

I 贈与

民法改正問題特別委員会 委員 奥津 周

1 贈与に関する改正点

基本方針は、贈与契約に関し、現行法にはない新たな規定を設けたり、現行法を改正した規定をおくことを積極的に提案しています（現行法は贈与に関する条文は549条以下のわずか6条ですが、基本方針の贈与の項目は実に20に及びます。）。

具体的には、①贈与の予約契約に関する規定をおく【3.2.3.02】、②書面によらない贈与は「解除」できるものとする【3.2.3.03】（現行法は「撤回」（550条））、③贈与に関する規定を他の無償契約に準用するという一般規定をおく【3.2.3.04】（ただし、後述のとおり基本方針でもこれに反対する意見も提示されています）、④受贈者の背信行為を理由に贈与契約を解除できるという規定をおく【3.2.3.05】【3.2.3.06】、⑤種類物の贈与は贈与者が指定権を有するという規定をおく【3.2.3.07】、⑥贈与者の保管義務は自己の財産に対する同一の注意で足りるという規定をおく【3.2.3.08】、⑦贈与者の債務不履行責任が生じる場合を限定する方向での解釈規定をおく【3.2.3.09】、⑧他人物贈与の場合の贈与者の目的物取得義務を原則否定する規定をおく【3.2.3.10】、⑨目的物に瑕疵があった場合の追完請求権に関する規定をおく【3.2.3.11】、⑩贈与が解除された場合の受贈者の返還義務を現存利益とするという規定をおく【3.2.3.12】、⑪負担付贈与で目的物に瑕疵があった場合に受贈者の負担が軽減されるという規定をおく【3.2.3.14】、⑫死因贈与を要式行為とし、遺言に関する規定を準用するものとし、⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳、という提案がなされています。

以下では、このうち③、④、⑨についてもう少し詳しく説明したいと思います。

2 無償契約への準用について

基本方針では、贈与契約を無償契約の典型例として、贈与契約に関する規定を、その性質に反しない限り、他の無償契約に準用するという規定をおくという提案がなされています（【3.2.3.04】乙案）。これに対して、基本方針では、このような包括的な準用規定はおかず、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という提案もなされています（同甲案）。

前者の提案（乙案）は、無償契約には、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う共通事情があることから、贈与以外の無償契約にも準用されるべきであると指摘しています。そして、贈与の規定は、典型契約として採用されていない無償契約のモデルとしての役割を持ちうると言われます。

これに対して後者の提案（甲案）は、無償契約の中には、無償の委任や寄託のように経済的取引の中でも相当行われているものもあり、有償契約のような無償契約一般の共通の要素を見いだすことは困難であると指摘します。また、無名契約に近い無償契約の場合も、前者提案のような規定をおいたとしても、結局「その性質に反しないか」という検討が個別に必要となり、明確性が確保されとは限らず、むしろ類似した典型契約の規範群を見いだして類推適用などによって解決する方が現実的であるなどと言われます。

いずれの見解がよいかというのは難しいところであり、今後の議論に注目すべきと思われます。

3 受贈者の背信行為による解除

現行民法では、贈与契約の締結後や履行後に、受贈者に贈与者に対する背信行為があったとしても、贈与契約を解除することはできませんでした。現行民法の起草者は、忘恩行為を理由とする解除を認めることは、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り、道義上問題であると考えたようです。

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ます。贈与が、当事者の人間関係や絆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、解除を認めた方が相当と考えられます。

そこで、基本方針は、**受贈者に一定の背信行為があった場合には、贈与者からの解除を認める**という提案をしています【3.2.3.05】。

具体的には、①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、②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、③贈与者に対して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、という場合に、贈与者に解除権を認めています。

解除が認められるケースは、いずれも贈与者に対する直接的な背信行為があった場合であり、相当程度限定されると考えられます。確かに、履行後の解除であれば、法的安定性の観点や受贈者の保護の観点からも、限定されてしかるべきだと思われませんが、履行前については、もう少し緩やかな要件で、例えば贈与者に対して直接的な背信行為があった場合でなくても、贈与の基礎となった信頼関係が失われるような背信行為があった場合には、解除が認められることも検討されてよいと思われそうです。

4 贈与者の瑕疵担保責任

現行民法は、贈与者は原則として瑕疵担保責任を負わないとしつつ、瑕疵や権利の不存在を知らながらこれを受贈者に告げなかった場合には担保責任を負うものとされています(551条1項)。

しかし、贈与者の善意・悪意のみで贈与者の責任の有無が変わるというのも公平とは思われません。例えば、特定物の贈与で隠れた著しい瑕疵があった場合、受贈者は瑕疵ある物を押しつけられるいわれはありませんし、贈与者が善意であっても、少なくとも解除はできてしかるべきと思われそうです(不動産の贈与で土壌汚染があった場合や、耐震性を著しく欠く建物であった場合など)。

この点、基本方針は、担保責任を債務不履行責任の一環と構成しており、上記のように**目的物に著しい瑕疵があった場合には、解除の一般規定【3.1.1.77】によって解除が可能**となると考えられます。

