

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」  
に対する意見

2013（平成25）年5月  
沖縄弁護士会司法法制委員会

## 【略語例】

試案	民法（債権関係）の改正に関する中間試案
補足説明	民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明
中間論点整理	民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理
基本方針	民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」
研究会案	民法改正研究会「日本民法典財産法改正 国民・学会有志案（仮案）」
時効研究会案	時効研究会による改正提案

## 【目次】

第1 法律行為総則	8
1 法律行為の意義（民法第1編第5章第1節関係）	8
2 公序良俗（民法第90条関係）	9
その他 任意規定と異なる慣習の効力（補足説明6頁）	11
第2 意思能力	11
第3 意思表示	11
1 心裡留保（民法第93条関係）	11
2 錯誤（民法第95条関係）	12
3 詐欺（民法第96条関係）	15
4 意思表示の効力発生時期等（民法第97条関係）	16
5 意思表示の受領能力（民法第98条の2関係）	17
第4 代理	17
1 代理行為の要件及び効果（民法第99条第1項関係）	17
2 代理行為の瑕疵（民法第101条関係）	18
3 代理人の行為能力（民法第102条関係）	18
4 代理人の権限（民法第103条関係）	19
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）	20
6 自己契約及び双方代理等（民法第108条関係）	20
7 代理権の濫用	21
8 代理権授与の表示による表見代理（民法第109条関係）	22
9 権限外の行為の表見代理（民法第110条関係）	23
10 代理権消滅後の表見代理（民法第112条関係）	24
11 無権代理人の責任（民法第117条関係）	24
12 授權（処分権授与）	25
第5 無効及び取消し	26
1 法律行為の一部無効	26
2 無効な法律行為の効果	27
3 追認の効果（民法第122条関係）	28
4 取り消すことができる行為の追認（民法第124条関係）	28
5 法定追認（民法第125条関係）	29
6 取消権の行使期間（民法第126条関係）	29
第6 条件及び期限	30
1 条件	30

2	期限	31
第7	消滅時効	31
1	職業別の短期消滅時効の廃止	34
2	債権の消滅時効における原則的な時効期間と起算点	35
3	定期金債権の消滅時効（民法第168条第1項関係）	35
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）	36
5	生命・身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効	36
6	時効期間の更新事由	36
7	時効の停止事由	39
8	時効の効果	42
第8	債権の目的	43
1	特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第400条関係）	43
2	種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項関係）	44
3	外国通貨債権（民法第403条関係）	44
4	法定利率（民法第404条関係）	44
5	選択債権（民法第406条ほか関係）	46
第9	履行請求権等	47
1	債権の請求力	47
2	契約による債権の履行請求権の限界事由	47
3	履行の強制（民法第414条関係）	48
第10	債務不履行による損害賠償	48
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。	48
2	履行遅滞の要件（民法第412条関係）	50
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）	50
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	52
5	代償請求権	52
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）	52
7	過失相殺の要件・効果（民法第418条関係）	54
8	損益相殺	55
第11	契約の解除	56
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）	56
2	複数契約の解除	60
3	契約の解除の効果（民法第545条関係）	60
第12	危険負担	62
1	危険負担に関する規定の削除（民法第534条ほか関係）	62
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）	62
第13	受領（受取）遅滞	63
第14	債権者代位権	63
1	責任財産の保全を目的とする債権者代位権	63
2	代位行使の範囲	65
3	代位行使の方法等	65
4	代位債権者の善管注意義務	66
5	債権者代位権の行使に必要な費用	66
6	代位行使の相手方の抗弁	66
7	債務者の処分権限	66
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	67
9	責任財産の保全を目的としない債権者代位権	67

第 15 詐害行為取消権	68
1 受益者に対する詐害行為取消権の要件	68
2 相当の対価を得てした行為の特則	70
3 特定の債権者を利する行為の特則	70
4 過大な代物弁済等の特則	72
5 転得者に対する詐害行為取消権の要件	72
6 詐害行為取消しの効果	73
7 詐害行為取消しの範囲	74
8 逸出財産の返還の方法等	74
9 詐害行為取消権の行使に必要な費用	76
10 受益者の債権の回復	76
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	76
第 16 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）	78
1 債務者が複数の場合	78
2 分割債務（民法第 4 2 7 条関係）	78
3 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等	79
4 連帯債務者間の求償関係	80
5 不可分債務	81
6 債権者が複数の場合	82
7 分割債権（民法第 4 2 7 条関係）	82
8 連帯債権	83
9 不可分債権	83
第 17 保証債務	83
1 保証債務の付従性（民法第 4 4 8 条関係）	83
2 主たる債務者の有する抗弁（民法第 4 5 7 条第 2 項関係）	84
3 保証人の求償権	84
4 連帯保証人に対する履行の請求の効力（民法第 4 5 8 条関係）	85
5 根保証	86
6 保証人保護の方策の拡充	87
第 18 債権譲渡	90
1 債権の譲渡性とその制限（民法第 4 6 6 条関係）	90
2 対抗要件制度（民法第 4 6 7 条関係）	94
3 債権譲渡と債務者の抗弁（民法第 4 6 8 条関係）	97
4 将来債権譲渡	98
第 19 有価証券	100
1 指図証券について	100
2 記名式所持人払証券について	100
3 1 及び 2 以外の記名証券について	100
4 無記名証券について	100
第 20 債務引受	101
1 併存的債務引受	101
2 免責的債務引受	102
3 免責的債務引受による引受けの効果	103
4 免責的債務引受による担保権等の移転	103
第 21 契約上の地位の移転	104
第 22 弁済	104
2 第三者の弁済（民法第 4 7 4 条関係）	104
3 弁済として引き渡した物の取戻し（民法第 4 7 6 条関係）	105
4 債務の履行の相手方（民法第 4 7 8 条, 第 4 8 0 条関係）	105

5	代物弁済（民法第482条関係）	106
6	弁済の方法（民法第483条から第487条まで関係）	107
7	弁済の充当（民法第488条から第491条まで関係）	107
8	弁済の提供（民法第492条関係）	109
9	弁済の目的物の供託（民法第494条から第498条まで関係）	109
10	弁済による代位	111
第23	相殺	114
1	相殺禁止の意思表示（民法第505条第2項関係）	114
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）	114
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）	114
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）	114
5	相殺の充当（民法第512条関係）	115
第24	更改	115
1	更改の要件及び効果（民法第513条関係）	115
2	債務者の交替による更改（民法第514条関係）	116
3	債権者の交替による更改（民法第515条・第516条関係）	116
4	更改の効力と旧債務の帰すう（民法第517条関係）	116
5	更改後の債務への担保の移転（民法第518条関係）	117
6	三面更改	117
第25	免除	118
第26	契約に関する基本原則等	118
1	契約内容の自由	118
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	119
3	付随義務及び保護義務	119
4	信義則等の適用に当たっての考慮要素	120
第27	契約交渉段階	122
1	契約締結の自由と契約交渉の不当破棄	122
2	契約締結過程における情報提供義務	124
第28	契約の成立	125
1	申込みと承諾	125
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）	126
3	承諾の期間の定めのない申込み（民法第524条関係）	126
4	対話者間における申込み	126
5	申込者及び承諾者の死亡等（民法第525条関係）	127
6	契約の成立時期（民法第526条第1項・第527条関係）	127
7	懸賞広告	128
第29	契約の解釈	129
第30	約款	130
1	約款の定義	130
2	約款の組入要件の内容	130
3	不意打ち条項	130
4	約款の変更	131
5	不当条項規制	131
第31	第三者のためにする契約	131
1	第三者のためにする契約の成立等（民法第537条関係）	132
2	要約者による解除権の行使（民法第538条関係）	132
第32	事情変更の法理	133
第33	不安の抗弁権	133
第34	継続的契約	134

1	期間の定めのある契約の終了	134
2	期間の定めのない契約の終了	135
3	解除の効力	135
1	売買の予約（民法第556条関係）	136
2	手付（民法第557条関係）	136
3	売主の義務	136
4	目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任	137
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	139
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	140
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	140
8	権利移転義務の不履行に関する売主の責任等	141
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）	141
10	買主の義務	143
11	代金の支払場所（民法第574条関係）	143
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）	143
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）	144
14	目的物の滅失又は損傷に関する危険の移転	144
15	買戻し（民法第579条ほか関係）	145
第36	贈与	145
1	贈与契約の意義（民法第549条関係）	145
2	贈与者の責任（民法第551条関係）	145
3	贈与契約の解除による返還義務の特則	146
4	贈与者の困窮による贈与契約の解除	147
5	受贈者に著しい非行があった場合の贈与契約の解除	147
第37	消費貸借	147
1	消費貸借の成立等（民法第587条関係）	147
2	消費貸借の予約（民法第589条関係）	149
3	準消費貸借（民法第588条関係）	149
4	利息	150
5	貸主の担保責任（民法第590条関係）	150
6	期限前弁済（民法第591条第2項、第136条第2項関係）	151
第38	賃貸借	151
1	賃貸借の成立（民法第601条関係）	151
2	短期賃貸借（民法第602条関係）	152
3	賃貸借の存続期間（民法第604条関係）	152
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）	152
5	合意による賃貸人たる地位の移転	153
6	不動産の賃借人による妨害排除等請求権	154
7	敷金	154
8	賃貸物の修繕等（民法第606条第1項関係）	155
9	減収による賃料の減額請求等（民法第609条・第610条関係）	155
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）	156
11	転貸の効果（民法第613条関係）	156
12	賃借物の全部滅失等による賃貸借の終了	158
13	賃貸借終了後の取去義務及び原状回復義務（民法第616条、第598条関係）	158
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）	159
15	賃貸借に類似する契約	159
第39	使用貸借	161
1	使用貸借の成立等（民法第593条関係）	161

2	使用貸借の終了（民法第597条関係）	161
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）	163
第40	請負	163
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	163
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	165
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）	166
第41	委任	167
1	受任者の自己執行義務	167
2	委任者の金銭の消費についての責任（民法第647条関係）	168
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）	168
4	報酬に関する規律	168
5	委任の終了に関する規定	170
6	準委任（民法第656条関係）	171
第42	雇用	171
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）	171
2	期間の定めのある雇用の解除（民法第626条関係）	172
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）	172
第43	寄託	173
1	寄託契約の成立等	173
2	寄託者の自己執行義務（民法第658条関係）	174
3	受寄者の保管に関する注意義務（民法第659条関係）	174
4	寄託物についての第三者の権利主張（民法第660条関係）	175
5	寄託者の損害賠償責任（民法第661条関係）	176
6	報酬に関する規律（民法第665条関係）	176
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	176
8	寄託者による返還請求（民法第662条関係）	176
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	177
10	混合寄託	177
11	消費寄託（民法第666条関係）	177
第44	組合	178
1	組合契約の無効又は取消し	178
2	他の組合員が出資債務を履行しない場合	178
3	組合の財産関係（民法第668条ほか関係）	178
4	組合の業務執行（民法第670条関係）	179
5	組合代理	179
6	組合員の加入	180
7	組合員の脱退（民法第678条から第681条まで関係）	180
8	組合の解散事由（民法第682条関係）	181
9	組合の清算	181
第45	終身定期金	181
第46	和解	182

## 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) 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】

(注) の考え方が相当である。

#### 【理由】

- 1 民法を「国民一般にとって分かりやすいものとする」ことは、改正の目的に掲げられているものであり、そのこと自体には異論はみられない。

しかし、何をもって「国民一般にとって分かりやすい」と考えるのかは、一義的に明らかではない。懇切丁寧に概念を噛み砕いて説明することが、国民にとっての分かりやすさをもたらす面は確かにあるであろう。しかし、他方で、民法典をいわば教科書化・法律学辞典化することになるが、それは膨大化をもたらし、膨大な条文を読むことで理解しようとするならば、民法学を習得するような心構えと労力を要することとなる。簡潔で一覧性が高いということもまた、分かりやすさの一つの要素である。学者らによる立法提案をみても、詳細に規定することをもって分かりやすいとする立場もあれば、詳細・長大化を一般国民にとって分かり難くするものと批判し、簡潔で一覧性の高いことをもって分かりやすいとする立場もある。単純に説明を増やせば良いものではないし、説明を省けば良いというものでもなく、兼ね合いの問題である。

諮問についての法務大臣発言も、「民法制定以来 110 年あまりの間には、膨大な数の判例法理が形成されておりますので、国民の日常生活にも密接にかかわる契約に関するルールを、国民に分かりやすいものとするため、判例法理等を踏まえた規定の明確化を進める必要もある」というもので、民法典を法律学用語辞典化することまでをも求めているものとは解されない。

抽象的に言うならば、基本的概念について争いのない内容を簡潔に説明できるのであればそれは分かりやすさに繋がるものと考えられる。また、日常の用語例から乖離した意味で使用されている文言があれば、それを日常用語例から違和感のない文言に置き換えることは分かりやすさに繋がることになるであろうし、より適切な文言に置き換えることが困難であったり、文言の置き換えでは不十分な場合には、その内容を簡潔・平易に説明する定義規定をおくことは分かりやすさに繋がることが多いであろう。

- 2 法律行為は、基本的な概念であり、その意義を簡潔に分かりやすく示すことができるのであれば、「法律行為の意義」という規定を設けることが、分かりやすい民法の実現に資することとなり、望ましいものと考えられる。
- 3 しかし、試案(1)には、「法律行為」の定義はなく、「意思表示」というと概念の定義もないものであり、この条文を置くことで、一般国民にとって分かりやすさが増すものとは思われない。なお、定義をしようとするならば、意思表示とはなにか、法律効果とはなにか、法律要件とはなにかということについて、講学的な抽象的説明を重ねることとならざるを得ず、簡潔な定義は困難であろう。
- 4 また、(2)についても、「契約」や「単独行為」の定義はないし、簡潔に定義をすることも困難である。法律行為という言葉から契約や遺言を想起することは困難ではないし、法律知識のない者がこの条文をみることで分かりやすくなるとは思われない。

他方で、法的素養のある者にとっては、民法の教科書や法律学辞典には必ず紹介されてい



る「合同行為」という概念がどうなるのかということに頭を悩ませることになるであろう。なお、学者らによる立法提案である研究会案は、法律行為の意義について、「この法律において、法律行為とは、契約、単独行為及び合同行為をいう。」と提案しているものである。契約と単独行為が含まれることを示しただけで、合同行為が含まれないとも含まれるとも言っていないという規定の作り方が、分かりやすい民法につながるものとも思われぬ。

5 以上のとおり、試案が国民一般の分かりやすさに繋がる規定とは考えられない。他方で、このような規定を設けないことによる弊害も考えられない。よって、(注)の考え方が相当である。

6 なお、学理的な問題として、典型契約の冒頭規定を、定義規定に置きかえるのであれば、冒頭規定にかわる効力発生の特則規定として本試案のような規定が必要か否かが問題となる。基本方針【1.5.01】(法律行為は、この法律その他の法令の規定に従い、意思表示に基づき、その効力を生ずる)は、典型契約の冒頭規定を定義規定とすることとあわせて提案をされているものである。

しかし、中間試案においては、典型契約の冒頭規定について「…によって、効力を生ずる」という体裁を改める提案はなされておらず、基本方針とは前提を異にするものであるから、学理的、要件事実的に、本試案のような規定を設けることの必然性は認められない。

## 2 公序良俗（民法第90条関係）

民法第90条の規律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。「事項を目的とする」は削除すべきである。

### 【理由】

公序良俗に反するか否かについては、法律行為の内容のみならず、その過程や諸事情を考慮し、総合的に評価すべきものであり、裁判実務においてもそのような判断手法が確立しているものである。

(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】

1 基本的に賛成である。

2 ただし、「著しく」は削除すべきであり、かりに維持する場合には、個別の要件ではなく、総合的に評価にかかる要件とすべきである。

たとえば、「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、過大な利益を得、又は相手方に過大な不利益を与えることを内容とする、著しく不公正な法律行為は、無効とするものとする。」といった規定が考えられる。

3 (注)の考え方には、反対である。最良の案ではないというのではなく、暴利行為に関

する規定のない状態と比較して積極的に有害であり、かかる内容であれば、暴利行為についての規定を置かない方がよい。

#### 【理由】

- 1 諮問は、民法典「制定以来の社会・経済の変化への対応」を図ることを見直しの理由にあげているが、民法典制定当時の近代社会から現代社会への変化への対応については、公序良俗違反の現代化こそが、最も重要な課題であると言っても過言ではない。

近代市民社会において実際に取引主体として登場したのはブルジョアジーであり、わが国を考えても、戦前において妻は行為無能力者であり、家産を有する家長が取引の主体となり、家長に服する家族は家の内部で生活物資を与えられていた。取引対象も、土地、立木、家畜等の特定物であり、情報や交渉力の構造的格差はなく、立場の互換性も存した、近代民法成立時点において、民法を平等対等な合理的経済人（抽象的な人）相互間の一般ルールとされたのは、そのような背景のもとでのことである。そして、人が自由に交渉し、自己決定に基づいて契約をし、契約の拘束力を受けることが基本原理とされた。

これに対して、現代社会では、大量生産、大量販売、大量消費、商品の複雑多様化、サービス契約等の契約類型の多様複雑化、高度情報化等が進み、近代社会と様変わりをしている。すべての人間が取引主体として市場に登場し、大量生産・大量販売・大量消費化等により立場の互換性も喪失して、構造的な情報力・交渉力の格差が生じている。

また、行動経済学などの知見を駆使した販売方法も高度化して、ネットワークビジネス、デート商法、SF商法など、生身の人間の限定合理性、情動性、状況への耐性の弱さにつけこんだ悪質な取引による被害もあとを絶たない。

近代社会における取引と合理的経済人を前提とした規律のみによっては、実質的な自己決定が侵害されている事態への対応は出来ず、また、市場秩序に反する取引について私人の権利行使による是正をはかることも困難である。

当事者の属性の多様化、取引の類型の複雑多様化、販売手法の高度多様化等に鑑みれば、意思能力は否定されないが思慮に欠け、詐欺、錯誤、強迫等の個別の要件には足りないが知識、経験、思慮に欠けることを不当な意図で利用し、過量販売で対価的均衡を欠くとはいえないが必要もない支出をさせられるなど、全体としてみるといかにも不当で救済されなければ契約正義に反するという価値判断が成り立つ事案について、契約締結過程と契約内容を総合的に判断して、その効力を否定する規定が必要である（。

そして、我が国においては、公序良俗が、主観面と客観面を総合的に判断して契約の正義に反する法律行為の効力を否定する法理（現代的暴利行為）として発展してきたものであり、これを明文化すべきである。

具体的には、基本方針【1.5.02】が、公序良俗の一般規定とあわせて、「当事者の困窮、従属もしくは抑圧状態、または思慮、経験もしくは知識の不足等を利用して、その者の権利を害し、または不当な利益を取得することを内容とする法律行為は、無効とする」としている提言を強く支持する。

- 2 公序良俗違反の評価は、意思決定過程の主観的要素と法律行為の内容に関する客観的要素を総合的に考慮して判断されるべきものであるから、「著しく」を「利益」、「不利益」という個別の要件について規定することは相当ではない。「著しく」を削除することが相当である。

かりに「著しく」を要件とするとしても、総合評価にかかるものとし、態様や結果を総合した結果が著しく不公正である場合に法律行為の効果を否定する規定とすべきである。たとえば、「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、過大な利益を得、又は相手方に過大な不利益を与えることを内容とする、著しく不公正な法律行為は、無効とするものとする。」といった規定が考えられる。

- 3 （注）の考え方には積極的に反対である。115年以上前に制定されたドイツ民法の条文の内

容が、大審院判例によって継受されたものを明文化するものである。115年以上前のドイツの条文の内容が現代日本社会に適するものではなく、近時の下級審実務や学説の理解とも異なるものである。かかる規定であれば、そのような規定を設けることは積極的に有害というべきであり、(注)の内容であれば、規定を設けない方がまだよい。

## その他 任意規定と異なる慣習の効力 (補足説明 6 頁)

### 【意見】

92条を維持することに賛成である。

### 【理由】

現行法を変えることの予測ができず、他方で、現行法の下でも事実認定により対応できるものである。

たしかに、積極的な意思がない限り慣習は効力を持ちえないのかということ疑問が生じないではない。しかし、意思を介在させずに慣習に効力を与えたときに、公序良俗による規制のみで不当な結果が生じることはないか、不安が残ることになる。積極的な意思を必要としても、意思を規範的に捉えることや事実認定上の推定により、妥当な解決を図ることに困難はないものと考えられる。慣習が不当であれば積極的意思の不存在を理由に慣習を適用せず、他方で、内容的に不合理ではない慣習があり、これに反対することを明示していなければ、慣習による意思(一種の擬制的意思)を認めることができるものである。

## 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。

### 【理由】

意思能力は、法律行為との関係で相対的に定まるものである。

## 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。

### 【意見】

賛成する。

**【理由】**

狭義の心裡留保とそれ以外の心裡留保を区別しない現行法を維持する内容である。

これに対し、これを区別して規律すべきとの見解も審議会において有力に主張された。たしかに、理論的にはかかる見解は説得的である。しかし、実際の事案において区別することは不可能ないし著しく困難と考えられ、実務的に混乱をもたらすものと考えられる。また、[知ることができた]の判断において、妥当な結論を導く解決も可能であると考えられるものである。

現行法を維持する試案の提案が相当である。

(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】**

賛成する。

**【理由】**

- 1 現行法は第三者保護要件がなく、民法94条2項類推により対応しているが、第三者保護規定は設けるべきである。
- 2 第三者保護要件の原則は、その信頼が保護に値するものであることが必要であることより、善意無過失であるというべきである。しかしながら、心裡留保は有効であるのが原則であって無効となるのは極めて例外的な場合であり、心裡留保をした者の帰責性の強さとのバランスを考えると、第三者保護要件の原則を修正し、善意であれば保護されるものとするべきである。

## 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 現行法にいう「要素の錯誤」の内容を具体化するとともに、錯誤の効果を取消しとするものである。
- 2 要素の錯誤に関し確立した判例法理をリステイトする点については、分かりやすい民法という点から望ましいものである。
- 3 錯誤の効果については、詐欺、強迫についての効果が取消しであることと比して、より表意者の帰責性が強いと考えられる錯誤の効果が無効であるというのは、均衡を失っており、取引の安全を害するものであり、取消しに改めるのが相当である。

(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 ①動機の錯誤について、②（新）二元的構成をとり、③「表示」を要件としないとする提案である。
- 2 意思表示の瑕疵に関して、実務的に主要な役割を果たしているのは民法 95 条の錯誤規定であり、かつ、実務的に問題となる錯誤の殆どが動機の錯誤であるから、動機の錯誤に関する規律を明確化する必要性は極めて高く、明文化に賛成である。
- 3 一元的構成も学説上は極めて有力であり、表意者の保護という点では優れているが、他方で、認識可能性ということで保護の範囲を画していくとすると、成立範囲が広くなりすぎ、表意者保護に傾きすぎることになりかねないという問題がある。判例・実務が、表示の錯誤と動機の錯誤を区別する二元的構成をとり、一定限度で動機の錯誤を法律行為の内容の錯誤として保護し、かかる判例・実務が確立していることよりすれば、二元的構成が妥当と考えられる。
- 4 動機が明示的に表示されることは実際には考え難く、黙示の表示という構成で保護をはかってきたというのが実態であり、実質は、法律行為の内容の錯誤として扱うべき場合に黙示の表示を認め、法律行為の内容の錯誤として扱うべきではない場合に表示がないとの判断をしているように思われるものであり、「表示」を要件としないことが相当である。  
なお、「表示」自体を要件としなくとも、法律行為の内容となっているか否かの認定において、「表示」が重要な判断要素となるものと考えられ、実務の現状を大きく変更することにはならないものと考えられる。

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。

(注) 上記(2)イ（不実表示）については、規定を設けないという考え方がある。

【意見】

いわゆる不実表示に関し、動機の錯誤の一態様として規定を設けること自体には賛成である。ただし、要件に関しては、表意者の信頼の正当性を要件とするなど、規範性、評価性の高い要件を付加して成立範囲を限定することの要否について、さらに検討すべきである。

【理由】

- 1 民法 95, 96 条の狭間に表意者の救済が困難な領域が存することは、かねてより指摘されている。すなわち、実際の訴訟において詐欺の故意（二段の故意）の立証は困難であり、他方で不実のことを告げられて動機の錯誤に陥った場合でも、動機が表示されて法律行為の内容となることで初めて民法 95 条の対象となり、さらに「要素」にあたるものでなければならぬため、錯誤無効の要件充足が難しい事案も存することが指摘されている。いわゆる不実表示について表意者の救済が必要である。
- 2 もっとも、相手方からの不実表示がなされて動機の錯誤に陥った場合に、錯誤無効を広く認める動機の錯誤のサブルールが判例上認められているとの指摘もあるが、実際の裁判の場において、どこまで救済されるのかという見通しが立つともいえず、また、解釈によって救

済のルールをつくっていくならば、条文から一義的に読み取れない精緻なルールが必要となり、分かり難い民法ということになる。明文化をすべきである。

- 3 民法典にいわゆる不実表示に関する規定を設ける場合には、消費者契約法のような情報非対称等の構造的格差がない関係にも適用されるため、その範囲を適正に限定する必要がある、試案の内容で十分であるのかについては慎重な検討が必要である。表意者の信頼の正当性といった規範性、評価性の高い要件を付加することが検討されるべきである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

表意者に重過失がある場合に、錯誤無効の主張が許されないのは、相手方の保護との利益衡量上、重過失ある表意者が保護に値しないからである。しかし、相手方にも重過失がある場合には、相手方に保護されるべき信頼がなく、表意者に重過失があっても錯誤無効の主張が制限されるべきではない。

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。

【理由】

当事者双方が共通の錯誤のうえに合意をしたのであるからその法律行為を維持する利益はない

(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】

- 1 取引安全のため第三者保護が必要な場面が存すること自体には異論がないものと考えられる。第三者保護規定をもたない現行法の下でも、96条3項や94条2項の類推適用による保護が考えられるが、要件も明確ではなく、立法をもって解決すべきである。
- 2 第三者が保護される根拠は、正当な信頼を保護するという表見法理にあり、第三者保護要件の原則は善意・無過失と考えられる。心理留保と同様に善意を要件とすべきとする意見もあるが、錯誤の場合には心理留保とは帰責性の程度が異なると考えられる。また、極めて例外的な場合である心裡留保とは異なり錯誤が問題となる事案は極めて広範であり「過失」という規範性・評価性の高い要件を設定することにより具体的事案に即した柔軟な判断が可能になるものと考えられる。

### 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法のとおりである。

(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。

（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る。

【意見】

（注）の考え方を基本とし、範囲を明確化するために検討を続けることが相当である。

【理由】

本人と密接な関係にある者については、本人の詐欺と価値的に同視できるものであるから、（現民法96条2項の）「第三者」には含まれず、本人と同視すべきであり、そのことを条文上も明確化すべきである。

ただし、「その行為について相手方が責任を負うべき者」の範囲が明確ではないため、さらに検討をすべきである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

意思表示の形成過程に瑕疵があるのだから、取消しを認めることが原則と考えられ、相手方が主観的に保護に値する場合にのみ、取消し主張が制限されるものである。

相手方が保護されるためには、その信頼が保護に足りるものであることが必要であり、無過失を要件とすることが相当である。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

外観に対して保護するに足りる信頼をして取引をした者を保護するのが表見法理であり、表見法理によって第三者が保護をされるためには、保護に値する信頼、すなわち無過失を必要

とするのが原則と考えられる。そして、詐欺については、心理留保等に比しても表意者の帰責性は弱く、表意者保護の必要性が高いのであるから、原則を修正して善意で足りるとすることに合理的根拠は認められない。

#### 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

- 1 「隔地者」を「相手方」に改めることは相当である。対話者間においては、表白・発信・到達・了知の間の時間的間隔が瞬時であるというだけで、構造自体は同じであり、区別をする理由はない。
- 2 到達主義を維持することは相当である。相手方のある意思表示の場合、意思表示の効力が認められれば、その効力は相手方にも及ぶのであるから、相手方が知りえない状態で効力発生を認めることは相当ではなく、現行民法の到達主義の原則を維持すべきである。

(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る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。

【意見】

「相手方又は相手方のために意思表示を受領する権限を有する者が社会観念上意思表示を了知することができる状態に置かれた場合には到達したものとみなす」とすることが相当である。

【理由】

到達の概念については、相手方が社会観念上了知すべき客観的状态が生じたときと一般的に理解されており、この限度で概念を明確化するのが相当である。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

判例法理を明文化するとの説明であり、賛成である。



もっとも、現行法下では「到達」の解釈であるのに対し、改正案では「正当な理由」の解釈の問題となるとすると、現行法の文言よりも到達をより広く認める解釈は導きやすいことになるようにも思われないでもないが、そのことも踏まえたいうで賛成である。

(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】

賛成する。

【理由】

意思能力の喪失に関して規律がないことは法の缺欠であり、明文をもって規律すべきである。

## 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。

ただし、意思無能力者に法定代理人が存しない場合についての時効停止（完成停止）の制度の必要がないかについては検討すべきである。

【理由】

意思無能力を欠く状態で意思表示を受領した場合には、意思無能力者の保護の必要性があり、また、この場合には効力の発生を認めると制限行為能力者との均衡も失することから、効力は生じないものとするべきである。

意思無能力の場合には、法定代理人が存するとも限らず、意思能力が速やかに回復しない場合には相手方の不利益・負担は大きなものともなりうるが、やむを得ない。

ただし、行為無能力者に法定代理人が存しない場合についての時効停止の制度（158条）との均衡については、検討すべきである。

## 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法を維持するものである。

(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】

賛成する。

【理由】

一般的な理解を明文化するものである。

## 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法の解釈としてこの内容は自然に導かれるものとは考えられるが、疑義の余地が生じないように表現を改めることに反対する理由もない。

(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】

賛成する。

【理由】

個別の指図がなくとも、任意代理については本人に代理人コントロールの可能性がある、本人が代理人に告げることが相当である場合には、代理人の主観についての主張を制限することが相当である。

