債務として、現行法であれば、

遅延利息だけが問題となる（現民法419条）。しかし、本提案では、金銭債務の不履行につき、利息超過損害も請求しうることとしているので（【3.1.1.72】（金銭債務の特則）NBL 142頁）、貸す債務の不履行に基づく損害賠償については、現行法で想定しなかった過大な負担を貸主に負わせる可能性がある。こうした貸主側の貸す債務の負担については、本提案においても、当事者に引渡前解除権を認めることにより一定の配慮がなされている（【3.2.6.03】）。しかし、引渡前解除権が認められるのは、無利息消費貸借だけであり、実務の大半を占める利息付き消費貸借においては、引渡前解除権は、認められず、問題が残る（ただし、この問題は、【3.1.1.72】（金銭債務の特則）の改正提案に起因する。）。

(5) 問題の顕在化

現行法は、消費貸借は要物契約とされているが、諾成的消費貸借を否定する趣旨ではなく、いわば無名契約として効力が承認されていたとすると、上記のような問題は、現行法上も、元々存在しており、それが、本提案によって、顕在化したものと評価できる。

そうすると、こうした問題が要物契約の不採用という改正提案によって生じたとまでは言えないから、要物契約を不採用とする提案そのものに反対する理由はないと考える。

(6) 不要な借入の強要と引渡前解除権

ただし、貸す債務の表裏として、借主側が、借りるべきことを強制されることとなる（【3.1.1.89】（受領強制）NBL 153頁の提案参照）ことから生じる次の問題については、要物契約の不採用により、従来からあった問題が顕在化したに過ぎないとして何らの手当をすることなく放置することは適切でない。

すなわち、中小零細事業者が、将来の資金需要のため、事前に、諾成的合意により利息付き金銭消費貸借を成立させた後、実際の借入時期までに、資金手当が付いて、借入の必要がなくなったとしても、中小零細事業者は、引渡前解除権を行使できず、借入を強要される立場になる。この点、消費貸借においては、借主は、いつでも、返還できるとされるが（【3.2.6.11】）、返還時期の定められている場合は、貸主に生じる損害を賠償をしなければならず、この損害としては、返済時期までの約定金利相当額が考えられるので、結局、中小零細事業者は、必要のない金銭を借り入れて、不要な約定金利の負担をさせられるという弊害が予想されるのである。このようないわば押し貸しのような弊害は、もともと潜在的にあった問題であるとして放置しておくことは、適切ではない。

この点、本提案は、【3.2.6.03】〔甲案〕で引渡前解除権を認めているが、利息付消費貸借については引渡前解除権が認められず、その弊害が防止できない。

これに対し、【3.2.6.03】〔乙案〕においては、事業者貸主、消費者借主の類型に限り、引渡前解除権を認める提案をしている。乙案は、消費者保護に資する点で、甲案よりも評価できるが、上記の中小零細事業者の救済は困難である。

金銭消費貸借においては、消費者のみならず、中小零細事業者の救済も考慮すべき

ことからすれば、借主が中小零細事業者の場合にも引渡前解除権を認める規律とすべきである。

ただし、事業者借主のうち、特定融資枠契約に関する法律が適用される借主については、引渡前解除権を認めて保護する必要性はないと考えられる。

したがって、引渡前解除権については、乙案を修正し、次のような規律にすべきと考える。

記

<1>無利息消費貸借においては、貸主が消費貸借の目的物を借主に引き渡すまでは、各当事者は消費貸借を解除することができる。ただし、消費貸借の成立が書面（電磁的記録を除く）による場合にはこの限りではない。

<2>貸主が事業者である場合には、利息の有無を問わず、また、消費貸借の成立が書面による場合であっても、貸主が消費貸借の目的物を借主に引き渡すまでは、借主は、消費貸借を解除することができる。この借主からの引渡前解除権を排除する特約は無効である。ただし、特定融資枠契約に関する法律が適用される借主については、この限りでない。

第3節 抗弁の接続

【3.2.6.D】（抗弁の接続に関する基本方針） NBL 344 頁

【3.2.6.10】（抗弁の接続の要件） NBL 344 頁

1 改正提案

【3.2.6.D】（抗弁の接続に関する基本方針）

第三者型与信契約における抗弁の接続に関して、

〔甲案〕消費貸借の中に規定を置く。

〔乙案〕規定を置かない。

【3.2.6.10】（抗弁の接続の要件）

消費者が、事業者（以下、「供給者」という。）との間で、物品もしくは権利を購入する契約または有償で役務の提供を受ける契約（以下、「供給契約」という。）を締結し、供給者とは異なる事業者たる第三者（貸主）と消費貸借契約を締結する場合において、供給契約と消費貸借契約が〔経済的に〕一体のものとしてなされ、かつ、あらかじめ供給者と貸主との間に、供給契約と消費貸借契約を一体としてなすことについての合意が存在した場合には、購入者等は、供給者に対して生じている事由をもって、貸主に對抗することができる。

2 意見

- (1) 【3.2.6.D】の提案につき、甲案と乙案の選択であれば、甲案に賛成であるが、抗弁の接続の規定が、第三者与信型契約に広く適用できるよう、さらに、検討すべきである。
- (2) 【3.2.6.10】の提案につき、抗弁の接続の要件のうち「あらかじめ供給者と貸主との間に、供給契約と消費貸借契約を一体としてなすことについての合意が存在した場合」の要件を、削除すべきである。

3 理由

- (1) 抗弁の接続の規定を消費貸借の中に置くこと

【3.2.6.D】(甲案)は、割賦販売法上の抗弁の接続の規定を私法の一般法である民法に置こうとするものであり、消費者保護の観点からは、極めて歓迎すべきことであり、賛成である。

ただし、抗弁の接続の規定を消費貸借の中に置くことを提案しており、抗弁の接続の規定が適用される契約類型として明示されているのが消費貸借のみとなっている点は、残念なところである。

第三者与信型契約は、法的な形式として非常に多様であり、それを適切な形で示すことができなかつたとのことであるが、抗弁接続の規定の適用範囲を拡大できるよう、今後さらに検討すべきである。

- (2) 抗弁の接続の要件

【3.2.6.10】の提案は、抗弁の接続を認める要件として以下の要件をあげている。

- ① 消費者と事業者間の契約であること
- ② 供給契約と消費貸借契約の〔経済的〕一体性
- ③ 両者を一体としてなすことについての供給者と貸主との合意

このうち、①については異論はない。

次に②③についてであるが、抗弁の接続の要件として、従来の裁判例等においては、「与信契約と売買契約との一体性」「供給者と与信者との一体的関係」といったことが挙げられており、「供給契約と与信契約の一体性」といった契約に関する要件のみを挙げるという考えもあるが、基準として漠然としているだけでなく、供給者と貸主にとって全く意図しないような経済的一体性といったものによって、抗弁の接続が認められる可能性があり、貸主に供給契約に関する一定のリスクを負担させるということを正当化させるためには、単に、契約が一体的なものとして評価されるだけでは足りず、供給者と貸主との間に一定の一体的関係が存在するということが不可欠であるとの考えに基づき、本提案の内容とされたようである(民法(債権法)改正検討委員会第19回全体会議参考資料)。

理論的には、債権の相対性から、抗弁の接続という現象は、あくまで例外的なもので

あり、その例外的現象を法的に正当化するために、一定の意思的要素を通じて正当化する必要があるとの考えが示唆されている。

しかし、供給者と貸主との合意は、現在の割賦販売法の解釈では、要件とされていない。また、現実の訴訟においては、供給者と信販会社における加盟店契約のような合意が供給者・貸主間に存在していない場合もあり、合意があっても、供給者と貸主との合意を消費者が立証することはなかなか容易ではない。そうすると、③の合意を要件とすることは、かえって消費者保護を後退させるものであり、不要というべきである。

この点、抗弁の接続が理論的に債権の相対性に対する例外的なものであるから、一定の意思的要素により正当化する必要があるとする点については、なるほど説得力のある理由ではあるが、意思的要素といっても供給者と貸主との間に意思の連絡（合意）まで要求する必要はなく、貸主に供給契約と消費貸借契約間に〔経済的〕一体性のあることの認識があれば意思的要素として十分と思われる。かかる貸主の意思的要素は、②の供給契約と消費貸借契約の〔経済的〕一体性判断において判断されるとすればよい。

以上から、抗弁接続の要件として③の要件を削除すべきである。

第7章 ファイナンス・リース

【第7章 前注】（ファイナンス・リース） NBL 347 頁

1 改正提案

【第7章 前注】（ファイナンス・リース）

要旨、ファイナンス・リースの取引形態としての重要性と貸借や消費貸借に解消されない契約としての独自性を理由に典型契約としての規定を提案する。

2 意見

ファイナンス・リースを典型契約として民法典に規定することは相当ではない。

仮にファイナンス・リースを立法により規律するのであれば、利息制限法の適用の拡張や割賦販売法等の潜脱の防止に配慮したうえで、商法ないしは単行法において（あるいは業法規制とともに）規律すべきである。

3 理由

本提案が指摘するとおり、ファイナンス・リースが現代社会において重要な取引形態の1つとなっていることや、既存の典型契約では説明しきれない側面を有している反面で、これを正面から規律する実体法が存在しておらず、立法的な解決が望まれることを否定するものではない。

しかしながら、かかる認識に立ったとしても、なお、ファイナンス・リースを民法の

典型契約の1つとして民法典中に規定することは、以下の点から疑問である。

- (1) ファイナンス・リースが現代社会において重要な取引形態となっていることは否定できないが、ファイナンス・リースが利用されているのは、その大部分が企業間あるいは企業と事業者間に限られている。その意味で広く社会一般において利用されている取引形態といえるかという点で疑問が残る。

この点は、市民社会における一般法としての民法の規律対象をどう考えるのかという問題と密接にかかわる問題であるが、既存の典型契約は、基本的にはあらゆる市民が契約当事者となることを想定しているものと解され、その点でファイナンス・リースは異質と考えられる。

- (2) (1)にも関連するが、ファイナンス・リースにおけるリース提供者となれる者としては、その債務の性格上一定規模の企業であることが想定されており、個人（消費者）や中小零細の事業者がリース提供者になることは想定されていない。その意味で契約当事者に互換性が存しない。

既存の典型契約には契約当事者の資格に互換性がないものは存在せず、この点でも民法の典型契約としては異質であると言わざるをえない。

むしろ、商法や信託法、保険法のような単行法による規律になじむものである。

- (3) また、ファイナンス・リースが現代社会において重要な取引形態となっているとしても、信託、保険、クレジットといった契約類型ほどに一般化しているとは言い難い。それにもかかわらず、信託、保険、クレジット契約等を民法典に規定しないまま、ファイナンス・リースのみを民法典で規定することは契約類型間のバランスを欠く。
- (4) さらに、これまでにファイナンス・リースが利息制限法や割賦販売法等による規制を実質的に潜脱するために利用されたと思われるケース（たとえば、利息制限法の制限利率を大幅に超える割合による規定損害金条項を持つファイナンス・リース契約を利用した実質的な信用供与や提携リースの形式をとった実質的なクレジット契約（割賦購入あっせん）など）も存在しており、したがって、ファイナンス・リースを実体法として規律し、立法的な解決を図るにあたっては、単に解決指針となる程度の基本形のみを規定するのではなく、こういった他の法律の潜脱とならないための手当が不可欠である。
- (5) 以上より、ファイナンス・リースを立法により規律するにあたっては、多様な形態を規律するとともに、関係する法律との調整を図る必要があり、単に基本型のみを民法典に規定することは相当ではない。

第1節 ファイナンス・リースの意義と成立

【3.2.7.01】（ファイナンス・リースの定義） NBL 350 頁

1 改正提案

【3.2.7.01】（ファイナンス・リースの定義）

ファイナンス・リースは、リース提供者が、ある物（以下、「目的物」という。）の所有権を第三者（以下、「供給者」という。）から取得し、目的物を利用者に引き渡し、利用者がその物を一定期間（以下、「リース期間」という。）利用することを忍容する義務を負い、利用者が、その調達費用等を元に計算された特定の金額（以下、「リース料」という。）を、当該リース期間中に分割した金額（以下、「各期リース料」という。）によって支払う義務を負う契約をいう。

2 意見

ファイナンス・リースの定義を【3.2.7.01】とすることについては、なお慎重な検討を要する。

3 理由

- (1) 本提案の定義規定と企業会計基準が定める定義との内容が異なる点で問題である。

平成19年3月30日の企業会計基準委員会による企業会計基準第13号「リース取引に関する会計基準」（以下、「会計基準」という。）はファイナンス・リースを次のとおり定義する。

「ファイナンス・リース取引とは、リース契約に基づくリース期間の中途において当該契約を解除することができないリース取引またはこれに準ずるリース取引で、借手が、当該契約に基づき使用する物件（リース物件）からもたらされる経済的利益を実質的に享受することができ、かつ、当該リース物件の使用に伴って生じるコストを実質的に負担することとなるリース取引をいう」

そして、かかる定義を前提に、ファイナンス・リースの要件を①フルペイアウトおよび②中途解約の禁止とする。しかし、本提案はフルペイアウトを前提としていない。

同じ用語が法律と会計基準で異った意味で用いられることは社会的に混乱を生ぜしめるおそれがあり決して妥当とは思われない。

- (2) また、本提案はフルペイアウト以外のリースや利用者による目的物の利用に主眼を置くいわゆるオペレーティング・リースをも対象とするようであるが、これらは、学説上でもファイナンス・リースとは異なるリースであると理解されており、本提案はこれまでの学説の理解にも整合しないものである。
- (3) さらに、本提案はリース提供者が、供給者から目的物を取得して利用者に引き渡すという形態を想定しているが、この想定は妥当であるか疑問が残る。

提案は、典型契約化の理由として、現代社会における重要性をあげるが、これを典型契約化の理由とするのであれば、社会での実態に即した契約内容を基本とすべきと思われるが、上記定義は実態に適合しているのか疑問が残る。

提案の定義からは、リース提供者が自ら供給者を選択したうえで、ファイナンス・リ

ース契約に定めた目的物の所有権を取得して利用者に引渡す契約であると解釈する余地があるが、これがファイナンス・リースの実態に適合しているのか疑問である。

学説等においては、利用者が特定の販売店（供給者）との間で目的物の種類、仕様、数量、納期、価格などについて交渉を行い、これを決定することがファイナンス・リースの前提とされている。

すなわち、ファイナンス・リースにおいては利用者が目的物と供給者を決定することが前提とされている。

しかるに、提案の定義規定には、利用者による目的物と供給者の決定が盛り込まれていない。

仮に、ファイナンス・リースを典型契約として規定するのであれば、これらの点はその定義規定に盛り込むのが妥当である。

第2節 ファイナンス・リースの効力

【3.2.7.07】（目的物の瑕疵についての責任） NBL 353 頁

1 改正提案

【3.2.7.07】（目的物の瑕疵についての責任）

〈1〉【3.2.7.02】によりリース期間が開始した目的物に瑕疵があった場合に、リース提供者は、利用者に対して、これについての責任を負わないものとする。

〈2〉リース提供者が、〈1〉に規定した目的物の瑕疵に関して供給者に対して有する権利（解除権を除く）は、利用者の請求によって、利用者に移転する。

〈3〉〈2〉の規定におけるリース提供者の供給者に対する権利について、目的物の決定が利用者と供給者間でなされた場合においては、リース提供者に代えて利用者と供給者との間で売買契約があったものとして、【3.2.1.18】、【3.2.1.19】の規定が適用される。

