

民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理に対する意見

2011年（平成23年）9月15日

日本弁護士連合会

はじめに

法制審議会民法（債権関係）部会（以下「部会」という。）が、2011年4月12日に決定した「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下「中間論点整理」という。）に関する当連合会の意見は、以下のとおりである。

なお、当連合会は、全国の弁護士、弁護士法人と共に、全国52の弁護士会を会員とする組織であり、各地の弁護士会については、以下弁護士会と称する。

- 1 当連合会は、今回の中間論点整理に対し、具体的な論点に対して個別的に意見を述べるに先立って、今回の民法（債権関係）の改正に対する姿勢を表明しておくこととする。

当連合会は、現行民法中、第1篇総則から第3篇債権のいわゆる財産権の部分については、1896年に制定された法律であり、2004年に全面的に口語化されたほかは、115年間にわたって、我が国私法の基本法として定着し機能してきたものであることを考えるとき、その全面的改正は、全国民の支持の下で検討されなければならないものと信ずるものである。

そのため、当連合会は、2010年6月17日に、今般の民法（債権関係）改正問題に取り組む基本姿勢を以下のように定めた。

すなわち、第1に、改正を所与の前提として拙速な取りまとめをすることなく、各検討事項につき、改正の必要性、方向性、改正の具体的内容及び改正した場合の影響の内容や程度を慎重に検討する。

第2に、改正に当たっては、法定債権や担保物権に関する規律等を含む民法全体の整合性、消費者契約関連法、商行為関連法、労働契約関連法等の民事特別法との相互関連や役割分担等について適切に配慮し、民事法体系全体として整合性・統一性をもった民法とすることを目指す。

第3に、確立した判例法理や定説のうち法文化すべきものは民法典への適切な取入れを検討し、市民にとって真に「分かりやすく使いやすい民法」を目指す。

第4に、専門的知識や情報の量と質または交渉力に大きな格差のある消費者・労働者・中小事業者等が、理由のない不利益を蒙ることがなく、公正で正義にかなう債権法秩序を構築できる民法となるよう積極的に提言する。

第5に、社会経済の現代化、市場の国際化、外国の法制度との比較などの考慮に基づく改正に関しては、我が国における民法規範として継続性や市民法秩序の法的安定性に十分配慮して検討する。

第6に、民法を市民の最も身近な立場で活用し、市民の権利を実現する職責を負う実務法曹の団体として、多面的な議論を尽くし、利用者である市民の視点に立った改正意見を積極的に表明し、活動する。

以上の6点である。以下、個別論点に対する意見については、この基本姿勢の立場に立った上での意見であることを、まずもって表明しておくものである。

2 ところで、今回の民法（債権関係）の改正は、民法制定以来の社会・経済の変化への対応を図ること、国民一般に分かりやすいものとする等の観点から、契約に関する規定を中心に見直しをする必要があるとして、その審議が開始している。

まず、この点については、時代の変化に対応するための改正作業が必要とされるものであろうことは理解できるものの、現行民法が19世紀に成立してから110年以上も経過したことの故をもって、21世紀の現在の法規範として時代遅れであるとか、相応しくないものであるとかという点については、相当慎重な検討が必要である。当連合会を構成する弁護士、弁護士法人及び弁護士会においては、現行民法が時代遅れで、複雑で高度化した現代社会に対応できないとして早急に改正する必要があるとの意見はほとんどなく、かえって110年以上の間国民の間に定着してきた民法の諸規定を今ここで見直し、改正する立法事実は見出し難く、その必要性は乏しいとの認識が多数を占めている状況である。

この見地から、民法（債権関係）の改正について、従来積み上げてきた判例や解釈等の実務によって現代社会に十分対応できているので、今民法の基本的枠組を見直して新しいルールを定める必要性に乏しいし、個々の条文についても、分かりやすく、誤解の起きないような条文を工夫することについてまで反対するものではないものの、従来の諸規定を一挙に改正することに対しては、無用の混乱を引き起こす懸念が強いことから、抵抗感が強いことを率直に表明しなければならない。

その上、社会の複雑化・高度化や市場のグローバル化という現実があるとしても、それに伴って現在のルールを変更したり、新たなルールを定めたりする必要性自体が現実にあるのか。仮に新たなルールがあるとしても、現行民法がそのルールに抵触しているのか、本当に民法の改正という措置が必要なのか否かについては、相当慎重に見極めなければならない。まして、現在未だ議論が熟していな

いような論点についてまで、急いで立法化する必要はない。

今後の部会における議論においても、従来の諸規定に、理論的ないし実務的に何らかの欠陥や不都合があつて、真に改正が必要であると各界の見解が一致した項目に限って、改正する方向を定めればよいのであつて、真に必要と判断されたもの以外のものまで今直ちに改正する必要はないものと言わざるを得ない。

の点については、現行民法の条文が簡略に過ぎ、解釈で補う部分が多数存することや、判例の蓄積によって解釈が定まった部分を、平易な日本語で条文化することによって、法律専門家でない一般人でも、法の規定内容が一読理解できるようにすることについては、十分に理解できるころではある。しかしながら、何をもって解釈が定まっていると評価できるのか、その範囲は必ずしも明確ではないし、解釈の定まった部分をすべて類型化し具体化して条文とすることによってかえって冗長で分かりにくくなる可能性もあり、詳細に条文化することが直ちに分かりやすくなるものではないことに留意すべきである。この点については、今回の中間論点整理に対するパブリックコメントとしては特に意見を述べる対象ではないが、民法の契約に関する規定をどの程度まで詳細化するのか慎重な姿勢を堅持すべきものと言わざるを得ない。

以上、部会の場で表明された改正の必要性についても、現在の定着している実務を直ちに改正する必要性があるとは言えない段階であるとの認識の下に、改正に向けた論点整理を行うことまでは否定しないものの、このまま一気に改正に進むことには、当連合会内には強い危惧感が存することを特に表明する次第である。

3 その上、本年3月11日に勃発した東日本大震災は、我が国が、地震・津波という大災害に定期的に見舞われる定めを持っているものであることを再確認させられた。

大震災の結果、契約関係において現実に生じている不都合や問題点が噴出してきている現状について、問題点の集積と分析、いかなる対処法が有効なのかという点についての慎重な検討がまずなされるべきである。

その上、現在未だ津波被害による行方不明者も多くが捜索途上であること、現地の瓦礫の撤去・仮設住宅の建設も途上であること、福島第一原子力発電所の被害も終息までには相当の期間が見込まれ、その後になって初めて復興の歩みが進み出すことを考えると、今ここで被災者の日常生活にも密接に関連した帰責事由・危険負担などをはじめとする契約に関するリスク分配に関する民法規範について、当事者である被災者を事実上放置したまま議論を進めることには、当連合会内でも、相当違和感と危惧感があり、パブリックコメントの延期を求める弁護士

会の意見表明も相当数出されているところである。このような状況からすると、今後の審議会の進め方に当たっても、今回の被災者に生じた契約上の諸問題への現行規定の適用による不都合が存するか否か、存するとすればどのような事実か、その具体的な改正立法事実を目を向けることなく、審議会において学理の見地のみから議論が独走するようなことは絶対に避けなければならないものと信ずる。

以上、当連合会は今回の民法（債権関係）の改正論議について、改正の理念そのものに対する疑問と、今ここで敢えて抜本的な改正をなすべき必要性についての疑念が十分に払拭できていない段階にあるとの認識から、今直ちに民法（債権関係）の改正を推し進めることに対して、必ずしも全会的なコンセンサスを得られていないことを重ねて表明する。

もちろん、前記当連合会の基本姿勢第6に指摘するように、当連合会は、民法（債権関係）の改正論議に当たっては、実務法曹の団体として、利用者である市民の視点に立った改正意見を積極的に表明し続けるとの強い決意を有していることも、併せて表明するものである。

4 以上のとおり、当連合会としては、民法を社会経済の変化に対応し、市民に分かりやすいものとする努力を重ねるにしても、その法制審議会の部会審議において十分な検討時間と十分な審議時間を確保し、かつ国民に対する的確で十分な情報提供を通じて、国民がこの改正論議に参加して国民的理解を得るべきものであると確信するものである。かかる観点からは、パブリックコメントについても、次にもう1回行われて終了というような拙速は絶対に避けなければならないところである。

5 当連合会は、今回の中間論点整理について、以上のとおり基本的考え方を表明するものである。

以上の基本的考え方を前提に、本意見書は、2010年中に作成された部会資料に関して全弁護士会に意見照会した上で、弁護士会の意見の分布を基本として作成している。

また、今回のパブリックコメントは、中間論点整理に対してさらに論議を深めていくために行われるものであるところ、基本的には、各論点に対する議論自体に反対するものではない。そこで、論点として論議をすることに特段の異議がないものについては、その点については指摘せず、直ちに各論点の内容についてコメントすることとし、論点とすること自体に疑義があるものについては、その旨特に断って指摘するものとする。

民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理に対する意見

< 項目別意見 >

| | | |
|----|--|----|
| 第1 | 債権の目的 | 1 |
| 1 | 債権の目的(民法第399条) | 1 |
| 2 | 特定物の引渡しの場合の注意義務(民法第400条) | 1 |
| | (1) 特定物の引渡しの場合の注意義務 | 1 |
| | (2) 贈与者の保存義務の特則 | 2 |
| 3 | 種類債権の目的物の品質(民法第401条第1項) | 2 |
| 4 | 種類債権の目的物の特定(民法第401条第2項) | 2 |
| | (1) 種類債権の目的物の特定 | 2 |
| | (2) 種類物贈与の特定に関する特則 | 3 |
| 5 | 法定利率(民法第404条) | 4 |
| | (1) 利率の変動制への見直しの要否 | 4 |
| | (2) 金銭債務の遅延損害金を算定する利率について | 5 |
| | (3) 中間利息控除について | 6 |
| | (4) 利息の定義 | 6 |
| 6 | 選択債権(民法第406条から第411条まで) | 7 |
| 第2 | 履行請求権等 | 7 |
| 1 | 請求力等に関する明文規定の要否 | 7 |
| 2 | 民法第414条(履行の強制)の取扱い | 8 |
| 3 | 履行請求権の限界 | 9 |
| 4 | 追完請求権 | 10 |
| | (1) 追完請求権に関する一般的規定の要否 | 10 |
| | (2) 追完方法が複数ある場合の選択権 | 11 |
| | (3) 追完請求権の限界事由 | 11 |
| 第3 | 債務不履行による損害賠償 | 12 |
| 1 | 「債務の本旨に従った履行をしないとき」の具体化・明確化(民法第415条) | 12 |
| | (1) 履行不能による填補賠償における不履行態様の要件(民法第415条後段) | 12 |
| | (2) 履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の手続的要件 | 12 |
| | (3) 不確定期限付債務における履行遅滞の要件(民法第412条) | 12 |
| | (4) 履行期前の履行拒絶 | 13 |
| | (5) 追完の遅滞及び不能による損害賠償 | 13 |
| | (6) 民法第415条前段の取扱い | 14 |
| 2 | 「債務者の責めに帰すべき事由」について(民法第415条後段) | 14 |
| | (1) 「債務者の責めに帰すべき事由」の適用範囲 | 14 |
| | (2) 「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方 | 15 |

| | |
|---|----|
| (3) 債務者の帰責事由による履行遅滞後の債務者の帰責事由によらない履行不能の処理 | 18 |
| 3 損害賠償の範囲（民法第416条） | 19 |
| (1) 損害賠償の範囲に関する規定の在り方 | 19 |
| (2) 予見の主体及び時期等（民法第416条第2項） | 20 |
| (3) 予見の対象（民法第416条第2項） | 20 |
| (4) 故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則の要否 | 21 |
| (5) 損害額の算定基準時の原則規定及び損害額の算定ルールについて | 21 |
| 4 過失相殺（民法第418条） | 22 |
| (1) 要件 | 22 |
| (2) 効果 | 23 |
| 5 損益相殺 | 23 |
| 6 金銭債務の特則（民法第419条） | 24 |
| (1) 要件の特則：不可抗力免責について | 24 |
| (2) 効果の特則：利息超過損害の賠償について | 24 |
| 7 債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定の要否 | 24 |
| 第4 賠償額の予定（民法第420条，第421条） | 25 |
| 第5 契約の解除 | 28 |
| 1 債務不履行解除の要件としての不履行態様等に関する規定の整序（民法第541条から第543条まで） | 28 |
| (1) 催告解除（民法第541条）及び無催告解除（民法第542条，第543条）の要件及び両者の関係等の見直しの要否 | 28 |
| (2) 不完全履行による解除 | 33 |
| (3) 履行期前の履行拒絶による解除 | 34 |
| (4) 債務不履行解除の包括的規定の要否 | 34 |
| 2 「債務者の責めに帰することができない事由」の要否（民法第543条） | 35 |
| 3 債務不履行解除の効果（民法第545条） | 36 |
| (1) 解除による履行請求権の帰すう | 36 |
| (2) 解除による原状回復義務の範囲（民法第545条第2項） | 36 |
| (3) 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理 | 37 |
| 4 解除権者の行為等による解除権の消滅（民法第548条） | 37 |
| 5 複数契約の解除 | 38 |
| 6 労働契約における解除の意思表示の撤回に関する特則の要否 | 38 |
| 第6 危険負担（民法第534条から第536条まで） | 39 |
| 1 債務不履行解除と危険負担との関係 | 39 |
| 2 民法第536条第2項の取扱い等 | 40 |
| 3 債権者主義（民法第534条第1項）における危険の移転時期の見直し | 41 |
| 第7 受領遅滞（民法第413条） | 42 |
| 1 効果の具体化・明確化 | 42 |
| 2 損害賠償請求及び解除の可否 | 42 |

| | | |
|-------|---------------------------------------|----|
| 第 8 | 債務不履行に関連する新規規定 | 43 |
| 1 | 追完権 | 43 |
| 2 | 第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任 | 44 |
| 3 | 代償請求権 | 44 |
| 第 9 | 債権者代位権 | 45 |
| 1 | 「本来型の債権者代位権」と「転用型の債権者代位権」の区別 | 45 |
| 2 | 本来型の債権者代位権の在り方 | 46 |
| | (1) 本来型の債権者代位権制度の必要性 | 46 |
| | (2) 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否 | 46 |
| 3 | 本来型の債権者代位権の制度設計 | 47 |
| | (1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する方法 | 47 |
| | (2) 被代位権利を行使できる範囲 | 48 |
| | (3) 保全の必要性（無資力要件） | 48 |
| 4 | 転用型の債権者代位権の在り方 | 49 |
| | (1) 根拠規定の在り方 | 49 |
| | (2) 一般的な転用の要件 | 50 |
| | (3) 代位債権者への直接給付の可否及びその要件 | 50 |
| 5 | 要件・効果等に関する規定の明確化等 | 50 |
| | (1) 被保全債権，被代位権利に関する要件 | 50 |
| | (2) 債務者への通知の要否 | 51 |
| | (3) 債務者への通知の効果 | 52 |
| | (4) 善良な管理者の注意義務 | 52 |
| | (5) 費用償還請求権 | 52 |
| 6 | 第三債務者の地位 | 53 |
| | (1) 抗弁の対抗 | 53 |
| | (2) 供託原因の拡張 | 53 |
| | (3) 複数の代位債権者による請求の競合 | 54 |
| 7 | 債権者代位訴訟 | 54 |
| | (1) 規定の要否 | 54 |
| | (2) 債権者代位訴訟における債務者の関与 | 55 |
| | (3) 債務者による処分の制限 | 55 |
| | (4) 債権者代位訴訟が提起された後に被代位権利が差し押えられた場合の処理 | 55 |
| | (5) 訴訟参加 | 56 |
| 8 | 裁判上の代位（民法第 4 2 3 条第 2 項本文） | 56 |
| 第 1 0 | 詐害行為取消権 | 57 |
| 1 | 詐害行為取消権の法的性質及び詐害行為取消訴訟の在り方 | 57 |
| | (1) 債務者の責任財産の回復の方法 | 57 |
| | (2) 詐害行為取消訴訟における債務者の地位 | 58 |
| | (3) 詐害行為取消訴訟が競合した場合の処理 | 59 |

| | | |
|-----|------------------------------|----|
| 2 | 要件に関する規定の見直し | 59 |
| (1) | 要件に関する規定の明確化等 | 59 |
| ア | 被保全債権に関する要件 | 59 |
| イ | 無資力要件 | 60 |
| (2) | 取消しの対象 | 60 |
| ア | 取消しの対象の類型化と一般的な要件を定める規定の要否 | 60 |
| イ | 財産減少行為 | 61 |
| (ア) | 相当価格処分行為 | 61 |
| (イ) | 同時交換的行為 | 62 |
| (ウ) | 無償行為 | 62 |
| ウ | 偏頗行為 | 63 |
| (ア) | 債務消滅行為 | 63 |
| (イ) | 既存債務に対する担保供与行為 | 64 |
| エ | 対抗要件具備行為 | 66 |
| (3) | 転得者に対する詐害行為取消権の要件 | 66 |
| (4) | 詐害行為取消訴訟の受継 | 67 |
| 3 | 効果に関する規定の見直し | 68 |
| (1) | 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否 | 68 |
| (2) | 取消しの範囲 | 69 |
| (3) | 逸出財産の回復方法 | 69 |
| (4) | 費用償還請求権 | 70 |
| (5) | 受益者・転得者の地位 | 70 |
| ア | 債務消滅行為が取り消された場合の受益者の債権の復活 | 70 |
| イ | 受益者の反対給付 | 71 |
| ウ | 転得者の反対給付 | 71 |
| 4 | 詐害行為取消権の行使期間（民法第426条） | 72 |
| 第11 | 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。） | 72 |
| 1 | 債務者が複数の場合 | 72 |
| (1) | 分割債務 | 72 |
| (2) | 連帯債務 | 73 |
| ア | 要件 | 73 |
| (ア) | 意思表示による連帯債務（民法第432条） | 73 |
| (イ) | 商法第511条第1項の一般ルール化 | 73 |
| イ | 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等 | 73 |
| (ア) | 履行の請求（民法第434条） | 74 |
| (イ) | 債務の免除（民法第437条） | 74 |
| (ウ) | 更改（民法第435条） | 75 |
| (エ) | 時効の完成（民法第439条） | 75 |
| (オ) | 他の連帯債務者による相殺権の援用（民法第436条第2項） | 76 |

| | |
|---|----|
| (カ) 破産手続の開始（民法第441条） | 76 |
| ウ 求償関係 | 76 |
| (ア) 一部弁済の場合の求償関係（民法第442条） | 76 |
| (イ) 代物弁済又は更改の場合の求償関係（民法第442条） | 77 |
| (ウ) 連帯債務者間の通知義務（民法第443条） | 77 |
| (エ) 事前通知義務（民法第443条第1項） | 78 |
| (オ) 負担部分のある者が無資力である場合の求償関係（民法第444条前段） | 78 |
| (カ) 連帯の免除（民法第445条） | 78 |
| (キ) 負担割合の推定規定 | 79 |
| (3) 不可分債務 | 79 |
| 2 債権者が複数の場合 | 80 |
| (1) 分割債権 | 80 |
| (2) 不可分債権 – 不可分債権者の一人について生じた事由の効力（民法第429条第1項） | 80 |
| (3) 連帯債権 | 81 |
| 3 その他（債権又は債務の合有又は総有） | 81 |
| 第12 保証債務 | 82 |
| 1 保証債務の成立 | 82 |
| (1) 主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立 | 82 |
| (2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策 | 82 |
| (3) 保証契約締結後の保証人保護の在り方 | 84 |
| (4) 保証に関する契約条項の効力を制限する規定の要否 | 85 |
| 2 保証債務の付従性・補充性 | 85 |
| 3 保証人の抗弁等 | 86 |
| (1) 保証人固有の抗弁 – 催告・検索の抗弁 | 86 |
| ア 催告の抗弁の制度の要否（民法第452条） | 86 |
| イ 適時執行義務 | 86 |
| (2) 主たる債務者の有する抗弁権（民法第457条） | 87 |
| 4 保証人の求償権 | 87 |
| (1) 委託を受けた保証人の事後求償権（民法第459条） | 87 |
| (2) 委託を受けた保証人の事前求償権（民法第460条，第461条等） | 88 |
| (3) 委託を受けた保証人の通知義務（民法第463条） | 88 |
| (4) 委託を受けない保証人の通知義務（民法第463条） | 88 |
| 5 共同保証 – 分別の利益 | 89 |
| 6 連帯保証 | 89 |
| (1) 連帯保証制度の在り方 | 89 |
| (2) 連帯保証人に生じた事由の効力 – 履行の請求 | 90 |
| 7 根保証 | 91 |
| (1) 規定の適用範囲の拡大 | 91 |

| | |
|------------------------------------|-----|
| (2) 根保証に関する規律の明確化 | 91 |
| 8 その他 | 92 |
| (1) 主債務の種別等による保証契約の制限 | 92 |
| (2) 保証類似の制度の検討 | 93 |
| 第13 債権譲渡 | 93 |
| 1 譲渡禁止特約（民法第466条） | 94 |
| (1) 譲渡禁止特約の効力 | 94 |
| (2) 譲渡禁止特約を譲受人に対抗できない事由 | 96 |
| ア 譲受人に重過失がある場合 | 96 |
| イ 債務者の承諾があった場合 | 97 |
| ウ 譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合 | 97 |
| エ 債務者の債務不履行の場合 | 98 |
| (3) 譲渡禁止特約付債権の差押え・転付命令による債権の移転 | 99 |
| 2 債権譲渡の対抗要件（民法第467条） | 99 |
| (1) 総論及び第三者対抗要件の見直し | 99 |
| (2) 債務者対抗要件（権利行使要件）の見直し | 101 |
| (3) 対抗要件概念の整理 | 102 |
| (4) 債務者保護のための規定の明確化等 | 102 |
| ア 債務者保護のための規定の明確化 | 102 |
| イ 譲受人間の関係 | 103 |
| ウ 債権差押えとの競合の場合の規律の必要性 | 103 |
| 3 抗弁の切断（民法第468条） | 104 |
| 4 将来債権譲渡 | 105 |
| (1) 将来債権の譲渡が認められる旨の規定の要否 | 105 |
| (2) 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界 | 106 |
| (3) 譲渡人の地位の変動に伴う将来債権譲渡の効力の限界 | 106 |
| 第14 証券的債権に関する規定 | 107 |
| 1 証券的債権に関する規定の要否（民法第469条から第473条まで） | 107 |
| 2 有価証券に関する規定の要否（民法第469条から第473条まで） | 108 |
| 3 有価証券に関する通則的な規定の内容 | 109 |
| 4 免責証券に関する規定の要否 | 111 |
| 第15 債務引受 | 111 |
| 1 総論（債務引受に関する規定の要否） | 112 |
| 2 併存的債務引受 | 112 |
| (1) 併存的債務引受の要件 | 112 |
| (2) 併存的債務引受の効果 | 113 |
| (3) 併存的債務引受と保証との関係 | 114 |
| 3 免責的債務引受 | 115 |
| (1) 免責的債務引受の要件 | 115 |

| | |
|---|-----|
| (2) 免責的債務引受の効果 | 115 |
| 4 その他 | 117 |
| (1) 将来債務引受に関する規定の要否 | 117 |
| (2) 履行引受に関する規定の要否 | 117 |
| (3) 債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係の明確化のための規定の要否 | 117 |
| 第16 契約上の地位の移転（譲渡） | 118 |
| 1 総論（契約上の地位の移転（譲渡）に関する規定の要否） | 118 |
| 2 契約上の地位の移転の要件 | 118 |
| 3 契約上の地位の移転の効果等 | 120 |
| 4 対抗要件制度 | 121 |
| 第17 弁済 | 122 |
| 1 弁済の効果 | 122 |
| 2 第三者による弁済（民法第474条） | 122 |
| (1) 「利害関係」と「正当な利益」の関係 | 122 |
| (2) 利害関係を有しない第三者による弁済 | 123 |
| 3 弁済として引き渡した物の取戻し（民法第476条） | 124 |
| 4 債権者以外の第三者に対する弁済（民法第478条から第480条まで） | 124 |
| (1) 受領権限を有する第三者に対する弁済の有効性 | 124 |
| (2) 債権の準占有者に対する弁済（民法第478条） | 125 |
| ア 「債権の準占有者」概念の見直し | 125 |
| イ 善意無過失要件の見直し | 125 |
| ウ 債権者の帰責事由の要否 | 126 |
| エ 民法第478条の適用範囲の拡張の要否 | 126 |
| (3) 受取証書の持参人に対する弁済（民法第480条） | 127 |
| 5 代物弁済（民法第482条） | 127 |
| (1) 代物弁済に関する法律関係の明確化 | 127 |
| (2) 第三者による代物弁済の可否 | 128 |
| 6 弁済の内容に関する規定（民法第483条から第487条まで） | 128 |
| (1) 特定物の現状による引渡し（民法第483条） | 128 |
| (2) 弁済をすべき場所，時間等に関する規定（民法第484条） | 129 |
| (3) 受取証書・債権証書の取扱い（民法第486条，第487条） | 129 |
| 7 弁済の充当（民法第488条から第491条まで） | 130 |
| 8 弁済の提供（民法第492条，第493条） | 131 |
| (1) 弁済の提供の効果の明確化 | 131 |
| (2) 口頭の提供すら不要とされる場合の明文化 | 132 |
| 9 弁済の目的物の供託（弁済供託）（民法第494条から第498条まで） | 132 |
| (1) 弁済供託の要件・効果の明確化 | 132 |
| (2) 自助売却の要件の拡張 | 133 |
| 10 弁済による代位（民法第499条から第504条まで） | 133 |

| | |
|---|-----|
| (1) 任意代位の見直し | 133 |
| (2) 弁済による代位の効果の明確化 | 134 |
| ア 弁済者が代位する場合の原債権の帰すう | 134 |
| イ 法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化 | 135 |
| (3) 一部弁済による代位の要件・効果の見直し | 136 |
| ア 一部弁済による代位の要件・効果の見直し | 136 |
| イ 連帯債務の一部が履行された場合における債権者の原債権と一部履行をした連帯債務者の求償権との関係 | 136 |
| ウ 保証債務の一部を履行した場合における債権者の原債権と保証人の求償権の関係 | 137 |
| (4) 債権者の義務 | 137 |
| ア 債権者の義務の明確化 | 137 |
| イ 担保保存義務違反による免責の効力が及ぶ範囲 | 138 |
| 第18 相殺 | 139 |
| 1 相殺の要件（民法第505条） | 139 |
| (1) 相殺の要件の明確化 | 139 |
| (2) 第三者による相殺 | 140 |
| (3) 相殺禁止の意思表示 | 141 |
| 2 相殺の方法及び効力 | 141 |
| (1) 相殺の遡及効の見直し（民法第506条） | 141 |
| (2) 時効消滅した債権を自働債権とする相殺（民法第508条）の見直し | 142 |
| (3) 充当に関する規律の見直し（民法第512条） | 142 |
| 3 不法行為債権を受働債権とする相殺（民法第509条） | 143 |
| 4 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第511条） | 144 |
| (1) 法定相殺と差押え | 144 |
| (2) 債権譲渡と相殺の抗弁 | 145 |
| (3) 自働債権の取得時期による相殺の制限の要否 | 145 |
| (4) 相殺予約の効力 | 146 |
| 5 相殺権の濫用 | 147 |
| 第19 更改 | 148 |
| 1 更改の要件の明確化（民法第513条） | 148 |
| (1) 「債務の要素」の明確化と更改意思 | 148 |
| (2) 旧債務の存在及び新債務の成立 | 148 |
| 2 更改による当事者の交替の制度の要否（民法第514条から第516条まで） | 148 |
| 3 旧債務が消滅しない場合の規定の明確化（民法第517条） | 149 |
| 第20 免除及び混同 | 149 |
| 1 免除の規定の見直し（民法第519条） | 149 |
| 2 混同の例外の明確化（民法第520条） | 150 |
| 第21 新たな債権消滅原因に関する法的概念（決済手法の高度化・複雑化への民法上の対応） | 150 |

| | | |
|------|---|-----|
| 1 | 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定の要否 | 151 |
| 2 | 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定を設ける場合における第三者との法律関係を明確にするための規定の要否 | 153 |
| 第2 2 | 契約に関する基本原則等 | 154 |
| 1 | 契約自由の原則 | 154 |
| 2 | 契約の成立に関する一般的規定 | 154 |
| 3 | 原始的に不能な契約の効力 | 155 |
| 4 | 債権債務関係における信義則の具体化 | 156 |
| 第2 3 | 契約交渉段階 | 157 |
| 1 | 契約交渉の不当破棄 | 157 |
| 2 | 契約締結過程における説明義務・情報提供義務 | 157 |
| 3 | 契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任 | 158 |
| 第2 4 | 申込みと承諾 | 159 |
| 1 | 総論 | 159 |
| 2 | 申込み及び承諾の概念 | 160 |
| (1) | 定義規定の要否 | 160 |
| (2) | 申込みの推定規定の要否 | 160 |
| (3) | 交叉申込み | 161 |
| 3 | 承諾期間の定めのある申込み | 161 |
| 4 | 承諾期間の定めのない申込み | 163 |
| 5 | 対話者間における承諾期間の定めのない申込み | 164 |
| 6 | 申込者の死亡又は行為能力の喪失 | 165 |
| 7 | 申込みを受けた事業者の物品保管義務 | 165 |
| 8 | 隔地者間の契約の成立時期 | 166 |
| 9 | 申込みに変更を加えた承諾 | 167 |
| 第2 5 | 懸賞広告 | 167 |
| 1 | 懸賞広告を知らずに指定行為が行われた場合 | 167 |
| 2 | 懸賞広告の効力・撤回 | 168 |
| (1) | 懸賞広告の効力 | 168 |
| (2) | 撤回の可能な時期 | 169 |
| (3) | 撤回の方法 | 169 |
| 3 | 懸賞広告の報酬を受ける権利 | 170 |
| 第2 6 | 第三者のためにする契約 | 170 |
| 1 | 受益の意思の表示を不要とする類型の創設等（民法第537条） | 170 |
| 2 | 受益者の権利の確定 | 171 |
| 3 | 受益者の現存性・特定性 | 172 |
| 4 | 要約者の地位 | 172 |
| (1) | 諾約者に対する履行請求 | 172 |
| (2) | 解除権の行使 | 173 |

| | | |
|-----|---------------------------------|-----|
| 第27 | 約款（定義及び組入要件） | 173 |
| 1 | 約款の組入要件に関する規定の要否 | 173 |
| 2 | 約款の定義 | 174 |
| 3 | 約款の組入要件の内容 | 174 |
| 4 | 約款の変更 | 176 |
| 第28 | 法律行為に関する通則 | 176 |
| 1 | 法律行為の効力 | 176 |
| (1) | 法律行為の意義等の明文化 | 176 |
| (2) | 公序良俗違反の具体化 | 177 |
| (3) | 「事項を目的とする」という文言の削除（民法第90条） | 178 |
| 2 | 法令の規定と異なる意思表示（民法第91条） | 178 |
| 3 | 強行規定と任意規定の区別の明記 | 179 |
| 4 | 任意規定と異なる慣習がある場合 | 179 |
| 第29 | 意思能力 | 180 |
| 1 | 要件等 | 180 |
| (1) | 意思能力の定義 | 180 |
| (2) | 意思能力を欠く状態で行われた法律行為が有効と扱われる場合の有無 | 181 |
| 2 | 日常生活に関する行為の特則 | 184 |
| 3 | 効果 | 185 |
| 第30 | 意思表示 | 187 |
| 1 | 心裡留保 | 187 |
| (1) | 心裡留保の意思表示が無効となる要件 | 187 |
| (2) | 第三者保護規定 | 188 |
| 2 | 通謀虚偽表示 | 189 |
| (1) | 第三者保護要件 | 189 |
| (2) | 民法第94条第2項の類推適用法理の明文化 | 189 |
| 3 | 錯誤 | 190 |
| (1) | 動機の錯誤に関する判例法理の明文化 | 190 |
| (2) | 要素の錯誤の明確化 | 191 |
| (3) | 表意者に重過失がある場合の無効主張の制限の例外 | 191 |
| (4) | 効果 | 192 |
| (5) | 錯誤者の損害賠償責任 | 193 |
| (6) | 第三者保護規定 | 193 |
| 4 | 詐欺及び強迫 | 194 |
| (1) | 沈黙による詐欺 | 194 |
| (2) | 第三者による詐欺 | 194 |
| (3) | 第三者保護規定 | 195 |
| 5 | 意思表示に関する規定の拡充 | 195 |
| 6 | 意思表示の到達及び受領能力 | 197 |

| | |
|--------------------------------------|-----|
| (1) 意思表示の効力発生時期 | 197 |
| (2) 意思表示の到達主義の適用対象 | 197 |
| (3) 意思表示の受領を擬制すべき場合 | 197 |
| (4) 意思能力を欠く状態となった後に到達し、又は受領した意思表示の効力 | 198 |
| 第3 1 不当条項規制 | 198 |
| 1 不当条項規制の要否、適用対象等 | 198 |
| 2 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項 | 200 |
| 3 不当性の判断枠組み | 201 |
| 4 不当条項の効力 | 202 |
| 5 不当条項のリストを設けることの当否 | 203 |
| 第3 2 無効及び取消し | 205 |
| 1 相対的無効（取消的無効） | 205 |
| 2 一部無効 | 205 |
| (1) 法律行為に含まれる特定の条項の一部無効 | 205 |
| (2) 法律行為の一部無効 | 206 |
| (3) 複数の法律行為の無効 | 207 |
| 3 無効な法律行為の効果 | 208 |
| (1) 法律行為が無効であることの帰結 | 208 |
| (2) 返還請求権の範囲 | 208 |
| (3) 制限行為能力者・意思無能力者の返還義務の範囲 | 209 |
| (4) 無効行為の転換 | 210 |
| (5) 追認 | 211 |
| 4 取り消すことができる行為の追認 | 212 |
| (1) 追認の要件 | 212 |
| (2) 法定追認 | 212 |
| (3) 追認の効果 | 213 |
| (4) 相手方の催告権 | 213 |
| 5 取消権の行使期間 | 213 |
| (1) 期間の見直しの要否 | 213 |
| (2) 抗弁権の永続性 | 214 |
| 第3 3 代理 | 214 |
| 1 有権代理 | 214 |
| (1) 代理行為の瑕疵－原則（民法第101条第1項） | 215 |
| (2) 代理行為の瑕疵－例外（民法第101条第2項） | 215 |
| (3) 代理人の行為能力（民法第102条） | 216 |
| (4) 代理権の範囲（民法第103条） | 216 |
| (5) 任意代理人による復代理人の選任（民法第104条） | 216 |
| (6) 利益相反行為（民法第108条） | 217 |
| (7) 代理権の濫用 | 218 |

| | | |
|-----|--------------------------|-----|
| 2 | 表見代理 | 219 |
| (1) | 代理権授与の表示による表見代理（民法第109条） | 219 |
| ア | 法定代理への適用の可否 | 219 |
| イ | 代理権授与表示への意思表示規定の類推適用 | 219 |
| ウ | 白紙委任状 | 220 |
| エ | 本人名義の使用許諾の場合 | 220 |
| オ | 民法第110条との重畳適用 | 221 |
| (2) | 権限外の行為の表見代理（民法第110条） | 221 |
| ア | 法定代理への適用の可否 | 221 |
| イ | 代理人の「権限」 | 221 |
| ウ | 正当な理由 | 222 |
| (3) | 代理権消滅後の表見代理（民法第112条） | 222 |
| ア | 法定代理への適用の可否 | 222 |
| イ | 「善意」の対象 | 223 |
| ウ | 民法第110条との重畳適用 | 223 |
| 3 | 無権代理 | 224 |
| (1) | 無権代理人の責任（民法第117条） | 224 |
| (2) | 無権代理と相続 | 224 |
| 4 | 授權 | 225 |
| 第34 | 条件及び期限 | 226 |
| 1 | 停止条件及び解除条件の意義 | 226 |
| 2 | 条件の成否が未確定の間における法律関係 | 226 |
| 3 | 不能条件（民法第133条） | 227 |
| 4 | 期限の意義 | 227 |
| 5 | 期限の利益の喪失（民法第137条） | 227 |
| 第35 | 期間の計算 | 228 |
| 1 | 総論（民法に規定することの当否） | 228 |
| 2 | 過去に遡る方向での期間の計算方法 | 228 |
| 3 | 期間の末日に関する規定の見直し | 229 |
| 第36 | 消滅時効 | 229 |
| 1 | 時効期間と起算点 | 229 |
| (1) | 原則的な時効期間について | 229 |
| (2) | 短期消滅時効期間の特則について | 231 |
| ア | 短期消滅時効制度について | 231 |
| イ | 定期金債権 | 232 |
| ウ | 判決等で確定した権利 | 232 |
| エ | 不法行為等による損害賠償請求権 | 233 |
| (3) | 時効期間の起算点について | 234 |
| (4) | 合意による時効期間等の変更 | 235 |

| | | |
|-----|--|-----|
| 2 | 時効障害事由 | 236 |
| | (1) 中断事由(時効期間の更新, 時効の新たな進行) | 236 |
| | (2) その他の中断事由の取扱い | 237 |
| | (3) 時効の停止事由 | 238 |
| | (4) 当事者間の交渉・協議による時効障害 | 239 |
| | (5) その他 | 240 |
| | ア 債権の一部について訴えの提起等がされた場合の取扱い | 240 |
| | イ 債務者以外の者に対して訴えの提起等をした旨の債務者への通知 | 240 |
| 3 | 時効の効果 | 241 |
| | (1) 時効の援用等 | 241 |
| | (2) 債務者以外の者に対する効果(援用権者) | 242 |
| | (3) 時効の利益の放棄等 | 242 |
| 4 | 形成権の期間制限 | 243 |
| 5 | その他 | 243 |
| | (1) その他の財産権の消滅時効 | 243 |
| | (2) 取得時効への影響 | 244 |
| 第37 | 契約各則 - 共通論点 | 244 |
| 1 | 冒頭規定の規定方法 | 244 |
| 2 | 強行規定と任意規定の区別の明確化 | 245 |
| 第38 | 売買 - 総則 | 245 |
| 1 | 売買の一方の予約(民法第556条) | 245 |
| 2 | 手付(民法第557条) | 247 |
| 第39 | 売買 - 売買の効力(担保責任) | 248 |
| 1 | 物の瑕疵に関する担保責任(民法第570条) | 248 |
| | (1) 債務不履行の一般原則との関係(瑕疵担保責任の法的性質) | 248 |
| | (2) 「瑕疵」の意義(定義規定の要否) | 249 |
| | (3) 「隠れた」という要件の要否 | 251 |
| | (4) 代金減額請求権の要否 | 252 |
| | (5) 買主に認められる権利の相互関係の明確化 | 253 |
| | (6) 短期期間制限の見直しの要否 | 254 |
| 2 | 権利の瑕疵に関する担保責任(民法第560条から第567条まで): 共通論点 | 257 |
| 3 | 権利の瑕疵に関する担保責任(民法第560条から第567条まで): 個別論点 | 258 |
| | (1) 他人の権利の売買における善意の売主の解除権(民法第562条)の要否 | 258 |
| | (2) 数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任(民法第565条) | 258 |
| | (3) 地上権等がある場合等における売主の担保責任(民法第566条) | 259 |
| | (4) 抵当権等がある場合における売主の担保責任(民法第567条) | 259 |
| 4 | 競売における担保責任(民法第568条, 第570条ただし書) | 260 |
| 5 | 売主の担保責任と同時履行(民法第571条) | 261 |
| 6 | 数量超過の場合の売主の権利 | 261 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 7 | 民法第572条（担保責任を負わない旨の特約）の見直しの要否 | 262 |
| 8 | 数量保証・品質保証等に関する規定の要否 | 263 |
| 9 | 当事者の属性や目的物の性質による特則の要否 | 263 |
| 第40 | 売買 - 売買の効力（担保責任以外） | 264 |
| 1 | 売主及び買主の基本的義務の明文化 | 264 |
| | (1) 売主の引渡義務及び対抗要件具備義務 | 264 |
| | (2) 買主の受領義務 | 264 |
| 2 | 代金の支払及び支払の拒絶 | 265 |
| | (1) 代金の支払期限（民法第573条） | 265 |
| | (2) 代金の支払場所（民法第574条） | 266 |
| | (3) 権利を失うおそれがある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第576条） | 267 |
| | (4) 抵当権等の登記がある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第577条） | 267 |
| 3 | 果実の帰属又は代金の利息の支払（民法第575条） | 268 |
| 4 | その他の新規規定 | 268 |
| | (1) 他人の権利の売買と相続 | 268 |
| | (2) 解除の帰責事由を不要とした場合における解除権行使の限界に関する規定 | 269 |
| | (3) 消費者と事業者との間の売買契約に関する特則 | 270 |
| | (4) 事業者間の売買契約に関する特則 | 270 |
| 5 | 民法第559条（有償契約への準用）の見直しの要否 | 271 |
| 第41 | 売買 - 買戻し，特殊の売買 | 272 |
| 1 | 買戻し（民法第579条から第585条まで） | 272 |
| 2 | 契約締結に先立って目的物を試用することができる売買 | 273 |
| 第42 | 交換 | 273 |
| 第43 | 贈与 | 274 |
| 1 | 成立要件の見直しの要否（民法第549条） | 274 |
| 2 | 適用範囲の明確化 | 274 |
| 3 | 書面によらない贈与の撤回における「書面」要件の明確化（民法第550条） | 276 |
| 4 | 贈与者の担保責任（民法第551条第1項） | 277 |
| 5 | 負担付贈与（民法第551条第2項，第553条） | 278 |
| 6 | 死因贈与（民法第554条） | 279 |
| 7 | その他の新規規定 | 280 |
| | (1) 贈与の予約 | 280 |
| | (2) 背信行為等を理由とする撤回・解除 | 281 |
| | (3) 解除による受贈者の原状回復義務の特則 | 282 |
| | (4) 無償契約への準用 | 283 |
| 第44 | 消費貸借 | 284 |
| 1 | 消費貸借の成立 | 284 |
| | (1) 要物性の見直し | 284 |
| | (2) 無利息消費貸借についての特則 | 285 |

| | |
|--|-----|
| (3) 目的物の交付前における消費者借主の解除権 | 285 |
| (4) 目的物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始 | 286 |
| (5) 消費貸借の予約 | 286 |
| 2 利息に関する規律の明確化 | 287 |
| 3 目的物に瑕疵があった場合の法律関係 | 288 |
| (1) 貸主の担保責任 | 288 |
| (2) 借主の返還義務 | 288 |
| 4 期限前弁済に関する規律の明確化 | 289 |
| (1) 期限前弁済 | 289 |
| (2) 事業者が消費者に融資をした場合の特則 | 290 |
| 5 抗弁の接続 | 290 |
| 6 追加検討項目 | 291 |
| 第45 賃貸借 | 291 |
| 1 短期賃貸借に関する規定の見直し | 291 |
| 2 賃貸借の存続期間 | 292 |
| 3 賃貸借と第三者との関係 | 292 |
| (1) 目的不動産について物権を取得した者その他の第三者との関係 | 292 |
| (2) 目的不動産の所有権が移転した場合の賃貸借の帰すう | 293 |
| (3) 不動産賃貸借における合意による賃貸人の地位の承継 | 295 |
| (4) 敷金返還債務の承継 | 296 |
| (5) 動産賃貸借と第三者との関係 | 297 |
| (6) 賃借権に基づく妨害排除請求権 | 298 |
| 4 賃貸人の義務 | 298 |
| (1) 賃貸人の修繕義務 | 298 |
| (2) 賃貸物の修繕に関する賃借人の権利 | 299 |
| (3) 賃貸人の担保責任 | 299 |
| 5 賃借人の義務 | 300 |
| (1) 賃料の支払義務（事情変更による増減額請求権） | 300 |
| (2) 目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額等 | 300 |
| 6 賃借権の譲渡及び転貸 | 302 |
| (1) 賃借権の譲渡及び転貸の制限 | 302 |
| (2) 適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との関係 | 303 |
| 7 賃貸借の終了 | 304 |
| (1) 賃借物が滅失した場合等における賃貸借の終了 | 304 |
| (2) 賃貸借終了時の原状回復 | 305 |
| (3) 損害賠償及び費用の償還の請求権についての期間の制限 | 306 |
| ア 用法違反による賃貸人の損害賠償請求権についての期間制限 | 306 |
| イ 賃借人の費用償還請求権についての期間制限 | 307 |
| 8 賃貸借に関する規定の配列 | 307 |

| | | |
|-----|---------------------------------------|-----|
| 第46 | 使用貸借 | 308 |
| 1 | 使用貸借契約の成立要件 | 308 |
| 2 | 使用貸借の対抗力 | 308 |
| 3 | 使用貸借の効力（貸主の担保責任） | 309 |
| 4 | 使用貸借の終了 | 310 |
| | (1) 使用貸借の終了事由 | 310 |
| | (2) 損害賠償請求権・費用償還請求権についての期間の制限 | 310 |
| 第47 | 役務提供型の典型契約（雇用，請負，委任，寄託）総論 | 311 |
| 第48 | 請負 | 312 |
| 1 | 請負の意義（民法第632条） | 312 |
| 2 | 注文者の義務 | 313 |
| (1) | 注文者の協力義務には反対意見が強い。 | 313 |
| (2) | 注文者の受領義務には反対意見が強い。 | 313 |
| 3 | 報酬に関する規律 | 314 |
| | (1) 報酬の支払時期（民法第633条） | 314 |
| | (2) 仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権 | 314 |
| | (3) 仕事の完成が不可能になった場合の費用償還請求権 | 316 |
| 4 | 完成した建物の所有権の帰属 | 316 |
| 5 | 瑕疵担保責任 | 317 |
| | (1) 瑕疵修補請求権の限界（民法第634条第1項） | 317 |
| | (2) 瑕疵を理由とする催告解除 | 317 |
| | (3) 土地の工作物を目的とする請負の解除（民法第635条ただし書） | 318 |
| | (4) 報酬減額請求権の要否 | 319 |
| | (5) 請負人の担保責任の存続期間（民法第637条，第638条第2項） | 319 |
| | (6) 土地工作物に関する性質保証期間（民法第638条第1項） | 320 |
| | (7) 瑕疵担保責任の免責特約（民法第640条） | 321 |
| 6 | 注文者の任意解除権（民法第641条） | 322 |
| | (1) 注文者の任意解除権に対する制約 | 322 |
| | (2) 注文者が任意解除権を行使した場合の損害賠償の範囲（民法第641条） | 322 |
| 7 | 注文者についての破産手続の開始による解除（民法第642条） | 323 |
| 8 | 下請負 | 323 |
| | (1) 下請負に関する原則 | 323 |
| | (2) 下請負人の直接請求権 | 324 |
| | (3) 下請負人の請負の目的物に対する権利 | 324 |
| 第49 | 委任 | 325 |
| 1 | 受任者の義務に関する規定 | 325 |
| | (1) 受任者の指図遵守義務 | 325 |
| | (2) 受任者の忠実義務 | 326 |
| | (3) 受任者の自己執行義務 | 327 |

| | |
|---|-----|
| (4) 受任者の報告義務（民法第645条） | 328 |
| (5) 委任者の財産についての受任者の保管義務 | 329 |
| (6) 受任者の金銭の消費についての責任（民法第647条） | 329 |
| 2 委任者の義務に関する規定 | 330 |
| (1) 受任者が債務を負担したときの解放義務（民法第650条第2項） | 330 |
| (2) 受任者が受けた損害の賠償義務（民法第650条第3項） | 331 |
| (3) 受任者が受けた損害の賠償義務についての消費者契約の特則（民法第650条第3項） | 331 |
| 3 報酬に関する規律 | 332 |
| (1) 無償性の原則の見直し（民法第648条第1項） | 332 |
| (2) 報酬の支払方式 | 333 |
| (3) 報酬の支払時期（民法第648条第2項） | 333 |
| (4) 委任事務の処理が不可能になった場合の報酬請求権 | 334 |
| 4 委任の終了に関する規定 | 335 |
| (1) 委任契約の任意解除権（民法第651条） | 335 |
| (2) 委任者死亡後の事務処理を委託する委任（民法第653条第1号） | 336 |
| (3) 破産手続開始による委任の終了（民法第653条第2号） | 337 |
| 5 準委任（民法第656条） | 338 |
| 6 特殊の委任 | 339 |
| (1) 媒介契約に関する規定 | 339 |
| (2) 取次契約に関する規定 | 340 |
| (3) 他人の名で契約をした者の履行保証責任 | 341 |
| 第50 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定 | 342 |
| 1 新たな受皿規定の要否 | 342 |
| 2 役務提供者の義務に関する規律 | 343 |
| 3 役務受領者の義務に関する規律 | 344 |
| 4 報酬に関する規律 | 344 |
| (1) 役務提供者が経済事業の範囲で役務を提供する場合の有償性の推定 | 344 |
| (2) 報酬の支払方式 | 344 |
| (3) 報酬の支払時期 | 345 |
| (4) 役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権 | 345 |
| 5 任意解除権に関する規律 | 347 |
| 6 役務受領者について破産手続が開始した場合の規律 | 347 |
| 7 その他の規定の要否 | 348 |
| 8 役務提供型契約に関する規定の編成方式 | 348 |
| 第51 雇用 | 349 |
| 1 総論（雇用に関する規定の在り方） | 349 |
| 2 報酬に関する規律 | 351 |
| (1) 具体的な報酬請求権の発生時期 | 351 |

| | |
|---|-----|
| (2) 労務が履行されなかった場合の報酬請求権 | 351 |
| 3 民法第626条の規定の要否 | 354 |
| 4 有期雇用契約における黙示の更新(民法第629条) | 354 |
| (1) 有期雇用契約における黙示の更新後の期間の定めの有無 | 354 |
| (2) 民法第629条第2項の規定の要否 | 355 |
| その他 民法第627条第2,第3項の削除の提案 | 355 |
| 第52 寄託 | 356 |
| 1 寄託の成立 要物性の見直し | 356 |
| (1) 要物性の見直し | 356 |
| (2) 寄託物の受取前の当事者間の法律関係 | 357 |
| (3) 寄託物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始 | 358 |
| 2 受寄者の自己執行義務(民法第658条) | 358 |
| (1) 再寄託の要件 | 358 |
| (2) 適法に再寄託が行われた場合の法律関係 | 359 |
| 3 受寄者の保管義務(民法第659条) | 360 |
| 4 寄託物の返還の相手方 | 360 |
| 5 寄託者の義務 | 362 |
| (1) 寄託者の損害賠償責任(民法第661条) | 362 |
| (2) 寄託者の報酬支払義務 | 363 |
| 6 寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の通知義務 | 364 |
| 7 寄託物の譲渡と間接占有の移転 | 365 |
| 8 消費寄託(民法第666条) | 366 |
| 9 特殊の寄託 混合寄託(混蔵寄託) | 367 |
| 10 特殊の寄託 流動性預金口座 | 368 |
| (1) 流動性預金口座への振込みによる金銭債務の履行に関する規律の要否 | 368 |
| (2) 資金移動取引の法律関係についての規定の要否 | 370 |
| (3) 指図に関する規律の要否 | 370 |
| (4) 流動性預金口座に存する金銭債権の差押えに関する規律の要否 | 371 |
| (5) 流動性預金口座に係る預金契約の法的性質に関する規律の要否 | 371 |
| 11 特殊の寄託 宿泊事業者の特則 | 372 |
| 第53 組合 | 372 |
| 1 組合契約の成立 | 372 |
| (1) 組合員の一人の出資債務が履行されない場合 | 372 |
| (2) 組合契約の無効又は取消し | 373 |
| 2 組合の財産関係 | 374 |
| 3 組合の業務執行及び組合代理 | 375 |
| (1) 組合の業務執行 | 375 |
| (2) 組合代理 | 376 |
| 4 組合員の変動 | 376 |

| | |
|----------------------------|-----|
| (1) 組合員の加入 | 376 |
| (2) 組合員の脱退 | 377 |
| 5 組合の解散及び清算 | 377 |
| (1) 組合の解散 | 377 |
| (2) 組合の清算 | 378 |
| 6 内的組合に関する規定の整備 | 379 |
| 第54 終身定期金 | 379 |
| 第55 和解 | 380 |
| 1 和解の意義(民法第695条) | 380 |
| 2 和解の効力(民法第696条) | 381 |
| (1) 和解と錯誤 | 381 |
| (2) 人身損害についての和解の特則 | 382 |
| 第56 新種の契約 | 383 |
| 1 新たな典型契約の要否等 | 383 |
| 2 ファイナンス・リース | 384 |
| 第57 事情変更の原則 | 385 |
| 1 事情変更の原則の明文化の要否 | 385 |
| 2 要件論 | 387 |
| 3 効果論 | 388 |
| (1) 解除, 契約改訂, 再交渉請求権・再交渉義務 | 388 |
| (2) 契約改訂の法的性質・訴訟手続との関係 | 389 |
| (3) 解除権と契約改訂との相互関係 | 390 |
| 第58 不安の抗弁権 | 390 |
| 1 不安の抗弁権の明文化の要否 | 390 |
| 2 要件論 | 391 |
| 3 効果論 | 392 |
| 第59 契約の解釈 | 393 |
| 1 契約の解釈に関する原則を明文化することの要否 | 393 |
| 2 契約の解釈に関する基本原則 | 393 |
| 3 条項使用者不利の原則 | 394 |
| 第60 継続的契約 | 395 |
| 1 規定の要否等 | 395 |
| 2 継続的契約の解消の場面に関する規定 | 396 |
| (1) 期間の定めのない継続的契約の終了 | 396 |
| (2) 期間の定めのある継続的契約の終了 | 396 |
| (3) 継続的契約の解除 | 397 |
| (4) 消費者・事業者間の継続的契約の解除 | 397 |
| (5) 解除の効果 | 398 |
| 3 特殊な継続的契約 - 多数当事者型継続的契約 | 398 |

| | | |
|------|---------------------------|-----|
| 4 | 分割履行契約 | 399 |
| 第6 1 | 法定債権に関する規定に与える影響 | 399 |
| 第6 2 | 消費者・事業者に関する規定 | 400 |
| 1 | 民法に消費者・事業者に関する規定を設けることの当否 | 400 |
| 2 | 消費者契約の特則 | 404 |
| 3 | 事業者に関する特則 | 411 |
| (1) | 事業者間契約に関する特則 | 411 |
| (2) | 契約当事者の一方が事業者である場合の特則 | 413 |
| (3) | 事業者が行う一定の事業について適用される特則 | 417 |
| 第6 3 | 規定の配置 | 420 |

第1 債権の目的

1 債権の目的（民法第399条）

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

【部会資料19 - 2第1, 2 [2頁]】

【意見】

民法399条を削除することについては慎重に検討すべきである。

【理由】

民法典において原則的な事項をどこまで明文化すべきであるかという観点から検討する必要があるが、原則的な事項をあまり定めてない現行法でも定めている事項であり、その定めが存在することで支障を来すことがないことから、債権の目的について金銭での評価可能性を必要としないとする定めは残すべきである。削除することで、金銭での評価可能性を必要とするという解釈がなされる余地も出てくるといった意見がある一方で、削除をしても支障ないという意見もあり、慎重に検討する必要がある。

2 特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第400条）

(1) 特定物の引渡しの場合の注意義務

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

【部会資料19 - 2第1, 3 [3頁]】

【意見】

「債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、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。」とする民法400条を残すことに賛成である。

【理由】

契約の解釈によりいかなる目的物を履行すべきか定めることが困難なこともあり、任意規定として残す必要がある。

(2) 贈与者の保存義務の特則

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

【部会資料19-2第1,3(関連論点)[4頁]】

【意見】

贈与の無償性を考慮して、自己の財産に対するのと同じの注意義務をもって保存すべき旨の特則を新たに規定すべきであるという考え方に賛成である。

【理由】

贈与が無償であることから贈与者に売主と同じ善管注意義務を課すことは酷である。

3 種類債権の目的物の品質(民法第401条第1項)

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

【部会資料19-2第1,4[4頁]】

【意見】

民法第401条第1項に関しては、契約解釈が困難な事例もあるため任意規定として存置すべきであるという意見に賛成である。

【理由】

契約の解釈で定まらないときがあり、任意規定を置いておく必要がある。

4 種類債権の目的物の特定(民法第401条第2項)

(1) 種類債権の目的物の特定

種類債権の目的物の特定に関する民法第401条第2項については、契約

解釈の問題に解消できるとして不要とする意見と、任意規定として存置する意義があるとする意見があったことを踏まえて、規定の要否について、更に検討してはどうか。

また、規定を存置する場合には、債権者と債務者の合意によっても特定が生ずる旨を新たに規定する方向で、更に検討してはどうか。

さらに、判例が認める変更権(種類債権の目的物が特定した後であっても、一定の場合には、債務者がその目的物を同種同量の別の物に変更することができる権利)については、単に「債権者の利益を害さないこと」を要件とするのでは要件が広すぎるとの指摘があることも踏まえ、具体的かつ適切な要件設定が可能か否かに留意しつつ、明文化の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第1,5[5頁]】

【意見】

- (1) 401条2項を任意規定として存置することに賛成である。
- (2) 債権者と債務者の合意によっても特定が生ずる旨の規定を置くことに賛成である。
- (3) 判例が認める変更権を定めることには賛成であるが、単に「債権者の利益を害さない」という要件では不十分であり、具体的且つ適切な要件を検討すべきである。

【理由】

- (1) 契約の解釈による契約内容の明確化が困難なときもあり、民法401条2項をあえて削除する理由はない。
- (2) 債権者と債務者にの合意による特定は現状で認められており、条文で明文化した方がよい。
- (3) 判例が認める変更権を明文化することに異存はないが、その要件については、単に「債権者を害さない」だけでは不十分であり、具体的且つ適切な要件を検討する必要がある。

(2) 種類物贈与の特定に関する特則

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

【部会資料19-2第1,5(関連論点)[7頁]】

【意見】

種類物贈与の贈与者は、当然に目的物を指定する権利を有する旨の特則を置くべ

きであるという考え方に賛成が多い。

【理由】

贈与者が選択権を有するというのが贈与者の意思に合致する（受贈者に選択権を与えるときは特約を結ばよ。）という立場から賛成する意見と、契約に委ねれば良いという立場から反対する意見があった。

5 法定利率（民法第404条）

(1) 利率の変動制への見直しの要否

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

【部会資料19-2第1, 6 [7頁]】

【意見】

- (1) 変動利率性を採用することに賛成が多い。ただし、利息計算が煩雑になり当事者及び裁判が負担となることを防ぐために見直し期間、見直し方法についてはさらに検討する必要がある。
- (2) 法定利率が用いられる個別具体的な場面に適した利率を定めることに賛成が多い。

【理由】

実勢利率と法定利率に乖離があると債務者が債務の履行を引き延ばしたり、本来債務の存在を争えるのに争うことにより敗訴した場合の利息負担が大きくなることを避けるため争えなくなると言うような問題があり、変動利率性が良いと言う意見が多かった。しかし、利息の見直しがしばしばあると当事者及び裁判所が負担となることから、見直し時期及び方法については慎重に検討する必要があるという意見が多数を占めた。それとともに、法定利率が使われる具体的場面に即した利率を定めることがよいという意見が多かった。(2)の例外を定めると法定利率が適用されるのは、利息の合意はあるが、利率を定めなかった場合などごく例外的な場合であるという指摘もある。

なお、変動利率性を採用する場合に、利率が発生している期間中に利率が変動し

た場合、当初利率を固定的に適用する考え方については、利率適用期間が長いと法定利率を固定化していると同じことになり、変動のメリットが少ないという批判がある。他方、利率が発生している期間中に利率が変動した場合、適用利率を変動させるとしたなら、判決をどのようにするかが問題となる。現在であれば、00年00月00日から支払済まで年5分の割合による金員を支払えで良いが、利率の変動により適用利率が変動する変動利率性を採用した場合、判決主文をどのように書くのかという問題が生ずる。また、具体的な金額の計算も煩瑣となる。

さらに、変動金利性を採用した場合の、金利の基準を何に求めるか、見直し期間をどの程度とするかに合理的基準があるかという問題もある。そこで、大きな金利の変動により民法の定める法定金利が不合理となったときに、法定利率を改定する法改正を行えばそれでよいのでないかという考えも主張されている。

また、金利の適用期間中に適用金利を変動させる立法例として地方税法3条の2がある。

(2) 金銭債務の遅延損害金を算定する利率について

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

【部会資料19 - 2第1, 6(関連論点)1 [9頁]】

【意見】

金銭債務の遅延損害金について法定利率より高率とすることに賛成が多い。ただし、過度に制裁的な高率とすべきでない。

【理由】

債務不履行に対するペナルティーとして法定利率より高率な額を定めることで債務者に履行へのインセンティブを与えることとなる。ただ、過度に制裁的な高率とすることは、契約締結時に経済的に弱い立場にある当事者に酷な結果となるので、過度に高率とすべきでないとの意見がある。

これに対し、その様なインセンティブを望む場合、契約で合意することで充分であるし、法定利率を高額化することで、権利の不存在を争うものが争いにくくなる

と言う指摘もある。さらに利息制限法との調整も考えるべきである。

また、金銭債務について法定利率又は約定利率を超える損害が生じたときに超える部分を請求できることとする立法をするか否かとの関連も考えるべきである。超える額の請求をできるときは、不要であるという考えもある。

(3) 中間利息控除について

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

【部会資料19 - 2第1, 6(関連論点)2 [10頁]】

【意見】

中間利息控除のための利率について、それ適した一定の利率を定めることに賛成の意見が多いが、同時に、損害賠償の計算の仕方自体を見直すべきであるという意見もあった。

【理由】

現在の損害賠償の計算方法を前提とした場合、生命侵害の中間利息は、被害者保護の観点から、中間利息控除に適した長期の法定利率(例えば過去30年から40年の平均)を定めるべきであるという意見が多かった。

ただ、現在のような損害賠償の計算方法が妥当か否かについて検討すべきであるという意見もあった。

(4) 利息の定義

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

更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第1, 6 (関連論点) 3 [11頁]】

【意見】

利息の定義を置くことに賛成の意見が多い。

【理由】

利息は多義的に用いられており、あえて民法に定義を定める必要はないという意見もあったが、法定利率が適用される場面の利息について定義を設け、条文の文言を明確にすることについて賛成の意見が多かった。

6 選択債権（民法第406条から第411条まで）

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

【部会資料19 - 2第1, 7 [14頁]】

【意見】

第三者による選択の意思表示は債権者及び債務者の承諾を得なければ撤回できない旨の規定を設けることについては賛成である。

民法411条但書の削除については、削除する必要性はないが、削除することに反対しないという意見が多い。

【理由】

当事者保護の観点から、第三者による選択の意思表示は両当事者の承諾を得なければ撤回することができないとすることに賛成。

民法411条但書については、削除してもしなくても問題がなく、削除に反対しないが削除しなくても何ら支障がないなら削除しなくても良いという意見があった。

第2 履行請求権等

1 請求力等に関する明文規定の要否

一般に、債権者には請求力（債権者が債務者に任意に履行せよと請求できる権能）、給付保持力（債務者がした給付を適法に保持できる権能）、訴求力（債権者が債務者に対し訴えによって履行を請求することができる権能）、執行力・強制力（給付判決が確定しても債務者が任意に履行しない場合において、強制執行手続をとることにより、国家機関の手によって債権の内容を実現できる権能）が認められるとされる（以下、債権者に認められるこれらの権能を合わせ

て「履行請求権」ともいう。) これらのうち、民法には履行の強制に関する規定(同法第414条)が設けられているが、これとは別に、債権者が債務者に対して任意の履行を請求することができる旨の規定を設けるなど、債権者には請求力や訴求力等の基本的権能が認められることを確認する趣旨の明文規定を置く方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料5 - 2第1, 2 [1頁]】

【意見】

債権者には請求力や訴求力等の基本的権能が認められることを確認する趣旨の明文規定を置くことについて、賛成意見が強い。

【理由】

債権者の基本的権能である請求力や訴求力等に関する明文で規定を設けることは、分かりやすい民法の実現に資するとして、賛成する意見が強かった。

2 民法第414条(履行の強制)の取扱い

履行の強制に関する規定(民法第414条)については、債権者に認められる実体法上の権能を定めた規定であるとする見解と執行方法を定めた手続法的規定であるとする見解があるなど、規定の意義が不明確であるという指摘がある。そこで、履行の強制に関する規定のうち、実体法的規定は民法に置き、手続法的規定は民事執行法等に置くべきであるという方針を確認した上で、同条各項の規定のうち、手続法的規定として民法から削除すべきものの有無等について、更に検討してはどうか。

その際、実体法的規定か手続法的規定かの区別が困難なものについては、手続法において必要な規定を設けることを妨げない形で、実体法と手続法を架橋するような一般的・総則的な規定を民法に置くことについて、更に検討してはどうか。また、そのような一般的・総則的な規定の具体例として、民法に執行方法の一覧規定を置くことについても、更に検討してはどうか。

なお、履行の強制に関する規定の民法上の配置については、引き続き債権編に置く方向で、検討してはどうか。

【部会資料5 - 2第1, 2 [1頁], 同(関連論点)[5頁]】

【意見】

- (1) 履行の強制に関する規定(民法第414条)の一部又は全部を手続法的規定として民法から削除することについては、反対意見が強い。
- (2) 実体法と手続法を架橋するような一般的・総則的な規定を民法に置くことについては、賛成意見が強い。
- (3) 民法に執行方法の一覧規定を置くことについては、更に慎重に検討すべきである。
- (4) 履行の強制に関する規定を債権編に置くことについては、賛成意見が強い。

【理由】

(1) について

履行の強制に関する規定（民法第414条）は、実体法的性格を完全に否定できず、手続的規定のみを区別して整理することは困難であるし、分かりやすさの観点からは手続法的規定が民法に存在することにも一定の意義があるとして、規定の一部又は全部を削除することには反対する意見が強かった。

(2) について

分かりやすい民法の実現に資するとして、賛成する意見が強かった。

(3) について

分かりやすい民法の実現に資するとして賛成する意見がある一方で、一覽規定の存在が民事執行法等の改正の支障となることを懸念する意見もあった。

(4) について

履行の強制に関する規定を債権編に置くことについては、賛成意見が強かった。ただし、履行の強制に関する規定は、契約債権のみならず、物権的請求権や法定債権にも共通する問題であることに留意すべきとの指摘もあった。

3 履行請求権の限界

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

【部会資料5 - 2第1, 4 [9頁],
同(関連論点)1 [13頁], 同(関連論点)2 [13頁]】

【意見】

履行請求権の限界を確認する明文規定の要否や具体的な判断基準の在り方等については、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

履行請求権に限界があることを確認する明文規定を設けるべきとの考え方については、分かりやすい民法の実現に資するとして賛成する意見があった。他方、債務の履行が不能になったと判断される状況には、物理的不能、社会的不能、法律的不能など様々な場面が想定されるので、条文化に馴染まないとして、反対する意見も

あった。また、履行請求権の限界の具体的な判断基準の在り方については、「契約の趣旨」という基準が、契約以外の原因により発生した債権に関しては意味をなさないことに留意すべきとの指摘もあった。

4 追完請求権

(1) 追完請求権に関する一般的規定の要否

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

【部会資料5 - 2第1，3 [7頁]】

【意見】

- (1) 追完請求権を確認する一般的・総則的な規定を設けることについては、裁判規範として有意な規定を置けるかどうかという点などに留意して、慎重に検討すべきである。
- (2) 仮に追完請求権を確認する規定を設ける場合には、その要件となる「不完全な債務の履行」の具体的な内容について、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

追完請求権を確認する一般的・総則的な規定を設けることについては、分かりやすい民法の実現に資するとして賛成する意見があった。他方、追完方法は、契約類型や当事者の関係で千差万別であって、裁判規範として意味のある要件・効果を定めることは困難であるとして反対する意見もあった。また、要件となる「不完全な債務の履行」の具体的な内容や、履行請求権と追完請求権の実質的な違いの有無について明確にならなければ、解釈に混乱が生じるおそれがあるとの指摘もあった。

(2) について

仮に追完請求権を確認する規定を設ける場合には、その要件である「不完全な債務の履行」の具体的な内容についても、十分に検討される必要がある。

(2) 追完方法が複数ある場合の選択権

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

【意見】

仮に追完請求権を確認する一般的・総則的規定を設ける場合であっても、追完方法の選択権の所在に関する規定を設けることについては反対意見が強い。

【理由】

追完方法は契約類型や当事者の関係で千差万別であるところ、一律に選択権の所在に関する規定が設けられれば、事案に即した適切・妥当な解決が阻害されるおそれがあるなどとして、反対する意見が強かった。

(3) 追完請求権の限界事由

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

【部会資料5 - 2第1，4（関連論点）3 [14頁]】

【意見】

仮に追完請求権を確認する一般的・総則的規定を設ける場合であっても、追完請求権に特有の限界事由を定めることについては反対意見が強い。

【理由】

追完請求権が履行請求権の一態様であると解すれば特有の限界事由を規定する理論的根拠が乏しいこと、契約類型により利益状況が大きく異なるため限界事由を一律に規定することは困難であることなどから、反対する意見が強かった。

第3 債務不履行による損害賠償

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

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

【部会資料5 - 2第2, 2(1) [21頁]】

【意見】

基本的には賛成する。その場合、規定の表現については慎重に検討すべきである。ただし、条文化に馴染まない、あるいはその必要性がない旨の反対意見がある。

【理由】

判例法理を明文化することは賛成であるが、履行が不能であると法的に評価される場合を分かりやすく規定することが重要である。

- (2) 履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の手続的要件

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

【部会資料5 - 2第2, 2(2) [22頁]】

【意見】

賛成する。ただし、履行遅滞にとどまる場合には履行請求権が存続し、填補賠償請求権は発生しないこととすべきである旨の反対意見がある。

【理由】

判例法理の明文化であり、「分かりやすい民法」の実現に資する。

- (3) 不確定期限付債務における履行遅滞の要件（民法第412条）

学説上確立した法理を明文化する観点から、不確定期限付債務における履行遅滞の要件としては、債務者が期限の到来を知ったこと(民法第412条第2項)のほか、債権者が期限到来の事実を通知し、これが債務者に到達す

ることをもって足りるものとしてはどうか。

また、不法行為による損害賠償債務は、損害の発生と同時に遅滞に陥るとする判例法理の当否やその明文化の要否等について、検討してはどうか。

【部会資料5 - 2第2, 2(3) [24頁]】

【意見】

賛成する。ただし、債権者が期限の到来を通知し、それが債務者に到達したときは、「債務者が履行期の到来を知ったとき」と同視すれば足りるとして反対する意見もある。

【理由】

いずれも確定した解釈や判例を明文化することにより、「分かりやすい民法」の実現に資する。

(4) 履行期前の履行拒絶

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

【部会資料5 - 2第2, 2(4) [25頁]】

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

終局的・確定的に履行拒絶したことの認定が難しく、規定することによる弊害が予想されるとの意見がある（第3回議事録22頁）一方で、債権者の利益（契約関係の早期確定、債権者の便宜等）に資するものであることなどから、明文化すべきとの意見がある。

(5) 追完の遅滞及び不能による損害賠償

追完請求を受けた債務者が追完を遅滞した場合や追完が不能であった場合における追完に代わる損害賠償の要件については、追完方法の多様性等を考

慮した適切な要件設定等が可能かどうかという観点から、契約各則における担保責任の検討と併せて、更に検討してはどうか。

【部会資料5 - 2第2, 2(5) [26頁]】

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

追完自体について多様性があることから、国民に混乱を与える危険性がある（第3回議事録22頁）との意見がある一方で、「分かりやすい民法」の実現に資するとして賛成する意見がある。

(6) 民法第415条前段の取扱い

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

【部会資料5 - 2第2, 2(6) [27頁]】

【意見】

賛成する。ただし、現行規定を維持することで特段の問題がないとして反対する意見もある。

【理由】

想定し得ない事態も生じ得る（参照：第3回部会議事録22頁）。

2 「債務者の責めに帰すべき事由」について（民法第415条後段）

(1) 「債務者の責めに帰すべき事由」の適用範囲

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

【部会資料5 - 2第2, 3(1) [28頁]】

【意見】

賛成する。ただし、現行法のままで良いとして反対する意見もある。

【理由】

判例法理を明文化することにより、「分かりやすい民法」の実現に資する。

(2) 「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方

「債務者の責めに帰すべき事由」の意味は、条文上必ずしも明らかではないが、伝統的には、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義（故意・過失がない場合には責任を負わないとする考え方）に求め、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味を、故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由と解する見解が通説とされてきた。これに対し、判例は、必ずしもこのような帰責根拠・判断基準を採用しているわけではなく、また、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味を、契約から切り離された債務者の不注意と解しているわけでもないという理解が示されている。このような立場から、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味も、帰責根拠を契約の拘束力に求めることを前提として検討すべきであるとの見解が提示された。他方で、帰責根拠を契約の拘束力のみを求めることについては、それが取引実務に与える悪影響を懸念する意見もあった。これに対しては、ここでいう「契約」が、契約書の記載内容を意味するのではなく、当事者間の合意内容を、当該合意に関する諸事情を考慮して規範的に評価することにより導かれるものであるとの指摘があった。

以上の議論を踏まえ、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を契約の拘束力に求めることが妥当かという点や、仮に帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合には、損害賠償責任からの免責の処理はどのようにされることが適切かという点について、判例の立場との整合性、取引実務に与える影響、債務の種類による差異の有無等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

その上で、「債務者の責めに帰すべき事由」という文言については、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠との関係で、この文言をどのように理解すべきかという検討を踏まえ、他の文言に置き換える必要があるかどうか、また、それが妥当かどうかという観点から、更に検討してはどうか。その際、文言の変更が取引実務や裁判実務に与える影響、民法における法定債権の規定に与える影響、その他の法令の規定に与える影響等に留意しながら、検討してはどうか。

【部会資料5 - 2第2, 3(2) [28頁]】

【意見】

- (1) 「債務者の責めに帰すべき事由」という文言の検討において、「債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠との関係で、・・・他の文言に置き換える必要があるかどうか、また、それが妥当かどうかという観点」を最重要視することには強く反対する。
- (2) 免責文言としては、現行法の「責めに帰すべき事由」の文言を基本としつつ「不可抗力、債権者又は第三者の行為」などの免責事由の例示を法文に加える方向で、今後検討するのが妥当である。
これに対し、「契約により引き受けていない事由」を免責文言とする旨の見解、

さらには、これを基本としつつ「不可抗力、債権者又は第三者の行為」などの例示を加える見解があるが、これらについては強く反対する。

【理由】

(1) まず、上記論点整理第一段落では、「帰責根拠を契約の拘束力に求める見解」も現行の判例・実務の考え方に沿っており、これから導かれるものであるとされているので、帰責根拠を過失責任主義あるいは契約の拘束力のいずれに求めるかによって免責文言の結論が変わるとは言えないと思料される。

次に、上記論点整理第三段落においては、免責文言については「改正」ではなく「他の文言に置き換えること」の可否を検討するとされているが、「他の文言に置き換えること」ないし「文言のみの変更」についても以下に述べるとおり重大な問題があり、「帰責根拠との関係」という理論的整合性のみを重視して抜本的な変更をすることは失当であると思料する。

(2) について

この点、まず「責めに帰すべき事由」という概念については、現行民法に定義規定がなく、「何がこれに当たるか」が不明である旨の批判がある（「責めに帰すべき」とは「責任を取るべき」という意味に解されているので、概念自体が不明であるとの批判は正確とは言えないであろう）。

しかし、これについては、例えば「不可抗力、債権者又は第三者の行為」などの免責事由の例示を加えて法文化（一部改正）することにより、その意味を明らかにすることができるので、「分かりやすくなる」と思料する（例えば、免責文言を「不可抗力、債権者又は第三者の行為その他債務者の責めに帰することのできない事由」と規定するなど）。

また、「賠償」という言葉は一般には「償い」を意味する（広辞苑）ので、「債務者に非難可能性がある」ことが前提であり、そのことから「債務者の責めに帰すべき事由」という文言は適合的であって「分かりやすさ」につながると思われる。

この点、帰責事由の考え方に立っても、交渉力等優位者が劣位者に対して「責めに帰すべき事由がなくても損害賠償責任が発生するなどの一方的な契約書を押しつけるおそれがある」旨の批判がある。しかし、たとえかかる劣位者であっても「責めに帰すべき事由がないのに責任を負う」旨の条項が「何ら責任を取るべき事由がないのに責任を追及される」旨を意味していることは理解できるので、その危険性には容易に気がつくはずであり、したがって、かかる優位者といえども、このような「あからさまな契約書」を作成することには躊躇を覚えるのが通常であるので、劣位者の利益が害されるという弊害は極めて少ない（現行実務でもそのような契約実例は極めて少ない）。

よって、免責文言については、「責めに帰すべき事由」を基本に「不可抗力、債権者又は第三者の行為」などの例示を法文に加える方向で検討するのが、妥当であると思料する。

また、上記論点整理においては、免責事由の「改正」ではなく免責文言の「置

き換え」ないし「文言のみの変更」の是非が問題となっているので、「分かりにくさ」を解消することのみが重要であることになるはずである。そうすると、帰責事由概念を基本において修正を加える方が、現行実務との連続性を維持できる上に混乱も少なく、考え方としては妥当であると考えられる。

これに対し、「契約において引き受けていない事由」を免責文言とする旨の見解がある。

しかし、「引き受け」という言葉は曖昧であり(部会資料5 - 2, 第2, 3, , に「あいまいな概念であるという批判があり得る」との指摘がある), かつ「債務の引き受け」(債務内容の確定の問題)との間で一般国民に誤解・混乱が生じるおそれがあるなど, 国民に分かりにくいと思料される(第3回議事録29頁 鹿野幹事, 35頁 岡(健)委員)。

また、「引き受け」という言葉を用いると, 論者の意図とは別に, 結局は契約書の記載内容が重視され, 交渉力等において優位の者が劣位者に対して, 過度の免責否定条項(例えば「地震, 津波, 落雷, 火災による目的物の滅失」等の履行障害リスクを細かく掲げて「これらを全て債務者(劣位者)が引き受けた」とするもの)を含む契約書を押しつけることを容認する傾向が生じるおそれがあると思われる。

そのことから, 劣位者は, 過度の免責否定条項によって無過失責任などの重い責任を問われるおそれがあると思料する。現に, 論点整理の補足説明には「契約書作成能力に劣る中小企業等が重い責任を負う」という旨の懸念について指摘がある(27頁)。あるいは, この考え方では, かかる優位者が劣位者に対し, 過度の免責条項(あらゆる履行障害リスクを掲げて「これらを債務者(優位者)が引き受けていない」とするもの)を含む契約書を押しつけることを容認する傾向が生じるおそれもあると思われる。

そのことから, 劣位者は, 過度の免責条項のために「故意・重過失による債務不履行をした優位者(債務者)」に対してすら, 損害賠償責任を追及できなくなるおそれがあると思料する。現に, 部会において「交渉力の強い当事者によって過度な免責条項が挿入される事態を招く」旨の指摘がなされている(第3回議事録27頁 大島委員)。

これに対し, このような劣位者に不利な契約条項については, 「改正案の不当条項規制」によって排除すれば足りるとの意見もある。

これについては, 不当条項規制が, 主として「一旦成立した契約の条項の効力を排除する」という事後救済措置に過ぎないので, とりわけ「消費者や零細事業者などの経済的弱者」にとっては, コスト等の関係から裁判提起による事後救済を受けることを断念せざるを得なくなるおそれがある旨の反論がある。ましてや, 不当条項規制について「個別に交渉又は合意した条項」や「契約の中心部分に関する条項」を規制から除外する場合(論点整理96頁)は, なおさら劣位者保護として不十分となると思われる。

よって, このような免責文言は, 「国民に分かりにくく」かつ「格差拡大のおそれ」があり, 失当であると思料する。

また、このような免責文言の抜本の変更を行うと、現行実務との連続性を維持することができず、かつ大きな混乱が生じるので、「文言の置き換え」ないし「文言のみの変更」としては不適切であると考える。

次に、「引き受け」の言葉の意味が不明であるとしつつ、「不可抗力、債権者又は第三者の行為による場合」を免責事由の例示としながら「引き受け」の意味を具体化しようとする旨の見解がある（第3回議事録38頁 山本（敬）幹事）。

しかし、この考え方の場合、免責文言としては「不可抗力、債権者又は第三者の行為、その他債務者が契約により引き受けていない事由」と規定することになるが、一般国民の間に「天災などの不可抗力について、そもそも引き受けが問題になるのか」という重大な疑問が生じるなど、国民にとって一層「分かりにくくなる」と思料する。

のみならず、「契約により引き受けていない」という文言を用いている以上、依然として「優位者が過剰な免責条項あるいは免責否定条項を設けることを容認する傾向」が生じるので、「格差拡大のおそれ」があると思料する。

また、この見解についても、上述のように現行実務との連続性を維持できず、かつ大きな混乱が生じるので、「文言の置き換え」ないし「文言のみの変更」としては不適切であると考える。

まとめ

以上のとおりであるから、「責めに帰すべき事由」という免責文言を基本的には維持しつつ「国民に分かりやすくする」ために必要な修正を加える方向で検討するのが妥当である。

これを、「契約により引き受けていない事由」という文言に置き換えることは、「国民に分かりにくく」かつ「格差拡大のおそれ」があり、現行の実務との連続性がなく、大きな混乱も生じるので妥当ではないと思料する。

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

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

【部会資料5 - 2第2, 3(3) [34頁]】

【意見】

賛成する。ただし、履行遅滞とその後の履行不能との間に因果関係があるなら、帰責事由もあると考えべきであって、特則は不要である旨の反対意見がある。

【理由】

判例法理の明文化であり、「分かりやすい民法」の実現に資する。

3 損害賠償の範囲（民法第416条）

(1) 損害賠償の範囲に関する規定の在り方

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

【部会資料5 - 2第2, 4(1) [34頁]】

【意見】

損害賠償の範囲について検討することには賛成するが、端的に現行民法416条の文面を前提として、判例法理をもとに一部訂正・補充する方向の意見が強い。

【理由】

まず、民法の416条1項の「通常生ずべき損害」という文言それ自体は「他の同種事例において通常認められる範囲の損害」という意味として国民に理解されており、「分かりやすい」概念で実務でも定着している旨の意見が有力である【部会議事録第3回 [42頁, 45頁]】。

また、「通常生ずべき損害の賠償」という原則自体は、損害賠償の範囲について公平に処理する原則であって、「格差拡大の危険性」も存しないと考える。

したがって、今後とも、これを損害賠償のルールの方針とする方向で検討するのが妥当である。

ただし、同条2項においては、予見の主体や時期などについての明文規定がないので、これを補うための一部改正は「国民に分かりやすくする」ために必要である。

これに対し、「予見可能ルール」の考え方は、契約当事者の予見可能な範囲の損害を賠償させることを原則とするという考え方で、それ自体は「相当因果関係概念」（416条の文言ではない）よりも「分かりやすい」ことは否定できない【部会議事録第3回 [44頁] [中井委員発言]】。

しかし、「通常生ずべき損害の賠償」ではなく、「予見可能な範囲の損害の賠償」の方針に立って、契約書を作成するようになれば、交渉力等の優位者が、契約書の中に、相手方である劣位者の予見可能性を拡大させるための文言（優位者にとっての「契約の目的」や「目的地の使用予定」の詳細など）を入れることを容認する傾向が強くなり、そのために契約書のこのような記載によって損害賠償の範囲が拡大してしまい、劣位者に不利益となるおそれがある（参照 半田吉信「ドイツ新債務法と民法改正」信山社345頁, 346頁）。

従って予見可能ルールは、「格差による不利益を発生させるおそれ」があるので、その採用には慎重であるべきである。

(2) 予見の主体及び時期等（民法第416条第2項）

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

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

【部会資料5 - 2第2，4(2) [40頁]】

【意見】

予見の主体を債務者のみとし，予見の時期を「不履行時」とする判例実務を明文化する方向での意見が強い。

【理由】

上記裁判実務の考え方は，債務者が不履行時に「特別事情」を予見していた場合は，それによって生じた障害についても賠償をすべきである旨を明らかにするもので，分かりやすい。

(3) 予見の対象（民法第416条第2項）

予見の対象を「事情」とするか「損害」とするか，「損害」とする場合には損害額まで含むのかという問題は，損害賠償の範囲について予見可能性を基準とする規範を採用することの当否と関連することを踏まえて議論すべきであるという意見や，予見の対象の捉え方によっては損害賠償の範囲（前記(1)等）と損害額の算定（後記(5)）のいずれが問題になるかが左右される可能性があるという点に留意する必要があるとの意見があった。そこで，これらの意見に留意した上で，予見の対象について，更に検討してはどうか。

【部会資料5 - 2第2，4(2)（関連論点）1 [42頁]】

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

現行法は文言上，予見の対象は事情であることは明らかであり，予見の対象を損害とする考え方については3(1)(2)の考え方と整合的でなく慎重であるべきである。

なお，以上3の(1)～(3)については部会においてはそれぞれの関係についての説明が不十分との指摘もあり議論が尽くされているとは言えない。【部会議事録

第3回 [46頁][木村, 潮見委員, 蒲田部会長各発言]】。

また,損害のとらえ方である差額説(判例)と事実説との関連も検討が必要である。大村幹事もその著書の中で「通常損害,特別損害という区別と事実説との間にはある種の不整合ないし緊張関係があるのではないかと思われる(基本民法 第2版 124頁)と指摘している。

(4) 故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則の要否

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

【部会資料5 - 2第2, 4(2)(関連論点)2 [42頁]】

【意見】

故意・重過失の場合の特則を設けないことに賛成する意見が強い。また,背信的悪意や害意の場合の特則については趣旨には賛成であるが,「分かりやすさ」との関係で問題があるので,慎重に検討すべきである。

【理由】

故意・重過失の場合の特則を設けなくても,損害賠償の範囲に関するルールにより適切に対処できる。

また,背信的悪意や害意については,故意・過失とは異なり一般用語としては使用されておらず,国民にとってはその意味が必ずしも明確ではないという問題があるので,これを明確にする方向で慎重に検討すべきである。

(5) 損害額の算定基準時の原則規定及び損害額の算定ルールについて

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

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

【部会資料5 - 2第2, 4(3) [43頁], (4) [47頁], (5) [49頁], 同(関連論点)[51頁]】

【意見】

損害額の算定基準時の問題を損害賠償の範囲の問題と位置づける判例の立場を法文化する方向性で検討すべきである。さらに、具体的な算定基準時についても、確立した判例の立場を法文化する方向性で検討すべきである。

【理由】

判例法理の法文化により具体的な算定基準時を明らかにすることができ「分かりやすい民法の実現」に繋がる。

4 過失相殺（民法第418条）

(1) 要件

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

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

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

【部会資料5 - 2第2, 5(1) [51頁]】

【意見】

- (1) 現行の判例・学説の立場（不履行の発生のみならず、損害の発生や損害の拡大についての過失も考慮する）を明文化する方向で検討すべきである。
- (2) 損害軽減義務という考え方については反対である。
- (3) 債務者に故意・重過失がある場合に過失相殺を制限することを明文化する方向性に賛成である。
- (4) 債権者が債務者に対して損害の発生または拡大を防止するために要した費用を合理的な範囲で請求できる旨の規定を置くことについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

判例・学説の考え方を明文化するもので、分かりやすい民法の実現に資する。

(2) について

これに対して、損害軽減義務という考え方が提唱されているが、現行の過失相殺規定は十分に調整的な機能を果たしており、かつ損害軽減義務という債権者側の作為的な義務とそれに基づく軽減要素のみでこれに代替できないのではないかとの疑問がある。そればかりか、債権者の加重負担を招く恐れがある【部会議事録第3回[47～48頁]】。

(3) について

債務者に故意・重過失がある場合の例外については、公平の観点から見て合理性がある【部会議事録第3回[48頁]参照】。

(4) について

「合理的な範囲」の内容を明確化することが困難である。

(2) 効果

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

【部会資料5 - 2第2, 5(2)[55頁]】

【意見】

賛成する。

【理由】

不法行為における過失相殺規定（任意的軽減）との均衡から不法行為と同様に任意的軽減に改めるのが妥当である。

5 損益相殺

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

【部会資料5 - 2第2, 6[56頁]】

【意見】

賛成する意見が強い。

【理由】

国民に分かりやすい民法の実現に資する。

6 金銭債務の特則（民法第419条）

(1) 要件の特則：不可抗力免責について

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

【部会資料5 - 2第2, 7(1) [56頁]】

【意見】

不可抗力免責を認める見解と、そうではない見解の両論があるので慎重に検討すべきである。

【理由】

一方で現行法を支持する意見があり、他方で債務者が大震災に遭った場合などの場合に金銭債務について不可抗力免責を認めるべきである、との両論がある。

(2) 効果の特則：利息超過損害の賠償について

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

【部会資料5 - 2第2, 7(2) [58頁]】

【意見】

利息超過損害賠償請求を認めることには原則として反対する意見が強い

【理由】

利息を超える損害として、債権取立費用などが入る危険があり、消費者その他の社会的・経済的弱者保護に反する。ただし、認めるべき場合がないとは言えずその場合は極めて例外的に害意、悪意の要件を追加して限定的に認める事もあり得る。

7 債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定の要否

債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定の要否について、不当条項

規制(後記第31)との関係や担保責任を負わない旨の特約(民法第572条)との関係に留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

賛成である。

【理由】

免責条項の効力を制限する規定を置くことが「劣位者保護」に資する。不当条項規制や瑕疵担保免除特約のいずれにおいても規定すべきである。

第4 賠償額の予定(民法第420条, 第421条)

【部会資料19-2第4[33頁]】

- 1 予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所がその額を減額することができる旨を明文化するという考え方に関しては、公序良俗(民法第90条)等の一般条項に委ねるほうが柔軟な解決が可能となり望ましいなどとする否定的な意見がある一方で、一般条項の具体化として規定する意義があること、公序良俗違反による賠償額の減額を認める裁判例があるところ、裁判所による額の増減を否定する同法第420条第1項後段の存在がそのような裁判所による救済法理の適用を抑制し、裁判外の紛争解決にも悪影響を与えているおそれがあること、賠償額の予定を禁止する労働基準法が適用されない労働契約において労働者保護を図る必要があることなどを理由に、明文化に肯定的な意見があった。これらを踏まえて、予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所がその額を減額することができる旨を明文化するか否かについて、不当条項規制(後記第31)及び一部無効の効力(後記第32, 2(1))に関する議論との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

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

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

【意見】

予定された賠償額が不当に過大であった場合に、過大な部分を無効とする規定をおくことに賛成の意見が多い。

予定された賠償額の裁判所による減額を認める旨の規定を設ける場合には、要件

として、予定された賠償額と実損額との比較だけでなく、賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を総合考慮できるものとするべきであるという考え方に賛成である。

【理由】

債務者にとって、多額の損害賠償の予定は、契約を履行するインセンティブになること、「法と経済学」の立場からは、損害賠償額の予定があることで当事者は損害賠償を支払って債務を不履行するか否か行動を決することができる事から裁判所に増減を認めることに否定的となる。この立場から損害賠償の予定について裁判所の増減を否定する現行法は合理的であり、改正の必要がないと言える。

しかし、契約の一方当事者が、充分利害を計算できない消費者である場合、消費者側の債務不履行について過大な損害賠償の予定を定める条項は、消費者を害するので何らかの規制をすべきである。（なお、約款作成者が自己に過大な損害賠償の予定を定めた場合は、無効とする必要はない。）

規制の方法としては、予定された損害賠償額と実損額との比較だけでなく、賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を総合考慮できるものとした上で、

裁判所が損害賠償を減額できると定める方法

著しく過大な場合は、著しく過大な部分のみ無効とする（できるだけ契約当事者の意思を尊重するため全部無効ではなく一部無効とする。）方法

過大な場合に全部無効として損害賠償の一般原則に委ねる方法
が考えられる。

の方法については、裁判所にフリーハンドの契約改訂権限を与えるのと同じく、私的自治の原則に反すると考えられる。及び に対しては、公序良俗の具体化に過ぎないから、現行420条1項但書の削除だけで良いという考えも主張されている。しかし、公序良俗を具体化した定めを設けることは、予測可能性を高めること、適用要件を緩やかに定めることができるというメリットがある。

か かは、公序良俗違反の場合に当該条項全体を無効とするか、一部無効とするかと言うこととも整合的に考える必要がある。著しく過大な場合に全部無効とし、損害賠償の算定の一般原則によるとすると、少し過大な場合より債権者に不利となる。当事者の合意を前提に考えると一部無効（著しく過大な部分のみ無効）とすることが考えられる。

これらの要素を考慮しながらどのような条文にするかについては慎重に検討する必要がある。

- 2 予定された賠償額が不当に過小であった場合において、不当に過大であった場合と同様の規定を設けることの当否については、上記1と同様に消極的な意見と積極的な意見があるところ、他に、過小な賠償額の予定は、減免責条項の実質を持つなど過大な賠償額の予定とは問題状況が異なるので区別して検討すべきであるとの意見があった。この立場から、予定された賠償額が不当に過小

であった場合には、賠償額の予定を全部無効にした上で、賠償額算定の一般則の適用に委ねるべきであるという意見があったが、これに対しては、過大な場合も過小な場合も必要な規定は同じになるのではないかという意見があった。これらを踏まえて、予定された賠償額が不当に過大であった場合と不当に過小であった場合とで規律を異にすべきか否かという点について、不当条項規制（後記第31）及び一部無効の効力（後記第32，2（1））に関する議論との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【意見】

予定された賠償額が不当に過小な場合は、当該損害賠償の予定を無効とすることに賛成が多かった。

【理由】

「法と経済学」の立場からは、損害賠償額の予定があることで当事者は損害賠償を支払って債務を不履行するか否か行動を決することができる事から裁判所に増減を認めることに否定的となる。

また、コンピュータのソフトの作成納入契約、保守契約など料金は安い、ひとたび不完全履行で損害が発生すると損害が莫大になる場合、損害賠償額を料金の1年分に限定するなど低額な損害賠償の予定がなされることがある。この効力を認めないと料金を高額にしないと契約できなくなるという点で、低額の損害賠償の予定に合理性がないとは言えない。

以上のように考えると損害賠償の予定について裁判所の減額を否定する現行法は合理的であり、改正の必要がないと言える。

しかし、契約の一方当事者が、充分利害を計算できない消費者である場合、事業者側の債務不履行について過小な損害賠償の予定を定める条項は、消費者を害するので何らかの規制をすべきである。特に、過小な損害賠償の予定の定めは、免責条項とほぼ同じ機能を営むので、免責条項と整合的に定める必要がある。同様に、事業者間取引でも、経済力に差がある場合、業界団体の標準約款がある場合、寡占状態な場合、高度の技術を要する場合などは、事業者－消費者契約と同様に規制する必要がある（なお、約款作成者が、相手方に過小な損害賠償の予定を定めた場合は、無効とする必要はない。）。

規制の方法としては、予定された損害賠償額と実損額との比較だけでなく、賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を総合考慮できるものとした上で、

裁判所が損害賠償を増額できると定める方法

著しく過小な場合は、全部無効とし、損害賠償の一般原則に委ねる方法

著しく過小な場合は、著しく過小な部分のみを無効とし、裁判所が著しく過小でないと思う部分まで増額できるとする方法

が考えられる。

の方法については、裁判所にフリーハンドの契約改訂権限を与えるのと同じく、

私的自治の原則に反すると考えられる。

の過小な部分のみを無効とし、裁判所が、過小でない考えるところまで増額できると考えることも可能である。これは、当事者が合意をしていたことを尊重するもので、損害賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を考慮して裁判所が、著しく過小でないと考えるところまで増額を認める者で、と結論に差はないと思われるが、基本的考え方が異なるといえる。は、公序良俗違反で全部無効とするのと同じである。その後の処理で、全く損害賠償額の予定をしたことを考慮しないので、著しく過小ではないが、無効とまらない程度の過小な合意をしたときとの差が著しいといえる。

なお、立法に際して、過大なときと過小なときの取り扱いを同じにする必要はなく、過大なときは一部無効、過小なときは全部無効であってもかまわない。

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

【意見】

債務者に帰責事由がない場合その他免責の事由がある場合にも賠償額の予定に基づく損害賠償請求が認められるか、賠償額の予定に基づく損害賠償請求に関して過失相殺が認められるかについては慎重に検討すべきである。

【理由】

損害賠償の予定がある場合に、債務者に帰責事由がなければ損害賠償義務がないか、債権者に過失がある場合に過失相殺が認められるかは、損害賠償の予定を定めた趣旨によっても異なるので、任意規定としてもいずれをデフォルトルールととするか決定することは困難であり、慎重に検討すべきである。

第5 契約の解除

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

【部会資料5 - 2第3, 2(1) [62頁], (2) [72頁]】

- (1) 催告解除（民法第541条）及び無催告解除（民法第542条, 第543条）の要件及び両者の関係等の見直しの要否

催告解除及び無催告解除の要件としての不履行態様等及び両者の関係等に関しては、以下の各論点について、更に検討してはどうか。

ア 催告解除（民法第541条）

債務不履行解除制度全般における催告解除の位置付けに関しては、催告解除が実務上原則的な解除手段となっていることや、できるだけ契約

関係を尊重するという観点などを理由に、現行法と同様、催告解除を原則とし、催告解除と無催告解除を別個に規定すべきであるという意見がある一方で、催告後相当期間が経過することで、無催告解除を正当化するのと同等の不履行の重大性が基礎づけられると考えれば、両者の要件を統一化することも理論上可能である旨の意見等があった。これらの意見を踏まえて、催告解除の位置付けについて、催告が取引実務において有する機能、催告解除の正当化根拠と無催告解除の正当化根拠との異同等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【意見】

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

【理由】

(1) 立法事実

現行法と同様に催告解除を原則とすべきである。現行法の法体系を変更すべき立法事実は認められない。

(2) 取引実務

取引実務上、解除権発生の明確性を手続的に確保するとともに、債務者に義務の履行を促して出来る限り契約目的の達成を実現するため、催告をし相当期間経過後に解除権を行使する取扱いが確立している。かかる実務上の運用を重視すべきである。

催告解除の原則を設けないとする考えを採用した場合、解除の要件について「重大な不履行」とか「契約の目的を達成できない」等の要件設定を検討する方向に働くものと思われる。しかし、かかる要件設定は解除の可否を裁量的判断に委ねることとなり、債権者の予見可能性を害するとともに、契約が商取引の場合には商取引処理の簡易迅速性にも反し、実務上混乱を招くおそれがあると考えられる。

(3) 政策的見地

解除の本質は、債務不履行という契約違反がある場合にはその契約の拘束力からの解放を認めるべきであるという点にあるとすれば、本来催告は不要とも考えられるが、解除の本質をこのように考えたとしても解除による影響の重大性（当事者が締結した契約を白紙に戻してしまうものである。）を考慮して、法政策的観点から催告解除を原則とすべきである。

(4) 催告解除の正当化根拠

解除の前提条件として催告が要求される趣旨は、「履行を遅滞している債務者に履行を促し、最後の履行の機会を与えるため」（最高裁判所判例解説民事編（昭和43年度）1221頁【宇野栄一郎】：最判平成43年11月21日民集22巻12号2741頁事件）であり、解除による影響の重大性を考慮して法政策的観点から催告を要求したものと考えるべきである。催告にも拘わらず履行がされないことを、重大な不履行ないし信頼関係破壊と評価する趣旨ではない。

他方、無催告解除は、「義務違反の態様により、催告をするも、債務者の義務の履行が、社会通念上、殆んど期待不可能と見られる場合のごとく催告自体無意味であるときは、無催告の解除が許されてしかるべき」（最高裁判所判例解説民事編（昭和35年度）246頁【真船】：最判平成35年6月28日民集14巻8号1547頁事件）との理由に基づくものであり、催告解除と無催告解除の正当化根拠を同質と考える理由・必要はない。

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

【意見】

判例法理の趣旨を明文化することに賛成である。

【理由】

改正の趣旨（分かりやすい民法）に適合する。

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

【意見】

判例法理の趣旨を明文化する場合の具体的な要件に関しては、不履行の内容や債務の種類等の様々な事情を総合考慮する要件の定立が妥当であるとの考えに賛成意見が強い。

また、具体的な要件の規定ぶりに関して、「重大な不履行」とする考えには反対である。かかる要件は、一般に解除が限定的な場合にしか認められないとの印象を持たれかねず、実務上混乱を招くおそれがあるとともに、「重大な」との要件設定は解除の可否を裁量的判断に委ねることとなり、債権者の予見可能性を害するからである。

判例法理の枠組みに従い、催告をしたにも拘わらず債務の履行をしない場合には原則として解除ができることとし、附随義務違反等の場合に限り解除を排除する規

律を明文化すべきと考える。

【理由】

(1) 総合考慮要件

判例法理（最判昭和36年11月21日民集15巻10号2507頁（附随的義務：売買対象土地に対する租税にかかる買主の償還義務）及び最判昭和43年2月23日民集22巻2号281頁（附随的義務：土地の売買契約における，所有権移転登記手続は代金完済と同時にし，代金完済までは買主は右土地の上に建物等を築造しない旨の附随的約款）参照：債務の種類だけでの判断ではなく，特段の事情等が考慮される。）からずれば，不履行の内容や債務の種類等の様々な事情を総合考慮する要件の定立が妥当である。

(2) 判例法理の明文化

分かりやすい民法を実現するために，判例法理を明文化するとの改正目的に照らせば，「附随的義務の不履行の場合には，特段の事情の存しない限り，相手方は当該契約を解除することができない」との判例法理の枠組みに従い明文化するのが適当である。すなわち，判例法理は附随的義務の違反等の場合に限定して契約の解除を否定するという規律として機能しているので，催告をしたにも拘わらず債務の履行をしない場合には原則として解除ができることとし，附随義務違反等の限定的な場合に解除を排除する規律を明文化するのが裁判実務との整合性に資すると考える。

(3) 取引実務に与える影響

判例法理は，債務不履行において原則として解除が認められるものの，附随的義務の場合は例外とする法理であり，取引実務上もかかる枠組みに従った実務対応を行っている。かかる法構造を変更する改正は，取引実務に混乱を招来するおそれがあり適当ではない。かかる観点からは，解除権の発生を基礎付ける不履行について，重大な不履行とする意見，本質的な不履行とする意見，不履行により契約をした目的を達することができないこととする意見は，いずれも原則・例外の関係を変更し，取引実務に混乱を招来するおそれがあり，妥当ではない。

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

検討を継続すべきであるという意見もあった。そこで、これらの意見を踏まえて、前記の判例法理を明文化する際の主張立証責任の在り方について、更に検討してはどうか。

【意見】

解除を否定する要件の主張立証責任に関しては、(事業者間契約か否かに関係なく、)債務者の抗弁と位置付けるべきであるという考えに賛成である。具体的には、解除を否定する債務者が、附随的義務にあたる抗弁を主張し、これに対し、債権者が、特段の事情を主張することになる。

【理由】

裁判実務において、事業者間契約か否かに関係なく、附随的義務の違反であることは抗弁と位置づけられている。かかる実務を変更すべき必要性(立法事実)は認められず、また、変更した場合には取引実務への混乱を招来するおそれがある。

なお、前記で述べるとおり、附随的義務にあたる抗弁を「重大な契約違反に当たらないこと」として構成することには反対である。

イ 無催告解除(民法第542条、第543条)

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

【意見】

無催告解除が認められる要件の在り方については、定期行為の遅滞(民法第542条)や履行不能(同法第543条)等、催告が無意味である場合とする考えに賛成である。

【理由】

前記1アで述べたように、解除による影響の重大性を考慮して法政策的観点から催告解除を原則とすべきところ、無催告解除の正当化根拠は、「義務違反の態様により、催告をするも、債務者の義務の履行が、社会通念上、殆んど期待不可能と見られる場合のごとく催告自体無意味であるときは、無催告の解除が許されてしかるべき」(最高裁判所判例解説民事編(昭和35年度)246頁【真船】:最判平成35年6月28日民集14巻8号1547頁事件)との理由に基づくものと考えられるべきである。

ウ その他

前記ア及びイの各論点において不履行の程度を問題とする場合、その

判断に際して不履行後の債務者の対応等を考慮することができるものとすべきか否かについては、契約の趣旨に照らして契約に拘束することを正当化できるか否かを判断基準とする観点から、不履行後の対応等も含めてよいという意見と、不履行後の対応によって本来解除できないものが解除できるようになることは不適切であるから、これを含めるべきではないという意見があったことを踏まえて、更に検討してはどうか。

【意見】

不履行後の対応等も含めてよいという考えに賛成意見が強い。

【理由】

契約の趣旨に照らして契約に拘束することを正当化できるか否かを判断基準とする観点からは、不履行後の対応等も含めてよいと思われる。

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

【意見】

解除の要件においては、債務者にそのような不利益を甘受すべき事情があるか否かを考慮できるようにすべきであるという考えに賛成意見が強い。

【理由】

後記2 参照。

(2) 不完全履行による解除

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

【部会資料5 - 2第3, 2(3) [73頁]】

【意見】

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

【理由】

分かりやすい民法の実現に資すると思料する。

(3) 履行期前の履行拒絶による解除

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

【部会資料5 - 2第3, 2(4) [74頁]】

【意見】

債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶したこと（履行期前の履行拒絶）を解除権の成立要件の一つとすることについては、これに賛成する意見が多い。

もっとも、履行期前の解除を認めるという効果の重大さに照らせば、「終局的・確定的に拒絶」との要件は慎重に認定すべきであり、かかる見地からは、具体的な要件に関しては催告の要否を検討すべきと考える。

【理由】

契約の拘束からの解放を認めるべき事情が認められる。要件の具体化・明確化による分かりやすい民法の実現。

(4) 債務不履行解除の包括的規定の要否

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

【部会資料5 - 2第3, 2(5) [76頁]】

【意見】

「債務を履行しない場合」（民法第541条）という包括的な要件は維持するという考え方に賛成である。

【理由】

現行法に変更を加える必要性（立法事実）は認められない。

2 「債務者の責めに帰することができない事由」の要否（民法第543条）

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

【部会資料5 - 2第3, 3 [77頁]】

【意見】

解除の要件としての債務者の帰責事由を不要とする考え方には反対意見が強い。

【理由】

- (1) 現行法と同様に解除の要件として債務者の帰責事由を維持すべきである。現行法の法体系を変更すべき立法事実は認められない。
- (2) 解除は、債務者に重大な不利益を与える制度であるから、債務者が解除に伴う不利益を甘受すべき事情を考慮する必要があるところ、その考慮において、帰責性の要件が一定の役割を果たしているというべきである。この点、裁判例において帰責事由という要件が重要な機能を果たしていないという指摘があるが、債務者に帰責事由がないとして解除を否定したケースは皆無ではなく（最判昭和57年7月15日判例時報1053号89頁）要件として機能していないと言い切ってしまうか疑問である。また、債務者が解除に伴う不利益を甘受すべき事情を考慮できる要件として、「重大な不履行」といった要件を設ける考えが示されているが、前記1(1)アで述べた通り反対である。
- (3) 第6（危険負担）で述べるように危険負担制度を維持すべきであるところ、危険負担との棲み分けの観点において解除に帰責事由を必要とする現行法の規律は意義があるというべきである。すなわち、現行法は、【債務者の帰責性の有無を基準として、債権者の解除の意思表示により反対債務を消滅させる解除制度と、当然に反対債務が消滅する危険負担制度を棲み分けるという制度設計】を採用しているが、かかる制度設計は分かりやすく、特段不都合な点は認められない。この点、解除の要件として債務者の帰責事由を不要とした上で、解除制度と危険負担制度を併存させる考え方もあるが、制度を複雑化させる一方で、メリットは乏

しいと思われ、賛成することはできない。

- (4) 解除が不履行をした債務者への制裁ではなく、その相手方を契約の拘束力から解放することを目的とする制度であると理解するとしても、そのことから直ちに解除に帰責事由が不要とする結論を導くべき必然性はない。

3 債務不履行解除の効果（民法第545条）

(1) 解除による履行請求権の帰すう

解除の効果の法的性質論にかかわらず、解除の基本的効果として、契約当事者は、契約の解除により、いずれも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くものとしてはどうか。

また、解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上の定め（例えば、秘密保持義務の定め等）には影響を及ぼさない旨の規定を置くことについて、検討してはどうか。