## 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法を実質的に維持するものである。

(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】

債権法改正における論点とすることの是非について，慎重に検討すべきである。

【理由】

法定代理について，本人保護の要請は理解できるものであるし，本人保護のためにはなお不十分ではないかとも考えられないではない。

しかし，ノーマライゼーションという観点から，行為無能力を成年後見人の欠格事由としていないという立法判断がなされており，試案は，成年後見制度における立法判断を，債権法の改正で見直すことを意味するようにも思われる。

制限行為能力者が法定代理人となることについて，本人保護とノーマライゼーションの問題をどのように制度設計するのかの価値判断を，契約による債権を中心とする改正で行うというプロセスの是非については，慎重に検討をすべきである。

#### 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

一般的な理解を明文化するものである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

一般的な理解を明文化するものである。

(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】**

賛成する。

**【理由】**

103条が任意代理にも適用されることを明確にするものである。範囲が確定できない場合には、本人の利益のためにリスクを回避して限定することが相当であり、授与行為の解釈によって範囲を確定できない場合のデフォルトルールとしては、この範囲にとどめるということが適当と考える。

**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】**

債務不履行の一般原則によるべきである。

**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。

（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。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

試案は、現行法および現行法下の判例法理を実質的に維持するものであるが、現行法で特に不都合があるということはない。当然効果不帰属としても、自己契約及び双方代理は、客観的形式的に判断できるものであり、取引の安全への配慮を欠くものともならないものと考えられる。また、法定代理を考えると、本人が効果不帰属の意思表示をすることも期待しがたく、当然効果不帰属とすることの要請もある。現行法に実務的な支障もなく、現行法を維持するという考え方が多数により支持されているのであれば、現行法維持が穏当である。

(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 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

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

現行法を実質的に維持するものである。

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

【意見】

賛成する。

【理由】

判例・学説により認められており、利益が相反しない場合に禁止する必要はない。

(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 利益相反行為について規定を設けることには賛成である。

2 ただし、当然無権代理的無効とするにせよ、効果不帰属の意思表示によるにせよ、相手方及び第三者保護の規定を置き、その主観的要件は善意無重過失とすることが相当である。

【理由】

1 自己契約、双方代理が原則として禁止されるのは、利益が相反し、代理人の忠実義務が全うされない危険性があるからであるが、この趣旨よりすると、自己契約、双方代理に該当しなくとも、真に利益相反をする場合には代理を禁止すべきということとなる。そして、判例において108条の趣旨を援用して委任が無効となる場合があることは承認されており、学説もこれを支持しているものであるから、形式的には自己契約、双方代理に該当しない利益相反行為が無効(効果不帰属)となる場合が存すること自体は争いがないものといえる。そうすると、明文をもって規律すべきである。

2 自己契約、双方代理は客観的、一義的に取引相手は認識できるものであるが、利益相反一般を対象とすると、相手方及び第三者保護の必要性が生じることとなる。

## 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。

(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のではなく、当然に無効とするという考え方がある。

(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。

【意見】

1 代理権の濫用について規定を設けることについては賛成である。

2 無権代理的無効(当然効果不帰属)とするか、効果不帰属の意思表示により効果不帰属とするかについては、慎重に検討すべきである。

3 当然無効(効果不帰属)にせよ、意思表示による効果不帰属とするのかのいずれにせよ、相手方保護要件を明文化すること自体には賛成である。

4 相手方保護要件について、任意代理と法定代理では、区別して検討すべきである。

任意代理については、無重過失とすることに賛成である。しかし、法定代理については、無過失とすることも考えられるところであり、慎重な検討が必要である。

【理由】

- 1 代理権の濫用について本人が保護される場合がありうることは確立されているものであり、明文化することに賛成する。
- 2 代理人の権限濫用は、代理人の主観によって取引の効果（本人への効果帰属）を否定するものであり、取引安全への影響が大きいものである。そこで、当然に無効（効果不帰属）とするのではなく、効果不帰属の意思表示によるとする構成の提案も、理解できないではない。  
しかし、法定代理においては意思表示を要しないとすることが本人保護に資することや、代理人の忠実義務違反であるという点では利益相反等と同様の構造と捉えることができるものでありながら異なる規律とすることが整合的ではないとも考えられるなどの問題もある。また、意思表示による効果不帰属という新たな概念を取り入れるとすると、その意思表示の期間制限等を設けるべきではないかについての更なる検討が必要である。  
現行法下の解釈とは異なる、まったく新たな制度を創設するという提案であり、慎重な検討が必要である。
- 3 代理人の主観という外形的、客観的には分かり難い事情によって本人への効果帰属を否定することは、取引の安全へ大きな影響を与えるものであり、相手方の保護の必要性は高い。そして、任意代理については、本人が自由に選択し、また委任後も委任契約の解除等の一定のコントロールは可能であるから、背信的行為による不利益が本人に帰せられることはやむを得ない部分がある。ただし、心理留保のように本人が自ら行為をしているものではないから、相手方に重過失のある場合には、本人を保護してよい。  
これに対し、法定代理は本人が選任したものではなく、自由に解任できるものではないから、本人保護の要請は任意代理よりも高いものがあるといえる。そこで、過失のある相手方に対する関係で本人が保護されなくてよいのか、法定代理に関しては相手方の保護要件は無過失とすることが相当ではないかという点について、慎重に検討すべきである。

**(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。**

**【意見】**

- 1 第三者保護要件を明文化することは賛成である。
- 2 任意代理と法定代理では、区別して検討すべきである。
- 3 任意代理については、無重過失とすることに賛成である。しかし、法定代理については、無過失とすることも考えられるところであり、慎重な検討が必要である

**【理由】**

表見法理により保護されるための原則は善意無過失と考えられるものの、代理人の権限濫用については、代理人の忠実義務違反という内部的な問題であり、第三者からみれば代理人は本人側の人間であり、第三者保護の要件は緩和されてよく、任意代理については、善意無重過失とするのが相当である。

これに対し、法定代理は本人が選任したものではなく、自由に解任できるものではないから、本人保護の要請は任意代理よりも高いものがあるといえるから、過失のある第三者に対する関係で本人が保護されなくてよいのかという点について、慎重に検討すべきである。

**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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現民法の規律を維持し、効果を分かりやすく表現したものである。

(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】

反対する。

【理由】

109条と110条の重畳適用とされてきた場面であり、判例法理自体に異論はない。

しかし、例外的な場合であり、取引行為等をする場合の行為規範として必要なものでもない。

かかる例外的な場合についてまで、条文化することは、条文を膨大化して煩瑣にすぎ、分かりやすい民法の実現に資するものとも思われない。

## 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法の規律を実質的に維持するものである。

(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】

賛成する。

【理由】

判例法理を明文化するものである。

## 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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

112条は、過去に存在した代理権に対する信頼を保護するものであるから、善意の対象は、過去に代理権が存在していたことを知っており、かつ、この代理権の消滅を知らないことであり、このことを明確化するものである。

(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】

反対。例外的場面であり、条文化の必要はない。

### 【理由】

112条と110条の重畳適用とされてきた場面であり、判例法理自体に異論はない。

しかし、例外的な場合であり、取引行為等をする場合の行為規範として必要なものでもない。かかる例外的な場合についてまで、条文化することは、条文を膨大化して煩瑣にすぎ、分かりやすい民法の実現に資するものとも思われない。

## 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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

117条1項の「自己の代理権を証明することが出来ず」という表現よりも分かり易い表現である。

(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

【意見】

賛成する。

【理由】

相手方が知っていた場合について、責任を負わせる根拠はない。

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。

【意見】

反対する。

【理由】

無権代理人の責任が法定責任であり、相手方が保護に値する場合についてのみ保護されるものであるとしても、重過失のある無権代理人との関係において、軽過失にとどまる相手方が保護に値しないとは言えない。

重過失のある無権代理人と過失のある相手方との関係においては、無権代理人の責任を認めることが相当である。

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】

賛成する。

【理由】

現行法を維持するものである。

## 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】

反対。（注）の考え方が相当である。

【理由】

「授権」という概念が一義的に明確ではないし、商法上の問屋や取次との関係の整理が現時

点で完全になされているとも考えられない。

他方、処分授權に関し、現在、立法による規律の明確化について緊急、切実な要請があるものではない。たとえば、委託販売を考えると、部会資料 29 にあるとおり、「受託者と相手方との間で売買契約を成立させると同時に、委託者と受託者との間でも売買契約を成立させることによって、当該権利を委託者から受託者、受託者から相手方へ順次移転させる方法」で処理をされているものである。

概念や他の制度との関係での議論を深化させる必要があり、他方で、現時点において、明文化することの緊急、切実な実務的要請は認められないものであり、少なくとも現時点での条文化は相当ではない。

## 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】

反対する。

#### 【理由】

1 「法律行為の一部が無効」の概念が、試案自体から明確ではない。

試案は、基本方針【1.5.49】と酷似しているが、基本方針は、【1.5.47】において条項のうちの一部無効の規定を置いているため、基本方針にいう「法律行為の一部が無効」という文言が、法律行為に含まれる特定の条項の全部が無効である場合を示すことは一義的に明らかである。

これに対し、試案については、補足説明に「法律行為の一部が無効である場合には、本文で取り上げた問題のほか、法律行為に含まれるある条項の一部が無効である場合に…などの問題があり、これらについて十分な意見の一致をみることができなかつたことから、本文では取り上げていない」としている。

その補足説明よりすると、試案の「法律行為の一部無効」という概念は、法律行為の特定の条項の全部が無効となる場合を指し、法律行為に含まれる条項の一部に無効がある場合は、含まれないとするものとも思われえないではない。

かりにそのような趣旨であるとするならば、【1.5.47】を置く基本方針とは異なり、試案の文言のみから、その内容は一義的に明確に読み取ることはできない。

2 また、試案が、試案の「法律行為の一部無効」という概念は、法律行為の特定の条項の全部が無効となる場合を指し、法律行為に含まれる特定の条項の一部に無効がある場合は、含まれないとする趣旨であるとするならば、その区別を前提としていることとなる。

たしかに、理論的には、特定の条項の一部無効と法律行為の一部無効を区別することは可能であろうが、この両者を区別して規律することは、実務に大きな混乱を生じさせることとなり、現実の紛争の解決のために適したツールとはなりえないものと考えられる。すなわち、条項の一部と法律行為の一部とは、契約書の形式上、一つの条項とされているのか、複数の条項に書き分けられているのかということではなく、理論的に一つの条項か否かという区別であると考えられる。しかし、契約書の上で、複数の条項に書き分けられているものを理論的に何個の条項と判断するのか、あるいは一つの条項として書かれているものが理論的に一つの条項であるのか、複数の条項であるのかを判断することは、容易なことではない。そう

すると、条項の一部無効と法律行為の一部無効を区別して規律するならば、契約書作成段階で、条項の数を操作することとなり、条項の一部であるのか法律行為の一部（特定の条項の全部）であるのかという争点を生じさせることとなる。

そうすると、試案が、法律行為の特定の条項の一部の無効と法律行為の一部（特定の条項の全部）の無効の峻別を前提とするのであれば、この点からも、賛成し得ない。

3 かりに、試案にいう「法律行為の一部に無効」という概念が、法律行為の特定の条項の一部の無効と法律行為の一部（特定の条項の全部）の無効とを峻別しない、広義の概念で用いているとしても、反対である。

消費者契約や約款に関して適用除外をすることもなく、条項の一部が無効となる場合にも、残部が原則として有効となるならば、消費者契約や約款取引において、不当条項を誘発することとなる。

不当条項規制において、消費者契約や約款の条項の一部に無効がある場合の手当てもなく、残部は原則有効とする規定を置くことには、有害な副作用が生じることとなる。

## 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か多い額を限度とするものとする。

(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。

(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。

### 【意見】

法定債権を対象としていない改正において、不当利得法について本質的な改正を行うというプロセスが適切であるのかについては、疑問がある。

また、分かりやすい民法というスローガンよりしても、試案の体裁で規定をした場合に、不法原因給付との関係は分かりにくいものとなる。

慎重な検討が必要である。

### 【理由】

無効な法律行為に基づく給付がされている場合の給付利得の「巻き戻し」について、民法 703 条、704 条の適用を排除するものとして、具体的に規律する規定を新設すること、また、不当利得の章以外の箇所に給付利得の「巻き戻し」に関する規定を置くことについて、原理的に

否定されるという立場に立つものではない。しかしながら、不当利得法の全体を改正の議論の対象とすることなく、給付利得の「巻き戻し」についてのみ議論をして立法することが適切な立法のプロセスであるのかについては、慎重な検討が必要である。法定債権に及ぶ改正が今次の改正でおよそ許容されないというわけではないであろうが、不当利得法の根幹に関する態度決定を伴うものと考えられ、そのような議論を回避して立法することには疑問がある。

また、法律行為が無効となる場合には不法原因給付が問題となることが多いものと考えられるが、不法原因給付とは異なる箇所の規定をされることは、国民一般にとって、条文が分かりやすくなるものではない。

不当利得について、類型毎に要件・効果を規定していくという方向性自体に反対をするものではないが、不当利得法の本質的理解にもかかわり、不当利得法全体の改正の中で検討されるべきこととも考えられる。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

121条ただし書は、制限行為能力者についてのみ規定しているが、意思能力を欠く状態で法律行為をした者に関する規定を設けるべきである。

### 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】

理論上適用の余地のない無用の規定である。

### 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

1 追認とは取消権の放棄に他ならないのであるから知っていたことを要するとすべきことは論理的に当然であり、明文化すべきである。

2 124条1項を以上のとおり改正すれば、「了知」は取消可能性の認識に含まれるから、不要となり、削除が相当となる。

(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

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法を実質的維持に維持するものである。

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。

【理由】

一般的理解を明文化するものである。制限行為能力者が自ら追認することの可否について現民法は規定を欠いているためこれを明確にすべきであり、取消権の放棄ということよりすると同意を要するとすることが相当である。

## 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】

反対。（注）の考え方が相当である。

【理由】

法定追認は、黙示の追認がなされた蓋然性が極めて高い行為類型について追認の意思がなかったとの反証を許さないことにより、法律関係の早期安定をはかるものであるが、反面、表意者（取消権者）には不利益を与えるものであり、現民法の条文よりも法定追認事由を拡張することについては、慎重な検討が必要である。

受領・担保取得という消極的な行為で追認があったとみなされるとすると、たとえば、悪徳商法において、取消権を封じることを企図した相手方による押し付けの一部履行の場合にも反証が許されないことで不当な結果となる事態が生じる、少なくともそのような主張を誘発する可能性を否定できない。

「弁済の受領」「担保権の取得」については、法定追認の対象とせず、黙示の追認の有無について、経験則による事実認定に委ねることが相当である。

## 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】

反対。(注)の考え方が相当である。

【理由】

現行法の行使期間が不適切であるとの認識はなく、積極的に変更をする理由が認められない。制限行為能力者や詐欺、強迫により表意した者に利益への配慮は必要であり、法律上取消権の行使が可能であっても実際に行使をすることは容易ではない。

## 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】

反対する。

停止条件、解除条件という用語を改めるべきである。

【理由】

民法の法律学用語辞典化を目指す必要はない。辞典のような定義がなくとも不都合はなく、他方で、このような定義を設けることで国民一般に分かりやすくなるものではない。

「条件」や「期限」という用語自体は日常用語からかけ離れたものではないし、このような講学的な規定を設けて分かりやすくなるものではない。国民一般の分かりやすさに向けた改正内容とは思われないものである。

なお、民法127条は法的素養がないものには分かり難いものであるが、それは「停止条件」「解除条件」という用語が日常の用法からかけ離れた著しく不適切なものであることがその原因であると考えられ、これを別の文言に置き換えるべきである。たとえば、研究会案は、「効力発生要件」、「効力消滅要件」という文言を提案しているが、現行法の停止条件、解除条件と比較して、遥かにイメージを持ちやすいものである。

(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】

条件成就を妨げる行為は広範多様であり、非難に値しない行為も含まれ、限定が必要である。解釈によって限定が付されているが、明文化すべきである。

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】

判例法理を明文化するものである。

条件を成就させる行為は広範多様であり、非難に値しない行為（試験に受かったら贈与するという条件の成就など）も含まれるため、限定が必要である。解釈によって限定が付されているが、明記することが相当である。

## 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。

(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。

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】

反対する。

【理由】

民法の法律学用語辞典化を目指す必要はない。このような定義規定をおくことで、難解なものが分かりやすくなるか、日常用語と乖離していて誤解されがちな用語の誤解がなくなるなどの効果があるとは思われない。

試案の規定を設けることが、「分かりやすい民法の実現に資する」ものではない。

(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】

担保価値保存義務違反ではない場合（動産売買先取特権の対象となる動産を買主が費消した場合など）は、期限の利益喪失事由に該当しないことを明確化することが相当である。

## 第7 消滅時効

【消滅時効に関する意見の要旨】

第1 消滅時効期間について

- 1 原則的消滅時効期間は10年間という現行法を維持すべきである。

- 2 職業別の短期消滅時効の廃止については、3を前提に賛成する。
- 3 「事業者」、「消費者」という概念による短期消滅時効を設けるべきである。  
事業者間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債権についてはより短期の消滅時効期間とすることが相当である。
- 4 不法行為について除斥期間を消滅時効とすることに賛成である。  
長期の消滅時効期間を新設することについては慎重に議論を継続するべきである。

## 第2 時効障害について

- 1 試案については、試案を文言どおりに形式的に理解すると不合理な結果となる点や、試案の文言からは不明確な点があり、直ちには賛成できない。
- 2 「民法制定以来110年あまりの間には、膨大な数の判例法理が形成されておりますので、国民の日常生活にも密接にかかわる契約に関するルールを、国民に分かりやすいものとするため、判例法理等を踏まえた規定の明確化を進める必要もある」ということが改正の一つの大きな柱となっている。時効障害は、その効果は極めてドラスティックであり、実務的に重要な問題であり、判例ルールを条文に明記することが強く要請されるものであり、改正の必要性が高い分野である。

そして、「裁判上の催告」や「裁判上の請求に準ずる」という概念が判例法理で生み出され、実務上も極めて重要な役割を果たしている。明文にないルールを補わなければ理解できない状況は望ましいものではなく、少なくともこの点においては、明文化が必要である。

時効障害については、まず検討されるべきは、判例法理が条文上表現されているか否かという点である。

- 3 試案の内容は、現行法の構造を前提に判例法理をリステイトするといったものにとどまるものではなく、時効障害制度についての枠組を根本的に変更するものである。  
すなわち、現行法は、権利行使を中断事由とするとともに、権利確定等に至らなかった場合（催告の場合は6か月以内により強力な権利主張をしない場合）には遡及的に中断効が失効するとしており、権利行使を不確定中断効とする枠組みである。  
これに対し、試案は、権利行使を停止事由（確定的完成停止効）とするとともに、権利確定等を中断（更新）事由とするもので、現行法とは制度の枠組みそのものが異なるものであり、ドラスティックな改正である。

- 4 権利行使による中断と権利確定等に至らない場合の中断効の遡及的失効【不確定中断効】という現行法は、理屈として分かり難い面があることは否めないものである。現行法では中断事由とされている権利行使を停止（確定的完成停止）事由とし、権利確定等を中断事由として、時効障害を整理するという方向性は、理論的には優れているものとの評価が可能であるし、また、時効障害についての国際的動向にも沿うものである。

もっとも、時効障害は、実務的にも極めて重要な問題であり、その制度を根本的に変更することについては、理論的な優劣のみで決めることはできない。制度を根本的に変更する場合には、現行法下の判例法理や確立した解釈が妥当しなくなるのであるから、文言上明確に要件、効果等が読み取れなければ、制度の変更に伴う混乱をもたらすこととなる。

したがって、試案については、現行法の実務、結論の帰結に変更があるのか否か、あるとしたらその具体的内容、さらに変更の有無等が明確にされているか否かを慎重に検討する必要がある。また、制度の枠組みそのものを変更するのであるから、現行法下の判例や解釈もそのまま妥当しなくなり、かかる根本的改正をするのであれば、条文の一義的明確性が強く要求されることとなる。

権利主張の停止事由化と権利確定等の中断（更新）事由新設という制度変更のアイデアが優れているとしても、時効障害は実務的にも極めて重要な問題であり、そのアイデアに基づいて、実務に支障の無いような具体的に制度設計が示されなければ、直ちに賛成をすることはできないこととなる。



5 試案については、大きくいうと、2点の疑問点があり、ただちに賛成できない。

権利主張を不確定中断効とする構成を、停止（確定的完成停止）事由と中断（更新）に改めるばあいには、さしあたって、次の2点が、重要な問題となる。

第1に、権利行使による停止（完成停止）事由と権利行使の結果による中断（更新）事由を別に定めるとすると、①それぞれ現行法の範囲と違いがあるのか否か、②権利行使による停止事由とその結果の中断事由のそれぞれの範囲に違いがあるのかが問題となる。具体的には、「裁判上の請求に準ずるもの」および「裁判上の催告」という判例法理について、維持するのか否か、維持するとしたらどのように条文化するのかが問題となる。

第2に、権利主張により確定的に時効完成停止の効力が生ずるとすると、特に制約をする条文を設けない限り、時効の完成停止効が働いている場合に、再度、権利主張をすれば、時効は永遠に完成しないこととなるが、そのような結論が不合理であることに異論はないものと考えられ、どのような手当てをすべきが問題となる。具体的な帰結が現行法と同じか否か、その具体的な帰結を疑義なく導くことのできる表現となっているか否かが問題となる。

6 第1の点、すなわち、権利行使による停止（完成停止）事由と権利行使の結果による中断（更新）事由を別に定めることにより、現行法と変化があるのか否か、条文に示されないルールがあるのか否かについて、試案は、不合理若しくは不明瞭である。

すなわち、現行法のもとでは、「裁判上の請求に準ずるもの」という概念が判例法理として採用され、実務的に極めて重要な役割を果たしているが、試案にはこれに対応する停止事由、中断（更新）事由が明記されていない。現行法下の判例法理を変更するものであれば不合理であるし、現行法下の判例法理を変更しないのであれば不明瞭ということとなる。時効障害については、現行法の枠組みを根本的に変更するものであるから、従来の判例法理が先例性を持ちうるか否かも不明確になることよりすると、非常に大きな問題であると考えられるにもかかわらず、補足説明においてすら説明がない。

停止事由を見ると、7(1)アには、「裁判上の請求」とあり、「裁判上の請求に準ずるもの」という判例法理の概念は規定されていない。時効障害の制度を大幅に変更して立法するに際し、中断に関する判例法理として認められてきた「裁判上の請求に準ずるもの」という概念が明記されないのであれば、「裁判上の請求に準ずるもの」という停止事由は存しないものと理解するのが素直な捉え方と考えられる。しかし、権利行使に停止の根拠が求められることを明確化するのであれば、中断の確定的効力を権利の確定に求める現行法以上に、権利行使の意思が明確であれば、停止の効力は広く認めることが可能であると考えられるものであり、「裁判上の請求」に限定する試案の立場は奇異に思える。また、かりに「裁判上の請求に準ずるもの」という概念が解釈によって認められることを前提とする立法であるならば、条文の外に重要なルールがあることを前提に、停止事由として条文を新設することは理解できない。「裁判上の請求に準ずるもの」という概念が維持されるか否かについては、態度決定は白紙のまま、新たな停止事由の制度の解釈に委ねるのということであれば、制度の枠組みを根本的に変更するという立法としては、適切ではない。

他方、中断（更新）事由としては、「裁判上の請求」が中断（更新）事由から停止事由に改められたことに伴い、6(1)アが「確定判決によって権利が確定したこと」を中断（更新）事由として新設している。この中断（更新）事由について、「裁判上の請求に準ずるもの」に対応するものであるか否かは必ずしも明確ではないが、「確定」という文言からは、既判力の範囲によって中断（更新）の生じる範囲が画されると理解することが素直であると思われる。また、理論的にも、権利行使の効果ではなく、確定に中断（更新）の根拠を求めることとするならば、既判力と結び付けて理解することが整合的であるとも思われる。しかし、補足説明をみても、現行法下で「裁判上の請求に準ずるもの」が中断（更新）事由とされてきたこととの説明はまったくなく、このまま試案のとおり立法されるならば、

見通しが立たないこととなり、混乱が予想されるものである。

7 第2の点についても、以下の問題が認められる。

6(1)の第2文を文言どおりに読めば、次のような結論になるものと考えられる。

手続終了から6か月以内に訴訟提起をした場合、後の訴訟提起は、時効停止の効力を有しないことになるものと読めるものである。そうすると、手続終了から6か月以内に訴訟提起をしたとして、前の手続終了から6か月以内に、判決の確定や和解成立若しくは相手方が権利の承認をしなければ、訴訟係属中に時効が完成するものと考えられる。これは、現行法下での扱いを変更することになるが、時効中断が著しく困難となるものであり、前の手続による停止効を認めた意味は極めて乏しいこととなり、現行法を変更することの合理性は認められない。また、試案の文言にもかかわらず、現行法下での帰結を変更する意図がないとするならば、その意図を新しい枠組みの下で具体的に実現できていないものである。

7(1)の第2文についても、文言どおりに読むと、本来の時効完成時期の6か月前に複数の催告があったときは、最初の催告のみが意味を有することになるように読めるが、そのような内容であるとするとは不合理である。かりに、試案の文言にもかかわらず、試案の意図が現行法の帰結、すなわち、①本来の時効期間満了前の複数の催告は最後の催告のみが意味を有する、②本来の時効期間満了後の催告は意味をもたないということと同じことを実現することを意図しているのであれば、「その期間」という表現は著しく不適切である。

8 以上のとおり、権利行使を停止（確定的完成停止）事由とし、権利行使の結果の権利確定等を中断（更新）事由とする制度変更は、理論的に美しく国際的動向にも合致するものであるから、そのような制度変更には必ずしも反対しないが、具体的な試案の内容には直ちに賛成することはできないものである。

## 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】

2(注)の考え方（事業者、消費者という概念による短期消滅時効制度を設ける）を前提に、賛成する。

### 【理由】

1 170条乃至174条が前近代的な区別で合理性がないことにはほぼ異論がないものと考えられる。

2 しかし、原則的債権時効期間が極端に短縮されるのであればともかく（原則的期間の短縮には反対である。）、170条乃至174条に掲げられた債権が10年になることには問題があるということにもほぼ異論がないように思われる。

170条乃至174条を単純に廃止して10年という時効期間とすることの不都合がなにかというと、2点の問題があるものと考えられる。

一つは、事業者が少なくとも一方の当事者である類型でありながら（174条5号もレンタルビデオ等の事業が対象となる。）、商法上の「商人」に該当しない場合があるという問題である。もう一点は、消費者が取引主体となる場合には、消費者が弁済などの証拠書類を保存していない可能性も高く、短期の消滅時効を定める必要性があるということである。

この点、前者は商法上の商人概念等の改正によって対処し、後者については消費者契約法に規定を新設すべき問題とも考えられないではない。しかしながら、民法上の短期消滅時効の規定を削除すれば、直ちに顕在化する問題であるため、一回的な解決が必要であり、民法の短期消滅時効の削除のみを先行させることはできない。そうすると、民法と商法の関係、民法と消費者契約法の間をどうするかという大きな問題とは一旦切り離し、少

なくとも時効の関係についてのみは「事業者」、「消費者」という概念を民法典に取り入れて、短期消滅時効期間を定めるべきである。

そこで、2について（注）の考え方（「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）を採ることを前提に、170条から174条を削除することに賛成する。

## 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る。

### 【意見】

甲案、乙案には、いずれも反対であり、（注）の考え方が相当である。

### 【理由】

1（職業別の短期消滅時効の廃止）を参照。

第31回会議において、能見委員が、原則10年、商事時効を補充するものとして事業者間5年、事業者の消費者に対する債権を3年とする提案を発言し、松本委員、岡田委員、中井委員、岡委員らの発言もこれに理解を示していたものである。

2 なお、消費者契約に基づく事業者の消費者に対する債権の短期消滅時効という制度については、学者らによる立法提案としては時効研究会案（ただし、消費者契約法に規定を新設）があり、比較法としてはフランス法における消費者時効がある。

## 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】

168条1項前段は意味内容も不明確であり，改正が必要である。

(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】

無意味な規定である。

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】

724条後段について，消滅時効期間とすることが相当である。

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】

慎重な検討を要する。

【理由】

軽過失による場合や故意又は重過失であっても軽微な身体に対する被害についても長期化する必要があるのかについては慎重な議論が必要である。たとえば，学生時代の喧嘩による軽微な傷害などを考えると，この消滅時効期間を長期化する特則が必要とは必ずしも言えないのではないかと考えられる。

また，正義衡平に著しく反する事案については，現行法のもとでも個別的に解釈による柔軟な解決もなされている。

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。

【意見】

- 1 「中断」という文言を「更新」に置き換えることについては、慎重に検討すべきである。
- 2 「中断」を「更新」等に変更するにせよ維持するにせよ、文言の置き換えよりも、簡潔な定義規定を設けることを検討すべきである。

#### 【理由】

- 1 「中断」という語をあてることは比較法的に一般的なようであるが、たしかに、日本語の日常用語の用法から、その意味を直ちに理解することは難しいものと思われる。

「更新」は英語の訳と思われるが、「中断」と比較すると、多少は分かりやすいようにも思えないでもないが、難解な概念が突然平易になるという劇的な効果をもたらすものとは考えられない。相対的には「更新」の方が分かりやすとしても、他方で、あらたな制度をつくる訳ではなく、「中断」という語が我が国において115年余の間使用されていることを考えると、慎重に検討すべきものと考えられる。日本私法学会のシンポジウムにおけるアンケート結果でも、「更新」を支持する意見は僅かであったとされている（松久三四彦「時効制度の構造と解釈」604頁）。

なお、たとえば、研究会案は「時効の新たな進行」とする提案をしており、文言を置き換えるとしても、「中断」か「更新」かという択一で検討をしなければならないものではない。