〈4〉利用者が消費者であるときに、リース提供者が供給者との間で供給者の責任を減免する特約を結んだ場合には、リース提供者が消費者であったとすれば、[消費者契約法8条および10条]の規定によって当該免責特約が無効とされる範囲で、リース提供者は、利用者に対して、その責任を負担する。

〈5〉利用者が消費者である場合には、〈2〉〈3〉〈4〉の規定に反して利用者にとって不利な特約は無効とする。

2 意見

改正提案の定義規定【3.2.7.01】を前提とする限り、リース期間の開始をもってリース提供者の責任を排除する〈1〉および〈2〉は、利用者の利益保護に欠けるもので削除すべきである。

3 理由

(1) リース期間開始後のリース提供者の責任

提案は、実務で用いられているファイナンス・リース契約書の多くに、リース提供者の担保責任の排除規定があることを根拠に<1>のとおりリース提供者の責任を否定する。

しかし、現在の実務で用いられているファイナンス・リース契約書は、リース会社が作成したものであり、こういう契約書に盛り込まれているからという理由だけで<1>を典型契約の規律とすることは妥当とは言えない。

ファイナンス・リースを信用供与と位置付けるのであれば、信用を供与するにすぎないリース提供者の責任を否定することも理解できないわけではないが、そのように構成しない提案においても、リース期間開始後のリース提供者の責任を否定することは利用者保護に著しく欠けることになり、妥当でない。

提案は、<2>により、リース提供者の供給者に対する権利が移転するのであるから、利用者保護に欠けることはないとの考えに基づいているもののようであるが、利用者保護のためには、リース提供者の責任も残したうえで、供給者に対する権利が移転する(直接請求権的なもの)と併存させる方が好ましいと思われる。

(2) そもそも、現在の実務で利用されているファイナンス・リース契約書において提案<1>のようなリース提供者の担保責任を排除することが正当化される根拠は、目的物と供給者の決定を利用者が行うことにある。

しかるに、提案の定義規定はこの点が欠落しているのであるから、これを前提とする限り、リース提供者の担保責任排除を正当化する根拠を欠いている。

第8章 役務提供

第2節 役務提供と報酬請求

【3.2.8.09】(役務提供が不可能な場合における具体的報酬請求権) NBL 360 頁

1 改正提案

【3.2.8.09】(役務提供が不可能な場合における具体的報酬請求権)

<1>役務受領者に生じた事由によって、役務提供者がその役務を提供することが不可能となったときは、役務提供者は、既に行った役務提供の履行の割合に応じた報酬およびその中に含まれていない費用を請求することができる。

<2>役務受領者の義務違反によって役務を提供することが不可能となったときは、役務提供者は、約定の報酬から自己の債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができる。この場合における約定の報酬は、【3.2.8.10】<1>によって役務受領者が契約を解除することができる場合には、役務提供者が解除によって生じた損害の賠償として【3.2.8.10】<2>によって請求することができる額を考慮

して算定される。

2 意見

- (1) 履行割合型の報酬支払の役務提供契約で、任意解除権がある場合については、履行割合に応じた報酬を請求できるのみで、約定の報酬は請求できないこととなるが、約定の報酬請求を全く認めないことでよいのか、検討を要する（【3.2.8.10】参照）。
- (2) 「役務受領者に生じた事由」が意味するものおよび「役務受領者の義務違反」がいかなる義務違反を想定するものであるかが不明確である。

特に、「役務受領者の義務違反」は、現民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」に代わる概念で、成果完成型、履行割合型を問わず、約定報酬請求の要件となる重要な概念である。

「債権者の責めに帰すべき事由」の解釈を巡っては、対価危険の公平な負担が図られるよう、議論が積み重ねられてきたが、これに代わる要件を設定するのであれば、これまでの議論を踏まえた対価危険の公平な負担が図られるような必要十分な要件として定立されるよう、議論を尽くす必要がある。

また、これに代わる要件を適切に設定できないのであれば、「債権者の責めに帰すべき事由」の要件を存置すべきである。

- (3) 近時、現民法536条1項および2項の要件事実とその立証責任という視点から、本提案の規律構造に潜む重要な問題を提起した裁判例が現れている。
そもそも本提案のような規律構造を採るべきか否かについても、十分な議論を尽くす必要があると思われる。

3 理由（意見(2)について）

- (1) 「役務受領者に生じた事由」という概念の不明確さについて

文言からすると、履行不能の原因が債権者の支配領域にあるが、履行不能が債権者の責任によるものであるとまでは評価できない場合を指しているかのようにも思われる。しかしながら、検討過程において、森田委員が、「役務受領者に生じた事由」というと、領域説的なものを想起させるから適当でないというとか、そういった議論はさまざまありましたが、それでは具体的にどう書いたらよいかについては、なお詰める必要があって、よいアイデアが確定しているわけではない旨述べていることからすれば（第7回全体会議議事録52頁）、本提案は、「役務受領者に生じた事由」について、領域説的思考を採用していないように思われる。この点で、「役務受領者に生じた事由」が意味するところが明確性を欠くと言わざるを得ない。なお、「役務受領者に生じた事由」という文言からは、領域説的なものを想起せざるを得ないため、このような要件の設定の仕方をした場合には、履行不能の原因が債権者の支配領域にあるが、履行不能が債権者の責任によるものであるとまでは評価できない場合であると解釈される可能性があ

る。そうすると、この場合には約定報酬を請求できないという結論となるが、このような帰結が妥当なのかについても、十分に議論をする必要がある。

(2) 「役務受領者の義務違反」という概念の不明確さについて

ア 委員会は、本提案について、「役務提供が不可能になった場合において、役務提供者の具体的報酬請求権が認められる場合の要件および効果を定めるものであり、現民法536条2項に定める「債権者の責めに帰すべき事由」による履行不能に関する規律を、役務提供契約に即して、要件およびその効果を具体化したもの」としており（NBL 361頁）、現民法536条2項の解釈に変更を加えるものではないと考えているようである。

しかしながら、委員会が現民法536条2項の解釈をどのように考えているのか不明であるため、「役務受領者の義務違反」がどのような場合のことを指すのかが、明らかではない。そこで、委員会の議論の経緯を参照しながら、以下で検討する。

イ(ア) この点、【3.1.1.86】と平仄を合わせるとすれば、【3.1.1.88】の「債権者が受領義務その他信義に従い誠実に行動する義務を負う場合において、債権者がこの義務に違反したとき」のことを指すとも考えられる。しかしながら、委員会（第4準備会）は、「（役務受領者の受領遅滞に基づく損害賠償請求という構成が考えられるが、）受領遅滞を要件とすると、履行の提供が要件となるから、判例理論に比べて報酬請求が認められる場合が狭すぎるという難点がある。」としており（第4回全体会議資料37頁）、受領遅滞よりも狭い受領義務違反を想定しているとは考えにくい。

イ(イ) また、役務受領者の協力義務違反とする考え方もありうる。しかしながら、委員会（第4準備会）は、「役務受領者の協力義務違反に基づく損害賠償請求という構成が考えられるが、債権者に当然に協力義務が認められるわけではないとすると、判例理論に比べて報酬請求が認められる場合が狭くならないかが問題となる。」としているうえ（第4回全体会議資料37頁）、検討過程において「役務受領者の協力義務違反」とされていたものが（第7回全体会議資料8頁のIV-5-8②）、本提案では「役務受領者の義務違反」とされたことからすれば、このような考え方も採りにくい。

イ(ウ) 以上のように、受領義務違反も協力義務違反も狭すぎるということになるが、そうであるなら、ここでいう義務違反が何を意味するのかもやはり明確性を欠くと言わざるを得ない。

ウ 「債権者の責めに帰すべき事由」の解釈を巡っては、「債権者の故意・過失または信義則上それと同視できる事由」と理解するのが一般的であるが（山本敬三「民法講義IV-1契約」149頁）、上記のとおり、「役務受領者の義務違反」は明確性を欠く概念であると言わざるを得ず、「債権者の責めに帰すべき事由」の一般的な解釈を踏襲するものなのか、不明確である。

エ また、労働契約においては、労働者が就労できない事態が生じた場合に、その間の賃金の支払を使用者に請求できるかが問題となるところ、「債権者の責めに帰すべき

事由」の一般的解釈ではこの問題の解決に不都合が生じるという問題意識から、「債権者の責めに帰すべき事由」の一般的な解釈を修正する見解も有力である（前掲・山本敬三「民法講義Ⅳ－１契約」１４９頁以下）。

この点、受領不能と履行不能とを区別し、履行不能に当たる場合に限り、賃金請求権が消滅するとした上で、不能の原因が債権者・債務者のいずれの支配領域にあるかによって履行不能と受領不能を区別するという見解（領域説）は、不能の原因が債権者の支配領域にある場合には受領不能となり、賃金請求権は消滅しないと考えて、この問題を解決しようとしたが、使用者に受領遅滞がある場合は賃金を請求できるという規定があるドイツ法と異なり、労働債務が不能となったにもかかわらず賃金債務が存続する法的根拠がなく、単純な領域説の採用は困難であった。

また、現民法５３６条２項の「債権者の責めに帰すべき事由」を拡張解釈すればよいとする見解もあるが（内田貴「民法Ⅲ〔第３版〕債権総論・担保物権」１０２頁）、労働契約の場合にのみ拡張解釈することを正当化する根拠がないとの批判を受けている。

さらに、この問題について、労働者が労務を提供しようとしたのに対し、使用者が受領を拒絶した結果、時々刻々と労働債務が履行不能になっている事態であると評価した上で、使用者の受領遅滞によって対価危険が移転したため、賃金債務は存続するという見解もある（奥田昌道編・新版注釈民法（１０）Ⅰ債権（１）５３０頁以下（奥田昌道・潮見佳男））。

以上のとおり、対価危険の公平な負担を図るべく、「債権者の責めに帰すべき事由」に関する議論が重ねられてきたが、十分な結論を得るに至っていない。

オ 改正試案では、危険負担の問題を解除制度へと一元化する構想が採用されていることから、受領遅滞による対価危険の移転の問題は解除制度に取り込まれ、債権者が受領遅滞に陥った後の履行不能解除を制限する規定は設けられているもの（【3.1.1.87】<4>）（NBL １５２頁）、受領遅滞による対価危険の移転を定めた規定はない。

そうすると、改正試案では、労働契約における危険負担の問題は本提案の問題として解決することが予定されていると考えざるを得ない。

そこで、「債権者の責めに帰すべき事由」に代わる要件を設定するのであれば、「債権者の責めに帰すべき事由」に関する議論を踏まえて、対価危険の公平な負担を図ることができるような必要十分な要件として定立されるよう、議論を尽くす必要がある。

また、これに代わる要件を適切に設定できないのであれば、「債権者の責めに帰すべき事由」の要件を存置すべきである（第４準備会も一時期そのように考えていた（第４回全体会議資料３７頁））。

(3) 本提案の規律構造について

ア 宇都宮地枳木支決平成２１年５月１２日判タ１２９８号９１頁は、現民法５３６条

1項および2項の要件事実とその立証責任という観点から、本提案の規律構造に潜む重要な問題を提起した。

本決定は、「民法536条1項及び2項の両規定に着目し、債務者（労働者）側が「債務者の責めに帰することができない事由」による「履行不能」であることを主張立証すれば、債権者（使用者）側が抗弁として「債権者の責めに帰することができない事由」を主張立証しない限り、同条1項により反対給付債権が消滅することはないとの新たな解釈を示した。」と評される（同92頁）。

本決定は、「双務契約である労働契約において、労働者たる債務者の労働義務が履行不能となる場合に、労働者が民法536条を適用して賃金請求権を行使するための要件事実とその立証責任について検討する。」とした上で、「この場合に、債権者が、同条1項の適用により「債務者は、反対給付を受ける権利を有しない（消滅する）」という法律効果の発生を主張するために、抗弁として、「債権者の責めに帰することができない事由」を主張立証すべきであるのか、それとも、債務者において、同条2項の適用により「債務者は、反対給付を受ける権利を失わない（消滅しない）」という法律効果の発生を主張するために、請求原因としてさらに、「債権者の責めに帰すべき事由」についても主張立証すべきであるのかについて、条文の文言上は、解釈の指針を与えるところがないと解さざるを得ない。」として、現民法536条1項および2項の要件事実とその立証責任に関する議論を設定する。

イ そして、本決定は、次のとおり、改正提案とは対照的な立場を示す。

本決定は、「履行不能について、既に、債務者において、自己の責任領域に全く帰属しないことについて主張立証の責任を尽くしたのであるから、債権・債務関係を支配する信義則の適用上、または、契約当事者間における公平の観点からすれば、上記の場合には、債権者において、抗弁として、自己の責任領域にも全く帰属しないこと、すなわち、「債権者の責めに帰することのできない事由」によることを主張立証する責任を負担すべきである」と述べて、前者の見解を採用する。改正提案が、債務者に「役務受領者の義務違反」の主張立証責任を負わせているのと対照的である。

また、本決定は、「この場合に、同条2項は、その第二文の利益償還規定に意義があることとなる。」と述べ、現民法536条2項の存在意義を限定的に解し、現民法536条2項を役務提供契約に即して具体化しようとする改正提案とは対照的な立場を示す。

ウ さらに、本決定は、従来の「債権者の責めに帰すべき事由」に関する議論に関連して、「本件の事案に即していえば、労働者において、「労働契約上の債務の本旨に従った履行（労務）の提供をしたのに、使用者がその受領を拒絶した」という主要事実を立証すれば（または争いがなければ）、労働債務の履行の性質上、時間の経過とともにその債務の履行は刻々と不能となり、かつ、その「履行不能」が「債務者の責めに帰することのできない事由による」という要件事実が主張立証されたことになるから、

抗弁として、使用者において、その受領拒絶が「債権者の責めに帰することのできない事由によること（例えば、後記のとおり「合理的な理由があること」などの正当な事由）を具体的に主張立証しない限り、反対給付債権たる賃金請求権が消滅することはないと解される。」と述べ、不能原因に応じた対価危険の公平な負担を図ろうとする姿勢が見受けられる。

エ 本決定の解説は、「近時、民法学者によって民法典財産法の全面改正の研究がされ、試案も公表されているところでもあり（加藤雅信「日本民法典財産法改正試案」判タ1281号5頁）、今後、本決定が示した新たな法解釈を含めて議論が深まることが期待される。」としており（同93頁）、今後、そもそも本提案のような規律構造を採るべきなのか否かについても、十分な議論を尽くす必要があると思われる。

第3節 役務提供の終了

【3.2.8.10】（役務受領者の任意解除権） NBL 361 頁

1 改正提案

【3.2.8.10】（役務受領者の任意解除権）

<1>役務提供者がその役務の提供を完了しない間は、役務受領者は、いつでも契約の解除をすることができる。

<2><1>の場合において、役務提供者は、解除によって生じた損害の賠償として、次の各号に掲げる額を請求することができる。

<ア>成果完成型の役務提供契約においては、約定の報酬から解除によって支出を免れた費用〔自己の債務を免れることによって得た利益〕を控除した額

<イ>履行割合型の役務提供契約においては、既に行った役務提供の履行の割合に応じた報酬およびその中に含まれていない費用

*上記<2>の<イ>については、役務提供が、役務受領者の利益のみならず、役務提供者の利益をも図るものである場合には、役務受領者が解除するにつき正当な事由がないときは、<2><イ>で定める額を超える賠償が認められることがあるとの見解もある。

2 意見

本提案によれば、履行割合型の報酬支払の役務提供契約と評価され、任意解除権が認められてしまうと、損害賠償として請求できるのは、既に行った履行の割合に応じた報酬およびその中に含まれていない費用のみとなる。