【部会資料5 - 2第3, 4(1) [80頁], 同(関連論点) [85頁]】

【意見】

契約の解除により、いずれの当事者も履行の請求ができなくなる旨の規定を置くこと、また、解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上の定め（例えば、秘密保持義務の定め等）には影響を及ぼさない旨の規定を置くことについて、いずれも賛成である。

なお、遡及効のある解除とない解除を明確にすべきとの意見があった。

【理由】

分かりやすい民法の実現に資すると思料する。

(2) 解除による原状回復義務の範囲（民法第545条第2項）

解除による原状回復義務に関し、金銭以外の返還義務についても果実や使用利益等を付さなければならないとする判例・学説の法理を条文に反映させる方向で、具体的な規定内容について、更に検討してはどうか。

その際、解除が将来に向かってのみ効力を生ずる場合における原状回復義務の規定の要否、原状回復義務の目的の価値が時間の経過により減少した場合の処理の在り方及び規定の要否、解除原因となった不履行の態様、債務者の主観的要素、不履行が生じた経緯等に応じて原状回復義務の範囲を調整する処理の在り方及び規定の要否、不履行の原因に対する両当事者の寄与の程度等に応じて原状回復の負担を両当事者に分配する処理を可能とする規定の要否、なす債務の原状回復義務の内容及び規定の要否、履行請求権の限界事由の問題（前記第2, 3）等と関連して原状回復義務の限界事由についての規定の要否、消費者が原状回復義務を負う場合の特則の要否といった点についても、併せて検討してはどうか。

【部会資料5 - 2第3, 4(2) [86頁]】

【意見】

民法545条第2項を削除し、契約の解除に委ねるべきとの考えには反対意見が強い。解除による原状回復義務に関し、金銭以外の返還義務についても果実や使用利益等を付さなければならないとする判例・学説の法理を条文に反映させる方向で、具体的な規定内容について、更に検討すべきである。

もっとも、各論の検討にあたっては、規定が複雑になると却って分かりにくい民法となることにも留意すべきである。

【理由】

分かりやすい民法の実現に資すると思料する。

(3) 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理

原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める規定の要否については、この場合にも履行請求権の限界事由に関する規定が適用ないし準用されるとする立場との整合性、目的物が滅失・損傷した場合に限らず転売された場合等を含めた規定の要否、目的物の原状回復に代わる価額返還義務を反対給付の価額の限度で認める考え方の適否等の検討を通じて、有用性のある規定を置けるか否かについて、無効な契約に基づいて給付された場合における返還義務の範囲に関する論点（後記第32、3(2)）との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料5 - 2第3，4(3) [87頁]】

【意見】

原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める規定の要否については、規定を整備することに賛成する意見が多い。

もっとも、各論の検討にあたっては、規定が複雑になると却って分かりにくい民法となることにも留意すべきである。

【理由】

分かりやすい民法の実現に資すると思料する。

4 解除権者の行為等による解除権の消滅（民法第548条）

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

【部会資料5 - 2第3，5 [89頁]】

【意見】

解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合には解除権は消滅しないものとするべきであるという考え方に賛成である。

【理由】

分かりやすい民法の実現に資すると思料する。

5 複数契約の解除

同一当事者間の複数の契約のうち一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認めた判例（最判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁）を踏まえて、一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除に関する規定を新たに設けるべきであるという考え方に關しては、これを支持する意見と適切な要件設定が困難であるなどとして反対する意見があった。また、仮に明文化する場合における具体的な要件設定に關しては、複数契約が同一当事者間で締結された場合に限らず、異なる当事者間で締結された場合も規律することを検討すべきであるという意見があったのに対し、複数契約の解除を広く認めることが取引実務に与える影響を懸念する意見もあった。これらを踏まえて、適切な要件設定が可能か否かという点並びに複数の法律行為の無効に關する論点（後記第32, 2(3)）及び抗弁の接続に關する論点（後記第44, 5）との整合性に留意しつつ、一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認める規定を設けるという考え方の採否について、更に検討してはどうか。

【部会資料5 - 2第3, 6 [90頁]】

【意見】

一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除に關する規定を新たに設けるべきであるという考え方に關しては、これを支持する意見に賛成が多い。

もっとも、要件の設定にあたっては、要件が曖昧な場合に解除の主張が際限なく広がっていくおそれがある等取引実務に与える影響に留意して慎重に行うべきである。特に、異なる当事者間で締結された場合については、解除の主張を受ける相手方の保護の観点から適切な要件設定を検討すべきである（例えば、複数契約の間の密接関連性や契約締結目的への不可欠性といった要件に加え、相手方が契約の解除による不利益を甘受することを相当とする事情を要求する等、相手方の保護にも留意すべきである。）。

【理由】

分かりやすい民法の実現に資すると思料する。

6 労働契約における解除の意思表示の撤回に關する特則の要否

労働契約においては、労働者が解除の意思表示をした場合であっても、一定の期間が経過するまでの間、その意思表示を撤回することができるとの規定を

検討すべきであるという考え方については、労働政策的観点からの検討が必要であり当部会において取り上げることは適当でないという意見があったことから、本論点を当部会において取り上げることが適切か否かという点も含めて、その規定の要否について、検討してはどうか。

【意見】

本論点を当部会において取り上げることは適切ではないとの意見が強い。

【理由】

改正の要否、要件、手続等の検討にあたっては、労使間の利害の調整が必要であるから、公労使の三者によって構成される厚生労働省の労働政策審議会において検討することが適切である。

第6 危険負担（民法第534条から第536条まで）

1 債務不履行解除と危険負担との関係

債務不履行解除の要件につき債務者の帰責事由を不要とした場合（前記第5，2）には、履行不能の場面において解除制度と危険負担制度の適用範囲が重複するという問題が生ずるところ、この問題の処理については、解除制度に一元化すべきであるという意見や解除制度と危険負担制度を併存させるべきであるという意見等があった。解除一元化案は、履行不能と思われる場面では帰責事由の有無に立ち入ることなく原則的に催告解除を行う実務に適合的である上、現実の取引実務・裁判実務では危険負担制度がほとんど機能を果たしておらず、同一の目的を有する制度を併存させる意義が乏しいこと、反対債務からの解放を当事者の意思に委ねる方が私的自治の要請にかなない、法律関係の明確化に資すること、債権者が反対債務の履行に利益を有する場合や不能となった債権につき代償請求権を有する場合等、債権者が契約関係の維持に利益を有する場面があることなどを理由とし、他方、解除・危険負担併存案は、履行不能の場合には反対債務が自然消滅すると考えるのが常識的な場面が多いこと、常に解除の意思表示を必要とすることが債権者に不利益となる場合があり得ることなどを理由とする。

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

【部会資料5 - 2第4，3 [100頁]】

【意見】

解除一元化案を採用して危険負担制度を廃止することについては、反対意見が強い。

【理由】

帰責事由なく履行不能に陥った場合に反対債務は自然に消滅すると考えることが一般常識的感覚であること、消費者等において反対債務が当然に消滅したと理解して不測の不利益を被る懸念があること、解除の意思表示を相手方に到達させることが困難な場合も少なからず存在し債権者の負担となる可能性があることなどから、危険負担制度を廃止することについては反対する意見が強かった。また、東日本大震災後の法律関係の処理においても、実際に、危険負担制度が重要な役割を果たしているとの指摘もあった。

2 民法第536条第2項の取扱い等

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

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

【部会資料5 - 2第4, 3(関連論点)1から同(関連論点)3まで[102頁から103頁まで]

【意見】

- (1) 民法第536条第2項の実質的な規律内容を維持することについて、賛成する。
- (2) 民法第536条第2項の実質的な規律内容を維持する場合の具体的な規定方法や規定内容について、債務不履行解除と危険負担の関係の見直しの結果を踏まえて、更に慎重に検討すべきである。
- (3) 民法第535条を見直すことについては、賛成意見が強い。
民法第547条の見直しについては、債務不履行解除と危険負担の関係の見直しの結果を踏まえて、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

民法第536条第2項は、労働事件等において重要な役割を有しているし、また、仮に解除一元化案を採用するとしても、債権者の帰責事由により債務が履行不能となった場合には解除を制限するなどの手当が必要となるため、いずれにせ

よ民法第536条2項の実質的な規律内容を維持する必要があると考えられる。

(2) について

具体的な規定方法や規定内容については、債務不履行解除と危険負担との関係の見直しの結果に大きく影響されるので、これを踏まえて、更に慎重に検討すべきである。

(3) について

民法第535条は、停止条件付双務契約において、契約の目的物が滅失した場合には債務者主義が適用され、損傷した場合には債権者主義が適用されることを定めているが、滅失と損傷の境界が不明確であるにもかかわらず、正反対の処理がなされる合理的理由は乏しいとして、同条を見直すことについて賛成する意見が強い。

民法第547条の見直しについては、債務不履行解除と危険負担との関係の見直しの結果に大きく影響されるので、これを踏まえて、更に慎重に検討する必要があると考えられる。

3 債権者主義（民法第534条第1項）における危険の移転時期の見直し

特定物の物権の設定又は移転を目的とする双務契約において、契約当事者の帰責事由によることなく目的物が滅失又は損傷した場合、その滅失又は損傷の負担を債権者に負わせる旨を定めている民法第534条第1項については、債権者が負担を負う時期（危険の移転時期）が契約締結時と読めることに対する批判が強いことから、危険の移転時期を目的物引渡時等と明記するなど適切な見直しを行う方向で、更に検討してはどうか。その上で、具体的な危険の移転時期について、解除の要件につき債務者の帰責事由を不要とした場合（前記第5, 2）における売買契約の解除権行使の限界に関する規定の論点（後記第40, 4(2)）との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料5 - 2第4, 2 [93頁]】

【意見】

- (1) 民法第534条1項の危険の移転時期について、適切な見直しを行うことについて、賛成する。
- (2) 仮に解除の帰責事由を不要とした場合には、具体的な危険の移転時期について、売買契約の解除権行使の限界に関する規定の論点との整合性に留意して、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

民法第534条1項を文言どおりに解すると、危険の移転時期が契約締結時となって、当事者間の公平を欠く結論となる場合があるため、同項を見直すことに賛成する。危険の移転時期については、当事者間の公平の観点から、目的物に対する支配可能性を有する者がその滅失・損傷のリスクを負担すべきであるとして、

目的物の支配可能性の移転時期とする考え方に賛成する意見が強い。

(2) について

仮に解除の帰責事由を不要とし、かつ、危険負担制度を維持する場合には、危険の移転時期と売買契約の解除権行使の限界とを整合させる必要があると考えられる。

第7 受領遅滞（民法第413条）

1 効果の具体化・明確化

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

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

【部会資料5 - 2第5、2 [104頁]】

【意見】

- (1) 受領遅滞の効果のうち判例・学説上争いなく認められているものについて、その具体的な内容を条文上明確に規定することについて、賛成意見が強い。
- (2) 受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益の喪失を認める考え方について、反対意見が強い。

【理由】

(1) について

受領遅滞は、基本的な法律関係である上、実務においても頻繁に問題になるものなので、これを条文上明確に規定することが望ましいとして、賛成する意見が強かった。

(2) について

反対債務が期限どおりに履行される見込みがあっても、受領遅滞に陥れば直ちに期限の利益を喪失するとすれば、受領遅滞をした債権者の不利益が過大となって、契約当事者間の公平を欠く懸念があるとして、反対する意見が強かった。

2 損害賠償請求及び解除の可否

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

また、合意に基づく受領強制の規定を置くべきか否かという点について、受

領遅滞の要件・効果の検討と併せて、更に検討してはどうか。

【部会資料5 - 2第5, 3 [107頁]】

【意見】

- (1) 受領遅滞の効果として、債権者に受領義務違反があったときには、債務者に損害賠償請求権や解除権が認められる旨の規定を置くことについては、更に慎重に検討すべきである。
- (2) 合意に基づく受領強制の規定を置くことについて、反対意見が強い。

【理由】

(1) について

受領義務違反に基づく損害賠償請求権や解除権は、判例も認めるところと解されることから（最判昭和40年12月3日民集第19巻0号2090頁，最判昭和46年12月16日民集第25巻9号1472頁），これを明文化することに賛成する意見があった。

他方、判例は「特段の事由」がある場合に限り受領義務を認めているものと解され、このような限定的な場面について明文で規律する必要性について疑問があり、かえって受領義務に関する濫用的主張等がなされる弊害の懸念もあるとして反対する意見もあった。

(2) について

受領強制の執行方法として直接強制は困難であると考えられるところ、債務者が、契約の解除や損害賠償請求ではなく、代替執行・間接強制の方法により受領を強制するメリットは乏しいと考えられるので、合意に基づく受領強制については、規定の必要性に疑問があるとして、反対する意見が強かった。

第8 債務不履行に関連する新規規定

1 追完権

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

【部会資料5 - 2第6, 1 [109頁]】

【意見】

債務者に追完権を認める規定を設けることについては、反対意見が強い。

【理由】

- (1) 債務不履行をした債務者に追完権を付与し、追完に関するイニシアティブを与えることには疑問があるし、追完の場面は多種多様であるので、信義則

等により柔軟に当事者間の利益の調整する方が適切であると考えられるとして、追完権を認める規定を設けることについては、反対する意見が強かった。

(2) 追完権が必要となる場面として、解除を封じる場面、損害賠償請求を封じる場面、追完請求権の行使に対抗する場面が考えられている。

しかし、については、催告制度により債務者の追完利益を保護することができる。また、については、履行請求権と填補賠償請求権の併存を認める制度を採用する場合には債務者の追完利益を保障する必要性が生じうるが、これも填補賠償請求権の要件において追完可能性を考慮できるよう整理する方法も考えられる。については、そもそも、債務不履行をした債務者に、追完請求権に対抗する権能を与える必要があるか疑問がある、との指摘もあった。

(3) 他方、追完権を規定することは、分かりやすい民法の実現に資するとして、賛成する意見もあった。

2 第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任

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

【部会資料5 - 2第6, 2 [1 1 2 頁]】

【意見】

第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取りこんだかによって決する考え方について、賛成する意見が強かった。

【理由】

債務者が第三者を使用する態様は千差万別であり類型化は困難であるとして、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決する考え方に賛成する意見が強かった。もっとも、この考え方は、契約によって責任の範囲が定まるという当然のことをいうものに過ぎず、有意な規定を設けることができるのか疑問があるとの指摘もあった。

3 代償請求権

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

【部会資料5 - 2第6, 3 [1 1 5 頁]】

【意見】

代償請求権の明文化については、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

代償請求権の明文化については、最判昭和41年12月23日民集20巻10号2211頁において認められていることから、賛成する意見があった。他方、代償請求権に関する抽象的な規定のみを置いた場合には目的物の代償と認められる利益の範囲が不明確となり実務上の混乱が生ずるおそれがある、代償請求権の裁判例は上記最判以降に1件も報告されておらず（田中宏治「代償請求権」別冊ジュリスト196号20頁（2009年））明文化の必要性にも疑問があるなどとして、明文化に反対する意見もあった。

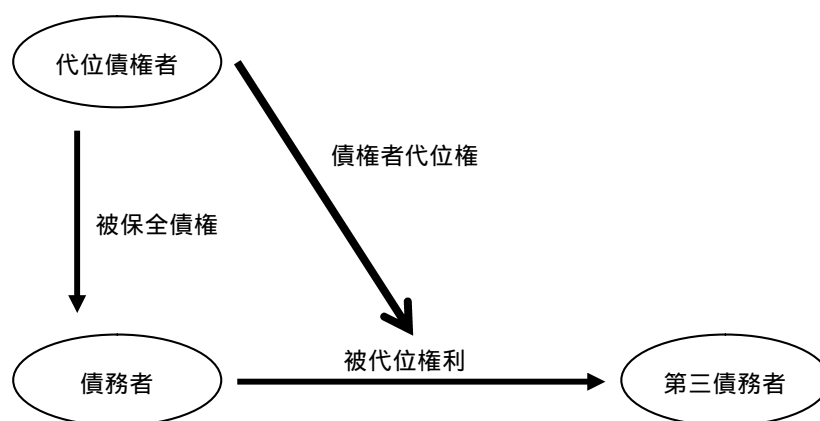
第9 債権者代位権

（前注）この「第9 債権者代位権」においては、便宜上、次の用語を用いることとする。

「代位債権者」… 債権者代位権を行使する債権者

「債務者」……… 代位債権者が有する被保全債権の債務者

「第三債務者」… 代位債権者が代位行使する権利（被代位権利）の相手方



1 「本来型の債権者代位権」と「転用型の債権者代位権」の区別

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

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

【部会資料7 - 2 第1, 1（関連論点）[2 頁]】

【意見】

本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権を区別した規定を設けることについて、賛成する意見が強い。

【理由】

両者は想定される適用場面が異なるとして、区別した規定を設けることについて賛成する意見が強い。もっとも、過不足のない転用型要件を設けることは困難であるとし、翻って区別した規定を設けること自体にも慎重な立場をとる意見があった。

2 本来型の債権者代位権の在り方

(1) 本来型の債権者代位権制度の必要性

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

【部会資料7 - 2第1, 2(1) [2頁]】

【意見】

本来型の債権者代位権を存続させることに賛成である。

【理由】

民事執行・保全制度で代替できないケースがあること、また、それらケースについて安定的に機能できる代替の手当てを用意できるか不安であること等から、本来型の債権者代位権を存続させることに異論はなかった。なお、裁判外で債権者が直接第三者と交渉する基礎となる法的地位を確保するためにも必要である、消費者保護や少額債権者の簡易な救済手段として利用されている等の指摘もあった。

(2) 債権回収機能(事実上の優先弁済)の当否

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

更に検討してはどうか。

【部会資料7 - 2第1, 2(2) [7頁]】

【意見】

事実上の優先弁済を一定程度制限することについては、賛成意見が強いが、事実上の優先弁済を全面的に否定することについては、反対意見が強い。

【理由】

債権者代位権行使のインセンティブの確保、労働債権や少額債権の救済事例、消費者保護事例があること、これまでも具体的な弊害事例は知られていないこと等を根拠に、事実上の優先弁済を全面的に否定することについては、懸念を示す意見が強かった。

他方、実務上も債権回収のためには執行・保全制度を利用するのが一般的であることから、事実上の優先弁済を一定程度制限することについては、理解を示す意見が強かった。

なお、事実上の優先弁済を一切制限すべきでないとする意見や、これと反対に、事実上の優先弁済を全面的に否定することに賛成する意見もあった。

3 本来型の債権者代位権の制度設計

(1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する方法

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

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

【部会資料7 - 2第1, 3(1) [8頁], 同(関連論点)[9頁]】

【意見】

(1) 債権回収機能を否定又は制限する方法としては、代位債権者への金銭の直接給付を肯定しつつ相殺を禁止又は制限すべきものとする意見が強い。

(2) 被代位権利が金銭以外の物の引渡しを求める権利である場合でも、代位債権者への直接給付を認めるべきものとする意見が強い。

【理由】

(1) について

債務者が受領拒否する場合の実効性確保の観点、債務者責任財産に属する金銭

等を第三債務者ではなく債権者に管理させておくことが強制執行の準備に資する点などから、債権者による直接給付を肯定する意見が強く、相殺を禁止又は制限することにより事実上の優先弁済を禁止又は制限すべきものとする意見が強かった。なお、供託請求や供託権を認めるべきとする意見もあった。

(2) について

被代位権利が金銭以外の物の引渡しを求める権利である場合でも、同様の見地から、債権者による直接給付を肯定し、直接給付を認める要件を限定する必要はないとする意見が強かった。

(2) 被代位権利を行使できる範囲

判例は、代位債権者が本来型の債権者代位権に基づいて金銭債権を代位行使する場合において、被代位権利を行使し得るのは、被保全債権の債権額の範囲に限られるとしているが、仮に本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する場合（前記2(2)参照）には、この判例と異なり、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに被代位権利の行使ができるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7 - 2第1, 3(2) [10頁]】

【意見】

事実上の優先弁済を否定又は制限することを前提に、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに被代位権利の行使ができるものとすべきとする意見が強い。

【理由】

事実上の優先弁済を否定又は制限する場合、被保全債権の債権額の範囲での代位権行使では、回収額に不足を来す可能性があるから、被保全債権の債権額の制限を撤廃すべきものとする意見が強かった。もっとも、事実上の優先弁済を完全に否定しないのであれば、被保全債権の債権額の制限も残すべきであるとの意見もあった。

なお、事実上の優先弁済を維持すべきとする立場からは、被保全債権の債権額の制限も維持すべきとの意見であった。

(3) 保全の必要性（無資力要件）

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

また、これに関連して、債務者名義でない債務者所有の不動産を差し押さ

えるために登記申請権を代位行使する場合に債務者の無資力を要件としないなど特別の取扱いをすべきであるかどうかについて、近時の判例で一定の場合に代位登記を要せず執行手続内で処理する可能性が開かれたことを指摘する意見があることなども踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料7 - 2第1, 3(3) [10頁], (4) [12頁]】

【意見】

- (1) 保全の必要性という柔軟な要件を維持すべきであるという意見が強い。
- (2) 登記申請権を代位行使する場合に債務者の無資力を要件としないことには、賛成する。

【理由】

- (1) について

事実上の優先弁済を否定又は制限することに賛成する立場から、無資力の場合に限定せずに責任財産保全が認められるべきであること、民事執行・保全制度では無資力要件が要求されない以上、その補完制度として十分に機能するためには無資力要件が課されるべきでないこと等を根拠に、保全の必要性の要件を維持すべきであるという意見が強かった。

- (2) 登記申請権を代位行使する場合に、債務者の無資力を要件としないこと自体に異論はなかったが、債権者代位権の要件として特別扱いすることについては、慎重意見が多く、不動産登記法で対応すべきものとする意見、債権保全の必要性の要件で統一すべきものとする意見などがあった。

4 転用型の債権者代位権の在り方

- (1) 根拠規定の在り方

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

【部会資料7 - 2第1, 4(1) [15頁]】

【意見】

本来型と転用型の債権者代位権をそれぞれ区別して規定することを前提に、転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けることに賛成する。

【理由】

新しい法律問題について過渡的段階での解釈による展開可能性を開くためには一般的要件が必要であるとして、一般規定を設けることに異論はなかった。なお、一般規定を設けるのみならず、安定的な運用がなされている分野は、それぞれ個別規

定も設けるべきものとする意見もあった。

(2) 一般的な転用の要件

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

【部会資料7 - 2第1, 4(2) [19頁]】

【意見】

振込め詐欺事案や、その他これまで判例が転用を認めた事案が除外されないような一般的な転用要件を慎重に検討すべきである。

【理由】

検討委員会試案の要件は厳格に過ぎ、振込め詐欺事案などが除外されてしまうとして反対する意見が強く、その他これまで判例が転用を認めた事案が除外されるべきではないという意見が強かった。

(3) 代位債権者への直接給付の可否及びその要件

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

【部会資料7 - 2第1, 4(2)（関連論点）[21頁]】

【意見】

相当性の要件のもと、直接給付を認めるべきものとする意見が強い。

【理由】

転用型の債権者代位権の実効性確保のためには直接給付が認められるべきであり、弊害排除のため相当性要件が設けられるべきであるとする意見が強かった。

5 要件・効果等に関する規定の明確化等

(1) 被保全債権，被代位権利に関する要件

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

どうか。

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

【部会資料7 - 2第1, 5(1) [21頁]】

【意見】

- (1) 被保全債権の履行期が未到来の場合、被保全債権が、強制執行により実現することもできないものである場合に、債権者代位権を行使することができないものとするに賛成する。
- (2) 被代位権利が、一身専属的権利である場合、差押え禁止権利である場合に、その代位行使が許されないものとするに賛成する。

【理由】

いずれも判例や現行法解釈と同じであることから、異論はなかった。

(2) 債務者への通知の要否

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

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

【部会資料7 - 2第1, 5(2) [22頁]】

【意見】

保全行為に緊急性、密行性が要求されることに十分留意しつつ、通知義務を要求するかどうかについて、慎重に検討すべきである。特に事前通知の義務化は慎重に検討すべきである。

【理由】

保全行為には緊急性、密行性が要求されるところ、債務者が行方不明の場合や債務者が通知を受けて資産を隠匿する場合などを懸念して、通知義務付けに反対する意見や通知義務付けの要件について慎重に検討すべきものとする意見が多かった。また、事前通知については、密行性の観点から、特に慎重に検討すべきものとする意見が多かった。なお、実務上、第三債務者が裁判外で債務者の意思確認なしに債権者代位権の行使に任意に応じるケースは極めて稀であるとし、裁判外での債権者代位権行使について通知義務を課すことに理解を示す意見もあった。

(3) 債務者への通知の効果

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

【部会資料7 - 2第1, 5(2)(関連論点)[24頁]】

【意見】

債務者への通知によって、債務者の処分権の制限を生じないこととするかどうかについて、慎重に検討すべきである。

【理由】

債務者の処分権制限は、財産の隠匿回避のために必要であるという意見があったが、他方で、濫用が危惧されるとして処分権制限に反対する意見もあった。また、債権者代位制度を、民事執行・保全制度の補完制度に位置付ける立場から、債務者の処分制限効、第三者弁済禁止効は、執行・保全制度により実現すべきであるとして、債権者代位権としては、債務者の処分権を制限すべきでないとする意見もあった。

(4) 善良な管理者の注意義務

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

【部会資料7 - 2第1, 5(3)[24頁]】

【意見】

債権者代位権の行使に当たって債務者に対する善管注意義務を課すことについて、賛成する意見が強い。

【理由】

代位債権者について債務者に対する善管注意義務を課すことに賛成する意見が強かったが、債権者代位訴訟が担当者のための法定訴訟担当と理解されていることとの関係の整理の必要性を指摘する意見や、代位債権者を萎縮させ使いにくい制度となることに対する懸念から消極的な意見も見られた。

(5) 費用償還請求権

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

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

【部会資料7 - 2第1, 5(4) [25頁]】

【意見】

費用償還請求権の明文化にについて、賛成する意見が強い。費用償還請求権が認められることを前提に、一般の先取特権が付与されることの明文化に賛成する。

【理由】

善管注意義務が認められるなら当然であるなどとして、費用償還請求権の明文化に賛成する意見が強かった。もっとも、債務者と代位債権者との法律関係に基づき解釈上認められれば十分であるとして反対する意見もあった。

費用償還請求権が認められる場合に、これに一般の先取特権を付与することには異論がなかった。

6 第三債務者の地位

(1) 抗弁の対抗

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

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

【部会資料7 - 2第1, 6(1) [26頁], 同(関連論点)[27頁]】

【意見】

(1) 第三債務者が債務者に対して有している抗弁を代位債権者に対しても主張できるとすることに賛成する。

(2) 第三債務者が代位債権者に対して有している固有の抗弁を主張することができることに賛成する。

【理由】

(1)については、判例・通説の考え方であり、明文化することに異論はなかった。また、(2)についても異論はなかった。

(2) 供託原因の拡張

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

者や債務者の利益にも配慮しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料7 - 2第1, 6(2) [27頁]】

【意見】

供託原因を拡張することに賛成する意見が強い。

【理由】

第三債務者の地位の安定化を図るために供託原因を拡張すべきものとする意見が強かった。もっとも、単に代位請求があれば供託できるというのは行き過ぎであるという意見や、債務者の処分制限効、第三債務者の弁済禁止効を認めない前提では、第三債務者は債務者へ弁済が可能であるし、要件を満たせば弁済供託も可能であるから、供託原因を拡張する必要はないという意見もあった。

(3) 複数の代位債権者による請求の競合

複数の代位債権者に対して金銭その他の物を交付することを命ずる判決が確定した場合には、第三債務者はそのうちの一人に対して履行をすれば債務を免れるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7 - 2第1, 6(3) [28頁]】

【意見】

複数の代位債権者による請求の競合時に、第三債務者は一人に対して履行をすれば足りるとすることに、賛成する意見が強い。

【理由】

当然のことである等として賛成する意見が強かった。もっとも、かかる場合は供託を義務付けるべきであるという意見もあった。

7 債権者代位訴訟

(1) 規定の要否

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

【部会資料7 - 2第1, 7 [29頁]】

【意見】

債権者代位訴訟についての特別な手続規定を設けることに賛成する。

【理由】

債権者代位訴訟について現行法のように規定を設けずにすべて解釈に委ねるのは見通しが悪いことから、手続規定を新たに設けることに異論はなかった。

(2) 債権者代位訴訟における債務者の関与

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

【部会資料7 - 2第1, 7(1) [30頁]】

【意見】

訴訟告知の義務付けに賛成する意見が強い。

【理由】

債務者の手続保障の観点から、訴訟告知を義務付けることに賛成する意見が強かった。もっとも、株主代表訴訟や取立訴訟等、同じく法定訴訟担当とされる訴訟類型との関係に留意しつつさらに慎重に検討すべきとする意見もあった。

(3) 債務者による処分の制限

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

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

【部会資料7 - 2第1, 7(2) [31頁]】

【意見】

債務者に対する処分制限効、第三債務者に対する弁済禁止効を認めるかどうかについては、訴訟告知のみによってかかる債務者の権利制限が正当化できるかという観点を重視して、さらに慎重に検討すべきである。

【理由】

債権者代位訴訟の提起が徒労になることを防ぐために、債務者に対する処分制限効を認めることに賛成する意見があった。

他方で、要件疎明もなく担保も積まずに、単に訴訟告知のみでは、対第三債務者効も対債務者効も正当化できず、債権者がかかる強力な効果を欲する場合は民事保全制度によるべきであるとの意見もあった。

(4) 債権者代位訴訟が提起された後に被代位権利が差し押えられた場合の処理

判例は、債権者代位訴訟が提起された後に、他の債権者が被代位権利を差し押さえて支払を求める訴え（取立訴訟）を提起したとしても、代位債権者の債権者代位権行使の権限が失われるものではなく、裁判所は代位債権者と

他の債権者の請求を併合審理し、これらを共に認容することができるとする。

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

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

【部会資料7 - 2第1, 7(3) [33頁], 同(関連論点) [34頁]】

【意見】

被代位権利が差し押えられた場合に、判例と異なり、債権者代位訴訟の進行を認めないものとするについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

債権の回収の場面で差し押債権者が優先すべきものとするについては異論を見なかったが、判例の立場では、差し押えの申立ての取下げ等につまざる問題も回避できるし、また、債務者による給付訴訟の係属中に訴訟物たる債権が差し押えられた場合の取扱いとの整合性の観点からも、判例の立場が支持されるべきであるとの指摘があった。

(5) 訴訟参加

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

【部会資料7 - 2第1, 7(4) [34頁]】

【意見】

債務者や、債務者に対する他の債権者が、債権者代位訴訟に訴訟参加できることを明文化することに賛成する。

【理由】

異論のないところであり賛成する。

8 裁判上の代位(民法第423条第2項本文)

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

【部会資料7 - 2第1, 8 [38頁]】

【意見】

裁判上の代位制度を廃止することに，賛成する意見が強い。

【理由】

利用実績がないことから，賛成する意見が強いが，敢えて廃止する必要もないとして反対する意見もあった。

第10 詐害行為取消権

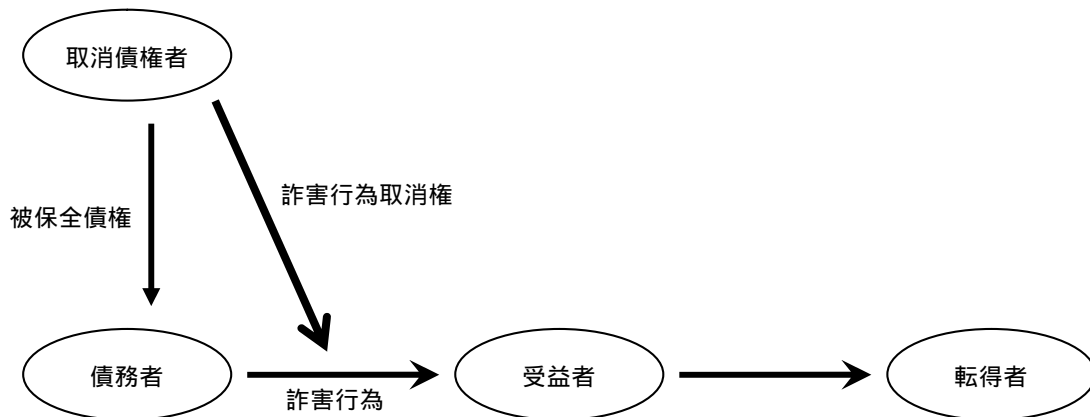
(前注)この「第10 詐害行為取消権」においては，便宜上，次の用語を用いることとする。

「取消債権者」… 詐害行為取消権を行使する債権者

「債務者」…… 取消債権者が有する被保全債権の債務者

「受益者」…… 債務者の行為（詐害行為）の相手方

「転得者」…… 受益者から詐害行為の目的物を取得した者（その者から更に詐害行為の目的物を取得した者を含む。）



1 詐害行為取消権の法的性質及び詐害行為取消訴訟の在り方

(1) 債務者の責任財産の回復の方法

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

詐害行為取消権の規定の見直しに当たっては，このような学説の問題意識

も踏まえつつ、まずは判例法理（折衷説）の問題点を個別的に克服していく方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料7 - 2第2, 2(1) [42頁]】

【意見】

詐害行為取消権の規定の見直しに当たって、判例法理（折衷説）を前提に、その問題点を個別的に克服していく方向で検討することに、賛成する意見が強い。

【理由】

現行実務との連続性や否認権との整合性を理由に、判例法理（折衷説）を前提とすべきものとする意見が、圧倒的に多かった。もっとも、取消債権者が詐害行為取消権を行使して逸出財産から被保全債権の全額を回収した後に余剰を生じる場合には、当事者意思の尊重の見地から、当該余剰金は債務者ではなく受益者に帰属させるべきであるとして、いわゆる責任説が支持されるべきとの指摘もあった。

(2) 詐害行為取消訴訟における債務者の地位

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

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

【部会資料7 - 2第2, 2(2) [45頁], 同（関連論点）1 [46頁]】

【意見】

(1) 債務者を被告とすることを義務付け、債務者に判決効を及ぼすべきものとする
ことについて、賛成する意見が強い。

(2) 債務者に対する給付訴訟の併合提起の義務付けについては、反対する意見が強い。

【理由】

(1) について

相対的取消しの問題点を解決できること、被告とすることにそれほど負担がないことから、債務者を被告とすることを義務付けることに賛成する意見が強かった。

(2) について

債務者に対する給付訴訟の併合提起の義務付けについては、給付請求権について債務名義を先行取得したい債権者の保護、先行提起の給付訴訟が上訴審に係属する場合の詐害行為取消訴訟の併合提起の困難などを理由に、反対する意見が強い。

かった。

(3) 詐害行為取消訴訟が競合した場合の処理

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

【部会資料7 - 2第2, 2(2)（関連論点）2 [47頁]】

【意見】

判決内容の合一性の確保のため、強制併合の手当てを施すことについては、反対する意見が強い。

【理由】

同一の詐害行為に他の取消訴訟が提起されていることを把握するのは困難であること、棄却判決に第三者効を認めず、確定した取消判決を前提とした債務者財産の執行手続にすべての債権者が加入できるものとするならば不都合はないことなどを理由に、強制併合の手当てを施すことに反対する意見が強かった。

2 要件に関する規定の見直し

(1) 要件に関する規定の明確化等

ア 被保全債権に関する要件

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

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

【部会資料7 - 2第2, 3(1)ア [48頁]】

【意見】

被保全債権に関する要件として、詐害行為よりも前に発生していることを要するものとする事、被保全債権が強制力を欠く場合には詐害行為取消権を行使できないものとする事について、賛成する。

【理由】

判例と同様の考え方がないし当然の考え方であり、異論はなかった。

イ 無資力要件

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

【部会資料7 - 2第2, 3(1)イ [49頁]】

【意見】

無資力要件を明文化すること自体については賛成する意見が強い。無資力要件を明文化する場合でも、その内容については慎重に検討すべきである。

【理由】

分かりやすい民法の実現に資することなどを理由に、無資力要件を明文化することについて賛成する意見が強かった。もっとも、無資力要件の内容については、債務超過に限定することに反対する意見が強く、支払不能の場合を含めるべきとの指摘も多かったが、民法に支払不能概念を導入することに慎重な意見も見られた。

なお、無資力要件は債務超過に限定されるべきではないとの立場から、現行民法や、倒産法上の詐害行為否認の場合と同様「債権者を害することを知ってした行為」の解釈に委ねれば十分であるとして、明文化に反対する意見もあった。

(2) 取消しの対象

ア 取消しの対象の類型化と一般的な要件を定める規定の要否

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

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

【部会資料7 - 2第2, 3(2) [50頁], 同(関連論点)1 [54頁],

【意見】

- (1) 詐害行為取消しの対象となる行為ごとに類型化して要件を整理することに賛成する。
- (2) 詐害行為取消権の要件を類型化されたものに改めることを前提にしつつ、一般的な要件を定める規定を維持することについて、賛成する意見が強い。

【理由】

- (1) 詐害行為取消権に関するルール明確化に資するとして、行為ごとに類型化して要件を整理することに異論はなかった。
- (2) 要件を類型化されたものに改めることを前提としても、個別類型に当てはまらないものがありうること、制度全体の見通しが良くなることから、一般的な要件を定める規定を維持することに賛成する意見が強かった。もっとも、否認権に準じた偏頗行為否認類型の取消要件を設けるべきとする立場から、一般的な要件を設ける場合に個別類型の取消要件との関係に留意すべきであるという指摘もあった。

イ 財産減少行為

(ア) 相当価格処分行為

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

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

【部会資料7 - 2第2, 3(2)ウ [5 9 頁]

【意見】

相当価格処分行為に否認要件と同様の要件を設けることに賛成する。

【理由】

倒産法における政策的意図を実現するために必要であるとして、否認要件と同様の要件を設けることに異論はなかった。

(イ) 同時交換的行為

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

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

【部会資料7 - 2第2, 3(2)エ [60頁]】

【意見】

同時交換的行為について、否認権と同様の要件で詐害行為取消しの対象とすることに賛成する意見が強かった。

【理由】

取引の相手方に不測の損害を与えるべきではないとして、判例よりも限定された、否認権における相当価格処分行為と同様の要件とすることに賛成する意見が強かった。もっとも、条文上の表現方法に関しては、倒産法と同様、偏頗行為類型の取消対象行為を既存の債務についてされたものに限定する体裁の規定を置くことで足りるとする指摘もあった。

(ウ) 無償行為

財産を無償で譲渡したり、無償と同視できるほどの低廉な価格で売却したり、債務を免除したり、債務負担行為を対価なく行ったりする行為（無償行為）については、債務者が「債権者を害することを知って」おり（民法第424条第1項本文）、かつ、受益者が「債権者を害すべき事実」を知っている（同項ただし書）場合には、詐害行為に該当すると解されている。これに対し、破産法は、破産者が支払の停止又は破産手続開始の申立てがあった後又はその前6か月以内にした無償行為及びこれと同視すべき有償行為については、破産者・受益者の主観を問わず、否認（無償否認）の対象となると規定している（同法第160条第3項）。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ご

とに類型化して整理する場合（前記ア参照）には，無償行為の取消しの要件として，無償否認の要件と同様の要件を設けるかどうかについて，無償否認の要件とは異なり受益者の主観的要件のみを不要とすべきであるとする考え方が示されていることや，時期的な限定を民法に取り込むことの是非が論じられていることにも留意しつつ，更に検討してはどうか。

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

【部会資料7 - 2第2，3(2)オ[61頁]，同(関連論点)[62頁]】

【意見】

- (1) 否認権と同様，債務者・受益者双方の主観的要件を不要とすべきとの考え方に賛成する意見が強い。
- (2) 受益者の主観的要件を不要とすることを前提に，受益者が善意のときはその返還すべき範囲が現に利益を受けている範囲に縮減されるとの特則を設けることに賛成する。

【理由】

(1) について

無償行為は典型的に詐害性が高いこと，否認権の要件と完全に整合されるのが妥当であることなどを指摘して，債務者・受益者双方の主観的要件を不要とすべきとの考え方に賛成する意見が強かった。

(2) について

受益者の主観的要件を不要とする場合には，善意の受益者保護の観点から，その返還すべき範囲を限定することについて異論はなかった。

ウ 偏頗行為

(ア) 債務消滅行為

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

時における詐害行為取消権の方が否認権よりも取消しの対象行為の範囲が広い場面があるといった現象（逆転現象）が生じている。

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

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

【部会資料7 - 2第2, 3(2)ア[55頁], 同(関連論点)[57頁]】

【意見】

債務消滅行為について詐害行為取消しの対象から除外すべきであるとの考え方（ ）については、反対する意見が強い。

偏頗行為否認の要件と同様の要件を設けるべきであるとの考え方（ ）に賛成する意見が多数だが、判例法理を明文化すべきであるとの意見（ ）も有力である。

これらに留意しつつ、債務消滅行為の取消要件について、更に検討すべきである。

【理由】

倒産手続をせずに事実上破綻廃業するケースが多いこと、債権者による倒産申立てが現実的に困難であること、偏頗行為が詐害行為取消しの対象外となれば偏頗行為を助長し、さらには倒産手続の自己申立ての回避を助長する結果を招く可能性があること、さらには私的整理にも悪影響を及ぼすことなどを指摘し、債務消滅行為を詐害行為取消しから除外する考え方について、反対する意見が強かった。

また、いわゆる逆転現象は合理的ではないとして否認権要件との整合性をできる限り図るべきとする意見が強く、民法に支払不能概念を導入し、否認権要件と完全に一致させるべきとする考え方も少なくなかったが、倒産外の制度としては詐害意思を重視するのが適切であり、逆転現象も事実上生じないとして判例法理の明文化を支持する考え方も有力であった。

(1) 既存債務に対する担保供与行為

判例は、一部の債権者に対する既存債務についての担保の供与は、そ

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

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

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

【部会資料7 - 2第2, 3(2)イ [57頁]】

【意見】

既存債務に対する担保供与行為について詐害行為取消しの対象から除外すべきであるとの考え方（ ）については、反対する意見が強い。

偏頗行為否認の要件と同様の要件を設けるべきであるとの考え方（ ）に賛成する意見が多数だが、判例法理を明文化すべきであるとの意見（ ）も有力である。

これらに留意しつつ、既存債務に対する担保供与行為の取消要件について、さらに検討すべきである。

【理由】

倒産手続をせずに事実上破綻廃業するケースが多いこと、債権者による倒産申立てが現実的に困難であること、偏頗行為が詐害行為取消しの対象外となれば偏頗行為を助長し、さらには倒産手続の自己申立ての回避を助長する結果を招く可能性があること、さらには私的整理にも悪影響を及ぼすことなどを指摘し、債務消滅行為を詐害行為取消しから除外する考え方について、反対する意見が強かった。

また、いわゆる逆転現象は合理的ではないとして否認権要件との整合性をできる

限り図るべきとする意見が強く、民法に支払不能概念を導入し、否認権要件と完全に一致させるべきとする考え方も少なくなかったが、倒産外の制度としては詐害意思を重視するのが適切であり、逆転現象も事実上生じないとして判例法理の明文化を支持する考え方も有力であった。

エ 対抗要件具備行為

判例は、対抗要件具備行為のみに対する詐害行為取消権の行使を認めることは相当ではないとしている。これに対し、破産法は、支払の停止等があった後にされた一定の対抗要件具備行為について、権利移転行為とは別に否認の対象となる旨を規定している（同法第164条）。

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

【部会資料7 - 2第2, 3(2)カ [63頁]】

【意見】

対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象とすることについては、反対する意見が強い。

【理由】

現行判例も対象外としていること、特殊な行為類型であること等を指摘して、対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象とすることについて反対する意見が強かった。もっとも、否認権と同様の要件で、詐害行為取消しの対象とすべきとする意見もあった。

(3) 転得者に対する詐害行為取消権の要件

判例は、「債権者を害すべき事実」について、受益者が善意であっても、転得者が悪意であれば、転得者に対する詐害行為取消権は認められるとしている。これに対し、転得者に対する否認について規定する破産法第170条第1項は、転得者が転得の当時それぞれその前者に対する否認の原因があることを知っていることを要する（同項第1号）としつつ、転得者が破産者の内部者である場合には、その前者に対する否認の原因についての悪意を推定することとし（同項第2号）、また、転得者が無償行為又はこれと同視すべき有償行為によって転得した場合には、転得者の悪意を要件とせず、それぞれその前者に対して否認の原因があれば足りる（同項第3号）としている。この結果、債権者平等が強調されるべき局面で機能する否認権よりも平時における詐害行為取消権の方が、取消しの対象行為の範囲が広い場面があるという現象（逆転現象）が生じている。

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

【部会資料7 - 2第2, 3(2)キ [64頁], 同(関連論点)[66頁]】

【意見】

転得者に対する詐害行為取消権の要件を、否認権の要件と整合させることに賛成する。

転得者に対する詐害行為取消権及び否認権の要件として、受益者及びすべての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求することで足りるとすることに、賛成する意見が強い。また、転得者が無償行為によって転得した場合に、否認の場合と同様の特則を設けることに賛成する意見が強い。

【理由】

逆転現象は適切でないことから、転得者に対する詐害行為取消権の要件を否認権の要件と整合させることにつき異論はなかった。

転得者に対する詐害行為取消権及び否認権の要件としては、現行倒産法における否認要件が厳格に過ぎるとして、受益者及びすべての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求することで足りるとすることに、賛成する意見が強かった。また、転得者が無償行為によって転得した場合に、否認の場合と同様の特則を設けることに賛成する意見が強かった。

(4) 詐害行為取消訴訟の受継

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

【部会資料7 - 2第2, 3(2)ク [66頁]】

【意見】

破産管財人による詐害行為取消訴訟の受継の制度を設ける必要はないという意見

が強い。

【理由】

そもそも逆転現象が生じないようにすべきであるとして、破産管財人による受継の制度を設ける必要はないという意見が強かった。なお、逆転現象が残る場合には、破産管財人が受継するのが適当であり、また、否認の訴えに変更できる場合もあるとの意見があった。

3 効果に関する規定の見直し

(1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否

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

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

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

【部会資料7-2第2, 4(1)[70頁], (2)[72頁], 同(関連論点)[74頁]】

【意見】

- (1) 事実上の優先弁済機能を否定又は制限することに賛成する意見が強い。
- (2) 事実上の優先弁済機能を否定又は制限する具体的な方法については、債権者のインセンティブ確保に留意して、慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

債権回収に先に着手した受益者が遅れて着手した取消債権者に劣後するという結論に合理性がないとして、事実上の優先弁済機能を否定又は制限することに賛成する意見が強かったが、事実上の優先弁済機能を一切否定するのは債権者のインセンティブ確保の観点から問題であり、制限に留めるべきであるという意見が多かった。また、少額債権について事実上の優先弁済機能を維持すべきとの指摘もあった。

(2) について

事実上の優先弁済機能を否定又は制限する具体的方法については、債権者への直接給付を認めた上で、相殺を制限すべきであるという意見が多かったが、この場面で直接給付を認めることが債権者のインセンティブ確保につながらないとして、逸出財産が不動産である場合と同様、強制執行手続による回収が図られればよいとする意見もあった。

(2) 取消しの範囲

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

【部会資料7 - 2第2, 4(3) [74頁]】

【意見】

事実上の優先弁済を否定又は制限することを前提に、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに詐害行為を取り消せるものとすることに賛成する。

【理由】

事実上の優先弁済を否定又は制限することを前提とすると、他の債権者と競合する可能性があることから、被保全債権額に限定されるべきではないとの意見に異論はなかった。なお、債権者への直接給付を認めることを前提に、自己の債権額を超える部分についての費消・隠匿のおそれへの対処の必要性を指摘する意見もあった。

(3) 逸出財産の回復方法

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

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

【部会資料7 - 2第2, 4(4) [75頁], ア [76頁],
イ [77頁], ウ [78頁], エ [79頁]】

【意見】

- (1) 逸出財産ごとに具体的な回復方法の規定を設けることに賛成する。
- (2) 逸出財産の返還方法について、現物返還を原則とし、例外的に価額賠償を認めるとの判例法理を明文化することに賛成する。

【理由】

規律の明確化の観点から、逸出財産ごとに具体的な回復方法の規定を設けること、現物返還を原則とする判例法理を明文化することに異論はなかった。

(4) 費用償還請求権

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

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

【部会資料7 - 2第2, 4(5) [80頁]】

【意見】

取消債権者に、一般先取特権者として費用償還請求権を認めることに賛成する。

【理由】

インセンティブ確保の観点から、取消債権者に一般先取特権者として費用償還請求権を認めることに異論はなかった。もっとも、対象たる費用の範囲、とりわけ弁護士費用が含まれるかどうかについては、慎重に検討すべきであるという意見があった。

(5) 受益者・転得者の地位

ア 債務消滅行為が取り消された場合の受益者の債権の復活

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

【部会資料7 - 2第2, 4(6)ア [82頁]】

【意見】

受益者の債権が復活することを明文化することについて賛成する。

【理由】

判例と同様の考え方であり、公平にかなうとして、異論はなかった。

イ 受益者の反対給付

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

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

【部会資料7 - 2第2, 4(6)イ [83頁], 同(関連論点)[86頁]】

【意見】

- (1) 取消債権者や他の債権者に優先して、受益者の反対給付の返還等ができるものとすることに賛成する。
- (2) 取消債権者の費用償還請求権を、受益者の価額償還請求権に優先させることに賛成する。

【理由】

(1) について

倒産法の規律は合理的であるとして、優先的に受益者の反対給付の返還等をすることに異論はなかった。

(2) について

取消債権者の費用償還請求権は共益費用であり、悪意の受益者より保護されてしかるべきであるとして、これを優先させることに異論はなかった。

ウ 転得者の反対給付

取消債権者が詐害行為取消権を行使したことにより、転得者がその前者から取得した財産を返還した場合において、転得者は、その財産を取得した際に前者に反対給付をしていたときであっても、直ちにその返還を求めることはできず、取消債権者が現実に被保全債権の満足を受けたときに限って、債務者に対して不当利得の返還を請求することができるにすぎないと解されている。しかし、仮に受益者に優先的な価額償還請求権を認める

場合には（前記イ参照）、これとの均衡を保つ観点から、転得者が前者に対してした反対給付の価額を優先的に回収できるようにするかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料7 - 2第2, 4(6)ウ [86頁]】

【意見】

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

【理由】

受益者の反対給付の保護の要請と異なるところはなく、異論はなかった。

4 詐害行為取消権の行使期間（民法第426条）

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

【部会資料7 - 2第2, 5 [88頁]】

【意見】

消滅時効制度の見直しを踏まえて見直すことに賛成する。

【理由】

見直しに異論はなかった。

第11 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）

1 債務者が複数の場合

(1) 分割債務

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

【部会資料8 - 2第1, 2(1) [4頁]】

【意見】

民法第427条は、内部関係ではなく対外関係を定めたものであることを条文上も明らかにすることについて、賛成意見が強い。

【理由】

分かりやすい民法の実現に資する。

(2) 連帯債務

ア 要件

(ア) 意思表示による連帯債務（民法第432条）

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

【部会資料8 - 2第1, 2(2)ア [5頁]】

【意見】

帯債務は、法律の規定によるほか、関係当事者の意思表示によっても成立することを条文上も明らかにすることについて、賛成意見が強い。

【理由】

現在の一般的な解釈を明文化するもので、分かりやすい民法の実現に資する。

(イ) 商法第511条第1項の一般ルール化

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

【部会資料8 - 2第1, 2(2)ア（関連論点）[7頁]】

【意見】

数人が一個の行為によって債務を負担した場合には広く連帯債務の成立を認めるものとするについて、反対意見が強い

【理由】

事業性のある行為を共同で行う場合に限り連帯債務の成立を認めることに賛成する意見も一部にあるが、広く連帯債務の成立させることが、民事取引における当事者の通常の意味に沿うといえるか疑問であり、債務者にとって過度に不利益になることが懸念される。民事取引における当事者の通常の意味といえるか疑問である。

イ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等

民法は、連帯債務者の一人について生じた事由の効力が他の連帯債務者にも及ぶかという点について、相対的効力を原則としつつも（同法第44

0条)、多くの絶対的効力事由を定めている(同法第434条から第439条まで)。絶対的効力事由が多いことに対しては、債務者の無資力の危険を分散するという人的担保の機能を弱める方向に作用し、通常債権者の意思に反するのではないかという問題が指摘されていることや、共同不法行為者が負担する損害賠償債務(同法第719条)のように、絶対的効力事由に関する一部の規定が適用されないもの(不真正連帯債務)があるとされていること等を踏まえ、絶対的効力事由を見直すかどうかについて、債権者と連帯債務者との間の適切な利害調整に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第1, 2(2)イ [8頁]

【意見】

絶対的効力事由を見直すことについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

現行法下でもすでに、不真正連帯債務については、絶対的効力事由に関する一部の規定の適用がないと解されていることもあり、現行法よりも、一般的に絶対的効力事由を絞り込むべき要請がどの程度あるのか疑問である。

(ア) 履行の請求(民法第434条)

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

【部会資料8 - 2第1, 2(2)イ(ア) [12頁]

【意見】

絶対的効力を否定もしくは制限するとの変更は、慎重に検討すべきである。

【理由】

請求を受けていない連帯債務者を遅滞に陥らせることを不当とする意見もある一方、通常は、連帯債務者間に協働関係が存するのであって、履行の請求に絶対的効力があるとする現行法に相応の合理性が認められ、変更すべきでないとする意見もある。

(イ) 債務の免除(民法第437条)

民法第437条は、連帯債務者の一人に対する債務の免除について、

その連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力事由としているが、これを相対的効力事由とするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8 - 2 第1, 2 (2)イ(1) [13頁]】

【意見】

現行の絶対的効力を改めて相対的効力にとどめるとすることは、慎重に検討すべきである。

【理由】

相対的効力とすると求償の循環が生じうるとの問題点が多々指摘されており、これを回避すべきであるとの意見が相対的に多い。

(ウ) 更改（民法第435条）

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

【部会資料8 - 2 第1, 2 (2)イ(ウ) [16頁]】

【意見】

現行の絶対的効力を改めて相対的効力にとどめるとすることは、慎重に検討すべきである。

【理由】

特段、現行法を変更すべき実務上の要請があるとは思われない。

(I) 時効の完成（民法第439条）

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

【部会資料8 - 2 第1, 2 (2)イ(I) [16頁]】

【意見】

現行の絶対的効力を改めて相対的効力にとどめるとすることは、慎重に検討すべきである。

【理由】

相対的効力とすることに賛成する意見も一部にあるが、求償の循環が生じうるとの問題点に懸念から、相対的効力にとどめるとすることに慎重な姿勢を示す意見が多い。

(オ) 他の連帯債務者による相殺権の援用（民法第436条第2項）

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

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

【部会資料8 - 2第1, 2(2)イ(オ) [18頁]】

【意見】

相対的に抗弁説を支持する意見が多いが、なお慎重に検討すべきである。

【理由】

他人の債権を処分することの不当性については理解を示して抗弁説を支持する意見もあるが、未だ議論が十分とは言えず、慎重な検討を求める意見が多い。

(カ) 破産手続の開始（民法第441条）

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

【部会資料8 - 2第1, 2(2)イ(カ) [20頁]】

【意見】

民法第441条の削除に賛成する意見が強い。

【理由】

破産法で規定すれば足りるとして、民法第441条の削除に賛成する意見が強い。

ウ 求償関係

(ア) 一部弁済の場合の求償関係（民法第442条）

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

【意見】

連帯債務者の一人が自己の負担部分に満たない弁済をした場合であっても、他の連帯債務者に対して割合としての負担部分に応じた求償をすることができることを条文上明らかにすることについて、賛成する意見が強い。

【理由】

判例を明文化するものであり、分かりやすい民法の実現に資する。

(1) 代物弁済又は更改の場合の求償関係（民法第 4 4 2 条）

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

【部会資料 8 - 2 第 1 , 2 (2)ウ(ア)（関連論点）[2 4 頁]

【意見】

連帯債務者の一人が、代物弁済や更改後の債務を履行した場合に、他の連帯債務者に対して、出捐額を限度として割合としての負担部分に応じた求償ができることについて、慎重に検討すべきである。

【理由】

賛成する意見もあるが、議論が未だ不十分であるとする意見もある。

(ウ) 連帯債務者間の通知義務（民法第 4 4 3 条）

連帯債務者間の事前・事後の通知義務を規定する民法第 4 4 3 条に関して、他の連帯債務者の存在を認識できない場合にまでこれを要求するのは酷であるとの指摘があることから、他の連帯債務者の存在を認識できない場合には通知義務を課さないものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料 8 - 2 第 1 , 2 (2)ウ(イ)（関連論点）[2 6 頁]

【意見】

他の連帯債務者の存在を認識できない場合には通知義務を課さないものとするについて、賛成する意見が強い。

【理由】

他の連帯債務者の存在を認識できないのであれば、通知義務を課すことは無意味である。

(I) 事前通知義務（民法第443条第1項）

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

【部会資料8 - 2第1, 2(2)ウ(イ) [24頁]】

【意見】

他の連帯債務者の存在を認識できない場合に、事前通知義務を廃止することについては、賛成する意見が強い。

ただし、他の連帯債務者の存在を認識できる場合についてまで同義務を廃止するかどうかは、慎重に検討すべきである。

【理由】

他の連帯債務者の存在を認識できない場合には、事前通知義務を課すことは無意味であるとする意見が強い。しかし、後の弁済者の保護の要請もあり、他の連帯債務者の存在を認識できる場合にまで事前通知義務を廃止すべきかについては、なお議論を要する。

(オ) 負担部分のある者が無資力である場合の求償関係（民法第444条前段）

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

【部会資料8 - 2第1, 2(2)ウ(ウ) [26頁]】

【意見】

相対的に抗弁説を支持する意見が多いが、なお慎重に検討すべきである。

【理由】

他人の債権を処分することの不当性については理解を示して抗弁説を支持する意見もあるが、未だ議論が十分とは言えず、慎重な検討を求める意見が多い。

(カ) 連帯の免除（民法第445条）

民法第445条は、連帯債務者の一人が連帯の免除を得た場合に、他

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

【部会資料8 - 2第1, 2(2)ウ(I) [27頁]】

【意見】

規定の削除については、慎重に検討すべきである。

【理由】

通常の債権者の意思に反するとして、また、概念自体が分かりにくいとして、民法第445条の削除に賛成する意見もある一方で、削除しなくても例外を設けておけば足りるなどとして、削除に反対の意見も存する。

(キ) 負担割合の推定規定

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

【意見】

引き続き検討すべきである。

【理由】

現時点では、議論が十分でなく、検討を続けるべきである。

(3) 不可分債務

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

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

【部会資料8 - 2第1, 2(3) [28頁], 同(関連論点)[30頁]】

【意見】

不可分債務と連帯債務の概念の整理等について、慎重に検討すべきである。

【理由】

不可分債務は専ら不可分給付を目的とし、連帯債務は専ら可分給付を目的とするという整理をすることや、不可分債務における債権の目的が不可分給付から可分給付になったときに、分割債務ではなく連帯債務となる旨の特約を認めることに賛成する意見もあるが、専ら理論上の問題であって解釈にゆだねるべきとするなど、慎重な姿勢の意見も存する。

2 債権者が複数の場合

(1) 分割債権

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

【部会資料8 - 2第1, 3(1) [30頁]】

【意見】

分割債権について、別段の意思表示がなければ、各債権者は平等の割合で権利を有することを規定する民法427条は、内部関係ではなく体外関係を定めたものであることを条文上も明らかにすることについて、賛成する意見が強い。

【理由】

慎重な検討も求める意見もあるが、分かりやすい民法の実現に資するとして賛成する意見が強い。

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

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

【部会資料8 - 2第1, 3(2) [32頁]】

【意見】

不可分債権者の1人と債務者との間に混同や代物弁済が生じた場合にも、民法429条第1項に適用される旨を明文化することは、慎重に検討すべきである。

【理由】

議論の不十分さ・実務上の必要性の乏しさを指摘し、慎重な検討を求める意見もあるが、分かりやすい民法の実現に資するとして賛成する意見もある。

(3) 連帯債権

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

【部会資料8 - 2第1, 3(3) [34頁], 同(関連論点)[35頁]】

【意見】

連帯債権に関する規定を新設することについて、賛成する意見が強い。

【理由】

実務上の必要性の乏しさ等を指摘して、慎重な検討を求める意見もあるが、分かりやすい民法の実現に資する等として賛成する意見が強い。

3 その他（債権又は債務の合有又は総有）

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

【意見】

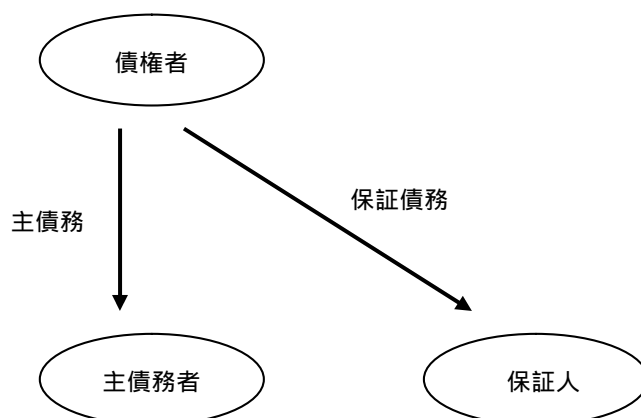
引き続き検討すべきである。

なお、多数当事者の債権及び債務の規定の見直しに当たって、規定の強行法規性の有無を検討すべきである。

【理由】

現時点では、議論が十分でなく、検討を続けるべきである。各規定の強行法規性の有無については、分かりやすい民法という観点からは、明確化することが望ましい。

第 1 2 保証債務



1 保証債務の成立

(1) 主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立

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

【部会資料 8 - 2 第 2 ， 2 (1) [4 2 頁]

【意見】

保証債務が保証契約以外の法形式によって成立することを認める法制について，更に検討することについては，反対する意見も多く，慎重に検討すべきである。

【理由】

主債務者と保証人との間の保証引受契約により，保証債務が成立することを認めるべき立法事実が存在しない。

さらに，このような法形式を認めることで，債権者の説明義務の強化など保証契約成立時における保証人保護を図っても，主債務者と保証人間との契約であることから，これを潜脱するために利用されるものとなるおそれも指摘されている。したがって，少なくとも保証人が個人である場合にはこの制度を認めることについて積極的な意見はない。

(2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策

保証は，不動産等の物的担保の対象となる財産を持たない債務者が自己の信用を補う手段として，実務上重要な意義を有しているが，他方で，個人の保証人が想定外の多額の保証債務の履行を求められ，生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たないこともあって，より一層の保証人保護の拡充を求める意見がある。このような事情を踏まえ，保証契約締結の際における保証人保護を拡充する観点から，保証契約締結の際に，債権者に対して，保証人がその知識や経験に照らして保証の意味を理解するのに十分な説明をす

ることを義務付けたり，主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりするなどの方策を採用するかどうかについて，保証に限られない一般的な説明義務や情報提供義務（後記第23，2）との関係や，主債務者の信用情報に関する債権者の守秘義務などにも留意しつつ，更に検討してはどうか。

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

【部会資料8 - 2第2，2(2) [44頁]】

【意見】

とりわけ個人の保証人が，およそ支払うことが不可能であると考えられる多額の保証債務を負担することで，その生活が破綻し，生きる希望を失って自殺するという深刻な社会的事実があることを踏まえると，保証人保護のための制度を広く認めることは大賛成である。

保証契約締結時の説明義務を課すこと，主債務者の信用情報を開示させることについても，賛成する。

また，保証人保護の具体的な方法として，一定金額を超える保証契約の締結につき，公正証書を作成することを要求すること，保証契約書における重要な部分に保証人に手書要件を課すことについて賛成する。

さらに事業者である債権者が，個人の保証人に対して，上記義務に違反した場合に，取消権を与えるなど，法的効果を付与すべきとの意見が多数である。

【理由】

個人の保証人の保証能力のうち，同人の将来収入を主債務者の信用の補完とできる経済的な範囲というのは，一定の限度があるところである。したがって，個人の保証人が，およそ支払能力を超える保証契約を締結したとしても，実際の支払が期待できないために，単なる心理的な強制を主債務者及び保証人に与えるというだけにとどまる。

他方，政府の自殺対策緊急戦略チームは自殺対策100日プランを公表しているが，その中では，「連帯保証人制度」，「政府系金融機関の個人保証（連帯保証）」について，「制度・慣行に踏み込んだ対策に向けて検討する」とされており，保証人問題が，自殺対策の観点からも必要である。

とすれば，個人の保証人が生活破綻に陥り，ひいては自殺等の深刻な事態を招くことが，社会問題となっていることを踏まえて，早急に保証人保護の諸制度を導入すべきである。

まず、債権者に対し、保証債務の具体的な内容等について説明義務を課すべきである。

すなわち、主債務者の信用情報についても、実質破綻状態であった場合に、保証人の動機の錯誤を認めた裁判例があり(東京高判平成17年8月10日判時1907号42頁,東京高判平成19年12月13日判時1992号65頁,大阪地判平成21年7月29日判タ1323号192頁),債権者に対して、主債務者の信用状態についての情報提供義務を課すことは現在の実務状況からしても、問題はない。

次に、個人の保証人が過大な保証債務を負担することで生活破綻に陥らないためには、その成立要件として、フランスの保証人保護の諸制度にならって公正証書を要求することや、手書きを要求すること導入すべきである。

以上の諸制度が仮に導入された場合に、これが単なる努力義務にとどまると、その実効性を欠くことになる。そのため、少なくとも事業者である債権者がこれらの義務に違反した場合には、個人である保証人については、保証契約について取消権を付与すべきである。

当連合会は、2003年(平成15年)に統一信用法要綱案(以下、「要綱案」という。)を発表し、その中で、与信業者の義務として、保証人に対する保証意思の確認を書面に記入させること(手書要件)や、支払能力を超える保証契約締結の禁止(比例原則)、これらに違反した場合に保証人に解除権を付与するといった立法提案を行なっているところであり、かかる立法がなされるべきである。

(3) 保証契約締結後の保証人保護の在り方

保証契約締結後の保証人保護を拡充する観点から、債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせたり、分割払の約定がある主債務について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えたりするなどの方策を採用するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第2, 2(2)(関連論点)[46頁]】

【意見】

債権者に主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせることに賛成する。また、保証人に期限の利益を維持する機会を与える等の方策を採用すべきである。

【理由】

保証人が保証債務の履行を迫られるのは、主債務者が期限の利益を喪失してからであり、また、主債務者が期限の利益を喪失した後、相当経過後に、突如として保証人に一括請求される事例も散見される。

かかる事例からすれば、保証人に対して主債務者の返済状況を通知することは合理的であり、韓国やフランスにはそのような法制があるところである。

また、保証人が履行を迫られた後、保証人について、期限の利益を維持しても、

債権者にとっては、当初の弁済がそのまま維持されるのであれば不利益も無いことから、このような制度を認める方向で検討すべきである。

(4) 保証に関する契約条項の効力を制限する規定の要否

事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項や保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項に関し、その効力を制限する規定の要否について、不当条項規制（後記第31）との関係に留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

保証人について、不当条項規制との関係に留意しつつ、保証人保護の観点から検討すべきである。

【理由】

保証人の求償権の範囲を制限する規定等が多数用いられているが、この規定について、個人の場合には、消費者契約法の不当条項規制等との関係が問題となる場合があることは間違いなく、かかる場合について、これを制限することを検討すべきである。

当連合会は、上記要綱案において、不当条項規制について立法提案を行っており、個人の保証人保護の観点から債権者の担保保持義務の免除規定や、求償権について検討すべきである。

2 保証債務の付従性・補充性

保証債務の内容（債務の目的又は態様）が主債務よりも重い場合には、その内容が主債務の限度に減縮されることを規定する民法第448条との関係で、保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばないことをも条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、そもそも保証債務の性質については、内容における付従性に関する民法第448条や、補充性に関する同法第452条、第453条といった規定はあるものの、その多くは解釈に委ねられていることから、これらに関する明文の規定を設けるかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第2, 3 [46頁], 同(関連論点)[47頁]】

【意見】

保証契約締結後に、主債務の内容が加重された場合に、保証債務に影響が及ばないことについて条文上明らかにすることについて賛成する。

また保証債務の付従性や補充性に関する明文の規定を設けるべきである。

【理由】

契約締結後に主債務者の義務が加重された場合に、保証契約が加重されないことは当然であり、これを明らかにする規定を設けるべきである。

同様に、付従性や補充性についても、明文の規定を設けるべきである。

3 保証人の抗弁等

(1) 保証人固有の抗弁－催告・検索の抗弁

ア 催告の抗弁の制度の要否（民法第452条）

催告の抗弁の制度については、保証人保護の制度として実効性が乏しいことなどから、これを廃止すべきであるとする意見もあるが、他方で、保証人保護を後退させる方向で現状を変更すべきでないとする意見もあることから、その要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第2, 4(1)ア [47頁]】

【意見】

催告の抗弁を廃止することに反対する。

【理由】

催告の抗弁については、連帯保証契約の場合には、これが排除されており実効性が乏しいとされるが、保証人の補充性の基本的な規定であることから、これを敢えて廃止すべきであるとまでは言えないという意見が多数である。

イ 適時執行義務

民法第455条は、催告の抗弁又は検索の抗弁を行使された債権者が催告又は執行をすることを怠ったために主債務者から全部の弁済を得られなかった場合には、保証人は、債権者が直ちに催告又は執行をすれば弁済を得ることができた限度において、その義務を免れることを規定する。この規定について、その趣旨を拡張して、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改めるかどうか、更に検討してはどうか。

また、仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合には、これが連帯保証にも適用されるものとするかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第2, 4(1)イ [48頁]】

【意見】

適時執行義務を認めるべきではないという意見が多いが、これを認めるべきであるとする意見もあり、この制度を導入することについては、信義則等の一般的な制限によることもふまえて、慎重に検討すべきである。

【理由】

適時執行義務を認めると、債権者は、主債務者との間で条件変更等を行うことが困難になり、事業再建等が困難になることや、適時執行の適時の意味を巡って事後的に検討が必要となること等から、この導入に反対する多数の意見がある。他方、保証人にとって、適時執行義務が認められれば、保証人保護に資する場合もあり、これを認めるべきであるとの意見もある。

したがって、債権者が主債務者に対する請求を長期間怠っているような場合に信義則を理由にその権利行使を制限することも含めて、適時執行義務の導入については慎重に検討すべきである。

(2) 主たる債務者の有する抗弁権（民法第457条）

保証人が主債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができることと規定する民法第457条第2項については、保証人は主債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できるととどまるとする規定に改めるかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、民法には、主債務者が債権者に対して相殺権を有する場合の規定しか置かれていないことから、主債務者がその余の抗弁権を有している場合の規定を設けるかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第2, 4(2) [51頁], 同(関連論点)[52頁]】

【意見】

債務者の相殺の抗弁権について、履行拒絶の範囲で検討すべきである。同様にその他の抗弁権についても、規定を設けるべきである。

【理由】

相殺権については、履行拒絶の範囲にとどまることについては争いが無いところである。

他方、主債務者のその他の抗弁権を保証人に認めるべきかどうかについて、学説や判例上も争いがあるが、保証人保護の観点から、かかる抗弁を認めるべきである。

4 保証人の求償権

(1) 委託を受けた保証人の事後求償権（民法第459条）

委託を受けた保証人による期限前弁済は、委託の趣旨に反することがあることから、この場合における保証人の事後求償権は、委託を受けた保証人についてのもの（民法第459条第1項）ではなく、委託を受けない保証人と同内容のもの（同法第462条第1項）とするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第2, 5(1) [52頁]】

【意見】

委託を受けた保証人の期限前弁済について、この事後求償権を委託を受けていな

い保証人のものと同様にすることについて賛成する。

【理由】

委託を受けた保証人を委託を受けていない保証人と同視できるが疑問があるというものである。

(2) 委託を受けた保証人の事前求償権（民法第460条，第461条等）

仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合（前記3(1)イ参照）には，委託を受けた保証人が事前求償権を行使することができることを規定する民法第460条を維持するかどうかについて，更に検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第2，5(2) [54頁]】

【意見】

債権者に適時執行義務を認めた場合に，保証人に事前求償権を認める民法460条を維持するかどうか，適時執行義務を認めるか否かについても意見が分かれているところであり，保証人保護の観点から，事前求償権を維持する方向で検討すべきである。

【理由】

適時執行義務を認めるかどうかについては，議論が分かれているところであるが，保証人保護の観点からは事前求償権を維持すべきである。

(3) 委託を受けた保証人の通知義務（民法第463条）

保証人の通知義務について規定する民法第463条は，連帯債務者の通知義務に関する同法第443条を準用しているところ，仮に，連帯債務者の事前通知義務を廃止する場合（前記第11，1(2)ウ(I)参照）には，委託を受けた保証人についての事前通知義務も廃止するかどうかについて，更に検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第2，5(3) [57頁]】

【意見】

事前通知義務を廃止することについて，賛成する意見が多い。

【理由】

連帯保証人について，連帯債務者の事前通知義務を廃止する場合には，本規定を維持する意味が乏しいため。

(4) 委託を受けない保証人の通知義務（民法第463条）

保証人の事前通知義務（民法第463条，第443条）の趣旨は，債権者に対抗することができる事由を有している主債務者に対し，それを主張する

機会を与えようとするところにあるが、委託を受けない保証人の求償権の範囲は、もとより主債務者が「その当時利益を受けた限度」（同法第462条第1項）又は「現に利益を受けている限度」（同条第2項）においてしか認められておらず、主債務者が債権者に対抗することができる事由を有している場合には「利益を受けている限度」から除外されることになるため、事前通知義務の存在意義は乏しい。そこで、委託を受けない保証人についても、事前通知義務を廃止するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第2, 5(4) [58頁]】

【意見】

委託を受けない保証人についても、事前通知義務を廃止することについて賛成する。

【理由】

事前通知義務の存在意義が乏しいことについては同意できるため。

5 共同保証 - 分別の利益

複数の保証人が保証債務を負担する場合（共同保証）に、各共同保証人は、原則として頭数で分割された保証債務を負担するにすぎない（分別の利益）ことを規定する民法第456条に関し、分別の利益を認めずに、各共同保証人は全額について債務を保証する（保証連帯）ものとするかどうかについて、保証人保護を後退させる方向で現状を変更すべきでないとする意見があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第2, 6 [60頁]】

【意見】

分別の利益を廃止することについて、反対する。

【理由】

保証人を保護する観点からは、分別の利益を維持すべきであるし、保証契約をどのような方法でとるかという問題であって、直ちに分別の利益を否定する必要性はない。

6 連帯保証

(1) 連帯保証制度の在り方

連帯保証人は、催告・検索の抗弁が認められず、また、分別の利益も認められないと解されている点で、連帯保証ではない通常の保証人よりも不利な立場にあり、このような連帯保証制度に対して保証人保護の観点から問題があるという指摘がされている。そこで、連帯保証人の保護を拡充する方策について、例えば、連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にの

み連帯保証となるとすべきであるなどの意見が示されていることを踏まえて、更に検討してはどうか。

他方、事業者がその経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内で保証をしたときには連帯保証となるとすべきであるとの考え方（後記第62, 3(3)）も提示されている。この考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第2, 7(1) [62頁], 部会資料20 - 2第1, 3(3) [20頁]】

【意見】

連帯保証契約の成立について、連帯保証の効果を具体的に説明され、理解した場合にのみ成立することに賛成する。

さらに、自然人の連帯保証については、その実行性や他の代替手段も含めて検討すれば、これを廃止すべきであるとの意見もある。

なお事業者について当然に連帯保証となるとという考え方については反対する。

【理由】

連帯保証債務が、催告・検索の抗弁や分別の利益が認められないという、保証債務の付従性や補充性が認められないという特殊な契約であることから、この内容をより理解した場合にのみ認められるべきであることは、保証債務一般の説明義務強化と併せて必要である。

他方、自然人が連帯保証することについては、自殺という大きな社会問題の原因となっていることを踏まえて、いわゆる代表者保証も含めて、連帯保証の廃止の方向を含めて、より慎重に検討すべきである。

事業者にも、一般消費者と判断能力の点でも大差のない個人事業者が含まれること、今回の改正において保証人保護の後退は認めるべきではない点を考えると、慎重に検討すべきである。

連帯保証制度については、保証人保護がより強く要求されることになるため、比例原則を導入する等の方策を早急に検討すべきである。

(2) 連帯保証人に生じた事由の効力 - 履行の請求

連帯保証人に対する履行の請求の効果が主債務者にも及ぶこと（民法第458条、第434条）を見直す必要があるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第2, 7(2) [63頁]】

【意見】

請求の絶対効について、見直の必要性の有無を検討することについて賛成する。

【理由】

主債務者の関与することが出来ず、場合によっては、認知することも出来ない、

債権者の連帯保証人に対する請求によって、主債務の時効中断が図られることは、望ましくない。

7 根保証

(1) 規定の適用範囲の拡大

根保証に関しては、平成16年の民法改正により、主たる債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務(貸金等債務)が含まれるもの(貸金等根保証契約)を対象を限定しつつ、保証人が予想を超える過大な責任を負わないようにするための規定が新設された(同法第465条の2から第465条の5まで)が、保証人保護を拡充する観点から、主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれない根保証にまで、平成16年改正で新設された規定の適用範囲を広げるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第2, 8 [65頁]】

【意見】

保証人保護を拡充する観点から、主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれない根保証にまで、平成16年改正で新設された規定の適用範囲を広げることに賛成する。

【理由】

根保証契約の被担保債権については、貸金等以外にも想定しうるところ、かかる債権についても保証人を保護すべき点は同様である。よって、これを貸金等のみならず、他の債権について一般的に広げるべきである。

(2) 根保証に関する規律の明確化

根保証に関して、いわゆる特別解約権を明文化するかどうかについて、更に検討してはどうか。また、根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかや、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴するかどうかなどについて、検討してはどうか。

このほか、身元保証に関する法律の見直しについても、根保証に関する規定の見直しと併せて、検討してはどうか。

【部会資料8 - 2第2, 8 [65頁]】

【意見】

特別解約権を明文化することについて賛成する。同時に、根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求について、賛成する。

元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合には、保証債務の随伴を否定すべきである。

併せて、身元保証について、根保証と同じように、今回の民法改正時に、身元保

証契約法も保証人保護の観点から改正することに賛成する。

【理由】

特別解約権や、元本確定前の保証債務の履行の可否について、明文の規定を設けるべく検討するべきである。

根保証の場合、主たる債務者に対する債権が譲渡された場合に、随伴性を有するか否かについて、明確な規律がない。理論的には、確定前の根保証の場合、根抵当権と同様に随伴性が無いと解すべきであるが、明文の規定を欠いており不十分である。そのため、民法398条の7のような規定を設けるべきである。

同時に身元保証についても、保証人が予期しない負担を被る点では同じであり、根保証について改正するに際し、同法の改正をすべきである。

8 その他

(1) 主債務の種別等による保証契約の制限

主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証などを対象として、その保証契約を無効とすべきであるとする提案については、実務上有用なものまで過剰に規制することとなるおそれや、無効とすべき保証契約の範囲を適切に画することができるかどうかなどの観点に留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

主債務者が消費者である場合における個人の保証を禁止すべきである。また、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証について、保証契約を無効とするべきである。

【理由】

主債務者が消費者である場合に個人の保証をとる必要性が乏しいことや、政府系金融機関での第三者保証の原則的徴収の禁止などを考えると、これを単なる実務上の取扱いを超えて、法的規範とすることを検討すべきである。

要綱案では、主債務者が消費者である消費者信用が、消費者の将来収入を先取りして与信するものであることを理由にして、保証人等の第三者の資力をあてにして与信すべきでないことから、主債務者が消費者である場合の保証を禁止すべきであるとしている。

さらに、平成18年3月31日に明らかにされた中小企業庁金融課の見解によると、「平成18年度に入ってから保証協会に対して保証申込を行った案件については、経営者本人以外の第三者を保証人として求めることを、原則禁止とします。」としている。よって、既に中小企業者に対する主要な融資を担っている保証協会について原則として第三者保証を禁止しているのであるから、この趣旨を実体法上も明らかにすべきである。

(2) 保証類似の制度の検討

損害担保契約など、保証に類似するが主債務への付従性がないとされるものについて、明文規定を設けるべきであるとの提案については、その契約類型をどのように定義するか等の課題があることを踏まえつつ、検討してはどうか。

【意見】

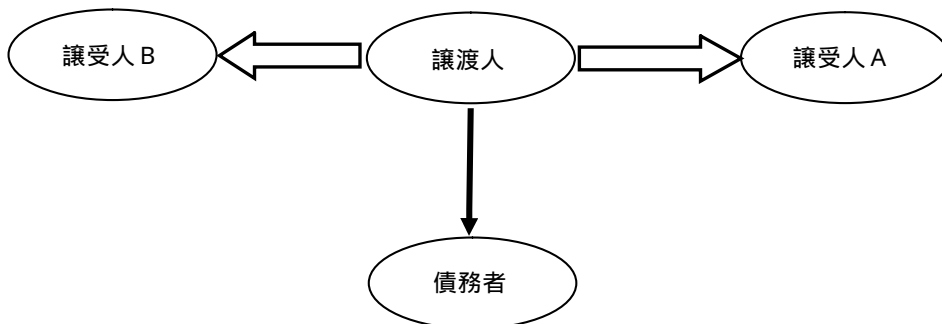
損害担保契約などについて、保証に類似する契約について、明文規定を設ける方向で検討することに賛成する。

【理由】

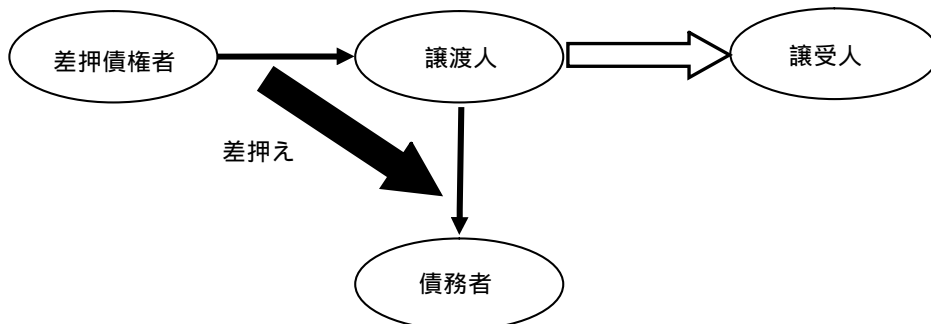
契約締結時に、主債務を観念できない損害担保契約についても、その実態は保証類似の契約類型であると解すべき場合がある(東京高裁平成22年8月30日判タ1334号58頁参照)。したがって、このような契約類型についても、その解釈のために明文の規定を設けるべきである。

第13 債権譲渡

【債権譲渡の競合(二重譲渡)】



【債権譲渡と差押えの競合】



1 譲渡禁止特約（民法第466条）

(1) 譲渡禁止特約の効力

譲渡禁止特約の効力については、学説上、「物権的」な効力を有するものであり、譲渡禁止特約に違反する債権譲渡が無効であるとする考え方（物権的効力説）が有力である。判例は、この物権的効力説を前提としつつ、必要に応じてこれを修正していると評価されている。この譲渡禁止特約は、債務者にとって、譲渡に伴う事務の煩雑化の回避、過誤払の危険の回避及び相殺の期待の確保という実務上の必要性があると指摘されているが、他方で、今日では、強い立場の債務者が必ずしも合理的な必要性がないのに利用している場合もあるとの指摘や、譲渡禁止特約の存在が資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となっているとの指摘もされている。

以上のような指摘を踏まえて、譲渡禁止特約の効力の見直しの要否について検討する必要があるが、譲渡禁止特約の存在について譲受人が「悪意」（後記(2)ア参照）である場合には、特約を譲受人に対抗することができるという現行法の基本的な枠組みは、維持することとしてはどうか。その上で、譲渡禁止特約を対抗できるときのその効力については、特約に反する債権譲渡が無効になるという考え方（以下「絶対的効力案」という。）と、譲渡禁止特約は原則として特約の当事者間で効力を有するにとどまり、債権譲渡は有効であるが、債務者は「悪意」の譲受人に対して特約の抗弁を主張できるとする考え方（以下「相対的効力案」という。）があることを踏まえ、更に検討してはどうか。

また、譲渡禁止特約の効力に関連する以下の各論点についても、更に検討してはどうか。

譲渡禁止特約の存在に関する譲受人の善意、悪意等の主観的要件は、譲受人と債務者のいずれが主張・立証責任を負うものとするべきかについて、更に検討してはどうか。

譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るかにかかわらず、譲渡禁止特約の存在が、資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となり得るという問題を解消する観点から、債権の流動性の確保が特に要請される一定の種類の債権につき、譲渡禁止特約を常に対抗できないこととするべきかどうかについて、特定の取引類型のみに適用される例外を民法で規定する趣旨であるなら適切ではないとの意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、預金債権のように譲渡禁止特約を対抗することを認める必要性が高い種類の債権に、引き続き譲渡禁止特約に強い効力を認めるべきかどうかについても、特定の取引類型のみに適用される例外を民法で規定することについて上記の意見があることに留意しつつ、検討してはどうか。

将来債権の譲渡をめぐる法律関係の明確性を高める観点から、将来債権の譲渡後に、当該債権の発生原因となる契約が締結され譲渡禁止特約が付された場合に、将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約を対抗することの

可否を、立法により明確にすべきかどうかについて、譲渡禁止特約によって保護される債務者の利益にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 2(1) [2頁],
同(関連論点)1から同(関連論点)3まで [5頁]

【意見】

- (1) 譲渡禁止特約の存在について譲受人が「悪意」である場合には、特約を譲受人に対抗することができるという現行法の基本的な枠組みを維持することに賛成する。
- (2) 譲渡禁止特約を譲受人に対抗できるときのその効力については、現行法(判例法理)を改めるほどの必要性があるのかという観点を重視して、更に慎重に検討すべきである。
- (3) 譲渡禁止特約の存在に関する譲受人の善意、悪意等の主観的要件は、譲受人と債務者のいずれが主張・立証責任を負うものとすべきか()については、譲渡禁止特約の効力の捉え方との関連性や当事者の公平等に留意しつつ、更に慎重に検討すべきである。
- (4) 債権の流動性の確保が特に要請される一定の種類の債権につき、譲渡禁止特約を常に対抗できないこととすべきとの考え方(第1段落)、及び、譲渡禁止特約を対抗することを認める必要性が高い種類の債権についてのみ、引き続き譲渡禁止特約に強い効力を認めるべきとの考え方(第2段落)のいずれについても、反対意見が強い。
- (5) 将来債権の譲渡後に、当該債権の発生原因となる契約が締結され譲渡禁止特約が付された場合に、将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約を対抗することの可否()については、特に明文の規定を設ける必要はないとの意見が強い。

【理由】

(1) について

譲渡禁止特約には、譲渡に伴う事務の煩雑化の回避、過誤払の危険の回避、相殺の期待の確保といった債務者の利益を図るという実務上の必要性が認められる。にもかかわらず、譲受人に対する特約の対抗を一切認めないものとする、特約を付した意味を失わせることになりかねない。この点と取引の安全との調和として、少なくとも特約の存在につき悪意で債権を譲り受けた譲受人は、特約を対抗されてもやむを得ないというべきである。

(2) について

譲渡禁止特約が付される目的に照らせば、弁済の相手方を固定できれば十分であることや、現行法(絶対的効力案)よりも債権譲渡担保を中心とした金融のニーズに応えることもできること等を理由に、現行法(判例法理)の立場を改め、相対的効力案を採用すべきとの意見が一方で存在する。

だが、他方において、相対的効力案によっても悪意の譲受人は債務者に直接請求できず、そのような状態で適切な資金調達ができるかは疑問であり、むしろ、

譲渡人の窮状につけ込んだ不適切な金融が跋扈する原因となることが危惧されること、譲渡禁止特約付債権を資金調達のため利用する必要性がある場合、正々堂々と債務者の同意を得て資金調達を図るのが筋であり、それを受け容れる社会情勢になりつつもあること、相対的効力案を採った場合に、譲渡人（又はその管財人等）は譲渡した債権を回収しても不当利得返還請求に基づきこれを譲受人に引き渡さなければならず、債権回収のインセンティブが働かない状況が生ずること、相対的効力案を採ると、譲渡人が倒産した場合に債権が倒産財団にほとんど残らないという結果が生ずる可能性があるが、労働債権者、租税債権者など法定の優先権だけで守られている債権者（保護すべき債権者であるが、取引により優先権・担保権を取得しがたい債権者）が数多く存在する現在の日本の状況を前提にすると、上記結論は問題であること等を指摘して、敢えて現行法（判例法理）を変えることには慎重であるべきだとする立場も根強い。

(3) について

意見2において相対的効力案を支持する立場においても、債権譲渡自由の原則の例外を主張する債務者側が譲受人の「悪意」を立証すべき（A案）との意見と、主張立証責任の公平分担の観点から当該主観的要件について事情をより把握している譲受人自身に「善意」の主張立証責任を負わせるべき（B案）との意見がある。また、「善意」の立証は困難であるとの理由から前者の立場（A案）を支持する意見もある。

(4) について

譲渡禁止特約をなすことによる債務者の利益の保全が常に肯定又は否定されるような取引類型を過不足なく抽出（想定）することは困難である。その他、必要があれば特別法で対応すべきであるとの理由からの反対意見もある。

(5) について

将来債権以外の債権の譲渡と同様「将来債権の譲渡時点において譲受人が譲渡禁止特約について悪意重過失であるか否か」をもって判断すべきであるから、将来債権の譲渡についてのみ明文を設ける必要はなく、解釈に委ねれば足りる。

(2) 譲渡禁止特約を譲受人に対抗できない事由

ア 譲受人に重過失がある場合

判例は、譲受人が譲渡禁止特約の存在について悪意の場合だけでなく、存在を知らないことについて重過失がある場合にも、譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができるとしていることから、譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るにかかわらず、上記の判例法理を条文上明らかにすべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、資金調達の促進の観点から、重過失がある場合に譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができることに反対する意見があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 2(2)ア [7頁]】

【意見】

判例法理の明文化に賛成である。

【理由】

確立した判例法理(最判昭和48年7月19日民集27巻7号823頁)であり、これを明文化することは分かりやすい民法の実現に資する。

なお、譲渡禁止特約による債務者の利益保護の要請とのバランスとして、譲受人が特約の存在を知らなかったことに重過失ある場合にも、悪意の場合と同視して、債務者は譲受人に特約を対抗しうるものとするのが妥当である。

イ 債務者の承諾があった場合

譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るかにかかわらず、債務者が譲渡を承諾することにより譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができなくなる旨の明文規定を設けるものとしてはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 2(2)イ [8頁]

【意見】

賛成意見が強い。

【理由】

判例、学説ともに異論のないところであり、明文化することは分かりやすい民法の実現に資する。

ただし、1(1)において相対的効力案に立つ場合には、かかる結論は解釈上明らかなので、敢えて明文規定を設ける必要性に乏しいとの意見もある。

ウ 譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合

譲渡人につき倒産手続の開始決定があった場合において、譲渡禁止特約の効力について相対的効力案(前記(1)参照)を採るとしたときは、管財人等が開始決定前に譲渡されていた債権の回収をしても、財団債権や共益債権として譲受人に引き渡さなければならず、管財人等の債権回収のインセンティブが働かなくなるおそれがあるという問題がある。このような問題意識を踏まえて、譲渡人について倒産手続の開始決定があったとき(倒産手続開始決定時に譲受人が第三者対抗要件を具備しているときに限る。)は、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができないという規定を設けるべきであるという考え方が示されている。このような考え方に対しては、債務者は譲渡人について倒産手続開始決定がされたことを適時に知ることが容易ではないという指摘や、債務者が譲渡人に対する抗弁権を譲受人に対抗できる範囲を検討すべきであるという指摘がある。そこで、このような指摘に留意しつつ、仮に相対的効力案を採用した場合に、上記のような考え方を採用することの当否について、更に検討してはどう

か。

また、上記の考え方を採用する場合には、譲渡人の倒産手続の開始決定後に譲渡禁止特約付債権を譲り受け、第三者対抗要件を具備した譲受人に対して、債務者が譲渡禁止特約を対抗することの可否について、検討してはどうか。さらに、譲渡禁止特約の存在について悪意の譲受人に対して譲渡がされた後、譲渡人の債権者が譲渡禁止特約付債権を差し押さえた場合も、複数の債権者が債権を奪い合う局面である点で、倒産手続が開始された場面と共通することから、譲渡禁止特約の効力について上記の考え方が適用されるべきであるという考え方がある。このような考え方を採用することの当否についても、検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 2(2)ウ [8頁]

【意見】

(仮に1(1)で相対的効力案を採るとしても、)譲渡人について倒産手続の開始決定があったとき(倒産手続開始決定時に譲受人が第三者対抗要件を具備しているときに限る。)は、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができないという規定を設けるべきであるという考え方に反対である。

【理由】

譲渡人に倒産手続が開始されても、悪意重過失の譲受人との関係で、譲渡禁止特約により守られるべき債務者の利益を保護する必要性は変わらない。また、譲渡人について倒産手続開始決定がされたことを債務者が適時に知ることは容易ではない。にもかかわらず、譲渡人の倒産手続の開始という債務者には何らの帰責性もない事象の発生により、譲渡禁止特約によって保護されるべき債務者の利益が突然奪われるのは不合理である。

さらには、論点整理に示された考え方を肯定しても、大多数の事業者にとっては資金調達にはさほど資さず、結局、力の強い債権者に対する既存債務についての追加担保に利用されたり、高利金融業者のターゲットとなるだけではないかとの疑問も拭えない。

なお、上記の考え方の背景にある問題意識として、「管財人等の債権回収のインセンティブが働かなくなるおそれ」が挙げられているが、管財人等が、債務者から回収した金銭をいずれ譲受人に弁済しなければならないとしても、それを一旦受け取って、財団債権なり共益債権として譲受人に支払うものとするに意義があるとの指摘もあり(例えば、財団不足の場合)、また、特約による債務者の利益の保護に配慮しつつこの問題を解消する方策(後記エ)も考え得るところであって、上記の問題意識から上記の考え方が直ちに導かれるものではない。

エ 債務者の債務不履行の場合

譲渡禁止特約の効力について仮に相対的効力案(前記(1)参照)を採用した場合には、譲受人は債務者に対して直接請求することができず、他方、

譲渡人（又はその管財人等）は譲渡した債権を回収しても不当利得返還請求に基づき譲受人に引き渡さなければならないこととなるため、譲渡人につき倒産手続の開始決定があったとき（上記ウ）に限らず、一般に、譲渡人に債権回収のインセンティブが働かない状況が生ずるのではないかという指摘がある。このような問題意識への対応として、譲渡人又は譲受人が、債務者に対して（相当期間を定めて）譲渡人への履行を催告したにもかかわらず、債務者が履行しないとき（ただし、履行をしないことが違法でないときを除く。）には、債務者は譲受人に譲渡禁止特約を対抗することができないとする考え方が示されている。このような考え方の当否について、検討してはどうか。

【意見】

（仮に1(1)で相対的効力案を採用した場合、）賛成である。

【理由】

特約による債務者の利益の保護に配慮しつつ、譲渡人に債権回収のインセンティブが働かず債権回収が滞るといった事態を回避することができる。

(3) 譲渡禁止特約付債権の差押え・転付命令による債権の移転

譲渡禁止特約付きの債権であっても、差押債権者の善意・悪意を問わず、差押え・転付命令による債権の移転が認められるという判例法理について、これを条文上も明確にしてはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 2(3) [9頁]】

【意見】

賛成である。

なお、譲渡禁止特約の効力について相対的効力案を採るとした場合に、差押え・転付命令に先立って譲渡禁止特約付の債権を譲り受け、第三者対抗要件を備えた「悪意(重過失)」の譲受人と、差押え・転付命令を行った差押え債権者との関係を明確化することも検討すべきである。

【理由】

確立した判例法理(最判昭和45年4月10日民集24巻4号240頁)であり、これを明文化することは分かりやすい民法の実現に資する。

2 債権譲渡の対抗要件（民法第467条）

(1) 総論及び第三者対抗要件の見直し

債権譲渡の対抗要件制度については、債務者が債権譲渡通知や承諾の有無について回答しなければ制度が機能せず、また、競合する債権譲渡の優劣について債務者に困難な判断を強いるものであるために、債務者に過大な不利

益を負わせていることのほか、確定日付が限定的な機能しか果たしていないこと等の民法上の対抗要件制度の問題点が指摘されている。また、動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律（以下「特例法」という。）と民法による対抗要件制度が並存していることによる煩雑さ等の問題点も指摘されている。これらの問題点の指摘を踏まえて、債権譲渡の対抗要件制度を見直すべきかどうかについて、更に検討してはどうか。

債権譲渡の対抗要件制度を見直す場合には、基本的な見直しの方向について、具体的に以下のような案が示されていることを踏まえ、更に検討してはどうか。その際、A案については、その趣旨を評価する意見がある一方で、現在の特例法上の登記制度には問題点も指摘されており、これに一元化することには問題があるとの指摘があることから、まずは、特例法上の登記制度を更に利用しやすいものとするための方策について検討した上で、その検討結果をも踏まえつつ、更に検討してはどうか。

[A案] 登記制度を利用することができる範囲を拡張する（例えば、個人も利用可能とする。）とともに、その範囲において債権譲渡の第三者対抗要件を登記に一元化する案

[B案] 債務者をインフォメーション・センターとはしない新たな対抗要件制度（例えば、現行民法上の確定日付のある通知又は承諾に代えて、確定日付のある譲渡契約書を債権譲渡の第三者対抗要件とする制度）を設けるという案

[C案] 現在の二元的な対抗要件制度を基本的に維持した上で、必要な修正を試みるという案

【部会資料9 - 2第1, 3(1) [10頁],
同(関連論点) 1から同(関連論点) 3まで [13頁から18頁まで]

【意見】

債権譲渡の対抗要件制度の見直しを検討することには反対しないが、具体的な見直しの方向性については、C案によるべきである。

【理由】

債務者インフォメーション・センター論に、論点整理で指摘されているような不備な面があるとしても、同論は、可視性に乏しいという債権の性格に着目し、最も利害関係のある債務者を起点として債権譲渡の優劣を判断せしめるものであり、債務者保護の観点から、なお相応の合理性があると考えられる。また、上記不備により現行法の下において多大な問題が生じている事実は必ずしも認めがたく、むしろ、実務では、通知・承諾と登記とを場面によってうまく使い分けている面もあって、実務上敢えて現行法を登記一元化の方向に大きく改正すべきとの切実な要請が存するとは認められない。

一方、A案については、その理念の画期性を評価する意見はあるものの、債権譲渡登記に関する現状のシステムを前提とした場合、実務的な手間やコストの増大等

による利用者の利便性の低下が懸念されること、登記に一元化しても二重譲渡の危険は排斥されないこと（現にSFCGの債権につき二重譲渡の問題が生じた。）、完全な登記一元化は困難であること（債権差押と債権譲渡との優劣は、第三債務者への差押命令の送達と債権譲渡登記との先後で決せられることになる。）等、様々な問題点が指摘されており、これを否定乃至時期尚早とする意見が圧倒的である。

なお、B案は、現行法よりも公示機能が劣るものであり、賛成しがたい。

(2) 債務者対抗要件（権利行使要件）の見直し

債権譲渡の当事者である譲渡人及び譲受人が、債務者との関係では引き続き譲渡人に対して弁済させることを意図して、あえて債務者に対して債権譲渡の通知をしない（債務者対抗要件を具備しない）場合があるが、債務者が債権譲渡の承諾をすることにより、譲渡人及び譲受人の意図に反して、譲受人に対して弁済する事態が生じ得るという問題があると指摘されている。このような問題に対応するために、債権譲渡の対抗要件制度について第三者対抗要件と債務者対抗要件を分離することを前提として、債務者対抗要件を通知に限った上で、債務者に対する通知がない限り、債務者は譲渡人に対して弁済しなければならないとする明文の規定を設けるべきであるとの考え方が示されている。

これに対して、債務者対抗要件という概念は、本来、それが具備されなくても、債務者の側から債権譲渡の事実を認めて譲受人に対して弁済することができることを意味するものであるとの指摘があった。他方で、現行法の理解としても、債務者が譲受人に弁済できると解されているのは、承諾という債務者対抗要件があるからであって、債務者対抗要件とは無関係に債務者が弁済の相手を選択できるという結論は導けないという考え方もあり得るとの指摘があった。また、承諾によって、債務者対抗要件の具備と同時に抗弁の切断の効果が得られることから、実務上承諾に利便性が認められているとの指摘があった。

以上の指摘等に留意しつつ、債務者対抗要件（債務者に対する権利行使要件）を通知に限った上で、債務者に対する通知がない限り、債務者は譲渡人に対して弁済しなければならないとする明文の規定を設けることの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 3(2) [21頁], 同(3) (関連論点) 1 [26頁]】

【意見】

- (1) 債務者対抗要件を通知に限ることには反対である。
- (2) 債務者に対する通知がない限り、債務者は譲渡人に対して弁済しなければならないとする明文規定を設けることについては反対意見が強い。

【理由】

債務者対抗要件が要求される趣旨は、債権者が誰であるかという点に関する債務

者の認識可能性を確保することにより、債務者を保護する点にある。したがって、本来、それが具備されなくても、債務者の側から債権譲渡の事実を認めて譲受人に対して弁済することは当然認められるはずである。しかし、論点整理に示された考え方によれば、債務者が債権譲渡の事実を認めて譲受人に弁済しても無効とされてしまうのであって、かかる結論は上記趣旨にそぐわないばかりか、理論的な妥当性にも疑問がある。

また、実際上も、債務者が債権譲渡の事実を知って、自らこれを承諾し、譲受人に対して弁済した場合、譲受人は譲渡人に対して弁済を受けた金額を引き渡せばよいだけであり、敢えて譲渡人への弁済を義務づけてまで、譲渡当事者間の意図に反して債務者が譲受人に弁済することを防止すべき強い実務的要請があるとは認められない。

むしろ、債権者が多数で債務者が少数の債権譲渡の場合（一括決済方式等）や契約上の地位の移転に伴い個別債権を移転する場合（現行法上は1通の承諾書によって処理される）など、債務者の承諾は実務上便宜に利用されており、それが廃止されることによる実務上の不都合の方が大きい。

したがって 現行法を敢えて論点整理に示された考え方に改めるべき理由はない。

ただし、債務者の承諾を債務者対抗要件として認めても、債務者が誰に弁済すべきなのは一義的には決定されないので、「債務者の承諾にかかわらず、債務者に対する通知がない限り、債務者は譲渡人に弁済しなければならない」との規律を設けるか否かについて、別途検討の余地があるとの意見もある。

(3) 対抗要件概念の整理

民法第467条が定めている債権譲渡の対抗要件のうち、債務者との関係での対抗要件を権利行使要件と呼び、債務者以外の第三者との関係での対抗要件と文言上も区別して、同条の第1項と第2項との関係を明確にするかどうかについて、上記(2)の検討結果に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 3(2)(関連論点)1 [23頁]】

【意見】

賛成意見が強い。

【理由】

趣旨の明確化のため、文言を整理するのが妥当である。

(4) 債務者保護のための規定の明確化等

ア 債務者保護のための規定の明確化

債権譲渡は、債務者の関与なく行われるため、債務者に一定の不利益が及ぶことは避けがたい面があり、それゆえ、できる限り債務者の不利益が少なくなるように配慮する必要があるという観点から、債権譲渡が競合した場合に債務者が誰に弁済すべきかという行為準則を整理し、これを条文

上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

また、供託原因を拡張することにより、債務者が供託により免責される場合を広く認めるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 3(3) [24頁]】

【意見】

債権譲渡が競合した場合に債務者が誰に弁済すべきかという行為準則を整理し、これを条文上明確にするとともに、供託原因を拡張することにより、債務者が供託により免責される場合を広く認めることに賛成である。

【理由】

債権譲渡は、債務者の関与なく行われるため、それが競合した場合に債務者がその優劣を判断することは困難な場合が多い。したがって、かかる場合に債務者が過誤払を回避しうるよう、誰に弁済すべきかという行為準則を明確化するとともに、供託制度の利用の容易化（供託原因の拡大等）も図るべきである。

イ 譲受人間の関係

複数の譲受人が第三者対抗要件を同時に具備した場合や、譲受人がいずれも債務者対抗要件を具備しているが第三者対抗要件を具備していない場合において、ある譲受人が債権全額の弁済を受領したときは、ほかの譲受人によるその受領額の分配請求の可否が問題となり得るが、現在の判例・学説上、この点は明らかではない。そこで、これを立法により解決するために、分配請求を可能とする旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 3(3)（関連論点）2 [27頁]】

【意見】

分配請求を可能とする旨の規定を設けることに賛成である。

【理由】

当事者の公平の観点から、分配請求を認めるのが妥当である。

ウ 債権差押えとの競合の場合の規律の必要性

債権譲渡と債権差押えが競合した場合における優劣について、判例は、確定日付のある譲渡通知が債務者に到達した日時又は確定日付のある債務者の承諾の日時と差押命令の第三債務者への送達日時の先後によって決すべきであるとし、債権譲渡の対抗要件具備と差押命令の送達の時が同時又は先後不明の場合には、複数の債権譲渡が競合した場合と同様の結論を採っている。このような判例法理を条文上明確にするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【意見】

判例法理を条文上明確化することに賛成である。

【理由】

分かりやすい民法の実現に資する。

3 抗弁の切断（民法第468条）

異議をとどめない承諾（民法第468条）には、単に譲渡がされたことの認識の通知をすることにより抗弁の切断という重大な効果が認められる根拠が必ずしも明確ではなく、また、債務者にとって予期しない効果が生ずるおそれがあるなどの問題があることから、この制度を廃止する方向で、更に検討してはどうか。

この制度を廃止する場合には、抗弁の切断は、基本的に抗弁を放棄するという意思表示の一般的な規律に従うことになるため、これに対する特則の要否を含めて、どのように規律の明確化を図るかが問題となる。この点について、譲受人が抗弁の存在について悪意の場合にも抗弁が切断されることになるため、特に包括的に抗弁を放棄する旨の意思表示により債務者が不利益を受けるおそれがあるとの指摘に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、その場合における特則として、債務者が一方的に不利益を被ることを防止する観点から、例えば、書面によらない抗弁の放棄の意思表示を無効とする旨の規定の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 4 [27頁], 同(関連論点) 1 [29頁]】

【意見】

(1) 異議をとどめない承諾の制度の廃止について

異議をとどめない承諾の制度については、債務者が一方的な不利益を受けることを防ぐ手当てが適切になされる（意思表示の規律に関する特則を設けるなど）の条件下において、廃止すべきとの賛成意見が強い。

(2) 抗弁放棄の意思表示に対する特則の要否等

悪意重過失の譲受人も抗弁の放棄の効力を主張できるものとすべきかについては、慎重に検討すべきである。

包括的な抗弁の放棄の意思表示の有効性そのものについて、慎重に検討すべきである。

書面によらない抗弁の放棄の意思表示は無効である旨の規定を設ける考え方については、賛成する意見が強い。

【理由】

(1) について

たしかに、単に債権譲渡がされたことの認識の通知（觀念の通知）をすることにより抗弁の切断という重大な効果が認められることにつき、合理的に説明しがたいことは否定できない。

ただし、抗弁の放棄が、意思表示の一般的な規定に従うことになる場合、抗弁の放棄が行われるのは典型的に債務者に不利益が生じやすい場面であることに鑑み、債務者が一方的な不利益を受けることを防ぐための手当てがぜひとも必要である。

(2) について

悪意の譲受人

現行法上、譲受人が抗弁の存在について悪意の場合は、抗弁は切断されないとされているところ、異議なき承諾の制度を廃止し、抗弁の放棄を、意思表示の規定に基づいて処理することになるのであれば、悪意の譲受人も抗弁切断を主張できるようになり、債務者保護が現行法よりも後退しかねないことに懸念を示す意見が多い。

包括的放棄の有効性について

債務者保護の観点からは、抗弁権の放棄は、個別具体的に抗弁権を特定して行われるべきである。個別具体的な抗弁を特定した上で放棄しないと無効とするなど、包括的・抽象的な抗弁放棄は、その有効性そのものについて、慎重に検討されるべきである。

書面要式化

債務者保護の観点からは、抗弁の放棄に書面を要求することが、有意義であると考えられる。

4 将来債権譲渡

(1) 将来債権の譲渡が認められる旨の規定の要否

将来発生すべき債権（以下「将来債権」という。）の譲渡の有効性に関しては、その効力の限界に関する議論があること（後記(2)(3)参照）に留意しつつ、判例法理を踏まえて、将来債権の譲渡が原則として有効であることや、債権譲渡の対抗要件の方法により第三者対抗要件を具備することができることについて、明文の規定を設けるものとしてはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 5(1) [31頁]】