- 2 国民一般に分かりやすい民法とするのであれば、「中断」を維持するにせよ、「更新」またはその他の文言に置き換えるにせよ、簡潔な定義規定を置くべきである。

文言の選択よりも、国民一般に分かりやすい民法ということからは、その方が遥かに有効であると考えられる。

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。

#### 【意見】

反対する。

- 1 時効障害について、中断（更新）と確定的停止という枠組みに制度変更するという方向性自体は検討に値するものであるが、試案については、直ちに賛成することはできない。
- 2 現行法では「裁判上の請求」が（不確定）中断事由としていたものを、停止効と中断効に切り分けるものであり、停止事由の提案と不可分であるが、権利行使を停止（完成停止）事由とする提案の具体的内容については、不明確ないし不合理と考えられる点があり、直ちに賛成できる内容とはなっていないものであり、これと不可分である以上、中断（更新）事由についても、ただちには賛成できないこととなる。
- 3 ア「確定判決により権利が確定したこと」については、文言からは、既判力と結び付けられたものと理解されるが、既判力が及ばなくとも中断（更新）をすべき場合がないかについて、慎重に検討すべきである。

かりに、既判力が及ぶ場合に限定をされないという趣旨であるならば、そのことが明確に示されていない試案は相当ではない。

#### 【理由】

- 1 時効障害に関しては、「裁判上の請求に準ずるもの」、「裁判上の催告」といった条文から読み取ることでできない実務上も極めて重要な概念が判例・解釈上認められており、法的知識のない者が条文をみて理解することが困難であることはもとより、実務家にとってもその規律の明確化は重要である。この点のみよりしても、時効障害について改正を検討する必要性

があることに格別の異論はないものと思われる。

2 また、たとえば、実質的には完成の猶予の機能しかない「催告」が中断事由とされ、強力な手段を取らなければ一旦生じた中断効が遡及的に失効するという仕組みは、理屈としては不自然で分かり難いものであり、時効障害を理論的に美しく、かつ実務的にも妥当な帰結となるように再整理をできるのであれば、それが望ましいものとは言えよう。

3 試案の内容は、判例をリステイトするといった改正ではなく、現行法の下では中断事由とされている権利行使を停止（完成停止）事由に変更するもので、時効障害制度を大幅に組み替える根本的な改正である。比喩的にいうならば、これまで絵が描かれていたキャンパスを一旦白く塗りつぶし、白地にあらたな絵を描くようなものである。時効障害に関する試案はそのような根本的改正であり、その実務的な影響については、極めて慎重な検討を要する。

そして、後述するとおり、権利行使を停止（完成停止）事由とし、完成停止効を確定的に発生させるとすることにより、その大きな枠組み自体は、理屈としては分かりやすいものとなっている。しかし、停止効を確定的に発生させるため、停止を繰り返せば理屈上は永遠に時効が完成しないという不都合が生じ、この対応を制度として組み込む必要性が生じる。この制度設計が合理的で、実務への支障を生じさせないのであれば、そのような制度変更を歓迎すべきこととなる。すなわち、時効の停止を繰り返すことによる不都合への対応が、いかに具体的、合理的に疑義が生じないように制度設計されているか否かが最も重要な関心事ということとなる。

そして、後述のとおり、停止に関する試案の内容には、直ちに賛成することはできない。

4 なお、かりに時効の停止についての制度設計が合理的になされるのであれば、司法手続による権利の確定等を中断（更新）事由とすることに反対するものではない。

その場合、アの「確定判決によって権利が確定したこと」という文言については、既判力との関係がどのように理解されるのかが文言自体からは判然としない。概要には「『請求』（民法147条第1号）に対応するもの」との説明があるが、これが、「請求」に対応するものに限定する趣旨であるのか、それとも現行法の解釈で言われる「請求に準ずるもの」を含めた概念であるのか、「請求に準ずるもの」は形式的には含まれないが解釈で認める余地を妨げるものではないという趣旨であるのか、判然としない。時効障害に関する判例法理として最も重要な「裁判上の請求に準ずるもの」との関係が明確にならなければ、分かりやすい民法とは対極の改正となる。

5 なお、ウについては、取り消されることなく終了したということは、債務者が不服申立をしないか又は不服申立てが認められなかったものであるから、ア、イ又はエと同等の価値評価をできるものと考えられ、中断（更新）事由とすることの根拠が存するものと考えられる。

## エ 相手方の権利を承認したこと。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

現行法を維持するものである。

(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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

現行法の制度に格別の問題が指摘されているとも考えられず、これを維持することが相当である。

- (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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行の規律を維持することを明確にするものである。

## 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

【意見】

反対する。

時効障害を確定的停止効と中断（更新）という枠組みに制度変更すること自体は検討に値するものであるが、試案について直ちには賛成できない。

【理由】

- 1 中断事由とされてきた権利行使を、停止（完成停止）事由に変更するという方向性を検討すること自体について、必ずしも反対するものではない。

しかし、①第2文の文言を形式的に見る限り不合理な結論となるように考えられること、②権利確定等に至らない場合についての停止効のみを定めていることの不自然性、③現行法下では「裁判上の請求に準ずるもの」という概念が重要な役割を果たしてきているが、「裁判上の請求」に限定することでよいか等について疑問があり、直ちに賛成できない。

- 2 第2文は、文言から形式的に理解すると、〔手続終了後6か月以内に訴訟提起等をして、後の手続に停止効がないため、前の手続終了後から6か月以内に判決の確定や和解等に至らなければ時効が完成する〕ものと理解される。かりにそのような内容であるとすると、時効の完成停止をする意味は殆どないこととなり、反対である。

もっとも、補足説明には、「手続の申立てと取下げを繰り返すことによって時効の完成が聖俗的に阻止されることを防ぐ方策を設ける必要がある」（85頁）とされており、上記のような内容を意図するものではないかのようにも見える。補足説明からすると、〔手続終了後から6か

月以内に訴訟を提起し、手続終了から6か月を経過した後に、中断（更新）事由（確定判決により権利が確定した場合等）が生じた場合には、中断（更新）事由が生じるまで完成停止効が及んでいる」ということを前提としているかのように思われなくてもないでもない。しかし、そのようなことは、試案の文言からは形式的に読み取ることができないし、少なくとも疑義が生じる文言であることは否定しえない。

権利行使による完成停止と権利確定による中断（更新）という枠組みをとるとしても、実務的に必要なことは、〔手続終了後から6か月以内に訴訟を提起し、手続終了から6か月を経過した後に、中断（更新）事由が生じた場合には、中断（更新）事由が生じるまで完成停止効が及んでいる〕ということと、〔手続終了後から6か月以内に訴訟を提起したが、中断（更新）事由が生じないで手続が終了した場合には、後行の訴訟提起には、完成停止効がない〕ということの2点を両立させることである。

- 3 「裁判上の催告」という概念で説明されてきたことについて、明文化によって解決すること自体は必要である。

その場合、アないしカに限定して良いのかは慎重な検討が必要である。

「裁判上の請求」ではないが抗弁等として権利主張がなされている場合について、現行法下では、①中断事由として「裁判上の請求に準ずるもの」という概念が認められ、また、②中断事由には該当しないが「裁判上の催告」としての効力を認めた事案もある。

「裁判上の請求」そのものではないが、抗弁等として裁判上の権利主張がなされた場合について、試案に規定がないことはもとより、補足説明においてすら、何の説明もない。

この点からも、試案は実務に大きな混乱をもたらすものと考えられ、ただちに賛成することはできない。

- 4 なお、試案は、中断（更新）事由を生じないで手続が終了したという例外的な場面のみを規定するが、このような規定の仕方には賛成できない。

(1)ないし(3)を裏から読めば、停止効が生じることを前提としていることは分かるが、アないしカについて停止効が生じるということを正面から規定しないことは奇妙である。

権利行使を停止事由とするのであれば、まず、アないしカの事由により、当該手続終了まで時効の完成が停止することを規定すべきである。

- (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。

#### 【意見】

訴えの提起を、権利主張による時効の停止事由とすることを前提とするならば反対しない。ただし、一部請求であることの明示を要件とすることが相当である。

#### 【理由】

権利主張による時効の停止（完成停止）であれば、停止効の根拠は、確定判決の効力、既判力の範囲の問題とは切り離されることとなるから、最判昭和34年2月20日は先例とならないこととなり、停止効の範囲を訴訟物で画する理論的必然性はないものと考えられる。

一部請求であることを明示するならば、その特定された残部についても権利主張をする意思が示されているということができ、時効の停止（完成停止）の効力を認めることも可能と考えられる。

- (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。



【意見】

執行、保全の申立てを停止事由に変更することを前提にすれば、賛成。

【理由】

通知を求めること自体は現行法を維持するものである。

- (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。

【意見】

反対する。

催告を、中断事由から、6か月間の完成停止事由に改めること自体は積極的に検討されて良い。

しかし、試案は、第2文の内容が不合理ないし不明瞭であり、直ちには賛成できない。

【理由】

「催告」について、中断事由とするとともに一定期間内により強力な手段にでなければ中断効は遡及的に失効するという現行法の下では、①時効期間満了6か月前の複数回の催告は最後の催告のみが意味を持つということと、②本来の時効期間経過後の催告は意味をもたない、ということの2点が素直に導くことができた。

ところが、この仕組み・理屈（中断の遡及的失効）が不明確で分かり難いとして、停止事由があれば確定的に停止効が生ずるものとしたものである。

そして、第1文のみを置くと、催告により確定的に時効が停止しているため、催告を繰り返せば、永遠に時効が完成しないということとなる。そこで、催告による停止期間中の新たな催告による時効の停止を否定する規律を設けることが必要となる。

これは、現行法とは全く異なり、現行法下での判例法理や解釈は当然には妥当しないこととなるものであるから、催告による停止効を否定する規定は、合理的かつ一義的に明確なものであることが強く要請されることとなる。

第2文の「その期間」とは、試案の文言をあくまで形式的に見ると、催告時から6か月を経過するまでの期間を指すものと読める。そうすると、本来の時効期間経前6か月以内の複数回の催告は、最初の催告のみが効力を有することとなり、現行法を変更することになるが、その帰結は不合理で適切ではない。

もっとも、補足説明には「第2文では、催告を繰り返しても時効の中断が継続するわけではないとする判例法理（上記大判大正8年6月30日）を明文化」（85頁）とあることよりすると、試案の文言にもかかわらず、①時効期間満了6か月前の複数回の催告は最後の催告のみが意味を持つということと、②本来の時効期間経過後の催告は意味をもたないことの2点が帰結されることを意図したものとも思われなくてもない。かりに、そうであるとすると、その内容は、文言を形式的に解釈した場合と齟齬することになり、適切ではない。

権利行使を中断事由ではなく停止（確定的な完成停止効）事由に改めるとともに、停止を繰り返すことで時効期間を延期し続けられないようにするという方向性自体には必ずしも反対するものでないが、現行法を根本的に制度変更するものであるから、合理的な内容を一義的に明確に表現することが強く求められるものであるが、試案の内容は不合理ないし不明瞭であり、反対する。

- (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。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

2週間という期間が短期にすぎることについては明らかであり、通常の停止事由と同じとすべきである。

(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。

(注) 上記(6)については、このような規定を設けないという考え方がある。

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〕

**【意見】**

書面によることを条件に、方向性には賛成する。

ただし、交渉力の劣位者が不利になることへの懸念を示す意見も強いものであり、慎重に議論をすべきである。

**【理由】**

時効制度は明瞭であることが要請されるが、双方当事者が明確化する手段を講じて停止に同意する場合には、完成の猶予を認めることに合理性があるものと考えられる。

他方、書面による合意ができない場合にまで対象とすると口頭による合意の有無を巡って紛争が生じることになるから、書面による明確な合意を求め、停止の有無をめぐる紛争が生じない制度設計とすることが必要である。書面によることなく、「協議が実際に行われていれば、その都度、この合意があったと認定することが可能」とすると、時効の完成の有無が著しく不明確となるため、そのような考え方には賛成できない。

構想力に劣る劣位者が優位者から長期間にわたって交渉を強いられる弊害への懸念も強く示されており、慎重に議論をすべきである。

## 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。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

(2) で後述するとおり、「消滅」という現行法を維持すべきである。そして、現行法のもとで、援用権者の範囲は、「法律上の正当な利害関係を有する者」と解されており、これを明確にすべきである。

なお、保証人、物上保証人を例示として挙げる立法案もあるが、援用権者の範囲を限定的に理解させる可能性もあり、例示をあげることは適当ではなく、試案は相当である。

- (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】

賛成する。

【理由】

(注) の考え方(履行拒絶構成)については反対である。

中間論点整理に対するパブコメの結果を見ると、履行拒絶構成に関する意見の中に、明確に履行拒絶構成を支持する意見はなく、「国際取引有志」が「履行拒絶権がよいとの意見があった」とし、「広大有志」が「債権の確定的消滅か履行拒絶かについて、さらに検討が必要である。わが民法は、債務者の援用を前提とする確定的消滅と位置づけている」とする以外は、明確に履行拒絶構成に反対している。

履行拒絶構成は、時効完成後も給付保持力を有することの理論的説明にできることをメリットとしてあげているが、学理的に美しいか否かはともかく、「消滅する」(167条)と規定する現行法のもとでも、給付保持力が失われないものと理解されており、学者以外の誰かが困っているものではない。

また、履行拒絶構成をとった場合には、主債務が消滅した場合にも附従性により抵当権は消滅しないこととなり、現行法下での理解を変更することとなるが、かかる結果は不当であるとするのが、中間論点整理に対するパブコメにおける圧倒的多数の意見である。

また、履行拒絶構成は保証人、物上保証人に時効援用権を認めないことと関連づけられて提唱されており、債権の消滅時効の効力を弱めるという目的が明確である。しかし、債権の消滅時効期間については意見が分かれているとはいえ、保証人、物上保証人の立場を弱めることで債権の消滅時効の効力を弱めるということについては、中間論点整理に対するパブコメにおいて、これに反対を明示する意見が極めて多数であったのに対し、賛成を明示する意見は皆無であった。

「消滅」を維持すべきである。

## 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】

現行法維持という(注)の考え方が相当である。

【理由】

400条を維持することが特定物ドグマを支持するとの理解には立たない。400条のもとでも、債権の発生原因に即して、義務の内容が決定されるものと理解されるものである。

試案は、400条を実質的に変更するものではないと理解されるが、試案のように変更することで、一般国民にとって特に分かりやすくなるものとも思われず、あえて改正する必要はない。

## 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】

現民法401条2項に明記されている以外に、当事者の合意によって特定が生じることに争いはないから、これを明記することが相当である。

## 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】

賛成する。

### 【理由】

当事者の合理的意思に合致するものと考えられる。

## 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、たとえば、次のとおりとするものとする。

(ア) 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つて定めるものとする。

（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。

## 【意見】

1 反対。現行法（固定・5%）を維持すべきである。

少なくとも、遅延損害金の利率については、試案の提案理由は妥当しえないものである。

2 このような改正提案をするのであれば、遅延損害金の約定利率に関する調査を行うべきである。

## 【理由】

法定利率が適用されるのは、①利率を定めずに利息を付す旨の合意をした場合、②金銭債権の不履行の場合における損害賠償の遅延損害金、③不法行為による損害賠償の遅延損害金や不当利得の悪意の利息、④損害賠償における中間利息控除（最判平成17年6月14日）であり、この4つの問題に影響を与えるものである。

①については、実務的に問題となることは殆どなく、①との関係で改正の必要が生じているとは考えにくい。また、たとえば、個人間の貸借について、年5%の金利が高いとの実態があるとはまったく考えられない。消費者金融と比しても高率ではない貸し借りは多く見られるし、また、個人に利息を支払って借入れをするような者が金融業者から借入をしようとする場合に、5%という低率で借入れをできることは殆どないものと考えられる。

②について、遅延損害金の約定をする場合、遅延損害金の利率は14.6%とされることも少なくないものであり、一般的な遅延損害金の約定は5%を上回っているものと考えられる。実際に法定利率が問題となるのは遅延損害金であると考えられるものであり、法定利率の改正を提案するのであれば、遅延損害金の約定について調査すべきである。

③について、履行が遅延すれば、事業者であれば事業のために資金調達が必要となるし、個人であっても生活費用の調達が必要となるが、その資金調達コストは5%を上回ることがむしろ一般的というべきであろう。また、預貯金の利率や国債の利回りと比較して、運用利益を算定すべきとは考えられない。100万円の資金を投下して事業を継続するとき、その年間の利益が預貯金の利率や国債の利回り程度ということになれば事業は存続しえないこととなる。余剰の財産であるならば、国債の利回り等を参考にすることもおかしくないかも知れないが、事業や生活のために必須であれば、5%でも履行の遅延による不利益は填補されないこととなるのであるから、平均的に考えたときに、5%が不当に高率であるとはいえない。また、賠償者側についても、この裏返しである。資金調達コストが5%を上回る場合には、5%の遅延損害金で済むということとなれば、資金調達コストという点からは不履行を選択した方が利益となり、5%が懲罰的であるという論理は立たないこととなるが、資金調達コストが5%を上回るとは少なくないものと考えられる。5%の法定利率とすることが、直ちに我が国の損害賠償制度が懲罰的損害賠償ではないと理解されていることと矛盾をするものとも考えられない。

④については、人身損害における逸失利益の算定等について、法定利率により中間利息の控除をするという現在の判例・実務を前提とすると、法定利率を引き下げると、損害賠償額が現在と比較すると著しく高額化する可能性が生じることとなるが、この点について、意見の一致があるとは考えられず、また速やかな合意形成が可能であるとも考えにくい。中間論点整理に対するパブコメの結果等をみても、法定利率の引き下げに賛成という点では一致していても、法定利率の引き下げを前提に、中間利息を法定利率で控除することを維持する（すなわち、賠償額は増額）という立場と、中間利息を法定利率で控除するという判例・実務を改め損害賠償額の高額化を避けるという立場に、二分されるように思われる。そうすると、前者の立場からは法定利率の引き下げが中間利息の控除に関する判例・実務の変更になるとしても法定利率引き下げに賛成するのかが疑問であるし、逆に、後者の立場からは中間利息の控除に関する判例・実務を変更しないとした場合にも法定利率引き下げに賛成するのかが疑問であり、慎重な検討が必要であると考えられる。また、法定利率の問題が顕在化するの

は、損害賠償の領域および不当利得の悪意の受益者の問題であり、契約上の利息請求権の問題ではないことよりすると、不法行為損害賠償の問題を正面から取り上げることなく、不法行為損害賠償等に極めて重大な影響を与える改正をすることの是非も問題となろう。

慎重なうえにも慎重な検討を要する問題であり、今次の改正で早急に改正することには賛成しない。

## (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。

### 【意見】

反対する。

### 【理由】

法定利率の見直し自体に反対である。

## (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。

### 【理由】

中間利息控除について、不法行為損害賠償の算定の在り方に関わるものであり、不法行為損害賠償の在り方について検討することなく立法をすべきではなく、解釈に委ねるべきである。なお、法定利率と切り離しながら、5%とすることの理論的根拠は一切示されていないものであり、御都合主義的な提案との批判を到底免れ得るものではない。

## 5 選択債権（民法第406条ほか関係）

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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

確立した考え方であり、当事者保護の観点から相当な内容を、明文化するものである。

(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】

賛成する。

【理由】

選択権者が不能となった給付を選択して解除をできるようにすることが相当である。

## 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】

反対はしない。

【理由】

この規定を置くことで，国民一般に分かりにくい内容が分かりやすくなるものとは考えられず，また，給付保持力について規定しないで履行請求権についてのみ規定することが必ずしも分かりやすいとは思われないが，積極的に反対をするまでの理由もない。

### 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

【意見】

履行請求権の限界を規定するとすれば，「履行が物理的に不可能な場合その他履行をすることができない場合，債権者は債務者に対して履行を請求することができない。」という程度の規定とすることが考えられる。

【理由】

履行不能（履行をできない）という概念は我が国において広く浸透して根付いているものである。「履行をできない」という文言を使うことが，直ちに債務転形論等の古典的な理論を意味することになるものでもない。ことさらに「履行できない」という文言を忌避する必要はない。

そうすると，現行法下で「履行不能」の内容として議論されてきたことにかんがみ，この枠組みを維持し履行不能（履行をできない）概念によって履行請求権の限界を画することが妥当であると考えられる。

履行が物理的に不可能となった場合が履行請求権の限界事由に該当すること及び履行請求権の限界事由は履行が物理的に不可能となった場合に限られないことの2点については，異論

はないものと思われる。また、「契約を破る自由」を承認するような、単なる経済的合理性をもって特定履行請求権の限界を画する立場についても、我が国ではこれを支持しない立場が大勢であると考えられ、物理的不能ではないが特定履行請求ができないと評価されるのは極めて例外的な場合に限定されるところにさほど大きな異論はないものと考えられる。

「履行が物理的に不可能な場合その他履行をすることができない場合」という程度の規定でよい。

### 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。

#### 【意見】

賛成する。

#### 【理由】

債権の実体法上の内容として、実体私法上の強制履行請求権の根拠規定は民法典に規定することは必要であるとする。また、個々の執行方法については、純然たる手続法の問題ではなく、実体私法上の強制履行請求権の内容に関わるものであるから、民法典から規定を削除することは相当ではない。ただし、民事執行法の改正の機動性を阻害しない程度の規定とすべきである。以上の要請を満たすものとして、試案の内容は相当と考えられる。

(2) 上記(1)は、損害賠償の請求を妨げないものとする。

#### 【意見】

賛成する。

#### 【理由】

現行法を維持するものである。

(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)を前提に、賛成する。

#### 【理由】

執行方法そのものは手続法の定めるところであるが、債権の実体的効力の根拠は実体法に必要である。実体法と手続法の架橋的な規定とする提案が相当であり、(1)の規定とすることが相当である。

## 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。

**【意見】**

債務の履行の立証責任を明確にすべきであり、第2文として、「債務の履行をしたことの立証責任は債務者が負担する。」と付加することが相当である。

**【理由】**

損害賠償は債務不履行の効果であり、実体法としてはそのことを明確化すべきであるから、この点では試案第1文は相当である。

もっとも、債務の履行がないことは請求原因ではなく、抗弁となるものと考えられるが、試案は、その主張立証責任の所在を示していないこととなる。そこで、債務の履行がなされたことの立証責任が債務者にあることを明示することが相当である。

ただし、立証責任の所在を示すために、損害賠償が債務不履行の効果であることを明確に示さないような規定の仕方とするべきではない。(第11・1に関する意見を参照されたい。)

(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。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

債務不履行があるだけでは損害賠償請求権は発生せず、帰責事由が加わることによって初めて損害賠償請求権が発生するとの考え方はとるべきではない。債務不履行があれば損害賠償が認められることが原則であり、免責事由がある場合に例外的に損害賠償責任を負わないものと理解すべきである。

司法研修所「増補民事訴訟における要件事実第一巻」は、民法415条を読み替え、「債務者の責めに帰し得ない事由」を要件事実としている。が、その理由として、「民法四一五条後段の文言自体は、履行不能に基づく損害賠償請求権の発生要件として、①当該債務の発生、②その履行が不能となったことの二つに加えて、③履行不能の原因が『債務者ノ責メニ帰スベキ事由』であることをも定めているように見える。しかし、民法四一九条二項後段からは、非金銭債権の不履行による損害賠償義務については、その不履行の原因が不可抗力によるものであることを免責の事由とし、この要件事実の立証責任を債務者に負担させようとする趣旨が読みとれる。一般に、債務者の責めに帰しえない事由は右法条にいう不可抗力に該当すると解されているから、この解釈に従うならば、③の要件事実と反対の事実が右損害賠償請求権の発生障害の要件事実となり、文言だけによるときは、両法条の間に立証責任の抵触を来すおそれがある。」(9頁)、「民法四一五条後段の制定の経過をみても、立法の趣旨は、前記③を履行不能に基づく損害賠償請求権の発生要件とするものではなく、むしろ③の反対事実すなわち履行不能が債務者の責めに帰し得ない事由によることを免責の要件とし、その要件事実の立証責任を債務者に負わせるものであったことがうかがわれる」(10頁)としている。現民法415条の原案は、原案409条「債務者カ其債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為サザルトキハ債権者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得但其不履行カ債務者ノ責ニ帰スヘカラザルトキハ此限ニ在ラス」というものであった。原案409条の趣旨説明(穂積)は、不可抗力等の場合を除外するというものであった。ところが、「履行ヲ為サザル」という言葉に履行不能が含ま

れていないように取れるということから、ただし書を、「債務者ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ為スコト能ハザルニ至リタルトキ亦同シ」と修正したが、この修正の目的は、ただ履行不能も含まれることを明らかにするというものであり、内容的に原案を修正する意図はなかったものである。この修正案の審議のなかで、起草者（富井）は、「債務の存在は債務者が証明しなければならないが、それが証明された以上は、履行しなければならないということが本則である。特別の免責事由がある場合、それは債務者の方から証明しなければならない。」旨の説明をしていたものである。

## 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】

一般的な考え方を明文化するものである。

## 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。

### 【意見】

填補賠償の要件を明確化することに賛成である。

### 【理由】

填補賠償がいかなる場合に認められるのかは当事者にとって重要な問題であるが、債務転形論の学説継受の影響により、かつての学説と判例とが齟齬をしていたこともあり、明確化することが望ましいものである。

(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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

履行不能（履行請求権の限界）が填補賠償の要件（の少なくとも一つ）となること自体は異論がない。

イ 債権者が、債務不履行による契約の解除をしたとき。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

争いのない内容である。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

法制審議会事務局自体がこの問題を債務転形論の可否という問題設定をしたこともあり（第3回会議，部会資料5-2），「債務転形論の可否」が論点として捉えられ（大阪弁護士会編「民法（債権法）改正の論点と実務（上）」24頁），中間論点整理に対するパブリック・コメントでは，債務転形論という立場からこれに反対する意見も見られた。

履行不能という一元的な事象のもとに，履行請求権の排除と填補賠償を，帰責性を媒介に一元的に構成する古典的な履行不能による債務転形論からは，解除をすることなく填補賠償を請求できないとするのが素直な帰結ではあるが，債務転形論の論者がすべてこのような結論をとっているものではない。戦後においては，不能概念の拡大（於保）や不能以外への転形事由の拡大（我妻）としてこの結論を導くなど，債務転形論自体は維持しながら解除をしなくとも填補賠償を認める見解が提唱されたものであり，古典的な債務転形論を貫徹する立場が今日において一般的とも考えられない。また，今日において，そもそも債務転形論自体が一般的な理解といえるのかについても疑問である。いかに履行障害という学理的問題を離れることができない領域とはいえ，古典的な債務転形論にとらわれ，債務転形論の是非という問題設定をすることは相当ではなく，よりプラグマティックに検討すべきである。そして，特定履行請求権については，これを尊重すべきとするのが我が国における一般的意識であると考えられ，契約の尊重，不履行者の契約利益への配慮ということより，債務不履行に対して，特定履行請求権の優位性を認めた制度とすべきである。したがって，債務不履行が生じた場合には，被不履行者（債権者）に特定履行請求権を認めるとともに，被不履行者が第一次的には特定履行請求によらなければならないとすることが相当である。そこで，債務不履行があれば，他の要件を必要とせず，ただちに填補賠償ができることは相当ではなく，填補賠償をするためには，債務を履行しないことに加えて，一定の要件が必要となるものというべきである。そして，相当期間を定めて催告をしても債務者が履行をしない場合には，債務者には追完の利益は保障されたにもかかわらずこれに応じないのであるから，債権者に填補賠償を認めることが相当である。

(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。

【意見】

履行期の前後を問わず履行拒絶を明記することには賛成である。

しかし，履行期前については慎重な判断が必要であるから，履行期前については，「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」をさらに具体的にした要件を設定することが検討されるべきである。

【理由】

履行期前であっても，履行不能の場合には填補賠償が可能と解されているが，債務者が終局的・確定的に拒絶する意思を表明し，履行期において履行されないことが確実・明確である場合には，履行不能と価値的に同じものと評価できる。（なお，債務転形論という特定の学理的立場との関係についても，不能概念や転形事由の拡大として説明することも不可能とまではいえないと考えられる。）。ただし，例外的な場面であり，要件については，より限定する

ことが検討されて良い。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

履行障害に対する債権者の複数の救済方法の併存を認めるのであれば、他方で債務者の立場への配慮が必要である。

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。

【理由】

判例法理を明文化するものである。

## 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】

代償請求権を明文化することには賛成するが、填補賠償に対する補充性を要件とすることには反対である。

【理由】

代償請求権が認められること自体は、判例・学説において認められているものであり、明文化すべきである。

要件について、最高裁判例は填補賠償に対する補充性を明示していないし、填補賠償ではなく代償請求を認めることによる不都合も存しないものである。

## 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416条関係）

民法第416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。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

- 1 損害賠償の範囲については、制限賠償制度を採用することが相当である。
- 2 損賠賠償の範囲については、現行法の枠組みを維持し、規範的な予見可能性で賠償の範囲を画することが相当である。

## ア 通常生ずべき損害

(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。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

「通常生ずべき損害」という要件は、いわば定型的に予見可能性のある損害ともいえ、アの要件を設けなくとも、イで救済されることとなるものと考えられないではない。そうすると、(注1)の考え方が理論的であるようにも思われる。

しかし、115年余にわたって実務に根付いてきた概念を、あえて放棄しなければならないという積極的な理由も見出だせない。

また、損害賠償の範囲については、規範的・政策的にその範囲を限定することが必要であり、裁判所の裁量が必要であると考えられるが、「通常生ずべき損害」という文言は、規範的に理解されており(最判平成21年1月19日等)、この文言を削除することが思わぬ影響をもたらす可能性も否定できない。

