

# 民法(債権法)改正 の個別論点とその問題点 Vol.9

## I 不安の抗弁権

民法改正問題特別委員会 委員 中西 敏 彰

### 1 不安の抗弁権の明文化

基本方針では、**不安の抗弁権を明文化することが提案**されています ([3.1.1.55])。不安の抗弁権については、現行法上明文はありませんが、東京地判平成2年12月20日判タ757.202等、不安の抗弁権を認めた裁判例があります(もともと、「不安の抗弁権は、厳密な意味での対価の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」との指摘がなされています。新版注釈民法13(補訂版)595頁)。比較法的にも、不安の抗弁権が明文化されている例が多数あります(ドイツ民法、スイス債務法、アメリカ合衆国統一商事法典、国際商事契約原則、ウィーン売買条約など)。

### 2 不安の抗弁権の位置づけ

不安の抗弁権については、①「**先履行の合意**」の効力を剥奪するものとして、**不安の抗弁権を位置づける立場**と、②**自己の反対債権の保全**という観点から、**債務者の不安の抗弁権を位置づける立場**があります。①の立場は、先履行合意がない場合は、不安の抗弁権に依拠することができないとされています(その場合、同時履行の抗弁権を行使することになります)。②の立場は、不安の抗弁権が問題となるのは先履行合意がある場合に限られないとされます(同時履行の抗弁

権が認められた場合は**引換給付判決**に、不安の抗弁権が認められた場合は**債権者の敗訴判決**となります)。基本方針では②の立場を取っています。

### 3 不安の抗弁権の明文化の是非

不安の抗弁権については、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評価することもできます。また、上述のとおり、裁判例においては、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ほとんどのため、継続的取引に限定せずに不安の抗弁権を明文化する必要性の有無も問題となり得ます。

しかし、**契約当事者の信用力が著しく落ちたときまで相手方に履行を強いる必要性は乏しいこと**については争いがないものと思われれます。また、濫用の危険性については、**要件を厳格に規定し**、かつ、厳格に運用されることにより対処が可能であると考えられます。したがって、不安の抗弁権の明文化自体については、その必要性が認められると考えられます。

### 4 不安の抗弁権の要件

基本方針は、不安の抗弁権の要件として、「**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」としています。中小企業であれば、運転資金に余裕のないところも多く、例えば仕入先が不安の抗弁権を行使することにより、それが引き金となって倒産してしまうということも考えられます。したがって、学説においても、**不安の抗弁権の要件は厳格に判断される必要があると**されています（内田貴『民法Ⅱ』（東京大学出版会、第2版）52頁、潮見佳男『債権総論Ⅱ』（信山社、第3版）192頁）。それでは、上記「具体的な危険」という文言が適切でしょうか。この点、基本方針の審議段階においては、「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」との表現が用いられていましたが、その後、「具体的な危険」という表現に改められており、厳格性を求める趣旨であると解されます。もっとも、現時点において、「具体的な危険」という文言を使用した法令（憲法・法律・政令・勅令・府令・省令・規則）は見当たらず、かかる文言が使用された場合、その具体的な意味は今後の実務の集積に委ねられることとなります。前記のような弊害に鑑みれば、不安の抗弁権の要件は厳格に判断されるべきであり、より適切な文言が存しないか更なる検討が求められます。

## Ⅱ-1 利益相反行為・代理権濫用

民法改正問題特別委員会 委員 長澤 松 男

### 1 基本方針の立場

現民法108条の解釈について、自己契約や双方代理そのものには該当しない場合であっても、本人と代理人の利益が相反する行為については、同条の拡張ないし類推が認められてきました（例えば、大判昭7.6.6民集11.1115）。そして、「代理人は、もっぱら本人の利益のために行動すべきであり、自己や第三者の利益のために行動してはならず、また、本人の利益と自己の利益とが衝突するような地位に身を置い

## 5 その他

### 1 不安の抗弁権の消滅

不安の抗弁権は、**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消滅すると**されています（[3.1.1.55] <1>）。

### 2 契約締結時に生じていた事情

具体的な危険について、契約締結時に既に生じていたときで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った場合においても不安の抗弁権は行使できるとされています（[3.1.1.55] <2>）。契約締結時に生じていた事情については、多数説は錯誤無効や詐欺取消の制度によって保護されるにとどまるとされているようですが、不安の抗弁権を主張できる要件を厳格に解すれば不都合性は低く、一方、不安の抗弁権を認めることにより契約の無効、取消としない解決（つまり、契約の効力を否定しない解決）も可能となるため、当該提案に合理性があると思われます。

てはならない」という代理人の忠実義務を、拡張や類推を基礎付ける根拠としています。そこで、基本方針は、現民法108条におけるこの判例や学説の立場を正面から認め、自己契約と双方代理とならんで、**利益相反行為一般的に禁止する規定**を置く提案をしています（[1.5.32]）。