【意見】

将来債権譲渡が一般的に認められる旨明文化することについては、賛成する意見が強い。ただし、将来債権譲渡の効力の限界に十分留意すべきである。

【理由】

判例法理や実務において、将来債権譲渡が原則として有効とされており、その点について明文化されることは、国民にとって分かりやすい民法の実現に資する。

しかし、その濫用により、譲渡人の事業活動や生活が脅かされることや、譲渡人

の一般債権者が害されることなどが危惧されるので、行きすぎた将来債権譲渡が横行しないよう 将来債権譲渡の効力に限界が存することにも十分留意すべきである。

(2) 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界

公序良俗の観点から将来債権の譲渡の効力が認められない場合に関して、より具体的な基準を設けるかどうかについては、実務的な予測可能性を高める観点から賛成する意見があったが、他方で、債権者による過剰担保の取得に対する対処という担保物権法制の問題と関連するため、今般の見直しの範囲との関係で慎重に検討すべきであるとの意見があった。また、仮に規定を設けるのであれば、譲渡人の事業活動の継続の可否や譲渡人の一般債権者を害するかどうかという点が問題となるとの意見があった。これらの意見に留意しつつ、公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界の基準に関する規律の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 5(1)(関連論点)[32頁]】

【意見】

公序良俗の観点から将来債権譲渡の効力が認められない場合が存することについては異論がなく、同限界に関して、より具体的な基準を設ける方向で検討を進めるべきである。

【理由】

将来債権譲渡の効力に公序良俗の観点から限界があることについてはおよそ異論がない。

しかしながら、将来債権譲渡の効力の限界の基準について個別の規定を設けることを諦め、「公序良俗」という一般条項に委ねるのみでは、裁判実務において、救済が得られる事案数が不相当に制約されるのではないかと懸念される。

その要件を具体化・明確化し、実務的な予測可能性を高めるためにも、明文による適切な具体的基準の策定を模索すべきである。

(3) 譲渡人の地位の変動に伴う将来債権譲渡の効力の限界

将来債権の譲渡の後に譲渡人の地位に変動があった場合に、その将来債権譲渡の効力が及ぶ範囲に関しては、なお見解が対立している状況にあることを踏まえ、立法により、その範囲を明確にする規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。具体的には、将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対して、将来債権の譲渡を対抗することができる旨の規定を設けるべきであるとの考え方が示されていることから、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

上記の一般的な規定を設けるか否かにかかわらず、不動産の賃料債権の譲渡後に賃貸人が不動産を譲渡した場合における当該不動産から発生する賃料債権の帰属に関する問題には、不動産取引に特有の問題が含まれているため、

この問題に特有の規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 5(2) [32頁]】

【意見】

- (1) 将来債権譲渡後に譲渡人の地位に変動があった場合の、将来債権譲渡の効力に関し、一般的な規定を設けることは、慎重に検討すべきである。
- (2) 不動産の賃料債権の譲渡後に賃貸人が不動産を譲渡した場合における賃料債権の帰属に関する問題について、特有の規定を設けることについては、賛成意見が多い。

その具体的内容としては、賃料債権の譲渡後に賃貸人が不動産を譲渡した場合、賃料債権の譲受人が、無制限に将来債権譲渡の効力を新賃貸人に対抗できるとすることについては、反対する意見が多く、適切な効力範囲が検討されるべきである。

【理由】

- (1) について

将来債権譲渡後に譲渡人の地位に変動があった場合の将来債権譲渡の効力に関して一般的な規定を設けることについては、立法的になんらかの制限を検討すべきとする意見もあるが、種々の局面において個々の事案上の事情もさまざまであり、一般的な規定で統一的に総括しうる問題であるか疑問であるとして、慎重な検討を求める意見もある。

- (2) について

不動産の賃料債権譲渡後に賃貸人が不動産を譲渡した場合の賃料債権の帰属の問題は、不動産取引に特有の問題が含まれており、取引当事者の予測可能性を高め、法律関係を明確化するため、民法に規定を設けることについては、賛成意見が多い。

しかし、その内容としては、処分権の範囲の解釈上の問題や、将来賃料債権譲渡が健全な資金調達場面において果たす役割がさほど大きくないとの現状認識や、賃料収入を失った不動産所有者による適切な不動産管理が期待できない弊害などから、将来賃料債権譲渡の有効性を、制限的に考えるべきとする意見が強い。

第14 証券的債権に関する規定

1 証券的債権に関する規定の要否（民法第469条から第473条まで）

民法第469条から第473条までの規定は、講学上、証券的債権に関する規定であると言われているところ、この証券的債権の意義（有価証券との関係）については見解が分かれ、これらの規定の適用対象が必ずしも明らかではないという問題がある一方で、証券的債権の意義についての見解の如何にかかわらず、有価証券と区別される意味での証券的債権に関して独自の規定を積極的に設けるべきであるという考え方は特に主張されていない。そこで、有価証券と

区別される意味での証券的債権に関する独自の規定については，同法第86条第3項も含めて，これを置かない方向で規定の整理をすることとしてはどうか。

また，証券的債権に関する規定の要否と併せて，指名債権という概念を維持する必要があるかどうかについても，検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第2，1 [37頁]，同 (関連論点) [38頁]】

【意見】

- (1) 有価証券と区別される意味での証券的債権に関する独自の規定については，これを置かない方向で規定の整理をすることに賛成する意見が強い。
- (2) 無記名債権の規定や民法第86条第3項を削除することについては，更に慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

全般に，部会資料9 - 2 (検討事項(4)) 第2，1 [37頁以下] の補足説明で提示されている考え方について，基本的に異論はない。実務上も有価証券と区別される意味での証券的債権の概念が使用されることは基本的になく，有価証券と区別される意味での証券的債権に関する独自の規定を置く必要性は特にないと解される。

(2) について

無記名債権の概念については，一般にはデパートの商品券やコンサートのチケットが無記名債権の例とされていることから，証券的債権とは異なり，実例も多いと解される。仮に有価証券に関する通則的規定を置くとしても，これらが有価証券の概念に包摂されるとは限らないと解される。そこで，無記名債権の規定や民法第86条第3項を削除すると，これらを巡る法律関係を裏付ける民法の規定を欠くこととなり，その結果，実務に支障を来さないかについて，実態も踏まえた更なる慎重な検討が必要と考える。

2 有価証券に関する規定の要否 (民法第469条から第473条まで)

有価証券とは区別される意味での証券的債権に関する独自の規定を置かない方向で規定の整理をする場合 (前記1参照) には，民法第470条から第473条までが実際に有価証券との関係で機能しているという見解があることを踏まえ，これらを有価証券に関する規定として改める方向で，更に検討してはどうか。その上で，有価証券に関する通則的な規定が民法と商法に分散して置かれることによる規定の分かりにくさを解消することが検討課題となるところ，学校法人債，医療法人債や受益証券発行信託のように，商事証券として整理できない証券が発行されるようになってきているという現状等を踏まえて，有価証券に関する通則的な規定群を一本化した上でこれを民法に置くという考え方が示されている。このような考え方の当否について，更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第2，2 [39頁]】

【意見】

有価証券に関する通則的な規定群を一本化した上でこれを民法に置くことについては、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

部会資料9 - 2 (検討事項(4))第2, 2 [41頁以下]の補足説明で提示されている考え方に基本的に異論はないという意見がある一方で、有価証券に関する規定をあえて民法に規定する必要性に疑問を呈する意見も有力である。なお、後者は、有価証券に関する通則的な規定群を一本化して規定する必要性自体を否定するものではなく、有価証券に関する通則的な規定群は民法ではなく商法に置くことが望ましいという意見である。

3 有価証券に関する通則的な規定の内容

仮に有価証券に関する通則的な規定群を民法に置くこととする場合(前記2参照)における具体的な規定の内容としては、まず、有価証券の定義規定を設けるかどうかの問題となる。この点については、有価証券が、経済活動の慣行の中で生成し変化していくものであること、現在の法制度上も、有価証券に関する一般的な定義規定が置かれていないこと等を踏まえ、定義規定は設けないものとする方向で、更に検討してはどうか。

また、有価証券を指図証券と持参人払証券とに分類した上で、規定を整理することとし、具体的には、有価証券に関する通則的な規定の適用対象となる有価証券の範囲(記名証券に関する規定の要否を含む。)に関する規定、有価証券の譲渡の要件に関する規定、有価証券の善意取得に関する規定(裏書が連続している証券の占有者に形式的資格が認められることの意義の明確化、善意取得が認められる範囲、裏書の連続の有無に関する判断基準を含む。)、有価証券の債務者の抗弁の切断に関する規定(抗弁の切断のための譲受人の主観的要件を含む。)、有価証券の債務の履行に関する規定(指図証券の債務者の注意義務の内容、持参人払証券の債務者の注意義務の内容、支払免責が認められるための主観的要件を含む。)、有価証券の紛失時の処理に関する規定(記名証券に公示催告手続を認める必要性、公示催告手続の対象となる有価証券の範囲を含む。)に関する規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第2, 3(1)から(6)まで、それらの(関連論点) [42頁から54頁まで]】

【意見】

- (1) (仮に有価証券に関する通則的な規定群を民法に置くこととする場合に)有価証券の定義規定を設けないものとする方向で更に検討することについて、賛成する意見が強い。
- (2) 有価証券に関する通則的な規定の内容については、指図証券と持参人払証券とに分類することの当否も含め、現時点までに十分な議論がなされているとは言い

がたいので、今後、議論を深めていく必要がある。その際、かかる通則的な規定が適用される対象となる有価証券を具体的に想定しつつ議論すべきである。

【理由】

(1) について

部会資料9 - 2（検討事項(4)）第2，3(1)の補足説明1 [42頁] で提示されている考え方について、基本的に異論はない。

(2) について

有価証券に関する通則的な規定の内容については、法制審議会民法（債権関係）部会の内外において現時点までに十分な議論がなされているとは言いがたい。

今後、有価証券に関する通則的な規定の内容を議論する際には、抽象的に議論するのではなく、通則的な規定が適用される対象となる有価証券を具体的に想定しつつ、実態に即して議論していく必要があると考える。例えば、中間的論点整理第14，2では、有価証券に関する通則的な規定を民法に設ける根拠として、「学校法人債、医療法人債や受益証券発行信託のように、商事証券として整理できない証券」があることが掲げられているが、仮にこれらの証券が商事証券として整理できない有価証券であるとしても、これらの証券について、上記 からの規程が全て適用されるとは限らないはずである（なお、学校法人債や医療法人債は、その私法上の性質が金銭消費貸借であるとされることもあり、これらに有価証券に関する規定を適用する場合には、有価証券に関する規定と金銭消費貸借の規定との関係を整理する必要があると解される。）。現行法上、有価証券に関する通則的な規定は民法や商法に置かれていないところ、有価証券を巡る法律関係の多くは、他の特別法の規定や有価証券の発生根拠となる契約で規律されている。民法に有価証券に関する通則的な規定を置くとすれば、上記 からの規程が全て適用されるような有価証券は具体的にどの程度あるのかという観点からの検討も必要になると解する。また、仮に今後の取引社会で紙媒体の有価証券が多数登場することは想定しがたいとすれば、紙媒体の有価証券のみを前提とした詳細な通則的な規定を置くことが21世紀の民法として相応しいかについても更に検討すべきである。

有価証券の発生・移転・消滅等を巡る法律関係については、個別の有価証券ごとに相当程度の相違があることを踏まえると、上記 からの規程のような具体的な形ではなく、「有価証券の発生、移転及び消滅については、民法に定める他、当該有価証券の根拠となった法律又は契約に従う。」といった形の抽象的な規定を置くに留めるという対応もあり得ると考える。

なお、有価証券に関する通則的な規定として位置づける以上、国民一般に分かりやすいものとするという今般の改正の理念に照らし、通則的な規定が適用される対象となる有価証券の範囲が、取引社会において「有価証券」として想定されている範囲と大きく異なる場合には、適用対象について誤解を招かないような手当てが必要になると解する。この点、有価証券に関する通則的な規定を設けつつ、取引社会において典型的な「有価証券」として想定されているであろう株式、公

社債の多くや手形・小切手について、ペーパーレス化や特別法が優先して適用されることなどにより、有価証券に関する通則的な規定が適用されないとすれば（現状、中間的論点整理で想定されている規律によれば、そのような帰結になると解する。）、何らかの手当てをしない限り、国民一般に分かりやすい規律とは言いがたいと思われる。

4 免責証券に関する規定の要否

民法には規定がないが、講学上、免責証券という種類の証券が認められ、その所持人に対して善意でされた弁済を保護する法理が形成されていることから、その明文規定を設けるべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、仮に民法第480条の規定を廃止する場合（後記第17、4(3)参照）には、免責証券の要件を考える手掛かりとなる規定がなくなるという懸念を示す意見もあることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第2, 4 [54頁], 部会資料10 - 2第1, 5(3) [11頁]】

【意見】

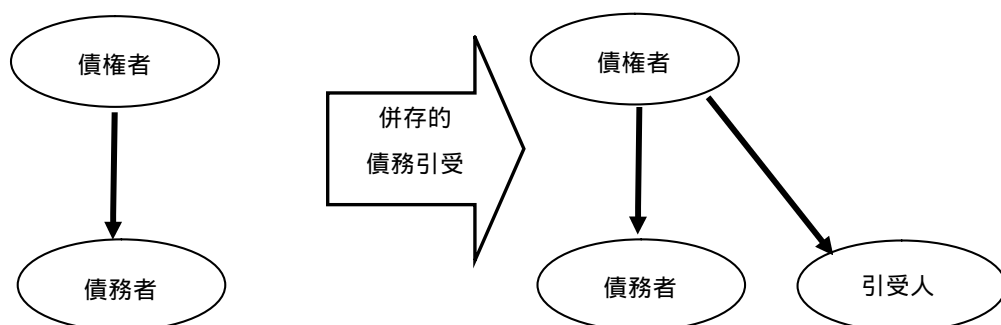
免責証券に関する明文規定を設けることについては、反対する意見が強い。

【理由】

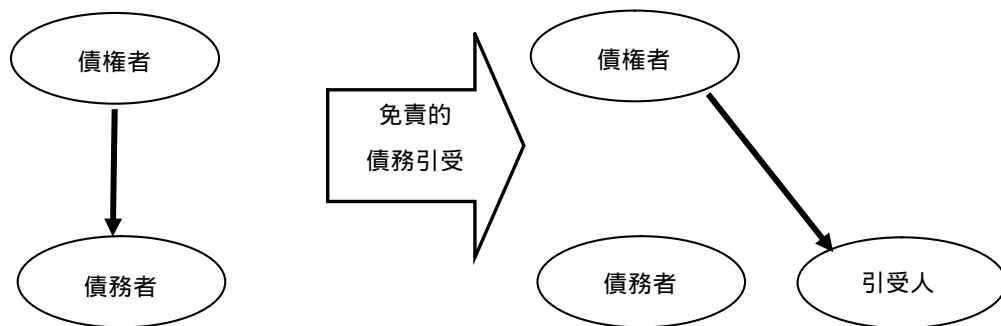
免責証券が現実に広く用いられていることについては、特に異論はない。しかしながら、その所持人に対して善意でされた弁済を保護するか否かを巡る紛争が多く発生しているとは想定されず、あえて民法に免責証券に関する規定を置くまでの必要性はないと考える。

第15 債務引受

【併存的債務引受】



【免責的債務引受】



1 総論（債務引受に関する規定の要否）

民法には債務引受に関する規定が設けられていないが、これが可能であることについては特段の異論が見られず、実務上もその重要性が認識されていることから、債務引受が可能であることを確認し、その要件・効果を明らかにするために、明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第3, 1 [55頁]】

【意見】

債務引受について明文の規定を設けることに賛成である。

【理由】

債務引受は、判例・学説において明確に認められており、実務上もしばしば利用されているので、明文規定を設け、要件・効果を明確にすべきである。

2 併存的債務引受

(1) 併存的債務引受の要件

併存的債務引受の要件については、必ずしも債権者、債務者及び引受人の三者間の合意を必要とせず、債務者及び引受人の合意がある場合（ただし、債権者の承諾の要否が問題となる。）と、債権者及び引受人の合意がある場合には、併存的債務引受をすることができるものとする方向で、更に検討してはどうか。

の場合における債権者の承諾の要否については、第三者のためにする契約における受益の意思表示の見直し（後記第26, 1）や併存的債務引受の効果（どのような事由を絶対的効力事由とするか）（後記(2)）とも関連することに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第3, 2(1) [57頁]】

【意見】

- (1) の場合に併存的債務引受をすることができるものとすることに賛成である。
の場合に併存的債務引受をすることができるものとするについては賛成

意見が強い。

(2) の場合、債権者の承諾を要するとの意見が強い。

【理由】

(1) について

、 のいずれも判例で認められており、これを明文化することは分かりやすい民法の実現に資する。

ただし、 については、債務者本人の予期しない者が債務を引き受け弁済することで、債務者本人が引受人から求償として過酷な取立てを受ける可能性も否定できないとして、慎重な検討を求める意見もある。

(2) について

の場合、第三者のためにする契約とする考え方が一般的であるので、第三者のためにする契約における規律との整合性をはかる必要がある。

ただし、併存的債務引受は従来債務者の責任財産をそのままに、新たに引受人の責任財産が加わることになるため、債権者に不利益はないこと等の理由から、債務者の承諾は不要としてよいとの意見もある。

(2) 併存的債務引受の効果

併存的債務引受の効果については、 併存的債務引受によって引受人が負担する債務と債務者が従前から負担している債務との関係が、連帯債務となることと、 債務者が有する抗弁を引受人が債権者に対して主張することができることを規定する方向で、連帯債務における絶対的効力事由の見直し(前記第11, 1(2))との関係に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、併存的債務引受がされた場合における求償権の有無について、第三者による弁済や保証における求償権の有無との関連に留意しつつ、検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第3, 2(2) [59頁]】

【意見】

(1) については、連帯債務になるという判例法理を明文化するという方向性自体には賛成する意見が強いが、絶対的効力事由の範囲については、債務者の意思にかかわらず債務引受が認められることや、連帯債務の規定の見直しとの関係に留意しつつ、更に慎重に検討すべきである。

(2) については賛成意見が強い。

なお、主張できる抗弁の範囲については、更に慎重に検討すべきである。

(3) 求償権の有無について

第三者による弁済や保証における求償権の有無との関連や債務者の保護などに留意しつつ、更に検討すべきである。

【理由】

(1) について

判例法理を明文化するという方向性自体には異論はないが、絶対的効力事由の範囲については、債権者と引受人の合意のみで債務引受ができることを踏まえると、これを現行法より限定すべきであるとの意見や、連帯債務（及び不真正連帯債務）の規定の見直しなどと調和的に検討する必要があるとの意見がある一方で、これを現行法よりも制限することは従前の判例の考えと整合しないため慎重に判断すべきであるとの意見もある。

(2) について

分かりやすい民法の実現という観点から明文化に賛成する意見が多数だが、主張可能な抗弁と主張できない抗弁とを明確に区別して規定を置くことは困難であることや、引受人が債務者と同内容の債務を負担すること及びその両者の関係は連帯債務であることを規定すればその余は解釈に委ねても足りることを理由に、明文化に慎重な意見もある。

なお、主張できる抗弁の範囲につき、引受人保護の見地から、解除権や取消権等も認めるべきとの意見もある。

(3) について

債務者の意思に反して併存的債務引受をした者が弁済した場合、求償について、利害関係を有しない第三者による弁済が債務者の意思に反する場合や委託を受けない保証人が弁済した場合と類似の利害状況が生じるので、これらの場合との整合性を図る必要がある。

また、債務者本人の予期しない者が債務を引き受け弁済することで、債務者本人が引受人から求償として過酷な取立てを受ける可能性も否定できない。

(3) 併存的債務引受と保証との関係

併存的債務引受と保証との関係については、併存的債務引受が保証人保護のための規定の潜脱に利用されることを防止するために規定を設ける方向で、具体的な規定の内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第3, 2(2)(関連論点) [60頁]】

【意見】

規定を設けることに賛成する意見が強い。

具体的な規定の内容については、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

併存的債務引受は、保証に対する規制の潜脱手段として利用されるおそれがあるので、それを防止するための手当（保証の規律の準用規定を設けるなど）を検討すべきである。

もっとも、保証の規律を準用する要件を明確に定めるのは困難ではないかとの指摘があるほか、併存的債務引受と保証は、本来、別個の概念であり、具体的な合意がそのいずれに該当するかは当事者の意思解釈で決定することが可能であり、かつ、それに基づいて各規定を適用すれば足りるとの意見もある。

3 免責的債務引受

(1) 免責的債務引受の要件

免責的債務引受の要件については、必ずしも債権者、債務者及び引受人の三者間の合意を必要とせず、債務者及び引受人の合意がある場合（債権者が承認した場合に限る。）と、債権者及び引受人の合意がある場合（ただし、債務者の意思に反しないことの要否が問題となる。）には、免責的債務引受をすることができるものとする方向で、更に検討してはどうか。

の場合における債務者の意思に反しないことの要否については、免責的債務引受の法的性質を併存的債務引受に債権者による免除の意思表示が付加されたものと見るかどうかと関連することや、第三者による弁済（後記第17, 2(2)）や免除（後記第20, 1）等の利益を受ける者の意思の尊重の要否が問題となる民法上の制度間の整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第3, 3(1) [61頁]】

【意見】

- (1) の場合に免責的債務引受をすることができるものとすることに賛成である。
- (2) の場合に免責的債務引受をするためには、債務者の意思に反しないことが必要であるとする意見が強い。

なお、この論点は、免除を現行法どおり単独行為とするか、或いは、債務者の意思を一定の要素とするかなど他の論点とも関係するから、それとの整合性にも留意した検討が必要である。

【理由】

(1) について

の場合に免責的債務引受が可能であることについて、特に異論はない。

(2) について

判例（大判大正10年5月9日）は、債務者の意思に反する免責的債務引受は認められないとしている。また、免責的債務引受を、「併存的債務引受 + 免除の意思表示」と構成する考え方は実務に定着しておらず、これを前提とすると無用の混乱を来す可能性がある。

ただし、債権者と引受人との間で併存的債務引受をした上で債権者が債務者の債務を免除すれば同じ結果となるので、債務者の意思を問題とするのは無意味であるとの指摘もある。

(2) 免責的債務引受の効果

免責的債務引受の効果については、原債務に設定されている担保が引受人の債務を担保するものとして移転するか、それとも消滅するか、債権者の承認を要する場合における債務引受の効力発生時期、債務者の有する抗

弁事由の引受人による主張の可否に関して、それぞれどのような内容の規定を設けるべきかについて、更に検討してはどうか。

また、引受人の債務者に対する求償権の有無に関する規定の要否について、検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第3, 3(2) [64頁]】

【意見】

(1) について

第三者が設定した担保については、保証人又は物上保証人の同意がない限り、引受人の担保とならず、消滅することを明文化することに賛成である。

債務者が設定した担保については、免責的債務引受の当事者の通常の意味や、存続を認めた場合の債務者の不利益の有無等に留意しつつ、更に慎重に検討すべきである。

(2) について

免責的債務引受の法的性質との関連に留意しつつ、更に慎重に検討すべきである。

(3) について

引受人は債務者の有する抗弁の主張ができるとする規定を設けることに賛成する意見が強い。

(4) 求償権の有無に関する規定の要否について

更に慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

第三者が設定した担保の帰趨については、判例であり学説上の争いもない。

債務者の設定した担保の帰趨については、引受人の債務を担保とするものとして存続するとの意見、消滅するとの意見、債務者と引受人の合意による債務引受の場合には引受人の債務を担保するものとして存続し、債権者と引受人の合意による債務引受の場合には消滅するとの意見など、意見が多岐に分かれている。

(2) について

免責的債務引受の法的性質について、「併存的債務引受 + 免除の意思表示」と構成する立場から、債権者の免除の意思表示がされた時点であるとする意見と、債務移転行為であるとする立場から、債務者と引受人との間で債務引受の合意がされた時点であるとする意見とが拮抗している。

(3) について

免責的債務引受により、引受人は、債務者が負担していた債務と同内容の債務を負担することになるので、債務者の有していた抗弁事由（解除権、取消権等契約当事者としての地位に基づくものを除く）も主張することができるかと解されており、分かりやすい民法の実現という観点から、かかる重要な効果について明文化することに賛成する意見が多数だが、主張可能な抗弁と主張できない抗弁とを

明確に区別して規定を置くことは困難であることや、引受人が債務者と同内容の債務を負担することを規定すればその余は解釈に委ねても足りることを理由に、明文化に慎重な意見もある。

(4) について

債務者・引受人間の特約なき限り求償権は発生しないとの規定を設けるべきとの意見や、デフォルトルールの設定までは要しないが、規定上、免責的債務引受についても求償権の行使が認められる場合がありうることを明示すべきとの意見などがあるが、まだ十分な検討がなされているとは言えない。

4 その他

(1) 将来債務引受に関する規定の要否

将来債務の債務引受が有効であることやその要件に関する明文の規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【意見】

明文化の検討は時期尚早であるとの意見が強い。

【理由】

現行実務において将来債務引受が問題となった事例に乏しく、解釈上の議論も十分になされているとは言いがたい。

ただし、引受人保護のため、引き受けるべき債務の範囲を極度額に限定したり、引受人に特別解約権を付与する等の明文規定を設けるべきとの意見もある。

(2) 履行引受に関する規定の要否

履行引受に関する明文の規定を設けるべきであるという考え方の当否について、その実務的な利用状況にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 5(1)(関連論点)[56頁]】

【意見】

明文化に反対する意見が強い。

【理由】

債務者と引受人の内部関係の問題にすぎず、解釈に委ねれば十分である。

ただし、引受人から債務者本人に対する求償の可能性が否定できないところ、引受人が債権者に履行をすることで、債務者本人に過酷な取立行為をなすおそれも考えられるとして、債務者保護の観点から、明文化に賛成する意見もある。

(3) 債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係の明確化のための規定の要否

債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係を明確にする規定の

要否について、具体的にどのような場面が問題となり得るのか検討する必要があるとの指摘があり、これに対して、将来発生する債務について差押えがされた場合における差押えと免責的債務引受との関係や、債権が譲渡された後に、当該債権について譲渡人との間の合意により債務引受がされ、その後債権譲渡について第三者対抗要件が具備された場合における、債権譲渡と債務引受との関係等が問題になり得るとの意見があったことを踏まえつつ、検討してはどうか。

【意見】

検討は時期尚早であるとの意見が強い。

【理由】

現行実務において、の場面が問題となった事例に乏しく、解釈上の議論も十分になされているとは言いがたい。

ただし、引受人保護の観点から明文化の検討をすべきとの意見もある。

第16 契約上の地位の移転（譲渡）

1 総論（契約上の地位の移転（譲渡）に関する規定の要否）

民法には契約上の地位の移転（譲渡）に関する規定が設けられていないが、これが可能であることについては、判例・学説上、異論がないと言われていることから、その要件・効果等を明確にするために明文の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第4, 1 [67頁]】

【意見】

契約上の地位の移転（譲渡）の要件・効果等を明確にするために明文の規定を設けることについて、賛成する。

【理由】

契約上の地位の移転は、実務上しばしば使われている法技術であるにもかかわらず、現行民法はその根拠となる規定を欠いている。そこで、民法の規定を国民一般に分かりやすいものにするためには、契約上の地位の移転（譲渡）の要件・効果等を明確にするために明文の規定を設けることが望ましいと考える。ただし、後記のとおり、労働契約上の使用者の地位の移転について、現行民法第625条第1項その他の労働法の分野における現在の取扱いを変更することがないよう十分に留意すべきである。

2 契約上の地位の移転の要件

契約上の地位の移転は、譲渡人、譲受人及び契約の相手方の三者間の合意がある場合だけではなく、譲渡人及び譲受人の合意がある場合にも認められ得る

が、後者の場合には、原則として契約の相手方の承諾が必要とされている。しかし、例外的に契約の相手方の承諾を必要としない場合があることから、契約の相手方の承諾を必要としない場合の要件を具体的にどのように規定するかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第4 , 2 [70頁]】

【意見】

- (1) まず、契約上の地位の移転が、譲渡人、譲受人及び契約の相手方の三者間の合意がある場合だけではなく、譲渡人及び譲受人の合意がある場合にも認められ得るが、後者の場合には、原則として契約の相手方の承諾を必要とすることに異論はない。後者の場合において、例外的に契約の相手方の承諾を必要としないものがあることにも異論はないものの、その要件を具体的にどのように規定するかについては、更に慎重に検討すべきである。
- (2) 契約上の地位の移転のうち労働契約上の使用者の地位の移転については、労働者の承諾を要するという現行民法下における取扱いを変更すべきではない。

【理由】

- (1) について

部会資料9 - 2 (検討事項(4)) 第4 , 2の補足説明1 [70 ~ 71頁] で提示されている考え方について、異論はない。

契約の相手方の承諾を必要とすることなく譲渡人及び譲受人の合意で契約上の地位の移転をなし得るかどうかについては、中間的論点整理第45 , 3(2)で論点として提示されている賃貸不動産の譲渡に伴う賃貸人の地位たる移転の場合(ただし、この場合は、賃貸人たる地位の移転についての譲渡人及び譲受人の合意も必要とされない。)のほかは、明確な基準が確立している類型は見当たらない。そこで、賃貸不動産の譲渡に伴う賃貸人の地位たる移転の場合のほかは、契約の相手方の承諾を必要とすることなく譲渡人及び譲受人の合意で契約上の地位の移転をなし得る場合の要件について、具体的に規定することは困難であるという意見が強い。

- (2) について

部会資料9 - 2 (検討事項(4)) 第4 , 2の補足説明2 [71頁] では、契約の相手方の承諾が不要の例として、事業譲渡に伴う労働契約の使用者たる地位の移転を挙げる見解が紹介されている。しかしながら、現行民法第625条第1項は「使用者は、労働者の承諾を得なければ、その権利を第三者に譲り渡すことができない。」と規定しており、労働契約の使用者たる地位の移転については、労働者の承諾を要するというのが確立された取扱いである。包括承継である会社分割の場合には、労働者の承諾を得ることなく労働契約上の地位が承継されることになるが、「会社分割に伴う労働契約の承継等に関する法律」により、労働者の異議申立権(同法第5条)その他の労働者の保護のための種々の措置が講じられてい

る。仮に事業譲渡に伴う労働契約の使用者たる地位の移転については労働者の承諾を得ない旨を民法に規定するとすれば、包括承継である会社分割よりも特定承継である事業譲渡の方が労働者の保護に欠けることとなり、明らかに均衡を失する。したがって、契約上の地位の移転についての規定を民法に設ける場合には、労働契約上の使用者の地位の移転について、現行民法第625条第1項その他の労働法の分野における現在の取扱いを変更することがないよう、十分に留意すべきである。

3 契約上の地位の移転の効果等

契約上の地位の移転により、契約当事者の一方の地位が包括的に承継されることから、当該契約に基づく債権債務のほか、解除権、取消権等の形成権も譲受人に移転することになるが、契約上の地位の移転についての規定を設ける場合には、このほかの効果等として、既発生 of 債権債務も譲受人に移転するか、譲渡人の債務についての担保を、順位を維持しつつ移転させる方法、契約上の地位の移転によって譲渡人が当然に免責されるか否かという点に関する規定の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第4, 3 [72頁], 同(関連論点)[73頁]】

【意見】

- (1) 既発生 of 債権債務が当然に譲受人に移転するかについて、明文の規定を置くことに反対する。
- (2) 譲渡人の債務についての担保を、順位を維持しつつ移転させる方法について、明文の規定を置くことに賛成する意見が強い。
- (3) 契約上の地位の移転によって譲渡人が当然に免責されるかどうかについては、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

契約上の地位の移転により、既発生 of 債権債務が当然に譲受人に移転するかどうかは、取引実務においては、契約類型その他、種々の要素により異なり得るものであり、一律に決することは困難と言える。そのような見地からすると、この点について、一般的な規定を設けることは適当ではなく、当事者間の契約の解釈に委ねるべきである。

(2) について

解釈上の疑義の発生を避け、関係者の予測可能性を高めるという見地から、明文の規定を置くことに賛成する意見が強い。

(3) について

実務上は、契約上の地位の移転がなされた場合には、特段の事情がない限り、譲渡人が当然に免責されるという前提で取引がなされることが多いと考えられる。

もっとも、特に契約の相手方が消費者である場合を想定すると、契約の相手方の利益を保護するためには、契約上の地位の移転によって譲渡人が当然に免責されるという規律は望ましくないとと言える。この点は、従前の部会審議でも議論が深まっておらず、今後の部会審議で、取引実態も踏まえつつ、更に慎重に検討すべきである。

4 対抗要件制度

契約上の地位の移転の対抗要件制度については、その制度を創設する必要性を指摘する意見がある一方で、これを疑問視する意見があるほか、契約上の地位の移転一般について、二重譲渡の優劣を対抗要件具備の先後によって決することの当否や、多様な契約類型に対応可能な対抗要件制度を具体的に構想することの可否が問題となるとの指摘がある。そこで、これらの意見に留意しつつ、対抗要件制度を創設するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第4, 4 [74頁]】

【意見】

多様な契約類型に一般的に適用される対抗要件制度の創設については、反対する。

【理由】

契約上の地位の移転が行われる場合には、債権譲渡の場合を同じく、論理的には、ある契約上の地位について、複数の譲渡その他の両立し得ない法律行為（便宜上、以下、本項において「二重譲渡」という。）の結果、いわゆる対抗問題が生じる場合があり得る。そこで、契約上の地位の移転に関する規定を民法に置くのであれば、一般論としては、法律関係の明確化や予測可能性を高めるために、その対抗要件制度を創設することが望ましいと言える。

しかしながら、実務上、契約上の地位の二重譲渡を巡って紛争になる契約類型としては、ゴルフ会員権その他の会員権や不動産賃貸借契約など、特定の契約類型に限定されるようにも見受けられる。仮に契約上の地位の二重譲渡を巡って紛争になる契約類型が特定のものに限られるとすれば、少なくとも多様な契約類型に一般的に適用される対抗要件制度の創設については、その実益に疑問がないとは言えない。

また、契約に基づく権利については、民法又は特別法で定める対抗要件制度の対象となっている場合が多い。例えば、典型的には、金銭消費貸借契約に基づく貸付債権の二重譲渡については基本的には民法第467条第2項又は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でその優劣を決することになり、また、借地契約に基づく地上権の二重譲渡については基本的には民法第177条又は借地借家法第10条でその優劣を決することになる。このように、ある契約に基づく権利が民法又は特別法で定める対抗要件制度の対象となっている場合に、当該契約上の地位の移転についての対抗要件制度を創設すると、論理的には、それぞれの対抗要件制度で優先する者が異なる結果を生じさせる可能性があり、かえって法律関係が錯綜することになる恐れがある。さらに、このような結果を回避するため

には、適用される双方の対抗要件を具備することになり、実務上の負担が過度に重くなることが見込まれる。

以上より、少なくとも多様な契約類型に一般的に適用される対抗要件制度の創設については、反対する。

第17 弁済

1 弁済の効果

弁済によって債権が消滅するという基本的なルールについて、明文の規定を設けるものとしてはどうか。

また、弁済の効果についての規定を設けることと関連して、弁済と履行という用語の関係や民事執行手続による満足（配当等）と弁済との関係を整理することについて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 2 [1頁],
同(関連論点)1 [1頁], 同(関連論点)2 [2頁]】

【意見】

- (1) 弁済によって債権が消滅するという基本原則の明文化について賛成する意見が多い。
- (2) 弁済と履行という用語を使い分けることについて賛成する意見が多い。
- (3) 民事執行手続における満足（配当等）と弁済の関係について民法典において整理することについては、今後慎重に検討する必要がある。

【理由】

- (1) 弁済による債権消滅という当然の法理を明文化するまでもないという考え方もあるが、分かりやすい民法という観点からこの法理を明文化することについてほとんど異論はない。ただし、弁済による代位についての説明の仕方については、後述10(2)アを参照。
- (2) 弁済と履行という用語を使い分けることについてほとんど異論はない。
- (3) については、民事執行における配当表に対する異議と不当利得返還請求との関係（最高裁平成10年3月26日判決・民集52巻2号513頁）、被差押債権が給与等であった場合の源泉徴収義務（最高裁平成23年3月22日判決・最高裁HP）とも絡む問題であり、今後検討する必要がある。

2 第三者による弁済（民法第474条）

(1) 「利害関係」と「正当な利益」の関係

債務者の意思に反しても第三者による弁済が認められる「利害関係」を有する第三者（民法第474条第2項）と、弁済によって当然に債権者に代位すること（法定代位）が認められる「正当な利益を有する者」（同法第500条）との関係が不明確であるという問題意識を踏まえて、債務者の意思に反しても第三者による弁済が認められる者と法定代位が認められる者の要件に

ついて不明確な文言の使い分けを避ける方向で、更に検討してはどうか。具体的には、例えば、法定代位が認められる者についての「弁済をするについて正当な利益を有する者」という表現を、債務者の意思に反しても弁済できる第三者の範囲を画する場面でも用いるという考え方が示されており、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1, 3(1) [2頁]】

【意見】

債務者の意思に反してでも弁済することができる第三者と第三者弁済した場合に当然に債務者の権利を代位取得することができる第三者の要件について、文言を使い分けないという考え方については、今後検討する必要がある。

【理由】

現行民法474条2項に規定する利害関係と同法500条に規定する正当な利益が類似の概念であることに異論はないが、これを同一の文言に変えることによる実務の取扱いの変更が生じないかを踏まえて、今後検討する必要がある。

(2) 利害関係を有しない第三者による弁済

利害関係を有しない第三者による弁済が債務者の意思に反する場合には、当該弁済は無効とされている（民法第474条第2項）が、これを有効とした上で、この場合における弁済者は債務者に対する求償権を取得しないこととすべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、委託を受けない保証（同法第462条）や債権譲渡（同法第466条）とは異なり、第三者による弁済の場合には債権者の積極的な関与がないという点をどのように考えるか、事務管理や不当利得に関する規律との関係をどのように考えるか、利害関係を有しない第三者による弁済が認められる場合における当該第三者による弁済の提供の効果をもどのように考えるか（後記8(2)）などの点に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1, 3(2) [3頁]】

【意見】

利害関係を有しない第三者による弁済の提供及び弁済の効果については、慎重に検討する必要がある。

【理由】

利害関係を有しない第三者による弁済の提供を有効と考えると、債権者はこれを受領する義務を負うことになるが、このような受領義務を課してよいのか（現行法ではこのような受領義務はないため、問題とならない）、委託を受けない保証人による第三者弁済や債権譲渡（特に、譲渡禁止特約が付された債権）であれば、債

権者の積極的な関与（保証人の場合保証契約の締結，債権譲渡の場合債権譲渡契約の締結）がされた上で実質的な債権者交代がなされるが，利害関係を有しない第三者による弁済によって債務者に対する求償が生じるとすれば，債権者の関与がほとんどない状態（弁済を受領しただけ）で実質的な債権者が交代することになるところ，上記の2つの場合との対比でバランスを失することにならないか（現行法では，求償権が発生しないので問題とならない），仮に，求償権を認めないとしても，事務管理や不当利得を理由とする現存利益の返還等を求めることができることとのバランスを失することにならないか（現行法では，求償権が発生しないので問題とならない），といった問題点があり，今後検討する必要がある。

特に， は大きな問題点である。

3 弁済として引き渡した物の取戻し（民法第476条）

民法第476条は，その適用範囲がおおむね代物弁済に限定されていて，存在意義に乏しいこと等から，これを削除する方向で，更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1，4 [5頁]】

【意見】

民法476条を削除することについて，慎重に検討する必要がある。

【理由】

民法476条が適用される場面に関しては同時履行とすべきであるとの意見（最高裁昭和47年9月7日判決・民集26巻7号1327頁参照）があるが，なお，慎重に検討する必要がないとは言えない。

4 債権者以外の第三者に対する弁済（民法第478条から第480条まで）

(1) 受領権限を有する第三者に対する弁済の有効性

民法上，第三者が受領権限を有する場合についての明文の規定は置かれていないが，第三者に受領権限を与えて弁済を受領させること（代理受領）は，実務上広く活用され，重要な機能を果たしていることから，第三者が受領権限を有する場合には弁済が有効であることについて明文の規定を設ける方向で，更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1，5(1) [6頁]】

【意見】

受領権限を有する第三者に対する弁済が有効であることを明文化することに，賛成である。

【理由】

分かりやすい民法と観点から，特に異論はない。

(2) 債権の準占有者に対する弁済（民法第478条）

ア 「債権の準占有者」概念の見直し

民法第478条の「債権の準占有者」という要件については、用語として分かりにくい上、財産権の準占有に関する同法第205条の解釈との整合性にも問題があると指摘されていることを踏まえて、同法第478条の適用範囲が明らかになるように「債権の準占有者」という要件の規定ぶりを見直す方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1, 5(2)ア [7頁]】

【意見】

民法478条の「債権の準占有者」という要件の規定ぶりを見直すことに、賛成である。

【理由】

民法478条は、一種の外観法理を定めた規定であるから、その実態に相応しい文言に改めるべきである。また、弁済の受領権限はないが債権者の代理人として債権を行使する者（無権代理人）に対する弁済も、表見代理の制度ではなく、478条の範疇で処理される（最高裁昭和37年8月21日判決・民集16巻9号1809頁）。これらの趣旨が分かる規定とすべきである。

イ 善意無過失要件の見直し

民法第478条の善意無過失の要件に関して、通帳機械払方式による払戻しの事案において、払戻し時における過失の有無のみならず、機械払システムの設置管理についての過失の有無をも考慮して判断した判例法理を踏まえ、善意無過失という文言を見直す方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1, 5(2)イ [8頁]】

【意見】

民法478条の善意無過失という文言を見直すことについて、賛成である。

【理由】

金融機関の現金自動入出機のように債務の弁済が機械によって行われる場合には、弁済に際して、債務者又はその代理人の人としての判断が介在しない。しかし、機械払の方法における善意・無過失については、当該システムが無権限者による払戻しを可能な限り回避できるシステムであったか、というハード面及び預金者に対するリスクの告知が十分であったか、というソフト面の双方が考慮されて判断されることになる（最高裁平成15年4月8日判決・民集57巻7号337頁）。この趣旨が分かる規定とすべきである。

ウ 債権者の帰責事由の要否

民法第478条が外観に対する信頼保護の法理に基づくものであるという理解に基づき、同様の法理に基づく民法上のほかの制度（表見代理、虚偽表示等）と同様に、真の債権者に帰責事由があることを独立の要件とすることの当否について、銀行預金の払戻しの場合に関する特別の規定を設ける必要性の有無を含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1, 5(2)イ(関連論点)[9頁]】

【意見】

民法478条の適用に際して真の債権者に帰責事由があることを独立の要件とすることについては、弁済の対象とされた債権が預金債権かそれ以外の債権かといった債権の種類等も踏まえた上で、検討する必要がある。

【理由】

この要件に関しては、債務の履行をしなければならず、履行の請求を拒否すれば債務不履行責任を問われる状況にある債務者と帰責事由のない債権者のいずれを保護すべきか、という非常に難しい利益考慮が問題となっており、考え方が分かれうる争点である。また、現実に紛争となるのは、弁済の対象とされた債権が預金債権である事例が大半であるが、預金債権とそれ以外の債権とで上記利益考慮の判断基準が異なるか否かについても検討しなければならない。以上のとおりであって、今後検討を要する論点である。

エ 民法第478条の適用範囲の拡張の要否

判例が、弁済以外の行為であっても実質的に弁済と同視することができるものについて、民法第478条の適用又は類推適用により救済を図っていることを踏まえて、同条の適用範囲を弁済以外の行為にも拡張することについて、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1, 5(2)(関連論点)[10頁]】

【意見】

民法478条の適用範囲を弁済以外の債権消滅事由で弁済と同視できるものに拡張することについて賛成する意見はなく、慎重に検討する必要がある。

【理由】

民法478条の類推適用が問題となったのは、定期預金担保貸付（最高裁昭和59年2月23日判決・民集38巻3号445頁）、生命保険契約者貸付（最高裁平成15年4月8日判決・民集57巻7号337頁）であるが、これらの事案は特殊な法律関係を前提としており、この判例法理を一般論化することには、慎重に検討すべきであろう。なお、拡張に賛成の意見はない。

(3) 受取証書の持参人に対する弁済（民法第480条）

受取証書の持参人に対する弁済に限って特別な規律を設ける必要性が乏しいとの指摘がある。そこで、免責証券の規定を設けることの要否（前記第14, 4）に関する検討にも留意しつつ、民法第480条の規定を廃止する方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 5(3) [11頁]】

【意見】

民法480条の規定の廃止については、慎重に検討する必要がある。

【理由】

受取証書の持参は受領権限の証明方法として確実性が高いこともあり、民法480条の規定の廃止については、慎重な検討を要する。

5 代物弁済（民法第482条）

(1) 代物弁済に関する法律関係の明確化

代物弁済については、諾成的な代物弁済の合意が有効であることを確認する明文の規定を設けることの要否について、更に検討してはどうか。

また、代物弁済の合意の効果については、代物給付義務の有無、交付した目的物に瑕疵があった場合における瑕疵がない物の給付義務等の有無、代物弁済の合意後における本来の債務の履行請求の可否、本来の債務の消滅時期、代物弁済の合意に基づき給付義務を負う目的物の所有権移転時期、清算義務の有無等を条文上明確にすることの要否について、任意規定としてどのような規定を設けることがふさわしいかという観点から、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 6 [12頁], 同(関連論点)1 [13頁]】

【意見】

(1) 代物弁済について諾成的な代物弁済の合意が有効であることを確認する明文を設けることについては、慎重に検討すべきである。

(2) 代物弁済の効果を明文化することについて、慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

債権者・債務者間で、代物弁済の合意のみによって債務消滅の効果を発生させることができる場合もあることは否定しないが、現実に履行が完了して初めて債務消滅の効果が発生する場合を原則とすべきであるという考え方もあり、今後慎重に検討する必要がある。

(2) について

代物給付義務の有無、交付した目的物に瑕疵があった場合における瑕疵の

ない物の給付義務，代物弁済の合意後における本来の債務の履行請求の可否，本来の債務の消滅時期，代物弁済の目的物の所有権移転時期，清算義務の有無，以上について条文上明確化すべきであるという点について，については，代物弁済だけに特有の論点ではなく，については，当事者の合意により決定される場面もあり，民法典に明文化すべきか否かについて，今後慎重に検討すべきである。

(2) 第三者による代物弁済の可否

代物弁済にも民法第474条が類推適用され，同条の要件を充足する限り債務者以外の第三者も代物弁済をすることができることを，条文上明確にする方向で，更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1，6（関連論点）2 [13頁]】

【意見】

債務者以外の第三者と債権者の合意により代物弁済できることを明文化することについて，慎重に検討すべきである。

【理由】

債務者以外の第三者と債権者の合意によって代物弁済ができることについては異論がない。問題となるのは，このようないわば当然のことまで明文化する必要性があるか否かである。

6 弁済の内容に関する規定（民法第483条から第487条まで）

(1) 特定物の現状による引渡し（民法第483条）

民法第483条に関しては，本来，履行期における現状で引き渡すべき旨を定めた規定であるのに，これを引渡し時における現状と理解した上で，同条を瑕疵担保責任（同法第570条）に関する法定責任説の根拠とする立場があるなど，その規定内容が誤解されているとの指摘があり，また，実際に同条の規定が問題となる場面は乏しいことから，これを削除すべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について，取引実務では任意規定としての同条の存在が意識されているという指摘もあることに留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1，7(1) [14頁]】

【意見】

民法483条の削除については，慎重に検討する必要がある。

【理由】

債務者が契約の目的物をいかなる状態で引き渡すかについては，第一次的には，当事者の合意，当事者に明確な合意がなければ契約の趣旨により決まるはずである。

問題となるのは、契約の趣旨によっても決定することができない場合のルールをどのように定めるかである。これについては、民法483条に規定する現状のままの引渡しとする考え方と、瑕疵のない物を引き渡すとする考え方がありうるところであり、今後慎重に検討すべきである。

(2) 弁済をすべき場所、時間等に関する規定（民法第484条）

弁済をすべき時間に関する商法の規定内容（商法第520条）は、商取引に特有のものではなく、民事一般の取引にも当てはまると考えられていることから、商法第520条に相当する民事の一般ルールの規定を民法に置く方向で、更に検討してはどうか。

また、民法に事業者概念を取り入れる場合に、契約当事者の一方が事業者である場合の特則として、商法第516条を参照しつつ、債権者が事業者であるときには、特定物の引渡し以外の債務の履行は債権者の現在の営業所（営業所がないときは住所）においてすべきであるとの考え方（後記第62, 3(2)）が提示されている。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1, 7(2)[15頁], 部会資料20 - 2第1, 3(2)[16頁]】

【意見】

- (1) 弁済をすべき時間に関する商法520条に類する規定を民法に置くという点については、慎重に検討すべきである。
- (2) 契約当事者の一方が事業者である場合には、商法516条に類する規定を民法に規定すべきであるという考え方には、反対である。

【理由】

(1) について

弁済をすべき時間について、商法520条に定めるルールに一定の合理性があることについては異論がない。問題となるのは、このようないわば自明の事項についてまで明文化する必要性があるか否かである。

(2) について

商法516条の規定の当否はさておき、民法に事業者に関する規定を設けるべきではなく、上記規定の明文化については反対である。

(3) 受取証書・債権証書の取扱い（民法第486条、第487条）

受取証書の交付と債務の履行とは同時履行の関係にあるのに対して、債権証書の返還との関係では債務の履行が先履行であるという解釈を条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1, 7(3)[16頁]】

【意見】

受取証書の交付と債務の履行とは同時履行の関係，債権証書の返還の関係では債務の履行が先履行であることを条文上明確にすることに，賛成である。

【理由】

異論のない論点であり，明文化すべきである。

7 弁済の充当（民法第488条から第491条まで）

弁済の充当に関する民法第488条から第491条までの規定の内容については，合意による充当が優先すること，同法第491条が同法第488条の適用を排除するものであること，費用相互間，利息相互間又は元本相互間の充当の順序が問題となる場合における指定充当の可否について見解が分かれていること等，条文上必ずしも明確でない点があることを踏まえて，弁済の充当に関する規律の明確化を図る方向で，更に検討してはどうか。

また，その際には，以下の各論点についても，検討してはどうか。

債務者が数個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべき場合に，費用，利息及び元本の順番で充当すべきとする民法第491条第1項の規定を改め，この場合には特定の債権ごとに充当する方向で見直すべきかどうかについて，検討してはどうか。

民事執行手続における配当が，同一の債権者が有する数個の債権の全てを消滅させるに足りない場合に，法定充当によるべきであるという判例法理を立法により見直し，合意による充当や指定充当（同法第488条）を認めるべきかどうかについて，執行実務に与える影響に留意しつつ，検討してはどうか。

信託などを原因として，複数の債権者から同一の債務者に対する債権の取立てを委託された者が，これらの債権の回収をした場合等の充当のルールに関する明文の規定を設けるべきかどうかについて，検討してはどうか。

【部会資料10-2第1，8[17頁]，同（関連論点）[19頁]】

【意見】

- (1) 弁済の充当に関して当事者の合意が優先すること，民法491条が488条の適用を排除すること（費用，利息，元金の順序に充当される場合には指定充当の適用はないこと）について明文化することに，賛成である。費用相互間，利息相互間又は元本相互間の充当において指定充当を認めるか否かについては，検討すべきである。
- (2) 債務者が数個の債務について費用，利息，元金を支払う場合，民法491条1項を改めて，特定の債権ごとに充当することとすべきか否か，民事執行手続における配当についても合意による充当，指定充当を認めるべきか否か，複数の債権者から同一の債務者に対する債権の取立てを委託されれ者が，これらの債権の回収をした場合の充当に関するルールを明文化すべきか否かについては，慎重に検討する必要がある。

【理由】

(1) について

意見(1)のうち、弁済の充当に関して当事者の合意が優先すること、費用・利息・元金の順序に充当される場合には指定充当の適用はないこと、これらの点を明文化することについては異論がない。費用相互間、利息相互間又は元本相互間の充当において指定充当を認めるか否かについては、見解が分かれるところであり、今後検討すべきである。

(2) について

意見(2)については、実務の状況をさらに調査、勘案して結論を出すべきであろう。特に、高額の遅延損害金や利息の弁済がなされていない場合において元金への優先的な充当について債権者側のコンセンサスを得ることができるか、回収可能性の低い債権への優先的な充当について債務者側のコンセンサスを得ることができるか(最判昭和62年12月18日判決・民集41巻8号1592頁参照)がポイントとなろう。

8 弁済の提供(民法第492条,第493条)

(1) 弁済の提供の効果の明確化

弁済の提供及びこれに基づく受領遅滞のそれぞれの具体的な効果が条文上不明確であるという問題が指摘されていることを踏まえて、弁済の提供の具体的な効果について、受領遅滞の規定の見直し(前記第7)と整合性を図りつつ、条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

また、利害関係を有しない第三者による弁済が認められる場合における、当該第三者による弁済の提供の効果条文上明確にすべきかどうかについて、併せて検討してはどうか。

【部会資料10-2第1,9[20頁]】

【意見】

(1) 弁済の提供の効果について明文化することに、賛成である。

(2) 利害関係を有しない第三者による弁済が認められた場合における、弁済の提供の効果については、慎重に検討する必要がある。

【理由】

(1) について

現行民法典には、弁済の提供の効果に規定がなく、これを明文化することについては、分かりやすい民法という点から、特に異論はない。

(2) について

2(1)の論点と関連する論点であり、今後慎重に検討すべきである。

(2) 口頭の提供すら不要とされる場合の明文化

債権者が、契約そのものの存在を否定する等、受領拒絶の意思を明確にしている場合には、判例上、債務者は口頭の提供すらしなくても債務不履行責任を負わない場合があるとされている。このような判例法理を条文上明記するかどうかについて、この判例法理は賃貸借契約の特殊性を考慮したものであることから一般化すべきではないとの指摘や、労働契約で解雇が無効とされる事案において同様の取扱いがされているとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、口頭の提供すら不要とされる場合の一つとして、債務者において債務の実現につき債権者の受領行為以外に何らの協力を求める必要がなく、履行期及び履行場所が確定している取立債務において、債務者の口頭の提供がなくても遅滞の責任を負わないとした裁判例を明文化すべきかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1, 9 (関連論点) [21頁]】

【意見】

口頭の提供すらしなくても債務不履行責任を負わない場合の明文化することについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

口頭の提供をしなくても、債務者が債務不履行責任を免れる事例があることは事実である。問題となるのは、このような極めて例外的な場合についてまで明文化する必要性があるか否かである。

9 弁済の目的物の供託（弁済供託）（民法第494条から第498条まで）

(1) 弁済供託の要件・効果の明確化

債権者の受領拒絶を原因とする供託で、判例は、債務者による弁済の提供が必要であるとしているが、そのことは条文上必ずしも明らかではないこと、供託の基本的な効果は債権が消滅することであるが、供託後も弁済者が供託物を取り戻すことができることとされている（民法第496条第1項）こととの関係で、供託から取戻権の消滅までの間の法律関係が明らかではないこと、供託の効果として債権者は供託物の還付請求権を取得するが、そのような供託の基本的な法律関係が条文上必ずしも明らかではないこと等が指摘されていることを踏まえて、弁済供託の要件・効果を条文上明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1, 10(1) [21頁]】

【意見】

債権者の受領拒絶を原因とする供託では、債務者による弁済の提供が必要であること、債務者による供託から取戻権の消滅までの間の法律関係、債権者は供

託物の還付請求権を取得すること等について明文化することに，賛成である。

【理由】

現行民法典に明文の規定がない論点であり，分かりやすい民法という観点から，これらを明文化することに異論はない。

(2) 自助売却の要件の拡張

金銭又は有価証券以外の物品の供託について，適当な保管者が選任される見込みが低い等の場合にも自助売却による供託が認められるよう「弁済の目的物が供託に適しないとき」(民法第497条)という要件を拡張すべきかどうかや，弁済の目的物が腐りやすい食品や変質のおそれがある薬品である等，物理的な価値の低下のおそれがある場合のほか，市場での価値の下落のおそれがある場合にも自助売却が認められるように「滅失若しくは損傷のおそれがあるとき」という要件を見直すべきかどうかについて，自助売却が広く認められることによる債権者の不利益にも配慮しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1，10(2) [23頁]，同(関連論点) [25頁]】

【意見】

金銭又は有価証券以外の物品の供託について，供託に適していないときという要件を拡張すべきである，債権者の不利益にも配慮しつつ，市場での価値が下落するおそれがあるときにも自助売却できるよう要件を緩和する，という考え方に，賛成である。

【理由】

自助売却の要件を合理的な範囲に拡大とする方向性については異論がない。

10 弁済による代位(民法第499条から第504条まで)

(1) 任意代位の見直し

任意代位の制度に対しては，第三者による弁済を制限している同法第474条第2項との整合性を欠くという問題が指摘されているほか，債権者の承諾が要件とされている結果，債権者が任意代位を承諾しない場合には，債権者は弁済を受領しつつ弁済者には代位が認められなくなるという問題が指摘されている。これらの指摘を踏まえ，任意代位の制度を廃止すべきであるという考え方や，任意代位の制度を存置しつつ，その要件から，弁済と同時に債権者の承諾を得ることを不要とするという考え方に基づき制度を見直すべきかどうかについて，第三者による弁済の制度の見直しの検討結果を踏まえて，更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1，11(1) [26頁]】

【意見】

任意代位制度を廃止すべきか、債権者の同意を得なくても代位できる制度とすべきかについては、慎重に検討する必要がある。

【理由】

第三者弁済するについて正当な利益を有しないが(民法500条参照)、債務者の意思に反することはない第三者(民法474条2項)が債務を弁済した場合の要件、効果をどのように考えるかであるが、様々な考え方があり、現行法の改正については、慎重に検討すべきである。

(2) 弁済による代位の効果の明確化

ア 弁済者が代位する場合の原債権の帰すう

弁済により債権者に代位した者は、求償権の範囲内で原債権及びその担保権を行使することができる(民法第501条柱書)ところ、この場合に原債権が弁済者に移転すると説明する判例の考え方に対しては、原債権と求償権という二つの債権が弁済者に帰属することになって法律関係が複雑化している等の問題が指摘されていることを踏まえて、弁済者が代位する場合の原債権の帰すうに関する法律関係を明確にする方向で、更に検討してはどうか。

その具体的な規定内容としては、例えば、弁済者が代位する場合であっても原債権は弁済により消滅することを明記した上で、原債権の効力として認められた権利を代位者が行使できること等を定めるべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、原債権と求償権との関係に関する現在の学説・判例法理等に与える影響の有無に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 11(2)ア[28頁]】

【意見】

- (1) 弁済者が代位する場合の原債権の帰すうに関する法律関係を明確化する方向で検討すべきか否かについては、慎重に検討すべきである。
- (2) その際、原債権が消滅することを明記した上で、原債権の効力として認められた権利を代位者が行為することができるという考え方については、反対する意見が多い。

【理由】

(1) について

弁済者が代位する場合の原債権の帰すうに関する法律関係を明確化する方向で現行法には、弁済者が代位する場合の原債権の帰すうに関する明文の規定はなくこれを明文化すべきであるという方向性については、解釈に委ねるべきという考え方もあり、慎重に検討すべきである。

(2) について

代位弁済の効果について、代位弁済者が取得する求償権を確保するために、法の規定により弁済によって消滅すべきはずの債権者の債務者に対する債権（原債権）・担保権を代位弁済者に移転させ、代位弁済者がその求償権の範囲内で原債権・担保権を行使することを認める、というのが判例の考え方であり（最高裁昭和59年5月29日判決・民集38巻7号885頁）、この考え方は弁済による代位制度をそれなりに分かりやすく説明している。したがって、この考え方に反する考え方を現時点において明文化する必要性があるとする意見はない。

イ 法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化

民法第501条は、第1号から第6号までにおいて法定代位者相互間の関係に関する規定を置いているが、例えば、保証人と第三取得者との関係（保証人が第三取得者に対して代位するために付記登記を要する場合）、

保証人が複数いる場合における保証人相互間の規律、物上保証人と債務者から担保目的物を譲り受けた第三取得者との関係、保証人兼物上保証人の取扱い、物上保証人から担保目的物を譲り受けた第三取得者の取扱い等は条文上明らかでないことから、これらの点を判例等を踏まえて明確にする方向で、更に検討してはどうか。

また、これと関連して、以下のような判例法理についても、条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

(ア) 法定代位者間で民法第501条各号所定の代位割合を変更する旨の特約が結ばれることがあるところ、保証人が物上保証人との間で締結した当該特約の効力を後順位抵当権者に対して主張することができるもの

(イ) 物上保証人所有の甲不動産と債務者所有の乙不動産に共同抵当が設定されており、甲不動産には後順位抵当権が設定されている場合に、先に甲不動産につき抵当権の実行による競売がされたときは、その後順位抵当権者が物上保証人に優先して乙不動産からの配当を受けることができるもの

【部会資料10-2第1, 11(2)イ[30頁],
同(関連論点)1[33頁], 同(関連論点)2[33頁]】

【意見】

- (1) 保証人と第三取得者の関係（保証人が第三者に対して代位するために、付記登記を要する場合）、保証人が複数いる場合における保証人相互間の規律、物上保証人と債務者から担保目的物を譲り受けた第三者との関係、保証人兼物上保証人の取扱い、物上保証人からの担保目的物の第三取得者の取扱いに関して、これを明文化すべきか否かについて慎重に検討すべきである。
- (2) (ア)保証人が物上保証人との間で締結した代位割合を変更する特約の後順位抵当権者に対する効力、(イ)物上保証人所有の不動産に後順位抵当権が設定されて

いる場合において先に当該担保目的物に対する抵当権が実行されたときの後順位抵当権者の地位に関して、これを明文化すべきか否かについて慎重に検討すべきである。

【理由】

法定代位者相互間の関係に関して、現行法に明文の規定は存しない。これらの関係について、解釈に委ねるべきという考え方もあり、慎重に検討すべきである。

(3) 一部弁済による代位の要件・効果の見直し

ア 一部弁済による代位の要件・効果の見直し

一部弁済による代位の場合に代位者が単独で担保権を実行することを認めた判例法理を見直し、代位者は債権者との共同でなければ担保権を実行することができない旨を明文で規定するかどうかについては、一部弁済による代位があった場合の抵当不動産からの配当上、原債権者が優先するという判例法理を明文化するかどうかと併せて、更に検討してはどうか。

また、一部弁済による代位がある場合であっても、原債権者は単独で担保権の実行ができることを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第1, 11(3)[34頁], (4)[35頁], 同(関連論点)[35頁]】

【意見】

一部弁済による代位の場合には、原債権者は、一部代位者の承諾を得ることなく原債権の担保権の権利行使をすることができ、代位者は、原債権者との共同でなければ担保権を実行することができず、担保物件からの配当があった場合、原債権者が優先する、という考え方を明文化することに、賛成である。

【理由】

現行法には、一部弁済がなされた場合の代位者及び原債権者の権利に関する明文の規定はなく、これを明文化すべきであるという方向性については、賛成である。

イ 連帯債務の一部が履行された場合における債権者の原債権と一部履行をした連帯債務者の求償権との関係

連帯債務の一部を履行した連帯債務者は、ほかの連帯債務者に対して求償権を取得するとともに、一部弁済による代位によって、原債権及びその担保権を行使し得ることになる（求償権並びに代位によって取得した原債権及びその担保権を「求償権等」と総称する。）が、この場合に連帯債務の一部を履行した連帯債務者が取得する求償権は、債権者の有する原債権に劣後し、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、当該連帯債務者は求償権等を行行使することができないことを条文上明確にするかどうかについて、検討してはどうか。

【意見】

連帯債務の一部が履行された場合に、一部履行をした連帯債務者の求償権が、債権者の原債権に劣後するという考え方について、慎重に検討する必要がある。

【理由】

一部代位弁済者が代位取得する原債権については、債権者が優先することは明らかであるが（物上保証に関して、最高裁昭和 60 年 5 月 23 日判決・民集 39 巻 4 号 940 頁）、求償権が原債権に劣後するという考え方はこれまで取られておらず（現行法だと、求償権に関して、債務者に督促し、訴訟を提訴し、強制執行でき、破産財団にも配当要求できる）、提案のような考え方を採るのであれば、慎重に検討する必要がある。

ウ 保証債務の一部を履行した場合における債権者の原債権と保証人の求償権の関係

保証債務の一部を履行することにより、保証人は、求償権を取得するとともに、一部弁済による代位によって、原債権及びその担保権を行使し得ることになる（求償権並びに代位によって取得した原債権及びその担保権を「求償権等」と総称する。）が、この場合に保証人が取得する求償権は、債権者の有する原債権に劣後し、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、保証人は求償権等を行行使することができないことを条文上明確にするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料 10 - 2 第 1, 11(4) (関連論点) [36 頁]

【意見】

保証債務の一部が履行された場合、一部履行をした保証人の求償権が、債権者の原債権に劣後するという考え方について、慎重に検討する必要がある。

【理由】

上記イと同様である。

(4) 債権者の義務

ア 債権者の義務の明確化

弁済による代位に関連する債権者の義務として、解釈上、不動産担保権がある場合の代位の付記登記に協力すべき義務や、債権者の担保保存義務が認められていることから、これらに関する明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

また、の担保保存義務に関し、合理的な理由がある場合には債権者が担保保存義務違反を問われないとする方向で規定を設けるべきかどうかについては、法定代位をする者の代位の期待の正当性（特に保証人の保護

の要請)にも留意しつつ、規定を強行規定とすべきかという点も含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 11(5)[36頁], 同(関連論点)1[37頁]】

【意見】

- (1) 弁済による代位に関連する債権者の義務として、不動産担保権がある場合の代位の付記登記への協力義務、担保保存義務に関する明文の規定を設けるべきか否かについて、慎重に検討すべきである。
- (2) 担保の放棄等に合理的理由があれば債権者の担保保存義務が免除される旨の明文化については、慎重に検討すべきである。

【理由】

- (1) 代位権者の地位を保護するため、債権者に義務が課されるか否か及びその義務の内容については、解釈に委ねるべきという考え方もあり、慎重に検討すべきである。
- (2) 債権者に課される担保保存義務に関していかなる場合に債権者が免責されるかについては、事案ごとに個別具体的検討すべきという考え方もあり、慎重に検討すべきである。

イ 担保保存義務違反による免責の効力が及ぶ範囲

債権者が担保保存義務に違反して担保の喪失等をした後に、抵当不動産を物上保証人や第三取得者から譲り受けた第三者が、担保保存義務違反による免責の効力を債権者に対して主張することができるかという問題がある。この問題について、判例は、債権者が故意又は懈怠により担保を喪失又は減少したときは、民法第504条の規定により、担保の喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった金額の限度において抵当不動産によって負担すべき責任の全部又は一部は当然に消滅し、当該不動産が更に第三者に譲渡された場合においても、責任消滅の効果は影響を受けないとしていることから、このような判例法理を条文上明確にするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 11(5)(関連論点)2[37頁]】

【意見】

担保保存義務違反による免責の効果は、物上保証人からの第三取得者も主張することができる旨の明文化については、慎重に検討すべきである。

【理由】

債権者の担保保存義務違反による免責の主張を債務者以外の第三者が主張できるか否かについては、事案ごとに個別具体的検討すべきという考え方もあり、慎重に検討すべきである。

第18 相殺

1 相殺の要件（民法第505条）

(1) 相殺の要件の明確化

「双方の債務が弁済期にある」ことを相殺の要件とする民法第505条第1項の規定を見直し、受働債権の弁済期が到来していない場合でも相殺が認められるとしている判例法理を明記することの当否については、特に相殺の遡及効を維持する場合に、これが相殺適状の要件を見直すものか、あるいは相殺適状の要件は見直さず、期限の利益を放棄して相殺をすることができることを明記するものかという点が問題となることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、自働債権について相手方の抗弁権が付着している場合に相殺が認められないという判例法理を条文上も明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第2, 2(1) [40頁]】

【意見】

- (1) 受働債権の弁済期が到来していない場合でも相殺を認める判例法理を明記することについて、賛成意見が強い。
- (2) その場合、相殺適状の要件を見直し、受働債権の弁済期の到来を相殺適状の要件から外すことについては、慎重に検討するべきである。
- (3) なお、受働債権の弁済期が未到来の場合に、期限の利益が債権者のためにもあるときは、相殺権者は損害賠償責任を免れないとする規定を設けることについては、期限前弁済の場合と同様に賠償すべき損害について議論を経た上で、慎重に検討すべきである。
- (4) 自働債権について相手方の抗弁権が付着している場合に相殺が認められないという判例法理を条文上明確することについては、賛成意見が強い。

【理由】

- (1) について
判例の明文化は、分かりやすい民法という見地から賛成する。
- (2) について
一般に、定期預金債権については、期限の利益の放棄に先立ち取引の全部解約が必要となることから、銀行が自働債権である貸金債権と受働債権である定期預金債権を相殺する場合において、相殺しても定期預金債権に余剰が生じるとき、銀行が期限の利益放棄して相殺すると、相殺に供されない部分についても解約される。しかし、期限の利益の放棄を要しないとすると、取引全部の解約は不要となり、相殺を行っても、定期預金債権の残額部分は未だ解約されないことになる
- (3) について
受働債権の期限が未到来であるのに相殺を認める場合、受働債権者にも期限の

利益があるとして、損害賠償請求を認める考え方については、賠償すべき損害を弁済期までの利息相当額とする場合、不当に債権者を利することになるため、慎重な議論を経る必要がある。

(4) について

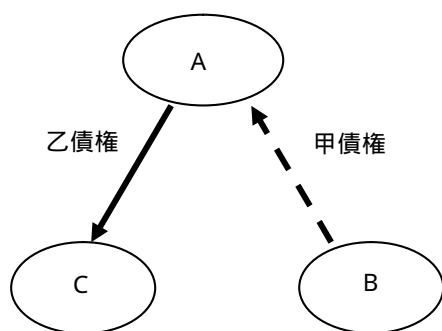
判例法理については、学説上異論がないところである。ただし、相手方の抗弁権が付着している債権はそのままでは行使できないのは当然のことであり、相殺に限り条文にこれを記載するのは全体とのバランスを欠くとの意見がある。

(2) 第三者による相殺

自己の債権で他人の債務を消滅させるという第三者による相殺（下図のBが甲債権を自働債権、乙債権を受働債権としてする相殺）についても、その者が「弁済をするについて正当な利益を有する者」である場合には認められる旨の明文の規定を設けるべきであるという考え方がある。このような考え方については、第三者による相殺が認められることによって、Bが無資力のAから事実上の優先弁済を受け、B以外のAの債権者の利益が害されるという問題や、Aが無資力のBに対して反対債権を有する場合に、Bが甲債権をあえて乙債権と相殺することを認めると、AのBとの相殺の期待が害されるという問題のように、弁済と相殺との問題状況の違いに応じて、その要件を第三者による弁済の場合よりも制限する必要があるという指摘があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、規定を設ける場合には、受働債権の債権者（下図のA）が無資力となる前に三者間の合意により相殺権が付与されていた場合の当該合意の効力に関する規定の要否についても、検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第2, 2(2) [41頁]】



【意見】

第三者による相殺を認めることに反対する。

【理由】

Aに対し労働債権を有する者の利益を害する場合があることやAとBが対立する債権を有していたのに、Bが第三者による相殺を行ったことにより、AがBに

対する債権の回収が困難にある場合があることなど、第三者による相殺は、第三者による弁済とは問題状況が異なり、利害関係人の調整が複雑である。

よって、これが許容される場合を適切に要件化することが困難である。

新たな立法をしてまでこのような相殺を認める必要性があるか疑問である。

(3) 相殺禁止の意思表示

民法第505条第2項の「善意」の意義について、善意であっても重大な過失によって相殺禁止の意思表示があることを知らなかった場合が除外されることを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第2, 2(3) [43頁]】

【意見】

善意であっても重大な過失によって相殺禁止の意思表示があることを知らなかった場合が除外されることを条文上明確にすることに賛成する

【理由】

善意でも重過失ある場合には悪意と同視するという扱いは、民法上も採用されている。

2 相殺の方法及び効力

(1) 相殺の遡及効の見直し（民法第506条）

民法第506条は、相殺に遡及効を認めているところ、この規定内容を見直し、相殺の意思表示がされた時点で相殺の効力が生ずるものと改めるべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、遡及効が認められなくなることにより特に消費者に不利益が生ずるおそれがあるという指摘があることに留意しつつ、任意規定として遡及効の有無のいずれを規定するのが適当かという観点から、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第2, 3 [43頁]】

【意見】

相殺の効力発生時期について、相殺の意思表示がされた時点と改めることについては、反対する。

【理由】

相殺適状により債権債務が清算されているという当事者の期待は自然であり、相殺の遡及効を認めることは合理的であるし、また公平である。

通常、事業者側の債権の利息の方が、消費者側の債権の利息よりも高いところ、相殺の遡及効を認めないとすると、消費者側からの相殺が遅れるほど利息の差額が高額になる。しかし、消費者側から早期に相殺することを期待するのは困難である。

既払いの遅延損害金等の処理が必要となるのは、銀行取引以外では想定しがたいが、銀行取引においては銀行取引約定書で相殺の意思表示をした時点で差し引き計算をする旨の特約が存在することが多いので、実務上、遡及効を任意規定とする現行法でも不都合はない。

(2) 時効消滅した債権を自働債権とする相殺（民法第508条）の見直し

民法第508条を見直し、時効期間が満了した債権の債務者に、時効援用の機会を確保するという視点から、債権者Aは、時効期間の経過した自らの債権の債務者Bが時効を援用する前に、当該債権を自働債権として相殺の意思表示をすることができるが、その場合も、債務者Bは、Aによる相殺の意思表示後の一定の期間内に限り、時効を援用することができるものとするという考え方がある。このような考え方の当否について、債務者の相殺の期待を保護すべきであるとの意見や、時効制度の見直しの検討結果を踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第2, 3（関連論点）1 [45頁]】

【意見】

パブリックコメント本文記載の考え方（相殺の意思表示後一定期間、Bに時効の援用を認めるもの）に反対する。508条の見直しは不要である。

【理由】

上記考え方では、事実上、自働債権の消滅時効完成後は相殺することが著しく困難になる。これでは、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結果になる。

(3) 充当に関する規律の見直し（民法第512条）

自働債権又は受働債権として複数の債権があり、当事者のいずれもが相殺の順序の指定をしなかった場合には、判例は、元本債権相互間では相殺適状となった時期の順に従って相殺し、その時期を同じくする元本債権相互間及び元本債権とこれについての利息・費用債権との間では、民法第489条及び第491条を準用して相殺充当を行うとしている。そこで、相殺の遡及効を維持する場合には、このような判例法理を条文上明らかにすることの当否について、更に検討してはどうか。

他方、相殺の意思表示の時に相殺の効力が生ずるものとする場合には、上記の判例法理は妥当しなくなるが、民法第489条第2号の「債務者のために弁済の利益の多いもの」から充当するという規定を相殺に準用している同法第512条によると、相殺の場合には、当事者双方が債務者であることから、いずれの当事者のために利益の多いものから相殺すべきかが明らかではないという問題がある。そこで、同条を見直し、相殺の意思表示をした者のために利益が多いものから順に充当するという規定に改めることの当否につ

いて、更に検討してはどうか

【部会資料10 - 2第2, 3(関連論点)2 [46頁]】

【意見】

相殺の遡及効を維持する前提で、パブリックコメント本文記載の判例法理を条文上明らかにすることに賛成する。

【理由】

判例(最判昭和56年7月2日民集35巻5号881頁)の規律を条文上明確にすることになり、妥当である。

3 不法行為債権を受働債権とする相殺(民法第509条)

不法行為債権を受働債権とする相殺の禁止(民法第509条)については、相殺による簡易な決済が過剰に制限されている等の問題意識から、相殺禁止の範囲を限定するかどうかについて、被害者の保護に欠けるおそれがあるとの指摘や当事者双方の保険金請求が認められている保険実務への影響等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

仮に相殺禁止の範囲を限定するとした場合には、以下のような具体案について、更に検討してはどうか。

[A案] 民法509条を維持した上で、当事者双方の過失によって生じた同一の事故によって、双方の財産権が侵害されたときに限り、相殺を認めるという考え方

[B案] 民法509条を削除し、以下のいずれかの債権を受働債権とする場合に限り、相殺を禁止するという考え方

- (1) 債務者が債権者に損害を生ぜしめることを意図してした不法行為に基づく損害賠償請求権
- (2) 債務者が債権者に損害を生ぜしめることを意図して債務を履行しなかったことに基づく損害賠償請求権
- (3) 生命又は身体の侵害があったことに基づく損害賠償請求権((1)及び(2)を除く。)

【部会資料10 - 2第2, 4 [48頁]】

【意見】

A案, B案いずれについても反対が強い。

【理由】

同一事故による損害賠償請求は、合意相殺かそれぞれ払う方法(クロス払い)で解決されており、相殺が禁止されることによる弊害は存在しない。

物的損害に関する事案であっても、相殺処理を拒む被害者の意思に反してまで相殺処理を認めるのは、妥当でない。

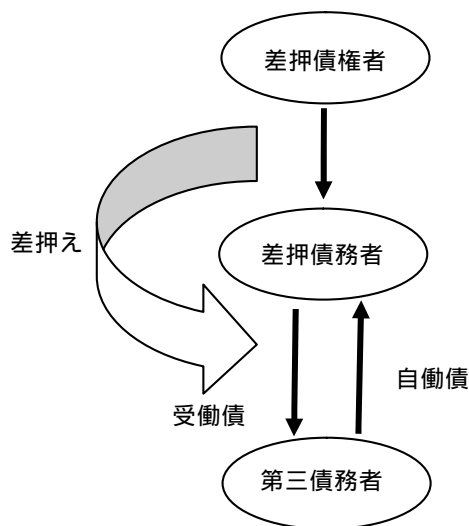
4 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第511条）

（前注）この「第184条 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止」においては、以下の定義に従うこととする。

「差押債権者」… 差押債務者の有する債権を差し押さえた者

「差押債務者」… 自らが有する債権につき差押えを受けた者

「第三債務者」… 差押債権者による差押えを受けた債権の債務者



(1) 法定相殺と差押え

受働債権となるべき債権が差し押さえられた場合に、第三債務者が相殺することができるためには、差押え時に自働債権と受働債権の弁済期がいずれも到来していなければならないか、また、到来している必要がないとしても自働債権と受働債権の弁済期の先後が問題となるかという点について、条文上明確にしてはどうか。

その際には、受働債権の差押え前に取得した債権を自働債権とするのであれば、自働債権と受働債権との弁済期の先後を問わず相殺をすることができるとする判例法理（無制限説）を前提としてきた実務運用を尊重する観点から、無制限説を明文化することの当否について、無制限説により生じ得る不合理な相殺を制限するために無制限説を修正する必要があるとの意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第2, 5(1) [51頁]】

【意見】

無制限説を明文化することについて賛成意見が強い。

【理由】

相殺の担保的機能を重視した判例からすでに相当の年月が経過し、これを前提に様々な業態のサービスが形成されてきた現状に鑑みると、無制限説が妥当であ

り、疑義を生じさせないためにも、無制限説を明文化するべきである。

無制限説を修正する必要がある場合は、相殺権の濫用の法理で対処するべきである。

差押えでしか債権を回収できず、これに期待をかける人と相殺権者の利害を調整する見地から、無制限説に歯止めをかけることを検討するべきではないかとの意見があった。

(2) 債権譲渡と相殺の抗弁

債権の譲受人に対して債務者が相殺の抗弁を主張するための要件について、法定相殺と差押えに関する規律(上記(1))に従うことを条文上明確にするかどうかについては、法定相殺と差押え、譲渡禁止特約の効力及び転付命令と相殺との関係に関する検討結果を踏まえて、債権譲渡取引に与える影響にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第2, 5(1)(関連論点)1 [54頁]】

【意見】

債権の譲受人に対して債務者が相殺の抗弁を主張するための要件について、法定相殺と差押えに関する規律に従うことを条文上明確にすることに反対する。これについては、条文を置かず解釈に委ねるべきである。

【理由】

債権譲渡がされた場合に債務者が譲受人に対してどのような抗弁を主張できるかについては、抗弁毎に規定を置くことは想定されていないのに、相殺の抗弁についてのみ明文の規定を設けるのはバランスを欠いている。

債権譲渡と相殺については、法定相殺と差押えの場合と異なり、債権取引の安全を図る必要性が高い事案と、会社から会社代表者への債権譲渡など、取引の安全を図る必要性が高くない場合等、事案に応じて細やかな利益衡量が必要になる場合もある。

法定相殺と差押えの論点と異なり、判例理論が実務に根付いているとまでは言えない状況である。

(3) 自働債権の取得時期による相殺の制限の要否

差押えや仮差押えの申立てがあった後、差押命令や仮差押命令が第三債務者に送達されるまでの間に、第三債務者が、当該差押え等の申立てを知った上で取得した債権を自働債権とする相殺は、民法第511条による相殺の制限を潜脱しようとするものである場合があることから、このような場合には相殺の効力を認めないとする旨の規定を新たに設けるべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、例外的に相殺の効力を認めるべき場合の有無も併せて検討する必要がある(破産法第72条第2項各号参照)との指摘に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、支払不能となった債権者に対して債務を負う者が、支払不能後に新たに取得した他人の債権を自働債権として相殺する場合の相殺の効力を、民法で制限することの要否についても、検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第2, 5(2)(関連論点)2 [55頁]】

【意見】

- (1) 差押等の申立後、差押命令等が第三債務者者に送達されるまでの間に、第三債務者が、当該差押え等の申立てを知った上で取得した債権を自働債権とする相殺の効力を認めないとする旨の規定を新たに設けることについては、慎重に検討すべきである。
- (2) 支払不能となった債権者に対して債務を負う者が、支払不能後に新たに取得した他人の債権を自働債権として相殺する場合の相殺の効力を民法で制限することについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

このような場合の相殺は、一般的には民法第511条による相殺の制限を逸脱するものといえる。しかし、通常、差押等の申立てから差押命令等の送達までのごく短い期間に自働債権を取得して相殺をする事態はごく限られた場合といえ、新たな規定を設ける必要性は乏しい。

また、同種の規定としては破産法第72条1項にあるが、ここでは相殺を保護する必要がある等の場合には例外的に相殺を認めており、民法に同種の規定を新設するのであれば、さらに、同様の例外的規律まで規定する必要性が生じてくるが、もともと適用場面が限られている規定に更に例外的規律を民法に規定するのは、他の規律との関係でバランスを欠く。

(2) について

破産法などの規律が及ばない場面では、債権回収に熱心な債権者がより多くの満足を得ることが許容されるべきである。

また、現在、支払い不能に陥りつつあるのに法的整理をしないため貸金業者から過払金を回収するため、過払い金債権者Aが当該貸金業者に負債を負っているBに対し、過払い金債権を売却し、Bが貸金業者に対し法定相殺することが行われているが、このような一連の手法が、相殺権を濫用したものであり不相当であるとは一概には言いがたい。

(4) 相殺予約の効力

差押え又は仮差押えの命令が発せられたこと等の事由が生じた場合に期限の利益を喪失させる旨の合意や、その場合に意思表示を要しないで相殺の効力が生ずるものとする旨の合意に関して、判例は、相殺予約の効力を、特に制限なく差押債権者等に対抗することができるという考え方を採っているとの見解が有力であるが、学説上は、相殺予約は差押えによる債権回収を回避

するものであり，その効力を合理的な範囲に限定すべきであるという見解が主張される等，判例の結論に対しては，なお異論があるところである。相殺予約の効力を差押債権者又は仮差押債権者（差押債権者等）に対抗することの可否に関する明文の規定を設けるかどうかについては，自働債権と受働債権の弁済期の先後によって，相殺予約の効力を差押債権者等に対抗することの可否を決するという考え方は採らないことを確認した上で，その効力を一律に認めるという考え方（無制限説）を採るべきか，それとも一定の場合にその効力を制限すべきかについて，更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第2，5(2) [57頁]】

【意見】

相殺予約の合意について，相殺予約の効力を一律に認めるという考え方（無制限説）に賛成する。

【理由】

最高裁昭和45年6月24日において相殺予約の有効性が認められており，これが実務にも定着している。

5 相殺権の濫用

個別的な相殺禁止の規定に抵触するわけではないが，一般債権者との関係で公平の理念に反する等の場合に，権利濫用の法理により相殺が認められないとされる場合がある（相殺権の濫用）。このような場合があること及びその要件に関する明文の規定を設けることの当否について，特に自働債権の取得時期との関係で相殺権の濫用の問題が生じるということに留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第2，6 [61頁]】

【意見】

相殺権の濫用に関する明文規定を設けることについては，慎重に検討するべきである。

【理由】

一定の場合に相殺権濫用の法理で相殺を制限すべき場合があり得るので，要件化は困難であるものの，具体化ができるのであれば，規定を設ける意義を認める意見もあった。他方，抽象的規定を設ける程度であれば，権利濫用の一場面として処理すれば足りるとの意見もあった。

第19 更改

1 更改の要件の明確化(民法第513条)

(1) 「債務の要素」の明確化と更改意思

民法第513条において更改の要件とされている「債務の要素」の具体的内容をできる限り条文上明記するとともに、当事者が更改の意思(特に、旧債務を消滅させる意思)を有することを更改の要件とする判例法理を条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第3,2(1)[63頁]】

【意見】

債務の要素の具体的内容を条文上明記することに賛成する。

更改の意思を有することを更改の要件とする判例法理を条文上明確にすることに賛成する。

【理由】

更改は、旧債務の消滅とこれに伴う担保権や抗弁権の消滅という重大な効果を伴うものであることから、その要件を厳格に設定するのが妥当である。

(2) 旧債務の存在及び新債務の成立

更改が効力を生ずるための要件として、旧債務が存在することと新債務が成立することが必要であることを条文上明記する方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第3,2(2)[65頁]】

【意見】

旧債務が存在することと新債務が成立することが必要であることを条文上明記することに賛成する。

【理由】

更改に関する通説的な見解に合致するものである。

2 更改による当事者の交替の制度の要否(民法第514条から第516条まで)

更改による当事者の交替の制度は、今日では債権譲渡や免責的債務引受と機能が重複しているという問題意識を踏まえて、債務者の交替による更改及び債権者の交替による更改の規定(民法第514条から第516条まで)をいずれも削除する方向で、更に検討してはどうか。

また、当事者を交替する旨の合意が更改に含まれないことを明らかにする観点から、債権者の交替による更改に相当する内容の合意があった場合には、債権譲渡の合意があったものとみなし、債務者の交替による更改に相当する内容の合意があった場合には、免責的債務引受の合意があったものとみなす旨の規

定を設けることの要否についても、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第3, 3 [66頁]】

【意見】

当事者の交代による更改の規定を削除することについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

債務引受や債権譲渡が別途認められる以上、当事者の交代による更改という制度はこれらと機能面で重複するため、これを残す必要性は低いといえるが、なおその実務上の需要があるかどうかを慎重に検討するべきである。

3 旧債務が消滅しない場合の規定の明確化（民法第517条）

旧債務が消滅しない場合に関する民法第517条については、「当事者の知らない事由」とは債権者が知らない事由に限られるのではないか、「更改によって生じた債務が」「取り消されたとき」とは、新債務が取り消されたときと更改契約が取り消されたときのいずれを意味するのか、「当事者の知らない事由」という文言は「成立せず」のみならず「取り消されたとき」にもかかるのではないかという点で、規定の内容が明らかでない指摘されていることを踏まえ、これらを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第3, 4 [68頁]】

【意見】

民法第517条の規定のうち内容が不明確な部分を明確化する方向で更に検討すべきである。

【理由】

同条の規定には不明確な部分が存在し、分かりやすい民法の観点からこれを改正し明確にする必要がある。

第20 免除及び混同

1 免除の規定の見直し（民法第519条）

債権者の一方的な意思表示により免除ができるとする規律を見直し、債務者の意思に反する場合には免除が認められないこととどうかについて、免責的債務引受（前記第15, 3(1)）や第三者による弁済（前記第17, 2(2)）など、利益を受ける者の意思の尊重の要否が問題となる民法上の制度間の整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、債権者が債権を放棄する旨の意思表示をすることにより、債権者は債務者に対して債務の履行を請求することができなくなるが、債務者は引き続き債務の履行をすることができるということを内容とする債権の放棄という制度

を設けることの要否について、検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第4, 2 [70頁]】

【意見】

- (1) 債権者の一方的な意思表示により免除ができるとする規律を見直すことについては、慎重に検討するべきである。
- (2) 債権の放棄という制度を設けることについては、反対意見が強い。

【理由】

(1) について

免除の場面において、債務者の利益保護の要請が現実にとどの程度あるのか疑問である。

第三者弁済については、その後の弁済代位の問題が控えているのに対し、免除の場合はそのような問題はないため、必ずしも制度間の整合性に留意する必要はない。

他方、債務者の意思を尊重するべきであるが、債務者が免除を拒むことは希であることから、免除を単独行為とし、債務者が異議を述べた場合に限り遡及的に効力を否定する考え方に賛成する意見があった。

(2) について

債権の放棄については、免除と併存して規定すると制度がいたずらに複雑化し、実務に混乱を招く。またこれを認めた場合、債務者が債務の履行を求めたとき、債権者はいかなる義務を負うことになるのか、受領義務の採否との関係でも問題となる。

2 混同の例外の明確化（民法第520条）

民法第520条ただし書は、債権及び債務が同一人に帰属した場合であっても、その債権が第三者の権利の目的であるときは、例外的に債権が消滅しないとしている。しかし、判例・学説上、債権が第三者の権利の目的であるとき以外にも、債権及び債務が同一人に帰属しても債権が消滅しない場合があるとされていることを踏まえて、このような混同の例外を条文上明確にすることの要否について、検討してはどうか。

【意見】

混同の例外を条文上明確化する方向で更に検討すべきである。

【理由】

債権が第三者の権利の目的である場合以外にも、混同の例外として債権を消滅させるべきでない場面が存在しうる。

第21 新たな債権消滅原因に関する法的概念（決済手法の高度化・複雑化への民

法上の対応)

1 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定の要否

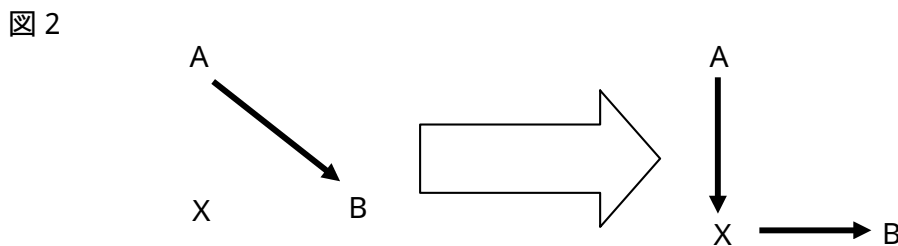
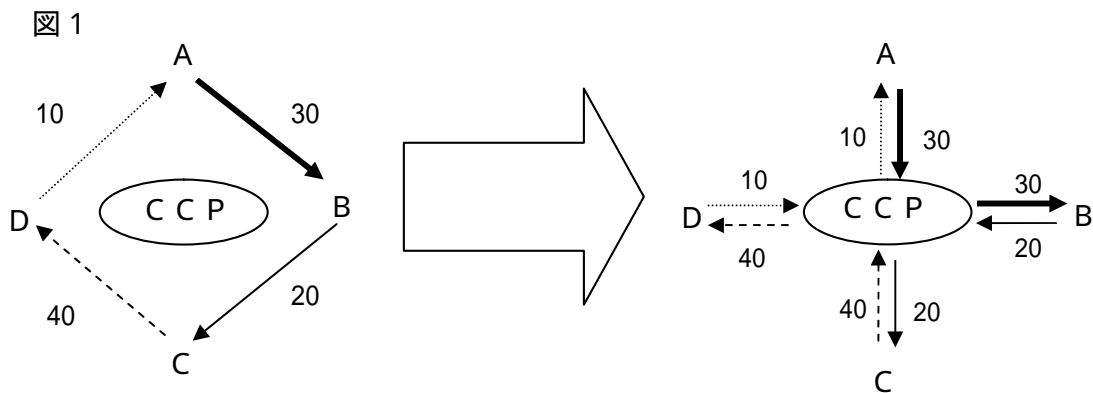
多数の当事者間における債権債務の決済の過程において、取引参加者A B間の債権が、集中決済機関(CCP)に対するAの債権とBに対するCCPの債権とに置き換えられる(下図1参照)ことがあるが、この置き換えに係る法律関係を明快に説明するのに適した法的概念が民法には存在しないと指摘されている。具体的な問題点としては、例えば、置き換えの対象となるA B間の債権について譲渡や差押えがされた場合に、法律関係の不明確さが生ずるおそれがあることや、CCPが取得する債権についての不履行により、置き換える合意そのものが解除されると、既に完了したはずの決済をやり直すなど決済の安定性が害されるおそれがあるとの指摘がされている。

このような指摘を踏まえて、決済の安定性を更に高める等の観点から、上記のような法律関係に適した法的概念に関する規定を新たに設けるべきであるという考え方が提示されている。この考え方は、集中決済を念頭に置きつつも、より一般的で、普遍性のある債務消滅原因として、次のような規定を設けることを提案する。すなわち、AがBに対して将来取得する一定の債権(対象債権)が、XのBに対する債権及びXのAに対する債務(Xの債権・債務)に置き換えられる旨の合意がされ、実際に対象債権が生じたときは、当該合意に基づき、Xの債権・債務が発生して対象債権が消滅することを内容とする新たな債務消滅原因の規定を設けるべきであるというのである(下図2参照)。

まずは、このような規定の要否について、そもそも上記の問題意識に疑問を呈する見解も示されていることや、集中決済以外の取引にも適用される普遍的な法的概念として規定を設けるのであれば、集中決済以外の場面で悪用されるおそれがないかどうかを検証する必要がある旨の指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、仮にこのような規定が必要であるとしても、これを民法に置くことの適否について、債権の消滅原因という債権債務関係の本質について規定するのは基本法典の役割であるとする意見がある一方で、CCPに対する規制・監督と一体として特別法で定めることが望ましいとする意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第5 [72頁]】



【意見】

民法に規定することに反対する。

【理由】

置き換えに係る法律関係を明快に説明するのに適した法的概念は、民法に存在する。

しかし、上記法的概念は、債権譲渡の構成でも債務引受の構成によっても説明が可能である。つまり、債権譲渡の構成では、Aが、Bに対する債権をXに相当額で譲渡したと構成し、AのBに対する債権は、債権譲渡によりXのBに対する債権に帰属が変更され、またAX間の譲渡契約に基づき、XはAに対し譲渡代金の支払債務を負担すると説明することができる。債務引受の構成では、Bが、Aに対する債務をXに有償で免責的債務引受させたと構成し、AのBに対する債権は、債務引受によりAのXに対する債権に帰属が変更され、またBX間の債務引受契約に基づき、BはXに対し引受の対価として一定の債務を負担すると説明することができる。

よって、本提案に係る法律関係を明快に説明するのに適した法的概念が民法に存在しないとは言えず、新たな規定を設けてまで規定する実益に乏しい。

置き換えの対象となるAB間の債権について譲渡や差押えがされた場合に、法律関係の不明確さが生ずるおそれがあるとの指摘について

で述べたように、債権譲渡の構成を採用した場合、譲渡や差押えとの優劣は対抗問題で解決できることになる。債務引受の構成を採用した場合、債務引受は譲渡又は差押えの前になされる限り有効となる。以上のとおり、本規定を新たに設けなくても、法律関係は明確に説明することは可能である。

CCPが取得する債権についての不履行により、置き換えの合意そのものが解除されると、既に完了したはずの決済をやり直すなど決済の安定性が害されるおそれがあるとの指摘について

この指摘は正しい。しかし、決済の安定性の観点という政策的な目的で規定するのであれば、基礎法としての民法ではなく、CCPに対する規制・監督と一体として特別法で定めることが望ましい。

普遍的な法的概念として規定を設けるのであれば、集中決済以外の場面で悪用されるおそれがある。第2項のように、債務者Bが対象債権に関する抗弁をXに対抗できないとすると、債務者Bが消費者であるような場合に、悪徳商法を行う債権者Aが集中決済のシステムを利用して債権を瑕疵のないものに変容させ、不当な利益を得る手段として利用されるおそれがある。

2 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定を設ける場合における第三者との法律関係を明確にするための規定の要否

前記1のような新たな法的概念に関する規定を設ける場合には、併せて、第三者の取引安全を図る規定や、差押え・仮差押えの効力との優劣関係など、第三者との法律関係を明確にするための規定を設けることの要否が検討課題となる。この点について、具体的に以下の から までのような規定を設けるべきであるとの考え方が示されているが、これらの規定を民法に置くことの要否について、特に は決済の効率性という観点から疑問であるとする意見や、これらの規定内容が集中決済の場面でのみ正当化されるべきものであるから特別法に規定を設けるべきであるとの意見が示されていることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

第三者の取引安全を確保するため、前記1の債権・債務の置き換えに係る合意については、登記を効力発生要件とし、登記の完了後対象債権の発生前にAがした債権譲渡その他の処分は、効力を否定されるものとする。

対象債権の差押えや仮差押えは、対象債権が発生した時に、Xの債務に対する差押えや仮差押えに移行する。当該差押えの効力が及ぶXの債務を受働債権とする相殺については、民法第511条の規律が適用されるものとする。

対象債権についてのBのAに対する一切の抗弁はXに対抗することができない旨の当事者間の特約を許容する。また、Xの債権をBが履行しない場合にも、対象債権の消滅の効果には影響しない。

【部会資料10 - 2第5 [72頁]】

【意見】

から の規定については、いずれもこれを民法に設けることに反対する。特別法に規定を設けるべきである

【理由】

については、登記を効力要件とするのは、煩雑である。同一の法律関係は債権譲渡でも債務引受でも十分説明できるのであるから、登記は不要である。

が念頭に置く差押え等との優劣については、債権譲渡や債務引受における法律関係によって解決を図ることができるから、別途規定を設ける必要がない。

については、債権譲渡における抗弁権の放棄という構成でも説明可能であるから、規定を置く必要がない。

これらの規定内容は、集中決済の場面でのみ正当化されるべきものであるから、特別法に規定することについては反対しない。

第22 契約に関する基本原則等

1 契約自由の原則

契約を締結しようとする当事者には、契約を締結するかしないかの自由、契約の相手方を選択する自由、契約の内容決定の自由、契約の方式の自由があるとされており（契約自由の原則）、明文の規定はないものの、民法はこの原則の存在を前提にしているとされている。そこで、これを条文上明記する方向で、明文化する内容等を更に検討してはどうか。

契約自由の原則を条文上明記すると当事者が契約内容等を自由に決定できるという側面が過度に強調されるとの懸念から、これに対する制約があることを併せて条文上明記すべきであるとの考え方がある。制約原理の具体的な内容を含め、このような考え方の当否について、契約自由に対する制約と法律行為一般に対する制約との関係、契約自由に対する制約として設けられた個々の具体的な制度との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第1, 2[1頁], 同(関連論点)[2頁]】

【意見】

契約自由の原則を制約する法理について明文化することを前提に、契約自由の原則を明文化することに賛成であるという意見が多数である。

【理由】

契約自由の原則は、契約に関する大原理であるが、現行法にはこの原則に関する明文は存在しない。分かりやすい民法という観点から入れる方が好ましい。

しかしながら、契約自由の原則は、強行法規及び公序良俗といった契約自由の原則を制約する法理の範囲内で許容される原則であるため、この点について明文化しないままで、契約自由の原則のみを明文化することは許されない。なお、契約自由の原則を制約する法理としてどの範囲まで明文化するかについて、業法による規制等も踏まえて、今後検討する必要がある。

2 契約の成立に関する一般的規定

契約の成立について、民法は申込みと承諾を中心に規律を設けているが、申込みと承諾に分析できない合意による契約の成立もあり得るなどとして、契約

の成立一般に関するルールが必要であるという考え方がある。このような契約の成立に関する一般的規定を設けるかどうかについて、成立要件と効力要件との関係にも留意しながら、規定内容を含めて更に検討してはどうか。

契約の成立に関する一般的規定を設けることとする場合の規定内容については、例えば、契約の核心的部分（中心的部分、本質的部分）についての合意が必要であるという考え方があるが、このような考え方によれば、契約の成否と当事者の認識が食い違いかねないとの指摘もある。そこで、このような考え方の当否について、契約の核心的部分（中心的部分、本質的部分）の範囲を判断する基準（客観的に決まるか、当事者の意思や認識に即して決まるか。）にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第1, 3 [4頁]】

【意見】

契約が成立するために必要な合意に関する一般的な規定を置くべきか否か、置くとした場合の具体的内容については、今後検討する必要がある。

【理由】

契約の成立時期に関する一般原則（ルール）を民法に規定することによって、契約交渉のどの時点で契約が成立したことになるのか（どの時点から効力が発生し破棄できないことになるのか）が事前に予測できることになる反面、すべての契約に適用されるルールの具体的内容を特定することが困難であるという事情もある。したがって、このような明文の規定を置くべきか否か、置くとした場合の具体的内容については、今後検討する必要がある。

3 原始的に不能な契約の効力

原始的に不能な契約の効力については、民法上規定がなく、学説上も見解が分かれていることから、明確ではない。この点について、契約はそれに基づく債務の履行が原始的に不能であることのみを理由として無効とはならないという立場から、その旨を条文上明記するとともに、この規定が任意規定であることを併せて明らかにすべきであるとの考え方が示されている。このような考え方の当否について、原則として無効とはならないという規律は当事者の通常の意味や常識的な理解に反するとの指摘などがあることも踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第1, 4 [7頁]】

【意見】

原始的に履行不能な契約の効力について明文化すべきであるという意見が多数であるが、その具体的内容については今後検討する必要がある。

【理由】

目的物不存在といった原始的かつ物理的に履行不能の契約の効力が争われた紛争類型はほとんどないようであるが、法律学の論点の一つであり、一定の明確な基準を示すことによって予測可能性が生まれ行動基準となるので、このようなルールを明文化すべきである。

その具体的内容については、考え方が分かれうるところであり、今後検討する必要がある。

4 債権債務関係における信義則の具体化

債権債務関係においては、当事者は相手方に対し、民法第1条第2項の信義則の現れとして、債権債務の内容や性質等に応じて、本来的な給付義務に付随する義務(例えば、契約目的を実現するために信義則に従って行動する義務や、相手方の生命・財産等の利益を保護するために信義則に従って行動する義務)や弁済の受領に際しての協力義務などを負うことがあるとされている。このことは従来からも判例上認められていることから、これらの義務の法的根拠となる規定として、債権債務関係における信義則を具体化した規定を設けるべきであるとの考え方がある。他方、付随義務等の内容は個別の事案に応じて様々であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘や、特定の場面についてのみ信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などもある。そこで、債権債務関係における信義則を具体化するという上記の考え方の当否について、具体的な規定の内容を含め、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第1,5[10頁]】

【意見】

債権債務関係における信義則を具体化した規定を明文化すべきであるという意見が多数である。

その具体的内容は、契約の性質、当事者の地位・属性、契約の一方当事者が契約の相手方のみならず契約当事者に準じる社会的接触関係にある者に対しても一定の義務を負担する可能性があることを考慮した上で決定すべきである。

【理由】

債権債務関係における信義則は、安全配慮義務(労契法5条)、受領義務等の根拠規定となる概念であり、信義則の内容を具体化した明文を置くべきであるとの意見が多数である。

その具体的内容については、例えば、契約の種類・性質、当事者の地位・属性を考慮しつつ、さらに、契約当事者に準じる社会的接触関係にある者に対しても一定の義務を負担する可能性があることも念頭に置いて、決定される必要がある。

第23 契約交渉段階

1 契約交渉の不当破棄

当事者は契約を締結するかどうかの自由を有し、いったん契約交渉を開始しても自由に破棄することができるのが原則であるが、交渉経緯によって契約交渉を不当に破棄したと評価される者が信義則上相手方に対する損害賠償義務を負う場合があることは従来から判例上も認められていることから、契約交渉の不当破棄に関する法理を条文上明記すべきであるとの考え方がある。これに対しては、契約交渉の破棄が不当であるかどうかは個別の事案に応じて判断される事柄であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘や、規定を設けると悪用されるおそれがあるとの指摘、特定の場面について信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などもあることから、契約交渉の不当破棄に関する規定を設けるという上記の考え方の当否について、規定の具体的な内容を含めて、更に検討してはどうか。

これを明文化する場合の規定内容を検討するに当たっては、損害賠償の要件に関しては契約交渉の破棄が原則として自由であることに留意した適切な要件の絞り込みの在り方が、効果に関しては損害賠償の範囲や時効期間等がそれぞれ問題になることから、これらについて、契約交渉の不当破棄に基づく損害賠償責任の法的性質などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第2, 2 [11頁]】

【意見】

契約交渉を不当に破棄した場合の損害賠償責任の明文化については、交渉過程での破棄が原則自由であることを考慮に入れつつ、検討する必要がある。

【理由】

契約交渉を開始した一方当事者がこれを破棄した場合に、一定の要件を具備すれば相手方当事者に対して損害賠償責任を負担することは、明文の規定はないが、判例上認められている。これを明文化するか否かであるが、交渉過程において契約の破棄は本来自由であること、明文化することによって悪用されるおそれがあることなどに配慮しつつ、明文化するか否か、仮に、明文化するとしれば、不当破棄が許されなくなる（賠償義務が発生する）時期がいつからか、賠償はどの範囲かについて検討する必要がある。

2 契約締結過程における説明義務・情報提供義務

契約を締結するに際して必要な情報は各当事者が自ら収集するのが原則であるが、当事者間に情報量・情報処理能力等の格差がある場合などには当事者の一方が他方に対して契約締結過程における信義則上の説明義務・情報提供義務を負うことがあるとされており、このことは従来からも判例上認められている。そこで、このような説明義務・情報提供義務に関する規定を設けるべきであるとの考え方があるが、これに対しては、説明義務等の存否や内容は個別の事案

に応じて様々であり，一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘，濫用のおそれがあるとの指摘，特定の場面について信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などもある。そこで，説明義務・情報提供義務に関する規定を設けるという上記の考え方の当否について，規定の具体的な内容を含めて更に検討してはどうか。

説明義務・情報提供義務に関する規定を設ける場合の規定内容を検討するに当たっては，説明義務等の対象となる事項，説明義務等の存否を判断するために考慮すべき事情（契約の内容や当事者の属性等）などが問題になると考えられる。また，説明義務・情報提供義務違反の効果については，損害賠償のほか相手方が契約を解消することができるかどうかも問題になり得るが，この点については意思表示に関する規定（特に後記第30，4及び5参照）との関係などにも留意する必要がある。これらについて，説明のコストの増加など取引実務に与える影響などにも留意しながら，更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第2，3[15頁]】

【意見】

契約締結過程における説明義務・情報提供義務を明文化する方向に賛成する意見が多数である。

その具体的内容については，事業者・消費者間の情報量や交渉力の格差を考慮する方向で検討すべきである。

【理由】

契約の交渉過程において各当事者が，信義則に基づき，一定の事項に関して説明義務・情報提供義務を負担することは，明文の規定はないが，判例上認められており，これを明文化することに賛成する意見が多数である。

その具体的内容については，説明義務・情報提供義務の対象とすべき範囲を一義的に決定することは容易ではないが，特に，事業者・消費者間の情報量や交渉力の格差を考慮する方向で検討すべきである。

3 契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任

当事者が第三者を交渉等に関与させ，当該第三者の行為によって交渉の相手方が損害を被ることがあるが，このような場合に交渉当事者が責任を負うための要件や効果は必ずしも明らかではない。そこで，これらの点を明らかにするため，新たに規定を設けるかどうかについて，その規定内容を含めて更に検討してはどうか。

規定内容について，例えば，被用者その他の補助者，代理人，媒介者，共同して交渉した者など，交渉当事者が契約の交渉や締結に関与させた第三者が，契約前に課せられる前記1又は2の信義則上の義務に違反する行為を行った場合に，交渉当事者が損害賠償責任を負うとの考え方があるが，これに対しては，交渉当事者がコントロールすることのできない第三者の行為についてまで責任