また、基本方針は、**目的物に瑕疵があった場合の追完請求権**(代物請求、修補請求等)も認めようとして、「**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ないとき**」には追完請求権は認められないという提案をしています【3.2.3.11】。

追完請求権は、贈与の恵与的性格、無償性などから贈与にはなじまず、また贈与者に過度の負担を課することになるという指摘があります。もっとも、基本方針では、「瑕疵」にあたるかの定義を単なる物理的欠陥ではなく、その物が備えるべき性能、品質、数量等をそなえていない等、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とされており【3.1.1.05】、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と思われそうです。また、上記のとおり、「**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**」には追完請求権は認められないとしていますので、実際に贈与契約で追完請求権が認められるのは例外的で、贈与者にとって過度の負担とならず、

むしろ公平といえる場合に限定されると思われます。そうすると、一定の場合に追完請求権を肯定すること自体は妥当なものと思われます。

ただ、基本方針は、原則として受贈者に追完請求権があるとし、「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」にこれを否定するという規定の仕方をとっています。追完

請求権を肯定すべきなのはむしろ例外的ケースであることや、立証における贈与者の負担を考慮すると、原則と例外を逆転させ、瑕疵があっても原則追完請求権はないものの、「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」ことを受贈者が立証した場合に追完請求権を認めるという構成にするべきと考えられます。

II 詐害行為取消権

1 はじめに

基本方針は、詐害行為取消権について、一般条項的な現民法 424 条のもと判例の集積により運用されている現状を透明性が低く妥当でないとし、極めて詳細な規律を置くことを提案しています。また、その提案内容は、現状からの変更を伴うものも少なくありません。以下は、紙幅の関係から、主要な論点について解説するに留めます。

2 無資力要件の内容を債務超過に限定することについて

基本方針は、現行法のいわゆる無資力要件を明確化する観点から、その内容を債務超過と明記することを提案しています（【3.1.2.08】）。

しかしながら、この点、破産法その他の倒産法は、詐害行為否認の前提となる債務者の財産状態、時期について明文の規定を置いていません。しかも、倒産法の解釈上、債務超過に至っていなくても、支払停止や債務超過の発生が確実に予測される時期（実質的危機時期）の行為であれば否認されうるといふ見解が有力であるように思われます。また、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

民法改正問題特別委員会 副委員長 赫 高規

ない場合があります、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、取消しが認められてよいように思われます。

したがって、詐害行為取消の前提となる債務者の財産状況、時期について民法で債務超過に限定することは早計であり、むしろ倒産法、現行民法に倣って明文の規定を設けないことが妥当であると考えます。

3 債務消滅行為等の取扱いについて

1 基本方針は、過大な代物弁済を除く債務消滅行為及び既存の債務についてした担保供与行為（以下、これらを「債務消滅行為等」という^{【注1】}）の取扱いについて、次のとおり両論併記の提案をしています（【3.1.2.10】）。

〔甲案〕 期限前弁済等の非義務行為たる債務消滅行為等であつて、かつ、債務者と受益者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なった場合に限定して取消対象とする。

〔乙案〕 債務消滅行為等は取消対象から除外する。

【注1】 なお、過大な代物弁済は性質上財産減少行為と捉えられるから取消対象となります。また、新規債務のための担保供与行為（同時交換的取引）は行為の当時の債権者の平等を害さないから取消対象となりません。この点、いずれも倒産法上の否認権と同じ扱いです。

2 まず、乙案のように、債務消滅行為等を一律に取消し対象から除外することは妥当でしょうか。

この点、倒産手続の債権者申立てについては、その経済的・心理的ハードルの高さ、メリットの小ささ、すなわちインセンティブの低さから、偏頗行為情報をつかんだ債権者が倒産手続申立てにまでは踏み切れない実情があります。また、かかる実情に加え、債務者が法的処理をせずに破綻廃業状態が事実上放置されるケースは少なくないという現実をも踏まえると、債務消滅行為等を詐害行為取消権の対象から完全に除外することは、結果的に悪質な偏頗行為を助長することにもつながりかねず、妥当でないものと考えます。

3 また、通謀等の要件のもと非義務行為のみを取消の対象とする甲案によっても、本旨弁済が取消対象から除外されている点が問題となります。

この点、本旨弁済であっても、それに名を借りた財産隠匿に等しい悪質なものがあて得ます。例えば、配偶者などの近親者、法人債務者の代表者や関連会社など、債務者と経済的に一体の者への弁済がなされる場合などを想起すると、本旨弁済であるとの理由のみで取消対象から除外すべきではありません。また、本旨弁済が取消対象から除外されれば、債務者の決算書に古くからあがっているものの実態の確認できない借入金について弁済がなされた場合でも、その取消は事実上相当困難なものになりうるものと思われます。また、債権者平等が重視される局面は倒産手続開始後に限定されると言い切れるものでもありません。例えば、会社が廃業して資産を整理し、最後に手元に相当額の現金が残った場合において、民法レベルでは、これを誰に弁済するかは、債務者が完全に自由に決めることができると言い切れるのでしょうか。そのようなことを正面切って認めれば、倒産手続の自己申立てを手控える方向性を助長し、ひいては偏頗行為を誘発することになるのではないかと危惧されるところです。さらに、例えば破綻して廃業した後の債務消滅行為の場合に、