また、**代理権の濫用**についても、現民法にはこれを定めた規定はありません。解釈上民法93条ただし書類推適用説と信義則説との対立があり、判例は前者の立場に立っていると評価されていますが（最判昭42.4.20民集21.3.679）、基本方針は、代理人の権限

濫用について、現民法 93 条ただし書に相当する条文の類推適用という形をとらずに、明文で定める提案をしています【1.5.33】。

## 2 利益相反行為

### 1 要件

基本方針は、どのような行為が利益相反行為にあたるか否かを判断する基準として、**取引の安全を重視するいわゆる形式説(外形説)**の立場を採用しています。すなわち、利益相反行為に該当するか否かについては、「**行為の外形**」のみから客観的に判断すべきであり、行為の動機や意図、行為の結果等の具体的事情を考慮すべきではないという考え方を前提にすることを明にしています。この考え方自体は、現民法 826 条や 860 条における確立された最高裁判例の立場を導入するものと評価できます(最判昭 42.4.18 民集 21.3.671)。

### 2 効果

現民法 108 条に違反した場合の効果については、無権代理と考えるのが一般的です(無権代理構成)。しかし、利益相反行為は、代理人が本人に対して負う忠実義務違反にすぎず、しかも本人が利益相反行為によって実際に自己の利益が害されると判断した場合に限って、行為の効果が自分には帰属しないと主張できれば、本人の保護として十分であると考えられます。そこで、基本方針も、利益相反行為の効果については、「**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る**」と規定しています(効果不帰属主張構成)。これは、利益相反行為にあたる代理行為の効果が本人に帰属することを原則とするものです。

さらに、効果不帰属主張構成を採用した場合の相手方保護要件について、基本方針の立場では無権代理構成に立った場合のように表見代理の規定

を直接適用することはできないことから、特別な規定を置いています。また、基本方針は、相手方からの転得者等の第三者保護要件についても、相手方の場合と同様規定を提案しています。

まず、基本方針は、形式説に立つことを前提に、利益相反行為は定型的・客観的に忠実義務違反行為に反すると評価される行為であるから、相手方は通常、代理人の行為が忠実義務違反行為であることを知っているか、少なくとも、知らなかったとしても重大な過失あると考えられるとしています。そして、証明責任の転換を認め、相手方が善意で、かつ、無重過失であることを主張・立証したときに、本人による効果不帰属の主張は認めないとしています。

次に、第三者保護要件については、利益相反行為が行われたことについて第三者が善意であり、かつ、重大な過失がなかったときには、本人は行為の効果の不帰属を主張できないとしています。これは、①第三者の側から見れば、代理人は本人の側に属する者であり、そのような代理人が本人との内部関係において背信的行為を行っている以上、その保護要件として、善意に加えて無過失まで要求するのは酷であること、②本人自身が知らないところで代理人が利益相反行為をしていることから、重大な過失のある第三者に対してまで、本人による効果不帰属の主張を認めないと考えべきではないという利益衡量の結果規定されたものです。

## 3 代理権濫用

### 1 要件

代理権濫用について、判例は任意代理の場合と法定代理の場合を区別し、後者のうち親権者の代理権濫用について、代理権濫用が認められるのは、「子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に子を代

理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情」がある場合に限られるとされています（最判平 4.12.10 民集 46.9.2727）。任意代理の場合との違いは、親権者が子を代理してする法律行為は、(子のために親権を行使する親権者が)子をめぐる諸般の事情を考慮してする広範な裁量にゆだねられているということから導かれています。ただし、法定代理の場合に、限定的にしか代理権の濫用を認めない判例の立場に対しては、本人(子ども)の利益保護の観点からの批判もあるところです。そこで、基本方針は、①上記の判例法理を基本的に明文化し、②「法律行為をすることにより、その代理権を濫用した」と規定することによってこの批判的立場にも配慮を行っています。すなわち、親権者をはじめ、法定代理人による代理権の行使にどれだけの裁量が認められるべきか、という点についてはそれぞれの法定代理制度の趣旨によって異なりうることから(判例法理もこの違い自体は前提としていると評価されています)、代理権の濫用を規定するにあたっては、それぞれの法定代理制度ごとに、当該行為が代理権の濫用にあたるか否かを、その規定の趣旨にまで遡って個別具体的に解釈することが可能となるような定め方をしているのです。そのような柔軟な解釈を可能とする文言として「代理権を濫用した」と規定し、単に「代理人が自己または他人の利益をはかるために相手方との間でその代理権の範囲内の法律行為をした」場合としなかったのです。

