

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に関する
パブリックコメントに対する意見書

目 次

第1 法律行為総則	10
1 法律行為の意義（民法第1編第5章第1節関係）	10
2 公序良俗（民法第90条関係）	10
第2 意思能力	12
第3 意思表示	13
1 心裡留保（民法第93条関係）	13
2 錯誤（民法第95条関係）	16
3 詐欺（民法第96条関係）	20
4 意思表示の効力発生時期等（民法第97条関係）	22
5 意思表示の受領能力（民法第98条の2関係）	24
第4 代理	24
1 代理行為の要件及び効果（民法第99条第1項関係）	24
2 代理行為の瑕疵（民法第101条関係）	25
3 代理人の行為能力（民法第102条関係）	26
4 代理人の権限（民法第103条関係）	27
5 復代理人を選任した任意代理人の責任（民法第105条関係）	27
6 自己契約及び双方代理等（民法第108条関係）	28
7 代理権の濫用	31
8 代理権授与の表示による表見代理（民法第109条関係）	33
9 権限外の行為の表見代理（民法第110条関係）	34
10 代理権消滅後の表見代理（民法第112条関係）	35
11 無権代理人の責任（民法第117条関係）	36
12 授權（処分権授与）	37
第5 無効及び取消し	38
1 法律行為の一部無効	38
2 無効な法律行為の効果	38
3 追認の効果（民法第122条関係）	39
4 取り消すことができる行為の追認（民法第124条関係）	39
5 法定追認（民法第125条関係）	40
6 取消権の行使期間（民法第126条関係）	41
第6 条件及び期限	42
1 条件	42
2 期限	43

第7 消滅時効	44
1 職業別の短期消滅時効の廃止	44
2 債権の消滅時効における原則的な時効期間と起算点	45
3 定期金債権の消滅時効（民法第168条第1項関係）	45
4 不法行為による損害賠償請求権の消滅時効（民法第724条関係）	46
5 生命・身体への侵害による損害賠償請求権の消滅時効	47
6 時効期間の更新事由	47
7 時効の停止事由	48
8 時効の効果	51
第8 債権の目的	52
1 特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第400条関係）	52
2 種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項関係）	52
3 外国通貨債権（民法第403条関係）	53
4 法定利率（民法第404条関係）	53
(1) 変動制による法定利率	53
(2) 法定利率の適用の基準時等	58
(3) 中間利息控除	59
5 選択債権	61
第9 履行請求権等	61
1 債権の請求力	61
2 契約による債権の履行請求権の限界事由	62
3 履行の強制（民法第414条関係）	63
第10 債務不履行による損害賠償	63
1 債務不履行による損害賠償とその免責事由（民法第415条前段関係）	63
2 履行遅滞の要件（民法第412条関係）	65
3 債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第415条後段関係）	65
4 履行遅滞後に履行請求権の限界事由が生じた場合における損害賠償の免責事由	67
5 代償請求権	67
6 契約による債務の不履行における損害賠償の範囲（民法第416条関係）	68
7 過失相殺の要件・効果（民法第418条関係）	69
8 損益相殺	70
9 金銭債務の特則（民法第419条関係）	71
10 賠償額の予定（民法第420条関係）	73
第11 契約の解除	74
1 債務不履行による契約の解除の要件（民法第541条ほか関係）	74
2 複数契約の解除	77
3 契約の解除の効果（民法第545条関係）	78

4 解除権の消滅（民法第547条及び第548条関係）	79
第12 危険負担	80
1 危険負担に関する規定の削除（民法第534条ほか関係）	80
2 債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合の解除権の制限（民法第536条第2項関係）	82
第13 受領（受取）遅滞	83
第14 債権者代位権	83
1 責任財産の保全を目的とする債権者代位権	83
2 代位行使の範囲	85
3 代位行使の方法等	86
4 代位債権者の善管注意義務	86
5 債権者代位権の行使に必要な費用	87
6 代位行使の相手方の抗弁	87
7 債務者の処分権限	87
8 訴えの提起による債権者代位権の行使の場合の訴訟告知	88
9 責任財産の保全を目的としない債権者代位権	88
第15 詐害行為取消権	90
1 受益者に対する詐害行為取消権の要件	90
2 相当の対価を得てした行為の特則	92
3 特定の債権者を利する行為の特則	92
4 過大な代物弁済等の特則	95
5 転得者に対する詐害行為取消権の要件	96
6 詐害行為取消しの効果	99
7 詐害行為取消しの範囲	99
8 逸出財産の返還の方法等	100
9 詐害行為取消権の行使に必要な費用	107
10 受益者の債権の回復	108
11 受益者が現物の返還をすべき場合における受益者の反対給付	109
12 受益者が金銭の返還又は価額の償還をすべき場合における受益者の反対給付	112
13 転得者の前者に対する反対給付等	115
14 詐害行為取消権の行使期間	115
第16 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）	116
1 債務者が複数の場合	116
2 不可分債務の概念整理	117
3 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等	117
(1) 履行の請求（民法第434条関係）	117
(2) 更改，相殺等の事由（民法第435条から第440条まで関係）	119

(3) 破産手続の開始（民法第441条関係）	120
4 連帯債務者間の求償関係	120
(1) 連帯債務者間の求償権（民法第442条第1項関係）	120
(2) 連帯債務者間の通知義務（民法第443条関係）	121
(3) 負担部分を有する連帯債務者が全て無資力者である場合の求償関係（民法第444条本文関係）	122
(4) 連帯の免除をした場合の債権者の負担（民法第445条関係）	123
5 不可分債務	123
6 債権者が複数の場合	123
7 分割債権（民法第427条関係）	124
8 連帯債権	124
9 不可分債権	125
第17 保証債務	126
1 保証債務の付従性（民法第448条関係）	126
2 主たる債務者の有する抗弁（民法第457条第2項関係）	126
3 保証人の求償権	126
(1) 委託を受けた保証人の求償権（民法第459条・第460条関係）	126
(2) 保証人の通知義務	128
4 連帯保証人に対する履行の請求の効力（民法第458条関係）	131
5 根保証	132
6 保証人保護の方策の拡充	137
(1) 個人保証の制限	137
(2) 契約締結時の説明義務，情報提供義務	142
(3) 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務	143
(4) その他の方策	144
第18 債権譲渡	146
1 債権の譲渡性とその制限（民法第466条関係）	146
2 対抗要件制度（民法第467条関係）	149
(1) 第三者対抗要件及び権利行使要件	149
(2) 債権譲渡が競合した場合における規律	150
3 債権譲渡と債務者の抗弁（民法第468条関係）	153
(1) 異議をとどめない承諾による抗弁の切断	153
(2) 債権譲渡と相殺の抗弁	153
4 将来債権譲渡	155
第19 有価証券	157
第20 債務引受	158
1 併存的債務引受	158

2 免責的債務引受	160
3 免責的債務引受による引受けの効果.....	161
4 免責的債務引受による担保権等の移転.....	162
第21 契約上の地位の移転.....	162
第22 弁済.....	162
1 弁済の意義	162
2 第三者の弁済（民法第474条関係）.....	163
3 弁済として引き渡した物の取戻し（民法第476条関係）.....	164
4 債務の履行の相手方（民法第478条、第480条関係）.....	165
5 代物弁済（民法第482条関係）.....	165
6 弁済の方法（民法第483条から第487条まで関係）.....	166
7 弁済の充当（民法第488条から第491条まで関係）.....	166
8 弁済の提供（民法第492条関係）.....	168
9 弁済の目的物の供託（民法第494条から第498条まで関係）.....	168
10 弁済による代位	169
(1) 任意代位制度（民法第499条関係）.....	169
(2) 法定代位者相互間の関係（民法第501条関係）.....	169
(3) 一部弁済による代位の要件・効果（民法第502条関係）.....	170
(4) 担保保存義務（民法第504条関係）.....	171
第23 相殺.....	171
1 相殺禁止の意思表示（民法第505条第2項関係）.....	171
2 時効消滅した債権を自働債権とする相殺（民法第508条関係）.....	171
3 不法行為債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第509条関係）.....	172
4 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺（民法第511条関係）.....	173
5 相殺の充当（民法第512条関係）.....	174
第24 更改.....	174
1 更改の要件及び効果（民法第513条関係）.....	174
2 債務者の交替による更改（民法第514条関係）.....	175
3 債権者の交替による更改（民法第515条・第516条関係）.....	175
4 更改の効力と旧債務の帰すう（民法第517条関係）.....	176
5 更改後の債務への担保の移転（民法第518条関係）.....	176
6 三面更改	177
第25 免除.....	178
第26 契約に関する基本原則等.....	178
1 契約内容の自由	178
2 履行請求権の限界事由が契約成立時に生じていた場合の契約の効力.....	179
3 付随義務及び保護義務.....	180

4 信義則等の適用に当たっての考慮要素.....	180
第 27 契約交渉段階.....	182
1 契約締結の自由と契約交渉の不当破棄.....	182
2 契約締結過程における情報提供義務.....	183
第 28 契約の成立.....	185
1 申込みと承諾.....	185
2 承諾の期間の定めのある申込み（民法第 5 2 1 条第 1 項・第 5 2 2 条関係）.....	185
3 承諾の期間の定めのない申込み（民法第 5 2 4 条関係）.....	186
4 対話者間における申込み.....	186
5 申込者及び承諾者の死亡等（民法第 5 2 5 条関係）.....	187
6 契約の成立時期（民法第 5 2 6 条第 1 項・第 5 2 7 条関係）.....	188
7 懸賞広告.....	188
第 29 契約の解釈.....	189
第 30 約款.....	191
1 約款の定義.....	191
2 約款の組入要件の内容.....	192
3 不意打ち条項.....	193
4 約款の変更.....	193
5 不当条項規制.....	195
第 31 第三者のためにする契約.....	196
1 第三者のためにする契約の成立等（民法第 5 3 7 条関係）.....	196
2 要約者による解除権の行使（民法第 5 3 8 条関係）.....	197
第 32 事情変更の法理.....	197
第 33 不安の抗弁権.....	199
第 34 継続的契約.....	200
1 期間の定めのある契約の終了.....	200
2 期間の定めのない契約の終了.....	201
3 解除の効力.....	201
第 35 売買.....	202
1 売買の予約（民法第 5 5 6 条関係）.....	202
2 手付（民法第 5 5 7 条関係）.....	203
3 売主の義務.....	204
4 目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任.....	207
5 目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の代金減額請求権.....	208
6 目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の権利の期間制限.....	210
7 買主が事業者の場合における目的物検査義務及び適時通知義務.....	210
8 権利移転義務の不履行に関する売主の責任等.....	211

9 競売における買受人の権利の特則（民法第568条及び第570条ただし書関係）	212
10 買主の義務	215
11 代金の支払場所（民法第574条関係）	216
12 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条関係）	216
13 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条関係）	217
14 目的物の滅失又は損傷に関する危険の移転	218
15 買戻し（民法第579条ほか関係）	219
第36 贈与	219
1 贈与契約の意義（民法第549条関係）	219
2 贈与者の責任（民法第551条関係）	220
3 贈与契約の解除による返還義務の特則	222
4 贈与者の困窮による贈与契約の解除	222
5 受贈者に著しい非行があった場合の贈与契約の解除	223
第37 消費貸借	224
1 消費貸借の成立等（民法第587条関係）	224
2 消費貸借の予約（民法第589条関係）	226
3 準消費貸借（民法第588条関係）	227
4 利息	227
5 貸主の担保責任（民法第590条関係）	228
6 期限前弁済（民法第591条第2項，第136条第2項関係）	228
第38 賃貸借	233
1 賃貸借の成立（民法第601条関係）	233
2 短期賃貸借（民法第602条関係）	233
3 賃貸借の存続期間（民法第604条関係）	233
4 不動産賃貸借の対抗力，賃貸人たる地位の移転等（民法第605条関係）	233
5 合意による賃貸人たる地位の移転	234
6 不動産の賃借人による妨害排除等請求権	235
7 敷金	236
8 貸物の修繕等（民法第606条第1項関係）	236
9 減収による賃料の減額請求等（民法第609条・第610条関係）	236
10 賃借物の一部滅失等による賃料の減額等（民法第611条関係）	237
11 転貸の効果（民法第613条関係）	237
12 賃借物の全部滅失等による賃貸借の終了	238
13 賃貸借終了後の収去義務及び原状回復義務（民法第616条，第598条関係）	239
14 損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限（民法第621条，第600条関係）	

.....	240
15 賃貸借に類似する契約.....	240
第 39 使用貸借.....	242
1 使用貸借の成立等（民法第 5 9 3 条関係）.....	242
2 使用貸借の終了（民法第 5 9 7 条関係）.....	242
3 使用貸借終了後の収去義務及び原状回復義務（民法第 5 9 8 条関係）.....	244
4 損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限（民法第 6 0 0 条関係）.....	245
第 40 請負.....	245
1 仕事が完成しなかった場合の報酬請求権・費用償還請求権.....	245
2 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任.....	246
(1) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の修補請求権の限界（民法第 6 3 4 条第 1 項関係）.....	246
(2) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを理由とする解除（民法第 6 3 5 条関係）.....	246
(3) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の注文者の権利の期間制限（民法第 6 3 7 条関係）.....	247
(4) 仕事の目的物である土地工作物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任の存続期間（民法第 6 3 8 条関係）.....	247
(5) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任の免責特約（民法第 6 4 0 条関係）.....	248
3 注文者についての破産手続の開始による解除（民法第 6 4 2 条関係）.....	248
第 41 委任.....	249
1 受任者の自己執行義務.....	249
2 委任者の金銭の消費についての責任（民法第 6 4 7 条関係）.....	250
3 受任者が受けた損害の賠償義務（民法第 6 5 0 条第 3 項関係）.....	250
4 報酬に関する規律.....	250
(1) 無償性の原則の見直し（民法第 6 4 8 条第 1 項関係）.....	250
(2) 報酬の支払時期（民法第 6 4 8 条第 2 項関係）.....	250
(3) 委任事務の全部又は一部を処理することができなくなった場合の報酬請求権（民法第 6 4 8 条第 3 項関係）.....	250
5 委任の終了に関する規定.....	252
(1) 委任契約の任意解除権（民法第 6 5 1 条関係）.....	252
(2) 破産手続開始による委任の終了（民法第 6 5 3 条第 2 号関係）.....	252
6 準委任（民法第 6 5 6 条関係）.....	253
第 42 雇用.....	254
1 報酬に関する規律（労務の履行が途中で終了した場合の報酬請求権）.....	254
2 期間の定めのある雇用の解除（民法第 6 2 6 条関係）.....	254

3 期間の定めのない雇用の解約の申入れ（民法第627条関係）	255
第43 寄託	255
1 寄託契約の成立等	255
(1) 寄託契約の成立（民法第657条関係）	255
(2) 寄託者の破産手続開始の決定による解除	256
2 寄託者の自己執行義務（民法第658条関係）	257
3 受寄者の保管に関する注意義務（民法第659条関係）	257
4 寄託物についての第三者の権利主張（民法第660条関係）	257
5 寄託者の損害賠償責任（民法第661条関係）	258
6 報酬に関する規律（民法第665条関係）	259
7 寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の損害賠償請求権の短期期間制限	259
8 寄託者による返還請求（民法第662条関係）	259
9 寄託物の受取後における寄託者の破産手続開始の決定	260
10 混合寄託	260
11 消費寄託（民法第666条関係）	260
第44 組合	261
1 組合契約の無効又は取消し	261
2 他の組合員が出資債務を履行しない場合	261
3 組合の財産関係（民法第668条ほか関係）	262
4 組合の業務執行（民法第670条関係）	262
5 組合代理	263
6 組合員の加入	263
7 組合員の脱退（民法第678条から第681条まで関係）	264
8 組合の解散事由（民法第682条関係）	264
9 組合の清算	265
第45 終身定期金	265
第46 和解	265

第1 法律行為総則

1 法律行為の意義（民法第1編第5章第1節関係）

- (1) 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ものとする。
- (2) 法律行為には、契約のほか、取消し、遺言その他の単独行為が含まれるものとする。
- （注）以上のような規定を設けないという考え方がある。

[意見]

特に意見なし。

2 公序良俗（民法第90条関係）

民法第90条の規定を次のように改めるものとする。

- (1) 公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とするものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

現行法の「事項を目的とする」という文言は、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り、削除した方が良い。

- (2) 相手方の困窮、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して、著しく過大な利益を得、又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為は、無効とするものとする。

（注）上記(2)（いわゆる暴利行為）について相手方の窮迫、軽率又は無経験に乗じて著しく過大な利益を獲得する法律行為は、無効とする旨の規定を設けるという考え方がある。また、規定を設けないという考え方がある。

[意見]

賛成する。

ただし、後段要件の「著しく過大な」という部分は「不当な」「過当な」という表記にすべきと考える。

[理由]

1 暴利行為の立法の是非：賛成。

- (1) 現代の裁判実務や運用現場においては、暴利行為の柔軟な運用によって、投資取引など現代的な取引における消費者被害や高齢者被害などの被害救済を図っている。
- (2) 暴利行為の典型例は高齢者の契約被害であるところ、最近発表された国民センター発表の統計資料「PIO-NETにみる2011年度の消費生活相談」（2012年9月6日）でも、我が国における60歳以上の消費者トラブルはこの10年で激増している。今後益々

の高齢化社会の進行を見据えると、法的な救済手段を明示しておくことが国家としても必要な状況と考えられる。

※ 「PIO-NETにみる2011年度の消費生活相談」より抜粋

<年度別にみた契約当事者年代別割合>

2002年度 60歳以上の相談割合 17.2パーセント

2011年度 同 31.0パーセント(約1.8倍)

(3) 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くことは、法適用の安定化や予測可能性を高め、わかりやすい民法という観点に資する。また、実社会における暴利行為の抑圧や排除を期待できる。

(4) 暴利行為に関するこれまでの裁判例や学説の到達点を立法化するという観点からも、高齢化社会・格差社会とも言われる現代社会における社会問題の解決のための立法施策という観点からも、評価できる立法提案である。

2 暴利行為の要件論：賛成。ただし、「著しく」は不要ではないか。

(1) 暴利行為の要件に関しては、「相手方の窮迫、軽率又は無経験に乗じて、著しく過当の利益を獲得する」場合とする大審院判例が存在するが(大判昭和9年5月1日民集13巻875頁)、上記の要件は、消費者取引や投資取引など現代的な取引に必ずしも適合的な要件ではない。現代の裁判実務においては、被害者保護の観点から暴利行為の要件は相当程度に緩やかに運用されている。そのような裁判実務の進展や運用の実態を無視して、80年近く前の大審院判例の古い要件のまま暴利行為の立法化を行うことは、民法の到達点の立法化という観点に合致しない。のみならず、暴利行為の柔軟な運用によって高齢者被害など現代社会の種々の問題解決や被害救済を現に図っている裁判実務ないし運用現場に有害な事態を与えかねない。

(2) この点、本試案では、前段要件について、評価要素が例示であることを明示のうえで列挙されると共に、「乗じて」が「利用して」に緩和されている。また、後段要件について、事業者が過大な利益を得る場合のみならず、消費者に不利益を与える場合も含むとされている。したがって、上述のような伝統的な暴利行為の準則よりも、時代の変化や事案に応じた種々の要素を取り込んだ総合的な判断と柔軟な対応が可能な要件となっており、評価できる。

(3) よって、本試案の要件での立法化に賛成である。ただし、後段要件の「著しく」「過大な」という部分は加重であり、「不当な」もしくは「過当な」という要件の方がより望ましいと考える。

(4) なお、暴利行為規定については、経済活動への影響を懸念する見解もあるが、本試案の提案しているような要件であれば、正当な事業者の通常の経済活動がこれに該当する心配はないものと思われる。

第2 意思能力

法律行為の当事者が、法律行為の時に、その法律行為をすることの意味を理解する能力を有していなかったときは、その法律行為は、無効とするものとする。

(注1) 意思能力の定義について、「事理弁識能力」とする考え方や、特に定義を設けず、意思能力を欠く状態でされた法律行為を無効とすることのみを規定するという考え方がある。

(注2) 意思能力を欠く状態でされた法律行為の効力について、本文の規定に加えて日常生活に関する行為についてはこの限りでない(無効とならない)旨の規定を設けるという考え方がある。

[意見]

賛成する。

- 1 意思能力の定義につき賛成する((注1)には反対する。)
- 2 意思能力を欠く状態でされた法律行為の効力を、「無効」とすることに賛成する。
- 3 意思能力を欠く状態でされた法律行為の効力につき、日常生活に関する行為については無効とならない旨の特則を設けないことに賛成する((注2)には反対する。)

[理由]

1 意思能力の定義について

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、本試案に賛成する。

「その法律行為をすることの意味を理解する能力」の表現については強く反対するものではないが、議論が尽くされたとは言えない面があるので、引き続き検討すべきである。

2 意思能力を欠く状態でなされた法律行為の効力について

いずれの定義を取るにせよ、民法の意思主義、私的自治の原則から見て、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、無効とすべきである。

また、意思無能力者には、制限行為能力者とは異なり、成年後見人等がいらないため、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、意思無能力者は意思表示を取り消すことしかできないとすると、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、それまでは相手方からの履行請求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。

さらには、取り消すまでは一旦有効であることを奇貨として、重度知的障害者や重い認知症を患った高齢者等を狙った詐欺等を助長する可能性が高い。

それ故、社会的弱者である意思無能力者保護の観点からは、意思能力を欠く状態で行われた法律行為を無効とすべきであり、本試案には賛成である。

3 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については無効とはならない旨の特則を設けることに反対である。

そのため、（注2）には反対であり、かかる特則を設けない本文に賛成である。

4 その他

なお、大阪弁護士会では、下記の本試案では明記されていない論点について、従前意見述べてきた。

- ① 「表意者は意思能力の欠如を善意の相手方に対抗できない」という考え方には反対する。
- ② 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。
- ③ 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。
- 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。

これらの論点については、本試案において明記されていない以上、現行法通りとするものであり、上記①－④の意見に沿うものと考えられ、この点においても本試案にも賛成である。

第3 意思表示

1 心裡留保（民法第93条関係）

民法第93条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 意思表示は、表意者がその真意ではないことを知ってしたときであっても、そのためにその効力を妨げられないものとする。ただし、相手方が表意者の真意ではないことを知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とするものとする。
- (2) 上記(1)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ものとする。

[意見]

1 (1)について

- (1) 本文について、賛成する。

(2) ただし書きについて、無効主張できる場合の相手方の主観的要件として、悪意又は過失とすることに、反対する。悪意又は重過失とすべきである。

2 (2)について

賛成する。

[理由]

1 (1)について

(1) 中間論点整理では、非真意表示と狭義の心裡留保を区別するかが議論されていたが、これについては、区別の必要性や明確に区別できるかについて疑問があり、反対してきたところであるので、これを区別していない点においては、本試案に賛成である。

(2) 現行法の「表意者の真意」の文言を「表示が表意者の真意でないこと」と変更して明確にすることには、異論はなく、賛成である。

(3) 相手方の主観的要件

相手方の主観的要件は、結論としては非真意表示と狭義の心裡留保とで区別する必要性はないが、以下の様に検討すべきである。

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も、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にのみ無効主張できるとすべきである。

したがって、非真意表示と狭義の心裡留保を区別しない本意見書の立場においても、心裡留保においては、相手方の史観的要件につき、表意者は、悪意又は重過失の相手方にのみ無効主張できるとすべきである

2 (2)について

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、民法第94条第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。

【中間試案で取り上げられなかった論点】

民法第94条第2項の類推適用法理の明文化について

[意見]

1 民法第94条第2項の類推適用法理の明文化について賛成であり、法制審でも引き続き、本論点を取り上げて検討すべきである。

- 2 民法94条第2項の類推適用の場面を類型化のうえ明文化すること、その際類型によって第三者保護要件を変えることも賛成する。
- 3 仮に物権法との関係が問題として民法第94条第2項類推適用を明文化しないとしても、少なくとも、より抽象的な表見法理を明文化することも検討すべきである。

[理由]

- 1 民法第94条第2項類推適用の法理の明文化について

民法第94条第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のは、当然である。

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。

その意味で、（個々の規定の内容や類型の内容は問題ではあるものの）権利者自身が虚偽の外形を作出した類型（外形自己作出型）、他人が作出した虚偽の外觀を権利者が後から承認した類型（外形他人作出型）、権利者が承認した虚偽の外形が作出された後、他人が別の外形を作出した類型（意思外形非対応型）などに類型化して、本人に帰責性の程度に応じて第三者保護要件を異なるものとするにも賛成である。

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、積極的に明文化を検討すべきである。

確かに、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る選択肢も否定はしないが、少なくとも、法制審においては、最後まで検討を継続すべきである。

- 2 さらに、そもそも、民法第94条第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、民法第94条第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、表見代理や民法第478条のほか、名板貸責任や表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。

2 錯誤（民法第95条関係）

民法第95条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 意思表示に錯誤があった場合において、表意者がその真意と異なることを知っていたとすれば表意者はその意思表示をせず、かつ、通常人であってもその意思表示をしなかったであろうと認められるときは、表意者は、その意思表示を取り消すことができるものとする。

[意見]

賛成する

[理由]

1 要素の錯誤の要件の明確化について

本試案は、判例の定式に従った明確化であり、賛成する。その表現も、判例のとおりであり、賛成する。

2 効果（取消）について

大阪弁護士会は、これまで錯誤の効果については、慎重に検討すべきとの意見であったが、本試案に対しては、反対まではしないという趣旨である。

意思能力よりは取消としやすいが、意思能力とは異なり、無効・取消のいずれかで、有利不利の差、その他の差、実務的にどちらにしなければならぬ、という必要性が見出しがたい。

- (2) 目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項に錯誤があり、かつ、次のいずれかに該当する場合において、当該錯誤がなければ表意者はその意思表示をせず、かつ、通常人であってもその意思表示をしなかったであろうと認められるときは、表意者は、その意思表示を取り消すことができるものとする。

ア 意思表示の前提となる当該事項に関する表意者の認識が法律行為の内容になっているとき。

[意見]

賛成する。

[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に賛成する。

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テイトのほうがベターであり、判例の定式に従った明文化をしようとする本試案に賛成である。

- 2 ただし、判例法理の内容の理解の仕方については問題がある。

(1) 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ことに賛成である。

(2) 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）とする立場もあるが、かかる立場には賛成できない。

判例においても表示されればいかなる内容の動機でも民法第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、民法第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。

(3) したがって、まず、（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。

この点、その具体的な規定の仕方として、本試案が、「目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項」として、動機の範囲が限定されることを明示している点は賛成である。

(4) また、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、動機が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り、この点、本試案には、アにおいて、意思表示の前提となる当該事項に関する表意者の認識が法律行為の内容になっているときとすることにも賛成する。

イ 表意者の錯誤が、相手方が事実と異なることを表示したために生じたものであるとき。

[意見]

1 動機（前提事項）の錯誤につき、表意者の錯誤が相手方の不実表示による場合には、法律行為の内容化を問わず錯誤取消の対象とすることに賛成する。

2 第三者の不実表示により錯誤に陥った場合についても、規定を設けるべきである。その規定としては、第三者の詐欺における本試案と同様に、（1）相手方の媒介受託者や代理人、その他相手方が責任を負うべき者による場合（(注)の考え方）、（2）第三者の不実表示を相手方が知り又は知ることができた場合については、取消しできるとすべきである。

<条文骨子案－2(2)のウエとして追加>

ウ 表意者の錯誤が、相手方から契約の締結について媒介をすることの委託を受けた者又は相手方の代理人、その他相手方が責任を負うべき者が事実と異なることを表示したために生じたものであるとき

エ 表意者の錯誤が、第三者が事実と異なることを表示したために生じた場合において、相手方がその不実表示を知り、又は知ることができたとき

[理由]

1 意思表示の動機（前提事項）の錯誤（誤認）については、判例も示す通り、動機が表示されて法律行為の内容になった場合に錯誤無効の適用があることは異論がないところであるが、必ずしも法律行為の内容にならなかった場合でも、相手方が事実と異なることを表示したために生じた錯誤（誤認）であれば、法律行為の内容になった場合と同様に、契約の拘束力からの解放を認めるべきである。

動機が法律行為の内容となった場合、多くは表意者が動機を表示する等して法律行為の内容になる場合が多いと考えられるが、その表意者が動機の錯誤に陥ったことについて相手方は通常何らの落ち度もない。そのため、単に一方的に表意者から動機が表示されただけではならず、動機が法律行為の内容となることまで必要と考えられる。

これに対し、相手方の不実表示により表意者が動機の錯誤に陥った場合には、相手方に錯誤の原因を作った（不実表示）という明確な落ち度がある。そのため、その動機が法律行為の内容とならない場合でも、その錯誤によって表意者が意思表示をした以上、契約の拘束力からの解放を認めることは相手方との関係でやむを得ず、かつ、相手方の不実表示がなければ錯誤にも陥らず意思表示もしなかったのであり、不実表示によらない動機の錯誤の場合に比べ表意者の帰責性が小さいと考えられるから、表意者の意思により契約の拘束力からの解放を認めるべきである。

つまり、動機の錯誤のうち、相手方の不実表示による錯誤の場合は、その他の動機の錯誤の場合に比べ、相手方の落ち度がある分、相手方の要保護性が低いと言え、また、相手方が錯誤の原因となったことから、表意者の帰責性が小さいと言え、その分、表意者に契約の拘束力からの解放を認めるべき必要性も高いと考えられる。

そのため、動機の錯誤が相手方の不実表示による場合には、法律行為の内容とならない場合でも、錯誤取消の対象とすべきであり、その旨の本試案に賛成する。

なお、事業者間契約における「表明保証」条項違反の効果が損害賠償や補償義務に止めることが通常であるとして、本試案により当該事業者間契約の取引の安定性を大きく損ねるとの批判がある。しかし、この点は、取消権の事前放棄の合意、内容の正確性を担保しない合意等により十分対応し得るので、取引の安定性を損ねることはないと考えられる。また、仮に取消権の事前放棄の合意等でも錯誤取消が認められるリスクが否定できないとの反論があるとしても、この点は、現行法下でも動機の錯誤を理由とする錯誤無効が認められることから、当該リスクは現行法下と同等であり、現行法下においても錯誤無効の規定により事業者間契約の取引の安定性を大きく損ねていない以上、本試案によっても事業者間契約の取引の安定性を大きく損ねることにはならないと考えられる。

2 第三者による不実表示については、本試案では言及されていない。

しかしながら、①不実表示者が相手方の媒介受託者・代理人その他相手方が責任を負うべき者の場合や、②第三者の不実表示につき相手方が知り又は知ることができた場合には、相手方による不実表示の場合と同様に、相手方に落ち度が認められ、また、表意者による契約拘束力からの解放の必要性も認められる。

特に、①の場合には、相手方本人の不実表示と同視できるので、詐欺における本試案3(2)(注)と同様に、相手方本人の不実表示と同様に扱うべきである。

②の場合にも、相手方が、表意者が第三者の不実表示により錯誤に陥った状態を奇貨として契約を締結すること等が考えられるところ、そのような場合にも表意者による契約拘束力からの解放を認めるべきである。そのため、媒介受託者・代理人等以外の第三者による不実表示の場合であっても、少なくとも、相手方がそれを知っていれば、相手方本人の不実表示と同様に扱うべきである。

なお、詐欺と異なり二重の故意が必要でないこと、不実表示が問題となる場面の多くは相手方本人の不実表示、媒介受託者・代理人その他相手方が責任を負うべき者の不実表示で対応可能と考えられることから、理論的には相手方本人の不実表示の場合(表示が事実と異なるとの認識は不要)と整合しない面はあるものの、まずは、第三者による不実表示につきその表示が事実と異なることも含めて相手方本人が知っていた場合に限って立法化することもやむを得ないと考えられる。

3 心裡留保や通謀虚偽表示と比較して、本人の帰責性が小さいことから、有過失の第三者は保護すべきではなく、第三者の保護要件として善意に加え無過失を要求する本試案には賛成である。

また、本試案には明示されていないものの、不実表示においては、詐欺と同様に本人の帰責性が小さいこと等から、善意無過失の立証責任を当該第三者が負うとすべきである。

(3) 上記(1)又は(2)の意思表示をしたことについて表意者に重大な過失があった場合には、次のいずれかに該当するときを除き、上記(1)又は(2)による意思表示の取消しをすることができないものとする。

ア 相手方が、表意者が上記(1)又は(2)の意思表示をしたことを知り、又は知らなかったことについて重大な過失があるとき。

イ 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき。

[意見]

賛成する。

ただし、ウとして、「相手方が表意者の錯誤を引き起こした場合」を追加すべきである。

[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」、「共通の錯誤」を明文化することも、特に異論はない。

ただし、本論点で通常解釈上認められている「相手方が錯誤を引き起こしたとき」が、掲げられていないことは問題である。

(2)イの不実表示の明文化が検討されていることから、それとの関係が問題となることから、割愛されたとも考えられるが、論理的には、不実表示の場合と必ずしも抵触しないし、少なくとも(2)アの通常の動機の錯誤の場合には、「相手方が錯誤を引き起こしたとき」には、民法第95条ただし書の適用は否定されるべきである。したがって、「相手方が錯誤を引き起こしたとき」を追加すべきである。

(4) 上記(1)又は(2)による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

錯誤においても、詐欺と同様に、第三者保護規定を設けるべきであり、その際、第三者の主観的要件については、通謀虚偽表示より本人の帰責性は低く、詐欺に近いから、善意無過失とすべきである。

3 詐欺（民法第96条関係）

民法第96条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができるものとする。
- (2) 相手方のある意思表示において、相手方から契約の締結について媒介をすることの委託を受けた者又は相手方の代理人が詐欺を行ったときも、上記(1)と同様とする（その意思表示を取り消すことができる）ものとする。
- (3) 相手方のある意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、上記(2)の場合を除き、相手方がその事実を知り、又は知ることができたときに限り、その意思表示を取り消すことができるものとする。
- (4) 詐欺による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができないものとする。

(注) 上記(2)については、媒介受託者及び代理人のほか、その行為について相手方が責任を負うべき者が詐欺を行ったときも上記(1)と同様とする旨の規定を設けるという考え方があ

[意見]

- 1 (1)について、賛成する。
- 2 (2)について、賛成する。
ただし、媒介受託者や代理人に加え、相手方が責任を負うべき者による詐欺も対象とすべきである（(注)記載の考え方に賛成）。
- 3 (3)について、賛成する。

4 (4)について、賛成する。

ただし、善意無過失の主張立証責任は当該第三者が負うとすべき。

5 沈黙による詐欺を明文化すべきである。

<条文骨子案>

契約の性質、当事者間の情報の質・量や交渉力の格差、各当事者の地位・属性・専門性、契約交渉における行動、交渉過程でなされた当事者間の取決めの存在およびその内容等に照らして、信義誠実の原則により提供すべきであった情報を提供しないこと、またはその情報について信義誠実の原則によりなすべきであった説明をしないことにより、故意に表意者を錯誤に陥らせ、または表意者の錯誤を故意に利用して、表意者に意思表示をさせたときも、詐欺による意思表示があったものとする。

[理由]

1 詐欺・強迫取消について

民法第96条第1項の維持で特段問題はない。

2 媒介受託者・代理人等相手方が責任を負うべき者による詐欺について

代理人も媒介受託者も、相手方がこれを利用し利益を得ている場合であるから、その詐欺行為につき相手方本人にが知らないとしても、その代理人等の行為につき相手方本人が責任を負い、詐欺取消の対象とされるべきことはやむを得ない。

この点、相手方の代理人による詐欺については相手方の主観にかかわらず判例上取消し可能とされていることから（民法第101条第1項という法律構成は異なるものの）、判例の結論の明文化に過ぎない。

また、媒介受託者についても、代理人と同様に、相手方が自らの利益のためにこれを選任し利用していることから、その受託者による詐欺の結果を委託者たる相手方本人に確保させるのは不当であり、代理人による詐欺と同様に扱うべきである。

さらに、媒介受託者や代理人以外にも、相手方が当該意思表示に関し使用した補助者的地位にある者（関係会社の従業員等）による詐欺については、相手方本人側の者による詐欺であるから、その者による詐欺がなければ得られなかった利益を相手方本人に確保させるのは不当であり、相手方本人が知らなかったとしても取り消し得ることにすべきなので、相手方が責任を負うべきと認められる者については、その者による詐欺も相手方本人の詐欺と扱うべきである。

3 第三者による詐欺について

表意者の意思形成過程に詐欺という大きな問題があることから、相手方が第三者による詐欺を知ることができた場合も詐欺取消の対象とされてもやむを得ない。

4 第三者保護要件について

心裡留保や通謀虚偽表示と比較して、本人の帰責性が小さいことからすると、有過失の

第三者は保護すべきではない。

主張立証責任についても、詐欺においては本人の帰責性が小さいこと、民法第94条第2項の第三者に関する判例（最判昭和35年2月2日民集14巻1号36頁）で第三者が負うとされていること等から、当該第三者が負うとすべきである。

5 沈黙による詐欺について

沈黙の詐欺が現行法上も解釈上認められることは確かであるが、国民・市民にわかりやすい民法という観点からは、沈黙の詐欺が「詐欺」に該当するか否かを把握している一般国民・市民は必ずしも多くないと思われるため、細かい要件について解釈に委ねる点が残るとしても、少なくとも沈黙の詐欺について詐欺にあたることを明文化すべきである。

民法第96条第1項及び同第2項があれば十分であるというのは、法律に詳しい者からの観点に過ぎない。

また、前提となる告知義務（情報提供義務・説明義務）がどのような場合に認められるかについて、考慮要素を示した方が予測可能性が高まる上、国民・市民に分かりやすい民法となる。

ただし、事業者消費者間等強者弱者間の各当事者の情報の質・量や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、事業者等強者に対する消費者等弱者の沈黙の詐欺が安易に認められてしまい、或いは、消費者等弱者に対する事業者等強者の沈黙の詐欺が容易に認められてしまうという不当な結果を可及的に避けるため、考慮要素として、「当事者間の情報の質・量や交渉力の格差」や「各当事者の属性・専門性」等を明記すべきである。

4 意思表示の効力発生時期等（民法第97条関係）

民法第97条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 相手方のある意思表示は、相手方に到達した時からその効力を生ずるものとする。
- (2) 上記(1)の到達とは、相手方が意思表示を了知したことのほか、次に掲げることをいうものとする。
 - ア 相手方又は相手方のために意思表示を受ける権限を有する者（以下この項目において「相手方等」という。）の住所、常居所、営業所、事務所又は相手方等が意思表示の通知を受けべき場所として指定した場所において、意思表示を記載した書面が配達されたこと。
 - イ その他、相手方等が意思表示を了知することができる状態に置かれたこと。
- (3) 相手方のある意思表示が通常到達すべき方法でされた場合において、相手方等が正当な理由がないのに到達に必要な行為をしなかったためにその意思表示が相手方に到達しなかったときは、その意思表示は、通常到達すべきであった時に到達したとみなすものとする。
- (4) 隔地者に対する意思表示は、表意者が通知を発した後に死亡し、意思能力を喪失し、

又は行為能力の制限を受けたときであっても、そのためにその効力を妨げられないものとする。

[意見]

- 1 (1)について 賛成する。
- 2 (2)について 賛成する。
- 3 (3)について 賛成する。

ただし、「正当な理由なく」の例示を設け、「表意者による意思表示の到来を相手方が予測し得る場合等の正当な理由なく」とするべきである。

- 4 (4)について、賛成する。

[理由]

1 到達主義の適用対象について

意思表示の到達主義は、隔地者のみならず、対話者に対する場合にも妥当する。

2 民法第97条第1項の到達の意義について

(1) アについては、相手方の支配領域に入った状態、すなわち了知可能性がある場合の具体的場面として問題ないものであることから、「到達」があったとすることに賛成である。また、配達される意思表示が「書面」とされたことは、明確化につながるものであるから、賛成である。

(2) イについては、「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賛成である。

3 意思表示の到達擬制について

(1) 意思表示の到達擬制については、①表意者側が通常到達すべき方法で発信したこと、②相手方の正当な理由なしに到達に必要な行為をしなかったことのみならず、相手方が不当な不利益を被らないようにするため、③意思表示の内容について相手方が推知し得たことも必要である。

(2) ところで、相手方に不当な不利益が生じるのを防止するために、②の要件を規定するにあたって、「正当な理由なく」に関する例示をすることが、法制審において議論されている(第1分科会第1回会議・議事録の13～16頁)。そして、②の要件で、不当な結果を防止するのであれば、③の要件は不要となる。

しかし、単に「正当な理由なく」と規定するだけでは、到達擬制による不当な不利益を相手方にもたらすおそれが残ることから、②の要件を限定するための例示を規定するべきである。

そこで、「正当な理由なく」の例示を設け、「表意者による意思表示の到来を相手方が予測し得る場合等の正当な理由なく」とするべきである。意思表示の具体的内容を

予測することまでは要求しないが、表意者から何らかの内容の意思表示が来ることの予測ができれば、その意思表示を受領しないことは、通常、正当な理由がないといえるからである。

4 意思表示後の表意者の死亡等の場合の意思表示の効力について

新たに契約を成立させることによって相手方を拘束する申込や承諾については、当事者が死亡したにもかかわらず、その相手方を拘束することが不当であることに鑑み、特則を設けることが提案されている。

これに対し、解除や相殺の意思表示等の新たに契約の拘束力を生ぜしめるものではない意思表示については、表意者が死亡等した場合に意思表示の効力が消滅するとしても、不当ではない。

5 意思表示の受領能力（民法第98条の2関係）

民法第98条の2の規律に付け加えて、次のような規定を設けるものとする。意思表示の相手方がその意思表示を受けた時に意思能力を欠く状態であったときは、その意思表示をもってその相手方に対抗することができないものとする。ただし、意思能力を欠く状態であった相手方が意思能力を回復した後にその意思表示を知った後は、この限りでないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

- 1 意思能力を欠く意思表示の相手方を保護する必要がある。
- 2 意思能力を欠く状態にあった者がその後に意思能力が回復した場合、回復後に改めて意思表示を知ったのであれば、その後に意思表示の効力が及ぶとしても不当ではない。

第4 代理

1 代理行為の要件及び効果（民法第99条第1項関係）

民法第99条第1項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずるものとする。
- (2) 代理人がその権限内において自らを本人であると称してした意思表示もまた、本人に対して直接にその効力を生ずるものとする。

[意見]

いずれについても賛成する。

[理由]

- 1 (1)については、民法第99条第1項の規定を維持するものであり、問題はない。
- 2 (2)については、代理人が顕名なくして本人を称した場合、相手方は、代理人によって表示された本人と契約すると考えているのが通常であるから、本人に対して直接効果が生じるとしても、相手方の保護に欠けるところはない。
(2)と同じ結論を採る判例として、約束手形に署名代理の方法で裏書した事例において、代理行為を有効として、本人への効果帰属を認めた大審院判決がある(大判大正9年4月27日民録26輯606頁)。

2 代理行為の瑕疵(民法第101条関係)

民法第101条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 代理人が相手方に対してした意思表示の効力が、意思の不存在、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。
- (2) 相手方が代理人に対してした意思表示の効力が、意思表示を受けた者がある事情を知っていたこと又は知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。
- (3) 本人が知っていた事情について、本人がこれを任意代理人に告げることが相当であった場合には、本人は、任意代理人がその事情を知らなかったことを主張することができないものとする。
- (4) 本人が過失によって知らなかった事情について、本人がこれを知って任意代理人に告げることが相当であった場合には、本人は、任意代理人がその事情を過失なく知らなかったことを主張することができないものとする。

[意見]

- 1 (1)について、賛成する。
- 2 (2)について、賛成する。
- 3 (3)について、反対する。
- 4 (4)について、反対する。

[理由]

1 民法第101条第1項関連((1), (2)関連)

代理人が詐欺をした場合は、相手方が詐欺をした場合に民法第101条第1項が適用されるのと異なり、民法第96条第1項が適用されると解されている。このことを明確にするために本試案のように規定することに問題はない。

2 民法第101条第2項関連((3), (4)関連)

(1) 民法第101条第2項の規定が任意代理人にのみ適用されることの可否

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、本人が自ら知り又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。

(2) 本人が事情を知っていた場合の主観的事情の考慮

代理制度の趣旨は、私的自治の拡充・拡大にあるところ、本人が知っていた事情について、代理人に告げなかった結果、代理人がその事情を知らなかったことを本人が主張できるとすることは妥当ではない。

しかし、上記(1)のとおり、民法第101条第2項が法定代理人にも適用されるとすれば、法定代理の本人保護の見地から、本人が知っていた事情を告げることが相当である場合という要件を課すことについて問題はない（未成年者が19歳の法定代理の場合において、本人の代理人に対するコントロール可能性は肯定しうるとしても、本人が告げるべき事情か、告げるべきでない事情かを迷うことは判断能力の点から有りうることであるから、未成年者の保護は必要になる。）。

3 代理人の行為能力（民法第102条関係）

民法第102条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 制限行為能力者が代理人である場合において、その者が代理人としてした行為は、行為能力の制限によっては取り消すことができないものとする。
- (2) 上記(1)にかかわらず、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人である場合において、当該法定代理人が代理人としてした行為が当該法定代理人を当事者としてした行為であるとするれば取り消すことができるものであるときは、本人又は民法第120条第1項に規定する者は、当該行為を取り消すことができるものとする。

[意見]

- 1 (1)について、賛成する。
- 2 (2)について、反対する。

[理由]

1 制限行為能力者が任意代理人として行った行為の取消の可否

自らの意思で制限行為能力者を代理人として選任した以上、任意代理人が制限能力者であることをもって、取消ができないとすることに問題はない。

2 制限行為能力者が任意代理人として行った行為の取消の可否

法定代理人の行為が取り消され得るとした場合、法律関係を確定的にする手段がないことから、法的安定性を欠く結果となる。

また、相手方は、法定代理人の行為によっても、なお取り消され得ることを覚悟しなければならず、法定代理人を代理人とする取引を行うことに慎重にならざるを得ないことから、本人保護の目的は達成し得ても、却って本人の社会生活上の便宜は阻害される可能性がある。

4 代理人の権限（民法第103条関係）

民法第103条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 任意代理人は、代理権の発生原因である法律行為によって定められた行為をする権限を有するものとする。
- (2) 法定代理人は、法令によって定められた行為をする権限を有するものとする。
- (3) 上記(1)及び(2)によって代理人の権限が定まらない場合には、代理人は、次に掲げる行為のみをする権限を有するものとする。

ア 保存行為

イ 代理の目的である物又は権利の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良を目的とする行為

[意見]

いずれについても賛成する。

[理由]

代理権の範囲は、任意代理の場合には代理権授与行為の解釈によって、法定代理の場合にはその発生根拠である法令の規定の解釈によってそれぞれ定まることから、同内容の原則的な規定を設けることに問題はない。

また、権限の定めなき代理権授与行為を無効とする必要はなく、代理権を授与するという意思を尊重して一応有効とするべきであるが、代理権の範囲を明確にするために規定を置く必要がある。

5 復代理人を選任した任意代理人の責任（民法第105条関係）

民法第105条を削除するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

代理人が復代理人を選任したときには、その選任監督のみならず、復代理人の行為に基づく債務者の責任に関する一般原則通りの責任を負うべきである。

6 自己契約及び双方代理等（民法第108条関係）

民法第108条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 代理人が自己を相手方とする行為をした場合又は当事者双方の代理人として行為をした場合には、当該行為は、代理権を有しない者がした行為とみなすものとする。
- (2) 上記(1)は、次に掲げるのいずれかに該当する場合には、適用しないものとする。
ア 代理人がした行為が、本人があらかじめ許諾したものである場合
イ 代理人がした行為が、本人の利益を害さないものである場合
- (3) 代理人がした行為が上記(1)の要件を満たさない場合であっても、その行為が代理人と本人との利益が相反するものであるときは、上記(1)及び(2)を準用するものとする。
（注1）上記(1)については、無権代理行為とみなして本人が追認の意思表示をしない限り当然に効果不帰属とするのではなく、本人の意思表示によって効果不帰属とすることができるという構成を採るという考え方がある。
（注2）上記(3)については、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

[意見]

- 1 (1)について、反対はしない。
自己契約及び双方代理については、端的に無効であると規定すれば足りる。
その限りで無権代理であると規定することには、敢えて反対はしない。
自己契約及び双方代理の場合の、悪意又は重過失の第三者に対して無効主張できる旨（ないし善意無重過失の第三者に対抗できない旨）の規定を設けるべきである。
- 2 (2)について、賛成する。
- 3 (3)について、反対する。
自己契約及び双方代理以外の利益相反行為の場合については、(1)(2)の準用規定ではなく、独立した明文の規定を設けるべきである。
その際、自己契約及び双方代理以外の利益相反行為の場合には、端的に悪意又は重過失の相手方に対して無効主張できる旨を規定とすべきである。
利益相反行為の場合の相手方からの転得者などの第三者保護規定を設けるべきである。
その際、悪意又は重過失の第三者に対して、無効を主張できるとすべきである。

[理由]

- 1 (1)について
(1) 自己契約及び双方代理の禁止に反する代理行為の効果については、これを無権代理となるとするのが判例の立場であるとされる（最判昭和47年4月4日民集26巻3号373頁）。また、近時公刊された論文によっても、自己契約・双方代理に関しては、基本的な点について判例・学説がほぼ一致している、との評価がなされている（椿寿夫・伊藤進編「代理の研究」（日本評論社、2011）324頁）。
- (2) 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

については端的に無効とすべきである（無権代理とすることは、あえて反対はしない）。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。なお、かかる構成は、信託法第31条第4項と同様の構成である。

- (3) 自己契約・双方代理については、代理行為の相手方との関係では、表見代理規定の適用の可能性はなく、取引の安全については、自己契約・双方代理による代理行為にかかる取引を前提とした転得者などの第三者の関係で問題となる。

かかる第三者の保護規定については、本試案は、敢えて明文の規定を設けない旨を提案している。しかしながら、概要ないし補足説明においても、第三者の取引の安全の必要性があることは認めており、最高裁判例でも認められるとおり、本人なりは一般悪意の抗弁で保護される余地はあるとしている。

とすれば、その旨を明文化することに問題はないはずである。

したがって、悪意及びこれと同視できる重過失ある第三者に対しては、無効主張できる旨の規定を設けるべきである。

2 (2)について

本試案の現行法との相違は、例外的な場合の規律を「債務の履行」と規定するか（民法第108条ただし書）、「本人の利益を害さないことが明らかな行為」とするかという点にある。

この点、「債務の履行」であれば、本人に新たな不利益を課すことがないと言い切れるのは、債務の内容が相当程度特定されている場合のみである。債務の履行であっても、債務の内容が抽象的にしか定まっていない場合には、その履行についてある程度の裁量の余地が認められ、本人の利益を害する場合も考えられる。それよりは、本試案のとおり「本人の利益を害さないことが明らかな行為」とすることに賛成する。

3 (3) について

- (1) 自己契約や双方代理以外の利益相反行為に関する明文を設けることに賛成

既に民法第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（大判昭和7年6月6日民集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自己契約や双方代理以外の利益相反行為一般を規律する明文の規定を設けることに賛成する。

このような処理自体が例外的なものと考えべきで、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。これに対して、「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り、且つ対応可能である。また、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。

- (2) 自己契約や双方代理以外の利益相反行為を禁止する場合の要件・効果について

ア 法律構成について

現民法上は、自己契約・双方代理に関する第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年5月23日民録24輯1027頁）。

このように解したとしても、理論的には、自己契約や双方代理以外の利益相反行為について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り（個々の利益相反行為を見たときに、一律に無権代理と評価するのは、必ずしも妥当とは言えないのではないか）、効果不帰属的構成も考えられる。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（効果不帰属的構成）にも親和性があるところである。

したがって、法律構成については、自己契約や双方代理を無効としても、それ以外の利益相反行為については、無権代理かどうかを明記せずとも、立法としては、効力を否定する場合の要件・効果を明確にすれば足りる。

イ 自己契約や双方代理以外の利益相反行為の要件・効果について

自己契約や双方代理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、それ以外の代理行為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、代理行為の相手方等が悪意又は重過失である場合に、本人は利益相反行為の効力を否定できるとすべきである。

この点、無権代理無効構成からは、代理行為の相手方の保護（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、自己契約や双方代理以外の利益相反行為が無権代理と言えるかは問題であるし、自己契約・双方代理の準用のみで対応しきれぬのか問題であり、利益相反行為の場合の相手方の保護が表見代理規定によることは、必ずしも適切ではないとも思われる（授權表示、権限踰越、代理権消滅後の表見代理の3類型に分けられるかは、必ずしも明確ではない）。

信託法第31条第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端的に無効主張して、当該利益相反行為の効果を否定できるとすべきである。

ただし、その際、代理権の濫用に関する本試案第35-7の如く「本人は、相手方に対し、当該行為の効力を本人に対して生じさせない旨の『意思表示をすることができる』ものとする」との規定の仕方には、利益相反行為については違和感がある。

代理権濫用の場合と異なり、利益相反行為に当たるか否かは、形式説にしたがい、形式的・外形的に判断されるのであって、相手方にも利益相反行為かどうかは外形的に判断できるのであるから、悪意又は重過失の相手方に対する無効主張の前提として、これを一旦有効としつつ本人に形成権的意思表示まで求める必要はなく、端的に無効主張できると規定すべきである。

会社法等にかかる最高裁判例でも、間接取引にかかる利益相反行為につき、間接取引の相手方に対して、一般悪意の抗弁を主張して、無効主張可能であるとしているのであるから、この趣旨を明文化するならば、代理行為による利益相反行為の相手方に

対しては、悪意又は重過失の相手方に対して無効主張できると、端的に明文化すれば足りる。

ただし、そこにおいては、悪意又は重過失の立証責任については検討の余地はあるが、本人側に相手方の悪意又は重過失の立証を負担させるのが妥当であろう。

ウ 第三者保護規定について

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、転得者などの相手方以外の第三者については、民法第94条第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、本意見書は、無権代理無効構成か、効果不帰属構成かよりも、要件効果について明記すべきとの立場であり、かかる立場からは、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。

判例においても、間接取引にかかる利益相反行為につき、間接取引の相手方からの第三者に対しても、一般悪意の抗弁を主張して、無効主張可能であると考えられることから、この趣旨を端的に明文化するならば、代理行為による利益相反行為の相手方からの第三者に対しても、悪意又は重過失の相手方に対して無効主張できると、明文化すれば足りる。

ただし、そこにおいては、悪意又は重過失の立証責任については検討の余地はあるが、本人側に相手方の悪意又は重過失の立証を負担させるのが妥当であろう。

7 代理権の濫用

(1) 代理人が自己又は他人の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方が当該目的を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、本人は、相手方に対し、当該行為の効力を本人に対して生じさせない旨の意思表示をすることができるものとする。

(2) 上記(1)の意思表示がされた場合には、上記(1)の行為は、初めから本人に対してその効力を生じなかったものとみなすものとする。

(3) 上記(1)の意思表示は、第三者が上記(1)の目的を知り、又は重大な過失によって知らなかった場合に限り、第三者に対抗することができるものとする。

(注) 上記(1)については、本人が効果不帰属の意思表示をすることができるとするのではなく、当然に無効とすべきであるという考え方がある。

[意見]

1 (1)について、賛成する。

代理権濫用について明文を設けること、代理権濫用は原則として有権代理であることを前提に規律すること、代理権濫用行為の相手方の主観的要件について悪意又は重過失とすること、悪意又は重過失の相手方に代理権濫用行為の効果が帰属しないことを主張

することによって、効果不帰属が主張できるとすることについて、賛成する（（注）の考え方には反対する。）。

2 (2)について、賛成する。

3 (3)について、賛成する。

[理由]

1 (1)(2)について

(1) 代理権濫用の明文化について

代理権濫用の事例につき、判例（最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁，最判平成4年12月10日民集46巻9号2727頁等）は民法第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から、代理権濫用に関する明文の規定を設けることにつき、本試案に賛成する。

(2) 代理権濫用の法律構成について

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、民法第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、民法第93条ただし書の類推適用的な構成を採用すべきではなく、効果不帰属的な構成に親和性がある。

本来、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方向性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、民法第93条ただし書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。

(3) 相手方の主観的要件と意思表示による効果不帰属

相手方の立場からすると、代理権濫用と代理権超越とは違いがある。すなわち、前者の場合には、相手方は代理権の事項的範囲について、本人に直接確認するなどして確実に知る手段を有している。これに対し、後者の場合では、相手方は、代理人がどのような意図で行為したのかについては、確実に知る手段を有していない。本人に問い合わせたところで、代理人の意図までは知りえないからである。とすれば、代理権濫用の場合を無権代理と解する立場には賛成できない。両者を同一の事態とみることはできない。ここから、代理権濫用の場合、代理権超越の場合よりも強く保護されてよいとの考え方

が導かれる（佐久間毅「民法の基礎1 総則〔第3版〕」（有斐閣，2008）288頁）。

その結果，この価値判断を基礎にして，相手方の保護要件を考えた場合，代理権踰越（民法第110条）の場合と比較して，相手方保護要件を緩和する，すなわち，相手方保護要件を「悪意又は重過失」とするとの結論が導かれる。

そして，代理権濫用の場合は，代理人は本人に効果帰属させる意思を有しているとともに，代理人の代理権濫用の意思は相手方にはわからないことから（この点において利益相反行為と異なる。），有権代理と考え，一旦有効に効果帰属しているものにとらえることも妥当である。そうすると，本試案のように，代理権濫用については，効果を帰属させない旨の形成権的な意思表示によって，効果不帰属となり，その効果は遡及して効力を生じなかったものとなることにも，賛成できる。

なお，かかる見解に立ったとしても，法定代理人の代理権濫用行為に関しては，本人保護の要請が別途働くことから，相手方保護要件を任意代理の場合と比べて加重し，「悪意又は重過失」ではなく「悪意又は有過失」とすることで対応すべきである。

2 (3)について

代理権濫用の明文化にあたり，取引の安全の観点から，相手方との間で取引関係に入った転得者等の第三者の保護規定を明文化することは，賛成する。

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との観点からも，上記のとおり代理権濫用について相手方の信頼要件を悪意又は重過失とする本意見書においては，転得者等の第三者の信頼要件を悪意又は重過失とすることに賛成する。

8 代理権授与の表示による表見代理（民法第109条関係）

民法第109条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 本人が相手方に対して他人に代理権を与えた旨を表示した場合において，その他人がその表示された代理権の範囲内の行為をしたときは，本人は，当該行為について，その責任を負うものとする。ただし，相手方が，その他人がその表示された代理権を与えられていないことを知り，又は過失によって知らなかったときは，この限りでないものとする。
- (2) 上記(1)の他人がその表示された代理権の範囲外の行為をした場合において，相手方が当該行為についてその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときは，本人は，当該行為について，その責任を負うものとする。ただし，相手方が，その他人がその表示された代理権を与えられていないことを知り，又は過失によって知らなかったときは，この限りでないものとする。

[意見]

- 1 (1)について，賛成する。
- 2 (2)について，賛成する。

[理由]

1 (1)について

民法第109条の「第三者」とは、取引の直接の相手方を指すものであるところ、本試案は、現行法を維持しつつ、この点の表現を修正して明確にするものであるから、賛成する。

さらに、本試案は、法定代理の場合を廃除せず、代理権授与の表示による表見代理の規定が法定代理にも適用の可能性があることを否定していない点でも、賛成する。

2 (2)について

本試案は、民法第109条と第110条との重畳適用を認めるものである。民法第109条と第110条の重畳適用は、実際に認められる場面はほとんどないという見方もあるが、皆無ではなく、最高裁判例でも認められているところであり（最判昭和45年7月28日民集24巻7号1203頁）、学説上、実務上も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。

大阪弁護士会としても、従前、かかる民法第109条と第110条との重畳適用に関する規定を設けることに賛成してきたものであり、本試案に賛成する。

9 権限外の行為の表見代理（民法第110条関係）

民法第110条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 代理人がその権限外の行為をした場合において、相手方が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。
- (2) 代理人が自らを本人であると称してその権限外の行為をした場合において、相手方が代理人の行為が本人自身の行為であると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。

[意見]

1 (1)について、賛成する。

2 (2)について、賛成する。

[理由]

1 (1)について

民法第110条の「第三者」とは、取引の直接の相手方を指すものであるところ、本試案は、現行法を維持しつつ、この点の表現を修正して明確にするものであるから、賛成する。

さらに、本試案は、法定代理の場合を廃除せず、権限踰越による表見代理の規定が法定代理にも適用の可能性があることを否定していない点でも、賛成する。

2 (2)について

本試案の第4「代理」の1(2)において、代理人が本人と称して権限の範囲内で行為した場合に本人に効力が生じることを明文化することを受けて、その代理人が権限外の行

為をした場合に関する規定を設けるとするものであるが、この点は判例でも認められているところであり、本試案に賛成する。

10 代理権消滅後の表見代理（民法第112条関係）

民法第112条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 代理人であった者が代理権の消滅後にその代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその代理権の消滅の事実を知らなかったときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、相手方がその代理権の消滅の事実を知らなかったことにつき過失があったときは、この限りでないものとする。
- (2) 代理人であった者が代理権の消滅後にその代理権の範囲外の行為をした場合において、相手方が、その代理権の消滅の事実を知らず、かつ、当該行為についてその者の代理権があると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、相手方がその代理権の消滅の事実を知らなかったことにつき過失があったときは、この限りでないものとする。

[意見]

- 1 (1)について、賛成する。
- 2 (2)について、賛成する。

[理由]

- 1 (1)について

本試案は、代理権消滅後の表見代理において、相手方の善意の対象を、代理人の代理権の消滅を知らなかったこととする点に、賛成する。相手方の善意の対象を、代理人の代理権の消滅を知らなかったこととせず、代理人の不存在とした場合、民法第112条の適用範囲が広がりすぎ、また民法第109条との区別があいまいになるから、妥当ではない。

また、民法第112条の「第三者」とは、取引の直接の相手方を指すものであるところ、この点の表現を修正して明確にする点にも、賛成する。

さらに、代理権消滅後の表見代理人において、相手方の善意無過失の立証責任を、現行法どおり相手方に負担させることにも、賛成する。

また、本試案は、法定代理の場合を廃除せず、代理権消滅後の表見代理の規定が法定代理にも適用の可能性があることを否定していない点でも、賛成する。

- 2 (2)について

本試案は、民法第110条と第112条との重畳適用を認めるものである。民法第110条と第112条の重畳適用は最高裁判例でも認められているところであり（最判昭和32年11月29日民集11巻12号1994頁など）、学説上、実務上も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。

大阪弁護士会としても、従前來、かかる民法第110条と第112条との重畳適用に

関する規定を設けることに賛成してきたものであり、本試案に賛成する。

11 無権代理人の責任（民法第117条関係）

民法第117条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 他人の代理人として契約をした者は、その代理権を有していた場合又は本人の追認を得た場合を除き、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負うものとする。