を負うことにならないかとの懸念も示されている。そこで、交渉当事者の属性、第三者との関係、関与の在り方などにも配慮した上で、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料 1 1 - 2 第 2 , 4 [1 8 頁]

【意見】

当事者に代わって契約交渉等を行った第三者が契約の不当破棄、説明義務違反等を行った場合に、当事者も責任を負担するという方向性で明文の規定を設けることについて、賛成する意見が多い。

その具体的内容については、当事者から独立した地位にある第三者が行った行為について当事者が責任を負うか否かを含めて、今後検討する必要がある。

【理由】

当事者の使用人、その他当事者と密接な関係にある者の行為に関して、当事者が責任を負担することを明文化することに賛成する意見が多い。

当事者からある程度独立した地位にある第三者(例 売主が委託した不動産業者、買主が委託した弁護士)の行為について、当事者が指示をしなかった場合(民法 716 条参照)において、当事者に責任を負担させることが妥当か否か等の論点を含めて、条項の具体的内容については、今後検討する必要がある。

第 2 4 申込みと承諾

1 総論

民法は、「契約の成立」と題する款において申込みと承諾に関する一連の規定を設けている。これらの規定を見直すに当たっては、申込みと承諾の合致という方式以外の方式による契約の成立に関する規定の要否(前記第 2 2 , 2 参照)のほか、多様な通信手段が発達している今日において、発信から到達までの時間的間隔の存在を前提とした規定を存置する必要性の有無や程度、隔地者概念で規律されている規定を発信から到達までの時間的間隔がある場合や契約締結過程に一定の時間を要する場合などの問題状況ごとに整理して規定を設けることの要否などについて、検討してはどうか。

【部会資料 1 1 - 2 第 3 , 1 [2 0 頁]

【意見】

申込み及び承諾に関する規定を整理して規定しなおすことに、賛成である。

その範囲については、契約の申込み及び承諾の意思表示が現在の取引において現実に果たしている機能を考慮して決定すべきであり、紛争が発生することが予測されない事態まで想定して細かい規定を設けるべきではない、という意見が強い。

【理由】

現行民法の契約成立に関する規定では不十分であり、必要な範囲でこれを見直す

ことに賛成である。

その範囲であるが、以下の2から9までにおいて検討する事項のすべてを明文化するのではなく、現在の取引において契約の申込みと承諾の意思表示が果たす役割を勘案して、必要と思われるものに限定すべきであるという意見が強い（以下の2から9までの検討事項については、この趣旨を捨象して検討している。）

2 申込み及び承諾の概念

(1) 定義規定の要否

民法上、申込みと承諾の意義は規定されていないが、申込みと承諾に関する一連の規定を設ける前提として、これらの概念の意義を条文上明記するものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

申込みと承諾の意義を条文上明記する場合の規定内容については、学説上、申込みはこれを了承する旨の応答があるだけで契約を成立させるに足りる程度に内容が確定していなければならないとされ、承諾は申込みを応諾して申込みどおりの契約を締結する旨の意思表示であるとされていることなどを踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第3,2[21頁]】

【意見】

申込み及び承諾に関する定義規定を設けるか否か、設けるとした場合の具体的内容については、今後検討する必要がある。

【理由】

申込み及び承諾について、包括的な定義を明文化する必要性があるのか（事実認定の問題ではないのか）、また、多種多様な契約を網羅する定義を明文化することができるのかといった疑問点があり、今後検討する必要がある。

(2) 申込みの推定規定の要否

申込みと申込みの誘引の区別が不明瞭である場合があることから、店頭における商品の陳列、商品目録の送付などの一定の行為を申込みと推定する旨の規定を設けるべきであるとの考え方がある。例えば、民法に事業者概念を取り入れる場合に、事業者が事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示し、提示された事項によって契約内容を確定することができるときは、当該提示行為を申込みと推定するという考え方が示されている（後記第62,3(2)）。これに対しては、応諾をした者が反社会的勢力である場合など、これらの行為をした者が応諾を拒絶することに合理的な理由がある場合もあり、拒絶の余地がないとすると取引実務を混乱させるおそれがあるとの指摘もある。そこで、このような指摘も踏まえ、申込みの推定規定を設けるという上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第3,2(関連論点)1[23頁]】

【意見】

一定の類型に属する行為については申込みと推定するという規定を設けるか否かについては、今後検討する必要がある。

【理由】

申込みと申込みの誘因が区別されることは事実であるが、一定の行為に関して申込みと推定するという明文の規定をわざわざ設ける必要性があるのか、事実認定の問題ではないかという観点から、明文化については、今後検討すべきと思われる。

(3) 交叉申込み

交叉申込み(当事者が互いに合致する内容の申込みを行うこと。)によって契約が成立するかどうかについては明文の規定がなく、学説上も見解が分かれている。交叉申込みによって契約が成立するという立場から、その旨を条文上明記すべきであるとの考え方があるが、これに対しては、多数の申込みが交叉した場合にどのような組合せの申込みが合致したのが特定できない場合が生ずるなどの指摘もある。そこで、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11 - 2第3, 2(関連論点)2 [23頁]

【意見】

交叉申込みに関する規定を設けるか否かについては、今後検討する必要がある。

【理由】

交叉申込みという現実にはほとんど発生せず、又紛争にまでは至らない事態を想定してことさら明文化する必要があるのか、事実認定の問題ではないかという観点から、明文化については、今後検討すべきと思われる。

3 承諾期間の定めのある申込み

承諾期間の定めのある申込みについては、次のような点について検討してはどうか。

承諾期間の定めのある申込みは撤回することができない(民法第521条第1項)が、承諾期間の定めのある申込みであっても申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合に撤回ができることについては、学説上異論がない。そこで、この旨を条文上明記するものとしてはどうか。

承諾期間経過後に到達した承諾の通知が通常であれば期間内に到達するはずであったことを知ることができたときは、申込者はその旨を通知しなければならないとされている(民法第522条第1項本文)が、承諾について到達主義を採ることとする場合(後記8参照)には、意思表示をした者が不到

達及び延着のリスクを負担するのであるから，同条のような規律は不要であるという考え方と，到達主義を採った場合でもなお同条の規律を維持すべきであるとの考え方がある。この点について，承諾期間の定めのない申込みに対し，その承諾適格の存続期間内に到達すべき承諾の通知が延着した場合の規律（後記4）との整合性にも留意しながら，更に検討してはどうか。

申込者は遅延した承諾を新たな申込みとみなすことができる（民法第523条）が，申込者が改めて承諾する手間を省いて簡明に契約を成立させる観点からこれを改め，申込者が遅延した承諾を有効な承諾と扱うことができるものとすべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について，承諾期間の定めのない申込みに対し，その承諾適格の存続期間経過後に到達した承諾の効力（後記4）との整合性にも留意しながら，更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第3，3(1) [26頁]，
(2) [30頁]，(3) [32頁]】

【意見】

- (1) 承諾期間の定めのある申込みであっても，申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合には申込者は申込みを撤回することができる旨を明文化することに，賛成である。
- (2) 承諾の効力の発生時期について発信主義を改めて到達主義を採用すべきであるとする立場を前提に，延着した承諾が通常の場合には期間内に到達すべき時に発送したものであったときであっても，期間内に到達していない以上，原則として，承諾の意思表示がなされなかったものとして扱う（現行民法522条を削除すること）に，賛成である。
- (3) 民法523条について，遅延した承諾を新たな申込みとみなすのではなく，有効な承諾と扱うことができるという規定に改めることについて，賛成である。

【理由】

- (1) について
申込者が申込みを撤回する権利を留保していた場合には申込者は申込みの意思表示を撤回することができるはずであるが，現行民法にはこの明文がない。分かりやすい民法という観点から，この趣旨を明文化すべきである。
- (2) について
承諾の意思表示についても到着主義を採った場合，延着した承諾の意思表示については期間内に到達していない以上，効力が発生しないものとして扱うことが原則となろう。この趣旨に反する民法522条を削除することについて，特に異論はない。
- (3) について延着した承諾をわざわざ新たな申込みと扱う必要性もなく，承諾として扱うことに特に異論はない。

4 承諾期間の定めのない申込み

承諾期間の定めのない申込みについては、次のような点について検討してはどうか。

承諾期間の定めのない申込みは、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは撤回することができない（民法第524条）が、申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合には撤回ができることについては学説上異論がない。そこで、この旨を条文上明記するものとしてはどうか。

申込みについて承諾期間の定めがない場合であっても、撤回されない限りいつまでも承諾ができるわけではなく、承諾適格（対応する承諾によって契約が成立するという申込みの効力）の存続期間が観念できると言われている。隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みの承諾適格の存続期間については民法上規定されていないが、これに関する規定の要否について、その具体的な内容（例えば、承諾期間としての相当な期間又は承諾の通知を受けるのに相当な期間の経過により承諾適格が消滅するなど。）を含め、更に検討してはどうか。その際、承諾期間の定めのない申込みが不特定の者に対してされた場合について特別な考慮が必要かどうか、更に検討してはどうか。

隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みに対し、その承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達したが、通常であれば申込みの承諾適格の存続期間内に到達したと考えられる場合については、規定がない。このような場合に、申込者が延着の通知を発しなければならないなど民法第522条と同様の規定を設けるかどうかについて、承諾期間内に到達すべき承諾の通知が延着した場合の規律（前記3）との整合性に留意しながら、更に検討してはどうか。

隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みに対し、その承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達した場合には、申込者は遅延した承諾を新たな申込みとみなすことができる（民法第523条）とされているが、申込者が改めて承諾する手間を省いて簡明に契約を成立させる観点からこれを改め、申込者がこれを有効な承諾と扱うことができるものとすべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、承諾期間の定めのある申込みに対する遅延した承諾の効力（前記3）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第3, 3(2)（関連論点）[31頁], (3)（関連論点）[33頁], 4(1) [35頁], 同（関連論点）[36頁], (2) [38頁], 同（関連論点）[38頁]】

【意見】

- (1) 隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みについて、申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合には申込者は申込みを撤回することができる旨を明文化することについては、賛成である。
- (2) 承諾期間の定めのない申込みの効力（承諾適格）が存続する期間について一定の内容を明文化することに賛成である。具体的内容については、特に、不特定の

者に対してなされた申込みの効力について、今後検討する必要がある。

- (3) 承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達したが、通常であれば期間内に到達すべき時に発送したものであったときであっても、期間内に到達していない以上、承諾の意思表示がなされなかったものとして扱うことについては、賛成である。
- (4) 承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達した場合に、遅延した承諾を新たな申込みとみなすのではなく、有効な承諾と扱うことができるものとするべきであるという規定に改めることについて、今後検討する必要がある。

【理由】

(1) について

申込者が申込みを撤回する権利を留保していた場合には申込者は申込みの意思表示を撤回することができるはずであるが、現行民法にはこの明文がない。分かりやすい民法という観点から、この趣旨を明文化すべきである。

(2) について

申込みについて承諾期間の定めがない申込みに関する承諾適格について現行民法に規定がないため、これを明文化することに異論はない。

その具体的内容に関して、相当期間経過によって承諾適格が消滅するという考え方が多数であるが、不特定の者に対してなされた申込みの効力の承諾適格の存続期間に関する規定を設けるか否かは今後検討を要する。

- (3) について承諾の意思表示についても到着主義を採った場合、延着した承諾の意思表示については期間内に到達していない以上、効力が発生しないものとして扱うことが原則となろう。この考え方自体について異論はない。

- (4) 延着した承諾を新たな申込みと扱わず、承諾として扱うことに異論はないが、明文化する必要性があるについては、今後検討を要する。

5 対話者間における承諾期間の定めのない申込み

対話者間における承諾期間の定めのない申込みの効力がいつまで存続するかについては、民法上規定がなく、明確でないことから、その存続期間を明確にするための規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、その規定内容も含めて、更に検討してはどうか。規定内容として、例えば、対話が継続している間に承諾しなかったときには申込みの効力が失われる旨の規定を設けるべきであるとの考え方があるが、このような考え方の当否を含め、対話者間における申込みの効力の存続期間について、更に検討してはどうか。

【部会資料1 1 - 2 第3, 5 [39頁]】

【意見】

話者間における承諾期間の定めのない申込みの効力の存続期間について、明文化することについて賛成である。

【理由】

対話者間における承諾期間の定めのない申込みの効力に関する明文の規定はなく、これを明文化することに異論はない。

6 申込者の死亡又は行為能力の喪失

隔地者に対する意思表示は、発信後の表意者の死亡又は行為能力の喪失によっても効力が失われない(民法第97条第2項)。同項は申込者が反対の意思を表示した場合には適用されないとされている(同法第525条)が、これは同法第97条第2項が任意規定であることを示すものにすぎず、これを明記する必要があるとしても(後記第28,3参照)、同項の規定ぶりによって明記すべきであると考えられる。そこで、同法第525条のうち「申込者が反対の意思を表示した場合」という文言を削除する方向で、更に検討してはどうか。

また、死亡等の発生時期については解釈が分かれているところ、申込みの発信後到達までに限らず、相手方が承諾の発信をするまでに申込者の死亡又は行為能力の喪失が生じ、相手方がこのことを承諾の発信までに知った場合にも同条が適用され、申込みの効力は失われることとすべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第3,6[41頁]】

【意見】

- (1) 民法525条の「申込者が反対の意思を表示した場合」の規定を削除することについては、今後検討を要する。
- (2) 申込みの相手方が承諾の発信をするまでに申込者が死亡し又は行為能力を喪失した場合において、相手方がこの事実を知ったときは、申込みの効力が失われることを明文化することに、賛成である。

【理由】

(1) について

民法525条の上記規定を直ちに削除する必要性があるとまでは言えず、削除すべきか否かは、今後検討を要する。

(2) について

申込者において、自身が死亡し又は行為能力を喪失した場合にまで契約を成立させる意思があるとは言えない事例が少なくなく、承諾の意思表示をするまでの間に上記事実が発生したときは、申込みの効力を消滅させるべきである。

7 申込みを受けた事業者の物品保管義務

事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合には、申込みとともに受け取った物品を保管しなければならないこととすべきであるとの考え方(後記第62,3(2))の当否について、更に検討してはどうか。

【意見】

事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合に、申込みとともに受け取った物品を保管しなければならないという規定を民法に設けることには、反対である。

【理由】

上記考え方の当否自体はさておき、民法に事業者に関する規定を設けるべきではなく、上記規定の明文化については反対である。

8 隔地者間の契約の成立時期

隔地者間の承諾の意思表示については、意思表示の効力発生時期の原則である到達主義(民法第97条第1項)の例外として発信主義が採用されている(同法第526条第1項)が、今日の社会においては承諾についてこのような例外を設ける理由はないとして、承諾についても到達主義を採用すべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

承諾について到達主義を採る場合には、申込みの撤回の通知の延着に関する民法第527条を削除するかどうか、承諾の発信後承諾者が死亡した場合や能力を喪失した場合について同法第525条と同様の規定を設ける必要があるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料11 - 2第3, 7 [43頁], 同(関連論点)[45頁]】

【意見】

- (1) 民法526条1項を削除して、承諾の意思表示についても到達主義の原則を適用すべきであるという考え方に、賛成である。
- (2) 承諾の意思表示について到達主義の原則を採用した場合に、申込みの撤回の通知の延着に関する民法527条の規定の改正、承諾の通知発送後における承諾者の死亡又は能力喪失に関して民法525条と同一の規定を設けるべきことについても、方向性としては賛成であるが、具体的内容については今後検討を要する。

【理由】

(1) について

現在の通信手段の発達を考慮すれば、承諾の意思表示についても到達主義を採用すべきであることに異論はない。

(2) について

承諾の意思表示に関して到達主義を採用した場合に関連する諸規定を改定すべき点についても、異論はない。具体的内容については、今後検討を要する。

9 申込みに変更を加えた承諾

民法第528条は、申込みに変更を加えた承諾は申込みの拒絶と新たな申込みであるとみなしているが、ここにいう変更は契約の全内容から見てその成否に関係する程度の重要性を有するものであり、軽微な付随的内容の変更があるにすぎない場合は有効な承諾がされたものとして契約が成立するとの考え方がある。このような考え方の当否について、契約内容のうちどのような範囲について当事者に合意があれば契約が成立するか（前記第22, 2参照）に留意しながら、更に検討してはどうか。

また、このような考え方を採る場合には、承諾者が変更を加えたが契約が成立したときは、契約のうち意思の合致がない部分が生ずる。この部分をどのように補充するかについて、契約に含まれる一部の条項が無効である場合の補充（後記第32, 2(2)）や、契約の解釈に関する規律（後記第59, 2）との整合性に留意しながら、検討してはどうか。

【部会資料11-2第3, 8[48頁]】

【意見】

- (1) 民法528条に定める変更とは、契約の全内容から見てその成否に関係する程度の重要性を有するものをさし、軽微な付随的内容の変更がある場合には、適用されず、契約が成立したとする考え方については、今後検討する必要がある。
- (2) 上記考え方を採った場合に、承諾者が変更を加えた部分については意思の合致がない部分が生じるが、この部分の補充については一部無効、契約の解釈に関する規律に従って整理すべきであるとする考え方について、今後検討する必要がある。

【理由】

- (1) 申込みにもどの程度の変更を加えた場合に、承諾ではなく新たな申込みとなるかについての一義的な基準を定めることは困難であり、重要性だけを基準とする上記考え方には直ちに賛成できない。
- (2) 軽微な付随的内容の変更にすぎない場合には、申込者もこの変更に従う意思がある場合が大半であろうから、条項の一部無効といった事態は発生しないことが多いであろう。このような場合についてまで規定を設ける必要があるとは考えられない。

第25 懸賞広告

1 懸賞広告を知らずに指定行為が行われた場合

懸賞広告（指定行為をした者に一定の報酬を与える旨の広告）を知らずに懸賞広告における指定行為を行った者が報酬請求権を有するかどうかは民法の条文上明らかでないが、学説上はこれを肯定する見解が有力であり、この立場を条文上も明記すべきであるとの考え方がある。これに対し、懸賞広告は報酬によって指定行為を促進することを目的とする制度であり、偶然指定行為を行っ

た者に報酬請求権を与える必要はないとの指摘もあることから，このような指摘にも留意しつつ，上記の考え方の当否について，更に検討してはどうか。

【部会資料1 1 - 2 第4，2 [5 2 頁]】

【意見】

（前提）

懸賞広告の規定については，懸賞広告が現在の取引において現実に果たしている機能を考慮して，明文化の必要性を決定すべきであり，紛争が発生することが予測されない事態まで想定して細かい規定を設けるべきではない，という意見が強い

また，懸賞広告という名称の見直しをすべきであるとの意見もある（以下の1から3までの検討事項については，この趣旨を捨象して検討している。）

1 についての意見

懸賞広告を知らずに指定行為を行なった者であっても懸賞広告者に対して報酬請求権を有することを明文化することについて，今後検討する必要がある。

【理由】

懸賞広告を知らずに指定行為を行うという事態が現実にどの程度発生するか不明であり，このような事態に関する明文を設ける必要性があるのか疑問である。今後検討すべきである。

2 懸賞広告の効力・撤回

(1) 懸賞広告の効力

懸賞広告の効力の存続期間（いつまでに指定行為を行えば報酬請求権を取得することができるか。）は民法の条文上明らかでないことから，これを明らかにするため，懸賞広告をした者が指定行為をする期間を定めた場合には当該期間の経過によって効力を失うものとし，その期間を定めなかった場合には指定行為をするのに相当の期間の経過により効力を失う旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について，更に検討してはどうか。

【部会資料1 1 - 2 第4，3(1) [5 3 頁]】

【意見】

懸賞広告の効力の存続期間について，懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めたか否かによって区別し，期間を定めた場合には当該期間の経過により効力を失い，期間を定めなかった場合には指定行為をするのに相当の期間の経過により効力を失うとする規定を設けることに，賛成である。

【理由】

懸賞広告の効力の存続期間に関する明文の規定はないため、これを明文化することに異論はない。

(2) 撤回の可能な時期

懸賞広告をした者が懸賞広告を撤回することができる時期について、指定行為に着手した第三者の期待をより保護する観点から、民法第530条第1項及び第3項の規定を改め、指定行為をすべき期間が定められている場合にはその期間内は撤回することができないものとし、また、第三者が指定行為に着手した場合には撤回することができないものとするべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、懸賞広告をした者にとって第三者が指定行為に着手したことを知ることは困難であるとの批判があることも考慮しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第4,3(2)[54頁]】

【意見】

懸賞広告者が指定行為をすべき期間を定めた場合、第三者が指定行為に着手した場合には撤回できないという規定を設けることについて、今後検討すべきである。

【理由】

懸賞広告の撤回に関する規定を合理的な内容に改定することに異論はない。その内容については、今後検討すべきである。

(3) 撤回の方法

懸賞広告の撤回の方法については、民法上、懸賞広告と同一の方法による撤回が不可能な場合に限って他の方法による撤回が許されている（同法第530条第1項・第2項）が、撤回の効果がこれを知った者に対してのみ生ずることを前提に、同一の方法による撤回が可能な場合であっても異なった方法による撤回をすることができるものとするべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第4,3(3)[56頁]】

【意見】

同一の方法による撤回が可能な場合であっても異なった方法による撤回をすることができるという規定を設けることに、今後検討すべきである。

【理由】

同一の方法による撤回が可能であるにもかかわらず、これ以外の方法による撤回を認める必要性がどの程度あるか疑問である。今後、検討すべきである。

3 懸賞広告の報酬を受ける権利

懸賞広告に定めた行為をした者が数人あるときの報酬受領権者の決定方法については、指定行為をした者が数人あるときは最初にした者が報酬を受ける権利を有する等の規定(民法第531条)が設けられているが、同条に対しては、その決定方法を一律に法定するのではなく懸賞広告をした者の意思に委ねれば足りるなどの指摘もある。このような指摘を踏まえ、同条をなお存置するかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、優等懸賞広告における優等者の判定方法(民法第532条)に関して、広告中では判定者ではなく判定方法を定めるものとする等の見直しをするかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料11-2第4, 4[57頁]】

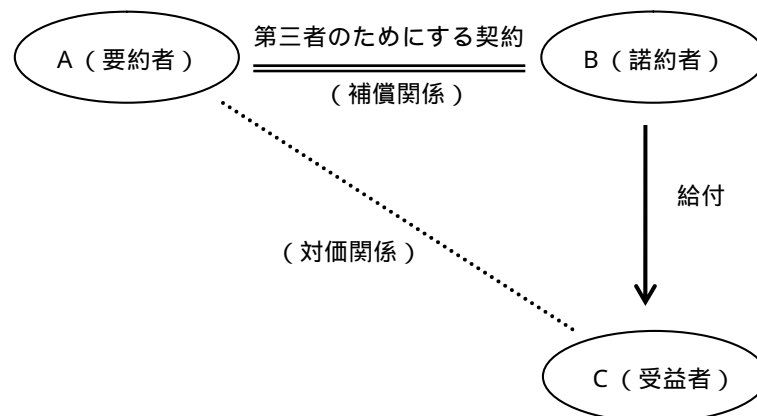
【意見】

指定行為をした者が数人あるときの報酬受領権、優等懸賞の判定方法に関して、今後検討する必要がある。

【理由】

指定行為をした者が数名あるときの報酬受領権者に関しては懸賞広告の中で明記されることが多いであろうが、明記されない場合が想定できなくもなく、任意規定を設けておく必要性がないとは言えない。懸賞広告の判定方法についても、任意規定不要とまで言い切れるかは疑問である。今後、検討すべきである。

第26 第三者のためにする契約



1 受益の意思の表示を不要とする類型の創設等(民法第537条)

民法第537条第2項は、受益者(第三者)の権利は、受益者が契約の利益を享受する意思(受益の意思)を表示したときに発生すると規定している。これに対し、第三者のためにする契約の内容によっては、受益の意思の表示がなくても受益者の権利を発生させることが適当な場合があるとして、受益者の権

利の発生のために受益の意思の表示を必要とすべきか否か等の観点から，第三者のためにする契約の類型化を図り，その類型ごとに規定を明確にすべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について，受益の意思の表示を要せずに債権を取得することが受益者にとって不当な場合もあることを指摘する意見があることなどに留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第6，2 [58頁]】

【意見】

受益の意思の表示が不要とすべきか否か等の観点から，第三者のためにする契約の類型化を図り，その類型ごとに規定を明確にすべきであるとの考え方には，反対意見が強い。

【理由】

負担のない債権取得型のように受益の意思の表示が不要とすべき類型があるといった指摘には，一定の合理性がある。しかし，契約の類型ごとに規定を明確化する必要性は乏しいうえに，具体的事案においては，負担のない債権取得型に該当するか，負担付債権取得型に該当のかなど，どの類型に該当するか判断に迷う場合もあると想定される。また，負担のない債権取得型であっても税金の負担など受益者にとって負担となる場合があり，受益の意思の表示なしに効果発生を認めるのは必ずしも適当ではないと思われる。

そのため，受益者の権利発生のために受益の意思表示は必要とすべきとする現行法を維持する方向で検討すべきである。

2 受益者の権利の確定

民法第538条は，受益者の受益の意思の表示があって初めて受益者（第三者）の権利が発生するという前提の下で，「第三者の権利が発生した後は，当事者は，これを変更し，又は消滅させることができない」と規定しているが，仮に受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を不要とする類型を設ける場合（前記1参照）には，この規定に関し，例えば，受益者が取得する権利や利益について正当な期待を持つ段階に至れば，もはやその変更や撤回を認めるべきでないなどの観点から所要の修正をするかどうかについて，更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第6，2（関連論点）[63頁]】

【意見】

「受益の意思の表示を不要とする類型を設ける場合」という前提について，上記1のとおり反対意見が強い。

【理由】

前提について反対意見が強い理由は，上記1のとおり。

なお、仮に「受益の意思の表示を不要とする類型」を前提とするときは、受益者の正当な期待を保護するための規定を設けることに賛成であるが、その要件について慎重に検討すべきである。

3 受益者の現存性・特定性

第三者のためにする契約の締結時において、受益者が現存することや特定されていることが必要かどうかに関し、判例は、受益者が現存する必要も特定されている必要もないとしていることから、これを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第6, 3 [64頁]】

【意見】

受益者の現存や特定は締結時には必要ないことを条文上も明らかにする考え方については、賛成である。

【理由】

判例を明文化することは、国民に分かりやすい民法に資する。

4 要約者の地位

(1) 諾約者に対する履行請求

第三者のためにする契約において、要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することができることについては、条文上は明らかでないが、学説上は一般に肯定されている。そこで、このことを条文上も明記するかどうかについて、要約者による履行請求訴訟と受益者による履行請求訴訟との関係等を整理する必要性を指摘する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第6, 4(1) [65頁]】

【意見】

要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することを条文上も明記する考え方については、賛成意見が強い。ただし、その場合には、二重起訴の問題、要約者・諾約者間の実体判決の既判力・執行力の範囲等について混乱を生じるおそれがあるため、民事訴訟法等の改正を検討する必要がある。

【理由】

学説上一般に認められている内容であり、これを明文化することは国民に分かりやすい民法に資する。ただし、要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求する訴訟をした場合については、二重起訴の問題や、判決の既判力・執行力の範囲等が不明確であると混乱を生じるおそれがあるから、民事訴訟法・民事執行法等の関連規定を整備する必要がある。

(2) 解除権の行使

第三者のためにする契約において、諾約者がその債務を履行しない場合に、要約者が当該第三者のためにする契約を解除することができるかどうかに関し、受益者の意思を尊重する観点から、要約者は、受益者の承諾を得て、当該第三者のためにする契約を解除することができることを条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第6, 4(2) [66頁]】

【意見】

要約者は、受益者の承諾を得て、第三者のためにする契約を解除できることを条文上も明記する考え方については、賛成する意見が強い。

【理由】

契約解除の要件を充たしていても、受益者の承諾がなければ要約者は解除できないとすることは、重要な利害関係を有する受益者の意思を尊重するものであり、適切な内容である。

第27 約款（定義及び組入要件）

1 約款の組入要件に関する規定の要否

現代社会においては、鉄道・バス・航空機等の運送約款、各種の保険約款、銀行取引約款等など、様々な分野でいわゆる約款（その意義は2参照）が利用されており、大量の取引を合理的、効率的に行うための手段として重要な意義を有しているが、個別の業法等に約款に関する規定が設けられていることはあるものの、民法にはこれに関する特別な規定はない。約款については、約款使用者（約款をあらかじめ準備してこれを契約内容にしようとする方の当事者）の相手方はその内容を了知して合意しているわけではないから、約款が契約内容になっているかどうか不明確であるなどの指摘がある。そこで、約款を利用した取引の安定性を確保するなどの観点から、約款を契約内容とするための要件（以下「組入要件」という。）に関する規定を民法に設ける必要があるかどうかについて、約款を使用する取引の実態や、約款に関する規定を有する業法、労働契約法その他の法令との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11 - 2第5, 1 [60頁]】

【意見】

民法に約款規制を設けることについては、賛成する意見が多い。ただし、就業規則との関係については慎重な検討が必要であると指摘する意見があった。

【理由】

現代の社会では約款を使用した取引が広く行われているにもかかわらず，現行法ではその法的拘束力の要件・効果が不明瞭である等として，約款規制の導入自体には賛成する意見が多い。ただし，就業規則との関係については慎重な検討が必要であると指摘する意見があった。

2 約款の定義

約款の組入要件に関する規定を設けることとする場合に，当該規定の適用対象となる約款をどのように定義するかについて，更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として，例えば，「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」という考え方があるが，これに対しては，契約書のひな形などが広く約款に含まれることになるとすれば実務における理解と異なるという指摘や，労働契約に関する指摘として，就業規則が約款に該当するとされることにより，労働契約法その他の労働関係法令の規律によるのではなく約款の組入要件に関する規律によって労働契約の内容になるとすれば，労働関係法令と整合的でないなどの指摘もある。そこで，このような指摘にも留意しながら，上記の考え方の当否について，更に検討してはどうか。

【部会資料11 - 2第5，2 [60頁]，同(関連論点)[61頁]】

【意見】

「約款」の定義については，効果との関係で適切な定義となるよう慎重に検討すべきである。

【理由】

「約款」の定義については，従来「約款」とは考えられていない契約が含まれない定義にすべきであるという意見がある一方，約款規制の対象は規制の趣旨との関係で合目的的に決されるべきもので名称や形態は重要視すべきではないという意見もある。また，中間論点整理で例示されている「多数に契約に用いるためにあらかじめ定型化された契約条項の総体」という定義についても，企業間の基本取引契約書，契約書のひな型まで約款規制の対象に含まれるのは望ましくないとする反対意見がある一方，対象範囲は広い方がよいと賛成する意見もある。

3 約款の組入要件の内容

仮に約款の組入要件についての規定を設けるとした場合に，その内容をどのようなものとするかについて，更に検討してはどうか。

例えば，原則として契約締結までに約款が相手方に開示されていること及び当該約款を契約内容にする旨の当事者の合意が必要であるという考え方がある。このうち開示を要件とすることについては，その具体的な態様によっては多大なコストを要する割に相手方の実質的な保護につながらないとの指摘などがあり，また，当事者の合意を要件とすることについては，当事者の合意がなくても慣習としての拘束力を認めるべき場合があるとの指摘などがある。

このほか、相手方が個別に交渉した条項を含む約款全体、更には実際に個別交渉が行われなくてもその機会があった約款は当然に契約内容になるとの考え方や、約款が使用されていることが周知の事実になっている分野においては約款は当然に契約内容になるとの考え方もある。

約款の組入要件の内容を検討するに当たっては、相手方が約款の内容を知る機会をどの程度保障するか、約款を契約内容にする旨の合意が常に必要であるかどうかなどが問題になると考えられるが、これらを含め、現代の取引社会における約款の有用性や、組入要件と公法上の規制・労働関係法令等他の法令との関係などに留意しつつ、規定の内容について更に検討してはどうか。

また、上記の原則的な組入要件を満たす場合であっても、約款の中に相手方が合理的に予測することができない内容の条項が含まれていたときは、当該条項は契約内容とならないという考え方があるが、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11 - 2第5, 3 [62頁], 同(関連論点)[64頁]】

【意見】

(1) 約款を契約内容とするための要件（約款の組入れ要件）

約款に法的拘束力が認められるためには、原則として、約款が契約締結時まで相手方に開示されていること及び当該約款を契約内容にする旨の当事者の合意が必要であるとする意見が多い。

上記の原則については、ある程度の緩和を許容すべきであるとする意見が多い。しかし、その具体的な要件については、さらに慎重に検討すべきである。

(2) 不意打ち条項について

不意打ち条項については、賛成する意見が多い。

【理由】

(1) について

約款を使用した取引においても法的拘束力の正当化根拠は意思の合致であるとして、約款に法的拘束力が認められるためには、原則として約款が契約締結時まで相手方に開示されていること及び当該約款を契約内容にする旨の当事者の合意が必要であるとする見解が多い。

上記の原則については、ある程度の緩和を許容すべきであるとする見解が多い。しかし、具体的な要件については、開示の著しい困難性、約款内容の認識可能性、約款使用に関する認識可能性の要否など、さらに慎重に検討する必要があると思われる。

(2) について

不意打ち条項を規定することについては、約款の中に取引通念に照らして思いもしないような契約条項が定められていたような場合にかかる条項で相手方を拘束することは不合理である、上記の事態は当該条項の約定内容自体が不当条項と

まで言えない場合にも想定されうる等として、賛成する見解が多い。

4 約款の変更

約款を使用した契約が締結された後、約款使用者が当該約款を変更する場合があるが、民法には約款に関する規定がないため、約款使用者が一方的に約款を変更することの可否、要件、効果等は明確でない。そこで、この点を明らかにするため、約款使用者による約款の変更について相手方の個別の合意がなくても、変更後の約款が契約内容になる場合があるかどうか、どのような場合に契約内容になるかについて、検討してはどうか。

【意見】

約款使用者による約款の変更について法規定を設ける必要があるという意見が多い。ただし、具体的な要件・効果については、慎重に検討すべきであるという意見が多い。

【理由】

現実の社会では約款の内容を約款利用者が一方的に変更できるという約款条項が使用されている例がある一方、現行民法には約款の変更に関する法規定が存在しないため、かかる規定の法的効力は不明確である。そこで、かかる規定の法的効力を明確にする規定を設ける必要性については賛成する見解が多い。ただし、具体的な要件・効果については、約款使用者の利便性、相手方への不測の損害の可能性といった点に留意しつつ慎重に検討すべきであるとする見解が多い。

第28 法律行為に関する通則

1 法律行為の効力

(1) 法律行為の意義等の明文化

「法律行為」という概念は民法その他の法令に用いられているが、この概念の有用性に疑問を呈する見解があるほか、民法にその意義に関する一般的な規定が設けられていないため、意味が分かりにくいという問題が指摘されている。既に法律上の概念として定着したものであることなどから法律行為という概念を維持した上で、その意義について、例えば、法律行為とは、契約、単独行為及び合同行為をいうとの形式的な定義規定を設けるという考え方や、法律行為は法令の規定に従い意思表示に基づいてその効力を生ずるといった基本的な原則を条文上明記するという考え方があるが、これらの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第1, 2(1)[1頁], 同(関連論点)[2頁]】

【意見】

法律行為概念の維持については、賛成意見が強い。基本原則や法律行為の形式的定義規定や効力規定まで規定するか否かについては、さらに検討すべきである。

【理由】

これまでの法律行為概念の解釈の明文化と言う点で有意義である。

ただ、基本原則や形式的定義規定・効力規定を過不足なくおくことは、かえって分かりづらくなる可能性がある。そこまであえて規定する必要性は乏しいとも考えられる。

(2) 公序良俗違反の具体化

公序良俗違反の一類型として暴利行為に関する判例・学説が蓄積されていることを踏まえ、一般条項の適用の安定性や予測可能性を高める観点から、暴利行為に関する明文の規定を設けるものとするかどうかについて、自由な経済活動を萎縮させるおそれがあるとの指摘、特定の場面についてのみ具体化することによって公序良俗の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などがあることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

暴利行為の要件は、伝統的には、相手方の窮迫、軽率又は無経験に乗じるという主観的要素と、著しく過当の利益を獲得するという客観的要素からなるとされてきたが、暴利行為に関するルールを明文化する場合には、主観的要素に関しては、相手方の従属状態、抑圧状態、知識の不足に乗じることを付け加えるか、客観的要素に関しては、利益の獲得だけでなく相手方の権利の不当な侵害が暴利行為に該当し得るか、また、「著しく」という要件が必要かについて、更に検討してはどうか。

また、暴利行為のほかに、例えば「状況の濫用」や取締法規に違反する法律行為のうち公序良俗に反するものなど、公序良俗に反する行為の類型であって明文の規定を設けるべきものがあるかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料12 - 2第1, 2(2) [4頁]】

【意見】

- (1) 判例を踏まえ公序良俗違反の具体化として、いわゆる「暴利行為」の明文化を行う方向で検討することについては賛成意見が強い。
- (2) 主観的要素として、伝統的要件のみならず、「相手方の従属状態、抑圧状態、知識の不足に乗じること」等の要素を付加する方向で検討することについて、賛成意見が強い。
- (3) 客観的要素として、「著しく」と厳格にすべきではなく、著しく過当なとまでいえなくても不当な利益を得るものであること、または相手方の権利の不当な侵害であること等、緩和する方向で検討することについて、賛成意見が強い。
- (4) 暴利行為以外の例えば「状況の濫用」や取締法規に違反する法律行為のうち公序良俗に反するものなど公序良俗に違反する行為について明文の規定を設ける方向で検討することについて、賛成意見が強い。

【理由】

(1) について

判例・学説の到達点の明文化により、分かりやすい民法の実現に資すること、及び公序良俗規定の具体化をできる限り行うことにより一般条項適用の安定性を高め、劣位者保護を図ることができる。

(2) 伝統的な暴利行為の準則よりも、いわゆる現代的暴利行為論に依拠した暴利行為規定の方が、種々の要素を取り込んだ総合的な判断や、社会の変化に伴った柔軟な対応が可能となる。

特に、「著しく」という要件は、実質的には暴利行為理論の適用を制約してきた面があり、要件を厳格にすべきではない。

(3) 暴利行為以外にも、行政法規に違反している場合で公序良俗違反と評価できる場合、刑罰法規や強行法規等の脱法行為と評価できる場合、状況の濫用と評価できるような場合など、他にも公序良俗違反と評価可能な行為類型は存在するのであるから、その明文化について検討することは、法律関係の明確化、違法行為の抑制という観点から有益である。

(3) 「事項を目的とする」という文言の削除（民法第90条）

民法第90条は「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。」と規定しているが、これを「公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とする。」と改めるものとしてはどうか。

【部会資料12-2第1, 2(3) [10頁]】

【意見】

民法90条の「事項を目的とする」という文言を削除する方向性に賛成である。

【理由】

現在の判例・学説によれば、法律行為が公序良俗に反する事項を目的としているか否かが問題ではなく、法律行為が行われた過程その他の諸事情を考慮して当該法律行為が公序良俗に反しているか否かが問題となっている。

2 法令の規定と異なる意思表示（民法第91条）

法令の規定と異なる意思表示の効力について、原則として意思表示が法令の規定に優先するとした上で、その法令の規定が公序良俗に関するもの（強行規定）であるときは例外的に意思表示が無効となることを条文上明記するものとしてはどうか。

【部会資料12-2第1, 3 [11頁]】

【意見】

原則として意思表示が法令の規定(任意規定)に優先するとした上で、公序良俗、強行規定に反する法律行為の効力を、無効であると条文上明確にする方向性に賛成

である。

なお、取締法規が公序良俗に関する法規と評価できる場合には、違反行為は無効とする考え方も併せて検討すべきである。

【理由】

公序良俗、強行法規に反する意思表示が無効となること、また、その例外である、公序良俗、強行法規に反する意思表示が無効となるということも明確にすることは、法律関係を明確にし、分かりやすい民法の実現につながる。特に、行き過ぎた私的自治の原則は、情報量・交渉力の格差を生む原因となる。

取締法規違反行為について、「公法・私法二分論」で杓子定規に私法上の効力を否定しない対応は不当であり、取締法規の性格や個別事案の事情によっては私法上の効力を否定するのが妥当である。

3 強行規定と任意規定の区別の明記

民法上の規定のうち、どの規定が強行規定であり、どの規定が任意規定であるかを条文上明らかにすることが望ましいとの考え方がある。これに対しては、全ての規定についてこの区別を行うのは困難であるとの指摘、規定と異なる合意を許容するかどうかは、相違の程度や代替措置の有無などによって異なり、単純に強行規定と任意規定に二分されるわけではないとの指摘、強行規定かどうかを法律上固定することは望ましくないとの指摘などがある。これらの指摘を踏まえ、強行規定と任意規定の区別を明記するという上記の考え方の当否について、強行規定かどうかを区別することの可否やその程度、区別の基準の在り方、区別をする場合における個々の規定の表現などを含め、検討してはどうか。

【意見】

民法上、どの規定が公序良俗・強行規定・任意規定かを条文上明らかにし、区別を明記すること等につき更に検討することに賛成である。

【理由】

区別がなされることは国民の予見可能性確保につながり、分かりやすい民法の実現に資する。

4 任意規定と異なる慣習がある場合

任意規定と異なる慣習がある場合における任意規定と慣習との優先劣後の関係は、これを扱う民法第92条と法の適用に関する通則法第3条が整合的でないようにも解し得ることから、現行法上不明確であり、立法的解決の必要性が指摘されている。この点について、社会一般より小さい社会単位で形成された規範である慣習がある場合にはこれに従うことが当事者の意思に合致する場合が多いなどとして、慣習が任意規定に優先することを原則とし、当該慣習が公

序良俗に反する場合や当事者が反対の意思を表示した場合は任意規定が優先するものとするべきであるとの考え方がある。他方、不合理な慣習が優先するのは適当でないことなどから、慣習が契約内容になるためには当事者の意思的要素を介在させるべきであり、これがない場合には任意規定が優先することとするべきであるとの考え方もある。そこで、任意規定と異なる慣習がある場合の優先劣後の関係について、契約の解釈に関する規律（後記第59）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料12 - 2第1, 4 [13頁]】

【意見】

任意規定と異なる慣習がある場合の優先劣後の関係に関し、民法92条の規定（慣習による意思を有しているものと認められるときは、その慣習に従う。）を見直し、原則として慣習が任意規定に優先するという規定にする考えについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

慣習によることが当事者の意思に合致することが多いという理由で原則として慣習が優先するという意見もある。これに対し、「より小さな社会単位で積み上げられた慣習」といっても、慣習というものの範囲、規範については必ずしも明確とは言えず、かつ公序良俗には反しないが不合理な慣習もあることからすると、原則として任意規定が優先するとする現行民法92条を維持すべきという意見も多い。

そうすると、この点についてはより慎重な検討が必要である。

第29 意思能力

1 要件等

(1) 意思能力の定義

意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効力が否定されるべきことには判例・学説上異論がないが、民法はその旨を明らかにする規定を設けていない。そこで、意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効力について明文の規定を設けるものとしてはどうか。

その場合には、意思能力をどのように定義するかが問題となる。具体的な規定内容として、例えば、有効に法律行為をするためには法律行為を自らしたと評価できる程度の能力が必要であり、このような能力の有無は各種の法律行為ごとに検討すべきであるとの理解から「法律行為をするものの意味を弁識する能力」と定義する考え方がある。他方、各種の法律行為ごとにその意味を行為者が弁識していたかどうかは意思能力の有無の問題ではなく、適合性の原則など他の概念が担っている問題であって、意思能力の定義は客観的な「事理を弁識する能力」とすべきであるとの考え方もある。これらの考え方の当否を含め、意思能力の定義について、更に検討してはどうか。

【部会資料12 - 2第2, 1 [17頁]】

【意見】

- (1) 意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効力について明文の規定を設けることに賛成である。
- (2) 意思能力の定義につき「法律行為をすることの意味を弁識する能力」とするか、「事理を弁識する能力」とするかは、慎重な検討をすべきである。

【理由】

- (1) について

意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効力については、現行法では無効と解されているところ、そのことは解釈上当然のことではあるものの、明文規定がある方が、分かりやすいことから、明文の規定を設けることには賛成である（なお、当然のことであるので明文化する必要はないとの意見や、明文化しても意思能力の有無は一義的に判断できず、表意者の保護が厚くなるわけではないから明文化の意味がないとの意見もあった）

- (2) 現行法の解釈としては、法律行為の種類に関係なく一定の能力である事理を弁識する能力とする意見も多いが、裁判実務では、当該行為において（法律行為ごとに）意思能力があったか否かを判断するのが通常であり、「法律行為をすることの意味を弁識する能力」の方が妥当とする意見も強い。

したがって、意思能力の定義をいずれとするかは、現時点では一義的に決定しがたいのであり、意思能力を欠く状態でなされた行為の効力との関係を考慮しつつ、慎重に検討すべきである。

- (2) 意思能力を欠く状態で行われた法律行為が有効と扱われる場合の有無

意思能力を欠く状態で行われた法律行為であっても、その状態が一時的なものである場合には、表意者が意思能力を欠くことを相手方が知らないこともあり、その効力が否定されると契約関係が不安定になるおそれがあるとの指摘がある。また、意思能力を欠いたことについて表意者に故意又は重大な過失がある場合には、意思能力を欠くことを知らなかった相手方に意思能力の欠如を対抗できないという考え方がある。これに対し、意思能力を欠く状態にある表意者は基本的に保護されるべきであるとの指摘もある。

以上を踏まえ、意思能力を欠く状態で行われた法律行為が有効と扱われる場合の有無、その具体的な要件（表意者の帰責性の程度、相手方の主観的事実等）について、検討してはどうか。

【意見】

- (1) 意思能力を欠く状態で行われた法律行為であっても、その状態が一時的なものである場合に、表意者が意思能力を欠くことについて相手方が知らない場合に、意思能力の無効主張を制限する規定を設けることには、強く反対する。
- (2) 「意思能力を欠いたことについて表意者に故意又は重大な過失がある場合には、意思能力を欠くことを知らなかった相手方に意思能力の欠如を対抗できない」と

の規定を設けることには反対意見が強い。

【理由】

(1) について

意思能力を欠く状態が一時的なものである場合について強く反対する。

意思能力を欠く状態で行われた法律行為は本来無効であるのは当然であり、それ故に現行法では明文の規定がない。それは、意思がない以上その法律行為の効果を帰属させられないからであって、民法の根幹である意思主義や私的自治の原則から直接導かれる結論である。

そして、これだけ意思能力無効が重要であるからこそ、特段意思表示の相手方に表意者の無効主張を制約する手段を与えていない。

したがって、意思能力が重要であるが故に、静的安全が重視され、無効主張が認められると、表意者を優先し、相手方はその不利益を甘受しなければならないのである。かかる結論は、民法の大原則からして当然のことである。

そして、意思無能力の有無の判断時期は、当該法律行為の時であって、意思無能力が問題となるのは、殆どが一時的に意思無能力状態である場合である。かかる場合に、意思無能力無効の主張制限の可能性を認めるのは、意思無能力無効の主張を一切否定することに等しい。認知症の高齢者の法律行為につき意思能力が問題になる場合、当該高齢者は、常時意思無能力状態であるとは限らず、意思能力を有する状態と意思無能力状態を繰り返しているのは通常である。こうした場合に、静的安全を無視して、相手方が意思無能力であったことを知らないからとして、認知症の高齢者の意思無能力無効の主張を封じることは許されない。むしろ、かかる状況では意思無能力無効の主張を認めるべきとのコンセンサスがあると言っても過言ではない。

単に「意思能力を欠く状態が一時的なものである場合」という曖昧な限定の下に議論すると、一時的であっても意思無能力を欠く状態になったことについて、意思無能力者側に全く非がない場合についても、意思無能力の主張を否定することにつながるものであり、それ自体が許されない議論であり法律構成である。議論するとすれば、後段のごとく、意思能力を欠く状態となったことについて、表意者に故意過失がある場合に限定して議論すべきである。

例えば、意思無能力が問題になりうる典型的な場合の一つとして、連帯保証人が意思無能力であったとして保証否認する場合が考えられる。確かに、相手方企業においては、かかる主張をされること自体、不利益を被るのであるが、こうした主張されるに過ぎない不利益を受けるからといって、これを回避する法的制度を常に設けるべきというのは、相手方企業からの一方的立場によるものであり、妥当ではない。

上記のとおり、私的自治の原則・意思主義の重要性、それゆえの意思無能力の法律行為が無効とされるのであれば、その際は、相手方は、無効による不利益を甘受すべきなのは当然である。静的安全と動的安全のバランスの問題であるが、意思無能力の場合には常に静的安全が勝つのは当然である。また、意思無能力無

効が成立する場合が、それ自体非常少ない（特に、相手方に意思能力があるかどうか分かりにくいような事案では、意思無能力による無効を表意者側が立証することにもそもそも相当の困難が伴う）ことからしても、静的安全を重視するのは当然である。意思能力を欠く状態になったことについて、表意者に故意過失があり、そうした程度に表意者側に非がある場合にはじめて、表意者の静的安全に対して、相手方の動的安全の保護を考慮できるに過ぎないのである。

意思無能力無効（ないしその主張）によって、その相手方たる企業や事業者が不利益を被る場合があるとしても、こうした企業や事業者は、事前に表意者を十分に調査するとか、意思表示時にビデオ撮影して後日の紛争に備えて証拠を確保する等、意思無能力によるトラブルを防止する方策を自らとることは容易に可能な地位にあるから、自己防衛すれば足りる。

また、民法は、そもそも、意思無能力無効によって不利益を被る相手方保護のために、表意者の能力の状況を公示の面で明確にする制度として制限行為能力者制度を設けているのであり、相手方保護はそれで充分である。相手方の企業や事業者において、表意者の能力に不安があれば、成年後見の審判開始申立を表意者側に促せば足りる。（相手方に意思能力かどうか分かりにくいような事案では特に）意思無能力による無効を表意者側が立証することにそもそも相当の困難が伴う前提があるとともに、企業や事業者は、自己防衛手段を採るのが容易であるのに、こうした問題を回避するために、意思無能力無効の主張を制限しようとするのは、私的自治の大原則を無いものにしようとしているに等しい。

さらには、そもそも第三者保護規定も設けることは議論の対象ではないのに、意思表示の相手方に、無効主張を制限する手段を与えること自体（それを検討しようとすること自体）が、不合理である。

また、その他の取消においても、取消の相手方において取消権行使自体を制限する手段がない。そうであれば、なおのこと意思無能力の場合に、無効主張を相手方が制限できないのは当然である。

以上により、私的自治の原則・意思主義の重要性、静的安全の保護の観点からは、「意思能力を欠く状態で行われた法律行為であっても、その状態が一時的なものである場合には、表意者が意思能力を欠くことについて相手方が知らないこともあり、その効力が否定されると契約関係が不安定になるおそれあるとして意思能力の無効主張を制限する規定を設ける」という論点については、（意思能力を欠いたことについて表意者に故意又は重過失程度の非がある場合に限定するならまだしも、かかる限定の無い前提では）内容そのものに強く反対であるのはもとより、そもそもあってはならない論点であって、今後の法制審で取り上げることに強く反対する。

今後の法制審で議論すること自体が相応しくない論点である。

(2) 原因において自由な行為の場合については明文の規定は不要である。

抽象的に、意思能力を欠いたことについて表意者に故意又は重大な過失がある場合（いわゆる原因において自由な行為の場合）に、表意者は意思能力を欠くことを知らなかった相手方に意思能力の欠如を対抗できない、とする結論自体は、否

定するものではない。そのため、かかる規定を設けることに賛成する意見もあった。

しかしながら、こうした場合として具体的な適用場面を想定しがたい。例えば、自ら酩酊状態に陥った場合では、相手方も表意者が酩酊状態であることについては悪意であるはずである。また、意思無能力に陥ったことに重大な過失がある場面も、具体的には想定しにくい。し

しかも、現実にかかる規定が適用される場面は極稀であると思われる。

そして、規定がなくとも解釈により、表意者は相手方に意思能力の欠如を対抗できないとすることも十分可能であるから、敢えて、非常に稀な事態である原因において自由な行為の場合に関する規定を設ける必要はない。

2 日常生活に関する行為の特則

意思能力を欠く状態で行われた法律行為であっても、それが日常生活に関する行為である場合は意思能力の不存在を理由として効力を否定することができない旨の特則を設けるべきであるとの考え方がある。これに対しては、不必要な日用品を繰り返し購入する場合などに意思無能力者の保護に欠けるおそれがあるとの指摘や、意思能力の意義について当該法律行為をすることの意味を弁識する能力とする立場に立てばこのような特則は不要であるとの指摘がある。これらの指摘も踏まえ、日常生活に関する行為の特則を設けるという上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料12 - 2第2, 1(関連論点)[19頁]】

【意見】

意思能力を欠く状態で行われた法律行為であっても、それが日常生活に関する行為である場合は意思能力の不存在を理由として効力を否定することができない旨の特則を設けることに反対である。

【理由】

意思能力を欠く状態で行われた法律行為は、それが日常生活に関する行為であっても、本来無効である(ないし効力は否定される)のは当然である。

また、成年後見人が選任されるべきであるのにされていない者が多数存在する現状では、成年後見人が選任されておらず、その保護を受けていない意思無能力者の行為を有効とすべきではない。有効とすればそれこそ(成年後見人が選任されるべき)意思無能力者を保護することができなくなる。

さらには、日常生活に関する行為を多数回繰り返した場合に、意思無能力無効を主張できず、表意者保護が図れなくなる。

したがって、意思能力を欠く状態で行われた法律行為であっても、それが日常生活に関する行為である場合は意思能力の不存在を理由として効力を否定することができない旨の特則を設けることに反対である。

3 効果

現在の判例及び学説は、意思能力を欠く状態で行われた法律行為は無効であるとしているが、これは意思無能力者の側からのみ主張できるなど、その効果は取消しとほとんど変わりがないことなどから、立法論としては、このような法律行為は取り消すことができるものとすべきであるとの考え方も示されている。このような考え方に対し、取り消すことができる法律行為は取消しの意思表示があるまでは有効と扱われるため取消しの意思表示をすべき者がいない場合などに問題を生ずること、取消しには期間制限があるために意思無能力者の保護が十分でないこと、意思無能力者が死亡して複数の相続人が相続した場合の取消権の行使方法が明らかでないことなどから、意思能力を欠く状態で行われた行為の効果を主張権者が限定された無効とすべきであるとの考え方もある。これらを踏まえ、意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効果は無効とするか、取り消すことができるものとするかについて、更に検討してはどうか。その検討に当たっては、効力を否定することができる者の範囲、効力を否定することができる期間、追認するかどうかについての相手方の催告権の要否、制限行為能力を理由として取り消すこともできる場合の二重効についてどのように考えるかなどが問題になると考えられるが、これらについて、法律行為の無効及び取消し全体の制度設計(後記第32)にも留意しつつ、検討してはどうか。

【部会資料12-2第2, 2[20頁], 部会資料13-2第2, 4[56頁]】

【意見】

- (1) 意思能力を欠く法律行為の効力は、無効とすべきである。
- (2) 意思無能力による無効は、意思表示の相手方からの無効主張はできないとすべきである。

意思無能力無効を主張できる期間については、規定を置くことに反対である。

意思無能力を無効としても、表意者に法律行為の時に遡って追認することを認めることや、その際、相手方には追認するかどうかの催告権を認めることについては、慎重に検討するべきである。

成年被後見人の法律行為の取消との二重効については、解釈に委ねるべきであり、特段の規定を設けることには反対である。

【理由】

- (1) について

民法の意思主義、私的自治の原則の重要性の観点からは、意思能力を欠く法律行為は、意思が全くない以上法律効果を帰属させられないのは当然であり、無効とすべきであって、取消されるまで有効とすること自体に無理がある。

意思無能力者には、制限行為能力者とは異なり、成年後見人、保佐人、補助人のような保護をする者がいないため、当該意思表示後に直ちに保護を得られず、制限行為能力者と同一に扱えない。即ち、意思無能力者が取消しをするためには、意思表示の後成年後見人の選任まで一定の期間を要することから、成年後見人が選任されるまでは具体的な救済に向けた権利行使を行えない上、取消構成により

その間当該意思表示が有効となるのであれば、相手方からの履行強制を拒絶できないこととなり、意思無能力者にとって不利益な結果となる可能性がある。

具体的には、取消構成であれば、取消すまでは一旦有効となるため、無能力者自身が自ら誤って自らにとって不利益な法律行為をしてしまった場合も有効となって、その履行を強制される危険が高まり、表意者保護の趣旨に反する結果となる。更には、取消すまでは一旦有効であることを奇貨として、高齢者等を狙った詐欺等を増長する可能性が高い。

また、実務においては、現実には、成年後見人が選任されるべきであるのに、選任されていない者が多数存在することに鑑みると、取消構成として法律行為を有効とすると、成年後見人が選任されていない意思無能力者を保護することができなくなる。

また、取消構成をとった場合、例えば意思無能力状態で遺言を作成した後に遺言者が死亡し、相続人間で遺言の効力につき意思無能力が問題となった場合に、対立する相続人間で取消権がどのように帰属し、どのように行使されるのかにつき複雑かつ困難な問題が生じることから取消権構成は採用すべきではない。

なお、同様の問題は、無効構成でも生じうるとの指摘はあるが、形成権である取消権の行使の場合と異なり、無効構成では、意思無能力者たる遺言者の包括承継人である個々の相続人がそれぞれの立場で無効主張することについては、それほど違和感はなく、或いは少なくとも無効構成の方がハードルはより低いと言えるのではないか。

このように、取消構成では、当該法律行為は取り消されるまで有効とすること自体において欠陥があり、反対である。

(2) について

意思無能力において、意思表示の相手方は無効主張できないことのみについて、判例をリステイトすべきである。それ以上には、無効の主張権者を制限する規定を設けることに反対である。取引の相手方以外が無効主張できると解すべきである。

なぜなら、取消と同様の主張権者の制限を加えることは、意思無能力者保護に欠けることになる。即ち、最低限取消権者と同様の範囲のものが主張できるとしても、それ以外のものによる主張を一切否定してよいとは言いがたい。また、公序良俗等の場合と比較しても、表意者保護の観点から無効主張権者を類型化することは容易ではない。無効構成であれば、意思無能力者の親族が無効できる可能性があるが、この点は、(相対的無効の考え方からの親族に関する法的な位置づけの理解は問題であるとしても)実務上の意義としては、表意者保護にとって大きなファクターであると評価できるのであって、否定する必要もなく、親族による無効主張の可否は解釈に委ねるべきである。

そのため、意思表示の相手方が無効主張できないことのみを規定し、それ以外については、無効主張ができるものとするか、少なくとも解釈に委ねるべきである。

意思無能力無効を主張できる期間に関する規定を設ける必要はない。無効と

取消で、期間制限の違いを設けてもよい。

期間制限については、無効と取消の二重効を避けるためには、無効の期間制限を取消のそれと一致させるべきであるとの議論もありうる。

しかしながら、現行法においても、無効の期間制限と取消の期間制限のどちらが有利かも俄かに決しがたい。また、現実に意思無能力が問題になるのは法律行為後相当期間が経過してからの場合もあり、こうした表意者を保護すべき場合も認められる。しかしながら、取消構成ではこうした表意者を保護を図れないことから、現行法のごとく無効と取消の期間制限が異なっていることも表意者保護に資する。

こうした観点からは、意思無能力無効の主張期間制限についても、敢えて規定を設けずに、取消の期間制限とは異なるものとするにも、積極的な意義が認められる。

取消構成の根拠は、当該法律行為の有効・無効について表意者に選択権を与えて保護することを根拠の一つとする。

しかしながら、意思能力を欠く法律行為を無効としても、意思無能力者側の判断・選択で当該行為を有効にできるよう、意思無能力者側の追認を創設することで保護を図ることも十分可能である。

このとき、民法119条但書によるのではなく、(事後的な判断によって表意者の意思に適うならば)行為の時に遡って追認によって有効とすることも考えられる。

その際、相手方の保護のために、相手方に、意思無能力者側に追認するかどうかの催告権を付与することも考えられる。

法制審の議論でも、意思無能力の場合を無効とするか取消とするかは政策判断であるとされているところ、取消構成では、成年後見人などが選任されるまでの間に行為が有効とされるため、意思無能力者(典型的には高齢者)の被害が拡大する可能性があるとの重大な欠陥がある以上、当該法律行為後成年後見人等の選任までの間の意思無能力者の保護という政策判断の観点から、意思能力を書く状態でなされた法律行為の効果は無効とすべきである。

こうした観点からは、最終的に無効と取消の二重効が生じるとしても、それもやむを得ないと考えられる。

また、意思無能力者制度を、行為能力者制度とは別の表意者保護制度であると位置づけ、無効の主張権者や期間制限についても異なるものとなったとしても、異なった制度がそれぞれに存在する方が表意者保護に資すると考えられ、積極的な意義が認められるのであり、解釈に委ねるべきである。

第30 意思表示

1 心裡留保

(1) 心裡留保の意思表示が無効となる要件

表意者が表示と真意に不一致があることを知ってした意思表示の効力について、民法第93条は、相手方が表意者の真意に気づいてくれることを期

待して真意と異なる意思表示をした場合（非真意表示）と 表意者が相手方を誤信させる意図を持って、自己の真意を秘匿して真意と異なる意思表示をした場合（狭義の心裡留保）を区別せずに規定しているが、この両者を区別し、非真意表示においては相手方が悪意又は有過失のときに無効であるが、狭義の心裡留保においては相手方が悪意の場合に限って無効であるとするべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、その両者を区別することが實際上困難であるとの指摘があることも踏まえ、更に検討してはどうか。

また、心裡留保の意思表示は、相手方が「表意者の真意」を知り又は知ることができたときは無効であるとされている（民法第93条ただし書）が、真意の内容を必ずしも知る必要はないことから、その悪意等の対象を「表意者の真意」ではなく、「表示が表意者の真意でないこと」と改める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料12 - 2第3, 2(1) [23頁]】

【意見】

非真意表示と、狭義の心裡留保を区別して規定すべきか否かについては、反対である。

【理由】

非真意表示と狭義の心裡留保とを区別することについては、そのような区別を明確にすることは困難である。

また、分かりやすい民法とするためには、心裡留保という難解な用語についても検討すべきである。

(2) 第三者保護規定

心裡留保の意思表示を前提として新たに利害関係を有するに至った第三者を保護する規定はなく、解釈に委ねられているが、このような第三者が保護される要件を明らかにするため新たに規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。その際、通謀虚偽表示・錯誤・詐欺等に関する第三者保護規定との整合性に留意しながら、その規定内容や、第三者保護規定の配置の在り方について、更に検討してはどうか。規定内容については、例えば、心裡留保の意思表示が無効であることを善意の第三者に対抗することができないという考え方と、善意かつ無過失の第三者に対抗することができないという考え方があるが、その当否を含めて更に検討してはどうか。

【部会資料12 - 2第3, 2(2) [26頁]】

【意見】

第三者保護規定を置くことについては、賛成意見が強い。

主観的要件に関しては、基本的には善意で足りるとする考えに賛成意見が強い。

【理由】

これまで保護すべき第三者に関しては解釈に委ねられていたことから，明文化することは分かりやすい民法の実現に資する。

ただし，帰責性のある本人と比較した場合，第三者に無過失まで要求すべきかは疑問がある。

なお，配置としては，意思表示の瑕疵に関して共通の規定を置くべきであるとの意見もあった（以下同様）

2 通謀虚偽表示

(1) 第三者保護要件

通謀虚偽表示による意思表示の無効は善意の第三者に対抗することができないとされている（民法第94条第2項）が，心裡留保・錯誤・詐欺等に関する第三者保護規定を検討する場合には，これらとの整合性を図る観点から，同項の第三者が保護されるための主観的要件を見直す必要がないかどうかについて，検討してはどうか。

また，併せて第三者保護規定の配置の在り方についても検討してはどうか。

【意見】

第三者保護規定を置くことについては，賛成意見が強い。

主観的要件に関しては，基本的には善意で足りるとする考え方に賛成意見が強い。

【理由】

これまで保護すべき第三者に関しては解釈に委ねられていたことから，明文化することは「分かりやすい民法」の実現に資する。

ただし，帰責性のある本人と比較した場合，第三者に無過失まで要求すべきかは疑問がある。

(2) 民法第94条第2項の類推適用法理の明文化

民法第94条第2項は，真実でない外観を作出したことについて責任がある者は，その外観を信頼した者に対し，外観が真実でないとの主張をすることが許されないといういわゆる表見法理の実定法上の現れであるとされ，判例により，同項の本来的な適用場面に限らず，例えば不動産の取引において真の権利者が不実の登記名義の移転に関与した場合など，様々な場面に類推適用されている。判例による同項の類推適用法理は，重要な法理を形成していることから，これを条文上明記すべきであるとの考え方がある。このような考え方については，その当否とは別に，物権変動法制全体との調整が必要になるため，今回の改正作業で取り上げることは困難であるとの指摘があることも踏まえつつ，当面その考え方の当否を更に検討する一方で，今後この論点を取り上げるべきかどうかについても，検討してはどうか。

【意見】

94条2項の類推適用の内容を条文化して明確にする方向で検討することに賛成意見が強い。

ただし、その規定の位置、要件・効果等については、今後慎重に検討する必要がある。

【理由】

分かりやすい民法の実現のためには、今回の改正において外観法理の規定整備の一環として94条2項の類推適用の内容を法文化すべきである。

ただし、不動産の公信力の問題等、物権変動法制との整合性に十分に配慮する必要がある。

3 錯誤

(1) 動機の錯誤に関する判例法理の明文化

錯誤をめぐる紛争の多くは動機の錯誤が問題となるものであるにもかかわらず、動機の錯誤に関する現在の規律は条文上分かりにくいことから、判例法理を踏まえて動機の錯誤に関する明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

規定の内容については、例えば、事実の認識が法律行為の内容になっている場合にはその認識の誤りのリスクを相手方に転嫁できることから当該事実に関する錯誤に民法第95条を適用するとの考え方がある。他方、動機の錯誤に関する学説には、動機の錯誤を他の錯誤と区別せず、表意者が錯誤に陥っていること又は錯誤に陥っている事項の重要性について相手方に認識可能性がある場合に同条を適用するとの見解もある。そこで、このような学説の対立も踏まえながら、上記の考え方の当否を含め、動機の錯誤に関する規律の内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料12 - 2第3, 4(1) [30頁]】

【意見】

(1) 動機の錯誤の規定を置く方向性に賛成意見が強い。

規定の内容については、判例理論（動機が表示されて法律行為の内容になる）を踏まえて条文化することに賛成意見が強い。

(2) これに対し、動機の錯誤は、法律行為をするに当たって重視した「事実について認識を誤った」ことを意味し（事実の錯誤）、その「事実に関する認識が法律行為の内容になる（取り込まれる）こと」を成立要件とすべきである旨の意見に対しては、慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

判例理論のように「動機が表示されて法律行為の内容になる」の方が国民にとって分かりやすく、要件として適切である。

(2) について

「事実に関する認識が法律行為の内容になる(取り込まれる)こと」に対しては、現在の判例法理を明文化すべきとして賛成である意見もあるが、これに対し、「事実に関する認識が法律行為の内容になる」の意味が不明確であり、かつ判例理論と比べ表意者に不利であるとして反対である意見もあり、この点は慎重に検討すべきである。

(2) 要素の錯誤の明確化

民法第95条にいう「要素」について、判例は、意思表示の内容の主要な部分であり、この点についての錯誤がなかったなら表意者は意思表示をしなかったであろうし、かつ、意思表示をしないことが一般取引の通念に照らして正当と認められることを意味するとしている。このような判例法理を条文上明記することとしてはどうか。

【部会資料12-2第3,4(2)[31頁]】

【意見】

賛成意見が強い。

【理由】

要素の錯誤については明確な基準等が規定されていなかったのであり、これを明文化することは分かりやすい民法の実現に資する。

(3) 表意者に重過失がある場合の無効主張の制限の例外

表意者に重過失があったときは意思表示の錯誤無効を主張することができないとされている(民法第95条ただし書)が、表意者の意思表示が錯誤によるものであることを相手方が知っている場合又は知らなかったことについて相手方に重過失がある場合、当事者双方が同一の錯誤に陥っている場合、相手方が表意者の錯誤を引き起こした場合においては、表意者は重過失があっても無効を主張できるものとすべきであるとの考え方がある。このような考え方について、相手方が過失なく表意者の錯誤を引き起こした場合にも重過失ある表意者が錯誤無効を主張することができるとするのは適当でないなどの指摘があることも踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3,4(3)[32頁]】

【意見】

表意者に重大な過失があった場合でも、相手方が表意者の意思表示が錯誤によるものであることを知っていたか、又は知らなかったことにつき重大な過失があった

場合は、錯誤の主張を認めることについて賛成意見が強い。

当事者双方が同一の錯誤に陥っている場合に、表意者に重過失があっても錯誤無効の主張を認めるか否かについて更に検討することに賛成意見が強い。

相手方が表意者の錯誤を引き起こした場合、重大な過失ある表意者が錯誤の主張をなすことができるか否かについて、慎重に検討すべきである。

【理由】

支配的見解を法文化することは、分かりやすい民法の実現に資する。

この点も、検討自体は積極的に行うべきである。

検討すること自体には賛成意見もあるが、不実表示と平行に考えると、過失無くして錯誤を引き起こした場合も、重過失ある表意者が錯誤無効の主張をすることができることになるので失当である旨の反対意見がある。相手方の過失を問題にすることは、不実表示（不実告知）と関連する。

したがって、慎重な検討が必要である。

(4) 効果

錯誤があった場合の意思表示の効力について、民法は無効としている（同法第95条本文）が、無効の主張は原則として表意者だけができることができると解されているため、その効果は取消しに近づいているとして、錯誤による意思表示は取り消すことができるものとすべきであるとの考え方がある。このような考え方に対しては、取消権の行使期間には制限があるなど、表意者の保護が十分でなくなるおそれがあるとして、無効という効果を維持すべきであるとの考え方もあることから、これらを踏まえ、錯誤による意思表示の効果をどのようにすべきかについて、更に検討してはどうか。

その検討に当たっては、錯誤に基づく意思表示の効力を否定することができる者の範囲、効力を否定することができる期間、追認するかどうかについての相手方の催告権の要否などが問題になると考えられるが、これらについて、法律行為の無効及び取消し全体の制度設計（後記第32）にも留意しつつ、検討してはどうか。

【部会資料12-2第3, 4(4) [34頁], 部会資料13-2第2, 4 [56頁]】

【意見】

相対的無効ないし取消とすることに賛成意見が強い。

なお、その検討に当たって法律行為の無効・取消全体の制度設計に留意しつつ検討すべきである。

【理由】

錯誤が表意者保護の制度である（意思無能力者についての特別な配慮は不要である。）こと、及び判例法理を明文化することで分かりやすい民法に繋がること、からすると、取消（相対的無効）で足りるといえる。

ただ、相対的無効という考え方を立法化するのであれば、無効と取消の相違点等に関して、検討する必要はある。

(5) 錯誤者の損害賠償責任

錯誤は、錯誤者側の事情で意思表示の効力を否定する制度であるから、錯誤者はこれによって相手方が被る損害を賠償する責任を伴うとして、錯誤無効が主張されたために相手方や第三者が被った損害について錯誤者は無過失責任を負うという考え方がある。これに対しては、無過失責任を負わせるのは錯誤者にとって酷な場合があり、損害賠償責任の有無は不法行為の一般原則に委ねるべきであるとの指摘もある。このような指摘も踏まえ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3,4(4)(関連論点)[34頁]】

【意見】

錯誤者は過失が無くても損害賠償の義務を負うという趣旨を含めて錯誤者の損害賠償責任についての明文規定を置くことには、反対である。

この点は、不法行為の一般原則に委ねるべきである。

【理由】

上記のような特則を設けることは、とりわけ消費者などの社会的弱者が表意者の場合に過酷であって、不当である。

(6) 第三者保護規定

錯誤によってされた意思表示の存在を前提として新たに利害関係を有するに至った第三者を保護する規定はなく、解釈に委ねられているが、このような第三者が保護される要件を明らかにするため新たに規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。その際、心裡留保・通謀虚偽表示・詐欺等に関する第三者保護規定との整合性に留意しながら、その規定内容や、第三者保護規定の配置の在り方について、更に検討してはどうか。規定内容については、例えば、表意者の犠牲の下に第三者を保護するには第三者の信頼が正当なものでなければならぬとして、善意かつ無過失が必要であるとの考え方や、錯誤のリスクは本来表意者が負担すべきものであり、第三者は善意であれば保護されるとの考え方があるが、これらの考え方の当否を含めて更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3,4(5)[35頁]】

【意見】

規定を設けることについては賛成意見が強い。その内容は、善意無過失とする意見が多い。

【理由】

分かりやすい民法という観点からは、明文化すべきである。その場合、心裡留保、通謀虚偽表示と比較して、有過失の第三者を保護すべきか否かについては、慎重に考えるべきである。

4 詐欺及び強迫

(1) 沈黙による詐欺

積極的な欺罔行為をするのではなく、告げるべき事実を告げないことで表意者を錯誤に陥れて意思表示をさせることも、詐欺に該当することがあるとされている。そこで、このことを条文上明記すべきであるという考え方があるが、これに対しては、現行の詐欺の規定があれば足りるとして規定を設ける必要性を疑問視する指摘もある。このような指摘を踏まえ、沈黙による詐欺に関する規定の要否や設ける場合の規定内容（沈黙が詐欺に該当する範囲等）について、更に検討してはどうか。

【部会資料12 - 2第3, 5(1) [43頁]】

【意見】

沈黙による詐欺については、慎重に検討すべきである。

【理由】

詐欺の場合のみ、その沈黙という不作為の一形態を明文化することになり、他の意思表示の瑕疵とのバランスを欠くことによる誤解や混乱を招く危険がある。

また、従来は懲戒処分に対応して来た労働者の経歴詐称について、沈黙による詐欺として労働契約を取り消すという紛争が多発する懸念があるとの指摘もある。この点については、別途検討されている情報提供義務、説明義務との関係もあるので、併せて検討すべきである。

(2) 第三者による詐欺

第三者が詐欺をした場合について、相手方が第三者による詐欺の事実を知っていた場合だけでなく、知ることができた場合にも、表意者はその意思表示を取り消すことができるものとする方向で、相手方が詐欺の事実を知っていたかどうかにかかわらず取消しを認めるものとする方向で、相手方との関係に関する要件等について更に検討してはどうか。

また、法人が相手方である場合の従業員等、その行為について相手方が責任を負うべき者がした詐欺については、相手方が詐欺の事実を知っていたかどうかにかかわらず取消しを認めるものとする方向で、相手方との関係に関する要件等について更に検討してはどうか。

【部会資料12 - 2第3, 5(2) [44頁], 同(関連論点)[45頁]】

【意見】

(1) 第三者の詐欺については相手方が第三者による詐欺の事実を知ることができた場合も、表意者はその意思表示を取り消すことができるとする方向性に賛成であ

る。

- (2) 法人が相手方である場合に、直接の詐欺者がその従業員であったり従業員でなくとも契約締結補助者であったときは、本人の詐欺の一環として検討すべきとの意見もある。

【理由】

- (1) について

判例，通説的見解の法文化であり，分かりやすい民法の実現に資する。

- (2) について締約補助者・媒介委託者の法理論（消費者契約法5条参照）がある。

特に悪徳業者による勧誘の場合，従業員やそれに準じる者（受託者）による詐欺行為があったときに，会社自体は善意であるなどと責任逃れすることがある。このような場合には会社の意思表示であると理解すべきことがある。

- (3) 第三者保護規定

詐欺による意思表示の取消しは「善意の第三者」に対抗できないとされている（民法第96条第3項）が，第三者が保護されるには善意だけでなく無過失が必要であるとの学説が有力である。そこで，これを条文上明記するものとしてはどうか。

また，併せて第三者保護規定の配置の在り方についても検討してはどうか。

【部会資料12-2第3，5(3) [45頁]】

【意見】

上記の第三者保護規定を設ける方向性に賛成意見が強い。賛成意見の中では，善意無過失を必要とする意見が多い。

【理由】

通説的見解の法文化であり，分かりやすい民法の実現に資する。その場合，心裡留保，通謀虚偽表示と比較して，有過失の第三者を保護すべきか否かについては，慎重に考えるべきである。

5 意思表示に関する規定の拡充

詐欺，強迫など，民法上表意者が意思表示を取り消すことができるとされている場合のほかにも，表意者を保護するため意思表示の取消しを認めるべき場合があるかどうかについて，更に検討してはどうか。

例えば，契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼすべき事項に関して誤った事実を告げられたことによって表意者が事実を誤認し，誤認に基づいて意思表示をした場合には，表意者は意思表示を取り消すことができるという考え方がある。また，表意者の相手方が表意者にとって有利な事実を告げながら，これと表裏一体の関係にある不利益な事実を告げなかったために表意者がそのような事実が存在しないと誤認し，誤認に基づいて意思表示をした場合（誤った

事実を告知されたことに基づいて意思表示をした場合と併せて不実表示と呼ぶ考え方がある。)には、表意者は意思表示を取り消すことができるという考え方もある。これらの考え方に対しては、濫用のおそれを指摘する指摘や、表意者が事業者であって相手方が消費者である場合にこのような規律を適用するのは適当ではないとの指摘、相手方に過失がない場合にも取消しを認めるのであれば相手方の保護に欠けるとの指摘などもあるが、これらの指摘も踏まえ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料12 - 2第3, 6(1) [52頁], (2) [56頁]】

【意見】

- (1) 詐欺、強迫など、民法上表意者が意思表示を取り消すことができるとされている場合のほかにも、表意者を保護するため意思表示の取消しを認めるべき場合があることについて、更に検討することに賛成意見が強い。
その場合に「契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼすべき事項に関して誤った事実を告げられたことによって表意者が事実を誤認し、誤認に基づいて意思表示をした場合」を不実表示と定義して民法に規定する方向性に賛成意見が強い。
かかる規定を任意規定として導入すべきとの意見があるが、これには反対意見が強い。
- (2) 不実表示の要件、効果等については慎重に検討すべきである。特に、消費者が事業者に対して不実表示をした場合に、事業者が取消しを主張するいわゆる逆適用の問題については、反対意見が強い。
- (3) これらについては、この問題が民法で解決できないのであれば、消費者契約法等に明文で特則を設ける方向性を検討すべきとの意見もある。

【理由】

(1) について

契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼすべき事項に関して誤った事実を告げられた場合には、特に情報量等の格差を指摘される消費者でなくとも表意者保護の必要はあるといえる。そこで、消費者契約のみならず事業者間契約も含めて契約一般における「格差の拡大に対応した表意者保護の制度」を設けるべきであること、及び故意による詐欺・強迫以外にも、「不実告知を受けて事実を誤認した者」を一般的に保護する必要がある。

その場合は、強行規定としなければ劣位者保護ないし格差拡大への対応という改正目的にもとることになる。

(2) について

その要件については、「誤って」或いは「過失無くして」消費者や労働者が不実表示をして事業者と契約した場合に、事業者が契約の取消しをなすことができるのは消費者保護・労働者保護の観点で問題がある旨の意見が相当数ある。

(3) について

意見のとおり。

6 意思表示の到達及び受領能力

(1) 意思表示の効力発生時期

民法第97条第1項は、意思表示は相手方に「到達」した時から効力を生ずると規定するが、この「到達」の意味内容について、相手方が社会観念上了知し得べき客観的状态が生じたことを意味すると解する判例法理を踏まえ、できる限り具体的な判断基準を明記する方向で、更に検討してはどうか。

具体的な規定内容として、例えば、相手方が意思表示を了知した場合、相手方が設置又は指定した受信設備に意思表示が着信した場合、相手方が意思表示を了知することができる状態に置かれた場合には、到達があったものとするとの考え方があるが、このような考え方の当否を含め、「到達」の判断基準について、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3,7(1)[62頁]】

【意見】

意思表示の「到達」の概念を、判例法理を踏まえて法文化する方向性及び上記から について検討することに賛成である。

【理由】

分かりやすい民法の実現に資する。

(2) 意思表示の到達主義の適用対象

民法第97条第1項は、「隔地者に対する意思表示」を意思表示の到達主義の適用対象としているが、この規律が対話者間の意思表示にも妥当することを条文上明確にするため、「相手方のある意思表示」は相手方に到達した時から効力を生ずるものとしてはどうか。

【部会資料12-2第3,7(2)[63頁]】

【意見】

隔地者に対する意思表示のみならず、対話者間の意思表示にも妥当することを明示する規定とすることに賛成である。

【理由】

「分かりやすい民法」の実現に資する。

(3) 意思表示の受領を擬制すべき場合

意思表示が相手方に通常到達すべき方法でされたが、相手方が正当な理由なく到達のために必要な行為をしなかったなどの一定の場合には、意思表示が到達しなかったとしても到達が擬制されるものとする方向で、更に検討してはどうか。

どのような場合に意思表示の到達が擬制されるかについては、表意者側の

行為態様と受領者側の対応の双方を考慮して、両者の利害を調整する観点から、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3,7(3)[64頁]】

【意見】

意思表示の到達擬制制度を法文化する方向性に賛成意見が強い。

ただし、要件については慎重に検討すべきであり、正当な理由の下で受領を拒絶した場合にまで到達擬制を認めるか否かについては、なお慎重に検討すべきである。

【理由】

受領者側と意思表示側のそれぞれの対応をリンクさせた規定にすべきであるが、相手方が不当に受領拒絶する等の場合があり、この場合に了知が通常可能な状態に置いたとすることは適切であり、これを規定することは分かりやすい民法の実現に資する。

ただし、受領拒絶する場合には理由にかかわらず受領を擬制することが適切でない場合も考えられ、到達擬制制度を設けるとしても、その要件に関しては十分に検討すべきである。

- (4) 意思能力を欠く状態となった後に到達し、又は受領した意思表示の効力表意者が、意思表示を発信した後それが相手方に到達する前に意思能力を欠く状態になった場合や、相手方が意思能力を欠く状態で表意者の意思表示を受領した場合における意思表示の効力に関する規定を設けることについて、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3,7(4)[65頁]】

【意見】

これに関する明文規定を設けることについて賛成意見が強い。

【理由】

規定のなかった点であり、明文化することは分かりやすい民法の実現に資する。

第31 不当条項規制

1 不当条項規制の要否、適用対象等

- (1) 契約関係については基本的に契約自由の原則が妥当し、契約当事者は自由にその内容を決定できるのが原則であるが、今日の社会においては、対等な当事者が自由に交渉して契約内容を形成することによって契約内容の合理性が保障されるというメカニズムが働かない場合があり、このような場合には一方当事者の利益が不当に害されることがないように不当な内容を持つ契約条項を規制する必要があるという考え方がある。このような考え方に従い、不当な契約条項の規制に関する規定を民法に設ける必要があるかについて、その必要性を判断する前提として正確な実態の把握が必要であるとの指摘など

にも留意しつつ，更に検討してはどうか。

【意見】

民法に不当条項規制を設けることについては，賛成する意見が多い。

【理由】

契約自由の原則は対等な当事者による交渉ということが前提であるところ，現実社会において当事者の対等性が確保できない場合や実質的な交渉が確保できない場合には，契約の内容的規制が必要かつ妥当である等として，不当条項規制に賛成する意見が多い。

- (2) 民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合に対象とすべき契約類型については，どのような契約であっても不当な契約条項が使用されている場合には規制すべきであるという考え方のほか，一定の契約類型を対象として不当条項を規制すべきであるとの考え方がある。例えば，約款は一方当事者が作成し，他方当事者が契約内容の形成に関与しないものであること，消費者契約においては消費者が情報量や交渉力等において劣位にあることから，これらの契約においては契約内容の合理性を保障するメカニズムが働かないとして，これらを不当条項規制の対象とするという考え方（消費者契約については後記第62，2）である。また，消極的な方法で不当条項規制の対象を限定する考え方として，労働契約は対象から除外すべきであるとの考え方や，労働契約においては，使用者が不当な条項を使用した場合には規制の対象とするが，労働者が不当な条項を使用しても規制の対象としないという片面的な考え方も主張されている。これらの当否を含め，不当条項規制の対象について，更に検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第1，1 [1頁]，2(1) [5頁]，
部会資料20 - 2第1，2 [11頁]】

【意見】

- (1) 公序良俗に反する契約条項

公序良俗に反する契約条項を不当条項規制の適用対象とすることについては，賛成する意見が多い。

- (2) 約款を使用した取引における契約条項

約款を使用した取引における契約条項を不当条項規制の適用対象とすることについては，賛成する意見が多い。

- (3) 消費者契約

消費者契約を不当条項規制の適用対象とすることについては，賛成する意見が多い。もっとも、その法形式については、消費者契約法の改正をもって行うことに賛成する意見が多い。

【理由】

(1) について

公序良俗に反する契約条項が無効であることは自明であるが、当事者の属性や契約の種類にかかわらず法的効力を否定すべき具体的な契約条項を類型化できる場合には、不当条項規制の対象として位置付けるべきである。

(2) について

現在の社会では契約の一方当事者が作成した約款を使用した取引が多く存在するところ、かかる取引では当事者間で契約内容に関する実質的な交渉が確保されていない場合が多く、いわゆる約款の隠蔽効果もあって、約款条項どおりの合意の成立を他方当事者に強要する場合には他方当事者にとって酷な結果となる場合が少なくないとして、不当条項規制の適用対象とすることに賛成する意見が多い。

(3) について

消費者契約では、当事者間で契約内容に関する実質的な交渉が確保されていない場合が多く、約款条項どおりの合意の成立を他方当事者に強要する場合には他方当事者にとって酷な結果となる場合が少なくないとして、不当条項規制の適用対象として賛成する意見が多い。

ただし、上記立法の法形式については、民法の改正をもって行うよりも、消費者契約法の改正をもって行う方が望ましいとする見解が多い（この点に関しては「第62、1」部分で詳述）。

2 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項

不当条項規制の対象とすべき契約類型に含まれる条項であっても、契約交渉の経緯等によって例外的に不当条項規制の対象から除外すべき条項があるかどうか、どのようなものを対象から除外すべきかについて、更に検討してはどうか。

例えば、個別に交渉された条項又は個別に合意された条項を不当条項規制の対象から除外すべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、どのような場合に個別交渉があったと言えるか、一定の契約類型（例えば、消費者契約）に含まれる条項は個別交渉又は個別合意があっても不当条項規制の対象から除外されないという例外を設ける必要がないかなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

また、契約の中心部分に関する契約条項を不当条項規制の対象から除外すべきかどうかについて、中心部分とそれ以外の部分の区別の明確性や、暴利行為規制など他の手段による規制の可能性、一定の契約類型（例えば、消費者契約）に含まれる条項は中心部分に関するものであっても不当条項規制の対象から除外されないという例外を設ける必要はないかなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

【意見】

- (1) 個別の交渉を経て採用された条項について
個別交渉を経て採用された条項を適用除外とすることには、反対する意見が多い。
- (2) 契約の中心部分に関する契約条項について
中心的部分に関する契約条項を適用除外とすることには反対する意見が多い。

【理由】

- (1) について
形式的な交渉による脱法を防止する必要がある、個別の交渉を経たことのみで合意内容の合理性を当然には肯定できない、として適用除外に反対する意見が多い。
- (2) について
実際問題として契約の中心的部分かそうでないかは厳密な区別が困難である、契約の中心部分に関する条項に規制が及ばないことを認めると本来不当条項規制が及ぶべき事項を給付に関する条項に組み入れる等の脱法行為を防止する必要性がある等の理由から、中心的部分に関する契約条項を適用除外とすることには反対する見解が多い。

3 不当性の判断枠組み

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には、問題となる条項の不当性をどのように判断するかが問題となる。具体的には、契約条項の不当性を判断するに当たって比較対照すべき標準的な内容を任意規定に限定するか、条項の使用が予定されている多数の相手方と個別の相手方のいずれを想定して不当性を判断するか、不当性を判断するに当たって考慮すべき要素は何か、どの程度まで不当なものを規制の対象とするかなどが問題となり得るが、これらの点について、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第1, 3(1)[9頁]】

【意見】

- (1) 比較対照すべき標準的な内容（任意規定に限るか）
比較の対象を任意規定に限る考え方には反対である。
- (2) 想定すべき相手方（個別判断か画一的判断か）
不当条項規制の対象となる契約条項ごとに慎重に検討すべきである。
- (3) 不当性判断の考慮要素
不当条項規制の対象となる契約条項ごとに慎重に検討すべきである。
- (4) 不当性判断の判断基準

「条項使用者の相手方の利益を信義則に反する程度に害するかどうか」という判断基準で決することに賛成である。

【理由】

(1) 比較対照すべき標準的な内容（任意規定に限るか）

重要な点は原則的な権利義務関係から逸脱したような契約内容を定めた契約条項か否かという判断の基準であるところ、原則的な権利義務関係は法令中の明文の任意規定だけでなく判例等によって確立しているルールや明文のない基本原理などによって決まるものであるから、当該契約条項の内容と当該契約条項が存在しない場合の当事者の権利義務関係を比較すべきである。

なお、消費者契約法第10条前段の解釈論では、「比較の対象は任意規定のみ」という消費者庁解説の見解（限定説）を支持する見解は少なく、多くの学説も、日弁連見解も非限定説の立場である（詳細は日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編「コンメンタール消費者契約法(第2版)」184～186頁(商事法務,2010)）。

(2) 想定すべき相手方（個別判断か画一的判断か）

多数の相手方に適用される約款条項の不当条項性を問題とするのであれば、個別事情を捨象して画一的に約款条項自体の不当条項性を判断するのが合理的であるとも考えられる。一方、消費者契約に関する不当条項審査の場合には、個別契約の契約条項まで対象となることから個別具体的に検討すべきではないかとも考えられる。不当条項規制の対象となる契約条項ごとに慎重に検討すべきである。

(3) 不当性判断の考慮要素

抽象的には種々の要素を総合的に検討すべきことになるのではないかと思われるが、多数の相手方に適用される約款の不当条項性を問題とする場合と、個別性の強い契約の契約条項を含めた消費者契約の不当条項性を問題とする場合の差違を踏まえつつ、慎重に検討すべきである。

(4) 不当性判断の判断基準

不当条項審査の判断基準としては、比較法的観点や、我が国の学説も踏まえ、「信義則違反」という判断基準を支持する見解が多い。

4 不当条項の効力

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には、ある条項が不当と評価された場合の効果が問題になるが、この点に関しては、不当条項規制の対象となる条項は不当とされる限度で一部の効力を否定されるとの考え方と、当該条項全体の効力を否定されるとの考え方がある。いずれが適当であるかについては、「条項全体」が契約内容のうちどの範囲を指すかを明確にすることができ、法律行為に含まれる特定の条項の一部に無効原因がある場合の当該条項の効力をどのように考えるか（後記第32, 2(1)）にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、不当な条項を無効とするか、取り消すことができるものとするかについて、更に検討してはどうか。

【意見】

(1) 全部無効か一部無効か

全部無効，一部無効の是非を，慎重に検討すべきである。

(2) 無効か取消か

無効と考える意見に賛成である。

【理由】

(1) 全部無効か一部無効か

不当条項規制に抵触する限度で契約条項の法的効力を否定すればよいとする意見がある一方で，およそ無効な不当条項を定めていても裁判所がぎりぎり有効なところで制限解釈によって有効にしてくれるのであれば不当条項の流布は止まらないとして原則的に全部無効とすべきとする見解も多い。

(2) 無効か取消か

不当条項規制に反するような契約条項について，およそ法的効力を認める必要はないと考える意見が多い。

5 不当条項のリストを設けることの当否

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には，どのような条項が不当と評価されるのかについての予測可能性を高めることなどを目的として，不当条項規制に関する一般的規定（前記3及び4）に加え，不当と評価される可能性のある契約条項のリストを作成すべきであるとの考え方があるが，これに対しては，硬直的な運用をもたらすなどとして反対する意見もある。そこで，不当条項のリストを設けるという考え方の当否について，一般的規定は民法に設けるとしてもリストは特別法に設けるという考え方の当否も含め，更に検討してはどうか。

また，不当条項のリストを作成する場合には，該当すれば常に不当性が肯定され，条項使用者が不当性を阻却する事由を主張立証することができないものを列挙したリスト（ブラックリスト）と，条項使用者が不当性を阻却する事由を主張立証することによって不当性の評価を覆すことができるものを列挙したリスト（グレーリスト）を作成すべきであるとの考え方がある。これに対し，ブラックリストについては，どのような状況で使用されるかにかかわらず常に不当性が肯定される条項は少ないのではないかなどの問題が，グレーリストについては，使用者がこれに掲載された条項を回避することにより事実上ブラックリストとして機能するのではないかなどの問題が，それぞれ指摘されている。そこで，どのようなリストを作成するかについて，リストに掲載すべき条項の内容を含め，更に検討してはどうか。

【意見】

(1) 不当条項のリストを設けることの当否

具体的な不当条項リストを作成することには、賛成する意見が多い。ただし、消費者契約に対する不当条項規制の法形式については、民法改正よりも消費者契約法の改正で実現する方が最も望ましいという意見が多い。

(2) 不当条項リストの在り方（ブラックリスト、グレーリスト）

不当条項リストをブラックリストとグレーリストに分けて規定することには、賛成する意見が多い。

(3) 具体的なリストの内容

約款条項に対する不当条項リストの具体的な内容については、部会資料20において例示されたリスト内容に賛成する意見が多い。

消費者契約に対する不当条項リストの具体的な内容については、日本弁護士連合会の「消費者契約法日弁連試案」（1999年）や「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」（2006年）が提案する不当条項リストを早期に立法化すべきである。ただし、その法形式については、民法改正よりも消費者契約法の改正で実現する方が最も望ましいという意見が多い。

【理由】

(1) 不当条項のリストを設けることの当否

約款条項に対する不当条項規制についても、消費者契約に対する不当条項規制についても、具体的な不当条項のリストを作成することには、予見可能性が高まる、不当条項の削減や法的安定性にも資する等として、賛成する意見が多い

(2) 不当条項リストの在り方（ブラックリスト、グレーリスト）

約款条項に対する不当条項規制についても、消費者契約に対する不当条項規制についても、不当条項リストはブラックリストとグレーリストに分けて細かく規定した方が、どのような契約条項がどのような要件・効果の不当条項規制に服するかがより詳細になる点で、予見可能性が高まり不当条項の削減や法的安定性にも資する等として、賛成する意見が多い。

(3) 具体的なリストの内容

どのような契約条項が不当条項規制に該当するかという点については、出来る限り具体的にリストで規定した方が予見可能性が高まり、不当条項の削減や法的安定性にも資する。

約款条項に対する不当条項リストについては、部会資料20において例示されたリスト内容に賛成する意見が多い。ただし、一方的変更権条項のグレーリスト化については、反対意見や慎重意見が存在した。

消費者契約に対する不当条項リストの具体的な内容については、日本弁護士連合会の「消費者契約法日弁連試案」（1999年）や「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」（2006年）が提案する不当条項リストを早期に立法化すべきである。ただし、その法形式については、民法改正よりも消費者契約法の改正で実現

する方が最も望ましいという意見が多い。

第32 無効及び取消し

1 相対的無効（取消的無効）

法律行為の無効は原則として誰でも主張することができるかとされているが、暴利行為、意思能力を欠く状態で行われた法律行為、錯誤に基づく法律行為など、無効となる原因によっては無効を主張することができる者が限定される場合があるとされている。しかし、このようないわゆる相対的無効（取消的無効）の主張権者の範囲や無効を主張することができる期間については、民法上明文の規定がなく、必ずしも明確であるとは言えない。暴利行為に関する規律を設けるかどうかは議論があり、意思能力を欠く状態で行われた法律行為や錯誤に基づく法律行為の効果についても見直しの議論がある（前記第28, 1(2), 第29, 3, 第30, 3(4)）が、これらの効果を無効とする場合に、いわゆる相対的無効（取消的無効）に関する法律関係を明らかにするため、新たに規定を設けるかどうかについて、規定内容を含め、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2, 4（関連論点）[57頁]】

【意見】

相対的無効（取消的無効）に関する規定を設けることについては慎重な検討が必要である。

【理由】

無効の法律行為には公序良俗違反や暴利行為など誰でも当該法律行為の効果を否定できる構成が妥当なものもあれば、特定の表意者保護の趣旨から当該表意者による法律行為の拘束力から本人を解放すべきものまで多様である。後者においては表意者側から無効を主張できれば、表意者保護の目的を達するので、相手方からの無効主張を認めるべき理由はない。ただ、意思無能力・錯誤については、親族などの無効主張も認められて良いものと思われ、慎重な検討が必要である。

2 一部無効

(1) 法律行為に含まれる特定の条項の一部無効

法律行為に含まれる特定の条項の一部に無効原因がある場合における当該条項の効力は、民法第604条第1項などの個別の規定が設けられているときを除いて明らかでないため、原則として無効原因がある限度で一部無効になるにすぎず、残部の効力は維持される旨の一般的な規定を新たに設ける方向で、更に検討してはどうか。

このような原則を規定する場合には、併せてその例外を設けるかどうかの問題になる。例えば、一部に無効原因のある条項が約款に含まれるものである場合や、無効原因がある部分以外の残部の効力を維持することが当該条項の性質から相当でないと認められる場合は、当該条項の全部が無効になると

の考え方がある。また、民法に消費者概念を取り入れることとする場合に、消費者契約の特則として、無効原因がある条項の全部を無効にすべきであるとの考え方がある(後記第62,2)。他方、これらの考え方に対しては「条項の全部」がどこまでを指すのかが不明確であるとの批判もある。そこで、無効原因がある限度で一部無効になるという原則の例外を設けることの当否やその内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2,2(1)[41頁],部会資料20-2第1,2[11頁]】

【意見】

原則として、無効原因がある限度で一部無効になるにすぎず、残部の効力は維持される旨の一般的な規定を新たに設けることに賛成意見が強い。

また、上記の原則を規定する場合に、例外を設けることについても賛成意見が強い。

【理由】

当事者の意思からすれば、無効となる部分以外の残部では有効とする方が意思に合う場合もあり、そのような場合も全部無効を原則とすれば、過度に契約関係に介入することになる。

ただし、約款の場合には、事業者が契約条項を一方的に作成するのが常であるから、一部無効が認められると不当条項が流布するのを防止できない可能性がある。そのような残部の効力を維持することが当該条項の性質から相当でない認められる場合については、全部を無効とする旨の例外規定を設けるべきである。

(2) 法律行為の一部無効

法律行為に含まれる一部の条項が無効である場合における当該法律行為の効力について明らかにするため、原則として、当該条項のみが無効となり、法律行為の残部の効力は維持される旨の一般的な規定を新たに設ける方向で、更に検討してはどうか。

もっとも、このような原則の例外として法律行為全体が無効になる場合があるとされている。どのような場合に法律行為全体が無効になるかという判断基準については、例えば、当該条項が無効であることを認識していれば当事者は当該法律行為をしなかったであろうと合理的と考えられるかどうかを判断基準とするとの考え方などがある。このような考え方の当否を含め、法律行為全体が無効になるための判断基準について、更に検討してはどうか。

また、法律行為の一部が無効とされ、これを補充する必要が生じた場合にどのような方法で補充するかについては、例えば、個別の法律行為の趣旨や目的に適合した補充を最優先とする考え方や、合理的な意思解釈によれば足りるとする考え方などがある。これらの考え方の当否を含め、上記の補充の方法について、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2,2(2)[42頁],同(関連論点)[43頁]】

【意見】

原則として、当該条項のみが無効になり、法律行為の残部の効力は維持される旨の一般的な規定を設けることについては賛成意見が強い。

例外的に法律行為全体が無効になる場合の判断基準については、慎重に検討すべきである。

法律行為の一部が無効とされ、これを補充する必要が生じた場合のための規定を設けることについては慎重な検討が必要である。

【理由】

法律行為の効力をできるだけ維持すべきであるという点で、一部無効の法理を採用すべきである。

ただし、無効事由が生じるような場合において、法律行為全体の効力を維持することが必ずしも当事者の意思に合致するとは限らないのではないかと、という慎重意見もあるため、判断基準については慎重に検討すべきである。

補充規定の要否については、契約・法律行為解釈の基本原則について検証がなされておらず、無効な条項の補充の規定を置くことで、これが契約解釈の基本原則とならないか懸念される。

(3) 複数の法律行為の無効

ある法律行為が無効であっても、原則として他の法律行為の効力に影響しないと考えられるが、このような原則には例外もあるとして、ある法律行為が無効である場合に他の法律行為が無効になることがある旨を条文上明記すべきであるとの考え方がある。これに対しては、適切な要件を規定することは困難であるとの指摘や、ある法律行為が無効である場合における他の法律行為の効力が問題になる場面には、これらの契約の当事者が同じである場合と異なる場合があり、その両者を区別すべきであるとの指摘がある。そこで、上記の指摘に留意しつつ、例外を条文上明記することの当否について、更に検討してはどうか。

例外を規定する場合の規定内容については、例えば、複数の法律行為の間に密接な関連性があり、当該法律行為が無効であるとすれば当事者が他の法律行為をしなかったと合理的に考えられる場合には他の法律行為も無効になることを明記するとの考え方があるが、これに対しては、密接な関連性という要件が明確でなく、無効となる法律行為の範囲が拡大するのではないかと懸念を示す指摘や、当事者が異なる場合に相手方の保護に欠けるとの指摘もある。そこで、例外を規定する場合の規定内容について、上記の指摘のほか、一つの契約の不履行に基づいて複数の契約の解除が認められるための要件（前記第5，5）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2，2(3)[45頁]】

【意見】

例外を条文上明記することについては、賛成意見が強い。
例外を規定する場合の規定の内容については、慎重に検討すべきである。

【理由】

「一個の契約」と評価されるものについては、契約の成立・履行・消滅は法的に一体的に処理されるのが望ましい。

例外を規定する場合の規定の内容については、

「当事者を異にする2つの法律行為を含めて密接関連性が認められれば他の法律行為も無効となることも検討すべきである。」

「複数契約の一方の契約の不履行による複数契約全体の解除という問題や抗弁の接続の問題(割賦販売法第30条の4等)等と合わせて整理がなされるべきである。」

などの指摘もあり、慎重に検討すべきである。

3 無効な法律行為の効果

(1) 法律行為が無効であることの帰結

法律行為が無効である場合には、無効な法律行為によっては債権が発生せず、当事者はその履行を請求することができないこと、無効な法律行為に基づく履行がされているときは相手方に対して給付したものの返還を求めることができることは現在の解釈上も異論なく承認されているが、これを条文上明記する方向で、不当利得に関する規律との関係にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2,3(1)[46頁]】

【意見】

明文化の方向で検討することに賛成である。

【理由】

解釈上当然のことであるが、明文で認めたほうが分かりやすい。

(2) 返還請求権の範囲

ア 無効な法律行為に基づく履行がされているときは相手方に対して給付したものの返還を求めることができるが、この場合における返還請求権の範囲を明らかにする観点から、民法第703条以下の不当利得に関する規定とは別に、新たに規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

イ 上記アの規定を設けたした場合の内容については、例えば、次のからまで記載の内容の規定を設けるとの考え方があることを踏まえ、更に検討してはどうか。

原則として、受領した物を返還することができるときはその物を、これを返還することができないときはその価額を、それぞれ返還しなければ

ばならない。

上記の原則に対する例外として、無効な法律行為が双務契約又は有償契約以外の法律行為である場合において、相手方が当該法律行為の無効を知らずに給付を受領したときは、利益が存する限度で返還すれば足りる。

無効な法律行為が双務契約又は有償契約である場合には、相手方が当該法律行為の無効を知らなかった場合でも、返還すべき価額は現存利益に縮減されない。ただし、この場合に返還すべき価額は、給付受領者が当該法律行為に基づいて相手方に給付すべきであった額を限度とする。

ウ 上記イ記載の考え方に加え、詐欺の被害者の返還義務を軽減するなど、無効原因等の性質によって返還義務を軽減する特則を設けるかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第2, 3(2) [48頁]】

【意見】

新たな規定を設けることについては慎重に検討すべきである。

新たな規定を設けるとした場合の規定の内容については慎重に検討すべきである。

無効原因等の性質によって返還義務を軽減する特則を設けることについては、慎重な検討が必要である。

【理由】

新たな規定を設けることについては、分かりやすい民法の実現に資するという積極的な意見がある一方で、明文化が妥当な結論を導くかは疑問であるという消極的な意見もある。

新たな規定を設けるとした場合、返還の範囲については当事者間の公平を図る工夫が必要になり、規定の内容については慎重に検討すべきである。

無効原因等の性質によって返還義務を軽減する特則を設けることの要否については、特に詐欺の被害者を念頭に置いて、被害者保護の観点から返還義務を軽減することが妥当であるという意見も強いが、この問題については、不当利得法分野における改正作業と併せて議論すべきという意見も強く、慎重に検討すべきである。

(3) 制限行為能力者・意思無能力者の返還義務の範囲

民法第121条は、契約が取り消された場合の制限行為能力者の返還義務を現存利益の範囲に縮減しているが、制限行為能力者がこのような利得消滅の抗弁を主張できる場面を限定する必要があるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容については、例えば、制限行為能力者が、取消し意思表示後、返還義務があることを知りながら受領した利益を費消したときは利得消滅の抗弁を認めないとの考え方や、制限行為能力者に害意があるときは利得消滅の抗弁を認めないとの考え方などがあるが、利得消滅の抗弁を限

定すると制限行為能力者の保護に欠けることになるとの指摘もある。そこで、制限行為能力者が利得消滅の抗弁を主張することができる場面を限定する場合の規定内容について、更に検討してはどうか。

また、意思無能力に関する規定を新たに設ける場合（前記第29, 3）には、意思無能力者の返還義務の範囲についても制限行為能力者の返還義務と同様の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。この場合に、自己の責めに帰すべき事由により一時的に意思能力を欠いた者に利得消滅の抗弁を認めるかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第2, 5 [58頁], 同(関連論点)1 [59頁],
同(関連論点)2 [59頁]】

【意見】

制限行為能力者の利得消滅の抗弁を主張できる場面を限定する必要があるという考え方については、反対意見が強い。

上記の限定をする場合の規定の内容については、慎重に検討すべきである。

意思無能力者の返還義務の範囲について、制限行為能力者の返還義務と同様の規定を設けるべきであるという考え方については、賛成意見が強い。

自己の責めに帰すべき事由により一時的に意思能力を欠いた者について、利得消滅の抗弁を認めるかどうかについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

制限行為能力者保護の趣旨に反する。

仮に、利得消滅の抗弁を主張できる場面を限定すべき場合があるとしても、規定の内容によっては制限行為能力者の返還義務の範囲の制限が形骸化するおそれがあり、制限行為能力者保護の趣旨に反しないよう慎重に検討すべきである。

意思無能力者の返還義務の範囲については、意思無能力状態が常況である意思無能力者と成年被後見人との能力程度は同等であること、実際に意思無能力の常況にあるものが成年後見制度を利用していることからすれば、その保護において両者を区別する合理性はなく、制限行為能力者と平仄を合わせるべきである。

自己の責めに帰すべき事由により一時的に意思能力を欠いた者について、利得消滅の抗弁を認めるかどうかについては、そのような者に返還義務の軽減を認める必要は無いという賛成意見もある一方で、そのような場面を具体的に想定し難く、仮にあったとしても極めて稀な場面であり、解釈により十分に妥当な解決が可能であるから、民法の意思主義に反するような規定を設ける必要は無いという反対意見も根強く、慎重に検討すべきである。

(4) 無効行為の転換

無効な行為が他の法律行為の要件に適合している場合に、当該他の法律行為としての効力を認められることの有無及びその要件を明らかにするため、明文の規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容については、例えば、法律行為が無効な場合であっても、類似の法律効果が生ずる他の法律行為の要件を満たしているときは、当該他の法律行為としての効力を認めることができる旨の規定を設けるべきであるとの考え方の当否を含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2,3(3)[51頁]】