このように、基本方針は、利益相反行為について形式説に立つことを前提に、利益相反行為の規律の対象外の行為については(代理人の背信的な目的に即して具体的・主観的に忠実義務違反が認められる場合)、代理権の濫用でカバーできるという考え方に立っています。果たしてこのように言い切ることが出来るか否かについては、まさに「代理権を濫用した」という文言の解釈にかかってくるものと思われまふ。解釈の幅を広く残している以上、

その解釈を行うにあたっては、当該法定代理制度の趣旨に遡って慎重な判断がなされなければなりません。

## 2 効果

代理権濫用は、代理人が自己又は他人の利益をはかるために、客観的にはその権限内にある行為をすることをいうとされており、代理人の忠実義務違反行為の一類型であると評価しうるものです。そして、この忠実義務はあくまで本人と代理人との内部関係における義務であり、代理権の範囲はそれとは別に客観的に確定されると考えられています。代理権の範囲を主観的に決めると、相手方の窺い知れない事情によって無権代理となる可能性が生じ、円滑な代理取引が害されるおそれがあるからです。このような考えに立つと、代理権の濫用は、それ自体は有権代理として、原則として本人に行為の効果が帰属することになります。基本方針は、このような考え方に立ち、①代理権濫用の場合は、それ自体有権代理であるから、原則として行為の効果が本人に帰属する。②その上で、相手方の信頼を害さない限りで、代理権濫用を理由に例外的に本人への効果帰属を否定しています。この考え方は、利益相反行為の効果における効果不帰属主張構成と親和的と言えます。

## 4 他の類似の規定との関係

特別法にも、利益相反行為に関する規定が置かれています。例えば、会社法 356 条や一般社団法人及び一般財団法人に関する法律 84 条、信託法 31 条などです。このうち、要件(利益相反行為に該当するか否かの判断基準)に関しては、旧商法 265 条における最高裁昭和 39 年 1 月 28 日判決は、明らかに上記の形式説とは異なる見解に立っていると評価されています。また、効果についても、旧商法 265 条に

おける最高裁昭和43年12月25日大法廷判決は、間接取引の相手方との関係で取引の安全を図るために、相対的無効説と呼ばれる考え方を採用していますが、これは取締役の利益相反行為を原則として無効と解するもので、上記の基本方針の立場と異なる考え方に立つものです。

このような違いはどこから導かれるのか、さらに言

えば如何なる根拠で、民法とは別に利益相反行為に関する規定を置くのか、一般法たる民法の利益相反行為に関する規定と特別法における利益相反行為との関係については、基本方針では何ら触れられていません。今後は特別法につきその立法趣旨が問われることになるものと考えられます。

## Ⅱ-2 無効・取消

### 1 はじめに

基本方針は、法律行為の無効及び取消しに関して、現民法の規定を一部修正する提案をしています。また、債権編のところにも無効及び取消しの規定をおき、契約が無効となる場合の規定やその効力等について規定をおくという提案をしています。

具体的な改正提案のうち、以下では、①法律行為や契約に含まれる条項の一部が無効となった場合の影響、②複数の関連した法律行為の一つが無効となった場合の影響、③追認の要件、④法定追認事由、⑤取消権の行使期間、⑥不当条項規制について、簡単にご紹介したいと思います。

### 2 一部無効の他への影響

#### 1 法律行為の条項の一部無効

基本方針は、**法律行為や契約に含まれる特定の条項の一部が無効となる場合、その部分のみが無効となるという原則を示すとともに、法令に特別の定めがあるとき、当該条項の性質から他の部分の効力を維持することが相当ではないと認められるとき、当該条項が約款または消費者契約の一部となってい**

民法改正問題特別委員会 委員 奥津 周

るときは、その条項全体が無効となる規定を提案しています（【1.5.47】【3.1.1.37】）。

現行法では、法律行為や契約に含まれる条項の一部が無効となる場合の当該条項全体の効力について明文の規定はありません。基本方針は、この点について、当事者の自己決定を可能な限り尊重するため、一部が無効でも条項の残部には影響しないという原則を示すとともに、一定の場合には条項全体が無効となるという基準を示そうとしています。

#### 2 法律行為の一部無効

また、基本方針は、法律行為の一部が無効とされたり、契約の条項の一部が不当条項として無効とされた場合に、**その一部が無効であるとすれば、当事者がそのような法律行為・契約をしなかったであろうと合理的に考えられる場合には、法律行為や契約全体が無効となるという規定を提案しています**（【1.5.49】【3.1.1.38】）。不当な条項を含む契約を締結させられた消費者などにとって、契約の拘束力から解放させる余地を広げるものとして、評価できると思われます。