この割り切りは妥当か。割り切るとすると損害についての主張を制限することになりそうだが、それは妥当か。検討を要する。

3 理由

任意解除権は、不要な役務の受領を強制されることから役務受領者を解放することに意義があるのであり、任意解除権があるから直ちに、それまでに履行を受けた割合に応じた報酬とその中に含まれていない費用を賠償すればよいということにはならないはずである。従来は、現民法416条の解釈の問題であったものについて、一律に規律してしまうのは硬直的すぎないか。*に十分留意すべきであるように思われる。

【3.2.8.11】（役務提供者の任意解除権） NBL 362 頁

1 改正提案

【3.2.8.11】（役務提供者の任意解除権）
〈1〉有償役務提供契約における任意解除権
〔甲案〕有償役務提供契約については、役務提供者の任意解除権を定めない。
〔乙案〕役務提供者が報酬を受ける場合であっても、役務提供者は、やむを得ない事由があるときは、直ちに契約を解除することができる。
〈2〉(省略)

2 意見

乙案によるべきである。

3 理由

役務受領者に義務違反がある場合、役務提供者は役務提供契約を解除できるが、役務受領者の義務については、【3.2.8.09】のとおり、その内容が不明確である。とすれば、やむを得ない事由による解除を認めた方が穏当であるように思われる。

現民法上、期間の定めがない雇用（627条1項）、委任（651条。なお、やむを得ない事由があれば、損害賠償も不要。）、期間の定めがない組合（678条1項。ただし、組合に不利な時期の脱退にはやむを得ない事由が必要。）について、役務提供者（ないしこれと類似の者）はいつでも解除でき、期間の定めがある雇用（現民法628条）、期間の定めがある組合（678条2項）についても、やむを得ない事由により解除できるとなっており、役務提供者にやむを得ない事由による解除を認めることが不合理であるとまではいえないように思われる。

第9章 請負

第1節 請負の意義と成立

【3.2.9.01】（請負の定義） NBL 364 頁

1 改正提案

【3.2.9.01】（請負の定義）

〈1〉請負は、当事者の一方がある仕事を完成し、その目的物を引き渡す義務を負い、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払う義務を負う契約である。

〈2〉この章の規定は、請負人の仕事の結果が注文者に引渡しを要する無体物である場合についても準用する。

2 意見

請負の定義に引渡の要件を加えることについて、特に反対するものではない。

ただし、引渡の要件を加えることにより、従来問題なく請負と位置づけられており、本来請負規定にて規律されるべきものが除外される危険性があるため、引渡の要件を定義に加えることについては慎重な検討を求める意見も一部であった。

3 理由

請負の定義に引渡しの要件を加えることについて、特に反対するものではない。

ただし、例えば、従来問題なく請負として取り扱われていた自宅トイレの修理工事などは、引渡しがあるといえるのか必ずしも定かではない（占有改定ともいえないのはいか、との意見があった。）。また、廃棄物の処理を依頼する場合、リサイクルして再生物として返却する場合には引渡しが観念できるのに、最終的には目的物を廃棄するだけの場合には引渡しは観念できず請負には該当しない。このように、従来問題なく請負と位置づけられており、本来請負規定にて規律されるべきものが除外される危険性があり、また、ほぼ同じ作業内容でも最後に引き渡すか廃棄するかで請負か否かが分かれてしまうことは不均衡であることから、引渡しの要件を定義に加えることについては慎重な検討を求める意見も一部であった。

また、かかる懸念は、請負に該当しない場合に適用される役務提供契約において、瑕疵担保責任の規定が存在しないことが影響している。通常債務不履行責任により処理されるべきであるとも考えられるが、役務提供契約においても役務瑕疵についての規定を設けるべきではないか、という意見も一部であった。

以上の点を付言しておく。

第2節 請負の効力

【3.2.9.02】（仕事の完成とその目的物の受領） NBL 364 頁

1 改正提案

【3.2.9.02】（仕事の完成とその目的物の受領）

〈1〉請負人が仕事を完成したときは、注文者は、仕事の目的物を受領しなければならない。この場合において、注文者は、仕事の目的物を受領する際に、仕事の目的物が契約で定めた内容に適合することを確認するための合理的な機会が与えられなければならない。

〈2〉注文者が事業者である場合には、注文者は、仕事の目的物を受領する際に、相当の期間内に、仕事の目的物が契約で定めた内容に適合することを確認するために必要な検査を行わなければならない。

〈3〉仕事が複数の部分に分割され、仕事の完成前に、その部分ごとに仕事の目的物を引き渡すべき場合には、〈1〉および〈2〉は、仕事の目的物の各部分について適用する。

2 意見

〈1〉後段および〈2〉については、**削除の可能性も含めて慎重に検討する必要がある。**

3 理由

(1) 〈1〉後段について、注文者（特に消費者の場合）に不利に解釈される可能性があるのではないか

ア 本条の〈1〉前段は、注文者に目的物の受領義務を明記したものである。

改正試案では、【3.1.1.88】において、債権者（注文者）が受領義務を負う場合の損害賠償と契約解除を認めている。

また、売買においても受領義務が定められている【3.2.1.35】。

さらに、請負人が目的物を引き渡す義務を負うと前項において明記されている以上、注文者に対する目的物の受領義務を設ける意義はあるものとする。

イ もっとも、注文者（特に消費者の場合）にとっては、確認の機会を与えられたからといっても、当該目的物に関する専門知識が不足していることが多い。

〈1〉後段の規定趣旨について、提案要旨では「契約適合性を確認するための合理的な機会が保障されていなければ、それを受領したとは評価されないことを意味する。」と記載する（NBL 365頁）。

しかし、特に建築請負の場合等において、前記のとおり、注文者に専門的知識が不足していることが多いのだから、契約適合性の確認の機会を与えられたといっても、一見してわかるような基本的な事項しか確認することはできない。その程度において契約適合性の確認の機会が与えられるというのであればむしろ当然であり、わざわざ規定を設ける必要もないのではないか（売買においては、後段の規定に対応する規定はない）。

むしろ、後段の規定を明記することで、「確認するための合理的な機会が与えられたにもかかわらず、瑕疵を見逃した」場合に注文者の権利救済に不利な解釈が与え

られる可能性があるのではないか。

(瑕疵の通知義務【3.2.9.05】<1>に関して、確認するための合理的な機会が与えられたのだから、受領時を「瑕疵があることを知ったとき」と同視して、瑕疵担保責任の権利行使を否定するという主張が請負人側から出てくるのではないか)

ウ 以上より、<1>後段の規定趣旨は理解できるものの、かえって注文者に不利に解釈されるおそれがあるので、後段の削除の可能性も含めて、慎重に検討する必要がある。

(2) <2>における、売買の検査義務(【3.2.1.19】)との整合性

ア 提案要旨では、<2>の規定について、「売買における買主が事業者である場合における検査義務(【3.2.1.19】(事業者買主の検査・通知義務))と平行な規律である。」と記載する(NBL 365頁)。

しかし、売買においては、「その事業の範囲で行った売買契約」という限定があるのに対し、本条項ではかかる記載がない。

また、請負においては、売買と異なり、当該目的物に関し、事業者であっても必ずしも専門的知識を有していない場合が多いと考えられる(通常の販売業者が事業所建物建築を請負人に依頼した場合等)。

検査・確認義務を事業者について要求しているのは、事業者が高い専門的能力を有しているからではなく、従来商法の規定も踏まえ、事業者においては、そうした確認・検査をすることが求められるという規範があることを前提としているからであって、売買と請負において特段の違いはない、という考えが改正試案のベースとなっていることは理解できる。

しかし、売買と請負の適用場面・性質が同じとすることについては疑問がある。売買は、商売を行なう上で必要不可欠な取引形態であり、だからこそ、従前商法において確認・検査義務が規定されていたものであると考えられるが、請負というのは、商売を行なう上で必要不可欠な取引というわけではなく、確認・検査をすることが求められるという規範が請負の場合においても当然に妥当するかは疑問である。そもそも、商法526条は、買主がさらに商品を小売に販売するいわゆる卸売取引が想定されている規定であると考えられ、買主がさらに商品を売るからこそ検査・確認義務が設けられているというべきであって、エンドユーザーを買主として想定している規定ではないと考えられる。

また、事業者といっても、個人経営から大会社まで様々あり、単に事業者であることをもって一律に検査義務を課すことにも疑問がある。

以上より、請負において、単に事業者であることをもって検査義務を課すということはできないのではないかと考える。

イ また、提案要旨においては、「事業者である注文者が確認・検査義務を尽くさなかった場合の法的効果は【3.2.9.05】(瑕疵の通知義務)<2>に規定されている。」と記

載されている（NBL 365頁）。

しかし、検査義務を盛り込むことで、瑕疵の通知義務における「知ることができた時」が検査時に事実上推定され、既に合理的な期間を経過しているとして瑕疵担保責任を追及することが不可能となってしまう、注文者たる事業主が従前より不利な立場になってしまう可能性がある。

ウ 以上の点から、〈2〉の規定についても削除の可能性も含めて、慎重に検討する必要がある。

【3.2.9.04】（瑕疵担保責任の救済内容） NBL 365 頁

1 改正提案

【3.2.9.04】（瑕疵担保責任の救済内容）

〈1〉注文者は、仕事の目的物に瑕疵があるときは、【3.1.1.57】【3.1.1.58】および【3.1.1.77】【3.1.1.78】に定めるところに従い、請負人に対し、次の各号に定めることをすることができる。

〈ア〉相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求すること。ただし、瑕疵の程度および態様に照らして、その修補に過分の費用を要するときは、この限りではない。

〈イ〉瑕疵の修補に代えて、またはその修補とともに、損害賠償の請求をすること。この場合においては、請負人が損害賠償債務の履行の提供をするまでは、注文者は、報酬の支払を拒むことができる。

〈ウ〉仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約した目的を達することができないときは、注文者は、契約の解除をすること。

〈エ〉〔甲案〕報酬減額を請求すること。ただし、〈ア〉が認められる場合には、注文者が〈ア〉の催告をしても請負人がこれに応じない場合に限る。また、注文者が〈エ〉の請求をした場合には、〈ウ〉の解除は認められず、〈エ〉の請求と相容れない〈イ〉の権利は認められない。

〔乙案〕報酬減額請求については、特に定めない。

〈2〉〈1〉は、仕事の目的物の瑕疵が注文者の提供した材料の性質または注文者の与えた指図によって生じたときは、適用しない。ただし、請負人がその材料または指図が不適當であることを知りながら告げなかったときは、この限りでない。

2 意見

(1) 〈ア〉の規定で、「瑕疵の程度および態様に照らして」は、現行法どおり、「瑕疵が重要でない場合において」とすべきである。

(2) 〈エ〉については、甲案を採用すべきである。

3 理由

(1) 瑕疵修補請求の要件について

「瑕疵の程度および態様に照らして」は、現行法どおり、「瑕疵が重要でない場合において」とするべきではないかと考える。

文言上、瑕疵修補請求が適用される場面が減少し、被害救済が不当に狭まる可能性がある。また、過大な費用か否かについて常に紛争が生じる懸念がある。

(2) 報酬減額請求権

報酬減額請求権については、売買契約において代金減額請求権が認められていることもあり、明確に規定されることで消費者保護にも資するものと考えられるので、甲案を支持する。

ただし、減額請求をすると解除および減額と両立しない損害賠償が認められなくなる、という要件については、實際上減額請求を萎縮する効果が生じることが懸念されるため、検討を要するとの意見も一部であったことを付言しておく。

【3.2.9.05】（瑕疵の通知義務） NBL 366 頁

1 改正提案

【3.2.9.05】（瑕疵の通知義務）

〈1〉注文者は、仕事の目的物を受領する際に、または受領後において、仕事の目的物に瑕疵があることを知ったときは、その時から当該契約の性質に応じて合理的な期間内に、当該瑕疵の存在を請負人に通知しなければならない。ただし、請負人が当該瑕疵を知っていたときは、この限りでない。

〈2〉注文者が事業者である場合には、注文者は、仕事の目的物を受領する際に、または受領後において、仕事の目的物に瑕疵があることを知り、または知ることができた時から当該契約の性質に応じて合理的な期間内に、当該瑕疵の存在を請負人に通知しなければならない。ただし、請負人が当該瑕疵を知っていたときは、この限りでない。

〈3〉注文者が、〈1〉または〈2〉の通知をしなかったときは、当該瑕疵に基づく権利を行使することができない。ただし、注文者が通知をしなかったことが、やむを得ない事由に基づくものであるときは、この限りでない。

2 意見

削除すべきである（債権時効の規定に委ねるべきである。）。

3 理由

(1) 通知義務を課すべきか否かについて

ア 提案要旨によれば、「給付された目的物が契約に適合しない不完全履行があった場合において、債務の本旨に従った履行を完了したと信じた善意の債務者の正当な信頼を保護するために、契約当事者の協力義務の一環として、不完全履行の事実を知った債権者がその時から契約の性質に応じた合理的な期間内に債務者にその旨を通知する義務を負い、それによって、不完全履行に基づく損害賠償責任が保存されるとする考え方に基づく規律である。」と記載されており（NBL 367頁）、契約当事者の協力義務の一環として通知義務を課している。

イ しかし、そもそも、請負人は、瑕疵のない目的物を引き渡す義務を負っている以上、かかる義務を履行していない債務者（請負人）について、債務の本旨に従った履行を完了したことを信じたことについて保護すべき理由はないものと考えられ、協力義務を注文者に求めることは妥当でないと考える。

また、注文者は、当該目的物について専門的な知識を有していないことが多いのであって、何をもって通知の対象とすべき瑕疵か否かについて判断できないのが通常である。例えば、住宅紛争事案の場合、欠陥現象（雨漏り等）と欠陥原因（建築士等の調査結果により発見された構造上の問題等）とが存在する。欠陥現象を認識した時点から起算点とするのは注文者に酷であると考えられるが、どの時点を「瑕疵があることを知ったとき」とするのか、本条項からは不明である。以上より、瑕疵の通知義務を一般に課すことについては、酷な結果となるのではないかと考える。

（本提案によって通知義務を課せば、合理的な期間という抽象的な要件とあいまって、瑕疵担保責任の権利行使機会を確保するために、軽微な欠陥現象が発生する度に、いちいち請負人に通知することになり、手間が増えてしまうのではないか。）

ウ また、消費者保護の観点からも、事業者と消費者との現実的な交渉力・情報量格差からすれば、消費者も含めて一般的な通知義務を課するのは、消費者である注文者に酷な結果となる。

以上より、通知義務を課すことは妥当ではなく、本条項は削除すべきであると考えられる。そして、権利行使期間の制限については、債権時効の一般規定に委ねるべきであると考えられる。

(2) 「合理的な期間内」という文言について

現民法637条1項では、長期間の経過により瑕疵の判定が困難となることから「引渡時」より1年と規定されている。

これに対し、本提案は当事者の協力義務を根拠として「瑕疵の発見時」または「発見できた時」を起算点としており、この点で注文者の保護に資するとも考えられる。しかし、「合理的な期間内」というのが具体的にどの程度の期間を想定しているのか不明であり、かつ、当事者の予測可能性も奪われる可能性が高く、個別の事案において

「合理的な期間」がどれくらいであるかについて紛争が生じることは容易に想像できる。以上より、現行法よりも結果として注文者の保護が大きく後退する可能性があり、仮に通知義務を課すとしても、「合理的な期間内」という不明確な表現を用いるべきではない。