【意見】

規定を設けることに反対である。

【理由】

明文化することは困難であり、かえって混乱を招く可能性がある。

他の法律行為としての効果を望む場合には、当事者は再度、当該法律行為をすることが可能である。

実際に議論されてきたのは家族法の分野が中心であり、一般化できるかどうかは疑問である。

(5) 追認

無効な行為は追認によっても効力を生じないとされている（民法第119条本文）が、これを改め、錯誤や意思無能力による無効など当事者の一方を保護することを目的として無効とされる法律行為では、当該当事者が追認することによって遡及的に有効とすることができるものとするかどうかについて、これらの法律行為の効果の在り方の見直しとの関係にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、無効な行為を追認することができるものとする場合には、相手方の法的地位の安定を図る観点から、無効な行為を追認するかどうか確答するように追認権者に催告する権利を相手方に与えるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、どのような無効原因について催告権を与えるかを含め、検討してはどうか。

【部会資料13-2第2,3(4)[53頁]】

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

錯誤や意思無能力など当事者の一方を保護することを目的として無効とされる法律行為では、表意者による追認を認めても弊害はないという意見もある一方で、追認の取消ないし無効といったことが問題となるケースが想定され紛争が拡大する可能性もあるという指摘もあり、明文化にはなお慎重な検討が必要と考えられる。

4 取り消すことができる行為の追認

(1) 追認の要件

取り消すことができる行為を追認権者が追認するための要件（民法第124条第1項）については、取消原因となった状況が消滅したことだけでなく、対象となる行為について取消権を行使することができることを知っていることが必要であるという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、制限行為能力者（成年被後見人を除く。）について、法定代理人、保佐人又は補助人の同意を得て自ら追認することができることを条文上明記するとともに、この場合には、法定代理人、保佐人又は補助人が対象となる行為について取消権を行使することができることを知っていることを要件とすべきであるという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2,6(1)[60頁]】

【意見】

賛成である。

【理由】

追認を取消権の放棄と理解することの帰結からは、追認権者が対象となる行為について取消権を行使できることを知っていることが必要である。

制限行為能力者の保護の見地からは、制限行為能力者（成年被後見人を除く。）が法定代理人等の同意を得て自ら追認する場合も、当該本人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ならないことを追認の要件として明示することが適当である。

(2) 法定追認

法定追認事由について、判例や有力な学説にしたがって、相手方の債務の全部又は一部の受領及び担保の受領が法定追認事由であることを条文上明記すべきであるとの考え方があるが、追認することができることを知らなくても、単なる外形的事実によって追認の効果が生ずるとすれば、追認権者が認識しないまま追認が擬制されるおそれがあるとの指摘もある。このような指摘を踏まえ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2,6(2)[64頁]】

【意見】

条文上明記することに反対意見が強い。

【理由】

追認権者の相手方が取消権の行使を阻止することを目的として債務を履行し、給付を受領させたり、担保を受領させるとの弊害を生じる危険性がある。特に、消費者事件などにおいて、悪徳事業者などにより詐欺・断定的判断の提供や困惑などが

なされた取消原因がある場合において，その弊害は顕著である。

(3) 追認の効果

取り消すことができる行為の追認は不確定的に有効であった行為を確定的に有効にするにすぎず，追認によって第三者が害されるという場面は考えられないことから，取り消すことができる法律行為を追認することによって第三者の権利を害してはならない旨の規定（民法第122条ただし書）は，削除するものとしてはどうか。

【部会資料13 - 2第2，6(1)（関連論点）[62頁]】

【意見】

削除することに賛成である。

【理由】

民法122条但書の規定が適用されるケースは考えられない。

(4) 相手方の催告権

相手方の法的地位を安定させる観点から，取り消すことができる法律行為を追認するかどうか確答するように追認権者に催告する権利を相手方に与えるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について，どのような取消原因について催告権を設ける必要があるかを含め，検討してはどうか。

【意見】

追認権者に催告する権利を相手方に与えることについては，慎重に検討すべきである。

【理由】

どのような取消原因について催告権を設ける必要があるかを含め，更なる検討が必要である。現行民法のように，相手方保護の観点から特に催告権を与えるべきものについて，個別に規定を設けるという考え方もあり得る。

5 取消権の行使期間

(1) 期間の見直しの要否

取消権の行使期間については，追認可能時から5年間，行為時から20年間とされている（民法第126条）ところ，これは長すぎるとして，例えば，これを追認可能時から2年間又は3年間，行為時から10年間に短縮すべきであるとの考え方がある。これに対し，例えば消費者には現行法の行使期間でも取消権を行使することができない者がおり，行使期間を短縮すべきではないとの意見もある。そこで，取消権の行使期間の短縮の可否及び具体的な

期間について、債権の消滅時効期間の在り方（後記第36，1(1)）にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第2，7(1) [65頁]】

【意見】

取消権の行使期間を短縮する方向での改正は反対である。

【理由】

現行法より期間制限を短くする積極的理由が見当たらない。
取消権者の保護を優先すべきである。

(2) 抗弁権の永続性

取消権の行使期間の制限が、取消権者が相手方からの履行請求を免れるために取消権を行使する場合にも及ぶかどうかについては、明文の規定がなく解釈に委ねられている。この点を明らかにするため、上記の場合に行使期間の制限なくいつまでも取消権を行使できる旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方があるが、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第2，7(2) [69頁]】

【意見】

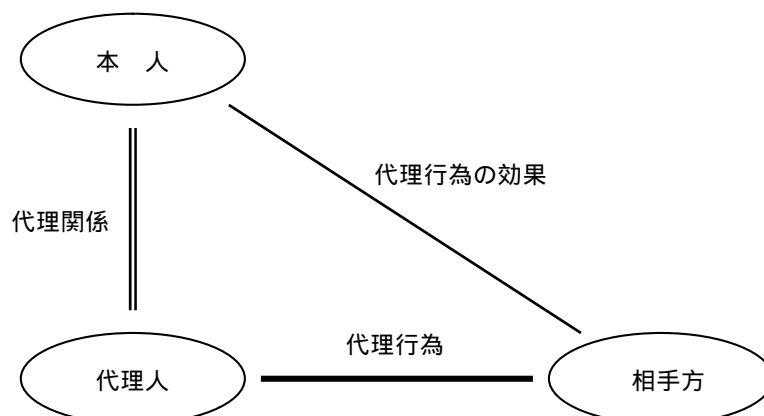
新たな規定を設けることに賛成意見が強い。

【理由】

履行の必要が無いと考えていた表意者側の期待も保護に値する。
防御権としての抗弁権は期間制限になじまない。

第33 代理

1 有権代理



(1) 代理行為の瑕疵 – 原則（民法第101条第1項）

民法第101条第1項は、代理行為における意思表示の効力が当事者の主観的事情によって影響を受ける場合には、その事情の有無は代理人について判断すると規定するが、代理人が詐欺・強迫をした場合については、端的に同法96条第1項を適用すれば足りることから、同法第101条第1項の適用がないことを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第3, 2(1) [73頁]】

【意見】

代理人が詐欺・強迫した場合に101条1項が適用されず96条1項を適用することを明記することについては、賛成である。

【理由】

判例、通説の明文化であり、分かりやすい民法に資する。

(2) 代理行為の瑕疵 – 例外（民法第101条第2項）

民法第101条第2項は、本人が代理人に特定の法律行為をすることを委託した場合に、代理人が本人の指図に従ってその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができないとし、また、本人が自らの過失によって知らなかった事情についても同様とすると規定する。この規定に関して、その趣旨を拡張して、任意代理において本人が代理人の行動をコントロールする可能性がある場合一般に適用される規定に改めるべきであるとの考え方があるので、この考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第3, 2(2) [75頁]】

【意見】

民法第101条第2項について、任意代理において本人が代理人の行動をコントロールする可能性がある場合一般に適用される規定に改めることに賛成で意見が強い。

ただし、「コントロール」という表現に関しては、文言上適切ではなく、適切な文言についてはなお検討をすべきという意見がある。

【理由】

取引の安全という観点からすると、適切である。

ただし、適用範囲を過度に拡張することは不適切であり、拡張の程度と文言の検討は必要である。

(3) 代理人の行為能力（民法第102条）

民法第102条は、代理人は行為能力者であることを要しないと規定するが、制限行為能力者の法定代理人に他の制限行為能力者が就任した場合には、本人の保護という法定代理制度の目的が達成されない可能性がある。これを踏まえ、法定代理については、制限行為能力者が法定代理人に就任すること自体は可能としつつ、本人保護のために、その代理権の範囲を自らが単独ですることができる行為に限定するなどの制限を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3,2(3)[77頁]】

【意見】

代理人は行為能力者であることを要しないと規定されているが、制限行為能力者が法定代理人に就任することは可能としつつ、その場合には、本人保護のために代理権の範囲を限定するという規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

これについては、本人保護と法的安定性の観点から賛成する意見もある。これに対し、夫婦や親子の場合、制限行為能力者であってもその者が法定代理人に就任することが本人保護につながる場合が想定される面もある。

(4) 代理権の範囲（民法第103条）

民法第103条は、「権限の定めのない代理人」は保存行為その他の一定の行為のみを行うことができると規定するが、そもそも代理人の権限の範囲は、法定代理の場合にはその発生の根拠である法令の規定の解釈によって定まり、任意代理の場合には代理権授与行為の解釈によって定まるのが原則であるのに、その旨の明文の規定は存在しない。そこで、この原則を条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3,2(4)[79頁]】

【意見】

代理人の権限の範囲は、法定代理の場合にはその発生の根拠である法令の規定の解釈によって定まり、任意代理の場合には代理権授与行為の解釈によって定まる旨の明文の規定を置くことに賛成意見が強い。

【理由】

通説的見解の明文化であり、分かりやすい民法の実現に資する。

(5) 任意代理人による復代理人の選任（民法第104条）

民法第104条は、任意代理人が本人の許諾なく復代理人を選任すること

ができる場合を、やむを得ない事由があるときに限定しているが、この点については、任意代理人が復代理人を選任することができる要件を緩和して、自己執行を期待するのが相当でない場合に復代理人の選任を認めるものとするべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、本人の意思に反して復代理人が選任されるおそれを指摘する意見があることなども踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3,2(5)[82頁]】

【意見】

任意代理人が復代理人を選任することができる要件を緩和する方向性には賛成意見が強い。

具体的な要件についてはなお検討が必要である。特に、本人の意思に反して復代理人が選任されるおそれもあることから、この点に留意して要件を詰めるべきである。

【理由】

実務上、必要に応じて復代理人を選任する場面はあり緩和することは現実的である。

ただし、大幅に要件を緩和することは、本人の意思に反するおそれがあり、その点への考慮は必要である。

(6) 利益相反行為（民法第108条）

形式的には自己契約及び双方代理を禁止する民法第108条に該当しないものの、実質的には本人と代理人との利益が相反している事案において、同条の趣旨を援用すると判断した判例があることなどから、代理人の利益相反行為一般を原則として禁止する旨の明文の規定を設けるという考え方がある。このような考え方の当否について、取引に萎縮効果が生じるなどとしてこれに慎重な意見があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、代理人の利益相反行為一般を原則として禁止する場合には、これに違反した場合の効果についても、無権代理となるものとする案や、本人への効果の帰属を原則とした上で、本人は効果の不帰属を主張することができるものとする案などがある。そこで、これらの案について、相手方や相手方からの転得者等の第三者の保護をどのように図るかという点も含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3,2(6)[85頁],同(関連論点)[86頁]】

【意見】

- (1) 実質的な利益相反行為であるが、民法第108条に該当しないものについて、一般的に禁止する明文を規定することについては、賛成意見が強い。
- (2) その効果は、無権代理で無効とすべきとする意見が強い。

【理由】

(1) について

判例も、実質的な利益相反行為について民法第108条の趣旨を援用している。このように民法第108条以外にも禁止されるべき利益相反行為がある以上、その点について明文を設ける必要がある。

ただし、予測可能性を害し、萎縮効果を生じさせるとか、利益相反行為の概念の希釈を招くといったことがないようにすべきである。

(2) 効果は、原則本人に帰属させるべきではない。

原則帰属させ、本人は効果の不帰属を主張するという考え方は、禁止したという前提からすると違和感がある。

(7) 代理権の濫用

判例は、代理人がその代理権を濫用して自己又は他人の利益を図る行為をした場合に、心裡留保に関する民法第93条ただし書を類推適用して、本人は悪意又は過失のある相手方に対して無効を主張することができるものとするにより、背信行為をされた本人の保護を図っている。このような判例法理に基づき代理権の濫用に関する規定を新設するかどうかについては、代理行為の効果が本人に及ばないのは相手方が悪意又は重過失のある場合に限るべきであるなどの見解があることも踏まえつつ、規定を新設する方向で、更に検討してはどうか。

また、代理権の濫用に関する規定を新設する場合には、その効果についても、その行為は無効となるものとする案や、本人は効果の不帰属を主張することができるものとする案などがある。そこで、これらの案について、相手方からの転得者等の第三書の保護をどのように図るかという点も含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 2(7)[89頁], 同(関連論点)[90頁]】

【意見】

悪意又は過失がある相手方に対して無効を主張することができるようにする規定を設けることに賛成意見が強い。

【理由】

濫用に関しては判例も学説も議論し認められている概念であるから「分かりやすい民法」の実現のためには明文化すべきである。

ただ、軽過失がある相手方を保護するというのは、取引安全を重視した考えだと思われるが、従来の判例通りの考えでも、取引の安全が害されているとまでは言えない。仮に、重過失とすると、代理人の背信的な内心について取引の相手方が気づくことはまれであり、本人が相手方の重過失を立証することは困難であり、本人に酷に過ぎる。

2 表見代理

(1) 代理権授与の表示による表見代理（民法第109条）

ア 法定代理への適用の可否

代理権授与の表示による表見代理を規定する民法第109条に関しては、法定代理には適用がないとする判例・学説を踏まえて、このことを条文上明記するかどうかについて、法定代理であっても、代理権授与表示があったと評価することができる事案もあり得るとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 3(1)ア [91頁]】

【意見】

法定代理に適用がないことを条文上明確にすることについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

判例、通説的見解が109条の法定代理への適用を否定しており、この明文化に賛成する意見もある。

しかし、学説の中には、日常家事債務に関する夫婦の代理権のような場合に、109条を適用しうる余地は認めるものもある。それ以外にも、本人の帰責性ゆえに相手方を保護すべき事案はあり得るのであり、あえて明文で法定代理を排除することには柔軟性を欠く面がある。

イ 代理権授与表示への意思表示規定の類推適用

民法第109条の代理権授与の表示については、その法的性質は意思表示ではなく観念の通知であるとされているものの、意思表示に関する規定が類推適用されるとする見解が主張されていることから、代理権授与の表示に意思表示に関する規定が類推適用される場合の具体的な規律を条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 3(1)イ [92頁]】

【意見】

類推適用自体には反対まではしないものの、明文化することについては慎重に検討すべきである。

【理由】

意思表示に関する規定が準法律行為に類推できるとするためには、問題となる法律行為の規定の趣旨が、その準法律行為に当てはまるかどうか、それぞれの準法律行為に関する根拠規定の趣旨に照らして、その準法律行為に関する規定を類推適用することが許されるか、の2点を検討すべきとの指摘がある。

今回の場合、このような2点の検討がなされているのかは疑問であるし、また、このような細目についてまであえて規定する必要がどこまであるのかについては、疑問がある。

ウ 白紙委任状

民法第109条が実際に適用される主たる場面は、白紙委任状が交付された場合であると言われていることから、白紙委任状を交付した者は、白紙委任状の空白部分が補充されて相手方に呈示されたときは、これを呈示した者が白紙委任状の被交付者であると転得者であるとを問わず、呈示した者に代理権を与えた旨の同条の代理権授与の表示を相手方に対してしたものと推定する旨の規定を新設するという考え方がある。この考え方の当否について、白紙委任状の呈示に至るまでの本人の関与の程度や、白紙委任状における空白部分の態様が様々であることなどを指摘して、一般的な規定を設けることに消極的な意見があることも踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3,3(1)ウ[94頁]】

【意見】

白紙委任状に関する規定を新設することについては、反対意見が強い。

【理由】

判例は集積されているとしても、實際上、濫用の類型の定式化は統一的になされているわけではなく、その定式化、明文化は困難である。

また、このような規定を設けることが、白紙委任状を積極的に推奨する効果を生むおそれがあるが、知識、経験上の格差からの弊害の生じる可能性がある。

エ 本人名義の使用許諾の場合

判例には、代理権授与の表示があった場合のみならず、本人が自己の名義の使用を他人に許した場合にも、民法第109条の法理等に照らして、本人の表見代理による責任を肯定するものがあることから、このことを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3,3(1)エ[95頁]】

【意見】

本人が本人名義使用を許諾した場合、109条により本人に責任を負わせる明文を設けることには賛成意見が強い。

また、この場合、名義使用者にも連帯責任を負わせるべきとの意見も強い。

【理由】

本人は、自己に効果が帰属することを予測できる表示をすることを許諾したので

あるなら、責任を認めてもよい。

オ 民法第110条との重畳適用

判例は、代理権授与の表示を受けた他人が、表示された代理権の範囲を超える法律行為をした場合に、民法第109条と同法第110条とを重畳適用することにより、その他人に代理権があると信ずべき正当な理由がある相手方の保護を図っていることから、このことを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 3(1)オ[97頁]】

【意見】

重畳適用について条文上明らかにすることには、賛成である。

【理由】

この点、判例、通説的見解も認めており、特段否定すべき理由もない。

(2) 権限外の行為の表見代理（民法第110条）

ア 法定代理への適用の可否

代理人がその権限外の行為をした場合の表見代理を規定する民法第110条に関しては、判例は法定代理にも適用があるとしていると解されているが、学説上は法定代理への適用を認めない見解も有力であり、同条が法定代理には適用されないことを条文上明記すべきであるとの考え方が提示されている。そこで、この考え方の当否について、法定代理であっても、本人に一定のコントロール可能性があるにもかかわらず放置している場合のように、本人の帰責性を認めることができる事案もあり得るとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 3(2)ア[99頁]】

【意見】

法定代理に適用がないことを条文上明確にすることについては、反対意見が強い。

【理由】

判例は、110条の法定代理への適用を肯定している。このように、法定代理でも、何らかの帰責性を観念できる場合もあり、一律適用を排除する必要はない。

イ 代理人の「権限」

民法第110条の「権限」に関しては、代理権に限られるものではなく、事実行為を含めた対外的な関係を形成する権限であれば足りるとする見解が有力である。そこで、このことを条文上も明らかにするかどうかについて、権限外の行為の表見代理の成立範囲を適切に限定する必要性にも留

意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第3, 3(2)イ [100頁]】

【意見】

代理人の権限を、代理権に限られず、事実行為を含めた対外的な関係を形成する権限であれば足りるという規定を設けることについては、賛成意見が強い。

【理由】

内容的に異論はなく、明確化すべきである。

ウ 正当な理由

民法第110条の「正当な理由」に関しては、その意味やどのような事情があるときにこれが認められるのかが明らかではないとの指摘があることから、善意無過失を意味することを条文上も明らかにするとする案や、「正当な理由」の有無についての考慮要素をできる限り明文化するとする案などを対象として、その規定内容の明確化を図るかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第3, 3(2)ウ [102頁]】

【意見】

「正当な理由」の内容については、総合判断的な理解に立ちつつ、判例を踏まえて考慮要素を明確化することに賛成意見が強い。

【理由】

総合考慮説的な考え方の理由

民法第110条の成立過程においては、「善意無過失」に限られないものと考えられている。また、本人側の事情についても考慮すべきであるから、単に「善意無過失」とすべきではない。

(3) 代理権消滅後の表見代理（民法第112条）

ア 法定代理への適用の可否

代理権消滅後の表見代理を規定する民法第112条に関しては、判例は法定代理にも適用があると解されているが、学説上は法定代理への適用を認めない見解も有力であり、同条が法定代理には適用されないことを条文上明記すべきであるとの考え方が提示されている。そこで、この考え方の当否について、法定代理であっても、制限行為能力者であった本人が行為能力者となった後は、法定代理人であった者の行動に対する本人の帰責性を認めることができる事案もあり得るとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第3, 3(3)ア [104頁]】

【意見】

法定代理に適用がないことを条文上明確にすることについては、反対意見が強い。

【理由】

判例は、110条の法定代理への適用を肯定している。このように、法定代理でも、何らかの帰責性を観念できる場合もあり、一律適用を排除する必要はない。

イ 「善意」の対象

民法第112条の「善意」の対象については、判例は、行為の時点で代理権の不存在を知らなかったことで足りるとするものと解されているが、学説上は、同条における相手方が保護される根拠との関係で、過去において代理権が存在したことを知っており、その代理権の消滅を知らなかったことを必要とするとの見解が有力である。そこで、このような学説に基づいて「善意」の対象を条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第3, 3(3)イ [105頁]】

【意見】

過去に代理権が存在したことを知っており、その代理権の消滅を知らなかったことを必要とすることを条文上明らかにするべきという考え方については、慎重に検討すべきである。

【理由】

民法第109条、110条と区別される民法第112条の意義や、この条文が相手方の代理権の消滅の抗弁に対する再抗弁として用いられることを考えると、過去に代理権の存在を知っていたことを要求するのが妥当という意見があり、この点は検討が必要である。

ウ 民法第110条との重畳適用

判例は、本人から代理権を与えられていた者が、消滅した代理権の内容を超える法律行為をした場合に、民法第110条と同法第112条とを重畳適用することにより、その者に権限があると信ずべき正当な理由がある相手方の保護を図っていることから、このことを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第3, 3(3)ウ [106頁]】

【意見】

条文上明らかにすべきとする考え方に賛成である。

【理由】

判例，通説的見解が，これを認めている以上，分かりやすい民法のために規定する必要がある。

3 無権代理

(1) 無権代理人の責任（民法第117条）

民法第117条第1項による無権代理人の責任に関しては，無権代理人が自らに代理権がないことを知らなかった場合には，錯誤に準じて無権代理人としての責任を免れ得るものとする旨の規定を設けるかどうかについて，相手方の保護の観点から，これに慎重な意見があることも踏まえて，更に検討してはどうか。

また，同条第2項に関しては，無権代理人が故意に無権代理行為を行った場合には，相手方に過失があるときでも，無権代理人は同条第1項の責任を免れないものとする旨の規定を設けるかどうかについて，更に検討してはどうか。これに関連して，無権代理人が重過失によって無権代理行為を行った場合にも同様とするかどうかや，相手方の過失が軽過失にとどまる場合には，無権代理人はその主観的態様にかかわらず無権代理人としての責任を免れないものとするかどうかについても，更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3，4(1)[108頁]】

【意見】

無権代理人が自らに代理権がないことを知らなかった場合には，錯誤に準じて無権代理人としての責任を免れ得るものとする旨の規定を設けることには賛成である。

また，無権代理人が故意に無権代理行為を行った場合には，相手方に過失があるときでも，無権代理人は同条第1項の責任を免れないものとする旨の規定を設けるべきであるという賛成意見が強い。また，無権代理人が重過失の場合も同様にすべきという意見もある。

【理由】

現行法の無権代理人の責任は重すぎると考えられるので，故意（又は重過失）以外の無権代理人は責任を免れるようにすべきである。

同時に，このようにした場合は，バランス上，軽過失の相手方であっても，故意（又は重過失）の無権代理人は責任を免れないようにすべきである。

(2) 無権代理と相続

同一人が本人としての法的地位と無権代理人としての法的地位とを併せ持つに至った場合における相手方との法律関係に関しては，判例・学説の到達点を踏まえ，無権代理人が本人を相続したとき，本人が無権代理人を相続したとき，第三者が無権代理人と本人の双方を相続したときなどの場面ごとに具体的な規定を設けるかどうかについて，更に検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第3, 4(2) [111頁], ア[112頁], イ[114頁],
同(関連論点)[115頁], ウ[115頁]

【意見】

無権代理人と相続の関係について、場面ごとに具体的な規定を設けることには賛成である。

具体的には判例の結論に即して規定すれば良いと思われるが、第三者が先に本人を相続しその後無権代理人を相続した場合(追認拒絶できる)と、第三者が先に無権代理人を相続しその後本人を相続した場合(判例は追認拒絶できないとする)というように、前後で結論を異にすることについては、慎重に検討すべきである。

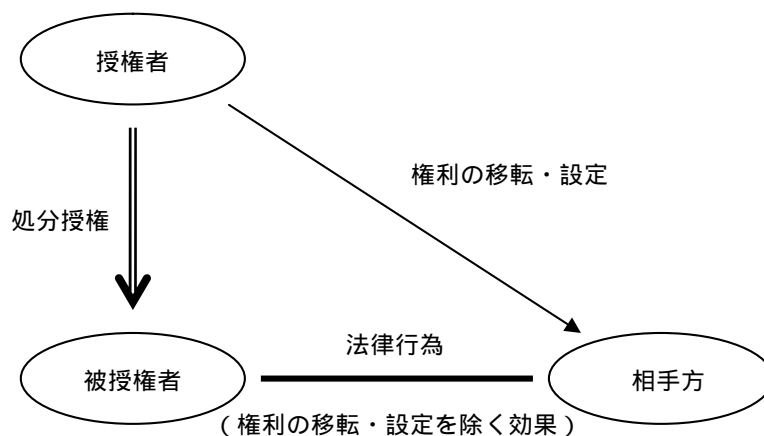
【理由】

典型論点であり、明文化する必要がある。

しかし、判例法理の内容については上記事例について疑問も提起されていることから、この際に妥当性を検証するべきである。

4 授權

自己の名で法律行為をしながら、権利の移転等の特定の法律効果を他人に帰属させる制度である授權のうち、被授權者が自己の名で、授權者が有する権利を処分する法律行為をすることによって、授權者がその権利を処分したという効果が生ずる処分授權について、委託販売の法律構成として実際上も重要であると指摘されていることを踏まえて、明文の規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。この考え方の当否について、その概念の明確性や有用性に疑問を呈する意見があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。



【部会資料13 - 2第3, 5 [116頁]

【意見】

授權について明文化することについては、反対意見が多い。

【理由】

授權の考え方について自体反対であるものではないが、「授權」概念そのものが不明確な点もあるし、そもそも明文化する実務上の必要性があるのかが疑問がある。

第34 条件及び期限

1 停止条件及び解除条件の意義

停止条件及び解除条件という用語の意義を条文上明確にすることとしてはどうか。

【部会資料13 - 2第4, 2 [120頁]】

【意見】

意義を明確にすることについては、賛成意見が強い。ただし、具体的な表現については慎重に検討を進める必要がある。

【理由】

停止条件及び解除条件という用語の意義を条文上明確にすること自体は分かりやすい民法に資する事項ではあり、賛成意見が強い。もっとも、的確に表現しなければ、却って混乱を生ぜしめる恐れもあるため、どのように定めるかについては、慎重に検討を進める必要がある。

2 条件の成否が未確定の間における法律関係

条件の成就によって不利益を受ける当事者が故意に条件の成就を妨げた場合の規定（民法第130条）について、判例は、条件の成就によって利益を受ける側の当事者が故意に条件を成就させた場合にも類推適用して、条件が成就しなかったものとみなすことができるとしていることから、この判例の考え方を明文化する方向で、具体的な要件について更に検討してはどうか。その際、「故意に条件を成就させた」というだけでは、何ら非難すべきでない場合が含まれてしまうため、適切な要件の設定について、更に検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第4, 3 [120頁]】

【意見】

判例の考え方を明文化することについては、賛成意見が強く、またその際の適切な要件を設定することについても賛成意見が強い。

【理由】

判例の考え方に基づき類推適用を行うことについて、実務的な問題が生じるものでもないと認識されている。このため、この判例の考え方を明文化することについては、賛成意見が強い。

3 不能条件（民法第133条）

原始的に不能な契約は無効であるとする伝統的な理解（原始的不能論）の見直しに関する議論（前記第22, 3）との関連で，不能な条件を付した法律行為の効力について一律に無効又は無条件とする旨を定めている民法第133条の規定も削除するかどうか等について，検討してはどうか。

【意見】

未だ本論点に関しては，賛否両論からの議論がなされているため，慎重に検討する必要がある。

【理由】

原始的に不能な契約は無効であるとする伝統的な見解に対しては，理論的整合性の観点からも，これを見直すことに賛成する意見がある一方で，伝統的な理解をあえて見直す必要がないとの意見もあり，そこでの更なる議論が引き続き必要である。この議論の結論と整合させて不能条件についても考える必要があるため慎重に検討する必要がある。

4 期限の意義

期限の始期と終期や，確定期限と不確定期限などの用語の意義を条文上明確にすることとしてはどうか。

【部会資料13 - 2第4, 4 [121頁]】

【意見】

賛成意見が強い。ただし，具体的な表現については慎重に検討を進めるべきである。

【理由】

期限の始期と終期や，確定期限と不確定期限などの用語の意義を条文上明確にすること自体は分かりやすい民法に資する事項ではあるため，これに賛成意見が強い。もっとも，的確に表現しなければ，却って混乱を生ぜしめる恐れもあるため，どのように定めるかについては，慎重に検討を進める必要がある。

5 期限の利益の喪失（民法第137条）

民法第137条が定める期限の利益の喪失事由のうち，破産手続開始の決定を受けたとき（同条第1号）に関しては，破産法に委ねて民法の当該規定を削除するかどうかについて，更に検討してはどうか。

また，同条第2号に関しても，何らの義務違反のない場合が含まれないことを明らかにする等の見直しをする必要があるか，検討してはどうか。

【部会資料13 - 2第4, 5 [122頁]】

【意見】

- (1) 民法137条が定める期限の利益の喪失事由のうち、破産手続開始の決定を受けたとき(同条第1号)に関しては、破産法に委ねて民法の当該規定を削除することについて賛成である。
- (2) 同条第2号について、何らの義務違反のない場合が含まれないことを明らかにすることについても賛成意見が強い。

【理由】

(1) について

破産手続開始決定の効果として破産法において定める方が分かりやすいという観点からの賛成である。ただし、破産法において、法改正を含めた適切な手当てがなされることが必要である。

(2) について

義務違反がないにもかかわらず、債務者が担保を損傷等させてしまった場合は、期限の利益の喪失と関係がないことを明確にすることは、分かりやすい民法にも資することから賛成意見が強い。

第35 期間の計算

1 総論(民法に規定することの可否)

期間の計算に関する規定は、民法ではなく、私法以外にも広く適用される法律で規定すべきであるという考え方については、引き続き民法に規定を置くべきであるという意見もあることを踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第1, 1 [1頁]】

【意見】

期間の計算に関する規定を、私法以外にも広く適用される法律で規定することについては、反対である。

【理由】

期間は、私法上の規律の基本概念でもあり、別の法律を参照するよりも、従来通り、民法内に定めておくことが国民にとっても分かりやすいと考えられるため。

2 過去に遡る方向での期間の計算方法

一定の時点から過去に遡る方向での期間の計算については、他の法令における期間の計算方法への影響に留意しつつ、新たな規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。その際には、民法第142条に相当する規定を設けることの要否についても、結論の妥当性が確保されるかどうか等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第1, 2 [2頁]】

【意見】

- (1) 一定の時点から過去にさかのぼる方向での期間の計算の計算について、新たな規定を設けることについて賛成意見が強い。
- (2) また、民法142条に相当する規定を設ける（期間末日が日曜、国民の祝日等の休日に該当する場合の規律を定める）ことについて、賛成意見が強い。

【理由】

(1) について

期間の計算に迷うことがないように、分かりやすさという観点からも条文により、明確にする必要がある。もっとも論点整理指摘のとおり、会社法や金融商品取引法など他の法令における期間の計算方法への影響に留意しつつ検討することが必要である。

(2) について

民法142条に相当する規定を設けることについても同趣旨で分かりやすく明確にすることに意義がある。すなわち、期間末日が休日であった場合の規律を設けること自体に意義があるので、条文で明確にすべきである。なお、期間の定められた趣旨が反対当事者の準備のための期間を確保するためのものである場合には、その期間は、休日等の前の営業日にまで遡ることができるようにし、結論の妥当性が確保されるように定める必要がある。

3 期間の末日に関する規定の見直し

期間の末日の特則を定める民法第142条に関しては、期間の末日が日曜・祝日でない場合にも取引慣行に応じて同条の規律が及ぶようにする等の見直しをすることの要否について、検討してはどうか。

【意見】

本論点については十分な議論が未だなされておらず、慎重に検討すべきである。

【理由】

現代においては、取引態様も多様化が進んでいるため（水曜日であっても営業する不動産業者も増えており、月曜日であっても営業する理容業者も増えている、など）、取引慣行によって、日曜・祝日以外の曜日に取引がない業態という例が次第に減少しつつあり、却って混乱を招くことになる懸念がある。

第36 消滅時効

1 時効期間と起算点

(1) 原則的な時効期間について

債権の原則的な時効期間は10年である（民法第167条第1項）が、その例外として、時効期間を職業別に細かく区分している短期消滅時効制度（同法第170条から第174条まで）や商事消滅時効（商法第522条）など

があるため、実際に原則的な時効期間が適用されている債権の種類は、貸付債権、債務不履行に基づく損害賠償債権などのうち商事消滅時効の適用されないものや、不当利得返還債権などがその主要な例となる。しかし、短期消滅時効制度については、後記(2)アの問題点が指摘されており、この問題への対応として短期消滅時効制度を廃止して時効期間の統一化ないし単純化を図ることとする場合には、原則的な時効期間が適用される債権の範囲が拡大することとなる。そこで、短期消滅時効制度の廃止を含む見直しの検討状況(後記(2)ア参照)を踏まえ、債権の原則的な時効期間が実際に適用される債権の範囲に留意しつつ、その時効期間の見直しの要否について、更に検討してはどうか。

具体的には、債権の原則的な時効期間を5年ないし3年に短期化すべきであるという考え方が示されているが、これに対しては、短期化の必要性を疑問視する指摘や、商事消滅時効の5年を下回るのは実務上の支障が大きいとの指摘がある。また、時効期間の長短は、起算点の定め方(後記(4))と関連付けて検討する必要があるが、また、時効期間の進行の阻止が容易かどうかという点で時効障害事由の定め方(後記2)とも密接に関わることに留意すべきであるとの指摘もある。そこで、これらの指摘を踏まえつつ、債権の原則的な時効期間を短期化すべきであるという上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 2(2)[5頁]】

【意見】

- (1) 債権の原則的な時効期間を見直すことについて、反対意見が強い。
- (2) 債権の原則的な時効期間を短縮化すべきであるという考え方についても反対意見が強い。

【理由】

債権の原則的な時効期間が、10年であることについて実務上の問題は生じておらず、広く定着している。これを特に短縮化する方向で見直しを行うべきとする必要性・立法事実がそもそも存在しない。

論点整理では、適用範囲が限定的であるように整理がされているが、挙げられているような貸付債権や債務不履行に基づく損害賠償債権、不当利得返還債権などは、実務的にも紛争となり、訴訟等によって争われるケースも多く、むしろ、短縮化により、債権者の権利が早期に失われてしまう弊害の方が大きいと思われる。

したがって、原則的な時効期間を見直すことについては反対意見が強く、このため、原則的な時効期間を短縮化すべきであるという考え方についても反対意見が強い。

(2) 短期消滅時効期間の特則について

ア 短期消滅時効制度について

短期消滅時効制度については、時効期間が職業別に細かく区分されていることに対して、理論的にも実務的にも様々な問題が指摘されていることを踏まえ、見直しに伴う実務上の様々な影響に留意しつつ、職業に応じた区分（民法第170条から第174条まで）を廃止する方向で、更に検討してはどうか。

その際には、現在は短期消滅時効の対象とされている一定の債権など、比較的短期の時効期間を定めるのが適当であると考えられるものを、どのように取り扱うべきであるかが問題となる。この点について、特別な対応は不要であるとする考え方がある一方で、一定の債権を対象として比較的短期の時効期間を定めるべき必要性は、原則的な時効期間の短期化（前記(1)参照）によって相当程度吸収することができる（時効期間を単純化・統一化するメリットの方が大きい）とする考え方と、職業別の区分によらない新たな短期消滅時効として、元本が一定額に満たない少額の債権を対象として短期の時効期間を設けるとする考え方などがあることを踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料14 - 2第2, 2(1) [3頁]】

【意見】

- (1) 短期消滅時効について、職業に応じた区分を廃止する方向で検討することについては、賛成意見が強い。
- (2) その際、比較的短期の時効期間を定めるのが適当であると考えられるものについては特別な対応が必要であるとの考え方に対する賛成意見が強い。
- (3) しかし、その対応として、原則的な時効期間を短縮化させることで吸収することができるとの考え方や、少額の債権を対象とした短期の時効期間を設けるとする考え方については、反対意見が強い。

【理由】

短期消滅時効についての職業に応じた区分は合理性がなく、時効期間についての理解を複雑にしている側面も強いことから、廃止することについて賛成意見が強い。

一方、原則的な時効期間については、前記のとおり、10年とすることを維持する見解が強いことから、職業区分を廃止するからといって、原則的な期間を短縮化することについては、反対意見が強い。

逆に、上のような立場に立つ場合、職業区分による短期消滅時効を廃止することにより、全ての時効期間が10年となってしまうことについては、何らかの対応が必要ではあるとの考えが強いものの、少額の債権を対象とした短期消滅時効を設けることについては、特定の金額によって時効期間の線引きが異なるものとなることについても適切ではないとの意見が強く、反対意見が強い。

イ 定期金債権

定期金債権の消滅時効に関しては、長期に及び定期的な給付をする債務を負担する者が、未発生の定期給付債権（支分権）がある限り消滅時効の利益を受けられないという不都合を避けるために、例外的な取扱いが規定されている（民法第168条）。その趣旨を維持する必要があることを踏まえつつ、消滅時効期間を「第1回の弁済期から20年」としているのを改め、各定期給付債権の弁済期から10年とする案や定期給付債権が最後に弁済された時から10年とする案などを対象として、規定の見直しの要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料14 - 2第2, 2(3)ア [9頁]】

【意見】

- (1) 定期金債権について、消滅時効期間の例外を定め、民法168条の規定の趣旨を維持することについて賛成意見が強い。
- (2) 消滅時効期間については、定期給付債権が最後に弁済された時から10年とする規定への見直しを行う考え方について、賛成意見が強く、各定期給付債権の弁済期から10年とする案については反対意見が強い。

【理由】

民法168条の趣旨は維持されるべきであり、その解釈を明確にするという方向での改正に留めるべきであるという考え方について賛成意見が強い。

また、その場合、最後に弁済された時から10年とすることが、定め方としても明確であって分かりやすいことから賛成意見が強い。

ウ 判決等で確定した権利

確定判決等によって確定した権利は、高度の確実性をもって確定されたものであり、その後も時効完成を阻止するために短期間のうちに権利行使することを求めるのは適当でないことなどから、短期の時効期間に対する例外規定が設けられている（民法第174条の2）。この規定に関しては、短期消滅時効制度の見直しや原則的な時効期間に関する検討（前記1(1)(2)ア参照）を踏まえつつ、現在と同様に、短期の時効期間に対する例外的な取扱いを定める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料14 - 2第2, 2(3)イ [10頁]】

【意見】

確定判決等によって確定した権利については、現在と同様に、時効期間について例外的な取り扱いを認めることについて賛成である。

【理由】

現行の取扱いについて変更を加える必要がないためである。

エ 不法行為等による損害賠償請求権

不法行為による損害賠償請求権の期間制限に関しては、債権一般の消滅時効に関する見直しを踏まえ、債務不履行に基づく損害賠償請求権と異なる取扱いをする必要性の有無に留意しつつ、現在のような特則（民法第724条）を廃止することの当否について、更に検討してはどうか。また、不法行為の時から20年という期間制限（同条後段）に関して、判例は除斥期間としているが、このような客観的起算点からの長期の期間制限を存置する場合には、これが時効であることを明確にする方向で、更に検討してはどうか。

他方、生命、身体等の侵害による損害賠償請求権に関しては、債権者（被害者）を特に保護する必要性が高いことを踏まえ、債権一般の原則的な時効期間の見直しにかかわらず、現在の不法行為による損害賠償請求権よりも時効期間を長期とする特則を設ける方向で、更に検討してはどうか。その際、特則の対象範囲や期間については、生命及び身体の侵害を中心としつつ、それと同等に取り扱うべきものの有無や内容、被侵害利益とは異なる観点（例えば、加害者の主観的態様）からの限定の要否等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 2(3)ウ[11頁],
同(関連論点)1[12頁], 同(関連論点)2[13頁]】

【意見】

- (1) 民法724条の特則を廃止することについては反対意見が強い。
- (2) また不法行為の時から20年という期間制限について時効であることを明確にすることについては賛成意見が強い。
- (3) 生命、身体等の侵害による損害賠償請求権に関して、現在の時効期間を長期とする特則を設けることについて賛成である。
- (4) その際の対象範囲や期間については、生命及び身体の侵害を中心に、加害者の主観的態様により限定して、対象範囲を定め、現行の20年をさらに長期化させるよう検討することについて賛成意見が強い。

【理由】

(1) について

不法行為に基づく損害賠償請求権については、損害の公平な分配、時の経過による立証の困難性が典型的に大きいこと、被害者保護の要請や被害者の感情の沈静化等の特殊な要請があることなどから、特別な規律を維持してゆく必要があり、債権の消滅時効一般と同一の規律と統一することによって、実質的に時効期間の短縮化に結び付くことになるのは、上記要請に反する改正を実現化することとなる。

したがって、民法724条の特則を廃止することについては、反対である。

(2) について

不法行為の時から20年という期間制限については、具体的妥当な解決を図る上で、除斥期間の特例を認めるよりも柔軟な解釈を取ることが可能と思われることから、時効であることを明確にすることについて賛成意見が強い。

(3) について

生命、身体等の侵害による損害賠償請求権については、被害者保護の要請が高く、被害感情の沈静化への配慮も必要であることから、通常不法行為の特例を認める必要が高く、特例を設けることについて、賛成である。

(4) について

(3)の対象については、いたずらに拡大されていくことは好ましくなく、対象となる侵害法益や主観的要件で限定していく必要がある点については、賛成意見が強く、特例により長期化される期間をどのように定めるかと併せて具体的には様々な意見が述べられているところではあるので、この点、引き続き検討を進めるべきである。

(3) 時効期間の起算点について

時効期間の起算点に関しては、時効期間に関する検討(前記1(1)(2)参照)を踏まえつつ、債権者の認識や権利行使の期待可能性といった主観的事情を考慮する起算点(主観的起算点)を導入するかどうかや、導入するとした場合における客観的起算点からの時効期間との関係について、実務に与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、「権利を行使することができる時」(民法第166条第1項)という客観的起算点についても、債権の種類や発生原因等によって必ずしも明確とは言えず、紛争が少なくないとの指摘があることから、一定の類型ごとに規定内容の明確化を図ることの要否及びその内容について検討してはどうか。

さらに、預金債権等に関して、債権に関する記録の作成・保存が債務者(銀行等)に求められていることや、預けておくこと自体も寄託者としての権利行使と見ることができることなどを理由に、起算点に関する例外的な取扱いを設けるべきであるとする考え方の当否について、預金債権等に限ってそのような法的義務が課されていることはないとの指摘があることも踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2,2(4)[13頁]】

【意見】

- (1) 主観的事情を考慮する起算点(主観的起算点)を導入することについては、賛否ともに強く主張されているところであり、慎重に検討すべきである。
- (2) 「権利を行使することができる時」(民法第166条第1項)という客観的起算点について、一定の類型ごとに規定内容の明確化を図ることについては、未だ具体的には、議論がなされていない状況にあり、今後、慎重に議論を進めるべきで

ある。

- (3) 預金債権等については、起算点に関する例外的な取り扱いを設けるべきであるとの考え方については、賛否両論あり、慎重に議論を進めるべきである。

【理由】

(1) について

主観的起算点を導入することにより、結局のところ、時効期間を短縮化させることになるが、前述のとおり、一般的な債権の消滅時効期間を短縮化させる必要性は現在のところない。また、起算点が二つ存在することにより、制度として複雑なものとなったり、起算点をどのように考えるかについて判断が難しくなって混乱を招いたり、紛争の争点として、時効が大きな問題となったりし、実務にも大きな影響を及ぼすことになる、との理由から、反対意見が強い。

もっとも、不法行為と平仄を合わせる観点から、債務不履行に基づく損害賠償請求権や不当利得返還請求権に限っては、一部、主観的起算点を採用すべきと考える意見も存在する。

(2) について

客観的起算点について、一定の類型ごとに規定内容の明確化を図ることについては、原則的な時効期間を従前通り「権利を行使することができる時」から10年とする場合には、債務不履行に基づく損害賠償請求権や不作為債務その他、債権の種類によって個別の検討が必要であるとの指摘は1)末尾の見解とも親和性の高い見解でもあり、理解しうるところである。今後、具体的な検討提案があった場合には、個別に慎重に検討する必要がある。

(3) について

預金債権等については、法律・慣習によって債務者が証拠の作成・保存すべきとされているものであって債権者である預金者は、これを信用している一方で、債務者には負担を引き受ける用意があることに鑑みて、例外的な取り扱いを認めるべきとする考え方が存する。

一方、そのような証拠の作成・保存は、本来、債権者が自身の債務の管理のために整備しているだけであって、時効の援用をしない理由とすべきではないという考え方も存する。

いずれの考え方からも主張がなされているところでもあり、引き続き慎重な議論が必要であると考えられる。

(4) 合意による時効期間等の変更

当事者間の合意で法律の規定と異なる時効期間や起算点を定めることの可否について、現在の解釈論では、時効完成を容易にする方向での合意は許容される等の学説があるものの、必ずしも明確ではない。そこで、合意による時効期間等の変更を原則として許容しつつ、合意の内容や時期等に関する所要の制限を条文上明確にすべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、交渉力に劣る当事者への配慮等に留意しながら、

更に検討してはどうか。

交渉力に劣る当事者への配慮の在り方として、例えば、消費者概念を民法に取り入れることとする場合には、消費者契約においては法律の規定より消費者に不利となる合意による変更を認めないという特則を設けるべきであるとの考え方がある（後記第62, 2 参照）が、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料14 - 2第2, 2(5) [15頁]】

【意見】

合意による時効期間等の変更を原則として許容しつつ、合意の内容や時期等に関する所要の制限を条文上明確にすべきとする考え方については、反対意見が強い。

【理由】

合意による時効期間等の変更について、交渉力に劣る当事者への配慮を行われることを条件にこれを許容することができるという考え方も存するが、消滅時効はあくまでも公序であって、当事者の合意により定めることができる事項ではなく、これを認めることにより、力関係による不当な結論が生じる恐れ、濫用の恐れ等の弊害も認められるため、反対意見が強い。

なお、当事者間が権利行使期間を合意することにより、適切に実質的には同様の効果を生ぜしめることも可能であるのだから、実務的な必要には対応できるのであって、交渉力に劣る当事者への配慮については、契約に関する不当条項への規制で対応することも可能であるから、公序たる時効の合意による変更を制度として認めるべきではない。

2 時効障害事由

(1) 中断事由（時効期間の更新，時効の新たな進行）

時効の進行や完成を妨げる事由（時効障害事由）のうち時効の中断事由（民法第147条）に関しては、例えば、「請求」（同条第1号）の意味が必ずしも明確でなく、ある手続の申立て等によって時効が中断された後、その手続が途中で終了すると中断の効力が生じないとされるなど、複雑で分かりにくいという問題が指摘されている。また時効の中断は、新たな時効が確定的に進行するという強い効力を有するため、そのような効力を与えるに相応しい事由を整理すべきであるとの問題も指摘されている。そこで、このような問題意識を踏まえて、新たな時効が確定的に進行することとなる事由のみをほかと区別して条文上明記することとしてはどうか。その上で、具体的な事由としては、権利を認める判決の確定、確定判決と同一の効力が認められる事由（裁判上の和解等）が生ずること、相手方の承認、民事執行などを掲げる方向で、更に検討してはどうか。

このうち、民事執行については、債権の存在を認めた執行手続の終了の時から新たな時効が確定的に進行するという考え方が示されているが、この

ような考え方の当否及び具体的な内容について、更に検討してはどうか。

また、関連して、時効の中断という名称についても、一時的に時効の進行がとどまることを意味するとの誤解を生じやすいため、適切な用語に改めることとしてはどうか。

【部会資料14-2第2,3(2)[20頁]】

【意見】

- (1) 新たな時効が確定的に進行することとなる事由のみを他と区別して条文上明記することについては賛成意見が強い。
- (2) 具体的な事由として、権利を認める判決の確定、確定判決と同一の効力が認められる事由(裁判上の和解等)が生ずること、相手方の承認とすることについては賛成意見が強い。民事執行については、さらに慎重に検討すべきである。
- (3) 「時効の中断」という名称について、適切な用語に改めることについても、賛成意見が強い。

【理由】

- (1) について
条文上明記することにより、分かりやすくなるという理由からの賛成の意見が強いが、現行法で定着している中、変更により却って混乱が生じるとの反対意見も存する。
- (2) 具体的な事由については基本的には、賛成する見解が強いが、の民事執行については、民事執行手続の類型が多様であるので、更に分析的に検討が必要であるとの見解があり、配当等、手続が終局に至った場合にのみ効果が生じるのを限定すれば足りるとする見解もある。
したがって、手続ごとにその効果を認めるのに相当といえるかどうかについて、個別に検討するなどして、慎重に検討を進めるべきである。
- (3) 「時効の中断」という名称については、適切な用語の選択が可能であれば改めるべきであるとの賛成の意見が強いが、前記同様、変更による混乱を懸念する反対意見も存する。

(2) その他の中断事由の取扱い

時効の中断事由(民法第147条)のうち、新たな時効が確定的に進行することとなる事由(前記(1)参照)以外の事由(訴えの提起、差押え、仮差押え等)の取扱いに関しては、時効の停止事由(同法第158条以下)と同様に取り扱うという案や、時効期間の進行が停止し、その事由が止んだ時から残りの時効期間が再び進行する新たな障害事由として扱うという案(時効期間の進行の停止)などが提案されていることを踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2,3(3)[22頁],(4)[27頁]】

【意見】

時効の中断事由(民法147条)のうち、新たな時効が確定的に進行することとなる事由以外の事由(訴えの提起, 差押え, 仮差押え等)の取扱いについては、時効の停止事由(民法158条以下)と同様に取り扱うという考え方に賛成意見が強い。

時効期間の進行が停止し、その事由が止んだ時から残りの時効期間が再び進行する新たな障害事由として扱うという案には反対意見が強い。

【理由】

時効期間の進行が停止し、事由が止んだ時から残りの時効期間が再び進行する新たな障害事由として扱うという案については、賛成意見も存するものの、事由が止んだ時点での残期間を把握するのが困難であるし、複数回、停止事由が発生するような場合には、時効期間が満了しているのかどうかについて管理が複雑化し、分かりづらくなることから反対意見が強い。

時効の停止事由と同様に扱うことで、権利者の保護としては十分であり、実質的な不利益も回避することができ、時効期間中に手続を取る毎に、上記のような複雑な管理をする必要がないことから、こちらの考え方に対して賛成の意見が強い。また、そもそも(1)と同様、変更による混乱を懸念する観点からの反対意見も存する。

(3) 時効の停止事由

時効の停止事由(民法第158条から第161条まで)に関しては、停止の期間について、3か月に短期化する案がある一方で1年に長期化する案もあることを踏まえ、更に検討してはどうか。また、天災等による時効の停止については、その停止の期間が2週間(同法第161条)とされている点を改め、ほかの停止事由と同等のものとする方向で、更に検討してはどうか。

また、催告(同法第153条)についても、これを時効の停止事由とすることかどうかについて、現在の判例法理における裁判上の催告の効果には必ずしも明らかでない部分が少なくないという指摘も踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 3(5)[31頁], (3)(関連論点)3[26頁]】

【意見】

(1) 時効の停止事由(民法158条から第161条まで)に関して、停止の期間については、原則的な時効期間をどのように定めるかの議論に留意して更に慎重に検討する必要がある。

(2) 天災等による時効の停止については、その停止の期間を改めることについて、賛成である。

その期間をどのように定めるかについては、更に慎重に検討する必要がある。

(3) 催告(民法第153条)を時効の停止事由とすることについて賛成意見が強い。

【理由】

(1) について

時効の停止については、満了前に一定の事由の発生によって、相当と考えられる期間、満了となることを猶予するという制度であるから、原則的な時効期間をどのように考えるかによって、相当と考えられる期間は、相対的に定まるものと考えられる。

したがって、原則的な時効期間の議論に留意しながら慎重に検討していく必要があると考える。

もっとも、各単位会においても、原則的な時効期間を維持すべきであるとの意見が強く、時効停止期間については、現行法の規定を維持すべきであるとの見解が強いものと思われる。

(2) 天災等による時効の停止については、現行の2週間という期間が短すぎ、他の事由との差異を設ける必要がないことについては賛成意見が圧倒的に多いものの、相当と考えられる具体的な期間については、今般の東日本大震災において生じる問題等もよく検証した上で、慎重に検討を進める必要があると考える。

(3) 催告を時効の停止事由として明確化することについては、現行法の文言カテゴリーを変更することに対する反対意見も存するが、これに賛成する意見が強い。

(4) 当事者間の交渉・協議による時効障害

時効完成の間際に当事者間で交渉が継続されている場合には、訴えの提起等により時効完成を阻止する手段を講じなければならないのを回避したいという実務上の要請があることを踏まえ、当事者間における交渉・協議を新たな時効障害事由として位置付けることの当否について、更に検討してはどうか。その際には、新たな時効障害事由を設けることに伴う様々な懸念があることを踏まえ、交渉・協議の意義や、その開始・終了の時期を明確にする方策などについて、更に検討してはどうか。

また、当事者間の交渉・協議を新たな時効障害事由とする場合には、その効果に関して時効の停止事由として位置付ける案や時効期間の進行の停止と位置付ける案について、更に検討してはどうか。

【部会資料14 - 2第2, 3(6) [32頁]】

【意見】

当事者間における交渉・協議を新たな時効障害事由として位置付けることについて反対意見が強い。

【理由】

「交渉」「協議」の内容が明確でないことから、その存在やその終了の事実認定が困難であって、却って混乱が生じる、若しくはその成立の有無をめぐる紛争が生じるといった問題、優越的地位にある一方当事者が「交渉・協議」の外形を作出し、抜け道的に利用することが危惧されるといった問題などがあることを理由に反対意見が

強い。

もっとも、時効中断のためだけに訴訟提起をすることが訴訟経済にも反するとの観点から、これに賛成する意見や書面による合意を要件とすることで、上記の混乱を回避しようとする意見も認められる。また、その実務的な必要性を認めつつ、時効障害事由の位置づけを、時効の停止事由（満了時直前に認められた場合にのみ効果が生じる）と扱うことによって、混乱・問題点の発生を限定的なものとし、制度としての導入に賛成する意見もある。

(5) その他

ア 債権の一部について訴えの提起等がされた場合の取扱い

債権の一部について訴えの提起がされた場合であっても、一部請求であることが明示されているときは、判例と異なり、債権の全部について時効障害の効果が生ずることとするかどうかについて、一部請求であることが明示されなかったときの取扱いにも留意しつつ、更に検討してはどうか。また、債権の一部について民事執行の申立てがされた場合についても同様の取扱いとするかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料 14 - 2 第 2, 3 (3) (関連論点) 1 [26 頁]】

【意見】

- (1) 一部請求であることが明示されているときには、債権の全部について時効障害の効果が生ずることとする考え方に賛成意見が強い。
- (2) 一部について民事執行がなされた場合についても全部に効果が及ぶとする考え方に賛成意見が強い。

【理由】

現行法下での裁判実務の立場を維持すべきであるとの意見もあるが、訴訟審理において、請求全体の存否が確認されるのであって、一部請求であることを明示していることによって、その背景に残部の請求が存することも債権者側が明示していることから時効障害の効果を及ぼすことが相当である。

また、被害の救済を目的として、訴訟提起を検討する場合、高額な請求を行うのに十分な資力を持ちあわせないような被害者が印紙代をとりあえず抑えて訴訟提起を優先するケースなども多く、そういったケースの救済も考えれば、債権の全部について時効障害の効果が生ずることとするべきであるとの考え方に賛成意見が強い。

イ 債務者以外の者に対して訴えの提起等をした旨の債務者への通知

保証人や物上保証人がある場合において、専ら時効の完成を阻止するためだけに債務者に対する訴えの提起等をする事態を回避できるようにする観点から、保証人等の債務者以外の者に対して訴えの提起等をしたことを債務者に通知したことをもって、時効障害の効果が生ずるとする考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

【意見】

保証人等の債務者以外の者に対して訴えの提起等をしたことを債務者に通知したことをもって、時効障害の効果が生ずるとする考え方については、反対意見が強い。

【理由】

上記考え方に賛成する意見も存するものの、時効障害の効果が生ずるために初めから主債務者に対しても訴訟当事者とするのは過大な負担とまでは言えないこと、一方で、単なる通知という簡易な方法のみで、時効障害の効果を生じさせることは、その存否についても争いが生じる余地があるなど、行き過ぎであると考えられることなどからこの考え方に対する反対意見が強い。

3 時効の効果

(1) 時効の援用等

消滅時効の効果に関しては、当事者が援用したときに債権の消滅という効果が確定的に生ずるとの判例準則を条文上明記するという案と、消滅時効の完成により債務者に履行拒絶権が発生するものと規定するという案などを対象として、時効完成後に債務者が弁済をした場合に関する現在の解釈論との整合性や、税務会計その他の実務との適合性、時効を主張することができる者の範囲の差異などに留意しつつ、これらの案の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料14 - 2第2, 4(1) [34頁]】

【意見】

消滅時効の効果に関して、当事者が援用したときに債権の消滅という効果が確定的に生ずるとの判例準則を条文上明記するという案に賛成である。

債務者に履行拒絶権が発生するものと規定するという案については反対であり、検討対象からは除外してもよいように考える。

【理由】

一般に実務に定着している判例準則の考え方を採用することについて、賛成意見が強い。

履行拒絶権で構成する考え方を新しく採用することについては、その必要性が認められず、却って、債権が消滅しないとすることに対する誤解に基づき、債務者が害される恐れもあるため賛成する意見は見られなかった。これまでの議論においても、弁護士会に限らず、ユーザーサイドから、これを支持する見解は認められなかったようであり、限られた時間の中での議論の対象からは外した方がよいのではないかと考える。

(2) 債務者以外の者に対する効果（援用権者）

消滅時効の効果に関する検討（前記3(1)参照）を踏まえつつ、仮に当事者が援用した時に債権の消滅という効果が確定的に生ずる旨を条文上明記するという案を採る場合には、時効の援用権者の範囲について、保証人、物上保証人など、判例上「時効により直接利益を受ける者」とされているものを条文上明確にすることについて、更に検討してはどうか。

他方、仮に消滅時効の完成により債務者に履行拒絶権が発生するものと規定するという案を採る場合には、履行拒絶権を行使するのは基本的に債務者であるとした上で、保証人、物上保証人など、判例上時効の援用権が認められてきた者の利益を保護する方策について、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2,4(2)[35頁]】

【意見】

時効援用権者の範囲について、保証人、物上保証人など、判例上「時効により直接利益を受ける者」とされているものを条文上明確にすることについて賛成である。

債務者に履行拒絶権が発生するものと規定する案については反対であり、検討対象から除外してもよいように考える。

【理由】

判例の準則については、現在も実務上、定着しており、特段の不都合も生じていない。したがって、これを明文化することによって民法を国民にとって分かりやすいものとするのが可能となり、賛成である。

一方、履行拒絶権が発生することを前提とした考え方については、前記のとおり、履行拒絶権が発生するという効果を認めること自体に反対意見が多く、保証人、物上保証人に対する保護に欠ける結果となる懸念も強いとの問題もあることから、賛成する意見は見られなかった。これまでの議論においても、弁護士会に限らず、ユーザーサイドから、これを支持する見解は認められなかったようであり、限られた時間の中での議論の対象からは外した方がよいのではないかと考える。

(3) 時効の利益の放棄等

時効完成後に債務者が弁済その他の債務を認める行為をした場合の効果として、信義則上、時効援用権を喪失するとした判例があることを踏まえ、これを明文化するかどうかについて、実務的には債権者からの不当な働きかけによって一部弁済その他の行為がされ、債務者が時効の利益を主張できなくなるという不利益を被る場合があるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2,4(3)[37頁]】

【意見】

時効完成後に債務者が弁済その他の債務を認める行為をした場合の効果として、

信義則上、時効援用権を喪失するとした判例を明文化することについては、明文化によりその条文を濫用して時効完成後の債権を取り立てるなどの弊害が生じる恐れがあることも踏まえつつ、慎重に検討すべきである。

【理由】

判例では、「信義則上」、時効援用権を喪失するとしていることから、時効完成を知らずに弁済を行ったケースのうち、救済が必要と思われるようなケースにおいては、これを救済する余地があると解されている。

実際、時効が完成した債権を低廉な価格で買い集め、債務者の無知に乗じて、通知を送りほんのわずかな額を弁済させた後に時効の援用は許されないと主張して、悪質な債権の取り立てを行う事例が過去に存したが、こういったものは、上記判例の趣旨からすれば、救済の余地があるように考えられていた。

上記のような問題意識から、そもそも明文化をすることにより、その濫用を危惧してこれに反対する考え方も相当数存する。

また、判例の趣旨を明文化すること自体には異議を述べないものの、上記のような問題事例の救済を図る条文を設けることは困難であると考えて明文化するとしても文言を慎重に選ぶ必要があると指摘する考え方も強い。

4 形成権の期間制限

形成権一般を対象とする期間制限に関する特別な規定の整備の可否等について、更に検討してはどうか。

【部会資料14 - 2第2, 5 [38頁]】

【意見】

形成権一般を対象とする期間制限に関する特別な規定を整備することについては慎重に検討すべきである。

【理由】

例外的定め必要性を前提に、一般的な規定を置くこと自体について賛成する意見も存する一方で、形成権の性格はさまざまであって画一的に時効期間を定めることに合理性がなく、取消権、解除権等権利の性質に応じて個別的に定めれば足りるとの反対意見も存する。

したがって、引き続き、慎重に検討する必要がある。

5 その他

(1) その他の財産権の消滅時効

債権又は所有権以外の財産権の消滅時効（民法第167条第2項）に関しては、債権の消滅時効に関する検討の結果を踏まえ、起算点や期間の長さを見直す必要がないかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料14 - 2第2, 6(1) [40頁]】

【意見】

債権または所有権以外の財産権の消滅時効(民法167条第2項)に関して、起算点や期間の長さについて見直すことについて反対意見が強い。

【理由】

現行法の規律について問題がないので、見直す必要はないとの見解が強くこれを見直すことについては反対意見が強い。

(2) 取得時効への影響

取得時効(民法第162条以下)に関しては、消滅時効を対象として時効障害事由(前記2)や時効の効果(前記3)に関する検討を行った後、それを取得時効にも適用があるものとするかどうか等について、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2,6(2)[40頁]】

【意見】

消滅時効を対象とした時効障害事由や時効の効果の検討結果を取得時効にも適用があるとするについては、慎重に検討する必要がある。

【理由】

消滅時効を対象にした見直しの結果と取得時効との間に齟齬が生じないように統一的に取り扱うことで混乱を防止するため、見直すべきであるという意見がある一方で、統一のといえる範囲がどこまでか明確でないことや見直しそのものに反対するという理由から反対する意見もあり、慎重に検討する必要がある。

第37 契約各則 - 共通論点

1 冒頭規定の規定方法

典型契約の冒頭規定の規定方法については、現在は効力発生要件を定める形式が採用されているところ、契約の本質的な要素が簡潔に示されていること等の現行規定の長所を維持することに留意しつつ、規定方法を定義規定の形式に改める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6,2(関連論点)2[66頁]】

【意見】

現行規定の長所が維持されることを前提とすれば、冒頭規定の規定方法を定義規定の形式に改める方向で検討することに賛成する意見が強い。

(2) 強行規定と任意規定の区別は、可能な限り明確化する方向で検討すべきである。

【理由】

民法を国民一般に分かりやすいものとするという考え方からすれば、典型契約の冒頭規定でそれぞれの典型契約を定義するという形式が親和的であるといえる。もっとも、典型契約の冒頭規定をこのような形式に改めるとしても、既に法制審部会で指摘されているように、冒頭規定は、従前、訴訟における攻撃防御の構造を考える上で指標としての機能を果たしてきたといえるので、定義規定の形式に改めることにより、このような機能が弱まることのないよう留意する必要があると考える。

2 強行規定と任意規定の区別の明確化

契約各則の規定のうち、どの規定が強行規定であり、どの規定が任意規定であるかを条文上明らかにすることが望ましいとの考え方について、前記第28、3の議論との整合性に留意しつつ、強行規定かどうかを区別することの可否やその程度、区別の基準の在り方、区別をする場合における個々の規定の表現等を含め、検討してはどうか。

【意見】

強行規定と任意規定の区別は、可能な限り明確化する方向で検討すべきである。

【理由】

強行規定と任意規定の区別は、契約実務において大きな意味を有しており、実務家が契約により権利義務関係を設計する場合には、関連する法令の規定が強行規定であるか、任意規定であるかを意識しつつ対応している。確かに、強行規定と任意規定を単純に二分して整理することが困難であるという法制審部会における指摘はもっともであり、また、民法中の債権関係の規定の全てについて強行規定と任意規定に区別することは現実的でないと考える。しかしながら、民法中の債権関係の規定であっても、表現を工夫すれば、強行規定と任意規定の区別を明確にすることができる性格の規定は少なくないはずである（例えば、現行民法466条は、当事者間の合意により債権の譲渡性を制限できることを明確に表現している。また、新信託法では、任意規定であるものについては、基本的に、各規定中においてその旨が明記されている。）。

国民一般に分かりやすい民法とするためには、契約により権利義務関係を設計しようとする当事者の予測可能性を担保するという意味で、強行規定と任意規定の区別が可能な限り明確になることが肝要であり、今後の審議において、その区別の基準の在り方や区別をする場合における個々の規定の表現等について、積極的に検討すべきである。なお、中間的論点整理においては、ある規定が任意規定であることを明記した上で論点を提示している項目が数多く存在している。このこと自体、強行規定と任意規定を明確にすることの重要性を裏付けるものと考えられる。

第38 売買 - 総則

1 売買の一方の予約（民法第556条）

売買の一方の予約を規定する民法第556条の規定内容を明確にする等の観

点から、「予約」の定義規定を置くこと、両当事者が予約完結権を有する場合を排除しない規定とすること、契約成立に書面作成等の方式が必要とされる類型のものには、予約時に方式を要求すること、予約完結権の行使期間を定めた場合の予約の効力についての規定も置くことについて、更に検討してはどうか。また、どのような内容の予約を規定の対象とすべきかという点については、予約完結権を与えるもの以外の予約の形態を民法に取り込むことの是非や、有償契約への準用規定（同法第559条）を通じて予約に関する規定が他の有償契約にも準用され得ることなどに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、予約に関する規定が他の契約に適用ないし準用され得ることを踏まえて、その規定の位置を売買以外の箇所（例えば、契約総則）に改めるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料15-2第1,2[2頁]】

【意見】

- (1) 売買の一方の予約を規定する民法第556条の規定内容を明確化することに賛成である。
- (2) 「予約」の定義規定を置くことに賛成である。
両当事者が予約完結権を有する場合を排除しない規定とすることに賛成である
契約成立に書面作成等の方式が必要とされる類型のものには、予約時に方式を要求することに賛成である。
予約完結権の行使期間を定めた場合の予約の効力についての規定も置くことに賛成である。
- (3) 予約の規定の対象につき、予約完結権を与えるもの以外の予約の形態を民法に取り込むことにつき、慎重に検討すべきである。
- (4) 予約の規定の検討に当たり、売買に規定すると有償契約への準用規定（同法第559条）を通じて、予約に関する規定が他の有償契約にも準用されることにつき、慎重に検討すべきである。
- (5) 予約に関する規定の配置を売買以外のところ（例えば、契約総則）に改めるかどうかにつき、慎重に検討すべきである。

【理由】

予約に関する規定を明確化することは妥当であり、その方向性に賛成である。

それゆえ、からについても賛成である。特ににつき、一方の予約に限らず双方が予約完結権を有する場合も認められるべきであり、については、民法556条2項は予約完結権行使期間の定めのない場合のみを規定するが、その前提として、予約完結権行使期間の定めのある場合について規定を設けるべきである。

「予約」の定義に関しては、現行民法の予約完結権に関する「予約」と、一般で利用する言葉としての「予約」とは異なっており、後者についても一定の契約上の法的効果があることから、明確性の観点から、後者の予約を含む現行法に規定され

ていない予約についても民法において、規定することを検討対象とすることは妥当である。

予約の規定は、現行法では売買に規定すると有償契約への準用規定（同法第559条）を通じて、予約に関する規定が他の有償契約にも準用されることから、今後の法制審においても、他の有償契約への準用にも留意して、慎重に検討すべきである。

また、それゆえ、他の有償契約への準用を前提とすると、予約に関する規定の配置を売買以外のところ（例えば、契約総則）に改めることにも、慎重に検討すべきである。

2 手付（民法第557条）

手付の規定（民法第557条）に関しては、履行に着手した当事者による手付解除を認める判例法理を明文化することについて、更に検討してはどうか。なお、これを明文化する場合には、履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求をすることができる旨の規定を置くことについても、検討してはどうか。

また、「履行に着手」の意義に関する判例法理を明文化することについて、検討してはどうか。

さらに、「償還」の意義については、現実に払い渡す必要はないなどとする判例を踏まえ、債務不履行責任を免れる要件としての弁済の提供（民法第492条）との異同に留意しつつ、その内容を明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第1, 3 [3頁]】

【意見】

- (1) 履行に着手した当事者による手付解除を認める判例法理を明文化することに、賛成である。
- (2) これを明文化する場合に、履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求をすることができる旨の規定を置くことにつき、慎重に検討すべきである。
- (3) 「履行に着手」の意義に関する判例法理を明文化することに、賛成である。
- (4) 「償還」の意義について、判例を踏まえ、その内容を明確化することに賛成であるが、その内容については、慎重に検討すべきである。

【理由】

- (1) について
判例法理を明文化することに、異論はない。
- (2) について
現行法にはない新たな論点であるので、現時点では議論は熟していないことから、慎重に検討すべきである。

(3) について

判例法理を明文化することに、異論はない。

(4) については、現行判例からすれば「償還」の用語は修正されるべきである。

「提供」が候補であるが、現行判例では、「現実の提供」に限定していることから、弁済の提供との異動を意識すべきではある。

この点、「口頭の提供」を一切排除すべきではなく、「口頭の提供」も一定程度含まれるべきではある。ただし、その範囲は限定的であるべきと思われるので、その範囲について慎重に検討すべきである。

第39 売買 - 売買の効力（担保責任）

1 物の瑕疵に関する担保責任（民法第570条）

(1) 債務不履行の一般原則との関係（瑕疵担保責任の法的性質）

瑕疵担保責任の法的性質については、契約責任と構成することが適切であるという意見があった一方で、瑕疵担保責任の要件・効果等を法的性質の理論的な検討から演繹的に導くのではなく、個別具体的な事案の解決にとって現在の規定に不備があるかという観点からの検討を行うべきであるという意見があった。これらを踏まえて、瑕疵担保責任を契約責任と構成して規定を整備することが適切かという点の検討と併せて、目的物に瑕疵があった場合における買主の適切な救済を図る上で具体的にどのような規定の不備等があるかを確認しながら、売買の目的物に瑕疵があった場合の特則を設けるか否かについて、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第2, 2(1) [8頁]】

【意見】

(1) 売買の目的物に瑕疵があった場合の買主の救済手段につき、特則を設けることに、賛成である。

(2) その際、瑕疵担保責任の法的性質について、契約責任と構成するのを否定するものではないが、瑕疵担保責任の要件・効果等を法的性質の理論的な検討から演繹的に導くのではなく、個別具体的な事案の解決にとって現在の規定に不備があるかという観点からの検討を行うべきである。

【理由】

(1) について

瑕疵担保責任の法的性質については、近時、契約責任説が有力であり、契約責任説と法定責任説も、それぞれ互いの不備を指摘しあい、それぞれに不備の解消を試みていて、両説が近接している。そのため、契約責任説を採用することに賛成意見も多かったが、少なくとも契約責任と構成すること否定しないとしても、いずれかの立場を採用すれば、一義的に要件効果が確定するものではない。

したがって、瑕疵担保責任の要件・効果等を法的性質の理論的な検討から演繹的に導くのではなく、個別具体的な事案の解決にとって現在の規定に不備がある

かという観点からの検討を行うべきである。

(2) について

現行法の瑕疵担保責任の救済手段は、解除と損害賠償に限られることが問題であり、（瑕疵担保責任の法的性質にかかわらず）目的物の瑕疵に関する特則を設け、代金減額請求権を含め、買主の救済手段について、現行法における買主の救済手段の不備を補い、充実させるべきである。

ただし、かかる検討においては、瑕疵について善意の買主の保護が後退しないようにすべきである。

(2) 「瑕疵」の意義（定義規定の要否）

ア 「瑕疵」という文言からはその具体的な意味を理解しづらいため「瑕疵」の定義を条文上明らかにすべきであるという考え方があり、これを支持する意見があった。具体的な定義の内容に関しては、瑕疵担保責任の法的性質（前記(1)）を契約責任とする立場から、契約において予定された性質を欠いていることとすることが適切である等の意見があった。これに対し、瑕疵担保責任を契約責任とするならば、債務不履行の一般則のみを規定すれば足り、あえて「物」の瑕疵についてだけ定義規定を設ける意味があるのかという問題提起があったが、債務不履行の具体的な判断基準を確認的に明らかにする意義があるとの意見や、物の瑕疵に関する特則を設ける意義があるとの意見等があった。

また、「瑕疵」を「契約不適合」に置き換えるという考え方（部会資料15-2第2, 2(2)[18頁]）については、なじみのない用語であることや取引実務に過度の負担を課すおそれがある等の理由から消極的な意見があったが、他方で、債務不履行の一般原則を売買において具体化した概念として「契約不適合」を評価する意見もあった。

これらを踏まえて、「瑕疵」という用語の適否、定義規定を設けるか否か、設ける場合の具体的内容について、瑕疵担保責任の法的性質の議論（前記(1)）との整合性や取引実務に与える影響、労働契約等に準用された場合における不当な影響の有無等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

イ 建築基準法による用途制限等のいわゆる法律上の瑕疵の取扱いに関しては、物の瑕疵と権利の瑕疵のいずれの規律によって処理すべきかを条文上明らかにすることの要否について、更に検討してはどうか。また、売主が瑕疵担保責任を負うべき「瑕疵」の存否の基準時に関しても、これを条文上明らかにすることの要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 2(2)[17頁], 同(関連論点)[18頁]】

【意見】

- (1) 「瑕疵」という用語を使用することに、賛成意見が多い。
- (2) 「瑕疵」の定義規定を設けることに、賛成意見が多い。
- (3) 「瑕疵」の内容を「契約において予定された性質を欠いていること」と定義す

ることには慎重に検討すべきである。

- (4) 「瑕疵」を契約不適合に置き換えることには、反対意見が多い。
- (5) 「瑕疵」の意義の検討に当たり、労働契約等他の契約類型に準用された場合に不当な影響を与えないよう慎重に検討すべきである。
- (6) 法律上の瑕疵の取扱いに関しては、物の瑕疵と権利の瑕疵のいずれの規律によって処理すべきかを条文上明らかにすることに賛成である。
- (7) 売主が瑕疵担保責任を負うべき「瑕疵」の存否の基準時を、条文上明らかにすることには賛成である。ただし、現行法での、善意の買主の保護が後退しないように留意すべきである。

【理由】

(1) について

契約責任説の立場からは、物の瑕疵に関する担保責任は、契約責任そのものであり、特則を設ける理由がないとの指摘もあるが、明確性の観点からは、物の瑕疵に関する担保責任の規定を置くことに賛成であり、さらに、その際、現行法との継続性、明確性の観点からは、「瑕疵」の用語を継続して使用すること、その定義を設けることに賛成である。

(2)・(3) について

「瑕疵」の内容を「契約において予定された性質を欠いていること」とすることについては、現時点では、積極的にそうすべきかどうかまでは、議論が固まっていなから、慎重に検討すべきである。

「瑕疵」の内容・定義については、法制審の部会資料15-2第2,2(2)[17頁]においては、当該契約において予定されていた性質を欠いているという主観的瑕疵と、その種類の物として通常有すべき品質・性能を欠いているという客観的瑕疵を考慮するとの考え方が指摘されていた。これも、瑕疵の有無の判断に重要な要素であり、それはどの立場からでも変わらないところであると考えられるので、今後の検討においてこれらの要素についても、排除せず検討対象とすべきである。

(4) について

「瑕疵」を契約不適合に置き換えることについては、上記のとおり現行法との継続性の観点からも、「瑕疵」の用語を維持すべきであり、反対意見が多い。

(5) について

「瑕疵」の定義に当たり、補足説明に指摘の通り、他の契約に準用された場合に、労働契約において被用者の健康上の問題が瑕疵とされるに至るのは妥当でないのは明らかであるから、こうした点について配慮しつつ、「瑕疵」の定義を慎重に検討すべきである。

(6) 法律上の瑕疵について、物の瑕疵とするか権利の瑕疵とするかを条文上明らかにすることには反対しない。

ただし、これは、物の瑕疵について、競売の場合に担保責任を認めるかに関連する。この点、物の瑕疵につき、競売の場合に担保責任を認めるとした上、また

権利の瑕疵と物の瑕疵について救済手段に差がないとすれば、結果において、法律上の瑕疵が、物の瑕疵ないし権利の瑕疵のいずれとされても、差がないこととなる。

(7) について

売主が瑕疵担保責任を負うべき「瑕疵」の存否の基準時に関しても、これを条文上明らかにすることには、明確性の観点から賛成である。これについては、「引渡時」とすることに賛成意見が多い。ただし、現行法との比較で、特に善意の買主の保護が後退しないようにすべきである。

この点、法定責任説では契約時、契約責任説では引渡時とするのが、通常の学説の分類であるが、両説は実際上差が出る場面が限られる。

契約締結時に、買主が瑕疵について善意であれば、法定責任説で買主が保護されるのは当然であるが、契約責任説でも、瑕疵の無い物の給付が契約の内容であるから、引渡時に瑕疵があれば、買主は、救済される。そして、この契約締結時に瑕疵について善意の買主は、物の引渡時に瑕疵について悪意であっても、瑕疵がある限り救済されることも両説は同じである。

これに対して、契約締結時に買主が瑕疵について悪意であれば、法定責任説では保護されないのは当然であり、契約責任説でも（原則として）瑕疵ある物の給付が契約内容であって、それ自体瑕疵がないことになる（そしてこの場合、いずれも引渡時にも瑕疵について悪意である）から、買主が救済されない点は両説同じである。

ただし、両説で異なるのは、契約締結時に買主が瑕疵の存在について悪意であるが、瑕疵を修補して引き渡すことが内容となっている契約の場合である。この場合、契約責任説では、契約締結時に瑕疵について悪意であっても、また、仮に引渡時に瑕疵の存在に改めて気づいたとしても、担保責任の追及ができることになる。法定責任説では、契約締結時に買主が悪意である以上、救済されないと考えるのが通常であろう。

最後の場合の買主を保護するかしないか、の問題であるとともに、上記の契約締結時ないし引渡時と、これらの時点買主の瑕疵についての善意悪意との関係により、買主が瑕疵担保責任で保護されるべき場面を明確にし、保護されるべき買主の保護が後退しないように配慮すべきである。

(3) 「隠れた」という要件の要否

買主の善意無過失（あるいは善意無過失を推定させる事情）を意味する「隠れた」という要件を削除すべきか否かについては、「瑕疵」の意義を当該契約において予定された性質を欠いていることなどの契約の趣旨が反映されるものとする場合（前記(2)参照）には、買主の主観的要素は「瑕疵」の判断において考慮されるため重ねて「隠れた」という要件を課す必要はないという意見がある一方で、「隠れた」という要件には、紛争解決に当たり買主の属性等の要素を考慮しやすくするという機能があり得る上、取引実務における自主的な紛争解決の際の判断基準として機能し得るなどといった意見があること

に留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第2，2(3) [19頁]】

【意見】

「隠れた」の要件を削除することにつき，慎重に検討すべきである。

【理由】

契約責任説的理解の立場から，「隠れた」の用語を不要とする見解がある。ただし，この見解は，引渡時に瑕疵の存在を知っていても，買主は保護される立場ともかかわるところである。仮にそうとしても，契約責任説及び法定責任説，いずれの立場からも，契約締結時に善意（無過失）の買主を保護すべき点は異論のないところである。

特に契約締結時に善意（無過失）の買主の保護につき，適正・明確な要件の構築する観点からは，現行法において用いられている「隠れた」の用語を使用することも考えられるから，「隠れた」の用語の存続・撤廃の両方について，さらに検討すべきである。

(4) 代金減額請求権の要否

代金減額請求権には売主の帰責性を問わずに対価的均衡を回復することができる点に意義があり，現実的な紛争解決の手段として有効に機能し得るなどの指摘があったことを踏まえて，買主には損害賠償請求権のほかに代金減額請求権が認められる旨を規定する方向で，更に検討してはどうか。その検討に当たっては，具体的な規定の在り方として，代金減額のほかに買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定の要否や，代金減額の基準時等の規定の要否等について，更に検討してはどうか。

また，代金減額請求権が労働契約等の他の契約類型に準用された場合には不当な影響があり得るという意見があることを踏まえて，代金減額請求権の適用ないし準用の範囲について，更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第2，2(4) [21頁]】

【意見】

- (1) 買主に代金減額請求権を認めることに賛成である。
- (2) 代金減額請求権のほかに買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定を設けることに賛成である。
- (3) 代金減額の基準時等の規定の要否は，慎重に検討すべきである。
- (4) 代金減額請求権が労働契約等の他の契約類型に準用された場合には不当な影響を与えないよう，代金減額請求権の適用ないし準用の範囲について慎重に検討すべきである。なお，労働契約には準用すべきではない。

【理由】

(1) について

売主の債務不履行の免責事由の有無にかかわらず、売買の対価性の観点からは、代金減額請求権による救済手段を買主に与えるべきであるから、瑕疵担保責任において、買主に代金減額請求権を認めることには賛成である。

債務不履行の一般規定として規定することに賛成する意見もあったが、いずれにせよ、少なくとも、物の瑕疵につき、買主に代金減額請求権を認める特則を置くべきである。

(2) について

ただし、伝統的な法定責任説的立場と、代金減額請求を認めた場合の違いを考えると、瑕疵担保責任では、瑕疵による減価部分と、（隠れた）瑕疵がある故に買主が負担した費用・コスト、に対する救済手段が問題となる。伝統的な法定責任説立場では、の救済は認められないものの、の救済は信頼利益の損害賠償によって、救済される。この観点からは、代金減額請求を認めることによりの救済は認められるものの、に対する救済が後退するのは妥当ではない。よって、代金減額請求を認めた場合でも、の損害賠償を認める規定を設けるべきである。

(3) について

代金減額の基準時等については、明文化することは妥当であるとしても、買主の保護に欠けることの無いよう慎重に検討すべきである。

(4) について

代金減額請求権が他の契約類型に準用されることによって、労働契約等他の契約類型に不当な影響を与えてはならないから、代金減額請求権の適用ないし準用の範囲についてはそうした不当な影響を与えないよう、慎重に検討すべきである。なお、労働契約には準用すべきではない。

(5) 買主に認められる権利の相互関係の明確化

買主に認められる権利の相互関係の明確化については、相互関係を法定することにより紛争解決の手段が硬直化するおそれがあるため、可能な限り買主の権利選択の自由を確保すべきであるという意見と、相互関係についての基本的な基準を示すことなくこれを広く解釈に委ねることは紛争解決の安定性という観点から適切ではないので、必要な範囲で明確にすべきであるという意見があったことを踏まえて、更に検討してはどうか。その際、権利の相互関係が債務不履行の一般則からおのずと導かれる場面とそうでない場面とがあり、そのいずれかによって規定の必要性が異なり得るという指摘があることに留意しつつ、検討してはどうか。

また、代物請求権及び瑕疵修補請求権の限界事由の明文化の要否について、追完請求権の限界事由の要否という論点（前記第2，4（3））との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第2，2（5）[21頁]，同（関連論点）[25頁]】

【意見】

- (1) 買主に認められる権利の相互関係については、買主が選択的に権利行使できるとすべきである。
- (2) 代物請求権及び瑕疵修補請求権の限界事由の明文化につき、慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

買主の複数の救済手段が認められる場合、救済手段の相互関係・順序が明確であったほうがよいとも考えられる。しかしながら、例えば、「代金減額請求をすると、他の救済手段が認められない」との立場に立った場合、代金減額請求をしても、効を奏しない場合（例えば、本来支払われるべき減額部分の一部しか支払われない場合など）については、代金減額請求と他の救済手段は同時に権利行使可能とすべきであるとも考えられる。

買主保護の観点からは、買主が選択的に、複数権利行使できるとすべきである。

(2) について

代物請求権及び瑕疵修補請求権の限界事由については、明文化できるならば、分かりやすい民法に資するとも考えられるが、限界事由の内容については、現時点では明確とは言えないから、慎重に検討すべきである

(6) 短期期間制限の見直しの要否

瑕疵担保責任に基づく権利は買主が瑕疵を知った時から1年以内に行使すべき旨の規定（民法第570条、第566条第3項）の見直しに関しては、このような短期期間制限を維持すべきであるという方向の意見と、債権の消滅時効の一般則に委ねれば足りる（短期期間制限の規定を削除する）という意見があった。後者の立場からは、買主が短期間の間に通知などをしなかったことが救済を求める権利を失うという効果に結びつけられることに対して疑問が提起された。これらの意見を踏まえ、瑕疵担保責任の法的性質に関する議論（前記(1)）との関連性に留意しつつ、売買の瑕疵担保責任において特に短期期間制限を設ける必要性の有無について、更に検討してはどうか。

仮に短期期間制限を維持する場合には、さらに、買主は短期間のうちに何をすべきかという問題と、その期間の長さという問題が議論されている。このうち前者に関しては、期間内に明確な権利行使の意思表示を求めている判例法理を緩和して、瑕疵の存在の通知で足りるとするかどうかについて、単なる問い合わせと通知との区別が容易でない等の指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。他方、後者（期間の長さ）に関しては、事案の類型に応じて変動し得る期間（例えば、「合理的な期間」）では実務上の支障があるという指摘を踏まえ、現在の1年又はこれに代わる一律の期間とする方向で、更に検討してはどうか。

また、制限期間の起算点についても議論されており、原則として買主が瑕

疵を知った時から起算するが、買主が事業者である場合については瑕疵を知り又は知ることができた時から起算する旨の特則を設けるべきであるとの考え方があつた。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 2(6) [26頁], 部会資料20-2第1, 3(2) [16頁]】

【意見】

- (1) 瑕疵担保責任に基づく権利は買主が瑕疵を知った時から1年以内に行使すべき旨の規定(民法第570条, 第566条第3項)を, 見直すことは賛成意見が多い。
- (2) 売買の瑕疵担保責任において, 特に短期期間制限を設けるか否かについて, 慎重に検討すべきである。
- (3) 売買の瑕疵担保責任の期間制限(時的制限)としては, 債権の消滅時効の一般則に委ねる(短期期間制限の規定を削除する)ことに賛成意見が多い。
- (4) 短期期間制限を維持する場合のみならず, 売買の瑕疵担保責任の期間制限を債権の消滅時効の一般則に委ねるとした場合でも, 瑕疵の存在の通知を要求することには反対である。
- (5) 瑕疵の存在の通知をすべき期間を設定することにも反対であるが, 特に, 事案の類型に応じて変動し得る期間(例えば, 「合理的な期間」)とすることには, 反対である。
- (6) 売主の瑕疵担保責任の制限期間の起算点について, 事業者について, 現行法とは異なり, 「瑕疵を知り又は知ることができた時」とすることについては, 慎重な検討を要する。

【理由】

(1) について

現行民法第570条, 第566条第3項においては, 瑕疵担保責任に基づく権利は, 買主が瑕疵を知った時から1年以内に行使すべきとし, これを除斥期間とした上で, 1年以内に権利行使し, 担保責任を問う意思を裁判外で明確告げた場合に, 損害賠償請求権が保全され, 引渡後10年の時効に服する, こととなる。しかしながら, かかる1年の除斥期間については, 一般の時効期間との対比では, 非常に短期に過ぎ, 買主救済の妨げになっている。

例えば, 消費者が家電量販店で, テレビを購入し, 映りが悪いと思いつつ, 使用を継続した後, 1年以上を経過してしまい, その後, テレビが完全にうつらなくなった, という事案では, 現行法では救済されない。これは, 1年の期間制限が短期に過ぎるからである。

そのため, 現行法の期間制限の規定を見直すことには賛成意見が多い。

(2) について

その際には, 売買の瑕疵担保責任において特に短期期間制限を設けること(ex期間の延長など)については, 売買の瑕疵担保責任の期間制限(時的制限)としては, 現行民法の1年より長期の一定の期間制限を設けるべきことについては賛

成意見が多いものの、その在り方については、様々な方法が考えられることから、その趣旨において、売買の瑕疵担保責任においては短期期間制限を設けることも一つの考え方であり、慎重に検討すべきである。

ただし、具体的な1年より長期の一定の期間制限をの在り方としては、(債権の消滅時効の在り方次第ではあるが)現行法の問題は期間制限が1年間と短く、制度として歪であることに端を発しているのであるから、こうした現行法に拘泥することなく、原則に立ち返り、債権の消滅時効の一般則に委ねる(短期期間制限の規定を削除する)ことに賛成意見が多い。

(3) について

(短期期間制限を維持する場合のみならず、売買の瑕疵担保責任の期間制限を債権の消滅時効の一般則に委ねるとした場合でも)瑕疵の存在の通知を要求する考え方は、瑕疵の存在の通知を怠った場合、瑕疵担保責任の追及ができなくなるという失権効を伴うものである。

そもそも、消費者ないし個人はもとより、事業者ないし商人であっても、瑕疵の存在の通知を怠ったことによって、瑕疵担保責任について失権効を与えること自体、妥当ではない。たとえ期間制限において、現行法より緩和されたとしても、瑕疵の存在の通知義務及びその違反の失権効により、大きく後退し、現行法より買主に不利益になる可能性が高く、瑕疵の存在の通知義務を課することには反対である。

(4) について

特に、瑕疵の存在を通知すべき期間について、変動の可能性のある曖昧な「合理的期間」とすると、CISGの実例では、1週間程度とされた事例もあるから、期間が不明確であるとともに、現行法より大きく後退し、買主への救済がほとんど与えられなくなるに至る可能性が否定できない。したがって、曖昧な「合理的期間」とすることには強く反対である。

固定した一定の期間とするとしても、1年間であれば現行法と変わらないから、現行法を見直したことはない。

そもそも、瑕疵の存在の通知を要求し、それに期間制限を加えるとともに、通知義務違反に失権効を与える、という制度自体採用すべきではなく、瑕疵担保責任の期間制限は、消滅時効一般に委ねれば足りる。

(5) について

なお、事業者ないし商人に、売買において目的物につき、検査義務ないし瑕疵の通知義務を、仮に認めたとしても、通知義務違反に瑕疵担保責任による救済の失権効を認めるべきではない。検査義務・通知義務を課するのみであり、瑕疵担保責任の面でのペナルティは無しにする、立法も十分に考えらえる。

(6) について

売主の瑕疵担保責任の制限期間の起算点については、現行民法566条3項は「買主が事実を知った時から」とし、現行商法526条2項において「瑕疵を発見した時」となっている。これに対して、事業者について、「瑕疵を知り又は知ることができた時」とすることについては、慎重な検討を要する。

本論点は、瑕疵担保責任の期間制限について、短期期間制限を設ける場合だけでなく、一般の債権の消滅時効を採用した場合にも問題になりうる。

そして、売買等の迅速性の観点からは、「瑕疵を発見した時」だけでなく、「瑕疵を知り又は知ることができた時」に、起算点を変更することにも、合理性があるとも考えられる一方で、「発見したとき」より前倒しになり、買主の責任を加重することとなることから、慎重な検討を要する。

(特に、期間制限を消滅時効の一般原則に委ね、一般原則について主観的起算点を採用する場合には、「知ることができた時」は、主観的起算点として明確性に欠けるから、慎重な検討を要する。)

さらに、仮にかかる変更の合理性が認められるとしても、商人ではない非事業者についても適用を認め、適用範囲を商人から事業者に拡大することの当否についても、慎重に検討すべきである。

また、仮に規定を設けるとしても、かかる規定を民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかも問題である。

なお、現行商法526条に対しては、商法526条2項の6か月を超えて瑕疵を発見した場合には、担保責任の追及が出来なくなるとの規定は、廃止されるべきである。また、商法526条2項につき、「直ちに」を「遅滞なく」と変更することには、特に問題はない。

2 権利の瑕疵に関する担保責任(民法第560条から第567条まで): 共通論点

権利の瑕疵に関する担保責任に関し、債務不履行の一般原則との関係(権利の瑕疵に関する担保責任の法的性質)、買主の主観的要件の要否、買主に認められる権利の相互関係の明確化及び短期期間制限の見直しの要否の各論点については、物の瑕疵に関する担保責任における、対応する各論点の議論(前記1(1)(2)(5)及び(6))と整合させる方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 3(1) [29頁], (2) [33頁], (3) [35頁], (4) [36頁]】

【意見】

権利の瑕疵に関する担保責任につき、物の瑕疵に関する担保責任の議論に整合させる方向性で検討することに賛成意見が多い。

ただし、瑕疵担保責任と同様、要件・効果等を法的性質の理論的な検討から演繹的に導くのではなく、個別具体的な事案の解決にとって現在の規定に不備があるかという観点からの検討を行うべきである。

その際、(特に、善意の買主について)、現行法より買主の保護が後退しないように、配慮すべきである。

【理由】

基本的に意見のとおりである。

個別論点について、物の担保責任に整合させることにつき（例えば、権利の瑕疵について、買主の善意悪意を問わないとすることについて、善意に限るべきとして）反対意見もあった。

3 権利の瑕疵に関する担保責任（民法第560条から第567条まで）：個別論点

- (1) 他人の権利の売買における善意の売主の解除権（民法第562条）の要否
他人の権利の売買において、善意の売主にのみ解除権を認める民法第562条に関しては、他の債務不履行責任等と比べて特に他人の権利の売買の売主を保護する理由に乏しいという指摘を踏まえ、これを削除することの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2,4(1)[38頁]】

【意見】

民法第562条を削除することに賛成意見が多い。

【理由】

他人の権利の売主について特別の解除権を認める合理的理由に乏しく、民法第562条を削除することに賛成意見が多い。ただし、売主の解除権にも合理性があるとして反対意見もある。

- (2) 数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任（民法第565条）

数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任（民法第565条）に関しては、数量指示売買における数量の不足及び物の一部滅失が民法第570条の「瑕疵」に含まれるものとして規定を整理する方向で、更に検討してはどうか。その際、数量指示売買の定義規定等、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けることの要否について、数量指示売買における数量超過の特則の要否（後記6）という論点との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2,4(2)[38頁]】

【意見】

- (1) 数量の不足及び物の一部滅失が民法第570条の「瑕疵」に含まれるものとして規定を整理することに、賛成である。
(2) 数量指示売買の定義規定等、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けることに賛成である。

【理由】

- (1) 判例に基づく数量指示売買の定義は狭きに失するので、変更すべきであり、そ

の際、数量不足及び物の一部滅失も、「瑕疵」に含まれると整理することに賛成する。

- (2) したがって、数量指示売買の定義規定を置くことは、明確性に資するので賛成する。それ以外にも、数量指示売買における担保責任の特性を意識した規定を設けるべきである。

ただし、数量不足を物の瑕疵に含まれるとするなら、数量不足に関する特別の規定を設ける必要はないとの意見もある。

- (3) またその際、数量超過の特則との関係も考慮すべきである。

(3) 地上権等がある場合等における売主の担保責任（民法第566条）

地上権等がある場合等における売主の担保責任（民法第566条）に関しては、買主の主観的要件を不要とする考え方（前記2）を前提とした場合において、同条は地上権等がない状態で権利移転をすべき売買に適用される旨を条文上明記すべきであるという考え方や、買主の代金減額請求権を認めるべきであるという考え方について、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第2, 4(3) [40頁]】

【意見】

- (1) 買主の主観的要件を不要とするかについては、瑕疵担保責任に合わせるとする方向に賛成である。
- (2) 同条は地上権等がない状態で権利移転をすべき売買に適用される旨を条文上明記することに賛成である。
- (3) 買主の代金減額請求権を認めることに賛成である。

【理由】

なし

(4) 抵当権等がある場合における売主の担保責任（民法第567条）

抵当権等がある場合における売主の担保責任（民法第567条）に関しては、債務不履行責任が生ずる一場面を確認的に規定したものにすぎず不要な規定であるという意見と、債務不履行責任が生ずる場面を具体的に明らかにするなどの意義があるので、適用範囲を条文上明確にした上で規定を維持すべきであるという意見等があったことを踏まえて、確認規定として存置することの要否及び仮に規定を存置する場合には適用範囲を明確にするための要否について、他の担保責任に関する規定を維持するか否かという点との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第2, 4(4) [41頁]】

【意見】

抵当権等がある場合における売主の担保責任（民法第567条）に関して確認規

定として存置すること及び適用範囲を明確化することに賛成である。

【理由】

567条に関して、不要な規定であるとの意見もあるが、確認的規定としても、債務不履行責任が生じる場面を具体的に明確化する意義があるので、確認規定として規定を存置することに賛成である。

その際、567条の適用範囲を、抵当権等の存在を考慮することなく売買代金が決定的な場合とすること、売買の目的が不動産ではなく、動産その他の財産権であった場合にも適用されるべきこと、「先取特権又は抵当権」だけでなく、仮登記担保権等の担保物権が付されていた場合にも適用されるべきこと、「所有権を失ったとき」だけでなく、買主が所有権等の権利の移転を求めることができなくなった場合にも適用されるべきことにも、反対しない。

他の担保責任の規定との関連性、短期期間制限に復するかなどについては、慎重な検討を要する。

4 競売における担保責任（民法第568条、第570条ただし書）

競売における物の瑕疵に関する担保責任については、現行法を改めてこれを認める立場から、瑕疵の判断基準の明文化の要否や損害賠償責任の要件として債権者等に瑕疵の存在の告知義務を課すことの可否等の検討課題が指摘されている。そこで、まずはこれらの点を踏まえた制度設計が、競売実務や債権回収、与信取引等の実務に与える影響の有無に留意しつつ、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることの可否について、更に検討してはどうか。

また、競売において物の瑕疵に関する担保責任を認めることの可否は、競売代金の算定等に影響を及ぼすため競売手続全体の制度設計の一環として検討されるべきであることや、競売では、契約とは異なり、当事者の合意に照らした瑕疵の認定が困難であることなどを理由に、これらの規定は民法ではなく民事執行法に設けるべきであるという意見があることを踏まえて、民法に設けるべき規定の内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第2, 5 [42頁]】

【意見】

競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることにつき、慎重に検討すべきである。

民法ではなく民事執行法に設けることに賛成意見が多い。

【理由】

物の瑕疵と権利の瑕疵との区別が困難な場合もあることから、強制競売については両方で差を設けるべきではなく、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることに賛成する意見もある。

ただし、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めると、競売実務や債権回収、

与信取引等の実務に影響を与える可能性があるから、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることにつき、慎重に検討すべきである。

その観点からは、競売代金の算定等に影響を及ぼすため競売手続全体の制度設計の一環として検討されるべきであることや、競売では、契約とは異なり、当事者の合意に照らした瑕疵の認定が困難であることはその通りであり、これらの規定は民法ではなく民事執行法に設けることに賛成する意見が多い。

5 売主の担保責任と同時履行（民法第571条）

担保責任の法的性質を契約責任とする立場を前提に、民法第571条は、同時履行の抗弁（同法第533条）や解除の場合の原状回復における同時履行（同法第546条）の各規定が適用されることの確認規定にすぎないから削除すべきであるという考え方が示されているが、この考え方の当否について、担保責任の法的性質に関する議論（前記1(1)及び2）等を踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2,6[44頁]】

【意見】

民法571条の規定を削除するかについて、慎重な検討を要する。

【理由】

民法第571条は、法定責任説の立場では、買主の損害賠償請求権は、本来の権利ではないから、売主の代金請求権と同時履行の抗弁権の主張を認めるために、特別に民法第571条の規定を設けることの意味があった。

これに対して、契約責任説では、買主の損害賠償請求権も買主の本来の権利であるから、売主の代金請求権と同時履行の関係にあることを、571条がなくても導き出せる関係にある。しかしながら、契約責任説でも、571条があっても特に問題はない。

こうした観点からは、契約責任説立場に立って、571条を削除すべきとの考え方があるとしても、担保責任の法的性質に拘泥せずに検討すべきとの立場からは、同条の削除も存置もいずれも考えられるところではあり、慎重に検討すべきであるが、存置されても特段問題はない。

6 数量超過の場合の売主の権利

数量指示売買における数量超過の場合の売主の権利については、契約解釈による代金増額請求権や錯誤無効等により保護されているなどとして特段の新たな規定を不要とする意見がある一方で、契約解釈による代金増額請求権や錯誤無効等では適切な紛争解決を導けない場合があり得るとする意見もあり、後者の立場からは、例えば、売主による錯誤無効の主張を認める一方、買主に対して超過部分に相当する代金を提供することにより錯誤無効の主張を阻止する権利を与えるなどの提案や、代金増額請求権の規定を設けることや超過部分の現

物返還を認めることも考え得るとの指摘がある。これらの考え方を踏まえて、数量超過の場合の売主の権利に関する規定を設けることの要否について、取引実務に与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第2, 7 [45頁]】

【意見】

数量超過の場合の規定を設けることに反対意見が多い。

【理由】

本論点は、多くの学説が判例の立場を批判しているところであり、売主に代金増額請求権を認めつつ、当事者間の公平を図る規定を置くことも考えられる。しかしながら、判例は代金増額請求を否定し、契約当事者の意思解釈にゆだねているので、それで足りる。契約の合理的解釈として数量の過不足に従って代金を増減させるべき事例がありうるが、契約の解釈として個々に処理すればよい。

また、数量超過の場合は、紛争の場面では信義則などによる弾力的解決に適する。

さらに、規定を置けば法的安定性が確保できるというものでもない。

こうした観点から、数量超過の場合の規定を設けることに反対意見が多い。

7 民法第572条（担保責任を負わない旨の特約）の見直しの要否

担保責任を負わない旨の特約の効力を制限する民法第572条に関して、このような規定の必要性の有無及びこれを必要とする場合には、売主が事業者か否かにより規定の内容に差異を設けるべきか否かについて、不当条項規制に関する議論（前記第31）との関連性に留意しつつ、検討してはどうか。

また、このような規定の配置について、一般的な債務不履行責任の免責特約に関する規定として配置し直すことの当否について、担保責任の法的性質に関する議論（前記1(1)及び2）との整合性に留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

(1) 第572条のような規定を削除することには慎重な検討を要する。

(2) 一般的な債務不履行責任の免責特約に関する規定として配置し直すことについても、慎重な検討を要する。

(3) このような規定を設ける場合には、売主が事業者か否かにより差を設けるかにつき、不当条項規制との関係に留意しつつ、差を設ける方向で検討すべきである。

【理由】

担保責任につき、契約責任説的立場からは、572条を、担保責任を負わない特約があっても、「物の瑕疵、権利の全部または一部の不存在、権利の制限について知っていたときは免責されない」と改正する考え方もあり、その延長で、一般的な

債務不履行責任の免責特約に関する規定とする考え方もあるが、明文で明確にする意味はあるから、第572条のような規定を削除することには慎重な検討を要する。

ただし、かかる特約については、事業者が消費者ないし中小の事業者に対して、一方的に不利な特約を押し付ける可能性はあるから、一方が事業者である場合の特則、や不当条項規制に復する場合について、規定する方向で検討すべきである。

8 数量保証・品質保証等に関する規定の要否

取引実務上用いられる数量保証や品質保証、流通過程で売買される物に関するメーカー保証等について、何らかの規定を置く必要がないかについて、検討してはどうか。

【意見】

取引実務上用いられる数量保証や品質保証、流通過程で売買される物に関するメーカー保証等は、それぞれ多義的に利用されており、それぞれの数量保証・品質保証の意味を明確にする方向で検討すべきである。

【理由】

なし

9 当事者の属性や目的物の性質による特則の要否

前記各論点の検討を踏まえた上で、担保責任について契約の当事者の属性や目的物の性質による特則を設ける必要があるか否かについて、消費者・事業者に関する規定についての議論（後記第62）との関連性に留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

担保責任について、当事者の属性（特に、消費者・事業者）や、目的物の性質による特則を設ける方向で検討すべきである。

ただし、特則の内容による。

また、消費者契約に関する特則については、第62で述べる。不動産については、品確法との調整を慎重に検討すべきである。

【理由】

基本的に、意見のとおりである。

なお、品確法については、建物の請負の場合及び売買の場合について、担保責任に関する期間制限の特則がある。これが、売買及び請負の期間制限とどう調整すべきかの問題点があり、慎重に検討すべきである。

第40 売買 - 売買の効力（担保責任以外）

1 売主及び買主の基本的義務の明文化

(1) 売主の引渡義務及び対抗要件具備義務

一般に売主が負う基本的義務とされるが明文規定のない引渡義務及び対抗要件具備義務を明文化する方向で、後者については対抗要件具備に協力する義務とすべきではないかという意見があったことに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第3, 2(1) [47頁]】

【意見】

売主の引渡義務及び対抗要件具備義務の明文化に賛成する。

【理由】

売主が売買の目的物の引渡義務を負うことが売主の基本的な義務であることに争いはない。法律関係を明確にするためにも明文化すべきである。

売買の目的が不動産の場合、売主は買主に完全な所有権を取得させる義務があり、そのため登記義務まで負うとするのが判例である（大判大正9年11月22日民録26輯1856頁）。

この判例の趣旨は、売買の目的が所有権の場合に限らず、動産や債権の場合など他の財産権においても同様に妥当し、これは当事者の通常の意味にも合致する。したがって、法律関係を明確にするため、上記引渡義務に加え、対抗要件具備義務についても、明文化すべきである。

なお、ここにいう「対抗要件具備義務」は、不動産でいえば買主の登記請求権に対応する義務を明確にするものと解されるため、「対抗要件具備に協力する義務」とするだけでは足りないものとする。

(2) 買主の受領義務

民法は、買主の基本的義務として、代金支払義務を規定する（同法第555条）が、目的物受領義務については規定がなく、判例上も買主一般に受領義務があるとは必ずしもされていない。この買主の受領義務については、様々な事例において実務上これを認める必要性があると指摘された一方で、契約に適合しない物の受領を強要されやすくなるなど消費者被害が拡大することへの懸念を示す意見、買主に一律に受領義務を認めるのではなく、契約の趣旨や目的等により買主が受領義務を負う場合があるものとする方向で検討すべきであるという意見、実務上の必要性が指摘される登記引取義務を超えた広い範囲での受領義務を認めるべきか否かという観点から検討すべきであるという意見、契約不適合を理由とする受領の拒絶を認めるべきであるという意見、「受領」が弁済としての受領を意味するのか、事実としての受け取りを意味するのかなど、「受領」の具体的内容について検討すべきであるという意見、債権者の受領遅滞に関する議論（前記第7）との関連性に留意しつつ、

他の有償契約への準用可能性等を検討すべきであるという意見等があった。これらを踏まえて、買主の受領義務に関する規定を設けることの当否、規定を設ける場合の受領義務の具体的な内容等について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 2(2) [48頁]】

【意見】

不動産の登記や自動車の登録などについての引取義務を認めることについては賛成する意見があるものの、売買におけるその他の目的物受領義務については反対する意見が強い。

【理由】

一般の受領義務については、判例（最判昭46年12月16日民集25巻9号1472頁）に従い、個別的な事情に照らして、信義則上これを認めるべきか否かを判断するという考え方を採るべきである（本意見書第7「受領遅滞」参照）。

この点、売買の目的物が不動産や自動車等である場合、少なくともその登記や登録については買主側に引取義務を認める必要性がある。

すなわち、まず不動産についてみれば、登記が移転されないままであれば売主側に固定資産税が課される他、工作物責任（民法717条）等の負担が生じるおそれがあり、又自動車については自動車税の他、運行供用者責任（自動車損害賠償保障法3条）等の負担が生じるおそれがある。