当該行為と履行期の先後は決定的な意味を持たないものと思われます。すなわち、破綻して廃業した後に、履行期まで弁済原資を隠し持っておいてその到来後に弁済するのと、期限前弁済するのとでは、悪質性に決定的な差はないものと思われます。

したがって、本旨弁済も、詐害行為取消しの対象から除外されるべきではないものと考えます。

4 ところで、債務消滅行為が時期の限定なく否認の対象になりうるものとする、それによって債務者への与信が控えられ債務者の経済活動の支障となりうるので、明確な限界確定ルールが必要との判断から、先般の倒産法制改正において、債務消滅行為等が否認される対象が支払不能時を中心とした時期的概念により限定されました。詐害行為取消権においても、かかる判断に整合させてその対象を限定すべきであるものと解されます。そこで、大阪弁護士会意見書では、債務消滅行為等について、倒産法上の偏頗行為否認と同等の時期的要件（支払不能概念）を導入して取消対象行為を規律することを提案しています。

5 なお、このような考え方に対しては、一旦支払不能に陥った債務者であっても、その後回復して事業継続を図れる可能性があるところ、支払不能後の債務消滅行為が倒産手続に至らない段階で取り消されうるものとするならば、債務者のそのような自助努力による事業回復の機会をいたずらに奪う結果となって妥当でないとの批判があり得ます。もっとも、かかる批判を述べる見解が、実質的に債務者保護を図ろうとしている状況は、債務者が、金融機関等に対して相談しながら借入金元本等の返済棚上げ等弁済を遅滞させつつも、取引債権者には弁済を実施して、事業の継続を図り再起を図ろうとする状況であり、このような状況下での詐害行為取消権の行使を想定するとすれば、一部の金融機関等が、債務者の取引債権者に対する弁済行為を取り消すような事態です。

この点、金融機関がかくも強硬な手段に出るような状況に至ることは、現実的には滅多に考えられないし、また、そのような状況に至っているのであれば、仮に債務消滅行為一般を詐害行為取消しの対象から除外したとしても、そのような金融機関は倒産手続を申立てるものと考えられます。したがって、債務者保護の見地からの上記批判は、結局、当を得たものとはいえないものと考えます。

4 債務者を被告にすべきこと、及び、現行判例の相対的取消の否定について

基本方針は、詐害行為取消訴訟では債務者を被告にすべきものとし、取消判決の効力は債務者にも及ぶものとしています（【3.1.2.19】）。

この点、現行判例では、詐害行為取消の効力は債務者に及ばないとの考え方（相対的取消）のもと、債務者は詐害行為取消訴訟の被告適格を有さないものとされています。

しかしながら、相対的取消しについては、不動産等の財産がなにもえ債務者名義に回復されこれに対し強制執行をなしうるのか、受益者・転得者の反対給付に関する保護に欠けないか、などの問題が従前より指摘されています。また、詐害行為取消訴訟における主要争点は、債務者に対する被保全債権の存否や債務者の詐害行為、詐害意思の存否等であることから、債務者を被告とすることが事実解明ないし手続保障に資するところです。債務者が所在不明等の場合は公示送達の手続をとれば足り、債権者にとつてさほどの負担増とはいえません。

したがって、基本方針の内容は賛成できるものと考えられます。

5 事実上の優先弁済の否定・制限と債権者のインセンティブ確保について

1 基本方針は、受益者からの財産の回復方法、債権者の回復財産への権利行使、債務者が受けた反

対給付に対する受益者の権利等について、次のように提案しています（【3.1.2.16】、【3.1.2.17】）。

- ① 財産の回復方法については、**受益者が債務者に返還するよう請求すべきものとするほか、対象財産が金銭その他の動産であるときは、これに代えて、債権者への交付もしくは供託を請求することができるものとする。**
- ② **債務者に回復された財産に対しては、すべての債権者が強制執行または担保権の実行をすることができる。**取消債権者が受益者から金銭等動産の交付を受けたときは、いわゆる事実上の優先弁済を制限する（詳細は下記4③④）。
- ③ **受益者が、取消対象行為により債務者に対し反対給付をしていたときは、当該反対給付の価額償還請求権が認められ、受益者は、回復された財産につき特別の先取特権を有し同請求権の優先弁済を受ける。**
- ④ **債務消滅行為が取消された場合は、受益者の債権は復活する。**

2 まず、基本方針が、上記1②のとおり、逸出財産が金銭等動産である場合について、現行判例の認めるところである、いわゆる事実上の優先弁済を制限し、強制執行手続による回復財産への権利行使の方向性を打ち出していることについて、どのように評価すべきでしょうか^[注2]。

この点、上記3のとおり、債務消滅行為等も詐害行為取消権の取消対象として規律がなされるべきであるとの立場からは、事実上の優先弁済を維持するならば、「最初に回収に努力した者（＝受益者）が負けて、二番目に努力した者（＝取消債権者）が勝つ」という不合理な制度であるとの批判を免れることはできません。かかる不合理を解消するためには、債務消滅行為の取消しにより受益者の債務者に対する債権が復活し、かつ、当該債権をもって、回復財産の換価・分配手続に参加できる機会