(2) 上記(1)は、次のいずれかに該当する場合には、適用しないものとする。

ア 他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていた場合

イ 他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が過失によって知らなかった場合。ただし、他人の代理人として契約をした者が自己に代理権がないことを自ら知っていたときを除くものとする。

ウ 他人の代理人として契約をした者が自己に代理権がないことを知らなかった場合。ただし、重大な過失によって知らなかったときを除くものとする。

エ 他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかった場合

[意見]

いずれについても賛成する。

[理由]

1 無権代理人の責任が成立する場合の効果として、相手方が無権代理人に対して、自らの選択により、履行又は損害賠償を請求し得るとしても問題は無い。

2 (1) 本試案(2)のアについては、無権代理人の責任が、代理制度の信用保持のための法定責任であることから、相手方が悪意の場合にまで、無権代理人に責任を負わせるのは妥当でない。

(2) 本試案(2)のイについては、無権代理人の責任が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) 本試案(2)のウについては、無権代理人の責任は、従来、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していた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。
(4) 本試案(2)のエについては、無権代理人が行為能力を有しない場合、そもそも単独で法律行為をする能力がないのであるから、自らのために法律行為をしたのと同様、契約したことの責任は否定されるべきである。

12 授権（処分権授与）

- (1) 他人に対し、その他人を当事者とする法律行為によって自己の所有権その他の権利を処分する権限を与えた場合において、その他人が相手方との間で当該法律行為をしたときは、当該権利は、相手方に直接移転するものとする。この場合において、当該権利を有していた者は、相手方に対し、その他人と相手方との間の法律行為においてその他人が相手方に対して主張することのできる事由を、主張することができるものとする。
- (2) 上記(1)の場合については、その性質に反しない限り、代理に関する規定を準用するものとする。

(注) 授権に関する規定は設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

[意見]

いずれについても反対する（(注)の意見に賛成する。）。

[理由]

1 (1)について

授権について（仮に処分授権に限ったとしても）、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、授権について、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。

処分授権によって、例えば、委託販売契約において、被授権者が相手方と目的物の売買契約を締結した場合、所有権が授権者から相手方に直接移転することだけならば、相手方は、被授権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、売買契約の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、相手方が被授権者に対して責任追及できないのであれば、相手方が授権者を知らない場合、相手方が授権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、授権によって授権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、被授権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、授権の効果一般につき、必ずしも一義的な理解がなされている状況はないことから、効果が不明確であるといわざるを得ない。

また、所有権の移転に授権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。

2 (2)について

(1)に反対である以上、(2)についても反対であるが、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5 無効及び取消し

1 法律行為の一部無効

法律行為の一部が無効となる場合であっても、法律行為のその余の部分の効力は妨げられないものとする。ただし、当該一部が無効であることを知っていれば当事者がその法律行為をしなかったと認められる場合には、その法律行為は無効とするものとする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。

[意見]

賛成する。明文化すべきである。

[理由]

原則として、法律行為の一部が無効となっても法律行為そのものは影響を受けないということの特段問題ない。

当事者が当該一部が無効であるとわかっていれば、その法律行為をしなかったといえる場合にまで、その法律行為に拘束されるというのは不当である。この例外のために、積極的に明文化すべきである。

2 無効な法律行為の効果

(1) 無効な法律行為（取り消されたために無効であったとみなされた法律行為を含む。）に基づく債務の履行として給付を受けた者は、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還しなければならないものとする。この場合において、給付を受けたもの及びそれから生じた果実の返還をすることができないときは、その価額の償還をしなければならないものとする。

(2) 上記(1)の無効な法律行為が有償契約である場合において、給付を受けた者が給付を受けた当時、その法律行為の無効であること又は取り消すことができることを知らなかったときは、給付を受けたものの価額の償還義務は、給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額又は現に受けている利益の額のいずれが多い額を限度とするものとする。

(3) 上記(1)の無効な法律行為が有償契約以外の法律行為である場合において、給付を受けた者が給付を受けた当時、その法律行為の無効であること又は取り消すことができることを知らなかったときは、給付を受けた者は、それを知った時点でその法律行為によって現に利益を受けていた限度において上記(1)の返還の義務を負うものとする。

(4) 民法第121条ただし書の規律に付け加えて、次のような規定を設けるものとする。

意思能力を欠く状態で法律行為をした者は、その法律行為によって現に利益を受けて

いる限度において、返還の義務を負うものとする。ただし、意思能力を欠く状態で法律行為をした者が意思能力を回復した後にその行為を了知したときは、その了知をした時点でその法律行為によって現に利益を受けていた限度において、返還の義務を負うものとする。

(注) 上記(2)については、「給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額」を限度とするのではなく、「給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額」を限度とするという考え方がある。

[意見]

- 1 (1), (3), (4)には賛成する。
- 2 (2)については、本文、(注)の規定のみとすることには反対する。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と規律するか、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]

- 1 結論として妥当であり、(1), (3), (4)は問題ない。
- 2 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るべきである。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と規律してしまうか、少なくとも不法原因給付にあたらない場合は、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 追認の効果（民法第122条関係）

民法第122条ただし書を削除するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

民法第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って、第三者の権利を害することはない。

4 取り消すことができる行為の追認（民法第124条関係）

民法第124条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 取り消すことができる行為の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅し、かつ、追認権者が取消権を行使することができることを知った後にしなければ、その効力を生

じないものとする。

(2) 次に掲げるいずれかの場合には、上記(1)の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅した後にすることを要しないものとする。

ア 法定代理人又は制限行為能力者の保佐人若しくは補助人が追認をする場合

イ 制限行為能力者（成年被後見人を除く。）が法定代理人、保佐人又は補助人の同意を得て追認をする場合

[意見]

賛成する。なお、「概要」にあるとおり、この規律によって、法定追認の場合も、取消権が行使できることを知ったあとにしか生じないと解されることになるとのことであるが、それが解釈上疑義を生まないように明確にしておくべきである。

[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である。

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。

5 法定追認（民法第125条関係）

民法第125条の規律に、法定追認事由として、「弁済の受領」及び「担保権の取得」を付け加えるものとする。

(注)「弁済の受領」及び「担保権の取得」を付け加えないという考え方がある。

[意見]

(注)に賛成であり、本文に反対する。

「弁済の受領」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。取消権が行使出来ると認識しつつ、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」に該当するといえたり、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]

弁済の受領については、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。

上記4項で、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、「取消権を行使し得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。

弁済を受けるつもりがないのに口座に代金が入金されたり、目的物が自宅に配送されたりしただけでは、「弁済の受領」に該当しないと考えられ、押しつけ的な弁済では法定追認は生じないから問題がないという見解もある（部会資料53「備考」欄等）。しかし、契約において銀行振込や自宅への配送など、弁済方法が合意されており、取消権者が特段振込や配送をストップするよう要請していない間に、契約どおりに振込や配送がなされた場合には、言葉どおりに解釈すると、「弁済の受領」に該当する解釈は十分ありえ、果たして上記見解が言うように法定追認にならないから問題はないと言い切れるかは疑問である。

「法定追認」の効果が取消権の喪失という効果を生じさせることからすると、取消権者の積極的な行為を求めるべきである。押しつけ的でない弁済の受領は、法定追認事由である「履行の請求」が認定できる場合が多いといえる。また、弁済を受けるに至った事実経過から、追認する意思をもって履行の提供を受けている場合など、「追認した」と認定できる場合も多いであろう。押しつけ的な要素がある弁済を「弁済の受領」にあたるか否かを巡って紛争となるのは、表意者保護の観点から妥当ではなく、一律に「弁済の受領」を法定追認事由とするのは妥当ではない。

また、「担保の受領」については、確かに押しつけ的なものは考えにくく、法定追認事由とすることも、「弁済の受領」に比べると弊害は小さい。したがって、積極的に反対はしないが、「担保の受領」があるケースは相当珍しいと思われ、あえて現行法を改正して法定追認事由を増やす実質的な必要性があるかは疑問である。「履行の請求」や「追認した」との認定で足りるのではないか。

6 取消権の行使期間（民法第126条関係）

民法第126条の規律を改め、取消権は、追認をすることができる時から3年間行使しないときは時効によって消滅するものとし、行為の時から10年を経過したときも、同様とするものとする。

（注）民法第126条の規律を維持するという考え方がある。

[意見]

（注）に賛成であり、本文に反対する。

[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。

(概要)によると、現行法では長すぎるという見解があるとのことであるが、具体的にどのような弊害があるのか、定かではない。改正の立法事実がないのに改正することは相当ではない。

- 2 第2読会の議論でも、行使期間を短縮する説(部会資料29の乙説)を積極的に推す委員、幹事の発言は存在しない。一方で、現行法維持説(部会資料29の甲説)は弁護士会が積極的に賛成という議論の状況であった。そうであるのに、期間を短縮する説を主たる提案として掲げるのは不当ではないか。
- 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、維持されるべきである。

第6 条件及び期限

1 条件

条件に関する民法第127条から第134条までの規律は、基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

(1) 民法第127条に条件という用語の定義を付け加え、条件とは、法律行為の効力の発生・消滅又は債務の履行を将来発生することが不確実な事実の発生に係らしめる特約をいうものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

文言の意義を明確にすることは、分かりやすい民法に資する。

なお、現在の停止条件、解除条件という用語が分かりにくいことに鑑みて、その用語についても効力発生条件や効力消滅条件とすることなど、用語自体も分かりやすくすべきである。

(2) 民法第130条の規律を次のように改めるものとする。

ア 条件が成就することによって不利益を受ける当事者が、条件を付した趣旨に反して故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方は、その条件が成就したものとみなすことができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

「条件を付した趣旨に反して」という限定を付すことにより、その解釈にあたって内容が明確になり、文言をそのまま適用すれば不都合が生じるような事案を排除することができるためである。

イ 条件が成就することによって利益を受ける当事者が、条件を付した趣旨に反して故意にその条件を成就させたときは、相手方は、その条件が成就しなかったものとみなすことができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

「条件を付した趣旨に反して」という限定を付すことにより、その解釈にあたって内容が明確になり、文言をそのまま適用すれば不都合が生じるような事案を排除することができるためである。

2 期限

期限に関する民法第135条から第137条までの規律は、基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

(1) 民法第135条に期限という用語の定義を付け加え、期限とは、法律行為の効力の発生・消滅又は債務の履行を将来発生することが確実な事実の発生に係らしめる特約をいうものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

文言の意義を明確にすることは、分かりやすい民法に資する。また、条件に関する定義との関係からも整合性が認められる。

(2) 民法第135条第1項の規律を次のように改めるものとする。

ア 法律行為に始期を付したときは、その法律行為の効力は、期限が到来した時に発生するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

文言の意義を明確にすることは、分かりやすい民法に資する。

イ 債務の履行に始期を付したときは、期限が到来するまで、その履行を請求することができないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

文言の意義を明確にすることは、分かりやすい民法に資する。

(3) 民法第137条第2号の規律を改め、債務者が、その義務に反して、担保を滅失させ、損傷させ、又は減少させたときは、債務者は、期限の利益を主張することができないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

「その義務に反して」との限定を付すことにより、この文言がない場合にそのまま適用すれば不都合を生じるような事案を排除することができるためである。

第7 消滅時効

1 職業別の短期消滅時効の廃止

民法第170条から第174条までを削除するものとする。

[意見]

賛成する。

[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。

2 債権の消滅時効における原則的な時効期間と起算点

【甲案】 「権利を行使することができる時」（民法第166条第1項）という起算点を維持した上で、10年間（同法第167条第1項）という時効期間を5年間に改めるものとする。

【乙案】 「権利を行使することができる時」（民法第166条第1項）という起算点から10年間（同法第167条第1項）という時効期間を維持した上で、「債権者が債権発生の原因及び債務者を知った時（債権者が権利を行使することができる時より前に債権発生の原因及び債務者を知っていたときは、権利を行使することができる時）」という起算点から〔3年間／4年間／5年間〕という時効期間を新たに設け、いずれかの時効期間が満了した時に消滅時効が完成するものとする。

（注）【甲案】と同様に「権利を行使することができる時」（民法第166条第1項）という起算点を維持するとともに、10年間（同法第167条第1項）という時効期間も維持した上で、事業者間の契約に基づく債権については5年間、消費者契約に基づく事業者の消費者に対する債権については3年間の時効期間を新たに設けるという考え方があ

〔意見〕

甲案（注）に賛成する。

〔理由〕

「権利を行使することができる時」という文言は、権利行使を期待することができるようになったときを起算点とすることも含んだ条文となっており、現在も適切に運用がなされている。事案の具体的妥当な解決を図る上では、重要な条文となっており変更を加えるべきではない。

さらに、個人ないし消費者にとっては、債権に関して、期間5年というのは短すぎるし、その保護にそぐわないので原則10年間という時効期間は維持するべきである。

職業別の短期消滅時効の廃止に伴うものについては、これを10年とすることは確かに長期化しすぎるところでもあるが、これらは、主として事業者間の契約に基づく債権のみであるので、それらを一般化して短期の時効期間を設けることが適切である。

したがって、事業者間の契約に基づく債権のみを5年間と短縮し、それら以外のもの（個人間や個人の事業者に対する債権など）については、10年とし、消費者保護の観点から事業者の消費者に対する債権を3年と短期化させた甲案（注）とすることが相当である。

3 定期金債権の消滅時効（民法第168条第1項関係）

(1) 民法第168条第1項前段の規律を改め、定期金の債権についての消滅時効は、次の場合に完成するものとする。

ア 第1回の弁済期から〔10年間〕行使しないとき

イ 最後に弁済があった時において未払となっている給付がある場合には、最後の弁済の時

から〔10年間〕行使しないとき

ウ 最後に弁済があった時において未払となっている給付がない場合には、次の弁済期から〔10年間〕行使しないとき

〔意見〕

賛成する。

〔理由〕

定期金債権の消滅時効について、支分権たる定期金債権について、始めから一度も弁済のない場合と、少なくとも一度以上の弁済があった場合とにまず分けた上で(前者をア、後者をイウ)、後者については、最後に弁済した時に、それ以前の支分権の未払があった場合となかった場合に分け(前者をイ、後者をウ)とすることで適切に場合分けがなされ、整理されることになるので明確化を図ることができる。

(2) 民法第168条第1項後段を削除するものとする。

〔意見〕

賛成する。

〔理由〕

前段が(1)のように整理されれば、そこで全て整理されるので、同項後段の適用場面が無くなるので、廃止しても問題はない。

4 不法行為による損害賠償請求権の消滅時効（民法第724条関係）

民法第724条の規律を改め、不法行為による損害賠償の請求権は、次に掲げる場合のいずれかに該当するときは、時効によって消滅するものとする。

(1) 被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から3年間行使しないとき

(2) 不法行為の時から20年間行使しないとき

〔意見〕

賛成する。

〔理由〕

(2)について、これまで除斥期間と解することにより、損害や加害者の認識が不十分な被害者に対する救済が十分になされないケースがあった。判例の見解による救済を行うよりも、消滅時効と解することによって、起算点や時効障害事由によって、具体的救済の場で、適切な条文の適用により解決することの方が明解である。なお、不法行為による損害賠償請求権の消滅時効においても、5で問題となる生命・身体への侵害による損害賠償請求権の消滅時効と同様の長期化による保護は必要である。

5 生命・身体への侵害による損害賠償請求権の消滅時効

生命・身体〔又はこれらに類するもの〕の侵害による損害賠償請求権の消滅時効については、前記2における債権の消滅時効における原則的な時効期間に応じて、それよりも長期の時効期間を設けるものとする。

(注) このような特則を設けないという考え方がある。

[意見]

賛成する。

対象となる法益に生命・身体以外のものを「これらに類するもの」として、付け加えることについては反対する。

[理由]

生命・身体というもっとも重要な法益侵害に対する保護は十分に図る必要性が高い。その意味で長期化を図るべきであるが、安易な拡張を防止する観点からは、限定的に文言を定めるべきである。

6 時効期間の更新事由

時効の中断事由の規律（民法第147条ほか）を次のように改めるものとする。

(1) 時効期間は、次に掲げる事由によって更新されるものとする。

ア 確定判決によって権利が確定したこと。

イ 裁判上の和解、調停その他確定判決と同一の効力を有するものによって権利が確定したこと。

ウ 強制執行又は担保権の実行としての競売の手続が終了したこと（権利の満足に至らない場合に限る。）。ただし、当該手続が権利者の請求により又は法律の規定に従わないことにより取り消されたときを除くものとする。

エ 相手方の権利を承認したこと。

(2) 上記(1)ア又はイに該当するときは、それぞれその確定の時から、新たに〔10年間〕の時効期間が進行を始めるものとする。

(3) 上記(1)ウに該当するときは当該手続が終了した時から、上記(1)エに該当するときはその承認があった時から、新たに前記2又は4の原則的な時効期間と同一の時効期間が進行を始めるものとする。ただし、従前の時効期間の残存期間が原則的な時効期間より長い場合には、時効期間の更新の効力が生じないものとする。

1 時効障害事由の再構成

[意見]

(1)について、「中断」の用語を「更新」に改めること、消滅時効の効果が確定的に覆らなくなり新たな時効期間が進行を始める時点を捉えて時効の中断事由を再構成することについていずれも賛成する。

ただし、イについて、「執行力のある債務名義と同一の効力を有するもの」も含むとするか、端的に、金銭の支払、物の引渡し、登記義務の履行その他の給付を命ずる家事審判、労働審判及び仲裁判断を含むことを明記すべきである。

[理由]

- (1) 「中断」の用語は、法律上の効果と一般的な用語法とに乖離があることから、効果と用語を合致させるため「更新」に改めることが相当である。
- (2) 現行の中断事由は、いったん生じた中断の効果が後に覆滅することがあるとされており（民法第149条、第154条）、複雑かつ不安定であるから、確定的な時効障害事由である「更新」と暫定的な時効障害事由である「停止」に再構成すべきである。
- (3) 更新事由のうち、イの「裁判上の和解等…確定判決と同一の効力を有するもの」という文言からは、確定判決と同一の効力を有する仲裁判断（仲裁法第45条）や裁判上の和解と同一の効力を有する労働審判（労働審判法第21条第4項）が含まれるものの、執行力のある債務名義と同一の効力を有するとされる家事審判（家事事件手続法第75条）には更新効が生じないのではないかとの疑問も生じる。しかし、家事調停や調停に代わる審判で更新効が生じるにもかかわらず（同法第268条第1項、第281条、第287条）、これより強力な家事審判に更新効が生じないことは不合理である。そこで、家事審判についても更新効が生じることを明確に規定すべきである。

また、更新効が生じる仲裁判断等についても、わかりやすい民法という視点からは、他の法律を参照することなく判断が可能となるよう、これらを明示することが妥当である。

なお、非訟事件の決定（非訟事件手続法第54条）に他に更新効を認めるべきものがないかについては、さらに検討を要すると考える。

2 更新の効果

[意見]

(2)、(3)について、確定判決等による更新後の新たな時効期間を10年とすること、これ以外の更新後の新たな時効期間を原則的な時効期間と同一（ただし残存期間を下回ることがない）とすることに賛成する。

[理由]

現行法を前提としつつ、少なくとも不法行為の長期20年を消滅時効とした場合の二重の時効期間に対応する規定として相当である。

7 時効の停止事由

時効の停止事由に関して、民法第158条から第160条までの規律を維持するほか、次のように改めるものとする。

- (1) 次に掲げる事由がある場合において、前記6(1)の更新事由が生ずることなくこれらの手続が終了したときは、その終了の時から6か月を経過するまでの間は、時効は、完成しないものとする。この場合において、その期間中に行われた再度のこれらの手続につ

いては、時効の停止の効力を有しないものとする。

ア 裁判上の請求

イ 支払督促の申立て

ウ 和解の申立て又は民事調停法・家事事件手続法による調停の申立て

エ 破産手続参加，再生手続参加又は更生手続参加

オ 強制執行，担保権の実行としての競売その他の民事執行の申立て

カ 仮差押命令その他の保全命令の申立て

(2) 上記(1)アによる時効の停止の効力は、債権の一部について訴えが提起された場合であっても、その債権の全部に及ぶものとする。

(3) 民法第155条の規律を改め、上記(1)オ又はカの申立ては、時効の利益を受ける者に対してしないときは、その者に通知をした後でなければ、時効の停止の効力を生じないものとする。

(4) 民法第153条の規律を改め、催告があったときは、その時から6か月を経過するまでの間は、時効は、完成しないものとする。この場合において、その期間中に行われた再度の催告は、時効の停止の効力を有しないものとする。

(5) 民法第161条の規律を改め、時効期間の満了の時に当たり、天災その他避けることのできない事象のため上記(1)アからカまでの手続を行うことができないときは、その障害が消滅した時から6か月を経過するまでの間は、時効は、完成しないものとする。

(6) 当事者間で権利に関する協議を行う旨の〔書面による〕合意があったときは、次に掲げる期間のいずれかを経過するまでの間は、時効は、完成しないものとする。

ア 当事者の一方が相手方に対して協議の続行を拒絶する旨の〔書面による〕通知をした時から6か月

イ 上記合意があった時から〔1年〕

1 時効障害事由の再構成

〔意見〕

柱書、(1)前段及びアないしカ、(3)及び(4)前段について、現行法の停止事由に加えて裁判上の請求等を停止事由とすること、これに伴い民法第155条を整備することに賛成する。ただし、仲裁の申立て並びに労働審判の申立て及び家事審判の申立てのほか非訟事件の申立てについても停止事由とすべきである。

〔理由〕

(1) 時効障害事由の再構成を踏まえ、債権者による権利行使の着手に該当するが権利の確定的な確認に至っていない場合を停止事由とすることが相当である。

(2) ただし、アないしカのいずれにも該当しないが、権利者による権利行使の表れである仲裁の申立て（仲裁法第29条第2項）並びに労働審判の申立て（労働審判法第22条第1項）及び金銭の支払等に関する家事審判の申立て（家事事件手続法第49条第1項）のほか非訟事件の申立て（非訟事件手続法第43条第1項）についても、暫定的時効障

害事由としての停止事由として明記すべきである。

2 停止事由の反復

[意見]

(1)後段及び(4)後段について、訴えの提起や催告等の繰返しによって再度の時効停止の効力が生じないことに賛成する。

ただし、催告→訴えの提起・取下げ→催告など、間に別種の手続を経た場合にも停止効が生じないこと、他方、催告→調停申立て・取下げ→訴えの停止など、別種の手続が取られた場合にはそれぞれに停止効が生じることを明確化すべきである。

[理由]

(1) 現行法や判例法理の反映であり、相当である。

(2) ただし、間に別種の手続を経て同種の手続が繰り返された場合には停止効が生じるべきではないが、その点についての曖昧さを排除すべきである。

(3) 他方、例えば催告→調停申立て・取下げ→訴えの提起など、別種の手続が取られる場合に、訴えの提起に停止効が生じないとすると、時効完成が間に迫っている場合には催告後に訴えの提起しか取れなくなってしまう、紛争解決の手段を狭めることになるので妥当でない。

3 一部請求等と時効の停止

[意見]

(2)について、裁判上の一部請求の場合に債権全部に停止効が及ぶとすることに賛成する。

ただし、裁判上の請求に限らず、(1)イないしカについて債権の一部についての権利行使であったとしても債権全部に停止効が及ぶとすべきである。

また、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、訴えの提起等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) このような事情は、債権の一部をもって手続を取ったとき一般にあてはまることから、訴え提起の場面における一部請求に限定すべきではない。

(3) 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。

4 天災等による時効停止期間

[意見]

(5)について、2週間から6か月に改めることに賛成する。

[理由]

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り、他の時効の停止事由と平仄を合わせる事が合理的である。

5 当事者間の協議による時効の停止

[意見]

(6)について、当事者間の協議を停止事由とすることに賛成する。

ただし、協議の合意について書面を要件とすることは不要であるが、協議続行拒絶の通知については書面を要件とすべきである。

また、イの一定期間経過後の協議による停止の終了の起点は、合意時ではなく、「協議を行う旨の合意があった時又は最後の協議の時のいずれか遅い方」とすべきである。

[理由]

(1) 当事者間の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ことから、停止事由とすることが相当である。

(2) 協議の開始時期の明確化のために合意が必要とすべきであるが、書面による合意までは不要とすべきである。書面による合意を必要とすれば、公害紛争の被害者である債権者等が協議による時効障害の利益を受けにくくなるからである。

他方、協議続行拒絶の通知については、通知を受ける当事者にとって停止事由の終了時期、ひいては消滅時効完成時期が不明確とならないよう、書面を要件とすべきである。

(3) 協議されない状態が一定期間継続した場合に、停止効が終了することを定めることは妥当である。しかし、協議の度に合意がなされているとし、これを起点とすることは、誤解を招き、わかりやすい民法という改正の大前提に反する。したがって、最後の協議時を起点とすべきである。もっとも、協議の合意をしながら一度も協議を行わないことも想定されることから、最後の協議時だけでなく、協議開始の合意時も起点としつつ、最後の協議時とのいずれか遅い方を起点とすべきである。期間は1年が相当である。

8 時効の効果

消滅時効に関して、民法第144条及び第145条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 時効期間が満了したときは、当事者又は権利の消滅について正当な利益を有する第三者は、消滅時効を援用することができるものとする。

(2) 消滅時効の援用がされた権利は、時効期間の起算日に遡って消滅するものとする。

(注) 上記(2)については、権利の消滅について定めるのではなく、消滅時効の援用がされた権利の履行を請求することができない旨を定めるという考え方がある。

[意見]

(1), (2)のいずれも賛成 ((2)については本文に) する。

[理由]

現行法及び判例の考え方を明確にするものであり, 相当である。

第8 債権の目的

1 特定物の引渡しの場合の注意義務 (民法第400条関係)

民法第400条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約によって生じた債権につき, その内容が特定物の引渡しであるときは, 債務者は, 引渡しまで, [契約の性質, 契約をした目的, 契約締結に至る経緯その他の事情に基づき, 取引通念を考慮して定まる]当該契約の趣旨に適合する方法により, その物を保存しなければならないものとする。
- (2) 契約以外の原因によって生じた債権につき, その内容が特定物の引渡しであるときは, 債務者は, 引渡しまで, 善良な管理者の注意をもって, その物を保存しなければならないものとする。

(注) 民法第400条の規律を維持するという考え方がある。

[意見]

(1)について反対する。

民法第400条の規律を維持すべきである。

[理由]

- (1) 特定物の引渡しを内容とする契約の当事者は, 特に中小企業間や消費者間の契約においては, 必ずしも目的物の引渡しまでの間の保存方法についてまで意識して契約しているわけではないと想定されるところ, 「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, 一般的に自己の財産の保存よりも高いレベルの注意義務が要求されると理解されていることから, 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) 民法第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「当該契約の趣旨に適合する方法」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。

2 種類債権の目的物の特定 (民法第401条第2項関係)

種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項）が生ずる事由につき、「債権者と債務者との合意により目的物を指定したとき」を付加するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

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じることには異論はない。

3 外国通貨債権（民法第403条関係）

民法第403条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 外国の通貨で債権額を指定した場合において、別段の意思表示がないときは、債務者は、その外国の通貨で履行をしなければならないものとする。
- (2) 外国の通貨で債権額を指定した場合において、別段の意思表示がないときは、債権者は、その外国の通貨でのみ履行を請求することができるものとする。

[意見]

(1)について賛成する。

(2)について賛成する。

[理由]

あえて当事者が外国の通貨で債権額を指定したのであれば、債権者はその通貨でのみ請求ことができ、債務者はその通貨でのみ弁済することができるというのが当事者の合理的意思と考えるべきであり、民法第403条及び最判昭和50年7月15日民集29巻6号1029頁の規律を撤廃することには賛成である。なお、これらの規律を撤廃することに伴い、外国通貨での供託を認めない供託実務（<http://houmukyoku.moj.go.jp/kagoshima/table/QandA/all/kyoutaku4.html>）や強制執行実務を見直す必要がある。

第8 債権の目的

4 法定利率（民法第404条関係）

(1) 変動制による法定利率

民法第404条が定める法定利率を次のように改めるものとする。

ア 法改正時の法定利率は年〔3パーセント〕とするものとする。

イ 上記アの利率は、下記ウで細目を定めるところに従い、年1回に限り、基準貸付利率（日本銀行法第33条第1項第2号の貸付に係る基準となるべき貸付利率をいう。以下同じ。）の変動に応じて〔0.5パーセント〕の刻みで、改定されるものとする。

ウ 上記アの利率の改定方法の細目は、例えば、次のとおりとするものとする。

- (7) 改定の有無が定まる日（基準日）は、1年のうち一定の日に固定して定めるものとする。
- (イ) 法定利率の改定は、基準日における基準貸付利率について、従前の法定利率が定まった日（旧基準日）の基準貸付利率と比べて〔0.5パーセント〕以上の差が生じている場合に、行われるものとする。
- (ウ) 改定後の新たな法定利率は、基準日における基準貸付利率に所要の調整値を加えた後、これに〔0.5パーセント〕刻みの数値とするための所要の修正を行うことにより定めるものとする。
- (注1) 上記イの規律を設けない（固定制を維持する）という考え方がある。
- (注2) 民法の法定利率につき変動制を導入する場合における商事法定利率（商法第514条）の在り方について、その廃止も含めた見直しの検討をする必要がある。

1 利率の変動制の導入の可否

[意見]

(1) ア及び(1)イに反対する。

利率の変動制を採用することに反対であり、固定制を維持すべきである。また、法改正時の法定利率は、年3パーセントに引き下げるべきではなく、現行の利率である年5パーセントとすべきである。

[理由]

- (1) 法定利率が現実に機能し適用される場面は、不法行為による損害賠償請求権についての遅延損害金の利率や不当利得に関する悪意の受益者に対する利息請求権（過払金等）の利率である。このような適用場面において、現在の固定制による利息計算の簡便さというメリットを放棄し、かつ利率の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ない。
- (2) 上記の利率の変動制の本試案は、法改正時の法定利率を年3パーセントとし、法定利率から変動指標である基準貸付利率相当の利率を控除した部分（以下「変動部分」という。）を、調整値として設定し、今後は変動部分のみを変動指標との間に一定の差が生じた場合に変動させ、これに加算する調整値については固定するというものである。

このような利率の変動制を採用するのであれば、上記のような法定利率の算定方法に従って、まずは市場金利による変動部分を基礎として、これに対する調整値の上乗せの是非やその利率の在り方を検討すべきである。

しかし、上記の試案においては、法改正時には算定方法を全く無視して最終的な算定結果である法定利率を先に設定して、後付けとして算定方法に割り付けて調整値を設定するという考え方（すなわち、3パーセントから変動部分である0.3パーセントを控除した結果である2.7パーセントを調整値とするという考え方）が採用されているため、調整値の上乗せの根拠、調整値の利率の妥当性及び調整値の固定の是非等について何らの検証もなされておらず、上記の算定方法自体の合理性が何ら説明されていない。

その結果、今後、変動部分に大幅な変動が生じ、調整値の在り方を見直す必要が生じたときにも、調整値の上乗せを設けた法改正時の根拠が明らかでなければ、その妥当性を事後的に検証することもできなくなってしまう。

- (3) また、調整値の根拠について、例えば、後記の債権者側に生じる資金調達コストの観点や履行のインセンティブを確保するという要請に求めるのであれば、この上乗せの調整値の上乗せの是非やその利率は、普遍的に固定されたものではあり得ず、その時点における市場金利や経済情勢を踏まえた政治的な判断に委ねるほかない事項である。

例えば、現時点で市場金利0.3パーセントに調整値2.7パーセントを上乗せして、法改正時の利率を3パーセントとするというのも、あくまで現時点における市場金利や経済情勢を意識してなされた判断に過ぎず、例えば市場金利が9パーセントになったときにまで、同じ調整値2.7パーセントを固定的に上乗せする必要はない。

このように、利率の変動制を採用したとしても、将来の市場金利や経済情勢の変動によっては調整値の上乗せの在り方を見直す必要が生じうることからすれば、適切に運用するためのコストをかけてまで利率の変動制を採用する理由はない。

また、調整値の見直しにおいては、変動部分とは別にこれに上乗せされる調整値の在り方という非常に複雑な検証を行うことになり、国民にとっても分かりにくい。むしろ固定制を維持して市場金利や経済情勢の変動から法定利率が不合理なものになった時点で、その時点における市場金利や経済情勢を踏まえた政治的な判断に基づいて利率を改正する方が、国民にとっても分かりやすいといえる。このことは、今回の利率の変動制を採用するという立場からの本試案においても、結局は算定方法を無視してまずは最終的な算定結果である法定利率の利率を決めるというアプローチを採用していることから明らかである。

- (4) さらに、法制改正時の法定利率については、以下のとおり、年5パーセントが妥当であり、年3パーセントに引き下げるべきではない。

ア 法定利率が現実に機能し適用される主な場面としては、不法行為による損害賠償請求権についての遅延損害金の利率や不当利得に関する悪意の受益者（民法第704条）に対する利息請求権（過払金等）の利率である。

このような法定債権については、債権者は、必ずしも自己の意思に基づいて債務者に対して利息付きで投資を行っているのではなく、債務者に対して強制的に投資させられているのと同じであることから、債権者が請求額に相当する金員を第三者から別途調達するために要する調達金利相当額の損害の補てんとといった観点から、法定利率を捉えるのが当事者間の公平に資する。また、債権者の調達金利相当額の損害の補てんと捉えると、債権者の与信によって調達金利は大きく異なるが、消費者のみならず事業者においても、無担保で年3パーセントの条件で資金調達できる者は少ない。

以上のような債権者側に生じる資金調達コストの観点からは、現在の市場金利や経済情勢を前提とする限り、5パーセントという現状の利率が妥当である。

イ また、現民法が利息を生ずる場合として上記のほかに定めているものとしては、民

法第442条第2項（連帯債務者間の求償権）、第459条第2項（委託を受けた保証人の求償権）、第545条第2項（解除の効果）、第575条第2項（目的物引渡日からの代金の利息）、第647条（受任者の金銭消費についての責任）、第650条第1項（受任者による費用の利息の償還請求）、第665条（受寄者の金銭消費についての責任、受寄者による費用の利息の償還請求）、第669条（金銭出資の不履行の責任）、第691条第1項（終身定期金契約の解除）、第701条（管理者の金銭消費についての責任）などがあるが、これらのお大半は、遅延損害金の色彩を持った規定である。

このような遅延損害金の色彩を持った規定を前提とすれば、法定利率が債務者が履行のための資金調達の際に負担することになる利率よりも高い場合には、債務者にとっては債務を履行することに対するインセンティブとして機能するが、逆にこれよりも低く設定すると債務の履行を遅滞する要因となりかねない。

ウ さらに、契約による債務不履行の場合は、約定損害金利率（損害賠償の合意）として年14パーセントから14.6パーセントという高い利率が定められることが多いことに鑑みれば、上記の遅延損害金の色彩を持った規定を前提とする限り、年5パーセントは決して高くはない。

エ 現在の市場金利や経済情勢を前提として3パーセントが妥当であるか否かについての議論は全くなされておらず、そもそも法定利率をどのように捉えて3パーセントと提案されているのかも明らかでないことから、3パーセントが合理的であるとする積極的な根拠はない。

2 利率の変動方式

[意見]

法定利率を変動制にすることには反対するが、仮に利率の変動制を採用とした場合の、上記(1)イ及びウに対する意見は次の通りである。

(1) 変動指標

(1)イのうち、基準貸付利率を変動指標とすることに異議はない。

(2) 基準日

(1)ウ(ア)に異議はない。

(3) 変動事由

(1)ウ(イ)に反対する。

法定利率の改定は、基準日における基準貸付利率について、旧基準日の基準貸付利率と比べて、0.5パーセントではなく1パーセント以上の差が生じている場合に、行われるものとすべきである。

(4) 変動単位及び調整値の加算

(1)ウ(ウ)に反対する。

法定利率の変動単位は0.5パーセント刻みではなく整数値刻みの数値（1パーセント刻み）とすべきである。

また、調整値の加算による修正については、3～5パーセント程度の整数値を調整値と

すべきである。なお、市場金利との連動を重視するのであれば、調整値の上乗せを行わずに市場金利による変動制を導入すべきであるという意見もあった。

[理由]

そもそも変動制を導入することには反対であるが、変動制を導入する場合でも、本試案には以下のとおりの意見がある。

(1) 変動指標

変動指標については、基準貸付利率以外に客観性、継続性を有する指標は考えにくく、これを変動の指標とすることに異議はない。

(2) 基準日

法定利率の改定を頻繁に行うことは、事務処理の負担を強いることになることから、改定の有無を定めるのは、年1回程度とすることが合理的である。

また、後記のとおり、法定利率の変更の適用について、変更後の利率を適用するのであれば、1年に1度の特定の日に固定する方が、複数年にわたる利息計算を行う場合に計算が容易となる点で合理的である。

(3) 変動事由

基準貸付利率そのものではなく調整値を加えて法定利率を改定するのであれば、そもそも法定利率は市場金利とも異なる仮定の利率に過ぎないことから、あえて市場金利（基準貸付利率）の変動に細かく連動させる必要性は乏しい。他方、0.5パーセントよりも、整数値である1パーセント以上の差が生じる場合とする方が利率を変動させる頻度が減り、頻繁に法定利率が変動することによる事務処理の負担を軽減することができる。

したがって、細やかな市場金利との連動よりも事務処理の負担軽減を優先させて、することは合理的である。

また、後記のとおり、変動単位についても1パーセント刻みとすることで、常に法定利率は整数値となることから、利息計算が容易となる点で事務処理の負担軽減になる。

(4) 変動単位及び調整値の加算

市場金利（基準貸付利率）そのものではなく、さらに調整値を加算して法定利率を設定するのであれば、そもそも法定利率が市場金利とも異なる仮定の利率に過ぎないことから、あえて0.5パーセント刻みで細かく頻繁に連動させることに合理性はない。

また、調整値の加算については、以下の2つの立場からの理由が挙げられる。

ア 調整値を加算する場合に、法定利率から法改正時における基準貸付利率を減じたものを調整値として固定させる根拠は皆無であり、その時点における市場金利や経済情勢を踏まえた政治的な判断に委ねるほかない事項である。

仮に、調整値を固定させる場合には、その調整値による上乗せの根拠については、前記の債権者側に生じる資金調達コストの観点や履行のインセンティブを確保するという要素に求め、かつ利息計算の簡便さに配慮するという観点から、調整値を年3～5パーセント程度の整数値とすべきである。

イ 法定利率を市場金利に連動させる実務的な要請として、相続人間で遺産である預金

債権の受領権限を巡って争いが生じ、金融機関に対して預金払戻請求訴訟がなされた場合に、金融機関が預貯金の金利から乖離した法定利率の支払を強いられるとか、不当利得における利得の返還の際に運用できないような利率で返還を強いられるという不都合が挙げられているが、市場金利に調整値を加算して法定利率を設定すると、その調整値に相当する差が存在し続けるため、上記の不都合が改善されず、そもそも立法事実に対応できていない結果となる。

したがって、この不都合を解消することを目的とするのであれば、調整値を加算せずに市場金利に完全に連動した変動制を採用すべきである。ただし、その場合の市場金利としての変動指標とするのに適切な指標は見出しがたい。

(2) 法定利率の適用の基準時等

- ア 利息を生ずべき債権について別段の意思表示がないときは、その利率は、利息を支払う義務が生じた最初の時点の法定利率によるものとする。
- イ 金銭の給付を内容とする債務の不履行については、その損害賠償の額は、当該債務につき債務者が遅滞の責任を負った最初の時点の法定利率によるものとする。
- ウ 債権の存続中に法定利率の改定があった場合に、改定があった時以降の当該債権に適用される利率は、改定後の法定利率とするものとする。

1 利息を生ずべき債権・金銭の給付を内容とする債務の不履行に対する適用利率の基準時

[意見]

(2)ア及びイについては、仮に変動制を採用する場合には異議はない。

前記のとおり、固定制を維持すべきであり、変動制を採用することには反対する。

[理由]

法定利率の改定後も引き続き改定前の法定利率を適用する場合に、債権者において法定利率の適用の基準時を自由に選択できるとすると、例えば、遅滞後に4パーセント→5パーセント→3パーセントと法定利率が変動した場合において、債権者が5パーセントに法定利率が変更された以降の期間の遅延損害金を請求した場合に、3パーセントに変動した後の期間も5パーセントが適用される結果となり、債務者との関係においては公平性を欠くことになるので、適用される法定利率の確定の基準時を固定する必要がある。

これによって、債務者は、債権者が特定の時点を基準時として主張した場合に、債権者が主張する時点が最初の時点ではないと争うことにより、債権者が任意に基準時を選択することを制限できるため、合理的である。

他方、改定後の法定利率を適用する場合には、債権者が任意に選択する請求時の法定利率を適用するとしても、法定利率が変動すればその利率が適用されるため、債権者において有利な法定利率の適用を選択する余地がなく、基準時を固定する必要性はないが、逆に基準時を固定することの不都合もない。

2 法定利率の改定の際の適用利率の変更

[意見]

(2) ウについては異議はない。

債権の存続中に法定利率の改定があった場合に、改定があった時以降の当該債権に適用される利率は、改定後の法定利率とするものとするに異議はない。

[理由]

- (1) 適用される法定利率の確定の基準時を固定したとしても、債権者側は法定利率の高い時期に期限の利益を喪失させるなどによって、遅延損害金の算定に適用される法定利率を一定の範囲では選択できるところ、その後に法定利率が下落しても高い利率のまま遅延損害金を請求できるとなると、債務者との関係において公平性を欠くことになるし、他方で、債権者にその利益を得させる理由もない。
- (2) 法定利率の改定の都度、適用利率が変更して利息計算を行うことになるが、利率の変動のタイミングが年1回の特定の時点に固定されることを前提とすれば、利息計算はさほど煩瑣にはならないと思われる。

もっとも、判決の主文において利率の割合を具体的に数値（例えば「年5分の割合による金員」等）で記載する場合には、判決確定後において法定利率が変更された場合には、その後の期間における利率は、判決主文において記載された利率と事後的に齟齬が生じるので、この点に対する対応が必要と思われる。

(3) 中間利息控除

損害賠償額の算定に当たって中間利息控除を行う場合には、それに用いる割合は、年[5パーセント]とするものとする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。また、中間利息控除の割合についても前記(1)の変動制の法定利率を適用する旨の規定を設けるという考え方がある。

[意見]

反対する。

少なくとも上記のような規定を設けるよりは、今回の債権法の改正では、中間利息控除について特に規定を設けずに実務における解釈論に委ねて、不法行為法の改正の段階において改めて検討すべきである。

[理由]

- (1) そもそも中間利息控除における利率については、年5パーセントでは高すぎるというのが実務における問題意識であるところ、年5パーセントを維持するという考え方は、実務における問題意識に逆行するものである。むしろ法定利率を3パーセント程度に引き下げるのであれば、少なくとも中間利息控除における利率もそれに伴って引き下げられるべきであり、あえて中間利息控除についてのみ5パーセントを維持することに合理性は全くな

い。

- (2) 損害賠償額の算定に当たって中間利息の控除が問題となるのは不法行為の被害者の将来の逸失利益を現在価値に換算する場合であるところ、従前より実務においては年5パーセントの利率は高すぎるとの批判が強く、後記の最高裁判所の判例が出現するまでは下級審の裁判例においても中間利息の控除に法定利率よりも低い利率を適用するものが複数存在していた。しかるに、損害保険会社の事業に与える影響のみを考慮して、法定利率自体は引き下げる一方で、現行の中間利息控除の利率を5パーセントで維持するのは、極めて不合理である。
- (3) 損害保険会社の指摘する保険の実務に対する影響や保険料率の引き上げに繋がる等の問題は、法定利率の引下げに伴って生じる様々な社会的影響の一局面に過ぎず、殊更に損害保険会社を保護する理由はない。むしろ、被害者の救済の観点から、中間利息の控除に適用すべき法定利率については、被害者（債権者）の運用利率として捉えるべきであり、被害者が運用できないような年5パーセントの利率で中間利息の控除を行い、被害者に過剰な負担を強いることに合理性がないことは明らかである。また、本来は損害保険会社が保険料の引き上げによって保険契約者に負担を求めて解消すべきコストを、中間利息の控除として被害者に対して転嫁することに合理的な理由はなく、公平の見地からも妥当でない。
- (4) 判例（最判平成17年6月14日民集59巻5号983頁）は、損害賠償額の算定に当たっての中間利息控除には、法定利率を用いなければならない旨を判示するが、年5パーセントによらなければならないとは判断しておらず、上記のような損害保険会社の事業を保護するという理由以外に5パーセントを維持する理由は存在しない。
- (5) 上記判例は「現行法は、将来の請求権を現在価額に換算するに際し、法的安定及び統一的処理が必要とされる場合には、法定利率により中間利息を控除する考え方を採用している。例えば、民事執行法第88条第2項、破産法第99条第1項第2号（旧破産法（平成16年法律第75号による廃止前のもの）第46条第5号も同様）、民事再生法第87条第1項第1号、第2号、会社更生法第136条第1項第1号、第2号等は、いずれも将来の請求権を法定利率による中間利息の控除によって現在価額に換算することを規定している。」と判示することから、中間利息控除について特に規定を設けなければ、たとえ利率の変動制を採用したとしても法定利率が適用されることになるため、不都合はない。また、利率の変動制を採用する場合には、将来における利率については算定しえないという問題があるが、例えば「不法行為時の法定利率による」といった法定利率の適用の基準時についての定めを置けば、利率の合理性に対する疑義は残るものの（この点については将来の不法行為法の改正の段階で検討されるべきである。）、中間利息控除に適用される利率については明確となるため、実務運用としては不都合はなくなる。

なお、民事執行法第88条第2項、破産法第99条第1項第2号（旧破産法（平成16年法律第75号による廃止前のもの）第46条第5号も同様）、民事再生法第87条第1項第1号、第2号、会社更生法第136条第1項第1号、第2号等の「法定利率」による無利息控除に関する規定との関係でも、法定利率の適用の基準時の規定は必要となる。

5 選択債権

選択債権に関する民法第406条から第411条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

- (1) 民法第409条の規律に付け加えて、第三者が選択をすべき場合には、その選択の意思表示は、債権者及び債務者の承諾がなければ撤回することができないものとする。
- (2) 民法第410条を削除するものとする。
- (3) 選択の対象である給付の中に履行請求権の限界事由（後記第9，2に掲げる事由をいう。）があるものがある場合（第三者が選択をすべき場合を除く。）において、その事由が選択権を有する当事者による選択権付与の趣旨に反する行為によって生じたときは、その選択権は、相手方に移転するものとする。

[意見]

(1) ないし(3)に賛成する。

[理由]

- (1) 利害関係を有する債権者及び債務者双方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) 履行請求権の限界事由（不能）が契約成立時に生じていた場合の契約の効力（原始的不能の契約の効力）を当然に無効とはしないこととの整合性から、一方の給付について履行請求権の限界事由が契約成立時に生じていたとしても、選択の対象が当然に他方の残存する給付に限定されないとすることが合理的である。

また、他方の残存する給付に利益を有しなくなった選択権者が、履行請求権の限界事由のある給付を選択して契約を解除すること認めることによって、選択権者にとっては救済のメニューが広がるというメリットがあり、他方、これにより相手方に追加的な負担を強いることにもならない。

よって、一方の給付に履行請求権の限界事由が生じた場合に、当然に他方の残存する給付に特定させる旨を定める民法第410条は削除すべきである。

- (3) 選択権者が選択権付与の趣旨に反する行為によって履行請求権の限界事由を生じさせた場合には、選択権を有しない当事者への選択権の移転を認め、履行請求権の限界事由が生じた給付を選択して給付を免れるか、他方の残存する給付を履行するかを選択させることが合理的である。

第9 履行請求権等

1 債権の請求力

債権者は、債務者に対して、その債務の履行を請求することができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

請求力の明文化については、従来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 契約による債権の履行請求権の限界事由

契約による債権（金銭債権を除く。）につき次に掲げるいずれかの事由（以下「履行請求権の限界事由」という。）があるときは、債権者は、債務者に対してその履行を請求することができないものとする。

ア 履行が物理的に不可能であること。

イ 履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものであること。

ウ その他、当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる事由

1 履行請求権の限界に関する明文規定の要否

[意見]

賛成する。

[理由]

履行請求権に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。分かりやすい民法という改正の目的からは望ましいと言える。

2 履行請求権の限界の判断基準

[意見]

ア、イ、ウいずれも賛成する。

[理由]

(1) 一般的な履行請求権の限界事由の有無を契約の趣旨に照らして判断すること（本文ウ）については、契約の趣旨の意義に関し、「契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき、取引通念を考慮して定まる」ものであると規定される（第8・1）のであれば、従前の実務に特段変更を来すものとは考えられず、特に反対しない。

(2) 履行請求権の限界事由に該当するものの例を示すことについては、分かりやすい民法という目的にも資するものと思われるが、その例を規定するにあたっては、一般的な履行請求権の限界事由の有無を契約の趣旨に照らして判断すること（本文ウ）との関係について留意されたい。例えば、どの程度の費用をもって「債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なもの」（本文イ）と言えるか否かは、正に、契約の趣旨に照らして判断されて然るべきであるから、このことが明確となるよう規定されるべきである。

3 履行の強制（民法第414条関係）

民法第414条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 債権者が債務の履行を請求することができる場合において、債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、民事執行法の規定に従い、直接強制、代替執行、間接強制その他の方法による履行の強制を裁判所に請求することができるものとする。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでないものとする。

(2) 上記(1)は、損害賠償の請求を妨げないものとする。

(3) 民法第414条第2項及び第3項を削除するものとする。

(注) 上記(3)については、民法第414条第2項及び第3項の削除に伴って、その規定内容を民事執行法において定めることと併せて、引き続き検討する必要がある。

[意見]

- 1 (1)について賛成する。
- 2 (2)について賛成する。
- 3 (3)について賛成する。

[理由]

1 (1)について

民法に執行方法のメニューが示されており、強制執行の方法として何ができるのかが明らかになっているといえる。一方、当該記載であれば、執行法の改正においても、支障となることはないと考えられる。

よって、かかる改訂に賛成する。

2 (2)について

現行法の規定のとおりであり、また現行法を改定する必要性もないからである。

3 (3)について

執行方法のメニューとしては、(1)にて対応されているため、民事執行法の改正が合わせてなされることを前提に賛成する。一方、民事執行法の改正を合わせて行うことが困難であれば、民法第414条第2項及び同第3項を残すべきである。

第10 債務不履行による損害賠償

1 債務不履行による損害賠償とその免責事由（民法第415条前段関係）

民法第415条前段の規律を次のように改めるものとする。

(1) 債務者がその債務の履行をしないときは、債権者は、債務者に対し、その不履行によって生じた損害の賠償を請求することができるものとする。

(2) 契約による債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠

償する責任を負わないものとする。

- (3) 契約以外による債務の不履行が、その債務が生じた原因その他の事情に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。

1 債務不履行の包括的要件

[意見]

(1)について、賛成する。

[理由]

学説上、債務不履行を「履行遅滞」「履行不能」「不完全履行」の3分類に類型して論じられてきたものを放棄し、包括的要件を維持することに実務的影響はなく、異議はない。

また、「債務の本旨」という概念は現行法でも明確ではなく、これを使用しないことについても実務上の影響はない。

2 契約における債務不履行の免責事由

[意見]

(2)について、「契約の趣旨」の意味が「合意の内容や契約書の記載内容だけでなく、契約の性質（有償か無償かを含む。）、当事者が当該契約をした目的、契約締結に至る経緯を始めとする契約をめぐる一切の事情に基づき、取引通念を考慮して評価判断されるべきものである」ことを明確にすることを条件に賛成する。

[理由]

- (1) 債務不履行の免責事由の一般的要件（適用範囲）について

履行不能の場合以外にも債務不履行の免責事由を認めることは現在の判例実務に従うものであり賛成である。

- (2) 契約における債務不履行の帰責原理について

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」から説明することには賛成である。

- (3) 免責事由の文言（責めに帰すべき事由）について

「責めに帰すべき事由」は判例実務上馴染まれてきた文言であり、これを維持することには賛成である。もっとも、当該要件該当性の判断は、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の契約に関する一切の諸事情を総合考慮して、取引通念に従って規範的に評価されるべきものであり、契約書の文言等にも拘泥して解釈されるものではない。

そこで、分かりやすい民法の観点から、「契約の趣旨」の意味が「合意の内容や契約書の記載内容だけでなく、契約の性質（有償か無償かを含む。）、当事者が当該契約をし

た目的、契約締結に至る経緯を始めとする契約をめぐる一切の事情に基づき、取引通念を考慮して評価判断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。

3 契約以外における債務不履行の免責事由

[意見]

(3)について、賛成する。

[理由]

契約以外の債務不履行の免責事由の判断においては、その発生原因その他諸事情に照らして規範的に判断せざるを得ず、その文言として、本試案の内容は妥当である。

2 履行遅滞の要件（民法第412条関係）

民法第412条の規律を維持した上で、同条第2項の規律に付け加えて、債権者が不確定期限の到来したことを債務者に通知し、それが債務者に到達したときも、債務者はその到達の時から遅滞の責任を負うものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

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。

3 債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第415条後段関係）

民法第415条後段の規律を次のように改めるものとする。

(1) 次のいずれかに該当する場合には、債権者は、債務者に対し、債務の履行に代えて、その不履行による損害の賠償を請求することができるものとする。

ア その債務につき、履行請求権の限界事由があるとき。

イ 債権者が、債務不履行による契約の解除をしたとき。

ウ 上記イの解除がされていない場合であっても、債権者が相当の期間を定めて債務の履行の催告をし、その期間内に履行がないとき。

(2) 債務者がその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、債務者が履行をする見込みがないことが明白であるときも、上記(1)と同様とするものとする。

(3) 上記(1)又は(2)の損害賠償を請求したときは、債権者は、債務者に対し、その債務の履行を請求することができないものとする。

1 填補賠償請求の要件

[意見]

(1)ア, イ, ウについて, いずれも賛成する。

[理由]

- (1) ア (履行不能の場合の填補賠償請求), イ (債務不履行による解除の場合の填補賠償請求) は, いずれも異論のない解釈を明文化するものであり, 賛成である。
- (2) ウの「契約の解除なしに填補賠償を認めるルール」は現行の判例実務を変更するものであるが, 契約関係を維持したまま填補賠償請求を行えたほうが, 債権者にとってはむしろ便利な場合があるから, 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。

2 履行期前の確定的履行拒絶における填補賠償請求の可否

[意見]

(2)について, 賛成する。

[理由]

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権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。

3 履行請求権と填補賠償請求権の関係

[意見]

(3)について, 賛成するが, 今後, 具体的な仕組みを定めるについては, 債権者が確定的に填補賠償請求を選択した場合には, 債権者は以後履行請求を行えず, また, 債務者は填補賠償を履行せねばならないという規律を明確にすべきであり, 債務者に追完権のような権利を認めるべきではない。

[理由]

債権者が確定的に填補賠償請求した場合には, 債権者は履行請求をしない意思であることが一般的であり, その場合にまで, 以後の履行請求を認めるまでの必要性は低い (債権者において填補賠償請求以外にも履行請求を求める意思がある場合には, 債権者は単に, 選択的, あるいは主位的予備的な請求をして両請求権のいずれも請求すればよい)。

また, そのような場合には, 債権者は契約を解除すればよく, そもそも履行請求と填補賠償請求を認める必要性は低いとの指摘があるが, 前述のように, 契約解除なしに填補賠償請求と履行請求の併存を認めることは便宜であるうえ, 継続的契約等のように, 契約を維持したまま填補賠償請求を行う必要性もある。

他方, 債権者が確定的に填補賠償請求をした場合に, 債務者が本来の契約の履行を行うこと (いわゆる追完権) までは認める必要はない。

以上より, 債権者が確定的に填補賠償請求を行った場合には, 契約は解消されないものの債権者の履行請求権を消滅させ, 以後, 債務者は填補賠償義務を負担するという規律が

最もよい。

ただし、本試案の表現では、あたかも、填補賠償請求をただけで、後に履行請求ができなくなる規律と誤解され、たとえば、選択的あるいは主位的予備的な請求の有無にかかわらず、填補賠償請求をただけで以後の履行請求を喪失させる効果まで認めるかのようなことになり、債権者の便宜のために併存を認めた意味がなくなるので、今後の具体的仕組みにおいて明確にすべきである。

4 履行遅滞後に履行請求権の限界事由が生じた場合における損害賠償の免責事由

履行期を経過し債務者が遅滞の責任を負う債務につき履行請求権の限界事由が生じた場合には、債務者は、その限界事由が生じたことにつき前記1(2)又は(3)の免責事由があるときであっても、前記3の損害賠償の責任を負うものとする。ただし、履行期までに債務を履行するかどうかにかかわらず履行請求権の限界事由が生ずべきであったとき（前記1(2)又は(3)の免責事由があるときに限る。）は、その責任を免れるものとする。

[意見]

賛成する。なお、文言については引き続き検討すべきである。

[理由]

学説判例上異論がなく、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、賛成である。ただ、本試案の表現は分かりにくく、引き続き検討を要する。

5 代償請求権

履行請求権の限界事由が生じたのと同じ原因により債務者が債務の目的物の代償と認められる権利又は利益を取得した場合において、債務不履行による損害賠償につき前記1(2)又は(3)の免責事由があるときは、債権者は、自己の受けた損害の限度で、その権利の移転又は利益の償還を請求することができるものとする。

(注)「債務不履行による損害賠償につき前記1(2)又は(3)の免責事由があるとき」という要件を設けないという考え方がある。

[意見]

賛成する。

[理由]

1 明文化について

履行不能が生じたのと同じ原因によって、債務者が履行の目的物の代償と認められる利益を取得した場合に、債権者が目的物の引渡等に代えてその利益の償還を求めることの権利を有することは判例（最判昭和41年12月23日民集20巻10号2211頁）も認めるものであり、公平の観念に立脚する当該判例の考え方は、実務上も支持されている。よって、本試案に賛成する。

2 補充性の要件について（「債務不履行による損害賠償につき前記 1(2)又は(3)の免責事由があるとき」)

代償請求の要件として「債務不履行による損害賠償につき前記 1(2)又は(3)の免責事由があるとき」との要件の要否については、代償請求権が公平の理念に基づく請求権であること、損害賠償請求権が認められない場合に行使できるとすることで足りること及び債務者の財産管理権への過度の干渉の虞を排除することから、補充的な請求権であると考えらるべきであり、これを明記する本試案に賛成する。

6 契約による債務の不履行における損害賠償の範囲（民法第 4 1 6 条関係）

民法第 4 1 6 条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 契約による債務の不履行に対する損害賠償の請求は、当該不履行によって生じた損害のうち、次に掲げるものの賠償をさせることをその目的とするものとする。

ア 通常生ずべき損害

イ その他、当該不履行の時に、当該不履行から生ずべき結果として債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害

(2) 上記(1)に掲げる損害が、債務者が契約を締結した後に初めて当該不履行から生ずべき結果として予見し、又は予見すべきものとなったものである場合において、債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたときは、債務者は、その損害を賠償する責任を負わないものとする。

(注 1) 上記(1)アの通常生ずべき損害という要件を削除するという考え方がある。

(注 2) 上記(1)イについては、民法第 4 1 6 条第 2 項を基本的に維持した上で、同項の「予見」の主体が債務者であり、「予見」の基準時が不履行の時であることのみを明記するという考え方がある。

[意見]

反対する。

(1)(2)について、以下の文言とすべきである。

「契約による債務の不履行に対する損害賠償の請求は、当該不履行によって生じた損害のうち、次に掲げるものの賠償をさせることをその目的とするものとする。

ア 契約締結の時に、契約の趣旨に照らして、当該不履行から生ずべき結果として両当事者が予見し又は予見すべきであった損害

イ 債務者が契約締結後に、契約の趣旨に照らして、当該不履行から生ずべき結果として予見し又は予見すべきであった損害。ただし、債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じた場合はこの限りではない。」

[理由]

(1) 契約は守られるべきものであるとの観点から、契約に基づくリスク分配を基礎にし

て賠償範囲を決すべきであり、いわゆる予見可能ルールを採用するのが理論的である。したがって、契約締結時における両当事者の予見を基礎とするべきである。

また、契約責任においては、債務者は、契約違反行為から惹起されたすべての損害を賠償すべきものではなく、債権者の当該契約によって保護されている利益を害する限度で賠償すれば足りると考えられるため、債権者が予見しなかったが債務者が予見した損害についてまでは、損害の範囲に入らないというべきである。

- (2) その上で、契約を締結することで契約利益の実現を保障した以上、債務者は、契約締結後も、債権者のもとで契約利益が本旨にあって実現されるよう、誠実に行動すべきであるから（債務者の損害回避義務）、契約締結後、債務不履行の時点までに債務者が予見し、又は予見すべきであった損害についても、損害賠償の範囲に含めるべきである。
- (3) 予見可能性は規範的概念であり、単なる事実としての認識を問うべきものではないから、契約締結後の予見を問題としたり、予見の対象を損害としても、不当に賠償の範囲が拡大するということにはならない。この点を明確にするために、「契約の趣旨に照らして」「生ずべき」「予見すべき」といった規範的判断であることを示す文言を使用すべきである。
- (4) 以上の考え方を採用したとしても、現在の判例実務と結論において相違が出るものではないと考えられる。
- (5) 契約締結後に予見すべき損害が賠償範囲に含まれると考える根拠は、債務者の損害回避義務である以上、債務者が損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じても、なお発生した損害は、そもそも賠償すべき損害とはならないとするのが理論的である。したがって、回避措置を講じても、なお発生した損害については、賠償する責任がないという形ではなく、賠償すべき損害とはそもそも言えないという立て付けにすべきである。

7 過失相殺の要件・効果（民法第418条関係）

民法第418条の規律を次のように改めるものとする。

債務の不履行に関して、又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して、それらを防止するために状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができるものとする。

[意見]

賛成する。

ただし、「防止するために状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかったとき」は、「債権者がそれらを防止するために、契約の趣旨、当事者の属性その他の事情に応じて相当と認められる措置を怠ったことが寄与したとき」が適切である。

[理由]

1 過失相殺の要件について

過失相殺の規定は、実務上、債務不履行の発生に過失がある場合だけではなく、損害の発生や拡大に債権者に過失がある場合にも適用されることで定着していることから、これを明確にする点は賛成である。

しかしながら、その要件として「債権者がそれらを防止するために状況に応じて相当と認められる措置を講じなかったとき」との文言については反対する。

過失相殺に際して考慮される事情としては、債権者の行為のみならず、素因などの債権者の属性も要素されている。また、「講じなかったとき」という不作為のみならず、債権者が「不適切な措置を講じた場合」、すなわち債権者の作為により損害の発生若しくは拡大した場合もある。かかる債権者の作為についても、帰責性の有無のみならず賠償額の算定においても、損害の公平な分担の観点から考慮されるべき要素である。