以上の不動産や自動車の売主の負担に鑑みると、これらの売買における登記、登録等については、類型的に上記引取義務を認めるべき事情があるとみることができる。

他方、不動産や自動車に関する現実の占有の引き取りや、その他売買の目的物が車両以外の動産である場合の引き取りについては、売主側の負担の内容、程度は一様ではない。

また、一律に買主に売買目的物の受領を認めるような規定がなされると、例えば、消費者が悪質な業者から契約不適合な目的物の引取を求められるなど、消費者被害の拡大の懸念があるとの指摘もある。

したがって、これらについては、受領義務一般の議論に委ねるべきであり、上記判例に従い、個別的な事情を充分斟酌して、信義則の見地から引取義務を認められるかを検討すべきである。

2 代金の支払及び支払の拒絶

(1) 代金の支払期限（民法第573条）

民法第573条は、売買目的物の引渡期限があるときは、代金の支払についても同一の期限を付したものと推定する旨を規定しているところ、不動産売買においては、登記の重要性に鑑み、目的物の引渡期限ではなく登記移転の期限を基準とし、代金の支払について登記移転期限と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を置くという考え方がある。このような特則を設け

ることについては、その必要性に疑問があるとの意見があったことを踏まえ、実務上の必要性の有無に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第3, 3(1) [50頁]】

【意見】

不動産売買においては、代金の支払について登記移転期限と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を置くことに賛成意見が強い。

【理由】

民法573条の趣旨は売買の両当事者間の衡平を図ることにあるが、不動産売買において、代金支払いと対峙すべきは、売買目的物の引渡よりも、第三者に対抗し得る完全な所有権を得させること、すなわち、登記を移転することである。

実務上も、不動産売買においては、二重譲渡を回避するため、代金の支払について登記移転期限と同一の期限を付するのが通例であり、このような実態を反映した形で民法573条に特則を設け、明示しておくことが、当事者間の取引を円滑にすることに資する。

(2) 代金の支払場所（民法第574条）

代金の支払場所を定める民法第574条に関しては、「目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきとき」であっても、目的物が既に引き渡された後は、同法第484条が適用されるとする判例法理を明文化する方向で、また、同条が任意規定であるとする判例を踏まえて「支払わなければならない」という表現を見直す方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第3, 3(2) [51頁]】

【意見】

目的物が既に引き渡された後は、同法第484条が適用されるとする判例法理を明文化すること、又「支払わなければならない」という表現を見直すことについて、いずれも賛成である。

【理由】

妥当性に争いのない確定判例（大判昭和2年12月27日民集6巻12号743頁）の内容を法文化して、国民に明示すべきである。

民法574条は当事者の意思を推測して定められたものであるが、目的物が既に引き渡された後は最早その引渡が済んだ場所で代金を支払う意思があると推測することはできず、上記判例は合理的である。

本条は強行法規的表現であるが、特約を許すものであるとするのが判例（大判大正3年1月20日民録20輯21頁）であり、この点争いもない。

したがって、同条は任意規定であることを明確に規定し、分かりやすくすべきである。

(3) 権利を失うおそれがある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第576条）

民法第576条は、売買の目的について「権利を主張する者がある」場合における買主の代金支払拒絶権を規定しているところ、買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも適用されるという解釈論を踏まえ、これを明文化すべきであるという考え方がある。この考え方については、抽象的な要件を定めると濫用のおそれがあるから、要件を明確にし適用範囲を限定する方向の検討もすべきであるという意見があったことを踏まえるとともに、不安の抗弁権に関する議論（後記第58）との関連性にも留意しつつ、その具体的な要件設定や適用範囲について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 3(3) [52頁]】

【意見】

買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも買主の代金支払拒絶権を認めることの是非については賛成意見が多いが、具体的に妥当な要件設定ができるか、適用範囲をどのようにすべきかについて、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

民法576条が、買主が権利を失う恐れがある場合に衡平の見地から買主を保護することを目的とすることからすれば、適用されるための要件として、「権利を主張する者がある」という外形的な状況がある場合に限る必要はない。

したがって、権利取得を疑うべき相当の理由がある場合も、現に権利を主張する者がある場合と同様に保護すべきである。

ただ、本条の効果は代金支払拒絶という重大な帰結をもたらすため、ここで抽象的な要件を定めると、買主側が濫用しかねない。

この点は、「反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じた場合においても一定の要件の下で適用を認めるべきか」など、不安の抗弁権の議論とも共通するところであり、濫用を防止しうる要件設定や適切な適用範囲の限定が可能であるか、慎重に検討する必要がある。

(4) 抵当権等の登記がある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第577条）

民法第577条は、一般に、当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には適用されないと解されていることから、これを条文上明確にすることの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 3(4) [51頁]】

【意見】

当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合に民法第577条は適用されない旨条文上明確にすることに賛成である。

【理由】

民法第577条の趣旨は、当事者間の公平と簡便な決済にあると解される。安価で買い受けている買主は既に危険を織り込んでいるといえ、あえて代金支払いの拒絶権まで与えて保護する必要はない。

3 果実の帰属又は代金の利息の支払（民法第575条）

売買目的物の果実と売買代金の利息を等価値とみなしている民法第575条に関しては、その等価値性の擬制が不合理であるとして、売主は引渡期日までに生じた果実を取得し、買主は代金支払期日まで代金の利息を支払う必要はない旨を規定すべきであるという考え方がある。この考え方については、果実と利息の価値の差が大きい場合の不合理性等を指摘して賛成する意見がある一方で、決済の簡便性や果実と利息の等価値性を前提とした民法の他の規定との整合性等を重視して同条の規定内容を維持すべきであるという意見があったことを踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第3, 4 [53頁]】

【意見】

民法第575条を変更することに反対である。

【理由】

果実と利息の精算は一般に複雑な関係をもたらし、紛争を増加させる可能性がある。現行法はこれらを排し、当事者間の簡易な決裁を図り、紛争を回避するメリットがある。

他の規定との整合性を保つためにも現行法を維持すべきである【部会資料15 - 2第3, 4 [54頁]】。

実務上、特段不都合は生じていない。本条は特約を許す任意規定であるから、例外的に果実と利息の価値の差が大きいような場合には、当事者間で特約をすれば足りる。

4 その他の新規規定

(1) 他人の権利の売買と相続

同一人が他人の権利の売買の売主と権利者の法的地位を併せ持つに至った場合における相手方との法律関係に関しては、判例・学説の到達点を踏まえ、他人の権利の売主が権利者を相続したとき、権利者が他人の権利の売主を相続したときなどの場面ごとに具体的な規定を設けるかどうかについて、無権代理と相続の論点（前記第33, 3(2)）との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第3, 5(1) [54頁]】

【意見】

同一人が他人の権利の売買の売主と権利者の法的地位を併せ持つに至った場合における相手方との法律関係に関して、無権代理と相続の論点との整合性を持つようにすることに賛成である。

【理由】

他人の権利の売主を権利者本人が相続した場合に関する確定的な判例（最判昭和49年9月4日民集28巻6号1169頁）も、無権代理と相続の論点と整合性を持つ判断をしており、その内容に異論はない。

他人の権利の売買と相続の論点に関しては、無権代理と相続の場面と事実関係が類似するため、各類型について整合的な規定を設けることが合理的である。そこで、無権代理と相続に関する規定と同様に、判例の結論に異論のない範囲で明文化して、分かりやすくすることに資するべきである。

- (2) 解除の帰責事由を不要とした場合における解除権行使の限界に関する規定（債務不履行解除の要件としての帰責事由を不要とした上で（前記第5,2）、解除と危険負担との適用範囲が重複する部分の処理（前記第6,1）について解除権の行使を認める考え方を採用する場合（部会資料5-2第4,3[100頁]）における解除一元化モデルや単純併存モデル等）には、双務契約の一方の債務が債務者の帰責事由によることなく履行できなくなったときに、その危険をいずれの当事者が負担するか（反対債務が存続するか否か）という問題（前記第6,3等）は、どのような場合に債権者の解除権行使が否定されるかという形で現れる。

これを踏まえ、このような解除権行使の限界を、双務契約の基本形と言える売買において規定すべきであるという考え方について、更に検討してはどうか。

また、買主が目的物の瑕疵を理由に売主に対し代物の請求を行い、それに伴って瑕疵ある目的物の返還義務を負う場合において、目的物の滅失・損傷が生じたときのリスクを誰が負担するかという問題は、上記の基準では処理できない。そこで、この点の特則を新たに設けることの要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3,5(2)[56頁],同(関連論点)[58頁]】

【意見】

- (1) 解除の帰責事由不要論には反対である。仮に、債務不履行解除の要件としての帰責事由を不要とする考え方を採る場合、解除権行使の限界を双務契約の基本形と言える売買において規定すべきであるという考え方には賛成意見が強い。

- (2) 瑕疵のある目的物が引渡後に滅失・損傷した場合の特則を新たに設けることについては賛成する。

【理由】

(1) について

解除の帰責事由不要論には反対であるが、仮に不要論に立った場合の規律については特に異論がない。

(2) について

現行法の規定がない場合に関する当事者間の法律関係について、危険負担と整合性を保ちつつ、規定を設けることは当事者間の公平を図ることに資する。

(3) 消費者と事業者との間の売買契約に関する特則

消費者と事業者との間の売買契約においては、消費者である買主の権利を制限したり消費者である売主の責任を加重する条項の効力を制限する方向で何らかの特則を設けるべきであるとの考え方の当否について、更に検討してはどうか（後記第62, 2 参照）。

【部会資料20 - 2第1, 2 [11頁]】

【意見】

消費者契約である売買契約において、消費者である買主の権利を制限したり、消費者である売主の責任を加重する条項の効力制限規定を民法に置くか否かについては、売買契約に限る必要性の有無、消費者契約法ではなく民法で定めることの是非などを、慎重に検討すべきである。

【理由】

消費者である買主の権利を制限したり、消費者である売主の責任を加重する条項の効力制限規定には賛成であるという意見も多い。

その一方で、売買契約に限らずに広く不当条項規制で対応すべきではないか、消費者契約法等の特別法で対処すべきではないかという見解もあった。

(4) 事業者間の売買契約に関する特則

事業者間の売買契約に関し、以下のような特則を設けるべきであるとの考え方の当否について、更に検討してはどうか（後記第62, 3参照）。

事業者間の定期売買においては、履行を遅滞した当事者は、相手方が履行の請求と解除のいずれを選択するかの確答を催告し、確答がなかった場合は契約が解除されたものとみなす旨の規定を設けるべきであるとの考え方

事業者間の売買について買主の受領拒絶又は受領不能の場合における供託権、自助売却権についての規定を設け、目的物に市場の相場がある場合には任意売却ができることとすべきであるとの考え方

【部会資料20 - 2第1, 3(1) [14頁]】

【意見】

- (1) 商法525条の枠組みを変更することには賛成意見が多いが、かかる規定を適用範囲を商人から事業者に拡大するか、及び民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかにつき、慎重に検討すべきである。
- (2) 商法524条に加えて、目的物に市場の相場がある場合に任意売却を許容することには賛成意見が多いが、かかる規定を適用範囲を商人から事業者に拡大するか、及び民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかにつき、慎重に検討すべきである。

【理由】

- (1) 商法525条は、商人間の定期売買について不履行がある場合には直ちに履行請求した場合を除き契約を解除したものとみなすとしている。

まず、かかる改正の必要性があるかについては、債務不履行の相手方に解除権を行使するか否かの選択権を与えつつ、商法525条の相手方の投機的行動を防止するとの観点から、かかる規定を改正して、原則現行民法542条の定期行為の解除の規定によりつつ、履行遅滞した当事者から相手方に解除するかの催告権を与え、確答がなければ契約が解除されたものとみなすとする枠組みに変更することについては、取引の迅速性の観点から、賛成意見も多い。

しかしながら、かかる修正した規定の適用範囲を商人から事業者に拡大することについては、経済的利益に関する敏感さに商人と事業者では差があり、必ずしも商人と商人でない事業者を同一に評価することはできないことから、慎重に検討すべきである。

また、かかる規定を民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかも問題であり、慎重に検討すべきである。

- (2) 商法524条は、商人間の売買における買主の受領拒絶又は受領不能の場合の供託権、自助売却権を規定しているが、これに加えて目的物に市場の相場がある場合に任意売却できるとすることには、売買の簡易迅速の観点から賛成意見が多い。

しかしながら、かかる規定の適用範囲を商人から事業者に拡大することについては、必ずしも商人と商人でない事業者を同一に評価することはできないことから、経済的利益に関する敏感さに商人と事業者では差があり、必ずしも商人と商人でない事業者を同一に評価することはできないことから、慎重に検討すべきである。

また、かかる規定を民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかも問題であり、慎重に検討すべきである。

5 民法第559条（有償契約への準用）の見直しの要否

契約の性質に応じて売買の規定を売買以外の有償契約に準用する旨を定める民法第559条に関して、売買の規定が有償契約の総則的规定と位置付けられていることの当否や、準用される規定の範囲を明確にすることの可否等の観点

に留意しつつ、同条の見直しの要否について、検討してはどうか。

【意見】

民法第559条の見直しに賛成する。

【理由】

分かりやすい民法にするためには、準用規定をより具体的にすべきである。

第41 売買 - 買戻し、特殊の売買

1 買戻し（民法第579条から第585条まで）

担保目的の買戻しは、譲渡担保として処理すべきであって民法の買戻しに関する規定は適用されないとする判例法理を踏まえて、民法の買戻しの規定は、担保目的を有しない買戻しにのみ適用されることを条文上明確にすべきであるという考え方について、検討してはどうか。

また、買戻しの制度を使いやすくする観点から、契約と同時に登記することを必要とする民法第581条の見直し等について、検討してはどうか。

このほか、買戻しの特約により売主が負担する返還義務の範囲（民法第579条）を、条文により固定するのではなく、合意等により決する余地を認めるべきであるという考え方や、買戻しに関する規定の意味を明確にする観点から「その効力を生ずる」という条文の文言を見直すべきであるといった考え方についても、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第4, 2 [61頁]】

【意見】

- (1) 民法の買戻しの規定は、担保目的を有しない買戻しにのみ適用されることとする点について、現時点では反対である。
- (2) 契約と同時に登記することを必要とする民法第581条について見直すことに賛成である。
- (3) 売主が負担する返還義務の範囲（民法第579条）を、条文により固定せず、合意等により決する余地を認めること、又民法第581条1項の「その効力を生ずる」という条文の文言を見直すことにいずれも賛成である。

【理由】

(1) について

担保目的を有する買戻しについては譲渡担保として処理すべきであるとされるが、その譲渡担保に関しては依然として規定がない。これは担保物権法制の見直しの際に整備されるべきであるが、この見直しの際に買戻しの規定を併せて検討すべきであり、あえて現時点で担保目的のものへの適用を排除する必要はない。

(2) について

契約後に買戻しの制度を利用したいという要請がある場合に、これを制限する

必要はない。

(3) について

買戻しの制度を使いやすくするという観点からは、返還義務の範囲についても柔軟化すべきである。

民法第581条1項については第三者に対する対抗要件であるという点に争いがなく、この点明確にすべきである。

2 契約締結に先立って目的物を試用することができる売買

契約締結に先立って目的物を試用することができる売買については、民法上、特段の規定が設けられていないが、契約の成立時期、目的物の試用によって所有者に生じた損害の負担、試用者が契約締結に関する意思表示をしない場合の法律関係等について問題が生ずるおそれがあるとの指摘がある。これを踏まえ、特別法等の規定のほかに民法に規定を設ける必要性があるか、また、必要がある場合にはどのような内容の規定が必要かといった点について、消費者被害の有無等の実態にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第4, 3 [63頁]】

【意見】

契約締結に先立って目的物を試用することができる売買について民法に規定を設けることには反対する。

【理由】

契約締結に先立って目的物を試用することができる売買については、通常契約の成立等について明確な合意がなされるのが通例であり、又使用貸借と売買契約の複合契約と考えても問題は解決できるため、実務上典型契約として規定するほどの立法事実はない。

規定を設けることで「送りつけ商法」や「試用品の返還をめぐる高額請求」等の問題を生起させかねない。

第42 交換

交換に関する民法第586条については、冒頭規定の規定方法について定義規定の形式に改めるかどうかを検討するほか(前記第37, 1), 現在の規定内容を維持するものとしてはどうか。

【部会資料15 - 2第5 [64頁]】

【意見】

賛成する

【理由】

交換に関しては現行法で特段問題がない。

第43 贈与

1 成立要件の見直しの要否（民法第549条）

贈与の成立要件に関して、書面によること（要式契約化）や目的物を交付すること（要物契約化）を必要とすべきであるという考え方については、口頭でされる贈与にも法的に保護されるべきものがある旨の意見があることを踏まえ、贈与の実態に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第6, 2 [65頁]】

【意見】

贈与の成立要件に関して、書面によることを必要とすべきであるという考え方（要式契約化）、又目的物を交付することを必要とすべきであるという考え方（要物契約化）にいずれも反対である。

【理由】

贈与を要式行為とした場合、親族間での贈与や、事業における販促品の贈与など、日常生活の様々な場面で行われている現行法下の贈与行為が拘束力を持たず、返還請求が可能という帰結をもたらすことになる。このように、上記提案は法的に不安定な状況をもたらす。

書面によらない贈与は履行前は撤回可能とされており（民法550条）、贈与者の保護は、この範囲で図られている。

贈与を要物契約とした場合、現行法下での帰結と実質的に異なってくるのは、書面により締結された贈与契約の未履行部分について、受贈者からの請求権が否定される点である。例えば、AがBに対して、入学後の学資を提供する旨書面で約束していた場合、又不動産を提供する旨書面で約束をしていた場合などにおいても、AはBからの履行請求に対し、契約が成立していないことを理由に拒絶できることになる。

しかし、書面化の時点で贈与者には慎重な検討の機会が与えられており、贈与する意思も明確化されている。また、書面化により受贈者の信頼も強まるから、その効力を否定すべきでない。

2 適用範囲の明確化

贈与の適用範囲に関して、贈与の目的が「財産」を与えること（民法第549条）と規定されているところを売買と同様に「財産権」の移転と改めるかどうかについては、まずは贈与の目的を「財産権」の移転とした場合の規定を検討した上で、その適用範囲を制限物権の設定、権利放棄、債務免除等の他の無償行為に及ぼすべきか否か、また、これを及ぼす場合には、贈与の目的を拡大する形を採るか、贈与の規定を準用する形を採るかといった点について、無償契約への準用という論点（後記7(4)）との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

その際、合意による無因の債務負担行為も有効であるとして、これを明文化することの当否について、贈与の適用範囲との関係に留意しつつ、検討してはどうか。

また、他人の財産の贈与契約が有効であることを条文上明らかにするため、民法第549条の「自己の」を削除することの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第6, 2(関連論点)1 [66頁]】

【意見】

- (1) 贈与の目的が「財産」を与えること(民法第549条)と規定されているところを売買と同様に「財産権」の移転と改めることについては賛成意見が強い。贈与の規定の適用範囲を制限物権の設定、権利放棄、債務免除等の他の無償行為に及ぼすについては、更に検討すべきであり、又仮に、贈与の規定を他の無償行為に及ぼす場合には、贈与の目的を拡大するのではなく、贈与の規定を準用する形を採るべきである。
- (2) 合意による無因の債務負担行為を有効として明文化することについては反対である。
- (3) 他人の財産の贈与契約が有効であることを条文上明らかにするため、民法第549条の「自己の」を削除することについては賛成である。

【理由】

(1) について

現行民法の贈与契約について、一般社会においては売買と同様に「財産権」の移転契約であるにとらえられ、他人のための担保提供、債務の引受、債権の放棄、債務免除等は贈与契約に含まれるとは考えられていないものと解される。

「分かりやすい民法」にするためには、「贈与」概念もできる限り一般通常人の感覚に沿って限定的に明確化し、通常贈与とは解されていない他人のための担保提供以下については別途贈与の規定を準用するか否かを明示的に定めることが望ましい。

なお、準用の範囲については、7(4)において後述する。

(2) について

贈与・保証を典型例として、当事者の一方が他方に対して一方的に利益を与える類型の取引について、民法は、取引類型の特性に応じて、契約の拘束力を限定的に解する態度をとっていると考えられる。このように取引類型の特性に応じた規定の仕方は比較法的にも同様であると考えられる。

この点、無因の債務負担行為に関する規定を抽象的に設けることになると、検討の前提とする取引類型がないため、当該契約の拘束力を限定する必要性・相当性を検討することは困難である。結果として、無因の債務負担行為が緩やかに認められる可能性が高く、濫用の危険性も高まるものと解される。

(3) について

他人の財産の贈与契約が有効であることは確定的な判例であり（最判昭和44年1月31日最高裁判所裁判集民事94号167頁）、明文化に異論はない。

3 書面によらない贈与の撤回における「書面」要件の明確化（民法第550条）

贈与の撤回（民法第550条）における「書面」要件に関しては、原則として贈与契約書の作成を要するとするなど、これを厳格化することによって、契約締結後の事情の変化に応じた合理的な撤回の可能性を確保すべきであるという意見と、「書面」要件の厳格化によって、実務上行われている法的に保護されるべき贈与の効力が否定されやすくなるおそれがあるという意見があった。これを踏まえて、「書面」要件の厳格化が現実の贈与取引に与える影響に留意しつつ、「書面」要件の内容を厳格化し、これを条文上明確にすることの当否について、更に検討してはどうか。

また、「書面」に電磁的記録を含めるべきか否かという点について、贈与に関する電子取引の実態を踏まえつつ、検討してはどうか。

さらに、書面によらない負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化することの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6,3[69頁],同(関連論点)[72頁]】

【意見】

- (1) 「書面」要件の内容を厳格化することについては、なお慎重に検討すべきである。
- (2) 「書面」に電磁的記録を含めるべきか否かについては、なお慎重に検討すべきである。
- (3) 書面によらない負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化することについては賛成である。ただし、負担の価値が贈与財産の価値と比較して著しく小さい場合の扱いなどについて慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

贈与契約の無償性に照らせば、贈与者からの撤回は緩やかに認めるべきであり、「書面」要件を緩やかに認め、撤回を困難にする現在の判例法理は妥当でないとして、要件を厳格化する考えがある。

しかし、このような要件の厳格化は現在の判例法理を変更することになるので、これによって生じる実務への影響については慎重に検討する必要がある。

(2) について

「書面」に電磁的記録を含めるべきか否かという点については、現在の情報技術の普及状況を前提とすると、書面に電磁的記録を含めないとする立法は将来的に妥当性を失っていく可能性が高いこと、又インターネットを介した寄附金の募

集等についてこれを認めるべき実務上の需要もあることから，一定の要件のもとに電磁的記録も「書面」として認めるべき要請がある。

他方，書面に「電磁的記録」を含めることについては，メール等の電磁的記録は気軽に書いてしまうことがあること，平成16年改正において，民法550条についてはあえて電磁的記録を含めないこととした経緯があり，それから状況に大きな変化がないことなどから，現時点では依然として「書面」に電磁的記録を含めるべき必要はないとする慎重意見もある。

(3) について

負担付贈与で受贈者が負担を履行した場合に，贈与の未履行部分を取り消すことができないというのが判例の立場である（最判昭和57年4月30日民集36巻4号763頁）。ただし，同判例も負担の価値と贈与財産の価値との相関関係や利害関係者間の身分関係などによっては例外的な場合があることを示唆しており，当事者間の公平という観点からはその点についても慎重に検討すべきである。

4 贈与者の担保責任（民法第551条第1項）

贈与者の担保責任の法的性質については，売主の担保責任の法的性質の議論（前記第39，1(1)及び2）との整合性に留意しつつ，契約責任と構成することが適切かという観点から，更に検討してはどうか。

贈与者の担保責任の法的性質を契約責任とする場合においては，無償契約の特性を踏まえた契約の解釈準則を設けるべきであるという意見があり，それに対して消極的な意見もあったことを踏まえて，解釈準則については債務内容確定のための準則と免責における準則を区別して議論すべきであるという指摘があることや使用貸借の担保責任に関する議論（後記第46，3）との整合性に留意しつつ，仮に解釈準則を設けるとした場合にはどのような具体的内容の解釈準則を設けることができるかという点の検討を通じて，解釈準則を設けることの要否や可否について，更に検討してはどうか。

また，他人の権利の贈与者は，原則として他人の権利を取得する義務を負わず，結果として他人の権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負う旨の規定を置くべきであるという考え方の採否について，更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第6，4 [72頁]，同（関連論点）[76頁]】

【意見】

- (1) 贈与者の担保責任の法的性質を契約責任と構成することについては，賛成意見が強い。
- (2) 贈与者の担保責任については，契約の解釈準則を設けることに賛成である。この解釈準則は，基本的に贈与者の担保責任を軽減する方向とすべきであり，これを検討するにあたり，債務内容確定のための準則と免責における準則を区別すること，使用貸借の担保責任に関する議論（後記第46，3）との整合性に留意しつつ検討することについては賛成である。

- (3) 他人の権利の贈与者は、原則として他人の権利を取得する義務を負わず、結果として他人の権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負う旨の規定を置くべきことについては賛成意見が強い。

【理由】

(1) について

特定物ドグマを否定する観点から、法的性質について契約責任と構成すること自体に反対する意見はない。

(2) について

贈与契約は当事者が親族である場合も多く、契約締結に至る経緯・背景に複雑な事情があることが多いことから、契約内容を確定する契約解釈にあたって一定の準則を定め、予測可能性を高めるべきである。

この準則を定めるにあたっては、贈与契約の無償性に鑑み、贈与者の担保責任を軽減する方向で検討すべきである。

また、贈与者の担保責任についての解釈準則を定めるにあたっては、場面を分けて検討することは、議論を明確化するものであり、有益である。

贈与と使用貸借は無償契約という点で共通しており、可能な範囲で整合性を保つことが予測可能性を高める意味でも有益である。

(3) について

他人の権利の贈与においては、その無償性に鑑み、贈与者が他人の権利を取得する義務まで負わないとするのが当事者の通常の意味であり、これを原則とすることは法律関係の明確化に資する。

ただ、他人の権利の贈与者といえども、結果として他人の権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負うことは当然であり、これは明確化すべきである。他方、受贈者が他の方法で解決することを可能にするなど、受贈者の法的地位を安定させる観点から、書面による贈与の場合であっても受贈者からの撤回を可能とする旨の規定も併せて設けるべきである。

5 負担付贈与（民法第551条第2項，第553条）

負担付贈与における担保責任（民法第551条第2項）の内容は、一般に、受贈者が受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回った場合には、その差額分の履行拒絶あるいは返還請求が認められるというものであると解されており、これを条文上明確に規定することの当否について、更に検討してはどうか。また、負担付贈与への双務契約の規定の包括的準用（同法第553条）については、準用すべき規定を個別に明確にし、準用すべき規定がなければ削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6，5(1)[78頁]，(2)[80頁]】

【意見】

- (1) 負担付贈与における担保責任（民法第551条第2項）の内容について受贈者

が受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回った場合には、その差額分の履行拒絶あるいは返還請求が認められるというものである旨規定することには賛成意見が強い。

(2) 負担付贈与への双務契約の規定の包括的準用（同法第553条）について、準用すべき規定を個別に明確にすることは、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

現行法の条文の理解として上記提案記載の内容が一般的であり、これを条文上明らかにすることに意義がある。

他方、実際の契約当事者の意思を考えると、契約の際、贈与の目的物と受贈者の負担の価値の関係まで考えていないのが一般であるから、この規定については慎重にすべきという考えもある。

(2) について

適用される規定を明確化するという観点からは、準用規定も精査し明示することに意義があると解される。

しかし、負担と贈与との間には対価的牽連性はなく、又、贈与契約が親族間で多く行われるなど、当事者間の契約に至る経緯は様々であることからすれば、一律に準用すべき規定を規定することは困難であることから、現行法を維持することも含め、慎重な検討が必要である。

6 死因贈与（民法第554条）

死因贈与について性質に反しない限り遺贈の規定を準用する旨を定める民法第554条に関しては、具体的にどの条文が準用されているかを明らかにすべきであるという考え方がある。この考え方については、遺贈の撤回に関する規定（民法第1022条）や遺言の方式に関する規定（同法第960条、第967条から第984条まで）等を準用すべきか否かという個別論点の検討を踏まえつつ、相続に関する規定、相続実務、裁判実務等に与える影響に留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6,6[82頁]】

【意見】

民法第554条に関し、具体的にどの条文が準用されているかを明らかにすべきであるという考え方には、賛成意見が強い。

なお、例示されている個別論点に関する意見は以下のとおりである。

遺言の撤回・取消に関する規定については、更に検討すべきである。

遺言の方式に関する規定については、準用否定案に賛成する。

【理由】

準用されること、又は準用されないことについて争いのない条文があるが、少

なくとも争いのないものについてはその旨明記した方が分かりやすい。

他方、ここでの明文化は実務上相続法や相続実務等に対する影響が大きいことから、遺言や遺贈に関する制度設計など、相続法全体の見直しと併せて検討すべき課題であり、契約法のための立場からその明文化ないし実質改正の可否を議論することは相当でないとする慎重意見もある。

個別論点に関する意見の理由は以下のとおりである。

(7) 遺言の撤回の規定（民法1022条）に関し判例（最判昭和47年5月25日民集26巻4号805頁）は、遺言の取り消しに関する方式の点を除いて書面による死因贈与の取消し（撤回）を認める。

この点、死因贈与が契約である以上、単独行為ゆえに認められている自由な撤回は認められるべきではなく、他の贈与と同様の撤回、取消しの規定によるべきであるとする考え方と、贈与者の意思を尊重する立場から撤回を認めるべきであるとする考え方がある。

(1) 遺言の方式に関する規定について

a 遺言が方式を要するのは遺言の単独行為性に理由があると解されており、性質上、直ちに契約である死因贈与に準用することはできない。

b 遺言の方式を死因贈与に準用することになると、例えば、録音・録画装置を用いて贈与意思を確認した場合も贈与契約の成立が否定されることになるが、これは他の契約と比較して厳しすぎ、当事者の意思の合致を無視するもので妥当でない。

7 その他の新規規定

(1) 贈与の予約

売買その他の有償契約には予約に関する規定が設けられている（民法第556条、第559条）ところ、無償契約である贈与にも予約に関する規定を設けるかどうかについては、その必要性の有無や規定を設けた場合の悪用のおそれなどを踏まえるとともに、売買の予約に関する規定の内容や配置（前記第38、1）等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6、7(1)[85頁]】

【意見】

贈与に予約に関する規定を設けることについては、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

現に贈与において予約がされた場合に備え、その場合についての規律を設けることは法律関係の明確化という点で意義がある。

しかし、現実の場面では贈与の予約がなされる事例は稀であり、その意味では実務上はこれに関する規律を設ける規定する喫緊の必要性がなく、逆に、規定が設けられることでそれが悪用される恐れがあるとの指摘もある。この悪用の危険性について、更に具体的に検討した上で、規定することの是非を決すべきである。

(2) 背信行為等を理由とする撤回・解除

受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けることについては、相続に関する規定との関係、経済取引に与える影響、背信行為等が贈与に基づく債務の履行前に行われたか、履行後に行われたかによる差異等に留意しつつ、具体的な要件設定を通じて適用範囲を適切に限定することができるかどうかを中心に、更に検討してはどうか。

仮に、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けるとした場合には、贈与者の相続人による贈与の撤回・解除を認める規定を設けることの当否や、法律関係の早期安定のために、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の期間制限を設けることの当否についても、更に検討してはどうか。また、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除とは別に、贈与後における贈与者の事情の変化に基づく撤回・解除の規定を新たに設けることについても、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第6, 7(2) [86頁], 同(関連論点) [89頁]】

【意見】

- (1) 背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けることについては、賛成意見が強いが、具体的な要件設定については更に慎重に検討すべきである。
- (2) 贈与者の相続人に背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除を認める規定を設けることについては、更に慎重に検討すべきであり、法律関係の早期安定のために、背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の期間制限を設けることについては、反対意見が強い。
- (3) 贈与後における贈与者の事情の変化に基づく撤回・解除の規定を新たに設けることについては、更に検討すべきである。

【理由】

(1) について

経済取引の中で贈与が行われる場合を除き、贈与は当事者間の情愛や信頼関係等を基礎として行われることが多いことを前提とすると、例えば、受贈者が贈与者を殺害するなど、受贈者に重大な背信行為（忘恩行為）等があった場合に、結論として贈与の撤回・解除を認めるべきという価値判断については異論がない。

しかし、このように贈与の撤回・解除を認めることは、結果として受贈者に対し、当該背信行為（忘恩行為）をしないという不作為義務を課する機能を有することになり、問題となりかねない。これは特に履行済みの場面では注意されるべきである。例えば、受贈者が贈与を受けた不動産に居住しているような場合、当該贈与が撤回・解除されるおそれがあるとすれば、受贈者は贈与者に対し、背信行為（忘恩行為）をしないように細心の注意を払いながら生活せざるを得ず、これは受贈者に過度の負担となりかねない。

したがって、「背信行為（忘恩行為）」の範囲や、規定の明確性については、例えば、履行前については、比較的緩やかな要件のもと贈与の撤回・解除を認めてもよいが、履行後については、厳格な要件を求めるなど、更に慎重な検討をすべきであると考えられる。

なお、贈与が経済取引の一環として行われている場合、贈与者は様々なリスクを想定すべきであり、贈与後の受贈者の行為を拘束することは妥当でないから、贈与の撤回・解除を認めるべきではない。これは、背信行為（忘恩行為）による贈与の撤回・解除が認められている裁判例のほとんどが、養親と養子の関係や、親と娘婿の関係など、個人的な情愛や信頼関係を前提とし得る場合であることから根拠付けられる。

(2) について

上記(1)において贈与の撤回・解除を認める趣旨は、贈与者と受贈者の間の人的な関係に求められている。そうであるとすれば、撤回・解除を認める事由は本来被相続人に属人的なものであり、相続人に撤回・解除を無条件に認めるのは妥当でない。

しかし、例えば受贈者が贈与者を殺害した場合などに、受贈者が慰謝料等の賠償義務のみを負い、贈与の目的を返還しなくともよいとの結論は不当であると解される。

これらを規定する場合、包括承継となる相続法との関連性が深いため、具体的な規定については相続法の見直しと併せて検討すべきである。

贈与の場合、商人間の売買などとは異なり、早期に法律関係を安定させなければならぬ必要性に乏しい。

また、一定の親密な人間関係を有していた者との間でなされることが少なくなく、様々な要素について時間をかけて検討し、撤回・解除を判断しようとするのは不当ではない。

(3) について

受贈者に関係のない事由により贈与契約が解消されるとなると、受贈者の地位が不安定になる。この弊害は、履行後においてはより一層大きいものといえる。

他方、贈与契約の無償性からすると、(受贈者と比較して)贈与者の経済状況の悪化が著しくなった場合、贈与契約の拘束力を無条件に認めるのは相当でないとする意見がある。履行前であれば、その弊害も小さいと考えられる。

以上から、贈与者の事情の変化に基づく撤回・解除の規定については、その要件について更に検討すべきである。

(3) 解除による受贈者の原状回復義務の特則

解除による原状回復義務の目的物が滅失又は損傷した場合において、原状回復義務者に価額返還義務を認める見解(部会資料5 - 2第3,4(3)[B案][B - 1案][87頁])を採用する立場から、贈与においては、受贈者は、原則として解除時の現存利益の限度で価額返還義務を負うとの特則を設けるべきであるという考え方が示されている。このような特則の要否について、

解除における原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理という論点（前記第5，3(3)）との関連性に留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第6，7(3) [94頁]】

【意見】

贈与において，受贈者は，原則として解除時の現存利益の限度で価額返還義務を負うとの特則を設けるべきであるという考え方については，更に検討すべきである。

ただし，贈与者の経済状況の悪化を理由とする贈与の撤回を認める立場に立った場合，当該撤回がされた場合に関し特則を設けることには賛成である。

【理由】

受贈者は贈与契約が解除されるまで目的物を自由に処分できたのであるから，一般原則に従った価額返還義務まで負うのは酷であるという考え方がある。

しかし，他方，贈与契約の解除や撤回について主として問題となるのは，負担付贈与契約において負担が実行されなかった場合や，前述した背信行為があった場合など，いずれも受贈者の高い背信性を根拠とするものであり，そのような受贈者を特に保護する必要はなく，この場合，特則は不要ということになる。

なお，贈与者の経済状況の悪化を理由とする贈与の撤回が認められた場合，受贈者には何ら帰責事由はない。したがって，この場合には現存利益の限度で価額返還義務を負うとの特則を設け，受贈者を保護すべきである。

(4) 無償契約への準用

贈与の規定を契約の性質に応じて他の無償契約に準用する旨の規定を新たに設けることの要否については，贈与の適用範囲の明確化という論点（前記2）との関連性及び民法における無償契約一般の規律の在り方にも留意しつつ，他の無償契約に関する検討結果を踏まえて，更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第6，7(4) [95頁]】

【意見】

贈与の規定を契約の性質に応じて他の無償契約に準用する旨の規定を新たに設けることについては，一般的な準用規定を設けるとすれば反対であり，個別の準用規定を設けるとすれば，さらに慎重に検討すべきである。

【理由】

他の無償契約としては，使用貸借契約，無償の委任契約，役務提供契約，免除契約，保証契約等などが考えられるが，その具体的態様は様々であり，判例等が乏しいことから，贈与に関する規定をそのまま適用できる事例はあまりないものと考えられる。したがって，包括的な準用規定を置くのでは，むしろ具体的規律の内容を不明確なものにするだけである。

準用規定を設けるとすれば，上記各契約形態につき，具体的にどの規定を準用

するのか個別の検討が必要である。

なお、贈与の規定には、書面によらない贈与は撤回可能であることなど、法的安定性を害することにもなりかねない規定が含まれている。したがって、贈与の規定の適用ないし準用は、各行為の性質に応じて慎重に検討すべきである。

第44 消費貸借

1 消費貸借の成立

(1) 要物性の見直し

消費貸借は、金銭その他の物の交付があつて初めて成立する要物契約とされている（民法第587条）が、実務では、金銭が交付される前に公正証書（執行証書）の作成や抵当権の設定がしばしば行われていることから、消費貸借を要物契約として規定していると、このような公正証書や抵当権の効力について疑義が生じかねないとの問題点が指摘されている。また、現に実務においては消費貸借の合意がされて貸す債務が発生するという一定の規範意識も存在すると言われている。そこで、消費貸借を諾成契約として規定するかどうかについて、貸主の貸す債務（借主の借りる権利）が債権譲渡や差押えの対象となる場合の実務への影響を懸念する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合には、借主の借りる義務を観念することができるのかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料16-2第1,2[1頁]】

【意見】

実務上行われている諾成的な消費貸借の有効性を否定するものではないが、民法のデフォルトルールを諾成契約とすることは慎重に検討すべきである。

【理由】

諾成的な消費貸借契約も有効であると考えられるが、ここで検討されるべき問題は、民法の用意するデフォルトルール（任意規定のセット）として、いかなる規定を置くかである。

現行法では、貸主による目的物の交付前については「消費貸借の予約」、交付後については「消費貸借」として整理される。諾成契約化することの意図は、「消費貸借の予約」も含めて「消費貸借」と概念を整理し直し、また、併せて「消費貸借の予約」に関する規律を精緻化するとところにあるとみられる。

しかし、消費貸借を巡る紛争の大部分は貸金返還請求訴訟であることからすれば、貸金返還請求訴訟に関する問題を中心に簡潔・明瞭な規律を設けることが重要であり、消費貸借の予約を含めた新たな「消費貸借」の概念を用いて規律し直すことにより、規律を複雑化させるべきではない。また、立法事実であるかのように指摘されている金銭交付前の公正証書や抵当権の効力の点についても不都合は生じていないのであり、現行法の概念の整理を変更するに足る立法事実ではない。

さらに、消費貸借の予約に関連する「貸す債務」「借りる債務」の具体的内容は、債務不履行があった場合の効果も含め、日本では学説の蓄積すら不十分であり、デフォルトルールを設けるには機が熟していない。むしろ、かかる規律がデフォルトルールとして存在することとなった場合、合意したばかりに借りなければならなくなり、直ちに返しても期限の利益を楯にとられ高額の違約金を払わされる結果を招き、多重債務者問題が深刻する懸念がある。特則を設けて対処する方法もあるが、端的に、デフォルトルールを要物契約とするべきである。

なお、金銭消費貸借を主として念頭に議論がされていると見受けられるが、消費貸借の対象にはそれ以外の物も存在するのであり、消費貸借一般の規律として適切かとの観点からの検証もなされるべきである（あるいは、金銭消費貸借の特則を設けるべきである。）。

(2) 無利息消費貸借についての特則

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合(前記(1)参照)であっても、無利息消費貸借については、合意のみで貸す債務が発生するとするのは適当ではないとの意見もあることから、書面による諾成的消費貸借と要物契約としての消費貸借とを並存させるという案や、書面によるものを除き目的物の交付前における解除権を認めるとする案などを対象として、無利息消費貸借に関する特則を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1,2[1頁]】

【意見】

民法のデフォルトルールを諾成契約とすることは慎重に検討すべきであり、この立場からは、無利息か有利息かを問わず、特則はそもそも不要である。

なお、仮にデフォルトルールを諾成契約とする場合には、無利息消費貸借契約の特則を設けることについて賛成する意見が強い。

【理由】

意見のとおり。

(3) 目的物の交付前における消費者借主の解除権

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合(前記(1)参照)であっても、貸主が事業者であり借主が消費者であるときには、利息の有無や書面の有無を問わず、貸主が目的物を借主に交付するまでは、借主は消費貸借を解除することができるの特則を設けるべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、そもそも解除によって借主がどのような義務から解放されることを想定しているのかを整理する必要があるとの意見や、その適用場面を営業的金銭消費貸借(利息制限法第5条)の場合にまで拡張して、借主が事業者であるものも含めるべきであるなどの意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【意見】

民法のデフォルトルールを諾成契約とすることは慎重に検討すべきであり、この立場からは特則はそもそも不要である。

なお、仮にデフォルトルールを諾成契約とする場合には、目的物の交付前においては、借主が消費者であるか事業者であるかを問わず、契約に拘束されないことをデフォルトルールとすることに賛成する意見が強い。

【理由】

意見のとおり。

(4) 目的物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合(前記(1)参照)には、目的物が交付される前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときに消費貸借契約が失効する旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、これに関連して、目的物が交付される前に当事者の一方の財産状態が悪化した場合にも貸主が貸す債務を免れるものとするかどうかについても、検討してはどうか。

【意見】

民法のデフォルトルールを諾成契約とすることは慎重に検討すべきであり、この立場からは現行法どおり消費貸借の予約の効力が破産手続の開始により失われることになる。

なお、仮にデフォルトルールを諾成契約とする場合には、目的物の引渡前に破産手続が開始した場合に消費貸借契約が失効するとの見解に賛成する意見が強い。

また、目的物が交付される前に借主の財産状態が悪化した場合については、何らかの貸主の保護を認めるべきとの意見が強い。

【理由】

意見のとおり。

(5) 消費貸借の予約

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合(前記(1)参照)には、消費貸借の予約の規定(民法第589条)を削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【意見】

民法のデフォルトルールを諾成契約とすることは慎重に検討すべきであり，消費貸借の予約の規定はそのまま残すべきとの意見が強い。

【理由】

意見のとおり。

2 利息に関する規律の明確化

民法では，無利息消費貸借が原則とされているものの，現実に用いられる消費貸借のほとんどが利息付消費貸借であることを踏まえ，利息の発生をめぐる法律関係を明確にするために，利息を支払うべき旨の合意がある場合に限って借主は利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにする方向で，更に検討してはどうか。これに関連して，事業者間において，貸主の経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合には，特段の合意がない限り利息を支払わなければならない旨の規定を設けるべきであるとの考え方（後記第62，3(3)参照）が提示されていることから，この考え方の当否について，更に検討してはどうか。

また，諾成的な消費貸借において元本が交付される以前は利息は発生せず，期限前弁済をした場合にもそれ以後の利息は発生しないとする立場から，利息が元本の利用の対価として生ずることを条文上明記すべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について，目的物の交付前における借主の解除権（前記1(3)参照）や，期限前弁済に関する規律（後記4）などに関連することに留意しつつ，検討してはどうか。

【部会資料16-2第1，3[6頁]，部会資料20-2第1，3(3)[20頁]】

【意見】

(1) 第1段落第1文について

利息に関する合意の存在を利息発生の要件とすることに賛成である。

(2) 第1段落第2文について

事業者間の特則を設けることに反対である。

(3) 第2段落について

民法のデフォルトルールを諾成契約とすることは慎重に検討すべきであり，この立場からは元本の交付が利息発生の当然の前提となる。

なお，仮に民法のデフォルトルールを諾成契約とした場合には，元本の交付以前には利息は発生しないことを明記すべきとの意見が強い。

また，弁済期の前後を問わず，元本が返還された後は，利息は発生しないことを明記すべきとの意見が強い。

【理由】

(1) について

民法の原則としては、無利息消費貸借を維持するべきであり、その点について誤解を生じない規定とするべきである。そして、貸主が利息を望むのであれば、その責任で契約の際に特約をするべきである。

(2) について

商人間の消費貸借は有利息であるが(商法513条),それを超えて,民法において事業者に関する特別規定を置くことには反対である。

(3) について

利息は、あくまで元本運用の対価であることからすれば、目的物の交付がされて初めて利息が発生し、目的物が返還されれば利息は発生しなくなる。

なお、高利の利息・違約金が金銭消費貸借において定められた場合については、息制限法により規律されることは当然である。

3 目的物に瑕疵があった場合の法律関係

(1) 貸主の担保責任

消費貸借の目的物に瑕疵があった場合の貸主の担保責任について規定する民法第590条に関し、売買における売主の担保責任(前記第39)及び贈与における贈与者の担保責任(前記第43,4)の規律が見直される場合には、利息付消費貸借における貸主の担保責任の規律は売買における売主の担保責任の規律に対応するものに、無利息消費貸借における貸主の担保責任の規律は贈与における贈与者の担保責任の規律に対応するものに、それぞれ規定を改める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1,4[7頁]】

【意見】

有利息の場合と無利息の場合とで差を設ける改正には賛成意見が強いが、具体的な内容はさらに慎重に検討されるべきである。

【理由】

有償契約と無償契約とで差を付ける考え方自体には、基本的に問題はない。

もっとも、無償契約の中身につき、社会的実態として、贈与においては、(a)贈与者による目的物の交付しか存在しないのに対し、無利息の消費貸借に関しては、有利息の消費貸借の場合と同様、(a)貸主による物の交付と、(b)借主による物の返還が存在する。したがって、具体的にどのような規律とするのかさらに慎重な検討が必要である。

(2) 借主の返還義務

民法第590条第2項前段は、「無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。」と規定する。この規定に関しては、利息付消費貸借において貸主の担保責任を追及しない場合にも適用され

ると解されていることから，利息の有無を問わないものに改める方向で，更に検討してはどうか。

【部会資料16 - 2第1，4（関連論点）[8頁]】

【意見】

賛成である。

【理由】

特段の議論はない。

ただし，(売買ではなく)消費貸借として契約をする以上，目的物を返還することを予定しているにもかかわらず，例えば工業製品の原料の不足分を事業者間で融通する消費貸借について，何らかの瑕疵があれば貸主が現物の返還を期待していても価額返還で良いとのデフォルトルールが創設されると，特に原料の調達に困難が生じるような局面において，混乱が生じる可能性があるとの指摘があった。

4 期限前弁済に関する規律の明確化

(1) 期限前弁済

民法第591条第2項は，消費貸借において，借主はいつでも返還をすることができると規定しているが，他方で，同法第136条第2項が，期限の利益を放棄することによって相手方の利益を害することはできないとも規定していることから，返還時期が定められている利息付消費貸借における期限前弁済の可否や，期限前弁済が許されるとした場合に貸主に生ずる損害を賠償する義務の有無が，条文上は必ずしも明らかではないとの指摘がある。そこで，返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることができ，その場合には，借主は貸主に生ずる損害を賠償しなければならないことを条文上も明らかにするかどうかについて，期限前弁済を受けた後の貸主の運用益を考慮すれば，ここでいう損害は必ずしも約定の返還時期までの利息相当額とはならないとの指摘があることにも留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料16 - 2第1，5 [9頁]】

【意見】

金銭消費貸借については，返還時期の定めの有無を問わず，借主はいつでも返還できるとするべきとの意見が強い。

他方，期限前弁済の損害賠償義務をデフォルトルールとして規定することには反対との意見が強い。

【理由】

金銭消費貸借については，返還時期の定めの有無を問わず，借主はいつでも返還できることを原則とするべきである。

また、利息付消費貸借契約において期限前弁済がされた場合の損害賠償義務を定めることは、かかる損害賠償を推奨しているようにみられるが、返還を受けた貸主は返還された物を利用することができるので、損害賠償義務が原則であることを民法で規定する必要性に乏しく、むしろ無用の混乱を招くものである。貸主が望むのであればその責任で契約の際に特約をするべきである。

なお、高利の利息・損害賠償義務が金銭消費貸借において定められた場合については、利息制限法により規律されることは当然である。

(2) 事業者が消費者に融資をした場合の特則

仮に、返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることができることを条文上も明らかにする場合（前記(1)参照）には、貸主が事業者であり借主が消費者であるときに、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることが許されるとの特則を設けるべきであるとの考え方が示されている。このような考え方の当否について、その適用場面を営業的金銭消費貸借（利息制限法第5条）の場合にまで拡張して、借主が事業者であるものも含めるべきであるなどの意見がある一方で、期限前弁済があった場合に貸主に生ずる損害を賠償する義務を負うことは交渉力や情報量の格差とは関係しないという意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料16 - 2第1, 5（関連論点）[10頁]】

【意見】

特則を設けることへの賛成意見が強い。また、借主の範囲を消費者に限定せずに事業者にも拡張することについても、賛成意見が強い。ただし、民法ではなく特別法で規定すべきとの意見もあった。

【理由】

消費者保護に資する。

5 抗弁の接続

消費貸借の規定の見直しに関連して、消費者が物品若しくは権利を購入する契約又は有償で役務の提供を受ける契約を締結する際に、これらの供給者とは異なる事業者との間で消費貸借契約を締結して信用供与を受けた場合に、一定の要件の下で、借主である消費者が供給者に対して生じている事由をもって貸主である事業者に対抗することができる（抗弁の接続）との規定を新設するべきであるとの考え方（後記第62, 2参照）が示されている。このような考え方の当否について、民法に抗弁の接続の規定を設けることを疑問視する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

また、その際には、どのような要件を設定すべきかについても、割賦販売法の規定内容をも踏まえつつ、更に検討してはどうか。

【意見】

抗弁の接続の考え方には賛成が強い。しかし、民法に規定することについては、要件の具体的内容も含め、慎重に検討すべきである。もっとも、消費者保護に資するのであれば、消費者契約に関する特別規定を民法で定めることに賛成するという意見も多い。

【理由】

消費者被害を防ぐためには抗弁の接続の規定は拡充されるべきであるものの、民法において抗弁の接続を原則とするのは行き過ぎであり、要件の具体的内容を検討した上で、特別法や事実認定（業者と金融機関が結託した場合）により対処するべきであるとの意見が強い。

なお、抗弁の接続については、主体を「消費者」に限定するべきではなく、また、対象を「消費貸借契約」に限定せずに、第三者与信型の「販売信用取引」にも広く適用されるべきとの意見が強い。さらに、販売業者と与信業者の合意を要件とすることには反対である。

6 追加検討項目

【意見】

準消費貸借を規定する民法588条の「消費貸借によらないで」との文言を削除すべき。

【理由】

準消費貸借契約は、既存の債務が消費貸借契約による場合もその目的とすることもできるので、削除が相当である。

第45 貸貸借

1 短期貸貸借に関する規定の見直し

民法第602条が定める短期貸貸借の主体として規定されている「処分につき行為能力の制限を受けた者」という文言については、未成年者や成年被後見人などのそれぞれの規定で手当てがされており、同条の規定により単独で短期貸貸借を行うことができるとの誤読のおそれがあること等から、これを削除するものとしてはどうか。

処分の権限を有しない者が同条が定める短期貸貸借の期間を超えて締結された貸貸借の効力については、これまでの裁判例等を踏まえて、法定期間を超える部分のみが無効（一部無効）となる旨を明記することとしてはどうか。

【部会資料16 - 2第2, 2(1) [34頁]】

【意見】

- (1) 現行民法第602条のうち「処分につき行為能力の制限を受けた者」という文言を削除することに賛成する。
- (2) 処分の権限を有しない者が現行民法第602条が定める短期賃貸借の期間を超えて締結された賃貸借の効力については、法定期間を超える部分のみが無効（一部無効）となる旨を明記することに賛成する意見が強い。

【理由】

(1) について

概ね、部会資料16-2（検討事項(11)）第2，2(1)の補足説明2(1)〔36～37頁〕で紹介されている考え方について、特段の異論はない。

(2) について

部会資料16-2（検討事項(11)）第2，2(2)の補足説明2(1)〔37頁〕で引用されている裁判例等を踏まえ、一部無効となることを条文上明記することに賛成する意見が強い。もっとも、事案によっては契約全体を無効にすべき場合もあること等を理由に、一部無効となることを条文上明記することに反対する意見も複数ある。

2 賃貸借の存続期間

賃貸借の存続期間の上限を20年と定める民法第604条を削除して、上限を廃止するかどうかについて、長期の賃貸借を認める実務的な必要性や、長期間に渡り契約の拘束力を認めることに伴う弊害の有無などに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2，2(2)〔38頁〕】

【意見】

現行民法第604条の削除については、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

概ね、部会資料16-2（検討事項(11)）第2，2(2)の補足説明3〔39頁〕で紹介されている現行民法第604条を維持すべきとする考え方や、従前の部会審議における現行民法第604条の削除については慎重であるべきという発言と同趣旨の意見が強い。今後の部会審議では、20年を超える賃貸借契約であって借地借家法や農地法の適用を受けないものを締結する経済活動上の必要性がどの程度あるか、また、仮にそのような必要性があるとして、20年を超える賃貸借を認めることによる弊害がないか、といった観点を踏まえつつ、実態に即して更に慎重に検討すべきである。

3 賃貸借と第三者との関係

(1) 目的不動産について物権を取得した者その他の第三者との関係

不動産の賃貸借の登記がされたときは、その後その不動産について「物権

を取得した者」に対しても効力を生ずる（民法第605条）ほか，例えば，二重に賃貸借をした賃借人，不動産を差し押さえた者などとの関係でも，一般に，賃貸借の効力を対抗することができるかと解されている。そこで，登記した不動産の賃貸借と「物権を取得した者」以外の第三者との関係について，これを条文上明らかにする方向で，更に検討してはどうか。その際，具体的な条文の在り方については，「物権を所得した者」をも含めて，第三者に対抗することができるかと規定する案のほか，「物権を取得した者」との関係では同条を維持した上で，これとは別に，二重に賃貸借をした賃借人等との間の対抗関係について規定を設ける案があることを踏まえ，更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(1)ア[40頁]】

【意見】

- (1) 登記した不動産の賃貸借と「物権を取得した者」以外の第三者との関係について，これを条文上明らかにすることに賛成する。
- (2) その際の具体的な条文の在り方については，「物権を取得した者」との関係では同条を維持した上で，これとは別に，二重に賃貸借をした賃借人等との間の対抗関係について規定を設ける案に賛成する意見が強い。

【理由】

- (1) について
部会資料16-2（検討事項(11)）第2,3(1)アの補足説明1[41頁]で紹介されている考え方について，特段異論はない。
- (2) について
概ね，従前の部会審議における指摘に賛成するものである。

(2) 目的不動産の所有権が移転した場合の賃貸借の帰すう
賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合における旧所有者との間の賃貸借契約の帰すうに関しては，次のような判例法理がある。すなわち，不動産賃貸借が対抗要件を備えている場合には，特段の事情のある場合を除き，旧所有者と新所有者との間で賃借人の地位を移転する合意が無くても，賃借人と旧所有者との間の賃貸借関係は新所有者との間に当然に承継され，旧所有者は賃貸借関係から離脱する，その際に賃借人の承諾は不要である，この場合の賃借人たる地位の承継を新所有者が賃借人に対して主張するためには，新所有者が不動産の登記を備える必要がある。そこで，これらの判例法理を条文上明記する方向で，更に検討してはどうか。また，判例は，賃借人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意が旧所有者と新所有者との間にあったとしても，直ちには前記特段の事情には当たらず，賃借人の地位が新所有者に承継され，旧所有者は賃貸借関係から離脱するとしている。このことを条文上明記するかどうかについては，実務上このような留保の特約の必要性があり，賃借人の保護は別途考慮することが可能であると指摘し

て、一律に無効とすべきでないとする意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

新所有者が上記の登記を備えた場合であっても、賃借人は目的不動産の登記の移転について一般に関心を有しているわけではない。このことを踏まえ、賃借人は、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができる旨の特則を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

このほか、賃借人が必要費を支出した後に目的不動産の所有権が移転し、賃貸人の地位が承継された場合には、必要費の償還債務も新賃貸人に移転すると解されていることを踏まえ、これを明文化するかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(1)イ[42頁],同(関連論点)1[44頁]】

【意見】

- (1) 賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合における旧所有者との間の賃貸借契約の帰すうに関する上記、及びの判例法理を条文上明記することに賛成する。
- (2) 賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意があったとしても、「特段の事情」には当たらず、賃貸人の地位が新所有者に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱することを条文上明記することについては、反対する意見が強い。
- (3) 新所有者が上記の登記を備えた場合であっても、賃借人は、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができる旨の特則を新たに設けることについては、賛成する意見が強い。
- (4) 賃借人が必要費を支出した後に目的不動産の所有権が移転し、賃貸人の地位が承継された場合には、必要費の償還債務も新賃貸人に移転することを明文化することについては、賛成する意見が強い。

【理由】

- (1) について
賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合における旧所有者との間の賃貸借契約の帰すうについては、実務上頻繁に生じる法律関係であるにもかかわらず、条文上の根拠がない状態となっている。そこで、そのような場合における法律関係を明確にするという観点から、上記、及びの判例法理を条文上明記することが望ましい。なお、条文上明記するに当たっては、かかる規定が、契約上の地位の移転のためには契約の相手方の承諾を必要とするという原則（中間的論点整理第16,2）の例外を構成することを明確にすべきである。
- (2) について
部会資料16-2（検討事項(11)）で引用されている裁判例（最判平成11年3月25日判時1674号61頁）は、「従前からの賃貸借契約における賃貸人の地位を

旧所有者に留保する旨を合意したとしても、これをもって直ちに前記特段の事情があるものということとはできない」(傍点付加)と判示しており、目的不動産の所有権が移転した場合に、「賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意」をもって賃貸人たる地位を旧所有者に留保することを一律に排除する趣旨ではないと解される。実務上、不動産の管理能力を十分に有する会社(旧所有者)が、所有する不動産を信託譲渡したり、SPCに譲渡した後、新所有者から当該不動産の一括転貸を受けて、引き続きテナントに賃貸(転貸)するという事例は多数存在する。このような事例においては、テナントとの関係で賃貸人たる地位を旧所有者に留保しておくことが便宜である。そこで、少なくとも、「賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意」をもって賃貸人たる地位を旧所有者に留保することを一切排除するような形で明文化することは適当でない。その上で、賃借人が不測の損害を被ることのないような仕組みが担保されていれば、「特段の事情」に該当することを認める余地も残してよいという有力な指摘もある。

(3) について

賃借人保護のルールを明確化する観点から、かかる特則を設けることに賛成する意見が強い。他方、債権の準占有者に対する弁済(現行民法第478条)の規律で対応すれば足りるとして、かかる特則を設けることに反対する意見も複数ある。

(4) について

賃借人が必要費を支出した後に目的不動産の所有権が移転し、賃貸人の地位が承継された場合には、必要費の償還債務も新賃貸人に移転するという解釈については特に異論はない。そこで、その点を明文化することは、基本的に望ましいと言える。もっとも、仮に礼金や更新料の授受を原因とする不当利得返還請求が認められる場合には、本(4)と同様の問題状況になると考えられ、本(4)の規律をどの程度の射程を有するものとするかについては、なお検討を要するものと考えられる。

(3) 不動産賃貸借における合意による賃貸人の地位の承継

対抗要件を備えていない不動産賃貸借においても、目的不動産の譲渡に伴いその当事者間の合意により賃貸人たる地位の承継が行われる場合があるが、このような場合にも、賃借人の承諾は不要であること、この場合の賃貸人たる地位の承継を新所有者が賃借人に対して主張するためには、新所有者が不動産の登記を備える必要があること、賃借人は、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができることを条文上明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(1)イ(関連論点)2[45頁]】

【意見】

目的不動産の譲渡に伴いその当事者間の合意により賃貸人たる地位の承継（合意承継）が行われる場合について、上記、及びを条文上明記することに賛成する意見が強い。

【理由】

賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合における法律関係の明確化という要請は、対抗要件を備えていない不動産賃貸借にも妥当するものであること等を理由に賛成する意見が強い。他方、対抗要件を備えている不動産賃貸借について形成された判例法理をそのままの形で対抗要件を備えていない不動産賃貸借に適用し得るか疑問が残るといった点を理由として、更に慎重な検討を要するという意見も有力である。

(4) 敷金返還債務の承継

目的不動産の所有権の移転に伴い賃貸人たる地位が新所有者に移転する場合において、賃借人から旧所有者に対して敷金が差し入れられていたときは、判例・通説は、旧所有者の下での延滞賃料債務等に充当された後の残額の敷金返還債務が当然に新所有者に承継されると解している。そこで、これを条文上明記することの当否について、更に検討してはどうか

また、これによって賃借人の同意なく敷金返還債務が新所有者に承継される場合には、賃借人の利益を保護する観点から、旧所有者もその履行を担保する義務を負うものとするものの当否については、旧所有者の地位を不安定にし賃貸不動産の流通を阻害するおそれがある等の指摘があることを踏まえ、更に検討してはどうか。

このほか、敷金に関しては、その定義を明らかにする規定や、敷金の充当に関する基本的な法律関係を明らかにする規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(1)ウ[45頁],同(関連論点)[46頁]】

【意見】

- (1) 目的不動産の所有権の移転に伴い賃貸人たる地位が新所有者に移転する場合において、賃借人から旧所有者に対して敷金が差し入れられていたときは、敷金返還債務が当然に新所有者に承継されることを条文上明記することに賛成する。
- (2) 賃借人の同意なく敷金返還債務が新所有者に承継される場合に旧所有者もその履行を担保する義務を負うものとするものについては、反対する意見が強い。
- (3) 敷金の定義を明らかにする規定や、敷金の充当に関する基本的な法律関係を明らかにする規定を設けることに賛成する。

【理由】

(1) について

敷金返還債務が当然に新所有者に承継されることを条文上明記すること自体

については、判例・実務上確立された取扱いを明確化するものであり、特段の異論はない。ただし、新所有者に承継される敷金の額について、旧所有者に対する賃料の延滞等がある場合には、敷金から充当・清算され、その残額の返還債務が新所有者に承継されるという判例法理が実務上確立された取扱いかどうかについては、不動産取引の実態を踏まえつつ、更なる検討が必要であると考えられる。

(2) について

賃借人の同意なく敷金返還債務が新所有者に承継される場合に旧所有者もその履行を担保する義務を負うとすることは、現在確立されている不動産取引の実務と相反する規律であって実務に混乱を招く恐れが大きいこと、旧所有者に酷であり、賃貸不動産の流通を阻害する恐れがあること等を理由として、法制審部会における議論の趨勢と同じく、かかる規律に反対する意見が強い（なお、議事録における発言状況に照らすと、中間的論点整理の補足説明334頁における本論点に関する「議事の概況等」の記載は、誤解を招く恐れのある整理とも解される。）。他方、賃借人の利益を保護する観点や債務引受の一般原則から、かかる規律に賛成する意見も複数ある。

なお、仮にかかる規律を民法に設ける場合には、旧所有者の責任は手形の裏書のように全ての前主に遡求できるものではなく、現実に敷金を受領した旧所有者のみが責任を負うことについて、（債務引受の一般原則との整合性に留置しつつ）明確にする必要があると考えられる。

本論点については、部会審議において、実態調査の必要性が指摘されているところであり、今後、実態調査の上で立法提案の是非を検討すべきである。

(3) について

敷金は、不動産賃貸借において、実務上極めて重要な機能を果たしているにもかかわらず、その定義や基本的な法律関係が民法に規定されていないということは、国民一般に分かりやすい民法にするという観点からは適当でない。そこで、敷金の定義を明らかにする規定や、敷金の充当に関する基本的な法律関係を明らかにする規定を設けるべきである。特に、上記(1)や(2)の規律を条文上明記する場合には、不可欠であると考えられる。

(5) 動産賃貸借と第三者との関係

動産の賃貸借と第三者との関係に関しては、不動産に関する民法第605条のような規定がないことを踏まえ、目的物である動産の所有権が移転した場合における賃貸借の帰すうを明確にするため新たな規定を設けるかどうかについて、動産賃貸借の対抗要件制度の要否という問題を含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(1)イ(関連論点)2[45頁]】

【意見】

目的物である動産の所有権が移転した場合における賃貸借の帰すうを明確にするため新たな規定を設けるかどうかについては、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

賃貸借による社会資源の有効活用を促進する観点から、動産の賃貸借についても賃借人を保護するための規定を置く方向で検討がなされてよいという意見がある一方で、動産の賃貸借と第三者との関係を規律する規定を置くことについては、不動産の賃貸借と比べて必要性が必ずしも高くない等の理由で新たな規定を置くことに慎重な意見も強い。

(6) 賃借権に基づく妨害排除請求権

対抗要件を備えた不動産賃借権について、賃借人の妨害排除請求権を認めている判例法理を明文化するかどうかについて、物権的請求権の規定の在り方とも関連する問題であることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(1)エ[47頁]】

【意見】

対抗要件を備えた不動産賃借権について、賃借人の妨害排除請求権を認めている判例法理を明文化することに賛成する意見が強い。

【理由】

法律関係の明確化に資するとして、判例法理の明文化に賛成する意見が強い。他方、物権的請求権との関係を整理する必要があるため、物権的請求権について明文の規定を欠くにもかかわらず、賃借人の妨害排除請求権について明文の規定を置くことは適当でないとして、判例法理の明文化に慎重な意見も有力である。

4 賃貸人の義務

(1) 賃貸人の修繕義務

民法は、賃貸人は修繕義務を負うとする一方(同法第606条第1項)、賃借物が修繕を要する場合における賃借人の通知義務を規定している(同法第615条)。この通知義務に違反した場合の効果が不明確であるとして、賃貸人の修繕義務の不履行による賃借人の損害賠償請求の額の算定において考慮されるとともに、賃貸人に損害が生じたときは賃借人が損害賠償責任を負うことを明文化すべきであるという考え方がある。このような考え方については、もともと賃借人の通知義務の要件が不明確であり、義務違反の効果を明文化した場合に賃借人に不当な不利益を与えるおそれがある等の指摘があること留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(2)ア[49頁]】

【意見】

賃借物が修繕を要する場合における賃借人の通知義務違反の効果について明文化することについては、反対する意見が強い。

【理由】

反対する意見の理由は、大要以下のとおりである。確かに、現行民法上も、この通知義務に違反すれば、賃借人は賃貸人に対し債務不履行に基づく損害賠償義務を負担することはあり得る。しかしながら、実際には、賃貸借の目的物が修繕を要する場合であるか否かの判断は微妙な場合も多く、また、修繕を要する場合であっても、賃借人から賃貸人に対してその旨の通知がなされない場合も少なくない。仮に通知義務違反の効果を明文化すると、賃貸借の目的物が修繕を要する場合であるにもかかわらず、賃借人が賃貸人にその旨を通知することなく、そのまま目的物を使用収益していたような事例で、賃貸人から賃借人に対する損害賠償請求権の行使又は敷金からの充当の主張が濫用的になされる恐れがある。

他方、現行民法でも賃借人の通知義務が規定されており、法律関係を明確化する観点から、賃借人の通知義務違反の効果を明文化することに賛成する意見も複数ある。

(2) 賃貸物の修繕に関する賃借人の権利

賃借人が支出した必要費の償還について規定する民法第608条は、賃貸人が修繕義務を履行しない場合には賃借人が自ら修繕をする権限を有することを前提としていると解されている。これを踏まえて、賃借人が自ら必要な修繕をする権限があることを明文化することの当否について、賃貸人への事前の通知の要否など具体的な要件に関する問題を含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(2)イ[50頁]】

【意見】

賃借人が自ら必要な修繕をする権限があることの明文化に賛成する。

【理由】

法律関係を明確化する観点から、賃借人が自ら必要な修繕をする権限があることを明文化すること自体に特段の異論はない。賃貸人への事前の通知の要否など具体的な要件については、今後、実態を踏まえつつ更に検討すべきである。

(3) 賃貸人の担保責任

賃貸物の瑕疵についての賃貸人の担保責任には、売買の規定が準用されている(民法第559条)。このうち、売主の瑕疵担保責任の期間制限の規定(同法第570条、第566条第3項)に関しては、賃貸物を継続的に使用収益させるといふ賃貸借の性質に照らして、賃貸借には準用されないことを条文上明確にするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(2)ウ[51頁]】

【意見】

仮に売主の瑕疵担保責任について期間制限の規定を残す場合（又は現行民法とは別の形の期間制限の規定を設ける場合）には，その規定を賃貸借に準用しないことを条文上明確にすることには賛成する意見が強い。

【理由】

売主の瑕疵担保責任の規定次第であるものの，継続的な関係である賃貸借の性質から，賃貸物の瑕疵についての賃貸人の担保責任について，債権の消滅時効とは別に期間制限を設けることは適当でない。したがって，仮に売主の瑕疵担保責任について期間制限の規定を残す場合（又は現行民法とは別の形の期間制限の規定を設ける場合）には，その規定を賃貸借に準用しないことを条文上明確にすべきであるという意見が強い。

5 賃借人の義務

(1) 賃料の支払義務（事情変更による増減額請求権）

借地借家法第11条，第32条，農地法第20条などを参照しつつ，契約締結後の事情変更による賃料の増減額請求権の規定を賃貸借一般を対象として設けるか否かについては，その必要性などを疑問視する意見があることも踏まえて，更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2，3(3)ア[52頁]】

【意見】

契約締結後の事情変更による賃料の増減額請求権の規定を賃貸借一般を対象として設けることについては，更に慎重に検討すべきである。

【理由】

継続的な契約である賃貸借契約に基づく賃料の増減については事情変更の原則が妥当すること等を理由として，賛成する意見が少なくない。他方，賃貸借契約に基づく賃料の増減については，借地借家法第11条，第32条，農地法第20条など特別法における賃料の増減額に関する仕組みがあり，その必要性に疑問があること等を理由に，かかる規定を設けることに反対する意見も有力である。

(2) 目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額等

目的物の一部が利用できなくなった場合の賃料の取扱いに関して，民法第611条第1項は，賃借人の過失によらないで滅失した場合に限り，賃借人の請求によって賃料が減額されることを規定しているが，使用収益の対価である賃料は，使用収益の可能性がなければ発生しないものとすべきであるという理解に立って，目的物の一部が利用できなくなった場合には，その理由を問わず（賃借人に帰責事由がある場合も含めて），賃料が当然に減額されるものとすべきであるとの考え方がある。この考え方の当否について，目的物

の一部が利用できなくなった事情によって区別する必要性の有無や、危険負担制度の見直し(前記第6)との関係に留意しつつ、更に検討してはどうか。

他方、目的物の一部が利用できず賃借をした目的を達せられなくなった場合の賃借人の解除権(民法第611条第2項)についても、利用できなくなった理由を問わないで(賃借人に帰責事由がある場合も含めて)解除権を認めるという考え方がある。このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

また、目的物が一時的に利用できない場合に関して、同様に賃料の減額や賃借人による契約の解除を認めるという考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

このほか、目的物が利用できない場合に関する以上のような規律を明文化するに当たっては、「滅失」という用語(民法第611条参照)ではなく、目的物の機能が失われたことに着目した文言を用いることの当否について、検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(3)イ[55頁],
同(関連論点)1[56頁],同(関連論点)2[57頁]】

【意見】

- (1) 目的物の一部が利用できなくなった場合には、その理由を問わず、賃料が当然に減額されるという考え方に賛成する意見が強い。ただし、賃借人に帰責事由があう場合には、賃料が当然に減額されるものとするべきではないとの意見もある。
- (2) 目的物の一部が利用できず賃借をした目的を達せられなくなった場合の賃借人の解除権についても、利用できなくなった理由を問わないで解除権を認めるという考え方に賛成する意見が強い。ただし、賃借人に帰責事由がある場合には、賃借人の解除権を認めるべきではないという意見もある。
- (3) 目的物が一時的に利用できない場合に関して、同様に賃料の減額や賃借人による契約の解除を認めるという考え方については、慎重な検討を要するという意見が強い。
- (4) 以上のような規律を明文化するに当たり、「滅失」という用語ではなく、目的物の機能が失われたことに着目した文言を用いることについては、賛成する意見が強い。

【理由】

(1) について

賛成する意見は、概ね、部会資料16-2(検討事項(11))第2,3(3)イの補足説明2[56頁]で紹介されている考え方に特段異論はないとするものである。他方、賃借人に帰責事由がある場合であっても賃料が当然に減額されるのは適当でないとして、賃借人に帰責事由がある場合には、賃料が当然に減額されるものとするべきではないという意見もある。

(2) について

賛成する意見は、概ね、部会資料16-2(検討事項(11))第2,3(3)イの関連論点1[56頁]で紹介されている考え方に特段異論はないとするものである。他方、賃借人に帰責事由がある場合であっても賃借人の解除権を認めるのは適当でないとして、賃借人に帰責事由がある場合には、賃借人の解除権を認めるべきではないという意見もある。

(3) について

部会資料16-2(検討事項(11))第2,3(3)イの関連論点2[57頁]で紹介されている考え方については、その方向性は基本的に首肯し得るものである。もっとも、「目的物が一時的に利用できない」とは、どのような場合かの判断は必ずしも容易ではなく、かかる規律を設けた場合に、実務上混乱を招く恐れもないとは言えない。そこで、かかる規律を設けるかどうかについては、実態を踏まえつつ、更に慎重に検討すべきである。

(4) について

去る平成23年3月11日に発生した東日本大震災に伴い、「滅失」という概念だけでは対応困難な事例も多く生じている。例えば、土地の液状化によって建物の傾きが生じた場合や、上下水道・電気その他のライフラインが停止した場合などである。これらの事例については、第1ステージの審議(第一読会)の段階では、(阪神・淡路大震災の経験はあったとはいえ)必ずしも顕在化していなかった問題であり、第2ステージの審議(第二読会)で具体的な事例における問題点を踏まえた検討がなされるべきである。

6 賃借権の譲渡及び転貸

(1) 賃借権の譲渡及び転貸の制限

賃貸人に無断で賃借権を譲渡したり賃借物を転貸したりした場合の賃貸人の解除権(民法第612条第2項)に関して、「賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合」に解除が認められないとする判例法理を明文化するとともに、これによって解除が認められない場合の法律関係を明確にすることの当否について、原則と例外の関係を適切に表現する必要性などに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(4)ア[57頁]】

【意見】

- (1) 賃借権の譲渡及び転貸の制限の違反に関して「賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合」に解除が認められないとする判例法理を明文化することに賛成する意見が強い。
- (2) 解除が認められない場合の法律関係を明確にすることについては、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

- (1) について

確立された判例法理の明文化であり、法律関係を明確にする観点から、賛成する意見が強い。他方、確立された判例法理といっても極めて例外的な事例に関するものであり、また、賃借権の譲渡及び転貸の制限という民法の原則に違反した場合を正当化するような規律を置くことになるとして、反対する意見もある。

(2) について

上記(1)について判例法理の明文化に賛成する立場の中でも、賃借権の譲渡及び転貸の制限という民法の原則に違反した行為を正当化すべきではないとして、解除が認められない場合の法律関係を明確にすることに反対する意見がある。

(2) 適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との関係

適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との法律関係に関しては、判例・学説を踏まえ、転借人は、原賃貸借によって賃借人に与えられた権限の範囲内で、転貸借に基づく権限を与えられ、その限度で賃貸人に対して使用収益の権限を対抗することができること、転借人は賃貸人に対して直接賃料債務を負い、その範囲は原賃貸借と転貸借のそれぞれの賃料債務の重なる限度であることなどを明文化すべきであるという考え方がある。このような考え方については、転借人は賃貸人に対して目的物を使用収益する権限が認められるわけではないことを前提として、転借人が賃貸人に対して直接に義務を負うということの意味をより精査する必要があることや、賃借人（転貸人）の倒産時に賃貸人の賃料債権に優先的地位を認める根拠とその方法のあり方を考える必要がある等の指摘がされている。そこで、以上の指摘を踏まえつつ、適法な転貸借がされた場合における賃貸人と転借人との間の基本的な法律関係や直接請求権に関する規定の在り方について、更に検討してはどうか。

また、適法な転貸借がされた場合に、判例は、原賃貸借が合意解除された場合であっても、転借人に対して原賃貸借の消滅を対抗することができないとする一方で、賃借人の債務不履行によって原賃貸借が解除された場合には、転借人は目的物を使用収益する権限を失うとしており、このような判例法理を明文化することの当否についても、更に検討してはどうか。

【部会資料16 - 2第2, 3(4)イ [59頁]】

【意見】

- (1) 適法な転貸借がされた場合における賃貸人と転借人との間の基本的な法律関係を明確にすることに賛成する意見が強い。
- (2) 賃貸人の転借人に対する賃料の直接請求権に関する規定を置くことについては、反対する意見が強い。
- (3) 原賃貸借が合意解除された場合に関する判例法理を明文化することに賛成する意見が強い。
- (4) 賃借人の債務不履行によって原賃貸借が解除された場合の取扱いについては、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

現行民法第613条の規定の仕方が分りにくいことは確かであり、法律関係の明確化の観点から、賛成する意見が強い。他方、あえて詳細な規定を設ける必要はないものの、民法第398条を踏まえ、適法に転貸借契約が成立している場合、賃借人（転貸人）は賃借権を放棄しても、これをもって転借人に対抗できない旨の明文の規定を置くべきであるとの意見もある。

(2) について

賃貸人の転借人に対する賃料の直接請求権に関する規定を置くことについては、反対する意見や慎重な検討を要する旨の意見が有力であり、その主な理由は以下のとおりである。債権者代位権やいわゆる転用物訴権に関する判例（最判平成7年9月19日民集49巻8号2805頁）の場合と比較して、賃貸人の権限が強過ぎるきらいがある。賃借人（転貸人）について倒産手続が開始された場合に、倒産手続開始前の未払賃料について賃貸人から転借人に対する直接請求権の行使を認めると、私的で簡易な権利行使となり、倒産手続における債権者平等の原則に抵触する恐れがある。他方、法律関係の明確化の観点から、賃貸人の転借人に対する賃料の直接請求権に関する規定を置くことに賛成する意見もある。

(3) について

判例法理の明文化であり、法律関係を明確にする観点から、賛成する意見が強い。

(4) について

賃借人の債務不履行によって原賃貸借が解除された場合については、判例法理（最判昭和36年12月21日民集15巻12号3243頁）をそのままの形で明文化するのではなく、転借人に対して賃借人の債務不履行状態を解消させるために催告するなど転借人を保護するための措置を講じるべきであるとの意見が複数ある。他方、反対する意見や慎重な検討を要する旨の意見も有力であり、その主な理由は以下のとおりである。賃借人の債務不履行によって原賃貸借を解除する場合に賃貸人は転借人に催告する必要はないというのが判例（最判昭和37年3月29日民集16巻3号662頁等）である。仮に全ての転借人に対する催告を必要とすると、賃貸人に過度な負担を課すことになる。転借人に対する催告を必要とした場合に、賃貸人が転借人に対する催告を怠ったときの取扱い（債務不履行解除が効力を生じるか否かなど）が明らかでない。

7 賃貸借の終了

(1) 賃借物が滅失した場合等における賃貸借の終了

賃借物の全部が滅失した場合における賃貸借の帰すうについては、現在は規定がないが、一般に賃貸借契約が終了すると解されていることから、このことを条文上明記する方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,4(1)[65頁]】

【意見】

賃借物の全部が滅失した場合に賃貸借契約が終了する旨を条文上明記することに賛成する。

【理由】

概ね、部会資料16-2(検討事項(11))第2,4(1)の補足説明2第1段落及び第2段落[66~67頁]で紹介されている考え方に特段の異論はない。なお、「滅失」の用語については、先般の東日本大震災における経験を踏まえつつ、前記「5賃借人の義務」における規律と併せて検討すべきである。

(2) 賃貸借終了時の原状回復

賃貸借の終了時における賃借人の原状回復に関して、使用貸借についての簡略な規定(民法第598条)が賃貸借に準用されるのみである(同法第616条)という現状を改め、収去権とは区別して、賃借人の原状回復義務の規定を整備する方向で、更に検討してはどうか。その際には、賃借物に附属させた物がある場合と賃借物が損傷した場合の区別に留意し、後者(賃借物の損傷)に関しては原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記することの当否について、更に検討してはどうか。これを条文上明記する場合には、賃貸人が事業者であり賃借人が消費者であるときはこれに反する特約を無効とすべきであるとの考え方が併せて示されている(後記第62,2参照)が、このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

また、「原状に復して」(同法第598条)という表現は分かりにくいという指摘があることから、これに代わる適切な表現について、検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,4(2)[67頁],部会資料20-2第1,2[11頁]】

【意見】

- (1) 賃貸借の終了時における賃借人の原状回復に関して、収去権とは区別して、賃借人の原状回復義務の規定を整備することに賛成する。
- (2) 原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記することに賛成する。
- (3) 上記(2)の規律を条文上明記する場合に、賃貸人が事業者であり、賃借人が消費者であるときはこれに反する特約を無効とすることに賛成する意見が強い。

【理由】

(1)及び(2)について

確立した判例法理及び実務の取扱いに沿う規律であり、国民一般に分かりやすいものとすることに資すると言える。なお、国土交通省の作成した「原状回復を

めぐるトラブルとガイドライン」を参考に、「通常損耗」に加えて「経年変化」も原状回復の範囲に含まれないことを条文上明記すべきという意見もある。

(3) について

賛成する意見は、消費者である借借人を保護すべきことを理由とするものである。さらに、この考え方を進めて、貸貸人が事業者であり、借借人が消費者であるときはこれに反する特約を無効とする規律によると、中小の零細事業者が借借人である場合が保護の対象とならず、また、貸貸借契約の締結後に貸貸人や借借人の属性が変更になった場合に合理的な取扱いとなるか疑義がある等の理由で、上記(2)の規律を当事者の属性にかかわらず強行規定とすべきという意見も有力である。また、居住用の貸貸借に限って強行規定とすべきという意見もある。

(3) 損害賠償及び費用の償還の請求権についての期間の制限

ア 用法違反による貸貸人の損害賠償請求権についての期間制限

借借人の用法違反による貸貸人の損害賠償請求権に関する期間制限（民法第621条，第600条）については、貸貸借の期間中に借借物に生じた損害について貸貸人に短期間での権利行使を求めるのは適当でないとして、これを廃止した上で、貸貸人が目的物の返還を受けた時を消滅時効の起算点（客観的起算点）としたり、目的物の返還から一定期間を経過するまでは消滅時効が完成しないものとしたりする特則を設ける等の考え方がある。また、このような考え方を採った上で、借借人保護の観点から、貸貸人に対して、返還後に目的物の損傷を知った場合には、一定期間内にその旨を借借人に通知すべきことを義務付けるという考え方がある（ただし、貸貸人が事業者である場合には、目的物の損傷を知り、又は知ることができた時から起算するとの考え方がある（後記第62，3(2)参照）。）。これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2，4(3)ア[68頁]】

【意見】

- (1) 用法違反による貸貸人の損害賠償請求権についての短期の期間制限については、廃止することに賛成する意見が強い。
- (2) 貸貸人に対して、返還後に目的物の損傷を知った場合には、一定期間内にその旨を借借人に通知すべきことを義務付けるという考え方については、反対する意見が強い。
- (3) 貸貸人が事業者である場合には、目的物の損傷を知り、又は知ることができた時から起算するとの考え方については、第62，3(2)の論点に関する当連合会の意見を参照されたい

【理由】

(1) について

概ね、部会資料16-2（検討事項(11)）第2，4(3)ア補足説明1，同2(1)

[6 8 頁] で紹介された考え方に一定の理解を示し、現行民法第 6 2 1 条で定める短期の期間制限を廃止すること自体には賛成する意見が強い。他方、現行民法第 6 2 1 条で定める短期の期間制限にも合理性があるとして、その維持を主張する意見も有力である。

(2) について

賃貸人が賃借人に対して損害賠償請求権等を行行使し得る場合であるにもかかわらず、その旨を通知しなければ、損害賠償請求権等を行行使することができなくなるというのは賃貸人に酷であるとして、かかる失権効を認めることに反対する意見が強い。

イ 賃借人の費用償還請求権についての期間制限

賃借人が支出した費用の償還請求権に関する期間制限（民法第 6 2 1 条、第 6 0 0 条）に関しては、民法上のほかの費用償還請求権の規定（同法第 1 9 6 条、第 6 5 0 条など）において期間制限が設けられていないこととの平仄などの観点から、これを廃止して債権の消滅時効一般に委ねるといふ考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料 1 6 - 2 第 2 , 4 (3)イ [7 1 頁]】

【意見】

賃借人の費用償還請求権についての期間制限を廃止して債権の消滅時効一般に委ねるといふ考え方に賛成する意見が強い。

【理由】

概ね、部会資料 1 6 - 2 (検討事項(11)) 第 2 , 4 (3)イ補足説明 [7 1 頁] で紹介されている考え方に特段の異論はない。

8 賃貸借に関する規定の配列

賃貸借に関する規定を分かりやすく配列する観点から、例えば、不動産・動産に共通する規定、不動産に固有の規定、動産に固有の規定という順に区分して配置するという考え方の当否について、検討してはどうか。

【部会資料 1 6 - 2 第 2 , 1 [3 4 頁]】

【意見】

賃貸借に関する規定を分かりやすく配列することは望ましい在り方であり、賃貸借に関する規定をどのように配置すれば分かりやすくなるかについて、引き続き検討すべきである。上記、の順に区分して配置するという考え方の当否については、上記、のそれぞれに規定する内容が決定しない段階で判断することは困難であると考えられる。

なお、全般に、不動産賃貸借について形成された判例法理を明文化する場合に、上記、のいずれに位置づけるかについては、判例法理の射程や実務への影響も

踏まえた慎重な検討が必要になると考えられる。

【理由】

第46 使用貸借

1 使用貸借契約の成立要件

使用貸借が要物契約とされていること（民法第593条）に対しては，ほかの取引関係等を背景とする合理的な使用貸借もあり，一律に合意の拘束力を認めないのは適当でないとの指摘がある。これを踏まえ，使用貸借を諾成契約とした上で，両当事者は書面による合意をもって排除しない限り目的物の引渡しまでは契約を解除することができるものとするなど，契約の成立要件の緩和を図る方策を設ける方向で，更に検討してはどうか。

【部会資料16 - 2第3，2 [72頁]】

【意見】

使用貸借を諾成契約とした上で，契約の成立要件の緩和を図る方策を設けることについては，その当否を含めさらに慎重に検討すべきである。

【理由】

弁護士会内においては，使用貸借契約を諾成契約とする論点整理案が示す方向性に賛成する意見と現行民法のとおり使用貸借契約は要物契約とすべきという意見（大阪，横浜，兵庫県，東弁法制委員会）が拮抗している。

要物契約であることを維持すべきとする意見の理由(諾成契約化に反対する理由)は，使用貸借を諾成契約に改める社会的必要性が存在するのか疑問であること，使用貸借を要物契約としている現行民法において格別の不都合は生じていないこと，使用貸借を諾成契約とした上で，目的物の引渡しまでは契約を解除できるとするのは却って法律関係が複雑になり，無用な紛争の原因となりかねないこと，使用貸借には恩恵的な約束にとどまるものもあるが，諾成契約とすることでこういった約束をも強制する方向を指向することは市民感覚と乖離することになるなどであるが，こういった諾成契約化に反対する理由を排斥するに足る必要性は示されていない。

かかる議論状況からすれば，使用貸借の諾成契約化については，その当否（現行民法同様要物契約を維持すること）の点からさらに慎重に検討する必要があるというべきである。

2 使用貸借の対抗力

土地を使用貸借して建物を建てる際に，建築資金の担保としてその建物を活用する必要性があること等を踏まえ，使用貸借についても登記その他の方法により対抗力を備えることができる旨の規定を新たに設けることの当否について，

所有者には利用権も賃料収入もないため差押えが機能しない財産が生ずることへの懸念に留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

使用貸借に対抗力を付与する規定を設けることについては、慎重な検討を要する。

【理由】

使用貸借に対抗力を付与する必要性が指摘されているが、審議会においても批判があったように、使用貸借に対抗力が認められると、所有者に使用権限も対価を得る権利もない無価値とも言える土地を作り出すことになり、そのこと自体の妥当性に疑問があるうえ、対抗力ある使用貸借が財産隠匿行為のために濫用的に利用されるおそれもあるから。

3 使用貸借の効力（貸主の担保責任）

使用貸借の貸主の担保責任に関しては、贈与者の担保責任の規定（民法第551条）の見直しとも関連するが、現在と同様に贈与者の担保責任の規定と同様の規律をすべきである（同法第596条参照）との考え方がある一方で、贈与と異なり契約の趣旨等から積極的に基礎付けられる場合に限り貸主の担保責任が認められることを条文上明記すべきであるとの考え方も示されている。これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、負担付使用貸借の貸主の担保責任（民法第596条、第551条第2項）についても、現在と同様に負担付贈与の贈与者の担保責任と同様の規律をすべきであるとの考え方がある一方で、負担付使用貸借は、負担の範囲内で賃貸借と同じ関係にあると考え、負担の限度で賃貸人と同じ義務を負うこととすべきであるとの考え方も提示されている。これを踏まえ、これらの考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第3, 3[74頁], 同(関連論点)[75頁]】

【意見】

(1) 使用貸借の貸主の担保責任

使用貸借の貸主の担保責任については、贈与者の担保責任の規定と同様の規律とすべきとの意見が強い。

(2) 負担付使用貸借の貸主の担保責任

負担付使用貸借の貸主の担保責任については、現行民法同様、負担付贈与の贈与者の担保責任と同様の規律とすべきとの意見が強い。

【理由】

(1) について

「契約の趣旨等」という要件は、要件として不明確であり、解釈問題が生じる余地があり、妥当とは思われない。むしろ、贈与者の担保責任の規定と平仄を合

わせる方が分かりやすい。

(2) について

負担付使用貸借における負担は、目的物の使用収益の対価ではないので、負担の範囲といえども対価関係を前提とする賃貸人と同じ義務を負わせるのは妥当ではないから。

4 使用貸借の終了

(1) 使用貸借の終了事由

借用物の返還時期について定める民法第597条については、専ら分かりやすく規定を整理する観点から、使用貸借の存続期間を定める規定と貸主の解除権を定める規定とに条文表現を改める方向で、更に検討してはどうか。

また、無償契約である使用貸借の終了事由として、貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合や、貸主と借主との間の信頼関係が失われた場合における貸主の解除権の規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料 16 - 2 第 3 , 4 (1) [7 6 頁]

【意見】

(1) 借用物の返還時期について定める民法第597条を使用貸借存続期間を定める規定と貸主の解除権を定める規定とに条文表現を改めることに賛成である。

ただし、期間・目的の定めがない場合には、貸主はいつでも解除することができる旨の規定を置くべきという意見があった。

(2) 使用貸借の終了事由として、貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合及び貸主と借主との間の信頼関係が失われた場合における貸主の解除権の規定を設けることに賛成である。

ただし、貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由による解除については、解除権の要件を厳格かつ明確にすべきとの意見があった。

【理由】

(1) について

条文表現を改めることは、分かりやすい民法に資するから。

(2) について

使用貸借が無償契約であることからすれば、貸主に目的物を使用する必要がある場合や借主との信頼関係が破壊された場合にまで貸主を使用貸借に拘束するのは妥当ではなく、かかる場合には貸主からの解除を認めるのが相当であるから。

(2) 損害賠償請求権・費用償還請求権についての期間の制限

借主の用法違反による貸主の損害賠償請求権や借主が支出した費用の償還請求権に関する期間制限の規定（民法第600条）の見直しについて、現在はこの規定を準用している賃貸借における見直し（前記第45, 7(3)）との

関連に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料16 - 2第3, 4(2) [77頁]】

【意見】

貸主の損害賠償請求権や借主の費用償還請求権に関する期間制限については、賃貸借と平仄を合わせる方向で検討することに賛成する意見が強い。

【理由】

短期の期間制限を設ける特段の理由はなし、かつ、賃貸借と平仄を合わせるの分かりやすいから。

第47 役務提供型の典型契約（雇用、請負、委任、寄託）総論

一方の当事者が他方の当事者に対して役務を提供することを内容とする典型契約には、民法上、雇用、請負、委任及び寄託があるとされている。しかし、今日の社会においては新しい役務・サービスの給付を目的とするものが現れており、役務提供型に属する既存の典型契約の規定によってはこれらの契約に十分に対応できないのではないかとの問題も提起されている。このような問題に対応するため、役務提供型に属する新たな典型契約を設ける考え方や、役務提供型の契約に適用される総則的な規定を設ける考え方が示されている（後記第50参照）ほか、このような考え方を採用する場合には、これに伴って既存の各典型契約に関する規定の適用範囲の見直しが必要になることもあり得る（後記第48, 1, 第49, 5参照）。

役務提供型の典型契約全体に関して、事業者が消費者に対してサービスを提供する契約や、個人が自ら有償で役務を提供する契約など、当事者の属性等によっては当事者間の交渉力等が対等ではない場合があり、交渉力等において劣る方の当事者の利益を害することのないように配慮する必要があるとの問題意識や、いずれの典型契約に該当するかが不明瞭な契約があり、各典型契約の意義を分かりやすく明確にすべきであるとの問題意識が示されている。これらの問題意識なども踏まえ、各典型契約に関する後記第48以下の論点との関連にも留意しつつ、新たな典型契約の要否、役務提供型の規定の編成の在り方など、役務提供型の典型契約の全体的な在り方について、更に検討してはどうか。

【部会資料17 - 2第1 [1頁]】

【意見】

役務提供型契約全体に適用される総則的な規定を設ける考え方については反対する。役務提供契約の新たな典型契約を設ける考え方については、その内容について慎重に検討すべきである。

【理由】

役務・サービス提供契約は、様々な契約類型が存在する。事業者と消費者との間

の役務・サービス提供契約もあれば、事業者と役務提供者との間の役務・サービス契約もある。後者は、さらに実質的に使用従属関係にある雇用契約、使用従属関係にあるとまでは言えないが役務提供者が弱い立場にある役務提供契約もある。例えば、力士の役務提供契約、プロ野球選手の役務提供契約である。また、独立の対等の事業者間の役務・サービス契約もある。これら全体をカバーする総則規定をおくことが可能なのか。また、総則規定によって適切に規律できるかは疑問である。したがって、役務提供契約の総則規定を置くことには反対である。

また、役務提供契約の新たな典型契約を設ける考え方について、上記のような様々な類型が存在する中で、典型契約で役務提供契約を置くことの意味や役割について慎重に検討すべきである。

第48 請負

1 請負の意義（民法第632条）

請負には、請負人が完成した目的物を注文者に引き渡すことを要する類型と引渡しを要しない類型など、様々なものが含まれており、それぞれの類型に妥当すべき規律の内容は一樣ではないとの指摘がある。そこで、現在は請負の規律が適用されている様々な類型について、どのような規律が妥当すべきかを見直すとともに、これらの類型を請負という規律にまとめるのが適切かどうかについて、更に検討してはどうか。例えば、請負に関する規定には、引渡しを要するものと要しないものとを区別するもの（民法第633条、第637条）があることなどに着目して、請負の規律の適用対象を、仕事の成果が有体物である類型や仕事の成果が無体物であっても成果の引渡しが観念できる類型に限定すべきであるという考え方がある。このような考え方に対しては、同様の仕事を内容とするにもかかわらず引渡しの有無によって契約類型を異にするのは不均衡であるとの指摘があることも踏まえ、「引渡し」の意義に留意しつつ、その当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 2[7頁]】

【意見】

- (1) 請負に様々な類型が含まれていることは認めつつも、それら類型を細分化して規定することや、請負に関する規定を見直すことには慎重意見が強い。
- (2) 請負の規律の適用対象を、仕事の成果が有体物である類型や仕事の成果が無体物であっても成果の引渡しが観念できる類型に限定すべきであるという考え方には反対意見が強い。

【理由】

(1) について

従前、請負により処理してきたものが、請負以外の規律に従うことにより瑕疵担保責任の規定が適用されなくなる等の不都合が懸念され、また、売買契約との整合性についても留意しなければならない。

(2) について

請負の本質は、仕事の「完成」であり、「引渡し」が不要なものを請負から外すと、現在請負と考えられている類型の多くが請負契約から外れることになり、実務に多大な影響を与える。

「引渡し」という基準が外形的に分かりやすいとは必ずしも言えない。例えば、「引渡し」までは必要でない役務提供契約を請負契約の範疇から排除すると、家屋の内部改装工事であっても、家人が自宅に居住しつつ工事を行う場合（引渡しを要しない場合）と家人が一時退去して工事を行う場合（引渡しを要する場合）とで、請負に該当したりしなかったりすることになる。

2 注文者の義務

民法は、報酬支払義務のほかには注文者の義務について規定していないが、注文者は請負人が仕事を完成するために必要な協力義務を負う旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方も示されていることから、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、請負人が仕事を完成したときには注文者は目的物を受領する義務を負う旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方も示されているが、「受領」の意味について、契約内容に適合したことを確認した上で履行として認容するという要素を含むとする理解や、契約の目的物・客体と認めるという要素を含むとする理解のほか、そのような意思的要素を含まず、単に占有の移転を受けることを意味するという理解などがあり得る。そこで、注文者の受領義務を規定することの当否について、「受領」の意味にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17 - 2第2, 3 [9頁]】

【意見】

- (1) 注文者の協力義務には反対意見が強い。
- (2) 注文者の受領義務には反対意見が強い。

【理由】

(1) について

契約当事者間において、一定の協力義務があるのは当然であるが、それを請負契約の注文者についてのみ法的義務として明示する積極的な理由はない。注文者に協力する義務が認められるかどうかは、個別の事情によるところが大きく、「契約の内容・趣旨」により決定されるものである。

(2) について

注文者は、引渡前又は後に、瑕疵の有無・程度を確認する権利は有していると思われるが、瑕疵の有無・程度を探索する義務を負担しているわけではない。引渡前又は後に契約適合性の確認をしたことに何らかの法的効果を結びつけることは相当ではなく（「契約適合性を確認するための合理的な機会

が与えられたにもかかわらず、瑕疵を見逃した」場合に請負人が瑕疵担保責任を否定する主張を行う等、注文者の権利救済に不利な解釈が与えられる可能性がある。) 、注文者に契約適合性を確認する義務を課すべきではない。

また、「受領」という用語に「目的物を受け取る」という事実的要素と、「契約適合性の確認」「履行としての認容」「契約の目的物・客体と認める」という意思的要素の双方を含めることは、「受領」の意味が多義的になって分かりにくい。また、「受領」について意思的要素を含むとした場合には、債務不履行の要件、報酬の支払時期が不明確になる可能性がある。

3 報酬に関する規律

(1) 報酬の支払時期（民法第633条）

民法第633条は、請負における報酬の支払時期について、仕事の目的物の引渡しと同時（引渡しを要しないときは、仕事完成后）と規定しているところ、この規律を改め、請負報酬の支払と、成果が契約に適合することを注文者が確認し、履行として認容することとを同時履行とすべきであるとの考え方が提示されている。これに対しては、請負人の保護に欠けることがないか、履行として認容することとの引換給付判決の強制執行をどのように行うかなどの指摘もある。そこで、これらの指摘を踏まえ、請負に関する取引の実態や取引実務に与える影響に留意しつつ、請負報酬の支払と注文者が履行として認容することとを同時履行とするという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

このような考え方を採用する場合には、履行として認容する行為をどのような文言で表現するかについて、例えば「受領」と表現することが適切かどうかを含めて、併せて検討してはどうか。

【部会資料17-2第2,4(1)[10頁]】

【意見】

報酬について、成果が契約に適合することを注文者が確認し、履行として認容すると同時に支払わなければならないという考え方については、反対意見が強い。

【理由】

注文者に仕事の目的物が契約に適合しているか否かを確認する義務を課すべきではない。また、「受領」の意味に「履行として認容する」という意思的要素を含めた場合、注文者が受領を拒否した場合の報酬の支払義務発生時期、引換給付判決の主文の記載等が不明確になるおそれがある。

(2) 仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権

仕事の完成が途中で不可能になった場合には、請負人は仕事を完成していない以上報酬を請求することができないのが原則であるが、注文者の責めに

帰すべき事由によって仕事の完成が不可能になったときは、民法第536条第2項の規定に基づき、請負人は報酬を請求することができる。もっとも、請負人が例外的に報酬を請求することができる場合を同項によって規律することについては、仕事が完成していない段階では具体的な報酬請求権が発生していないから、危険負担の問題として構成する前提を欠くという批判や、「責めに帰すべき事由」という文言が多義的で内容が不明確であるとの批判があるほか、請求できる報酬の範囲も明確ではない。

そこで、仕事の完成が途中で不可能になった場合であっても請負人が報酬を請求することができるのはどのような場合か、どのような範囲で報酬を請求することができるかについて、現行法の下で請負人が得られる報酬請求権の内容を後退させるべきではないとの指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、例えば、仕事の完成が不可能になった原因が注文者に生じた事由であるときは既に履行した役務提供の割合に応じた報酬を、その原因が注文者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額を、それぞれ請求することができるとの考え方がある。このような考え方の当否について、「注文者に生じた事由」や「注文者の義務違反」の具体的な内容、請負人の利益を害するおそれの有無、注文者が債務不履行を理由に解除した場合の効果との均衡などに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、判例は、仕事の完成が不可能になった場合であっても、既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、既履行部分について請負契約を解除することはできず、請負人は既履行部分について報酬を請求することができるとしていることから、このような判例法理を条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2,4(2)[11頁]】

【意見】

仕事の完成が不可能になった原因が注文者に生じた事由であるときは、既に履行した役務提供の割合に応じた報酬を請求できる、その原因が注文者の義務違反であるときは、約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求できるという考え方については、賛成意見が多いが、有力な反対意見があり、慎重な検討を要する。

【理由】

基準を明確にすることには意義がある。

しかし、上記の具体的内容、両者の区別は不明確であり、現行民法536条2項「責めに帰すべき事由」を「義務違反」という表現に置きかえていることには問題がある。

(3) 仕事の完成が不可能になった場合の費用償還請求権

仕事の完成が途中で不可能になった場合に、請負人が仕事完成義務を履行するためそれまでに支出した費用の償還を請求することができるかどうかについて、更に検討してはどうか。その場合の規定内容として、例えば、注文者に生じた事由によって仕事完成義務が履行不能になった場合には既に履行した役務提供の割合に応じた報酬を請求することができるという考え方（前記(2)）を前提に、このような場合には報酬に含まれていない費用の償還を請求することができるとの考え方（前記(2)の場合には、の適用により請求できる範囲に費用が含まれていることになると考えられる。）の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2,4(2)(関連論点)[14頁]】

【意見】

仕事の完成が途中で不可能になった場合に、請負人が仕事完成義務を履行するためそれまでに支出した費用の償還を請求できるという考え方には賛成意見が強い。ただし、請負における「費用」と「報酬」の区別は困難であるという有力な反対意見もあり、賛成意見においても具体的要件については慎重な検討を求めている。

【理由】

判例（最判昭和52年2月22日）の考え方を明文化するものであり、一定の合理性が認められるが、「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」の区別、「注文者に生じた事由」「注文者の義務違反」以外の原因で仕事の完成が不可能になった場合の一部解除・報酬、現行民法536条2項との関係等について、十分に議論を尽くす必要がある。

4 完成した建物の所有権の帰属

建物建築の請負人が建物を完成させた場合に、その所有権が注文者と請負人のいずれに帰属するかについて、判例は、特約のない限り、材料の全部又は主要部分を供給した者に原始的に帰属するとしているが、学説上は、当事者の通常の意味などを理由に原則として注文者に原始的に帰属するとの見解が多数説であるとされる。そこで、完成した建物に関する権利関係を明確にするため、建物建築を目的とする請負における建物所有権の帰属に関する規定を新たに設けるかどうかについて、実務への影響や不動産工事の先取特権との関係にも留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

建物所有権の帰属についての規定を新たに設けることについては、賛成と反対の意見があり慎重な検討を要する。

【理由】

請負人帰属説，注文者原始的帰属説のいずれを採用するかについて判例と学説が対立しており，また，物権法にも影響を及ぼすべき事項である。

5 瑕疵担保責任

(1) 瑕疵修補請求権の限界（民法第634条第1項）

民法第634条第1項ただし書によれば，瑕疵が重要である場合には，修補に過分の費用を要するときであっても，注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができるが，これに対しては，報酬に見合った負担を著しく超え，契約上予定されていない過大な負担を請負人に負わせることになるとの批判がある。このような批判を踏まえて，瑕疵が重要であるかどうかにかかわらず，修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には，注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができないこととするかどうかについて，瑕疵があれば補修を請求できるという原則に対する例外の拡大には慎重であるべきであるとの指摘があることも踏まえ，検討してはどうか。

【意見】

修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には，注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができないという考え方については，反対意見が強い。

【理由】

修補に過分の費用を要する場合に瑕疵の修補を請求することができないとすると，契約の内容を実現するためには，注文者が過分の費用を負担して瑕疵を修補しなければならないことになる。しかし，何らの落ち度もない注文者がそのような不利益を甘受することには合理性がなく，かかる不利益は瑕疵ある仕事を行った請負人が負担するのが合理的である。また，「過大な費用」か否かについて常に紛争が生じる懸念がある。

(2) 瑕疵を理由とする催告解除

民法第635条本文は，瑕疵があるために契約目的を達成できないときは注文者は請負契約を解除することができる」と規定しているところ，契約目的を達成することができないとまでは言えないが，請負人が修補に応じない場合に，注文者が同法第541条に基づく解除をすることができるかについては，見解が分かれている。そこで，法律関係を明確にするため，注文者が瑕疵修補の請求をしたが相当期間内にその履行がない場合には，請負契約を解除することができる旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について，解除に関する一般的な規定の内容（前記

第5, 1)にも留意しながら, 更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 5(2)[16頁]】

【意見】

注文者が瑕疵修補請求をして, 相当期間内にその履行がない場合には請負契約を解除することができる旨の規定を新たに設ける考え方については, 賛成する意見が多いが, 反対する意見も強く, 慎重な検討を要する。

【理由】

解除制限に合理性はないという賛成意見がある一方, 瑕疵が軽微であるときにも解除を認めることは請負人に酷であり, 請負による解除を「契約の目的を達することができない」場合に限るとしてもそれほど不都合は生じず, 損害賠償請求により対応することで注文者の保護は図られるとする反対意見も強い。

(3) 土地の工作物を目的とする請負の解除(民法第635条ただし書)

民法第635条ただし書は, 土地の工作物を目的とする請負は, 瑕疵のために契約をした目的を達成することができない場合であっても解除することができないと規定しているが, これは, 土地工作物を収去することは請負人にとって過大な負担となり, また, 収去することによる社会的・経済的な損失も大きいからであるとされている。しかし, 建築請負契約の目的物である建物に重大な瑕疵があるために当該建物を建て替えざるを得ない事案で建物の建替費用相当額の損害賠償を認めた最高裁判例が現れており, この判例の趣旨からすれば注文者による契約の解除を認めてもよいことになるはずであるとの評価もある。これを踏まえ, 土地の工作物を目的とする請負の解除の制限を見直し, 例えば, 土地の工作物を目的とする請負についての解除を制限する規定を削除し, 請負に関する一般原則に委ねるという考え方や, 建替えを必要とする場合に限り解除することができる旨を明文化する考え方が示されている。これらの考え方の当否について, 更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 5(2)[16頁]】

【意見】

民法635条但書の見直しについては, 原則として解除を制限しつつ, 例外的に解除を認める要件を定めるべきであるという慎重意見もあるが, 同条但書を削除することに賛成する意見が多数である。