そこで、「通常生ずべき損害」という概念を維持することが穏当である。

## 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

**【意見】**

予見の主体及び予見可能性を規範的な評価性の高い要件とすることに賛成し、予見の時期についても(2)を前提に賛成する。

**【理由】**

- 1 予見の主体については、契約時に、リスクを計算し、対価や条件の決定がなされることを考えると、両当事者を主体とする見解にも相応の根拠が認められるが、債務者が予見し予見すべきであったのであれば、そのリスクを債務者に負わせることも不当ではなく、債務者とするのが相当である。
- 2 予見の時期についても、契約締結時において、リスクを計算して契約内容を設計するのであるから、契約締結時に予見可能性のある損害のみを対象とすることも考えられ、そのような制度は比較法的には一般的であるように思われる。しかし、契約をやぶる自由という価値観はわが国にはないものと考えられ、機会主義的行動を抑制する制度とすべきである。
- 3 ただし、契約締結時に契約内容が決定されていることからすると、契約締結時に予見し得なかったリスクを債務者に無条件に負わせることは、契約締結時のリスク分配と機会主義的な行動の抑制の調和という点からは、契約締結時のリスク分配を無視して、債務者に酷になりすぎ、損害の公平な分担に反する事案も生じうるものと考えられる。そこで、損害の不当な拡大とならない範囲(具体的には(2)の提案内容)で賠償の範囲に対取り込むことが相当で

ある。そこで(2)を前提に不履行時とすることに賛成する。

- 4 予見可能性については、この要件の解釈適用を通じて適切な解決を導くことを可能とするため、規範性、評価性の高い要件とし、裁判官の裁量を認めることが必要である。「契約の趣旨に照らして予見すべきであった」とする文言は、規範性、評価性の高い要件とする趣旨であると考えられる。

(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2) 上記(1)イについては、民法第416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

#### 【意見】

賛成する。

#### 【理由】

(1)において述べたとおりである。

契約締結時に契約内容が決定されていることからすると、契約締結時に予見し得なかったリスクを債務者に無条件に負わせることは、契約締結時のリスク分配と機会主義的な行動の抑制の調和という点からは、契約締結時のリスク分配を無視し、債務者に酷になりすぎ、損害の公平な分担に反する事案も生じうるものと考えられる。そこで、損害の不当な拡大とならない範囲で賠償の範囲に対取り込むことが相当である。

### 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】

- 1 「過失」という文言を用いないことについては、慎重な検討が必要である。
- 2 効果を任意的と改めることにつき賛成する。
- 3 免除を効果から外す点について賛成する。

#### 【理由】

- 1 「過失」という文言を用いないことについて、①現行法の下で「過失」という用語が用いられることによる実務上の問題が生じているとの認識はないこと、②損害賠償軽減義務として、たとえば、代替取引の義務をどのように理解するのかについて見解の一致があるものではなく、少なくとも短期的には文言の変更が混乱をもたらす可能性があると考えられること、③安全配慮義務違反や医療過誤等を典型として、不法行為との法条競合が生じる事案が多数あるものと考えられ、不法行為における過失相殺と切り離して検討することは困難であること等より、「過失」という用語を維持するという選択肢も否定されないものであり、慎重な検討が必要である。
- 2 過失相殺をすべきではない事案は存するものであり、民法722条2項と同様に、効果を任意的とすべきである。

3 責任を一切負わせない事案は、債務の履行や免責事由において、無責の判断がなされるものと考えられる。債務不履行が認定され、免責事由が認定されない事案で、責任をゼロにするのはおかしいことであり、免除を効果から外す（「責任」を削除する）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】

損益相殺の規定を設けること自体には賛成である。

### 【理由】

損益相殺自体は確立した考え方である。

## 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。

（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。

### 【意見】

反対。規定を設けないとする（注1）の考え方が相当である。

### 【理由】

①法定利率について現行法維持の立場からは定型的に平均的な損害を認めることが親和的であること、②弁護士費用敗訴者負担にも通じることになるが、かかるコンセンサスは存しないこと、③取立費用により消費者等の負担が著しく増大するおそれがあること、④法定利息超過損害請求が可能となれば訴訟の数の増大や審理期間の長期化等が生じること、⑤契約による対応も可能であること等より、利息超過損害を認めることには反対である。

(2) 民法第419条第3項を削除するものとする。

（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。

### 【意見】

419条3項は維持されるべきではなく、（注2）の考え方には反対である。

ただし、法定利率を超えない利息の限度では、慎重な検討が必要である。

### 【理由】

約定利率が高率であるような場合には、不可抗力の場合にもその責任を負わせることは、著しく正義に反する事態が生じることとなり、現行法を維持すべきではない。（注2）の考え方には反対である。

もっとも、金銭の場合には、支払いをしなければ、債務者は利息分の利得を得ることになり、法定利率を超えない利息については、不合理とは言えないとも考えられる。そこで、「法定利率を超えない損害賠償については、不可抗力をもって抗弁とすることができない」とすることも考えられないではない。

## 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。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

420条1項後段の趣旨は、公平よりも「一刀両断」の便利をとったものであるが、公序良俗の適用をも排除するような著しい不公平を認めることは相当でなく、裁判例においても公序良俗により一部ないし全部無効を認める事例が複数あり、学説においても支持されているものである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

不当に過大な賠償額の定めは公序良俗違反として無効となるものと考えられるが、公序良俗違反の典型的な類型として、明文化することが相当である。

## 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）

【債務不履行解除に関する総論的意見】

1 「債務不履行解除の制度趣旨（解除が正当以下される理由）については、催告解除と無催告解除とは、一元的に理解すべきである。

解除が正当化される場合を抽象的に表現するならば、「解除による被不履行者の契約の拘束力からの解放の利益と不履行者の追完の利益を奪うという不利益を衡量し、不履行者の意思に反して追完利益を奪っても、被不履行者を契約の拘束力から解放することが正当化される場合」ものであり、これは催告解除、無催告解除のいずれについても妥当すると理解すべきである。

2 契約をした以上はこれを尊重することが本則であることからすると解除は例外的場面であること、不履行者の追完利益を奪うことがやむを得ないと言えることが必要であることより、解除の要件設定に当たっては、不履行者の追完の機会への配慮をどのように要件化すべきかが問題となる。

この追完利益への配慮については、催告を手続として要求する方向性と、債務という要件に追完可能性を取込んでいく制度が考えられる。

追完利益の保障を、債務の要件に取り込むことにすると、債務という要件自体を、諸要素を総合的に取り込める規範性、評価性の高いものとする事となる。規範性、評価性を高度なものとして、総合的判断の幅を広げることが、きめ細やかな利益衡量を可能とするが、他方で、解除時における解除の有効性に対する予見可能性を低めることとなる。

現民法下において115年余にわたって催告解除が原則とされ、これを前提とする実務が根



付いているところ、無催告解除を原則とする制度へと変更することには極めて強い反対が示されている。この無催告解除を原則とすることへの反対は、被不履行者の側の視点から、解除の効果の予見可能性という安定性を重視するものと言える。この意味では、催告という手続は、不履行者の追完利益を保障するとともに、解除の効果の予見可能性という点で、被不履行者側の利益のために極めて重要であるといえることができる。

以上のとおり、催告は、追完の機会を保障することによって不履行者の追完利益を手続的に保障するとともに、催告をして応じなければ原則として解除できるという解除の予見性を被不履行者にもたらすものであり、実務法曹や企業法務担当者から、催告解除を原則とすべきとする強い意見が示されているが、契約実務や裁判実務に携わる実務家の意見を十分に尊重して制度設計をすべきものである。

催告解除を原則とする制度を維持することが相当である。

- 3 現民法 543 条は履行不能の場合には、催告を要件としていない。不能の場合には、催告をされてもおよそ追完の可能性はないのであるから、催告という手続は、不履行者の追完利益とは何らかかわらない無用のものである。また、現民法 542 条は、定期行為についても、無催告解除を認めている。定期行為の不履行は、履行不能とは異なり、追完は可能であるにもかかわらず、不履行者の追完利益は保障されていない。しかし、被不履行者からすれば、時期に遅れて履行されても、契約をした目的は達成できないものであり、契約の目的等に照らして、追完を認めることが不相当であるといえる場面である。

以上のとおり、催告を求めることが、無意味ないし不相当である場合にまで、催告を求めることは適切でない。また、履行不能、定期行為以外にも、催告を求めることが無意味ないし不相当である場合には、催告を要求することは適切ではない。そこで、現民法で明文化された無催告解除の類型及びこれに加えて履行拒絶を個別の類型として定めるとともに、無催告解除の概括的条項をおくことが相当である。

- 4 帰責事由を要件としないことが相当である。

解除の要件として、帰責事由を要求すべきか否かについては、かつての通説は、学理的に必然であるとしていた。ドイツ学説継受によって形成された伝統的通説の代表的な論者である我妻榮は、「一般的に法定解除権は、要するに、債務者の履行遅滞の効果の一つである。従って、履行遅滞を生ずる要件として、債権総論に述べた事由、すなわち、(a)履行の可能なこと、(b)履行期限を徒過したこと、(c)債務者の責に帰すべき事由によること、(d)履行しないことが違法であること、の四つの要件が必要である。」(我妻榮「債権各論上巻(民法講義V)」(1954)153頁)、「然らば『責ニ帰スベキ事由』とはいかなる意味か。債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由と解してよいと思う」(我妻榮『新訂債権総論(民法講義IV)』(1964)105頁)としている。これは、履行不能と帰責事由を中心的概念として旧ドイツ民法下で体系化された履行障害に関する考え方を背景とするものであるが、このような(旧)ドイツ法以外に普遍的なものといえるのかは疑問であり、また、今日のわが国の学説においても、古典的な債務転形論によって一貫した説明をする立場が一般的であるとも思われず、損害賠償という不利益を課すための要件として帰責事由を要求しながら、解除についてはこれを要求しないとするのが、原理的に許容さえないと考える必要はない。また、解除の制度趣旨について、解除が、第一次的には契約の拘束力から被不履行者を解放する制度であるという理解が一般的なものであることに今日異論がないものとされているが、この制度趣旨よりしても、帰責性を要求する必然性は存しない。原理的に帰責事由を要求することが必然ではない。

もっとも、解除は不履行者(債務者)に対する制裁ではないとはいえ、債務者から契約利益を奪うという不利益をもたらすものであり、債務者の契約利益との調整を欠いた制度設計をすることはできない。そこで、帰責事由という要件が、被不履行者と不履行者の利害調整のために有用であるならば、不履行者の利益保護のため、帰責事由を要件とすることも考え

られる。しかしながら、解除の可否について帰責事由の存否が決め手となった事例は無いとされており（奥田昌道・池田真朗編「法学講義 民法5 契約」84頁〔渡辺達徳〕（2008））、帰責事由という要件が、解除の利害調整の要件として機能していないのであるから、被不履行者と不履行者の利害調整の要件としても適切なものではない。

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。

(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。

#### 【意見】

- 1 催告を原則的要件とすることに賛成である。
- 2 「債務」について「要素たる債務」とすることが相当である。ただし書を設けるか否かについては、慎重な検討が必要である。
- 3 帰責事由を要件としないことについて賛成である。
- 4 債務不履行の効果として解除が認められる表現を維持することには賛成であるが、債務の履行に関する立証責任が債務者にあることを示すべきである。第1文の次に、「債務の履行をしたことの立証責任は債務者が負担する。」と付加することが相当である。

#### 【理由】

- 1 「債務」は、「要素たる債務」とすべきである。付随的義務の不履行にも関わらず解除を認めるのであればそれが「要素たる債務」であることの主張立証責任は解除をする側で負うべきである。この点、第4回会議における関係官の説明では、付随的義務であることは抗弁として一般的に位置づけられているとするが、疑問である。付随的義務は原則として要素たる債務に該当しないのであるから、付随義務の違反のみを解除原因として主張しても主張自体失当というべきである。付随的義務については、その違反に加えて、その不履行によって契約目的の達成に重要な影響を与えることを主張して、はじめて「要素たる債務」の不履行となり、解除の主張が整うものというべきである（岡口基一「要件事実マニュアル第2巻（第3版）民法2」34頁参照。）。

なお、中心的な債務（給付義務）については、当然に「要素たる債務」に該当するものと考えられるが、一部不能で契約の目的達成に重大な影響を与えない場合もあるものと考えられる。しかし、そのような例外的事案についてまで、明文を置くと、解除の効果を巡る紛争が頻発することとなり、かかる例外的自体に対しては権利濫用等で対応すれば足りるものとも考えられ、慎重な検討が必要である。

- 2 帰責事由は、論理的に要求されるものではなく、現実に不履行者（債務者）と被不履行者（債権者）の利害調整の機能を果たしていない。「債務不履行」要件の限定と催告を原則的要件とすることにより不履行者（債務者）の利益は保障されている。詳細は、前述のとおり。
- 3 「履行しない場合」、「履行がないときは」との表現は、実体法上の問題として、債務不履行の効果として解除が認められることを示すものであり、賛成である。ただし、立証責任は、債務者側に債務の履行をしたことの立証責任を負わせるべきであるが、試案からは読み取れないため、債務の履行に関する立証責任は債務者が負担することを明記することが検討されてよい。

ただし、民法の規定は、実体法上は、債務不履行の効果を示すものとして規定すべきであ

る。この点、たとえば、「契約当事者の一方は、相手方の債務を催告し、相当期間経過したときは、当該契約を解除することができる。ただし、相当期間経過前に相手方が債務の履行を提供したとき…は、この限りではない」（難波孝一「債務不履行と解除の関係について - 主として要件事実的視点からの検討」伊藤滋夫編『債権法改正と要件事実』117頁）といった規定の仕方は、債務不履行の効果であるということを示していないものであり、適当ではない。そこで、第1文の次に、「債務の履行をしたことの立証責任は債務者が負担する。」と付加することが相当である。

(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。

【意見】

催告を原則的に要求しつつ、例外的に催告を不要とすることに賛成である。

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。

【意見】

賛成

【理由】

定期行為の不履行は、履行不能とは異なり、追完は可能であるにもかかわらず、不履行者の追完利益は保障されていない。しかし、被不履行者からすれば、時期に遅れて履行されても、契約をした目的は達成できないものであり、契約の目的等に照らして、追完を認めることは不相当である。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

不能の場合には、催告をされてもおおよそ追完の可能性はないのであるから、催告という手続は、不履行者の追完利益とは何らかかわらない無意味のものである。

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。

【意見】

無催告解除の一般的根拠規定を設けること自体には賛成である。

【理由】

履行不能、定期行為及び履行拒絶以外にも、催告を求めることが無意味ないし不相当である場合には、催告を要求することは適切ではなく、無催告解除の概括的条項をおくことが相当である。

(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。

【意見】

履行期前の履行拒絶を解除事由とすること自体には賛成である。

【理由】

履行期前に履行拒絶がなされ、履行期に履行がないことが確実であれば、契約をした目的が達成できないことが明らかであるから、債権者には代替取引の必要性があり、契約の拘束力を解消する必要がある。他方、債務者の積極的な意思によって履行をしないのであれば履行機会を債務者側で必要としないものであるから、債権者を契約の拘束力から解放することが正当化されるものであり、これを解除原因とすべきである。

## 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】

複数契約の解除に関する規定を設けることには賛成である。

【理由】

最判平成8年11月12日の結論、複数契約の解除が認められるべき事案は存すること自体には大きな異論はないものと考えられ、複数契約の解除に関する適切な規律を設けることが可能であれば望ましいものである。

もっとも、現在、抗弁の接続について特定の類型について特別法で要件を設定していることとの関係をどうするのか、多様な類型について一般的規律としてどのように要件化すべきかということについては、慎重な検討が必要である。

## 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。

【意見】

反対しない。

【理由】

規定がないことで誤解が生じているとは思われず、この規定を設けることで国民一般に対する分かりやすくなるという効果があるとも思われないが、積極的に反対するほどの理由もない。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法を維持するものである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法を維持するものである。

(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。

(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り。

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

無効の効果と同様に、不当利得法について正面から議論することなく規定することの是非については慎重に検討すべきである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法を維持するものである。

#### 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。

(注) 上記(1)については、規定を設けないという考え方があり。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

填補賠償ができない場合に、解除権が喪失すると、解除権者は自らの債務のみを履行しなければならないこととなり、妥当ではない。

**(2) 民法第548条を削除するものとする。**

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

契約の目的物の引渡しを受けた者がこれに加工等を加えることは一般的なことであり、加工等をすれば直ちに解除権が消失することには合理性を肯認できない。

**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】**

1 536条2項は維持し、第536条第1項を削除することに賛成である。

2 534条、535条について、削除に賛成である。

**【理由】**

1 債権者側に契約関係の解消と契約を存続させたまま代償請求を認めたりするなどの選択肢が与えられること、解除に帰責事由を不要とする立場からは論理的に一貫すること、解除に意思表示を要することについて負担との意見もあるがそれは意思表示を要する制度一般について言えることであること等より、解除一元化が相当である。

ただし、継続的契約に関しては、解除による解決が馴染まない場合もあるため、これへの対応として536条2項は由比持する必要がある。

2 現民法534条については、契約成立と同時に債権者が目的物の滅失・損傷の危険を負担することについて、合理性は認められない。534条およびこれを受けた535条1、2項は削除することが相当である。

3 535条3項については、債務不履行の一般原則を適用すれば足りるものであり、削除が相当である。

**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。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

債権者に帰責事由がある場合に、解除により反対給付を請求できないとするのは相当では

なく、この価値観自体に異論はないものと考えられる。

(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 賛成する。
- 2 なお、契約各則において、雇用、委任、請負の節に、536条2項と同一の規定は置くべきではない。

【理由】

- 1 536条2項を実質的に維持するものである。536条2項は、主に労働事件（不当解雇による未払賃金請求等）において、重要な役割を果たしており、536条2項を維持すべきことは当然である。
- 2 「反対の給付の請求をすることができるものとする」との文言に改めることは、現行法下での確立した実務（不当解雇による不就業期間の未払賃金請求等が典型である。）をより適切に表したものであり、相当な内容である。

### 第13 受領（受取）遅滞

民法第413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、又は受領す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400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】

- 1 受領ないし受取遅滞の効果について明文化することに賛成する。
- 2 アにつき賛成する。
- 3 イについて、400条維持の立場から、(注)の考え方に賛成する。

【理由】

- 1 現民法413条は「遅滞の責任を負う」とのみ規定し、具体的な効果を条文から読み取ることができないものであり、概ね争いのない内容については明文化することが相当である。
- 2 増加した費用の負担が、受領ないし受取（take delivery）遅滞の効果として認められることは解釈として確立したものである。
- 3 400条については、現行法維持の立場である。

### 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。

(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】**

賛成する。

いわゆる本来型の債権者代位権について存続するという内容であるが、存続自体には反対しない。ただし、現行制度については、根本的かつ正当な批判がなされており、現行法を実質的にそのまま維持するような改正はなされるべきではない。債権者代位権制度について、第三債務者の保護や債務者の手続的保障、強制執行・民事保全制度との矛盾の回避などに配慮し、執行準備のための補完的な制度として合理的に制度設計することが前提である。

**【理由】**

債権回収のための制度としては、民事執行・保全制度が整備されており、債権者代位権という制度自体の存在意義について、古くから疑義が示されている。

たしかに、債務名義取得、執行という手続によらずに簡易な第三債務者からの直接的金銭回収の制度として機能させるのであれば、第三債務者の保護、債務者の手続的保障に欠け、民事執行・民事保全という制度と矛盾することとなり、現民法下における債権者代位制度自体には問題があるものといわざるを得ない。

しかしながら、債務者の有する取消権等の行使や時効中断のための行為等は、執行・保全によって代替することができず、本来的債権者代位権の存在意義がないとまではいうことはできない。

そこで、簡易な債権回収制度ではなく、執行準備のための補完的制度として本来型の債権者代位権を存続すること自体には、反対しない。

**(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。**

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

強制執行準備のための補完的制度として位置付けるべきものであり、強制執行できない段階で保存行為以外に権利行使を認めるべきではない。

裁判上の代位の制度については、かかる制度の必要性はなく、廃止することが相当である。

**(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

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

強制執行準備のための補完的制度として位置付けるべきものであり、失効力、強制力を有しない権利のために用いることが出来ないことは当然である。



## 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】

反対。(注)の考え方が相当である。

### 【理由】

立法をもって判例法理を変更するという内容であるが、反対である。

事実上の優先弁済効は否定すべきではあるが、この立場に立てば、必ず限定しなければならないというものではない。

債権者代位権行使後の配当手続が整備されているものではないから、被保全権利を超えて行使をするまでの介入を認めるべきではない。債権者代位権は被保全権利の範囲内でのみ行使できるものとするべきである

## 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。

(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ふ考え方がある。

### 【意見】

(2)(相殺禁止)を前提に、賛成。

### 【理由】

直接的な債権回収制度を否定し、執行準備のための責任財産保全の制度とすると、責任財産を保全して執行を準備するために直接給付は認め、他方で事実上の優先弁済を否定するために相殺は禁止すべきである。

相殺による事実上の優先弁済を否定することについて、債権者代位権行使のインセンティブを失わせるとの批判があるが、理解しがたい。事実上の優先弁済を認めるならば、債務名義を取得して民事執行手続によることのインセンティブをこそ失わせるものというべきである。

(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】

賛成する。

### 【理由】

民事執行によらずに金銭回収をすることを正当化することはできない。

民事訴訟法，民事執行法，民事保全法の存在と矛盾するものである。債権者にとっての簡便さという視点のみで，債務者や第三債務者の手続保障をはかった手続法の存在意義を否定してよいものではない。（注2）の考え方には反対である。

#### 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】

慎重な検討が必要である。

【理由】

善管注意義務を発生させる根拠が一義的に明確ではなく，また，具体的な義務の内容も明確ではないものであり，誰に対して負う義務であるのかも条文には明記されていないものである。

#### 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】

慎重な検討が必要である。

【理由】

優先弁済を否定し，総債権者のための制度とするのであれば，共益費用と位置づけることが可能とも考えられる。

しかし，他方で，費用の範囲として含まれるものが何であるのか，費用の相当性は問題となりうるのか，問題となりうるとしたらどのように判断するのか，とりわけ弁護士費用が含まれるとするとその相当性はどのように判断するのかという問題も生じるものであり，慎重な検討が必要である。

#### 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

**【理由】**

民事保全をすることもなく、処分禁止効、弁済禁止効等が生ずることは、理屈が立たず、民事保全法の存在意義を否定するもので、債務者の不利益を正当化する余地はない。

また、第三債務者の立場からしても、債権者代位権の要件を具備しているか否かの判断は不可能ないし著しく困難であり、債務者への弁済をしないことにより遅滞責任を追及される危険性にさらされることとなる。債権者は、必要であれば、民事保全の手続きをとればよいことである。

処分禁止効を認めることは、法体系の矛盾をもたらし、債務者への手続保障を欠き、第三債務者に多大なリスクを負わせるものであり、許容しえない。

## 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ため、訴訟告知を要するとすることが相当である。

## 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。

(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。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

債権者代位権については、いわゆる転用型の債権者代位権こそが重要な役割を果たしているものであり、明文化すべきである。

そして、不動産登記は、転用型のもっとも典型的で重要な場面であり、独立した類型とするのが相当である。

(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。

(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】**

賛成する。

**【理由】**

転用型については、債権者代位権によることが新たな法理の発展を阻害してきたとの批判的な意見もあるが、かかる意見は実態を見ないものである。既存の条文が予定していない新たな問題が生じたときに、債権者代位権が重要な役割を果たしてきたことは紛れもない事実であり、かかる批判には、賛同することはできない。「他に適当な方法がないとき」という補充性を明確にして、転用型の一般的根拠規定を設けることが相当である。

**(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。**

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

基本的に本来型と同様の規律としつつ、準用されない場合があることを明示し、準用の有無は解釈に委ねることが相当である。

## 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。

**(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】**

詐害行為取消権の法的性質について、詐害行為を取り消して逸出財産を債務者に返還させるという性格（折衷説）を維持することが相当である。責任説等を採用した場合には、倒産法上の否認権との整合性が完全に失われることとなり、現実的ではないものと考えられる。また、現在の判例法理には、理論的に破綻しているとの批判や債権譲渡事案における下級審実務の混乱などがあるが、その批判の多くは、相対的無効という構成にあるものと考えられるものであり、(3)の規定を設けて、相対的無効を見直すことにより解決できるものと考えられる。

**(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】**

賛成する。

**【理由】**

現在の相対的無効という判例法理のもとで、債務者に判決の効力が及ばないことより、理論的のみならず、実務的にも深刻な混乱が生じており（債権譲渡事案が典型である。）、債務者に効力を及ぼすことが必要である。また、債務者に対する手続保障が必要であることは当然である。

なお、債務者の親族等に債務者の唯一の不動産の名義が移転しているような典型的な事案については、そもそも登記原因とされている法律行為の存在が疑われ、かりに法律行為が存在しても詐害行為となるとして、債権者代位権を主位的に、詐害行為取消権を予備的に主張する訴訟形態も多い。ところで、債権者取消訴訟について債務者を被告とすると、かかる訴訟形態が、主観的予備的併合として許容されないのではないかという疑義も生じるように思われないでもない（第62回会議における委員提供資料である大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志「詐害行為取消権に関する部会資料51（中間試案のたたき台）の修正提案」3頁）。かかる訴訟形態自体は認める必要があり、債権者代位権を主位的、詐害行為取消を予備的とする訴訟が不可能とならないのか否かについての十分な検討と必要な場合はその手当てについて検討すべきである。

(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】

賛成する。

【理由】

判例法理を明文化するものである。

(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

【意見】

賛成する。

【理由】

受益者の善意を抗弁と位置づけることは確立した考え方である。

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

【意見】

賛成する。

【理由】

責任財産保全の制度である。

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】

詐害行為取消権は、強制執行の準備として位置付けることが相当であり、被保全債権に強制力を要求することが相当である。

## 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】

相当価格による売買自体は、債務者の財産の減少をもたらすものではなく、原則として詐害性を有しないものとすべきである。

大判明治39年2月5日は原則として詐害行為に該当するとしているが、同事案は被告がその用途を一切明らかにしなかったものであり、隠匿等が推認をされる事案であったと評価し得るものである。下級審実務においても、原則として詐害行為に該当するという判断はなされていないとの理解が一般的である。

また、破産法においては、否認権について既に提案と同内容の立法がなされているが、破産法の改正の際にも、この点に関しては、実務を変更するものではないとの理解が一般的であったと考えられるものである。

## 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 偏頗行為を、詐害行為取消の対象とすることには賛成である。

2 アのみを要件とし、イを要件とすることには反対である。主観的要件としては、支払不能の事実や債権者を害すべき事実の認識で足りる。

### 【理由】

1 法的倒産手続以外であっても、債権者間の平等を一切考慮の外に置くべきではなく、支払不能時以降における抜け駆けの回収や、主観的に極めて悪質な行為については、対象とする

ことが必要である。

- 2 義務的な弁済や担保提供等については、支払不能に至る以前においては、これを取消しの対象とすることに合理性はない。他方、支払不能時後においては、債権者間の平等を要請すべきであり、また、支払不能時後の抜け駆きの回収であれば、債務者が倒産した場合には否認対象となるものであるから債権者において回収行為が否定されることは受忍すべきであり、取消しの対象とすべきである。支払不能という時期をもって画するならば、通謀的害意という要件を加重する必要はない。

(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 非義務行為について、詐害行為取消の対象とすることに賛成である。
- 2 要件について、「次に掲げる要件のいずれにも該当するとき」とすることには反対であり、「次に掲げる要件のいずれかに該当するとき」とすることが相当である。

#### 【理由】

- 1 約定弁済期前の弁済や非義務的担保設定行為について、支払不能に近接した、否認の対象となりうる時期以降については、債権者において偏頗な回収行為等が否定されることは受忍すべきであり、取消しの対象とすべきである。
- 2 非義務的な行為について、支払不能時前であっても、主観的に格別に悪質な行為については、これを取消しの対象とすべきであり、通謀的害意をもってなされた非義務的行為についてまで取消しの対象としないことは、相当ではない。通謀的害意が認められた事例は殆どないとされており、勤勉な債権者の努力を否定するものではなく、極限的な悪質は行為を対象とするものであり、正当な権利の行使とはいえない主観的に極めて悪質な偏頗行為について、支払不能時期前については極限的な悪質行為までを詐害行為の対象から外すという改正を行うことは相当ではない。

(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】

- 1 (1)および(2)の意見を前提とすれば、かかる推定規定は不要である。
- 2 ただし、(1)および(2)についての試案を前提とするならば、賛成である。

#### 【理由】

- 1 (1)については通謀的害意を要件とすべきものではない。(2)については、前記意見を前提とすれば、支払不能時以降(および支払不能時前30日以内)以外について問題となるが、かかる時期以前の行為について、親族等であっても、通謀的害意があることが原則とは言えず、

極めて例外的にしか認められないものであるから、推定の根拠がないものである。

- 2 (1)および(2)について試案を前提とする場合には、支払不能時以降の弁済等や支払不能時以降（および支払不能時前30日以内）の非義務行為については、親族等については、通謀的害意があったものと推認をすることが可能であり、相当である。

(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】

支払不能状態が発生し、それが一定期間継続した後に支払停止に至ることが一般的である。

#### 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】

偏頗行為取消しの要件を充足しない場合でも、過大な部分については詐害行為取消の対象とすることが相当である。

#### 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

【意見】

賛成する。

【理由】

二重の悪意を必要とせず、そのことを明確化すべきである。

##### 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】

賛成する。

【理由】

取引安全のため、一旦善意者が介在すれば詐害行為取消権を行使できないとすることが相当である。

(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、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】

折衷説による構成が相当である。

(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】

賛成する。

【理由】

1 (3) 参照。

(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】

家族等の内部者については、定型的に推認の合理的理由があり、推定規定を置くことが相当である。

## 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】

債務者に効力がおよぶことを前提に、反対する。

【理由】

債務者に効力を及ぼすのであれば、かかる規定を設ける必要はない。

## 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】

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（注）の考え方が相当である。

### 【理由】

取消債権者に対する優先弁済を否定すべきではあるが、倒産手続と異なり総債権者に対する配当等の手続も整備されていないことよりすると、被保全債権の範囲にとどめることが相当である。