[注2] なお、現行法でも、逸出財産が不動産である場合は、債務者のもとへこれを回復し、不動産競売によりこれに対する権利行使するのが原則となっています。

が与えられ、最低限、取消債権者と受益者との間で按分弁済を受けうることが不可欠となります。

他方、回復財産の換価・分配手続として現状制度を前提にその利用を想定しうる最も公平な制度は、民事執行法による強制執行手続にほかならないものといえます。また、上記4のとおり詐害行為取消訴訟において債務者が被告とされかつ取消債権行使のため被保全債権の存在の証明が必要なことから、確定した詐害行為取消訴訟の勝訴判決を有する債権者は、被保全債権についての債務名義を必ず有することを前提として良いはずで

すが、詐害行為取消権における回復財産に対する権利行使の在り方としては、債務名義の取得を前提とした強制執行手続の実施をその原則に据えざるを得ず、またそうしても債権者の過度の負担にはならないものと考えられ、その意味で、この点に関する基本方針の方向性は支持されるべきものと考えます。上記のとおり、債務消滅行為が取消された場合の受益者の債権の復活(上記1④)についても同様に支持されるべきです。

3 また、基本方針が、上記1③のとおり、債務者の受けた反対給付に対する受益者の権利を優先的に保護するものとしている点についても、否認権についての倒産法制改正時の立法判断と同じ立場に立つものであり、妥当であると考えます。

4 もっとも、基本方針は、逸出財産が金銭その他の動産である場合の回復・換価分配の方法として、次のようなルートを基本として想定しているようです。

- ① 取消債権者は、受益者に対し、債務者への交付に代えて、自己への交付を請求し、
- ② 詐害行為取消訴訟の勝訴判決(債務名義)に基づき、一旦、受益者から取消債権者に、金銭等を返還させ、(受益者が任意の返還に応じない場合は、受益者財産の強制執行により実現することになる)

そのうえで、

③ 債務者の取消債権者に対する金銭等の返還請求権を、被保全債権についての債務名義に基づき、差し押さえる。

または、

④ 取消債権者が当該金銭の交付を受けたとき等から【3か月/1か月】の経過を待って、それまでに取消債権者を第三債務者とする差押えが他の債権者からなされない場合に限り、相殺をして回収する。

このうち上記④の相殺の方法による被保全債権の満足については、詐害行為取消債権者の労力やコストに配慮して、債務名義の取得と強制執行手続申立ての負担を軽減し、インセンティブへ配慮したものとして提案されているものです。

しかしながら、かかる相殺による回収を選択する債権者は、合理的に考えればまず存在しないものと考えられます。上記2のとおり、確定した詐害行為取消訴訟の勝訴判決を有する債権者は、被保全債権についての債務名義を有していることを前提にして良いのですから、受益者から金銭等の交付を受けた合理的な債権者は、直ちに自己を第三債務者とする債権差押えをなし、差押命令送達後1週間経過を待って、自己の自己に対する取立てを完了するものと考えられます。すなわち、取消判決確定後1週間プラスアルファで他の債権者を排して被保全債権の回収を図ることができるのに、わざわざ、3か月(ないし1か月)の間、他の債権者からの差押え等の権利行使の危険にさらされることになる④の方法を選択する者はいないと考えられます。

5 さらにそもそも、取消訴訟提起の時点で、債権者は、勝訴時に受益者がスムーズに金銭等を交付してくれるかどうかは分かりません。特に、受益者が債務者の配偶者等の近親者であったり、法人債権者の関連会社であったりする場合には、取消訴訟勝訴後も任意の履行を受けることはあまり期待できず、債権者は、取消訴訟の勝訴判決に基づいて受益者財産の強制執行をして、金銭等の自己へ

の給付を得ることも覚悟しなければなりません。しかし、金銭等の自己への給付の確保に時間を費やしていると、その間、他の債権者による執行手続の参入、按分弁済のリスクにさらされ続けることとなります。

そうだとすると、合理的な債権者は、上記 4 ①②のごとく、金銭等の自己への給付を求めることなどせず、次のような方法を採用のものと思われれます。

- ① 取消債権者は、受益者に対し、金銭等の債務者への交付を求める訴訟を提起するとともに、取消訴訟によって認められる債務者の受益者に対する金銭の支払請求権の仮差押え（ないし受益者のもつにある動産の占有移転禁止仮処分）をなし、
- ② 取消訴訟の勝訴判決確定後直ちに、債務者の受益者に対する金銭等の支払（引渡）請求権を差押え^[注3]、
- ③ 差押命令送達後 1 週間で取立権を得て、受益者が任意の履行に応じれば取立てを完了できる。
受益者が任意の履行に応じない場合は、例えば転付命令を得れば、他の債権者が執行手続に参加する機会を奪うことができる。その後時間をかけてでも、受益者財産の強制執行により被保全債権を回収すればよい。

