

**「民法（債権関係）の改正に関する  
中間的な論点整理」に対する意見書**

**平成23年7月28日**

**大阪弁護士会**

大阪弁護士会

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見書

はじめに

- 1 2011年（平成23年）5月10日に公表された「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」においては、多くの重要な論点が整理されており、2009年（平成21年）11月24日に始まった法制審議会・民法（債権関係）部会において、この間、真摯にかつ献身的に審議に関与してこられた法制審議会・民法（債権関係）部会の委員・幹事をはじめ、関係官各位、さらに判例・学説の整理と比較法的見地からの情報を含めた詳細な資料を毎回作成されている法務省民事局参事官室その他の関係者のご尽力には敬意を表する次第である。
- 2 民法は、私法の基本法であり、市民の日常生活や企業の経済活動にきわめて密接に関連している。現行民法・財産編は、1898年（明治31年）に施行されて以来、抜本的な改正がなされることなく現在に至っているが、今日まで、市民生活や経済活動の基本ルールとして市民や企業の間で定着し、弁護士・裁判官等の法曹のほか、民法研究者・行政・市民・企業関係者・消費者団体・労働団体その他の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いるといえる。

大阪弁護士会としても、現行民法を見直すことに異を唱えるものではないが、その改正の審議にあたっては、各界からの多様な意見を集約し、グローバル化した今日にあってもなお世界に誇れる日本固有の文化・生活様式等を踏まえ、21世紀の日本社会に相応しい改正内容でなければならず、また、情報量と交渉力において格差のある消費者・労働者・零細事業者等の保護に欠けることがあってはならない。さらに、改正による実務への悪影響も避けなければならない。
- 3 このように、慎重に国民各層および各界の意見を聴取し、それらを反映させた改正であるべき状況において、今回のパブリックコメントは、債権法の見直しにあたって初めて国民各層の意見を聞く機会であるといえる。しかるに、パブリックコメントの実施期間が経過する前に、中間試案作成に向けて法制審議会・民法（債権関係）部会の第2ステージでの審議が開始されようとしていることには、遺憾の意を表さざるを得ないところである。パブリックコメントの手続において提出された意見の内容を十分に集約してから、慎重な審議を再開すべきではないかと思料されるものである。
- 4 さらに、本年3月11日に発生した東日本大震災による影響も考慮せざるを得ないものと思われる。民法とくに契約法が国民の日常生活や企業の経済活動に直結することから、東日本大震災により契約にどのような影響が生じるのか、また、契約をめぐる

る紛争の内容を斟酌するとともに、被災者の方々の声を聞く必要があるものと思料する。この観点からもより慎重な審議が求められるものである。

- 5 本意見書は、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」において整理されている多くの論点について、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としての立場から、第2ステージでの審議に際し留意すべき事項を指摘するとともに、必要に応じ、内容についての意見を述べるものである。本意見書が今後の債権法改正の議論にあたって少しでも役に立てば幸いである。

大阪弁護士会としては、今後も債権法改正に関する研究と分析を継続して行っていく所存である。

2011年（平成23年）7月28日

大 阪 弁 護 士 会  
会 長 中 本 和 洋

# 目 次

タイトル	頁
第1 債権の目的	1
1 債権の目的(民法第399条)	1
2 特定物の引渡しの場合の注意義務(民法第400条)	1
(1) 特定物の引渡しの場合の注意義務	1
(2) 贈与者の保存義務の特則	2
3 種類債権の目的物の品質(民法第401条第1項)	2
4 種類債権の目的物の特定(民法第401条第2項)	3
(1) 種類債権の目的物の特定	3
(2) 種類物贈与の特定に関する特則	3
5 法定利率(民法第404条)	4
(1) 利率の変動制への見直しの要否	4
(2) 金銭債務の遅延損害金を算定する利率について	4
(3) 中間利息控除について	5
(4) 利息の定義	6
6 選択債権(民法第406条から第411条まで)	6
第2 履行請求権等	7
1 請求力等に関する明文規定の要否	7
2 民法第414条(履行の強制)の取扱い	7
3 履行請求権の限界	8
4 追完請求権	9
(1) 追完請求権に関する一般的規定の要否	9
(2) 追完方法が複数ある場合の選択権	9
(3) 追完請求権の限界事由	10
第3 債務不履行による損害賠償	11
1 「債務の本旨に従った履行をしないとき」の具体化・明確化(民法第415条)	11
(1) 履行不能による填補賠償における不履行態様の要件(民法第415条後段)	11
(2) 履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の手続的要件	11
(3) 不確定期限付債務における履行遅滞の要件(民法第412条)	12
(4) 履行期前の履行拒絶	13
(5) 追完の遅滞及び不能による損害賠償	13
(6) 民法第415条前段の取扱い	13
2 「債務者の責めに帰すべき事由」について(民法第415条後段)	13
(1) 「債務者の責めに帰すべき事由」の適用範囲	14
(2) 「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方	14
(3) 債務者の帰責事由による履行遅滞後の債務者の帰責事由によらない履行不能の処理	17
3 損害賠償の範囲(民法第416条)	18
(1) 損害賠償の範囲に関する規定の在り方	18
(2) 予見の主体及び時期等(民法第416条第2項)	18
(3) 予見の対象(民法第416条第2項)	19

## 目 次

タイトル	頁
(4) 故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則の要否	20
(5) 損害額の算定基準時の原則規定及び損害額の算定ルールについて	20
4 過失相殺(民法第418条)	22
(1) 要件	22
(2) 効果	24
5 損益相殺	24
6 金銭債務の特則(民法第419条)	25
(1) 要件の特則:不可抗力免責について	25
(2) 効果の特則:利息超過損害の賠償について	26
7 債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定の要否	27
第4 賠償額の予定(民法第420条, 第421条)	27
1 予定された賠償額が不当に過大であった場合	27
2 予定された賠償額が不当に過小であった場合	29
第5 契約の解除	30
1 債務不履行解除の要件としての不履行態様等に関する規定の整序(民法第541条から第543条まで)	30
(1) 催告解除(民法第541条)及び無催告解除(民法第542条, 第543条)の要件及び両者の関係等の見直しの要否	30
ア 催告解除(民法第541条)	30
① 催告解除の位置付けと正当化根拠	30
② 付随的義務等の軽微な義務違反の場合	31
③ 解除の具体的要件	31
④ ③の要件の主張立証責任	33
イ 無催告解除(民法第542条, 第543条)	34
ウ その他	35
① 不履行後の債務者の対応等を考慮できるか否か	35
② 解除により債務者が被る不利益を考慮できる要件設定の在り方	36
(2) 不完全履行による解除	36
(3) 履行期前の履行拒絶による解除	37
(4) 債務不履行解除の包括的規定の要否	38
2 「債務者の責めに帰することができない事由」の要否(民法第543条)	38
3 債務不履行解除の効果(民法第545条)	38
(1) 解除による履行請求権の帰すう	38
(2) 解除による原状回復義務の範囲(民法第545条第2項)	39
(3) 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理	39
4 解除権者の行為等による解除権の消滅(民法第548条)	40
5 複数契約の解除	40
6 労働契約における解除の意思表示の撤回に関する特例の要否	41
第6 危険負担(民法第534条から第536条まで)	41
1 債務不履行解除と危険負担との関係(民法第545条)	41
2 民法第536条第2項の取扱い等	42

## 目 次

タイトル	頁
3 債権者主義(民法第534条第1項)における危険の移転時期の見直し	43
第7 受領遅滞(民法第413条)	44
1 効果の具体化・明確化	44
2 損害賠償請求及び解除の可否	45
第8 債務不履行に関連する新規規定	46
1 追完権	46
2 第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任	48
3 代償請求権	48
第9 債権者代位権	49
1 「本来型の債権者代位権」と「転用型の債権者代位権」の区別	50
2 本来型の債権者代位権の在り方	51
(1) 本来型の債権者代位権制度の必要性	51
(2) 債権回収機能(事実上の優先弁済)の当否	52
3 本来型の債権者代位権の制度設計	55
(1) 債権回収機能(事実上の優先弁済)を否定又は制限する方法	55
(2) 被代位権利を行使できる範囲	58
(3) 保全の必要性(無資力要件)	58
4 転用型の債権者代位権の在り方	62
(1) 根拠規定の在り方	62
(2) 一般的な転用の要件	63
(3) 代位債権者への直接給付の可否及びその要件	64
5 要件・効果等に関する規定の明確化等	65
(1) 被保全債権, 被代位権利に関する要件	65
(2) 債務者への通知の要否	66
(3) 債務者への通知の効果	67
(4) 善良な管理者の注意義務	68
(5) 費用償還請求権	68
6 第三債務者の地位	69
(1) 抗弁の対抗	69
(2) 供託原因の拡張	69
(3) 複数の代位債権者による請求の競合	69
7 債権者代位訴訟	71
(1) 規定の要否	71
(2) 債権者代位訴訟における債務者の関与	71
(3) 債務者による処分制限	72
(4) 債権者代位訴訟が提起された後に被代位権利が差し押えられた場合の処理	74
(5) 訴訟参加	75
8 裁判上の代位(民法第423条第2項本文)	76
第10 詐害行為取消権	76

## 目 次

タイトル	頁
1 詐害行為取消権の法的性質及び詐害行為取消訴訟の在り方	78
(1) 債務者の責任財産の回復の方法	78
(2) 詐害行為取消訴訟における債務者の地位	80
(3) 詐害行為取消訴訟が競合した場合の処理	82
2 要件に関する規定の見直し	84
(1) 要件に関する規定の明確化等	84
ア 被保全債権に関する要件	84
イ 無資力要件	84
(2) 取消しの対象	86
ア 取消の対象の類型化と一般的な要件を定める規定の要否	86
イ 財産減少行為	86
(ア) 相当価格処分行為	87
(イ) 同時交換的行為	87
(ウ) 無償行為	88
ウ 偏頗行為	89
(ア) 債務消滅行為	89
(イ) 既存債務に対する担保供与行為	95
エ 対抗要件具備行為	95
(3) 転得者に対する詐害行為取消権の要件	96
(4) 詐害行為取消訴訟の受継	97
3 効果に関する規定の見直し	98
(1) 債権回収機能(事実上の優先弁済)の当否	98
(2) 取消しの範囲	103
(3) 逸出財産の回復方法	103
(4) 費用償還請求権	104
(5) 受益者・転得者の地位	104
ア 債務消滅行為が取り消された場合の受益者の債権の復活	104
イ 受益者の反対給付	105
ウ 転得者の反対給付	106
4 詐害行為取消権の行使期間(民法第426条)	106
第11 多数当事者の債権及び債務(保証債務を除く。)	107
1 債務者が複数の場合	107
(1) 分割債務	107
(2) 連帯債務	107
ア 要件	107
(ア) 意思表示による連帯債務(民法第432条)	107
(イ) 商法第511条第1項の一般ルール化	108
イ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等	108
(ア) 履行の請求(民法第434条)	109

## 目 次

タイトル	頁
(イ) 債務の免除(民法第437条)	110
(ウ) 更改(民法第435条)	111
(エ) 時効の完成(民法第439条)	111
(オ) 他の連帯債務者による相殺権の援用(民法第436条第2項)	111
(カ) 破産手続の開始(民法第441条)	112
ウ 求償関係	112
(ア) 一部弁済の場合の求償関係(民法第442条)	112
(イ) 代物弁済又は更改の場合の求償関係(民法第442条)	112
(ウ) 連帯債務者間の通知義務(民法第443条)	113
(エ) 事前通知義務(民法第443条第1項)	113
(オ) 負担部分のある者が無資力である場合の求償関係(民法第444条前段)	113
(カ) 連帯の免除(民法第445条)	113
(キ) 負担割合の推定規定	114
(3) 不可分債務	114
2 債権者が複数の場合	115
(1) 分割債権	115
(2) 不可分債権－不可分債権者の一人について生じた事由の効力(民法第429条第1項)	115
(3) 連帯債権	115
3 その他(債権又は債務の合有又は総有)	116
第12 保証債務	116
1 保証債務の成立	116
(1) 主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立	116
(2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策	117
(3) 保証契約締結後の保証人保護の在り方	122
(4) 保証に関する契約条項の効力を制限する規定の要否	123
2 保証債務の付従性・補充性	123
3 保証人の抗弁等	124
(1) 保証人固有の抗弁－催告・検索の抗弁	124
ア 催告の抗弁の制度の要否(民法第452条)	124
イ 適時執行義務	125
(2) 主たる債務者の有する抗弁権(民法第457条)	126
4 保証人の求償権	127
(1) 委託を受けた保証人の事後求償権(民法第459条)	127
(2) 委託を受けた保証人の事前求償権(民法第460条, 第461条等)	127
(3) 委託を受けた保証人の通知義務(民法第463条)	128
(4) 委託を受けない保証人の通知義務(民法第463条)	129
5 共同保証－分別の利益	129
6 連帯保証	130
(1) 連帯保証制度の在り方	130



## 目 次

タイトル	頁
(2) 連帯保証人に生じた事由の効力－履行の請求	132
7 根保証	132
(1) 規定の適用範囲の拡大	132
(2) 根保証に関する規律の明確化	133
8 その他	137
(1) 主債務の種別等による保証契約の制限	137
(2) 保証類似の制度の検討	140
第13 債権譲渡	141
1 譲渡禁止特約(民法第466条)	141
(1) 譲渡禁止特約の効力	141
(2) 譲渡禁止特約を譲受人に対抗できない事由	144
ア 譲受人に重過失がある場合	144
イ 債務者の承諾があった場合	144
ウ 譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合	145
エ 債務者の債務不履行の場合	147
(3) 譲渡禁止特約付債権の差押え・転付命令による債権の移転	148
2 債権譲渡の対抗要件(民法第467条)	148
(1) 総論及び第三者対抗要件の見直し	148
(2) 債務者対抗要件(権利行使要件)の見直し	150
(3) 対抗要件概念の整理	151
(4) 債務者保護のための規定の明確化等	151
ア 債務者保護のための規定の明確化	152
イ 譲受人間の関係	152
ウ 債権差押えとの競合の場合の規律の必要性	153
3 抗弁の切断(民法第468条)	153
4 将来債権譲渡	155
(1) 将来債権の譲渡が認められる旨の規定の要否	155
(2) 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界	155
(3) 譲渡人の地位の変動に伴う将来債権譲渡の効力の限界	155
第14 証券的債権に関する規定	159
1 証券的債権に関する規定の要否(民法第469条から第473条まで)	159
2 有価証券に関する規定の要否(民法第469条から第473条まで)	159
3 有価証券に関する通則的な規定の内容	160
4 免責証券に関する規定の要否	163
第15 債務引受	165
1 総論(債務引受に関する規定の要否)	165
2 併存的債務引受	166
(1) 併存的債務引受の要件	166
(2) 併存的債務引受の効果	166

## 目 次

タイトル	頁
(3) 併存的債務引受と保証との関係	167
3 免責的債務引受	168
(1) 免責的債務引受の要件	168
(2) 免責的債務引受の効果	169
4 その他	171
(1) 将来債務引受に関する規定の要否	171
(2) 履行引受に関する規定の要否	172
(3) 債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係の明確化のための規定の要否	172
第16 契約上の地位の移転(譲渡)	174
1 総論(契約上の地位の移転(譲渡)に関する規定の要否)	174
2 契約上の地位の移転の要件	174
3 契約上の地位の移転の効果等	175
4 対抗要件制度	176
第17 弁済	178
1 弁済の効果	178
2 第三者による弁済(民法第474条)	178
(1) 「利害関係」と「正当な利益」の関係	178
(2) 利害関係を有しない第三者による弁済	179
3 弁済として引き渡した物の取戻し(民法第476条)	180
4 債権者以外の第三者に対する弁済(民法第478条から第480条まで)	180
(1) 受領権限を有する第三者に対する弁済の有効性	180
(2) 債権の準占有者に対する弁済(民法第478条)	181
ア 「債権の準占有者」概念の見直し	181
イ 善意無過失要件の見直し	181
ウ 債権者の帰責事由の要否	181
エ 民法第478条の適用範囲の拡張の要否	182
(3) 受取証書の持参人に対する弁済(民法第480条)	182
5 代物弁済(民法第482条)	183
(1) 代物弁済に関する法律関係の明確化	183
(2) 第三者による代物弁済の可否	183
6 弁済の内容に関する規定(民法第483条から第487条まで)	184
(1) 特定物の現状による引渡し(民法第483条)	184
(2) 弁済をすべき場所, 時間等に関する規定(民法第484条)	184
(3) 受取証書・債権証書の取扱い(民法第486条, 第487条)	185
7 弁済の充当(民法第488条から第491条まで)	185
8 弁済の提供(民法第492条, 第493条)	186
(1) 弁済の提供の効果の明確化	186
(2) 口頭の提供すら不要とされる場合の明文化	187
9 弁済の目的物の供託(弁済供託)(民法第494条から第498条まで)	188

## 目次

タイトル	頁
(1) 弁済供託の要件・効果の明確化	188
(2) 自助売却の要件の拡張	188
10 弁済による代位(民法第499条から第504条まで)	188
(1) 任意代位の見直し	188
(2) 弁済による代位の効果の明確化	189
ア 弁済者が代位する場合の原債権の帰すう	189
イ 法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化	190
(3) 一部弁済による代位の要件・効果の見直し	191
ア 一部弁済による代位の要件・効果の見直し	191
イ 連帯債務の一部が履行された場合における債権者の原債権と一部履行をした連帯債務者の求償権との関係	191
ウ 保証債務の一部を履行した場合における債権者の原債権と保証人の求償権の関係	192
(4) 債権者の義務	192
ア 債権者の義務の明確化	192
イ 担保保存義務違反による免責の効力が及ぶ範囲	193
第18 相殺	194
1 相殺の要件(民法第505条)	194
(1) 相殺の要件の明確化	194
(2) 第三者による相殺	194
(3) 相殺禁止の意思表示	195
2 相殺の方法及び効力	196
(1) 相殺の遡及効の見直し(民法第506条)	196
(2) 時効消滅した債権を自働債権とする相殺(民法第508条)の見直し	196
(3) 充当に関する規律の見直し(民法第512条)	197
3 不法行為債権を受働債権とする相殺(民法第509条)	197
4 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止(民法第511条)	198
(1) 法定相殺と差押え	199
(2) 債権譲渡と相殺の抗弁	199
(3) 自働債権の取得時期による相殺の制限の要否	200
(4) 相殺予約の効力	201
5 相殺権の濫用	201
第19 更改	203
1 更改の要件の明確化(民法第513条)	203
(1) 「債務の要素」の明確化と更改意思	203
(2) 旧債務の存在及び新債務の成立	203
2 更改による当事者の交替の制度の要否(民法第514条から第516条まで)	203
3 旧債務が消滅しない場合の規定の明確化(民法第517条)	204
第20 免除及び混同	205
1 免除の規定の見直し(民法第519条)	205
2 混同の例外の明確化(民法第520条)	205

# 目 次

タイトル	頁
第21 新たな債権消滅原因に関する法的概念(決済手法の高度化・複雑化への民法上の対応)	207
1 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定の要否	207
2 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定を設ける場合における第三者との法律関係を明確にするための規定の要否	208
第22 契約に関する基本原則等	210
1 契約自由の原則	210
2 契約の成立に関する一般的規定	211
3 原始的に不能な契約の効力	213
4 債権債務関係における信義則の具体化	213
第23 契約交渉段階	215
1 契約交渉の不当破棄	215
2 契約締結過程における説明義務・情報提供義務	217
3 契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任	221
第24 申込みと承諾	223
1 総論	223
2 申込み及び承諾の概念	224
(1) 定義規定の要否	224
(2) 申込みの推定規定の要否	224
(3) 交叉申込み	226
3 承諾期間の定めのある申込み	226
4 承諾期間の定めのない申込み	227
5 対話者間における承諾期間の定めのない申込み	229
6 申込者の死亡又は行為能力の喪失	230
7 申込みを受けた事業者の物品保管義務	231
8 隔地者間の契約の成立時期	232
9 申込みに変更を加えた承諾	232
第25 懸賞広告	235
1 懸賞広告を知らずに指定行為が行われた場合	235
2 懸賞広告の効力・撤回	235
(1) 懸賞広告の効力	235
(2) 撤回の可能な時期	236
(3) 撤回の方法	236
3 懸賞広告の報酬を受ける権利	237
第26 第三者のためにする契約	238
1 受益の意思の表示を不要とする類型の創設等(民法第537条)	238
2 受益者の権利の確定	238
3 受益者の現存性・特定性	239
4 要約者の地位	239
(1) 諾約者に対する履行請求	239

## 目 次

タイトル	頁
(2) 解除権の行使	240
第27 約款(定義及び組入要件)	241
1 約款の組入要件に関する規定の要否	241
2 約款の定義	242
3 約款の組入要件の内容	244
4 約款の変更	246
第28 法律行為に関する通則	248
1 法律行為の効力	248
(1) 法律行為の意義等の明文化	248
(2) 公序良俗違反の具体化	249
(3) 「事項を目的とする」という文言の削除(民法第90条)	250
2 法令の規定と異なる意思表示(民法第91条)	251
3 強行規定と任意規定の区別の明記	251
4 任意規定と異なる慣習がある場合	252
第29 意思能力	254
1 要件等	254
(1) 意思能力の定義	254
(2) 意思能力を欠く状態で行われた法律行為が有効と扱われる場合の有無	254
2 日常生活に関する行為の特則	257
3 効果	258
第30 意思表示	262
1 心裡留保	262
(1) 心裡留保の意思表示が無効となる要件	262
(2) 第三者保護規定	263
2 通謀虚偽表示	264
(1) 第三者保護要件	264
(2) 民法第94条第2項の類推適用法理の明文化	266
3 錯誤	268
(1) 動機の錯誤に関する判例法理の明文化	268
(2) 要素の錯誤の明確化	269
(3) 表意者に重過失がある場合の無効主張の制限の例外	269
(4) 効果	270
(5) 錯誤者の損害賠償責任	270
(6) 第三者保護規定	271
4 詐欺及び強迫	272
(1) 沈黙による詐欺	272
(2) 第三者による詐欺	273
(3) 第三者保護規定	274
5 意思表示に関する規定の拡充	275

## 目 次

タイトル	頁
6 意思表示の到達及び受領能力	281
(1) 意思表示の効力発生時期	281
(2) 意思表示の到達主義の適用対象	284
(3) 意思表示の受領を擬制すべき場合	285
(4) 意思能力を欠く状態となった後に到達し, 又は受領した意思表示の効力	286
第31 不当条項規制	287
1 不当条項規制の要否, 適用対象等	287
(1) 不当条項規制の要否	287
(2) 不当条項規制の適用対象(不当条項, 約款, 消費者契約アプローチ)	287
2 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項	289
3 不当性の判断枠組み	291
4 不当条項の効力	295
5 不当条項のリストを設けることの当否	296
第32 無効及び取消し	305
1 相対的無効(取消的無効)	305
2 一部無効	306
(1) 法律行為に含まれる特定の条項の一部無効	306
(2) 法律行為の一部無効	306
(3) 複数の法律行為の無効	307
3 無効な法律行為の効果	309
(1) 法律行為が無効であることの帰結	309
(2) 返還請求権の範囲	309
ア 不当利得の規定とは別に新たな規定を設けることの要否	309
イ 新たな規定の具体的内容	309
ウ 返還義務を軽減する特則の要否	309
(3) 制限行為能力者・意思無能力者の返還義務の範囲	310
(4) 無効行為の転換	312
(5) 追認	312
4 取り消すことができる行為の追認	313
(1) 追認の要件	313
(2) 法定追認	314
(3) 追認の効果	315
(4) 相手方の催告権	315
5 取消権の行使期間	316
(1) 期間の見直しの要否	316
(2) 抗弁権の永続性	317
第33 代理	318
1 有権代理	318
(1) 代理行為の瑕疵一原則(民法第101条第1項)	318

# 目 次

タイトル	頁
(2) 代理行為の瑕疵—例外(民法第101条第2項)	318
(3) 代理人の行為能力(民法第102条)	319
(4) 代理権の範囲(民法第103条)	320
(5) 任意代理人による復代理人の選任(民法第104条)	320
(6) 利益相反行為(民法第108条)	320
(7) 代理権の濫用	323
2 表見代理	325
(1) 代理権授与の表示による表見代理(民法第109条)	325
ア 法定代理への適用の可否	325
イ 代理権授与表示への意思表示規定の類推適用	325
ウ 白紙委任状	326
エ 本人名義の使用許諾の場合	327
オ 民法第110条との重畳適用	328
(2) 権限外の行為の表見代理(民法第110条)	328
ア 法定代理への適用の可否	328
イ 代理人の「権限」	329
ウ 正当な理由	330
(3) 代理権消滅後の表見代理(民法第112条)	331
ア 法定代理への適用の可否	331
イ 「善意」の対象	332
ウ 民法第110条との重畳適用	333
3 無権代理	333
(1) 無権代理人の責任(民法第117条)	333
(2) 無権代理と相続	335
4 授權	336
第34 条件及び期限	338
1 停止条件及び解除条件の意義	338
2 条件の成否が未確定の間における法律関係	338
3 不能条件(民法第133条)	338
4 期限の意義	339
5 期限の利益の喪失(民法第137条)	339
第35 期間の計算	341
1 総論(民法に規定することの当否)	341
2 過去にさかのぼる方向での期間の計算方法	341
3 期間の末日に関する規定の見直し	342
第36 消滅時効	343
1 時効期間と起算点	343
(1) 原則的な時効期間について	343
(2) 時効期間の特則について	344

## 目次

タイトル	頁
ア 短期消滅時効制度について	344
イ 定期金債権	345
ウ 判決等で確定した権利	345
エ 不法行為等による損害賠償請求権	346
(3) 時効期間の起算点について	347
(4) 合意による時効期間等の変更	348
2 時効障害事由	349
(1) 中断事由(時効期間の更新, 時効の新たな進行)	349
(2) その他の中断事由の取扱い	350
(3) 時効の停止事由	350
(4) 当事者間の交渉・協議による時効障害	351
(5) その他	352
ア 債権の一部について訴えの提起等がされた場合の取扱い	352
イ 債務者以外の者に対して訴えの提起等をした旨の債務者への通知	353
3 時効の効果	353
(1) 時効の援用等	353
(2) 債務者以外の者に対する効果(援用権者)	354
(3) 時効の利益の放棄等	354
4 形成権の期間制限	355
5 その他	355
(1) その他の財産権の消滅時効	355
(2) 取得時効への影響	356
第37 契約各則－共通論点	357
1 冒頭規定の規定方法	357
2 強行規定と任意規定の区別の明確化	357
第38 売買－総則	358
1 売買の一方の予約(民法第556条)	358
2 手付(民法第557条)	359
第39 売買－売買の効力(担保責任)	362
1 物の瑕疵に関する担保責任(民法第570条)	362
(1) 債務不履行の一般原則との関係(瑕疵担保責任の法的性質)	362
(2) 「瑕疵」の意義(定義規定の要否)	362
ア 瑕疵という用語の適否・定義規定の要否・定義の具体的内容	362
イ 法律上の瑕疵の取扱い・瑕疵の存否の判断基準時	364
(3) 「隠れた」という要件の要否	364
(4) 代金減額請求権の要否	365
(5) 買主に認められる権利の相互関係の明確化	367
(6) 短期期間制限の見直しの要否	368
2 権利の瑕疵に関する担保責任(民法第560条から第567条まで): 共通論点	372



## 目 次

タイトル	頁
3 権利の瑕疵に関する担保責任(民法第560条から第567条まで):個別論点	372
(1) 他人の権利の売買における善意の売主の解除権(民法第562条)の要否	372
(2) 数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任(民法第565条)	372
(3) 地上権等がある場合等における売主の担保責任(民法第566条)	373
(4) 抵当権等がある場合における売主の担保責任(民法第567条)	374
4 競売における担保責任(民法第568条, 第570条ただし書)	374
5 売主の担保責任と同時履行(民法第571条)	376
6 数量超過の場合の売主の権利	377
7 民法第572条(担保責任を負わない旨の特約)の見直しの要否	379
8 数量保証・品質保証等に関する規定の要否	380
9 当事者の属性や目的物の性質による特則の要否	380
第40 売買—売買の効力(担保責任以外)	382
1 売主及び買主の基本的義務の明文化	382
(1) 売主の引渡義務及び対抗要件具備義務	382
(2) 買主の受領義務	382
2 代金の支払及び支払の拒絶	385
(1) 代金の支払期限(民法第573条)	385
(2) 代金の支払場所(民法第574条)	385
(3) 権利を失うおそれがある場合の買主による代金支払の拒絶(民法第576条)	386
(4) 抵当権等の登記がある場合の買主による代金支払の拒絶(民法第577条)	387
3 果実の帰属又は代金の利息の支払(民法第575条)	388
4 その他の新規規定	388
(1) 他人の権利の売買と相続	388
(2) 解除の帰責事由を不要とした場合における解除権行使の限界に関する規定	389
(3) 消費者と事業者との間の売買契約に関する特則	390
(4) 事業者間の売買契約に関する特則	391
① 事業者間の定期売買における解除のみなし規定	391
② 事業者間の売買の受領拒絶等の場合の供託権・自助売却権	392
5 民法第559条(有償契約への準用)の見直しの要否	393
第41 売買—買戻し, 特殊の売買	394
1 買戻し(民法第579条から第585条まで)	394
2 契約締結に先立って目的物を試用することができる売買	395
第42 交換	396
第43 贈与	397
1 成立要件の見直しの要否(民法第549条)	397
2 適用範囲の明確化	397
3 書面によらない贈与の撤回における「書面」要件の明確化(民法第550条)	398
4 贈与者の担保責任(民法第551条第1項)	400
5 負担付贈与(民法第551条第2項, 第553条)	402

## 目 次

タイトル	頁
6 死因贈与(民法第554条)	403
7 その他の新規規定	404
(1) 贈与の予約	404
(2) 背信行為等を理由とする撤回・解除	405
(3) 解除による受贈者の原状回復義務の特則	408
(4) 無償契約への準用	408
第44 消費貸借	410
1 消費貸借の成立	410
(1) 要物性の見直し	410
(2) 無利息消費貸借についての特則	413
(3) 目的物の交付前における消費者借主の解除権	413
(4) 目的物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始	415
(5) 消費貸借の予約	416
2 利息に関する規律の明確化	417
3 目的物に瑕疵があった場合の法律関係	419
(1) 貸主の担保責任	419
(2) 借主の返還義務	419
4 期限前弁済に関する規律の明確化	419
(1) 期限前弁済	419
(2) 事業者が消費者に融資をした場合の特則	421
5 抗弁の接続	422
第45 賃貸借	426
1 短期賃貸借に関する規定の見直し	426
2 賃貸借の存続期間	426
3 賃貸借と第三者との関係	426
(1) 目的物不動産について物権を取得した者その他の第三者との関係	426
(2) 目的不動産の所有権が移転した場合の賃貸借契約の帰すう	427
(3) 不動産賃貸借における合意による賃貸人の地位の承継	429
(4) 敷金返還債務の承継	430
(5) 動産賃貸借と第三者との関係	433
(6) 賃借権に基づく妨害排除請求権	433
4 賃貸人の義務	433
(1) 賃貸人の修繕義務	433
(2) 賃貸物の修繕に関する賃借人の権利	434
(3) 賃貸人の担保責任	435
5 賃借人の義務	435
(1) 賃料の支払義務(事情変更による増減額請求権)	435
(2) 目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額等	436
6 賃借権の譲渡及び転貸	437

## 目 次

タイトル	頁
(1) 賃借権の譲渡及び転貸の制限	437
(2) 適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との関係	437
7 賃貸借の終了	439
(1) 賃借物が滅失した場合等における賃貸借の終了	439
(2) 賃貸借終了時の原状回復	440
(3) 損害賠償及び費用の償還の請求権についての期間の制限	440
ア 用法違反による賃貸人の損害賠償請求権についての期間制限	440
イ 賃借人の費用償還請求権についての期間制限	441
8 賃貸借に関する規定の配列	442
第46 使用貸借	443
1 使用貸借契約の成立要件	443
2 使用貸借の対抗力	443
3 使用貸借の効力(貸主の担保責任)	444
4 使用貸借の終了	445
(1) 使用貸借の終了事由	445
(2) 損害賠償請求権・費用償還請求権についての期間の制限	446
第47 役務提供型の典型契約(雇用, 請負, 委任, 寄託) 総論	447
第48 請負	449
1 請負の意義(民法第632条)	449
2 注文者の義務	450
3 報酬に関する規律	451
(1) 報酬の支払時期(民法第633条)	451
(2) 仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権	452
(3) 仕事の完成が不可能になった場合の費用償還請求権	454
4 完成した建物の所有権の帰属	455
5 瑕疵担保責任	455
(1) 瑕疵修補請求権の限界(民法第634条第1項)	455
(2) 瑕疵を理由とする催告解除	456
(3) 土地の工作物を目的とする請負の解除(民法第635条ただし書)	456
(4) 報酬減額請求権の要否	457
(5) 請負人の担保責任の存続期間(民法第637条, 第638条第2項)	457
(6) 土地工作物に関する性質保証期間(民法第638条第1項)	459
(7) 瑕疵担保責任の免責特約(民法第640条)	461
6 注文者の任意解除権(民法第641条)	461
(1) 注文者の任意解除権に対する制約	461
(2) 注文者が任意解除権を行使した場合の損害賠償の範囲(民法第641条)	462
7 注文者についての破産手続の開始による解除(民法第642条)	462
8 下請負	463
(1) 下請負に関する原則	463

## 目 次

タイトル	頁
(2) 下請負人の直接請求権	463
(3) 下請負人の請負の目的物に対する権利	465
第49 委任	466
1 受任者の義務に関する規定	466
(1) 受任者の指図遵守義務	466
(2) 受任者の忠実義務	467
(3) 受任者の自己執行義務	468
(4) 受任者の報告義務(民法第645条)	469
(5) 委任者の財産についての受任者の保管義務	470
(6) 受任者の金銭の消費についての責任(民法第647条)	470
2 委任者の義務に関する規定	471
(1) 受任者が債務を負担したときの解放義務(民法第650条第2項)	471
(2) 受任者が受けた損害の賠償義務(民法第650条第3項)	471
(3) 受任者が受けた損害の賠償義務についての消費者契約の特則(民法第650条第3項)	472
3 報酬に関する規律	473
(1) 無償性の原則の見直し(民法第648条第1項)	473
(2) 報酬の支払方式	473
(3) 報酬の支払時期(民法第648条第2項)	473
(4) 委任事務の処理が不可能になった場合の報酬請求権	474
4 委任の終了に関する規定	475
(1) 委任契約の任意解除権(民法第651条)	475
(2) 委任者死亡後の事務処理を委託する委任(民法第653条第1号)	476
(3) 破産手続開始による委任の終了(民法第653条第2号)	477
5 準委任(民法第656条)	478
6 特殊の委任	478
(1) 媒介契約に関する規定	478
(2) 取次契約に関する規定	480
(3) 他人の名で契約をした者の履行保証責任	480
第50 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定	481
1 新たな受皿規定の要否	481
2 役務提供者の義務に関する規律	482
3 役務受領者の義務に関する規律	483
4 報酬に関する規律	484
(1) 役務提供者が経済事業の範囲で役務を提供する場合の有償性の推定	484
(2) 報酬の支払方式	484
(3) 報酬の支払時期	485
(4) 役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権	485
5 任意解除権に関する規律	487
6 役務受領者について破産手続が開始した場合の規律	488

## 目 次

タイトル	頁
7 その他の規定の要否	488
8 役務提供型契約に関する規定の編成方式	489
第51 雇用	490
1 総論(雇用に関する規定の在り方)	490
2 報酬に関する規律	491
(1) 具体的な報酬請求権の発生時期	491
(2) 労務が履行されなかった場合の報酬請求権	491
3 民法第626条の規定の要否	494
4 有期雇用契約における黙示の更新(民法第629条)	494
(1) 有期雇用契約における黙示の更新後の期間の定めの有無	494
(2) 民法第629条第2項の規定の要否	495
第52 寄託	495
1 寄託の成立—要物性の見直し	495
(1) 要物性の見直し	495
(2) 寄託物の受取前の当事者間の法律関係	496
(3) 寄託物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始	497
2 受寄者の自己執行義務(民法第658条)	497
(1) 再寄託の要件	497
(2) 適法に再寄託が行われた場合の法律関係	498
3 受寄者の保管義務(民法第659条)	498
4 寄託物の返還の相手方	499
5 寄託者の義務	500
(1) 寄託者の損害賠償責任(民法第661条)	500
(2) 寄託者の報酬支払義務	501
6 寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の通知義務	502
7 寄託物の譲渡と間接占有の移転	502
8 消費寄託(民法第666条)	503
9 特殊の寄託—混合寄託(混蔵寄託)	504
10 特殊の寄託—流動性預金口座	505
(1) 流動性預金口座への振り込みによる金銭債務の履行に関する規律の要否	505
ア 流動性預金口座への振り込みによる金銭債務の履行に関する規律の要否	505
イ かかる規律を民法に置くことの当否	506
ウ 民法に置く場合の規定の配置	506
(2) 資金移動取引の法律関係についての規定の要否	507
(3) 指図に関する規律の要否	507
(4) 流動性預金口座に存する金銭債権の差押えに関する規律の要否	508
(5) 流動性預金口座に係る預金契約の法的性質に関する規律の要否	508
11 特殊の寄託—宿泊事業者の特則	509
第53 組合	510

## 目 次

タイトル	頁
1 組合契約の成立	510
(1) 組合員の一人の出資債務が履行されない場合	510
(2) 組合契約の無効又は取消し	511
2 組合の財産関係	511
3 組合の業務執行及び組合代理	514
(1) 組合の業務執行	514
(2) 組合代理	514
4 組合員の変動	515
(1) 組合員の加入	515
(2) 組合員の脱退	516
5 組合の解散及び清算	516
(1) 組合の解散	516
(2) 組合の清算	517
6 内的組合に関する規定の整備	518
第54 終身定期金	519
第55 和解	520
1 和解の意義(民法第695条)	520
2 和解の効力(民法第696条)	521
(1) 和解と錯誤	521
(2) 人身損害についての和解の特則	521
第56 新種の契約	524
1 新たな典型契約の要否等	524
2 ファイナンス・リース	524
第57 事情変更の原則	526
1 事情変更の原則の明文化の要否	526
2 要件論	529
3 効果論	531
(1) 解除, 契約改訂, 再交渉請求権・再交渉義務	531
(2) 契約改訂の法的性質・訴訟手続との関係	533
(3) 解除権と契約改訂との相互関係	533
第58 不安の抗弁権	533
1 不安の抗弁権の明文化の要否	533
2 要件論	534
3 効果論	535
第59 契約の解釈	536
1 契約の解釈に関する原則を明文化することの要否	536
2 契約の解釈に関する基本原則	537
3 条項使用者不利の原則	539
第60 継続的契約	540

## 目 次

タイトル	頁
1 規定の要否等	541
2 継続的契約の解消の場面に関する規定	542
(1) 期間の定めのない継続的契約の終了	542
(2) 期間の定めのある継続的契約の終了	543
(3) 継続的契約の解除	543
(4) 消費者・事業者間の継続的契約の解除	544
(5) 解除の効果	545
3 特殊な継続的契約－多数当事者型継続的契約	545
4 分割履行契約	546
第61 法定債権に関する規定に与える影響	546
① 不法行為による損害賠償の範囲に関する規律	547
② 法定債権の債務不履行による損害賠償責任の免責事由の在り方	547
③ 無効な法律行為における返還義務の範囲と不当利得との関係	549
④ 不法行為における損害賠償請求権の期間制限の在り方	549
⑤ 委任の見直しに伴う事務管理の規定の見直しの要否	549
⑥ 特定物の引き渡しの場合の注意義務に関する規定を削除した場合の法定債権の注意義務に関する規定の要否	550
第62 消費者・事業者に関する規定	550
1 民法に消費者・事業者に関する規定を設けることの当否	550
(1) 民法が当事者間の格差に対してどのように対応すべきか	550
(2) 格差についての抽象的な解釈理念の規定の要否	551
(3) 消費者・事業者概念	551
2 消費者契約の特則	556
① 消費者契約を不当条項規制の対象とすること	556
② 消費者契約においては、法律行為に含まれる特定の条項の一部について無効原因がある場合に、当該条項全体を無効とすること	557
③ 消費者契約においては、債権の消滅時効の時効期間や起算点について法律の規定より消費者に不利となる合意をすることができないとすること	557
④ 消費者と事業者との間の売買契約において、消費者である買主の権利を制限し、又は消費者である売主の責任を加重する合意の効力を制限する方向で何らかの特則を設けること	558
⑤ 消費貸借を諾成契約とする場合であっても、貸主が事業者であり借主が消費者であるときには、目的物交付前は、借主は消費貸借を解除することができるものとすること	558
⑥ 貸主が事業者であり借主が消費者である消費貸借においては、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることができるものとすること	560
⑦ 消費者が物品若しくは権利を購入する契約又は有償で役務の提供を受ける契約を締結する際に、これらの供給者とは異なる事業者との間で消費貸借契約を締結して信用供与を受けた場合は、一定の要件の下で、借主である消費者が供給者に対して生じている事由をもって貸主である事業者に対抗することができるものとすること	561
⑧ 貸借人が事業者であり借借人が消費者である貸借借においては、終了時の借借人の原状回復義務に通常損耗の回復が含まれる旨の特約の効力は認められないとすること	563

## 目 次

タイトル	頁
⑨ 受任者が事業者であり委任者が消費者である委任契約においては、委任者が無過失であった場合は、受任者が委任事務を処理するに当たって過失なく被った損害についての賠償責任(民法第650条第3項)が免責されるとすること	563
⑩ 受託者が事業者であり寄託者が消費者である寄託契約においては、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合は、これによって受寄者に生じた損害についての賠償責任(民法第661条)が免責されるとすること	564
⑪ 消費者契約の解釈について、条項使用者不利の原則を採用すること	564
⑫ 継続的契約が消費者契約である場合には、消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができること	565
3 事業者に関する特則	565
(1) 事業者間契約に関する特則	565
① 事業者間契約は、債務者が催告に応じなければ原則として契約を解除することができ、重大な契約違反に該当しないことを債務者が立証した場合に限り、解除が否定されるとすること	565
② 事業者間の定期売買においては、履行を遅滞した当事者は相手方が履行の請求と解除のいずれを選択するかの確答を催告することができ、確答がなかった場合は契約が解除されたものとみなすこと	566
③ 事業者間の売買について買主の受領拒絶又は受領不能の場合における供託権、自助売却権についての規定を設け、目的物に市場の相場がある場合には任意売却ができるとすること	567
(2) 契約当事者の一方が事業者である場合の特則	568
① 債権者が事業者である場合には、特定物の引渡し以外の債務の履行は債権者の現在の営業所(営業所がないときは住所)においてすべきであること	568
② 事業者が事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示した場合に、提示された事項によって契約内容を確定することができるときは、その提示を申込みと推定すること	568
③ 事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合には、申込みとともに受け取った物品を保管しなければならないこと	569
④ 買主や注文者が事業者である場合においては、売主や請負人の瑕疵担保責任の存続期間の起算点を瑕疵を知り又は知ることができた時とすること(前記第39, 1(6), 第48, 5(5))※売買について	570
④ 買主や注文者が事業者である場合においては、売主や請負人の瑕疵担保責任の存続期間の起算点を瑕疵を知り又は知ることができた時とすること(前記第39, 1(6), 第48, 5(5))※請負について	571
⑤ 貸借人が事業者である場合においては、貸借の目的物の用法違反に基づく損害賠償を請求すべき期間の起算点を損傷等を知り又は知ることができた時とすること	572
⑥ 寄託者が事業者である場合においては、返還された寄託物に損傷又は一部滅失があったことに基づく損害賠償を請求すべき期間の起算点を損傷等を知り又は知ることができた時とすること	572
⑦ 役務提供者が事業者である場合は、無償の役務提供型契約においても注意義務の軽減を認めないこと	572
⑧ 宿泊事業者が宿泊客から寄託を受けた物品について厳格責任を負う原則を維持しつつ(商法第594条第1項参照)、高価品について損害賠償額を制限するには宿泊事業者が価額の明告を求めたことが必要であるとすし、また、正当な理由なく保管の引受を拒絶した物品についても寄託を受けた物品と同様の厳格責任を負うこと	573
(3) 事業者が行う一定の事業について適用される特則	573
① 事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときは、特段の合意がない限り、その保証は連帯保証とすること	575



## 目 次

タイトル	頁
② 事業者間において貸主の経済事業の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合は、特段の合意がない限り利息を支払わなければならないとすること	575
③ 事業者が経済事業の範囲内において受任者、役務提供者(役務提供型契約の受皿規定(前記第50参照)を設ける場合)又は受寄者として委任契約、役務提供型契約又は寄託契約を締結した場合は有償性が推定されるとすること	575
④ 事業者がその経済事業の範囲内において寄託を受けた場合は、無償の寄託においても受寄者の注意義務の軽減を認めないとする事	576
⑤ 組合員の全員が事業者であって、経済事業を目的として組合の事業が行われる場合は、組合員が組合の債権者に対して負う債務を連帯債務とすること	576
第63 規定の配置	576

## 第1 債権の目的

### 1 債権の目的（民法第399条）

債権の目的について金銭での評価可能性を必要としない旨を規定する民法第399条に関しては、民法典において原則的な事項をどの程度まで明文化すべきであるかという観点から、同条のような確認的な規定の要否について、債権の定義規定を設けることの是非と併せて、更に検討してはどうか。

[意見]

確認的な規定を置く必要性はない。

[理由]

債権の目的についての金銭での評価可能性が問題となることは実務上皆無である。

### 2 特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第400条）

#### (1) 特定物の引渡しの場合の注意義務

特定物の引渡しを目的とする債務における債務者の保存義務とその内容を定める民法第400条に関しては、契約で定められた品質・性能を有する目的物の引渡しが履行期にあったか否かを問題にすれば足りるとして不要とする意見や、契約解釈が困難な事例もあるため任意規定として存置する意義があるとする意見、契約等で定められた内容の保存義務を負うと規定する点には意義があるが、その保存義務の内容を一律に「善良な管理者の注意」と定める点は見直すべきであるという意見があった。このような意見を踏まえて、同条の規定の要否やその規定内容の見直しについて、担保責任の法的性質に関する議論（後記第39、1(1)及び2）との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 民法400条は任意規定として残置することに賛成である。
- 2 「善良な管理者の注意をもって」という文言を削除する必要はない。

[理由]

- 1 「善良な管理者の注意をもって」という文言は、一般的に「自己の財産に対するのと同様の注意をもって」よりも厳しい注意義務の程度を定めたものとして契約書等でも用いられており、当事者の合理的な意思を示す補充的・一般的規定として「善良な管理者の注意をもって物を保存」すべき義務を定めることに意義がある。
- 2 現民法400条は、「善良な管理者の注意をもって…保存」として、保存における注意義務の程度を定めているものと理解されているところ、これを「契約および目的物の性質に従って定まる方法」という表現に改めると、契約解釈では保管方法の内容のみが問題となり、保存における注意義務の程度や保管行為の態様等は問題とならないと誤解

されるおそれがある。

また、事後的に当事者が契約締結時には想定しなかったような事象が生じた場合にも、保管方法の内容として当事者が合意していたと構成することに違和感がある。たとえば、引渡しまでの間、目的物である生ものを債務者の冷蔵庫で保存するといった保存方法を合意していたところ、停電によって保存していた生ものが腐敗したが、債務者側で別途電源を確保するといった対応をすることも容易に可能であったような事例については、債務者の保存義務違反を認めるべき場合があるが、その場合に債務者側で別途電源を確保することも保管方法の内容として当事者が合意していたと構成することには違和感がある。

## (2) 贈与者の保存義務の特則

特定物の引渡しを目的とする贈与の贈与者が負う目的物保存義務の内容に関して、現在は民法第400条が適用されているところ、贈与の無償性を考慮して、自己の財産に対するのと同じの注意義務をもって保存すべき旨の特則を新たに規定すべきであるという考え方について、特定物の引渡しの場合一般の注意義務に関する議論（前記(1)）との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

贈与者は自己の財産に対するのと同じの注意義務をもって保存すべき旨を規定することに賛成である。

[理由]

贈与の無償性を考慮して、贈与者の目的物保存義務の程度を軽減することは合理的である。

## 3 種類債権の目的物の品質（民法第401条第1項）

債権の目的を種類のみで指定した場合において、法律行為の性質又は当事者の意思によってその品質を定めることができないときは、債務者は、中等の品質を有する物を給付しなければならないと規定する民法第401条第1項に関しては、契約で定められた品質の目的物の引渡しの有無を問題にすれば足りるので不要であるという意見と、契約解釈が困難な事例もあるため任意規定として存置すべきであるという意見があったことを踏まえて、規定の要否について、更に検討してはどうか。

[意見]

民法401条1項を任意規定として存置することに賛成である。

[理由]

種類債権の目的物の品質について、契約交渉において必ずしも明確に当事者が合意するわけではなく、契約解釈による契約内容の明確化が困難な場合もありうるため、任意規定として存続させる意義があり、あえて削除する必要はない。

#### 4 種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項）

##### (1) 種類債権の目的物の特定

種類債権の目的物の特定に関する民法第401条第2項については、契約解釈の問題に解消できるとして不要とする意見と、任意規定として存置する意義があるとする意見があったことを踏まえて、規定の要否について、更に検討してはどうか。また、規定を存置する場合には、債権者と債務者の合意によっても特定が生ずる旨を新たに規定する方向で、更に検討してはどうか。さらに、判例が認める変更権（種類債権の目的物が特定した後であっても、一定の場合には、債務者がその目的物を同種同量の別の物に変更することができる権利）については、単に「債権者の利益を害さないこと」を要件とするのでは要件が広すぎるとの指摘があることも踏まえ、具体的かつ適切な要件設定が可能か否かに留意しつつ、明文化の要否について、更に検討してはどうか。

##### [意見]

- 1 民法401条2項を任意規定として存置することに賛成である。
- 2 債権者と債務者の合意によって種類債権の目的物の特定が生ずることを明文化することに賛成である。
- 3 一定の要件のもとで判例が認める債務者の変更権を明文化することには賛成である。  
もともと、追完権との平仄という観点から、特定した物の給付では不完全な履行となる場合以外にまで変更権を認めるかは慎重に検討すべきである。

##### [理由]

- 1 種類債権の目的物の特定について、契約交渉において必ずしも明確に当事者が合意するわけではなく、契約解釈による契約内容の明確化が困難な場合もありうるため、任意規定として存続させる意義があり、あえて削除する必要はない。
- 2 債権者と債務者の合意によって種類債権の目的物の特定が生ずることに争いはない。
- 3 「債権者の利益を害しない」という要件では、通常は他の同種の物が給付される限り債権者の利益は害されないことから、債務者は特定後も目的物を変更できることが原則となってしまう、そもそも特定を認める意義がなくなる。

##### (2) 種類物贈与の特定に関する特則

種類物贈与の贈与者は、当然に目的物を指定する権利を有する旨の特則を置くべきであるという考え方については、贈与者に指定権を当然に付与することが贈与の実態を適切に反映しているかという点に疑問を呈する意見があったことを踏まえて、種類債権の目的物の特定に関する議論（前記(1)）との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

##### [意見]

種類物贈与の贈与者は、当然に目的物を指定する権利を有する旨の特則を置く必要はない。

[理由]

実務において、贈与者が目的物の指定権を有することが当然であるとまではいえない。

## 5 法定利率（民法第404条）

### (1) 利率の変動制への見直しの要否

法定利率として利率の変動制を採用することについては、これに賛成する立場から具体的な規定方法について様々な意見があった一方で、法定利率が現実に機能する場面は限定的であり、その場面のために利率の変動制を導入する意義があるのか等の疑問を呈する意見や、法定利率が用いられる場面に応じて適切な利率は異なるため、一律に法定利率を定めるのではなく、個別具体的な場面ごとに適切な利率を定めることを検討すべきではないかという意見があった。これらの意見を踏まえて、利率の変動制への見直しの要否について、法定利率が用いられる個別具体的な場面に適した利率の在り方及び利率の変動制を採用する場合における具体的な規定方法（例えば、利息等が発生している期間中に利率が変動した場合に、当初の利率で固定するか適用利率を変動させるか。）等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 利率の変動制への見直しについては、固定利率制による利息計算の簡便さというメリットを放棄し、かつ変動制を適切に運用するためのコストを掛けてまで、法定利率を迅速に市場の金利変動に対応させるという実務上の要請があるのかを吟味して、慎重に検討されるべきである。
- 2 利率の変動制を採用する場合には、事務負担の観点から、法定利率を半年に1回や1年に1回というように頻繁に変動させるべきではない。また、継続的に利息又は遅延損害金等が発生している途中で法定利率が変動した場合に、その時点で適用利率を変動後の利率に変更することは、法定利率を変動させる頻度や回数との兼ね合いで、利息計算が煩雑となるおそれもあるため、慎重に検討すべきである。

[理由]

- 1 利率の変動制を導入する前提としては、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ことが必要である。
- 2 利率の変動制を採用する場合には、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にすべきである。

### (2) 金銭債務の遅延損害金を算定する利率について

仮に法定利率を利率の変動制とした場合における金銭債務の遅延損害金を算定する利率に関して、法定利率に一定の数値の加算等をしたものにすべきであるという考え方については、金銭債務の遅延損害金について制裁的要素を導入することになり得る点を肯定的に捉える意見と否定的に捉える意見があったほか、金銭債権の発生原因によって制裁的要素が妥当しやすいものとしづらいものがあるという意見や、制裁的要素の導入に否定的な立場から、法定利率を超える損害については金銭債務における利息超過損害の損害賠償を認めることで対処すべきであるという意見等があった。このような意見を踏まえて、金銭債務の遅延損害金を算定する利率を法定利率よりも高くすることの当否について、金銭債務の発生原因の違いや金銭債務において利息超過損害の賠償を認めるかという点（後記第3，6(2)）との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

金銭債務の遅延損害金を算定する利率を法定利率よりも高くすることに賛成である。

[理由]

市場金利が法定利率を上回った場合には、債務者は、弁済資金を調達するために融資を受けるよりは、債務の履行を遅滞した方が有利となり、債務の支払遅延を招くおそれがある。

### (3) 中間利息控除について

将来取得されるはずの純利益の損害賠償の支払が、現在の一時点において行われる場合には、支払時から将来取得されるべき時点までの運用益を控除する必要がある（中間利息控除）とされている。この中間利息控除に関して、判例が、控除すべき運用益の計算に法定利率を用いるべきであるとしている点については、その合理性に疑問を呈し、見直しを検討すべきであるという意見が複数あったが、具体的な検討の在り方については、中間利息控除だけでなく賠償額の算定方法全体の問題と捉えるべきであるという意見や、将来の請求権の現在価額への換算という問題との関係にも留意する必要があるという意見等があり、また、現時点において立法により一定の結論を採用することに対して慎重な意見があった。このような意見をも踏まえて、中間利息控除及び賠償額の算定方法の在り方を立法的に見直すことの当否について、将来の請求権の現在価額への換算という問題との関係や、取引実務及び裁判実務に与える影響等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

中間利息控除について、取引実務及び裁判実務に与える影響等に留意する必要があるが、立法的に見直すことが妥当である。

[理由]

損害額の算定において5パーセントの利率で中間利息控除をするという現在の実務に合

理性がないことから、これを法定利率の問題として議論するか否かも含めて、適切な立法的解決の在り方を議論する必要がある。

#### (4) 利息の定義

利息の定義を明文化するという考え方に関しては、法定利率が用いられる場面の特性に応じて個別に適切な利率を定めることを検討すべきであるという立場（前記(1)参照）から、法定利率が適用されるべき「利息」の意味・内容を明らかにすべきであるという意見があった。そこで、利息の定義規定を設けることの当否について、法定利率の在り方に関する各論点（前記(1)から(3)まで）との関連性や民法上利息が多義的に用いられている点に留意しつつ、更に検討してはどうか。

##### [意見]

利息の定義を置く必要性はないが、適切な定義であれば、定義規定を設けることに異議はない。

##### [理由]

「利息」という用語は、一般社会において広く用いられており、改めて定義する必要性がない。また、法定利率が用いられる場面の特性に応じて個別に適切な利率を定める場合には、法定利率が適用されるべき「利息」の意味・内容が多義的となるため、適切な利息の定義を設けることは困難である。

#### 6 選択債権（民法第406条から第411条まで）

選択債権に関しては、現行法に第三者の選択の意思表示の撤回に関する規定がないことから、第三者による選択の意思表示は、債権者及び債務者の承諾を得なければ撤回することができない旨の規定を設けることの当否について、更に検討してはどうか。また、選択の遡及効の制限を定める民法第411条ただし書は、適用される場面がなく、削除すべきであるという考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

##### [意見]

- 1 第三者が選択権を行使した場合における選択の意思表示の撤回の要件を条文上明らかにすることに賛成である。
- 2 選択の遡及効の制限を定める民法411条ただし書を削除する必要はない。

##### [理由]

- 1 利害関係を有する債権者及び債務者の承諾を得た場合には、第三者の選択の意思表示の撤回を認めても不都合はない。
- 2 二重譲渡事案において譲受人双方が対抗要件を具備していない場面では、同条ただし書が機能することがありうる以上、削除する必要性がない。

## 第2 履行請求権等

### 1 請求力等に関する明文規定の要否

一般に、債権者には請求力（債権者が債務者に任意に履行せよと請求できる権能）、給付保持力（債務者がした給付を適法に保持できる権能）、訴求力（債権者が債務者に対し訴えによって履行を請求することができる権能）、執行力・強制力（給付判決が確定しても債務者が任意に履行しない場合において、強制執行手続をとることにより、国家機関の手によって債権の内容を実現できる権能）が認められるとされる（以下、債権者に認められるこれらの権能を合わせて「履行請求権」ともいう。）。これらのうち、民法には履行の強制に関する規定（同法第414条）が設けられているが、これとは別に、債権者が債務者に対して任意の履行を請求することができる旨の規定を設けるなど、債権者には請求力や訴求力等の基本的権能が認められることを確認する趣旨の明文規定を置く方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

履行請求権を条文上明確にすることについて、特に反対しない。

[理由]

履行請求権の明文化については、従前の考え方に変更を加えるものではなく、特に反対しない。

### 2 民法第414条（履行の強制）の取扱い

履行の強制に関する規定（民法第414条）については、債権者に認められる実体法上の権能を定めた規定であるとする見解と執行方法を定めた手続法的規定であるとする見解があるなど、規定の意義が不明確であるという指摘がある。そこで、履行の強制に関する規定のうち、実体法的規定は民法に置き、手続法的規定は民事執行法等に置くべきであるという方針を確認した上で、同条各項の規定のうち、手続法的規定として民法から削除すべきものの有無等について、更に検討してはどうか。その際、実体法的規定か手続法的規定かの区別が困難なものについては、手続法において必要な規定を設けることを妨げない形で、実体法と手続法を架橋するような一般的・総則的な規定を民法に置くことについて、更に検討してはどうか。また、そのような一般的・総則的な規定の具体例として、民法に執行方法の一覧規定を置くことについても、更に検討してはどうか。なお、履行の強制に関する規定の民法上の配置については、引き続き債権編に置く方向で、検討してはどうか。

[意見]

- 1 履行の強制に関する規定のうち、実体法的規定は民法に置き、手続的規定は民事執行法等に置くべきという方針には賛成する。
- 2 民法 414 条各項の規定のうち、手続的規定として民法から削除すべきものの有無につ



いては、現行法上特に支障が生じているかという観点もふまえ、十分に検討すべきである。

- 3 実体法的規定か手続法的規定かの区別が困難なものについては、手続法において必要な規定を設けることを妨げない形で、実体法と手続法を架橋するような一般的・総則的な規定を民法に置くことには賛成する。
- 4 履行の強制に関する規定の民法上の配置については、引き続き債権編に置く方向に反対しない。

[理由]

- 1 当然のことであり、異論はない。
- 2 多様な意見があり得るところであり、十分に検討すべきである。もともと、現状、民法414条各項の規定により支障が生じているかどうかという観点も踏まえるべきである。
- 3 民法にかかる一般的・総則的な規定を置くことは、わかりやすい民法という観点に沿うものであり、望ましい
- 4 多様な意見があるところであるが、必要に応じて物権編に規定を置いたり、準用することで対応できるため、債権編に置く方向に反対しない。

### 3 履行請求権の限界

一般に、債務の履行が不能になった場合等、履行請求権の行使には限界があるとされていることから、そのことを確認する明文規定を設けるべきであるという考え方がある。この考え方に関しては、その限界の具体的な判断基準の在り方について、「社会通念」を基準としつつ、「契約の趣旨」がそれと異なる場合には「契約の趣旨」によると考えれば良いという意見や、「社会通念」も「契約の趣旨」に照らして規範的に評価されるものであり、「契約の趣旨」の中に「社会通念」という要素が組み込まれているという意見等、多様な意見があった。履行請求権の限界に関しては、これらの意見を踏まえて、「社会通念」という基準と「契約の趣旨」という基準との関係に留意しつつ、規定の要否や具体的な判断基準の在り方等について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 履行請求権の限界があることを条文上明確にすることについては、特に反対しない。
- 2 履行請求権の限界の具体的な判断基準については、「社会通念」によるか、「契約の趣旨」によるか、二者択一ではないと考える。

[理由]

- 1 履行請求権の限界があることを明文化することは、現在の実務に変更をもたらすものではなく、特に反対しない。
- 2 従前、「社会通念」との基準が用いられていた場合でも、当該契約の内容・性質に照らして判断されていたはずであり、他方、「契約の趣旨」との基準を用いた場合であっ

ても、社会通念という要素が組み込まれているものと考えられる。

なお、仮に、「契約の趣旨」との基準を採用した場合、「契約の趣旨」の判断要素として、いかなる事情を含めるかにつき、慎重に検討すべきである。

#### 4 追完請求権

##### (1) 追完請求権に関する一般的規定の要否

一般に、債務者が不完全な履行をした場合には、債権者に追完請求権が認められるとされることから、そのことを確認する一般的・総則的な規定を設けるべきであるという考え方がある。この考え方については、追完方法の多様性等に鑑みると抽象的な規定を設けることしかできず意義が乏しいのではないかという意見や、抽象的な規定であっても無名契約の追完請求権の根拠になるなどの意義があるとする意見があったことを踏まえて、不完全履行により債権者に認められる権利を個別的・具体的に定める契約各則の規定の検討状況（後記第39，1等）に留意しつつ、有意な規定を置けるかどうかという観点から、更に検討してはどうか。また、追完請求権の要件となる「債務の不完全な履行」の具体的な内容について、代物請求権が認められる具体的な場面の検討と併せて、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 追完請求権を条文上明確にすることについて、特に反対しないが、本質的に同一である無履行の場合にかかる規定とは整合性を図るべきである。
- 2 追完請求権を明文化する場合には、追完請求権の適用範囲を画する「不完全な履行」の定義規定の要否（内容）を検討しておく必要がある。

[理由]

- 1 追完請求権の明文化については、従前の考え方に変更を加えるものではなく、特に反対しない。
- 2 無履行の場合と不完全な履行の場合とで区別して取り扱う場合には、「不完全な債務の履行」が追完請求権の適用範囲を画するため、その定義規定について、十分検討しておかなければならない。

##### (2) 追完方法が複数ある場合の選択権

現行法には、当事者双方が具体的な追完方法について異なる主張をした場合に、これを解決するための規定がないため、追完方法が複数ある場合の選択権の所在に関する規定を設けることを検討すべきであるという意見があったことを踏まえて、そのような規定の要否について、追完権に関する検討状況（後記第8，1等）や不完全履行により債権者に認められる権利を個別・具体的に定める契約各則の規定の検討状況（後記第39，1(5)等）を踏まえつつ、検討してはどうか。

[意見]

追完方法が複数ある場合の選択権の所在に関する規定については、追完権および契約各則の規定の検討状況を踏まえて、検討すべきであるが、その前提として、各方法による追完の可否の判断については、債権者視点と債務者視点というズレが生じないような基準を定立（規定）すべきである。

[理由]

追完権は、追完の内容を債務者が主導的に決定する機能を有するものと考えられるため、追完権を認めるのであれば、追完方法の選択権も債務者に認められるものと思われる。また、契約各則において、債権者に自由な選択を認めるなどの規定を設けることも考えられる。したがって、これらの検討状況を踏まえなければ、追完方法が複数ある場合の選択権の所在に関する規定の要否を検討することは困難である。

ところで、追完に関する一連の規定については、債権者の視点から追完が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や、逆に債務者の視点から追完の不可能と考える場面でも債権者の視点から追完可能と考える場面を想定することも考えられるが、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ため、債権者視点と債務者視点とがズレないように規定にすべきである。

### (3) 追完請求権の限界事由

追完請求権の限界事由としては、例えば、瑕疵修補請求権について修補に過分の費用を要することを限界事由として規定する場合などがあるところ、この点については、追完方法の多様性や損害賠償請求に先立って追完請求をしなければならないとするものの債権者への負担等の事情を考慮して検討すべきであるという意見があった。そこで、追完請求権に特有の限界事由を定めるべきであるという考え方の採否については、以上の意見を踏まえて、追完権に関する検討状況（後記第8，1等）及び不完全履行の際に債権者に認められる権利を個別的・具体的に定める契約各則の規定の検討状況（後記第39，1(5)等）との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

履行請求権の限界事由を追完請求権にそのまま適用する考え方を採用する方が分かりやすく妥当である。

なお、追完請求権の限界事由についても、履行請求権と同様、仮に「契約の趣旨」との基準を採用した場合、「契約の趣旨」の判断要素として、いかなる事情を含めるかにつき、慎重に検討すべきである。

[理由]

追完請求権は不完全履行の場面における履行請求権の具体化であり、両者は本質的に同一

であると考えれば、履行請求権の限界事由を追完請求権にそのまま適用する方が分かりやすく妥当であり、追完請求権に特有の限界事由を定めるべきであるという考え方の着目する追完請求権の多様性については、具体的事案における限界事由の解釈、または、典型契約に規定された個別の請求権の特質に応じて、個別に規定することにより、対応可能であると思料する。

### 第3 債務不履行による損害賠償

#### 1 「債務の本旨に従った履行をしないとき」の具体化・明確化（民法第415条）

(1) 履行不能による填補賠償における不履行態様の要件（民法第415条後段）履行請求権の限界事由（前記第2, 3）との関連性に留意しつつ、「履行をすることができなくなったとき」という要件（民法第415条後段）の具体的内容として、物理的に履行が不能な場合のほか、履行が不能であると法的に評価される場合も含まれるとする判例法理を明文化する方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

判例上の「不能」概念を明確化することに賛成である。

[理由]

判例上の不能概念を明確にすることは分かりやすい民法の理念に適うものであり、賛成である。

(2) 履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の手続的要件

履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の要件として解除が必要か否かは、現行法上不明確であるが、この点に関しては、解除することなく履行請求権と填補賠償請求権を選択的に行使できるようにすることが望ましいという考え方がある。このような考え方にに基づき、履行遅滞に陥った債務者に対して、相当期間を定めて催告をしても履行がない場合（民法第541条参照）等には、債権者は、契約の解除をしなくても、填補賠償の請求をすることができるものとしてはどうか。

[意見]

履行請求権と填補賠償請求権の併存を認めることに賛成である。

なお、履行請求権と填補賠償請求権の併存を認める場合には、①履行請求権と填補賠償請求権の併存を認める場合は別個の訴訟物になるがその請求相互の関係はどうなるか、②訴訟において、両請求権を請求する場合請求の趣旨、請求認容の場合の主文、その後の執行手続はどのようになるのか、③物の引渡請求を執行し権利を実現した後、金銭賠償を執行した場合の対応方法はどうか（請求異議で争うのか）などについて、留意してさらなる検討をすべできある。

[理由]

実務を変更するものであるが、債務転形論は、もっぱら学理的対立の問題であると認識しており、実務としては、両方言えたほうがむしろ便利であるから、履行請求権と填補賠償請求権が併存するほうがよいと考える。

なお、履行請求権と填補賠償請求権の併存を認める場合には、次のような問題点についての議論と検討が必要になるので、その点、留意すべきである。すなわち、①履行請求権と填補賠償請求権の併存を認める場合は別個の訴訟物になるがその請求相互の関係はどうか、②訴訟において、両請求権を請求する場合請求の趣旨、請求認容の場合の主文、その後の執行手続はどのようになるのか、③物の引渡請求を執行し権利を実現した後、金銭賠償を執行した場合の対応方法はどのようにするのか（請求異議で争うのか）などについての議論が必要であろう。

### (3) 不確定期限付債務における履行遅滞の要件（民法第412条）

学説上確立した法理を明文化する観点から、不確定期限付債務における履行遅滞の要件としては、債務者が期限の到来を知ったこと（民法第412条第2項）のほか、債権者が期限到来の事実を通知し、これが債務者に到達することをもって足りるものとしてはどうか。また、不法行為による損害賠償債務は、損害の発生と同時に遅滞に陥るとする判例法理の当否やその明文化の要否等について、検討してはどうか。

[意見]

- 1 不確定期限付債務の履行遅滞について、債務者が期限到来を知らなくても、債権者が期限到来の事実を通知し、それが債務者に到達すれば遅滞の責任を負うものとするべき点に賛成である。
- 2 不法行為については期限の定めのない債務であるところ、損害の発生と同時に遅滞に陥るとするのが明らかに確立した判例実務であるが、確立している判例上のルールを明確にすべきという観点から、これを明文化すべきである。

[理由]

- 1 学説上確立した法理であるうえ、その内容も合理的であり、実務の混乱もないと予想されるため、債務者が期限到来を知らなくても、債権者が期限到来の事実を通知し、それが債務者に到達すれば遅滞の責任を負うものとするべき点に異議はない。
- 2 不法行為による損害賠償債務の遅滞時期は、損害の発生と同時に遅滞に陥るとするのが明らかに確立した判例実務であり、これを変更すべき要請は実務上皆無である。判例法理の明確化という観点からすると、これを明文化するのが筋である。

#### (4) 履行期前の履行拒絶

債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶すること（履行期前の履行拒絶）を填補賠償請求権の発生原因の一つとすることに関しては、契約上の履行期に先立つ履行請求を認めることに類似し、債権者に契約上予定された以上の利益を与えることになるのではないかと意見がある一方で、履行期前の履行不能による填補賠償請求が認められる以上、履行期前の履行拒絶による填補賠償請求も認めてよいなどという意見があった。また、効果として、反対債務の先履行義務の消滅を認めるべきであるという意見もあった。これらの意見を踏まえて、債権者に不当な利益を与えるおそれに留意しつつ、履行期前の履行拒絶により填補賠償が認められるための具体的な要件の在り方や、填補賠償及び後記の解除（後記第5，1(3)参照）以外の効果の在り方について、更に検討してはどうか。

[意見]

填補賠償の成立要件の一類型として、「履行拒絶」による填補賠償請求の発生を認めることは、債権者の利益（契約関係の早期確定、債権者の便宜等）に資するものであり、賛成である。

#### (5) 追完の遅滞及び不能による損害賠償

追完請求を受けた債務者が追完を遅滞した場合や追完が不能であった場合における追完に代わる損害賠償の要件については、追完方法の多様性等を考慮した適切な要件設定等が可能かどうかという観点から、契約各則における担保責任の検討と併せて、更に検討してはどうか。

[意見]

追完の遅滞・不能による損害賠償の要件を明文化することに特に反対はしないが、明文化する場合には、規定が複雑にならないよう注意が必要である。

#### (6) 民法第415条前段の取扱い

前記(1)から(5)までのように債務不履行による損害賠償の要件の具体化・明確化を図ることとした場合であっても、「債務の本旨に従った履行をしないとき」（民法第415条前段）のような包括的な要件は維持するものとしてはどうか。

[意見]

包括的要件を維持することに賛成である。

## 2 「債務者の責めに帰すべき事由」について（民法第415条後段）

(1) 「債務者の責めに帰すべき事由」の適用範囲

「債務者の責めに帰すべき事由」という要件が民法第415条後段にのみ置かれている点に関して、同条後段が規定する履行不能とそれ以外の債務不履行を区別せず、統一的な免責の要件を定める方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

統一的な免責の要件を明文化する方向に賛成である。

[理由]

判例法理の明文化の観点から賛成である。

(2) 「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方

「債務者の責めに帰すべき事由」の意味は、条文上必ずしも明らかではないが、伝統的には、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義（故意・過失がない場合には責任を負わないとする考え方）に求め、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味を、故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由と解する見解が通説とされてきた。これに対し、判例は、必ずしもこのような帰責根拠・判断基準を採用しているわけではなく、また、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味を、契約から切り離された債務者の不注意と解しているわけでもないという理解が示されている。このような立場から、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味も、帰責根拠を契約の拘束力に求めることを前提として検討すべきであるとの見解が提示された。他方で、帰責根拠を契約の拘束力のみを求めることについては、それが取引実務に与える悪影響を懸念する意見もあった。これに対しては、ここでいう「契約」が、契約書の記載内容を意味するのではなく、当事者間の合意内容を、当該合意に関する諸事情を考慮して規範的に評価することにより導かれるものであるとの指摘があった。以上の議論を踏まえ、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を契約の拘束力に求めることが妥当かという点や、仮に帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合には、損害賠償責任からの免責の処理はどのようにされることが適切かという点について、判例の立場との整合性、取引実務に与える影響、債務の種類による差異の有無等に留意しつつ、更に検討してはどうか。その上で、「債務者の責めに帰すべき事由」という文言については、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠との関係で、この文言をどのように理解すべきかという検討を踏まえ、他の文言に置き換える必要があるかどうか、また、それが適当かどうかという観点から、更に検討してはどうか。その際、文言の変更が取引実務や裁判実務に与える影響、民法における法定債権の規定に与える影響、その他の法令の規定に与える影響等に留意しながら、検討してはどうか。

1 帰責根拠について

[意見]

学理的に、過失責任主義を放棄し、「契約の拘束力」に帰責原理を求めることに異議はない。

[理由]

帰責原理（帰責根拠）に関する対立はもっぱら学理上の問題であるが、契約の拘束力を重視することは理念的にはよく理解できるところであり、債務不履行による損害賠償責任の根拠を「契約の拘束力」から説明すること自体には特に反対しない。

## 2 免責事由を定める文言について

[意見]

条文の文言としては、現行法の「責めに帰すべき事由」で足りる、または以下のように、その判断基準を明示すべきである。

- 〈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、債務者は債務不履行による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。

[理由]

(1) 前記のとおり、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を「契約の拘束力」から説明すること自体には特に反対しないが、現行民法における免責事由として規定される「責めに帰すべき事由」の文言を変更することは、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 of 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険が払しょくできない。

したがって、債務不履行による損害賠償における免責事由の文言は、裁判実務上馴染まれてきた現行民法における「責めに帰すべき事由」で足りるというべきである。

(2) 他方、「責めに帰すべき事由」という文言では、分かりやすい民法の観点から問題があるというのであれば、免責事由の要件該当性が、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言える。



そこで、分かりやすい民法の観点から、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、上記のような提案をするものである。

なお、文言として、「契約において引き受けていない事由」を免責文言とする見解があるが、以下の点より、反対である。

(ア) 文言の不明確性

「債務者が引き受けていない事由」という文言では、その具体的内容が一義的に明らかであるとは言い難い。

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い事由」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い事由」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い事由」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恐れがあり、必ずしも適切な表現とは言えないもの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。

(ウ) 免責事由の内容変質の危惧

「債務者が引き受けていない事由」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と説明する論者もいる。

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しょくできない。

### 3 他の留意事項について

[意見]

- (1) 弱者保護の観点から、対等当事者が一般的とはいえ現実には鑑みて、その弱者保護のルール、具体的には不当条項排除のルールを確立することを忘れてはならない。また、
- (2) 現行の消費者保護関連法、会社法、商法など他の法分野における契約責任の内容との整合性に十分留意すべきである。

[理由]

契約の拘束力を重視することは理念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。

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。

また、消費者保護関連法、会社法、商法その他他の法分野において、契約責任が「契約の拘束力」から説明される場合の法文文言や結果の妥当性、整合性などについて、慎重に検討すべきであろう。

#### (3) 債務者の帰責事由による履行遅滞後の債務者の帰責事由によらない履行不能の処理

債務者の帰責事由による履行遅滞の後に、債務者の帰責事由によらない履行不能が生じた場合でも、履行遅滞に陥ったがために当該履行不能が生じたという関係が認められる限り、填補賠償請求が認められるとする判例法理を明文化するものとしてはどうか。

[意見]

確立した判例法理を明文化するものであり賛成である。

### 3 損害賠償の範囲（民法第416条）

#### (1) 損害賠償の範囲に関する規定の在り方

損害賠償の範囲を規定する民法第416条については、その文言から損害賠償の範囲に関する具体的な規範を読み取りづらいため、規定を明確にすべきであるという意見があることを踏まえて、判例・裁判実務の考え方、相当因果関係説、保護範囲説・契約利益説等から導かれる具体的準則の異同を整理しつつ、損害賠償の範囲を画する規律の明確化の可否について、更に検討してはどうか。

[意見]

規律の明確化は賛成であるが、取引実務や裁判実務に与える影響に十分に留意すべきである。

[理由]

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おり、現在の実務の判断手法として通常損害と特別損害という枠組みで安定している。

したがって、諸説から導かれる具体的準則が、判例・裁判実務と異なる結論とならないかを慎重に見極める必要がある。

また、例えば、契約締結に至った背景事情や交渉過程などから規範的に捉えるという意味で「予見」という文言を使うのは、「予見」という文言から形式的に理解される意味からすると判りにくい。そうすると、むしろ「相当性」という文言の方が理解し易いとも考えられる。

#### (2) 予見の主体及び時期等（民法第416条第2項）

損害賠償の範囲を画する基準として当事者の予見を問題とする立場（民法第416条第2項等）においては、予見の主体と時期が問題となるが、民法の条文上はその点が不明確である。

まず、予見の主体については、債務者とする裁判実務の考え方と両当事者とする考え方のほか、契約当事者の属性に応じた規定を設けるべきであるという意見があったことを踏まえて、前記(1)の検討と併せて、更に検討してはどうか。また、予見の時期については、不履行時とする裁判実務の考え方と契約締結時を基本とする考え方等については、損害の不当な拡大を防止する必要性に留意しつつ、前記(1)の検討と併せて、更に検討してはどうか。

### 1 予見の主体

[意見]

予見の主体は、債務者とする裁判実務の考え方に賛成する。また、契約当事者の属性に応じた規定を設ける必要はない。

[理由]

予見の主体について、両当事者の予見を必要とすると、賠償の範囲が狭くなる可能性があり問題である。例えば、事業者と消費者との契約において、保有する情報量の差によって事業者（債務者）は契約時に予見可能であっても、消費者（債権者）は予見可能でなかったこともありうる。そのような場合で事業者が債務不履行したときには、事業者に予見可であった損害であっても、賠償が認められない結果となってしまう。

また、契約当事者の属性に応じた規定を設ける考え方にも留意するという点は、上記例を踏まえたものであると考えられるが、当事者の属性に応じた規定をわざわざ設ける必要は必ずしもなく、予見の主体を債務者とする裁判実務の考え方を採用するという点で不都合性は解決できる。

## 2 予見の時期

[意見]

予見の時期について、契約締結時とする考え方に加えて、契約締結後に債務者が予見し、又は予見し得た特別損害のうち、債務者が損害回避の合理的措置をとらなかったものを損害賠償の範囲に加えるべきとする考え方に賛成する。

[理由]

契約締結後に債務者が予見可能であった特別損害も損害賠償の範囲に加えるべきであるが、契約締結時には予想し得ない巨額の賠償義務を負うことも懸念されるため、何らかの合理的制約を設けるべきである。

## 3 不当条項規制の充実

[意見]

不当条項規制が実際に機能するように定められなければならない。

[理由]

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。

### (3) 予見の対象（民法第416条第2項）

予見の対象を「事情」とするか「損害」とするか、「損害」とする場合には損害額まで含むのかという問題は、損害賠償の範囲について予見可能性を基準とする規範を採用することの可否と関連することを踏まえて議論すべきであるという意見や、予見の対象の捉え方によっては損害賠償の範囲（前記(1)等）と損害額の算定（後記(5)）のいずれ

が問題になるかが左右される可能性があるという点に留意する必要があるとの意見があった。そこで、これらの意見に留意した上で、予見の対象について、更に検討してはどうか。

[意見]

予見の対象は「損害」とする考え方に賛成する。

[理由]

「損害」と事情の区別は容易でなく、また「事情」とした場合には損害賠償の範囲が拡大しやすくなる可能性がある。

#### (4) 故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則の要否

債務不履行につき故意・重過失がある場合には全ての損害を賠償しなければならないとするなどの故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則の要否については、これを不要とする意見、要件を背信的悪意や害意等に限定する必要性を指摘する意見、損害賠償の範囲に関する予見の時期を契約締結時とした場合（前記(2)参照）には特則を設ける意義があるという意見等があった。これらを踏まえて、上記特則の要否や具体的要件の在り方について、損害賠償の範囲に関する議論との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

予見の時期について、不履行につき故意又は重過失がある場合でも、前記(2)2の見解によれば、損害賠償の範囲に関するルールにより適切に処理できるため、例外規定は不要である。

[理由]

故意又は重過失の場合でも、予見することさえできなかった損害について責任を負わせるのは酷である。

#### (5) 損害額の算定基準時の原則規定及び損害額の算定ルールについて

損害額の算定に関する各種の判例法理の明文化については、これらの判例に基づいて物の価額を賠償する場合を想定した一般原則を置くことが妥当かどうかという観点から、損害賠償の範囲に関する問題や債務不履行解除の要件の問題等との関連性を整理しつつ、更に検討してはどうか。

この検討と関連して、物の引渡債務以外の債務に関する損害賠償の範囲や損害額の算定の規定の要否、履行期前の履行不能や履行拒絶に基づく填補賠償請求における損害額の算定の規定の要否について、更に検討してはどうか。

### 1 損害額の算定基準時の原則規定及び損害額の算定ルールを設けることの要否

[意見]

損害額の算定基準時に関する原則規定及び損害額の算定ルールを設けることは、反対である。

[理由]

賠償されるべき損害の範囲の問題と損害額の算定の問題は、必ずしも敢然と分けることができない。そのため、損害額の算定基準に関する原則規定を定めるとすると、両者を敢然と分けることができないことにどのように踏み込んで規定することができるのか、技術的に可能なのか疑問である。

また、特定の事案の特定の解決に関する古い判例をもとに、すべての紛争に適用できる共通のルールを定めることが果たしてできるのか、疑問である。

算定ルールを設けるとなると、相当細かな準則となるが、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。

## 2 物の引渡債務以外の債務に関する損害賠償の範囲や損害額の算定の規定の要否

[意見]

物の引渡債務以外の債務に関する損害賠償の範囲や損害額の算定の規定を設けることは、反対である。

[理由]

前記1の理由と同じ。

また、物の引渡債務以外の債務に関する損害賠償の範囲や損害額の算定については、判例法理が確立しているとまではいえない。

## 3 履行期前の履行不能や履行拒絶に基づく填補賠償請求における損害額の算定の規定の要否

[意見]

履行期前の履行不能や履行拒絶に基づく填補賠償請求における損害額の算定の規定を設けることは、反対である。

[理由]

判例法理を明文化した場合、i 履行期前の履行不能時には価格が契約時から下落していたが、その後履行期には契約時の価格に戻っていた場合、将来価格が再上昇することについて債務者に予見できなかったときは、履行時の価格での損害賠償を認めない結果となったり、ii 逆に、履行期前の履行不能時には価格が上昇していたが、履行期には契約時の価格に戻っていたような場合には、一時的上昇時の価格で損害賠償の請求ができることになってしまうといった懸念から、さらに、履行期前の履行不能や履行拒絶に基づく填補賠償請求における損害額の算定の規定の必要性があることには、首肯できる。

しかしながら、かかる懸念が生じるのは、結局は、損害額の算定についてある準則を定

めた場合、一つの場面では成り立つが、他の場面では不適切な結果が生じることがあり得ることを意味するものにほかならない。このような懸念が他の場面でも生じる可能性がある以上、損害額の算定の規定をすることそのものに反対である。

#### 4 過失相殺（民法第418条）

##### (1) 要件

過失相殺の適用範囲（民法第418条）については、債務不履行の発生について過失がある場合だけではなく、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用されるという判例・学説の解釈を踏まえ、これを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

その際、具体的な規定内容に関して、例えば、債権者が債務不履行の発生や損害の発生・拡大を防ぐために合理的な措置を講じたか否かという規範を定立するなど、債権者の損害軽減義務の発想を導入するという考え方については、これに肯定的な意見と債権者に過度の負担を課すおそれがあるなどの理由から否定的な意見があった。そこで、これらの意見を踏まえ、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠に関する議論（前記第3, 2(2)）及び不法行為における過失相殺（民法第722条第2項）に関する議論との関連性や、損害賠償責任の減輕事由として具体的にどのような事情を考慮できるものとするべきかという観点に留意しつつ、この考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、債務者の故意・重過失による債務不履行の場合に過失相殺を制限する法理の要否や、債権者は債務者に対して損害の発生又は拡大を防止するために要した費用を合理的な範囲内で請求できる旨の規定の要否についても、検討してはどうか。

#### 1 過失相殺の適用範囲の明確化

[意見]

過失相殺の適用範囲について条文上明確にすることに賛成である。

[理由]

過失相殺の規定は、判例や学説は、債務不履行の発生について過失がある場合だけではなく、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用されるとしており妥当であるが、現行民法418条からは読み取りがたいことから、明確にすることに賛成である。

#### 2 債権者の損害軽減義務

[意見]

具体的にどのような事情、要因を考慮すべきかという観点から「債権者の損害軽減義務の発想」の意義と内容を更に検討することについては賛成する。

[理由]

従来においても債権関係における信義則を介在させて、過失相殺における債権者の義務

違反を認めてきたことから、「損害軽減義務」という考え方自体に、理論的な支障はない。したがって、具体的にどのような事情、要因が過失相殺の対象となるのかを検討することには賛成である。しかしながら、ここで問題となっている「義務」は、帰責原因としての「義務」とは異なる余地がある。また、実務上、債権者の「義務」として明確に意識して判断されていない場合もあり、「損害軽減義務」と明記することは、相応する債権者の作為義務が観念されるのか等、実務上、混乱を生ずるおそれが否定できないことから、「損害軽減義務」論が一人歩きしないよう留意して議論を進めるべきである。

### 3 債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠との関係

[意見]

債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠との関係を検討し、債務不履行責任における過失相殺の位置づけを明確にすることに賛成である。

[理由]

債務不履行における帰責原因を過失ではなく、契約におけるリスク分配と捉える場合、過失相殺は、契約におけるリスク分配の具体化規定となるのか、契約におけるリスク分配とは異なる免責規定と位置づけられるのかを明確にする必要がある。

### 4 不法行為における過失相殺（民法第722条第2項）との関係

[意見]

不法行為における過失相殺（民法第722条第2項）との関係を、その制度趣旨に遡って検討することは賛成である。特に、請求権競合事案について、法的構成により影響を受けることのないように慎重に検討する必要がある。

[理由]

実務上、損害賠償請求権について、同じ事件を、債務不履行を請求原因として構成する場合と、不法行為を請求原因として構成する場合があり得る（請求権競合）。債権法における過失相殺の指導原理が損害軽減義務となる場合、法的構成により影響を受けないかを慎重に検討する必要がある。

### 5 債務者の故意・重過失による債務不履行の場合に過失相殺を制限する法理の要否

[意見]

特に意見はない。

[理由]

具体的な事案において検討を要する場合はあることは否定できないので、議論することは反対しない。

ただし、具体的にどのような事案が想定されるのか、その適切な解決のために当該法理を明文化する必要があるのかについては慎重に検討する必要がある。



## 6 損害軽減義務の履行に要した費用の請求

[意見]

損害軽減義務の履行に要した費用の請求について検討することは賛成である。特に、本体となる債務不履行請求権と当該費用の請求権の相互関係（訴訟物が異なるのか。）及び「合理的な範囲内」は実際の出捐額に対し賠償額の制限事由として機能する場合もあることを留意して検討すべきと考える。

[理由]

現行法においても当該費用が債務不履行と相当因果関係の範囲にある場合には請求は可能であると思われる。規定としての明文化を検討する場合には、現行法でも認められる請求権を明らかにする趣旨か、債権者に債務不履行に基づく損害賠償請求権とは別に、新たな費用償還請求権を認める趣旨かを意識して検討する必要がある。

また、「合理的な範囲内」は、債務者にとっては費用償還の上限を画する基準として機能するが、債権者には相当因果関係のある出捐について賠償額の制限事由として機能することはないかも留意して検討する必要がある。

### (2) 効果

過失相殺の効果は必要的減免とされている（民法第418条）が、これを任意的減輕に改めるべきかについて、要件に関する議論（前記(1)）と併せて、更に検討してはどうか。

[意見]

過失相殺の効果を任意的減輕とすることに賛成である。

[理由]

責任免除については、本来、帰責性の判断にて行われることであり、賠償額の減額事由の判断である過失相殺になじまないことは従来から指摘されており賛成である。また、事案の柔軟な解決を図ることが可能となることから、任意的減輕と規定することにも賛成である。

## 5 損益相殺

裁判実務上、債務不履行により債権者が利益を得た場合には、その利益の額を賠償されるべき損害額から控除すること（損益相殺）が行われており、これを明文化するものとしてはどうか。

[意見]

損益相殺を明文化することに賛成である。

[理由]

現在の裁判実務では異論なく認められていることから、その実定法上の根拠を明確にする明文化には賛成である。

## 6 金銭債務の特則（民法第419条）

### (1) 要件の特則：不可抗力免責について

金銭債務の不履行について不可抗力免責を否定する民法第419条第3項の合理性に疑問を呈し、一定の免責の余地を認めるべきであるとする考え方に関しては、同項を削除して債務不履行の一般則による免責を認めるという意見や、金銭債務の特則を残した上で不可抗力免責のみを認めるという意見等があることを踏まえて、免責を認めることの可否及び免責を認める場合の具体的な要件の在り方について、更に検討してはどうか。

#### 1 金銭債務の不履行について免責を認めることの可否

[意見]

金銭債務の不履行について、不可抗力免責を認めることに賛成する。

[理由]

不可抗力免責を認めないとするものの積極的な理由は見当たらない。しかしながら、金銭の高度の通用性に鑑みると債務不履行の一般原則による抗弁までを原則的に認める必要は少なく、かえって債務者から種々抗弁が予想され、訴訟手続の負担の増大が懸念されることから妥当ではなく、不可抗力に限って免責を認めるのが相当である。

#### 2 免責を認める場合の要件

[意見]

不可抗力に限って抗弁事由となるものと考えるのが相当である。また、抗弁事由については履行期から免責を受ける期間内の継続について、債務者が主張証明責任を負うものと考えべきである。

[理由]

債務不履行の一般原則による抗弁を認めることは金銭債務の特性から妥当ではなく、不可効力に限って抗弁となるものと考えべきである。具体的には、債務者は不可抗力の事実について評価根拠事実の主張立証を、債権者は再抗弁として不可抗力の事実について評価障害事実を主張立証することになると考える。

また、履行期での不可抗力が立証されれば、その後は不可抗力の継続が推認され、不可抗力の消滅が再抗弁となるのか、履行期から免責を受ける期間内の不可効力の継続が抗弁の主張立証責任になるのかも問題となるが、履行期経過後の免責が例外であることから当該期間中に不可抗力が継続していることを証明課題とするのが適切である。

## (2) 効果の特則：利息超過損害の賠償について

金銭債務の不履行における利息超過損害の賠償請求を一般的に否定する判例法理の合理性を疑問視し、利息超過損害の賠償請求が認められることを条文上明記すべきであるという考え方に関しては、消費者や中小企業等が債務者である事案において債務者に過重な責任が生ずるおそれがあるとの指摘があったが、他方で、上記の考え方を支持する立場から、債務不履行による損害賠償の一般法理が適用されるため、損害賠償の範囲が無制限に拡張するわけではないとの指摘があった。これらの意見を踏まえて、利息超過損害の賠償請求を認める考え方の当否について、更に検討してはどうか。

### [意見]

利息超過損害の賠償請求の当否を検討することについては反対しない。しかしながら、利息超過損害の賠償請求を認めることは反対である。

### [理由]

(1) 利息超過損害の賠償請求を認める考え方は、現在の判例及び運用を変更するものである。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、利息超過損害を認めるべき社会的事実が成熟しているかも疑問であり、導入された場合、実務的に大きな混乱が予想される。その必要性について本邦における立法事実を含めて慎重な検討を行う必要がある。

また、損害軽減義務による過失相殺と利息超過損害の賠償請求が認められる場合、本体の請求に付随して取立費用等の利息超過損害の請求がなされ、その取立費用は合理的な措置ではない、または費用として合理的な範囲を超えるものであるとして、利息超過損害の請求に対する抗弁として損害軽減義務による過失相殺の主張がされる場合が想定される。これらの主張、抗弁について逐一、主張立証、審理、判断を要するとすると当事者及び裁判所の負担が大きくなり、訴訟遅延を招くおそれも懸念され、実際にも需要があるのか疑問である。

仮に、利息超過損害の賠償請求を認める場合であっても、利息超過損害として請求可能な損害の類型化とその要件を明確にし、十分な周知期間を設ける必要がある。

(2) 金銭債務の特則として議論されているが、利息超過損害として例示されているものに、契約関係の他の訴訟類型では、実務的に消極的である項目（例えば、弁護士費用）があげられている。金銭債務にて「損害」と認めるのであれば、他の紛争類型でも同様に「損害」と認められることになる。また、現在の実務においては、不法行為訴訟、医療過誤訴訟、労働災害訴訟では、現在でも弁護士費用は損害項目として認容されているが、請求額の一定割合であり、全額ではない場合があるが、これらの訴訟類型においても全額が損害として認められる余地がでてくる。

ここでの「損害」の議論が、金銭債務に留まらず、その影響が広範に及ぶことが予想される。実務への波及効果を考慮した場合、拙速に、実務的不都合が生じていない超過

利息損害をあえて認める必要性は薄弱である。

## 7 債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定の要否

債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定の要否について、不当条項規制（後記第31）との関係や担保責任を負わない旨の特約（民法第572条）との関係に留意しつつ、検討してはどうか。

### [意見]

対等当事者間による契約が一般的とはいえない現実に鑑みて、弱者保護の観点から、その弱者保護のルール、具体的には一方当事者のみに有利な免責条項の効力を制限するような不当条項排除のルールを確立すべきである。また、免責条項だけではなく、履行保証に関する不当条項についても同様の排除ルールを確立すべきである。

### [理由]

契約実務の実態においては、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。このようなケースの中には、一方当事者のみに有利な免責条項や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）の合意事例が存在する。

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、このような契約実務の実態に鑑み、規定の場所や方法はともかく、債務不履行責任についての不当な免責条項あるいは不当な履行保証条項などの効力を排除するルールをより充実させる必要がある。

特に、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、その必要性はより一層高まるものである。

## 第4 賠償額の予定（民法第420条，第421条）

- 1 予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所がその額を減額することができる旨を明文化するという考え方に関しては、公序良俗（民法第90条）等の一般条項に委ねるほうが柔軟な解決が可能となり望ましいなどとする否定的な意見がある一方で、一般条項の具体化として規定する意義があること、公序良俗違反による賠償額の減額を認める裁判例があるところ、裁判所による額の増減を否定する同法第420条第1項後段の存在がそのような裁判所による救済法理の適用を抑制し、裁判外の紛争解決にも悪影響を与えているおそれがあること、賠償額の予定を禁止する労働基準法が適用されない労働契約において労働者保護を図る必要があることなどを理由に、明文化に肯定的な意見があった。これらを踏まえて、予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所がその額を減額することができる旨を明文化するか否かについて、不当条項規制（後

記第31)及び一部無効の効力(後記第32, 2(1))に関する議論との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

予定された賠償額の裁判所による減額を認める旨の規定を設ける場合には、要件として、予定された賠償額と実損額との比較だけでなく、賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を総合考慮できるものとするべきであるという意見等を踏まえて、具体的な要件の在り方について、更に検討してはどうか。

また、効果については、合理的な額までの減額を認める考え方のほか、著しく過大な部分のみを無効とするべきであるという意見があるが、後者については「著しく過大な部分」を特定した上での改訂が裁判所に可能か疑問であるとの指摘もある。これらの意見を踏まえて、効果について、更に検討してはどうか。

## 1 過大な損害賠償額の予定に関する規定の当否

[意見]

賠償額の予定が、当該取引の性質を考慮すると合理性を欠き、かつ、実損害と比べて著しく過大な場合には、裁判所が合理的な額に減額することができる又は合理的な範囲を超える部分につき無効となる旨の規定を置くことには賛成である。

[理由]

賠償額の予定のうち過大な賠償について、民法90条や暴利行為等の一般条項に基づき不当な賠償額の予定を排除している現在の実務を明文化するものであり、賛成である。

なお、具体的な事案において、賠償額の予定条項そのものを無効とするべき事態もありうることから、賠償額の予定は、賠償額予定条項を設けることについては合理性があるが、その額が過大である場合が射程であり、条項を設けること自体の適法性について一般条項を排斥するものではないことを明確にする必要がある。

## 2 要件

[意見]

要件の検討にあたっては、賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を総合考慮できるものとするべきである。

[理由]

一般条項の適用の裁判例の集積による規範の条文化であり、柔軟な解決を可能にすることから考慮すべき事情を例示列挙のうえ総合考慮可能とすることが望ましい。

また、「不当に過大」であることの主張立証責任の配分はどう考えるかは重要な問題となる。債務者に、債権者に生じた実損害の立証責任を負わせることは、過大な賠償額の予定は、社会的強者が社会的弱者に強いるケースが多く見られるところ、社会的弱者にそのような立証が可能なのかは疑問である。訴訟手続における当該取引の性質や同種取引からの事実上の推定の活用や当事者照会等の証拠開示制度の充実が重要となることにも留意して

検討されるべきである。

### 3 効果

[意見]

過大部分を一部無効として、損害賠償額を合理的な範囲に制限するべきである。

[理由]

裁判所の裁量による減額と規定する場合、裁量判断の妥当性の検証及び反論可能性が確保されるのかの問題がありうる。また、裁判所による減額となると、訴訟提起を行わない限り、債権者が減額交渉に応じない可能性がある。訴訟提起前の当事者間での賠償額の予定の減額交渉の根拠条文としての利用も視野にいと、過大部分が無効であることを明記すべきである。

2 予定された賠償額が不当に過小であった場合において、不当に過大であった場合と同様の規定を設けることの当否については、上記1と同様に消極的な意見と積極的な意見があるところ、他に、過小な賠償額の予定は、減免責条項の実質を持つなど過大な賠償額の予定とは問題状況が異なるので区別して検討すべきであるとの意見があった。この立場から、予定された賠償額が不当に過小であった場合には、賠償額の予定を全部無効にした上で、賠償額算定の一般則の適用に委ねるべきであるという意見があったが、これに対しては、過大な場合も過小な場合も必要な規定は同じになるのではないかという意見があった。これらを踏まえて、予定された賠償額が不当に過大であった場合と不当に過小であった場合とで規律を異にすべきか否かという点について、不当条項規制（後記第31）及び一部無効の効力（後記第32、2(1)）に関する議論との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

過小な損害賠償額の予定に関しては、特に規定を設ける必要はないと考える。

[理由]

過少な賠償額の予定については、「損害賠償責任の減免責を認める条項としての実質を有するため、過大な賠償額の予定とは異なる経済的機能を果たすことがあり、減免責条項と同様に、契約全体との関係で効力を考える必要がある。」「過大な賠償額の予定に関する規律と同列に扱うべきではな」との指摘がなされている。この点については首肯しうるものであり、過大な賠償額の予定の場合と考慮すべき要素が異なると思われる。

また、過大な賠償額の予定と異なり、裁判所による裁量増額を認めることは、当事者の予測可能性、当事者自治の観点から望ましくない。さらに、裁判所の裁量として規定せず、合理性を欠く過小部分を無効と規定しても、賠償されるべき額（増額部分）が確定することではなく問題の解決とならない。したがって、暴利行為、公序良俗、不当条項等の一般条

項に基づき、当該規定の有効性の判断を行い、無効と判断された場合には、債務不履行の一般原則に基づき損害額を決するのが相当である。

3 債務者に帰責事由がない場合その他免責の事由がある場合でも賠償額の予定に基づく損害賠償請求が認められるかという点や、賠償額の予定に基づく損害賠償請求に関して過失相殺が認められるかという点について、検討してはどうか。

#### 1 帰責事由の不存在、免責事由と損害賠償額の予定

[意見]

検討することに反対しない。

[理由]

債務者が当該事由がある場合、債務不履行責任を負わないこととなる根拠との関係で、具体的に検討する必要がある。これらの論議と整理がなされた上で検討することに異論はない。

#### 2 損害賠償額の予定と過失相殺

[意見]

検討することに反対しない。

[理由]

過失相殺の制度趣旨とその論拠如何により、検討の視点が異なってくる場合があると思われる。過失相殺の議論の整理がなされた上で検討することに異論はない。

### 第5 契約の解除

1 債務不履行解除の要件としての不履行態様等に関する規定の整序（民法第541条から第543条まで）

(1) 催告解除（民法第541条）及び無催告解除（民法第542条、第543条）の要件及び両者の関係等の見直しの要否催告解除及び無催告解除の要件としての不履行態様等及び両者の関係等に関しては、以下の各論点について、更に検討してはどうか。

ア 催告解除（民法第541条）

① 債務不履行解除制度全般における催告解除の位置付けに関しては、催告解除が実務上原則的な解除手段となっていることや、できるだけ契約関係を尊重するという観点などを理由に、現行法と同様、催告解除を原則とし、催告解除と無催告解除を別個に規定すべきであるという意見がある一方で、催告後相当期間が経過することで、無催告解除を正当化すると同等の不履行の重大性が基礎づけられると考えれば、両者の要件を統一化することも理論上可能である旨の意見等があった。これらの意見を踏まえて、催告解除の位置付けについて、催告が取引実務において有する機能、催告解除の正当化根拠と無

催告解除の正当化根拠との異同等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

現行法と同様、催告解除を原則とし、催告解除と無催告解除を別個に規定すべきであるという意見に賛成である。

[理由]

実務家としては、何よりも「解除できる場合」が行為規範として明確であることが望ましく、特に手続的に明確なものであるべきである。その意味で、手続的に明確な催告解除制度は、実務上も便宜であり、安定的に利用されているところである。したがって、催告解除制度は断固として存続させるべきであり、解除制度の原則的類型と位置付けるべきである。

② 判例が付随的義務等の軽微な義務違反の場合には、解除の効力を否定していることを踏まえて、この判例法理の趣旨を明文化する方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

付随的義務等の軽微な義務違反の場合には、解除の効力を否定する判例法理の趣旨を明文化することに賛成である。

[理由]

付随的義務等の軽微な義務違反の場合に、解除の効力が否定されることは確立した判例法理であるため、これを明文化することには賛成である。ただし、具体的な要件などの内容については後述のとおりである。

③ 前記②の判例法理の趣旨を明文化する場合の具体的な要件に関しては、不履行の内容によるものとする考え方と債務の種類によるものとする考え方があることについて、いずれの考え方においても不履行の内容や債務の種類等の様々な事情を総合考慮することに違いはなく、明文化するに当たっての視点の違いにすぎないとの意見があった。また、具体的な要件の規定ぶりに関しては、軽微な不履行を除くとする意見、重大な不履行とする意見、本質的な不履行とする意見、契約をした目的を達することができないこととする意見等があった。これらを踏まえて、前記②の判例法理の趣旨を明文化する場合における具体的な要件の在り方について、要件の具体性・明確性の程度が取引実務に与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

## 1 考慮要素について

[意見]

付随的義務違反事例などの判例法理を明文化する具体的な要件についての考慮要素とし



では、不履行の内容や債務の種類に限らず様々な事情を総合考慮するものであるという考え方に賛成であり、このような総合考慮が可能な要件の定立をすべきである。

[理由]

付随的義務違反事例などの判例法理においては、契約の解除が認められるか否かは一義的に判断されるものではなく、当該債務の性質や目的、不履行の態様その他諸事情を総合考慮して、その解除の可否が判断されている。換言すれば、解除が認められるか否かの判断のその実体は、規範的評価を伴ってなされているものであり、規範的要件であるといえる。

したがって、付随的義務の不履行にすぎない場合には特段の事情のない限り契約解除ができないという判例法理の要件定立にあたっては、この判断が、不履行の内容や債務の種類に限らず様々な事情を総合考慮する、すなわち規範的要件であることを前提にした要件の定立をすべきである。

## 2 具体的規定内容について

[意見]

手続的に明確であるべきとの観点から、催告解除制度においては、原則として催告後相当期間が経過すれば、その不履行の重大性などを立証せずとも、解除権の発生が基礎づけられるべきである。

そして、「付随的義務の不履行にすぎない場合には、特段の事情のない限り、解除することはできない。」という判例法理を明文化するについては、その該当性判断には、様々な事情を総合考慮せざるを得ない規範的評価を伴うものであるから、その予測可能性を確保する観点から、その該当性判断要素を例示列挙すべきである。

たとえば、以下のような規定を提案する。

(催告解除要件)

1 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。

(催告解除の障害事由とその判断要素)

2 前項の不履行が、契約の目的、不履行債務の性質、内容及び契約における重要性、債務者の追完可能性、契約締結の経緯、不履行の態様、不履行に至った当事者の帰責性、不履行の背信性並びに不履行後の債務者の態様その他事情に照らし、契約をなした主たる目的の達成に必須的でない義務の軽微な不履行にすぎないなど、不履行によっても契約を維持すべき正当な期待が失われていない場合には、相手方は契約の解除をすることができない。

[理由]

(1) 催告解除の基本原則（立証責任）

手続的に明確で安定した解除制度として催告解除制度を構築する観点からは、原則として催告後相当期間が経過すれば、解除権の発生が基礎づけられるべきであり、当該解除が付随的義務違反等の軽微な義務違反にすぎない場合における解除の効力否定は、抗弁事由として履行者において主張立証責任を負わすべきであると考えられる。

この点、付随的義務違反に関する判例法理においては、「要素たる債務の不履行」「目的が達成できない」ことが解除権者によって主張立証すべきこととされているとの指摘があるが、現在の契約、特に複合的な非典型契約においては、何が「要素たる債務」あるいは「主たる目的」であるか否かは、必ずしも一義的に明らかであるとは言い難い。したがって、このような契約の解消場面を念頭に置いた場合、やはり、解約解消のための規範的要件該当性の判断リスクは、契約不履行者に負わすべきであり、不履行者において、「解除の障害事由」の主張立証責任を負わすべきであると考えることが正当である。

(2) 規範的要件であること（判断要素の明示）

前述のとおり、付随的義務違反事例等の解除を否定する要件は規範的要件であるから「重大な不履行」、「目的不達成」「軽微な不履行」などと呼ぶかはその「用語」の問題にすぎず、その評価要素を明示することが「分かりやすい民法」の理念に資するものといえる。すなわち、契約当事者の行為規範及び裁判規範としての予測可能性を高める観点から、規範的要件である解除要件をできる限り視覚化するのが妥当である。

そこで、規範的要件の判断要素となる様々な事情を、「契約の目的、不履行債務の性質、内容及び契約における重要性、債務者の追完可能性、契約締結の経緯、不履行の態様、不履行に至った当事者の帰責性、不履行の背信性並びに不履行後の債務者の態様その他事情」のように例示列挙することが妥当である。

- ④ 前記②における解除を否定する要件の主張立証責任に関しては、解除を争う者が軽微な義務違反であることの主張立証責任を負うものとするべきであるとの意見があった一方で、前記②の判例法理からすれば、解除する者が自己の解除権を根拠付けるため軽微な義務違反でないことを主張立証すべきこととなるという意見もあった。また、事業者間の契約か否かで主張立証責任の在り方を変えるという考え方（例えば、事業者間契約でない場合は解除する者が重大な不履行であることの主張立証責任を負うものとする一方、事業者間契約においては、催告に応じなければ原則として契約を解除することができ、重大な契約違反に当たらないことを債務者が立証した場合にのみ解除が否定されるところ。後記第62、3(1)①)については、消極的な意見があったが、今後も検討を継続すべきであるという意見もあった。そこで、これらの意見を踏まえて、前記②の判例法理を明文化する際の主張立証責任の在り方について、更に検討してはどうか。

[意見]

手続的に明確で安定した解除制度として催告解除制度を構築する観点からは、原則として催告後相当期間が経過すれば、解除権の発生が基礎づけられるべきであり、当該解除が付随的義務違反等の軽微な義務違反にすぎない場合における解除の効力否定は、抗弁事由として、不履行者において主張立証責任を負わすべきである。

また、このような要請は事業者間契約に限られるものではなく、解除一般に妥当するものである。

[理由]

前述のとおり、手続的に明確で安定した解除制度として催告解除制度を構築する観点からは、原則として催告後相当期間が経過すれば、解除権の発生が基礎づけられるべきであり、当該解除が付随的義務違反等の軽微な義務違反にすぎない場合における解除の効力否定は、抗弁事由として履行者において主張立証責任を負わすべきであると考えられる。

また、付随的義務違反に関する判例法理においては、「要素たる債務の不履行」「目的が達成できない」ことが解除権者によって主張立証すべきこととされているとの指摘があるが、現在の契約、特に複合的な非典型契約においては、何が「要素たる債務」あるいは「主たる目的」であるか否かは、必ずしも一義的に明らかであるとは言い難い。したがって、このような契約の解消場面を念頭に置いた場合、やはり、解約解消のための規範的要件該当性の判断リスクは、契約不履行者にも負わすべきであり、不履行者において、「解除の障害事由」の主張立証責任を負わすべきであると考えられることが正当である。

さらに、この要請は、事業者間取引にのみ要請されるべきものではなく、催告解除制度一般に要請されるものであるといえる。

#### イ 無催告解除（民法第542条、第543条）

無催告解除が認められる要件の在り方については、定期行為の遅滞（民法第542条）や履行不能（同法第543条）等、催告が無意味である場合とする意見、不履行の程度に着目し、重大な不履行がある場合とする意見、主たる債務の不履行があり、契約の目的を達成することができない場合とする意見等があったことを踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

無催告解除は、催告が無意味である、すなわち、債務者に履行の機会を与えることが無価値であると規範的に評価できる場合に認めるべきである。

その観点から、現行民法 542 条による定期行為の無催告解除類型は、現状とおりに維持すべきである。他方、これ以外にも、債務者に履行の機会を与えることが無価値であると規範的に評価できる場合にも無催告解除を認めるべきである。

そして、その該当性判断には、様々な事情を総合考慮せざるを得ない規範的評価を伴う

ものであるから、その予測可能性を確保する観点から、その該当性判断要素を例示列挙すべきである。

たとえば、以下のような規定を提案する。

(無催告解除①－定期行為の無催告解除)

- 1 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした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、相手方は直ちにその契約を解除することができる。

(無催告解除②－正当事由による無催告解除)

- 2 当事者の一方が債務の履行をしない場合において、その契約の目的、不履行債務の性質、内容及び契約における重要性、債務者の追完可能性、契約締結の経緯、不履行の態様、不履行に至った当事者の帰責性、不履行の背信性並びに不履行後の債務者の態様その他事情に照らし、不履行によって契約を維持すべき正当な期待が著しく失われるなど契約を解消すべき正当事由が存する場合には、相手方は直ちにその契約を解除することができる。

[理由]

契約内容はやはり当初の内容どおりに貫徹されることが重要であり、無催告解除がなされると、債務者にとっては債務不履行が発生した後とはいえ履行の機会一切なしに契約からの離脱を強制されるものであるから、その受ける不利益には配慮すべきであると考え。他方、解除権者からすれば、催告解除という手続的に明確な契約解除制度がある以上は、無催告解除を行うべき場合というは、直ちに契約を解消すべき例外的事由が存在する場合に限定したとしても、債務者の受ける不利益に比較すればやむを得ないといえよう。

このように、手続的に明確な催告解除を解除制度の原則的類型と位置付ける観点からすると、無催告解除は、まさに催告が無意味である、すなわち、債務者に履行の機会を与えることが無価値であると規範的に評価できる場合に認められる例外的類型と位置付けるべきである。

また、その該当性判断には、様々な事情を総合考慮せざるを得ない規範的評価を伴うものであるから、その予測可能性を確保する観点から、その該当性判断要素を例示列挙すべきである。

ウ その他

- ① 前記ア及びイの各論点において不履行の程度を問題とする場合、その判断に際して不履行後の債務者の対応等を考慮することができるものとすべきか否かについては、契約の趣旨に照らして契約に拘束することを正当化できるか否かを判断基準とする観点から、不履

行後の対応等も含めてよいという意見と、不履行後の対応によって本来解除できないものが解除できるようになることは不適切であるから、これを含めるべきではないという意見があったことを踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

不履行後の債務者の対応等を考慮する考え方に賛成である。

[理由]

前述のとおり、解除要件の該当性判断は規範的評価を伴うものであり、不履行後の債務者の対応もその一要素として考慮すべきであり、これを排除する理由は見当たらない。

② 解除が債務者に不利益をもたらし得ることに鑑みて、解除の要件設定においては、債務者にそのような不利益を甘受すべき事情があるか否かを考慮できるようにすべきであるという意見があり、これに関して、契約目的不達成や重大不履行等の要件の判断において、そのような事情を考慮できるという意見や、それでは不十分な場合があり得るという意見があった。これらの意見を踏まえて、解除により債務者が被る不利益を考慮できる要件設定の在り方について、「債務者の責めに帰することができない事由」を解除の障害事由とすることの要否（後記2）と併せて、更に検討してはどうか。

[意見]

債務者において不利益を甘受すべき事情があるか否かを考慮できるようにすべきであるという考え方に賛成であり、解除要件の規範的判断の要素として、これを取り入れるべきである。

[理由]

前述のとおり、解除要件の該当性判断は規範的評価を伴うものであり、債務者において不利益を甘受すべき事情があるか否かという要素も判断要素として取り入れる必要がある。

なお、解除要件が規範的要件であるにもかかわらず、常に債務者の帰責性を独立の要件として要求することは、結果妥当性のある柔軟な解決を導くことを阻害することとなるという懸念があると考えられ、債務者の帰責性は解除要件該当性の一判断要素(判断因子)として、勘案することで柔軟な解決を図るべきである。

## (2) 不完全履行による解除

不完全履行と解除の関係について、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて規定を整備するという考え方の当否については、債務不履行解除の原則的規定の在り方（前記(1)）や売買等における担保責任の規定（後記第39等）の在り方と併せて、更に検討してはどうか。

[意見]

不完全履行と解除の関係について、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて規定を整備するという考え方に反対はしない。

なお、債務の追完可能性は、催告解除及び無催告解除における解除要件の該当性判断の一要素として考慮すべきである。また、担保責任における処理の帰趨と平仄を合わせた規定とすべきである。

[理由]

不完全履行と解除の関係について、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて規定を整備するという考え方に特に反対はしない。

ただ、不完全不履行も債務不履行の一種であり、その追完可能性の程度によって、催告解除及び無催告解除における判断要素の一つとなるといえる。また、担保責任における処理の帰趨とも平仄を合わせる必要がある点に留意すべきである。

### (3) 履行期前の履行拒絶による解除

債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶したこと（履行期前の履行拒絶）を解除権の発生原因の一つとすることについては、これに賛成する意見があり、具体的な要件に関して、催告の要否を検討すべきであるという意見や、履行拒絶が重大な不履行等をもたらす程度のものであることが必要であることを明文化すべきであるという意見等があった。これらを踏まえて、履行期前の履行拒絶を解除権の発生原因とすることの当否及びその具体的な要件について、債務不履行解除の原則的な要件（前記(1)）との整合性や履行拒絶による填補賠償請求権（前記第3，1(4)）の論点との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶したこと（履行期前の履行拒絶）を解除権の発生原因の一つとすることに賛成である。

[理由]

債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶した場合には、契約を維持すべき要請はないため解除権の発生原因の一つとすることに賛成である。

なお、催告解除とするか無催告解除とするかのいずれにおいても、履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶した債務者の態度その他事情を、その解除場面において規範的に判断すれば足りるものであると考える。

#### (4) 債務不履行解除の包括的規定の要否

前記(1)から(3)までのように債務不履行解除の要件の具体化・明確化を図ることとした場合であっても、「債務を履行しない場合」（民法第541条）という包括的な要件は維持するものとしてはどうか。

[意見]

包括的要件を維持することに賛成である。

[理由]

包括的要件を改正すべき特段の必要は認められない。

#### 2 「債務者の責めに帰することができない事由」の要否（民法第543条）

解除は不履行をした債務者への制裁ではなく、その相手方を契約の拘束力から解放することを目的とする制度であると理解すべきであり、また、裁判例においても帰責事由という要件は重要な機能を営んでいないなどとして、解除の要件としての債務者の帰責事由を不要とする考え方がある。このような考え方については、これに理解を示す意見があった一方、現行法との連続性を確保することの意義、危険負担制度を維持する必要性、債務者が解除に伴う不利益を甘受すべき事情を考慮できる要件設定の必要性等の観点から否定的な意見があった。そこで、これらの意見を踏まえて、上記の考え方の当否について、催告解除及び無催告解除の要件となる不履行態様等の見直しに関する議論（前記1(1)）との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

債務者の帰責性を解除の独立の要件として要求することには消極であり、解除要件の規範的判断の要素として、これを取り入れるべきである。

[理由]

前述のとおり、解除要件が規範的要件であるにもかかわらず、常に債務者の帰責性を独立の要件として要求することは、結果妥当性のある柔軟な解決を導くことを阻害することとなるという懸念があると考えられ、債務者の帰責性は解除要件該当性の一判断要素（判断因子）として、勘案することで柔軟な解決を図るべきである。

#### 3 債務不履行解除の効果（民法第545条）

##### (1) 解除による履行請求権の帰す

解除の効果の法的性質論にかかわらず、解除の基本的効果として、契約当事者は、契約の解除により、いずれも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くものとしてはどうか。また、解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上の定め（例えば、秘密保持義務の定め等）には影響を及ぼさない旨の規定を置く

ことについて、検討してはどうか。

[意見]

解除の効果の法的性質論にかかわらず、解除の基本的効果として、契約当事者は、契約の解除により、いずれも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くこと、また、解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上の定め（例えば、秘密保持義務の定め等）には影響を及ぼさない旨の規定を置くことに賛成である。

[理由]

分かりやすい民法の観点からかかる規定を置くことには賛成である

## (2) 解除による原状回復義務の範囲（民法第545条第2項）

解除による原状回復義務に関し、金銭以外の返還義務についても果実や使用利益等を付さなければならないとする判例・学説の法理を条文に反映させる方向で、具体的な規定内容について、更に検討してはどうか。その際、①解除が将来に向かってのみ効力を生ずる場合における原状回復義務の規定の要否、②原状回復義務の目的の価値が時間の経過により減少した場合の処理の在り方及び規定の要否、③解除原因となった不履行の態様、債務者の主観的要素、不履行が生じた経緯等に応じて原状回復義務の範囲を調整する処理の在り方及び規定の要否、④不履行の原因に対する両当事者の寄与の程度等に応じて原状回復の負担を両当事者に分配する処理を可能とする規定の要否、⑤なす債務の原状回復義務の内容及び規定の要否、⑥履行請求権の限界事由の問題（前記第2、3）等と関連して原状回復義務の限界事由についての規定の要否、⑦消費者が原状回復義務を負う場合の特則の要否といった点についても、併せて検討してはどうか。

[意見]

解除による原状回復義務に関し、金銭以外の返還義務についても果実や使用利益等を付さなければならないとする判例・学説の法理を条文に反映させることに賛成である。その際には、上記指摘の各論点に十分留意して慎重に検討すべきである。

[理由]

判例・学説の法理の明文化は分かりやすい民法の理念に適うものであり賛成である。

## (3) 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理

原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める規定の要否については、この場合にも履行請求権の限界事由に関する規定が適用ないし準用されるとする立場との整合性、目的物が滅失・損傷した場合に限らず転売された場合等を含めた規定の要否、目的物の原状回復に代わる価額返還義務を反対給付の価額の限度で認める考え方の適否等の検討を通じて、有用性のある規定を置けるか否かについて、無効な契約に基づいて給



付された場合における返還義務の範囲に関する論点（後記第32、3(2)）との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める規定の要否について規定を整備することには賛成である。その際には指摘されている各点についての整合性等を慎重に検討すべきである。

[理由]

規定が複雑にならないように留意しつつ、規定を整備できるのであれば、分かりやすい民法の観点からは賛成である。

#### 4 解除権者の行為等による解除権の消滅（民法第548条）

解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合でも解除権は消滅すると規定する民法548条に関しては、解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工または改造した場合には、解除権は消滅しないものとするべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について更に検討してはどうか。

[意見]

民法548条を変容し、解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合には解除権は消滅しないことに特に反対しない。

[理由]

本来、契約の履行として目的物の引渡を受けた者は、当該目的物を自己のものとして自由に加工・改造できるのであるから、その後に解除原因の存在を初めて知った場合に解除権が消滅することは、解除権者に酷であることは首肯できるから。

ただ、この後の処理は、第5-3(3)の問題となる。

#### 5 複数契約の解除

同一当事者間の複数の契約のうち一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認めた判例（最判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁）を踏まえて、一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除に関する規定を新たに設けるべきであるという考え方に関しては、これを支持する意見と適切な要件設定が困難であるなどとして反対する意見があった。また、仮に明文化する場合における具体的な要件設定に関しては、複数契約が同一当事者間で締結された場合に限らず、異なる当事者間で締結された場合も規律することを検討すべきであるという意見があったのに対し、複数契約の解除を広く認めることが取引実務に与える影響を懸念する意見もあった。これらを踏まえて、適切な要件設定が可能か否かという点並びに複数の法律行為の無効に関する論点

(後記第3 2, 2 (3)) 及び抗弁の接続に関する論点(後記第4 4, 5)との整合性に留意しつつ、一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認める規定を設けるといふ考え方の採否について、更に検討してはどうか。

[意見]

密接関連性ある複数契約は1つの契約の不履行をもって、他方契約の解除もなし得る場合があるとの規定を置くことにつき積極的に検討すべきである。その際弱者保護消費者保護の観点の規定を置くことに留意し、抗弁の接続とも整合性を持つように検討すべきである。

[理由]

複数契約に一定の密接関連性ある場合には、一方契約の不履行をもって他方解除の原因となす余地があることも規定することに必要性がある。ただ、消費者保護の観点を特別法で手当をするのかを含め、積極的に検討する必要がある。

## 6 労働契約における解除の意思表示の撤回に関する特例の要否

労働契約においては、労働者が解除の意思表示をした場合であっても、一定の期間が経過するまでの間、その意思表示を撤回することができるとの規定を検討すべきであるという考え方については、労働政策的観点からの検討が必要であり当部会において取り上げることは適当でないという意見があったことから、本論点を当部会において取り上げることが適切か否かという点も含めて、その規定の要否について、検討してはどうか。

[意見]

論点を取り扱うことが適切かどうかも含めて、規定の要否に付き検討すべき。

[理由]

労働契約において労働者が一時的な感情に流され不用意に契約解除の意思表示をする事例の救済の必要があるかどうかは、労働政策的観点の問題である。仮に保護の必要性があるとしても、債権法に一般化して規定する必要は無い。意思表示や契約の一般原則でも救済しうる。

## 第6 危険負担(民法第5 3 4条から第5 3 6条まで)

### 1 債務不履行解除と危険負担との関係(民法第5 4 5条)

債務不履行解除の要件につき債務者の帰責事由を不要とした場合(前記第5, 2)には、履行不能の場面において解除制度と危険負担制度の適用範囲が重複するという問題が生ずるところ、この問題の処理については、解除制度に一元化すべきであるという意見や解除制度と危険負担制度を併存させるべきであるという意見等があった。

解除一元化案は、履行不能と思われる場面では帰責事由の有無に立ち入ることなく原則的に催告解除を行う実務に適合的である上、現実の取引実務・裁判実務では危険負担

制度がほとんど機能を果たしておらず、同一の目的を揺る制度を併存させる意義が乏しいこと、反対債務からの解放を当事者の意思に委ねる方が私的自治の要請にかなない、法律関係の明確化に資すること、債権者が反対し編むの履行に利益を有する場合や不能となった債権につき代償請求権を有する場合等、債権者が契約関係の維持に利益を有する場面には反対債務が自然消滅すると考えるのが常識的な場面が多いこと、常に解除の意思表示を必要とすることが債権者に不利益となる場合があり得ることなどを理由とする。

そこで、この問題の処理に伴う様々な課題（例えば、仮に解除制度に一元化した場合においては、危険負担の発想に基づく特則が必要な場面の整理、継続的な契約で一時的な履行不能が生じた場合における利益調整規定等の要否、解除権の存続に関する催告権や解除権消滅事由の規定の見直しの要否等。仮に解除制度と危険負担制度を併存させる場合においては、契約の終了という同一の目的・機能を有する制度を併存させる必要性と弊害の有無等）の検討を踏まえて、解除制度と危険負担制度の適用範囲が重複する場面の処理について、更に検討してはどうか。

[意見]

危険負担を残す方向で、検討するべきである。

[理由]

労働法分野や賃貸借のような継続的契約を念頭に置くと、「労働組合の争議行為により他の労働者が一時就労し得なくなった場合の賃金請求権の帰趨」「賃貸借契約後の帰責事由のない目的物損傷の場合の賃料請求権」のように、契約解除というアクションを介さず当然にある期間の反対債務が消滅したとする構成を取ることが便宜で必要性な場面が存在するからである。危険負担制度自体をなくしてしまうと、明確であるが、労働分野や賃貸借にのみ特殊な処理をなす必要が生じる（総論廃止各論で残す処理となる）が、これは制度設計として上手な設計ではなく慎重になるべきである。よって、危険負担の法理は併存させるべきものである。

その併存のさせ方如何（単純併存か危険負担一元化等）については、契約の終了の問題をも踏まえてさらに検討するべきである。

## 2 民法第536条第2項の取扱い等

債務不履行解除と危険負担との関係（前記1）の、見直しの結論にかかわらず、民法第536条第2項の実質的な規律内容（債権者の帰責事由により債務が履行不能となった場合には、反対債務は消滅しないという規律内容）は維持するものとしてはどうか。その上で、この規律を一般的な通則として置くか、各種の契約類型の特性に応じた個別規定としておくかなどといった具体的な規定方法や規定内容について、契約各則における議論及び受領遅滞との関係（後記第7、1）を踏まえて、更に検討してはどうか。

また、民法第535条及び第547条の見直しについては、債務不履行解除と危険負担の関係の見直し（前記1）と併せて、更に検討してはどうか。

### 1 536条2項の維持について

[意見]

民法536条2項が規定する規律内容は維持することに賛成する。

[理由]

同項は労働事件に於いて重要な役割を有しており同項により契約が維持され賃金請求権が認められると労働者は社会保険や労働保険上の地位を維持できる上労働基準法上の各種救済を受けられる等の利点があるのに対し、解除による損害賠償請求の処理だと解雇の金銭的解決を認め促進することにつながる虞がある。

### 2 535条, 547条の見直しについて

[意見]

見直しについては引き続き検討すべきである。

[理由]

債務不履行解除と危険負担との関係の見直しの結果に影響を受ける問題であり、引き続き検討すべきである。

### 3 債権者主義（民法第534条第1項）における危険の移転時期の見直し

特定物の物権の設定又は移転を目的とする双務契約において、契約当事者の帰責事由によることなく目的物が滅失又は損傷した場合、その滅失又は損傷の負担を債権者に負わせる旨を定めている民法第534条第1項については、債権者が負担を負う時期（危険の移転時期）が契約締結時と読めることに対する批判が強いことから、危険の移転時期を目的物引渡時等と明記するなど適切な見直しを行う方向で、更に検討してはどうか。

その上で、具体的な危険の移転時期について、解除の要件につき債務者の帰責事由を不要とした場合（前記第5, 2）における売買契約の解除権行使の限界に関する規定の論点（後記第40, 4(2)）との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

危険移転時期を目的物の支配可能性が移転したときからとする考え方とする方向で検討すべきことに賛成である。

[理由]

債権者主義は適用を制限する（危険移転時期を合理的な範囲に遅らせる）べきであると考えられる。

## 第7 受領遅滞（民法第413条）

### 1 効果の具体化・明確化

受領遅滞及びその前提となる弁済の提供のそれぞれの具体的な効果が条文上不明確であるという問題が指摘されていることを踏まえて、受領遅滞の具体的な効果について、弁済の提供の規定の見直し（後記第17, 8(1)）と整合性を図りつつ、条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

その際、受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益の喪失を認める必要があるか否かという点について、履行期前の履行拒絶の効果（前記第3, 1(4)及び第5, 1(3)）及び民法第536条第2項の取扱い（前記第6, 2）の論点と関連して、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 受領遅滞の効果を明文化して明確にすること、またその際に弁済の提供の規定の見直しと整合性を図ることについては賛成である。

具体的には、判例・通説で解釈上認められている効果を明文化すべきである。

ただし、受領遅滞でなく弁済の提供の効果として考えるにせよ、効果として債権者の同時履行の抗弁権の消滅を明文化することについては慎重な検討を要する。

- 2 受領遅滞の効果として、反対債務の期限の利益喪失を認めることについては、同時履行の抗弁権の消滅を明文化するか否かについてと同様に、慎重な検討を要する。

とりわけ、（議事の概況等）において労働契約における使用者における就労拒否事案を念頭において整理されているように、この問題は、労働法上の重要問題にきわめて大きな影響を与える問題であるから、労働政策審議会における法形成プロセスを経ることなく、改正を検討することには極めて慎重な配慮が必要である。

#### [理由]

- 1 判例・通説は、現実に履行されるまでは、同時履行の抗弁権の行使は可能であり、引換給付判決が認められると解する<sup>1</sup>。その理由につき、例えば、我妻は、一方の当事者は、履行の提供をしてもその債務を免れるものではないから、両債務の履行上の牽連関係はなお存続し、他方の当事者は、なお同時履行の抗弁を主張し得ると解する方が、むしろ公平に適すると説明する。

これに対し、有力説は、債務不履行をおかした不誠実な当事者に、不履行を正当化する口実を与えることになるとして、同時履行の抗弁権を否定する<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 大判明治44年12月11日民録17輯772頁、大判大正6年11月10日民録23輯1960頁、最判昭和34年5月14日民集13巻5号609頁(傍論)等。我妻V194頁以下、松坂41頁、星野49頁、三宅・総論73頁、鈴木294頁、水本44頁、新注民(13)510頁以下他

<sup>2</sup> 鳩山上119頁以下、末弘144頁以下、大江(中)238頁、潮見・総論I178頁以下

したがって、債権者の同時履行の抗弁権の消滅を明文化することについては、未だ有力説にとどまっているため、慎重な検討を要する。

2 反対債務の期限の利益の喪失を認めることは、債務の履行を受けることなく反対債務の履行を強いられることとなり、その点で同時履行の抗弁権の消滅を認めることと同じことになる。

3 また、この問題は、受領遅滞、危険負担、準委任に代わる役務提供契約における役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権の問題、履行期前の履行拒絶の問題、「責めに帰すべき事由」概念を維持するか否か、など複数の検討課題にわたるだけでなく、平均賃金の60%を補償している労働基準法26条の存在とそれに関する現在の判例法理、使用者側からの就労拒否事案に関する現在の判例法理による結論を変更する可能性が出てくるのか否か、就労請求権をめぐる労使間の厳しい対立や就労請求権に関する現在の判例法理への理解などを踏まえて検討すべき問題であり、それゆえに、労働問題に関する法形成プロセスへの極めて慎重な配慮が必要な問題である。

とりわけ、現在の使用者側からの就労拒否事案に関する現在の判例法理による結論を変更したり、あるいはその問題について大きな影響を及ぼすことになりかねない方向でこれらの問題を検討することは、労働政策審議会による議論を経ることなく、労働法上の重要な問題に関する判例法理を変更することになりかねないので反対である。

また、受領義務といった義務概念を持ち出して受領遅滞、危険負担、準委任に代わる役務提供契約における役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権の問題を規律する方向でこれらの問題を検討することも、就労請求権の問題に与える影響が大きすぎ反対である。

なお、使用者側からの就労拒否事案に関する民法上の問題は、事案に応じた柔軟性ある解決枠組みを用意すべき問題であるから、「社会通念をもって不能か否かを判断する判断枠組み」「責めに帰すべき事由」概念といった柔軟性を確保しうる判断枠組みや概念を放棄することには慎重であるべきと思料する。

## 2 損害賠償請求及び解除の可否

受領遅滞の効果として、債権者が合意あるいは信義則等に基づき受領義務を負う場合において受領義務違反があったときには、債務者に損害賠償請求権や解除権が認められる旨の規定を置くべきか否かについて、規定を置くことの実務上の必要性や弊害の有無等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、合意に基づく受領強制の規定を置くべきか否かという点について、受領遅滞の要件・効果の検討と併せて、更に検討してはどうか。

[意見]

1 受領義務違反を要件に掲げて明文化する場合には、いかなる場合に、受領義務が認められるのかを併せて明文化すべきである。

- 2 合意に基づく受領強制については、強制執行の方法を見越した慎重な議論が必要である。

[理由]

- 1 受領義務違反があったときに損害賠償請求権や解除義務が認められるという形で明文化するのであれば、受領遅滞の効果というよりは端的に受領義務違反の効果と考えられる。

いかなる場合が受領義務違反に該当するかを明文化しなければ、いかなる場合に損害賠償請求及び解除が認められるかが、結局、条文上明らかとならない。

- 2 受領強制を認めることにより具体的に何を認めようとしているのかが明らかでない。  
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不明である。

## 第8 債務不履行に関連する新規規定

### 1 追完権

債務者の追完権を認める規定を設けるかどうかについては、追完権により主張できる内容や追完権が必要となる場面を具体的に明らかにしつつ、追完権が債務者の追完利益を保護する制度として適切か否かという観点及び他の制度（例えば、催告解除の催告要件等）によって債務者の追完利益を十分に確保することができるか否かという観点から、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 追完権の規定（新設）については、具体的事案において、追完権行使の機能場面を想定したうえで、無用に新たな争点を作成することにならないかなど、実務に混乱を招かないか、慎重に検討されなければならない。

- 2 無履行の場合と不完全な履行の場合とで区別する場合には、特に「不完全な債務の履行」の意義を慎重に検討しておく必要がある。
- 3 追完権を認めることには消極的であるが、仮に追完権を認めるとしても、債権者視点と債務者視点というズレを招来するような要件を定立（規定）すべきではない。
- 4 追完権を認めることには消極的であるが、仮に債務者の追完権を認めるにしても、解除権に追完権が優先するように規律することには、極めて慎重でなければならず、具体的事案において、追完権行使の機能場面を想定したうえで、実務への影響を踏まえ、十分に検討されなければならない。

[理由]

- 1 追完権の新設を検討する前提として、そもそも現行法下において債務者の固有の権利としての追完権を認めるべき立法事実が存しているのか、検証すべきである。また、追完権及びその周辺規定が「裁判規範」として有効に機能するかという観点からの検討も必須である（なお、裁判外の紛争解決に係る規範としての機能を考えるのであれば、債務者の固有の権利としての追完権まで認める必要はない）。

債務者の利益については、追完権を認めなくとも、催告後の相当期間の評価や債権者の損害軽減義務等によっても図り得るのであって、追完を望まない債権者の意思を排してまで、一旦債務不履行に陥った債務者に、固有の権利（追完権）を認めることが、真に当事者間の利益調整の均衡を図ることに繋がるのか疑問であると言わざるを得ない。

また、追完権として規定するのではなく、追完請求権（追完に代わる損害賠償）の要件や解除に関する要件（不履行の重大性）において、債務者の利益を考慮して規定・解釈する方法についても、検討すべきである（基本方針に対する大弁意見・別冊NB L131号 86頁以下参照）。

- 2 無履行の場合と不完全な履行の場合とで区別する取扱いに関しては、「不完全な債務の履行」の意義を「債務者による無履行（全部不能及び全部遅滞）以外の不履行態様全般（債務者による何らかの履行がされた場合）」と解するのであれば（追完権を得るためだけに、債務者が本来の約定どおりの履行をせずに、とりあえず何らかの履行を行うことも考えられる）、無履行の場合と不完全な履行の場合とで区別する理由は見出し難い。また、無履行の場合と不完全な履行の場合とで区別した場合、不完全か否か（履行の有無）が争点となる可能性も存する。
- 3 追完権を認める具体的要件を定めるにあたっては、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することが考えられるが、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、追完権として規定するのではなく、追完請求権（追完に代わる損害賠償）に関する要件について、債務者の利益を考慮して整理・規定し、同要件の具備如何により決すべきである（基本方針に対する大弁意見・別冊NB L131号 86頁以下参照）。



- 4 追完権を認めることには消極的であるが、債務者の追完権を認めるにしても、債権者の解除権に劣後するのであれば、追完権を認める意義は低く、他方、債権者の解除権に優越するとすれば、債権者の解除権を不当に制限することにもなりかねない。

## 2 第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任

第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任債務を履行するために債務者が使用する第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任に関しては、第三者を類型化して各類型に応じた要件を規定する考え方や、類型化による要件設定をせず、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決める考え方等を踏まえて、どのような規律が適切かについて、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 債務を履行するために債務者が使用する第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任の有無に係る規定を置くことについては、特に反対しない。
- 2 類型化による要件設定をせず、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決める考え方が妥当であると思料する。

なお、本検討の前提として、債務の履行についての自己執行原則を維持するか否かについても検討しておく必要がある。

[理由]

- 1 明文化については、現在の実務を明確にするものであると考えられ、特に反対しない。
- 2 債務者の責任を認める要件については、第三者を類型化して分類することは容易ではなく、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決める考え方が妥当であると思料する。

また、本検討の前提として、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必要があるか、立法事実の有無を踏まえて、検討しておく必要がある。その検討にあたっては、一般取引と商取引とを区別して考えるべきである。

## 3 代償請求権

判例が認める代償請求権の明文化の要否及び明文化する場合の適用範囲等については、債務不履行により債権者に認められる填補賠償請求権等との関係や、契約類型に応じた代償請求権の規定の必要性等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

条文化して明文化すること、その適用範囲について指摘の事項を留意して検討することに賛成する。

[理由]

理論的にも、実務上も、代償請求権が認められることについては、異論はないと思われるところ、条文とし明文化することに賛成である。ただし、条文化にあたっては、代償の移転義務の遅滞時期や、反対給付との関係などの議論を整理して行う必要がある。

## 第9 債権者代位権

### 大阪弁護士会提案にかかる債権者代位権の概要

(「本来型の債権者代位権」と「転用型の債権者代位権」の区別)

1 本来型と転用型の債権者代位権は、それぞれ区別した規定を設ける。

(本来型の債権者代位権の在り方)

2 (1) 本来型の債権者代位権は、民事執行・保全制度を補完するための責任財産保全制度として維持する。

(2) いわゆる事実上の優先弁済機能については否定する。

(本来型の債権者代位権の制度設計)

3 (1) 代位債権者は、債務者による受領が期待できるか否かを問わず、第三債務者に対して金銭等の直接給付を請求することはできるが、その金銭等の債務者への返還債務と被保全債権との相殺は禁止するものとし、被保全債権の回収のためには、自己を第三債務者とする差押えを要するものとする。

(2) 代位債権者は、被保全債権の債権額の範囲にとどまらず、被代位権利を行使することができるものとする。ただし、代位債権者が第三債務者に対して金銭の直接給付を請求できるのは、被保全債権の債権額の範囲に限る。

(3) 無資力要件を緩和し、文字どおり、「債権者が、自己の債権を保全するために必要であるとき」債権者代位権の行使であるものとする。

(転用型の債権者代位権の在り方)

4 (1) 転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けるべきである。

(2) 転用要件は、不可欠性、必要性、補充性により要件化すべきである。

(3) 不相当であるときを除き、代位債権者は、第三債務者に対し、直接金銭その他の物の引渡しを求めることができるものとする。

(要件・効果等に関する規定の明確化等)

5 (1) 債権者は、その債権の期限が到来しない間は、債権者代位権を行使できないものと

する。ただし、保存行為は、その限りでないものとする（なお、裁判上の代位制度は廃止する）。被保全債権が強制執行により実現することができないものであるとき、被代位権利が、債務者の一身に専属する権利であるときや差押えを禁じられた権利であるときも債権者代位権を行使できないものとする。

- (2) 債権者代位権を行使するときは、その旨を債務者に通知しなければならないものとする。ただし、裁判上の行為として債権者代位権を行使する場合はこの限りでないものとする。債権者が通知義務を履行しない場合は、第三債務者は、代位請求にかかる履行を拒絶できるものとする。
- (3) 債権者代位権の行使によって、債務者の処分権限は何ら制限されない。債務者に通知がなされた場合も同様である（債務者の処分制限効ないし第三債務者の弁済禁止効は、債権差押えないし仮差押えによって達成されるべきである）。
- (4) 代位債権者に善管注意義務を課す明文規定は不要である。
- (5) 代位債権者が債権者代位権の行使のために必要な費用を支出したときはその費用の償還を請求できるものとし、当該請求権に一般の先取特権を付与するものとする。

#### （第三債務者の地位）

- 6 (1) 第三債務者は、代位債権者に対し、債務者及び代位債権者に対して有している抗弁を主張できるものとする。
- (2) 債権者代位権が行使された場合でも、供託原因を拡張する必要はない（第三債務者は債務者に対して弁済することを何ら妨げられず、判断リスクは生じない）。
- (3) 複数の代位債権者による請求が競合した場合、第三債務者はそのうちの一人に対して履行をすれば債務を免れるものとする（債務者に対して履行しても債務を免れる）。

#### （債権者代位訴訟）

- 7 (1) 債権者代位訴訟について特別な手続規定を設けるものとする。
- (2) 代位債権者による債務者への訴訟告知を要するものとする。
- (3) 訴訟告知等により、債務者の処分制限効も第三債務者の弁済禁止効も生じないものとする（債権者代位訴訟は主として被代位権利の時効中断のために提起されるものであり、第三債務者の弁済禁止効を得るためには別途債権仮差押えをすべきである）。
- (4) 債権者代位訴訟が提起された後に被代位権利が差押えられた場合は、現行判例と同様、債権者代位訴訟と取立訴訟を併合審理し、これらをともに認容できるものとし、強制執行、取立ての場面で差押えを優先させるものとする。
- (5) 債務者または他の債権者は、債権者代位訴訟に訴訟参加できるものとする。
- (6) 裁判上の代位制度は廃止する。

## 1 「本来型の債権者代位権」と「転用型の債権者代位権」の区別

債権者代位権については、本来的には債務者の責任財産の保全のための制度であると理解するのが一般的であると言われている（本来型の債権者代位権）ものの、現実には、責任財産の保全とは無関係に、非金銭債権（特定債権）の内容を実現するための手段としても用いられている（転用型の債権者代位権）。

本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権とでは、想定される適用場面が異なることから、必要に応じて両者を区別した規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

転用型の債権者代位権を明文化すること自体は反対しない。

明文化するにあたって、転用型の要件をどのように定めるかが重要である。

転用型の要件については、後述。

## 2 本来型の債権者代位権の在り方

### (1) 本来型の債権者代位権制度の必要性

判例は、代位債権者が、第三債務者に対して、被代位権利の目的物である金銭を直接自己に引き渡すよう請求することを認めており、これによれば、代位債権者は、受領した金銭の債務者への返還債務と被保全債権とを相殺することにより、債務名義を取得することなく、債務者の有する債権を差し押さえる場合よりも簡便に、債権回収を図ることができる（こうした事態は「事実上の優先弁済」とも言われている。）。これに対しては、債務者の責任財産を保全するための制度として民事保全制度（仮差押制度）を有し、債権回収のための制度として民事執行制度（強制執行制度）を有する我が国の法制の下において、本来型の債権者代位権制度を存続させることの必要性に疑問を示す見解もあるが、本来型の債権者代位権には、民事執行・保全制度では代替することのできない機能があることから、これを存続させる方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

本来型の債権者代位権は、民事執行・保全制度を補完するための責任財産保全制度として維持することに賛成である。

[理由]

民事執行・保全制度で代替することのできないケース（債務者が有する取消権、解除権、時効援用権、登記請求権、登記申請権等の代位行使や、債務者の権利の保存行為（時効の中断、対抗要件具備行為等）の代位行使）について個別に十分な手当てを用意したうえで、**本来型の債権者代位権を廃止するとの考え方には、反対**である。

すなわち、代替することのできないケースを完全に網羅的に拾い出せるかどうか、不安が残るものといわざるを得ない。また、各ケースのそれぞれについて、安定的に機能する十分な手当てを用意することも、実際には相当に困難であるものと考えられる<sup>\* \*\*2</sup>。

また、債権者代位権が廃止されれば、債務者が所在不明であったり無気力であったりする場合に、裁判外で債権者が直接第三債務者と交渉する基礎となる法的地位が失われ、裁判外での交渉実務に支障を来すことも危惧される。

したがって、本来型の債権者代位権を存置したうえで、その要件・効果を合理化するのが妥当な方向性であると考えられる。

※ 例えば、第三債務者の資産悪化・隠匿に備えて第三債務者名義の財産に対する仮差押え手続を行なう際の被保全権利として債権者代位権を主張する局面に関して、債権者代位権を廃止する場合の手当てとしては、将来、差押債権者となった際の民事執行法上の取立権をもって民事保全法上の被保全権利と扱う解釈を採用することも考えられるが、安定的に機能するか不安であり、結局、民事保全法上の被保全権利としては債権者代位権と同等の権利を別途認めなければ十分な手当てとはなり得ないようにも思われる。しかし、そこまでの個別手当てを設けることは、一般的に債権者代位権を存置することと紙一重ではないか。

※2 法制審議会民法(債権関係)部会第5回会議では、①単純な誤振込の事案について、通常勝訴判決、債務名義、差押え、取立という手順を踏んでいては、回収に費用がかかりすぎるので、簡易な救済手段として何らかの手当てが必要ではないか、いきなり債権者代位制度を廃止してしまうことに漠然とした不安を感じる、という指摘や、②会社が私的整理を開始した場合、労働債権保全のために、売掛金などの支払義務を負っている第三者に対して債権者代位権を行使するという通知を出し、第三者が債務者に返済することを事実上防ぐことが行われている、との指摘がなされている。

## (2) 債権回収機能(事実上の優先弁済)の当否

本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)に関しては、責任財産の保全という制度の目的を逸脱するものであるなどとして、これを許容すべきではないとする意見がある一方で、これを否定することに慎重な意見もあることから、これらを踏まえて、その見直しの要否について、更に検討してはどうか。

[意見]

事実上の優先弁済機能を否定することに賛成する。

[理由]

- 1 現状の判例法理からの変更であり議論のあり得るところではあるが、債権者代位制度における事実上の優先弁済機能については、理論面からその正当化が困難であること、および、これを否定したとしても実務への影響は極めて限定的であることから、これを否定すべきものと考えられる。
- 2 もともと債権者代位権は、債務者の責任財産を保全するための制度と位置付けられているにもかかわらず、被代位債権が金銭債権であるときに限って事実上の優先弁済を認め回収まで図ることができることは制度の趣旨を超えていること、また、債権回収のためには、債務名義取得を前提とする債権執行制度が本来的制度として別に用意さ