#### 3 複数の法律行為の無効

さらに、基本方針は、**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、一つの法律行為が無効**

となった場合に、当該法律行為が無効であるとすれば、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と考えられる場合に、その法律行為も無効となるという規定を提案しています（【1.5.50】）。

判例でも、リゾートマンションの売買契約と、これと一体のスポーツクラブ会員権契約が締結された場合で、スポーツクラブ会員権契約の債務不履行によって解除した場合に、リゾートマンションの売買契約も解除できるとしたものがあります（最判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁）。

この判例は解除の事例ですが、同じように、ある法律行為が無効とされる場合に、これと密接に関連した別の法律行為の履行を強いられることは不合理な場合はあるでしょう。したがって、このように複数の法律行為の無効を認める本提案は、契約の拘束力から解放させる余地を広げるものとして、評価できるといえます。

### 3 追認について

#### 1 追認の要件

取り消すことができる法律行為でも、追認がなされた場合には、以後取り消すことができないとされており（現行民法122条）、基本方針でも同じ提案がなされています（【1.5.55】）。

現行民法は、この追認の要件として、「取消しの原因となっていた状況が消滅した後」であることが必要としていました（現行民法124条1項）。基本方針では、この点に加えて、「**追認権者が取消権を行使しうることを知った後**」であることも要件としています（【1.5.57】<1>）。追認は取消権の放棄であるという理解を前提に、取り消し得る行為であることを知ったうえで追認をする必要があるとしたものです。

また、現行民法124条3項は、法定代理人又は制限行為能力者の保佐人若しくは補助人が追認をする場合には、「取消しの原因となっていた状況が消滅し

た後」であることは不要としています。一方、基本方針は、このような規定をおかず、法定代理人または制限行為能力者の保佐人もしくは補助人が追認をする場合でも、本人が追認する場合と同様に、「取消しの原因となっていた状況が消滅した後」であり、かつ「追認権者が取消権を行使しうることを知った後」でなければ追認の効力を生じないとしており（【1.5.57】<2>）、現行法を改正する提案をしています。

いずれも**表意者の保護を手厚くするもの**として、妥当な提案と考えられます。

#### 2 法定追認

基本方針は、法定追認とされる事由について、現行民法の規定に加え、**①履行の全部または一部の受領があった場合、②担保の受領があった場合に、追認したものとみなすという提案**をしています（【1.5.58】）。

この点については、事業者が消費者に対し、取消権の行使を阻止するために、一部の履行を終えてしまうということが有り得、消費者保護として不十分であるとの指摘があります。これに対して基本方針は、上記のとおり現行法を改正して追認は「取消権を行使しうることを知った後」でなければ効力を生じないとしていることから、取消権を行使しうること知らない状態であれば、履行を受領しても取消権は消滅しないし、取消ができる状態にありながら、あえて履行を受領するという行為があれば、法定追認が生じてもやむを得ないと解することができるかと解説しています。

しかし、「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、取消権者の保護が不十分となります。また、取り消すべきか否か検討している間に、相手方からの一方的で強引な履行の全部または一部の提供等により、取消権が消滅するということが合理的とは思われません。

そこで、こうした危険性がある以上、あえて現行

法を改正し、履行の全部または一部の受領や担保の受領を法定追認事由として定める必要はないと思われる。

## 4 取消権の行使期間

基本方針では、取消権の行使期間について、**追認をすることができるときから3年間、行為のときから10年間に取消をしないと取消権が消滅する**としています ([1.5.59])。

しかし、取り消し得る行為というのは、表意者保護の必要性が高いといえますので、現行法から表意者が保護される範囲を後退させる積極的な理由があるとは思われません。

そこで、取消権の行使期間については、現行法のとおり、追認可能時から5年間、行為時から20年間とするべきであり、基本方針の提案は妥当性を欠くと思われま

## 5 不当条項規制

既に本連載でも何度かご紹介しているとおり、基本方針では、消費者契約法8条から10条の不当条項規制を民法に取り込むとともに、約款についても、消費者契約とほぼ同様の規律が約款条項適用されるものとし、不当条項とされるものの効力は無効であると提案しています ([3.1.1.32] 以下)。

また、このような無効となる不当条項を使用した当事者は、その条項が存在しなければ相手方が被らなかつた損害を賠償する責任を負うと提案しています ([3.1.1.39])。不当な条項によって、相手方がこの不当条項がない場合に比して余分な出費をした場合などに、相手方を保護するために有効な提案です。相手方は、条項使用者に対して不法行為に基づく損害賠償請求も可能でしょうが、このような規定があることで、条項使用者の故意・過失を立証する必要がなくなるものといえます。