## 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】

一般的な理解・実務を明文化するものである。

イ 詐害行為によって逸出した財産が債権である場合

(ア) 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

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

債権譲渡は詐害行為の典型的場面である。しかし、相対的無効を前提にその効果について裁判実務は混乱してきたものであり、また、債務者を被告として実体的効力を債務者に及ぼしても、どのような手段を取りうるのかは一義的に導かれるものではない。立法によって解決することが必要である。

(イ) 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(ア)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】

(ア)を参照。

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】

取消債権者の相殺による事実上の優先弁済を否定することを前提に、賛成。

【理由】

強制執行の前提として、取消債権者が保管することは認められてよい。

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】

受皿的な規定として必要である。

(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】

取消債権者の相殺による事実上の優先弁済を否定することを前提に、賛成する。

【理由】

(1)ウ参照

(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】

賛成する。

【理由】

理論上当然の内容であるが、明文化することが相当である。

(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

【意見】

賛成する。

【理由】

債権者取消権は、あくまで執行準備のための限度で認められるものとするべきである。実体法上、他の債権者に対して優先する立場にない債権者が、債権者取消権の行使により優先的弁済を受けることを正当化する根拠はない。

## 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。

(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】

慎重な検討が必要である。

【理由】

第14・5(債権者代位権)参照。

## 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】

判例法理を明文化するものである。

## 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。

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】

賛成する。

【理由】

詐害行為取消しの効果が債務者に及ぶとするならば、かかる規律とすることが合理的である。

(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】

賛成する。

【理由】

現行法の下でも解釈を変更するものであるが、合理的な内容であり、否認権とも整合的である。

(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

【理由】

合理的な内容であり、否認権とも整合的である。

### 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】

このような規定を設けない（解釈に委ねる）とする（注）の考え方が相当である。

【理由】

コンセンサスが形成されているものではなく、解釈に委ねることが相当である。

#### 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】

反対する。

【理由】

現行法の下で不都合な事案が生じているものではなく、あえて改正する必要はない。

#### 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。

【意見】

連帯債務の絶対効の見直しを前提とすれば、賛成である。

連帯債務者の一人について生じた事由の効力にかかる問題である。

【理由】

1 連帯債務について、法律の規定によるほか、当事者の合意によって成立することは一般的な理解である。

2 連帯債務の絶対効を見直すのであれば、当事者の合意による不可分債務を認める必要性はないものと考えられる。

3 なお、試案は、不真正連帯債務については規定を置いていない。連帯債務の絶対効の見直しにより、不真正連帯債務という概念は不要になるとの考え方に基づくものではないかとも考えられるが（第42回会議における金関係官の発言参照）、概要、補足説明中にも、不真正連帯債務への言及はまったくなく、不真正連帯債務の位置づけは明確ではない。しかし、中間論点整理に対するパブリックコメントにおいて、不真正連帯債務という概念との関係での意見も多く出され、第42回会議においても大島委員、岡委員から、不真正連帯債務の位置づけを明確にすべきとの意見が出されていた。不真正連帯債務の規定を置かないのであれば、その位置づけについては明確にすべきである。

##### 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

一般的な理解を明文化するものである。

### 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 現行法の絶対効を見直すことには賛成である。
- 2 （注）の考え方の方向性によりつつ、「各債務者間に協働関係がある場合」という要件をさらに明確化することを検討することが相当である。
- 3 「当事者間に別段の合意がある場合を除き」と明記することには、他の箇所との整合性について、慎重な検討が必要である。

#### 【理由】

- 1 連帯債務者相互間に、連帯債務者の一人に請求をすれば他の連帯債務者に伝達されるべき関係にあるとは限らないものであり、現行法には合理性がないものと考えられる。
- 2 もっとも、伝達が期待されるような関係についてのみ絶対効とすることが合理的とも考えられるが、「各債務者間に協働関係がある場合」という要件は明確ではなく、（注）の考え方について、さらに検討すべきである。
- 3 「当事者間に別段の定めがある場合を除き」と明記することについては、他の箇所との整合性についても慎重に検討すべきである。任意規定と強行規定の区別は、実務的に極めて重要な問題であり、これを条文上区別することは、国民一般にとってはもとより、法律実務家にとっても、分かりやすい民法となるものである。民法典の規定の多くは、任意規定であると解されるが、このような明記のされ方がなされていない。そうすると、連帯債務者の一人について生じた事由の効力や連帯保証人に対する請求についてのみ見れば分かりやすいが、民法典全体では、極めて分かりにくく、不整合となるようにも思われる。民法典全体について、任意規定と強行規定の区別を明記することについてのポリシーをどのように考えるのかについて、まずは検討をすべきである。

#### (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。

（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。

#### 【意見】

（注）の考え方が相当である。

#### 【理由】

混同については、弁済と同視することができ、相対的効力とすることは相当ではない。

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。

【意見】

免除を相対効とすることを前提に賛成

【理由】

債権者の通常の意味に合致するものと考えられる。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

相殺の援用を認めると他人の債権の処分を認めることになり不当であるから、履行拒絶にとどめることが相当である。

### (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104条1項が存在するため、441条は適用場面がなく、廃止が相当である。

## 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

【意見】

（注）の考え方が相当である。

【理由】

判例は負担部分を超えない弁済であっても求償を認めているが、連帯債務者間の公平にも合致するものであり、あえて立法で変更すべき合理的理由はない。



## (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】

反対する。

### 【理由】

現行法の規律を変更して、事前の通知義務を課さないとするものである。

たしかに、連帯債務者は履行義務を負うものであり、履行を遅滞させてまで事前通知を義務づけることは相当ではないとの提案理由は理屈としては理解できる。

しかし、自己の負担部分を超えて弁済をする場合に、他の連帯債務者に事前通知をしなくてよいということは、他の連帯債務者の立場を考えると、常識に反するとの印象を拭えない。

現行法下で実務的な支障が生じているとも思われないものであり、他方で事前通知義務を廃止することによる他の連帯債務者の不利益を考えると、現行法をあえて変更することについて賛成できない。

## (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】

判例法理を明文化するものである。

## (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】

賛成する。

### 【理由】

445条は通常債権者の意思に反するものであり、削除が相当である。

## 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。

【意見】

連帯債務者の一人について生じた事由の効力の見直しを前提にすれば、賛成。

【理由】

絶対的効力を見直すのであれば合理的な内容である。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

当事者の意思を否定すべき合理的理由はない。

## 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

(1)ただし書は連帯債権という新たな概念を設けるという提案であり、(2)はこれに伴い不可分債権の定義から「当事者の意思表示によって不可分」(すなわち、新設される連帯債権という概念)を除いたものとするものである。

現在、連帯債権という概念がないことによる不都合が生じているとの認識はないが、この概念を設けることによる弊害もないものと考えられ、他方で、連帯債権という概念を利用した新たな金融取引手法の可能性も指摘されているものである。

## 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】

現行法を維持するものである。

## 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。

## 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。

### 【意見】

連帯債権という概念を新設することを前提とすれば、8・9に賛成。

### 【理由】

連帯債権という概念を設けるのであれば、連帯債権の規律について現在の不可分債権に関する規律と同趣旨の規定を設け、これを不可分債権に準用することが相当である。

(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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

性質上は可分となっても、当事者が履行の請求に関して上記8(1)の効力を望む場合はあるものと考えられ、そのような特約の効力を認めることが合理的である。

## 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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

判例法理を明文化するものである。

(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】

賛成する。

【理由】

一般的な理解を明文化するものである。

## 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

保証債務の附従性に基づき、相殺以外についても、債務者の有する抗弁権を援用できることは当然であり、明文化すべきである。

(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】

賛成する。

【理由】

履行拒絶にとどまるとする一般的理解を明文化すべきである。

## 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、債務が消滅した当時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。

【意見】

賛成する。

【理由】

主たる債務者の抗弁権行使の利益の保護の必要があり、期限前弁済については委託を受けない保証人と同様とすることは合理的である。

## イ 民法第460条第3号を削除するものとする。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

主債務の弁済期が不確定で、かつ、その最長期も確定できないような場合には、終身不定期金債務の保証などが考えられるが、そもそも主債務の額も定まらず、事前求償に馴染まないものである。

## (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。

### 【意見】

反対。現行法維持が相当である。

### 【理由】

保証人の事前通知義務を廃止し、主債務者に保証人に対する事後通知義務を課し、事後通知の前後で決するというすると提案である。

主債務者が弁済をすることは通常の事態であり、保証人弁済するのはイレギュラーな事態であるが、主債務者が弁済の都度、保証人に事後通知をするという慣行はないものと考えられる。

## 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】**

- 1 (注)の考え方について、さらに議論をすることが相当である。
- 2 「当事者間に別段の合意がある場合を除き」と明記することについては慎重な検討が必要である(任意規定であること自体には異議はない。)

**【理由】**

- 1 連帯保証人に請求をしても、主たる債務者に伝達されるとは限らないものであり、連帯保証人に対する履行請求の効力が主催者に及ぶとすると、主債務者に対して不測の損害を与える場合も生じうる。

そこで、伝達が期待されるような関係についてのみ効力が及ぶとすることが合理的と考えられ、(注)の考え方の方向性は理解できる。

もっとも、「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」という概念は不明確なものであり、そのまま立法化することには難がある。また、試案のように改めても、連帯保証に対する請求の効力が主債務者に生ずることを確実にしたいのであれば、任意規定であるから、契約において特約をすればよいことであり、銀行実務等への支障はないものとも考えられないわけではない。

(注)の方向性で要件、文言を詰めることが出来ればもっとも望ましいものであるが、それが、困難であれば、試案の内容に改めることも考えられる。

ただちに(注)の考え方を直ちに排除することなく、議論を継続することが相当である。

- 2 なお、「当事者間に別段の定めがある場合を除き」と明記することについては、他の箇所との整合性についても慎重に検討すべきである。

民法典の規定の多くは、任意規定であると解されるが、連帯保証と連帯債務を除く箇所においては、このような明記のされ方がなされていない。そうすると、連帯保証人への請求や連帯債務者の一人について生じた事由の効力についてのみ見れば分かりやすいが、民法典全体では、極めて分かりにくく、不整合となるようにも思われる。

任意規定と強行規定の区別を明記することについてのポリシーをどのように考えるのかについて、慎重に検討をすべきである。

## 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。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

責任の上限を予測可能なものとする事及び一定の事由が生じた場合に責任の拡大を防止できることの要請は、根保証一般に妥当するものである。

(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。

**【意見】**

引き続き検討することに賛成である。

**【理由】**

債権者側からの更新拒否や解約が困難な継続的契約に関しては、とりわけ難しい問題である。

家賃保証を例にとって考えると、元本確定等がないと、現行の借地借家法下における正当事由の解釈のもとで、事実上無期限に根保証の責任を負わせることとなり（賃借権も保証債務も相続されることよりすると、保証人の子孫が賃借人の子孫の債務を保証し続けることにもなる。）、この保証人の著しく過重な負担について、解放の必要性には切実なものがある。しかし、他方で、更新拒否等が認められずに長期の賃貸借となる場合に、賃貸借が継続しながら元本確定すると、元本確定時期以降は無保証となり、賃貸人の不利益が生ずることとなり、不動産賃貸取引への影響は大きいものと考えられる。貸金等根保証と同様の規律を拡大するのか、規定を設けないのかという二者択一での議論が良いのかということについても検討の余地があり、さらに検討をすべきである。

**(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。**

**【意見】**

(1)とあわせて、引き続き検討することに賛成である。

**【理由】**

元本確定請求権（特別解約権）が認められる事案があること自体は、判例、学説において認められているものであるが、その明文化の必要性及び明文化する場合の内容は、(2)の元本確定期日の規定と密接に関連するものである。

## 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

**【意見】**

引き続き検討することについて賛成である。

**【理由】**

個人の保証人保護が本改正における重要な課題であると位置づけた上で、保証人保護につながる諸規定の改正内容、禁止による影響、行政による監督の実情等をも考慮に入れ、個人保証人保護の方策について検討を継続すべきである。

### (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。

**【意見】**

- 1 説明義務・情報提供義務を規定すること自体には賛成する。
- 2 効果を規定することについては意見を留保する。効果を規定することについて反対するも

のではないが、義務のみを規定して義務違反の効果を規定しないという選択肢も否定されるものではない。

- 3 説明義務の対象について、ア以下のような具体的内容まで規定すべきかについては意見を留保する。なお、かりに具体的な規定を置くと仮定した場合のアないしエについての意見は後述のとおりである。

**【理由】**

事業者である債権者と個人の関係であるから、消費者契約に形式的に該当するか、個人が事業者とされても実質的に消費者契約と同視される関係である。

この消費者契約のなかでも、保証契約は、保証人に対して著しい不利益を生じさせるおそれを定型的に含む類型の契約である。また、事業者である債権者と個人である保証人の関係では、保証人は負担をおうことに対する対価を債権者から受けるものではなく、保証人との関係では債権者が一方的に利益を受けるという構造を有するものであり、この点よりしても、消費者契約のなかでも格別に要保護性の高い類型であるといえる。このような構造に鑑みると、保証契約の締結に際し、事業者たる債権者には一定の社会的責任が定型的に認められるものといえることができる。また、事業者と個人という関係よりすると、そこに知識、経験等の類型的格差も認められる。このような構造からすると、事業者たる債権者に個人たる保証人に対する情報提供義務、説明義務を負わせることが相当であり、一定の説明義務、情報提供義務の規定を設けるべきである。

もっとも、効果まで規定するとなると、現時点では合意形成が困難であろうし、実現するとしても、要件を極めて限定した形となりかねない。そうすると、議論の状況によっては、効果を明記しないで義務のみを規定するという形での実現も選択肢として否定すべきではない。効果を具体的に明記しないとする場合には、義務の内容については抽象的な規定とすることも考えられる。

- 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。**

**【意見】**

義務の内容を具体的に規定することを前提とするならば、賛成する。

**【理由】**

理解が必要であることは当然である。

- 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。**

**【意見】**

義務の内容を具体的に規定することを前提とするならば、賛成する。

**【理由】**

連帯の意味について理解が必要であることは当然である。

- 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）**

**【意見】**

義務の内容を具体的に規定することを前提とするならば、賛成する。



【理由】

主債務の内容について理解が必要であることは当然である。

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 慎重な検討が必要である。
- 2 債務者の信用状況について情報提供義務を規定しない場合には、債務者の信用状況にかかる保証人に対する不実表示を具体化して規定を設けることも検討されて良い。

【理由】

- 1 債権者が信用情報について常に正確に把握しているわけではないし、また、信用情報というセンシティブ情報についてどこまで開示してよいのかということにも困難があり、慎重な検討を要する。
- 2 しかし、少なくとも、債務者の信用状況に関する保証人の誤信を債権者がことさらに利用して保証させるような事案への対応は必要である。

(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。

【意見】

主債務者の履行状況に関する情報提供義務を規定すること自体には賛成するが、効果を規定することについては慎重な検討が必要である。

また、保証人が適時に弁済をできないために損害が拡大するという問題に関しては、抽象的な損賠賠償拡大回避義務を規定することも検討されるべきである。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

保証債務の内容にかかわるものであり、保証人にとっては自己情報ともいうべきものであるから、開示請求・開示義務が認められることは当然である。

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】

慎重に検討すべきである。

なお、損害賠償拡大回避義務を行為規範として規定することも検討されてよい。

【理由】

遅滞なく通知することが現実的に常に可能であるのかについて検証が必要であり、さらに検討を続けるべきである。

保証人が適時に弁済をできないために損害が拡大するという問題に対する対応として、情報提供義務とその違反の効果という方法以外にも、抽象的・理念的な損賠賠償拡大回避の配慮義務を規定することも検討されてよい。

#### (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。

##### 【意見】

慎重に検討をすべきである。

##### 【理由】

信義則による（一部）無効ないし（一部）請求不許につながるような規定を設けることは検討されるべきと考えるが、裁判所が減免をすることができるとする、その理論的説明・法的構成を詰めて検討することが必要である。

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】

比例原則を規定すること自体には賛成である。

ただし、「過大」という要件の是非や比例原則違反の効果を明記することについては慎重に検討すべきである。

##### 【理由】

効果を明記しないのであれば、「過大」という要件で良いとも思われるが、請求できないというドラスティックな効果を明記するのであれば、「過大」という要件設定で足りるのかは、慎重な検討が必要である。

### 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。

##### 【意見】

賛成する。

##### 【理由】

現行法を維持するものである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

債権譲渡については、譲渡人の危機時における債権回収手段としてのみではなく、ABL等の担保手段、ストラクチャードファイナンスによる資金調達手段、ファクタリング方式による決済手段等として、いわば平時における恒常的手段としての重要性を増しており、今後数十年を見越した民法改正においては、平場での債権取引の安全に配慮をした改正がなされるべきであり、相対的効力とすることが相当である。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

債権と言う財貨は譲渡性を有することが原則であり、譲受人は譲渡禁止特約の存在について調査義務を負うものではないから、譲受人の悪意またはこれに準ずる重過失を要件とすべきである。そして、譲渡禁止特約は原則に対する例外であるから、例外を主張する債務者に譲受人の悪意重過失の立証責任を負わせることが相当である。債務者に立証責任を負わせても、譲渡禁止の要請の特に高度な預金取引等については公知であるから、不都合は生じないものと考えられる。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

譲渡禁止特約の目的は、まさにア、イの結論を導くためであるから、当然である。なお、相対的効力とする場合には、譲渡人は債権喪失をしていることとなり、譲受人が債務者対抗要件（権利行使要件）を具備した後も譲渡人が支払いを受領できる根拠は明確にしておく必要があるように思われる。たとえば、ストラクチャードファイナンスによる資金調達を考えると、譲渡人が回収して譲受人に回金することが正常に行われていれば、問題は顕在化しない。そうすると、問題が顕在化するのには、譲渡人が倒産したり差押えを受けたりする場

合と、譲渡人と譲受人との間に紛争が生じて譲渡人に支払われては困る事態（譲渡人が回収した金員を回金しない等）が生じたときと考えられる。倒産、差押えという事態には、(4)のウ、エで対応できるものとされているが、譲渡人に支払われては困るという事態への対応について固有の規律はない。絶対的効力とするならば、譲渡債権は譲渡人に帰属しているから、（譲渡契約上の債権を被保全権利として）仮差押えや債権者代位権等も考えられうるように思われるが、譲渡自体は有効とすると、譲渡人に債権が帰属することを前提とする手段はとりえないのではないかという疑義が生じる。そこで、譲渡人が受領をできる理論的根拠、法律構成は明確にしておく必要があり、それを踏まえた上での検討が必要であるように思われる。

(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。  
（注2）民法第466条の規律を維持するという考え方がある。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

譲渡禁止特約は、債務者の利益のための制度であり、債務者が承諾する場合に譲渡禁止の効力を認める必要はない。

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。

【意見】

いわゆるデッドロック解消の手段を設けること自体には賛成である。

【理由】

譲受人に譲渡禁止特約についての悪意・重過失があり、他方で譲渡人が回収をしない場合には、デッドロック状態が生じることとなり、解決の手段を講じることは必要である。そして、試案によれば、デッドロック状態は解消できることとなる。

なお、(3)イで述べたことよりすると、譲渡人に支払いをされては困るという事態（デッドロックではない。）については、解決できない問題が残ることとなる。相対的効力とし、債権譲受人を保護するのであれば、何らかの形で、悪意・重過失のある譲受人が回収できる手段を設けることも検討されてよい。

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。

（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。

【意見】

賛成する。

【理由】

譲渡禁止特約の効力を相対的なものとする、譲渡人に倒産手続開始があった場合には、デッドロック状態（譲受人は債務者に対して直接請求できず、他方、譲渡人が債権回収を行わないという状態）が生じることとなる。すなわち、譲受人は債務者から特約を対抗されるため回収できず、また、破産管財人等が回収すると譲受人に対する関係では不当利得となるため事実上回収できない事態となる。そこで、この事態を解消する方策が必要であるが、譲渡人の倒産という限定的な局面では、債務者の利益と債権取引の安全を衡量し、債務者の相殺の期待等を保護する半面で、債権の帰属自体は争えないとすることが相当である。

裁判例等にあらわれた事案をみると、実際の紛争は、債務者は供託をして紛争から離れ、破産管財人と譲受人の債権者等との間で生じている。しかし、譲渡禁止特約は、債務者の利益保護のためのものである。譲渡人の債権者の利益は、詐害行為取消や否認などの問題であり、譲渡禁止特約の文脈において考慮されるべきものではない。譲渡禁止特約の趣旨は、あくまで、事務の煩雑化の回避、過誤払の危険の回避及び相殺の期待の確保など債務者の利益保護にある。

事務手続の煩瑣という点については、倒産手続という極めて限定された場面において、倒産手続の開始という客観的にも明確な要件のもとで、譲渡の効力を認めることが、大きな事務の支障を生じさせるものとは考えられない。煩瑣がないとは言えないであろうが、債権の譲渡性に対する例外を認め、債権取引の効力を否定することに値する程の支障ということとはできない。

過誤払の危険ということについても、譲渡人の倒産手続の開始決定後に譲渡人自身が債権回収をする事態が発生することは極めて限定的なものであると考えられる。また、過誤払の回避のため、要件を「特約を対抗できないことを知ったとき」とされており、過誤払の危険性が皆無であるとは言えないであろうが、債権の譲渡性に対する例外を認め、債権取引の効力を否定することに値する程の支障ということとはできない。

これに対して、相殺の期待の確保などについては、譲渡人の倒産手続開始により、譲渡人に対して有していた抗弁を主張できなくなるとする合理的な理由はないものというべきである。また、譲渡人について、倒産手続開始決定がなされたときに相殺をできなくなるとするならば、経済的にひっ迫した取引先に対し、金融機関が返済を猶予しながら再建に協力することが困難となり、形式的に期限の利益喪失事由が生じれば、ただちに期限の利益を喪失させ、一括返済を要求し、貸付金と預金とを相殺することも懸念される。相殺の期待などを喪失させることについての合理性は肯定できない。逆に言うならば、この抗弁主張、相殺の期待などが保護されるのであれば、倒産手続開始が開始された場合に、譲渡の効力を認めることが合理的ということになる。

**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。**

（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。

【意見】

賛成する。

【理由】

倒産手続が開始された場合以外についても、デッドロックの解消手段は必要である。譲渡禁止特約の効力を相対的・債権的なものとするならば、悪意・重過失のある譲受人であっても、差押債権者に対する関係では権利者であることを主張でき、第三者異議訴訟を提起できることとなり、債権者相互の決着をつけることはできる。

しかしながら、第三者異議訴訟で譲受人が勝訴をした場合、デッドロック状態が生じることとなる。すなわち、差押を排除しても、譲受人は債務者から譲渡禁止特約を対抗されることとなる。そこで、やはり、デッドロック解消の必要性が生じるものであり、規定を設けることが必要となる。

(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押債権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】

判例法理を明文化するものである。

## 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(ア) 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(ア)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。

【意見】

将来的な課題としては債権譲渡登記一元化が望ましいものとも考えられないではないが、現時点においては、（注）の考え方（現行法維持）が相当である。

【理由】

1 現行法の債務者インフォメーション・センターという構造には、債権譲渡について切実な利害関係を有する債務者に情報が集まり債務者保護につながるという長所が認められるものであり、一定の合理性を有しているものと評価することができる。

しかし、他方で、債権を利用した資金調達が今後より進展すべきと考えられることよりす

ると、サイレントな債権譲渡の要請は今後一層増加していくものと考えられるが、債務者インフォメーション・センターはこのニーズには反することとなる。また、債権譲渡を利用した資金調達のマーケットが発展していくならば、より客観的・明確な対抗要件制度が要請されることとなる。

そうすると、債務者インフォメーション・センターという現行法の構造を原理的に絶対視するのではなく、将来を考えたときに、債務者対抗要件について登記一元化を目指すことは考えられてよい。

- 2 しかし、コストや様々なインフラの整備について具体的な目途が立たないまま、法改正をすることは現実的ではない。

国民の誰もが、郵便局で内容証明郵便を発することや、公証人役場で確定日付を取得することと同程度の費用、労力で債権譲渡登記ができるという体制は現時点ではない。また、個人について債権譲渡登記を対抗要件とする場合には、個人情報保義をどのようにするのかについて、いわゆる国民総背番号といった深刻な対立をもたらす問題にも直面することになる。

現時点において、債権譲渡登記一元化の実現可能性はまったく担保されていないものであり、甲案について現時点における改正案としては支持することはできない。

- 3 乙案については、「承諾」を対抗要件としないことについては、現実の取引社会への影響が懸念される。ファクタリング方式による一括決済が広く活用され、一口あたりは少額な債権について、恒常的に大量の債権譲渡がなされ、これについて「承諾」が利用されている（実例については、第7回会議における藤本関係官発言等参照。）。承諾を対抗要件として廃止することによる混乱が予想されるものであり、かかる社会的コストを要してまでも直ちに承諾という対抗要件を廃止しなければならない実務的な要請があるとも考え難い。

- 4 以上より、(注)に示された現状維持という選択が穏当と考えられる。

なお、現行法の債務者インフォメーション・センターという構造を維持する場合、配達証明付の郵便については、配達時を公証する制度を設けることも検討すべきと考えられる。

## (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。

### 【意見】

甲案、乙案のいずれにも賛成をするものではないが、対抗要件に関する現行法維持を前提に、債権譲渡が競合した場合における規律及びかかる場合における供託原因の拡張を規定すべきである。

### 【理由】

債務者の過誤払を回避するため、だれに弁済すべきかを条文上明確化すべきである。

また、債務者が紛争に巻き込まれたことによるリスクを回避するため、債権譲渡が競合した場合には供託できるものとするべきである。

### 【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。

### 【意見】

債権譲渡登記一元化には反対であるが、かりにこれを前提とする場合には賛成。

【理由】

甲案は、債務者をインフォメーション・センターとするものではないから、通知の到達の前後によらず、試案の内容とすることは当然である。

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。

【意見】

債権譲渡登記一元化には反対であるが、かりにこれを前提する場合にも、ウ(イ)の通知を権利行使要件とすることには反対である。

【理由】

簡易な通知という制度（ウ(イ)）を設けることには反対である。債権譲渡について最も困惑をするのは債務者である。現在でも、街金等の廃業にともない、普通郵便で押印もない債権譲渡通知がなされ、その真偽について判断ができず困惑をしているという実情がある。登記一元化が実現されるのであれば、債務者にこそ疑義を生じさせないようにすべきである。

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。

【意見】

債権譲渡登記一元化には反対であるが、かりにこれを前提とする場合には賛成

【理由】

現行法化での判例法理を債権譲渡登記一元化に応用すると、この帰結になるものと考えられる。

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。

【意見】

債権譲渡登記一元化には反対であるが、かりにこれを前提とする場合にも、慎重な検討が必要である。

【理由】

償還を認めることが公平に適うものではあるが、履行を受けた譲渡人に分配機関としての責



任を負わせることは負担が大きいようにも思われる。

### 【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。

#### 【意見】

乙案には反対であるが、乙案を前提にするならば賛成である。

#### 【理由】

判例法理を明文化するものである。債務者をインフォメーション・センターとするのであれば、通知の到達の前後によることは当然の内容となる。なお、今日、配達証明付郵便等を利用した場合には配達時間を立証することは極めて容易である。

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。

#### 【意見】

乙案には反対であるが、乙案を前提にするならば賛成である。

#### 【理由】

判例法理を明文化するものである。なお、この規律からは同時到達の場合には供託原因がないこととなるが、供託原因を拡張して供託できるようにすべきである。

(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

#### 【意見】

かかる規定を設けることは、債務者の承諾を得た譲受人は有効に権利者として扱われることになることを意味し、そもそも甲案、乙案と相容れるものであるのかは疑問である。

### 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

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。

#### 【意見】

1 「異議をとどめない承諾」という觀念の通知による抗弁の切

反対しない。

2 イについては、反対する。

【理由】

1 承諾を対抗要件として維持する立場を前提としても、「異議をとどめない承諾」という観念の通知による抗弁の切断については、理論的な説明が困難であり、廃止に反対はしない。

2 現行法の異議をとどめない承諾という観念の通知の公信力による抗弁切断という制度には、一面で、譲受人が抗弁について少なくとも悪意の場合には抗弁が切断されないという機能があったものであり、債務者の保護が、少なくとも現行法よりも後退しないようにすることは必要である。

しかし、抗弁の放棄を書面による要式行為とすることに、実効的な意味があるものとは考えられない。

## (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

【意見】

賛成する。

【理由】

債権譲渡と相殺については判例の立場は明確ではないが、差押えと同様に無制限説でよい。

(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

【意見】

賛成する。

【理由】

基本契約に基づく継続的取引から発生する債権の譲渡を考えると、かかる規律が必要である。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

相殺に対する合理的期待が認められないものである。

## 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。

【意見】

反対しない。

【理由】

将来債権の譲渡が原則として有効であることや、債権譲渡の対抗要件の方法により第三者対抗要件を具備することができることに今日疑義はなく、規定を設けないことによる不都合はなく、またこの程度の内容を規定することで分かりやすくなるものではないと思われるが、反対するほどの理由もない。

(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。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

解釈により当然に導かれる内容とは考えられるが、東京地方裁判所平成24年10月4日判決(判例タイムズ1387号216頁)のような事案があることを考えると、明文化することが相当である。

(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。

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

譲渡人に処分権限のない債権は譲渡できないという考え方に基づくものと考えられるが、この考え方については賛成である。

しかし、「契約上の地位の承継」という表現で判断が可能か否かについては不安も残り、いまだ議論が成熟していないものとも思われる。

議論の成熟化を待ち、現時点では解釈に委ねるという選択肢も存する。

(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。

【意見】

慎重に検討をすべきである。

【理由】

不動産の将来賃料が譲渡された場合には、いわば物件の有する収益力のみが譲渡されたもので、物権変動にも等しいものでもあり、公示の手段のないなかで不動産取得をした者の利益、不動産取引の安全を考えると、試案は理解できないものではない。