れているにもかかわらず、事実上の優先弁済を認めることは、第三債務者や債務者に対する手続保障の観点から問題があることから、批判が強く、これら批判は、理論的には正当なものを含んでいる。

もっとも、債権者代位権の事実上の優先弁済機能が濫用的に用いられて弊害を生じた事例が知られているわけでもないから、理論面の批判のみに依拠して制度を改正してしまうのは妥当でなく、本来型の債権者代位権が現実の場面で具体的にどのように機能しているのかをより踏み込んで検討することが必要である。

- 3 まず、債権者代位権を裁判上行使する場合を検討すると、我々の知る限りでは、債権者代位権の事実上の優先弁済機能を狙って、債権回収のために債権者代位権を有効に活用した実例・実務を確認することができず、実務上も、債権回収のためには債務名義の取得を必要と捉え、その準備のためには民事保全制度を活用すべきものと捉えるのが共通認識であるといえる。

このように、現行の債権者代位制度において、事実上の優先弁済機能が認められているにもかかわらず、なにゆえ回収のために債権者代位訴訟が活用されていないか、という点については、厳密な議論は存しないが、推測するにその理由は次のようなところにあるものと考えられる。すなわち、債権者として、債務者が金銭債権を有していることを把握した時点で、その保全を確実に図ろうとする場合には、債権の仮差押えを実施せざるを得ないということである。大審院の判例以来、債権者代位権の行使に着手した時点で債務者による当該権利の処分は制限されると解されているものの第三債務者による弁済が禁止されるか否かについては必ずしも確定した安定的取扱いが存するわけではないからである。また、債権の仮差押え後のプロセスとしては、債権者代位訴訟によって被保全債権と被代位債権の存在、その他の要件を主張立証していくよりも、債務名義を取得し差押えを実施するほうが簡易であり、かつ確実に債権回収を図ることができるからである。

したがって、事実上の優先弁済機能を廃止することとしたからといって、少なくとも債権者代位権を訴訟により行使する場面では、実務上、とりたてて影響はないものと考えられる。<sup>\*</sup>

- 4 債権者代位権を裁判外で行使する場面においては、債務者が破綻状態にあるなどにより無気力である場合ないしは債務者が行方不明の場合に、第三債務者が協力的であるときは債権者代位権を行使して債権の回収を図るという実務が知られている。債権者が第三債務者に対して一切迷惑をかけない旨の約束をし、債務者から事実上の了承を得たとき、あるいは被代位債権が少額であるときなどには、第三債務者が債権者代位権の行使に協力的に応じることがある。このような場合には、債権者は、第三債務者から直接金銭の交付を受けた後、被保全債権と相殺することにより、他の債権者を排して優先的にこれを回収することになる。したがって、事実上の優先弁済が否定されれば、このような実務に影響を及ぼすことになる。

もつとも、これら実務においても、債務者への連絡が可能な場合には、債務者からの了承の取得もなしに第三債務者が債権者代位権の行使に協力的に応じることは極めてまれである。また、債務者から了承を取得した場合には、あえて債権者代位権の行使と構成せずに、債権者が承諾を得て債務者の有する債権を代理受領したものと構成したうえで自己の債権を相殺により回収すれば足りることになる<sup>※2</sup>。

また、債務者が行方不明などで連絡を取れないものの、被代位債権が少額である等の事情により、第三債務者からの協力を得ることが可能な場合には、代位債権者は、第三債務者から支払を受けたうえで、別途、債務名義を取得のうえ自らを第三債務者とする債権差押えを実施せざるを得ないことになる（ただし、事実上の優先弁済を否定しつつも、代位債権者が第三債務者に直接給付を求めることができるような債権者代位制度を前提とする。）が、債務者と連絡が取れないのであるから、公示送達と欠席判決により比較的容易に債務名義を取得可能なはずであり、債権者にそれほど大きな負担を課すものとはいえないものと考えられる<sup>※3</sup>。他方、債務者が無気力とはいえない場面において、裁判外で債権回収のために債権者代位権を行使するといった事例は、少なくとも弁護士実務としては確認できなかった<sup>※4</sup>。これは、前述のとおり、債権者代位権は仮差押えと比較して第三債務者の弁済禁止効が万全とはいえないため、債務者と第三債務者が通じて隠匿的行為に出ることが心配されるような場面で、安易に債権者代位権を行使することができないといった事情が影響しているものと推測される。

5 以上によれば、事実上の優先弁済を否定したとしても、実務に与える影響は極めて限定的であるものと考えられる。

※ 現行法のもとにおいて、債権者代位訴訟と取立訴訟が競合した場合は、両請求を併合して審理し、これを共に認容することは妨げられないと考えられているが（最三小判昭和45年6月2日。ただし同判例は、国税の取立権に基づく取立訴訟との競合事例である。）、差押債権者と共に認容判決を得た代位債権者は、差押えの効力により、第三債務者から弁済を受けることはできないものと考えられ、結局のところ回収の場面では、取立権を行使した差押債権者に劣後するものと考えられる（債務者は、差押えの効力により第三債務者から取立てることができなくなるのだから（民事執行法145条1項）、債務者の権利を代位行使している代位債権者も取立てることができないものと考えられる）。そうだとすれば、現行法のもとにおいても、例えば、時効中断等の責任財産保全のために債権者代位訴訟を提起した債権者は、債権回収のために事実上の優先弁済機能のみを当てにすることなく、併せて債務者へ訴訟も提起して債務名義の取得に努めることが、適切な債権回収方法であるものといえるのであり、事実上の優先弁済機能を否定することが、現行法制に比較してとりたてて債権者の負担をもたらしているとはいえないことになる。

なお、判例や学説の議論は確認できないが、債権者代位権による回収前に、代位行使している債務者の第三債務者に対する債権を、一般債権者が仮差押えをした場合も、第三債務者は、債務者のみならず代位債権者に対しても弁済が禁止されるものと考えられる。この点については、後述する。

※2 債務者の了承を書面で取得することが困難な場合には、後に立証すべき場合に備えて、口頭の了承を得て代理受領した旨を確認のために相殺通知に記載することになるだろう。

※3 なお、債権者が第三債務者から直接給付を受けた後に、債務者と連絡を取れるようになった場合において、債務者から代理受領の事後承諾を取得できるときは、承諾取得のうえで、自己の債権を相殺

により回収すればよい。

※4 弁護士の間与する実務ではないが、第三債務者が事実上債務者への支払を凍結するという、債権の仮差押えと同様の効果を狙って、債権者代位権を行使する実務も紹介されている。この点については、事実上の優先弁済というよりも、第三債務者の弁済禁止効に関わることなので、該当箇所後述する

### 3 本来型の債権者代位権の制度設計

#### (1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する方法

仮に本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する場合（前記2(2)参照）には、そのための具体的な方法（仕組み）が問題となる。これについては、代位債権者が第三債務者に対して金銭の直接給付を請求することを否定又は制限するという方法や、代位債権者への金銭の直接給付を肯定しつつ、その金銭の債務者への返還債務と被保全債権との相殺を禁止する方法などを対象として、更に検討してはどうか。

また、被代位権利が金銭以外の物の引渡しを求めるものである場合にも、代位債権者への直接給付の可否と、直接給付を認める場合の要件が問題となるが、これについても、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 代位債権者が第三債務者に対して金銭等の直接給付を請求することの可否、要件
  - (1) 代位債権者が第三債務者に対して金銭の直接給付を請求することを肯定しつつ、その金銭の債務者への返還債務と被保全債権との相殺することを禁止すべきである。
  - (2) 代位債権者が第三債務者に対して直接給付を請求できる金銭は、被保全債権の債権額の範囲に限定すべきである。
- 2 被代位権利が金銭以外の物の引渡しを求める場合の代位債権者への直接給付の要否  
代位債権者が管理できる（直接給付を請求できる）ものとし、債務者による受領が期待できるか否かを問わないこととするのが妥当である。

[理由]

- 1 代位債権者が第三債務者に対して金銭等の直接給付を請求することの可否、要件
  - (1) 上記のとおり、事実上の優先弁済機能を否定することを前提とするならば、本論点は、要するに、債務名義に基づく回収の前段階で、債務者の責任財産を構成する金銭等を、第三債務者に管理させておくのが適切か、代位債権者に管理させておくのが適切か、という問題として検討すべきことになる。結論的には、**被保全債権の債権額の範囲に限って、代位債権者が管理できる（直接給付を請求できる）ものとし、債務者による受領が期待できるか否かを問わないこととするのが妥当なように思われる。**
  - (2) 法制審資料 7-2、9 頁上方では、では、代位債権者への金銭の直接給付を否定した場合は、債務者が受領を拒絶しないときに債権者代位権の目的が達成できなくなるとの議論



が紹介されているが、かかる議論は全く非現実的なニーズに基づくものである。代位債権者としては、無資力の債務者に金銭を受領しておいて欲しいなどと考えるはずはない。代位債権者にしてみれば、いずれにしても債務名義を取得して強制執行手続を実施しなければ自己の債権を回収することはできないのであれば、代位債権者への直接給付が否定される制度下においても、例えば時効中断等の債権保全の目的で債権者代位権を行使しつつ、並行して、被保全債権の債務名義取得、代位債権の仮差押え、さらには、本差押えと、回収に向けた通常の手続を進めていくはずである（債権者代位権と仮差押え、差押えとの関係については、「事実上の優先弁済の当否」に関する項の※参照）。

このように考えると、代位債権者への金銭の直接給付を認めるか否かは、代位債権者が被保全債権の債務名義を取得して債権執行・回収に入る前の段階で、第三債務者が任意の弁済に応じる意向がある場合等に、当該金銭をなお第三債務者のもとに留まらせておくか、代位債権者のもとに移転させるか、の違いに過ぎないように思われる。

この点、第三債務者からの給付を得ておくことは代位債権者の債権回収の促進に資すること（代位債権者は、債務者に対する債権の債務名義に基づき、自己を第三債務者とする債権差押えをなせば差押命令送達後 1 週間で自己の自己に対する取立てを了することができる。民事執行法 155 条 1 項）、債権者代位権の機能として裁判外で債権者が直接第三債務者と交渉する基礎となる法的地位を与える点にも意義を見出すならば、直接給付を請求できることによってかかる機能が十全なものとなることからすれば、直接給付を求めうることを基本として考えるべきである。

しかしながら、代位債権者が直接給付を求めることができる範囲が、被保全債権の債権額に限定されないものとするのは、代位債権者破綻時における、債務者に対する他の債権者への影響を考えると、行き過ぎであるものと考えられる。

そこで、上記(1)のとおり意見としたい。

- (3) なお、代位債権者への金銭の直接給付が認められるのは、債務者による受領が期待できない場合に限定すべきであるとの見解については、法律関係が不安定になるとの指摘されている批判（法制審議会民法（債権関係）部会資料 7-2、9 頁「(2)」）が妥当するし、また、そもそも、上記のとおり、債務者による受領が原則であるとするこの見解の前提自体にたいした根拠がない（債権執行の前段階で誰を金銭管理者にするかの問題に過ぎない）ことから、採用しない（したがって、基本方針には反対である）。

また、被代位権利の目的物が金銭である場合に、第三債務者に金銭の供託を義務付けるべきであるとの見解については、それなりの理由のある見解であるように思われるが、法的知識不十分な第三債務者に供託義務の存在を認識させることの困難性についての、指摘されている問題（法制審議会民法（債権関係）部会資料 7-2、9 頁「(4)」）が存するし、債権者代位権の機能として裁判外で債権者が直接第三債務者と交渉する基礎となる法的地位を与える点に意義を重視する立場からは、供託を求めうるに過ぎないものとするると当該機能がかなり後退したものとなること、債権者代位権の行使により常に供託が

なされるものとするれば供託制度に対する負荷（制度コスト）を過大なものとするきらいがあることから、必ずしも妥当であるとは思われない。また、債権者代位制度を民事執行・保全制度の補完と位置付け、後述するように、無資力要件の緩和を緩和して、より使いやすい制度とすることを目指すとともに、効果は限定的に捉える（民事執行・保全制度で達成できる効果について当該制度によるべきであり、例えば、債権者代位権の行使によって被代位権利についての債務者の処分権能は何ら制限されず、第三債務者も何ら弁済は禁止されないものと解する）当意見の立場からは、第三債務者に供託を義務付けることについても、債権者代位権制度に重たい効果を盛り込み、要件緩和の基礎を失わせるものとして、否定的に評価せざるを得ない。

- (4) さらに、債権者代位権制度を、強制執行・保全制度の補完制度と位置付ける当意見の立場からは、代位債権者が第三債務者に対して金銭の直接給付を請求することができる場合を、裁判外での代位権の行使の場面に限定することが考えられる。すなわち、第三債務者が代位債権者の代位権行使に任意に応じない場面において、代位債権者が代位訴訟判決に基づいて第三債務者の財産に対する強制執行を実施することを念頭に、第三債務者からの直接給付を認める意義は存在しない。債権者代位権に基づき第三債務者財産に対する強制執行をしている間、さらにはその後も、代位債権者は債務者に対する他の債権者から差押えがなされるリスクに晒され続け、一度差押えがなされれば、代位債権者は、前述したとおり、回収面で差押債権者に劣後するのである。したがって、代位債権者としては、債権者代位権の行使と並行して、被保全権利の債務名義を取得して被代位債権につき取立訴訟の勝訴判決を取得したうえで第三債務者財産を強制執行することの方が利益にかなう。また、代位債権者としては、債権者代位訴訟において、被代位債権について債務者への給付を求める訴訟が提起できれば、被保全権利の時効中断など責任財産保全のためには十分である。さらには、事実上の優先弁済を否定する立場からは、代位債権者が債権回収を図るためには、いずれにしても被保全権利の債務名義が必要であるところ、代位訴訟においても被保全権利の存在は主張・立証すべき事項であるのだから、代位債権者に、直接給付を請求する訴訟提起を禁止し、債務名義取得と被保全権利の差押え・取立てを要求したからといって、代位債権者に特段の不都合はない。また、被代位権利について債務者への給付を請求する訴訟中あるいは訴訟終了後において、第三債務者が代位債権者に直接給付する内容の和解をして、任意に直接給付を受ける、あるいは和解契約不履行に基づく強制執行をすることは何ら妨げられない。

つまり、代位債権者が第三債務者に金銭を直接給付するよう請求できるものとするとは、これに第三債務者が任意に応じた場合にこそ、その後に予定される代位債権者自身を第三債務者とする強制執行の準備として執行・保全制度の補完機能を果たしうるが、直接給付の強制履行を求めることについては、これを否定しても特段の不都合はなく、むしろ本来の被保全権利の債務名義及び被代位権利の取立権を取得するルートで行なうことの方がむしろ債権者の利益となるのだから、これを認める必要はないものと考えら

れるのである。

## 2 被代位権利が金銭以外の物の引渡しを求める場合の代位債権者への直接給付の要否

現行法（判例）と同じ立場である（法制審資料 7-2、10 頁）。ただし、被代位権利が金銭債権ではないため、被保全債権の債権額の範囲内という限定をつけることができない。したがって、被保全債権の債権額に比して被代位権利の目的物の価額が相当に高額であるときは、代位債権者破綻時の問題が残る。被代位権利の目的物が可分である場合には、目的物の価額ができる限り被保全債権の債権額を上回ることをしないよう、直接給付を求めることができる対象を限定するのが妥当であろう。

### (2) 被代位権利を行使できる範囲

判例は、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得るのは、被保全債権の債権額の範囲に限られるとしているが、仮に本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する場合（前記 2 (2) 参照）には、この判例と異なり、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かどうかについて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに被代位権利を行使できるものとするべきである。ただし、代位債権者へ直接交付を求めることができるのは、被保全債権の債権額の範囲に限定すべきである。

#### [理由]

事実上の優先弁済を否定する立場からは、被代位権利の行使ができる範囲を被保全債権の債権額に限定すべき理由はない。ただし、代位債権者破綻時の不都合に鑑み、代位債権者への直接給付は、被保全債権の債権額の範囲に限定すべきものと思われる。

### (3) 保全の必要性（無資力要件）

本来型の債権者代位権の行使要件に関して、判例・通説は、民法第 423 条第 1 項本文の「自己の債権を保全するため」（保全の必要性）とは、債務者の資力がその債務の全てを弁済するのに十分ではないこと（無資力）をいうと解しており、この無資力要件を条文上も具体的に明記すべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、債務者の無資力を要求するのは厳格に過ぎ、保全の必要性という柔軟な要件を維持すべきであるなどの意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

また、これに関連して、債務者名義でない債務者所有の不動産を差し押さえるために登記申請権を代位行使する場合に債務者の無資力を要件としないなど特別の取扱いをすべきであるかどうかについて、近時の判例で一定の場合に代位登記を要せず執行手続内

で処理する可能性が開かれたことを指摘する意見があることなども踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

1 本来型の債権者代位権における保全の必要性

債務者の財産状態に関する要件としては、**無資力要件を緩和し、保全の必要性の要件で足りるものと解すべきである**。具体的には、「**債権者が、自己の債権を保全するために必要であるとき**」と規定することが考えられる。

2 登記申請権の代位行使の場面における無資力要件

登記申請権の代位行使要件のみ特別扱いするのではなく、一般ルールとして無資力要件を緩和し、保全の必要性の要件で判断すべきである。

[理由]

1 本来型の債権者代位権における保全の必要性

(1) 基本方針に対する大弁意見書のとおり、**少なくとも債務超過要件よりも緩和すべきであるが、さらに進んで、保全の必要性の要件で足りるものと解すべきである**。当該要件の具体的表現方法としては、例えば、「**債権者が、自己の債権を保全するために必要であるとき**」と規定することが考えられる。

(2) まず、**少なくとも債務超過要件よりも緩和すべき理由は次のとおりである**。

すなわち、**少なくとも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は認められるべきであると考えており、そうであれば、それにふさわしい文言で実体要件が記述されるべきであって債務超過要件では厳格すぎるものとする**。

この点、法制審資料 7-2、12 頁では、無資力と債務超過との概念の異同の観点からの議論が紹介されている。しかし、そのような議論の立て方では、無資力と債務超過は実質的に異ならないから債務超過要件でよい、といった方向付けになりかねず、議論の立て方自体に問題がある。要するに、支払不能または支払停止が立証され、かつ、資産超過が立証されていなければ、行使要件をみたしているものと見るべきであり、**少なくとも、債務超過要件では狭すぎる**。

(3) 保全の必要性の要件

ア また、さらに進んで、債権者代位権の要件としては、無資力までは必要なく、民事保全制度におけるものと同等の、保全の必要性があれば足りるものと解すべきであり、その理由は次のとおりである。

イ すなわち、債権者代位権制度から事実上の優先弁済機能を奪い、債務者の責任財産保全のための制度に純化する前提をとる場合、強制的な債権回収の目的達成には、債務名義の取得とこれに基づく強制執行が不可欠なものとなる。したがって、強制的な債権回収手段の中心としては民事執行法に基づく強制執行制度が、またその保全のためには民事保全法に基づく保全制度がそれぞれ位置付けられ、債権者代位権制度は、これらの制

度では代替し得ない場面でこれを補完するためにのみ機能する位置付けとなる<sup>※1</sup>

このように債権者代位権制度を位置付けるならば、同制度は、債権者が第一次的に民事執行法、民事保全法による債権回収・保全措置に向けた行動を採ることを当然の前提とし、もっぱらこれら既存制度を補完するために必要十分な機能に絞り込むこととして構築するのが合理的である。

すなわち、債権者代位制度においては、債権者が債務者に代わってその権利を行使するものの、別途債務者による権利行使・弁済受領も禁止されず、第三債務者もまた債務者への弁済が禁止されず、また代位債権者が債務者に代わって金銭等を受領できるとしても、当該金銭等を債務者に返還しなければならないものとするのである。

このように身軽な債権者代位権制度を前提とすれば、同制度による債務者の財産管理処分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におけるそれを上回るほどのものではないものといえる<sup>※2</sup>

ウ また、債権者代位権が、債務者責任財産の保全のため、既存の強制執行制度、民事保全制度を補完する機能を十分に発揮するためには、これらの制度が債務者の無資力を前提としてないことを踏まえると、債権者代位権もまた無資力を要件とせず、保全の必要性の要件で足りるものとすべきである。このように解すべきことは、保全の必要性が認められ必要な担保も積んで債権仮差押命令を得たのに、債権者代位権の無資力要件をクリアできないがために、被仮差押え債権の時効中断のための訴訟提起ができずに被仮差押え債権が消滅時効にかかってしまうような事例を想定すれば明らかである。

以上のように、新たな債権者代位権の制度においては、債務者の財産管理権への介入の程度が軽微であって、無資力要件の緩和が許容されること、また、既存の執行・保全の制度の補完機能を十分に果たすために要件緩和が必要であることから、その行使要件として無資力要件を要求すべきではなく、保全の必要性の要件で足りるものと解すべきである

(4) もっとも、債権者代位権によって債務者の形成権を行使する場面においては、注意を要する。

すなわち、取消権、解除権などの形成権は、請求権を行使する場合と異なって、債務者と第三者との間の権利関係に変動をもたらすことから、債務者の財産権への介入の程度の観点からも、第三者との法律関係の安定の観点からも、慎重であるべきではないかとの問題がある。

この問題に対する解決の方向性としては、形成権の行使についてのみ無資力要件を課すとの考え方、形成権の行使は裁判上行使する場合のみ可能とするとの考え方、保全の必要性の要件の実質化によって対応するとの考え方などが成り立ちうるが、少なくとも保全の必要性の要件の実質化による対応は必要であるものと考えられる。

例えば、債務者 B が第三者 C との間で売買契約を締結のうえ甲不動産の登記名義も第三者 C に移転させたが、債務者 B が売買代金請求権を請求しないという場面においては、

通常は、売買代金請求権に対して仮差押えを実施するとともに、債権者 A の第三者 C に対する債権者代位権を被保全権利として、第三者 C のもとにある甲不動産の仮差押えを実施するなどという方法が考えられ、かかる方法により債権者 A の被保全債権は十分に保全される。したがって、債権者 A が、債務者 B の有する売買契約の解除権を代位行使のうえ、債務者 B の第三者 C に対する原状回復請求権としての抹消登記手続請求権を代位行使し、復帰した不動産について最終的に不動産競売を実施して回収するという方法は、解除権の代位行使が、前記方法に比較して債務者の財産権への過大な干渉となることから、保全の必要性が認められないとして、容認できないものと解すべきである。同様の事案で、第三者 C が甲不動産の名義を悪意の転得者 D に移転させ、第三者 C にも他にめぼしい資産がないといった事情がある場合にのみ、債権者 A は、債務者 B の解除権を行使のうえ、さらに債務者 B の転得者 D に対する真正な登記名義の回復請求権を代位行使することが認められる（これを被保全権利として転得者 D のもとにある甲不動産に対する処分禁止仮処分も認められる）ものと解される。

以上のように、形成権の行使については、債務者への干渉の程度が大きいことから、保全の必要性の要件の検討の中で、他に保全の目的を達成する適切な手段がないといった事情が考慮されるべきものとする。

さらに、第三者との法律関係の安定の観点、すなわち形成権行使の相手方の判断リスクの負担の観点からは、何らかの相手方保護の方策が検討されるべきである（代位債権者による形成権行使を債務者が援用しない限りは、形成権行使を前提に発生した請求権が遅滞に陥らないものとするなど。なおこの問題は現行制度でも生じうる問題である。）。

(5) 保存行為（消滅時効の中断、保存登記手続、破産債権の届出など）については、債務者にとって不利益となるものではないことから無資力要件を不要とすべきとする見解については、指摘されているように（法制審議会民法（債権関係）部会資料 7-2、12 頁「3」）、保存行為であっても債務者の財産管理権への干渉には違いはないことから、全く要件を不要とすることは躊躇を覚える。最低限、民事保全制度における保全の必要性の程度のもものは必要であるものとする。

(6) なお、保全の必要性の要件の具体的表現方法としては、民事保全制度を補完するための債権者代位制度を念頭に置く場合には、民事保全法 20 条 1 項の表現（「強制執行をすることができなくなるおそれがあるとき、又は強制執行をするのに著しい困難を生ずるおそれがあるとき」）を参照してこれに準じたものにするものも考えられる。

しかし、民事保全制度のみならず、民事執行制度を補完するために機能する場面もあり得ることからすれば、より一般的な表現を用いるべきであり、例えば、「債権者が、自己の債権を保全するために必要であるとき」とすることが考えられる。なお、次論点「登記申請権の代位行使の場面における無資力要件」に関する記述も参照。

※1 現行法においても、債権執行制度や仮差押え制度と債権者代位権制度は、そのような位置付けであるものと考えられ、だからこそ、（実務面での不都合は確認されないものの）理論面からの批判の強い債権者代位権制度の優先弁済機能に固執しないものとするものについては、前述した。

※2 大弁意見書、NBL113 頁「…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と取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」

## 2 登記申請権の代位行使の場面における無資力要件

(1) 一般ルールとして無資力要件を具体的に明示する方向で検討する場合には、指摘されている不都合回避のために、登記申請権の代位行使要件についてのみ無資力要件を不要とする特別扱いをせざるを得ないことになる。

もつとも、登記申請権の代位行使であっても債務者の財産管理権への干渉に違いはないから、全く要件を不要とすることは問題であり、**債権保全の必要性の程度**のものは、**要求すべき**であるようにも思われる（なお、現行法では、債務者を当事者とする強制執行の申立てが受理されたことを、執行裁判所発行にかかる申立受理証明書によって確認する限度で保全の必要性が審査されているといえる。法制審資料 7-2、14 頁）

(2) なお、登記申請権の代位行使に関する特別扱いの根拠として、法制審資料は、上記のとおり、「債務者が無資力でなくても開始できるはずの強制執行の手続が、債務者が無資力でないために開始できないという事態が生じかねない」との点を指摘している。

しかし、例えば、金銭債権の強制執行（債権差押え）も債務者が無資力でなくても実施できるはずだが、債務者が無資力でないために被差押債権の時効が完成して差押えが功を奏さないという事態も生じかねないのであり、かかる根拠付けが登記申請権の代位行使についてのみ特別扱いすることを正当化できているのかどうかは疑問である。

前述のとおり、債権者代位権制度から事実上の優先弁済機能を奪い、債務者の責任財産保全のための制度に純化する前提をとる場合、一律に、**無資力要件を不要とし、保全の必要性の程度の要件**で足りるとする考え方も十分に成り立ちうるものと考えられる。

## 4 転用型の債権者代位権の在り方

### (1) 根拠規定の在り方

転用型の債権者代位権について、本来型の債権者代位権とは別に規定を設ける場合（前記 1 参照）には、その根拠規定の在り方について、確立した債権者代位権の転用例についてそれぞれの固有領域で個別に規定を設ける方法や、転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設ける方法などを対象として、更に検討してはどうか。

[意見]

転用型の債権者代位権を明文化することには賛成である。

明文化の方法としては、転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設ける方向で検討

すべきである。

[理由]

転用型の債権者代位権を明文化すること自体は反対しない。

明文化の方法として、確立した債権者代位権の転用例については、それぞれの固有領域で個別に規定を設ける方向のみを検討することには（法制審資料 7-2、19 頁、A 案、参照）、反対である。指摘されているように、個別規定の整備が必ずしも容易でないこと、また、すでに確立した転用例のみ規律するのでは不十分であり、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に、一般的要件が検討されるべきである。

## (2) 一般的な転用の要件

仮に転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設ける場合（前記(1)参照）には、様々な転用事例に通ずる一般的な転用の要件が問題となるが、これについては、「債権者が民法四二三条により債務者の権利を代位行使するには、その権利の行使により債務者が利益を享受し、その利益によつて債権者の権利が保全されるという関係」が必要であるとした判例を参考にしつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

不可欠性、必要性、補充性による要件化が妥当である。

[理由]

- 1 最判昭和38年4月23日「債権者が民法四二三条により債務者の権利を代位行使するには、その権利の行使により債務者が利益を享受し、その利益によつて債権者の権利が保全されるという関係」が必要であるとの要件や、研究会試案「保全される権利と代位行使される権利との間に関連性があるとき」との要件については、文字どおりには、広すぎるように思われる。
- 2 検討委員会の基本方針については、厳格ないし硬直的に過ぎる。  
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が解される。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。
- 3 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、基本方針において、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。

- 4 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、検討委員会による基本方針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、検討委員会による基本方針によるならば、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。
- 5 よって、基本方針に対する大弁意見書のとおり、不可欠性・必要性・補充性による要件化が妥当であると考ええる。

### (3) 代位債権者への直接給付の可否及びその要件

転用型の債権者代位権においても、被代位権利が金銭その他の物の引渡しを求めるものである場合には、代位債権者への直接給付の可否と、直接給付を認める場合の要件とが問題となる（前記3(1)参照）が、これについて、更に検討してはどうか。

[意見]

直接給付を認め、その消極的要件として不相当であるときを定めることに賛成する。

## 5 要件・効果等に関する規定の明確化等

### (1) 被保全債権、被代位権利に関する要件

被保全債権に関する要件について、被保全債権の履行期が未到来の場合（民法第423条第2項）のほか、被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず、強制執行により実現することもできないものである場合にも、債権者代位権を行使することができないものとする方向で、更に検討してはどうか。

また、被代位権利に関する要件について、債務者の一身に専属する権利（同条第1項ただし書）のほか、差押えが禁止された権利についても、その代位行使は許されないものとする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 裁判上の代位制度を廃止して、被保全債権の履行期が未到来の場合に保存行為を除いて債権者代位権を行使することができないものとするには賛成する。

もつとも、被保全債権の履行期が未到来の場合の保存行為については代位権行使を認めるものとするべきである。

- 2 被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず、強制執行により実現することもできないものである場合に債権者代位権を行使することができないものとするに賛成する。
- 3 被代位権利に関する要件について、債務者の一身専属権利、差押禁止権利について代位行使を許さないことに賛成する。

[理由]

- 1 債務者の未登記の権利について登記する、消滅時効の中断手続をとる、第三債務者が破産した場合に債権の届け出をなすといった保存行為については、被保全債権の履行期が未到来の場合でもなお債権者代位権を機能させる必要があることから、これを廃止することには反対である。

- 2 現行法では、裁判上の代位制度により、保存行為とならない代位権行使が可能であるが、裁判上の代位の制度については後述（廃止が妥当）。

強制力のない債権に基づく代位権行使を不可とする点は、現行下級審判例・通説と同じである。

- 3 一身専属権を代位行使することができないとする点は、現行法と同じ（民法423条1項ただし書）。差押禁止権利の代位行使を不可とする点も、現行法における解釈と同じである。

## (2) 債務者への通知の要否

債務者に被保全債権の存否等について争う機会を与えるとともに、債務者自身による被代位権利の行使の機会を確保するために、債権者代位権を行使するための要件として、債務者への通知を要求するかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に債務者への通知を要求する場合には、通知の時期や通知義務違反の効果についても、更に検討してはどうか。

### [意見]

- 1 裁判外で債権者代位権を行使する場合は通知義務を課すのが妥当であるが、**裁判上の行為として代位権を行使する場合には、債務者に対する通知を要しないもの**とすべきである。
- 2 通知義務の不履行の効果としては、第三債務者が代位債権者に対し代位請求にかかる履行を拒絶できることに留めるべきである。

### [理由]

- 1 裁判外で債権者代位権を行使する場合は通知義務を課すのが妥当であるが、**裁判上の行為として代位権を行使する場合には、通知不要とするのが妥当**である。
- 2 すなわち、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、不当とはいえないし、実務への影響も少ない。

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。

- 3 なお、基本方針においては、原則として代位権行使の通知を要求し、「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」として、代位権行使通知と権利行使の催告を区別しつつ、代位権行使通知の場合は、通知のときから〔1か月〕を経過しなければ代位権行使ができないものの、権利行使の催告の場合は催告後すぐに代位権行使が可能となる表現となっている。

しかし、通知と催告でそのような効果の差を設ける合理的根拠は見出しがたく、いずれの場合も直ちに代位権の行使を可能とすべきものと考えられる。

#### 4 通知義務に違反した場合の効果については、次のように考える。

すなわち、代位債権者は、被代位権利を行使するにあたり、第三債務者に対し、債務者への事前通知をしたこと（ないし事前通知を要しない場合であること）を証明すべきであり、第三債務者は、代位債権者に対して、当該証明の欠缺を主張して代位請求にかかる履行の拒絶を主張できるものと考え。他方、第三債務者が証明の欠缺を主張せず、被代位権利の行使に応じて弁済等をした場合に、当該弁済等を無効とまで解する必要はない。被保全債権が存在しないなどの事情により債権者代位権の要件を欠いていた場合には、債権者代位権の行使は無効であり、債務者は、無効を前提に、第三債務者に対し、例えば被代位権利たる金銭債権を改めて請求することが可能であり、第三債務者は、債務者に対して二重払いをしなければならないのだから、債務者の保護としてはそれで十分であり、単に通知を欠いたことのみをもって第三債務者に二重払いを強いるのは行き過ぎだからである。

#### (3) 債務者への通知の効果

判例は、代位債権者の権利行使について通知を受けた債務者は、もはや独自の訴えの提起はできず、また権利の処分もできないとしているが、裁判外の通知によって債務者の処分権限が制限されることに対しては、債務者や第三債務者の地位が不安定になるなどの指摘があることから、債務者への通知によって債務者の処分権の制限が生ずることはないとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

債務者への通知によっては、債務者の処分権の制限は生じないものとするべきである。

[理由]

債務者への通知のみによる債務者の処分権の制限を正当化することはできないと考える※。

なお、債権者代位訴訟の訴訟告知によって、債務者の処分権を制限すべきか否かについて、後述するところも参照（訴訟告知でも処分権制限をすべきでない）。

※ 現行法のもとにおいて、第三債務者が、事実上、債務者への支払を凍結するという、債権仮差押えと同様の効果を狙って、労働債権の保全のために債権者代位権を行使する実務も紹介されている。法制審議会民法（債権関係）部会第5回会議議事録6頁以下、新谷信幸委員発言。ただ、現行法下において、債権者代位権の行使による第三債務者の弁済禁止効については、これを認めた下級審判決はあるものの確定した解釈・運用とまでは言い難いことから、弁護士の実務としては、仮差押えと同様の効果を狙って債権者代位権を行使するような実務は知られていない。

労働債権保全のために行なわれているかかる実務が、仮に現行法下で正面から容認されるべきものであるならば、より費用と労力を要する仮差押え制度を利用する者などいなくなるはずであるが、現実はそのような事態になっていないことから、かかる実務は現行法下の法の隙間で事実上機能しているにすぎず、正面からかかる機能を保護することは非常に困難であるものと考えられる。

#### (4) 善良な管理者の注意義務

代位債権者は債権者代位権の行使に当たって債務者に対し善良な管理者の注意義務を負うものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

代位債権者が債権者代位権の行使にあたって一般的に善管注意義務を負うものとは考えられず、一般的なかたちでの明文化には慎重な検討を要する。

[理由]

民事執行・民事保全制度に基づいて債務者の財産管理権に介入する場合の債権者については、もっぱら自己の債権回収の実現のために自己の債権の効力として債務者財産に介入するのであって、その際、必ずしも、債務者に対する一般的な善管注意義務は存しないものと思われる。特に、後述のように、訴訟外訴訟上を問わず債権者代位権の行使によって被代位権利についての債務者の処分制限は何ら生ぜず、また、債権者代位訴訟について法定訴訟担当と解さず、判決効も当然には被告に及ぶものではないと解する当意見の立場からは、代位債権者に善管注意義務が課される一般的前提を欠いているものと思われることからしても、**代位債権者についても、一般的に善管注意義務があるとは思われない。**

他方、代位債権者が第三債務者から被代位権利の目的物の引渡しを受けて管理する場面では、当該目的物に関して強制執行がなされるまでの準備期間につき、代位債権者に他人の物の管理者としての善管注意義務は認められるものと考ええる。もっとも、このような善管注意義務については、個別に規定しなくても、各場面に応じて検討すれば十分であると考ええる。

#### (5) 費用償還請求権

代位債権者は、債権者代位権の行使のために必要な費用を支出した場合には、債務者に対してその費用の償還を請求できるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮にこの費用償還請求権を条文上も明らかにする場合には、これについて共益費用に関する一般の先取特権が付与されることを条文上も明らかにするかどうかについても、更に検討してはどうか。

[意見]

**費用償還請求権を明文化し、これについて一般先取特権を認めることに賛成する。**

[理由]

債権者代位権行使のインセンティブ確保の観点から評価できる。

もっとも、民事保全制度により債務者の一般財産が保全され、その後の強制執行手続において二重差押え・配当参加をした他の債権者が、当初の保全行為による利益を受ける場

合であっても、当初の保全申立費用が特別扱いを受けるようなことはないものと思われ、その整合性は検討を要するものと思われる。ただし、保全手続費用は低廉であるため議論の価値はほとんどないかもしれない。

## 6 第三債務者の地位

### (1) 抗弁の対抗

判例・通説は、第三債務者が債務者に対して有している抗弁を代位債権者に対しても主張することができるとしている。そこで、これを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

また、第三債務者が代位債権者自身に対して有する固有の抗弁を主張することの可否については、これを条文上も明らかにするかどうかも含めて、更に検討してはどうか。

[意見]

第三債務者が債務者に対して有している抗弁を代位債権者に主張できる旨明文化することにつき賛成する。

第三債務者が代位債権者に対して有する抗弁を主張できる旨明文化することにつき賛成する。

### (2) 供託原因の拡張

被代位権利の目的物を引き渡す義務を負う第三債務者の負担を軽減する観点から、訴訟外で債権者代位権が行使された場合などの一定の場合にも供託が可能となるように、その供託原因を拡張するかどうかについて、代位債権者や債務者の利益にも配慮しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

当意見が前提とする債権者代位制度においては、供託原因を拡張すべき理由はない。

[理由]

当意見が前提とする債権者代位制度では、第三債務者は、債務者への弁済が全く禁止されず、債務者も取立権を有する。したがって、訴訟外で債権者代位権が行使された場合であっても、第三債務者に判断リスクは全く存在しない。なお、基本方針における「債務者が受領を拒絶し、またはその行方不明など債務者による受領が期待できない場合」(【3.1.2.03】<1><ウ>)は現状でも弁済供託が可能な場合である。

以上のとおり、供託原因を拡張する積極的理由はない。

### (3) 複数の代位債権者による請求の競合

複数の代位債権者に対して金銭その他の物を交付することを命ずる判決が確定した場

合には、第三債務者はそのうちの一人に対して履行をすれば債務を免れるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

第三債務者がいずれかの債権者に目的物を交付することで債務を免れるとすることに賛成する。

[理由]

1 第三債務者はいずれかの債権者に交付することで債務を免れるとすることでよい。

この場合、法制審資料 7-2、29 頁にあるとおり、第三債務者から被代位権利の目的物を受領した代位債権者は、債務者に対してその返還義務を負うことになるところ、他の代位債権者らは、この返還請求権について強制執行を申立てることになる。

2 ところで、債権者代位訴訟が競合した場合の取扱いについては、差押えが競合した場合の取立訴訟の取扱いが参考になる。

この点、取立訴訟については民事執行法に規定があり、取立訴訟が提起されると、受訴裁判所は、第三債務者の申立てにより、取立債権を二重に差し押さえている債権者に対し、共同訴訟人として原告に参加すべきことを命ずることができるものとされ、判決効は、参加を命じられ、参加しなかった差押債権者にも及ぶものとされている（民事執行法 157 条 1 項、3 項）。その反対解釈からは、参加命令がなされない場合は、他の差押債権者に判決の効力も及ばないことになるから、その前提として、判決の効力は当然には債務者に及ばないと解するのが自然である。取立訴訟の判決効が当然に債務者に及ぶのなら、参加命令がなされていない場合に、判決効が他の債権者に及ばないことの説明が極めて困難となるからである。すなわち、取立訴訟を法定訴訟担当と捉えず、同一の被差押債権に基づく取立訴訟であっても、各債権者の固有適格に基づくそれぞれの請求権として捉える考え方であり、近時有力な見解であるといえる。

これに対し、債権者代位訴訟については、これまでは、法定訴訟担当の代表例とされ、債務者は被告適格を有しないものの判決効は債務者に及び、訴訟物は債務者の第三債務者に対する被代位権利と解されてきたように思われ、基本方針も同様の考え方を前提にしているように思われる。法定訴訟担当と解する場合、同一の被代位権利が複数の代位債権者によって行使される場合は、類似必要的共同訴訟として併合審理を要し、また合一確定を要するものと解されてきたように思われる。

しかし、とりわけ、債権者代位権の行使に際して債務者の処分制限効を認めない当意見の立場においては、代位訴訟が係属している場合であっても、債務者は、別途、第三債務者に対して被代位権利の請求訴訟を提起することも妨げられず、債務者の請求と代位債権者の請求の双方が認容されることがありうるし、第三債務者はどちらに弁済しても有効な弁済となる連帯債権的な関係と捉えて規律するのが整合的である。すなわち、当意見を前提にする債権者代位権は、取立訴訟の場合の近時有力な見解と同様に、各代

位債権者の固有適格に基づくそれぞれの請求権として捉えられる。したがってまた、複数の代位債権者による請求の競合の場面も、各代位債権者の請求権は別個の訴訟物であり連帯債権的にそれぞれ請求可能であり、かつ、第三債務者がいずれかの債権者に目的物を交付することで債務を免れるものと解すべきことになる。

## 7 債権者代位訴訟

### (1) 規定の要否

債権者代位訴訟についての特別な手続規定の要否については、民法と手続法との役割分担に留意しつつ、前記6までの検討結果に応じて必要な規定を新たに設ける方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

代位訴訟について特別の規定を設けることに賛成する。

[理由]

本来型の債権者代位権に関しては、事実上の優先弁済機能が否定されたことも踏まえると※、債権回収のための手段そのものとして債権者代位訴訟が提起される事態は想定できない。しかし、民事執行・保全制度で代替することのできない、債務者の権利の保存行為（時効の中断、対抗要件具備行為等）について、訴訟によって代位権行使がなされる場合は十分に想定できる。また、転用型の債権者代位権についても、訴訟によって行使されることが十分に想定できる。

したがって、国民に対する分かりやすさの観点から、債権者代位訴訟に関する規律を民法に設けておく必要性は肯定できる。

※ 前述のとおり、現行制度の下でも、事実上の優先弁済機能を狙って、強制執行制度ではなく敢えて債権者代位権を活用し有効に債権回収を図るという使われ方が実務でなされているとは言い難い。

### (2) 債権者代位訴訟における債務者の関与

債権者代位訴訟についての規定を設ける場合（前記(1)参照）には、債務者に対する手続保障の観点から、代位債権者による債務者への訴訟告知を要するものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

訴訟告知を要求することに賛成する。

[理由]

債務者に対する手続保障の観点から望ましいものとする。

なお、現行民法では、債権者代位訴訟の場合、任意的訴訟担当として債務者に判決効が及ぶことを前提に、債務者が同訴訟に参加する場合は、共同訴訟的補助参加（被保全権利



を争う場合は独立当事者参加)となるものと解されている。基本方針の制度でも同様に解される。

この点、債権者代位訴訟を法定訴訟担当と捉えず、債権者代位権は固有適格に基づく請求権であると捉える当意見の立場からは、前述のとおり、債務者は、別途、第三債務者に対して被代位権利の請求訴訟を提起することも妨げられていない。したがって、参加の形態としては補助参加（または独立当事者参加）となるものと解される。また、当意見の立場からは、債権者代位訴訟の判決効は当然には債務者に及ぼさず、ひいては他の代位債権者にも影響を及ぼさないため、第三債務者の応訴の負担にも配慮する必要がある。そこで、債務者に判決効を及ぼし、ひいては他の代位債権者にも被代位債権の不存在を主張できるようにするために、債務者に対し共同訴訟人として原告に参加すべきことを命ずる参加命令の制度を設けることも考えられる（取立訴訟の場合における民事執行法157条1項3項、参照。ただし、同制度は債務者ではなく他の債権者に対して参加を促す制度である）。

### (3) 債務者による処分の制限

債権者代位訴訟についての規定を設ける場合（前記(1)参照）には、債権者代位訴訟の提起が徒労になることを防ぐ観点から、債務者が前記(2)の訴訟告知を受けたとき等に、その後の債務者による被代位権利の行使やその他の処分を制限するものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に債務者による被代位権利の処分を制限する場合には、第三債務者による弁済をも禁止するかどうかについても、更に検討してはどうか。

[意見]

債務者の処分も制限せず、また第三債務者の弁済禁止効も発生させないのが妥当である。

[理由]

- 1 そもそも、民事保全法に基づく仮差押え制度においては、被保全債権の存在や保全の必要性のほか、必要な担保を積むことによって初めて仮差押命令を取得でき、第三債務者の弁済禁止効を取得することができるのである。いかに訴訟上の行使とはいえ、債権者代位権の行使と訴訟告知により、債務者の処分禁止効と第三債務者の弁済禁止効の一方または双方を生じさせるだけの理論的正当化は著しく困難である。

また、債権者の立場からは債務者の資力が悪化している状況下において第三債務者から債務者への弁済は確実に制限されていなければ意味はないのであり、基本方針のように、債務者の処分禁止効を発生させつつも第三債務者による弁済を何ら制限しないなどという制度設計は、極めて中途半端である。

債権者代位権の行使を検討するような債権回収の場面において、債権者は、まず、民事保全法に基づく仮差押えを実施することは当然であり、債権者代位権の制度設計にあたっては、債権者がまず仮差押え手続を行なうことを前提にして検討がなされるべきで

ある。

そうだとすると、むしろ、債権者代位権固有の効果として、債務者の処分制限や第三債務者の弁済禁止効など、いわば重たい効果を設ける意味はなく、むしろ、債権者が債務者に代わって権利行使ができるという制度の本質部分のほかは、できるだけ身軽な制度とし、かつ、行使要件も無資力要件から緩和して、使い勝手のよい仕組みとすることが、理論的にも実務的にも妥当であるものと考えられる。

したがって、上記意見のとおりとすべきである。

2(1) なお、上記のとおり、仮差押えと債権者代位権行使が併存することがむしろ原則形態であると捉えるものとして、あらかじめ検討しておくべき論点が若干存するようと思われる。

まず、**そもそも仮差押えがなされている債権を、債権者代位権によって代位行使することが可能かどうか**が問題となる。

この点、債権者代位訴訟が提起される前に、被保全権利について差押えがなされた場合については、法制審資料 7-2、33 頁にもあるとおり、差押えによって債務者自身が被代位権利を行使し得なくなる以上（民事執行法 145 条 1 項）、その代位行使も許されず、債権者代位訴訟を提起することは不適法となると解されている。これに対し、被保全権利について仮差押えがなされた場合はどうか。債権仮差押えがなされた場合は、第三債務者は債務者への弁済を禁止され、債務者は、その反射として弁済を受けることはできないものの、債権の取立てその他の処分を禁止されず（民事保全法 50 条 1 項。同条 5 項においても 145 条 1 項は準用の対象から除外されている）、債務者自身、被仮差押債権を裁判上、裁判外で請求をすることも禁止されていないものと考えられる（司法研修所編・民事弁護教材民事保全（改訂版）52 頁）。したがって、債権者代位訴訟に先立って被保全権利について仮差押えがなされた場合、仮差押債権者自身あるいはその他の債権者が時効中断のために債権者代位権を行使することも制限されていないものと考えられる（瀬木比呂志編・注釈民事保全法【下】119 頁、同旨）。

(2) このようにして、債権者が、被代位権利について民事保全法に基づく仮差押えをしつつ、債権者代位権を裁判上または裁判外で行使したところ、第三債務者が代位債権者に対して任意に弁済する意向を示したとする。このとき、**仮差押命令の効力が維持されたまま、第三債務者が代位債権者に対して弁済することは、仮差押命令の弁済禁止効に反することにならないか。**

このときすでに債権者が被保全権利についての債務名義を取得していたのであれば、仮差押えは本差押えに切り替わっていたであろうから、差押権者の取立権に基づき弁済を受領すれば足りる（そうすることにより、弁済を受領した時点で他の債権者を廃して債権の回収が完了する）が、未だ債務名義を有していない場合に、仮差押えを維持しながら弁済を受領しうるか否かが問題となる。

この点、第三債務者は、仮差押えの効力として債務者に対する弁済が禁止されるが

(民事保全法 50 条 1 項)、債務者の権利を代位行使しているにすぎない代位債権者への弁済も同様に禁止されているものと解される。したがって、第三債務者が任意に弁済する意向を示した場合は、代位債権者への弁済を確約する合意書を取り交わしたうえで、仮差押えの申立てを取り下げてから弁済を受領すべきことになる(申立ての取下後に第三債務者が債務者に弁済した場合は、代位債権者は合意に基づき第三債務者に二重払いを求めることができることになる)※。

代位債権者は、第三債務者から弁済を受領したうえで、後日、被保全権利の債務名義をもって、自己を第三債務者とする債権を差し押さえ、自らとりたてて回収を完了することになる。

※ もっとも、仮差押えの効力により、第三債務者は、原則として代位債権者への弁済が禁止されているが、当該代位債権者が仮差押えの申立人である場合には、例外的に弁済が許されるとの解釈を採ることも可能かもしれない。

#### (4) 債権者代位訴訟が提起された後に被代位権利が差し押えられた場合の処理

判例は、債権者代位訴訟が提起された後に、他の債権者が被代位権利を差し押さえて支払を求める訴え(取立訴訟)を提起したとしても、代位債権者の債権者代位権行使の権限が失われるものではなく、裁判所は代位債権者和其他の債権者の請求を併合審理し、これらを共に認容することができるとする。

しかし、債権者代位訴訟についての規定を設ける場合(前記(1)参照)には、債権者代位権の行使によって保全された責任財産からの満足は究極的には強制執行によって実現されることを重視して、債権者代位訴訟が提起された後に被代位権利が差し押えられたときには、差押えを優先させるものとする方向で、更に検討してはどうか。

また、これに関連して、被代位権利が差し押えられた場合の債権者代位訴訟の帰すうについても、更に検討してはどうか。

[意見]

債権者代位訴訟と取立訴訟を併合審理し、これらをともに認容できるものとする判例法理を明文化すべきである。

債権者代位訴訟と取立訴訟がともに認容された場合に、強制執行、取立ての場面で差押えを優先させることには賛成する。

[理由]

- 1 債権者代位訴訟が提起された後に被代位権利が差し押えられた場合は、現行判例と同じように、債権者代位訴訟と取立訴訟を併合審理し、これらをともに認容することができるものとするべきである。
- 2 基本方針のように、代位債権者は権利行使ができなくなるものとする場合には、法制審資料 7-2、34 頁にあるとおり、差押の申立ての取下げによって手続が終了する場合の

取扱いに鑑みて、次のような論点は残る。すなわち、債権者代位訴訟の提起後に被代位権利が差し押さえられた場合に、債権者代位訴訟は中止することができるとするか、中断させたうえで差押債権者による受継を可能とするべきか、また、受継後に差押手続が終了した場合には、代位債権者による再度の受継を認めることができるか、等の論点である。

- 3 他方、現行法における判例（最判昭和45年6月2日民集24巻6号447頁）は、債権者代位訴訟が提起された後に、他の債権者が被代位権利を差し押さえ取立訴訟を提起した場合に、債権者代位訴訟と取立訴訟を併合審理し、これらとともに認容することができるとしている。

双方について認容判決がなされた後の取扱いが問題となるが、差押えの効力が優先し、第三債務者から弁済を受けることは差押債権者のみであると考えられる。

かかる判例の立場によれば、差押えの申立ての取下げにまつわる問題は回避できるし、最終の回収の局面で差押債権者の優先性が確保されているならば、理論面からの疑問は残るかもしれないが、実務上特段の不都合はないものと考えられる。

したがって、現行判例の取扱いを明文化すべきである。

#### (5) 訴訟参加

債権者代位訴訟についての規定を設ける場合（前記(1)参照）には、債務者が債権者代位訴訟に訴訟参加することができることや、他の債権者が債権者代位訴訟に訴訟参加することができることを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

債務者または他の債権者が債権者代位訴訟に訴訟参加できることを明文化することに賛成する。

[理由]

- 1 異論のないところであり、明文化すればよい。
- 2 なお、債務者の債権者代位訴訟への訴訟参加の形態としては、債権者代位訴訟を法定訴訟担当と捉える見解からは、共同訴訟的補助参加（被保全権利の存否に争いがない場合）、独立当事者参加（被保全権利の存否をも争う場合）が考えられるが、当意見のように、債権者の固有適格に基づく請求権という前提であれば、独立当事者参加のほか、補助参加が可能であると解される。また、当意見の立場を前提に、債務者のニーズに政策的に應えるため、共同訴訟参加を認めることも考えられる（若干場面は異なるが民事再生法138条2項参照）。
- 3 他の債権者の債権者代位訴訟への訴訟参加の形態としては、債権者代位訴訟を法定訴訟担当と捉える見解からは、共同訴訟参加や独立当事者参加が考えられる。債権者代位訴訟が債権者の固有適格に基づく請求権に基づくという当意見の立場からは、債権者に

よる債権者代位請求の競合の場面も当然には合一確定は求められず、各債権者は格別に訴訟提起することも可能であるから、参加の形態としては補助参加、独立当事者参加が考えられる。また、前述のとおり、当意見の立場を前提に、第三債務者の応訴の負担を勘案して、債務者への参加命令の制度を設ける場合には、同制度に基づく債務者の参加形態は共同訴訟参加となる。

## 8 裁判上の代位（民法第423条第2項本文）

裁判上の代位の制度（民法第423条第2項本文）を廃止するかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

裁判上の代位の制度を廃止する方向で検討してよい。

[理由]

裁判上の代位の制度の利用実績が、これまでほとんど無かったし、また、被保全権利の履行期が未到来の場合であっても、保存行為としての代位権行使は可能であり、それ以上の代位権行使を認める必要性が感じられないからである。

## 第10 詐害行為取消権

### 大阪弁護士会提案にかかる詐害行為取消権の概要

（詐害行為取消権の法的性質及び詐害行為取消訴訟の在り方）

- 1 (1) 責任説を採用せず、逸出財産を債務者に返還させることを原則とする判例法理（折衷説）を基本として、問題点を個別的に克服していく方向で検討するものとする。
- (2) 詐害行為取消訴訟においては債務者をも被告とするものとする。債務者に対する給付訴訟の併合提起は義務付けないものとする。
- (3) 詐害行為取消訴訟が競合した場合の強制併合等の手当は不要である。なお、詐害行為取消訴訟の認容判決の効力はすべての債権者に及ぶものの棄却判決については訴訟当事者間のみ及びぶものとすべきである。また、そもそも債権者が自己に対して直接引渡しを求めることを認めるべきでないから、直接引渡が競合した場合の規律も不要である。

（要件に関する規定の見直し）

- 2 (1) ア 被保全債権が、詐害行為よりも後に発生したものであるとき、または、強制執行により実現することができないものであるときは、詐害行為取消権を行使することができないものとする。

イ 無資力要件については、現行法と同様、「債権者を害することを知ってした行為」との条文を維持するものとする。

(2) ア 詐害行為取消権の要件については、否認権と同様、対象行為を類型化して規定するものとし、現行民法 424 条 1 項本文に相当する一般的な要件を定める場合は、類型化した要件を定める規定との関係が不明瞭にならないよう留意するものとする。なお、対象行為は「法律行為」から「行為」に改めるものとする。

イ (7) 相当価格処分行為については、否認権と同様の要件を設けるものとする。

(イ) 同時交換的行為については、相当価格処分行為の要件のもと取り消すことができるものとする。

(ウ) 無償行為の取消要件については、支払停止の概念を導入し、否認権と同様の要件を設けるものとする。また取消しの効果についても、無償否認の効果と同様の特則を設けるものとする。

ウ (7) 債務消滅行為については、偏頗行為否認の要件と同様の要件を設けるものとする。

(イ) 既存債務に対する担保供与行為についても、偏頗行為否認の要件と同様の要件を設けるものとする。

エ 対抗要件具備行為は、詐害行為取消しの対象外とするものとする。

(3) 転得者に対する詐害行為取消権の要件として、受益者及びすべての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求することで足りるものとし、いわゆる二重の悪意を要求しないものとする。倒産法上の転得者に対する否認要件もこれに整合させて改正するものとする。転得者が無償行為によって転得した場合につき、否認権と同様の特則を設けるものとする。

(4) 破産管財人が詐害行為取消訴訟のまま手続を続行できるような制度を設けないこととする（いわゆる逆転現象は生じないようにすることからかかる制度の必要がない）。

(効果に関する規定の見直し)

3 (1) 取消債権者が、受益者または転得者に対して金銭等の直接交付を求めることを禁止し、受益者等から金銭を回復する場合に認められていたいわゆる事実上の優先弁済は否定するものとする。回復する財産の種類を問わず、取消債権者は、受益者等に対し、債務者の行為によって逸出した財産等を、債務者に返還するよう請求するものとし、回復財産が不動産の場合は債務者名義に回復した不動産を差押える方法によって、また、不動産以外の財産である場合は債務者の受益者等に対する請求権を差押える方法によって被保全債権の回収を図るものとする。

(2) 取消債権者は、被保全債権の債権額の範囲にとどまらず、詐害行為を取り消すことができるものとする。

(3) 逸出財産の種類ごとに具体的な回復方法の規定を設けるものとする。また、現物返

還を原則とし、例外的に価額賠償を認めるものとする。価額の算定基準時については解釈に委ね、明文規定を設けないものとする。

(4) 取消債権者が詐害行為取消権の行使のために必要な費用を支出したときはその費用の償還を請求できるものとし、当該請求権に一般の先取特権を付与するものとする。

(5) ア 債務消滅行為が取り消されたときは、受益者の債権が復活するものとする。

イ 否認権との整合を図り、受益者の反対給付に関する優先的な価額償還請求権を認め、債務者の隠匿等処分意思につき悪意の場合の例外を定めるものとする。受益者の価額償還請求権と取消債権者の費用償還請求権の優劣については、後者を優先させるものとする。

ウ 転得者が前者に対してした反対給付の価額を優先的に回収できるよう手当てするものとする。

(詐害行為取消権の行使期間（民法第 426 条））

4 詐害行為取消権の行使期間については、知ったときから 2 年、行為時から 20 年という現行法の規律を維持するものとする。

## 1 詐害行為取消権の法的性質及び詐害行為取消訴訟の在り方

### (1) 債務者の責任財産の回復の方法

判例は、詐害行為取消権を、債務者の詐害行為を取り消し、かつ、これを根拠として逸出した財産の取戻しを請求する制度（折衷説）として把握しているとされ、取消しの効果は、取消債権者と受益者・転得者との間で相対的に生じ、債務者には及ばないとする（相対的取消し）。これに対しては、債務者の下に逸出財産が回復され、債務者の下で強制執行が行われることを理論的に説明することができないなどの問題点が指摘されており、学説上は、責任財産を保全するためには、逸出財産を受益者・転得者から現実に取り戻すまでの必要はなく、受益者・転得者の手元に置いたまま、債務者の責任財産として取り扱うべきとする見解（責任説）も有力に主張されている。

詐害行為取消権の規定の見直しに当たっては、このような学説の問題意識も踏まえつつ、まずは判例法理（折衷説）の問題点を個別的に克服していく方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

責任説を採用せず、逸出財産を債務者に返還させることを原則とする判例法理（折衷説）を基本として、問題点を個別的に克服していく方向に賛成する。

[理由]

1 責任説は、詐害行為取消訴訟において債務者の詐害行為を取り消すという取消判決が下されると、逸出財産の所有権は受益者・転得者に帰属したまま、受益者がその財産を

もって債務者の債務について責任を負う状態になり、続いて、取消債権者が受益者または転得者を被告として提起する責任訴訟（執行認容の訴え）において、逸出財産に対して強制執行することができるとする責任判決が下されると、取消債権者はこれを債務名義として、受益者・転得者の下にある逸出財産に強制執行ができ、債務者のその他の債権者等も配当に加入できるとする（詐害行為取消訴訟と責任訴訟を一体のものとして統合した詐害行為責任拡張訴訟の導入を提唱する学説もある）。

これに対しては、受益者・転得者が他人を債務者とする総債権者の債権を被担保債権とする物上保証類似の地位という現行の民法にはなじみのない法律関係におかれる、責任判決という我が国の手続法には存在しない概念を用いなくてはならない、詐害行為取消訴訟の係属中や終結後に債務者について倒産手続が開始した場合などに否認権との接合に困難が生じるなどの批判がなされている（以上につき、法制審資料 7-2, 44 頁以下）。

2 当弁護士会は、詐害行為取消権の法的性質論としては、詐害行為の取消権（形成権）と逸出財産の取戻しの請求権の双方を含むとするいわゆる判例の折衷説の立場に基本的には立ちながらも、逸出財産が金銭等動産である場合の逸出財産の回復・被保全債権の回収の方法について、現行判例にみられる事実上の優先弁済を完全に否定し、取消債権者が、詐害行為取消判決によって認められた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て、債権執行手続により被保全債権を回収すべきものとの結論に至っている。この考え方は、逸出財産が不動産である場合とその他の財産である場合とを問わずに、強制執行手続による債権回収を取消債権者にとってのゴールとする点において責任説と共通の思想に立っており、むしろ責任説にまつわる種々の問題を回避できることから、敢えて責任説を採用するまでもないのではないかと考える。

3 すなわち、当弁護士会の考え方と責任説の考え方を比較して、取扱いや結論に差異を生じる主な場面は、次の 2 つに限られるのではないかとと思われる。

第一には、詐害行為取消訴訟における債務者の地位である。当弁護士会の考え方によると、詐害行為取消訴訟において債務者をも被告とすべきであり、したがってまた詐害行為取消の効力が債務者に及ぶこととなるが、責任説では、債務者は被告とならず、取消判決の効力は当然には及ばないことになる。しかしながら、責任説によるときでも、詐害行為取消訴訟を提起された受益者等としては、詐害行為が取り消された後、債務者に対して反対給付の返還請求や復活債権の請求をする場合に備えて、債務者に訴訟告知をし、その判決効を及ぼしておくことが通常取扱いとなるように思われ、債務者が取消訴訟の手続に関与せず、判決効が及ばないことが、ことさらにメリットであるようには思われなところである。

第二には、詐害行為取消後に、逸出不動産や受益者に対する金銭支払請求権（債権）等に対して強制執行手続がなされ、取消債権者が被保全債権の全額を回収した後に剰余が生じた場合の当該剰余の帰属の点である。当弁護士会の考え方によれば、当該剰余は債務者に帰属することになるが、責任説では、所有者である受益者等に帰属することに



なろう。この結論こそが、受益者所有の債務者責任財産との法律関係を観念することによって導かれる帰結であり、当該結論は、特に、詐害行為取消後に債務者が資産超過であるケースを想定するならば、本来の債務者の行動の自由に伴う責任の見地から、妥当な結論であるように思われる。しかしながら、強制執行後の剰余は生じたものの、それはたまたま当該強制執行手続に加入する債権者がなかったからであって、逸出財産の回復後もなお債務者が債務超過であった場合を想定するならば、むしろ当弁護士会の考え方のように、剰余金銭は債務者の所有とし、他の債権者が改めてこれを強制執行することを可能とし、また債務者がその後当該剰余金銭を受益者その他の第三者に処分する行為は、改めて詐害行為を構成しうるものと解するほうが適切である。また、受益者に剰余金銭を返還することが妥当な場面は、「詐害行為取消前は責任財産保全が必要であったものの取消後は資産超過となった」というような、まさに例外中の例外であり、かかる例外をうまく処理できるということのみでは、幾多のハードルを乗り越えて責任説に基づく制度を構築する根拠として不十分であるように思われる。

4 以上のとおり、責任説を採用せず、判例法理の問題点を克服していく方向に賛成する。

## (2) 詐害行為取消訴訟における債務者の地位

取消しの効力が債務者に及ばないこと（相対的取消し）に起因する理論的問題点（前記(1)参照）を克服するために、詐害行為取消訴訟において、受益者又は転得者のみならず債務者をも被告とするか、又は債務者に対する訴訟告知を要するものとするなどして、取消しの効力が債務者にも及ぶようにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に債務者をも被告とする場合には、債務者に対する給付訴訟の併合提起を義務付けるかどうかについても、更に検討してはどうか。

### [意見]

詐害行為取消訴訟において、債務者をも被告とすることに賛成するが、債務者に対する給付訴訟の併合提起を義務付けることについては、反対する。

### [理由]

1 債務者を被告とすることにより、取消債権者の負担が不当に増えるとは考えない。すなわち、被告が行方不明等の場合であっても公示送達の方法もあるから、債権者にとってことさらに負担であるとはいえない。

また、債務者を被告にすることにより、指摘されている理論的な問題を解消させることができる。すなわち、現行判例のとる相対的取消しによっては、債務者に取消しの効力が及ばないにもかかわらず、債務者の下に逸出財産が回復され、債務者の下で強制執行が行なわれることを理論的に説明することができない。

さらに、詐害行為取消訴訟における主要争点が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ある。

この点に関し、「論理的に、債務者に効力を及ぼす場合に被告にしなければならないかどうかというところも考えてみる余地はあるような感じはしております。…その効力を及ぼす場合に必ず被告にしなければならないということもなさそうな感じもして、その債権者代位と同じように訴訟告知ぐらいで足りるというようなことも制度としてはあり得ないことはないような気がいたしまして、ここはもう少し考えていただく余地はあるかなと思っております。」(第5回会議議事録38頁, 山本(和)幹事発言)との指摘もある。しかしながら、詐害行為取消権の場面において被告たる債務者は必ずしも告知者である債権者のために補助参加するとは限らないところ、かかる場面で参加がなされなかった場合の参加的効力の内容については諸説あり得るところである。債権者勝訴の場合と敗訴の場合を通じて債務者に安定的に判決効を及ぼすことが望ましいこと、また、上記のとおり、債務者を被告とすることにより、ことさらに債権者の負担となるものでもないことからすれば、債務者を被告とすることが義務付けられるべきである。

- 2 給付訴訟の併合提起については、確かに、詐害行為取消訴訟において、取消債権者は、取消要件として、被保全債権の存在を証明しなければならず、また、前述のとおり、詐害行為取消訴訟の被告に債務者を加えなければならないものとしている以上、給付訴訟の併合提起が義務付けられたとしても、取消債権者にとって特段の負担増となるものではない。また、後述するとおり、いわゆる事実上の優先弁済を否定し、強制執行手続に基づいて、取消債権者が、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差し押さえて債権回収を図ることを前提とする制度を指向する場合には、取消債権者は、詐害行為取消訴訟に勝訴しても被保全債権の債務名義を有していなければ取消しに基づく権利の実現ができないから、債務名義を有していない債権者に、給付訴訟の併合提起を義務付けることは合理的であると思われる。

しかしながら、仔細に検討すると、例えば、①給付訴訟が先行提起されている場合において、その後の詐害行為取消訴訟に併合されるべきものとする、先行して給付請求権についての債務名義を得ておきたいという債権者の利益が害される。詐害行為取消訴訟と同時に給付訴訟を提起する場合であっても、合一確定が確保されるべきものとするれば、同様に、先行して給付請求権についての債務名義を得ておきたいという債権者の利益が害される。また、②先行提起されている給付訴訟が上訴審に係属している場合は、取消訴訟との併合がそもそも困難である。

そこで、取消債権者が、被保全債権について債務名義を有していない場合であっても、給付訴訟の併合提起を制度上義務付けるのではなく、併合提起するか否かは取消債権者の自主判断に委ねるのが妥当であるものとする。このように解したとしても、新たな詐害行為取消制度においては、詐害行為取消訴訟において債務者を被告とすることが義務付けられ、かつ、当該訴訟において取消債権者は被保全債権の主張・立証が必要なことから、債務名義を有していない取消債権者は通常は給付訴訟を併合提起するものと考

えられる（債務者に被告適格がない現行制度のもとの実務においても、被保全債権について債務名義を有していない取消債権者は、給付訴訟を併合提起する人が多いものと思われる）。また、未だ給付請求権の債務名義を有していないが先行して取得したいとして給付訴訟を併合提起せずに別訴提起するとの取消債権者の判断は尊重されるべきであるし、さらに、そのような事情もなく給付訴訟を併合提起せず、結果、詐害行為取消判決を得ても事実上判決に基づく権利の実現ができないことについては、取消債権者の自己責任に帰すべきものとする。

### (3) 詐害行為取消訴訟が競合した場合の処理

仮に取消しの効力が債務者にも及ぶものとする場合（前記(2)参照）には、同一の詐害行為の取消しを求める複数の詐害行為取消訴訟が提起された際に、どのようにして判決内容の合一性を確保するかや、複数の債権者がそれぞれ自己に対して逸出財産の引渡しを求めたときの規律の在り方等について、更に検討してはどうか。

#### [意見]

取消しの効力はすべての債権者に及ぶものとし、取消訴訟の棄却判決については訴訟当事者間のみ効力が及ぶものとするれば足り、強制併合等の手当は不要である。なお、そもそも債権者が自己に対して直接引渡しを求めることを認めるべきでないから、複数の債権者がそれぞれ自己に対して逸出財産の引渡しを求めた場合の規律を設ける必要はない。

#### [理由]

1 同一の詐害行為に関する複数の取消訴訟が併合審理される場合には、取消判決の効力がすべての債権者に及ぶことに鑑み、いわゆる類似必要的共同訴訟となるものと解すべきであり、判決の合一確定を確保すべきである。すなわち、先行して詐害行為取消訴訟が係属している場合には、他の債権者は、当該訴訟に共同訴訟参加（民事訴訟法 52 条）をなしうるし、また、数人の債権者が共同して詐害行為取消訴訟を提起する場合も類似必要的共同訴訟となるものと解される（債権者代位訴訟に関する法制審資料 7-2, 37 頁、参照）。

これに対し、債権者が、別々に訴訟を提起した場合には、強制的に併合されることはなく、二以上の取消判決が確定する場合もあるし、取消判決と棄却判決がなされて判決内容に矛盾が生じる場合もありうるものと解して差し支えないものとする。もっとも、同一の官署としての裁判所に同一の詐害行為に関する複数の取消訴訟が係属する場合には、判決の矛盾がなるべく生じないように、裁判所はなるべく併合審理すべきである。併合審理がなされずに、判決に矛盾が生じている場合でも、このうち詐害行為取消しを認める判決の効力は実体法上全ての債権者に及ぶから（他方、棄却判決には対世効がない）、その後、全ての債権者が債務者に対する債権の債務名義に基づきその取消しを前提とした執行手続に加入しうることになる。当該執行手続への加入の機会を捉えることができ

るか、逃してしまうかは、民事執行法の規律に基づいた自己責任に委ねられることになる。

このように、取消判決後に強制執行がなされる場面では、敗訴が確定した取消債権者や詐害行為取消訴訟を起こしていない債権者も含めて、すべての債権者が配当要求等の所定の方法により、当該執行手続に加入する機会が与えられる。

2 なお、取消債権者が受益者ないし転得者から金銭等の直接交付を求めることが認められるべきでないことは、後述する（「3」「(1)」）。

3 これに対し、徹底して判決の合一確定を確保するために、強制併合等の手当てを設けることも、一応考えられるところである。

しかし、強制併合の手当てを設けるには、専属管轄を設け、詐害行為取消しの期間を制限するなどの付随する手当てが必要となるように思われるが、かえって詐害行為取消権の行使が困難になるからそこまでの必要はなく、類似必要的共同訴訟の限度で判決の合一確定が図られることで十分であるように思われる※。

※ 同一の詐害行為について、取消しを求める訴訟が複数提起された場合は、二重起訴にあたるのではないかという議論もあり得るが、詐害行為取消権は、各債権者の固有適格に基づくそれぞれの訴訟上の請求権であるものと考えられ、各債権者ごとに訴訟物は別であるから二重起訴にあたらないものと解される。検討委員会試案もかかる考え方を前提として、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の規律を設けているものと思われる。なお、認容判決に対世効が認められるものの、出訴期間の定めもなく、順次複数の者によって提起しうる訴訟制度の例として、株主総会不存在・無効確認の訴えの制度がある（会社法 830 条、838 条。同制度には専属管轄の規定（同法 835 条）や弁論等の必要的併合の規定（同法 837 条）の適用もあるが、出訴期間の制限はなく、先行訴訟が上訴審に係属している場合を考えると強制併合を貫徹できるかは疑問であるし、ある原告適格者につき棄却判決が確定した後に別の原告適格者が同一の決議の無効確認訴訟等を提起することも妨げられていないものと解され、結局、上記と類似の規律になるものと思われる）。

なお、債権者代位権については、これを債権者の固有適格に基づく請求権と解する当意見の立場に立ったとしても、例えば第三債務者が債務者に対して提起した債務不存在確認訴訟などにより債務者と第三債務者間で被代位債権の不存在が確定判決をもって確定すると、他の債権者はこれを代位行使する余地がなくなるものと思われる。債権者代位権は、債務者の有する権利を代位行使するという構造をとっており、当該債務者が訴訟手続上当該第三債務者に対して当該権利を行使し得ないことが確定したことを実体法上も反映させるのが自然と思われるからである。これに対し、詐害行為取消訴訟については、ある債権者が提起した取消訴訟において詐害

行為取消しが認められず当該債権者が敗訴し、その判決効が受益者のほか債務者にも及んだとしても、当該債権者が、その後、同一行為について詐害行為取消しを前提とする請求をすることが既判力により遮断されるに過ぎず、同一行為に対する他の債権者の詐害行為取消しが許されなくなるものではないと考えられる。詐害行為取消権においては、ある詐害行為についてある債権者との間で取消要件がないと判断されたとしても、債務者と受益者（転得者）間で詐害行為要件の不存在が既判力をもって確定するわけではないからである。

## 2 要件に関する規定の見直し

### (1) 要件に関する規定の明確化等

#### ア 被保全債権に関する要件

被保全債権に関する要件について、判例と同様に、詐害行為よりも前に発生していることを要するものとするかどうかについて、詐害行為取消しの効果（後記3(2)参照）との関係にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず、強制執行により実現することもできないものである場合には、詐害行為取消権を行使することができないものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 被保全債権が、詐害行為よりも前に発生していることを要するものとすることに賛成する。
- 2 被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず、強制執行により実現することもできないものである場合には、詐害行為取消権を行使することができないものとすることに賛成する。

[理由]

これらの考え方は、現行法の判例・学説と同じものであり、分かりやすさのために、明文化することに賛成である。

#### イ 無資力要件

「債権者を害することを知ってした法律行為」（民法第424条第1項本文）の「債権者を害する」とは、債務者の行為によって債務者の責任財産が減少して不足を来すおそれがあることをいうと解されている（無資力要件）。そこで、この無資力要件を条文上も具体的に明記するかどうかや、明記する場合の具体的な内容について、更に検討してはどうか。

[意見]

無資力要件の表現として、「債権者を害することを知ってした行為」という表現を維持す

ることで十分であると考え。

[理由]

- 1 民法 424 条 1 項本文の「債権者を害する」については、債務者の行為によって債務者の責任財産が減少して不足を来すおそれがあることをいうものと解されており、これを定義して明文化すべきかが問題となる。

この点、同条項の「債権者を害する」の意義については、倒産法上の詐害行為否認の要件としての「債権者を害する」(破産法 160 条 1 項 1 号)の意義と同様に解すべきものと考えられるところ、倒産法上は、本論点について、より厳密な議論がなされており、支払不能または債務超過状態が発生し、あるいは支払不能が確実に予測された時期の行為であればこれに該当するという考え方が有力であるように思われる。したがって、「債務者の責任財産が減少して不足を来すおそれ」という定義付けに関しては、「おそれ」の意味合いを捉え方にもよるが、倒産法上の議論を踏まえると、概して、文字どおりには詐害行為の成立範囲が広すぎるものと評価しうるのではないかと考えられる。

かかる点に関する議論は未だ尽くされていないが、現時点で、従前からの民法上の解釈論に従って、無資力要件を「債務者の行為によって債務者の責任財産が減少して不足を来すおそれがあること」と定義することについては、時期尚早であるものと考えられ、無資力要件の表現としては、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、「債権者を害することを知ってした行為」という表現を維持することで十分であるものと考え。

- 2 なお、検討委員会試案においては、いわゆる無資力要件は債務超過と同義とすることが提案されている。

しかし、上記のとおり、詐害行為否認の前提としては、債務超過状態が発生していなくても、支払不能（さらには債務超過）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有力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、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、債務超過の概念は、資産・負債の評価方法が種々ありうることから極めて多義的であって、立証が難しく、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ことから立証が困難な場合があり、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<sup>※</sup>。

したがって、無資力要件を債務超過に限定することについては、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ると、疑問であるものといわざるを得ない。

※ 資産超過が立証された場合は議論があり得るとしても、必ずしも債務超過が立証されていない場合でも、支払停止や支払不能が立証されたときには、「債権者を害する」と認め、差し支えないように思われ、また実務上もそのように運用されているように思われる。

## (2) 取消しの対象

### ア 取消しの対象の類型化と一般的な要件を定める規定の要否

詐害行為取消権の要件については、民法第424条第1項本文は、「債権者を害することを知ってした法律行為」という概括的な規定を置くのみであるが、取消しの対象となる行為の類型ごとに判例法理が形成されてきたことや、平成16年の破産法等の改正により倒産法上の否認権の要件が類型ごとに整理されたことなどを踏まえて、取消しの対象となる行為を類型化（後記イからエまで参照）して要件に関する規定を整理すべきであるとの意見がある。そこで、詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理するかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に詐害行為取消権の要件を類型化されたものに改める場合であっても、詐害行為取消しの一般的な要件を定める規定（民法第424条第1項本文に相当するもの）を維持するかどうかについて、更に検討してはどうか。そして、一般的な要件を定める規定を維持する場合には、法律行為以外の行為も一定の範囲で取消しの対象になると解されていることから、「法律行為」という文言を改める方向で、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 一般的な要件を定めることには反対しないが、個別要件を定める規定との関係が不明瞭とならないよう留意が必要である。
- 2 「法律行為」という文言を「行為」に改めることに賛成する。

#### [理由]

- 1 分かりやすさの観点から、一般的な要件を定めることには反対しない。  
もともと、後述するとおり、偏頗行為については、倒産法上の否認権と同様、財産減少行為類型の取消しとは別個の要件で詐害行為取消権の対象として扱うべきであるところ、詐害行為取消しの一般的な要件を定める規定と偏頗行為の取消要件を定める規定との関係が不明瞭であると、かえって解釈上の疑義を増やすことにもなりかねない。この点は、例えば破産法160条1項本文括弧書のように、一般的な要件を定める規定に偏頗行為について適用しない旨の明記をするなどの留意が必要であると考えられる。
- 2 「法律行為」を「行為」に改めることについては、現行法でも法律行為に限定されないものと解されていることから、賛成する。

## イ 財産減少行為

#### (7) 相当価格処分行為

判例は、不動産等の財産を相当価格で処分する行為（相当価格処分行為）について、債権者に対する共同担保としての価値の高い不動産を消費、隠匿しやすい金銭に換えることは、債権者に対する共同担保を実質的に減少させることになるとして、詐害行為に該当し得るとしている。これに対し、破産法は、相当の対価を得てした財産の処分行為の否認について、破産者が隠匿等の処分をする具体的なおそれ、破産者の隠匿等の処分をする意思、受益者の認識をその要件とするなどの規定を置き（同法第161条第1項）、否認の要件を明確にするとともに、その成立範囲を限定している。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、相当価格処分行為の取消しの要件として、相当価格処分行為の否認と同様の要件を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

否認と同様の要件を設けることについて、賛成する。

#### [理由]

否認の取扱いと整合させるのが妥当であり、かつ、この点についての現行否認制度を改正すべき理由も見当たらない。

#### (4) 同時交換的行為

判例は、担保を供与して新たに借入れをする場合等のいわゆる同時交換的行為について、借入れの目的・動機及び担保目的物の価格に照らして妥当なものであれば詐害行為には当たらないとしている。これに対し、破産法は、同時交換的行為を偏頗行為否認の対象から除外している（同法第162条第1項柱書の括弧書部分）が、担保権の設定が融資に係る契約と同時に、又はこれに先行してされている場合には、経済的には、担保権の目的物を売却して資金調達をした場合と同様の実態を有すると考えられることから、相当価格処分行為の否認（同法第161条参照）と同様の要件の下で否認することができると解されている。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、同時交換的行為の取消しの要件として、相当価格処分行為の否認と同様の要件を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

相当価格処分行為の要件のもとで取り消すことができる扱いとすることに異存はない。条文上の表現方法に関しては、倒産法と同様、偏頗行為類型の取消対象行為を既存の債務についてされたものに限定する体裁の規定を置くことが考えられる。

#### [理由]



倒産法上の否認権において、同時交換的行為は、相当価格処分行為と同様の要件のもとで否認できるものと解されている。詐害行為取消権についても、これと同様の考え方によるべきであり、相当価格処分行為の要件のもとで取り消すことができる扱いとすべきである。

かかる取扱いについての条文上の表現方法に関しては、検討委員会試案のように明文規定を置く方法も考えられるが、倒産法と同様の体裁の規定を置いて同様の解釈が採用されるべきことをアピールする方法もあり得る。前者の方法を採用する場合は、本来は、倒産法の条文文言も併せて整備されるべきである。

#### (ウ) 無償行為

財産を無償で譲渡したり、無償と同視できるほどの低廉な価格で売却したり、債務を免除したり、債務負担行為を対価なく行ったりする行為（無償行為）については、債務者が「債権者を害することを知って」おり（民法第424条第1項本文）、かつ、受益者が「債権者を害すべき事実」を知っている（同項ただし書）場合には、詐害行為に該当すると解されている。これに対し、破産法は、破産者が支払の停止又は破産手続開始の申立てがあった後又はその前6か月以内にした無償行為及びこれと同視すべき有償行為については、破産者・受益者の主観を問わず、否認（無償否認）の対象となると規定している（同法第160条第3項）。仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、無償行為の取消しの要件として、無償否認の要件と同様の要件を設けるかどうかについて、無償否認の要件とは異なり受益者の主観的要件のみを不要とすべきであるとする考え方が示されていることや、時期的な限定を民法に取り込むことの是非が論じられていることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、無償行為の取消しについて受益者の主観を問わない要件を設ける場合には、取消しの効果についても、無償否認の効果（同法第167条第2項）と同様の特則を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 無償行為の取消要件について、支払停止の概念を導入し、否認権の要件と完全に整合させることに賛成する。
- 2 無償行為の取消しの効果について、無償否認の効果と同様の特則を設けることに賛成する。

#### [理由]

- 1 支払停止の概念を導入し、否認権の要件と完全に整合させるのが、法秩序の一貫性の観点から妥当である。
- 2 善意の受益者の保護のために、無償否認の効果と同様、返還範囲を現存利益とする特

則を設けるべきである。

## ウ 偏頗行為

### (7) 債務消滅行為

判例は、債務消滅行為のうち一部の債権者への弁済について、特定の債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもって弁済したような場合には詐害行為となるとし、また、一部の債権者への代物弁済についても、目的物の価格にかかわらず、債務者に、他の債権者を害することを知りながら特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させるような詐害の意思があれば、詐害行為となるとしている。これに対し、平成16年の破産法等の改正により、いわゆる偏頗行為否認の時期的要件として支払不能概念が採用されたこと等に伴い、支払不能等になる以前に行われた一部の債権者への弁済は、倒産法上の否認の対象から除外されることになった。このため、債務消滅行為に関しては、平時における詐害行為取消権の方が否認権よりも取消しの対象行為の範囲が広い場面があるといった現象（逆転現象）が生じている。

こうした逆転現象が生じていることへの対応策として、①債権者平等は倒産手続において実現することとして、債務消滅行為については詐害行為取消しの対象から除外すべきであるとの考え方や、②倒産手続に至らない平時においても一定の要件の下で債権者平等は実現されるべきであるとして、特定の債権者と通謀し、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非義務的な債務消滅行為に限り、詐害行為取消しの対象とすべきであるとの考え方、③偏頗行為否認の要件（破産法第162条）と同様の要件を設けるべきであるとの考え方が示されているほか、④判例法理を明文化すべきであるとの考え方も示されている。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、債務消滅行為の取消しの具体的な要件について、以上の考え方などを対象として、更に検討してはどうか。

#### [意見]

偏頗行為類型の行為について、偏頗行為否認の要件（破産法162条）と同様の要件を設けるべきであるという考え方（③）に賛成する。なお、倒産法上の偏頗行為否認の要件に相当する要件（時期的要件）を具備し、さらに通謀等の主観的要件をも満たした場合のみに、債務弁済行為を取り消しうるとする選択肢（近親者等への弁済の場合、支払不能・支払停止のほか、通謀等の事実も推定されるものとしてよい）も考えられる。

これに対し、債務消滅行為、あるいは本旨弁済を、一律に詐害行為取消しの対象から除外する見解（①、②）、逆転現象が生じうる見解（②、④）には反対である。

#### [理由]

1 (1) まず、およそ債務消滅行為を詐害行為取消権の対象から全面的に除外する考え方

(①) の当否について、検討する。

この点、当弁護士会の担当委員会での議論においては、債務消滅行為の全面的除外を支持する委員は存在せず、一定の債務消滅行為は取消権の対象とすべきであるという考え方で一致した。

その理由としては、次のような点が挙げられる。

- ① 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のが実情であり、かかる実情が直視されるべきである。
- ② 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には、上記①の実情も踏まえると、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ない。

(2) 続いて、通謀等のある非義務行為のみを取消対象とし、たとえ通謀等のある弁済であっても本旨弁済については、取消権の対象から全面的に除外するという考え方 (②) の当否が問題となる。

この点についても、当弁護士会の担当委員会での議論においては、本旨弁済であるからといって取消権の対象から全面的に除外されるべきではないという見解がほとんどであった。

その根拠としては、次のような点が考えられる。

- ① 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る。例えば、配偶者などの近親者、関連会社など、債務者（法人債務者の代表者）と経済的に一体の者への弁済がなされる場合を想起すると、本旨弁済であるとの理由のみで対象から除外すべきでない。また、本旨弁済が取消対象から除外されれば、債務者の決算書には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る場合などもこれを取り消すことが相当困難となる。
- ② 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ない。例えば、法人が完全に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、ひいては財産隠匿を誘発することにならないか。
- ③ 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のではないか。例えば、破綻して廃業した後の弁済であるならば、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のではないか。

(3) 以上のように、債務消滅行為を詐害行為取消権の対象に取り込む見解に対しては、

詐害行為取消権の制度をもって、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捉える以上、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批判がある。

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。今般検討されている方向性での詐害行為取消権によれば、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、少なくとも二者の按分弁済は実現できることになる。偏頗行為の取消しの場面で、独り占めは許さず、最低限二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。

- (4) また、現行法下において、債務消滅行為とりわけ本旨弁済について詐害行為取消しが認められた事例はほとんど知られておらず、実務上のニーズは低いものと考えられるから、債務消滅行為の取消しについてせつかく規定を設けても意義は少ないとの指摘もありうるところである。

しかしながら、仮に詐害行為取消訴訟によって本旨弁済が取り消される事例が実際には多くないとしても、弁護士実務の経験上、債務者から相談を受けた際、詐害行為取消権を引合いに出して偏頗行為をしないようアドバイスをすることは少なくない。すなわち、偏頗行為が詐害行為取消の対象であることによる予防的効果は決して小さくないものと思われる。倒産手続に至らなければ、偏頗行為の効力が否定され得ない制度となるならば、偏頗行為が助長され、さらには倒産の自己申立ての回避にもつながりかねないものとする。また、私的整理の場面でも、現実に本旨弁済等偏頗行為について詐害行為取消訴訟が提起されることが稀だとしても、債権者間の平等が確保された再建計画が立案されることの促進のために、詐害行為取消権の果たす役割は少なくない。仮に偏頗行為が詐害行為取消権の対象から除外されるならば、偏頗行為の受益者たる金融機関等は、「倒産手続外では偏頗行為は何ら禁止されていないから、応じられない」とか、「弁済金の取戻しにこだわるなら、倒産手続を申立ててください」などと主張・交渉するに違いない。受益者にそのような交渉材料、開き直りの材料を与える結果となること自体が、公正な私的整理促進の観点からマイナスであることは疑いないところであろう。

- (5) 以上のとおりであり、上記①の考え方は債務消滅行為をおよそ除外している点において、また②の考え方は本旨弁済をおよそ除外している点において、いずれも妥当でない。

- 2 (1) このように、少なくとも、一定の本旨弁済を含む一定の債務消滅行為が詐害行為取消権の対象となるべきことを前提としたうえで、倒産法上の否認権の要件等との整合性をどのように図るかが検討されるべきである。

(2) この点、最判昭和 33 年 9 月 26 日民集 12 卷 13 号 3022 頁によれば、「債権者平等分配の原則は、破産宣告をまって初めて生ずるものであるから、債務超過の状況にあって一債権者に弁済することが他の債権者の共同担保を減少する場合においても、右弁済は、原則として詐害行為とならず、唯、債務者が一債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもって弁済したような場合にのみ詐害行為となるにすぎない」と判示しており、新たな詐害行為取消権制度においても、この判例の考え方を取り入れることが考えられる (④)。

しかしながら、この判例は、旧破産法下における判例である。

旧破産法下においては、債務消滅行為が、支払停止等の債務者の時期的概念によって限界を画された危機否認要件をみたさない場合であっても、別途、主観的要素の重視される故意否認の要件をみたす場合には、否認されるものと解されていたから、この判例の考え方により債務消滅行為を詐害行為取消権の対象に取り込んでも、いわゆる逆転現象は生じず、否認権要件との不整合は生じなかったのである。すなわちこの判例要件は、本旨弁済を含む一定の債務消滅行為が詐害行為取消権の対象となるという準則と、否認制度とのいわゆる逆転現象は認めないという準則の双方を充たすものであったのである。

これに対し、現行破産法においては、債務消滅行為については、支払不能という時期的概念によって限界を画された偏頗行為否認の要件を満たす場合にのみ否認されるものとされ、別途、詐害行為否認類型の行為として債務消滅行為が否認される可能性は明確に否定された。これは、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って破綻に追い込まれるおそれがあるので、明確な限界確定ルールが必要と考えられたからである。

したがって、現行破産法下において、かつての判例要件をそのまま貫くことは、否認制度との整合性の確保という準則が達成されず、すなわちまた、偏頗行為否認類型の要件を時期的概念によって明確に規律し、債務者の経済活動の障害にならないようにするという現行倒産法の考え方が、民法によって阻害されることとなって、妥当でないものとする。

(3) これに対し、詐害行為取消権の要件に支払不能概念を導入し、倒産法上の偏頗行為否認類型の要件と完全に合致させる制度を採用することが考えられる (④)。

この考え方によれば、通謀等の事実のない本旨弁済も、支払不能後のものであれば、否認制度と同様、詐害行為取消の対象となりうるが、この点、金融機関や仕入業者による一般的な債権回収活動に支障を来すとの批判があり得る。

しかし、支払不能後の債権回収活動は、倒産手続が開始すれば否認権の行使の対象になりうるのだから、その意味においては、いわばすでに支障を来しているはずであって、詐害行為取消の対象から除外すべき理由にはならない。また、具体的に例

えば、大口の金融債権者が債務者の支払不能後にそれを知って貸付金を回収したとしても、債務者の負債総額に対するシェアが大きいことから、他の債権者による詐害行為取消権の行使に際して最終的には相当部分は保持しうるし、またそもそも、当然のことながら、担保権の実行・受戻しとして回収した貸付金は原則として取消しの対象にならない。他方、仕入業者が少額の債権を回収した場合には、詐害行為取消権行使のコストから、これをわざわざ取り消す債権者は現れないだろう。これに対し、担保権もなく負債総額に対するシェアもそれほどでもない債権者が多額の本旨弁済を受けた場合には、他の債権者が債権額に応じて按分分配を求めうるものとするほうが、公平なルールではないだろうか。したがって、この考え方によっても、特段に非常識な結論に至るようなケースは見当たらないものと思われる。

また、この考え方に対しては、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る（第5回会議議事録52頁、深山幹事発言、参照）。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ある。

この点、債務者は自己の財務状況について取引債権者に開示しないのが一般的だから、通常、取引債権者は債務者の支払不能につき善意であって詐害行為取消しはなし得ないものと考えられる。また、仮に取引債権者が悪意の場合でも、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る。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する。

さらに、この考え方に対しては、上記昭和33年最判の基本的発想に基づき、「債権者平等分配の原則は、破産宣告をまって初めて生ずるものであるから、債務超過の状況にあつて一債権者に弁済することが他の債権者の共同担保を減少する場合においても、右弁済は、原則として詐害行為となら」ないはずであるとの批判もありうる。

しかし、上記判例は、そのように判示する一方で、通謀等の要件をみたす場合には、支払不能や支払停止になる以前の行為であっても弁済行為が取消しの対象となりうることを認め、破産宣告をまたずに債権者平等分配の原則が妥当する場面が存することを認めたのである。すなわち、上記判例は、債務消滅行為が、故意否認類型と危機否

認類型のいずれの要件にも該当しうるとされていた当時の倒産法制において、故意否認類型をよりコアなものとして見て、取消権の対象を故意否認類型の行為に限定したものと見ることができる。これに対し、その後の倒産法制の改正にあたっては、債務消滅行為の取扱いに関しては、明確性の観点から、詐害行為否認類型ではなく危機否認的要件の類型をよりコアなものとして捉え、否認権の対象自体を、時期的概念による要件で限定したのである。このように上記判例後の倒産法制改正によって、債務消滅行為が否認されうる対象が十分に限定されたのであるから、詐害行為取消権においても、これに整合させて時期的概念による要件でその対象を限定すべきであり、またそれで足りるものと解される。

- (4) 倒産法上の否認権との整合性を保ちつつ、通謀等の要件による絞り込みをも重視する立場からは、倒産法上の偏頗行為否認の要件に相当する要件のみならず、さらに通謀等の要件をみたした行為のみを、詐害行為取消しの対象とするとの選択肢があり得るところである。

なお、偏頗行為否認類型の要件では、受益者が債務者の親族・同居者、法人債務者の取締役等である場合には、偏頗行為の当時、支払不能・支払停止についての受益者の悪意が推定されるが、この場合さらに、通謀等の事実があったことを推定してもよいように思われる。

この考え方を採用する場合、取消し対象の行為がやや限定されすぎるきらいもあるが、「支払不能後のいわゆる悪質な債務消滅行為」という取り消されるべき行為の中心部分を取りこぼしているものでもなく、十分に機能する制度となりうるものとする。

- 3 なお、民法上の制度に支払不能概念を導入することについて、特段の問題はないと考える。

この点、法制審資料 7-2, 53 頁下方によれば、「支払停止や破産手続開始の申立てが将来的に生じるかどうか不確定な時点で取消債権者に支払不能の証明責任を課すことは過重な負担であり、適当ではない」との指摘が紹介されている。

しかしながらまず、支払不能の証明責任を課すのが過重な負担であるから、偏頗行為否認類型の行為を詐害行為取消権の対象から除外するというのは本末転倒であって、かかる批判が、偏頗行為否認類型の除外の根拠にはなり得ない。

またそもそも、かかる批判の前提となる事実認識には違和感がある。すなわち、詐害行為取消権が行使される局面においては、債務者は単に支払不能であるというだけではなくすでに支払停止を行なっている場合も少なくないのである。実務においては、債務者が支払停止をなして廃業し、財産も散逸し、しかも破産手続等倒産手続の申立てもなされずに事実上放置されるという事態は決して少なくない。かかる状況下で、債務者が廃業後に例えば悪意な者のみに対して多額の本旨弁済をしたという情報を入手した債権者が、倒産手続の債権者申立てまでせずとも一定の回収に与りうる制度があってもよいのではないかと、かかる場面を想定する限り、債権者に支払不能の立証を課したとしても

制度は機能するのではないか、と思われ、倒産手続の偏頗行為否認類型と整合性をもった詐害行為取消制度の構築の方向性が目指されるべきものとする。

#### (イ) 既存債務に対する担保供与行為

判例は、一部の債権者に対する既存債務についての担保の供与は、その債権者に優先弁済を得させ、他の債権者を害することになるので、詐害行為に該当し得るとしている。これに対し、平成16年の破産法等の改正により、いわゆる偏頗行為否認の時期的要件として支払不能概念が採用されたこと等に伴い、支払不能等になる以前に行われた一部の債権者に対する既存債務についての担保の供与は、倒産法上の否認の対象から除外されることになった。このため、既存債務に対する担保供与行為に関しては、平時における詐害行為取消権の方が否認権よりも取消しの対象行為の範囲が広い場面があるといった現象（逆転現象）が生じている。

こうした逆転現象が生じていることへの対応策として、①債権者平等は倒産手続において実現することとして、既存債務に対する担保供与行為については詐害行為取消しの対象から除外すべきであるとの考え方や、②倒産手続に至らない平時においても一定の要件の下で債権者平等は実現されるべきであるとして、特定の債権者と通謀し、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非義務的な既存債務に対する担保供与行為に限り、詐害行為取消しの対象とすべきであるとの案、③偏頗行為否認の要件（破産法第162条）と同様の要件を設けるべきであるとの考え方が示されているほか、④判例法理を明文化すべきであるとの考え方も示されている。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、既存債務に対する担保供与行為の取消しの具体的な要件について、以上の考え方などを対象として、更に検討してはどうか。

#### [意見]

民法に支払不能概念を導入し、倒産法上の偏頗行為否認類型の要件と整合させて詐害行為取消権の対象とする明文規定を設けるべきである。倒産法上の偏頗行為否認の要件に相当する要件を具備し、さらに通謀等の要件をもみたした場合にのみ取消し対象となるとの考え方も考慮に値する。

#### [理由]

理由は、上記「(ア) 債務消滅行為」の項で述べたところと同様である。

#### エ 対抗要件具備行為

判例は、対抗要件具備行為のみに対する詐害行為取消権の行使を認めることは相当ではないとしている。これに対し、破産法は、支払の停止等があった後にされた一定の対抗要件具備行為について、権利移転行為とは別に否認の対象となる旨を規定している（同法第



164条)。

そこで、仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象とするかどうかや、これを対象とする場合に対抗要件具備行為の否認と同様の要件を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

対抗要件具備行為は、詐害行為取消しの対象外とすべきものとする。

[理由]

- 1 政策判断としては、対抗要件具備行為はおよそ詐害行為取消しの対象外とするか、倒産法上の対抗要件否認と同じ要件を詐害行為取消しの要件として定めるかのいずれかがあり得ると考えられるが、現行判例と同じ価値判断に立ち、対抗要件具備行為は詐害行為取消しの対象外とするのが妥当である。
- 2 対抗要件具備行為に関する現行判例は、詐害行為取消権については権利変動そのものの効果を生じさせるものではないと判示してその対象としない一方で、否認権についてはいわゆる制限説的な判示をしたことから、整合性を欠いているとの批判がなされている（法制審資料7-2, 64頁。「詳解債権法改正の基本方針Ⅱ」469頁）。

しかしながら、否認権に関する判例が、対抗要件否認要件とは別途に、詐害行為否認（ないし故意否認）の要件により対抗要件具備行為を否認できるとしているのならともかく、そのような解釈が採られているとは思われない以上、両判決は（その形式的、表現上の矛盾はともかく、実質的には）いささかの矛盾もないものとする。

要するに判例は、対抗要件具備行為は、形式的には、詐害行為取消権や詐害行為否認（故意否認）の要件をみたしうるものであるが、これが権利変動そのものの効果を生じさせるものではなくすでに着手された権利変動を完成する行為にすぎないことに鑑み、倒産法上は詐害行為否認（故意否認）の対象とせず、対抗要件否認要件をみたしたときのみ否認されうることとし、また、詐害行為取消しの対象にはしないこととする、との政策判断を採用したものといえる。

この政策判断は、今般の立法にそのまま通用するものであるとする。

### (3) 転得者に対する詐害行為取消権の要件

判例は、「債権者を害すべき事実」について、受益者が善意であっても、転得者が悪意であれば、転得者に対する詐害行為取消権は認められるとしている。これに対し、転得者に対する否認について規定する破産法第170条第1項は、転得者が転得の当時それぞれその前者に対する否認の原因があることを知っていることを要する（同項第1号）としつつ、転得者が破産者の内部者である場合には、その前者に対する否認の原因についての悪意を推定することとし（同項第2号）、また、転得者が無償行為又はこれと同視

すべき有償行為によって転得した場合には、転得者の悪意を要件とせず、それぞれその前者に対して否認の原因があれば足りる（同項第3号）としている。この結果、債権者平等が強調されるべき局面で機能する否認権よりも平時における詐害行為取消権の方が、取消しの対象行為の範囲が広い場面があるという現象（逆転現象）が生じている。

そこで、転得者に対する詐害行為取消権の要件として、転得者に対する否認と同様の要件を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。その際、否認権の規定のように前者に対する否認の原因があることについての悪意を要求する（この場合には、前者の主観的要件についても悪意であることが要求される。）のではなく、受益者及び全ての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求することで足りるとするかどうかや、転得者が無償行為によって転得した場合の特則の要否についても、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 転得者に対する詐害行為取消権の要件として、転得者に対する否認と同様の要件を設けるものとし、その際、受益者及びすべての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求することで足りるものとする（倒産法上の転得者に対する否認の要件もこれに整合させて改正することを前提とする。）ことに、賛成する。
- 2 転得者が無償行為によって転得した場合の特則を設けることに、賛成する。

[理由]

- 1 二重の悪意の要件については、倒産法上も厳格に過ぎるとして批判の強いところであり、この際、否認要件も含めて、上記のとおり改めるべきである。
- 2 転得行為が無償であった場合の取扱いについて、否認と同様、それぞれその前者に対して取消しの原因があれば足り、転得者が債権者を害すべき事実について善意であっても取り消しうるものとすべきであり、また、善意の転得者保護のために、返還範囲を現存利益の限度とすべきである。

#### (4) 詐害行為取消訴訟の受継

破産法第45条は、破産債権者又は財団債権者が提起した詐害行為取消訴訟が破産手続開始当時に係属する場合における破産管財人による訴訟手続の受継について規定している。仮に否認権よりも詐害行為取消権の方が取消しの対象行為の範囲が広い場面があるという現象（逆転現象）が解消されない場合（前記(2)ウ(7)(イ)、(3)参照）には、受継される詐害行為取消訴訟に否認訴訟の対象とはならないものが残ることから、このような訴訟は破産管財人が詐害行為取消訴訟のまま手続を続行できるとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

受継制度を設ける必要はない。

[理由]

そもそも前述のとおり、逆転現象が生じない要件立てとすべきである。

### 3 効果に関する規定の見直し

#### (1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否

判例は、取消債権者が、受益者又は転得者に対して、返還すべき金銭を直接自己に引き渡すよう請求することを認めており、これによれば、取消債権者は、受領した金銭の債務者への返還債務と被保全債権とを相殺することにより、受益者その他の債権者に事実上優先して、自己の債権回収を図ることができることになる。

このような債権回収機能（事実上の優先弁済）に関しては、民法第425条の「すべての債権者の利益のため」との文言に反し、本来の制度趣旨を逸脱するものであるとの指摘や、債権回収に先に着手した受益者が遅れて着手した取消債権者に劣後するという結論には合理性がないといった指摘がある。これらを踏まえて、上記の債権回収機能を否定又は制限するかどうかについて、責任財産の保全という制度趣旨との関係のほか、詐害行為取消権の行使の動機付けという観点などに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、仮に詐害行為取消権における債権回収機能を否定又は制限する場合には、そのための具体的な方法（仕組み）について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 事実上の優先弁済を否定し、取消債権者が、受益者ないし転得者に対して金銭等の直接交付を求めることを禁止すべである。
- 2 取消債権者は、受益者等に対し、債務者の行為によって債務者から逸出した財産を、債務者に返還するよう請求することとすべきである。
- 3 逸出財産の回復・換価は、債権執行手続によるべきである。すなわち、認容判決を得た取消債権者は、当該判決によって認められた債務者の受益者等に対する請求権を、債務名義をもって差し押さえて回収すべきものとし、債務者に対する他の債権者は、強制執行一般のルールにより、当該債権執行手続に加入することができるものとすべきである。
- 4 認容判決を得た取消債権者がスムーズに債権執行手続に入ることができるよう、周辺制度の整備を検討すべきである。

[理由]

- 1 債権者が詐害行為取消権を行使するインセンティブを確保する観点からは、受益者に対し金銭等の返還を求めるべき場合に、その後の債権回収の場面における取消債権者与其他の債権者の優劣の問題は、基本的には、現行の債権執行制度における債権者間の優劣ルールと同様（同等）のものにすべきであり、またそれで足りるもの考える。

2 すなわち、前述のとおり、詐害行為取消権は偏頗行為否認類型の行為をも取消対象として規律がなされるべきところであるが、かかる前提をとる場合、詐害行為取消権の効果面においてその規律を誤れば、「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そしりを免れることはできない。

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が与えられることが不可欠である。

また、現行判例によれば、逸出財産が金銭であるときや価格賠償を求めるときのみ事実上の優先弁済が認められるが、金銭以外の財産を回復する場合との不均衡について十分な根拠を欠いている。

他方、回復財産の換価・分配手続として現状制度を前提に最も債権者平等に配慮された手続であってその利用を想定しうるのは、民事執行法による強制執行手続にほかならないのであるから、結局、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ないことになる。

3 以上のように、事実上の優先弁済を廃止ないし制限せざるを得ないとして、取消債権者はどのようにして自らの被保全債権の回収を図ることができるものとすべきか。

現行法下における事実上の優先弁済機能は、債権者のインセンティブ確保に重要な役割を果たしていることは否定できない。また、債権者が倒産手続を申立てることのインセンティブが低いことを重要な根拠として、偏頗行為の助長を回避するために、これを詐害行為取消権の対象に含めるべきものとする立場からは、詐害行為取消権行使のインセンティブの確保は重要なテーマである。

したがって、この点については、次の点が指針とされるべきである。

- ① 事実上の優先弁済を廃止・制限せざるを得ないとしても、債権者が詐害行為取消権を行使するインセンティブを確保する観点からは、あまり長い間、他の債権者からの権利行使により按分弁済を強いられるリスクにさらされ続けるのは望ましくなく、少なくとも取消判決の確定後は、速やかに、按分弁済に参加できる債権者の範囲が確定されるべきである。
- ② もともと取消債権者は詐害行為取消権の行使にあたり被保全債権の立証が必要であったところ、今般の改正検討により債務者を被告とする方向性が打ち出されていることからすれば、債務名義を有しない債権者は、詐害行為取消訴訟を提起するにあたり通常は給付訴訟をも併合提起するものとみてよいのであり、詐害行為取消訴訟に勝訴した者は事実上常に給付訴訟の勝訴判決も取得しているとみてよいのである。これを踏まえて、債権者が取消判決取得後に自らの被保全権利の回収を図るプロセスの制度設計が検討されるべきである。

4 (1) そこで、債務名義を用いてどのような強制執行申立てを求めるべきものとするのかが問題となる。

この点、検討委員会試案においては、逸出財産が金銭その他の動産である場合の回復方法としては、

- ① 取消債権者は、受益者に対し、債務者への交付に代えて、自己への交付もしくは供託を請求できるものとされ、
- 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（ないし債務者）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、被保全権利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、

とのルートの基本として構想している。

- (2) しかしまず、受益者から金銭等の給付を受けた債権者が、上記③と④のいずれの方法を採るかは、債権者の自由な選択に委ねられる制度となっているところ、④の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る。

なぜなら、取消債権者は、すでに被保全権利について債務名義を有していると考えてよい以上、取消判決確定後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できる。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権利の回収を図ることができるのである。これに対し、④の方法によれば、〔3 か月/1 か月〕の間、他の債権者からの権利行使の危険にさらされることになる。

④の相殺の制度を意味あるものにするには、相殺禁止期間を 1 週間プラスアルファに短縮する必要があるものと考えられる。

- (3) しかしそもそも、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らないのである。特に、受益者が債務者の配偶者等近親者であったり、法人債務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になる。

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になる。

そうだとすると，合理的な債権者は，金銭等の自己への給付を求めることなどせずに，次のような方法を採用であろう。

- 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（ないし受益者のもとにある動産の処分禁止仮処分）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，
- 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，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。

以上の方法によれば，受益者が任意の履行に応じない場合も，例えば転付命令が第三債務者に送達されるまでの限られた時間で，他の債権者を排斥することができるのである。

- (4) 上記(3)で検討したように，検討委員会試案の提唱する，「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あり得ないものと考えられ，これを定めても意味がないのではないかと考えられる。

むしろ，取消債権者は，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差し押さえて債権回収を図るということを前提に，かかる債権執行手続の準備をなすことこそが，詐害行為取消制度における責任財産の保全のための逸出財産の回復にほかならないものと捉え，周辺制度を整備するのが合理的ではないかと考える<sup>\*1\*2</sup>。

具体的には，次の制度を整備するのが妥当である。

- ① 取消債権者が詐害行為取消訴訟において受益者に対し金銭等の債務者への交付を求める場合には，現実に金銭等が無資力の債務者に引き渡されると事実上保全の目的を達することができないため，債権仮差押えがなされることが考えられる。

しかしながら，債務者の受益者に対するこの被仮差押債権は，詐害行為取消判決によって発生するものであり，当該判決が出される前提として被保全権利の存在や無資力要件も審査されているのだから，わざわざ別途の民事保全手続により仮差押えを取得すべきものとするのではなく，詐害行為取消判決において，例えば，判決確定後〔6 か月〕を経過するまで，債務者が自ら行使・処分す

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旨を命令することができるものとして、取消債権者による事後の債権執行手続の準備をなすのが妥当である<sup>※3</sup>。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なる<sup>※4</sup>。

- ② 通常の債権執行手続においては、その後、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、その時まで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る。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ない。

そこで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/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、検討すべきである（大弁意見書の NBL126 頁，注 1，参照）。

※1 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。

※2 法制審資料 7-2，73 頁においては、取消債権者への金銭の直接給付を肯定すべき理由として、直接給付を否定すると、債務者が費消してしまったり、債務者が受領を拒んで詐害行為取消権の目的が達成できなくなってしまうおそれがあり取消しの目的が達せられないという点を挙げている。

しかしながら、大弁意見書のとおり、取消債権者が、受益者に対し、債務者のもとへ返還するよう請求すべきものとするのは、現実に債務者が金銭等を受領することを想定したものではなく、債務者の受益者に対する債権の強制執行手続に載せるためのものにすぎない。すなわち、取消判決後に債権の強制執行手続がなされることを前提とするならば、法制審資料における前述指摘は、直接給付を肯定すべき理由になり得ないものとする。

※3 このような発想は、法制審資料 7-2，73 頁（同じページ）において、供託がなされた場合の取扱いに関し、共通してみられるところである（受益者がなした供託における被供託者は債務者とすべきであるが、「債務者による供託金還付請求を制限する仕組みが必要となろう」とする。）。

※4 逸出財産が動産の場合も便宜的に同様の命令を発することでよいだろう。取消債権者が、あらかじめ逸出動産を執行官保管することにより動産引渡請求権を保全したい場合は、詐害行為取消訴訟中に当該動産の占有移転禁止の仮処分を申立て、保全執行すべきことになる（民事保全法 52 条 1 項，49 条 1 項）。

## (2) 取消しの範囲

判例は、被保全債権の債権額が詐害行為の目的である財産の価額に満たず、かつ、その財産が可分である場合には、取消債権者は、その債権額の範囲でのみ取り消すことができるとしているが、仮に詐害行為取消権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する場合（前記(1)参照）には、判例のような制限を設ける合理的な理由が乏しくなることから、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに詐害行為を取り消せるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

被保全債権の債権額にとどまらずに詐害行為を取り消せるものとすることに賛成である。

[理由]

事実上の優先弁済を否定し、逸出財産について他の債権者からの強制執行や配当要求があり得る前提からすれば、被保全債権の債権額の範囲でのみ取り消しうるとすることでは不十分である。

被保全債権の債権額が少額であるにもかかわらず、多額の逸出財産の回復が可能になるが、目的物が不可分であるような場合には、現行法でもかかる事態は生じており、根本的な不具合であるとみることはできない。また今般の改正に際しては、詐害行為取消しの判決の効力が全ての債権者に及ぶ方向で検討がなされているが、棄却判決については相対効にとどまるから、他の債権者にも不利益があるわけではない。

したがって、検討委員会試案の内容とおおり、取消しの範囲について、被保全債権の債権額による制限を設けない方向が妥当である。

## (3) 逸出財産の回復方法

仮に、詐害行為取消権を、債務者の詐害行為を取り消し、かつ、これを根拠として逸出した財産の取戻しを請求する制度（折衷説）として把握する立場を採る場合（前記1(1)参照）には、逸出財産が登記・登録をすることのできるものであるか、金銭その他の動産であるか、債権であるかなどに応じて、その具体的な回復方法の規定を設けるかどうかを、更に検討してはどうか。

また、判例は、逸出財産の返還方法について、現物返還を原則とし、それが不可能又は著しく困難である場合に価額賠償を認めていることから、仮に逸出財産の具体的な回復方法についての規定を設ける場合には、これを条文上も明らかにするかどうかについて、価額の算定基準時をどのように定めるかという問題にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 逸出財産の種類ごとに具体的な回復方法の規定を設けることに賛成する。



2 現物返還を原則とし、例外的に価額賠償を認めることを明文化することに賛成する。

[理由]

1 判例法理・解釈法理の明確化の観点から、逸出財産の種類ごとに具体的な回復方法の規定を設けることに賛成する。

2 同様に、現物返還の原則を明文化することにも賛成する。

なお、否認の場合と同様、差額償還請求権（破産法 168 条 4 項参照）も認められるべきである。

また、価額賠償についての価額の算定基準時については、事案の柔軟な解決のためにも、否認の場合と同様、解釈に委ねられるべきである。

#### (4) 費用償還請求権

取消債権者が詐害行為取消権の行使のために必要な費用を支出した場合に、債務者に対してその費用の償還を請求できるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮にこの費用償還請求権を条文上も明らかにする場合には、これについて共益費用に関する一般の先取特権が付与されるかどうかについても、更に検討してはどうか。

[意見]

費用償還請求権を明文化し、優先性を認めることに賛成する。

[理由]

詐害行為取消権行使のインセンティブ確保に資するし、必要な実費が転嫁される限りにおいて弊害はないものとする。

なお、優先的な償還請求の対象となる費用の範囲については、合理的な弁護士費用を含める方向で検討がなされるべきである。また、詐害行為取消訴訟の訴訟費用は、敗訴した受益者等の負担となるものであること（民事訴訟法 61 条）、また、その後の強制執行手続における執行費用の一部は共益費用として既に優先権が与えられていること（民事執行法 55 条 10 項等）を踏まえ、さらにいかなる費用を優先的な償還請求の対象に含めるべきか慎重に検討すべきである。

#### (5) 受益者・転得者の地位

##### ア 債務消滅行為が取り消された場合の受益者の債権の復活

判例は、受益者が債務者から弁済又は代物弁済を受けた行為が取り消されたときに、受益者の債権が復活するとしていることから、仮に債務消滅行為を詐害行為取消権の対象とする場合（前記 2(2)ウ(7)参照）には、受益者の債権が復活する旨を条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

受益者の債権の復活を条文上明らかにすることに賛成する。

[理由]

倒産法上の否認権の場合の取扱いと同じくするのが合理的である。

## イ 受益者の反対給付

取消債権者が詐害行為取消権を行使したことにより、受益者が債務者から取得した財産を返還した場合において、受益者は、その財産を取得した際に債務者に反対給付をしていたときであっても、直ちにその返還を求めることはできず、取消債権者が現実に被保全債権の満足を受けたときに限って、債務者に対して不当利得の返還を請求することができるにすぎないと解されている。しかし、破産法上は、受益者の反対給付については、原則として財団債権として扱われるとされており、これとの整合性を図る観点から、取り消された詐害行為において受益者が反対給付をしていた場合には、取消債権者や他の債権者に優先して、その反対給付の返還又はその価額の償還を請求することができるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に受益者に優先的な価額償還請求権を認める場合には、取消債権者の費用償還請求権（前記(4)参照）との優劣についても、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 受益者の反対給付の価額償還請求権を明記し、当該請求権の優先性、および、債務者の隠匿処分意思等の悪意の場合の例外について、明記すべきである。
- 2 受益者の価額償還請求権と取消債権者の費用償還請求権の優劣については、後者を優先させるべきである。

[理由]

- 1 受益者の反対給付の価額償還請求権について、倒産法上の否認権の場合の取扱いと整合したものにすべきである。
- 2 受益者の価額償還請求権と取消債権者の費用償還請求権の優劣については、取消債権者のインセンティブの確保や悪意である受益者よりも取消債権者を保護すべき要請が強いことから、後者を優先すべきものとする。

なお、取消債権者の費用償還請求権における「費用」の性質により、これを優先させる根拠が異なりうるものであることにも留意されるべきである。例えば、詐害行為取消訴訟の訴訟費用については、取消債権者は、敗訴被告たる受益者に対する訴訟費用の支払請求権の債務名義に基づき、受益者の価額償還請求権を差し押さえることができる立場にあるのだから、取消債権者の費用償還請求権が優先するのは当然である。また、共益費用となる執行費用が受益者の価額償還請求権に優先するのは執行手続上当然である。

これに対し、取消債権者の弁護士費用については、例えば、倒産手続において否認権を行使し、受益者に反対給付の価額を償還し、逸出財産を取り戻した管財人が、当該財産を任意売却したところ、結局、受益者に償還した価額に届かなかった場合であっても、当該負担は倒産財団の負担といわざるを得ないことからすれば、取消債権者の費用を優先させる規律を設けた場合、倒産手続時よりも受益者の利益が損なわれることになる。それでもなお、合理的な弁護士費用の償還請求権を優先させるべき根拠は、取消債権者のインセンティブ確保という政策的根拠に求められることになる。

#### ウ 転得者の反対給付

取消債権者が詐害行為取消権を行使したことにより、転得者がその前者から取得した財産を返還した場合において、転得者は、その財産を取得した際に前者に反対給付をしていたときであっても、直ちにその返還を求めることはできず、取消債権者が現実に被保全債権の満足を受けたときに限って、債務者に対して不当利得の返還を請求することができるにすぎないと解されている。しかし、仮に受益者に優先的な価額償還請求権を認める場合には（前記イ参照）、これとの均衡を保つ観点から、転得者が前者に対してした反対給付の価額を優先的に回収できるようにするかどうかについても、更に検討してはどうか。

[意見]

転得者が前者に対してした反対給付の価額を優先的に回収できるようにすることに賛成する。

[理由]

倒産法上の否認権についても、同様の解釈が有力のようであり、詐害行為取消権についても同様の取扱いとするのが妥当である。もっとも、倒産法学説では、転得者が優先的に回収できるようにする方策として、受益者が債務者に対して有する反対給付の償還請求権を代位行使するという構成と、受益者の反対給付に関する転得者固有の償還請求権を認める構成が存在するようであり、詐害行為取消しについても倒産法と同様、この点を敢えて明文化せずに解釈に委ねることも考えられる。

#### 4 詐害行為取消権の行使期間（民法第426条）

詐害行為取消権の行使期間については、消滅時効制度の見直し（後記第36参照）を踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

現行法の規律を変更する必要はなく、知った時から2年、行為時から20年の行使期間を維持すべきである。

[理由]

現行制度の行為時から20年との要件が長きに失するものでないかが問題となる。

この点、実務上、悪質な詐害行為がなされた後に、債務者が破綻したまま何らの法的手続もとられずに長期間放置されるケースも少なくない。かかる状況下で、詐害行為から十数年以上経過して当該行為があったことが債権者に判明した場合に、債権者が何らの手段もとりに得ないのは相当でなく、また、かかる場合に取消しを認めたとしても受益者等に酷ではない。たとえば、債権者に知られていなかった不動産が債務者の代表者、配偶者等に贈与されていた場合など、長い年月を経ても立証可能な詐害行為はあり得るところであり、悪質な行為を取りこぼすべきではないという見地から、敢えて行使期間を短縮すべき必要性は認められない。

また、行為時から20年との要件を維持したとしても、そもそも詐害行為取消権は、否認権とは事情が異なり、詐害行為時に被保全債権を有する債権者しかこれを行行使し得ず、かつ、取消権行使時に当該被保全債権が時効消滅していないことが前提となることからすれば、長期の行使期間が設けられていても、詐害行為取消権が濫用的に行使される事態は想定しがたいところである。

したがって、詐害行為取消権の行使期間については見直しの必要はなく現行法を維持すべきである。

## 第11 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）

### 1 債務者が複数の場合

#### (1) 分割債務

分割債務について、別段の意思表示がなければ、各債務者は平等の割合で債務を負担することを規定する民法第427条は、内部関係（債務者間の関係）ではなく対外関係（債権者との関係）を定めたものと解されていることから、これを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

明確化の方向に賛成である。

[理由]

特になし。

#### (2) 連帯債務

##### ア 要件

#### (7) 意思表示による連帯債務（民法第432条）

民法第432条は、「数人が連帯債務を負担するとき」の効果を規定するのみで、連帯債務となるための要件を明記していないところ、連帯債務は、法律の規定によるほか、関係当事者の意思表示によっても成立すると解されていることから、これを条文上も明

らかにする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 連帯債務の発生原因についての明文化の必要性はないと考えるので、反対である。
- 2 連帯債務の発生原因を明確にするのであれば、不真正連帯債務についても従前の解釈につき明文の規定を設けるべきかを検討すべきである。

[理由]

- 1 連帯債務の発生原因については、現行民法の解釈上問題がなければ（約定の場合と法定の場合）、特に明文化の必要はないのではないか。例えば、検討委員会試案のように、「共同で債務を負った」場合等の規定をした場合の不明確さが残る。
- 2 不真正連帯債務については、従前の解釈どおりであれば、特に明文化する必要性はないと考えている（不真正連帯債務まで統合した「連帯債務」概念の創設は不要であろう。）。また、以下の連帯債務者の一人について生じた事由の効力等の検討の際に、不真正連帯債務の場面との比較は不要であろう（不真正連帯債務については原則相対効）。

#### (イ) 商法第511条第1項の一般ルール化

「数人の者がその一人又は全員のために商行為となる行為によって債務を負担したときは、その債務は、各自が連帯して負担する」ことを規定する商法第511条第1項を参考としつつ、民事の一般ルールとして、数人が一個の行為によって債務を負担した場合には広く連帯債務の成立を認めるものとするかどうかについて、事業に関するものに限定する要件の要否も含めて、さらに検討してはどうか。

[意見]

民事取引一般のルールとすべき必要性があるのか疑問であり、反対である。

[理由]

民法においては、約定による連帯債務で足り、広く連帯債務の成立を認める規定を置く必要性があるのか疑問である。

#### イ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等

民法は、連帯債務者の一人について生じた事由の効力が他の連帯債務者にも及ぶかという点について、相対的効力を原則としつつも（同法第440条）、多くの絶対的効力事由を定めている（同法第434条から第439条まで）。絶対的効力事由が多いことに対しては、債務者の無資力の危険を分散するという人的担保の機能を弱める方向に作用し、通常債権者の意思に反するのではないかという問題が指摘されていることや、共同不法行為者が負担する損害賠償債務（同法第719条）のように、絶対的効力事由に関する一部の規定が適用されないもの（不真正連帯債務）があるとされていること等

を踏まえ、絶対的効力事由を見直すかどうかについて、債権者と連帯債務者との間の適切な利害調整に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

連帯債務について、相対的効力事由を原則とする方向性でよいのか慎重な検討を要する。

[理由]

絶対的効力事由の絞り込みの要請がどの程度あるのか検討が必要である（現行民法の求償権の循環を避けるとの趣旨も理解できるのではないか。）。

不真正連帯債務の効力面についても解釈で対処しており、連帯債務と区別していることから比較の対象とはならないのではないか。

連帯債務は、実務上、連帯保証に比べて使いにくいのではないかとされているが、今回の検討の中で、連帯債務をどのように位置付けるのか。連帯保証（主従関係があり、連帯保証人の負担部分がない。）と連帯債務（いずれもが主たる債務となり、負担部分がある。）の根本的な違いを債権者との関係、内部求償関係にどう反映させるか。負担部分は連帯債務者間の合意で定まるが、債権者との関係では、原則として負担部分を平等としておき、これと異なる約定がある場合は、債権者が認識している場合に債権者との関係でも影響するようにしておけば問題ないであろう（なお、実務上、債権者が負担部分をどの程度考慮しているのかは疑問ではある。）。

連帯債務が問題となるのは、単純な連帯債務の場面よりも、併存的（重疊的）債務引受や不真正連帯債務の場面であろう。

次項以下で各事由につき個別に検討するが、履行の請求とその他の3つ（債務の免除、更改、時効の完成）とは考慮すべき場面が違うことに注意が必要である。

#### (7) 履行の請求（民法第434条）

連帯債務者の一人に対する履行の請求が絶対的効力事由とされていること（民法第434条）に関しては、債権者の通常的意思に合致するとの評価がある一方で、請求を受けていない連帯債務者に不測の損害を与えることを避ける観点から、これを相対的効力事由とすべきであるとの考え方や、絶対的効力事由となる場面を限定すべきであるとの考え方が示されている。これらを踏まえて、履行の請求が絶対的効力事由とされていることの見直しの要否について、更に検討してはどうか。

[意見]

原則は相対的効力とし、例外として絶対的効力を認める方向性が妥当である。

[理由]

連帯債務者間に「密接な利益共同関係」があるような場合に限りて絶対的効力を認める考え方があるが（例えば、検討委員会試案でいう「協働関係」）、通常の連帯債務の発生原

因からすれば、「密接な利益共同関係」（「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、単に無用な争いを惹起するだけのようにも思われる。

なお、共同不法行為の場合は、不真正連帯債務で、履行の請求は他の債務者に影響せず（判例）、不真正連帯債務は別途検討すべき問題である。

あえて規定するとしたら、絶対的効力とする特約がなければ、原則として相対的効力とし、「密接な利益共同関係」（要件は検討を要するが）があれば絶対的効力事由とする方向性が妥当であろう（検討委員会試案の方向性）。

絶対的効力とする特約については、付遅滞効は認められるとしても、時効中断効につき疑問が残る可能性があるが、この点は、詳解Ⅲ396頁2の最終段落記載の「当該連帯債務者間に、請求の受領について代理権があると解される」との解釈で対応することが可能かと考えられる。

なお、実務的には、債権者の立場からは、連帯債務者の全員に履行の請求をしておくことで対処することになるであろう。ただし、約定の連帯債務者の一人を交渉相手とし、他の連帯債務者に対して直接の請求を行っていない場合には、主観的な関連共同性があり、「密接な利益共同関係」として絶対的効力事由とすべきであろう。

連帯保証の場合の主債務者と連帯保証人の関係は、「密接な利益共同関係」には該当しないと解することになる（ただし、特約を排除するものではない）。

#### (イ) 債務の免除（民法第437条）

民法第437条は、連帯債務者の一人に対する債務の免除について、その連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力事由としているが、これを相対的効力事由とするかどうかについて、更に検討してはどうか。

##### [意見]

相対的効力にとどめるべきとの考え方に対しては、慎重な検討を要する。債務の免除、更改、時効の完成の3点については、現行法のとおりでよいと考える。

##### [理由]

詳解Ⅲ403頁で引用する同401頁の4では、債権者に対する求償はできないが、内部求償については可能となっているが、免除を受けた連帯債務者が求償を受けることになる結論は妥当ではない。現行法の求償の循環を避ける趣旨には合理性がある。

なお、規定するとしたら、連帯債務者の一人に対する債務の免除の意思表示の意味を場合分けする必要がある（意思表示をする者の「通常の意味」が何かにつき、想定される内容が区々である）。特約により排除できる任意規定であり、特約なく単純に免除の意思表示をした場合にどちらの解釈となるかを明確にしておけば、規定に基づき真意に沿った意思表示を行うことが可能になるのではないか。負担部分については、前述のとおり原則平

等としておけば不測の事態は避けられるであろう。

(ウ) 更改（民法第435条）

民法第435条は、連帯債務者の一人と債権者との間に更改があったときに、全ての連帯債務者の利益のために債権が消滅とするとしているが、これを相対的効力事由とすることについて、更に検討してはどうか。

[意見]

相対的効力にとどめるべきとの考え方に対しては、慎重な検討を要する。債務の免除、更改、時効の完成の3点については、現行法のとおりでよいと考える。

[理由]

債務の免除の項で指摘したとおりである。

(イ) 時効の完成（民法第439条）

民法第439条は、連帯債務者の一人について消滅時効が完成した場合に、その連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力を認めているが、これを相対的効力事由とすることについて、更に検討してはどうか。

[意見]

相対的効力にとどめるべきとの考え方に対しては、慎重な検討を要する。債務の免除、更改、時効の完成の3点については、現行法のとおりでよいと考える。

[理由]

債務の免除の項で指摘したとおりである。

(オ) 他の連帯債務者による相殺権の援用（民法第436条第2項）

判例は、民法第436条第2項の規定に基づき、連帯債務者が他の連帯債務者の有する債権を用いて相殺の意思表示をすることができるとしているが、これに対しては、連帯債務者の間では他人の債権を処分することができることになり不当であるとの指摘がされている。

そこで、他の連帯債務者が相殺権を有する場合の取扱いについては、相殺権を有する連帯債務者の負担部分の範囲で他の連帯債務者は弁済を拒絶することができるとする案や、他の連帯債務者は弁済を拒絶することもできないとする案などを対象として、更に検討してはどうか。

[意見]

相殺権を有する連帯債務者の負担部分の範囲で他の連帯債務者は弁済を拒絶することが



できるとする案（抗弁権説）に賛成である。

[理由]

あえて廃止するまでの理由はなく、抗弁権説の方向性でよいと考える。

(カ) 破産手続の開始（民法第441条）

民法第441条は、連帯債務者の全員又はそのうちの数人が破産手続開始の決定を受けたときに、債権者がその債権の全額について各破産財団の配当に加入することができるとしているが、全部の履行をする義務を負う者が数人ある場合の破産手続への参加については、破産法第104条第1項に規定が設けられており、実際に民法第441条が適用される場面は存在しないことから、これを削除する方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

削除する方向に賛成である。

[理由]

破産法に規定がある。

ウ 求償関係

(ア) 一部弁済の場合の求償関係（民法第442条）

判例は、連帯債務者の一人が自己の負担部分に満たない弁済をした場合であっても、他の連帯債務者に対して割合としての負担部分に応じた求償をすることができるということから、これを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

明確化の方向に賛成である。

[理由]

特になし。

(イ) 代物弁済又は更改の場合の求償関係（民法第442条）

連帯債務者の一人が、代物弁済や更改後の債務の履行をした場合に、他の連帯債務者に対して、出捐額を限度として、割合としての負担部分に応じた求償ができるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

明確化の方向に賛成である。

[理由]

特になし。

(ウ) 連帯債務者間の通知義務（民法第443条）

連帯債務者間の事前・事後の通知義務を規定する民法第443条に関して、他の連帯債務者の存在を認識できない場合にまでこれを要求するのは酷であるとの指摘があることから、他の連帯債務者の存在を認識できない場合には通知義務を課さないものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

通知義務を課さない方向に賛成である。

[理由]

他の連帯債務者の存在を認識できないのであれば、義務を課す意味はない。

(イ) 事前通知義務（民法第443条第1項）

民法第443条第1項は、求償権を行使しようとする連帯債務者に他の連帯債務者への事前の通知を義務付ける趣旨の規定であるが、これに対しては、連帯債務者は、履行期が到来すれば、直ちに弁済をしなければならない立場にあるのであるから、その際に事前通知を義務付けるのは相当ではないとの批判がある。そこで、この事前通知義務を廃止するかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

事前通知義務の廃止の方向に賛成である。

[理由]

他の連帯債務者の存在を認識できないのであれば、義務を課す意味はない。

(オ) 負担部分のある者が無資力である場合の求償関係（民法第444条前段）

判例は、負担部分のある連帯債務者が全て無資力である場合において、負担部分のない複数の連帯債務者のうちの一人が弁済等をしたときは、求償者と他の資力のある者の間で平等に負担をずるとしていることから、これを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

明確化の方向に賛成である。

[理由]

特になし。

(カ) 連帯の免除（民法第445条）

民法第445条は、連帯債務者の一人が連帯の免除を得た場合に、他の連帯債務者の中に無資力である者がいるときは、その無資力の者が弁済をすることのできない部分のうち連帯の免除を得た者が負担すべき部分は、債権者が負担すると規定するが、この規定に対しては、連帯の免除をした債権者には、連帯債務者の内部的な負担部分を引き受ける意思はないのが通常であるとして、削除すべきであるとの指摘がある。そこで、同条を削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

連帯の免除の民法445条の削除については、反対である。

[理由]

まず、連帯の免除の意味を明確にすべきである。削除せずとも、例外を設けておけば足りるのではないかと考える。

#### (4) 負担割合の推定規定

連帯債務者間の求償に関する紛争を防止するため、連帯債務者間の負担割合についての推定規定を新たに設けるかどうかについて、検討してはどうか。

[意見]

連帯債務者間の負担割合についての推定規定を設けることには賛成である。

[理由]

前述の1(2)イで指摘したとおり、負担部分は連帯債務者間の合意で定まるが、債権者との関係では、原則として負担部分を平等としておき、これと異なる約定がある場合は、債権者が認識している場合に債権者との関係でも影響するようにはしておけば問題ないであろう。

#### (3) 不可分債務

仮に、連帯債務における絶対的効力事由を絞り込んだ結果として、不可分債務と連帯債務との間に効力の差異がなくなる場合には、不可分債務は専ら不可分給付を目的とし（性質上の不可分債務）、連帯債務は専ら可分給付を目的とするという整理をするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、その際には、不可分債務における債権の目的が不可分給付から可分給付となったときに、分割債務ではなく連帯債務となる旨の特約を認めるかどうかについても、併せて更に検討してはどうか。

[意見]

1 あえて概念整理する必要はなく、反対である。

2 1で反対であり、特に意見はない。

[理由]

連帯債務における絶対的効力事由を絞り込むことには、前述のとおり反対の点があり、かかる概念整理の必要性はないと考える。

## 2 債権者が複数の場合

### (1) 分割債権

分割債権について、別段の意思表示がなければ、各債権者は平等の割合で権利を有することを規定する民法第427条は、内部関係（債権者間の関係）ではなく対外関係（債務者との関係）を定めたものであると解されていることから、これを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

明確化の方向に賛成である。

[理由]

特になし。

### (2) 不可分債権-不可分債権者の一人について生じた事由の効力（民法第429条第1項）

民法第429条第1項は、不可分債権者の一人と債務者との間に更改又は免除があった場合でも、他の不可分債権者は債務の全部の履行を請求することができるが、更改又は免除により債権を失った不可分債権者に分与すべき利益は、債務者に償還しなければならないことを規定する。この規定について、混同や代物弁済の場合にも類推適用されるとする見解があることから、不可分債権者の一人と債務者との間に混同や代物弁済が生じた場合にも適用される旨を明文化するかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

混同や代物弁済が生じた場合にも適用する方向に賛成である。

[理由]

特になし。

### (3) 連帯債権

民法には明文の規定は置かれていないものの、復代理人に対する本人と代理人の権利（同法第107条第2項）や、転借人に対する賃貸人と転貸人の権利（同法第613条）について、連帯債権という概念を認める見解があることから、連帯債権に関する規定を新設するかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

連帯債権に関する規定を新設する方向に賛成である。

[理由]

連帯債権については、履行の請求も絶対的効力事由、他の事由も絶対的効力事由でよいであろう（現行法の解釈のとおり）。あえて概念整理する必要はないのではないかと。

### 3 その他（債権又は債務の合有又は総有）

債権又は債務について合有又は総有の関係が生じた場合に関する規定を新設するかどうかについて、検討してはどうか。

[意見]

特段規定する必要はないので反対である。

[理由]

解釈上確立している内容であれば、特段規定する必要性がない。

議事の概況等にある、多数当事者の債権及び債務の規定の強行法規性の有無については、検討した方がよいであろう。

## 第12 保証債務

### 1 保証債務の成立

(1) 主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立 債権者と保証人との間の契約（保証契約）のほか、主債務者と保証人との間の契約（保証引受契約）によっても、保証債務が成立することを認めるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

#### 1 保証引受契約の明文化

[意見]

保証人に対する説明義務及び情報提供義務を法的義務とすることを前提として、保証引受契約による保証の成立を認めるとの考え方に反対しない。

仮に上記説明義務及び情報提供義務を法的義務としない場合、保証引受契約による保証債務は民法では規定すべきではない。保証引受契約の実務上の必要性に対しては、特別法で対応し、あるいは機関保証に限って保証引受契約による保証を認めるものとするべきである。

[理由]

機関保証の必要性等実務上の必要性があることを前提とすれば、保証引受契約による保証の成立を認めること自体に反対するものではない。

ただし、保証引受契約による保証契約の成立を認めることが保証人保護を弱めることにならないことがその前提として必須である。

この点、保証引受契約を認めた場合において、もし保証人に対する説明義務及び情報提供義務を負う主体を債務者とし、かつ、同義務違反の効果として、保証人が保証契約を当然に取消しできるものとし、説明義務・情報提供義務をいかに充実させても実質的には保証人保護がほとんど図られず、安易に保証契約の成立が認められてしまう。

したがって、保証引受契約における説明義務及び情報提供義務の主体は債務者であることを前提とする場合、その義務は法的義務とし、これに違反があった場合に保証人が保証契約を取り消しできる制度とするものでない限り、かかる類型による保証債務の成立は絶対に認められるべきではない。

仮に、上記説明義務及び情報提供義務を法的義務としない場合、保証引受契約による保証債務の成立は民法では規定すべきではない。保証引受契約を認めるべきとの実務上の必要性に対しては、特別法で対応し、あるいは例えば機関保証に限って保証引受契約による保証を認めるものとすべきである。

## (2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策

保証は、不動産等の物的担保の対象となる財産を持たない債務者が自己の信用を補う手段として、実務上重要な意義を有しているが、他方で、個人の保証人が想定外の多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たないこともあって、より一層の保証人保護の拡充を求める意見がある。このような事情を踏まえ、保証契約締結の際における保証人保護を拡充する観点から、保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人がその知識や経験に照らして保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりするなどの方策を採用するかどうかについて、保証に限られない一般的な説明義務や情報提供義務（後記第23、2）との関係や、主債務者の信用情報に関する債権者の守秘義務などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、より具体的な提案として、一定額を超える保証契約の締結には保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことや、保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを要求すること、過大な保証の禁止を導入すること、事業者である債権者が上記の説明義務等に違反した場合において保証人が個人であるときは、保証人に取消権を与えることなどの方策が示されていることから、これらの方策の当否についても、検討してはどうか。

### 1 保証人に対する説明義務及び情報提供義務について

[意見]

(1) 保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人がその知識や経験に照らして保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりするなどの方策を採用するとの考え方に賛成す

る。

- (2) また一定額を超える保証契約の締結には保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことや、保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを要求すること、過大な保証の禁止を導入すること、事業者である債権者が上記の説明義務等に違反した場合において保証人が個人であるときは、保証人に取消権を与えることなどの方策を採用することに賛成する。

なお、より詳細な具体的義務の内容としては、日弁統一消費者信用法要綱案における提案（契約締結前の書面交付義務、保証意思確認義務、契約書面作成及び交付義務）を参考とすべきである。

[理由]

- (1) 保証契約締結時における義務として、提案は、保証の意味についての説明義務及び債務者の資力に関する情報提供義務を掲げている。

保証に関する紛争では、情誼に基づき安易に保障し契約書に署名押印したものの、保証人が保証の意味を知らなかった、あるいは主債務者の資力は十分であって保証履行することはない旨誤信していたなどを背景となっていることが多い。個人保証を認める場合、保証契約締結時にこれら義務が尽くされていれば、保証をめぐる紛争は大幅に減少することとなると思われることから、一般的な説明義務や情報提供義務を規定する場合においても、保証人保護の観点からは、とくにそれら説明義務及び情報提供義務を具体的に規定すべきである。

以上の義務を債権者に課したとしても、債権者にとっては、現行法の下ではこれら説明を行い、また情報提供を行うことが債権者にとって個人情報保護法違反あるいは守秘義務違反とならないかとの懸念が呈されることがある。そこで、これらを法的義務として明記した場合、債権者としてはその義務を履行することが個人情報保護法または守秘義務に違反しないことが明確化されることから、債権者にとっても利益があると考えられる。

- (2) これら説明義務及び情報提供義務は、実効性確保の観点から書面を交付して行われるべきである。

また保証契約締結時における債権者の義務として、保証意思確認義務を課すべきである。具体的には、保証人になろうとする者の保証意思を確認するため、主たる債務を保証する旨、保証する額又は保証限度額、主債務者との関係、年収額、資産及び負債の状況等について、保証人になろうとする者自身に書面に手書きにより記入させるべきである。

更に債権者が保証人との間で保証契約を締結したときは、保証契約の内容を記載した書面を保証人に交付する義務を課すべきである。

さらに、一定額を超える保証契約を締結する場合には、債権者に対する説明内容を公正証書にして残すことにより、安易な保証契約の成立を防ぎ、保証人保護はより徹底で

きると考えられる。

なお、これら保証人保護のための債権者に対する義務については、これらを義務規定あるいは努力規定のいずれとするにしても、保証リスクを熟知している（むしろ、保証を業として行う）機関保証の場合には適用する必要はないと考えられる。

### (3) 義務違反の効果について

説明義務もしくは情報提供義務等に違反があった場合の効果に関して、基本方針は、債権者に対し、保証人となろうとする者に対する情報提供義務を努力規定として定めるものであって、義務違反により直ちに保証が無効となるものではないとしている。

しかし、義務違反があった場合にどのような効果が生じるのか不明確であり、保証の無効、あるいは取消の効果を認めないとすれば、かかる規定を設けたとしても実効性に乏しいといわざるを得ない。

したがって、説明義務または情報提供義務については、いずれも法的義務とし、これらに違反があった場合、義務違反の効果として、保証人に対し取消権を認めるべきである。

## 2 過剰保証禁止について

### [意見]

上記方策に加えて、保証人の支払能力を超える保証契約締結を禁止し、これに違反した場合、保証人の支払能力を超えた与信部分について債権者は、その請求をできないものとするべきである。具体的には、フランス担保法改正草案2305条を参考とすべきである。

参考：担保法改正草案 2305 条（法制審部会資料8-2 [第76頁]）

「非事業者として自然人により行われた保証は、その締結時において保証人の収入及び財産に対し明白に比例性を欠いていたことが明らかになったときは、請求された時点で保証人の収入及び財産が保証人にその債務を実現させることを許容する場合でない限り、減額され得る。」

### [理由]

過剰与信については、貸金業法、割賦販売法などこれを禁止するのが近時の立法動向である。

個人保証制度を維持する場合においても、これら貸金業法、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ないよう、債権者に対し、単に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、それら義務違反がある場合、保証人に対しこれを請求できないものとするべきである。



この場合、どの限度で保証人の支払能力を超えると判断するか問題となるが、フランス担保法改正草案2305条における比例原則（法制審部会資料8-2 [76頁]）を参考として、更に制度のあり方を検討することが考えられる。

更に保証人が事業者の代表者等である場合にもかかる保証人保護を求めるか否かも問題となりうるが、保証人保護の観点と同様に当てはまり、支払能力を超える保証責任の追求は禁止すべきである。

かかる意見に対しては、過剰保証禁止は、貸金業法等の個別立法で手当てすべきであり、一般法である民法において定めるべき内容ではない、などの批判が予想される。

しかし、既に平成16年改正民法により貸金等根保証契約については一定の種類の契約に関して保証人保護の観点での規制が取り入れられていることから既に従来民法概念は変容しているといえること、また賃貸借契約やリース契約など個別の規制法がない契約においても保証が利用されていることは周知の事実であり、これら契約の場合にも保証人保護の要請が働くことは当然である。

個別法にて保証人保護を図ることを否定する必要はないものの、今後新たな契約類型が発生することも十分予想されるところ、一般法たる民法における規制が重要であると考えられる。

《参考資料》

日弁統一消費者信用法要綱案：(法制審部会資料8-2 [45頁])

⇒ 債権者等の義務を義務規定とすること、違反者に対し刑事罰を科すこと等を提案するもの

## 第11 保証

### 2 契約締結前の書面交付義務

(1) 与信業者は、保証契約を締結しようとする場合には、保証人になろうとする者に対し以下の書面を交付しなければならない。

- ① 主たる債務の契約内容及び保証契約の内容を説明する書面
- ② 主たる債務者に関する信用調査の結果を記載した書面

(2) 上記(1)に違反した場合には、その保証契約を無効とするほか、与信業者に刑事罰を科する。

### 3 保証意思確認義務

(1) 与信業者は、保証契約を締結しようとする場合には、保証人になろうとする者の保証意思を確認するため、主たる債務を保証する旨、保証する額又は保証限度額、主債務者との関係、年収額、資産及び負債の状況等について、保証人になろうとする者自身に書面に記入させなければならない。

(2) 与信業者は、上記(1)の書面を、保証人になろうとする者に交付しなければならない。

(3) 与信業者は、上記(1)の書面を、保証契約が終了するまで保存しなければならない。

(4) 上記(1)、(2)に違反した場合には、その保証契約は無効とする。

(5) 上記(2), (3)に違反した場合には, 与信業者に刑事罰を科する。

#### 4 保証人の支払能力を超える保証契約締結の禁止

- (1) 与信業者は, 保証人になろうとする者の資力及び信用等について調査し, その者の支払能力を超えると認められる保証契約を締結してはならない。
- (2) 保証人の支払能力を超えた与信部分については, 与信業者は保証人に請求することができない。

#### 5 契約書面作成及び交付義務

(1) 与信業者は, 消費者と保証契約を締結するには, 必ず次の各号に掲げる事項について, その契約の内容を明らかにした書面を作成しなければならない。

- ① 与信業者の商号, 名称又は氏名, 住所及び電話番号
- ② 主たる債務者の商号, 名称又は氏名, 住所及び電話番号
- ③ 主たる債務の契約年月日
- ④ 保証契約の契約年月日
- ⑤ 主たる債務の信用供与額
- ⑥ 保証する金額
- ⑦ 実質年率とその内訳
- ⑧ 返済の方法及び時期
- ⑨ 賠償額の予定(違約金を含む。)に関する定めがあるときは, その内容
- ⑩ 他の担保, 保証の有無及びその内容
- ⑪ クーリング・オフ
- ⑫ その他政省令で定める事項

(2) 与信業者は, 主たる債務者に対する与信契約が販売信用のときは, 上記(1)に掲げた事項のほか, 次の事項も書面に記載しなければならない。

- ① 商品の引渡時期
- ② 所有権の移転に関する定めがあるときは, その内容
- ③ 契約解除に関する事項
- ④ その他省令で定める事項

(3) 与信業者は, 消費者と保証契約を締結したときは, 直ちに, 上記(1), (2)の書面を保証人に交付しなければならない。

(4) 上記(1), (2)の書面の交付がない場合には, 保証契約は無効とし, 与信業者に刑事罰を科する。その場合, 与信業者は, 主たる債務者に対し, 代わりの保証人を立てることを請求することはできない。

#### 6 保証契約の解除

(1) 保証人は, 前条の書面を受領した日から起算して8日を経過するまでの間は, 当該保証契約を解除することができる。

(2) 上記(1)の保証契約の解除は, 保証人が契約を解除する旨の意思表示を発したときに,

その効力を生ずる。

(3) 上記(1)、(2)の規定に反する特約で保証人に不利なものは、無効とする。

### 13 根保証契約締結時における債権の明示義務

与信業者が、根保証契約締結時に主たる債務者に対して債権を有する場合には、その内容、残高及び当該債権が根保証により担保される旨を前条の書面に記載しその旨説明しなければ、当該債権は根保証により担保されない。