したがって、①現行法上の「債権者の過失」は、債権者・債務者間の「事情」を広く取り込み賠償額の調整を行っており、「防止するために状況に応じて相当と認められる措置を講じなかったとき」では、これが包摂されていないこと及び②債権者に作為があった場合に疑義がある表現であることから、本試案の文言に反対する。文言としては、「債権者がそれらを防止するために、契約の趣旨、当事者の属性その他の事情に応じて相当と認められる措置を怠ったことが寄与したとき」が適切である。

2 過失相殺の効果について

裁量的減額とすることに賛成である。

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、裁量的減額と規定することに賛成である。

8 損益相殺

債務者が債務の不履行による損害賠償の責任を負うべき場合において、債権者がその不履行と同一の原因により利益を得たときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めるものとする。

[意見]

賛成する。

ただし、損益相殺による損害額の算定において裁判所の裁量を認めるべきではない。

[理由]

1 明文化について

判例において「いわゆる損益相殺」として判決文でも用いられており、定着している概念であり、実務上も、損益相殺がなされることにつき、異論はないことから、賛成で

ある。

2 文言（「裁判所は、これを考慮して」）について

損益相殺すべき「利益」に当たるか否かの判断において、「不履行と同一の原因によるものか」という評価判断がなされる。それに重ねて「利益」に該当するものについて、さらに賠償額の算定にあたって「裁判所が、これを考慮し」、減額を認めるとの裁判所の裁量の必要はない。また、裁判所の裁量基準となる「これ」の要素が不明瞭であり、控除されるか否かの事前予測がつかず無用の混乱を生ずる。この点は、損益相殺は、裁判外の交渉においても主張しうるはずのものであるが、本試案では裁判による行使を要するとの誤解を生ずる虞があることから問題である。

9 金銭債務の特則（民法第419条関係）

(1) 民法第419条の規律に付け加えて、債権者は、契約による金銭債務の不履行による損害につき、同条第1項及び第2項によらないで、損害賠償の範囲に関する一般原則（前記6）に基づき、その賠償を請求することができるものとする。

(2) 民法第419条第3項を削除するものとする。

（注1）上記(1)については、規定を設けないという考え方がある。

（注2）上記(2)については、民法第419条第3項を維持するという考え方がある。

1 利息超過損害（「第109（1）」）について

[意見]

(1)について反対する。（注1）の考え方に賛成する。

[理由]

(1) 現行法規定の合理性について

金銭について、利息超過損害の請求を認めると、多くの紛争が金銭債権に関する紛争であることから、一般原則に委ねると賠償範囲をめぐって多種多様な紛争が生じ、迅速な紛争解決の障害となり、司法のコスト増加が懸念される。例えば、以下の説例において、Aの500万円の貸金返還請求権の存在は立証容易な場合が多いと思われる。他方、Aが利息超過損害として各費用を主張した場合、Bがその必要性、額等を争うことが想定され、Aによる主張・立証を要することとなる。結果、紛争実態は貸金返還請求訴訟であるにもかかわらず、主要な争点が損害論となってしまいが、損害論は多種多様な論点を含み、審理の長期化を招くおそれが高い。

[説例] Aは、Bに500万円を貸し付けていた。返済期日である平成25年4月13日に、Bから返済は行われなかった。Aは、Bに返済を求め交渉を行い、その費用として、通信費5,000円、交通費2万5,000円、弁護士費用40万円を要した。

また、消費者が債務者（被告）となる事件では、債権者（原告）からの過大な請求に晒されるとともに、上記の損害論に関する訴訟対応を迫られるが、本人訴訟におい

ては適切な反論が十分にできない懸念がある。

これに対し、現行法下において利息超過損害を否定する運用が定着しており、特段、不合理であるとの実務からの喫緊の要請はないと考えられる。

本来、金銭は代替性が高く、契約締結時に損害の予測が容易である。また、合意により約定利率を定めることも可能である。したがって、法定利率を超える損害が予測される場合には、約定利率を合意することで債権者側の保護は可能である。このような合意がないケースにおいては、一般原則による利息超過損害を認めなければ社会的正義に悖るという実務感覚はなく、法定利率相当額の損害を上限とする代わりに、立証不要とする現行法のバランスが妥当である。

(2) 法定利率による遅延損害と利息超過損害の関係について

ア 本試案では「同条第1項及び第2項によらないで」とあることから、民法第419条第1項及び第2項による法定利率に基づく遅延損害（以下「 α 」とする。）と、一般原則による実損の遅延損害（以下「 β 」とする。）が併存することになる。上記の説例では、Aは α として「500万円に対する平成25年4月14日から支払済みまで法定利率による損害」、 β として「43万円」の損害の請求を考えることができる。履行期から間もない時期であれば、 $\alpha < \beta$ は予測可能であるが、 α は不履行から期間が経過するにつれ膨らんでいくことから、ある時点で $\alpha > \beta$ の逆転が生ずる（説例であれば、628日で43万円を上回る。）。

α （民法第419条第1項）と β （一般原則）の請求権の根拠条文が異なることからすれば、訴訟物が異なると考える余地があるが、その場合の相互関係が本試案では明らかでなく、困難な問題を生ずる。例えば、説例でAが β のみを訴求していた場合、 $\alpha > \beta$ となった時点で、利息超過損害は存在しなくなり請求棄却となるのか。それとも法定利率による遅延損害 α を下回る請求であることから α の一部認容（ α と β の訴訟物が異なると考えるのであれば処分権主義との関係が、訴訟物は同じと考えるのであれば、 α の主張の有無により弁論主義との関係が問題となりうる。）と考えるのか。その場合、さらに残余の α を請求することが可能なのか。「同条第1項及び第2項によらない」一般原則による請求を認めることは上記のように、請求相互の関係について困難な問題を生じる。

仮に、「 $\alpha > \beta$ となった時点で、利息超過損害は存在しなくなる。」と考えるのであれば、 $\alpha > \beta$ の事実の主張立証が、AまたはBのいずれにあるのかも問題となる。Aにあるとすれば、 $\alpha < \beta$ の立証は、 α が日々発生すること、またいつ弁済されるかが不明であるから非常に困難である。Bにあるとすれば、遅滞を長引かせることで $\alpha > \beta$ を作出することが可能となる。

また、強制執行時点では α と β の大小は比較可能であるが、上記のとおり α が日々発生することから、事前にこれを確実に予測することはできない（判決確定時にBに資産がなく、その資産形成を待ったため強制執行までの期間があくこともありうる）。

以上のことから、実務的には、Aとしては、一般原則による遅延損害請求に併せて、常に法定利率による遅延損害請求も行っておく必要が出てくる。さらに、判決確定時には $\alpha < \beta$ であったものが、実際の満足までに時間がかかり $\alpha > \beta$ となることもありうることから、 α 及び β 双方の認容判決を得ておかねばならない。

以上のように請求相互の関係が錯綜することから、本試案には反対である。

イ また、AがBに対して利息超過損害 β を請求した場合、 β の履行遅滞時から、さらに β に対する遅延損害金を生じるのか。いわゆる遅延利息に対する利息の問題であるが、遅延利息については、民法第419条の適用はなく、もっぱら民法第405条によることとされており、延滞利息の支払いを請求する訴えにおいて、「訴状送達の日から支払済みまで遅延損害金を支払え。」との請求は許されないと解されている（大判大6年3月5日民録23輯411頁）。この実務を前提とし、 β が固定化されることから上述の（ $\alpha < \beta$ 、 $\alpha > \beta$ ）問題が生ずる。この問題を回避するために、 β に遅延損害金が発生すると解するとすれば、既に β は貸金返還債務の履行遅滞に基づく遅延損害とは別の固有の損害と捉えていることと同じとなる。このような処理であれば、現行法においても解釈により可能であり、あえて相互関係の不明瞭な利息超過損害を認める必要はない。

2 民法第419条第3項の削除（「第109(2)」）について

[意見]

(2)について賛成する。

ただし、免責の範囲は不可抗力に限られることを明文化すべきである。

[理由]

(1) 金銭債務についてのみ、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。また、近時の大震災においては、銀行の決済システムが停止するなどの事態も生じている。金銭が、それを化体する貨幣として流通するのみならず、抽象的な価値として高度の通有性を有し、オンラインシステム等の決済が一般化するに至った現代社会においては、債務者のコントロールできない不可抗力という事象については、当該事象が止むまでは遅滞の責めを負わないとすべきである。

(2) ただし、免責の範囲については、債務不履行の免責事由の一般原則に委ねると、債務者から種々抗弁がなされることにより債権者の負担が増大するおそれがあり、金銭の高度の通有性を阻害することから、不可抗力以外の免責を認めるべきではない。

したがって、金銭債務の免責の範囲を明確にするために、債務不履行の一般原則より限定された事由、すなわち不可抗力のみを免責事由とする旨を明文化すべきべきである。

10 賠償額の予定（民法第420条関係）

(1) 民法第420条第1項後段を削除するものとする。

(2) 賠償額の予定をした場合において、予定した賠償額が、債権者に現に生じた損害の額、当事者が賠償額の予定をした目的その他の事情に照らして著しく過大であるときは、債権者は、相当な部分を超える部分につき、債務者にその履行を請求することができないものとする。

(注1) 上記(1)については、民法第420条第1項後段を維持するという考え方がある。

(注2) 上記(2)については、規定を設けないという考え方がある。

1 民法第420条第1項後段の削除（「第1010(1)」）について

[意見]

(1)について賛成する。

[理由]

公序良俗違反による賠償額の減額を認める判例があるものの、裁判所による額の増減を否定する民法第420条第1項後段の存在が、裁判所による救済の障害や、裁判外の紛争解決に影響を与えていることから、同条項後段を削除することに賛成である。

また、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で労働者の保護にも資する。

2 賠償額の予定に関する規定（「第1010(2)」）について

[意見]

(2)について賛成する。

[理由]

賠償額の予定のうち過大な賠償について、民法第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。

定めがなくても一般条項による処理が可能であるが、分かりやすい民法及び過大な賠償額の予定が一定の限度で効力を有しないことを明文化することによるメッセージは十分に期待できる。少なくとも、明文化することにより現状より無効判断が後退することはないと考えられる。

第11 契約の解除

1 債務不履行による契約の解除の要件（民法第541条ほか関係）

民法第541条から第543条までの規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めて履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができるものとする。ただし、その期間が経過した時の不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないときは、この限りでないものとする。
- (2) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、その不履行が次に掲げるいずれ

かの要件に該当するときは、相手方は、上記(1)の催告をすることなく、契約の解除をすることができるものとする。

ア 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することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したこと。

イ その債務の全部につき、履行請求権の限界事由があること。

ウ 上記ア又はイに掲げるもののほか、当事者の一方が上記(1)の催告を受けても契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であること。

(3) 当事者の一方が履行期の前にその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、その当事者の一方が履行期に契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であるときも、上記(2)と同様とするものとする。

(注) 解除の原因となる債務不履行が「債務者の責めに帰することができない事由」（民法第543条参照）による場合には、上記(1)から(3)までのいずれかに該当するときであっても、契約の解除をすることができないものとするという考え方がある。

1 催告解除

[意見]

(1)について、付随的義務違反等の些細な（軽微な）義務違反が解除原因にならないことを明文化し、立証責任を不履行者に課すこと（(1)本文）には賛成するが、ただし書きの文言には反対であり、たとえば次のような文言にすべきである。

「ただし、その不履行が契約の趣旨に照らして軽微であるときは、この限りではない。」

[理由]

(1) 立証責任について

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、抗弁事由として債務不履行者に主張立証責任を負わせるべきであると考ええる。

したがって、かかる観点に沿った本試案に賛成する。

(2) 解除要件の事由の文言について

ア 「契約の目的達成」の文言について

催告解除において、「契約の目的が達成できる」という文言を使うことには反対である。判例法理にいう付随的義務違反等の些細な（軽微な）義務違反が解除原因にならないことは、「契約の目的が達成できる」とは同義ではない。

たとえば、「商品を転売するために商品仕入の売買契約を締結し、転売契約の履行期は1ヶ月先であるが、仕入売買契約の履行期に履行がなかったため、相当期間（1週間）を定めて催告したが履行されなかった。債務者は、相当期間経過の3日後には履行が可能であるが、債権者はこれを解除した。」という事例において、現行制度においても（実

務的価値判断としても)、解除は可能なはずである。

しかし、「契約の目的を達成できる場合」という基準の場合、仕入契約の履行期限より10日間遅れであるが、契約目的は1ヶ月先の転売であったため、10日遅れでも転売目的を達成することは可能であり、解除できないという結論になると思われ、不当である。

したがって、端的に、「その不履行が軽微である」と表現する方が良く、その規範的要件の該当性判断の基準として、「契約の趣旨に照らして」という文言を使用することが、分かりやすい民法の理念に資する。

イ 「期間が経過したときの不履行」の文言について

付随的義務違反等の軽微な義務違反は、その不履行が永久に続いても解除が否定されるのであり、その趣旨を明確にするためには、「その期間が経過した時の不履行」という文言に代えて、端的に「その不履行」と規定すべきである。

2 無催告解除

[意見]

(2)ア、イ、ウについて、いずれも賛成する。

ただし、ウの要件の文言については、引き続き検討を要する。

[理由]

(1) 立証責任

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。

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。

したがって、無催告解除事由の立証責任を解除する者に負わせることには賛成である。

(2) 定期行為 (ア)

民法第542条による定期行為の無催告解除類型は、まさに典型的に催告が無意味であると評価できるものであり、現状のとおり維持するアに賛成する。

(3) 全部履行不能 (イ)

全部履行不能の場合も、典型的に催告が無意味であると評価でき、イに賛成する。

(4) 履行遅滞・一部履行不能などその他債務不履行における無催告解除 (ウ)

前述の通り、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ものであるから、

「催告が無意味である場合」を包括的に規定することには賛成である。

ただし、その文言については、端的に、「上記ア又はイに掲げるもののほか、契約の趣旨に照らして、催告を無意味にせしめる事情が存すること」など他の表現について、引き続き検討すべきである。

3 履行期前の履行拒絶による無催告解除

[意見]

(3)について、賛成する。

[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く、契約目的の達成ができないということが明白であるという限定的要件であれば、催告は無意味と評価できる。

4 債務者の帰責性の要否

[意見]

債務者の帰責性を独立の要件としないことに賛成する。(注)に反対する。)

[理由]

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 複数契約の解除

同一の当事者間で締結された複数の契約につき、それらの契約の内容が相互に密接に関連付けられている場合において、そのうちの契約に債務不履行による解除の原因があり、これによって複数の契約をした目的が全体として達成できないときは、相手方は、当該複数の契約の全てを解除することができるものとする。

(注)このような規定を設けないという考え方がある。

[意見]

賛成する。

[理由]

同一当事者間における密接関連性ある複数契約の解除に関する最高裁判例(最判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁)の趣旨を明文化するものであり、賛成する(同一当事者間以外の密接関連性ある複数契約の解除に関する規律に関する解釈論を排除する趣旨ではない。)

3 契約の解除の効果（民法第545条関係）

民法第545条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その契約に基づく債務の履行を請求することができないものとする。
 - (2) 上記(1)の場合には、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負うものとする。ただし、第三者の権利を害することはできないものとする。
 - (3) 上記(2)の義務を負う場合において、金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付さなければならないものとする。
 - (4) 上記(2)の義務を負う場合において、給付を受けた金銭以外のものを返還するときは、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還しなければならないものとする。この場合において、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還することができないときは、その価額を償還しなければならないものとする。
 - (5) 上記(4)により償還の義務を負う者が相手方の債務不履行により契約の解除をした者であるときは、給付を受けたものの価額の償還義務は、自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額を限度とするものとする。
 - (6) 解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げないものとする。
- (注) 上記(5)について、「自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額」を限度とするのではなく、「給付を受けた者が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額」を限度とするという考え方がある。

1 解除の効果（履行請求権の消滅）

[意見]

(1)について、賛成する。

[理由]

争いがなく、異論はない。

2 解除の効果（現状回復義務）

[意見]

(2)について、賛成する。

[理由]

現行法の規律通りであり、異論はない。

3 原状回復請求権の内容（利息）

[意見]

(3)について、賛成する。

[理由]

現行法の規律通りであり，異論はない。

4 原状回復請求権の内容（給付が金銭以外の返還義務の内容）

[意見]

(4)について，賛成する。

[理由]

判例法理の明文化あるいは双務契約の対価的均衡を図るものであり賛成する。

5 原状回復請求権の内容（解除者の原状回復義務の範囲）

[意見]

(5)について，賛成する。

[理由]

債務の履行に落ち度がない償還義務者に不測の損害を与えたり，解除を躊躇させることがないようにするという(5)の本試案の趣旨に賛成である。

6 解除に伴う填補賠償請求

[意見]

(6)について，賛成する。

[理由]

現行法の規律通りであり，異論はない。

4 解除権の消滅（民法第547条及び第548条関係）

(1) 民法第547条の規定は，解除権を有する者の履行請求権につき履行請求権の限界事由があり，かつ，履行に代わる損害賠償につき前記第10，1(2)の免責事由があるときは，適用しないものとする。

(2) 民法第548条を削除するものとする。

(注) 上記(1)については，規定を設けないという考え方がある。

1 債務不履行の免責事由が存在する場合の解除権の消滅

[意見]

(1)について，賛成である。

[理由]

解除につき債務者の帰責性を要求しない立場からは，債務者に帰責事由のない債務不履行の場合に，解除権者側（債権者）は填補賠償請求ができないにも関わらず，債務者側からの催告により解除権を失うとすることは，解除権者（債権者）に酷であり，本試案に賛成である。

2 解除権者の行為等による解除権の消滅（民法第548条の削除）

[意見]

(2)について、賛成である。

[理由]

契約の目的物には多様なものがあり、加工や改造を前提としているものも存在するものであるから、本試案が指摘するように、買主が瑕疵の存在（不完全履行）を知らないで加工等することがありうるので、民法第548条の規定は結論の妥当性を欠く場合が考えられる。他方、解除を認めても目的物の価額返還による原状回復によって相手方の保護を図ることは可能であり、解除権の消滅までは必要ない。

第12 危険負担

1 危険負担に関する規定の削除（民法第534条ほか関係）

民法第534条、第535条及び第536条第1項を削除するものとする。

(注) 民法第536条第1項を維持するという考え方がある。

[意見]

賛成する。

[理由]

1 民法第534条及び第535条について

(1) 民法第534条の削除について

民法第534条については、従来からその帰結の妥当性が強く批判され、目的物の実質的な支配が債権者に移転した後に適用されると解するなど、適用範囲を制限する解釈論が支持されてきたところである。民法第534条を見直し、目的物の実質的支配の移転時に危険が移転することを条文上明確にすべきである。その方法としては、民法第534条を削除し、売買のパートにおいて明文化すべきである。

(2) 民法第535条の削除について

民法第534条を削除する以上、同条の特則である民法第535条第1項及び第2項も削除すべきである。民法第535条第3項の規定は、債務不履行の一般的ルールから導くことができるため、削除することに賛成である。

2 民法第536条第1項について

(1) 危険負担制度を廃止して解除に一元化すべきことについて

履行不能による解除の要件として債務者の帰責事由（民法第543条ただし書）を不要とすると、双方無帰責の場合に履行不能が生じた場合の反対債務の帰趨について、解除制度と危険負担制度とに重複した適用領域が生じ、その調整が必要となる。

以下の理由のとおり、解除に一元化すべきである。

- ① 契約の終了に解除の意思表示を要求することにより、債権者に契約の終了を主体的に選択させることができる。債権者は必要に応じて、解除のほか、代償請求、対価の減額請求、修補請求などの選択肢を検討することができる。
- ② 解除と危険負担を併存させると解釈上の疑義が生じる。例えば、売買の目的物の一部に修補不可能な損傷が生じ、解除可能な場合には、契約の解除による消滅と、危険負担による代金請求権の一部消滅との効果が競合するところ、解除と危険負担の効果のどちらが優先するかが問題になる。
- ③ 解除の意思表示により契約が終了することになるので、契約の終了時期が明確になる。
- ④ 賃貸借契約、請負契約、委任契約、雇用契約など危険負担的な処理をすべき場面については、契約各則において個別のルールを定めれば足りる。
- ⑤ 実務的には、危険負担の適用場面であっても、解除の意思表示をしておくことがほとんどであるから、危険負担制度を廃止して解除制度に一元化したとしても、危険負担制度を廃止することによる実務への影響はほとんどない。

(2) 単純併存案の論拠について

ア 単純併存案の論拠は次の3点にまとめることができる。

- ① 双方無帰責で債務が消滅した場合には、反対債務も消滅すると考えるのが国民の一般的な法感覚である。
- ② 債務者が所在不明になるなどして解除の意思表示が困難になった場合、債権者に過大な負担を課すことになる。
- ③ 継続的契約等の典型契約以外の契約について、危険負担的な処理をすべき場面がある。

イ しかし、①については、一方の債務が双方無帰責により消滅した場合には反対債務も消滅するという考え方が国民の一般的な法感覚として共有されているかという点については、必ずしも実証されているわけではないように思われる。

また、仮に一方の債務が双方無帰責により消滅した場合には反対債務も当然に消滅するという考え方が国民の一般的な法感覚であるというのなら、一方の債務が債務者の帰責事由により履行不能となった場合であればなおさら反対債務が当然に消滅するのが国民の一般的な法感覚であるという議論が出て来ても良さそうであるが、そこまでの議論はされていない。そのことから考えても、「国民の一般的な法感覚」というものがどこまで確たるものであるのか不明である。

一方の債務が双方無帰責により消滅した場合には反対債務も消滅するという考え方が国民の共通の感覚であったとしても、そのような抽象的な感覚を守るために危険負担制度を堅持するよりも、具体的な紛争になった場合に出現する解釈上の疑義というデメリットと危険負担制度を廃止して解除に一元化することによる債権者の選択肢増加というメリットの方が大きい。

ウ ②についても、解除の意思表示を要求しても債権者に実害といえるほどの状況は生

じない。なぜなら、債権者から積極的に解除の意思表示を行うことが困難な状況にあったとしても、債権者は、履行不能になった債務者から対価の請求を受けたときに、同時履行の抗弁権なり解除なりを主張すればよいからである。履行不能になった債務者から対価の請求を受けること自体が迷惑な話といえるかもしれないが、それは契約の終了に解除の意思表示を要求するか否かにかかわらず生じうる事態である。

エ ③については、例えば、継続的供給契約などの非典型契約において、一定期間のみ履行不能となった場合において、危険負担的処理ができるように総則規定で明文化しておかないと、債権者に契約の一部解除の意思表示を強いることになり相当でないので、契約総則として危険負担規定を置くべきであるという意見があり得る。

しかし、継続的供給契約などの非典型契約においても、反対給付の履行を請求された場合には同時履行の抗弁権なり一部解除なりを主張すれば足りることについては、上記ウと同様である。

継続的供給契約において、一部解除の意思表示を債権者に要求しなければならないことは債権者と債務者の意思にそぐわず相当でないという意見もあり得るが、債務者の履行不能に債務者の帰責事由がある場合には債権者が反対債務を免れるためには一部解除を主張しなければならないことは、単純併存案も認めざるを得ない。これを認める以上、帰責事由の無い履行不能の場合にも債権者に一部解除の意思表示を要求することは不相当とはいえない。

(3) 結論

したがって、危険負担制度を廃止し、解除に一元化すべきである。危険負担と解除との重複適用領域を扱う第536条第1項の削除には賛成である。

2 債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合の解除権の制限（民法第536条第2項関係）

(1) 債務者がその債務を履行しない場合において、その不履行が契約の趣旨に照らして債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、契約の解除をすることができないものとする。

(2) 上記(1)により債権者が契約の解除をすることができない場合には、債務者は、履行請求権の限界事由があることにより自己の債務を免れるときであっても、反対給付の請求をすることができるものとする。この場合において、債務者は、自己の債務を免れたことにより利益を得たときは、それを債権者に償還しなければならないものとする。

[意見]

(1)(2)についていずれも賛成する。

[理由]

民法第536条第2項は労働事件等において重要な役割を果たしており、その実質的な規律を残すことに賛成である。

第 13 受領（受取）遅滞

民法第 4 1 3 条の規律を次のように改めるものとする。

債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができないときは、履行の提供があった時から、次の効果が生ずるものとする。

ア 増加した履行の費用は、債権者が負担するものとする。

イ 債権の内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しまで、前記第 8、1 の区分に従い、それぞれ前記第 8、1 よりも軽減される保存義務を負うものとする。

（注）前記第 8、1 で民法第 4 0 0 条の規律を維持することとする場合には、上記イにつき「自己の財産に対するのと同じの注意」をもって保存する義務を負う旨を定めるという考え方がある。

[意見]

賛成する。

[理由]

民法第 4 1 3 条は「遅滞の責任を負う」と定めるのみで明文上効果が不明確である。また、上記効果は、いずれも受領遅滞の効果として通説に従ったものである。

第 14 債権者代位権

1 責任財産の保全を目的とする債権者代位権

(1) 債権者は、自己の債権を保全するため必要があるときは、債務者に属する権利を行使することができるものとする。

(2) 債権者は、被保全債権の期限が到来しない間は、保存行為を除き、上記(1)の権利の行使をすることができないものとする。

(3) 次のいずれかに該当する場合には、債権者は、上記(1)の権利の行使をすることができないものとする。

ア 当該権利が債務者の一身に専属するものである場合

イ 当該権利が差押えの禁止されたものである場合

ウ 被保全債権が強制執行によって実現することのできないものである場合

（注）上記(1)については、債務者の無資力を要件として明記するという考え方がある。

[意見]

1 (1)は賛成する。特に、無資力要件を明記しない点に賛成する。

2 (2)は反対する。

被保全債権が履行期未到来の場合につき、債権者代位権行使に一般的制約を設ける必

要はない。

3 (3)は賛成する。

[理由]

1 無資力要件の要否, 内容

(1) 当会としては、保全の必要性の解釈により対応すべきものと考えている。

(2) 当会における本来型の債権者代位権に対するスタンスは、「あくまで、債務者に属する権利を行使するには、履行の強制に関する制度すなわち民事執行の債権執行等の規定及び民事保全手続によるべきであり、債権者代位権は、これらの制度で補うことが不可能または困難である場合に例外的に行使するものである。」というものである。

場面としては、次の場面が考えられる。

①被仮差押債権の時効中断のための訴訟提起

②債務者の登記申請権や登記請求権の行使

③債権者代位によって第三債務者に対して行使する金銭債権を民事保全手続における被保全債権として行う第三債務者の財産の仮差押え

④債務者の有する形成権（取消権，解除権，時効援用権等）の行使

⑤裁判外において債権者が直接第三債務者に交渉して履行を請求する場面

(3) ①につき、仮差押えの要件を全て満たしているにもかかわらず、債務者が無資力でないことを理由に時効中断のための訴訟提起ができず責任財産を保全できないとすると、仮差押えという債権者の正当な法的権利を害することになりかねない。

また、③につき、債権者が債務者の第三債務者に対する債権（被代位権利）を仮差押えまでしているにもかかわらず、債務者が無資力ではないことを理由に第三債務者に対して行使する金銭債権を民事保全手続における被保全債権として行う第三債務者の財産の仮差押えができないとすることも、債権者の正当な法的手続の行使を害することになり、妥当ではない。

他方、④形成権を行使する場面においては、形成権行使の意思表示によって直ちに取消等の効果が発生することから、代位行使には慎重になるべきであって、債務者が無資力であってもなお形成権を代位行使させるべきではない場面も考えられるところ、保全の必要性の要件であれば、諸事情を全て勘案することが可能となる。

また、判例上無資力を要求しない②登記申請権，登記請求権の代位行使の場面についても、保全の必要性要件であれば例外規定や解釈によらなくても説明することが可能となる。

(4) そして、債権者代位権の行使によっても、債務者に対する処分禁止効や第三債務者に対する弁済禁止効も生じさせないのであれば、債務者に与える影響は「権利を行使しない自由」に介入することだけであり、その影響は少ない。したがって、保全の必要性をもって債務者の財産に介入することを十分に正当化できる。

(5) 加えて、一般に、無資力要件を立証することには困難を伴うのであって、債権者代位権を民事保全制度の補完という身軽な制度と位置づけた場合、立証困難な厳格な要件を

課すことは妥当性を欠く。

(6) 本試案では、「債務者が無資力であるときは」との文言が削除されており、この点について賛成する。

2 被保全債権が履行期未到来の場合

本来型の債権者代位権は、民事保全・民事執行を補うための制度である。

そして、民事保全においては被保全債権の履行期が到来していることは要件ではないことから、これを補うための制度である本来型の債権者代位権において、民事保全よりも要件を加重することは不適切である。例えば、代位債権者が、被代位債権を民事保全手続における被保全債権として、第三債務者の財産の仮差押えをしようとする場合に、債権者の債務者に対する債権（債権者代位における被保全債権）が期限未到来であっても、保全の必要性が認められる限り、かかる仮差押えが認められるべきであるが、本試案(2)の規律はかかる仮差押えを制約することにもなりかねず妥当でない。

本来型債権者代位権の要件として債務者の無資力要件を要求せず、保全の必要性で判断するのであれば、被保全債権が履行期未到来との事情は、保全の必要性の判断の考慮要素とすれば十分である。

3 被代位権利に関する要件

これまでの判例法理を明文化するものであり、これに賛成する。

2 代位行使の範囲

債権者は、前記1の代位行使をする場合において、その代位行使に係る権利の全部を行使することができるものとする。この場合において、当該権利の価額が被保全債権の額を超えるときは、債権者は、当該権利以外の債務者の権利を行使することができないものとする。

(注) 被代位権利の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定するという考え方がある。

[意見]

賛成する。

ただし、代位債権者への直接給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。

なお、法制審議会民法（債権関係）部会においては、債権者の第三債務者に対する直接引渡請求をする場合に限り被代位権利の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定するという考えがあったところであり、注記のような一般論として被代位権利の行使範囲を被保全債権の額に限定するという考え方はなかったため、この注記は表現が適切ではない。

[理由]

事実上の優先弁済を否定する立場からすると、被代位権利が行使できる範囲を被保全債権の範囲に限定する必要はない。また、債務者の責任財産保全という制度趣旨から考えても、被代位権利の行使ができる範囲を限定すべきではない。

他方、債務者の財産に対する無限定の介入は避けるべきであるから、当該権利の価額が被保全債権の額を超えるときは、当該権利以外の債務者の権利行使を認めるべきではない。

3 代位行使の方法等

- (1) 債権者は、前記1の代位行使をする場合において、その代位行使に係る権利が金銭その他の物の引渡しを求めるものであるときは、その物を自己に対して引き渡すことを求めることができるものとする。この場合において、相手方が債権者に対して金銭その他の物を引き渡したときは、代位行使に係る権利は、これによって消滅するものとする。
- (2) 上記(1)により相手方が債権者に対して金銭その他の物を引き渡したときは、債権者は、その金銭その他の物を債務者に対して返還しなければならないものとする。この場合において、債権者は、その返還に係る債務を受働債権とする相殺をすることができないものとする。
- (注1) 上記(1)については、代位債権者による直接の引渡請求を認めない旨の規定を設けるという考え方がある。
- (注2) 上記(2)については、規定を設けない（相殺を禁止しない）という考え方がある。

[意見]

- 1 (1)は賛成する。もっとも、債権者が直接請求を求めることができるのは、被保全債権の範囲に限定すべきである。
- 2 (2)は賛成する。

[理由]

- 1 事実上の優先弁済を認めないという考えを前提とすると、債権者の直接引渡請求権を認めるか否かは、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。
そして、第三債務者の倒産リスクを踏まえると、債権者が管理すべきであると考えられる。
- 2 もっとも、債権者が被代位権利全額について直接引渡を受けることができるとすると、直接引渡を受けた後に債権者が破綻した場合に不都合が生じる。したがって、直接引渡を受けることができる範囲は、被保全債権の範囲に限定されるべきである。
- 3 債務者の責任財産保全をその趣旨とする債権者代位権の行使により回収を図ることができるのは制度の趣旨を超えていること、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、手続保障の観点から問題がある。

4 代位債権者の善管注意義務

債権者は、前記1の代位行使をするときは、善良な管理者の注意をもって、これをしなければならないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

債権者代位権行使場面における債権者と債務者の関係を委任関係または事務管理関係ととらえると、債権者は、債務者に対し善管注意義務を負うことになる。

また、債権者は、他人である債務者の財産管理権限に干渉する以上、債権者に債務者に対する善管注意義務を課しても妥当性を欠かない。

5 債権者代位権の行使に必要な費用

債権者は、前記1の代位行使をするために必要な費用を支出したときは、債務者に対し、その費用の償還を請求することができるものとする。この場合において、債権者は、その費用の償還請求権について、共益費用に関する一般の先取特権を有するものとする。

[意見]

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。

6 代位行使の相手方の抗弁

前記1の代位行使の相手方は、債務者に対する弁済その他の抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

判例法理を明文化するものであり、債権者代位権に基づいて行使される被代位権利が債務者の第三者に対する権利であることによる当然の帰結である。

7 債務者の処分権限

債権者が前記1の代位行使をした場合であっても、債務者は、その代位行使に係る権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられないものとする。その代位行使が訴えの提起による場合であっても、同様とするものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

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を疎明するほか、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発生させることができる。債権者代位権に基づいて被代位権利を代位行使した場合、これらの手続を踏むことなく単に代位行使しただけで債務者に処分禁止効を課すのは、これを理論的に正当化することは困難である。

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手続を行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、債務者の処分制限といった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。

8 訴えの提起による債権者代位権の行使の場合の訴訟告知

債権者は、訴えの提起によって前記1の代位行使をしたときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならないものとする。

[意見]

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。

9 責任財産の保全を目的としない債権者代位権

(1) 不動産の譲受人は、譲渡人が第三者に対する所有権移転の登記手続を求める権利を行使しないことによって、自己の譲渡人に対する所有権移転の登記手続を求める権利の実現が妨げられているときは、譲渡人の第三者に対する当該権利を行使することができるものとする。

(2) 上記(1)の代位行使のほか、債権者は、債務者に属する権利が行使されないことによって、自己の債務者に対する権利の実現が妨げられている場合において、その権利を実現するために他に適当な方法がないときは、その権利の性質に応じて相当と認められる限りにおいて、債務者に属する権利を行使することができるものとする。

(3) 上記(1)又は(2)による代位行使については、その性質に反しない限り、前記1(3)及び2から8までを準用するものとする。

(注1) 上記(1)については、規定を設けないという考え方がある。

(注2) 上記(2)については、その要件を「債権者代位権の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利が保全される場合」とするという考え方がある。また、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

[意見]

- 1 (1)は反対する。個別規定を設けるべきではない。
- 2 (2)は賛成する。
- 3 (3)は賛成する。

[理由]

- 1 個別規定は設けるべきではない。

(1) 転用型の債権者代位権は、代位債権者の第三債務者に対する直接請求権に関する新しい法律問題について、過渡的段階での解釈の展開可能性を開くために活用されることが期待されているものである。したがって、当初、転用型の債権者代位権として認められた場合でも、その後、事例の蓄積が進み、個別法領域において法理の形成が進んで成熟化したときには、当該個別法理に基づいた直接請求権により事案解決がはかられるべきものであり、当該類型の事案については転用型の債権者代位権は役割を終えることになるべきである。

このように、転用型の債権者代位権が法理形成の過渡期段階で機能するものであるという特殊性に鑑みると、転用事例についての個別規定が明文化されることは、かえって、当該債権者代位権の個別規定による事案解決を固定化し、当該個別法分野での法理の自由な発展・成熟の可能性を阻害することにもなりかねない。

(2) 「判例上確立されたものを明文化する」との趣旨で、不動産登記請求権を被保全債権とする不動産登記請求権の代位行使の明文化が提案されている。

部会資料35において、同転用型に加え、「判例上確立されたもの」として、債権譲渡通知請求権の代位行使、不動産の賃借人による賃貸人の妨害排除請求権（返還請求権）の代位行使も明文化することが提案されていたにもかかわらず、中間試案ではこれらが削除され、不動産登記請求権を被保全債権とする不動産登記請求権の代位行使の場面だけが残された。

その取捨選択の理由も判然とせず、不動産登記請求権を被保全債権とする不動産登記請求権の代位行使だけ規定を置くことについて不自然さが否めない。

- 2 要件

転用型債権者代位権における要件は、資力に乏しいとは限らない債務者の財産管理権への干渉を正当化するための根拠とならなければならない。

そして、転用型債権者代位権の行使は、債務者の財産管理権への干渉であるから、その行使は謙抑的であるべきであり、行使できる場面をいたずらに拡大すべきではない。

したがって、債務者が当該権利を行使しないことによって債権者の債権実現が妨げられており（必要性）、債権者代位権の行使以外に適当な手段がない場合（補充性）を要件とすべきである。

なお、注記記載の要件立てについては、被保全債権と被代位権利の牽連性が緩やかに過ぎ、転用型債権者代位権の行使可能な場面が広くなりすぎる可能性があるので妥当ではない。

第 15 詐害行為取消権

1 受益者に対する詐害行為取消権の要件

(1) 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした行為の取消しを裁判所に請求することができるものとする。

(注 1) 上記(1)については、債務者の無資力を要件として明記するという考え方がある。

[意見]

賛成する。(注 1) の考え方に反対する。

[理由]

1 詐害行為取消権の基本要件を維持するものであり、妥当である。

2 「法律行為」を「行為」に改めることは、倒産法上の否認権の規律とも整合するところであり、妥当である。

3 無資力要件の明文化は、妥当でない。

倒産法上の否認権においても無資力要件は明文化されておらず、その趣旨は「債権者を害する」で十分に表現されているところであり、改めて明文化するならば、かえって、無資力ではあるが債権者を害しない場合や、債権者を害するが無資力ではない場合がいかなる場合かについて議論が生じかねず、混乱を生じるだけである。

また、詐害行為取消要件としての無資力と債権者代位要件としての無資力は、その内容が異なるものというべきところ(詳細は、「第 14 債権者代位権」 「1」 「(1)」 についての意見及び理由、参照)、その双方に同一の文言で無資力要件が設けられるのは妥当でないし、一方のみ設けられるとすればこれまでの解釈を変更するかの印象を与えることになって妥当でない。無資力要件は講学上の概念にとどめて、引き続き用いられるのが妥当である。

(2) 債権者は、上記(1)の請求において、上記(1)の行為の取消しとともに、受益者に対し、当該行為によって逸出した財産の返還を請求することができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

従前の実務との連続性の観点、詐害行為取消後に債務者が破産した場合の取扱いの容易性の観点から、責任説を採用せず、詐害行為取消制度を債務者のもとに逸出財産を回復させる制度と捉えるのが妥当である。

(3) 上記(1)の請求においては、債務者及び受益者を被告とするものとする。

(注2) 上記(3)については、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付けるとする考え方がある。

[意見]

反対する。(注2)の考え方に賛成する。

[理由]

債務者を被告とすることが義務付けられれば、取消債権者と受益者等との間で債務者の権利義務に影響を及ぼさない内容の和解をするときや取消債権者が訴えの取下げをするに際しても常に債務者の同意を得ることが必要となりかねず柔軟な解決の妨げとなりうる。また、主観的予備的併合を認めない現行判例を前提とすると債権者代位訴訟に詐害行為取消訴訟を予備的請求として併合提起することが困難になり、順序を付けて判断を求めたいという実務上のニーズに応えられなくなる。

そこで、確定した取消認容判決の判決効を債務者に及ぼす旨の、判決効に関する特別規定を設けることを前提として、取消債権者には債務者への訴訟告知を義務付けるにとどめるのが妥当である。判決効が及ぼされるにもかかわらず当事者適格を有さない者が補助参加した場合（遺言執行者の訴訟に相続人が補助参加した場合、株主総会決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えの被告会社側に株主が補助参加した場合等）には、いわゆる必要訴訟的補助参加人として必要的共同訴訟人に準じた訴訟追行上の地位が与えられるとするのが民事訴訟法上の定説であり、この場面における債務者の手続保障は、必要訴訟的補助参加人として訴訟に関与できる機会が与えられることで十分である。

(4) 上記(1)の請求は、被保全債権が上記(1)の行為の前に生じたものである場合に限り、することができるものとする。

(注3) 上記(4)については、被保全債権が上記(1)の行為の後に生じたものである場合であっても、それが上記(1)の行為の前の原因に基づいて生じたものであるときは、詐害行為取消権を行使することができるとする考え方がある。

[意見]

(注3)の考え方に賛成する。

[理由]

債務者の詐害行為の後の財産状態を前提に被保全債権を生じさせた債権者に対し、詐害行為取消権を認める必要がないことからすれば、上記(4)の規律は基本的に妥当である。厳密には、詐害行為の前の原因に基づいて詐害行為の後に債権が生じた場合にも、当該債権者に詐害行為取消権を認める必要があると考えられることからすれば、(注3)の考え方が妥当である。

(5) 上記(1)の請求は、次のいずれかに該当する場合には、することができないものとする。

- ア 受益者が、上記(1)の行為の当時、債権者を害すべき事実を知らなかった場合
- イ 上記(1)の行為が財産権を目的としないものである場合
- ウ 被保全債権が強制執行によって実現することのできないものである場合

[意見]

賛成する。

[理由]

現行法の規律ないし異論のない解釈を明文化するものであり、妥当である。

2 相当の対価を得てした行為の特則

(1) 債務者が、その有する財産を処分する行為をした場合において、受益者から相当の対価を取得しているときは、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、その行為について前記1の取消しの請求をすることができるものとする。

ア 当該行為が、不動産の金銭への換価その他の当該処分による財産の種類の変更により、債務者において隠匿、無償の供与その他の債権者を害する処分（以下「隠匿等の処分」という。）をするおそれを現に生じさせるものであること。

イ 債務者が、当該行為の当時、対価として取得した金銭その他の財産について、隠匿等の処分をする意思を有していたこと。

ウ 受益者が、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたこと。

(2) 上記(1)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、受益者は、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

倒産法上の否認権における合理的な規律を取り入れるものであり、妥当である。

3 特定の債権者を利する行為の特則

(1) 債務者が既存の債務についてした担保の供与又は債務の消滅に関する行為について、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、前記1の取消しの請求をすることができるものとする。

ア 当該行為が、債務者が支払不能であった時にされたものであること。ただし、当該行為の後、債務者が支払不能でなくなったときを除くものとする。

イ 当該行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。

[意見]

- 1 偏頗行為について支払不能を基準に詐害行為取消対象とすることについては、賛成する。
- 2 アのただし書は削除すべきである。
- 3 イについては反対する。イの要件に代えて、「当該行為の相手方が、行為の当時、債務者が支払不能であったことを知っていたこと」との要件を設けるべきである。

[理由]

- 1 倒産法上の否認権との整合性を図り、偏頗行為について支払不能を基準に詐害行為取消対象とすることは、妥当である。
- 2 アのただし書については、支払不能が継続的状态を示す概念であるにもかかわらず、一旦支払不能に陥ったもののその後支払不能でなくなるといった例外的場面を想定して規定を設けるものであり、支払不能概念を無用に混乱させるだけであるように思われ、妥当でない。倒産法上の否認権においても、行為の後に支払不能でなくなったときの規律は解釈に委ねられているところである。また、本試案においても財産減少行為については、一旦無資力になったがその後無資力でなくなった場合の規律は解釈に委ねられており、この場面のみかかる除外要件を明文化するのは平仄が合わない。
- 3 (1) イについては、偏頗行為取消しの客観要件に支払不能概念を導入する（アの規律）前提に立つならば、倒産法上の否認権の規律と同様、主観要件の基本は、支払不能の悪意とすれば足りるのであり、それと異なる主観要件をわざわざ設ける意義はないし、かえって通謀詐害意図要件の不明確性から規律の透明性が損なわれるものであり、妥当でない。
(2) この点、本試案（概要付き）によれば、破産法上の否認権の要件のほか、判例法理（最判昭和33年9月26日民集12巻13号3022頁）の要件の双方を要求する趣旨で、通謀詐害意図要件を設けるものと説明されており、支払不能の悪意よりも要件を厳格化するものとして、通謀詐害意図要件が企図されているようである。
(3) しかしながら、「認識」とは異なる意味で「通謀」「意図」といった要件を設けたとしてもその意味内容は極めて不明確である。規律の透明性の観点から妥当でない。すなわち、債務者が弁済期にある債務を一般的かつ継続的に弁済することができない状態（支払不能）にあることを、債務者自身及び受益者が知っていながら弁済等がなされる場合に、「通謀詐害意図」がないとして詐害行為取消対象から除外される場面が具体的にどのような場面なのか、極めて不明確であるといわざるを得ない。
また、「通謀」「意図」といった要件が設けられることにより、支払不能の債務者からそれを知りつつ本旨弁済を受けた場合に、直ちには取消対象とならないものと解さざるを得ないが、そのこと自体が到底妥当なものとはいえない。例えば、私的整理の場面で、実際に本旨弁済に対する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。仮に支払不能下での悪意の本旨弁済が直ちに取消対象とならないならば、受益者たる金融機関が、「倒産手続外では当該回収行為は禁止されていない」、「当該回収行為の巻戻しを前提とした再建計画にこだわるなら、倒産手続を申立ててください」などと主張・交渉することは想像に難くないところである。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のないところであろう。

(4) 以上の点とは逆に、本試案における通謀詐害意図要件は、倒産法上の否認権よりも要件を緩和する場面を生じうる点でも妥当でない。すなわち、受益者が必ずしも債務者の支払不能を知らず、単に債務超過を知っていただけであっても、「他の債権者を害する」ことを知っていたものと評しうるから、さらに「通謀」と「意図」が認定されるならば充足しうる要件であって、その点では倒産法上の否認権よりも要件を緩和しているものとも受け取れるのであり、本試案が意図する結果になっておらず、主観要件において否認権との逆転現象を招き、倒産法の企図した取引安全の保護を損なうものであって妥当でない。

(5) なお、現行の判例法理については、取消しの客観要件が無資力（債務超過）基準であり、かつ、支払不能概念が導入されていない制度を前提としたものであるから、かかる前提下で、単なる無資力（債務超過）下での悪意の偏頗行為が取消対象にならないことを表すために通謀詐害意図要件を設けることはやむを得ないところであるし、その意味合いも理解しうるところである。

これに対し、取消しの客観要件として支払不能基準を導入する前提であるなら、倒産法上の否認権に整合させて、支払不能の悪意を主観要件とすれば十分であり、かつそれが妥当である。客観要件の認識を超えた主観要件を設けることは、主観的悪性を取消根拠と捉えることにほかならないが、かかる立場が妥当なものとは思われず、また、かかる立場をとれば、転得者に対する詐害行為取消権の主観的要件の論点（後記5(1)）において複雑な問題を生じ得る点でも妥当でない（本試案（概要付き）における同論点の概要欄、参照）。

(2) 上記(1)の行為が債務者の義務に属せず、又はその時期が債務者の義務に属しないものである場合において、次に掲げる要件のいずれにも該当するときは、債権者は、その行為について前記1の取消しの請求をすることができるものとする。

ア 当該行為が、債務者が支払不能になる前30日以内にされたものであること。ただし、当該行為の後30日以内に債務者が支払不能になった後、債務者が支払不能でなくなったときを除くものとする。

イ 当該行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。

[意見]

- 1 非義務偏頗行為について支払不能前30日基準にて詐害行為取消対象とすることについては、賛成する。
- 2 アのただし書は削除すべきである。
- 3 イについては反対する。イの要件に代えて、「当該行為の相手方が、その行為の当時他の債権者を害する事実を知らなかったとはいえないとき」との要件を設けるべきである。

[理由]

上記規律(1)に関する理由と同様である。

- (3) 上記(1)又は(2)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、それぞれ上記(1)イ又は(2)イの事実を推定するものとする。上記(1)の行為が債務者の義務に属せず、又はその方法若しくは時期が債務者の義務に属しないものであるときも、同様とするものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

倒産法上の否認権における合理的な規律を取り入れるものであり、妥当である。

- (4) 上記(1)の適用については、債務者の支払の停止（上記(1)の行為の前1年以内のものに限る。）があった後は、支払不能であったものと推定するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

倒産法上の否認権における合理的な規律を取り入れるものであり、妥当である。

4 過大な代物弁済等の特則

債務者がした債務の消滅に関する行為であって、受益者の受けた給付の価額が当該行為によって消滅した債務の額より過大であるものについて、前記1の要件（受益者に対する詐害行為取消権の要件）に該当するときは、債権者は、その消滅した債務の額に相当する部分以外の部分に限り、前記1の取消しの請求をすることができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

倒産法上の否認権における合理的な規律を取り入れるものであり、妥当である。

5 転得者に対する詐害行為取消権の要件

(1) 債権者は、受益者に対する詐害行為取消権を行使することができる場合において、その詐害行為によって逸出した財産を転得した者があるときは、次のア又はイに掲げる区分に応じ、それぞれ当該ア又はイに定める場合に限り、転得者に対する詐害行為取消権の行使として、債務者がした受益者との間の行為の取消しを裁判所に請求することができるものとする。

ア 当該転得者が受益者から転得した者である場合

当該転得者が、その転得の当時、債務者がした受益者との間の行為について債権者を害すべき事実を知っていた場合

イ 当該転得者が他の転得者から転得した者である場合

当該転得者のほか、当該転得者の前に転得した全ての転得者が、それぞれの転得の当時、債務者がした受益者との間の行為について債権者を害すべき事実を知っていた場合

[意見]

1 賛成する。

2 「債務者がした受益者との間の行為が前記2(1)(相当価格処分行為)に該当する場合」や「債務者の受益者に対する代物弁済が前記3(1)(偏頗行為)に該当する場合」に二重の悪意に類似した要件を要求する概要欄の見解には反対する。

[理由]

1 倒産法上の否認権におけるいわゆる二重の悪意の要件(前者の主観要件の充足についての悪意の要件)は、要件として厳格に過ぎて妥当でなく、他方で、善意者が介在しても取消可能とする現行判例は取引安全の観点から問題のあるところであり、転得者及び中間者の主観的要件としては、詐害事実の限度での悪意を要求する本試案は妥当である。

2(1)ところで、本試案(概要付き)においては、「債務者がした受益者との間の行為が前記2(1)(相当価格処分行為)に該当する場合には、前記2(1)イ及びウの事実(債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたこと及び受益者がそのことを知っていたこと)についても転得者の悪意が要求されることを想定している。」とされ、その理由として、『転得者が前記2(1)アの事実(債務者と受益者との間の行為が隠匿等の処分をするおそれを現に生じさせるものであること、例えば当該行為が「不動産の金銭への換価」であること)を知っているだけで転得者の悪意の要件を満たすことになると、転得者の取引の安全が不当に害されるおそれがある』との指摘がなされている。

確かに、例えば「受益者は無資力の債務者から不動産を購入したが、債務者は受け取った代金につき隠匿等の処分はしておらず担保権の受戻しがなされたのであろう」と思っていた転得者が、詐害行為取消の対象となり得るのは妥当でない。

しかし、そうであるからといって、「前記2(1)イ及びウの事実(債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたこと及び受益者がそのことを知っていたこと)についても転得者の悪意が要求される」と解するのは、二重の悪意の要件をこの場面で復活さ

せることにほかならず、転得者の主観的要件を過剰なものにするのであって、妥当でない。結論的には、相当価格処分行為の目的物の転得者に対する主観的な取消要件としては、無資力下における不動産の金銭への換価等の財産の種類の変更がなされた事実を知っていることのほかに、債務者において当該対価の全部または一部につき隠匿等の処分が実際になされたことを知っていることを要し、かつそれで足りるものと考ええる。

(2) ところで、破産法上の否認権の規律によれば、例えば破産者が、不動産を相当価格で金銭に換価した当時当該金銭について隠匿等の処分の意思を有しており、かつ、受益者が破産者の当該意思を知っていたものの、未だ当該金銭の全部について隠匿等の処分がなされていない場合については、破産法第161条第1項の否認要件を形式的には充足するものの、かかる場合は、破産者の受けた反対給付たる金銭によって生じた利益の全部が破産財団中に現存している場合にほかならないから、受益者は、破産法第168条第2項第1号により、相当対価たる代金全額を財団債権者として返還請求することが可能であることとなり、事実上、破産管財人としては、かかる行為を否認する意味はないことになる（処分行為後不動産の価格が高騰した場合には否認する実益が存するが、そのような場合にも否認を認めるべきかどうかは議論があり得よう）。そうだとすれば、かかる規律の構造に鑑み、むしろ、相当対価につき隠匿等の処分をする意思をもって財産を処分する行為がなされたとしても、当該対価の全部につき未だ隠匿等の処分がなされていない場合には、当該処分行為は有害性を有さないものとして、そもそも否認の対象にならないものと解すべきである。

かかる理解を前提とするならば、例えば転得者が「不動産の金銭への換価」の事実を知っているのみでは「債権者を害すべき事実」を知っているとはいえず、さらに少なくともその相当対価の一部が実際に隠匿された事実を知らなければならないものと解されるのである。

なお、本試案における後記「11 受益者が現物の返還をすべき場合における受益者の反対給付」「(2)」及び「12 受益者が金銭の返還又は価額の償還をすべき場合における受益者の反対給付」「(2)」の規律においては、債務者が受けた反対給付に関する受益者の権利について、破産法第168条第2項第1号と整合性のある規律が提案されておらず、債務者が隠匿等の処分の意思を有しており受益者が当該意思につき悪意である場合には、債務者財産に当該対価によって生じた利益の全部または一部が現存するときも、反対給付に関する権利につき何らの優先権も差額償還処理も認められないものとされているから、上記の議論が妥当しないが、後述するとおり、反対給付に関する受益者の権利について、否認権の場合よりもその内容を削減すべき実質的理由は存しないというべきであり、破産法と整合させるのが妥当である。

以上によれば、本試案における後記11(2)及び12(2)における反対給付に関する受益者の権利の規律を否認権の規律に整合させるべきことを前提とすると、本試案の上記5(1)の規律に関する概要欄に述べられているような不都合はそもそも生じず、別途の

規律を設けるまでもなく、転得者が知っていることを要する「債権者を害すべき事実」の解釈として妥当な結論を導くことができる。

- (3) なお、本試案（概要付き）の概要欄には、「債務者の受益者に対する代物弁済が前記3(1)（偏頗行為）に該当する場合にも、前記3(1)の事実（債務者が支払不能の時に当該代物弁済がされたこと）についての転得者の悪意に加えて、前記3(1)イの事実（債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって当該代物弁済をしたこと）についての転得者の悪意が要求されることを想定している」とされる。

しかしこの点についても、前記規律3(1)の論点に関する意見及び理由に記載のとおり、そもそも受益者に対する取消要件として通謀詐害意図要件を設けるのが妥当でないであり、かかる考え方からすると、転得者が前記3(1)アの事実（債務者が支払不能の時に当該代物弁済がされたこと）について知っている場合に、取消しを認めることに何ら問題はない。

- (2) 債権者は、上記(1)の請求において、上記(1)の行為の取消しとともに、転得者に対し、当該行為によって逸出した財産の返還を請求することができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

上記規律1(2)に関する理由と同じである。

- (3) 上記(1)の請求においては、債務者及び転得者（上記(1)及び(2)の請求の相手方である転得者に限る。）を被告とするものとする。

(注) 上記(3)については、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付けるとする考え方がある。

[意見]

反対する。(注)の考え方に賛成する。

[理由]

上記規律1(3)に関する理由と同じである。

- (4) 上記(1)の適用については、転得者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、当該転得者は、その転得の当時、債務者がした受益者との間の行為について債権者を害すべき事実を知っていたものと推定するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

倒産法上の否認権における合理的な規律を取り入れるものであり、妥当である。

6 詐害行為取消しの効果

詐害行為取消しの訴えに係る請求を認容する確定判決は、債務者の全ての債権者（詐害行為の時又は判決確定の時より後に債権者となった者を含む。）に対してその効力を有するものとする。

[意見]

反対する。なお、「詐害行為取消しの訴えに係る請求を認容する確定判決は、債務者に対してその効力を有するものとする」旨の規律を明文化すべきである。

[理由]

あえて債務者のすべての債権者に対して判決効を及ぼす必要はなく、債務者に対して取消効を及ぼせば十分である。本試案（概要付き）においても、「詐害行為取消訴訟の判決の効力が債務者にも及ぶという考え方を採る場合には（前記1(3)、5(3)参照）、本文のような規定がなくても、債務者の全ての債権者が債務者の責任財産の回復を前提として債務者に属する当該責任財産に対する強制執行の申立て等を行うことができるようにも思われる。」との説明があるところであり、当該説明に賛同する。

また、例えば、転得者がたまたま債務者に対して別途債権を有していた場合に、受益者に対する取消判決の効力が、上記6の規律により転得者に及ぼされるならば、転得者は転得物の所有権を失うことにもなりかねず、かかる観点からも当該規律は妥当でない。

なお、上記規律1(3)及び5(3)のとおり、債務者を被告とすることを義務付けず、訴訟告知を義務付けることで足りるものとする場合には、債務者に取消効が及ぶことを明確にするためにその旨の規律を明文化すべきである。

7 詐害行為取消しの範囲

債権者は、詐害行為取消権を行使する場合（前記4の場合を除く。）において、その詐害行為の全部の取消しを請求することができるものとする。この場合において、その詐害行為によって逸出した財産又は消滅した権利の価額が被保全債権の額を超えるときは、債権者は、その詐害行為以外の債務者の行為の取消しを請求することができないものとする。

（注）詐害行為取消権の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定するという考え方があ
る。

[意見]

1 前段については賛成する。

2 後段については反対する。特段の規律を設けるべきではなく、解釈に委ねられるべきである。

[理由]

1 前段については、事実上の優先弁済を否定する前提に立つ以上、詐害行為取消権の行使範囲は被保全債権の額に限定されるべきではなく、妥当な規律である。

2 後段では、債権執行・保全制度における超過差押え・仮差押えの禁止（民事執行法第146条第1項、民事保全法第50条第5項）と同様の趣旨から、逸出財産の価額等が被保全債権の額を超える場合の詐害行為取消しの範囲を制限することが提案されている。

しかしながら、差押え等の場面においては、手続着手後に他の債権者が手続に加入した結果、被差押債権等の価額が被保全債権の回収に不足するに至った場合には、改めて他の債権を差押える等の対応をすることは比較的容易である。これに対し、詐害行為取消権については、取消訴訟確定後逸出財産が債務者に回復した後の被保全債権の回収段階で他の債権者が執行手続に加入し、回復財産では被保全債権の回収に不足する場合には、そのことがあらかじめ予測されていたときであっても前もって別の詐害行為の取消しを請求することはできず、財産回復後に改めて別の詐害行為の取消訴訟を提起すべきものとするのは、あまりに迂遠である。また、詐害行為取消権は裁判上の行使しか認められずその訴訟追行には時間や費用がかかることから債権者が不必要に手を広げて詐害行為取消しをなす事態はあまり想定されないし、かかる例外的な事態には権利濫用の法理で対処すれば足りる。

8 逸出財産の返還の方法等

(1) 債権者は、前記1(2)又は5(2)により逸出した財産の現物の返還を請求する場合には、受益者又は転得者に対し、次のアからエまでに掲げる区分に応じ、それぞれ当該アからエまでに定める方法によって行うことを求めるものとする。

ア 詐害行為による財産の逸出について登記（登録を含む。）がされている場合（下記イの場合を除く。）

当該登記の抹消登記手続又は債務者を登記権利者とする移転登記手続をする方法

[意見]

賛成する。

[理由]

異論のないところであり、妥当である。

イ 詐害行為によって逸出した財産が債権である場合

(7) 当該債権の逸出について債権譲渡通知がされているときは、当該債権の債務者に対して当該債権が受益者又は転得者から債務者に移転した旨の通知をする方法

(4) 当該債権の逸出について債権譲渡登記がされているときは、債権譲渡登記の抹消登記

手続又は債務者を譲受人とする債権譲渡登記手続をする方法。ただし、上記(7)の債権譲渡通知の方法によって行うことを求めることもできるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

異論のないところであり、妥当である。

ウ 詐害行為によって逸出した財産が金銭その他の動産である場合

金銭その他の動産を債務者に対して引き渡す方法。この場合において、債権者は、金銭その他の動産を自己に対して引き渡すことを求めることもできるものとする。

(注1) 上記(1)ウ及び(2)については、取消債権者による直接の引渡請求を認めない旨の規定を設けるという考え方がある。

[意見]

1 反対する。(注1)の考え方が妥当である。

2 取消債権者は、債務者の受益者等に対する金銭等の支払等請求権を差押えて被保全債権を回収すべきであり、受益者等が任意の支払等に応じない場合には、確定した詐害行為取消判決について承継執行文を得て受益者等の財産に対して強制執行ができるものと解することを前提に、確定した詐害行為取消判決について承継執行文が付与された時点(受益者等が民事執行法第156条第2項により供託義務を負う場合にあっては執行文付与の訴えの訴状が送達された時点)をもって債権執行手続の配当加入終期とする旨の規律を設けるべきである。

[理由]

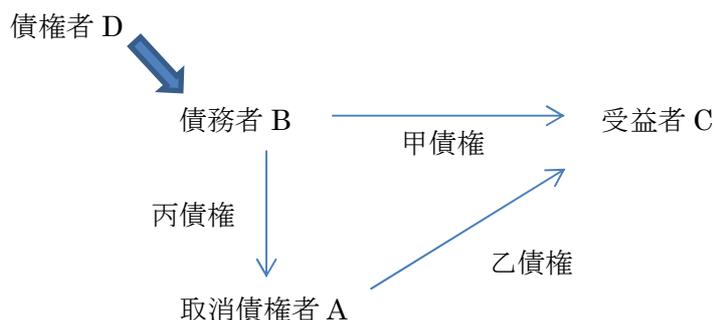
1 事実上の優先弁済を禁止する場合には、直接引渡請求を認めることに積極的意義はなく、むしろ法律関係を複雑にするものであって妥当でない。取消債権者は、端的に被保全債権の債務名義をもって、詐害行為取消しによって認められる、債務者の受益者または転得者に対する金銭等の引渡請求権を差し押さえて、被保全債権の回収を図るべきである。

2 直接引渡請求を否定すべき理由は次のとおりである。

※ 甲債権: 取消しにより生ずる逸出財産の回復請求権

※ 乙債権: 取消債権者の直接引渡請求権

※ 丙債権: 乙債権の行使により受益者から給付を受けた金銭等の返還請求権



(1) 事実上の優先弁済を否定する場合に、直接引渡請求権を認めるべき積極的意義が存しない。

ア 直接引渡請求権肯定説によれば、取消しに伴い、甲債権のみならず、乙債権も発生することになる（下記(3)の規律、参照）。取消債権者Aが乙債権を行使しその履行を受けたときには丙債権が発生し、取消債権者Aは被保全債権の債務名義をもって自ら丙債権を差し押さえることにより被保全債権の回収を図ることになる（下記(4)の規律、参照）。

この場合、債務者Bの債権者Dが、丙債権の強制執行手続の配当に加入する終期は、取消債権者Aが丙債権を差し押さえて、自らに対する取立権を得た時点となる。取消債権者Aが受益者Cから乙債権の履行を受けるのに手間取れば、他の債権者Dが手続に加入する機会は増大する。