しかし、他方で、そうであるならば、その公示の方法を新設するとか、取得できる賃料の範囲（期間）を検討するなどの方法により、弊害を回避する方向も考えられないではない。慎重に検討をすべきである。

## 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。

### 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。

(2) 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。

### 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。

### 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。

（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】

民法典に有価証券に関する通則的な規定を置くことに反対しない。

試案の内容自体に反対するものはない。

## 【理由】

有価証券と区別される証券的債権については独自の規定は不要であり、削除が相当である。

有価証券の一般的規律は整備されるべきである。これは、債権流通手段の多様化やペーパーレス化が進展すれば不要になるものではなく、むしろ多様化が進むほど基本的な考え方についての通則の必要性が生じるといってもよい。もっとも、民法におくことが必然ではないであろうが、基本的な考え方を民法に置くことがおかしなことでもない。なお、有価証券の定義規定は試案にないが、定義を置かないことは相当である。

具体的提案内容については、1(1)アについては効力要件に改めることが相当であり、その余の内容も通則として相当なものである。

## 第20 債務引受

### 【併存的債務引受と免責的債務引受の2類型とすることについての意見】

併存的債務引受と免責的債務引受という語は一般的に馴染み深いものであり、2類型として規定することが分かりやすいものと考えられ、賛成である。

ただし、併存的債務引受と免責的債務引受の区別、法性決定は、引受人と(旧)債務者が重疊的に責任を負うことになるのか、それとも引受人のみが債務を負担して(旧)債務者が債務を免れることになるのかによるべきである。

試案の第20・3(1)に関連するが、内田貴参与の第46回会議における説明を前提とすると、求償権の有無によって、免責的債務引受であるのか、併存的債務引受であるのかという法性決定がなされることである。すなわち、引受人のみが債務を負担し、(旧)債務者は債務を免れるが、引受人から(旧)債務者に対する求償権が発生するという合意は、免責的債務引受にはあたらず、併存的債務引受と債権者の(旧)債務者に対する免除と法性決定されるというものである。しかし、(旧)債務者が債権者に対する債務を免れながら、これが免責的債務引受ではないとすることは、一般的な感覚と乖離しているものと考えられ、分かりやすいものとは言えない。

### 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】

併存的債務引受は実務上も重要な役割を果たしており、規定を設けることに賛成である。

(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】

成立に三者間の合意を要しないことは確立した考え方である。

(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】

第1文につき賛成する。第2文については意見を留保する。

【理由】

成立について三者間の合意を要しないことは確立した考え方である。第2文については、債権者の不利益がない場合には債権者の承諾は不要とする意見もあり、裁判例のなかにも債権者の不利益がない場合に、規範的な評価によって黙示の承諾を認定することにより妥当な結論を導いたとの評価も可能な事案もあることよりすると、承諾を不要とする場合も認めてよいのではないかと、或いは黙示の承諾もあるということを示すことも検討して良いのではないかと考える余地があり、意見を留保する。

(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】

一般的な理解を明文化するものである。

(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】

引き続き検討すべきである。

【意見】

重要な問題であり、保証の規制の脱法とならないような制度設計を慎重に検討すべきである。

## 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】

免責的債務引受は実務上も重要な役割を果たしており、規定を設けることに賛成である。

(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。

(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。

(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】

免責的債務引受は、実務的にも重要であり、要件を明文化することが相当である。

### 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。

規定を設けないことが相当である。

【理由】

求償の有無は、引受人と債務者との合意によるものである。

(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】

一般的理解を明文化するものである。

### 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ってしなければならないものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

債務者が設定した場合には、移転について債務者に新たな負担を強いるものではなく、承諾は不要である。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

第三者が担保設定者である場合には承諾を要する判例法理を明文化するものである。

(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】

保証人保護のために相当な内容である。

## 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。

【理由】

一般的な考え方を明文化するものである。

## 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】

反対する。

ただし、弁済の意義に関する規定を設けることには賛成である。

【理由】

履行と弁済という概念の関係が理解できず、日本語としても、強い違和感を覚えるものである。

弁済の意義を示すのであれば、たとえば、研究会案の「債権は、債務者の弁済により消滅する。」といった規定の方が、試案との比較では、はるかにシンプルで分かりやすい。

### 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】

賛成する。

【理由】

現行法のもとでは、利害関係を有しない第三者の弁済について、債権者は債務者の意思に反しない場合には第三者の弁済を拒むことができない反面、第三者の意思に反する弁済は無効となる。

そのため、第三者の意思が不明な場合には、利害関係を有しない第三者から弁済の提供を受けた債権者にとっては、極めて対応困難な状況となる。

そこで、債務者の承諾がある場合以外には、履行を拒むことができるとすることにより、債務者の意思が不明な場合には、債権者は履行を拒むことができることになり、現行法よりも債権者の立場に配慮がなされた改善であると評価できる。現行法を基本的に維持しつつ、債権者の立場に配慮をした試案の内容が穏当と考えられる。

### 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】

制限能力者の保護を制限する（同時履行を主張できない）という現行法の内容の合理性には疑問がある。また、適用場面も極めて限定されたもので独自の規律を設ける意義も乏しい。削除が相当である。

### 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。

(ア) 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

【意見】

賛成する。

【理由】

受領（受取）権限を有する第三者に対する弁済は広く活用されているものであり、明文の規

定を置いてよい。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

「債権の準占有者」を「受取権者としての外観を有するもの」とする点、善意無過失を「正当な理由」とする点、債権者の帰責事由を要件としないことを維持する点のいずれについても賛成である。

(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】

賛成する。

【理由】

「受取権者としての外観を有するもの」（債権の準占有者）に対する弁済の「正当な理由」の判断をすれば足り、受取証書の持参人についてのみ規定を置く必要はない。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

代物弁済の合意は広く利用されており、諾成的代物弁済が有効であることは明確にすることが望ましい。また、合意のみで債権が消滅するのではなく、給付を完了した時に債務が消滅することを明確化すべきである。

(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】

反対。規定を設けないことが相当である。

【理由】

当事者間の合意で定まるものであり、合意の解釈の問題とすれば足りる。

## 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

必要性がない。

### (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。

【意見】

反対する。

【理由】

非商人間の取引についても、請求や弁済の時間帯について、社会通念に反するようなことは認められるべきではない。

しかし、「取引時間」の慣習の有無や内容が明確であるのかについて疑問もあり、商行為と同じ規律とすることでかえって混乱が生じるようにも思われる。

### (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。

【意見】

賛成する。

【理由】

受取証書の交付と債務の履行は同時関係であるとする判例法理を明文化するものである。

### (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】

規定を設けないとする（注）の考え方が相当である。

【理由】

流動性預金口座への振り込みによる預金債権の成立について、試案の内容は現在の実務と齟齬をしていないようにも思われる。

しかし、記帳という金融機関の内部的行為に成立時期をかからしめることによる不都合は本当に生じえないのか、規定を置くとしても流動性預金の成立時期時期については金融法の特別法に規定することと民法に規定することのいずれが適当であるのか等について、慎重な検討が必要であり、少なくとも現時点では民法典への明文化を見送り、解釈に委ねることが穏当である。

## 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

【意見】

賛成する。

【理由】

488条ないし491条は任意規定であるが、合意による充当が広く活用されていることよりしても、充当合意が第1順位であることを示して規律を整備することが望ましいものである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法を維持するものである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

第1文は、判例法理を明確化するものである。

第2文は、費目相互間における指定充当を認めるものであるが、費目相互間における指定充当を排除する合理的理由はなく、試案の内容は相当である。

(5) 民法第490条を削除するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

「定期債権にもとづいて支分権である数個の債務が発生する場合」等は数個の債務の成立と見ることができ、不要な規定である。

(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】

配当について合意充当を認めるという方向性自体には賛成である。

ただし、直ちに民法の改正で行うことの執行実務への影響について慎重に検討すべきである。

【理由】

判例法理について立法をもって変更するという提案である。

配当においても、当事者間に充当の特約を認めるニーズはあり、配当においても合意による充当を認めることが正しい方向性であると考えられる。

もっとも、民事執行実務の負担を考えると、直ちに民法の改正で、配当においても合意充当が認められることを明らかにする規定を置くことにより、多大な混乱をもたらさないかという懸念も生じるものであり、慎重な検討が必要である。

## 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】

弁済の提供の効果について、受領（受取）遅滞の効果とともに、明確化することが相当である。

## 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。

(ア) 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

(イ) 債権者が履行を受け取ることができないとき

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

試案には、口頭の提供がなくとも供託できる場合があることが明示されていないが、債権者が受領しないことが明確である場合には、債務者は供託をして債務を免れることができるのが判例・供託実務である。(概要)の説明において、本試案は、かかる判例法理とこれを前提とした供託実務を変更する趣旨は含まないことが明示されている。そうすると、条文から読み取ることのできないルールが存在することとなり、分かりやすい民法という改正の方針に沿うものであるのかという疑問も生じないではない。しかし、口頭の提供もなしに供託をできる或いは債務不履行責任を免れるというのは、特定の継続的契約関係固有の事情によるもので、一般化して規定することは困難である。そこで、供託実務を変更するものではないことを前提に、試案に賛成する。

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。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

過失の主張立証責任について、供託の有効性を争う債権者側に負担させるものであるが、不確知の原因が債権者側に起因する場合は通常であることよりすると、債権者側に主張立証責任を負わせることが公平である。

(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。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

供託の利便性を高めるものである。

(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】**

賛成する。

**【理由】**

弁済供託によって債権者が供託物の還付請求権を有取得するという当然の効果を、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】

賛成する。

#### 【理由】

債権者が、弁済を受領しながら、代位のみを拒絶できるとすることに合理性はない。

### (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。

#### 【意見】

賛成する。

#### 【理由】

- 1 不動産の第三取得者は、担保権の登記があればその負担を覚悟しているものであり、付記登記を対抗要件として要求することには合理性がない。
- 2 物上保証人と第三取得者の関係について民法には規定はないが、保証人と第三取得者の関係と同様と理解されており、明文化することが相当である。

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。

#### 【意見】

賛成する。

#### 【理由】

一般的理解を明文化するものである。

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。

#### 【意見】

賛成する。

#### 【理由】

不動産以外の第三所得者に限定されないという一般的な理解を明文化にするものである。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

一般的理解を明文化するものである。

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。

(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】

規定を設けないとする(注)の考え方が相当である。

【理由】

最判昭和61年11月27日の理解、評価について一義的なコンセンサスがあるものではなく、さらなる議論の深化が必要であり、解釈に委ねることが相当である。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

一般的な理解を明文化するものである。

(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、債権者ととともに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】

大審院判例は、一部弁済による代位者の単独実行を認めているが、本来の債権者の換価時期の選択の利益を奪うもので不当である。学説においても反対が強く、大審院判例と異なる下級審判例も存するものであり、試案は今日の一般的理解を明文化するものと評価することができる。

イ 上記アのとおりであっても、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。

【意見】

賛成する。

【理由】

本来の債権者による抵当権の実行が、一部を弁済したに過ぎない代位者の存在により制約さ



れるべきではなく、試案の内容で明文化することが相当である。

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】

多数的理解を明文化するものである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

504条は担保保存義務を前提とするものであるが、担保保存義務を正面から規定した方が分かりやすい。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

任意規定であり、かつ、担保免除特約に関する最判平成7年6月23日を変更する趣旨を含まないという説明を前提に、賛成する。

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、その後に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】

判例法理を明文化するものである。

## 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】

特約の第三者に対して対抗できる要件は、第三者の悪意及びこれに準ずる重過失とすることが相当である。

### 2 時効消滅した債権を自働債権とする相殺（民法第508条関係）

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。508条の規律を維持するという（注）の考え方が相当である。

【理由】

相殺適状にある債権債務は清算済みであるという当事者の期待に反するものである。

### 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。509条の規律を維持すべきである。

【理由】

被害者保護という原則を貫徹すべきである。学説が指摘するような事案では相殺合意で対応することが出来るし、合意相殺が出来ないのは、それは、一方当事者（不法行為の損害賠償請求権者）が現実の填補を求めるとい意思の表れであるといえるから、現実の損害填補がなされるべきである。

不法行為債権を受働債権とする相殺を禁止するという現行法の維持でよい。

### 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

- 1 差押えと相殺については、実務的に重要な問題であり、明文化することが相当である。  
学説上の争いはあるが、無制限説は確立した判例・実務であり、無制限説を採用して立法することが穏当である。
- 2 差押え前に原因が生じていた債権については、相殺の合理的期待が認められるものであり、相殺を認めることが相当である。

(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】

賛成する。

【理由】

相殺の合理的期待が認められないものである。

## 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】

賛成する。

【理由】

判例法理を明文化し、合意があればそれに従い、合意がない場合には相殺適状になる時期の順序に従い、同じ順序の場合には法定充当の規定に従うとするものである。

## 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】**

更改の効果は重大であり，更改の意思を要件とすることが判例法理であり，これを明記することが相当である。

## 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】**

反対しない。

**【理由】**

債務引受という手段によらず，債務者の交替による更改という制度によるという実務的ニーズがあるのかは不明であるが，維持することに反対する理由もない。  
維持するのであれば，三者の合意を要求することが相当であると考えられる。

## 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。
- (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。
- (3) 民法第516条を削除するものとする。

**【意見】**

反対しない。

**【理由】**

債権譲渡という手段によらず，債権者の交替による更改という制度によるという実務的ニーズがあるのかは不明であるが，維持することに反対する理由もない。  
維持するのであれば，債権譲渡と整合的な制度とすることが相当である。

## 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・取消しの原因がある場合，旧債務が消滅するのは債権者に旧債務の免除の意思があるといえるかどうかということであり，原因を知っただけで一律に免除の意思があったとすることはできない。517条は不合理であり，削除が相当である。

## 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】

賛成する。

### 【理由】

債務者との合意は不要であり、質権又は抵当権に限定する理由はない。

(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】

賛成する。

### 【理由】

更改により債務が消滅すれば附従性により担保も消滅するから、同時とすることが必然である。

(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】

当然の内容を維持するものである。

(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】

446条2項と整合的にすべきことは当然である。

## 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】**

反対する。

**【理由】**

集中決済機関を介在させた取引は、現時点においても相当程度の重要性を有し、今後の日本社会においてさらに発展し重要性を増していくであろうことよりすると、立法により基本的な枠組みを規定することは望ましいものとも考えられるし、その基本的な根拠規定自体を民法典に一般法理として規定すること自体が選択肢として否定されるものではないと考えられる。

しかしながら、抗弁の切断の問題や債権譲渡のルールとの関係や、債務引受方式を前提とする現行の実務や業法規制との関係について、十分な検討と合意形成がなされているとも考えられない。

また、現在、債務引受方式により実務が回っているものであり、かえって、中間論点整理に対するパブリックコメントの結果では、新たな債権消滅原因に関する法的概念について、現行法下での安定した実務を混乱させるとの懸念も示され、民法に規定を設けることに対する反対意見が多数を占めていたものである。

拙速は慎み、今後検討を重ねるべきであり、少なくとも現時点での立法は相当ではない。

## 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】**

免除によって債務者の利益を害する場面は多くはないと考えられるが、受領(受取)義務を認めた裁判例のような事案を考えると、引渡債務を免除されても、持ち帰り費用等について損害賠償を認めるべき場合もある。

## 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】**

1 契約内容の自由を規定すること自体については積極的な反対はしない。

ただし、「法令の制限内において」という表現については、さらに検討を継続すべきである。

- 2 契約に関する基本原則について契約締結の自由を規定しないことに関する説明と、第27・1の本文の関係については、その基本的な考え方、整合性について理解できない。

#### 【理由】

- 1 契約自由の原則は、所有権絶対の原則とともに、近代社会、近代民法の根幹ともいえる大原則であり、規定をおくことは相当である。もっとも、近代的自由が確立された現代社会、現代民法においては、自由の限界、制約原理こそが、問題となる。そこで、自由を宣明すると同時に、自由には限界、制約があることを示すべきである。しかし、個別規定が制約を具体的に示すものであり、制約原理を簡潔に示すことは困難である。そこで、「法令の制限内において」という規定も理解できる。

もっとも、部会の審議のなかでは、公序良俗、強行規定に反しないことを明示するという考え方や、民法90条、91条をレファレンスするとの考え方も示されており、その方がより分かりやすいようとも考えられるものであり、表現についてはさらに検討をすることが相当である。

- 2 契約締結の自由を外した理由について、「明文の規定を設けることにより、責任が認められにくくなる方向での影響が生じることを懸念する」（補足説明324頁）とすることと、第27・1本文（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）の規定を置くこととの整合性は理解できないものである。

## 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】

反対する。むしろ、原始的不能を理由として無効となりうる場合の規定を設けることを検討すべきである。

なお、原始的不能のドグマは否定されるとの前提での意見である。

#### 【理由】

原始的不能の給付を目的とする契約は無効であるという原始的不能のドグマは否定されるべきである。

しかし、他方で、当事者の合理的意思の問題として、原始的不能であれば契約の効力を生じないと解すべき場合があることも否定されるべきではないし、原始的不能であっても有効とするのが当事者の合理的意思のデフォルトであるとは言えないものと考えられる。

むしろ、錯誤等によることなく、原始的不能であることを直接理由とする無効主張の根拠規定を設けることを検討すべきと考えられる。

「1 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のみによっては、その効力を妨げられないものとする。2 1にかかわらず、契約の性質、履行請求権の内容、不能（限界事由）の生じた原因、取引の慣行等より、契約の当事者が、不能（限界事由）が成立の時点で生じていたことを知っていた場合には契約をしなかったものと合理的に考えられる場合には、契約の効力は生じない。」といった内容の規定を設けることも考えられうる。

## 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】

規定を設けないとする(注)の考え方が相当である。

#### 【理由】

契約の解釈の問題として、本来的な給付義務のほかの義務を導くことは可能であり、契約の解釈により義務を導くことが本筋と考えられる。

もっとも、契約の規範的解釈によっても導きえない場合に、信義則を根拠として、付随義務や保護義務といわれる義務が認められる場合もあるものと考えられるが、契約の規範的解釈によっても導けない義務を信義則によって認めることは、限定的な場面というべきである。

個別の事案ごとによって契約上の解釈によって対応し、解釈によって導きえないときには信義則を根拠に具体的に検討することが相当である。

### 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 消費者契約に民法の規定を適用する際の理念的規定を設けることに賛成する。

試案に「のほか」とある点について、形式的には消費者契約法の定義による消費者契約に該当しないが同価値の評価を受ける構造的格差を含める趣旨であると理解したうえで、基本的に賛成する。

2 (注)の2文に示された『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』には反対である。

#### 【理由】

1 (注)の1文に示された「このような規定を設けないという考え方」については、原理的には、2点の論拠が主張されてきているように思われる。

1つの論拠は、民法は近代市民社会の平等対等な関係を規律する法であり消費者契約法とは異質であるというものである。もう一つの論拠は、民法は一般法であるから消費者契約という特則を定めることは許容されないとするものである。

2 しかし、原理的に許容され得ないとすることには根拠がない。

消費者契約法は近代民法と異質なものではない。個人が、自由意思に基づいて自己決定し、自己責任を負うという、自己決定・自己責任原則が、近代民法の基本原則である。消費者契約法は、消費者が、自律した取引主体として、自己決定をし、自己責任を負うという環境を整備するもので、自己決定・自己責任原則という近代民法の原理を貫徹したものである。し



たがって、消費者契約に民法の規定を鉄橋する際に、消費者契約の目的規定と同様の理念規定を設けることが、原理的に許容されないものではない。

また、民法には、あまねく誰にでも適用されるルールしか定めてはならないという普遍的なルールが存するものでもない。比較法的にも、商人という概念で規律する商法と民法が同一の法典に定められている例もありますし、消費者契約の規律が民法典に規定されている例も存する。あるいは、我が国の現行民法を考へても、貸金等根保証契約の規定が設けられているが、個人が一定の保証する場合の特別ルールを置いているものである。民法が一般法であるからといって、消費者契約に民法の規定を適用する際の理念規定を設けることが原理的に許容されないとする根拠はないものである。

- 3 今日社会において民法の適用される契約の大半は、消費者契約であり、この消費者契約こそが、現行民法典制定当時から現代社会への社会・経済の変化を示すものも他ならない。

近代民法が制定された当時、実社会で取引の主体として実際に登場するのは、ブルジョアジーであり、わが国においては家産を有する家長であった。すなわち、一定の資産、教養や強さをもった人である。契約についても、特定物の単発的な売買等を典型として想定されているように思われる。たとえば、家長間で、家産である土地や家畜などを売買や交換することについては、立場の互換性も存したであろうし、情報・交渉力・判断力の構造的格差はない。

これに対して、現代社会では、大量生産、大量販売、大量消費、商品の複多様複雑化、サービス契約などの契約類型の多様複雑化、高度情報化等が進み、近代社会と様変わりをしていく。すべての人間が消費者という取引主体として市場に登場している。大量生産・大量販売・大量消費化等により立場の互換性がなくなった社会では、消費者と事業者ということをもマスで想定でき、事業者は消費者に対して、総体的に、情報・交渉力・判断力において優位性を有しているという構造的格差が存在しているといえることができる。また、ブルジョアジー、家長という存在だけではなく、すべての人間が取引主体として市場に登場する今日においては、様々な消費者被害が示しているとおおり、取引主体である生身の等身大の人間は、そんなに強いわけでもないし、完全な合理性を有しているものでもないことが明らかになっている。

情報・交渉力・判断力の不均衡が構造的に存在する現代社会において、劣位者の自律的な決定への法的支援がなく、形式的平等を貫くならば、実質的には自由な自己決定が保障されず、実質的には他者による決定を形式的な自己責任の名において追及されることとなるが、これは、実質的に自己決定権が侵害され、実質的に私的自治・契約正義に反することとなる。また、対等平等という前提の崩れた現代社会において、近代市民法の基本原理である自己決定・自己責任を貫徹するために、私人の権利行使による公正な市場・社会の実現が重視されてきていることよりすれば、情報等格差の是正という競争法的課題について、民事実体法は重要な位置づけを有する。さらに、現代社会における市場の高度化・専門化に伴う消費者の事業者への依存とかかる市場に参入することに伴う事業者の社会的責任ということに、信義則等により、消費者の情報の収集や分析等の失敗の不利益を事業者に転嫁することの正当化の根拠を見いだすことができる。

近代から現代への社会の変化を踏まえ、自己決定を実質的に保障し、自己責任の基盤を整備することは、近代民法の基本原理の制約ではなく、その発展・現代化であり、このようなものとして、信義則等が展開してきたものである。

そして、消費者契約という概念は、情報・交渉力・判断力についての構造的格差を類型化的かつ広範に捉えたものである。すべての人間は消費者であるともいい得るのであり、消費者契約は特別な類型でなく、現代社会では最も一般的な形態であり、現代社会において民法の規定が適用される場面の典型ともいえる。

以上のとおおり、消費者契約に信義則等の民法の規定を適用する場合の解釈理念規定を民法

典におくことにも十分な根拠が存するものである。

- 4 形式的には消費者契約に該当しない場合であっても、個人や零細企業が、大規模企業との間で、事業との関連性が薄く、情報の質及び量並びに交渉力の格差という点で消費者契約と価値的に同視できるような場合には、信義則の適用等について異にする実質的理由はないものである。

消費者契約を示したうえで、形式的には消費者契約に該当しなくとも、同様に評価できる構造的格差のある契約については、信義則等の民法の規定の適用について、消費者契約と同様、その格差に配慮すべきものであるから、このことを明確化することには意義がある。

ただし、「のほか」という文言が適切であるか否かは、さらに議論の余地があろう。

- 5 これに対し、消費者契約を例示しないとすると、構造的格差、類型的格差を示すものではなくなるから、そのような規定の持つ意味は、試案とは完全に変容してしまうこととなる。

構造的・類型的格差を対象とするものでもなく、また、格差を不当に利用した状況を対象とするものでもなく、ただ格差があれば配慮するとするのであれば、そのことがどのように法理論的に基礎づけられるのかは定かではなく、法的介入の指標足り得ず、情緒的、道徳的な意味以上のものを持ちえないものになるものと考えられる。

## 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 反対する。
- 2 契約交渉の不当破棄による損害賠償が認められる場合があること自体は一般的な理解であり、裁判例も蓄積されており、不当破棄に関する規定を設けること自体に必ずしも反対するものではない。  
また、ただし書だけをみるならば、損害賠償義務が求められる場合の要件として不適切なものではないと考えられる。
- 3 しかし、本文・ただし書という形式で、ただし書に該当しない限り、契約が成立しないことによる損害賠償義務は認められないとする試案の内容は不適當なものである
- 4 試案と「民法 1 条第 2 項という一般規定があれば足り」という考え方の択一で検討すべきではない。たとえば、具体的な法律要件・法律効果を規定せずに、契約総則として、民法 I 条第 2 項より抽象度の低い理念的規定（いわば中間的な一般条項）を置くということも検討されてよい。

#### 【理由】

- 1 試案は、〔第 26 契約に関する基本原則等〕においては、契約の契約締結の自由について規定を置かないという選択をしている。これは、労働契約や不動産賃貸借における差別の問題等から、締結締結の自由を明記することに反対する意見の存在によるものと思われる。このことと、この試案の本文において、ここまで具体的な規定を置くことの整合性について、お

よそ理解することができない。

- 2 契約を締結するか否かは自由であるのが原則であり、契約を締結しないことによって損害賠償義務を負うことは例外であるから、例外を規定するなら、原則を規定すべきという意見については、およそ理解できないというものではない。

しかし、試案は、本文において「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」と言い切り、ただし書として例外を規定するものであり、ただし書に該当しない限り、損害賠償責任を負う余地がないかのような体裁となっている。

試案が、ただし書以外には損害賠償責任を負う余地がないとするものであれば、不適切である。まず第1に、試案ただし書に該当しなくとも、契約成立に関する相手方の信頼を裏切ったことについて損害賠償が認められた事案には、最判昭和59年9月18日等が存し、学説や学者らによる立法提案（基本方針）も、契約交渉の不当破棄に関して責任が肯定される場合が、試案ただし書に限定されるとの理解は示していないものである。また、第2に、国籍等を理由とする契約拒否について、契約の成立が確実であると信じた場合以外には損害賠償を認める余地は封殺することとなるが、そのようなコンセンサスが形成されているものとも考えられない。

他方、かりに、試案が、ただし書に該当しない場合でも、不法行為の要件を満たせば、「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う」ことを前提とするならば、分かりやすいものではなく、やはり不適切である。

- 3 契約交渉の破棄といわれる事案の分類については、たとえば、「信頼裏切り型」と「誤信惹起型」という分類がなされている（池田清治「契約交渉の破棄とその責任」）。学者らによる立法提案をみても、基本方針【3.1.1.09】は、2類型を提案している。

「誤信惹起型」と言われる類型について、賠償責任が生じるのは、相手方が契約の締結が確実であると信じた場合に限られると理解されているものではない。（池田前掲26, 331頁、民法（債権法）改正検討委員会編「詳解債権法改正の基本方針Ⅱ」40～41頁等）。交渉破棄について、相手方に契約締結が確実であるとの信頼が生じていなくとも、契約締結の可能性がないのに、あると誤信させて交渉を継続した場合には、相手方に契約締結が確実であるとの信頼が生じなくとも、信義則違反による責任が認められうる。最判平成59年9月18日は、かかる事案であると理解されている（池田前掲26頁、岡口基一「要件事実マニュアル第2巻（第3版）」9頁等。ただし、内田貴「契約の時代」74頁は「確実に購入するとの信頼を得る主に与え」た事案とするが、疑問である。）。

試案は、「損害賠償義務が発生するための要件として、まず、相手方が契約の成立が確実であると信じたことが必要である」（補足説明337頁）とするが、「契約の成立が確実であると信じたこと」を要件とするならば、最判平成59年9月18日については損害賠償義務が認められないこととなり、裁判実務やこれを支持する学説と反することとなる。相手方に契約締結の可能性のあるものと誤信を生じさせながら、その誤信を矯正するための何らの措置もとらず、そのために相手方が契約交渉のために費用を支出した場合について、損害賠償の余地を封殺する立法に合理性があるものとは考えられないものである。

- 4 試案は、契約締結の自由について規定していないが、その理由について、「今日においては、契約締結の自由及び相手方選択の自由については、その存在よりもむしろこれらの自由に対する制約の存在を示すことが重要であるとの指摘もある。たとえば、契約の相手方を選択するに当たり、その国籍や職業等を理由に差別的な取扱いをすることや、契約交渉が一定段階に進んだ後に一方当事者が契約交渉を不当に破棄することまで自由なわけではなく、不法行為に関する規定や契約交渉の不当破棄に関する規定（後記第27・1）の解釈・適用によって損害賠償責任を負うことになると考えられるが、契約締結の自由や相手方選択の自由について

の明文の規定を設けることにより、これらの場合について、責任が認められにくくなる方向での影響が生ずることを懸念するものである」(補足説明 324 頁)としている。

しかし、本文で「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。」と言いきり、ただし書を置くのであれば、ただし書に該当しない限り、責任を負わないことになるが、試案のただし書には、契約の成立が確実であると信じた場合しか規定されていないものである。

国籍を差別とする賃貸借契約拒否等の紛争は深刻な問題となっているが、この試案によれば、契約の成立が確実であると信じた段階に至った後でなければ、国籍差別を理由とした契約拒否について、責任が発生する余地はなくなることとなるが、立法によって解釈の余地を封殺することについてコンセンサスがあるとは考えられないものである。

5 試案は、明確な要件・効果を志向するものであるが、裁判例は、当該事案を詳細に検討して具体的妥当性を探り、信義則の判断をしているものである。

試案のように要件・効果を具体的に規定するか、規定を設けずに民法1条2項に委ねるのかの択一ではなく、民法1条2項よりは抽象度の低い理念的規定を置くことも検討されるべきである。

## 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】

試案には反対する。

### 【理由】

1 試案は、本文で「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」とし、ただし書で損害賠償義務をおう場合の要件を具体的に規定するという形式である。つまり、試案は、本文を置くことにより、ただし書に該当しない場合の情報提供義務違反による損害賠償義務が生じる余地を封殺するものである。