### (3) 保証契約締結後の保証人保護の在り方

保証契約締結後の保証人保護を拡充する観点から、債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせたり、分割払の約定がある主債務について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えたりするなどの方策を採用するかどうかについて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

債権者に対して、主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせるとの考え方に賛成する。

また分割払の約定がある主債務について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えたりするなどの方策を採用するとの考え方に賛成する。

これらについて、より具体的には、保証契約締結後一定期間ごとの取引経過明細書の送付義務、主たる債務に履行遅滞が生じた場合の通知催告義務、また根保証契約についてはこれらに加え根保証契約締結後の信用供与に際しての主たる債務者に関する信用状態の通知義務も規定すべきである。

なお、機関保証については必要があれば当事者間で別段の合意をすることも困難ではなく、かつ情報提供の必要がない場合もあると考えられることから、保証契約締結後の保証人保護の要請は、機関保証においては適用しない、もしくは特約により排除できることとすることが適当である。

#### [理由]

1 保証人は、主たる債務者が経済的に破綻したときにはじめて突然の請求を受けることが多い。そのような場合、保証人は、突然の請求に困惑し、結果として生活基盤を脅かされることが多い。そこで、保証人のそのような不安定な地位を解消するために、与信業者に対し一定期間ごとに主債務者の返済状況等についての報告義務を課すべきである。

また現行法では、主債務が履行遅滞となった場合、債権者は保証人に対しても、当然に遅延損害金や期限の利益喪失を主張できる。しかし、これでは保証人にとって不意打ちとなり、予期せぬ不利益を生じさせることになる。そこで、保証人に主債務の遅滞情報を与え、これに対する対応を可能にするために、与信業者に上記のような保証人への通知催告の義務を課すべきである。

2 以上の義務を債権者に課したとしても、債権者にとっては債権管理上格別の負担を課すものではなく、むしろ現行法の下ではこれら通知をすることが債権者にとって個人情報保護法違反あるいは守秘義務違反とならないかとの懸念が呈されることがあることからして、これらを明記することは、債権者にとっても利益があると考えられる。

なお、債権者がかかる通知を行ったことについてどのような立証責任を課すべきかについてはなお検討が必要と考えられる。

3 ただし、これら義務については、債権者の負担については債権者が金融業者である場合は別として、賃貸借契約の保証の場合の家主あるいは一般の事業性取引債権の保証の場合の売掛債権者などの場合に債権者がそのような管理を行うことができるか、ということについては異論があり得るところである。

かかる観点からすれば、上記の義務については貸金等債務にかかる債権者に対してのみ義務を課すことも考えられる。

#### (4) 保証に関する契約条項の効力を制限する規定の要否

事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項や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に関し、その効力を制限する規定の要否について、不当条項規制（後記第31）との関係に留意しつつ、検討してはどうか。

##### [意見]

不当条項を規制する規定を民法に設ける場合には、消費者契約を対象とするブラックリストとして次の①②の条項を、グレーリストとして次の③の条項をそれぞれ掲げるべきである。

- 「① 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
- ② 事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項
- ③ 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」

##### [理由]

消費者保護の観点から不当条項規制が設けられるべきであるが、不当条項のリストに保証に関する条項が盛り込まれるべきであり、特に保証については、具体的には上記条項が規定されるべきである。

なお、意見①については、後記のとおり根保証に関する規律の見直しの状況いかんによっては不要となる可能性があることを付言する。

## 2 保証債務の付従性・補充性

保証債務の内容（債務の目的又は態様）が主債務よりも重い場合には、その内容が主

債務の限度に減縮されることを規定する民法第448条との関係で、保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばないことをも条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、そもそも保証債務の性質については、内容における付従性に関する民法第448条や、補充性に関する同法第452条、第453条といった規定はあるものの、その多くは解釈に委ねられていることから、これらに関する明文の規定を設けるかどうかについても、更に検討してはどうか。

## 1 保証契約が締結された後に主債務の内容が加重された場合の明文規定

[意見]

保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばないことを条文上明記することに反対しない。

[理由]

保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばないことは、判例・学説とも異論のないところであり、明文化することに反対する理由はない。

## 2 付従性や随伴性に関する明文規定

[意見]

付従性や随伴性に関する明文の規定を置くことに反対しない。

但し、確定前の根保証における被保証債務が譲渡された場合の保証債務の随伴性については明文の規定により否定すべきである。

[理由]

保証債務に付従性・随伴性が認められることは、判例・学説とも異論のないところであり、明文化することに反対する理由はない。

ただし、確定前の根保証における被保証債務が譲渡された場合の保証債務の随伴性については、後記のとおり否定すべきである。

## 3 保証人の抗弁等

### (1) 保証人固有の抗弁-催告・検索の抗弁

#### ア 催告の抗弁の制度の要否（民法第452条）

催告の抗弁の制度については、保証人保護の制度として実効性が乏しいことなどから、これを廃止すべきであるとする意見もあるが、他方で、保証人保護を後退させる方向で現状を変更すべきでないとする意見もあることから、その要否について、更に検討してはどうか。

[意見]

催告の抗弁を廃止することに反対しない。

[理由]

- 1 催告の抗弁については、そもそも実務上連帯保証が一般的であり、また催告は本来裁判外の催告をもって足りるところ、保証人保護の観点からも効力は弱いといえる。  
他方、債権者にとっては、主たる債務者が無資力で催告の効力を生じないことが分かっているにもかかわらず、なお無益な催告を迫られることとなり、債権者の権利行使を遅延せしめることになるのは、基本方針等が指摘するとおりである。  
以上の理由から催告の抗弁を廃止することにあえて反対する理由はないと考える。
- 2 これに対しては、催告の抗弁はなお保証人保護のために一定の意味があるのではないかと、また現実的な意味がないとしてもあえて廃止するのは保証人保護を弱めるという印象をもたらすのではないかとという反対論があるが、保証人保護は、保証契約締結時における説明義務を法的義務とすることなど、他の規定を整備することにより図るべきと考えられる。

#### イ 適時執行義務

民法第455条は、催告の抗弁又は検索の抗弁を行使された債権者が催告又は執行をすることを怠ったために主債務者から全部の弁済を得られなかった場合には、保証人は、債権者が直ちに催告又は執行をすれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れることを規定する。この規定について、その趣旨を拡張して、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改めるかどうか、更に検討してはどうか。

また、仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合には、これが連帯保証にも適用されるものとするかどうかについても、検討してはどうか。

[意見]

検索の抗弁に代えて適時執行義務の規定を設けることは、反対である。

ただし、仮に適時執行義務に関する規定を設けることを検討する場合には、連帯保証にも適用されるものとするかどうかについて、連帯保証人保護の観点からその内容を含め慎重に検討すべきである。

[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。  
また提案されるような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。

2 また基本方針は、適時執行義務は連帯保証では適用されないとしていることからすれば、連帯保証が一般的に用いられている実情に鑑みれば、本条を規定する実益は乏しいとも考えられる。

逆に、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、そうであるとするれば、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。

したがって、検索の抗弁に代えて適時執行義務の規定を設けることについては、反対である。

3 なお仮に適時執行義務に関する規定を設けることを検討する場合には、連帯保証の場合に常に適時執行義務は適用されないとすると連帯保証人にとって酷となる場面も想定される。ただし、連帯保証にも常に適時執行義務が適用されるとなると、連帯保証の内容は現行法におけるそれと大きく変容することとなる。

そこで、仮に適時執行義務を規定することを検討する場合、連帯保証人保護の観点から、適用すべき的実施校義務の在り方・内容について慎重に検討することが必要である。

## (2) 主たる債務者の有する抗弁権（民法第457条）

保証人が主債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができる」と規定する民法第457条第2項については、保証人は主債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できるととどまるとする規定に改めるかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、民法には、主債務者が債権者に対して相殺権を有する場合の規定しか置かれていないことから、主債務者がその余の抗弁権を有している場合の規定を設けるかどうかについても、更に検討してはどうか。

### [意見]

- 1 民法第457条第2項については、保証人は主債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できるととどまるとする規定に改めるとの考え方に反対しない。
- 2 主債務者がその余の抗弁権を有している場合の規定を設けるとの考え方に反対しない。

### [理由]

- 1 保証人は、主債務者が債権者に対して相殺権を有するときに、保証人が主債務が消滅する限度で履行を拒絶できるととどまることは、学説上異論のないところであり、明文化することに反対する理由はない。
- 2 主たる債務者が取消権・解除権を有する場合に、保証人がその限度で履行を拒絶できるととどまることは、学説上異論のないところであり、明文化することに反対する理由はない。

#### 4 保証人の求償権

##### (1) 委託を受けた保証人の事後求償権（民法第459条）

委託を受けた保証人による期限前弁済は、委託の趣旨に反することがあることから、この場合における保証人の事後求償権は、委託を受けた保証人についてのもの（民法第459条第1項）ではなく、委託を受けない保証人と同内容のもの（同法第462条第1項）とするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

委託を受けた保証人による期限前弁済の場合における保証人の事後求償権を、委託を受けない保証人と同内容のもの（同法第462条第1項）とするとの考え方に反対しない。

[理由]

委託を受けた保証人による弁済等とはいえ、主たる債務者としては、本来の抗弁あるいは期限の利益等を保証人からの求償権の行使に対しても主張したいと考えることは不合理ではない。

また上記の考え方は、保証人にとっても保護の観点から不当とはいえないと考えられる。

上記の見解は、判例法理を押し進めるものであり、明文化することに反対する理由はない。

##### (2) 委託を受けた保証人の事前求償権（民法第460条、第461条等）

仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合（前記3(1)イ参照）には、委託を受けた保証人が事前求償権を行使することができることを規定する民法第460条を維持するかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

前提である適時執行義務の規定を設けること自体に反対する立場をとるものであるが、仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合においても、委託を受けた保証人が事前求償権を行使することができることを規定する民法第460条は、内容を見直したうえで維持すべきである。

[理由]

1 前提である適時執行義務の規定を設けること自体に反対する立場をとるものであるが、仮に基本方針の提案する適時執行義務を規定することとした場合、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事実であり、その点に大きな異論はない。

しかし、事前求償権の規定そのものを廃止することについては、反対である。

現在の実務においては、事前求償権に基づく主たる債務者の債務履行の督促、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。

基本方針は約定に基づく事前求償権を否定するものではないとするが，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，市民に分かりやすい民法という観点からすれば，現民法460条を見直すとしても，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，事前求償権の内容及び効果について規律すべきである。

2 また適時執行義務を規定しないとしても，現民法460条の規律について見直しを行うこと自体は以下のとおり反対するものではない。

まず，1号については，破産法104条3項により保証人は破産手続に参加できるのであって，民法に事前求償権として残置する理由は乏しいといえる。

2号については，主債務が弁済期にあるというのみで事前求償権を広範に認める規定であるところ，このような場合には事前求償権は認められてよい。ただしさらに要件を課したうえで事前求償権を認めるべきか否かについてさらに検討すべきとの意見であれば理解できる。

3号については，主債務額がそもそも定まらないため，求償権の行使額も定まらない，また保証人は，弁済期が不確定であり，かつ最長期確定も不可能であることがわかって保証しているのに，担保供与を求めることができるというのは不自然であり，そもそも適用場面が想定困難であることから，本号を残置する必要はない。

以上からすれば，適時執行義務を規定するか否かにかかわらず，現民法460条の内容を見直すこと自体には反対するものではない。

### (3) 委託を受けた保証人の通知義務（民法第463条）

保証人の通知義務について規定する民法第463条は，連帯債務者の通知義務に関する同法第443条を準用しているところ，仮に，連帯債務者の事前通知義務を廃止する場合（前記第11，1(2)ウ(イ)参照）には，委託を受けた保証人についての事前通知義務も廃止するかどうかについて，更に検討してはどうか。

[意見]

連帯債務者の事前通知義務を廃止する場合には，委託を受けた保証人についての事前通知義務も廃止するとの考え方に反対しない。

[理由]

詳解Ⅲ449頁によれば，ここでの問題は，主たる債務者の有する相殺の抗弁を保護する義務を保証人に負わせるか，ということに尽きるとされている。

この点、同解説にもあるとおり、保証人は弁済期が到来し、即時に弁済する義務を負う以上、主たる債務者は、遅滞に陥っていることとの比較上、主たる債務者の相殺権を保護する必要性はないと考えられる。

保証人に通知義務を課したければ、保証委託契約等においてその旨規定すれば足りることも指摘のとおりである。

したがって、現民法463条1項・443条1項の規定は、保証人保護の観点から削除すべきであるとの考え方に反対しない。

#### (4) 委託を受けない保証人の通知義務（民法第463条）

保証人の事前通知義務（民法第463条、第443条）の趣旨は、債権者に対抗することができる事由を有している主債務者に対し、それを主張する機会を与えようとするところにあるが、委託を受けない保証人の求償権の範囲は、もとより主債務者が「その当時利益を受けた限度」（同法第462条第1項）又は「現に利益を受けている限度」（同条第2項）においてしか認められておらず、主債務者が債権者に対抗することができる事由を有している場合には「利益を受けている限度」から除外されることになるため、事前通知義務の存在意義は乏しい。そこで、委託を受けない保証人についても、事前通知義務を廃止するかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

委託を受けない保証人についても、事前通知義務を廃止するという考え方に反対しない。

[理由]

委託を受けない保証人が保証履行する場面においては、委託を受けた保証人の場合のような通知を要求しないでよいとする理由は当てはまらない。

しかし、条文上事前通知義務を存置することの意義が乏しいことには異論はなく、かつ、これを廃止したとしても現在の実務を変更するものではないところ、委託を受けない保証人の事前通知義務を明文の規定として廃止することに異論はない。

#### 5 共同保証-分別の利益

複数の保証人が保証債務を負担する場合（共同保証）に、各共同保証人は、原則として頭数で分割された保証債務を負担するにすぎない（分別の利益）ことを規定する民法第456条に関し、分別の利益を認めずに、各共同保証人は全額について債務を保証する（保証連帯）ものとするかどうかについて、保証人保護を後退させる方向で現状を変更すべきでないとする意見があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

共同保証において分別の利益をなくするとの考え方に反対しない。

[理由]

現民法は共同保証の場合に分別の利益を認めるが、保証人保護の観点からは現行法の規律が望ましいとも考えられる。

しかし、債権者が努力して複数の者から保証を得た場合に、連帯保証としておかなければ、分別の利益を認めた場合、却って担保的効力を弱めることとなるのは指摘のとおりである。

この点は、保証人保護に反するともいえるが、保証は個人保証の場合に限られていないこと、実務上は現在も連帯保証が一般的であること等に鑑み、保証人保護は他の規定の整備により図るべきと考える。

## 6 連帯保証

### (1) 連帯保証制度の在り方

連帯保証人は、催告・検索の抗弁が認められず、また、分別の利益も認められないと解されている点で、連帯保証ではない通常の保証人よりも不利な立場にあり、このような連帯保証制度に対して保証人保護の観点から問題があるという指摘がされている。そこで、連帯保証人の保護を拡充する方策について、例えば、連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証となるとすべきであるなどの意見が示されていることを踏まえて、更に検討してはどうか。

他方、事業者がその経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるとすべきであるとの考え方（後記第62、3(3)①）も提示されている。この考え方の当否について、更に検討してはどうか。

### 1 連帯保証人保護の拡充

[意見]

保証人保護の観点から、連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証の成立を認めるなど連帯保証人の保護を拡充する考え方に賛成する。

[理由]

連帯保証人が、単に「連帯」の名のつく保証契約を締結することにより、容易に連帯保証契約が認められ、その場合には連帯保証でない通常の保証人より催告・検索の抗弁が認められていないこと、また分別の利益も認められない点（ただし、この点は廃止することに反対しない。）で保証人は不利な立場に置かれる。

このような連帯保証の意味を正確に理解しないまま連帯保証人となったために、後日保証の成否や効力についてトラブルが生じる事案も多数見られる。

また実務上、連帯保証が一般に用いられるケースが多数を占めているところ、中小企業の事業承継の場面において、後継者は個人の連帯保証も引き継ぐことを求められるため、

事実上事業承継に支障が生じているともいわれる。

したがって、連帯保証人保護の観点から、連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合に限り連帯保証の成立を認めるとの見解を含め、過剰保証の禁止など連帯保証人の保護の方策を拡充すべきである。

## 2 事業者による保証の特則

[意見]

事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるとすべきであるとの考え方には反対である。

[理由]

そもそも商法511条2項の規律を民法に取り込む必要があるのか疑問である。

民法では、特約がない限り、保証は単純保証であるが、実務上は連帯保証の特約を付して、連帯保証とすることが一般的であり、特約がない場合の特則となる商法511条2項の規律をあえて民法に取り込む必要があるのか疑問である。

また、「事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたとき」の意味についても、たとえば「経済事業を行なう事業者が保証をしたとき」の意味と具体的にどこが異なるのか、直ちには理解しがたいことから、上記の見解には反対である。

## (2) 連帯保証人に生じた事由の効力-履行の請求

連帯保証人に対する履行の請求の効果が主債務者にも及ぶこと（民法第458条、第434条）を見直す必要があるかどうかについて、更に検討してはどうか。

### [意見]

債権者が連帯保証人の1人に対して履行を請求しても、主債務者及び他の連帯保証人に対してその効力を生じないとする考え方に賛成です。

### [理由]

- 1 基本方針は、提案に示された批判のとおり、連帯保証人は、債務者の関与無しにも出現しうるところ、債権者がそのような連帯保証人に対して履行請求したからといって債権者が債権時効の利益を失うのは妥当でないことから、連帯保証人の1人に対して履行を請求しても、主債務者及び他の連帯保証人に対して、その効力を生じない、とすることを提案する。
- 2 この考え方に対し、法制審部会資料8-2 [64頁]に記載されているように、主債務者の関与しない連帯保証人が弁済等の行為をした場合、主たる債務者は求償債務を負うのであって、主債務者の関与しない連帯保証人によって主債務の時効消滅の期待が失われる事態は避けられない。  
そこで、債権者の利益を優先させることに問題はなく、実務の混乱を回避するためにも、現民法と同様に連帯保証人に対する請求の絶対効を認めるべきとの指摘がなされている(金融法務事情1874号65頁)。
- 3 しかし、上記の指摘は連帯保証人が弁済という積極的行為を行い、連帯保証人が求償権を取得したという場面の問題であり、この場面との比較において、単に債権者が請求をしたに過ぎない(=連帯保証人は新たな行為をしていない)場合と単純に比較すべきではない。

連帯保証人にとっては、自己に対する請求により主たる債務について時効の中断効が生じるか否かは重要な問題であり、仮に時効の中断効が生じないこととした場合、保証人は、主債務者の時効消滅の期待に配慮して直ちに債権者に弁済しない可能性もある。

また債権者と主債務者（及び連帯保証人）間の契約において、連帯保証人に対する請求に絶対効を認めることも可能と考えられるところ、これにより実務の混乱は一定程度避けることも可能である。

したがって連帯保証人に対する請求に絶対効を認め、時効の中断効を認めることは、保証人保護の観点から妥当でなく、現民法の規律は見直すべきである。

## 7 根保証

### (1) 規定の適用範囲の拡大

根保証に関しては、平成16年の民法改正により、主たる債務の範囲に金銭の貸渡し

又は手形の割引を受けることによって負担する債務（貸金等債務）が含まれるもの（貸金等根保証契約）に対象を限定しつつ、保証人が予想を超える過大な責任を負わないようにするための規定が新設された（同法第465条の2から第465条の5まで）が、保証人保護を拡充する観点から、主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれない根保証にまで、平成16年改正で新設された規定の適用範囲を広げるかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

貸金等根保証契約に関する制限を根保証契約一般に拡大することに賛成する。

但し、賃貸借契約に関する根保証については別途の規律を設けることを検討すべきである。

[理由]

個人根保証を一部規制した平成16年改正民法をもってしても、保証人の主債務者破綻に伴う自己破産なども依然見受けられ、保証人保護は未だ十分に図ることはできていないといえる。

また極度額や保証期間を定めない包括根保証契約によって、保証人が予期しない過大な保証債務履行請求を受ける危険性については、貸金等根保証契約に限られない。

したがって、貸金等根保証契約に関する制限を根保証契約一般に拡大することに異論はない。

ただし、住宅等に関する賃貸借契約における根保証契約については、根保証契約が確定したことのみをもって賃貸借契約を直ちに終了させることはできないと考えられるところ、かかる根保証についても極度額や保証期間の制限が設けられることによって、かえって例えば高齢者や学生などの社会的弱者に対する円滑な住宅の供給が妨げられる事態が生じることなきよう、別途の規律を設けて保証人保護を図ることを検討すべきである。

## (2) 根保証に関する規律の明確化

根保証に関して、いわゆる特別解約権を明文化するかどうかについて、更に検討してはどうか。また、根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかや、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴するかどうかなどについて、検討してはどうか。

このほか、身元保証に関する法律の見直しについても、根保証に関する規定の見直しと併せて、検討してはどうか。

### 1 特別解約権

[意見]

根保証に関して、いわゆる特別解約権を明文化することに賛成する。

なお、用語の問題であるが、特別解約権の行使により既発生の保証債務まで消滅するとの誤解を与えることないように、保証人からの元本確定請求権とすることを提案する。

[理由]

- (1) いわゆる特別解約権については、従前、判例において期間を定めない根保証について、契約締結後相当期間が経過した後の通常解約権とともに、契約締結の際に予測し得なかった特別の事情発生による特別解約権が認められた事例があった。

この点、平成16年改正法の施行によって保証人の責任が明確化された結果、従前と同様に特別解約権を認めるべきか否か明らかでない。

保証人からの解約権についてはこれを認めないことを明記すべきとの提案もなされている（三菱東京UFJ銀行法務室長 中原利明氏・金融法務事情1874号54頁）。

- (2) 基本方針は、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した方が妥当であるとして、特別解約権について規定を置くことはしなかったとする。

しかし、事情変更法理については【3.1.1.91】(事情変更の要件)(別冊NBL/No126 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い。

- (3) 当会意見は、後記のとおり経営者以外の個人保証の禁止を提案するものであるが、仮に第三者である個人の根保証を認める場合においては、当該第三者と借入人間の関係が著しく変動したとき、あるいは法人の代表者の根保証においては、当該代表者が主たる債務者の経営から離れたときまで、将来主たる債務者との間で発生する不特定の債権を保証しなければならないというのは酷であることから、この様な場合には、将来に向かって解除することができる権利を認めるべきである。

他方、債権者にとっても、現状では、根保証人から根保証契約の事情変更による解除の申出がなされた場合に、特別解約権が認められるか否か、認められるとしてもその要件が不明確であることから、解除の申出が有効であるか否か判断に迷う場合も多い。

- (4) したがって、根保証人保護の観点から根保証人による特別解約権（元本確定請求権）の規律を設け、また債権者の予測の観点からも特別解約権（元本確定請求権）が認められる場合の要件を明確化すべきであると考えられる。

## 2 元本確定前の保証債務履行請求

[意見]

根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかについては、これを認めないものとしたうえで、元本確定事由として債権者からの元本確定請求を認めることにより対応すべきである。

[理由]

保証契約の元本確定前に被保証債務の弁済期が到来した場合に、元本を確定させることなく、保証債務の履行を請求することができるかが問題となる。

現民法では、この点に関する何らの規律がないところ、理論的にこれを認めるか否か両方の見解がある。

この点、理論的な問題は別として、これを否定した場合、現民法における保証債務の確定事由は①債権者による主債務者又は保証人の財産に対する強制執行等を申し立てたとき、②主債務者又は保証人が破産手続開始の決定を受けたとき、③主債務者又は保証人が死亡したときの3つの場面に限られている（465条の4）。したがって、主債務者が主債務の履行を遅滞し、あるいは民事再生手続開始の申立をするなどの事態に陥ったとしても破産していない限り、当然には保証債務の元本は確定しない。しかし、現実の実務感覚からすれば、この様な場合にも確定しないから保証債務履行請求できないというのは債権者に酷であることが指摘されている。

また保証人の立場からも、例えば被保証債務が極度額を下回る場合においては早期に債権者から保証債務履行請求を受ければ、早期に保証債務を履行する機会が生じ、これによりその後の遅延損害金の負担を免れることができる場合もあるなど、必ずしも元本確定前の保証債務履行請求を認めることが保証人保護に反するとも言い切れない。

他方、元本確定前の保証債務履行請求を認める場合には、確定前の保証履行がなされる都度、当該履行金額分、根保証の極度額が縮減されていかなければ、根保証人の責任が過大となって妥当でない。また、主債務が複数有り、その合計が極度額を超える場合にどの範囲で保証が及ぶか、また元本確定前の保証履行請求に保証人が応じて弁済した額は極度額に影響を及ぼすか、などの問題も生じることも確かである。

これらの疑問を解消するためには、元本確定前の保証人に対する保証履行請求の規定を明文で肯定し、その場合の規律を詳細に規定することも考えられるが、すべてを明文で規定することは容易ではない。

そこで端的に、元本確定前の履行請求は認めないものとしたうえで、債権者からの元本確定請求を認めることにより、上記の問題を明確化すべきである。

そこで根保証の確定事由として、「債権者が根保証人に対し根保証の確定を請求したとき」もしくは「債権者が根保証人に対し保証債務の履行を請求したとき」を追加すべきである。

### 3 元本確定前の被保証債権の譲渡と随伴性

[意見]

元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合には保証債務は随伴しないものとすべきである。

[理由]

現民法は随伴性を肯定・否定する明文の強行規定を置いていない。他方、根抵当におい



ては、元本確定前の被担保債権の譲渡が生じたとしても、譲受債権者は根抵当権を行使することはできない(398条の7)、とされている。

随伴性を肯定する見解にたつ場合、主債務の一部に債権譲渡があった場合、保証人は極度額の範囲において、譲渡債権者及び譲受債権者に対しいくらの割合で保証債務を負担することとなるのか必ずしも明らかではない。この点、債権譲渡が生じた時点での譲渡債権者及び譲受債権者が有する債権の額に応じ按分して保証債務を負担するとの考え方もあり得るが、この場合、元本が基準となるのか、利息・遅延損害金も含めた額が基準となるのか、またそれらの額を保証人は正確に知ることができるのか、また債権譲渡後の被保証債務の増減に伴い、債権者毎の保証債務の額が変動するのかなどといった問題がある。

あるいは債権譲渡が生じた時点での譲渡債権者及び譲受債権者が有する債権の額にかかわらず、合計して極度額の範囲で保証債務を負うとの考え方もあり得るが、この考え方は債権者間において必ずしも公平とはいえないと考えられる。

仮に随伴性を否定する見解にたつとしても、特約において債権者からの元本確定請求権を設けている場合、あるいは前記とおり債権者からの元本確定請求を認める明文規定を設ける場合、債権者は被保証債務を確定させたうえ、債権譲渡することも可能であり、あえて元本確定前の被保証債務の譲渡がある場合について、保証債務の随伴性を明文で認める必要性は小さいと考えられる。

したがって、根保証においても、保証人の予測可能性の確保及び根抵当に関する規律との統一による民法典の明確化の観点から、元本確定前の被保証債務の譲渡があった場合における随伴性は否定すべきである。

#### 4 身元保証に関する法律

[意見]

保証・根保証に関する規定の見直しとあわせ、保証契約締結の際における保証人保護のための方策と同様の身元保証人保護のための方策を導入すること、身元保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ身元保証契約の成立を認めること、特別解約権を拡充すること、身元保証に関する法律5条において裁判所が身元保証人の責任の範囲及びその金額を定めるにあたって「身元保証契約の締結時及び損害賠償の請求時における身元保証人の資力」を斟酌すべきことを明記することなど身元保証に関する法律についてもあわせて見直しを行うべきである。

[理由]

身元保証は、保証・根保証とは制度趣旨が異なる面があるものの、身元保証人が情誼に基づき安易に身元保証をした結果、当初予測していない過大な債務を突然債権者から請求されるという事態が起これ、生活の破綻に追い込まれる事例が多くあることは保証や根保証と同様であるから、保証や根保証と同様に身元保証人の保護を図る必要性がある。

したがって、今般、保証制度の在り方について保証人保護の観点から各種の見直しを検

討するに際しては、あわせて身元保証に関する法律についても身元保証人保護の観点から同様の見直しを行うべきである。

## 8 その他

### (1) 主債務の種別等による保証契約の制限

主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証などを対象として、その保証契約を無効とすべきであるとする提案については、実務上有用なものまで過剰に規制することとなるおそれや、無効とすべき保証契約の範囲を適切に画することができるかどうかなどの観点に留意しつつ、検討してはどうか。

#### [意見]

主債務の種別等により保証契約を制限するとの考えに賛成する。具体的な制限の内容は以下のとおりである。

- 1 与信業者（業として、信用供与取引、そのあっせん及び保証を行う者）が、消費者（個人。但し、事業として、又は事業のために信用供与取引を利用する者を除く。以下、本項に関する記述において同じ。）との信用供与取引によって生じた債務について、消費者との間で保証契約を締結することを禁止する。

ここにいう信用供与取引とは、金融料（金銭貸付における金利、販売信用取引における手数料、その他の信用供与の対価）の有無、金額、支払回数又は担保の有無を問わず、次の取引をいう。

(1) 消費者金融 金銭を貸付け、その支払期限の猶予を行う取引

(2) 販売信用取引

販売信用取引とは、次のいずれかに該当する信用供与契約であって、3日以上を支払の猶予を与えるものをいう。

ア 特定の販売業者が行う商品・役務・権利（種類・品目を問わない。）の取引を条件として、その代金の全部又は一部に相当する金銭を当該販売業者に直接又は間接に交付するもの。

イ 商品等購入に伴って締結する信用供与取引について、販売業者がその契約締結手続きに実質的に関与するもの。

ウ 特定の商品等購入代金の支払に充てることを信用供与取引の契約上表示しているもの。

エ 信用供与者と販売業者との間に商品等の販売及び信用供与につき提携関係が結ばれているもの。

オ 販売業者が購入者の信用供与取引債務を保証して行うもの。

カ 前各号のほか、販売業者が商品代金の支払につき、2か月以上の支払期限の猶

予を定めたもの（自社式販売信用契約）も、適用対象とする。

- 2 事業者が負う債務について、当該事業者の経営に直接関与している者（主債務者たる法人の代表者及びその共同事業主、主債務者たる個人事業者の共同事業主等）以外の消費者との間で保証契約を締結することを禁止する。
- 3 2において、事業者の負う債務について、当該事業者の経営に直接関与している者との間で保証契約を締結することは、現在の取引実務に鑑み禁止しないものとするが、将来的には、かかる保証を禁止することや、保証の効果等につき、保証人保護の観点からさらに検討すべきである。

[理由]

- 1 自然人の保証そのものの在り方について、そもそもの保証制度の必要性及び保証人保護の在り方、方法について十分な議論を行うことが必要である。

平成16年の民法改正の際には個人保証の在り方全般を見直すことは議論されていない。

個人根保証を一部規制した平成16年改正民法をもってしても、保証人の主債務者破綻に伴う自己破産なども依然見受けられ、保証人保護は未だ十分に図ることはできていないといえる。

近時は、各地の信用保証協会や政府系金融機関などにおいて、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ている。また金融行政においても個人保証、不動産担保に過度に依存しない融資に向けた取り組みが行われているとされている。さらに、民主党が2009年の衆議院選挙の際のマニフェストにおいて、「自殺の大きな要因ともなっている連帯保証人制度について、廃止を含め、あり方を検討する。」との提案を行っていることなどに鑑みれば、自然人の保証そのものの在り方について、そもそもの保証制度の必要性及び保証人保護の在り方について十分な議論を行うことが必要である。

なお法制審部会資料8-2[69頁]以下には詳細な比較法の解説があるが、この内容の検証及び実際の各国での運用状況のさらなる検討が別途必要と考えられる。

- 2 日弁連では、2000年10月に開催された人権擁護大会の決議における提案理由の中で、消費者信用における個人保証の原則禁止を検討すべきとの意見が取りまとめられている。

日弁連統一消費者信用法要綱案は、上記の決議から2年以上が経過し、多重債務や商工ローン被害がより一層深刻化している実情をふまえて、課題であった個人保証禁止の実現を具体的な目標とすべきである、として提案されたものである。

同案においては、消費者信用取引における消費者保護として、消費者信用取引によって生じた債務について、与信業者が消費者と保証契約を締結することを禁止し、事業者信用取引によって生じた債務についての保証については、消費者が保証人になる場合、情報、知識、交渉力等で与信業者の劣位に立つ消費者を保護する必要性は極めて大きい

ことから、説明義務等の保証人保護制度を適用することを条件に認めるものとされている。

### 3 消費者信用取引による債務に対する個人保証の在り方について

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及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。

このように消費者信用取引においては、借入人本人の資力を引当とした与信取引が原則とされるに至っており、与信業者が消費者との間で消費者信用取引に関して保証契約を締結することは端的に禁止されるべきである。

これに対し、保証人の資力を引当にした融資として、親が子の借入を保証することについては、これを妥当とする意見もある(三菱東京UFJ銀行法務室長 中原利明氏・金融法務事情1874号54頁)が、この様な融資においても保証による弊害が生じる可能性があることは同様であり、仮に親の資力を当てに融資する場合は端的に親を借入人として取り扱い、もしくは親を物上保証人として引当となる資産を明確にすべきである。

ただし、与信業者が消費者との間で保証契約を締結することを禁止することにより、消費者が住宅ローン等において円滑な金融を得ることができなくなる等の事態が生じることないよう、実施にあたっては特段の配慮を行うことが必要である。

他方、保証人の資力を引当にした取引においても、学生が住居の賃貸借契約を締結するに際して親が保証人となる等の場面や与信業者ではない個人間の貸借関係における保証については、これを認めたとしても大きな弊害はなく、かつ社会的な必要性も完全には否定できないことから、現時点では、与信業者の行う消費者信用取引以外の取引に対する個人保証は禁止しないものとしている。

### 4 事業者取引による債務に対する個人保証の在り方について

個人保証に起因する破産、あるいは生活破綻もしくは自殺などの弊害は、消費者信用取引に限られるものではなく、事業者との取引によって生じた債務についての保証についても同様である。むしろ消費者信用取引に比べ、事業者取引による債務の額は大きくなるのが通常であり、経営者を除き、保証人と事業の関係は希薄であることも多く、主債務者の事業の状況を知り得ないことも多いことに鑑みれば、個人保証を認めることによる弊害は大きいといえる。

また実務上、事業者と取引を行うにあたって、第三者たる自然人の資力を引当とせざ

るを得ない場面もあることは事実であるが、かかる場面においても、当該第三者の将来の資力を引当とする必要は小さく、債権者は当該第三者の資産に対し担保権を設定することにより対応することで足りると考えられる。当該第三者にとっても担保提供を行う方が保証を行うことに比べ慎重な判断をしやすく、また将来の不意打ち防止の観点からも望ましいからである。

したがって、事業者取引による債務に対する保証については、経営者等によるものを除き、原則としてこれを禁止すべきである。

なお、本意見は、主債務者たる法人の代表者及びその共同事業主、主債務者たる個人事業者の共同事業主以外を含め、当該事業者の経営に直接関与している者の保証を許容するものとしているが、これは、必ずしも代表者のみが法人の経営責任をとる立場にあるわけではなく、法人の代表権を有しない(取締役でもないケースもある)実質オーナー、あるいは代表権を有しないものの実質的に代表者と一体というべき役員も存在することに配慮したものである。

#### 5 経営者による事業者取引の保証について

本意見においては、借入を行う事業を営む法人の代表者等当該事業者の経営に直接関与している経営者については、現状、金融の円滑化・モラルハザードの観点からしてこれを禁止しないものとしている。

しかし、たとえば事業再生の場面において、経営者保証があるがために経営者が法的倒産手続きの早期申立をためらい、事業再生のための積極的措置を講じることができない、あるいは新たな事業を興そうとする者にとっては経営者保証があるために事業の立ち上げを躊躇し、さらに事業承継の場面においても後継者となろうとする者が経営者保証があるために承継に躊躇するなどし、結果として日本全体の経済の発展を阻害するなどの指摘があるところ、将来的には、経営者保証の在り方について、これを禁止する、あるいは経営者が保証責任を負うとしても、前述の過剰保証禁止、あるいは責任限度額を設けるなどの方策を設けることなどについてさらに検討することが必要である。

また、法人の代表者等の保証に限って保証を認めるとした場合においても、特定保証、根保証の場合に特別解約権を認めるか、認めるとすればどのような要件のもとに認めるかについても議論することが必然的に問題となると考えられる。

#### (2) 保証類似の制度の検討

損害担保契約など、保証に類似するが主債務への付従性がないとされるものについて、明文規定を設けるべきであるとの提案については、その契約類型をどのように定義するか等の課題があることを踏まえつつ、検討してはどうか。

[意見]

損害担保契約など、保証に類似するが主債務への付従性がないとされるものについて、

明文規定を設けるべきであるとの提案について、これを検討する場合、保証人と同様の地位に置かれる者の保護の観点から、その必要性及び内容について慎重に検討すべきである。

[理由]

仮に損害担保契約などの保証類似の制度を明文化する場合、保証人保護の脱法としてこれら類似の制度が利用されることなきよう、損害担保契約の債務者保護の観点に十分配慮した制度を設けることを検討すべきである。

### 第13 債権譲渡

#### 1 譲渡禁止特約（民法第466条）

##### (1) 譲渡禁止特約の効力

譲渡禁止特約の効力については、学説上、「物権的」な効力を有するものであり、譲渡禁止特約に違反する債権譲渡が無効であるとする考え方（物権的効力説）が有力である。判例は、この物権的効力説を前提としつつ、必要に応じてこれを修正していると評価されている。この譲渡禁止特約は、債務者にとって、譲渡に伴う事務の煩雑化の回避、過誤払の危険の回避及び相殺の期待の確保という実務上の必要性があると指摘されているが、他方で、今日では、強い立場の債務者が必ずしも合理的な必要性がないのに利用している場合もあるとの指摘や、譲渡禁止特約の存在が資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となっているとの指摘もされている。

以上のような指摘を踏まえて、譲渡禁止特約の効力の見直しの要否について検討する必要があるが、譲渡禁止特約の存在について譲受人が「悪意」（後記(2)ア参照）である場合には、特約を譲受人に対抗することができるという現行法の基本的な枠組みは、維持することとしてはどうか。その上で、譲渡禁止特約を対抗できるときのその効力については、特約に反する債権譲渡が無効になるという考え方（以下「絶対的効力案」という。）と、譲渡禁止特約は原則として特約の当事者間で効力を有するにとどまり、債権譲渡は有効であるが、債務者は「悪意」の譲受人に対して特約の抗弁を主張できるとする考え方（以下「相対的効力案」という。）があることを踏まえ、更に検討してはどうか。

また、譲渡禁止特約の効力に関連する以下の各論点についても、更に検討してはどうか。

- ① 譲渡禁止特約の存在に関する譲受人の善意、悪意等の主観的要件は、譲受人と債務者のいずれが主張・立証責任を負うものとするべきかについて、更に検討してはどうか。
- ② 譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るかにかかわらず、譲渡禁止特約の存在が、資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となり得るという問題を解消する観点から、債権の流動性の確保が特に要請される一定の種類の債権につき、譲渡禁止特約を常に対抗できないこととするべきかどうかについて、特定の取引類型のみに適用される例外を民法で規定する趣旨であるなら適切ではないとの意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、預金債権のように譲渡禁止特約を対抗することを認める必要性が高い種類の

債権に、引き続き譲渡禁止特約に強い効力を認めるべきかどうかについても、特定の取引類型のみに適用される例外を民法で規定することについて上記の意見があることに留意しつつ、検討してはどうか。

- ③ 将来債権の譲渡をめぐる法律関係の明確性を高める観点から、将来債権の譲渡後に、当該債権の発生原因となる契約が締結され譲渡禁止特約が付された場合に、将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約を対抗することの可否を、立法により明確にすべきかどうかについて、譲渡禁止特約によって保護される債務者の利益にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

### 1 譲渡禁止特約にかかる現行法の基本的な枠組みを維持することの可否

[意見]

「譲渡禁止特約の存在について譲受人が悪意（又は重過失）である場合には、特約を譲受人に対抗することができる」という現行法の基本的な枠組みを維持することに、賛成する。

[理由]

譲渡禁止特約には、(1)相殺の期待を確保する、(2)譲渡に伴う事務の煩雑化を回避する、(3)過誤払いの危険を回避する等、実務上の必要性が認められ、現行法の基本的な枠組みは維持すべきである。

### 2 譲渡禁止特約の効力

[意見]

譲渡禁止特約の効力を相対的効力とすること（相対的効力案）には、反対しない。

[理由]

「譲渡禁止特約は原則として特約の当事者間で効力を有するにとどまり、債権譲渡は有効であるが、債務者は悪意（又は重過失）の譲受人に対して特約の抗弁を主張できるとする考え方」（相対的効力案）については、譲渡禁止特約が債務者の利益を保全する制度である以上、その意図を十分に理解でき、これに積極的に反対する理由はない。

### 3 譲受人の主観的要件に関する主張・立証責任の分配

[意見]

譲受人が、譲渡禁止特約の存在について善意（又は無重過失）であったことの主張・立証責任を負うべきである。

[理由]

主観的要件について事情をより把握している譲受人に、当該主張・立証責任を負わせる方が、主張・立証責任の公平分担の観点上適切であり、「債務者の利益のために譲渡禁止特約の効力を原則的に認める」との考え方ともより整合的である。

#### 4 債権の流動性の確保が特に要請される一定の種類の債権につき、譲渡禁止特約を常に対抗できないとすることの当否

[意見]

債権の流動性の確保が特に要請される一定の種類の債権につき、譲渡禁止特約を常に対抗できないとすることには、反対する。

[理由]

- (1) 「債権の流動性の確保が特に要請される一定の種類の債権」を類型化すること自体、容易ではなく、これを突き詰めれば、結局、「譲渡禁止特約の効力を認めない」という考え方に近接する。
- (2) これらの債権についても、(1)相殺の期待を確保する、(2)譲渡に伴う事務の煩雑化を回避する、(3)過誤払いの危険を回避する等、譲渡禁止特約の実務上の必要性は認められる。
- (3) そもそも民法で対象とすべき事項ではない。

#### 5 預金債権等の譲渡禁止特約を対抗することを認める必要性が高い種類の債権に、引き続き譲渡禁止特約に強い効力を認めることの当否

[意見]

預金債権等の「譲渡禁止特約を対抗することを認める必要性が高い種類の債権」について、特則を設けることには、反対する。

[理由]

- 1 「譲渡禁止特約を対抗することを認める必要性が高い種類の債権」を類型化すること自体、容易ではない。
- 2 これらの債権が譲渡された場合、通常は、譲受人に悪意（又は重過失）があるものと認められるはずであり、他の債権と特段に区別をせずとも、実務上の支障はない。
- 3 そもそも民法で対象とすべき事項ではない。

#### 6 将来債権譲渡後の譲渡禁止特約の効力にかかる立法化の要否

[意見]

立法化の必要はない。

[理由]

将来債権譲渡と譲渡禁止特約の効力については、以下のような複数の考え方が想定される。

- (1) 将来債権の譲受人に、当該譲渡後に付された譲渡禁止特約の効力が及び、譲受人はその主観に関係なく当該債権の譲渡の効力を債務者に主張することができない。
- (2) 将来債権の譲受人に、当該譲渡後に付された譲渡禁止特約の効力は及ばず、債務者は



譲渡禁止特約の効力を主張することができない。

- (3) 将来債権の譲受人が、当該譲渡時点において、譲渡禁止特約について善意・無重過失であるか否かをもって判断する（なお、当該譲渡時点において、譲渡禁止特約が未だ定められていない場合には、通常善意であるが、譲渡禁止特約が通常付される種類の債権の譲渡である場合には、重過失有りという判断もあり得る。）。

上記(1)については、将来債権の譲渡後に当該譲渡を実質的に無効化することを許す点において、又、上記(2)については、譲渡禁止特約が通常付される種類の債権の譲渡の場合であっても、譲渡禁止特約が未だ定められていない段階において将来債権として譲渡すれば、事後、譲渡禁止特約を定めることができない点において、いずれも妥当とはいえず、将来債権の譲渡と譲渡禁止特約の効力については、「将来債権以外の債権の譲渡と同様、将来債権の譲渡時点において譲受人が譲渡禁止特約について善意・無重過失であるか否かをもって判断すべき」（上記(3)）と考えられるから、将来債権の譲渡についてのみ特段に立法化する必要はない。

## (2) 譲渡禁止特約を譲受人に対抗できない事由

### ア 譲受人に重過失がある場合

判例は、譲受人が譲渡禁止特約の存在について悪意の場合だけでなく、存在を知らないことについて重過失がある場合にも、譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができるとしていることから、譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るにかかわらず、上記の判例法理を条文上明らかにすべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、資金調達の促進の観点から、重過失がある場合に譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができることに反対する意見があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

#### [意見]

譲受人に重過失がある場合について明文化することに、賛成する。

#### [理由]

判例学説上もさほど異論のないところであり、明文化することに反対する理由はない。

譲受人に重過失があっても、債務者は譲渡禁止特約を対抗できないとすれば、譲受人は、譲渡の際に、「譲渡禁止特約の有無」を調査しない方が有利となり、結論として妥当性を欠く。

### イ 債務者の承諾があった場合

譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るにかかわらず、債務者が譲渡を承諾することにより譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができなくなる旨の明文規定を設けるものとしてはどうか。

[意見]

債務者の承諾があった場合について明文化することに、賛成する。

[理由]

判例学説上もさほど異論のないところであり、明文化することに反対する理由はない。

#### ウ 譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合

譲渡人につき倒産手続の開始決定があった場合において、譲渡禁止特約の効力について相対的効力案（前記(1)参照）を採るとしたときは、管財人等が開始決定前に譲渡されていた債権の回収をしても、財団債権や共益債権として譲受人に引き渡さなければならず、管財人等の債権回収のインセンティブが働かなくなるおそれがあるという問題がある。このような問題意識を踏まえて、譲渡人について倒産手続の開始決定があったとき（倒産手続開始決定時に譲受人が第三者対抗要件を具備しているときに限る。）は、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができないという規定を設けるべきであるという考え方が示されている。このような考え方に対しては、債務者は譲渡人について倒産手続開始決定がされたことを適時に知ることが容易ではないという指摘や、債務者が譲渡人に対する抗弁権を譲受人に対抗できる範囲を検討すべきであるという指摘がある。そこで、このような指摘に留意しつつ、仮に相対的効力案を採用した場合に、上記のような考え方を採用することの当否について、更に検討してはどうか。

また、上記の考え方を採用する場合には、①譲渡人の倒産手続の開始決定後に譲渡禁止特約付債権を譲り受け、第三者対抗要件を具備した譲受人に対して、債務者が譲渡禁止特約を対抗することの可否について、検討してはどうか。さらに、②譲渡禁止特約の存在について悪意の譲受人に対して譲渡がされた後、譲渡人の債権者が譲渡禁止特約付債権を差し押さえた場合も、複数の債権者が債権を奪い合う局面である点で、倒産手続が開始された場面と共通することから、譲渡禁止特約の効力について上記の考え方が適用されるべきであるという考え方がある。このような考え方を採用することの当否についても、検討してはどうか。

#### 1 「譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合には、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができない」という規定を設けることの当否

[意見]

譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合に、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができないという規定を設けることには、反対する。

[理由]

#### 1 譲渡禁止特約により守られるべき債務者の利益の存在を肯定する以上、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が奪われる理由は説明し得ない。

- 2 譲渡人が倒産する直前においてこそ、複数の債権譲渡通知が債務者に舞い込むという事態が往々にして生じることから、譲渡禁止特約がその意義を発揮する一場面と言わざるを得ず、この場面において譲渡禁止特約の効力を否定することには、賛成し得ない。
- 3 上記規定が、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（その結果、譲渡禁止特約が付された債権であっても、流動化等の対象にすることを容易にする。）ものであることは十分に理解できるが、譲渡人が倒産手続ではなく任意整理を行った場合（更には、事実上夜逃げし、債務整理を放置した場合）等を想定すると、当該企図の効果も限定的である可能性が高い。

## 2 上記1の規定を設ける場合に、譲渡人の倒産手続の開始決定後に譲渡禁止特約付債権を譲り受け、第三者対抗要件を具備した譲受人に対して、債務者が譲渡禁止特約を対抗することの可否

[意見]

譲渡人の倒産手続の開始決定後に譲渡禁止特約付債権を譲り受け、第三者対抗要件を具備した譲受人に対しても、債務者は、譲渡人に倒産手続の開始決定がなかった場合と同様の範囲において、譲渡禁止特約を対抗することができるかと解すべきである。

[理由]

本論点は、上記1の規定を設けた場合に、譲渡人の倒産手続の開始決定前の譲渡禁止特約付債権の譲渡と、当該開始決定後の譲渡禁止特約付債権の譲渡との間のバランスを問題とするものであるが、上記1の規定を設けることに反対する以上、かかる問題を検討する余地はなく、通常通りの解釈で足りる。

## 3 上記1の規定を設ける場合に、「譲渡人の債権者が譲渡禁止特約付債権を差し押さえた場合には、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができない」との規定を設けることの当否

[意見]

「譲渡人の債権者が譲渡禁止特約付債権を差し押さえた場合には、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができない」との規定を設けることには、反対する。

[理由]

本論点も、上記1の規定を設けた場合に、「譲渡人の債権者が譲渡禁止特約付債権を差し押さえた場合も、複数の債権者が債権を奪い合う局面である点で、倒産手続が開始された場面と共通する」という点を問題とするものであるが、上記1の規定を設けることに反対する以上、かかる問題を検討する余地はない。

## エ 債務者の債務不履行の場合

譲渡禁止特約の効力について仮に相対的効力案（前記(1)参照）を採用した場合には、譲受人は債務者に対して直接請求することができず、他方、譲渡人（又はその管財人等）は譲渡した債権を回収しても不当利得返還請求に基づき譲受人に引き渡さなければならないこととなるため、譲渡人につき倒産手続の開始決定があったとき（上記ウ）に限らず、一般に、譲渡人に債権回収のインセンティブが働かない状況が生ずるのではないかという指摘がある。このような問題意識への対応として、譲渡人又は譲受人が、債務者に対して（相当期間を定めて）譲渡人への履行を催告したにもかかわらず、債務者が履行しないとき（ただし、履行をしないことが違法でないときを除く。）には、債務者は譲受人に譲渡禁止特約を対抗することができないとする考え方が示されている。このような考え方の当否について、検討してはどうか。

### [意見]

「譲渡人又は（債務者権利行使要件を具備している）譲受人が、債務者に対して（相当期間を定めて）譲渡人への履行を催告したにもかかわらず、債務者が履行しないとき（ただし、履行をしないことが違法でないときを除く。）には、債務者は譲受人に譲渡禁止特約を対抗することができない」との規定を設けることに、賛成する。

### [理由]

- 1 譲渡禁止特約の効力について相対的効力案を採った場合には、「債務者に対抗できない譲受人は、債務者に対する請求を行うことができず、一方、譲渡当事者間においては債権譲渡が有効であることから、仮に譲渡人や譲渡人の倒産管財人等が当該債権を回収した場合であっても譲受人が不当利得返還請求権（財団債権・共益債権等）を行使できる結果、譲渡人や譲渡人の倒産管財人等も債務者に対する債権回収に精力を注がない」というデットロック的な関係が生じる可能性がある。

この場合に、譲渡人や譲渡人の倒産管財人等に取立義務を課すという考え方もあり得るが、どこまでの取立行為を行う義務を課すのかという問題が生じる上、譲渡人の倒産管財人等にまで当該取立義務を課すことは極めて酷と言わざるを得ない。

したがって、「譲渡人又は（債務者権利行使要件を具備している）譲受人が、債務者に対して（相当期間を定めて）譲渡人への履行を催告したにもかかわらず、債務者が履行しないとき（ただし、履行をしないことが違法でないときを除く。）には、債務者は譲受人に譲渡禁止特約を対抗することができない」との規定を設け、譲渡人（譲渡人の倒産管財人等）又は譲受人に、当該デットロックを解消する方法を与えることが妥当である。

- 2 上記規定は、「債務者が債務不履行を行う場合には、譲渡禁止特約を対抗できない」とするものであり、譲渡禁止特約の効力を否定する理由を、債務者の帰責性（債務不履行）によって容易に説明することができる。

3 上記規定が設けられれば、「債務者により本旨に従った履行がなされる」、又は、「譲渡禁止特約の効力がなくなり、譲受人が直接請求できる」のいずれかが成立し得ることとなるから、債権の流動化等の場面においても、「譲渡禁止特約によるキャッシュフローの阻害」が可及的に減殺され、流動化等の促進という目的にも適合するものと考えられる（譲渡人が倒産した場合であっても、倒産管財人等に本旨に従った履行がなされるのであれば、譲受人は倒産管財人等からのスムーズな回収が可能であり、キャッシュフローの減殺は限定的と考えられる。）。

### (3) 譲渡禁止特約付債権の差押え・転付命令による債権の移転

譲渡禁止特約付きの債権であっても、差押債権者の善意・悪意を問わず、差押え・転付命令による債権の移転が認められるという判例法理について、これを条文上も明確にしてはどうか。

#### [意見]

譲渡禁止特約付きの債権であっても、差押債権者の善意・悪意を問わず、差押え・転付命令による債権の移転が認められるという判例法理について、明文化することに、賛成する。

#### [理由]

判例学説上もさほど異論のないところであり、明文化することに反対する理由はない。

## 2 債権譲渡の対抗要件（民法第467条）

### (1) 総論及び第三者対抗要件の見直し

債権譲渡の対抗要件制度については、債務者が債権譲渡通知や承諾の有無について回答しなければ制度が機能せず、また、競合する債権譲渡の優劣について債務者に困難な判断を強いるものであるために、債務者に過大な不利益を負わせていることのほか、確定日付が限定的な機能しか果たしていないこと等の民法上の対抗要件制度の問題点が指摘されている。また、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（以下「特例法」という。）と民法による対抗要件制度が並存していることによる煩雑さ等の問題点も指摘されている。これらの問題点の指摘を踏まえて、債権譲渡の対抗要件制度を見直すべきかどうかについて、更に検討してはどうか。

債権譲渡の対抗要件制度を見直す場合には、基本的な見直しの方向について、具体的に以下のような案が示されていることを踏まえ、更に検討してはどうか。その際、A案については、その趣旨を評価する意見がある一方で、現在の特例法上の登記制度には問題点も指摘されており、これに一元化することには問題があるとの指摘があることから、まずは、特例法上の登記制度を更に利用しやすいものとするための方策について検討した上で、その検討結果をも踏まえつつ、更に検討してはどうか。

[A案] 登記制度を利用することができる範囲を拡張する（例えば、個人も利用可能とする。）とともに、その範囲において債権譲渡の第三者対抗要件を登記に一元化する案

[B案] 債務者をインフォメーション・センターとはしない新たな対抗要件制度（例えば、現行民法上の確定日付のある通知又は承諾に代えて、確定日付のある譲渡契約書を債権譲渡の第三者対抗要件とする制度）を設けるという案

[C案] 現在の二元的な対抗要件制度を基本的に維持した上で、必要な修正を試みるという案

[意見]

上記 [C案] に、賛成する。

[理由]

- 1 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、及び、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、債権譲渡の第三者対抗要件を登記に一本化する案（上記 [A案]）については、その理念の画期性は十分に理解できるところであるが、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、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、又は、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しなければならない手間は、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賃料債権の譲渡を同時に行う場合等、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、上記 [A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）を譲渡する場合等、容易に「契約上の地位の移転」なのか「個別債権の移転」なのかを峻別し難い場面も想定される。
  - (4) 債権譲渡の事実自体が譲渡人の信用に影響を与える場合（例えば、売掛債権を譲渡する場合）には、公示性（公開性）が強い債権譲渡登記という方法は避けたいという実務ニーズも想定される。
- 2 仮に、債務者インフォメーション・センター論には理念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って、敢えて現行法を改正する必要性までは認められない。

特に、上記(2)や(3)の場面を想定しても、「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という制度」は、極めて硬直的と言わざるを得ない。

- 3 なお、新たな対抗要件制度（例えば、現行民法上の確定日付のある通知又は承諾に代えて、確定日付のある譲渡契約書を債権譲渡の第三者対抗要件とする制度）を設ける案（上記[B案]）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、現行民法よりも公示機能が劣るという問題があり、やはり賛成し難い。

## (2) 債務者対抗要件（権利行使要件）の見直し

債権譲渡の当事者である譲渡人及び譲受人が、債務者との関係では引き続き譲渡人に対して弁済させることを意図して、あえて債務者に対して債権譲渡の通知をしない（債務者対抗要件を具備しない）場合があるが、債務者が債権譲渡の承諾をすることにより、譲渡人及び譲受人の意図に反して、譲受人に対して弁済する事態が生じ得るという問題があると指摘されている。このような問題に対応するために、債権譲渡の対抗要件制度について第三者対抗要件と債務者対抗要件を分離することを前提として、債務者対抗要件を通知に限った上で、債務者に対する通知がない限り、債務者は譲渡人に対して弁済しなければならないとする明文の規定を設けるべきであるとの考え方が示されている。

これに対して、債務者対抗要件という概念は、本来、それが具備されなくても、債務者の側から債権譲渡の事実を認めて譲受人に対して弁済することができることを意味するものであるとの指摘があった。他方で、現行法の理解としても、債務者が譲受人に弁済できると解されているのは、承諾という債務者対抗要件があるからであって、債務者対抗要件とは無関係に債務者が弁済の相手を選択できるという結論は導けないという考え方もあり得るとの指摘があった。また、承諾によって、債務者対抗要件の具備と同時に抗弁の切断の効果が得られることから、実務上承諾に利便性が認められているとの指摘があった。

以上の指摘等に留意しつつ、債務者対抗要件（債務者に対する権利行使要件）を通知に限った上で、債務者に対する通知がない限り、債務者は譲渡人に対して弁済しなければならないとする明文の規定を設けることの当否について、更に検討してはどうか。

### [意見]

債務者対抗要件（債務者に対する権利行使要件）を通知に限った上で、債務者に対する通知がない限り、債務者は譲渡人に対して弁済しなければならないとする場合には、反対する。

債務者の承諾を債務者対抗要件（債務者に対する権利行使要件）として認めるべきである。

### [理由]

- 1 以下のような場合に、債務者対抗要件としての承諾は極めて有用であり、債務者対抗

要件として承諾を認めなければ、実務上、利用者の利便性が低下する可能性が懸念される。

- (1) マスターレシーの交代の場面において賃貸人の地位の移転と既存の滞納賃料債権の譲渡を同時に行う場合等、契約上の地位の移転に伴い個別債権を移転する場合。
  - (2) 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）を譲渡する場合等、容易に「契約上の地位の移転」なのか「個別債権の移転」なのかを峻別し難い場合。
- 2 債務者対抗要件は、譲受人が、債務者に権利行使をするための要件に過ぎず、債務者の承諾を債務者対抗要件として認めても、「債務者が自ら承諾した場合に、債務者が誰に弁済すべきか」という問題が必然的に決定されるわけではない。

そもそも、「債権譲渡を行っているにも拘わらず、譲渡当事者に弁済先を譲渡人と指定する権利を付与すべきか否か」については、議論があり得るところであるが、仮に、「債務者が債権譲渡の承諾をすることにより、譲渡人及び譲受人の意図に反して、譲受人に対して弁済する事態が生じ得るという問題」をどうしても解決したいのであれば、債務者の承諾を債務者対抗要件として認めた上で、別途、「譲受人から、譲渡人に支払うべき旨の通知がなされたときは、債務者は譲渡人に弁済しなければならない」という規定を設ければ、債務者が、債権譲渡を承諾し譲受人に弁済しようとしてきた際に、譲受人が譲渡人に支払うべき旨を通知することにより目的を達し得るのであって、「債務者の承諾を、債務者対抗要件とすべきか」という問題と、「債務者が自ら承諾した場合に、債務者が誰に弁済すべきか」という問題とは、全く別の問題と言わざるを得ない。

### (3) 対抗要件概念の整理

民法第467条が定めている債権譲渡の対抗要件のうち、債務者との関係での対抗要件を権利行使要件と呼び、債務者以外の第三者との関係での対抗要件と文言上も区別して、同条の第1項と第2項との関係を明確にするかどうかについて、上記(2)の検討結果に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

債務者との関係での対抗要件を権利行使要件と呼び、債務者以外の第三者との関係での対抗要件と文言上も区別して、同条の第1項と第2項との関係を明確にすることに、賛成する。

[理由]

趣旨の明確化のため、債務者との関係で「権利行使要件」との文言を用いることには、異論はない。

### (4) 債務者保護のための規定の明確化等



## ア 債務者保護のための規定の明確化

債権譲渡は、債務者の関与なく行われるため、債務者に一定の不利益が及ぶことは避けがたい面があり、それゆえ、できる限り債務者の不利益が少なくなるように配慮する必要があるという観点から、債権譲渡が競合した場合に債務者が誰に弁済すべきかという行為準則を整理し、これを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

また、供託原因を拡張することにより、債務者が供託により免責される場合を広く認めるかどうかについて、更に検討してはどうか。

### 1 債務者保護のための規定の明確化

[意見]

債権譲渡が競合した場合に債務者が誰に弁済すべきかという行為準則を整理し、これを条文上明確にすることに、賛成する。

[理由]

債務者の行為準則を明確化することに反対する理由はない。

### 2 供託原因の拡張

[意見]

供託原因を拡張することにより、債務者が供託により免責される場合を広く認めることに、賛成する。

[理由]

二重譲渡があれば当前に供託を認めるなど、供託制度の利用の容易化を図ることにより、債権譲渡による債務者の被る不利益を可及的に減殺することができる。

## イ 譲受人間の関係

複数の譲受人が第三者対抗要件を同時に具備した場合や、譲受人がいずれも債務者対抗要件を具備しているが第三者対抗要件を具備していない場合において、ある譲受人が債権全額の弁済を受領したときは、ほかの譲受人によるその受領額の分配請求の可否が問題となり得るが、現在の判例・学説上、この点は明らかではない。そこで、これを立法により解決するために、分配請求を可能とする旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

譲受人間の分配請求を可能とする規定を設けることに、賛成する。

[理由]

法律関係の明確化のため、譲受人間の分配請求を可能とする規定を設けることには、異論はない。

#### ウ 債権差押えとの競合の場合の規律の必要性

債権譲渡と債権差押えが競合した場合における優劣について、判例は、確定日付のある譲渡通知が債務者に到達した日時又は確定日付のある債務者の承諾の日時と差押命令の第三債務者への送達日時の先後によって決すべきであるとし、債権譲渡の対抗要件具備と差押命令の送達の時が同時又は先後不明の場合には、複数の債権譲渡が競合した場合と同様の結論を採っている。このような判例法理を条文上明確にするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

債権譲渡の対抗要件具備と差押命令の送達の時が同時又は先後不明の場合には、複数の債権譲渡が競合した場合と同様の結論を採る判例法理について、これを条文上明確にすることに、賛成する。

[理由]

法律関係の明確化のため、当該判例法理を明文化することに、異論はない。

### 3 抗弁の切断（民法第468条）

異議をとどめない承諾（民法第468条）には、単に譲渡がされたことの認識の通知をすることにより抗弁の切断という重大な効果が認められる根拠が必ずしも明確ではなく、また、債務者にとって予期しない効果が生ずるおそれがあるなどの問題があることから、この制度を廃止する方向で、更に検討してはどうか。

この制度を廃止する場合には、抗弁の切断は、基本的に抗弁を放棄するという意思表示の一般的な規律に従うことになるため、これに対する特則の要否を含めて、どのように規律の明確化を図るかが問題となる。この点について、譲受人が抗弁の存在について悪意の場合にも抗弁が切断されることになるため、特に包括的に抗弁を放棄する旨の意思表示により債務者が不利益を受けるおそれがあるとの指摘に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、その場合における特則として、債務者が一方的に不利益を被ることを防止する観点から、例えば、書面によらない抗弁の放棄の意思表示を無効とする旨の規定の要否について、更に検討してはどうか。

#### 1 異議をとどめない承諾の制度の廃止

[意見]

異議をとどめない承諾の制度を廃止し、抗弁の切断は、抗弁を放棄するという意思表示の一般的な規律によることに、賛成する。

[理由]

異議をとどめない承諾という観念の通知から抗弁の切断という効果が生じる根拠を必ず

しも明確に説明することはできず、異議をとどめない承諾の制度を廃止し、抗弁の切断は、抗弁を放棄するという意思表示の一般的な規律によることに、反対する理由はない。

## 2 抗弁の切断にかかる特則の要否・内容

[意見]

抗弁の放棄を要式行為（書面行為）とするよりは、「消費者が、事業者に対して権利又は抗弁を放棄する場合には、書面により、放棄する権利又は抗弁を特定して意思表示を行うのでない限りは、その効力を有しない」という消費者概念を用いた一般的規定を設けるべきである。

[理由]

抗弁の放棄を要式行為とすることに反対する理由はないが、債権自体の放棄については要式性が求められていないなど、民法全体においてアンバランスな面があることは否めない。

また、「包括的に抗弁を放棄する旨の意思表示により債務者が不利益を受けるおそれがあるとの指摘」に対しては、書面によるだけでは足りず、「抗弁を特定して放棄するのでない限りは、無効」としなければ、これに応えられない。

以上の点と「消費者概念を用いれば、意思表示の一般的規定に特則を設ける根拠が明確である」という点とを考慮すれば、抗弁の放棄を要式行為（書面行為）とするよりは、抗弁の放棄だけではなく権利の放棄をも包摂して、「消費者が、事業者に対して権利又は抗弁を放棄する場合には、書面により、放棄する権利又は抗弁を特定して意思表示を行うのでない限りは、その効力を有しない」という消費者概念を用いた一般的規定を設ける方がより妥当である。

#### 4 将来債権譲渡

##### (1) 将来債権の譲渡が認められる旨の規定の要否

将来発生すべき債権（以下「将来債権」という。）の譲渡の有効性に関しては、その効力の限界に関する議論があること（後記(2)(3)参照）に留意しつつ、判例法理を踏まえて、将来債権の譲渡が原則として有効であることや、債権譲渡の対抗要件の方法により第三者対抗要件を具備することができることについて、明文の規定を設けるものとしてはどうか。

[意見]

将来債権の譲渡が原則として有効であることや、債権譲渡の対抗要件の方法により第三者対抗要件を具備することができることについて、明文の規定を設けることに、賛成する。

[理由]

判例学説上もさほど異論のないところであり、明文化することに反対する理由はない。

##### (2) 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界

公序良俗の観点から将来債権の譲渡の効力が認められない場合に関して、より具体的な基準を設けるかどうかについては、実務的な予測可能性を高める観点から賛成する意見があったが、他方で、債権者による過剰担保の取得に対する対処という担保物権法制の問題と関連するため、今般の見直しの範囲との関係で慎重に検討すべきであるとの意見があった。また、仮に規定を設けるのであれば、譲渡人の事業活動の継続の可否や譲渡人の一般債権者を害するかどうかという点が問題となるとの意見があった。これらの意見に留意しつつ、公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界の基準に関する規律の要否について、更に検討してはどうか。

[意見]

「公序良俗の観点からの将来債権譲渡の有効性の限界は明文化しない」という判断を、肯定せざるを得ない。

[理由]

公序良俗の観点からの規制としては、最判平成11年1月29日民集53巻1号151頁が挙げる、①譲渡人の営業活動に対する不相当な制限となる場合、②譲渡人に対する他の債権者に不当な不利益を与えたりするおそれがある場合等が考えられるが、いずれも、異論が出ない程度に具体化することは容易ではなく、不動産・動産の過剰担保規制との関連性等にも配慮する必要があることから、今般の見直しの範囲においては、明文化しないという判断に傾かざるを得ない。

##### (3) 譲渡人の地位の変動に伴う将来債権譲渡の効力の限界

将来債権の譲渡の後に譲渡人の地位に変動があった場合に、その将来債権譲渡の効力が及ぶ範囲に関しては、なお見解が対立している状況にあることを踏まえ、立法により、その範囲を明確にする規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。具体的には、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、将来債権の譲渡を対抗することができる旨の規定を設けるべきであるとの考え方が示されていることから、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

上記の一般的な規定を設けるか否かにかかわらず、不動産の賃料債権の譲渡後に賃貸人が不動産を譲渡した場合における当該不動産から発生する賃料債権の帰属に関する問題には、不動産取引に特有の問題が含まれているため、この問題に特有の規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

## 1 譲渡人の地位の変動に伴う将来債権譲渡の効力

[意見]

将来債権譲渡の効力を、「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」に対してまで及ぼすことには、反対する。

[理由]

以下の理由から、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考えるべきではない。

### (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、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むこととなり、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が、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、その特定性の観点から見ても行き過ぎと考えられる。

イ 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。

### (2) 公示方法の観点からの検討

ア 「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、将来債権譲渡にかかる公示を要求しない場合には、例えば、賃貸不動産の譲受人は、公示も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、取引の安全が甚だしく害される。

イ 一方、「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、将来債権譲渡にかかる公示を要求するとした場合であっても、現在の動産・債権譲渡特例法においては、「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）、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、「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、この場合、「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、「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しても、「契約上の地位の被承継者」の下で将来債権譲渡が行われている可能性を排斥できず、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には、Yから賃貸不動産を購入し、又は、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（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、同様の問題が生じる。）。

勿論、このような問題は、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「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、上記の通り、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容易とは言い難い。

### (3) 実務上の観点からの検討

将来債権譲渡と、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の関係が問題となる代表的事例としては、(1)将来賃料債権譲渡と賃貸不動産の所有者変更の場面、及び、(2)将来売掛債権譲渡担保とこれにかかる事業譲渡の場面が考えられる。

(1) 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るため、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、寧ろ、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、寧ろ、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が懸念される（勿論、「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、将来債権譲渡にかかる公示を要求しないというのであれば、尚一層、賃貸不動産自体の流動性の阻害効果は大きい。)

(2) 一方、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果が及ぶとすれば、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、又は、事業譲受人による当該被担保債務の承継（及び、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が行われ、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。

勿論、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考えられ、敢えて、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）、民法において、「将来債権譲渡の効力は、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及ぶ」との一般的擬律を設ける必要性までは肯定できない。

## 2 不動産の賃料債権の譲渡後に賃貸人が不動産を譲渡した場合にかかる特則の要否

[意見]

不動産の賃料債権の譲渡後に賃貸人が不動産を譲渡した場合にかかる特則は、不要である。

[理由]

上記1において、将来債権譲渡の効力を、「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」に対してまで及ぼすことに反対する以上、不動産の賃料債権の譲渡後に賃貸人が不動産を譲渡した場合にかかる特則を設ける必要はない。

## 第14 証券的債権に関する規定

### 1 証券的債権に関する規定の要否（民法第469条から第473条まで）

民法第469条から第473条までの規定は、講学上、証券的債権に関する規定であると言われているところ、この証券的債権の意義（有価証券との関係）については見解が分かれ、これらの規定の適用対象が必ずしも明らかではないという問題がある一方で、証券的債権の意義についての見解の如何にかかわらず、有価証券と区別される意味での証券的債権に関して独自の規定を積極的に設けるべきであるという考え方は特に主張されていない。そこで、有価証券と区別される意味での証券的債権に関する独自の規定については、同法第86条第3項も含めて、これを置かない方向で規定の整理をすることとしてはどうか。

また、証券的債権に関する規定の要否と併せて、指名債権という概念を維持する必要があるかどうかについても、検討してはどうか。

### 1 証券的債権に関する規定の要否

[意見]

証券的債権に関する規定を置かない方向で整理することに賛成する。

[理由]

証券的債権と有価証券は同一のものであるという伝統的理解、②証券的債権は有価証券とは別物あるいは、有価証券を包摂するもこれと重ならないものであるという近時の有力な見解のいずれに立つとしても、有価証券とは区別される証券的債権は、現実には殆ど存在しないため、独自の規定をおく必要性に乏しい。

### 2 指名債権という概念の維持の要否

[意見]

指名債権を条文上単に債権と表記することについて、特に反対はしない。

[理由]

「指名債権」と表記されている条文（現行民法467条、468条等）について、単に「債権」と表記することに特段の不都合はないものと思われる。

### 2 有価証券に関する規定の要否（民法第469条から第473条まで）

有価証券とは区別される意味での証券的債権に関する独自の規定を置かない方向で規定の整理をする場合（前記1参照）には、民法第470条から第473条までが実際に有価証券との関係で機能しているという見解があることを踏まえ、これらを有価証券に関する規定として改める方向で、更に検討してはどうか。

その上で、有価証券に関する通則的な規定が民法と商法に分散して置かれることによる規定の分かりにくさを解消することが検討課題となるところ、学校法人債、医療法人



債や受益証券発行信託のように、商事証券として整理できない証券が発行されるようになっているという現状等を踏まえて、有価証券に関する通則的な規定群を一本化した上でこれを民法に置くという考え方が示されている。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

### 1 民法 469 条から 473 条までの規定を有価証券に関する規定として改めることの当否

[意見]

民法 469 条から 473 条までの規定を有価証券に関する規定として改めることに賛成する。

[理由]

特に反対すべき理由はない。

### 2 有価証券に関する通則的な規定を民法におくことの当否

[意見]

有価証券に関する規定は民法に置くことが望ましいとの考え方に賛成である

[理由]

学校債、病院債等、有価証券が必ずしも商事取引に限定して用いられるものではないとの指摘を否定する理由はなく、商人ではない一般人における一覽性の確保の観点等からも、民法において、有価証券についての通則的な規定を設けるべきである。

### 3 有価証券に関する通則的な規定の内容

仮に有価証券に関する通則的な規定群を民法に置くこととする場合（前記 2 参照）における具体的な規定の内容としては、まず、有価証券の定義規定を設けるかどうかの問題となる。この点については、有価証券が、経済活動の慣行の中で生成し変化していくものであること、現在の法制度上も、有価証券に関する一般的な定義規定が置かれていないこと等を踏まえ、定義規定は設けないものとする方向で、更に検討してはどうか。

また、有価証券を指図証券と持参人払証券とに分類した上で、規定を整理することとし、具体的には、①有価証券に関する通則的な規定の適用対象となる有価証券の範囲（記名証券に関する規定の要否を含む。）に関する規定、②有価証券の譲渡の要件に関する規定、③有価証券の善意取得に関する規定（裏書が連続している証券の占有者に形式的資格が認められることの意義の明確化、善意取得が認められる範囲、裏書の連続の有無に関する判断基準を含む。）、④有価証券の債務者の抗弁の切断に関する規定（抗弁の切断のための譲受人の主観的要件を含む。）、⑤有価証券の債務の履行に関する規定（指図証券の債務者の注意義務の内容、持参人払証券の債務者の注意義務の内容、支払免責が認められるための主観的要件を含む。）、⑥有価証券の紛失時の処理に関する規定（記名証券に公示催告手続を認める必要性、公示催告手続の対象となる有価証券の範囲を含む。）に関する規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

## 1 有価証券の定義規定の要否

[意見]

定義規定は設けないとの方向性に賛成する

[理由]

有価証券についての過不足ない定義付けは困難である。物権や社員権を表章する有価証券等についての固有の問題も含めた規律を構築することも困難である。

## 2 通則的規定として以下の各規定について検討することの当否

- ・ 適用対象たる有価証券の範囲
- ・ 譲渡の要件
- ・ 善意取得関連
- ・ 抗弁切断
- ・ 債務の履行関連
- ・ 有価証券紛失時の処理

[意見]

上記の各規定を検討対象とすることにつき賛成する。

なお、規定毎の意見及びその理由は以下のとおり。

### ① 「適用対象となる有価証券の範囲」について

[意見]

記名証券に関する規定は不要

[理由]

記名式の有価証券については、抗弁切断や善意取得を認めること等により取引の安全を重視する必要性が低い、そのため、民法施行法 57 条（指図証券、無記名証券及び記名式所持人払債権についてのみ公示催告手続の利用を認める）との関係で適用されるべき喪失の場合の規定の適用を認めるための手当てを除き特段の規定を設けず解釈に委ねるべき。

### ② 譲渡の要件

[意見]

証券の交付を譲渡の効力発生要件とすべき。

[理由]

指図証券、持参人払証券いずれについても、流通性保護等の観点から、交付（前者につき交付及び裏書）を対抗要件ではなく、効力要件とすることを明示すべきである。

### ③ 善意取得関連

[意見]

善意取得を認める規定を置くべきである。

[理由]

取引の安全を図るべく、指図証券及び持参人払証券ともに善意取得を認める規定をおくべきである。

(関連：形式的資格が認められることの意義の明確化)

推定規定であることを明示することに賛成（手形につき、反証を許すとした判例及びこれに則した明文規定を設けることにつき、特に異存はない）

(関連：善意取得が認められる範囲)

善意取得が認められる範囲については、民法で検討すべき事項（規定を設けるべき事項）ではない（有価証券の多様性等に鑑みれば、民法において善意取得が認められる範囲についての一般的な規定を設けるべきではなく、個別法の解釈に委ねるべきである）。

(関連：裏書の連続の有無に関する判断基準)

民法において規定を設けるべきではなく、個別法に委ねることが妥当である（善意取得の認められる範囲と同様、個別法の解釈に委ねるべき事項である）。

#### ④抗弁切断

[意見]

検討委員会試案において提案されている方向にて抗弁の切断についての明文規定を設けることに賛成である。

[理由]

規定を設けること自体及び有因証券の存在に配慮し、主観的要件を除き、民法 472 条の考え方を維持すべきである。

(関連：抗弁の切断のための譲受人の主観的要件の内容)

譲受人の主観及び立証責任について、手形法の規定・解釈を受け継いだ規定を設けるべきである（有価証券の取引の安全を重視して、害意を要求し、債務者がこれを立証すべきである）。

#### ⑤債務の履行

[意見]

受戻証券性、履行場所、支払免責いずれの規定についても、これらを設ける必要性があることに賛成である。

[理由]

各規定の必要性について異存はない。

(関連：指図証券の債務者の注意義務の内容)

民法 470 条の規定を見直すべきである（流通促進等の観点から、手形法等の規定と同様のものとなるよう、現民法 470 条の規定を見直すべきである）。

(関連：持参人払証券の債務者の注意義務の内容)

無記名債権について、手形法と同様の規定を設けるべきである（無記名債権についても流通促進の必要性は異ならず、手形法等の規定と同様のものとなるよう、現民法 470 条の規律を修正すべきである）。

(関連：支払免責が認められるための主観的要件)

債務者の主観的要件につき、手形法の解釈を取り込むべきである（有価証券一般について、その支払免責に手形法における主観的要件を取り込むことに異存はない）。

#### ⑥有価証券紛失時の処理

[意見]

除権手続に関する規定を設けることに賛成である。

[理由]

一覽性確保等の観点から、民法に現行民法施行法及び商法と同内容の規定を置くべきである。

(関連：記名証券に公示催告手続を認める必要性)

記名証券が公示催告手続の対象となることを明文化すべきである（記名証券も有価証券である以上、公示催告手続の利用を認め、所持人が喪失した場合の権利行使の手段が確保されるよう、民法において明文で定めるべきである）。

(関連：公示催告手続の対象となる有価証券の範囲)

公示催告手続の対象となる有価証券の範囲については、債権以外を表章する有価証券も含むべきである（公示催告手続の利用の必要性の存在に変わりはないことから、債権以外を表章する有価証券に関する特別の法律規定において、公示催告手続の利用が可能となる手当てがなされない場合にも同手続の利用を認めるために、債権を表章する有価証券以外の有価証券をも対象に含めるべきである）。

#### 4 免責証券に関する規定の要否

民法には規定がないが、講学上、免責証券という種類の証券が認められ、その所持人に対して善意でされた弁済を保護する法理が形成されていることから、その明文規定を設けるべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、仮に民法第 480 条の規定を廃止する場合（後記第 17、4(3)参照）には、免責証券の要件を考える手掛かりとなる規定がなくなるという懸念を示す意見もあることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

## 免責証券（手荷物引換証等）についての規定の要否

[意見]

免責証券に関する明文規定は不要である

[理由]

免責証券が現実に広く用いられているとの指摘には異存はないが、実務上、これに基づく弁済が保護されるための要件について紛争が生じる可能性は低いと思われ、あえて明文化する必要はないものと思料する。

## 第15 債務引受

### 1 総論（債務引受に関する規定の要否）

民法には債務引受に関する規定が設けられていないが、これが可能であることについては特段の異論が見られず、実務上もその重要性が認識されていることから、債務引受が可能であることを確認し、その要件・効果を明らかにするために、明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

### 債務引受についての明文規定の設置

[意見]

債務引受について明文規定を設けるという方向性につき賛成する。

但し、明文化にあたって要件・効果の他に留意して検討すべき点は、①求償の余地を認める免責的債務引受の扱い（条文上、免責的債務引受については一律求償を認めないという体裁にならないよう）及び②担保の移転に関する登記実務への影響（登記上の表現、登記義務者等）並びに③債務引受の明文化に伴う弊害への対応の要否であると考えられる。

[理由]

#### 1 求償の余地を認める免責的債務引受について

実務上は、免責的債務引受につき引受人からの求償を認める例が多いと思われ、また、検討委員会試案も、引受人からの求償を認める免責的債務引受の類型を否定するものではないと思われることから、明文化を行うにあたっては、免責的債務引受について、求償の余地を一切認めないという規定の建付けにならないよう、留意される必要がある。

#### 2 担保の移転について

債務引受＝債務の移転と理解すれば債権譲渡とパラレルに捉えることで比較的容易であった登記実務上の処理を、更改に関する規律（債権者と債務者との共同申請により「更改の合意」及び「債権者が抵当権をもって従後債務を担保するものにする旨の意思表示をしたこと」についての登記原因証明情報を添付して行う等）と平仄を合わせる形で整理される必要がある。

#### 3 債務引受の明文化に伴う弊害への対応の要否について

債務引受が明文化されることにより、弊害が生じないか、十分に検討されるべきであり、弊害が予想される場合は、その対応の要否についても検討されるべきである。

例えば、債務者に破産手続が開始し後日免責許可決定が見込まれる場合に、債権者が、債務者の関係者に対して強引にあるいは執拗にアプローチして、破産債権につき債務引受けをさせたり、あるいは、債務者の破産について善意の者に対して破産債権につき債務引受けをさせたりするような弊害が心配される。

もっとも、破産債権についての債務引受においても、併存的債務引受に関し、破産管財人による事業譲渡が行われる場合や、免責的債務引受に関し、住宅ローンにつき対象不動産を確保するために破産者の親族が免責的債務引受をするような場合等、合理的な

必要性が認められる場合もある。

これらの利益状況を前提として、何らかの規律を設けることができないか、検討されるべきである。

## 2 併存的債務引受

### (1) 併存的債務引受の要件

併存的債務引受の要件については、必ずしも債権者、債務者及び引受人の三者間の合意を必要とせず、①債務者及び引受人の合意がある場合（ただし、債権者の承諾の要否が問題となる。）と、②債権者及び引受人の合意がある場合には、併存的債務引受をすることができるものとする方向で、更に検討してはどうか。

①の場合における債権者の承諾の要否については、第三者のためにする契約における受益の意思表示の見直し（後記第26、1）や併存的債務引受の効果（どのような事由を絶対的効力事由とするか）（後記(2)）とも関連することに留意しつつ、更に検討してはどうか。

### 1 併存的債務引受を明文化する場合の要件（三者間合意不要、債務者及び引受人または債権者及び引受人の合意があれば成立）

[意見]

上記要件とすることに賛成する。

[理由]

現行民法下での取り扱いを否定する理由は特にない。

### 2 併存的債務引受のうち債務者と引受人との合意がある場合についての、債権者の承諾の要否

[意見]

併存的債務引受の成立については、検討委員会試案における整理のとおり、債権者の承諾を不要として差し支えないものと思料する（但し、債権取得型の第三者のためにする契約一般に債権者の承諾を不要とすることの妥当性については、十分な審議検討を要するものとする）

[理由]

併存的債務引受は、免責的債務引受とは異なり、従来の債務者の責任財産をそのままに、新たに引受人の責任財産が加わることとなるため、債権者保護のための承諾は不要であると言える。

### (2) 併存的債務引受の効果

併存的債務引受の効果については、①併存的債務引受によって引受人が負担する債務

と債務者が従前から負担している債務との関係が、連帯債務となることと、②債務者が有する抗弁を引受人が債権者に対して主張することができることを規定する方向で、連帯債務における絶対的効力事由の見直し（前記第11、1(2)）との関係に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、併存的債務引受がされた場合における求償権の有無について、第三者による弁済や保証における求償権の有無との関連に留意しつつ、検討してはどうか。

### 1 併存的債務引受について、債務者と引受人が負担する債務が連帯債務になるとすることの是非

[意見]

（絶対的効力事由の見直しを前提として）連帯債務になるとすることに賛成である。

[理由]

絶対的効力事由が限定されることを前提とする限り、連帯債務とする規定を設けることに異存はない（但し、絶対的効力事由の限定については慎重な検討を要する）。

### 2 債務者の有する抗弁事由の引受人による主張を認めることの明文化の是非

[意見]

賛成である。

[理由]

引受人が債務者の有する抗弁事由（解除権、取消権等契約当事者としての地位に基づくものを除く）を主張できることを明記することに異存はない。

### 3 求償権の有無

[意見]

賛成する。

[理由]

保証との整合性が図られるべきである。

#### (3) 併存的債務引受と保証との関係

併存的債務引受と保証との関係については、併存的債務引受が保証人保護のための規定の潜脱に利用されることを防止するために規定を設ける方向で、具体的な規定の内容について、更に検討してはどうか。

#### 併存的債務引受と保証との関係についての明文規定の要否及びその内容

[意見]

保証との関係は明文により定めるべきである。



明文化にあたり規定すべき内容については、①保証する目的であるか否かのメルクマールの明示が検討されるべきであり、また、②保証の規定の準用の効果（連帯保証となること、連帯保証に関するどの規律が妥当するのか）が条文上明らかになるようにされるべきである。

[理由]

#### 1 保証する目的についてのメルクマールの明文化の必要性について

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は、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。

保証の目的を契約条項において明示する場合に、如何なる条項を設けるべきか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、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、実務上混乱を招く虞が高い。

言い換えれば、検討委員会試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。

従って、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、検討委員会試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及び可能な限りにおける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。

#### 2 保証の規律の準用結果の明文化の必要性について

保証の規律が適用されるとして、その結果がどのようになるのか（如何なる保証が成立し、保証に関する規律のうちいかなる規律が適用されるのか）が明らかとなることが望ましいと思料されるため、同じく条文化の段階において、保証目的の債務引受到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。

### 3 免責的債務引受

#### (1) 免責的債務引受の要件

免責的債務引受の要件については、必ずしも債権者、債務者及び引受人の三者間の合意を必要とせず、①債務者及び引受人の合意がある場合（債権者が承認した場合に限る。）と、②債権者及び引受人の合意がある場合（ただし、債務者の意思に反しないことの要否が問題となる。）には、免責的債務引受をすることができるものとする方向で、更に検討してはどうか。

②の場合における債務者の意思に反しないことの要否については、免責的債務引受の法的性質を併存的債務引受到に債権者による免除の意思表示が付加されたものと見るかど

うかに関連することや、第三者による弁済（後記第17、2(2)）や免除（後記第20、1）等の利益を受ける者の意思の尊重の要否が問題となる民法上の制度間の整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

## 1 免責的債務引受の要件を以下のとおりとするものの当否

三者間合意

債務者及び引受人の合意（債権者の承認を要する）

債権者及び引受人の合意

[意見]

賛成する。但し、「債務の移転」という従前の理解との関係については慎重な検討を要するものと考ええる。

[理由]

併存的債務引受を基本的形態とする整理にあえて反対はしない。

## 2 債務者の意思に反する類型の肯否

[意見]

債務者の意思に反する類型も認められるべきである。

[理由]

免除に常に合意が必要であるとする整理に関しては、倒産事例における妥当性についての疑義や合意に要する時間・コストの観点等からなお慎重な検討が必要であると思われ、直ちにはこれに賛同し得ない。

また、第三者弁済と同様の利益状況となる引受人からの求償関係が残る場合と異なり、引受人からの求償関係を残さない場合（検討委員会試案が想定している免責的債務引受はこの類型である）には、これを認めても債務者に特段の不利益はなく、意思に反する類型を認めても、債務者保護に欠けるところはないはずである。

明文化にあたり求償を認める類型も肯定されることとなれば、内部関係の如何により債務引受の有効性が左右されることの当否等も踏まえ、なお検討を要するところではあるが、少なくとも一律に、債務者の意思に反する免責的債務引受を否定する必要はない（常に債権者と債務者との合意を要するのではなく、債権者の単独行為による免除を認めてもよい）ものと思料する。

### (2) 免責的債務引受の効果

免責的債務引受の効果については、①原債務に設定されている担保が引受人の債務を担保するものとして移転するか、それとも消滅するか、②債権者の承認を要する場合における債務引受の効力発生時期、③債務者の有する抗弁事由の引受人による主張の可否

に関して、それぞれどのような内容の規定を設けるべきかについて、更に検討してはどうか。

また、引受人の債務者に対する求償権の有無に関する規定の要否について、検討してはどうか。

## 1 免責的債務引受の効果として担保が移転するか否か

[意見]

担保の消長は当事者の意思に委ねるべきと思料する（但し、後順位担保権者が存在する場合の処理について、「移す」という文言のみで順位が変動しないことが明らかであると言えるか、なお検討すべきである）。

債務者が設定した担保権について、債務者の意思に反する場合及び意思が不明である場合（意思解釈で決し得ない場合）については、以下のとおりとされるべきである。

ア 引受について債務者の関与（引受合意または免除の合意）がある場合

債務者が担保移転に異議を唱えた場合でも担保は移転

イ 引受について債務者が関与しない場合で、異議を唱えた場合には消滅。

(類型)

i 債務者と引受人との引受合意（引受人による免除についての承諾）＋債権者と債務者との免除の合意 or 債権者の免除の意思表示

① 担保移転につき、債務者が同意 or 意思不明→移転

② 担保移転につき、債務者が異議→移転

∵ 債務者は、債務引受に関与している以上<sup>1</sup>、その意思に反した不利益を課すことになるとは言えないため

ii 債権者と引受人との引受合意（引受人による免除についての承諾）＋債権者と債務者との免除の合意 or 債権者の免除の意思表示

① 債権者と債務者との合意による免除の場合

担保移転につき債務者が同意 or 意思不明→移転

担保移転につき債務者が異議→移転（理由は i ②と同じ）

② 債権者の意思表示による免除の場合

担保移転につき債務者が同意→移転

担保移転につき債務者が異議 or 意思不明→消滅

[理由]

当事者の意思に委ねることに異存はない。

<sup>1</sup> 但し、債権者の単独行為による免除を認める立場からは、この場合には債務者において免除を受け入れないという選択肢がない以上、ii ②と同じく、担保は移転しない（消滅する）との帰結になるものと思われる。

## 2 免責的債務引受の効力の発生時期

[意見]

効力発生時期は免除の合意時とすべきであると思料する。

[理由]

債務免除に当事者間の合意を要するとする検討委員会試案の構成を前提とする限り、債権者の免除の意思表示がされた時点（債務者が債権者との間で免除の合意をした時点）で効力が生じると考えざるを得ない。

従って、債権者の免除の意思表示がなされた時点で効力が発生するものとしたうえで、見解が分かれていることも考慮し、その旨明文化すべきである。

## 3 債務者の有する抗弁事由の引受人による主張の可否

[意見]

抗弁主張を認める形で明文化すべきと思料する。

[理由]

これまでの判例・通説と同じく、検討委員会試案の整理のとおり、抗弁主張を認めるべきである。

## 4 引受人から原債務者に対する求償権の有無に関する規定の要否

[意見]

規定上、免責的債務引受についても求償権の行使が認められる場合があり得ることを明示すべきである（デフォルトルールの設定までは必ずしも要しない）

[理由]

第15の1についての意見の理由参照

## 4 その他

### (1) 将来債務引受に関する規定の要否

将来債務の債務引受が有効であることやその要件に関する明文の規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

### 将来債務引受に関する規定の要否

[意見]

規定は不要である。

[理由]

時期尚早である。

## (2) 履行引受に関する規定の要否

履行引受に関する明文の規定を設けるべきであるという考え方の当否について、その実務的な利用状況にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

### 履行引受に関する規定の要否

[意見]

不要と思料する。

[理由]

履行引受について、解釈に委ねず明文化すべきという程の実務的要請はないものと思われる。

## (3) 債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係の明確化のための規定の要否

債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係を明確にする規定の要否について、具体的にどのような場面が問題となり得るのか検討する必要があるとの指摘があり、これに対して、①将来発生する債務について差押えがされた場合における差押えと免責的債務引受との関係や、②債権が譲渡された後に、当該債権について譲渡人との間の合意により債務引受がされ、その後債権譲渡について第三者対抗要件が具備された場合における、債権譲渡と債務引受との関係等が問題になり得るとの意見があったことを踏まえつつ、検討してはどうか。

### 債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係の明確化のための規定の要否

[意見]

指摘されている①及び②の問題は、一般的に「債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係」として把握されるべき問題であるとは考えられず、その他対象となる場面も明らかではないことから、かかる規定を設けることには反対である。

[理由]

①の問題は、それ自体を捉えれば、単に被差押債権の特定の問題に過ぎないように思われる。

債務者 B の A に対する将来債務が、引受人 C に免責的に引受けられた場合、引受対象債務にかかる A の債権が AB 間の法律行為に基づき現実に発生した時、発生と同時に、将来債務の効力として C に対する債権となるものと思われるが、いずれにしても A の有する債権であることに変わりはない。A に対する債権者が、かかる債権を、単に B を第三債務者とする債権として特定した場合に差押えの効力が及ぶのか、という問題に過ぎない。

②の問題についても、挙げられている例は、債権者 A が B に対する債権を C に譲渡した後、AD 間で債務引受がなされ、その後債権譲渡につき第三者対抗要件が具備され (B に対する債務者対抗要件も具備)、その後 D が A に弁済したという場合である。

AD間の債務引受が併存的債務引受であるのならば、同じような問題は、債権譲渡後に債務引受がなされた場合に限らず、債権発生当初からBとDの連帯債務であった場合にも生じるように思われ、要するに問題の本質は、債務者の一方Bに対する債務者対抗要件具備の効果が債務者Dにも及ぶのか（一方の債務者は弁済時に他方の債務者に事前確認すべきものと解するか）、それぞれの債務者に債務者対抗要件を具備することを要するのかという点にあるものと思われる。すなわち、債務引受と第三者という問題の切り出し方が適切とは思われず、債務者複数時の債権譲渡の債務者対抗要件の具備の方法の問題であるように思われる。

また、AD間の債務引受が免責的債務引受であるのなら、債務引受後に債務者対抗要件を具備しようとする債権譲受人Cは、債務引受人Dに対し債務者対抗要件を具備すべきであり、既に債務者ではないBに対する債務者対抗要件具備は意味をなさないことで争わないのではないかと思われる（この問題は債務引受と第三者の問題であると思うが、当然のことであって検討事項にあげるまでもないものと思われる）。さらに、債務引受前に債務者対抗要件が具備されていたのであれば、BはCの同意なくしてDへの免責的債務引受はなしえないのであるから、DのAへの弁済後もCはBに対して請求しうることとなる。

## 第16 契約上の地位の移転（譲渡）

### 1 総論（契約上の地位の移転（譲渡）に関する規定の要否）

民法には契約上の地位の移転（譲渡）に関する規定が設けられていないが、これが可能であることについては、判例・学説上、異論がないと言われていることから、その要件・効果等を明確にするために明文の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

### 契約上の地位の移転に関する明文規定の要否

[意見]

明文化に賛成である。

[理由]

契約譲渡は取消権や解除権等も移転させる独自の制度であること、とりわけ、継続的な取引関係における当事者の地位を将来に向かって第三者に移転するために有用であるとの理解に異存はない。

### 2 契約上の地位の移転の要件

契約上の地位の移転は、譲渡人、譲受人及び契約の相手方の三者間の合意がある場合だけでなく、譲渡人及び譲受人の合意がある場合にも認められ得るが、後者の場合には、原則として契約の相手方の承諾が必要とされている。しかし、例外的に契約の相手方の承諾を必要としない場合があることから、契約の相手方の承諾を必要としない場合の要件を具体的にどのように規定するかについて、更に検討してはどうか。

### 契約の相手方の承諾を不要とする場合の要件の規定方法

[意見]

賛成であるが、基本的に抽象的要件として契約の性質に応じて判断すべき旨を明示するにとどめるべきである。

[理由]

①特定の財産の譲渡に伴い移転するものと②地位譲渡の合意によって移転するものとの区別により、類型毎に要件効果を区別するという学説については、明確な区分は困難であると思われる。

従って、承諾の要否は、契約の性質に応じて判断すべき旨を明示するにとどめるべきである（なお、賃貸借契約の場面に関しては、賃貸人たる地位の譲渡に相手方の承諾を要しない旨の規定を設けるべきであり、また、賃借人たる地位の譲渡、雇用契約、請負契約等についても検討すべきである（詳細は賃貸借の項に譲る））。

但し、承諾がなくとも地位の移転を行うべき必要性が生じる事例（倒産手続下の事業譲渡等）が存在するのであれば、フランス法、アメリカ法等も参照しつつ、承諾を不要とす

る要件についての原則的規定を民法（ないし倒産法）に設けることも検討すべきである。

（参考）

サブリースにおける賃借人兼転貸人のように、所有者と賃貸人たる地位が分離している場合で、賃貸人の承諾を得て賃借人兼賃貸人の地位が譲渡される場合に、転借人の承諾が不要といえるのかについては、問題が残る（原則に戻るのか、この場合も建物所有者と同様に考えるのかにより、結論が異なるであろう。）。

実務上は、サブリースの場合にも、非所有者である転貸人の地位が移転する際には、一方的な通知のみで済ませて、転借人の承諾までを取り付けていないケースと、逆に転借人の承諾を得る努力をしているケースとがある。この場合、転借人の承諾を要するとすると、転貸人の破産管財人が転借人の承諾を得られなかった場合に権利関係が複雑化するおそれがある（もっとも、転貸人の立場からは、転借人の承諾を明示的に取得する作業を省きたいので、賃貸借契約書に、あらかじめ包括的な承諾の条項を盛り込んでおくこと（ただし、包括的承諾の有効性の問題があるであろう。）、「返答ない場合は、承諾したものとみなす」旨の通知により消極的承諾だけでも取得しておくこともある。）。

このような場合の法律関係についても、併せて検討される必要があるものと思料する。

### 3 契約上の地位の移転の効果等

契約上の地位の移転により、契約当事者の一方の地位が包括的に承継されることから、当該契約に基づく債権債務のほか、解除権、取消権等の形成権も譲受人に移転することになるが、契約上の地位の移転についての規定を設ける場合には、このほかの効果等として、①既発生の債権債務も譲受人に移転するか、②譲渡人の債務についての担保を、順位を維持しつつ移転させる方法、③契約上の地位の移転によって譲渡人が当然に免責されるか否かという点に関する規定の要否について、更に検討してはどうか。

#### 1 移転の対象となる債権債務の範囲（既発生 of 債権債務が当然に移転するか否か）についての規定の要否

[意見]

移転する債権債務の範囲については個々の規律に委ねるべきである。

[理由]

一般的かつ詳細な規定を設けることには不都合性、困難性が存在するため、一般化することなく個々の契約の性質に鑑みた解釈に委ねるべきである。

#### 2 譲渡人の債務についての担保について、順位を維持しつつ移転させる方法に関する規定の要否



[意見]

明文化されるべきである。

[理由]

契約譲渡によって契約関係が従前に近い状況で継続することになるのであり、担保の順位が維持されることは望ましい。また、解釈上の疑義の発生を避け、関係者の予測可能性を確保するため、この点については明文化されるべきである。

### 3 譲渡人の当然免責に関する規定の要否

[意見]

特段の事情がない限り当然免責されるとされることが明文化されるべきである。

[理由]

契約上の地位移転は、譲渡人が契約上の権利義務を失い、譲受人が当該権利義務を承継することを意味するものである。

### 4 対抗要件制度

契約上の地位の移転の対抗要件制度については、その制度を創設する必要性を指摘する意見がある一方で、これを疑問視する意見があるほか、契約上の地位の移転一般について、二重譲渡の優劣を対抗要件具備の先後によって決することの当否や、多様な契約類型に対応可能な対抗要件制度を具体的に構想することの可否が問題となるとの指摘がある。そこで、これらの意見に留意しつつ、対抗要件制度を創設するかどうかについて、更に検討してはどうか。

### 契約上の地位の移転についての対抗要件制度の創設の是非

[意見]

地位移転固有の対抗要件制度を創設することは困難であるため消極であるが、検討を深めることに意味はあると考える。

[理由]

例えば、特定の財産の譲渡に伴い移転するものと、地位譲渡の合意により移転するものとの明確な区分は困難であることなどから、一律の対抗要件を設けることは妥当ではなく、契約の性質（債権譲渡と契約上の地位の譲渡との関係）に即した対抗要件を要求すべきである。

このように、基本的には、契約譲渡固有の対抗要件制度は設けず、これに伴う権利移転についての固有の対抗要件制度に委ねざるを得ないものとするが、例えばゴルフ会員権等について、一定の規律の策定を試みることの意義はあるものと思料する。

この点、判例（最判 H8.7.12）は、ゴルフ会員権の譲渡の第三者対抗要件は、確定日付ある通知または承諾であるとするが、理事会の承認等に基づく名義書換えにより第三者に対

しても対抗できこれに加えた対抗要件の具備は不要になるという考え方もあり得るものと思われる。実務的には確定日付ある通知または承諾を必要とする例も多いと思われ、このような実務的取扱いの妥当性も併せて議論されたうえで規定が設けられることは有意義であると思料する。

## 第17 弁済

### 1 弁済の効果

弁済によって債権が消滅するという基本的なルールについて、明文の規定を設けるものとしてはどうか。

また、弁済の効果についての規定を設けることと関連して、弁済と履行という用語の関係や民事執行手続による満足（配当等）と弁済との関係を整理することについて、更に検討してはどうか。

### 1 弁済の効果（債務の消滅）についての明文化

[意見]

賛成である。

なお、弁済による代位については、求償権の範囲内で原債権が弁済者に移転するという従来の判例の考え方を維持すべきである（後述10(2)ア）。

### 2 弁済と履行の関係の整理

[意見]

賛成である。

### 3 民事執行手続による満足（配当等）と弁済の関係の整理

[意見]

反対する。

[理由]

民事執行手続において行われる配当について、弁済であることをあえて明示するまでの必要はないと思われる。しかしながら、執行手続きにおいて、どの程度一般の弁済の規律に従うか、すなわち弁済の充当に関する規定や弁済による代位に関する規定をどの程度適用するか、もしくは修正の上適用するののかという問題について十分検討する必要がある、全て一般の弁済の規律に従うとすべきではない。

## 2 第三者による弁済（民法第474条）

### (1) 「利害関係」と「正当な利益」の関係

債務者の意思に反しても第三者による弁済が認められる「利害関係」を有する第三者（民法第474条第2項）と、弁済によって当然に債権者に代位すること（法定代位）が認められる「正当な利益を有する者」（同法第500条）との関係が不明確であるという問題意識を踏まえて、債務者の意思に反しても第三者による弁済が認められる者と法定代位が認められる者の要件について不明確な文言の使い分けを避ける方向で、更に検討してはどうか。具体的には、例えば、法定代位が認められる者についての「弁済を

するについて正当な利益を有する者」という表現を、債務者の意思に反しても弁済できる第三者の範囲を画する場面でも用いるという考え方が示されており、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

「弁済をするについて正当な利益を有する者」という表現を、債務者の意思に反しても弁済できる第三者の範囲を画する場面でも用いる考え方に賛成である。

[理由]

弁済による代位と求償とは、社会経済的には同一の利益を実現するために用意された制度であるので、用語としては統一すべき。

## (2) 利害関係を有しない第三者による弁済

利害関係を有しない第三者による弁済が債務者の意思に反する場合には、当該弁済は無効とされている（民法第474条第2項）が、これを有効とした上で、この場合における弁済者は債務者に対する求償権を取得しないこととすべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、①委託を受けない保証（同法第462条）や債権譲渡（同法第466条）とは異なり、第三者による弁済の場合には債権者の積極的な関与がないという点をどのように考えるか、②事務管理や不当利得に関する規律との関係をどのように考えるか、③利害関係を有しない第三者による弁済が認められる場合における当該第三者による弁済の提供の効果をどのように考えるか（後記8(2)）などの点に留意しつつ、更に検討してはどうか。

### 1 利害関係を有しない第三者による弁済が債務者の意思に反する場合に、当該弁済を有効とすること

[意見]

反対である。

[理由]

そもそも、利害関係を有しない第三者による弁済が債務者の意思に反する場合に、これを有効として、債権者を保護しなければならない必要があるのか疑問がある。本来弁済は、契約当事者間における契約の拘束力に基づく結果の問題であって、利害関係のない第三者の関与を広く認める必要があるのか疑問である。特に、③とも関連するが、これを有効とすると、このような第三者がする弁済の提供も有効となり、債権者は、利害関係のない第三者が債務者の意思に反して弁済する場合に、弁済の受領を強制されることになりかねない。また、これを有効と考える背景には、委託を受けない保証や債権譲渡の場合との整合性が指摘されるが、これら規律と弁済の規律を必ずしも同じようにしなければならない理由はない。それぞれの法律要件に基づいて発生する法律効果に差が生じても、それはそれ

ぞれの制度の問題であって、必ずしも結果を統一させなければならない必要はない。

したがって、利害関係を有しない第三者による弁済が債務者の意思に反する場合に、当該弁済を有効としなければならない理由はない。

## 2 利害関係を有しない第三者による弁済が債務者の意思に反する場合に、当該弁済を有効とした上で、この場合における弁済者は債務者に対する求償権を取得しないとする こと

[意見]

反対である。

[理由]

利害関係を有しない第三者による弁済が債務者の意思に反する場合に、これを有効としながらも、弁済者が求償権を取得しないということについて、債権者が委託を受けない保証や債権譲渡のように積極的にかかわる場合と、弁済を受領するだけという消極的にしか関わらない場合において、求償権を取得することの有無を区別しなければならない必要があるのか疑問がある。仮に債権者が積極的に関与したとしても、債務者の利益保護を期待することはできない。また、委託を受けない保証人が主たる債務者の意思に反して保証をした場合の求償については、現存利益の範囲で認めているのであって、求償権を認めないわけではない。そして、実際に求償権を取得しないとすると、事務管理や不当利得の規定による現存利益の償還又は返還を認めない、さらには費用や有益費の償還を認めないということになるが、敢えてそのように考えなければならない必要性はない。

利害関係を有しない第三者による弁済が債務者の意思に反する場合に、これを有効とした上で、求償権を認めないとする理由はない。弁済者と債務者の利害調整が必要であれば、それについては別途検討すべきである。

## 3 弁済として引き渡した物の取戻し（民法第476条）

民法第476条は、その適用範囲がおおむね代物弁済に限定されていて、存在意義に乏しいこと等から、これを削除する方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

賛成である。

## 4 債権者以外の第三者に対する弁済（民法第478条から第480条まで）

### (1) 受領権限を有する第三者に対する弁済の有効性

民法上、第三者が受領権限を有する場合についての明文の規定は置かれていないが、第三者に受領権限を与えて弁済を受領させること（代理受領）は、実務上広く活用され、重要な機能を果たしていることから、第三者が受領権限を有する場合には弁済が有効で

あることについて明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

第三者が受領権限を有する場合には弁済が有効であることについて明文の規定を設けることに賛成である。

## (2) 債権の準占有者に対する弁済（民法第478条）

### ア 「債権の準占有者」概念の見直し

民法第478条の「債権の準占有者」という要件については、用語として分かりにく  
い上、財産権の準占有に関する同法第205条の解釈との整合性にも問題があると指摘  
されていることを踏まえて、同法第478条の適用範囲が明らかになるように「債権の  
準占有者」という要件の規定ぶりを見直す方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

賛成である。

### イ 善意無過失要件の見直し

民法第478条の善意無過失の要件に関して、通帳機械払方式による払戻しの事案に  
おいて、払戻し時における過失の有無のみならず、機械払システムの設置管理について  
の過失の有無をも考慮して判断した判例法理を踏まえ、善意無過失という文言を見直す  
方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

「正当理由」を要件とすることには賛成である。

[理由]

現行の判例に整合する方向での変更である。但し、実際の適用範囲が拡張されないよう  
に配慮すべきである。

### ウ 債権者の帰責事由の要否

民法第478条が外観に対する信頼保護の法理に基づくものであるという理解に基づ  
き、同様の法理に基づく民法上のほかの制度（表見代理、虚偽表示等）と同様に、真の  
債権者に帰責事由があることを独立の要件とすることの当否について、銀行預金の払戻  
しの場合に関する特別の規定を設ける必要性の有無を含めて、更に検討してはどうか。

[意見]

真の債権者に帰責事由があることを独立の要件とすることには反対である。

[理由]

弁済という場面においては、円滑な経済取引の安全を考慮すべきであって、債権者の帰責事由を考慮すべきではない。少なくとも、弁済をする債務者の立場からすると、弁済時には真の債権者の帰責事由を検討しようがない。

但し、民法478条の問題も、本来は権利外観法理に基づくものであることを考えると、原則として、真の債権者の帰責事由を要件とした上で、銀行預金の払い戻しについては特別の規定を設けるという2段階の規定も検討の余地はある。特に、次のエとも関連するが、弁済以外の行為であって実質的に弁済と同視することができるようなものについての類推適用の可能性を考えると、原則としては権利外観法理にしたがって債権者の帰責事由を要件とする余地はある。

#### エ 民法第478条の適用範囲の拡張の要否

判例が、弁済以外の行為であっても実質的に弁済と同視することができるものについて、民法第478条の適用又は類推適用により救済を図っていることを踏まえて、同条の適用範囲を弁済以外の行為にも拡張することについて、更に検討してはどうか。

[意見]

民法478条の規律の適用範囲を一般的に拡張することについては反対。

[理由]

現代においては、新しい類型での取引が日々発展し続けており、取引類型によっては、通常以上に、消費者保護の要請が求められるケースも今後ますます増加していくことも予想される。したがって、債権者の保護の必要性等の事情を個別に判断して、適用の有無を慎重に決していく必要がある。したがって、民法478条の規律の適用範囲を一般的に拡張することについては反対する。類推適用の問題ではないか。

#### (3) 受取証書の持参人に対する弁済（民法第480条）

受取証書の持参人に対する弁済に限って特別な規律を設ける必要性が乏しいとの指摘がある。そこで、免責証券の規定を設けることの要否（前記第14、4）に関する検討にも留意しつつ、民法第480条の規定を廃止する方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

民法第480条の規定を廃止することには賛成である。

[理由]

受取証書の持参人だけについて、特別の規定を設ける必要はなく、民法478条の正当事由の有無の中で具体的に判断すれば足りる。

免責証券については、今後検討を要するものである。

## 5 代物弁済（民法第482条）

### (1) 代物弁済に関する法律関係の明確化

代物弁済については、諾成的な代物弁済の合意が有効であることを確認する明文の規定を設けることの要否について、更に検討してはどうか。また、代物弁済の合意の効果については、①代物給付義務の有無、②交付した目的物に瑕疵があった場合における瑕疵がない物の給付義務等の有無、③代物弁済の合意後における本来の債務の履行請求の可否、④本来の債務の消滅時期、⑤代物弁済の合意に基づき給付義務を負う目的物の所有権移転時期、⑥清算義務の有無等を条文上明確にすることの要否について、任意規定としてどのような規定を設けることがふさわしいかという観点から、更に検討してはどうか。

#### 1 代物弁済について、諾成的な代物弁済の合意が有効であることを確認する明文の規定

[意見]

賛成である。

[理由]

代物弁済の法的性質を明確にすることについては、賛成である。

#### 2 代物弁済の合意の効果について、任意規定として規定を設けること

[意見]

反対する。

[理由]

代物弁済の合意に基づく効果については、合意の解釈の問題であって、民法で一律に決める必要はない。敢えて定めるとしても、①についてのみである。

### (2) 第三者による代物弁済の可否

代物弁済にも民法第474条が類推適用され、同条の要件を充足する限り債務者以外の第三者も代物弁済をすることができることを、条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

反対である（必要がない）。

[理由]

第三者弁済の規律に従えば足りるのであって、敢えて定める必要はない。



## 6 弁済の内容に関する規定（民法第483条から第487条まで）

### (1) 特定物の現状による引渡し（民法第483条）

民法第483条に関しては、本来、履行期における現状で引き渡すべき旨を定めた規定であるのに、これを引渡し時における現状と理解した上で、同条を瑕疵担保責任（同法第570条）に関する法定責任説の根拠とする立場があるなど、その規定内容が誤解されているとの指摘があり、また、実際に同条の規定が問題となる場面は乏しいことから、これを削除すべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、取引実務では任意規定としての同条の存在が意識されているという指摘もあることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

民法483条を削除することについては反対である。

[理由]

特定物の引渡しを含む契約で、どのような状態で引き渡すかについて、必ずしも契約で明示されていないケースも多いので、そのような場合の解釈の指針として、残しておいたとしても、特に弊害はない。

### (2) 弁済をすべき場所、時間等に関する規定（民法第484条）

弁済をすべき時間に関する商法の規定内容（商法第520条）は、商取引に特有のものではなく、民事一般の取引にも当てはまると考えられていることから、商法第520条に相当する民事の一般ルールの規定を民法に置く方向で、更に検討してはどうか。

また、民法に事業者概念を取り入れる場合に、契約当事者の一方が事業者である場合の特則として、商法第516条を参照しつつ、債権者が事業者であるときには、特定物の引渡し以外の債務の履行は債権者の現在の営業所（営業所がないときは住所）においてすべきであるとの考え方（後記第62、3(2)①）が提示されている。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

## 1 弁済をすべき時間に関する商法520条に相当する規定の明確化

[意見]

賛成である。

## 2 弁済をすべき場所に関する商法516条に相当する規定の明確化

[意見]

賛成である。

「事業者」概念の導入については、慎重に検討すべきである。

(3) 受取証書・債権証書の取扱い（民法第486条，第487条）

受取証書の交付と債務の履行とは同時履行の関係にあるのに対して，債権証書の返還との関係では債務の履行が先履行であるという解釈を条文上明確にする方向で，更に検討してはどうか。

[意見]

賛成である。

7 弁済の充当（民法第488条から第491条まで）

弁済の充当に関する民法第488条から第491条までの規定の内容については，合意による充当が優先すること，同法第491条が同法第488条の適用を排除するものであること，費用相互間，利息相互間又は元本相互間の充当の順序が問題となる場合における指定充当の可否について見解が分かれていること等，条文上必ずしも明確でない点があることを踏まえて，弁済の充当に関する規律の明確化を図る方向で，更に検討してはどうか。

また，その際には，以下の各論点についても，検討してはどうか。

- ① 債務者が数個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべき場合に，費用，利息及び元本の順番で充当すべきとする民法第491条第1項の規定を改め，この場合には特定の債権ごとに充当する方向で見直すべきかどうかについて，検討してはどうか。
- ② 民事執行手続における配当が，同一の債権者が有する数個の債権の全てを消滅させるに足りない場合に，法定充当によるべきであるという判例法理を立法により見直し，合意による充当や指定充当（同法第488条）を認めるべきかどうかについて，執行実務に与える影響に留意しつつ，検討してはどうか。
- ③ 信託などを原因として，複数の債権者から同一の債務者に対する債権の取立てを委託された者が，これらの債権の回収をした場合等の充当のルールに関する明文の規定を設けるべきかどうかについて，検討してはどうか。

1 弁済の充当に関する規定の明確化

[意見]

賛成である。

2 債務者が数個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべき場合に，特定の債権ごとに充当すること

[意見]

賛成である。

[理由]

債権管理の現場における処理を考えると、債権ごとによる充当の方が簡便であり、債務者にも分かりやすいく、現実的である。

### 3 民事執行手続きの配当の場合における合意あるいは指定による充当

[意見]

賛成である。

[理由]

執行機関における法定充当による画一的処理の必要性を否定するものではないが、実務上の充当処理の状況並びに当事者の意思の尊重という観点からすると、合意による充当あるいは指定充当を認めても良い。

### 4 信託などを原因として、複数の債権者から同一の債務者に対する債権の取立てを委託された場合の充当のルールの明文化

[意見]

反対である。

[理由]

本来、信託を原因とする場合の固有の問題であると思われ、民法において一般的な規定を設ける必要はない。信託法におい規定すべき。

## 8 弁済の提供（民法第492条，第493条）

### (1) 弁済の提供の効果の明確化

弁済の提供及びこれに基づく受領遅滞のそれぞれの具体的な効果が条文上不明確であるという問題が指摘されていることを踏まえて、弁済の提供の具体的な効果について、受領遅滞の規定の見直し（前記第7）と整合性を図りつつ、条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

また、利害関係を有しない第三者による弁済が認められる場合における、当該第三者による弁済の提供の効果の効果を条文上明確にすべきかどうかについて、併せて検討してはどうか。

### 1 弁済の提供の具体的な効果についての規定の明確化

[意見]

賛成である。

## 2 第三者による弁済の提供の効果の規定の明確化

[意見]

反対である。

[理由]

第三者による弁済について、これを有効とするか無効とするかということが明確に定められれば、第三者による弁済の提供の効果についても、自ずと決まってくるのであって、これを特別に規定をしなければならない理由はない。但し、具体的な供託の手続きについては定めが必要である。

### (2) 口頭の提供すら不要とされる場合の明文化

債権者が、契約そのものの存在を否定する等、受領拒絶の意思を明確にしている場合には、判例上、債務者は口頭の提供すらしなくても債務不履行責任を負わない場合があるとされている。このような判例法理を条文上明記するかどうかについて、この判例法理は賃貸借契約の特殊性を考慮したものであることから一般化すべきではないとの指摘や、労働契約で解雇が無効とされる事案において同様の取扱いがされているとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、口頭の提供すら不要とされる場合の一つとして、債務者において債務の実現につき債権者の受領行為以外に何らの協力を求める必要がなく、履行期及び履行場所が確定している取立債務において、債務者の口頭の提供がなくても遅滞の責任を負わないとした裁判例を明文化すべきかどうかについて、検討してはどうか。

### 1 口頭の提供すら不要とする場合の明文化

[意見]

賛成である。

[理由]

問題とされる場面については、「受領拒絶の意思が明確」かどうかの解釈の問題によって解決できると思われる。

### 2 債務者において債務の実現につき債権者の受領行為以外に何らの協力を求める必要がなく、履行期及び履行場所が確定している取立債務において、債務者の口頭の提供がなくても遅滞の責任を負わないとした裁判例を明文化すべきか。

[意見]

反対である。

[理由]

指摘される判例（東京地判昭和30年6月13日）のケースは、既に債務者によって供託がなされていたものであって、口頭の提供すら不要とされる独自の類型と位置付けられ

るかについては疑問がある。

## 9 弁済の目的物の供託（弁済供託）（民法第494条から第498条まで）

### (1) 弁済供託の要件・効果の明確化

①債権者の受領拒絶を原因とする供託で、判例は、債務者による弁済の提供が必要であるとしているが、そのことは条文上必ずしも明らかではないこと、②供託の基本的な効果は債権が消滅することであるが、供託後も弁済者が供託物を取り戻すことができるとされている（民法第496条第1項）こととの関係で、供託から取戻権の消滅までの間の法律関係が明らかではないこと、③供託の効果として債権者は供託物の還付請求権を取得するが、そのような供託の基本的な法律関係が条文上必ずしも明らかではないこと等が指摘されていることを踏まえて、弁済供託の要件・効果を条文上明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

弁済供託の要件・効果の明確化は賛成である。

### (2) 自助売却の要件の拡張

①金銭又は有価証券以外の物品の供託について、適当な保管者が選任される見込みが低い等の場合にも自助売却による供託が認められるよう、「弁済の目的物が供託に適しないとき」（民法第497条）という要件を拡張すべきかどうかや、②弁済の目的物が腐りやすい食品や変質のおそれがある薬品である等、物理的な価値の低下のおそれがある場合のほか、市場での価値の下落のおそれがある場合にも自助売却が認められるように、「滅失若しくは損傷のおそれがあるとき」という要件を見直すべきかどうかについて、自助売却が広く認められることによる債権者の不利益にも配慮しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

自助売却の要件の拡張に賛成である。

## 10 弁済による代位（民法第499条から第504条まで）

### (1) 任意代位の見直し

任意代位の制度に対しては、第三者による弁済を制限している同法第474条第2項との整合性を欠くという問題が指摘されているほか、債権者の承諾が要件とされている結果、債権者が任意代位を承諾しない場合には、債権者は弁済を受領しつつ弁済者には代位が認められなくなるという問題が指摘されている。これらの指摘を踏まえ、①任意代位の制度を廃止すべきであるという考え方や、②任意代位の制度を存置しつつ、その要

件から、弁済と同時に債権者の承諾を得ることを不要とするという考え方に基づき制度を見直すべきかどうかについて、第三者による弁済の制度の見直しの検討結果を踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

②に賛成である。

なお、利害関係のない第三者による弁済が債務者の意思に反する場合には、当該弁済は無効であるという考え方が前提である。

[理由]

利害関係のない第三者による弁済に関して、代位するかどうかについて債権者の承諾にかからしめる点に問題があるという意味で、見直す必要があることその通りである。

また、譲渡禁止特約の潜脱についての問題については、第三者が債権者との合意により保証人となれば「正当な利益を有する者」になるので、①をとって任意代位を廃止した場合でも、結果としては同じことになる。そして、①によると、債務者の意思に反しないで弁済した第三者は求償権は取得するが、代位できない立場におかれることになるが、そのような地位を認めるのは適当ではない。したがって、第三者による弁済を有効（あるいは一定の場合に有効）として求償権を認める以上、代位を否定しなければならない理由はない。弁済により取得した求償権を確保するためには、原債権あるいは原債権に付着した担保権等を行使できるとする必要がある。

したがって、「債権者の承諾」の要件を不要にし、任意代位を残すべきである。

そして、この考えによると、結果的には、任意代位と法定代位の区別はなくなり、「正当な利益を有する者」と「正当な利益はないが債務者の意思に反しない者」の弁済は有効であり、これによって「代位」が生じることになる。

## (2) 弁済による代位の効果の明確化

### ア 弁済者が代位する場合の原債権の帰す

弁済により債権者に代位した者は、求償権の範囲内で原債権及びその担保権を行使することができる（民法第501条柱書）ところ、この場合に原債権が弁済者に移転すると説明する判例の考え方に対しては、原債権と求償権という二つの債権が弁済者に帰属することになって法律関係が複雑化している等の問題が指摘されていることを踏まえて、弁済者が代位する場合の原債権の帰すうに関する法律関係を明確にする方向で、更に検討してはどうか。

その具体的な規定内容としては、例えば、弁済者が代位する場合であっても原債権は弁済により消滅することを明記した上で、原債権の効力として認められた権利を代位者が行使できること等を定めるべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、原債権と求償権との関係に関する現在の学説・判例法理等に与える影

響の有無に留意しつつ、更に検討してはどうか。

## 1 弁済者が代位する場合の原債権の帰すうに関する規定の明確化

[意見]

賛成である。

[理由]

規定を明確化すること自体については賛成である。

## 2 原債権は弁済により消滅することを明記した上で、原債権の効力として認められた権利を代位者が行使できること等を定めるべきであるという考え方について

[意見]

反対である。

[理由]

求償権の効力を考えるというのであれば、結局は、弁済により一旦消滅したはずの原債権についての権利の効力を考えることになり、問題状況は大きく変わらない。すなわち、原債権が消滅したとしても、①債務名義については承継執行文の付与が必要となり、②担保権の実行は原債権の範囲ということになる。したがって、結局は、原債権を消滅させたとしてもかえって説明が困難となり、あえて原債権を消滅させることに拘って新たに複雑な理論構成を考えなくともよいと思われる。

## イ 法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化

民法第501条は、第1号から第6号までにおいて法定代位者相互間の関係に関する規定を置いているが、例えば、①保証人と第三取得者との関係（保証人が第三取得者に対して代位するために付記登記を要する場合）、②保証人が複数いる場合における保証人相互間の規律、③物上保証人と債務者から担保目的物を譲り受けた第三取得者との関係、④保証人兼物上保証人の取扱い、⑤物上保証人から担保目的物を譲り受けた第三取得者の取扱い等は条文上明らかでないことから、これらの点を判例等を踏まえて明確にする方向で、更に検討してはどうか。

また、これと関連して、以下のような判例法理についても、条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

- (ア) 法定代位者間で民法第501条各号所定の代位割合を変更する旨の特約が結ばれることがあるところ、保証人が物上保証人との間で締結した当該特約の効力を後順位抵当権者に対して主張することができるとするもの
- (イ) 物上保証人所有の甲不動産と債務者所有の乙不動産に共同抵当が設定されており、甲不動産には後順位抵当権が設定されている場合に、先に甲不動産につき抵当権の実行による競売がされたときは、その後順位抵当権者が物上保証人に優先して乙不動産

からの配当を受けることができるとするもの

[意見]

法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化についてはいずれも賛成である。

[理由]

判例法理を条文上明確化するものである。

### (3) 一部弁済による代位の要件・効果の見直し

#### ア 一部弁済による代位の要件・効果の見直し

一部弁済による代位の場合に代位者が単独で担保権を実行することを認めた判例法理を見直し、代位者は債権者との共同でなければ担保権を実行することができない旨を明文で規定するかどうかについては、一部弁済による代位があった場合の抵当不動産からの配当上、原債権者が優先するという判例法理を明文化するかどうかと併せて、更に検討してはどうか。

また、一部弁済による代位がある場合であっても、原債権者は単独で担保権の実行ができることを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

代位者は債権者との共同でなければ担保権を実行することができない旨を明文で規定すること、一部弁済による代位があった場合の抵当不動産からの配当上、原債権者が優先するという判例法理を明文化すること及び一部弁済による代位がある場合であっても、原債権者は単独で担保権の実行ができることを条文上明確にすることは、いずれも賛成である。但し、代位者の求償権を行使すること自体を制限するものではない。

[理由]

一部弁済の場合に、配当においては、原債権者が優先する以上、代位者に単独での担保権の実行を認める必要はない。

#### イ 連帯債務の一部が履行された場合における債権者の原債権と一部履行をした連帯債務者の求償権との関係

連帯債務の一部を履行した連帯債務者は、ほかの連帯債務者に対して求償権を取得するとともに、一部弁済による代位によって、原債権及びその担保権を行使し得ることになる（求償権並びに代位によって取得した原債権及びその担保権を「求償権等」と総称する。）が、この場合に連帯債務の一部を履行した連帯債務者が取得する求償権は、債権者の有する原債権に劣後し、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、当該連帯債務者は求償権等を行使することができないことを条文上明確にするかどうかについて、検討してはどうか。



[意見]

連帯債務の一部を履行した連帯債務者が、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、求償権及び原債権自体を行使することができないとまですることについては反対である。

[理由]

連帯債務の一部を履行した連帯債務者が、代位した担保権を単独では行使できないことについて異存はないが、求償権等を行使すること自体についてまで制限しなければならない理由はない。

#### ウ 保証債務の一部を履行した場合における債権者の原債権と保証人の求償権の関係

保証債務の一部を履行することにより、保証人は、求償権を取得するとともに、一部弁済による代位によって、原債権及びその担保権を行使し得ることになる（求償権並びに代位によって取得した原債権及びその担保権を「求償権等」と総称する。）が、この場合に保証人が取得する求償権は、債権者の有する原債権に劣後し、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、保証人は求償権等を行使することができないことを条文上明確にするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

一部履行をした保証人が、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、求償権及び原債権を行使することができないとまですることについては反対である。

[理由]

保証人が保証債務の一部を履行することにより、代位した担保権を単独で行使できないことについて異存はないが、求償権等を行使すること自体についてまで制限しなければならない理由はない。

### (4) 債権者の義務

#### ア 債権者の義務の明確化

弁済による代位に関連する債権者の義務として、解釈上、①不動産担保権がある場合の代位の付記登記に協力すべき義務や、②債権者の担保保存義務が認められていることから、これらに関する明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

また、②の担保保存義務に関し、合理的な理由がある場合には債権者が担保保存義務違反を問われないとする方向で規定を設けるべきかどうかについては、法定代位をする者の代位の期待の正当性（特に保証人の保護の要請）にも留意しつつ、規定を強行規定とすべきかという点も含めて、更に検討してはどうか。

[意見]

債権者の義務の明確化することについてはいずれも賛成である。

イ 担保保存義務違反による免責の効力が及ぶ範囲

債権者が担保保存義務に違反して担保の喪失等をした後に、抵当不動産を物上保証人や第三取得者から譲り受けた第三者が、担保保存義務違反による免責の効力を債権者に対して主張することができるかという問題がある。この問題について、判例は、債権者が故意又は懈怠により担保を喪失又は減少したときは、民法第504条の規定により、担保の喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった金額の限度において抵当不動産によって負担すべき責任の全部又は一部は当然に消滅し、当該不動産が更に第三者に譲渡された場合においても、責任消滅の効果は影響を受けないとしていることから、このような判例法理を条文上明確にするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

賛成である。

[理由]

判例法理を条文上明確化するものである。

## 第18 相殺

### 1 相殺の要件（民法第505条）

#### (1) 相殺の要件の明確化

「双方の債務が弁済期にある」ことを相殺の要件とする民法第505条第1項の規定を見直し、受働債権の弁済期が到来していない場合でも相殺が認められるとしている判例法理を明記することの当否については、特に相殺の遡及効を維持する場合に、これが相殺適状の要件を見直すものか、あるいは相殺適状の要件は見直さず、期限の利益を放棄して相殺をすることができることを明記するものかという点が問題となることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、自働債権について相手方の抗弁権が付着している場合に相殺が認められないという判例法理を条文上も明確にする方向で、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 相殺適状の要件は見直さず、期限の利益を放棄して相殺をすることができることを明記する方向で検討することに賛成である。
- 2 自働債権について相手方の抗弁権が付着している場合に相殺が認められないという判例法理を条文上明確化することに賛成である。

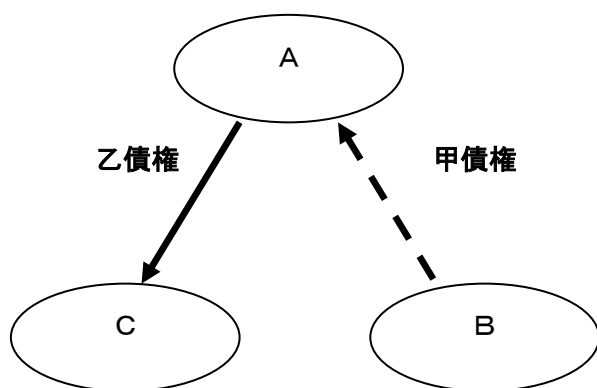
#### [理由]

- 1 受働債権の弁済期前に期限の利益を放棄して相殺することと、弁済期前でも当然に相殺が可能になるということは同義でない。現在の判例法理は、双方の債務が弁済期にあることを相殺適状の要件としつつ、期限の利益を放棄することによって、受働債権の弁済期が未到来でも相殺できるというものであるから、判例法理を明文化する際には、これをそのまま明文化すれば足りる。
- 2 判例学説とも異論のないところである。

#### (2) 第三者による相殺

自己の債権で他人の債務を消滅させるという第三者による相殺（下図のBが甲債権を自働債権、乙債権を受働債権としてする相殺）についても、その者が「弁済をするについて正当な利益を有する者」である場合には認められる旨の明文の規定を設けるべきであるという考え方がある。このような考え方については、第三者による相殺が認められることによって、①Bが無資力のAから事実上の優先弁済を受け、B以外のAの債権者の利益が害されるという問題や、②Aが無資力のBに対して反対債権を有する場合に、Bが甲債権をあえて乙債権と相殺することを認めると、AのBとの相殺の期待が害されるという問題のように、弁済と相殺との問題状況の違いに応じて、その要件を第三者による弁済の場合よりも制限する必要があるという指摘があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、規定を設ける場合には、受働債権の債権者（下図のA）が無資力となる前に三者間の合意により相殺権が付与されていた場合の当該合意の効力に関する規定の要否についても、検討してはどうか。



[意見]

第三者による相殺について明文の規定を設けることに反対である。

[理由]

- 1 第三者弁済は第三者による弁済（出捐）が必要であるのに対し、第三者による相殺は第三者による新たな出捐が不要であり、問題状況が異なっている。
- 2 Aが無資力の場合にBによる相殺を認めると、Bが自己の債権をAに対する他の債権者よりも優先して回収することを認め、債権者間の公平を害する結果を招く。かかる弊害のおそれは、たとえBが「弁済をするについて正当な利益を有する者」（物上保証人や抵当不動産の第三取得者）であっても変わらない。
- 3 2のような問題点を踏まえ、第三者による相殺の要件を絞り込むとしても、例えば、Aが無資力か否かにより相殺の効力が左右されるとすれば、無資力かどうかの判断は、一定の価値判断を要するなど、法的安定性を欠くおそれがあり、そもそも適切な要件化が困難と思われる。

### (3) 相殺禁止の意思表示

民法第505条第2項の「善意」の意義について、善意であっても重大な過失によって相殺禁止の意思表示があることを知らなかった場合が除外されることを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

条文上明確化することに賛成である。

[理由]

特段の異論がない。

## 2 相殺の方法及び効力

### (1) 相殺の遡及効の見直し（民法第506条）

民法第506条は、相殺に遡及効を認めているところ、この規定内容を見直し、相殺の意思表示がなされた時点で相殺の効力が生ずるものと改めるべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、遡及効が認められなくなることにより特に消費者に不利益が生ずるおそれがあるという指摘があることに留意しつつ、任意規定として遡及効の有無のいずれを規定するのが適切かという観点から、更に検討してはどうか。

[意見]

遡及効の規定を見直すことに反対である。

[理由]

- 1 遡及効を否定し、意思表示の時点で相殺の効力が生じることを原則とすれば、一方当事者が消費者や個人事業者など、事実上、相殺の意思表示を期待できない者（例えば、相殺の意思表示をしなくとも清算済と思いつく、あるいは、債権の存在すら忘れていない）について、同人の債務の遅延損害金の利率の方が高い場合、他方当事者が相殺の意思表示を恣意的に遅らせ、不公平な事態を招くおそれがある。
- 2 遡及効を原則（任意規定）としておけば、仮に遡及効を制限する合意が著しく公平性を欠く場合には、デフォルトルールが遡及効を認めることを前提に、権利濫用や消費者契約法上の問題となし得たところ、原則として遡及効を否定してしまうと、かかるアプローチもできなくなる。

### (2) 時効消滅した債権を自働債権とする相殺（民法第508条）の見直し

民法第508条を見直し、時効期間が満了した債権の債務者に、時効援用の機会を確保するという視点から、①債権者Aは、時効期間の経過した自らの債権の債務者Bが時効を援用する前に、当該債権を自働債権として相殺の意思表示をすることができるが、②その場合も、債務者Bは、Aによる相殺の意思表示後の一定の期間内に限り、時効を援用することができるものとするという考え方がある。このような考え方の当否について、債務者の相殺の期待を保護すべきであるとの意見や、時効制度の見直しの検討結果を踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

民法第508条を見直して、時効期間が満了した債権の債務者に時効援用の機会をより

広く認めることには反対である。

[理由]

現行民法第508条では、自働債権の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えたのに対し、上記考え方によると、相殺の意思表示に対し一定の期間内に時効援用すれば、常に時効を相殺に優越させることとなり、事実上、相殺適状後、自働債権の時効完成前に相殺の意思表示をしなければならなくなる。相殺適状にある債権債務は相殺済であるとの当事者の期待に対する保護を弱め、積極的な債権回収を促すのは、実務の感覚と一致しない。消費者や個人事業者を念頭においた場合、てきぱきと合理的に相殺の意思表示をなしうる人達ばかりではない。

### (3) 充当に関する規律の見直し（民法第512条）

自働債権又は受働債権として複数の債権があり、当事者のいずれもが相殺の順序の指定をしなかった場合には、判例は、元本債権相互間では相殺適状となった時期の順に従って相殺し、その時期を同じくする元本債権相互間及び元本債権とこれについての利息・費用債権との間では、民法第489条及び第491条を準用して相殺充当を行うとしている。そこで、相殺の遡及効を維持する場合には、このような判例法理を条文上明らかにすることの当否について、更に検討してはどうか。

他方、相殺の意思表示の時に相殺の効力が生ずるものとする場合には、上記の判例法理は妥当しなくなるが、民法第489条第2号の「債務者のために弁済の利益の多いもの」から充当するという規定を相殺に準用している同法第512条によると、相殺の場合には、当事者双方が債務者であることから、いずれの当事者のために利益の多いものから相殺すべきかが明らかではないという問題がある。そこで、同条を見直し、相殺の意思表示をした者のために利益が多いものから順に充当するという規定に改めることの当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

相殺の遡及効を維持することを前提に、相殺充当に関する判例法理（最判昭和56年7月2日民集35巻5号881頁）を条文上明確化することに賛成である。

[理由]

相殺の遡及効を維持すべき理由は前記のとおりであり、相殺充当に関する判例法理にも特段の異論はない。

### 3 不法行為債権を受働債権とする相殺（民法第509条）

不法行為債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第509条）については、相殺による簡易な決済が過剰に制限されている等の問題意識から、相殺禁止の範囲を限定するかどうかについて、被害者の保護に欠けるおそれがあるとの指摘や当事者双方の保険金請求が認

められている保険実務への影響等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

仮に相殺禁止の範囲を限定するとした場合には、以下のような具体案について、更に検討してはどうか。

[A案] 民法509条を維持した上で、当事者双方の過失によって生じた同一の事故によって、双方の財産権が侵害されたときに限り、相殺を認めるという考え方

[B案] 民法509条を削除し、以下のいずれかの債権を受働債権とする場合に限り、相殺を禁止するという考え方

- (1) 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
- (2) 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
- (3) 生命又は身体の侵害があったことに基づく損害賠償請求権（(1)及び(2)を除く。）

[意見]

不法行為債権を受働債権とする相殺について、現行民法第509条より相殺禁止の範囲を限定することに反対である。

[理由]

- 1 上記[A案][B案]とも、交通事故事案において、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なし、それ以後の交渉を拒絶したような場合、事実上、相手方が損害賠償請求を受ける機会が奪われる（ないし賠償請求を受けづらくなる）結果を招来するおそれがある。
- 2 双方が合意すれば、相殺合意による簡易決済も可能であるから、「相殺による簡易な決済が過剰に制限されている」との問題意識は存しない。

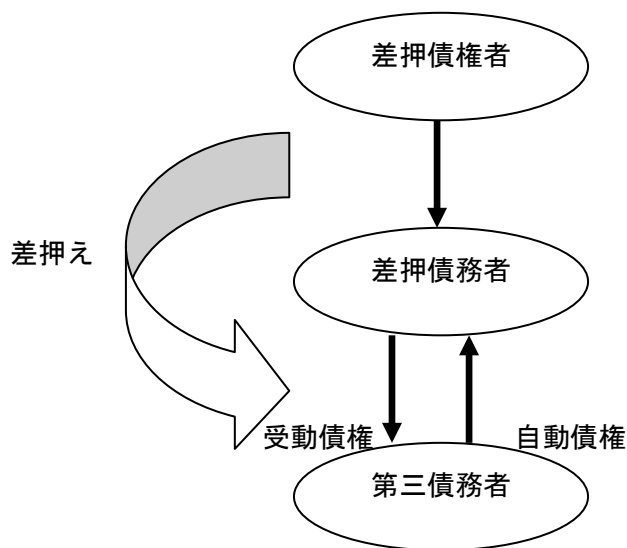
#### 4 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第511条）

（前注）この「第18, 4 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止」においては、以下の定義に従うこととする。

「差押債権者」… 差押債務者の有する債権を差し押さえた者

「差押債務者」… 自らが有する債権につき差押えを受けた者

「第三債務者」… 差押債権者による差押えを受けた債権の債務者



#### (1) 法定相殺と差押え

受働債権となるべき債権が差し押さえられた場合に、第三債務者が相殺することができるためには、差押え時に自動債権と受働債権の弁済期がいずれも到来していなければならないか、また、到来している必要がないとしても自動債権と受働債権の弁済期の先後が問題となるかという点について、条文上明確にしてはどうか。

その際には、受働債権の差押え前に取得した債権を自動債権とするのであれば、自動債権と受働債権との弁済期の先後を問わず相殺をすることができるとする判例法理（無制限説）を前提としてきた実務運用を尊重する観点から、無制限説を明文化することの当否について、無制限説により生じ得る不合理な相殺を制限するために無制限説を修正する必要があるとの意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

判例法理（無制限説）について修正を加えることなく条文上明確化することに賛成である。

[理由]

相殺の担保的機能を重視した判例（最判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁）からすでに相当の年月が経過し、これに基づく実務が形成されてきた現状に鑑みると、無制限説が妥当である。無制限説をとったがゆえに不合理な相殺が生じたといえる様な場合には、相殺権の濫用として対処することも考えられるから、無制限説の修正は不要である。

#### (2) 債権譲渡と相殺の抗弁

債権の譲受人に対して債務者が相殺の抗弁を主張するための要件について、法定相殺と



差押えに関する規律（上記(1)）に従うことを条文上明確にするかどうかについては、法定相殺と差押え、譲渡禁止特約の効力及び転付命令と相殺との関係に関する検討結果を踏まえて、債権譲渡取引に与える影響にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

債権譲渡がなされた場合の債務者が債権の譲受人に対して相殺の抗弁を主張するための要件を条文上明確化することに反対である。

[理由]

債権譲渡がなされた場合の債務者が主張しうる抗弁のうち、相殺の抗弁についてのみ明文の規定を設けるのはバランスを欠き、債権譲渡における債務者の抗弁にかかる解釈に委ねることで足りる。

### (3) 自働債権の取得時期による相殺の制限の要否

差押えや仮差押えの申立があった後、差押命令や仮差押命令が第三債務者に送達されるまでの間に、第三債務者が、当該差押え等の申立てを知った上で取得した債権を自働債権とする相殺は、民法第511条による相殺の制限を潜脱しようとするものである場合があることから、このような場合には相殺の効力を認めないとする旨の規定を新たに設けるべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、例外的に相殺の効力を認めるべき場合の有無も併せて検討する必要がある（破産法第72条第2項各号参照）との指摘に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、支払不能となった債権者に対して債務を負う者が、支払不能後に新たに取得した他人の債権を自働債権として相殺する場合の相殺の効力を、民法で制限することの要否についても、検討してはどうか。

[意見]

- 1 第三債務者が差押え等の申立を知った上で取得した債権を自働債権とする相殺を制限するとしても、例外的に相殺の効力を認めるべき場合もある（破産法第72条第2項各号参照）と考えられることにも留意しつつ、慎重に検討すべきである。
- 2 支払不能後に新たに取得した他人の債権を自働債権として相殺することを民法で制限することには反対である。

[理由]

- 1 第三債務者が差押え等の申立を知った上で取得した債権を自働債権とする相殺を制限すべきというのは、破産法第72条1項4号と同様の考えに基づくものと思われるが、そうだとすると、破産法（同法第72条2項各号）と同様に、債権取得の原因によっては、例外的に相殺を認めるべき場合があるとも考えられる。しかしながら、差押命令等の申立から発令までの時間的間隔が大きい（適用場面が限られる）ことを考慮すれば、そも

そも、新たな規定を設けるべき必要性があるか、慎重に検討する必要がある。

2 破産法が規律する債権者平等が強く要請される場面と異なり、破産に至らないケースまで、相殺による簡易な決済を過剰に制限すべきではない。

#### (4) 相殺予約の効力

差押え又は仮差押えの命令が発せられたこと等の事由が生じた場合に期限の利益を喪失させる旨の合意や、その場合に意思表示を要しないで相殺の効力が生ずるものとする旨の合意に関して、判例は、相殺予約の効力を、特に制限なく差押債権者等に対抗することができるという考え方を採っているとの見解が有力であるが、学説上は、相殺予約は差押えによる債権回収を回避するものであり、その効力を合理的な範囲に限定すべきであるという見解が主張される等、判例の結論に対しては、なお異論があるところである。相殺予約の効力を差押債権者又は仮差押債権者（差押債権者等）に対抗することの可否に関する明文の規定を設けるかどうかについては、自働債権と受働債権の弁済期の先後によって、相殺予約の効力を差押債権者等に対抗することの可否を決するという考え方は採らないことを確認した上で、その効力を一律に認めるという考え方（無制限説）を採るべきか、それとも一定の場合にその効力を制限すべきかについて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

相殺予約の効力について、一定の場合にその効力を制限すべきとの意見に留意しつつ、更に検討することに賛成である。

#### [理由]

相殺予約の有効性を認めたとされる判例（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きた現状において、差押時点ですでに反対債権を有する者が相殺に対して抱く期待を積極的に保護する（相殺予約の効力を無制限に認める）考えは不合理でないとも思われる。もっとも、仮差押えの発令により期限の利益を喪失させるとの合意の効力については、受働債権が仮差押えされたとしても、被保全債権の存在が確定したとはいえ、信用不安が生じていなくとも仮差押えがなされる可能性もあることからすれば、その効力を全面的に認めるのが適当か否か、慎重に検討する必要がある。

#### 5 相殺権の濫用

個別的な相殺禁止の規定に抵触するわけではないが、一般債権者との関係で公平の理念に反する等の場合に、権利濫用の法理により相殺が認められないとされる場合がある（相殺権の濫用）。このような場合があること及びその要件に関する明文の規定を設けることの当否について、特に自働債権の取得時期との関係で相殺権の濫用の問題が生じるということに留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

自働債権の取得時期との関係で相殺権の濫用の問題が生じることに留意しつつ、相殺権の濫用の明文化について検討することに賛成する。

[理由]

相殺の効力を広く認める立場（無制限説）を前提とすれば、差押債権者との間で公平を損なう場合も起こりうるから、相殺権の濫用による制約を設けることに一定の意義があると思われる。

## 第19 更改

### 1 更改の要件の明確化（民法第513条）

#### (1) 「債務の要素」の明確化と更改意思

民法第513条において更改の要件とされている「債務の要素」の具体的内容をできる限り条文上明記するとともに、当事者が更改の意思（特に、旧債務を消滅させる意思）を有することを更改の要件とする判例法理を条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

「債務の要素」の具体的内容をできる限り条文上明記すること及び当事者が更改の意思を有することを更改の要件とする判例法理を条文上明確にすることについて賛成する。

[理由]

要件を明確化することに異議はない。もつとも、更改は、旧債務の消滅とそれに伴う抗弁権・担保権・保証債務の消滅という重大な効果を生じさせるので、明記する際のワーディングについては、慎重に検討すべきである。

#### (2) 旧債務の存在及び新債務の成立

更改が効力を生ずるための要件として、旧債務が存在することと新債務が成立することが必要であることを条文上明記する方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

更改が効力を生ずるための要件として、旧債務が存在すること、新債務が成立することが必要であることを条文上明記することについて賛成する。

[理由]

要件を明確化することに異議はない。

### 2 更改による当事者の交替の制度の要否（民法第514条から第516条まで）

更改による当事者の交替の制度は、今日では債権譲渡や免責的債務引受と機能が重複しているという問題意識を踏まえて、債務者の交替による更改及び債権者の交替による更改の規定（民法第514条から第516条まで）をいずれも削除する方向で、更に検討してはどうか。