6 以上のとおり、回復すべき財産が金銭等動産である場合に、基本方針が提唱する、「受益者から債権者への直接給付」と、「自己を第三債務者とする債権執行」ないし「期間経過後の相殺」という債権回収プロセスは、合理的に利用される仕組みではないものと考えられ、むしろ、取消債権者が、他の債権者による執行手続の参入、按分弁済のリスクをできる限り抑えるために、詐害行為取消判決によって認められる債務者の請求権を直ちに差し押さえて債権回収を図ろうとすることを前提に、スムーズに差押えをなすように周辺制度を整備するのが債権者のインセンティブ確保に資するものと考えます。

具体的には、例えば、通常の債権執行手続においては、差押え後、債権者が取立てを完了した時、転付命令が第三債務者に送達された時のほか、取立訴訟を提起してその訴状が第三債務者に送達された時にも、それまでに他の債権者が差押え、配当要求等をしていなければ、他の債権者を排して自己の債権の回収を図ることができます。

しかし、詐害行為取消訴訟の勝訴判決確定後に、取消債権者が債務者の受益者に対する金銭等の支払（引渡）請求権を差し押さえた場合においては、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を想定できません。

そこで、大阪弁護士会意見書では、詐害行為取消訴訟によって認められた債権を差し押さえた場合には特別に、例えば、差押命令送達後 2 週間（ないし 1 か月）を経過したことをもって、配当要求の終期の事由に加えることも、検討すべきものとしています。

その他にも例えば、債務者の受益者に対する請求権について、上記 5 ①のようにわざわざ別途の民事保全手続によりあらかじめ仮差押え等を取得しなくとも、詐害行為取消判決において、判決確定後一定期間を経過するまで、債務者の受益者に対する当該債権の処分を制限し、かつ、受益者による弁済を禁止するものとし、取消債権者は、当該期間中に被保全債権の債務名義に基づいて債権を差し押さえるべきことにすることなども考えられます。

6 その他

その他にも、基本方針では、詐害行為取消権に関し、現行法の取扱いと異なる種々の提案がなされています。紙幅の関係で、上記以外の主要なものをご紹介しますに留めます。

[注3] 動産引渡請求権の差押手続については民事執行法163条参照。

- ① 相当価格での不動産処分等、相当対価を取得してした行為の取消要件について、債務者による隠匿等の処分のおそれ等の要件を設け、受益者が債務者の親族等の内部者であるときの受益者の悪意の推定規定を設ける等、倒産法上の否認権と同様の規定を設ける ([3.1.2.11])。
- ② 倒産法上の否認権の場合と同等に、詐害行為が無償行為等である場合に受益者の主観的要件を不要とする ([3.1.2.13])。
- ③ 転得者に対する取消しは、倒産法上の否認権の場合と同様に、詐害の事実について転得者のみならず受益者の悪意、転々譲渡があった場合にはさらに全ての間接者の悪意も要求する ([3.1.2.18])。
- ④ 取消債権者は、回復された財産について、詐害行為取消訴訟に関する費用償還請求権の優先的弁済を受ける権利を有する ([3.1.2.17])。
- ⑤ 詐害行為取消権の行使期間は、債権者が詐害行為の事実を知ったときから2年、または、行為のときから10年とし、時効中断・停止事由は適用・準用しない ([3.1.2.20])。

Ⅲ 使用貸借

1 要物契約から諾成契約への転換

現行民法の典型契約においては、使用貸借、賃貸借及び寄託は要物契約であるとされています。

これに対し、基本方針は、**諾成主義の原則** ([3.1.1.02]) を明文化するとともに、現行民法において要物契約とされている上記3つの契約類型についても**諾成的合意により契約が成立する**とする提案をしています ([3.2.4.01] [3.2.5.01] [3.2.11.01])、なお、消費貸借については本誌3月号においてご説明したとおりです。

諾成的合意による契約の成立を認めるとすると借主に引渡請求権を認め、貸主に引渡義務を課することとなり、理論上は、引渡義務の履行を強制することも可能となりそうです。

しかし、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かは疑問の残るところです。

この点、基本方針は、**使用貸借の両当事者に引渡前解除権** ([3.2.5.02]) を認め、**無償契約における拘束力の緩和を図る提案**をしています。有償契約の類型が

民法改正問題特別委員会 副委員長 橋田 浩

予定される消費貸借や寄託においてはこのような考え方も不合理とは言えませんが、そもそも有償契約の類型が予定されていない使用貸借において、貸主に引渡義務を課したうえで、引渡前解除権によって契約の拘束力を緩和する必要があるのかは甚だ疑問です。引渡前解除権を認めるのであれば、諾成契約として貸主に引渡義務を課しても意味がないように思われます。そうであるなら、あえて現行民法の要物契約を改める必要があるのかも疑問の残るところです。

そこで、当会の意見書においては、使用貸借を諾成契約とすることについては**慎重な検討を要する**との意見を述べています。

2 目的物についての貸主の責任

使用貸借の目的物に瑕疵があった場合の貸主の責任について、基本方針は、**貸主は責任を負わない**として現行民法596条、551条1項と同様の提案をしたうえで、これに続けて、①借主は貸主に対し、瑕疵のない物の履行を請求できる。ただし、瑕疵のない物の履行をすることが合理的に期待できない場合はこ