2 情報提供義務が認められる原理的根拠については一義的な理解があるものでもなく、様々な議論がなされている。

試案の(3)よりすると、情報非対称という格差を捉える規定のようにも思われる。そして、試案の本文に相当する規定がなく、ただし書に該当する規定のみが置かれているとするならば、要件も厳格に絞り込まれており、賛成しうるものである。

3 しかし、本文で包括的に情報提供義務を否定してただし書をおき、ただし書に該当しなけ

れば情報提供義務が生じないという規定の形式をとるならば、ただし書ですべてを書き切ることが必要となる。そして、試案は、ただし書を抽象的なものとせず、極めて具体的に要件設定をしているが、このただし書が、情報提供義務が生じる場合をすべて受けるものとは考えられず、次々と疑問が生じることとなる。

自らの先行行為に基づいて相手方に誤認を惹起させた場合には是正のため告知義務が生じないのか、専門家に全幅の信頼を置くような事案においては、契約の解釈から導かれる以外については、相手方が入手可能な情報について情報提供義務を負うことはありえないのか、契約をすることにより相手方の生命・身体・財産などの安全に危険が生じうる場合には相手方が情報入手をすることが可能であれば情報提供義務を負わないとして良いのか、このようなことに終止符を打つような体裁の規定を設けることは適切ではない。

- 4 本文とただし書という体裁での規定を設けることには反対であるが、かりにそのような形式で条文をつくるのであれば、ただし書は、信義則により認められる場合があることを示すような形とすべきである。

その際には、日弁連の情報提供義務に関する提案「契約の性質、当事者の属性、当該契約の交渉の経緯、当該交渉過程でなされた合意の存在及び内容その他の事情に照らして、契約当事者の一方が相手方に対して、信義則上、契約を締結するか否かに関し相手方の判断に影響を及ぼすべき情報を提供しなければならない場合において、当該情報を提供しなかった一方当事者は、これによって相手方が被った損害を賠償しなければならない」（民法（債権関係）に関する意見書（その2））は、参考になるものと考えられる。

- 5 試案のように要件・効果を明確化する規定を設けることと規定を設けないという（注）の考え方との、択一とすることは適当ではない。

信義則を根拠に情報提供義務が認められた裁判例は夥しい数があるが、裁判例はいずれも、当該事案を詳細に検討して具体的妥当性を探り、信義則の判断をしているものである。

試案のように要件・効果を具体的に規定するか、規定を設けずに民法1条2項に委ねるのかの択一ではなく、民法1条2項よりは抽象度の低い理念的規定（いわば中間的な一般条項）を置くことも検討されるべきである。

## 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

異論のない考え方を簡潔に示すものである。

- (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】

反対しない。

【理由】

一定の具体性がなければ法的拘束力のある合意にはならないということを示すことの意味はある。

## 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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

撤回可能性を留保していた場合に撤回できることを明確化することが相当である。

(2) 民法第522条を削除するものとする。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

通知の延着のリスクは通知者が負うものとすべきである。

## 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。

（注）民法第524条の規律を維持するという考え方がある。

(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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

撤回可能性を留保していた場合に撤回できることを明確化することが相当である。

(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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

商人間以外においても規律を明確化すべきであり、試案は一般的な解釈に従ったもので相当である。

## 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。

### 【意見】

賛成する。

【理由】

対話者間の規律を明確にすべきであり、試案は一般的な解釈に従ったもので相当である。

(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】

賛成する。

【理由】

商人間以外においても規律を明確にすべきであり、試案は一般的な解釈に従ったもので相当である。

## 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状況にあるものと名り、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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法の解釈としては、申込みが発信されてから到達するまでの間に発信者が死亡等をした場合に限定されるが、申込みの到達後から承諾の発信までの間について別に解する合理的理由は無い。また、意思能力の喪失も同様の規律とすべきである。

(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】

賛成する。

【理由】

到達主義を採用すると、承諾者の死亡等についても規律を設けることが必要となる。到達主義の採用を前提に、承諾者の死亡等についても、承諾が到達する前に申込者がその事実を知ったときは効力を失うとすることが相当である。

## 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。

(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】

賛成する。

【理由】

現行法は、隔地者間の契約の成立について、原則を修正した発信主義を採用しているが、現行法制定当時との通信事情の相違を考えれば、もはや今日において到達主義という原則を修正する合理的理由はないものである。

(2) 民法第527条を削除するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

527条は発信主義を前提としてのものであるが、到達主義に改めるべきであり、これに伴い不要となる。

## 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

客観的に懸賞広告者の期待が実現しているものである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

懸賞広告の有効期間について規律を設けることが相当である。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

指定行為をする期間を定めた場合には、反対の意思表示のない限り、当該期間内の撤回は認めるべきではない。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法維持でよい。

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】

賛成する。

【理由】

530条1項と2項については、広告者が選択できることが合理的である。

## 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】

反対。(注)の契約の解釈に関する規定を設けないという考え方が相当である。

【理由】

試案の内容自体は、今日の学説の支配的見解であるように思われる。しかし、契約の解釈については、学説においても変遷があったものであり、契約の解釈の在り方を条文化して固定することは相当ではない。また、かかる規定を設けなくとも、実務的な支障が生じるもので

はない。

### 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】

約款規制が求められる根拠は、交渉力の格差（約款使用者の相手方は、約款で契約するか否かの択一で交渉の余地がない [テイク・イット オア リーブ・イット]）及び内容を十分に認識し得ず希薄な意思しか認められないことにあるものと考えられる。

交渉の余地がなく、意思が希薄である場合をとらえるものとして、試案の定義は相当である。

#### 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、契約締結時までには、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、契約締結時までには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】

約款の組入要件を規定すること、合意を要件とすることについては賛成であるが、認識については、(注)の考え方が相当である。

#### 【理由】

契約の拘束力の根拠が当事者の合意にある以上、約款の内容が開示され相手方に提示されることを原則とすべきである。そのうえで、交通機関の運送契約や各種ライフラインの供給契約など、多数を相手に画一の詳細な約款で取引をするなど、当該約款取引の性質上、原則によることが著しく困難である場合についての例外を定めるべきである。

#### 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】

約款の拘束力の根拠が当事者の合意にある以上、約款に含まれていることを合理的に予測できない条項については、拘束力を及ぼす根拠がないものである。

#### 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。

(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】

約款の変更要件について規定すべきであり、引き続き検討することに賛成である。

##### 【理由】

一方当事者が相手方の同意なく契約内容を変更することはできないことは大原則であるが、交通機関の運送契約、ライフラインの供給契約、保険契約等の現代社会における約款の利用状況を考えると、画一的に変更すべき合理的な必要性がありながら個別同意を得ることが著しく困難である場合における例外は認められるべきものである。ただし、例外であるから、必要最小限度にとどめ、相手方に不利益の内容に合理的なものに限定されなければならない。

#### 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。

##### 【理由】

約款取引は、類型的に交渉力の格差があり、相手方に不当に不利益な条項が設けられる契機、危険性が定型的に存するものである。そして、条項について個別交渉をせず、希薄な意思しか認められないにもかかわらず、当該条項が存しない場合と比較して、不当に利用者に不利益な条項を設けても、その効力を正当化することはできないものである。

#### 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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

現行法を維持することに異論はないものと思われる。

(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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

判例・通説であり、明文化すべきである。

(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。

### 【意見】

基本的に賛成する。ただし、受益者に不利益がない場合には意思表示を不要とする余地がないかについて検討すべきである。

### 【理由】

受益者の不利益がない場合について、規範的な評価によって黙示の意思表示を認定することで妥当な結論が導かれている事案も存することに留意すべきである。

(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】

賛成する。

### 【理由】

諾約者が債務を履行しない場合、要約者が履行請求することは必要であり、かかる請求が認められるとするのが一般的理解である。

## 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をする必要性があり，他方，受益者の承諾があれば認めることによる不都合も想定できない。

### 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。

#### 【意見】

引き続き検討することに賛成する。

#### 【理由】

事情変更の法理については，具体的事例において最高裁判決が適用を認めた事例は無いが，法理の存在自体は認められることを前提に当該事案の当てはめにおいて適用を否定したものであり，この法理の存在自体は争いがないものといえる。

また，要件について，4要件とするか，4要件をさらにまとめて整理するかはともかく，実質的に共通理解が成立しているものと考えられる。

かかる法理が存在すること及び4要件自体はほぼ共通理解であることよりすると，明文化について積極的な検討がなされてよいとは考えられる。もっとも，他方で，例外中の例外ともいべきもので実際に適用される場面は余りにも限定されたものであり，また，その法理が存すること自体はほぼ争いがないのであるから，明文化をしなないことによる実務的な弊害も考え難いものではある。

事情変更の法理について，もっとも大きな問題は，その効果である。再交渉義務について反対意見が大きい，たとえば，解除の手続的要件とすることが本当に考えられないものであろうか。事情変更による解除という例外中の例外を認めるために，再交渉というプラス $\alpha$ の手続要件を課すことが検討すらも許されないと最初から決めつけず，引き続き検討を続けてよいと考えられる。

また，事情変更の法理の適用要件を満たすのは事情の激変があった場合に限られるものであるが，かかる例外の例外ともいべき事態に対して，解消と存続の中間に，司法的改訂ということが絶対に許容すべきではないと言い切れるものであろうか。裁判所の負担といっても，そもそも4要件を充足した例外中の例外の事案しか，改訂の判断に入らないのであり，不可能とまでは言うことはできないように思われる。

事情変更の法理を必ず設けるべきと考えるものではなく，かりに規定を設けるとしても慎重に検討すべきであるが，直ちに論点から落とすべきとも言えず，引き続き検討することに賛成である。

### 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続開始，再生手続開始又は更生手続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、再生手続又は更生手続が開始された後は、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】

反対。規定を設けないという(注)の考え方が相当である。

#### 【理由】

不安の抗弁権という法理が存在すること自体は共通理解と思われる。

しかし、他方で、要件について共通理解があるとも考えられず、この法理の行使が、弱っている事業の血流を止めて致命的効果をも与えることよりすると、その要件については極めて慎重な検討が必要である。他方で、濫用的な主張を警戒するあまりに、争いのない限定的な内容に絞り込んで明文化すると、規定されない部分については、逆に立法により主張の余地がなくなり、健全な法理の発展を逆に阻害することにもつながりかねない。

現時点で要件について合意形成は困難であり、少なくとも今般の改正での明文化は相当ではない。

## 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。

#### 【意見】

反対する。

ただし、基本方針【3.2.16.14】〈3〉のような、更新拒否が信義則に反する場合には更新拒否が認められないことを示す規定を置くことに反対するものではない。

#### 【理由】

1 更新拒否が、信義則に反する場合には更新拒否が認められないことは、判例法理として認められているものであり、格別の異論もないところと思われる。

しかし、期間の定めのない契約の一般的な原則として、「正当の事由」がなければ更新拒絶をできないとするルールが存するものとは考えられない。

2 ①第1段階として、信義則上、契約更新拒否をするために正当事由が求められるか否かが審査され、②信義則上、正当事由が必要という判断が成り立ってはじめて、正当事由の有無が審査されるものというべきである。

試案によれば、試案は、第1段階の審査をなくし、正当事由の有無の判断が必ずなされる

ことになるが、不合理極まりないものである。

労働契約における有期労働契約の更新と対比しても、その不均衡は余りも明らかである。労働契約法19条は、有期雇用契約のすべてについて、更新拒否に解雇権濫用法理が適用するものではない。①反復継続して期間の定めのない労働契約を終了させることと同視できる場合に該当するか、または、②更新期待に合理的理由がある場合に該当して、はじめて解雇権濫用法理が適用されるものである。

労働契約という生存にもかかわる契約類型としてその存続に特別な考慮がなされている契約類型においてすら、当然に更新拒否に正当事由が求められているものではないことと比較しても、試案の不合理性は明らかである。

- 3 なお、基本方針【3.2.16.14】〈3〉は、更新の「合意が認められない場合であっても、契約の目的、契約期間、従前の更新の経緯、更新を拒絶しようとする当事者の理由その他の事情に照らし、更新を拒絶することが信義則上相当でない」と認められるときは、当事者は、相手方の更新の申し出を拒絶することができない。」とするもので、試案とは異なるものである。

信義則に反する場合には更新拒否が認められないということと、正当事由がなければ更新を拒否できないとすることは、同義ではない。

## 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。

### 【意見】

反対する。

### 【理由】

「正当な事由」がなければ、期間の定めのある契約の解約申入れの効力が生じないとするルールが、現行法下の確立したルールとして存在するものではない。

信義則違反や権利濫用等として更新拒絶が認められない場合があること自体は争いがない。

また、当該契約について、正当事由のない更新拒絶が信義則違反として認められないとする事案はあるものとは考えられる。さらに、契約によっては、「やむを得ない事由」がなければ終了を認めるべきではないと解釈される場合もありうるものと考えられる。

しかし、期間の定めのない契約の一般的な原則として、「正当の事由」がなければ更新拒絶をできないとするルールが存するものとは考えられないものであり、試案が、継続的契約の終了について適切なルールを定めているとは考えられない。

## 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

一般的な理解を明文化するものである。

## 第35 売買

### 1 売買の予約（民法第556条関係）

民法第556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。

【理由】

両当事者が予約完結権を有する場合を排除する必要はない。

### 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。

【理由】

履行の着手について、学説の多数が支持する判例法理を明文化するものである。

### 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

【意見】

賛成する。

【理由】

売主のもっとも基本的な義務である。

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

【意見】



賛成する。

【理由】

対抗要件を具備させる義務があることに異論はない。なお、対抗要件具備に協力する義務であるとの意見もあるが、たとえば、現行法下における債権譲渡通知を考えると、協力する義務とすることは適当ではない。

(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。

(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

【意見】

賛成する。

【理由】

「瑕疵」担保責任という用語を残すか否かにかかわらず、義務の内容としてはこの表現でよい。取引慣行や通所有すべき品質等は、契約の趣旨の判断において考慮されることになるものと考えられる。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

法制審議会部会において、地上権を並列的に挙げることへの疑義を示す発言もなされている。たしかに、地上権については、収益物件として負担がついたままという契約も存するであろうが、あくまでデフォルトルールを定めるものであるから、デフォルトは何かと言えば、地上権についても負担のないことであると考えられる。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法を維持するものである。

#### 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。

【意見】

- 1 「瑕疵」という語を廃止することには反対であり、「瑕疵」の語を残したうえで、その定義として契約不適合を示すことが相当である。
- 2 「隠れた」を要件としないことも含めて、規律の内容自体には賛成である。

【理由】

- 1 「瑕疵」という語は、一般的に傷や欠陥をあらわすものとして理解されうるものであり、本来、適切な用語の選択であるのかについては疑義もあり、これを改めるという提案は理解できないものではない。しかし、115年余にわたって我が国根づいてきた民法典の改正は、白地に地図を書くような作業をしている訳ではない。現行法下において、契約条項や、或いは他の法令においても「瑕疵」という用語が用いられてきており、用語の変更が、少なくとも一定期間は、契約実務の現場等に多大な負担をもたらすことは確実であると考えられる。そうすると、「瑕疵」という語を残したうえで、その定義規定をおくことが、穏当であると考えられる。
- 2 契約の趣旨に適合しているか否かの判断は、取引慣行や通常有すべき性質を考慮して判断されるものであり、あたかも取引慣行等と無関係となるかの如き批判はあたらないものとする。 「契約不適合」という語をもちいれば当然、「瑕疵」という語を維持するとしても、契約の趣旨に照らして判断されるものであり、買主の主観はその判断に取り込まれるものであるから、かさねて「隠れた」という要件を課す必要はない。

(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。

【意見】

債務不履行の一般原則に従うとすると、損害賠償をするためには、相当の期間を定めて追完（修補ないし代物請求）の請求をすることが前置されることになるものと考えられるが、現行法の請負の担保責任と同様に、修補請求と修補に代わる損害賠償請求が併存し、選択的に行使できるとすべきではないかということを検討すべきである。

【理由】

瑕疵ある目的物（もしくは契約に適合しない目的物）が交付されたことにより、売主に対する信頼が崩壊することはありうるものであり、かかる場合にも、信頼関係のない相手に対して、まず追完を請求しなければならないとすることが適切ではない場面が生じうる。現行法においても、請負人の瑕疵担保責任は原始的不能の問題ではないが、債務不履行の一般原則とは異なる規律がなされて、修補請求と修補に代わる損害賠償請求を選択できるものとされている。たとえば、新築住宅を購入する場合を考えると、現行法の請負の瑕疵担保責任と同様に、買主の選択を認めることが相当と考えられるようにも思われる。

(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】

規定を設けないことも選択肢とした慎重な検討が必要である。

### 【理由】

買主の請求する内容が契約の趣旨に適合し、かつ、売主に不当な負担を課さない場合でも、売主を優先させる根拠が不明である。

## 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である場合において、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】

賛成する。

### 【理由】

1 債務不履行責任とは異なる、法定の無過失責任として、代金減額請求権を定めるという提案である。

債務者に免責事由がない場合のみを考えるならば、債務不履行による損害賠償請求権と売買代金請求権を相殺することにより、減額をすることができ、代金減額請求権という権利は不要である（買主が売買代金減額を請求することは、債務不履行による損害賠償請求との相殺と法性決定されることになろう。）。

しかし、債務者に債務不履行責任の免責事由が存するため損害賠償請求権と代金を相殺することができない場面を考えると、有償契約における対価の均衡をはかるため、債務不履行責任とは異なる（債務者にとっては無過失責任となる）代金減額請求権という制度を設けることが相当であると考えられる。

2 代金減額請求権を行使するのであれば、債務不履行責任の行使は許容されるべきではない。代金減額請求権の行使は債務不履行責任の追及を不可とすることよりすると、たとえば、交渉の過程で代金減額を求めれば直ちに代金減額請求権と法性決定され、事後は債務不履行責任を追及できないとするような制度が不相当であることに異論はないものと思われる。そこで、債権者が、債務不履行責任の追及を不可とすることを認識しながら、あえて無過失責任である代金減額請求権を行使したことが明確である場合にのみ、代金減額請求権の行使と法性決定される制度とすべきであり、試案(3)は相当である。

もともと、このような制度とすると、無過失責任としての代金減額請求権と法性決定される場合は極めて限定されたものになると考えられるが、そもそも、結果債務である売買契約の目的物に瑕疵（若しくは契約不適合）がありながら免責事由が認められることは極めて例外的であり、殆どの代金減額請求は、債務不履行による損害賠償請求権の相殺ととえられるものである。

## 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、売主が引渡しの際に目的物が前記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】

甲案が相当である。

### 【理由】

瑕疵担保責任（若しくは契約不適合の責任）を契約責任とすると、債務不履行責任の一般原則とは異なる特別の短期期間制限を設ける積極的根拠が必要となるが、例外を設けることを基礎づけるに足りる理由はないものとする。

## 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、売主が引渡しの際に目的物が前記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】

反対する。

### 【理由】

事業者概念を民法典に取り入れることが原理的に許容されえないとの立場に立つものではないが、商行為法（商法典）が存在するのであれば、ビジネスルールはそこに規律すべきもの

とも考えられる。現行の商人概念に該当しないがビジネスルールの規律を及ぼすべき対象があるのであれば、商人概念を見直すなどの対応も考えられる。

事業者という要件による具体的なビジネスルールの民法に取り込むか否かは、商法典、商行為法の存続をも含めたその在り方や民法典との関係という大きな問題にかかわることになる。そこで、少なくとも今次の民法改正においては、事業者概念は、改正に伴う影響を回避するための必要最小限度の導入にとどめるべきであり、事業者という要件による具体的なビジネスルールの民法典に積極的に新設することは控えるべきである。

## 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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

売主の認識及び買主の認識により、一般原則と異なる規律をする現行法には合理性がないものである。

(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】

賛成する。

### 【理由】

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）のとおり。

## 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）

（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。

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。

**【意見】**

方向性には賛成する。

ただし、執行実務への影響も大きく、今次の民法の改正で直ちに改めることについては慎重な検討が必要である。

**【理由】**

競売においては、相当程度の減価修正がなされ、買受人もリスクを承知で買い受けるのであるから、物の瑕疵について瑕疵担保責任は排除する現行法維持という意見も有力である。

しかし、競売について、特定の知識、経験のある者のみが、リスクを承知で入札に参加し、市場価格よりも減価修正されるということを、今後も維持しなければならないという絶対的な理由はなく、物の瑕疵担保責任の追及ができないことをあらため、競売人の保護を図り、ひいて競売手続に対する信頼性を高める方向性は正しいものと考えられる。

もっとも、裁判所や金融機関からの強い反対があるとおり、執行実務への影響は極めて大きいものと考えられる。民事執行のあり方などを含めて多角的に検討すべきであり、ただちにかかる改正を民法の改正として行うべきかについては、慎重な検討が必要である。

(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らずながら申し出なかったとき、又は債権者がこれを知らず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。

**【意見】**

反対する。

**【理由】**

債務者の申告義務の根拠が不明であるし、債権者に瑕疵ある物の競売を請求してはならない義務を認めることはできない。

(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。

**【意見】**

(1)を前提とするならば、賛成する。

【理由】

配当を受けた債権者の立場を考えれば、期間制限は必要である。

## 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するものに限る。）を受け取る義務

【意見】

反対しない。

【理由】

現行法のもとでの判例法理は、一般的な受領（受取）義務はないが、個別的事情に応じて受領（受取）義務が認められるというものであり、これを変更する提案である。

判例法理で格別の不都合があるとの認識はないが、契約の趣旨に適合しない場合には受領（受取）義務がないことが明記されるのであれば、反対する理由もないように思われる。

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】

賛成する。

【理由】

登記引取義務については判例においても認められているものである。

## 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法を維持するものである。

(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】

賛成する。

【理由】

判例法理を明文化するものである。

## 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、買主がその買い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】

「権利を主張する者がある」場合以外にも拡張することには賛成であるが、要件の文言については慎重に検討をすべきである。

【理由】

買主の権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも、買主の保護の要請がある点では変わりはない。しかし、要件が抽象的であり、濫用が懸念されないわけではない。

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】

一般的な理解を明文化するものである。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行 534 条の不合理性には異論がないものと考えられ、危険移転時期のデフォルトルールを引渡し時とすることが相当である。

(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】

賛成する。

【理由】

受領（受取）遅滞の効果として争いがない内容であり、明文化すべきである。



## 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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

制度を利用しやすいものにするため任意法規化することが相当である。

(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】

賛成する。

### 【理由】

契約と同時に登記することを求める必然性はない。

## 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を表示し、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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

- 1 贈与について諾成契約とし、また要式契約としないことを維持することに反対しない。  
贈与については、意思決定の慎重さを担保する必要がある、いわゆる宗教トラブル等を考えると、要物契約化や要式契約化すべきとの意見があることは理解できないわけではないが、我が国における現在の贈与の実態を考えると、要物化ないし要式化をしないで現状を維持することにも相応の根拠があり、現状を維持することに賛成する。宗教トラブル等については、公序良俗規定の現代化や、動機の錯誤に関する規定の整備等、民法の改正全体で実現すべき課題である。
- 2 「自己の」を削除する点及び「財産権」とする点は、一般的な理解である。

### 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。

(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。

(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。

#### 【意見】

「瑕疵」という表現を改めることについては売買や請負に平仄をあわせるべきであるが、その余は賛成。

#### 【理由】

売買や請負に関しては、「瑕疵」の文言を維持すべきと考えられる。贈与の箇所のみをみるならば、「契約の趣旨に適合していない」という表現が適切とも考えられないではないが（売買や請負においては、契約書の雛形や特別法において「瑕疵」が用いられている現状を考慮する必要があるが、贈与についてその必要性は乏しいものと考えられる。）、同じ概念について異なる文言を使うことは適切ではなく、売買や請負等と平仄をあわせるべきものと考えられる。

責任の性質は、契約の趣旨に適合しない場合の契約責任であると考えられるが、無償契約における契約の趣旨より、551条の規律内容が導かれるものと考えられることもでき、実質的に551条を維持する試案に賛成である。

### 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】

慎重な検討が必要である。

#### 【理由】

贈与契約が無償であることを考えると、たしかに、双務契約とは異なる特則を設けるべきとも考えられる。しかし、負担付贈与については、対価ではないとしても、双務契約と価値的に同視できる事案もあるものと考えられ、慎重な検討が必要である。

#### 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】

無償契約である贈与について履行前の事情変更がある場合には、履行前の受贈者側の履行に対する期待は、有償契約における履行への期待と比較すれば弱いものといえる。かかる特質に照らすと、履行前の事情変更による解除を認めることが相当である。

#### 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】

受遺者の非行による贈与契約の解除の規定を設けることには基本的に賛成であるが、履行の前後で規律を区別していないことには反対である。

##### 【理由】

贈与は人間関係に基礎を置くものであり、著しい非行がある場合の解除を認めるべきである。ただし、履行期前と履行後では、状況が異なり、規律を異にすることが検討されるべきである。

### 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。

(2) 上記(1)にかかわらず、書面とする消費貸借は、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。

(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、磁気的方式その他の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】

反対しない。

【理由】

- 1 消費貸借を原則として要物契約としたうえで、書面による消費貸借を諾成的消費貸借とする提案である。諾成的消費貸借が認められるとするのが判例法理であり、587条を見直すことは理解できる。そして、消費貸借の成立を厳格にすべきことよりすると、要物性若しくは書面による要式性を要求する試案の意図する目的は、理解できる。
- 2 もっとも、書面による諾成的消費貸借という類型を新設することで、目的物交付前に、「貸す義務」、借りることを約したことに関する責任を負わせることにより生じる問題について、書面性を要求して成立を厳格化しても、完全に解決をするものではない。借主側については(4)で触れるが、貸主側についても、金銭引渡義務自体は発生すると、交付請求権の差押えや債権譲渡などという問題も生じうる。そうすると、諾成的消費貸借について、目的物の交付前の契約の拘束力の解消について、規定を設けることは不可欠である。
- 3 現民法では要物契約とされている典型契約について諾成的契約を認めることについて、消費貸借と使用貸借とで、消費貸借については要物+要式契約としての諾成的契約の2本立てとし、使用貸借は諾成的契約に一本化(ただし、要式行為とせず、書面によらない場合は引渡前解除権を認める。)と規律の方法を異にすることは、分かり難いようにも思われなくてもないが、消費貸借契約については、利息の発生という点での借主保護のために要物性が要求されるという異なる面があり、規律を異にすることも理解できるものである。

(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。

(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】

- 1 第1文については賛成する。
- 2 第2文については慎重な検討が必要である。

【理由】

- 1 諾成的消費貸借については、目的物交付前においても貸主と借主の間の契約上の関係を生じさせるものであるが、契約締結後に借主側に資金需要がなくなった場合にまで、借入れを強要することは適切ではなく、本文は相当である。
- 2 しかし、損害賠償義務を負うとすると、発生すべきであった利息相当額が損害として請求されないか(そのような賠償額の予定の定めを設けることも想定される)という不安も生じ、結局、契約を解除できないという事態も懸念される。少なくとも、履行利益を損害として認めべきではないと考えられる(たとえば、信託利益に限定をし、これを明示することも考えられてよい)。諾成的契約とした場合の最も大きな問題点であり、慎重な検討が必要である。

(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。

【意見】

破産手続開始決定があった場合に失効することには賛成であるが、他の倒産手続について規

定を設けなくてもよいのかに関しては慎重な検討が必要である。

**【理由】**

諾成的消費貸借を認めるならば、目的物の交付前については、破産の開始決定があった場合には、消費貸借の予約（589条）と同様、失効することは当然である。

再生や更生等については、規定を設けなくてもよいのかは問題である。利息付消費貸借について、双務契約であるのか否かも明確ではなく、諾成的契約を明文化するのであれば、破産以外の倒産手続における規律を明確にする必要性もあるように思われる。また、再生や更生については、債務者会社の資金需要はあるにしても、著しい事情変更があったことが客観的に明らかであり、破産手続開始決定と同様に、貸す義務の拘束力は自動的に解消することが相当ではないかとも考えられないではない。

## 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、書面でしなければ、その効力を生じないものとする。

(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】**

意見を留保する。ただし、消費貸借の予約という制度を存続することには賛成である。

**【理由】**

1 諾成的消費貸借を認めるとしても、消費貸借の予約という類型を否定しなければならないものではない。目的物の交付義務と返還義務は発生していないが、借主に資金需要が発生した時点で予約完結権を行使することにより、消費貸借契約を成立させるという仕組みを残すことに意味はあるものと考えられる。

2 諾成的消費貸借契約と異なり、消費貸借の予約をしても、予約完結権を行使しなければ借主としての義務は発生しないのであるから、諾成的消費貸借と必ずしも同様に理解しなければならぬものではないと思われる。

(3) 消費貸借の予約は、その後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】**

破産手続開始決定があった場合に失効することには賛成であるが、他の倒産手続について規定を設けなくてもよいのかに関しては慎重な検討が必要である。

**【理由】**

消費貸借に関する1(5)に同じ。

## 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】**

判例法理を明文化するものである。

**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。

**【理由】**

判例法理を明文化するものである。

**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。

**【意見】**

1 「瑕疵」という表現を改めることについては反対する。

ただし、売買等に平仄をあわせるべきであり、かりに売買等において「瑕疵」の語が見直されるならば賛成する。

2 その余は賛成。

**【理由】**

利息付消費貸借契約について売買の規定を準用するという方向性には賛成である。

「瑕疵」という用語を改めるか否かについては、売買等と平仄をあわせるべきである。

(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。

**【意見】**

1 「瑕疵」という表現を改めることについては反対する。

ただし、売買等に平仄をあわせるべきであり、かりに売買等において「瑕疵」の語が見直されるならば賛成する。

2 その余は賛成。

**【理由】**

無利息消費貸借契約について贈与の規定を準用するという方向性には賛成である。

「瑕疵」という用語を改めるか否かについては、売買等と平仄をあわせるべきである。

(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】**

1 「瑕疵」という表現を改めることについては反対する。

ただし、売買等に平仄をあわせるべきであり、かりに売買等において「瑕疵」の語が見直されるならば賛成する。

2 その余は賛成。

**【理由】**

592条2項前段が無利息消費貸借に限定しているものを、利息の有無を問わないものとするものである。目的物に瑕疵がある場合の返還の問題は、有償・無償により区別する合理的理由がない。