また、当事者を交替する旨の合意が更改に含まれないことを明らかにする観点から、債権者の交替による更改に相当する内容の合意があった場合には、債権譲渡の合意があったものとみなし、債務者の交替による更改に相当する内容の合意があった場合には、免責的債務引受の合意があったものとみなす旨の規定を設けることの要否についても、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 更改による当事者の交替の制度の規定を削除することについて賛成する。
- 2 債権者の交替による更改に相当する内容の合意があった場合には、債権譲渡の合意があったものとみなし、債務者の交替による更改に相当する内容の合意があった場合には、免責的債務引受の合意があったものとみなす旨の規定を設けることについても賛成する。

[理由]

- 1 債権者の交替は債権譲渡とみなし、債務者の交替は面積的債務引受の合意があったものとみなすことで足り、両制度の機能が重複しているとの問題意識に異議はないためである。
- 2 1において当事者の交替を削除する以上、当事者の交替という形で意思表示がなされた場合にその規律が失われると誤解が生じることがあってはいけないため、みなし規定を設ける必要があることについてはその通りである。したがって、みなし規定を設けることについても異議はない。

### 3 旧債務が消滅しない場合の規定の明確化（民法第517条）

旧債務が消滅しない場合に関する民法第517条については、①「当事者の知らない事由」とは債権者が知らない事由に限られるのではないか、②「更改によって生じた債務が」「取り消されたとき」とは、新債務が取り消されたときと更改契約が取り消されたときのいずれを意味するのか、③「当事者の知らない事由」という文言は「成立せず」のみならず「取り消されたとき」にもかかるのではないかという点で、規定の内容が明らかでないとい指摘されていることを踏まえ、これらを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

規定の内容が明らかでないとい指摘されている点について、条文上明確にすることについて賛成する。

[理由]

条文の意義が明確でない部分については、これを明確にすることに異議はない。

## 第20 免除及び混同

### 1 免除の規定の見直し（民法第519条）

債権者の一方的な意思表示により免除ができるとする規律を見直し、債務者の意思に反する場合には免除が認められないこととするかどうかについて、免責的債務引受（前記第15, 3(1))や第三者による弁済（前記第17, 2(2))など、利益を受ける者の意思の尊重の要否が問題となる民法上の制度間の整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、債権者が債権を放棄する旨の意思表示をすることにより、債権者は債務者に対して債務の履行を請求することができなくなるが、債務者は引き続き債務の履行をすることができるということを内容とする債権の放棄という制度を設けることの要否について、検討してはどうか。

[意見]

- 1 免除については、債権者の一方的な意思表示により免除ができるとする規律を維持すべきであり、債務者の意思を効果発生に関係させるとする見直しについては反対する。
- 2 債権の放棄という制度を設けることについては反対であり、そのような検討は不要であるとする。

[理由]

- 1 免除の意思表示を行う債権者の負担を増加させないようにすべきである。
- 2 従来議論されてこなかった論点であり、債権者・債務者側において、このような規定を設けることによる効果が不明である。

なお、債務を自然債務化することで考えられるメリットとして免除益を発生させないようにすることが考えられるが、免除益が生じるか生じないかは税務上の問題である。他の重要検討事項が複数ある民法改正の議論において、これまでもさほど議論されていなかった本論点をさらに追加して議論する必要はないと考える。

### 2 混同の例外の明確化（民法第520条）

民法第520条ただし書は、債権及び債務が同一人に帰属した場合であっても、その債権が第三者の権利の目的であるときは、例外的に債権が消滅しないとしている。しかし、判例・学説上、債権が第三者の権利の目的であるとき以外にも、債権及び債務が同一人に帰属しても債権が消滅しない場合があるとされていることを踏まえて、このような混同の例外を条文上明確にすることの要否について、検討してはどうか。

[意見]

混同の例外を条文上明確にすることについて賛成する。

[理由]

混同の例外を条文上明確にすることに異議はない。もっとも、銀行保証付私募債を銀行が取得した時が例外として挙げられているが、そのような例以外に適用を受けるようなケースが具体的に認められないようであれば、このような事例のためだけにあえて民法を改正するまでの必要もないように思われる。

適用を受ける場面が他にもありうるのかどうかまで慎重に検討した上で、議論すべきであると考え。また、明確化する際のワーディングについては、慎重に検討すべきである。

## 第2-1 新たな債権消滅原因に関する法的概念（決済手法の高度化・複雑化への民法上の対応）

### 1 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定の要否

多数の当事者間における債権債務の決済の過程において、取引参加者A B間の債権が、集中決済機関（CCP）に対するAの債権とBに対するCCPの債権とに置き換えられる（下図1参照）ことがあるが、この置き換えに係る法律関係を明快に説明するのに適した法的概念が民法には存在しないと指摘されている。具体的な問題点としては、例えば、置き換えの対象となるA B間の債権について譲渡や差押えがされた場合に、法律関係の不明確さが生ずるおそれがあることや、CCPが取得する債権についての不履行により、置き換える合意そのものが解除されると、既に完了したはずの決済をやり直すなど決済の安定性が害されるおそれがあるとの指摘がされている。

このような指摘を踏まえて、決済の安定性を更に高める等の観点から、上記のような法律関係に適した法的概念に関する規定を新たに設けるべきであるという考え方が提示されている。この考え方は、集中決済を念頭に置きつつも、より一般的で、普遍性のある債務消滅原因として、次のような規定を設けることを提案する。すなわち、AがBに対して将来取得する一定の債権（対象債権）が、XのBに対する債権及びXのAに対する債務（Xの債権・債務）に置き換えられる旨の合意がされ、実際に対象債権が生じたときは、当該合意に基づき、Xの債権・債務が発生して対象債権が消滅することを内容とする新たな債務消滅原因の規定を設けるべきであるというのである（下図2参照）。

まずは、このような規定の要否について、そもそも上記の問題意識に疑問を呈する見解も示されていることや、集中決済以外の取引にも適用される普遍的な法的概念として規定を設けるのであれば、集中決済以外の場面で悪用されるおそれがないかどうかを検証する必要がある旨の指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、仮にこのような規定が必要であるとしても、これを民法に置くことの適否について、債権の消滅原因という債権債務関係の本質について規定するのは基本法典の役割であるとする意見がある一方で、CCPに対する規制・監督と一体として特別法で定めることが望ましいとする意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。



図 1

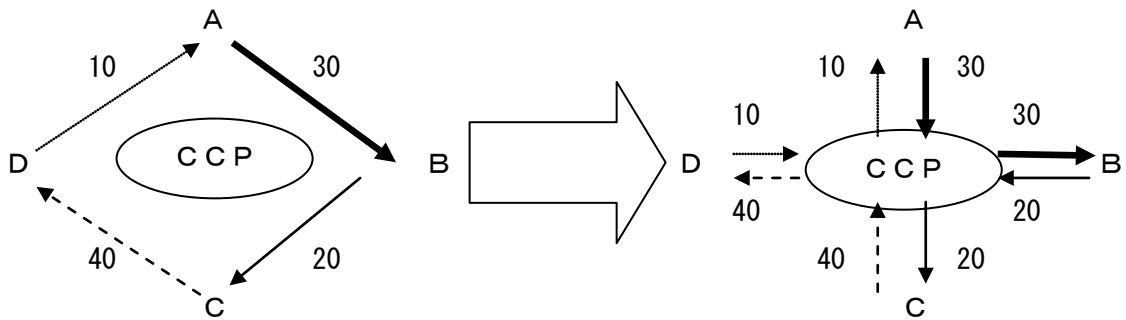
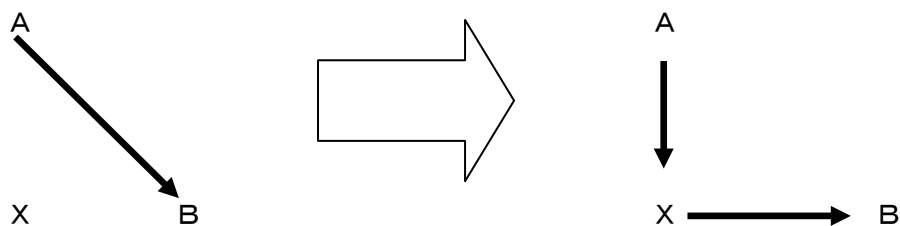


図 2



[意見]

上記のような法的概念に関する規定を新たに設けることに反対である。

[理由]

1つの債権を2つの債権に置き換える法的概念のみを明文化し、集中決済の安定性という観点から必要となるCCPに対する規制・監督といったシステムに関するものは別途特別法で規定するというのであれば、使われ方が限定的でない分、集中決済以外の場面でその概念が悪用される、たとえば、差押え回避のために利用される恐れがある。このような法的概念を用いなくとも、既存の法的概念（債務引受など）でも説明が可能と思われるし、これまでも必要に応じて、関係事業者間の約款等により、かかる多数当事者間の集中決済の仕組みが安定的に運営されているのであれば、あえて、上記法的概念を明文化する必要性はない。

## 2 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定を設ける場合における第三者との法律関係を明確にするための規定の要否

前記1のような新たな法的概念に関する規定を設ける場合には、併せて、第三者の取引安全を図る規定や、差押え・仮差押えの効力との優劣関係など、第三者との法律関係を明確にするための規定を設けることの要否が検討課題となる。この点について、具体的に以下の①から③までのような規定を設けるべきであるとの考え方が示されているが、これらの規定を民法に置くことの要否について、特に①は決済の効率性という観点から疑問であるとするとの意見や、これらの規定内容が集中決済の場面でのみ正当化されるべきものであるから特別法に規定を設けるべきであるとの意見が示されていることに留意しつつ、更

に検討してはどうか。

① 第三者の取引安全を確保するため、前記1の債権・債務の置き換えに係る合意については、登記を効力発生要件とし、登記の完了後対象債権の発生前にAがした債権譲渡その他の処分は、効力を否定されるものとする。

② 対象債権の差押えや仮差押えは、対象債権が発生した時に、Xの債務に対する差押えや仮差押えに移行する。当該差押えの効力が及ぶXの債務を受働債権とする相殺については、民法第511条の規律が適用されるものとする。

③ 対象債権についてのBのAに対する一切の抗弁はXに対抗することができない旨の当事者間の特約を許容する。また、Xの債権をBが履行しない場合にも、対象債権の消滅の効果には影響しない。

[意見]

そもそも前記1のような新たな法的概念を明文化することに反対である。

[理由]

上記規定は、集中決済の場面でのみ正当化されるといえ、必要とあらば特別法で規定すれば足りる。

## 第22 契約に関する基本原則等

### 1 契約自由の原則

契約を締結しようとする当事者には、①契約を締結するかしないかの自由、②契約の相手方を選択する自由、③契約の内容決定の自由、④契約の方式の自由があるとされており（契約自由の原則）、明文の規定はないものの、民法はこの原則の存在を前提にしていると考えられている。そこで、これを条文上明記する方向で、明文化する内容等を更に検討してはどうか。

契約自由の原則を条文上明記すると当事者が契約内容等を自由に決定できるという側面が過度に強調されるとの懸念から、これに対する制約があることを併せて条文上明記すべきであるとの考え方がある。制約原理の具体的な内容を含め、このような考え方の当否について、契約自由に対する制約と法律行為一般に対する制約との関係、契約自由に対する制約として設けられた個々の具体的な制度との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

### 1 契約自由の原則の明文化

[意見]

契約自由の原則を条文上明記することについて、後記のとおり制約原理も合わせて規定される限り、賛成する。

明文化の内容については、慎重に検討すべきである。

[理由]

契約自由の原則、それ自体については、当然であり、わかりやすい民法の観点から、明文化については、賛成する。

ただし、契約自由の原則の明文化には、かかる原則が独り歩きして、濫用されないか、特に消費者・弱者の利益が害されないか、の懸念は常に存在することから、明文化されることによる弊害はないのかが検証されるべきである。明文化されることで弊害があるなら、明文化しない選択もありうる場所である。

また、この点は、後記のとおり、制約原理の規定の仕方に深くかかわるところである。契約自由の原則に対する制約原理のあることも同時に確認されるべきであり、それが同時になされる限りにおいて、契約自由の原則の明文化も賛成する。

明文化する際の契約自由の原則の内容としては、上記の①－④まで、個別に明記するか、抽象的に契約自由の原則を簡潔に規定するにとどめるか等が考えられるところであるが、詳細に規定することによる弊害がないか、の観点から、慎重に検討すべきである。

### 2 契約自由の原則の制約原理

[意見]

契約自由の原則を明文化する場合には、同原則に対する制約原理の規定を整備・充実す

べきである。

また、契約自由の原則と同一条項に契約自由の原則が制約されうることを規定すべきである。

[理由]

- (1) 契約自由の原則の明文化については、原則そのものに異論はないとしても、かかる原則が独り歩きして、濫用されないか、特に消費者・弱者の利益が害されないか、の懸念は常に存在する。

契約自由の原則はもとより最重要ではあるが、これとともに、これに対する公序良俗、及び取引ないし契約上の信義誠実、公平、公正、ないし正義(格差是正を含む)、並びに強行規定、その他の制約原理が整備されて、初めて契約自由の原則が適正に適用・運用されるのであるから、かかる原則を明文化する場合は、これに対する制約原理の規定を整備・充実したうえで、制約原理と合わせて、債権法の制度全体としての妥当性・バランスを図らなければならない。

- (2) そして、契約自由の原則に対する制約原理があることについては、個々の規定において、具体的な制約原理を規定するほか、契約自由の原則と同一条項に契約自由の原則に対する制約があることを規定すべきである。

その際の規定の方法としては、例えば、ヨーロッパ契約法原則1：102のように「本文で契約自由の原則を規定し、但書きにおいて制約原理による制約があることを規定する方法」や、所有権に関する民法206条等のように「『制約原理の範囲内において（又は制約原理に反しない限り）契約自由の原則が妥当する。』という方向性で規定する方法」が考えられる。

## 2 契約の成立に関する一般的規定

契約の成立について、民法は申込みと承諾を中心に規律を設けているが、申込みと承諾に分析できない合意による契約の成立もあり得るなどとして、契約の成立一般に関するルールが必要であるという考え方がある。このような契約の成立に関する一般的規定を設けるかどうかについて、成立要件と効力要件との関係にも留意しながら、規定内容を含めて更に検討してはどうか。

契約の成立に関する一般的規定を設けることとする場合の規定内容については、例えば、契約の核心的部分（中心的部分、本質的部分）についての合意が必要であるという考え方があるが、このような考え方によれば、契約の成否と当事者の認識が食い違いかねないとの指摘もある。そこで、このような考え方の当否について、契約の核心的部分（中心的部分、本質的部分）の範囲を判断する基準（客観的に決まるか、当事者の意思や認識に即して決まるか。）にも留意しながら、更に検討してはどうか。

## 1 契約の成立に関する一般規定を設けることの当否

[意見]

申込みと承諾に分析できない合意による契約の成立を考慮した契約の成立に関する一般規定を設けるか、及びその規定内容については、慎重な検討を要する。

ただし、契約内容を確定したのち、別途契約を成立させる合意が必要な場合はありうる場所であり、それを明文化するという範囲では、反対はしない。

[理由]

(1) 交渉を重ねて段階的に契約が締結される場合はあり、こうした場合を想定した契約性の成立に関する一般規定があることにより、契約の成立の判断が容易になったり、これまで救われなかった消費者が救われる場面も生じうるかもしれない。

しかしながら、多種多様な契約が存在することからすると、こうした一般的な規定を置くことによって、契約成立のための合意の概念が固定化して、契約成立と認められるべきものが認められなくなる可能性もあり、実務の混乱も予想される。また、悪用の危険も払拭できない。

(2) 申込みと承諾の定義規定を置くことを検討している以上、まずは、これらの定義規定について慎重に検討したうえで、かかる規定があることを前提に、契約の成立に関する一般規定が必要か、規定を設けるとして申込みと承諾の定義規定と整合するか、慎重に検討する必要がある。

(3) 本論点においては、契約の成立に関する一般規定として、抽象的な規定を設けようとするのか、具体的な規定を設けようとするのかも問題である。また、具体的にどのような場面に対して対応するために一般規定を設けるのかにもよる。こうした点の違いによって検討の仕方が異なってくるし、規定を設けることに対する賛否も異なってくる。

(4) この点、少なくとも、契約内容を確定したのち、別途契約を成立させる合意が必要な場合はあることから、それを明文化するという範囲では、反対はしない。

## 2 契約の核心部分についての合意を要件とすることの当否

[意見]

契約の成立に関する一般的規定の規定内容として、契約の核心的部分（中心的部分、本質的部分）についての合意が必要であるとするということについては、慎重に検討すべきである。

[理由]

契約の核心的部分（中心的部分、本質的部分）というものの自体が、あいまいであり、契約成立の基準となりうるかどうか問題である。

また、契約の核心的部分（中心的部分、本質的部分）とした場合には、契約の成立時期について、当事者相互間に食い違いが生じる可能性がある。また、当事者双方が契約が成立していないと考えているのに、契約が成立してしまう場合も考えられる。

この点については、検討委員会の議論の経過において「契約の中心的内容に関する合意

があった時に合意があったものと推定する」との案が排除された経過もある。

契約の核心的部分（中心的部分，本質的部分）の合意が必要であるとするのが、契約の成立に関する一般規定の規定内容として妥当かどうか、慎重な検討を要する。

### 3 原始的に不能な契約の効力

原始的に不能な契約の効力については、民法上規定がなく、学説上も見解が分かれていることから、明確ではない。この点について、契約はそれに基づく債務の履行が原始的に不能であることのみを理由として無効とはならないという立場から、その旨を条文上明記するとともに、この規定が任意規定であることを併せて明らかにすべきであるとの考え方が示されている。このような考え方の当否について、原則として無効とはならないという規律は当事者の通常の意味や常識的な理解に反するとの指摘などがあることも踏まえ、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 契約はそれに基づく債務の履行が原始的に不能であることのみを理由として無効とはならないとすることに賛成である。
- 2 任意規定であることを明文化することに賛成である。

[理由]

- 1 瑕疵担保責任、危険負担等との理論的整合性の観点から、契約を無効とする必要はない。但し、契約の解消には、別途解除の意思表示が必要となることの不都合性について検討すべきである。
- 2 当事者の意思によって例外的に無効とすることを否定する必要はなく、任意規定であることを明確にすることが分かりやすい民法の理念に適う。

### 4 債権債務関係における信義則の具体化

債権債務関係においては、当事者は相手方に対し、民法第1条第2項の信義則の現れとして、債権債務の内容や性質等に応じて、本来的な給付義務に付随する義務（例えば、契約目的を実現するために信義則に従って行動する義務や、相手方の生命・財産等の利益を保護するために信義則に従って行動する義務）や弁済の受領に際しての協力義務などを負うことがあるとされている。このことは従来からも判例上認められていることから、これらの義務の法的根拠となる規定として、債権債務関係における信義則を具体化した規定を設けるべきであるとの考え方がある。他方、付随義務等の内容は個別の事案に応じて様々であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘や、特定の場面についてのみ信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などもある。そこで、債権債務関係における信義則を具体化するという上記の考え方の当否について、具体的な規定の内容を含め、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 債権債務関係における信義則の具体化について、その内容も含めてさらに検討することについては賛成する。
- 2 債権債務関係における信義則の具体化規定として、判例上認められているものについては、具体化することに賛成する。
- 3 債権債務関係における信義則の具体化に関し、契約終了後における信義則上の義務についても、その明文化の要否・内容について検討すべきである。
- 4 債権債務関係における信義則の具体化を検討するにあたっては、消費者契約等において弱者たる消費者等に対し不当な義務付けとならないよう十分な配慮が必要である。

[理由]

- 1 意見2のとおり、判例上認められている信義則上の義務については、明文化した方がよいと考えられるため、その具体的な規定の内容も含めてさらに検討すべきと考えられる。
- 2 判例上、信義則に基づき付随義務等が認められているが、これらは分かりやすい民法の観点からは、明文化した方がよいと考えられるため。
- 3 近年、信義則上の義務として、付随的義務や保護義務があるとされ、また、これらの義務は契約締結前（契約交渉段階）や契約（債権債務関係）終了後にも認められるとされている（安永正昭「新版注釈民法(1)」112～113頁）。  
この点、契約締結前の義務については、第23において具体的に検討されているが、契約終了後の義務（いわゆる余後効）については検討されていないため、その具体化・明文化の要否や内容について検討すべきである。
- 4 悪質業者が消費者に対し、信義に従い誠実に行動すべきとして契約を強要する（例：試食した以上購入せよ、長時間説明をさせた以上契約せよ）等の可能性があるため。

## 第23 契約交渉段階

### 1 契約交渉の不当破棄

当事者は契約を締結するかどうかの自由を有し、いったん契約交渉を開始しても自由に破棄することができるのが原則であるが、交渉経緯によって契約交渉を不当に破棄したと評価される者が信義則上相手方に対する損害賠償義務を負う場合があることは従来から判例上も認められていることから、契約交渉の不当破棄に関する法理を条文上明記すべきであるとの考え方がある。これに対しては、契約交渉の破棄が不当であるかどうかは個別の事案に応じて判断される事柄であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘や、規定を設けると悪用されるおそれがあるとの指摘、特定の場面について信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などもあることから、契約交渉の不当破棄に関する規定を設けるという上記の考え方の当否について、規定の具体的な内容を含めて、更に検討してはどうか。

これを明文化する場合の規定内容を検討するに当たっては、損害賠償の要件に関しては契約交渉の破棄が原則として自由であることに留意した適切な要件の絞り込みの在り方が、効果に関しては損害賠償の範囲や時効期間等がそれぞれ問題になることから、これらについて、契約交渉の不当破棄に基づく損害賠償責任の法的性質などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

### 1 明文化の当否

[意見]

明文規定を設けることには反対しない。ただし、消費者を害しないよう配慮することが必要である。交渉を破棄したことのみによって責任を負うものではないという原則を明示するなど、責任の発生する範囲が広がり過ぎないように規定とすべきである。

[理由]

確立した判例法理であり、明文化されることに異存はない。実務的にも、いわゆる契約上の締結上の過失が問題になる事案はこれまでも相当数あり、実際に不当な破棄と評価されるべき事案も相当数みられると思われ、明文化になじむものといえる。

もともと、事業者から執拗に強く勧誘され、なかなか断り切れない状況にあった消費者に交渉破棄を萎縮させないことが必要であるし、交渉を破棄する者に安易に責任が生じるようなことは避けなければならない。事業者が契約締結を強要する交渉材料にされること（「ここまで話を聞いて契約しなければ損害賠償責任が発生するぞ。だから契約しろ。」等）も避けなければならない。

### 2 法的性質

[意見]

法的性質を明示する必要はない。



[理由]

契約責任か不法行為責任か、問題とされる。この点について、契約締結に際する信義則上の説明義務違反に関して、契約責任ではなく不法行為責任であると明示した判例があるが（最判平成 23 年 4 月 22 日）、説明義務違反の事例であるし、学説も一致をみない中、立法で明らかにする必要はないと思われ、引き続き今後の解釈に委ねるといふことでよいと思われる。

### 3 要件

[意見]

「自らの行為によって相手方に契約成立への信頼を与えた」という要件を明示する必要はない。

[理由]

「自らの行為によって相手方に契約成立への信頼を与えた」場合に、その信頼を裏切らない義務を負うものとし、このような義務違反がある場合に限り損害賠償義務を負うものとするべきであるという見解がある。

自らの行為といっても、契約する意思がなく、相手方が準備・費用出捐をしているのを知りつつ、漫然と交渉を続けたという場合も有り得、不作為の場合もあり得る。そもそも、裁判例も、信義則に基づく義務であって、諸般の事情を考慮して信義則上の義務違反があるかを判断している。自らのどのような行為によって相手方に信頼を与えたかも、信義則違反の有無の一要素として考慮されるべきで、明確な要件とする必要はないものと思われる。

### 4 損害の範囲

[意見]

損害賠償の範囲として、「信頼利益」という講学上の概念を用いて範囲を画する必要はない。とはいえ、現在の判例の状況等よりも拡大されることも不当。適宜、バランスのとれた条項案を検討すべき。

[理由]

信頼利益の概念、範囲は必ずしも明らかではないし、判例も、履行利益的なものを認めたものもあり、信頼利益に限る旨を明示しているわけではない（東京高判 H20. 1. 31 金融商事判例 1287-28（貸借契約の不当破棄事案で、契約がされなかったために空室となった期間の賃料相当額の一部の賠償を認めた）。信頼利益に限るという規定をおく必要はない。

とはいえ、交渉破棄を萎縮させないよう、損害賠償の範囲が不当に拡大されないような規定とされるべきである。

## 2 契約締結過程における説明義務・情報提供義務

契約を締結するに際して必要な情報は各当事者が自ら収集するのが原則であるが、当事者間に情報量・情報処理能力等の格差がある場合などには当事者の一方が他方に対して契約締結過程における信義則上の説明義務・情報提供義務を負うことがあるとされており、このことは従来からも判例上認められている。そこで、このような説明義務・情報提供義務に関する規定を設けるべきであるとの考え方があるが、これに対しては、説明義務等の存否や内容は個別の事案に応じて様々であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘、濫用のおそれがあるとの指摘、特定の場面について信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などもある。そこで、説明義務・情報提供義務に関する規定を設けるという上記の考え方の当否について、規定の具体的な内容を含めて更に検討してはどうか。

説明義務・情報提供義務に関する規定を設ける場合の規定内容を検討するに当たっては、説明義務等の対象となる事項、説明義務等の存否を判断するために考慮すべき事情（契約の内容や当事者の属性等）などが問題になると考えられる。また、説明義務・情報提供義務違反の効果については、損害賠償のほか相手方が契約を解消することができるかどうか問題になり得るが、この点については意思表示に関する規定（特に後記第30、4及び5参照）との関係などにも留意する必要がある。これらについて、説明のコストの増加など取引実務に与える影響などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

### [意見]

- 1 説明義務・情報提供義務に関する規定を設けるべきである。
- 2 説明義務・情報提供義務の対象となる情報は、当該契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項に限定すべきと考える。  
ただし、「相手方の生命・身体・財産に対する危険を防止するための情報」や「契約締結に際し当然知っているべき情報」についても、本来債務や付随義務等により一般に（あるいは少なくとも契約成立時以後ないし契約履行過程段階において）説明義務・情報提供義務が生じる（負う）ことを別途明文化するなど、十分な配慮をすべきである。
- 3 規定内容として、説明義務・情報提供義務の判断における考慮事情や判断枠組みを規定上明記すべきである。
- 4 規定上明記すべき考慮事情として、「当事者間の情報の質、量、情報処理能力、及び、交渉力の格差」「各当事者の属性・専門性」を明記すべきである。
- 5 責任の性質（不法行為、債務不履行、または、独自の法領域）は明示せず、解釈に委ねてよい。
- 6 損害賠償の損害の範囲について、「契約を締結しなければ被らなかつた損害」のみに限定せず、「契約により得られたであろう利益」も一定の場合には損害の対象となり得る方向で検討すべき。

- 7 説明義務・情報提供義務違反の効果として、少なくとも構造的格差のある事業者消費者間においては、損害賠償責任に加え、消費者に対する取消権の付与も検討されるべきである。
- 8 説明コスト増加等の取引実務への影響については、既に多くの場面において説明義務・情報提供義務が具体化されており、それほど大きな影響はないと考えられるため、説明義務・情報提供義務に関する規定を否定する決定的理由とはならない。

[理由]

- 1 信義則上の説明義務又は情報提供義務違反およびこれらに基づく損害賠償責任は判例・学説上也広く認められており、明文化により市民にも分かりやすい民法になると考えられるため、立法化（明文化）すべきである。
- 2 説明義務・情報提供義務の対象について、(a)当該契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項と、(b)それ以外の「相手方の生命・身体・財産に対する危険を防止するための情報」（ex 食品の保存方法、防火設備の操作方法など）や「契約締結に際し当然知っているべき情報」を区別した上で、  
A案 説明義務・情報提供義務の対象を(a)に限定する（基本方針【3.1.1.10】の考え）  
B案 説明義務・情報提供義務の対象を限定せず(a)のみならず(b)も含む規律とする  
の2つの考えがあり得る。

この点、「契約締結過程における」説明義務・情報提供義務との点に絞って考えれば、①(b)については、契約成立を前提に認められる債務不履行や付随義務違反の問題に吸収して処理できるとされる（防火設備の操作方法について最判H17.9.16・金商 1232-19）ことや、②(b)に比べ(a)の方が説明義務・情報提供義務違反による取消権付与の説明がしやすい（契約締結判断に影響を及ぼす事項を知らずに契約したのであれば取消権の肯定に結びつきやすい）ため、同義務違反による取消権の立法化を見据えると、A案の方がよいと考えられる。

しかしながら、説明義務・情報提供義務の規律から(b)を排除することにより、契約締結の前後を問わず一般に(b)の説明義務等を生じない（負わない）との誤った評価・解釈を招く懸念がある。

したがって、「契約締結過程における」説明義務・情報提供義務として(a)に限定する（A案）としても、(b)の「相手方の生命・身体・財産に対する危険を防止するための情報」や「契約締結に際し当然知っているべき情報」についても、本来債務や付随義務等により一般に（あるいは少なくとも契約成立時以後ないし契約履行過程段階において）説明義務・情報提供義務が生じる（負う）ことを別途明文化するなど、十分な配慮をすべきである。

- 3 考慮事情、判断枠組を明記した方が、予測可能性が高まる上、市民に分かりやすい民法になると考えられるため、これらを明記すべきである。
- 4 事業者消費者間などの各当事者の情報・交渉力の構造的格差や属性・専門性に十分配

慮しなければ、事業者に対する消費者の説明義務違反が安易に認められしまい、或いは、消費者に対する事業者の説明義務違反が容易に認められないという不当な結果となるおそれがあるため、考慮要素として「当事者間の情報の質、量、情報処理能力、及び、交渉力の格差」「各当事者の属性・専門性」等を明記すべきである。

- 5 債権時効も債務不履行・不法行為で統一される等の方向性を踏まえると、不法行為か債務不履行かは、実務的には余り重要ではなくなり、議論の実益も少なく、責任の性質を明示しなくても特段の不都合はないと思われるため。他方、明示する場合には、不法行為・債務不履行のどちらにすべきか議論が紛糾する可能性があるため。

この点、最判平成23年4月22日（平成20年（受）第1940号）において、「当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為による賠償責任を負うことがあるのは格別、当該契約上の債務の不履行による賠償責任を負うことはないというべきである。」と判示していることから、前記意見（2）のとおり説明義務・情報提供義務の対象となる情報は、当該契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項に限定すべきと考える以上、不法行為責任と明示すべきとも考えられる。

しかしながら、同最判の千葉裁判官補足意見でも言及されているように、立法政策の問題として、契約締結の準備段階の当事者の信義則上の義務を一つの法領域として扱い、その発生要件、内容等を明確化した上で、契約法理に準ずるような法規制を創設することはあり得ることから、契約締結段階の説明義務・情報提供義務を債務不履行や不法行為とも異なる法規制と位置付けることもあり得るところである。

そうすると、前記最判が出た後の現在においても、当該説明義務・情報提供義務の性質について明示すると、不法行為責任とするか、独自の法領域とするか紛糾する可能性があるため、性質の明示はすべきでないと考える。

- 6 この点、

A 案 契約を締結しなければ被らなかつたであろう損害のみに限定する

B 案 限定しない（損害賠償の範囲に関する一般法理による）

との2つの考えがあり得る。

具体的には、「情報提供義務違反がなければ契約を締結したであろう場合に、契約締結により得られたであろう利益」を対象とするか否かで相違が生じ、A案ではこの利益を排除する結果となる。

この点、そのような利益（履行利益、逸失利益）まであえて保護すべき疑問なしといえないという意見もある。

しかしながら、地震保険の締結機会を喪失させた事案（最判H15.12.9・金商1202-11）において、最高裁は、当該事案においては損害賠償請求を棄却したものの、「特段の事情」があれば損害賠償請求を認める判示をしている。

そうすると、「契約により得られたであろう利益」を一切排除するかのような規定には問題があると考えられ、そのような利益も一定の場合（前記最高裁判決に言う特段の事情がある場合等）には損害の対象とし得る方向で検討すべきである。

- 7 契約の拘束力自体を否定すべき程度の悪質な説明義務違反・情報提供義務違反も考えられる上、消費者側に損害・因果関係等の立証責任があり、また、過失相殺等での減額が認められる損害賠償責任のみであれば、悪質業者に対する十分な抑止力にならない可能性があるため、少なくとも事業者消費者間においては消費者に対し取消権の付与を検討すべきである。

この点、山本敬三教授「契約規制の法理と民法の現代化」（民商141-1-38）は、『少なくとも消費者契約に関しては、このような立場（消費者契約に関しても事業者について一般的に情報提供義務を課し、その違反がある場合に取消しを認めることについて、コンセンサスが確立しているとはいいがたいと考えた改正試案の立場）には問題が残る。事業者と消費者の間に情報格差があるという消費者契約法の前提からするならば、情報の劣位者である消費者は、本来ならばするはずのなかつた契約をさせられるおそれが定型的にある。それでは、実質的には自分で決めたということはず、自己責任を負うための前提を欠くことになる。そう考えるならば、むしろ事業者に情報提供義務を認め、その違反がある場合は消費者に保護、つまり取消しを認めることが要請されるはずである。少なくとも、事業者に対し一律に情報提供義務を否定するならば、消費者が自分で決める権利に対して必要な保護が与えられないことになってしまうだろう。もちろん、逆に全ての事業者に対して一律に情報提供義務を課すならば、事業者によっては、過剰な介入になる可能性があることは否定できない。しかし、それは、その限りで例外を認めることができるような要件を設定すれば足りるはずである。例えば、消費者がその情報をすでに知っていたような場合にまで、事業者に情報提供義務を課すのは無意味であるし、事業者にとってもその情報を入手することが困難だったような場合にまで、事業者に情報提供義務を課すのは過剰な介入になると考えられる。そのような場合に例外を認めるような形で、情報提供義務違反による取消しを認めるのが、あるべき改正の方向だろう。』とされる。

なお、説明義務・情報提供義務違反による取消権の付与を消費者に限定することにより、消費者に限定されない沈黙の詐欺（第30の4）との重複を避けることができる。

他方、意思表示に関する規定の拡充（第30の5）において検討されている消費者契約法4条の不実告知及び不利益事実の不告知による取消権との関係については、これらの規定は説明義務・情報提供義務違反の典型的場面について規定したものであることから、同義務違反の非典型的場面についてのいわゆるバスケット条項として、本説明義務・情報提供義務違反による取消権を位置付けることができる。

- 8 説明コスト増加等の取引実務への影響については、不動産取引における宅地建物取引業法、金融商品に関する金融商品取引法等の業法（特に、不動産や金融商品は金額も多

額になりやすく、紛争も多い)において既に説明義務・情報提供義務が具体化されており、多くの場合は、かかる業法上の説明義務・情報提供義務を実質的に履行することにより、本検討事項である信義則上の説明義務・情報提供義務も履行されたことになると考えられるため、これらの取引においては、大きな影響はないものと考えられる。

他方、業法等により説明義務・情報提供義務が具体化されていない事例においては、説明コスト増加等が問題となり得るものの、むしろ、このような業法等で適用対象となっていない隙間事案(ロコ・ロンドン金取引等)こそ、規制されていないことから悪質事業者が跋扈しやすく、被害も生じやすいことから、このような被害救済のためにも、信義則上の説明義務・情報提供義務を明文化することに大きな意義がある。ちなみに、このような隙間事案について、優良事業者においては、規制商品と同様の説明・情報提供を行っている場合が多いと考えられ、このような優良事業者においては、説明コスト増等が問題となりにくいと考えられる。

このように、既に多くの場面において説明義務・情報提供義務が具体化されており、また、具体的されていない場面においても、優良事業者については既に十分な説明・情報提供を行っていることから、悪質事業者以外にはそれほど大きな影響はないと考えられるため、説明コスト増加等については説明義務・情報提供義務に関する規定を否定する決定的理由とはならない。

### 3 契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任

当事者が第三者を交渉等に関与させ、当該第三者の行為によって交渉の相手方が損害を被ることがあるが、このような場合に交渉当事者が責任を負うための要件や効果は必ずしも明らかではない。そこで、これらの点を明らかにするため、新たに規定を設けるかどうかについて、その規定内容を含めて更に検討してはどうか。

規定内容について、例えば、被用者その他の補助者、代理人、媒介者、共同して交渉した者など、交渉当事者が契約の交渉や締結に関与させた第三者が、契約前に課せられる前記1又は2の信義則上の義務に違反する行為を行った場合に、交渉当事者が損害賠償責任を負うとの考え方があるが、これに対しては、交渉当事者がコントロールすることのできない第三者の行為についてまで責任を負うことにならないかとの懸念も示されている。そこで、交渉当事者の属性、第三者との関係、関与の在り方などにも配慮した上で、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 当事者が第三者を交渉等に関与させ、当該第三者の行為によって交渉の相手方が損害を被る場合に交渉当事者が責任を負うための要件や効果を明文化することについては賛成である。
- 2 交渉当事者が契約の交渉や締結に関与させた第三者が、契約前に課せられる前記1又は

2の信義則上の義務に違反する行為を行った場合に、交渉当事者が損害賠償責任を負うとすることに賛成である。

[理由]

- 1 判例実務を明確にするものであり、分かりやすい民法の理念に適う。
- 2 交渉補助者を関与させた交渉当事者が、当該交渉補助者の行為をコントロールすることができない場合であっても、交渉の相手方との関係では、いずれの当事者が交渉補助者の行為について責任を負うべきかというリスクの分担が問題となるところ、当該交渉補助者の行為につき、当該交渉補助者から義務違反の行為を受けた被害者側ではなく、当該交渉補助者を関与させた交渉当事者が責任を負うことになるのは、やむを得ない。

## 第24 申込みと承諾

### 1 総論

民法は、「契約の成立」と題する款において申込みと承諾に関する一連の規定を設けている。これらの規定を見直すに当たっては、申込みと承諾の合致という方式以外の方式による契約の成立に関する規定の要否（前記第22，2参照）のほか、多様な通信手段が発達している今日において、発信から到達までの時間的間隔の存在を前提とした規定を存置する必要性の有無や程度、隔地者概念で規律されている規定を発信から到達までの時間的間隔がある場合や契約締結過程に一定の時間を要する場合などの問題状況ごとに整理して規定を設けることの要否などについて、検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 発信から到達までの時間的間隔の存在を前提とした規定を存置する必要性の有無については、なお慎重に検討すべきである。
- 2 発信から到達までの時間的間隔がある場合や契約締結過程に一定の時間を要する場合などの問題状況ごとに整理して規定を設けることについては賛成する。
- 3 いわゆる書式の戦いの場合や、交渉を重ねて段階的に契約が締結されていく場合（さらには途中で履行行為に入ってしまうような場合）についても、申込みと承諾（とりわけ変更を加えた承諾）の規律を及ぼすのかを慎重に検討し、この点を明確にすべきである。

#### [理由]

- 1 現行民法における「発信から到達までの時間的間隔の存在を前提として規定」を、522条（承諾の通知の延着）、526条（承諾の発信主義）及び527条（申込みの撤回の通知の延着）と整理する限りにおいては、かかる規定は不要であると考えるが、今日においても、郵便等発信から到達までに時間的間隔を要する通信手段は存在し、一般的に用いられている以上、別途、かかる場合を想定した規定が必要か否かについては、慎重に検討する必要がある。
- 2 現行民法における申込みと承諾の規定においては、問題となる状況が異なる異質な規律が混在して並べられており、市民にとってわかりやすい民法という観点からは、申込みと承諾の規定を問題状況ごとに整理することが望ましい。
- 3 いわゆる書式の戦いの場合や、交渉を重ねて段階的に契約が締結されていく場合（さらには途中で履行行為に入ってしまうような場合）について、実務的には、これを申込みと承諾とに分けて、契約の成立を認定するという分析を行うことは必ずしも一般的ではなく、端的に合意の成否・その内容を認定していくというのが一般的であるとも思われる。申込みと承諾の規律（とりわけ変更を加えた承諾の規律）については、申込みと承諾を契約成立のための唯一の要件と考えて、あらゆる契約成立の場面を申込みと承諾に分けて検討することとしてこれらの規律を及ぼすのか、あるいは、申込みと承諾の規



律の及ばない契約成立の場面（例えば交渉を重ねて段階的に契約が締結されていく場合など）があるのか、慎重に検討した上で、申込みと承諾の規律（とりわけ変更を加えた承諾の規律）の適用範囲を明確にすべきである。

## 2 申込み及び承諾の概念

### (1) 定義規定の要否

民法上、申込みと承諾の意義は規定されていないが、申込みと承諾に関する一連の規定を設ける前提として、これらの概念の意義を条文上明記するものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

申込みと承諾の意義を条文上明記する場合の規定内容については、学説上、申込みはこれを了承する旨の応答があるだけで契約を成立させるに足りる程度に内容が確定していなければならないとされ、承諾は申込みを応諾して申込みどおりの契約を締結する旨の意思表示であるとされていることなどを踏まえ、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 申込みと承諾の意義を明文化することに賛成である。
- 2 申込みと承諾の意義の規定内容を、上記の学説上の見解を踏まえた内容とすることに賛成である。

[理由]

市民にとってわかりやすい民法という観点からは、申込みと承諾の意義については、明文の規定があった方が望ましい。

### (2) 申込みの推定規定の要否

申込みと申込みの誘引の区別が不明瞭である場合があることから、店頭における商品の陳列、商品目録の送付などの一定の行為を申込みと推定する旨の規定を設けるべきであるとの考え方がある。例えば、民法に事業者概念を取り入れる場合に、事業者が事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示し、提示された事項によって契約内容を確定することができるときは、当該提示行為を申込みと推定するという考え方が示されている（後記第62、3(2)②）。これに対しては、応諾をした者が反社会的勢力である場合など、これらの行為をした者が応諾を拒絶することに合理的な理由がある場合もあり、拒絶の余地がないとすると取引実務を混乱させるおそれがあるとの指摘もある。そこで、このような指摘も踏まえ、申込みの推定規定を設けるという上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 申込みの推定規定を設けることに賛成である。

- 2 事業者が事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示し、提示された事項によって契約内容を確定することができるときは、当該提示行為を申込みと推定するという考え方に賛成である。
- 3 ただし、あくまで承諾者の正当な期待を保護する趣旨であることを明確化し、推定規定が表示した側に有利に援用されないような手当も考慮すべきである。

[理由]

- 1 従前、申込みか申込みの誘引かの区別が不明確であったが、一定の場合について、申込みと推定すれば、それ自体で申込みであることが明確化されるとともに、それを欲しない者に申込みではない旨の表示を促進することで、申込みの誘引であることも明確化され得る。
- 2 (1) 消費者が不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示した場合にまで申込みと推定するのは、現実の履行可能性からみて酷となる場合が多く、またこの契約に応じようとする者にも履行可能性に対する信頼が乏しいと考えられる一方、事業者が、その事業の範囲内で、契約の内容となるべき事項を提示した場合には、この契約に応じようとする者には、当該事業を営む事業者により契約上の義務が履行されるべきことへの期待が生じ、その期待は十分に保護に値するものといえ、申込みの推定を「事業者が、その事業の範囲内で、不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示した場合」に限定することは妥当である。  
(2) 従前の申込みか申込みの誘引かという議論においては、単に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。  
中間的な論点整理に示された考え方は、①内容の特定性のみをもって、申込みと推定しようとするもので、その推定の根拠については慎重な検討を要するところではあるが、②又は③といった各種の要素も考慮してしまうと、推定規定の明確性が相当程度損なわれることとなり、推定を欲しない者に申込みではない旨の表示を促進することで、申込みの誘引であることを明確化することも阻害することになりかねない。  
事業者としては、事業の範囲内で、不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示するものの、これに応じられることで契約が成立することを回避したければ、申込みではない旨の表示をすれば足りるのであるから、①内容の特定性のみをもって、申込みと推定したとしても、特段事業者に酷とも思われぬし、むしろ、申込みではない旨の表示を促進することにも意味がある。
- 3 もっとも、従前、申込みの誘引とされてきたものも申込みと推定されるとすると、これに応じる者に、承諾して契約の成立を主張する権利を付与する一方、従前であれば申込みの誘引とされていたものが申込みと推定されることによって、契約上の義務の負担の時期も従前より早まることになり、かえって不利となるケースも一応想定され得る。

推定規定はあくまで事業者のした表示に対する信頼の保護に着目するものである以上、表示した側に有利に援用されない配慮がなされるべきである。

### (3) 交叉申込み

交叉申込み（当事者が互いに合致する内容の申込みを行うこと。）によって契約が成立するかどうかについては明文の規定がなく、学説上も見解が分かれている。交叉申込みによって契約が成立するという立場から、その旨を条文上明記すべきであるとの考え方があがるが、これに対しては、多数の申込みが交叉した場合にどのような組合せの申込みが合致したのが特定できない場合が生ずるなどの指摘もある。そこで、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

交叉申込みによる契約の成立について規定を設けることには、特に反対しない。

[理由]

当事者が互いに合致する内容の申込みを行う以上、契約の成立を認めて差し支えない。

## 3 承諾期間の定めのある申込み

承諾期間の定めのある申込みについては、次のような点について検討してはどうか。

- ① 承諾期間の定めのある申込みは撤回することができない（民法第521条第1項）が、承諾期間の定めのある申込みであっても申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合に撤回ができることについては、学説上異論がない。そこで、この旨を条文上明記するものとしてはどうか。
- ② 承諾期間経過後に到達した承諾の通知が通常であれば期間内に到達するはずであったことを知ることができたときは、申込者はその旨を通知しなければならないとされている（民法第522条第1項本文）が、承諾について到達主義を採用することとする場合（後記8参照）には、意思表示をした者が不到達及び延着のリスクを負担するのであるから、同条のような規律は不要であるという考え方と、到達主義を採用した場合でもなお同条の規律を維持すべきであるとの考え方がある。この点について、承諾期間の定めのない申込みに対し、その承諾適格の存続期間内に到達すべき承諾の通知が延着した場合の規律（後記4③）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。
- ③ 申込者は遅延した承諾を新たな申込みとみなすことができる（民法第523条）が、申込者が改めて承諾する手間を省いて簡明に契約を成立させる観点からこれを改め、申込者が遅延した承諾を有効な承諾と扱うことができるものとするべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、承諾期間の定めのない申込みに対し、その承諾適格の存続期間経過後に到達した承諾の効力（後記4④）との

整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

#### 1 撤回可能性を留保した承諾期間の定めのある申込み

[意見]

承諾期間の定めのある申込みであっても、撤回可能性を留保していた場合には、撤回を認めることに賛成である。

[理由]

当事者の意思に即したものであり、認めない理由はない。

#### 2 承諾期間内に到達すべき承諾の通知の延着

[意見]

承諾期間経過後に到達した承諾の通知が通常であれば期間内に到達するはずであったことを知ることができたときは、申込者はその旨を通知しなければならないとする民法第522条第1項本文の規律は不要であり、削除してよい。

[理由]

承諾について到達主義をとる以上、承諾の到達遅延は、承諾者の責任というべきである。

#### 3 遅延した承諾の効力

[意見]

遅延した承諾も申込者において有効な承諾として扱うことができるものとし、その場合には遅延した承諾が到達したときに契約成立を認めてよい。

[理由]

申込者が認める限りにおいて、遅延した承諾を有効な承諾として差し支えない。

#### 4 承諾期間の定めのない申込み

承諾期間の定めのない申込みについては、次のような点について検討してはどうか。

① 承諾期間の定めのない申込みは、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは撤回することができない（民法第524条）が、申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合には撤回ができることについては学説上異論がない。そこで、この旨を条文上明記するものとしてはどうか。

② 申込みについて承諾期間の定めがない場合であっても、撤回されない限りいつまでも承諾ができるわけではなく、承諾適格（対応する承諾によって契約が成立するという申込みの効力）の存続期間が観念できると言われている。隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みの承諾適格の存続期間については民法上規定されていないが、これに関する規定の要否について、その具体的な内容（例えば、承諾期間としての相当な期間又は承諾の通知を受けるのに相当な期間の経過により承諾適格

が消滅するなど。)を含め、更に検討してはどうか。その際、承諾期間の定めのない申込みが不特定の者に対してされた場合について特別な考慮が必要かどうか、更に検討してはどうか。

- ③ 隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みに対し、その承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達したが、通常であれば申込みの承諾適格の存続期間内に到達したと考えられる場合については、規定がない。このような場合に、申込者が延着の通知を発しななければならないなど民法第522条と同様の規定を設けるかどうかについて、承諾期間内に到達すべき承諾の通知が延着した場合の規律（前記3②）との整合性に留意しながら、更に検討してはどうか。
- ④ 隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みに対し、その承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達した場合には、申込者は遅延した承諾を新たな申込みとみなすことができる（民法第523条）とされているが、申込者が改めて承諾する手間を省いて簡明に契約を成立させる観点からこれを改め、申込者がこれを有効な承諾と扱うことができるものとすべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、承諾期間の定めのある申込みに対する遅延した承諾の効力（前記3③）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

## 1 撤回可能性を留保した承諾期間の定めのない申込み

[意見]

承諾期間の定めのない申込みについても、撤回可能性を留保していた場合には、撤回を認めることに賛成である。

[理由]

当事者の意思に即したものであり、認めない理由はない。

## 2 承諾期間の定めのない申込みの効力（承諾適格）

[意見]

- (1) 承諾期間の定めのない申込みの効力（承諾適格）の存続期間を条文上明確化することには賛成する。
- (2) その際には、現在の通説的見解に従い、申込みの①「撤回」可能な期間と②「承諾」可能な期間を別異に捉え、②の期間がより長くなり得る規律を設けることでよい。
- (3) 不特定の者に対する承諾期間の定めのない申込みについて、承諾適格の存続期間に特別を設けることには特段反対しない。

[理由]

- (1) 承諾期間の定めのない申込みの承諾適格は、現行民法の明白な欠落部分であり、その取扱を明文化しておくことが望ましい。
- (2) そして、自ら承諾期間の定めのない申込みを行い、撤回できるにもかかわらず撤回をし

ない申込者と、撤回がなされていない以上申込みの効力が維持されていると信じる承諾者との利益衡量という観点からみると、期間の定めのない申込みの拘束力と承諾適格の期間を別異に捉え、後者の期間を長く捉える結果となり得ること自体はそれなりに合理性がある。

なお、その場合でも、例えば商取引においては、迅速判断が要請されることから、期間の定めのない申込みの拘束力と承諾適格の期間が一致することもあり得る。

- (3) 不特定の者に対する承諾期間の定めのない申込みについては、特定の者に対する場合に比べて、法的安定性が求められるから、承諾適格の存続期間に特則を設けることも検討されてよい。

### 3 承諾適格の存続期間内に到達すべき承諾の通知の延着

[意見]

承諾適格の存続期間経過後に到達した承諾の通知が通常であれば同期間内に到達するはずであったことを知ることができたときは、申込者はその旨を通知しなければならないとする民法第522条第1項本文と同様の規律は不要である。

[理由]

承諾について到達主義をとる以上、承諾の到達遅延は、承諾者の責任というべきである。

### 4 遅延した承諾の効力

[意見]

遅延した承諾も申込者において有効な承諾として扱うことができるものとし、その場合には遅延した承諾が到達したときに契約成立を認めてよい。

[理由]

申込者が認める限りにおいて、遅延した承諾を有効な承諾として差し支えない。

### 5 対話者間における承諾期間の定めのない申込み

対話者間における承諾期間の定めのない申込みの効力がいつまで存続するかについては、民法上規定がなく、明確でないことから、その存続期間を明確にするための規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、その規定内容も含めて、更に検討してはどうか。規定内容として、例えば、対話が継続している間に承諾しなかったときには申込みの効力が失われる旨の規定を設けるべきであるとの考え方があるが、このような考え方の当否を含め、対話者間における申込みの効力の存続期間について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 対話者間の承諾期間の定めのない申込みの効力を条文上明確化することに賛成である。

- 2 その際には、対話が継続している間に承諾しなかったときには申込みの効力が失われる旨の規定を設けることでよい。

[理由]

対話者間については、期間を定めるなどの反対の意思表示がない限りは、対話中に最終的な意思決定を行うことが期待され、対話が終了した時点で申込みの効力が失われると考えられるのが通常と思われるところ、かかる規律は現行民法にはなく、その取扱を明文化しておくことが望ましい。

## 6 申込者の死亡又は行為能力の喪失

隔地者に対する意思表示は、発信後の表意者の死亡又は行為能力の喪失によっても効力が失われぬ（民法第97条第2項）。同項は申込者が反対の意思を表示した場合には適用されないとされている（同法第525条）が、これは同法第97条第2項が任意規定であることを示すものにすぎず、これを明記する必要があるとしても（後記第28, 3参照）、同項の規定ぶりによって明記すべきであると考えられる。そこで、同法第525条のうち「申込者が反対の意思を表示した場合」という文言を削除する方向で、更に検討してはどうか。

また、死亡等の発生時期については解釈が分かれているところ、申込みの発信後到達までに限らず、相手方が承諾の発信をするまでに申込者の死亡又は行為能力の喪失が生じ、相手方がこのことを承諾の発信までに知った場合にも同条が適用され、申込みの効力は失われることとすべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 現行民法525条の「申込者が反対の意思を表示した場合」を削除する必要はない。
- 2 死亡等の発生時期については、相手方が承諾の発信をするまでに申込者の死亡又は行為能力の喪失が生じ、相手方がこのことを承諾の発信までに知った場合にも適用されるものとしてよい。
- 3 現行民法525条のような例外規定としての定め方はわかりにくいため、改めるべきである。

[理由]

- 1 民法525条の「申込者が反対の意思を表示した場合」は当然のことを定めたものではあるが、これをわかりやすく注意的に規定することに意味もあり、削除すべき特段の理由もない。
- 2 死亡等の発生時期については、未だ承諾が発信されない段階で、相手方が申込者の死亡等を知ったときに、申込みの効力を維持し、契約の成立を認めるべき必要性がいかほどあるのかについては疑問がある。

さらにいえば、申込みと承諾がそれぞれに到達する前に、いずれかの当事者が死亡したような場合は、およそ契約の成立を認める必要はないという考え方もあり得る（相手方の死亡を知らない当事者の信頼保護もそれほど考えなくてもよい）。

- 3 市民にとってわかりやすい民法の観点からは、現行民法525条の例外規定としての定め方は改めるべきである。

## 7 申込みを受けた事業者の物品保管義務

事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合には、申込みとともに受け取った物品を保管しなければならないこととすべきであるとの考え方（後記第62, 3(2)③）の当否について、更に検討してはどうか。

### [意見]

契約の申込みとともに受け取った物品の保管義務を負う場合を現行商法510条の「商人がその営業の部類に属する契約の申込みを受けた場合」から「事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合」に拡張することについては、慎重に検討すべきである。

### [理由]

商法510条の趣旨は、商取引の敏活と申込者の保護という点にある。

「コンメンタール商行為法」（勁草書房）99頁には「この物品保管義務は申込を受けた者にとっては、善管注意をもって保管することを要するものとするので、相当重い負担となる場合があつて、立法論としては反対説もあるくらいである。商取引においては、申込人は申込と同時に商品の全部または一部を送付して、敏活に取引を決定しようとするから、このような企業の特珠な要求に応ずるために、本条の特別な義務が定められているのである。」と記載されており、その正当化要素として、商取引の敏活の点も強調されているところである。

また、「別冊法学セミナー基本法コンメンタール〔第4版〕商法総則・商行為法」（日本評論社）95頁には「商取引においては、契約の申込みと同時に、見本としてまたは承諾を予期して、契約の目的物の一部または全部を送付することが、實際上しばしば行われる」と記載されており、商取引の特珠性が指摘されている。

本来、契約の目的物の給付は、契約成立後に行われるべきものであつて、契約が成立するか否か不透明な段階で、一方的に申込みとともに送付されてきた目的物について、非営利事業者をも含む事業者は、事務管理を超えた保管義務を負わせるのは酷なように思われる。かかる規定を拡張した場合、非営利事業者をも含む事業者は、保管義務を免れるために、一旦費用を負担して当該目的物を返却するか、承諾を行うか選択を迫られ、結果として押し売りの取引を強制されることにもなりかねない。

商法510条については、その規定の合理性に疑問無しとしないところであり、少なく



とも商取引の敏活という要請すらない非営利事業者を含む事業者にまで拡張することには慎重であるべきである。

## 8 隔地者間の契約の成立時期

隔地者間の承諾の意思表示については、意思表示の効力発生時期の原則である到達主義（民法第97条第1項）の例外として発信主義が採用されている（同法第526条第1項）が、今日の社会においては承諾についてこのような例外を設ける理由はないとして、承諾についても到達主義を採用すべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

承諾について到達主義を採る場合には、申込みの撤回の通知の延着に関する民法第527条を削除するかどうか、承諾の発信後承諾者が死亡した場合や能力を喪失した場合について同法第525条と同様の規定を設ける必要があるかどうかについて、検討してはどうか。

### [意見]

- 1 承諾について到達主義を採用することには特段反対しない。
- 2 申込みの撤回の通知の延着に関する民法527条については削除してよい。
- 3 承諾の発信後承諾者が死亡した場合や能力を喪失した場合について民法525条と同様の規定を設けることに賛成である。

### [理由]

- 1 現行民法において承諾について発信主義の例外が採用されていること自体の合理性も疑わしく、承諾の発信主義の採用が、申込みと承諾に関する規定の解釈を錯綜させる一因にもなっている。今日の発達した通信手段を前提とする限り、到達主義を採用して何ら差し支えない。
- 2 民法527条の規定についても、申込みの撤回の到達遅延は申込者の責任として、承諾の到達との先後で決するのが簡明である。
- 3 承諾について到達主義を採用する以上、承諾の発信後の承諾者の死亡等について、規律を設けておく必要がある。

## 9 申込みに変更を加えた承諾

民法第528条は、申込みに変更を加えた承諾は申込みの拒絶と新たな申込みであるとみなしているが、ここにいう変更は契約の全内容から見てその成否に関係する程度の重要性を有するものであり、軽微な付随的内容の変更があるにすぎない場合は有効な承諾がされたものとして契約が成立するとの考え方がある。このような考え方の当否について、契約内容のうちどのような範囲について当事者に合意があれば契約が成立するか（前記第22, 2参照）に留意しながら、更に検討してはどうか。

また、このような考え方を採る場合には、承諾者が変更を加えたが契約が成立したときは、契約のうち意思の合致がない部分が生ずる。この部分をどのように補充するかについて、契約に含まれる一部の条項が無効である場合の補充（後記第32, 2(2)）や、契約の解釈に関する規律（後記第59, 2）との整合性に留意しながら、検討してはどうか。

[意見]

- 1 申込みに軽微な付随的内容の変更がなされた場合に、契約の成立を認めることには積極的意義がある場合もあり、基本的には賛成である。ただし、以下の点に留意する必要がある。
  - ① 仮に軽微な付随的内容の変更であっても、変更された内容の部分については意思の合致がない以上（たとえ履行行為に入っている場合であっても）、一律に変更後の内容での契約成立を認めるべきではなく、契約の成立が認められるのは、変更が加えられていない範囲についてである。
  - ② 何をもって軽微な変更というのかについて、予測可能性のある判断基準を定立することが可能かを十分に検討し、少なくとも具体的な例示を行うべきである。
- 2 契約のうち意思の合致がない部分の補充については、契約に含まれる一部の条項が無効である場合の補充や契約の解釈に関する規律との整合性に留意して、慎重に検討すべきである。
- 3 申込みに変更を加えた承諾の規律の適用範囲をどのように想定するのもも明確にすべきである。

[理由]

- 1 例えば、申込みに軽微な付随的内容の変更がなされ、意思の合致が見られないまま、履行行為に入ってしまったような場合を想定すると、変更が加えられているから契約としては不成立と割り切るわけにはいかないケースが多々出てくるものと考えられ、中間的な論点整理に掲げられた考え方は、かかる場合に契約の成立を基礎づけられる点において、積極的な意義があるといえる。

もともと、当事者間において、合意されたのは、あくまで変更がなされていない範囲であり、変更された部分については合意されていない以上、当該部分に一律に契約の拘束力を認めるのは相当でない。

また、かかる考え方を採るにあたって最も重要なことは、当事者が予期せぬ義務を負担することのないよう、軽微な変更について、予測可能性のある判断基準を定立することであり、できうる限り具体的な例示を行うなど、この点には十分に配慮すべきである。
- 2 また、合意が成立していない変更された部分については、解釈による補充を要するが、この場合も当事者の意思が合致していない以上、ケースによっては、当事者の仮定的な意思を考えることも極めて困難を伴うことが想定される。この点については契約解釈の一般原則との関係にも留意しつつ、慣習や任意規定、信義則による補充も積極的に検討

すべきである。

3 申込みに変更を加えた承諾の規律の適用範囲については、上記1項で上述したとおりである。

## 第25 懸賞広告

### 1 懸賞広告を知らずに指定行為が行われた場合

懸賞広告（指定行為をした者に一定の報酬を与える旨の広告）を知らずに懸賞広告における指定行為を行った者が報酬請求権を有するかどうかは民法の条文上明らかでないが、学説上はこれを肯定する見解が有力であり、この立場を条文上も明記すべきであるとの考え方がある。これに対し、懸賞広告は報酬によって指定行為を促進することを目的とする制度であり、偶然指定行為を行った者に報酬請求権を与える必要はないとの指摘もあることから、このような指摘にも留意しつつ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

懸賞広告を知らずに懸賞広告における指定行為を行った者についても報酬請求権を有するという点でよく、この点を条文上明確にすべきである。

[理由]

報酬の負担者である懸賞広告者からみれば、指定行為が行われたことに変わりはなく、指定行為者の報酬請求権を否定する必要はない。

### 2 懸賞広告の効力・撤回

#### (1) 懸賞広告の効力

懸賞広告の効力の存続期間（いつまでに指定行為を行えば報酬請求権を取得することができるか。）は民法の条文上明らかでないことから、これを明らかにするため、懸賞広告をした者が指定行為をする期間を定めた場合には当該期間の経過によって効力を失うものとし、その期間を定めなかった場合には指定行為をするのに相当の期間の経過により効力を失う旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 懸賞広告の存続期間については条文上明確化することには賛成する。
- 2 その内容としては、期間を定めた場合には当該期間、期間を定めなかった場合には指定行為をするのに相当の期間、としてよい。

[理由]

申込みの規定と対比して、懸賞広告の存続期間が規定されていないというのは、現行民法の欠落であり、期間の定めのない懸賞広告においては、懸賞広告者は、広告を撤回しない限り、いつまでも義務を負い得る状況に置かれることとなりかねず、不都合である。この点については、申込みと同様の規律を条文上明確化することが合理的である。

## (2) 撤回の可能な時期

懸賞広告をした者が懸賞広告を撤回することができる時期について、指定行為に着手した第三者の期待をより保護する観点から、民法第530条第1項及び第3項の規定を改め、指定行為をすべき期間が定められている場合にはその期間内は撤回することができないものとし、また、第三者が指定行為に着手した場合には撤回することができないものとするべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、懸賞広告をした者にとって第三者が指定行為に着手したことを知ることは困難であるとの批判があることも考慮しながら、更に検討してはどうか。

### [意見]

懸賞広告は、反対の意思表示がない限りは、期間の定めがある場合には期間内は撤回することができないものとし、第三者が指定行為に着手した場合には撤回することができないものとするのでよい。

### [理由]

懸賞広告についても、期間の定めがある場合については、申込みと同様の規律を及ぼすべきであり、また、第三者が指定行為に着手していれば、これを完了していなくとも既に報酬に対する正当な期待が発生しているというべきであり、懸賞広告の撤回を認めるべきではない。

## (3) 撤回の方法

懸賞広告の撤回の方法については、民法上、懸賞広告と同一の方法による撤回が不可能な場合に限って他の方法による撤回が許されている（同法第530条第1項・第2項）が、撤回の効果がこれを知った者に対してのみ生ずることを前提に、同一の方法による撤回が可能な場合であっても異なった方法による撤回をすることができるものとするべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

### [意見]

撤回の方法を、現行法のように、一次的には懸賞広告と同一の方法により、同一の方法によることができない場合には、二次的に他の方法によることができるとする必要はなく、懸賞広告者は撤回の方法を自由に選択できるものとするのでよい。

### [理由]

懸賞広告者が、他の方法により撤回してその効力が制限されることのリスクを負担するのか、そのようなリスクを回避するべく懸賞広告と同一の方法によって撤回するのかは、その自由な判断にゆだねるべき問題であり、一方、懸賞広告が撤回されていないと信じて指定行為をした者の保護は、他の方法による撤回の場合について、撤回の効力がそれを知った者に対してしか生じないとするので必要十分である。

### 3 懸賞広告の報酬を受ける権利

懸賞広告に定めた行為をした者が数人あるときの報酬受領権者の決定方法については、指定行為をした者が数人あるときは最初にした者が報酬を受ける権利を有する等の規定（民法第531条）が設けられているが、同条に対しては、その決定方法を一律に法定するのではなく懸賞広告をした者の意思に委ねれば足りるなどの指摘もある。このような指摘を踏まえ、同条をなお存置するかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、優等懸賞広告における優等者の判定方法（民法第532条）に関して、広告中では判定者ではなく判定方法を定めるものとする等の見直しをするかどうかについて、検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 専ら懸賞広告者の意思に委ねることを前提に、民法531条を削除することには反対である。
- 2 優等懸賞広告における優等者の判定方法については、広告中に判定者を定めることでよい。

#### [理由]

- 1 指定行為をした者が数人いるときに、だれが報酬請求権を有するかについて、懸賞広告者の意思が明確でない場合にどうするかということで紛争が生ずることがあり得るのであり、任意規定といえども、安易に規定を削除すべきではない。
- 2 優等者の判定において、具体的に判定方法を定めることは困難を伴うことが想定され、仮に判定方法についての異議を認めるとすると、法律関係を不安定にし、紛争を誘発するおそれもある。一方で、判定方法についての異議を認めないとすると、結局は判定者の裁量に委ねられるに等しく、判定者を定める場合と実質的に異なる。

懸賞広告に関しては、報酬を負担する懸賞広告者が、優等者の判定を行う判定者を自由に定め、あるいは自ら優等者を判定するという制度を維持することも、一つの合理的な選択肢であると考えられる。

## 第26 第三者のためにする契約

### 1 受益の意思の表示を不要とする類型の創設等（民法第537条）

民法第537条第2項は、受益者（第三者）の権利は、受益者が契約の利益を享受する意思（受益の意思）を表示したときに発生すると規定している。これに対し、第三者のためにする契約の内容によっては、受益の意思の表示がなくても受益者の権利を発生させることが適当な場合があるとして、受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を必要とすべきか否か等の観点から、第三者のためにする契約の類型化を図り、その類型ごとに規定を明確にすべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、受益の意思の表示を要せずに債権を取得することが受益者にとって不当な場合もあることを指摘する意見があることなどに留意しつつ、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 第三者のためにする契約の類型化を図り、その類型ごとに規定を明確化すべきであるとの考え方については反対しないが、実際のニーズ以上に細分化させすぎて、複雑すぎる内容にならないように留意して検討すべきである。
- 2 債権取得型において、受益者の権利発生のため、受益者の意思表示を必要とすべきか否かについては、受益者の意思表示を不要とすることによる不都合性がないかについて十分に検討すべきである。

#### [理由]

- 1 第三者のためにする契約の類型化を図り、その類型ごとに規定を明確化することは、第三者のための契約の該当性がわかりやすくなるという利点がある。もっとも、現行法の規定で必ずしも重大な支障がなく、また、細分化のニーズがそれほどあるとは考えられないことからすれば、類型化自体には反対しないが、複雑すぎる内容にならないよう留意して検討すべきである。
- 2 例えば、受益者において、直ちに第三者のためにする契約がなされたことを知らなかった場合や、放棄するか否か熟慮していた場合において、結局放棄しなかった場合、所得の発生時期や申告との関係で問題が生じないか、受益者の意思と関係なく権利の取得時期が決まることの不都合性の有無なども検討を要する。また、受益者の現存性・特定性がない場合において、受益の意思表示にて発生するとした方が権利の発生時期を統一的に説明できるというメリットも鑑みて検討すべきである。なお、信託法とのバランスを考える際には、同法88条1項は、受益権の取得について受益者となるべき者として指定された者の意思表示を必要とはしていないが、同条2項にて、その者に対して遅滞なく、通知しなければならないとしている点にも留意して検討すべきである。

### 2 受益者の権利の確定

民法第538条は、受益者の受益の意思の表示があつて初めて受益者（第三者）の権

利が発生するという前提の下で、「第三者の権利が発生した後は、当事者は、これを変更し、又は消滅させることができない」と規定しているが、仮に受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を不要とする類型を設ける場合（前記1参照）には、この規定に関し、例えば、受益者が取得する権利や利益について正当な期待を持つ段階に至れば、もはやその変更や撤回を認めるべきでないなどの観点から所要の修正をするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

受益者が取得する権利や利益について正当な期待を持つ段階に至れば、もはやその変更や撤回を認めるべきでないと修正すること賛成する。

[理由]

受益者が、取得する権利や利益について正当な期待を持つ段階に至れば、もはや変更や撤回は認めるべきではないという発想は妥当である。

### 3 受益者の現存性・特定性

第三者のためにする契約の締結時において、受益者が現存することや特定されていることが必要かどうかに関し、判例は、受益者が現存する必要も特定されている必要もないとしていることから、これを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

第三者のためにする契約の締結時において、受益者が現存している必要も特定されている必要もないとの規定を設けることについては賛成する。

[理由]

第三者のためにする契約の締結時において、受益者が現存している必要も特定されている必要もないということは、判例上認められており、実務上もかかる場合において第三者のためにする契約をする必要性が認められるので、当該規定を明文化することはわかりやすさという面で意義がある。

ただ、受益者の現存性・特定性がない場合における債権取得型の発生時期については、そもそも受益者の同意の意思表示時とした方が、本件に関する規定がシンプルになるので、権利取得型の権利発生時期の検討については、受益者の現存性・特定性がない場合における権利発生時期との整合性を図れるメリットも考慮すべきである。

### 4 要約者の地位

#### (1) 諾約者に対する履行請求

第三者のためにする契約において、要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求す



ることができることについては、条文上は明らかでないが、学説上は一般に肯定されている。そこで、このことを条文上も明記するかどうかについて、要約者による履行請求訴訟と受益者による履行請求訴訟との関係等を整理する必要性を指摘する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することを認める規定を設けることについて賛成するが、当該規定を設けた場合には、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。

[理由]

第三者のためにする契約において、諾約者が債務を履行しない場合、要約者において履行を請求する必要性が認められるため、当該規定を設けることについて賛成する。

もともと、要約者から諾約者に対して履行請求ができるとした場合、二重訴訟の生起や、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が生じるおそれが指摘されている（神戸地伊丹支判昭和50年2月17日判タ332号314頁参照）。

したがって、当該規定を設けるに際しては、かかる点についての解決が必要であると考ええる。

## (2) 解除権の行使

第三者のためにする契約において、諾約者がその債務を履行しない場合に、要約者が当該第三者のためにする契約を解除することができるかどうかに関し、受益者の意思を尊重する観点から、要約者は、受益者の承諾を得て、当該第三者のためにする契約を解除することができることを条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

要約者は、受益者の承諾を得て、当該第三者のためにする契約を解除することができることを条文上明記することに賛成する。

[理由]

要約者において解除する必要性が生じる場面が認められるし、受益者の承諾を得ることを要件とすれば、特段不都合性もない。

## 第27 約款（定義及び組入要件）

### 1 約款の組入要件に関する規定の要否

現代社会においては、鉄道・バス・航空機等の運送約款、各種の保険約款、銀行取引約款など、様々な分野でいわゆる約款（その意義は2参照）が利用されており、大量の取引を合理的、効率的に行うための手段として重要な意義を有しているが、個別の業法等に約款に関する規定が設けられていることはあるものの、民法にはこれに関する特別な規定はない。約款については、約款使用者（約款をあらかじめ準備してこれを契約内容にしようとする方の当事者）の相手方はその内容を了知して合意しているわけではないから、約款が契約内容になっているかどうか不明確であるなどの指摘がある。そこで、約款を利用した取引の安定性を確保するなどの観点から、約款を契約内容とするための件（以下「組入要件」という。）に関する規定を民法に設ける必要があるかどうかについて、約款を使用する取引の実態や、約款に関する規定を有する業法、労働契約法その他の法令との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 約款の契約組入れの要件として開示規制を設けることについては、一般的な規律（消費者契約、事業者間取引を問わない規律）を設けることに賛成である。
- 2 労働契約に関する適用除外規定を設けるべきである。

[理由]

- 1 現代取引において、約款の必要性は否定できないところであるが、契約当事者の一方が作成する約款が、何故相手方を拘束することになるのか(拘束力の根拠)、また、どのような場合に契約当事者を拘束するのか(拘束力の認められる要件)が不明確であることは否定できない。約款取引の重要性に鑑み、その拘束力の根拠を明確にし、その契約への組入れ要件に明示することは不可欠である。
- 2 就業規則については、労働契約法7条の定めがあり、内容の合理性および周知手続きという要件が定められていること、労働契約法は民法の特別法であり、民法が任意規定を中心とするのに対し労働契約法は強行規定が多いことからして、労働契約法による規制に任せることが適切であると考えられる。よって、労働契約については民法の約款規制から適用除外とする旨明記すべきである（それ故、民法の約款規制の検討において、もし労働契約法の解釈に影響を与えるような方向での検討をするのであれば、その検討の方向性については反対する。）

### 1-2 契約条項の明確化・平易化

[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

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。

[理由]

約款の内容が理解困難な用語や表現となっていることが、消費者等の取引被害を生む一因となっている(平成10年1月21日第16次国生審消費者政策部会の「中間報告」においても契約条項が「平易かつ明確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。)。消費者契約法3条1項において、契約条項の平易化が事業者の努力義務として規定されているが、同法の制定後も契約条項の明確化・平易化は十分には進んでいない。携帯電話の料金や、金融商品(仕組み預金、ロックイン投信、年金保険)などでも問題となっている。

この点、約款解釈における「条項使用者不利解釈の原則」は、間接的なものであり、解釈原則を置くだけでは十分ではない。積極的に、明確化・平易化についての規定を置くべきである。

また、明確化・平易化の義務違反があった場合の効果については、解除・損害賠償を認めることも可能であるし、そのような効果が認められない場合においても、「行為規範」として明示する意義は大きい(平成16年6月12日司法制度改革審議会意見書会96頁。労働契約法4条各参照)。

## 2 約款の定義

約款の組入要件に関する規定を設けることとする場合に、当該規定の適用対象となる約款をどのように定義するかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、例えば、「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」という考え方があるが、これに対しては、契約書のひな形などが広く約款に含まれることになることとすれば実務における理解と異なるという指摘や、労働契約に関する指摘として、就業規則が約款に該当するとされることにより、労働契約法その他の労働関係法令の規律によるのではなく約款の組入要件に関する規律によって労働契約の内容になるとすれば、労働関係法令と整合的でないなどの指摘もある。そこで、このような指摘にも留意しながら、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

## 1 約款の定義

[意見]

約款の定義を「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」とすることに、基本的に賛成である。もっとも、より分かりやすくするために、「名称・形態は問わない」と明示した方がよい。

[理由]

約款の定義は、規律の立法目的との関係で合目的的に定められるべきであり、約款であることの効果との関係において議論すべきである。約款の規律の効果は、基本的には、契約への組み入れ要件、不当条項規制、約款の解釈の3点であるが、「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」であれば、これらを広く及ぼすべきである。また、このような定義は、外国における約款の定義とも符合するものである。

一般的に「約款」を呼ばれていない、あるいは、「約款」という表題が付いていないといった形式的な理由で、約款としての規律を回避できるとすることは不都合である。例えば、「取引基本契約書」を約款として扱うことへの疑念も指摘されているが、取引基本契約書といっても、商社間のものもあれば、銀行取引約定書のようなものもある。後者については約款であることに問題はない。前者であっても、オーダー・メイドのもの以外については、契約組み入れ要件の規律を及ぼせたとしても、組み入れ要件を満たす場合がほとんどであり、これを満たさない場合には契約に組み入れることはむしろ不適切であろう。また、不当条項規制を及ぼせることは必要であるから、約款として扱って支障はない。

一般的な「約款」の用語との用法の違いを明確にし、定義を分かりやすいものとするという意味で、「名称・形態は問わない」と明示することが好ましい。

## 2 就業規則・労働協約について

[意見]

就業規則は約款規制の適用除外とすべきである。労働協約は、そもそも約款に含めるべきではない。

[理由]

### (1) 就業規則

就業規則については、約款に該当するという考えが多数のようである。しかし、就業規則については、労働契約法7条に定めがあり、内容の合理性および周知手続きという要件が定められていること、労働契約法は民法の特別法であり、民法が任意規定を中心とするのに対し労働契約法は強行規定が多いことからして、労働契約法による規制に任せることが適切であると考えられる。よって、就業規則は約款規制から適用除外とする旨明記すべきである（それ故、民法の約款規制の検討において、もし労働契約法の解釈に影響を与えるような方向での検討をするのであれば、その検討の方向性については反対する。）

### (2) 労働協約

約款規制の目的は、約款使用者が一方的に作成し、相手方がこれを受け入れるかどうか選択を迫られるという構造にある。これに対し労働協約は、労使交渉の結果を書面にしたものであり、双方が内容を熟知し、了解していることから、そもそも約款に含めるべきではないと考える。

### 3 約款の組入要件の内容

仮に約款の組入要件についての規定を設けるとした場合に、その内容をどのようなものとするかについて、更に検討してはどうか。

例えば、原則として契約締結までに約款が相手方に開示されていること及び当該約款を契約内容にする旨の当事者の合意が必要であるという考え方がある。このうち開示を要件とすることについては、その具体的な態様によっては多大なコストを要する割に相手方の実質的な保護につながらないとの指摘などがあり、また、当事者の合意を要件とすることについては、当事者の合意がなくても慣習としての拘束力を認めるべき場合があるとの指摘などがある。

このほか、相手方が個別に交渉した条項を含む約款全体、更には実際に個別交渉が行われなくてもその機会があった約款は当然に契約内容になるとの考え方や、約款が使用されていることが周知の事実になっている分野においては約款は当然に契約内容になるとの考え方もある。

約款の組入要件の内容を検討するに当たっては、相手方が約款の内容を知る機会をどの程度保障するか、約款を契約内容にする旨の合意が常に必要であるかどうかなどが問題になると考えられるが、これらを含め、現代の取引社会における約款の有用性や、組入要件と公法上の規制・労働関係法令等他の法令との関係などに留意しつつ、規定の内容について更に検討してはどうか。

また、上記の原則的な組入要件を満たす場合であっても、約款の中に相手方が合理的に予測することができない内容の条項が含まれていたときは、当該条項は契約内容とならないという考え方があるが、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

#### 1 組入要件

[意見]

- (1) 約款の契約への組入要件として、約款の開示と組み入れの合意が必要であるとの考えに基本的に賛成である。また、開示について一定の例外を設けることについては賛成であるが、無理を強いることは妥当ではないものの、安易に緩和することも好ましくない。適切な例外設定が必要である。
- (2) 個別的に交渉した条項を含む約款については、組入要件の例外であるとみるべきではなく、一般の組入要件を満たすことから、契約に組み入れられるものとみるべきである。個別的に交渉した条項の問題は、約款の契約への組入要件の問題として議論すべきではなく、約款に関する不当条項規制が個別的な交渉を経た条項に及ぶか否かの問題として議論すべきである。
- (3) なお、労働契約（就業規則）については、民法の約款規制の適用除外とすべきことは前述したとおりである。

[理由]

(1) 約款を使用した取引において、契約当事者の双方が約款の条項に拘束される法的根拠は、当事者の意思の合致以外にはありえない。したがって、約款の条項に法的拘束力が認められるためには、原則として約款が契約締結時までには相手方に開示され、相手方がそれを契約内容とすることに同意することが必要と考えるべきである。

ただし、契約の性質上、契約締結時に約款を開示することが困難な場合も否定しがたいことから、約款を利用した取引を阻害しないためにも、開示については合理的な例外（要件の緩和）ことは必要である。もっとも、安易に例外を許容することは、契約への組み入れ要件の形骸化につながるおそれもあり、また、不意打ち的な条項や不当条項を誘発することにもつながりかねないので、例外をルーズに認めるべきではない。

(2) 個別的な交渉を経た条項を含む約款については、約款の契約への組入要件（開示・合意）の問題との関係においては、個別の条項の交渉を経るに際して、約款が開示され、これを契約に組み入れる合意が認められることから、契約に組み入れられることに問題はなく、特に契約への組入要件の問題として議論をする必要はない。

観念的には、約款の一部の条項のみを開示して交渉し、残部の条項を開示しないというケースも想定できなくはないが、そのような特異な交渉は通常はありえず、仮に、このような場合に契約への組み入れ安易に許容すれば、約款条項の一部隠匿によって不当な利益を享受することを助長することになりかねず、妥当な対応とは考えがたい。

個別の交渉を経た条項がある場合の問題は、組入要件の問題ではなく、むしろ、当該条項に約款の不当条項規制が及ぶか否かの問題として議論されるべき問題である（この点については、第31、2の意見参照）。

(3) なお、上記1、1及び第1、2で述べたことと同様の理由から、労働契約（就業規則）については、民法の約款規制の適用除外とすべきである。

## 2 不意打ち条項

[意見]

(1) 不意打ち条項については、消費者契約であるか、事業者間契約であるかを問わず、規律を設けるべきである。

(2) 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、消費者の交渉力及び情報の質・量の格差に鑑み、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。

[理由]

(1) 契約の隠蔽的効果等に鑑み、不意打ち条項については、規律を設けるべきである。この点は、消費者契約でも、事業者間契約でも異なるものではない。

約款の開示を求めても、了知までは必要でないとされている以上、約款の隠蔽的効果は完全には払拭できない。情報提供義務・説明義務、不当条項の規律でも、そのすべては

カバーできない。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。

- (2) 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。

#### 4 約款の変更

約款を使用した契約が締結された後、約款使用者が当該約款を変更する場合があるが、民法には約款に関する規定がないため、約款使用者が一方的に約款を変更することの可否、要件、効果等は明確でない。そこで、この点を明らかにするため、約款使用者による約款の変更について相手方の個別の合意がなくても、変更後の約款が契約内容になる場合があるかどうか、どのような場合に契約内容になるかについて、検討してはどうか。

##### [意見]

- 1 約款の変更についての規律を設けることについて検討することには反対しないが、約款を用いない契約と区別すべき理論的根拠を見出せるか否か（理論的根拠）、契約の種類（特に期間の長短や解約の難易）などとの関係との関係を考えると、約款内容の改定による契約内容の一方的変更を認めることについては慎重であるべきである。
- 2 仮に、一方的に約款内容の改訂を認める場合には、対象となるべき契約・約款を限定するとともに、また、変更についての約款上の根拠規定、変更までの期間制限、変更の際しての手段要件、変更内容の合理性の確保のための措置等、十分な手当てが必要である。
- 3 なお、民法において約款の変更に関する定めをおくとしても、就業規則の変更については、民法の約款規制の適用除外とすることを明記すべきである。

##### [理由]

- 1 長期の継続的な契約を締結し、その際に約款を用いる場合には、契約締結後の事情の変更に対応するために、約款内容の変更を必要とする場合がありうること自体は否定しないが、そのような事情は、約款を用いない場合にも同様にあてはまるのであって、約款を用いた取引に特別に認められる問題ではない。約款を用いた取引であることをもって、一方的な契約内容の変更を認めることに特別な根拠を見出すことは困難である。

契約の解消が非常に困難な、借地借家契約や期間の定めのない労働契約においては、契約内容の改訂を認める必要性は認められるが、それ以外の契約においては、事情の変更がありうることを考慮して、合理的な期間に限定した契約を締結すれば、更新時に内容改訂を申し出ることにより、事情の変更には十分に対応することができる。もし仮に、一方的に内容改訂を認めることができるとすれば、約款使用者側において、約款条項が利益であり続ける場合には、その利益は長期間享受でき、利益がなくなればこれを改訂

して、不利益を回避できることになる。さらに、より大きな利益を受けるために、約款条項を修正することもできることになる。これでは、約款使用者を不当に有利に扱う結果となり、契約当事者間の公平を害することになる。

- 2 仮に、約款条項の変更による一方的な契約内容の変更を認める場合には、上記①の点に鑑み、要件を厳しく絞り込むべきである。

要件の絞り込みに際しては、以下の点に留意すべきである。まず、契約の更新による対応が困難である契約など、約款の変更により契約内容の改定によらなければならない場合に限定すべきである。次に、少なくとも、約款変更による契約内容の変更について、約款上の根拠規定を必要とすべきである。さらに、変更までの期間についても一定の制限を設けるべきである。さらに、変更手続きに際して、相手方との関係で適正な手続要件も課すべきである。加えて、変更内容の合理性（必要性・相当性）についても担保できる措置が必要である。また、変更内容について不服のある相手方には契約からの離脱の権利とその際の不利益がある場合の補償等の措置についても検討する必要がある。

- 3 就業規則の一方的変更については、労働契約法10条に定めがあること、労働契約法は民法の特別法であり、民法が任意規定を中心とするのに対し労働契約法は強行規定が多いことからして、労働契約法による規制に任せることが適切であると考えられる。よって、就業規則は約款規制から適用除外とする旨明記すべきである。



## 第28 法律行為に関する通則

### 1 法律行為の効力

#### (1) 法律行為の意義等の明文化

「法律行為」という概念は民法その他の法令に用いられているが、この概念の有用性に疑問を呈する見解があるほか、民法にその意義に関する一般的な規定が設けられていないため、意味が分かりにくいという問題が指摘されている。既に法律上の概念として定着したものであることなどから法律行為という概念を維持した上で、その意義について、例えば、法律行為とは、契約、単独行為及び合同行為をいうとの形式的な定義規定を設けるという考え方や、法律行為は法令の規定に従い意思表示に基づいてその効力を生ずるという基本的な原則を条文上明記するという考え方があるが、これらの当否について、更に検討してはどうか。

#### 1 法律行為概念の維持の当否

[意見]

法律行為概念を維持するという考え方に賛成する。

[理由]

法律行為は長年使われてきた概念で、否定すると混乱を招くおそれがある。また、法律行為概念を積極的に否定する実際上の必要性は低いと思われる。

#### 2 法律行為の効力に関する基本原則の明文化の当否

[意見]

法律行為の効力に関する基本原則を明文化するという考え方に反対しない。

[理由]

- (1) 法律行為が行われればその効力が認められるという原則を明文化しておこうという考え方は、わかりやすさという点で特に反対する理由はない。
- (2) 法律行為の効力が認められる原因が原則として当事者の意思表示にあるということを明文化しておこうという考え方にも反対はしない。この点、常に意思表示のみで足りるわけではないが、「この法律その他の法令に従い」という留保を付加するなら、特に問題はないのではないか。

#### 3 法律行為の定義規定・分類規定の当否

[意見]

法律行為の定義規定や単独行為等の分類規定を定めないという考え方に賛成する。

[理由]

- (1) 法律行為を過不足なく正確に定義したり分類したりすることは容易でないし、かえって分かりにくい規定となるおそれがある。

(2) 定義規定や分類規定が無くとも実際上の不都合はなく、必要性は低い。

## (2) 公序良俗違反の具体化

公序良俗違反の一類型として暴利行為に関する判例・学説が蓄積されていることを踏まえ、一般条項の適用の安定性や予測可能性を高める観点から、暴利行為に関する明文の規定を設けるものとするかどうかについて、自由な経済活動を萎縮させるおそれがあるとの指摘、特定の場面についてのみ具体化することによって公序良俗の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などがあることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

暴利行為の要件は、伝統的には、①相手方の窮迫、軽率又は無経験に乗じるという主観的要素と、②著しく過当の利益を獲得するという客観的要素からなるとされてきたが、暴利行為に関するルールを明文化する場合には、主観的要素に関しては、相手方の従属状態、抑圧状態、知識の不足に乗じることを付け加えるか、客観的要素に関しては、利益の獲得だけでなく相手方の権利の不当な侵害が暴利行為に該当し得るか、また、「著しく」という要件が必要かについて、更に検討してはどうか。

また、暴利行為のほかに、例えば「状況の濫用」や取締法規に違反する法律行為のうち公序良俗に反するものなど、公序良俗に反する行為の類型であって明文の規定を設けるべきものがあるかどうかについても、検討してはどうか。

## 1 暴利行為の明文化の当否

[意見]

公序良俗規範と別に暴利行為を明文化する考え方に賛成する（積極）。

[理由]

- (1) 暴利行為という類型の存在、具体的な要件や考慮要素を条文で明らかにしておいた方が、法適用の安定化や予測可能性を高める。
- (2) 暴利行為規定が明文で存在する方が、実社会における暴利行為の抑圧や排除を期待できるように思われる。

## 2 暴利行為の伝統的な要件の見直しの当否

[意見]

- (1) 伝統的な暴利行為の準則に依拠した規定ではなく、現代的暴利行為論に依拠した暴利行為規定を明文化するという考え方に賛成する（積極）。
- (2) 主観的要素につき、「従属もしくは抑圧状態」「知識」の不足といった要因の追加に賛成する。また、「等」との文言を付加して例示列挙を明示するという考え方に賛成する（積極）。
- (3) 客観的要素につき、「その者の権利を害し、または不当な利益を取得することを内容とする」と緩和するという考え方に賛成する（積極）。

[理由]

- (1) 伝統的な暴利行為の準則は、消費者取引や投資取引等の現代的な取引に必ずしも適合的ではない。また、要件が厳格すぎて使い勝手が悪い。
- (2) 伝統的な暴利行為の準則よりも、いわゆる現代的暴利行為論に依拠した新たな暴利行為規定の方が、種々の要素を取り込んだ総合的な判断や、社会の変化に伴った柔軟な対応が可能となるように思われる。
- (3) いわゆる過量販売の事例、過度に長期の契約期間を定める継続的契約の事例、対価関係の著しい不均衡がある事例など、契約の目的や対価に関する契約条項部分の契約被害については、任意規定やあるべき権利義務関係からの逸脱という観点に立った消費者契約法等の不当条項規制による救済にはなじみにくいと言われており、民法上の暴利行為による救済を図る必要性がある。暴利行為の準則の明文化と現代化は極めて重要である。

### 3 暴利行為以外の公序良俗違反行為の明文化検討の当否

[意見]

暴利行為以外にも「状況の濫用」、脱法行為、取締法規に違反する法律行為のうち公序良俗に反するものなど公序良俗に違反する行為について、明文化を検討することに賛成である。

[理由]

暴利行為以外にも公序良俗に違反する行為類型は存在する。例えば、いわゆる状況の濫用によって締結された契約や、脱法行為の事例（実質的には不当に相手方の利益を害するにもかかわらず、直接には不当条項等を規制する法律の規定とは異なる概念構成を採用してその適用を回避する場合や、色々な契約条項を複合的に組み合わせて全体で事実上一方当事者にとって不当に有利に機能するように構成されている場合等）、取締法規に違反する法律行為のうち公序良俗に反するものなどである。その明文化の可否・当否について検討することは、法律関係の明確化・違法行為の抑制という観点から有益である。

#### (3) 「事項を目的とする」という文言の削除（民法第90条）

民法第90条は、「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。」と規定しているが、これを「公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とする。」と改めるものとしてはどうか。

[意見]

公序良俗の条文から「事項を目的とする」という文言は排除するという考え方に賛成である。

[理由]

公序良俗規定の適用が、公序良俗に反する事項を目的とした法律行為に限定して解釈さ

れるおそれがある。公序良俗違反か否かは、法律行為が行われた過程その他の諸事情を考慮して判断されるべきである。

## 2 法令の規定と異なる意思表示（民法第91条）

法令の規定と異なる意思表示の効力について、原則として意思表示が法令の規定に優先するとした上で、その法令の規定が公序良俗に関するもの（強行規定）であるときは例外的に意思表示が無効となることを条文上明記するものとしてはどうか。

[意見]

- 1 「本文で『法令の規定と異なる意思表示は効力を有する』という原則を確認したうえで、その法令が強行規定に当たる場合に、例外的に意思表示の効力が認められないことをただし書きとして規定することにより、原則と例外を条文上明確にすべきである」という考え方に賛成である。
- 2 「強行規定を示す表現ぶりにつき、公序良俗規定の表現ぶりと合わせて『公序または良俗に関する規定』と表現すべきである」という考え方に賛成である。
- 3 取締法規違反につき、『公法・私法二分論』を採用しない、取締法規も『公序または良俗に関する規定』に該当する法規と評価できる場合には例外的に意思表示の効力を否定する」という考え方に賛成である。

[理由]

- 1 意思表示が任意規定に優先することは民法の大原則であり、明文化に反対はしない。ただし、私的自治の原則ばかりが強調されないよう、ただし書きで例外となる強行規定違反の場合を併せて明文化すべきである。
- 2 強行規定を示す表現ぶりについては、公序良俗規定の表現ぶりと合わせた方がわかりやすい。
- 3 取締法規違反行為について、「公法・私法二分論」で杓子定規に私法上の効力を否定しない対応は不合理である。取締法規の性格や個別事案の事情によっては私法上の効力を否定するのが妥当である。この点、問題となる取締法規が「公序または良俗に関する規定」に該当する規定と評価できる場合には、違反行為について例外的に法的効力を否定するという考え方がすっきりしているのではないか。

## 3 強行規定と任意規定の区別の明記

民法上の規定のうち、どの規定が強行規定であり、どの規定が任意規定であるかを条文上明らかにすることが望ましいとの考え方がある。これに対しては、全ての規定についてこの区別を行うのは困難であるとの指摘、規定と異なる合意を許容するかどうかは、相違の程度や代替措置の有無などによって異なり、単純に強行規定と任意規定に二分されるわけではないとの指摘、強行規定かどうかを法律上固定することは望ましくないとの

の指摘などがある。これらの指摘を踏まえ、強行規定と任意規定の区別を明記するという上記の考え方の当否について、強行規定かどうかを区別することの可否やその程度、区別の基準の在り方、区別をする場合における個々の規定の表現などを含め、検討してはどうか。

[意見]

- 1 任意規定か強行規定かの区別の明記は、基本的に望ましいものとする。
- 2 もつとも、実際に個々の規定についてかかる明記をすべきか否か、できるか否かについては、具体的な個々の条文ごとに、その当否や長短を検討して慎重に決すべきものとする。

[理由]

- 1 民法上の規定は、任意規定か強行規定かによって、当事者の意思による排除の可否という重大な法律効果の差違をもたらす。ところが、現在の民法では、任意規定と強行規定との区別は容易ではなく、ときに契約当事者に不測の事態を招来することがある。強行規定と任意規定の区別については、それを明記した方が分かり易い民法、法的安定性の実現という観点からは望ましい。
- 2 もつとも、実際に個々の規定についてかかる明記をすべきか否か、できるか否かについては、具体的な個々の条文ごとに、弊害の存否や内容などを考慮して慎重に決すべきものとする。
- 3 この点、少なくとも現行法上問題なく強行規定として理解されている法文について、その旨を明文化することは、法律関係の安定に資するものとする。

#### 4 任意規定と異なる慣習がある場合

任意規定と異なる慣習がある場合における任意規定と慣習との優先劣後の関係は、これを扱う民法第92条と法の適用に関する通則法第3条が整合的でないようにも解し得ることから、現行法上不明確であり、立法的解決の必要性が指摘されている。この点について、社会一般より小さい社会単位で形成された規範である慣習がある場合にはこれに従うことが当事者の意思に合致する場合が多いなどとして、慣習が任意規定に優先することを原則とし、当該慣習が公序良俗に反する場合や当事者が反対の意思を表示した場合は任意規定が優先するものとするべきであるとの考え方がある。他方、不合理な慣習が優先するのは適当でないことなどから、慣習が契約内容になるためには当事者の意思的要素を介在させるべきであり、これがない場合には任意規定が優先することとするべきであるとの考え方もある。そこで、任意規定と異なる慣習がある場合の優先劣後の関係について、契約の解釈に関する規律（後記第59）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 原則として、慣習と異なる任意規定があるか否かを問わず、慣習があれば慣習に従うことを明文化するという考え方に賛成である
- 2 例外として、当該慣習が公序良俗に反するとき及び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には、慣習の効力は認められないということを、併せて明文化する考え方に賛成である。
- 3 法の適用に関する通則法3条を、上記(1)との整合性という観点から、「慣習は、公序良俗に反しない限り、法律と同一の効力を有する」という趣旨の規定に改めるという考え方に賛成である。

[理由]

- 1 当事者らの所属する小さな地域・単位で確立した慣習がある場合には、慣習を優先適用した方が当事者の意思に合致する場合が多いのではないかと。
- 2 慣習が個別の意思表示や公序良俗規範や強行規定には劣後するという事は、併せて明文化した方が、法律関係の明瞭化や、一方当事者への不当な権利・利益の侵害回避につながるように思われる。
- 3 民法92条と法の適用に関する通則法3条との矛盾抵触ないし整合的解釈の困難さは従前より指摘されていたところである。これを機に整理すべきである。

## 第29 意思能力

### 1 要件等

#### (1) 意思能力の定義

意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効力が否定されるべきことには判例・学説上異論がないが、民法はその旨を明らかにする規定を設けていない。そこで、意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効力について明文の規定を設けるものとしてはどうか。

その場合には、意思能力をどのように定義するかが問題となる。具体的な規定内容として、例えば、有効に法律行為をするためには法律行為を自らしたと評価できる程度の能力が必要であり、このような能力の有無は各種の法律行為ごとに検討すべきであるとの理解から、「法律行為をすることの意味を弁識する能力」と定義する考え方がある。他方、各種の法律行為ごとにその意味を行為者が弁識していたかどうかは意思能力の有無の問題ではなく、適合性の原則など他の概念が担っている問題であって、意思能力の定義は客観的な「事理を弁識する能力」とすべきであるとの考え方もある。これらの考え方の当否を含め、意思能力の定義について、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効力について明文の規定を設けることに賛成である。
- 2 意思能力の定義につき「法律行為をすることの意味を弁識する能力」としてもよいが、意思能力を欠いた状態での法律行為の効力との関係も含め、慎重に検討すべきである。

#### [理由]

- 1 意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効力については、現行法では無効と解されているところ、そのことは解釈上当然のことではあるものの、明文規定がある方が、わかりやすいことから、明文の規定を設けることには賛成である。
- 2 現行法の解釈としては、法律行為の種類に関係なく一定の能力である事理を弁識する能力とする考え方もあるが、裁判実務では、当該行為において(法律行為ごとに)意思能力があったか否かを判断するのが通常であり、「法律行為をすることの意味を弁識する能力」としても、実務に大きな変更は無いとも考えられる。

しかしながら、「法律行為をすることの意味を弁識する能力」とした場合の實際上、実務上の影響や、法律行為の効力への影響などは、不明確な点もある。

したがって、意思能力の定義については、「法律行為をすることの意味を弁識する能力」としてもよいが、意思能力を欠く状態でなされた行為の効力との関係を考慮しつつ、慎重に検討すべきである。

#### (2) 意思能力を欠く状態で行われた法律行為が有効と扱われる場合の有無

意思能力を欠く状態で行われた法律行為であっても、その状態が一時的なものである場合には、表意者が意思能力を欠くことについて相手方が知らないこともあり、その効

力が否定されると契約関係が不安定になるおそれがあるとの指摘がある。また、意思能力を欠いたことについて表意者に故意又は重大な過失がある場合には、意思能力を欠くことを知らなかった相手方に意思能力の欠如を対抗できないという考え方がある。これに対し、意思能力を欠く状態にある表意者は基本的に保護されるべきであるとの指摘もある。

以上を踏まえ、意思能力を欠く状態で行われた法律行為が有効と扱われる場合の有無、その具体的な要件（表意者の帰責性の程度、相手方の主観的事実等）について、検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 意思能力を欠く状態で行われた法律行為であっても、その状態が一時的なものである場合に、表意者が意思能力を欠くことについて相手方が知らない場合に、意思能力の無効主張を制限する規定を設けることには、強く反対する。

今後の法制審で議論すること自体が相応しくない論点である。

- 2 「意思能力を欠いたことについて表意者に故意又は重大な過失がある場合には、意思能力を欠くことを知らなかった相手方に意思能力の欠如を対抗できない」との規定を設けることには反対である。

#### [理由]

- 1 意思能力を欠く状態が一時的なものである場合について ー強く反対

意思能力を欠く状態で行われた法律行為は本来無効であるのは当然であり、それ故に現行法では明文の規定がない。それは、意思がない以上その法律行為の効果を帰属させられないからであって、民法の根幹である意思主義や私的自治の原則から直接導かれる結論である。

そして、これだけ意思能力無効が重要であるからこそ、特段意思表示の相手方に表意者の無効主張を制約する手段を与えていない。

したがって、意思能力が重要であるが故に、静的安全が重視され、無効主張が認められると、表意者を優先し、相手方はその不利益を甘受しなければならないのである。かかる結論は、民法の大原則からして当然のことである。

そして、意思無能力の有無の判断時期は、当該法律行為の時であって、意思無能力が問題となるのは、殆どが一時的に意思無能力状態である場合である。かかる場合に、意思無能力無効の主張制限の可能性を認めるのは、意思無能力無効の主張を一切否定することに等しい。認知症の高齢者の法律行為につき意思能力が問題になる場合、当該高齢者は、常時意思無能力状態であるとは限らず、意思能力を有する状態と意思無能力状態を繰り返しているのは通常である。こうした場合に、静的安全を無視して、相手方が意思無能力であったことを知らないからとして、認知症の高齢者の意思無能力無効の主張を封じることは許されない。むしろ、かかる状況では意思無能力無効の主張を認めるべ



きとのコンセンサスがあると言っても過言ではない。

単に「意思能力を欠く状態が一時的なものである場合」という曖昧な限定の下に議論すると、一時的であっても意思無能力を欠く状態になったことについて、意思無能力者側に全く非がない場合についても、意思無能力の主張を否定することにつながるのであり、それ自体が許されない議論であり法律構成である。議論するとすれば、後段のごとく、意思能力を欠く状態となったことについて、表意者に故意過失がある場合に限定して議論すべきである。

例えば、意思無能力が問題になりうる典型的な場合の一つとして、連帯保証人が意思無能力であったとして保証否認する場合が考えられる。確かに、相手方企業においては、かかる主張をされること自体、不利益を被るのであろうが、こうした主張されるというに過ぎない不利益を受けるからといって、これを回避する法的制度を常に設けるべきというのは、相手方企業からの一方的立場によるものであり、妥当ではない。

上記のとおり、私的自治の原則・意思主義の重要性、それゆえの意思無能力の法律行為が無効とされるのであれば、その際は、相手方は、無効による不利益を甘受すべきなのは当然である。静的安全と動的安全のバランスの問題であるが、意思無能力の場合には常に静的安全が勝つのは当然である。また、意思無能力無効が成立する場合は、それ自体非常に少ない（特に、相手方に意思能力かどうかわかりにくいような事案では、意思無能力による無効を表意者側が立証することにそもそも相当の困難が伴う）ことからしても、静的安全を重視するのは当然である。意思能力を欠く状態となったことについて、表意者に故意過失があり、そうした程度に表意者側に非がある場合に初めて、表意者の静的安全に対して、相手方の動的安全の保護が許容されるにすぎないのである。

意思無能力無効（ないしその主張）によって、その相手方たる企業や事業者が不利益を被る場合があるとしても、こうした企業や事業者は、事前に表意者を十分に調査するとか、意思表示時にビデオ撮影して後日の紛争に備えて証拠を確保する等、意思無能力によるトラブルを防止する方策を自ら取ることは容易に可能な地位にある。

また、民法は、そもそも、意思無能力無効によって不利益を被る相手方保護のために、表意者の能力の状況を公示の面で明確にする制度として制限行為能力者制度を設けているのであり、相手方保護はそれで充分である。相手方の企業や事業者において、表意者の能力に不安があれば、成年後見の審判開始申立を表意者側に促せば足りる。（相手方に意思能力かどうかわかりにくいような事案では特に）意思無能力による無効を表意者側が立証することにそもそも相当の困難が伴う前提があるとともに、企業や事業者は、自己防衛手段を採るのが容易であるのに、こうした問題を回避するために、意思無能力無効の主張を制限しようとするのは、意思主義や私的自治の大原則を無いものにしようとしているに等しい。

さらには、そもそも第三者保護規定も設けることは議論の対象ではないのに、意思表示の相手方に、無効主張を制限する手段を与えること自体（それを検討しようとするこ

と自体)が、不合理である。

また、その他の取消においても、取消の相手方において取消権行使自体を制限する手段がない。そうであれば、なおのこと意思無能力の場合に、無効主張を相手方が制限できないのは当然である。

以上より、私的自治の原則・意思主義の重要性、静的安全の保護の観点からは、「意思能力を欠く状態で行われた法律行為であっても、その状態が一時的なものである場合には、表意者が意思能力を欠くことについて相手方が知らないこともあり、その効力が否定されると契約関係が不安定になるおそれあるとして意思能力の無効主張を制限する規定を設ける」という論点については、(意思能力を欠いたことについて表意者に故意または重過失程度の非がある場合限定するならまだしも、かかる限定の無い前提では)、内容そのものに強く反対であるのはもとより、そもそもあってはならない論点であって、今後の法制審で取り上げることに強く反対する。

## 2 原因において自由な行為の場合 — 明文の規定不要

抽象的に、意思能力を欠いたことについて表意者に故意又は重大な過失がある場合(いわゆる原因において自由な行為の場合)に、表意者は意思能力を欠くことを知らなかった相手方に意思能力の欠如を対抗できない、とする結論自体は、否定するものではない。そのため、かかる規定を設けることも考えられる。

しかしながら、こうした場合として具体的な適用場面を想定し難い。例えば、自ら酩酊状態に陥った場合では、相手方も表意者が酩酊状態であることについては悪意であるはずある。また、意思無能力に陥ったことに重大な過失がある場面も、具体的には想定しにくい。

しかも、現実にかかる規定が適用される場面は非常に稀であると思われる。

そして、規定がなくても解釈により、表意者は相手方に意思能力の欠如を対抗できないとすることも十分可能であるから、敢えて、非常に稀な事態である原因において自由な行為の場合に関する規定を設ける必要はない。

## 2 日常生活に関する行為の特則

意思能力を欠く状態で行われた法律行為であっても、それが日常生活に関する行為である場合は意思能力の不存在を理由として効力を否定することができない旨の特則を設けるべきであるとの考え方がある。これに対しては、不必要な日用品を繰り返し購入する場合などに意思無能力者の保護に欠けるおそれがあるとの指摘や、意思能力の意義について、当該法律行為をすることの意味を弁識する能力とする立場に立てばこのような特則は不要であるとの指摘がある。

これらの指摘も踏まえ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

意思能力を欠く状態で行われた法律行為であっても、それが日常生活に関する行為である場合は意思能力の不存在を理由として効力を否定することができない旨の特則を設けることに反対である。

[理由]

意思能力を欠く状態で行われた法律行為は、それが日常生活に関する行為であっても、本来無効である（ないし効力は否定される）のは当然である。

また、成年後見人が選任されるべきであるのにされていない者が多数存在する現状では、成年後見人が選任されておらず、その保護を受けていない意思無能力者の行為を有効とすべきではない。有効とすればそれこそ（成年後見人が選任されるべき）意思無能力者を保護することができなくなる。

さらには、日常生活に関する行為を多数回繰り返した場合に、意思無能力無効を主張できず、表意者保護が図れなくなる。

したがって、意思能力を欠く状態で行われた法律行為であっても、それが日常生活に関する行為である場合は意思能力の不存在を理由として効力を否定することができない旨の特則を設けることに反対である。

### 3 効果

現在の判例及び学説は、意思能力を欠く状態で行われた法律行為は無効であるとしているが、これは意思無能力者の側からのみ主張できるなど、その効果は取消しとほとんど変わりが無いことなどから、立法論としては、このような法律行為は取り消すことができるものとするべきであるとの考え方も示されている。このような考え方に対し、取り消すことができる法律行為は取消し意思表示があるまでは有効と扱われるため取消し意思表示をすべき者がいない場合などに問題を生ずること、取消しには期間制限があるために意思無能力者の保護が十分でないこと、意思無能力者が死亡して複数の相続人が相続した場合の取消権の行使方法が明らかでないことなどから、意思能力を欠く状態で行われた行為の効果を主張権者が限定された無効とすべきであるとの考え方もある。

これらを踏まえ、意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効果は無効とするか、取り消すことができるものとするかについて、更に検討してはどうか。その検討に当たっては、効力を否定することができる者の範囲、効力を否定することができる期間、追認するかどうかについての相手方の催告権の要否、制限行為能力を理由として取り消すこともできる場合の二重効についてどのように考えるかなどが問題になると考えられるが、これらについて、法律行為の無効及び取消し全体の制度設計（後記第29）にも留意しつつ、検討してはどうか。

[意見]

- 1 意思能力を欠く法律行為の効力は、無効とすべきである。
- 2 ① 意思無能力による無効は、意思表示の相手方からの無効主張はできないとすべき

である。

- ② 意思無能力無効を主張できる期間については、規定を置くことに反対である。
- ③ 意思無能力を無効としても、表意者に法律行為の時に遡って追認することを認めるべきである。その際、相手方には追認するかどうかの催告権を認めるべきである。
- ④ 成年被後見人の法律行為の取消との二重効については、解釈に委ねるべきであり、特段の規定を設けることには反対である。

[理由]

#### 1 意思能力を欠く法律行為の効果 — 無効

民法の意思主義、私的自治の原則の重要性の観点からは、意思能力を欠く法律行為は、意思が全くない以上法律効果を帰属させられないのは当然であり、無効とすべきであって、取消されるまで有効とすること自体に無理がある。

意思無能力者には、制限行為能力者とは異なり、成年後見人、保佐人、補助人のような保護をする者がいないため、当該意思表示後に直ちに保護を得られず、制限行為能力者と同一に扱えない。即ち、意思無能力者が取消しをするためには、意思表示の後成年後見人の選任まで一定の期間を要することから、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上、取消構成によりその間当該意思表示が有効となるのであれば、相手方からの履行強制を拒絶できないこととなり、意思無能力者にとって不利益な結果となる可能性がある。

具体的には、取消構成であれば、取消すまでは一旦有効となるため、無能力者自身が自ら誤って自らにとって不利益な法律行為をしてしまった場合も有効となって、その履行を強制される危険が高まり、表意者保護の趣旨に反する結果となる。更には、取消すまでは一旦有効であることを奇貨として、高齢者等を狙った詐欺等を増長する可能性が高い。

また、実務においては、現実には、成年後見人が選任されるべきであるのに、選任されていない者が多数存在することに鑑みると、取消構成として法律行為を有効とするものであって、成年後見人が選任されていない意思無能力者を保護することができなくなる。

また、取消構成をとった場合、例えば意思無能力状態で遺言を作成した後に遺言者が死亡し、相続人間で遺言の効力につき意思無能力が問題となった場合に、対立する相続人間で取消権がどのように帰属し、どのように行使されるのかにつき、複雑かつ困難な問題が生じることから、取消権構成は採用すべきではない。

なお、同様の問題は、無効構成でも生じるとの指摘はあるが、形成権である取消権の行使の場合と異なり、無効構成では、意思無能力者たる遺言者の包括承継人である個々の相続人がそれぞれの立場で無効主張することについては、それほど違和感はなく、或いは少なくとも無効構成の方がハードルはより低いと言えるのではないか。

このように、取消構成では、当該法律行為は取り消されるまで有効とすること自体において欠陥があり、反対である。

## 2 意思無能力無効の主張権者 — 相手方は無効主張できない

意思無能力において、意思表示の相手方は無効主張できないことのみについて、判例をリステイトすべきである。それ以上には、無効の主張権者を制限する規定を設けることに反対である。取引の相手方以外が無効主張できると解すべきである。

なぜなら、取消と同様の主張権者の制限を加えることは、意思無能力者保護に欠けることになる。即ち、最低限取消権者と同様の範囲のものが主張できるとしても、それ以外のものによる主張を一切否定してよいとは言い難い。また、公序良俗等の場合と比較しても、表意者保護の観点から無効主張権者を類型化することは容易ではない。無効構成であれば、意思無能力者の親族が無効できる可能性があるが（相対的無効の考え方からの親族に関する法的な位置づけの理解は問題であるとしても）、実務上の意義はとしては表意者保護にとって大きなファクターであると評価できるのであって、否定する必要もなく、親族による無効主張の可否は解釈に委ねるべきである。

そのため、意思表示の相手方が無効主張できないことのみを規定し、それ以外については、無効主張ができるものとするか、少なくとも解釈に委ねるべきである。

## 3 意思無能力無効を主張できる期間制限 — 明文の規定を設けない

意思無能力無効を主張できる期間に関する規定を設ける必要はない。無効と取消で、期間制限の違いを設けてもよい。

期間制限については、無効と取消の二重効を避けるためには、無効の期間制限を取消のそれと一致させるべきであるとの議論もありうる。

しかしながら、現行法においても、無効の期間制限と取消の期間制限のどちらが有利かも俄かに決しがたい。また、現実に意思無能力が問題になるのは法律行為後相当期間が経過してからの場合もあり、こうした表意者を保護すべき場合も認められる。しかしながら、取消構成ではこうした表意者を保護を図れないことから、現行法のごとく無効と取消の期間制限が異なっていることも表意者保護に資する。

こうした観点からは、意思無能力無効の主張期間制限についても、敢えて規定を設けずに、取消の期間制限とは異なるものとするにも、積極的な意義が認められる。

## 4 意思無能力無効に対する遡及効のある追認と相手方の催告権

取消構成の根拠は、当該法律行為の有効・無効について表意者に選択権を与えて保護することを根拠の一つとする。

しかしながら、意思能力を欠く法律行為を無効としても、意思無能力者側の判断・選択で当該行為を有効にできるよう、意思無能力者側の追認を創設することで保護を図ることも十分可能である。

このとき、民法119条但書によるのではなく、（事後的な判断によって表意者の意思に適うならば）行為の時に遡って追認によって有効とすることも考えられる。

その際、相手方の保護のために、相手方に、意思無能力者側に追認するかどうかの催告権を付与することも考えられる。

## 5 意思無能力無効と成年被後見人の取消の二重効について — 解釈に委ねる

法制審の議論でも、意思無能力の場合を無効とするか取消とするかは政策判断であるとされているところ、取消構成では、成年後見人などが選任されるまでの間に行為が有効とされるため、意思無能力者（典型的には高齢者）の被害が拡大する可能性があるとの重大な欠陥がある以上、当該法律行為後成年後見人等の選任までの間の意思無能力者の保護という政策判断の観点から、意思能力を書く状態でなされた法律行為の効果は無効とすべきである。

こうした観点からは、最終的に無効と取消の二重効が生じるとしても、それもやむを得ないと考えられる。

また、意思無能力者制度を、行為能力者制度とは別の表意者保護制度であると位置づけ、無効の主張権者や期間制限についても異なるものとなったとしても、異なった制度がそれぞれに存在する方が表意者保護に資すると考えられ、積極的な意義が認められるのであり、解釈に委ねるべきである。

## 第30 意思表示

### 1 心裡留保

#### (1) 心裡留保の意思表示が無効となる要件

表意者が表示と真意に不一致があることを知ってした意思表示の効力について、民法第93条は、①相手方が表意者の真意に気づいてくれることを期待して真意と異なる意思表示をした場合（非真意表示）と②表意者が相手方を誤信させる意図を持って、自己の真意を秘匿して真意と異なる意思表示をした場合（狭義の心裡留保）を区別せずに規定しているが、この両者を区別し、非真意表示においては相手方が悪意又は有過失のときに無効であるが、狭義の心裡留保においては相手方が悪意の場合に限って無効であるとするべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、その両者を区別することが實際上困難であるとの指摘があることも踏まえ、更に検討してはどうか。

また、心裡留保の意思表示は、相手方が「表意者の真意」を知り又は知ることができたときは無効であるとされている（民法第93条ただし書）が、真意の内容を必ずしも知る必要はないことから、その悪意等の対象を「表意者の真意」ではなく、「表示が表意者の真意でないこと」と改める方向で、更に検討してはどうか。

#### 1 非真意表示と心裡留保の区別及び無効主張を許す場合の相手方の主観的要件

[意見]

非真意表示と狭義の心裡留保を区別する必要性はない。

例外として表意者に無効主張を許す場合の相手方の主観的要件としては、過失ある場合を含まず、相手方が悪意又は重過失の場合に限定すべきである。

[理由]

そもそも非真意表示と狭義の心裡留保の二つを区別する必要があるか、明確に区別できるかは、疑問である。特に、相手方の保護の要件を区別する必要性も、必ずしも認められない。

即ち、（仮に非真意表示と狭義の心裡留保を区別して考えるとして）（狭義の心裡留保の場合に過失ある相手方に対して表意者が無効主張できないのは当然としても）、非真意表示の場合に、過失ある相手方に対して無効主張を許すか問題となる。

しかしながら、非真意表示の場合であって表意者は自ら表示が真意に基づかないものであったことは知っていたのであるから、単なる過失ある相手方との関係では、表意者より相手方を保護すべきであって、表意者は、悪意又は重過失の相手方へののみ無効主張できるとすべきである。

#### 2 「表意者の真意」を「表示が表意者の真意でないこと」と改めること

[意見]

心裡留保の相手方に対して例外的に無効主張が認められる場合（民法第93条ただし書

の場合)について、悪意等の対象を「表意者の真意」ではなく、「表示が表意者の真意でないこと」と改めることには、賛成である。

[理由]

この改正については、実務的には特に不都合はなく、条文の文言において表現がより明確になるなら、敢えて反対はしない趣旨で、賛成である。

現行法の理解においても、『相手方が「表意者の真意」を知り又は知ることができたとき』というのは、もちろん現実になされた（真意ではない）表示が前提としてあり、それに対して「表意者の真意」を知り又は知ることができたことを問題にするのであって、表示が真意とは異なっていることは当然の前提であるから、その実質においては、「表示が表意者の真意でないこと」とするのは、現行民法93条ただし書を明確化するものと評価できる。

## (2) 第三者保護規定

心裡留保の意思表示を前提として新たに利害関係を有するに至った第三者を保護する規定はなく、解釈に委ねられているが、このような第三者が保護される要件を明らかにするため新たに規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。その際、通謀虚偽表示・錯誤・詐欺等に関する第三者保護規定との整合性に留意しながら、その規定内容や、第三者保護規定の配置の在り方について、更に検討してはどうか。規定内容については、例えば、心裡留保の意思表示が無効であることを善意の第三者に対抗することができないという考え方と、善意かつ無過失の第三者に対抗することができないという考え方があるが、その可否を含めて更に検討してはどうか。

### 1 心裡留保の第三者保護規定

[意見]

心裡留保につき第三者の保護規定を設けることには賛成する。

[理由]

取引の安全のために保護すべき第三者については、94条2項類推等によって保護してきたのであるし、静的安全と動的安全の調和の観点からは、心裡留保した表意者よりも相手方を信頼して取引関係に入った第三者を保護すべきであり、第三書保護規定を設けることも、妥当である。

### 2 心裡留保の第三者保護の主観的要件

[意見]

心裡留保における第三者の保護要件は、善意で足り、善意無過失までは不要である。

[理由]

現在の通説的立場からは、心裡留保の場合は、（非真意表示の場合も含め）表意者が自ら



表示が真意とは異なることを知っているのであって、表意者の帰責性が高いことから、錯誤・詐欺ないしその他の表見法理の一般原則より、94条2項の場合に近いと評価できる。したがって、第三者の保護の要件としては、善意のみで足り、善意無過失までは不要である。

### 3 心裡留保の第三者保護規定の位置ないし第三者保護規定の在り方

[意見]

心裡留保における第三者保護規定は、(第三者保護要件が善意であることから)心裡留保の規定のところに各則として、規定を設けるべきである。

第三者保護規定全般の在り方については、通謀虚偽表示に関する2(1)を参照

[理由]

第三者保護規定については、もちろん、通謀虚偽表示、錯誤・詐欺との整合性を図りつつ規定を設けるべきであるが、心裡留保については上記のとおり第三者保護規定の内容を明確にでき(かつ善意であって、一般的な第三者保護要件としての善意無過失と異なることから)、規定の位置としては(第三者保護規定の一般規定を設けると否とにかかわらず)心裡留保の規定のところに各則として、規定を設けるべきである。

## 2 通謀虚偽表示

### (1) 第三者保護要件

通謀虚偽表示による意思表示の無効は善意の第三者に対抗することができないとされている(民法第94条第2項)が、心裡留保・錯誤・詐欺等に関する第三者保護規定を検討する場合には、これらとの整合性を図る観点から、同項の第三者が保護されるための主観的要件を見直す必要がないかどうかについて、検討してはどうか。

また、併せて第三者保護規定の配置の在り方についても検討してはどうか。

### 1 通謀虚偽表示の第三者保護規定の主観的要件の見直しの必要性

[意見]

通謀虚偽表示における第三者保護要件は、善意で足りる。

そのため、債権法改正において、通謀虚偽表示における第三者保護要件を見直す必要はない(今後の法制審でも取り上げる必要はない)。

[理由]

通謀虚偽表示の第三者保護規定について、心裡留保・錯誤・詐欺に関する第三者保護規定における主観的要件を整合性を図る観点から検討すること自体は妥当であるとしても、現行法上民法第94条2項における第三者保護要件について「善意」とされていることにつき、実務的にも理論的にも不都合はない。

更には、価値判断としても、通謀虚偽表示をした表意者は、(例えば自ら仮装売買を作

出するなど) 帰責性において非常に重いので、静的安全と第三者に対する動的安全・取引の安全との調和の観点からは、第三者保護要件について、無過失を要求せず善意とすることは妥当である。

こうした第三者保護要件としての妥当性や、学説ないし実務において「善意」の第三者保護要件の変更の必要性も認められないことから、この点を変更する必要もなく、94条2項の第三者保護要件は「善意」とすべきである。

そのため、今後の債権法改正における議論においても、この点を変更する必要性もない以上、取り上げる必要性もない。

## 2 第三者保護規定の配置の在り方

[意見]

第三者保護規定の配置の在り方については、検討することには反対しない。第三者保護規定については、意思表示規定の各則位置に、各意思表示規定に合った第三者保護規定を設けるべきである。

その他の第三者保護のため、表見法理の明文化を検討すべきである。

[理由]

- (1) 意思表示における第三者保護規定の在り方として考えられるものは、下記のとおりである。
  - ① 第三書保護規定を一般化した規定で統一  
(各意思表示規定の前に総則として規定。要件は善意無過失で統一。意思表示規定の各則には規定無し)
  - ② 第三者保護規定の一般規定(要件は善意無過失)を設けるとともに、意思表示規定の各則には、善意無過失ではない場合にのみ、第三者保護規定を設ける。
  - ③ 意思表示規定の各則には、各意思表示規定に合った第三者保護規定を設けるとともに、第三者保護規定の一般規定(要件は善意無過失)を設ける。  
(この場合の一般規定の意味は、各則以外の場合をカバーする第三者保護規定であり、積極的に表見法理を含む方向性になる。あるいは、表見法理の規定を第三者保護の一般規定として設けることも考えられる。)
  - ④ 意思表示規定の各則に各意思表示規定にあった第三者保護規定を設け、第三者保護規定の一般規定を設けない。
  - ⑤ 各意思表示規定にあった第三者保護規定をそれぞれ設けるとしつつ、その規定の位置は、各意思表示規定の各則の場所ではなく、第三者保護規定を一か所にまとめて並列させる。
- (2) この点、現行法上解釈問題があるのは、錯誤の第三者保護規定を設けるか、詐欺の第三者保護規定の要件をどうするかであり、これに対して、94条2項の第三者保護要件を善意とすること及び心裡留保の第三者保護につき善意の第三者を保護することについて

ては、現行法上の通説的立場であって、特に改正の必要性もなく、その内容も明確である。また、これらの意思表示規定では、無効ないし取消を認める理由や相手方、第三者保護の根拠・必要性は、各意思表示規定においてそれぞれ異なっている。

とすれば、明確な通謀虚偽教示に関する94条2項や心裡留保に関する第三者保護規定は、わかりやすい民法の観点からは、それぞれの各則に規定を設けるべきであり、且つそれで足りる。

更に、錯誤の第三者保護規定を設けるとした場合や、詐欺の第三者保護規定における第三者保護要件を（善意無過失として）明確化する場合においても、わかりやすい民法の観点からは、それぞれの各則に規定を設けるべきであり、且つそれで足りる。

とすれば、通謀虚偽表示・心裡留保・詐欺等の第三者保護の各規定を、各側の位置ではなく、一か所にまとめて並列して規定する必要もない。また、これらを各則における規定ではなく、総論において一般化した第三者保護規定として統一して規定する（すなわち、各則には第三者保護の規定は置かない）とする必要性もない。意思表示規定の各則に各意思表示に合った第三者保護規定を設ければ足りる。

- (3) ただし、意思表示規定の各則に各意思表示に合った第三者保護規定を設けた上で、更に、これらから漏れた第三者を保護するために、一般化した第三者保護規定として表見法理に関する規定を設けることも、積極的に検討されるべきである。

即ち、第三者保護の代表的な法理である表見法理は、それ自体一般化した当然の法理であるから、各意思表示規定の第三者保護規定に漏れたものをカバーする規定として、（一般化した第三者保護規定を設ける趣旨で）表見法理規定の設けることには、積極的に意義がある。

その規定の位置については、意思表示規定の総則的位置に置くことも考えられるが、民法の一般原則・基本原則として権利濫用の法理・信義則等と合わせて規定を置くことも検討すべきである。

また、このとき、後記(2)のとおり、一表見法理に関する規定と94条2項類推法理を明文化した規定との関係についても留意すべきである。

さらに、表見法理自体は、表見代理や民法478条のほか、名板貸責任や見代表取締役等の責任等の制度にも関連し、意思表示に限定されたものではないことから、意思表示の場合以外の適用可能性も留意しつつ、検討すべきである。

- (4) なお、第三者保護の各則においても一般規定においても、取消前後で第三者保護の構成を変えるか・取消後の取扱いの検討の必要もある。

もとより、物権法とも関わる論点もあり、慎重に検討すべきである。

## (2) 民法第94条第2項の類推適用法理の明文化

民法第94条第2項は、真実でない外観を作出したことについて責任がある者は、その外観を信頼した者に対し、外観が真実でないとの主張をすることが許されないという

いわゆる表見法理の実定法上の現れであるとされ、判例により、同項の本来的な適用場面に限らず、例えば不動産の取引において真の権利者が不実の登記名義の移転に関与した場合など、様々な場面に類推適用されている。判例による同項の類推適用法理は、重要な法理を形成していることから、これを条文上明記すべきであるとの考え方がある。このような考え方については、その当否とは別に、物権変動法制全体との調整が必要になるため、今回の改正作業で取り上げることは困難であるとの指摘があることも踏まえつつ、当面その考え方の当否を更に検討する一方で、今後この論点を取り上げるべきかどうかについても、検討してはどうか。

[意見]

- 1 94条2項の類推適用の明文化については、検討すべきである。
- 2 (94条2項の類推適用の明文化以前の問題として) 外観法理の明文化についても検討の対象とすべきである。その際の規定を置く位置としては、意思表示ではなく、一般原則のところ規定することも選択肢に入れて検討すべきである。

[理由]

- 1 94条2項類推適用の法理は、判例においても既に確立した重要な法理であるから、わかりやすい民法の観点からは、明文化を検討すべきである。規定があることによる第三者保護の拡大のメリットも考えられる。  
ただし、規定を設けることにより弊害が生じないか問題となりうるところであるし、これまでの、判例が蓄積してきた解釈が制約されないように配慮しなければならない。  
特に、判例は、虚偽の外形に対する帰責性の程度と相手方の主観を相関的に考えて、要件等を定立しており、かかる判断枠組みを(制約を加えず)可能な限り明文化すべきである。  
こうした意味では、まさに具体的な規定の内容次第であり、(困難であれば敢えて規定を設けない選択肢も十分考えられるものの)積極的に明文化を検討すべきである。  
ただし、物権法に対する影響についての慎重な検証が必要であり、その観点からは場合によっては、改正を見送り、現行法通りとする選択肢もある。
- 2 しかし、そもそも、94条2項類推適用以前の問題として、同条項の基礎となる表見法理自体がその存在や法理としての重要性において異論のないところであるから、表見法理について、明文化を検討すべきである。  
表見法理を明文化する場合には、規定の位置については、意思表示規定の総則的位置に置くことだけではなく、民法の一般原則・基本原則として権利濫用の法理・信義則等と合わせて規定を置くことも検討すべきである。  
この場合、94条2項類推法理の明文化規定と表見法理規定の相互の関係に留意しつつ、両者の明文化を検討すべきである。  
このとき、表見法理自体は、表見代理や民法478条のほか、名板貸責任や見代表取

締役等の責任等の制度にも関連し、意思表示に限定されたものではないことから、意思表示の場合以外の適用可能性も留意しつつ、表見法理の明文化を検討すべきである。

### 3 錯誤

#### (1) 動機の錯誤に関する判例法理の明文化

錯誤をめぐる紛争の多くは動機の錯誤が問題となるものであるにもかかわらず、動機の錯誤に関する現在の規律は条文上分かりにくいことから、判例法理を踏まえて動機の錯誤に関する明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

規定の内容については、例えば、事実の認識が法律行為の内容になっている場合にはその認識の誤りのリスクを相手方に転嫁できることから当該事実に関する錯誤に民法第95条を適用するとの考え方がある。他方、動機の錯誤に関する学説には、動機の錯誤を他の錯誤と区別せず、表意者が錯誤に陥っていること又は錯誤に陥っている事項の重要性について相手方に認識可能性がある場合に同条を適用するとの見解もある。そこで、このような学説の対立も踏まえながら、上記の考え方の当否を含め、動機の錯誤に関する規律の内容について、更に検討してはどうか。

#### [意見]

動機の錯誤について、判例法理に従い明文化することに賛成する。

判例法理の内容の理解の仕方については、動機の錯誤を事実に関する錯誤と分類した上で、「事実の認識が法律行為の内容になっている場合」に錯誤の規定の適用があるとすることに賛成である。

#### [理由]

- 1 錯誤において、實際上問題になるのは、動機の錯誤の場合がほとんどであるから、これを明文化することは妥当である。

そして、相手方の認識可能性を問題にする見解もあるが、実務に対する影響からは判例のリスタイトのほうの方がベターであり、判例の定式に従った明文化が妥当である。

- 2 但し、判例法理の内容の理解の仕方については問題がある。

即ち、動機の錯誤の実質は、表示と不一致が生じているのは、事実に対する認識であるから、当該事実（の認識）に関する錯誤（事実錯誤）に錯誤の規定の適用があるとすることに賛成である。

また、動機の錯誤の判例法理の理解として、動機が表示されれば当然に錯誤の規定の適用がある（動機が表示されれば、それだけで、オートマチックに動機が法律行為の内容に取り込まれる）とする立場もある。

しかしながら、判例においても表示されればいかなる内容の動機でも95条の問題とするのではなく、（要素の錯誤の検討以前の問題として）錯誤の対象となる動機の範囲を一定限度に制限している。即ち、95条の問題とする動機の範囲として許容されるもの

は、性状の錯誤ないしそれに等しい重要な部分に関する錯誤に限られ、非常に狭い。

したがって、(要素の錯誤の検討以前の問題として) 錯誤の対象となる動機の範囲は限定されるべきあり、その点を明確にすべきである。

そして、その具体的な規定の仕方としては、動機が法律行為に取り込まれたかどうかの問題であるので、動機の表示の有無は判断の一要素に位置づけ、動機が「法律行為の内容となったこと」を要件とすべきである。

## (2) 要素の錯誤の明確化

民法第95条にいう「要素」について、判例は、意思表示の内容の主要な部分であり、この点についての錯誤がなかったなら表意者は意思表示をしなかったであろうし、かつ、意思表示をしないことが一般取引の通念に照らして正当と認められることを意味しているとしている。このような判例法理を条文上明記することとしてはどうか。

[意見]

「要素の錯誤」について、判例法理に従った定義規定を設けて明確にすることについては、反対はしない。

[理由]

- 1 判例法理に従った「要素の錯誤」を明文化することは妥当である。
- 2 なお、判例法理の整理の仕方には、立場によって違いがあるように思われる。  
この点、判例は、通常、要素の錯誤の要件を因果関係と重要性と整理されるが、基本方針は、錯誤の要件を主観的要件と客観的要件としている。両者の実質は同じであり、いずれでも、問題はないと思われる。

## (3) 表意者に重過失がある場合の無効主張の制限の例外

表意者に重過失があったときは意思表示の錯誤無効を主張することができないとされている(民法第95条ただし書)が、①表意者の意思表示が錯誤によるものであることを相手方が知っている場合又は知らなかったことについて相手方に重過失がある場合、②当事者双方が同一の錯誤に陥っている場合、③相手方が表意者の錯誤を引き起こした場合においては、表意者は重過失があっても無効を主張できるものとするべきであるとの考え方がある。このような考え方について、相手方が過失なく表意者の錯誤を引き起こした場合にも重過失ある表意者が錯誤無効を主張することができるとするのは適当でないなどの指摘があることも踏まえ、更に検討してはどうか。

[意見]

表意者に重過失がある場合の無効主張の制限の例外として、①ないし③の場合に、表意者は重過失であっても無効主張できるとすることは、賛成である。

[理由]

これらは、解釈上認められているところであり、相手方による表意者の重過失の主張を否定する場合として、「相手方の悪意・重過失」、「相手方が錯誤を引き起こしたとき」、「共通の錯誤」とすることも、特に異論はない。

#### (4) 効果

錯誤があった場合の意思表示の効力について、民法は無効としている（同法第95条本文）が、無効の主張は原則として表意者だけがすることができると解されているため、その効果は取消しに近づいているとして、錯誤による意思表示は取り消すことができるものとすべきであるとの考え方がある。

このような考え方に対しては、取消権の行使期間には制限があるなど、表意者の保護が十分でなくなるおそれがあるとして、無効という効果を維持すべきであるとの考え方もあることから、これらを踏まえ、錯誤による意思表示の効果をどのようにすべきかについて、更に検討してはどうか。

その検討に当たっては、錯誤に基づく意思表示の効力を否定することができる者の範囲、効力を否定することができる期間、追認するかどうかについての相手方の催告権の要否などが問題になると考えられるが、これらについて、法律行為の無効及び取消し全体の制度設計（後記第32）にも留意しつつ、検討してはどうか。

[意見]

錯誤による意思表示の効果につき、無効か取消か慎重な検討を要する。

[理由]

意思無能力と異なり、錯誤の場合はより取消構成を許容しやすいかもしれない。しかし現行法において敢えて無効構成から取消構成に変更することについては、実務上積極的に必要性を見出すことはできない。

無効と取消、いずれが妥当か決しがたいところであるし、取消に変更することで保護の後退の可能性の検証が必要であり、慎重な検討を要する。

#### (5) 錯誤者の損害賠償責任

錯誤は、錯誤者側の事情で意思表示の効力を否定する制度であるから、錯誤者はこれによって相手方が被る損害を賠償する責任を伴うとして、錯誤無効が主張されたために相手方や第三者が被った損害について錯誤者は無過失責任を負うという考え方がある。これに対しては、無過失責任を負わせるのは錯誤者にとって酷な場合があり、損害賠償責任の有無は不法行為の一般原則に委ねるべきであるとの指摘もある。このような指摘も踏まえ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

錯誤者の損害賠償責任につき明文の規定を設ける必要はない。

以後、法制審では論点として取り上げるべきではない。

[理由]

確かに、錯誤無効が認められると、相手方に不利益が生じるかもしれない。

しかし、民法における基本原則の意思主義や表意者保護の観点からは、無条件の無過失責任である損害賠償責任を認めると、錯誤の主張を委縮する可能性があり、妥当ではない。

損害賠償としては、不法行為ないし契約締結上の過失などの他の法理による救済で足りる。

仮に、損害賠償を認めるとしても、損害の範囲は、履行利益の賠償は認められないとするなど、限定されるべきである。

## (6) 第三者保護規定

錯誤によってされた意思表示の存在を前提として新たに利害関係を有するに至った第三者を保護する規定はなく、解釈に委ねられているが、このような第三者が保護される要件を明らかにするため新たに規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。その際、心裡留保・通謀虚偽表示・詐欺等に関する第三者保護規定との整合性に留意しながら、その規定内容や、第三者保護規定の配置の在り方について、更に検討してはどうか。規定内容については、例えば、表意者の犠牲の下に第三者を保護するには第三者の信頼が正当なものでなければならぬとして、善意かつ無過失が必要であるとの考え方や、錯誤のリスクは本来表意者が負担すべきものであり、第三者は善意であれば保護されるとの考え方があるが、これらの考え方の当否を含めて更に検討してはどうか。

### 1 錯誤の第三者保護規定の要否

[意見]

第三者保護規定を設けるか、慎重に検討すべきである。

[理由]

確かに、現行法でも96条3項の類推適用の可能性も考えられ、第三者保護規定を認める必要性もある一方、第三者保護規定を設けると、現行法より表意者保護が後退する。

そのため、第三者保護規定を新設してもよいか、すべきではないかの判断は悩ましく、慎重に検討すべきである。

### 2 錯誤における第三者保護の主観的要件

[意見]

第三者保護規定を設ける場合の要件としては、善意では足りず、善意無過失まで要求すべきである。



[理由]

錯誤の第三者保護規定を設けるとした場合の第三者保護要件としては、表意者はその内心の効果意思のないことを認識している心裡留保・虚偽表示より、錯誤の場合の方が帰責性が低いから、詐欺と同様に処理すべきである。

また、新たに第三者保護規定を新設する以上、現行法詐欺の第三者保護規定との比較でも、より厳格な善意無過失が妥当である。

#### 4 詐欺及び強迫

##### (1) 沈黙による詐欺

積極的な欺罔行為をするのではなく、告げるべき事実を告げないことで表意者を錯誤に陥れて意思表示をさせることも、詐欺に該当することがあるとされている。そこで、このことを条文上明記すべきであるという考え方があるが、これに対しては、現行の詐欺の規定があれば足りるとして規定を設ける必要性を疑問視する指摘もある。このような指摘を踏まえ、沈黙による詐欺に関する規定の要否や設ける場合の規定内容（沈黙が詐欺に該当する範囲等）について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 沈黙による詐欺を明文化すべきである。
- 2 沈黙の詐欺の前提となる説明義務・情報提供義務の判断における考慮要素として、「当事者間の情報の質、量、情報処理能力、及び、交渉力の格差」「各当事者の属性・専門性」等を明記すべきである。
- 3 明文化にあたっては、故意要件の緩和も検討すべきである。
- 4 少なくとも構造的格差のある事業者消費者間においては、故意がなくても、信義則上の説明義務・情報提供義務（第23の2参照）違反の効果として、取消権の付与も検討されるべきである。

[理由]

- 1 沈黙による詐欺が明文化せずとも解釈で導き出せるとしても、一般市民にはその解釈が明確とは言い難く、分かりやすい民法という観点からも、明文化すべきである。
- 2 考慮要素を示した方が予測可能性が高まる上、市民にも分かりやすい民法になると考えられるため。

ただし、事業者消費者間などの各当事者の情報・交渉力の構造的格差や属性・専門性に十分配慮しなければ、事業者に対する消費者の沈黙の詐欺が安易に認められしまい、或いは、消費者に対する事業者の沈黙の詐欺が容易に認められないという不当な結果となるおそれがあるため、第23の2の『契約締結過程における説明義務・情報提供義務』と同様に、考慮要素として「当事者間の情報の質、量、情報処理能力、及び、交渉力の格差」「各当事者の属性・専門性」等を明記すべきである。

- 3 二重の故意が必要であり、實際上、適用のハードルが高すぎると考えられるため、その故意要件の緩和も積極的に検討されるべきである。

この点、基本方針（別冊NBL126号33頁）では、「…本提案<2>は、これを「詐欺」の枠内で規律するため、詐欺の要件として一般に認められている故意要件がかかってくる。この点については、とくに消費者紛争を念頭に置いて、救済に限界があることがしばしば指摘されてきた。」とされ、故意要件の存在が消費者被害救済の阻害となっていることに言及されている。

- 4 「沈黙による詐欺」は情報提供義務・説明義務違反の一場面であるところ、故意がある場合のみとして取消権付与を検討対象としているようであるが、少なくとも構造的格差のある事業者消費者間においては、故意がなくても、第23の2の『契約締結過程における説明義務・情報提供義務』違反の効果として、取消権の付与も検討されるべきである。（第23の2における意見・理由参照）

これは、契約の拘束力自体を否定すべき程度の悪質な説明義務違反・情報提供義務違反も考えられる上、損害・因果関係等の立証責任があり、また、過失相殺等での減額が認められる損害賠償責任のみであれば、悪質業者に対する十分な抑止力にならない可能性があるからである。

## (2) 第三者による詐欺

第三者が詐欺をした場合について、相手方が第三者による詐欺の事実を知っていた場合だけでなく、知ることができた場合にも、表意者はその意思表示を取り消すことができるものとしてはどうか。

また、法人が相手方である場合の従業員等、その行為について相手方が責任を負うべき者がした詐欺については、相手方が詐欺の事実を知っていたかどうかにかかわらず取消しを認めるものとする方向で、相手方との関係に関する要件等について更に検討してはどうか。

### [意見]

- 1 詐欺の事実を知っていたときに加え、知ることができたときに詐欺取消しの対象とする意見に賛成。
- 2 代理人に限らず、法人の代表者や支配人、従業員等や媒介委託者等、広く相手方が責任を負うべき場合には、相手方が詐欺を知ることができなかつたときにも詐欺取消しの対象とする意見に賛成。

なお、消費者契約法5条1項の媒介委託者等についての現在の解釈実務を後退させることのないよう、配慮すべきである。

### [理由]

- 1 表意者の意思形成過程に詐欺という大きな問題があるため、相手方が知ることができ

た場合も詐欺取消しの対象とされてもやむを得ないと考えられる。

2 これらは、相手方と第三者との間に指揮命令関係があり、或いは、相手方が第三者を契約交渉等に関与させる等、相手方が当該第三者を利用した利益を得ている場合であるから、その第三者の詐欺行為を相手方本人が知らないとしても、その第三者の責任を本人が負い詐欺取消されるべきことは当然であり、相手方本人としても取消されることはやむを得ないと考えられる。このような場合に表意者が保護されないという結論は大変問題のある結論となる。

そもそも、96条の「第三者」の解釈としては、元々、「相手方が責任を負うべき」第三者については96条2項の第三者には含めないというのが現行民法の起草者の理解であった（法典調査会・民法修正案理由書）から、かかる解釈は現行法においても成り立ちうる所であり、本論点整理の後段の提案は、現行民法の立法趣旨、当初の解釈を再度確認し、現行法上の解釈を反映したに過ぎないとも考えられる。

判例にも、他人を契約締結の衝にあたらせた場合には、その他人は民法96条2項の第三者には当たらないとするものがある（例えば、最判S41.10.21民集84・703は、保険契約締結の衝に当たった保険会社の外務員の詐欺について、96条2項の第三者に該当しないので同条項の適用はできないと判示）が、近時、相手方が第三者を利用し利益を得ていると評価し得る場合において、96条2項の第三者に該当するとして相手方本人は責任を負わず詐欺取消はできないとする結果として妥当とは考え難い下級審判決（大地平成21年10月30日判タ1339号131頁）もあることから、明文化する必要性は高いと考えられる。

なお、消費者契約法5条1項の媒介者等については、与信業者（クレジット業者、リース業者）と消費者の契約について販売業者が不当勧誘（誤認惹起行為や困惑惹起行為）を行ったときに、同条項を用いて、当該与信業者との契約の取消しを認め、表意者（消費者）を保護している（絵画販売とクレジットについて東京簡裁H15.5.14・LLI/D B判例秘書など）ことから、少なくともこのような実務を後退させるような改正（例えば、同法5条1項の定義より狭い範囲の第三者に限定してしまう等）とならないよう、明文化の際に配慮すべきである。

### (3) 第三者保護規定

詐欺による意思表示の取消しは「善意の第三者」に対抗できないとされている（民法第96条第3項）が、第三者が保護されるには善意だけでなく無過失が必要であるとの学説が有力である。そこで、これを条文上明記するものとしてはどうか。

また、併せて第三者保護規定の配置の在り方についても検討してはどうか。

[意見]

1 第三者保護規定の保護要件の厳格化し、善意無過失とすることに賛成する。

- 2 合わせて取消後の第三者の保護要件についても検討されるべきである。
- 3 第三者保護規定の配置のあり方については、個々の意思表示の各則にそれぞれ第三者保護規定を置くとともに、それとは別に（表見法理を含む形で）一般的な第三者保護規定を設けるべきである。

[理由]

- 1 判例は無過失を要求しないようだが、虚偽表示に比べ表意者の帰責性は少ないと考えられる上、96条3項の基礎にある表見法理からは外観に対する信頼が正当なものであることが必要であることから、善意無過失に厳格化することは賛成である。  
なお、第三者保護規定の保護要件は、詐欺以外の心裡留保、通謀虚偽表示、錯誤等においても問題となるが、それぞれの第三者保護要件も、一貫した考え方にに基づき、各原因における表意者の帰責性に応じたバランスのとれた保護要件とすべきであり、この観点からも詐欺については、善意無過失とすることに賛成する。
- 2 取消後の第三者との関係については、判例は対抗関係として処理しているが、取消前後で法的構成が全く異なり、取消後の第三者は悪意であっても保護されることの妥当性に疑問が指摘されている。この点は、物権にも深く関わるため、債権法改正の枠外とも考えられるが、詐欺取消の効果に直結する重要な論点であるため、合わせて検討されるべきである。
- 3 第三者保護規定の配置のあり方については、分かりやすい民法の観点から判断されるべきであるところ、個々の意思表示の各則にそれぞれの第三者保護規定を置くとともに、それとは別に（表見法理を含む形で）各則から漏れる第三者のための第三者保護規定を設けるべきである。

## 5 意思表示に関する規定の拡充

詐欺、強迫など、民法上表意者が意思表示を取り消すことができるとされている場合のほかにも、表意者を保護するため意思表示の取消しを認めるべき場合があるかどうかについて、更に検討してはどうか。

例えば、契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼすべき事項に関して誤った事実を告げられたことによって表意者が事実を誤認し、誤認に基づいて意思表示をした場合には、表意者は意思表示を取り消すことができるという考え方がある。また、表意者の相手方が表意者にとって有利な事実を告げながら、これと表裏一体の関係にある不利益な事実を告げなかったために表意者がそのような事実が存在しないと誤認し、誤認に基づいて意思表示をした場合（誤った事実を告知されたことに基づいて意思表示をした場合と併せて不実表示と呼ぶ考え方がある。）には、表意者は意思表示を取り消すことができるという考え方もある。これらの考え方に対しては、濫用のおそれを指摘する指摘や、表意者が事業者であって相手方が消費者である場合にこのような規律を適用するのは適当ではないとの指摘、相手方に過失がない場合にも取消しを認めるのであれば相手方の保