の限りでないとする [甲案] と、②当事者の合意または契約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渡すべき債務を負担すると解される場合に限り、借主は瑕疵のない物の履行を請求できるとする [乙案] の **2案を提案** しています ([3.2.5.05])。

一定の場合に借主が貸主に対して瑕疵のない物の履行を請求できるとする考え方は賛同できるものです

が、甲案は、原則として貸主は責任を負わないとしながら、借主に責任を負わない貸主に対する瑕疵のない物の履行請求権を認める提案をしている点が論理的に整合するのかが疑問が残るところです。

そこで当会の意見書においては、乙案を採用すべきとの意見を述べています。

IV 民法(債権法)改正の法制審議会における議論状況について

法制審議会民法(債権関係)部会 委員/民法改正問題特別委員会 副委員長 中井康之

1 スケジュール

平成21年11月24日に始まった法制審議会民法(債権関係)部会では、平成22年7月27日までの8ヶ月間に合計13回の審議が行われました。

第1回の部会で、債権法改正の国民生活に与える影響が大きいことから、充実した審議時間を確保するため、当面は、答申の時期を定めないことを確認しました。そのうえで、本年の12月までにさらに7回の部会を開催して論点の抽出検討を行い、**平成23年4月には、中間論点整理を公表**し、各界の意見を広く聴取する予定です。

中間論点整理以降のスケジュールは未だ明らかではありませんが、中間的な取りまとめに向けた作業に入ることになるものと推測されます。

2 審議の状況

最初の2回では、民法改正の必要性や改正の範囲、消費者契約法や商法等の特別法との関係を主たるテーマにフリーディスカッションを行い、第3回目以降は、債権総則の債権の効力からほぼ現民法の条文順に、法務省の事務方の作成した検討事項をもと

に議論を進めています。

審議の内容は法務省のホームページに掲載されている議事録を見ていただくとよくわかりますが、検討事項の各論点について結論のとりまとめを行うというよりは、各論点の賛否や問題点を、行きつ戻りつしながら、委員・幹事、場合によっては関係省庁の関係官が自由に発言する形式で議論が進み、ある意味では、言いたい放題・言いっぱなしに終わり、議論が一定の結論に収斂しているわけではありません。

これをどのように評価すべきかです。第1回部会で、最初から一定の方向性を持つことなく、白紙の状態での議論を進めることとし、審議のワンクルー(第1読会)では改正すべき点があるとすればどのような事項か、自由に論点を抽出して議論することを確認していますので、そのような確認に基づいた審議が進められていると評価することができます。しかし、一部には、部会の審議は、民法(債権法)改正検討委員会が平成21年4月に公表した「債権法改正の基本方針」を前提にすすめられ、その基本方針の内容に沿って議論が意図的に取りまとめられている、との批判があります^[注4]。事実として、部会長は、検討委員会の委員長でもあった鎌田薫早稲田大学教授で、それ以外にも基本方針の作成に深く関与した研究者が委員や

[注4] 加藤雅信「民法典はどこにいくのか—その1 法制審の議論に見る民法典改悪への懸念」法律時報82巻9号86頁

幹事に数多く選任されており、彼らが各論点について基本方針の提案する方向に賛成意見を述べる人が多いことは否定できません。それらは研究成果と研究者の良心に基づく意見であると理解していますが、かかる批判のあることに十分留意しながら、弁護士会の推薦委員として、「言うべきことはきちんと言う」との**基本姿勢**で審議に参加しています。

3 弁護士会の体制

法制審議会に臨むにあたって、私たち法制審の委員・幹事は、**日弁連の意見、単位会の意見を虚心坦懐にお聞きし、弁護士会の総意を審議に反映させたい**と願っています。私たちの力不足は否めませんが、それを補うバックアップチームを組成していただいています。大阪では、辰野久夫弁護士を委員長とする民法改正問題特別委員会において、法制審のある日の前週の金曜日の午後3時から6時まで、直前に法務省から届いた検討事項について詳細に整理検討したレジメをもとに濃密な議論をおこない、その結果が日曜日までにバックアップチーム資料として日弁連に提出されています。そして、法制審部会の前日の午後5時から8時まで、日弁連のバックアップ委員会において、各単位会の検討結果を踏まえて翌日の法制審に臨む方針を協議しています。私たち部会委員は、日弁連の意見を可能な限り紹介し、各論点に関する賛否の意見を表明するとともに、機会あるごとに改正の必要性の検証や立法事実についての調査等を求めています。これら発言に応じて、法務省においても、たとえば、賃料債権や譲渡禁止特約付債権の流動化を目的とした立法提案について、その必要性、実際の需要、現行法の問題点、本当に企業の資金調達に役立つのか等について実態調査を行うこととしたようです。

今後、来年4月の中間論点整理に向けて、**論点から漏れているものがあればご指摘いただき追加論点に加え**るとともに、**論点として取り上げるべきでない点が仮にあれば、この段階で改正検討対象から除外することを提**