「瑕疵」という用語を改めるか否かについては、売買等と平仄をあわせるべきである。

## 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。

(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)及び(2)第1文については賛成する。

(2)に第2文を付加することには反対する。

**【理由】**

期限前弁済と損害賠償については、借主保護のための特則を設けるべきとの意見もあり、合意形成がないにもかかわらず、試案の内容は、現行法（民法136条2項）から導かれる結論であり、この規定を置くことは、期限前弁済に関して特則を設けるべきとの意見を採用しないとの選択を示したことになると考えられる。

なお、消費者契約の特則を設けるべきとの意見にも相応の根拠はあるものとするが、その場合、金利の上昇等の問題も生じることとなり、慎重な検討が必要である。現在、金融機関が期限前弁済に柔軟に対応しており、実務的に深刻な問題が生じているという認識はないが、規定を設けることにより、かえって金融機関側が硬直な対応をすることにならないかという懸念も生じることとなる。

## 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】**

反対しない。

**【理由】**

現行法で支障があるとも思われないが、反対する理由もない。

## 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。

### 【理由】

「処分につき行為能力の制限を受けた者」については、個別の規定において規律されており、削除することが相当である。

## 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】

賛成する。

### 【理由】

多額の資本投下をする事業のために賃貸借をする場合（ゴルフ場敷地等）、20年以上の使用を認める必要性がある、

## 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。

### 【意見】

賛成。「対抗」という文言にも賛成である。

### 【理由】

- 1 一般的な理解を明文化するものである。
- 2 「対抗」という文言について、新所有者との関係を除いて考えると、「対抗」とすることに異論はないものと考えられる。もっとも、新所有者との関係については、対抗関係ではないとする意見も法制審議会部会において出されたが、目的物を使用収益できるとすることのみを(1)が定め、新所有者と賃借人との間にどのような法律関係が生ずるのかについて後記(2)が定めていると理解することができるものであり、適切さを欠くものではないものと考えられる。

(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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】



不動産賃貸借契約の目的物の譲渡に伴う賃貸人たる地位の承継は、極めて重要な問題であり、明文化が相当である。

(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。

(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】

慎重な検討を要する。

【理由】

テナントビルのセールアンドリースバック等を考えると、試案のニーズがあることは理解できないではない。また、最判平成11年3月25日が指摘する問題については、旧所有者が使用管理権原を喪失した場合には、新所有者との間で直接賃貸借契約関係を生じさせることにより解決をしている。

しかし、賃借人を転借人に類する地位に置くことの不利益が本当に生じないのか不安が残る。たとえば、敷金についても、不動産の譲渡人間の賃貸借(適切な用語かは疑問である。)が終了しなければ、新所有者は責任を負わないとする提案であるように思われる。三者間合意をしなくとも、譲渡人と譲受人間の合意のみで、賃借人を転借人に類する地位に置くことを一般的に認めることについては、慎重な検討を要する。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

判例法理を明文化するものである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

債務の移転について規定する点、充当については規定を置かない点、旧所有者の敷金返還債務の担保責任の規定を置かない点について、いずれも賛成である。

## 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】

賛成する。

【理由】

法律関係の明確化の要請が認められる場面であり、判例法理を明文化するものである。

## 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】

反対しない。

【理由】

法律関係の明確化の要請が認められる場面であり、判例法理を明文化するものである。

物権に基づく妨害排除請求権について規定をし、その上で対抗力を備えた賃借権の妨害排除請求権を設けることがあるべき立法のプロセスと考えられるが、債権法の改正でかかる規定を新設することが許容されないとはまではいえない。

## 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

敷金については法律関係を明確化すべき要請があり、定義規定を設けることが望ましい。最大公約数的には、このような定義になるものと考えられる。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

判例法理を明文化するものである。

(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、賃借人は、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】

敷金充当後の填補について規定をしない点について意見を留保し、その余は賛成

【理由】

賃貸借契約継続中に敷金が充当されて減少するならば、反対の特約がない限り、敷金の填補請求が認められるべきではないかとも考えられる。

## 8 賃貸物の修繕等（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。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行法を維持するものである。

(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、賃借物の使用及び収益に必要な修繕をすることができる」とのみ定めるという考え方がある。

【意見】

賛成する。

【理由】

賃借人の修繕権限について明確化することが相当である。

## 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。

【理由】

収益の減少で賃料減額や解除を当然に認めることは賃貸人に一方的に不利益で不合理である。また、機能をしている条文ではない。

## 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。

(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】

反対。現行法を維持することにより。

### 【理由】

危険負担の法理よりすれば（ただし、部会資料45の29頁は危険負担の問題ではないとするが、部会資料の理解の当否については他分野への波及の問題もあり賛成できないものであり、このような理解を前提とすることには慎重な検討が必要である。）、理論的な帰結とも思われないでもない。

しかし、実際面において、一部の場について、当然減額とすると、約定通りの賃料の收受が長年続いた後に、当然減額していた筈であるとの紛争が生じることが強く懸念される。

611条の規律を維持することが相当である。

(2) 上記(1)第2文の場合において、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。

(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】

(1)には反対であるが、611条を維持する場合にも、かかる趣旨の規定は設けてよい。

### 【理由】

当然減額と請求による減額のいずれの制度とするにせよ、相当な内容である。

(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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

契約をした目的が達成できないのであれば、契約の解消は認めて、損害賠償の問題として処理することが相当である。

## 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、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。

【意見】

賛成する。

【理由】

適法な転貸借について一般的な理解を明確化するものである。

(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。

【意見】

現行法の規律の見直しも含めて慎重な検討をすべきである。

【理由】

賃貸人が転借人に、直接、賃料を請求できるような規律が自然、合理的であるのかについては、慎重に再検討すべきと考えられる。

たとえば、テナントビルやアパートのサブリースを考えると、転借人（入居者）と賃貸人（オーナー）との間に、人的関係として強固なものがあるわけではない。

賃貸人保護という現行法の要請は理解できるが、賃借人（転貸人）の転借人に対する賃料債権については、賃貸人に優先権を認めるとすることも考えられる。

(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。

(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る。

【意見】

現行法の規律の見直しも含めて慎重な検討をすべきである。

【理由】

転借人が賃借人（転貸人）に前払いをすることを否定的に位置づけることが合理的であるのか、現行法の規律の合理性自体について、十分な検討をすべきである。

(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。

【意見】

意見を留保。

【理由】

(2)及び(3)について直ちに賛成するものではないため。

ただし、(2)及び(3)が維持されるのであれば、反対しない。

(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。

【意見】

- 1 本文については賛成。
- 2 ただし書については反対。

【理由】

- 1 本文については一般的な理解を明確化するものである。
- 2 ただし書については、判例が特段の事情の例としてあげているものであり、確立した判例法理とまでは言えないものであり、解釈に委ねることが相当である。

## 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。

【理由】

判例法理を明文化するものである。

## 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

収去義務及び収去権に関する一般的理解を明確化するものである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

原状回復義務に関する一般的理解を明確化するものである。

(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】

賛成する。

【理由】

判例法理を明文化するものである。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

1年間の期間制限について現行法を維持するものであるが，目的物を賃借人が占有しなくなって長期間経過後は，賃借期間中に生じた瑕疵ではないことの立証にも困難が生じるものであり，早期に法律関係を安定化させる現行法の規律には相応の根拠もあり，変更をしなくともよい。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

(1)の（除斥）期間のほかに，用法違反による損害を生じさせたときから起算される消滅時効にも服すると解されているが，賃貸人が目的物の返還を受けて確認をできる状態になる前に，消滅時効が完成することは，不合理に賃貸人の利益に反するものである。

(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。

【理由】

費用償還請求権に関しては，短期の期間制限をすべき合理的理由がない。

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】

反対する。

【理由】

ファイナンス・リースに関する規律の必要性と、それを民法上の典型契約として規定することとは、同次元の問題ではない。

ファイナンス・リースが社会において重要な役割を果たしていることは事実であり、法律上明確に規定すべき要請は理解できないものではない。

しかし、ファイナンス・リースについては、実務上、詳細な契約によって権利関係を明確化しており、民法に規定するような基本的な規律の適用が問題となることも考え難い。また、ファイナンス・リースの利用実態は、会計基準、税務に負うところが大きいのであり、会計や税務の変化等への機動的な対応への要請を考えると、民法に規定をおくと機動的な対応に疑問が生じることとなる。民法に典型契約として規定する実務的ニーズは乏しい半面で、機動性が失われるという弊害があるものと考えられる。

また、リース提供者は通常交渉力の強い企業であり、業法的規制の必要性も検討すべきものであり、民法に規定を置いても、さらに特別法が必要となるものと考えられる。

そうすると、かりにファイナンス・リースについて民法典に典型契約として規定を置く意味があるとすれば、むしろ賃貸借とは異なる法的独自性について、その基礎的な法理を明らかにすることにこそ意味がなければならないものと考えられる。しかしながら、試案の内容は、そのようなものでもなく、賃貸借の節に規定を設けるというものであり、新たな典型契約として民法に規定する意義を見いだすことができない。

今次の改正において、試案のような内容で典型契約として新設することは相当ではない。

## (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。

【理由】



無体財産権である知的財産権のライセンス契約と有体物の使用・収益に関する賃貸借契約との間には、本質的相違点があるものと考えられる。

賃貸借は、有体物を使用する類型であり、権利者（占有者）とのなんらかの合意がなければ、賃借人は物理的に有体物を使用することはできないものである。また、有体物であるから、同時に複数の者が使用することは物理的にできないものである。

これに対して、知的財産権は、無体財産であり、法的に禁止をする規制がなければ、その情報の利用に権利者の作為は不要である。たとえば、特許の実施を考えてみても、発明の利用に物理的な制約はない。同時に複数のものが、発明を実施することも可能である。知的財産権は、権利者以外のものに禁止を求めることができることに本質があり、知的財産権のライセンス契約とは、権利者が差止請求や損害賠償請求等の権利行使をしないという不作為に本質がある。

有体物を物理的に使用・収益をさせることに本質のある賃貸借と、権利行使をしないという不作為を本質とするライセンス契約について、到底、本質的に類似するものとは思われない。また、実施許諾の形態にしても、一人のライセンシーのみが実施できる形態、ライセンサーと一人のライセンシーのみが実施できる形態、ライセンサーと複数のライセンシーが実施できる形態等バリエーションは様々であるが、一人のライセンシーのみが実施する形態以外については、賃貸借との異質性が際立つことになる。互いに特許権侵害をしているという紛争が生じた場合にクロスライセンスで和解する事案について、賃貸借との類似性など存しないのではないかとも思われる。

賃貸借の準用という規律が馴染むものとは到底考えらず、試案の内容は不相当である。

かりに知的財産権のライセンス契約について民法典に典型契約として規定するとしても、慎重な検討が必要である。中間試案で唐突に具体的な案が示されたというプロセスの不透明性よりしても、少なくとも今次の改正において、民法に典型契約として規定することを検討することは相当ではない。

## 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。

(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】

賛成する。

#### 【理由】

諾成的契約を認める要請があることは理解できるものである。そして、要物性の見直しに伴う貸主の保護が必要となるから、書面によらない場合には引渡し前の無条件解除を認めることが相当である。

### 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。

【意見】

597条の規律を，存続期間と解除に整理し，実質的に維持することに賛成する。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

597条1項を実質的に維持するものである。

(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。

【意見】

賛成する。」

【理由】

597条2項本文を実質的に維持するものである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

597条2項ただし書を実質的に維持するものである。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

597条3項を実質的に維持するものである。

(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。

【理由】

一般的な理解を明文化するものである。

### 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

収去義務及び収去権に関する一般的理解を明確化するものである。

(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。

【理由】

原状回復義務に関する一般的理解を明確化するものである。

通常損耗については、賃貸借と異なり、原状回復義務に含まれることがデフォルトとは言えず、個々の使用貸借の契約の解釈に委ね、規定をしないことが相当である。

### 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。

(3) 借主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。

【理由】

賃貸借に同じ

## 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

【意見】

賛成する。

【理由】

判例法理を明文化するものである。

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

(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】

反対。規定を設けないとする(注)の考え方が相当である。

【理由】

このような規定を置くのであれば、その前提として、注文者の負う義務の内容の明確化が必要であるとも考えられるが、注文者の義務を論点から落としたこととの整合性が理解できない。この試案は、注文者に義務付けをしていることに等しいものであるが、この試案の文言からは、注文者の義務の範囲は、「請負人が仕事を完成させるために必要な行為」であり、注文者の協力がなければ仕事を完成させることができない場合の協力義務ではない。注文者の(間接)義務を規定することの当否はさておき、注文者の(間接)義務を明確に規定するのであればともかく、何らの限定もなしに「請負人が仕事を完成するために必要な行為」とし、裏から「請負人が仕事を完成するために必要な行為」をする義務を注文者が負うとする規定の不合理性は余りにも明らかと思われる。

もっとも、試案の文言はともかく、この規定は、注文者の協力なしに仕事を完成できず、注文者が協力しないことが信義則に反するような場合に、報酬請求を認めるという趣旨ではないかとも推測される。そうであるとする、その結論自体は理解できないではない。しかし、他方で、1(3)の危険負担でもなく、また、損害賠償でもないとする、この規律がどのような理屈に基づくものであるのかが理解できない。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

解除をすれば報酬等請求ができなくなれば、解除の意味が失われることとなる。

(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。

【意見】

反対する。

【理由】

536条2項を維持することを前提とするならば、規定を置くことは必ずしも必要ではない。

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】

1 「瑕疵」という文言を改めることについては反対。売買と平仄を併せるべきであるが、「瑕疵」という文言を残したうえで、その定義規定を置くことが相当である。

2 その余は賛成

【理由】

1 「瑕疵」という文言については、売買と同じである。

2 634条ただし書は合理的内容ではなく、履行請求権の限界の問題とすることが相当である。

(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】

635条を見直すことには賛成であるが、単純削除でよいかについては慎重に検討すべきである。

【理由】

635条ただし書については、欠陥住宅の建替費用の損害賠償が判例で認められていることより、そのまま維持できないものではある。

しかし、建替費用を認めた裁判例は、補修が事実上不可能で、建物も事実上使用できないという事案に関するものであり、土地の工作物一般について、固有の解除制限が不要であるということまでもが判例から読み取れるものではない。

土地の工作物であれば解除できないという規律は維持できないと考えるが、535条の制度趣旨をおよそ否定して単純削除して良いのかについては、慎重な検討が必要である。

(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る

ないものとする。ただし、請負人が、引渡しの時に、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】

乙案の方向性に賛成であるが、1年以内という期間については慎重に検討すべきである。

【理由】

立証が困難になること等を考えると、短期の期間制限を設けること自体の合理性は認められるものと考えられるが、他方で、注文者には重大な不利益を与えるものであるから、どの程度の期間が適切であるのかについては慎重な検討が必要である。

**(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】

(3)における規律の内容を踏まえて、慎重な検討が必要である。

【意見】

土地の工作物、とりわけ建物については、資産の中でもとりわけ重要なものである。また、欠陥住宅紛争等をみても、なんらかの不具合を感じたとしても、どのような事象が生じているのかを理解することは容易ではなく、速やかに通知をすることが必ずしも期待できるものではない。

(3)の規律にも関わることになるが、土地の工作物について、注文者の権利を制限することについては慎重な検討が必要であり、(3)と必ずしも同じ規律としなければならないものではない。

**(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、目的物の引渡時(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】

瑕疵があることを告げさえすれば免責されることが相当ではない。

**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。

**【理由】**

注文者に解除権を認めるのは、注文者の破産後にも役務を提供して完成させなければならないとすると請負人に多大な損害を被らせる恐れがあるからであるとする、請負人に解除を認めるのは完成前に限定することが相当である。

なお、このように規定した場合、完成後引渡前の管財人からの解除について、双方未履行として認められるのか、それとも本試案により否定されるのかについて、疑義が生じることとなるが、当面は破産法 53 条の解釈に委ね、将来的には破産法の改正で条文上も明確にすることが相当である。

## 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。

(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り。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

新設規定であるが、委任については代理の規定が類推適用されるとの一般的理解に従い、民法 104 条と同一の規定を設けるものであり、現在の一般的理解を維持するものである。

委任は信頼関係を基礎とするものであるから、自己執行が原則である。

もっとも、復受任者の選任については、復受任者の選任について、複雑な取引社会において複数の専門的能力を有する復受任者の活用の必要性は高まっているものと考えられ、要件を緩和すべきとの意見にも相応の根拠があるものとは考えられる。しかしながら、「やむを得ない事由」よりも要件を緩和すると許容される範囲を明確化することが困難となるし、他方で、要件を緩和しなくとも、許諾を得れば対応できるものである。今日の社会において、取引の複雑化や専門分野の多様化、業務のアウトソーシングが進んでいることを考慮にいれてもなお、委任者の許諾のある場合と「やむを得ない事由があるとき」という要件を維持することで良いと考えられる。

また、委任の規律と代理の規律とは、委任の内部と外部の関係であるから、民法 104 条と平仄をあわせるべきものである。

(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。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

内部関係に関するものであるから、委任に規定を置くことは相当である。そして、107 条 2 項の規律を、一般的な理解を明確化して維持するものである。

## 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】

債務不履行責任の一般原則の問題とすれば足りるものである。

## 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】

650条3項の見直しに先制する。

### 【理由】

650条3項は、委任者の義務違反を要件としないものである、委任者自身にはなんらの義務違反もないにもかかわらず、たとえば、専門家に有償で委任をした場合にまで、常に無過失で責任を負うことが適切であるとは言えず、見直しは必要であると考え。見直しの内容について、立法提案も複数示され、様々な意見も示されているが、少なくとも試案程度の制限は設けるべきである。

## 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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

無償性の原則は今日の社会の実態に適合していないものである。

### (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。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

報酬の支払時期は当事者の合意によって定まり、成果完成型は、そのような特約が認定できるか否かの問題として処理することも可能であるが、成果完成型という類型が存することは



確かであり、この類型を明文化することに根拠がないとも言えない

**(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。

**【意見】**

本文について賛成する。

（後述のとおり、ただし書（イ）については反対する。）

**【理由】**

本文は履行割合型についての規律になるが、履行割合型については当然の内容である。

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。

(ア) 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

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

合理的な内容である。

(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

（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】**

反対。規定を設けないとする（注）の考え方が相当である。

**【理由】**

この試案は、委任者に義務付けをしていることに等しいものであるが、この試案の文言からは、委任者の義務の範囲は、「受任者が成果を完成させるために必要な行為」であり、委任者の協力がなければ成果を完成させることができない場合の協力義務ではない。何らの限定もなしに「受任者が成果を完成するために必要な行為」とし、裏から「受任者が成果を完成するために必要な行為」をする義務を委任者が負うとする規定の不合理性は余りにも明らかと思われる。

もっとも、試案の文言はともかく、この規定は、委任者の協力なしに成果を完成できず、委任者が協力しないことが信義則に反するような場合に、報酬請求を認めるという趣旨ではないかとも推測される。かりにそうであるとすると、その結論自体は理解できないではない。しかし、イの危険負担でもなく、また、損害賠償でもないとする、この規律がどのような理屈によるものであるのかが理解できないこととなる。

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。

【意見】

536条2項が実質的に維持されることを前提に、反対。

【理由】

536条2項を維持することを前提とするならば、規定を置くことは必要ではない。

## 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。

【意見】

反対。現行法維持で良い。

【理由】

判例は、変遷を重ねた結果、条文の文言に忠実な解釈に回帰したものと考えられ、改正をすべき必要性があるとも思えない。

### (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】

反対。

ただし、破産管財人の権限に属しない委任関係については当然終了とすることも考えられる。

### 【理由】

現行法は、破産手続開始により、一律に委任関係を失効させることとしている。

たしかに、破産財団となる資産の管理とは関係しない委任契約について当然失効をすることには、合理性がないものと考えられる。また、資産管理に関する委託についても、たとえば、収益不動産を多数所有し、賃貸管理を委託しているような場合に、受任者に管理を継続させるか否かは、管財人が判断し、必要に応じて解除できるとすることが合理的ではないかとも考えられないではない。

しかし、他方で、必要な場合にはあらためて委任契約をすることもできるし、管財人は落下傘のように倒産の現場に投下されるもので、委任の必要性を即座に判断することはできないのであるから、一旦当然失効とし、必要な場合には再契約交渉をするという方が現実的であるようにも思われる。

少なくとも、管財人の権限に属する委任関係について当然終了とすることは見合わせるべきである。

## 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】

（注）の考え方が相当である。

### 【理由】

試案の趣旨は理解できるが、実際の事案における要件該当性の判断は困難である。

## 第42 雇用

### 【雇用に関する総論的意見】

雇用（労働）法の改正については、政労使三者構成のフォーラムである労働政策審議会において検討されるべきものであり、法制審議会の議論で、雇用（労働）法の規律を変更することについては、慎重を期すべきものである。

### 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。

(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】**

反対する。規定を設けないとする(注)の考え方が相当である。

**【理由】**

このような規定を設けなくとも実務に不都合は生じない。

(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っ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。

**【意見】**

536条2項が実質的に維持されることを前提に、反対する。

**【理由】**

不当解雇における未払賃金請求等の根拠うについては議論があるが、危険負担の問題とするのが実務であり、これを維持すべきである。

危険負担の問題としたうえでも、「責めに帰すべき事由」の意義については、議論が分かれており、現在、その内容を決着できるような状況にはない。現状を変更する意図がないとしても、新たに立法で雇用に関する規定を新設するのであれば、「契約の趣旨に照らして使用者の責めに帰すべき事由」の趣旨を明らかにしないということはおかしなことである。現在の実務を変更する意図をもたないのであれば、536条2項の問題とし、規定を新設せず、議論の分かれている状況のまま棚上げして先送りすべきである。

そして、この問題に立法をもって決着する場合は、政労使三者構成のフォーラムである労働政策審議会であるというべきであり、労働契約法の課題とすべきである。

## 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。

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

626条の削除という有力な意見もあるが、労働基準法14条が適用されない労働者の存在を考えると、いかに限定的な場面とはいえ、その領域をカバーする労働法規の存在しない状況での626条の削除は相当ではなく、さしあたっては維持されるべきである。

「終身の間継続」する雇用契約の存在を認めることは不当であるし、ただし書についても今日では合理性を認めることはできないから、当該部分を削除することが相当である。

(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。

## 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】

労働者から解約申入れについては、627条1項に一元化することが、合理的な内容かつ明確である。

## 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

諾成的な寄託契約は実務においても行われているものである。

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。

【意見】

第1文につき賛成。第2文については「損害」に利益が含まれないことを明確化することを検討すべきである。

【理由】

寄託者の利益のための制度であり、諾成的契約とする場合には、寄託者が解除できることを明確化すべきであり、第1文について賛成である。

第2文については、受寄者が受け入れ準備のために支出した費用等の損害賠償はみとめられるべきであるが、履行利益の賠償までは認めるべきではないと考えられ、その趣旨を明確にすることが検討されてよい。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

諾成的契約とすることに伴い、寄託物引渡前の拘束力を緩和すべきである。

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】

賛成する。

【理由】

受寄者を契約の拘束力から解放する必要がある。

## (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。

【理由】

倒産実体法における双方未履行の双務契約の規律と整合性のある規律とすることが相当である。

## 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。

(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。

(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。

【意見】

賛成する。

【理由】

再寄託について、復委任と整合的な規律とすることが相当である。

## 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】

一般的な理解を明確化するものである。

#### 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。

【意見】

賛成する。

【理由】

寄託者が知っている場合にも通知義務を課す理由はない。

(2) 受寄者は、寄託物について権利を主張する第三者に対して、寄託者が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。

【意見】

賛成する。

【理由】

寄託者が直接占有する場合と結論を同じくすることがと相当である。

(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】

規律を明確化するという方向性自体には賛成であるが、試案自体については(3)ただし書に疑問があり、意見を留保する。

【理由】

(3)ただし書の「強制をすることができるとき」の意義が不明確である。たとえば、寄託の目的物について、寄託者と第三者の間に所有権の帰属に争いがあり、第三者が所有権確認の認容判決を得た場合にはどう考えるのかが明確ではない。

## 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。

（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

イ 受寄者が上記(1)の性質又は状態を知っていたとき。

### 【意見】

賛成する。

### 【理由】

現行法の規律を、無償寄託については寄託者の無過失責任と改めることに賛成である。

## 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】

賛成する。

### 【理由】

委任と平仄をあわせることが相当である。

## 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】

賃貸借に同じ

## 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】**

慎重な検討が必要である。

**【理由】**

寄託者の利益のための制度であるから、いつでも返還請求できるとする規律を維持することについては賛成である。受寄者が期限までの保管の準備のために支出した費用等の損害賠償は認められるべきであるが、履行利益の賠償までは認めるべきではないと考えられ、その趣旨を明確にすべきとも思われる。

## 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】**

慎重な検討を要する。

**【理由】**

寄託者が破産をした場合、受寄者は（たとえ財団債権とされても財団形成が不十分であれば）保管の報酬を得られないおそれがあり、受寄者からの解除を認めるとする試案も理解できないではない。しかし、他方で、目的物の移動等による大きな負担が生じることも考えられ。かかる規定を設けることの管財実務への影響が懸念される。また、寄託料の不払いが生じた時点で受寄者が債務不履行解除するという対応も一応可能である。

## 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】**

実務について利用されており、明確化が望ましいものである。

## 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】

662条の準用を除き、賛成する。

【理由】

消費寄託は寄託者の利益のための制度であるのに対し、消費貸借の利益は借主にあるという相違点があり、消費寄託に662条を準用することは相当ではない。

## 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。

### 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。

(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】

組合契約について、現民法には民法総則の規定の特則が置かれていないが、組合の団体的性格より、特別な規律が必要であり、そのことを明確化すべきである。、  
試案は、一般的な理解を明文化するものである。

### 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。

(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。

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。

【意見】

賛成する。

【理由】

一般的な理解を明文化するものである。

(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の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】

試案に関する説明は、現675条のもとでの証明責任を転換するもののようにも思われるが、現行法下の立証責任がそのようなものと理解されているのかについては疑問がある。

しかし、いずれにせよ、損失分担の合意とこれを債権者が知っていたことを抗弁とすることに賛成である。

#### 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】

現670条は、組合の意思決定について規律しているが、業務執行権の所在は明確にされていないため、一般的な理解を明文化することが相当である。

#### 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】

現行法下において、民法 670 条が組合代理に適用されるとするのが一般的理解である。民法 670 条の適用により導かれる結論自体は妥当と考えられるが、内部関係と外部関係は明確に区別して規律することが相当である。試案は、670 条の適用により導いてきた一般的理解を、代理の規律として明確化するものであり、相当である。

なお、組合代理について、第三者保護に関して外観法理の一般原則を緩和する固有の保護規定は不要である。

## 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】

一般的な理解を明文化するものである。

## 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】

反対。規定を置く必要はない。

【理由】

判例に反対をするものではないが、裁判例があればそれを全て条文に書き込む必要はない。

(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】

1 第 1 文については賛成。

2 第2文については反対。

【理由】

- 1 脱退前の組合債務について責任を負うこと＝脱退後の組合債務について責任を負わないことという、基本的事項についての一般的理解を明確化するものである。
- 2 解釈に委ねることで足りる。なお、脱退後に組合債務を弁済した場合の求償については、より実務的には重要と考えられるが、明文化はされていない。

## 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】

(1)に加え、(2)ないし(4)を明記すること自体には賛成である。

ただし、組合員が一人になった場合を論点から落としたことについて賛成する趣旨ではない。

【理由】

682条の定める(1)のほかに、(2)ないし(4)が解散事由として認められることは一般的理解であり、これを明文化すること自体は相当である。

もっとも、組合員が一人になった場合が解散事由に当たるのかについて、論点から外したことには賛成できない。

## 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】

判例法理を明文化するものである。

## 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。典型契約から削除するという(注)の考え方が相当である。

ただし、終身定期金を典型契約として維持する場合には、691条1項前段を試案のように改

める反対しない。

**【理由】**

終身定期金契約は民法施行から 115 年余の期間を経過しても我が国には定着しなかったものであるが、実際に使われていない制度について、解釈が分かれている論点のうち、あえて一つのみを改正するという中途半端な対応をすることに意味はない。

高齢化社会を迎える我が国の将来のために、終身制と射幸性に特徴のある典型契約が必要であるというならば、本格的な議論をして、あらたな典型契約を制定すべきであろう。

実際に使われていない制度について、ほとんど審議の時間を割くこともなく、解釈が分かれている論点のうち、あえて一つのみを改正するという中途半端な改正を行う必要性はない。

ただし、典型契約として存続することを前提とするならば、691 条 1 項前段を試案のように改めることに反対しない。終身定期金給付不履行による解除について、催告の要否に争いがあるが、債務履行解除の一般原則を変更して不要とする積極的根拠もないものと考えられ、立法で解決をすることに積極的に反対する理由もない。

## 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】**

反対する。

**【理由】**

和解に確定効があることは当然であるが、他方で、争いの目的である事項の前提又は基礎となる事項や、争いの目的となっていない事項についての錯誤主張は遮断されないものである。そして、一方当事者の無知・窮迫に乗じて、和解書に権利放棄と清算条項を忍ばせた不当な消費者被害事案が現実に多発し、錯誤無効により救済されている事案が存することもまた紛れもない事実である。そうすると、明文化するのであれば、同時に、錯誤無効主張が遮断されない場合も規定をしなければ、かえって誤った理解、メッセージとなりうることになる。錯誤無効が遮断されない場合を明記しない試案の内容は不相当であるし、例外を適切に規定することが困難であれば、規定を設けるべきではない。試案には反対である。