護に欠けるとの指摘などもあるが、これらの指摘も踏まえ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 表意者を保護するため意思表示の取消しを認めるべき場合として、例示の不実告知や不利益事実の不告知（不実表示）に加え、断定的判断の提供，困惑，状況の濫用，不招請勧誘，不当勧誘一般条項，適合性原則についても，取消権付与を検討すべきである。
- 2 不実告知や不利益事実の不告知がされた場合の表意者保護規定を強行法規として民法に設けるべきである。

これらの不実表示取消規定は，従来の民法の詐欺・錯誤の議論（その限界や問題点）や裁判例（適用を否定した判例も含む）を踏まえ，民法上の表意者保護規定の充実化・実効性確保の観点から立法化を検討されるべきものであって，消費者保護（消費者・事業者間の情報の質・量や交渉力の格差の是正）を立法趣旨とした消費者契約法第4条1項1号の不実告知取消規定や同条2項の不利益事実の不告知による取消規定とは全く別個のものとして位置づけ，かつ，その要件を検討すべきである。

また，民法にこれら不実表示取消規定を制定する場合にも，消費者契約法第4条1項1号や同条2項の取消規定は，民法とは立法趣旨を異にする法規範であるという理論的な観点からも，消費者保護を後退させないという実質的な観点からも，残存させなければならない。
- 3 民法における「不実告知」や「不利益事実の不告知」の規律のあり方としては，「不実告知」と共に「不利益事実の不告知」を含む「不実表示」概念を新設し，故意がない「不利益事実の不告知」による取消も認めるべきである。

なお，消費者契約に関しては，「不利益事実の不告知」の発展形として，特定商取引法上の先行行為を不要とする「故意の不告知による取消」の故意要件を緩和し，最終的には，信義則上の説明義務違反（情報提供義務違反）による取消権の付与を検討すべきである。
- 4 取引の安全の観点から，一定の事実，即ち「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」に限定すべきである。

しかし，不実表示者の過失や，表意者の無過失を要件とすべきではない。
- 5 不実表示の適用範囲について，事業者等強者から消費者等弱者への取消権の行使について何らかの制限をするか，少なくとも，事業者等強者から消費者等弱者への不当な取消権行使がなされないよう解釈規定を置くことも検討されるべきである。
- 6 不実表示取消規定は，事業者間の契約においても例外なく適用されるべきである。
- 7 民法改正議論において消費者契約法を参照する場合には，現行法ではなく，あるべき改正を踏まえた消費者契約法を参照すべきである。

[理由]

1 後記2の理由のとおり、不実告知や不利益事実の不告知（不実表示）がされた場合について民法上の取消規定を設ける必要があることはもとより、大阪弁護士会の意見書（別冊N B L 131号28～38頁）記載の断定的判断の提供、困惑、状況の濫用、不招請勧誘、不当勧誘一般条項、適合性原則についても、消費者契約法や判例法理等で一定の場合には、表意者が保護されているのであるから、表意者保護を民法上でも明確にするため、意思表示に関する規定の拡充として是非取消権付与を検討すべきである。

特に、消費者契約法4条1項2号の断定的判断の提供については、消費者契約に限らず、事業者間でも十分問題となり得ると考えられることから、是非、取消権付与を検討すべきである。

2 個人事業主が悪質業者から不実告知や不利益事実の不告知をされ契約締結に至った場合など、当該表意者が消費者でなくとも、契約の意思決定に影響を及ぼす事項について不実告知を受け、それによって意思表示をした場合に、当該表意者を保護すべき場合がある。

ところが、現行民法では、詐欺や錯誤の規定があるが、詐欺での二重の故意や、錯誤での動機の錯誤や表意者の重過失の問題により、その適用による表意者の保護には限界がある。

そこで、民法上の表意者保護規定の充実化・実効性確保の観点から、消費者契約法4条1項1号の不実告知取消規定や同条2項の不利益事実の不告知による取消規定を参照にしつつ、これら不実表示がされた場合の民法上の取消規定を設けるべきと考える。

この点、これら不実表示取消規定を任意規定として、同規定の適用を当事者間で排除できるようにすべきとの意見もあるようだが、任意規定とすれば悪質業者を中心に約款や契約書式に不実表示取消規定を排除する旨を記載することが容易に想像でき、表意者保護を貫徹できないため、あくまでも錯誤や詐欺等と同様に強行法規として位置付けるべきである。特に、説明義務・情報提供義務違反に該当すると考えられる不実表示による損害賠償請求（第23の2参照）については任意規定と考えられ、（約款規制で無効としない限り）約款等で責任を減免可能であるため、約款等でも排除されない被害回復の最後の砦として不実表示取消規定を強行規定とすべきである。

他方、消費者契約法4条1項1号の不実告知取消規定や同条2項の不利益事実不告知取消規定は、事業者消費者間の情報の質・量や交渉力の格差の是正を立法趣旨とする規定であり、民法上の表意者保護規定の充実化・実効性確保の観点から検討されるべき本不実告知取消規定の趣旨と必ずしも同一ではないため、また、消費者契約法の空洞化により消費者保護を後退させないため、民法にこれら不実表示取消規定が設けられた場合にも消費者契約法4条1項1号の不実告知取消規定や同条2項の不利益事実不告知取消規定はなお残存させるべきである。

ところで、特に企業買収に関する契約を中心に、表明保証条項がこれら不実表示の取

消の対象となるのは想定外であることを理由に、不実表示による取消規定を民法に設けることに消極的な意見がある。

この点は、①内容の正確性を担保しないことでそもそも不実表示（告知）にあたらな  
いとする考え、②取消権の事前放棄で対応する考え、③因果関係を否定する考え等が提  
示されており（潮見佳男「銀行法務 21」719号20頁）、想定外の取消が生じないように  
ある程度対応し得ると考えられる。

また、適用対象事実は、（後記4のa案・b案ともに）契約締結するか否かの判断に通  
常影響を及ぼすべき事項に限定され、「通常性」の要件が必要であるため、企業買収に関  
する契約についてはこの通常性要件を充足するとは考えられない。逆に、通常性の要件  
を充足するのであれば、少なくとも前記①②③等に対応できない場合、取消権の対象と  
なることもやむを得ないとも考えられる。

そもそも、企業買収の実務では、表明保証違反があってもクロージング以降は、解除・  
取消できず損害賠償・補償条項で対応するのが一般的で、その損害賠償等の請求可能期  
間もごく短期間に限定される場合が多いが、そもそも、そのような実務慣行が本当に適  
正公平妥当なのか再検証する必要がある。買手側からすれば、契約締結に通常影響を及  
ぼす事項に不実表示（告知）があつて契約してしまった場合でも、相当な立証も必要な  
損害賠償請求のみしか主張できないことが本当に適正公平妥当な実務なのか、再検討す  
べきと思われる。

ちなみに、現行法下においても、表明保証に関し、強行法規である詐欺取消や錯誤無  
効を主張することは可能であり、表明保証事項は民法上の取消権や無効の対象になり得  
るため、現行法下において表明保証条項につき取消が全く想定されていないことを前提  
とするような趣旨の意見には疑問がある。

以上からすれば、表明保証条項が不実表示の取消の対象となりうることは、不実表示  
による取消規定を民法に設けることを否定すべき理由にはならないものと考えられる。

3 民法における「不利益事実の不告知」の規律のあり方として、以下のような考え方が  
ある。

a 説 告知・不告知の区別をしない「不実表示」概念を用いることを前提に、「不利益  
事実の不告知」を「不実表示」に含まれるとする考え方（検討委員会試案）

b 説 告知・不告知を区別しつつも「故意に、信義誠実の原則に反して提供すべきであ  
る情報を提供せず、又はなすべき説明をせず、それにより相手方に意思表示をさせ  
たとき」は不実表示があつたとみなすことを明記する考え方（研究会試案）

このb説〔研究会試案56条2項〕はいわゆる「沈黙の詐欺」を規定しているのであり、  
結局、「不利益事実の不告知」を「沈黙の詐欺」の範囲内で認めるという立場であると考  
えられる。

これに対し、a説〔検討委員会試案【1.5.15】〕は、「不利益事実の不告知」は「不実表  
示」に含まれる上、故意があればさらに「沈黙の詐欺」にも含まれるという立場である。

そうすると、結局、ここでの考え方の違いは以下の通りとなると思われる。

α 説 [検討委員会] …故意がない場合も取消権付与

(原則として消費者契約法 4 条 1 項 1 号や同条 2 項の規律は残さず) 告知・不告知の区別のない「不実表示」概念を新設した上で、「不利益事実の不告知」を「不実表示」に含まれるとし、他方で、故意があれば「沈黙の詐欺」の対象ともなるとする。

β 説 [研究会] …故意がある場合のみ取消権付与

(消費者契約法上の規律は残した上で) 民法に取り込み一般法化した「不利益事実の不告知」については、故意を要件とする「沈黙の詐欺」の対象(「不実表示」とみなす)となり得るだけ。

この点、現行民法(沈黙の詐欺)と同様に、故意がある場合のみ取消権を付与するのであれば、故意要件により表意者保護の限界が残り、表意者保護が十分に図れないため、民法上の表意者保護規定の充実化・実効性確保の観点から、故意がない場合も取消権を付与する α 説に賛成である。

ただし、「不告知」が「表示」に含まれるというのは、語義的に違和感があるとの指摘もあるため、「不告知」が「表示」に含まれないとの解釈がとらないように、何らかの工夫がなされることが望ましい。

なお、消費者保護規定の更なる充実化・実効性確保の観点から、消費者契約に関しては、「不利益事実の不告知」の発展形として、特定商取引法上の先行行為を不要とする「故意の不告知による取消」(同法 9 条の 3, 24 条の 2, 40 条の 3, 49 条の 2, 58 条の 2) の故意要件を緩和し、最終的には、信義則上の説明義務違反(情報提供義務違反)による取消権の付与を検討すべきである。

#### 4 取引の安全の観点から一定の事実には制限をすることには賛成。

その制限の内容として、

a 案 通常であればその種の法律行為をする者の意思決定に重大な影響を及ぼすもの  
(研究会試案)

b 案 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(検討委員会試案)

があるが、b 案の「通常影響を及ぼすべき」より、a 案の「通常であれば…重大な影響を及ぼす」の方が厳格(対象範囲が狭くなる)と考えられる。

この点、通常影響を及ぼすべき事項に不実告知(表示)があれば、意思決定の過程に瑕疵があったというには十分であり、あえて「重大な」と制限する意味に乏しい。むしろ、何が「重大」かについて更なる議論が必要となり、取引ルールとして却って分かりにくくなる可能性がある。そもそも、「重大」でなければ、「通常影響を及ぼす」と認められる場合はほとんどないと考えられ、その意味でも、あえて「重大」要件を加える必要性に乏しいと考えられる。

従って、制限の内容としては、b 案にすべきである。



ところで、不実表示に関し、不実表示者に過失がない場合にまで取消しを認めるのは相当ではないとの意見があるようだが、そもそも、不実表示をしたこと自体が同表示者の責めに帰すべき事由（過失）なのであり、不実表示とは別に過失を求めることは規定の適用範囲を極めて限定的にするものであり、妥当ではないと考えられる。

また、不実表示者の相手方たる表意者の無過失を要求する考えについても、そもそも、前記のように意思表示の判断に通常影響を及ぼすべき事項について不実表示し、その不実表示と意思表示との間の因果関係により意思表示をしてしまった場合に限られており、そのように限定された場合には表意者を保護すべきと考えられることから、これらの要件に加えて表意者の無過失を要求することになれば、やはり、規定の適用範囲を極めて限定的にするものであり、妥当ではないと考えられる。

- 5 民法に不実表示取消規定が設けられた場合、消費者と事業者等の弱者・強者間で、強者の弱者に対する不実表示による取消権の行使ができることにならないかという弊害（不意打ち、濫用的主張等）が危惧される。

そこで、不実表示の適用範囲について、事業者等強者から消費者等弱者への取消権の行使について何らかの制限をすることも検討されるべきである。

制限の具体的方法としては、端的に消費者契約においては事業者による不実表示の場合にのみ取消権を認めることにとどめることが考えられるが、その他、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〔表意者（事業者）に調査義務違反がある場合〕等には取消権を制限することも考えられる。

仮に、前記（2）の企業買収における表明保証など他の場合のとのバランス上、このような特別な規定の導入が難しい場合には、事業者等強者から消費者等弱者への取消権の不当な行使がなされないような解釈がなされるよう、せめて、前記（4）の「通常影響を及ぼすべき事項」の通常性要件の解釈として、「当事者間の情報の質・量や情報処理能力、交渉力の格差」「各当事者の属性・専門性」を主要な考慮要素として明示した解釈規定を置くべきである。

- 6 事業者間においては、意思表示の取消しではなく損害賠償によって解決すべきとする意見もあるようだが、損害賠償の根拠たる民法上の債務不履行責任や不法行為責任については任意規定であるため、特に強い事業者から弱い事業者に対して押し付けられた約款等においてこれらの責任を減免されてしまう可能性があり、損害賠償によって解決する前提を欠く場合が少なからず存在するものと考えられる。

したがって、事業者間においても、不実表示による表意者の被害回復の最後の砦として、強行規定たる不実表示取消規定の対象から除外すべきではないと考えられる。

- 7 例示として挙げられている不実告知や不利益事実の不告知は消費者契約法に規定されており、また、今後の議論の対象となりえる断定的判断の提供等も消費者契約法に規定されているが、その消費者契約法の改正が急務とされている（H12. 4. 27 参議院附帯決議

「消費者契約が今後ますます多様化かつ複雑化することにかんがみ、本法施行後の状況につき分析・検討を行い、必要に応じ5年を目途に本法の実効性をより一層高めるため、本法の見直しを含め適切な措置を講ずること。」ことから、仮に民法改正議論において消費者契約法を参照する場合には、現行法ではなく、あるべき改正を踏まえた消費者契約法を参照すべきである。

## 6 意思表示の到達及び受領能力

### (1) 意思表示の効力発生時期

民法第97条第1項は、意思表示は相手方に「到達」した時から効力を生ずると規定するが、この「到達」の意味内容について、相手方が社会観念上了知し得べき客観的状态が生じたことを意味すると解する判例法理を踏まえ、できる限り具体的な判断基準を明記する方向で、更に検討してはどうか。

具体的な規定内容として、例えば、①相手方が意思表示を了知した場合、②相手方が設置又は指定した受信設備に意思表示が着信した場合、③相手方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には、到達があったものとするの考え方があるが、このような考え方の当否を含め、「到達」の判断基準について、更に検討してはどうか。

### 1 民法第97条第1項の「到達」の意義の判断基準を明記することの可否

[意見]

民法第97条第1項の「到達」の意義につき、できる限り具体的な判断基準を明記することは、特に反対しない。

[理由]

「到達」の判断基準につき、社会観念上了知し得べき客観的状态が生じたこととするとは、判例法理と同一の方向性を有する。

### 2 具体的な規定内容に関する考え方の当否

[意見]

具体的な規定内容として、①相手方が意思表示を了知した場合及び③相手方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には、到達があったものとするには特に反対しない。

しかし、②相手方が設置又は指定した受信設備に意思表示が着信した場合に到達があったものとするとは、慎重に検討すべきである。また、②のみで規律できない場面があることにも留意すべきである。

[理由]

(1) ①は、相手方が実際に意思表示を了知した場合であるから、「到達」があったこととは、当然である。

(2)ア ②は、Eメール等の電子的手段を用いて意思表示をする場合を想定した提案と考えられる。

すなわち、相手方の住所のポストや相手方が指定した私書箱サービス等の受取先について「受信設備」と考えることもできるが、これらは②の提案がなくても、現行法上もこれらに送付されれば、支配領域に入ったとして到達が認められるのは当然である。したがって、以下、電子的手段を用いて意思表示をする場合に絞って検討する。

#### イ ②の提案の問題点

近時、Eメール等の電子的な手段によってやり取りをすることが一般化しつつあることから、Eメール等による意思表示の場合に、どのような状態になれば、有効に意思表示が相手方に到達したといえるかが問題となる。

特に、Eメールによる意思表示の到達が問題となり得るのは、意思表示の相手方がEメールを使用していたとしても、①プロバイダ等のメールサーバーの迷惑メール機能等により、Eメールが相手方に対して送付されたことも相手方が認知し得ない場合があることや、②相手方のパソコンがEメールを受信しても、迷惑メール機能等により、当該Eメールが自動的に迷惑メールとして「迷惑メールフォルダ」や「ごみ箱」に移動してしまうために、相手方がEメールの受信を認識しない場合である。

本論点では、このような場合に、意思表示の到達があったとされてしまうリスクを相手方に負担させてよいかどうか、の観点から検討するべきである。

ウ こうした観点からは、そもそも電子的な手段によって意思表示をする場合における「受信設備」の意義が不明確である。

すなわち、意思表示をEメールで行った場合、Eメール（のデータ）は、表意者のパソコン等から送信された後、→表意者のメールサーバー→相手方のメールサーバー→相手方のパソコン等に至った後、相手方が了知するに至る。

そこで、「受信設備」が、相手方のメールサーバーか、相手方のパソコンか、あるいはそれ以外の機器か、どれを想定し、どれを指しているのか、明確にしなければならない。

すなわち、それはEメールのデータがどこに到達した時点で、相手方が現実にはEメールを見ていなくても、Eメールの到達を認知・認識していなくても、相手方の支配領域に入って意思表示が到達したと評価してよいのか、の観点から検討しなければならない。

こうした観点からは、相手方のパソコン等の情報通信機器は、相手方の支配領域にあり、そこにEメールが到達した場合、相手方がEメールを見ようと思えば、すぐに見ることができるし、迷惑メール機能の管理も相手方の責任において可能であるから、「受信設備」と評価してよいと思われる。

これに対し、相手方のメールサーバーは、相手方（個人であっても、法人であっても）自身がメールサーバーを管理している場合もあるが、多くは（メールサーバーの

管理について素人であるため) プロバイダ等専門業者がメールサーバーを管理しており、プロバイダ側のセキュリティーの設定(迷惑メールの設定等)によっては相手方に送られてきたEメールがサーバーではねられるため、相手方にEメールが送られたこと自体を相手方が認知し得ない場合がある。その場合に相手方のメールサーバーが「受信設備」にあたるとして、意思表示の到達があったとすることは、相手方が事実上当該意思表示を了知し得ない(Eメールが送られてきたこと自体も知り得ない。)ため、不当な結果となる。

また、何が「受信設備」にあたるかが明確にならなければ、表意者はEメールを送信することによって表意者としてなすべきことをしたにもかかわらず、意思表示として到達せず、有効な意思表示をなし得ていないことになる可能性があり、(相手方がコントロールできると否とにかかわらず)相手方のサーバーの設定等に基づくリスクを表意者に負担させることになるため、表意者に酷な結果となる可能性もあり得る。

こうした観点からは、②では、Eメールによる意思表示の場合、単に「受信設備」というだけでは不明確である。表意者から相手方にEメール(のデータ)が届くまでの技術的経路のうち、具体的にどれを「受信設備」というべきかにつき、どの時点に至れば、相手方が意思表示を受けたと評価しうる支配を獲得したといえるのかの観点から、具体的に実務に与える影響を考慮しつつ、その意義を慎重に検討すべきである。

エ また、「相手方が指定した」という点も、やや抽象的に過ぎる。

すなわち、「相手方が指定した」受信設備とは、当該法律行為において、特定のEメールアドレスを意思表示の受領先として具体的に指定した場合に限るのであれば、Eメールを見ないリスクを相手方に負担させてもよいという方向になる。しかしながら、「相手方が指定した」を非常に広く捉えて、特定の法律行為に全く使っていない、全く指定していないEメールアドレスであって、たまたま当該法律行為とは別に使用しているEメールアドレスも「相手方が指定した」ものとするなら、相手方は、そのEメールアドレスに表意者からの意思表示がなされること予想できない可能性がある。この場合、相手方は、当該Eメールアドレスで、迷惑メール機能によるトラブルを予めなくしておく等の対策を講じる余地もなくなるので、妥当とはいえないであろう。

オ ところで、Eメールにおけるメールサーバー、パソコン及び携帯電話等が「相手方の設置又は指定した受信設備」にあたるのかについては、電子商取引及び情報財取引等に関する準則が参考になる。すなわち、同準則においては、「電子承諾通知の到達時期については、相手方が通知に係る情報を記録した電磁的記録にアクセス可能となった時点をもって到達したものと解される。例えば、電子メールにより通知が送信された場合は、通知に係る情報が受信者(申込者)の使用に係る又は使用したメールサーバー中のメールボックスに読み取り可能な状態で記録された時点であると解される。」とされる。そして、具体的な整理として、「①相手方が通知を受領するために使用する情報通信機器をメールアドレス等により指定していた場合や、指定してはいな

いとその種類の取引に関する通知の受領先として相手方が通常使用していると信じることが合理的である情報通信機器が存在する場合には、承諾通知がその情報通信機器に記録されたとき、②①以外の場合には、あて先とした情報通信機器に記録されただけでは足りず、相手方がその情報通信機器から情報を引き出して（内容を了知する必要はない。）初めて到達の効果が生じるものと解される。」とされている。

同準則は、当事者双方が当初からEメール等の電子的手段によって商取引を行うことを前提とする場合には参考になる。しかし、実際には、相手方が書面での意思表示を予定していたところ、表意者がEメールでの意思表示を行う場合もあり得る以上、当事者双方が当初から電子的手段で商取引を行うことを前提とする同準則の「到達」の基準は、民法の意思表示一般にそのまま適用することは妥当ではなく、当事者が当該法律行為について、電子的手段で取引を行い、もって意思表示を行うことを合意している場合に限って、参考にできるといえよう。

カ なお、インターネット通販等の場合、ウェブ画面上を通じて申し込みがなされ、承諾もウェブ画面でなされることがある。かかる場合、当事者双方が当初から電子的手段で商取引を行うことを前提としており、意思表示も電子的手段によって行う趣旨であると評価しやすいので、同準則が参考になる。すなわち、承諾の意思表示が到達した時点は（発信主義の規定は適用されない〔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第4条、民法第526条第1項〕）、申込者（相手方）のモニター画面上に承諾通知が表示された時点とされるのである（電子商取引及び情報財取引等に関する準則）。

この場合、モニター画面が「受信設備」ということになるが、そもそも「受信設備」という言葉にモニター画面が含まれるとすること自体に無理があると思われる。

したがって、そもそも①③以外の場面での「到達」について、②のみ（「受信設備」という用語のみ）で規律すること自体に無理がある。

キ 以上の次第で、②は、Eメール等を用いた電子商取引の場合、「相手方が指定した」及び「受信設備」の各意義が不明確であり、実務に与える影響を考慮しつつ、その意義を慎重に検討するべきである。

また、②のみで規律できない場面があることにも留意するべきである。

(3) ③は、「到達」に関する判例法理をリステイトしたものであるから、「到達」があったとすることに問題はない。

## (2) 意思表示の到達主義の適用対象

民法第97条第1項は、「隔地者に対する意思表示」を意思表示の到達主義の適用対象としているが、この規律が対話者の間の意思表示にも妥当することを条文上明確にするため、「相手方のある意思表示」は相手方に到達した時から効力を生ずるものとしてはどうか。

[意見]

民法第97条第1項の適用対象につき、隔地者間のみならず、対話者間も含まれるため、「相手方のある意思表示」は相手方に到達した時に効力を生じるとすることに賛成である。

[理由]

意思表示の到達主義は、隔地者のみならず、対話者に対するものも含まれることに問題ない。

### (3) 意思表示の受領を擬制すべき場合

意思表示が相手方に通常到達すべき方法でされたが、相手方が正当な理由なく到達のために必要な行為をしなかったなどの一定の場合には、意思表示が到達しなかったとしても到達が擬制されるものとする方向で、更に検討してはどうか。

どのような場合に意思表示の到達が擬制されるかについては、表意者側の行為態様と受領者側の対応の双方を考慮して、両者の利害を調整する観点から、更に検討してはどうか。

## 1 意思表示の到達の擬制について規定することの可否

[意見]

通常到達すべき方法による意思表示がなされた場合に意思表示の到達が擬制されること自体につき、取引社会一般のコンセンサスが得られているかを検証すべきであり、同検証することなくして、意思表示の到達を擬制する方向とすることに反対である。

[理由]

到達主義の原則のもとでは、相手方が意思表示の受領を拒絶する等した場合に到達の有無が問題となり、通常到達すべき方法で意思表示を行った者を保護する必要がある。

しかし、意思表示の到達を擬制することによって、相手方は、実際には意思表示の内容を知らないにもかかわらず、表意者の意思表示の効果が生じるという不利益を被ることになる。

そこで、意思表示が到達しなかった場合に、公示による意思表示（民法第98条第1項）ではなく、意思表示の到達が擬制されることにつき、取引社会一般のコンセンサスが得られているかを検証すべきであり、同検証なくして、意思表示の到達を擬制する方向とすることに反対である。

## 2 意思表示の到達が擬制される場合

[意見]

仮に、上記1記載のコンセンサスが得られている場合、意思表示の到達が擬制される場合として、表意者側の行為態様と受領者側の対応の双方を考慮して、両者の利害を調整する観点から検討することには、特に反対しない。

[理由]

従来の裁判例は、相手方が意思表示を受領していないにもかかわらず、意思表示の到達を認めるに際し、諸般の事情を考慮して到達の有無を決している（近時の裁判例としては、最一判平成10年6月11日民集52巻4号1034号，東京地判平成5年5月21日判タ859号195頁等参照）。

とすれば、表意者側の行為態様（意思表示に関連する従前からの交渉経緯等）と受領者側の対応（受領者が郵便物の内容を推知し得ること、郵便物が容易に受領可能であること等）の当事者双方の具体的事情を考慮して、両者の利害を調整する観点から検討することは、従来の裁判例の方向性を踏まえたものであり、特に反対しない。

そこで、意思表示の到達が擬制される場合の規定は、「意思表示は、相手方が意思表示の内容について推知し得たこと及び意思表示の受領が容易に受領可能であったこと並びに意思表示に関連する従前の当事者間での交渉経緯を考慮して、相当と認められる場合であれば、相手方に到達したものとみなす。」とするべきである。

(4) 意思能力を欠く状態となった後に到達し、又は受領した意思表示の効力

表意者が、意思表示を発信した後それが相手方に到達する前に意思能力を欠く状態になった場合や、相手方が意思能力を欠く状態で表意者の意思表示を受領した場合における意思表示の効力に関する規定を設けることについて、更に検討してはどうか。

[意見]

意思能力なき者の意思表示の効力について規定することは、特に反対しない。

[理由]

- 1 意思能力に関する規定を新たに設けることとした場合（意思能力なき者による法律行為をどう規定するのかは別である）、同規定と整合性をもたせるため、意思表示後に意思能力を欠いた者、または意思能力を欠く意思表示の相手方を保護する規定を設ける必要がある。
- 2 ところで、意思表示の発信後に表意者が死亡若しくは意思能力を欠き又は行為能力を喪失した場合にも、意思表示の効力を維持して、相手方が表意者の相続人に対して履行を請求することを認めること等は、実務感覚に合致せず、不適切である。  
そこで、意思表示の到達主義の観点からも、到達前に表意者が死亡する等している以上、意思表示の効力を否定する方向で規定するべきである。

### 第31 不当条項規制

#### 1 不当条項規制の要否、適用対象等

- (1) 契約関係については基本的に契約自由の原則が妥当し、契約当事者は自由にその内容を決定できるのが原則であるが、今日の社会においては、対等な当事者が自由に交渉して契約内容を形成することによって契約内容の合理性が保障されるというメカニズムが働かない場合があり、このような場合には一方当事者の利益が不当に害されることがないよう不当な内容を持つ契約条項を規制する必要があるという考え方がある。このような考え方に従い、不当な契約条項の規制に関する規定を民法に設ける必要があるかについて、その必要性を判断する前提として正確な実態の把握が必要であるとの指摘などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

民法に不当条項規制の規定を新たに設けることに賛成である。

[理由]

そもそも契約自由の原則は、対等な当事者による交渉ということが前提として想定されている。しかしながら、現実には、様々な事情から、当事者の対等性が確保できず、あるいは、実質的な交渉が確保できない場合が存在する。契約自由も一定の制約に服するのであって、相手方を不当に害するもの、当事者の対等性が確保されていない場合、さらには実質的な交渉が確保できていない場合などには、契約の内容的規制、すなわち不当条項規制は不可欠である。

- (2) 民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合に対象とすべき契約類型については、どのような契約であっても不当な契約条項が使用されている場合には規制すべきであるという考え方のほか、一定の契約類型を対象として不当条項を規制すべきであるとの考え方がある。例えば、約款は一方当事者が作成し、他方当事者が契約内容の形成に関与しないものであること、消費者契約においては消費者が情報量や交渉力等において劣位にあることから、これらの契約においては契約内容の合理性を保障するメカニズムが働かないとして、これらを不当条項規制の対象とするという考え方（消費者契約については後記第62、2①）である。また、消極的な方法で不当条項規制の対象を限定する考え方として、労働契約は対象から除外すべきであるとの考え方や、労働契約においては、使用者が不当な条項を使用した場合には規制の対象とするが、労働者が不当な条項を使用しても規制の対象としないという片面的な考え方も主張されている。これらの当否を含め、不当条項規制の対象について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 不当条項規制に関しては、まず、当事者の属性や契約の類型にかかわらず、不当な内



容の契約条項であると評価できるものは、その法的効力を否定すべきであるという考え方（いわゆる不当条項アプローチ）に賛成である。

2 また、当事者の属性や特定の契約類型に関する下記のような不当条項規制を定めることについても、賛成である。

(1) 約款を使用した取引における契約条項（約款条項）

契約の一方当事者が作成した約款（＝定型契約書を含めて概念すべきと考える）が使用された契約を対象とする不当条項規制（いわゆる約款アプローチ）。

(2) 消費者契約

消費者契約に関する不当条項規制（いわゆる消費者契約アプローチ）。

もっとも、その法形式については、消費者契約法の改正をもって行うことが望ましいと考える。ただし、もし万一民法改正と同時に消費者契約法を改正することが困難である場合には、現行の消費者契約法はそのままに、改正民法で不当条項規制を拡充することに反対しない（詳細は「第62，1」）。

[理由]

1 まず、当事者の属性や契約の類型にかかわらず、不当な内容の契約条項と評価できるものは、その法的効力を否定すべきであるという考え方（いわゆる不当条項アプローチ）に賛成である。

なお、上記については、不当条項規制という在り方のほか、公序良俗規範の具体化（暴利行為以外の具体化・類型化）という在り方によっても実現できるものと考えられる。ただし、具体的にどのような契約条項を、当事者の属性や契約類型にかかわらず不当な内容の契約条項として評価できるか、不当条項ないし公序良俗違反の契約条項として具体化できるかは、さらに慎重に検討する必要があると考える。

2 また、当事者の属性や特定の契約類型に関する下記のような不当条項規制を定めることに賛成である。なお、これらはいずれも排斥しあうものではなく、上記1の不当条項規制と共に平行して検討すべきである。

(1) 約款を使用した取引における契約条項（約款条項）

現実の社会では契約の一方当事者が作成した約款（＝定型契約書を含めて概念すべきと考える）を使用した取引が多く存在する。かかる取引では、当事者間で契約内容に関する実質的な交渉が確保されていない場合が多く、いわゆる約款の隠蔽効果もあって、約款条項どおりの合意の成立を他方当事者に強要する場合には、他方当事者にとって酷な結果となる場合が少なくない。

(2) 消費者契約

消費者契約では、契約当事者間の情報・交渉力格差から事業者が契約内容を規定した取引が多く存在する。かかる取引では、当事者間で契約内容に関する実質的な交渉が確保されていない場合が多く、いわゆる約款の隠蔽効果もあって、約款条項どおりの合意の成立を他方当事者に強要する場合には、他方当事者にとって酷な結果となる場合が少

なくない。

## 2 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項

不当条項規制の対象とすべき契約類型に含まれる条項であっても、契約交渉の経緯等によって例外的に不当条項規制の対象から除外すべき条項があるかどうか、どのようなものを対象から除外すべきかについて、更に検討してはどうか。

例えば、個別に交渉された条項又は個別に合意された条項を不当条項規制の対象から除外すべきであるとの考え方があり。このような考え方の当否について、どのような場合に個別交渉があったと言えるか、一定の契約類型（例えば、消費者契約）に含まれる条項は個別交渉又は個別合意があっても不当条項規制の対象から除外されないという例外を設ける必要がないかなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

また、契約の中心部分に関する契約条項を不当条項規制の対象から除外すべきかどうかについて、中心部分とそれ以外の部分の区別の明確性や、暴利行為規制など他の手段による規制の可能性、一定の契約類型（例えば、消費者契約）に含まれる条項は中心部分に関するものであっても不当条項規制の対象から除外されないという例外を設ける必要はないかなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

### 1 個別の交渉を経て採用された条項について

[意見]

#### (1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

個別交渉を経て採用された条項は、適用除外としても良いのではないかと考えられる。

ただし、形ばかりの形式的な交渉しかなかった場合などは適用除外とすべきではない。形式的な交渉の存在だけで不当条項規制が脱法されることなどないように、契約締結過程に関する手当てや、脱法禁止条項を不当条項リストとして規定するといった対応も検討されるべきと考える。

#### (2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

個別交渉を経て採用された条項を適用除外とすることに反対である。

[理由]

#### (1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

- ア 個別の交渉を経て採用された契約条項であれば、契約内容に関する契約当事者の実質的関与がある点において、実質的な弊害が観念できず、約款条項に対する不当条項規制の趣旨が該当しない。
- イ ただし、形ばかりの形式的な交渉しかなかった場合などは適用除外とすべきではない。適用除外となる「交渉」については、実質的・能動的なものであることが必要であることを明確にする必要がある。

また、形式的な交渉の存在だけで不当条項規制が脱法されることなどないように、契

約締結過程に関する手当てや、脱法禁止条項を不当条項リストとして規定するといった対応も検討される必要があると考える。

ウ 個別の交渉を経た条項を約款規制の適用から除外するということ

実質的な交渉の対象となった特定の条項や特定の項（あるいは号）のみが規律の適用から外れ、交渉されていない他の条項や項（あるいは号）は、不当条項規制の対象になるという点は明確にすべきである。

なぜなら、ダミーのような条項を1ヵ条用意して、アリバイ的にその条項に修正交渉を行えば、他の条項までもが不当条項の規制に服さなくなってしまうといった不当な事態や、実質的な交渉を経していない条項や特定の項（あるいは号）に約款規制が及ばないといった不当な事態を招来することになってしまうからである。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア 契約当事者間で情報・交渉力格差があることを考えると、個別の交渉を経たことのみで合意内容の合理性を当然に肯定できない。消費者契約に対する不当条項規制の趣旨が該当しないとはいえない。

イ 消費者契約法における不当条項規制においても、立法時に個別交渉を経て採用された条項であっても適用除外とすべきではないという議論がなされていた。

(3) なお、強行法規である公序良俗に違反するような不当条項か否かという判断(不当条項アプローチ)においては、仮に個別交渉を経て採用された条項であっても、法的効力が当然に否定されるべきである。

## 2 契約の中心部分に関する契約条項について

[意見]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

中心的部分に関する契約条項を適用除外とすることに反対である。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

同様である。

[理由]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア 実際問題として、契約の中心的部分かそうでないかは、厳密な区別が困難である。

まず、給付内容を定める条項なのか否かの区別は困難な場合もある。例えば、保険契約は「保険事故を定める条項」と「免責事由を定める条項」があり、般に「免責を定める条項」には不当条項規制が及ぶと考えられているが、免責の要件は保険事故の定義の中に組入れることができる。また、売買契約において、「現状有姿のまま、担保責任を負うことなく引渡す」と規定すれば、これが果たして「給付を定める条項」であるか否かははなはだ疑問はあるものの、少なくとも「給付を定める条項」であるか否かの争いとはなりうる。

また、対価の取り決めに関する条項についても、例えば携帯電話の料金規定のように、複雑で分かりにくいものもある。

イ また、契約の中心部分に関する条項に約款規制が及ばないことを認めると、不当条項規制が及ぶべき事項を、給付に関する条項に組み入れることにより、規制を脱法的に回避することにつながる恐れがある。

例えば、売買契約において、約款使用者たる売主が、「現状有姿のまま、担保責任を負うことなく引渡す」と規定することで、担保責任免除についての不当条項規制の問題を回避することを認めるべきではない。また、保険契約において、約款使用者（保険会社）が、約款の規定により、「保険事故を定める条項」に「故意によらない…」との定めを組み入れることで、故意免責の立証責任の転換について不当条項性の疑義を一律回避することができるのであれば、それも不当である。

中心的部分に関する契約条項を適用除外とすることに反対である。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

上記(1)と同様の理由である。

(3) なお、公序良俗に違反する不当条項に該当するか否かという観点（不当条項アプローチ）においては、契約の中心的部分に関する契約条項であっても適用除外事由にはならないものとする（例・暴利行為）。

### 3 不当性の判断枠組み

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には、問題となる条項の不当性をどのように判断するかが問題となる。具体的には、契約条項の不当性を判断するに当たって比較対照すべき標準的な内容を任意規定に限定するか、条項の使用が予定されている多数の相手方と個別の相手方のいずれを想定して不当性を判断するか、不当性を判断するに当たって考慮すべき要素は何か、どの程度まで不当なものを規制の対象とするかなどが問題となり得るが、これらの点について、更に検討してはどうか。

#### 1 比較対照すべき標準的な内容（任意規定に限るか）

[意見]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

比較の対象を任意規定に限る考え方には反対である。「当該契約条項の内容と当該契約条項が存在しない場合の当事者の権利義務関係を比較すべき」である。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

同様である。

(3) なお、「任意規定や本来の権利義務関係との比較対照」という観点は、不当条項審査において不可欠の要件と位置づけるべきではないと考える。

[理由]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア 重要な点は、原則的な権利義務関係から逸脱したような契約内容（＝契約条項の作成者に一方的に有利な権利義務関係）を定めた契約条項か否かという判断の基準である。

イ この点、原則的な権利義務関係というものは、法令中の明文の任意規定だけでなく、判例等によって確立しているルール、明文のない基本原理などによって決まるものである。

ウ したがって、比較の対象を任意規定に限るような考え方は妥当ではない。端的に当該契約条項の内容と当該契約条項が存在しない場合の当事者の権利義務関係を比較すべきである

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア 上記(1)と同様の理由である。

イ 消費者契約法第10条前段の解釈論では、「比較の対象は任意規定のみ」という消費者庁解説の見解（限定説）を支持する見解は少なく、多くの学説も、裁判例（神戸地判平成17年7月14日判時1901号87頁）も、日弁連見解も非限定説の立場である（詳細は日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編「コンメンタール消費者契約法（第2版）」184～186頁（商事法務，2010））。

(3) なお、「任意規定や本来の権利義務関係との比較対照」という観点は、付随的契約条項に関する不当条項審査においては有益なアプローチ方法であるが、契約の目的や対価といったいわゆる契約の中心的部分の不均衡などを視野にいたした不当条項審査においては有効に機能しない観点である。よって、不当条項規制の対象を付随的契約条項に限定しない限り（本書は限定しない考え方に立つ）、「任意規定や本来の権利義務関係との比較対照」という観点は、不当条項審査において不可欠の要件と位置づけるべきではないと考える。

(4) また、公序良俗に違反する不当条項に該当するか否かという観点（不当条項アプローチ）からは、契約の中心的部分の不均衡も不当条項性の考慮要素となりえる。よって、「任意規定や本来の権利義務関係との比較対照」は、不当条項性審査の不可欠の要素ではないと考える（例・暴利行為）。

## 2 想定すべき相手方（個別判断か画一的判断か）

[意見]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

約款条項に関する不当条項審査の場合には、当該約款条項の適用が予定されている多数の相手方（約款の適用対象）を念頭において、画一的に判断すべきではないか。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

消費者契約に関する不当条項審査の場合には、不当条項審査の対象となる契約や契約

条項の性格ごとに、想定すべき相手方を検討すべきではないか。

[理由]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア 多数の相手方に適用される約款条項の不当条項性を問題とするのであれば、個別事情を捨象して画一的に、約款条項自体の不当条項性を判断するのが筋であると考える。

イ 実際問題としても、一般的に合理性を肯定しがたいような約款条項が、個別事情を根拠に法的効力を維持されるようなことがあってはならない。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア 消費者契約に関する不当条項審査の場合には、不当条項審査の対象となる契約や契約条項が多様であり、約款条項やそれに近い契約条項も、個別合意やそれに近い契約条項の不当条項審査の対象となる。

イ 想定すべき相手方は、不当条項審査の対象となる消費者契約の性格に応じて、個別具体的に検討すべきではないか。

(3) なお、公序良俗に違反する不当条項に該当するか否かという観点（不当条項アプローチ）からも、不当条項審査の対象となる契約や契約条項が多様であり、約款条項やそれに近い契約条項も、個別合意やそれに近い契約条項の不当条項審査の対象となりえることから、想定すべき相手方は、不当条項審査の対象となる消費者契約の性格に応じて、個別具体的に検討すべきではないかと考える。

### 3 不当性判断の考慮要素

[意見]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア 「種々の要素を総合的に」ということになるのではないか。具体的な要素を列挙するとすれば「契約の性質や契約全体の趣旨、約款使用者の相手方が事業者であるか消費者であるかなどの当事者の属性、同種の契約に関する取引慣行、任意規定が存在する場合にはその内容」といった列挙事由でよいのではないか。

イ ただし、約款条項に関する不当条項審査の場合には、個別事情を捨象した一般的普遍的な事情が主たる考慮要素とされるべきではないか。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア やはり「種々の要素を総合的に」ということになるのではないか。

イ ただし、消費者契約に関する不当条項審査の場合には、考慮要素は個別具体的に決定されるべきではないか。

[理由]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア 不当条項審査は「種々の要素を総合的に」検討すべきことになるのではないか。

イ 具体的な要素を列挙するとすれば「契約の性質や契約全体の趣旨、約款使用者の相手

方が事業者であるか消費者であるかなどの当事者の属性，同種の契約に関する取引慣行，任意規定が存在する場合にはその内容」といった列挙事由でよいのではないか。

ウ ただし，多数の相手方に適用される約款条項の不当条項性を問題とする場合には，主たる考慮要素は一般的普遍的な事情とされるべきではないか。個別事情を捨象した一般的普遍的な事情を主たる判断要素として，約款条項自体の不当条項性を判断するのが筋であると考ええる。

エ 実際問題としても，一般的に合理性を肯定しがたいような約款条項が，個別事情を根拠に法的効力を維持されるようなことがあってはならない。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア やはり，「種々の要素を総合的に」ということになるのではないか。

イ もっとも，消費者契約に関する不当条項審査の場合には，不当条項審査の対象となる契約や契約条項が多様であり，約款条項やそれに近い契約条項も，個別合意やそれに近い契約条項の不当条項審査の対象となる。

ウ 考慮要素については，不当条項審査の対象となる消費者契約の性格に応じて，一般的普遍的な事情のみならず個別事情の要否・適否が個別具体的に決定されるべきではないか。

(3) なお，公序良俗に違反する不当条項に該当するか否かという観点（不当条項アプローチ）からも，不当条項審査の対象となる契約や契約条項が多様であり，約款条項やそれに近い契約条項も，個別合意やそれに近い契約条項の不当条項審査の対象となりえることから，考慮要素については，不当条項審査の対象となる消費者契約の性格に応じて，一般的普遍的な事情のみならず個別事情の要否・適否が個別具体的に決定されるべきではないかと考える。

#### 4 不当性判断の判断基準

[意見]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

「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かどうか」という判断基準に賛成である。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

同様である。

[理由]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア 不当条項審査の判断基準としては，比較法的にも，我が国の学説上も「信義則違反」という判断基準が広く支持されているように思われる。このような考え方に賛成である。

イ この点，適用範囲の明確化という観点から，消費者契約における不当条項審査（＝消費者契約法10条後段要件）の判断基準として，山本敬三教授が，比例原則に根ざした

均衡性という基準を提唱している。問題となる契約条項が相手方に及ぼす不利益が重大であればあるほど（原則的な権利義務状態からの乖離の程度もその1つ）、当該契約条項が無効となった場合の条項使用者の不利益も重大でなければならない、両者が均衡していないと評価できる場合には、条項使用者による相手方の利益の不当な侵害として、当該条項は信義則違反として無効となるという考え方である。このような「当該条項が存在しない場合と比較して、条項使用者とその相手方の利益に不均衡を生じさせることにより、信義則に反して相手方を害する条項は、無効とする」という判断基準は、その採否を検討するに値する提案例であると考えられる。

ただ、いわゆる契約の中心的条項に対する不当条項規制を排除しないという考え方を前提とした場合には、「当該条項が存在しない場合と比較して、」という要件の要否・是非については、慎重な検討が必要であるように思われる。

#### (2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア 上述のとおり、不当条項審査の判断基準としては、比較法的にも、我が国の学説上も「信義則違反」という判断基準が広く支持されている。

イ また、消費者契約における不当条項審査（＝消費者契約法10条後段要件）の判断基準として、山本敬三教授が、比例原則に根ざした均衡性という基準を提唱しており、日弁連の前掲「コンメンタール消費者契約法（第2版）」もこの考え方を支持している。

ただ、いわゆる契約の中心的条項に対する不当条項規制を排除しないという考え方を前提とした場合には、「当該条項が存在しない場合と比較して、」という要件の要否・是非については、慎重な検討が必要であると思われる。

(3) なお、公序良俗に違反する不当条項に該当するか否かという観点（不当条項アプローチ）からは、予見可能性という観点から、公序良俗に違反するか否かの判断基準を明確化する必要があるように思われる。

ここにおいても、山本敬三教授が「公序良俗違反の再構成」（有斐閣、2000年）などで提唱される「比例原則に根ざした均衡性という基準」は有益であると考えられる。

## 4 不当条項の効力

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には、ある条項が不当と評価された場合の効果が問題になるが、この点に関しては、不当条項規制の対象となる条項は不当とされる限度で一部の効力を否定されるとの考え方と、当該条項全体の効力を否定されるとの考え方がある。いずれが適当であるかについては、「条項全体」が契約内容のうちどの範囲を指すかを明確にすることができるか、法律行為に含まれる特定の条項の一部に無効原因がある場合の当該条項の効力をどのように考えるか（後記第32, 2(1)）にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、不当な条項を無効とするか、取り消すことができるものとするかについて、更に検討してはどうか。



## 1 全部無効か一部無効か

[意見]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア 原則は全部無効と考える。

イ もっとも、問題とされる約款条項によっては一部無効と判断した方が望ましいものもあるかもしれない。明文化が望ましいか否かを含め、更に検討すべきである。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

同様である。

[理由]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア およそ無効な不当条項を定めていても裁判所がぎりぎり有効なところで制限解釈によって有効にしてくれるのであれば、不当条項の流布は止まらない。原則は全部無効とすべきであろう。

イ もっとも、問題とされる約款条項によっては一部無効と判断した方が望ましいものもあるかもしれない。明文化が望ましいか否かを含め、更に検討すべきである。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

同様である。

## 2 無効か取消か

[意見]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

無効とすべきと考える。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

同様である。

[理由]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

不当条項規制に反するような契約条項について、およそ法的効力を認める必要はないと考える。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

同様である。

## 5 不当条項のリストを設けることの当否

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には、どのような条項が不当と評価されるのかについての予測可能性を高めることなどを目的として、不当条項規制に関する一般的規定（前記3及び4）に加え、不当と評価される可能性のある契約条項のリストを作成すべきであるとの考え方があるが、これに対しては、硬直的な運用を

もたらずなどとして反対する意見もある。そこで、不当条項のリストを設けるという考え方の当否について、一般的規定は民法に設けるとしてもリストは特別法に設けるという考え方の当否も含め、更に検討してはどうか。

また、不当条項のリストを作成する場合には、該当すれば常に不当性が肯定され、条項使用者が不当性を阻却する事由を主張立証することができないものを列挙したリスト（ブラックリスト）と、条項使用者が不当性を阻却する事由を主張立証することによって不当性の評価を覆すことができるものを列挙したリスト（グレーリスト）を作成すべきであるとの考え方がある。これに対し、ブラックリストについては、どのような状況で使用されるかにかかわらず常に不当性が肯定される条項は少ないのではないかなどの問題が、グレーリストについては、使用者がこれに掲載された条項を回避することにより事実上ブラックリストとして機能するのではないかなどの問題が、それぞれ指摘されている。そこで、どのようなリストを作成するかについて、リストに掲載すべき条項の内容を含め、更に検討してはどうか。

## 1 不当条項のリストを設けることの当否

[意見]

### (1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

「具体的な不当条項のリストを作成して条文上明記すべきである」という考え方に賛成である（積極）。

### (2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

現在消費者契約法8条～10条の3箇条しかない不当条項リストをさらに拡大すべきである。ただし、法形式については、民法改正よりも消費者契約法の改正で実現する方が最も望ましいと考える。

[理由]

### (1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア どのような契約条項が不当条項規制に該当するかという点について予見可能性が高まる。

イ 不当条項の削減や法的安定性にも資する。

### (2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア 同様である。

イ ただし、法形式については、民法改正よりも消費者契約法の改正で実現する方が最も望ましいと考える。詳細は「第62, 1」部分に譲る。

## 2 不当条項リストの在り方（ブラックリスト、グレーリスト）

[意見]

### (1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア 不当条項リストはブラックリストとグレーリストに分けて規定すべきである。」という考え方に賛成である（積極）。

イ 約款条項の不当条項リストと消費者契約の不当条項リストを共通なものにするという考え方には反対である。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合  
同様である。

[理由]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア ブラックリストとグレーリストに分けて細かく規定した方が、どのような契約条項がどのような要件・効果の不当条項規制に服するかがより詳細になり、予見可能性が高まる。不当条項の削減や法的安定性にも資する。

イ 約款条項の不当条項規制と消費者契約の不当条項規制は、そもそも法規制の趣旨が異なる。例えば、個別交渉規定に関する問題の存否・内容にも差違がある。要件・効果を共通とする1つの不当条項リストに無理にまとめようとする方が無難であると考ええる。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合  
同様である。

### 3 具体的なリストの内容

[意見]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

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 NBL126 号）において例示されている不当条項リスト案（別紙記載3の不当条項リスト案）などを参考として、立法化に向けた検討を進めるべきである。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア 下記の提案例（別紙）に列挙されているような不当条項リストないし契約類型（別紙記載1～3の不当条項リスト案ないし契約類型）を参考として立法化を実現すべきである。

- ① 日本弁護士連合会・1999年「消費者契約法日弁連試案」
- 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」
- ③ 平成19年度消費者契約における不当条項研究会編「平成19年度消費者契約における不当条項研究会報告書」
- ④ 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 NBL126 号）

イ ただし、その法形式については、民法改正よりも消費者契約法の改正で実現する方が最も望ましいと考える。

[理由]

(1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア どのような契約条項が不当条項規制に該当するかという点については、出来る限り具体的に規定した方が予見可能性が高まる。

イ 不当条項の削減や法的安定性にも資する。

(2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア 同様である。

イ ただし、法形式については、民法改正よりも消費者契約法の改正で実現する方が最も望ましいと考える。詳細は「第62, 1」部分に譲る。

<別紙>

### 1 1999年「消費者契約法日弁連試案」で列挙されている不当条項リスト

(1) ブラックリスト (12項目)

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 (21項目)

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越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
- 2 「平成19年度消費者契約における不当条項研究会報告書」において検討を要するとされている契約条項類型（詳細は「消費者契約における不当条項の横断的検討」別冊 NBL128号）
- (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，清算義務免除
  - (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 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 NBL126 号）において例示されている不当条項リスト案

#### (1) 約款・消費者契約に共通するブラックリスト（7例）

- 〈ア〉 条項使用者が任意に債務を履行しないことを許容する条項
- 〈イ〉 条項使用者の債務不履行責任を制限し、または、損害賠償額の上限を定めることにより、相手方が契約を締結した目的を達成不可能にする条項
- 〈ウ〉 条項使用者の債務不履行に基づく損害賠償責任を全部免除する条項
- 〈エ〉 条項使用者の故意または重大な義務違反による債務不履行に基づく損害賠償責任を一部免除する条項
- 〈オ〉 条項使用者の債務の履行に際してなされた条項使用者の不法行為に基づき条項使用者が相手方に負う損害賠償責任を全部免除する条項
- 〈カ〉 条項使用者の債務の履行に際してなされた条項使用者の故意または重大な過失による不法行為に基づき条項使用者が相手方に負う損害賠償責任を一部免除する条項
- 〈キ〉 条項使用者の債務の履行に際して生じた人身損害について、契約の性質上、条項使用者が引き受けるのが相当な損害の賠償責任を全部または一部免除する条項。ただし、法令により損害賠償責任が制限されているときは、それをさらに制限する部分についてのみ、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とみなす。

#### (2) 約款・消費者契約に共通するグレーリスト（6例）

- 〈ア〉 条項使用者が債務の履行のために使用する第三者の行為について条項使用者の責任を制限する条項
- 〈イ〉 条項使用者に契約内容を一方的に変更する権限を与える条項
- 〈ウ〉 期間の定めのない継続的な契約において、解約申し入れにより直ちに契約を終了させる権限を条項使用者に与える条項
- 〈エ〉 継続的な契約において相手方の解除権を任意規定の適用による場合に比して制限する条項
- 〈オ〉 条項使用者に契約の重大な不履行があっても相手方は契約を解除できないとする条項
- 〈カ〉 法律上の管轄と異なる裁判所を専属管轄とする条項など、相手方の裁判を受ける権利を任意規定の適用による場合に比して制限する条項

#### (3) 消費者契約のブラックリスト（5例）

- 〈ア〉 事業者が、合理的な必要性がないにもかかわらず、消費者に対する当該契約上の債権を被担保債権とする保証契約の締結を当該契約の成立要件とする条項
- 〈イ〉 消費者の事業者に対する抗弁権を排除または制限する条項
- 〈ウ〉 消費者の事業者に対する相殺を排除する条項
- 〈エ〉 債権時効期間につき、債権時効の起算点または期間の長さに関して、法律の規定による場合よりも消費者に不利な内容とする条項
- 〈オ〉 [甲案] 当該契約に基づき支払うべき金銭の全部又は一部を消費者が支払期日（支払回数が2回以上である場合には、それぞれの支払期日。以下同じ。）までに支払わない場合における損害賠償の額を予定し、または違約金を定める条項であって、これらを合算した額が、支払期日の翌日からその支払をする日までの期間について、その日数に応じ、当該支払期日に支払うべき額から当該支払期日に支払うべき額の

うち既に支払われた額を控除した額に年 14.6 パーセントの割合を乗じて計算した額を超えるもの 超える部分

〔乙案〕何も定めない。

(4) 消費者契約のグレーリスト (6 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返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。

〈イ〉 消費者が法律上の権利を行使するために事業者の同意を要件とし、または事業者に対価を支払うべきことを定める条項

〈ウ〉 事業者のみが契約の解除権を留保する条項

〈エ〉 条項使用者の債務不履行の場合に生じる相手方の権利を任意規定の適用による場合に比して制限する条項

〈オ〉 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に生じているときは、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。

〈カ〉 〔甲案〕当該契約に基づき支払うべき金銭の全部又は一部を消費者が支払期日（支払回数が 2 回以上である場合には、それぞれの支払期日。以下同じ。）までに支払わない場合における損害賠償の額を予定し、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に生じているときは、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。

〔乙案〕何も定めない。

4 EU「消費者契約における不公正条項に関する 1993 年 4 月 5 日付け閣僚理事会指令」の付表に列記されている不公正条項

(1) 以下の目的または効果を有する条項

(a) 売主又は提供者の作為又は不作為により、消費者に生命又は身体の被害が生じた場合において、売主又は提供者の責任を排除又は制限すること。

(b) 売主又は提供者による契約上の義務の全部もしくは一部の不履行または不完全な履行の場合において、消費者が売主又は提供者に対して有する債権と売主又は提供者に対して負っている債務とを相殺する選択権を含む、売主もしくは提供者又はその他の当事者に対して消費者が有している法的権利を不当に排除又は制限すること。

(c) 売主又は提供者によるサービスの提供の実現は、売主又は提供者の意思次第であるとしておきながら、消費者を拘束する合意をなすこと。

(d) 消費者が契約の締結又は履行をしないことに決めた場合においては、消費者が支払った金銭を売主又は提供者が保持できるとしておきながら、売主又は提供者が契約を解約した場合には、消費者は売主又は提供者からそれと同等額の賠償金を受領できる旨を定めないこと。

(e) 消費者の義務の不履行の場合に、不当に高額な賠償金の支払を要求すること。

(f) 売主又は提供者には、自由に契約を解消することが認められているのに、同様の権利が消費者には認められていないこと。又は、売主もしくは提供者は、みづか

ら契約を解消しておきながら、未だ提供されていないサービスに対して消費者が支払った代金を保持しうるとすること。

- (g) 重大な理由がある場合は別として、売主又は提供者は、期間の定めのない契約を、合理的な通知なしに終了させることができるということ。
  - (h) 消費者が別段の意思を表明しないかぎり、期間の定めのある契約を自動的に延長するとされている場合に、消費者が契約の延長を望まない旨を表明するために設定された期限が不当に早く到来すること。
  - (i) 契約締結前に実際に知る機会が与えられなかった条項について、消費者を拘束して、撤回不能とすること。
  - (j) 売主又は提供者は、契約で特定された正当な理由なしに、契約の条項を一方的に変更しうるとすること。
  - (k) 売主又は提供者は、正当な理由なしに、供給されるべき製品又はサービスの性質を一方的に変更することができるということ。
  - (l) 物の価格を引渡時に定めるものとし、あるいは物の売主又はサービスの提供者は価格を引き上げることができるとしておきながら、いずれの場合にも、最終的な価格が契約締結時に合意した価格に比して不当に高い場合に、これに対応して契約を解約する権利を消費者に与えていないこと。
  - (m) 提供された物又はサービスが契約に適合しているか否かを判定する権利を売主又は提供者に与えること、又は契約の文言を解釈する排他的権利を売主又は提供者に与えること。
  - (n) 自己の代理人によりなされた約束を遵守すべき売主又は提供者の義務を制限すること、又は自己の約束をある一定の形式を踏んでいる場合にのみ遵守するとすること。
  - (o) 売主又は提供者がその義務を履行しない場合でも、消費者は全義務を履行しなければならないとすること。
  - (p) 契約から生じる権利義務が譲渡されると、消費者にとって保証が減少するおそれがある場合に、売主又は提供者は、消費者の同意なしに、その権利義務を譲渡できるとすること。
  - (q) とりわけ、法規の適用に服さない仲裁でのみ紛争解決をすることを消費者に要求し、消費者の利用できる証拠を不当に制限し、又は当該事案に適用できる法によれば契約の相手方にあるとされる立証責任を消費者に課すことによって、消費者が訴訟を提起し、又は他の法的救済措置を行使する権利を排除又は妨害すること。
- (2) (g), (j)および(1)号の範囲
- (a) (g)号は、金融サービスの提供者が、正当な理由がある場合に、期限の定めのない契約を通知なしに一方的に終了させる権利を留保する条項の使用を妨げるものではない。ただし、この場合、提供者は、契約の相手方に遅滞なくその旨の通知をしなければならない。
  - (b) (j)号は、金融サービスの提供者が、正当な理由がある場合に、消費者が支払う利率又は消費者に対して支払われる利率、もしくは金融サービスに対するその他の手数料の額を通知なしに変更する権利を留保する条項の使用を妨げるものではない。ただし、この場合、提供者は契約の相手方に可能なかぎり迅速にその旨を通知しなければならない、相手方は即時に自由に契約を解消することができる。(j)号は、また、売主又は提供者が期限の定めのない契約の条件を一方的に変更



する権利を留保する条項の使用を妨げるものではない。ただし、この場合、売主又は提供者は消費者に合理的な通知をもって知らせなければならず、消費者は自由に契約を解消することができる。

(c) (g), (j)および(1)号は、次のものには適用されない。

- ・流通性のある証券、金融証書、および売主又は提供者が支配しえない株式取引相場もしくは指数又は金融市場の利率の変動とリンクした価格付けがなされる製品又はサービスの取引
- ・外国通貨、旅行者小切手又は外国通貨建ての国際為替の購入又は販売の契約

(d) (1)号は、それが適法であるならば、物価指数条項の使用を妨げるものではない。ただし、この場合、価格を変更する方法が明確にされていなければならない。

## 第32 無効及び取消し

### 1 相対的無効（取消的無効）

法律行為の無効は原則として誰でも主張することができるかとされているが、暴利行為、意思能力を欠く状態で行われた法律行為、錯誤に基づく法律行為など、無効となる原因によっては無効を主張することができる者が限定される場合があるとされている。しかし、このようないわゆる相対的無効（取消的無効）の主張権者の範囲や無効を主張することができる期間については、民法上明文の規定がなく、必ずしも明確であるとは言えない。暴利行為に関する規律を設けるかどうかは議論があり、意思能力を欠く状態で行われた法律行為や錯誤に基づく法律行為の効果についても見直しの議論がある（前記第28, 1(2), 第29, 3, 第30, 3(4)）が、これらの効果を無効とする場合に、いわゆる相対的無効（取消的無効）に関する法律関係を明らかにするため、新たに規定を設けるかどうかについて、規定内容を含め、更に検討してはどうか。

#### [意見]

表意者保護規定の場合について、主張権者の範囲としては、相手方からの無効主張を制限するという規定を設けるべきである。それ以上に無効の主張権者を制限するかについては、解釈に委ねるべきである。

無効主張の期間については特段の定めをおくべきではない。ただ、法律行為が無効であることによる不当利得返還請求権の消滅時効がどうなるか、時効制度の改正内容をふまえ、表意者保護規定による無効の場合に消滅時効の起算点がどうなるのかを検討し、表意者保護が不十分にならないようにしておく必要がある。

#### [理由]

意思無能力や錯誤の場合など、表意者保護規定の場合は、相手方等からの無効主張を認める必要はない。

もともと、表意者のみが無効主張できるとするのであれば、特に継続的な意思無能力者の場合など、結局、表意者の無効主張も期待できない。無能力者の親族などの無効主張も認められてよいものと思われるが、主張権者を明確に規定するという方向は困難であって、規定するとすれば、相手方からの無効主張を制限し、それ以上は解釈に委ねるということでよいと思われる。

期間制限については、表意者保護の観点から、制限を設けるべきではない。ただし、法律行為が無効であることによる不当利得返還請求権については、別途消滅時効にかかり得るものと思われる。時効制度がどのように改正されるかにもよるが、例えば法律行為の時点から5年で消滅時効にかかるというようなことになると、結局のところ、期間制限を設けないこととした意味がないどころか、取消の場合に比較しても保護の程度が低くなり得る。時効制度の改正内容をふまえ、消滅時効の起算点がどうなるのかを検討し、表意者保護が不十分なものにならないような規律にする必要がある。

## 2 一部無効

### (1) 法律行為に含まれる特定の条項の一部無効

法律行為に含まれる特定の条項の一部に無効原因がある場合における当該条項の効力は、民法第604条第1項などの個別の規定が設けられているときを除いて明らかでないため、原則として無効原因がある限度で一部無効になるにすぎず、残部の効力は維持される旨の一般的な規定を新たに設ける方向で、更に検討してはどうか。

このような原則を規定する場合には、併せてその例外を設けるかどうかが問題になる。例えば、一部に無効原因のある条項が約款に含まれるものである場合や、無効原因がある部分以外の残部の効力を維持することが当該条項の性質から相当でないと認められる場合は、当該条項の全部が無効になるとの考え方がある。また、民法に消費者概念を取り入れることとする場合に、消費者契約の特則として、無効原因がある条項の全部を無効にすべきであるとの考え方がある（後記第62、2②）。他方、これらの考え方に対しては「条項の全部」がどこまでを指すのかが不明確であるとの批判もある。そこで、無効原因がある限度で一部無効になるという原則の例外を設けることの当否やその内容について、更に検討してはどうか。

#### [意見]

原則、無効原因がある限度で一部無効になり、残部の効力は維持されるという規定をおくことには賛成である。

例外として、約款の一部となっている場合や、消費者契約の場合は、条項全部を無効とすべきである。

また、当該条項の性質から条項全体が無効とすべき場合に条項全体が無効とすることにも賛成である。

#### [理由]

条項の一部が無効となった場合でも、残部では有効とする方が当事者の意思に沿い、また当事者意思を尊重しているといえる。

もつとも、約款や消費者契約の場合、無効となる部分も含めて設定しておき、相手方から無効主張がなければそのまま無効な規定も含めて契約を進め、無効主張があっても法的に有効な範囲では責任制限を確保するというのを助長することになる。約款、消費者契約の場合、条項使用者が不利益を被るのは当然であり、全体が無効ということでもよい。

また、条項の性質から条項全体を無効とすべき場合もあってよい。

### (2) 法律行為の一部無効

法律行為に含まれる一部の条項が無効である場合における当該法律行為の効力について明らかにするため、原則として、当該条項のみが無効となり、法律行為の残部の効力は維持される旨の一般的な規定を新たに設ける方向で、更に検討してはどうか。

もっとも、このような原則の例外として法律行為全体が無効になる場合があるとされている。どのような場合に法律行為全体が無効になるかという判断基準については、例えば、当該条項が無効であることを認識していれば当事者は当該法律行為をしなかったであろうと合理的に考えられるかどうかを判断基準とするとの考え方などがある。このような考え方の当否を含め、法律行為全体が無効になるための判断基準について、更に検討してはどうか。

また、法律行為の一部が無効とされ、これを補充する必要性が生じた場合にどのような方法で補充するかについては、例えば、個別の法律行為の趣旨や目的に適合した補充を最優先とする考え方や、合理的な意思解釈によれば足りるとする考え方などがある。これらの考え方の当否を含め、上記の補充の方法について、更に検討してはどうか。

## 1 一部の条項が無効となった場合の当該法律行為の効力

[意見]

一定の場合に当該条項のみならず法律行為全体が無効となるという規定を設けることは問題ない。「一部が無効であることを認識していれば当事者が当該法律行為をしなかったであろうと合理的に考えられる場合」という規定がよいのかは慎重な検討が必要である。

[理由]

一部の無効によって法律行為全体を無効とするべき場合もあれば、そうではない場合もあるのは当然である。

例外の要件として、複数の法律行為の解除の場合と平仄を合わせることを検討するべきである。複数契約の解除を認めた最高裁判例は（平成8年11月12日民集50巻10号2673頁）、一つの契約の解除によって、他方の契約の「契約の目的を達成することができない」場合に解除を認めている。一部の条項が無効となった場合、契約の目的を達成することができない場合に当該法律行為全体が無効となるという要件もあわせて検討されるべきである。

## 2 特定の条項が無効となった場合の補充の方法

[意見]

契約・法律行為解釈の基本原則との関連性をふまえて、慎重な検討をするべきである。

[理由]

無効な条項の補充の規定は、契約・法律行為の解釈の仕方であるから、契約解釈の基本原則をどのように考えるのかをふまえて、慎重に検討がなされるべきである。

### (3) 複数の法律行為の無効

ある法律行為が無効であっても、原則として他の法律行為の効力に影響しないと考えられるが、このような原則には例外もあるとして、ある法律行為が無効である場合に他

の法律行為が無効になることがある旨を条文上明記すべきであるとの考え方がある。これに対しては、適切な要件を規定することは困難であるとの指摘や、ある法律行為が無効である場合における他の法律行為の効力が問題になる場面には、これらの契約の当事者が同じである場合と異なる場合があり、その両者を区別すべきであるとの指摘がある。そこで、上記の指摘に留意しつつ、例外を条文上明記することの当否について、更に検討してはどうか。

例外を規定する場合の規定内容については、例えば、複数の法律行為の間に密接な関連性があり、当該法律行為が無効であるとすれば当事者が他の法律行為をしなかったと合理的と考えられる場合には他の法律行為も無効になることを明記するとの考え方があるが、これに対しては、密接な関連性という要件が明確でなく、無効となる法律行為の範囲が拡大するのではないかと懸念を示す指摘や、当事者が異なる場合に相手方の保護に欠けるとの指摘もある。そこで、例外を規定する場合の規定内容について、上記の指摘のほか、一つの契約の不履行に基づいて複数の契約の解除が認められるための要件（前記第5，5）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

#### [意見]

複数契約の解除の場合と同様に、複数当事者間の関連契約の場合にも無効となり得ることを含めて、積極的に明文化を進めるべきである。

ただし、上記の一部の条項が無効となった場合同様、要件をどうするかは検討が必要であり、「契約の目的を達成できるか」という規律も検討されるべきであるし、複数契約の解除の場合と平仄をあわせる必要があると思われる。

#### [理由]

1 複数契約の解除の場合であるが、最判 H8.11.12（民集 50 卷 10 号 2673 頁）も、「同一当事者間の債権債務関係がその形式は甲契約及び乙契約といった二個以上の契約から成る場合であっても、それらの目的とするところが相互に密接に関連付けられていて、社会通念上、甲契約又は乙契約のいずれかが履行されるだけでは契約を締結した目的が全体としては達成されないと認められる場合には、甲契約上の債務の不履行を理由に、その債権者が法定解除権の行使として甲契約と併せて乙契約をも解除することができるものと解するのが相当である。」としており、この理は無効の場合にもあてはまる。

そして、消費者保護の観点からすれば、契約の拘束力から解放させる方向での規定であるし、積極的に規定を進めるべきである。

また、複数当事者の関連契約の場合でも、当事者が異なることから密接関連契約が無効とならないのは保護に欠けることから、複数当事者の場合でも関連契約が無効となる場合があることも明示する方向での規定を検討すべきである。

2 上記の一部が無効となった場合に記載のとおり、上記平成 8 年判例も、「契約を締結した目的が全体としては達成されないと認められる場合」に解除が可能と認めている。複

数契約の無効も趣旨は同じであり、平仄を合わせる必要がある。

### 3 無効な法律行為の効果

#### (1) 法律行為が無効であることの帰結

法律行為が無効である場合には、①無効な法律行為によっては債権が発生せず、当事者はその履行を請求することができないこと、②無効な法律行為に基づく履行がされているときは相手方に対して給付したものの返還を求めることができることは現在の解釈上も異論なく承認されているが、これを条文上明記する方向で、不当利得に関する規律との関係にも留意しながら、更に検討してはどうか。

[意見]

当然のことであり、明文化して明らかにすること自体に反対するものではない。

#### (2) 返還請求権の範囲

- ア 無効な法律行為に基づく履行がされているときは相手方に対して給付したものの返還を求めることができるが、この場合における返還請求権の範囲を明らかにする観点から、民法第703条以下の不当利得に関する規定とは別に、新たに規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。
- イ 上記アの規定を設けるとした場合の内容については、例えば、次の①から③まで記載の内容の規定を設けるとの考え方があることを踏まえ、更に検討してはどうか。
- ① 原則として、受領した物を返還することができるときはその物を、これを返還することができないときはその価額を、それぞれ返還しなければならない。
  - ② 上記①の原則に対する例外として、無効な法律行為が双務契約又は有償契約以外の法律行為である場合において、相手方が当該法律行為の無効を知らずに給付を受領したときは、利益が存する限度で返還すれば足りる。
  - ③ 無効な法律行為が双務契約又は有償契約である場合には、相手方が当該法律行為の無効を知らなかった場合でも、返還すべき価額は現存利益に縮減されない。ただし、この場合に返還すべき価額は、給付受領者が当該法律行為に基づいて相手方に給付すべきであった額を限度とする。
- ウ 上記イ記載の考え方に加え、詐欺の被害者の返還義務を軽減するなど、無効原因等の性質によって返還義務を軽減する特則を設けるかどうかについても、検討してはどうか。

[意見]

詐欺や強迫によって取り消された場合の被害者、公序良俗違反、暴利行為など表意者を保護すべき理由によって無効となった場合、表意者保護の観点から、不法原因給付にあたり規律するか、有償契約・双務契約であっても現存利益に限るとすべきである。

[理由]

制限行為能力による取消しの場合に現存利益とされる規定があり（民法 121 条但書）、意思無能力の場合にも同様の規定を設けるという提案がなされている（(3)）。これらは表意者保護の観点から、不当利得の特則を設けていると思われる、それ自体合理的であるが、制限行為能力・意思無能力以外の場合に、全て同じ規律でよいのか、また、提案のような規律でよいのか、疑問がある。

詐欺・強迫によって取り消された場合や、暴利行為・公序良俗違反などの場合は、制限行為能力・意思無能力と同様に表意者を保護すべきであり、有償契約・双務契約であっても、返還すべき範囲を制限すべきである。不法原因給付にあたれば問題がないが、必ずしもそうとは限らないことからすると、上記のような場合は全て不法原因給付にあたると規律してしまうか、少なくとも不法原因給付にあたらぬ場合は、有償契約・双務契約であっても、現存利益に限られるという規律にするべきである。

### (3) 制限行為能力者・意思無能力者の返還義務の範囲

民法第 121 条は、契約が取り消された場合の制限行為能力者の返還義務を現存利益の範囲に縮減しているが、制限行為能力者がこのような利得消滅の抗弁を主張できる場面を限定する必要があるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容については、例えば、制限行為能力者が、取消し意思表示後、返還義務があることを知りながら受領した利益を費消したときは利得消滅の抗弁を認めないとの考え方や、制限行為能力者に害意があるときは利得消滅の抗弁を認めないとの考え方などがあるが、利得消滅の抗弁を限定すると制限行為能力者の保護に欠けることになるとの指摘もある。そこで、制限行為能力者が利得消滅の抗弁を主張することができる場面を限定する場合の規定内容について、更に検討してはどうか。

また、意思無能力に関する規定を新たに設ける場合（前記第 29、3）には、意思無能力者の返還義務の範囲についても制限行為能力者の返還義務と同様の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。この場合に、自己の責めに帰すべき事由により一時的に意思能力を欠いた者に利得消滅の抗弁を認めるかどうかについても、更に検討してはどうか。

### 1 制限行為能力者の返還義務の範囲

[意見]

保佐人が取り消した後に浪費癖のある被保佐人が費消するケースなど、返還義務の範囲を限定するべきではないと思われる事例も考えられ、返還義務の範囲を制限するかは慎重に検討されるべきである。仮に制限規定をおくのであれば、害意をもって費消した場合などに限定されるべきである。

また、制限行為能力による取消しの場合以外でも、利益受領者が返還すべき範囲を軽減

する（現存利益までとする）といった必要があるのではないか。例えば、詐欺取消，不実告知による取消し，消費者契約法による取消しといったように，表意者を保護すべきであるのは制限行為能力による取消しと同じであり，取り消したが使用した分の対価を支払えと言われるのは不当である。

[理由]

制限行為能力者の返還義務の範囲を常に現存利益とすることにより，制限行為能力者が故意に相手方に損害を加えることを助長することにもなりかねないという指摘があるが，現にそのような事態が生じているのかは疑問である。どのような立法事実があるのかということは慎重に検討すべきである。

そして，取消し後，返還義務があることを知りながら費消した場合であれば，制限することに合理性があるとも思われる。しかし，例えば，保佐人が契約を取り消した後に，保佐人たる弁護士が被保佐人に返還する必要があると伝えるものの，浪費癖がある制限行為能力者である被保佐人が費消した場合などでは制限行為能力者によって酷な結論となる。制限行為能力者は，必ずしも自分をコントロールできないし，単純に返還義務を知って費消したものの返還義務を負うのは表意者保護に欠ける。

そこで，仮に規定するのであれば，害意をもって費消した場合などに限定されるべきである。

また，制限行為能力による取消し以外でも，表意者保護規定はあり，その場合に不当利得返還債務の範囲が軽減されないのは不合理ではないか。表意者保護の要請は同じであり，現存利益に返還債務の範囲を限定するべきである。押しつけ的な役務提供契約で，使用分についての対価を支払う必要があるということになるのは不合理である（業者はその限りで押しつけによる利益取得に成功している）。

## 2 意思無能力者の返還義務の範囲

[意見]

意思無能力による無効の場合に，制限行為能力者による取消しの場合と同じように不当利得返還債務の責任を軽減する提案に賛成である。

もっとも，自己の責めに帰すべき事由により一時的に意思能力を欠いた者の利得消滅の抗弁を制限する必要はなく，そもそも論点から落とすべきである。

[理由]

取消し得る行為がなされた場合と，表意者保護の必要性において同じ意思無能力の場合において，取消しの場合と同様に不当利得返還債務の範囲を限定することが妥当。

一時的な意思能力を欠いた場合は，そもそも相当レアケースであり，あえて規定の必要はない。

また，一時的に意思能力を欠く状態にある者と取引している場合，相手方はそのことを認識していることも多いと思われる（むしろそれに乗じて契約している場合もあり得る）。



過失による一時的意識無能力は、酩酊状態が想定されるが、少なくとも対面などによって会話している相手方はこれを認識できているはず。そのような場合に返還債務の範囲を軽減させる必要はない。

相手方の認識の有無によって分けるということが考えられるが、そもそも相当レアケースの事案で、相手方の認識の有無でさらに要件を変えることも相当とは思えない。

相当レアケースであることからすると、現行法どおり過失による意識無能力の場合も責任を軽減するということがよいといえる。結論としてそれが不当な例外的なケースでは、一般条項で修正すれば足りる。

#### (4) 無効行為の転換

無効な行為が他の法律行為の要件に適合している場合に、当該他の法律行為としての効力を認められることの有無及びその要件を明らかにするため、明文の規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容については、例えば、法律行為が無効な場合であっても、類似の法律効果が生ずる他の法律行為の要件を満たしているときは、当該他の法律行為としての効力を認めることができる旨の規定を設けるべきであるとの考え方の当否を含めて、更に検討してはどうか。

[意見]

明文化・一般法化の必要はない。

[理由]

無効行為の転換が実際に議論されてきたのは家族法の分野が中心であり、一般化できるかどうかは疑問である。

また、このような事例で無効行為の転換が認められるべきである（されなくて困っている）ということも特に想定できない。

抽象的な定め方にならざるを得ず、要件を明確にすることは困難である。無効行為の転換が必要とされるのは極めて例外的な場合と思われ、明文化の必要性も高いとはいえない。

むしろ、無効な行為が有効とされる場合があることが規定されると、いちいちその検討が必要となり、混乱を生むのではないか。

#### (5) 追認

無効な行為は追認によっても効力を生じないとされている（民法第119条本文）が、これを改め、錯誤や意識無能力による無効など当事者の一方を保護することを目的として無効とされる法律行為では、当該当事者が追認することによって遡及的に有効とすることができるものとするかどうかについて、これらの法律行為の効果の在り方の見直しとの関係にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、無効な行為を追認することができるものとする場合には、相手方の法的地位の安定を図る観点から、無効な行為を追認するかどうか確答するように追認権者に催告する権利を相手方に与えるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、どのような無効原因について催告権を与えるかを含め、検討してはどうか。

[意見]

公序良俗違反や虚偽表示の場合のように、追認によっても効力を生じないという原則を維持すべきである。

意思無能力については無効を維持すべきであるが、少なくとも意思無能力については、意思無能力者側による一方的な行為によって遡及的に有効とする趣旨の追認的な規定を設けることを検討すべきである。あるいは、「性質上追認を許す場合」に追認を認めるという規定をおくことも検討すべきである。

[理由]

意思無能力については無効を維持すべきであるが、意思無能力については、追認と追認による遡及効を認めても弊害はなく、意思無能力の場合に追認の規律を設けることは積極的に検討されてよいと思われる。

具体的には、意思無能力による法律行為の効果は無効としたうえで、

- ① 相手方からは無効主張できない。
- ② 表意者側からの追認は可能。追認を可能とするのであれば、遡及効も認める。
- ③ 相手方に催告権。回答しなければ無効で確定。
- ④ 期間制限はない（取消しとの違い）。

（無権代理と同様の規律を設ける）

あるいは、意思無能力に限定せず、「性質上追認を許す場合」などに追認を認めるという規定の仕方もあり得る。いずれにせよ、無効であっても、追認を認める場合があつてよいのではないか。

#### 4 取り消すことができる行為の追認

##### (1) 追認の要件

取り消すことができる行為を追認権者が追認するための要件（民法第124条第1項）については、取消原因となった状況が消滅したことだけでなく、対象となる行為について取消権を行使することができることを知っていることが必要であるという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、制限行為能力者（成年被後見人を除く。）について、法定代理人、保佐人又は補助人の同意を得て自ら追認することができることを条文上明記するとともに、この場合には、法定代理人、保佐人又は補助人が対象となる行為について取消権を行使することができることを知っていることを要件とすべきであるという考え方の当否について、更

に検討してはどうか。

[意見]

表意者保護の観点から、いずれも提示されている考え方に賛成である。

[理由]

追認によってもはや取消しができなくなり、取消し得る行為も確定的に有効になるのであるから、その前提として、行為自体の了知のみならず、取消しが可能であることを認識している必要があるとすべき。取消しができないと認識しながら、法定追認事由によって追認となるのは、表意者保護としては不十分である。

## (2) 法定追認

法定追認事由について、判例や有力な学説に従って、相手方の債務の全部又は一部の受領及び担保の受領が法定追認事由であることを条文上明記すべきであるとの考え方があるが、追認することができることを知らなくても、単なる外形的事実によって追認の効果が生ずるとすれば、追認権者が認識しないまま追認が擬制されるおそれがあるとの指摘もある。このような指摘を踏まえ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

「相手方の債務の全部または一部の受領」や「担保の受領」を法定追認事由とすることには反対である。追認できると十分理解し、押しつけ的ではない履行を受けた場合に追認となることはしかるべきであるが、これは「履行の請求」や法定追認ではなく「追認した」と解することで対処が可能であり、追認意思のない押しつけ的な外形的事実によって法定追認とされるのは表意者保護に欠け、妥当でない。

[理由]

履行の全部または一部の受領や担保の受領については、債務者側による一方的な郵送や銀行振込による送金等、債務者側による押し付けの可能性が否定できない。

4(1)で、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、法定追認についても、取消権を行使しうる状態で法定追認事由が発生した場合に限って法定追認とされるのであれば、表意者保護として十分であるという意見もある。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履行の全部または一部の受領や担保の受領を排除しきれないし、取消権者において取り消すべきか否か検討している間の相手方から表意者本人への一方的で強引な履行の全部または一部の提供等によって取消権が消滅することになり得、表意者保護の観点からは不十分である。特に、郵送や銀行振込による受領のように、表意者の行為を要しない場合に、法定追認となるのは酷と

思われる。

一方、判例も履行の受領を法定追認事由としている（大判 S8.4.28）。また、追認できると十分に理解し、押しつけ的ではない履行を受けた場合に追認となることには合理性がある。しかし、このような場合は、「履行の請求」もなされていたり、法定追認ではなく「追認」があったと認定ができることが多いと思われる。すなわち、追認する意思をもって履行の受領などをした場合にはまさに「追認」したといえれば足りるといえる。そのような認識のない「履行の受領」「担保の受領」をその事実のみで追認とするのは、押しつけ的に追認が生じることを防ぐことができず、表意者保護に欠けるといえ、一律に「履行の受領」「担保の受領」を法定追認事由とするのは、追認事由が不当に拡大されて妥当でない。

### (3) 追認の効果

取り消すことができる行為の追認は不確定的に有効であった行為を確定的に有効にするにすぎず、追認によって第三者が害されるという場面は考えられないことから、取り消すことができる法律行為を追認することによって第三者の権利を害してはならない旨の規定（民法第122条ただし書）は、削除するものとしてはどうか。

[意見]

民法122条ただし書を削除することには反対しない。

[理由]

民法122条ただし書の規定が適用されるケースは考えられない。取り消し得る行為というのは元々有効なものであり、物権変動は対抗要件で決せられるのみである。

### (4) 相手方の催告権

相手方の法的地位を安定させる観点から、取り消すことができる法律行為を追認するかどうか確答するように追認権者に催告する権利を相手方に与えるべきであるとの考え方があり。このような考え方の当否について、どのような取消原因について催告権を設ける必要があるかを含め、検討してはどうか。

[意見]

詐欺、強迫のように、相手方に帰責性があるものについては催告権を認めるべきではないが、制限行為能力者の相手方のように帰責性がないものについては催告権を認めてよい。

[理由]

相手方に帰責性がない場合には、取り消されるかもしれないという不安定な立場からの解放を認めるべきである。表意者にとっても、取り消し得る行為であることを認識している場合に限って追認が認められるとすれば、特別表意者保護に欠けるとはいえない。

## 5 取消権の行使期間

### (1) 期間の見直しの要否

取消権の行使期間については、追認可能時から5年間、行為時から20年間とされている（民法第126条）ところ、これは長すぎるとして、例えば、これを追認可能時から2年間又は3年間、行為時から10年間に短縮すべきであるとの考え方がある。これに対し、例えば消費者には現行法の行使期間でも取消権を行使することができない者がおり、行使期間を短縮すべきではないとの意見もある。そこで、取消権の行使期間の短縮の可否及び具体的な期間について、債権の消滅時効期間の在り方（後記第36, 1(1)）にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

#### [意見]

現行法どおりとするべきであり、期間を短縮することには反対である。また、時効の議論をふまえてさらに検討が必要である。

#### [理由]

- 1 提示されている考え方は、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について検討が必要であり、本提案については、これらに遡って検討する必要がある。

時効一般の規定とのバランスもあるし、時効の議論をしたうえで、除斥期間制度をどうするのかといった議論もふまえたうえで、検討されるべきである。

- 3 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、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年を超えて取消しが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。

期間は主観的・感覚的などところも大きいですが、現行法で不都合であるという積極的な理

由がなければ，維持されるべき。

## (2) 抗弁権の永続性

取消権の行使期間の制限が，取消権者が相手方からの履行請求を免れるために取消権を行使する場合にも及ぶかどうかについては，明文の規定がなく解釈に委ねられている。この点を明らかにするため，上記の場合に行使期間の制限なくいつまでも取消権を行使できる旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方があるが，このような考え方の当否について，更に検討してはどうか。

[意見]

抗弁権の永続性を認めるべきである。

[理由]

債務が未履行の場合は，取消権が長期間行使されなかったことによる相手方の保護に乏しい。取り消し得る行為であるから，履行の必要がないと考えていた表意者側の期待も保護に値する。抗弁として取消権を行使する場合には，期間制限の規定を適用しないということによいといえる。

### 第33 代理

#### 1 有権代理

##### (1) 代理行為の瑕疵-原則（民法第101条第1項）

民法第101条第1項は、代理行為における意思表示の効力が当事者の主観的事情によって影響を受ける場合には、その事情の有無は代理人について判断すると規定するが、代理人が詐欺・強迫をした場合については、端的に同法96条第1項を適用すれば足りることから、同法第101条第1項の適用がないことを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

代理人が詐欺等をした場合、民法第96条第1項等の規定が端的に適用されることを条文上明確にすることは、特に反対しない。

[理由]

代理人が詐欺等をした場合、民法第101条第1項ではなく、同法第96条第1項等の規定が端的に適用されることを条文上明確にすることにつき、特に問題はない。

##### (2) 代理行為の瑕疵-例外（民法第101条第2項）

民法第101条第2項は、本人が代理人に特定の法律行為をすることを委託した場合に、代理人が本人の指図に従ってその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができないとし、また、本人が自らの過失によって知らなかった事情についても同様とすると規定する。この規定に関して、その趣旨を拡張して、任意代理において本人が代理人の行動をコントロールする可能性がある場合一般に適用される規定に改めるべきであるとの考え方があるので、この考え方の当否について、更に検討してはどうか。

#### 1 民法第101条第2項の規定が任意代理の場合にのみ適用されることの可否

[意見]

民法第101条第2項が任意代理の場合にのみ適用されることにつき、すべての法定代理の場合を除外してよいか、慎重に検討すべきである。

[理由]

任意代理と異なり、本人の意思に基づかないで選任される法定代理人の場合、本人が代理人をコントロールする状況は、通常想定されないことから、原則として、同項が任意代理人についてだけ適用されるとしても問題はない。

しかし、法定代理であっても、たとえば、本人が19歳の子、法定代理人がその両親であった場合のように、本人が法定代理人をコントロールできないとは考え難い場合も容易に想定できる。かかる場合に、本人が自ら知りまたは過失によって知らなかった事情につ

き、常に主張できるとすることは妥当性を欠くと思料される。

## 2 本人の代理人に対するコントロール可能性と本人の主観的事実の考慮

[意見]

本人の代理人に対するコントロール可能性がある場合、本人の主観的事実を考慮すべきであることを条文上明確にすることは、特に反対しない。

[理由]

本人の指図がない場合であっても、本人の代理人に対するコントロール可能性がある場合、本人は、自らが知っていた事実または戻すべきであった事実につき、本人が主張できないとしても、特に問題はない。

### (3) 代理人の行為能力（民法第102条）

民法第102条は、代理人は行為能力者であることを要しないと規定するが、制限行為能力者の法定代理人に他の制限行為能力者が就任した場合には、本人の保護という法定代理制度の目的が達成されない可能性がある。これを踏まえ、法定代理については、制限行為能力者が法定代理人に就任すること自体は可能としつつ、本人保護のために、その代理権の範囲を自らが単独ですることができる行為に限定するなどの制限を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

制限行為能力者が法定代理人となった場合の代理権の範囲につき、新たな制限を設ける規定を設けるべきではなく、現行法の規定を改正する必要はない。

[理由]

1 本人保護のために選任される法定代理人が、制限行為能力者であれば本人保護が図りえない可能性は否定できない。しかし、夫婦や親子の場合、一方が制限行為能力者であっても、その者が法定代理人に就任することが本人保護につながる場合が想定しうることから、制限行為能力者が法定代理人に就任する可能性を否定するべきではない。

このように考えることは、平成11年民法改正において、成年被後見人や被保佐人が法定代理人に就任することが可能となったことと整合的である。

なお、法定代理人に就任した者が成年被後見人になった場合、代理権が消滅すると規定されているが（民法第111条第1項第2号）、これは選任後の事実の変化に対応するための規定であり、同号の存在をもって、制限行為能力者が法定代理人に就任した場合の代理権の範囲を制限することの根拠とすることはできない。

2 上記平成11年民法改正を前提とすると、親族法分野では、制限行為能力者が法定代理人として代理行為をすることを認めていることから、同改正による親族法との整合性を検討することなしに、制限行為能力者が法定代理人に就任した場合の代理権の範囲を



制限する規定を設けるべきではない。

#### (4) 代理権の範囲（民法第103条）

民法第103条は、「権限の定めのない代理人」は保存行為その他の一定の行為のみを行うことができると規定するが、そもそも代理人の権限の範囲は、法定代理の場合にはその発生の根拠である法令の規定の解釈によって定まり、任意代理の場合には代理権授与行為の解釈によって定まるのが原則であるのに、その旨の明文の規定は存在しない。そこで、この原則を条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

代理権の範囲に関する原則的規定を設けることは、特に反対しない。

[理由]

代理権の範囲は、法定代理の場合にはその発生の根拠である法令の規定の解釈によって定まり、任意代理の場合には代理権授与行為の解釈によって定まることから、同内容の原則的な規定を設けることによる問題は生じない。

#### (5) 任意代理人による復代理人の選任（民法第104条）

民法第104条は、任意代理人が本人の許諾なく復代理人を選任することができる場合を、やむを得ない事由があるときに限定しているが、この点については、任意代理人が復代理人を選任することができる要件を緩和して、自己執行を期待するのが相当でない場合に復代理人の選任を認めるものとすべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、本人の意思に反して復代理人が選任されるおそれを指摘する意見があることなども踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

任意代理人による復代理人選任の要件を緩和することについては、特に反対しないが、いかなる要件とするかは、慎重に検討すべきである。

[理由]

- 1 民法第104条の「やむを得ない事由」とは、たとえば、本人が不在のため復代理人選任について許諾を得ることができないとか、本人に対して代理人の辞任を申し出ることができないような事情をいうとされているところ、「自己執行を期待するのが相当でない場合」とすることで、どの程度要件が緩和されるのか不明確である。
- 2 もっとも、例外であることが条文上規定されたとしても、復代理人選任の要件を大幅に緩和すると、代理人を選任した本人の私的自治を害する。

#### (6) 利益相反行為（民法第108条）

形式的には自己契約及び双方代理を禁止する民法第108条に該当しないものの、実質的には本人と代理人との利益が相反している事案において、同条の趣旨を援用すると判断した判例があることなどから、代理人の利益相反行為一般を原則として禁止する旨の明文の規定を設けるという考え方がある。このような考え方の当否について、取引に萎縮効果が生じるなどとしてこれに慎重な意見があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、代理人の利益相反行為一般を原則として禁止する場合には、これに違反した場合の効果についても、無権代理となるものとする案や、本人への効果の帰属を原則とした上で、本人は効果の不帰属を主張することができるものとする案などがある。そこで、これらの案について、相手方や相手方からの転得者等の第三者の保護をどのように図るかという点も含めて、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 代理人の利益相反行為一般を原則として禁止する旨の明文の規定を設けることに、賛成である。
- 2 また、代理人の利益相反行為一般を原則として禁止する場合に、これに違反した場合の効果については、①自己契約・双方代理については、端的に無効とすべきである。②それ以外の利益相反行為は、代理行為の相手方等の本人及び代理人以外の第三者との取引関係が問題になることから、相手方等が悪意又は重過失の場合に、本人は無効ないし効果不帰属を主張できるとすべきである。
- 3 転得者等の（相手方以外の）第三者を保護する規定を置くことには賛成である。その場合、かかる第三者が悪意又は重過失の場合に、無効ないし効果不帰属を主張できるとすべきである。

[理由]

- 1 既に現民法108条について、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、同条の拡張ないし類推が認められており（大判昭7. 6. 6民集11巻1115頁）、また、その結論に対しては広く承認されているから、利益相反行為一般を原則として禁止する明文の規定を設けることに賛成である。

このような処理事態が例外的なものと考えるべきで、自己契約や双方代理の規定の拡張や類推での対応にも自ずと限界はあるが、「取引に萎縮効果が生じる」との意見に対しては、要件、効果を明文の規定を設けて明らかにすることで対応すべきであるし、既に利益相反行為に関して集積された判例が存在することから、直ちに萎縮効果が生じるとまで言えるのかについては疑問である。この点については、要件、効果について更に検討をすることで対応すべきである。

- 2 利益相反行為一般を原則として禁止する場合の要件、効果について

- (1) 利益相反行為の効果に関する法律構成については、現民法上は108条違反の効果については明文に規定はないものの、判例は無権代理無効としている（大判大正7. 5. 32等）。

これに対して、理論的には、代理人が本人のために行動する義務に違反したという内部的な問題に過ぎないとして有権代理であると解することも可能であるし、効果不帰属構成も考えられる。現段階でいずれの考え方を採用しなければならないとする特別な理由は認められないが、利益相反行為で漏れたものを代理権濫用においてカバーすることからすれば、代理権濫用(効果不帰属構成)と平仄を合わせることも考えられる。

したがって、理論構成について、現時点で、いずれを採用すべきか、特段に明示する必要性は認められず、慎重に検討すべきである。

具体的な効果については、それぞれの場面におけるあるべき結論を検討すべきであり、それについての意見は、以下のとおりである。

- (2) 自己契約・双方代理について

自己契約や双方代理については、本人・代理人間の対内関係にとどまるのであって、それ以外の相手方その他の第三者との取引の関係を考える必要はないからその効果については、端的に無効とすべきである。本人の利益を害さないことが明らかな場合には、本人の追認を認めれば足りる（信託法31条4項と同様の構成）。

- (3) その他の利益相反行為について

上記以外の利益相反行為については、本人代理人以外の対外関係の問題であり、それ以外の相手方その他の第三者との取引の安全を考慮する必要があるから、相手方等が悪意又は重過失である場合に、本人は無効ないし効果不帰属を主張し、利益相反行為の効力を否定できるとすべきである。

（無権代理無効構成からは、相手方の保護（取引の安全）は基本的に表見代理の規定によることとなるが、本意見書ではその点は明言はしない）。

（信託法31条6項との比較では、取消構成とまではする必要はないが、相手方等の主観的要件としては同じく悪意又は重過失の場合に当該利益相反効力の効果を否定できるとすべきである）。

ただし、悪意又は重過失の立証責任については、別途検討を要するが、本人側に負担させるのが妥当であろう。

- (4) なお、(特に、効果不帰属主張構成による場合に)、本人はいつまでも利益相反行為につき効果不帰属を主張できることになると、相手方等との関係で法的安定性に欠ける面もあるから、その手当についても検討することは考えられる。

### 3 転得者等の（相手方以外の）第三者を保護規定

利益相反行為の効果について、無権代理構成を採用すると、相手方が表見代理の規定によっても保護されない場合には、94条2項の類推適用や即時取得の規定によって解決することとなるが、無権代理無効構成か、効果不帰属構成かは、今後の慎重な検討によ

ることとし、少なくとも転得者などの相手方以外の第三者保護のための規定を置くべきである。その際の第三者の主観的要件としては悪意又は重過失が妥当である。

ただし、悪意又は重過失の立証責任については、別途検討を要するが、本人側に負担させるのが妥当であろう。

#### (7) 代理権の濫用

判例は、代理人がその代理権を濫用して自己又は他人の利益を図る行為をした場合に、心裡留保に関する民法第93条ただし書を類推適用して、本人は悪意又は過失のある相手方に対して無効を主張することができるものとする事により、背信行為をされた本人の保護を図っている。このような判例法理に基づき代理権の濫用に関する規定を新設するかどうかについては、代理行為の効果が本人に及ばないのは相手方が悪意又は重過失のある場合に限るべきであるなどの見解があることも踏まえつつ、規定を新設する方向で、更に検討してはどうか。

また、代理権の濫用に関する規定を新設する場合には、その効果についても、その行為は無効となるものとする案や、本人は効果の不帰属を主張することができるものとする案などがある。そこで、これらの案について、相手方からの転得者等の第三者の保護をどのように図るかという点も含めて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 代理権の濫用に関する規定を新設することに賛成である。
- 2 任意代理の場合の相手方の信頼要件として、「過失」ではなく「重過失」とする点については慎重な検討を要する。
- 3 効果不帰属主張構成を採用すべきである。
- 4 転得者等の第三者の保護については、「過失」ではなく「重過失」と規定することに賛成する。

#### [理由]

- 1 代理権濫用の事例につき、判例（最判昭42.4.20，最判平4.12.10等）は民法93条ただし書の類推適用を認める立場に立っている。しかし、かかる立場に対しては、代理人は、法律行為の効果を本人に帰属させる意思をもって、本人に効果帰属すべき内容の意思表示をしたのであるから、そこに心裡留保に類似する事態は存在しないとの批判もある。判例の立場は、代理権濫用に関する一般的規定が現民法に存在しないことに基づく次善の策と考えるべきである。よって、明文で代理権濫用に関する規定を設ける必要性が認められる。
- 2 そして、代理権濫用に関する規定を設けるに際しては、任意代理の場合と法定代理の場合とを区別して規定すべきである。

任意代理の場合には、本人が代理人を選任していること、選任後も代理人のコントロ

ールが可能なことから、法定代理の場合と比較して本人の帰責性が大きい。また、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。代理権の濫用を規定するにあっても、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すべきである。このような要請は、法定代理に特有なものであり、ここにも任意代理の場合と法定代理の場合とを区別して規律する必要性が認められる。

3 さらに、代理権濫用に関する規定を設けるに際して、この点、民法第93条における非真意表示と狭義の心裡留保とを区別するという立法提案との関係や本人保護と取引安全の保護の調和をどのように図るのか、の観点から検討すべきである。

4 代理権濫用に関する規定を新設する方向で検討する場合、要件、効果について検討することとなる。

この点、民法93条ただし書の類推適用で対応する場合と比べて事例に即した規定としなければならない。その意味で法律構成としては、効果不帰属主張構成を採用すべきである。

代理権濫用は、代理人が自己また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理解されており、それ自体は有権代理であって、原則として本人にその効果が帰属する。とすれば、この場合には一定の要件のもとで代理権濫用行為の効果が帰属しないことを主張できるという規定の仕方は是認できると考える。

また、判例の立場と異なる見解を採用することになるが、民法93条の類推適用という次善の策を判例が講じていたに過ぎないと評価できれば、判例と異なる見解を採用することにも抵抗はない。

5 任意代理の場合の相手方の信頼要件として、「過失」ではなく「重過失」とする点については慎重な検討を要する。

相手方の信頼要件について、「重過失」とするのは、現民法における判例の立場とは異なる立場を採用することとなる。しかしながら、代理人の背信的な内心について、取引の相手方がそれに気づくことは稀で、本人が相手方の悪意、有過失を立証することは相当困難である。したがって、「重過失」とした場合には、本人が相手方の重過失の立証に失敗すると、代理権濫用行為の効果が帰属することを拒否できず、余りに本人に酷ではないかとも考えられる。したがって、任意代理の場合の相手方の信頼要件として、「過失」ではなく「重過失」とする点については慎重な検討を要する。

6 転得者等の第三者の保護については、「過失」ではなく「重過失」と規定することに賛成する。

仮に、相手方保護の主観的要件について、「過失」ではなく「重過失」とする考え方に對して否定的な立場に立ったとしても、転得者等の第三者は直接の相手方よりも取引の安全が重視されてしかるべきである。よって、第三者に関する限りはその信頼要件を「重

過失」とすることに抵抗はない。

## 2 表見代理

### (1) 代理権授与の表示による表見代理（民法第109条）

#### ア 法定代理への適用の可否

代理権授与の表示による表見代理を規定する民法第109条に関しては、法定代理には適用がないとする判例・学説を踏まえて、このことを条文上明記するかどうかについて、法定代理であっても、代理権授与表示があったと評価することができる事案もあり得るとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

代理権授与の表示による表見代理を規定する民法第109条の適用範囲に関して、明文で法定代理への適用を否定することについては反対である。

#### [理由]

法定代理であっても、代理権授与表示があったと評価することができる、即ち本人の帰責性が認められと評価することができるという事案もあり得る、このような指摘がある以上、民法109条が法定代理には適用されないと条文に明記してしまつては、実務上条文の文言に反する判決を書くということは本来あってはならない、そもそも許されるものではないことから、事案に応じた妥当な解決を図るという途を閉ざす結果となる。条文上明記することから生じるこのような危険性がないと言えない限りは、慎重に成らざるを得ない。よって、明文で法定代理への適用を否定することについては反対である。

#### イ 代理権授与表示への意思表示規定の類推適用

民法第109条の代理権授与の表示については、その法的性質は意思表示ではなく観念の通知であるとされているものの、意思表示に関する規定が類推適用されるとする見解が主張されていることから、代理権授与の表示に意思表示に関する規定が類推適用される場合の具体的な規律を条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

代理権授与の表示に意思表示に関する規定が類推適用される場合の具体的な規律を明文上も明らかにするかについて、慎重に検討すべきである。

#### [理由]

代理権授与表示は、本人が、他人への代理権授与の事実を代理の相手方に伝えるものであり、意思表示ではなく観念の通知であるとされる。代理権授与表示を行うことによって、法律関係に変動を生じるわけではないからである。しかし、この表示は、「他人の代理権を

本人自身が証明することで、代理人を通じた相手方との法律関係の形成を可能にするためにおこなわれる。これは、他者との法律関係の形成を目指しておこなわれる点で、意思表示に類似している。」とされる（佐久間毅民法の基礎 1 p262）。よって、代理権授与表示へ意思表示に関する規定の類推適用を認める可能性は認められる。

しかしながら、さらに現段階で、具体的な規律を明文化すべきであろうか。

この点については、いかなる事例を想定しての議論かを明確にすべきであるし、意思表示に関する規定の定め方にも影響を受ける。また、そもそもこのような細目についてまで明文の規定を設ける必要性が認められるのかといった意見もあり、更に慎重な検討を要する。

## ウ 白紙委任状

民法第109条が実際に適用される主たる場面は、白紙委任状が交付された場合であるとされていることから、白紙委任状を交付した者は、白紙委任状の空白部分が補充されて相手方に呈示されたときは、これを呈示した者が白紙委任状の被交付者であると転得者であるとを問わず、呈示した者に代理権を与えた旨の同条の代理権授与の表示を相手方に対してしたものと推定する旨の規定を新設するという考え方がある。この考え方の当否について、白紙委任状の呈示に至るまでの本人の関与の程度や、白紙委任状における空白部分の態様が様々であることなどを指摘して、一般的な規定を設けることに消極的な意見があることも踏まえ、更に検討してはどうか。

### [意見]

白紙委任状を交付した者は、白紙委任状の空白部分が補充されて相手方に呈示されたときは、これを呈示した者が白紙委任状の被交付者であると転得者であるとを問わず、呈示した者に代理権を与えた旨の同条の代理権授与の表示を相手方に対してしたものと推定する旨の規定を設けることについては、反対である。

### [理由]

民法第109条が実際に適用される主たる場面は、白紙委任状が交付された場合である、このように言われている点について異論はない。しかし、白紙委任状が濫用された場合の取り扱いについて、多くの判例が集積されていると言っても、濫用の類型を定式化することは困難で、判例の位置づけについても確立した分類整理が行われているとまでは言い難い。白紙委任状の相手方への交付には代理権授与表示の一類型に収まりきらない面があるとの指摘もある。

また、「白紙委任状の被交付者であると転得者であるとを問わず」としている点については注意を要する。判例の理解につき、白紙委任状を提示した者が転得者の場合については、さらに、①委任事項欄については顕著な濫用がなかった場合と、②委任事項欄についても顕著な濫用があった場合とを区別して論じられるのが一般である。そして、②に関しては、

判例は、本人の表見代理責任を否定することが多いとされる。例えば、最判昭39.5.23（民集18巻4号621頁）は、代理権授与表示の存在を否定している。このような状況下で、上記のような推定規定を置くことには疑問がある。

## エ 本人名義の使用許諾の場合

判例には、代理権授与の表示があった場合のみならず、本人が自己の名義の使用を他人に許した場合にも、民法第109条の法理等に照らして、

本人の表見代理による責任を肯定するものがあることから、このことを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

### [意見]

本人名義の使用許諾の場合について、条文上明らかにすることについては、慎重に検討すべきである。

### [理由]

判例にも、代理権授与表示があったといえない場合に、本人が自己の名義を使用して取引することを他人に許したときには、109条の趣旨に照らして、本人の表見代理責任を認めるものがある（最判昭35.10.21民集14巻12号2661頁）。この場合、本人は、自己が取引の効果を引き受けると推測される表示をすることを許しているのであり、代理権授与表示がされた場合と同様に扱ってよい。

また、名義を使用した他人には、名義を使用した以上一定の責任を負わせるべきであり、取引の当事者として（取引をした当事者と同様の）責任を負わせることに、異論はない。

名義使用者のこのような責任は、無権代理人の責任（民法第107条）とは異なるし（少なくとも、上記35年判決の名義使用者（東京地裁の厚生部）の考えとしては、自分が取引の当事者であるというもの）、効果として名義使用者にも連帯責任を負わせるという考え方に立つなら、このような効果は109条からは出てこない。よって、109条とは別に規定が必要となるはずである。また、平成17年の会社法改正の際に、現行商法14条の文言に修正があり、「自己の商号の使用を許諾した場合」と文言が限定的になったことから、本人が自己の名義の使用を許諾した場合についての規定を、民法に置く意味が認められると考える。

これに対しては、本人名義の使用許諾の場面では、相手方がその名義を信頼したのであれば、表見代理に準じた保護が必要となるが、相手方が目の前にいる名義使用者を取引の当事者だと信じた場合には、表見代理に準じた保護は必要とならないとの指摘や、名義使用者に連帯責任を負わせる場合には、無権代理人の責任との関係も含めて、その責任の性質をどのように捉えるかを検討する必要があるとの指摘がある。さらに、そもそも名義使用者は、名義貸与者に責任を押し付けるつもりはなく、自分こそが契約の当事者だと思っていることが多いことから、無権代理人の責任ではなく、契約当事者としての責任を負う



と解すべきであるとの考えもある。

このような考え方はいずれも傾聴に値するものであり、こうして見てみると本人名義の使用許諾の場合という一括りで全ての事例をカバーすることは出来ないとの結論にも達しうる。よって、本人名義の使用許諾の場合の規定を明文化するか否かについては、更に慎重な検討が必要であると考ええる。

#### オ 民法第110条との重畳適用

判例は、代理権授与の表示を受けた他人が、表示された代理権の範囲を超える法律行為をした場合に、民法第109条と同法第110条とを重畳適用することにより、その他人に代理権があると信ずべき正当な理由がある相手方の保護を図っていることから、このことを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

##### [意見]

民法第109条と民法第110条との重畳適用について、条文上明らかにすることに賛成である。

##### [理由]

本人による代理権授与表示を、110条の基本代理権の存在に代わるものとして、同条との重畳適用を認めるべきである（最判昭45.7.28民集24巻7号1203頁）。実際に重畳適用が認められる場合がほとんどないとしても（代理権授与表示に示されている委任事項と異なる事項について、相手方が代理権の存在を信じたことに正当な理由が認められることはほとんどないとされている。）、事例として皆無ではないこと。この結論については一般的に承認されている以上明文化することに抵抗はない。

ただし、実際に重畳適用が認められる場合がほとんどないと言われている事との関係で、このような細目についてまで明文の規定を設ける必要はないとの意見もあり、明文化にあたっては更に検討を要すると考える。

#### (2) 権限外の行為の表見代理（民法第110条）

##### ア 法定代理への適用の可否

代理人がその権限外の行為をした場合の表見代理を規定する民法第110条に関しては、判例は法定代理にも適用があるとしていると解されているが、学説上は法定代理への適用を認めない見解も有力であり、同条が法定代理には適用されないことを条文上明記すべきであるとの考え方が提示されている。そこで、この考え方の当否について、法定代理であっても、本人に一定のコントロール可能性があるにもかかわらず放置している場合のように、本人の帰責性を認めることができる事案もあり得るとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

権限外の行為の表見代理（民法第110条）について、法定代理への適用を排除するような明文の規定を設けることには、反対である。

[理由]

民法第110条について、法定代理には適用がないと直ちに断じてしまうのは危険である。そもそも判例は法定代理にも適用があると解されているし、法定代理であっても、本人に一定のコントロール可能性があるにもかかわらず放置している場合のように、本人の帰責性を認めることができる事案もあり得るとの指摘がある。このような指摘がある以上、民法110条が法定代理には適用されないと条文に明記してしまつては、実務上条文の文言に反する判決を書くということは本来あってはならない、そもそも許されるものではないことから、事案に応じた妥当な解決を図るという途を閉ざす結果となる。条文上明記することから生じるこのような危険性がないと言えない限りは、慎重に成らざるを得ない。よつて、権限外の行為の表見代理（民法第110条）について、法定代理への適用を排除するような明文の規定を設けることには、反対である。

#### イ 代理人の「権限」

民法第110条の「権限」に関しては、代理権に限られるものではなく、事実行為を含めた対外的な関係を形成する権限であれば足りるとする見解が有力である。そこで、このことを条文上も明らかにするかどうかについて、権限外の行為の表見代理の成立範囲を適切に限定する必要性にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

民法110条の「権限」に関して、事実行為を含めた対外的な関係を形成する権限であれば足りるとする見解などを考慮して、権限の内容を条文上も明らかにすること、現行法と同じく「権限」と規定することに賛成である。

[理由]

判例は、無権代理行為をした者が本人のための何らかの法律行為をする代理権を有することを要求する（最判昭34.7.24）。また、要件を緩和し、登記申請行為の代理権を、一定の場合（公法上の行為についての代理権であっても、その行為が特定の私法上の取引行為の一環としてなされた場合）には、基本代理権と認めてよいとする判例もある（最判昭46.6.3）。これに対し、有力な見解は、さらに事実行為を含む対外的な関係を形成する権限まで拡張するよう主張する。この見解は、例えば、些細な法律行為のための代理権が与えられた場合よりも、多額の投資取引を勧誘するという事実行為を委ねられた場合の方が、より重大な事柄を任せていると考えられるとする。また、事実行為も含む対外的な関係形成を委ねたことで、本人の帰責性は十分であると考えられるものである。さらに、この見解は、本人にとって過酷な結果が生じることを避けるため、正当理由の要件を厳格に

解することで対処すべきとする。確かに、この見解によっても大きな不都合はないものと考えられるが、判例が慎重に「権限」の範囲を画そうとしている態度とは異なる立場であるといえる。そこで、実際に有力説を明文化することについては、なお慎重な検討を要すると解すべきである。

また、「権限」が認められる範囲を、法律行為をする代理権に限定しないことで、表見代理が成立しうる範囲が拡大することになると思われるが、そうした場合、取引安全との関係で、「権限」という要件の外延がぼやけてしまって、不当に成立範囲を拡大しすぎる危険性が生じないかという疑問がある。

ただ、有力説が大きな破綻を生じさせないと判断される場合には、理論的にこの考えを排除するまでの必要はなく、現段階では、「権限」の範囲を厳格に解する判例の立場を採用するのではなく、現行民法と同様「権限」と規定し、解釈の余地を残しておくことで対応することで足りると考える。

#### ウ 正当な理由

民法第110条の「正当な理由」に関しては、その意味やどのような事情があるときにこれが認められるのかが明らかではないとの指摘があることから、善意無過失を意味することを条文上も明らかにするとする案や、「正当な理由」の有無についての考慮要素をできる限り明文化するとする案などを対象として、その規定内容の明確化を図るかどうかについて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

民法第110条の「正当な理由」に関し、「正当な理由」＝相手方の善意無過失とすることについては反対である。

条文の文言としては「正当な理由」とし、コンセンサスが得られているという限りで判断要素を明文化することについては賛成である。

#### [理由]

伝統的な通説の立場と同様、「正当な理由」＝相手方の善意無過失とするのが判例の立場であると一般に評価されている。これに対し、「正当な理由」について、本人と相手方の双方の事情をそれぞれ考慮し、相手方を保護して本人に責任を課すべきかどうかを総合的に判断するための要件と捉える見解が存在する（総合判断説）。しかし、判例の立場も本人側の事情を一切考慮しないというものではないとする評価もあり、判例の立場に立った場合の「正当な理由」の判断基準についても定まると評価できるものではない。現段階での評価としては、「正当な理由」の判断の基礎となる事実に関する基準を明確な形で一般化することは難しく、その判断は最終的には当該事案の個別的・具体的な諸事情によって大きく影響されることになるという考え方が妥当といえる（民法判例百選①第6版63頁）。よって、本人側の事情を一切考慮しないという意味での「正当な理由」＝善意無過失とする

考え方には反対である。

次に、条文の文言としては単に「正当な理由」と規定し、それでは余りに抽象的に過ぎるので、その判断要素については、判例に現れた具体的事情のうち、取り上げて評価の対象とすることについてコンセンサスを得られた具体的事情については、分かりやすさという観点から明文化することに賛成する。ただし、その一つ一つの具体的事情の理論的な位置づけについては深く考える必要はない。

なお、有力説は、善意無過失説では出てこない、「基本権限からの逸脱の程度の大小」という判断要素を挙げる。しかし、判例がこのような要素も考慮しているのか否かについてはコンセンサスを得たとは言いがたい状況である。よって、この要素についてまで明文化する必要性は現段階では認められない。

ただし、有力説は、「権限」の範囲を緩和することとの関連で主張されているものであり、ここから「権限」という要件と「正当な理由」という要件との関係も含め、さらに慎重な検討を要すると考える。

### (3) 代理権消滅後の表見代理（民法第112条）

#### ア 法定代理への適用の可否

代理権消滅後の表見代理を規定する民法第112条に関しては、判例は法定代理にも適用があるとしていると解されているが、学説上は法定代理への適用を認めない見解も有力であり、同条が法定代理には適用されないことを条文上明記すべきであるとの考え方が提示されている。そこで、この考え方の当否について、法定代理であっても、制限行為能力者であった本人が行為能力者となった後は、法定代理人であった者の行動に対する本人の帰責性を認めることができる事案もあり得るとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

代理権消滅後の表見代理（民法第112条）に関し、法定代理の場合への適用の余地を解釈上残すべきで、明文の規定で適用を否定することには、反対である。

#### [理由]

法定代理の場合には、本人の帰責性が認められないと一般的に判断して、法定代理への適用を否定する考え方は、この場合については妥当ではない。なぜなら、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している場合、これを帰責されても仕方のない事情が認められるからである。すなわち、法定代理人の代理権が単純に消滅した場合、それは当該事項については本人が能力を回復し、本人自身に従前の法定代理人による代理行為の継続の防止を期待できる。よって、特に代理権消滅後の表見代理に関しては、その適用範囲について慎重な検討を要する。

また、具体的に法定代理の場合でも適用の可能性が想定しうる以上、民法112条が法

定代理には適用されないと条文に明記してしまつては、実務上条文の文言に反する判決を書くということは本来あってはならない、そもそも許されるものではないことから、事案に応じた妥当な解決を図るという途を閉ざす結果となる。条文上明記することから生じるこのような危険性がないと言えない限りは、慎重に成らざるを得ない。よつて、代理権消滅後の表見代理（民法第112条）に関し、法定代理の場合への適用の余地を解釈上残すべきで、明文の規定で適用を否定することには、反対である。

## イ 「善意」の対象

民法第112条の「善意」の対象については、判例は、行為の時点で代理権の不存在を知らなかつたことで足りるとするものと解されているが、学説上は、同条における相手方が保護される根拠との関係で、過去において代理権が存在したことを知つており、その代理権の消滅を知らなかつたことを必要とするとの見解が有力である。そこで、このような学説に基づいて「善意」の対象を条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

### [意見]

民法第112条の「善意」の対象を条文上も明らかにするかどうかについて、慎重な検討を要する。

### [理由]

「善意」の対象について、行為の時点で代理権の不存在を知らなかつたことで足りるとする立場（判例の立場とされる。この点は後述）に立つた場合、相手方の信頼要件に制限を加えないため、本人は、他人に代理権を与えることは、自己の関与しない将来の無権代理行為についての表見代理責任を一般的に覚悟しなければならないことになり、代理権授与表示に非常に大きな危険を伴うことになってしまう。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問題である。

一方、「善意」の対象について、過去において代理権が存在したことを知つており、その代理権の消滅を知らなかつたことを必要とする立場を採用した場合は、判例の立場と異なる見解を採用することになるのであろうか。この点、判例は、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のみで（最判昭44.7.25判時574号26頁）、明確に上記の立場に立つと評価できるものであるかは疑問である。

しかし、さらに後者のような見解を採用する理由として、消極的に前者の立場が不当であるというだけでは足りないはずである。この論点は、代理権消滅後の表見代理に関して本人の帰責性をどこに求めるのか、という点にも関連するものである。前者の立場によれば、本人が代理権を与えたことに本人の帰責性が根拠付けられることになると考えられるが、これでは代理権授与の表示による表見代理の場合とは別に代理権消滅後の表見代理に

関する規定を置く必要性がなくなってしまうのではないか、という疑問が生ずる。

いずれにしろ、本論点は本人の帰責性と関連する問題であり、本論点を単独で論ずるのでは足りない。そして、代理権授与の表示による表見代理の場合とは別に代理権消滅後の表見代理に関する規定の存在意義をどのように考えるのか、いまだ議論は尽くされていないように思われる。よって、本論点の結論についてはなお慎重な検討を要する。

#### ウ 民法第110条との重畳適用

判例は、本人から代理権を与えられていた者が、消滅した代理権の内容を超える法律行為をした場合に、民法第110条と同法第112条とを重畳適用することにより、その者に権限があると信ずべき正当な理由がある相手方の保護を図っていることから、このことを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

民法第110条と民法第112条との重畳適用に関し、明文上も明らかにすることに賛成である。

[理由]

判例も、現民法112条に加えて110条を重ねて適用することを認めている（最判昭32.11.29など）。学説も重畳適用については承認している。ただし、このような細目についてまで明文の規定を設ける必要はないとの意見もあり、更に検討することが必要であると考ええる。

### 3 無権代理

#### (1) 無権代理人の責任（民法第117条）

民法第117条第1項による無権代理人の責任に関しては、無権代理人が自らに代理権がないことを知らなかった場合には、錯誤に準じて無権代理人としての責任を免れ得るものとする旨の規定を設けるかどうかについて、相手方の保護の観点から、これに慎重な意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

また、同条第2項に関しては、無権代理人が故意に無権代理行為を行った場合には、相手方に過失があるときでも、無権代理人は同条第1項の責任を免れないものとする旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。これに関連して、無権代理人が重過失によって無権代理行為を行った場合にも同様とするかどうかや、相手方の過失が軽過失にとどまる場合には、無権代理人はその主観的態様にかかわらず無権代理人としての責任を免れないものとするかどうかについても、更に検討してはどうか。

#### 1 無権代理人が錯誤に準じて無権代理人の責任を免れることの可否

[意見]

無権代理人が自らに代理権が無いことを重過失なくして知らなかった場合、無権代理人の責任を免れることについては反対しない。

[理由]

従来無権代理人の責任は、法定の無過失責任であるとされてきたが、代理権を有する者が代理行為をする前日に本人が死亡する等の場合に代理人に酷な結果となる。そこで、無権代理人が代理権がないことにつき、善意無重過失の場合に免責されるとの結論は、妥当である。

なお、無権代理人が誤信しているのは、法律行為の内容ではなく、代理権という自己の権限の有無であることに鑑みれば、錯誤に準じると考える必要はないと思われる。

## 2 相手方に過失があるが、無権代理人に故意ある場合に無権代理人が責任を負うことの可否

[意見]

相手方に過失がある場合であっても、無権代理人に故意ある場合は、無権代理人の責任を免れないとすることには、特に反対しない。

[理由]

無権代理人の責任は、代理制度の信用保持のための法定責任であることから、相手方に過失がある場合にまで、無権代理人に責任を負わせるのは妥当でない。また、相手方に悪意又は重過失がある場合に限定することは、重過失が悪意とほぼ同視しうるものであることから、相手方の過失の程度に応じた柔軟な解決ができなくなる恐れがある。

ところで、無権代理人が無権代理であることについて故意ある場合、無権代理人が同責任を免れる理由はなく、むしろ責任を負わせる方が上記の無権代理人の責任の趣旨及び法的性質に合致する。

## 3 無権代理人が重過失によって無権代理行為を行った場合に無権代理人の責任を負うことの可否

[意見]

相手方に過失がある場合であっても、無権代理人に重過失がある場合は、無権代理人の責任を免れないとすることには、特に反対しない。

[理由]

無権代理人に重過失がある場合、重過失は悪意と同視し得ることから、上記2と同様、無権代理人の責任を免れないとしても不都合はない。

## 4 相手方の過失が軽過失にとどまる場合には、無権代理人はその主観的態様にかかわらず無権代理人としての責任を負うことの可否

[意見]

相手方の過失が軽過失にとどまる場合は、無権代理人はその主観的態様と無関係に責任を免れないとすることには、反対である。

[理由]

無権代理人の代理権の不存在につき、相手方が善意軽過失の場合であっても、無権代理人が善意無重過失であれば、上記1と同様、無権代理人に酷な結果となりうるので、無権代理人の主観的態様と無関係に相手方を保護するのは、相手方の保護に偏り過ぎる。

## (2) 無権代理と相続

同一人が本人としての法的地位と無権代理人としての法的地位とを併せ持つに至った場合における相手方との法律関係に関しては、判例・学説の到達点を踏まえ、無権代理人が本人を相続したとき、本人が無権代理人を相続したとき、第三者が無権代理人と本人の双方を相続したときなどの場面ごとに具体的な規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

### 1 無権代理と相続に関する規定を設けることの可否

[意見]

無権代理と相続の問題は、極めて例外的な場面を想定したものであるから、あえて民法に規定を設けるべきかについて慎重に検討するべきである。

[理由]

確かに、下記2及び3は、確立した判例法理の明文化であり、下記4は、判例の結論がバランスを欠いている旨学説から批判されているところであるので、明文化したとしても、特に問題は生じない。

しかし、これらの問題は、無権代理人、本人及び第三者のそれぞれが相続するという実務上極めて例外的な場面でしか問題とならないものであるから、あえて民法に規定を設ける必要性に乏しい。

そこで、あえて民法に規定を設けるべきかについて慎重に検討するべきである。

### 2 無権代理人が本人を相続したときの規律

[意見]

無権代理人は、追認を拒絶することができない。

[理由]

- (1) 判例の帰結を条文化するものであり、特に反対しない。
- (2) この場合、相手方は、取消権（民法115条）を行使し得るかを検討する必要があると思われる。

### 3 本人が無権代理人を相続したときの規律



[意見]

本人は追認を拒絶することができる。

[理由]

判例の帰結を条文化するものであり、特に反対しない。

#### 4 第三者が無権代理人と本人の双方を相続したときの規律

[意見]

第三者が無権代理人と本人の双方を相続したときは、第三者がそのいずれを先に相続したかによって結論に差を設けるべきではない。

[理由]

第三者が、無権代理人を先に相続するか、または本人を先に相続するかという第三者にとって偶然の事情である相続の順序によって第三者の追認の可否が決まることは、何ら無権代理行為を行っていない第三者の追認拒絶権を害することから、相続の順序に関係なく追認を認めることに問題はないからである。

#### 4 授權

自己の名で法律行為をしながら、権利の移転等の特定の法律効果を他人に帰属させる制度である授權のうち、被授權者が自己の名で、授權者が有する権利を処分する法律行為をすることによって、授權者がその権利を処分したという効果が生ずる処分授權について、委託販売の法律構成として実際上も重要であると指摘されていることを踏まえて、明文の規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。この考え方の当否について、その概念の明確性や有用性に疑問を呈する意見があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

授權の効果が不明確であり、かつ、実務上の有用性も不明であるから、授權の規定を設けることについては、特に慎重に検討すべきである。

[理由]

1 授權について（仮に処分授權に限ったとしても）、現段階において明文の規定を設けなければならない実務的要請があるとは、必ずしも思われない。また、授權について、十分な規定を設けることができるかについても、後記のとおり問題がある。

したがって、授權について、規定を設ける実務的必要性があるか、十分な規定を設けることが可能か、慎重に検討すべきである。

2 処分授權によって、例えば、委託販売契約において、被授權者が相手方と目的物の売買契約を締結した場合、所有権が授權者から相手方に直接移転することだけならば、相手方は、被授權者との売買契約によって、所有権を得るのみであることから、特に問題

はない。

しかし、例えば、同目的物が滅失して履行不能になった場合や瑕疵の存在によって瑕疵担保責任が生じる場合、相手方が被授權者に対して責任追及できないのであれば、相手方が授權者を知らない場合、相手方が授權者に対して責任追及することが事実上不可能になり、相手方に対して不測の損害を与えることになる。

この点、授權によって授權者と相手方との間に生じる「法律行為の効果」とは、物権的效果のみであり、債権的效果は、被授權者と相手方の間で生じるとの説明がなされている。しかし、授權の効果一般につき、必ずしも一義的な理解がなされている状況にならないことから、効果が不明確であるといわざるを得ない。

また、所有権の移転に授權者の一定の行為を必要とする場合、かかる行為を行う義務を負う者が誰かについても不明であることから、効果が不明確である。

3 代理の規定を準用するに際し、代理のどの規定が準用されるのか不明確である。

## 第34 条件及び期限

### 1 停止条件及び解除条件の意義

停止条件及び解除条件という用語の意義を条文上明確にすることとしてはどうか。

[意見]

停止条件及び解除条件という用語の意義を条文上明確にすることに賛成する。

[理由]

停止条件及び解除条件の意義を明確にすることについて特段の異議はない。

もっともその文言については、法解釈に大きな影響を及ぼすものとなるので、慎重に検討する必要がある。

### 2 条件の成否が未確定の間における法律関係

条件の成就によって不利益を受ける当事者が故意に条件の成就を妨げた場合の規定（民法第130条）について、判例は、条件の成就によって利益を受ける側の当事者が故意に条件を成就させた場合にも類推適用して、条件が成就しなかったものとみなすことができるとしていることから、この判例の考え方を明文化する方向で、具体的な要件について更に検討してはどうか。その際、「故意に条件を成就させた」というだけでは、何ら非難すべきでない場合が含まれてしまうため、適切な要件の設定について、更に検討してはどうか。

[意見]

判例の考え方を明文化することについて、賛成する。

また、明文化にあたって、適切な要件を設定するよう検討することについて賛成する。

[理由]

条件成就の場合の類推適用の趣旨を明文化することについて特段の異議はない。

明文化にあたっては、具体的条文の文言が、法解釈に大きな影響を及ぼすものとなる。

また、判例の考え方を実質的に変更してしまうような文言となる恐れもあるため、慎重に検討する必要がある。

### 3 不能条件（民法第133条）

原始的に不能な契約は無効であるとする伝統的な理解（原始的不能論）の見直しに関する議論（前記第22, 3）との関連で、不能な条件を付した法律行為の効力について一律に無効又は無条件とする旨を定めている民法第133条の規定も削除するかどうか等について、検討してはどうか。

[意見]

民法133条の規定を削除するかどうかについては引き続き慎重に検討する必要がある。

[理由]

原始的に不能な契約の取り扱いについては、引き続き、賛否ともに議論が継続されているところでもあるので、その議論の帰すうも踏まえて慎重に検討する必要がある。

#### 4 期限の意義

期限の始期と終期や、確定期限と不確定期限などの用語の意義を条文上明確にすることとしてはどうか。

[意見]

期限に係る用語の意義を条文上明確化することについて、賛成する。

[理由]

なお、条文に用いる文言については、法解釈に大きな影響を及ぼすものとなるので、慎重に検討する必要がある。

#### 5 期限の利益の喪失（民法第137条）

民法第137条が定める期限の利益の喪失事由のうち、破産手続開始の決定を受けたとき（同条第1号）に関しては、破産法に委ねて民法の当該規定を削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、同条第2号に関しても、何らの義務違反のない場合が含まれないことを明らかにする等の見直しをする必要がないか、検討してはどうか。

##### 1 期限の利益喪失事由のうち破産手続開始決定の規定の削除

[意見]

民法137条第1号に関して、破産法に委ねて民法の当該規定を削除することに賛成する。

[理由]

民法137条第1号は、破産手続開始決定の効果として破産法で規律することが適していると考えられる。

もともと、現在の破産法103条の規定は、破産手続参加の際の定めとして規定されているのであり、あくまでも破産者と破産手続に参加する債権者との関係を規律するにとどまっており、同規定が存することで足りるとするのは適当ではない。

民法から削除するのであれば、併せて破産法に同様の規律を設けるよう破産法の改正を並行して行うことが前提となっているとの留保つきで、賛成するものである。

##### 2 期限の利益喪失事由のうち担保を滅失・損傷・減少させた場合の規定の見直し

[意見]

民法 137 条第 2 号に関して、何らの義務違反のない場合が含まれないことを明らかにすることについて賛成する。

[理由]

何らの義務違反がなく、担保の滅失・損傷・減少させた場合にまで、期限の利益の喪失事由に該当するとすることは適切でなく、これが該当しないことを明確にする方向で改正を行うことは望ましい。

### 第35 期間の計算

#### 1 総論（民法に規定することの当否）

期間の計算に関する規定は、民法ではなく、私法以外にも広く適用される法律で規定すべきであるという考え方については、引き続き民法に規定を置くべきであるという意見もあることを踏まえ、更に検討してはどうか。

[意見]

引き続き民法に置くことが適切であるとの考えに賛成であり、引き続き検討するまでもないと考える。

[理由]

法の適用に係る通則法は民法に比して国民一般にはなじみが薄い法律であるし、同法には基本的には、法律の適用に関する通則的規定のみが置かれており適切ではない。

国民の目に触れやすく、という観点からも、現行のまま民法に規定し、分かりやすさを重視した方がよいと考える。

また、他の法令で定めるべきとする立法提案に対して、提案者以外から賛同する意見が上がっている様子もうかがえず、限られた時間の中での議論の対象からは外すべきであると考えます。

#### 2 過去にさかのぼる方向での期間の計算方法

一定の時点から過去に遡る方向での期間の計算については、他の法令における期間の計算方法への影響に留意しつつ、新たな規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。その際には、民法第142条に相当する規定を設けることの要否についても、結論の妥当性が確保されるかどうか等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

##### 1 過去に遡る方向での期間計算規定の新設

[意見]

一定の時点から過去にさかのぼる方向での期間の計算については、他の法令における期間の計算方法への影響に留意しつつ、新たな規定を設けることに賛成する。

[理由]

過去に遡る方向での期間の計算方法もあわせて（民法において）明確にすることについて賛成する。期間が設けられている趣旨については、各法令により異なる場合もあるので、この点に留意し、趣旨に反するものとならないよう慎重に検討すべきである。

##### 2 期間の末日に関する規定の新設

[意見]

民法第142条に相当する規定を設ける方向で更に検討することについて賛成する。

[理由]

期間の末日が日曜日、祝日等に該当する場合の民法 142 条に相当する規定が必要か否かという点についても、期間計算に迷うことがないように明確な規定にしておくことが必要である。

もつとも、期間を定めた趣旨が、一定の期間内に発生した事象を法律効果を発生させるための要件とする場合(否認該当行為の対象に関する規定など(破産法 160 条 3 項など))だけでなく、当事者に一定の行為をするために必要な期間を確保することである場合(会社法の株主提案権の行使期間など)もある。こうした趣旨の多様性を没却するような形で一律に決めてしまうことがないように配慮する必要がある。

### 3 期間の末日に関する規定の見直し

期間の末日の特則を定める民法第 142 条に関しては、期間の末日が日曜・祝日でない場合にも取引慣行に応じて同条の規律が及ぶようにする等の見直しをすることの可否について、検討してはどうか。

[意見]

期間の末日が日曜・祝日でない場合にも取引慣行に応じて同条の規律が及ぶように見直しを行うことについて反対する。

[理由]

そのような見直しを必要とするような立法事実は現れていないし、現代のように、取引態様が多様化し、休日に関する取引慣行も崩れつつあるような状況下では、そのような見直しは、そもそもその慣行が認められるのかどうかについても当事者が判断に困るなど、混乱を招くだけとなる懸念がある。

また、これに支払に係る期間の問題が介在する場合にも混乱が生じる恐れがある。

### 第36 消滅時効

#### 1 時効期間と起算点

##### (1) 原則的な時効期間について

債権の原則的な時効期間は10年である（民法第167条第1項）が、その例外として、時効期間を職業別に細かく区分している短期消滅時効制度（同法第170条から第174条まで）や商事消滅時効（商法第522条）などがあるため、実際に原則的な時効期間が適用されている債権の種類は、貸付債権、債務不履行に基づく損害賠償債権などのうち商事消滅時効の適用されないものや、不当利得返還債権などがその主要な例となる。しかし、短期消滅時効制度については、後記(2)アの問題点が指摘されており、この問題への対応として短期消滅時効制度を廃止して時効期間の統一化ないし単純化を図ることとする場合には、原則的な時効期間が適用される債権の範囲が拡大することとなる。そこで、短期消滅時効制度の廃止を含む見直しの検討状況（後記(2)ア参照）を踏まえ、債権の原則的な時効期間が実際に適用される債権の範囲に留意しつつ、その時効期間の見直しの要否について、更に検討してはどうか。

具体的には、債権の原則的な時効期間を5年ないし3年に短期化すべきであるという考え方が示されているが、これに対しては、短期化の必要性を疑問視する指摘や、商事消滅時効の5年を下回るのは実務上の支障が大きいとの指摘がある。また、時効期間の長短は、起算点の定め方（後記(3)）と関連付けて検討する必要があるが、また、時効期間の進行の阻止が容易かどうかという点で時効障害事由の定め方（後記2）とも密接に関わることに留意すべきであるとの指摘もある。そこで、これらの指摘を踏まえつつ、債権の原則的な時効期間を短期化すべきであるという上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 債権の原則的な時効期間を見直すことについて、反対である。
- 2 債権の原則的な時効期間を短縮化すべきであるという考え方についても反対である。

#### [理由]

債権の原則的な時効期間が、10年であることについて実務上の問題は生じておらず、広く定着している。これを特に短縮化する方向で見直しを行うべきとする必要性・立法事実がそもそも存在しない。

貸付債権や債務不履行に基づく損害賠償債権、不当利得返還債権などは、実務的には、紛争となり、訴訟等によって争われるケースが多く、むしろ、短縮化により、債権者の権利が早期に失われてしまう弊害の方が大きい。

したがって、原則的な時効期間を見直すことについては反対であり、原則的な時効期間を短縮化すべきであるという考え方についても反対である。



## (2) 時効期間の特則について

### ア 短期消滅時効制度について

短期消滅時効制度については、時効期間が職業別に細かく区分されていることに対して、理論的にも実務的にも様々な問題が指摘されていることを踏まえ、見直しに伴う実務上の様々な影響に留意しつつ、職業に応じた区分（民法第170条から第174条まで）を廃止する方向で、更に検討してはどうか。

その際には、現在は短期消滅時効の対象とされている一定の債権など、比較的短期の時効期間を定めるのが適当であると考えられるものを、どのように取り扱うべきであるかが問題となる。この点について、特別な対応は不要であるとする考え方がある一方で、①一定の債権を対象として比較的短期の時効期間を定めるべき必要性は、原則的な時効期間の短期化（前記(1)参照）によって相当程度吸収することができる（時効期間を単純化・統一化するメリットの方が大きい）とする考え方と、②職業別の区分によらない新たな短期消滅時効として、元本が一定額に満たない少額の債権を対象として短期の時効期間を設けるとする考え方などがあることを踏まえ、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 短期消滅時効について、職業に応じた区分を廃止する方向で検討することについては、賛成である。
- 2 その際、比較的短期の時効期間を定めるのが適当であると考えられるものについては特別な対応が必要であるとの考え方については賛成である。
- 3 2の対応として、原則的な時効期間を短縮化させることで吸収することができるとの考え方や、少額の債権を対象とした短期の時効期間を設けるとする考え方については、反対である。

#### [理由]

短期消滅時効についての職業に応じた区分は合理性がなく、時効期間についての理解を複雑にしている側面も強いことから、廃止することについて賛成する。

一方、原則的な時効期間については、前記のとおり、10年とすることを維持する見解が強く、職業区分を廃止するからといって、原則的な期間を短縮化することについては、反対である。

もっとも、上のような立場に立つ場合、職業区分による短期消滅時効を廃止することにより、全ての時効期間が10年となってしまうことについては、何らかの対応が必要ではあるが、事業者概念を本改正で導入する場合には、事業者の有する債権のみを短期消滅時効とする、といった制度を設けるなどして商事債権の短期消滅時効では対応できないものも含めた制度を設けることも検討に値すると考える。

少額の債権を対象とした短期消滅時効を設けることについては、特定の金額によって時効期間の線引きが異なるものとなることについては、一つの債権とみる単位をどうするか

によって、時効期間が異なることになり、取扱が安定しないことになるので、反対である。

#### イ 定期金債権

定期金債権の消滅時効に関しては、長期に及び定期的な給付をする債務を負担する者が、未発生の定期給付債権（支分権）がある限り消滅時効の利益を受けられないという不都合を避けるために、例外的な取扱いが規定されている（民法第168条）。その趣旨を維持する必要があることを踏まえつつ、消滅時効期間を「第1回の弁済期から20年」としているのを改め、各定期給付債権の弁済期から10年とする案や定期給付債権が最後に弁済された時から10年とする案などを対象として、規定の見直しの要否について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 定期金債権について、消滅時効期間の例外を定め、民法168条の規定の趣旨を維持することについて賛成である。
- 2 消滅時効期間については、定期給付債権が最後に弁済された時から10年とする規定への見直しを行う考え方について、賛成である。

各定期給付債権の弁済期から10年とする案については反対である。

[理由]

民法168条の趣旨は維持されるべきであり、その解釈を明確にするという方向での改正に留めるべきであるという考え方について賛成である。

また、その場合、最後に弁済された時から10年とすることが、定め方としても明確であって分かりやすいことから賛成である。

#### ウ 判決等で確定した権利

確定判決等によって確定した権利は、高度の確実性をもって確定されたものであり、その後も時効完成を阻止するために短期のうちに権利行使することを求めるのは適当でないことなどから、短期の時効期間に対する例外規定が設けられている（民法第174条の2）。この規定に関しては、短期消滅時効制度の見直しや原則的な時効期間に関する検討（前記1(1)(2)ア参照）を踏まえつつ、現在と同様に、短期の時効期間に対する例外的な取扱いを定める方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

確定判決等によって確定した権利については、現在と同様、時効期間について例外的な取り扱いを認めることについて賛成である。

[理由]

現行の取扱いについて変更を加える必要がないとの考え方が趨勢であるためである。

## エ 不法行為等による損害賠償請求権

不法行為による損害賠償請求権の期間制限に関しては、債権一般の消滅時効に関する見直しを踏まえ、債務不履行に基づく損害賠償請求権と異なる取扱いをする必要性の有無に留意しつつ、現在のような特則（民法第724条）を廃止することの当否について、更に検討してはどうか。また、不法行為の時から20年という期間制限（同条後段）に関して、判例は除斥期間としているが、このような客観的起算点からの長期の期間制限を存置する場合には、これが時効であることを明確にする方向で、更に検討してはどうか。

他方、生命、身体等の侵害による損害賠償請求権に関しては、債権者（被害者）を特に保護する必要性が高いことを踏まえ、債権一般の原則的な時効期間の見直しにかかわらず、現在の不法行為による損害賠償請求権よりも時効期間を長期とする特則を設ける方向で、更に検討してはどうか。その際、特則の対象範囲や期間については、生命及び身体の侵害を中心としつつ、それと同等に取り扱うべきものの有無や内容、被侵害利益とは異なる観点（例えば、加害者の主観的態様）からの限定の要否等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

### [意見]

- 1 民法724条の特則を廃止することについては反対である。
- 2 不法行為の時から20年という期間制限について時効であることを明確にすることについては賛成である。
- 3 生命、身体等の侵害による損害賠償請求権に関して、現在の時効期間を長期とする特則を設けることについて賛成である。
- 4 その際の対象範囲や期間については、生命および身体の侵害を中心に、加害者の主観的態様により限定して、対象範囲を定め、現行の20年をさらに長期化させるよう検討することについて賛成である。

### [理由]

- 1 不法行為に基づく損害賠償請求権については、損害の公平な分配、時の経過による立証の困難性が典型的に大きいこと、被害者保護の要請や被害者の感情の沈静化等の特殊な要請があることなどから、特別な規律を維持してゆく必要がある。

したがって、債権の消滅時効一般と同一の規律と統一することによって、実質的に時効期間の短縮化に結び付くことになるのは、上記要請に反する改正を実現化することとなる。

よって、民法724条の特則を廃止することについては、反対である。

- 2 不法行為の時から20年という期間制限については、具体的妥当な解決を図る上で、除斥期間の特例を認めるよりも柔軟な解釈を取ることが可能と思われることから、時効

であることを明確にすることについて賛成意見が強い。

- 3 生命、身体等の侵害による損害賠償請求権については、被害者保護の要請が高く、被害感情の沈静化への配慮も必要であることから、通常不法行為の特例を認める必要が高く、特則を設けることについて、賛成である。
- 4 3の対象については、徒に拡大されていくことは好ましくなく、対象となる侵害法益や主観的要件で限定していく必要がある。

ただし、特則により長期化される期間をどのように定めるかと併せて具体的には様々な意見が述べられているところではあるので、この点、引き続き慎重に検討を進めるべきである。

### (3) 時効期間の起算点について

時効期間の起算点に関しては、時効期間に関する検討（前記1(1)(2)参照）を踏まえつつ、債権者の認識や権利行使の期待可能性といった主観的事情を考慮する起算点（主観的起算点）を導入するかどうかや、導入するとした場合における客観的起算点からの時効期間との関係について、実務に与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。また、「権利を行使することができる時」（民法第166条第1項）という客観的起算点についても、債権の種類や発生原因等によって必ずしも明確とは言えず、紛争が少くないとの指摘があることから、一定の類型ごとに規定内容の明確化を図ることの要否及びその内容について、検討してはどうか。

さらに、預金債権等に関して、債権に関する記録の作成・保存が債務者（銀行等）に求められていることや、預けておくこと自体も寄託者としての権利行使と見ることができることなどを理由に、起算点に関する例外的な取扱いを設けるべきであるとする考え方の当否について、預金債権等に限ってそのような法的義務が課されていることはないとの指摘があることも踏まえ、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 主観的事情を考慮する起算点（主観的起算点）を導入することについては、反対である。
- 2 「権利を行使することができる時」（民法第166条第1項）という客観的起算点について、一定の類型ごとに規定内容の明確化を図ることについては、未だ具体的には、議論がなされていない状況にあり、今後、慎重に議論を進めるべきである。
- 3 預金債権等について、起算点に関する例外的な取扱いを設けるべきであるとの考え方についても、慎重に検討を進めるべきである。

#### [理由]

- 1 主観的起算点を導入することにより、時効期間は実質的に短縮化することになるが、前述のとおり、一般的な債権の消滅時効期間を短縮化させる必要性は現在のところない。

起算点が二つ存在することにより、制度として複雑なものとなったり、起算点をどのように考えるかについて当事者間で争いが生じ、混乱を招いたり、紛争の争点として、時効が大きな問題となったりし、実務にも大きな影響を及ぼすことになる。

もっとも、債務不履行に基づく損害賠償請求権や不当利得返還請求権に限っては、主観的起算点を採用すべきと考える意見も存在する。

また、債権者側を救済すべき様な事情をとりこむことができる方向で、期待可能性がない場合には、消滅時効は開始しないとすべきとの意見も存する。

- 2 客観的起算点について、一定の類型ごとに規定内容の明確化を図ることについては、原則的な時効期間を従前通り「権利を行使することができる時」から10年とする場合には、債務不履行に基づく損害賠償請求権や不作為債務その他、債権の種類によって個別の検討が必要であるとの指摘は1)で述べた見解とも親和性の高い見解でもあり、理解しうるところである。

今後、具体的な検討提案があった場合には、個別に慎重に検討する必要がある。

- 3 預金債権等については、例外的な取り扱いをするべきとの見解とこれを否定する見解とのいずれも未だ決しがたい状況にあることから、引き続き慎重に検討する必要がある。

一方、そのような証拠の作成・保存は、本来、債権者が自身の債務の管理のために整備しているだけであって、時効の援用をしない理由とすべきではないという考え方も存する。

いずれの考え方からも主張がなされているところでもあり、引き続き慎重な議論が必要であると考ええる。

#### (4) 合意による時効期間等の変更

当事者間の合意で法律の規定と異なる時効期間や起算点を定めることの可否について、現在の解釈論では、時効完成を容易にする方向での合意は許容される等の学説があるものの、必ずしも明確ではない。そこで、合意による時効期間等の変更を原則として許容しつつ、合意の内容や時期等に関する所要の制限を条文上明確にすべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、交渉力に劣る当事者への配慮等に留意しながら、更に検討してはどうか。

交渉力に劣る当事者への配慮の在り方として、例えば、消費者概念を民法に取り入れることとする場合には、消費者契約においては法律の規定より消費者に不利となる合意による変更を認めないという特則を設けるべきであるとの考え方がある（後記第62、2③参照）が、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

#### [意見]

合意による時効期間等の変更を原則として許容しつつ、合意の内容や時期等に関する所要の制限を条文上明確にすべきとする考え方については、反対である。

[理由]

合意による時効期間等の変更について、交渉力に劣る当事者への配慮を行われることを条件にこれを許容することができるという考え方も存するが、消滅時効は公序であって、当事者の合意により定めることができる事項ではない。

これを認めると、力関係による不当な結論が生じる恐れ、濫用の恐れ等の弊害も認められるし、合意によって変更された時効期間に対して、民法上の時効障害事由の適用等を当てはめて考えることになり、実務も混乱する恐れが高い。

また、このような必要性がある場合には、当事者間が契約によって、権利行使期間を合意し、適切に同様の効果を生ぜしめることも可能であり、これは現行法のもとであっても、可能である。