# III 債権者代位権(本来型)

## 1 基本方針の概要

現行法では、423条に債権者代位権の規定が置かれています。しかし、一般的に、債権者代位権は債務者の責任財産保全のための制度と解されながら、現実には、債権者が事実上の優先弁済を受けることが可能であったり、非金銭債権の内容を実現するための手段として用いられたりするなど、本来の制度趣旨と現実的機能が乖離していると指摘されています。

そこで、基本方針では、**①責任財産保全のために利用される場合の債権者代位権** (いわゆる「本来型の債権

民法改正問題特別委員会 委員 高尾 慎一郎

者代位権) と、非金銭債権の内容を実現するための手段として利用される場合の債権者代位権 (いわゆる「転用型の債権者代位権」) の2類型を明示、**②類型毎の制度設計、③債権者の事実上の優先弁済を否定、④債務者への通知制度の新設、⑤債権者代位訴訟の規定の新設**、などが提案されています。

本稿では、本来型の債権者代位権の無資力要件、制度設計、事実上の優先弁済の否定について説明し、次号で、転用型の債権者代位権、その他新設が提案されている各種制度等について説明します。

## 2 本来型の債権者代位権の無資力要件

1 基本方針では、「債務者がその負担する債務を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つて当該状態となる場合を含む）」に、「その有する債権を保全するために、債務者に属する権利を行使することができる」とし、本来型の債権者代位権において、**債務者の無資力要件**を明示し、その具体的内容を**債務超過**とすることを提案しています【3.1.2.01】。

2 しかしながら、現行法下の無資力要件について、必ずしも明確に債務超過に限定する趣旨の判例は存在しないこと、また、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を立証するのは容易ではないことからすれば、無資力要件を債務超過の場合に限定するのは行き過ぎであり、少なくとも、支払不能や支払停止が立証された場合にも無資力要件を充足したものととして債権者代位権の行使が認められるべきものと考えます。

3 さらに、基本方針が提案する債権者代位権制度によれば、債権者代位権の行使により、債務者による被代位債権の処分権は当然には制限されず、第三債務者の債務者への弁済も禁止されておらず、債権者の事実上の優先弁済も否定されるなど、債務者の財産管理権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の場合をそれほど上回るものでもありません。

そこで、大阪弁護士会の意見書では、「無資力の具体的内容として債務超過に限定するのは狭きに失するので、より緩和されたものにすべきである」とし、支払不能や支払停止の場合も含むべきであるとともに、「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」も検討すべき旨提案しています。

## 3 本来型の債権者代位権における債権者直接受領の可否

1 基本方針では、本来型の債権者代位権を行使する際、「代位行使される債務者の権利が、債務者による受領行為を要する場合において、」**「債務者に受領を期待することが困難であるとき」**は、「債権者は、自己への交付を求めることができる。」としており、**債務者による受領を原則と設定し、債権者が直接給付請求できる場合を限定**しています【3.1.2.02】。

2 しかし、債権者への金銭の直接給付が認められる場合を、債務者による受領が期待できないときに限定するのは、法律関係を不安定にすることになります。

債権者代位権の機能として、債権者が裁判外で第三債務者と交渉する基礎となる法的地位を債権者に与える点に意義を見出すならば、債権者が第三債務者に直接給付を求めることを原則としてもよいと思われます。

ところで、現行法下の判例法理では、代位債権者が本来型の債権者代位権に基づいて金銭債権を代位行使する場合において、被代位権利を行使しうるのは、被保全債権の債権額の範囲に限られています。しかし、基本方針では、次項でみるとおり事実上の優先弁済を否定し、債権者代位権を責任財産保全のための制度に徹底することを前提に、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに被代位権利の行使ができるものとするを提案しています。この点、基本方針の考え方に採用するとしても、債権者への金銭の直接給付に関しては、代位債権者破綻時の、債務者の他の債権者への影響を踏まえ、被保全債権の債権額の



範囲のみに限定するのが妥当であると考えられます。

## 4 事実上の優先弁済の否定

1 基本方針では、本来型の債権者代位権の場合に、「債権者は、受領した財産を債務者に返還する義務」を負わせ、「金銭を受領した債権者は、債務者に対する返還義務または相当額の金銭の支払義務と自己の債務者に対する債権とを相殺することができない」として、**債権者による事実上の優先弁済を否定することを提案**しています【3.1.2.02】。

2 この提案は、現在の判例法理を変更するものですので、議論のあるところですが、債権者代位権行使による優先弁済を積極的に肯定する理論的根拠に乏しく、また、実務上も、債権者が債権回収を行うためには債務者に対する債務名義が必要と捉えるのが通常でしょうから、事実上の優先弁済が否定されても、実務上大きな弊害はないものと思われま

## 5 本来型の債権者代位権の在り方

なお、法制審議会民法（債権関係）部会では、本来型の債権者代位権の必要性も議論されています。すなわち、民事執行制度・民事保全制度が整備されているので、これらと本来型の債権者代位制度が併存していることは、法制度として整合性に欠くので、**本来型の債権者代位制度は廃止すべきではないか**、との考え方です。