これに対し、取消債権者Aが乙債権を行使するのではなく、被保全債権の債務名義をもって乙債権を差押えた場合には、乙債権の強制執行手続の配当加入終期をもって、他の債権者Dの手続加入機会は画され、受益者Cによる逸出財産の引渡しを待つ必要はない。

以上によれば、事実上の優先弁済を否定し、被保全債権の回収のために被保全債権の債務名義の取得と強制執行手続が必要であるという前提に立つ場合、取消債権者Aには、甲債権を差し押さえる手段が認められていれば十分であり、一旦乙債権を行使してその後に丙債権を差し押さえるという手段をわざわざ設ける意義はない。

イ なお、直接引渡請求権を認めるべき根拠として、甲債権が債務者に履行され、債務者が金銭等を費消もしくは隠匿すると追求が極めて困難となるという点が指摘されているが、説得的な論拠とはいえない。

現行判例とは異なり、詐害行為取消しの判決効が債務者に及ぶという前提に立つと、詐害行為取消しに伴い甲債権が発生することになるが、取消判決後に甲債権が任意に履行され、金銭等動産が債務者財産に混入してしまうと、取消債権者Aとしては、かえって債権回収の機会を失うことになる（後記(3)の規律、参照）。したがって、直接引渡請求肯定説、否定説のいずれによる場合でも、取消債権者Aは、詐害行為取消訴訟係属中に、甲債権の仮差押えをなすべきことになるのであり、いずれにしても取消債権者の自己責任で、金銭等が債務者に引渡されて債務者により費

消・隠匿されることのないよう、手段を講じるべきことになる。

(2) 直接引渡請求を認めることが、法律関係を著しく複雑にし、また、妥当でない帰結をもたらす場面を生じさせる。

ア 上記(1)アのとおり、現行法とは異なり、詐害行為取消しにより甲債権が発生する前提において、乙債権の発生をも認めることは、法律関係を著しく複雑にするものである。

すなわち、直接引渡請求権肯定説によれば、債務者Bに対する他の債権者Dは、取消債権者Aによる詐害行為取消訴訟の存在を聞きつけた場合に、詐害行為取消訴訟係属中であっても、将来取消債権者が乙債権の履行を受けたときに発生する丙債権を差し押さえることは可能と解され、差し押え後に、将来債権である丙債権について取消債権者Aに対する取立訴訟を提起して配当遮断効を得るならば、取消債権者Aは、詐害行為取消判決確定後にせつかく受益者Cから直接引渡請求を受けても、他の債権者Dからの取立てに応じなければならないことにもなりかねない。そこで、直接引渡請求をなす取消債権者Aとしては、上記1(2)のとおり甲債権についてあらかじめ差し押えないし仮差し押えをするほかに、丙債権についても自ら差し押えないし仮差し押えをして、かかる事態を回避すべきことになるが、煩雑な法律関係となる。

さらには、同一の詐害行為について他の債権者による別の詐害行為取消訴訟が係属し、いずれについても詐害行為取消しが認められると、受益者Cに対しては、甲債権のみならず、取消債権者Aの乙債権、さらには、別の取消債権者の直接引渡請求権が発生することになる。各取消債権者は、これらの各債権が発生しうることを踏まえてあらかじめ差し押えや仮差し押えをして配当から遮断されないように手続を行なう必要があり、極めて複雑となる。

イ 以上とは異なる問題として、取消債権者に直接引渡請求権を認めると、取消債権者に対する債権者が、乙債権を差し押え、仮差し押えすることにより、債務者に対する債権者よりも優先して、いわば横取りできることになりかねないという問題もある。

また、取消債権者に対する債権者が乙債権を差し押え、仮差し押えした場合に、受益者Cは甲債権の履行をすることにより免責を得られるのか、という問題も生ずる。

ウ さらに、複数の債権者による詐害行為取消請求が認められた場合に、取消債権者が相互に他方の請求を知らないときには、事実上、受益者が満足を得る取消債権者を選択できる結果になる等の必ずしも公正とはいえない帰結をもたらす。

エ これに対し、直接引渡請求権否定説によれば、取消しにより甲債権のみが発生し、これを債権執行手続によって奪い合うのみであるから、法律関係は至ってシンプルであるし、また、取消債権者の債権者が、逸出財産を横取りするような懸念も生じず、さらには受益者のイニシアチブで回収上有利なポジションを与える取消債権者を選択されるといった事態も生じ得ない。

(3) 以上によれば、直接引渡請求権を肯定する弊害は大きく、これを否定すべきである。

3(1) 以上のとおり、取消債権者は、債務者の受益者等に対する金銭等の支払等請求権を

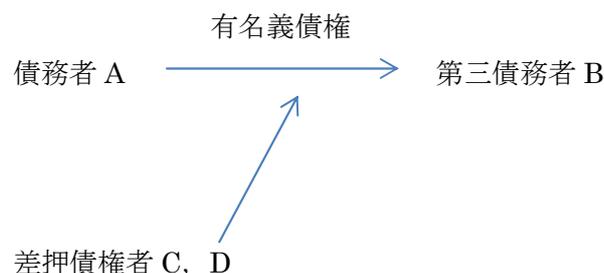
差押えて被保全債権を回収すべきであり、受益者等が任意の支払等に応じない場合には、確定した詐害行為取消判決について承継執行文を得て受益者等の財産に対して強制執行ができるものと解することを前提に、確定した詐害行為取消判決について承継執行文が付与された時点（受益者等が民事執行法第156条第2項により供託義務を負う場合にあっては執行文付与の訴えの訴状が送達された時点）をもって債権執行手続の配当加入終期とすべきである。

- (2) この点、他の債権者も詐害行為取消判決を取得し、債務者の受益者等に対する債権を差し押さえた場合等に、差押えの競合について承継執行文を付与する書記官が確知し得ないことから、この場合に承継執行文付与の手続は適さず、差押えの競合に対処するには取立訴訟制度（供託を求める判決の制度）を利用するほかない、あるいは仮に執行文の付与が可能であるとしてもそれは執行文付与の訴えによるべきであり、いずれにしても改めて訴訟を提起することが必須であるとの指摘がなされている。

しかしながら、かかる指摘は到底妥当なものとはいえない。かかる指摘は、承継執行文付与の手続は、差押え競合の有無を確知できる場合に限り得るものであるとの前提に立っているが、かかる前提によれば、そもそも承継執行文付与の手続をなし得る場面は存在しなくなってしまう、当該手続そのものを否定するに等しいことになる。

すなわち、例えば、債務者Aが第三債務者Bに対して有名義債権を有している状況下で、Aに対する債権者Cが当該有名義債権を差押え、承継執行文を得ようとする場面において、差押えの競合の存否について承継執行文を付与する書記官は確知し得ないものであるが、かかる承継執行文付与の典型的場面における制度利用を否定する解釈が妥当でないことは明白である。

なお、Cに対する承継執行文の付与が認められるとして、このときすでに、同じくAに対する債権者Dが当該有名義債権を二重に差押えていたときには、Bは債権執行手続との関係で第三債務者としての供託義務を生じることになる。したがって、Cが当該承継執行文に基づきBの財産について強制執行を申立てたときには、当該財産の換価代金をもって直接CのAに対する債権の弁済に充当される事態を回避するためにBのイニシアチブで当該強制執行手続を中止しなければならないが、かかる第三債務者の負担は法の予定するところであって、何ら不当とはいえないものである。すなわち例えば、債務者Aが第三債務者Bに対して有名義債権を有している状況下においてAが単純執行文を得てBの財産を強制執行する場面においても、そもそも単純執行文付与に際し差押えの有無、さらには差押えの競合の有無は考慮されないのであり、Bの負担において開始された強制執行手続を中止しなければならないことには変わりはないのである。



これらのこととの対比からは、詐害行為取消判決取得後の取消債権者が、受益者等に対する債権を差押え、取立権を得た後に、承継執行文を得て受益者等の財産に強制執行をすることを禁ずべき理由は何ら存在しないというべきであり、その際、二重差押えがなされている場合には、受益者等のイニシアチブで当該強制執行手続を中止させればよいのである。

- (3) ところで、詐害行為取消判決取得後の取消債権者が受益者等に対する財産を差し押さえる場面は、上記(2)の設例のように、債務者Aが第三債務者Bに対して有する有名義債権につき、差押債権者Cが承継執行文の付与を受ける場面と異なり、債務者Aは債務名義を有しておらず、取消債権者(兼差押債権者)であるCが、「BはAに支払え」との詐害行為取消しを認容する確定判決を有しているに過ぎないのである。このように自己への支払を求めるものではない判決が、そもそも民事執行法第27条第2項における「債務名義」に該当するか疑問であるとの指摘もありうるところである。

しかしながら、目的物が不動産である場合には債務者の元へ引渡すべき旨の確定判決が債務名義であることに疑いはない。債務者への金銭の支払を命じる判決も、債務名義性は否定されるべきではなく、単に事実上、かかる判決に基づいて債務者への支払を強制履行する場面が想定されないに過ぎないものと理解すべきである。

- (4) もっとも上記(2)のように解するとしても、債務者の受益者等に対する債権について二重差押えがあった場合の受益者財産に対する強制執行のあり方が問題となりうる。

この点については、二重差押え等により受益者が義務供託をすべき事態に至っているときには、例えば、債権者は、執行文付与の訴えを提起すべきものとし、当該訴えを認容する判決の主文に、詐害行為取消判決が認容した請求にかかる金銭の支払は供託の方法によりすべき旨を掲げるものとし、さらに当該判決でその旨を債務名義に記載すべき旨を命じるものとする新たな規律を設けることも考えられよう。

エ 上記アからウまでの場合以外の場合

詐害行為によって逸出した財産の性質に従い、当該財産の債務者への回復に必要な方法

[意見]

賛成する。

[理由]

異論のないところであり、妥当である。

(2) 上記(1)の現物の返還が困難であるときは、債権者は、受益者又は転得者に対し、価額の償還を請求することができるものとする。この場合において、債権者は、その償還金を自己に対して支払うことを求めることもできるものとする。

(注1) 上記(1)ウ及び(2)については、取消債権者による直接の引渡請求を認めない旨の規定を設けるという考え方がある。

[意見]

前段について、賛成する。

後段について、反対する。(注1)の考え方に賛成する。

[理由]

前段は、異論のないところである。

後段については、上記(1)ウと同様の理由により、妥当でなく、(注1)の考え方によるべきである。

(3) 上記(1)ウ又は(2)により受益者又は転得者が債権者に対して金銭その他の動産を引き渡したときは、債務者は、受益者又は転得者に対し、金銭その他の動産の引渡しを請求することができないものとする。受益者又は転得者が債務者に対して金銭その他の動産を引き渡したときは、債権者は、受益者又は転得者に対し、金銭その他の動産の引渡しを請求することができないものとする。

[意見]

反対する。

[理由]

上記(1)ウ及び(2)において、(注1)の考え方をとる以上、この規律は不要である。

(4) 上記(1)ウ又は(2)により受益者又は転得者が債権者に対して金銭その他の動産を引き渡したときは、債権者は、その金銭その他の動産を債務者に対して返還しなければならないものとする。この場合において、債権者は、その返還に係る債務を受働債権とする相殺をすることができないものとする。

(注2) 上記(4)については、規定を設けない(相殺を禁止しない)という考え方がある。

[意見]

反対する。

[理由]

上記(1)ウ及び(2)において、(注1)の考え方をとる以上、この規律は不要である。

なお、事実上の優先弁済を維持することは、詐害行為取消制度が責任財産保全のためのものであるという制度趣旨と相容れないこと、とりわけ偏頗行為が取消された場合には、後から債権回収に着手した取消債権者に、先に債権回収に着手した受益者が劣後するという看過しがたい弊害（いわゆる「遅い者勝ち」の弊害）を生じることから、妥当でないものとする。

9 詐害行為取消権の行使に必要な費用

(1) 債権者は、詐害行為取消権を行使するために必要な費用を支出したときは、債務者に対し、その費用の償還を請求することができるものとする。この場合において、債権者は、その費用の償還請求権について、共益費用に関する一般の先取特権を有するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

倒産法上の否認権における合理的な規律を取り入れるものであり、妥当である。

(2) 上記(1)の一般の先取特権は、後記11(2)の特別の先取特権に優先するものとする。

[意見]

反対する。後記11(2)の特別の先取特権が、上記(1)の一般の先取特権に優先するものとする規律を設けるべきである。

[理由]

1 倒産法上の否認権が行使された場合よりも、受益者の利益が後退させられるべき理由はない。

すなわち、倒産法上の否認権については、逸出財産の回復と受益者の反対給付に関する権利の実現は同時履行関係にあると解されており（伊藤眞ほか著『条解破産法』1086、1087頁（2010年、弘文堂）、竹下守夫ほか編『大コンメンタール破産法』686頁〔加藤哲夫執筆〕（2007年、青林書院）、山本克己ほか『〈研究会〉新破産法の基本構造と実務第19回』〔山本克己発言〕ジュリ1321号187頁、才口千晴ほか監修『新注釈民事再生法【上】〔第2版〕』770頁〔中西正執筆〕（2010年、きんざい）、伊藤眞『破産法・民事再生法（第2版）』441頁（2009年、有斐閣）、反対給付に関する権利の実現がなされない限り逸出財産は回復されないのだから、これに平仄を合わせるべきである。

2 (1) 本試案においては、取消債権者のインセンティブ確保の観点から根拠に、否認権と異なる規律を設ける合理性を基礎付けようとしているようである。しかしながら、債権

者は、いうまでもなく、最終的に被保全債権の回収につながるの目算があるからこそ詐害行為取消権を行使するのであって、費用がまかなえるかどうか微妙であるような場合において時間とコストをかけてわざわざ詐害行為取消権を行使する取消債権者はそもそも存在しないのであり、費用償還請求権の優先性を高めることによりどれほどインセンティブを確保できるのかそもそも疑問である（優先性を高めたところで、何ら被保全債権の回収につながらないことには変わりはない）。かかるインセンティブの観点から、倒産法上の否認権行使時に確実に確保される受益者の権利を削減する合理的根拠になり得ているとは到底解されない。

(2) なお、本試案（概要付き）の概要欄においても、12(1)（差額償還請求権）の規律の説明に際しては、「實際上、受益者が返還した差額によって取消債権者が費用償還請求権の満足すら得られない事態はほとんど生じない（そのような事態が生じ得る場面ではそもそも詐害行為取消権の行使はされないことがほとんどである）との指摘がある。この指摘を踏まえ、受益者の反対給付の取扱いを可能な限り簡易に処理することを優先させた」などとしているところであり、インセンティブ確保の観点から重要性を有するものとは捉えていないことを自認しているところである。にもかかわらず上記規律 9(2)において費用償還請求権の優先性を高める見解を採用するのは、受益者の反対給付に関する権利についての倒産法上の規律との整合性を図るべきとの観点を軽視しているからにほかならない。

しかしながら現行の倒産法は、受益者の反対給付がある場合の、債務者の行為の詐害性の実質を、債務者が逸出財産と反対給付の差額の価値分を責任財産から減少させた点に求めており、かつてのように受益者に対し当該差額の価値を超えて債務者財産の回復を求めうるものとするのは、受益者の主観的悪性のみを根拠に負担を課すことにはほかならず妥当でないとして、採用されていないのである。詐害行為取消権が否認権と趣旨を同じくする制度である以上、詐害性の実質について、否認権と齟齬のない理解に立つことは、法制度の統一性の観点からも分かりやすさの観点からも重要であり軽視されるべきではない。

10 受益者の債権の回復

債務者がした債務の消滅に関する行為が取り消された場合において、受益者が債務者から受けた給付を返還し、又はその価額を償還したときは、受益者の債務者に対する債権は、これによって原状に復するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

倒産法上の否認権における合理的な規律を取り入れるものであり、賛成する。

11 受益者が現物の返還をすべき場合における受益者の反対給付

- (1) 債務者がした財産の処分に関する行為が取り消された場合において、受益者が債務者から取得した財産（金銭を除く。）を返還したときは、受益者は、債務者に対し、当該財産を取得するためにした反対給付の現物の返還を請求することができるものとする。この場合において、反対給付の現物の返還が困難であるときは、受益者は、債務者に対し、価額の償還を請求することができるものとする。

[意見]

- 1 前段については賛成する。
- 2 後段については反対する。受益者は、反対給付の現物返還の困難性の有無にかかわらず、現物返還請求と価額償還請求を選択的に行使できるものとする規律を明文化すべきである。

[理由]

- 1 受益者の反対給付に関する倒産法上の否認権の規律は合理的であり、基本的にこれと同様の規律を設けることに賛成する。
- 2 前段については、賛成する。

この点、倒産法上の否認権の規律と厳密に整合させるならば、取消債権者は、受益者に対して逸出財産の回復の先履行を求めることはできず、反対給付の返還と逸出財産の回復は同時履行関係に立つべきことになる。しかしながら、倒産法上の否認権の場合とは異なって、取消債権者は、反対給付現物に関する管理処分権を有するものではなく、かかる同時履行の抗弁権が認められれば詐害行為取消権の行使が著しく困難になることから妥当でない。したがって、逸出財産の回復の先履行を認める上記(1)前段の規律は妥当である。

- 3 後段については、反対給付の現物返還が困難とはいえない場合にも、受益者には、価額償還請求権を行使する機会が認められるべきである。

すなわち、上記のとおり、受益者が反対給付現物の返還請求をした場合には、倒産法上の否認権の規律とは異なって、取消債権者が受益者に対し逸出財産の回復の先履行を求めることを認めざるを得ないが、そうすると、受益者の反対給付に関する権利の保護が著しく後退することとなる。

そこで、受益者は、反対給付の現物返還が困難とはいえない場合にも価額償還請求をなし得るものとし、当該価額償還請求権については回復財産の上に先取特権を有することとして、受益者の反対給付に関する権利について、同時履行の抗弁権に代わる、実質的保護を与えるべきである。

なお、本試案においても、受益者が金銭の返還・償還をすべき場合については、受益者の選択により、反対給付の現物返還の困難性を問わずに差額償還処理をなし得る旨の規律が提案されており（12(1)）、受益者が現物を返還すべき場合にのみ反対給付の現物返還の原則にこだわるのは一貫性を欠くものである。

(2) 上記(1)の場合において、受益者は、債務者に対する金銭の返還又は価額の償還の請求権について、債務者に返還した財産を目的とする特別の先取特権を有するものとする。ただし、債務者が、当該財産を受益者に処分した当時、その反対給付について隠匿等の処分（前記2(1)ア参照）をする意思を有しており、かつ、受益者が、その当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたときは、受益者は、その特別の先取特権を有しないものとする。

[意見]

1 (1) 本文については賛成する。

(2) なお、受益者は、当該特別の先取特権の被担保債権の存在及び金額を確定するために、詐害行為取消訴訟において反訴を提起することができるものとし、当該反訴請求を認容する確定判決があるときに限り、当該特別の先取特権について配当に加入することができるものとするべきである。

(3) また、回復財産が不動産である場合において、当該特別の先取特権を保存するためには、反訴請求認容判決確定後、当該判決に基づき直ちに登記しなければならないものとするべきである。

2 ただし書については反対する。「受益者は、債務者の受けた反対給付または当該反対給付によって生じた利益が債務者の財産中に現存する場合には、現存する反対給付の価額または利益の額の範囲内で、特別先取特権を有するものとする」旨の規律を明文化すべきである。

[理由]

1 (1) 本文については、倒産法上の否認権の規律を合理的に変容させて取り入れるものであり、妥当である。すなわち、倒産法上の否認権においては、受益者の反対給付に関する金銭返還・償還請求権は財団債権とされ、かつ、当該返還・償還と逸出財産の回復は同時履行関係に立つものとされており、受益者の権利にこれと同等の保護を与えるために、先取特権を認めるのは妥当である（なお、詐害行為取消しに関して同時履行を認めるのは取消債権者に酷であるから妥当でない点については、上記11(1)の規律に関する理由2、参照）。

(2) なお、受益者の反対給付に関する権利について特別の先取特権を付与するにあたり、先取特権の被担保債権の額の確定手続を用意すべきである。特別の先取特権については、一般的には、目的物が不動産の場合は登記、不動産以外の場合は権利を証する文書があれば、実行したり配当加入したりできるものとされている（民事執行法第87条第1項第4号、第188条、第133条、第192条、第154条第1項、第193条第2項）。しかし、受益者の権利に関する特別の先取特権の被担保債権である価額償還請求権の金額は、先取特権に基づく配当加入に際し執行手続において必ずしも容易に把握しうるものではないから（反対給付の価額評価を要する場合がある。また、

11(2)ただし書の規律に関する当弁護士会の考え方によれば、債務者財産中に反対給付ないしそれによって生じた利益が現存するか否かの事実認定を要する場合もある。), 何らかの手当てが必要である (なお、不動産工事の先取特権につき民法第338条第2項参照)。

この点、当該被担保債権の金額については、詐害行為取消訴訟における訴訟資料を流用して取消債権者と受益者との間で主張立証を尽くして判決をもって確定するのが最も効率的であり、かつ適正手続にも資するものと考えられる。そこで、受益者が取消債権者に対し反訴をもって当該先取特権の被担保債権の確認請求をなしうるものとし、当該反訴請求を認容する確定判決を有することを、当該先取特権に基づく配当加入の要件とするのが妥当である (すなわち、回復財産が不動産である場合は、民法第338条第2項同様、配当加入時の追加要件を設けるもの、動産等である場合は、民事執行法第133条、第154条第1項における先取特権を有することを証する文書を、反訴請求を認容する確定判決に限定するものと位置付けられる。)

(3) 受益者の権利に関する特別の先取特権の目的物が不動産である場合には、その効力の保存のために登記を要求し、不動産公示制度に配慮するのが妥当である。

なお、当該特別の先取特権の登記は、上記(2)の反訴請求に係る確定判決に基づき受益者が単独で申請しうるものと解すべきであり、債務者との共同申請によるべきものと解すべきではない。実体法的にみて、当該特別の先取特権が認められる場合には、詐害行為取消しによって債務者に回復する財産は先取特権の負担付きのもののみべきあり、一旦、無担保の財産が回復された後に受益者が債務者との関係で先取特権を取得するものと見るべきではないからである。

2 ただし書については、倒産法上の否認権の規律と整合していない点で、妥当でない。

すなわち倒産法上の否認権においては、債務者に隠匿等の処分的心思があり、受益者がこれについて悪意の場合に、受益者の反対給付に関する権利が一律に破産債権の扱いを受けるのではなく、かかる場合であっても、債務者の受けた反対給付または当該反対給付によって生じた利益が債務者の財産中に現存するときには、破産管財人に対し、財団債権者として金銭返還・価額償還を請求することができるものとされているのである。詐害行為取消権についてもかかる否認権の規律と整合させるべきであり、詐害行為取消権の受益者が、否認権の規律に比して、その保護に劣るものとすべき合理的根拠は存しないというべきである。

この点、本試案(概要付き)の概要欄においては、否認権の規律のように反対給付によって生じた債務者の現存利益の有無により取扱いを異にすると規律が不明確かつ複雑になるとの指摘、及び、債務者の隠匿等の処分をする意思を知っていた受益者に優先権を与える必要はないとの指摘を根拠に、債務者の隠匿等の意思及び受益者の悪意をもって一律に優先権を認めない扱いにする旨の説明がなされている。しかし、前者の指摘については、否認権の規律は、金銭を有益な使途に使ったら現存利益があるという民法第121条、第703条の判例の考え方(大判昭和7年10月26日、最判昭和50年6

月27日)を導入しているに過ぎず、これをもって規律が不明確かつ複雑であるとする趣旨は理解に苦しむものである。

後者の指摘についても、次のような疑問がある。すなわち、現行の否認権の規律は、たとえ債務者が隠匿等の意思をもって受益者から反対給付を受けた場合であっても、実際には隠匿等の処分がなされずに破産財団に反対給付による利益が現存しているときには、当該反対給付を受益者に返還・償還すべきであるとの価値判断に立っており、かかる返還・償還についての受益者の請求権を単なる破産債権とする扱いは、当該反対給付の価値分について破産財団が二重に利得することになり、受益者の主観的悪性のみを根拠に受益者に負担を課すことにほかならず妥当でないとして、採用されていないのである。詐害行為取消権が否認権と趣旨を同じくする制度である以上、詐害性の実質について、否認権と齟齬のない理解に立つことは、法制度の統一性の観点からも分かりやすさの観点からも重要であり、詐害行為取消権についてのみ受益者の悪性を強調する十分な論拠があるのか疑問であるといわざるを得ない。

- (3) 上記(2)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、受益者は、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

倒産法上の否認権の規律を取り入れるものであり、妥当である。

12 受益者が金銭の返還又は価額の償還をすべき場合における受益者の反対給付

- (1) 債務者がした財産の処分に関する行為が取り消された場合において、受益者が債務者から取得した財産である金銭を返還し、又は債務者から取得した財産の価額を償還すべきときは、受益者は、当該金銭の額又は当該財産の価額からこれを取得するためにした反対給付の価額を控除した額の返還又は償還をすることができるものとする。ただし、債務者が、当該財産を受益者に処分した当時、その反対給付について隠匿等の処分(前記2(1)ア参照)をする意思を有しており、かつ、受益者が、その当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたときは、受益者は、当該金銭の額又は当該財産の価額の全額の返還又は償還をしなければならないものとする。

[意見]

- 1 (1) 差額償還請求は、受益者が現物の返還をすべき場合を含め、取消債権者のイニシアチブでなし得るものとすべきであり、受益者が金銭返還・価額償還をすべき場合のみ、かつ、受益者のイニシアチブでのみ、差額処理をなし得るものとする点について

ては、反対する。なお、取消債権者のイニシアチブによる差額償還請求制度のほかに、受益者が金銭返還・価額償還をすべき場合に限り、受益者のイニシアチブで、差額償還を選択できるものとするには賛成する。

(2) 差額償還処理の制度における差額概念は、逸出財産の価額と、反対給付について認められる受益者の特別先取特権の被担保債権額との差額と捉えるべきである。

2 (1) ただし書については反対する。

(2) ただし書に代えて、「債務者が、当該財産を受益者に処分した当時、その反対給付について隠匿等の処分（前記2(1)ア参照）をする意思を有しており、かつ、受益者が、その当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたときは、債務者の受けた反対給付又は当該反対給付によって生じた利益が債務者の財産中に現存する場合に限り、受益者は、債務者から取得した金銭の額または当該財産の価額から、現存する反対給付の価額または利益の額を控除した額の返還又は償還をすることができるものとする」旨の規律を設けるのである。

[理由]

1 (1) ア 倒産法上の否認権における差額償還請求制度は、逸出財産に関する現物返還の原則、及び、受益者の反対給付に関する現物返還の原則の各例外をなすものであり、破産管財人に、財団増殖の目的に照らしてより簡明な差額処理の選択権を認めるものである。破産管財人は立証負担等を勘案しながら差額償還請求をするかどうかを検討することになる。

かかる制度は合理的なものであるから、詐害行為取消権についても導入されるべきであり、それを認めていない本試案の12(1)の規律は妥当でない。

イ ところで、本試案の上記12(1)の規律においては、受益者が受益者のイニシアチブで差額償還を選択しうる制度が提案されているが、倒産法上の否認権にも存在しない制度であり、その当否が問題となる。

この点、詐害行為取消権においては、倒産法上の否認権の規律とは異なり、反対給付に関しては現物返還の原則を採用すべきではない（上記11(1)後段の規律に関する意見の理由3、参照）。かかる当弁護士会の考え方によれば、受益者が金銭返還・価額償還をすべき場合において、受益者は、そのイニシアチブで反対給付に関する価額償還請求をなし得る立場にあるのだから、受益者のイニシアチブにより差額償還をなし得るものとし、相殺的処理を認めるのがより合理的である。したがって、取消債権者のイニシアチブによる差額償還請求制度のほかに、受益者が金銭返還・価額償還をすべき場合に限り、受益者のイニシアチブで、差額償還を選択できるものとするには賛成する。

なお、本試案においては、受益者の反対給付について現物返還の原則がとられているのだから（上記11(1)後段、12(2)後段）、この場面で受益者のイニシアチブによる差額償還処理を認めるのは一貫性を欠いているといえる。むしろ現物返還の原則が改められるべきである。また、この場面で受益者のイニシアチブによる差額償還

処理を認めることは、本試案において取消債権者の費用償還請求に関する特別の先取特権が、受益者の反対給付に関する特別の先取特権に優先するとされていること（上記9(2)）とも整合しないものである。上記9(2)の規律に関する意見欄に記載のとおり、受益者の反対給付に関する特別の先取特権を優先させるべきである。

(2) 本試案の上記12(1)の規律においては、反対給付に関する差額償還処理を、受益者が金銭返還・価額償還をなすべき場合に限定して認めることを前提に、差額償還の対象を、逸出財産の価額と反対給付の価額との差額と捉えている。

しかしながら、上記(1)のとおり、受益者が逸出財産の現物返還をすべき場合も含めて債権者のイニシアチブで差額償還処理を選択できるものとする当弁護士会の立場からは、倒産法上の否認権と同様、差額償還の対象は、逸出財産の価額と、反対給付に関する受益者の権利のうち優先権を有する価額（すなわち、受益者に認められる特別の先取特権の被担保債権の額）との差額とすべきことになる。

2 ただし書の規律が妥当でない理由は、上記11(2)ただし書に関する理由と同じである。倒産法上の否認権と同様、債務者が隠匿等の処分の意思を有し受益者が悪意の場合でも、債務者の受けた反対給付又は当該反対給付によって生じた利益が債務者の財産中に現存するときには、当該現存利益の範囲内で、受益者の反対給付に関する権利の優先的確保が認められるべきであり、この場面では、受益者のイニシアチブにより逸出財産の価額と当該現存利益の価額の差額による差額償還処理が認められるべきである。

(2) 上記(1)の場合において、受益者が全額の返還又は償還をしたときは、受益者は、債務者に対し、反対給付の現物の返還を請求することができるものとする。この場合において、反対給付の現物の返還が困難であるときは、受益者は、債務者に対し、価額の償還を請求することができるものとする。

[意見]

- 1 前段については賛成する。
- 2 後段については反対する。受益者は、反対給付の現物返還の困難性の有無にかかわらず、現物返還請求と価額償還請求を選択的に行使できるものとする規律を明文化すべきである。

[理由]

- 1 上記11(1)前段に関する理由と同じである。
- 2 上記11(1)後段に関する理由と同じである。

(3) 上記(1)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、受益者は、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

倒産法上の否認権の合理的な規律を取り入れるものであり、妥当である。

13 転得者の前者に対する反対給付等

債務者がした受益者との間の行為が転得者に対する詐害行為取消権の行使によって取り消された場合において、転得者が前者から取得した財産を返還し、又はその価額を償還したときは、転得者は、受益者が当該財産を返還し、又はその価額を償還したとすれば前記10によって回復すべき債権又は前記11によって生ずべき反対給付の返還若しくは償還に係る請求権を、転得者の前者に対する反対給付の価額又は転得者が前者に対して有していた債権の価額の限度で、行使することができるものとする。

(注) このような規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方、詐害行為取消権を行使された転得者の前者に対する反対給付の全額の返還請求又は転得者が前者に対して有していた債権の全額の回復を無条件に認めるという考え方がある。

[意見]

反対する。「転得者は、受益者が逸出財産を返還し、またはその価額を償還したとすれば、前記10によって回復すべき債権または前記11によって生ずべき反対給付の返還または償還に係る請求権を無限定に行使することができるものとする」旨の規律が明記されるべきである。

[理由]

本試案においては、受益者に対して詐害行為取消しがなされたとすれば受益者が有したであろう反対給付に関する権利の全部または一部が行使されない結果、受益者に対する詐害行為取消しがなされた場合との比較において、転得者の負担で過剰な財産が債務者のもとに回復されることになって、妥当でない。そもそも、受益者の反対給付がある場合には、債務者の行為の詐害性の実質は、債務者が逸出財産と反対給付の差額の価値分を責任財産から減少させた点に求められ、この場合に取消債権者は、転得者を相手方として取消しをするときであっても、逸出財産と反対給付の差額の価値分を超えて、逸出財産の価値そのものを転得者に返還・償還するよう請求することはできないものと解される。したがって、上記意見に記載の規律が明記されるべきである。

なお、受益者が有したであろう反対給付に関する権利を行使するだけでは、転得者の前者に対する反対給付等の価額に満たないときには、転得者は前者に対してその不足分の支払を請求することができるものと解すべきであるが、この点については解釈に委ねるのが妥当である。

14 詐害行為取消権の行使期間

詐害行為取消しの訴えは、債務者が債権者を害することを知って詐害行為をした事実を債権者が知った時から2年を経過したときは、提起することができないものとする。詐害行為の時から〔10年〕を経過したときも、同様とするものとする。

[意見]

- 1 前段については賛成する。
- 2 後段については反対する。20年の除斥期間を維持すべきである。

[理由]

- 1 前段については、現行の判例法理を基本的に維持しつつ、行使期間を除斥期間ないし出訴期間と捉えるものであり、合理的なものであって妥当である。
- 2 後段では、長期の行使期間を10年に短縮することが提案されている。
しかしながら、現行法下において特段の弊害事例は知られていない。
また、不動産の近親者への譲渡等、長期間を経ても比較的容易に立証できる詐害行為もあり得るところであり、敢えて行使期間を短縮すべき必要性は認められない。
さらに、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、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り、他方、勤勉に被保全債権の時効中断をなした債権者には、要件を充足する限り取消権の行使が認められてよい。

第16 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) 同一の債務について数人の債務者がある場合において、当該債務の内容がその性質上可分であるときは、各債務者は、分割債務を負担するものとする。ただし、法令又は法律行為の定めがある場合には、各債務者は、連帯債務を負担するものとする。
- (2) 同一の債務について数人の債務者がある場合において、当該債務の内容がその性質上不可分であるときは、各債務者は、不可分債務を負担するものとする。

1 分割債務と連帯債務の発生原因の明確化

[意見]

(1)について、賛成する。

[理由]

明確化には賛成する。

なお、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。ただ、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る。）。この点、本試案は、連帯債務を不真正連帯債務の規律に合わせようとするもので、大きくは、分割債務と連帯債務の区分とし、連帯債務＝不真正連帯債務、不可分債務は性質上不可分のみで連帯債務の一種とするものと理解する。ただ、合意による連帯債務と、主観的な共同のない不真正連帯債務を同一視することには違和感がある。任意規定であるから当事者間の合意で別途定めれば足りるとの判断があるようであるが、どの範囲でのどのような合意を求めるのか、やはり不明確であり、現行法の定め合理性がある中、改正する必要性を感じない。

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る（不真正連帯債務については原則相対効）。

2 不可分債務の概念整理

[意見]

(2)について、反対する。

[理由]

あえて概念整理する必要はなく、反対である。連帯債務における絶対的効力事由を絞り込むことには、後述のとおり反対の点があり、相対的効力事由で規律される不可分債務との差異を残すべきことからすれば、合意による不可分債務の成立を否定する理由はなく、かかる概念整理の必要性はないと考える。現行法を維持することでよい。

2 分割債務（民法第427条関係）

分割債務を負担する数人の債務者は、当事者間に別段の合意がないときは、それぞれ等しい割合で義務を負うものとする。

分割債務の効力の明確化

[意見]

賛成する。

[理由]

特になし。

3 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等

(1) 履行の請求（民法第434条関係）

民法第434条の規律を改め、連帯債務者の一人に対する履行の請求は、当事者間に別段の合意がある場合を除き、他の連帯債務者に対してその効力を生じないものとする。

(注) 連帯債務者の一人に対する履行の請求が相対的効力事由であることを原則としつつ、各債務者間に協働関係がある場合に限りこれを絶対的効力事由とするという考え方がある。

[意見]

(1)について、反対する。(注)に賛成する。

[理由]

1 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等（総論）

総論として、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。

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。

2 履行の請求

履行の請求について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、協働関係があれば絶対的効力事由とする方向性が妥当であろう。

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。

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、民法（債権法）改正検討委員会編著『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ 契約および債権一般(2)』（商事法務、2009年）（以下、「詳解Ⅲ」という。）396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。

また、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、協働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、協働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）。

(2) 更改, 相殺等の事由 (民法第435条から第440条まで関係)

民法第435条から第440条まで (同法第436条第1項を除く。) の規律を次のように改めるものとする。

ア 連帯債務者の一人について生じた更改, 免除, 混同, 時効の完成その他の事由は, 当事者間に別段の合意がある場合を除き, 他の連帯債務者に対してその効力を生じないものとする。

イ 債務の免除を受けた連帯債務者は, 他の連帯債務者からの求償に応じたとしても, 債権者に対してその償還を請求することはできないものとする。

ウ 連帯債務者の一人が債権者に対して債権を有する場合において, その連帯債務者が相殺を援用しない間は, その連帯債務者の負担部分の限度で, 他の連帯債務者は, 自己の債務の履行を拒絶することができるものとする。

(注) 上記アのうち連帯債務者の一人について生じた混同については, その連帯債務者の負担部分の限度で他の連帯債務者もその債務を免れるものとするという考え方がある。

1 更改, 免除, 混同, 時効の完成等の絶対的効力事由の見直し

[意見]

(2)アについて, 反対する。いずれも現行法を維持することによい。

[理由]

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。更改, 免除, 時効の完成等の事由については, 現行法のとおりでよいと考える。

混同も相対的効力事由とすることになっているが, 混同については現行法を変更するとしても, 負担部分についてのみの絶対効とすべきであり ((注) にある考え方), 混同を生じた連帯債務者が, 負担部分を含む全額について他の連帯債務者に請求できるようにすべき理由はない。

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。

また, 当事者間に別段の合意があるときの「当事者間」につき, 「債権者と絶対的効力事由を及ぼしあう全ての連帯債務者との間」と説明されているが, 契約時に約定できる当事者間であればともかく, 例えば, 後日, 免除をする場合には, この限定は現実的ではない。免除をする債権者と免除対象の債務者の間で合意されるのが通常であり, かかる場合に, この規律は不合理である。

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。

概要の中では、判例上の不真正連帯債務に関する規律を原則的な連帯債務の規律として位置づけるとあるが、合意により連帯債務となる場合と共同不法行為の場合の不真正連帯債務は全く別物であり、後者の規律を前者の規律に合わせる積極的な理由を見出し得ない以上、現行法維持で十分である。

2 債務の免除の負担部分型絶対的効力事由の見直し

[意見]

(2)イについて、反対する。

[理由]

(2)アのとおり、現行法を維持することによい。

3 他の連帯債務者による相殺権の援用（弁済拒絶）

[意見]

(2)ウについて、賛成する。

[理由]

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）の方向性でよいと考える。

(3) 破産手続の開始（民法第441条関係）

民法第441条を削除するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

破産法に規定があり、削除でよい。

4 連帯債務者間の求償関係

(1) 連帯債務者間の求償権（民法第442条第1項関係）

民法第442条第1項の規律を次のように改めるものとする。

ア 連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、自己の負担部分を超える部分に限り、他の連帯債務者に対し、各自の負担部分について求償権を有するものとする。

イ 連帯債務者の一人が代物弁済をし、又は更改後の債務の履行をして上記アの共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、出えんした額のうち自己の負担部分を超える部分に限り、他の連帯債務者に対し、各自の負担部分について求償権を有するものとする。

(注) 他の連帯債務者に対する求償権の発生のために自己の負担部分を超える出えんを必要としないものとする考え方がある。

1 連帯債務者間の求償権（弁済の場合）

[意見]

(1)アについて、反対する。

[理由]

現行法における判例法理のままでよい。ここで不真正連帯債務における判例法理と同一にする必要性はない。「自己の負担部分を超える部分に限り」は削除すべきである。

2 連帯債務者間の求償権（代物弁済の場合）

[意見]

(1)イについて、反対する。

[理由]

(1)アと同様である。

なお、2人の連帯債務者のうち1名が連帯債務総額（例えば30万円）に満たない代物弁済目的物（例えば10万円）で全額の免責を得た場合、債権者が、20万円について絶対的な免除を行っているともみべきであり、この部分についての求償が生じることはないが、自己の負担部分（15万円）に満たない10万円の弁済（代物弁済）をした場合の他の連帯債務者への求償は、(1)アと同様に5万円となるのが合理的であり、「出えんした額のうち自己の負担部分を超える部分に限り」は、「出えんした額と共同免責額のいずれか少ない額の範囲内で」に修正すべきである。

(2) 連帯債務者間の通知義務（民法第443条関係）

民法第443条第1項を削除し、同条第2項の規律を次のように改めるものとする。

連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得た場合において、その連帯債務者が、他に連帯債務者がいることを知りながら、これを他の連帯債務者に通知することを怠っている間に、他の連帯債務者が善意で弁済その他共同の免責のための有償の行為をし、これを先に共同の免責を得た連帯債務者に通知したときは、当該他の連帯債務者は、自己の弁済その他共同の免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができるものとする。

[意見]

(2)について、反対する。

なお、補足説明において、判例法理の明文化の提案につき、(注)とはしないが、今後の検討対象とはなりうることから、さらなる検討を求める。

[理由]

1 民法第443条第1項の削除に反対する。事前通知義務は、これを廃止すべき積極的な理由を見出すことはできない。連帯債務者が自己の負担部分を超えて弁済するに当たって、実務上は、事前通知義務を意識することなく、他の連帯債務者への事前確認がなされているといえ、通知義務を課することが過大な要求であるとは解されない。

なお、この点、第17保証債務3(2)と同様の議論である。

2 また、本試案によれば、事後通知を怠ると弁済者に重大な不利益が生じることになるが、実務上、事後通知が徹底されているとは思われず、実務感覚に適合せず、妥当な提案とは思われない。むしろ最判昭和57年12月17日民集36巻12号2399頁の規律を明文化すべきである。すなわち、最判昭和57年12月17日の規律(連帯債務者の一人が弁済後通知をせずにいた間に他の連帯債務者が事前通知せずに弁済したときは、後者は、自己の弁済の有効なことを前者に主張し得ない)によれば、事後通知の懈怠により第一弁済者の弁済が無効とされ第二弁済者の弁済が有効とされる場面は、第二弁済者の事前通知に対し、第一弁済者が既に弁済がなされている旨を表明せず、第二弁済者がその旨を認識し得なかったという稀な場面に限られる。すなわち、現行判例の規律によれば、自己の負担部分の範囲内で弁済する弁済者は、積極的に事後通知をしなくても、他の弁済者の事前通知を受けて合理的に対応すれば、不利益を免れることになる。かかる判例の規律は、実務上、必ずしも事後通知が徹底されているものとも思われないこと(合意された弁済担当者が弁済をした場合に、直ちに他の連帯債務者に通知をしているとは思われない。また、例えば、連帯債務者の事後通知義務は保証人がある場合の主債務者に準用されているが、主債務者の破産管財人が配当を実施しても、配当を実施した旨をわざわざ保証人に通知していないものと思われる。)からも、実務に適合したものであると考えられる。むしろ、判例法理を明文化すべきである。

(3) 負担部分を有する連帯債務者が全て無資力者である場合の求償関係(民法第444条本文関係)

民法第444条本文の規律に付け加えて、負担部分を有する全ての連帯債務者が償還をする資力を有しない場合において、負担部分を有しない連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、負担部分を有しない他の連帯債務者のうちの資力がある者に対し、平等の割合で分割してその償還を請求することができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

明確化の方向でよい。

(4) 連帯の免除をした場合の債権者の負担（民法第445条関係）

民法第445条を削除するものとする。

[意見]

反対する。

[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。

5 不可分債務

(1) 民法第430条の規律を改め、数人が不可分債務を負担するときは、その性質に反しない限り、連帯債務に関する規定を準用するものとする。

(2) 民法第431条のうち不可分債務に関する規律に付け加えて、不可分債務の内容がその性質上可分となったときは、当事者の合意によって、これを連帯債務とすることができるものとする。

1 不可分債務の概念整理

[意見]

(1)について、反対する。

[理由]

あえて概念整理する必要はなく、反対である。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。現行法を維持することによい。

2 性質上可分となったときの連帯債務化

[意見]

(2)について、反対する。

[理由]

(1)と同様である。

6 債権者が複数の場合

(1) 同一の債権について数人の債権者がある場合において、当該債権の内容がその性質上可分であるときは、各債権者は、分割債権を有するものとする。

ただし、法令又は法律行為の定めがある場合には、各債権者は、連帯債権を有するものとする。

(2) 同一の債権について数人の債権者がある場合において、当該債権の内容がその性質上不可分であるときは、各債権者は、不可分債権を有するものとする。

1 分割債権と連帯債権の発生原因の明確化

[意見]

(1)について、賛成する。

[理由]

明確化には賛成する。

2 不可分債権の概念整理

[意見]

(2)について、反対する。

[理由]

あえて概念整理する必要はなく、反対である。現行法を維持することにより。

7 分割債権（民法第427条関係）

分割債権を有する数人の債権者は、当事者間に別段の合意がないときは、それぞれ等しい割合で権利を有するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

特になし。

8 連帯債権

連帯債権に関する規定を新設し、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 連帯債権を有する数人の債権者は、すべての債権者のために履行を請求することができ、その債務者は、すべての債権者のために各債権者に対して履行をすることができるものとする。
- (2) 連帯債権者の一人と債務者との間に更改、免除又は混同があった場合においても、他の連帯債権者は、債務の全部の履行を請求することができるものとする。この場合に、その一人の連帯債権者がその権利を失わなければ分与される利益を債務者に償還しなければならないものとする。
- (3) 上記(2)の場合のほか、連帯債権者の一人の行為又は一人について生じた事由は、他の連帯債権者に対してその効力を生じないものとする。

1 連帯債権の概念の導入

[意見]

(1)について、賛成する。

[理由]

明確化には賛成する。

2 連帯債権者の一人について生じた更改，免除，混同の効力

[意見]

(2)について，反対する。

[理由]

提案内容の不可分債権と同様の規定とすることには，反対する。連帯債権の概念を導入することには異議はないが，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。現行法における解釈のとおりでよい。

3 連帯債権者の一人について生じたその他の事由の効力

[意見]

(3)について，反対する。

[理由]

(2)と同様である。

9 不可分債権

- (1) 民法第428条の規律を改め，数人が不可分債権を有するときは，その性質に反しない限り，連帯債権に関する規定を準用するものとする。
- (2) 民法第431条のうち不可分債権に関する規律に付け加えて，不可分債権の内容がその性質上可分となったときは，当事者の合意によって，これを連帯債権とすることができるものとする。

1 不可分債権の概念整理

[意見]

(1)について，反対する。

[理由]

あえて概念整理する必要はなく，反対である。現行法を維持することにより。

2 性質上可分となったときの連帯債権化

[意見]

(2)について，反対する。

[理由]

(1)と同様である。

第 17 保証債務

1 保証債務の付従性（民法第 448 条関係）

保証債務の付従性に関する民法第 448 条の規律を維持した上で、新たに次のような規律を付け加えるものとする。

- (1) 主たる債務の目的又は態様が保証契約の締結後に減縮された場合には、保証人の負担は、主たる債務の限度に減縮されるものとする。
- (2) 主たる債務の目的又は態様が保証契約の締結後に加重された場合には、保証人の負担は、加重されないものとする。

[意見]

- 1 (1)について、賛成する。
- 2 (2)について、賛成する。

[理由]

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 主たる債務者の有する抗弁（民法第 457 条第 2 項関係）

民法第 457 条第 2 項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 保証人は、主たる債務者が主張することができる抗弁をもって債権者に対抗することができるものとする。
- (2) 主たる債務者が債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、これらの権利の行使によって主たる債務者が主たる債務の履行を免れる限度で、保証人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができるものとする。

[意見]

- 1 (1)について、賛成する。
- 2 (2)について、賛成する。

[理由]

- 1 (1)について、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 (2)について、抗弁権説を採ることについては、学説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。

3 保証人の求償権

(1) 委託を受けた保証人の求償権（民法第 459 条・第 460 条関係）民法第 459 条及び第 460 条の規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

ア 民法第 459 条第 1 項の規律に付け加えて、保証人が主たる債務者の委託を受けて保

証をした場合において、主たる債務の期限が到来する前に、弁済その他自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をしたときは、主たる債務者は、主たる債務の期限が到来した後に、債務が消滅したときに利益を受けた限度で、同項による求償に应ずれば足りるものとする。

イ 民法第460条第3号を削除するものとする。

1 委託を受けた保証人による期限前弁済の場合の保証人による求償の時期及び範囲

[意見]

(1)アについて、賛成する。

ただし、(1)アは、委託を受けた保証人に限定する理由はなく、「保証人が保証をした場合において…」と記載すれば足りるというべきである。

[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可能と解すべきである。

これは保証人保護の観点からも不当ではない。

委託を受けた保証人による期限前弁済の場合の保証人による求償の時期については、保証人による事後求償権の範囲を、委託を受けない保証人の事後求償権の範囲と同様のものにとどめるべきであるとの見解（事後求償権が認められる範囲を、委託を受けた保証人が期限前弁済等をしたときに主債務者が利益を受けた限度（民法第462条第1項参照）にとどめるべき）に従うものであり、賛成する。

委託を受けた保証人による期限前弁済の場合の保証人による求償の時期については、判例法理を明文化するものであり、反対する理由はない。

なお、委託を受けない保証人による期限前弁済の場合についても、同様の規律が適用されるべきである。

したがって、(1)アについては、単に、「保証人が保証をした場合において、主たる債務の期限が到来する前に、弁済その他自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をしたときは、主たる債務者は、主たる債務の期限が到来した後に、債務が消滅したときに利益を受けた限度で、同項による求償に应ずれば足りるものとする。」との規定を設けるべきである。

2 民法第460条第3号の削除

[意見]

(1)イについて、賛成する。

[理由]

民法第460条第3号所定の場面は、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分かって保証しているのに、保証契約後10年経過しただけで事前求償権を行使

できるとする合理的理由はない。

また、終身定期金債務の保証の場合には主債務の額が定まらないとの問題もあり、本号を残置する必要はない。

なお、債権者が主債務者に対する債権の回収を著しく怠ったに保証人を免責するとの考え方を取らず、委託を受けた保証人の事前求償権に関する規定を削除しないことに賛成である。

(2) 保証人の通知義務

民法第463条の規律を次のように改めるものとする。

ア 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、保証人が弁済その他自己の財産をもって主たる債務者にその債務を免れさせる行為をしたにもかかわらず、これを主たる債務者に通知することを怠っている間に、主たる債務者が善意で弁済その他免責のための有償の行為をし、これを保証人に通知したときは、主たる債務者は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができるものとする。

イ 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、主たる債務者が弁済その他自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をしたにもかかわらず、これを保証人に通知することを怠っている間に、保証人が善意で弁済その他免責のための有償の行為をし、これを主たる債務者に通知したときは、保証人は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができるものとする。

ウ 保証人が主たる債務者の委託を受けずに保証をした場合（主たる債務者の意思に反して保証をした場合を除く。）において、保証人が弁済その他自己の財産をもって主たる債務者にその債務を免れさせる行為をしたにもかかわらず、これを主たる債務者に通知することを怠っている間に、主たる債務者が善意で弁済その他免責のための有償の行為をしたときは、主たる債務者は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができるものとする。

1 「委託を受けた保証人」の事前通知義務を廃止することの可否及びこれを廃止する場合、事後通知に関する主債務者及び保証人保護のあり方

[意見]

(2)ア、イについて、委託を受けた保証人の事前通知義務を廃止すること及びこれを廃止する場合の事後通知制度の在り方についての提案に反対する。

現行法の事前通知制度・事後通知制度（及び最判昭和57年12月17日）の規律を維持すべきである。

[理由]

(1) 前記第16、4(2)と基本的に同様である。

本試案は、現行法における取扱いを根本的に変更するものであるが、十分な議論が尽

くされておらず疑問も多いことから、現行法（及び判例法理）を維持すべきである。

すなわち、現行法及び判例法理における実質的ルールは、主債務者による主債務の弁済にあたっては、事前、事後の通知はともに不要であり、保証人による保証債務の弁済については、事前、事後の通知はともに必要である、というものである。

これに対し、本試案の規律は、「連帯債務者の1人が弁済その他の免責の行為をするに先立ち他の連帯債務者に対し民法第443条第1項の通知をすることを怠った場合は、既に弁済その他により共同の免責を得ていた他の連帯債務者に対し、同条2項の規定により自己の免責行為を有効であるとみなすことはできない」として、事後通知を怠っても、その後の弁済者が事前通知を怠っているときは、後の弁済が有効とみなされることはないとする判例（最判昭和57年12月17日民集46巻12号2399頁）を変更するものである。

- (2) 同一の債務を負う複数の債務者のうち本来その者が支払うべき部分を支払う場合は、当該弁済者は、当然のことをするまでであるから事前も事後も通知を義務付けられないということが合理的である。

主債務者が債権者に対し相殺権等を有する場合、保証人は、前記2「主たる債務者の有する抗弁」における意見のとおり、主債務者が有する相殺権等を直接援用することはできず、債権者に対し履行を拒絶できるととどまり、最終的に抗弁権を行使するか否かは主たる債務者の判断が尊重されるべきである。

このように主債務者が相殺権等をいつどのように行使するかについてはその意思が尊重されるべきであるところ、主債務者が相殺権等を有しているために弁済期の到来した債務を履行しないでいる場合に、何らの通知もなく保証人が保証債務を履行した結果、主債務者が有していた相殺権等を主張できなくなるというのは主債務者にとって酷である。

- (3) これに対し、保証人が、本来的にはしなくてもよいはずのイレギュラーな保証債務を履行するにあたって、事前に、主債務者に連絡を取り、主債務者の債務の履行状態や信用状態を問い合わせることは自然であるし、支払った後にはいずれ求償するのであるから事後通知を義務付けても酷ではない。

理論的にも委託を受けた保証人は、主たる債務者に対して善管注意義務を負うのであって、これを怠り事前通知をしない場合には主たる債務者に対し債務不履行の責めを負担すべきである以上（民法第644、第697条）、現行法の規律に不都合はない。

- (4) したがって、現行法の規律は極めて合理的であり、維持されるべきものと考えられる。これに対し、本試案の規律は、競合した支払がなされたときには、基本的に、事後通知の先後で有効弁済者を決しようというものにはほかならず、本来支払うべき者が弁済する場合か否かの観点が捨象されていて、実務感覚に適合しない。

例えば、主債務者が自らの債務を履行した後に、わざわざ保証人に対し、その旨を通知する慣行があるとは考えられないし、また特に約定返済を継続している過程において、主債務者が保証人に対し逐次その旨通知することは煩瑣であり、一般的とはいえない。

また、主債務者が破産手続開始決定を受け、破産管財人が債権者に対し配当を行う場面において、本試案の規律を採用した場合、破産管財人は保証人に対し主債務を弁済した旨通知すべきこととなり、これを破産管財人が怠った場合、後に保証人が保証債務を弁済等し、破産管財人に事後通知を行えば、保証人は破産管財人に自己の弁済を有効であると主張できることとなる。

しかし、破産管財人がかかる事後通知を行っているケースは稀であると思われるし、そもそも破産管財人は委託を受けた保証人の存在を正確に知らないこともある。

- (5) 以上から、現行法（及び判例法理）（ないしはより直截に、主債務者には事前・事後の通知を義務付けず、保証人に対してのみ、事前及び事後の通知を義務付ける。）を維持すべきである。

2 委託を受けないが、主債務者の意思に反しない保証人の事前通知義務を廃止することの可否及びこれを廃止する場合の、事後通知に関する主債務者及び保証人保護のあり方

委託を受けず、かつ主債務者の意思にも反する保証人の事前通知義務及び事後通知制度を廃止することの可否

[意見]

(2) ウについて、委託を受けない保証人の事前通知義務を廃止すること及びこれを廃止する場合の事後通知制度の在り方についての提案に反対する。

委託を受けないで保証をした場合（主たる債務者の意思に反して保証をした場合を含む）についても、委託を受けた保証人の場合と同様、民法第443条第1項を準用すべきである。

[理由]

- (1) 民法第463条第1項は、連帯債務者間の事前通知について規定する同法第443条第1項を保証人について準用している。この趣旨は、保証人が弁済等をしようとするときに、主債務者への事前通知を義務付けることによって、主債務者が債権者に対抗することのできる事由を有している場合にそれを主張する機会を与えようとする点にある。

ところが、委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人については、その求償権の範囲が、主債務者が「その当時利益を受けた限度」（民法第462条第1項）にとどまるとされているところ、委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人は、主債務者に対する事前の通知を怠ったかどうかにかかわらず、その保証債務の弁済等をした当時、主債務者が債権者に対抗することのできる事由を有していた場合には、その事由に係る分の金額について求償をすることができないことになる。そうすると、委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人については、事前通知を義務づける意義が乏しい、として部会資料36によれば、委託を受けないが主債務者の意思に反しない保証人による事前通知の制度を廃止し、事後の通知制度のみを残すことが提案されたとのことである。

- (2) この点、現行法において、事前通知を義務づける意義が乏しいことに異論はなく、委託を受けない保証人の事前通知義務を規定として廃止することも不合理とは言い切れな

い。

しかし、委託を受けない保証人による弁済の場面においても、保証人に対し事前通知義務を課すことは酷ではなく、また事前通知を受けた際に、主たる債務者が、債権者に對抗できる事由を有していることを告げない場合にまで、保証人の求償を拒むことが妥当であるかは、価値判断として疑問もある。

そこで、分かりやすい民法との観点からも、委託を受けない保証人による期限前弁済についても、第462条第1項、第463条第1項、第443条第2項を改め、事前通知制度をあえて明文化すべきである。

4 連帯保証人に対する履行の請求の効力（民法第458条関係）

連帯保証人に対する履行の請求は、当事者間に別段の合意がある場合を除き、主たる債務者に対してその効力を生じないものとする。

（注）連帯保証人に対する履行の請求が相対的効力事由であることを原則としつつ、主たる債務者と連帯保証人との間に協働関係がある場合に限りこれを絶対的効力事由とするという考え方がある。

[意見]

連帯保証人に対する履行の請求の効力を相対的効力とすることに賛成する。

注記の考え方には反対する。

[理由]

(1) 連帯保証人は、債権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を請求したからといって主債務者が時効の利益を失うのは妥当でない。

したがって、連帯保証人の1人に対して履行を請求しても、主債務者に対してその効力を生じない、とする提案は妥当である。

(2) この考え方に対しては、補足説明にあるとおり、①主債務者が行方不明になった場合に主債務について履行の請求の効力を及ぼすことが難しくなる、②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でも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、との批判がある。

しかし、①については、債権者が保証人に対し履行請求訴訟を提起するのとあわせて主債務者に対しても訴訟提起することはさして困難ではなく、むしろ原則というべきである。そのうえで訴訟提起後、行方不明である主債務者に対する送達を公示送達の方法により行うことは、債権者にとって過大な負担ではないというべきであって、債権者の便益のみを重視すべきではない。

②については、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。

連帯保証人としては、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、時効の中断効が生じないのであれば、債権者に弁済しない可能性もある。

また本試案は、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を否定するものではなく、かかる特約を締結することにより実務の混乱を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ることは妥当でないと考える。

(3) 注記の別案について

連帯債務における議論の場合と異なり、上記に反して殊更保証人に対する履行請求に絶対効を認めるべき場面は想定しがたい。あえて「協働関係」という抽象的な要件により絶対効を認める場を規定すべきとの提案には反対する。

5 根保証

- (1) 民法第465条の2（極度額）及び第465条の4（元本確定事由）の規律の適用範囲を拡大し、保証人が個人である根保証契約一般に適用するものとする。
- (2) 民法第465条の3（元本確定期日）の規律の適用範囲を上記(1)と同様に拡大するかどうかについて、引き続き検討する。
- (3) 一定の特別な事情がある場合に根保証契約の保証人が主たる債務の元本の確定を請求することができるものとするかどうかについて、引き続き検討する。

1 平成16年改正民法による貸金等根保証契約に関する規律のうち極度額及び元本確定事由に関する規律を個人が保証人である根保証契約一般に拡大することの可否

[意見]

(1)について、賛成する。

[理由]

- (1) 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。

極度額や確定事由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。

このような状況の下、平成16年改正民法による貸金等根保証契約に関する規律のうち極度額及び元本確定事由に関する規律を個人が保証人である根保証契約一般に拡大することは、当会の平成23年7月28日付け『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、日弁連平成24年1月20日付け「保証制度の抜本的改正を求める意見書」（以下「日弁連意見」という。）、近畿弁護士会連合会平成24年11月30日付け「個人保証の原則的な廃止と保証業法の制定を求める決議」（以下「近弁連決議」という。）及び当会平成25年3月27日付け「個人保証の原則廃止等を求める意見書」に沿うものである。

したがって、貸金等根保証契約に関する制限（(1)極度額、(2)確定事由）は、個人が保証人となる根保証契約一般に拡大すべきである。

- (2) 民法第465条第4項の元本確定事由には、主債務者または保証人の破産手続開始、主債務者または保証人の死亡があげられている。

この点、貸借の保証の場合において、借主が自己破産したとしても、家主に対する賃料は延滞させず、破産の事実を告げないことが多く、家主の全く知らないところで保証債務が確定し、保証人に対する責任追及ができない貸借となる可能性があること、また借主または保証人の破産によっても、家主から貸借を終了させることは必ずしも容易ではないことなどを理由に、借主または保証人の破産によっても保証債務は確定しないとの実務を変更する上記の提案に対する批判もある。

しかし、保証人保護の観点からは、主債務者または保証人の破産手続開始、主債務者または保証人の死亡という重大な事情の変更が生じたとすれば、以後の債務について保証人は責任を負わないというべきであり、債権者側の事情のみをもって保証人の責任を加重することは許されないというべきである。

2 平成16年改正民法による貸金等根保証契約に関する規律のうち元本確定期日に関する規律を個人が保証人である根保証契約一般に拡大することの可否

[意見]

(2)について、民法第465条の3（元本確定期日）の規律の適用範囲を上記(1)と同様に拡大することに賛成する。

[理由]

- (1) 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は、貸金等根保証契約に限られない。

元本確定期日の規律を根保証契約一般に適用しないとした場合、確定事由が生じない限り、保証人はいつまでも保証人の地位に置かれることとなり、保証人にとってその負担はあまりに大きく、適用範囲の拡大に賛成する。

- (2) この点、民法第465条の3（元本確定期日）の規律を保証人が個人である根保証契約一般に適用することについては、元本確定期日の管理をする債権者の負担が大きくなるとして反対する意見もあるが、保証人保護の観点からして、保証人を確保することにより利益を受ける立場にある債権者に一定程度の負担を課すことはやむを得ないと考えられる。

- (3) 補足説明では、①中小企業に対して発行するクレジットカードの場合には代表者との間で根保証契約を締結するのが通常であり、甲案の規律を採用した場合、元本確定期日が到来するたびに根保証契約を締結し直さなければならぬこととなるのは、中小企業にとっても利便性を損なう、②信販会社と加盟店間のクレジットカードの取扱いに関する加盟店契約においては、当該加盟店の代表者との間で根保証契約を締結することが多いところ、その根保証契約は主として加盟店が健全なクレジット取引を阻害