案したいと考えています。

これらのことができるのは、日常的に民法に接し、市民の目線で民法を活用している弁護士会においてほかにないはずで、法律事務の独占を許された職能団体としての国民に対する極めて重要な責務と考えます。

4 よりよい契約社会を実現するために

民法(債権法)は、**国民生活と取引関係を規律する基本法**です。そこでは、**財産の保護と取引関係の保護の利益が対立**します。意思能力や行為能力が欠けたり劣る場合、意思表示に瑕疵のある場合、本人の利益に反した代理人の行為の場合など、本人の財産の保護は民法の守るべき重要な原理です。他方、安定した取引関係を維持し発展させることは、円滑な企業活動の重要性を考えればやはり大事な原理です。これらの利害の調整原理が民法にきちんと表現されているか再点検し、不備や不整合があれば見直し、わかりにくい点があれば整理してわかりやすくすることは、法化社会の実現のために避けられない作業です。

民法の利害調整の基本原理は不変であるとしても、社会経済情勢の変化に民法が十分に対応できているのか、とりわけ、対等当事者とは評価できない、交渉力においても情報量においても著しく格差のある契約当事者が、不合理な契約の締結を余儀なくされ、契約の拘束力の名の下で社会正義に反する不利益を強いられていないか。それは、消費者契約に典型的に顕れるとしても、事業者間契約でも変わらないのではないか。そうであれば、そのような不当な契約関係の成立を事前に防ぐ法的仕組みを創出することが、これからの民法に必須ではないでしょうか。契約を守らなければならないのは自ら決断して契約したからです。しかし、自己責任を負わせるに足る客観的状況下での自己決定でなければ、契約の拘束力を正当化できないのではないのでしょうか。そのための仕組みとして、たとえば情報提供義務や説明義務の明示が検討され、不実表示による取消が提案されています。

契約締結過程がたとえ改善されても、それでもなお不当な内容の契約が締結される場合は避けられないと思います。それが正義に反する場合、公序良俗違反、暴利行為、強行法規違反として無効とされる場合がありますが、たとえば、投資取引等の現代的な取引類型を念頭に、暴利行為の要件の現代化・具体化が提案されています。また、希薄な合意である約款の場合、不当な内容の契約条項であっても、その有効性を認めてよいのでしょうか。約款規制や不当条項規制が提案される所以です。

保証したために死に追いやられる人がいるとすれば、保証のために破産を余儀なくされる多数の消費者がいるとすれば、そのような保証制度を現状のまま維持すべきでしょうか。

日ごろの仕事を通じて、法に矛盾を感じた経験を持たない弁護士はいないと思います。それは民法の

契約関係の規定に中にも数多く潜んでいるように思われます。それを放置して、見て見ぬ振りをするのは、弁護士の国民に対する義務に反するものと信じます。

5 お願い

法制審民法（債権関係）部会の審議はこれから本格化し更にピッチをあげるものと思われま。30年以上前に於保不二雄先生の「債権総論（新版）」で学んで以来、教科書らしい教科書をきちんと通読したことのない私が、弁護士会推薦の法制審部会委員としてその責務を果たすには、**大阪弁護士会の皆さんの知恵と経験が絶対的に必要**です。より良い明日の民法のために、積極的な意見の表明を重ねてお願いする次第です。

V 特別連載を終えて

1 会員のみなさまにおかれましては、「特別連載 民法（債権法）改正の個別論点とその問題点」をご愛読いただきまして、ありがとうございます。2009年（平成21年）10月号からスタートしたこの特別連載も今月号にていったん終了いたします。

そこでこれを機に、「来し方」と「行く末」について、まとめてみたいと存じます。

2 まず、「来し方」についてです。これまで民法（債権法）改正にあまり関心をお持ちでなかった会員のみなさまにも、是非、押さえておいていただきたいポイントは、以下のとおりです（ご存じの方は読み飛ばしてください）。

民法改正問題特別委員会 事務局長 田仲 美穂

1 現行民法（債権法）が施行後110年余り抜本的改正なく今日に至っていること

いくらなんでも見直しは必要でしょうというのが改正検討作業の出発点です。これに対しては、現行民法でとくに不自由はないという反論があります。

2 2006年（平成18年）1月、法務省が債権法の抜本の見直しに着手することを公表したこと

これにより、民法（債権法）改正が現実のものとして動き始めました。

3 2009年（平成21年）4月、民法（債権法）改正検討委員会が「債権法改正の基本方針」（別冊NBL126号）を公表したこと

この「基本方針」の重要性・位置づけについては、連載開始時の2009年(平成21年)10月号第1部の記事で辰野久夫委員長からご紹介のとおりです。

この「基本方針」の解説として、「詳解 債権法改正の基本方針」(同委員会編 商事法務)が5分冊で既に公刊されています。相当なボリュームですが、判例・学説の到達点のみならず、比較法を含め、およそ今回の民法改正の議論に必要な情報が満載されているものと思われます。