しかし、民事執行・保全制度で代替できないケース、具体的には、債権者代位訴訟の提起による被代位債権の時効の中断、倒産債権の届出、被代位債権

を被保全権利とする第三債務者の財産の仮差押え、時効の援用や解除権の行使などが存在し、また、代替できないケースを個別に完全に把握して具体的な手当てすることは現実的にも技術的にも困難ですので、本来型の債権者代位権を廃止することは妥当ではありません。むしろ、かかる民事執行・保全制度で代替できないケースに機能する制度として積極的に評価し、より使いやすい制度にする方向性が検討されるべきものと考えます。

すなわち、債権回収に向けた本則の制度は民事執行・保全制度であり、債権者代位権の事実上の優先弁済機能を否定すべきことは承認せざるを得ないものとするならば、むしろ新たな債権者代位権制度は、本則の民事執行・保全制度と併用されることを前提に、仮差押え、差押えによって達成される機能（債務者の処分禁止効、第三者の弁済禁止効など）を設けずに、「債権者が債務者の権利を代わって行使できる」ということのみ機能に限定した身軽な制度としつつ、無資力要件を撤廃し、保全の必要性の要件に緩和して、使い勝手の良い制度とする方向性が探られるべきものと考えます。理論的にも、民事執行・保全制度は債務者の無資力を要件としない以上、債権者代位制度がこれを補完する機能を十分に果たすためには、要件緩和が必要ですし、また、機能を限定した身軽な制度とするならば、債務者の財産管理処分権への介入程度も少なく、要件緩和の許容性が認められることから、妥当な方向性であると考えます。

# IV 委任

## 1 はじめに

委任における提案として重要なものは、①準委任の定義、②忠実義務の新設、③特殊の委任として媒介契約、取次契約、履行保証契約を新設したことです。

## 2 準委任の定義

基本方針においては、委任の定義は維持されていますが、準委任の定義は、「**当事者の一方（委任者）が相手方（受任者）に対し、第三者との間で法律行為でない事務を行うことを委託する場合**」に変更することが提案されています【3.2.10.02】。これは、基本方針が新たに「役務提供契約」という契約類型を設け、多様化している役務を提供する契約の受け皿としたことによります。準委任はこれまでのように役務提供契約一般の受け皿ではなく、第三者との間で法律行為でない事務を行うことを委託する場合に限定されることになります。

## 3 忠実義務の新設

基本方針は、**受任者の義務として受任者の忠実義務【3.2.10.04】**を一般規定として定める提案をしています。これまで委任においては善管注意義務（民法644条）の規定はあっても、忠実義務についての明文規定はありませんでした。しかし、現行法上も、受任者は委任者に対して善管注意義務を負うほか、委任者から信認を受けて事務処理をしなければならないことに伴う忠実義務を負うことが強調されてきています（潮見佳男「基本講義債権各論I」第2版247頁）。忠実義務は、受任者は自己又は第三者の利益と

民法改正問題特別委員会 委員 宇仁 美咲

委任者の利益とが相反する立場に身をおいてはならず、委任者の利益を犠牲にして自己又は第三者の利益を図ってはならないとするものです。基本方針では、このような受任者の忠実義務を一般規定として定めることを提案するものです【3.2.10.04】。

忠実義務は委任の一般規定ですから、委任契約、準委任契約にあたるすべての契約に適用されます。

## 4 特殊の委任

特殊の委任として、**媒介契約、取次契約、履行保証契約を新設**することが提案されています。

## 5 媒介契約【3.2.10.19】

### 1 定義及び媒介者の基本的義務

これまで民法には規定がなされていなかった媒介契約について新設し、「**媒介とは他人間の法律行為が成立するように尽力する有償の準委任**」と定義することが提案されています。

定義を設けるだけでなく、媒介者の基本的義務として、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及び条件等についての必要な情報の収集及び調査を行い、委託者にそれを提供する義務を明記しました。また、報酬については、委託者と第三者との間に法律行為が成立した時に、委託者が媒介者に対してその報酬を支払う義務を負うとして媒介契約が成功報酬型の準委任契約であるとしています。

### 2 仲立契約についての規定を定めない

媒介契約の下位概念としての仲立契約については、民事仲立と商事仲立に共通する規律については民法に定めないこととしました。

### 3 媒介契約と忠実義務

媒介契約を準委任とすることにより、**媒介者は委託者に対して忠実義務を負う**ことが条文上明確になります。対立する当事者双方から同時に媒介の委託を受ける双方媒介は、忠実義務に反することになります。