(3) 事業者の通知義務の内容を加重することの妥当性

ア 事業者の通知義務については、〈2〉において、「仕事の目的物に瑕疵があることを知り、または知ることができた時から当該契約の性質に応じて合理的な期間内に、当該瑕疵の存在を請負人に通知しなければならない。」として、通知義務の内容を加重している。これは、【3.2.9.02】において事業者に検査義務を課していることに基づくものと考えられる。

イ もっとも、【3.2.9.02】においても述べたとおり、請負においては、売買と異なり、当該目的物に関し、事業者であっても必ずしも専門的知識を有していない場合が多いと考えられる（通常の販売業者が事業所建物建築を請負人に依頼した場合等）。また、売買と請負の適用場面・性質が同じであるとする点について疑問があることも

【3.2.9.02】において述べたとおりであるし、商法526条についてもあくまでも商事売買の規定であって、請負の規定にも当然妥当するものではない。

以上より、仮に通知義務を課すとしても、事業者ということのみをもって、通知義務の要件を加重するのは妥当ではないと考えられる。

【3.2.9.06】（瑕疵担保期間） NBL 367 頁

1 改正提案

【3.2.9.06】（瑕疵担保期間）

〈1〉建物その他の土地の工作物の建築工事においては、請負人は、注文者がそれを受領した日から2年以内に明らかになった工作物の瑕疵について担保の責任を負う。ただし、この期間は、耐久性を有する建物を新築する建設工事の請負契約において、その建物の耐久性に関わる基礎構造部分〔および地盤〕については、10年とする。〈2〉〈1〉の期間は、〔20年以内の期間に限り、〕契約で伸長し、または短縮することができる。ただし、当該瑕疵が請負人の故意または重大な義務違反によって生じたものであるときは、〈1〉の期間を短縮することはできない。〈3〉〈1〉は、【3.2.9.04】および【3.2.9.05】の適用を妨げない。

2 意見

(1) 〈1〉につき、**瑕疵担保期間を原則2年としている点につき反対である（現民法と同様5年とすべき）。**

(2) 〈1〉ただし書につき、「**耐久性を有する建物を新築する建設工事**」「**建物の耐久性に関**

わる基礎構造部分」との文言については、検討を要する。

- (3) <2>について、<1>ただし書の場合においても短縮を認めていることにつき反対である。
- (4) <2>の伸長期間の最長期間については20年とし、住宅品質確保促進法97条の趣旨が没却されることがないように配慮する必要がある。
- (5) 瑕疵担保期間について、債権時効の規定との整合性を図る必要がある。
- (6) <3>のうち、「および【3.2.9.05】」の部分は不要である。

3 理由

- (1) 瑕疵担保期間を2年に短縮することの不当性

ア 瑕疵担保期間を2年と短縮したことにつき、提案要旨には詳細な趣旨説明がないが、検討委員会の全体会議第7回資料『「役務提供契約・請負・委任」の改正試案（第4準備会報告）」21頁に、詳細な理由が記載してある。

①「契約実務では、住宅品確法の対象である新築住宅の構造耐力上主要な部分等を除き、木造の建物等の建設工事または設備工事等については1年、コンクリート造等の建物または土木工作物等の建設工事については2年の瑕疵担保期間を定めている（民間（旧四会）連合協定工事請負契約約款（2007）27条（2）（3）（7）、公共工事標準請負契約約款（2001）44条2項・4項参照）」

②「このように期間を短縮する理由としては、工事完成検査（注：正確には工事「完了」検査）の際に専門家により厳重な確認がなされることにより、不適合部分はほとんど修補されて引渡しがなされるうえ」

③「請負人を長期間不安定な地位に置くことも過酷なことが挙げられる」

イ しかし、①については、各契約約款が一般的に使用されているひな形ではなく、契約実務と評価されているかは疑問である。また、業者間で用いられる約款を基準として、消費者契約にも適用するのは妥当ではない。

また、②の工事完了検査について、「不適合部分はほとんど修補されて引渡しがなされる」という効果が実際にはほとんどないのではないか。

さらに、③については、請負人は、瑕疵のない物を引き渡す義務があるというべきであるから、期間を短縮してまで請負人保護を図る必要性もないのではないか（現民法の規定においても、請負人が酷となる事態が生じているか疑問である。）。

ウ 以上の点から、2年とするのは妥当ではなく（2年に短縮する理由がない。）、現民法と同様に原則5年とすべきである。

- (2) 住宅の品質確保の促進等に関する法律（品確法）との整合性

ア 品確法94条1項においては、瑕疵担保責任の特則として下記のとおり定められている。

「住宅を新築する建設工事の請負契約（以下、「住宅新築請負契約」という。）におい

ては、請負人は、注文者に引き渡した時から10年間、住宅のうち構造耐力上主要な部分又は雨水の浸入を防止する部分として政令で定めるもの（次条において「住宅の構造耐力上主要な部分等」という。）の瑕疵（構造耐力又は雨水の浸入に影響のないものを除く。次条において同じ。）について、民法第634条第1項及び第2項前段に規定する担保の責任を負う。」

かかる規定は、従来、瑕疵担保期間が不当に短縮されるケースがあったため、消費者保護の観点から、特に重要な構造・雨漏りの瑕疵について瑕疵担保期間を10年とし、短縮することを禁止した（94条2項参照）ものである。

イ 本提案では、「耐久性を有する建物」として、品確法より建物の概念に制限が加えられている。

また、品確法の定める「構造耐力上主要な部分」と本提案の「基礎構造部分」との異同が提案趣旨からは明らかではない。

さらに、本提案では、「雨水の浸入を防止する部分」の文言が盛り込まれていない。

新築住宅の売主の責任について、【3.2.1.21】の提案要旨においては、品確法における売主の責任に関する私法規定の実質的内容を民法の売買の規定中に取り込むと明言されていることからすれば、請負についても、品確法の規定を取り込もうとしていると考えられる。

ところが、上記のとおり、品確法94条との文言上の差異があることから、適用範囲が狭くなり、消費者保護を図った品確法94条の趣旨が没却される可能性があるのではないか、という懸念が生じる。

ウ 以上より、〈1〉ただし書の場合において、品確法94条の場合よりも適用範囲が狭くなり、品確法94条の趣旨が没却されることがないように、文言については慎重に検討する必要がある。

- (3) 〈1〉ただし書の場合においても、瑕疵担保期間の短縮を可能とすることの不当性
〈2〉においては、合意による瑕疵担保期間の短縮が可能となっている。

しかし、前記のとおり、品確法94条では、消費者保護の観点から、特に重要な構造・雨漏りの瑕疵について瑕疵担保期間を10年とし、短縮することを禁止している。

また、新築住宅の売主の責任規定【3.2.1.21】においては、買主に不利な特約は無効と明記されており、瑕疵担保期間を短縮することは合意によっても不可とされている。

以上より、〈1〉ただし書の場合に、合意による短縮を可能とした〈2〉の規定については、品確法94条2項において短縮を禁止した趣旨を没却し、また、短縮を不可とした売買の規定とも整合するものではないので、〈2〉の規定について合意による短縮を不可と変更する必要がある。

なお、〈2〉は、売買の場合と異なり、請負において対象となっているのは、新築の「住宅」の請負に限られない、との反論があるかもしれないが、消費者保護の観点からすれば、「構造耐力上主要な部分又は雨水の浸入を防止する部分」に関しては、10年か

ら短縮することを禁止した品確法の規定を建物一般の標準とするべきであろう。

(4) 品確法 9 7 条との整合性

品確法 9 7 条においては、消費者保護の観点から、住宅新築請負契約における瑕疵担保期間を最長 20 年と定められている。

ところが、<2>の提案では、最長期間が 20 年であることは確定していない。仮に最長期間が 20 年より短くなると、消費者保護の規定を回った品確法 9 7 条の規定が没却される可能性がある。

また、品確法の規定を建物一般の標準とするべきであることについては、(3)においても述べたとおりである。

以上より、瑕疵担保期間伸長の最長期間は 20 年とし、かつ、品確法 9 7 条の趣旨が没却されることがないように配慮する必要がある。

(5) 債権時効の規定との整合性

瑕疵担保期間と債権時効との関係について、整合性を図る必要があると考える。

すなわち、【3. 2. 9. 05】(瑕疵の通知義務)の意見に記載したとおり債権時効の規定に委ねるとした場合、瑕疵担保期間の期間設定を行うにあたり、瑕疵担保期間が満了する前に常に債権時効期間が満了してしまうことになれば、瑕疵担保期間を設けた意義が没却されることとなってしまう。そのようなことがないように、瑕疵担保期間と債権時効(または通知義務期間)との整合性を図る必要があると考える。

(6) <3>の存在意義(ひいては瑕疵担保期間の規定を設けることの意義)

<3>の規定について、提案要旨においては、「当該期間経過後に明らかになった瑕疵であっても、注文者が受領時において仕事の目的物に瑕疵が存在していたことを注文者が立証すれば、【3. 2. 9. 04】(瑕疵担保責任の救済内容)に定める瑕疵担保責任を追及しうることを否定するものではない。」と記載している(NBL 367頁)。

かかる記載の反対解釈として、瑕疵担保期間内に発見した瑕疵については、引渡時に存在していた瑕疵と推定する、とも解釈できるので、注文者の保護および立証責任という観点からすれば、好ましいものであり、特に<3>の規定について反対するものではない。

ただし、瑕疵担保期間について、上記の趣旨の規定であれば、<1>につきその趣旨を明確にして、推定するとの文言を明記すべきとも考えられる。

第 4 節 下請負

【3. 2. 9. 10】(注文者と下請負人との法律関係-直接請求権等) NBL 368 頁

1 改正提案

【3. 2. 9. 10】(注文者と下請負人との法律関係-直接請求権等)

＜1＞適法な下請負がなされた場合において、下請負人が元請負人に対して有する報酬債権と元請負人が注文者に対して有する報酬債権のそれぞれに基づく履行義務の重なる限度において、下請負人は注文者に対して支払を請求することができる。

＜2＞下請負人が注文者に対して書面をもって＜1＞に定める請求を行ったときは、その請求額の限度において、注文者は、その後に元請負人に対して報酬を支払ったことをもって下請負人に対抗することができない。

＜3＞下請負人が注文者に対して書面をもって＜1＞に定める請求を行ったときは、その旨を遅滞なく元請負人に対して通知しなければならない。

＜4＞下請負人は、請負の目的物に関して、元請負人が元請契約に基づいて注文者に対して有する以上の権利を注文者に主張することができない。また、注文者は、元請契約に基づいて元請負人に対して有する以上の権利を下請負人に対して主張することができない。

2 意見

削除すべきである。下請負人の保護については、先取特権として認めるか、建設業法、下請代金支払遅延等防止法等の他の法律で規律すべきである。

3 理由

(1) 「下請負」の定義規定および「適法な下請負」の意味（下請負禁止特約がある場合等）

ア 建設業法2条に、下請負の定義規定がある。

「建設工事を他の者から請け負った建設業を営む者と他の建設業を営む者との間で当該建設工事の全部または一部について締結される請負契約」

この点、改正試案では、請負については、引渡しを要件とし、目的物が引渡しを観念できる有体物または無体物であることが要求されていることから、元請・下請間の契約でも改正試案の請負規定が適用されるためには、引渡しの要件を満たすことが前提となるものと考えられる。

とすれば、本規定で想定される「下請負」とは、建設業法の定義と必ずしも同一のものではないと考えられる。

ところが、建築工事等における下請負の実態としては、下請負人が事実上労務の提供を行うのみの場合であることが多い。

とすれば、本条項において想定されていると思われる下請事案のほとんどについて、目的物の引渡しを観念できず、そもそも、改正試案で規律すべき「請負」には該当しないことになる可能性もある。

いずれにしろ、本規定を設けるのであれば、まず「下請負」を定義するべきではないかと考える。

イ 「適法な下請負」の意味

また、「適法」とはいかなる場合をいうのか、必ずしも明確ではない。

元請・下請間の契約に、無効・取消原因があれば「適法」でないことに異論はないであろうが、例えば、注文者・元請間で下請負禁止特約が結ばれていた場合は「適法」といえるのだろうか。

下請契約は請負契約とは別個の契約であり、下請負禁止特約があつたとしても下請契約自体は有効であるとするのが判例のはずである。

(2) 直接請求権という「強い」権利を認めるべきか

ア 直接請求権を創設して、下請業者による書面による請求に、注文者に対する請負人への支払禁止の効力を付与するというのは、いわば「裁判所でないとできないはずの差押えの自力執行を認める制度」「当事者の合意がないにもかかわらず、工事代金債権に下請負業者の債権のための質権設定がされたとみなす制度」であり、下請業者に強すぎる権利を与えてしまうのではないか。

イ 例えば、注文者は、突然、請求書が下請業者から送られてきた場合、そもそもその下請代金が正しいものかどうかはわからないことが多いはずである。

仮に注文者が元請業者に連絡をしたとしても、元請業者が、「下請代金が異なる」「下請契約は解除した」等と言った場合に、注文者がどのような態度をとるべきか混乱を招くことになるのではないか（下請が直接注文主に請求するのは、元請・下請間にトラブルが発生していることが通常であり、このようなケースは十分想定される。）。

下請契約の効力・下請代金等に争いがあるまま、目的物が完成し注文者が受領した場合、注文者は本来元請業者に報酬を支払う義務が発生するが、下請契約の効力・下請代金が確定するまで支払わなくてもよいのか、本条の規定からは不明である。

ウ また、特に消費者が注文者である場合、請求書が突然全く面識のない下請業者から届くと混乱することは容易に想定されるところであり、債務不履行責任および二重払いのリスクを注文者に負担させることになるとともに、上記のとおり元請・下請間の紛争に巻き込まれるケースが増える可能性があるため、消費者保護にも欠けることは明らかである。

エ いずれにしろ、直接請求権を認める本条項は、強力な権利を下請負人に付与する一方で、紛争が増加し多くの混乱を招く可能性が高い。

提案要旨には、「下請負に関する判例法理を一般化して規定するもの」と記載されているが、元請・下請間で何らかの問題・紛争が生じているという異常事態での事案であり、それを元にして民法において直接請求権を一般化して、本来紛争性のない通常の下請負の場合にまで適用するというのは、疑問と言わざるを得ない（新たな紛争を生み出すだけではないのか。）。

下請が実務において多用されているとしても、現在の建設業法（下請代金支払いの原則・24条の3第1項等）、独占禁止法、下請代金支払遅延等防止法等の規制により、下請負人保護が図られてきているのであるから、多くの混乱を招く可能性が高い

本条項のような直接請求権を認める必要はないものとする。

仮に認めるとしても、下請負人に強力な保護の制度を与えるのであれば、債権法ではなく担保物権である先取特権の一つとして規律するのが好ましいと考える。

(3) 元請について法的倒産手続が開始した場合の問題点

下請が注文主に請求書を送った後に、元請業者について民事再生・破産等の法的倒産手続が開始した場合の下請負人の直接請求権の消長について改正試案は言及していないが、直接請求権は、下請負人の元請負人に対する報酬債権を保全することを目的とするものであり、下請負人が報酬債権を行使しうることが前提となる以上、元請負人に民事再生・破産等の法的倒産手続が開始すると、元請負人に対する報酬債権は再生債権(破産債権)となって個別の権利行使が禁止されるため、直接請求権は消滅すると解される。