する行為をした場合における信販会社に対する損害賠償債務等を保証するものであるから、極度額や元本確定期日の設定にはなじまないとの批判が紹介された。

この点、①については、通常、信販会社がクレジットカードを発行するに際しては、カードに有効期限を設定しており、それと同様に、信販会社において元本確定期日の管理を行うことは困難ではない。

またカードの発行を受ける企業の代表者の利便性については、従来から中小企業が金融機関から借り入れ等を行う場合、その代表者が金融機関との間で根保証契約を締結していることが多い。

しかし、平成16年改正により民法465条の2以下の規律が設けられたことにより、このような中小企業の代表者は金融機関との間で元本確定期日が到来する毎に根保証契約を締結し直しているが、これに伴う事務負担により中小企業の金融の利便性が損なわれているといった批判はおよそ聞かれない。

したがって、信販会社が中小企業に対し発行するクレジットカードに対する代表者の根保証契約があることは、根保証契約一般に元本確定期日に関する規律を適用するとの提案に対する批判とならないというべきである。

②については、信販会社が加盟店と締結する加盟店契約は、通常無期限の契約とされておらず、一定期間の満了をもって終了するとされた上で更新条項が設けられていることが多いと考えられる。したがって信販会社としては、加盟店契約の継続の可否の判断とあわせ元本確定期日の管理を行うことは容易であり、元本確定期日の設定になじまないとの批判は当たらないと思われる。

3 特別の元本確定請求権（特別解約権）の当否

[意見]

一定の特別な事情がある場合に根保証契約の保証人が主たる債務の元本の確定を請求することができるものとするに賛成する。

具体的には、

「(特別の元本確定請求)

根保証人は、根保証契約締結後に、次の各号に掲げる事項のいずれかに著しい事情の変更があった場合には、保証すべき債権の元本の確定を請求することができる。

- 一 主たる債務者と保証人との関係
- 二 主たる債務者と債権者との関係
- 三 主たる債務者の資産状態

四 前各号に掲げるもののほか、保証人が根保証契約を締結した基礎となった事情」
との条文を設けるべきである。

[理由]

(1) 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）の規律を設けることが妥当である。

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。

また特別の元本確定請求権は、保証人となる者の主体によって限定する必要はない。

- (2) 特別の元本確定請求権（特別解約権）が認められるための要件となる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い、またこれを認めるとしても元本確定期日に関する制限が設けられている貸金等根保証契約のみを対象とするのか、それ以外も対象とするのかも検討する必要があるとの指摘がある。

確かに、特別解約権が認められるための要件を条文化することは容易ではない。

この点、平成16年改正法の施行によって、貸金等根保証契約については元本確定期日に関する制限が設けられ、保証人の責任が明確化された結果、従前と同様に特別の元本確定請求権を認める必要はなくなったとする見解もある。

かかる見解は、補足説明にても紹介された参議員法務委員会での附帯決議にも反するものであり、かつ、従前認められるとされてきた特別の元本確定請求権は信義則による事情変更の原則の表れとされるものであって、平成16年民法改正によって信義則が適用されることがなくなったとすることは不当であることから、受け入れることはできない。

ただし、上記のとおり、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、そもそも特別の元本確定請求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、元本確定請求が有効であるか否か判断に迷う場合も多いことも確かである。

したがって、特別の元本確定請求権について、その要件を可能な限り明らかにすることは、債権者・保証人双方にとって予測可能性が確保されることとなり、国民にとって分かりやすい民法を作るとの観点からも、明文化することを安易に放棄すべきではない。

- (3) 仮に、第三者である個人の根保証を認めるとした場合において、当該第三者と借入人の関係が著しく変動した場合、あるいは法人の代表者の根保証において、当該代表者が主たる債務者の経営から離れた場合にまで、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。

本試案においても、個人保証は経営者によるものを除き原則として無効とすることが検討されているところ、その趣旨からすれば法人の経営から外れた元代表者等が根保証人となっていた場合、当該元代表者等には特別の元本確定請求権が認められるべきである。

このほか、法人が根保証を行う場合においても、当該保証した法人と借入人の関係が著しく変動した場合、例えば保証契約当時は資本関係があったものの、その後、企業買収等により両社の関係が変動した場合に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は、個人保証の場合と変わらない。

したがって、法人が保証人となる場合においても特別の元本確定請求権を認めるべきと考える。

なお、信用保証協会等保証を業とする法人が保証人となる場合には、特別の元本確定請求権を認める必要性はなく、またこれを認めることは不合理であるが、このような場合には、債務者と保証人の関係からして特別の元本確定請求権が認められることはほとんどなく、実務に不当な影響を及ぼすことはないと考えられる。

4 その他の検討事項～元本確定前における保証債務の履行請求及び元本確定前における保証債務の随伴性

[意見]

本試案においてはその他の検討事項として記載されるにとどまり、論点として取り上げられていないが、以下の規定を設けるべきである。

債権者のイニシアチブにより元本を確定させる制度（債権者による元本確定請求を認める、または債権者による保証債務履行請求を元本確定事由とする、等の制度）を設けることを前提に、元本確定前の保証債務の履行請求及び保証債務の随伴性を否定すべきである。

[理由]

(1) 最判平成24年12月14日は、現行民法の貸金等根保証契約に該当しない根保証契約の解釈として、元本確定期日前の保証債務の履行請求及び保証債務の随伴性を認めることを原則とする旨を明らかにした。

他方、貸金等根保証契約に関する現行民法の解釈論としては、貸金等根保証契約規制が設けられた平成16年改正の当初より、元本確定期日前の保証債務の履行請求及び保証債務の随伴性の肯否について議論が生じている。

(2) ただし、理論構成はともかく、少なくとも次の結論についておおむね争いはなく見解は一致しているように思われる。

① 債権者が、元本確定期日より前に、保証債務履行請求をすることが認められるべきこと

債権者は、保証期間（または主債務が発生する基本関係）が終了したときにはじめて保証債務の履行請求をすることができるとするのが、根保証の制度趣旨にも当事者の合理的意思にも適するとする我妻榮『新訂債権総論』475頁の見解（以下、「我妻説」という。）は、少なくとも近時の議論では支持されていない。

② 保証人が保証債務を履行したときは、その履行額の限度で極度額が減少すること

民法の極度額規制は、保証人が根保証契約に基づいて負う一切の責任の上限を明確化することにより根保証人を保護するにあることからすれば、最終的に、極度額を超えた根保証債務の履行を強制されうるような考え方は妥当でない。

③ 元本確定期日前に債務者の信用力が低下し、債権者が保証人に保証債務の履行を求める事態に至ったにもかかわらず、極度額の残り枠が存していることを奇貨として、保証人の資力を目当てに、債権者が主債務者への新たな貸付け等を行なうことが望

ましいものではないこと。

上記①及び②の帰結は、元本確定前の保証債務履行請求につき積極説に立ちつつも、保証債務の履行額の限度で当該根保証契約の極度額が減少するとの考え方を採用すればこれらを導くことができるところであるが、③の帰結は直ちには導かれず、債権者の保証人に対する説明義務や信義則、権利濫用の法理などによって個別に対応されざるを得ないことになる。これに対し、元本確定前の保証債務履行請求につき消極説に立ったとしても、債権者のイニシアチブによる元本確定を認める考え方（債権者による元本確定請求を認める、債権者による保証債務履行請求を元本確定事由とする、等の考え方）を採ることができるならば、①の帰結を導くことができ、さらに②のみならず③の帰結をも導かれることになる。もっとも、現行民法の条文を前提とすると、法解釈論として、債権者のイニシアチブによる元本確定を認めるのはかなり困難であることは否定できず、これが、後者の見解を採用することのハードルとなっているといえる。

(3) かかる議論状況を踏まえるならば、新たな民法に、債権者のイニシアチブによる元本確定の制度を設けることを前提に、元本確定前の保証債務履行及び保証債務の随伴性を否定する規律を設け、事実上異論のない上記①～③の帰結を導くことができるようにすべきであり、上記各論点は積極的に取上げられ、かかる消極説の規律が提案されるべきである。

(4) なお、部会資料35、第2、7(2)ア及びイには、甲案として消極説の考え方が紹介されているものの、この考え方は、債権者のイニシアチブによる元本の確定を認める前提が採られておらず、上記我妻説を紹介するものと理解されるが、上記のとおり、我妻説そのものは現在支持されていないというべきであり、検討対象として適切ではない。

また、判断が示されてから日の浅い上記最判の考え方と異なる立場で改正検討を行なうことの当否も問題となりうるが、最判は、貸金等根保証契約に該当しない根保証の契約解釈論に関わるものであり、貸金等根保証契約に関する民法の解釈とは直接関係しないといえるし、また、最判は、債権者のイニシアチブによる元本の確定を認める制度を欠く現行法を前提として契約解釈論として積極説を採用したに過ぎず、立法論として消極説に立つ前提として、かかる元本確定制度を設ける議論をすることは何ら妨げられていないともいうべきである。

6 保証人保護の方策の拡充

(1) 個人保証の制限

次に掲げる保証契約は、保証人が主たる債務者の〔いわゆる経営者〕であるものを除き、無効とするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 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）が含まれる根保証契約であって、保証人が個人であるもの

イ 債務者が事業者である貸金等債務を主たる債務とする保証契約であって、保証人が個人であるもの

1 個人保証の制限

[意見]

- (1) (1)ア及びイに掲げる保証契約を原則として無効とする方向で検討することは評価されるべきが、中間試案の内容では、債務者が消費者である場合や貸金等債務以外の債務を主たる債務とする場合には依然として個人保証が許容されるどころ、このような場合にも深刻な保証被害は発生しており、いまだ不十分な面があると言わざるを得ない。

したがって、個人保証は原則として廃止し、例外はいわゆる経営者保証等極めて限定的なものに限るものとすべきである。

仮に中間試案の方向で検討するとしても、上記6(1)イは、概要にあるとおり、「債務者が事業者である債務一般を主たる債務とする保証契約であって、保証人が個人であるもの」にその範囲を拡大すべきである。

- (2) 例外として許容される「経営者」の定義は、

「主たる債務者が法人その他の団体である場合において、当該団体の代表権を有する者ならびに、直接または間接に当該団体の総株主ないし総社員等の議決権の過半数を有する者」

とすべきである。

[理由]

- (1) 個人保証を原則として廃止すべき必要性

ア 保証契約のうち特に個人が保証人となる場面の特質は、その情宜性・無償性・軽率性・未必性・結果の不可視性等にある。

そのため、個人保証については、保証の危険を認識していなかった保証人が、突然あるいは忘れた頃に、予期せぬ多額の保証債務の履行を求められ、親族や知人らを巻き込んだ生活破壊、人間関係崩壊に追い込まれる深刻な事例が後を絶たない。

これに対して、裁判実務は、真意ではなく又は過大な保証契約を締結した保証人の保護について、錯誤論や信義則違反、公序良俗違反、権利濫用等の一般原則による救済を指向しているが、残念ながら現状十分な保護が図られているとは言い難い。

イ 保証債務や第三者の債務の肩代わりは、自己破産や個人再生の申立ての主要な原因の一つとなっており、保証人とその家族の生活基盤を破壊している。例えば、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編「2011年破産事件及び個人再生事件記録調査」によれば、破産の約19パーセント、個人再生の約9パーセントが保証等を原因としている。

ウ また、内閣府の公表によれば、平成24年の自殺者（自死者）はようやく年間3万人を下回ったとはいえ、それまで10年以上の長期にわたって、自殺者（自死者）は年間3万人を超えており、その主要な原因・動機の一つは、経済・生活問題である。

経営者が倒産するにあたって最も心配することの一つは、保証人への影響である。また生活破綻に陥った保証人が自殺（自死）する事例や、主債務者が他の保証人に迷惑をかけることを苦に自殺（自死）する事例も含まれている。このような保証被害は、個々人の問題ではなく、もはや社会問題である。

エ 東日本大震災後に運用が開始された「個人債務者の私的整理に関するガイドライン」でも、保証債務については、「主たる債務者が通常想定される範囲を超えた災害の影響により主たる債務を弁済できないことを踏まえ」、原則として個人の保証人に対する保証履行を求めないとしている。このような考慮も、予期せぬ債務の履行を迫られることによる保証人の負担の深刻さが背景にあるものと考えられる。

オ 当会は、2011年（平成23年）7月28日付の『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に対する意見書において、このような深刻な被害と社会的損失を発生させている個人保証を原則として廃止するとともに、保証人の保護の充実強化を求めた。

また日弁連意見書及び近弁連決議においても同様の意見が表明されている。

(2) 形成されつつある金融実務

中小企業庁は、個人保証の弊害なども考慮し、信用保証協会が行う保証制度について、2006年度（平成18年度）に入ってから信用保証協会に対して保証申込を行った案件については、経営者本人以外の第三者を保証人として求めることを原則禁止した。

金融庁も、2011年（平成23年）7月以降、「主要行等向けの総合的な監督指針」及び「中小・地域金融機関向けの総合的な監督指針」の中で、「事業からのキャッシュフローを重視し、担保・保証に過度に依存しない融資の促進を図る」、「経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないことを原則とする融資慣行を確立する」ことを求めている。

また、中小企業庁は、不動産担保によらない保証・融資を推し進め、信用保証協会は、在庫や売掛債権を担保とした融資を推進するべく「流動資産担保融資（ABL）保証制度」を実施している。東日本大震災の被災地の金融機関の間でも、津波被害等で土地評価額が下がる中、新たな融資手法で企業の資金需要に応えるべく、設備や在庫などを担保に資金を貸す流動資産担保融資の活用が広がっている。

そして、不動産担保や個人保証に過度に依存した資金調達手法を見直すべく、動産の譲渡と債務者不特定の将来債権の譲渡についても、登記による対抗要件具備を可能とする法整備が動産・債権譲渡特例法によって行われている。

なお、法制審議会民法（債権関係）部会において2011年（平成23年）にまとめられた「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対するパブリックコメントでも、個人保証については原則廃止すべきであるとの多くの意見が寄せられている。他方、全国銀行協会がパブリックコメントに提出した意見においても、経営者保証の必要性を強調しつつ、「企業金融の保証の際には、経営者やオーナー等の内部関係者以外の第三者の個人保証を取ることは銀行としても原則抑制して対応している。」と述べられており、経営者保証以外の個人保証を原則禁止しても銀行の融資業務に重大な支障を来す

ことはない。

以上のとおり、金融実務においては、第三者保証人を徴求することが原則として禁じられるとともに、人的保証に頼らない実務慣行が確立されつつある。

(3) 個人保証が例外的に許容される範囲

ア 市民社会の基本法である債権法の改正にあたって、保証制度が例外的に許容されるのは、自己の信用を補う手段として現在の実務において重要な機能を現に有し、かつ、直ちに廃止することによる社会的弊害が大きい場合に限るべきである。

イ 例えば、法人代表者等の経営者保証については、中小零細企業のディスクロージャーの脆弱さ、企業と経営者の資産の分離の不十分さ、債務者のモラル維持などの観点から、現時点においては、経営者による事業者財産の混同や隠匿等に債権者が対応するための手段としての実務上の要請を踏まえ、経営者に事業債務の個人保証をさせることの社会的必要性、有用性は、現状では一概に否定し得ない。

経営者保証がなされる場合については、経営者たる保証人は、主債務者の経営状況を熟知したうえで保証契約を締結しているのだし、また、当該保証人が主債務者である事業者を、経営者として適切にコントロールしうる立場・権限を有していることからすれば、保証契約に基づき、主債務者の債務不履行に基づく責任を経営者個人が負う結果となったとしても、直ちにこれを無効とすべきほどには不当であるとはいえないともいえる。

このように経営者による保証が実務において重要な機能を有していることは否定できず、かつ、直ちに廃止することによる社会的な弊害が小さくないと言えることから、今回の債権法改正においては、個人保証が例外的に許容され得るものといえる。

もっとも経営者保証も、自殺の原因となっており、また、事業再建可能な早期の段階で民事再生等の再建型法的倒産手続申立てをすることを躊躇させ、中小企業の再チャレンジの阻害要因となっているとの指摘もあるところであって、将来的には、見直しを検討すべきである。

なお例外として認められる「経営者」の定義については後述のとおりである。

ウ 経営者保証以外に例外的に個人保証を認める範囲として、居住用賃貸借の保証や入院診療契約、高齢者施設利用契約、奨学金給付契約、営業とは無関係の個人間の消費貸借の保証等を指摘する意見もある。

しかし、これらの契約においても、被害の深刻さを踏まえた保証被害の予防と根絶の要請はあることから、例外の範囲を決定するにあたっては、本当に個人保証がないと住居が借りられないのか、個人保証を廃止して住まいの確保に支障がない仕組みが構築できないかなどといった個人保証の例外の必要性を具体的に検討した上で、個人保証を認める範囲を限定する趣旨を踏まえ、例外が過度に広がらないよう配慮する必要がある。

エ また仮に中間試案の方向で検討するとしても、主債務者が事業者である場合に、経営者を除く個人による保証が一律に禁止されることによる弊害を危惧する議論は存在

せず、主債務の種類を貸金等債務に限定せずに保証を禁止することは、あまり異論はないと思われる。

また理論的にも、消費者たる保証人が事業者たる主債務者から委託を受けて事業者たる債権者に対し保証する場合（保証契約も保証委託契約も消費者契約に該当する場合）を前提とすると、債権者が、デフォルトルールでは自ら負担すべき主債務者の債務不履行時のリスクを、主債務者の働きかけに基づく保証の意思形成に問題が多いことに乗じて保証人に転嫁することは、信義則に反して消費者たる保証人の利益を一方的に害するものといえる。したがって、かかる場合に、消費者の事業者に対する保証債務を定める条項は、消費者契約における不当条項（消費者契約法第1条、第10条参照）として、無効と解することも考えられよう。

したがって、上記6(1)イについては、少なくとも、貸金等債務に限定せず、主債務者が事業者である場合の個人保証一般を無効とすべきである。

オ さらに、今般の債権法改正において例外として許容されるものについても、個人保証に依存しない実務慣行の確立に向けた努力を行う必要があり、また、その確立は可能であると考えられる。

(4) 「経営者」概念について

ア 例外として個人保証が認められることとなる「経営者」の範囲をどのように規定すべきかは問題である。

この点、立法例として「経営者」の定義を置かない法律も、税法などの場面においてみられることから、定義を設けずに解釈に委ねるとの考えもある。

しかし、分かりやすい民法とするとの考えからすれば、安易に定義を条文化することを放棄すべきではない。

イ 「経営者」の定義については、日弁連意見や平成24年3月27日付当会民法改正問題特別委員会有志による「保証の主要論点についての条文提案」などにおいてそれぞれ提案がなされた。

ウ その後の部会における審議においては、「主たる債務者の経営に関与している者」など実質に着目した定義をすることも検討されたが、この考え方に対しては個人保証の有効無効を判断する規範として明確性を欠くとの指摘があることは補足説明にあるとおりである。

エ 当会としては、保証の有効性を客観的かつ明確な基準により判断することが相当であると考え、前記のとおり提案するものである。

提案は、平成16年民法改正時において全国銀行協会から提案された経営者の定義（「代表取締役、代表執行役その他債務者の代表権を有する者ならびに、直接または間接に債務者の総株主ないし総社員の議決権の過半数を有する者」）、破産法第161条第2項などを参考とする考え方である。

かかる提案によった場合、例えば親会社から派遣されたサラリーマンの子会社社長など、名目上、形式上は法人の代表権を有するものの実質的には経営権を有していな

い者の保証が許容されることとなるが、このように実質的に経営権を有していない者については、後記6(4)「その他の方策」において検討される、裁判所による責任制限や比例原則により保証人保護を図るべきと考える。

オ なお、かかる提案に対しては、組合の組合員など、法人その他の団体の経営者等であっても、「当該団体の代表権を有する者ならびに、直接または間接に債務者の総株主ないし総社員の議決権の過半数を有する者」に該当しない場合があるとの批判がありえる。

仮にかかる批判が妥当であるとすれば、意見では「直接または間接に債務者の総株主ないし総社員等」とした。このほか「又はこれに準ずる者」を付記することも考えられる。

(2) 契約締結時の説明義務、情報提供義務

事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結しようとする場合には、保証人に対し、次のような事項を説明しなければならないものとし、債権者がこれを怠ったときは、保証人がその保証契約を取り消すことができるものとするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 保証人は主たる債務者がその債務を履行しないときにその履行をする責任を負うこと。

イ 連帯保証である場合には、連帯保証人は催告の抗弁、検索の抗弁及び分別の利益を有しないこと。

ウ 主たる債務の内容（元本の額、利息・損害金の内容、条件・期限の定め等）

エ 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合には、主たる債務者の〔信用状況〕

[意見]

(1) (2)について、事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結しようとする場合には、保証人に対し、(2)ア乃至エのような事項を説明しなければならないものとし、債権者がこれを怠ったときは、保証人がその保証契約を取り消すことができるものとすることに賛成する。

(2) (2)エについて、説明すべき信用状態の具体的内容は、

「債権者が有する主たる債務者の資産、負債、担保権の設定状況、他の債務の履行状況その他保証人となる者の判断に影響を及ぼすこととなる重要な事項につき、当該保証人となる者に正確な認識を形成するに足る情報（ただし、債権者が有する情報に限る。）」

とすべきである。

[理由]

(1) 経営者保証などの個人保証を例外的に許容する場面においても、前述のような保証に

起因する被害を防止するためには、保証人の保護を図るための方策を整える必要がある。

保証に関する紛争では、保証人が保証や連帯保証の意味を知らなかった、主債務の内容を知らなかった、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が背景となっていることが多く見受けられる。

そこで、例外として許容される個人保証においては、一般的な説明義務や情報提供義務（第27.2）だけでなく、保証契約締結にあたり、債権者は、保証人となる者に対し、説明義務及び情報提供義務を負うものとすべきである。

また、これら義務の実効性を確保するため、義務違反の効果として取消権を認めるべきである。

(2) 説明すべき要件とその具体的内容について

保証人となる者は、主債務者がいかなる信用状態にあるかを、できる限り正確に認識して保証契約を締結するのが望ましいのであって、債権者は、自らが有し、かつ債権者が有する主たる債務者の資産、負債、担保権の設定状況、他の債務の履行状況など、保証人となる者の判断に影響を及ぼすこととなる重要な事項につき、当該保証人となる者に正確な認識を形成するに足りる情報を事前に提供する義務があるものとすべきである。

(3) 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務

事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結した場合には、保証人に対し、以下のような説明義務を負うものとし、債権者がこれを怠ったときは、その義務を怠っている間に発生した遅延損害金に係る保証債務の履行を請求することができないものとするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 債権者は、保証人から照会があったときは、保証人に対し、遅滞なく主たる債務の残額〔その他の履行の状況〕を通知しなければならないものとする。

イ 債権者は、主たる債務の履行が遅延したときは、保証人に対し、遅滞なくその事実を通知しなければならないものとする。

[意見]

(3)アの情報提供義務を定めることに賛成する。

(3)イの情報提供義務を定めること、債権者がこれを怠ったときは、その義務を怠っている間に発生した遅延損害金に係る保証債務の履行を請求することができないものとすることに賛成する。

また、(3)イに関し、保証人への主債務者の遅滞情報の通知を怠った債権者は、保証人に対し、上記に加え、期限の利益の喪失を主張できないものとすべきである。

[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、債権

者に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ことが最も効果的である。

しかしながら、債権者によってはかかる報告義務を適切に履行できる体制を構築することが困難なこともありえることから、少なくとも保証人が問い合わせを行った場合には債権者は主債務の履行状況等を回答するものとするべきである。

また現行法では、主債務が履行遅滞となり、期限の利益を喪失した場合、債権者は保証人に対しても、当然に期限の利益の喪失を主張し、また遅延損害金を請求できる。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、直ちに保証債務を履行して遅延損害金の発生を最小限に抑え、あるいは期限の利益を維持する機会を与えるなど、これに対する対応を可能にするために、債権者には、主債務者が延滞した際の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によりこれらの情報開示は法的義務によることが明らかとなって個人情報保護法あるいは守秘義務違反とならないと考えられ、債権者にとっても明確化の観点から利益があると考えられる。

(4) その他の方策

保証人が個人である場合におけるその責任制限の方策として、次のような制度を設けるかどうかについて、引き続き検討する。

ア 裁判所は、主たる債務の内容、保証契約の締結に至る経緯やその後の経過、保証期間、保証人の支払能力その他一切の事情を考慮して、保証債務の額を減免することができるものとする。

イ 保証契約を締結した当時における保証債務の内容がその当時における保証人の財産・収入に照らして過大であったときは、債権者は、保証債務の履行を請求する時点におけるその内容がその時点における保証人の財産・収入に照らして過大でないときを除き、保証人に対し、保証債務の〔過大な部分の〕履行を請求することができないものとする。

[意見]

- (1) (4)アについて、身元保証法第5条を参考とした責任制限規定を設けることに賛成する。
(2) (4)イについて、いわゆる比例原則を設けることに賛成する。

[理由]

- (1) 当会意見によっても経営者保証の場面などにおいては個人保証はなお許容される。
また中間試案によれば、経営者保証のみならず、個人による個人の住宅ローンや賃貸

借契約による債務を保証することは引き続き認められる。

これら個人保証を例外的に許容する場面においても、前述のような保証に起因する被害を防止するためには、保証人の保護を図るための方策を整える必要がある。保証人が被る不利益や被害として予想されるのは、契約時に保証人自身の収入や資力を超えた債務を負担したり、保証の趣旨や内容を十分理解しないまま予期しない債務を負担したり、契約後に主債務が増加したことにより過大な保証債務の履行を突然求められたりするというものである。

このような事態により、保証人自身やその親族らが予期せぬ不利益を被ったり生活基盤を破壊されたりすることのない保証人の保護制度を設けるべきである。

つまり、保証人となった者が主債務者の破綻により過大な債務負担を強いられて自らの生活基盤を破壊され、最終的に自己破産の申立てをせざるを得なくなったり、あるいは自殺（自死）に追い込まれたりすることを回避するため、身元保証法第5条を参考とした責任減免規定及びフランス消費法典の比例原則を参考とした過大保証を禁止する規律を設けることが適当である。

- (2) 責任減免規定や比例原則については、補足説明における問題点（債権放棄が無税償却できるかどうかの議論を行うべきとの意見、経営者保証の場面での実際の機能の仕方（判断基準）、倒産手続との整合性、理論的根拠の検討、財産把握の方法をどうするかなど）の指摘がある。

この点、債権放棄が無税償却できるかどうかについては税法上しかるべき施策が求められるものである。

保証人が事業者の代表者等である場合にも、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。

倒産手続との整合性については、責任制限は、倒産場面においては債権者平等の観点及び将来の当該保証人の経済的再生も内在的に組み込まれていることから、裁判所において責任制限規定を検討する必要はないと考えられる。この点は、現行の身元保証の場合も同様の問題があるが、大きな問題または弊害の指摘はなされていない。

比例原則については、過大保証の禁止の趣旨からすれば、倒産手続においても適用されるものと考えられる。

- (3) この点、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、などの批判がありえる。

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の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。

第 18 債権譲渡

1 債権の譲渡性とその制限（民法第 466 条関係）

民法第 466 条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債権は、譲り渡すことができるものとする。ただし、その性質がこれを許さないときは、この限りでないものとする。
- (2) 当事者が上記(1)に反する内容の特約（以下「譲渡制限特約」という。）をした場合であっても、債権の譲渡は、下記(3)の限度での制限があるほか、その効力を妨げられないものとする。
- (3) 譲渡制限特約のある債権が譲渡された場合において、譲受人に悪意又は重大な過失があるときは、債務者は、当該特約をもって譲受人に対抗することができるものとする。この場合において、当該特約は、次に掲げる効力を有するものとする。
 - ア 債務者は、譲受人が権利行使要件（後記 2 (1) 【甲案】ウ又は【乙案】イの通知をすることをいう。以下同じ。）を備えた後であっても、譲受人に対して債務の履行を拒むことができること。
 - イ 債務者は、譲受人が権利行使要件を備えた後であっても、譲渡人に対して弁済その他の当該債権を消滅させる行為をすることができ、かつ、その事由をもって譲受人に対抗することができること。
- (4) 上記(3)に該当する場合であっても、次に掲げる事由が生じたときは、債務者は、譲渡制限特約をもって譲受人に対抗することができないものとする。この場合において、債務者は、当該特約を譲受人に対抗することができなくなった時まで（ウについては、当該特約を対抗することができなくなったことを債務者が知った時まで）に譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができるものとする。
 - ア 債務者が譲渡人又は譲受人に対して、当該債権の譲渡を承諾したこと。
 - イ 債務者が債務の履行について遅滞の責任を負う場合において、譲受人が債務者に対し、相当の期間を定めて譲渡人に履行すべき旨の催告をし、その期間内に履行がないこと。
 - ウ 譲受人がその債権譲渡を第三者に対抗することができる要件を備えた場合において、譲渡人について破産手続開始、再生手続開始又は更生手続開始の決定があったこと。
 - エ 譲受人がその債権譲渡を第三者に対抗することができる要件を備えた場合において、譲渡人の債権者が当該債権を差し押さえたこと。
- (5) 譲渡制限特約のある債権が差し押さえられたときは、債務者は、当該特約をもって差し押権者に対抗することができないものとする。

（注 1）上記(4)ウ及びエについては、規定を設けないという考え方がある。

（注 2）民法第 466 条の規律を維持するという考え方がある。

1 債権の譲渡性

[意見]

(1)について、賛成する。

[理由]

現行法と同内容であり、特に反対する理由はない。

2 譲渡制限特約の効力

[意見]

(2)について、賛成する。

(3)について、ア、イのいずれにも賛成する。

[理由]

- 1 先ず、(2)については、譲渡制限特約は弁済先を固定する範囲で債務者の利益を保護するための制度であり、譲渡当事者間の譲渡の効力又は譲受人相互の優劣関係に、譲渡制限特約の影響を及ぼす必要はないことから、特に反対する理由はない。
- 2 次に、(3)アについては、譲渡制限特約に悪意又は重過失の譲受人に対して、譲渡制限特約を対抗できるとする、現在の判例の理解を明文化したものであり、特に反対する理由はない。
- 3 最後に、(3)イについても、譲渡制限特約に悪意又は重過失の譲受人に対して、譲渡人に対する債務消滅行為を対抗できるとするものであり、特に反対する理由はない。

3 譲渡制限特約の効力の制限

[意見]

(4)アについて、賛成する。

(4)イについては、「債務者が債務の履行について遅滞の責を負う場合において」との文言を「債務者がその債務を履行しない場合において」との文言にし、又、「譲受人が債務者に対し」との文言を「譲渡人又は譲受人が債務者に対し」との文言にすべきである。

(4)ウ、エについては、反対し、(注1)の考え方に賛成する。

なお、(4)柱書については、賛成するが、(4)ウに反対することから、(4)柱書中の括弧書きは不要である。

[理由]

- 1 先ず、(4)アについては、現在の判例の理解を明文化したものであり、特に反対する理由はない。
- 2 次に、(4)イについては、「譲渡制限特約違反の債権譲渡を有効としつつ、弁済の相手方を譲渡人に固定する限度で当該特約の効力を認めるとする場合、譲渡人と譲受人のいずれも債務者に対して履行を請求することができなくなる」というデッドロックの問題を解消することを目的とするものであり、その方向性には異論はないが、
(1)「債務者が債務の履行について遅滞の責を負う場合において」との文言を用いると、要求払い債権の場合、譲渡人には請求権がないことから、そもそも債務者を付遅滞に陥ら

せることができず、上記のデッドロックの問題が解消されないこととなる。したがって、催告権について、債務者が遅滞に陥った場合に厳格に限定されるような文言を用いるべきではなく、「債務者がその債務の履行をしない場合において」との文言を用いることにより、要求払い債権についても、上記のデッドロックの問題が解消できるように図るべきである。

(2) また、譲渡制限特約付債権が取立債務である場合、債務者が譲渡人に対して口頭の提供をしたときは、譲渡人は、譲受人との関係でこれを回収する義務を負っているものと解され、又、持参債務の場合を含めて、譲渡人は、債務者からの弁済の提供に対しこれを受領して譲受人に引渡す義務を負っていると解されるところ、債務者が履行期において任意に債務の履行をしない場合に、以後、譲渡人が自らのイニシアチブで、そのような義務を負う地位から解放され得るようにすべきであり、譲渡人にも催告権を認めるべきである。

3 (4) ウについては、以下の事由により、反対する。

(1) 債務者に何らの帰責性のない譲渡人の倒産手続の開始という事由によって、債務者の譲渡制限特約による利益が奪われる理由がない。

(2) 本規律を肯定する立場からは、「譲渡人の受領権限を破産管財人等が承継すると、譲渡制限特約付債権は破産財団等に帰属しないにもかかわらず、譲受人が債権全額の回収を受けることができなくなるおそれが生じ、譲受人の保護に欠けることになる」との理由が挙げられているが、譲受人の当該リスクは、譲渡人の倒産手続が開始する前から生じていたものであり、敢えて倒産手続が開始された場面のみについてこの理由を挙げることには説得力がない。寧ろ、譲渡人の倒産手続開始前に弁済期が到来した場合には、債務者は譲渡人に弁済することになることから、譲受人は譲渡人の信用リスクを負わざるを得なかったにも拘らず、偶々譲渡人の倒産手続開始後に弁済期が到来する場合には、譲受人は譲渡人の信用リスクから切り離されるという結果には、必ずしも合理性が認められない。

(3) 本規律を肯定する立場からは、「譲渡人からその破産管財人等が受領権限を承継するのであるから、債務者にとっては、弁済の相手方を固定する利益はもはや失われている」との理由も挙げられているが、裁判所が選任する破産管財人等と全くの第三者である譲受人とでは、債務者の被る事務の煩雑さの程度等が全く異なる。また、再生手続の場合には、かかる理由付け自体、そもそも妥当しない（再生手続においては、管理命令により管財人が選任されることは稀である）。

(4) 譲渡人が倒産手続ではなく事業再生ADRや任意整理を行う場合（更には、事実上夜逃げし、債務整理を放置する場合）も想定されることから、本規律の企図する「譲渡人からの倒産隔離」や「債権の流動性の強化」等の効果も、かなり限定的と言わざるを得ない。

4 また、(4)エについては、以下の事由により、反対する。

(1) 債務者に何らの帰責性のない譲渡人に対する差押（それも優先譲受人がいるという意味で、単なる空振りの差押）という事由によって、債務者の譲渡制限特約による利益が

奪われる理由がない。

(2) (4)ウと同様、第三者による差押がなければ、譲受人は譲渡人の信用リスクを負わざるを得なかったにも拘らず、偶々第三者の差押（それも優先譲受人がいるという意味で、単なる空振りの差押）があったことにより、譲受人は譲渡人の信用リスクから切り離されるという結果には、必ずしも合理性が認められない。

5 なお、(4)柱書については、特に反対する理由はないが、(4)ウに反対することから、(4)柱書中の括弧書きは不要である。

4 譲渡制限特約と差押

[意見]

(5)について、賛成する。

[理由]

現在の判例の理解を明文化したものであり、特に反対する理由はない。

2 対抗要件制度（民法第467条関係）

(1) 第三者対抗要件及び権利行使要件

民法第467条の規律について、次のいずれかの案により改めるものとする。

【甲案】（第三者対抗要件を登記・確定日付ある譲渡書面とする案）

ア 金銭債権の譲渡は、その譲渡について登記をしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができないものとする。

イ 金銭債権以外の債権の譲渡は、譲渡契約書その他の譲渡の事実を証する書面に確定日付を付さなければ、債務者以外の第三者に対抗することができないものとする。

ウ(7) 債権の譲渡人又は譲受人が上記アの登記の内容を証する書面又は上記イの書面を当該債権の債務者に交付して債務者に通知をしなければ、譲受人は、債権者の地位にあることを債務者に対して主張することができないものとする。

(イ) 上記(7)の通知がない場合であっても、債権の譲渡人が債務者に通知をしたときは、譲受人は、債権者の地位にあることを債務者に対して主張することができるものとする。

【乙案】（債務者の承諾を第三者対抗要件等とはしない案）

特例法（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）と民法との関係について、現状を維持した上で、民法第467条の規律を次のように改めるものとする。

ア 債権の譲渡は、譲渡人が確定日付のある証書によって債務者に対して通知をしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができないものとする。

イ 債権の譲受人は、譲渡人が当該債権の債務者に対して通知をしなければ、債権者の地位にあることを債務者に対して主張することができないものとする。

(注) 第三者対抗要件及び権利行使要件について現状を維持するという考え方がある。

(2) 債権譲渡が競合した場合における規律

債権譲渡が競合した場合における規律について、次のいずれかの案により新たに規定を設けるものとする。

【甲案】 前記(1)において甲案を採用する場合

ア 前記(1)【甲案】アの登記をした譲渡又は同イの譲渡の事実を証する書面に確定日付が付された譲渡が競合した場合には、債務者は、前記(1)【甲案】ウ(ア)の通知をした譲受人のうち、先に登記をした譲受人又は譲渡の事実を証する書面に付された確定日付が先の譲受人に対して、債務を履行しなければならないものとする。

イ 前記(1)【甲案】ウ(イ)の通知がされた譲渡が競合した場合には、債務者は、いずれの譲受人に対しても、履行することができるものとする。この場合において、債務者は、通知が競合することを理由として、履行を拒絶することはできないものとする。

ウ 前記(1)【甲案】ウ(ア)の通知がされた譲渡と同(イ)の通知がされた譲渡とが競合した場合には、債務者は、同(ア)の通知をした譲受人に対して、債務を履行しなければならないものとする。

エ 上記アの場合において、最も先に登記をした譲渡に係る譲受人について同時に登記をした他の譲受人があるときは、債務者は、いずれの譲受人に対しても、履行することができるものとする。最も確定日付が先の譲受人について確定日付が同日である他の譲受人があるときも、同様とするものとする。これらの場合において、債務者は、同時に登記をした他の譲受人又は確定日付が同日である他の譲受人があることを理由として、履行を拒絶することはできないものとする。

オ 上記エにより履行を受けることができる譲受人が複数ある場合において、債務者がその譲受人の一人に対して履行したときは、他の譲受人は、履行を受けた譲受人に対して、その受けた額を各譲受人の債権額で按分した額の償還を請求することができるものとする。

【乙案】 前記(1)において乙案を採用する場合

ア 前記(1)【乙案】アの通知がされた譲渡が競合した場合には、債務者は、その通知が先に到達した譲受人に対して、債務を履行しなければならないものとする。

イ 上記アの場合において、最も先に通知が到達した譲渡に係る譲受人について同時に通知が到達した譲渡に係る他の譲受人があるときは、債務者は、いずれの譲受人に対しても、履行することができるものとする。この場合において、債務者は、同時に通知が到達した他の譲受人があることを理由として、履行を拒絶することはできないものとする。

(注) 甲案・乙案それぞれに付け加えて、権利行使要件を具備した譲受人がいない場合には、債務者は、譲渡人と譲受人のいずれに対しても、履行することができるものとするが、通知がないことを理由として、譲受人に対する履行を拒絶することができるものとする規定を設けるという考え方がある。

1 第三者対抗要件及び権利行使要件

[意見]

(1)について、【甲案】、【乙案】のいずれにも反対し、(注)の考え方に賛成する。

[理由]

- 1 【甲案】アについては、以下の事由により、賛成し難い。
 - (1) 実際に債権譲渡登記システムの内容が構築されてからでなければ、具体的な検討は困難な面があるものの、あらゆる金銭債権の譲渡の都度、債権譲渡登記を具備する手間・費用は、相応の実務上の負担となると想定される。
 - (2) 特に、譲渡人が個人である場合や極めて少額の金銭債権の場合であっても、第三者対抗要件として債権譲渡登記を具備する必要があることとなり、実務上の負担はかなり重いと想定される。【甲案】は、この様な場合には、第三者対抗要件を具備せずに対応する運用をも想定しているようであるが、常に、債権譲渡を覆されるリスクを負うこととなり、実務的にはその様な運用は安易に想定し難い。
 - (3) また、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 【甲案】イについては、「譲渡の事実を証する書面」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ことから、現行法よりも公示機能が劣ることとなり、賛成し得ない。
- 3 【乙案】については、以下の事由により、賛成し得ない。
 - (1) 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、これが困難となり、別途確定日付が付された通知も行う必要が生じる。また、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においても、現行法上は一通の承諾書によって処理されるが、これも困難となる。これらの例の様に、実務上の利便性が失われることは否定し難いと考えられる。
 - (2) 本規律に賛成する立場からは、「債務者の承諾をめぐって、幾つかの問題がある」との指摘があるが、以下のとおり、当該各指摘を別途検討し解決を図るべきであって、必ずしも債務者の承諾を第三者対抗要件及び債務者権利行使要件として維持することの障害とはならない（以下のア乃至ウについては、現行法と同様、解釈に委ねる余地さえある）。

ア 第一に、「債務者が承諾をした後にその書面に確定日付を付した場合であっても、第三者対抗要件として有効であると解されているため、債務者にとって第三者対抗要件の具備された時点を確認することが困難な事態が生ずる」との指摘があるが、例えば、第三者対抗要件となるのは「債務者自身が確定日付を得た、債務者の承諾」と法的に整理する方法が考えられる（例えば、公証人役場に行くなどして確定日付を取得する行為を実際には譲渡人又は譲受人が行う場合には、譲渡人又は譲受人は、「債務者を代行して

当該行為を行う権限」を債務者から得なければならない。また、その場合、当該代行者は、確定日付を付したことを債務者に報告しなければならないはずである)。

イ 第二に、「債権譲渡前の債務者による包括的な承諾のように、対抗要件としての有効性に疑義が生じ得る利用実態がある」、「事前の承諾が有効となり得る要件について規定を設けることは困難である」との指摘があるが、そもそも「如何なる点において、有効性に疑義が生じるのか」という問題意識自体が必ずしも判然としない。債務者の承諾が事前になされたとしても、当該承諾の対象である将来の債権譲渡の特定が必要かつ十分になされている限り、当該債権譲渡が行なわれた時点で有効な対抗要件が具備されたものと解することができる(将来の債権譲渡の特定が必要かつ十分になされている限り、債務者は、債権譲渡の時期や債権譲渡実行の事実を認識できる)。なお、実務上行なわれている債務者の事前の承諾の事例においても、債務者は、債権の発生自体にコミットしており、債権譲渡の時期や債権譲渡実行の事実を認識しているのが通常である。

ウ 第三に、「権利行使要件としての債務者の承諾は、債務者が弁済の相手方を選択することを認める機能を果たすものである」との指摘があるが、「権利行使要件」は譲受人が債務者に対して権利を行使する要件であって、これに「債務者が弁済の相手方を選択する機能を付与するか否か」は全く別の問題と考えられる。現に、「債務者の承諾を権利行使要件としないことに関連して、譲渡当事者が権利行使要件としての通知をしないにもかかわらず、債務者の側から一方的に(権利行使要件ではない)承諾をした上で、譲受人に対して弁済をすることができるか」という問題については「意見が分かれている」とされており、同様に、「債務者の承諾を権利行使要件としても、債務者の側から一方的に承諾をした上で、譲受人に対して弁済をすることができるか」という点は、「意見が分かれば得る」問題と考えられる。したがって、上記の指摘自体が必ずしも妥当ではない。

エ 第四に、「債権譲渡の当事者ではない債務者が、譲受人の対抗要件具備のために承諾という積極的な関与を求められるのは、債務者に過大な負担となることがあり得る」との指摘があるが、そもそも第三債務者に承諾する義務などない以上、必ずしも「積極的な関与を求められる」という立場にはなく、その一方で、敢えて第三債務者が承諾を行った場合について対抗要件としないことの根拠にはならないと考えられる。

オ 第五に、「債務者は観念の通知としての承諾をすれば足りるとされているが、その程度の関与によって、債務者が実際にインフォメーション・センターとしての機能を果たし得るのか疑問である」との指摘があるが、仮に債務者インフォメーション・センター論に理念的に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く、敢えて現行法を改正するまでの必要性は認められない。

4 したがって、(注)の考え方に賛成する。

2 債権譲渡が競合した場合における規律

[意見]

(2)について、上記(1)のいずれの案にも反対する以上、これらを前提とする案には反対する。

ただし、上記(1)について(注)の考え方を採ることを前提として、同様の規律を設けることには賛成する。

[理由]

1 上記(1)において、いずれの案にも反対する以上、これらを前提とする案には賛成し得ない。

2 ただし、[乙案]を前提とするア、イは、いずれも現在の判例の理解を明文化したものであり、上記(1)について(注)の考え方を採ることを前提として、同様の規律を設けることには賛成する。

この点について、「現在のルールの下では承諾の効力発生時期が明らかではないという問題があるところ、その解決は困難であるため、現在の対抗要件制度を維持する場合には、このようなルールを設けることは想定されていない」との指摘があるが、現在の判例の理解と同様、確定日付が付された日に必ずしも拘泥せずに「債務者の承諾のとき」を効力発生時期とする考え方や、「債務者の承諾」を「債務者自身が確定日付を付した、債務者の承諾」と法的に整理した上で「確定日付が付された承諾のとき」を効力発生時期とする考え方などにより、解決は可能と考えられる。

3 債権譲渡と債務者の抗弁（民法第468条関係）

(1) 異議をとどめない承諾による抗弁の切断

民法第468条の規律を次のように改めるものとする。

ア 債権が譲渡された場合において、債務者は、譲受人が権利行使要件を備える時まで譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができるものとする。

イ 上記アの抗弁を放棄する旨の債務者の意思表示は、書面でしなければ、その効力を生じないものとする。

(2) 債権譲渡と相殺の抗弁

ア 債権の譲渡があった場合に、譲渡人に対して有する反対債権が次に掲げるいずれかに該当するものであるときは、債務者は、当該債権による相殺をもって譲受人に対抗することができるものとする。

(ア) 権利行使要件の具備前に生じた原因に基づいて債務者が取得した債権

(イ) 将来発生する債権が譲渡された場合において、権利行使要件の具備後に生じた原因に基づいて債務者が取得した債権であって、その原因が譲受人の取得する債権を発生させる契約と同一の契約であるもの

イ 上記アにかかわらず、債務者は、権利行使要件の具備後に他人から取得した債権による相殺をもって譲受人に対抗することはできないものとする。

1 異議をとどめない承諾による抗弁の切断

[意見]

(1)アについて、賛成する。

(1)イについては、「消費者が、事業者に対し、権利又は抗弁を放棄する場合には、放棄する権利又は抗弁を個別具体的に特定して、書面により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]

- 1 (1)アについては、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ができないことから、異議をとどめない承諾の制度を廃止し、抗弁の切断は一般の意思表示の規律に従うとすることに、特に反対する理由はない。
- 2 (1)イについては、抗弁の放棄に書面という要式性を求めることには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、民法全体においてはアンバランスな面があることを否めない上、債務者に包括的に抗弁を放棄させるという運用が横行する可能性が危惧されることから、これを防止するためには書面によるだけでは足りないと考えられる。

寧ろ、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ことから、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、権利又は抗弁を放棄する場合には、放棄する権利又は抗弁を個別具体的に特定して、書面により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。

なお、上記の規定を設けることに反対する立場からは、「譲受人が、債務者が有する抗弁を知り得ない場合が多く、常に放棄の対象となる抗弁を特定しなければならないとすることは、債権譲渡取引の当事者に必要以上の負担を課すものであるとして反対する意見がある」との指摘があるが、「他者間で行われる債権譲渡によって債務者に不利益を生じさせない」という意味では、「債務者は、債権譲渡後にも、従来と同様に抗弁を対抗できる」のが原則であって、「容易に債務者に全ての抗弁を放棄させる方法がなければ、債権譲渡当事者に必要以上の負担が生じる」という理屈自体が本末を転倒した議論と考えられる。

2 債権譲渡と相殺の抗弁

[意見]

(2)について、ア、イのいずれにも賛成する。

[理由]

- 1 先ず、(2)ア(7)については、権利行使要件の具備時に債権が未発生であっても、発生原因が存在する債権を反対債権とする相殺については、相殺の期待が保護に値すると考えられることから、特に反対する理由はない。
- 2 次に、(2)ア(1)についても、譲渡された債権と同一の取引により生じる反対債権につ

いては、相殺の期待が保護に値すると考えられることから、特に反対する理由はない。

3 最後に、(2)イについても、権利行使要件の具備後に取得した他人の債権については、保護すべき相殺の期待は認められないことから、特に反対する理由はない。

4 将来債権譲渡

- (1) 将来発生する債権（以下「将来債権」という。）は、譲り渡すことができるものとする。将来債権の譲受人は、発生した債権を当然に取得するものとする。
- (2) 将来債権の譲渡は、前記2(1)の方法によって第三者対抗要件を具備しなければ、第三者に対抗することができないものとする。
- (3) 将来債権が譲渡され、権利行使要件が具備された場合には、その後に譲渡制限特約がされたときであっても、債務者は、これをもって譲受人に対抗することができないものとする。
- (4) 将来債権の譲受人は、上記(1)第2文にかかわらず、譲渡人以外の第三者が当事者となった契約上の地位に基づき発生した債権を取得することができないものとする。ただし、譲渡人から第三者がその契約上の地位を承継した場合には、譲受人は、その地位に基づいて発生した債権を取得することができるものとする。
- (注1) 上記(3)については、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。
- (注2) 上記(4)に付け加えて、将来発生する不動産の賃料債権の譲受人は、譲渡人から第三者が譲り受けた契約上の地位に基づき発生した債権であっても、当該債権を取得することができない旨の規定を設けるという考え方がある。

1 将来債権の譲渡性

[意見]

(1)について、賛成する。

[理由]

現在の判例の理解を明文化したものであり、特に反対する理由はない。

2 将来債権譲渡の第三者対抗要件

[意見]

(2)について、賛成する。

[理由]

現在の判例の理解を明文化したものであり、特に反対する理由はない。

3 将来債権譲渡と譲渡禁止特約

[意見]

(3)について、賛成する。

[理由]

将来債権譲渡に対して、権利行使要件が具備される前の譲渡制限特約は対抗でき、権利行使要件が具備された後の譲渡制限特約は対抗できないとすることは、債務者と譲受人の利害調整として妥当と考えられる。

4 将来債権譲渡と地位の承継

[意見]

(4)について、賛成する。

(注2)の考え方については、将来賃料債権譲渡について特別の規律を設けることには賛成するが、「不動産の賃貸借により生ずべき賃料の譲渡は、当該賃貸借がその後その不動産について物権を取得した第三者に対してもその効力を生ずる場合は、当該賃料の譲渡を不動産登記法の定めるところにより登記したときに限り、当該第三者にも対抗することができる」との規定を設けるべきである。

[理由]

1 (4)については、既発生債権の譲渡と契約上の地位の譲渡が競合した場合の取扱いと連続的なものであり、既存の判例にも整合していることから、妥当と考えられる。

もっとも、規律の表現としては、「将来する契約によって生じる債権を譲渡した場合は、譲渡人がした契約によって生じた債権に限り、効力を生じる」とする方が理解し易いと考えられる。かかる規律によれば、第三者間の法律行為によって当該第三者の下で発生する債権を、当該第三者の承諾もなく譲渡人が譲渡したとしても、譲渡の効力は発生しないという、私的自治の観点からも当然の原則が確認されるとともに、将来債権譲渡の後に将来債権を発生させる契約上の地位に変動があった場合の取扱いについても、当該原則との関係で理解可能となるからである。すなわち、譲渡人から第三者がその契約上の地位を承継し、当該第三者の下で債権が発生した場合、当該契約が「譲渡人がした契約」とであると評価し得る限り、将来債権譲渡の効力は生じることとなり、(4)と同様の結論となる。

2 (注2)の考え方については、不動産取引の安全を図るため、将来賃料債権譲渡について特別の規律を設けること自体には異論がないが、(4)との連続性がなく、あまりに便宜的と言わざるを得ない。

そこで、不動産登記簿に賃料債権譲渡を登記する制度を新たに設けることを前提に、賃料債権譲渡を事後の不動産取得者に対抗するためには、公示性の高い不動産登記簿に登記しなければならないとすることを提案する。

もっとも、事後の不動産取得者に効力を及ぼすべき賃料債権譲渡についての実務的ニーズは大きくないと思われること、濫用的登記の弊害にも配慮すべきことからすれば、不動産登記簿における賃料債権譲渡の登記は、その発生原因となる賃貸借契約を特定して登記すべきであり、具体的には賃借権の登記についての付記登記の取扱いとすれば十分である。

なお、この提案は、不動産取得者以外の第三者に賃料債権譲渡を対抗するためには、

通常の第三者対抗要件の具備（確定日付ある通知，承諾又は債権譲渡登記）で足りることを前提とし，また，賃料債権譲渡について不動産登記簿に登記したときは，当該登記のみをもって不動産取得者以外の第三者にも対抗できることを前提とするものである。

第19 有価証券

民法第469条から第473条まで，第86条第3項，第363条及び第365条の規律に代えて，次のように，有価証券に関する規律を整備する。

1 指図証券について

(1) ア 指図証券の譲渡は，その証券に譲渡の裏書をして譲受人に交付しなければ，その効力を生じないものとする。

イ 指図証券の譲渡の裏書の方式，裏書の連続による権利の推定，善意取得及び善意の譲受人に対する抗弁の制限については，現行法の規律（商法第519条，民法第472条）と同旨の規律を整備する。

ウ 指図証券を質権の目的とする場合については，ア及びイに準じた規律を整備する。

(2) 指図証券の弁済の場所，履行遅滞の時期及び債務者の免責については，現行法の規律（商法第516条第2項，第517条，民法第470条）と同旨の規律を整備する。

(3) 指図証券の公示催告手続については，現行法の規律（民法施行法第57条，商法第518条）と同旨の規律を整備する。

[意見]

賛成する。

[理由]

現行法の条文について，類推適用等による使用例が存在し，単純に削除するのみでは支障をきたすこと，民法の規定の適用の余地がある有価証券について特別法による有価証券以外には典型例が多いわけではないとの理解，及び規定整備（たたき台において指摘されている，有価証券法理と民法の規律との抵触部分の解消及び必要な規律の欠如の補足）にとどめることに異存はない。

また，特別法の規定文言を変更し得るに足りるほど議論が熟しているものとも思われない。

2 記名式所持人払証券について

(1) ア 記名式所持人払証券（債権者を指名する記載がされている証券であって，その所持人に弁済をすべき旨が付記されているものをいう。以下同じ。）の譲渡は，譲受人にその証券を交付しなければ，その効力を生じないものとする。

イ 記名式所持人払証券の占有による権利の推定，善意取得及び善意の譲受人に対する抗弁の制限については，現行法の規律（商法第519条等）と同旨の規律を整備する。

ウ 記名式所持人払証券を質権の目的とする場合については、ア及びイに準じた規律を整備する。

(3) 記名式所持人払証券の弁済及び公示催告手続については、1(2)及び(3)に準じた規律を整備する。

[意見]

賛成する。

[理由]

上記1(1)アに同じ。

3 1及び2以外の記名証券について

(1) 債権者を指名する記載がされている証券であって、指図証券及び記名式所持人払証券以外のものは、債権の譲渡又はこれを目的とする質権の設定に関する方式に従い、かつ、その効力をもってのみ、譲渡し、又は質権の目的とすることができるものとする。

(2) (1)の証券の公示催告手続については、1(3)に準じた規律を整備する。

(注) 上記3については、規定を設けないという考え方がある。

[意見]

賛成する（(注)に反対する）。

[理由]

規律の対象が不明確であるとの指摘はそのとおりであると考えるが、最低限の規律を設けることの有用性につき、あえて反対はしない。少なくとも、公示催告手続の適用については立法的手当てがなされるべきである。

4 無記名証券について

無記名証券の譲渡、弁済等については、記名式所持人払証券に準じた規律を整備する。

[意見]

賛成する。

[理由]

上記1(1)アに同じ。

第20 債務引受

1 併存的債務引受

(1) 併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に対して負担する債務と同一の債務を負担するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

特に異存はない。なお、絶対的効力事由の絞り込みについては、多数当事者の債権及び債務に関する意見（第16.3）参照。

- (2) 併存的債務引受は、引受人と債権者との間で、引受人が上記(1)の債務を負担する旨を合意することによってするものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

債務者の意思に反する類型を認める判例法理に特に異存はない。

- (3) 上記(2)のほか、併存的債務引受は、引受人と債務者との間で、引受人が上記(1)の債務を負担する旨を合意することによってすることもできるものとする。この場合において、債権者の権利は、債権者が引受人に対して承諾をした時に発生するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

第三者のためにする契約と同じ規律とすること（受益の意思表示を必要とする民法第537条第2項を維持）に賛成である。

- (4) 引受人は、併存的債務引受による自己の債務について、その負担をした時に債務者が有する抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

特に異存はない。

(注) 以上に付け加えて、併存的債務引受のうち、①引受人が債務者の負う債務を保証することを主たる目的とする場合、②債務者が引受人の負う債務を保証することを主たる目的とする場合について、保証の規定のうち、保証人の保護に関わるもの（民法第446条第2項等）を準用する旨の規定を設けるという考え方がある。

[意見]

保証人の保護に関わる規定を準用する規定を設けることに賛成する。

[理由]

さらに言えば、併存的債務引受は、保証の目的でなされたものと推定する旨の規律を設けるべきであり、(注)の規律はむしろ本文におかれるべきである。

2 免責的債務引受

(1) 免責的債務引受においては、引受人は債務者が債権者に対して負担する債務と同一の債務を引き受け、債務者は自己の債務を免れるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

特に異存はない。

(2) 免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を引き受けるとともに債権者が債務者の債務を免責する旨を引受人と債権者との間で合意し、債権者が債務者に対して免責の意思表示をすることによってするものとする。この場合においては、債権者が免責の意思表示をした時に、債権者の引受人に対する権利が発生し、債務者は自己の債務を免れるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

債務者に対し、免責を覚知する機会を与えることに特に異存はない。

(3) 上記(2)の場合において、債務者に損害が生じたときは、債権者は、その損害を賠償しなければならないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

免除の規律との整合性を図ることに特に異存はない。

(4) 上記(2)のほか、免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を引き受けるとともに債務者が自己の債務を免れる旨を引受人と債務者との間で合意し、債権者が引受人に対し

てこれを承諾することによってすることもできるものとする。この場合においては、債権者が承諾をした時に、債権者の引受人に対する権利が発生し、債務者は自己の債務を免れるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

特に異存はない。

3 免責的債務引受による引受けの効果

(1) 引受人は、免責的債務引受により前記2(1)の債務を引き受けたことによって、債務者に対して求償することはできないものとする。

(注) 上記(1)については、規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方がある。

[意見]

反対する((注)に賛成する)。

[理由]

引受人は、債権者に弁済した場合には債務者に求償する意思であることがむしろ実務上通常であるため、別途合意による求償を認めることを前提にしたとしても、求償権の発生の有無について一律に定めるのは適当ではない。

免責的債務引受は、同一の債務を複数の債務者が負う場合ではないものであり、引受人が債務を履行した場合も、単に自己の債務を履行したに過ぎず、この引き受けた債務の履行自体から求償権が生じないことは当然である。かかる場面でわざわざ求償権がない旨の規律が設けられると、免責的債務引受が、無償行為を原因関係とする場合に限り成立するかのごとくの誤解を与える可能性も否定できないものであり、分かりやすい民法の観点から妥当でない。

また、引受けた債務の履行に伴って生じる求償権を問題としているのではなく、免責的債務引受がなされたこと自体によって生じる求償権を問題としているのであれば、債権譲渡の場合も、債権を失った譲渡人が譲受人に対し求償権を有しないことは当然とされているところであり、わざわざ規定を設ける必要はない。いずれにせよ、この点は解釈に委ねれば十分である。

(2) 引受人は、免責的債務引受により引き受けた自己の債務について、その引受けをした時に債務者が有していた抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

特に異存はない。

4 免責的債務引受による担保権等の移転

- (1) 債権者は、引受前の債務の担保として設定された担保権及び保証を引受後の債務を担保するものとして移すことができるものとする。
- (2) 上記(1)の担保の移転は、免責的債務引受と同時にする意思表示によつてしなければならないものとする。
- (3) 上記(1)の担保権が免責的債務引受の合意の当事者以外の者の設定したものである場合には、その承諾を得なければならないものとする。
- (4) 保証人が上記(1)により引受後の債務を履行する責任を負うためには、保証人が、書面をもって、その責任を負う旨の承諾をすることを要するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

特に異存はない。

第 21 契約上の地位の移転

契約の当事者の一方が第三者との間で契約上の地位を譲渡する旨の合意をし、その契約の相手方が当該合意を承諾したときは、譲受人は、譲渡人の契約上の地位を承継するものとする。

(注) このような規定に付け加えて、相手方がその承諾を拒絶することに利益を有しない場合には、相手方の承諾を要しない旨の規定を設けるという考え方がある。

[意見]

賛成する（(注)に反対する）。

[理由]

例外の要件につき適切に規律することは困難であり、承諾がない場合に移転するか否かは解釈に委ねるべきである。

第 22 弁済

1 弁済の意義

債務が履行されたときは、その債権は、弁済によって消滅するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

規定の明確化は必要である。

2 第三者の弁済（民法第474条関係）

民法第474条第2項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 民法第474条第1項の規定により債務を履行しようとする第三者が債務の履行をするについて正当な利益を有する者でないときは、債権者は、その履行を受けることを拒むことができるものとする。ただし、その第三者が債務を履行するについて債務者の承諾を得た場合において、そのことを債権者が知ったときは、この限りでないものとする。
 - (2) 債権者が上記(1)によって第三者による履行を受けることを拒むことができるにもかかわらず履行を受けた場合において、その第三者による履行が債務者の意思に反したときは、その弁済は、無効とするものとする。
- (注) 上記(1)(2)に代えて、債権者が債務を履行するについて正当な利益を有する者以外の第三者による履行を受けた場合において、その第三者による履行が債務者の意思に反したときはその履行は弁済としての効力を有するものとした上で、その第三者は債務者に対して求償することができない旨の規定を設けるという考え方がある。

[意見]

(1)については賛成するが、(2)及び(注)については反対する。

なお、(2)については、「債権者が上記(1)によって第三者による履行を受けることを拒むことができるにもかかわらず履行を受けた場合において、その第三者による履行が債務者の意思に反したときは、弁済した第三者は債務者に対し、債務者が現に利益を受けている限度において求償することができるものとする」とすべきである。

[理由]

- (1) 第三者弁済について、債権者として履行を受けることを拒めない場合として、①第三者が正当な利益を有する場合及び②債務者の承諾を得てそれを債権者が知っている場合についてこれを明確にすることについて異論はない。すなわち、債権者としては、これらの場合以外は、第三者弁済を拒んでも、また受領しても構わないことになり、受領義務がない以上、これを拒んでも受領遅滞に陥る危険は回避できることになる。