### 4 媒介契約についての弁護士会の意見

双方媒介が忠実義務との関係で問題が多いことは、商事仲立でも民事仲立でも同様ですが、弁護士会では、民事仲立については双方媒介を原則として禁止し、委託者の同意があった場合に限りこれを認めるべきであるとの意見を述べています。

商事仲立は商品の売買など他人間で行われる商行為の媒介をなすもので、仲立料も当事者双方が平分して（半額ずつ）負担します（商法 550 条 2 項）。これは、委託のない相手方当事者に対しても公平にその利益をはかり、かつ各種の紛争防止義務を負う商事仲立の営業の特色に鑑みて、商法が認めた特別の効果です（江頭憲治郎「商取引法」第 5 版）。

しかし、不動産仲介を典型とする民事仲立においては、媒介者の委託者に対する忠実義務が最大限尊重されます。そのため、法律行為が成立した暁には委

託者は媒介者に報酬全額を支払いますが、媒介者は委託を受けていない相手方への報酬請求権は有しません。ところが、民事仲立において双方媒介を認めると、媒介者は対立する契約当事者双方に対して忠実義務を負うという利益相反する立場に身を置くにもかかわらず、法律行為が成立した場合には当事者双方からそれぞれ全額の報酬、つまり、一方だけから媒介を受託する場合の 2 倍の報酬を取得することができることとなります。このような問題があるにもかかわらず、民事仲立における委託者は消費者をはじめとする一般人であることが多く、媒介者との間で自己の利益を保護するだけの知識、経験、交渉能力を有しないのが通常です。そこで、消費者保護の観点からも、民事仲立にお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置くべきであると意見を述べています。

## 6 取次契約、履行保証契約

基本方針では、これまで民法には規定されていなかった取次契約及び履行保証契約についても新設しています。

# V 一人計算

## 1 一人計算が提案される背景

民法改正検討委員会による債権法改正の基本方針（以下「基本方針」）は、多数当事者間の債権債務を集中的に一括決済するための新たな法制度として、一人計算という概念の導入を提案しています。

その基本的枠組みは、一人計算に参加する当事者間の債権債務をセントラル・カウンター・パーティ（CCP）

民法改正問題特別委員会 委員 久保 陽 一  
たる計算人との債権債務にそれぞれ置き換えて集中的に決済するというものです。

現在行われている集中計算の例としては、東京銀行協会が CCP となって行う内国為替制度や外国為替円決済制度、日本証券クリアリング機構のする清算決済業務が挙げられます。

また電鉄各線を相乗りできる非接触カードによる決済も、本来的な鉄道利用に限られず物品購入等にもその範囲が広がっており、電子マネーの利用も拡大している

状況に鑑みれば、一般消費者が利用するサービスに起因する多数当事者間の債権債務についても、これを集中的に一括して決済する仕組みを構築する必要性は高まってきていると言えるでしょう。

現在、このような一括決済のサービスについては、一般的に債権譲渡、債務引受、立替払、更改と言った既存の法概念を駆使した契約によって処理されているようです。

一人計算は、このような多数当事者間の債権債務を一括して集中決済するための法概念を与えようとするものとして提案されていますが、一方で民法典に編入することについては様々な指摘もなされているところです。

そこで、本稿では、一人計算の概念並びに民法典に編入することについて懸念される問題点について報告致します。

## 2 一人計算の概念について

### 1 一人計算の意義

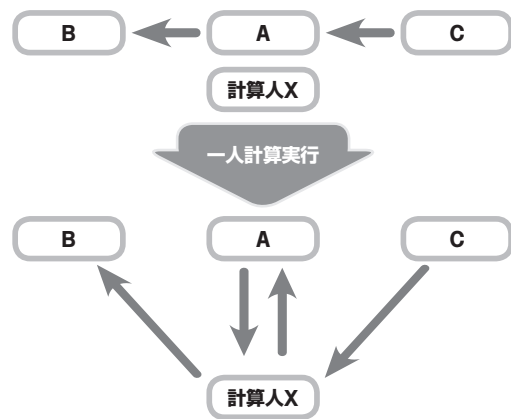
さて基本方針の【3.1.3.37】において提案されている一人計算とは、若干複雑になりますが、おおよそ次のようなものです。

すなわち、実務上、多数の当事者間における債権債務の決済を、集中決済機関を介在させて行うことがあります。一人計算とは、ある参加者（債権者）が別の参加者（債務者）に対して債権を取得することが予想される場合に、予め当事者間で一人計算の合意をし、集中決済機関となる計算人の承諾を得おくことで、債権者が債務者に対する債権を取得すると同時に、この債務者に対する債権が計算人に対する債権と置き換わって消滅し、その代わりに計算人が債務者に対して同内容の債権を取得するという制度です。