最判平成12年3月9日民集54巻3号960頁は、交通事故の被害者の保有者に対する損害賠償請求権が被害者の債権者の差押転付命令によって失われた後は、自賠法16条1項の保険会社に対する直接請求権も失われるとしたものであり、この法理が本件の直接請求権にも当てはまると思われる。

下請負人の保護が最も必要となる元請負人の法的倒産の場合に直接請求権が失われることでは、直接請求権の実効性は乏しい。他方、その場合でも直接請求権が失われない旨を規定したとすると、再生債務者(破産財団)に属する財産である注文主に対する報酬債権が責任財産から逸脱し、下請負人が独占することとなるが、下請負人の報酬債権に実体法上の優先権が認められていないのにそのような結果を認めることはできないはずである。

(4) その他、孫請けの場合にも本条項の適用があるか否かについては定かではない。

以上より、下請負人の直接請求権については、上記のとおり、実務および取引現場での混乱が予測される等、軽視できない問題が多い。

下請負人の保護の必要性は理解できるが、そのためには、先取特権等の実体法上の優先権を検討するとか(例えば、保険法22条は責任保険の被保険者に対する損害賠償請求権者に保険金請求権についての先取特権を認めている。)建設業法、下請代金支払遅延等防止法等の他の法律で規律すべきであって、下請負人の直接請求権を債権法の請負における一般原則として定めることは適切ではないと思われる。

第10章 委任

第4節 委任の終了

【3.2.10.16】(委任の終了事由) NBL 375頁

1 改正提案

【3.2.10.16】(委任の終了事由)

委任は、次に掲げる事由によって終了する。

〈ア〉〔甲案〕委任者または受任者の死亡。ただし、特定の事務を目的とする委任であって、委任者の死亡によっても終了しない旨の合意があったときは、この限りでない。

〔乙案〕委任者または受任者の死亡。

〈イ〉委任者または受任者が破産手続開始の決定を受けたこと。

〈ウ〉受任者が後見開始の審判を受けたこと。

2 意見

甲案が妥当である。

3 理由

- (1) 甲案と乙案とは、委任者の死亡によって契約を終了させない旨の反対の合意をすることがどのような要件のもとで認められるか、という点で両論併記としているとの提案要旨であり、乙案は、委任の存続を認めても委任者の相続人はいつでも委任を任意解除できることを理由として、何らの限定も課さずに当事者の自由にゆだねればよいとしている。しかし、一般通常人が乙案を読めば、乙案では、委任者の死亡の場合には、委任は当然に終了すると読める。

委任者の死亡によっても契約を終了させない旨の反対の合意を認めるのであれば、その要件を明確に規定することが望ましい。

- (2) 要件としては、委任者の死亡の場合にも存続させる場合として、委任事務の内容をあらかじめ特定の事項に限定しておくことは必要である。

第5節 特殊の委任等

【3.2.10.19】（媒介契約の定義および内容） NBL 376 頁

1 改正提案

【3.2.10.19】（媒介契約の定義および内容）

〈1〉媒介とは、当事者の一方（委託者）が他方（媒介者）に対し、委託者と第三者との法律行為が成立するように尽力することを委託する有償の準委任である。

〈2〉媒介者は、委託の目的に適合するような法律行為の相手方やその内容および条件等についての必要な情報の収集および調査を行い、委託者にそれを提供する義務を負う。

〈3〉委託者は、委託者と第三者との間に法律行為が成立したときは、媒介者に対してその報酬を支払う義務を負う。ただし、当事者が報酬についてこれと異なる合意を

したときはこの限りでない。

2 意見

民事仲立については、原則として双方媒介を禁止し、委託者の同意があった場合には、双方媒介を認める規定をおくべきである。

3 理由

(1) 商事仲立

ア 双方向的仲立契約と一方的仲立契約

商事仲立においては、双方向的仲立契約が一般的であるとされている(江頭憲治郎「商取引法第5版」214頁)。

イ 商事仲立における公平中立義務

商事仲立においては、「仲立人は、両当事者の中間に立って媒介をなすというその役割から、委託者のみならずその相手方当事者に対しても、公平にその利益をはかる義務を負う。その代りに相手方当事者に対して報酬の支払いを請求できる」(江頭「商取引法第5版」214頁)(商法550条2項)。

すなわち、商事仲立においては、中立義務を負い、仲立人の報酬は当事者双方平分して之を負担する(商法550条2項)とされていることは、中立義務を報酬の側から基礎づけているとも考えられる。

(2) 媒介における忠実義務

媒介の定義を上記<1>のように規定すると、媒介は準委任である以上、媒介者は委託者に対し、忠実義務【3.2.10.04】を負うことになる。

(3) 民事仲立

ア 民事仲立と忠実義務

民事仲立の代表的な例としては不動産仲介(宅地建物取引の媒介)があげられる。現在行われている不動産仲介では、売主と買主の双方(貸主と借主の双方)から媒介の委託を受ける双方媒介の形態が多い。

しかし、売主と買主(貸主と借主)とは利益相反の関係にあり、媒介者は委任者に対し忠実義務を負うことから、契約当事者の双方から同時に媒介の委託を受けることは忠実義務に違反することになる。

イ 中立義務との関係

不動産仲介が双方媒介の形式で行われる場合、媒介者は、売主からも買主からもそれぞれ宅建業法に定める最高限度額の報酬を受領するのが一般的であり、結果として、当事者双方から媒介を受託すると、一つの契約の成立にもかかわらず、倍額の報酬を得ることができることになり、だからこそ、媒介者は双方媒介を強く志向する。

これを委託者の側から見れば、媒介者が自己のためのみに媒介を行う場合と、自己

のためのみならず相手方のためにも媒介を行う場合（双方媒介）とで委託者である買主が支払う報酬の額は同じである。

双方媒介により売買契約が成立した場合を例にとれば、買主は売買代金とは別に媒介報酬を媒介者に支払うにもかかわらず、売主からも報酬を取得することになり、しかも、売主からの報酬は買主から支払われた売買代金から捻出支払われることになり、実質的には、買主は売主の媒介者に対する報酬を上乗せした売買代金額を支払う契約を自己が委託した媒介者の行為により締結することになる。

これは、媒介者がいかに中立義務に則って媒介行為をしたとしても、媒介者が双方当事者（双方の委託者）のいずれか一方の利益を犠牲にして自己の利益を図ったと同じ結果となり、忠実義務に反することになる。

ウ 契約に関する知識、交渉能力

本来、媒介報酬は媒介者の媒介行為に即して委託者と媒介者との間の交渉により、決められるべきものである。しかし、報酬額や自己に対する忠実義務の程度について交渉するためには、不動産取引における知識や経験が必要であり、一般の消費者にとっては通常一生に一回の不動産取引において、その知識・経験に基づき媒介者と媒介条件について交渉を求めることは現実には不可能に等しい。現在、双方媒介の形式で不動産仲介が多く行われているのは、委託者である一般の消費者が、双方媒介とは、媒介者が相手方のためにも契約締結に向けてあつせん、尽力する形式の媒介である委託者にとって契約の成立という効果は同じでも、媒介者は最高で二倍の報酬を取得できるという契約であるということの意味を十分認識しないままに媒介契約を締結し、媒介報酬を支払っているためである。

この点、委託者双方がいずれも知識、経験、交渉能力を有する商行為の媒介をなす商事仲立とは大きく異なる。

したがって、民事仲立において双方媒介を原則として禁止し、当事者の同意がある場合にこれを認めることは、媒介者が委託者の同意を求める際に、双方媒介の意味を説明する必要性が生じ、委託者保護、ひいては消費者保護に資すると考える。

第 1 1 章 寄 託

第 4 節 寄託物に係る第三者の権利

【3. 2. 11. 12】（寄託物に関する第三者の権利主張と受寄者の義務と権限）

NBL 383 頁

1 改正提案

<p>【3. 2. 11. 12】（寄託物に関する第三者の権利主張と受寄者の義務と権限） <1>受寄者は、寄託者の指図によるのでなければ、寄託物について権利を主張する第</p>
--

三者に対し、任意に寄託物を引き渡してはならない。
〈2〉受寄者は、寄託物について権利を主張する第三者に対して寄託者が対抗することができる権利を援用することができる。

2 意見

〈1〉につき、**受寄者が第三者に対し、引渡義務を負う場合の妥当性につき検討を要する。**

3 理由

本提案〈1〉からは、第三者が所有権に基づき、受寄者に対し引渡請求を行い、その請求が肯定される場合でも、受寄者は寄託者との関係では、寄託者の指図がない限り、任意の引渡を拒絶すべき義務を負うかのように理解できる。しかしそうすると、以下のとおり疑問がある。

- ① 受寄者は、寄託者との関係では、第三者に対し任意の引渡を拒絶する義務を負い、他方、第三者との関係では依然として引渡義務を負うことになると思われ、受寄者としては矛盾した地位に立つが、そのようなことを法律上定めることが妥当といえるか疑問である。
 - ② 受寄者は、〈1〉に従った場合、第三者に対し、引渡遅延による損害賠償責任を負担することになると思われるが、法律に従ったことにより損害賠償責任を負うことになるのは妥当とは思われない。
 - ③ 受寄者が引渡遅延による損害賠償責任を負担とした場合、受寄者は寄託者に対し、求償することができるものと思われるが、この場合、寄託者の信用リスクを受寄者が負担することになり、この結論の妥当性には疑問がある。
- したがって、〈1〉については慎重な検討を要すると考える。

第5節 特殊の寄託等

【3.2.11.17】（流動性預金口座による消費寄託） NBL 385 頁

1 改正提案

【3.2.11.17】（流動性預金口座による消費寄託）
〈1〉流動性のある預金口座において金銭を受け入れる消費寄託の合意がなされた場合において、寄託者である預金者によって預入れがなされ、または第三者によって振込みがなされたときは、受寄者が当該預金口座にその入金記帳[入金記録]を行うことにより、既存の残高債権の額に当該金額を合計した金額の預金債権が成立する。

〈2〉金銭債務を負う債務者が債権者の預金口座に、その債務額の金銭の振込みを行ったときは、〈1〉により預金債権が成立した時に、金銭債務の弁済の効力が生ずる。
〈3〉預金口座に存する残高債権が差し押さえられた場合には、差押えの効力は、差押えの時点に存した残高債権についてのみ生ずる。この差押えにより、〈1〉に定める預金口座の合意が有効に存続することは妨げられない。

2 意見

- (1) 〈2〉につき、検討を要する。
- (2) 〈3〉につき、検討を要する。

3 理由

- (1) 流動性口座への振込は、債権者に預金債権を取得させる代物弁済であり債権者の承諾が必要である。

銀行の自己宛小切手は、現金と同一視できることから、判例上は本旨弁済として認められているが、預金債権を取得させることも上記と同様に考え得る面がある。しかし、他方で、債権者が反対の意思表示をしない限り、相殺の可能性が高い口座への振込みも弁済として認められることとなり、妥当性に疑問がある。少なくとも、弁済の効力は、債権者が指定する預金口座に振込みがされた場合に限定するべきであり、仮に〈2〉を規律するのであればこの点を明文化すべきである。

- (2) 〈3〉について

「預金口座に存する残高債権が差し押さえられた場合」には「差押えの効力は、差押え時点に存した残高債権についてのみ生じる」との定めは、当然の規定であり、流動性預金の差押えに関する現在の実務の取扱いを規定したものであると思われる。

しかし、この規定が、流動性預金につき差押え後の入金分に差押えの効力を及ぼすような差押えを認めないとの趣旨を含むものであるなら、反対である。流動性預金の差押えについては、差押え時点の残高だけではなく、差押え後の入金分についても差押えの効力を及ぼしたいとの実務上の要請があり、これを受けて、差押え命令送達の日から3営業日の間に発生する預金についての差押えを認めた裁判例も存する(奈良地決平成21年3月5日(消費者法ニュース79号200頁)、高松地観音寺支決平成21年3月25日(消費者法ニュース80号347頁))。これを否定する裁判例もあるが(東京高決平成20年11月7日および東京地決平成20年10月3日、いずれも判タ1290号304頁)、その主な理由は第三債務者(金融機関)の負担が過大になるというものであり、流動性預金の法的性格から導かれているものではない。したがって、本規定が流動性預金の差押えの範囲を限定する趣旨を含むものであれば、反対である。

以上のとおり、本規定の趣旨が不明確であることに加え、差押えの範囲は執行法上の問題であって民法において規定することは相当でないことから、本規定は削除を検討す

べきである。

第12章 雇 用

改正提案は、雇用に関する規定は将来的には労働関係法に統合すべきとしたうえで、当面は原則として現行規定の維持を提案するものであり、この点につき異論はない。

しかしながら、労働関係を規律する民法の規定は多岐に及び、雇用の規定に限られるものではない。そして、広く労働関係に関する規律という観点から通観すると、改正提案には労働関係法上の諸問題に多大な影響を及ぼすと思料される提案が多々存在する。

そこで、本意見書においては、第3編の中で部を改め、「第4部 労働法的観点からの意見」として、労働関係法上の諸問題に多大な影響を及ぼすと思料される改正提案について、これをピックアップしたうえで、その問題点を指摘することとする。

第16章 補 則

第1節 第三者のためにする契約

【3.2.16.02】（債権取得型） NBL 411 頁

1 改正提案

【3.2.16.02】（債権取得型）

〈1〉【3.2.16.01】に約定において、受益者に債権を与えることが約されたときは、受益者は、直ちに、諾約者に対する債権を取得するものとする。

〈2〉〈1〉の場合においては、受益者に負担を課することができないものとする。

〈3〉債権の取得を望まない受益者は、諾約者に対する意思表示により、これを放棄することができるものとし、その場合は、受益者ははじめから債権を取得しなかったものと扱うこととする。

〈4〉受益者が債権の取得を承認する旨を、諾約者もしくは要約者に対して明示または黙示に表示したときは、受益者はその権利を放棄できないものとする。

〈5〉受益者が債権を有することを前提として利害関係人が生じたときは、その後にした受益者の放棄は当該利害関係人に対抗することができないものとする。

〈6〉受益者による放棄があったときは、契約の趣旨に反しない限り、要約者が受益者の地位に立つものと推定する。

2 意見

〈1〉について直ちに債権を取得するものとするものの積極的理由が不明確であり、かかる理由を十分に審議検討すべきである。

3 理由

提案要旨においては、受益者の受益の意思表示を無理して認定していたこれまでの事案の処理もしやすくなるとあるが、立法政策として、債権取得の利益を享受しようとする者の承認の意思表示を求めるのではなく、債権取得の利益の享受を欲しない者の放棄の行為を要するとすることが果たして妥当かについては疑問である。

したがって、原提案については、〈1〉について直ちに債権を取得するものとするものの積極的理由が不明確であり、かかる理由の有無について、十分な審議検討が必要である。

【3.2.16.08】（要約者から諾約者に対する履行請求の可否） NBL 414 頁

1 改正提案

【3.2.16.08】（要約者から諾約者に対する履行請求の可否）

【3.2.16.01】〈ア〉〈イ〉の第三者のためにする契約において、要約者は受益者が取得した債権について諾約者に対し受益者への履行を請求することができるものとする。

2 意見

当該規定を設ける場合は、民事訴訟法において、実体判決の既判力・執行力の範囲等について、規定することが必要である。

3 理由

裁判例においては、要約者から諾約者に対して履行請求ができるかどうかについては、二重訴訟の問題、要約者・諾約者間の実体判決の既判力・執行力の範囲等について混乱を生じるおそれが指摘されている。