なお、仮に合意による時効期間等の変更について検討する場合には、交渉力に劣る当事者への配慮等に留意しつつ検討しなければならないことは言うまでもなく、権利行使期間に関する合意に関しても、合意によりその期間を自由に定めうとするのではなく、交渉力に劣る当事者への配慮を踏まえた制約が存在することを不当条項規制等によって、明記する必要がある。

## 2 時効障害事由

### (1) 中断事由（時効期間の更新，時効の新たな進行）

時効の進行や完成を妨げる事由（時効障害事由）のうち時効の中断事由（民法第147条）に関しては、例えば、「請求」（同条第1号）の意味が必ずしも明確でなく、ある手続の申立て等によって時効が中断された後、その手続が途中で終了すると中断の効力が生じないとされるなど、複雑で分かりにくいという問題が指摘されている。また時効の中断は、新たな時効が確定的に進行するという強い効力を有するため、そのような効力を与えるに相応しい事由を整理すべきであるとの問題も指摘されている。そこで、このような問題意識を踏まえて、新たな時効が確定的に進行することとなる事由のみをほかと区別して条文上明記することとしてはどうか。その上で、具体的な事由としては、①権利を認める判決の確定、②確定判決と同一の効力が認められる事由（裁判上の和解等）が生ずること、③相手方の承認、④民事執行などを掲げる方向で、更に検討してはどうか。

このうち、④民事執行については、債権の存在を認めた執行手続の終了の時から新たな時効が確定的に進行するという考え方が示されているが、このような考え方の当否及び具体的な内容について、更に検討してはどうか。

また、関連して、時効の中断という名称についても、一時的に時効の進行が止まることを意味するとの誤解を生じやすいため、適切な用語に改めることとしてはどうか。

[意見]

いずれも賛成である。

但し、④民事執行については、全ての手続を含むものとすべきか、その射程を慎重に検討すべきである。

なお、前記1(2)ウとも関係するところであるが、①判決の確定及び②確定判決と同一の効力が認められる事由を別カテゴリーの時効期間とするのではなく、あくまでも時効障害事由に留めるべきである。

[理由]

- 1 不確定的である現在の中断事由を整理する必要がある。  
また、「時効の中断」の名称は、法律上の効果と一般的な用語法とに乖離が指摘される  
ところであり、これを合致させる方向で見直すことが望ましい。
- 2 民事保全は、暫定的な手続であるから、確定的な時効障害事由から除外することが相  
当である。
- 3 民事執行については、財産開示手続など多様な手続が含まれることから、その射程に  
ついて慎重な検討が必要である。
- 4 なお、判決確定又はこれと同一の効力が認められる事由について、時効障害としてで  
はなく、従前の時効期間とはことなる独立した新たな時効期間と整理する見解もあるが、  
概念を複雑にするものであり反対である。

## (2) その他の中断事由の取扱い

時効の中断事由（民法第147条）のうち、新たな時効が確定的に進行することとなる事由（前記(1)参照）以外の事由（訴えの提起、差押え、仮差押え等）の取扱いに関しては、時効の停止事由（同法第158条以下）と同様に取り扱うという案や、時効期間の進行が停止し、その事由が止んだ時から残りの時効期間が再び進行する新たな障害事由として扱うという案（時効期間の進行の停止）などが提案されていることを踏まえ、更に検討してはどうか。

[意見]

時効の停止事由とすることに賛成である。

[理由]

新たな時効期間の進行の停止とした場合、複数回にわたってこれらの事由が生じたときに、義務者から見て時効残存期間が不明確となり、時効管理が複雑・困難化する。

他方、従前の時効の停止としても、権利者の保護として不足はない。

## (3) 時効の停止事由

時効の停止事由（民法第158条から第161条まで）に関しては、停止の期間について、3か月に短期化する案がある一方で1年に長期化する案もあることを踏まえ、更

に検討してはどうか。また、天災等による時効の停止については、その停止の期間が2週間（同法第161条）とされている点を改め、ほかの停止事由と同等のものとする方向で、更に検討してはどうか。また、催告（同法第153条）についても、これを時効の停止事由とするかどうかについて、現在の判例法理における裁判上の催告の効果には必ずしも明らかでない部分が少なくないという指摘も踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 時効の停止事由について、停止の期間を短期化又は長期化することは反対である。
- 2 天災等による時効の停止について、停止の期間を他の停止事由と同様のものとすることに賛成である。
- 3 催告を時効の停止事由とすることに賛成である。

[理由]

- 1 時効期間自体の短縮が提案されている中、暫定的な時効障害事由である時効の停止期間を延長することはバランスを欠く。また、仮に時効期間自体を短縮するとしても、時効の停止事由が除去されてから新たに消滅時効を完成を防止するための手段を講ずる期間として、3か月は短きに過ぎる。
- 2 阪神大震災や東日本大震災などの大規模激甚災害を見れば、天災等が去ってから2週間で被災者に法的な権利行使を期待することは酷である。他の時効の停止事由と平仄を合わせるべきである。
- 3 催告については、前記(2)における訴えの提起等と同じく、実態にあわせて暫定的な時効障害事由である時効の停止として整理することが望ましい。

#### (4) 当事者間の交渉・協議による時効障害

時効完成の間際に当事者間で交渉が継続されている場合には、訴えの提起等により時効完成を阻止する手段を講じなければならないのを回避したいという実務上の要請があることを踏まえ、当事者間における交渉・協議を新たな時効障害事由として位置付けることの当否について、更に検討してはどうか。その際には、新たな時効障害事由を設けるに伴う様々な懸念があることを踏まえ、交渉・協議の意義や、その開始・終了の時期を明確にする方策などについて、更に検討してはどうか。

また、当事者間の交渉・協議を新たな時効障害事由とする場合には、その効果に関して時効の停止事由として位置付ける案や時効期間の進行の停止と位置付ける案について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 当事者間の交渉・協議を時効障害事由とすることについては、採否に加え、意義や時期の明確化について慎重に検討すべきである。



- 2 当事者間の交渉・協議を時効障害事由とする場合は、その効果について、新たな時効障害事由としての時効期間の進行停止ではなく、従前の時効の停止事由とすべきである。

[理由]

- 1 当事者間の交渉・協議中には消滅時効が完成しないという権利者の期待があり、他方、時効障害事由としても義務者に不当な不利益を甘受させるものではない。特に、公害紛争など、協議に長期間を要する類型の事件において、権利者である被害者の合理的期待を保護する要請は高い。
- 2 もっとも、交渉や協議は多種多様なものがあり、これらの開始と終了の時期も判然としないことが多い。交渉・協議を時効期間の進行停止事由とした場合、複数回にわたって断続的に交渉・協議が行われたようなときに、時効満了時期が不明確となることが著しく、訴訟において時効障害の有無が争点化し、かえって訴訟が長期化する恐れすらある。また、時効障害となることを回避するために、義務者が交渉・協議を避けることも懸念される。

これに対し、時効の停止事由であれば、交渉・協議終了後に権利者は他の時効障害事由に該当する手段（一般的には訴えの提起）をとることとなり、交渉・協議が時効障害事由としての意味を持つのは時効期間完成間際のみとなることから、前記のような不都合は一定程度回避できる。

- 3 時効の停止事由とする場合でも、全くの新たな時効障害事由であることから、紛争解決の実相をきめ細かに調査するなどして、社会的実態に即した要件を定立すべきである。

## (5) その他

### ア 債権の一部について訴えの提起等がされた場合の取扱い

債権の一部について訴えの提起がされた場合であっても、一部請求であることが明示されているときは、判例と異なり、債権の全部について時効障害の効果が生ずることとするかどうかについて、一部請求であることが明示されなかったときの取扱いにも留意しつつ、更に検討してはどうか。また、債権の一部について民事執行の申立てがされた場合についても同様の取扱いとするかどうかについて、検討してはどうか。

[意見]

- 1 一部請求であることが明示された訴えの提起、民事執行の申立てについて、債権の全部に暫定的な時効障害の効果（時効の停止）が生ずるとすることに賛成である。
- 2 一部請求であることが明示されなかった場合についても、同様とすべきである。

[理由]

- 1 権利者が訴訟費用の節約などの理由で将来の請求の拡張を予定して一部請求をすることも多く、このような訴訟行為には相応の理由があるといえる。他方、訴えの提起や民事執行の申立てを暫定的な時効障害事由とするのであれば、一部請求において債権全部

の時効障害の効果を認めたとしても、義務者の利益を不当に害するものではない。

- 2 一部請求であることが明示されなかった場合も、暫定的な時効障害事由となるのであるから、判例の結論と反対に一部にのみ時効障害の効果が生じるとする必要はない。

#### イ 債務者以外の者に対して訴えの提起等をした旨の債務者への通知

保証人や物上保証人がある場合において、専ら時効の完成を阻止するためだけに債務者に対する訴えの提起等をする事態を回避できるようにする観点から、保証人等の債務者以外の者に対して訴えの提起等をしたことを債務者に通知したことをもって、時効障害の効果が生じるとする考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

[意見]

反対である。

[理由]

権利者は、端的に義務者に対して訴えを提起するなどすれば足る。保証人等に権利行使がなされたにとどまる場合にまで、直接の権利行使を受けていない主債務者に時効障害を認めるのは行き過ぎである。

### 3 時効の効果

#### (1) 時効の援用等

消滅時効の効果に関しては、当事者が援用したときに債権の消滅という効果が確定的に生じるとの判例準則を条文上明記するという案と、消滅時効の完成により債務者に履行拒絶権が発生するものと規定するという案などを対象として、時効完成後に債務者が弁済をした場合に関する現在の解釈論との整合性や、税務会計その他の実務との適合性、時効を主張することができる者の範囲の差異などに留意しつつ、これらの案の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

消滅時効の効果に関して、当事者が援用したときに債権の消滅という効果が確定的に生じるとの判例準則を条文上明記するという案に賛成である。

債務者に履行拒絶権が発生するものと規定するという案については反対であり、検討対象からは除外すべきである。

[理由]

一般に実務に定着している判例準則の考え方を採用することが適切であると考える。

履行拒絶権で構成する考え方を新しく採用することについては、その必要性が認められない。むしろ、却って、債権が消滅しないとするに対する誤解に基づき、債務者が害される恐れもある。

これまでの議論においても、弁護士会に限らず、ユーザーサイドから、これを支持する見解は認められなかったようであり、限られた時間の中での議論の対象からは外すべきであると考ええる。

## (2) 債務者以外の者に対する効果（援用権者）

消滅時効の効果に関する検討（前記3(1)参照）を踏まえつつ、仮に当事者が援用した時に債権の消滅という効果が確定的に生ずる旨を条文上明記するという案を採る場合には、時効の援用権者の範囲について、保証人、物上保証人など、判例上「時効により直接利益を受ける者」とされているものを条文上明確にすることについて、更に検討してはどうか。

他方、仮に消滅時効の完成により債務者に履行拒絶権が発生するものと規定するという案を採る場合には、履行拒絶権を行使するのは基本的に債務者であるとした上で、保証人、物上保証人など、判例上時効の援用権が認められてきた者の利益を保護する方策について、更に検討してはどうか。

### [意見]

時効援用権者の範囲について、保証人、物上保証人など、判例上「時効により直接利益を受ける者」とされているものを条文上明確にすることについて賛成である。

債務者に履行拒絶権が発生するものと規定する案については反対であり、検討対象から除外してもよいように考える。

### [理由]

判例の準則については、現在も実務上、定着しており、特段の不都合も生じていない。したがって、これを明文化することによって民法を国民にとって分かりやすいものとすることが可能となり、賛成である。

一方、履行拒絶権が発生することを前提とした考え方については、前記のとおり、履行拒絶権が発生するという効果を認めること自体に反対意見が多く、保証人、物上保証人に対する保護に欠ける結果となる懸念も強いとの問題もあり、反対である。

これまでの議論においても、弁護士会に限らず、ユーザーサイドから、これを支持する見解は認められなかったようであり、限られた時間の中での議論の対象からは外した方がよいのではないかと考える。

## (3) 時効の利益の放棄等

時効完成後に債務者が弁済その他の債務を認める行為をした場合の効果として、信義則上、時効援用権を喪失するとした判例があることを踏まえ、これを明文化するかどうかについて、実務的には債権者からの不当な働きかけによって一部弁済その他の行為がされ、債務者が時効の利益を主張できなくなるという不利益を被る場合があるとの指摘

があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

時効完成後に債務者が弁済その他の債務を認める行為をした場合の効果として、判例を明文化することについて、明文化された条文を濫用し、時効完成後の債権を取り立てるなどの弊害が生じる恐れがあることも踏まえ、慎重に検討すべきである。

[理由]

判例では、「信義則上」、時効援用権を喪失するとしており、時効完成後に弁済その他の債務を認める行為をした場合の効果として一律に時効援用権の喪失を認めた訳ではない。

時効完成を知らずに弁済を行ったケースの中でも、救済が必要と思われるようなケースもあり、判例からは、その救済余地が認められているとも読める。

実際にも、時効が完成した債権を低廉な価格で買い集め、債務者の無知に乗じて、通知を送り、ほんのわずかな額を弁済させた上で、判例を盾に取り立てる悪質な事例が過去に存したこともあり、そもそも明文化をすることによる弊害も考えられる。

そこで、仮に明文化することについて検討をすとしても、上記のような弊害が起きないよう条文のワーディングについても十分慎重に検討する必要がある。

#### 4 形成権の期間制限

形成権一般を対象とする期間制限に関する特別な規定の整備の要否等について、更に検討してはどうか。

[意見]

形成権一般を対象とする期間制限に関する特別な規定を整備することについては賛成する。

[理由]

例外的定め必要性を前提に、一般的な規定を置くこと自体については、賛成である。

もつとも、形成権の性格はさまざまであって画一的に時効期間を定めるべきではなく、その権利の性質に応じて個別的に定める必要があるものが存することについても否定できない。

このため、一般的な規定をおく場合であっても、例外規定としてどのような規定をおき、一般規定の射程がどの範囲となるのかについて、具体的にリストを作成しこれと照らし合わせながら検討していく必要がある。

#### 5 その他

##### (1) その他の財産権の消滅時効

債権又は所有権以外の財産権の消滅時効（民法第167条第2項）に関しては、債権の

消滅時効に関する検討の結果を踏まえ、起算点や期間の長さを見直す必要がないかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

債権または所有権以外の財産権の消滅時効(民法167条第2項)に関して、起算点や期間の長さについて見直すことについては反対である。

[理由]

現行法の規律について問題がなく、見直す必要はないことから反対するものである。

## (2) 取得時効への影響

取得時効(民法第162条以下)に関しては、消滅時効を対象として時効障害事由(前記2)や時効の効果(前記3)に関する検討を行った後、それを取得時効にも適用があるものとするかどうか等について、更に検討してはどうか。

[意見]

消滅時効を対象とした時効障害事由や時効の効果の検討結果を取得時効にも適用があることについては、慎重に検討する必要がある。

[理由]

消滅時効を対象にした見直しの結果と取得時効との間に齟齬が生じないように統一的に取り扱い混乱を防止するため見直すべきという考え方そのものに反対するものではない。

ただし、具体論の段階において、統一的といえる範囲はどこまでか、という点について共通認識が形成されている段階にまで至っておらず、また、一見齟齬がないように見えるため見直したとして、具体的に異なる状況、結果が生じるのではないかという点の分析も現時点においては未だ十分とまではいえないことから、慎重な検討が必要であるとする。

### 第37 契約各則—共通論点

#### 1 冒頭規定の規定方法

典型契約の冒頭規定の規定方法については、現在は効力発生要件を定める形式が採用されているところ、契約の本質的な要素が簡潔に示されていること等の現行規定の長所を維持することに留意しつつ、規定方法を定義規定の形式に改める方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

冒頭規定の規定方法について、定義規定の形式に改めることに賛成。

[理由]

分かりやすい民法という観点から、冒頭規定を定義規定の形式にした方が分かりやすいと考えられるため、冒頭規定は定義規定の形式に改めるべきである。

#### 2 強行規定と任意規定の区別の明確化

契約各則の規定のうち、どの規定が強行規定であり、どの規定が任意規定であるかを条文上明らかにすることが望ましいとの考え方について、前記第28、3の議論との整合性に留意しつつ、強行規定かどうかを区別することの可否やその程度、区別の基準の在り方、区別をする場合における個々の規定の表現等を含め、検討してはどうか。

[意見]

できる限り強行規定と任意規定を区別し、規定の表現上明確にすべきである。

[理由]

分かりやすい民法の観点から、できる限り強行規定と任意規定を区別し、各規定の表現上明確にすべきである。

ただし、強行法規か任意規定か解釈に争いがあり判例上も明確になっていないような規定においては、解釈に委ねることでやむを得ないであろう。

### 第38 売買一総則

#### 1 売買の一方の予約（民法第556条）

売買の一方の予約を規定する民法第556条の規定内容を明確にする等の観点から、①「予約」の定義規定を置くこと、②両当事者が予約完結権を有する場合を排除しない規定とすること、③契約成立に書面作成等の方式が必要とされる類型のものには、予約時に方式を要求すること、④予約完結権の行使期間を定めた場合の予約の効力についての規定も置くことについて、更に検討してはどうか。また、どのような内容の予約を規定の対象とすべきかという点については、予約完結権を与えるもの以外の予約の形態を民法に取り込むことの是非や、有償契約への準用規定（同法第559条）を通じて予約に関する規定が他の有償契約にも準用され得ることなどに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、予約に関する規定が他の契約に適用ないし準用され得ることを踏まえて、その規定の位置を売買以外の箇所（例えば、契約総則）に改めるかどうかについて、検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 「予約」の定義規定を置くことに賛成である。
- 2 両当事者が予約完結権を有する場合を排除しない規定とすることに賛成する。さらに、そのような場合を規定上明文化すべきである。
- 3 契約成立に書面作成等の方式が必要とされる類型のものには、予約時に方式を要求することに賛成する。
- 4 予約完結権の行使期間の定めがある場合の予約の効力規定を置くことに賛成する。
- 5 他の形態の予約をどの程度民法に取り込むかは別として、分りやすい民法の観点から、「売買の一方の予約」（現行民法556条）とは別に、将来本契約を締結すべき義務を生じさせる契約や、ホテルの予約等の法的には本契約となる契約など、一般に「予約」と言われるが法的には異なる契約類型が存在することやその違いを明示すべきである。
- 6 予約に関する規定を売買以外の契約総則等のしかるべきところに配置することについて特に反対はしないが、分りやすさの観点から、他の契約に準用され得る他の条項の配置と平仄と合わせるべきである。

#### [理由]

- 1 分りやすい民法の観点から、「予約」の定義規定を置くべきである。
- 2 両当事者が予約完結権を有するいわゆる双方の予約の場合には、双方が単独で本契約を成立させて義務の履行を求めることができるので、契約自体が成立している場合と変わらず、特に規定が置かれていない。

しかし、一定期間を限定し、当事者いずれかが本契約を欲すれば契約が成立する旨の合意をあえて排除する必要はないと考えられる。

したがって、双方の予約についても、規定上排除せず、明文化すべきと考えられる。  
さらに、分かりやすい民法の観点から、双方の予約を規定上明文化すべきである。

- 3 本規定は、有償契約への準用規定（現民法559条）を通じて、定期借地契約等の要式契約にも準用される。この場合に、方式を要することなく予約が成立するものとする、予約完結権の意思表示のみで本契約が成立し、本契約につき方式の遵守を必要とした趣旨を潜脱し得ることになりかねない。

したがって、予約時にも方式の遵守を必要とする旨の規定を置くべき。

- 4 行使期間の定めのない場合だけでなく、定めのある場合についても規定をした方が、分かりやすい民法の趣旨にも合致する。

- 5 以下の各「予約」の違いが、特に一般市民には分かりにくいと考えられるため、その違いを明確にすべきである。基本方針や研究会試案の定義規定でも分かりにくいと思われる。

a ホテルの予約等の日常用語としての「予約」

→ 法的には本契約

b 将来本契約を締結すべき義務を生じさせる契約（法的な意味での「予約」）

→ 一方当事者による本契約の申込みに対し相手方が承諾する義務を負う契約であり、一方当事者の意思表示のみでは本契約は成立しないもの。

→ 一方のみが義務を負う「片務予約」と双方が義務を負う「双務予約」があり

c 売買の一方の予約（民法556条）★本件

→ 承諾の意思表示を要せず、予約完結権の意思表示によって売買の効力を生じる。

- 6 予約に関する規定を売買以外の契約総則等のしかるべきところに配置することについては、それによって特に一般市民にとって分かりやすくなるのであれば、好ましいことであり、特段反対すべき理由はない。

ただ、予約に関する規定以外にも、他の契約に準用され得る条項があるが、これらについても、分かりやすい民法の観点から、予約に関する規定と同様に契約総則等のしかるべきところに配置して平仄を合わせるべきである。

## 2 手付（民法第557条）

手付の規定（民法第557条）に関しては、履行に着手した当事者による手付解除を認める判例法理を明文化することについて、更に検討してはどうか。

なお、これを明文化する場合には、履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求をすることができる旨の規定を置くことについても、検討してはどうか。

また、「履行に着手」の意義に関する判例法理を明文化することについて、検討してはどうか。

さらに、「償還」の意義については、現実に払い渡す必要はないなどとする判例を踏まえ、債務不履行責任を免れる要件としての弁済の提供（民法第492条）との異同に



留意しつつ、その内容を明確にする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 履行に着手した当事者による手付解除を認める判例法理の明文化に賛成する。
- 2 (1の明文化をする場合) 履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害を賠償請求することができる旨の規定を置く方向で検討すべきである。
- 3 「履行に着手」の意義に関する判例法理の明文化をすべきである。
- 4 「償還」の意義については、債務不履行責任を免れる要件としての弁済の提供との異同に留意しつつ、「提供」に変更する方向で、その内容を明確化すべきである。

[理由]

- 1 相手方が解除者の履行の着手を知らなかったのであれば、「もはや契約解除しないだろう」との期待を相手に抱かせないはず。逆に、相手方が解除者の履行の着手を知っていた場合、相手方が解除されたくないのであれば自ら履行に着手すればよいであり、履行に着手しない選択をしたのであれば、解除されてもやむをえない。  
このことは、肯定説を明文化することにより、その相手方が履行に着手しない限り解除されうると認識しやすくなるのであるから、肯定説を明文化すべき。  
なお、相手方に不測の損害を与える可能性は否定できないので、履行に着手した当事者の解除による損害賠償義務の明文化も合わせて検討すべきである。
- 2 前記2の理由のとおり、履行に着手した当事者による手付解除を認める場合、相手方に不測の損害を与える可能性は否定できないので、履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害を賠償請求することができる旨の規定を置く方向で検討すべきである。
- 3 「履行に着手」の意義に関する判例法理については、判例の定義を明文化しても、結局、いつの時点でその定義に該当することになるのかは個別事案ごとの解釈となることを理由に『基本方針』(別冊NBL126号268頁～)においても明文化について否定的である。  
しかしながら、一般市民に分かりやすい民法という意味では、そのような定義でも条文化することにより、理解の一助となると考えられることから、明文化すべきである。
- 4 現実に払い渡す必要はないというのが判例・学説であるところ、「償還」であれば実際に払い渡すと誤解されるおそれがあるため、「提供」に改めるべき。  
なお、「提供」について、口頭の提供では足りず「現実の提供」が必要との判例(最判平成6.3.22民集48巻3号859頁)があることから、a「提供」を「現実の提供」と明文化すべきとする立場と、b「提供」と規定し“口頭の提供”を排除しない立場がある。  
この点は、どのような事情があっても常に現実の提供が必要とするのは硬直的にすぎるため、bの「提供」と規定する立場がよいと考える。  
ただし、債務不履行を免れる「提供」(現行民法492条・493条)とは趣旨を異にすることから、口頭の提供で足りる場合はきわめて例外的な場合に限られると考えられ、この

点については、明文化において留意すべきであろう。

### 第39 売買—売買の効力（担保責任）

#### 1 物の瑕疵に関する担保責任（民法第570条）

##### (1) 債務不履行の一般原則との関係（瑕疵担保責任の法的性質）

瑕疵担保責任の法的性質については、契約責任と構成することが適切であるという意見があった一方で、瑕疵担保責任の要件・効果等を法的性質の理論的な検討から演繹的に導くのではなく、個別具体的な事案の解決にとって現在の規定に不備があるかという観点からの検討を行うべきであるという意見があった。これらを踏まえて、瑕疵担保責任を契約責任と構成して規定を整備することが適切かという点の検討と併せて、目的物に瑕疵があった場合における買主の適切な救済を図る上で具体的にどのような規定の不備等があるかを確認しながら、売買の目的物に瑕疵があった場合の特則を設けるか否かについて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 瑕疵担保責任の法的性質について契約責任と構成することに特段反対はしない。
- 2 仮に、瑕疵担保責任の法的性質を契約責任と考えたとしても、瑕疵ある物の買主に、売主の債務不履行責任とは別に、売買契約における対価的均衡を保つための救済手段（代金減額請求権、差額にとどまらない費用等の損害賠償請求権等）を付与することは、十分に考えられることであり、買主の救済手段の具体的な要件・効果を定めるにあたっては、現行の判例および実務を大きく変更することがないように、また、瑕疵について善意の買主の保護が後退することがないように、慎重に配慮すべきである。

##### (2) 「瑕疵」の意義（定義規定の要否）

ア 「瑕疵」という文言からはその具体的な意味を理解しづらいため「瑕疵」の定義を条文上明らかにすべきであるという考え方があり、これを支持する意見があった。具体的な定義の内容に関しては、瑕疵担保責任の法的性質（前記(1)）を契約責任とする立場から、契約において予定された性質を欠いていることとすることが適切である等の意見があった。これに対し、瑕疵担保責任を契約責任とするならば、債務不履行の一般則のみを規定すれば足り、あえて「物」の瑕疵についてだけ定義規定を設ける意味があるのかという問題提起があったが、債務不履行の具体的な判断基準を確信的に明らかにする意義があるとの意見や、物の瑕疵に関する特則を設ける意義があるとの意見等があった。

また、「瑕疵」を「契約不適合」に置き換えるという考え方（部会資料15-2第2, 2(2) [18頁]）については、なじみのない用語であることや取引実務に過度の負担を課すおそれがある等の理由から消極的な意見があったが、他方で、債務不履行の一般原則を売買において具体化した概念として「契約不適合」を評価する意見もあった。

これらを踏まえて、「瑕疵」という用語の適否、定義規定を設けるか否か、設ける場合の具体的な内容について、瑕疵担保責任の法的性質の議論（前記(1)）との整合性や取引

実務に与える影響、労働契約等に準用された場合における不当な影響の有無等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

## 1 瑕疵の定義規定の要否

[意見]

瑕疵の定義を条文上明らかにすることについては賛成する。

[理由]

瑕疵担保責任の法的性質を契約責任と解したとしても、瑕疵ある物の売買における買主の保護については、上記のとおり、債務不履行の一般原則にとどまらない救済手段を慎重に検討すべきであり、「瑕疵」の概念自体は残すべきである。そして、市民にとってわかりやすい民法の観点からは、瑕疵の内容を明らかにする定義規定を置くべきである。

## 2 瑕疵という用語の適否（契約不適合）

[意見]

「瑕疵」に代えて「契約不適合」との用語を用いることには反対である。

[理由]

「瑕疵」について定義規定を設けてその内容を明らかにすれば足り、取引実務に影響が及ぶ危険性があるにもかかわらず、「契約不適合」との用語に置き換えるまでの必要性はない。

## 3 瑕疵の定義規定の内容

[意見]

瑕疵の定義規定の内容としては、契約において予定された性質を欠いていること、としてよい。

[理由]

契約において予定された性質を欠いているとの定義は、現在の判例とも整合的であり、また、種々のケースを想定して妥当な結論を導くことができるものと評価できる。

なお、いわゆる客観的瑕疵についても、契約において予定された性質を欠いているか否かの判断において考慮されることは当然の前提である。

## 4 労働契約等に準用された場合の影響

[意見]

瑕疵概念については、労働契約等に準用しない方向で慎重に検討すべきである。

[理由]

上記のとおり、瑕疵ある物の売買における買主の保護については、債務不履行の一般原則にとどまらない救済手段を慎重に検討すべきであるが、その一例である売主側の事情を

問わない代金減額請求権や善意の買主の損害賠償請求権が、労働者等に適用されると、本来使用者において負担すべき経営上のリスクが容易に労働者等に転嫁されることとなり、不当な結果を招く。

イ 建築基準法による用途制限等のいわゆる法律上の瑕疵の取扱いに関しては、物の瑕疵と権利の瑕疵のいずれの規律によって処理すべきかを条文上明らかにすることの要否について、更に検討してはどうか。また、売主が瑕疵担保責任を負うべき「瑕疵」の存否の基準時に関しても、これを条文上明らかにすることの要否について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 法律上の瑕疵の処理を条文上明らかにすることに特段反対しない。
- 2 瑕疵の存否の基準時を明文化することに特段反対しない。ただし、具体的な危険の移転時期を引渡し、代金受領、登記移転等のいずれの時点とするかについては、慎重な検討を要する。

[理由]

- 1 法律上の瑕疵については、現在の通説判例に従い、物の瑕疵として捉えるということでもよいが、強制競売において物の瑕疵と権利の瑕疵を区別する必要はなく、法律上の瑕疵を物の瑕疵と権利の瑕疵のいずれに位置づけるかは特段重要ではない。
- 2 市民からみてわかりやすい民法の観点からは、瑕疵の存否の基準時を条文上明確にできるのであれば、明確にした方がのぞましい。ただし、具体的な危険の移転時期については、危険負担及び解除制度との関係に留意する必要がある、慎重に検討すべきである。

### (3) 「隠れた」という要件の要否

買主の善意無過失（あるいは善意無過失を推定させる事情）を意味する「隠れた」という要件を削除すべきか否かについては、「瑕疵」の意義を当該契約において予定された性質を欠いていることなどの契約の趣旨が反映されるものとする場合（前記(2)参照）には、買主の主観的要素は「瑕疵」の判断において考慮されるため重ねて「隠れた」という要件を課す必要はないという意見がある一方で、「隠れた」という要件には、紛争解決に当たり買主の属性等の要素を考慮しやすくするという機能があり得る上、取引実務における自主的な紛争解決の際の判断基準として機能し得るなどといった意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 瑕疵担保責任の法的性質を契約責任と理解する限りにおいて、瑕疵の「隠れた」要件を削除することに特段反対しない

2 もっとも、債務不履行責任とは別に、善意の買主保護制度を設けるべきであり、その場合の要件としては、「隠れた」瑕疵であることを求めることも検討すべきである。

#### (4) 代金減額請求権の要否

代金減額請求権には売主の帰責性を問わずに対価的均衡を回復することができる点に意義があり、現実的な紛争解決の手段として有効に機能し得るなどの指摘があったことを踏まえて、買主には損害賠償請求権のほかに代金減額請求権が認められる旨を規定する方向で、更に検討してはどうか。その検討に当たっては、具体的な規定の在り方として、代金減額のほかに買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定の要否や、代金減額の基準時等の規定の要否等について、更に検討してはどうか。

また、代金減額請求権が労働契約等の他の契約類型に準用された場合には不当な影響があり得るという意見があることを踏まえて、代金減額請求権の適用ないし準用の範囲について、更に検討してはどうか。

### 1 代金減額請求権の要否

[意見]

物の瑕疵の場合に、買主の救済手段として、代金減額請求権を認めることに賛成する。

[理由]

瑕疵担保責任の法的性質を契約責任と捉えて規定を整理すると、瑕疵ある物を給付した売主も、帰責事由がない場合には、損害賠償義務を免れることとなる。一方で、瑕疵担保責任における損害賠償責任については、売主の善意（無過失）の買主に対する信頼利益についての無過失損害賠償責任と捉えるのが、なお実務上は支配的な考え方であると思料される。

したがって、瑕疵担保責任の法的性質を契約責任と捉えて規定を整理すると、少なくとも理屈のうえでは、善意の買主の保護は後退することとなる。

この点、「そもそも現行実務が債務不履行の一般原則において過失責任主義を文字通りに採用しているのか」という点に疑問が呈されている。特に、引渡債務等の帰責事由の判断傾向については、引渡し等の遅滞があった場合には、それが不可抗力等によらない限り、原則として帰責事由を認めているとの判例研究が相当数蓄積されている。」との指摘もあるが、訴訟にはならない場合であっても、実務上は、売主の無過失責任としての瑕疵担保責任が存しているがゆえに、売主の帰責事由の点を問題とすることなく、瑕疵なき物の代金との差額や善意の買主の支出した費用の弁償等の限度で損害賠償する形の解決も円滑に図られているのではないかと思料される。瑕疵ある物を給付した売主の無過失責任と瑕疵について善意の買主の信頼利益の回復は、それなりにバランスのとれたものとして受け入れられているのではないかと思料される。

代金減額請求権は、売主の債務不履行責任とは異質の買主の救済手段であって、上記の

バランスを図ることに資するものである。瑕疵担保責任の法的性質を契約責任と捉えて規定を整理する場合、売主に帰責事由がない場合の買主の救済手段として、代金減請求権を認める必要性が大きい。

## 2 代金減額のほかに買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定の要否

[意見]

瑕疵について善意の買主について、代金減額のほかに、買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定を設けるべきである。

[理由]

上記のとおり、瑕疵担保責任の法的性質を契約責任と捉えて規定を整理すると、少なくとも理屈のうえでは、善意の買主の保護は後退することとなる。また、現在の実務上は、売主の無過失責任としての瑕疵担保責任が存しているがゆえに、売主の帰責事由の点を問題とすることなく、瑕疵なき物の代金との差額や善意の買主の支出した費用の弁償等の限度で損害賠償する形の解決も円滑に図られているのではないかと思料されるところであり、瑕疵ある物を給付した売主の無過失責任と瑕疵について善意の買主の信頼利益の回復は、それなりにバランスのとれたものとして受け入れられているのではないかと思料される。

この点、代金減額請求権による救済は、瑕疵が存した部分について支払われた代金と瑕疵があるがゆえの価格との差額の填補のみでとどまるものとも思われるが、瑕疵について善意の買主についてはかかる救済のみで十分かを慎重に検討する必要がある。

瑕疵ある物を給付した売主に帰責事由が認められないものの、買主が瑕疵につき善意であるが故に負担した費用・損害があつて、これをすべて買主の負担に帰せしめるのが酷となるケースが皆無か否かにも配慮し、柔軟な解決を図ることのできる制度とすることにも留意すべきである。

具体的には、代金減額請求権の減額判断の中で瑕疵について善意の買主が支出した費用等についても考慮に入れること（買主の救済は代金額が限度となる。なお、この場合は代金減額請求権と矛盾する損害賠償請求権の範囲が広がることにもなる。）、あるいは瑕疵について善意の買主に差額にとどまらない費用等の損害賠償請求権を認めること、等も検討すべきである。

## 3 代金減額の基準時等の規定の要否

[意見]

代金減額の基準時等の規定を設けるかについては、引き続き慎重に検討すべきである。

[理由]

市民からみてわかりやすい民法の観点からは、代金減額の基準時等を条文上明確にできるのであれば、明確にした方がのぞましい。

#### 4 労働契約等に準用された場合の影響

[意見]

代金減額請求権については、労働契約等に準用すべきではない。

[理由]

売主側の事情を問わない代金減額請求権や善意の買主の損害賠償請求権が、労働者等に適用されると、本来使用者において負担すべき経営上のリスクが容易に労働者等に転嫁されることとなり、不当な結果を招く。

#### (5) 買主に認められる権利の相互関係の明確化

買主に認められる権利の相互関係の明確化については、相互関係を法定することにより紛争解決の手段が硬直化するおそれがあるため、可能な限り買主の権利選択の自由を確保すべきであるという意見と、相互関係についての基本的な基準を示すことなくこれを広く解釈に委ねることは紛争解決の安定性という観点から適切ではないので、必要な範囲で明確にすべきであるという意見があったことを踏まえて、更に検討してはどうか。その際、権利の相互関係が債務不履行の一般則からおのずと導かれる場面とそうでない場面とがあり、そのいずれかによって規定の必要性が異なり得るという指摘があることに留意しつつ、検討してはどうか。

また、代物請求権及び瑕疵修補請求権の限界事由の明文化の要否について、追完請求権の限界事由の要否という論点（前記第2，4(3)）との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

#### 1 買主に認められる権利相互関係の明確化

[意見]

買主に認められる権利の相互関係については、できうる限り、具体的に定めるべきである。ただし、各救済手段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、救済手段については買主の選択的行使を認め、相矛盾する結論となることを許容しない規律となるよう留意すべきである。

[理由]

市民からみてわかりやすい民法という観点からすれば、買主に認められる権利の相互関係については、解釈に委ねずにすむ範囲においては、できる限り、具体的に定めることがのぞましい。

もっとも、権利の相互関係を明確化するにあたっては、買主の権利行使（選択的行使）が不当に制限されないよう、十分に留意されなければならない。

#### 2 代物請求権及び瑕疵修補請求権の限界事由の明文化の要否

[意見]



追完請求権の具体的内容としての代物請求権と瑕疵修補請求権の関係については、買主の選択的行使が可能であって、売主が修補で対応することで代物の給付を免れることは原則として認めるべきではない。

瑕疵修補請求については、代物請求よりも過分の費用を必要とする場合を限界事由として要件化することには特段反対しない。

[理由]

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いいがたく、十分に法的保護に値するものと思料される。

そもそも、種類物売買である以上、買主が、修補ではなく、本来的な給付として代物を求めるのは当然であるともいえるのであって、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。

代物請求に対する瑕疵修補での対応を要件化した場合、その適否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ないところを修補で済ませる方便として用いられるおそれも危惧される場所である。

#### (6) 短期期間制限の見直しの要否

瑕疵担保責任に基づく権利は買主が瑕疵を知った時から1年以内に行使すべき旨の規定（民法第570条、第566条第3項）の見直しに関しては、このような短期期間制限を維持すべきであるという方向の意見と、債権の消滅時効の一般則に委ねれば足りる（短期期間制限の規定を削除する）という意見があった。後者の立場からは、買主が短期間の間に通知などをしなかったことが救済を求める権利を失うという効果に結びつけられることに対して疑問が提起された。これらの意見を踏まえ、瑕疵担保責任の法的性質に関する議論（前記(1)）との関連性に留意しつつ、売買の瑕疵担保責任において特に短期期間制限を設ける必要性の有無について、更に検討してはどうか。

仮に短期期間制限を維持する場合には、さらに、買主は短期間のうちに何をすべきかという問題と、その期間の長さという問題が議論されている。このうち前者に関しては、期間内に明確な権利行使の意思表示を求めている判例法理を緩和して、瑕疵の存在の通知で足りるとするかどうかについて、単なる問い合わせと通知との区別が容易でない等の指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。他方、後者（期間の長さ）に関しては、事案の類型に応じて変動し得る期間（例えば、「合理的な期間」）では実務上の支障があるという指摘を踏まえ、現在の1年又はこれに代わる一律の期間とする方向で、更に検討してはどうか。

また、制限期間の起算点についても議論されており、原則として買主が瑕疵を知った時から起算するが、買主が事業者である場合については瑕疵を知り又は知ることができ

た時から起算する旨の特則を設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

## 1 短期期間制限の要否

[意見]

現行民法の短期期間制限を削除し、時効制度一般の議論に委ねる方向で検討するべきである。

[理由]

売買について特に短期の期間制限を設ける合理的理由は乏しい。

現行民法の「知ってから1年」は損害賠償請求権を保全するために担保責任を問う意思を裁判外で明確に告げることについての除斥期間と解されているが、一般の時効期間との対比では短期に過ぎると思われる。一方で、現行民法においても、1年の除斥期間内に担保責任を問う意思を告げれば、一般の債権の消滅時効（期間10年）の規律に委ねられることになる。

仮に、時効制度一般の議論において、債権の消滅時効において、現行よりも短期の時効期間が設けられた場合を想定すれば、現行民法の上記規律と比較して、売主にとってそれほど酷ではないし、買主にとって過度に有利でもないものと思われる。

## 2 短期期間制限内に買主がなすべき行為

[意見]

そもそも、買主一般に何らかの意味での瑕疵の通知義務を課し、義務違反に救済手段の失権効を与えるべきではない。

[理由]

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。

この点については、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（法律関係の早期確定の趣旨ではないとされる）。

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、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えないと考え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もたず、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きわめて希薄なものではないかと思われる。

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。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きわめて過酷な効果をもたらすものとされているが、何ゆえ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まったく明らかではない。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、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。

この点、法制審においても、買主に通知義務を課し、義務違反に失権効を付与することについては、複数の強い反対意見が述べられている。まず、法制審の議論においては、経済界での議論においてすら、特に事業者・消費者間の取引で通知義務を課するのは負担感があるのではないかとの意見が出た点が指摘されている。また、①瑕疵を知って通知しなければ失権するというルールは、瑕疵を知れば通知義務を課したも同然であり、一般市民を基礎とする民法にそぐわない、②債権があれば自由に権利行使が可能であるが消滅時効期間が経過すれば行使できなくなるという一般ルールが存在する民法のなかで、売買の瑕疵担保責任についてのみ通知を怠れば失権するという異なる制度を設けることを正当化する理由が明確になっていない、③売主の履行に対する信頼の保護という観点も、売主に限らず債務者一般に当てはまることであり、債務者が不完全な履行をした場合について、すべて、瑕疵を知って通知をしなければ失権するというルールを一般的に認めてよいのか、といったきわめて説得力に富む反対意見が述べられている。

また、法制審においては、商法526条に関し、買主の通知義務違反の効果として、救済の権利を失うとされていることについては、通知義務の意義・目的に照らして効果が重大すぎる場合があるのではないかという批判が学会では強いとの意見も述べられているところである。

### 3 短期期間制限の期間

[意見]

合理的な期間ではなく、一律の期間(具体的には、上記のとおり、一般の消滅時効期間となるが)とすることに賛成である。

[理由]

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つて、その解釈いかんによって、買主の保護は現行民法 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。

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、すでに「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、「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、実際にはきわめて困難となることが予想される。

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、たとえば、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。

さらに、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。

この点、法制審においても、合理的期間という概念が曖昧であり、紛争の多発を招く面があるとの危惧が表明されるなど、複数の反対意見が述べられている。

#### 4 制限期間の起算点

[意見]

消費者であるか事業者であるかを問わず、瑕疵を知ったときから、一般の債権の消滅時効期間が起算されるものとすべきである。

[理由]

商法 526 条においては、買主は、目的物に直ちに発見することができない瑕疵がある場合でも、目的物の受領後 6 か月以内に発見して、その後直ちに通知を發しなければならず、買主にとって相当に酷なルールとなっている。これに比べれば、買主が事業者である場合については瑕疵を知り又は知ることができた時から起算するとのルールは、穏当にも思える(商法 526 条については、少なくともこのようなルールに改めるべきとも思える)。

しかしながら、目的物についての知識を有することが期待され、商取引の敏活が要請される商人間の取引において検査義務を課すのであれば格別、必ずしも目的物についての知識を有していることも期待されず、また商取引の敏活の要請も存しない非営利事業者をも含む事業者に対して、実質として検査義務を課し、瑕疵を知ることができたときから期間を起算するというのは、相当ではない。

## 2 権利の瑕疵に関する担保責任(民法第560条から第567条まで) : 共通論点

権利の瑕疵に関する担保責任に関し、債務不履行の一般原則との関係(権利の瑕疵に関する担保責任の法的性質)、買主の主観的要件の要否、買主に認められる権利の相互関係の明確化及び短期期間制限の見直しの要否の各論点については、物の瑕疵に関する担保責任における、対応する各論点の議論(前記1(1)(2)(5)及び(6))と整合させる方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

物の瑕疵の場合と整合させることについて賛成する。

## 3 権利の瑕疵に関する担保責任(民法第560条から第567条まで) : 個別論点

### (1) 他人の権利の売買における善意の売主の解除権(民法第562条)の要否

他人の権利の売買において、善意の売主にのみ解除権を認める民法第562条に関しては、他の債務不履行責任等と比べて特に他人の権利の売買の売主を保護する理由に乏しいという指摘を踏まえ、これを削除することの当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

他人の権利の売買における善意の売主の解除権を定める民法第562条を削除することについて特段反対しない。

[理由]

他人の権利の売主について特別の解除権を認める合理的理由に乏しい。

### (2) 数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任(民法第565条)

数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任(民法第565条)に関しては、数量指示売買における数量の不足及び物の一部滅失が民法第570条の「瑕疵」に含まれるものとして規定を整理する方向で、更に検討してはどうか。その際、数量指示売買の定義規定等、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けることの要否について、数量指示売買における数量超過の特則の要否(後記6)という論点との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

数量の不足または物の一部滅失について物の瑕疵と位置づけ、規定を整理することに特段反対しない。

数量指示売買の定義規定等、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けることにも反対しない。

[理由]

数量の不足または物の一部滅失については、契約において予定された性質を欠いていることとして物の「瑕疵」に包含される。

また、市民にわかりやすい民法という観点からは、数量指示売買の定義規定等、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けられるのであれば、できる限り、具体的に定めることがのぞましい。

### (3) 地上権等がある場合等における売主の担保責任（民法第566条）

地上権等がある場合等における売主の担保責任（民法第566条）に関しては、買主の主観的要件を不要とする考え方（前記2）を前提とした場合において、同条は地上権等がない状態で権利移転をすべき売買に適用される旨を条文上明記すべきであるという考え方や、買主の代金減額請求権を認めるべきであるという考え方について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 566条の適用範囲を、地上権等がない状態で権利移転をすべき場合とすることには特段反対しないが、善意の買主保護のための制度も別途検討すべきである。
- 2 566条の場合についても、買主の救済手段として、代金減額請求権を認めるべきである。なお、代金減額請求権の減額判断においては、単に目的物の客観的価値としての差額だけではなく、瑕疵について善意の買主が支出した費用等についても考慮に入れることも検討すべきであり、あるいは、瑕疵について善意の買主について、代金減額のほかに、買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定を設けるべきである。

[理由]

- 1 瑕疵担保責任を契約責任として理解する限り、566条の適用範囲は、地上権等がない状態で権利移転をすべき場合ということになり、同条は権利の瑕疵についての善意・悪意を問わず適用されることになる。もっとも、権利の瑕疵について善意の買主の保護については、債務不履行の一般原則とは異なる救済手段も準備すべきである。
- 2 代金減額請求権は、売主の債務不履行責任とは異質の買主の救済手段であり、権利の瑕疵の担保責任の法的性質を債務不履行責任と捉えて規定を整理する場合、売主に帰責事由が認められない場合の買主の救済手段として認める必要性が大きい。

もっとも、代金減額請求権による買主の救済が、権利の瑕疵が存した部分について支

払われた代金と瑕疵があるが故の価格との差額の填補のみで十分かは慎重に検討する必要がある。

権利の瑕疵がある物を給付した売主に帰責事由が認められないものの、買主が権利の瑕疵につき善意であるが故に負担した費用・損害があり、これを全て買主の負担に帰せしめるのが酷となるケースが皆無か否かにも配慮し、柔軟な解決を図ることのできる制度とすることにも留意すべきである。

具体的には、代金減額請求権の減額判断の中で権利の瑕疵について善意の買主が支出した費用等についても考慮に入れること（買主の救済は代金額が限度となる。）、あるいは権利の瑕疵について善意の買主に信頼利益の損害賠償請求権を認めること、等も検討すべきである。

#### (4) 抵当権等がある場合における売主の担保責任（民法第567条）

抵当権等がある場合における売主の担保責任（民法第567条）に関しては、債務不履行責任が生ずる一場面を確信的に規定したものにすぎず不要な規定であるという意見と、債務不履行責任が生ずる場面を具体的に明らかにするなどの意義があるので、適用範囲を条文上明確にした上で規定を維持すべきであるという意見等があったことを踏まえて、確認規定として存置することの要否及び仮に規定を存置する場合には適用範囲を明確にするための要否について、他の担保責任に関する規定を維持するか否かという点との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

民法567条については、適用範囲を条文上明確にした上で規定を維持することに賛成である。

[理由]

民法567条が債務不履行の生ずる一場面を確信的に規定したにすぎない規定と位置づけられるとしても、一つの例示としての確認にも意味はあるし、削除するまでの必要はなく、適用範囲をできうる限り条文上明確化すべきである。

#### 4 競売における担保責任（民法第568条、第570条ただし書）

競売における物の瑕疵に関する担保責任については、現行法を改めてこれを認める立場から、瑕疵の判断基準の明文化の要否や損害賠償責任の要件として債権者等に瑕疵の存在の告知義務を課すことの当否等の検討課題が指摘されている。そこで、まずはこれらの点を踏まえた制度設計が、競売実務や債権回収、与信取引等の実務に与える影響の有無に留意しつつ、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることの可否について、更に検討してはどうか。

また、競売において物の瑕疵に関する担保責任を認めることの可否は、競売代金の算

定等に影響を及ぼすため競売手続全体の制度設計の一環として検討されるべきであることや、競売では、契約とは異なり、当事者の合意に照らした瑕疵の認定が困難であることなどを理由に、これらの規定は民法ではなく民事執行法に設けるべきであるという意見があることを踏まえて、民法に設けるべき規定の内容について、更に検討してはどうか。

[意見]

競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることに賛成である。また、その際、競売実務について考慮すべきであるとともに、その規定を民事執行法に設けることも検討すべきである。それを踏まえて、民法に設けるべき規定の内容について、更に慎重に検討すべきである。

[理由]

同条ただし書の趣旨は、競売は①債務者の意思に基づかずして行われ(債務者の任意性の欠如)、②債権者にとっても目的物の性質について知る機会が乏しいのを通常とするところ(債権者の帰責性の欠如)、③買受人はむしろ自己の危険において買い取るべきものであるから(買受人の自己責任)、買受人の信頼の保護を犠牲にしてでも債権者・債務者を保護し、もって競売結果の確実性を期そうとする点にあるとされる(『新版注釈民法(14)』371頁)。

また、現行民法典起草の際には、i 競売の場合には、その後に担保責任を妥当させて買主の諸権利を認めたのでは、きわめて煩雑な結果をひきおこすことになる、ii 競売において物を買った者はその物に多少の瑕疵があることを予期して幾分か廉価でこれを買取るのが通常であるので、瑕疵担保に基づく権利を買主に認めなくても不公平な結果を生ずることはない、と考えられていたようである(潮見『契約各論I』160頁)。

しかし、現行民法570条ただし書を存続させた場合、たとえば、債務者や債権者が目的物の瑕疵を知って競売を請求した場合にまで、買受人は何らその信頼を保護される手段がないということになって酷に過ぎる。また、起草者の懸念する「煩雑」さの点では、権利の瑕疵の場合と異ならないし、目的物に多少の瑕疵があることを予期して買受代金額が決定されると言い切ってしまうことにも疑問がある。さらに、そもそも権利の瑕疵と物の瑕疵の区別自体曖昧である(たとえば、広中『債権各論』57頁には、「もつとも現民法565条の場合、権利の瑕疵とは言いがたく、むしろ物の瑕疵に近い」、との指摘がある)。

したがって、担保責任における買主保護や売買における対価的均衡の観点からは、現行民法570条ただし書きを削除する方向で検討を行なうことについては賛成する。ただし、その制度設計如何によっては、競売実務や債権回収、与信取引等の実務に与える影響が大きく、この点に留意しつつ検討を行なう必要がある。

また、民法570条ただし書を削除することは民法の議論に収まるものではなく、競売実務に与える影響を無視できないことから明らかなように、民事執行法の議論抜きには



判断できないものである。そこで、現行法を改めるとの結論に至るまでには、要件、効果論のみならず、民事執行法との整合性、条文の割り振り等検討を要する課題が多いことから、より慎重な検討を必要とする。

なお、効果については、損害賠償については、民法568条3項の「物若しくは権利の不存在」から拡張して、「物の瑕疵」の場合にも損害賠償を認めることに賛成する。

また、同様に、「物又は権利の一部の不存在」、「他人の権利による制限」の場合にも損害賠償請求権が発生する場合を拡張することには賛成する。

さらに、債権者の瑕疵等の存在の認識の判断基準時は、「債権者がこれを知りながら競売を申し立てたとき」とすべきである。

## 5 売主の担保責任と同時履行（民法第571条）

担保責任の法的性質を契約責任とする立場を前提に、民法第571条は、同時履行の抗弁（同法第533条）や解除の場合の原状回復における同時履行（同法第546条）の各規定が適用されることの確認規定にすぎないから削除すべきであるという考え方が示されているが、この考え方の当否について、担保責任の法的性質に関する議論（前記1(1)及び2）等を踏まえて、更に検討してはどうか。

### [意見]

民法571条を削除することにつき、あえて反対しない（ただし、同条があっても問題はない。）。

### [理由]

本論点については、一般的に担保責任の法的性質に関する議論と関連付けられて理解されている。すなわち、法廷責任説の立場からは民法第571条を残す意味があるが、契約責任説からは571条がなくても同時履行関係にあると認められるので、571条が削除されても問題はないとされている。具体的には、理論的に担保責任の性質につき契約責任説の立場にたつと、買主の損害賠償請求権は、買主の売主に対する債権の内容が変形したものと考えられ（本来的給付から損害賠償給付へと変形したもの）、「買主の損害賠償請求権と売主の代金請求権とは、双務契約における債務・反対債務の同時履行そのものに含まれる場合だといえる。」（潮見・前掲246頁）。その結果、571条は、損害賠償請求の点では注意規定に過ぎないことになる。

これに対し、法定責任説では、瑕疵を理由とする損害賠償請求権は本来の履行請求権が変形したものではなく、法律が特別に認めた請求権であるため、買主の損害賠償請求権と売主の代金請求権とは、双務契約上の債務として捉えられないので、571条に特別の意味が認められる。

契約責任説的立場に反対しない本意見書の立場からは、注意規定に過ぎない571条については、削除することも考えられるが、注意規定として残しておくことに問題はない。

## 6 数量超過の場合の売主の権利

数量指示売買における数量超過の場合の売主の権利については、契約解釈による代金増額請求権や錯誤無効等により保護されているなどとして特段の新たな規定を不要とする意見がある一方で、契約解釈による代金増額請求権や錯誤無効等では適切な紛争解決を導けない場合があり得るとする意見もあり、後者の立場からは、例えば、売主による錯誤無効の主張を認める一方、買主に対して超過部分に相当する代金を提供することにより錯誤無効の主張を阻止する権利を与えるなどの提案や、代金増額請求権の規定を設けることや超過部分の現物返還を認めることも考え得るとの指摘がある。これらの考え方を踏まえて、数量超過の場合の売主の権利に関する規定を設けることの要否について、取引実務に与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

### [意見]

数量超過の場合の売主の権利に関する規定を設けることについては、賛成であるが、その規定の具体的内容については、取引実務に与える影響に留意しつつ、更に慎重な検討を要する。

### [理由]

1 この問題は、売買目的物の数量を指示して売買したところ、数量が約定のものを超過していたときに、売主は買主に対して超過数量に相当する代金の増額を求めることができるかという観点から問題とされてきたものである（潮見『契約各論Ⅰ』140頁以下）。

起草者は、元来（土地の）坪数などは売主が調べて売るべきで、注意が足りない売主に対し特約もないのに錯誤や代金増額請求という保護を与えれば買主が迷惑すると考えていたようである（新版注釈民法（14）239頁）。

判例（最判平成13年11月27日民集55巻6号1380頁など）は、民法565条が売主の責任規定である以上、逆に同条を類推適用することによって買主の責任を肯定することは解釈上許されないと述べて代金増額請求権を否定する。大審院判決は、「契約の一般の原則を適用し、売主に代金増額の請求権ありや否やの問題は一に売買当事者の意思を解釈して決すべきものとす」としている（大判明治41年3月18日民録14輯295頁）。

この点、起草者のような考え方が妥当とすれば、数量超過の場合の特別規定は不要とも考えられる。しかし、価値判断としては、「数量指示売買では単位数量に代金額算定の基礎がおかれている点にかんがみれば、数量過誤の危険を売主に終局的・確定的に負担させるのが適切な処理とは思われない。」という指摘は十分傾聴に値する（潮見・前掲142頁）。

よって、数量超過の場合の売主の権利に関する規定を設けることの要否について検討を行なうことに賛成である。

また、数量過誤の場合の処理については、①契約の解釈による解決、という方法と、

②特別な規定を置いて規律する、という方法が考えられる。この点、当事者の意思が明確に認定できる場合であればよいが、必ずしも常に当事者の意思が明確でない場合も考えられる。

したがって、②数量超過の場合について明文の規定を置いて規律する、という考え方は十分に検討に値し、次に問題となるのはその規定の内容である。この点、本論点については、現段階では他に学説上広く承認されている見解も存在しない状況であり、多種多様な見解がある。つまり、これまで実務においても何度も問題提起されてきた数量超過売買についてであるが（上記最高裁平成13年判決など）、具体的な規定を設ける意味も含め、その内容について議論が成熟しているかどうか問題であるとの指摘もある。

よって、数量超過の場合につき、具体的にどのような規律にするのかについてはさらに慎重な検討が必要である。その際、取引実務に与える影響の有無について留意するのは当然のことである。

2 数量超過の場合の具体的な規律の内容については未だ意見の一致を見ないところであり、その内容について議論が成熟しているかどうか問題であるとの指摘もあることから、さらに慎重な検討が必要であるが、その具体的内容としては、

1) 売主からの増額請求等に対して、買主が①数量超過部分の返還、②数量超過部分の代金の支払い、③契約の解除の選択ができるとすべきである。

2) また、①重過失ある売主の増額を否定する旨の抗弁を買主が提出できるとか、②数量超過について売主が善意無重過失であったことを売主に立証責任を負担させるなどの、制約を、売主側にも加える

というものが、考えられる。

即ち、具体的な規律の内容としては、理論的根拠はさておき、結論として、少なくとも以下の3つのいずれかの方法によって当事者間の利害関係を調整するべきであると考ええる。

i 数量超過部分の現物の返還

または

ii これに代わる数量超過部分相当額の代金の支払う

または

iii 解除の要件を充たせば解除

そして、このいずれの方法によるかについては、買主にその選択権があることとし、仮に売主がいずれかを請求しても、買主は他の方法を選択できるとすべきである。

なお、数量超過売買の場合に、売主側としては、錯誤の要件を充たせば無効ないし取消の主張も当然認められると考える。

こうすることによって、売主が契約に従った数量を引き渡さなかったことに対する制裁として、買主の選択権を位置づけることが可能となる。

また、買主がいずれの方法を選択しない場合も考えられるので、売主に買主に対する

選択権行使の請求を認め、買主がこれに応じない場合には、売主に代金の支払いを認める方が妥当であるとする（以上、潮見前掲 142 頁以下、円谷峻・判タ 1099 号 73 頁）。

### 3 売主側の保護の要件

数量超過の程度を考慮せず、一律に売主の保護をはかる、という価値判断が妥当か否かについては、さらに考慮を要する。わずかな数量超過の場合にも、複雑な権利関係を残すことには疑問なしとしないが、では、どの程度数量が超過した場合に、売主の保護をはかるのかが問題点であり、更に慎重な検討を要する。

## 7 民法第 572 条（担保責任を負わない旨の特約）の見直しの要否

担保責任を負わない旨の特約の効力を制限する民法第 572 条に関して、このような規定の必要性の有無及びこれを必要とする場合には、売主が事業者か否かにより規定の内容に差異を設けるべきか否かについて、不当条項規制に関する議論（前記第 31）との関連性に留意しつつ、検討してはどうか。

また、このような規定の配置について、一般的な債務不履行責任の免責特約に関する規定として配置し直すことの当否について、担保責任の法的性質に関する議論（前記 1（1）及び 2）との整合性に留意しつつ、検討してはどうか。

### [意見]

- 1 民法 572 条の必要性の有無及びこれを必要とする場合の規定の内容、この規定を必要とする場合の規定の配置について、担保責任の法的性質との整合性に留意しつつ、慎重に検討すべきである。
- 2 このような規定を設ける場合には、売主が事業者か否かにより差を設けるかにつき、不当条項規制との関係に留意しつつ、慎重に検討すべきである。

### [理由]

担保責任に関する諸規定も、強行規定ではなく任意規定であるから、原則として当事者間で民法の規定と異なる内容の合意をすることも可能なはずである。よって、売主の担保責任免除特約について、原則として有効である。

しかし、この原則に例外を認めないとすれば、契約当事者の置かれた具体的状況如何により、信義則上買主に酷な場合も考えられる。そこで、民法 572 条は、一定の場合に売主の担保責任免除特約の有効性に関する例外を認めている。

また、本論点は、担保責任の法的性質に関する議論からも影響を受けるものである。なぜなら、担保責任の法的性質につきいわゆる契約責任説を採用すれば、一般的な債務不履行責任の免責特約に関する規定として配置しなおすことも可能であると考えられるからである。一方、明文で明確にする意味はあるから、第 572 条のような規定を削除することには慎重な検討を要する。

そして、売主が事業者か否かにより、消費者契約法の適用の可能性も考えられるところ

から（同法8条1項5号，2項，同法10条），その区別は重要であるし，本論点は不当条項規制の規律如何から影響を受けるものである。

即ち，かかる特約については，事業者が消費者ないし中小の事業者に対して，一方的に不利な特約を押し付ける可能性はあるから，一方が事業者である場合の特則，や不当条項規制に復する場合について，慎重に検討すべきである。

## 8 数量保証・品質保証等に関する規定の要否

取引実務上用いられる数量保証や品質保証，流通過程で売買される物に関するメーカー保証等について，何らかの規定を置く必要がないかについて，検討してはどうか。

[意見]

数量保証や品質保証，流通過程で売買される物に関するメーカー保証等について，何らかの規定を置く必要がないかについて，慎重に検討すべきである。

[理由]

取引実務上数量保証や品質保証，メーカー保証等の各種の保証が用いられていることは周知のところであるが，例えばかかる特約に対して何らかの制約を設けることについて，その必要性が認められ，かつ実際の取引に萎縮的効果を生じさせない方向での改正が可能であるなら，その規定の内容について検討を行なうことも考えられる。

しかしながら，法制審でもその議論は熟していないところであり，それらについて現在不都合はあるのか，規定を設ける社会的要請があるのか，それらを民法に規定する必要があるか，規定を設けることによる弊害はないか等は，不明確であり議論を重ねる必要がある。

よって，本論点については，慎重に検討すべきである。

## 9 当事者の属性や目的物の性質による特則の要否

前記各論点の検討を踏まえた上で，担保責任について契約の当事者の属性や目的物の性質による特則を設ける必要があるか否かについて，消費者・事業者に関する規定についての議論（後記第62）との関連性に留意しつつ，検討してはどうか。

[意見]

担保責任について契約の当事者の属性や目的物の性質による特則を設ける必要があるか否かについて，消費者・事業者に関する規定についての議論との関連性に留意しつつ，慎重に検討すべきである。

[理由]

上記の問題提起は，契約当事者の属性や売買目的物が不動産か動産か債権かといった契約目的物の性質の違いによって，必要となる規定が異なり得るのではないかと，というもの

である。

この点は、事業者に対して消費者買主を保護する必要性はある。また、建物については、品確法において建物の請負ないし売買につき、担保責任の期間制限に対する特則がある。こうした観点からの個人ないし消費者買主を保護する視点での特則は、検討すべきである。

そして、法制審では、売り主が個人か商人かによって、担保責任の規定を通常とは異なるものとするべきかの指摘があった。法制審においては、検討すべき具体例として、個人売主の瑕疵担保責任を無過失責任とすることの適否、瑕疵担保責任により個人売主に課す履行利益の賠償責任や瑕疵修補義務を制限する必要性の有無などがあるとされたようである。以前にも増してネットオークション等消費者が売主となる事例が増えていることから、個人売主を保護し配慮した規定も考えられるかもしれない。

しかしながら、こうした問題点については、当事者の属性は、「瑕疵」の解釈や認定等により適切に考慮できる上、約款や不当条項に関する規定が新設されれば、それらによる対処も可能となるという意見もあるところである。

こうした観点からは、消費者売主が登場するケースが増えているという事実を鑑み検討するとしても、安易に個人売主に対する担保責任を加重してはならず、売主・買主相互間の利益や属性についてバランスに配慮した規定となるべきである。そうした意味で、特則を設けるかどうか慎重な検討を要する。

## 第40 売買—売買の効力（担保責任以外）

### 1 売主及び買主の基本的義務の明文化

#### (1) 売主の引渡義務及び対抗要件具備義務

一般に売主が負う基本的義務とされるが明文規定のない引渡義務及び対抗要件具備義務を明文化する方向で、後者については対抗要件具備に協力する義務とすべきではないかという意見があったことに留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

売主及び買主の基本的義務の明文化について、賛成である。

[理由]

現行民法の解釈として、売主は、財産権移転義務（現行民法555条）、引渡義務（占有移転義務）、対抗要件具備義務を負うとされている（川井健『民法概論4』138頁以下）。

わかりやすい民法という観点からは、問題なく認められると解されている売主の上記義務についても明文の規定を置いて、条文上も明らかにするべきである。

他の典型契約の規定との整合性についても、売買契約のところで明文の規定を置くことで、たとえば賃借人の登記請求権について否定する判例の立場を踏襲し、賃貸借契約の効力として賃借人の対抗要件具備義務について明文の規定を置かないという規律の仕方をすれば、両契約の違いが明文の規定から明らかとなり、むしろ分かりやすさという観点からは妥当と考える。

なお、対抗要件具備義務ではなく、対抗要件具備に協力する義務とすべきではないかという意見があるとのことであるが、両者の違いが何処にあるのか不明であるものの、仮に違いがあるのであれば、当然どちらの考え方を採用するかについて検討を要する。

仮に、両者の内容に違いはなく、後者の趣旨が、単に不動産登記法上、当事者共同申請主義（不動産登記法16条1項、60条）が採用されていることから、登記義務者が単独で登記申請できるような誤解を招かないために対抗要件具備に協力する義務とすべきであるというものであったとしても、条文の文言から不必要な誤解を招かないような規律にすることは意義が認められるので、やはり後者の見解についても検討を要すると考える。

#### (2) 買主の受領義務

民法は、買主の基本的義務として、代金支払義務を規定する（同法第555条）が、目的物受領義務については規定がなく、判例上も買主一般に受領義務があるとは必ずしもされていない。この買主の受領義務については、様々な事例において実務上これを認める必要性があると指摘された一方で、契約に適合しない物の受領を強要されやすくなるなど消費者被害が拡大することへの懸念を示す意見、買主に一律に受領義務を認めるのではなく、契約の趣旨や目的等により買主が受領義務を負う場合があるものとする方向で検討すべきであるという意見、実務上の必要性が指摘される登記引取

義務を超えた広い範囲での受領義務を認めるべきか否かという観点から検討すべきであるという意見、契約不適合を理由とする受領の拒絶を認めるべきであるという意見、「受領」が弁済としての受領を意味するのか、事実としての受け取りを意味するのかなど、「受領」の具体的内容について検討すべきであるという意見、債権者の受領遅滞に関する議論（前記第7）との関連性に留意しつつ、他の有償契約への準用可能性等を検討すべきであるという意見等があった。これらを踏まえて、買主の受領義務に関する規定を設けることの当否、規定を設ける場合の受領義務の具体的な内容等について、更に検討してはどうか。

## 1 買主の受領義務について

[意見]

- (1) 買主の受領義務（目的物の引取義務）を明文化することには反対しない。もっとも、積極的に判例を変更する必要があるかについてはなお検討を要する。また、瑕疵ある物の場合には受領義務が認められないことを明確にすべきである。
- (2) 買主に登記引取義務を認めることには反対しない。供託・自助売却等の認められる目的物自体の受領義務の問題と、登記の引取義務とは区別して検討をすべきである。
- (3) 買主の受領義務の問題については、受領遅滞や受領義務一般との関係を踏まえて慎重に検討すべきである。特に、供託・自助売却との関係や、受領義務違反の効果との関係を検討する必要がある。
- (4) 契約に適合しない目的物については、買主に受領義務を認めるべきではない。
- (5) 買主に一般的に受領義務を認めることが、契約締結過程に問題がある場合に受領を拒絶する買主（特に消費者）に対して、濫用的な受領の押し付けにつながらないように留意すべきである。
- (6) 他の有償契約への準用可能を検討する場合には、「目的物」の受領に限定した議論なのか否かを明確にしたうえで、検討をすべきである。

[理由]

### (1) 買主の目的物受領義務一般

実務的な感覚としては、買主の受領義務（物の引取義務）については、特別に支障があるようには思われないが、明示的な規定があると、受領を拒む買主に受領を促すために利用できるという意味において便利である（「行為規範」としての意義は認められる）。

もっとも、買主の受領義務の明文化は、判例のリステイトではなく、判例の変更であり、その必要性については、受領遅滞の制度（債権一般の受領義務の議論）その他の関係を含めて、なお検討を要する。

この点、買主に受領義務を認めることについては、債権者一般に受領義務を認める説（債務不履行説）、売買・請負等の契約類型には引取義務を認める説（折衷説）、受領義務を否定する説など、学説には対立があるところである。

これに対し、判例は、原則としては目的物の引取義務を認めないが、「信義則に照らし



て」(最判昭和46年12月16日民集25巻9号1472頁)、あるいは、「特段の事由(がみとめられれば)」(最判昭和40年12月3日民集19巻9号2090頁)があれば認めるとしている。そこで、判例をリステイトするのであれば、取引(特に目的物)の性質あるいは合意(の認定)から引取義務が認められる場合に限定する方向で明文化することも考えられるところである(奥田昌道『債権総論〔増補版〕』226頁参照)。

買主に一般的に受領義務を認めることについては、ウィーン売買条約のような国際的な動産売買ならば一般的に引取義務を明示するということが理解できないではないが、はたして、国内の売買一般に、目的物の受領義務(引取義務)を肯定する必要があるかどうかについては、疑問が残るところである(受領遅滞、供託・自助売却の制度もある。)

もし、売買において目的物の受領義務を広く認めた場合、有償契約への準用規定との関係が問題となるが、準用規定が存続する場合には、原則として有償契約一般に目的物の受領義務が認められることになる。他方、有償契約への準用を廃止すると、売買その他明文化された契約のみにおいてのみ目的物の受領義務が肯定されることになる。学説の折衷説を採用したことになる)。後者の場合には、非典型契約にどのような扱いになるのかについて問題が生ずることになる。

なお、瑕疵ある物についてまで買主に受領義務を認めることは妥当ではないので、この点を明確にしておく必要がある。

## (2) 登記引取義務

買主が登記を引き取らない場合には、工作物責任(民法717条)のリスクや固定資産税の負担などの不利益が継続する。特に、物の場合には供託・自助売却による対応が可能であるが、登記自体を供託することはできない。目的物引取義務以上に、登記引取義務を認める要請が認められる。

この点、最判昭和36年11月24日(民集15巻10号2573頁)が、登記引取請求権を肯定しており、実務上、登記(登録)の引取請求はすでに認められており、この点を踏まえて、明文の規定をおくことには反対しない。

## (3) 受領遅滞、債権者の受領義務との関係

買主の受領義務の問題については、受領遅滞や受領義務一般との関係を踏まえて慎重に検討すべきである。特に、供託・自助売却との関係や、受領義務違反の効果との関係を検討する必要がある。

なお、目的物の受領義務違反の場合における受領強制は、現実の執行を考えると非常に困難であるように思われる。間接強制ということになるのであろうか。代替執行であれば、増加費用の請求を訴求する場合と大差ないのではないか。直接強制にはなじまないように思われる。

## (4) 契約に適合しない目的物の受領

契約に適合しない物については、買主には受領拒絶権は当然に認められるべきである。

(5) 受領義務を口実として受領の押し付けの問題

買主（特に消費者）が受領を拒む事例のうちには、目的物が契約に適合しない場合のほか、契約締結自体についての不満・トラブルが背後にある場合がある。買主に受領義務を一般的に認めることが、問題のある契約における事業者側の口実として濫用されないよう慎重な検討が必要である。

(6) 買主の受領義務について、他の有償契約への準用可能を検討する場合には、役務型の契約など目的物を観念しない契約も少なくないので、「目的物」以外の受領義務についてまで議論が及ぼすのか否かを明確にする必要がある。「目的物」の受領に限定した議論なのか否かを明確にしたうえで、検討をすべきである（なお、第40、5参照）。

## 2 代金の支払及び支払の拒絶

### (1) 代金の支払期限（民法第573条）

民法第573条は、売買目的物の引渡期限があるときは、代金の支払についても同一の期限を付したものと推定する旨を規定しているところ、不動産売買においては、登記の重要性に鑑み、目的物の引渡期限ではなく登記移転の期限を基準とし、代金の支払について登記移転期限と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を置くという考え方がある。このような特則を設けることについては、その必要性に疑問があるとの意見があったことを踏まえて、実務上の必要性の有無に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

登記移転期限と一致させる推定規定を設けることに賛成である。

[理由]

二重譲渡のリスクが存在する以上、登記移転の時点にあわせて代金を支払う（＝その時点までは代金の支払は留保する）との合意があったと推定することが合理的である。

これは、代金の支払時期についてのデフォルト・ルールをいずれの時点とするかの問題であり、登記よりも前に物の引渡しがなされる場合についても、登記時に代金を決済するのが通常であることに鑑みると、目的物の引渡期限ではなく、登記の移転期限と一致させることが合理的である。

### (2) 代金の支払場所（民法第574条）

代金の支払場所を定める民法第574条に関しては、「目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきとき」であっても、目的物が既に引き渡された後は、同法第484条が適用されるとする判例法理を明文化する方向で、また、同条が任意規定であるとする判例を踏まえて「支払わなければならない」という表現を見直す方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

判例法理を明文化することに賛成である。表現を見直すことについても賛成である。

### (3) 権利を失うおそれがある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第576条）

民法第576条は、売買の目的について「権利を主張する者がある」場合における買主の代金支払拒絶権を規定しているところ、買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも適用されるという解釈論を踏まえ、これを明文化すべきであるという考え方がある。

この考え方については、抽象的な要件を定めると濫用のおそれがあるから、要件を明確にし適用範囲を限定する方向の検討もすべきであるという意見があったことを踏まえるとともに、不安の抗弁権に関する議論（後記第58）との関連性にも留意しつつ、その具体的な要件設定や適用範囲について、更に検討してはどうか。

#### 1 代金支払の拒絶を「権利を主張する者がある場合」から、「権利取得を疑うべき…場合」に拡張すべきか。

[意見]

「権利取得を疑うべき…場合」に拡張することに異議はない。

[理由]

買主の保護の必要性（売主の債務履行が不完全なものとなることによる買主の不利益可能性）という点では、第三者が権利主張する場合と同じであり、異なった取り扱いをする理由は見出せない。

ただし、買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合一般に適用範囲を拡張すべきであるという考え方が示されているが、具体的な想定場面を明確にして（例えば、債権譲渡があった場合に、債務者が既に弁済にしていたと主張するような場合）、検討を行うことが好ましい。

#### 2 権利を失うおそれのある場合（事情）の規定のあり方について

[意見]

客観的・合理的な事情がある場合に限定することを明らかにするために、「相当の理由がある場合」との表現ではなく、「客観的かつ具体的な危険」などといった文言を用いるべきである。

[理由]

根拠がない場合や根拠が薄弱な場合に、安易に履行を拒む口実に利用されたりして濫用されないようにするために、客観的・合理的な事情（理由）がある場合に限るとことを明確にしたほうがよい。

なお、不安の抗弁権、信義則の適用、さらには、類推適用による処理も可能なので、代金の支払拒絶の規定を包括的・網羅的にする必要性は高くないのではないか。

### 3 「不安の抗弁権」との関係

[意見] 及び [理由]

「不安の抗弁権」の項を参照。

#### (4) 抵当権等の登記がある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第577条）

民法第577条は、一般に、当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には適用されないと解されていることから、これを条文上明確にすることの当否について、更に検討してはどうか。

#### 民法577条の適用範囲の明確化することについて

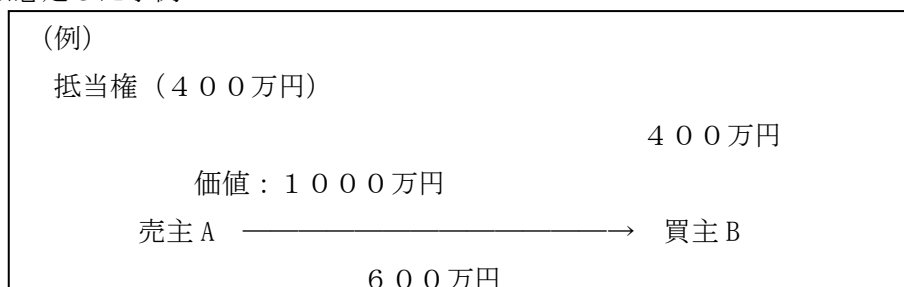
[意見]

当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には適用されないことを明確にすること自体に異議はない。

[理由]

抵当権が設定されている場合に、買主が被担保債権の履行（第三者弁済）を引き受けて、売主に被担保債権を控除した金額を交付するような場合（※）に、民法577条は適用されないとすることとに問題はない（逆に、適用することは不合理である）。

※想定した事例



なお、抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には、いくつかのバリエーションがあるかもしれない。買主が履行を引き受けた場合のほか、近い将来抵当権が実行されることを前提に、それまでの利用を前提に低廉な金額を代金と定める場合もあるかもしれないのでこの点には留意する必要がある。

また、買主が被担保債権の履行（第三者弁済）を引き受けて、売主に被担保債権を控除した金額を交付するような場合に、「控除後の交付額」を代金とみることには疑問もある。「履行を引き受けた部分を含めた合計額」なのではないか。「抵当権の存在を考慮して代金額を決めた」のではなく、「抵当権の存在を考慮して代金の支払方法を決めた」ということではないのか。想定した事例（※）が異なるのかについて、なお検討が必要である。

抵当権が設定されているにもかかわらず、被担保債権額を控除することなく全額を売主に支払うケースはむしろ少ないと考えられる。それゆえ、立証責任の配分は、基本方針【3.2.1.33】のように、「抵当権の存在を考慮することなく代金が決定されていたとき」であるとの立証を買主側に負担させることには合理性があると考えられる。

### 3 果実の帰属又は代金の利息の支払（民法第575条）

売買目的物の果実と売買代金の利息を等価値とみなしている民法第575条に関しては、その等価値性の擬制が不合理であるとして、売主は引渡期日までに生じた果実を取得し、買主は代金支払期日まで代金の利息を支払う必要はない旨を規定すべきであるという考え方がある。この考え方については、果実と利息の価値の差が大きい場合の不合理性等を指摘して賛成する意見がある一方で、決済の簡便性や果実と利息の等価値性を前提とした民法の他の規定との整合性等を重視して同条の規定内容を維持すべきであるという意見があったことを踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

現行法の規律を維持すべきである。

[理由]

- 1 現行法のルールで不都合はない。任意規定なので、価値の差を考慮しようと思えば、特約で排除できる。デフォルト・ルールをどう設定するかの問題であり、デフォルト・ルールが適用されるような取引においては、精密なルールを規定する必要性は大きくない。

また、実務的な観点からは、現行法の方が紛争を円満・迅速に紛争処理はしやすいと思われる。果実（使用利益）や管理費用の精算は付随的な問題である。使用利益や管理費の評価はいずれも難しい面がある。これをめぐる争いが、本来的な問題の解決の妨げになる可能性があるからである。

さらに、果実と利息の法的な等価値性を認めている民法の他の規定（特に質権に関する356条・358条との整合性も見直さなければならなくなる。

- 2 もっとも、価値の差が履行の拒絶の原因となっている場合（※）には、現行法を改めた方が、紛争解決のインセンティブを与えることとも考えられるので、なお検討が要である。ただし、果実の引渡しと利息の支払いを認める処理をする場合にも、約定利息を適用することにより逆に均衡が崩れる場合も生ずる余地もあるので、慎重な検討が必要である。

※想定した事例

家屋の売買（代金 1200 万円，法定利息 5%）
利息（月 5 万円） < 果実（家賃月 10 万円） - 管理費（1 万円）
↓
売主は月 9 万円の利益があり，代金の利息をもらうよりも有利
代金をもらっても月 5 万円の利息も見込めない
現状が有利なので家を渡すのを渋った場合

### 4 その他の新規規定

- (1) 他人の権利の売買と相続

同一人が他人の権利の売買の売主と権利者の法的地位を併せ持つに至った場合における相手方との法律関係に関しては、判例・学説の到達点を踏まえ、他人の権利の売主が権利者を相続したとき、権利者が他人の権利の売主を相続したときなどの場面ごとに具体的な規定を設けるかどうかについて、無権代理と相続の論点（前記第33、3(2)）との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

規定を置くかどうかについては、無権代理と相続の規定との関連を考慮して決すべきである。

[理由]

無権代理において相続があった場合と利害状況が類似することや、他人物売買と無権代理とは認定においても紙一重であることから、無権代理と相続についての規定を置くか否かにあわせるのが、基本的に妥当である。

## (2) 解除の帰責事由を不要とした場合における解除権行使の限界に関する規定

債務不履行解除の要件としての帰責事由を不要とした上で（前記第5、2）、解除と危険負担との適用範囲が重複する部分の処理（前記第6、1）について解除権の行使を認める考え方を採用する場合（部会資料5-2第4、3[100頁]における解除一元化モデルや単純併存モデル等）には、双務契約の一方の債務が債務者の帰責事由によることなく履行できなくなったときに、その危険をいずれの当事者が負担するか（反対債務が存続するか否か）という問題（前記第6、3等）は、どのような場合に債権者の解除権行使が否定されるかという形で現れる。

これを踏まえ、このような解除権行使の限界を、双務契約の基本形と言える売買において規定すべきであるという考え方について、更に検討してはどうか。

また、買主が目的物の瑕疵を理由に売主に対し代物の請求を行い、それに伴って瑕疵ある目的物の返還義務を負う場合において、目的物の滅失・損傷が生じたときのリスクを誰が負担するかという問題は、上記の基準では処理できない。そこで、この点の特則を新たに設けることの要否について、更に検討してはどうか。

### 1 双務契約の一方の債務が債務者の帰責事由によることなく履行できなくなったときに、その危険をいずれの当事者が負担するか（反対債務が存続するか否か）について

[意見]

(1) 「解除権行使の限界」という形に絞っての論点整理に異議がある。危険負担の制度を廃止することについては、特に慎重に検討すべきである。

(2) 危険の移転時期に関し、534条の債権者主義を制限する方向で修正することに賛成である。この点についての具体的な議論こそが重要である。引渡し、登記移転、代金支払のうちいずれがあれば危険が移転するのかについて、十分に議論する必要がある。

[理由]

(1) 「解除権行使の限界」という形の議論に誘導するかのような論点整理は妥当ではない。

債務不履行解除の要件としての帰責事由を不要とした場合においても、危険負担制度の存続を認め、履行不能の場面においては、危険負担が優先するとする立場も尊重した形で検討を進めるべきである。「解除権行使の限界」という形で規定するという議論にとらわれるべきではない（危険負担の形で規定することも想定した議論を行うべきである）。

危険負担の制度を廃止することは、慎重な検討を要する。危険負担の制度は既にわが国において定着している制度である。また、賃貸借契約、雇用契約、さらには継続的供給契約（継続的売買）においては、解除の問題とは別に危険負担を問題にしなくてはならない。売買契約（単発型）についてのみ危険負担の問題を解除権行使の限界の問題に還元することは、制度として理解しにくい。また、解除に帰責事由を不要とすると（第3, 2）、解除と危険負担との適用範囲が重複する部分が生ずるが（第4, 1）、より要件の厳しい制度に合わせることの合理性にも疑問が残る。

(2) 現行民法の危険負担における債権者主義の妥当範囲（534条1項の修正）については、従来からその合理性に疑問が示されているところである。目的物が滅失したにもかかわらず、反対債務である代金債務を存続させることは公平とはいいがたい。代金を前払いしている場合も、この点では同じである。

基本的には、買主が目的物の現実的な支配をおさめた段階（正確にはおさめえた段階）で危険が移転するとすべきである。具体的に現実的な支配をおさめた段階としては、引渡し（現実の提供）、登記移転、代金支払が考えられるが、前2者については、引渡しと登記が同時になされない場合についていずれを優先させるか、いずれか早い段階で足りるとするかという問題があるし、代金支払については、現実的支配の移転を認めることの当否自体が問題となりうるところである。

危険の移転の問題は、非常に例外的な事象ではあるが、災害等の場合には必ず問題となりうる事柄であり、その場合には、危険の移転の有無によって当事者間の利害に大きく影響を及ぼすのであり、現実の取引実務の扱いや当事者間の公平などの観点から、十分な検討が必要である。

なお、危険の移転に関する規定は任意規定であるが、具体的な合意を定めなかった場合におけるデフォルト・ルールを明示することには十分に意味がある。

## 2 瑕疵ある目的物が引渡し後に滅失・損傷した場合の規定を設けるべきかについて

[意見]

このような場面までを想定した規定を設ける必要があるかは疑問である。また、瑕疵ある目的物で、特定を認めるべきか否かについて、慎重に検討すべきである。さらに、仮に規律を設けるとしても、複雑な規律とならないよう慎重に検討すべきである。

### (3) 消費者と事業者との間の売買契約に関する特則

消費者と事業者との間の売買契約においては、消費者である買主の権利を制限したり消費者である売主の責任を加重する条項の効力を制限する方向で何らかの特則を設ける

べきであるとの考え方の当否について、更に検討してはどうか（後記62，2④参照）。

[意見]

消費者と事業者間の売買契約において適用される消費者保護の特則を設けることについて特に異論はない。

もっとも、消費者契約における不当条項規制として、より一般的な消費者保護の特則を設けることを検討すべきである。

[理由]

権利の制限および責任の加重を伴う条項により消費者が害される危険は、何も売買契約に限ったことではない。消費者と事業者間の売買契約についての消費者保護の特則の存在が、かえって、他の契約類型における消費者保護を軽視する結果をもたらすものとなつてはならない。

#### (4) 事業者間の売買契約に関する特則

事業者間の売買契約に関し、以下のような特則を設けるべきであるとの考え方の当否について、更に検討してはどうか（後記第62，3参照）。

- ① 事業者間の定期売買においては、履行を遅滞した当事者は、相手方が履行の請求と解除のいずれを選択するかを確答を催告し、確答がなかった場合は契約が解除されたものとみなす旨の規定を設けるべきであるとの考え方

[意見]

- 1 かかる規定に関し、商法525条における商人間から、事業者間に適用範囲を拡大することには、賛成する。
- 2 履行遅滞をした当事者の相手方に解除権を与え、解除するかどうかの選択肢を与えることも、賛成する。
- 3 履行遅滞をした当事者に、相手方に対して解除するかどうかの催告権を与えることも、賛成する。
- 4 ただし、かかる規定を特則として設けるかについては、消費者・事業者の特則を民法に設けるか否か、またかかる規定を民法に置くか商法などの特別法に置くかにもかかわるところであり、慎重な検討を要する。

[理由]

- 1 本論点には、①現行商法525条に改正すべき問題点があるか、②現行商法525条（ないし改正した規定）を商人間から事業者間に適用範囲を拡大するか、③その場合に、かかる規定を民法に特則として規定するか、の論点がある。
- 2 商法525条の趣旨は事業者間売買に妥当するから、商人間に限定せずに、事業者間に



適用範囲を拡大することに、賛成する。

- 3 商法 525 条においては、売主の負担において、買主が投機的行動に出るのを防止するために、解除するかどうかの考慮期間もなく、当然に解除になる。

しかしながら、当然解除になることに対する批判もあることから、検討事項の補足説明の提案のとおり、買主に解除するかどうかの選択権を与える一方で、選択の期間を短くできるように売主から買主に催告をして、確答がなければ解除したものとみなす規定を設けることにも賛成する。

なお、かかる検討事項の提案は、売主・買主どちらが不履行をした場合にも適用される前提であるものの、売主が不履行をした場合が重要であるが、こうした規定となることも、反対はしない。

- 4 そして、かかる規定を設ける場所については、民法に特則として設けることも考えられるが、消費者・事業者の特則を民法に設けるか否かにかかわるところであり、慎重な検討を要する。

- 5 さらに、かかる規定を、事業者に対する特則ではなく、事業者以外にも適用される一般的な規定とすべきかについても検討に値する論点である。

- 6 また、特に、かかる規定を（事業者に対する特則としても、または、一般的な規定としても）民法における特則として規定する場合には、他の有償契約に準用されることとなるかについても、配慮が必要である。

## ② 事業者間の売買について買主の受領拒絶又は受領不能の場合における供託権、自助売却権についての規定を設け、目的物に市場の相場がある場合には任意売却ができることとすべきであるとの考え方

### 1 商法第 524 条の適用対象を事業者間に拡大することの可否

[結論]

商人間の規定である同条の適用対象を事業者間に拡大することについては、慎重に検討すべきである。

[理由]

同条の規定は、商取引における簡易迅速性の要請に応じて、商人間の売買について特則を設けたものである。

しかし、事業者には、商人のみならず、営利を目的としない非営利法人も含まれている。そして、非営利法人の場合であっても、受領拒絶又は受領不能の場合に直ちに供託し、又は、催告の後に競売又は一定の要件の下で任意売却を認めてまで、商人の場合と同様に、取引の簡易迅速性を確保すべき必要性があるのか疑問である。

### 2 自助売却の方法として、目的物に市場性がある場合、任意売却を認めることの可否

[結論]

仮に、上記1が認められる場合、目的物に市場性がある場合、任意売却を認めることについては、特に反対しない。

[理由]

商法第524条において自助売却が認められた趣旨は、売買代金の支払いを容易に受けることができるようにして、売主の保護を図ることにある。ところが、競売では、有利迅速な売却をすることができないことから、目的物に市場性がある場合、任意売却を認めることは同条の趣旨に合致する。

#### 5 民法第559条（有償契約への準用）の見直しの要否

契約の性質に応じて売買の規定を売買以外の有償契約に準用する旨を定める民法第559条に関して、売買の規定が有償契約の総則的规定と位置付けられていることの当否や、準用される規定の範囲を明確にすることの可否等の観点に留意しつつ、同条の見直しの要否について、検討してはどうか。

[意見]

準用される規定の範囲・内容を明確化することは賛成であるが、有償契約への準用規定自体を廃止してしまうことについては反対である。

[理由]

準用規定については、他の契約において具体的にどのような形で妥当するかについて必ずしも明確ではない点があることから、典型契約については、具体的な内容を明らかにすることが好ましい。

もっとも、有償契約への準用を廃止してしまうことは好ましくない。非典型契約の処理の問題もあるし、また、すべての典型契約（有償契約）において、具体的な規定を設けることを貫くことは、困難・煩瑣だからである。

## 第41 売買一買戻し、特殊の売買

### 1 買戻し（民法第579条から第585条まで）

担保目的の買戻しは、譲渡担保として処理すべきであって民法の買戻しに関する規定は適用されないとする判例法理を踏まえて、民法の買戻しの規定は、担保目的を有しない買戻しにのみ適用されることを条文上明確にすべきであるという考え方について、検討してはどうか。

また、買戻しの制度を使いやすくする観点から、契約と同時に登記することを必要とする民法第581条の見直し等について、検討してはどうか。

このほか、買戻しの特約により売主が負担する返還義務の範囲（民法第579条）を、条文により固定するのではなく、合意等により決する余地を認めるべきであるという考え方や、買戻しに関する規定の意味を明確にする観点から「その効力を生ずる」という条文の文言を見直すべきであるといった考え方についても、更に検討してはどうか。

### 1 民法579条の片面的強行法規性の見直しの要否

[意見]

民法579条の片面的強行法規性の見直しには反対しない。

[理由]

売主の返還義務の範囲を柔軟に決することを許容してもよいのでないか。

### 2 民法581条1項の「その効力を生ずる」という文言の修正の要否

[意見]

民法581条1項の「その効力を生ずる」という文言の修正には賛成である。

[理由]

一般的な解釈の明文化である。

### 3 民法582条（買戻権の代位行使）の見直しの要否

[意見]

民法582条の見直しは債権者代位権の規定と整合性を持たせる必要がある。

[理由]

債権者代位の要件・効果に関する議論と連動する問題である。

### 4 担保目的の有無で区別して規定する考え方の是非

[意見]

担保目的の買戻しは、担保法の法制度の際に整備されるべき問題である。

[理由]

担保目的の買戻しについては、被担保債権との関係や清算原理に関する規定が必要である。

担保法の法制度の際に整備されるべきである。

## 2 契約締結に先立って目的物を試用することができる売買

契約締結に先立って目的物を試用することができる売買については、民法上、特段の規定が設けられていないが、①契約の成立時期、②目的物の試用によって所有者に生じた損害の負担、③試用者が契約締結に関する意思表示をしない場合の法律関係等について問題が生ずるおそれがあるとの指摘がある。これを踏まえ、特別法等の規定のほかに民法に規定を設ける必要があるか、また、必要がある場合にはどのような内容の規定が必要かといった点について、消費者被害の有無等の実態にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

### [意見]

仮に民法に試味売買やそれに類した役務提供に関する規定を設ける場合には、いわゆる「送りつけ商法」、試用品の返還をめぐる高額請求、買主やサービス受領者の明確な意思的関与がないまま無償契約から有償契約に移行させる商法による被害事例などが存在することに配慮した規定内容にする必要があると考える。

### [理由]

- 1 法律関係の明確化という利点は理解できるところであるが、仮に民法に試味売買やそれに類した役務提供に関する規定を設ける場合には、いわゆる「送りつけ商法」、試用品の返還をめぐる高額請求、買主やサービス受領者の明確な意思的関与がないまま無償契約から有償契約に移行させる商法による被害事例などが存在することに配慮した規定内容にする必要があると考える。
- 2 具体的には、仮に民法に試味売買に関する規定を設ける場合、消費者や契約弱者保護の観点から、下記のような一般的な定め（少なくとも消費者契約の特則）を検討すべきである。
  - (1) 試用期間中の試用品の通常の使用に伴う費消・損耗については、消費者の故意による場合をも含めて売主の負担とすべきである。
  - (2) 返還費用の負担も売主（事業者）とすべきである（特定商取引法59条参照）。
  - (3) 売買契約の成立について、買主（消費者）の明確な意思に基づかないままに契約が成立することのないよう十分な手当てをすべきである。
  - (4) 売買契約が成立しない場合の返還費用の負担については、売主（事業者）の負担とすべきである。
- 3 また、同様の被害事例は、売買契約以外に役務提供型の契約においても問題となりうる（例・無償の役務提供契約が知らないままに有償契約に移行する場合など）。したがって、「第40、5」の民法第559条（有償契約への準用）の見直しの要否に関する論点では、上記と同様の法規制が必要であると考えられる。

#### 第42 交換

交換に関する民法第586条については、冒頭規定の規定方法について定義規定の形式に改めるかどうかを検討するほか（前記第37，1），現在の規定内容を維持するものとしてはどうか。

[意見]

特に意見なし。

### 第43 贈与

#### 1 成立要件の見直しの要否（民法第549条）

贈与の成立要件に関して、書面によること（要式契約化）や目的物を交付すること（要物契約化）を必要とすべきであるという考え方については、口頭でされる贈与にも法的に保護されるべきものがある旨の意見があることを踏まえて、贈与の実態に留意しつつ、更に検討してはどうか。

#### 1 贈与契約を要式契約とすることの可否

[意見]

贈与契約を要式契約とすることは、反対である。

[理由]

お年玉をあげる等社会生活上頻繁に行われている家族や友人間における贈与は、情宜を基礎としてなされることから、書面は作成されず、口頭でなされることが多い。そして、贈与契約を要式契約とした場合、かかる情義を基礎とする典型的な贈与につき、贈与契約が成立せず、民法によって規律されないことになり、典型契約として粗漏である。

また、書面の作成を贈与の有効要件とすると、書面を作成せずして贈与が履行された場合、相手方は、贈与された物の返還に応じなければならないが、そのような結果を生じさせることには問題がある。加えて、特に贈与の目的物が消耗品であった場合には、その清算が煩わしくなり、妥当ではない（詳解158頁）。

#### 2 贈与契約を要物契約とすることの可否

[意見]

贈与契約を要物契約とすることは、慎重に検討するべきである。

[理由]

- (1) 贈与の目的物が有体物ではない場合には対応できない。特に、無体物である権利の移転を贈与の目的とする場合には、物の交付という概念を使うこと自体が難しい（詳解158頁）。
- (2) 将来の援助等を約束するケース、例えば、一定の期間贈与を受けることを想定して学校に通っているといったケースにおいて、贈与契約を要物契約とすれば、途中で履行されないことがありうる（第16回法制審議会議事録8頁中井委員の発言）。

#### 2 適用範囲の明確化

贈与の適用範囲に関して、贈与の目的が「財産」を与えること（民法第549条）と規定されているところを売買と同様に「財産権」の移転と改めるかどうかについては、まずは贈与の目的を「財産権」の移転とした場合の規定を検討した上で、その適用範囲を制限物権の設定、権利放棄、債務免除等の他の無償行為に及ぼすべきか否か、また、

これを及ぼす場合には、贈与の目的を拡大する形を採るか、贈与の規定を準用する形を採るかといった点について、無償契約への準用という論点（後記7(4)）との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

その際、合意による無因の債務負担行為も有効であるとして、これを明文化することの当否について、贈与の適用範囲との関係に留意しつつ、検討してはどうか。

また、他人の財産の贈与契約が有効であることを条文上明らかにするため、民法第549条の「自己の」を削除することの当否について、更に検討してはどうか。

### 1 贈与の対象を「財産権」と規定することの可否

[意見]

贈与の対象を「財産権」と規定することにつき、慎重に検討するべきである。

[理由]

「財産」とするよりも「財産権」と規定する方が贈与契約として規律される対象が狭くなる。そこで、「財産権」と規定することにより、従来贈与契約と位置付けられていたものが、贈与契約として規律されなくなるおそれがないか検討する必要がある。

### 2 無因の債務負担行為の明文化することの可否

[意見]

無因の債務負担行為を明文化することに反対である。

[理由]

無因の債務負担行為の内容が十分審議されておらず、その内容が不明確であること及び無因の債務負担行為を明文化することで、民法の体系全体との整合性に問題が生じないか等の問題点がある。

### 3 「自己の」を削除することの可否

[意見]

「自己の」を削除することは、特に反対しない。

[理由]

第三者の財産を贈与することを内容とする贈与契約が有効であるとする判例（最判昭和44年1月31日判時552号50頁）の結論を明確化するものであり、特に問題はない。

### 3 書面によらない贈与の撤回における「書面」要件の明確化（民法第550条）

贈与の撤回（民法第550条）における「書面」要件に関しては、原則として贈与契約書の作成を要するとするなど、これを厳格化することによって、契約締結後の事情の変化に応じた合理的な撤回の可能性を確保すべきであるという意見と、「書面」要件の厳格化によって、実務上行われている法的に保護されるべき贈与の効力が否定されやす

くなるおそれがあるという意見があった。これを踏まえて、「書面」要件の厳格化が現実の贈与取引に与える影響に留意しつつ、「書面」要件の内容を厳格化し、これを条文上明確にすることの当否について、更に検討してはどうか。

また、「書面」に電磁的記録を含めるべきか否かという点について、贈与に関する電子取引の実態を踏まえつつ、検討してはどうか。

さらに、書面によらない負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化することの当否について、更に検討してはどうか。

## 1 「書面」の具体的要件の厳格化

[意見]

「書面」の要件を厳格化することは反対である。

もっとも、「書面」の意義は条文上明確にするべきである。

[理由]

(1) 判例は、「書面」の意義につき、緩やかに解している。

すなわち、「当事者の関与又は了解のもとに作成された書面において贈与のあったことを確実に看取しうる程度の記載がされていれば足りる」として、甲が乙を相手方として申し立てた財産処分禁止請求調停事件に丙が利害関係人として参加して調停が成立した場合に、調停調書の対象部分として約4.5坪の土地が除外されたのは右調停に際して乙から丙に対し右土地を贈与する合意が成立したためであるとき、調停調書は乙丙間の贈与について作成された書面にあたるとした（最判昭和53年11月30日民集32巻8号1601号）。

その後、判例は、「書面に贈与がされたことを確実に看取しうる程度の記載があれば足りる」として、甲から不動産を取得した乙がこれを丙に贈与した場合において、乙が、司法書士に依頼して、登記簿上の所有名義人である甲に対し、同不動産を丙に譲渡したので甲から直接丙に所有権移転登記をするように求める旨内容証明郵便を差し出したなどの事情があるときは、同郵便は書面にあたるとし（最判昭和60年11月29日民集39巻7号1719頁）、贈与者の第三者に宛てた同郵便が「書面」にあたることを認め、上記判例よりも更に「書面」の範囲を広く認めた。

このような判例の傾向にもかかわらず、「書面」の要件を厳格化して撤回しうる贈与契約の範囲が広くすることで、当事者間で一旦成立した贈与契約の効力を弱くする理由はない。

むしろ、贈与契約は、慈善団体への寄付のように単なる好意からなされることよりも、扶養や相続等の家族間の財産移転や遺産分割の一環として行われること、共同体内部での義理・恩等から生ずる義務の履行と観念されることが多く、無償ではあっても軽視すべきではなく、受贈者の保護を図る必要性が認められる（内田貴「民法Ⅱ[第3版]167頁」）。



- (2) また、契約締結後の事情の変化に応じた合理的な撤回の可能性の確保は、「書面」の要件を厳格化することで達成されるものではない。「書面」の要件の厳格化は、贈与契約一般において撤回可能性を広げるものであり、合理的な撤回のみならず、不合理な撤回を肯定することにもつながるからである。
- (3) もっとも、民法第550条本文の「書面」の文言では、「書面」の範囲が不明確であることは否めない。そこで、「書面」の意義は、「贈与者に贈与の意思があることを確実に看取しうる書面における贈与は…」等と明確にするべきである。
- (4) 以上の次第で、「書面」の意義を緩やかに解する判例と異なる方向で、あえて「書面」の要件を厳格化することには反対である。もっとも、「書面」の意義は条文上明確にするべきである。

## 2 「書面」に電磁的記録が含まれるか。

[意見]

「書面」に電磁的記録が含まないと考えるべきである。

[理由]

平成16年改正において、保証契約の成立要件としての「書面」（民法446条2項）には、電磁的記録が含まれるのに対し、民法550条の「書面」には電磁的記録が含まれないとした立法経緯による（詳細版71頁2）。

## 3 負担付贈与における負担の履行によって撤回はできなくなるか。

[意見]

負担付贈与における負担の履行により、原則として、撤回ができなくなることは特に反対しない。

[理由]

負担の履行も「履行」に含むとして、負担の履行によって撤回ができなくなることは、同旨の判例（最判昭和57年4月30日民集36巻4号763頁）及び通説を条文化するものであり、特に反対しない。

もっとも、負担の履行の程度がいかに小さい場合であっても「履行」に含まれ、贈与が撤回（解除）できないとすることが妥当か、妥当でないとするれば、履行の程度と贈与契約の撤回（解除）との関係をいかに規律するかを慎重に検討する必要がある。

## 4 贈与者の担保責任（民法第551条第1項）

贈与者の担保責任の法的性質については、売主の担保責任の法的性質の議論（前記第39、1(1)及び2）との整合性に留意しつつ、契約責任と構成することが適切かという観点から、更に検討してはどうか。

贈与者の担保責任の法的性質を契約責任とする場合においては、無償契約の特性を踏

まえた契約の解釈準則を設けるべきであるという意見があり、それに対して消極的な意見もあったことを踏まえて、解釈準則については債務内容確定のための準則と免責における準則を区別して議論すべきであるという指摘があることや使用貸借の担保責任に関する議論（後記第46, 3）との整合性に留意しつつ、仮に解釈準則を設けるとした場合にはどのような具体的内容の解釈準則を設けることができるかという点の検討を通じて、解釈準則を設けることの要否や可否について、更に検討してはどうか。

また、他人の権利の贈与者は、原則として他人の権利を取得する義務を負わず、結果として他人の権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負う旨の規定を置くべきであるという考え方の採否について、更に検討してはどうか。

## 1 改正の必要性と法的性質

[意見]

現民法 551 条を改正し、贈与者の担保責任について要件・効果を規定することに賛成である。また、法的性質について、売主の担保責任を契約責任とするのであれば、同じように契約責任とすることに賛成である。

[理由]

現民法 551 条は、贈与者の善意・悪意のみで贈与者の責任の切り分けをしているが、これが公平とも思えない。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に（土地や建物の贈与で土壌汚染があったとか、建物が耐震性を著しく欠いていたといったケース）、受贈者は瑕疵ある物を受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って、適切な要件・効果を規定すべきである。

その場合の法的性質については、売主の担保責任と平仄を合わせるべきである。

## 2 解釈準則について

[意見]

贈与の無償性に照らした解釈準則を設けるべきである。その場合、（贈与の箇所におくかは別にして）債務内容確定の準則と、免責に関する準則、いずれにおいても無償性が考慮されるような規律とすべきである。

[理由]

贈与の無償性や人間関係に基盤があることなどからすると、売買の売主の責任とは異なる責任と解されることから、そのための解釈準則を設けるべきである。

不備があったとしても解除も認められないような場合もあれば（債務不履行にさえならない）、追完請求や損害賠償は贈与の趣旨から難しくても解除は認められてよい場合もあることから、債務内容確定の準則と、免責に関する準則は分けて考慮すべきであり、そのことを意識した解釈準則とすべきである。

### 3 他人の権利を贈与した場合の贈与者の責任

[意見]

他人の権利を贈与した者は原則権利取得義務を負わず、権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負うという規定をおくことに賛成である。

[理由]

自己物であると誤信して贈与してしまったり、他人物であるが将来自己物になると信じてその物を贈与していた（例えばその他人から贈与を受けることが予定されていた）場合など、贈与の無償性からすれば、他人物の取得義務を負うのは酷である。贈与者の善意・悪意を問わず、取得義務を原則否定するということがよいと思われる。

### 5 負担付贈与（民法第551条第2項，第553条）

負担付贈与における担保責任（民法第551条第2項）の内容は、一般に、受贈者が受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回った場合には、その差額分の履行拒絶あるいは返還請求が認められるというものであると解されており、これを条文上明確に規定することの当否について、更に検討してはどうか。また、負担付贈与への双務契約の規定の包括的準用（同法第553条）については、準用すべき規定を個別に明確にし、準用すべき規定がなければ削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

#### 1 負担付贈与の内容の明確化

[意見]

負担付贈与の担保責任の内容について、条文上明確にすることに賛成である。

[理由]

現民法では、負担付贈与者の責任の内容は不明確というのはその通りである。

#### 2 負担付贈与への双務契約の規定の準用

[意見]

解除、同時履行の抗弁、危険負担等の見直しの内容をふまえたうえで、必要に応じて個別の準用規定をおくことで足りると思われる。

具体的には、解除、同時履行については準用を肯定し、危険負担については贈与義務が履行不能となった場合に負担が消滅することはよいが、負担が履行不能になった場合に贈与義務は存続させ、解除するか否かを贈与者の意思に委ねるべきである。

[理由]

あえて包括的な準用規定をおく必要もなく、個別的な準用規定をおくことの方が明確となる。

具体的に準用するかどうかであるが、解除は従前から準用されるというのが判例（最判S53.2.17判タ360-143）、通説であり、準用されるということで問題ない（なお、準用する、という規定が必要かは解除の規律のされ方によると思われる。解除について片務契約も含

めて契約関係からの離脱を認める制度として規定するのであれば、準用するという規定は不要となると思われる。)

同時履行の抗弁については両説あるが、準用を肯定してよいのではないか。対価的牽連性は不十分だが、受贈者にとって、贈与が受けられるからこそ負担を負ったという関係にあることが多く、受贈者からの同時履行の抗弁を認めるべきである。また、負担をしてもらえたと考えて贈与した贈与者にとっても、受贈者が負担を履行しない場合に、解除してしまうよりも、まずは同時履行の抗弁によって負担の履行を促す方がよいと思われる。

危険負担も両説ある。贈与義務が履行不能になった際に負担が消滅するのは当然である。一方、負担が履行不能になったときに、当然に贈与義務を消滅させる必要はないと思われる。負担が履行不能となった場合に解除できるのであれば、解除するかどうかを贈与者の選択に委ねるということでよい。

## 6 死因贈与（民法第554条）

死因贈与について性質に反しない限り遺贈の規定を準用する旨を定める民法第554条に関しては、具体的にどの条文が準用されているかを明らかにすべきであるという考え方があり。この考え方については、遺贈の撤回に関する規定（民法第1022条）や遺言の方式に関する規定（同法第960条、第967条から第984条まで）等を準用すべきか否かという個別論点の検討を踏まえつつ、相続に関する規定、相続実務、裁判実務等に与える影響に留意しながら、更に検討してはどうか。

### 1 包括的準用規定

[意見]

準用される、あるいはされないものとして異論がないところについては、死因贈与の中に具体的な規律を設けるべきである。準用すべきかどうかコンセンサスがでないところについては、包括的な遺贈の規定の準用規定を残し、解釈に委ねるものとすべきである。

[理由]

遺贈の規定は多岐にわたり、また準用の当否についても諸説分かれており、全ての論点について準用の当否を決めて規定をおくというのは困難であるし、今後も解釈に委ねるとい方がよいと思われる。もっとも、準用されるあるいはされないものとしてコンセンサスが得られているところについては、死因贈与のところ具体的に規律しておく方がわかりやすい。

### 2 遺贈の撤回、方式についての準用の是非

[意見]

仮に個別の準用規定を全てないしは一部おくとしても、方式については、死因贈与の方式を限定することには反対である（遺言の規定を準用しないとする現最判を維持すべきで

ある)。また、死因贈与について自由な撤回を認めないことにも反対である（遺贈の規定を準用するという現最判を維持すべきである）。

[理由]

(1) 現在の最高裁判例は、死因贈与の方式(成立要件)は遺贈の規定を準用せず、特に限定していない（大判大正 15. 12. 9, 最判 S32. 5. 21 民集 11-5-732）。また、撤回については遺贈の規定を準用して自由な撤回を認める（最判 S47. 5. 25 民集 26-4-805）。

いずれについても、現在の最高裁判例を覆すほどの立法事実があるのか疑問である。法的安定性を重視すべきと思われる。

(2) 方式については、遺言の方式に関する規定は、遺言が単独行為であることに基づくものといえるが、諾成契約である贈与は、方式を問わないとするのが自然である。

(3) 撤回については、死因贈与は、契約時から履行時までには時間的な隔たりがあることも多く、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予想される。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。

## 7 その他の新規規定

### (1) 贈与の予約

売買その他の有償契約には予約に関する規定が設けられている（民法第 556 条、第 559 条）ところ、無償契約である贈与にも予約に関する規定を設けるかどうかについては、その必要性の有無や規定を設けた場合の悪用のおそれなどを踏まえるとともに、売買の予約に関する規定の内容や配置（前記第 38, 1）等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

#### 1 規定の是非

[意見]

必要性に疑問はあるが、規定を設けることには反対まではしない。

[理由]

贈与の予約がなされるのがどのような場合かあまり想定できず、必要性は乏しい。贈与者から贈与の申込みがあったが、受贈者がその時点では必要かどうかわからなかった場合

であっても、受贈者がその目的物を現に欲するときに、改めて贈与契約をすれば足りるのではないと思われるし、あえて予約という方式をとる必要があるケースがどのような場合かは疑問である。

とはいえ、現実に贈与の予約契約がなされた場合に、その効力を否定することもできない。そして、現に贈与の予約契約がなされた場合には、後述の予約完結権のことも含め、売買の予約とは異なる規律が必要であること自体は否定できない。

## 2 予約完結権の譲渡性

[意見]

予約完結権の譲渡性を一般的に否定することも検討すべきである。

[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）。

売買予約に関する改正の論点において、この点は明示されていないが、改正後も従前の判例・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ということでよいのか、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ず、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のか、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のか、明確ではない。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、贈与が当事者間の人的関係に基盤をおくものであることに鑑み、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。

### (2) 背信行為等を理由とする撤回・解除

受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けることについて

ては、相続に関する規定との関係、経済取引に与える影響、背信行為等が贈与に基づく債務の履行前に行われたか、履行後に行われたかによる差異等に留意しつつ、具体的な要件設定を通じて適用範囲を適切に限定することができるかどうかを中心に、更に検討してはどうか。

仮に、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けるとした場合には、贈与者の相続人による贈与の撤回・解除を認める規定を設けることの当否や、法律関係の早期安定のために、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の期間制限を設けることの当否についても、更に検討してはどうか。また、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除とは別に、贈与後における贈与者の事情の変化に基づく撤回・解除の規定を新たに設けることについても、更に検討してはどうか。

## 1 背信行為等を理由とする撤回・解除権の規定の是非

[意見]

背信行為等を理由とする撤回・解除権を認めることに賛成である。

[理由]

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。

## 2 要件

[意見]

履行の前後で、解除権発生の要件を変えること（履行前は比較的緩やかにする）や、特に履行前の場合に、バスケット条項（贈与者に対する直接的な背信行為に限らず、「契約を継続しがたい重大な背信行為があった場合」等）を入れることを積極的に検討するべきである。

[理由]

背信行為等を理由とする撤回・解除権を認めるとしても、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すべきという考え方もある。

確かに、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ある程度限定することは合理的と考えられる。

もともと、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、原状回復義務の負担や、法的安定性の確保という観点からも、履行後の解除が認められる場合を広く解することについては慎重でなくてはならない。

この点、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事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高校生に対して、20歳になったときに相当額の現金の贈与をすると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、贈与者に対する直接的な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 贈与者の相続人による撤回・解除権行使の可否

[意見]

相続人による撤回・解除権の行使も認められるべきである。

[理由]

贈与者が虐待により重い障害を負った場合には撤回・解除ができるのに、死亡すると(殺害されると)これができなくなるというのは不均衡である。

また、履行前のケースでは、背信行為を受けた贈与者は、受贈者から履行を求められた場合にこの解除権を根拠に履行を拒絶できたのに、死亡すると相続人は拒絶できないのは不当と思われる。

### 4 撤回・解除権の期間制限

[意見]

あえて短期間の期間制限を設ける必要があるのかは慎重に検討されるべきであり、一般の債務不履行解除の解除権の行使期間と同じとすることでよいのではないと思われる。

[理由]

一般の解除の場合と比較して短期間とするのであれば、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、それだけで債務不履行解除の場合に比較して短くすることに合理性があるのかは疑問である。特に、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思われる。



そして、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。一般の解除権の行使期間と同じとするということによいのではないかと思われる。

## 5 背信行為や忘恩行為以外の事由による撤回・解除権

[意見]

少なくとも履行前のものについては、一定の要件のもとで撤回・解除を認めてよいと思われる。

履行後のものについても認める余地はあると思われるが、法的安定性の観点から、慎重に検討されるべきである。

[理由]

履行前のものは法的安定性をさして考慮する必要はないし、経済的に困窮状態に陥った贈与者にさらに無償での譲渡行為を課するのは酷である。

一方履行後は法的安定性、受贈者の予測可能性を確保することは重要であり、撤回・解除を認めることには慎重であるべきといえる。もっとも、例えば東日本大震災などのような天災等により著しく貧困状態になった場合で、受贈者にとっても特別の不利益がない場合など、返還の余地があってもよいかもしれない。ちなみにドイツ民法では、贈与から10年間の困窮による贈与物の返還を認めており（ただし、故意・重過失で困窮を招いた場合は除かれる）、参考になる。

### (3) 解除による受贈者の原状回復義務の特則

解除による原状回復義務の目的物が滅失又は損傷した場合において、原状回復義務者に価額返還義務を認める見解（部会資料5-2第3, 4(3) [B案] [B-1案] [87頁])を採用する立場から、贈与においては、受贈者は、原則として解除時の現存利益の限度で価額返還義務を負うとの特則を設けるべきであるという考え方が示されている。このような特則の要否について、解除における原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理という論点（前記第5, 3(3)）との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

受贈者の返還義務を解除時の現存利益とすることに賛成である。

[理由]

受贈者は解除されるまで目的物を自由に処分できたのに、価額返還義務を負うのは受贈者にとって酷である。

### (4) 無償契約への準用

贈与の規定を契約の性質に応じて他の無償契約に準用する旨の規定を新たに設けるこ

との要否については、贈与の適用範囲の明確化という論点（前記2）との関連性及び民法における無償契約一般の規律の在り方にも留意しつつ、他の無償契約に関する検討結果を踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

包括的な準用規定はおかないという提案に賛成する意見と、おくべきという意見と両意見があり、慎重に検討されるべきである。

[理由]

#### 1 準用規定をおくことに否定的な考え方

無償契約には、有償契約のように市場における経済的取引という共通性に比して、共通性があるとは考えにくい。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、多くは個人的な人間関係に基盤をおく贈与とは相当異なる契約類型であると思われる。

また、準用規定をおいたとしても、全ての規定が準用されるわけではなく、「その性質に反しない」場合に限って準用されることになる。そうすると、常に「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、準用規定をおいたとしても、他の無償契約の解釈が明確になるとは限らないのであり、決して使いやすい民法とは言い難い。

無名契約に近い無償契約もある程度考えられるところ、準用規定をおく場合、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、やはり明確性は結局十分とはいえないし、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、必要に応じて、個別に準用すべきものを各契約の規定の中で定めることも可能であり、包括的な準用規定は不要といえる。

#### 2 準用を肯定する考え方

様々な無償契約の契約解釈・適用をするに際し、手がかりになる規定があった方がよい。贈与の規定を包括的に準用するとしておいたうえで、個別の無償契約における紛争において、贈与の規定を適宜使いながら解決していく方がよいと思われ、国民にとっても、法律家にとっても使いやすい民法になると思われる。

## 第44 消費貸借

### 1 消費貸借の成立

#### (1) 要物性の見直し

消費貸借は、金銭その他の物の交付があつて初めて成立する要物契約とされている（民法第587条）が、実務では、金銭が交付される前に公正証書（執行証書）の作成や抵当権の設定がしばしば行われていることから、消費貸借を要物契約として規定していると、このような公正証書や抵当権の効力について疑義が生じかねないとの問題点が指摘されている。また、現に実務においては消費貸借の合意がされて貸す債務が発生するという一定の規範意識も存在すると言われている。そこで、消費貸借を諾成契約として規定するかどうかについて、貸主の貸す債務（借主の借りる権利）が債権譲渡や差押えの対象となる場合の実務への影響を懸念する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合には、借主の借りる義務を觀念することができるとも、検討してはどうか。

### 1 要物性の見直し

[意見]

書面で明確に定めたときにのみ諾成的消費貸借を認める。

なお、諾成契約とした場合には貸す債務を認めることとなり、それに伴い諸々の弊害がでてくることが予想されるが、こういった弊害を避けたいければ、書面において、目的物を引渡したときに契約が成立するという形にすればよく、そのような形をとらない以上は弊害のリスクの負担はやむを得ない。

従って、消費貸借の規定は、要物契約としての消費貸借と書面による諾成的消費貸借を規定することとなる。

[理由]

#### (1) 諾成的消費貸借の許容性

現行法でも、消費貸借の予約に関する規定がある（589条）。学説において、諾成的消費貸借の契約としての拘束力を肯定するという考え方が一般。判例も諾成的消費貸借の概念を用いている（最判平成5年7月20日判時1519号69頁）。

#### (2) 諾成的消費貸借の必要性

金銭が交付される前に公正証書（執行証書）の作成や抵当権の設定がしばしば行われていることから、消費貸借を要物契約として規定していると、このような公正証書や抵当権の効力について疑義が生じかねないという問題点を解決できる。

#### (3) 諾成的消費貸借の問題

ア 諾成的消費貸借は、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。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検討する必要がある。

#### イ 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、諾成的合意により、消費貸借が成立することが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。

#### ウ 引渡請求権（貸主の貸す債務）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検討する必要がある。また、引渡請求権が差押えられるというケースも想定され、引渡請求権の差押えという問題も検討しておく必要がある。

この点、諾成的消費貸借における引渡請求権は、性質上譲渡できない債権と法的に構成するという考えがあり得ることが示されている（法制審第15回議事録4頁岡本委員発言）。しかし、借主側として、金銭引渡前に仕入先に譲渡するなど正常な取引の範疇で引渡請求権を譲渡する実益も考えられるのであり、一律禁止になる法性決定に懸念がある（法制審第15回議事録6頁油布関係官発言参照）。

次に、不安の抗弁権という考えもあり得る（法制審第15回議事録7頁道垣内幹事発言）。さらに、使途制限条項を設け、債権譲渡は使途制限条項違反として、期限の利益の喪失事由にあたるとするなどの考えも示されている（法制審第15回議事録7頁道垣内幹事発言）。

いずれにしても、当事者が要物契約としての消費貸借を選択できるようにしておけば、上記の引渡請求権の譲渡に関する問題を回避することは出来る。

#### エ 貸す債務の不履行

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、金銭債務の不履行につき、利息超過損害も請求しうる改正案を前提とすると（基本方針【3. 1. 1. 72】（金銭債務の特則）p142）、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、当事者に引渡前解除権を認めることにより免れることが出来るが、基本方針（【3. 2. 6. 03】甲案）のように、無利息消費貸借だけに引渡前解除権を認めると、実務の大半を占める利息付き消費貸借においては、問題が残る。

#### (4) 成的消費貸借の規定の可否

諾成的消費貸借については、理論的な障害はない。また、金銭交付前の公正証書作成等の問題の解決に資する点からすれば、導入は望ましいといえる。

他方、諾成契約を認めることによって、引渡請求権の債権譲渡、差押え、貸す債務の不履行などの問題を十分検討しておかなければならない問題がある。

とはいえ、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、元々存在していた。

そうすると、こうした問題が諾成契約を規定するという改正提案によって生じたとまでは言えないから、諾成契約を規定する改正案そのものに強く反対する理由はないと考える。

#### (5) 諾成的消費貸借の規定の仕方

ただ、要物契約としての消費貸借に比べて、諾成的消費貸借には、引渡し前の法律関係があるがゆえに、種々の問題が生じる。そこで、当事者が、うかつにこうした契約関係を成立させないようにする手当を準備しておくべきである。この観点からすれば、諾成的消費貸借については書面によることを要求すべきである。また、諾成契約とすることによる弊害を回避するためには、書面において、目的物の交付時に契約が成立する旨を明記すべきであり、そのような形をとらないリスクは、契約者（貸主）が負担することになる。

従って、消費貸借の規定は、要物契約としての消費貸借と書面による諾成的消費貸借を規定することとなる。

#### (6) 無利息消費貸借における貸す債務について

無利息消費貸借について、合意のみで貸す債務の発生を認めることが適切かという問題が提起されているが、利息付き無利息いずれの場合も貸主側が不安定な立場におかれることになる。

利息付、無利息いずれの場合も、諾成的消費貸借の成立を慎重にさせるため書面によるべきとすべきである。

## 2 借りの義務を観念できるか

[意見]

借りの義務は認められることになる。

[理由]

消費貸借において借りの義務を認めるべきか否かについては、当事者間の合意により借りの義務を認めた場合にこれを一律に無効とすることまでは出来ないと考える。ただし、借りの債務を認めることによる弊害を防止する必要はあり、この点で引渡前解除権を認める実益がある。

### (2) 無利息消費貸借についての特則

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合（前記(1)参照）であっても、無利息消費貸借については、合意のみで貸す債務が発生するとするのは適当ではないとの意見もあることから、書面による諾成的消費貸借と要物契約としての消費貸借とを並存させるという案や、書面によるものを除き目的物の交付前における解除権を認めるという案などを対象として、無利息消費貸借に関する特則を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

無利息消費貸借の特則を設ける必要はない。

[理由]

無利息消費貸借も利息付消費貸借も、法律行為を慎重にさせるために書面を要求すべきであり、この点で、無利息消費貸借だけの特則を設ける理由はない。

### (3) 目的物の交付前における消費者借主の解除権

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合（前記(1)参照）であっても、貸主が事業者であり借主が消費者であるときには、利息の有無や書面の有無を問わず、貸主が目的物を借主に交付するまでは、借主は消費貸借を解除することができるの特則を設けるべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、そもそも解除によって借主がどのような義務から解放されることを想定しているのかを整理する必要があるとの意見や、その適用場面を営業的金銭消費貸借（利息制限法第5条）の場合にまで拡張して、借主が事業者であるものも含めるべきであるなどの意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

消費者契約たる消費貸借に限定せず、事業者が貸主である消費貸借について次のとおりの引渡前解除権の規定を置くべきである。

記

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。

\*諾成的消費貸借を書面による場合に限定する弁護士会の意見では下線部分は不要となる。

[理由]

諾成的消費貸借を認めると、借主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、借主は、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、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しなければならず、この損害として、返済時期までの約定金利相当額であると貸主から主張される可能性がある。結局、借主は、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。さらに、事業者貸主からは、無利息の消費貸借であっても、貸す債務の履行の準備費用等が無駄になったとして借主に損害賠償を求める可能性もある。

この点、基本方針【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、一定の借主保護を図っている。

しかし、中小零細事業者の救済はできない。

近時の商工ローン被害の実態から見て、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定とすべきである。

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、諾成的消費貸借についての引渡前解除権については、次のような規定にすべきと考える。

記

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。

\*諾成的消費貸借を書面による場合に限定する弁護士会の意見では下線部分は不要となる。

なお、消費者・中小零細事業者が自由に解除権を行使できるとする必要性が実際にどれだけあるのかとの疑問が呈されている（法制審議会第15回議事録9頁木村委員発言）。実際のところ、消費者、中小零細事業者が引渡前解除権を行使することはほとんどないと思われる。その点で、引渡前解除権を認めても、金融機関側に負担がかかることはほとんどないと思われる。しかし、商工ローン等においては、予め数年先までの貸付を契約しておくことも考えられる。この場合は、数年後に資金需要がなくなった場合、中小零細事業者において引渡前解除権を行使する必要性が認められるのであり、こうした場合に対する法的な手当が必要である。

このように、消費者・中小零細事業者が解除権を行使できるとする必要性はあるし、広く解除権をみとめても、実際に行使する場面は限定されており、金融機関に与える影響はほとんどないと考えられる。

また、消費貸借を行うための資金調達のようないわば準備行為をしている場面もあり、その場合に、引渡前解除権を行使されたことによる損害を消費者が負わないとすると、資金調達コストを社会全体で持つことになるので、このような制度を設ける場合には損害の負担制度といったものを整備していく必要があるとの意見が紹介されている（法制審議会第15回議事録9頁木村委員発言）。

しかし、消費貸借を行うための資金調達のようないわば準備行為をしている場面というのは、金融機関として、直ちに用意できないような巨額な貸付を予定している場合であって、消費者、中小零細事業者に対する貸付の準備行為に金融機関に負担が生じることはあまり想定できない。他方、大阪弁護士会では、貸主側においても、資金調達のようないわば準備行為が必要と考えられる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ないという考え方を提案している。この提案であれば、資金調達コストは個別の借主が負担しているので別途損害の負担制度といったものを整備していく必要はない。

#### (4) 目的物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合（前記(1)参照）には、目的物が交付される前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときに消費貸借契約が失効する旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、これに関連して、目的物が交付される前に当事者の一方の財産状態が悪化した場合にも貸主が貸す債務を免れるものとするかどうかについても、検討してはどうか。



## 1 目的物引渡前の当事者の一方の破産手続きの開始

[意見]

現行法における消費貸借の予約の規定（５８９条）と同じ内容の規定を諾成的消費貸借と当事者の一方の破産の場合にも定めてよい。

[理由]

消費貸借の予約の法律関係と諾成的消費貸借の引渡前の法律関係は、当事者の一方が破産手続開始の決定を受けた場合に、基本的に共通しているので。

## 2 目的物引渡前の当事者の一方の財産状態の悪化

[意見]

目的物が交付される前に当事者の一方の財産状態が悪化した場合に、一律に貸主が貸す債務を免れるものとするのは合理的ではなく反対である。

[理由]

- (1) まず、財産状態の悪化の観念が不明確である。借主が破産手続開始申立をした場合は、たしかに、財産状態の悪化といえ、この場合は、貸主の貸す債務を免れさせるということには合理性がある。しかし、借主に偶発債務が発生した場合も財産状態が悪化したといえる。この偶発債務の額が大きくなければ、借主の信用にはあまり影響はないので、このような場合にまで、貸主の貸す債務を免れさせるというのは行き過ぎと思われる。以上からすると、財産状態の悪化には、貸す債務を免れさせてもよい場合とそうでない場合が含まれてくるのであり、「財産状態の悪化」を理由として、一律に貸主が貸す債務を免れるものとするのは合理的ではない。
- (2) なお、破産手続開始決定では消費貸借契約が失効するとされ、財産状態の悪化の場合は貸す債務を免れるとするので、異なる法律上の効果となると思われるが、そのような相違を認める理由が明らかではない。

また、類似の機能を果たすと思われる不安の抗弁権との関係も明らかでない。目的物が交付される前に当事者の一方の財産状態が悪化した場合の規律については、これらの点も含めて検討すべきである。

### (5) 消費貸借の予約

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合（前記(1)参照）には、消費貸借の予約の規定（民法第５８９条）を削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

消費貸借の予約の規定をおいておくべきである。

[理由]

諾成的消費貸借の導入により、消費貸借の予約を利用する必要性が乏しくなったことは認められるが、両者は法形式が異なるし、予約完結権の行使により、借主が借りるか借りないかを定めることが可能な点で、諾成的消費貸借とは異なった機能が消費貸借の予約にあることから、消費貸借の予約の規定をおいておくべきである。

## 2 利息に関する規律の明確化

民法では、無利息消費貸借が原則とされているものの、現実に用いられる消費貸借のほとんどが利息付消費貸借であることを踏まえ、利息の発生をめぐる法律関係を明確にするために、利息を支払うべき旨の合意がある場合に限り借主は利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。これに関連して、事業者間において、貸主の経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合には、特段の合意がない限り利息を支払わなければならない旨の規定を設けるべきであるとの考え方（後記第6 2, 3 (3)②参照）が提示されていることから、この考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、諾成的な消費貸借において元本が交付される以前は利息は発生せず、期限前弁済をした場合にもそれ以後の利息は発生しないとする立場から、利息が元本の利用の対価として生ずることを条文上明記すべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、目的物の交付前における借主の解除権（前記1 (3)参照）や、期限前弁済に関する規律（後記4）などに関連することに留意しつつ、検討してはどうか。

### 1 利息合意の明確化

[意見]

利息を支払うべき旨の合意がある場合に限り借主は引き渡しを受けた元本に対する利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにすることに賛成する。

[理由]

利息の支払義務についての争いを防止するために、利息を支払うべき旨の合意がある場合に限り借主は引き渡しを受けた元本に対する利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにすることが妥当である。

### 2 事業者間の利息

[意見]

商人間の金銭消費貸借について、現行商法5 1 3条を変更し、事業者間において、貸主の経済事業の範囲内で金銭の消費貸借がなされた場合には、特段の合意がない限り、利息を支払わなければならないとの規定を置くべきである。

[理由]

商人間の金銭消費貸借については、現行商法5 1 3条の規定では、不適切と思われる場

合もあるため、事業者間において、貸主の経済事業の範囲内で金銭の消費貸借がなされた場合には、特段の合意がない限り、利息を支払わなければならないと改めるべきである。

### 3 元本交付前の利息の発生の有無と期間間弁済の場合の利息発生の有無

[意見]

諾成的消費貸借契約が成立した場合でも契約成立時からではなく元本の引渡を受けた後において初めて利息の支払義務が発生することを明記すべきであるし、さらに、弁済期の前であっても、元本を返済した後は、利息が発生せず、利息支払義務は負わないことも明らかにしておくべきである。

[理由]

諾成的消費貸借が認められた場合、契約の成立時期と元本の引渡時期が異なることが一般的に生じることとなり、契約成立時から元本の引渡時までの期間利息が本当に発生しないのかについて疑問が生じている（法制審議会第15回議事録14頁松本委員発言）。この点、利息は、あくまで元本運用の対価であることからすれば、元本の交付を受ける前に運用することは出来ず利息の発生を認める根拠が見いだしがたい（最判平成15年7月18日民集57巻7号895頁参照）。利息の発生が元本引渡後とすることは、貸主にとって不利となることもないのであり、反対する理由はない。

よって、諾成的消費貸借契約が成立した場合、契約成立時からではなく元本の引渡を受けた後において初めて利息の支払義務が発生することを明記すべきである。

また、利息の発生が終了する時期についても、明らかにしておくべきである。この点、利息が元本運用の対価であることからすると、弁済期の前であっても、元本を返済した後は、利息が発生せず、借主は利息支払義務を負わないことを明らかにしておくべきである。

### 4 利息について他に検討すべき点

[意見]

利息合意があった場合に、利率についての合意がない場合の処理としては、消費貸借成立時の法定利率によることでよい。

利息制限法との関係など利率についての定めを民法に置くべきである。

[理由]

利息合意があった場合に、利率についての合意がない場合の処理としては、消費貸借成立時の法定利率によることでよい。

利率に関する規定を民法に置かないとの考え方もあるが、わかりやすい民法を目指すという姿勢からは、金銭を目的とする有償消費貸借における利息の契約については、この法律の規定によるほか、利息制限法（昭和二十九年法律第百号）その他の法律の規定によるといった規定を民法に置くべきである。

### 3 目的物に瑕疵があった場合の法律関係

#### (1) 貸主の担保責任

消費貸借の目的物に瑕疵があった場合の貸主の担保責任について規定する民法第590条に関し、売買における売主の担保責任（前記第39）及び贈与における贈与者の担保責任（前記第43，4）の規律が見直される場合には、利息付消費貸借における貸主の担保責任の規律は売買における売主の担保責任の規律に対応するものに、無利息消費貸借における貸主の担保責任の規律は贈与における贈与者の担保責任の規律に対応するものに、それぞれ規定を改める方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

利息付消費貸借における貸主の担保責任の規律は売買における売主の担保責任の規律に対応するものに、無利息消費貸借における貸主の担保責任の規律は贈与における贈与者の担保責任の規律に対応するものに、それぞれ改めるべきであるとの考え方自体は反対しない。但し、準用される売買の瑕疵担保の規定の問題点は別途検討されるべきである。

[理由]

有償契約について売買の規定を、無償契約に贈与の規定を準用する考え方自体には、問題はない。売買の瑕疵担保自体の問題点を別途検討する必要がある。

#### (2) 借主の返還義務

民法第590条第2項前段は、「無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。」と規定する。この規定に関しては、利息付消費貸借において貸主の担保責任を追及しない場合にも適用されると解されていることから、利息の有無を問わないものに改める方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

民法第590条第2項前段は、「無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。」と文言上は、その適用対象は無利息消費貸借に限定されているが、これを改めて、利息付消費貸借にも適用されるように規定することに賛成である。

[理由]

結果の妥当性

### 4 期限前弁済に関する規律の明確化

#### (1) 期限前弁済

民法第591条第2項は、消費貸借において、借主はいつでも返還をすることができると規定しているが、他方で、同法第136条第2項が、期限の利益を放棄することに

よって相手方の利益を害することはできないとも規定していることから、返還時期が定められている利息付消費貸借における期限前弁済の可否や、期限前弁済が許されるとした場合に貸主に生ずる損害を賠償する義務の有無が、条文上は必ずしも明らかではないとの指摘がある。そこで、返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることができ、その場合には、借主は貸主に生ずる損害を賠償しなければならないことを条文上も明らかにするかどうかについて、期限前弁済を受けた後の貸主の運用益を考慮すれば、ここでいう損害は必ずしも約定の返還時期までの利息相当額とはならないとの指摘があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

## 1 期限前弁済の可否

[意見]

返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることができることを規定することは賛成である。

[理由]

返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることができることを規定することは、借主の実際の必要性に合致すること、現実の実務でも広く認められていることから賛成である。

## 2 期限前弁済における借主の損害賠償義務の明記

[意見]

期限前弁済のときに、借主は貸主に生ずる損害を賠償しなければならないとの規定を明記すべきではない。

なお、期限前弁済がなされたときの約定期限までの利息相当額を損害ととらえることは、適切ではない。

[理由]

借主は、通常、期限までの利息の負担を軽減することを目的として、期限前弁済をしたいと考えているのであり、返還時期の定めのある利息付消費貸借において期限前弁済をすることができることとしても、その場合に、借主は貸主に生ずる損害として、約定の返還時期までの利息相当額を賠償しなければならないこととすると、借主には、期限前弁済のメリットが全くないこととなり、期限前弁済を認める意義がなくなってしまう。そもそも、利息付消費貸借の借主は、元本の返還義務と期限までの利息支払い義務を負っているところ、期限前に元本を弁済し、約定の返還時期までの利息相当額を賠償すると、結局、借主の義務を全部履行したのと同じことになっている。

それに、利息は、元本の運用に対する対価であるから、元本を返済した後の弁済期までの期間運用に対する利息相当額を借主に負担させる根拠はない。他方、貸主は、元本の返還を受けて、元本が弁済されないとのリスクから解放されるとともに、弁済期までの期間

元本を他に運用できるという利益を得ている。こうした利益状況からすると、期限前弁済のときに約定の返還時期までの利息相当額を借主に賠償させることは、貸主に重複した利得を与えることになってしまう。さらにいえば、利息は、元本自体の返還がなされないという貸し倒れのリスクも踏まえて設定されているのであり、弁済期前に元本が返済されることは、貸主の予定していたリスクが一定程度減少するというメリットも生じている。これらのことからすると、期限前弁済における約定の返還時期までの利息相当額を損害ととらえることは適切ではない。なお、現民法第136条第2項ただし書きが、期限の利益を放棄することによって相手方の利益を害することはできないと規定していることとの関連も検討する必要があるが、期限までの利息全額の授受という貸主の利益は、元本が弁済されている状況において、保護される利益と直ちにいえるのか疑問がある（最判平成15年7月18日民集57巻7号895頁参照）。それゆえ期限前弁済が直ちに期限の利益を放棄することによって相手方の利益を害することにはあたらない。

このように、期限前弁済における約定の返還時期までの利息相当額を損害と捉えることが適切でないとしても、期限前弁済によって貸主に損害が生じることは想定される。

しかし、期限前弁済が認められることを規定した直後に、借主は貸主に生ずる損害を賠償しなければならないと規定すると、期限前弁済にあつては必ず損害があり、その損害を賠償請求することができるとの誤解を招きかねない。これにより社会に無用の混乱を引き起こしてしまう弊害がある。

実務では、銀行取引のみならず、消費者金融、商工ローンもふくめると期限前弁済のときに、貸主が損害賠償をする事例は、多くないと思われる。賠償額の予定がされているのは固定金利特約等限定的であり、変動金利による借入などでは賠償請求はされない。特約がない場合はおよそ請求されないと思われる。こうした状況の中、期限前弁済が認められる場合に損害賠償をしなければならないと規定すると、変動金利の場合も含めて、損害賠償をする可能性が高くなり、混乱することとなる。

従って、期限前弁済が認められることを規定した直後に、借主は貸主に生ずる損害を賠償しなければならないとの規定を明記すべきでない。

## (2) 事業者が消費者に融資をした場合の特則

仮に、返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることができることを条文上も明らかにする場合（前記(1)参照）には、貸主が事業者であり借主が消費者であるときに、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることが許されるとの特則を設けるべきであるとの考え方が示されている。このような考え方の当否について、その適用場面を営業的金銭消費貸借（利息制限法第5条）の場合にまで拡張して、借主が事業者であるものも含めるべきであるなどの意見がある一方で、期限前弁済があつた場合に貸主に生ずる損害を賠償する義務を負うことは交渉力や情報量の格差とは関係しないという意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

返還時期が定められている利息付消費貸借であっても、貸主が事業者であり、借主が消費者である場合には、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることが許されるとの特則を設けるべきであるとする考え方に賛成である。

[理由]

借主が期限前に弁済した場合に、事業者貸主からは、期限までの利息相当額や、資金調達費用などについて損害を被ったとして借主に請求することが考えられる。期限前弁済における約定の返還時期までの利息相当額を損害と捉えることが適切でないことは既に述べたとおりである（「5 消費貸借の終了」に対する弁護士会の意見）。その他の損害が生じることは確かに想定される。まず期限前弁済で貸主側に生じる損害としては、貸付のための資金調達コストが考えられるが、コストが特別に生じるのは、巨額な貸付など限定的な場合と考えられる。従って、消費者に対する貸付については、貸主側に上記損害が生じることはあまり想定できない。他に貸付や分割返済のための費用を損害と主張することも考えられるが、消費者への貸付について通常の事業活動で貸主側が負担すべきものと考えられる。このように、期限前弁済において事業者貸主から消費者に対する損害賠償を否定しても、その弊害はあまりないことに鑑みれば、消費者保護の趣旨及び不要な紛争を防止するとの趣旨から、消費者契約については、一般法理による損害賠償を含め、期限前弁済の場合に損害賠償をすることは出来ないことを規定すべきである。

実務においては、期限前弁済のときに、一定の損害賠償をすることが予め契約条項に盛り込まれることが想定される。このような契約内容が盛り込まれないようにすることは、事業者との間で情報力格差、交渉力格差のある消費者には無理である。

## 5 抗弁の接続

消費貸借の規定の見直しに関連して、消費者が物品若しくは権利を購入する契約又は有償で役務の提供を受ける契約を締結する際に、これらの供給者とは異なる事業者との間で消費貸借契約を締結して信用供与を受けた場合に、一定の要件の下で、借主である消費者が供給者に対して生じている事由をもって貸主である事業者に対抗することができる（抗弁の接続）との規定を新設するべきであるとの考え方（後記第62、2⑦参照）が示されている。このような考え方の当否について、民法に抗弁の接続の規定を設けることを疑問視する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

また、その際には、どのような要件を設定すべきかについても、割賦販売法の規定内容をも踏まえつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 抗弁の接続の規定を消費貸借の中に置くことに賛成する。

- 2 抗弁接続の規定は、消費者契約に限定すべきでない。
- 3 抗弁接続の規定を第三者型与信契約にも適用出来るように検討すべきである。
- 4 抗弁接続の要件としては、
  - ①供給契約と消費貸借契約に客観的な相互利用関係のある場合とすることを提案する。

[理由]

- 1 我が国においては、抗弁接続の規定は、これまで割賦販売法に規定されているだけであるから、これを、民法の消費貸借の中に置くことは、消費者保護を前進させるものであり、原則賛成である。
- 2 消費者契約たる消費貸借についてのみ抗弁接続規定を置くとの提案であるが、近時、消費者保護規制が進むに連れて、零細事業者をねらった悪質商法が台頭しており、供給契約と与信契約を別個の法主体にして供給契約に対する抗弁の対抗を受けないような仕組みのビジネスが横行する可能性がある。こうしたビジネスによる被害を防止するためには、抗弁接続規定を消費者契約に限定することは適切ではない。
- 3 抗弁接続規定を消費貸借におくとの提案であるが、供給契約と与信契約が別個である場合の弊害は、消費貸借と他の第三者型与信契約とで大きな差異はないので、第三者型与信契約についても抗弁接続規定を設けることを検討すべきである。
- 4 抗弁の接続の要件として、
  - 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を示す見解がある（基本方針【3. 2. 6. 10】）。

①の要件については、上記2で述べたとおり、消費者契約に限定することは適切ではない。

次に、上記に示した見解は、②③の要件について、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いている。

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、不要と言うべきである。

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。

この点に関して、参考となる事例として、大阪府消費生活苦情審査会調停事案報告書の平成20年2月29日付け消セ第1841号付託事案がある。

事案の概要は、消費者甲が、事業者乙から業務提供誘因販売の勧誘を受けて、甲が費用を出せないからと契約締結を断ったところ、乙が消費者金融業者丙を紹介したので、甲は丙から金銭を借り入れて、乙に支払いをしたが、その後、甲が乙との契約をクーリングオフ等を理由に解除し、さらに、甲が丙に対して、抗弁接続を主張し、貸金残金の支払いを拒絶したが、丙が甲の主張を認めないというものであった。

この事案では、乙と丙との間に直接の提携関係がなく、供給契約と消費貸借契約を一体とすことについての供給者と貸主との合意がない場合であったが、乙と丙の間に事業者丁が介在し、乙と丁、丁と丙の間にはそれぞれ提携関係があり、丙作成の契約申込書類が、丁を通じて乙、甲へ交付されたり、同じく与信結果が、丙から丁を通じて乙、甲へと連絡される仕組みであった。そこで、大阪府消費生活苦情処理審査会では、甲と乙間の契約と、甲と丙間の消費貸借契約という2つの契約の間には、経済的に「密接な関連性」があったとして、丙の甲に対する消費貸借に基づく権利を放棄することを内容とする調停案を提案し、最終的に甲、丙間で調停が成立した。

抗弁接続の要件として、供給者と貸主の合意が必要であったならば、上記のような調停は不可能になるのであり、合意を要求することの不合理性が実務的に明らかになっている。

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。

次に、②供給契約と消費貸借契約の〔経済的〕一体性という要件については、ドイツ民法でも使用されている表現ではあるが経済的一体性の射程範囲がつかみにくいという問題がある。この点については、さらに、検討すべきではあるが、一案として、客観的な相互利用関係のある場合という要件にすることを提案する。

- 5 こうした抗弁接続規定を民法の消費貸借におくことに対しては、一例として不動産ローンについてより慎重になるということで、経済に与える影響が大きく、国民が住宅、

マンションを購入することも出来なくなるのではないかという懸念が寄せられている（法制審議会第15回議事録23頁奈須野関係官発言）。しかし、住宅ローンの審査が慎重になされることにより、かえって、建物が完成されないような融資、欠陥住宅に対する融資がなくなるのであり、国民経済上も望ましい方向に行くことになる（国民は、慎重な審査により、欠陥住宅や未完成の建物を取得するためのローンの負担を免れる）。抗弁接続により、より良質な供給契約が普及する可能性があるといえる。

6 また、割賦販売法との関係も問題となる。

この点、民法が供給契約と消費貸借契約との相互の関係に着目しているのに対し、割賦販売法は、個別信用購入あっせん、包括信用購入あっせんといった法形式に着目している点で、次元を異にしたものと考えることができ、民法において抗弁接続の要件を緩和しても、合理性に欠けることはない。

## 第45 賃貸借

### 1 短期賃貸借に関する規定の見直し

民法第602条が定める短期賃貸借の主体として規定されている「処分につき行為能力の制限を受けた者」という文言については、未成年者や成年被後見人などのそれぞれの規定で手当てがされており、同条の規定により単独で短期賃貸借を行うことができるとの誤読のおそれがあること等から、これを削除するものとしてはどうか。

処分の権限を有しない者が同条が定める短期賃貸借の期間を超えて締結された賃貸借の効力については、これまでの裁判例等を踏まえて、法定期間を超える部分のみが無効(一部無効)となる旨を明記することとしてはどうか。

[意見]

第1段落の削除、第2段落の明文化ともに賛成

### 2 賃貸借の存続期間

賃貸借の存続期間の上限を20年と定める民法第604条を削除して、上限を廃止するかどうかについて、長期の賃貸借を認める実務的な必要性や、長期間に渡り契約の拘束力を認めることに伴う弊害の有無などに留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