4 2009年(平成21年)10月、大阪弁護士会が「意見書—民法(債権法)改正について—」を法務大臣に提出したこと

この大阪弁護士会の意見書は、その後、同年11月、「実務家からみた民法改正—「債権法改正の基本方針」に対する意見書」という書名で商事法務から公刊されました(別冊NBL131号)。268頁に及ぶもので、上記「基本方針」の内容を検討対象とし、実務家として述べるべき意見を発表したものです。

今回の11回にわたる連載も、この意見書作成に向けた検討作業の成果を基礎とし、38名の委員が、重要と思われる51のテーマについて、分かりやすくを旨として執筆しました。

5 2009年(平成21年)11月から、法制審議会民法(債権関係)部会において、審議が始まったこと

これまでのところ、月平均1.5回以上のハイペースで審議が行われています。

この法制審議会の審議の様態については、①議事概要と②部会資料(配布資料)は会議から1週間程度で、③議事録は会議から1か月程度で、法務省の公式ホームページに公開されています(http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html)。部会資料、議事録ともに相当なボリューム

があります。これらを見れば、どのような審議が進められているかが分かります。

なお、法制審議会の委員等名簿も法務省のホームページに各回の会議の資料として掲載されています。これを見ると、委員及び幹事の総数37名中、学者が18名と約半数を占め、市民や企業の代表者は5名、弁護士も4名にとどまっています。そこで、当会では、2010年(平成22年)2月、委員・幹事の構成につき、学者の占める割合が高きに失し、均衡を欠いていることを指摘し、消費者・労働者・会社関係者・弁護士の構成割合を高めるべきであるとの意見書を法務大臣あてに提出しました。

6 当会の中井康之会員が法制審議会民法(債権関係)部会の委員に就任していること

中井委員の発言は、上記の法務省ホームページの議事録をご覧ください(発言の内容及び量にご注目ください)。

民法改正問題特別委員会は、2009年(平成21年)11月の法制審での審議開始後、中井委員のバックアップに注力してきました。法務省が法制審において提出した検討事項は、必ずしも前述した「基本方針」の内容とは一致しておりませんので、バックアップチームとしての検討においては、従来の「基本方針」の内容については異なる議論がなされたところもあります。そこで、後述のとおり、今回の検討の成果を基礎に、法制審議会における審議事項に対する当会の意見書として公表することを計画しています。

3 次に「行く末」についてです。民法(債権法)改正に関心をお持ちの会員のみならず、是非、押さえておいていただきたいポイントは、以下のとおりです。

1 法務省は、2011年(平成23年)4月に、中間的な論点整理を公表する予定であること(パブリックコメントの手続へ)

この中間的な論点整理の公表に先立っては、①論点から漏れているものはないか、②論点として取り上げるべきでないものはないか、が大きな問題です。

そのため、日弁連においても、2010年(平成22年)7月、各単位会に対し、この問題についての意見照会をしました。

民法改正問題特別委員会では、この問題に答えるとともに、パブリックコメントにおける意見をも合わせ、2陣に分けて、当会の意見書として公表したいと考えています。即ち、中井委員のバックアップチームとしての成果を基礎として、第1陣は法制審の会議が本年7月末までに開催された分を対象として本年10月ごろに、第2陣はその後の分を対象として来年2月ごろに、それぞれ公表する考えです。

この当会の意見書のとりまとめにあたっては、民法改正に関心をお持ちの会員のみなさまからのご意見も是非参考にいたしたいと存じます。直接、当委員会へご意見を頂戴する以外にも、当会の公式ホームページの「**民法改正ご意見箱**」(会員向けサイトから入れます)への投稿による方法も可能です。

なお、みなさまからのご意見は、当会の意見書のためだけでなく、中井委員のバックアップチームとしても参考にさせていただきます。

2 論議を尽くさないまま、立法作業が早々に進んでしまおうおそれがあること

近時の立法作業は、以前に比べるとずいぶん早くなっているように感じられます。早いに越したことはないものの、とりわけ民法のような基本法においては、拙速であってはならないと思います。

当会としては意見書において、十分な検討、慎

重な審議を求めているところですが、いざ審議が拙速に陥りそうになったとき、どのように対応すべきか、きちんと議論を尽くすにはどうすればよいか、会員のみなさまにおかれましても、是非考えておいていただければと存じます。

3 民法改正問題特別委員会の今後の活動予定について

民法改正問題特別委員会の目的は、民法(債権法)改正に関して、①**情報収集と調査・研究**、②**大阪弁護士会としての意見のとりまとめと公表**、および、③**会員への情報提供**の3つです。

ただし、上記のような進行見込みからすれば、来春(平成23年春)までは、年末までに7回の会議が予定されている法制審へ向けたバックアップと、中間論点整理・パブリックコメントに向けた意見のとりまとめと公表に注力せざるをえません。

かかる次第で、会員のみなさまへの情報提供としては、来春までは、連載などの継続的なものが困難なため、講演会を企画したいと考えています。パブリックコメントの後、改正の新たな方向性が見えてくれば、その段階で、また、まとまった形のご報告ができるものと存じます。

今後とも、当委員会の活動にご理解とご協力をお願い申し上げます。