したがって、本規定を設けるに際しては、かかる解決が必要であると考えられる。

第2節 継続的契約等

【3.2.16.12】（継続的契約の定義） NBL 416 頁

1 改正提案

【3.2.16.12】（継続的契約の定義）

継続的契約とは、契約の性質上、当事者の一方または双方の給付がある期間にわたって継続して行なわれるべき契約をいう。ただし、総量の定まった給付を当事者の合意により分割して履行する契約（以下「分割履行契約」という。）は、これに含まれない。

2 意見

第1文で示された「定義」についてはなお検討を要する。

3 理由

提案では継続的契約を「契約の性質上、当事者の一方または双方の給付がある期間にわたって継続して行なわれるべき契約」と定義されているが、「継続して行なわれるべき」とは評価を含んだ規定であり、当該契約を本提案群の規定に服さしめるべきかどうかという価値判断が先行しているのではないかと思われ、定義としての明確性を欠いている。

本提案は、提案要旨においても述べられているとおり、継続的契約に生じるあらゆる問題を通じて統一的に定義することが困難であるとして終了段階の規律という観点から定義したとするが、果たして終了段階の規律としての定義といえるか疑問である。

また、明文での規律を置く以上は、特定の局面だけでなく、あらゆる局面における解釈の基準となる明確な定義を置くべきであり、それゆえ本提案における定義規定の内容については、なお検討を要すると考える。

(判例上、継続的売買に関する明示の契約なくとも、取引開始の経緯や取引期間中の事情(取引期間中の取引額が増大したこと、代金支払い方法の定めがあったこと、取引期間中に単価の改定があったこと、4年強の間取引が継続していた事実など)から継続的契約とされたもの(水戸地判昭和58年9月5日判時1107号120頁)があり、上記定義はこのようなケースを拾い上げることを意識したものではないかとも考えられるが、やや無理があるのではないかと思われる。)

【3.2.16.13】(期間の定めのない契約の終了) NBL 417 頁

【3.2.16.14】(期間の定めのある契約の終了) NBL 417 頁

1 改正提案

【3.2.16.13】(期間の定めのない契約の終了)

期間の定めのない継続的契約は、当事者の一方が他方に対し、あらかじめ合理的な期間において申入れをすることにより、将来に向かって終了する。

【3.2.16.14】(期間の定めのある契約の終了)

<1>期間の定めのある継続的契約は、期間の満了により終了する。

<2>当事者間に、契約締結時またはその後期間満了までの間に<1>の契約を更新する明示または黙示の合意が成立したものと認められる場合には、その契約は更新される。

<3><2>の合意が認められない場合であっても、契約の目的、契約期間、従前の更新

の経緯，更新を拒絶しようとする当事者の理由その他の事情に照らし，更新を拒絶することが信義則上相当でない認められるときは，当事者は，相手方の更新の申し出を拒絶することができない。

〈4〉〈2〉または〈3〉による更新がされたときは，当事者間において，従前の契約と同一の条件で引き続き契約されたものと推定する。ただし，その期間は，定めがないものと推定する。

2 意見

- (1) 期間の定めのある継続的契約の中途解約権について，消費者契約に関する特則として，継続的契約に関する消費者の中途解約権を規定する条項を付加すべきである。

(例)

「【3. 2. 16. 14-2】（消費者契約に関する特則）

消費者契約である継続的契約については，期間の定めのある契約であっても，消費者が事業者に対し解約の申入れをすることにより，将来に向かって終了する。」

- (2) 【3. 2. 6. 14】の提案のうち，〈2〉を削除すべきである。

3 理由

- (1) 消費者契約に関する特則として中途解約権の規定を置くこと

ア 問題点の要旨

【3. 2. 6. 14】の〈1〉は，期間の定めのある継続的契約の終了要件として期間満了のみを定めている。

しかし，消費者を継続的契約に長期拘束する契約条項をめぐってはトラブルが多い。特に，民法等で中途解約権が明確に規定されていない契約類型の継続的契約で，かつ，消費者による中途解約禁止が特約で明定されている紛争類型については，現行法では合理的な解決が難しい。【3. 2. 16. 14】においては，継続的契約に関する上記のような消費者契約問題に対する配慮が不十分であるように思われる。そこで，原案に加え，消費者契約に関する特則として，継続的契約に関する消費者の中途解約権を規定する条項の付加を求めるものである。

イ 問題点の要旨の具体的内容

消費者を継続的契約に長期拘束する契約条項をめぐってはトラブルが多い。消費者としては，期待外れ等の理由から将来的な役務や商品の継続供給を希望しない場合に，継続的契約の中途解約を希望する場面は多い。また，事業者としても，消費者の中途解約に伴う実質的な損害が解約料やキャンセル料で合理的に填補されれば，中途解約そのものを禁止する合理性は希薄であるはずである。ところが，高額なキャンセル料条項や中途解約禁止条項などで事業者が強引に消費者を継続的契約に長期拘束しようとする場合が問題となっている。

この点、消費者の中途解約権自体は肯定しつつ不当に高額なキャンセル料の支払義務を規定している契約事例であれば、現行消費者契約法9条1号で上記キャンセル料条項を一部無効とすることで、妥当な結論を導くことができる。

また、消費者による中途解約禁止を特約で明定している契約事例であっても、民法等で中途解約権が明確に規定されている典型契約の継続的契約(委任など)であれば、現消費者契約法10条で中途解約権排除条項を無効とすることで、妥当な結論を導くことができる。

しかしながら、消費者による中途解約禁止を特約で明定している契約事例で、かつ、民法等で中途解約権が明確に規定されていない契約類型の継続的契約については、現行法では合理的な解決が難しいところ、継続的契約について明文で規律するのであればこの点を立法的に解決することが望ましいが、本提案は、継続的契約に関する上記のような消費者問題に対する配慮が不十分であるように思われる。そこで、原案に加え、消費者契約に関する特則として、継続的契約に関する消費者の中途解約権を規定する条項の付加すべきことを提案する。

なお、近畿弁護士連合会消費者保護委員会は、既に平成17年11月25日に、消費者契約法改正試案として、継続的製品供給または役務の供給契約に該当する消費者契約について消費者は当該契約を解約することができるという立法提案を行っていること、また、平成20年3月の内閣府請負事業報告書である「平成19年度消費者契約における不当条項研究会報告書」においても、上記近弁連試案が紹介されるとともに、消費者契約法への新たな不当条項リストの追加等によって対処すべき社会問題の1つとして上記の問題が論じられていることを付言しておく。

(2) 【3.2.6.14】の<2>について

【3.2.6.14】の<2>は、契約締結時の明示の合意以外によっても契約が更新されることがあることを表すものとのことである。

しかし、契約締結時に自動更新条項が合意されなくとも契約の締結後期間満了までの間に更新合意がなされれば更新されること、合意が明示のみならず黙示も含むことは、当然のことであり、むしろ、黙示の合意に言及することは、新民法では特別の規定がない限り黙示の合意を認めない趣旨と反対解釈されるおそれがある。

また、「合意が成立した『と認められる』場合」の『 』部分は、事実認定の問題で法文には不要であると思われる。

したがって、【3.2.6.14】<2>は削除すべきである。

【3.2.16.17】(多数当事者型継続的契約) NBL 418 頁

1 改正提案

【3.2.16.17】(多数当事者型継続的契約)

当事者の一方が多数の相手方との間で同種の給付について共通の条件で締結する継続的契約であって、それぞれの契約の目的を達成するために他の契約が締結されることが相互に予定されているものにおいては、その当事者は、契約の履行および解除に当たって、相手方のうちの一部のものを、合理的な理由なく、差別的に取り扱ってはならない。

2 意見

明文で規律することを含め、なお検討を要する。

3 理由

フランチャイズ契約，特約店契約，ゴルフクラブ会員権契約，在学契約が含まれる可能性があるとのことであるが，本提案の文言と上記契約との関係が明らかでない。（ゴルフクラブ会員や学生は，他の会員や学生が少ない方がよりよいサービスを受けられるのであり，「それぞれの契約の目的を達成するために他の契約が締結されることが相互に予定されている」といえるだろうか。当初は一人の受講生にマン・ツー・マンで個人指導を行っていた教師が，受講生を増やし教室を開いた場合に，教師が受講生を増やし教室を開いたことによって当初からいた受講生の目的は達成されるだろうか。）

また，不平等な取扱いが問題となるのは継続的契約に限られるものではなく（例えば，レストランの馴染客にはサービスがよい等），不平等な取扱いが合理的であるかどうかは経営判断であることも多く（馴染客へのサービスが過剰であれば一見客の客離れを起こす等），本提案はむしろ顧客からのクレーマー的な請求を誘発するおそれがある。

もとより，提案が達成しようとする不平等な取扱いの抑制には賛成ではあるが，多数当事者が存在する契約形態は千差万別であり，不平等な取扱いも様々なものが存するため，問題となりうる契約形態ないし取扱いのみを抽出して明文化することは困難であると思われる。

第4部 労働法的観点からの意見

第1 総括

1 労働政策審議会による審議を経ることなく、個別的労働関係法上の諸問題に影響を及ぼす改正を進めることに疑問があること

個別的労働関係法に関する諸問題については、従来より、労働政策審議会において、労使を代表する諸団体、法律実務家、労働法学者等が協議し、その結果を踏まえて法改正を行ってきたことは周知のとおりであり、この改正手続きは社会的にも広く承認されている。

ところで、今般民法（債権法）改正検討委員会が提案している「債権法改正の基本方針」（以下「本件基本方針」という。）の提案内容を検討してみると、第2において後述するとおり、個別的労働関係法上の重要な諸問題に、大きな影響を及ぼす改正提案が多数含まれているように思われる。

したがって、当会としては、社会的に承認されている個別的労働関係法上の改正手続きの枠外で、個別的労働関係法上の重要な諸問題に大きな影響を及ぼす法改正が行われようとしていることについて大きな危惧を抱かざるを得ない。

2 十分に評価・検討できるだけの情報や説明がないままに、新概念や新制度を導入しようとしていることに懸念を感じることに

本件基本方針は、債権法改正に際して、新しい概念や新しい制度の導入を企図し、その概要を説明している。¹

ところで、新概念や新制度の内容やこれらを導入した後の帰結等は、新概念・新制度を考案した者にしかわかりえない事柄である。それゆえ、本来、新概念・新制度の導入を世に問おうとする者は、新概念や新制度を評価するのに必要と思われる情報をすべて開示するとともに、初めて新概念や新制度に接する第三者であっても、その内容と導入後の帰結を理解できるように、個別具体的な問題を交えつつ、わかりやすく説明しなければならないという責務を負うものと思料される。²

¹ 例えば、本件基本方針では、債務不履行を理由とする損害賠償、解除権の発生要件として、帰責事由を要件とせず、これに代えて、「契約において債務者が引き受けなかった事由」という新しい概念を導入することや（【3.1.1.63】）、危険負担を廃止し、反対債務からの開放を解除制度によって一元的に処理するという新制度の導入（【3.1.1.85】）を企図している。その概要については、民法（債権法）改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」（別冊NBLN○126）136頁から138頁、同150頁から151頁参照。

² 第三者が新概念や新制度の是非を十分に検討するためには、少なくとも、

しかるに、本件基本方針においては、後記第2、5や同6で述べるとおり、個別的労働関係法上の重要論点に大きな影響を与える新概念・新制度の導入を提案しているにもかかわらず、その是非を十分に議論しうるだけの情報提供や説明責任を果たしていないように感じられる。

昨今の法改正においては、法改正による影響を判断するに足りる情報提供等がなされないまま、短期間での法改正を進めたために、結果として、改正後に、改正検討過程において想定していなかった問題や弊害に気がつくという事態が散見される場所である。

当会としては、本件基本方針を纏め上げた民法（債権法）改正検討委員会の多大な努力と民法学に対する大いなる貢献については敬意を表しつつも、民法は、市民生活を規律する基本法ともいべき法律なのであるから、今般の債権法改正において、最近の法改正において散見されるような失敗が起こることのないよう、新概念・新制度の導入の是非を十分に議論しうるだけの情報提供や説明責任を果たすように求めるものである。

第2 個別的労働関係法上の諸問題に影響を及ぼすと思料される改正提案について

1 労働契約成立の前段階の場面において影響を及ぼすと思われる改正提案

本件基本方針は、信義誠実の原則に反して、契約締結の見込みがないにもかかわらず交渉を継続し、または契約の締結を拒絶したときは、相手方が契約の成立を信賴したことによって被った損害を賠償する責任を負う旨の規定の新設を提案している（【3.1.1.09】）。

この改正提案は、例えば、一定の年齢以上の者を採用するつもりがないのに、募集規制との関係でその旨を明記できないことから、年齢制限の表記なくして募集を行ったところ、もともと採用するつもりのない高年齢者が募集に応募してきた事例などにおいて、使用者に対して損害賠償責任を発生させる法的根拠になりうると思

-
- ① 新概念と既存概念との関連性（具体的には、既存概念において述べられていた各要件や各類型等が新概念においてはどのように位置づけられるのか）。
 - ② 新概念や新制度の導入が、これまで実務上議論されてきた問題の結論にどのような差異をもたらすことになるのか、それとも影響を及ぼさないのか。
 - ③ 新概念や新制度の導入によって、（単なる理論的整合性ではなく）法律実務において、これまで解決できなかった問題をうまく解決することができるなどのメリットが生じるのか否か。
 - ④ 新概念や新制度の導入によって、これまで議論されていなかった新しい問題や弊害が生じる恐れはないのか否か、またもしそのような問題や弊害が生じるのであれば、それについてどのような対応策を講じることを考えているのか。
- 等に関する情報の提供や説明は必要と思われる。

料される。

また、採用内々定には、種々の類型があると思われるが、採用内々定の取消しの場面において、上記規定が機能する場面もありうるものと思料される。³

2 労働契約成立の場面において影響を及ぼすと思われる改正提案

(1) 約款の組入れ要件（【3.1.1.26】）

本件基本方針では、約款を、「多数の契約に用いられるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体をいう」と定義している【3.1.1.25<1>】。したがって、就業規則も、「約款」に含まれると解するのが素直な解釈と思料される。

そして、本件基本方針が規定する「約款の組入れ要件」（【3.1.1.26<1>】）と、労働契約法7条が規定する労働契約規律効の要件とを比較してみると、別紙1のと通りの差異が存し、かつ、現在の「周知性」に関する解釈・通達⁴を基本とすると、労働者契約法7条の要件の方が、本件基本方針における約款の組入れ要件よりも緩いことになる。

この差異の理由を説明することは、就業規則の法的性質の議論とも関連し非常に難しく、本件基本方針の内容どおりの改正がなされると、労働契約法7条の「周知性」に関する現在の解釈・通達の見直しの要否を議論せざるを得なくなるものと思料される。

(2) 不実表示による取消権の新設（【1.5.15】）

労働基準法（以下「労基法」という。）15条は、労働契約締結時における使用者側の労働条件明示義務と明示した労働条件が事実と違っていた場合の即時解除権を規定している。

しかしながら、労働条件明示義務違反があった場合の私法（契約）上の効果については、労働契約が諾成契約であることから、別途意思表示の瑕疵に該当すると評価されない限り、当該労働契約は有効に成立すると解する見解が有力であるように思われる。⁵

³ 例えば、学生が、採用内々定を得たことにより、他の企業の内定打診を断り、その旨を採用内々定を通知した企業に対して伝えていた等の特段事情が存する状況下において、採用内々定が取り消された場合などにおいては、「契約を不当破棄した者の損害賠償責任」の規定が機能することはありうると思料される。