例えば、Aを債権者、Bを債務者、Xを計算人とした場合に、AがBに対する債権を取得すると、それと同時にAのBに対する債権が、AのXに対す

る債権とXのBに対する債権に置き換わって消滅することになります。

このとき別の参加者CがAに対して上記と同額の債権を取得し、CのAに対する債権がCの計算人Xに対する債権と計算人XのAに対する債権に置き換わることになると、計算人XはAに対し対等額の債権・債務を有することになり、これらを相殺によって決済することが可能となります。



このように一つの一人計算の合意は、債権者・債務者・計算人による一種の三者契約ですが、計算人を共通にする一人計算合意が多くの参加当事者との間で締結されることによって、多数の当事者がこの仕組みに参加することが可能となり、これら参加当事者間の債権債務の全てが計算人を介した債権債務に置き換わることによって、計算人において多数の債権債務を一括して集中的に決済できる状況になります。

例えばA社、B社がそれぞれ共通に利用できる商品券を発行した場合において、顧客aがA社発行の商品券をB社で利用した場合、B社はA社に対して、顧客aによる商品券利用に関する代金の求償権を取得することになりますが、これが計算人であるX社を介した債権債務に置き換わると、B社はX社に対して債権を取得し、X社はA社に対して債権を取得することになります。

このとき、反対に顧客bがB社発行の商品券をA社で利用していれば、逆にA社はX社に対する債権を取得することになるため、X社は、A社との間で、

この債権・債務を相殺して決済することができるというわけです。

## 2 一人計算の要件効果【3.1.3.37】～【3.1.3.39】

基本方針は、更にこのような一人計算の要件・効果として、次のような点を定めています。

- ① 債権者、計算人は法人であること 【3.1.3.37】
- ② 一人計算の契約は登記により効力が生じること 【3.1.3.37】
- ③ 従前の債権に附着していた抗弁は計算人にも対抗し得ること (任意規定) 【3.1.3.37】
- ④ 一人計算によって取得した債権に不履行があっても一人計算による債務の消滅に影響しないこと 【3.1.3.38】
- ⑤ 対象債権に対する差押等は、一人計算による対象債権の消滅に影響しないとする一方、計算人に対する債権に対してその効力が及ぶこと 【3.1.3.39】
  - ①は、一人計算の仕組みが複雑であることから利用者を法人に限定するものですが、債務者は法人に限定されていません。

②は、一人計算の効果の重大性に鑑み、登記を効力要件とするものです。

③は、抗弁の接続の任意規定とすることで一人計算の安定性の確保を図るものと解されます。

④は、一人計算にかかる債務の不履行を一人計算の効力から切断することで一人計算の安定性の確保を図るものと解されます。

⑤は、一人計算の安定性の確保を図りつつ、差押債権者の利益の点から調整を図るものと解されます。

## 3 問題点

以上のとおり、一人計算の概念は、多数当事者間の債権債務を集中的かつ一括して決済するための仕組みとしては、一つのひな形といえます。

もっとも一人計算の対象となる債権の発生に関し、意思表示の瑕疵・欠缺等があった場合の対処方法など不明な点もまだまだ残されています。

またそもそも一人計算という特定の制度を創設しその優位性を強調しようとする余り、上述のような現在既に安定的に運営されている集中決済業務の効力がかえって否定される解釈を生む余地を認めることとなっては本末転倒に思われます。

更に一人計算制度の導入には、新たな登記制度の創設が伴うこととなりますが、登記制度創設のコストや、これに対応するためにシステムを再構築する場合には相当程度のコストが必要となることについても一定の留意をする必要があります。

加えて一人計算制度を創設するとしても、集中決済機構となる計算人については、多数の当事者が参加するという制度の性格上、公平・公正・中立・正確・迅速な業務の遂行が求められる上、それなりの財務基盤の確保が求められるように思われます。

すなわち一人計算の目的が多数当事者間の債権債務の集中的な決済である以上、計算人において取得した債権の把握・管理や相殺の実施についての証拠の取付や相殺の順序・方法についてのルール策定、違反した場合の担保等や財務基盤の保証は当然問題となるでしょう。

このように一人計算の計算人については、いわゆる一人清算業務と言った特殊な業務に関する規律が必要と解されるところ、基本方針における計算人に対する規制は「法人であること」を要求しているのみであり、不十分に思われます。

そしてこのとおり一人計算について、計算人に対する規制が重要とならざるを得ないことに鑑みれば、むしろ民法典に定めるよりも単行法とする方が望ましいように考えられるところであり、別冊 NBL/No.131 大阪意見書においても「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」としているところです。

以上のとおり、一人計算については、**民法典への導入の採否を含め、今後も注視していく必要があるもの**と思われます。