次に、「利害関係の有無」を基準としていた現行規定に対して、法定代位が認められる基準と一致させて「正当な理由」を基準とすることについても、異論はない。

したがって、民法第474条第1項を、(1)のとおり改めることについては賛成するものである。

- (2) 次に、第三者の弁済について債務者の承諾を得ていない場合に、結果的に債務者の意思に反していた場合の債権の帰すうについては、弁済を無効とすることが適当かどうか

ということが問題となる。

確かに、「正当な利益を有しない第三者の弁済によってその第三者から求償されることを望まない債務者の利益」が存在することを否定するものではない。しかしながら、債務者の意思に反した弁済を「無効」とした場合に、債務者に対する求償が認められないだけでなく、債権者としては、当該第三者から不当利得によって返還請求を受けることになり、弁済について「正当な利益」もなく、また「債務者の承諾」もない第三者による弁済を受領するにあたっては、債権者としてはやはり「債務者の意思」を考慮せざるを得なくなる。結局は、そのリスクを回避しようとするれば、債権者は当該第三者からの弁済を拒まざるを得ないことになる。債権者が債務者の意思を考慮しなければならないという債権者のリスクは、その範囲が現在よりも制限されるとはいえ、想定されることについては変わりがない。

したがって、その範囲が限定されるとは言え、債権者として、第三者からの弁済を受領するにあたって、債務者の意思を考慮しなければならない事態に陥る可能性がある以上、(2)の規定のようにこれを無効とすることについては反対する。

- (3) しかしながら、譲渡制限特約がある債権について、悪意又は重過失のある第三者が、債権を譲り受けることに代わって、第三者弁済をした場合、これを完全に有効とし、求償権の行使を認めることになること、債務者としては譲渡制限特約を付した意味がないことになってしまう。また、委託を受けない主たる債務者の意思に反する保証人の場合には、主債務者について現に利益を受けた限度での求償権を認めていることとの整合性を考えると（民法第462条第2項）、債務者の意思に反する第三者弁済を完全に有効とすることについては疑問があると言わざるを得ない。

したがって、債権者として受領を拒むことができない場合以外においても、第三者による弁済を受領した場合、これが債務者の意思に反したときは、委託を受けない保証人が主たる債務者の意思に反して弁済をした場合の規律と同様に、当該第三者には債務者が現に利益を得る限度においてのみ求償権の行使を認めるとすべきである。

なお、(注)における考え方のように、債務者の意思に反する弁済も有効であるとした上で、第三者による債務者に対する求償を制限するという考え方も有り得るが、委託を受けない保証との整合性を考えると、求償権を全く認めないとするまでの必要はなく、現存利益の範囲でのみ求償権行使を認めれば足りると考えられる。したがって(注)についても反対する。

3 弁済として引き渡した物の取戻し（民法第476条関係）

民法第476条を削除するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

規定の合理化は必要である。

4 債務の履行の相手方（民法第478条，第480条関係）

(1) 民法第478条の規律を次のように改めるものとする。

ア 債務の履行は，次に掲げる者のいずれかに対してしたときは，弁済としての効力を有するものとする。

(7) 債権者

(イ) 債権者が履行を受ける権限を与えた第三者

(ウ) 法令の規定により履行を受ける権限を有する第三者

イ 上記アに掲げる者（以下「受取権者」という。）以外の者であって受取権者としての外観を有するものに対してした債務の履行は，当該者が受取権者であると信じたことにつき正当な理由がある場合に限り，弁済としての効力を有するものとする。

(2) 民法第480条を削除するものとする。

(注) 上記(1)イについては，債務者の善意又は無過失という民法第478条の文言を維持するという考え方がある。

[意見]

(1)アについては賛成する。

(1)イについても賛成する。

(2)についても賛成する。

[理由]

(1)アについては，弁済が有効となる債務の履行の相手方に関して明文の規定を設けることに異論はない。

(1)イについても，「債権の準占有者」という要件を，判例法理にしたがって，「受取権者としての外観を有する者」と改めること，及び「善意無過失」という要件を「正当な理由」という要件に改めることについて異論はない。債務者の主観面だけではなく，債権者側の事情も含めて弁済に関する事情を総合的に判断できるようになるものである。

(2)についても，民法第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。

5 代物弁済（民法第482条関係）

民法第482条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 債務者が，債権者との間で，その負担した給付に代えて他の給付をすることにより債務を消滅させる旨の契約をした場合において，債務者が当該他の給付をしたときは，その債権は，消滅するものとする。

(2) 上記(1)の契約がされた場合であっても，債務者が当初負担した給付をすること及び債権者が当初の給付を請求することは，妨げられないものとする。

[意見]

(1)については賛成するが、(2)については反対する。

[理由]

(1)について、諾成的代物弁済の合意の有効性と債権の消滅時期については代物の給付時であることを明確にすることについては異論はない。

(2)については、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、敢えて民法で一律に定める必要はない。

6 弁済の方法（民法第483条から第487条まで関係）

(1) 民法第483条を削除するものとする。

(2) 法令又は慣習により取引時間の定めがある場合には、その取引時間内に限り、債務の履行をし、又はその履行の請求をすることができるものとする。

(3) 民法第486条の規律を改め、債務者は、受取証書の交付を受けるまでは、自己の債務の履行を拒むことができるものとする。

(4) 債権者の預金口座に金銭を振り込む方法によって債務を履行するときは、債権者の預金口座において当該振込額の入金が記録される時に、弁済の効力が生ずるものとする。

(注) 上記(4)については、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

[意見]

(1)及び(4)については反対し、(2)及び(3)については賛成する。

[理由]

(1)については、特定物の引渡を含む契約で、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。特定物とはいえ、その管理保管について債務者に善管注意義務違反があれば、債務不履行責任が生じるのは当然であり、これは目的物の品質が債務の内容に含まれるからではない。

(2)については、弁済の時期に関して、商法第520条の規律を一般化するものであって、賛成する。

(3)については、受取証書の交付と債務の履行が同時履行の関係にあることを一般的に定めるものであって、賛成である。

(4)については、敢えて、そのような規定を設ける必要はない。

7 弁済の充当（民法第488条から第491条まで関係）

民法第488条から第491条までの規律を次のように改めるものとする。

(1) 次に掲げるいずれかの場合に該当し、かつ、履行をする者がその債務の全部を消滅させるのに足りない給付をした場合において、当事者間に充当の順序に関する合意があるときは、その順序に従い充当するものとする。

ア 債務者が同一の債権者に対して同種の給付を内容とする数個の債務を負担する場合（下記ウに該当する場合を除く。）

イ 債務者が一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（下記ウに該当する場合を除く。）

ウ 債務者が同一の債権者に対して同種の給付を内容とする数個の債務を負担する場合において、そのうち一個又は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とき

(2) 上記(1)アに該当する場合において、上記(1)の合意がないときは、民法第488条及び第489条の規律によるものとする。

(3) 上記(1)イに該当する場合において、上記(1)の合意がないときは、民法第491条の規律によるものとする。

(4) 上記(1)ウに該当する場合において、上記(1)の合意がないときは、まず民法第491条の規律によるものとする。この場合において、数個の債務の費用、利息又は元本のうちいずれかの全部を消滅させるのに足りないときは、民法第488条及び第489条の規律によるものとする。

(5) 民法第490条を削除するものとする。

(6) 民事執行手続における配当についても、上記(1)から(4)までの規律（民法第488条による指定充当の規律を除く。）が適用されるものとする。

（注）上記(6)については、規定を設けないという考え方がある。

[意見]

(1)(2)(3)及び(5)については賛成する。

(4)及び(6)については反対する。

[理由]

弁済の充当に関する規定を明確化することには賛成するが、(4)の債務者が同一の債権者に対し同種の給付を内容とする数個の債務を負担しており、そのうち一個又は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ときに、当事者間に充当の合意がない場合において、どの債権から充当するかを債務者又は債権者に指定できるようにすることの方が債権の管理上も便利であるし、債務者としても分かりやすいものである。その上で、債務者が指定したときは、費用、利息及び元本の順で、債権者が指定したときは、元本、利息及び費用の順で充当することとすべきである。実務においてはこのような処理を多数行っており、簡便な処理が可能となる。

なお、(5)の民法第490条が想定する一個の債務の弁済として数個の給付をすべき場合は、数個の債務が成立している場合と同様に考えられるので、賛成するものである。

また、(6)の民事執行手続における配当についても、充当について合意がある場合だけではなく、指定充当の規定は適用すべきであって、これを排除しなければならない理由はない。執行裁判所としては、債権者が提出した債権計算書にしたがって配当表を作成すれば

よいのであって、合意充当あるいは指定充当を認めたとしても、必ずしも懸念されるような弊害が生じるわけではない。したがって、指定充当の規律を除かなければならない理由はない。

8 弁済の提供（民法第492条関係）

民法第492条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債務者は、弁済の提供の時から、履行遅滞を理由とする損害賠償の責任その他の債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れるものとする。
- (2) 前記第11、1によれば契約の解除をすることができる場合であっても、債務者が弁済の提供をしたときは、債権者は、契約の解除をすることができないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

弁済の提供の効果を明文化することについて、賛成する。

9 弁済の目的物の供託（民法第494条から第498条まで関係）

弁済供託に関する民法第494条から第498条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

- (1) 民法第494条の規律を次のように改めるものとする。

ア 履行をすることができる者は、次に掲げる事由があったときは、債権者のために弁済の目的物を供託することができるものとする。この場合においては、履行をすることができる者が供託をした時に、債権は消滅するものとする。

- (7) 弁済の提供をした場合において、債権者がその受取を拒んだとき

- (4) 債権者が履行を受け取ることができないとき

イ 履行をすることができる者が債権者を確知することができないときも、上記アと同様とするものとする。ただし、履行をすることができる者に過失があるときは、この限りでないものとする。

- (2) 民法第497条前段の規律を次のように改めるものとする。

弁済の目的物が供託に適しないとき、その物について滅失、損傷その他の事由による価格の低落のおそれがあるとき、又はその物を供託することが困難であるときは、履行をすることができる者は、裁判所の許可を得て、これを競売に付し、その代金を供託することができるものとする。

- (3) 民法第498条の規律の前に付け加え、弁済の目的物が供託された場合には、債権者は、供託物の還付を請求することができるものとする。

[意見]

いずれも賛成する。

[理由]

いずれも従前からの提案について賛成していたものである。

(1)ア(ア)は、受領拒絶に先立つ弁済の提供が必要であるという判例法理を明確化している。

(1)ア(イ)は、現状を維持するものである。

(1)イは、債権者の確知不能を供託原因とする弁済供託の要件のうち、債務者が事故の無過失の主張立証責任を負うとされている点を改め、債権者が債務者に過失があることの主張・立証責任を負担することとするものである。

(2)は、自助売却に関する規定について、「滅失、損傷その他の事由による価格の低落の恐れがあるとき」と規定の仕方を改めるとともに、「その物を供託することが困難であるとき」を加えるものである。

(3)は、債権者の還付請求権を明文化するものである。

10 弁済による代位

(1) 任意代位制度（民法第499条関係）

民法第499条第1項の規律を改め、債権者の承諾を得ることを任意代位の要件から削除するものとする。

(注) 民法第499条を削除するという考え方がある。

[意見]

基本的に賛成する。

[理由]

代位の有無に関して、債権者の承諾を基準とすべきではない。

ただし、弁済につき「正当な利益」を有しない第三者の弁済に関しては、債権者がこれを拒まずに受領したことにより、弁済は一旦有効になり、代位が生じることになるが、その後、債務者の意思に反することが判明した場合には、弁済は無効になるかあるいは債務者への求償を制限することにとすると、代位は生じないことになり、その結果、法律関係が煩雑になる可能性がある。

したがって、代位にあたっては、債権者の承諾を基準とすべきではないだけでなく、第三者による弁済が有効であれば、当然代位が生じるとすべきである。

(2) 法定代位者相互間の関係（民法第501条関係）

民法第501条後段の規律を次のように改めるものとする。

ア 民法第501条第1号及び第6号を削除するとともに、保証人及び物上保証人は、債務者から担保目的物を譲り受けた第三取得者に対して債権者に代位することができるものとする。

イ 民法第501条第2号の規律を改め、第三取得者は、保証人及び物上保証人に対して債権者に代位しないものとする。

ウ 民法第501条第3号の「各不動産の価格」を「各財産の価格」に改めるものとする。

エ 保証人の一人は、その数に応じて、他の保証人に対して債権者に代位するものとする。

オ 民法第501条第5号の規律に付け加え、保証人と物上保証人とを兼ねる者がある場合には、同号により代位の割合を定めるに当たっては、その者を一人の保証人として計算するものとする。

カ 物上保証人から担保目的物を譲り受けた者については、物上保証人とみなすものとする。

(注) 上記オについては、規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方がある。

[意見]

賛成する。

[理由]

法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化に関する規律について、従前からの提案について賛成していたものである。

なお、付記登記に関して、保証人が第三者債務者に対して代位するにはあらかじめ付記登記を要するという民法第501条第1号の規定を削除している。この付記登記の規定は、債権が消滅したという第三者取得者の信頼を保護することを目的としているが、そもそも付記登記がない場合に債権が消滅したという第三取得者の信頼が生じているか疑問であり、抵当権付き債権の譲渡の際には付記登記が担保権取得の第三者対抗要件となっていないこととのバランスから、削除したとするものである。付記登記による保護が現実的かどうかには疑問があり、付記登記を代位のための対抗要件とせず、担保権実行の際の承継を証する公文書を要するもの(民事執行法第181条第3項)とすることについて、敢えて反対する必要はないと考えるものである。

(3) 一部弁済による代位の要件・効果(民法第502条関係)

民法第502条第1項の規律を次のように改めるものとする。

ア 債権の一部について第三者が履行し、これによって債権者に代位するときは、代位者は、債権者の同意を得て、その弁済をした価額に応じて、債権者とともその権利を行使することができるものとする。

イ 上記アのとくであっても、債権者は、単独でその権利を行使することができるものとする。

ウ 上記ア又はイに基づく権利の行使によって得られる担保目的物の売却代金その他の金銭については、債権者が代位者に優先するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

いずれも従前からの提案について賛成していたものである。

なお、破産法第104条との関係に関しては、破産法の規律は、本規律の特則としての位置づけになる。

(4) 担保保存義務（民法第504条関係）

民法第504条の規律を次のように改めるものとする。

ア 債権者は、民法第500条の規定により代位をすることができる者のために、担保を喪失又は減少させない義務を負うものとする。

イ 債権者が故意又は過失によって上記アの義務に違反した場合には、上記アの代位をすることができる者は、そ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限度において、その責任を免れるものとする。ただし、その担保の喪失又は減少が代位をすることができる者の正当な代位の期待に反しないときは、この限りでないものとする。

ウ 上記イによって物上保証人、物上保証人から担保目的物を譲り受けた者又は第三取得者が免責されたときは、その後その者から担保目的物を譲り受けた者も、免責の効果を主張することができるものとする。

(注) 上記イ第2文については、規定を設けないという考え方がある。

[意見]

賛成する。

[理由]

いずれも従前からの提案について賛成していたものである。

第23 相殺

1 相殺禁止の意思表示（民法第505条第2項関係）

民法第505条第2項ただし書の善意という要件を善意無重過失に改めるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

債権の譲渡禁止特約に関する民法第466条第2項の見直しと整合的な見直しを図るので相当である。

2 時効消滅した債権を自動債権とする相殺（民法第508条関係）

民法第508条の規律を次のように改めるものとする。

債権者は、時効期間が満了した債権について、債務者が時効を援用するまでの間は、当該債権を自働債権として相殺をすることができるものとする。ただし、時効期間が満了した債権を他人から取得した場合には、この限りでないものとする。

(注) 民法第508条の規律を維持するという考え方がある。

[意見]

反対する。

(注)のとおり、民法第508条の規律を維持すべきであるが、ただし書きについては賛成する。

[理由]

- 1 時効期間が満了した自働債権であっても、時効期間満了時に相殺適状にあって相殺に対する合理的期待が認められたものについては、時効援用の有無に拘わらず、清算済みであるとの期待を保護する現行の規律を見直す必要はない。
- 2 ただし書きについては、消滅時効にかかった他人の債権を譲り受け、これを自働債権として相殺することは許されないとした判例法理（最判昭和36年4月14日民集15巻4号765頁）を明文化するもので相当である。

3 不法行為債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第509条関係）

民法第509条の規律を改め、次に掲げる債権の債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができないものとする。

- (1) 債務者が債権者に対して損害を与える意図で加えた不法行為に基づく損害賠償債権
- (2) 債務者が債権者に対して損害を与える意図で債務を履行しなかったことに基づく損害賠償債権
- (3) 生命又は身体の侵害があったことに基づく損害賠償債権

[意見]

反対する。

(3)については、（民法第509条の規律を改めることを前提としない限り）賛成する。

[理由]

- 1 損害賠償請求権の額に争いがないのであれば、相殺合意により決済することが可能であって、民法第509条が相殺による簡易な決済を過剰に制限しているとはいえず、現行の規律を改める必要がない。むしろ、損害額や過失割合について争いがある場合にまで一方的な意思表示によって相殺が可能となると、十分な合意もないままに相殺の意思表示が強行されて、被害者保護に欠ける事態を招く恐れも否定できない。
- 2 上記(3)について、不法行為ではなく債務不履行（安全配慮義務違反など）によって生命又は身体が侵害された場合の損害賠償請求権を受働債権とする相殺を禁ずることは被害者保護に資すると考えられる。

4 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺（民法第511条関係）

民法第511条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債権の差押えがあった場合であっても、第三債務者は、差押えの前に生じた原因に基づいて取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができるものとする。
- (2) 第三債務者が取得した上記(1)の債権が差押え後に他人から取得したものである場合には、これによる相殺は、差押債権者に対抗することができないものとする。

[意見]

(1)について、賛成する。

ただし、債権譲渡と相殺の抗弁（第18・3(2)）に関して、同ア(イ)の場合（「将来発生する債権が譲渡された場合において、権利行使要件の具備後に生じた原因に基づいて債務者が取得した債権であって、その原因が譲受人の取得する債権を発生させる契約と同一の契約であるもの」）の相殺を認めるのであれば、法定相殺と差押において、差押債権と同一の契約から発生する債権による相殺を認める規律を設けるべきである。

(2)について、賛成する。

[理由]

- 1 差押えられた債権を自働債権とする相殺につき、差押時に相殺適状にある必要はなく、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず相殺を可能とする判例法理（無制限説，最判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁）を明文化するのは相当である。

また、破産手続開始決定前の原因に基づき取得した債権を自働債権とする相殺を認めたとされる判例（最判平成24年5月28日民集66巻7号3123頁）を踏まえ、受働債権が差押えられた場合（個別執行）における相殺の範囲は、債権者平等がより強く要請される破産手続で認められる相殺の範囲よりも狭くない（はず）との立場から、差押時には具体的に発生していない債権であっても、相殺への期待が保護に値する一定の要件を満たしていれば、これを自働債権とした相殺を可能とする（上記(1)）のも相当である。

さらに、将来債権譲渡と相殺の抗弁（第18・3(2)）と同様に、将来債権が差押えられた場合について、将来の売掛金の差押後に瑕疵担保請求権による相殺が否定されるのであれば、第三債務者は債務者との取引を控えるであろうし、また、将来の賃料債権の差押後に必要費を支出しても相殺が否定されるのであれば、賃借人はそこに住み続けないうえに、相殺を禁ずることが必ずしも差押債権者を保護することにつながる。よって、法定相殺と差押についても、差押債権と同一の契約から発生する債権による相殺を認める規律を設けるべきである。

- 2 上記(2)については、差押後に他人の債権を取得した場合には、差押時に保護すべき相殺の期待が存しないから、この場合に相殺ができないことを明文化するのは相当である。

5 相殺の充当（民法第512条関係）

民法第512条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 相殺をする債権者の債権が債務者に対して負担する債務の全部を消滅させるのに足りない場合において、当事者間に充当の順序に関する合意があるときは、その順序に従い充当するものとする。
- (2) 上記(1)の合意がないときは、相殺に適するようになった時期の順序に従って充当するものとする。
- (3) 上記(2)の場合において、相殺に適するようになった時期を同じくする債務が複数あるときは、弁済の充当に関する規律（前記第22, 7）のうち、法定充当の規律を準用するものとする。

[意見]

- (1)について、賛成する。
- (2)について、賛成する。
- (3)について、賛成する。

[理由]

相殺充当に関しても、弁済充当と同様、合意がある場合には合意に従って充当されることを明文化すること（上記(1)）は相当である。

また、相殺充当に関する合意が無い場合には、相殺の遡及効の関係から、どの時点まで遡及するか確定しないと、充当の対象となる利息債権・遅延損害金の範囲（民法第491条準用）が定まらないため、相殺に供されるべき元本債権の順序を特定する必要があるところ、相殺適状が生じた順序に従って相殺をすることが当事者の期待に合致し公平の理念にもかなうから、相殺適状時の順序に従って相殺されるとした判例法理（最判昭和56年7月2日民集35巻5号881頁）を明文化すること（上記(2)）、その場合に、弁済充当と異なり、相殺充当の当事者は債権者でも債務者でもあり、いずれからも相殺できるところ、先に相殺の意思表示をした者の利益を保護するよりも上記公平の理念に整合的であるとして、指定充当は認めないとする（上記(3)）は、いずれも相当である。

第24 更改

1 更改の要件及び効果（民法第513条関係）

民法第513条の規律を改め、当事者が債務を消滅させ、その債務とは給付の内容が異なる新たな債務を成立させる契約をしたときは、従前の債務は、更改によって消滅するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

従来の「債務の要素」という表現よりも、内容が分かりやすく明確化されていると考える。また、更改の意思を要件として定め、判例の見解をとり入れることで明確になっている。

2 債務者の交替による更改（民法第514条関係）

民法第514条の規律を改め、債権者、債務者及び第三者の間で、従前の債務を消滅させ、第三者が債権者に対して新たな債務を負担する契約をしたときも、従前の債務は、更改によって消滅するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

更改において、当事者の変更を内容とする場合には、その当事者（従前の債務者、新たに債務者となる第三者）も更改に主体的に関与させるのが相当であり、これが明確化されることになるためである。

3 債権者の交替による更改（民法第515条・第516条関係）

債権者の交替による更改（民法第515条・第516条）の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債権者、債務者及び第三者の間で、従前の債務を消滅させ、第三者が債務者に対する新たな債権を取得する契約をしたときも、従前の債務は、更改によって消滅するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

更改において、当事者の変更を内容とする場合には、その当事者（従前の債権者、新たに債権者となる第三者）も更改に主体的に関与させるのが相当であり、これが明確化されることになるためである。

- (2) 債権者の交替による更改の第三者対抗要件を、債権譲渡の第三者対抗要件（前記第18、2）と整合的な制度に改めるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

債権者の交替による更改の場合、債権譲渡と類似したものとなるため、第三者対抗要件と整合的な制度にするのは当然と考えられる。

(3) 民法第516条を削除するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

債権者の交替による更改を債権譲渡の場合と整合的にした制度改正とすべきであるところ、債権譲渡の場面における異議を留めない承諾の制度の廃止には賛成する立場であり、債権者交替における更改でも、同様に不要とする必要がある。

4 更改の効力と旧債務の帰すう（民法第517条関係）

民法第517条を削除するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

更改後の債務に無効・取消原因があった場合の旧債務の帰すうについて、民法第517条は、前提として、これを債権者が知っていた場合には、旧債務を免除する意思があったと一律に解すると定めているが、旧債務を免除する意思があったかどうかについては、個別的に判断する方が適切である。したがって、民法第517条の削除に賛成する。

5 更改後の債務への担保の移転（民法第518条関係）

民法第518条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 債権者は、更改前の債務の限度において、その債務の担保として設定された担保権及び保証を更改後の債務に移すことができるものとする。

[意見]

反対する。

[理由]

更改がなされた場合の担保承継において、担保設定者が第三者である場合や保証人がいる場合には、その意思確認が必要とする一方で((3)及び(4))、これらに債務者の意思は不要とする方向での改正自体には、問題がなく、合理性があるといえる。

しかし、債務者が担保設定者である場合に、債務者の意思を不要とすれば、更改によって、従前の債務を消滅させた上で、これと同一性を持たない別個の債務を発生させる契約となり、担保が消滅するものとする債務者も想定される。

この場合に、債務者の意思表示において、自ら設定した担保の承継が当然に含まれていると解すべきとし、救済が必要な場合には、錯誤等の法律構成で行うという形で整理するよりも、債務者が担保設定者の場合には、債権者が担保の承継を予定している場合には、債務者の意思をはじめから要件として、必要であると定めた方が債務者の保護に資するし、債務の消滅に伴い担保は消滅するという付従性の原則とも整合する。

(2) 上記(1)の担保の移転は、更改契約と同時にする意思表示によってしなければならないものとする。

[意見]

反対する。

[理由]

前項と同じ理由である。

(3) 上記(1)の担保権が第三者の設定したものである場合には、その承諾を得なければならないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

現行法を維持するものであるし、担保設定者の意思を尊重すべきである。

(4) 更改前の債務の保証人が上記(1)により更改後の債務を履行する責任を負うためには、保証人が、書面をもって、その責任を負う旨の承諾をすることを要するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

民法第446条第2項に平仄を合わせていて相当である。

6 三面更改

(1) 債権者、債務者及び第三者の間で、従前の債務を消滅させ、債権者の第三者に対する新たな債権と、第三者の債務者に対する新たな債権とが成立する契約をしたときも、従前の債務は、更改によって消滅するものとする。

(2) 上記(1)の契約によって成立する新たな債権は、いずれも、消滅する従前の債務と同一の給付を内容とするものとする。

(3) 将来債権について上記(1)の契約をした場合において、債権が発生したときは、その時

に、その債権に係る債務は、当然に更改によって消滅するものとする。

(4) 上記(1)の更改の第三者対抗要件として、前記3(2)(債権者の交替による更改の第三者対抗要件)の規律を準用するものとする。

(注) これらのような規定を設けないという考え方がある。また、上記(4)については、規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方がある。

[意見]

いずれについても反対する。

[理由]

新たに規定する必要性に乏しい。

中央決済機関を介在させた取引などの特殊決済体系において必要があるならば、特別法による規定が望ましい。

第25 免除

民法第519条の規律に付け加えて、免除によって債務者に損害が生じたときは、債権者は、その損害を賠償しなければならないものとする。

(注) 債権者と債務者との間で債務を免除する旨の合意があったときは、その債権は、消滅するが、債務者が債務を履行することについて利益を有しない場合には、債務者の承諾があったものとみなすとして、民法第519条の規律を改めるという考え方がある。

[意見]

賛成する。

[理由]

債務の免除が当事者間の合意でなく、債権者の単独行為であることを維持することに賛成する。さらに、単独行為を維持することによって、債務の免除により債務者に損害が生じるような場合(債権者に受領義務があるような場合)のような不都合が生じる場合においても、その賠償をすべきとすることでバランスを取るという内容となっており、妥当である。

第26 契約に関する基本原則等

1 契約内容の自由

契約の当事者は、法令の制限内において、自由に契約の内容を決定することができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

- 1 契約自由の原則の明文化については、基本原則の明文化であり、分かりやすい民法の観点から、賛成する。

その意味で、本試案の契約内容の自由の明文化も賛成する。

- 2 契約内容の自由以外の契約自由の原則について

契約するかしないかの自由については、第27-1に（間接的にはあるが）規定される一方、相手方の選択の自由は、本中間試案には掲げられていない。

契約内容の自由以外の契約自由の原則についても、諦めずに、可能な限り明文化を検討したほうがよい。

- 3 制約原理について

契約自由の原則の明文化については、原則の明文化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。

そのため、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。さらに、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得ることを規定すべきである。

そして、「不法行為に当たらない範囲で」等では、制約原理として狭きに失することから、大阪弁護士会としては、これまで、民法第206条を参考に、「法令の制限内において」とすることを提案してきた。

こうした観点からは、契約自由の原則と同一規定内に、「法令の制限内において」との表現で制約原理を設けようとする、本試案には賛成する。

ただし、いずれにしても、条文化の際には、改めて表現を慎重に検討すべきである。

2 履行請求権の限界事由が契約成立時に生じていた場合の契約の効力

契約は、それに基づく債権の履行請求権の限界事由が契約の成立の時点で既に生じていたことによっては、その効力を妨げられないものとする。

（注）このような規定を設けないという考え方がある。

[意見]

賛成する。

[理由]

- 1 履行請求権の限界事由が契約成立時よりも前か後かという偶然によって、契約の有効性や損害賠償の範囲等について結論が大きく異なるのは妥当でない。
- 2 原始的に不能な契約の効力については、無効とするのが判例・通説であることから、これを否定することを条文上明確にすることが分かりやすい民法の理念に適う。

3 付随義務及び保護義務

- (1) 契約の当事者は、当該契約において明示又は黙示に合意されていない場合であっても、相手方が当該契約によって得ようとした利益を得ることができるよう、当該契約の趣旨に照らして必要と認められる行為をしなければならないものとする。
- (2) 契約の当事者は、当該契約において明示又は黙示に合意されていない場合であっても、当該契約の締結又は当該契約に基づく債権の行使若しくは債務の履行に当たり、相手方の生命、身体、財産その他の利益を害しないために当該契約の趣旨に照らして必要と認められる行為をしなければならないものとする。

(注) これらのような規定を設けないという考え方がある。

[意見]

(1) (2) ともに賛成する。

ただし、判断要素として「契約の目的・内容・性質」「各当事者の地位・属性・専門性」「当事者間の情報の質、量、情報処理能力及び交渉力の格差」「契約交渉経緯」等の具体的要素を列挙すべきである。

[理由]

- 1 付随義務も保護義務も、判例・学説上も、一般に認められているところであり、市民に分かりやすい民法の観点からも明文化した方がよいと考えられる。
- 2 予見可能性を高めるため、また、当事者の属性等に応じた適切な信義誠実の原則の解釈運用を図るため、信義誠実の原則の判断要素を具体的に列挙すべきである。

具体的要素としては、契約の目的・内容・性質、各当事者の地位・属性・専門性、契約交渉経緯等が特に重要であるため、具体的に列挙すべきであるが、それ以外の要素も考えられるため、例示列挙にすべきと考えられる。

また、付随義務として典型的には説明義務・情報提供義務が想定されるため、当事者間の情報の質、量、情報処理能力及び交渉力の格差も考慮要素として列挙すべきである。この点、「当事者間の情報の質、量、情報処理能力、及び、交渉力の格差」については、「各当事者の地位・属性」に含まれるとも考えられるものの、本条項が消費者・事業者間の格差者間にも適用されるところ、消費者契約法の趣旨として特に取り上げられている考慮要素である（同法第1条）ことから、注意喚起の意味も込めて、列挙すべきと考えられる。

4 信義則等の適用に当たっての考慮要素

消費者と事業者との間で締結される契約（消費者契約）のほか、情報の質及び量並びに交渉力の格差がある当事者間で締結される契約に関しては、民法第1条第2項及び第3項その他の規定の適用に当たって、その格差の存在を考慮しなければならないものとする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。また、「消費者と事業者との間で

締結される契約（消費者契約）のほか、」という例示を設けないという考え方がある

[意見]

- 1 賛成する。
- 2 もっとも、日弁連では、平成24年10月23日付け意見書（その4）において、上記のような抽象的な解釈規定のほか、具体的な消費者保護規定、一定の場合の事業者間契約への準用規定、レファレンス規定の立法などにも賛成している。今回の民法改正ではこのような立法を併せ行うべきである。
- 3 また、もし新民法に消費者概念を導入しない場合には、民法改正と同時に消費者契約法を改正することによって、具体的な消費者保護規定の同時立法を実現しなければならない。

[理由]

- 1 非対等な契約関係における格差、社会的弱者への配慮の必要性
現実の社会では、消費者契約など非対等の契約当事者間の取引の占める割合は大きい。一般私法たる民法の基本ないし原則となる法規範は、契約自由の原則や契約の拘束力のみを強調したものであってはならず、未成年・被後見人・消費者・労働者・中小事業者など現実社会における多くの非対等な契約関係の存在や契約弱者の利益にも配慮したバランスのある規定内容とされなければならない。
また、現行民法においても、信義則や権利濫用規定の適用にあたっては、契約当事者間の非対等性、情報・交渉力格差の存在、契約弱者の保護の必要性といった観点から考慮要素として斟酌されてきている。決して実質的な非対等性を無視した法律の適用や解釈を行ってはならない。
- 2 民法における理念規定・解釈規定の必要性・相当性
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ということであれば、属性、知識・経験、情報の収集能力、交渉力等において格差のある当事者が契約を締結したときには、対等当事者間の契約とは異なる考慮が働くという正当化原理を明示しておくこと、非対等な契約関係における格差への配慮に関する抽象的な理念規定を民法に規定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、消費者保護規定は格差契約の代表である消費者契約に関する法規範であって、その性格上、消費者以外の社会的弱者に対して安易に反対解釈されてはならないこと、むしろ消費者以外の社会的弱者（中小零細事業者など）に対しても消費者と同様の観点からの配慮や類推適用が必要かつ相当であることを明確にできる。
- 3 消費者保護規定・事業者間契約への準用規定の必要性・相当性
日弁連は、平成24年10月23日付け意見書（その4）において、上記のような抽象的な解釈規定のほか、上述のような具体的な消費者保護規定の同時立法が必要であると提言している。また、業者間契約においても一定の場合には消費者保護規定の準用ができる旨の明文規定を設けるべきであると提言している。このような規定の立法化につ

いても、今回の民法改正において引き続き検討されるべきである。

なお、もし新民法に消費者概念を導入しない場合には、民法改正と同時に消費者契約法を改正することによって、具体的な消費者保護規定の同時立法を実現しなければならない。

<個別的な消費者保護規定>

- ① 消費貸借における消費者の引渡前解除権
- ② 消費貸借における消費者の期限前返済権
- ③ 抗弁接続規定
- ④ 消費者有利解釈の特則
- ⑤ 継続的契約における消費者解除権

4 レファレンス規定の必要性・相当性

さらに、わかりやすい民法という観点から、消費者契約には民法の規定以外に消費者契約法の規定が適用されるという規定（いわゆるレファレンス規定）の立法化についても、今回の民法改正において行われるべきである。なお、借地借家法、利息制限法、労働契約法といった他の主要な特別法についてレファレンス規定を設けることも併せ検討されてよいと考える。

第 27 契約交渉段階

1 契約締結の自由と契約交渉の不当破棄

契約を締結するための交渉の当事者の一方は、契約が成立しなかった場合であっても、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。ただし、相手方が契約の成立が確実であると信じ、かつ、契約の性質、当事者の知識及び経験、交渉の進捗状況その他交渉に関する一切の事情に照らしてそのように信ずることが相当であると認められる場合において、その当事者の一方が、正当な理由なく契約の成立を妨げたときは、その当事者の一方は、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負うものとする。
(注) このような規定を設けないという考え方がある。

[意見]

- 1 交渉の不当破棄による損害賠償に関する規定を設けることには賛成。
- 2 契約内容の自由の規定の仕方にもよるが、原則については、端的に、当事者は、別段の義務を負う場合を除き、交渉の開始、継続、破棄は自由である（あるいは契約締結の義務を負わない）旨を規定すべきである。
- 3 契約成立が確実であると信じた場合のみならず、信義則に反する交渉、交渉破棄があった場合に損害賠償責任を負う旨を規定すべきである。その際、具体的な考慮要素を具体的に記載すべきである。

<条文骨子案>

契約交渉の当事者は、別段の義務を負う場合を除き、契約を締結するか否かを自由に決定することができる。

ただし、契約交渉の一方当事者が次に掲げる行為をしたときは、これによって相手方に生じた損害を賠償しなければならない。

① 契約の性質、当事者の知識及び経験、交渉の経緯その他交渉に関する一切の事情に照らして、相手方が契約の成立が確実であると通常考える場合に、正当な理由なく契約の締結を拒絶したとき

② その他契約の性質、当事者の知識及び経験、交渉の経緯その他交渉に関する一切の事情に照らして、信義に反し、契約の交渉を継続し、または破棄したとき

[理由]

1 交渉の不当破棄による損害賠償義務は、確立した判例法理によるものであり、明文化すること自体は賛成する。

2 ただし、消費者保護の観点から、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。

そこで、契約の締結の義務はなく、交渉の破棄は自由であるという大原則は、明確に示す必要がある。損害賠償責任を負わないという規定の仕方ではなく、予約契約や法令に基づく契約締結義務がない限り契約締結は義務ではなく、交渉の開始・継続・破棄は自由であることを明示すべきである。

3 交渉過程において損害賠償責任を負わせるべき事案は、契約成立が確実である場合に限られない。契約成立に対する信頼は確実とまでは言えないが、その他の交渉態度が不誠実で損害賠償を認めるべき事案などが本試案ではカバーされているとは限らない。そこで、契約成立が確実とまでは言えないが、不当な交渉方法、破棄について、賠償責任の余地を認める規定にすべきである。

2 契約締結過程における情報提供義務

契約の当事者の一方がある情報を契約締結前に知らずに当該契約を締結したために損害を受けた場合であっても、相手方は、その損害を賠償する責任を負わないものとする。ただし、次のいずれにも該当する場合には、相手方は、その損害を賠償しなければならないものとする。

(1) 相手方が当該情報を契約締結前に知り、又は知ることができたこと。

(2) その当事者の一方が当該情報を契約締結前に知っていれば当該契約を締結せず、又はその内容では当該契約を締結しなかったと認められ、かつ、それを相手方が知ることができたこと。

(3) 契約の性質、当事者の知識及び経験、契約を締結する目的、契約交渉の経緯その他当該契約に関する一切の事情に照らし、その当事者の一方が自ら当該情報を入手すること

を期待することができないこと。

- (4) その内容で当該契約を締結したことによって生ずる不利益をその当事者の一方に負担させることが、上記(3)の事情に照らして相当でないこと

(注) このような規定を設けないという考え方がある。

[意見]

情報提供義務の明文化には賛成する。

ただし、その条文化にあたり、本試案で提案されている内容には反対する。

具体的には、次のような定めとすべきである。

- (1) 契約の当事者の一方は、契約の交渉に際して、相手方が契約をするか否かの判断に影響を及ぼす情報につき、契約の性質、各当事者の知識及び経験、契約を締結する目的、契約交渉の経緯その他当該契約に関する一切の事情に照らし、信義誠実の原則に従ってこれを相手方に提供しなければならない。
- (2) 前項の義務に違反した者は、相手方に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

[理由]

- 1 契約締結過程において、一方当事者が相手方に対し、信義則上、情報提供義務や説明義務を負う場面があること、このような義務違反があれば損害賠償責任が発生することは判例上認められており（最判平成24年11月27日判時2175号11頁，最判平成23年4月22日判時2116号61頁，最判平成18年6月12日判時1941号94頁），分かりやすい民法の観点から明文化すべきである。

この点、本試案は、このような情報提供義務を明文化する方向での提案であり、この点は賛成できる。なお、この本試案における情報提供義務は、説明義務を含むものと考えられる。

- 2 しかしながら、その規定の仕方について、本試案で提案されている本文のような規定を定めることには反対である。

本文のように、情報提供は原則として義務付けられないことと、例外的に情報提供義務違反による損害賠償義務を相当限定された要件のもとで負うことだけを規定するのは、情報提供はそのような限定された場面でしか行う必要がないとの誤ったメッセージを民法が社会に与えてしまう可能性が高いからである。

- 3 次に、本試案で提案されているただし書(1)乃至(4)のような規定を定めることにも反対である。

情報提供義務が認められる場合としては多様なケースが考えられ、本試案のように一定の具体的な要件内容を示した場合、これに該当しない場合には一切情報提供義務が認められないことになり、情報提供義務が認められる場合が不当に限定され、また、運用が硬直化する可能性がある。

また、(2)で提案されているような相手方の主観を不可欠の要件とすることや、(3)で

提案されているような情報入手の期待不可能性を不可欠の要件とすることは、裁判実務上確立してきた信義則上の情報提供義務の成立範囲を狭める可能性がある。

そもそも、情報提供義務は信義則上認められてきたものであり、網羅的に全ての場合の要件を具体的に示すことは困難であると考えられる。

したがって、信義則に基づき一定の場合に情報提供義務が発生すること、情報提供義務が発生するか否かの判断における具体的な考慮要素、及びその違反の効果が損害賠償義務であることを示すにとどめ、それ以上に具体的な要件を定めるべきではないと考える。

- 4 本試案に比べ、情報提供義務が生じる場合が不明確で予測可能性がなく、或いは、情報提供義務が認められる場合が広すぎるとの反論も想定されるが、現行法においても、民法第1条第2項の抽象的な文言から情報提供義務は根拠付けられており、現在より予測可能性が低下するものではない上、信義則に基づき情報提供義務が生じるか否かの判断の具体的な考慮要素を列挙することで、一定の予測可能性が認められ、かつ、情報提供義務が認められる場合が広すぎることにもならないと考えられる。

第28 契約の成立

1 申込みと承諾

- (1) 契約の申込みに対して、相手方がこれを承諾したときは、契約が成立するものとする。
(2) 上記(1)の申込みは、それに対する承諾があった場合に契約を成立させるのに足りる程度に、契約の内容を示したものであることを要するものとする。

[意見]

いずれも賛成する。

[理由]

明確化に資する。

2 承諾の期間の定めのある申込み（民法第521条第1項・第522条関係）

- (1) 民法第521条第1項の規律を改め、承諾の期間を定めてした契約の申込みは、申込者が反対の意思を表示した場合を除き、撤回することができないものとする。
(2) 民法第522条を削除するものとする。

[意見]

いずれも賛成する。

[理由]

- 1 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、撤回を認めることは、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り、民法第522条第1項本文の規律は不要である。

3 承諾の期間の定めのない申込み（民法第524条関係）

民法第524条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 承諾の期間を定めなかった申込みは、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ものとする。ただし、申込者が反対の意思を表示したときは、その期間内であっても撤回することができるものとする。

(2) 上記(1)の申込みは、申込みの相手方が承諾することはないと合理的に考えられる期間が経過したときは、効力を失うものとする。

(注) 民法第524条の規律を維持するという考え方がある。

[意見]

いずれも本文に賛成する。

[理由]

1 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、撤回を認めることは、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 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。

ただ、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というべきであるから、後者の期間が前者の期間よりも常に長いことを前提とした条文化には慎重を期すべきである。

4 対話者間における申込み

(1) 対話者間における申込みは、対話が終了するまでの間は、いつでも撤回することができるものとする。

(2) 対話者間における承諾期間の定めのない申込みは、対話が終了するまでの間に承諾しなかったときは、効力を失うものとする。ただし、申込者がこれと異なる意思を表示したときは、その意思に従うものとする。

[意見]

いずれも賛成する。

[理由]

1 対話者間については、対話中に申込み内容が変動することも十分にあり得るところで

あり、対話中はいつでも申込みは撤回できるとするのが当事者の意思に合致する。対話中に承諾期間を定めて申込みがなされた場合であっても同様に考えてよい。

2 対話者間に特に反対の意思を表示した場合（返事は後日とした場合等）を除き、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。

3 これらの規律については民法に定めがなく、明文化しておくことが望ましい。

5 申込者及び承諾者の死亡等（民法第525条関係）

民法第525条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 申込者が申込みの通知を発した後に死亡し、意思能力を喪失した常況にある者となり、又は行為能力の制限を受けた場合において、相手方が承諾の通知を発するまでにその事実を知ったときは、その申込みは、効力を有しないものとする。ただし、申込者が反対の意思を表示したときには、この限りでないものとする。

(2) 承諾者が承諾の通知を発した後に死亡し、意思能力を喪失した常況にある者となり、又は行為能力の制限を受けた場合において、その承諾の通知が到達するまでに相手方がその事実を知ったときは、その承諾は、効力を有しないものとする。ただし、承諾者が反対の意思を表示したときには、この限りでないものとする。

[意見]

(1)及び(2)の規律内容には賛成するが、民法第525条の「申込者が反対の意思を表示した場合」との文言を削除することには反対する。

また、民法第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、規律内容を積極的に表現するように文言を改めるべきである。

[理由]

1 民法第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り、このような場合に申込みの効力が失われるとするには合理性がある。

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、民法第525条の例外規定としての定め方は改めるべきである。

6 契約の成立時期（民法第526条第1項・第527条関係）

(1) 民法第526条第1項を削除するものとする。

(2) 民法第527条を削除するものとする。

（注）上記(1)については、民法第526条第1項を維持するという考え方がある。

[意見]

1 (1)については、本文に賛成する。

2 (2)についても、賛成する。

[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 民法第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。

7 懸賞広告

懸賞広告に関する民法第529条から第532条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

(1) 民法第529条の規律に付け加えて、指定した行為をした者が懸賞広告を知らなかった場合であっても、懸賞広告者は、その行為をした者に対して報酬を与える義務を負うものとする。

(2) 懸賞広告の効力に関する次の規律を設けるものとする。

ア 懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めた場合において、当該期間内に指定した行為が行われなかったときは、懸賞広告は、その効力を失うものとする。

イ 懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めなかった場合において、指定した行為が行われることはないと合理的に考えられる期間が経過したときは、懸賞広告は、その効力を失うものとする。

(3) 民法第530条の規律を次のように改めるものとする。

ア 懸賞広告者は、その指定した行為をする期間を定めた場合には、その懸賞広告を撤回することができないものとする。ただし、懸賞広告者がこれと反対の意思を表示したときは、懸賞広告を撤回することができるものとする。

イ 懸賞広告者は、その指定した行為をする期間を定めなかった場合には、その指定した行為を完了する者がいない間は、その懸賞広告を撤回することができるものとする。

ウ 懸賞広告の撤回は、前の広告と同一の方法によるほか、他の方法によってすることもできるものとする。ただし、他の方法によって撤回をした場合には、これを知った者に対

してのみ、その効力を有するものとする。

[意見]

いずれも賛成する。

[理由]

1 懸賞広告を知らずに指定行為をした者への報酬支払義務 ((1)関係)

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、指定行為が行われた以上は、懸賞広告者に報酬支払義務を負わせても特段の問題はない。

2 懸賞広告の存続期間 ((2)ア及びイ関係)

懸賞広告の存続期間については、いずれも妥当な規律である。期間の定めのない懸賞広告については、不特定多数の者に対してなされることもあり、法的安定性が求められる場面もあるが、この点は「指定した行為が行われることはない」と合理的に考えられる期間」の認定において考慮すれば足りる。

3 懸賞広告の撤回可能な時期 ((3)ア及びイ関係)

懸賞広告の撤回可能な時期については、いずれも妥当な規律である。撤回する前に指定行為に着手した者の期待の保護の問題もあるが、着手者の存在によって撤回の効力が生じないとする、偶々他の着手者がいたことで、撤回後に指定行為に着手して完了した者が報酬請求権を取得することになり妥当でなく、着手者との関係において撤回の効力が生じないとするのも、法的安定性を損なうから、現行法と同様に指定行為を完了する者がいない間は撤回可能とすることによい。

4 懸賞広告の撤回の方法 ((3)ウ関係)

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によい。

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もので必要十分である。

第 29 契約の解釈

1 契約の内容について当事者が共通の理解をしていたときは、契約は、その理解に従って解釈しなければならないものとする。

2 契約の内容についての当事者の共通の理解が明らかでないときは、契約は、当事者が用いた文言その他の表現の通常の意味のほか、当該契約に関する一切の事情を考慮して、当該契約の当事者が合理的に考えれば理解したと認められる意味に従って解釈しなけれ

ばならないものとする。

- 3 上記1及び2によって確定することができない事項が残る場合において、当事者がそのことを知っていれば合意したと認められる内容を確定することができるときは、契約は、その内容に従って解釈しなければならないものとする。

(注) 契約の解釈に関する規定を設けないという考え方がある。また、上記3のような規定のみを設けないという考え方がある。

[意見]

- 1 1 (本来的解釈) については、賛成する。
- 2 2 (規範的解釈) については、明文を設けることには賛成する。
しかしながら、(成立した契約について) 契約の内容についての当事者の共通の理解が明らかでないときに、当該契約の当事者を基準に解釈することには反対する。
規範的解釈としては、契約当事者と同種の合理人を基準に、合理的に考えれば理解したと認められる意味に従って解釈するとすべきである。
- 3 3 (補充的解釈) については、反対はしない。
ただし、補充できない場合の処理は問題であり、任意規定の適用を排斥しないようにすべきである。
- 4 約款・消費者契約に関し、条項使用者不利の原則についても、明文化すべきである。

[理由]

- 1 1 (本来的解釈) について
契約の解釈の明文化は、わかりやすい民法の観点から賛成する。
本来的解釈については、当事者の意思が合致しているなら、通常用語の意味とは異なっても、合致した意思に従って契約を解釈すべきであり、賛成する。
- 2 2 (規範的解釈) について
特に外形的には一致しており契約は成立しているとの前提では、当事者の意思が一致していない場合、当事者は既に当事者なりに(合理的に)判断して意思表示しているから、更に当事者基準で解釈することは困難ではないか。
表示の通常の意味や契約に関する一切の事情を考慮するのは妥当としても、そこで合理的にと考えるとすれば、裁判官等の観点から判断する前提では、契約当事者と同種の合理人を基準とすべきではないか。あるいは、契約当事者と同種の合理人を基準としているに等しいのではないか。
- 3 3 (補充的解釈) について
補充的解釈においては、そもそも当事者の意思が無かった場合と言えるから、当事者の意思を最優先とすることには反対しない。
しかし、これによって更に補充できない場合にどのように取り扱うかが問題として残り、この点が、本試案でも明確ではない。

かかる場合には、契約当事者と同種の合理人を基準に判断すべきであり、かかる内容のという予備的な規定を設けることも検討すべきである。

また、任意規定との関係も問題であり、任意規定を排斥しないように配慮すべきである。

補充解釈では、当事者基準で解釈検討するのは、その範囲を限定する趣旨であり、補充解釈も抑制的であることを前提とすべきである。即ち、補充的解釈に固執すべきではなく、ある程度容易に補充解釈できないならば、任意規定によるべきである。この点、本試案では明確ではないと思われるので、この点を明確にすべきである。

4 4（条項使用者不利の原則）について

消費者契約はもとより、消費者契約でない約款利用の場面でも、力関係の差・当事者の意思の希薄・修正等が困難な契約過程といった事情があることが多い。そして、公平の観点から、是正すべき場面も多い。さらに、条項使用者不利の原則は、明確な解釈原則であるから、これを明文化すべきである。

なお、この原則を明文化しても、他の解釈手法を経てもなお合理的な複数の解釈が成り立つ場面では機能しないこと、そもそも明確な表現を心掛ければこの原則の適用を避けうることから、明文化が企業や約款使用者を不必要に不利にすることはないと考える。

第30 約款

1 約款の定義

約款とは、多数の相手方との契約の締結を予定してあらかじめ準備される契約条項の総体であって、それらの契約の内容を画一的に定めることを目的として使用するものをいうものとする。

（注）約款に関する規律を設けないという考え方がある。

[意見]

賛成する。

[理由]

1 約款規定の必要性

現実の社会では契約の一方当事者が作成した約款を使用した取引が多く存在する。かかる約款が使用された契約では、当事者間での契約内容に関する実質的な交渉が行われておらず、一方当事者（約款使用者）が一方的に契約内容を決定し、他方の当事者（相手方）は契約内容の形成に関与することができないため、契約自由の前提が失われている。

このような約款が法的拘束力を有するための要件や範囲を法律で定めておくことは、約款取引の安定性をもたらすと共に、相手方保護にも資する。現代の我が国において

約款規定はぜひとも必要な法規範である。そのような意味合いにおいて、本試案が改正民法で約款規定の立法を提言している点は大きく評価でき、賛成である。

2 約款規定の相当性

この点、約款規制の導入に反対する意見も聞かれるが、約款に法的拘束力が認められる要件が法定されることは、約款取引の安定や無用なトラブルの回避に繋がる点において、約款使用者（事業者）においても有益であるはずである。

また、いわゆる認可約款に代表される行政規制は、必ずしも全ての業種・企業に及んでいるわけではなく、また、認可約款であるからといって相手方の権利利益の保護という観点から十分な内容であるとは限らないことは、いわゆる学納金返還請求訴訟で諸大学の学則の前納授業料不返還特約が最高裁判所によって違法・無効と判示された事実からも明瞭なところである。行政規制があるから約款法制は不要という論旨は、全く説得力に欠ける。

さらに、現代社会において、約款に関する法規範は、ヨーロッパ諸国のみならず、韓国・台湾といったアジア諸国でも存在している。また、それらの国では約款規定を前提に経済活動が現に円滑に営まれており、日本企業もそのようなルールのもとで国際競争を行っている。日本国内においてのみ弊害を主張する論旨も、説得力に欠ける。

- 3 もっとも、今後の立法に向けた作業の過程においては、「約款」に該当するか否かの具体的な判断がより明確にできるよう、規定の在り方についてさらに検討されるべきである（例：1つの契約書面に個別合意条項と定型的契約条項が混在する場合の定型的契約条項の位置づけなど）。また、その名称や形態を問わないという点も明らかにしておくべきである。

2 約款の組入要件の内容

契約の当事者がその契約に約款を用いることを合意し、かつ、その約款を準備した者（以下「約款使用者」という。）によって、契約締結時まで、相手方が合理的な行動を取れば約款の内容を知ることができる機会が確保されている場合には、約款は、その契約の内容となるものとする。

（注）約款使用者が相手方に対して、契約締結時まで約款を明示的に提示することを原則的な要件として定めた上で、開示が困難な場合に例外を設けるとする考え方がある。

[意見]

- 1 約款使用者が相手方に対して、契約締結時まで約款を明示的に提示することを原則的な要件として定めた上で、開示が困難な場合に例外を設けるとする考え方（（注）の考え方）に賛成する。
- 2 具体的な例外要件については、「契約締結時まで、約款使用者が、相手方においてその約款を容易に知ることができる状態に置き、かつ、その約款を知るための方法を相手方に通知すること」を要するものとするべきである。

[理由]

- 1 約款を使用した取引においても、その法的拘束力の正当化根拠は契約当事者の合意（組入合意）である。そうである以上、約款に法的拘束力が認められるためには、原則として、約款使用者が相手方に約款を開示していることが必要と考えるべきである。
- 2 もっとも、契約の性質上、約款使用者が契約締結時までに相手方に対し約款の内容を開示することが困難な場合もあり得るので、その場合には例外を認めるのが合理的である。その具体的な例外要件としては、相手方保護の観点から、「契約締結時までに、約款使用者が、相手方においてその約款を容易に知ることができる状態に置き、かつ、その約款を知るための方法を相手方に通知すること」を要するものと考えられるべきである（平成24年10月23日付け「日弁連意見書・その3」）。

この点、本試案が提案する「相手方が合理的な行動を取れば約款の内容を知ることができる機会が確保されている場合」という要件は、「合理的な行動」という要件が不明確であるのみならず、理解の仕方によっては相手方に重い負担を課するおそれがあるように思われる。
- 3 約款に法的拘束力が認められる要件が法定されることは、約款取引の安定や無用なトラブルの回避に繋がる点において、約款使用者（事業者）においても有益であるはずである。

3 不意打ち条項

約款に含まれている契約条項であって、他の契約条項の内容、約款使用者の説明、相手方の知識及び経験その他の当該契約に関する一切の事情に照らし、相手方が約款に含まれていることを合理的に予測することができないものは、上記2によっては契約の内容とはならないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

上述のとおり、約款を使用した取引においても法的拘束力の正当化根拠は契約当事者の合意である。したがって、もし約款の中に、取引慣行に照らして異常な条項又は取引の状況若しくは契約の外形から見て約款使用者の相手方にとって不意打ちとなる条項（あるいは約款に含まれていると相手方が合理的に予測することができない条項）が存在した場合には、相手方に約款の拘束力を認めることはできないはずであるし、実際問題としても酷である。

また、実際問題として、真つ当な事業者の正当な事業活動において、かかる不意打ち条項が問題となるような事態は、まず心配いらぬものと考えられる。

4 約款の変更

約款の変更に関して次のような規律を設けるかどうかについて、引き続き検討するものとする。

(1) 約款が前記2によって契約内容となっている場合において、次のいずれにも該当するときは、約款使用者は、当該約款を変更することにより、相手方の同意を得ることなく契約内容の変更をすることができるものとする。

ア 当該約款の内容を画一的に変更すべき合理的な必要性があること。

イ 当該約款を使用した契約が現に多数あり、その全ての相手方から契約内容の変更についての同意を得ることが著しく困難であること。

ウ 上記アの必要性に照らして、当該約款の変更の内容が合理的であり、かつ、変更の範囲及び程度が相当なものであること。

エ 当該約款の変更の内容が相手方に不利益なものである場合にあっては、その不利益の程度に応じて適切な措置が講じられていること。

(2) 上記(1)の約款の変更は、約款使用者が、当該約款を使用した契約の相手方に、約款を変更する旨及び変更後の約款の内容を合理的な方法により周知することにより、効力を生ずるものとする。

[意見]

1 (1)について、賛成する。ただし、エ要件については、離脱権限の付与等を具体的に例示した方が望ましいと考える。

2 (2)について、賛成する。

[理由]

1 契約の一般原則からすれば、契約内容の変更については、相手方の承諾がある場合に初めて法的効力が認められるはずである。事業者が一方的に行った約款変更に無制限に法的拘束力を認めることは、相手方の権利・利益の保護という観点から問題である。

しかし、その一方において、約款を使用した取引においては、法令の変更があった場合など、約款条項を変更しなければならない場面が必然的に生じる。したがって、いかなる場合に約款を有効に変更できるのかという点を法律において明定しておくことは、約款取引の安定・相手方保護という観点から、非常に重要である。

したがって、約款使用者が約款変更に基づいて約款を一方的に変更することができるのは、約款使用者の約款変更の必要性の内容・程度と、変更により相手方が受ける不利益の内容・程度を総合考慮し、個別具体的な約款の変更が合理的であると認められる場合であると考えるのが相当であり、その場合に限って、変更後の約款が契約内容になるものとする。

2 その点、上記(1)が提示する4要件の立法提案は評価でき、賛成である。なお、変更後の約款内容に異議ある個々の相手方には変更後の約款内容に基づく契約関係から対価負担なく離脱する権限を認めるべきと考える。また、経済的損害を伴う場合には、相手方にその損害の賠償請求権を認めるべきと考える。

- 3 また、約款利用者の権利・利益の保護という観点からは、約款変更の手続要件として、約款組入要件に準じ、変更の事実と変更後の約款内容の事前開示を要件とすべきであり、この点で上記(2)の立法提案には賛成できる。

5 不当条項規制

前記2によって契約の内容となった契約条項は、当該条項が存在しない場合に比し、約款使用者の相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重するものであって、その制限又は加重の内容、契約内容の全体、契約締結時の状況その他一切の事情を考慮して相手方に過大な不利益を与える場合には、無効とする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。

[意見]

賛成する。ただし、代表的な不当条項をリスト化して併せ立法化すべきである。

[理由]

1 不当条項規制の必要性

現実の社会では契約の一方当事者が作成した約款を使用した取引が多く存在する。かかる約款が使用された契約では、当事者間での契約内容に関する実質的な交渉が行われておらず、一方当事者（約款使用者）が一方的に契約内容を決定し、他方の当事者（相手方）は契約内容の形成に関与することができないため、契約自由の前提が失われている。よって、約款条項どおりの合意の拘束力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であり、法による契約内容への介入（不当条項規制）が正当化されると考える（いわゆる約款アプローチ）。この点、約款規定において、不当条項規制は、必要不可欠な重要な要素である。

その点、本試案が約款規制の一内実として不当条項規制を提言していることは大いに評価できるものであり、賛成である。

2 不当条項規制の判断枠組み

不当性の判断枠組みにおいて重要な点は、原則的な権利義務関係から逸脱したような契約内容を定めた契約条項か否かという判断の基準である。

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。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。

また、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。要件としてはこれで足りると思われるが、判断基準の明確性という観点から、本試案の後段要件のような基準も賛成できる範囲内のものである。

- 3 よって、本試案の不当条項規制に関する提案内容には賛成である。
- 4 もっとも、より約款取引を安定させるためには、代表的な不当条項をリスト化して明示する方が予見可能性を高め、また、不当条項の削減や法的安定性にも資する。ヨーロッパ諸国を始め、アジア諸国でも、典型的な不当条項をリスト化することで、予見可能性を高めている。本試案後の立法に向けた作業においては、代表的な不当条項のリスト化が併せ検討されるべきと考える。

具体的には、大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志が法制審議会に提出した平成24年7月3日付け「約款に関する不当条項の一般規定とリスト化に関する提案」(<http://www.moj.go.jp/content/000099821.pdf>)のような不当条項リストの立法に向けた検討が進められるべきである。

第31 第三者のためにする契約

1 第三者のためにする契約の成立等（民法第537条関係）

民法第537条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約により当事者の一方が第三者に対してある給付をすることを約したときは、その第三者（以下「受益者」という。）は、その当事者の一方（以下「諾約者」という。）に対して直接にその給付を請求する権利を有するものとする。
- (2) 上記(1)の契約は、その締結時に受益者が胎児その他の現に存しない者である場合であっても、効力を生ずるものとする。
- (3) 上記(1)の場合において、受益者の権利は、その受益者が諾約者に対して上記(1)の契約の利益を享受する意思を表示した時に発生するものとする。
- (4) 上記(1)の場合において、上記(1)の契約の相手方（以下「要約者」という。）は、諾約者に対し、受益者への債務の履行を請求することができるものとする。

[意見]

- 1 (1)について
賛成する。
- 2 (2)について
賛成する。
- 3 (3)について
賛成する。
- 4 (4)について
賛成する。

[理由]

- 1 (1)について
現行法の規定を維持するものであるところ、現行法の規定に特段の問題点はなく、改

定する必要性はない。受益者、諾約者、要約者という表現を用いることも、かかる用語は定着していると評価出来る。よって、(1)の規律に賛成する。

2 (2)について

判例理論の明文化であるが、かかる判例理論について大きな争いはなく、その明文化について特段の問題点がないため、(2)の規律に賛成する。

3 (3)について

現行法の規定を維持するものであるところ、現状、現行法の規定に特段の問題点がないため、(3)の規律に賛成する。

4 (4)について

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あると認められるため、当該規定を設けることについて賛成する。

既判力の及ぶ範囲やその執行方法、受益者による履行請求訴訟との関係等の問題点については、現在も論点として存在するものであり、その整理や解決は必要である。しかし、その整理、解決が十分になされていないからといって、要約者の諾約者に対する請求の必要性との対比においては、規定すること自体を否定しなくてはいけないものではない。

2 要約者による解除権の行使（民法第538条関係）

民法第538条の規律に付け加えて、諾約者が受益者に対する債務を履行しない場合には、要約者は、受益者の承諾を得て、契約を解除することができるものとする。

[意見]