【理由】

民法635条但書による解除制限の撤廃は, 判例(最判平成14年9月24日・判時1801号77頁)と整合性を有する。

(4) 報酬減額請求権の要否

請負の目的物に瑕疵があった場合における注文者の救済手段として報酬減額請求権が認められるかどうかは、明文の規定がなく不明確であるが、報酬減額請求権は、損害賠償など他の救済手段の存否にかかわらず認められる点で固有の意義があるなどとして、報酬減額請求権に関する規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。これに対しては、請負においては損害賠償責任について請負人に免責事由が認められるのはまれであることなどから、減額請求権を規定する必要はないとの指摘もある。このような指摘も考慮しながら、報酬減額請求権の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2,5(3)[17頁]】

【意見】

報酬減額請求権に関する規定を新たに設ける考え方には、賛成する意見が多いが、有力な反対意見もあり、慎重な検討を要する。

【理由】

売買契約における瑕疵担保責任の規定に代金減額請求権を盛り込むのであれば、売買契約との整合性が図れ、明確に規定されることで消費者保護にも資する。もっとも、現行法でも損害賠償の内容であり、規定がなくても特に不都合はなく、むしろ減額すべき金額の算定が容易でないため混乱をきたすという反対意見がある。

(5) 請負人の担保責任の存続期間（民法第637条、第638条第2項）

請負人の担保責任を追及するためには、土地の工作物を目的とするもの以外の請負においては仕事の目的物の引渡し（引渡しを要しないときは完成時）から1年以内、土地の工作物を目的とする請負において工作物が瑕疵によって滅失又は損傷したときはその時から1年以内に、権利行使をしなければならず（民法第637条、第638条第2項）、具体的には、裁判外において、瑕疵担保責任を追及する意思を明確に告げる必要があるとされている。

このような規律に対しては、請負人の担保責任について消滅時効の一般原則と異なる扱いをする必要があるか、目的物の性質を問わず一律の存続期間を設けることが妥当か、存続期間内にすべき行為が過重ではないかなどの指摘がある。これらの指摘を踏まえ、起算点、期間の長さ、期間内に注文者がすべき行為の内容を見直すことの要否について、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な考え方として、注文者が目的物に瑕疵があることを知った時から合理的な期間内にその旨を請負人に通知しなければならないとする考え方（ただし、民法に事業者概念を取り入れる場合に、請負人が事業者である場合の特則として、瑕疵を知り又は知ることができた時からこの期間を起算する旨の規定を設けるべきであるとの考え方がある（後記第62,3(2)））や、瑕疵を知った時から1年以内という期間制限と注文者が目

的物を履行として認容してから5年以内という期間制限を併存させ、この期間内にすべき行為の内容は現行法と同様とする考え方が示されているほか、このような期間制限を設けず、消滅時効の一般原則に委ねるという考え方もある。これらについては、例えば に対して、「合理的な期間」の内容が不明確であり、取引の実務に悪影響を及ぼすとか、失権効を伴う通知義務を課すことは注文者にとって負担が重いとの指摘などもある。上記の各考え方の当否について、売買における売主の瑕疵担保責任の存続期間との整合性（前記第39，1(6)）、消滅時効の一般原則の内容（前記第36，1(1)(3)）などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2，5(4) [18頁]，
部会資料20-2第1，3(2) [16頁]】

【意見】

注文者が目的物に瑕疵があることを知った時から合理的な期間内にその旨を請負人に通知する、瑕疵を知ったときから1年以内という期間制限と注文者が目的物を履行として認容してから5年以内という期間制限を併存させ、この期間内にすべき行為の内容は現行法と同様とする、期間制限を設けず、消滅時効の一般原則に委ねるという考え方については、に反対し、権利行使期間を明確にするため、について賛成する意見が強い。

【理由】

については、「合理的期間」という規定が不明確であり、注文者は当該目的物について専門的な知識を有していないことが多いため、何をもって通知の対象とすべき瑕疵であるかを判断できず、消費者保護の観点からも、一般的な通知義務を課すことは、注文者に酷な結果となる。

については、例えば、住宅の瑕疵の場合、不具合（欠陥現象）には気づいても、専門家に依頼して調査するまでは不具合の原因（欠陥原因）が分からなかったという例が多く、かかるケースでも、不具合に気づいた時点で「瑕疵を知った」と判断される可能性があり、注文主の瑕疵担保責任請求権が不当に制限される。また、「履行としての認容」という概念を採用しても瑕疵の有無について検査義務を課すものではないと理解されているにもかかわらず、履行として認容したことによって短期の期間制限に服するのか、その理由が不明である。

(6) 土地工作物に関する性質保証期間（民法第638条第1項）

民法第638条第1項は、土地工作物に関する担保責任の存続期間について規定するが、その法的性質を性質保証期間（目的物が契約で定めた性質・有用性を備えていなければならない期間）と解する立場がある。このような立場から、前記(5)の担保責任の存続期間に加え、土地工作物について性質保証期間に関する規定を設け、請負人はその期間中に明らかになった瑕疵につ

いて担保責任を負うことを規定すべきであるとの考え方が示されているが、これに対しては、土地工作物のみを対象として性質保証期間を設ける根拠が十分に説明できないなどの指摘もある。そこで、土地工作物について性質保証期間に関する規定を設けるかどうか、設ける場合に設定すべき具体的な期間、合意によって期間を伸縮することの可否等について、担保責任の存続期間との関係などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2,5(5)[21頁]】

【意見】

土地工作物について性質保証期間に関する規定を設けることについては、その要件を慎重に検討する必要はあるが、賛成である。

【理由】

土地工作物において、消滅時効の規定とは異なる性質保証期間の規定を設けることは、注文者の権利救済に資する。もっとも、その要件については、住宅の品質確保の促進等に関する法律（品確法）94条以下や時効制度との整合性に配慮すべきである。

(7) 瑕疵担保責任の免責特約（民法第640条）

請負人は、担保責任を負わない旨の特約をした場合であっても、知りながら告げなかった事実については責任を免れないとされている（民法第640条）が、知らなかったことに重過失がある事実についても責任を免れない旨の規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。また、これに加え、請負人の故意又は重大な義務違反によって生じた瑕疵についても責任を免れない旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2,5(6)[22頁]】

【意見】

請負人の故意又は重大な義務違反によって生じた瑕疵についても責任を免れない旨の規定を設けること、知りながら告げなかった事実についてと同様、知らなかったことに重過失がある事実についても責任を免れない旨の規定を設けることについては賛成意見が強い。ただし、「重大な義務違反」の具体的内容を明らかにすべきである。

【理由】

免責約款があったとしても、故意又は重過失があった場合に約款の効力が及ばず、重過失を故意と同視するという解釈は一般的である。

6 注文者の任意解除権（民法第641条）

(1) 注文者の任意解除権に対する制約

民法は、請負人が仕事を完成しない間は注文者はいつでも損害を賠償して請負契約を解除することができるとして（民法第641条）、注文者による解除権を広く認めている。これに対しては、請負人が弱い立場にある請負について注文者による解除権を広く認めることには疑問があるとの指摘がある。そこで、一定の種類の契約においては注文者の任意解除権を制限する規定を新たに設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【意見】

任意解除権を制限する規定を新たに設けることについては、賛成する意見と反対する意見があり、慎重な検討を要する。

【理由】

サービス契約からの離脱という意味では、注文者の任意解除権は重要な権利である。また、任意解除権の制約があり得るとしても、強力な注文者と弱小請負人の力関係のもとでの例外でなければならず、「請負人が弱い立場にある請負」を民法の規定で類型化することは困難であり、下請法等の特別法で対処するか、「労働者性」の解釈などで保護すべきであるとの意見もあった。

(2) 注文者が任意解除権を行使した場合の損害賠償の範囲（民法第641条）

注文者が民法第641条の規定に基づいて請負契約を解除した場合に賠償すべき損害の範囲は具体的に規定されていないが、現在の解釈を明文化し、約定の報酬相当額から解除によって支出を免れた費用（又は自己の債務を免れたことによる利益）を控除した額を賠償しなければならないことを規定すべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、注文者の義務違反によって仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権の額（前記3(2)）との整合性にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2,6[23頁]】

【意見】

賠償すべき損害の範囲について明文の規定を新たに設けるかについては、賛成意見が強いが、有力な反対意見もある。

【理由】

通説を明文化に賛成する意見が多いが、仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権の範囲と整合性がとれるか（注文者の義務違反により仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権の範囲と同じでよいのか。）、「報酬」と「損害」との関係が明確であるかについて、指摘をする意見がある。

7 注文者についての破産手続の開始による解除（民法第642条）

注文者が破産手続開始の決定を受けたときは、請負人又は破産管財人は契約を解除することができる（民法第642条第1項）。これについて、請負の中には仕事完成後の法律関係が売買と類似するものがあり、このような請負については、買主について破産手続が開始されても売主が売買契約を解除することができないのと同様に、仕事完成後に注文者が破産手続開始の決定を受けても請負人が契約を解除することはできず、解除できるのは、注文者についての破産手続開始が仕事完成前であった場合に限定されることになるのではないかとの問題が提起されている。そこで、このような限定をする旨の規定を設けることの当否について、検討してはどうか。

【意見】

解除できる場合が限定されることを条文上明記することに反対しない。

【理由】

仕事完成後は売買と状況が変わらず、民法642条の趣旨（報酬支払の前に仕事を完成させる義務を負っている請負人の保護）に鑑みれば、仕事が完成した後は、注文主が破産しても請負人は契約を解除できないとしても不合理ではない。

8 下請負

(1) 下請負に関する原則

請負人が下請負人を利用することができるかどうかについて民法上明文の規定はないが、当事者の意思又は仕事の性質に反しない限り、仕事の全部又は一部を下請負人に請け負わせることができると解されている。これを条文上明記するかどうかについて、下請負に関するこのような法律関係は契約責任の一般原則から導くことができ、明文の規定は不要であるとの考え方があっても踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2,7(1)[24頁]】

【意見】

下請負に関する原則を条文上明記することには賛成意見が強いが、賛成意見においても、具体的な定義については慎重な検討を求めている。

【理由】

請負を引渡が観念できるものに限定した場合、建設業法2条における下請負の定義（建設工事を他の者から請け負った建設業を営む者と他の建設業を営む者との間で当該建設工事の全部または一部について締結される請負契約）との整合性が問題になる。

下請負の法律関係は、委任契約における再委任（ひいては自己執行義務の

問題)と類似するので、自己執行義務に関する規定との整合性を考慮する必要がある。

(2) 下請負人の直接請求権

下請負契約は元請負契約を履行するために行われるものであって契約相互の関連性が密接であることなどから、適法な下請負がされた場合には、賃貸人が転借人に対して直接賃料の支払を求めることができる(民法第613条第1項)のと同様に、下請負人の元請負人に対する報酬債権と元請負人の注文者に対する報酬債権の重なる限度で、下請負人は注文者に対して直接支払を請求することができる旨を新たに規定すべきであるとの考え方がある。これに対しては、下請負人に直接請求権を認めるのは担保権以上の優先権を認めることであり、その必要性があるのか慎重な検討を要するとの指摘、元請負人が多数の下請負人を使用した場合や複数次にわたって下請負がされた場合に適切な処理が困難になるとの指摘、元請負人が第三者に仕事を請け負わせた場合には直接請求が可能になるが、元請負人が第三者から物を購入した場合には直接請求ができないのは均衡を失するとの指摘、下請負人から報酬の支払を請求される注文者が二重弁済のリスクを負うことになるとの指摘などがある。これらの指摘も考慮しながら、下請負人が注文者に対して報酬を直接請求することができるものとする考え方の当否や、直接請求権を認める場合にどのような範囲の下請負人に認めるかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2,7(2)[24頁]】

【意見】

下請負人の直接請求権については反対意見が強い。

【理由】

直接請求権を創設して、下請業者の書面による請求に注文者に対する請負人への支払禁止の効力を付与するというのは、いわば「裁判所でないといけないはずの差押えの自力執行を認める制度」「当事者の合意がないにもかかわらず、工事代金債権に下請業者の債権のための質権設定がされたとみなす制度」であり、下請業者に強すぎる権利を与えてしまう。下請人の保護については、先取特権で認めるか、建設業法、下請代金支払遅延防止法等の他の法律で規律すべきであって、債権法の請負における一般原則として定めることは適切でない。また、請負の場面においては、孫請負等数次の下請関係が存在することも多いところ、孫請負等の場合においても直接請求権を認めることができるのかという問題も生じる。

(3) 下請負人の請負の目的物に対する権利

下請負人は、注文者に対し、請負の目的物に関して元請負人と異なる権利

関係を主張することはできないとするのが判例である。このような判例を踏まえ、下請負人は、請負の目的物に関して、元請負人が元請負契約に基づいて注文者に対して有する権利を超える権利を注文者に主張することができないことを条文上明記するかどうかについて、下請負人を保護するためにこのような原則の例外を設ける必要がないかどうかにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、これとは逆に、注文者も、元請負契約に基づいて元請負人に対して有する権利を超える権利を下請負人に対して主張することができない旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17 - 2第2, 7(3) [25頁]】

【意見】

下請人が請負の目的物に関して、元請負人が元請負契約に基づいて注文者に対して有する権利を超える権利を注文者に主張することができないことを条文上明示するか、また、その原則の例外を設ける必要性については、賛成意見がある一方、有力な反対意見もあり、慎重な検討を要する。

【理由】

例えば、AがBに元請発注し、BがCに下請発注した例で考えると、A B間の契約、B C間の契約は当事者も内容も異なる別々の契約であるため、CがAに対して直接報酬請求権を行使することは、債権者代位権を行使する場面を除けばあり得ない。しかし、AがCに対して、目的物の引渡を求めることはあり得る。この場合、B C間では引渡まではCが所有権を有する旨合意していたとしても、A B間では所有権は原始的にAに帰属することを合意しておけば、AがCに引渡を求めた場合、CはB C間の所有権に関する合意を対抗できない（最判平成14年9月24日・判時1801号77頁）。この点を明文化するか否かであるが、請負契約における目的物の所在について規定を設けるのであれば規定する意味はあるが、所有権の所在についての規定を設けないまま、下請負契約の所有権の所在についてだけ規定を設けるのでは意味がない。

第49 委任

1 受任者の義務に関する規定

(1) 受任者の指図遵守義務

民法は受任者の義務として善管注意義務を規定している(同法第644条)が、その一つの内容として、委任者の指図があるときはこれに従って委任事務を処理しなければならないものと解されていることから、このような原則を条文上明記するかどうかについて、その例外に関する規定の要否や内容などを含め、更に検討してはどうか。

受任者の指図遵守義務の例外として、指図を遵守しなくても債務不履行にならない場合があるか、指図に従うことが債務不履行になる場合がある

かのそれぞれについて、適切な要件を規定することができるかや、指図の射程がどこまで及ぶかなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 2(1) [29頁]】

【意見】

- (1) 受任者は委任者が与えた指示に従って委任事務を処理しなければならないとの原則を条文上明示する考え方には反対の意見が強い。
- (2) 例外として委任者の指図に従うことを要しない場合について規定を設けるべきであるとの考え方をとったとしても、受任者の義務とまではすべきではない。

【理由】

- (1) について

確かに、受任者は委任者が与えた指示に従って委任事務を処理しなければならないことが原則であることは否定しないが、明文化まですると、受任者の専門性・独立性や事案に即した柔軟な判断ができなくなるなど受任者の対応が硬直化するおそれがある。

- (2) について

指図の変更を求めることを義務付けると、個別具体的に妥当な解決を図ることが妨げられる可能性がある。

- (2) 受任者の忠実義務

受任者は、委任者との利害が対立する状況で受任者自身の利益を図ってはならない義務、すなわち忠実義務を負うとされている。民法には忠実義務に関する規定はなく、善管注意義務の内容から導かれるとも言われるが、忠実義務は、適用される場面や救済方法などが善管注意義務と異なっており、固有の意味があるとして、善管注意義務とは別に、受任者が忠実義務を負うことを条文上明記すべきであるとの考え方がある。これに対しては、忠実義務の内容は委任の趣旨や内容によって異なり得ることから、忠実義務に関する規定を設けず、委任の趣旨や善管注意義務の解釈に委ねる方が柔軟でよいとの指摘、忠実義務を規定すると強い立場にある委任者が弱い立場にある受任者に対してこの規定を濫用するおそれがあるとの指摘、適切な要件効果を規定することは困難ではないかとの指摘もある。このような指摘も踏まえ、忠実義務に関する明文の規定を設けるという考え方の当否について、善管注意義務との関係、他の法令において規定されている忠実義務との関係、忠実義務を減免する特約の効力などに留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 2(2) [31頁]】

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) 賛成意見について

忠実義務は委任契約において本来的に予定されている義務であり，判例上も認められていることから，国民に分かり易いとの観点からも，善管注意義務とは別に明文化することに意味があり，明文化による弊害も存しない。また，忠実義務の明文化により受任者の利益相反行為等の禁止が明確になる。

(2) 反対意見について

善管注意義務と別個に規定を設ける意義がなく，善管注意義務と忠実義務の解釈等に混乱を来すおそれがある。

(3) 受任者の自己執行義務

受任者は，原則として自ら事務処理をしなければならないとされているが，その実定法上の根拠は代理に関する民法第104条であるとされている。このような原則を，委任に関する規定として，条文上明記することとはどうか。

また，同条は，本人の許諾を得たときとやむを得ない事由があるときに限って復代理人の選任を認めているが，これに対しては，復委任が認められる場合を限定しすぎているとして，受任者の自己執行義務の例外をこれらの場合以外の場合にも拡大すべきであるとの考え方がある。これに対し，委任は当事者間の信認関係に基づくものであるから復委任の要件を緩和すべきでないという指摘もある。このような指摘も考慮しながら，復委任の要件を緩和することの可否について，更に検討してはどうか。緩和する場合には，例えば，受任者に自ら委理事務を処理することを期待するのが相当でないときに復委任を認めるという考え方や，有償委任においては委任の本旨が復委任を許さない場合を除いて復委任をすることができるという考え方の可否について，更に検討してはどうか。

復受任者を使用した受任者の責任については，民法第105条第1項のように一律に復受任者の選任・監督についての責任のみを負うのではなく，履行補助者を使用した債務者の責任（前記第8，2）と同様に扱う方向で，更に検討してはどうか。

さらに，復受任者が委任者に対して善管注意義務，報告義務等を負うか，復受任者が委任者に対して報酬等を直接請求することができるかなど，復委任が認められる場合の復受任者と委任者との法律関係について，更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3，2(3) [32頁]】

【意見】

(1) 自己執行義務の原則を明文化することは賛成する。

(2) 復委任の要件を緩和することについては，現行の解釈を維持すべきか否か

を含め、慎重に検討すべきである。

- (3) 受任者が復受任者を選任した場合に、選任監督のみならず、復受任者の事務処理に対しても責任を負うとすべきとの意見が強い。
- (4) 復委任が認められる場合の復受任者と委任者との法律関係を明確にすることは特に反対しないが、復委任者が委任者に対して報酬等を直接請求することができることに、反対の意見が強い。

【理由】

- (1) について

自己執行義務の原則を明確化することにより分かり易い民法に資する。

- (2) について

復委任を広く認める必要性がそれ程あるとは思われず、復委任の要件を緩和する場合、「受任者に自ら委任事務を処理することを期待するのが相当でないとき」との要件では、判断主体、判断内容が不明確になるおそれがある。

- (3) について

自己執行義務の例外を定めることと、復受任者を選任した受任者の責任を加重することは一体として検討し、委任者が復受任者を指定した場合などの一定の例外があることも考慮に入れて、委任者の信頼、利益を害することのないよう注意すべきである。

- (4) について

復受任者の委任者に対する直接請求権を認めるのは、下請負の場合と同様に、余りに過大な権利を認めるものであって、売買代金債権者等とのバランスも欠き、無用の混乱を招くことになりかねない。

- (4) 受任者の報告義務（民法第645条）

受任者は、委任者の請求があるとき（民法第645条）だけでなく、委任事務の処理について委任者に指図を求める必要があるときも、委任事務の処理の状況について報告する義務を負うことを条文上明記することとしてはどうか。

長期にわたる委任においては相当期間ごとに報告義務を負うこととするかどうかについては、これに要する費用、柔軟な対応の可否等にも留意して、更に検討してはどうか。

【部会資料17 - 2第3, 2(4) [36頁]】

【意見】

- (1) 委任事務の処理について委任者に指図を求める必要があるときも、委任事務の処理の状況について報告する義務を負うことを条文上明記することは慎重に検討すべきである。
- (2) 長期にわたる委任において相当期間ごとに報告義務を負うことについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

受任者の報告義務につき，現行規定に加えて具体的な局面についての規定を設けることについては，運用が硬直化し，個別具体的に妥当な解決を図ることが妨げられることのないように慎重を期すべきである。

(2) について

報告義務は，委任契約の期間の長短ではなく，委任の趣旨から判断されるべきである。

(5) 委任者の財産についての受任者の保管義務

受任者が委任事務を処理するために委任者の財産を保管する場合については民法上規定がないが，この場合における法律関係を明確にする観点から，有償寄託の規定を準用するとの考え方がある。このような考え方の当否について，有償寄託に関する規定の内容（後記第52参照）を検討した上で，更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3，2(5) [36頁]】

【意見】

有償寄託の規定を準用する考え方に賛成の意見が強い。

【理由】

法律関係の明確化を図るのが望ましく，準用規定を設けても特に問題はないと思われる。

(6) 受任者の金銭の消費についての責任（民法第647条）

民法第647条は，受任者が委任者に引き渡すべき金額又はその利益のために用いるべき金額を自己のために消費したときは，消費した日以後の利息を支払わなければならないが，これを超える損害がある場合はその賠償責任を負うと規定しているが，これは，利息超過損害についての同法第419条を削除することとする場合（前記第3，6(2)参照）には一般的な損害賠償の規律によっても導くことができるとして，同法第647条を削除するという考え方がある。この考え方の当否について，一般的な損害賠償の規律によって消費した日以後の利息を請求することの可否にも留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3，2(6) [37頁]】

【意見】

現行民法第647条を削除するという考え方に賛成の意見が強い。

【理由】

- (1) 分別管理義務が必ずしも課されていない委任一般に適用される規律としては、委任者に引き渡すべき金銭を消費した場合には、債務不履行の一般原則(民法第419条)に従い返還すべき日以後の遅延利息を負担させれば十分である。
- (2) 委任者の利益のために用いるべき金銭を消費した場合には、それにより委任事務を処理できなくなった場合に、当該金銭の返還義務とともに、善管注意義務違反による損害賠償責任を負わせれば十分である。
- (3) 金銭に色はついていないので、受任者が費消した金銭が委任者に引き渡すべき金銭又はその利益のために用いるべき金銭に該当するか否かの判別は不可能ないし困難である。また、一旦かかる金銭を消費してしまったとしても、別途資金調達するなどして、最終的に委任の本旨に従い委任事務を処理した場合についてまで受任者に責任を負わせる必要性はないと考えられる。

2 委任者の義務に関する規定

(1) 受任者が債務を負担したときの解放義務(民法第650条第2項)

受任者が委任事務の処理に必要と認められる債務を負担した場合には、受任者は委任者に対して代弁済を請求することができる(民法第650条第2項)が、より一般的に弁済資金の支払を請求することができる旨を定めるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、受任者の他の債権者による弁済資金請求権の差押えが可能となることへの評価や、費用前払請求権との関係などに留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3,3(1)[38頁]】

【意見】

弁済資金の支払を請求することができる旨を定めるべきであるとの考え方に賛成の意見が強い。

【理由】

判例(最判昭和47年12月22日民集26巻10号1991頁)は、代弁済請求権と受任者に対する債権との相殺を否定している。

しかし、受任者にとって代弁済請求権は、自分の負担した債務が弁済期前であれば費用前払い請求権と同一、弁済期後であれば費用償還請求権と同一であると解するのが実質的に妥当である。また、立替払いの点も相殺を禁止せねばならないほどの理由とはなりえず、相殺を認めても実務上の不都合もそれほど大きくはないと思われる。

他方、現行法の代弁済請求権を弁済資金の支払請求権とした場合には、現行の民法第649条の費用前払請求や同法第650条1項の費用償還請求権との関係が不明確になるとして、慎重に検討すべきとの意見もある。

(2) 受任者が受けた損害の賠償義務（民法第650条第3項）

受任者が委任事務を処理するため過失なく損害を受けたときは、委任者はその損害を賠償しなければならないとされている（民法第650条第3項）が、同項は有償委任には適用されないとの学説もある。そこで、この点を明確にするため、有償委任に同項が適用されるか、適用されとしても損害賠償責任の有無や額において有償性が考慮されるかを条文上明記すべきであるとの考え方の当否について、更に検討してはどうか。後者の問題については、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額が定められている場合には、委任者の損害賠償責任の有無及び額はこれを考慮して定めるという考え方があるが、このような考え方の当否について、有償委任の場合であっても損害を被る危険の評価がされていない場合もあるという指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 3(2) [39頁]】

【意見】

有償委任に民法第650条第3項は適用されないとの考え方には反対の意見が強いが、同項が有償委任に適用されとしても、損害賠償責任の有無や額において有償性が考慮されるかを条文上明記すべきであり、その内容については、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額が定められている場合には、委任者の損害賠償責任の有無及びその額はこれを考慮して定められるという考え方に賛成の意見が強い。

【理由】

委任契約が有償であった場合に、受任者が報酬を要求できる根拠は受任者の能力の提供の対価にあるはずであり、リスクの引き受けまで含むものという理解が定着しているとはいえない。そのような中で、現行の条文を変更すれば、受任者にとって不意打ちとなるか、契約前に受任者に対してリスク算定の負担を負わせることとなり、妥当でない。

しかし、有償委任の場合には、損害可能性を考慮して高額な報酬を設定する場合もあり、その場合にはその点を考慮して委任者の損害賠償責任の有無及びその額を定めることが妥当である。他方、有償委任であるからといって、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を事前に評価することは容易ではなく、契約当事者間で事前に十分予測できているとは限らず、必ずしもこれらの危険を適切に考慮して報酬の額が定められるものばかりでないとの意見もある。

また、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額が定められる場合に、受任者が受けた損害賠償額を制限する必要がある場合には、個別の契約で対応できるとの慎重意見もある。

(3) 受任者が受けた損害の賠償義務についての消費者契約の特則（民法第65

0条第3項)

委任者は、受任者が委任事務を処理するに当たって過失なく被った損害について無過失責任を負うとされている(民法第650条第3項)が、消費者及び事業者概念を民法に取り入れる場合には、受任者が事業者であり委任者が消費者である場合の特則として、委任者が無過失を立証すれば免責されるとの特則を設けるべきであるとの考え方がある(後記第62,2)。このような考え方の当否について、受寄者が事業者であり寄託者が消費者である場合の寄託者の損害賠償責任の在り方(後記第52,5(1))との整合性にも留意しながら、検討してはどうか。

【意見】

現民法650条3項規定の委任者の無過失責任につき、消費者が委任者である場合には委任者が無過失を立証すれば免責を認める特則規定を民法に置くか否かについては、例外を消費者契約に限ることの是非などを、慎重に検討すべきである。

【理由】

事業者概念及び経済事業の概念を採用するかどうか、その規定を商人から事業者に(すなわち、非営利である事業者にまで)適用範囲を拡大してよいかどうか、かかる規定を敢えて民法に設ける必要があるか(商人を対象として、商法の規定で足りるのではないか)といった問題があり、他方、上記のような免責規定を消費者契約に限定すべきではないという見解もあることから、慎重に検討すべきである。

3 報酬に関する規律

(1) 無償性の原則の見直し(民法第648条第1項)

受任者は特約がなければ報酬を請求することができないと規定されている(民法第648条第1項)ため、委任は原則として無償であると解されているが、このような原則は必ずしも現実の取引に適合するとは言えないことから、有償又は無償のいずれかが原則であるとする立場を採らず、条文上も中立的な表現を用いる方向で、更に検討してはどうか。

また、受任者が事業者であり、経済事業(反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの)の範囲内において委任契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方(後記第62,3(3))の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3,1(関連論点)2[29頁],
部会資料20-2第1,3(3)[20頁]】

【意見】

(1) 現行法の無償性の原則を見直し、条文上も中立的な表現を用いることに賛

成する意見が強い。

- (2) 受任者が事業者であり、経済事業の範囲内において委任契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方は慎重に検討すべきである。

【理由】

- (1) について

無償性の原則は今日の社会に適合したものとは言えない。

実務では有償委任が多く、有償合意がなければ無償とすると酷な場合が考えられる。判例（最判昭和37年2月1日民集16巻2号157頁）とも合致する。

- (2) について

事業者概念及び経済事業の概念を採用するかどうか、その規定を商人から事業者に（すなわち、非営利である事業者にまで）適用範囲を拡大してよいかどうか、かかる規定を敢えて民法に設ける必要があるか（商人を対象として、商法の規定で足りるのではないか）問題があるから、慎重に検討すべきである。

- (2) 報酬の支払方式

委任における報酬の支払方式には、委任事務の処理によってもたらされる成果に対して報酬を支払うことが合意されるもの（成果完成型）と、役務提供そのものに対して報酬が支払われるもの（履行割合型）があることを条文上明記し、報酬請求権の発生要件や支払時期などをそれぞれの方式に応じて規律するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3,4(1)[40頁]】

【意見】

委任の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型があることを条文上明示することについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

わざわざ二つの類型に分ける必要はなく、成果完成型か履行割合型かが不明な委任もある。

成果完成型の報酬は停止条件付報酬増額特約と整理すれば足りるから、委任契約の箇所では履行割合型のみ定めがあれば足りる。

両者の区別は相対的であるため、仕事が完成していないことを理由とした報酬の支払を拒絶する紛争を誘発してしまうおそれがある。また、契約実務において立場の強い者に都合のよい類型にあたりと定義され、弱者の保護に欠けるおそれもある。そのため、個別事案ごとの解釈によって妥当な解決を図るべきである。

- (3) 報酬の支払時期（民法第648条第2項）

委任の報酬は後払が原則であるという規律（民法第648条第2項）を維

持した上で、委任の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型に分類して規律する立場から、その支払時期は成果完成型においては成果完成後、履行割合型においては委任事務を履行した後（期間によって報酬を定めたときは期間経過後）であることを条文上明記する考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3,4(2)[41頁]】

【意見】

成果完成型と履行割合型の類型を前提とした考え方であり、慎重に検討すべきである。

【理由】

上記(2)と同様の理由である。

(4) 委任事務の処理が不可能になった場合の報酬請求権

委任が受任者の帰責事由なく途中で終了したときは、受任者は既にした履行の割合に応じた報酬を請求することができる（民法第648条第3項）が、帰責性の所在やその程度は様々であり、それぞれの事案における報酬請求権の有無や範囲は必ずしも明確ではない。

そこで、有償委任に基づく事務の処理が途中で終了しその後の事務処理が不可能になった場合であっても受任者が報酬を請求することができるのはどのような場合か、どの範囲で報酬を請求することができるかについて、現行法の下で受任者が得られる報酬請求権の内容を後退させるべきではないとの指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、例えば、受任者が事務を処理することができなくなった原因が委任者に生じた事由であるときは既に履行した事務処理の割合に応じた報酬を請求ことができ、その原因が委任者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額（ただし、委任者が任意解除権を行使することができる場合は、その場合に受任者が請求することができる損害賠償の額を考慮する。）を、それぞれ請求することができるとの考え方がある。このような考え方の当否について、「委任者に生じた事由」や「義務違反」の具体的な内容、請負など他の役務提供型典型契約に関する規律との整合性などに留意しながら、更に検討してはどうか。

また、判例は、請負について、仕事の完成が不可能になった場合であっても、既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、既履行部分について請負を解除することはできず、請負人は既履行部分について報酬を請求することができるとしているが、このような判例法理は成果完成型の報酬支払方式（前記(2)参照）を採る委任についても同様に妥当すると考えられ

ることから、これを条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17 - 2第3, 4(3) [42頁]】

【意見】

- (1) 受任者が事務を処理することができなくなった原因が委任者に生じた事由であるときは既に履行した事務処理の履行の割合に応じた報酬を請求することができ、その原因が委任者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることとによって得た利益を控除した額を、それぞれ請求することができるとの考え方については、反対ないし慎重に検討すべきとの意見が強い。
- (2) 請負の場合の判例法理を成果完成型の報酬支払方式を採る委任についても条文上明記することについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

- (1) について

「委任者に生じた事由」というのが如何なる事由を指すのかが不明確であるばかりか、「委任者に生じた事由」と「委任者の義務違反」の区別は必ずしも明らかではない。

委任者の責めに帰すべき事由によって履行不能となった場合は、委任者の債務不履行（信義則上の付随義務違反）ないし危険負担の債権者主義（民法536条2項）の問題として処理すれば足り、基本的には委任の規定においてこれらの準用規定を設ければ足りる。

委任者の義務違反の場合に約定報酬全額の請求を認めることは、著しい不均衡を生じさせる危険があり、一部解除・既履行部分の報酬請求についても、「押し付け利得」・「やり得」を招く危険がある。

- (2) について

前記のとおり、委任の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型に分ける考え方については、慎重に検討されるべきである。

4 委任の終了に関する規定

- (1) 委任契約の任意解除権（民法第651条）

判例は、委任が受任者の利益をも目的とする場合には委任者は原則として民法第651条に基づく解除をすることができないが、やむを得ない事由がある場合及び委任者が解除権自体を放棄したものとは解されない事情がある場合には、同条に基づく解除をすることができるとしている。しかし、このような判例法理の解釈や評価をめぐっては様々な見解が主張されていることから、規律を明確にするため、委任が受任者の利益をも目的としている場合の委任者の任意解除権に関する規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、委任が委任者の利益だけでなく受

任者の利益をも目的とする場合には、委任者は契約を解除することができるが、解除によって受任者が被った損害を賠償しなければならないこととし、専ら受任者又は第三者の利益を目的とする場合にはやむを得ない場合を除き任意解除権を行使できないとする考え方、有償委任においては、当事者が任意解除権を放棄したと認められる事情がある場合には、当該当事者は任意解除権を行使することができないこととし、無償委任においては、解除権の放棄は書面をもってする必要があるとする考え方があるが、これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3,5(1)[44頁]】

【意見】

委任が受任者の利益をも目的としている場合の委任者の任意解除権に関する規定を新たに設けることについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

委任者の任意解除権に関する判例法理の規律をその変遷を踏まえて明確にする方向で規定を整備することとし、その具体的な規定内容として、委任が委任者の利益だけでなく受任者の利益をも目的とする場合には、委任者は契約を解除することができるが、解除によって受任者が被った損害を賠償しなければならないこととし、専ら受任者又は第三者の利益を目的とする場合にはやむを得ない場合を除き任意解除権を行使できないとする考え方には、賛成の意見もある。

しかし、委任契約は当事者間の信頼関係を前提にしている以上、任意解除権の行使を制限すべきではなく、受任者の利益については損害賠償請求権で対処すべきであるとの意見も強い。また、委任者の利益を目的とするのか、受任者の利益を目的とするのか、その双方の利益を目的とするのか、の区別は現実には困難であり、委任契約が専ら受任者の利益を図るものである場合については、解除権につき委任契約で別段の定めをすることができる旨を明記すれば足りると考えられることから、慎重に検討すべきである。

さらに、消費者と事業者が委任関係にある場合に、受任者である事業者の利益を目的とする場合であるとして、いたずらに消費者の解除権が制約されるおそれがある。また、消費者が任意解除権を放棄したと認められる事情がある場合に解除権が制限されるとすると、例えば委任者の解除権なしとする契約書が締結された場合、消費者契約法10条により当該部分は無効となるとしても、この点について疑義を生じさせるおそれがあることから、慎重に検討すべきである。

(2) 委任者死亡後の事務処理を委託する委任（民法第653条第1号）

委任者が自己の死亡後の事務処理を委託する委任の効力については、特段の規定が設けられていないことから、規律を明確にするため、新たに規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、遺言制度との整合性を図る観点から、委任事

務の内容が特定されていることを要件として認めるべきであるとの考え方があるが、その当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17 - 2第3, 5(2) [47頁]】

【意見】

委任者が自己の死亡後の事務処理を委託する委任の効力について、新たに規定を設けることには賛成するが、その場合の規定内容については、慎重に検討すべきである。

【理由】

死亡後の財産処理等を委任する契約を生前に締結しておく必要があることも事実であり、特定の事務を目的とする委任であって、委任者の死亡によっても終了しない旨の合意を必要とするといった限定をすることにより規定を設けるのが合理的との意見もあるが、死後委任の効力は契約時に明確に判断できる必要があるところ、具体的にどの程度特定されていれば良いかが明確ではないといった批判がある。また、委任者死亡の場合にも委任を存続させる必要があるとしても、一方で遺言等の手続がある以上、相続人との間で新たな紛争を生じることのないよう慎重に検討すべきである。

(3) 破産手続開始による委任の終了（民法第653条第2号）

委任者又は受任者について破産手続が開始されたことは委任の終了事由とされている（民法第653条第2号）が、会社が破産手続開始決定を受けても直ちには取締役との委任関係は終了しないとした最高裁判例や、破産者であることが取締役の欠格事由でなくなったことなどを踏まえ、同号の規律の見直しを検討すべきであるとの指摘がある。その場合の規定内容として、例えば、当事者について破産手続が開始された場合の法律関係は破産法第53条など同法の規律に委ねるという考え方や、委任者について破産手続が開始された場合に受任者が契約を解除することができるという考え方などがあり得るが、これらの考え方の当否を含め、民法第653条第2号の規律を維持すべきかどうかについて、検討してはどうか。

【意見】

民法653条2号の規律を見直すべきかどうかについては、委任者と受任者について同じ規律とするのか否か、民法に定めるか或いは破産法に移すのかも含めて、さらに検討すべきである。

【理由】

民法653条2号に関し、最判平成12年4月17日は、株式会社と取締役・監査役との委任関係は、会社（委任者）が破産したとしても、破産財団に関する管理処分権と無関係な会社組織に係る行為等については終了しないと判示した。これに

ついて、任意規定（民法653条2号）に優先する特約の存在を認めたもので、民法の条文を改正する必要がないとする考え方と、委任契約の性質上、特約がなくとも当然終了しない委任契約があることを認めたもので、これを明らかにする民法改正を行うことが相当とする考え方がある。この2つの考え方につき、さらに検討すべきである。

また、委任契約にのみ破産を当然終了事由と定める必要性・相当性はなく、履行か解除かは、民法で一律に決めるのではなく、破産した当事者の破産管財人の選択に委ねることが相当という考え方がある。この考え方に対しては、委任者破産の場合に、破産管財人が意思決定する前に、受任者に勝手な行為をされる危険があるので、少なくとも委任者破産の場合は現行法どおりでよいとする考え方もある（現行法は、当然終了だが、相手方が知らなかったときは相手方に対抗できない（民法655条）。しかし、相手方の報酬請求権等は破産債権になるのが原則である（破産57条）。第三者との関係については、定めがないが、表見代理の規律の適用を受けられる。）。さらに現行法どおり当然終了を原則とするが、破産した当事者の破産管財人が履行選択した場合は、委任は終了しなかったとみなすという考え方もある。これらの考え方について、さらに検討すべきである。

さらに、これら契約当事者に破産手続が開始された場合の定めについては、破産手続開始決定の意義・機能を踏まえて決すべき事柄であるので、民法ではなく、破産法で定めるべきであるとの考え方がある。これについてもさらに検討すべきである。

5 準委任（民法第656条）

準委任には、種々の役務提供型契約が含まれるとされているが、その規定内容はこれらに適用されるものとして必ずしも妥当なものではなく、これらの役務提供型契約の全てを準委任に包摂するのは適当でないとの指摘もある。そこで、役務提供型契約の受皿的な規定（後記第50, 1）等を設ける場合に、例えば、準委任の意義（適用範囲）を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」とする考え方があるが、このような考え方に対しては、その内容が明瞭でないとの指摘や、第三者にサービスを提供する契約と当事者にサービスを提供する契約とが異なる典型契約に該当するのは不均衡であるとの指摘もある。そこで、準委任を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」とする考え方の当否について、準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定を設ける場合のその規定内容との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

また、準委任について準用すべき委任の規定の範囲についても、検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 6 [48頁]】

【意見】

後記の準委任に代わる役務提供型契約の新たな受皿規定の要否等を含め、慎

重に検討すべきである。

【理由】

準委任と区別された役務提供契約の概念を立てるについては、現状では適切な区別の基準を見出しがたい。

役務提供型契約の新たな受皿規定を別途定めることについては慎重に検討すべきであるため、役務提供型契約を設けることを前提として、準委任を限定することについても、慎重に検討すべきである。

6 特殊の委任

(1) 媒介契約に関する規定

他人間の法律行為の成立を媒介する契約については、商事仲立に関する規定が商法第543条以下にあるほか、一般的な規定が設けられていない。そこで、媒介契約に関する規定を新たに民法に設けるかどうか、設ける場合にどのような内容の規定を設けるかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、媒介契約を「当事者の一方が他方に対し、委託者と第三者との法律行為が成立するように尽力することを委託する有償の準委任」と定義した上、媒介者は委託の目的に適合するような情報を収集して委託者に提供する義務を負うこと、媒介者が報酬の支払を請求するためには媒介により第三者との間に法律行為が成立したことが必要であることを規定するという考え方があるが、その当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3,7(1)[49頁]】

【意見】

- (1) 媒介契約に関する規定を新たに民法に設けることについては、賛成の意見が強い。
- (2) 媒介契約を「当事者の一方が他方に対し、委託者と第三者との法律行為が成立するように尽力することを委託する有償の準委任」と定義することについては、慎重に検討すべきである。
- (3) 媒介者が委託の目的に適合するような情報を収集して委託者に提供する義務を負うことには、賛成の意見が強い。
- (4) 媒介者の報酬請求の規定を設けることには賛成するが、報酬の支払を請求するためには媒介により第三者との間に法律行為が成立したことが必要であることを規定することについては、慎重に検討すべきである。
- (5) なお、媒介の下位概念である仲立のうち民事仲立については原則として双方媒介を禁止し、委託者の同意があった場合には双方媒介を認める規定をおくべきとの意見がある。

【理由】

- (1) について

「分かりやすい民法」の実現に資する。

商法には、商事仲立（商法543条）、営業的商行為（502条11号）に規定はあるものの、他人間の商行為以外のものを媒介する行為についての規定はなく、現実に世上、多数なされている不動産仲介を含む民事仲立の上位概念として媒介契約を規定することは意味がある。

(2) について

媒介契約の定義については議論があり集約されていない。

(3) について

媒介契約に共通する媒介者の義務として「委託の目的に適合するような法律行為の相手方やその内容等についての必要な情報の収集・調査を行い、委託者にこれを提供する」義務を課するのは合理的である。

(4) について

成果完成型の報酬規定の要否自体について議論がある。

(5) について

双方媒介を原則として禁止し、当事者の同意がある場合にこれを認めることは、同意を求める際に、双方媒介の意味を説明する必要が生じ、委託者保護、ひいては消費者保護に資すると考える。双方媒介を原則的に禁止しても、委任者の許諾もしくは同意を得れば双方媒介を行うことができるのであれば、本来、忠実義務、報告義務、説明義務として行うべきことが明文化されるにすぎず、契約関係の透明性、適正性に資することはあっても、特に媒介者に過度の負担を課すものではない。

(2) 取次契約に関する規定

自己の名をもって他人の計算で法律行為をすることを受託する契約については、問屋に関する規定が商法第551条以下にあるほか、一般的な規定が設けられていない。そこで、取次契約に関する規定を新たに民法に設けるかどうか、設ける場合にどのような内容の規定を設けるかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、取次契約を「委託者が相手方に対し、自己の名で委託者の計算で法律行為をすることを委託する委任」と定義した上で、財産権の取得を目的とする取次において取次者が当該財産権を取得したときは、取次者から委託者に対する財産権の移転の効力が生ずることや、取次者は、相手方の債務が履行されることを保証したときは、委託者に対して相手方と同一内容の債務を負うことを規定すべきであるという考え方があるが、その当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3,7(2)[52頁]】

【意見】

(1) 取次契約に関する規定を新たに民法に設けることについては、慎重に検討すべきである。

- (2) 取次契約に関する規定を民法に設けるとした場合に，取次契約の定義規定を置くことについては，特に反対する意見はない。
- (3) 取次契約に関する規定を民法に設けるとした場合でも，財産権の取次を目的とする取次にいて取次者が当該財産権を取得したときは，取次者から委託者に対する財産権の移転の効力が生ずることを規定する考え方については，慎重に検討すべきである。
- (4) 取次契約に関する規定を民法に設けるとした場合に，取次者は，相手方の債務が履行されることを保証したときは，委託者に対して相手方と同一内容の債務を負うことを規定する考え方については，特に反対する意見はない。

【理由】

(1) について

取次契約の内容を明らかにすることは，「分かりやすい民法」に資するとの意見もあるが，委任契約の一態様として処理すれば足りるとも考えられるため，民法で独立にあえて規定する必要性があるか否かを慎重に検討すべきである。

(2) について

取次に関しては商法の規定があるが（商法551条以下），私法の基礎法である民法に取次に関する定義規定を設けるという趣旨から，明文化が必要と思われる。

(3) について

当該財産の引渡前に問屋が破産した場合に，委託者の取戻権を肯定した判例（最判昭和43年7月11日民集22・7・1462）はあるが，これは証券会社の破綻に伴う証券の帰属という特殊な事案であり，一般化できないとの反論が有力である。

(4) について

取次者が，「委託者に対し，相手方が取次者に対して負う契約上の債務が履行されることを保証する合意をしたとき」すなわち履行担保契約を締結した場合は，取次者が，当該債務と同一内容の債務を負うことは一般原則の帰結であり問題はない（商行為たる問屋営業については，商法553条は当然の履行義務を認めているが，民法ではかかる合意が必要である）。

(3) 他人の名で契約をした者の履行保証責任

無権代理人が，相手方に対し，本人から追認を取得することを保証したときは，当該無権代理人は当該行為について本人から追認を取得する義務を負うことを条文上明記すべきであるとの考え方がある。このような考え方に対しては，無権代理人が本人の追認を取得する義務を負うのは，履行保証の有無にかかわらず当然であり，追認を取得する義務に関する規定を履行保証がある場合についてのみ設けると，それ以外の場合は追認を取得する義務を負わないと解釈されるおそれがあるとの指摘や，このようなまれな事例に関する規定を設ける必要はないとの指摘もある。これらの指摘も考慮しながら，

他人の名で契約をした者の履行保証責任について規定するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17 - 2第3, 7(2)(関連論点)[54頁]】

【意見】

このような規定を設ける考え方には反対する。

【理由】

明文化するほどの立法事実はない。

「履行保証」に「他人からの追認取得義務」を含むか否かは、具体的な個別の契約について合理的な解釈に委ねれば済む話であり、これだけをあえて特に規定する必要はない。

代理行為をした以上、本人から追認を取得する義務を負うのは履行保証の存否に関わらない。

本人から追認を取得する義務を負うと規定すると、そのような保証がない場合は追認取得義務を負わないと解釈される余地がある。

第50 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定

1 新たな受皿規定の要否

役務提供型に属する典型契約として、民法には、雇用、請負、委任及び寄託が規定されているが、現代社会における種々のサービスの給付を目的とする契約の中には、これらのいずれかに性質決定することが困難なものが多いとされている。これらについては、無名契約や混合契約などとして処理されるほか、準委任の規定（民法第656条）が言わば受皿としての役割を果たしてきたとされているが、同条において準用される委任の規定内容は、種々の役務提供型契約に適用されるものとして必ずしも妥当でないとの指摘がある。また、既存の役務提供型の典型契約の中にも、適用範囲の見直しが提案されているものがある（前記第48, 1, 第49, 5）。これらを踏まえ、既存の典型契約に該当しない役務提供型の契約について適用される規定群を新たに設けることの要否について、請負の規定が適用される範囲（前記第48, 1）や、準委任に関する規定が適用される範囲（前記第49, 5）との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の規定の内容として、例えば、後記2から7までのように、役務提供者及び役務受領者の義務の内容、役務提供者が報酬を請求するための要件、任意解除権の有無等が問題になると考えられるが、これらについて、取引の実態に対する影響や、役務受領者の立場が弱い場合と役務提供者の立場が弱い場合とを一律に扱うことは妥当でないとの指摘などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17 - 2第4, 1 [56頁]】

【意見】

これまで明文の規定がないため準委任として整理されてきた役務提供契約に代わる契約類型を定める必要性がないとは言えないが、このような契約類型をきちんと定義できるか否か疑問であることから、準委任に代わる役務提供契約の受皿規定を設けることに関しては、反対する意見が多い。

【理由】

典型契約の範疇に属さない役務提供契約は、これまで準委任として整理されることが多かったが、これらの契約内容の中には、必ずしも事務の委託（民法656条）に該当するとは言えないものも含まれていた。既存の典型契約以外の役務提供契約をカバーできる規定を設けることが現実に可能であれば、明文化することも検討すべきであるが、現実にそのような規定を明文化できるか疑問であることから、反対する意見が多い。

2 役務提供者の義務に関する規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務提供者がどのような義務を負うかについて、多様な役務提供者の義務の内容を適切に規定することができるかどうかにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の規定の内容として、例えば、契約で定めた目的又は結果を実現する合意がされた場合には役務提供者はその目的又は結果を実現する義務を負い、このような合意がない場合には契約で定めた目的又は結果の実現に向けて善管注意義務を負うことを規定すべきであるとの考え方があるが、これに対しては、役務提供者の属性や役務受領者との関係によっては善管注意義務を課すのは適当でないとの指摘もある。このような指摘にも留意しながら、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、原則として無償の役務提供型契約においては役務提供者の注意義務が軽減されるとしつつ、役務提供者が事業者であるときは、注意義務の軽減を認めないとの考え方がある（後記第62、3(2)）が、このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4、2[57頁]、部会資料20-2第1、3(2)[16頁]】

【意見】

- (1) 役務提供者の義務に関して、いわゆる結果債務と手段債務に分類してその内容を明記することについては、今後検討する必要がある。
- (2) 事業者に関して、無償契約において善管注意義務を負担するという規定を民法に取り入れることについては反対である。

【理由】

(1) について

役務提供者の義務について、そもそも結果債務と手段債務に二分化できるかが

疑問であるという意見があった。二分化できるのであれば、賛成意見が強い。

(2) について

無償契約における事業者の義務に関して、その当否はさておき、民法に事業者に関する規定を設けるべきではなく、上記規定の明文化については反対である。

3 役務受領者の義務に関する規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務受領者の義務に関する規定として、役務提供者に協力する義務を負う旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17 - 2第4, 3 [58頁]】

【意見】

役務受領者の義務に関する規定を設けることについて、反対である。

【理由】

役務受領者が協力義務を負うか否かは契約の内容、性質によって決定されるものであり、デフォルトルールとして協力義務を認めるべきではない。また、協力義務が認められることによって消費者に過大な不利益が及ぶおそれがある。

4 報酬に関する規律

(1) 役務提供者が経済事業の範囲で役務を提供する場合の有償性の推定

役務受領者が事業者であり、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において役務提供型契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方（後記第62, 3(3)）の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料20 - 2第1, 3(3) [20頁]】

【意見】

役務提供者が経済事業の範囲内で役務提供契約を締結した場合に有償性が推定されるという規定を設けることについては、反対である。

【理由】

上記考え方の当否はさておき、民法の中に、経済事業という概念に基づく規定を設けるべきであるという考え方に反対である。

(2) 報酬の支払方式

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務提供型契約における報酬の支払方式には、役務提供の処理によってもたらされる成果に対して報酬を支払うことが合意されるもの（成果完成型）と、役務提供そのものに対して報酬が支払われるもの（履行割合型）があることを

条文上明記し、報酬請求権の発生要件や支払時期などをそれぞれの方式に応じて規律するかどうかについて、委任の報酬の支払方式(前記第49,3(2))との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4,4(1)[59頁]】

【意見】

成果完成型と履行割合型に分けて報酬の発生要件、支払時期に関する規定を設けることについて、雇用及び雇用類似の契約類型については成果完成型でないことに留意しつつ、今後検討すべきである。

【理由】

役務提供契約に関して、成果完成型と履行割合型に二分して報酬の支払方式に関する規定を設けること自体については、大きな反対はない。しかし、雇用及び雇用類似の契約類型は成果完成型ではないので、これらの契約類型に関して、成果完成型についての報酬支払方式を適用すべきではない。

(3) 報酬の支払時期

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、その報酬は後払が原則であるとする立場から、役務提供型契約の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型に分類して規律することを前提として、その支払時期は成果完成型においては成果完成後、履行割合型においては役務を提供した後(期間によって報酬を定めたときは期間経過後)であることを条文上明記する考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4,4(2)[61頁]】

【意見】

成果完成型と履行割合型に分けて報酬の発生要件、支払時期に関する規定を設けることについて、雇用及び雇用類似の契約類型については成果完成型でないことに留意しつつ、今後検討すべきである。

【理由】

役務提供契約に関して、成果完成型と履行割合型に二分して報酬の支払時期に関する規定を設けること自体については、大きな反対はない。しかし、雇用及び雇用類似の契約類型は成果完成型ではないので、これらの契約類型に関して、成果完成型についての報酬支払時期を適用すべきではない。

(4) 役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、その役務提供が途中で不可能になったにもかかわらず役務提供者が報酬を請求す

ることができるのはどのような場合か、どの範囲で報酬を請求することができるかについて、現行法の下で役務提供者が得られる報酬請求権の内容を後退させるべきではないとの指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、例えば、履行不能の原因が役務受領者に生じた事由であるときは既に履行した役務の割合に応じた報酬を請求することができる、その原因が役務受領者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額（ただし、役務受領者が任意解除権を行使することができる場合は、その場合に役務提供者が請求することができる損害賠償の額を考慮する。）を、それぞれ請求することができるとの考え方がある。このような考え方の当否について、「役務受領者に生じた事由」や「義務違反」の具体的な内容、請負や委任など他の役務提供型典型契約に関する規律との整合性などに留意しながら、更に検討してはどうか。

また、判例は、請負について、仕事の完成が不可能になった場合であっても、既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、既履行部分について請負を解除することはできず、請負人は既履行部分について報酬を請求することができるとしているが、このような判例法理は成果完成型の支払方式を採る役務提供型契約についても同様に妥当すると考えられることから、これを条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

これらの規定と併せて、報酬が成果完成前（役務提供前）に支払われた後にその役務提供が途中で不可能になった場合の法律関係についての規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料17 - 2第4, 4(3) [61頁]】

【意見】

役務の提供が契約の途中で不能となった場合における報酬請求の可否、その額の決定方法及び報酬が役務提供前に支払われていた場合の処理に関する規定を設けることについては、今後慎重に検討すべきである。

【理由】

契約の途中で役務の提供ができなくなった場合であっても、役務提供者からの報酬の全部又は一部が認められるときがあることは事実である。しかしながら、報酬が認められるか否か、認められたとした場合の額については、役務提供契約の内容、履行の状況、不能となった原因等によって決定されるものであり、内容の明文化に関しては、慎重な検討が必要である。また、雇用契約に関しては、民法536条2項がかなり広い範囲で認められており、この解釈を否定するような規定を設けるべきではないと考えられる。

5 任意解除権に関する規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務受領者による任意解除権を認めるかどうかについて、役務受領者を長期間にわたり役務提供型契約に拘束することの妥当性、任意解除権の理論的な根拠、役務提供者が不測の損害を受けるおそれ、役務提供者が弱い立場にある場合の役務受領者による優越的地位を利用した解除権濫用のおそれなどにも留意しながら、更に検討してはどうか。

また、役務提供者による任意解除権を認めるかどうかについても、役務提供者を長期間役務提供に拘束することの妥当性などに留意しながら、更に検討してはどうか。

任意解除権を認める場合には、これを行行使した者の損害賠償義務の存否及び範囲について、注文者による請負の任意解除（前記第48, 6）などとの整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4, 5 [65頁]】

【意見】

- (1) 役務受領者からの任意解除権に関する規定を設けることについてこれを全面的に否定する意見は少ない。任意解除権の行使要件、行使した場合の賠償範囲に関する規定の内容については、慎重に検討すべきである。
- (2) 役務提供者からの任意解除権に関する規定を設けることについては、反対する意見が多い。

【理由】

(1) について

役務受領者に任意解除権を付与する規定を設けることについて反対する意見は少ない。ただし、雇用契約及びこれに類似する契約において役務受領者による任意解除権の行使を認めるべきではなく、それ以外の役務提供契約においても任意解除権の行使が認められない場合があること、任意解除権を行行使した場合に相手方当事者が被る損害のどの範囲を賠償の対象とすべきかについても契約類型や任意解除権を行行使するに至った経緯等によって決まるものであることから、任意解除権の行使要件、行使した場合の賠償範囲については、慎重に検討すべきである。

(2) について

役務提供者は役務を提供する義務を負っているため、任意解除権を付与する規定を設けることについては、反対する意見が多い。

6 役務受領者について破産手続が開始した場合の規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務受領者について破産手続開始決定がされたときは役務提供者は契約を解除することができる旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4, 6 [68頁]】

【意見】

役務提供契約の役務受領者に対して破産手続が開始した場合の解除権について、役務提供者による解除権の行使が否定される類型があることを念頭に置きつつ、今後検討すべきである。

【理由】

不安定な地位にある役務提供者を救済するために解除権は認めるべきであるという意見が多数である。しかし、例えば、役務の成果物の引渡しのみとなっているような例外的な場合には解除権を付与する必要はないと思われ、今後検討すべきである。

7 その他の規定の要否

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、準委任に準用されている委任の規定のうち、前記2から6までにおいて取り上げた事項以外の事項に関するもの、特に、受任者の報告義務に関する民法第645条や解除の効力に関する同法第652条と同様の規定を、役務提供型契約に関する規定として設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4,7[70頁]】

【意見】

役務提供契約に関する委任契約の規定が準用されることにはほとんど異論がないが、その旨の明文の規定まで設けるべきか否かについては今後検討を要する。

【理由】

役務提供契約に関する委任契約の規定が準用されるという点については、ほとんど異論がない。さらに明文化すべきか否かについては、意見が分かれている状況である。

8 役務提供型契約に関する規定の編成方式

雇用、請負、委任又は寄託に該当しない役務提供型の契約に適用されるものとして、準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設ける場合には、その受皿規定を適用対象が限定された新たな典型契約として設ける方式や、より抽象度の高い独立の典型契約とする方式、役務提供型の既存の典型契約を包摂する総則的規定を置き、これを既存の典型契約に該当しない役務提供型契約にも適用する方式があり得るが、これらの編成の方式については、規定の具体的な内容、既存の典型契約との関係、雇用類似の役務提供型契約の扱いなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2(後注・関連論点)[109頁]】

【意見】

準委任に代わる役務提供契約に関する規定を設けた場合に、委任等の役務提供の典型契約に関する総則的規定とすることについては、反対する意見が強い。

【理由】

準委任に代わる役務提供契約に関する規定を設けた場合に、委任等の役務提供の典型契約に関する総則的規定とすることについては、反対する意見が強い。

第5 1 雇用

1 総論（雇用に関する規定の在り方）

労働契約に関する民事上の基本的なルールが民法と労働関係法規（特に労働契約法）とに分散して置かれている現状に対しては、利便性の観点から問題があるとの指摘があり、将来的には民法の雇用に関する規定と労働契約法との関係の在り方が検討課題となり得るが、当面、民法と労働契約法との関係について現状を維持し、雇用に関する規定は、引き続き民法に置くこととしてはどうか。その上で、民法の雇用に関する規定について、民法で規律すべき事項の範囲に留意しつつ、見直しの要否を検討してはどうか。

また、利便性という問題への一つの対応として、安全配慮義務（労働契約法第5条）や解雇権濫用の法理（同法第16条）に相当する規定を民法にも設けるという考え方や、民法第627条第1項後段の規定を使用者からの解約の申入れに限り解約の申入れの日から30日の経過を要すると改めること（労働基準法第20条参照）により、労働関係法規上の私法ルールを民法に反映させるという考え方の当否については、雇用の規定と労働関係法規の適用範囲が必ずしも同一ではないという見解も有力であること等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5, 1 [72頁], 同(関連論点)[74頁]】

【意見】

- (1) 「当面、民法と労働契約法との関係について現序を維持し、雇用に関する規定は、引き続き民法に置くこと」については賛成である。
- (2) 「安全配慮義務(労働契約法5条)」に相当する規定を民法の雇用規定に定める考え方については賛成する。ただし、安全配慮義務は雇用以外にも請負などにも適用されるとするのが判例であり、雇用に限定するものでないことを明確にすべきである。
- (3) 民法の雇用部分に「解雇権濫用の法理」(労働契約法16条)と同様の定めをおくことに賛成する。
- (4) 「民法627条第1項後段の規定使用者からの解約の申入れに限り解約の申入れ日から30日の経過を要すると改めること(労働基準法第20条参照)」については反対しない。ただし、労働基準法20条との関係を整理すべきである。

【理由】

(1) について

民法は労働契約法の前提となる一般法であり、民法の雇用規定は必要である。将来的に労働契約法との統合が必要となるが、労働契約法の改正には、労働者代表、使用者代表、公益の三者による協議を経る必要があり、厚生労働省所轄の労働政策審議会での審議が必要となる。この労働法立法プロセスの三者協議原則からも、民法と労働契約法の統合は、将来的に労働契約法の改正問題として労働政策審議会での審議をすべき課題である。

(2) について

安全配慮義務は、もともとは最高裁判所判例（昭和50年2月25日陸上自衛隊八戸車両整備工場事件等）によって確立された法理であり、その適用対象は雇用契約ないし労働契約に限定されていない。最高裁判例は、「安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきもの」と判示している。そして、下級審裁判例では、雇用契約（労働契約）だけでなく、請負契約についても注文者に安全配慮義務を認めた事案もある（岐阜地裁昭和56年8月31日判決・寺院山門屋根瓦作業転落事件、大阪地裁昭和60年5月24日判決・セントラル運輸運転手事件）。民法の雇用部分に安全配慮義務を規定することは国民への分かりやすさに資するものであるが、これが反対解釈されて、請負契約など他の役務提供契約に適用されないと解釈されないように明確にする必要がある。

(3) について

民法627条1項で「解雇の自由」が定められ、労働契約法16条で「解雇権濫用の法理」が別れて定められていることは重要な解雇規制について両方の法律を見なければ分からない状態である。これは国民にとって極めて分かりにくいものとなっている。そこで、使用者の解雇について、解雇権濫用の法理が適用されることを民法にも明確にすることに賛成する。

この点について、雇用契約と労働契約との関係についての理解の仕方違いに関連して、両者が同一でないとの考え方（非同説）からは解雇権濫用法理は、形式的には委任契約や請負契約であっても、実質的に使用従属関係があれば、解雇権濫用の法理が適用されるから、民法の雇用部分に規定することは反対との意見もある。しかし、国民からの分かりやすさの観点から見れば、雇用契約と労働契約は同一の契約類型であり、民法の雇用契約も労働契約と同様に実質的に使用従属関係があれば、形式が委任や請負であっても雇用契約であるとする同一説が適切であろう。

したがって、雇用で解雇権濫用の法理を明記しても、適用対象が限定されるものではなく、国民の利便性、分かりやすさから見て雇用各則に解雇権濫用法理を定めることに賛成する。

(4) について

労基法20条第1項本文は「使用者は、労働者を解雇しようとする場合におい

ては、少なくとも三十日前にその予告をしなければならない。三十日前に予告をしない使用者は、三十日分以上の平均賃金を支払わなければならない。」と定める。この規定により、使用者が30日分の解雇予告手当を提供すれば即時解雇ができると労働基準行政上も確立している。また、最高裁判所も、解雇予告義務違反の解雇がなされた場合には、使用者が即時解雇に固執しない限り、通知後30日経過するか、または通知後に予告手当の支払いをしたとき解雇の効力が発生するとしている（最高裁昭和35年3月11日判決・細谷服装事件）。

国民の分かりやすさの面からは、使用者の解約も申入れから30日を要すると定めることは賛成できる。

ただし、上記の労基法第20条の解雇予告手当を支払った場合には、即日解雇を認めることなど明確にすべきである。

2 報酬に関する規律

(1) 具体的な報酬請求権の発生時期

雇用契約においては、労働者が労務を履行しなければ報酬請求権は具体的に発生しないという考え方（いわゆるノーワーク・ノーペイの原則）が判例・通説上認められているところ、これを条文上明確にするかどうかについて、民法第624条から読み取れるとの指摘があることや、実務上は合意によりノーワーク・ノーペイの原則とは異なる運用がされる場合があることを根拠として反対する意見があること等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5, 2(2) [76頁]】

【意見】

ノーワーク・ノーペイの原則を定めることに反対しない。

【理由】

民法624条の規定がノーワーク・ノーペイの原則を定めていると解釈されており、この原則を明示することには問題がないと考える。

(2) 労務が履行されなかった場合の報酬請求権

使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の報酬請求権の帰すうについて、民法第536条第2項の文言上は必ずしも明らかではないが、判例・通説は、雇用契約に関しては、同項を、労務を履行していない部分について具体的な報酬請求権を発生させるという意味に解釈している。そこで、同項を含む危険負担の規定を引き続き存置するかどうか（前記第6）とは別に、この場合における労働者の具体的な報酬請求権の発生の法的根拠となる規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

規定を設ける場合には、具体的な規定内容について、例えば、使用者の義務違反によって労務を履行することが不可能となったときは、約定の報酬から自己の債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求すること

ができるとする考え方や、使用者側に起因する事由によって労働できないときに報酬を請求できるが、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、その利益を使用者に償還しなければならないとする考え方がある。これらの考え方の当否について、「使用者の義務違反」「使用者側に起因する事由」の具体的な内容が分かりにくいとの指摘、労働基準法第26条との整合性、現在の判例・通説や実務上の一般的な取扱いとの連続性に配慮する必要があるとの指摘のほか、請負や委任などほかの役務提供型典型契約に関する規律との整合性などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、労務の履行が期間の途中で終了した場合における既履行部分の報酬請求権の帰すうについて明らかにするため、明文の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5, 2(2) [76頁]】

【意見】

使用者の責め帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の報酬請求権の帰趨について、民法536条2項を削除する場合に、労働者の具体的な報酬請求権の発生の法的根拠となる新たな規定を設けることについては賛成である。ただし、「使用者の責めに帰すべき事由」の文言を「使用者の義務違反」あるいは「使用者側に起因する事由」とすることについては反対する。

【理由】

民法536条2項の、「債権者(使用者)の責めに帰すべき事由」については既に最高裁判例、下級審裁判例等が積み重ねられており、新たに異なる規定を設けると従来の実務との連続性を損なうおそれがある。その文言を、「使用者側の義務違反」とした場合には、使用者の帰責事由は従来よりも狭く解釈されることになる。また、「使用者側に起因する事由」とした場合には、従来よりも広く解釈されることになり、労基法26条の休業手当の解釈との整合性をどうはかるかという新しい問題が生じる。以下、例をあげて説明する。

使用者側の事情により、労働者が労務を履行できなかった場合には様々なケースがある。例えば、(ア)地震などの天災事変により工場が操業停止した場合、(イ)失火により工場が操業停止した場合、(ウ)経営悪化により工場の操業停止した場合、(エ)使用者が解雇をしたために労働者の労務提供を拒否した場合などである。

従来は、民法536条2項を適用して、「使用者の責めに帰すべき事由」であるか否かを判断してきた。そして、「使用者の責めに帰すべき事由」は、「使用者の故意過失又は信義則上これと同視できる事由」と解釈されてきた。(ア)の天災事変の場合には不可抗力とされて、労働者の賃金請求権は否定される。しかし、(イ)の過失による自社工場の火災の場合には経営者の故意過失があるとして労働者の賃金請求が肯定される。(ウ)の経営悪化による生産計画の変更などのいわゆる「経営障害」の場合については、工場の操業停止が真実やむを得ない事情であるか否かが問われることになる。このような「経営障害」の場合には経営側の必要性や

合理性，また使用者が操業停止を回避する努力を尽くしていることが肯定されてはじめて労働者の賃金請求権が否定されることになる（横浜地裁平成12年12月14日・池貝鉄工事件，宇都宮地裁栃木支部平成21年5月12日・いすゞ自動車事件）。(I)の使用者が労働者を解雇した場合には，解雇が違法であれば労働者の賃金請求権は肯定されることになる。

この「使用者の責めに帰すべき事由」の法文を「使用者の義務違反」と変更した場合には，「使用者の義務違反」の意味を解釈しなければならない。裁判実務上は，「使用者の義務」とは，「契約上又は法令上の義務」を意味すると裁判官は解釈することになる。使用者の義務違反と改正された場合，裁判官が上記各ケースについて，「使用者の義務違反」を解釈して同じ結論に到るか極めて疑問である。例えば， の違法な解雇の場合には，使用者には労働者を就労させる義務（労務受領義務）はないとされているから，何の義務違反とするのかは解釈上問題となる。労働契約法16条は解雇の効力を定めるものであり，使用者に違法な解雇をしてはならないと法令上義務付けたものではない。したがって，「一般的に違法な解雇をしない義務」を使用者が負っているとするのは法律解釈としては無理がある。また，労基法20条は，解雇予告義務を使用者に課しているが，もし解雇予告義務に反した解雇をした場合，使用者が労基法が定めた義務に違反したことは明白である。しかし，解雇予告義務違反を理由として，解雇の民事的な有効・無効に関わらず，労働者は使用者に賃金請求できるとすることにはならないであろう。

このように「使用者の責めに帰すべき事由」と比較しても，「使用者の義務違反」の内容は不明確であり，「義務違反」の文言は相当程度に厳格に解釈されることになりかねない。

他方で，「使用者側に起因する事由」という用語では，天災地変や戦争などの不可抗力については使用者側に起因する事由には当たらないが，いわゆる「経営障害」については広く使用者側に起因する事由となることになる。その結果，現在の民法536条2項の「使用者の責めに帰すべき事由」よりも広く解釈されることになる。労基法26条（休業手当）の「使用者の責めに帰すべき事由」は，「使用者側に起因する事由」に近いものと解されてきた（最高裁判所昭和62年7月17日判決・ノースウェスト航空事件）。「使用者側に起因する事由」とさだめることは民法536条2項よりも広く，使用者の責任を認めることなることは必至である。

以上のとおり，中間的論点整理が提案するところの「使用者の義務違反」あるいは「使用者側に起因する事由」は，どちらとも従来の判例を大きく変更してしまう可能性が極めて高い。したがって，「使用者の責めに帰すべき事由」という文言を変更することは適切でない。

3 民法第626条の規定の要否

労働基準法第14条第1項により、雇用期間を定める場合の上限は、原則として3年（特例に該当する場合は5年）とされており、通説によれば、これを超える期間を定めても、同法第13条により当該超過部分は無効になるとされているため、民法第626条の規定が実質的にその存在意義を失っているとして、同条を削除すべきであるという考え方がある。この考え方の当否について、労働基準法第14条第1項の期間制限が適用されない場合に、民法第626条の規定が適用されることになるため、現在でも同条には存在意義があるという指摘がある一方で、家事使用人を終身の間継続する契約のように公序良俗違反となるべき契約の有効性を認めるかのような規定を維持すべきでないという意見があることを踏まえつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5,3[78頁]】

【意見】

削除には反対する。民法626条の規定は維持すべきである。

【理由】

労働基準法14条は、事業に使用される労働者に適用されるが、事業に使用されない労働者には適用されない。事業に使用されない労働者が5年を超えて雇用される場合には、労働者は民法628条に定める「やむを得ない事由」がない限り解約できなくなる。事業に使用されない雇用契約の例としては、個人が事業でなく介護人や看護師を雇用する場合が考えられる。例えば、富裕者が5年を超える期間で介護人と雇用契約を締結する場合が考えられる。このような場合には労基法が適用されないため、介護人が長期間拘束されることになるから、民法626条の規定は今でも必要である。

4 有期雇用契約における黙示の更新（民法第629条）

(1) 有期雇用契約における黙示の更新後の期間の定めの有無

民法第629条第1項の「同一の条件」に期間の定めが含まれるかという点については、含まれるとする学説も有力であるものの、裁判例は分かれており、立法により解決すべきであるとして、「同一の条件」には期間の定めが含まれないことを条文上明記すべきであるとする考え方がある。このような考え方の当否について、労働政策上の課題であり、労働関係法規の法形成のプロセスにおいて検討すべき問題であるという指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5,4[80頁]】

【意見】

現行規定を維持し、労働政策審議会で有期労働契約全体の契約法制の在り方と関連させて検討されるべきである。

【理由】

現在、労働政策審議会の労働条件部会にて、有期労働契約法制の在り方について審議検討されている。黙示の更新後の契約を無期とするか、有期とするかは、有期雇用契約の在り方全体に関連するものであり、労働政策審議会での公労使三者による議論に委ねられるべきである。

(2) 民法第629条第2項の規定の要否

民法第629条第2項は、雇用契約が黙示に更新される場合における担保の帰すうについて規定しているところ、この点については、具体的事案に応じて担保を設定した契約の解釈によって決せられるべきであり、特別な規定を置く必要がないとの考え方が示されている。そこで、同項に関する実態に留意しつつ、同項を削除する方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5,4(関連論点)[81頁]】

【意見】

民法629条2項の規定の削除に反対する。また、身元保証金についても身元保証制度の更新禁止を含めて検討すべきである。

【理由】

雇用契約が黙示に更新される場合において、雇用の担保が消滅するという原則は維持すべきである。各契約の解釈によっても原則を定めることは重要である。また、身元保証制度については、身元保証人に過度な負担をかけるものであり、保証期間の制限、また更新を禁止するなどの措置をとるべきである。なお、雇用の担保については、もはや実態がないとして削除に賛成する意見もあったが、実態を踏まえて議論をする必要があろう。

その他 民法第627条第2,第3項の削除の提案

5 民法第627条第2,第3項の削除の提案

【意見】

中間論点整理では触れられていないが、民法627条2,3項の削除を提案する。

【理由】

民法627条2項は、「期間によって報酬を定めた場合には、解約の申し入れは、次期以降についてすることができる。ただし、その解約の申し入れは、当期の前半にしなければならない」と定める。例えば、賃金が月給制とされている場合に、使用者が6月に解雇しようとする場合でも、5月の前半にしなければならないということになる。他方、労働者が辞職(解約申し入れ)しようとする場合も、6月に退

職するためには、5月前半に辞職（解約の申入れ）をしなければならないことになる。

しかし、実務上には、解雇の場合には、労基法20条の解雇予告制度ないし解雇予告手当によって処理をされている。また、辞職の場合には627条1項の二週間ルールで処理されている。実際上は、この規定は死文化しており、削除することが適切である。

また、同条3項において、「6ヶ月以上の期間によって報酬を定めた場合には、前項の解約の申し入れは、3ヶ月前にしなければならない」とされている。6ヶ月以上の期間によって報酬を定めた場合とは、多くは年俸制である。ただ労基法24条2項が月払いの原則を定めていることから、年俸制であっても月1回は賃金が支払われている結果、同条3項は適用されないとなっている。このように同条3項についても実際上は死文化しており、これも削除することが適切である。

第52 寄託

1 寄託の成立 要物性の見直し

(1) 要物性の見直し

寄託は、受寄者が寄託者のために寄託物を受け取ることによって初めて成立する要物契約であるとされている（民法第657条）が、契約自由の原則から、諾成的な寄託契約の効力が認められているほか、実務上も、諾成的な寄託契約が広く用いられており、寄託を要物契約とする民法の規定は取引の実態とも合致していないと指摘されている。このような指摘を踏まえて、諾成契約として規定を改める方向で、更に検討してはどうか。

もっとも、無償寄託に関しては、合意のみによって寄託物を引き受ける義務を受寄者に負わせることが適当かどうかという問題があることを踏まえ、寄託の合意が書面でされない限り、寄託物を受け取るまでの間、受寄者に任意の解除権を認めるという考え方や、書面によって合意がされた場合に限り諾成契約の効力を認めることとし、それ以外の無償寄託は要物性を維持するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 2(1) [84頁]】

【意見】

- (1) 寄託を諾成契約とすることについては賛成意見が強い。
- (2) 無償寄託については、書面での合意がなされない限り、寄託物を受け取るまでの間、受寄者に解除権を認める考え方に賛成意見が強い。

【理由】

(1) について

諾成的な寄託契約は現在の実務上も広く用いられており、契約自由の原則からもこれを否定すべき合理的理由は見出しがたい。

(2) について

好意的契約である無償寄託については、受寄者に受取義務まで認めるのは相当ではないと解されることから、拘束性を緩和すべきであり、その方策として、寄託の合意が書面でなされない限り、寄託物を受け取るまでの間、受寄者に解除権を認めるべきである。

なお、無償寄託を諾成契約として、受寄者に解除権を認めるか、無償寄託を書面の場合だけ諾成契約とする提案がなされているが、贈与、使用貸借など他の無償契約との整合性を勘案して決定すべきとする意見もあった。

(2) 寄託物の受取前の当事者間の法律関係

諾成的な寄託の効力を認めている現在の解釈論では、寄託物の受取前の当事者間の法律関係については、寄託者は、寄託物の引渡前は自由に解除することができるが、解除した場合には寄託物を受け入れるために受寄者が支出した費用の償還義務を負い、他方、受寄者は、寄託物の受取義務を負うとされている。寄託の規定を諾成契約として改める場合には、このような現在の解釈論を条文上明記する方向で、更に検討してはどうか。

また、諾成的な寄託において寄託物が引き渡されるまでは、無償寄託において受寄者の任意解除権を認める考え方(前記(1))があるほか、有償寄託か無償寄託かを問わず、一般に、受寄者を契約の拘束から解放するための方法を用意することが必要であるという問題が指摘されている。このような指摘を踏まえ、寄託者に引渡義務を負わせ、その不履行による解除権を認める考え方や、受寄者が催告してもなお寄託者が寄託物を引き渡さない場合における受寄者の解除権を認める考え方等の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6,2(2)[85頁]】

【意見】

- (1) 上記提案の前段については賛成である。
- (2) 上記提案の後段については、受寄者が催告してもなお寄託者が寄託物を引き渡さない場合における受寄者の解除権については賛成である。

【理由】

(1) について

諾成的寄託契約を規定する以上、寄託物の受取前の法律関係を明確にする必要があるところ、上記考え方はいずれも賛成できる。

(2) について

諾成的寄託契約において、受寄者を契約の拘束から解放するための方法として、寄託者に寄託物の引渡し義務を負わせ、その不履行による解除権を認める考え方は寄託契約が寄託者の利益を図るためにあることと調和しないものであって、上記意見の考え方のとおり、受寄者の法定解除権を認めれば足りる。

(3) 寄託物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始

仮に、寄託を諾成契約として規定する場合には、寄託物が交付される前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときに寄託契約が失効する旨の規定を設けるかどうかについて、消費貸借に関して同様の規定を設けるべきであるとの考え方（前記第44，1(4)）についての検討状況に留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

明文化に賛成する意見が強い。ただし、破産法等の倒産法制度の中で規定すべきである。ただし、その明文化については、破産法等の倒産法制の中で規定されるべきところ、破産法等の倒産実体法の規定には、双方未履行の双務契約についての規定が存しており、これらの規定との整合性の観点から、その内容については、慎重に検討されるべきである。

【理由】

一方当事者について破産手続が開始した場合に、引き渡し前の寄託物についての寄託契約を存続させる意味が存しない。

2 受寄者の自己執行義務（民法第658条）

(1) 再寄託の要件

委任と寄託とは、当事者間の人的信頼関係を基礎とする点で共通しており、再寄託と復委任の要件に差を設ける合理的理由はないという指摘を踏まえて、再寄託が認められる要件を復委任の要件と整合させる方向で、更に検討してはどうか。その具体的な要件については、復委任の要件を拡張する考え方（前記第49，1(3)）を前提として、再寄託の要件を「受寄者に受託物の保管を期待することが相当でないとき」にも拡張するかどうかについて、より具体的な要件を定めて明確にする必要があるという指摘に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6，3(1) [87頁]】

【意見】

- (1) 再寄託が認められる要件を復委任の要件と整合させる方向で、更に検討することについては賛成意見が強い。
- (2) 復委任の要件を拡張する方向での検討については、賛成意見が強いが、「受寄者に付託物の保管を期待することが相当でないとき」との要件は、内容が不明確であり、その内容をより明確化し、表現を適切なものにするよう慎重に検討されるべきである。

【理由】

(1) について

再寄託が認められる要件を復委任の要件と整合させる点については、对人的信

頼関係を基礎とする寄託においても、委任の場合と同様に、承諾を得た場合以外であっても再寄託の必要性があり、寄託物の保管は第三者でも適切に行える場合があるので認めても良い。これに対し、委任の場合は、復代理人を選任することが委任者の利益になる場合が想定されるが、寄託の場合は異なる等を理由とする反対意見があった。

(2) について

委任の要件を拡張する方向での検討については、「受寄者に受託物の保管を期待することが相当でないとき」の判断主体が、受寄者になるところ、受寄者にそのような判断を任せることは寄託者の意思に反し、受寄者の利益を害する可能性があるという意見があった。また、拡張に賛成する意見においても、要件としての具体性を欠くので、より具体性のある要件を定めるべきであるとの意見が多くあった。

(2) 適法に再寄託が行われた場合の法律関係

適法な再寄託がされた場合における受寄者の責任について、第三者が寄託物を保管することについて寄託者が承諾しただけで、受寄者の責任が限定される結果となるのは不当であるという問題意識を踏まえ、民法第658条第2項が復代理に関する同法第105条を準用している点を見直し、一般的には、受寄者は自ら寄託物を保管する場合と同様の責任を負うこととするが、

寄託者の指名に従って再受寄者を選任した場合には、受寄者は、再受寄者が不適任又は不誠実であることを知らなかったときと、知っていたとしてもその旨を本人に通知し又は再受寄者を解任したときには、寄託者に対して責任を負わないものとするという考え方が示されている。このような考え方の当否について、復委任と異なる規律とすること（前記第49、1(3)参照）の当否が問題となるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、民法第658条第2項が同法第107条第2項を準用し、寄託者と再受寄者との間に相互の直接請求権を認めている点を見直し、再寄託については、寄託者と再受寄者との間に直接請求権を認めないこととするかどうかについて、寄託者が寄託物の所有権を有しない場合や受寄者が支払不能に陥った場合に問題が生じ得るとする指摘に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6、3(2)[88頁]】

【意見】

- (1) 一般的には、受寄者は自ら寄託物を保管する場合と同様の責任を負うこととするが、寄託者の指名に従って再受寄者を選任した場合等においては責任を負わないとする点については賛成意見が強い。
- (2) 再受寄者と寄託者との間に直接請求権を認めないとする考え方には賛成意見が強い。

【理由】

(1) について

再寄託の要件を緩和する場合には、受寄者の責任を厳格化すべきであり、また、再受寄者は履行補助者にあたると考えられるため、再受寄者の行為について受寄者の責任を認めるべきである。ただし、寄託者が再受寄者を指名したときは、寄託者の責任を緩和することは相当である。

(2) について

再受寄者は履行補助者と考えられるため、再受寄者と寄託者の間に直接の法律関係を認める必要はなく、また、直接請求権を認めることによる法律関係の複雑化を避けるべきである。

3 受寄者の保管義務（民法第659条）

有償寄託の場合の受寄者に要求される注意義務の程度について、寄託に固有の規定はなく、民法第400条が適用されることにより、受寄者は善管注意義務を負うこととされている。この点についての規律を明確にする観点から、寄託に固有の規定を設けるべきかどうかについて、同条の見直し（前記第1，2（1））と関連することにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、民法に事業者概念を取り入れる場合に、事業者が行う一定の事業について適用される特則として、受寄者の保管義務に関して、原則として無償の寄託契約においては受寄者の保管に関する注意義務が軽減されるが、事業者がその経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において寄託を受けた場合には受寄者の注意義務の軽減を認めないものとするべきであるという考え方（後記第62，3（3）参照）がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6，4〔90頁〕，部会資料20-2第1，3（3）〔20頁〕】

【意見】

- (1) 受寄者の保管義務の明文化には賛成である。
- (2) 事業者に関して、受寄者が経済事業の中で寄託を受けた場合の責任軽減制限についての特則を民法に取り入れることについては反対である。

【理由】

(1) について

現行法の規定では、有償寄託の保管義務の程度が一見して明かとは言えないので、明確化すべきである。

(2) について

経済事業としての寄託契約における事業者の責任に関して、その当否はさておき、民法に事業者に関する規定を設けるべきではなく、上記規定の明文化については反対である。

4 寄託物の返還の相手方

受寄者は、寄託者に対して寄託物の返還義務を負っており、寄託物について

所有権を主張する第三者から当該寄託物の返還請求を受けたとしても、強制執行等により強制的に占有を奪われる場合でない限り、この第三者に任意に引き渡してはならないと考えられているところ、このような寄託物の返還の相手方に関する規律を条文上明確にするかどうかについて、寄託者以外の第三者に任意に引き渡すことによっても受寄者が免責される場合があるという指摘にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、寄託物について第三者が受寄者に対して引渡請求等の権利の主張をする場合において、寄託者が第三者に対して引渡しを拒絶し得る抗弁権を有するときは、受寄者が、権利を主張してきた第三者に対して、当該抗弁権を主張することを認めるかどうか、寄託者が第三者の訴えの提起や差押え等の事実を既に知っている場合には、受寄者の通知義務が免除されるということを条文上明らかにするかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 5 [91頁],
同(関連論点)1 [92頁], 同(関連論点)2 [92頁]】

【意見】

- (1) 寄託物の返還の相手方に関する規律の明文化には賛成意見が強い。
- (2) 受寄者が寄託者の抗弁権の援用を認めることには賛成である。
- (3) 受寄者の通知義務の免除については賛成である。

【理由】

(1) について

第三者から寄託物の引き渡しを求められることは、通常想定されるケースであり、そのような場合の法律関係については、条文上必ずしも明確ではなく、明文化の必要は認められる。ただし、提案の条件が合理的かは慎重に検討すべきであるとの意見や、より適用範囲を拡張して、動産・債権譲渡特例法第3条第2項の規律を一般化して定めるべきであるとの意見があり、他方、受寄者は、寄託者との関係では、第三者に対し任意の引渡しを拒絶する義務を負い、他方、第三者との関係では依然として引渡義務を負うことになると思われ、受寄者としては矛盾した地位に立つが、そのようなことを法律上定めることが妥当といえるか疑問である、受寄者の引渡拒絶をした場合、第三者への引き渡し義務が認められると引渡遅延による損害賠償責任を受寄者が負うことになるが、これは妥当ではないとして、慎重な検討を必要とする意見もあった。

(2) について

受寄者が寄託者の抗弁権を援用することを認めることにより、寄託者が直接占有する場合と間接占有する場合における結論を同じくすることになり、相当である。

(3) について

寄託者が知っている場合にまで受寄者に通知義務を負わせる必要はなく、民法615条と同様に、その旨を明文化することが望ましい。

5 寄託者の義務

(1) 寄託者の損害賠償責任（民法第661条）

民法第661条に対しては、委任者の無過失責任を定めた同法第650条第3項との権衡を失しているのではないかという立法論的な批判がされており、学説上、無償寄託の場合には同項を類推適用して寄託者に無過失責任を負わせるべきであるという見解が主張されていることを踏まえて、同法第661条の規定を見直し、一定の場合に寄託者に無過失責任を負わせるべきであるとの考え方が示されている。これに対しては、取引実務の観点からは現在の規定が合理的であって見直しの必要がないとの意見がある一方で、見直しの必要性を肯定しつつ、たとえ無過失責任が原則とされても必要に応じて寄託者の責任を軽減する特約を締結できるから、見直すことに不都合はないと反論する意見もある。これらの意見に留意しつつ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

仮に規定を見直す場合には、具体的な規定の在り方について、無償寄託についてのみ、寄託者に無過失責任を負わせる考え方、有償寄託と無償寄託のいずれについても、原則として寄託者の責任を無過失責任とするが、例外的に、受寄者が事業者で、寄託者が消費者である場合に限定して、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されることとする考え方があることを踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6,6(1)[93頁]】

【意見】

- (1) 無償寄託についてのみ無過失責任を負わせる考え方については賛成意見が強い。
- (2) 受寄者が事業者で、寄託者が消費者である場合に限定して、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されることとする考え方については反対意見が強い。

【理由】

(1) について

多くが好意によってされる無償寄託において、寄託物の性質又は瑕疵によって受寄者に生じた損害の賠償責任につき、寄託者の無過失責任とすることに異論はない。他方、有償寄託の場合、受寄者の多くは寄託物を受け入れる設備を備えた事業者であり、寄託物の性質につき知識を有しているのが一般的であると考えられる一方、寄託者は(消費者か否かに関わらず)必ずしも知識を有しているとは限らないため、寄託者に無過失責任を課するのは酷な場合もありうる。

この意見に対し、有償寄託においては、受寄者は、寄託物を保管するための設備を有する事業者であることがほとんどであり、寄託物の性質等につき寄託者より詳しい知識を有する場合も多いであろうし、また、保険により危険を分散できる立場にあると思われる。逆に、寄託物の保管場所の状況次第によっては、大き

な損害が発生するおそれもあり，それについて寄託者に無過失責任を課するのは酷という場合もあるとの点から，民法661条の規律を維持すべきとの意見があった。

(2) そもそも，民法に事業者に関する規定を設けるべきではない。

有償寄託においては，受寄者は寄託物を保管するための設備を有することが殆どであるうえ，寄託物の性質等について寄託者より詳しい知識を有する場合も多く，また，保険により危険を分散できる立場にある。逆に，寄託物の保管場所の状況次第によっては，大きな損害が発生する恐れもあり，寄託者に無過失責任を負わせるのは酷な場合もある。したがって，寄託者・受寄者の属性を問わず，有償寄託においては，民法661条の規律を維持すべきであり，ことさら事業者概念を持ち出す必要性はない。これに対し，仮に事業者概念を取り入れるとした場合に，消費者は，寄託物の性質について詳しくない場合が多い反面，受寄者である事業者は，寄託物についての詳しい知識を有する場合が多いので，寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されることとすべきであるとの意見もあった。

(2) 寄託者の報酬支払義務

寄託を諾成契約として規定する場合には，報酬に関する規律として，保管義務を履行しなければ，報酬請求権は具体的に発生しないという原則や，当事者間の合意により寄託者が寄託物の引渡義務を負った場合に，寄託者の義務違反により寄託物が引き渡されなかったときは，受寄者は，約定の報酬から自己の債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができることについての明文の規定を設けるという考え方がある。このような考え方の当否について，特に においては，受寄者が請求する金銭債権の法的性質を損害賠償請求権と報酬請求権のいずれと考えるかという問題があることのほか，「寄託者の義務違反」の具体的な内容，請負や委任などほかの役務提供型典型契約及び消費貸借（消費貸借を諾成契約として見直すことを前提とする。前記第44，1。）に関する規律との整合性などにも留意しつつ，更に検討してはどうか。

また，受託者が事業者であり，経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において寄託契約を締結したときは，有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方（後記第62，3(3)）の当否について，更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6，6(2)[95頁]，部会資料20-2第1，3(3)[20頁]】

【意見】

- (1) 保管義務を履行しなければ，報酬請求権は具体的に発生しないという原則については賛成である。
- (2) 当事者間の合意により寄託者が寄託物の引渡義務を負った場合に，寄託者の義務違反により寄託物が引き渡されなかったときは，受寄者は，約定の報酬から自

己の債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができることについての明文の規定を設けるという考え方については、慎重に検討すべきである。

- (3) 事業者に関し、経済事業の範囲内において寄託契約を締結したときは有償性が推定されるという規定を民法に設けることについては反対である。

【理由】

- (1) について

報酬は保管の対価であり、保管義務を履行しなければ報酬請求権が発生しないのは当然である。

- (2) について

寄託を諾成契約として規定する場合に、寄託者の義務違反により寄託物が引き渡されなかったときは、受寄者に一定の報酬請求権を認めることが公平に資するとの意見がある反面、当事者間の合意により寄託者が負うとされる「引渡義務」の意味が不明確であり、仮に寄託者が故意又は過失により寄託物を引き渡さない場合であれば、民法第536条第2項の適用が問題となるに過ぎないので、上記規定を設ける必要はないとの意見があった。

- (3) について

事業者である受託者寄託契約について、有償性推定の当否はさておき、民法に事業者に関する規定を設けるべきではなく、上記規定の明文化については反対である。

6 寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の通知義務

売買や請負の瑕疵担保責任の期間制限について、短期の除斥期間を廃止して消滅時効の一般原則を適用することに加えて、買主や注文者が瑕疵の存在を知った場合には売主や請負人に対する通知義務を負い、当該通知を行わなければ、買主や注文者は、損害賠償請求権等を行行使することができないものとする考え方（前記第39、1(6)、第48、5(5)）を前提として、寄託物の損傷や一部滅失があることを寄託者が知った場合には、一定の合理的な期間内にその旨を受寄者に通知しなければ、寄託者は損害賠償請求権を行行使することができないという規律を新たに設けるとする考え方の当否について、売買や請負における瑕疵担保責任の期間制限の見直しの方向に留意しつつ、更に検討してはどうか。また、このような考え方を採る場合における制限期間の起算点について、民法に事業者概念を取り入れる場合に、契約当事者の一方が事業者である場合の特則として、原則として寄託者が損傷等を知った時とし、寄託者が事業者であるときは寄託者が損傷等を知り又は知ることができた時とすべきであるという考え方（後記第62、3(2)）の当否についても、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6、7[96頁]、部会資料20-2第1、3(2)[16頁]】

【意見】

- (1) 受寄者に通知義務を課す点については反対である。
- (2) 事業者に関し、寄託者の主観面を制限期間の起算点基準とする特則を民法に規定することについては反対である。

【理由】

- (1) について売買，請負の瑕疵担保責任についての期間制限の見直しとの整合が必要である。通知義務という厳しい義務を課すこと自体に問題があるうえ、寄託者の主観的認識を起算点とし、一定の合理的な期間というあいまいで多義的な期間の経過によって損害賠償請求権の行使を制限しても、迅速で明確な法律関係の確定に資するとは思われない。
- (2) について
事業者である寄託者の瑕疵担保責任の規律に関する当否はさておき、民法に事業者に関する規定を設けるべきではなく、上記規定の明文化については反対である。

7 寄託物の譲渡と間接占有の移転

動産を倉庫等に寄託した寄託者が、当該動産を寄託した状態で第三者に対して譲渡し、引渡しをするという取引に関して、第三者に対する荷渡指図書の交付と受寄者に対するその呈示によって、形式的には指図による占有移転（民法第184条）の要件を充足し、引渡しがあったとも考えられるが、判例はこれを否定する。他方、寄託者が発行する荷渡指図書の呈示を受けた受寄者が、寄託者の意思を確認後、寄託者台帳上の寄託者名義を荷渡指図書記載の被指図人に変更する手続を行った場合に、そのような手続により寄託物の引渡しが完了したものとする処理が関係の地域で広く行われていたとして、寄託者台帳上の寄託者名義の変更により、指図による占有移転が行われたと判示した判例がある。この判例の趣旨を踏まえて、寄託者の契約上の地位の移転には、受寄者の承諾が必要であることを条文上明記すべきであるとの考え方が示されている。この考え方の当否について、契約上の地位の移転一般についての検討（前記第16）に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、その場合には、法律関係が複雑化することを避けるために、寄託者の契約上の地位の移転と間接占有の移転の関係に関して、寄託者の契約上の地位の移転がない限り間接占有の移転が認められないことを明記するかどうかについて、民法第184条の実質的な意義を大きく変えることになりかねないという指摘等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17 - 2第6，8 [97頁]】

【意見】

- (1) 寄託者の寄託契約上の地位の移転には、受寄者の承諾が必要であることを条文上明記すべきであるとの考え方については賛成意見が強い。
- (2) 寄託者の契約上の地位の移転がない限り、寄託物について間接占有の移転が認

められないことを明示するとの考え方については慎重に検討すべきである。

【理由】

- (1) 寄託者の地位の譲渡につき明文化することにより，法律関係が明確になる。
- (2) 契約上の地位の移転と間接占有の移転の関係は，寄託に限られる問題ではないため，寄託にのみ定めをおくことについては，慎重に検討すべきである。

8 消費寄託（民法第666条）

民法は，消費寄託について，寄託物の返還に関する規律の一部を除き，基本的に消費貸借の規定（同法第587条から第592条まで）を準用している。消費寄託と消費貸借とが共通するのは，目的物（寄託物）の処分権が移転するという点にあることに着目して，消費貸借の規定を消費寄託に準用する範囲は目的物の処分権の移転に関するものに限定し，その他については寄託の規定を適用することに改めるかどうかについて，更に検討してはどうか。

仮に上記の方向で検討する場合には，以下の各論点について，更に検討してはどうか。

寄託を諾成契約とする場合（前記1参照）には，消費寄託における寄託物の受取前の当事者間の法律関係は，仮に消費貸借をも諾成契約とする場合であっても（前記第44，1参照），消費貸借の規定を準用するのではなく，寄託の規定（前記1(2)）を適用することに改めるべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について，寄託一般において寄託者に寄託物の引渡義務を認めるか否かにかかわらず，特に消費寄託では受寄者にも寄託の利益があることを理由として，寄託者に寄託物の引渡義務を認めるべきであるとの意見があることも踏まえ，更に検討してはどうか。

消費寄託の寄託物の返還請求については，消費寄託が寄託者の利益を図るためのものであることを理由として，寄託の規定を適用して，いつでも返還を請求できるものと改めるべきであるとする考え方がある。他方で，消費寄託においては受寄者にも寄託の利益があることを理由に，返還時期を定めたときでも寄託者がいつでも返還を請求できるとする民法第662条は適用すべきではないとの意見がある。そこで，このような意見も踏まえ，消費寄託の寄託物の返還に寄託の規定を適用するという考え方の当否について，更に検討してはどうか。

【部会資料17 - 2第6，9 [100頁]】

【意見】

- (1) 消費貸借の規定を消費寄託に準用する範囲は目的物の処分権の移転に関するものに限定し，その他については寄託の規定を適用することに改める点については賛成である。
- (2) 寄託を諾成契約とする場合，寄託物の受取前の当事者間の法律関係には，寄託の規定を適用する点について賛成意見が強い。

- (3) 消費寄託の寄託物の返還につき，寄託の規定を適用する点について賛成意見が強い。

【理由】

(1) 寄託の利益は寄託者にあるのに対し，消費貸借の利益は借主にあることから，消費寄託に消費貸借の規定を一般的に準用することは相当ではない。なお，この意見に対し，一般的に，銀行取引以外で消費寄託が利用されることは殆どなく，銀行取引に関しては詳細な約款が定められているので，現行民法の消費寄託を殊更に詳細に規定すべき必要性が認められないとの意見があった。

(2) 現行民法 666 条 1 項は消費寄託について，消費貸借の規定を準用している。しかし，寄託の利益は寄託者にあるのに対し，消費貸借の利益は借主にあることから，消費寄託に消費貸借の規定を一般的に準用することは相当ではない。

寄託を諾成契約とする場合，寄託物の受取前は，寄託者は寄託義務を負わないことから，消費貸借の規定を準用することは相当でない。

(3) 現行民法では，消費寄託に消費貸借の規定が準用され(民法 591 条 2 項)，受寄者は返還時期の定めを問わず，いつでも寄託物を返還することができることになるが，寄託は寄託者の利益のために行われるものであり，上記規律は相当ではなく，寄託の規定を適用すべきである。

なお，これらの意見に対し，一般的に，銀行取引以外で消費寄託が利用されることは殆どなく，銀行取引に関しては詳細な約款が定められているので，現行民法の消費寄託を殊更に詳細に規定すべき必要性が認められないとの意見があった。

9 特殊の寄託 混合寄託(混蔵寄託)

混合寄託が，実務上，重要な役割を果たしているにもかかわらず，民法には混合寄託に関する規定が置かれていないことから，その明文規定を設けるかどうかについて，更に検討してはどうか。

仮に規定を設ける場合には，具体的に以下の から までのような内容の規定を設けるかどうかについて，更に検討してはどうか。

種類及び品質が同一である寄託物を混合して保管するには，全ての寄託者の承諾を要する。

混合寄託がされた場合には，各寄託者は，自らが寄託した物の数量の割合に応じて，寄託物の共有持分権を取得する。

各寄託者は，混合して一体となった寄託物の中から，自らが寄託したのと同数量の物の返還を請求することができる。

【部会資料 17 - 2 第 6 ， 10 [102 頁]

【意見】

- (1) 混合寄託の明文規定を設ける点については賛成意見が強い。
(2) 提案の ~ については賛成意見が強い。

【理由】

(1) について

実務上利用されているものを明確化するためである。なお，取引の実態を調査の上必要性があるとしても，商法等で規定するべきであるとする反対意見があった。

(2) について

実務上利用されているものを明確化するために明文規定を設けることは有用である。ただし，共有との関係については，物権法制との関連性に留意すべきである。なお，取引の実態を調査の上必要性があるとしても，商法等で規定するべきであるとする反対意見があった。

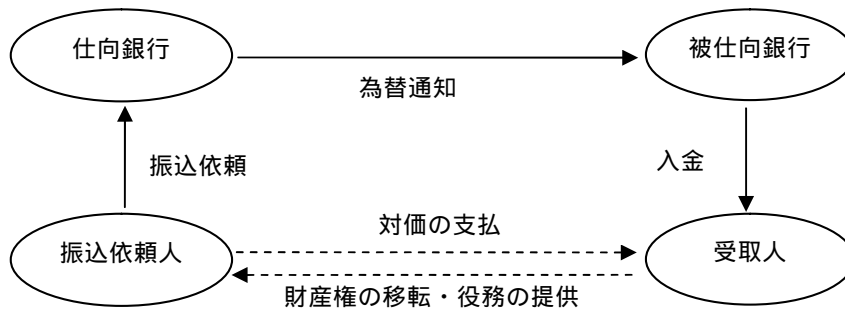
10 特殊の寄託 流動性預金口座

(前注)この「第52, 10 特殊の寄託 流動性預金口座」は，主として，以下の場面に関する法律関係を取り上げるものである。

振込依頼人は，仕向銀行に対して，振込依頼を行うとともに，振込資金の交付又は預金口座からの引落しの依頼をする。

仕向銀行は，為替通知を被仕向銀行に送信する。

被仕向銀行は，受信した為替通知に基づき，受取人の流動性預金口座に入金記帳をする。



(1) 流動性預金口座への振込みによる金銭債務の履行に関する規律の要否

ア 普通預金や当座預金等の流動性を有する預金口座への振込みは，現代の日常生活において極めて重要な役割を果たしているが，民法にはこの点に関する規定が置かれていないため，流動性預金口座への振込みが，金銭債務の弁済と代物弁済(同法第482条)のいずれに該当するかという点や，流動性預金口座への振込みによる金銭債務の消滅時期がいつかという点などの基本的な法律関係が必ずしも明らかではないという問題が指摘されている。そこで，流動性預金口座への振込みによる金銭債務の履行に関する明文の規定を設けるべきかどうかについて，更に検討してはどうか。

具体的な規定内容については，以下の ① のような内容の規定を設ける

べきであるとの考え方があるが、被仕向銀行の過誤や倒産手続開始により入金記帳がされない場合があり得るという指摘や、他方で、入金記帳時以外に効力発生時点として適当な時点を定めることは難しいという指摘があること等にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

流動性預金口座において金銭を受け入れる消費寄託の合意がされた場合において、流動性預金口座への入金や振込みがされたときは、受寄者が当該預金口座に入金記帳（入金記録）を行うことにより、既存の債権の額に当該金額を合計した金額の預金債権が成立する。

金銭債務を負う債務者が債権者の流動性預金口座に金銭を振り込んだときは、債権者の預金口座において当該振込額を加えた預金債権が成立した時点で、当該金銭債務の弁済の効力が生ずる。

イ たとえこのような規定が必要であるとしても、民法に規定を置くことの当否については議論があり、預金債権が日常生活において極めて重要な役割を果たしていることから、預金債権に関する基本的な規定を民法に設けるべきであるとする意見があったが、他方で、一般法である民法に特殊な場面についての規定を設けることに違和感があるとする意見もあった。これらの意見を踏まえて、民法に規定を置くことの当否について、更に検討してはどうか。

ウ 仮に民法に規定を置く場合の、その置き場所については、特に上記 が受取人の振込依頼人に対する債権の弁済について定める規定であることから、弁済の規定の中に置くべきであるとの意見があったことをも踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6,11[104頁]】

【意見】

- (1) アについては、そもそも流動性預金口座に関する規定は、銀行取引に関する特殊な場合にのみ適用されるものであり、この点についてことさら民法に規定する必要性は存しないとの意見が強い。
- (2) イ、ウについても、規律する点については、賛成であるが、民法以外の特別法に定めるべきであるとの意見が強かった。

【理由】

(1) について

流動性預金口座の現代の社会生活における重要性が存し、明文化の必要性も肯定できる。しかし、流動性預金口座については、銀行間取引に適用が限られるものであり、これを民法に規定する必要性は存しない。そして、流動性預金口座を民法以外の特別法において規定する場合にも、実務に与える影響が多岐であるにもかかわらず、十分な検討がなされていないと思料されるので、更に慎重に検討されるのである。

(2) について

流動性預金口座については、上述の通り、そもそも民法に規定すること自体に問題があるばかりではなく、その条文数が膨大なものになる恐れがあるうえ、民法に規定すれば、社会的な銀行取引方法の変化に対応することも難しく、到底民法に規定するのは、この点からも適切ではない。

(2) 資金移動取引の法律関係についての規定の要否

流動性預金口座への振込み等の資金移動取引に関する法律関係が必ずしも明らかではないことから、例えば、振込依頼人と受取人との間に原因関係がないにもかかわらず受取人に対して振込みがされた場合に、受取人が被仕向銀行に対する預金債権を取得するかという点に関する紛争が生じてきたと指摘されている。このような指摘を踏まえて、法律関係を明確にするために、例えば、振込依頼人と受取人との間の原因関係の存否にかかわらず、振込みがされた場合に、受取人が被仕向銀行に対して振込金額相当の預金債権を取得するとの判例法理を明文化するかどうか、その他の資金移動取引に関する規定を設けるかどうかについて、規定を設ける場合に新たな典型契約として位置付けるべきかという点にも留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

そもそも流動性預金口座に関する規定は、銀行取引に関する特殊な場合にのみ適用されるものであり、この点についてことさら民法に規定する必要性は存しないとの意見が強い。

【理由】

流動性預金口座の現代の社会生活における重要性が存し、明文化の必要性も肯定できる。しかし、流動性預金口座については、銀行間取引に適用が限られるものであり、これを民法に規定する必要性は存しない。そして、流動性預金口座を民法以外の特別法において規定する場合にも、実務に与える影響が多岐であるにもかかわらず、十分な検討がなされていないと史料されるので、更に慎重に検討されるである。

(3) 指図に関する規律の要否

上記(1)(2)の法律関係は、指図という法律行為を基礎とするものと解されることから、上記のような規定を設ける場合には、民法に指図に関する明文の規定を設けるべきであるとの考え方が示されている。このような考え方の当否について、検討してはどうか。

【意見】

そもそも流動性預金口座に関する規定は、銀行取引に関する特殊な場合にのみ適用されるものであり、この点についてことさら民法に規定する必要性は存しないとの意見が強い。

【理由】

流動性預金口座の現代の社会生活における重要性が存し、明文化の必要性も肯定できる。しかし、流動性預金口座については、銀行間取引に適用が限られるものであり、これを民法に規定する必要性は存しない。そして、流動性預金口座を民法以外の特別法において規定する場合にも、実務に与える影響が多大であるにもかかわらず、十分な検討がなされていないと思料されるので、更に慎重に検討されるのである。

(4) 流動性預金口座に存する金銭債権の差押えに関する規律の要否

流動性預金口座に存する金銭債権の差押えに関して、ある時点における残高に係る金銭債権を差し押さえることは可能であるとした上で、差押え時点の残高に係る金銭債権についてのみ差押えの効力が生じ、その限度で金銭債権の流動性は失われるが、これによって流動性預金口座自体の流動性が失われるものではないとするのが判例及び通説の立場とされる。そこで、これを明文化すべきかどうかについて、差押命令送達後に入金された金額に相当する預金債権をも含めて差押えの対象とすることの可否に関する民事執行法上の問題と関連することに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 11(関連論点)1[107頁]】

【意見】

差押命令送達後に入金された預金債権について、合理的な範囲内で差押対象を拡張する方向で更に検討すべきである。ただし、本来的には執行法の問題であり、民事執行法において規定されるべきであって、民法に規定すべきではない。