⁴ 平成20年1月23日基発第0123004号。

⁵ 青木宗也＝片岡昇編「労働基準法I」220頁、西谷敏「労働法」161頁、土田道夫「労働契約法」189頁。

ところで、本件基本方針では、

- ① 詐欺と異なり相手方の故意を要件とすることなく、かつ、
- ② 四囲の事情から黙示的に表示されたと評価される場合も包含する⁶
「不実表示」という新たな取消類型の新設を提案している（【1.5.15】）。

それゆえ、不実表示による取消権を導入すると、現行法と比較し、意思表示の瑕疵として取り消される範囲が拡大する結果、労働条件明示義務違反の状態で締結された労働契約が取り消される範囲も、広くなると思料される。

なお、新規採用の場面を想定すれば、実務上は、不実表示による取消権が機能する場面はあまり多くないかもしれないが、「労働契約の締結」には、新規採用のみならず、転籍、事業譲渡先による採用も含まれると解されることから、これらの場面において不実表示による取消権が機能する場面はかなりあると思料される（この点は、転籍を例として、3（1）②において後述する。）⁷

（3）契約交渉当事者の情報提供義務、説明義務の新設（【3.1.1.10】）

① 採用内定の実務に影響を与えられること

採用内定に関する判例法理からすると、労基法の労働条件明示義務は採用内定の時点で履行されなければならないと解されている。⁸

同様の理由から、本件基本方針の上記改正提案が導入された場合には、情報提供義務、説明義務も採用内定の時点で履行されなければならないことになると思われる。この結論が、採用内定の実務に与える影響は少なからぬものがあると思料される。

② 契約締結過程に信義則上の説明義務違反があった場合の法効果が変わってくるように思われること

下級審裁判例の中には、採用過程において賃金額の約定成立が認められない場合

⁶ 本件基本方針においては、「不利益事実の不告知」も「不実表示」に含まれると明言している。この点については、民法（債権法）改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」（別冊NBL No 126）31頁参照。

⁷ 「不利益事実の不告知」が「不実表示」に含まれる以上、「利益事実の不告知」も（例えば、ある事業部門を閉鎖する際に、当該事業部門に属する従業員に対して、事業譲渡先への転籍か割増賃金をもらっての退職という選択肢以外に、在籍したまま他の部門にて勤務するという選択肢も考えることの不告知）も「不実表示」に含まれることになると思われる。

⁸ 菅野和夫「労働法（第8版）」133頁、西谷敏「労働法」160頁。

であっても、採用面接、会社説明会などでの会社の説明内容が労働条件についての誤解を生じさせかねないものであった場合には、雇用契約締結過程における信義則に反するとして、会社の説明内容を信じて入社した者に対して不法行為による慰謝料請求を認めたものが存する。⁹

本件基本方針の提案内容が導入された場合、上記のような紛争類型は、契約締結時の情報提供義務・説明義務違反の事例として取り扱われることになると思われるが、その場合の効果は、「その契約を締結しなければ被らなかつたであろう損害」であり（【3.1.1.10<2>】）、現在の法効果（慰謝料請求）との間にズレが生じてくるように思われる。

3 労働契約変更の場面において影響を及ぼすと思われる改正提案

(1) 不実表示による取消権の新設（【1.5.15】）

公序良俗無効の要件緩和（【1.5.02】）

① 合意による労働条件の変更の有効性が問題となる紛争に大きな影響を及ぼすと思われること

労働契約法は、労働条件を変更する方法として、

ア 合意による労働条件の変更（8条）

イ 就業規則の変更により労働条件を変更することについて合意がある場合（9条）

ウ 就業規則による労働条件の変更（ただし、労働契約法10条所定の条件が満たされている場合に限られる。）

の3つの方法を挙げている。

このうちのア、イについては、使用者・労働者の間における変更合意を要件としているから、今般の債権法改正において、不実表示による取消権の新設（【1.5.15】）や、公序良俗無効の要件緩和（【1.5.02】）が導入された場合には、変更合意の有効性判断が問題となる紛争において大きな影響を与えるものと思料される（具体的には、これらの改正が導入された場合、使用者が、労働者に対して十分な情報提供や説明を履行していなければ、現行法の場合と比較して、変更合意の有効性が否定されることが増えるものと思料される。¹⁰）。

⁹ 例えば、日新火災海上保険事件（東京高判平成12年4月18日労判787号35頁）。

¹⁰ 本件基本方針においては、情報・交渉力の格差を利用して不当な契約をさせる場合を公序良俗規制の対象とするために、「知識不足の利用」を新しく加えていることと、「その者の権利（確定した権利に限られず、法律上保護される利益に当たる者を含む）を害し・・・」という従来にはなかつた新しい定式を付け加えている点で、従来 of 暴利行為よりもその要件を緩和している

② 転籍の有効性が問題となる紛争に大きな影響を及ぼすと思料されること

転籍においては、転籍先との新労働契約の締結と転籍元との労働契約の合意解約との2つの法律行為から構成されていると評価される場合が多いと思われるが、この2つの法律行為は関連していることから、一方の法律行為の不成立・無効は他方の法律行為の不成立・無効という形で影響するものと理解されている。

それゆえ、不実表示による取消権の導入や、公序良俗無効の要件が緩和された場合には、「転籍後の労働条件の明示不足」の場面、あるいは「転籍元との労働契約を合意解約する際の説明不足」の場面¹¹において、「不実表示による取消権」や「公序良俗無効」の主張が機能する場面はそれなりに出てくるものと思料される。

(2) 契約交渉当事者の情報提供義務・説明義務の新設 (【3.1.1.10】)

契約交渉締結当事者の情報提供義務・説明義務の規定が、転籍や事業譲渡先企業における採用など、労働契約の締結を観念しうる場面に適用されることは間違いがないと思料される。

したがって、契約交渉当事者である転籍先企業や事業譲渡先企業は、これらの場面において、労働者に対して、労働契約を締結するか否かを判断するのに通常影響を及ぼすべき事項についての情報を提供し、説明をしなければならない義務を負い、これに違反した場合には、労働者が上記契約を締結しなければ被らなかつたであろう損害を賠償しなければならなくなる。¹²

また、労働契約を合意により変更する場面において、この規定が適用されるかについては、本件基本方針がこの規定を契約締結の場面における信義則上の義務と位置づけていることから(【3.1.1.10】)、解釈上の争いが生じるところと推察されるが、労働契約法上の合意原則(3条、8条)、信義則規定(3条4項)、労働契約内容の理解促進の責務規定(4条1項)等の諸規定からみて、この規定が労働契約変更の

(【1・5・02】)。この点については、民法(債権法)改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」(別冊NBLN○126)20頁から21頁参照。

¹¹ 例えば、大塚製菓事件(東京地判平成16年9月28日労判885号49頁)のような紛争類型を挙げることができる。なお、脚注7参照。

¹² この場合の賠償責任の範囲が、慰謝料に限定されるのか、それとも情報提供を受けていれば転籍元企業に在籍していたところ、転籍先企業が義務を怠ったがゆえに、転籍元企業との労働契約を合意解約し、転籍先企業と労働契約を締結してしまったとして、転籍元企業における労働条件と転籍先企業における労働条件との差額分を損害として請求することができるのかも大きな論点になるであろうと思料される。

場面において類推適用されることは十分に考えうるところと史料される。

したがって、上記規定の新設は、使用者が労働者に対して合意による労働条件の変更を求める場面における情報提供・説明の程度について大きな影響を与えるものと思料される。

(3) 「申込みに変更を加えた承諾」の改正 (【3.1.1.24】)

変更解約告知の場面において留保付承諾が認められるかという問題は、従来より、労使双方が大きな関心を寄せている問題である。

しかしながら、現行法においては、多くの見解が、民法528条の存在を理由として、解釈論上留保付承諾を認めることは難しいという立場を採っている。

これに対して、本件基本方針は、民法528条を基本的に維持しつつも、「当事者の意思およびその契約の性質に照らして申込みに実質的変更が加えられていないときは、変更がなされた部分を除いた内容で契約は成立する」と規定し、例外的に、申込みに変更を加えた承諾によって、契約が成立する余地を認めている。

そして、変更解約告知をする使用者側の合理的意思としては、解約（解雇）に重点があるのではなく、労働条件の変更に重点があると推認するのが合理的であり、他方において、留保付承諾をする労働者側の合理的意思について、「労働条件の変更については承諾する。ただし、裁判所において、当該変更には合理性がなく無効と判断された場合を遡及的解除条件とする。」と解釈することは可能であるから¹³、「実質的変更が加えられていない」場合に該当するとして、上記例外的規定により契約の成立を認めるという解釈・結論を採りうる余地は存するものと思料される。¹⁴

以上の理由から、本件基本方針が提案している「申込みに変更を加えた承諾」規定の改正は、変更解約告知の場面における留保付承諾の許容性という問題に重要な影響を与えるものと思料される。

(4) 事情変更制度の導入 (【3.1.1.91】【3.1.1.92】) と労働条件変更法理

本件基本方針は、事情変更制度を明文化し、その効果として、「再交渉権と誠実交渉義務」、「契約内容の改定請求権」、「契約解除権」の発生を提案している (【3.1.1.91】

¹³ 荒木尚志「雇用システムと労働条件変更法理」307頁。

¹⁴ ただし、本件基本方針においても、「申込者が、承諾の到達後遅滞なく承諾者に異議を述べたとき」は、本文に記載した例外規定は適用されないと規定している (【3.1.1.24<2>、<イ>】)。したがって、日本ヒルトンホテル事件 (東京高判平成14年11月26日労判842号20頁) のように、労働者側が留保付承諾をした直後に、使用者側が雇用関係の終了を主張しているような場合には、本件基本方針においても、留保付承諾は認められないという結論になるのではないかと推測される。

【3.1.1.92】）。

本件基本方針における事情変更の要件は、就業規則の変更による労働条件の変更が認められるための要件（労働契約法10条）と比較し、かなり厳格な要件となっていることから、この制度の導入が現行法下における労働条件変更システムに与える影響は少ないように思われるが、労使ともに関心を払わざるを得ない問題であるように思われる。

4 契約終了の場面において影響を及ぼすと思われる改正提案

(1) 不実表示による取消権の新設（【1.5.15】）

公序良俗無効の要件緩和（【1.5.02】）

契約交渉当事者の情報提供義務・説明義務の新設（【3.1.1.10】）

上記3（1）において述べたことと同様の理由により、不実表示による取消権の新設、公序良俗無効の要件緩和は、合意退職の有効性が問題となる紛争や、退職勧奨を受けての辞職の有効性が問題となる紛争などにおいて、大きな影響を与えるものと思料される。

また、上記3（2）において述べたことと同様の理由により、契約交渉当事者の情報提供義務・説明義務の規定が、契約終了の場面においても類推適用される可能性は十分にあるものと思われる。

したがって、この点も、使用者が労働者に対して合意による労働契約の終了や、労働者に対して辞職を求める場面における情報提供・説明の程度について大きな影響を与える改正と思料される。

(2) 継続的契約等に関する期間の定めのある契約の終了（【3.2.16.14】）

有期雇用契約の雇い止めについては、判例法理上、解雇権濫用法理の類推という手法による規律が確立しており¹⁵、これは判例による一種の法定更新制度の創設と評価されている。¹⁶

そして、雇い止めに相当の理由が認められないとして、従前の労働契約が更新されたのと同様の法律関係となった場合の更新後の労働契約の期間は、従前と同じ期間雇用になると解するのが一般的である。

これに対して、本件基本方針は、期間の定めのある継続的契約について、明示黙

¹⁵ 東芝柳町工場事件・最判昭和49年7月22日民集28巻5号927頁，日立メディコ事件・最判昭和61年12月4日労判486号6頁。

¹⁶ 菅野和夫「労働法（第8版）」178頁。

示の更新合意が認められない場合であっても、契約の目的、契約期間、従前の更新の経緯、更新を拒絶しようとする当事者の理由その他の事情に照らし、更新を拒絶することが信義則上相当でないと認められるときは、当事者は相手方の更新の申し出を拒絶することができないと規定するとともに、この場合においては、当事者間において、従前の契約と同一の条件で引き続き契約されたものと推定するが、期間については定めがないものと推定すると規定している（【3.2.16.14<3>、<4>】）。

したがって、上記本件基本方針が導入された場合には、推定を覆滅するに足りる立証がなされない限り、雇い止めが認められなかった後の労働契約は、期間の定めなき労働契約として処理されることになるものと思料される。この点は、有期雇用契約における最重要論点に、非常に大きな影響を与える改正提案といわざるを得ないと思われる。

5 損害賠償の免責事由に関する改正提案について

労働契約における債務不履行による損害賠償責任が問題となる場面として安全配慮義務違反の問題が存する。

現行実務においては、労働者側において、安全配慮義務の具体的内容、安全配慮義務違反（予見可能性を含む）、損害と因果関係を主張・立証しているものと思料される。

本件基本方針においては、帰責事由概念を放棄し、それに代わるものとして「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という新概念を導入しているが、この新概念の内実と従来の帰責事由概念との関連性や、契約において債務者が引き受けたか否かを判別する判断要素・判断基準が不明確であるため、本件基本方針が企図している新概念が導入された場合、安全配慮義務違反が問題となる訴訟実務において、現在の実務との間に相違点が生じるのか否か、相違点が生じるとしてどの場面においてどの程度の相違点が生じるのかを推察することは極めて困難である。

当会としては、もし、今後の民法（債権法）改正において、この点の導入が検討される場合には、第三者がその導入の是非を十分に議論しうるだけの情報提供や説明責任を果たされることを求めるものである。

6 「危険負担の廃止と解除による一元的処理の導入」、「受領遅滞の法効果の明文化」について

(1) 「ストライキによる休業とスト不参加者の賃金請求権」についての現在の判例法理の帰結について

「休業と賃金請求権の帰趨」という問題の典型的紛争例としては、「ストライキによる休業とスト不参加者の賃金請求権」という問題を挙げることができる。この問題についての現在の判例法理の帰結は、次の表のとおりである。

【判例法理による帰結】

	客観的には就労可能	客観的には就労不能・無価値
使用者がスト不参加者の就労申込を拒否し労務を受領しない場合	スト不参加者は原則賃金請求権を失わない（民法536条2項） ※ 例外的に正当なロックアウトの場合は、賃金請求権はなし。ただし、ロックアウトに正当性が認められる場合はかなり限定されている。 ¹⁷	スト不参加者は賃金請求権を失う（民法536条1項） ¹⁸ ※ 一部スト, 部分ストを問わない。
使用者にはスト不参加者の労務を受領する意思があるが、ピケに阻止されて労務の提供がなし得ない場合	スト不参加者は、賃金請求権を失う（民法536条1項）	

(2) 現行法における問題の所在と判例法理の根拠—「休業と賃金請求権の帰趨」に関する一般論—

現行法は、危険負担について原則として債務者主義を採用し、民法534条に該当する場合以外は、債権者に責めに帰すべき事由がある場合にのみ債権者主義を採用するという法構造を明文で採用するとともに（民法536条1項、2項）、受領遅滞の効果については、「遅滞の責任を負う」と規定するだけで（民法413条）、その内容を解釈に委ねている。

また、現行法は、危険負担・受領遅滞（受領不能）に関連して、雇用契約特有の規定を設けていない。

そのため、解釈により受領遅滞の法効果として対価危険の移転を認めた上で、履行不能と受領遅滞（受領不能）との区別基準について領域説を採用することによっ

¹⁷ 水島水門事件・最判昭和50年4月25日民集29巻4号481頁。

¹⁸ ノース・ウェスト航空事件・最判昭和62年7月17日民集41巻5号1350頁。

て、「休業と賃金請求権の帰趨」という問題を受領遅滞で解決しようとした場合、受領遅滞の法的性質についての判例通説が法定責任説であることから、民法536条2項との間に不均衡が生じるという問題が生じることになる。¹⁹