賃貸借の存続期間の上限を廃止(現行民法第604条を削除)することに特段反対しない。

### 3 賃貸借と第三者との関係

#### (1) 目的不動産について物権を取得した者その他の第三者との関係

不動産の賃貸借の登記がされたときは、その後その不動産について「物権を取得した者」に対しても効力を生ずる(民法第605条)ほか、例えば、二重に賃貸借をした賃借人、不動産を差し押さえた者などとの関係でも、一般に、賃貸借の効力を対抗することができるかと解されている。そこで、登記した不動産の賃貸借と「物権を取得した者」以外の第三者との関係について、これを条文上明らかにする方向で、更に検討してはどうか。その際、具体的な条文の在り方については、「物権を所得した者」をも含めて、第三者に対抗することができるかと規定する案のほか、「物権を取得した者」との関係では同条を維持した上で、これとは別に、二重に賃貸借をした賃借人等との間の対抗関係について規定を設ける案があることを踏まえ、更に検討してはどうか。

[意見]

1 不動産賃借権について、物権取得者以外の第三者(差押債権者、他に賃借権設定を

受けた者など)との関係での対抗力についても明文化することに賛成  
2 1を肯定する場合における具体的な条文の在り方について論点として検討することに賛成

## (2) 目的不動産の所有権が移転した場合の賃貸借の帰すう

賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合における旧所有者との間の賃貸借契約の帰すうに関しては、次のような判例法理がある。すなわち、①不動産賃貸借が対抗要件を備えている場合には、特段の事情のある場合を除き、旧所有者と新所有者との間で賃貸人の地位を移転する合意が無くても、賃借人と旧所有者との間の賃貸借関係は新所有者との間に当然に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱する、②その際に賃借人の承諾は不要である、③この場合の賃貸人たる地位の承継を新所有者が賃借人に対して主張するためには、新所有者が不動産の登記を備える必要がある。そこで、これらの判例法理を条文上明記する方向で、更に検討してはどうか。また、判例は、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意が旧所有者と新所有者との間にあったとしても、直ちには前記特段の事情には当たらず、賃貸人の地位が新所有者に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱するとしている。このことを条文上明記するかどうかについては、実務上このような留保の特約の必要性があり、賃借人の保護は別途考慮することが可能であると指摘して、一律に無効とすべきでないとする意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

新所有者が上記③の登記を備えた場合であっても、賃借人は目的不動産の登記の移転について一般に関心を有しているわけではない。このことを踏まえ、賃借人は、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができる旨の特則を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

このほか、賃借人が必要費を支出した後に目的不動産の所有権が移転し、賃貸人の地位が承継された場合には、必要費の償還債務も新賃貸人に移転すると解されていることを踏まえ、これを明文化するかどうかについて、検討してはどうか。

### [意見]

- 1 不動産賃貸借権が対抗力を有する場合に賃貸人たる地位が新所有者へ当然に承継されること、賃貸人たる地位を承継した新所有者がその地位を賃借人へ対抗するための要件として新所有者が所有権移転登記を備える必要があることを明文化することについては、特段反対しない。
- 2 他方、賃貸人たる地位を旧所有者へ留保する旨の合意があったとしても、賃貸人の地位が新所有者に承継されることを条文上明記するという点については、明文でかかる留保合意を一律に無効とするという趣旨であれば、(有効とするべき場合が有り得るのでは

ないか、一定の場合に有効とした上でその場合の法律関係を整理する方が妥当ではないかという点を含め)、その適否について更に慎重に検討すべきである。

- 3 目的物の所有権移転を知らずに旧所有者に賃料を支払った賃借人に対する救済規定を設けることについては特段反対しない。但し、賃借人保護の観点から、賃借人の悪意の立証責任を新所有者側に負わせる規定の仕方が妥当であると考え。
- 4 目的不動産の所有権移転に伴い必要費の償還債務が新賃貸人に移転することを明文化するとことについては特に反対しない。

[理由]

上記の2について

- 1 例えば、賃貸マンション1棟を所有している者が第三者にビル所有権を譲渡するとともに、これをリースバックしてそのまま旧所有者が賃貸業務を継続しているという事例を念頭に置く。
- 2 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)。
- 3 上記最判平成11年3月25日は、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無いものの、賃借人が新旧所有者間のスキームをある程度認識した上で、事実上所有権譲渡後も旧所有者を賃貸人として賃料を支払っていたような、新旧所有者間の特約だけに止まらないが、三者間合意にまで認められるかは微妙という事情が有る場合にまで「特段の事情」が認められないのかは不明である。
- 4 新旧両所有者間の賃貸人たる地位を旧所有者に留保する合意を一律無効とする規定を設けた場合、上記事例では、賃貸借関係は法律上当然に新所有者と賃借人との間に移転する。旧所有者が賃貸業務を続けるという場合は、新旧所有者及び賃借人との間で別途三者間合意を締結することになる。

上記仕組みはルールとしては明確で分かりやすく、正面から反対するものではない。しかし、反面、実際の事例において、そこまで割り切った一律の処理をすることが妥当な解決をもたらすことになるのか、一抹の疑問を拭えない。

例えば、冒頭のような事例は実際に存在するが、実需に基づき生じているこのよ

うな事例について、賃貸人たる地位を旧所有者へ留保する合意を常に無効と割り切ってよいものか。賃借人が新旧所有者間のスキームを一定程度認識しつつ賃料を旧所有者に支払っているような場合には、従前の枠組みの下で「特段の事情」を認めて旧所有者に賃貸人たる地位を認めることで足りるケースが有り得るのではないか。

その場合に賃借人が不測の不利益を被ることがあってはいけませんが、例えば、賃貸人たる地位を留保する合意が新旧両所有者間でなされている場合には、新旧両所有者ともに賃借人に対しては賃貸人としての責任を負うこととするなど、賃貸人たる地位の留保を有効としつつ、他方で、有効とした場合における法律関係を整理することにより、各種事案に適したよりよい解決を導くことの出来る仕組みとなるのではないか。

上記のような観点からの議論も踏まえた上で、慎重な検討をすることが必要であると考える。

### (3) 不動産賃貸借における合意による賃貸人の地位の承継

対抗要件を備えていない不動産賃貸借においても、目的不動産の譲渡に伴いその当事者間の合意により賃貸人たる地位の承継が行われる場合があるが、このような場合にも、①賃借人の承諾は不要であること、②この場合の賃貸人たる地位の承継を新所有者が賃借人に対して主張するためには、新所有者が不動産の登記を備える必要があること、③賃借人は、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができることを条文上明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

対抗力の有る不動産賃貸借以外に所有権移転に伴う賃貸人たる地位移転のルールを及ぼすという考え方自体には反対しない。但し、その移転の有無が新・旧所有者間の合意により変わるという考え方には反対。

#### [理由]

例えば、対抗要件の無い不動産賃貸借目的物が譲渡された場合、現状の制度の下では、新所有者が旧所有者へ目的物返還を求めることが可能となる。

しかし、この場合でも新所有者は、賃貸を継続することにメリットがあると考えれば賃借人との賃貸借契約締結に同意する。

提案の制度が導入されたとしても、賃貸人たる地位の承継の有無が新旧両所有者間の合意の有無により左右されるというのであれば、この点は変わらない。

他方、賃借人は、現状制度の下では、賃貸継続にメリットを感じ、賃貸借契約締結を望む新所有者との間で個別に交渉・合意をすることが可能であるのに対し、提案の制度の下では、賃借人の同意無く従前の契約が承継されることとなり、交渉・同意の

機会が無くなる。

結局、借借人側から見ると、提案の制度は、「現状から個別同意の機会をマイナスされることになる」だけであると考えられる。

かえって、所有者が変わる毎に、借借人の与り知らない新旧両所有者間の契約により、借貸人たる地位が移転したりしなかったりということになり、借借人にとってはかえって複雑・混乱の種ではなかろうかと考えられる。

#### (4) 敷金返還債務の承継

目的不動産の所有権の移転に伴い借貸人たる地位が新所有者に移転する場合において、借借人から旧所有者に対して敷金が差し入れられていたときは、判例・通説は、旧所有者の下での延滞賃料債務等に充当された後の残額の敷金返還債務が当然に新所有者に承継されると解している。そこで、これを条文上明記することの当否について、更に検討してはどうか

また、これによって借借人の同意なく敷金返還債務が新所有者に承継される場合には、借借人の利益を保護する観点から、旧所有者もその履行を担保する義務を負うものとするものの当否については、旧所有者の地位を不安定にし借貸不動産の流通を阻害するおそれがある等の指摘があることを踏まえ、更に検討してはどうか。

このほか、敷金に関しては、その定義を明らかにする規定や、敷金の充当に関する基本的な法律関係を明らかにする規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 借貸人たる地位の移転に伴い敷金返還債務が新所有者に当然に承継されることを明文化することについては賛成である。
- 2 新所有者（新借貸人）の敷金返還債務に対する旧所有者（旧借貸人）の担保責任を認めることには反対である。

なお、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」における「（議事の概況等）」では、第15回会議において「賛成する意見が『複数』あった。」とする一方「反対する意見もあった。」とのみ記載されている。賛成する意見の方が多く、反対意見は僅かであったという印象を与えかねない記載となっている。

しかし、15回会議の議事録を見れば明らかなおり、実際の議論においては、「賛成意見よりも反対意見の方が『多数』存在した」。上記補足説明の記載は実際の議論状況と異なる記載と言わざるを得ない。

しかも、従前、この点に関する「（議事の概況等）」については「反対する意見」が「多数あった。」と記載されていた。ところが、今回の補足説明では、敢えて、この「多数」という記載が削除されている。反対意見の方が多数存在したことを敢えて伏せていると考えざるを得ず、論点整理の記載自体が不適切なものと言わざるを得ない。

- 3 敷金の定義を明らかにする規定、敷金の充当に関する基本的法律関係を明らかにする規定を設けることについては賛成である。

[理由]

上記の2（敷金返還債務に対する担保責任）について

- 1 旧所有者に酷、不動産取引の混乱・流通の障害を招く

かかる規定が期間制限もない状態で設けられると、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。

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、売主は、直接の買主の債務のみを担保するのか、転売後の買主の債務をも担保することになるのか。仮に前者であれば、直接の売・買主の間にペーパーカンパニーを介在させれば潜脱可能となる。後者であれば、売主は自己の知らない将来の転売先に対しても担保責任を負うことになり不当。また、転売毎に担保義務者が増え続けることになり権利関係が複雑化し、混乱の原因となる。

かかる規定が設けられた場合、賃貸不動産の売主は売却に際して賃借人との間の契約を敷金を含めて一旦精算するという実務になるであろうが、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、従前の賃貸関係を精算した上で譲渡するということが時間的・実務的に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潜在的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潜在的債務が累積して財務リスクを上昇させるため事実上売却が困難となり、不動産の流通を障害し、その資金調達・再生を困難化する。

- 2 賃借人保護のために機能するのも疑問であること

資金調達目的のためにその経営する賃貸マンションを売却しようとする業者の中には、そもそも資金繰りが苦しいために売却しようとする場合も多いと考えられる。上記のように円滑な不動産売却に支障を生じた結果、当該業者が資金調達できずに倒産すれば、結局、賃借人の敷金返還請求権が回収不能になり、円滑に売却が出来た場合と比べてかえって賃借人が害されるケースが発生する恐れがある。

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」などの被害が発生している現状において、かえって賃借人保護に反する結果を招く虞が有る。

- 3 必要性（立法事実）への疑問

当該規定は、新所有者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。しかし、仮に、新所有者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の責任財産に変動は無く、敷金返還債務が旧所有者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。

それにもかかわらず、従前、賃貸不動産の所有権移転及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に承継されると解されていた実質的理由は、新所有者の方が資力が有ると考えられていたからである。新所有者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。

このように、旧所有者の資力よりも新所有者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かわらず、他方で、新所有者の資力が当てにならないことを前提に旧所有者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。

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。従って、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、敢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。

#### (5) 動産賃貸借と第三者との関係

動産の賃貸借と第三者との関係に関しては、不動産に関する民法第605条のような規定がないことを踏まえ、目的物である動産の所有権が移転した場合における賃貸借の帰すを明確にするため新たな規定を設けるかどうかについて、動産賃貸借の対抗要件制度の要否という問題を含めて、更に検討してはどうか。

[意見]

動産賃貸借の対抗力に関する明文規定を設けることについては社会的必要性を踏まえた更なる慎重な検討を行うべきである。

[理由]

動産賃貸借の対抗力に関する規定を設ける一方で、動産賃借権に基づく妨害排除請求権を肯定することまでは想定していないようであるが、そうなると実際の効果の点において占有妨害を排除できないなど中途半端になるのではないかとの懸念が存在するが、他方で、法制審において、例えば、トランクルームの利用に関する紛争が報告されていること（第15回法制審議事録38頁及び39頁、加納関係官発言）を勘案すると一定の社会的必要性が存する可能性も有ることから、その必要性を勘案して慎重な検討を継続するべきである。

#### (6) 賃借権に基づく妨害排除請求権

対抗要件を備えた不動産賃借権について、賃借人の妨害排除請求権を認めている判例法理を明文化するかどうかについて、物権的請求権の規定の在り方とも関連する問題であることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

不動産賃借権に基づく妨害排除請求権を明文化することに特段反対しない。

### 4 賃貸人の義務

#### (1) 賃貸人の修繕義務

民法は、賃貸人は修繕義務を負うとする一方（同法第606条第1項）、賃借物が修繕を要する場合における賃借人の通知義務を規定している（同法第615条）。この通知義務に違反した場合の効果が不明確であるとして、賃貸人の修繕義務の不履行による賃借人の損害賠償請求の額の算定において考慮されるとともに、賃貸人に損害が生じたときは賃借人が損害賠償責任を負うことを明文化すべきであるという考え方がある。このような考え方については、もともと賃借人の通知義務の要件が不明確であり、義務違反の

効果を明文化した場合に賃借人に不当な不利益を与えるおそれがある等の指摘があることと留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

賃借人の通知懈怠が、賃貸人の修繕義務の不履行を理由とする損害賠償額の決定に際して考慮されることや、通知の遅滞によって賃貸人に損害が生じた場合には賃借人に賠償責任が生ずることを条文上明記することについては慎重な検討を要する。

[理由]

現行民法において、賃貸目的物が修繕を要する場合に賃借人に通知義務が有ることが規定されており、これを賃借人が怠った場合、一定の法的効果が生じることは勿論否定しない。

しかし、修繕義務に関しては債権者である賃借人の「義務」及びその「義務違反の効果」を明記することで、債権者の義務が一人歩きし、濫用的に使用されるおそれもある。

債権者（賃借人）が無能力者や事実上通知義務の履行を期待出来ない者であることもあり得るが、その場合も「義務懈怠による損害賠償責任」が発生するのか、本来、修繕義務は賃貸人の義務であり、賃借人の通知の有無にかかわらず修繕をするべき箇所は修繕するべきであるところ、かかる条文を明記することにより、債権者である賃借人の義務がかえってクローズアップされかねない。

例えば ①調子が悪いクーラーを家主に遠慮して騙し騙し使っていたが、遂に壊れたというような場合、②クーラーの裏の壁にカビが生えていたことに賃借人が気づかなかつたが、それを理由に退去の際、家主から敷金減額を要求される場合などを想定すれば、賃借人に対するかかる義務規定及びその義務違反の効果を一律に課すこととは酷に過ぎると考えられる。

かかる規定を設けなくとも、従前の枠組みの下、賃貸人の修繕義務の程度やその義務懈怠による損害賠償を論じる中で、賃借人の能力等の属性も加味した上で個別具体的に妥当な解決を図ることが可能であり、それで足りると考える。

## (2) 賃貸物の修繕に関する賃借人の権利

賃借人が支出した必要費の償還について規定する民法第608条は、賃貸人が修繕義務を履行しない場合には賃借人が自ら修繕をする権限を有することを前提としていると解されている。これを踏まえて、賃借人が自ら必要な修繕をする権限があることを明文化することの当否について、賃貸人への事前の通知の要否など具体的な要件に関する問題を含めて、更に検討してはどうか。

[意見]

賃借人の目的物を修繕する権限を明文化することについて特段反対しない。

### (3) 賃貸人の担保責任

賃貸物の瑕疵についての賃貸人の担保責任には、売買の規定が準用されている(民法第559条)。このうち、売主の瑕疵担保責任の期間制限の規定(同法第570条、第566条第3項)に関しては、賃貸物を継続的に使用収益させるという賃貸借の性質に照らして、賃貸借には準用されないことを条文上明確にするかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

賃貸人の担保責任の期間制限について、売主の担保責任に関する規定が準用されないことを明文化することに特段反対しない。

## 5 賃借人の義務

### (1) 賃料の支払義務(事情変更による増減額請求権)

借地借家法第11条、第32条、農地法第20条などを参照しつつ、契約締結後の事情変更による賃料の増減額請求権の規定を賃貸借一般を対象として設けるか否かについては、その必要性などを疑問視する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

事情変更による賃料増減額請求権を明文化することについては、更に慎重な検討を尽くすべきである。

[理由]

事情変更原則に関する一般的規定については明文化するべきではないが、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。

賃貸借契約についてみると、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出来なくは無い(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)。

しかし、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負担していたリスクが現実化したというに過ぎない。

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ず、増減額請求権を認める合理性が有るのに対し、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無い以上、上記趣旨は直ちには妥当しない。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出来る以上、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、借地借家法の場合に比べても厳格に絞るべきである。

もっとも、賃貸借契約の内容は多様であることもあり、要件を具体的かつ厳格に絞ることは困難であると考えられる。その結果、実際の運用において緩やかに増減額が認められることになりかねない（現在の借地借家法上の増減額が比較的簡単に認められているように）。

また、効果の点についても、事情変更が発生すればどの程度の賃料が増減されるかを実際の紛争において導くことは困難であると考えられる（鑑定手法すら存在しない賃貸目的物も増減対象に含まれる）。

従って、仮に規定を設けるとしても要件・手続・効果については慎重に検討するべきであり、それらの明確化が困難であるなら規定の採用自体についても慎重に判断するべきである。

## (2) 目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額等

目的物の一部が利用できなくなった場合の賃料の取扱いに関して、民法第611条第1項は、賃借人の過失によらないで滅失した場合に限り、賃借人の請求によって賃料が減額されることを規定しているが、使用収益の対価である賃料は、使用収益の可能性がなければ発生しないものとすべきであるという理解に立って、目的物の一部が利用できなくなった場合には、その理由を問わず（賃借人に帰責事由がある場合も含めて）、賃料が当然に減額されるものとすべきであるとの考え方がある。この考え方の当否について、目的物の一部が利用できなくなった事情によって区別する必要性の有無や、危険負担制度の見直し（前記第6）との関係に留意しつつ更に検討してはどうか。

他方、目的物の一部が利用できず賃借をした目的を達せられなくなった場合の賃借人の解除権（民法第611条第2項）についても、利用できなくなった理由を問わないで（賃借人に帰責事由がある場合も含めて）解除権を認めるという考え方がある。このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

また、目的物が一時的に利用できない場合に関して、同様に賃料の減額や賃借人による契約の解除を認めるという考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

このほか、目的物が利用できない場合に関する以上のような規律を明文化するに当たっては、「滅失」という用語（民法第611条参照）ではなく、目的物の機能が失われたことに着目した文言を用いることの当否について、検討してはどうか。

[意見]

賃貸借目的物の一部が利用出来ない場合、当然に賃料は減額されるとすること、その結果、賃借目的を達成できなかった場合に理由を問わずに解除権を認めることについて特段反対しない。

目的物が一時的に利用できないという場合も当然に賃料の減額を認め、かつ、契約の目的を達成することができない場合における賃借人の解除権も認めるという考え方について特段反対しない。

上記の明文化に際し、目的物の機能が失われたことに着目した相応しい文言を用いることに特段反対しない。

## 6 賃借権の譲渡及び転貸

### (1) 賃借権の譲渡及び転貸の制限

賃貸人に無断で賃借権を譲渡したり賃借物を転貸したりした場合の賃貸人の解除権（民法第612条第2項）に関して、「賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合」に解除が認められないとする判例法理を明文化するとともに、これによって解除が認められない場合の法律関係を明確にすることの当否について、原則と例外の関係を適切に表現する必要性などに留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

無断賃借権の譲渡、無断転貸について賃貸人の解除権を制限する判例法理を明文化すること、解除権が制限された場合における法律関係を明文化することについて特段反対しない。

### (2) 適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との関係

適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との法律関係に関しては、判例・学説を踏まえ、①転借人は、原賃貸借によって賃借人に与えられた権限の範囲内で、転貸借に基づく権限を与えられ、その限度で賃貸人に対して使用収益の権限を対抗することができること、②転借人は賃貸人に対して直接賃料債務を負い、その範囲は原賃貸借と転貸借のそれぞれの賃料債務の重なる限度であることなどを明文化すべきであるという考え方がある。このような考え方については、転借人は賃貸人に対して目的物を使用収益する権限が認められるわけではないことを前提として、転借人が賃貸人に対して直接に義務を負うということの意味をより精査する必要があることや、賃借人(転貸人)の倒産時に賃貸人の賃料債権に優先的地位を認める根拠とその方法のあり方を考える必要がある等の指摘がされている。そこで、以上の指摘を踏まえつつ、適法な転貸借がされた場合における賃貸人と転借人との間の基本的な法律関係や直接請求権に関する規定の在り方について、更に検討してはどうか。

また、適法な転貸借がされた場合に、判例は、原賃貸借が合意解除された場合であっても、転借人に対して原賃貸借の消滅を対抗することができないとする一方で、賃借人の債務不履行によって原賃貸借が解除された場合には、転借人は目的物を使用収益する権限を失うとしており、このような判例法理を明文化することの当否についても、更に検討してはどうか。

[意見]

適法な転貸がなされた場合の賃貸人と転借人との間の法律関係を従前の判例・学説に従い整理して明文化すること、それ自体については特段反対しない。

但し、賃貸人の直接請求権については、その要件を絞ることを含め、内容を慎重に検討するべきである。

また、原賃貸借の解除による転貸借契約の帰趨に関する判例法理を明文化するについても、その内容を慎重に検討するべきである。

[理由]

1 賃貸人の直接請求権の内容について

賃貸人の直接請求権について、少なくともこれを無制限に認めることには疑問が有る。

適法に転貸借がなされた場合、賃貸人及び転貸人は転貸借を了解している。他方、転借人は転貸関係に有ることを知らないケースも有り得る。直接請求権を無限定に認めると、転借人にとっては、突然、直接請求権を根拠として賃貸人から賃料支払の請求が来て、賃貸人、転貸人のいずれに支払うべきかが判断できず、不測の不利益を受けるという事態が生じる可能性がある。

原賃貸借が債務不履行解除されることにより突然転借人の地位が失われることを防ぐためには、一定の場合に転借人が賃貸人に直接に賃料を支払う方法を認めることは必要であるが、そのためには、転借人が賃貸人への支払いを転貸人へ対抗出来る制度を設ければ足りる。転借人の利益のために賃貸人へ直接支払う方法を認めることと、賃貸人の利益のために賃貸人が転借人へ直接請求する権利を認めることとは別の問題である。

適法に転貸がなされている時点で賃貸人は転貸を承諾しているのであるから、転借人に不測の不利益を生じるリスクを負わせてまで直接請求権を無限定に認めるべきではなく、直接請求権の必要性の検証、及びこれを認めるとしても直接請求の必要性が高い場合（転貸人の債務不履行の場合など）に限定する仕組みが必要ではないか、という点につき、慎重に検討する必要が有る。

2 直接請求権の実効性を確保するための制度について

法制審部会資料16-2補足説明には、直接請求権の実行性を確保するため、賃貸人が書面をもって転借人へ賃料支払を請求したときは、以後の転借人の転貸人への賃料支払を賃貸人へ対抗出来ないこととするとの考え方が記載されている。

しかし、書面一本で賃貸人が転貸料債権を差押えるのと同様の制度を認めると、混乱

が生じ、転借人保護に反するのではないかと疑問が有る。

通常の債権差押のように不服申立制度も整備されていない状態で私的に転貸料債権を差し押さえることが認められれば、例えば、賃貸借契約の解釈について争いが有るような場合に混乱が生じ、転借人に不利益である。

また、賃貸人の転貸料債権に対する権限の法的性格も不明である。転貸人が倒産した場合を想定すれば、賃貸人の権限が単なる一般差押類似の権限なのか、あるいは、例えば特別先取特権に基づく差押類似の権限なのか、差押類似の権限の法的性格も十分に整理されないままに制度が創設されることによる混乱が生じかねない。

賃貸人の直接請求権の実効性を確保するための何らかの制度を設ける必要が有るのであれば、執行法制や倒産法制との整合性を検討し、慎重な議論を尽くした上で、その手段を検討すべきである。

### 3 原賃貸借の解除に伴う転借人の地位の帰趨に関する判例法理の明文化について

判例によると、原賃貸借契約が債務不履行解除された場合、転借人は賃貸人に対して賃貸借関係に基づく主張をすることが出来なくなる。この点、転貸を承諾した賃貸人が、転貸人の債務不履行を知らない転借人に対して無条件で明渡等を求めることが出来るというのは妥当ではない。転借人に対して転貸人の債務不履行を事前に通知し、転借人において転貸人の債務不履行を解消する機会を与えるなど、解除に際して一定の転借人保護のための方策を設けることは必要であると考ええる。

ただ、その要件・効果の定め方は難しいと考えられる。例えば、賃貸人が転貸人に一棟建物を賃貸し、転貸人がその一部ずつを複数の転借人に転貸している場合、転借人は、自己の利用部分に関する転貸料のみを賃貸人へ直接支払えば足りるのか、施設全部の賃料を賃貸人へ支払わなければならないのか。転借人が自己の利用部分に関する転貸料のみを賃貸人に直接支払った場合、その効果としては、当該転貸人の利用部分についてのみ賃貸人との間で直接の賃貸借関係に切り替わると解することになるのか（このように解すると、賃貸人はいわば虫食い状態で一部転借人との間でのみ賃貸借関係を認めざるを得ず、次の賃借人の募集に支障を生じ、かえって賃貸人に酷な結果となるのではないか）といった疑問が有る。

この点、転借人の保護を基本に据えつつ、要件・効果等の内容について慎重に検討をする必要が有ると考える。

## 7 賃貸借の終了

### (1) 賃借物が滅失した場合等における賃貸借の終了

賃借物の全部が滅失した場合における賃貸借の帰すうについては、現在は規定がないが、一般に賃貸借契約が終了すると解されていることから、このことを条文上明記する方向で、更に検討してはどうか。



[意見]

賃貸借目的物が滅失した場合に賃貸借契約が当然に終了するとの規定を設けることについて特段反対しない。

## (2) 賃貸借終了時の原状回復

賃貸借の終了時における賃借人の原状回復に関して、使用貸借についての簡略な規定(民法第598条)が賃貸借に準用されるのみである(同法第616条)という現状を改め、収去権とは区別して、賃借人の原状回復義務の規定を整備する方向で、更に検討してはどうか。その際には、賃借物に附属させた物がある場合と賃借物が損傷した場合の区別に留意し、後者(賃借物の損傷)に関しては原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記することの当否について、更に検討してはどうか。これを条文上明記する場合には、賃貸人が事業者であり賃借人が消費者であるときはこれに反する特約を無効とすべきであるとの考え方が併せて示されている(後記第62, 2⑧参照)が、このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

また、「原状に復して」(同法第598条)という表現は分かりにくいという指摘があることから、これに代わる適切な表現について、検討してはどうか。

[意見]

- 1 賃貸借終了時の賃借人の原状回復義務の規定を整備することについて賛成である。
- 2 原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記することについて賛成である。
- 3 賃貸人が事業者、賃借人が消費者である賃貸借契約について、通常損耗について原状回復義務の範囲とする特約を無効とすることに賛成である。
- 4 「原状に復して」に代わる適当な表現に改めることについて特段反対しない。

## (3) 損害賠償及び費用の償還の請求権についての期間の制限

### ア 用法違反による賃貸人の損害賠償請求権についての期間制限

賃借人の用法違反による賃貸人の損害賠償請求権に関する期間制限(民法第621条, 第600条)については、賃貸借の期間中に賃借物に生じた損害について賃貸人に短期間での権利行使を求めるのは適当でないとして、これを廃止した上で、賃貸人が目的物の返還を受けた時を消滅時効の起算点(客観的起算点)としたり、目的物の返還から一定期間を経過するまでは消滅時効が完成しないものとしたりする特則を設ける等の考え方がある。また、このような考え方を採った上で、賃借人保護の観点から、賃貸人に対して、返還後に目的物の損傷を知った場合には、一定期間内にその旨を賃借人に通知すべきことを義務付けるという考え方がある(ただし、賃貸人が事業者である場合には、目的物の損傷を知り、又は知ることができた時から起算するとの考え方がある(後記第62, 3

(2)⑤参照)。)。これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 用法違反による賃貸人の損害賠償請求権に関する期間制限の伸長（現行民法621条の廃止，時効制度の中に位置付けること）について特段反対しない。
- 2 賃貸人（特に非事業者の賃貸人）に目的物損傷に関する通知を義務付けることは行き過ぎであり反対である。この義務を怠った場合に失権効を課すのであれば尚更行き過ぎであり，反対である。

[理由]

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。

賃貸人が非事業者の場合，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個人の場合，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なければ，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。

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尚更である。目的物を損傷した賃借人との関係において，通知義務を懈怠した賃貸人が救済手段を全て失うことにならなければならない理由が無い。

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ようなら行き過ぎである。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，それ故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考えられない。

そもそも，長期間経過後であれば損傷の立証が困難になるのでトラブルになる可能性は低いのではないかと。むしろ，目的物を損傷したにもかかわらず修繕を回避しようという悪質な賃借人の逃げ口上として利用される危険の方が大きいのではないかと考えられる。

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。

#### イ 賃借人の費用償還請求権についての期間制限

賃借人が支出した費用の償還請求権に関する期間制限（民法第621条，第600条）に関しては，民法上のほかの費用償還請求権の規定（同法第196条，第650条など）において期間制限が設けられていないこととの平仄などの観点から，これを廃止して債権の消

滅時効一般に委ねるという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

賃借人の費用償還請求権に関する期間制限の伸長（現行民法621条の廃止，債権消滅時効一般の規律に従うものとする）について特段反対しない。

## 8 賃貸借に関する規定の配列

賃貸借に関する規定を分かりやすく配列する観点から、例えば、①不動産・動産に共通する規定，②不動産に固有の規定，③動産に固有の規定という順に区分して配置するという考え方の当否について、検討してはどうか。

[意見]

特段反対しない。

## 第46 使用貸借

### 1 使用貸借契約の成立要件

使用貸借が要物契約とされていること（民法第593条）に対しては、ほかの取引関係等を背景とする合理的な使用貸借もあり、一律に合意の拘束力を認めないのは適当でないとの指摘がある。これを踏まえ、使用貸借を諾成契約とした上で、両当事者は書面による合意をもって排除しない限り目的物の引渡しまでは契約を解除することができるものとするなど、契約の成立要件の緩和を図る方策を設ける方向で、更に検討してはどうか。

#### [意見]

使用貸借を諾成契約としたうえで、契約の成立要件の緩和を図る方策を設けることについては、その当否を含めさらに慎重に検討すべきである。

仮に使用貸借についての合意に一定の拘束力を認めるとしても、基本（原則）は要物契約としたうえで、合意による修正（諾成契約化）を認めるという形式をとるべきであり、諾成契約を原則とすることには反対である。

#### [理由]

- 1 使用貸借を要物契約としている現行民法において格別の不都合は生じていない。  
それにもかかわらず、使用貸借を諾成契約に改める社会的必要性が存在するのか疑問である。
- 2 諾成契約とすることは、使用貸借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になると思われるが、使用貸借が無償契約であることからすれば、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言えるか疑問が残る。
- 3 使用貸借を諾成契約としたうえで、目的物の引渡しまでは契約を解除できるとするのであれば貸主に引渡義務を課したことは無意味であるうえ、法律関係が複雑になり、無用な紛争の原因となりかねない。
- 4 そもそも、使用貸借にかかる諾成的合意に拘束力を認める必要性がどの程度あるのか明らかでない。

### 2 使用貸借の対抗力

土地を使用貸借して建物を建てる際に、建築資金の担保としてその建物を活用する必要性があること等を踏まえ、使用貸借についても登記その他の方法により対抗力を備えることができる旨の規定を新たに設けることの当否について、所有者には利用権も賃料収入もないため差押えが機能しない財産が生ずることへの懸念に留意しつつ、検討してはどうか。

#### [意見]

使用貸借に対抗力を認める規定を設けることには反対である。

[理由]

使用貸借に対抗力を認めると、所有者に使用権限も対価を得る権利もない無価値とも言える土地を作り出すことになり、そのこと自体の妥当性に疑問があるうえ、対抗力ある使用貸借が財産隠匿行為のために濫用的に利用されるおそれもある。

### 3 使用貸借の効力（貸主の担保責任）

使用貸借の貸主の担保責任に関しては、贈与者の担保責任の規定（民法第551条）の見直しとも関連するが、現在と同様に贈与者の担保責任の規定と同様の規律をすべきである（同法第596条参照）との考え方がある一方で、贈与と異なり契約の趣旨等から積極的に基礎付けられる場合に限って貸主の担保責任が認められることを条文上明記すべきであるとの考え方も示されている。

これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。また、負担付使用貸借の貸主の担保責任（民法第596条、第551条第2項）についても、現在と同様に負担付贈与の贈与者の担保責任と同様の規律をすべきであるとの考え方がある一方で、負担付使用貸借は、負担の範囲内で賃貸借と同じ関係にあると考え、負担の限度で賃貸人と同じ義務を負うこととすべきであるとの考え方も提示されている。これを踏まえ、これらの考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

[意見]

（前段について）

使用貸借の貸主は原則として目的物の権利の瑕疵や不存在について担保責任を負わないとしたうえで、合意又は契約の趣旨等から貸主が担保責任を負うことが積極的に基礎付けられる場合に限って貸主の担保責任を認めるべきとの考えに賛成である。

（後段について）

負担付使用貸借の貸主の担保責任については、現行民法同様、負担付贈与の贈与者の担保責任と同様の規律とすべきであるとの考え方に賛成である。

[理由]

（前段について）

使用貸借の無償性や使用貸借が貸主が有するものをそのまま貸すということが一般的であることからすれば、貸主に担保責任まで負わせるのは酷であると思われるので、原則として貸主は担保責任を負わないとすべきであるが、当事者間の合意や契約の趣旨から瑕疵のない物の引渡が求められていると解釈できる場合には担保責任を追及できるとするのが合理的であり、かかる場合にまで担保責任を否定する理由はないから。

（後段について）

負担付使用貸借における負担は、目的物の使用収益の対価ではない。それにもかかわらず、負担の範囲内とはいえ、対価関係の存在を前提とする賃貸人の義務と同じ義務を負わ

せるのは、性格の異なる賃貸借の考え方を使用貸借に持ち込むもので妥当ではないから。

借主に、目的物の利用によって受ける利益の範囲まで負担の履行拒絶又は縮減請求を認めることにより貸主、借主間の利益の調整を図ることが妥当と思われる。

#### 4 使用貸借の終了

##### (1) 使用貸借の終了事由

借用物の返還時期について定める民法第597条については、専ら分かりやすく規定を整理する観点から、使用貸借の存続期間を定める規定と貸主の解除権を定める規定とに条文表現を改める方向で、更に検討してはどうか。

また、無償契約である使用貸借の終了事由として、貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合や、貸主と借主との間の信頼関係が失われた場合における貸主の解除権の規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 借用物の返還時期について定める民法第597条を使用貸借存続期間を定める規定と貸主の解除権を定める規定とに条文表現を改めることに賛成である。

なお、その場合の規律の仕方としては、以下のように使用貸借の終了事由と貸主が解除できる場合を分けて規律するのがわかりやすいと思われる。

- |         |   |
|---------|---|
| 終了事由    | ① 借主の死亡   |
|         | ② 契約で定めた返還時期の到来   |
|         | ③ 契約で定めた使用目的に従った使用収益の終了   |
|         | ④ 貸主の解除   |
| 解除できる場合 | ① 契約で返還時期を定めなかったが、使用収益の目的を定めた場合において、その目的に従い使用収益するに足りる期間が経過したとき      |
|         | ② 契約で返還時期も使用収益の目的も定めなかった場合はいつでも                                     |
|         | ③ 貸主にとって予期できない目的物の必要性が生じ、その必要性が借主の利用状況に照らして使用貸借の終了を正当化するに足りるものであるとき |
|         | ④ 当事者間の信頼関係が失われたとき  |

- 2 使用貸借の終了事由として、貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合及び貸主と借主との間の信頼関係が失われた場合における貸主の解除権の規定を設けることに賛成である。

[理由]

- 1 条文表現を改めることは、わかりやすい民法に資するから。

2 使用貸借が無償契約であることからすれば、貸主に目的物を使用する必要が生じた場合や借主に背信行為や忘恩行為があり、貸主と借主間の信頼関係が破壊された場合にまで貸主を使用貸借に拘束するのは妥当ではなく、かかる場合には貸主からの解除を認め、目的物の返還を受ける方途を規定することには合理性があるから。

(2) 損害賠償請求権・費用償還請求権についての期間の制限

借主の用法違反による貸主の損害賠償請求権や借主が支出した費用の償還請求権に関する期間制限の規定（民法第600条）の見直しについて、現在はこの規定を準用している賃貸借における見直し（前記第45、7(3)）との関連に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

貸主の損害賠償請求権や借主の費用償還請求権に関する期間制限については、賃貸借と平仄を合わせる方向で検討することに特段反対しない。

[理由]

短期の期間制限を設ける特段の理由はなし、かつ、賃貸借と平仄を合わせるのがわかりやすいから。

#### 第47 役務提供型の典型契約（雇用，請負，委任，寄託）総論

一方の当事者が他方の当事者に対して役務を提供することを内容とする典型契約には、民法上、雇用，請負，委任及び寄託があるとされている。しかし、今日の社会においては新しい役務・サービスの給付を目的とするものが現れており、役務提供型に属する既存の典型契約の規定によってはこれらの契約に十分に対応できないのではないかとの問題も提起されている。このような問題に対応するため、役務提供型に属する新たな典型契約を設ける考え方や、役務提供型の契約に適用される総則的な規定を設ける考え方が示されている（後記第50参照）ほか、このような考え方を採用する場合には、これに伴って既存の各典型契約に関する規定の適用範囲の見直しが必要になることもあり得る（後記第48，1，第49，5参照）。

役務提供型の典型契約全体に関して、事業者が消費者に対してサービスを提供する契約や、個人が自ら有償で役務を提供する契約など、当事者の属性等によっては当事者間の交渉力等が対等ではない場合があり、交渉力等において劣る方の当事者の利益を害することのないように配慮する必要があるとの問題意識や、いずれの典型契約に該当するかが不明瞭な契約があり、各典型契約の意義を分かりやすく明確にすべきであるとの問題意識が示されている。これらの問題意識なども踏まえ、各典型契約に関する後記第48以下の論点との関連にも留意しつつ、新たな典型契約の要否、役務提供型の規定の編成の在り方など、役務提供型の典型契約の全体的な在り方について、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 役務提供型に属する新たな典型契約を民法典に設けることについては、必要性、対象の選択、規律の方法の観点において慎重に検討する必要がある。
- 2 役務提供型の契約に適用される総則的な規定を設けることには反対である。
- 3 既存の典型契約の規定の適用範囲の見直しについては反対である。

#### [理由]

- 1 新たな役務提供型契約に対応する規律が民法典に存在せず、既存の典型契約がこれに対応できていないことは問題提起のとおりであるが、サービスの給付を目的とする契約の形態は極めて多様であり、これらすべて（将来発生するであろうサービスの給付を目的とする契約を含め）に対応する規律を定立できるのかは甚だ疑問である。

それ故、新たな典型契約を創設するにしても、どういった契約を、どういった形で典型契約化するかについて、その必要性、対象の選択、規律の方法の各点において慎重に検討する必要があるから。

- 2 1で述べたとおり、役務提供型の契約が極めて多様であることからすれば、これらに等しく適用される総則的な規定を創設することが可能か甚だ疑問であるから。
- 3 また、既存の典型契約の規定の適用範囲を見直すとすれば、実務に混乱が生じることが予想されるし、また、役務提供者のなすべきことが同じであっても異なる典型契約に



分類されるという事態が生じることも予想される所であり、そのようなことを生じさせてまで既存の典型契約の規定の適用範囲を改める必要があるといえるか甚だ疑問であるから。

## 第48 請負

### 1 請負の意義（民法第632条）

請負には、請負人が完成した目的物を注文者に引渡すことを要する類型と引渡しを要しない類型など、様々なものが含まれており、それぞれの類型に妥当すべき規律の内容は一樣ではないとの指摘がある。そこで、現在は請負の規律が適用されている様々な類型について、どのような規律が妥当すべきかを見直すとともに、これらの類型を請負という規律にまとめるのが適当かどうかについて、更に検討してはどうか。例えば、請負に関する規定には、引渡しを要するものと要しないものとを区別するもの（民法第633条、第637条）があることなどに着目して、請負の規律の適用対象を、仕事の成果が有体物である類型や仕事の成果が無体物であっても成果の引渡しを観念できる類型に限定すべきであるという考え方がある。このような考え方に対しては、同様の仕事を内容とするにもかかわらず引渡しの有無によって契約類型を異にするのは不均衡であるとの指摘があることも踏まえ、「引渡し」の意義に留意しつつ、その当否について、更に検討してはどうか。

#### [意見]

請負の規律を、仕事の成果が有体物である類型や、仕事の成果が無体物であるが成果の引渡しを観念できる類型のものに限定すべきであるとの考え方については、従来、注文者の設備や施設に対する仕事（機械の設置、施設の保守点検、家屋の修理、清掃等）等請負の典型例として考えられたものが請負契約に該当しないこととなり、瑕疵担保責任の規定の適用がなくなると注文者の保護が後退すると考えられるので、反対である。

また、仮に、請負の規律を引渡しを観念できる類型のものに限定するとしても、引渡しを観念できない類型については、請負以外の規定において別途規律がなされる必要があると考える。

#### [理由]

請負が仕事の成果物と対価を交換する契約類型であり、仕事の完成後を売買契約と同種の契約類型であると位置づけるのであれば、請負の規律を引渡しを観念できる類型に限定するという考え方について理解はできる。

しかし、例えば、注文者の設備や施設に対する仕事（機械の設置、施設の保守点検、家屋の修理、清掃等）は現行法における請負の典型例であったものと考えられるが、かかる考え方によれば引渡しは観念できないため請負契約に該当しないこととなる。これらの場合を請負の規律から外すことが一般人の感覚と整合するかは疑問であるし、実務が混乱することも予想される。また、瑕疵担保責任が適用されなくなると、注文者の保護を後退させる危険性を有する。

そもそも、請負の本質は、請負人が仕事を完成することにあると考えられるし、最終的に成果物が注文者に帰属する状態になればよいのであるから、引渡しは請負を構成する本質的な要素と考えることについては疑問である。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るため、請負の規律を引渡しが観念できる類型にのみ限定することについては反対である。

また、仮に、請負の規律を引渡しが観念できる類型に限定した場合、引渡しが観念できないものについては、別途規律が必要であると考ええる。

## 2 注文者の義務

民法は、報酬支払義務のほかには注文者の義務について規定していないが、注文者は請負人が仕事を完成するために必要な協力義務を負う旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方も示されていることから、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、請負人が仕事を完成したときには注文者は目的物を受領する義務を負う旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方も示されているが、「受領」の意味について、契約内容に適合したことを確認した上で履行として認容するという理解のほか、そのような意志的要素を含まず、単に占有の移転を受けることを意味するという理解などがあり得る。そこで、注文者の受領義務を規定することの当否について、「受領」の意味にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

### 1 注文者に協力義務を課すことの可否

[意見]

注文者に、請負人が仕事を完成するために必要な協力義務を課すことは反対である。

[理由]

契約当事者間において、一定の協力義務があるのは当然であるといえるが、それを請負契約の注文者のみに法的義務として協力義務を明示する積極的な理由はないと考えられる。

### 2 注文者の受領義務を規定することの当否

[意見]

請負の定義に引渡しの要件を含める場合に、請負人が仕事を完成した場合の注文者の受領義務を定めることについては反対しない。ただし、「受領」の意味について、物理的に引渡しを受けるという事実行為のみを意味するのか、履行として認容するという意思的要素を含むのかについては、売買における受領義務との整合性も図ったうえで、慎重に検討すべきである。

[理由]

請負の規律を引渡しの観念ができるものに限定し、請負人が仕事を完成した後、目的物を引き渡す義務を負うとなると、これに対応して、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考ええる。ただし、これは、請負の定義に引渡しの要件が加わる場合を前提とするものである。また、ここでの「受領」の意味については、物理的に引渡しを

受けるという事実行為のみを意味するのか、履行として認容するという意思的要素を含むのかという問題があり、後者の場合には債務不履行の場合の要件、報酬の支払時期が不明確になる可能性もあるため、売買における受領義務との整合性も図ったうえで慎重に検討すべきと考える。

### 3 注文者に契約適合性を確認する機会を与える旨を明文化することの適否

[意見]

注文者に契約適合性を確認する機会を与える旨を明文化することについては、慎重に検討を要する必要がある。

[理由]

注文者に契約適合性の機会を与えることは必要である。しかし、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。特に建築請負の場合等において、注文者に専門的知識が不足していることが多いと考えられる。

したがって、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。

むしろ、契約適合性を確認する機会を与える旨を明文化することで、「契約適合性を確認するための合理的な機会を与えられたにもかかわらず、瑕疵を見逃した」場合に請負人が瑕疵担保責任を否定する主張を行う等、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。

また、契約適合性の機会を与える旨を明文化することについては、その前提として「受領」に仕事の目的物が契約内容に適合したものであるか否かを確認し、履行として認容するという意思的要素を含めることになる。とすれば、前記①の理由において指摘した通り、債務不履行の場合の要件、報酬の支払時期が不明確になるおそれもある。

### 3 報酬に関する規律

#### (1) 報酬の支払時期（民法第633条）

民法第633条は、請負契約における報酬の支払時期について、仕事の目的物の引渡しと同時に（引渡しを要しないときは、仕事完成后）と規定しているところ、この規律を改め、請負報酬と、成果が契約に適合することを注文者が確認し、履行として認容することとを同時履行とすべきであるとの考え方が提示されている。これに対しては、請負人の保護を欠けることがないか、履行として認容することとの引換給付判決の強制執行をどのように行うかなどの指摘もある。そこで、これらの指摘を踏まえ、請負に関する取引の実態や取引実務に与える影響に留意しつつ、請負報酬の支払と注文者が履行として認容するこ

とを同時履行とするという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

このような考え方を採用する場合には、履行として認容する行為をどのような文言で表現するか、例えば「受領」と表現することが適当かどうかを含めて、併せて検討してはどうか。

[意見]

報酬の支払時期を、成果が契約に適合することを注文者が確認し、履行として認容することと同時とすることについては、履行として認容するという意思的要素が含まれているため、注文者が履行として認容することを拒否した場合の報酬の支払義務発生時期、引替給付判決の主文の記載等が不明確になるおそれがあるため、現行法通り、報酬の支払時期については引渡しと同時とすることを維持するのが妥当である。少なくとも、仕事を完成し引渡しができる状態になった後に注文者が履行として認容することを拒否した場合には、受領義務違反又は弁済の提供があるものとして報酬請求が可能な状態となることを認めるべきである。また、請負につき引渡しを観念できる類型に限定するのであれば、現行民法第633条但書に相当する条文は不要であると考ええる。

## (2) 仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権

仕事の完成が途中で不可能になった場合には、請負人は仕事を完成していない以上報酬を請求することができないのが原則であるが、注文者の責めに帰すべき事由によって仕事の完成が不可能になったときは、民法第536条第2項の規定に基づき、請負人は報酬を請求できるとされている。

もっとも、請負人が例外的に報酬を請求することができる場合を同項によって規律することについては、仕事が完成していない段階では具体的な報酬請求権が発生していないから、危険負担の問題として構成する前提を欠くという批判や、「責めに帰すべき事由」という文言が多義的で内容が不明確であるという批判があるほか、請求できる報酬の範囲も明確ではない。

そこで、仕事の完成が途中で不可能になった場合であっても、請負人が報酬を請求することができるのはどのような場合か、どのような範囲で報酬を請求することができるかについて、現行法の下で請負人が得られる報酬請求権の内容を後退させるべきではないとの指摘があることに留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、例えば、①仕事の完成が不可能になった原因が注文者に生じた事由であるときは既に履行した役務提供の割合に応じた報酬を、②その原因が注文者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額を、それぞれ請求できるとの考え方がある。このような考え方の当否について、「注文者に生じた事由」や「注文者の義務違反」の具体的な内容、請負人の利益を害するおそれの有無、注文者が債務不履行を理由に解除した場合の効果

との均衡などに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、判例は、仕事の完成が不可能になった場合であっても、既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、既履行部分について請負契約を解除することはできず、請負人は既履行部分について報酬を請求することができるとしていることから、このような判例法理を条文上も明示するかどうかについて、更に検討してはどうか。

## 1 仕事の完成が途中で不可能になった場合に、請負人が報酬を請求できる場合を規定することの可否及び規定する場合の要件

[意見]

仕事完成前に履行不能の状態となった場合に、(1) その原因が注文者に生じた事由であるときは既に履行した役務提供の割合に応じた報酬を請求することができ、(2) その原因が注文者の義務違反であるときは約定の報酬から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旨を明文化することについては賛成である。ただし、「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」の区別、現行民法第536条2項との関係等、明文化する際の具体的な要件については十分な検討を要する。

[理由]

仕事完成前の履行不能が注文者の責めに帰すべき事由による場合には、請負人は注文者に対し請負代金全額を請求できるとした上で、自己の債務を免れたことによる利益を償還する義務を負うというのが判例であり(最判昭和52年2月22日)、この判例の考え方を明文化するものであることは理解できる。また、履行不能の原因が注文者に生じた事由である場合には役務提供の割合に応じた報酬を請求することができるという考え方にも、一定の合理性があるとも思える。したがって、明文化すること自体については賛成である。

しかし、その具体的な要件に関して、「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」の区別については、必ずしも明らかではなく、どちらに該当するかについての紛争が生じる懸念もある。

また、これらの考え方は、現行民法第536条2項を廃止することを前提としているとも考えられる。現行民法第536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」の解釈を巡っては、特に、労働契約において、労働者が就労できない事態が生じた場合における賃金請求の可否を巡って、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。

すなわち、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る、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、貸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））。

現行民法第536条2項に代わる規定を設定するのであれば、上記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。

以上の点から、仕事完成前の履行不能における報酬請求の具体的な要件については十分な議論を行う必要があると考える。

## 2 仕事の完成が途中で終了し、仕事の成果が可分である場合における既履行部分の報酬請求権及び解除の可否

[意見]

既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、注文者は未履行部分について契約の一部解除をすることができるにすぎず、この場合、解除が制約される既履行部分について請負人は報酬を請求することができることに反対するものではない。

[理由]

注文者に生じた事由又は注文者の義務違反以外の原因により仕事の完成が途中で終了した場合における既履行部分の報酬請求権及び解除の可否についての考え方は、従来の判例を明文化するものであり（大判昭和7年4月30日・最判昭和56年2月17日等）、反対する理由はないと考える。

### (3) 仕事の完成が不可能になった場合の費用償還請求権

仕事の完成が途中で不可能になった場合に、請負人が仕事完成義務を履行するためにそれまでに支出した費用の償還を請求することができるかどうかについて、更に検討してはどうか。その場合の規定内容として、例えば、注文者に生じた事由によって仕事完成義務が履行不能になった場合には既に履行した役務提供の割合に応じた報酬を請求することができるという考え方（前記(2)①）を前提に、このような場合には報酬に含まれていない費用の償還を請求することができるという考え方（前記(2)②の場合には、②の適用により請求できる範囲に費用が含まれていることになると考えられる。）の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権の可否の場面と同様に、「注文者に生じた事由」「注文者の義務違反」の区別が必ずしも定かではないので、十分な検討が必要である。ただし、仕事完成前の履行不能が注文者の責めに帰すべき事由による場合には、請負人は注文者に対し請負代金全額を請求できるとした上で、自己の債務を免れたことによる利益を償還する義務を負うので（最判昭和52年2月22日）、少なくともこの場合には費用請求権を認めるべきではない。

#### 4 完成した建物の所有権の帰属

建物建築の請負人が建物を完成させた場合に、その所有権が注文者と請負人のいずれに帰属するかについて、判例は、特約のない限り、材料の全部又は主要部分を供給した者に原始的に帰属するとしているが、学説上は、当事者の通常意思などを理由に原則として注文者に原始的に帰属するとの見解が多数説であるとされる。

そこで、完成した建物に関する権利関係を明確にするため、建物建築を目的とする請負における建物所有権の帰属に関する規定を新たに設けるかどうかについて、実務への影響や不動産工事の先取特権との関係にも留意しつつ、検討してはどうか。

[意見]

建物所有権の帰属についての規定を新たに設けることも考えられるが、請負人帰属説、注文者原始的帰属説のいずれを採用するかについて判例と学説が対立しており、また、物権法にも影響を及ぼすべき事項であるため、債権法に建物所有権の帰属についての規定を設けることについては慎重に検討すべきである。

#### 5 瑕疵担保責任

##### (1) 瑕疵修補請求権の限界（民法第634条第1項）

民法第634条第1項ただし書によれば、瑕疵が重要である場合には、修補に過分の費用を要するときであっても、注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができるが、これに対しては、報酬に見合った負担を著しく超え、契約上予定されていない過大な負担を請負人に負わせることになるとの批判がある。このような批判を踏まえて、瑕疵が重要であるかどうかにかかわらず、修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には、注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができないこととするかどうかについて、瑕疵があれば補修を請求できるという原則に対する例外の拡大には慎重であるべきとの意見があることも踏まえ、検討してはどうか。

[意見]

瑕疵が重要であるかどうかにかかわらず、修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過



分である場合には、注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができないと規定することについては反対である。

[理由]

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、「修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合」か否かについて常に紛争が生じる懸念がある。

## (2) 瑕疵を理由とする催告解除

民法第635条本文は、瑕疵があるために契約目的を達成できないときは、注文者は請負契約を解除することができる」と規定しているところ、契約目的を達成することができないとまでは言えないが、請負人が修補に応じない場合に、注文者が同法第541条に基づく解除をすることができるかについては、見解が分かれている。そこで、法律関係を明確にするため、注文者が瑕疵修補の請求をしたが相当期間内にその履行がない場合には、請負契約を解除することができる旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、解除に関する一般的な規定の内容（前記第5、1）にも留意しながら、更に検討してはどうか。

[意見]

瑕疵が軽微な場合であっても、注文者が瑕疵修補の請求をしたが相当期間内にその履行がない場合には解除することができる」と条文上明記することには反対である。

[理由]

瑕疵修補の請求を行い、履行がされない場合に解除権を付与することは注文者の保護に資するものであることは理解できる。しかし、建物建築請負で軽微な瑕疵について修補請求を行い、請負人がそれを履行しなかった場合に解除をするということは不均衡であるとも考えられる。

請負における解除は、「契約の目的を達することができない」場合に限るとしても、それほど不都合はないものと考えられる。瑕疵修補の請求を行い履行がなされなかった場合に、なお契約の目的を達することが可能な状態であれば、それは損害賠償請求により対応すれば注文者の保護は図られるのではないかと考える。

## (3) 土地の工作物を目的とする請負の解除（民法第635条ただし書）

民法第635条ただし書は、土地の工作物を目的とする請負は、瑕疵のために契約をした目的を達成することができない場合であっても解除することができない規定しているが、これは土地工作物を収去することは請負人にとって過大な負担となり、また収去することによる社会的・経済的な損失も大きいからであるとされている。しかし、建築請負契約の目的物である建物に重大な瑕疵があるために当該建物を建て替えざるを得ない事

案で建物の建替費用相当額の損害賠償を認めた最高裁判例が現れており、この判例の趣旨からすれば注文者による契約の解除を認めてもよいことになるはずであるとの評価もある。これを踏まえ、土地の工作物を目的とする請負の解除の制限を見直し、例えば、土地の工作物を目的とする請負についての解除を制限する規定を削除し、請負に関する一般原則に委ねるという考え方や、建替えを必要とする場合に限り解除することができる旨を明文化する考え方が示されている。これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

土地の工作物を目的とする請負における、解除制限撤廃については賛成である。

[理由]

土地の工作物に関する解除制限については、建物に重大な瑕疵があるために建て替えざるを得ない場合には、注文者は建て替えに要する費用相当額の賠償を求めることができるとの判例（最判平成14年9月24日）が出たことにより、実質的に現行民法第635条但書が適用される場面がなくなったものといえる。解除制限の撤廃は、この判例とも整合性を有するものである。

#### (4) 報酬減額請求権の要否

請負の目的物に瑕疵があった場合における注文者の救済手段として報酬減額請求権が認められるかどうかは、明文の規定がなく不明確であるが、報酬減額請求権は、損害賠償など他の救済手段の存否にかかわらず認められる点で固有の意義があるなどとして、報酬減額請求権に関する規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。これに対しては、請負においては損害賠償責任について請負人に免責事由が認められるのはまれであることなどから、減額請求権を規定する必要はないとの指摘もある。このような指摘も考慮しながら、報酬減額請求権の要否について、更に検討してはどうか。

[意見]

報酬減額請求権については、売買契約における瑕疵担保責任の規定に代金減額請求権を盛り込むということであれば売買契約との整合性が図れるし、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、認めるべきである。

#### (5) 請負人の担保責任の存続期間（民法第637条、第638条第2項）

請負人の担保責任を追及するためには、土地の工作物を目的とするもの以外の請負については仕事の目的物の引渡し（引渡しを要しないときは完成時）から1年以内、土地の工作物を目的とする請負において工作物が瑕疵によって滅失または損傷したときはその時から1年以内に、権利行使をしなければならず（民法第637条、第638条

第2項), 具体的には, 裁判外において, 瑕疵担保責任を追及する意思を明確に告げる必要があるとされている。

このような規律に対しては, 請負人の担保責任について消滅時効の一般原則と異なる扱いをする必要があるか, 目的物の性質を問わず一律の存続期間を設けることが妥当か, 存続期間内にすべき行為が過重ではないかなどの指摘がある。これらの指摘を踏まえ, 起算点, 期間の長さ, 期間内に注文者がすべき行為の内容を見直すことの要否について, 更に検討してはどうか。

その場合の具体的な考え方として, ①注文者が目的物に瑕疵があることを知った時から合理的な期間内にその旨を請負人に通知しなければならないとする考え方(ただし, 民法に事業者概念を取り入れる場合に, 請負人が事業者である場合の特則として, 瑕疵を知り又は知ることができた時からこの期間を起算する旨の規定を設けるべきであるとの考え方がある(後期第62, 3(2)④。))や, ②瑕疵を知ったときから1年以内という期間制限と注文者が目的物を履行として認容してから5年以内という期間制限を併存させ, この期間内にすべき行為の内容は現行法と同様とする考え方が示されているほか, ③このような期間制限を設けず, 消滅時効の一般原則に委ねるという考え方もある。これらについては, 例えば①に対して, 「合理的な期間」の内容が不明確であり, 取引の実務に悪影響を及ぼすとか, 失権効を伴う通知義務を課すことは注文者にとって負担が重いとの指摘などもある。上記の各考え方の当否について, 売買に受ける売主の瑕疵担保責任の存続期間との整合性(前記第36, 1(6)), 消滅時効の一般原則の内容(前記第36, 1(1)(3))などにも留意しつつ, 更に検討してはどうか。

#### [意見]

注文者に通知義務を課すべきではなく, 担保責任の存続期間の規定を撤廃して, 権利行使期間の制限については時効制度の規定に委ねるべきである。

#### [理由]

- 1 注文者に通知義務を課す考え方は, 「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。」との考えに基づくものであると考えられ(基本方針NBL367頁), 契約当事者の協力義務の一環として通知義務を位置づけている。
- 2 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する。

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「注文者が目的物に瑕疵があることを知ったとき」とするのかは不明である。以上より、瑕疵の通知義務を一般に課すことについては、注文者にとって酷な結果となるのではないかと考える。

3 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。

4 以上より、注文者に通知義務を課すことは妥当ではないと考える。そして、権利行使期間の制限については、権利行使期間の明確化の観点から、時効制度の一般規定に委ねるべきであると考えられる。

#### (6) 土地工作物に関する性質保証期間（民法第638条第1項）

民法第638条第1項は、土地工作物に関する担保責任の存続期間について規定するが、その法的性質を性質保証期間（目的物が契約で定めた性質・有用性を備えていなければならない期間）と解する立場がある。このような立場から、前記（5）の担保責任の存続期間に加え、土地工作物について性質保証期間に関する規定を設け、請負人はその期間中に明らかになった瑕疵について担保責任を負うことを規定すべきであるとの考え方が示されているが、これに対しては、土地工作物のみを対象として性質保証期間を設ける根拠が十分に説明できないなどの指摘もある。そこで土地工作物について性質保証期間に関する規定を設けるかどうか、設ける場合に設定すべき具体的な期間、合意によって期間を伸縮することの可否等について、担保責任の存続期間との関係などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

#### 1 性質保証期間に関する規定を設けることの可否

[意見]

性質保証期間の規定を明文化することには賛成である。

[理由]

土地工作物において、消滅時効の規定とは異なる性質保証期間の規定を設けることについては、性質保証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ものであって、注文者の権利救済に資するものと考えられるので賛成である。

#### 2 性質保証期間の期間について

[意見]

性質保証期間については現行民法と同じく原則5年とすべきであり、例外として、住宅の品質確保の促進等に関する法律（品確法）94条と同様に特に重要な構造・雨漏りの瑕疵については性質保証期間を10年とすべきである。

また、性質保証期間の設定については、時効制度との整合性も図る必要がある。

[理由]

## 1 性質保証期間

(1) 性質保証期間については、現行民法の原則5年を短縮する理由がなく、注文者の保護の観点からも、現行通り原則5年とすべきである。また、現行法のように材質によって期間を区別することは現代において合理的な理由を持たなくなっていると考えられる。その一方で、品確法との整合性を図る必要があり、重要な構造物については性質保証期間を長期のものとして、注文者の保護を厚くすることが好ましい。そこで、例外として、建物一般について、特に重要な構造・雨漏りの瑕疵については品確法との整合性を図り性質保証期間を10年とすべきである。

(2) なお、一部で性質保証期間を原則2年とする考え方も提案されているようであるが反対である。

性質保証期間を2年とする根拠については、以下の点が考えられる。

ア 「契約実務では、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又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27条（2）（3）（7）、公共工事標準請負契約約款44条2項・4項参照）」

イ 「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）の差異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行なわれる」

ウ 「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」

(3) しかし、アについては、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、イ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行なわれる」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、ウについては、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（現行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）。

(4) 以上の点から、2年とするのは妥当ではなく、現行民法と同様に原則5年とすべきである。

## 2 時効制度の規定との整合性

また、性質保証期間と時効制度との関係についても、整合性を図る必要があると考える。

すなわち、前記のとおり注文者の通知義務を認めず、瑕疵担保責任の行使期間を時効制度の規定に委ねるとした場合、性質保証期間の期間設定を行うにあたり、性質保証期間が満了する前に常に時効期間が満了してしまうことになれば、性質保証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、性質保証期間と時効制度（又は通知義務期間）との整合性を図る必要があると考える。

### 3 性質保証期間の合意による伸縮の可否

[意見]

性質保証期間の伸縮については、品確法との整合性を図り、特に重要な構造・雨漏りの瑕疵については、合意により短縮することを禁止すべきである。

[理由]

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性質保証期間を10年とし、短縮することを禁止している。

合意による短縮を可能とすると、品確法94条2項において短縮を規定した趣旨を没却するものであるといえるから、特に重要な構造・雨漏りの瑕疵について性質保証期間を10年と定めることを前提とした場合には、合意による短縮を不可とすべきである。

#### (7) 瑕疵担保責任の免責特約（民法第640条）

請負人は、担保責任を負わない旨の特約をした場合であっても、知りながら告げなかった事実については責任を免れないとされている（民法第640条）が、知らなかったことに重過失がある事実についても責任を免れない旨の規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

また、これに加え、請負人の故意又は重大な義務違反によって生じた瑕疵についても責任を免れない旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

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場合に免責特約の効力を制限することに特段反対しない。

### 6 注文者の任意解除権（民法第641条）

#### (1) 注文者の任意解除権に対する制約

民法は、請負人が仕事を完成しない間は注文者はいつでも損害を賠償して請負契約を解除することができるとして（民法第641条）、注文者による解除権を広く認めている。これに対しては、請負人が弱い立場にある請負について注文者による解除権を広

く認めることには疑問があるとの指摘がある。そこで、一定の種類の契約においては注文者の任意解除権を制限する規定を新たに設けるかどうかについて、検討してはどうか。

[意見]

注文者が損害を賠償して請負契約を解除できるというのは必ずしも不合理とはいえないのであるから、注文者の任意解除権を制限する規定を新たに設けることについては慎重に検討すべきである。

## (2) 注文者が任意解除権を行使した場合の損害賠償の範囲（民法第641条）

注文者が民法第641条の規定に基づいて請負契約を解除した場合に賠償すべき損害の範囲については具体的に規定されていないが、現在の解釈を明文化し、約定の報酬相当額から解除によって支出を免れた費用（又は自己の債務を免れたことによる利益）を控除した額を賠償しなければならないことを規定すべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、注文者の義務違反によって仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権の額（前記3（2））との整合性にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

注文者が任意解除権を行使した場合の損害賠償の額を、約定の報酬相当額から解除によって支出を免れた費用を控除した額とするとの考え方について特段反対しない。

## 7 注文者についての破産手続の開始による解除（民法第642条）

注文者が破産手続開始の決定を受けたときは、請負人又は破産管財人は契約を解除することができる（民法第642条第1項）。これについて、請負の中には仕事完成後の法律関係が売買と類似するものがあり、このような請負については、買主について破産手続が開始されても売主が売買契約を解除することができないのと同様に、仕事完成後に注文者が破産手続開始の決定を受けても請負人は契約を解除することができず、解除できるのは、注文者についての破産手続開始が仕事完成前であった場合に限定されることになるのではないかとの問題提起がされている。そこで、このような限定をする旨の規定を設けることの当否について、検討してはどうか。

[意見]

請負の定義に引渡しの要件を含めるか否かにも関わってくるが、常に仕事完成後の法律関係が売買と類似するとは限らないので、解除できる場合を注文者についての破産手続開始が仕事完成前であった場合に限定することについては慎重に検討すべきである。

## 8 下請負

### (1) 下請負に関する原則

請負人が下請負人を利用することができるかどうかについて民法上明文の規定はないが、当事者の意思又は仕事の性質に反しない限り、仕事の全部又は一部を下請負人に請け負わせることができると解されている。これを条文上明示するかどうかについて、下請負に関するこのような法律関係は契約責任の一般原則から導くことができ、明文の規定は不要であるとの考え方があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

下請負の定義を明文化すること自体について特段反対しない。しかし、請負を引渡しが観念できるものに限定した場合には、建設業法における下請負の定義との整合性を検討する等、慎重に定義を検討する必要があると考える。

#### [理由]

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、請負を、引渡し観念できるものに限定するのであれば、元請・下請間の下請負契約でも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、ここで想定される「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、想定さ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、「請負」には該当しないことになる可能性もある。

したがって、下請負の定義を設けるとしても、それが実効性のあるものとなるよう、定義を検討すべきと考える。

### (2) 下請負人の直接請求権

下請負契約は元請負契約を履行するために行われるものであって契約相互の関連性が密接であることなどから、適法な下請負がされた場合には、賃貸人が転借人に対して直接賃料の支払を求めることができる（民法第613条第1項）のと同様に、下請負人の元請負人に対する報酬債権と元請負人の注文者に対する報酬債権の重なる限度で、下請負人は注文者に対して直接支払を請求することができる旨を新たに規定すべきであるとの考え方がある。これに対しては、下請負人に直接請求権を認めるのは担保権以上の優先権を認めることであり、その必要性があるのか慎重な検討を要するとの指摘、元請負人が多数の下請負人を使用した場合や複数次にわたって下請負がされた場合に適切な



処理が困難になるとの指摘、元請負人が第三者に仕事を請け負わせた場合には直接請求が可能になるが、元請負人が第三者から物を購入した場合には直接請求ができないのは均衡を失すとの指摘、下請負人から報酬の支払いを請求される注文者が二重弁済のリスクを負うことになるとの指摘などがある。これらの指摘も考慮しながら、下請負人が注文者に対して報酬を直接請求することができるものとする考え方の当否や、直接請求権を認める場合にどのような範囲の下請負人に認めるかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

下請負人の注文者に対する直接請求権を民法において明文化すべきではない。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、下請代金支払遅延防止法等の他の法律で規律すべきである。

[理由]

1 直接請求権という「強い」権利を認めるべきか

(1) 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。

(2) 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）。

(3) 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、債務不履行責任及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。

(4) いずれにしても、直接請求権を認めると、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。

民法において明文化する論拠の一つとして、「下請負に関する判例法理を一般化して規定するもの」ということが挙げられるが、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、下請代金支払遅延防止法等の規制により、下請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。

## 2 元請について法的倒産手続が開始した場合の問題点

下請負人が注文主に請求書を送った後に、元請負人について民事再生・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不明であるが、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。

最高裁一小平成12年3月9日判決（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、この法理が直接請求権にも当てはまるとされる。

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。

## 3 その他、請負の場面においては、孫請負等数次の下請関係が存在することも多いところ、孫請負等の場合においても直接請求権を認めることができるのか、という問題も生じる。

以上より、下請負人の直接請求権を民法の規定に明文化することについては、上記のとおり、実務及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。

### (3) 下請負人の請負の目的物に対する権利

下請負人は、注文者に対し、請負の目的物に関して元請負人と異なる権利関係を主張することはできないとするのが判例である。このような判例を踏まえ、下請負人は、請負の目的物に関して、元請負人が元請負契約に基づいて注文者に対して有する権利を超える権利を注文者に主張することができないことを条文上明記するかどうかについて、下請負人を保護するためにこのような原則の例外を設ける必要がないかどうかにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、これとは逆に、注文者も、元請負契約に基づいて元請負人に対して有する権利を超える権利を下請負人に対して主張することができない旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

下請負人が、請負の目的物に関して、元請負人が元請負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ず、また、注文者は、元請負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ことを明文で規定すべきであるとの考え方について、特段反対しない。

## 第49 委任

### 1 受任者の義務に関する規定

#### (1) 受任者の指図遵守義務

民法は受任者の義務として善管注意義務を規定している（同法第644条）が、その一つの内容として、委任者の指図があるときはこれに従って委任事務を処理しなければならないものと解されていることから、このような原則を条文上明記するかどうかについて、その例外に関する規定の要否や内容などを含め、更に検討してはどうか。

受任者の指図遵守義務の例外として、①指図を遵守しなくても債務不履行にならない場合があるか、②指図に従うことが債務不履行になる場合があるかのそれぞれについて、適切な要件を規定することができるかや、指図の射程がどこまで及ぶかなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 受任者は委任者が与えた指図に従って委任事務を処理しなければならないとの原則を条文上明示することには賛成である。
- 2 指図遵守義務の例外規定を設けることに賛成する。ただし、指図に従うことが委任者の不利益となるとときに指図の変更を求める義務までを規定することには反対である。

[理由]

- 1 受任者は委任者が与えた指図に従って委任事務を処理することは当然である。
- 2 個別具体的に妥当な解決を図る観点からは、指図を遵守することが委任者の利益に反

する場合も存する。しかし、指図遵守義務の例外として、受任者に指図変更を求める義務までを課すことになると、委任者の利益に反するか否かの判断を受任者が負うことになって具体的妥当性を欠くことから、①、②及び指図の射程がどこまで及ぶかについては慎重な検討が必要である。

## (2) 受任者の忠実義務

受任者は、委任者との利害が対立する状況で受任者自身の利益を図ってはならない義務、すなわち忠実義務を負うとされている。民法には忠実義務に関する規定はなく、善管注意義務の内容から導かれるとも言われるが、忠実義務は、適用される場面や救済方法などが善管注意義務と異なっており、固有の意味があるとして、善管注意義務とは別に、受任者が忠実義務を負うことを条文上明記すべきであるとの考え方がある。これに対しては、忠実義務の内容は委任の趣旨や内容によって異なり得ることから、忠実義務に関する規定を設けず、委任の趣旨や善管注意義務の解釈に委ねる方が柔軟でよいとの指摘、忠実義務を規定すると強い立場にある委任者が弱い立場にある受任者に対してこの規定を濫用するおそれがあるとの指摘、適切な要件効果を規定することは困難ではないかとの指摘もある。このような指摘も踏まえ、忠実義務に関する明文の規定を設けるという考え方の当否について、善管注意義務との関係、他の法令において規定されている忠実義務との関係、忠実義務を減免する特約の効力などに留意しながら、更に検討してはどうか。

### [意見]

善管注意義務に関する規定とは別に、忠実義務に関する規定を設けることに賛成である。

### [理由]

- 1 受任者が委任者のために受任事務を処理する際、委任者の利益を犠牲にして自己または第三者の利益を図ることが委託の趣旨に反することについては異論がなく、受任者の委任者に対する忠実義務は、委任契約において本来的に予定されている義務である。  
国民にわかりやすい民法という観点からも、受任者の委任者に対する義務の内容の明確化として、善管注意義務とは別に、忠実義務を明文化して規定することは意味がある。
- 2 委任契約においては、受任者は、他人の事務を一定の裁量をもって処理することから、委任者の利益が危険にさらされる可能性がある。したがって、注意義務の程度を規定したと読まれがちな善管注意義務とは別に、忠実義務について明文規定を設ける意味はある。
- 3 受任者が利益相反取引に当たる可能性のある状況に立ち至った場合、受任者が委任者に対し、積極的にこれを説明すべき義務を負っており、情報の事前開示という観点からも委任者の利益保護に資する。昨今、受任者が受任事務を処理する際に委任者との関係で利益相反に関する紛争が顕在化してきていることにかんがみるに、委任において規範化しておく必要はあり、利益相反行為については忠実義務を明記しておく方が分かりや

すく、利益相反性の問題となりうる状況を生じさせた場合の委任者に対する説明義務、忠実義務違反を理由とする委任契約の解除、損害賠償といった効果も導きやすい。

- 4 委任においては、「受任者は、自己または第三者の利益と委任者の利益とが相反する立場に身を置いてはならず、委任者の利益を犠牲にして、自己または第三者の利益を図ってはならないという義務を負う」ことは当然であり、これを忠実義務として明記することは、受任者の委任者に対する義務を法律的に明確化することになる。
- 5 監査役は業務執行権がないことから、取締役のような会社との利害対立に関する細かい規定は設けられていないのであり、このことをもって監査役が職務上知り得た会社の営業秘密を利用して私利を図る等の行為により会社に現実に損害を生じさせることを容認するものではなく、民法において忠実義務を規定したからといって、会社法との整合性を欠くことにはならない。

### (3) 受任者の自己執行義務

受任者は、原則として自ら事務処理をしなければならないとされているが、その実定法上の根拠は代理に関する民法第104条であるとされている。このような原則を、委任に関する規定として、条文上明記することとしてはどうか。

また、同条は、本人の許諾を得たときとやむを得ない事由があるときに限って復代理人の選任を認めているが、これに対しては、復委任が認められる場合を限定しすぎているとして、受任者の自己執行義務の例外をこれらの場合以外の場合にも拡大すべきであるとの考え方がある。これに対し、委任は当事者間の信認関係に基づくものであるから復委任の要件を緩和すべきでないという指摘もある。このような指摘も考慮しながら、復委任の要件を緩和することの可否について、更に検討してはどうか。緩和する場合には、例えば、受任者に自ら委任事務を処理することを期待するのが相当でないときに復委任を認めるという考え方や、有償委任においては委任の本旨が復委任を許さない場合を除いて復委任をすることができるという考え方の可否について、更に検討してはどうか。

復受任者を使用した受任者の責任については、民法第105条第1項のように一律に復受任者の選任・監督についての責任のみを負うとするのではなく、履行補助者を使用した債務者の責任（前記第8、2）と同様に扱う方向で、更に検討してはどうか。

さらに、復受任者が委任者に対して善管注意義務、報告義務等を負うか、復受任者が委任者に対して報酬等を直接請求することができるかなど、復委任が認められる場合の復受任者と委任者との法律関係について、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 自己執行義務を明文で規定することには賛成する。
- 2 自己執行義務の例外を拡大することについては賛成する。ただし、「受任者に自ら委任事務を処理することを期待するのが相当でないとき」とする要件は慎重な検討が必要で

ある。

- 3 復受任者を使用した場合の受任者の責任については、選任監督のみならず、履行補助者を使用した債務者の責任（第8. 2）と同様に扱う方向で検討することについては賛成する。
- 4 復委任が認められる場合の復受任者と委任者との法律関係
  - (1) 復受任者が委任者に対して善管注意義務を負うことには賛成する。
  - (2) 復受任者が委任者に対して報告義務を負うことには賛成する。
  - (3) 復受任者が委任者に対して報酬等を直接請求できるとすることは、慎重な検討を要する。

[理由]

- 1 明確化に資する。
- 2 自己執行義務の例外を拡大することが委任者の利益の資する場合もある。しかし、「受任者に自ら委任事務を処理することを期待するのが相当でないとき」についての判断主体、判断内容が不明確になる恐れがあることから、例外の要件を定めるに当たっては、弾力的な運用を妨げたり、個別具体的に妥当な解決を図ることが妨げられることのないように注意をする必要がある。
- 3 自己執行義務の例外を定めることと、復受任者を選任した受任者の責任を加重することとは一体として検討する必要がある、委任者の信頼、委任者の利益を害することのないようにすべきである。
- 4 復受任者と委任者との法律関係
  - (1) 代理権の授与を伴う委任においては、復受任者の行為の効果は委任者に直接帰属することから、委任者が復受任者の行為を直接コントロールすることができるようにしておく必要性はあり、また、代理権の授与を伴わない委任においても復受任者が委任者に対し善管注意義務を負うことは委任の趣旨に合致する。
  - (2) 代理権の授与を伴う委任においては、復受任者の行為の効果は委任者に直接帰属することから、委任者が復受任者の行為を直接コントロールすることができるようにしておく必要性はあり、また、代理権の授与を伴わない委任においても復受任者が委任者に対し報告義務を負うことは委任の趣旨に合致する。
  - (3) 復受任者が委任者に対して報酬等を直接請求できるとすることは、結果的に受任者の委任者に対する金銭債権から優先弁済を受けるのを認めることになり、強力な権利を復受任者に付与する一方で、委任者の二重払いの危険等をはじめとして紛争が増加し多くの混乱を招く可能性が高い。

#### (4) 受任者の報告義務（民法第645条）

受任者は、委任者の請求があるとき（民法第645条）だけでなく、委任事務の処理について委任者に指図を求める必要があるときも、委任事務の処理の状況について報告する

義務を負うことを条文上明記することとしてはどうか。

長期にわたる委任においては相当期間ごとに報告義務を負うこととするかどうかについては、これに要する費用、柔軟な対応の可否等にも留意して、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 受任者の報告義務につき、委任事務の処理について委任者に指図を求める必要があるときも、委任事務の処理の状況について報告する義務を負うことを条文上明記することは賛成する。
- 2 長期にわたる委任において相当期間ごとに報告義務を負うことについては、運用が硬直化し、個別具体的に妥当な解決を図ることが妨げられることのないように慎重を期する限りにおいて賛成する。

[理由]

- 1 委任事務の処理について委任者に指図を求める必要があるときに、委任事務の処理の状況について報告する義務を負うことは委任者の利益保護の観点からはむしろ当然であって、これを条文上明記することは望ましい。
- 2 報告義務は、委任契約の期間の長短ではなく、委任の趣旨から判断されるべきである。

#### (5) 委任者の財産についての受任者の保管義務

受任者が委任事務を処理するために委任者の財産を保管する場合については民法上規定がないが、この場合における法律関係を明確にする観点から、有償寄託の規定を準用するとの考え方がある。このような考え方の当否について、有償寄託に関する規定の内容（後記第52参照）を検討した上で、更に検討してはどうか。

[意見]

有償寄託の規定を準用することを明文化することについては賛成する。

[理由]

特に委任者の利益に反するものではない。

#### (6) 受任者の金銭の消費についての責任（民法第647条）

民法第647条は、受任者が委任者に引き渡すべき金額又はその利益のために用いるべき金額を自己のために消費したときは、消費した日以後の利息を支払わなければならない、これを超える損害がある場合はその賠償責任を負うと規定しているが、これは、利息超過損害についての同法第419条を削除することとする場合（前記第3、6(2)参照）には一般的な損害賠償の規律によっても導くことができるとして、同法第647条を削除するという考え方がある。この考え方の当否について、一般的な損害賠償の規律によって消費した日以後の利息を請求することの可否にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

受任者の金銭の消費についての責任に関する現行民法647条を削除することについては賛成する。

[理由]

委任者への返還等が不可能又は困難になる状況で金銭を流用することは、それ自体が善管注意義務に違反する行為であり、これに基づく損害賠償責任として同条と同様の結論を導くことができる。

## 2 委任者の義務に関する規定

### (1) 受任者が債務を負担したときの解放義務（民法第650条第2項）

受任者が委理事務の処理に必要と認められる債務を負担した場合には、受任者は委任者に対して代弁済を請求することができる（民法第650条第2項）が、より一般的に弁済資金の支払を請求することができる旨を定めるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、受任者の他の債権者による弁済資金請求権の差押えが可能となることへの評価や、費用前払請求権との関係などに留意しながら、更に検討してはどうか。

[意見]

受任者が債務を負担したときに弁済資金の支払いを請求することができることに賛成する。

[理由]

弁済資金の支払請求を認めることで委任者は自己の受任者に対する別の債権と受任者の代弁済請求権とを相殺することができることになる。

判例（最判昭和47年12月22日民集26巻10号1991頁）は、両債権が同種でないことのほか、相殺を認めると受任者は自己資金をもって事務処理費用の立て替え払いを強制されることを理由として相殺を認めない。

しかし、受任者にとって代弁済請求権は、自分の負担した債務が弁済期前であれば費用前払請求権と同一、弁済期後であれば費用償還請求権と同一であると解するのが実質的に妥当であるし、立替払いの点も相殺を禁止せねばならないほどの理由にはなりえない（注釈民法 委任 275頁[明石]）

### (2) 受任者が受けた損害の賠償義務（民法第650条第3項）

受任者が委理事務を処理するため過失なく損害を受けたときは、委任者はその損害を賠償しなければならないとされている（民法第650条第3項）が、同項は有償委任には適用されないとの学説もある。そこで、この点を明確にするため、有償委任に同項が適用さ



れるか、適用されるときも損害賠償責任の有無や額において有償性が考慮されるかを条文上明記すべきであるとの考え方の当否について、更に検討してはどうか。後者の問題については、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額が定められている場合には、委任者の損害賠償責任の有無及び額はこれを考慮して定めるという考え方があるが、このような考え方の当否について、有償委任の場合であっても損害を被る危険の評価がされていない場合もあるという指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 有償委任であることを理由として、一般的に、受任者が受けた損害の賠償を制限することを明文として規定することには反対する。

[理由]

- 1 有償委任であることを理由とする受任者の損害の賠償の制限
  - (1) 有償委任であるからといって、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度が契約当事者間で事前に十分予測できているとは限らない。
  - (2) 受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額が定められる場合に、受任者が受けた損害賠償額を制限する必要がある場合には、個別の契約で対応できる。
- (3) 受任者が受けた損害の賠償義務についての消費者契約の特則（民法第650条第3項）

委任者は、受任者が委任事務を処理するに当たって過失なく被った損害について無過失責任を負うとされている（民法第650条第3項）が、消費者及び事業者概念を民法に取り入れる場合には、受任者が事業者であり委任者が消費者である場合の特則として、委任者が無過失を立証すれば免責されるとの特則を設けるべきであるとの考え方がある（後記第62，2⑨）。このような考え方の当否について、受任者が事業者であり寄託者が消費者である場合の寄託者の損害賠償責任の在り方（後記第52，5(1)）との整合性にも留意しながら、検討してはどうか。

[意見]

消費者及び事業者概念を民法に取り入れる場合には、受任者が事業者であり委任者が消費者である場合の特則として、委任者が無過失を立証すれば免責されるとの特則を設けることは賛成する。

[理由]

消費者保護に資する。

### 3 報酬に関する規律

#### (1) 無償性の原則の見直し（民法第648条第1項）

受任者は特約がなければ報酬を請求することができないと規定されている（民法第648条第1項）ため、委任は原則として無償であると解されているが、このような原則は必ずしも現実の取引に適合するとは言えないことから、有償又は無償のいずれかが原則であるとする立場を採らず、条文上も中立的な表現を用いる方向で、更に検討してはどうか。

また、受任者が事業者であり、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において委任契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方（後記第62、3(3)③）の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 無償性の原則の表現を改め、条文上も中立な表現を用いることに賛成する。
- 2 事業者が経済事業の範囲内において受任者、役務提供者（役務提供型契約の受皿規定（前記第50参照）を設ける場合）又は受寄者として委任契約、役務提供型契約又は寄託契約を締結した場合は有償性が推定されることに賛成する。

[理由]

- 1 無償性の原則は今日の社会に適合したものとはいえない。
- 2 営利を目的としない事業であっても、経済事業の場合には、有償性の推定はむしろ合理的である。

#### (2) 報酬の支払方式

委任における報酬の支払方式には、委任事務の処理によってもたらされる成果に対して報酬を支払うことが合意されるもの（成果完成型）と、役務提供そのものに対して報酬が支払われるもの（履行割合型）があることを条文上明記し、報酬請求権の発生要件や支払時期などをそれぞれの方式に応じて規律するかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

報酬の支払い方式に2つの類型があることを明文で規定することに賛成する。

[理由]

現行法の規定を明確化したものと解される。

#### (3) 報酬の支払時期（民法第648条第2項）

委任の報酬は後払が原則であるという規律（民法第648条第2項）を維持した上で、委任の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型に分類して規律する立場から、その支払時期は成果完成型においては成果完成後、履行割合型においては委任事務を履行した後（期

間によって報酬を定めたときは期間経過後)であることを条文上明記する考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

成果完成型の報酬支払方式を採用場合には成果完成後、履行割合型の報酬支払方式を採用場合には委任事務を履行した後(ただし、期間によって報酬を定めたときは期間経過後)とすることについて賛成する。

[理由]

任意規定として契約解釈の指針となる。

#### (4) 委任事務の処理が不可能になった場合の報酬請求権

委任が受任者の帰責事由なく途中で終了したときは、受任者は既にした履行の割合に応じた報酬を請求することができる(民法第648条第3項)が、帰責性の所在やその程度は様々であり、それぞれの事案における報酬請求権の有無や範囲は必ずしも明確ではない。そこで、有償委任に基づく事務の処理が途中で終了しその後の事務処理が不可能になった場合であっても受任者が報酬を請求することができるのはどのような場合か、どの範囲で報酬を請求することができるかについて、現行法の下で受任者が得られる報酬請求権の内容を後退させるべきではないとの指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、例えば、①受任者が事務を処理することができなくなった原因が委任者に生じた事由であるときは既に履行した事務処理の割合に応じた報酬を請求することができ、②その原因が委任者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額(ただし、委任者が任意解除権を行使することができる場合は、その場合に受任者が請求することができる損害賠償の額を考慮する。)を、それぞれ請求することができるとの考え方がある。このような考え方の当否について、「委任者に生じた事由」や「義務違反」の具体的な内容、請負など他の役務提供型典型契約に関する規律との整合性などに留意しながら、更に検討してはどうか。

また、判例は、請負について、仕事の完成が不可能になった場合であっても、既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、既履行部分について請負を解除することはできず、請負人は既履行部分について報酬を請求することができるとしているが、このような判例法理は成果完成型の報酬支払方式(前記(2)参照)を採用委任についても同様に妥当すると考えられることから、これを条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

1 有償委任に基づく事務の処理が途中で終了し、その後の事務処理が不可能になった場

合について、受任者が報酬を請求することができるのはどのような場合か、どの範囲で報酬を請求することができるかについて、明文規定を設けることについては賛成する。

- 2 明文化することについては、「委任者に生じた事由」と「委任者の義務違反」の区別、請負など他の役務提供型典型契約に関する規律との整合性については、慎重な検討が必要である。
- 3 成果完成型の報酬支払方式を採る委任について、既に処理された部分が可分であり、かつ、委任者がその給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、委任者は未履行部分について契約の一部解除をすることができるにすぎず、この場合、解除が制約される既履行部分について受任者は報酬を請求することができるとするところについては、賛成する。

[理由]

- 1 任意規定として解釈の指針になる。
- 2 「委任者に生じた事由」と「委任者の義務違反」の区別は必ずしも明らかではなく、他の役務提供型典型契約はそれぞれの特异性があることから画一的に整合性を図ることが具体的妥当性に適するとは言い難い。
- 3 当事者間の公平を図ることができる。なお、一定期間における事務処理において、事務処理の割合、程度、委任者の受けた利益の有無等については硬直的運用にならないように具体的妥当性を見地から慎重な検討が必要である。

#### 4 委任の終了に関する規定

##### (1) 委任契約の任意解除権（民法第651条）

判例は、委任が受任者の利益をも目的とする場合には委任者は原則として民法第651条に基づく解除をすることができないが、やむを得ない事由がある場合及び委任者が解除権自体を放棄したものとは解されない事情がある場合には、同条に基づく解除をすることができるとしている。しかし、このような判例法理の解釈や評価をめぐっては様々な見解が主張されていることから、規律を明確にするため、委任が受任者の利益をも目的としている場合の委任者の任意解除権に関する規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、①委任が委任者の利益だけでなく受任者の利益をも目的とする場合には、委任者は契約を解除することができるが、解除によって受任者が被った損害を賠償しなければならないこととし、専ら受任者又は第三者の利益を目的とする場合にはやむを得ない場合を除き任意解除権を行使できないとする考え方、②有償委任においては、当事者が任意解除権を放棄したと認められる事情がある場合には、当該当事者は任意解除権を行使することができないこととし、無償委任においては、解除権の放棄は書面をもってする必要があるとする考え方があるが、これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

1 委任者の任意解除権に関する規定の新設

委任が受任者の利益をも目的としている場合の委任者の任意解除権に関する規定を新たに設けることについては、委任者の任意解除権を制限しない限りにおいて賛成する。

2 委任者の任意解除権に関する規定の内容

(1) 委任が委任者の利益だけでなく受任者の利益をも目的とする場合には、委任者は契約を解除することができるが、解除によって受任者が被った損害を賠償しなければならないとすることについては賛成する。

(2) 委任が専ら受任者又は第三者の利益を目的とする場合にはやむを得ない場合を除き任意解除権を行使できないとすることについては反対する。

(3) 有償委任においては、当事者が任意解除権を放棄したと認められる事情がある場合には、当該当事者は任意解除権を行使することができないこととするのは、反対する。

(4) 無償委任においては、解除権の放棄は書面をもってする必要があるとすることについては、賛成する。

[理由]

1 委任者の任意解除権に関する規定の新設

委任契約は当事者間の信頼関係を前提にして前提にしている以上、委任者の任意解除権を制限すべきではない。

2 委任者の任意解除権に関する規定の内容

(1) 委任者の任意解除権行使を制限すべきではなく、受任者の利益については損害賠償請求権で対処すべきである。

(2) 委任者の利益を目的とするのか、受任者又は第三者の利益を目的とするのか、その双方の利益を目的とするのか、の区別は現実には困難である。

(3) 当事者が任意解除権を放棄したと認められる事情とは具体的にどのようなものを指すのかは各事案によって異なることから、規定を設けても紛争解決にはつながらない。

(4) 規律の明確化に資する。

(2) 委任者死亡後の事務処理を委託する委任（民法第653条第1号）

委任者が自己の死亡後の事務処理を委託する委任の効力については、特段の規定が設けられていないことから、規律を明確にするため、新たに規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、遺言制度との整合性を図る観点から、委任事務の内容が特定されていることを要件として認めるべきであるとの考え方があるが、その当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 委任者が自己の死亡後の事務処理を委託する委任の効力について、新たに規定を設けることについては賛成する。
- 2 委任者が自己の死亡後の事務処理を委託する委任の効力の規定内容として、委任事務の内容が特定されていることを要件とすることについては賛成する。

[理由]

- 1 規律の明確化に資する。
- 2 委任者死亡の場合にも委任を存続させる必要性があるとしても、一方で遺言等の手続がある以上、相続人との間で新たな紛争を生じることのないようにする必要がある。

### (3) 破産手続開始による委任の終了（民法第653条第2号）

委任者又は受任者について破産手続が開始されたことは委任の終了事由とされている（民法第653条第2号）が、会社が破産手続開始決定を受けても直ちには取締役との委任関係は終了しないとした最高裁判例や、破産者であることが取締役の欠格事由でなくなったことなどを踏まえ、同号の規律の見直しを検討すべきであるとの指摘がある。その場合の規定内容として、例えば、当事者について破産手続が開始された場合の法律関係は破産法第53条など同法の規律に委ねるという考え方や、委任者について破産手続が開始された場合に受任者が契約を解除することができるという考え方などがあり得るが、これらの考え方の当否を含め、民法第653条第2号の規律を維持すべきかどうかについて、検討してはどうか。

[意見]

委任の終了事由として破産を維持するかどうかについては検討を要する。

[理由]

受任者に破産手続が開始した場合には、委任者としては当然終了を期待しており、受任者の破産管財人としても、いったんすべて終了とした上で必要に応じて受任を選択することが管財業務に資するといえる。

他方、委任者に破産手続が開始した場合には、開始決定により委任契約を当然終了とすることなく、破産管財人により委任契約の履行を選択する利益を残しておいた方がよい場合も考えられ、信頼関係に関する問題は別途約定解除権の問題として処理することも考えられる。しかし、受任者の場合と同じく、いったんすべて終了した上で必要に応じて再度委任するか否かを破産管財人が選択する方がよいと考える余地もある。さらに、事実行為の委任である準委任では、当然に終了せずに破産管財人に準委任契約の履行を選択する利益を残したほうがよい場合も認められるため、委任の規定を準用するか否かもあわせて議論の対象となる。このように、場面に依じての分析、準委任への準用の当否も含めて慎重に検討することが必要である。

## 5 準委任（民法第656条）

準委任には、種々の役務提供型契約が含まれるとされているが、その規定内容はこれらに適用されるものとして必ずしも妥当なものではなく、これらの役務提供型契約の全てを準委任に包摂するのは適当でないとの指摘もある。そこで、役務提供型契約の受皿的な規定（後記第50、1）等を設ける場合に、例えば、準委任の意義（適用範囲）を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」とする考え方があるが、このような考え方に対しては、その内容が明瞭でないとの指摘や、第三者にサービスを提供する契約と当事者にサービスを提供する契約とが異なる典型契約に該当するのは不均衡であるとの指摘もある。そこで、準委任を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」とする考え方の当否について、準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定を設ける場合のその規定内容との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

また、準委任について準用すべき委任の規定の範囲についても、検討してはどうか。

[意見]

### 1 準委任の意義

準委任の意義（適用範囲）を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」とすることについては特に反対しないが、典型契約に該当しない役務提供型契約の受皿規定を準委任とは別に設けることについては、慎重に検討する必要がある。

### 2 準委任について準用すべき委任の規定

準委任について準用すべき委任の規定の範囲を限定する必要があるか否かの点も含めて慎重な検討が必要である。

[理由]

### 1 準委任の意義（適用範囲）

委任の対象が明確になり、準委任という契約類型の権利義務関係が明確化する。ただし、準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定は、準委任の適用対象と一体として検討すべき事項であり、その必要性、対象の選択、規律の方法の観点において慎重に検討する必要がある。

### 2 準委任について準用すべき委任の規定

準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定の必要性の有無と一体として検討すべき事項である。

## 6 特殊の委任

### (1) 媒介契約に関する規定

他人間の法律行為の成立を媒介する契約については、商事仲立に関する規定が商法第543条以下にあるほか、一般的な規定が設けられていない。そこで、媒介契約に関する規

定を新たに民法に設けるかどうか、設ける場合にどのような内容の規定を設けるかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、媒介契約を「当事者の一方が他方に対し、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」と定義した上、媒介者は委託の目的に適合するような情報を収集して委託者に提供する義務を負うこと、媒介者が報酬の支払を請求するためには媒介により第三者との間に法律行為が成立したことが必要であることを規定するという考え方があるが、その当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

1 媒介契約の新設

媒介契約についての明文規定をおくことについては賛成する。

2 媒介契約の内容

- (1) 媒介契約を「当事者の一方が他方に対し、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」と定義することについては賛成する。
- (2) 媒介者は委託の目的に適合するような情報を収集して委託者に提供する義務を負うこと、媒介者が報酬の支払を請求するためには媒介により第三者との間に法律行為が成立したことが必要であることを規定することについては賛成する。
- (3) 媒介の下位概念である仲立のうち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。

[理由]

1 媒介契約の新設

商法には、商事仲立（商法543条）、営業的商行為（502条11号）に規定はあるものの、他人間の商行為以外のものを媒介する行為についての規定はなく、現実に世上、多数なされている不動産仲介を含む民事仲立の上位概念として媒介契約を規定することは意味がある。

2 媒介契約の内容

- (1) 媒介契約の定義として問題はないと考える。
- (2) 媒介契約の内容の明確化につながる。
- (3) 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り、民事仲立において双方媒介がなされると、消費者である委託者は媒介者と媒介条件について交渉することは現実には不可能に近く、媒介者がいかに中立義務に則って媒介行為をなしても、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、忠実義務に反する可能性が高いことから委託者の保護を図るべきである。

双方媒介を原則的に禁止しても、委任者の許諾もしくは同意を得れば双方媒介を行う



ことができるとするのであれば、本来、忠実義務、報告義務、説明義務として行うべきことが明文化されるにすぎず、契約関係の透明性、適正性に資することはあっても、特に媒介者に過度の負担を課すものではない。

## (2) 取次契約に関する規定

自己の名をもって他人の計算で法律行為をすることを受託する契約については、問屋に関する規定が商法第551条以下にあるほか、一般的な規定が設けられていない。そこで、取次契約に関する規定を新たに民法に設けるかどうか、設ける場合にどのような内容の規定を設けるかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、取次契約を「委託者が相手方に対し、自己の名で委託者の計算で法律行為をすることを委託する委任」と定義した上で、財産権の取得を目的とする取次において取次者が当該財産権を取得したときは、取次者から委託者に対する財産権の移転の効力が生ずることや、取次者は、相手方の債務が履行されることを保証したときは、委託者に対して相手方と同一内容の債務を負うことを規定すべきであるという考え方があがるが、その当否について、更に検討してはどうか。

### [意見]

- 1 取次契約に関する規定を新たに民法に設けるかどうかについては慎重に検討する必要がある。
- 2 取次契約を「委託者が相手方に対し、自己の名で委託者の計算で法律行為をすることを委託する委任」と定義した上で、財産権の取得を目的とする取次において取次者が当該財産権を取得したときは、取次者から委託者に対する財産権の移転の効力が生ずることや、取次者は、相手方の債務が履行されることを保証したときは、委託者に対して相手方と同一内容の債務を負うことを規定するについてはその必要性も含めて慎重に検討する必要がある。

### [理由]

明文化するほどの立法事実がない。

## (3) 他人の名で契約をした者の履行保証責任

無権代理人が、相手方に対し、本人から追認を取得することを保証したときは、当該無権代理人は当該行為について本人から追認を取得する義務を負うことを条文上明記すべきであるとの考え方があがる。このような考え方に対しては、無権代理人が本人の追認を取得する義務を負うのは、履行保証の有無にかかわらず当然であり、追認を取得する義務に関する規定を履行保証がある場合についてのみ設けると、それ以外の場合には追認を取得する義務を負わないと解釈されるおそれがあるとの指摘や、このようなまれな事例に関する規定を設ける必要はないとの指摘もある。これらの指摘も考慮しながら、他人の名で契約を

した者の履行保証責任について規定するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

明文規定を設ける必要はない

[理由]

- 1 明文化するほどの立法事実はない。
- 2 代理行為をした以上、本人から追認を取得する義務を負うのは履行保証の存否に関わらない。

## 第50 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定

### 1 新たな受皿規定の要否

役務提供型に属する典型契約として、民法には、雇用、請負、委任及び寄託が規定されているが、現代社会における種々のサービスの給付を目的とする契約の中には、これらのいずれかに性質決定することが困難なものが多いとされている。これらについては、無名契約や混合契約などとして処理されるほか、準委任の規定（民法第656条）が言わば受皿としての役割を果たしてきたとされているが、同条において準用される委任の規定内容は、種々の役務提供型契約に適用されるものとして必ずしも妥当でないとの指摘がある。また、既存の役務提供型の典型契約の中にも、適用範囲の見直しが提案されているものがある（前記第48, 1, 第49, 5）。これらを踏まえ、既存の典型契約に該当しない役務提供型の契約について適用される規定群を新たに設けることの要否について、請負の規定が適用される範囲（前記第48, 1）や、準委任に関する規定が適用される範囲（前記第49, 5）との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の規定の内容として、例えば、後記2から7までのように、役務提供者及び役務受領者の義務の内容、役務提供者が報酬を請求するための要件、任意解除権の有無等が問題になると考えられるが、これらについて、取引の実態に対する影響や、役務受領者の立場が弱い場合と役務提供者の立場が弱い場合とを一律に扱うことは妥当でないとの指摘などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 新たな受皿規定の適用範囲を既存の典型契約に該当しないあらゆる役務提供型契約とするのであれば、極めて多様な形態を持つ役務提供型契約のすべてを等しくカバーする受皿規定を創設することが可能であるか否かを慎重に検討する必要がある。

他方、受皿規定の適用範囲を既存の典型契約に該当しないもののうちの一定の範囲のものに絞るのであれば、こういった類型の役務提供型契約を対象とするのか、その対象選択の適否の観点から慎重に検討する必要がある。

- 2 規定の内容を検討するにあたり、取引の実態に対する影響や立場の弱い当事者に配慮することには賛成である。

[理由]

- 1 あらゆる役務提供型契約を適用対象とする受皿規定を創設するとすれば、極めて多様な役務提供型契約のすべてを包摂し、漏れのない規律が必要となるが、多様な形態を持つ役務提供型契約を等しくカバーする規律の定立が果たして可能か疑問が残るところである反面、適用範囲を一定のものに絞るのであれば、こういった種類の役務提供型契約を対象とするかが問題となってくる。
- 2 役務提供型契約においても弱い立場にある当事者への配慮は不可欠であり、とくに、雇用類似の契約類型においては、その配慮が極めて重要である。

## 2 役務提供者の義務に関する規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務提供者がどのような義務を負うかについて、多様な役務提供者の義務の内容を適切に規定することができるかどうかにも留意しながら、更に検討してはどうか。その場合の規定の内容として、例えば、契約で定めた目的又は結果を実現する合意がされた場合には役務提供者はその目的又は結果を実現する義務を負い、このような合意がない場合には契約で定めた目的又は結果の実現に向けて善管注意義務を負うことを規定すべきであるとの考え方があるが、これに対しては、役務提供者の属性や役務受領者との関係によっては善管注意義務を課すのは適当でないとの指摘もある。このような指摘にも留意しながら、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、原則として無償の役務提供型契約においては役務提供者の注意義務が軽減されるとしつつ、役務提供者が事業者であるときは、注意義務の軽減を認めないとの考え方がある（後記第62、3(2)⑦）が、このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 役務提供型契約の受皿規定を設ける場合に役務提供者が負う義務の内容を明文で定めることに異論はない。
- 2 役務提供者が負う義務の内容について、契約で定めた目的又は結果を実現する合意がされた場合には役務提供者はその目的又は結果を実現する義務を負い、このような合意がない場合には契約で定めた目的又は結果の実現に向けて善管注意義務を負うとする考え方に基本的に賛成である。

ただし、雇用類似の役務提供型契約などについては、役務提供者の注意義務の軽減を図るべきである。

- 3 無償の役務提供型契約における役務提供者の注意義務を軽減するとしつつ、役務提供

者が事業者である場合には注意義務を軽減しないとする考え方に賛成である。

ただし、注意義務を軽減しないのは、当該事業者がその事業の範囲内で役務提供を行う場合に限るべきである。

[理由]

- 1 明確化に資する。
- 2 役務提供型の契約においては、契約で定めた目的や結果を実現する義務ないしその実現に向けた善管注意義務を役務提供者に課することが合理的である。  
ただし、当該契約が雇用類似の契約形態であるような場合には、労働者と同様の立場にある役務提供者に善管注意義務という重い義務を負わせることは酷であり、かかる場合には注意義務を軽減するのが公平・妥当である。
- 3 無償の場合に役務提供者の注意義務を軽減することは、公平の観点から首肯されるが、役務提供者が事業者である場合には、役務受領者の期待と利益保護のために、その事業の範囲内で役務提供がなされる限度で事業者が善管注意義務を課しても不都合はないと思われる。

### 3 役務受領者の義務に関する規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務受領者の義務に関する規定として、役務提供者に協力する義務を負う旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

協力義務の規定を設けることには反対である。

[理由]

役務提供型契約は極めて多様な形態を有するものであり、単に役務提供型契約というだけで一律に役務受領者に協力義務を課すことには疑問がある。それ故、契約の性質から必要な場合に協力義務を課すという見解も示されているところであるが、契約の性質から必要な場合に協力義務を課すというのはあまりにも漠然としており規定として適当とは思われないが、他方で、多様な形態を有する役務提供型契約において役務受領者の協力義務の要否を区別して規定することは現実的にみて不可能と思われる。

また、役務提供型契約の多様性からして、協力義務の内容についても一律に規律することはできない。

さらに、役務受領者の協力義務を規定すると、役務提供者が役務受領者の協力義務違反を口実にして自らの債務不履行を免れようとする弊害が生ずるおそれがある（とくに消費者が役務受領者の場合にかかる弊害が生ずるおそれが大きい）。

以上より、明文で役務受領者の協力義務の規定を設ける必要はなく、役務受領者の協力義務を認めることが妥当な場面においては、契約の内容や趣旨から解釈で導き出せば足り

ると考える。

#### 4 報酬に関する規律

##### (1) 役務提供者が経済事業の範囲で役務を提供する場合の有償性の推定

役務受領者が事業者であり、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において役務提供型契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方（後記第62、3(3)③）の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

役務提供者（中間的な論点整理において「役務受領者」となっているのが「役務提供者」の誤植と思われる）が事業者で、かつ、その経済事業の範囲内において役務提供型契約を締結した場合に有償性が推定されるという規定を設けることに賛成である。

[理由]

事業者がその経済事業の範囲内において役務提供型契約を締結する場合には、収益を目的としているのが通常であり、従って、有償であると推定することに合理性がある。

##### (2) 報酬の支払方式

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務提供型契約における報酬の支払方式には、役務提供の処理によってもたらされる成果に対して報酬を支払うことが合意されるもの（成果完成型）と、役務提供そのものに対して報酬が支払われるもの（履行割合型）があることを条文中明記し、報酬請求権の発生要件や支払時期などをそれぞれの方式に応じて規律するかどうかについて、委任の報酬の支払方式（前記第49、3(2)）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

[意見]

報酬の支払方式として、成果完成型と履行割合型の2類型を規定することに異論はない。ただし、この規定が労働者保護の要請が妥当する雇用類似の契約類型（人材派遣契約を含むがこれに限られない。）及び役務提供型契約の総則規定として雇用契約に適用されることには反対である。

[理由]

一般的に役務提供型契約は、成果完成型と履行割合型を想定することが可能であるので、これを明文化することは明確化に資するものである。

しかし、雇用及び雇用類似の契約類型においては、成果完成型という概念も、履行割合型という概念もいずれも妥当しないため、この規定が雇用及び雇用類似の契約類型にも適用されるとすれば、その限りで賛成しえない。

### (3) 報酬の支払時期

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、その報酬は後払が原則であるとする立場から、役務提供型契約の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型に分類して規律することを前提として、その支払時期は成果完成型においては成果完成後、履行割合型においては役務を提供した後（期間によって報酬を定めたときは期間経過後）であることを条文上明記する考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

役務提供型契約の報酬の支払時期を、成果完成型については成果完成後、履行割合型については役務提供後とすることを明文化することに賛成である。

[理由]

明確化に資する。

### (4) 役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、その役務提供が途中で不可能になったにもかかわらず役務提供者が報酬を請求することができるのはどのような場合か、どの範囲で報酬を請求することができるかについて、現行法の下で役務提供者が得られる報酬請求権の内容を後退させるべきではないとの指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、例えば、①履行不能の原因が役務受領者に生じた事由であるときは既に履行した役務の割合に応じた報酬を請求することができ、②その原因が役務受領者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額（ただし、役務受領者が任意解除権を行使することができる場合は、その場合に役務提供者が請求することができる損害賠償の額を考慮する。）を、それぞれ請求することができるとの考え方がある。このような考え方の当否について、「役務受領者に生じた事由」や「義務違反」の具体的な内容、請負や委任など他の役務提供型典型契約に関する規律との整合性などに留意しながら、更に検討してはどうか。

また、判例は、請負について、仕事の完成が不可能になった場合であっても、既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、既履行部分について請負を解除することはできず、請負人は既履行部分について報酬を請求することができるとしているが、このような判例法理は成果完成型の支払方式を採る役務提供型契約についても同様に妥当すると考えられることから、これを条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

これらの規定と併せて、報酬が成果完成前（役務提供前）に支払われた後にその役務提供が途中で不可能になった場合の法律関係についての規定を設けるかどうかについて、検

討してはどうか。

### 1 役務提供の履行が途中で不可能となった場合の役務提供者の報酬請求の可否及びその範囲並びに具体的規定内容

[意見]

役務提供の全部又は一部の履行が不可能になった場合に例外的に役務提供者が報酬請求しうる余地を認めることに賛成である。

その際の要件及び認められる報酬の範囲について、中間的な論点整理で例示されている①、②の考え方に基本的に賛成である。

ただし、「役務受領者に生じた事由」「役務受領者の義務違反」という要件については、その内容が不明確であるため、一義的で明確なもの（文言）とすべきである。

[理由]

役務提供の全部又は一部の履行が不可能になった場合にも、履行が不可能になった事情によっては例外的に役務提供者に報酬請求権を認めるのが公平である。

ただし、「役務受領者に生じた事由」「役務受領者の義務違反」という要件（文言）は、その内容が不明確であり、その意味するところが一義的ではないため、かかる文言は使用すべきではなく、的確な文言を検討すべきである。

### 2 成果完成型契約において、成果が可分で、役務受領者がこれを受けることに利益を有する場合の具体的報酬請求権の規律の明文化

[意見]

役務受領者の責に帰すべき事由以外の原因で成果の完成が不可能となった場合で、既履行部分の成果が可分で、かつ、役務受領者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときに、役務提供者に既履行部分の報酬請求権を認めることは賛成である。

[理由]

役務受領者に利益がある場合に、役務提供者に既履行部分の報酬請求を認めることが公平であるし、判例理論を具体化するものであり明確化にも資する。

### 3 報酬が成果完成前（役務提供前）に支払われた後に役務提供が途中で不可能になった場合の法律関係についての規定を設けることの可否

[意見]

報酬が前払いの場合に、1、2と同様の考え方のもとで前払報酬の清算ないし役務提供者が不足する報酬を請求しうる旨の規定を設けることに賛成である。

[理由]

役務提供が途中で不可能になったという状況が同じであるならば、報酬の支払いが前払いか後払いかで結論が異なるのは妥当でない。

## 5 任意解除権に関する規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務受領者による任意解除権を認めるかどうかについて、役務受領者を長期間にわたり役務提供型契約に拘束することの妥当性、任意解除権の理論的な根拠、役務提供者が不測の損害を受けおそれ、役務提供者が弱い立場にある場合の役務受領者による優越的地位を利用した解除権濫用のおそれなどにも留意しながら、更に検討してはどうか。

また、役務提供者による任意解除権を認めるかどうかについても、役務提供者を長期間役務提供に拘束することの妥当性などに留意しながら、更に検討してはどうか。

任意解除権を認める場合には、これを行使した者の損害賠償義務の存否及び範囲について、注文者による請負の任意解除（前記第48、6）などとの整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

### 1 役務受領者の任意解除権

[意見]

- (1) 役務受領者に任意解除権を認めることに賛成である。
- (2) ただし、雇用や人材派遣など雇用に類似し、労働者（役務提供者）保護が必要な契約類型及び役務提供が役務提供者にとって金銭賠償では補えない利益となる場合には、役務受領者の任意解除権を排除ないし制限する余地を認めるべきである。

[理由]

- (1) 役務受領者に役務提供を受ける必要がなくなった場合にも契約を存続させ、役務の受領を強制するのは不合理であるから、原則として役務受領者に任意解除権を認めるべきである。
- (2) しかし、労働者保護の要請が働く雇用及び雇用類似の契約類型の場合には、役務受領者たる使用者にとって不要となったというだけで任意解除できるとしたのでは、役務提供者たる労働者の権利が著しく害されることになる。また、役務提供をすることが役務提供者にとって特別の利益となる場合も同様に役務受領者による自由な解除を認めると役務提供者の利益が著しく害されることになる。

### 2 役務提供者の任意解除権

[意見]

- (1) 役務提供者の任意解除権を認めることに賛成である。
- (2) ただし、役務提供者に任意解除権を認める範囲、任意解除権行使の要件については、役務受領者の期待や利益を不当に侵害しないよう慎重に検討する必要がある。

[理由]

- (1) 役務提供者に長期間にわたり役務提供をさせることが妥当と言えない場合や役務受領



者が役務を受領しない場合などには、役務提供者を契約から解放する必要が認められることから、役務提供者の任意解除権を認めるべきである。

- (2) しかし、役務提供者の任意解除権を無制限に認めると役務受領者の期待や利益を害することが考えられることから、役務提供者に無制限の任意解除権を認めるのは妥当ではなく、いかなる範囲で任意解除権を認めるのか、認める際の要件をどうするかについては役務提供者の利益と役務受領者の利益の調整を図るなど慎重に検討する必要がある。

### 3 任意解除権行使者の損害賠償義務及びその範囲

[意見]

- (1) 任意解除権が行使された場合に行使者が相手方に生じた損害の賠償をする必要があるとの規定を置くことに異論はない。
- (2) しかし、損害賠償請求権の要件及び範囲については、規定はおかず、損害賠償の一般規定に委ね、事案に応じた解釈を図るべきである。

[理由]

- (1) 明確化の観点からは、損害の賠償が必要である旨の規定を置くべきである。
- (2) しかし、賠償の範囲を定型化できるかについては疑問があるため、一般規定に委ね、事案に応じて柔軟な解決を図るのが妥当と思われる。

### 6 役務受領者について破産手続が開始した場合の規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務受領者について破産手続開始決定がされたときは役務提供者は契約を解除することができる旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 役務提供者に解除権を認めることに賛成である。
- 2 解除権行使の効果として、
  - ① 役務提供者からの解除の場合は、既に行った役務提供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について
  - ② 破産管財人からの解除の場合は、これに加えて解除による損害賠償について破産債権として破産財団に加入できるとすることに異論はない。

[理由]

- 1 役務受領者について破産手続が開始した場合には、役務提供者は不安定な地位に置かれることになるため、かかる不安定な状態から役務提供者が解放されるための方途を与えるのが妥当であるから。

### 7 その他の規定の要否

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、準委任に準用されている委任の規定のうち、前記2から6までにおいて取り上げた事項以外の事項に関するもの、特に、受任者の報告義務に関する民法第645条や解除の効力に関する同法第652条と同様の規定を、役務提供型契約に関する規定として設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

民法第645条、同法第652条と同様の規定を役務提供型契約に設ける必要はない。

[理由]

新たな受皿規定を役務提供型契約の総則規定として規定するのであれば、民法第645条、同法第652条に相当する規定を置く必要があるが、後述のとおり総則規定として規定するのは妥当ではなく、受皿規定を設けるとしても、請負等と並列させるべきであるから、あえて規定を設ける必要はなく、必要に応じて委任の規定を準用すれば足りる。

## 8 役務提供型契約に関する規定の編成方式

雇用、請負、委任又は寄託に該当しない役務提供型の契約に適用されるものとして、準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設ける場合には、その受皿規定を適用対象が限定された新たな典型契約として設ける方式や、より抽象度の高い独立の典型契約とする方式、役務提供型の既存の典型契約を包摂する総則的規定を置き、これを既存の典型契約に該当しない役務提供型契約にも適用する方式があり得るが、これらの編成の方式については、規定の具体的な内容、既存の典型契約との関係、雇用類似の役務提供型契約の扱いなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

[意見]

仮に新たな受皿規定を設ける場合でも、適用対象が限定された新たな典型契約として設けるべきであり、抽象度の高い典型契約や総則規定とすることには反対である。

[理由]

### 1 他の類型（権利移転型、貸借型）とのバランス

権利移転型契約や貸借型契約など他の契約類型においても共通する事項はあると思われるが、なぜ役務提供型契約に限って共通事項を括り出す必要があるのか疑問であるうえ、他の契約類型とのバランスを欠く。

### 2 かえって分かりにくくなる

各種契約の中に総則的規定を置き、その下に請負以下の規定を設け、共通事項については個別の契約類型の規定から除くとすると、いちいち総則的規定にあたらなければならず、かえって分かりにくくなる。

### 3 雇用及び雇用類似の契約類型についての報酬の支払時期や任意解除権については、他

の役務提供型契約と必ずしも同一であるとは言い難い面がある。

## 第51 雇用

### 1 総論（雇用に関する規定の在り方）

労働契約に関する民事上の基本的なルールが民法と労働関係法規（特に労働契約法）とに分散して置かれている現状に対しては、利便性の観点から問題があるとの指摘があり、将来的には民法の雇用に関する規定と労働契約法との関係の在り方が検討課題となり得るが、当面、民法と労働契約法との関係について現状を維持し、雇用に関する規定は、引き続き民法に置くこととしてはどうか。その上で、民法の雇用に関する規定について、民法で規律すべき事項の範囲に留意しつつ、見直しの要否を検討してはどうか。

また、利便性という問題への一つの対応として、安全配慮義務（労働契約法第5条）や解雇権濫用の法理（同法第16条）に相当する規定を民法にも設けるという考え方や、民法第627条第1項後段の規定を使用者からの解約の申入れに限り解約の申入れの日から30日の経過を要すると改めること（労働基準法第20条参照）により、労働関係法規上の私法ルールを民法に反映させるという考え方の当否については、雇用の規定と労働関係法規の適用範囲が必ずしも同一ではないという見解も有力であること等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

### 1 民法と労働契約法との関係

[意見]

当面、民法と労働契約法との関係について現状を維持し、雇用に関する規定を引き続き民法に置くことに賛成である。

### 2 民法の雇用に関する規定の見直しの要否

[意見]

今回の債権法改正についての法制審議会における議論だけで民法の雇用に関する規定の見直しを行うことには反対である。

[理由]

雇用に関する規定の見直しは、個別的労働関係法に関する諸問題と密接な関連性を有しているから、個別的労働関係法に関する諸問題との関連性について慎重に検討する必要があるうえ、個別的労働関係法に関する問題については、労働政策審議会における協議を踏まえて法改正を行うというプロセスが定着し、社会的にも承認されていることに鑑みれば、個別的労働関係法に影響を及ぼすと思われる雇用に関する規定の改正は、かかるプロセスの中で慎重な検討を行うべきである。

### 3 労働関係法規上の規律の民法での明文化

[意見]

労働関係法規（特に労働契約法）上の規律の明文化は、統合を含めた雇用に関する規定と労働契約法との関係整理についての議論が進んだ後に検討すべきである。

[理由]

雇用契約と労働契約の関係については、考え方に争いがあり、この関係の整理をすることなく労働契約に関するルールを民法に取り入れるのは妥当ではない。

また、請負や委任の契約形式をとった労務提供契約が労働契約にあたるか否かが訴訟において争点となることがしばしば見かけられるが、民法上の雇用に関してのみ安全配慮義務や解雇権濫用法理を規定するとその反対解釈として請負や委任の形式をとった契約には安全配慮義務や解雇権濫用法理が適用されないとされる懸念もある。

#### 4 民法第627条第1項後段の規定への労働基準法第20条の反映

[意見]

民法第627条第1項後段の規定に労働基準法第20条を反映させることには特に反対しないが、その場合の規定は、労働基準法第20条と同様にすべきであり、単に使用者からの解約申し入れから30日の経過で終了するとすべきではない。

[理由]

労働基準法上の規定の民法への反映であり、雇用に関する規定と労働契約法との関係整理の問題とは性格を異にするので、この関係整理の問題とは切り離して民法に反映させることについて特に反対する必要はないと考えられる。

## 2 報酬に関する規律

### (1) 具体的な報酬請求権の発生時期

雇用契約においては、労働者が労務を履行しなければ報酬請求権は具体的に発生しないという考え方（いわゆるノーワーク・ノーペイの原則）が判例・通説上認められているところ、これを条文上明確にするかどうかについて、民法第624条から読み取れるとの指摘があることや、実務上は合意によりノーワーク・ノーペイの原則とは異なる運用がされる場合があることを根拠として反対する意見があること等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

ノーワーク・ノーペイの原則を明文化することには特に反対しない。

[理由]

現行民法第624条から導かれる原則ではあるが、明文化により、より明確になる。

### (2) 労務が履行されなかった場合の報酬請求権

使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の報酬請求権の帰すうについて、民法第536条第2項の文言上は必ずしも明らかではないが、判例・通説は、雇用契約に関しては、同項を、労務を履行していない部分について具体的な報酬請求権を発生させるという意味に解釈している。そこで、同項を含む危険負担の規定を引き続き存置するかどうか（前記第6）とは別に、この場合における労働者の具体的な報酬請求権の発生の法的根拠となる規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

規定を設ける場合には、具体的な規定内容について、例えば、①使用者の義務違反によって労務を履行することが不可能となったときは、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とする考え方や、②使用者側に起因する事由によって労働できないときに報酬を請求できるが、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、その利益を使用者に償還しなければならないとする考え方がある。これらの考え方の当否について、「使用者の義務違反」「使用者側に起因する事由」の具体的な内容が分かりにくいとの指摘、労働基準法第26条との整合性、現在の判例・通説や実務上の一般的な取扱いとの連続性に配慮する必要があるとの指摘のほか、請負や委任などほかの役務提供型典型契約に関する規律との整合性などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、労務の履行が期間の途中で終了した場合における既履行部分の報酬請求権の帰すうについて明らかにするため、明文の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

## 1 使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の労働者の具体的な報酬請求権の根拠規定の要否

[意見]

使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の労働者の具体的な報酬請求権の法的根拠となる規定を設けることについては、その具体的要件の定め方如何によって実務に重大な影響が生じうることに鑑み、使用者の「責めに帰すべき事由」という文言が維持される限りにおいて特に反対しないが、この文言を変更することには反対である。

[理由]

ノーワーク・ノーペイの原則と、使用者の責めに帰すべき事由によって労務の履行が不能となった場合に労働者が報酬請求権を有すると解すべき必要性とを調整し、妥当な結論を導くためには、労働者の具体的な報酬請求権の発生の法的根拠となる規定を設ける意義があると考えられるため、規定を設けることに特に反対するものではない。

しかし、具体的要件の定め方如何によっては実務に重大な影響を与えるおそれがあるので、要件の定立には慎重を期する必要がある、現在判例で用いられている「責めに帰すべき事

由」という表現をむやみに変更すべきではない。

## 2 具体的報酬請求権の規定内容

[意見]

使用者の「責めに帰すべき事由」という文言を変更することについては反対する。

[理由]

労働者の具体的報酬請求権の要件について、使用者の義務違反によって労務を履行することが不可能となったときは、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できるとする考え方（A案）や使用者側に起因する事由によって労働できないときに報酬を請求できるが、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、その利益を使用者に償還しなければならないとする考え方（B案）が示されている。しかし、A案のように「使用者の義務違反」を要件とした場合には、その存在について争いのある労働者の就労請求権を認めることにもつながり得るなど、実務に与える影響が大きいことから、慎重に検討する必要があるし、他方、B案のように「使用者に起因する事由」を要件とした場合には、現在の判例法理の結論と異なって、使用者側に起因する経営、管理上の障害の場合にまで報酬請求権の発生を認めることとなり、やはり実務に混乱を来すおそれがある。

さらに、「使用者の義務違反」にしる、「使用者側に起因する事由」にしる、その文言の意味するところは必ずしも明確ではなく、明確さの点において現行民法の「使用者の責めに帰すべき事由」と大差はないものと思われ、実務に混乱を生じさせてまで、殊更に文言を変更する必要があるのか甚だ疑問である。

そして何よりもこのような重要論点を民法改正の議論のみにより解決することは、労働契約特有のルールに及ぼす影響が大きい。

そのため、具体的な報酬請求権の発生の法的根拠となる規定を定めるにあたっては、実務に混乱が生じないための配慮と、労働関係法規の法形成のプロセスの特性への十分な配慮が必要であり、使用者の「責めに帰すべき事由」という文言の変更には反対する。

## 3 労務が履行されなかった場合における既履行部分の報酬請求権の帰すうについての明文化

[意見]

労務が履行されなかった場合における既履行部分の報酬請求権の帰すうについて明文規定を設けることには特に反対しない。

[理由]

ノーワーク・ノーペイの原則から結論を導けるところではあるが、明確化のために規定することにあえて反対する必要はない。

### 3 民法第626条の規定の要否

労働基準法第14条第1項により、雇用期間を定める場合の上限は、原則として3年（特例に該当する場合は5年）とされており、通説によれば、これを超える期間を定め、同法第13条により当該超過部分は無効になるとされているため、民法第626条の規定が実質的にその存在意義を失っているとして、同条を削除すべきであるという考え方がある。この考え方の当否について、労働基準法第14条第1項の期間制限が適用されない場合に、民法第626条の規定が適用されることになるため、現在でも同条には存在意義があるという指摘がある一方で、家事使用人を終身の間継続する契約のように公序良俗違反となるべき契約の有効性を認めるかのような規定を維持すべきでないという意見があることを踏まえつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

民法第626条を削除することには慎重な検討を要する。

[理由]

民法第626条の規定は、実質的にその存在意義を失っていると指摘されているが、現在においても、同居の親族のみを使用する事業や家事使用人など労働基準法が適用されない類型や「一定の事業の完了に必要な期間」として5年を超える契約期間が定められた場合などについては、民法第626条は狭いながらもその適用の余地を残していると考えられる。また、労働基準法第14条については廃止論もあり、その合理性に疑問が呈されていることからすれば、労働基準法第14条の規定内容が是であることを前提として、民法第626条を削除することについては慎重に検討すべきである。

なお、家事使用人を終身の間継続する契約が常に公序良俗違反となるとまでは言えないと解されるので、この点にも注意を要する。

### 4 有期雇用契約における黙示の更新（民法第629条）

#### (1) 有期雇用契約における黙示の更新後の期間の定めの有無

民法第629条第1項の「同一の条件」に期間の定めが含まれるかという点については、含まれるとする学説も有力であるものの、裁判例は分かれており、立法により解決すべきであるとして、「同一の条件」には期間の定めが含まれないことを条文上明記すべきであるとする考え方がある。このような考え方の当否について、労働政策上の課題であり、労働関係法規の法形成のプロセスにおいて検討すべき問題であるという指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

有期雇用契約における黙示の更新がなされた場合の「同一の条件」に、期間の定めが含まれないことを明示することには反対する。

[理由]

民法第629条第1項の「同一の条件」に労働時間や報酬等の労働条件が含まれることには争いが無いが、期間の定めが含まれるかという点については、期間の定めは含まれず黙示の更新後は期間の定めのない契約になるとする無期化説と期間の定めも含まれ更新前と同一の期間になるとする同一期間説の対立があり、見解が一致していない。このような有期雇用契約における最重要論点を民法改正の議論のみにより解決することは、労働契約特有のルールに及ぼす影響が大きすぎるだけでなく、有期契約法制に関する立法作業が議論となっている状況を考えて、労働関係法規の法形成のプロセスに配慮するという民法改正の基本趣旨に抵触するものと思料される。

## (2) 民法第629条第2項の規定の要否

民法第629条第2項は、雇用契約が黙示に更新される場合における担保の帰すうについて規定しているところ、この点については、具体的事案に応じて担保を設定した契約の解釈によって決せられるべきであり、特別な規定を置く必要がないとの考え方が示されている。そこで、同項に関する実態に留意しつつ、同項を削除する方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

民法第629条第2項を削除することには反対である。

[理由]

担保提供者の通常の意味は、担保提供の負担は極力制限的にしておきたいというところにあると思われるため、原則は期間満了で消滅し、別途の合意（黙示を含む）があればこれと異なる取り扱いを許容するという現行民法第629条第2項の規律には合理性があり、これを維持すべきである。

## 第52 寄託

### 1 寄託の成立—要物性の見直し

#### (1) 要物性の見直し

寄託は、受寄者が寄託者のために寄託物を受け取ることによって初めて成立する要物契約であるとされている（民法第657条）が、契約自由の原則から、諾成的な寄託契約の効力が認められているほか、実務上も、諾成的な寄託契約が広く用いられており、寄託を要物契約とする民法の規定は取引の実態とも合致していないと指摘されている。このような指摘を踏まえて、諾成契約として規定を改める方向で、更に検討してはどうか。

もっとも、無償寄託に関しては、合意のみによって寄託物を引き受ける義務を受寄者に負わせることが適当かどうかという問題があることを踏まえ、寄託の合意が書面でき



れない限り、寄託物を受け取るまでの間、受寄者に任意の解除権を認めるという考え方や、書面によって合意がされた場合に限り諾成契約の効力を認めることとし、それ以外の無償寄託は要物性を維持するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 寄託を諾成契約とすることについては、特に反対しない。
- 2 無償寄託については、贈与、使用貸借などの他の無償契約の規律との整合性にも留意して規定すべきである。

[理由]

- 1 諾成的な寄託は実務上用いられており、寄託を諾成契約とすることに特に反対しない。
- 2 無償寄託については、受寄者に受取義務まで認めるのは相当でないと解されることから、拘束性を緩和すべきである。その場合に、寄託の合意が書面でされない限り、寄託物を受け取るまでの間、受寄者に任意の解除権を認めるという考え方や、書面によって合意がされた場合に限り諾成契約の効力を認めることとするとの考え方が提案がされているが、贈与、使用貸借など他の無償契約との整合性にも留意して規定すべきである。

## (2) 寄託物の受取前の当事者間の法律関係

諾成的な寄託の効力を認めている現在の解釈論では、寄託物の受取前の当事者間の法律関係については、寄託者は、寄託物の引渡前は自由に解除することができるが、解除した場合には寄託物を受け入れるために受寄者が支出した費用の償還義務を負い、他方、受寄者は、寄託物の受取義務を負うとされている。寄託の規定を諾成契約として改める場合には、このような現在の解釈論を条文上明記する方向で、更に検討してはどうか。

また、諾成的な寄託において寄託物が引き渡されるまでは、無償寄託において受寄者の任意解除権を認める考え方（前記(1)）があるほか、有償寄託か無償寄託かを問わず、一般に、受寄者を契約の拘束から解放するための方法を用意することが必要であるという問題が指摘されている。このような指摘を踏まえ、寄託者に引渡義務を負わせ、その不履行による解除権を認める考え方や、受寄者が催告してもなお寄託者が寄託物を引き渡さない場合における受寄者の解除権を認める考え方等の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

諾成契約とした場合の寄託物の引渡前の寄託者及び受寄者の権利義務を明文化することについては賛成である。また、寄託者が寄託物の引渡しをしない場合に、受寄者が契約の拘束から解放される方法を検討することに賛成である。

[理由]

寄託を諾成契約とした場合に、寄託者が寄託物の引渡しをしないときでも、受寄者を契

約に拘束し続けることは相当でない。受寄者に引渡しに関する催告権を認め、引渡しが出来なければ解除できるとするなど、受寄者が契約の拘束から解放される何らかの方法を検討するのが相当である。

### (3) 寄託物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始

仮に、寄託を諾成契約として規定する場合には、寄託物が交付される前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときに寄託契約が失効する旨の規定を設けるかどうかについて、消費貸借に関して同様の規定を設けるべきであるとの考え方（前記第44, 1(4)）についての検討状況に留意しつつ、検討してはどうか。

[意見]

慎重に検討すべきである。

[理由]

消費貸借においては、目的物の交付前に借主が破産手続開始決定を受けた場合には、貸主に「貸す債務」を免れさせる必要性は高いが、寄託において消費貸借と同様の必要性があるかについては、さらに検討を要する。

## 2 受寄者の自己執行義務（民法第658条）

### (1) 再寄託の要件

委任と寄託とは、当事者間の人的信頼関係を基礎とする点で共通しており、再寄託と復委任の要件に差を設ける合理的理由はないという指摘を踏まえて、再寄託が認められる要件を復委任の要件と整合させる方向で、更に検討してはどうか。その具体的な要件については、復委任の要件を拡張する考え方（前記第49, 1(3)）を前提として、再寄託の要件を「受寄者に受託物の保管を期待することが相当でないとき」にも拡張するかどうかについて、より具体的な要件を定めて明確にする必要があるという指摘に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

再寄託の要件を拡張することについては、受寄者の責任を厳格化することを前提に反対しない。但し、「受寄者に受託物の保管を期待することが相当でないとき」という要件は不明確である。

[理由]

社会状況が複雑化していることが再寄託の範囲を拡大することの提案理由であるが、その提案理由には合理性があると考えられる。ただし、「受寄者に受託物の保管を期待することが相当でないとき」という要件は不明確であり、実務においてその該当性を判断することは困難である。

## (2) 適法に再寄託が行われた場合の法律関係

適法な再寄託がされた場合における受寄者の責任について、第三者が寄託物を保管することについて寄託者が承諾しただけで、受寄者の責任が限定される結果となるのは不当であるという問題意識を踏まえ、民法第658条第2項が復代理に関する同法第105条を準用している点を見直し、①一般的には、受寄者は自ら寄託物を保管する場合と同様の責任を負うこととするが、②寄託者の指名に従って再受寄者を選任した場合には、受寄者は、再受寄者が不適任又は不誠実であることを知らなかったときと、知っていたとしてもその旨を本人に通知し又は再受寄者を解任したときには、寄託者に対して責任を負わないものとするという考え方が示されている。このような考え方の当否について、復委任と異なる規律とすること（前記第49、1(3)参照）の当否が問題となるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、民法第658条第2項が同法第107条第2項を準用し、寄託者と再受寄者との間に相互の直接請求権を認めている点を見直し、再寄託については、寄託者と再受寄者との間に直接請求権を認めないこととするかどうかについて、寄託者が寄託物の所有権を有しない場合や受寄者が支払不能に陥った場合に問題が生じ得るといふ指摘に留意しつつ、更に検討してはどうか。

### [意見]

- 1 再寄託の場合の受寄者の責任を厳格化する方向で検討することについては、反対しない。
- 2 再寄託の場合の、再受寄者と委託者との間に直接の請求権を認めないとの考えには反対しない。

### [理由]

- 1 再寄託の要件を緩和する場合には、受寄者の責任を厳格化すべきであり、また、再受寄者は履行補助者にあたると考えられるため、再受寄者の行為について受寄者の責任を認めるべきである。ただし、寄託者が再受寄者を指名したときは、寄託者の責任を緩和することは相当である。
- 2 再受寄者は履行補助者と考えられるため、再受寄者と寄託者の間に直接の法律関係を認める必要はないと考える。

## 3 受寄者の保管義務（民法第659条）

有償寄託の場合の受寄者に要求される注意義務の程度について、寄託に固有の規定はなく、民法第400条が適用されることにより、受寄者は善管注意義務を負うこととされている。この点についての規律を明確にする観点から、寄託に固有の規定を設けるべきかどうかについて、同条の見直し（前記第1、2(1)）と関連することにも留意しつつ、更に検

討してはどうか。

また、民法に事業者概念を取り入れる場合に、事業者が行う一定の事業について適用される特則として、受寄者の保管義務に関して、原則として無償の寄託契約においては受寄者の保管に関する注意義務が軽減されるが、事業者がその経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において寄託を受けた場合には受寄者の注意義務の軽減を認めないものとするべきであるという考え方（後記第62, 3(3)④参照）がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 受寄者の注意義務の明文化に、特に反対しない
- 2 事業者概念を取り入れる場合には、事業者が行う一定の事業について適用される特則として、無償であっても受寄者の注意義務の軽減を認めないとの考えに賛成である。

[理由]

- 1 民法第400条の見直しとの関係はあるが、受寄者の注意義務を明確化することに反対する理由はない。
- 2 受寄者が一定の範囲の事業のために寄託を受けた場合には、無償であっても注意義務を軽減する理由はないと考える。

#### 4 寄託物の返還の相手方

受寄者は、寄託者に対して寄託物の返還義務を負っており、寄託物について所有権を主張する第三者から当該寄託物の返還請求を受けたとしても、強制執行等により強制的に占有を奪われる場合でない限り、この第三者に任意に引き渡してはならないと考えられているところ、このような寄託物の返還の相手方に関する規律を条文上明確にするかどうかについて、寄託者以外の第三者に任意に引き渡すことによっても受寄者が免責される場合があるという指摘にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、①寄託物について第三者が受寄者に対して引渡請求等の権利の主張をする場合において、寄託者が第三者に対して引渡しを拒絶し得る抗弁権を有するときは、受寄者が、権利を主張してきた第三者に対して、当該抗弁権を主張することを認めるかどうか、②寄託者が第三者の訴えの提起や差押え等の事実を既に知っている場合には、受寄者の通知義務が免除されるということを条文上明らかにするかどうかについても、更に検討してはどうか。

#### 1 寄託物の返還の相手方

[意見]

受寄者が第三者から返還請求を受けた場合に、受寄者は第三者に任意に引渡しをしてはならないとの規律を条文上明確化することについては、反対である。

[理由]

第三者が所有権に基づき、受寄者に対し引渡請求を行い、その請求が実体法上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、任意の引渡しを拒絶すべき義務を負うとの規律については、以下の疑問がある。

- (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し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、第三者に引渡しを拒絶した場合、第三者に引渡請求権が認められれば、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、その場合の寄託者の信用リスクを受寄者が負担することになると思われるが、この結論の妥当性には疑問がある。

## 2 寄託者の抗弁権の受寄者による援用

[意見]

受寄者が寄託者の抗弁権を援用することを認めることに、賛成である。

[理由]

受寄者が寄託者の抗弁権を援用することを認めることにより、寄託者が直接占有する場合と間接占有する場合における結論を同じくすることになり、相当である。

## 3 受寄者が通知義務を負わない場合の明確化

[意見]

受寄者が通知義務を負わない場合を明確化することに特に反対しない。

## 5 寄託者の義務

### (1) 寄託者の損害賠償責任（民法第661条）

民法第661条に対しては、委任者の無過失責任を定めた同法第650条第3項との権衡を失しているのではないかという立法論的な批判がされており、学説上、無償寄託の場合には同項を類推適用して寄託者に無過失責任を負わせるべきであるという見解が主張されていることを踏まえて、同法第661条の規定を見直し、一定の場合に寄託者に無過失責任を負わせるべきであるとの考え方が示されている。これに対しては、取引実務の観点からは現在の規定が合理的であって見直しの必要がないとの意見がある一方で、見直しの必要性を肯定しつつ、たとえ無過失責任が原則とされても必要に応じて寄託者の責任を軽減する特約を締結できるから、見直すことに不都合はないと反論する意

見もある。これらの意見に留意しつつ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

仮に規定を見直す場合には、具体的な規定の在り方について、①無償寄託についてのみ、寄託者に無過失責任を負わせる考え方、②有償寄託と無償寄託のいずれについても、原則として寄託者の責任を無過失責任とするが、例外的に、受寄者が事業者で、寄託者が消費者である場合に限定して、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されることとする考え方があることを踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

寄託者に原則的に無過失責任を負わせることに反対しない。

具体的な規定の在り方としては、寄託者が消費者の場合には、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されるという考え方によるべきである。

[理由]

寄託物の性質や状態によって受寄者に損害が生じたとき、寄託者に無過失責任を負わせるとの判断は不当ではないと考える。ただし、寄託者が消費者の場合には、寄託者と受寄者との情報や知識の格差を考慮して、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されるという考え方が相当である。

## (2) 寄託者の報酬支払義務

寄託を諾成契約として規定する場合には、報酬に関する規律として、①保管義務を履行しなければ、報酬請求権は具体的に発生しないという原則や、②当事者間の合意により寄託者が寄託物の引渡義務を負った場合に、寄託者の義務違反により寄託物が引き渡されなかったときは、受寄者は、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とについての明文の規定を設けるという考え方がある。このような考え方の当否について、特に②においては、受寄者が請求する金銭債権の法的性質を損害賠償請求権と報酬請求権のいずれと考えるかという問題があることのほか、「寄託者の義務違反」の具体的な内容、請負や委任などほかの役務提供型典型契約及び消費貸借（消費貸借を諾成契約として見直すことを前提とする。前記第44、1。）に関する規律との整合性などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、受託者が事業者であり、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において寄託契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方（後記第62、3(3)③）の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 寄託者の報酬支払義務の明文化に、特に反対しない。

2 寄託者の義務違反により寄託物が引き渡されなかったときに、受寄者は、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との規定を設けることに反対しない。

3 受託者が事業者の場合に、一定の範囲で有償性の推定規定を置くことに、反対しない。

[理由]

1 報酬は保管の対価であることから、これを明文化することについて反対しない。

2 寄託者の義務違反によって寄託物が引き渡されなかった場合の受寄者の寄託者に対する請求権につき、報酬請求権か損害賠償請求権かの法的性質決定の問題はあるものの、請求の範囲を明確化することは相当である。

3 受寄者が事業者の場合、有償と考えることに一定の合理性が認められる。

## 6 寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の通知義務

売買や請負の瑕疵担保責任の期間制限について、短期の除斥期間を廃止して消滅時効の一般原則を適用することに加えて、買主や注文者が瑕疵の存在を知った場合には売主や請負人に対する通知義務を負い、当該通知を行わなければ、買主や注文者は、損害賠償請求権等を行使することができないものとする考え方（前記第39、1(6)、第48、5(5)）を前提として、寄託物の損傷や一部滅失があることを寄託者が知った場合には、一定の合理的な期間内にその旨を受寄者に通知しなければ、寄託者は損害賠償請求権を行使することができないという規律を新たに設けるとする考え方の当否について、売買や請負における瑕疵担保責任の期間制限の見直しの方向に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、このような考え方を採る場合における制限期間の起算点について、民法に事業者概念を取り入れる場合に、契約当事者の一方が事業者である場合の特則として、原則として寄託者が損傷等を知った時とし、寄託者が事業者であるときは寄託者が損傷等を知り又は知ることができた時とすべきであるという考え方（後記第62、3(2)⑥）の当否についても、更に検討してはどうか。

[意見]

売買や請負との整合性を考慮して規定すべきである。

## 7 寄託物の譲渡と間接占有の移転

動産を倉庫等に寄託した寄託者が、当該動産を寄託した状態で第三者に対して譲渡し、引渡しをするという取引に関して、第三者に対する荷渡指図書の交付と受寄者に対するその呈示によって、形式的には指図による占有移転（民法第184条）の要件を充足し、引渡しがあったとも考えられるが、判例はこれを否定する。他方、寄託者が発行する荷渡指図書の呈示を受けた受寄者が、寄託者の意思を確認後、寄託者台帳上の寄託者名義を荷渡指図書記載の被指図人に変更する手続を行った場合に、そのような手続により寄託物の引

渡し完了したものとする処理が関係の地域で広く行われていたとして、寄託者台帳上の寄託者名義の変更により、指図による占有移転が行われたと判示した判例がある。この判例の趣旨を踏まえて、寄託者の契約上の地位の移転には、受寄者の承諾が必要であることを条文上明記すべきであるとの考え方が示されている。この考え方の当否について、契約上の地位の移転一般についての検討（前記第16）に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、その場合には、法律関係が複雑化することを避けるために、寄託者の契約上の地位の移転と間接占有の移転の関係に関して、寄託者の契約上の地位の移転がない限り間接占有の移転が認められないことを明記するかどうかについて、民法第184条の実質的な意義を大きく変えることになりかねないという指摘等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 寄託者の地位の移転について規定することに、反対しない。
- 2 寄託物の指図による占有移転と寄託者の地位の移転の関係を明文化することについては慎重に検討すべきである。

[理由]

- 1 寄託者の地位の譲渡につき明文化することによって、法律関係が明確になる。
- 2 契約上の地位の移転と間接占有の移転の関係は、寄託に限られた問題ではないと考えられ、寄託にのみ定めをおくことについては、慎重に検討すべきである。

## 8 消費寄託（民法第666条）

民法は、消費寄託について、寄託物の返還に関する規律の一部を除き、基本的に消費貸借の規定（同法第587条から第592条まで）を準用している。消費寄託と消費貸借とが共通するのは、目的物（寄託物）の処分権が移転するという点にあることに着目して、消費貸借の規定を消費寄託に準用する範囲は目的物の処分権の移転に関するものに限定し、その他については寄託の規定を適用することに改めるかどうかについて、更に検討してはどうか。

仮に上記の方向で検討する場合には、以下の各論点について、更に検討してはどうか。

- ① 寄託を諾成契約とする場合（前記1参照）には、消費寄託における寄託物の受取前の当事者間の法律関係は、仮に消費貸借をも諾成契約とする場合であっても（前記第44、1参照）、消費貸借の規定を準用するのではなく、寄託の規定（前記1(2)）を適用することに改めるべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、寄託一般において寄託者に寄託物の引渡義務を認めるか否かにかかわらず、特に消費寄託では受寄者にも寄託の利益があることを理由として、寄託者に寄託物の引渡義務を認めるべきであるとの意見があることも踏まえ、更に検討してはどうか。
- ② 消費寄託の寄託物の返還請求については、消費寄託が寄託者の利益を図るためのもの



であることを理由として、寄託の規定を適用して、いつでも返還を請求できるものと改めるべきであるとする考え方がある。他方で、消費寄託においては受寄者にも寄託の利益があることを理由に、返還時期を定めたときでも寄託者がいつでも返還を請求できるとする民法第662条は適用すべきではないとの意見がある。そこで、このような意見も踏まえ、消費寄託の寄託物の返還に寄託の規定を適用するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 消費寄託につき、原則的に寄託の規定を適用することにつき賛成である。
- 2 消費寄託における寄託物の受取前の当事者間の法律関係について、寄託の規定を適用することに賛成である。
- 3 消費寄託に返還期限を定めた場合でも、民法662条を適用していつでも寄託物の返還請求をできるとする考えには、反対である。

[理由]

- 1 現行民法666条1項は消費寄託について、消費貸借の規定を準用している。しかし、寄託の利益は原則的には寄託者にあるのに対し、消費貸借の利益は借主にあることから、消費寄託に消費貸借の規定を一般的に準用することは相当ではないと考えられ、寄託の規定の適用を検討すべきである。
- 2 上記1と同様の理由により、寄託の規定を適用すべきである。
- 3 定期預金のように消費寄託において返還期限を定めた場合は、受寄者にも寄託の利益があり、いつでも寄託物の返還請求をできるとの規律は相当ではない。

## 9 特殊の寄託—混合寄託（混蔵寄託）

混合寄託が、実務上、重要な役割を果たしているにもかかわらず、民法には混合寄託に関する規定が置かれていないことから、その明文規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

仮に規定を設ける場合には、具体的に以下の①から③までのような内容の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

- ① 種類及び品質が同一である寄託物を混合して保管するには、全ての寄託者の承諾を要する。
- ② 混合寄託がされた場合には、各寄託者は、自らが寄託した物の数量の割合に応じて、寄託物の共有持分権を取得する。
- ③ 各寄託者は、混合して一体となった寄託物の中から、自らが寄託したのと同数量の物の返還を請求することができる。