【理由】

流動性預金の差押えについては、差押え時点の残高だけではなく、差押え後の入金分についても合理的な範囲において、差押えの効力を及ぼしたいとの実務上の要請がある。判例(東京高裁平成20年11月7日決定, 東京地裁平成20年10月3日決定)では差押え後の入金分に対し差押えの効力を及ぼす差押えは認められていないが、その主な理由は第三債務者(金融機関)の負担が過大になるというものであり、流動性預金の法的性格から導かれているものではない。合理的な範囲での拡張であれば、第三債務者(金融機関)の負担が過大になることはないと思料する

なお、差押の範囲は、執行法上の問題であって、民法において規定するのは相当ではない。

(5) 流動性預金口座に係る預金契約の法的性質に関する規律の要否

第三者による振込みの流動性預金口座への受入れ、預金者の受寄者に対する第三者の預金口座への振込みに関する支払指図、その他の流動性預金口座に関する契約関係に関して、判例・通説は委任の規定が適用されるとしてい

る。そこで、これを条文上明確にするかどうかについて、概括的な規定を設けるだけであればかえって硬直的な適用を招き望ましくないとの意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 11(関連論点)2[107頁]】

【意見】

流動性預金口座に関する規定は、民法に規定すべきではないという点は上述したとおりであるが、仮にその法的性質について特別法に規定するとしても、その明文化については、更に慎重に検討すべきである。

【理由】

判例では、預金契約は消費寄託と委任からなる複合的な契約であるとされている。これは、流動性預金だけではなく定期預金にも当てはまることであり、流動性預金のみを取り上げてその法的性質を規定するのは相当ではない。また、条文化する必要性が不明確であり、条文化せずに解釈の余地を残しても良いのではないか。

1.1 特殊の寄託 宿泊事業者の特則

民法に事業者概念を取り入れる場合に、契約当事者の一方が事業者である場合の特則として、商法第594条から第596条までを参照し、宿泊事業者が宿泊客から寄託を受けた物品について厳格責任を負う原則を維持しつつ(同法第594条第1項参照)、高価品について損害賠償額を制限するには宿泊事業者が価額の明告を求めたことが必要であること、正当な理由なく保管の引受けを拒絶した物品についても寄託を受けた物品と同様の厳格責任を負うこととすべきであるとの考え方(後記第62, 3(2))が示されている。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料20-2第1, 3(2)[16頁]】

【意見】

事業者に関して、宿泊事業者が宿泊客から寄託を受けた保管物に関する責任の規律についての規定を民法に取り入れることについては反対である。

【理由】

宿泊事業者の責任の規律に関する当否はさておき、民法に事業者に関する規定を設けるべきではなく、上記規定の明文化については反対である。

第5.3 組合

1 組合契約の成立

(1) 組合員の一人の出資債務が履行されない場合

組合員の一人の出資債務が履行されない場合について、同時履行の抗弁権等の契約総則の規定をそのまま適用することは組合の団体的性格に照らして

適切であるとは言えないことから、組合契約の性格に即した規定を整備する方向で、更に検討してはどうか。具体的には、組合員の一人が出資債務の履行をしない場合であっても、他の組合員は原則として組合契約の解除をすることができないこと等を条文上明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料18-2第1, 2(1) [4頁]】

【意見】

組合契約の性格に即した規定を整備することに賛成する。

その整備にあたり、同時履行の抗弁権や解除権を制限する規定を明文化することについては賛成である。

ただし、組合員が二人だけの場合の同時履行の抗弁権や当事者に特別の合意がある場合の解除権等についての例外規定を設けることも含めて検討すべきとの意見があった。

【理由】

契約総則の規定には、組合の団体的性格に必ずしもそぐわない規定もあり、これを整備することは妥当である。

しかし、団体的性格を考慮する必要がないケース（組合員が二人だけの場合）や当事者に合意がある場合には、原則に戻り、契約総則の規定の適用を認めることが妥当と思料される場合も想定されるから。

(2) 組合契約の無効又は取消し

組合契約について意思表示に関する民法総則の規定をそのまま適用することは、組合契約の団体的性格に照らして適切でない場合があることから、組合契約の性格に即した特別の規定を整備する方向で、更に検討してはどうか。その具体的な規定内容については、組合契約を締結する意思表示に錯誤等があった場合において、組合が第三者との取引を開始する前は、意思表示に関する規定がそのまま組合契約にも適用されるが、第三者との取引が開始された後は、錯誤等があった組合員の他に二人以上の組合員がいるときは、原則として組合契約の効力は妨げられないこと等を条文上明記するとの考え方が提示されているのに対して、組合が第三者と取引をする前後で規定内容を区分することの妥当性を疑問視する意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料18-2第1, 2(2) [8頁]】

【意見】

組合契約の団体的性格に即して意思表示に関する特別の規定を整備することは賛成である。

ただし、第三者との取引の前後で規定内容を区分することについては、さらに慎

重に検討すべきである。

【理由】

組合契約の団体的性格に即して意思表示の規定を整備することは、通説的な見解を明文化するもので、明確化の点からも肯定できる。

第三者との取引の前後で規定内容を区分することについては、第三者との取引開始前後で第三者保護の必要性の有無に違いがあることに注目すれば、第三者との取引の前後で規定内容を区分することも理解できるが、他方で、第三者との取引開始前であっても、団体としての継続性を維持すべきケースや他の組合員が組合の維持を望むケースもあり、かかる場合には団体としての継続性や他の組合員の意思を尊重して組合契約の効力を認めるのが妥当であり、その場合には意思表示に錯誤等があった組合員については別途脱退を認めれば不都合はないので、必ずしも第三者との取引の前後で規定内容を区分しなければならないとも思われない。それ故、第三者との取引の前後で規定内容を区分することについては、なお、慎重に検討すべきである。

2 組合の財産関係

組合財産は、総組合員の共有に属すると規定されている（民法第668条）が、各組合員は持分の処分が制限され（同法第676条第1項）、組合財産の分割を請求することもできない（同条第2項）など、同法第2編（物権）の「共有」と異なり、組合員個人の財産から独立した性質を有するとされている。このような組合財産の特殊な規律を明確にする観点から、現在の通説的な理解に基づき、組合の債権及び債務について規定を明確にする方向で、更に検討してはどうか。

具体的には、組合財産の独立性に関して、各組合員の債権者は組合財産に対して権利行使をすることができないという解釈を明文化すること、組合の債権に関して、総組合員が共同しなければ請求することができないという解釈を明文化すること、組合の債務に関して、組合員個人の債務とは区別して組合財産固有の債務を認める規定を設けることなどの当否について、更に検討してはどうか。

また、組合員の全員が事業者であって、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）を目的として組合の事業が行われる場合には、組合員は組合の債権者に対して連帯債務を負う旨の規定を設けるという考え方（後記第62、3(3)）について、更に検討してはどうか。

このほか 組合の債務者による相殺の禁止を定める同法第677条に関して、信託法第22条を参考とする例外規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料18-2第1,3[10頁],同(関連論点)[13頁],
部会資料20-2第1,3(3)[20頁]】

【意見】

- (1) 組合の債権・債務について規定を明確にすることに賛成である。その際に具体例として示されている から の規定を設けることに賛成である。
- (2) 組合員の全員が事業者であって、経済事業を目的として組合の事業が行われる場合には、組合員は組合の債権者に対して連帯責任を負う旨の規定を設けることには反対である。
- (3) 組合の債務者による相殺禁止の例外規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

- (1) について
通説的な見解の明文化であり、明確化に資するから。
- (2) 商法511条1項が連帯債務とする範囲自体が広すぎるとの批判があるうえ、組合には様々な類型が考えられ、一律に規律できるか疑問があるうえ、そもそも事業者という概念を民法に規定することに疑問があるから。
- (3) 組合員が取引を行うにたり、組合としての取引と組合員としての取引を明確に区別していない場合や組合財産と組合員個人の財産の区別が必ずしも明確でない場合などにおいては、相殺禁止の例外規定を設けることにより、上記のとおり不明確な区別について善意無過失で取引を行った第三者の相殺への期待を保護することが可能になることから、相殺禁止の例外規定を設けることに一定の意義は認められる。

しかしながら、他方で信託法において相殺禁止の例外規定を設けて受益者の保護を図っているのは、受託者が善管注意義務（信託法29条2項）、忠実義務（同30条）や信託財産の分別管理義務（同34条）などの厳格な義務を負っていることを前提とするものであると解されるが、組合における組合員は、組合ないし組合財産に対して信託における受託者と同様の厳格な義務を負っているわけではない。この点で、信託の場合とは利益状況が異なるものであり、かかる場合にまで相殺禁止の例外規定を設けると組合財産に不測の損害をもたらすおそれがあることは否定できない。

それ故 相殺禁止の例外規定を設けるについては、慎重に検討する必要がある。

3 組合の業務執行及び組合代理

(1) 組合の業務執行

組合の業務執行の方法について定める民法第670条に関しては、主に組合の意思決定の方法を定めるにとどまり、その意思決定を実行する権限（業務執行権）の所在が分かりにくいなどの問題点が指摘されていることから、例えば、各組合員は原則として業務執行権を有する旨の規定を設けるなど、現在の通説的な理解に基づき条文を明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料18 - 2第1, 4(1) [13頁]】

【意見】

組合の業務執行につき通説的な理解に基づき明文化することに賛成する。

【理由】

通説的な見解の明文化であり，明確化に資するから。

(2) 組合代理

組合が対外的に法律行為を行う方法（組合代理）について，民法は業務執行に関する規定（同法第670条）を置くのみで特段の規定を置いていないため，組合代理についても同条の規定に従うべきか等をめぐって判例・学説は分かれている。この点については，近時の一般的な学説に従い，組合の業務執行とは別に組合代理に関する規定を整備する方向で，更に検討してはどうか。その具体的な規定内容については，例えば，組合代理の要件を欠いて行われた取引の相手方が保護されるには善意無過失であることを要するとの考え方に対して，組合の業務執行者の権限を第三者が確認することが困難であるとの指摘があること等に留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料18-2第1，4(2) [15頁]】

【意見】

組合代理に関する規定を整備することに賛成である。

組合代理の要件を欠いて行われた取引の相手方が保護される要件を，善意無過失とすることに賛成である。

【理由】

対外的な関係に関する組合代理の規定を設けることは，明文化に資するから。

第三者が保護される要件については，一般的な表見代理を同様に考えて支障はないと思料されるから。

4 組合員の変動

(1) 組合員の加入

組合成立後の新たな組合員の加入について，民法には規定が置かれていないが，判例・学説上，組合に新たな組合員が加入することも認められると解されている。そこで，組合員の加入に関する規定を整備し，加入の要件や加入した組合員の責任について条文上明らかとする方向で，更に検討してはどうか。

【部会資料18-2第1，5(1) [17頁]】

【意見】

組合員の加入に関する規定の整備し，加入の要件や加入した組合員の責任を明確

化することに賛成する。

【理由】

明確化に資するから。

(2) 組合員の脱退

組合員の脱退に関する規定（民法第678条から第681条まで）については基本的にはその内容を維持しつつ、やむを得ない事由があっても組合員が脱退することができない旨の組合契約の定めは無効であることや、脱退前の組合債務に関する脱退した組合員の責任に関して、判例・学説において示されてきた解釈を明文化する方向で、更に検討してはどうか。

また、組合員に死亡その他の脱退の事由が生じたとき（同法第679条）であっても、当然に持分の払戻しをするのではなく、その持分を他の組合員が買い取ることができる仕組みを設けるかどうかについて、当該規定の趣旨や代替的な手段の有無にも留意しつつ、検討してはどうか。

【部会資料18 - 2第1, 5(2) [17頁]】

【意見】

(1) 組合員の脱退に関する現行法の規定を維持しつつ、やむを得ない事由があっても組合員が脱退することができない旨の組合契約の定めが無効であることや、脱退前の組合債務に関する脱退した組合員の責任に関し、判例・学説において示されてきた解釈を明文化することに賛成する。

(2) 組合員に脱退の事由が生じたときに、その持分を他の組合員が買い取ることができる仕組みを設けることについては、賛成意見が強い。

【理由】

(1) について

妥当な規定であり、かつ、明文化は明確化にも資するから。

(2) について

組合の事業を継続していく上で有効であるし、第三者の保護にも資するから。

5 組合の解散及び清算

(1) 組合の解散

組合の解散事由については、民法に定められている事由（同法第682条及び第683条）のほか、総組合員が解散に同意した場合、組合契約で定められた解散事由が発生した場合、組合の存続期間が満了した場合など、解釈上認められている事由を新たに明文化する方向で、更に検討してはどうか。

組合員が欠けた場合か、又は一人になった場合のいずれかを新たな組合の解散事由とするかどうかについては、構成員の入れ替わりが想定されている組合では、たまたま組合員が一人になった場合にも清算手続をしないで組合

を存続させる必要性があるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料18 - 2第1, 6(1) [21頁]】

【意見】

- (1) 解釈上認められている解散事由を明文化することは賛成である。
- (2) 組合員が欠けた場合を解散事由とするか、組合員が一人になった場合を解散事由にするかについては、さらに検討すべきである。

【理由】

- (1) について

解釈上認められている解散事由の明文化は、明確化に資するもので妥当である。

- (2) 潜在的な団体性や組合としての事業を重視すべきか、契約であることを重視すべきかの問題であるが、いずれにも理由はあるので、さらに議論を深める必要があるから。

- (2) 組合の清算

組合契約の無効又は取消し(前記1(2))に関する規定の整備の一つとして、その効力は将来に向かってのみ生ずることを明文化するとするという考え方が提示されているが、これと併せて、組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定したことを新たな清算原因として規定するという考え方も提示されている。このような考え方の当否について、判決の確定を要件とするのは他の清算原因との平仄が取れていないという指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、清算人を選任して清算事務を行わせる場合(民法第685条第1項後段)における清算人の職務権限については、判例・学説上、各清算人は清算事務の範囲内で全ての組合員を代理する権限を有するとされており、これを明文化してはどうか。

【部会資料18 - 2第1, 6(2) [22頁]】

【意見】

- (1) 組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定したことを清算原因とすることに賛成する意見が強いが、無効又は取消しに係る認容判決の確定は解散事由である「事業の成功の不能」に該当すると解釈することが可能であるから別途清算原因として追加する必要はないとの意見もあった。
- (2) 清算人の職務権限の明文化は賛成である。

【理由】

- (1) について

賛成意見の理由は、明確化に資する点にあるが、上記のとおり、ことさら規定

する必要はないとの意見もあった。

(2) について

判例・学説で認められているところであり，明確化に資するから。

6 内的組合に関する規定の整備

内的組合は，構成員相互の間の契約に基づき共同して事業を行う点で民法上の組合と共通するものの，事業活動に必要な全ての法律行為を一人の組合員が自己の名で行い，組合財産も全てその組合員の単独所有とする点で組合とは異なる性質を持つものとして，判例・学説上，その存在が認められている。しかし，民法にはその規定が置かれていない。

そこで，内的組合に関する規定を新たに設けるかどうかについて，規定を設ける必要性として，内的組合に関する法的関係が明確に示されるというメリットが指摘される一方で，許可事業等に関する規制を回避する受皿として濫用されるおそれがある等のデメリットも指摘されていることから，実務に与える影響に留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料18 - 2第1，7 [24頁]】

【意見】

内的組合の明文化については，反対意見が強い。

【理由】

濫用的に利用される危険がある一方で，これを明文で規定する必要性が明らかではないから。

第54 終身定期金

終身定期金契約については，実際にはほとんど利用されていない契約類型であると言われる一方で，終身性や射倖性のある契約の有効性を確認し，様々な無名契約を締結する手掛かりとなり得るという意義がある等の指摘がされていることを踏まえて，これを削除しない方向で，更に検討してはどうか。

その上で，規定の在り方については，その存在意義にふさわしい規定内容とするための必要な見直しを行うべきであるとの意見があり，具体的に，有償の終身定期金契約を中心に規定を再編成する（部会資料18 - 2第2，2 [28頁]），特殊な弁済方法の一つとして，終身定期金としての不確定量の弁済の規定を設ける（同3 [34頁]），終身定期金契約に代わる新たな典型契約として「射倖契約」の規定を設ける（同4 [35頁]），現在の枠組みを基本的に維持した上で，使いやすいものとするための必要な見直しを行う等の考え方が示されている。このような考え方を踏まえつつ，終身定期金契約の規定の在り方について，更に検討してはどうか。

【部会資料18 - 2第2，1から4まで [25頁から35頁まで]】

【意見】

- (1) 終身定期金契約を検討するにあたり、規定を民法典に存続させるという方向を当然の前提として検討することには反対であり、規定自体を民法典から削除することも選択肢のひとつとした上で、典型契約として民法典に存置することの可否から更に慎重に検討すべきである。
- (2) 仮に、終身定期金契約を典型契約として民法典に存置し、規定の見直しを行うとしても、の有償の終身定期金契約を中心に規定を再編する、ないし、の現在の枠組みを基本的に維持した上で使いやすいものとするための必要な見直しを行うという考え方によるべきであり、の特殊な弁済方法の一つとして終身定期金としての不確定量の弁済の規定を設ける、あるいは、の新たな典型契約として「射倅契約」の規定を設けるという考え方には反対である。

【理由】

(1) について

現代社会において終身定期金契約がほとんど利用されていないことからすれば、この規定を典型契約として民法典に存置する意味は希薄である。ほとんど利用されず国民の日常生活や経済活動にかかわりのない規定については削除することを含めて検討することが現行民法典の制定以来の社会 経済の変化への対応を図り、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行うという諮問第 88 号の趣旨に添うものであるから。

なお、弁護士会内においては、将来、終身定期金契約が利用される可能性があるとして終身定期金契約の規定を存置した上で、これを有償の終身定期金契約を中心に再編成する形で見直すべきとする意見と、存続を当然の前提とすることなく、削除の可能性を含めて検討すべきという意見が有力であった。

(2) について

の終身定期金としての不確定量の弁済の規定を設けるという考え方については、終身定期金が他の典型契約の債務の履行方法として利用されているというこの考え方の前提に疑問があり賛成できない。

の「射倅契約」の規定を設けるという考え方については、公序良俗に反し違法な賭博行為との区別が曖昧であり、賭博行為を正当化する根拠として悪用されるおそれがあるほか、そもそも射倅契約を設ける必要性に疑問があるから反対である。

第 55 和解

1 和解の意義（民法第 695 条）

和解の要件のうち当事者の互譲については、和解の中心的な効力である確定効（民法第 696 条）を与えるのが適当かという観点から、その存否が緩やかに判断されており、また、当事者の互譲がない場合であっても、争いをやめることを合意したのであれば、当該合意は確定効が認められる無名契約となることから要件とする意義が乏しいとの指摘がある。このような指摘を踏まえて、

和解の要件として当事者の互譲を不要とすべきかどうかについて、当事者の互譲は、和解の確定効を正当化する要素（特に権利変動を生じさせることを正当化する要素）として重要であるとの指摘や、当事者の互譲によって、和解の成立が促進されているという実務上の意義があるとの指摘にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、書面によらずに締結された和解契約を無効とする旨の規定を設けることの要否についても、検討してはどうか。

【部会資料18 - 2第3, 2 [37頁]】

【意見】

- (1) 和解の要件として互譲を不要とすることは反対である。
- (2) 書面によらずに締結された和解契約を無効とする旨の規定を設けることは反対である。

【理由】

- (1) について

現行実務において「互譲」の要件が緩やかに解されているとしても、なお、和解の確定効を正当化するための要因として重要な意味を有しているから。

- (2) について

和解契約に書面を要求するとの提案は和解の効果の重大性に鑑みれば傾聴すべき提案ではあるが、和解契約の態様は多様であり、一律に書面を要求することはかえって柔軟な和解を阻害することになるおそれがあるから。

さらに他の典型契約とのバランスからも、書面化までは不要と考える。

2 和解の効力（民法第696条）

- (1) 和解と錯誤

和解の確定効（民法第696条）は、紛争の蒸し返しを防止する機能を有するが、他方で、理由のいかんを問わず常に和解の確定効が認められるのは適当ではないため、どのような範囲で和解の確定効を認めるかという点が問題となる。この点について、判例・通説は、争いの目的となっていた事項については錯誤による無効主張（同法第95条）は認められないが、争いの目的である事項の前提又は基礎とされていた事項、
以外の事項については錯誤による無効主張が認められ得るなどとしているが、このように錯誤による無効主張が制限される場合があるのは、和解契約の性質から導かれる錯誤の特則であるとの指摘がある。このような指摘を踏まえて、錯誤による和解の無効の主張をすることができる範囲を条文上明確にすべきかどうかについて、適切な要件を設けることが困難であるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

規定を設ける場合の具体的な在り方については、当事者の一方又は双方が争いの対象となった事項にかかる事実を誤って認識していた場合であっても、

錯誤による無効主張又は取消しの主張をすることができない（前記第30，3(4)参照）とする旨の規定を設けるべきであるという考え方や，当事者は争いの対象として和解によって合意した事項について，その効力を争うことができない（ただし，公序良俗違反や，詐欺・強迫の規定の適用についてはこの限りでない。）とする規定を設けるべきであるという考え方等，錯誤の主張が認められない範囲を明確にする方向からの規定を設けるべきとの考え方が提示されているが，錯誤の主張が認められる範囲を明確にする方向からの規定を設けることの要否も別途検討課題となるとの指摘があることも踏まえて，更に検討してはどうか。

【部会資料18 - 2第3，3 [39頁]】

【意見】

- (1) 錯誤による和解の無効の主張をすることができる範囲の特則を条文上明確にすることについては賛成意見が強い。
- (2) 規定を設ける場合の具体的な在り方については，錯誤の主張が認められる範囲を明確にする方向から検討することに賛成する意見が強いが，その具体的内容については慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

明文化することで明確になることから賛成する意見が強いが，和解の確定効が覆されるのは特殊な場合であるが，こういった特殊な場合まで明文化するとかえって硬直化を招く恐れがあるとして，明文化に否定的な意見もあった。

(2) について

判例及び通説的見解を踏まえ，錯誤の主張が認められる範囲を明確にする方向から検討することに賛成する意見が強く，その具体的内容については，当事者の一方又は双方が争いの対象となった事項にかかる事実を誤まって認識していた場合であっても，錯誤による無効主張又は取消しの主張をすることができない旨の規定を設けることに賛成する意見もあった。しかし他方で，中間的な論点整理で示された考え方は，いずれも紛争の蒸し返しを許容する範囲の基準としては必ずしも明確ではないので，より明確な基準を立てるべきであるとする意見や和解に至る過程において，一方当事者の無知・窮状につけ込むような不当な行為がある場合には和解の効力について柔軟に解釈で対応できる余地を残しておくべきであるとの意見もあり，具体的な内容についてはさらに慎重に検討する必要がある。

(2) 人身損害についての和解の特則

当事者が和解時に予見することができず，和解で定められた給付と著しい不均衡を生ずる新たな人身損害が明らかになった場合には，当該損害には和解の効力が及ばない旨の規定を設けるべきかどうかについては，個別の和解契約の解釈の問題であるから一般的な規定を設けるのは適当でないという指

摘や、事情変更の法理を不当に広く認めることになりかねないという指摘等がある一方で、規定を設けることに積極的な立場から、人身損害についての特則ではなく財産的損害にも適用される規律とする必要があるとの指摘があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料18 - 2第3, 3 (関連論点)[45頁]】

【意見】

当事者が和解時に予見することができず、和解で定められた給付と著しい不均衡を生ずる新たな人身損害が明らかになった場合には、当該損害には和解の効力が及ばない旨の規定を設けることに賛成する意見が強い。

ただし、「予見」や「著しい不均衡」という要件は曖昧であるうえ、かかる例外規定を設けることで人身損害については和解の確定効を否定しうるとの誤解を招く恐れがあるのでかかる誤解を招かないよう、要件の定立には慎重な検討を要する。

【理由】

基本的には、判例の考え方を一般化し、明文化するものであるから賛成である。しかし、「予見」や「著しい不均衡」という要件は曖昧であるからより明確な要件を定立する必要がある。また、かかる例外規定を設けることで人身損害については和解の確定効を否定しうるとの誤解を招く恐れがあるのでかかる誤解を招かないよう、要件を定立するにあたっては慎重な検討を行う必要がある。さらに、当事者が和解時に予見することができず、和解で定められた給付と著しい不均衡を生ずる場合は人身損害に限られるものではないが、人身損害に限定して規定するとその反対解釈として人身損害以外については著しい不均衡が生じたとしても一切救済されないとされてしまう恐れがある。それ故、解釈による柔軟な解決が阻害されないように、人身損害に限定することの可否を含めてさらに慎重に検討する必要がある

第56 新種の契約

1 新たな典型契約の要否等

民法で定められている典型契約について、同法制定以来の社会・経済の変化や取引形態の多様化・複雑化などを踏まえ、総合的な見直しを行い、現在の13種類の契約類型で過不足が無いかどうか、不足があるとすれば新たに設けるべき契約類型としてどのようなものがあるかを検討する必要性が指摘されている。このような問題意識を踏まえ、既に個別的な論点として、ファイナンス・リース（後記2）のほか、準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定（前記第50）などが取り上げられているが、このほか、典型契約として新たに定めるべき契約類型の有無及びその内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料18 - 2第4, 1 [42頁]】

【意見】

典型契約として新たに定めるべき契約類型の有無及び内容について検討すること

に賛成である。具体的には、医療契約、存学契約、年金契約などについて長期的に検討すべきである。

【理由】

2 ファイナンス・リース

ファイナンス・リースに関しては、現代社会において重要な取引形態として位置づけられること、民法の典型契約のいずれか一つに解消されない独自性を有していること等を指摘して、これを典型契約として規定する必要があるとする意見がある一方で、その多くが事業者間取引であること、税制や会計制度の動向によって利用状況が左右される取引類型であること等を指摘して典型契約化の必要性を疑問視する意見や、仮に現在の実務と異なる規定内容となった場合の実務に与える影響を懸念する意見、典型契約とする場合にはユーザーを保護する必要性の高い類型のものがあることにも配慮すべきであるとする意見など、様々な意見がある。これらの意見に留意しつつ、ファイナンス・リースを新たな典型契約として規定することの要否や、仮に典型契約とする場合におけるその規定内容（部会資料18-2第4, 2(2)以下〔45頁以下〕参照）について、更に検討してはどうか。

【部会資料18-2第4, 2〔43頁〕】

【意見】

- (1) ファイナンス・リースの典型契約化については、反対意見が強い。
- (2) 仮に典型契約化を検討する場合には、利息制限法や割賦販売法による規制を潜脱するためにファイナンス・リースの法形式が濫用的に利用されないような規制を併せて行うこと、消費者リースや提携リースについては、リース提供者にも担保責任を負わせるなどして、ユーザー（利用者）保護を図る必要がある。

【理由】

(1) について

ファイナンス・リースが現代社会において一定の役割を担っていることは事実であるが、通常、ファイナンス・リースは事業者間の契約として利用されていることや会計原則の変更によりファイナンス・リース市場が縮小傾向にあることからすれば、この時期に市民社会の基本法である民法典に典型契約として規定する必要があるのか甚だ疑問である。

小口リースや零細事業者を対象としたリースにおいてはファイナンス・リースの法形式が濫用的に利用され、利用者に被害が発生しているという現実を踏えると部会資料18で示された規定内容では不十分であり、利用者保護を図るためには、業法規制などの規制立法とともに規律する必要がある、民法典だけの改正は適当でないと考えられるから。

(2) について

(1)に述べたとおり、ファイナンス・リースの法形式が濫用的に利用され、利用者に被害が発生しているという事実があるので、仮に典型契約化を検討する場合には、ファイナンス・リースの法形式が濫用的に利用されることを規制する方策を検討する必要がある。これに加えて、消費者リースや提携リースにおいては、リース提供者に担保責任を負わせるなどユーザー（利用者）の保護に向けた検討を行う必要があるから。

第57 事情変更の原則

1 事情変更の原則の明文化の要否

判例が認める事情変更の原則を明文化するという考え方に関しては、濫用のおそれが増加すること、個別具体的な事案に応じて信義則や契約解釈により柔軟に解決する方が望ましいことなどを理由に明文化に否定的な意見がある一方で、濫用防止のためにも明文化により適用範囲を明確にすべきであること、信義則の具体的内容を明らかにする趣旨で明文化の方が分かりやすく望ましいこと、弱者保護に資する可能性があることなどを理由に明文化に肯定的な意見があった。また、明文化に当たって留意すべき点として、適用場面が、事情の変更による契約目的の到達不能の場面か、経済的不能や双務契約における等価関係の破壊の場面かで性質に違いがあるという意見、労働契約への適用を否定すべきであるなど、契約類型の違い等に応じて、この原則の適用の可否や適切な要件・効果が異なり得るとする意見、限定的に適用されることを要件だけでなく名称によっても表現すべきであるという意見等があった。これらを踏まえて、判例が認める事情変更の原則の明文化の要否について、明文化が取引実務に与える影響、契約目的の到達不能や経済的不能等の具体的な適用場面を踏まえた要件・効果の在り方、濫用防止の観点等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第2, 1 [15頁]】

【意見】

例外的規定であることが明らかとなり、濫用されない規定を作ることができるか否か慎重に検討する必要がある。

【理由】

事情変更の原則が信義則適用の一場面として存在すること、事情変更の原則が適用されるのは非常に例外的な事案であることについては意見が一致した。

しかし、その様な非常に例外的な場面にだけ適用されることを条文化する必要があるか（信義則の適用でよいのでないか）、条文を設けた場合、濫用される恐れもあり、濫用されることがない規定を設けることが可能か、濫用されないまでも安易に適用されることになるのではないか、事情変更の原則は適用場面が、双務契約の対価の不均衡、契約目的の到達不能、経済的不能など様々な場合に適用され、且つ

契約類型によってその適用場面が異なり、その様なことを過不足なく規定することが可能かという危惧から条文化に反対する立場と、濫用されない条文を設けることで、要件を明確にし、濫用を防ぐことができるということから賛成の立場に分かれた。例外的規定であり安易に適用されないものであることが明らかになる定め（本文だけでなく、名称としても非常に例外的規定であることが明らかになる定め、例えば「事情激変による例外」）ができ、かつ、濫用されることのない規定が設けられれば反対の立場でも明文化に反対はしないし、それができないなら賛成の立場でも明文化をすべきでないと考えている。また、事情変更の原則が適用になる場合、適用対象となる契約の種類、契約の履行状況により、適切な効果が異なっており、効果を一律に定めることが不適切であることから明文化に反対する立場がある。

ところで、事情変更の原則の立法化にあたっては、どのような事例を想定するかが問題となる。

例えば、祇園祭の山鉾巡行を見るために四条河原町のビルの一室の賃貸借契約を締結したが、契約時に予想し得なかった伝染病の流行のため山鉾巡行が中止となった。ビルのオーナーは賃料を請求できるか、あるいは、一部前払いしていたときに借主は契約を解除して返還請求できるか。（エドワード7世の戴冠式に関し *Taylor v. Caldwell* []K.B.740.）

建築工事でセメントの単価を9400円で計算して請負契約を締結したが、当事者の予想しなかった経済情勢の変化からセメントが15000円になった場合に請負業者が請負代金の追加請求をできるか。あるいは、セメントの単価が4000円になった場合注文主は請負代金の減額を請求できるか。

砂糖の国際価格が値上がり傾向にあるなかで日本の商社がオーストラリアの商社との間で現在の価格で五年間日本が砂糖を一定量買う契約を日本法を準拠法として締結した。ところが、予想に反して、砂糖の価格が4分の1以下に暴落した場合、それでも日本の商社は一定量の砂糖を契約価格で購入しなければならないか。反対に当事者の想定を超えた価格が10倍に高騰した場合、オーストラリアの商社は契約どおり砂糖を売らなければならないか。（1975年の日豪砂糖交渉事件）

2000万円で20年以内に土地を買える売買の予約で、当事者の予想しなかったインフレとバブルで土地の価格が10倍になった場合に、買主が2000万円支払うのと引換に売主に土地の所有権移転を請求できるか、売主は契約を解除して契約の履行を拒めるか（神戸地方裁判所伊丹支部昭和63年12月26日判決・判時1319号139頁）

は履行可能であるが、外部的事情で履行しても契約の目的を達成できなくなった場合である。このような場合も契約の解釈によっては履行不能で解決できる。しかし、当事者がそこまで想定していない場合、事情変更の原則で解決することとなる。このような場合に、リスクをいずれが負うことが契約の趣旨に合致するかである。この事例で、既に前金を支払っていた場合、前金は返還してもらえないが、残金は支払わなくて良いと言う処理も可能である。事情が変更した場合にその時点で契約は無効となる。この事例の場合、工事途中で解除で解決することが解決として妥当か問題である。高騰したときは代金の増額修正という解決とならないか。ただ、

増額されると注文者が支払えないこともある。現在は、この種の契約では、価格変更条項が入っているのでそれに従うこととなる。事情変更の原則も任意規定と言える。また、この事案で代金先払いで先に代金が支払われていた場合はどうなるであろうか。その時も価格の変更を認めるなら、社債等でインフレにより貨幣価値が下がった場合にも適用する余地が出てくる。は、相場の読み外れとして、異常な外部的要因で相場が変動しても契約を解除したり、変更する必要はないであろう。は、対価の不均衡の事案であるが、これは解除という処理で問題ないであろう。

このように考えると、全ての契約に適用となる事情変更の原則を定めることは困難になる。事情変更の原則を定める場合、のような相場取引については、どんなに高騰しようとする暴落しようとする事情変更の原則の適用が排除されるようにすべきでないか。また、対価不均衡の事例では、双方未履行の双務契約に限定すべきでなかろうか。さらに、の事例を変更し、の事例で電力会社の一方的な都合で停電し、ビルが使えなくなった場合、あるいは、セメントが輸入品の場合、輸出国の革命あるいは法令の変更で輸出されなくなったため入手できなくなったため工事ができなくなった場合を想定すると、これは履行不能、危険負担の問題となり、危険負担、履行不能との整合性を考える必要がある。両者では、契約解除、契約で引き受けた範囲内であれば損害賠償、範囲外であれば損害賠償なしということになり、効果として契約の改定はない。しかし、で述べたように契約の解釈によってはも履行不能とも言える。

2 要件論

判例が採用する事情変更の原則の要件（部会資料19-2第2,2からまで[16頁]参照）を明文化する考え方に関しては、重複する要件は一つにまとめるべきであるという意見があったのに対して、この原則が限定的にしか適用されないことを明らかにするため、可能な限り必要な要件を抽出して条文上明確にすべきであるという意見があり、また、例外的に適用されることを明確にする観点から、この原則と併せて、事情が変更しても契約は履行されるべきであるという原則を定める必要があるという意見等があった。これらの意見を踏まえて、前記1に関する議論及び他の法制上の契約変更に関する法理との整合性に留意しつつ、要件の在り方について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第2,2[16頁]】

【意見】

仮に明文化する場合、部会資料19-2第2,2に記載された 契約成立当時にその基礎とされていた事情が変更したこと 契約締結当時に当事者が事情の変更を予見できなかったこと 事情の変更が当事者の責めに帰することのできない事由により生じたこと 事情変更の結果、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められることを要件とすることに賛成が多い。

【理由】

前述のように条文上も適用されるのは例外的場合であることを明文化する必要がある。したがって、 から まで定める必要がある。ただ、 については「事情が変更したこと」ではなく、「事情が著しく変更したこと」、 の「事情変更の結果」も「事情の著しい変更の結果」とした方がよい。確かに、「事情の著しい変更」とは何かといわれると契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められるような事情変更となり同義反復ではあるが、例外的であることを強調するためには「著しい」を加えた方がよい。

また、そもそも先物取引など価格の変動による差益(あるいは差損の発生の回避)を目的とした投機的取引は対象外とすることも定めるべきである。

3 効果論

(1) 解除，契約改訂，再交渉請求権・再交渉義務

事情変更の原則の効果に関しては、解除を認める考え方や、裁判所による契約改訂を認める考え方があり、また、再交渉請求権・再交渉義務を規定すべきであるとの考え方などがある。このような考え方に対しては、いずれも賛成する意見がある一方で、履行の強制を阻止できる旨を定めることにとどめるべきではないかという意見、再交渉請求権・再交渉義務について、当事者による紛争解決が硬直化するおそれがあるという意見や、効果ではなく解除等の手続要件とすべきではないかという意見、解除について、債務不履行解除による処理に委ねれば足りるという意見、裁判所による契約改訂について、裁判所による適切な契約改訂の判断が實際上可能か否か等の観点から反対する意見が、それぞれあった。また、解除に関しては、解除に当たり金銭的調整のための条件を付すことができる旨の規定を設ける考え方について、金銭的調整になじまない契約類型があることに留意すべきであるという意見があった。これらの意見を踏まえて、事情変更の効果として履行の強制の阻止、再交渉請求権・再交渉義務、解除、契約改訂を認めるべきか否かについて、前記1及び2に関する議論及び他の法制上の契約変更に関する法理との整合性等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第2,3[19頁]】

【意見】

事情変更の原則を明文で定める場合、効果として解除を認めることに賛成である。また、効果として、再交渉請求権・再交渉義務を認めることには反対である。裁判所による契約改訂を認めることには反対の意見が強い。

【理由】

著しい事情の変更により契約を守らせることが困難となった場合、契約を解除し、契約による拘束から離脱を認めることに賛成である。しかし、再交渉請求権、再交渉義務を認めると事情が変更したから改定交渉に応じよと言われ、履行を引き延ばされる等の濫用の危険が多く、これを認めることに否定的な意見が強かった。裁判

所による契約改訂を認めることについては、私的自治の原則に対する侵害となると言うことから反対が多かった。

事情変更の原則を契約に外在的なものとして考えるか、契約に内在的なものとして考えるか。当事者が契約であらかじめ、この契約は一定の条件の下で締結するもので、それが変更になった場合は、どのように処理すると定めていればそれに従うこととなる。例えば、材料が値上がりしたときは、代金を値上げするなど。そうすると、明示されていないときに、任意規定ルールとして社会が契約をどのようにとらえるかという問題となる。その場合、契約は改定される、対価の調整がなされ契約が維持されるという規範も可能である。物の売買、請負代金について客観的価格が想定されるなら、賃貸借契約の賃料改定のように裁判所に判断させることが考えられる。値上げを求める方が原告となるなら、原告の提示した金額の範囲内で客観的に正しい価格に定めることとなる。賃料値上げについてと同じであり、私的自治の原則を全くの自由と考えない限り私的自治の原則に対する介入と考えないのでないか。これを、第57の1の事例を想定した場合、契約を解除できるとする効果が必要である。そうしないと借主から契約を離脱することができない。もっとも、祇園祭が行われないうリスクを貸主に一方的に負わせて良いかが問題となる。は、改定権のみ認め、請負業者は、改定した代金の確認訴訟を提起し、判決に基づき請求し支払われない時は解除する、あるいは、改定した代金の請求訴訟を提起し、判決をもらい執行する、改定した代金で請求し、支払われない時は解除し損害賠償を請求することで良く、解除権を認める必要はない。も同様である。そうすると、契約類型によっては解除を認める必要がなくなる。

事情変更の原則の効果として形成権としての解除権と契約変更権を認め、売買、請負、委任契約で代金を受取る側が事情変更により、契約解除を主張した場合は、裁判所は解除権が生じるほど事情変更が生じたか否かを判断し、代金を受取る側が、事情変更により増額した代金を請求した場合、裁判所は、どこまで契約が改定されたか検討し、請求を上限とし、全部または一部請求を認める。代金を支払う側は、契約解除を主張し、支払った代金の返還、債務不存在確認を求めるか、代金の改定を主張し、債務の一部不存在請求をすることとなる。売主が代金請求訴訟を提起し、買主が事情変更の原則で解除したから支払う必要がないという抗弁、あるいは、事情変更の原則による減額抗弁をすることがある。裁判所は、解除を前提とした請求または抗弁しかないときに契約改定の判断はできないし、契約改の主張しかないときに解除に基づく判断はできない。このように構成すると、改定を認めても私的自治に反しないし、解除と改定の優先順位を定める必要がないと考えることもできる。

(2) 契約改訂の法的性質・訴訟手続との関係

裁判所による契約改訂を認める場合における手続的な条件等について、更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第2, 3(関連論点)1 [21頁]】

【意見】

裁判所による契約改訂を認める場合における手続的な条件等を定めることに反対である。

【理由】

裁判所に契約改訂権を認めることに反対であり，したがって，手続条件等を検討する必要はない。

(3) 解除権と契約改訂との相互関係

事情変更の原則の効果として解除と裁判所による契約改訂の双方を認める場合における両者の優劣関係について，更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第2，3（関連論点）2 [22頁]】

【意見】

事情変更の原則の効果として，解除のみを認めるべきであり，解除と裁判所による契約改訂の優劣関係について定めることに反対である。

【理由】

前述の通り，裁判所に契約改訂権を認める必要はない。

第58 不安の抗弁権

1 不安の抗弁権の明文化の要否

不安の抗弁権の明文化の要否に関しては，この抗弁権を行使された中小企業等の経営が圧迫されるなど取引実務に与える影響が大きいこと，この抗弁権が必要となるのは限定的な場面であり裁判例を一般的に明文化すべきでないことなどを理由に反対する意見があった一方で，特に先履行義務者にとっては，反対給付を受けられない具体的なおそれがあるにも関わらず，先履行義務の履行を強制させられることとなり酷であること，消費者保護に資する可能性があること，明文化により適用範囲を明確にすることで取引の予測可能性が増す可能性があることなどを理由に賛成する意見があった。このような意見を踏まえて，不安の抗弁権の明文化の要否について，取引実務に与える影響に留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第3，1 [27頁]】

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

先履行義務者が反対給付を受けられない具体的なおそれがあるにもかかわらず，先履行を強制させられることは酷ではあるが，大企業が中小企業に対しこの抗弁を主張することで中小企業の経営が圧迫されること，仕入れ販売という商売をしてい

る場合に、納入業者が不安の抗弁を主張し納品を拒絶することで、販売が不可能になり、倒産に追い込まれる可能性があること、信用不安がないにもかかわらず、債権者が不安の抗弁を主張することで、風評被害で信用悪化が生ずることから、不安の抗弁の明文化は、慎重に検討する必要がある。明文化する場合、濫用されないような条文にするために、立証責任は債務者に負担させること、さらには、債務者が不安の抗弁を主張をしたが認められなかった場合、債務者である納入業者が納品を拒絶したことで、債権者が販売できなくて債権者に生じた損害、風評被害により生じた損害の賠償義務を明文で定めること等も検討する必要がある。

2 要件論

不安の抗弁権の適用範囲その他の要件に関しては、先履行の合意がある場合に限り適用を認めるという考え方について賛否両論があったほか、取引実務に悪影響を与えるという観点から、契約類型の特徴等をも考慮して適用範囲を限定する必要があるという意見や、事情変更の原則と同様の厳格な要件設定が必要であるという意見、契約締結前に相手方の信用不安事情が生じていた場合への適用を認めるべきではないという意見等があり、これに対して、これらの意見よりも適用範囲や要件を緩やかに捉える傾向の意見もあった。これらの意見を踏まえて、適用範囲を債務者が先履行義務を負う場合に限定するか、反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を事情変更の原則と同様に限定的にすべきか、反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じた場合においても一定の要件の下で適用を認めるべきかという論点を含めて、不安の抗弁権の適用範囲その他の要件について、更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第3, 2 [28頁]】

【意見】

前述のように不安の抗弁を明文化するのは慎重に検討する必要があるが、仮に明文化する場合、以下の意見が多い。

適用範囲を債務者が先履行義務を負う場合に限定することに賛成。

反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を事情変更の原則と同様に限定的にすることに賛成。

反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じた場合に置いても一定の要件の下で適用を認めることに反対。

【理由】

契約で先履行を負う債務者が、契約時には想定できなかった債権者の信用悪化で反対給付を受けられる見込みが無くなった場合、信義則上、先履行をしなくても良いとする制度として設計すべきであり、適用範囲を債務者が先履行義務を負う場合に限定し（引き替え給付の場合、債権者が先履行義務を負っているがその義務を履行していない場合は同時履行の抗弁で解決する）、反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を事情変更の原則と同様に限定的にし（取引をする場合、相

手の信用悪化の可能性は読み込んで取引をしているはずである), 反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じていた場合は, 原則として適用しないとすべきである(契約締結前から債権者の信用不安が分かっていた場合は, それに対応した契約をしているはずであるし, 取引をするものは相手の信用を自分で調査すべきである。)。ただし, 消費者のように債権者の信用を調査する能力が典型的に無い場合は, 反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じた場合にも適用を認めるべきである。

3 効果論

不安の抗弁権の効果として, 債務者が債務の履行を拒絶することができ, その場合に債務者は債務不履行に陥らないことを明確にするものとしてはどうか。

さらに, 担保提供の請求等を経た上での解除をも認めるという考え方に関しては, 濫用のおそれがあるという指摘や, 反対債務の履行期到来後の債務不履行による解除を認めれば足りるという指摘等があることを踏まえて, 取引実務における必要性やこれに与える影響に留意しつつ, 更に検討してはどうか。

このほか, 相手方が反対給付について弁済の提供をした場合や相当の担保を提供した場合には, 履行拒絶等の不安の抗弁権の効果が認められない旨を明文化すべきであるという考え方の当否についても, 更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第3, 3 [31頁]】

【意見】

不安の抗弁権の明文化は慎重に検討すべきであるが, 仮に明文化する場合, 不安の抗弁権の効果として, 債務者が債務の履行を拒絶することができ, その場合に債務者は債務不履行に陥らないことを明確化することの賛成である。

担保提供の請求等を経た上での解除をも認めるという考え方に関しては, 反対が多い。

相手方が反対給付について弁済の提供をした場合や相当の担保を提供した場合には, 履行拒絶等の不安の抗弁権の効果が認められない旨を明文化すべきであるという考え方に賛成である。

【理由】

不安の抗弁としては, 債務者が債務の履行を拒絶でき, 履行しなくても債務不履行にならないとすることで充分である。ただし, この場合, 債権者の訴訟上の請求に対し債務者が不安の抗弁を主張し, 認められた場合, 請求棄却とすべきか, 引き替え給付とすべきか問題となる。履行期がきているが, 不安の抗弁で履行しないことが違法とならないと考えると引き替え給付判決でも良い。不安の抗弁で履行期未到来とするなら請求棄却となる。

担保請求等を経た受けで契約解除を認めると, 濫用的に担保請求し, 契約解除したり, 当初の交渉では担保を取得できなかった債務者が事後的に担保を取得するために濫用することが考えられること, 契約はできるだけ実現した方が良く, 債権者

の債務の履行時期を待って契約からの解放を考えても債務者に酷でないことから反対が多かった。

相手方が反対給付について弁済の提供をした場合や相当の担保を提供した場合には、不安が解消するから、履行拒絶等の不安の抗弁権の効果が認められない旨を明文化することに賛成する意見が多かった。

第59 契約の解釈

1 契約の解釈に関する原則を明文化することの要否

民法は契約の解釈を直接扱った規定を設けていないが、この作業が契約内容を確定するに当たって重要な役割を果たしているにもかかわらずその基本的な考え方が不明確な状態にあるのは望ましくないことなどから、契約の解釈に関する基本的な原則（具体的な内容として、例えば、後記2以下参照）を民法に規定すべきであるとの考え方がある。これに対しては、契約の解釈に関する抽象的・一般的な規定を設ける必要性は感じられないとの指摘や、契約の解釈に関するルールと事実認定の問題との区別に留意すべきであるなどの指摘がある。これらの指摘も考慮しながら、契約の解釈に関する規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第5, 1 [40頁]】

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

このような規定を明文化する必要があるか、法令の解釈すら明文化されていないのに契約の解釈について明文化する必要があるか等の反対意見、慎重な検討を求める意見が多く、賛成する意見でも2以下の具体的内容については反対する意見が多く、慎重に検討すべきである。

2 契約の解釈に関する基本原則

契約の解釈に関する基本的な原則として、契約は、当事者の意思が一致しているときはこれに従って解釈しなければならない旨の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。他方、当事者の意思が一致していないときは、当事者が当該事情の下において合理的に考えるならば理解したであろう意味に従って解釈するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、上記の原則によって契約の内容を確定することができない事項について補充する必要がある場合は、当事者がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容が確定できるときはこれに従って契約を解釈するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第5, 2 [48頁]】

【意見】

契約は、当事者の意思が一致しているときはこれに従って解釈しなければならないことについて異議はないが、このような明文の規定を設けることについては慎重に検討すべきである。

当事者の意思が一致していないときは、当事者が当該事情の下において合理的に考えるならば理解したであろう意味に従って解釈するという考え方については反対が多い。

上記の原則によって契約の内容を確定することができない事項について補充する必要がある場合は、当事者がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容が確定できるときはこれに従って契約を解釈するという考え方については反対が多い。

【理由】

「契約は、当事者の意思が一致しているときはこれに従って解釈しなければならない」は、単純に考えると当たり前のことで規定するまでもない。しかし、当事者の意思が一致したというのは、内心の意思か、表示意思かなど細かな問題点があり、このように抽象的に定めることに意味がない。

「当事者の意思が一致していないときは、当事者が当該事情の下において合理的に考えるならば理解したであろう意味に従って解釈する」については、実務では、「通常人が合理的に考えるならば理解したであろう意味に従って解釈する」とされており、当事者を基準とすることに反対である。さらに、当事者の意思が一致していないという事実認定ができた場合は、意思の合致がないから契約は不成立であると解釈せざるを得ないときもある。

「上記の原則によって契約の内容を確定することができない事項について補充する必要がある場合は、当事者がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容が確定できるときはこれに従って契約を解釈するという考え方」に反対である。そもそも契約は、対立当事者が利益調整を図って合意に達するもので、当事者が合意していない事項について当事者の合意を推測して確定することはできない。通常人を基準とするか、合意のないものとして任意規定に従うべきである。

3 条項使用者不利の原則

条項の意義を明確にする義務は条項使用者（あらかじめ当該条項を準備した側の当事者）にあるという観点から、約款又は消費者契約に含まれる条項の意味が、前記2記載の原則に従って一般的な手法で解釈してもなお多義的である場合には、条項使用者にとって不利な解釈を採用するのが信義則の要請に合致するとの考え方（条項使用者不利の原則）がある（消費者契約については後記第62, 2）。このような考え方に対しては、予見不可能な事象についてのリスクを一方的に条項使用者に負担させることになって適切でないとの指摘や、このような原則を規定する結果として、事業者が戦略的に不当な条項を設ける行動をとるおそれがあるとの指摘がある。このような指摘も考慮しながら、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

条項使用者不利の原則の適用範囲については、上記のとおり約款と消費者契約を対象とすべきであるとの考え方があるが、労働の分野において労働組合が条項を使用するときは、それが約款に該当するとしても同原則を適用すべきでないとの指摘もあることから、このような指摘の当否も含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第5, 3[50頁], 部会資料20-2第1, 2[11頁]】

【意見】

- (1) 約款または消費者契約に含まれる条項について条項使用者不利の原則を定めることには賛成する意見が多い。
- (2) 上記のような消費者契約に関する特則規定については、民法改正と同時に消費者契約法を改正して立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも、消費者保護に資するのであれば、民法で定めることに賛成するという意見も多い。

【理由】

- (1) について

条項の意義を明確にする義務は条項使用者（あらかじめ当該条項を準備した側の当事者）にあり、約款や消費者契約に含まれる条項の意味が、一般的な手法で解釈してもなお多義的である場合には、条項使用者にとって不利な解釈を採用するのが信義則の要請に合致するとの意見が多い。

- (2) について

上記のような特則規定の立法の形式については、消費者契約での立法に賛成する見解と民法での立法に賛成する見解が存在する。

第60 継続的契約

1 規定の要否等

継続的契約に関しては、その解消をめぐる紛争が多いことから、主に契約の解消の場面について、裁判例を分析すること等を通じて、期間の定めの有無を考慮しつつ、継続的契約一般に妥当する規定を設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、多種多様な継続的契約を統一的に取り扱おうとすることに慎重な意見があることや、仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合には、関連する典型契約の規定や判例法理との関係を整理する必要があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 1[67頁]】

【意見】

継続的契約一般に妥当する規定については、「継続的契約」の意義を明らかにした上で、その類型に応じて共通する内容を適切に規律できるか否かという観点から、さらに検討すべきである。

【理由】

継続的契約一般に妥当する規定を設けることは、裁判例の傾向を明文化するという合理的な側面がある。しかし、その一方で、多種多様な「継続的契約」の意義を明らかにすることは容易ではない上、典型契約に関する規定と重複・矛盾が生ずるおそれがあること、契約類型によっては比較的容易に解消させようという方向性を有する場合もあるため、慎重な検討が必要である。

2 継続的契約の解消の場面に関する規定

(1) 期間の定めのない継続的契約の終了

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合（前記1参照）には、期間の定めのない継続的契約に関し、当事者の一方が他方に対し、あらかじめ合理的な期間を置いて解約の申入れをすることにより、将来に向かって終了するとする規定を設けるかどうかについて、より厳格な要件を課す裁判例が存在するとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 2(1) [72頁]】

【意見】

期間の定めのない継続的契約の解約に関する規定については、具体的な類型に応じて共通する内容を適切に規律できるか否かという観点から、さらに検討すべきである。

【理由】

あらかじめ合理的な期間を置いた解約申入れにより将来に向かって終了するという規定を設けることは、下級審裁判例（東京地判平成9年9月26日判時1639号73頁，大阪地判平成17年9月16日判時1920号96頁等）の傾向を明文化するという合理的な側面がある。しかし、判例法理とまで評価できるか否か、「期間の定め」の有無によって法的効果を分けることが妥当か否か、「合理的な期間」を基準とすることが常に適切なのか、「合理的な期間」を具体化する判断要素は何かなどの疑問があるので、慎重な検討が必要である。

(2) 期間の定めのある継続的契約の終了

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合（前記1参照）には、期間の定めのある継続的契約に関し、期間の満了によって契約が終了することを原則としつつ、更新を拒絶することが信義則上相当でない認められるときには、例外的に更新の申出を拒絶することができないとする規定を設けるかどうかについて、期間を定めた趣旨が没却されるなどの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 2(2) [73頁]】

【意見】

期間の定めのある継続的契約の解約に関する規定については、具体的な類型に依

じて共通する内容を適切に規律できるか否かという観点から，さらに検討すべきである。

【理由】

信義則上相当でないときは更新拒絶できないという規定を設けることは，下級審裁判例（大阪高判平成8年10月25日判時1595号70頁，福岡高判平成19年6月19日判タ1265号253頁等）の傾向を明文化するという合理的な側面がある。しかし，判例法理とまで評価できるか否か，「期間の定め」の有無によって法的効果を分けることが妥当か否か，「信義則上相当でない認められるとき」を基準とすることが常に適切なのか，「信義則上相当でない認められるとき」を具体化する判断要素は何かなどの疑問があるので，慎重な検討が必要である。

(3) 継続的契約の解除

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合（前記1参照）には，継続的契約の解除に関し，契約当事者間の信頼関係を破壊するような債務不履行がなければ解除することができないとし，さらに，債務不履行による契約当事者間の信頼関係の破壊が著しいときは，催告することなく解除することができるという規定を設けるべきであるとの考え方が提示されている。そこで，この考え方の当否について，債務不履行解除とは別に，やむを得ない事由がある場合には，継続的契約を解除させてよい場合があるという意見があることも踏まえて，債務不履行解除の一般則（前記第5参照）や事情変更の原則（前記第57参照）との関係に留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7，2(2)（関連論点）[75頁]】

【意見】

継続的契約の解除に関する規定については，具体的な類型に応じて共通する内容を適切に規律できるか否かという観点から，さらに検討すべきである。

【理由】

信頼関係破壊がなければ解除できないとし，さらに信頼関係破壊が著しいときは無催告解除を認めるという規定を設けることは，下級審裁判例（東京高判平成6年9月14日判時1507号43頁等）の傾向を明文化するという合理的な側面がある。しかし，判例法理とまで評価できるか否か，「信頼関係の破壊」の有無や程度を基準とすることが常に適切なのか，「信頼関係の破壊」及び「著しいとき」を具体化する判断要素は何かなどの疑問があるので，慎重な検討が必要である。

(4) 消費者・事業者間の継続的契約の解除

消費者・事業者間の継続的契約については，消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができることとすべきであるとの考え方（後記第62，2参照）が提示されている。そこで，この考え方の当否について，検討してはど

うか。

【意見】

継続的契約について規定を設ける場合には、消費者は将来に向けて任意に解除にできるとする規定を立法化する方向に賛成である。ただし、消費者契約に関する特則の法制化は、民法と同時に消費者契約法（もしくはそれに先だって）民法の特別法である消費者契約で立法することが望ましいとする意見が多い。

【理由】

継続的契約が関する消費者の任意解除権付与のための消費者契約法の早期改正は、日本弁護士連合会が従前から求めているところであり、その立法化には賛成である（2006年12月14日付け「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」）。

なお、このような消費者契約に関する特則規定については、民法改正と同時に（もしくはそれに先だって）民法の特別法である消費者契約で立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも、消費者保護に資するのであれば、消費者契約に関する特則規定を民法で定めることに賛成するという意見も多い。なお、民法改正を機に、消費者契約法の私法実体規定を民法に取り込んで消滅させるという考え方（いわゆる統合論）には反対意見が多い。

(5) 解除の効果

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合（前記1参照）には、民法上、賃貸借や委任等の解除について設けられている規定（同法第620条、第652条等）と同様に、継続的契約の解除は将来に向かってのみその効力を生ずるとする規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 2(3) [75頁]】

【意見】

継続的契約の解除について将来効とすることには、賛成である。

【理由】

基本的な方向として正当と思われるが、「継続的契約」の意義との関係に留意が必要である。

3 特殊な継続的契約 - 多数当事者型継続的契約

当事者の一方が多数の相手方との間で同種の給付について共通の条件で締結する継続的契約であって、それぞれの契約の目的を達成するために他の契約が締結されることが相互に予定されているものについて、その当事者は、契約の履行及び解消に当たって、相手方のうちの一部の者を、合理的な理由なく差別的に取り扱ってはならないものとすべきであるとの考え方が示されている。このような考え方に基づく規定を設けるかどうかについて、その当否や要件の明

確性，効果の在り方などの点で問題を指摘する意見があることに留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第7，3(2) [77頁]】

【意見】

多数当事者型継続的契約に関する規定を民法に設ける考え方には，反対意見が強い。

【理由】

「多数当事者型継続的契約」という概念を用いて民法で規律することを支える立法事実があるとは認められない。

4 分割履行契約

継続的契約と外見上類似しているが区別すべき契約として，総量の定まった給付を当事者の合意により分割して履行する契約（分割履行契約）があるとされている。このうち，金銭の支払のみが分割であるものに関しては，異なる規律が妥当すると考えられるので，これを除いたものについて，分割履行部分の不履行があった場合に，当該部分についての契約解除，将来の履行部分についての不履行の予防措置請求等，当該部分と一定の関係がある他の部分についての契約解除ができるようにすべきであるとの考え方が示されている。このような考え方に基づく規定を設けるかどうかについて，その必要性に疑問があるとの指摘があることに留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料19 - 2第7，3(1) [76頁]】

【意見】

分割履行契約に関する規定を民法に設ける考え方には，反対意見が強い。

【理由】

「分割履行契約」という概念を用いて民法で規律することを支える立法事実があるとは認められない。

第6 1 法定債権に関する規定に与える影響

契約に関する規定の見直しが法定債権（事務管理，不当利得，不法行為といった契約以外の原因に基づき発生する債権）に関する規定に与える影響に関しては，損害賠償の範囲に関する規定（民法第416条）の見直しに伴い，不法行為による損害賠償の範囲に関する規律について，その実質的な基準の内容と条文上の表現方法を検討する必要があるという意見があるほか，債務不履行による損害賠償の帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合（前記第3，2(2)）における法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由の在り方，法律行為が無効な場合や契約が解除された場合等における返還義務の範囲（前記

第5, 3(2)及び第32, 3(2)と不当利得との関係, 不法行為による損害賠償請求権の期間制限(民法第724条)の在り方(前記第36, 1(2)エ), 委任に関する規定の見直し(前記第49)に伴う事務管理に関する規定の見直しの要否, 特定物の引渡しの場合の注意義務に関する規定(民法第400条)を削除した場合(前記第1, 2(1))における法定債権の注意義務に関する規定の要否などの検討課題が指摘されている。これらを含めて, 契約に関する規定の見直しが法定債権に関する規定に与える影響について, 更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第8[78頁]】

【意見】

法定債権に関する規定に与える影響については, 以下の各点に限らず, さらに検討すべきである。例えば, 過失相殺, 損益相殺については, 不法行為の規定に与える影響を検討すべきという意見がある。

この検討の際には, 今回の法改正では法定債権に関する抜本的な改正をしないことが前提であることから, 法定債権に関する規定の内容に実質的な影響を与えない措置を講ずるよう留意すべきである。

損害賠償の範囲

債務不履行による損害賠償責任の免責事由

無効な法律行為における返還義務の範囲と不当利得の見直し

不法行為による損害賠償請求権の期間の制限

委任の見直しに伴う事務管理の規定の見直し

特定物の引渡しの場合の注意義務

【理由】

法定債権に関する規定に与える影響については, 契約法に関する規定の内容に応じて検討すべき必要性・内容などが異なるため, 今後の審議の状況をみながら慎重に検討する必要がある。

今回の法改正では法定債権に関する抜本的な改正をしないことが前提であることから, 意図しない影響が生じる事態を避けることが望ましいから, 上記検討の際には, 法定債権に関する規定の内容に実質的な影響を与えない措置を講ずるよう留意する必要がある。

第62 消費者・事業者に関する規定

【部会資料20-2第1, 1[1頁]】

1 民法に消費者・事業者に関する規定を設けることの当否

(1) 今日の社会においては, 市民社会の構成員が多様化し, 「人」という単一の概念で把握することが困難になっており, 民法が私法の一般法として社会を支える役割を適切に果たすためには, 現実の人には知識・情報・交渉力等に

において様々な格差があることを前提に、これに対応する必要があるとの問題意識が示されている。これに対し、契約の当事者間に格差がある場合への対応は消費者契約法や労働関係法令を初めとする特別法に委ねるべきであり、一般法である民法には抽象的な「人」を念頭に置いて原則的な規定を設けるにとどめるべきであるとの指摘もある。以上を踏まえ、民法が当事者間の格差に対してどのように対応すべきかについて、消費者契約法や労働関係法令等の特別法との関係にも留意しながら、例えば下記(2)や(3)記載の考え方が示されていることを踏まえて、更に検討してはどうか。

【意見】

民法も現実の人に存する知識・情報・交渉力等の様々な格差に対応する必要があるとの考え方に賛成する意見が多い。

【理由】

現実の社会では、非対等の契約当事者間の取引の占める割合は大きい。民法が市民生活に関わる基本的な民事ルールを定める法律ということであれば、属性、知識・経験、情報の収集能力、交渉力等において格差のある当事者が契約を締結したときにその契約に拘束される正当化根拠や、非対等者間の場合には対等当事者間とは異なる考慮が働くということを示すことは有意義である。

(2) 上記(1)で述べた対応の在り方の一つとして、当事者間に知識・情報等の格差がある場合には、劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を規定すべきであるとの考え方がある(下記(3)の考え方を排斥するものではない。)。このような考え方の当否について、検討してはどうか。

【意見】

当事者間に知識・情報等の格差がある場合には劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を民法に規定すべきとの考え方に賛成する意見が多い。

【理由】

非対等者間の場合には対等当事者間とは異なる考慮が働くという原理を明示しておくことは有意義である。また、このような理念規定を置くことによって、消費者以外の社会的弱者(中小零細事業者など)に対しても消費者と同様の観点からの配慮をすべきことが明確にできる。

なお、抽象的な理念規定に加えて、契約当事者間に格差が存在する場合の具体的な格差是正規定を設けるべきであるとの意見もあった。

(3) また、上記(1)で述べた対応の他の在り方として、抽象的な「人」概念に加え、消費者や事業者概念を民法に取り入れるべきであるという考え方がある(上記(2)の考え方を排斥するものではない。)。このような考え方については、

現実の社会においては消費者や事業者の関与する取引が取引全体の中で大きな比重を占めていることや、消費者に関する法理を発展させていく見地から支持する意見がある一方で、法律の規定が複雑で分かりにくくなり実務に混乱をもたらすとの指摘、民法に消費者に関する特則を取り込むことにより消費者に関する特則の内容を固定化させることにつながるとの指摘、抽象的な規定が設けられることになり本来規制されるべきでない経済活動を萎縮させるとの指摘などが示されている。これらの指摘も考慮しながら、民法に「消費者」や「事業者」の概念を取り入れるかどうかについて、設けるべき規定の具体的内容の検討も進めつつ、更に検討してはどうか。

消費者や事業者に関する規定を設ける場合には、これらの概念の定義や、民法と特別法との役割分担の在り方が問題となる。「消費者」の定義については、消費者契約法上の「消費者」と同様に定義すべきであるとの考え方や、これよりも拡大すべきであるとの考え方がある。また、民法と特別法との役割分担の在り方については、消費者契約に関する特則（具体的な内容は後記2参照）や事業者に関する特則（具体的な内容は後記3参照）を民法に規定するという考え方や、このような個別の規定は特別法に委ね、民法には、消費者契約における民法の解釈に関する理念的な規定を設けるという考え方などがある。これらの考え方の当否を含め、消費者や事業者の定義や、これらの概念を取り入れる場合の民法と特別法の役割分担について、更に検討してはどうか。

【意見】

(1) 消費者契約に関する規定の要否

後述する法形式の問題はあるが、消費者契約に関する新たな特則規定の立法に賛成する意見が多い。

(2) 民法と消費者契約法との役割分担のあり方

上記のような消費者契約に関する特則規定については、民法改正と同時に（もしくはそれに先だって）民法の特別法である消費者契約で立法することが望ましいとする意見が多い。

もっとも、消費者保護に資するのであれば、消費者契約に関する特則規定を民法で定めることに賛成するという意見も多い。

なお、民法改正を機に、消費者契約法の私法実体規定を民法に取り込んで消滅させるという考え方（いわゆる統合論）には反対意見が多い。

(3) 消費者契約に関する規定の具体的内容

もし仮に民法に消費者契約に関する規定を設ける場合には、消費者契約の解釈に関する理念的な規定のみならず、特定の条項の適用除外など、個別の特則規定を設けることに賛成する意見が多い。

(4) 消費者の定義

消費者の定義を消費者契約法における定義よりも拡大することを検討すべきであるという意見が多い。

【理由】

(1) について

消費者契約に関する不当条項リストの拡充，期限の定めのある継続的契約における中途解約権の付与等の立法は，日本弁護士連合会が従前から法制化を求めている消費者保護施策である（2006年12月14日付け「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」）。また，もし万一今般の民法改正に伴って新たな制度が導入された場合には，消費者契約に関する適用除外を規定する必要性も否定できない（例・債権の消滅時効に関する変更合意など）。このように消費者に関する特則を法制化すべき必要性は高い。

(2) について

消費者契約に関する新たな特則規定については，社会実態に適合した迅速な法改正の必要性や消費者保護水準の低下への懸念等の観点から，民法よりも消費者契約法に規定した方が望ましい，法務省と消費者庁の協力によって，民法改正と同時に（もしくはそれに先だって）消費者契約法を改正する方法で立法することが望ましいという意見が多い。

また，民法改正を機に，消費者契約法の私法実体規定を民法に取り込んで消滅させるという考え方（いわゆる統合論）には反対意見が多い。

もっとも，消費者保護規定の早期立法化の必要性という観点や，民法改正による原則規定の立法と同時に消費者契約に関する例外規定の立法を実現する必要があるという観点から，既存の消費者契約法の私法実体規定とは別に消費者契約に関する特則規定を民法で立法化することを許容する（将来的には消費者契約法ないしそれを包含する消費者法典に吸収する方向で法典の整理を行うことを検討すべき）という意見もある。

(3) について

上述のとおり，民法に消費者契約に関する特則を設ける必要性が高い場合とは，何らかの事情で民法と消費者契約法との同時改正が難しい場合であると考えられるので，そのような場合には，消費者契約の解釈に関する理念的な規定のみならず，特定の条項の適用除外など個別の特則規定を民法に設けることを検討する必要があると考えられる。

(4) について

消費者と大差ない中小零細事業者など他の社会的弱者にも消費者に関する特則を適用できる余地を高めるために，消費者の定義を消費者契約法における定義よりも拡大することを検討すべきであるという意見が多い。

また，消費者と実質的に大差ない中小零細事業者などをできる限り保護できるよう，消費者の定義の拡大という方法論のほか，消費者概念の相対化や，格差契約一般に関する格差是正の理念規定を介した消費者保護規定の準用ないし類推適用といった方策も検討すべきであるという意見もある。

2 消費者契約の特則

仮に消費者・事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば、次のような事項について消費者契約（消費者と事業者との間の契約）に関する特則を設けるといふ考え方があるが、これらを含め、消費者契約に適用される特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

消費者契約を不当条項規制の対象とすること（前記第31）

消費者契約においては、法律行為に含まれる特定の条項の一部について無効原因がある場合に、当該条項全体を無効とすること（前記第32，2(1)）

消費者契約においては、債権の消滅時効の時効期間や起算点について法律の規定より消費者に不利となる合意をすることができないとすること（前記第36，1(4)）

消費者と事業者との間の売買契約において、消費者である買主の権利を制限し、又は消費者である売主の責任を加重する合意の効力を制限する方向で何らかの特則を設けること（前記第40，4(3)）

消費貸借を諾成契約とする場合であっても、貸主が事業者であり借主が消費者であるときには、目的物交付前は、借主は消費貸借を解除することができるものとする（前記第44，1(3)）

貸主が事業者であり借主が消費者である消費貸借においては、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることができる（前記第44，4(2)）

消費者が物品若しくは権利を購入する契約又は有償で役務の提供を受ける契約を締結する際に、これらの供給者とは異なる事業者との間で消費貸借契約を締結して信用供与を受けた場合は、一定の要件の下で、借主である消費者が供給者に対して生じている事由をもって貸主である事業者に対抗することができる（前記第44，5）

賃貸人が事業者であり賃借人が消費者である賃貸借においては、終了時の賃借人の原状回復義務に通常損耗の回復が含まれる旨の特約の効力は認められない（前記第45，7(2)）

受任者が事業者であり委任者が消費者である委任契約においては、委任者が無過失であった場合は、受任者が委任事務を処理するに当たって過失なく被った損害についての賠償責任（民法第650条第3項）が免責されること（前記第49，2(3)）

受託者が事業者であり寄託者が消費者である寄託契約においては、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合は、これによって受寄者に生じた損害についての賠償責任（民法第661条）が免責されること（前記第52，5(1)）

消費者契約の解釈について、条項使用者不利の原則を採用すること（前記第59，3）

継続的契約が消費者契約である場合には、消費者は将来に向けて契約を任意

に解除することができること（前記第60，2(3)）

【部会資料20 - 2第1，2 [11頁]】

【意見】

(1) 不当条項規制の特則（前記第31）

消費者契約を対象とした新たな不当条項規制・不当条項リストを立法することには賛成である。

上記のような消費者契約に関する特則規定については，民法改正と同時に消費者契約法を改正して立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも，消費者保護に資するのであれば，民法で定めることに賛成するという意見も多い。

(2) 全部無効の特則（前記第32 - 2 - (1)）

原則として，無効原因がある限度で一部無効になるにすぎず，残部の効力は維持される旨の一般的な規定を新たに設けることには賛成意見が強い。

また，上記の原則を規定する場合には，消費者契約における特則規定（消費者契約においては，法律行為に含まれる特定の条項の一部について無効原因がある場合に，当該条項全体を無効とする旨の例外規定）を設けることに賛成する意見が強い。

上記のような消費者契約に関する特則規定については，民法改正と同時に消費者契約法を改正して立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも，消費者保護に資するのであれば，民法で定めることに賛成するという意見も多い。

(3) 債権の消滅時効の特則（前記第36 - 1 - (4)）

合意による時効期間等の変更を原則として許容する立法については，反対する意見が強い。

もし仮に債権の消滅時効に関して当事者の合意により法律の規定と異なる時効期間や起算点を設定できるような原則規定を設ける場合には，消費者契約における特則規定（消費者契約においては，債権の消滅時効の時効期間や起算点について法律の規定より消費者に不利となる合意をすることができないとする旨の例外規定）を設けることに賛成する意見が強い。

上記のような特則規定については，民法改正と同時に消費者契約法を改正して立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも，消費者保護に資するのであれば，民法で定めることに賛成するという意見も多い。

(4) 売買の特則（前記第40 - 4 - (3)）

消費者契約である売買契約において，消費者である買主の権利を制限したり，消費者である売主の責任を加重する条項の効力制限規定を設けることには賛成であるという意見が多い。

むしろ，消費者の権利制限規定や責任加重規定については，売買契約に限らず他の契約類型においても不当条項規制の対象とすべきではないかという意見が多い。

また，上記のような消費者契約に関する特則規定については，民法改正と同時に消費者契約法を改正して立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも，

消費者保護に資するのであれば、民法で定めることに賛成するという意見も多い。

(5) 消費貸借契約の特則 - 目的物交付前の解除権（前記第44-1-3）

そもそも消費貸借について民法のデフォルトルールを諾成契約とすることは慎重に検討すべきである。

もし仮に民法のデフォルトルールを諾成契約とする場合には、消費者契約に関する特則規定（貸主が事業者であり借主が消費者であるときには、目的物交付前は、借主は消費貸借を解除することができる旨の例外規定）を設けることに賛成する意見が強い。

また、借主が消費者であるか事業者であるかを問わず、目的物の交付前においては契約に拘束されないことをデフォルトルールとすることに賛成する意見も強い。

上記のような消費者契約に関する特則規定については、民法改正と同時に消費者契約法を改正して立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも、消費者保護に資するのであれば、民法で定めることに賛成するという意見も多い

(6) 消費貸借契約の特則 - 期限前弁済

貸主が事業者であり、借主が消費者である場合には、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることができる旨の特則規定を設けることに賛成である。

むしろ、借主の範囲を消費者に限定せずに、事業者に拡張することについても、賛成意見が強い。

上記のような消費者契約に関する特則規定については、民法改正と同時に消費者契約法を改正して立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも、消費者保護に資するのであれば、民法で定めることに賛成するという意見も多い。

(7) 消費貸借契約の特則 - 抗弁接続（前記第44-5）

消費者契約たる消費貸借契約について抗弁の接続を認める特則規定の立法には賛成する意見が強い。

むしろ、抗弁接続を認める特則規定については、主体を「消費者」に限定すべきではない、対象を「消費貸借契約」に限定せずに第三者与信型の「販売信用取引」にも広く適用されるべきである、販売業者と与信業者の合意を要件とすることには反対であるとの意見も強い。

上記1のような消費者契約に関する特則規定については、民法ではなく消費者特別法において立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも、消費者保護に資するのであれば、民法で定めることに賛成するという意見も多い。

(8) 賃貸借契約の特則（前記第45-7）

賃貸人が事業者であり、賃借人が消費者である賃貸借においては、終了時の賃借人の原状回復義務に通常損耗の回復が含まれる旨の特約を無効とする特則規定を定めることには賛成する意見が強い。

むしろ、賃借人が消費者である場合に限定することなく強行規定とすべきという意見も有力である。

上記のような消費者契約に関する特則規定については、民法改正と同時に消

費者契約法を改正して立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも、消費者保護に資するのであれば、民法で定めることに賛成するという意見も多い。

(9) 委任契約の特則（前記第49-2-(3)）

現民法650条3項規定の委任者の無過失責任につき、消費者契約である委任契約について消費者である委任者が無過失を立証すれば免責を認める特則規定を設けることには賛成であるという意見が強い。

また、民法に置くか否かについては、委任者の無過失責任の例外を消費者契約に限るか否かは、ことの是非などを、慎重に検討すべきである。

上記のような消費者契約に関する特則規定については、民法改正と同時に消費者契約法を改正して立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも、消費者保護に資するのであれば、民法で定めることに賛成するという意見も多い。

(10) 寄託契約の特則（前記第52-5-(1)）

無償寄託についてのみ無過失責任を負わせる考え方については賛成意見が強い。

受寄者が事業者で、寄託者が消費者である場合に限定して、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されることとする考え方については賛成意見が強い。

上記のような消費者契約に関する特則規定については、民法改正と同時に消費者契約法を改正して立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも、消費者保護に資するのであれば、民法で定めることに賛成するという意見も多い。

(11) 条項使用者不利の原則（前記第59-3）

約款または消費者契約に含まれる条項について条項使用者不利の原則を定めることには賛成する意見が多い。

上記のような消費者契約に関する特則規定については、民法改正と同時に消費者契約法を改正して立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも、消費者保護に資するのであれば、民法で定めることに賛成するという意見も多い。

(12) 継続的契約の中途解約権の特則（前記第60-2-(3)）

継続的契約の解除に関する規定については、具体的な類型に応じて共通する内容を適切に規律できるか否かという観点から、さらに検討すべきである。

継続的契約が消費者契約である場合に消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができるという特則規定の立法化には賛成である。

上記のような消費者契約に関する特則規定については、民法改正と同時に消費者契約法を改正して立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも、消費者保護に資するのであれば、民法で定めることに賛成するという意見も多い。

【理由】

(1) について

消費者契約に関する不当条項規制・不当条項リストの拡充のための消費者契約法の早期改正は、日本弁護士連合会が従前から求めているところである（2006年12月14日付け「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」）。

しかし、上記のような特則規定の立法の形式については、消費者契約での立法

に賛成する見解と民法での立法に賛成する見解が存在する。

(2) について

当事者の意思からすれば、無効となる部分以外の残部では有効とする方が意思に適う場合もあり、そのような場合も全部無効を原則とすれば、過度に契約関係に介入することになる。

ただし、消費者契約の場合には、事業者が契約条項を一方的に作成するのが常であるから、一部無効が認められると不当条項が流布するのを防止できない可能性がある。そのような残部の効力を維持することが当該条項の性質から相当でないと思われられる場合については、全部を無効とする旨の例外規定を設けるべきである。

上記のような特則規定の立法の形式については、消費者契約での立法に賛成する見解と民法での立法に賛成する見解が存在する。

(3) について

合意による時効期間等の変更については、交渉力に劣る当事者への配慮が行われることを条件にこれを許容することができるという考え方も存するが、消滅時効はあくまでも公序であって、当事者の合意により定めることができる事項ではなく、これを認めることにより、力関係による不当な結論が生じる恐れ、濫用の恐れ等の弊害も認められるため、反対意見が強い。

また、当事者間が権利行使期間を合意することにより、適切に実質的には同様の効果を生ぜしめることも可能であるのだから、実務的な必要には対応できるのであって、交渉力に劣る当事者への配慮については、契約に関する不当条項への規制で対応することも可能であるから、公序たる時効の合意による変更を制度として認めるべきではない。

もし仮に債権の消滅時効に関して当事者の合意により法律の規定と異なる時効期間や起算点を設定できるようにするのであれば、事業者から消費者に対して不利益な契約条項が押しつけられたりしないよう、消費者契約においては法律の規定より消費者に不利となる合意変更はできないという特則規定を設けることに賛成であるという意見が強い。

上記のような特則規定の立法の形式については、消費者契約での立法に賛成する見解と民法での立法に賛成する見解が存在する。

(4) について

消費者である買主の権利を制限したり、消費者である売主の責任を加重する条項の効力制限規定には賛成であるという意見が多い。

むしろ、売買契約に限らず、消費者の権利の制限規定や責任加重規定については、他の契約類型でも広く不当条項規制で対応すべきではないかという意見が多い。

上記のような特則規定の立法の形式については、消費者契約での立法に賛成する見解と民法での立法に賛成する見解が存在する。

(5) について

そもそも民法のデフォルトルールを諾成契約とすることについては慎重に検討

すべきである。

もし仮に消費貸借について民法のデフォルトルールを諾成契約とする場合には、消費者保護の観点から、貸主が事業者であり借主が消費者であるときには、目的物交付前は、借主は消費貸借を解除することができる旨の消費者契約に関する特則規定を設けることに賛成する意見が強い。また、借主が消費者であるか事業者であるかを問わず、目的物の交付前においては契約に拘束されないことをデフォルトルールとすることについて、賛成する意見も強い。

■上記のような特則規定の立法の形式については、消費者契約での立法に賛成する見解と民法での立法に賛成する見解が存在する。

(6) について

消費者借主が、期限前弁済による事業者の損害をそのまま負担させられることは酷であり、消費者保護に資するという観点から、貸主が事業者であり、借主が消費者である場合には、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることができる旨の特則規定を設けることには賛成である。

むしろ、消費者に限らず、借主はいつでも返還できることを原則とするべきであるとする意見が多い。

上記のような特則規定の立法の形式については、消費者契約での立法に賛成する見解と民法での立法に賛成する見解が存在する。

(7) について

消費者被害を防ぐためには、少なくとも消費者契約に関する抗弁の接続の規定は拡充されるべきであるという意見が強い。

なお、抗弁の接続については、主体を「消費者」に限定するべきではない。また、対象を「消費貸借契約」に限定せずに、第三者与信型の「販売信用取引」にも広く適用されるべきである。さらに、販売業者と与信業者の合意を要件とすることには反対である。

上記のような特則規定の立法の形式については、消費者契約での立法に賛成する見解と民法での立法に賛成する見解が存在する。

(8) について

消費者である賃借人を保護すべきことを理由として賛成する意見が強い。

さらに、この考え方を進めて、中小の零細事業者が賃借人である場合も保護すべきではないかという観点や、賃貸借契約の締結後に賃貸人や賃借人の属性が変更になった場合に合理的な取扱いとなるか疑義がある等の理由で、当事者の属性にかかわらず強行規定とすべきという意見も有力である。また、居住用の賃貸借に限って強行規定とすべきという意見もある。

上記のような特則規定の立法の形式については、消費者契約での立法に賛成する見解と民法での立法に賛成する見解が存在する。

(9) について

消費者が委任者である場合には委任者が無過失を立証すれば免責を認める規定の立法化には賛成である。

もっとも、上記のような免責規定を消費者契約に限定すべきではないとい

う見解もある。

上記のような消費者契約の特則規定の立法の形式については、消費者契約での立法に賛成する見解と民法での立法に賛成する見解が存在する。

(10) について

多くが好意によってされる無償寄託において、寄託物の性質又は瑕疵によって受寄者に生じた損害の賠償責任につき、寄託者の無過失責任とすることに異論はない。他方、有償寄託の場合、受寄者の多くは寄託物を受け入れる設備を備えた事業者であり、寄託物の性質につき知識を有しているのが一般的であると考えられる一方、寄託者は(消費者か否かに関わらず)必ずしも知識を有しているとは限らないため、寄託者に無過失責任を課するのは酷な場合もありうる。

この意見に対し、有償寄託においては、受寄者は、寄託物を保管するための設備を有する事業者であることがほとんどであり、寄託物の性質等につき寄託者より詳しい知識を有する場合も多いであろうし、また、保険により危険を分散できる立場にあると思われる。逆に、寄託物の保管場所の状況次第によっては、大きな損害が発生するおそれもあり、それについて寄託者に無過失責任を課するのは酷という場合もあるとの点から、民法661条の規律を維持すべきとの意見があった。

受寄者が事業者で、寄託者が消費者である場合には、消費者は、寄託物の性質について詳しくない場合が多い反面、受寄者である事業者は、寄託物についての詳しい知識を有する場合が多いので、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されることとすべきであるという意見が強い。これに対し、「消費者に準じる小規模零細法人が事業外取引」として行った場合については、寄託者が寄託物の性格等を十分に知らない可能性があるので、無過失責任を課さずに、立証責任の転換に留めるべきであるとの意見もあった。

上記のような特則規定の立法の形式については、消費者契約での立法に賛成する見解と民法での立法に賛成する見解が存在する。

(11) について

条項の意義を明確にする義務は条項使用者(あらかじめ当該条項を準備した側の当事者)にあり、約款や消費者契約に含まれる条項の意味が、一般的な手法で解釈してもなお多義的である場合には、条項使用者にとって不利な解釈を採用するのが信義則の要請に合致するとの意見が多い。

上記のような特則規定の立法の形式については、消費者契約での立法に賛成する見解と民法での立法に賛成する見解が存在する。

(12) について

信託関係破壊がなければ解除できないとし、さらに信託関係破壊が著しいときは無催告解除を認めるという規定を設けることは、下級審裁判例(東京高判平成6年9月14日判時1507号43頁等)の傾向を明文化するという合理的な側面がある。しかし、判例法理とまで評価できるか否か、「信託関係の破壊」の有無や程度を基準とすることが常に適切なのか、「信託関係の破壊」及び「著しいとき」を具体化する判断要素は何かなどの疑問があるので、慎重な検討が必要である。

もっとも、継続的契約が消費者契約である場合について、消費者に任意解除権を付与すべきであるという立法提案は日本弁護士連合会が従前から行っているところであり、その立法化には賛成である（2006年12月14日付け「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」）。

上記のような特則規定の立法の形式については、消費者契約での立法に賛成する見解と民法での立法に賛成する見解が存在する。

3 事業者に関する特則

(1) 事業者間契約に関する特則

仮に事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば、次のような事項について事業者と事業者との間の契約に適用される特則を設けるべきであるという考え方がある。これらを含め、事業者間契約に関する特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

事業者間契約は、債務者が催告に応じなければ原則として契約を解除することができ、重大な契約違反に該当しないことを債務者が立証した場合に限り、解除が否定されるとすること（前記第5，1(1)）

事業者間の定期売買においては、履行を遅滞した当事者は相手方が履行の請求と解除のいずれを選択するかの確答を催告することができ、確答がなかった場合は契約が解除されたものとみなすこと（前記第40，4(4)）

事業者間の売買について買主の受領拒絶又は受領不能の場合における供託権、自助売却権についての規定を設け、目的物に市場の相場がある場合には任意売却ができることとする（前記第40，4(4)）

【部会資料20-2第1，3(1) [14頁]】

【意見】

(1) 総論

事業者間契約に関する特則を設けることにつき、慎重に検討すべきである。

（なお、以下の各論の意見は、規定を設けるとした場合に備えての意見であり、規定を設けることを当然の前提としたものではないので、付言する）

(2) 各論（中間論点整理(1)- ~ ）

慎重に検討すべきである。

商法525条の枠組みを変更することには賛成意見が多いが、かかる規定を適用範囲を商人から事業者に拡大するか、及び民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかにつき、慎重に検討すべきである。

商法524条に加えて、目的物に市場の相場がある場合に任意売却を許容することには賛成意見が多いが、かかる規定を適用範囲を商人から事業者に拡大するか、及び民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかにつき、慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

事業者間契約に関する特則を設けることは、明文化により法律関係を明確化できる側面もあるものの、個々の規定の必要性・合理性は慎重に検討される必要がある。

また、そもそも、こうした事業者間に関する規定については、事業者概念を導入するかについては慎重に検討すべきであるのはもとより、特に、商人ではない事業者や、消費者に近い事業者について、高度の義務を負わせることは、過大な負担となる可能性があり、商人から非商人である事業者に適用範囲を拡大してよいか慎重に検討すべきである。

さらに、改正するとしても民法ではなく商法におくべき（商法の改正に止めるべき）との意見も強い。

したがって、事業者間契約に関する特則を設けるか、どのような規定とするか、規定を設ける場合に民法と商法その他の特別法のいずれに規定するか、慎重な検討を要する。

(2) について

結果として、事業者間契約における催告解除について、債務者が重大な契約違反を立証した場合に初めて解除が否定されるという立証責任の分配となること自体は、事業者間取引の迅速性の観点からは、妥当であるとは考えられる。

しかしながら、そもそも、その前提として、（事業者間契約ではない一般原則において）解除制度を重大な契約違反による解除に構成しなおすかどうか慎重に検討されるべきである。

また、一般原則において、催告解除が原則とされるべきである。

更には、事業者間契約において一般原則と異なる規定を設けること自体についても、慎重な検討を要するところである。

一般原則における付随義務違反の場合の解除につき、どのような構成とするかが重要な前提問題である。

こうした規定を設けるとしても、かかる規定を民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかも問題である。

以上の観点から、事業者間契約における催告解除につき、重大な契約違反の立証責任を事業者に負担させるとの特則を設けることは、慎重に検討すべきである。

商法525条は、商人間の定期売買について不履行がある場合には直ちに履行請求した場合を除き契約を解除したものとみなすとしている。

まず、かかる改正の必要性があるかについては、債務不履行の相手方に解除権を行使するか否かの選択権を与えつつ、商法525条の相手方の投機的行動を防止するとの観点から、かかる規定を改正して、原則現行民法542条の定期行為の解除の規定によりつつ、履行遅滞した当事者から相手方に解除するかの催告権を与え、確答がなければ契約が解除されたものとみなすとする枠組みに変更することについては、取引の迅速性の観点から、賛成意見も多い。

しかしながら、かかる修正した規定の適用範囲を商人から事業者に拡大することについては、経済的利益に関する敏感さに商人と事業者では差があり、必ずし

も商人と商人でない事業者を同一に評価することはできないことから、慎重に検討すべきである。

また、かかる規定を民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかも問題であり、慎重に検討すべきである。

商法524条は、商人間の売買における買主の受領拒絶又は受領不能の場合の供託権、自助売却権を規定しているが、これに加えて目的物に市場の相場がある場合に任意売却できるとすることには、売買の簡易迅速の観点から賛成意見が多い。

しかしながら、かかる規定の適用範囲を商人から事業者に拡大することについては、必ずしも商人と商人でない事業者を同一に評価することはできないことから、経済的利益に関する敏感さに商人と事業者では差があり、必ずしも商人と商人でない事業者を同一に評価することはできないことから、慎重に検討すべきである。

また、かかる規定を民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかも問題であり、慎重に検討すべきである。

(2) 契約当事者の一方が事業者である場合の特則

仮に事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば、次のような事項について、契約の一方当事者が事業者であれば他方当事者が消費者であるか事業者であるかを問わずに適用される特則を設けるべきであるとの考え方があり、これらを含め、契約当事者の一方が事業者である場合の特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

債権者が事業者である場合には、特定物の引渡し以外の債務の履行は債権者の現在の営業所（営業所がないときは住所）においてすべきであるとする（前記第17、6(2)）

事業者が事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示した場合に、提示された事項によって契約内容を確定することができるときは、その提示を申込みと推定すること（前記第24、2(2)）

事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合には、申込みとともに受け取った物品を保管しなければならないとする（前記第24、7）

買主や注文者が事業者である場合においては、売主や請負人の瑕疵担保責任の存続期間の起算点を瑕疵を知り又は知ることができた時とすること（前記第39、1(6)、第48、5(5)）

賃貸人が事業者である場合においては、賃貸借の目的物の用法違反に基づく損害賠償を請求すべき期間の起算点を損傷等を知り又は知ることができた時とすること（前記第45、7(3)ア）

寄託者が事業者である場合においては、返還された寄託物に損傷又は一部滅失があったことに基づく損害賠償を請求すべき期間の起算点を損傷等を知り又は知ることができた時とすること（前記第52、6）

役務提供者が事業者である場合は、無償の役務提供型契約においても注意義務の軽減を認めないとする（前記第50，2）

宿泊事業者が宿泊客から寄託を受けた物品について厳格責任を負う原則を維持しつつ（商法第594条第1項参照）、高価品について損害賠償額を制限するには宿泊事業者が価額の明告を求めたことが必要であるとし、また、正当な理由なく保管の引受を拒絶した物品についても寄託を受けた物品と同様の厳格責任を負うとする（前記第52，11）

【部会資料20-2第1，3(2) [16頁]】

【意見】

(1) 総論

契約当事者の一方が事業者である場合の特則を設けることにつき、慎重に検討すべきである。

（なお、以下の各論の意見は、規定を設けるとした場合に備えての意見であり、規定を設けることを当然の前提としたものではないので、付言する）

(2) 各論（中間論点整理(2)- ~ ）

商法516条の適用範囲を事業者に拡大することには賛成意見が多いが、民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかにつき、慎重に検討すべきである。

慎重に検討すべきである。

慎重に検討すべきである。

（代替案）

商法510条につき、適用範囲を商人から事業者に拡大するか、及び民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかにつき、慎重に検討すべきである。

慎重に検討すべきである。

慎重に検討すべきである。

慎重に検討すべきである。

（準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるか否かについては、慎重に検討すべきとの意見である前提で）役務提供者が事業者である場合は、無償の役務提供型契約においても注意義務の軽減を認めないとするは、慎重に検討すべきである。

慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

契約当事者の一方が事業者である場合の特則を設けることは、明文化により法律関係を明確化できる側面もあるものの、個々の規定の必要性・合理性は慎重に検討される必要がある。

特に、商人ではない事業者や、消費者に近い事業者について、高度の義務を負わせることは、過大な負担となる可能性があり、商人に対する商法上の規定から、非商人である事業者に適用範囲を拡大することが妥当か、慎重に検討すべきであ

る。また、こうした事業者間に関する規定は、民法ではなく商法におくべきとの意見も強い。

したがって、事業者間契約に関する特則を設けるか、どのような規定とするか、非商人たる事業者に適用範囲を拡大するか、規定を設ける場合に民法と商法その他の特別法のいずれに規定するか、慎重な検討を要する。

(2) について

商法516条の特定物の引渡し以外の債務の履行は債権者の現在の営業所（営業所がないときは住所）としているところ、かかる規定の適用範囲を商人から事業者に拡大することについては、商法516条の趣旨に照らせば事業者においても取引実態に合致することから、賛成意見が多い。

しかしながら、商法516条の趣旨を事業者に適用するとしても、かかる規定を民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかも問題であり、慎重に検討すべきである。

事業者からの不特定の者に対する提示を申込みと推定することについては、消費者に有利に働く場面もありうる。しかしながら、従来申込みの誘因とされていたものが申込みと推定されてしまうことが想定されること、消費者としては、事業者からの不特定の者に対する提示を、必ずしも申込みと信頼しているわけではないこと、反社会的勢力からの契約を排除できなくなる可能性があることから、反対意見もある。

また、仮に規定を設けるとしても、非商人である事業者に適用範囲を拡大することが妥当か慎重に検討すべきであるし、かかる規定を民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかも問題である。

こうした点からは、事業者からの不特定の者に対する提示を申込みと推定することについて、慎重に検討すべきである。

なお、原則としては事業者からの不特定の者に対する提示を申込みと推定しないとしても、特定の契約類型（ネットオークション等）については、申込と推定したほうが望ましい類型がありうるとの、意見があった。

また、事業者からの不特定の者に対する提示を申込みと推定する場合でも、承諾者側の正当な期待を保護すべきであり、申込者側に有利に解釈・援用されないような配慮が必要であるとの、意見があった。

そもそも、商法510条については、申込を受けた者がそれと同時に物品を受け取った場合には、一方的に送付されたものであっても、商人間の取引であるからとして保管義務を申込み受領者に負担させるものであり、それ自体、合理性に疑問を呈されているところであり、商法510条の適用範囲は、（継続的取引の類型に該当しないとしても）継続的な取引関係にある当事者間のみ適用されるべきとの意見がある。

そのため、商法510条の適用範囲を商人から非商人を含む事業者に拡大することの当否についても、慎重に検討すべきである。

また、仮に規定を設けるとしても、かかる規定を民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかも問題である。

(ア)本論点の検討の前提

a 売買・請負の担保責任の期間制限については、日弁連意見は、消滅時効の一般原則に委ねるべき、短期期間制限は廃止すべきである、のが前提である。

b 本論点は、中間論点整理では、短期期間制限を維持する場合の（通知義務履行の）期間制限の起算点の問題との趣旨か、不明確。ただし、消滅時効の一般原則に委ねた場合の時効の起算点の問題ともなりうる。

(イ)本論点の前提としての商法526条に基づく検討

a 売買においては、商法526条に比較して、（商人ないし事業者である）買主に検査義務・通知義務を課することは反対しないとしても、かかる検査通知義務の適用範囲を商人から事業者に拡大することには、慎重に検討すべきである。

b 請負においては、買主が商人ないし事業者であっても、検査・通知義務を課するのは、反対である。何故なら、買主が商人ないし事業者であっても、買主が、当該請負業務（Ex.工事）の専門家ではなく、瑕疵を発見する能力に欠けるからである。

c なお、商法526条2項の6か月を超えて瑕疵を発見した場合には、担保責任の追及が出来なくなるとの規定は、廃止されるべきである。

(ウ)期間制限の起算点について

（前提：本論点の位置づけ）

日弁連の立場からは、買主が事業者(商人)である場合消滅時効の起算点の問題と考えられる。又は、消滅時効構成の下で、事業者(商人)に検査・通知義務を課した場合の、検査通知義務の起算点の問題とも考えられる。）

（短期期間制限を維持する場合は、その起算点としての問題である）

売主や請負人の瑕疵担保責任の存続期間の起算点を、（現行商法526条2項において「瑕疵を発見した時」となっているのに対して）、「瑕疵を知り又は知ることができた時」とすることについては、慎重な検討を要する。

売買等の迅速性の観点からは、「瑕疵を発見した時」だけではなく、「瑕疵を知り又は知ることができた時」に、起算点を変更することにも、合理性があるとも考えられる一方で、「発見したとき」より前倒しになり、買主の責任を加重することとなることから、慎重な検討を要する。

（特に、期間制限を消滅時効の一般原則に委ね、一般原則について主観的起算点を採用する場合には、「知ることができた時」は、主観的起算点として明確性に欠けるから、慎重な検討を要する。）

さらに、仮にかかる変更が合理性が認められるとしても、商人ではない事業者についても適用を認め、適用範囲を商人から事業者に拡大することの当否についても、慎重に検討すべきである。

また、仮に規定を設けるとしても、かかる規定を民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかも問題である。

d 商法526条2項につき、「直ちに」を「遅滞なく」と変更することには、特に反対はしない。

e 商法526条の内容を改正するとしても、改正した規定につき、商人のみならず、非商人を含む事業者まで適用範囲を広げるか、かかる規定を民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかも問題である。

参照

参照

(そもそも、準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるか否かについては、その必要性も含め問題があり、慎重に検討すべきである。)

これらの点について、準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設け、かつ事業者概念を導入するとしても、役務提供者が事業者である場合は、無償の役務提供型契約においても注意義務の軽減を認めないとするについては、事業者であれば、比較的高度な義務である善管注意義務を課すべきであるとも考えられる一方、(本論点に限定しても)商人ではない事業者や、消費者に近い事業者について、高度の義務を負わせることは過大な負担になる可能性もあることから、慎重に検討すべきである。

商法594条第1項の規定について、適用対象を場屋営業者から商人ではない宿泊事業者へ拡大することについては、商人ではない宿泊事業者に過度な厳格責任を課するのが妥当か問題があり、慎重に検討すべきである。商人ではない宿泊事業者に対する規定、責任のあり方を検討すべきである。

また、(事業者に適用範囲を拡大するかしないか、いずれにしても)かかる宿泊業者ないし場屋営業者に関する規定を民法に規定する必要は必ずしも認められず、民法に規定するか、特別法に規定するか、慎重に検討すべきである。

規定を設けるとした場合の規定の内容については、賛成意見が多い。

(3) 事業者が行う一定の事業について適用される特則

仮に事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば次のような事項については、事業者が行う事業一般に適用するのでは適用対象が広すぎ、反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われているものを指す「経済事業」という概念によって規定の適用範囲を画すべきであるという考え方がある。「経済事業」という概念を用いて規定の適用範囲を画することの当否や、経済事業に適用される特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときは、特段の合意がない限り、その保証は連帯保証とすること(前記第12, 6(1))

事業者間において貸主の経済事業の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合は、特段の合意がない限り利息を支払わなければならないとすること(前記第44, 2)

事業者が経済事業の範囲内において受任者、役務提供者(役務提供型契約の受皿規定(前記第50参照)を設ける場合)又は受寄者として委任契約、役務提供型契約又は寄託契約を締結した場合は有償性が推定されること(前記第49, 3(1), 第50, 4(1), 第52, 5(2))

事業者がその経済事業の範囲内において寄託を受けた場合は、無償の寄託においても受寄者の注意義務の軽減を認めないとする(前記第52, 3)

組合員の全員が事業者であって、経済事業を目的として組合の事業が行われる場合は、組合員が組合の債権者に対して負う債務を連帯債務とすること(前記第53, 2)

【部会資料20 - 2第1, 3(3) [20頁]】

【意見】

(1) 総論

事業者概念を導入することについては慎重に検討すべきである。

事業者概念を導入した場合に、さらに、「経済事業」という概念で適用範囲を画することについては、反対である。

(2) 各論(中間論点整理(3)- ~)

慎重に検討すべきである。

慎重に検討すべきである。

慎重に検討すべきである。

慎重に検討すべきである。

慎重に検討すべきである。

【理由】

(1) について

そもそも商人と事業者には、経済的利益に対する機敏さに差があり、商人に対する規定を事業者に適用範囲を拡大してよいか問題があり、商人に関する規定を商法に規定すれば足りるのではないか、それを越えた規定の必要があるのか、の視点から検討すべきである。

経済事業の概念を導入することについては、事業者一般では広すぎるとしても、経済事業の定義である「収支相償う」ということ自体不明確であり、経済事業の概念で適正な適用範囲を確定できるとは言えない。また、経済事業に該当するか否かの判断も困難である。その意味では、「経済事業」の概念の導入には、反対である(少なくともこうした視点に留意しつつ、個々の規定において、具体的な必要性、合理性について慎重に検討すべきである)。

また、「経済事業」の概念で画一的な規定を設けるのではなく、個々の規定において、適用対象となる事業の範囲の制限を個別に規定すれば足りるとの考え方もあることから、こうした視点も留意しつつ、検討すべきである。

(2) について

商法511条2項については、債権者にとって商行為であれば、保証人が非商人であっても連帯保証となるとの判例については、学説の批判が多いところであり、かかる点を、連帯保証人が商人(ないし事業者)の場合に限定する、という

趣旨の範囲では、賛成できる。

しかしながら、債務者側に限定したとしても、事業者に適用範囲を拡大することについては、商人と異なる事業者に重い負担を負わせてもよいか問題がある。

「事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたとき」とは、表現がやや不明確であり、正確には、「経済事業を行う事業者が、当該経済事業の範囲内で（あるいは当該経済事業のために）保証をしたとき」というべきであろうが、かかる場合においては、そもそも「経済事業」との言葉で、適用範囲を適正に画することができるか問題であるし、「経済事業」の場合に連帯保証とすべきとの必要性が認められるか、立法事実があるか、慎重に検討すべきである。

また、実務では通常連帯保証の特約を設けることがほとんどであり、こうした点からも、（仮に規定を設けるとした場合も含めて）、かかる規定を敢えて民法に設ける必要があるかは、慎重に検討すべきである。

（商人を対象として、商法の改正にとどまれば足りるとの考え方もありうる。）

商人のみならず、事業者概念ないし経済事業の概念を採用した場合に、事業者間において、貸主の経済事業の範囲内での金銭消費貸借がなされた場合に、特則として、特段の合意がない限り利息を支払わないとする規定を設けることは、考えられるところではある。

しかし、そもそも、それ以前の問題として、事業者概念及び経済事業の概念を採用するかどうか、その規定を商人から事業者に（すなわち、非営利である事業者にまで）適用範囲を拡大してよいかどうか、かかる規定を敢えて民法に設ける必要があるか（商人を対象として、商法の規定で足りるのではないか）問題があるから、慎重に検討すべきである。

事業者概念ないし経済事業の概念を採用した場合に、商人のみならず、事業者において、事業者が経済事業の範囲内において受任者、役務提供者（役務提供型契約の受皿規定（前記第50参照）を設ける場合）又は受寄者として委任契約、役務提供型契約又は寄託契約を締結した場合は有償性が推定されるとする特則を設けることは、考えられるところではある。

しかしながら、そもそも、それ以前の問題として、事業者概念及び経済事業の概念を採用するかどうか、その規定を商人から事業者に（すなわち、非営利である事業者にまで）適用範囲を拡大してよいかどうか、かかる規定を敢えて民法に設ける必要があるか（商人を対象として、商法の規定で足りるのではないか）問題があるから、慎重に検討すべきである。

事業者概念ないし経済事業の概念を採用した場合に、商人のみならず、事業者において、事業者がその経済事業の範囲内において寄託を受けた場合は、無償の寄託においても受寄者の注意義務の軽減を認めないとする特則を設けることは、考えられるところではある。

しかしながら、そもそも、それ以前の問題として、事業者概念及び経済事業の概念を採用するかどうか、その規定を商人から事業者に（すなわち、非営利である事業者にまで）適用範囲を拡大してよいかどうか、かかる規定を敢えて民法に設ける必要があるか（商人を対象として、商法の規定で足りるのではないか）問

題があるから、慎重に検討すべきである。

事業者概念ないし経済事業の概念を採用したとしても、組合員の全員が事業者であって、経済事業を目的として組合の事業が行われる場合であっても、組合は千差万別であり、消費者と変わらない組合員で構成される組合もあるから、商法511条1項ないし2項のような規定を、商人ではない事業者に適用することには、慎重な検討を要する。

そして、そもそも、それ以前の問題として、事業者概念及び経済事業の概念を採用するかどうか、その規定を商人から事業者に（すなわち、非営利である事業者にまで）適用範囲を拡大してよいかどうか、かかる規定を敢えて民法に設ける必要があるか（商人を対象として、商法の規定で足りるのではないか）問題があるから、慎重に検討すべきである。

第63 規定の配置

民法のうち債権関係の規定の配置については、法律行為の規定を第3編債権に置くべきであるという考え方の当否、時効の規定のうち債権の消滅時効に関するものを第3編債権に置くべきであるという考え方の当否、債権総則と契約総則の規定を統合するという考え方の当否、債権の目的の規定を適切な場所に再配置する考え方の当否、典型契約の配列について有償契約を無償契約より先に配置する考え方の当否、第三者のためにする契約や継続的契約に関する規定（前記第26及び第60）等、各種の契約類型に横断的に適用され得る規定の配置の在り方等の検討課題が指摘されている。これらを含めて、民法のうち債権関係の規定の配置について、配置の変更により現在の実務に与える影響、中長期的な視点に立った配置の分かりやすさの確保、民法の基本理念の在り方等の観点に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料20 - 2第2 [24頁]】

【意見】

法律行為の規定を第3編債権に置くべきであるという考え方に反対である。

時効の規定のうち債権の消滅時効に関するものを第3編債権に置くべきであるという考え方に反対である。

債権総則と契約総則の規定を統合するという考え方に反対である。

債権の目的の規定を適切な場所に再配置する考え方に賛成である。

典型契約の配列について有償契約を無償契約より先に配置する考え方に賛成である。

第三者のためにする契約や継続的契約に関する規定（前記第59及び第60）等、各種の契約類型に横断的に適用され得る規定の配置の在り方等の検討に賛成である。

【理由】

パンデクテンシステムが日本民法だけでなく、ドイツ民法にも採用されている

ように、それ自体不合理なものでない。

どのような規定の定め方をしても、おそらく法律を全く知らない人が法律の規定を探したり、初めて勉強する人が理解するのは、容易ではない。法律の初学者に教える場合は、教育効果から考えた教え方をすることで充分であり、民法の規定の順番に拘束される必要はない。

請負だけを必要とする人にとっては、請負のところに権利能力に関する定め、意思表示、契約成立に関する定め、債務不履行に関する定めなど全てが定められていることが使いやすい。しかし、その様な民法典を作るのは困難である。

法律行為の規定は、物権法、親族法、相続法にも適用になるものであり、総則に定めておくのがよい。抵当権設定契約でも法律行為の規定は問題となり、法律行為の規定を債権法におくと債権法と物権法をみることとなり、煩雑さに変わらない。

時効についても時の経過による権利変動として総則に定めておくのがよい。物権の消滅時効と債権の消滅時効が異なる場所にあるのは探しにくい。

債権総則は法定債権の総則でもあり、債権総則と契約総則を一体化すると法定債権に関する債権総則に定めてある事項について探しにくくなる。

債権の目的について、しかるべく位置に置くことに反対しないが、おそらく、総則に置くか債権総則に置くことになると思われる。

無償契約より有償契約の方が法律問題になることが多いことから有償契約を先に定めることに賛成する。

全ての典型契約に共通の特殊な契約（継続的契約、第三者のためにする契約）の特則をどこに配置するか検討する必要があるが、基本的には、契約に関する共通事項として契約総則に定めるのが落ち着きがよいと考える。

以上