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、特段不都合はないため、賛成する。

第32 事情変更の法理

契約の締結後に、その契約において前提となっていた事情に変更が生じた場合において、その事情の変更が次に掲げる要件のいずれにも該当するなど一定の要件を満たすときは、当事者は、[契約の解除／契約の解除又は契約の改訂の請求]をすることができるものとするかどうかについて、引き続き検討する。

ア その事情の変更が契約締結時に当事者が予見することができず、かつ、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ものであること。

イ その事情の変更により、契約をした目的を達することができず、又は当初の契約内容を維持することが当事者間の衡平を著しく害することとなること。

1 事情変更の法理の明文化

[意見]

明文化には賛成する。

ただし、事情変更の法理が例外的に適用される法理であることを条文上明らかにするため、以下のような条文案にすべきである。

<条文骨子案>

【契約の遵守】

契約を締結した当事者は、その契約内容を遵守し、契約締結後にその基礎となっていた事情が変更したとしても、契約内容に従った行動をしなければならない。ただし、契約締結後に生じた事情の変更が契約締結時に当事者において予見することができず、かつ、当事者の責めに帰することのできない事由によって生じたものであって、その事情の変更により、契約内容に当事者を拘束することが信義則に照らして著しく不当である場合はこの限りではない。

[理由]

事情変更の法理が存在すること自体に争いはないが、同法理が実際に適用されるのは極めて稀なケースである。

濫用防止の観点及び事情変更の適用範囲について誤ったメッセージを与えない観点から、明文化を行う場合には、上記のとおり、例えば、本文において、契約締結後に生じた事情の変更は契約の拘束力に影響を及ぼさないことを遵守義務として明記し、ただし書きにおいて同法理を規定する等、一見して明らかに例外的に適用される法理であることがわかるような体裁とすべきである。

2 要件

[意見]

賛成する。

[理由]

事情変更の法理は結局のところ、「信義則に照らして著しく不当か否か」の該当性判断に還元されるため、要件での切り分けは困難であり、明文化に際し、適切な要件を設定できるのかという疑問もあった。

ただし、民法（債権法）改正検討委員会提案の要件と異なり、本試案では、要件の一つとして「当初の契約内容を維持することが当事者間の衡平を著しく害することになること」という、様々な要素を考慮可能な要件が設定されていることから、弊害があるとまではいえず賛成することとした。

また、イの前半部分の要件は最上級審（ただし、大審院）において唯一事情変更の法理の適用が認められた事案での要件であり、賛成する。

3 効果

[意見]

効果を明文化することには、反対する。

[理由]

契約改訂を認めるか否か、またその場合の手續については未だ十分な議論がなされていないと思われる。

一方、継続的又は長期的な契約について契約改訂の必要がある場合を否定するものではなく、将来の議論を縛ることなく、また信義則の適用としての柔軟な解決を図る観点から、効果は明記せず解釈に委ねるべきである。

第 33 不安の抗弁権

双務契約の当事者のうち自己の債務を先に履行すべき義務を負う者は、相手方につき破産手續開始、再生手續開始又は更生手續開始の申立てがあったことその他の事由により、その反対給付である債権につき履行を得られないおそれがある場合において、その事由が次に掲げる要件のいずれかに該当するときは、その債務の履行を拒むことができるものとする。ただし、相手方が弁済の提供をし、又は相当の担保を供したときは、この限りでないものとする。

ア 契約締結後に生じたものであるときは、それが契約締結の時に予見することができなかつたものであること

イ 契約締結時に既に生じていたものであるときは、契約締結の時に正当な理由により知ることができなかつたものであること

(注) このような規定を設けないという考え方がある。また、再生手續又は更生手續が開始された後は、このような権利を行使することができないものとするという考え方がある。

[意見]

1 柱書について

明文化することには反対しないが、要件については反対する。

2 アについて

賛成する。

3 イについて

賛成する。

[理由]

1 柱書について

不安の抗弁権という権利があること自体については、争いがないために、明文化には反対しない。

要件に関し、反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を具体的に列挙することについては賛成するが、再建型の倒産手続開始の申立てについて、何の留保もなく、破産手続開始の申立てと並列的に要件として掲げることは、再建型の倒産手続において、申立てがありさえすれば、その後、開始決定がなされた後であっても、あるいは、反対給付である債権が共益債権である場合であっても、なお不安の抗弁権が行使できるかのようなミスリードを引き起こし、事業の再生・更生を阻害するおそれがあり、反対である。

そこで、再建型の倒産手続である再生手続開始及び更生手続開始の申立ては削除すべきである。これらの手続の申立てを削除したとしても、破産手続開始の申立てに比肩するような事由があり（「その他の事由」）、履行が得られないおそれが現に存在するのであれば、不安の抗弁権の行使は可能であると解されるため、再生手続開始又は更生手続開始の申立て後・開始決定前の段階や、開始決定後であっても牽連破産が必至な状況においては、不安の抗弁権が行使できることを否定することにはならないものと解され、不都合はない。また、開始決定後や、反対給付である債権が共益債権である場合は、「その反対給付である債権につき履行を得られないおそれがある場合」との要件を満たさないとの指摘もあり得るところであるが、ミスリードによる弊害の大きさに鑑みれば、敢えて再建型倒産手続の申立てを例示する必要は無い。

一方、反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を具体的に列挙して、要件を明確化すべきという観点からは、強制執行の不奏功も列挙してよいと解する。本試案では、倒産手続のみがクローズアップされ、妥当でない。

さらに、不安の抗弁権は、ひとたび濫用されると、相手方にとって回復不能な損害が生じることに鑑みて、単に「履行を得られないおそれ」という文言だと、限定として不十分であると考ええる。「明らかなおそれ」、「おそれがあると認めるに足りる十分な理由が有り」（以上、破壊活動防止法第7条柱書）、「おそれがあると認めるに足りる相当の理由がある」（貸金業法第6条第1項第7号、割賦販売法第33条の2・第1項第9号など）、などの立法例もあるのであって、不安の抗弁権についても、更に限定すべきである。

2 アについて

濫用防止、要件の限定の観点から、予見することができなかつたものに限定することに賛成である。

3 イについて

「正当な理由」とすることで、「合理的理由」よりは限定されており、妥当と解する。

第34 継続的契約

1 期間の定めのある契約の終了

(1) 期間の定めのある契約は、その期間の満了によって終了するものとする。

(2) 上記(1)にかかわらず、当事者の一方が契約の更新を申し入れた場合において、当該契

約の趣旨，契約に定めた期間の長短，従前の更新の有無及びその経緯その他の事情に照らし，当該契約を存続させることにつき正当な事由があると認められるときは，当該契約は，従前と同一の条件で更新されたものとみなすものとする。ただし，その期間は，定めがないものとする。

(注) これらのような規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

2 期間の定めのない契約の終了

(1) 期間の定めのない契約の当事者の一方は，相手方に対し，いつでも解約の申入れをすることができるものとする。

(2) 上記(1)の解約の申入れがされたときは，当該契約は，解約の申入れの日から相当な期間を経過することによって終了するものとする。この場合において，解約の申入れに相当な予告期間が付されていたときは，当該契約は，その予告期間を経過することによって終了するものとする。

(3) 上記(1)及び(2)にかかわらず，当事者の一方が解約の申入れをした場合において，当該契約の趣旨，契約の締結から解約の申入れまでの期間の長短，予告期間の有無その他の事情に照らし，当該契約を存続させることにつき正当な事由があると認められるときは，当該契約は，その解約の申入れによっては終了しないものとする。

(注) これらのような規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

3 解除の効力

前記1(1)又は2(1)の契約を解除した場合には，その解除は，将来に向かってのみその効力を生ずるものとする。

1 期間の定めのある契約の終了

[意見]

(1)について，賛成する。

(2)について，賛成する。

[理由]

(1)について，両者の合意によって契約期間を定めた場合，その契約は期間の満了をもって終了するのが原則であり，この原則を明示することには賛成である。

(2)について，例外的な場合として，例示された事情を考慮して，期間の満了によっても当然には契約が終了しない場合があることを規定することは，期間の定めのある契約の実情及び裁判例に適う。また，更新された契約は従前と同一条件となること，ただし期間の定めのないものとなることも，期間の定めのない契約の実情に適う。

2 期間の定めのない契約の終了

[意見]

(1)について、賛成する。

(2)について、賛成する。

(3)について、賛成する。

[理由]

(1)について、両者の合意によって契約期間を定めなかった場合、その契約が一方の解約申入れにより解約可能なのか、半永久に続くのかの、どちらが原則かを明確に規定することは有用であり、前者が原則であることを明示することは将来の紛争を予防する上で有益である。

(2)について、期間の定めのない契約が解約申入れから相当期間経過後に終了するとすることは、期間の定めのない契約の実情及び裁判例に適う。

(3)について、例外的な場合として、例示された事情を考慮して、解約申入れによっても契約が終了しない場合があることを規定することは、期間の定めのない契約の実情及び裁判例に適う。

3 解除の効力

[意見]

賛成する。

[理由]

特になし。

第 35 売買

1 売買の予約（民法第 5 5 6 条関係）

民法第 5 5 6 条第 1 項の規律を改め、売買の予約とは、当事者の一方又は双方に対して、予め定めた内容の売買契約を単独の意思表示によって成立させる権利を与える旨の当事者間の合意をいうものとする。

[意見]

賛成する。

ただし、要式契約については予約時にも当該方式に従う必要があると規定すべきである。

<条文骨子案>

（売買の予約）

売買の予約とは、当事者の一方又は双方に対して、予め定めた内容の売買契約を単独の意思表示によって成立させる権利を与える旨の合意をいう。

（要式契約たる売買の予約）

契約成立のために一定の方式が必要とされている売買契約についての〔売買の〕予約は、その予約においても当該方式に従わなければ、成立しない。

[理由]

- 1 定義規定があったほうが一般市民にも分かりやすいため、「売買の予約」の定義規定は必要である。
- 2 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。
- 3 本規定は、有償契約への準用規定（民法第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である。

2 手付（民法第557条関係）

民法第557条第1項の規律を次のように改めるものとする。

買主が売主に手付を交付したときは、買主はその手付を放棄し、売主はその倍額を現実に提供して、契約の解除をすることができるものとする。ただし、その相手方が契約の履行に着手した後は、この限りでないものとする。

[意見]

賛成する。

ただし、併せて、履行されると信頼した相手方がその解除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方向で検討すべきである。

[理由]

- 1 判例理論の明文化（リステイト）となる。
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」との期待を相手方に抱かせないはずである。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のであり、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得ない。
判例理論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得ると認識しやすくなるのであるから、本試案のとおり明文化すべきである。
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。
この点、履行を信頼したことにより損害を被る場合は、その当事者について履行の着手があると評価できることが多いとされているが、実際の裁判例においては、①買主が土地を転売してその代金をもって売買代金に充てることとし、第三者と転売契約を締結

した上、その転売のために地上の竹木を切り払い、測量図面を作成した場合（福岡高判昭和50年7月9日判時807号41頁）、②買主が道路の舗装、上下水道の敷設等の開発行為をして転売する前提でした土地の売買契約において、買主が履行期限前に同開発行為に着手し、第三者との間で転売契約を締結した場合（東京高判平成3年7月15日判時1402号49頁）等に買主の履行の着手が否定されており、そのような場合には、転売契約上の違約金等の不測の損害が生じることになるため、やはり、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必要であろう。

ただし、手付については、実務上、手付放棄ないし倍返しにより解除できるとも理解されていることは否定できないことを踏まえると、損害賠償責任については一定の範囲に限定すべきであるところ、一定の信頼を裏切るという点で契約締結上の過失の場面と類似することから、契約締結上の過失と同様の要件のもとに、かつ、損害額については、手付放棄ないし倍返しにより手付相当額は事実上賠償に充てられることから、この場面における損害賠償の「損害」とは、当該手付相当額を超えた部分のみとすべきと考えられる。

- 2 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」に改める本試案に賛成する。

3 売主の義務

- (1) 売主は、財産権を買主に移転する義務を負うほか、売買の内容に従い、次に掲げる義務を負うものとする。

ア 買主に売買の目的物を引き渡す義務

イ 買主に、登記、登録その他の売買の内容である権利の移転を第三者に対抗するための要件を具備させる義務

- (2) 売主が買主に引き渡すべき目的物は、種類、品質及び数量に関して、当該売買契約の趣旨に適合するものでなければならないものとする。
- (3) 売主が買主に移転すべき権利は、当該売買契約の趣旨に適合しない他人の地上権、抵当権その他の権利による負担又は当該売買契約の趣旨に適合しない法令の制限がないものでなければならないものとする。
- (4) 他人の権利を売買の内容としたとき（権利の一部が他人に属するときを含む。）は、売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負うものとする。

（注）上記(2)については、民法第570条の「瑕疵」という文言を維持して表現するという考え方がある。

[意見]

- 1 (1)(3)及び(4)については賛成する。
- 2 (2)についても賛成するが、これに加えて、以下のような規律を設けるべきである。

「目的物がその種の契約の当事者間において通常予定されていた種類、品質又は数量

を欠いているときは、その目的物は売買契約の趣旨に適合しないものと推定する。」

「当事者の合意内容が明らかでないときは、目的物の種類、品質及び数量が当該売買契約の趣旨に適合するか否かは、契約の内容及び性質、予定された目的物の用途、その種の契約において通常予定される目的物の種類、品質及び数量、契約締結に至る経緯、当事者の属性その他の事情を斟酌して決定する。」

[理由]

- 1 (1)(3)及び(4)の規律内容は妥当である。
- 2 (1)「瑕疵」との用語は、各種契約でも用いられるなど、取引実務においては広く定着した用語であるから、これを法文から削除することは実務への影響という観点から適切ではないとの意見もなお強いところである。また、以下の本試案4以下に掲げられているような債務不履行の一般原則としての特則の適用範囲を画するための用語として、「瑕疵」という用語を用いることにも一定の意義があると思われる。

しかしながら、「瑕疵」との用語は、法律実務に携わる者は別として、広く国民一般にとって馴染みのある言葉であるとは言いがたく、また、一般用語としても「きず・欠点」を意味するものであり、現実に瑕疵担保責任の問題となる場面を適切に表現できる用語ではないものと考えられる。

よって、一般国民にもわかりやすい民法という観点からは、必ずしも「瑕疵」という言葉に拘泥する必要はなく、むしろ、どのような場合に、どのような救済手段が認められるのかを、一つ一つわかりやすく掲げていくことこそが肝要であると思われる。

もっとも、本試案(2)は、売主が契約上負うべき義務の一部を単に書き下ろしただけであって、当然のことを言っているに過ぎないから、条文化にあたってこれをわざわざ明記する必要はないと考える。重要なのは、売主がいかなる義務に違反したときにどういった法律効果が生じるのかである。したがって、条文化にあたっては、あくまで「目的物が、種類、品質及び数量に関して、当該売買契約の趣旨に適合しない場合」の法律効果を掲げるという形をとるのが適切である。なお、目的物の「種類」まで含めることについては、従前の「瑕疵」概念との連続性に疑問を呈する意見もあった。

また、このように売主の義務違反の一部を特別の法律効果を伴うものとして切り分けようとするのであれば、切り分けのための定義規定を置く方がわかりやすいということも考えられるので、条文化にあたっては、「瑕疵」に替わる適切な用語を用いることも検討されるべきである。なお、「契約不適合」という言葉は、あらゆる契約不履行を含むかのような誤解を生じさせるため、適切ではないと考える。

- (3) いかなる場合に「目的物が、種類、品質及び数量に関して、当該売買契約の趣旨に適合しない」といえるかの判断は、契約解釈の問題である以上、明示の合意がない限りは、契約時の取引通念からみた客観的・規範的判断を免れるものではない。

そして、この場合の考慮要素としては、契約の内容（対価の額）及び性質、予定された目的物の用途、目的物がその種類の物として通常有すべき品質等、契約締結に至る経緯、さらには当事者の属性等が考えられるが、このうち最も重要なファクターと

なるのは、目的物が、契約時の取引通念からみて、その種の契約の当事者間において通常予定されていた品質等を欠いているか否かであると思われる。

また、まずは目的物がその種の契約の当事者間において通常予定されていた品質等を欠いているか（例えば、建物が建築基準法所定の基準を満たしているか）を吟味した上で、欠いているとなれば原則的に品質等に関して売買契約の趣旨に適合しないものと推定し、当事者間の合意やその余の考慮要素の主張立証をもって、別段の売買契約の趣旨に照らして備えるべき品質等が認定できる場合はこれによる、との判断構造とすることは、立証対象の明確化に資するし、現状の裁判実務とも整合的であるように思われる。

そこで、意見欄の条文提案では、目的物がその種の契約の当事者間において通常予定されていた品質等を欠いている場合には、品質等に関して売買契約の趣旨に適合しないものと推定することを提案している。

また、このような推定規定を設けないとしても、目的物がその種の契約の当事者間において通常予定されていた品質等を、目的物が品質等に関して売買契約の趣旨に適合するか否かの判断要素として明記すべきである。

- (4) 本試案(2)が、瑕疵担保責任を債務不履行のうち売買契約の目的物の瑕疵がある場合の特則として位置づけている点については、賛成する。現行は債務不履行の一般原則と瑕疵担保責任との関係が不明確であり、上記のように位置づけた方が明確化に資する。
- (5) 本試案(2)は、現行法の「隠れた」の要件を削除するものであるが、本試案のように瑕疵担保責任を、売主の債務不履行のうち売買契約の目的物に瑕疵がある場合の特則と位置づけるならば、問題となるのは瑕疵の有無であって、その瑕疵が隠れているか否かではないと考えられ、現行法の「隠れた」との要件を削除することには賛成である。

現行法の「隠れた」は明白な瑕疵は通常は代金に織り込み済みであるから、売主は、隠れていない瑕疵については責任を負わないとの機能を果たす要件であり、一般には買主の善意無過失を要求するものと理解されている。

しかながら、明白な瑕疵が代金に織り込み済みか否かの判断は「瑕疵」の有無の判断においてなされるべきものであり、また、軽過失にすぎない買主に債務不履行による救済手段を一切認めないというのも適切ではない。

また、目的物に外形上明白な瑕疵がある場合でも、修補による解決が適切な場合もあり、瑕疵が隠れているか否かのみで一律に救済の可否を決するのは適切ではない。

さらに、特定物については、当事者が個性に着目して契約する場合であるから、契約時に当該特定された目的物を確認しているのが通常と思われるが、不特定物については、契約時に目的物が個別に特定されているわけではなく、したがって、契約時において瑕疵が隠れているかを問題にすることは困難であり、むしろ引渡時における目的物の瑕疵が隠れているかが問題となる。ここで救済手段の要件として一律に隠れて

いること＝買主の善意無過失を要求すると、買主にとっては酷な結果となることが多いと思われる。

4 目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任

民法第565条及び第570条本文の規律（代金減額請求・期間制限に関するものを除く。）を次のように改めるものとする。

- (1) 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであるときは、買主は、その内容に応じて、売主に対し、目的物の修補、不足分の引渡し又は代替物の引渡しによる履行の追完を請求することができるものとする。ただし、その権利につき履行請求権の限界事由があるときは、この限りでないものとする。
- (2) 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、債務不履行の一般原則に従って、その不履行による損害の賠償を請求し、又はその不履行による契約の解除をすることができるものとする。
- (3) 売主の提供する履行の追完の方法が買主の請求する方法と異なる場合には、売主の提供する方法が契約の趣旨に適合し、かつ、買主に不相当な負担を課するものでないときに限り、履行の追完は、売主が提供する方法によるものとする。

[意見]

- 1 (1)及び(2)については、賛成する。
- 2 (3)については反対する。このような規定を設ける必要はない。

[理由]

- 1 (1)及び(2)の規律内容は妥当である。
- 2 (2)については、とりわけ、買主が代替物の引渡しを求めた場合に、修補で対応することを広く認める方向に傾くおそれがあり妥当でない。

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。

部会資料には「瑕疵のある目的物を引き渡した売主が、買主による追完方法の選択を常に甘受すべきであるとは言えないし、追完方法の適否は、売主と買主の利害が最も先鋭的に対立し、深刻な紛争となりやすい場面でもあるから、追完方法の選択を巡る紛争の解決を信義則や権利濫用（民法第1条第2項及び第3項）等の一般条項に委ねるのみでは、紛争解決の透明性の観点からは不十分であると考えられる。」との指摘があるが、本試案の要件も、①売主の提供する方法が契約の趣旨に適合するか、②買主に不相当な負担を課するものか、という相当程度評価的要素が入ることは避けがたいものであり、

信義則に反しない限りは、買主の請求と異なる方法での履行の追完はできないとする方が紛争解決ルールの特長に資するともいえる。

なお、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点である。

5 目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の代金減額請求権

前記4（民法第565条・第570条関係）に、次のような規律を付け加えるものとする。

- (1) 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものがある場合において、買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、売主がその期間内に履行の追完をしないときは、買主は、意思表示により、その不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができるものとする。
- (2) 次に掲げる場合には、上記(1)の催告を要しないものとする。
 - ア 履行の追完を請求する権利につき、履行請求権の限界事由があるとき。
 - イ 売主が履行の追完をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、売主が履行の追完をする見込みがないことが明白であるとき。
- (3) 上記(1)の意思表示は、履行の追完を請求する権利（履行の追完に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。）及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示と同時にしなければ、その効力を生じないものとする。

[意見]

- 1 (1)及び(2)については、賛成する。
- 2 (3)については反対する。規定を設けず、解釈論に委ねるべきである。

[理由]

1 代金減額請求権の要否（(1)関係）

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部分があることとなる。

代金減額請求権は、売主の帰責事由の有無を問わず、行使可能な救済手段であるから、上記の後退部分を補完する点においても意味があり、また、買主にニーズに応じた多様な救済手段を認める点でも意味がある。

もつとも、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なお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とはいえず、また、訴訟外で上記のバランスのとれた解決を図っているという実務の存在にも配慮すべきである。

かかる買主の費用支出についても有償契約における対価的均衡（法定責任説における信頼利益賠償と同様）あるいは瑕疵なきことへの信頼保護のための制度として、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べきである。

なお、スイス債務法は、買主は、瑕疵なき物に対する対価を支払った以上、瑕疵なきことへの信頼は保護されなければならないとの考え方にに基づき、物の瑕疵に関する売主の責任は、無過失の損害担保責任としている。

2 代金減額請求権行使前の追完催告の要否（(1)及び(2)関係）

代金減額請求権を行使する買主は、最終的には売主の瑕疵ある物の給付を履行として認容することを前提としているのが通常であると考えられるところ、本来、買主としては瑕疵のない物の給付を求めているのであるから、代金減額請求権の行使前に追完催告を求めることも買主にとって決して酷ではないし、一方で、代金減額請求権が一方的に契約内容を改訂する機能をもつことに鑑みれば、買主の求める追完方法が可能である限りにおいて、一定程度債務者の追完の機会も確保するのが相当である。

一方で、履行不能時やおよそ売主による追完が期待できない場合にまで一律に追完催告を求めるのは妥当ではなく、(2)所定の場合には追完催告を要しないとするのも妥当な規律である。

3 代金減額請求権行使前の他の救済手段の放棄の意思表示の要否（(3)関係）

代金減額請求権の意思表示時に追完請求権や解除権の放棄を要求すると、代金減額請求権の意思表示を躊躇わせる原因となり、実際上は減額の合意が成立する場合など代金減額請求権行使が不要な場合に、行使できる場合が限定されてしまい、制度を設ける実益が損なわれるおそれがある。

買主が代金減額請求権を行使したい場面としては、瑕疵があることを前提にこれを履行として認容し、解除権や損害賠償請求権の行使を希望しない場合だけでなく、解除権や損害賠償請求権の行使を希望しつつも、解除権行使が可能かが明確でない場合、売主の帰責事由の有無が明確でない場合（損害賠償請求権行使が可能かが明確でない場合）など、他の救済手段が認められない場合に備えて予備的に行使したいという場合もある。このような場合、買主としては、まず、裁判において契約解除や損害賠償請求を求め、これが認められないという判断が確定してから、代金減額請求権を行使すべきとするのは迂遠である。また、代金減額請求権を予備的に行使できるとした場合でも、例えば、第1審では解除及び損害賠償請求が認められず、予備的に主張していた代金減額請求の

みが認められ、10万円の支払を命じる給付判決がなされたが、その控訴審では損害賠償請求のみが認められ、1万円の支払を命じる給付判決がなされ、同判決が確定したという場合には、買主としては、その後、改めて、損害賠償請求権を放棄して代金減額請求権を行使するかどうかの判断を行うこととなり、これもやはり迂遠である。

代金減額請求権を行使しようとする買主についても、事案に応じた多様な利益状況が想定し得るところ、本試案(3)のような形で代金減額請求権の行使要件という形で杓子定規に決めてしまうと、多様な利益状況に応じた柔軟な解決を阻害するおそれもあるため、この点は解釈論に委ねるべきである。

6 目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の権利の期間制限

民法第565条及び第570条本文の規律のうち期間制限に関するものは、次のいずれかの案のように改めるものとする。

【甲案】 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものである場合の買主の権利につき、消滅時効の一般原則とは別の期間制限（民法第564条、第566条第3項参照）を廃止するものとする。

【乙案】 消滅時効の一般原則に加え、引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを買主が知った時から〔1年以内〕にそれを売主に通知しないときは、買主は、前記4又は5による権利を行使することができないものとする。ただし、売主が引渡しの時に目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでないものとする。

[意見]

甲案に賛成する。

[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さえすれば、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、債権の消滅時効につき、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。

7 買主が事業者の場合における目的物検査義務及び適時通知義務

(1) 買主が事業者であり、その事業の範囲内で売買契約をした場合において、買主は、そ

の売買契約に基づき目的物を受け取ったときは、遅滞なくその目的物の検査をしなければならないものとする。

(2) 上記(1)の場合において、買主は、受け取った目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを知ったときは、相当な期間内にそれを売主に通知しなければならないものとする。

(3) 買主は、上記(2)の期間内に通知をしなかったときは、前記4又は5による権利を行使することができないものとする。上記(1)の検査をしなかった場合において、検査をすれば目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないことを知ることができた時から相当な期間内にそれを売主に通知しなかったときも、同様とするものとする。

(4) 上記(3)は、売主が引渡しの時に目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、適用しないものとする。

(注1) これらのような規定を設けないという考え方がある。また、上記(3)についてのみ、規定を設けないという考え方がある。

(注2) 事業者の定義について、引き続き検討する必要がある。

[意見]

(注1) に賛成であり、本試案のような規定を設けるべきではない。仮に設けるとしても、(3)のような失権効に結びつけるべきではない。

[理由]

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や通知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、検査義務や通知義務を課するのは（さらには、これを救済手段の失権効に関連づけることは）相当ではない。

8 権利移転義務の不履行に関する売主の責任等

民法第561条から第567条まで（第565条を除く。）の規律を次のように改めるものとする。

(1) 売主が買主に売買の内容である権利の全部又は一部を移転せず、又は売主が移転した権利に前記3(3)に違反する他人の権利による負担若しくは法令の制限があるときは、買主は、売主に対し、一般原則に従って、その履行を請求し、その不履行による損害の賠償を請求し、又はその不履行による契約の解除をすることができるものとする。

(2) 上記(1)の債務不履行がある場合（移転すべき権利の全部を移転しない場合を除く。）において、買主が相当の期間を定めてその履行の催告をし、売主がその期間内に履行をしないときは、買主は、意思表示により、不履行の程度に応じて代金の減額を請求することができるものとする。

(3) 次に掲げる場合には、上記(2)の催告を要しないものとする。

ア 履行を請求する権利につき、履行請求権の限界事由があるとき。

イ 売主が履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、売主が履行をする見込みがないことが明白であるとき。

(4) 上記(2)の意思表示は、履行を請求する権利（履行に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。）及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示と同時にしなければ、その効力を生じないものとする。

(注) 上記(2)の規律は、抵当権等の金銭債務の担保を内容とする権利による負担がある場合については、適用しないものとするという考え方がある。

[意見]

1 (1)ないし(3)については、賛成する。

2 (4)については反対する。規定を設けず、解釈論に委ねるべきである。

[理由]

1 上記3及び5(1)(2)に関して上述したとおり、(1)ないし(3)の規律内容は妥当である。

2 上記5(3)に関して上述したとおり、(4)については解釈論に委ねるべきである。

9 競売における買受人の権利の特則（民法第568条及び第570条ただし書関係）

民法第568条及び第570条ただし書の規律を次のように改めるものとする。

(1) 民事執行法その他の法律の規定に基づく競売における買受人は、買い受けた目的物又は権利について買受けの申出の時に知らなかった損傷、他人の権利による負担その他の事情（以下「損傷等」という。）がある場合において、その損傷等により買い受けた目的物を達することができないときは、債務者に対し、契約の解除をし、又はその損傷等の程度に応じて代金の減額を請求することができるものとする。ただし、買受人が[重大な]過失によってその損傷等を知らなかったときは、この限りでないものとする。

(2) 上記(1)の場合において、債務者が無資力であるときは、買受人は、代金の配当を受けた債権者に対し、その代金の全部又は一部の返還を請求することができるものとする。

(3) 上記(1)又は(2)の場合において、債務者が目的物若しくは権利の不存在を知りながら申し出なかったとき、又は債権者がこれを知りながら競売を請求したときは、買受人は、これらの者に対し、損害賠償の請求をすることができるものとする。

(4) 買受人は、買い受けた目的物又は権利に損傷等があることを知った時から1年以内にその損傷等を債務者又は配当を受領した債権者に通知しなければ、上記(1)から(3)までの権利を失うものとする。ただし、買い受けた権利の全部が他人に属していたときは、この限りでないものとする。

(注) 競売における担保責任に関して、現状を維持するという考え方がある。また、上記(2)の規律は、上記(3)の要件を満たす債権者についてのみ適用するという考え方がある。

[意見]

1 (1)について

競売手続において、物の瑕疵について担保責任の規定を適用する方向性については、賛成する。

ただし、瑕疵に代えて「買い受けた目的物又は権利について買受けの申出の時に知らなかった損傷、他人の権利による負担その他の事情（以下「損傷等」という。）」とするかについては、引き続き検討すべきである。

ただし書を入れることが妥当かについても、慎重な検討を要する。

2 (2)について

賛成する。

3 (3)について

賛成する。

ただし、損害賠償請求が認められる場合を「目的物若しくは権利の不存在」に限定すべきではなく、「物又は権利の一部の不存在」、「他人の権利による制限」まで含むとすべきである。

4 (4)について

競売手続における担保責任について、期間制限を検討することは、反対しない。ただし、その内容については、引き続き慎重に検討すべきである。

[理由]

1 (1)について

(1) 競売手続において、物の瑕疵につき瑕疵担保責任の規定を適用するかにつき、これに反対して、現行法を維持すべきとの考え方もありうるが、競売における買受人保護の観点からは、物の瑕疵につき瑕疵担保責任の規定を適用すべきであって、かかる方向性については、本試案に賛成する。

(2) ただし、瑕疵に代えて「買い受けた目的物又は権利について買受けの申出の時に知らなかった損傷、他人の権利による負担その他の事情（以下「損傷等」という。）」とするかについては、瑕疵担保責任について「瑕疵」概念から「契約適合性」と変更することを受けてのものとは思われるが、こうした表現自体がこれまでの法制審議会の経過において提案されて間が無いことから、弁護士会のみならず我が国において、その表現の妥当性について検証が十分なされていない。そのため、本意見書においては、引き続き検討すべきとの意見となる（十分な検証がなされないままに表現を変更することには反対である。）。「損傷等」とするとしても、それには、物の瑕疵はもとより、物及び、他人の権利の不存在、に加え、「物又は権利の一部の不存在」、「他人の権利による制限」まで広く含むべきものであるが、少なくとも、その趣旨が明確になる文言とすべきである。

(3) また、現行法との比較では、「契約目的が達成できないこと」は解除の要件とはなるが、

代金減額請求権の要件ではないところ、本試案ではこの点がやや不明確であるから、競売の担保責任を明文化する場合には、この点を明確にすべきである。

(4) また、ただし書についても、これまでの法制審議会の経過において提案されて間が無いことからすると、拙速を避け、今後も慎重な検討をすべきである。買受人保護の観点からは、過失ある買受人まで、担保責任の追及が出来ないとすると、買受人の負担が大きくなるから、故意と同視しうる重過失に限られるべきである。

(5) もちろん、本論点は、競売手続に対する影響が懸念される。これについては、競売手続への影響を引き続き慎重に検討する必要があることはもとより、本試案の規定を民事執行法に設けることや、競売における三点セット（現況調査報告書、物件明細書、評価書）における情報開示等の買受人保護規定をさらに改正し充実する等、あわせて民事執行法を改正することも含めて、検討すべきである。

2 (2)について

(2)は民法第568条第2項と同様の規定ぶりによるものであり、これを競売手続において物の瑕疵の場合にも適用するかが本試案の問題点であるところ、(1)において、競売手続において物の瑕疵についても瑕疵担保責任の規定を適用することに賛成することから、(2)についても、賛成である。

3 (3)について

(3)は民法第568条第3項と同様の規定ぶりによるものであるが、これを競売手続において物の瑕疵の場合にも適用するかが本試案の問題点であるところ、(1)において、競売手続において物の瑕疵についても付き瑕疵担保責任の規定を適用することに賛成することから、(3)についても、賛成である。

ただし、そもそも、買受人保護の観点からは、(物の瑕疵の場合においても、それ以外においても)民法第568条第3項の適用対象を「目的物若しくは権利の不存在」に限定せず、「目的物及び権利の一部不存在」や「他の権利による制限」の場合にも損害賠償できるとすべきである。

仮に、(1)において「損傷等」の概念を採用する場合には、これに合わせて「損傷等」のある場合に損害賠償が認められるとすることも検討すべきである。

また、債務者や債権者が、競売手続において、どの段階で、誰に対して、どのように申し出るべきなのか等について明確ではないから、この点も明確にする方向で検討すべきである。

4 (4)について

競売手続における担保責任について、一定の期間制限を設けることには反対はしない。

ただし、本試案は、これまでの法制審議会の経過において提案されて間が無いことからすると、拙速を避け、今後も慎重な検討をすべきである。

特に、担保責任一般の期間制限との平仄を合わせる視点からも検討されるべきであるが、担保責任の期間制限（第35の6）について、甲案に賛成する本意見書の立場からは、本試案が必ずしも妥当とは言えず、慎重な検討が必要である。

また、仮に本試案のような期間制限を設けるとしても、1年は短期に過ぎるから2年とすることも検討すべきである。

10 買主の義務

買主は、売主に代金を支払う義務を負うほか、次に掲げる義務を負うものとする。

- ア 売買の目的物（当該売買契約の趣旨に適合しているものに限る。）を受け取る義務
イ 前記3(1)イの対抗要件を具備させる義務の履行に必要な協力をする義務

[意見]

1 アについて

買主の受取義務については、判例の限りで認めれば足り、売買において一般に認めることには反対する。一般化せず、「取引の性質、合意により認められる場合」に限定すべきである。受領義務が認められる場合において、契約不適合の目的物を対象から排除することは賛成する。

具体的には、以下のような条文を設けるべきである。

<条文骨子案>

(目的物引取義務)

買主は、契約の趣旨に照らし、または売主との合意に基づいて認められる場合に限り、売買の目的物を引き取るべき義務を負う。ただし、契約に適合しない目的物についてはこの限りでない。

2 イについて

登記引取義務を認めるとともに、その他の対抗要件具備に協力する義務を、買主に負わせることにも賛成する。

具体的には、以下のような条文を設けるべきである。

<条文骨子案>

(登記等引取義務)

売買の目的物につき登記または登録制度がある場合において、買主は、売主が当該契約の義務に基づいて、登記または登録名義の変更を求めた場合には、これに応じなければならない。その他、売主の対抗要件を具備させる義務の履行に必要な協力をしなければならない。

[理由]

1 ア（買主の目的物受領義務一般）について

- (1) 買主の受領義務（物の引取義務）については、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。）。しかしながら、受領義務を認めることにより、売主による買主に対する濫用的な押し付けがなされる懸念がある。これに鑑みると、受領遅滞、供託・自助売却の制度も存在することから、広く買主に一般的に目的物の引取義務を認める必要

性に乏しく、あえて現在の判例を大幅に変更するのではなく、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ことが妥当である。

- (2) また、受領義務を認めると、特に契約の趣旨に適合していないものの濫用的な押し付けの危険性が懸念されるところであり、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。この点は、契約不適合の目的物を受領義務の対象から排除することは賛成する。

2 イ（登記引取義務）について

買主が登記を引き取らない場合には、工作物責任（民法第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賛成である。

そして、登記引取義務を認めることを前提に、その他の対抗要件具備に協力する義務を買主に負わせることも妥当であり、本試案に賛成である。

なお、この点は、目的物自体の受領義務の問題とは区別すべきである。

11 代金の支払場所（民法第574条関係）

民法第574条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 売買の目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきときは、その引渡しの場所において支払わなければならないものとする。
- (2) 上記(1)は、代金の支払前に目的物の引渡しがあったときは、適用しないものとする。

[意見]

(1)(2)とも、賛成する。

[理由]

(1)は、現行法を維持するものであり、賛成する。(2)については、民法第574条にかかわらず、既に目的物の引き渡しがあったときは、原則に戻り民法第484条に従うとするのが判例であり、それを明文化するものであって、賛成する。

12 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条関係）

民法第576条の規律を次のように改めるものとする。

売買の目的について権利を主張する者があることその他の事由により、買主がその買受けた権利の全部又は一部を取得することができないおそれがあるとき、又はこれを失うおそれがあるときは、買主は、その危険の程度に応じて、代金の全部又は一部の支払を拒むことができるものとする。ただし、売主が相当の担保を供したときは、この限りでない

ものとする。

[意見]

趣旨には賛成する。

ただし、前段については、「おそれ」ではなく、「客観的に合理的な理由があるとき」とすべきである。

<条文骨子案>

(代金の支払拒絶)

売買の目的について権利を主張する者があるために買主がその買い受けた権利の全部又は一部を失うおそれがあるときその他買主が目的物の権利の取得を疑うべき客観的に合理的な理由があるときは、買主は、その危険の限度に応じて、代金の全部又は一部の支払を拒むことができる。ただし、売主が相当の担保を供したときは、この限りでない。

[理由]

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ために買主がその買い受けた権利の全部又は一部を失うおそれがあるとき」として文言上はすでに取得した権利を失う場合について規定しているものの、これから取得しようとする権利を取得できない場合についても区別すべきではない。

したがって、「権利の全部又は一部を取得することができないおそれ」がある場合を加える方向で改正することは、賛成する。

もっとも、売買代金を支払わない口実に使われて、濫用される危険性があるから、条文化の際には文言をさらに検討すべきである。特に「その他の事由」や「おそれ」が文言として抽象的であるために濫用の危険性があるから、文言としては、(少なくとも、これから取得しようとする権利を取得できない場合については)「おそれ」ではなく「客観的に合理的な理由があるとき」とすべきである。

13 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条関係）

民法第577条の規律に付け加えて、先取特権、質権又は抵当権の負担を考慮して代金の額が定められたときは、同条の規定は適用しないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

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代金金額を代金と定める場合などに民法第577条が適用されることは不合理であり、同条はそうした場合に適用されないものと解されていることから、これを明文化することに賛成する。

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、「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という立証責任の配分には合理性があると考えられる。

ただし、「抵当権等の負担を考慮して代金額を決定した」という要件を、条文上どのように（どのような文言で）定めるかは問題であり、今後更に検討すべきである。

14 目的物の滅失又は損傷に関する危険の移転

- (1) 売主が買主に目的物を引き渡したときは、買主は、その時以後に生じた目的物の滅失又は損傷を理由とする前記4又は5の権利を有しないものとする。ただし、その滅失又は損傷が売主の債務不履行によって生じたときは、この限りでないものとする。
- (2) 売主が当該売買契約の趣旨に適合した目的物の引渡しを提供したにもかかわらず買主がそれを受け取らなかった場合であって、その目的物が買主に引き渡すべきものとして引き続き特定されているときは、引渡しの提供をした時以後に生じたその目的物の滅失又は損傷についても、上記(1)と同様とする。

[意見]

- 1 (1)については、賛成する。
- 2 (2)については、賛成する。

ただし、かかる弁済の提供の効果の規定を、売買におくどうかについては、引き続き検討すべきである。

[理由]

- 1 (1)について

(本意見書において、危険負担を解除一元化することに賛成していることを前提としても)民法第534条の債権者主義は制限的に解釈すべきとの観点から、危険の移転時期を明文化すること及び引渡しを危険の移転時期とすることに賛成する。

また、目的物に瑕疵がある場合には、危険は移転しないとすべきであり、瑕疵を契約責任説の観点から契約の趣旨に適合しないことと捉えることを前提に、保存義務違反の場合も含め、債務不履行による場合はこの限りではない、とすることにも賛成する。

- 2 (2)について

売主が契約の趣旨に適合した目的物の引渡しを提供したにもかかわらず、買主がそれを受け取らない場合は、受領遅滞の効果として危険が移転すると考えるべきである(契約の趣旨に適合した目的物の引き渡しを提供した場合に限定すべきである。)

一方で、種類物の場合は目的物が滅失しても調達義務を負い、そのことは弁済の提供後であっても同じであるのが原則であるから、危険の移転には、引渡しの提供後も目的物が引き続き特定されている必要があるとすることにも賛成する。

そして、この場合は受領遅滞の効果が生じるから、保存義務は軽減されるものの、その保存義務の程度は、本試案「第13 受領(受取)遅滞」に従って軽減されるところ、目

物的物の滅失損傷について一切免責されるのではないから、軽減された保存義務において義務違反の有無が問題にされるべきであるし、もちろんそもそも目的物に瑕疵があった場合には引渡の提供後であっても免責されない。

そうした観点からは、本試案において上記(1)と同様とすることに、賛成する。

ただし、かかる規定は、結局弁済の提供の効果の規定となるから、これを売買におくどうかについては、引き続き検討すべきである。

15 買戻し（民法第579条ほか関係）

買戻しに関する民法第579条から第585条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

(1) 民法第579条の規律に付け加えて、買主が返還すべき金額について当事者に別段の合意がある場合には、それに従うものとする。

(2) 民法第581条第1項を次のように改めるものとする。

買戻しの特約を登記したときは、買戻しは、第三者に対しても、その効力を有するものとする。

[意見]

1 (1)について、賛成する。

2 (2)について、賛成する。

[理由]

1 (1)について

民法第579条では、「買主が支払った代金及び契約の費用」と規定されているが、買戻し特約において、当事者がそれとは異なる合意をした場合にかかる合意を排除すべきではない。返還義務の範囲を当事者が柔軟に決定することを許容してよく、これに沿う本試案に賛成する。

2 (2)について

民法第581条では買戻しの特約の登記は売買契約と同時に行為なければ第三者に対抗できないとなっているところ、売買契約と同時に限定する必要はなく、売買契約時以後第三者が生じる前に登記すれば足りるとすべきであり、これに沿う本試案に賛成する。

第36 贈与

1 贈与契約の意義（民法第549条関係）

民法第549条の規律を次のように改めるものとする。贈与は、当事者の一方が財産権を無償で相手方に移転する意思表示し、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずるものとする。

1 「自己の」という要件を削除することの可否

[意見]

賛成する。

[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。

2 贈与の対象を「財産権」と規定することの可否

[意見]

反対する。

[理由]

贈与を財産権移転契約と捉えて「財産権」とした場合、用益物権の設定、相手方の権利の放棄、債務免除、免責的債務引受、信託契約等が贈与契約として規律されないことになる。これらは従来贈与として捉えられてきたものであるから、贈与契約の規律によった方が実務に与える影響は少ない。これに対し、贈与契約を財産権移転契約と捉えなければならぬ必要性は見出しがたい。

3 「移転」と規定することの可否

[意見]

反対する。

[理由]

上記2のとおり、贈与を財産権移転契約と捉える必要はなく、むしろ用益物権の設定等の従来から贈与として捉えられてきたものを贈与契約として規律するために、「移転」とするべきではない。

2 贈与者の責任（民法第551条関係）

民法第551条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 贈与者は、次に掲げる事実について、その責任を負わないものとする。ただし、贈与者がこれらの事実を知りながら受贈者に告げなかったときは、この限りでないものとする。

ア 贈与によって引き渡すべき目的物が存在せず、又は引き渡した目的物が当該贈与契約の趣旨に適合しないものであること。

イ 贈与者が贈与によって移転すべき権利を有さず、又は贈与者が移転した権利に当該贈与契約の趣旨に適合しない他人の権利による負担若しくは法令の制限があること。

(2) 他人の権利を贈与の内容とした場合（権利の一部が他人に属する場合を含む。）であっても、贈与者がその権利を取得した場合には、その権利を受贈者に移転する義務を負うものとする。

(3) 上記(1)に掲げる事実があることにより、受贈者が贈与契約をした目的を達することができないときは、受贈者は、贈与契約の解除をすることができるものとする。

(4) 負担付贈与の受贈者は、贈与者が贈与契約によって引き渡すべき目的物又は移転すべき権利に上記(1)に掲げる事実があることにより、受贈者の負担の価額がその受け取った物又は権利の価額を超えるときは、受贈者は、その超える額に相当する負担の履行を拒み、又は履行した負担の返還を請求することができるものとする。この場合において、負担を返還することができないときは、負担の価額の償還を請求することができるものとする。

(注) 上記(1)から(3)までについては、贈与者の履行義務並びにその不履行による損害賠償及び契約の解除に関する規律をそれぞれ一般原則に委ねるという考え方がある。

[意見]

1 (1)及び(注)についてはいずれも反対する。アは、「贈与契約の趣旨に適合しない」ではなく、「通常有すべき品質・性能を有しない」にすべきであり、イは、「通常存しない他人の権利」にすべきである。

2 (2)については、賛成する。

3 (3)については、賛成する。

4 (4)については、賛成する。

((注)の規定には反対する)

[理由]

1 (1)について瑕疵について善意であっても、贈与者が専門家で受贈者が素人の場合など、損害賠償責任の余地を認めるべき事案がないわけではないと思われる。もっとも、賠償責任を否定すべき事案が大半と思われるので、善意の場合は免責とするという原則をおくことには反対はしない(例外的に善意の贈与者でも賠償責任等を負わせるべき事案は、不法行為などで対応可能と思われる。)

修補請求、代物請求についても、贈与の無償性からすると、贈与者は責任を負わないという原則でよいと思われる。

しかしながら、本試案(1)は妥当ではない。贈与者は、贈与契約の趣旨に適合しないものを引き渡しても責任を負わないという規律は、契約をしながら契約の趣旨に適合した物を引き渡す義務がないかのような規律であり、わかりにくいし、契約責任のあり方として疑問である。契約をした以上は、契約の趣旨に適合した物を引き渡す義務が生じるはずである。本試案(1)は、例えば、リンゴを贈与する契約をしたのに対し、みかんを引き渡しても、契約の趣旨に適合しないが責任を負わないとも理解されかねず、妥当ではない。

とはいえ、(注)の規定は、贈与の無償性を十分に斟酌できるか疑問である。契約の趣旨に適合しているかどうかの判断において、無償性を考慮し、例えば多少の瑕疵があっても修補請求や代物請求は認められないということになるのであろうが、贈与者の義務

が拡大するあてはめにならないか、懸念される。

ここでの趣旨は、贈与契約の場合、特定物であればそのまま引き渡せば足り、隠れた瑕疵について原則責任を負わないということにあるし、不特定物についても、品質の保証ではなく、修補や代物請求等は認められないということにある。そうすると、「通常有すべき品質・性能を有しない」場合でも、それを悪意で告げない場合でない限り、責任を負わないという表現の方がわかりやすい。

- 2 (2)について、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とするのは酷である。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。本試案(2)は、反対解釈からこの趣旨を規定しているといえるし、所有権を取得したときには、原則どおり引渡義務を負うことで問題ないから、その規律内容は妥当である。
- 3 (3)について、贈与であっても、受贈者は瑕疵あるものを押しつけられるいわれはない（例えば、土地の贈与で土地に酷い土壌汚染があるとか、建物の贈与で、建物が著しく耐震性を欠くような場合など）。契約の目的が達成できないときには解除が認められるべきである。
- 4 (4)についても、民法第551項第2項の通説的理解を規定するものであり、問題ない。

3 贈与契約の解除による返還義務の特則

贈与契約が解除されたときは、受贈者は、解除の時に現に存していた利益の限度において、返還の義務を負うものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

贈与の無償性からすると、滅失等の場合に価額の返還義務を負うというのは酷である。受贈者は、解除されるまでは自由に廃棄処分等もできたのであるから、現存利益に限るべきである。

4 贈与者の困窮による贈与契約の解除

贈与者が贈与契約の時に予見することのできなかつた事情の変更が生じ、これにより贈与者の生活が著しく困窮したときは、贈与者は、贈与契約の解除をすることができるものとする。ただし、履行の終わった部分については、この限りでないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

贈与契約時点において十分な財産を有していた贈与者が、その後に経済状態が著しく悪化しても贈与の履行を強制されるというのは、酷である。経済的に困窮している贈与者に対して、贈与契約があるからといって、強制執行を認めるというのは国民感情にそぐわない。事情変更の法理によって妥当な解決がはかれるとは限らず、困窮を理由とする解除を認めるべきである。

一方、履行後については、法的安定性や受贈者の保護の観点からすると、困窮したからといって贈与の解除を認める必要があるとは思えない。困窮の原因は様々であり、困窮の原因を問わず、受贈者に返還義務の履行を強制し、原状回復によって贈与者の財産を回復させることに国家が協力することまでは不要ではないか。

比較法的にも、困窮を理由にした解除等を認めるものは多い（韓国、ドイツ。中国は抗弁権的なもの）。また履行の前後で分けるものもある（韓国、中国。ドイツは履行後も返還を認める）。

そこで、履行前に限り、贈与契約時に比して贈与契約の履行が困難なほどに困窮した場合には、解除を認めるべきである。

5 受贈者に著しい非行があった場合の贈与契約の解除

- (1) 贈与契約の後に、受贈者が贈与者に対して虐待をし、若しくは重大な侮辱を加えたとき、又は受贈者にその他の著しい非行があったときは、贈与者は、贈与契約の解除をすることができるものとする。
- (2) 上記(1)の解除権は、贈与者の一身に専属するものとする。ただし、受贈者が上記(1)に該当する行為により贈与者を死亡させたときは、この限りでないものとする。
- (3) 上記(1)の解除があったときは、受贈者は、上記(1)の解除の原因が生じた時に現に存していた利益の限度で、返還の義務を負うものとする。
- (4) 上記(1)の解除権は、贈与の履行が終わった時から〔10年〕を経過したときは、その部分については行使できないものとする。

[意見]

いずれも基本的には賛成する。

さらに、贈与の履行の前後で要件を分け、履行前は解除をある程度広く認める規律にすることも検討すべきである。また、「受贈者にその他の著しい非行があったとき」は、贈与者に対する直接的な非行行為に限られない趣旨であることを確認しておきたいが、そうすると、文言からは、あらゆる非行行為が対象になりかねないので、例えば履行の前後で要件を分けることを前提に、「贈与義務の履行を強制することが信義に反する非行行為があったとき」などのように、贈与契約の趣旨と絡めて解除権を発生させる要件を検討すべきである。

[理由]

背信行為等を理由とする解除権の規定を設けることは賛成。贈与が人間関係を基礎とするものであり、その関係を破壊するような行為があったときに解除権を認める方が国民感情に沿う。

そして、履行の前後で解除権の発生要件を変えることを検討すべきである。贈与の基礎となる人間関係や信頼関係を破壊するような行為があったときに、履行が強制されるといふのは酷であり、履行の前後で区別することに合理性はある。

また、本試案は「受贈者にその他の著しい非行があったとき」を要件とする。解除をみとめるべき背信行為は、贈与者に対する直接的な背信行為には限られないので、その趣旨であるのか確認しておきたい。もっとも、そうすると文言上はあらゆる受贈者の非行行為が解除の対象となりかねず、それは相当ではない。そこで、履行の前後で解除権の発生要件を変えることを前提に、「贈与義務の履行を強制することが信義に反する非行行為があったとき」などの要件を検討すべきである。

第 37 消費貸借

1 消費貸借の成立等（民法第 587 条関係）

民法第 587 条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 消費貸借は、当事者の一方が種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約して相手方から金銭その他の物を受け取ることによって、その効力を生ずるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

要物契約たる消費貸借は、実務上定着しており、通常取引通念に合致しているので、要物契約を廃止することなく、デフォルト規定としておくことは妥当である。

(2) 上記(1)にかかわらず、書面である消費貸借は、当事者の一方が金銭その他の物を引き渡すことを約し、相手方がその物を受け取った後にこれと種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約することによって、その効力を生ずるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

現実の取引において、諾成契約たる消費貸借が必要である一方、口頭による合意により、不用意に消費貸借を成立させて、当事者の一方に過大な負担を負わせることを防止するこ

とも配慮すべきであることから、諾成契約の成立に書面を要求することは妥当である。

- (3) 消費貸借がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によってされたときは、その消費貸借は、書面によってされたものとみなすものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

現代社会においては、電磁的記録による契約の成立を認める必要性がある。

- (4) 上記(2)又は(3)の消費貸借の借主は、貸主から金銭その他の物を受け取るまで、その消費貸借の解除をすることができるものとする。この場合において、貸主に損害が生じたときは、借主は、その損害を賠償しなければならないものとする。

[意見]

- 1 前段について、賛成する。
- 2 後段について、反対する。

常に損害賠償が認められるとすべきではなく、当事者間において、あらかじめ損害賠償ができるとの合意があるときに限って、損害賠償が認められるとすべきである。さらに、消費者契約における上記合意は、無効とすべきである。

[理由]

- 1 前段について

諾成契約を認めた場合、契約時と目的物引渡までに、一定の時間差が生じる場所、その間に、借主に、目的物の引渡を必要としない事由が生じた場合にまで、借主に目的物の受領を義務づける必要はないので、借主に対し、目的物引渡前解除権を認めることは妥当である。

- 2 後段について

借主の目的物引渡前解除権行使により、貸主に損害の生じる場合のあることは、否定できないが、条文に正面から規定した場合、解除権行使には必ず損害賠償請求が出来るとの実際上の運用を誘発しかねない。これでは、新たな立法によって、新たな貸金被害事例を生じさせるのではないかと懸念がある。

そこで、引渡前解除権行使によって貸主に損害が生じた場合は、常に損害賠償が認められるとすべきではなく、当事者間において、あらかじめ損害賠償ができるとの合意があるときに限って、損害賠償が認められるとすべきである。

ただし、事業者が貸主であり、消費者が借主である消費者契約の場合、情報力、交渉

力の格差により、合理的な内容の合意をすることが困難であり、なお、被害の可能性が残る。他方、消費者に対する貸付で、貸主に損害が生じる場合は極めて限定的と思われる。なお、補足説明では、民法第90条や不当条項規制での処理を示唆しているが、それでは十分な保護が図れない。

そこで、引渡前解除権行使に基づく損害賠償についての合意は、消費者契約については、無効とすべきである。

なお、法制審議会民法（債権関係）部会の改正議論においては、部会資料44までは、消費貸借を諾成契約とする提案をする一方で、そのことによる消費者への弊害を考慮して、「事業者の消費者に対する融資の場合の借主の解除権（ここでは解除の場合の損害賠償の否定を含意していると理解される。）」の提案をし、新たな立法提案には、セットで消費者特則の提案をして、バランスをとっていた。本試案では、解除権を消費者借主に限定せずに、すべての借主に認めることとしたため、すべての借主の損害賠償義務を免責する規定を置くことに躊躇したとおもわれるが、消費者借主に限れば、上記のようなバランスをとることは、これまでの法制審議会における検討状況に合致しているといえる。当会の意見は、消費者保護理念を前提とした法制審議会における議論の方向性と共通しているのであり、この点に留意されたい。

(5) 上記(2)又は(3)の消費貸借は、借主が貸主から金銭その他の物を受け取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は、その効力を失うものとする。

(注) 上記(4)第2文については、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

[意見]

賛成する。

[理由]

当事者の一方の破産の場合に、目的物の引渡義務を免責することは妥当である。

2 消費貸借の予約（民法第589条関係）

民法第589条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 消費貸借の予約は、書面でなければ、その効力を生じないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

消費貸借の予約においても、諾成契約と同じように、口頭による合意により、不用意に消費貸借の予約を成立させて、当事者の一方に過大な負担を負わせることを防止することにも配慮すべきであることから、諾成契約の予約に書面を要求することは妥当である。

(2) 消費貸借の予約がその内容を記録した電磁的記録（前記1(3)参照）によってされたときは、その消費貸借の予約は、書面によってされたものとみなすものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

現代社会においては、電磁的記録による契約の成立を認める必要性がある。

(3) 消費貸借の予約は、その後に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失うものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

当事者の一方の破産の場合に、予約の効力を失わせ、目的物の引渡義務を免責することは妥当である。

3 準消費貸借（民法第588条関係）

民法第588条の規律を次のように改めるものとする。

金銭その他の物を給付する義務を負う者がある場合において、当事者がその物を消費貸借の目的とすることを約したときは、消費貸借は、これによって成立したものとみなすものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

準消費貸借において、消費貸借による金銭その他の物を給付する義務をその目的とすることを排除する合理的根拠はない。

4 利息

利息の定めがある場合には、借主は、貸主から金銭その他の物を受け取った日から起算して利息を支払う義務を負うものとする。

[意見]

賛成する。ただし、強行規定とすべきである。

[理由]

利息は、元本を現実に受領した場合にのみ発生することはその性質上当然のことである

ところ、これを、明示することは、無用な争いを避けることが出来るので、本試案は妥当である。

ただし、諾成契約が条文上明示されることとなる場合、契約成立時から目的物引渡までの期間について、利息を取る実務運用が一部生じる可能性があり、このような実務は、利息の性質に反するので、本試案は強行規定とすべきである。

5 貸主の担保責任（民法第590条関係）

民法第590条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 利息付きの消費貸借において、引き渡された目的物が当該消費貸借契約の趣旨に適合していない場合における貸主の担保責任については、売主の担保責任に関する規定を準用するものとする。
- (2) 無利息の消費貸借において、引き渡された目的物が当該消費貸借契約の趣旨に適合していない場合における貸主の担保責任については、贈与者の担保責任に関する規定を準用するものとする。
- (3) 利息の有無にかかわらず、借主は、当該消費貸借契約の趣旨に適合していない引き渡された物の価額を返還することができるものとする。

[意見]

いずれについても賛成する

[理由]

いずれも合理的な規定である。

6 期限前弁済（民法第591条第2項，第136条第2項関係）

民法第591条第2項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者が返還の時期を定めなかったときは、借主は、いつでも返還をすることができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

借主の便宜を図ったものであり、合理的な規定である。

- (2) 当事者が返還の時期を定めた場合であっても、借主は、いつでも返還をすることができるものとする。この場合において、貸主に損害が生じたときは、借主は、その損害を賠償しなければならないものとする。

[意見]

- 1 前段について賛成する。
- 2 後段について反対する。

常に損害賠償が認められるとすべきではなく、当事者間において、あらかじめ損害賠償ができるとの合意があるときに限って、損害賠償が認められるとすべきである。さらに、消費者契約における上記合意は、無効とすべきである。

[理由]

- 1 前段について

期間の定めがあった場合であっても、借主が目的物の返還が可能な場合にその返還を認めることは、一般的に、借主だけでなく、貸主にとっても利益となるのであり（期間の途中で借主が返還可能であっても、弁済期までに返還できなくなるリスクもある）、合理的な規定である。

- 2 後段について

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（期限前弁済を認めた意義の喪失）。

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（利息に関する法理からの帰結）。

なお、現民法第136条第2項ただし書が、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係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（期限の利益放棄についての損害賠償の射程外）。

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。

そこで、期限前弁済によって貸主に損害が生じた場合は、常に損害賠償が認められるとすべきではなく、当事者間において、あらかじめ損害賠償ができるとの合意があるときに限って、損害賠償が認められるとすべきである。

ただし、事業者が貸主であり、消費者が借主である消費者契約の場合、情報力、交渉力の格差により、合理的な内容の合意をすることが困難であり、なお、被害の可能性が残る。他方、消費者に対する貸付で、貸主に損害が生じる場合は極めて限定的と思われる。なお、補足説明では、民法第90条や不当条項規制での処理を示唆しているが、それでは十分な保護が図れない。

そこで、期限前弁済に基づく損害賠償についての合意は、消費者契約については、無効とすべきである。

なお、法制審議会民法（債権関係）部会の改正議論においては、部会資料44までは、期限の定めのある消費貸借の期限前弁済を認めるとともに、貸主に生じた損害賠償を認めるとの提案をする一方で、そのことによる消費者への弊害を考慮して、「事業者の消費者に対する融資の場合の免責」の提案がなされるというように、新たな立法提案には、セットで消費者特則の提案をして、バランスをとっていた。本試案で、消費者特則を落とすことは、消費者保護の理念に沿わないものであり、修正されるべきである。

当会の意見は、消費者保護理念を前提としていた法制審議会における議論の方向性と共通しているものであり、この点に留意されたい。

【中間試案で取り上げられなかった論点】

抗弁の接続について

[意見]

- 1 法制審議会民法（債権関係）部会の部会資料44第2，7〔44頁〕で取り上げられていた「抗弁の接続」の立法提案を論点として取り上げるべきである。
- 2 抗弁の接続においては、具体的に下記のとおり立法とすべきである。

<条項骨子案>

当事者の一方（以下「需要者」という）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（以下「供給契約」という。）を締結する際に、供給契約の相手方である事業者（以下「供給者」という）とは異なる事業者との間

で、消費貸借、立替払い契約、その他の需要者の供給者に対する支払についての猶予等の便宜を供与することを目的とした与信に係る契約が締結された場合において、供給契約と与信に係る契約との間に客観的相互利用関係が認められ、かつ、供給者と与信をした者との間に客観的相互利用関係が認められるときは、需要者は供給者に対して主張することのできる事由をもって与信をした者に対抗することができる。この規定に反する特約は無効とする。

[理由]

1 論点として取り上げるべきことについて

経済社会が高度に複雑化している現代社会においては、当事者間の情報力、交渉力格差が増大し、消費者を保護する必要性は増すばかりであり、特別法による保護のほか、市民法律関係の基本法である民法にも消費者保護規定を導入することは時代の要請に合致したものといえる。

それゆえ、今般の民法（債権関係）改正部会の審議で、つねに、消費者保護規定の導入が検討されてきたことも、当然の流れであった。

それが、本試案で抗弁の接続が取り上げないとの対応をとっている。これは、明らかに、時代の要請に沿うものではなく、方向性として不適切である。

抗弁の接続規定の民法導入は、割賦販売法の抗弁接続規定の潜脱的手法として消費貸借が利用されてきた経緯から見て、民法に必要な規定であり、論点として取り上げないことは不適切である。