このようなことから、この問題を危険負担により解決することとし、かつ、雇用契約においては、労働者保護の観点から、民法536条2項の「責めに帰すべき事由」を、「故意、過失または信義則上これと同視すべき事由」よりも拡大して解釈するという見解も存したが²⁰、同一文言を雇用契約においてのみ拡大して解釈するという難点を抱えていた。

以上の理由から、判例は、履行不能と受領不能の区別基準として領域説を採用せず、使用者側に帰責事由が認められない場合には、「休業と賃金請求権の帰趨」という問題を、履行不能として危険負担の法理に従って処理し、労働者の生活保障的配慮の観点は、労基法の休業手当制度における「使用者の責めに帰すべき事由」を、「民法536条2項の『債権者の責めに帰すべき事由』よりも広く、使用者側に起因する経営、管理上の障害を含むものである。²¹」と解することによって図る、という立場を採用したものと史料される（いうまでもなく、「ストライキによる休業とスト不参加者の賃金請求権」の問題もこの枠組みによって処理される。²²）。

(3) 本件基本方針の改正提案が導入された場合において、「ストライキによる休業とスト不参加者の賃金請求権」という問題について想定される帰結とその影響

① 解除権行使によって解決をするという考え方を採用した場合

前述したとおり、本件基本方針においては、危険負担制度を廃止し、反対債務からの解放は解除によって一元的に解決する立場を採用している。

したがって、本件基本方針は、「ストライキによる休業とスト不参加者の賃金請求権」という問題を、解除によって解決することを思考しているものと推察されるが、解雇権について厳格な規制を加えている労働契約において果たしてこのような解決

¹⁹ 受領遅滞について債権者の受領義務を認める債務不履行説を採用した場合には、民法536条2項との不均衡という問題は生じないが、他方において、雇用契約において、債権者（使用者）の受領義務を觀念することは、多くの下級審裁判例が否定している就労請求権を是認することに他ならないのではないかという問題を抱えることになると思料される。

²⁰ 代表的な見解として、有泉亨「労働基準法」256頁。

²¹ ノース・ウェスト航空事件・最判昭和62年7月17日民集41巻5号1283頁。

²² ただし、最高裁は、当該事案における結論としては、部分ストライキのため会社が命じた休業は、「使用者の責めに帰すべき事由」によるものとはいえないとして休業手当を否定している。ノース・ウェスト航空事件・最判昭和62年7月17日民集41巻5号1283頁参照。

策を採ることができるのかという問題が出てくるように思われるのである。²³

② 危険負担的処理によって解決をするという考え方を採用した場合

本件基本方針は、ノーワークノーペイの根拠となりうる規定を新設するとともに（【3.2.8.06】）、役務受領者（労働契約の場合は使用者。以下同じ。）の義務違反によって役務提供（労務提供も含まれる）が不可能となった場合には、役務提供者（労働契約の場合は労働者。以下同じ。）は、役務受領者に対し、当該契約から得られることが合理的に期待される利益に相当する報酬から、自己の債務を免れたことによって得た利益を控除した額の請求を認める旨の規定をも新設している（【3.2.8.09<2>】）。

それゆえ、本件基本方針においては、「ストライキによる休業とスト不参加者の賃金請求権」という問題は、上記2つの規定に基づいて処理するという考え方もありうる。²⁴

しかしながら、「ストライキによる休業とスト不参加者の賃金請求権」という問題において、「役務受領者の義務違反」として評価されうる事実としては、使用者が労働者の労務提供を受領しなかったこと以外にはありえないと思料される。

それゆえ、前記【3.2.8.09<2>】の規定に基づいて、賃金請求権を発生させる余地を認めるということは、一定の場合（例えば、客観的には就労可能であるのに使用者が労働者より提供された労務の受領を拒否した場合）には、使用者の受領拒否をもって義務違反と評価することを意味すると思われるので、当然就労請求権との関係が問題になってくるものと思料される。

周知のとおり、就労請求権の問題は、労使が厳しく対立している問題である。また、読売新聞社事件東京高裁決定²⁵以降の下級審裁判例の多くはこれを否定しているが²⁶、未だ最高裁の判断は出されていない問題であり、学説上の見解も一致して

²³ この問題を解除によって解決しようとする、現在の判例法理の下での結論とは異なり、労働契約法16条により使用者の解雇が認められず、使用者は賃金全額を払い続けるという結論になる可能性が高いものと思料される。逆に、このような事態を回避するために、ストによる休業がある程度の期間継続した場合には、使用者は従業員を解雇することによって賃金支払債務を免れる、結論を採った場合には、憲法上の権利である争議権との関係で極めて難しい問題が生じることになる。いずれにしても、本件基本方針の改正提案は、個別的労働関係法と団体的労使関係法の双方に関連する重要論点について大きな変更を加えるか、新しい問題を発生させることになると思われる。

²⁴ 民法（債権法）改正検討委員会の主要メンバーである潮見教授は、平成21年7月29日の近畿弁護士会連合会の夏季研修において、このような解決策を示唆している。

²⁵ 東京高決昭和33年8月2日労民9巻5号831頁。

²⁶ 就労請求権を否定している最近の下級審裁判例として、日本自動車振興会事件・東京地判平成9年2月4日労判712号12頁、三井物産関西支社事件・大阪地決平成12年9月29日

いないところである。²⁷

民法（債権法）改正検討委員会が、就労請求権の議論に影響を与えかねないことをも想定した上で、「危険負担の廃止と解除による一元的処理」という改正提案をしているのかは全く不明であるが、いずれにしても、就労請求権という個別労働関係法上の重要問題に対して大きな影響を与えかねない法改正を、労働政策審議会による審議を経る余地のない民法改正という枠組みの中で進めていくことについては、大きな危惧を抱かざるを得ない。²⁸

③ 本件基本方針が導入されると、「休業と賃金請求権の帰趨」という問題の性質自体が変わるように思われること

上記（2）において論じたとおり、現行法において、「ストライキによる休業とスト不参加者の賃金請求権」を典型的な紛争類型とする「休業と賃金請求権の帰趨」という問題に関して種々の見解が対立することになった根本原因は、

ア 受領遅滞の効果が解釈に委ねられていたこと

イ 判例・通説が、受領遅滞の法的性質について法定責任説を採用していたこと

ウ 上記ア、イの理由から、履行不能と受領遅滞（受領不能）との区別基準として領域説を採用すると、使用者（債権者）に帰責事由がないにもかかわらず、対価危険を使用者（債権者）に移転させる結果となり、危険負担の法理との不均衡が問題となること

という点にあると思料される。

これに対して、本件基本方針においては、現行法において、受領遅滞後の履行不能として議論されてきた問題について、債権者からの解除権行使の否定という形で、対価危険が移転することを明文化しており（【3. 1. 1. 87<4>】）、しかも、対価危険の

労判804号75頁，日経クイック情報事件・東京地判平成14年2月26日労判825号50頁。なお，読売新聞社事件以降，就労請求権を肯定した下級裁判例として，高北農機事件・津地上野支決昭和47年11月10日判例時報698号107頁，レストラン・スイス事件・名古屋地判昭和45年9月7日労経速731号7頁（ただし，原則としては就労請求権を否定）。

²⁷ 就労請求権を否定する代表的見解として，菅野和夫「労働法（第8版）」72頁，就労請求権を肯定する代表的見解として，下井隆史「労働基準法（第4版）」217頁。なお，西谷敏「労働法」93頁も参照。

²⁸ 現行法は、「契約上の義務の不履行（債務不履行）」と「帰責事由（故意，過失または信義則上これと同視すべき事由）」とを別概念として観念している。それゆえ，使用者の労務提供の受領拒否という事実を「帰責事由」の問題として処理することができ，就労請求権との抵触を生じさせることなく，「休業と賃金請求権の帰趨」という問題を処理することができる。これに対して，本件基本指針は，「帰責事由」概念を放棄したことから，使用者の労務提供の受領拒否という事実を「使用者の義務違反と評価できるか否か」という問題として捉えざるを得なくなる。その結果，「休業と賃金請求権の帰趨」の問題を解決するに際して，就労請求権との抵触という新しい問題を生じさせることになったものと思料される。

移転という法効果を発生させるための要件としては、債権者の義務違反を要件としていないように思料される。²⁹

その結果、本件基本方針においては、休業にいたった原因について当事者双方に帰責事由がない場合の賃金請求権の帰趨は、履行不能で処理するのか（この場合は債権者側に義務違反がなければ対価危険は移転しないことになる。）、それとも受領遅滞（受領不能）で処理するのか（この場合は債権者側に義務違反がなくても対価危険は移転することになる。）がまさに結論を左右する分水嶺となるのであり、しかも、受領遅滞の効果として対価危険の移転を明文化するとともに契約の場面における過失責任の原則を否定している以上³⁰、現行法と異なり、履行不能か受領遅滞（受領不能）かの区別基準として、領域説を採用することについて解釈論的障害はないように思われる。

したがって、本件基本方針においては、「休業と賃金請求権の帰趨」という問題の性質自体が変わってくるように思われるのである。³¹

7 その他

（1）有期雇用契約の黙示更新に関する改正提案（【3.2.12.08】）

黙示に更新された有期雇用契約の期間については、民法629条1項の解釈論として、更新後の契約は期間の定めのない雇用契約として継続するという見解³²と、同じ期間の契約として更新されるという見解³³とが対立しており、下級審裁判例の中にも、前者の見解に立つ裁判例³⁴と後者の見解に立つ裁判例³⁵とが存する。

²⁹ 本件基本方針においては、受領遅滞の効果として、損害賠償及び解除を発生させるためには、債権者の受領義務等の義務違反を要件としているのに対して（【3.1.1.88】）、対価危険の移転という法効果を発生させる場面では、「債務者が債務の履行を提供したにもかかわらず、債権者がこれを受領しない場合、または債権者の受領拒絶の意思が明確な場合」ということのみを要件としており、債権者の受領義務違反等の義務違反を要件とはしていない（【3.1.1.87】）。したがって、本件基本方針においては、受領遅滞の効果として対価危険を移転させるための要件としては、債権者の義務違反を要件とはしていないと解するのが自然であるように思われる。

³⁰ 民法（債権法）改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」（別冊NBLN0126）137頁。

³¹ なお、「休業と賃金請求権の帰趨」という問題は、役務提供が不可能な場合における具体的報酬請求権の規定（【3.2.8.09】）を受領遅滞の特則と位置づけて処理するという考え方もありうると推察される。しかしながら、その場合には、就労請求権との抵触という問題が発生することは、第2、6（3）②で述べたとおりである。

³² 我妻栄・債権各論中Ⅱ589頁。

³³ 菅野和夫「労働法（第8版）」176頁。

³⁴ 自警会東京警察病院事件・東地判平成15年11月10日労判870号72頁。

³⁵ タイカン事件・東地判平成15年12月19日労判873号73頁。

これに対して、本件基本方針では、推定の対象である「従前の雇用と同一の条件」から期間の点を除くことを明記し、これにより更新後の雇用契約は期間の定めのない雇用となる旨の改正提案をしている。³⁶この点も労働契約法における問題に重要な影響を及ぼす改正提案である。

(2) 債権時効における短期消滅時効制度の廃止と消滅時効期間の統一 (【3.1.3.44】)

現行労基法は、民法における賃金の消滅時効期間が1年であることを踏まえ（民法174条）、労働者保護の観点から、通常の賃金について2年、退職金について5年に、それぞれ消滅時効期間を延長している（労基法115条）。

これに対し、本件基本方針は、短期消滅時効制度を廃止し、債権時効すべてを、「知ったときから3年ないし5年」に統一することを企図している（【3.1.3.44】）。

それゆえ、本件基本方針の内容が導入された場合には、当然、労基法115条の改正（消滅時効期間の延長）の是非を議論せざるを得なくなると思料される。

第3 結語

以上述べた理由から、本件基本方針の改正提案には、個別的労働関係法上の諸問題について、大きな影響を及ぼす内容が多数含まれていると思料される。それゆえ、当会は、本件基本方針に対して、前記第1に記載したとおりの意見を持つに至るとともに、今後の民法（債権法）改正においても、民法（債権法）改正による個別的労働関係法上の諸問題への影響の有無・程度を慎重に吟味の上、国民に対する十分な情報提供責任や説明責任をも果たしつつ、場合によっては、個別的労働関係法上の諸問題に影響を与えない形での改正をも視野に入れた上で、民法（債権法）改正作業を進めていくことを要望する次第である。

³⁶民法（債権法）改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」（別冊NBLN0126）391頁。

就業規則(労働契約法7条)	約款(債権法改正の基本方針【3.1.1.26】)
① 労働者及び使用者が「労働契約を締結する場合において」	ア 契約締結時までに
<p>② 労働者に周知させていたこと → 実質的にみて、事業場の労働者集団に対し当該就業規則の内容を知りうる状態においていたこと。</p>	<p>イ 相手方に約款を提示したこと(以下「開示」という。) → 約款を相手方に交付するなどにより、約款の内容を認識しようとするれば容易に認識できる状態に相手方を置くこと(三契約締結時までに、相手方が特別のアクションを起こさなくても良いとこれに約款を置いて、約款の内容を認識しようとするれば容易にその内容を認識できるような状態を作り出すことが必要)</p>
	<p>ウ 両当事者がその約款を当該契約に用いることに合意したこと</p> <p>※ 黙示の合意でも足りる。また、ある契約につき特定の約款を用いることが慣習として確立しているときは、法律行為と慣習【1.5.04】により、当事者の一方または双方がその慣習によらない意思を表示したと認められる場合を除き、慣習に従い、当該約款は、その契約の内容となる。</p>
<p>③ 合理的な労働条件が定められていること → 企業の人事管理上の必要性があり、労働者の権利・利益を不相当に制限していないこと + 裁判所による合理的限定解釈の規制</p> <p>※ 上記に加えて、就業規則に基づき具体的な権限行使についても権利濫用規制が及び。</p>	<p>エ 不当条項に該当しないこと → 当該条項が存在しない場合と比較して、条項使用者の相手方の利益を信義則に反する程度に害するもの。</p> <p>※ 当該条項が、相手方の利益を信義則に反する程度に害しているかどうかの判断にあたっては、契約の性質及び契約の趣旨、当事者の属性、同種の契約に関する取引慣行及び任意規定が存する場合にはその内容等を考慮するものとする。</p> <p>オ 契約締結時に相手方が知っていた条項については、上記イの開示はなくてもよい。</p>
	<p>カ 約款を構成する契約条項のうち、個別の交渉を経て採用された条項については、ア、イ、エの規制はなし。</p> <p>※ 個別の交渉とは、形式的な交渉では足りず、あくまでも実質的な交渉でなければならない。</p> <p>※ 実質的な交渉があったといえるためには、当初の条項が変更されることまでは必要ではないが、約款使用者と相手方との間で、約款の条項とは異なる他の可能性について検討がされたことが前提となる。具体的には、相手方が、単にありうるほかの可能性について説明を約款使用者から受けただけでは足りず、他の選択肢の採否について、約款使用者との間で能動的な交渉行動をしたことが必要である。</p> <p>※ 約款とは別に、約款使用者が特定の条項書面で提示し、相手方が、約款使用者に求められるまま、その条項を契約内容とすることに同意してその旨署名した場合には、個別の交渉があったとはいえない。</p>