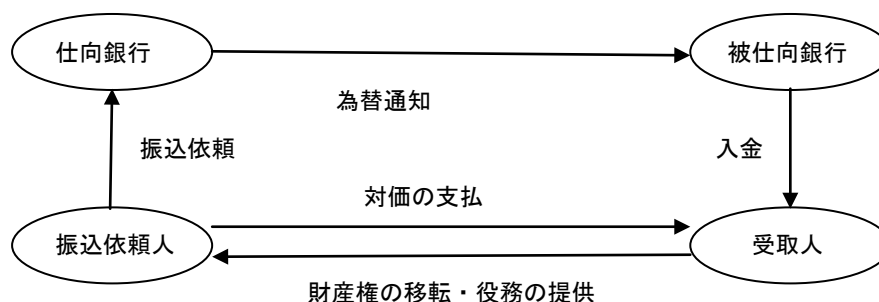
[意見]

混蔵寄託の規定を設けることに、特に反対しない。

## 10 特殊の寄託—流動性預金口座

(前注) この「第52, 10 特殊の寄託—流動性預金口座」は、主として、以下の場面に  
関する法律関係を取り上げるものである。

- ① 振込依頼人は、仕向銀行に対して、振込依頼を行うとともに、振込資金の交付又は預金口座からの引落しの依頼をする。
- ② 仕向銀行は、為替通知を被仕向銀行に送信する。
- ③ 被仕向銀行は、受信した為替通知に基づき、受取人の流動性預金口座に入金記帳をする。



### (1) 流動性預金口座への振込みによる金銭債務の履行に関する規律の要否

ア 普通預金や当座預金等の流動性を有する預金口座への振込みは、現代の日常生活において極めて重要な役割を果たしているが、民法にはこの点に関する規定が置かれていないため、流動性預金口座への振込みが、金銭債務の弁済と代物弁済（同法第482条）のいずれに該当するかという点や、流動性預金口座への振込みによる金銭債務の消滅時期がいつかという点などの基本的な法律関係が必ずしも明らかではないという問題が指摘されている。そこで、流動性預金口座への振込みによる金銭債務の履行に関する明文の規定を設けるべきかどうかについて、更に検討してはどうか。

具体的な規定内容については、以下の①②のような内容の規定を設けるべきであるとの考え方があるが、被仕向銀行の過誤や倒産手続開始により入金記帳がされない場合があり得るという指摘や、他方で、入金記帳時以外に効力発生時点として適当な時点を定めることは難しいという指摘があること等にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

- ① 流動性預金口座において金銭を受け入れる消費寄託の合意がされた場合において、流動性預金口座への入金や振込みがされたときは、受寄者が当該預金口座に入金記帳（入金記録）を行うことにより、既存の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流動性預金口座に金銭を振り込んだときは、債権者の預金口座において当該振込額を加えた預金債権が成立した時点で、当該金銭債務

の弁済の効力が生ずる。

イ たとえこのような規定が必要であるとしても、民法に規定を置くことの当否については議論があり、預金債権が日常生活において極めて重要な役割を果たしていることから、預金債権に関する基本的な規定を民法に設けるべきであるとする意見があったが、他方で、一般法である民法に特殊な場面についての規定を設けることに違和感があるとする意見もあった。これらの意見を踏まえて、民法に規定を置くことの当否について、更に検討してはどうか。

ウ 仮に民法に規定を置く場合の、その置き場所については、特に上記②が受取人の振込依頼人に対する債権の弁済について定める規定であることから、弁済の規定の中に置くべきであるとの意見があったことをも踏まえ、更に検討してはどうか。

### 1 預金の成立に関する規律（上記ア①）

[意見]

流動性預金に入金や振込がされたときは、受寄者が入金記帳を行うことにより、既存の債権額に当該金額を合計した金額の預金債権が成立するとの規定を設けることについては、反対しない。

[理由]

流動性預金の成立時期を明確化することについては、反対しない。ただし、流動性預金への振込に弁済の効果を認め、その弁済の効力発生時期を預金成立時期とするとの考え（上記ア②）をとる場合には、弁済の効果が受寄者の入金記帳という内部的行為により左右されることとなり、その妥当性については慎重な検討を要する。

### 2 流動性預金への振込と弁済の効果（上記ア②）

[意見]

流動性預金への振込みによる金銭債務の履行が弁済に該当するとの規定を設けることについては、反対である。

[理由]

流動性口座への振込は、本来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と考えられる。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おり、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、相殺の可能性が高い口座への振込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がされた場合に限定するべきであり、仮に振込を弁済と認める場合には、この点を明文化すべきである。

### 3 流動性預金に関する規定を民法に置くことについて（上記イ）

[意見]

流動性預金に関する規定を民法に置くことについては慎重な検討を要する。

[理由]

流動性預金は日常的に利用されているものの、預金という特殊な契約関係で、かつ預金のうち流動性預金に限って、さらに流動性預金に関する全般的な法律関係ではなく振込などの限定された法律関係について民法に規定することの妥当性、整合性については、慎重な検討を要する。

#### 4 民法に規定する場合の規定の置き場所（上記ウ）

[意見]

上記ア②を弁済の規定の中におくことにつき反対である。

[理由]

上記2のとおり、流動性預金への振込を弁済と認めることに反対であり、同様の規定を弁済の規定のなかに置くことも反対である。

#### (2) 資金移動取引の法律関係についての規定の要否

流動性預金口座への振込み等の資金移動取引に関する法律関係が必ずしも明らかではないことから、例えば、振込依頼人と受取人との間に原因関係がないにもかかわらず受取人に対して振込みがされた場合に、受取人が被仕向銀行に対する預金債権を取得するかという点に関する紛争が生じてきたと指摘されている。このような指摘を踏まえて、法律関係を明確にするために、例えば、振込依頼人と受取人との間の原因関係の存否にかかわらず、振込みがされた場合に、受取人が被仕向銀行に対して振込金額相当の預金債権を取得するとの判例法理を明文化するかどうか、その他の資金移動取引に関する規定を設けるかどうかについて、規定を設ける場合に新たな典型契約として位置付けるべきかという点にも留意しつつ、検討してはどうか。

[意見]

規定を設けることに反対である。

[理由]

振込依頼人と受取人との間の原因関係の存否にかかわらず、振込みがされた場合に、受取人が被仕向銀行に対して振込金額相当の預金債権を取得するとの判例法理は確定したものと考えられ、これを明文化する必要性はないと考える。なお、資金移動取引に関してその他の規定を設けるとの趣旨であれば、具体的な提案がなく判断ができない。

#### (3) 指図に関する規律の要否

上記(1)(2)の法律関係は、指図という法律行為を基礎とするものと解されることから、

上記のような規定を設ける場合には、民法に指図に関する明分の規定を設けるべきであるとの考え方が示されている。このような考え方の当否について、検討してはどうか。

[意見]

指図に関する規定を設けることを検討することにつき、反対である。

[理由]

指図という法律行為を検討することについては意味があるとしても、現時点では具体的な立法提案がなく、またこれまで広く議論されてきたとはいえないと考えられるため、一般の民法改正において検討することには反対である。

#### (4) 流動性預金口座に存する金銭債権の差押えに関する規律の要否

流動性預金口座に存する金銭債権の差押えに関して、ある時点における残高に係る金銭債権を差し押さえることは可能であるとした上で、差押え時点の残高に係る金銭債権についてのみ差押えの効力が生じ、その限度で金銭債権の流動性は失われるが、これによって流動性預金口座自体の流動性が失われるものではないとするのが判例及び通説の立場とされる。そこで、これを明文化すべきかどうかについて、差押命令送達後に入金された金額に相当する預金債権をも含めて差押えの対象とすることの可否に関する民事執行法上の問題と関連することに留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

流動性預金の差押えに関する法律関係を明文化することには反対である。

[理由]

流動性預金に対する差押えは、差押え時点の残高に係る金銭債権についてのみ差押えの効力が生じ、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る。判例（東京高裁平成20年11月7日決定、東京地裁平成20年10月3日決定）では差押え後の入金分に対し差押えの効力を及ぼす差押えは認められていないが、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。従って、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。

また、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。

#### (5) 流動性預金口座に係る預金契約の法的性質に関する規律の要否

第三者による振込みの流動性預金口座への受入れ、預金者の受寄者に対する第三者の預金口座への振込みに関する支払指図、その他の流動性預金口座に関する契約関係に関

して、判例・通説は委任の規定が適用されるとしている。そこで、これを条文上明確にするかどうかについて、概括的な規定を設けるだけであればかえって硬直的な適用を招き望ましくないとの意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

流動性預金口座には委任の規定が適用される旨を明文化することは、慎重に検討すべきである。

[理由]

判例では、預金契約は消費寄託と委任からなる複合的な契約であるとされている。これは、流動性預金だけではなく定期預金にも当てはまることであり、流動性預金のみを取り上げてその法的性質を規定するのは相当ではなく、慎重に検討すべきである。

#### 1 1 特殊の寄託—宿泊事業者の特則

民法に事業者概念を取り入れる場合に、契約当事者の一方が事業者である場合の特則として、商法第594条から第596条までを参照し、宿泊事業者が宿泊客から寄託を受けた物品について厳格責任を負う原則を維持しつつ（同法第594条第1項参照）、高価品について損害賠償額を制限するには宿泊事業者が価額の明告を求めたことが必要であること、正当な理由なく保管の引受けを拒絶した物品についても寄託を受けた物品と同様の厳格責任を負うこととすべきであるとの考え方（後記第62、3(2)⑧）が示されている。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 宿泊客から寄託を受けた物品について、宿泊事業者に厳格責任を負わせることに異論はない。
- 2 高価品についての損害賠償額を制限する要件として価額の明告を求めることに異論はない。  
しかし、宿泊事業者に故意又は重過失がある場合には、価額の明告を求めていたとしても賠償額の制限を認めるべきではない。
- 3 正当な理由なく保管の引受けを拒絶した物品について厳格責任を負わせることに異論はない。

[理由]

- 1 商法594条1項を維持するものであり、相当である。
- 2 商法595条を踏えたものであるが、明告がないことを理由に高価品に限り免責（無責）とする必要はなく、一定の限度で責任を認めるのが合理的である。  
しかし、宿泊事業者に故意又は重過失がある場合にまで損害額の制限を認めることは、衡平を害することも考えられる（最判平成15年2月28日 判タ1127号112頁）。

- 3 正当な理由なく保管の引受けを拒絶した宿泊事業者の責任を軽減する理由はない。

## 第53 組合

### 1 組合契約の成立

#### (1) 組合員の一人の出資債務が履行されない場合

組合員の一人の出資債務が履行されない場合について、同時履行の抗弁権等の契約総則の規定をそのまま適用することは組合の団体的性格に照らして適切であるとは言えないことから、組合契約の性格に即した規定を整備する方向で、更に検討してはどうか。具体的には、組合員の一人が出資債務の履行をしない場合であっても、他の組合員は原則として組合契約の解除をすることができないこと等を条文上明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

#### 1 組合契約について契約総則の規定を適用せず、組合契約の性格に即した規定を整備することの適否

[意見]

組合契約の性格に即した規定を整備することには賛成である。

[理由]

組合の団体的性格から契約総則の規定の適用を排除することについては通説的な見解の明文化であり、明確化に資するといえる。

#### 2 他の組合員が原則として出資不履行を理由に組合契約を解除することができないこと等を条文上明記することの適否

[意見]

他の組合員が原則として出資不履行を理由に組合契約を解除することができないこと等（その他、①出資債務の履行をしない組合員がいる場合でも、他の組合員は原則として同時履行の抗弁権を行使しえないこと、②ただし、業務執行者が定められていない場合において出資債務の履行を請求する組合員が自己の出資債務を履行していないときは、同時履行の抗弁権を行使できること、③出資債務の履行をしないことによって組合に損害が生じた場合に組合に対して損害賠償をしなければならないことが挙げられている。）を明文化することには基本的に賛成である。

しかし、当事者が特別の意思表示をした場合に契約総則の規定が適用される余地を認めるべきかどうかについて、更に検討すべきである。

[理由]

通説の認めるところであり、明確化に資する。

もつとも、契約解除に関して、明治44年12月26日大審院判決（大審院民事判決録17輯916頁）・昭和14年6月20日大審院判決（大審院民事判例集18巻666頁）が存在するところであ

り、当事者が特別の意思表示をした場合には契約解除に関する規定が適用されるとの判例が存在する。したがって、契約解除のみならず契約総則の規定全般について、当事者が特別の意思表示をした場合の適用の余地を検討すべきである。

## (2) 組合契約の無効又は取消し

組合契約について意思表示に関する民法総則の規定をそのまま適用することは、組合契約の団体的性格に照らして適切でない場合があることから、組合契約の性格に即した特別の規定を整備する方向で、更に検討してはどうか。

その具体的な規定内容については、組合契約を締結する意思表示に錯誤等があった場合において、①組合が第三者との取引を開始する前は、意思表示に関する規定がそのまま組合契約にも適用されるが、②第三者との取引が開始された後は、錯誤等があった組合員の他に二人以上の組合員がいるときは、原則として組合契約の効力は妨げられないこと等を条文上明記するとの考え方が提示されているのに対して、組合が第三者と取引をする前後で規定内容を区分することの妥当性を疑問視する意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

### [意見]

- 1 意思表示に関する民法総則の規定について、組合契約の性格に即した特別の規定を整備することについては賛成である。
- 2 第三者との取引関係の発生を基準にその前後で分けて規定することについては慎重な検討を要する。

### [理由]

- 1 意思表示に関する民法総則の規定の適用を排除することについては通説的な見解の明文化であり、明確化に資するといえる。
- 2 意思表示に関する民法総則の規定の適用排除の根拠としては、第三者保護（取引の安全）のみならず、団体としての継続性という観点もあると思われる。団体としての継続性という観点を重視して組合契約の維持を認め、意思表示に無効・取消しの原因があった一部の組合員については別途脱退等を認めることや、一部無効・一部取消しを認めることにより保護するという考え方もありうる。

また、検討事項では、「事業の開始」と「第三者との取引関係の発生」を並列しているが、そのいずれもが時期として必ずしも明確とはいえないだけでなく、双方の時期が同時に到来するとは限らないようにも思われ、その解釈を巡って争いが生じるおそれがある。

## 2 組合の財産関係

組合財産は、総組合員の共有に属すると規定されている（民法第668条）が、各組合



員は持分の処分が制限され（同法第676条第1項）、組合財産の分割を請求することもできない（同条第2項）など、同法第2編（物権）の「共有」と異なり、組合員個人の財産から独立した性質を有するとされている。このような組合財産の特殊な規律を明確にする観点から、現在の通説的な理解に基づき、組合の債権及び債務について規定を明確にする方向で、更に検討してはどうか。

具体的には、①組合財産の独立性に関して、各組合員の債権者は組合財産に対して権利行使をすることができないという解釈を明文化すること、②組合の債権に関して、総組合員が共同しなければ請求することができないという解釈を明文化すること、③組合の債務に関して、組合員個人の債務とは区別して組合財産固有の債務を認める規定を設けることなどの当否について、更に検討してはどうか。

また、組合員の全員が事業者であって、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）を目的として組合の事業が行われる場合には、組合員は組合の債権者に対して連帯債務を負う旨の規定を設けるという考え方（後記第62、3(3)⑤）について、更に検討してはどうか。

このほか、組合の債務者による相殺の禁止を定める同法第677条に関して、信託法第22条を参考とする例外規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 組合の債権及び債務について規定を明確化することは賛成である。
- 2 ①組合財産の独立性に関して、各組合員の債権者は組合財産に対して権利行使をすることができないという解釈を明文化することは賛成である。
- 3 ②組合の債権に関して、総組合員が共同しなければ請求することができないという解釈を明文化することは賛成である。
- 4 ③組合の債務に関して、組合員個人の債務とは区別して組合財産固有の債務を認める規定を設けることは賛成である。
- 5 組合員の全員が事業者であって、経済事業を目的として組合の事業が行われる場合には、組合員は組合の債権者に対して連帯債務を負う旨の規定を設けることについては慎重な検討を要する。
- 6 組合の債務者による相殺の禁止を定める民法第677条に関して、信託法第22条を参考とする例外規定を設けることについては、慎重な検討を要する。

#### [理由]

- 1 通説的な見解に基づくものであり、明確化に資するといえる。
- 2 現行法が想定し、判例も認めるところであるので、明文規定を設けることは明確化に資する。
- 3 判例・学説で争いがないと考えられ、明文規定を設けることは明確化に資する。
- 4 現行法を維持するものであり、明文規定を設けることは明確化に資する。

- 5 (1) 商法511条1項を民法にとり込む趣旨の提案であるが、商法511条1項の規定自体について、連帯債務とする範囲が広すぎるとの批判がある。
- (2) 商法の規定のとり込みについては、他の規定の扱いとのバランスをとる必要がある。
- (3) 最高裁判所判決平成10年4月14日（民集52巻3号813頁）は、会社の結成した共同企業体を民法上の組合と判示した上で、共同企業体の各構成員に商法511条1項に基づく連帯債務を認めているが、本提案は構成員が会社であることを前提とする当該判例よりも射程を広げるものであり、必ずしも根拠とはならない。

- 6 (1) 信託法22条1項本文では、受託者が固有財産等（固有財産又は他の信託の信託財産）に属する財産のみをもって履行する責任を負う債務（固有財産等責任負担債務）に係る債権を有する者は、当該債権をもって信託財産に属する債権に係る債務と相殺をすることができないと定め、第三者が固有財産等に対して債権（自働債権）を有し、信託財産に対して債務（受働債権）を負担している場合に、第三者からの相殺を原則として禁止している。

この第1の例外として、信託法22条1項ただし書では、①第三者が信託財産に対して債務を負担していることにつき善意無過失であったとき(1号)、②第三者が固有財産等に対して債権を有していることにつき善意無過失であったとき(2号)に、それぞれ第三者からの相殺を認めている。

また、第2の例外として、信託法22条2項では、同法31条2項各号に掲げる要件を満たし、かつ受託者が承認した場合には、第三者からの相殺を認めている。

- (2) 信託法22条3項本文では、信託財産責任負担債務（信託財産に属する財産のみをもってその履行の責任を負うものに限る。）に係る債権を有する者は、当該債権をもって固有財産に属する債権に係る債務と相殺をすることができないと定め、第三者が信託財産に対して債権（自働債権）を有し、固有財産に対して債務（受働債権）を負担している場合に、第三者からの相殺を原則として禁止している。

この例外として、信託法22条3項ただし書では、第三者が固有財産に対して債務を負担していることにつき善意無過失であったときに、第三者からの相殺を認めている。

- (3) 上記(1)(2)の信託法の規定を参考として組合契約に相殺禁止の例外を設けるとすれば、信託財産が組合、受託者が組合員に置き換えられることになると考えられる。

この場合、組合又は組合員と取引をした第三者にとっては、自己が債権を有し又は債務を負担した相手方が組合か組合員かについて誤信した場合に、善意無過失を要件として、相殺への期待が保護される可能性があり、第三者保護の見地からは検討の余地があるといえる。

しかしながら、信託法においては、受託者は善管注意義務(信託法29条2項)、忠実義務(信託法30条)を負うほか、信託財産を固有財産等と分別して管理する義務(分別管理義務、信託法34条)をも負っており、かかる厳格な義務を負った受託者が取引を行い、かつ、受益者の利益になるか否かを判断することを前提として、上記のような相殺禁

止の例外が認められている。これに対し、組合員は、必ずしも組合及び組合財産に対して信託契約における受託者と同程度の厳格な義務を負っているとはいえないことから、信託法における規定と同程度の例外を設けることにより、組合財産に不測の損害をもたらすおそれがあることは否定できない。

### 3 組合の業務執行及び組合代理

#### (1) 組合の業務執行

組合の業務執行の方法について定める民法第670条に関しては、主に組合の意思決定の方法を定めるにとどまり、その意思決定を実行する権限（業務執行権）の所在が分かりにくいなどの問題点が指摘されていることから、例えば、各組合員は原則として業務執行権を有する旨の規定を設けるなど、現在の通説的な理解に基づき条文を明確にする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

組合の業務執行に関し、意思決定の方法に加え、業務執行権の所在についても明文化することは賛成である。

[理由]

現行民法670条は、組合の意思決定に関する規律であると解され、業務執行権の所在は条文上必ずしも明確にはなされていない。そこで、業務執行に関する組合の意思決定は組合員の過半数の決議で行うことを前提に、当該意思決定に基づく業務執行権は各組合員が有することを定めることは、現在の通説的な理解に基づくものと考えられ、実務上も業務執行権の所在が明確化するといえる。

#### (2) 組合代理

組合が対外的に法律行為を行う方法（組合代理）について、民法は業務執行に関する規定（同法第670条）を置くのみで特段の規定を置いていないため、組合代理についても同条の規定に従うべきか等をめぐって判例・学説は分かれている。この点については、近時の一般的な学説に従い、組合の業務執行とは別に組合代理に関する規定を整備する方向で、更に検討してはどうか。その具体的な規定内容については、例えば、組合代理の要件を欠いて行われた取引の相手方が保護されるには善意無過失であることを要するとの考え方に対して、組合の業務執行者の権限を第三者が確認することが困難であるとの指摘があること等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

1 組合の業務執行に関する規定とは別に、組合代理に関する規定を整備することは賛成である。

- 2 組合員が権限外の行為等を行った場合の第三者保護の規定の要件については、善意に加えて無過失を要求すべきか否かについて、慎重な検討を要する。

[理由]

- 1 組合が組合外の第三者と法律行為を行う方法及び効果の帰属について、現行民法は明確な規定をおいていない。現代社会において、組合は、映画の製作委員会、建設業における共同事業体（JV）等、さまざまな場面で用いられており、第三者との法律行為を行うことが不可欠となっている。ところが、組合において法人格は存在しない。そこで、各組合員が本人となり、相互に代理権を授与し合う際のルールを明文化するものとして、組合代理の規定を設ける必要がある。
- 2 組合代理の規定を整備する際には、組合員が、過半数決議に基づかずに代理して取引行為を行った場合、組合の内部的制限に違反して行った場合等に第三者保護規定が必要であると考ええる。

そして、その第三者保護の要件については、代理権の制限等について善意無過失の第三者に対して対抗できないとすることは、判例の考え方と整合するものと考えられる（最判昭和38年5月31日）。

しかし、他方で、一般社団法人及び財団法人法77条5項において、代表理事の権限に対する制限は善意の第三者に対抗することができないと定められているところ、前記のとおり組合が多様な場面において利用されている現状では、取引の場面において法人と組合との間に差異を設ける理由に乏しいとも考えられ、法人と主観的要件を異にすることについてはなお検討を要すると考えられる。

そこで、第三者保護の要件については無過失の要件を取引の相手方に求めるか否かについて慎重な検討が必要であると考ええる。

#### 4 組合員の変動

##### (1) 組合員の加入

組合成立後の新たな組合員の加入について、民法には規定が置かれていないが、判例・学説上、組合に新たな組合員が加入することも認められると解されている。そこで、組合員の加入に関する規定を整備し、加入の要件や加入した組合員の責任について条文上明らかとする方向で、更に検討してはどうか。

[意見]

組合員の加入に関する規定を整備し、加入の要件や加入した組合員の責任について条文上明らかとすることは賛成である。

[理由]

組合の団体的性格から組合員の加入を認める考えは、従来の通説的な解釈に沿うものであり、明文規定を設けることは明確化に資する。

## (2) 組合員の脱退

組合員の脱退に関する規定（民法第678条から第681条まで）については基本的にはその内容を維持しつつ、やむを得ない事由があっても組合員が脱退することができない旨の組合契約の定めは無効であることや、脱退前の組合債務に関する脱退した組合員の責任に関して、判例・学説において示されてきた解釈を明文化する方向で、更に検討してはどうか。

また、組合員に死亡その他の脱退の事由が生じたとき（同法第679条）であっても、当然に持分の払戻しをするのではなく、その持分を他の組合員が買い取ることができる仕組みを設けるかどうかについて、当該規定の趣旨や代替的な手段の有無にも留意しつつ、検討してはどうか。

### [意見]

- 1 やむをえない事由があっても組合員が脱退することができない旨の組合契約の定めは無効であることを明文化することは賛成である。
- 2 脱退前の組合債務に関する脱退した組合員の責任に関して、脱退した組合員が、その脱退前に生じた組合の債務について責任を負うとの解釈を明文化することは賛成である。
- 3 組合員に脱退事由が生じたときの当該組合員の持分処理方法について、持分の払戻し以外の方法を定めることは賛成である。

### [理由]

- 1 従来の判例・通説に従ったものであり（組合員が脱退することができない旨の組合契約の定めが無効であるとの点について、最判平成11年2月23日）、明文規定を設けることは明確化に資する。
- 2 従来の判例・通説に従ったものであり、明文規定を設けることは明確化に資する。
- 3 現行民法第679条第1号は組合員が死亡した場合に脱退する旨を定めているところ、この規定が強行規定であるとする点と組合員の死亡に伴って必ず持分の払戻しをしなければならず、業務の継続に支障が生じることが考えられることから、他の組合員による持分の買取りなど、持分の払戻し以外の方法が認められることにより、組合の業務の継続を円滑に進めることができると考えられる。

## 5 組合の解散及び清算

### (1) 組合の解散

組合の解散事由については、民法に定められている事由（同法第682条及び第683条）のほか、総組合員が解散に同意した場合、組合契約で定めた解散事由が発生した場合、組合の存続期間が満了した場合など、解釈上認められている事由を新たに明文化する方向で、更に検討してはどうか。

組合員が欠けた場合か、又は一人になった場合のいずれかを新たな組合の解散事由とするかどうかについては、構成員の入れ替わりが想定されている組合では、たまたま組合員が一人になった場合にも清算手続をしないで組合を存続させる必要性があるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 総組合員が解散に同意した場合を解散事由として規定することは賛成である。
- 2 組合契約で定めた解散事由が発生した場合を解散事由として規定することは賛成である。
- 3 組合の存続期間が満了した場合を解散事由として規定することは賛成である。
- 4 組合員が欠けた場合か、又は一人になった場合のいずれかを新たな組合の解散事由とするかどうかについては、組合員が一人になった場合を解散事由として規定すべきである。

[理由]

- 1 一般的に組合の解散事由として認められると解されており、規定を明確化することに異論はない。
- 2 一般的に組合の解散事由として認められると解されており、規定を明確化することに異論はない。
- 3 一般的に組合の解散事由として認められると解されており、規定を明確化することに異論はない。
- 4 組合契約を契約として整理する以上、組合員が一人になった場合は解散すると解すべきである。団体としての継続性の要請があることは否定できないが、組合は規模も形態も多様であり、継続性の要請が必ずしも妥当しない場合もある。継続性の要請のみをもって「契約」の概念を崩すべきではない。

たまたま組合員が一人になった場合にも清算手続をしないで組合を存続させる必要性が指摘されていることについては、残った組合員が当該組合を存続させる意思を有していると認められる場合の手当て（組合員が一人になり、かつ一定期間内に新たな組合員の加入がないことを解散事由とするなど）を行うべきと考える。

(2) 組合の清算

組合契約の無効又は取消し（前記1(2)）に関する規定の整備の一つとして、その効力は将来に向かってのみ生ずることを明文化するという考え方が提示されているが、これと併せて、組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定したことを新たな清算原因として規定するという考え方も提示されている。このような考え方の当否について、判決の確定を要件とするのは他の清算原因との平仄が取れていないという指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、清算人を選任して清算事務を行わせる場合(民法第685条第1項後段)における清算人の職務権限については、判例・学説上、各清算人は清算事務の範囲内で全ての組合員を代理する権限を有するとされており、これを明文化してはどうか。

[意見]

- 1 組合契約の無効又は取消しの効力は将来に向かってのみ生ずることを明文化することは賛成である。
- 2 組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定したことを新たな清算原因として規定することは反対しないが、当該認容判決が確定した場合が解散原因である事業の成功の不能に該当するとの解釈が採られるのであれば別途清算原因として追加する必要はない。
- 3 清算人が清算事務の範囲内で全ての組合員を代理する権限を有することを明文化することには賛成である。

[理由]

- 1 組合には複数の組合員が関与するだけでなく、その有する団体性から、多数人との間で利害関係を生ずることが予想される。かかる組合契約の無効又は取消しの効力が過去に遡るとした場合、多数の利害関係人に与える影響は大きく、法的安定性を害すると考えられ、将来効を認めることが妥当である。
- 2 「組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定した場合には、解散原因である事業の成功の不能に該当する」との考え方があられる。かかる解釈が採られるのであれば、解散原因に該当することから、清算原因としては追加する必要がなくなる。
- 3 判例法理(大審院判決大正14年5月2日(大審院民事判例集4巻238頁))を明文化するものであり、学説上も争いがないと考えられるため、妥当である。

## 6 内的組合に関する規定の整備

内的組合は、構成員相互の間の契約に基づき共同して事業を行う点で民法上の組合と共通するものの、事業活動に必要な全ての法律行為を一人の組合員が自己の名で行い、組合財産も全てその組合員の単独所有とする点で組合とは異なる性質を持つものとして、判例・学説上、その存在が認められている。しかし、民法にはその規定が置かれていない。

そこで、内的組合に関する規定を新たに設けるかどうかについて、規定を設ける必要性として、内的組合に関する法的関係が明確に示されるというメリットが指摘される一方で、許可事業等に関する規制を回避する受皿として濫用されるおそれがある等のデメリットも指摘されていることから、実務に与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

内的組合について民法上規定を設けることについては、慎重な検討を要する。

[理由]

規定の準用のしかたによっては組合の債権者が他の組合員に対して請求できなくなるおそれがあるなどの影響が考えられる。その場合、組合は組合財産について十分な公示方法がないことから、内的組合と一般的な民法上の組合とのメルクマールを明確化することが要求される。また、内的組合と匿名組合との関係整理についても検討する必要がある。

#### 第54 終身定期金

終身定期金契約については、実際にはほとんど利用されていない契約類型であると言われる一方で、終身性や射倖性のある契約の有効性を確認し、様々な無名契約を締結する手掛かりとなり得るといふ意義がある等の指摘がされていることを踏まえて、これを削除しない方向で、更に検討してはどうか。

その上で、規定の在り方については、その存在意義にふさわしい規定内容とするための必要な見直しを行うべきであるとの意見があり、具体的に、①有償の終身定期金契約を中心に規定を再編成する（部会資料18-2第2, 2 [28頁]）、②特殊な弁済方法の一つとして、終身定期金としての不確定量の弁済の規定を設ける（同3 [34頁]）、③終身定期金契約に代わる新たな典型契約として「射倖契約」の規定を設ける（同4 [35頁]）、④現在の枠組みを基本的に維持した上で、使いやすいものとするための必要な見直しを行う等の考え方が示されている。このような考え方を踏まえつつ、終身定期金契約の規定の在り方について、更に検討してはどうか。

##### 1 終身定期金を典型契約として維持するか否か

[意見]

終身定期金を典型契約として維持することには反対する。削除の可能性も含めて社会的必要性を考慮して検討すべきである。

[理由]

これまで国民に利用されず、今後も利用されとは思えない契約を典型契約として残す必要はなく、典型契約として残すことによって、解釈の指針としての意味を持たせるという事は現実にはない。

一般に、国民は終身定期金という契約形態になじみがなく、そのような典型契約の規定があるということすら知られていない現状に鑑みると、終身性や射倖性のある契約の有効性を確認し、様々な無名契約を締結する手掛かりとなり得るといふ意味は現実には存しない。

##### 2 終身定期金の規定の在り方

[意見]

(1) 有償の終身定期金契約を中心に規定を再編成することには反対する。



- (2) 特殊な弁済方法のひとつとして、終身定期金としての不確定量の弁済の規定を設けることには反対する。
- (3) 終身定期金契約に代わる新たな典型契約として「射倖契約」の規定を設けることには反対する。
- (4) 現在の枠組みを基本的に維持した上で、使いやすいものとするための必要な見直しを行うことには反対しない。

[理由]

- (1) これまで国民に利用されず、今後も利用されとは思えない契約を典型契約として残す必要はない。
- (2) このような規定を新たに設けることについては、特約の付された契約の性質や特約との関係、終身定期金の「元本」の概念等についてさらに慎重な検討が必要である。
- (3) 終身定期金契約に代わる新たな典型契約として射倖契約の一般的な規定を設ける必要性は低い。
- (4) 典型契約として残すだけの社会的必要性等に十分配慮しつつ、使いやすいものにするという限りにおいて見直しを行うのであれば、典型契約として残す意味がないとはいえない。

## 第55 和解

### 1 和解の意義(民法第695条)

和解の要件のうち当事者の互譲については、和解の中心的な効力である確定効(民法第696条)を与えるのが適当かという観点から、その存否が緩やかに判断されており、また、当事者の互譲がない場合であっても、争いをやめることを合意したのであれば、当該合意は確定効が認められる無名契約となることから、要件とする意義が乏しいとの指摘がある。このような指摘を踏まえて、和解の要件として当事者の互譲を不要とすべきかどうかについて、当事者の互譲は、和解の確定効を正当化する要素(特に権利変動を生じさせることを正当化する要素)として重要であるとの指摘や、当事者の互譲によって、和解の成立が促進されているという実務上の意義があるとの指摘にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、書面によらずに締結された和解契約を無効とする旨の規定を設けることの要否についても、検討してはどうか。

[意見]

和解の要件としての「互譲」を残すべきである。

[理由]

互譲の要件は実務上非常に緩やかに解されており、その意味で、当該要件自体不要であるとの考え方にも一理有ると言える。

しかし、「和解」である以上、理念的には互譲が要求されるべきである。理念的には、請求の認諾や放棄、取下げと区別する概念として互譲が要求されるべきである。また、実務においても、和解がなされる場合には、非常に薄い譲歩であったとしても、当事者が互いに何らかの譲歩をして心理的にも納得したからこそ和解が成立しているというのが実情であり、このような意味では互譲を和解の要件とすることも実務に沿っている。

## 2 和解の効力(民法第696条)

### (1) 和解と錯誤

和解の確定効(民法第696条)は、紛争の蒸し返しを防止する機能を有するが、他方で、理由のいかんを問わず常に和解の確定効が認められるのは適当ではないため、どのような範囲で和解の確定効を認めるかという点が問題となる。この点について、判例・通説は、①争いの目的となっていた事項については錯誤による無効主張(同法第95条)は認められないが、②争いの目的である事項の前提又は基礎とされていた事項、③①②以外の事項については錯誤による無効主張が認められ得るなどとしているが、このように錯誤による無効主張が制限される場合があるのは、和解契約の性質から導かれる錯誤の特則であるとの指摘がある。このような指摘を踏まえて、錯誤による和解の無効の主張をすることができる範囲を条文上明確にすべきかどうかについて、適切な要件を設けることが困難であるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

規定を設ける場合の具体的な在り方については、当事者の一方又は双方が争いの対象となった事項にかかる事実を誤って認識していた場合であっても、錯誤による無効主張又は取消しの主張をすることができない(前記第30、3(4)参照)とする旨の規定を設けるべきであるという考え方や、当事者は争いの対象として和解によって合意した事項について、その効力を争うことができない(ただし、公序良俗違反や、詐欺劇強迫の規定の適用についてはこの限りでない。)とする規定を設けるべきであるという考え方等、錯誤の主張が認められない範囲を明確にする方向からの規定を設けるべきとの考え方が提示されているが、錯誤の主張が認められる範囲を明確にする方向からの規定を設けることの要否も別途検討課題となるとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 争いの対象となった事項について、錯誤による無効主張又は取消しの主張をすることができないとする旨の規定を設けるべきとの考え方に特段反対しない。
- 2 規定の仕方については、明確な規定内容となるのであれば、具体的文言については特段こだわらない。

### (2) 人身損害についての和解の特則

当事者が和解時に予見することができず、和解で定められた給付と著しい不均衡を生

ずる新たな人身損害が明らかになった場合には、当該損害には和解の効力が及ばない旨の規定を設けるべきかどうかについては、個別の和解契約の解釈の問題であるから一般的な規定を設けるのは適当でないという指摘や、事情変更の法理を不当に広く認めることになりかねないという指摘等がある一方で、規定を設けることに積極的な立場から、人身損害についての特則ではなく財産的損害にも適用される規律とする必要があるとの指摘があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

当該規定を設けることには賛成である。もっとも、当該規定を設ける際には、以下の点に留意し、文言等について慎重に検討するべきである。

- ① 「予見不可能」という要件は、抽象的予見可能性ではなく、和解時点で具体的に予見出来なかったことを意味するものであること。
- ② 和解契約書において、具体的後遺症を列挙してこれに関する損害賠償請求権を放棄する旨の記載がなされていたとしても、それが当事者（特に被害者）の真意を反映していないと認められる場合には、当該後遺症に関して和解の効力が及ばないとの結論を導くことが可能であること。
- ③ 「人身損害」以外の深刻な後発損害についても和解の効力が及ばないとの解釈を可能とするものであること。

[理由]

- 1 当該規定を設けることに賛成する理由は以下のとおりである。

交通事故直後の和解締結時には予測していなかった後遺症について、従前の判例の枠組みでは、当事者の意思解釈の問題とし、和解時点で当該後遺症を予測出来なかった場合には、当該後遺症による損害賠償請求権については和解の効力が及ばないという考え方になる。

かかる解決の枠組みは、当事者の意思解釈の問題とすることにより、訴訟の場面では、事案に応じた妥当な解決を柔軟に導くことが出来るというメリットが有る。

もっとも、他方、事前の規範としては不明確であるために、訴訟の手前で断念せざるを得ない被害者も多く発生していると考えられる。

例えば、交通事故の場合、保険会社は専門家である一方、被害者は本人が対応する場合には素人である。被害者は一般に、早く治療費等の金銭が欲しいと考えることが多い。示談金の交渉をするに際しても、現に顕在化している症状・損害を積み上げて示談金を要求するほかない。他方、保険会社は、示談金以外の請求権を一切放棄する条項を示談書に挿入することを主張し譲らないことが多い。その結果、現に顕在化している損害を前提として示談金を貰うにもかかわらず、その代わりにその余の一切の請求を放棄する旨の条項を挿入した示談書を締結するほか被害者の採るべき途は無く、後日新たな損害が判明しても、裁判例を知らないこともあり、当該条項を楯にされて追加請求を断念す

るケースが多いと考えられる。

この状況は、被害者に代理人が就いたとしてもさほど変わらない。保険会社やその代理人は、いずれにせよ、顕在化した損害を元に算定した示談金を支払うことと引き換えにその余の一切の請求権を放棄する条項を示談書に挿入することを譲らない。そのため、代理人が裁判例を認識していたとしても上記同様の示談書を締結することになり、その後、後遺症が判明した際にも、追加請求にかかる労力・コストを考えると請求を断念せざるを得ないケースも多いと考えられる。

したがって、和解時に予測出来なかった損害について、上記のような明文規定を設けて予め規範を明確化することにより、当該規定の存在を前提とする示談交渉が行われ、後発損害についても請求がし易くなるという効果が有り、規定を設けることには賛成である。

- 2 他方で、柔軟な解決が可能であるという従前の枠組みのメリットを没却しないよう、当該規定を設けることにより、運用がかえって硬直化したり、新たな争点ないし問題を増やすようなことがないよう留意する必要がある。

たとえば、研究会試案では「和解時に予見することができ」なかった損害が対象になるとされている。しかし、ここでいう予見可能性が「抽象的な」予見可能性を指すと解釈され、その解釈が示談交渉の道具として用いられ、その結果、素人の被害者の後発損害に関する請求を交渉段階で封じ込めてしまう余地を残すようなら問題である。和解時点でも抽象的には死亡を含むあらゆる損害が予見可能であったと言えるからである。ここで言う予見可能性はあくまで、具体的な予見可能性を指すものでなければならず、その旨が明記されるべきである。

具体的な予見可能性を指すことが明記されたとしても、その際には、示談書の中に、個別具体的な後遺症を多数列挙し、それらの後遺症を含む全ての損害について請求権を一切放棄する旨の文言が挿入されることが考えられる。これにより、後日、和解時点では予測していなかったほどの深刻な後遺症が発生した場合でも、その後遺症が示談書で予め具体的に放棄された後遺症に該当し、和解時に具体的に予見可能な損害であったとして被害者による追加請求を封じ込めるための道具として用いられる恐れがある。このような場合でも、その示談書が、当事者（特に被害者）の真意に基づくものではない場合には、後日の追加請求が認められる仕組みでなければならない。

また、和解時には具体的に予測できなかった深刻な「物的損害」についても、救済の必要が生じる場合はありうる（たとえば、時代の変遷により生じた新たな損害として、土壌汚染問題など）。当該「人身損害」に関する規定が反対解釈され、深刻な「物的損害」に関する救済の途を閉ざすものであってはならない。

- 3 なお、大阪弁護士会内では、当該規定を強行規定とし、和解時に予測できなかった人身損害についてはそもそも請求権を放棄出来ないと解するべきとの見解もあった。

## 第56 新種の契約

### 1 新たな典型契約の要否等

民法で定められている典型契約について、同法制定以来の社会・経済の変化や取引形態の多様化・複雑化などを踏まえ、総合的な見直しを行い、現在の13種類の契約類型で過不足が無いかどうか、不足があるとすれば新たに設けるべき契約類型としてどのようなものがあるかを検討する必要性が指摘されている。このような問題意識を踏まえ、既に個別的な論点として、ファイナンス・リース（後記2）のほか、準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定（前記第50）などが取り上げられているが、このほか、典型契約として新たに定めるべき契約類型の有無及びその内容について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 現行民法の典型契約につき、過不足の有無、新たに設けるべき典型契約の有無及びその内容について検討することに賛成する。

その際には、過不足の有無だけでなく、既存の典型契約の削除も検討すべきである。

- 2 仮に新たに典型契約を創設する場合には、以下の点に留意すべきである。
  - (1) 民法が市民社会における一般法であることに鑑み、典型契約となるべき類型は、あらゆる市民が契約当事者（両当事者）となる可能性のあるものであること。
  - (2) 現代において、既に契約類型として一般化しているものであること。

### 2 ファイナンス・リース

ファイナンス・リースに関しては、現代社会において重要な取引形態として位置づけられること、民法の典型契約のいずれか一つに解消されない独自性を有していること等を指摘して、これを典型契約として規定する必要があるとする意見がある一方で、その多くが事業者間取引であること、税制や会計制度の動向によって利用状況が左右される取引類型であること等を指摘して典型契約化の必要性を疑問視する意見や、仮に現在の実務と異なる規定内容となった場合の実務に与える影響を懸念する意見、典型契約とする場合にはユーザーを保護する必要性の高い類型のものがあることにも配慮すべきであるとする意見など、様々な意見がある。これらの意見に留意しつつ、ファイナンス・リースを新たな典型契約として規定することの要否や、仮に典型契約とする場合におけるその規定内容（部会資料18-2第4, 2(2)以下〔45頁以下〕参照）について、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 ファイナンス・リースを民法の典型契約とすることには反対する。
- 2 仮に典型契約化を検討する場合には
  - (1) 利用者の供給者に対する権利など利用者保護に配慮した規定をおく必要がある。
  - (2) 利息制限法の適用の拡張や割賦販売法等の規制立法を潜脱する道具としてファイナンス・リースの法形式が濫用的に利用されることを防止するための規制をあわせて行う必要がある。

[理由]

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関わる問題であるが、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・リースは異質である。

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いわざるをえない。

3 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としても、クレジット、医療、旅行、在学契約などファイナンス・リース以上に重要かつ一般化している契約類型が他に多く存在する。これらのより重要かつ一般化している契約類型ですら民法典に規定されていないにもかかわらず（より重要かつ一般化している契約類型である信託や保険でさえ単行法で規律されているにすぎないにもかかわらず）、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 本来的なファイナンス・リース契約を想定して民法に規定を設けても、大企業向けのリースの場合には当事者で取り決める契約内容により規律されるので、民法の規定が利用される場面は極めて限られたものとなる。その結果、民法の規定は、契約内容が不明確で、不当な勧誘方法が多く見られる消費者リースと事業者用の提携リース（小口リース）の紛争解決に使用されるということになる。そうすると、民法の規定が個別クレジットの法規制等を回避するためのツールに墮する危険がある。

5 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）、事業者リースについても、提携リース（「小口リース」ともよばれる。）の多くが、割賦販売法・消費者契約法の適用を回避した中小企業を対象とした訪問販売のための販売信用であり、虚偽説明に基づいた勧誘や、強引な勧誘で数多くのトラブルを招いているという実態など）がある。ファイナンス・リースの典型契約化には利息制限法や割賦販売法等による規制の潜脱防止や被害救済のための手当を同時に行うことが不可欠であるが、かかる議論はまったくなされていない。

6 また、提携リースは、「個別クレジット+所有権留保」と紙一重である（なお、セール・アンド・リース・バックは譲渡担保と紙一重である。）。与信取引の規制や担保法（非典型担保。さらには倒産法）との関係を同時に議論すべき事柄であって、部分的な

「契約ルール」を定めることは妥当でなく、むしろ有害である。

- 7 会計原則の変更により、事業者間のリース契約自体の合理性自体に疑問が生じ、現在市場も縮小する傾向を見せている。このような時期に、あえて典型契約に加えるというのは時機を失している。
- 8 以上のとおり、ファイナンス・リースには検討・解決すべき事項が多数存在しており、民法の典型契約として、解釈指針となる程度の基本形のみを規定するのでは不十分であると言わざるを得ない。

## 第57 事情変更の原則

### 1 事情変更の原則の明文化の要否

判例が認める事情変更の原則を明文化するという考え方に関しては、濫用のおそれが増加すること、個別具体的な事案に応じて信義則や契約解釈により柔軟に解決する方が望ましいことなどを理由に明文化に否定的な意見がある一方で、濫用防止のためにも明文化により適用範囲を明確にすべきであること、信義則の具体的内容を明らかにする趣旨で明文化の方が分かりやすく望ましいこと、弱者保護に資する可能性があることなどを理由に明文化に肯定的な意見があった。また、明文化に当たって留意すべき点として、適用場面が、事情の変更による契約目的の到達不能の場面か、経済的不能や双務契約における等価関係の破壊の場面かで性質に違いがあるという意見、労働契約への適用を否定すべきであるなど、契約類型の違い等に応じて、この原則の適用の可否や適切な要件・効果が異なり得るという意見、限定的に適用されることを要件だけでなく名称によっても表現すべきであるという意見等があった。これらを踏まえて、判例が認める事情変更の原則の明文化の要否について、明文化が取引実務に与える影響、契約目的の到達不能や経済的不能等の具体的な適用場面を踏まえた要件・効果の在り方、濫用防止の観点等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

#### [意見]

事情変更の法理（あくまで極めて例外的な場合に適用される法理であることから、事情変更の原則とは記載せず、「事情変更の法理」と記載する。以下、同じ。）を明文化することには反対である。仮に事情変更の法理が認められることを明文化するとしても、一般原則として認められうることを示すことで十分である。

#### [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），かかる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<sup>1</sup>。

このうち、最判昭和 29 年 1 月 28 日、最判昭和 56 年 6 月 16 日及び最判平成 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取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 卷 613 頁の 1 件のみである。この点において、権利濫用の原則（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、いわば異例ともいえ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がたいし、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 (1) 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）が変更したが故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、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、この点も同法理の乱発的な主張に拍車を掛けかねないといえる。

<sup>1</sup> 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 卷 1 号 28 頁、最判昭和 29 年 2 月 12 日民集 8 卷 2 号 448 頁、最判昭和 30 年 12 月 20 日民集 9 卷 14 号 2027 頁、最判昭和 31 年 4 月 6 日民集 10 卷 4 号 342 頁、最判昭和 31 年 5 月 25 日民集 10 卷 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 卷 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 卷 6 号 2452 頁



(2) なお、法制審での審議において、信託法 150 条が濫用されているとは聞いておらず、民法に事情変更の法理を規定した場合における濫用の危険を重視すべきかは疑問があるとの意見がある。

しかしながら、信託法 150 条は、受益者の利益のために、信託事務の処理に関し第三者への委託を可能にする等の信託の変更を行う場合に適用される条文であって（「受益者の利益に適合しなくなるに至ったときは……信託の変更を命ずることができる。」）、委託者や受託者が自らの利益のために適用を主張するものではない。あくまで受益者の利益のために適用されるものである。また、同条は、信託行為（信託契約や遺言信託）の変更を行うものであって、受託者と第三者間の契約の変更を意味するものではなく、受託者の相手方当事者から適用が主張されるものでもない。そのため、信託法 150 条の適用が主張される事案では、自らの利益を図るために同条文が濫用的に主張されるということがそもそも想定しにくいのである。すなわち、信託法 150 条の適用の場面は受益者の利益という同一方向に向かったベクトルの適用場面であるのに対し、民法における事情変更の法理の適用場面は契約当事者の相対立する利益というまさにベクトルが対立する場面であり、明らかに利益状況が異なっているのである。

したがって、信託法 150 条の濫用事例を聞かないからといって民法に事情変更の法理を規定しても濫用の危険が生じないかの意見には大いに疑問がある。

(3) 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、事情変更の法理の効果として、検討事項において紹介されているような、再交渉義務を規定すべきとの考え方や再交渉の申し出がされた場合には履行請求権の行使が制限されることを規定すべきとの考え方を採用する場合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くかざるをえないため、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、履行請求権の行使が制限されるもの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、実体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未だ不明な点が多い。

(4) 事情変更の法理については、法制審議会の議論においても発言者それぞれによってイメージする場面が異なっているように思われ、またこのような制度につき、他の制

度との適用範囲の切り分けを明文で明確に行うことも困難と思われる。

例えば、債務者の責に帰すべからざる事由によって履行不能となった事案や経済的不能の事案（履行可能だが契約どおりの履行を強いることが過酷な場合）、いわゆる等価関係破壊の事案、契約目的不達成の事案等それぞれについて、事情変更の法理の規律によるのか、それとも履行不能の規律によるのか、それとも錯誤の規律によるのか、そもそも契約内容の確定の問題なのか等、これらを明文で明確に切り分けられるのか疑問である。

- 4 以上のとおり、事情変更の法理は、その適用範囲がごく限られている一方で、要件の明確な切り分けが困難であり、また、その効果について事案に応じた具体的妥当性を図るべく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って、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、一般原則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）。

- 5 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、事情変更の法理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。<sup>2</sup>

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。<sup>3</sup>

## 2 要件論

判例が採用する事情変更の原則の要件（部会資料 19-2 第 2, 2①から④まで [16

<sup>2</sup> 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

<sup>3</sup> 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。

頁] 参照) を明文化する考え方に関しては、重複する要件は一つにまとめるべきであるという意見があったのに対して、この原則が限定的にしか適用されないことを明らかにするため、可能な限り必要な要件を抽出して条文上明確にすべきであるという意見があり、また、例外的に適用されることを明確にする観点から、この原則と併せて、事情が変更しても契約は履行されるべきであるという原則を定める必要があるという意見等があった。これらの意見を踏まえて、前記1に関する議論及び他の法制上の契約変更に関する法理との整合性に留意しつつ、要件の在り方について、更に検討してはどうか。

[意見]

そもそも事情変更の法理を明文化すること自体に反対である。

[理由]

第57の1に対する意見に記載したとおりである。

なお、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。

- 1 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、要件を明文化することは、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って妥当でない。

事情変更の法理の要件は、一般に、次のように整理されている。

すなわち、① 契約成立時にその基礎とされていた事情が変更したこと、② 契約締結時に当事者が事情の変更を予見できなかったこと、③ 事情の変更が当事者の責めに帰することのできない事由により生じたこと、④ 事情変更の結果、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められることの4つである。

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いえるが、④の要件による信義則に従った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。④の要件の①から③の要件との異質性は、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である。

なお、基本方針が提示する要件につき、〈ア〉の要件について、「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、従来の通説の要件である「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。

また、このことから、事情変更の法理を明文化することにも反対である。

2 その他、事情変更の法理の適用場面としては、従来の学説において、経済的不能の場面が考えられてきたところ（五十嵐清「事情変更の法理の再検討」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、事情変更の法理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り、その点でも同法理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。

3 なお、事情変更の法理が法理として存在することは疑いのないところであるから、濫用のおそれが生じないよう、適切な要件を設定できるのであれば、明文化に賛成するとの意見もあった。

これに対しては、要件を限定した場合には事情変更の法理が有する一般条項としての柔軟性が失われるため明文化するとしても一般原則として同法理が認められることを示す程度で十分であるという意見や、上記のとおり、やはり適切な要件設定自体が困難ではないかという意見があった。

### 3 効果論

#### (1) 解除、契約改訂、再交渉請求権・再交渉義務

事情変更の原則の効果に関しては、解除を認める考え方や、裁判所による契約改訂を認める考え方がある。また、再交渉請求権・再交渉義務を規定すべきであるとの考え方などがある。このような考え方に対しては、いずれも賛成する意見がある一方で、履行の強制を阻止できる旨を定めることにとどめるべきではないかという意見、再交渉請求権・再交渉義務について、当事者による紛争解決が硬直化するおそれがあるという意見や、効果ではなく解除等の手続要件とすべきではないかという意見、解除について、債務不履行解除による処理に委ねれば足りるという意見、裁判所による契約改訂について、裁判所による適切な契約改訂の判断が實際上可能か否か等の観点から反対する意見が、それぞれあった。また、解除に関しては、解除に当たり金銭的調整のための条件を付することができる旨の規定を設ける考え方について、金銭的調整になじまない契約類型があることに留意すべきであるという意見があった。これらの意見を踏まえて、事情変更の効果として履行の強制の阻止、再交渉請求権・再交渉義務、解除、契約改訂を認めるべきか否かについて、前記1及び2に関する議論及び他の法制上の契約変更に関する法理との整合性等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

そもそも事情変更の法理を明文化すること自体に反対である。

[理由]

第57の1に対する意見に記載したとおりである。

なお、仮に効果として解除のみを規定するとの考え方を採用したとしても、要件の切り分けが困難であるとの課題は解消されないままである。

1 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、一方当事者の改訂案に裁判所が拘束される仕組みが紹介されているが、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き、一律に優劣関係を定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。

2 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。

## (2) 契約改訂の法的性質・訴訟手続との関係

裁判所による契約改訂を認める場合における手続的な条件等について、更に検討してはどうか。

[意見]

そもそも、事情変更の法理の明文化に反対である。

[理由]

第57の1に記載したとおりである。

## (3) 解除権と契約改訂との相互関係

事情変更の原則の効果として解除と裁判所による契約改訂の双方を認める場合における両者の優劣関係について、更に検討してはどうか。

[意見]

そもそも、事情変更の法理の明文化に反対である。

なお、前述したとおり、濫用のおそれが生じないよう、適切な要件を設定できるのであれば、明文化に賛成するとの意見を有する会員においても、裁判所による契約改訂については消極的である。

## 第58 不安の抗弁権

### 1 不安の抗弁権の明文化の要否

不安の抗弁権の明文化の要否に関しては、この抗弁権を行使された中小企業等の経営が圧迫されるなど取引実務に与える影響が大きいこと、この抗弁権が必要となるのは限定的な場面であり裁判例を一般的に明文化すべきでないことなどを理由に反対する意見があった一方で、特に先履行義務者にとっては、反対給付を受けられない具体的なおそれがあるにも関わらず、先履行義務の履行を強制させられることとなり酷であること、消費者保護に資する可能性があること、明文化により適用範囲を明確にすることで取引の予測可能性が増す可能性があることなどを理由に賛成する意見があった。このような意見を踏まえて、不安の抗弁権の明文化の要否について、取引実務に与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

要件が適切かつ厳格に規定されることを前提に不安の抗弁権を明文化することについては反対しない。

[理由]

不安の抗弁権は、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」(『新版注釈民法(13)(補訂版)』595頁)とされているに過ぎない。また、中小企業にとって、不安の抗弁権を行使されることにより資金繰りが立ちゆかなくなり、倒産に直結してしまうリスクがある。さらに、不安の抗弁権を明文化することにより、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)や担保提供の圧力が強まり、ひいては事業の再建に対して重大な支障を及ぼすおそれもある。それに、不安の抗弁権の明文がないことによって、当該抗弁権を行使しようとする者において行使に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の意見もある。

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、不安の抗弁権の行使を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。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、現行民法の起草者は、不安の抗弁権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及び民法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。濫用の危険についても、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、不安の抗弁権を明文化することに対して、積極的に反対する理由はないと考える。

## 2 要件論

不安の抗弁権の適用範囲その他の要件に関しては、先履行の合意がある場合に限り適用を認めるという考え方について賛否両論があったほか、取引実務に悪影響を与えるという観点から、契約類型の特徴等をも考慮して適用範囲を限定する必要があるという意見や、事情変更の原則と同様の厳格な要件設定が必要であるという意見、契約締結前に相手方の信用不安事情が生じていた場合への適用を認めるべきではないという意見等があり、これに対して、これらの意見よりも適用範囲や要件を緩やかに捉える傾向の意見もあった。これらの意見を踏まえて、①適用範囲を債務者が先履行義務を負う場合に限定するか、②反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を事情変更の原則と同様に限定的にすべきか、③反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じた場合においても一定の要件の下で適用を認めるべきかという論点を含めて、不安の抗弁権の適用範囲その他の要件について、更に検討してはどうか。

#### [意見]

- 1 適用範囲については、債務者が先履行義務を負う場合に限定すべきである。
- 2 反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を限定的に考えるべきである。
- 3 契約締結前に発生していた事情については、限定的な要件のもとであれば、不安の抗弁権の適用を認めることに反対しないが、債務者が契約締結時にそのことを知らなかったことに合理的な理由がある場合という要件よりもより限定的にする方向で検討すべきである。
- 4 不安の抗弁権のその他の要件として、当該事情が予期することができなかったことを要件とすべきである。

#### [理由]

- 1 確かに、不安の抗弁権の理論的根拠を反対債権の危殆化ととらえると、先履行義務がある場合に限定されなくなる。しかし、不安の抗弁権の要件は厳格に規定されるべきであるところ、実際に不安の抗弁権が問題となるのは先履行義務がある場合であり、先履行義務がない場合に、同時履行の抗弁権以外に不安の抗弁権を認める実益が不明である。よって、不安の抗弁権の適用範囲については、先履行義務がある場合に限定すべきである。
- 2 現行法上、不安の抗弁権は明文がないことから、要件・効果が必ずしも明らかではなく、濫用されることも少なかったが、一度、不安の抗弁権が濫用されると、相手方と与える影響は甚大である。したがって、反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情は限定的に考えるべきである。
- 3 異時給付は、相手方の財産状態が健全であり先履行が当事者の一方に不利益となるものではないとの信頼に基づくものであり、かかる信頼の前提事実が異なるのであれば、異時給付を貫徹する必要性は乏しい。また、錯誤や詐欺等による処理の場合、契約が無効や取消となるが、不安の抗弁権での処理を可能とすれば、契約の効力を維持することができるため、解決のバリエーションが広がることになる。  
もともと、上述のとおり、不安の抗弁権の適用範囲については限定的に解すべきであり、先履行義務者としても、先履行義務を負うということからすれば、ある程度のリスクを負うことについて予期していたと解される。そのため、契約締結前に発生していた場合であっても、債務者が契約締結時にそのことを知らなかったことに合理的な理由があるといった要件で十分か否かについては疑義がある。したがって、かかる要件について、より限定的にする方向で検討すべきである。
- 4 一方当事者が資力不足等になることが両当事者において予期することができていた場合においては、当該リスクは債務者が負うべきであり、不安の抗弁権を認める必要性がない。

### 3 効果論



不安の抗弁権の効果として、債務者が債務の履行を拒絶することができ、その場合に債務者は債務不履行に陥らないことを明確にするものとしてはどうか。さらに、担保提供の請求等を経た上での解除をも認めるという考え方に関しては、濫用のおそれがあるという指摘や、反対債務の履行期到来後の債務不履行による解除を認めれば足りるという指摘等があることを踏まえて、取引実務における必要性やこれに与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。このほか、相手方が反対給付について弁済の提供をした場合や相当の担保を提供した場合には、履行拒絶等の不安の抗弁権の効果が認められない旨を明文化すべきであるという考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

[意見]

- 1 不安の抗弁権の効果として、債務者が債務の履行を拒絶することができ、その場合に債務者は債務不履行に陥らないことを明確にすることには賛成である。
- 2 不安の抗弁権の効果として、担保提供の請求等を経た上での解除をも認めることには反対である。
- 3 相手方により弁済の提供や相当担保の提供がなされた場合、不安の抗弁権の効果が認められない旨を明文化することには賛成である。

[理由]

- 1 不安の抗弁権を明文化するのであれば、その要件のみならず効果も明確化すべきである。そこで、不安の抗弁権の効果として、債務者が債務の履行を拒絶することができ、その場合に債務者は債務不履行に陥らないことを明確にすべきである。
- 2 上述のとおり、不安の抗弁権の適用範囲は限定的に解すべきである。したがって、その効果についても限定的に解すべきこと、また、相手方がいまだ債務不履行をしたわけではないことからすれば、不安の抗弁権の効果として解除まで認める必要性に乏しいと解する。
- 3 弁済の提供や相当担保の提供がなされた場合は、もはや不安の抗弁権の効果を認める必要性がない。濫用を防止する観点からも、かかる場合は不安の抗弁権の効果が認められない旨規定すべきである。

## 第59 契約の解釈

### 1 契約の解釈に関する原則を明文化することの要否

民法は契約の解釈を直接扱った規定を設けていないが、この作業が契約内容を確定するに当たって重要な役割を果たしているにもかかわらずその基本的な考え方が不明確な状態にあるのは望ましくないことなどから、契約の解釈に関する基本的な原則（具体的な内容として、例えば、後記2以下参照）を民法に規定すべきであるとの考え方がある。これに対しては、契約の解釈に関する抽象的・一般的な規定を設ける必要性は感じられないとの指摘や、契約の解釈に関するルールと事実認定の問題との区別に留意すべきであるなど

の指摘がある。これらの指摘も考慮しながら、契約の解釈に関する規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

## 1 契約の解釈に関する規定を設けることの当否

[意見]

反対しない。

[理由]

契約の解釈の重要性について異論はない。しかし、他方で契約の解釈に関する規定がない現行民法で特に不都合が生じていることもない。それゆえ、本提案の賛否は、規定の具体的内容によると言わざるを得ない。

事実認定との区別について、契約の解釈は、当事者の真意等の事実の確定の後に来るべきものであるところ、明文化に際し、両者の区別に留意すべきことについて賛成する。

## 2 契約の解釈に関する基本原則

契約の解釈に関する基本的な原則として、契約は、当事者の意思が一致しているときはこれに従って解釈しなければならない旨の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。他方、当事者の意思が一致していないときは、当事者が当該事情の下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するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、上記の原則によって契約の内容を確定することができない事項について補充する必要がある場合は、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はこれに従って契約を解釈するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

### 1 当事者の意思が一致しているときはこれに従って解釈しなければならない旨の規定を設けることの当否

[意見]

賛成する。

[理由]

契約の両当事者の意思が一致している場合に、他の解釈を押し付ける理由はないから、本提案は妥当である。また、本提案の規定だけでは明文化する必要性は少ないが、他の解釈基準を定める場合には出発点として明文化する意味はある。

### 2 当事者の意思が一致していないときは、当事者が当該事情の下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するという規定の当否

[意見]

反対する。当事者の意思が一致していないときは、契約当事者と同種の合理人を基準に解釈する旨の規定を設けるべきである。

[理由]

「当事者が当該事情の下において合理的に考えるならば理解したであろう意味」は仮定に立ったうえで存在しないものを想像するという作業になり、判りにくい。他国の立法例では合理人基準が多く、その方が簡明である。そもそも具体的当事者の共通の意思がない場面であるにもかかわらず具体的当事者の意思に根拠を求めるのは無理がある。また、本提案の基準と合理人基準とでは実際上の差があるのか疑問であり、あえて判りにくく、かつ、立法例を見ない本提案の基準を採用する意味を見出し難い。さらには、提案の基準では一部の売買において、国内取引と国外取引とで解釈基準が異なる結果を招く。翻って紛争の解決指針として考えた場合、当事者に「Aと考えるべきであった」とするより「一般的にはAと考えられる」とする方が、押し付け感が少なく受け容れやすいと思われる。したがって、この場面では同種の合理人を基準に解釈する旨の規定を設けるべきである。

### 3 契約の内容を確定できない事項について補充する必要がある場合は、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はこれに従って解釈するという規定の当否

[意見]

反対しないが、この規定で補充できないときは、契約当事者と同種の合理人がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容にて補充するという予備的な規定を加えるべきである。

[理由]

当事者が知っていたら合意したと考えられる内容が当事者双方で一致するならば1の延長上であるから補充内容として適切であり、また、契約書に書かれていないことだけを理由に争いになることを避ける点で規定を設ける意味もある。しかし、契約の補充が問題になっている場面において、当事者双方が一致して合意したと考えられる内容を得ることは困難であり、本提案の規定だけでは実際には機能しないと思われる。本提案の規定で補充できない場合、予備的な規定がなければ、慣習や任意規定等で解決することになると思われるが、自らの法律関係を形成するという契約の位置付けからは、それらの適用の前に何らかの意思を基礎とする解決を図る方が望ましいと考える。それゆえ、実際に補充の場面で機能する規定として、まずは当事者が一致して合意したと考えられる内容での補充を試みるが、それができない場合には同種の合理人がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容に従って補充するという予備的な基準を併せ持った規定にすべきである。

なお、契約は成立したが内容の一部について合意がされていない場合の扱い（前記第24、9参照）や、契約に含まれる一部の条項が無効になったが契約全体はなお有効である場合の補充のルール（前記第32、2(2)）についても、上記意見と同様に扱うべきである。

理由は、統一的に扱うことが判りやすいこと、契約の一部が空白であるという状況に変わりはないこと、無意識的に空白が生じている補充解釈の場面とは状況が異なるが（特に一部無効の場合）解決の指針として別に扱わなければならないほどの理由が見出せないことからである。

### 3 条項使用者不利の原則

条項の意義を明確にする義務は条項使用者（あらかじめ当該条項を準備した側の当事者）にあるという観点から、約款又は消費者契約に含まれる条項の意味が、前記2記載の原則に従って一般的な手法で解釈してもなお多義的である場合には、条項使用者にとって不利な解釈を採用するのが信義則の要請に合致するとの考え方（条項使用者不利の原則）がある（消費者契約については後記第62、2⑪）。このような考え方に対しては、予見不可能な事象についてのリスクを一方的に条項使用者に負担させることになって適切でないとの指摘や、このような原則を規定する結果として、事業者が戦略的に不当な条項を設ける行動をとるおそれがあるとの指摘がある。このような指摘も考慮しながら、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。条項使用者不利の原則の適用範囲については、上記のとおり約款と消費者契約を対象とすべきであるとの考え方があるが、労働の分野において労働組合が条項を使用するときは、それが約款に該当するとしても同原則を適用すべきでないとの指摘もあることから、このような指摘の当否も含めて、更に検討してはどうか。

- 1 約款又は消費者契約に含まれる条項の意味が、一般的な手法で解釈してもなお多義的である場合には、条項使用者（あらかじめ当該条項を準備した側の当事者）にとって不利な解釈をする旨の規定を設けることの当否

[意見]

賛成する。

[理由]

- 1 約款を用いた契約では、約款が契約内容を構成することの基礎や、個別条項の意味を十分に認識しないまま契約に至ることがあるという問題、すなわち契約の基本である当事者（主に約款を持ち出された側の当事者）の意思の関与についての問題がある。このような約款を用いた契約において、約款を持ち出した側の当事者に不利な解釈をする旨の規定を設けることは、条項の意味が不明な場合のリスク（どちらに不利に扱うか）の配分としては適切である。
- 2 多くの消費者契約では、事業者が提示する契約案について、約款利用であろうがなかろうが、消費者が十分な理解・検討・交渉を経て契約締結ができているとは思われない。すなわち、消費者契約は約款利用に関係なく、契約の拘束力の基本である当事者の意思の関与に問題がある。それゆえ、約款同様、契約を持ち出した側の当事者（事業者）に

不利な解釈をする旨の規定を設けることは、条項の意味が不明な場合のリスクの配分としては適切である。加えて、消費者契約においては当事者の力の差は大きく、問題が生じた場合でもいわゆる泣き寝入りをせざるを得ないことも少なくない。それらの修正要素として、この条項使用者不利の原則の適用は必要である。約款が用いられない消費者契約を考えれば、約款とは別に規定する意味がある。

- 3 予見不可能な事象についてのリスクを一方的に条項使用者に負担させることになって適切でないとの指摘については、この条項使用者不利の原則は、いろいろな解釈を凝らしても複数の解釈が残るようなケースにおいてのみ適用するものであり、いきなり一方的に条項使用者を不利に扱うものではないから、当てはまらない。言い換えれば、それほど曖昧な規定を作成する約款利用者または事業者に限って不利に解釈するものであるから、不当とは思われない。
- 4 条項使用者不利の原則を規定すると、事業者が戦略的に不当な条項を設ける行動をとるおそれがあるとの指摘については、果たしてそのような事態があるか疑問であり、あったとしても不利に扱われる条項使用者を「あらかじめ当該条項を準備した側の当事者」と定義づけるのであれば問題は生じないと思われる。仮に戦略的という意味が相手方に不明確な条項を持ち出させるように持つて行くといった内容であつたとしても、当該相手方は対象の条項を明確にするか、その箇所を合意しないか、消費者契約以外の約款については約款に優先する個別合意を作成すればこの原則の適用を回避できるので、やはり当てはまらない。

## 2 労働分野において労働組合が条項を使用するときは、それが約款に該当するとしても条項使用者不利の原則を採用しない旨の規定を設けることの当否

[意見]

労働分野の契約においては、約款であっても条項使用者不利の原則を採用しない（組合側使用者側を問わず適用しない）旨の規定を設けるべきである。

[理由]

条項使用者不利の原則は、約款アプローチ（主に契約条項に対する意思の希薄）と消費者契約アプローチ（契約条項に対する意思の希薄と当事者の立場の圧倒的な差）に根拠があるところ、労働組合と使用者との契約（就業規則、労働協約等含む）は使用者とそれなりの交渉を経ていることが多いと思われること及び事業者と消費者ほどの立場の差はないと考えられることから、それらの根拠に当てはまらないと思われる。それゆえ、労働分野では、約款に当るものがあつても、労働組合側・使用者側を問わず一律適用除外とすべきものとする。なお、仮に適用除外としない場合に労働者側にのみ条項使用者不利の原則を採用しないとするのは、労働者側に寄りすぎているように思われる。

## 第60 継続的契約

## 1 規定の要否等

継続的契約に関しては、その解消をめぐる紛争が多いことから、主に契約の解消の場面について、裁判例を分析すること等を通じて、期間の定めの有無を考慮しつつ、継続的契約一般に妥当する規定を設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、多種多様な継続的契約を統一的に取り扱おうとすることに慎重な意見があることや、仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合には、関連する典型契約の規定や判例法理との関係を整理する必要があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

### [意見]

継続的に契約関係が続く契約について、その解消の場면을規律する規定を設けることが可能であるかどうか検討を続けることには反対しない。

ただし、継続的に契約関係が続く契約は多種多様であり、その中の解消場面に規律が必要となる契約に限っても、その契約内容や契約状況、解消状況、規律が必要とされる理由および必要とされる規律の内容は多種多様である。このため、規定を設けるにあたっては、上記多種多様な要素について、判例等の具体的な契約事例を詳細に検討する必要があるものとする。

### [理由]

継続的に契約関係が続く契約について、一部の契約については、その解消の場面で問題が生じることも少なくないため、このような契約については、可能であれば何らかの明文規定が設けられるべきである。

ただし、継続的に契約関係が続く契約で、解消の際に何らかのルールを要求する契約は多種多様であり、その要件（契約類型、契約内容、契約関係およびその解消の具体的事情など。）も、その規律内容（合理的期間を置いた解約告知、損害賠償、やむを得ない事由の存在等）も多種多様である。

このため、その検討手法としては、まず、継続的に契約関係が続く契約の解消の場面について、典型契約の分類を手掛かりとした契約類型の分類、判例等で問題となった具体的契約状況、判決で示された解消時の具体的ルールの分析などを通じ、また継続的に契約関係が続く契約の中には契約解消場面に特段の問題がなく契約が終了している契約も多く含まれることにも留意しつつ、継続的に契約関係が続く契約のうち共通の要件を持つもの、共通の規律を要求するものを括り出すべきである。なお、規律が求められる理由としては、弱者保護や不測の損害の回避が多いと考えられるが、同一の契約類型でも、発注側が保護されるべきなのか、受注側が保護されるべきなのかは、契約状況によって都度異なることにも注意すべきである。

そして、このようにして括り出すことのできる共通の要件が存在する場合には、同要件を以って「継続的契約」を明文で定義できるかどうか、これが服すべき共通の規律を明文で規定できるかどうかを検討すべきと考える。

なお、同検討にあたっては、幾種類もの「継続的契約」を定義せざるを得ない可能性があり、幾種類もの「継続的契約」中から更に共通の要件や規律を見出すことができる可能

性もある（この場合には「継続的契約一般」が定義できる可能性もある）。その反面で、契約類型、具体的契約状況、解消時の具体的ルールが多様なため一括りにすることはできず、結局「継続的契約」が定義できず、また規定を設けることができない可能性があることも念頭に置くべきである。

## 2 継続的契約の解消の場面に関する規定

### (1) 期間の定めのない継続的契約の終了

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合（前記1参照）には、期間の定めのない継続的契約に関し、当事者の一方が他方に対し、あらかじめ合理的な期間を置いて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とする規定を設けるかどうかについて、より厳格な要件を課す裁判例が存在するとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

#### [意見]

期間の定めのない継続的契約の終了については、合理的期間を置いた解約申入れだけでなく、損害賠償ややむを得ない事由の存在など、規律の要件に即した規律内容を定めるべきである。

とりわけ、労働契約に適用がある形で規定を設けることには反対する。

#### [理由]

1 期間の定めのない継続的契約の終了については、個別の契約類型、具体的契約状況によって服すべき規定内容は異なるものと考えられ、一般的に合理的期間を置いた解約申入れによって終了すると規定することが妥当とは考えられない。

例えば、技術革新等で社会的に不要となった商品について、合理的期間内は発注を続けなければならないと規定することは、資源の無駄であり、端的に損害賠償で解決すべきではないかと考えられる。

また、裁判例では、代理店が特定の卸売業者の強い支配関係下にあり、代理店の販路拡大が卸売業者に相当の貢献をしてきたような事案について、卸売業者からの解約は契約に契約の存続を困難ならしめる特段の事情のない限りできないとするものもあるが（東京地判 S52.2.22）、確かにこの様な契約が合理的期間を定めた解約申入れのみで終了することには問題が大きい。

さらに、継続的に商品を発注する契約については、あらかじめ定められた一定量を発注し続ける契約と、基本契約に基づいて個別に商品を発注する契約が考えられるが、後者について仮に発注当事者からの解約申入れに合理的期間を置いた解約申入れが必要と規定しても、同合理的期間内に新たな発注を行わなければ実質的には契約関係が終了したと何ら変わるところなく、他方当事者にとっては何の救済にもならない。しかし契約の発注義務というところまで踏み込むべきかどうかは重大な問題である。

なお、合理的期間を置いた解約申入れについて、規律の対象となる契約の範囲を広く取り、合理的期間に「即時」まで認めることも考えられるが、その場合には曖昧漠然とした

規律となってしまう、存在価値が薄れることにもなりかねない。

- 2 労働契約においては、使用者側から契約を終了する際には、予告義務に加えて、労働契約法16条による規制が存する。それ故、合理的期間のみで契約終了が正当化されるかのような規定の新設は、上記の労働契約法16条との関係、整合性について混乱を引き起こしかねないから、労働契約に適用がある形で規定を設けることには反対する。

## (2) 期間の定めのある継続的契約の終了

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合（前記1参照）には、期間の定めのある継続的契約に関し、期間の満了によって契約が終了することを原則としつつ、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には、例外的に更新の申出を拒絶することができないとする規定を設けるかどうかについて、期間を定めた趣旨が没却されるなどの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

### [意見]

期間の定めのある継続的契約の終了について、一般規定である信義則をそのまま規定の要件としても、具体的問題の解決に資するとは考えられない。

したがって、個別具体的な契約の分析を通じ、具体的な要件と規律内容の検討を行うべきである。

また、労働契約に適用がある方向で検討を進めることには反対である。

### [理由]

- 1 信義則上許されない契約解消ができないことは当然のことであり、このままでは規定を設ける意味は乏しいと考えられる。
- 2 有期雇用契約の終了（雇い止め）に関しては多数の判例の集積があるが、民法において、期間の定めのある継続的契約の終了に関する一般規定を設けた場合、新規定と上記判例法理との優先関係が明らかでない。

また、そもそも有期労働契約については現在労働政策審議会においてどのような規制が必要かについて検討中であるから、労働契約をも含んだ形で期間の定めのある継続的契約の終了に対する規律を民法改正において議論することは、反対である。

## (3) 継続的契約の解除

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合（前記1参照）には、継続的契約の解除に関し、契約当事者間の信頼関係を破壊するような債務不履行がなければ解除することができないとし、さらに、債務不履行による契約当事者間の信頼関係の破壊が著しいときは、催告することなく解除することができるという規定を設けるべきであるとの考え方が提示されている。そこで、この考え方の当否について、債務不履行解除とは別に、やむを得ない事由がある場合には、継続的契約を解除させてよい場合があるという意見があることも踏まえて、債務不履行解除の一般則（前記第5参照）や事情変更の原則（前記第57参照）との関係に留意しつつ、更に検討してはどうか。



[意見]

- 1 継続的契約の債務不履行解除の要件は個別の契約類型や具体的状況によって判断されるべきであって、債務不履行解除に常に信頼関係破壊を要件とすることには反対である。  
また、債務不履行解除とは別に、やむを得ない事情がある場合の継続的契約の解除を認めるかどうかについても同様である。  
したがって、これらについては、個別具体的な契約の分析を通じ、具体的な要件と規律内容の検討を行うべきである。  
なお、やむを得ない事情がある場合の継続的契約の解除の問題は、期間の定めのない継続的契約の終了の規律と重複しているため、一括して検討されるべきである。
- 2 労働契約に適用がある形で、この種の規定を設けることには反対である。

[理由]

- 1 継続的契約の債務不履行解除の要件は、個々の契約の個別具体的な事情によるところが多いと考えられ、常に信頼関係破壊が要求されるとは考えられない。  
例えば、契約当事者間の力関係に相当の不均衡がある契約で、強い側からの債務不履行解除については信頼関係破壊を要件とすることが妥当な場合も考えられるが、弱い側からの解除について、このような要件が必要とは考えられない。  
また、期間の定めのない継続的契約については、これを「終了」と表現するのか「解除」ないし「解約」と表現するのかに実質的な違いはないため、(1)の期間の定めのない継続的契約の終了と、本項とは同一の問題である。
- 2 雇用においては使用者側には労働契約法16条の規制が及ぶ反面、労働者側には退職の自由の観点から実体要件の規制は課していなかった。それ故、労働契約に適用がある形でこの種の規定を設けることには反対する。

(4) 消費者・事業者間の継続的契約の解除

消費者・事業者間の継続的契約については、消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができることとすべきであるとの考え方（後記第62、2⑫参照）が提示されている。そこで、この考え方の当否について、検討してはどうか。

[意見]

消費者・事業者間の継続的契約については、消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができることとするには賛成である。

なお、継続的契約に関する他の立法提案が、信義則の適用などで一定の解決が図られてきた問題の明文化を図るものであるのに対し、本問題は、現段階では解釈論により解決することが極めて困難な問題であり、立法による解決が不可欠と考えられる。

[理由]

消費者契約との関係では、消費者の中途解約権を制限する契約条項のため、消費者がそれ以上契約の継続を求めない場合であっても長期間契約に拘束される問題が生じており、

特に、消費者による中途解約禁止を特約で明定しつつ、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については、現行消費者契約法等での解決は困難である。したがって、期間の定めのある継続的契約について、消費者の中途解約権を規定する意義は極めて大きいと考えられる。

なお、消費者契約については、1999.10.22 消費者契約法日弁試案、2006.12.14 日弁意見書、2005.11.25 の近弁連試案（27 回近弁連大会）において、不当条項リストが提案されている。

#### (5) 解除の効果

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合（前記 1 参照）には、民法上、賃貸借や委任等の解除について設けられている規定（同法第 620 条、第 652 条等）と同様に、継続的契約の解除は将来に向かってのみその効力を生ずるとする規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

#### [意見]

多くの継続的契約において、解除の効果が遡及しないと規定することに問題はないのではないかと考えられる。

#### [理由]

解除の効果の不遡及については現行法の賃貸借、雇用、委任、組合に個別規定があるが、例えば取引基本契約に基づく個別の売買契約についても、基本契約の解除により既履行の個別の売買契約まで遡及して無効となることは合理的ではないため、かかる継続的契約について解除の不遡及効を設けることには賛成であり、他の多くの継続的契約においても妥当な結論になるのではないかと考えられる。

### 3 特殊な継続的契約—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ついて、その当事者は、契約の履行及び解消に当たって、相手方のうちの一部の者を、合理的な理由なく差別的に取り扱ってはならないものとするべきであるとの考え方が示されている。このような考え方に基づく規定を設けるかどうかについて、その当否や要件の明確性、効果の在り方などの点で問題を指摘する意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

#### [意見]

多数当事者間の継続的契約について同論点整理で挙げられたような規定を設ける必要はなく、これ以上検討を続けることには反対である。

#### [理由]

多数当事者間の継続的契約は多種多様であり、不平等な取扱いの態様も千差万別であることから、これらを統一的に規律する明文の規定を設けることは困難であると考えられる。

そもそも「多数当事者間型継続的契約」とは社会一般に認識された契約形態の類型ではなく、法制審の議論においても具体的に特定されていないことが明らかとなっている。規律の対象すら明らかでない規定の是非を検討することは疑問である。

#### 4 分割履行契約

継続的契約と外見上類似しているが区別すべき契約として、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（分割履行契約）があるとされている。このうち、金銭の支払のみが分割であるものに関しては、異なる規律が妥当すると考えられるので、これを除いたものについて、分割履行部分の不履行があった場合に、①当該部分についての契約解除、②将来の履行部分についての不履行の予防措置請求等、③当該部分と一定の関係がある他の部分についての契約解除ができるようにすべきであるとの考え方が示されている。このような考え方に基づく規定を設けるかどうかについて、その必要性に疑問があるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

#### [意見]

分割履行契約は継続的契約とは異なる契約であると考えられるので、分割履行契約について継続的契約とは異なる規律を設けることには反対しない。ただし、この様な契約について規定がなかったために紛争が生じている事実が存在するの  
か、敢えて規定を設けることが社会的に要請されているのかという観点から、規定を設けることの必要性をまず検討すべきである。

#### 第61 法定債権に関する規定に与える影響

契約に関する規定の見直しが法定債権（事務管理、不当利得、不法行為といった契約以外の原因に基づき発生する債権）に関する規定に与える影響に関しては、①損害賠償の範囲に関する規定（民法第416条）の見直しに伴い、不法行為による損害賠償の範囲に関する規律について、その実質的な基準の内容と条文上の表現方法を検討する必要があり得るという意見があるほか、②債務不履行による損害賠償の帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合（前記第3, 2(2))における法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由の在り方、③法律行為が無効な場合や契約が解除された場合等における返還義務の範囲（前記第5, 3(2)及び第32, 3(2))と不当利得との関係、④不法行為による損害賠償請求権の期間制限（民法第724条）の在り方（前記第36, 1(2)エ）、⑤委任に関する規定の見直し（前記第49）に伴う事務管理に関する規定の見直しの要否、⑥特定物の引渡しの場合の注意義務に関する規定（民法第400条）を削除した場合（前記第1, 2(1))における法定債権の注意義務に関する規定の要否などの検討課題が指摘されている。これらを含めて、契約に関する規定の見直しが法定債権に関する規定に与える影響について、更に検討してはどうか。

## ① 不法行為による損害賠償の範囲に関する規律

[意見]

- 1 債務不履行を責任原因とした場合に比して損害賠償の範囲が異なる結果になることは取引実務や裁判実務に与える影響が大きく、そのようなことがないように各考え方から導かれる具体的準則とその帰結が十分に検討されるべきである。
- 2 条文上の表現方法の検討にあたっては、債務不履行に基づく損害賠償の範囲に関する規定の文言と対比して判り難くなることのないよう留意されるべきである。

[理由]

- 1 債務不履行に基づく損害賠償の範囲について予見可能ルールを採用した場合には、理論上、債務不履行と不法行為のいずれの責任原因を主張するかによって、損害賠償の範囲に関する規律が異なることになる。

そうすると、債務不履行と不法行為のいずれの責任原因を主張するかによって、損害の範囲も異なる結果になるようなことになれば、取引実務や裁判実務に与える影響が大きいため、具体的準則とその帰結を十分に検討したうえで決められるべきである。

- 2 例えば、保護範囲説を採用して「損害賠償責任を基礎づける規範が保護の対象としている損害およびその損害の相当の結果として生じた損害」という表現がとられた場合、「規範」や「相当」において予見可能性も考慮されることにより、実際には債務不履行を責任原因とした場合と損害賠償の範囲が異なることはないとも考えられる。

しかし、そうすると、結局は言葉の違いだけであるにもかかわらず、損害賠償の範囲に関する実質的な基準内容や条文、条文上の表現方法が異なることになり、判り難い結果になる。不法行為による損害賠償の範囲との関係では、現行709条をそのまま維持することにより、現在の判例法理を生かすことが現実的であるという意見や、保護範囲説の考え方であっても、新たな条文を設ける必要はなく、709条の下で保護範囲説の解釈を採用することを立法に際して確認することで足りるという意見も十分に考慮されるべきである。

## ② 債務不履行による損害賠償の帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合（前記第3，2(2)）における法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由の在り方

### 1 規定の要否について

[意見]

契約における債務不履行による損害賠償の免責事由について、「責めに帰すべき事由」という文言を使用しない場合には、法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由についての規定は必要である。

[理由]

債務不履行による損害賠償の免責事由について、債務不履行の帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合には、法定債権の免責事由についてはその考えを持ち込むことは困難であり、契約における債務不履行の損害賠償の免責事由についての用語を帰責原理が「契約の拘束力」であることのみを示す用語を使用するのであれば、法定債権の免責事由の用語として使用することは困難である。しかしながら、契約における債務不履行の損害賠償の免責事由についての用語を現行法と同様に、「責めに帰すべき事由がない」とした場合には、あえて帰責原理の学理的転換を条文として表現する必要はなく、単に、「責めに帰すべき事由がない」との文言であっても、その免責事由を示すことは可能である。

したがって、契約における債務不履行による損害賠償の免責事由について、「責めに帰すべき事由」という文言を使用する場合には、新たな規定は不要であるが、使用しない場合には、法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由についての規定は必要である。

そして、不法行為責任などでは、当該責任（債務）を成立させる評価の中で、当該債務の不履行に関するリスクを債務者に負担させるべきであるという態度決定がされているものであるが、a) 物の引渡しを目的とする法定債権においても、天災等により履行遅滞に陥った場合を念頭に置くと、免責の余地を認める必要がある、b) 金銭債務の債務不履行による損害賠償について不可抗力免責を否定する民法第419条第3項を削除し、一般則による免責の余地を認める考え方を採用する場合には、金銭の給付を目的とする法定債権の債務不履行による損害賠償についてもなお免責の余地があった、限られた例外的場面がある以上、独自の規定を設ける必要がある。

## 2 具体的な規定内容について

[意見]

免責事由を定めるについては、結局のところ規範的評価の問題であるから、その免責を認めることが規範的評価であることを表現し、かつその判断要素を明示するような規定である必要がある。たとえば、次のような規定が望ましい。

- 〈1〉 法定債権の債務不履行において、債務者に免責事由が認められる場合には、債務者は債務不履行による損害賠償責任を負わない。
- 〈2〉 免責事由とは、債務の発生原因に照らし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、債務の発生原因、内容、性質等を総合考慮して判断する。

[理由]

法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由は、まさに規範的評価を伴うものであり、債務の発生原因（不当利得か、不法行為か、事務管理かなど）に加え、その債務自体

の内容（物の引き渡し、金銭かなど）や、不履行原因の内容や性質（不可抗力的なものかなど）などを総合考慮して、判断すべきである。

③ 法律行為が無効な場合や契約が解除された場合等における返還義務の範囲（前記第5, 3(2)及び第32, 3(2)）と不当利得との関係

[意見]

法律行為が無効となった場合の返還義務の範囲について、独立した要件・効果を定めるのであれば、契約が無効とされる範囲が拡大していることに鑑みて、不法原因給付の範囲を検討したうえで、どのような規定とすべきか慎重に検討されるべきである。

④ 不法行為による損害賠償請求権の期間制限（民法第724条）の在り方（前記第36, 1(2)エ）

[意見]

724条の廃止については慎重に検討する必要がある。

724条の時効期間の見直しについては、重要な法益に関して、長期の時効期間を認める特則を設けることには賛成するが、長期化する対象が拡大しないように留意する必要がある。

[理由]

債権の消滅時効の一般原則については、現行民法どおり、「権利を行使しうる時から」10年間とすることを維持するのが相当である。

このため、724条は引き続き存続させるべきである。同条を廃止して、新たな時効期間を設け、これに統一化を図ることは相当でない。

もっとも、契約に基づき発生する債権の中でも、債務不履行に起因する債権などのようにその発生原因によっては、724条による算定になじみやすいものも存することが考えられる。そういったものについては、上記一般原則通り算定することが相当であるとするのか、むしろ、これらの債権については、724条に類似する方法で時効期間を算定すべきと考えるのか、引き続き、慎重に検討を進めることについてまでは反対するものではない。

⑤ 委任に関する規定の見直し（前記第49）に伴う事務管理に関する規定の見直しの要否

[意見]

1 準委任の適用対象を限定した場合および役務提供型契約の受け皿規定を設ける場合に

は、事務管理の規定への影響の有無を検討する必要がある。その際、準委任の規定と役務提供型契約の受け皿規定とで、受任者ないし役務提供者に課される注意義務の内容が異なる内容になる可能性があるため（とくに無償の場合）、事務管理の管理者の注意義務をいずれの規定に合わせるのかについて、契約類型間の整合性も含めて慎重に検討する必要がある。

2 民法647条を削除する場合、事務管理に関する規律も同様にすべきである。

[理由]

委任に関する民法647条を削除するのは、この規定を削除したとしても債務不履行ないし不法行為の一般規定により同様の結論が得られることによるからであり、事務管理における規律内容を同様にしても問題は生じない。

⑥ 特定物の引渡しの場合の注意義務に関する規定（民法第400条）を削除した場合（前記第1、2(1)）における法定債権の注意義務に関する規定の要否

[意見]

引渡義務の性質に応じた注意義務については、法定債権の一般的規定として明確化することについて異議はない。

なお、もとより、民法483条を削除する必要はない。

## 第62 消費者・事業者に関する規定

### 1 民法に消費者・事業者に関する規定を設けることの当否

(1) 今日の社会においては、市民社会の構成員が多様化し、「人」という単一の概念で把握することが困難になっており、民法が私法の一般法として社会を支える役割を適切に果たすためには、現実の人には知識・情報・交渉力等において様々な格差があることを前提に、これに対応する必要があるとの問題意識が示されている。これに対し、契約の当事者間に格差がある場合への対応は消費者契約法や労働関係法令を初めとする特別法に委ねるべきであり、一般法である民法には抽象的な「人」を念頭に置いて原則的な規定を設けるにとどめるべきであるとの指摘もある。以上を踏まえ、民法が当事者間の格差に対してどのように対応すべきかについて、消費者契約法や労働関係法令等の特別法との関係にも留意しながら、例えば下記(2)や(3)記載の考え方が示されていることを踏まえて、更に検討してはどうか。

[意見]

民法は全ての人に区別なく適用される原則的なルールのみを定めて契約の当事者間に格差がある場合への対応は特別法に委ねるべきであるという考え方には反対である。新しい民法典では、現実の人には知識・情報・交渉力等において様々な格差があることを前提に

契約当事者間の格差是正の必要性や契約弱者の保護といった観点を取り込むべきである。

[理由]

現代社会では、契約当事者間に知識・情報・交渉力等において様々な格差がある非対等の契約（例・事業者と消費者との契約，大企業と中小零細事業者との契約など。以下では「格差契約」という。）の占める割合が大きい。民法が市民生活に関わる基本的な民事ルールを定める法律なのであれば，上記のような事実を真正面から受け止め，契約当事者間の格差是正の必要性や契約弱者の保護といった観点を取り込むべきである。

(2) 上記(1)で述べた対応の在り方の一つとして，当事者間に知識・情報等の格差がある場合には，劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を規定すべきであるとの考え方がある（下記(3)の考え方を排斥するものではない。）。このような考え方の当否について，検討してはどうか。

[意見]

格差対応の1つの在り方として，契約当事者間に知識・情報力の格差がある場合に劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を規定するという考え方に賛成である。

[理由]

非対等の契約当事者間の契約（格差契約）には対等当事者間の契約とは異なる考慮が働くという基本原理を明示しておくことは有意義である。

また，このような理念規定を置くことによって，格差契約の典型例である消費者契約に関する規定を他の格差契約に対しても類推適用できること，他の格差契約に反対解釈すべきではないことが明確になると考える。

なお，抽象的な理念規定に加えて，具体的な格差是正規定を設けるという在り方もありえるところである。その是非も今後検討されるべきである。

さらに，民法に上記のような格差契約一般に関する理念規定を設けることと，後述する消費者契約に関する特則を設けることは両立しうるものであることに注意が必要である。もし万一民法に消費者契約に関する特則を設ける場合には，上記のような格差契約一般に関する理念規定を併存させることが極めて有意義であると考えられる。

(3) また，上記(1)で述べた対応の他の在り方として，抽象的な「人」概念に加え，消費者や事業者概念を民法に取り入れるべきであるという考え方がある（上記(2)の考え方を排斥するものではない。）。このような考え方については，現実の社会においては消費者や事業者の関与する取引が取引全体の中で大きな比重を占めていることや，消費者に関する法理を発展させていく見地から支持する意見がある一方で，法律の規定が複雑で分かりにくくなり実務に混乱をもたらすとの指摘，民法に消費者に関する特則を取り込む



ことにより消費者に関する特則の内容を固定化させることにつながるとの指摘、抽象的な規定が設けられることになり本来規制されるべきでない経済活動を萎縮させるとの指摘などが示されている。これらの指摘も考慮しながら、民法に「消費者」や「事業者」の概念を取り入れるかどうかについて、設けるべき規定の具体的内容の検討も進めつつ、更に検討してはどうか。

消費者や事業者に関する規定を設ける場合には、これらの概念の定義や、民法と特別法との役割分担の在り方が問題となる。「消費者」の定義については、消費者契約法上の「消費者」と同様に定義すべきであるとの考え方や、これよりも拡大すべきであるとの考え方がある。また、民法と特別法との役割分担の在り方については、消費者契約に関する特則（具体的な内容は後記2参照）や事業者に関する特則（具体的な内容は後記3参照）を民法に規定するという考え方や、このような個別の規定は特別法に委ね、民法には、消費者契約における民法の解釈に関する理念的な規定を設けるという考え方などがある。これらの考え方の当否を含め、消費者や事業者の定義や、これらの概念を取り入れる場合の民法と特別法の役割分担について、更に検討してはどうか。

## 1 消費者契約に関する規定の要否

[意見]

後述する法形式の問題は残るが、消費者契約に関する特則を拡充する必要性自体は高い。

[理由]

消費者契約を規律する私法実体規定に関しては、日本弁護士連合会は従前から、次々と発生してくる消費者契約被害の早期救済を実現するためにも、不適切な営業活動を行っている事業者を市場から排除して健全な消費者取引市場を実現するためにも、不当条項リストの拡充、期限の定めのある継続的契約における中途解約権の付与等の早期立法を求めているところである（2006年12月14日付け「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」）。また、国会の附帯決議で消費者契約法の実体法規定の見直しを施行5年で行う予定であったのに、消費者庁での見直しに向けた作業は進んでいない。

加えて、もし万一今般の民法改正に伴って新たな制度が導入された場合には、消費者契約に関する適用除外を規定する必要性も否定できない（例・債権の消滅時効に関する変更合意など）。

このように、民法で改正するか消費者契約法で改正するかといった法形式に関する問題はさておき、消費者に関する特則を法制化すべき必要性は高い。

## 2 民法と消費者契約法との役割分担のあり方

[意見]

- (1) 消費者契約に関する特則の拡充の法制化の在り方（法形式）については、法務省と消費者庁の協力によって、民法改正と同時に（もしくはそれに先立って）消費者契約法を

改正する方法で立法化することが最も望ましいと考える。そのような方向での両庁間の進行協議を行う必要がある。

- (2) 民法の改正を機に、消費者契約法の私法実体規定を民法に取り込んで消滅させるという考え方（いわゆる統合論）には反対である。
- (3) もし何らかの事情で民法と消費者契約法の同時改正（＝消費者契約に関する特則規定を消費者契約法の改正という法形式で実現すること）が難しい場合には、それによって消費者保護規定をより拡充できるのであれば、次善の策として、消費者契約法の私法実体規定はそのままに、改正民法典において、格差契約一般に関する格差是正の必要性を謳った理念規定などと共に、格差契約の典型例である消費者契約に関する特則規定を、契約各論などの個別規定で立法化することには反対しない。

なお、将来的に、民法における消費者契約に関する特則は、消費者契約法ないしそれを包含する包括消費者法典に吸収する方向で法典の整理が検討される必要があると考える。

- (4) 改正民法典に不実表示の取消規定や約款に関する不当条項規制を新設した場合にも、消費者契約法4条や8～10条を削除する必要はない。

[理由]

- (1) 消費者契約に関する特則の法制化の在り方（法形式）については、新たな消費者契約被害の発生等の社会実態に適合した迅速な法改正の必要性や、消費者保護法としての性格の希薄化による保護水準の低下への危惧等の観点から、民法よりも消費者契約法において規定した方が望ましい、法務省と消費者庁の協力によって、民法と同時に消費者契約法を改正する方法で立法化することが最も望ましいと考える。そのような方向での両庁間の進行協議を行う必要がある。特に消費者庁においては、消費者契約法の実体法見直し作業が当初の予定（国会の付帯決議など）よりも大幅に遅れていることを再認識のうえ、可及的速やかに消費者契約法の実体法改正に向けた体制整備を行うべきである。
- (2) また、上記のような観点から、民法改正を機に、消費者契約法の私法実体規定を民法に取り込んで消滅させるという考え方（いわゆる統合論）には反対である。
- (3) もっとも、もし何らかの事情で民法と消費者契約法の同時改正（＝消費者契約に関する特則規定を消費者契約法の改正という法形式で実現すること）が難しい場合には、それにより消費者保護規定を拡充できるのであれば、次善の策として、消費者契約法の私法実体規定はそのままに、改正民法典において、格差契約一般に関する格差是正の必要性を謳った理念規定などと共に、格差契約の典型例である消費者契約に関する特則規定を設けることには反対しない。

この場合、消費者契約に関する特則規定は、格差契約における格差是正の必要性及び契約弱者の保護といった理念が具体化ないし確認された法規範として、他の格差契約に準用ないし類推適用されるべきものである。また、他の格差契約に不利益となるような

反対解釈が許されてはならない。

また、将来的に、民法における消費者契約に関する特則は、消費者契約法ないしそれを包含する消費者法典に吸収する方向で法典の整理が進められる必要があると考える。

- (4) 不実表示や約款規制は、消費者保護を目的とした消費者契約法4条や同法8～10条とは立法趣旨を異にする別の法規範であり（不実表示は判例等による錯誤の拡張事案のリステイトの問題、約款規制は約款アプローチの観点からの新規立法の問題）、かかる新たな立法によっても消費者契約法は影響を受けないと解するのが相当である。

### 3 消費者契約に関する規定の具体的内容

[意見]

- (1) 消費者契約法の同時改正によって同法に消費者契約に関する特則が十分に規定されるのであれば、民法には、消費者契約の解釈に関する理念的な規定ないし契約当事者間の格差是正に関する理念的な規定を設けるだけでもよいと考える。
- (2) しかし、もし仮に消費者契約法に消費者契約に関する特則が十分に規定されないのであれば、民法には、消費者契約の解釈に関する理念的な規定のみならず、特定の条項の適用除外や継続的契約が消費者契約である場合の消費者への任意解除権の付与など、消費者契約に関する個別の特則規定を設ける必要がある。

[理由]

- (1) 消費者契約法の同時改正によって同法に消費者契約に関する特則が十分に規定されるのであれば、民法には、消費者契約の解釈に関する理念的な規定ないし契約当事者間の格差是正に関する理念的な規定を設けるだけでも問題はないと考えられる。
- (2) しかし、もし仮に消費者契約法に消費者契約に関する特則が十分に規定されないのであれば、上記のような理念的規定だけでは不十分である。そのような場合には、特定の条項の適用除外や継続的契約が消費者契約である場合の消費者への任意解除権の付与など、個別の特則規定を民法に設ける必要があると考える。

### 4 消費者の定義

[意見]

- (1) 消費者の定義は「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) 消費者と実質的に大差ない零細事業者などを保護できるよう、上記のような消費者の定義の拡大のほか、「消費者」概念の相対化や、格差契約一般に関する格差是正の理念規定を介した消費者保護規定の準用ないし類推適用といった方策を検討すべきである。

[理由]

- (1) まず、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。かかる場合には消費者と同様の保護を与えるべきである。

- (2) また、上記の場合以外でも、個人事業主や中小零細事業者等の場合には、相手方事業者との間の情報・交渉力格差が一般の消費者と事業者との間におけるものと大差ない場合がある。かかる消費者と実質的に大差ない零細個人事業主などを保護できるよう、下記のような対応などを検討すべきである。

ア 「消費者」「事業者」「消費者契約」概念を事案によって相対化させて、個別事案によっては消費者契約に関する特則規定を中小零細事業者にも適用できるようにする。

イ 「消費者」「事業者」「消費者契約」概念の定義や本来の適用範囲はきっちりと規定しておき、そのうえで、個別事案において契約当事者間に消費者契約と同程度の情報・交渉力格差が認められる場合には、解釈論において、消費者契約に関する特則規定の準用ないし類推適用を認める。

ウ 上記イのような消費者契約に関する特則規定の準用ないし類推適用が可能なことを、格差契約に関する格差是正の理念規定を設けることで明確化する。

エ 上記イのような消費者契約に関する特則規定の準用ないし類推適用が可能なことを、法文に定めて明確にする。

オ 消費者契約に関する特則規定とは別に、格差契約一般に妥当する格差是正規定を設け、その規定による救済を図る。

- (3) そもそも消費者契約に関する特則規定は契約当事者間に情報・交渉力格差がある場合のあるべき法律関係を確認した法規範であり、個別事案で契約当事者間に消費者契約と同程度の情報・交渉力格差が認められる場合には、法解釈上、消費者契約に関する特則規定の準用ないし類推適用を肯定できるものとする。その旨を明文で規定するといった立法上の手当ても考えられる。反対に、消費者契約に関する特則規定を他の格差契約や契約弱者に不利益に反対解釈することは許されないと考える。

## 5 事業者概念について

[意見]

民法に消費者に関する規定を設ける場合には、消費者契約の他方当事者の概念としてその限りでは事業者概念の導入を検討することになる。

しかし、事業者という概念に、それ以上の意味合いを持たせることについては、更に慎重な検討を要する。

[理由]

- (1) 本論点の問題意識は、次のとおりである。

民法に消費者概念に関する規定を設ける場合には、消費者契約の他方当事者としての事業者概念の導入を検討することとなる。

その際、事業者概念を、消費者概念の対概念に止めるのか、それ以上に積極的な意義を持たせて導入するのかは、別途問題となる。

この点、現行法の商人概念では、一般社団・財団法人や NPO 法人等が商人と同じ事業を行っていたとしても、商行為の規定がないこととなるため、狭きに失する面はある。

しかしながら、消費者以外をすべて事業者とすることは、明確ではある一方、零細事業者について大規模事業者との間では消費者的に扱うべきとの問題意識もある。

また、自治会、マンション管理組合、農家、公益社団・財団法人など事業者であるが営利行為を行っていない者は、商人と同様な取引関係に対する敏感さを必ずしも持ち合わせていないのであり、商人や営利事業者と同一に扱ってはならないのではないかと考えられる。

そうしたときに、(消費者概念の対概念としての事業者概念を超えて)、事業者概念に独自の意味を持たせられるかは、問題であり、慎重に検討する必要がある。

- (2) そもそも、事業者概念を民法に導入するかどうかは、商法における商人概念の取扱いのほか、消費者概念との関係(消費者概念と事業者概念の境界を一致させるか否か、相互に相対的に解釈する可能性、消費者概念の事業者への拡張的処理の可能性、消費者保護への具体的な影響等を含む)の規律の仕方ともかかわるとともに、更に、あえて民法に規定する必要があるかどうかとも問題であり(規定を設けるとしても、商法などの特別法に記載すれば足りるとの考え方もありうる)、さらに慎重に検討すべきである。

## 2 消費者契約の特則

仮に消費者・事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば、次のような事項について消費者契約(消費者と事業者との間の契約)に関する特則を設けるという考え方があがるが、これらを含め、消費者契約に適用される特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

### ① 消費者契約を不当条項規制の対象とすること(前記第31)

[意見]

- 1 消費者契約を対象とした不当条項規制・不当条項リストを拡充するという考え方には賛成である。
- 2 その法制化の在り方については、民法よりも消費者契約法を改正する方法で立法化した方が望ましいと考える。

しかし、もし何らかの事情で民法と消費者契約法の同時改正が難しい場合には、次善の策として、消費者契約法の私法実体規定はそのままに、新しい民法典において、格差契約一般に関する格差是正の必要性を謳った理念規定と共に、格差契約の典型例である消費者契約に関する特則規定を、契約各論などの個別規定で立法化することに反対しない。

[理由]

- 1 不当条項リストの拡充など消費者契約に関する不当条項規制強化の早期実現は、日本弁護士連合会が従前から求めているところである（2006年12月14日付け「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」）。
- 2 あるべき不当条項規制の特則の具体的内容の詳細は、「第3 1 不当条項規制」部分において前述のとおりである。
- 3 消費者契約に関する不当条項規制の在り方（法形式）としては、民法よりも消費者契約法で立法化した方が望ましいと考える。しかし、これが難しい場合には、次善の策として民法で立法化することに反対しない。上記の点については、「第6 2, 1 民法に消費者・事業者に関する規定を設けることの当否」で前述したとおりである。

② 消費者契約においては、法律行為に含まれる特定の条項の一部について無効原因がある場合に、当該条項全体を無効とすること（前記第3 2, 2 (1)）

[意見]

消費者契約において、法律行為に含まれる条項の一部が無効となる場合、条項全部を無効とすることに賛成である。

[理由]

約款や消費者契約の場合、無効となる部分も含めて設定しておき、相手方から無効主張がなければそのまま無効な規定も含めて契約を進め、無効主張があっても法的に有効な範囲では責任制限を確保するというのを助長することになる。消費者契約の場合、条項使用者が不利益を被るのは当然であり、全体が無効ということによい。

③ 消費者契約においては、債権の消滅時効の時効期間や起算点について法律の規定より消費者に不利となる合意をすることができないとすること（前記第3 6, 1 (4)）

[意見]

合意による時効期間等の変更を原則として許容しつつ、合意の内容や時期等に関する所要の制限を条文上明確にすべきとする考え方について反対である。

[理由]

合意による時効期間等の変更について、交渉力に劣る当事者への配慮が行われることを条件にこれを許容することができるという考え方も存するが、消滅時効は公序であって、当事者の合意により定めることができる事項ではない。

これを認めると、力関係による不当な結論が生じる恐れ、濫用の恐れ等の弊害も認められるし、合意によって変更された時効期間に対して、民法上の時効障害事由の適用等を当てはめて考えることになり、実務も混乱する恐れが高い。

また、このような必要性がある場合には、当事者間が契約によって、権利行使期間を合

意し、適切に同様の効果を生ぜしめることも可能であり、これは現行法のもとであっても、可能である。

なお、仮に合意による時効期間等の変更について検討する場合には、交渉力に劣る当事者への配慮等に留意しつつ検討しなければならないことは言うまでもなく、権利行使期間に関する合意に関しても、合意によりその期間を自由に定めうとするのではなく、交渉力に劣る当事者への配慮を踏まえた制約が存在することを不当条項規制等によって、明記する必要がある。

- ④ 消費者と事業者との間の売買契約において、消費者である買主の権利を制限し、又は消費者である売主の責任を加重する合意の効力を制限する方向で何らかの特則を設けること（前記第40、4(3)）

[意見]

消費者と事業者間の売買契約において適用される消費者保護の特則を設けることについて特に異論はない。

もともと、消費者契約における不当条項規制として、より一般的な消費者保護の特則を設けることを検討すべきである。

[理由]

権利の制限および責任の加重を伴う条項により消費者が害される危険は、何も売買契約に限ったことではない。消費者と事業者間の売買契約についての消費者保護の特則の存在が、かえって、他の契約類型における消費者保護を軽視する結果をもたらすものとなつてはならない。

- ⑤ 消費貸借を諾成契約とする場合であっても、貸主が事業者であり借主が消費者であるときには、目的物交付前は、借主は消費貸借を解除することができるものとする（前記第44、1(3)）

[意見]

消費者契約たる消費貸借に限定せず、事業者が貸主である消費貸借について次のとおりの引渡前解除権の規定を置くべきである。

記

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。

\*諾成的消費貸借を書面による場合に限定する弁護士会の意見では下線部分は不要となる。

[理由]

諾成的消費貸借を認めると、借主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、借主は、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、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しなければならず、この損害として、返済時期までの約定金利相当額であると貸主から主張される可能性がある。結局、借主は、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。さらに、事業者貸主からは、無利息の消費貸借であっても、貸す債務の履行の準備費用等が無駄になったとして借主に損害賠償を求める可能性もある。

この点、基本方針【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、一定の借主保護を図っている。

しかし、中小零細事業者の救済はできない。

近時の商工ローン被害の実態から見て、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定とすべきである。

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。

従って、諾成的消費貸借についての引渡前解除権については、次のような規定にすべきと考える。

記

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。

\*諾成的消費貸借を書面による場合に限定する弁護士会の意見では下線部分は不要となる。

なお、消費者・中小零細事業者が自由に解除権を行使できるとする必要性が実際にどれだけあるのかとの疑問が呈されている（法制審議会第15回議事録9頁木村委員発言）。実際のところ、消費者、中小零細事業者が引渡前解除権を行使することはほとんどないと思われる。その点で、引渡前解除権を認めても、金融機関側に負担がかかることはほとんどないと思われる。しかし、商工ローン等においては、予め数年先までの貸付を契約しておくことも考えられる。この場合は、数年後に資金需要がなくなった場合、中小零細事業者において引渡前解除権を行使する必要性が認められるのであり、こうした場合に対する法的な手当が必要である。



このように、消費者・中小零細事業者が解除権を行使できるとする必要性はあるし、広く解除権をみとめても、実際に行使する場面は限定されており、金融機関に与える影響はほとんどないと考えられる。

また、消費貸借を行うための資金調達のようないわば準備行為をしている場面もあり、その場合に、引渡前解除権を行使されたことによる損害を消費者が負わないとすると、資金調達コストを社会全体で持つことになるので、このような制度を設ける場合には損害の負担制度といったものを整備していく必要があるとの意見が紹介されている（法制審議会第15回議事録9頁木村委員発言）。

しかし、消費貸借を行うための資金調達のようないわば準備行為をしている場面というものは、金融機関として、直ちに用意できないような巨額な貸付を予定している場合であって、消費者、中小零細事業者に対する貸付の準備行為に金融機関に負担が生じることはあまり想定できない。他方、大阪弁護士会では、貸主側においても、資金調達のようないわば準備行為が必要と考えられる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ないという考え方を提案している。この提案であれば、資金調達コストは個別の借主が負担しているので別途損害の負担制度といったものを整備していく必要はない。

**⑥ 貸主が事業者であり借主が消費者である消費貸借においては、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることができること（前記第44、4(2)）**

[意見]

返還時期が定められている利息付消費貸借であっても、貸主が事業者であり、借主が消費者である場合には、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることが許されるとの特則を設けるべきであるとする考え方に賛成である。

[理由]

借主が期限前に弁済した場合に、事業者貸主からは、期限までの利息相当額や、資金調達費用などについて損害を被ったとして借主に請求することが考えられる。期限前弁済における約定の返還時期までの利息相当額を損害と捉えることが適切でないことは既に述べたとおりである（「5 消費貸借の終了」に対する弁護士会の意見）。その他の損害が生じることは確かに想定される。まず期限前弁済で貸主側に生じる損害としては、貸付のための資金調達コストが考えられるが、コストが特別に生じるのは、巨額な貸付など限定的な場合と考えられる。従って、消費者に対する貸付については、貸主側に上記損害が生じることはあまり想定できない。他に貸付や分割返済のための費用を損害と主張することも考えられるが、消費者への貸付について通常の事業活動で貸主側が負担すべきものと考えられる。このように、期限前弁済において事業者貸主から消費者に対する損害賠償を否定しても、その弊害はあまりないことに鑑みれば、消費者保護の趣旨及び不要な紛争を防止す

るとの趣旨から、消費者契約については、一般法理による損害賠償を含め、期限前弁済の場合に損害賠償をすることは出来ないことを規定すべきである。

実務においては、期限前弁済のときに、一定の損害賠償をすることが予め契約条項に盛り込まれることが想定される。このような契約内容が盛り込まれないようにすることは、事業者との間で情報力格差、交渉力格差のある消費者には無理である。

- ⑦ 消費者が物品若しくは権利を購入する契約又は有償で役務の提供を受ける契約を締結する際に、これらの供給者とは異なる事業者との間で消費貸借契約を締結して信用供与を受けた場合は、一定の要件の下で、借主である消費者が供給者に対して生じている事由をもって貸主である事業者に対抗することができること（前記第44、5）

[意見]

- 1 抗弁の接続の規定を消費貸借の中に置くことに賛成する。
- 2 抗弁接続の規定は、消費者契約に限定すべきでない。
- 3 抗弁接続の規定を第三者型与信契約にも適用出来るように検討すべきである。
- 4 抗弁接続の要件としては、

①供給契約と消費貸借契約に客観的な相互利用関係のある場合  
とすることを提案する。

[理由]

- 1 我が国においては、抗弁接続の規定は、これまで割賦販売法に規定されているだけであるから、これを、民法の消費貸借の中に置くことは、消費者保護を前進させるものであり、原則賛成である。
- 2 消費者契約たる消費貸借についてのみ抗弁接続規定を置くとの提案であるが、近時、消費者保護規制が進むに連れて、零細事業者をねらった悪質商法が台頭しており、供給契約と与信契約を別個の法主体にして供給契約に対する抗弁の対抗を受けないような仕組みのビジネスが横行する可能性がある。こうしたビジネスによる被害を防止するためには、抗弁接続規定を消費者契約に限定することは適切ではない。
- 3 抗弁接続規定を消費貸借におくとの提案であるが、供給契約と与信契約が別個である場合の弊害は、消費貸借と他の第三者型与信契約とで大きな差異はないので、第三者型与信契約についても抗弁接続規定を設けることを検討すべきである。
- 4 抗弁の接続の要件として、
  - 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両者を一体とすことについての供給者と貸主との合意を示す見解がある（基本方針【3. 2. 6. 10】）。

①の要件については、上記2で述べたとおり、消費者契約に限定することは適切では

ない。

次に、上記に示した見解は、②③の要件について、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いている。

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、不要と言うべきである。

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。

この点に関して、参考となる事例として、大阪府消費生活苦情審査会調停事案報告書の平成20年2月29日付け消セ第1841号付託事案がある。

事案の概要は、消費者甲が、事業者乙から業務提供誘因販売の勧誘を受けて、甲が費用が出せないからと契約締結を断ったところ、乙が消費者金融業者丙を紹介したので、甲は丙から金銭を借り入れて、乙に支払いをしたが、その後、甲が乙との契約をクーリングオフ等を理由に解除し、さらに、甲が丙に対して、抗弁接続を主張し、貸金残金の支払いを拒絶したが、丙が甲の主張を認めないというものであった。

この事案では、乙と丙との間に直接の提携関係がなく、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供給者と貸主との合意がない場合であったが、乙と丙の間に事業者丁が介在し、乙と丁、丁と丙の間にはそれぞれ提携関係があり、丙作成の契約申込書類が、丁を通じて乙、甲へ交付されたり、同じく与信結果が、丙から丁を通じて乙、甲へと連絡される仕組みであった。そこで、大阪府消費生活苦情処理審査会では、

甲と乙間の契約と、甲と丙間の消費貸借契約という2つの契約の間には、経済的に「密接な関連性」があったとして、丙の甲に対する消費貸借に基づく権利を放棄することを内容とする調停案を提案し、最終的に甲、丙間で調停が成立した。

抗弁接続の要件として、供給者と貸主の合意が必要であったならば、上記のような調停は不可能になるのであり、合意を要求することの不合理性が実務的に明らかになっている。

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。

次に、②供給契約と消費貸借契約の「経済的」一体性という要件については、ドイツ民法でも使用されている表現ではあるが経済的一体性の射程範囲がつかみにくいという問題がある。この点については、さらに、検討すべきではあるが、一案として、客観的な相互利用関係のある場合という要件にすることを提案する。

- 5 こうした抗弁接続規定を民法の消費貸借におくことに対しては、一例として不動産ローンについてより慎重になるということで、経済に与える影響が大きく、国民が住宅、マンションを購入することも出来なくなるのではないかという懸念が寄せられている（法制審議会第15回議事録23頁奈須野関係官発言）。しかし、住宅ローンの審査が慎重になされることにより、かえって、建物が完成されないような融資、欠陥住宅に対する融資がなくなるのであり、国民経済上も望ましい方向に行くことになる（国民は、慎重な審査により、欠陥住宅や未完成の建物を取得するためのローンの負担を免れる）。抗弁接続により、より良質な供給契約が普及する可能性があるといえる。

- 6 また、割賦販売法との関係も問題となる。

この点、民法が供給契約と消費貸借契約との相互の関係に着目しているのに対し、割賦販売法は、個別信用購入あっせん、包括信用購入あっせんといった法形式に着目している点で、次元を異にしたものと考えることができ、民法において抗弁接続の要件を緩和しても、合理性に欠けることはない。

- ⑧ 貸貸人が事業者であり賃借人が消費者である貸貸借においては、終了時の賃借人の原状回復義務に通常損耗の回復が含まれる旨の特約の効力は認められないとすること（前記第45, 7(2)）

[意見]

貸貸人が事業者、賃借人が消費者である貸貸借契約について、原状回復義務に通常損耗の回復が含まれる旨の特約の効力は認められないとすることに賛成である。

- ⑨ 受任者が事業者であり委任者が消費者である委任契約においては、委任者が無過失であった場合は、受任者が委任事務を処理するに当たって過失なく被った損害についての賠償責任（民法第650条第3項）が免責されるとすること（前記第49, 2(3)）

[意見]

消費者及び事業者概念を民法に取り入れる場合には、受任者が事業者であり委任者が消費者である場合の特則として、委任者が無過失を立証すれば免責されるとの特則を設けることは賛成する。

[理由]

消費者保護に資する。

- ⑩ 受託者が事業者であり寄託者が消費者である寄託契約においては、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合は、これによって受寄者に生じた損害についての賠償責任（民法第661条）が免責されるとすること（前記第52、5(1)）

[意見]

寄託者に原則的に無過失責任を負わせることに反対しない。

具体的な規定の在り方としては、寄託者が消費者の場合には、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されるという考え方によるべきである。

[理由]

寄託物の性質や状態によって受寄者に損害が生じたとき、寄託者に無過失責任を負わせるとの判断は不当ではないと考える。ただし、寄託者が消費者の場合には、寄託者と受寄者との情報や知識の格差を考慮して、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されるという考え方が相当である。

- ⑪ 消費者契約の解釈について、条項使用者不利の原則を採用すること（前記第59、3）

[意見]

賛成する。

[理由]

- 1 多くの消費者契約では、事業者が提示する契約案について、約款利用であろうがなかろうが、消費者が十分な理解・検討・交渉を経て契約締結ができているとは思われない。すなわち、消費者契約は約款利用に関係なく、契約の拘束力の基本である当事者の意思の関与に問題がある。それゆえ、約款同様、契約を持ち出した側の当事者（事業者）に不利な解釈をする旨の規定を設けることは、条項の意味が不明な場合のリスクの配分としては適切である。加えて、消費者契約においては当事者の力の差は大きく、問題が生じた場合でもいわゆる泣き寝入りをせざるを得ないことも少なくない。それらの修正要素として、この条項使用者不利の原則の適用は必要である。約款が用いられない消費者契約を考えれば、約款とは別に規定する意味がある。

2 予見不可能な事象についてのリスクを一方的に条項使用者に負担させることになって適切でないとの指摘については、この条項使用者不利の原則は、いろいろな解釈を凝らしても複数の解釈が残るようなケースにおいてのみ適用するものであり、いきなり一方的に条項使用者を不利に扱うものではないから、当てはまらない。言い換えれば、それほど曖昧な規定を作成する約款利用者または事業者に限って不利に解釈するものであるから、不当とは思われない。

⑫ 継続的契約が消費者契約である場合には、消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができることとする（前記第60、2(3)）

[意見]

消費者・事業者間の継続的契約については、消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができることとするには賛成である。

なお、継続的契約に関する他の立法提案が、信義則の適用などで一定の解決が図られてきた問題の明文化を図るものであるのに対し、本問題は、現段階では解釈論により解決することが極めて困難な問題であり、立法による解決が不可欠と考えられる。

[理由]

消費者契約との関係では、消費者の中途解約権を制限する契約条項のため、消費者がそれ以上契約の継続を求めない場合であっても長期間契約に拘束される問題が生じており、特に、消費者による中途解約禁止を特約で明定しつつ、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については、現行消費者契約法等での解決は困難である。したがって、期間の定めのある継続的契約について、消費者の中途解約権を規定する意義は極めて大きいと考えられる。

なお、消費者契約については、1999.10.22 消費者契約法日弁試案、2006.12.14 日弁意見書、2005.11.25 の近弁連試案（27 回近弁連大会）において、不当条項リストが提案されている。

### 3 事業者に関する特則

#### (1) 事業者間契約に関する特則

仮に事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば、次のような事項について事業者と事業者との間の契約に適用される特則を設けるべきであるという考え方がある。これらを含め、事業者間契約に関する特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

① 事業者間契約は、債務者が催告に応じなければ原則として契約を解除することができ、重大な契約違反に該当しないことを債務者が立証した場合に限り、解除が否定されること（前記第5、1(1)）

[意見]

「重大な契約違反」という文言には反対であり、前述のとおり、解除要件が規範的要件であることを前提とした催告解除制度を構築すべきである。また、催告解除の場合に、催告に応じなければ原則として解除でき、解除の効果を阻害する事情は不履行者における抗弁事由とするという仕組みは、事業者間取引のみに適用すべきではなく、催告解除制度一般の仕組みとして制度設計すべきである。

[理由]

「契約の重大な不履行」「契約の目的を達成できない」「軽微な不履行」など文言がどうであれ、解除の実体要件に関するものは、いずれも規範的な評価が必要な要件であるため、催告解除制度においては、不履行をされた債権者（解除権者）側においてその立証責任を負わせるべきではなく、この要請は、事業者間取引にのみ要請されるべきものではなく、催告解除制度一般に要請されるものであるといえる。

したがって、事業者間取引に限らず広く催告解除制度の基本的な仕組みとして、催告をしたにもかかわらず債務の履行をしない場合には、原則として解除ができることを明確にしつつも、些末な付随的義務違反等による解除を排除する仕組みを構築すべきである。

- ② 事業者間の定期売買においては、履行を遅滞した当事者は相手方が履行の請求と解除のいずれかを選択するかを確答を催告することができ、確答がなかった場合は契約が解除されたものとみなすこと

[意見]

- 1 かかる規定に関し、商法 525 条における商人間から、事業者間に適用範囲を拡大することには、賛成する。
- 2 履行遅滞をした当事者の相手方に解除権を与え、解除するかどうかの選択肢を与えることも、賛成する。
- 3 履行遅滞をした当事者に、相手方に対して解除するかどうかの催告権を与えることも、賛成する。
- 4 ただし、かかる規定を特則として設けるかについては、消費者・事業者の特則を民法に設けるか否か、またかかる規定を民法に置くか商法などの特別法に置くかにもかかわるところであり、慎重な検討を要する。

[理由]

- 1 本論点には、①現行商法 525 条に改正すべき問題点があるか、②現行商法 525 条（ないし改正した規定）を商人間から事業者間に適用範囲を拡大するか、③その場合に、かかる規定を民法に特則として規定するか、の論点がある。
- 2 商法 525 条の趣旨は事業者間売買に妥当するから、商人間に限定せずに、事業者間に

適用範囲を拡大することに、賛成する。

- 3 商法 525 条においては、売主の負担において、買主が投機的行動に出るのを防止するために、解除するかどうかの考慮期間もなく、当然に解除になる。

しかしながら、当然解除になることに対する批判もあることから、検討事項の補足説明の提案のとおり、買主に解除するかどうかの選択権を与える一方で、選択の期間を短くできるように売主から買主に催告をして、確答がなければ解除したものとみなす規定を設けることにも賛成する。

なお、かかる検討事項の提案は、売主・買主どちらが不履行をした場合にも適用される前提であるものの、売主が不履行をした場合が重要であるが、こうした規定となることも、反対はしない。

- 4 そして、かかる規定を設ける場所については、民法に特則として設けることも考えられるが、消費者・事業者の特則を民法に設けるか否かにかかわるところであり、慎重な検討を要する。

- 5 さらに、かかる規定を、事業者に対する特則ではなく、事業者以外にも適用される一般的な規定とすべきかについても検討に値する論点である。

- 6 また、特に、かかる規定を（事業者に対する特則としても、または、一般的な規定としても）民法における特則として規定する場合には、他の有償契約に準用されることとなるかについても、配慮が必要である。

- ③ 事業者間の売買について買主の受領拒絶又は受領不能の場合における供託権、自助売却権についての規定を設け、目的物に市場の相場がある場合には任意売却ができること（前記第 40、4(4)）

## 1 商法第 524 条の適用対象を事業者間に拡大することの可否

[結論]

商人間の規定である同条の適用対象を事業者間に拡大することについては、慎重に検討すべきである。

[理由]

同条の規定は、商取引における簡易迅速性の要請に応じて、商人間の売買について特則を設けたものである。

しかし、事業者には、商人のみならず、営利を目的としない非営利法人も含まれている。そして、非営利法人の場合であっても、受領拒絶又は受領不能の場合に直ちに供託し、又は、催告の後に競売又は一定の要件の下で任意売却を認めてまで、商人の場合と同様に、取引の簡易迅速性を確保すべき必要性があるのか疑問である。

## 2 自助売却の方法として、目的物に市場性がある場合、任意売却を認めることの可否



[結論]

仮に、上記1が認められる場合、目的物に市場性がある場合、任意売却を認めることについては、特に反対しない。

[理由]

商法第524条において自助売却が認められた趣旨は、売買代金の支払いを容易に受けられるようにして、売主の保護を図ることにある。ところが、競売では、有利迅速な売却をすることができないことから、目的物に市場性がある場合、任意売却を認めることは同条の趣旨に合致する。

## (2) 契約当事者の一方が事業者である場合の特則

仮に事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば、次のような事項について、契約の一方当事者が事業者であれば他方当事者が消費者であるか事業者であるかを問わずに適用される特則を設けるべきであるとの考え方がある。これらを含め、契約当事者の一方が事業者である場合の特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

- ① 債権者が事業者である場合には、特定物の引渡し以外の債務の履行は債権者の現在の営業所（営業所がないときは住所）においてすべきであるとする（前記第17, 6(2)）

[意見]

賛成である。

「事業者」概念の導入については、慎重に検討すべきである。

- ② 事業者が事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示した場合に、提示された事項によって契約内容を確定することができるときは、その提示を申込みと推定すること（前記第24, 2(2)）

[意見]

- 1 申込みの推定規定を設けることに賛成である。
- 2 事業者が事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示し、提示された事項によって契約内容を確定することができるときは、当該提示行為を申込みと推定するという考え方に賛成である。
- 3 ただし、あくまで承諾者の正当な期待を保護する趣旨であることを明確化し、推定規定が表示した側に有利に援用されないような手当も考慮すべきである。

[理由]

1 従前、申込みか申込みの誘引かの区別が不明確であったが、一定の場合について、申込みと推定すれば、それ自体で申込みであることが明確化されるとともに、それを欲しない者に申込みではない旨の表示を促進することで、申込みの誘引であることも明確化され得る。

2 (1) 消費者が不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示した場合にまで申込みと推定するのは、現実の履行可能性からみて酷となる場合が多く、またこの契約に応じようとする者にも履行可能性に対する信頼が乏しいと考えられる一方、事業者が、その事業の範囲内で、契約の内容となるべき事項を提示した場合には、この契約に応じようとする者には、当該事業を営む事業者により契約上の義務が履行されるべきことへの期待が生じ、その期待は十分に保護に値するものといえ、申込みの推定を「事業者が、その事業の範囲内で、不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示した場合」に限定することは妥当である。

(2) 従前の申込みか申込みの誘引かという議論においては、単に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。

中間的な論点整理に示された考え方は、①内容の特定性のみをもって、申込みと推定しようとするもので、その推定の根拠については慎重な検討を要するところではあるが、②又は③といった各種の要素も考慮してしまうと、推定規定の明確性が相当程度損なわれることとなり、推定を欲しない者に申込みではない旨の表示を促進することで、申込みの誘引であることを明確化することも阻害することになりかねない。

事業者としては、事業の範囲内で、不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示するものの、これに応じられることで契約が成立することを回避したければ、申込みではない旨の表示をすれば足りるのであるから、①内容の特定性のみをもって、申込みと推定したとしても、特段事業者に酷とも思われぬし、むしろ、申込みではない旨の表示を促進することにも意味がある。

3 もっとも、従前、申込みの誘引とされてきたものも申込みと推定されるとすると、これに応じる者に、承諾して契約の成立を主張する権利を付与する一方、従前であれば申込みの誘引とされていたものが申込みと推定されることによって、契約上の義務の負担の時期も従前より早まることになり、かえって不利となるケースも一応想定され得る。推定規定はあくまで事業者のした表示に対する信頼の保護に着目するものである以上、表示した側に有利に援用されない配慮がなされるべきである。

③ 事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合には、申込みとともに受け取った物品を保管しなければならないとすること（前記第24、7）

[意見]

契約の申込みとともに受け取った物品の保管義務を負う場合を現行商法510条の「商人がその営業の部類に属する契約の申込みを受けた場合」から「事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合」に拡張することについては、慎重に検討すべきである。

[理由]

商法510条の趣旨は、商取引の敏活と申込者の保護という点にある。

「コンメンタール商行為法」(勁草書房)99頁には「この物品保管義務は申込を受けた者にとっては、善管注意をもって保管することを要するものとするので、相当重い負担となる場合があつて、立法論としては反対説もあるくらいである。商取引においては、申込人は申込と同時に商品の全部または一部を送付して、敏活に取引を決定しようとするから、このような企業の特殊な要求に応ずるために、本条の特別な義務が定められているのである。」と記載されており、その正当化要素として、商取引の敏活の点も強調されているところである。

また、「別冊法学セミナー基本法コンメンタール〔第4版〕商法総則・商行為法」(日本評論社)95頁には「商取引においては、契約の申込みと同時に、見本としてまたは承諾を予期して、契約の目的物の一部または全部を送付することが、實際上しばしば行われる」と記載されており、商取引の特殊性が指摘されている。

本来、契約の目的物の給付は、契約成立後に行われるべきものであつて、契約が成立するか否か不透明な段階で、一方的に申込みとともに送付されてきた目的物について、非営利事業者をも含む事業者は、事務管理を超えた保管義務を負わせるのは酷なように思われる。かかる規定を拡張した場合、非営利事業者をも含む事業者は、保管義務を免れるために、一旦費用を負担して当該目的物を返却するか、承諾を行うか選択を迫られ、結果として押し売りの取引を強制されることにもなりかねない。

商法510条については、その規定の合理性に疑問無しとしないところであり、少なくとも商取引の敏活という要請すらない非営利事業者を含む事業者にまで拡張することには慎重であるべきである。

**④ 買主や注文者が事業者である場合においては、売主や請負人の瑕疵担保責任の存続期間の起算点を瑕疵を知り又は知ることができた時とすること(前記第39, 1(6), 第48, 5(5)) ※売買について**

[意見]

反対である。消費者であるか事業者であるかを問わず、瑕疵を知ったときから、一般の債権の消滅時効期間が起算されるものとすべきである。

[理由]

商法526条においては、買主は、目的物に直ちに発見することができない瑕疵がある

場合でも、目的物の受領後6か月以内に発見して、その後直ちに通知を発しなればならず、買主にとって相当に酷なルールとなっている。これに比べれば、買主が事業者である場合については瑕疵を知り又は知ることができた時から起算するとのルールは、穏当にも思える(商法526条については、少なくともこのようなルールに改めるべきとも思える)。

しかしながら、目的物についての知識を有することが期待され、商取引の敏活が要請される商人間の取引において検査義務を課すのであれば格別、必ずしも目的物についての知識を有していることも期待されず、また商取引の敏活の要請も存しない非営利事業者をも含む事業者に対して、実質として検査義務を課し、瑕疵を知ることができたときから期間を起算するというのは、相当ではない。

④ 買主や注文者が事業者である場合においては、売主や請負人の瑕疵担保責任の存続期間の起算点を瑕疵を知り又は知ることができた時とすること(前記第39, 1(6), 第48, 5(5)) ※請負について

[意見]

請負契約において注文者が事業者である場合に、瑕疵担保責任の存続期間の起算点を「瑕疵を知り又は知ることができた時」とすることについては反対であり、事業者であることを理由として要件を加重すべきではない。

[理由]

請負契約において注文者が事業者である場合に、瑕疵担保責任の存続期間の起算点につき「瑕疵を知った時」のみならず「瑕疵を知ることができた時」も含めるという考え方は、事業者に検査・確認義務が存することが前提であると考えられる。そして、事業者に検査・確認義務を課す根拠として、売買契約との類似性及び商法第526条の規定の存在があると考えられる。

しかし、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)。

請負においても検査・確認義務を事業者に要求する考え方は、事業者が高い専門的能力を有しているからではなく、従来の商法の規定も踏まえたうえで、事業者においては、そうした確認・検査をするという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、という考え方が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なお疑問がある。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・検査をするということが求められる

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・確認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・確認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。

したがって、検査・確認義務を事業者に課すことができないのであるから、注文主が事業者である場合に、瑕疵担保責任の存続期間の起算点を「瑕疵を知り又は知ることができた時」と要件を加重することについては反対である。

- ⑤ 賃貸人が事業者である場合においては、賃貸借の目的物の用法違反に基づく損害賠償を請求すべき期間の起算点を損傷等を知り又は知ることができた時とすること（前記第45, 7(3)ア）

[意見]

本論点は、賃貸人に目的物損傷に関する通知を義務付けることを前提とした議論であるところ、賃貸人にかかる義務を認めること自体に反対である。

- ⑥ 寄託者が事業者である場合においては、返還された寄託物に損傷又は一部滅失があったことに基づく損害賠償を請求すべき期間の起算点を損傷等を知り又は知ることができた時とすること（前記第52, 6）

[意見]

売買や請負との整合性を考慮して規定すべきである。

- ⑦ 役務提供者が事業者である場合は、無償の役務提供型契約においても注意義務の軽減を認めないとする（前記第50, 2）

[意見]

無償の役務提供型契約における役務提供者の注意義務を軽減するとしつつ、役務提供者が事業者である場合には注意義務を軽減しないとする考え方に賛成である。

ただし、注意義務を軽減しないのは、当該事業者がその事業の範囲内で役務提供を行う場合に限るべきである。

[理由]

無償の場合に役務提供者の注意義務を軽減することは、公平の観点から首肯されるが、役務提供者が事業者である場合には、役務受領者の期待と利益保護のために、その事業の範囲内で役務提供がなされる限度で事業者に善管注意義務を課しても不都合はないと思われる。

- ⑧ 宿泊事業者が宿泊客から寄託を受けた物品について厳格責任を負う原則を維持しつつ（商法第594条第1項参照）、高価品について損害賠償額を制限するには宿泊事業者が価額の明告を求めたことが必要であると、また、正当な理由なく保管の引受を拒絶した物品についても寄託を受けた物品と同様の厳格責任を負うとすること（前記第52、11）

[意見]

- 1 宿泊客から寄託を受けた物品について、宿泊事業者に厳格責任を負わせることに異論はない。
- 2 高価品についての損害賠償額を制限する要件として価額の明告を求めることに異論はない。

しかし、宿泊事業者に故意又は重過失がある場合には、価額の明告を求めていたとしても賠償額の制限を認めるべきではない。

- 3 正当な理由なく保管の引受けを拒絶した物品について厳格責任を負わせることに異論はない。

[理由]

- 1 商法594条1項を維持するものである。
- 2 商法595条を踏えたものであるが、明告がないことを理由に高価品に限り免責（無責）とする必要はなく、一定の限度で責任を認めるのが合理的である。

しかし、宿泊事業者に故意又は重過失がある場合にまで損害額の制限を認めることは、衡平を害することも考えられるから（最判平成15年2月28日 判タ1127号112頁）。

- 3 正当な理由なく保管の引受けを拒絶した宿泊事業者の責任を軽減する理由はない。

(3) 事業者が行う一定の事業について適用される特則

仮に事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば次のような事項については、事業者が行う事業一般に適用するのでは適用対象が広すぎ、反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われているものを指す「経済事業」という概念によって規定の適用範囲を画すべきであるという考え方がある。「経済事業」という概念を用いて規定の適用範囲を画することの当否や、経済事業に適用される特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

[意見]

事業者概念を採用するか、事業者の事業の一内容として「経済事業」の概念を採用するかについては、慎重な検討を要する。

[理由]

1 本論点の問題意識としては、次のとおりである。

(1) 現行法の商人概念では、一般社団・財団法人やNPO法人等が商人と同じ事業を行っていたとしても、商行為の規定がないこととなるため、狭きに失する。

(2) これに対して、消費者以外をすべて事業者とすることは、明確ではある一方、零細事業者について大規模事業者との間では消費者的に扱うべきとの問題意識もある。

また、弁護士、マンション管理組合など事業者であるが営利行為を行っていない者は、商人と同様な取引関係に対する敏感さを必ずしも持ち合わせていないのであり、商人や営利事業者と同一に扱ってはならないのではないかと考えられる。

そうしたときに、(消費者概念の対概念としての事業者概念を超えて)、事業者概念に独自の意味を持たせられるかは問題であり、さらには、消費者と事業者の境界にあるものを適切に規律するための概念に関する規定を設ける必要があるか、それは可能であるかは、問題である。

2 そして、そのために、事業を「経済事業」として限定することが妥当であるかどうかは、俄かに決しがたく、慎重な検討を要する。

すなわち、個々の規定において、適用を想定している者が異なることから、これらについて「経済事業」として、事業の範囲(すなわち適用範囲)を一律に画することは、必ずしも妥当とはいえない。

3 そもそも、事業者概念を民法に導入するかどうかは、商法における商人概念の取扱いのほか、消費者概念との関係(消費者概念と事業者概念の境界を一致させるか否か、相互に相対的に解釈する可能性、消費者概念の事業者への拡張的処理の可能性、消費者保護への具体的な影響等を含む)の規律の仕方ともかかわるところであり、あえて民法に規定する必要があるかどうか、さらに議論が必要である。

4 個別の規定ごとに事業の範囲を限定する

事業者概念そのものは消費者以外のものとして、明確化しつつ、個々の規定において「『…』の場合において」ないし「『……』をする事業」などとして、適用対象となる事業を、個々の規定の趣旨に照らして適切な範囲に限定するよう試みる方法が考えられる。

また、消費者保護規定を、零細事業者に拡張して適用する規定の仕方も考えられる。

5 民法への取込みによる適用順序の変更とそれによる保護の後退への危惧

また、事業者概念(および消費者概念)を民法に取り込んだ際には、特別法たる商法ないし消費者契約法の規定が、特別法から一般法になり、適用順位が変わる可能性がある。民法への取込みにより、特別法との適用順序が変更になり、現行法の保護が(予期せ

ず)後退することの無いよう注意が必要である。

① 事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときは、特段の合意がない限り、その保証は連帯保証とすること

[意見]

事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるとすべきであるとの考え方には反対である。

[理由]

そもそも商法511条2項の規律を民法に取り込む必要性があるのか疑問である。

民法では、特約がない限り、保証は単純保証であるが、実務上は連帯保証の特約を付して、連帯保証とすることが一般的であり、特約がない場合の特則となる商法511条2項の規律をあえて民法に取り込む必要性があるのか疑問である。

また、「事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたとき」の意味についても、たとえば「経済事業を行なう事業者が保証をしたとき」の意味と具体的にどこが異なるのか、直ちには理解しがたいことから、上記の見解には反対である。

② 事業者間において貸主の経済事業の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合は、特段の合意がない限り利息を支払わなければならないとすること（前記第44、2）

[意見]

商人間の金銭消費貸借について、現行商法513条を変更し、事業者間において、貸主の経済事業の範囲内で金銭の消費貸借がなされた場合には、特段の合意がない限り、利息を支払わなければならないとの規定を置くべきである。

[理由]

商人間の金銭消費貸借については、現行商法513条の規定では、不適切と思われる場合もあるため、事業者間において、貸主の経済事業の範囲内で金銭の消費貸借がなされた場合には、特段の合意がない限り、利息を支払わなければならないと改めるべきである。

③ 事業者が経済事業の範囲内において受任者、役務提供者（役務提供型契約の受皿規定（前記第50参照）を設ける場合）又は受寄者として委任契約、役務提供型契約又は寄託契約を締結した場合は有償性が推定されるところとすること（前記第49、3(1)、第50、4(1)、第52、5(2)）

[意見]

事業者が経済事業の範囲内において受任者、役務提供者（役務提供型契約の受皿規定（前



記第50参照)を設ける場合)又は受寄者として委任契約、役務提供型契約又は寄託契約を締結した場合は有償性が推定されることに賛成する。

[理由]

営利を目的としない事業であっても、経済事業の場合には、有償性の推定はむしろ合理的である。

④ 事業者がその経済事業の範囲内において寄託を受けた場合は、無償の寄託においても受寄者の注意義務の軽減を認めないとする(前記第52, 3)

[意見]

事業者概念を取り入れる場合には、事業者が行う一定の事業について適用される特則として、無償であっても受寄者の注意義務の軽減を認めないとの考えに賛成である。

[理由]

受寄者が一定の範囲の事業のために寄託を受けた場合には、無償であっても注意義務を軽減する理由はないと考える。

⑤ 組合員の全員が事業者であって、経済事業を目的として組合の事業が行われる場合は、組合員が組合の債権者に対して負う債務を連帯債務とすること(前記第53, 2)

[意見]

組合員の全員が事業者であって、経済事業を目的として組合の事業が行われる場合には、組合員は組合の債権者に対して連帯債務を負う旨の規定を設けることについては慎重な検討を要する。

[理由]

- 1 商法511条1項を民法にとり込む趣旨の提案であるが、商法511条1項の規定自体について、連帯債務とする範囲が広すぎるとの批判がある。
- 2 商法の規定のとり込みについては、他の規定の扱いとのバランスをとる必要がある。
- 3 最高裁判所判決平成10年4月14日(民集52巻3号813頁)は、会社の結成した共同企業体を民法上の組合と判示した上で、共同企業体の各構成員に商法511条1項に基づく連帯債務を認めているが、本提案は構成員が会社であることを前提とする当該判例よりも射程を広げるものであり、必ずしも根拠とはならない。

### 第63 規定の配置

民法のうち債権関係の規定の配置については、①法律行為の規定を第3編債権に置くべきであるという考え方の当否、②時効の規定のうち債権の消滅時効に関するものを第3編債権に置くべきであるという考え方の当否、③債権総則と契約総則の規定を統合するとい

う考え方の当否、④債権の目的の規定を適切な場所に再配置する考え方の当否、⑤典型契約の配列について有償契約を無償契約より先に配置する考え方の当否、⑥第三者のためにする契約や継続的契約に関する規定（前記第26及び第60）等、各種の契約類型に横断的に適用され得る規定の配置の在り方等の検討課題が指摘されている。これらを含めて、民法のうち債権関係の規定の配置について、配置の変更により現在の実務に与える影響、中長期的な視点に立った配置の分かりやすさの確保、民法の基本理念の在り方等の観点に留意しつつ、更に検討してはどうか。

[意見]

## 1 総論

基本的には現行法を維持するべきであり、大きく規定の配置を変更するべきではない。

## 2 各論

- ① 法律行為の規定は現行法どおり総則におくべきである。
- ② 債権の消滅時効の規定は現行法どおり総則の時効のところにおくべきである。
- ③ 債権総則と契約総則は現行法どおり分離して規定すべきである。
- ④ 債権の目的の規定の位置については、債権編の冒頭以外の適宜の場所におくことに反対しない。
- ⑤ 典型契約の配列は、同種の契約類型の中では有償契約を先に規定することに反対しない。
- ⑥ 第三者のためにする契約や継続的契約など各種の契約類型に横断的に適用され得る規定は、契約総則に規定すればよい。

[理由]

## 1 総論

継続性への配慮を重視すべきである。単に現在の法律家にとってなじんでいるということではなく、長期間にわたって広く定着し、安定的に運用されていることを重視するべきであり、変更による混乱や予想外の問題が生じることを避けるべきである。

今回の改正は債権法のみであり、民法が全面的に改正されるわけではない。物権法との兼ね合いもあるし、今回の改正において全面的な改定をするべきではない。

## 2 各論

### ① 法律行為

法律行為の典型は確かに契約であるが、法律行為は契約に限らず、様々な単独行為があり、法律行為概念はこれらを含むものである。契約のところにおいた場合、単独行為等に適宜準用されることになるが、単独行為の解釈においては決してわかりやすいとはいえない。また、法律行為の規定は、物権設定契約にも適用されるし、そうすると物権法の前に総則として規定されるべきものといえる。

### ② 債権の消滅時効

債権の消滅時効の効果としては、履行拒絶構成はとるべきではない。

また、債権の消滅時効は、確かに債権の消滅という側面はあるものの、時効という長期間の法的安定性を重視した法的効果を与えるという性質が中心であるから、時効の規定のところにおくべきである。

③ 債権総則と契約総則

債権総論は契約に基づく債権以外の債権にも適用され、債権総則には独自の意義があり、現行法どおりとするべきである。

④ 債権の目的

債権の目的にある規律が債権総則の中で適宜移動されることによる混乱は小さいので、債権編の冒頭以外の適宜の場所におくということでもよいといえる。

⑤ 典型契約の配列

たとえば、現行法の贈与→売買の順序を入れ替えることになるが、有償・無償の順番を入れ替えることによる混乱は小さく、有償契約を先に規定することでもよいといえる。

⑥ 横断的規定

第三者のためにする契約や継続的契約など各種の契約類型に横断的に適用され得る規定について、現行法も第三者のためにする契約は契約総則の中の契約の効力のところに規定されているように、一定の契約類型には適用されることがわかるように、契約総則に規定すればよいと思われる。

以上