よって、論点として取り上げるべきである。

2 抗弁の接続の具体的な立法提案

(1) 抗弁接続規定の立法提案

2009年の民法（債権法）改正検討委員会から消費貸借について抗弁の接続規定を置く提案があつて以降、法制審議会民法（債権関係）部会においても、議論がされてきたなか、同部会資料44「第2 消費貸借」7では、次の案が提案されていた。

【甲－1案】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（以下「供給契約」という。）を締結する際に、供給契約の相手方である事業者とは異なる事業者との間で金銭消費貸借契約を締結した場合において、①供給契約と金銭消費貸借契約との間に一体性〔密接な関連性〕が認められ、かつ、②供給者と貸主との間に両契約を一体のものとして締結する旨の合意があつたときは、借主は供給者に対して主張することのできる事由をもって貸主に対抗することができる旨の規定を設けるものとする。

【甲－2案】与信の態様が消費貸借かどうか、与信を受けた者が消費者かどうかにかかわらず、供給契約の相手方である事業者とは異なる事業者との間で与信に係る契約が締結された場合において、①供給契約と与信に係る契約との間に一体性〔密接な関連性〕が認められ、かつ、②供給者と与信をした者との間に一体性〔密接な関係〕が認められるときは、与信を受けた者は供給者に対して主張すること

のできる事由をもって与信をした者に対抗することができる旨の規定を設けるものとする。

【乙案】

規定を設けない。

- (2) 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、民法の中に置くことは、需要者の保護に資するものであり、基本的に甲案に賛成である。
 - (3) そして、甲－1案は、消費者契約に限定し、与信契約も消費貸借に限定し、さらに、供給契約と消費貸借との間に、供給者と貸主との間に両契約を一体のものとして締結する旨の合意を要求するなどしており、適用対象が狭すぎると考えられる。
 - (4) これに対し、甲－2案は、消費者契約に限定せず、広く与信に係る契約を対象とし、供給者と与信者との合意を要件としないなど、適切な範囲で抗弁接続を認めており、妥当である。
 - (5) ただし、「供給契約と与信に係る契約との間の一体性〔密接な関連性〕」「供給者と与信をした者との間の一体性〔密接な関係〕」という表現では、抗弁接続すべき対象となる与信に係る契約を限定してしまう可能性があるので、「供給契約と与信に係る契約との間の客観的な相互利用関係」「供給者と与信をした者との間の客観的相互利用関係」とすべきである。
 - (6) ところで、抗弁接続規定は、供給契約と与信契約、供給者と与信者との相互利用関係により、需要者から反対給付を受けて、それぞれが経済的な利益を受けていた場合は、供給契約について履行障害により需要者に損失を生じさせたときには、本来供給者または与信者においてその損失を負担すべきところ、利益を得ていた与信者が、供給契約と与信契約の別個性を主張して、需要者からの供給者に対するのと同様の抗弁の対抗を受けないとして、損失を需要者に帰せしめることが信義則に反することを根拠としている。このように抗弁接続規定は信義則を具体化した規定であるから、これに反する特約は無効とすべきである。
 - (7) 客観的相互利用関係
供給契約と与信契約との客観的相互利用関係、供給者と与信者の客観的相互利用関係といっても、具体的内容があまりはっきりしない点はある。
この点、ドイツ民法の結合された契約に関する条項で、経済的一体性が認められる場合が具体的に条文で規定されている（法制審議会民法（債権関係）部会資料44別紙比較法資料20頁）。このような規定をおくことも検討すべきである。
 - (8) なお、割賦販売法における抗弁接続規定と民法上の規定との関係も問題となるが、要件が異なるので、併存させて、より消費者保護を図るべきである。
- 3 以上2の提案の趣旨により、上記〔意見〕2のとおり、条文骨子案の提案をする。

第 38 賃貸借

1 賃貸借の成立（民法第 601 条関係）

民法第 601 条の規律を次のように改めるものとする。

賃貸借は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うこと及び引渡しを受けた物を契約が終了した後に返還することを約することによって、その効力を生ずるものとする。

[意見]

賛成する。

2 短期賃貸借（民法第 602 条関係）

民法第 602 条柱書の部分の規律を次のように改めるものとする。

処分の権限を有しない者が賃貸借をする場合には、同条各号に掲げる賃貸借は、それぞれ当該各号に定める期間を超えることができないものとする。契約でこれより長い期間を定めたときであっても、その期間は、当該各号に定める期間とするものとする。

[意見]

賛成する。

3 賃貸借の存続期間（民法第 604 条関係）

民法第 604 条を削除するものとする。

(注) 民法第 604 条を維持するという考え方がある。

[意見]

賃貸借の存続期間の上限を廃止（民法第 604 条を削除）することに賛成する。

4 不動産賃貸借の対抗力、賃貸人たる地位の移転等（民法第 605 条関係）

民法第 605 条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 不動産の賃貸借は、これを登記したときは、その不動産について物権を取得した者その他の第三者に対抗することができるものとする。
- (2) 不動産の譲受人に対して上記 (1) により賃貸借を対抗することができる場合には、その賃貸人たる地位は、譲渡人から譲受人に移転するものとする。
- (3) 上記 (2) の場合において、譲渡人及び譲受人が、賃貸人たる地位を譲渡人に留保し、かつ、当該不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意をしたときは、賃貸人たる地位は、譲受人に移転しないものとする。この場合において、その後に譲受人と譲渡人との間の賃貸借が終了したときは、譲渡人に留保された賃貸人たる地位は、譲受人又はその承継人に移転するものとする。

- (4) 上記(2)又は(3)第2文による賃貸人たる地位の移転は、賃貸物である不動産について所有権移転の登記をしなければ、賃借人に対抗することができないものとする。
- (5) 上記(2)又は(3)第2文により賃貸人たる地位が譲受人又はその承継人に移転したときは、後記7(2)の敷金の返還に係る債務及び民法第608条に規定する費用の償還に係る債務は、譲受人又はその承継人に移転するものとする。
- (注) 上記(3)については、規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方がある。

[意見]

(5)について反対、その余は賛成する。

[理由]

概要の記載によると、敷金を額面で承継するか、もしくは、未払賃料債務等を控除後の残額を承継するかという点については、明確に規定せず、解釈にゆだねるという方向性のものであるが、後日の解釈にゆだねるという曖昧な規定の仕方は妥当ではない。概要にも記載されているとおり、敷金債務の承継については、全額の返還債務を新所有者に移転するというのが通例であり、かかる実務慣行に従い、額面で承継することとし、ただし、後記7(3)の充当が先行している場合には充当後の残額が承継されることをデフォルトルールとして定める(その他は個別合意にゆだねる)ことが明確かつ妥当である。

<条文骨子案>

「上記(2)又は(3)第2文により賃貸人たる地位が譲受人又はその承継人に移転したときは、敷金返還債務はその全額が譲受人又はその承継人に承継される。ただし、後記7(3)の充当が承継前に実施されている場合には充当後の残額が承継される。」

5 合意による賃貸人たる地位の移転

不動産の譲受人に対して賃貸借を対抗することができない場合であっても、その賃貸人たる地位は、譲渡人及び譲受人の合意により、賃借人の承諾を要しないで、譲渡人から譲受人に移転させることができるものとする。この場合においては、前記4(4)及び(5)を準用するものとする。

[意見]

反対する。

[理由]

賃借人保護の観点からは、当該規定を設ける必要性が無いのではないかと考える。

(1) 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交渉し、新たに賃貸借契約を締結しようとする。

(2) 現行の制度と、当該規定が設けられた後の状況を比較すると

- ① 新所有者が、(賃貸条件が賃貸人に不利であるなどの理由で) 賃借人を追い出すという方針の場合

現行では、賃貸人たる地位を承継しない新所有者として、賃借人に対して目的物返還を求めることになる。

当該規定が設けられた後でも、新所有者は、合意により賃貸人たる地位を承継しないので同じ結果となる。

- ② 逆に、新所有者が、(賃貸条件が賃貸人に有利であるなどの理由で) 賃借人に借り続けて欲しいという方針の場合

現行では、新所有者として、賃借人に対して新たな賃貸借契約を締結するべく交渉をすることになる。

当該規定が設けられた後は、新所有者は、旧所有者との合意により賃貸人たる地位を承継することになる。

この場合、元の賃貸条件が賃貸人に有利(賃借人に不利)であるものを、賃借人に交渉して是正する機会が与えられるという分、現行の制度の方が賃借人に有利である。

- ③ ①②の中間的な場合、新所有者が、旧所有者との間の賃貸条件が賃貸人有利に是正されるならば、賃借人に借り続けてもらって構わない、そうでなければ出て行って欲しいという方針の場合

現行では、賃貸人たる地位を承継しない新所有者として、賃借人に対して目的物返還を求めつつ、賃貸人有利に是正した賃貸条件を新所有者が提示するなどして交渉することになる。

当該規定が設けられた後でも、新所有者は、合意により賃貸人たる地位を承継せずに上記と同様の行動を取ることになる。

- (3) 上記のとおり、当該規定を設けた場合でも、現行制度と余り状況は変わらない。むしろ、賃借人の立場からすれば、上記②の場合に、賃借人として交渉の機会を持つことが出来なくなる分だけマイナスであると考えられる。

- (4) また、所有者が変わる毎に、賃借人の与り知らない新旧両所有者間の契約により、賃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、賃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。

6 不動産の賃借人による妨害排除等請求権

不動産の賃借人は、賃貸借の登記をした場合又は借地借家法その他の法律が定める賃貸借の対抗要件を備えた場合において、次の各号に掲げるときは、当該各号に定める請求をすることができるものとする。

- (1) 不動産の占有を第三者が妨害しているとき
当該第三者に対する妨害の停止の請求
- (2) 不動産を第三者が占有しているとき
当該第三者に対する返還の請求

[意見]

賛成する。

7 敷金

- (1) 敷金とは、いかなる名義をもってするかを問わず、賃料債務その他の賃貸借契約に基づいて生ずる賃借人の賃貸人に対する金銭債務を担保する目的で賃借人が賃貸人に対して交付する金銭をいうものとする。
- (2) 敷金が交付されている場合において、賃貸借が終了し、かつ、賃貸人が賃貸物の返還を受けたとき、又は賃借人が適法に賃借権を譲渡したときは、賃貸人は、賃借人に対し、敷金の返還をしなければならないものとする。この場合において、賃料債務その他の賃貸借契約に基づいて生じた賃借人の賃貸人に対する金銭債務があるときは、敷金は、当該債務の弁済に充当されるものとする。
- (3) 上記(2)第1文により敷金の返還債務が生ずる前においても、賃貸人は、賃借人が賃料債務その他の賃貸借契約に基づいて生じた金銭債務の履行をしないときは、敷金を当該債務の弁済に充当することができるものとする。この場合において、賃貸人は、敷金を当該債務の弁済に充当することができないものとする。

[意見]

賛成する。

8 賃物の修繕等（民法第606条第1項関係）

民法第606条第1項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 賃貸人は、賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負うものとする。
- (2) 賃借物が修繕を要する場合において、賃借人がその旨を賃貸人に通知し、又は賃貸人がその旨を知ったにもかかわらず、賃貸人が相当の期間内に必要な修繕をしないときは、賃借人は、自ら賃借物の使用及び収益に必要な修繕をすることができるものとする。ただし、急迫の事情があるときは、賃借人は、直ちに賃借物の使用及び収益に必要な修繕をすることができるものとする。

（注）上記(2)については、「賃貸人が上記(1)の修繕義務を履行しないときは、賃借人は、賃借物の使用及び利益に必要な修繕をすることができる」とのみ定めるといふ考え方がある。

[意見]

賛成する。

9 減収による賃料の減額請求等（民法第609条・第610条関係）民法第609条及

び第610条を削除するものとする。

[意見]

賛成する。

10 賃借物の一部滅失等による賃料の減額等（民法第611条関係）

民法第611条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 賃借物の一部が滅失した場合その他の賃借人が賃借物の一部の使用及び収益をすることができなくなった場合には、賃料は、その部分の割合に応じて減額されるものとする。この場合において、賃借物の一部の使用及び収益をすることができなくなったことが契約の趣旨に照らして賃借人の責めに帰すべき事由によるものであるときは、賃料は、減額されないものとする。
 - (2) 上記(1)第2文の場合において、賃貸人は、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを賃借人に償還しなければならないものとする。
 - (3) 賃借物の一部が滅失した場合その他の賃借人が賃借物の一部の使用及び収益をすることができなくなった場合において、残存する部分のみでは賃借人が賃借をした目的を達することができないときは、賃借人は、契約の解除をすることができるものとする。
- (注) 上記(1)及び(2)については、民法第611条第1項の規律を維持するという考え方がある。

[意見]

賛成する。

11 転貸の効果（民法第613条関係）

民法第613条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 賃借人が適法に賃借物を転貸したときは、賃貸人は、転借人が転貸借契約に基づいて賃借物の使用及び収益をすることを妨げることができないものとする。
- (2) 賃借人が適法に賃借物を転貸したときは、転借人は、転貸借契約に基づく債務を賃貸人に対して直接履行する義務を負うものとする。この場合において、直接履行すべき債務の範囲は、賃貸人と賃借人（転貸人）との間の賃貸借契約に基づく債務の範囲に限られるものとする。
- (3) 上記(2)の場合において、転借人は、転貸借契約に定めた時期の前に転貸人に対して賃料を支払ったとしても、上記(2)の賃貸人に対する義務を免れないものとする。
- (4) 上記(2)及び(3)は、賃貸人が賃借人に対してその権利を行使することを妨げないものとする。
- (5) 賃借人が適法に賃借物を転貸した場合において、賃貸人及び賃借人が賃貸借契約を

合意により解除したときは、賃貸人は、転借人に対し、当該解除の効力を主張することができないものとする。ただし、当該解除の時点において債務不履行を理由とする解除の要件を満たしていたときは、この限りでないものとする。

(注) 上記(3)については、民法第613条第1項後段の文言を維持するという考え方があ

[意見]

(1)及び(5)について、賛成する。

(2)から(4)について、前提条件付で賛成する。

[理由]

(2)について

賃貸人が転借人に対して賃料の直接の支払を求めた場合であっても、転借人は転貸人に対して賃料の支払をすることを妨げられない旨の規定を併せて設けることにより、転貸借関係にあることも知らないような転借人を保護すべきである(かかる規定が設けられることを前提に賛成する)。

(3)について

「転貸借契約に定めた時期の前に」の意義について「当期の支払期日までに翌期以降の賃料を支払うこと」という定義を設けるべきである(かかる定義が設けられることを前提に賛成する)。

現行民法第613条第1項後段の「前払」の意義について、判例(大判昭和7年10月8日)に基づき、転貸借における支払時期を基準として、その支払時期より前に支払ったものが「前払」に該当するという考え方が存在する。しかし、この基準では、例えば、毎月末日に翌月分を支払うという約定の場合、8月31日が9月分転貸料の支払時期となるが、銀行振込手続の都合などで8月29日に支払を行った場合でも、「前払」に該当し、賃貸人にその支払を対抗できないことになってしまうのではないかとの疑問がある。

当該規定において「前払」として想定している典型的ケースは、前記の例で言えば、8月31日までに、9月分のみならず、10月分以降の転貸料も纏めて支払うケースであると解される。従って、この点を明確にするべく、前記に記載のような定義規定を設けるべきであると考え

(4)については、上記(2)及び(3)の意見が容れられることを前提に賛成する。

12 賃借物の全部滅失等による賃貸借の終了

賃借物の全部が滅失した場合その他の賃借人が賃借物の全部の使用及び収益をすることができなくなった場合には、賃貸借は、終了するものとする。

[意見]

賛成する。

13 賃貸借終了後の収去義務及び原状回復義務（民法第616条，第598条関係）

民法第616条（同法第598条の準用）の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに附属させた物がある場合において、賃貸借が終了したときは、その附属させた物を収去する権利を有し、義務を負うものとする。ただし、賃借物から分離することができない物又は賃借物から分離するのに過分の費用を要する物については、この限りでないものとする。
- (2) 賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに生じた損傷がある場合において、賃貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負うものとする。

この場合において、その損傷が契約の趣旨に照らして賃借人の責めに帰することができない事由によって生じたものであるときは、賃借人は、その損傷を原状に復する義務を負わないものとする。
- (3) 賃借人は、賃借物の通常の使用及び収益をしたことにより生じた賃借物の劣化又は価値の減少については、これを原状に復する義務を負わないものとする。

[意見]

(1)について、反対する（原状回復の範囲は、附属させた物の収去に限らず、原状を変更させた状態の回復も含まれる）。

<条文骨子案>

(1) 賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに附属させた物又は加えた変更がある場合において、賃貸借が終了したときは、その附属させた物又は加えた変更を収去又は回復する権利を有し、義務を負うものとする。ただし、賃借物から分離することができない物又は賃借物から分離するのに過分の費用を要する物については、この限りでないものとする。

(2)，(3)について、賛成する。ただし、通常損耗の点について、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る旨の規定を設けるべきである。

[理由]

(1)について

本試案の規定では(1)が「附属物」、(2)が「損傷」の場合を規定しているが、実際に原状回復が問題となり得る場合はこの2類型に集約されるものではない。

例えば、土地を賃借した者が、土地の上に盛り土をして利用した場合の原状回復、あるいは、土地（更地）を賃借した者が、その土地にアスファルト舗装をして駐車場として利用していた場合の原状回復などは、上記(1)の「附属物」のケースに含めて考えることが出来るのか、不明である。そこで、このような場合も含めた原状回復に関する一般論を冒頭に設けることが適切と考え、(1)について上記の変更を提案する。

- 14 損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限（民法第621条，第600条関係）
民法第621条（同法第600条の準用）の規律を次のように改めるものとする。
- (1) 契約の趣旨に反する使用又は収益によって生じた損害の賠償は，賃貸人が賃貸物の返還を受けた時から1年以内に請求しなければならないものとする。
 - (2) 上記(1)の損害賠償請求権については，賃貸人が賃貸物の返還を受けた時から1年を経過するまでの間は，消滅時効は，完成しないものとする。
 - (3) 賃借人が支出した費用の償還請求権に関する期間制限の部分を削除するものとする。

[意見]

賛成する。

15 賃貸借に類似する契約

(1) ファイナンス・リース契約

賃貸借の節に次のような規定を設けるものとする。

ア 当事者の一方が相手方の指定する財産を取得してこれを相手方に引き渡すこと並びに相手方による当該財産の使用及び収益を受忍することを約し，相手方がその使用及び収益の対価としてではなく当該財産の取得費用等に相当する額の金銭を支払うことを約する契約については，民法第606条第1項，第608条第1項その他の当該契約の性質に反する規定を除き，賃貸借の規定を準用するものとする。

イ 上記アの当事者の一方は，相手方に対し，有償契約に準用される売主の担保責任（前記第35，4以下参照）を負わないものとする。

ウ 上記アの当事者の一方がその財産の取得先に対して売主の担保責任に基づく権利を有するときは，上記アの相手方は，その当事者の一方に対する意思表示により，当該権利（解除権及び代金減額請求権を除く。）を取得することができるものとする。

(注) 上記(1)及び(2)のそれぞれについて，賃貸借の節に規定を設けるのではなく新たな典型契約とするという考え方，そもそも規定を設けないという考え方がある。

[意見]

ア～ウのいずれについても反対する（(注)の後段の規定を設けないという考え方に賛成する）。

[理由]

1 アについて

ファイナンス・リース契約のすべてを規律するのではなく，一定の類型のものだけを規律する規定を設けることに意味がない。むしろ，適用対象が不明確になるなど混乱が生じるおそれがある。

そもそも，賃貸借は，借主が目的物を使用収益し，それに対して対価（使用収益の対価）

を支払うことを主たる内容とする契約であるが、本試案の契約類型は、使用収益の対価を支払わないことを中心的な内容とするもので、この点において賃貸借とは相容れない契約類型である。このように賃貸借とはまったく異なる契約類型を賃貸借の節に規定することは妥当でないし、賃貸借の規定を準用することも妥当でない。

2 イについて

ファイナンス・リースを民法に規定すること自体に反対である。

仮に、ファイナンス・リースを規定するとしても、ユーザー保護（特にユーザーが消費者の場合）の観点からは、一律に担保責任を排除するのは妥当でない。

3 ウについて

ファイナンス・リースを民法に規定すること自体に反対である。

仮に規定するとしても、ユーザー保護の観点からは、リース提供者がサプライヤーに対して瑕疵担保責任を有する場合に限って、その権利をユーザーが取得しうるだけでは不十分であり、リース提供者にも責任を負わせるべきである。

(2) ライセンス契約

賃貸借の節に次のような規定を設けるものとする。

当事者の一方が自己の有する知的財産権（知的財産基本法第2条第2項参照）に係る知的財産（同条第1項参照）を相手方が利用することを受忍することを約し、相手方がこれに対してその利用料を支払うことを約する契約については、前記4(2)から(5)まで（賃貸人たる地位の移転等）その他の当該契約の性質に反する規定を除き、賃貸借の規定を準用するものとする。

(注) 上記(1)及び(2)のそれぞれについて、賃貸借の節に規定を設けるのではなく新たな典型契約とするという考え方、そもそも規定を設けないという考え方がある。

[意見]

反対する。ただし、(注)の後段の規定を設けないという考え方について、賛成する。

[理由]

- 1 ライセンス契約において、ライセンサーはライセンシーに対して知的財産を使用収益させる義務を負うものではなく、そもそもライセンス契約は賃貸借契約と類似する契約といえない。知的財産を対象とする利用（実施・使用・利用等）の許諾に関する契約は排他的なものではなく、その対象が排他的な有体物ではない点において、賃貸借契約とは契約の性質が本質的に異なるものであり、原則的に賃貸借の規律を準用するのは妥当でない。
- 2 賃貸借契約のどの規定がライセンス契約に準用されるのか全く不明であり、かかる規律が、ライセンス契約上の法律関係の明確化に資するところはない。
- 3 現状の契約実務としてのライセンス契約の多様性に照らせば、ライセンス契約全般を規律する任意規定を想定することは、それ自体が極めて困難であるばかりか、当事者に

において予期せぬ（あるいは契約全体の趣旨からは不適切な）任意規定による補充がなされる危険性を招来する点で有害でしかない。

第 39 使用貸借

1 使用貸借の成立等（民法第 593 条関係）

民法第 593 条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 使用貸借は、当事者の一方がある物を引き渡すことを約し、相手方が引渡しを受けた物を無償で使用及び収益をした後に返還することを約することによって、その効力を生ずるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

使用貸借に関する諾成的合意に拘束力を認めるべきという社会的要請、拘束力を認める必要性に対応するものである。

- (2) 使用貸借の当事者は、借主が借用物を受け取るまでは、契約の解除をすることができるものとする。ただし、書面による使用貸借の貸主は、借主が借用物を受け取る前であっても、契約の解除をすることができないものとする。

[意見]

本文について、賛成する。

ただし書きについて、反対する。貸主の解除権を排除する旨の合意が書面でされていない限り、貸主は目的物を引渡すまで自由に契約を解除できるとすべきである。

[理由]

- 1 本文については、使用貸借が無償契約であることから、当事者双方に解除の自由を与えるのが相当である。
- 2 ただし書きについては、使用貸借が無償契約であることからすれば、契約からの離脱を緩やかに認めるべきで、貸主からの引渡前解除を書面によらない使用貸借に限定すべきでない。当事者が書面による合意をもって貸主の解除権を排除しない限り、借主が目的物の引渡を受けるまでは、貸主は自由に解除できるとする中間的論点整理の際の規定ぶりが妥当である。

2 使用貸借の終了（民法第 597 条関係）

民法第 597 条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者が返還の時期を定めたときは、使用貸借は、その時期が到来した時に終了する

ものとする。

- (2) 当事者が返還の時期を定めず、使用及び収益の目的を定めたときは、使用貸借は、借主がその目的に従い使用及び収益を終わった時に終了するものとする。
- (3) 当事者が返還の時期を定めず、使用及び収益の目的を定めた場合において、借主がその目的に従い使用及び収益をするのに足りる期間を経過したときは、貸主は、契約の解除をすることができるものとする。
- (4) 当事者が返還の時期並びに使用及び収益の目的を定めなかったときは、貸主は、いつでも契約の解除をすることができるものとする。
- (5) 借主は、借用物を受け取った後であっても、いつでも契約の解除をすることができるものとする。

[意見]

賛成する。

ただし、1(2)の貸主が解除できる場合も終了事由(解除事由)の1つとして規定すべきであるほか、後述のとおり、新たな終了事由(解除事由)を規定すべきである。

また、規定の仕方としては、終了と解除を混在させるのではなく、以下のように解除を使用貸借の終了事由の1つと位置づけたうえで、これとは別に貸主または借主が解除できる場合を分けて規定すべきである。

- | | |
|---------|--|
| 終了事由 | <ol style="list-style-type: none">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 解除 |
| 解除できる場合 | <ol style="list-style-type: none">① 貸主が解除できる場合<ol style="list-style-type: none">ア 借主が目的物の引渡を受けるまではいつでも(ただし、書面による合意をもって貸主の解除権を排除した場合を除く)イ 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ウ 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エ 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オ 当事者間の信頼関係が失われたとき② 借主が解除できる場合<ol style="list-style-type: none">返還時期の定めの有無にかかわらず、借主に目的物を借り受ける必要がなくなったときただし、借主からの解除により貸主に損害が発生する場合には、貸主の損害を賠償しなければならない |

[理由]

- 1 (1)～(4)は、現行の第597条の内容を実質的に変更することなくわかりやすくするものであり、終了事由の明確化に資する。
- 2 (5)は、通説的な理解を明文化するものである。
- 3 無償契約であることからすれば、契約後に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なく、かかる場合には貸主からの解除を新たな終了事由として規定すべき。

また、贈与において無償性から、贈与者が困窮した場合や受贈者に著しい非行があった場合に契約の拘束力を緩和し、解除を認める提案がされていることとのバランスからも、使用貸借においても上記の内容で新たな解除事由を規定すべき。

3 使用貸借終了後の収去義務及び原状回復義務（民法第598条関係）

民法第598条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 借主は、借用物を受け取った後にこれに附属させた物がある場合において、使用貸借が終了したときは、その附属させた物を収去する権利を有し、義務を負うものとする。ただし、借用物から分離することができない物又は借用物から分離するのに過分の費用を要する物については、この限りでないものとする。
- (2) 借主は、借用物を受け取った後にこれに生じた損傷がある場合において、使用貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負うものとする。この場合において、その損傷が契約の趣旨に照らして借主の責めに帰することができない事由によって生じたものであるときは、借主は、その損傷を原状に復する義務を負わないものとする。

[意見]

賛成する。

以上に加えて、第38（賃貸借）の13(3)と同様、通常損耗について借主が原状回復義務を負わない旨の規定を設けるべきである。

[理由]

- 1 (1)(2)については、収去権、収去義務及び原状回復義務の明文化に資するので賛成する。
- 2 補足説明によれば、使用貸借においては、借主が通常損耗もすべて回復する趣旨のものもあれば、貸主が通常損耗をすべて負担する趣旨のものもあるから、任意規定は置かないとされている。しかし、使用貸借においては、通常損耗を貸主が負担し、借主に原状回復を求めないとするのが当事者の通常の意味であると思われること（とくに親族等の情義的な関係に基づく使用貸借においてはその意思は顕著である）や、賃貸借とは異なり使用貸借においては契約書を作成しないことも多いことに鑑みれば、通常損耗の原状回復義務についての紛争の防止のために、任意規定として、通常損耗について借主が

原状回復義務を負わない旨の規定を設けておくことが有用である。そして、かかる任意規定を設けたとしても、経済取引の一環として締結される使用貸借などにおいて借主に原状回復義務を負担させるのが相当な場合には、特約においてその旨を定めれば足りるのであるから、通常損耗について借主が原状回復義務を負わない旨の規定を設けたとしても不都合は生じない。

4 損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限（民法第600条関係）

民法第600条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約の趣旨に反する使用又は収益によって生じた損害の賠償は、貸主が目的物の返還を受けた時から1年以内に請求しなければならないものとする。
- (2) 上記(1)の損害賠償請求権については、貸主が目的物の返還を受けた時から1年を経過するまでの間は、消滅時効は、完成しないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

賃貸借と平仄を合わせるもので、わかりやすい民法に資する。

第40 請負

1 仕事が完成しなかった場合の報酬請求権・費用償還請求権

- (1) 請負人が仕事を完成することができなくなった場合であっても、次のいずれかに該当するときは、請負人は、既にした仕事の報酬及びその中に含まれていない費用を請求することができるものとする。

ア 既にした仕事の成果が可分であり、かつ、その給付を受けることについて注文者が利益を有するとき

イ 請負人が仕事を完成することができなくなったことが、請負人が仕事を完成するために必要な行為を注文者がしなかったことによるものであるとき

- (2) 解除権の行使は、上記(1)の報酬又は費用の請求を妨げないものとする。
- (3) 請負人が仕事を完成することができなくなった場合であっても、それが契約の趣旨に照らして注文者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、請負人は、反対給付の請求をすることができるものとする。この場合において、請負人は、自己の債務を免れたことにより利益を得たときは、それを注文者に償還しなければならないものとする。

(注) 上記(1)イについては、規定を設けないという考え方がある。

[意見]

(1)ア、(2)及び(3)については、賛成する。

(1)イについては、反対する。(注)については、賛成する。

[理由]

(1)ア及び(3)は従来の判例法理を明文化したものであり異論はない。

(1)イの「請負人が仕事を完成するために必要な行為を注文者がしなかったとき」については、仕事を完成することが請負人の義務であり、その義務をはたして始めて報酬を受けることができるのであることから、原則としては、注文者に責めに帰すべき事由がない場合で仕事が途中で完成できなくなった場合には、一部報酬請求権は認められないと考えるのが整合的といえる。他方で、注文者に責めに帰すべき事由がない場合でも、請負人に一部報酬請求権を認めることに合理性がある場合があるとも考えられる。このことから、注文者に責めに帰すべき事由がない場合で「請負人が仕事を完成するために必要な行為を注文者がしなかったとき」の一部報酬請求権の存否については、規定を設けないことが合理的であると考えられる。

2 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任

(1) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の修補請求権の限界（民法第634条第1項関係）

民法第634条第1項の規律を次のように改めるものとする。

仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合には、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その修補の請求をすることができるものとする。

ただし、修補請求権について履行請求権の限界事由があるときは、この限りでないものとする。

[意見]

反対する。民法第634条第1項ただし書きの規定を維持すべきである。

[理由]

「瑕疵が重要でない場合において」という要件を削除すると、文言上、瑕疵修補請求が適用される場面が減少し、被害救済が不当に狭まる可能性がある。また、過大な費用か否かについて常に紛争が生じる懸念がある。

(2) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを理由とする解除（民法第635条関係） 民法第635条を削除するものとする。

[意見]

解除の一般原則において付随的義務違反等の軽微な義務違反が解除原因にならないことが明文化されていることを前提として、賛成する。

ただし、売買との整合性について配慮する必要がある。

[理由]

請負においては軽微な瑕疵の存在を理由として解除されると不均衡が生じる場合があると考えられるが、軽微な義務違反が解除原因にならないことが明文化されているのであれば、解除の一般原則に委ねるのが明確化に資すると考える。

また、現行民法第635条ただし書きについては、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条ただし書きが適用される場面がなくなったものといえるので、削除しても不都合はないものとする。

もっとも、売買については、「買主は、債務不履行の一般原則に従って、追完の不履行による損害の賠償を請求し、又は契約の解除をすることができるものとする。」との提案がなされている（第35の4(2)）。同じ債務不履行の一般原則に従うとしても、売買において解除できる旨が明記されているのに請負においては明記されていないのでは文言上のバランスを失すとも思われる。そこで、売買との整合性について配慮する必要があると考える。

(3) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の注文者の権利の期間制限（民法第637条関係）

民法第637条の規律を次のいずれかの案のように改めるものとする。

【甲案】 民法第637条を削除する（消滅時効の一般原則に委ねる）ものとする。

【乙案】 消滅時効の一般原則に加え、仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを注文者が知ったときから〔1年以内〕にその適合しないことを請負人に通知しないときは、注文者は、請負人に対し、その適合しないことに基づく権利を行使することができないものとする。ただし、請負人が、引渡しの際に、仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでないものとする。

(注) 乙案について、引渡し時（引渡しを要しない場合には仕事の終了時）から期間を起算するという考え方がある。

[意見]

甲案に賛成する。

[理由]

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、及び、瑕疵があった場合の請負人の責任が、消滅時効の一般原則よりも短期の期間制限に服することについて合理的な理由がないことから、時効制度の一般規定に委ねるべきであるとする。

(4) 仕事の目的物である土地工作物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任の存続期間（民法第638条関係）

民法第638条を削除するものとする。

[意見]

削除すること自体は賛成する。ただし、同条を削除する一方で、建物その他の土地の工作物又は地盤に瑕疵がある場合の請負人の責任について、引渡し時を起算点とし、原則を5年とし、「構造耐力上主要な部分又は雨水の侵入を防止する部分」については性質保証期間を10年とするという規定を新たに設けるべきである。

[理由]

1 前記(3)において、期間制限を消滅時効の一般原則に委ねた場合、現行民法第638条を期間制限の規定と捉えた場合には、消滅時効の規定より短い期間制限を設ける意義はないものとする。

2 他方で、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、引渡し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。

具体的な性質保証期間については現行民法第638条本文にならい原則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）第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。

性質保証期間について消滅時効の期間より短いケースも生じるが、性質保証期間は各目的物の性質に応じて引き渡し時に存在していた瑕疵と推定する規定であって、矛盾するものではないと考える。

(5) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任の免責特約（民法第640条関係）

民法第640条の規律を改め、請負人は、仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことについての責任を負わない旨の特約をした場合であっても、目的物の引渡し（引渡しを要しない場合には、仕事の終了時）に仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを知っていたときは、その責任を免れることができないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

現行民法第640条が瑕疵の存在を知らず適切な対応をとらなかったという請負人の不誠実さを根拠としているが、かかる考え方は合理的であり、本試案も現行民法第640条の趣旨に沿ったものとなっている。

3 注文者についての破産手続の開始による解除（民法第642条関係）

民法第642条第1項前段の規律のうち請負人の解除権に関する部分を改め、注文者が破産手続開始の決定を受けたときは、請負人が仕事を完成しない間は、請負人は契約

の解除をすることができるものとする。

[意見]

賛成する。ただし、破産法第53条との関係に留意する必要がある。

[理由]

規定を設けること自体は合理性があると考ええる。

もつとも、本試案においては、仕事完成后引渡前に注文者が破産手続開始の決定を受けた場合に、破産管財人は、履行を選択して引き渡しを受け、請負代金を支払うということになるものと考えられるが、この場合破産管財人は目的物を結局処分するしかない。かかる結論が妥当でない場合も考えられる。

以上より、本試案の考え方に基づいた場合に解除できない場合の目的物の処遇等については、双方未履行の双務契約の処遇について定めた破産法53条との関係にも留意して規定を整備する必要があると考ええる。

第41 委任

1 受任者の自己執行義務

(1) 受任者は、委任者の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復受任者を選任することができないものとする。

(2) 代理権の授与を伴う復委任において、復受任者は、委任者に対し、その権限の範囲内において、受任者と同一の権利を有し、義務を負うものとする。

(注) 上記(1)については、「許諾を得たとき、又は復受任者を選任することが契約の趣旨に照らして相当であると認められるとき」に復受任者を選任することができるものとするという考え方がある。

[意見]

(1) 賛成する。

(2) 賛成する。

[理由]

(1)について

委任事務は原則として自ら処理しなければならないが、同条に規定する場合のほかは第三者に委任事務を処理させることはできないことを委任の箇所に明文で規定することには意味がある。

(2)について

任意代理人が選任した復代理人と本人との関係に関する部分は委任の内部関係に関するものであるから、委任の箇所に設けるのが適当である。

2 委任者の金銭の消費についての責任（民法第647条関係）

民法第647条を削除するものとする。

（注）民法第647条を維持するという考え方がある。

[意見]

賛成する。

[理由]

民法第647条がなくても損害賠償義務を認めることができるし、損害賠償の範囲についても、債務不履行による損害賠償に関する一般原則で足りる。

3 受任者が受けた損害の賠償義務（民法第650条第3項関係）

民法第650条第3項の規律に付け加えて、委任事務が専門的な知識又は技能を要するものである場合において、その専門的な知識又は技能を有する者であればその委任事務の処理に伴ってその損害が生ずるおそれがあることを知り得たときは、同項を適用しないものとする。

（注）民法第650条第3項の現状を維持するという考え方がある。

[意見]

賛成する。

[理由]

当事者の通常の意味にかない、さらに、受任者は委任事務の処理にどのようなリスクが伴うかを予測できるから、そのリスクを対価に反映させることもできる。

4 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項関係）

民法第648条第1項を削除するものとする。

(2) 報酬の支払時期（民法第648条第2項関係）

民法第648条第2項の規律に付け加えて、委任事務を処理したことによる成果に対して報酬を支払うことを定めた場合には、目的物の引渡しを要するときは引渡しと同時に、引渡しを要しないときは成果が完成した後に、これを請求することができるものとする。

(3) 委任事務の全部又は一部を処理することができなくなった場合の報酬請求権（民法第648条第3項関係）

ア 民法第648条第3項の規律を改め、委任事務の一部を処理することができなくなったときは、受任者は、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができるものとする。ただし、委任事務を処理したことによる成果に対して報酬を支払うことを定めた場合は、次のいずれかに該当するときに限り、既にした履行の割合に応じて報酬を請求するこ

とができるものとする。

(7) 既にした委任事務の処理の成果が可分であり、かつ、その給付を受けることについて委任者が利益を有するとき

(イ) 受任者が委任事務の一部を処理することができなくなったことが、受任者が成果を完成するために必要な行為を委任者がしなかったことによるものであるとき

イ 受任者が委任事務の全部又は一部を処理することができなくなった場合であっても、それが契約の趣旨に照らして委任者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、受任者は、反対給付の請求をすることができるものとする。この場合において、受任者は、自己の債務を免れたことにより利益を得たときは、それを委任者に償還しなければならない。

(注)上記ア(イ)については、規定を設けないという考え方がある。

[意見]

(1) 賛成する。

(2) 賛成する。

(3) ア(ア)について、賛成する。

(3) ア(イ)について、反対する。(注)について、賛成する。

(3) イについて賛成する。

[理由]

(1)について 今日取引との適合性。

(2)について

① 民法第648条第2項は維持されている。

② 成果完成型の報酬支払方式が採られている場合には、目的物の引渡しを要するときは引渡しと同時に、引渡しを要しないときは成果が完成した後に、報酬を請求することができるということが合理的。

(3)について

(3)ア(ア) 委任事務の全部又は一部を処理することができなくなった場合に既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができることは当事者間の公平の観点から合理性、妥当性がある。

また、成果完成型の報酬支払方式が採られている場合には委任事務の処理の成果が可分であり、かつ、その給付を受けることについて委任者が利益を有するときに履行の割合に応じて報酬を請求することができることは当事者間の公平の観点から合理性、妥当性がある。

成果完成型の報酬支払方式は、もともと成果が完成しないと報酬が支払われない委任契約であったのであるから、成果が不可分のときは、報酬請求権が発生しないとしても当事者の意思に反することはない。

(3)ア(イ) イに照らすと、ア(イ)は、委任者が必要な行為をせず、かつ、それが委任者の責に帰すべき事由によらないときである。しかし、必要な行為を委任者がせず、

かつこれが委任者の責に帰すべき事由によらないような場合には、成果完成型の報酬支払方式が採られている委任の類型は様々であって、報酬請求を認めることに合理性がある場合もない場合もあることから規定を設けないことが合理的である。

(3)イ 委任に関して民法第536条第2項の規律を維持することが合理的。

5 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条関係）

民法第651条の規律を維持した上で、次のように付け加えるものとする。

委任が受任者の利益をも目的とするものである場合（その利益が専ら報酬を得ることによるものである場合を除く。）において、委任者が同条第1項による委任の解除をしたときは、委任者は、受任者の損害を賠償しなければならないものとする。ただし、やむを得ない事由があったときはこの限りでないものとする。

(2) 破産手続開始による委任の終了（民法第653条第2号関係）

民法第653条第2号の規律を次のように改めるものとする。

ア 有償の委任において、委任者が破産手続開始の決定を受けたときは、受任者又は破産管財人は、委任の解除をすることができるものとする。この場合において、受任者は、既にした履行の割合に応じた報酬について、破産財団の配当に加入することができるものとする。

イ 受任者が破産手続開始の決定を受けたときは、委任者又は有償の委任における破産管財人は、委任の解除をすることができるものとする。

ウ 上記ア又はイの場合には、契約の解除によって生じた損害の賠償は、破産管財人が契約の解除をした場合における相手方に限り、請求することができるものとする。この場合において、相手方は、その損害賠償について、破産財団の配当に加入するものとする。

(注) 民法第653条第2号の規律を維持するという考え方がある。また、同号の規律を基本的に維持した上で、委任者が破産手続開始の決定を受けた場合に終了するのは、委任者の財産の管理及び処分を目的とする部分に限るという考え方がある。

[意見]

(1) 賛成する。

(2) 反対する。(注) について、賛成する。

[理由]

(1) について

- ① 委任は、委任者のために事務を処理することが目的で、本来受任者は事務の処理につき利害関係を持たず、委任者の意思に反する事務処理は委任の性質に反する。
- ② 委任者の損害賠償によって受任者の利益が保障されているのにもかかわらず、な

お、受任者のために委任事務を継続する理由はない。

③ 会社法第339条との整合性

④ 委任が受任者の利益をも目的とするものである場合には、委任者から損害の賠償を受けることによって、その不利益を填補されれば足りる。

(2)について

破産手続開始時点で破産管財人がすべての契約関係を把握していることが困難であることも考えると、委任者破産の場合、当然終了とすることが、妥当である。

6 準委任（民法第656条関係）

(1) 民法第656条の規律を維持した上で、次のように付け加えるものとする。

法律行為でない事務の委託であって、[受任者の選択に当たって、知識、経験、技能その他の当該受任者の属性が主要な考慮要素になっていると認められるもの以外のもの]については、前記1（自己執行義務）、民法第651条、第653条（委任者が破産手続開始の決定を受けた場合に関する部分を除く。）を準用しないものとする。

(2) 上記(1)の準委任の終了について、次の規定を設けるものとする。

ア 当事者が準委任の期間を定めなかったときは、各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる。この場合において、準委任契約は、解約の申入れの日から〔2週間〕を経過することによって終了する。

イ 当事者が準委任の期間を定めた場合であっても、やむを得ない事由があるときは、各当事者は、直ちに契約の解除をすることができる。この場合において、その事由が当事者の一方の過失によって生じたものであるときは、相手方に対して損害賠償の責任を負う。

ウ 無償の準委任においては、受任者は、いつでも契約の解除をすることができる。

（注）民法第656条の現状を維持するという考え方がある。

[意見]

(1) 反対する。（注）について、賛成する。

(2) 反対する。（注）について、賛成する。

[理由]

(1) 第656条を維持することで、サービス契約、役務提供型契約等も含めた準委任のうち、信頼関係に基礎をおくものについては、委任の規定が準用され、各当事者がいつでも解除をできることにしておくことは妥当である。

(2) サービス契約、役務提供型契約等は、準委任に含まれることになったが、これらの契約には、信頼関係に基づいた準委任に近似したものから、信頼関係を有しないものまで多種多様なものがあり得るが、現実には、信頼関係は強いものから弱いものまで様々であり、信頼関係に基づく契約か否かの区別は非常に困難である。信頼関係を有するか否かといった契約類型ごとに分類することは、今後も増加していくであろう

役務提供型契約の受け皿の役割を担い続けざるを得ない準委任契約に紛争類型別処理を持ちこむことになり、結局、類型の争いという、非常に厄介な論点を持ちこむことになる。

第 42 雇用

1 報酬に関する規律（労務の履行が途中で終了した場合の報酬請求権）

- (1) 労働者が労務を途中で履行することができなくなった場合には、労働者は、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができるものとする。
- (2) 労働者が労務を履行することができなくなった場合であっても、それが契約の趣旨に照らして使用者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、労働者は、反対給付を請求することができるものとする。この場合において、自己の債務を免れたことによつて利益を得たときは、これを使用者に償還しなければならないものとする。

(注) 上記(1)については、規定を設けないという考え方がある。

[意見]

いずれも賛成する。

[理由]

(1)について

一般的な理解の明文化であり、わかりやすい民法に資する。

(2)について

現行民法第536条第2項を実質的に維持するものであるし、文言としても現行民法の使用上の「責めに帰すべき事由」が維持されているので、解釈の変更や実務に混乱が生じるおそれはないと考えられる。

また、「反対給付を請求することができるものとする」とすることで、現行民法第536条第2項の「反対給付の権利を失わない」がノーワーク・ノーペイの原則のもとで労働者の賃金請求権を認める根拠となるのか否かという疑義も解消され、明確化に資する。

2 期間の定めのある雇用の解除（民法第626条関係）

民法第626条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 期間の定めのある雇用において、5年を超える期間を定めたときは、当事者の一方は、5年を経過した後、いつでも契約を解除することができるものとする。
- (2) 上記(1)により契約の解除をしようとするときは、2週間前にその予告をしなければならないものとする。

[意見]

いずれも賛成する。

[理由]

(1)について

民法第626条の規定は、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適用される可能性があるため、同条を存続させることには賛成する。

他方で、同条第1項のうち、終身の間継続する契約は認めるべきではないし、また、商工業の見習いを目的とする雇用に限り、期間を10年とする合理的な理由もないことから、本試案のとおり改めることに賛成する。

(2)について

民法第627条第1項の期間と整合するもので妥当である。

3 期間の定めのない雇用の解約の申入れ（民法第627条関係）

民法第627条第2項及び第3項を削除するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

- 1 実務上使用者側からの解雇の場合には、労基法第20条によって処理しており、その意味で使用者側からの解雇の場合には、民法第627条第2項、第3項は死文化している。
- 2 労基法第20条の場合には、解雇予告に代わる手当支払いという方法があるのに対して、第627条第2項、第3項はそのような方法を予定していない。
- 3 退職の場合には第627条第1項で処理されており、その意味で、労働者側からの退職についても第627条第2項、第3項は死文化している。

第43 寄託

1 寄託契約の成立等

(1) 寄託契約の成立（民法第657条関係）

民法第657条の規律を次のように改めるものとする。

- ア 寄託は、当事者の一方が相手方のためにある物を保管することとともに、保管した物を相手方に返還することを約し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずるものとする。
- イ 有償の寄託の寄託者は、受寄者が寄託物を受け取るまでは、契約の解除をすることができるものとする。この場合において、受寄者に損害が生じたときは、寄託者は、その損害を賠償しなければならないものとする。

ウ 無償の寄託の当事者は、受寄者が寄託物を受け取るまでは、契約の解除をすることができるものとする。ただし、書面による無償の寄託の受寄者は、受寄者が寄託物を受け取る前であっても、契約の解除をすることができないものとする。

エ 有償の寄託又は書面による無償の寄託の受寄者は、寄託物を受け取るべき時を経過したにもかかわらず、寄託者が寄託物を引き渡さない場合において、受寄者が相当の期間を定めて寄託物の引渡しを催告し、その期間内に引渡しがないときは、受寄者は、契約の解除をすることができるものとする。

(注) 上記エについては、規定を設けないという考え方がある。

[意見]

アないしエは、いずれも賛成する。

[理由]

アは、寄託を諾成契約にするものであり、実務に合致する。

イないしエは、寄託を諾成契約に改めることに伴い、契約成立後引渡前の法律関係を整理するものであるが、いずれも妥当である。なお、エの規定を設けないという考え方があるとの指摘が(注)でされているが、寄託者が引渡時期を経過しても引渡しをしない場合に、受寄者が契約の拘束から離脱する方法を認めるべきであり、エの規定は設けるべきである。

(2) 寄託者の破産手続開始の決定による解除

有償の寄託の受寄者が寄託物を受け取る前に寄託者が破産手続開始の決定を受けたときは、受寄者又は破産管財人は、契約の解除をすることができるものとする。この場合において、契約の解除によって生じた損害の賠償は、破産管財人が契約の解除をしたときにおける受寄者に限り、請求することができ、受寄者は、その損害賠償について、破産財団の配当に加入するものとする。

[意見]

賛成する。

なお、受寄者が破産した場合、寄託者は無条件で解除できる旨の規定を設けるべきである。

[理由]

寄託者破産の場合、受寄者が報酬を受けられないことも考慮し、受寄者に解除権を認めるのは妥当である。

なお、受寄者破産の場合の規定は設けられていないが、寄託者としては破産した受寄者に寄託することは不安であり、寄託者に無条件の解除権を認めるのが相当と考えられる。そのような規定がなければ、上記(1)イが適用され、寄託者は解除することはできるが、損害賠償義務を負担することになり妥当でない。

2 寄託者の自己執行義務（民法第658条関係）

(1) 民法第658条第1項の規律を次のように改めるものとする。

ア 受寄者は、寄託者の承諾を得なければ、寄託物を使用することができないものとする。

イ 受寄者は、寄託者の承諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ寄託物を第三者に保管させることができないものとする。

(2) 民法第658条第2項の規律を次のように改めるものとする。

再受寄者は、寄託者に対し、その権限の範囲内において、受寄者と同一の権利を有し、義務を負うものとする。

(注) 上記(1)イについては、「受寄者の承諾を得たとき、又は再受寄者を選任することが契約の趣旨に照らして相当であると認められるとき」でなければ、寄託物を第三者に保管させることができないものとするという考え方がある。

[意見]

(1) ア及びイにつき、賛成する。

(2) 反対する。

[理由]

(1) 再寄託の要件を定めるものであるが、妥当である。

(2) 適法に再寄託された場合の法律関係を定めるものであるが、再受寄者は履行補助者であり、寄託者と再受寄者との間に直接の法律関係を認める必要はないと考える。

3 受寄者の保管に関する注意義務（民法第659条関係）

民法第659条の規律に付け加えて、有償で寄託を受けた者は、善良な管理者の注意をもって、寄託物を保管する義務を負うものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

法律関係の明確化に資する。

4 寄託物についての第三者の権利主張（民法第660条関係）

民法第660条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 寄託物について権利を主張する第三者が受寄者に対して訴えを提起し、又は差押え、仮差押え若しくは仮処分をしたときは、受寄者は、遅滞なくその事実を寄託者に通知しなければならないものとする。ただし、寄託者が既にこれを知っているときは、この限りでないものとする。

(2) 受寄者は、寄託物について権利を主張する第三者に対して、寄託者が主張することの

できる権利を援用することができるものとする。

(3) 第三者が寄託物について権利を主張する場合であっても、受寄者は、寄託者の指図がない限り、寄託者に対し寄託物を返還しなければならないものとする。ただし、受寄者が上記(1)の通知をし、又はその通知を要しない場合において、その第三者が受寄者に対して寄託物の引渡しを強制することができるときは、その第三者に寄託物を引き渡すことによって、寄託物を寄託者に返還することができないことについての責任を負わないものとする。

(4) 受寄者は、上記(3)により寄託者に対して寄託物を返還しなければならない場合には、寄託物について権利を主張する第三者に対し、寄託物の引渡しを拒絶したことによる責任を負わないものとする。

(注) 上記(3)及び(4)については、規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方がある。

[意見]

(1)ないし(4)につき、いずれも賛成する。

[理由]

(3)(4)については、解釈に委ねるとの考えもあるとのことであるが、受寄者の行動規範が明確になることから、規定を設けるべきである。(3)を規定する以上、第三者と寄託者間の紛争に関して、受寄者が不測の損害を被らないようにするため(4)は必ず規定すべきである。

5 寄託者の損害賠償責任（民法第661条関係）

民法第661条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 寄託者は、寄託物の性質又は状態に起因して生じた損害を受寄者に賠償しなければならないものとする。

(2) 上記(1)にかかわらず、次のいずれかに該当する場合には、寄託者は、上記(1)の損害を賠償する責任を負わないものとする。

ア 受寄者が有償で寄託を受けた場合において、寄託者が過失なく上記(1)の性質又は状態を知らなかったとき。

イ 受寄者が上記(1)の性質又は状態を知っていたとき。

(注) 上記(2)アに代えて、寄託物の保管が専門的な知識又は技能を要するものである場合において、その専門的な知識又は技能を有する受寄者であればその寄託物の保管に伴ってその損害が生ずるおそれがあることを知り得たときとするという考え方がある。

[意見]

(1)(2)について、賛成する。

[理由]

寄託者が寄託物の性質を最も知りうる立場にあることから、原則として寄託者が責任を

負うとするのが相当である。また、有償寄託と受寄者が性質などを知っていた場合に、寄託者の責任を軽減することは公平であり、妥当である。なお、(注)による振り分けも考えられるが、むしろ有償・無償で振り分ける方が明確である。

6 報酬に関する規律（民法第665条関係）

受寄者の報酬に関して、民法第665条の規律を維持し、受任者の報酬に関する規律（前記第41, 4）を準用するものとする。

[意見]

反対する。

[理由]

委任の規定を準用するのではなく、寄託で報酬に関する規律を定めるべきと考える。

委任の規定を準用した場合、無償原則の見直し（前記第41, 4(1)）、履行割合による報酬請求（前記第41, 4(3)ア本文）を寄託に準用することは妥当である。しかし、前記第41, 4(3)イを準用すれば、寄託者の責めに帰すべき事由によって寄託が終了した場合に、残余の報酬請求権を認めることになると思われるが、寄託者の期間途中における返還請求の効果が損賠賠償とされること（後記8）との整合性に欠けることになると思われる。

7 寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の損害賠償請求権の短期期間制限

- (1) 返還された寄託物に損傷又は一部滅失があった場合の損害の賠償は、寄託者が寄託物の返還を受けた時から1年以内に請求しなければならないものとする。
- (2) 上記(1)の損害賠償請求権については、寄託者が寄託物の返還を受けた時から1年を経過するまでの間は、消滅時効は、完成しないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

賃貸借と同様の規定となるものであり、妥当である。

8 寄託者による返還請求（民法第662条関係）

民法第662条の規律に付け加えて、有償の寄託について、同条による返還の請求によって受寄者に損害が生じたときは、寄託者は、その損害を賠償しなければならないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

前記1(1)イ第2文と同様であり、妥当である。

9 寄託物の受取後における寄託者の破産手続開始の決定

- (1) 有償の寄託において、寄託者が破産手続開始の決定を受けた場合には、返還時期の定めがあるときであっても、受寄者は寄託物を返還することができ、破産管財人は寄託物の返還を請求することができるものとする。この場合において、受寄者は、既にした履行の割合に応じた報酬について、破産財団の配当に加入することができるものとする。
 - (2) 上記(1)により破産管財人が返還時期より前に返還請求をした場合には、受寄者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができるものとする。この場合において、受寄者は、その損害賠償について、破産財団の配当に加入するものとする。
- (注) これらのような規定を設けないという考え方がある。

[意見]

賛成する。

なお、受寄者が破産した場合には、寄託者は無条件で解除できる旨の規定を設けるべきである。

[理由]

上記1(2)と同じである。

10 混合寄託

- (1) 複数の寄託者からの種類及び品質が同一である寄託物（金銭を除く。）がある場合において、これらを混合して保管するためには、受寄者は、全ての寄託者の承諾を得なければならないものとする。
- (2) 上記(1)に基づき受寄者が複数の寄託者からの寄託物を混合して保管したときは、各寄託者は、その寄託した物の数量の割合に応じた物の返還を請求することができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

法律関係の明確化に資する。

11 消費寄託（民法第666条関係）

民法第666条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 受寄者が契約により寄託物を消費することができる場合には、受寄者は、寄託された物と種類、品質及び数量の同じ物をもって返還しなければならないものとする。
- (2) 上記(1)の契約については、消費貸借に関する民法第588条（前記第37、3）、第

590条（前記第37，5）及び第592条と，寄託に関する前記1，民法第662条（前記8），第663条及び前記9を準用するものとする。

（注）上記(2)のうち，寄託物の返還に関する民法第662条，第663条及び前記9を準用する部分については，現状を維持する（基本的に消費貸借の規定を準用する）という考え方がある。

[意見]

(1) 賛成する。

(2) 民法第662条（前記8）を準用することには反対する。

[理由]

民法第662条は，寄託は寄託者の利益のための制度であるとの認識を前提とした規定であるが，消費寄託は寄託者の利益とともに，受寄者の利益のための制度である場合がある（預金契約）。その場合に，返還時期の定めがあっても（例：定期預金），寄託者が何時でも返還請求ができるとの規律は現在の実務には合致しないと思われる。

第44 組合

1 組合契約の無効又は取消し

組合契約に関し，組合員の一部について意思表示又は法律行為に無効又は取消しの原因があっても，他の組合員の間における当該組合契約の効力は，妨げられないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

意思表示に無効又は取消しの原因がある組合員のみを脱退させ，他の組合員の意思を尊重するのが妥当である。

2 他の組合員が出資債務を履行しない場合

(1) 組合員は，他の組合員が出資債務の履行をしないことを理由として，自己の出資債務の履行を拒むことができないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

通説的な見解の明文化である。

(2) 組合員は、他の組合員が出資債務の履行をしない場合であっても、組合契約の解除をすることができないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

通説的な見解の明文化であり、明確化に資する。

3 組合の財産関係（民法第668条ほか関係）

(1) 組合の財産関係について、民法第668条、第674条、第676条及び第677条の規律を維持した上で、次のような規律を付け加えるものとする。

ア 組合員の債権者は、組合財産に属する財産に対し、その権利を行使することができないものとする。

イ 組合員は、組合財産に属する債権について、自己の持分に応じて分割して行使することができないものとする。

ウ 組合の債権者は、組合財産に属する財産に対し、その権利を行使することができるものとする。

(注) 上記(1)アについては、このような規定を設けるべきではない（解釈に委ねる）という考え方がある。

[意見]

ア～ウのいずれも賛成する。

[理由]

通説的な見解の明文化であり、明確化に資する。

(2) 民法第675条の規律を改め、組合の債権者は、各組合員に対しても、等しい割合でその権利を行使することができるものとする。ただし、組合の債権者がその債権の発生時に組合員の損失分担の割合を知っていたときは、その割合によってのみその権利を行使することができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

従来の規定における立証責任を整理したものである。

4 組合の業務執行（民法第670条関係）

民法第670条の規律を次のように改める。

- (1) 組合の業務は、組合員の過半数をもって決定し、各組合員がこれを執行するものとする。
- (2) 組合の業務執行は、組合契約の定めるところにより、一人又は数人の組合員又は第三者に委任することができるものとする。
- (3) 上記(2)の委任を受けた者（業務執行者）は、組合の業務を決定し、これを執行するものとする。業務執行者が二人以上ある場合には、組合の業務は、業務執行者の過半数をもって決定し、各業務執行者がこれを執行するものとする。
- (4) 業務執行者を置いている場合であっても、総組合員によって組合の業務を執行することは妨げられないものとする。
- (5) 上記(1)から(4)までにかかわらず、組合の常務は、各組合員又は各業務執行者が単独で決定し、これを執行することができるものとする。ただし、その完了前に他の組合員又は業務執行者が異議を述べたときは、この限りではないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

通説的な理解に基づくもので、業務執行権の所在の明確化に資する。

5 組合代理

- (1) 各組合員が他の組合員を代理して組合の業務を執行するには、組合員の過半数をもってした決定による代理権の授与を要するものとする。ただし、組合の常務に関しては、各組合員は、当然に他の組合員を代理してこれを行う権限を有するものとする。
- (2) 業務執行者を定めた場合には、組合員を代理する権限は、業務執行者のみが有するものとする。
- (3) 業務執行者が二人以上ある場合に、各業務執行者が組合員を代理して組合の業務を執行するには、業務執行者の過半数をもってした決定による代理権の授与を要するものとする。ただし、組合の常務に関しては、各業務執行者は、当然に組合員を代理してこれを行う権限を有するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

判例法理の明文化である。

6 組合員の加入

- (1) 組合の成立後であっても、組合員は、その全員の同意をもって、又は組合契約の定めるところにより、新たに組合員を加入させることができるものとする。

(2) 上記(1)により組合の成立後に加入した組合員は、その加入前に生じた組合債務については、これを履行する責任を負わないものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

通説的見解の明文化である。

7 組合員の脱退（民法第678条から第681条まで関係）

組合員の脱退について、民法第678条から第681条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

(1) 民法第678条に付け加えて、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ことを内容とする合意は、無効とするものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

判例・通説の明文化である。

(2) 脱退した組合員は、脱退前に生じた組合債務については、これを履行する責任を負うものとする。この場合において、脱退した組合員は、他の組合員に対し、この債務からの免責を得させること、又は相当な担保を供することを求めることができるものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

通説的見解に沿うものである。

8 組合の解散事由（民法第682条関係）

民法第682条の規律を改め、組合は、次に掲げる事由によって解散するものとする。

- (1) 組合の目的である事業の成功又はその成功の不能
- (2) 組合契約で定められた存続期間の満了
- (3) 組合契約で定められた解散事由の発生
- (4) 総組合員による解散の合意

[意見]

賛成する。ただし、組合員が一人になったことも解散事由として規定すべきである。

[理由]

(1)～(4)はいずれも通説的な見解の明文化であり，明確化に資する。
組合を契約とする以上，組合員が一人になった場合は当然解散するとすべきである。

9 組合の清算

組合の清算について，民法第685条から第688条までの規律を基本的に維持した上で，同法第686条に付け加えて，清算人は，清算事務の範囲内で各組合員を代理する権限を有するものとする。

[意見]

賛成する。

[理由]

判例の明文化で，学説上も争いはない。

第45 終身定期金

終身定期金契約に関する民法第689条から第694条までの規律を基本的に維持した上で，同法第691条第1項前段の規律を改め，終身定期金債務者が終身定期金の元本を受領した場合において，その終身定期金の給付を怠り，又はその他の義務を履行しないときは，終身定期金債権者は，債務不履行の一般原則に従い契約を解除して，元本の返還を請求することができるものとする。

(注) 終身定期金契約を典型契約から削除するという考え方がある。

[意見]

反対する。(注)については，賛成する。

[理由]

典型契約として規定されているにもかかわらずこれまでほとんど利用されず，また，今後利用される見込みも特にあるわけではない終身定期金契約に関する規定を維持する必要はなく，削除すべきである。

第46 和解

和解によって争いをやめることを約した場合において，当事者は，その争いの対象である権利の存否又は内容に関する事項のうち当事者間で争われていたものについて錯誤があったときであっても，民法第95条に基づく錯誤の主張をすることはできないものとする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。

[意見]

賛成する。

【中間試案で取り上げられなかった論点】

和解後に判明した人身損害等への和解の効力について

[意見]

和解後に判明した人身損害を含む深刻な損害については、和解の効力が及ばない旨の規定を設けるべきである。

<条文骨子案>

和解の効力は、当事者が和解時に具体的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損害が明らかになった場合には、この損害には及ばない。ただし、和解時に予見すべき損害についてはこの限りではない。

以上