

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

**平成23年10月20日**

**仙台弁護士会**

はじめに

## 1 本書面の目的

本書面は、「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。）について、仙台弁護士会（以下「当会」という。）としての意見を述べるものである。

ただし、債権法改正の一般的な必要性や法制審議会における審議のあり方についても、当会としては意見を述べる必要があると考えるので、ここでこれらについても意見を述べる。

## 2 各論点に対する当会の総論的見解について

民法のうち財産権の部分については、明治29年の制定以来、平成16年に口語化された外は大きな改正はされたことがなく、民事裁判実務のみならず、経済界、一般市民一般に定着してきたものである。

このような民法について、法務大臣の諮問は、①民法制定以来の社会・経済の変化への対応を図ること、②国民一般に分かりやすいものとするということという2つの観点から、契約に関する規定を中心に見直す必要があるとして、要綱を示すことを求めている。

これまで法制審議会部会で検討されたとおり、現行民法にも、不合理な箇所はあるし、定義規定、原理原則もしくは判例・学説上当然の法理が規定されていないなど、改正の必要な箇所が散見される。しかし、判例の規範は具体的な事案を解決するために定立されたものであって、射程距離が存在するし、そのことを見越して、近時の判例は「特段の事情がない限り」という留保をつけた上で一定の規範を定立している。判例の条文化作業に当たっては、判例の上記性質を十分留意して慎重に行うべきであり、明文化による予想外に起きうる弊害を極力除去すべきである。

他方、明らかに不合理とはいえない箇所については、たとえ学理的な要請があるとしても、これのみを理由として改正の対象とすべきものではない。たとえば、債務不履行解除に関し、「契約の重大な不履行」という概念を用いて契約解除事由に一定の制限を加える案や、帰責事由の代わりに「契約において引き受けた事由」という概念を用いる案が検討されている。このような新たな概念自体、伝統的な学説として受け入れられてきたものではない。また、このような改正によって、債務不履行関係訴訟において新たな争点が持ち出され、改正後の国民生活等に混乱を与える可能性が否定できない。

また、ヨーロッパにおける近時の民法改正といった国際的動向は、EU統合とは無縁ではなく、このことが日本法の改正に直接影響を与えるものではない。研究として比較法の調査は重要ではあるが、100年以上安定的な運用がなされてきた日本民法を根本から改正し外国法の諸制度をそのまま導入する必要性はない。よって、諸外国における民法改正の動向は、諮問の①にいう「社会・経済の

変化への対応」の観点には必ずしも該当しないといえる。

反対に、自殺問題、貧困問題、多重債務や悪徳商法等の消費者問題がまだまだ社会の重要な問題として位置づけられていることを考慮すると、保証契約の規制強化、公序良俗法理の充実、説明義務、不当条項規制の創設、消費者概念の導入などは、「社会・経済の変化への対応」の見地から、格差社会の是正という見地から、極めて重要な改正テーマとなり得るものであり、充実した審議が望まれる。

### 3 法制審議会部会での審理のあり方

今回の改正で、実務社会において、早急な改正要望論がそれほどないことは明らかであることから、法制審議会部会での議論は、十分に時間をとるべきである。

さらに、本年3月11日の東日本大震災による社会的・法的影響を考慮すると、債権法が国民の日常生活や企業の経済活動に直結することから、大規模災害に絡む様々な法的紛争を調査分析し、災害に関連した民法改正上の問題点を、更に吟味する必要がある。

しかし、現状では、法制審議会部会は、一昨年11月からわずか1年1か月間という強行スケジュールで、債権法にまつわる諸論点（これには、契約法に限られず、意思表示、期間、消滅時効などの民法総則の一部や債権総論も含まれる）全体について検討を終えてしまった。そのため、法制審議会部会の議事録を見ても、全く議論されなかった論点が数多く存在し、重要論点も十分な議論ができていないとはいえず、残念ながら、消化不良の状態ですべての論点を検討してきたにすぎないといえる。

また、中間論点整理に対するパブコメの集計が終了していないにもかかわらず、中間試案作成に向けた部会（いわゆる第2読会）が本年7月から始まり、すでに2回も開催されている。このようなスケジュールを策定した法務省はパブコメの存在意義を軽視しているといわざるを得ない。東日本大震災の影響により、パブコメ意見書の作成に多くの時間と労力をさくことが出来ず、提出時期を延期せざるを得なかった被災地の弁護士会としては、法務省の上記方針には遺憾の意を唱えるものである。

法務省は、第2読会については、中間試案を平成25年2月にとりまとめるため、平成24年9月までに全19回の部会及び若干の予備日を設け、これらのみで債権法関係の全論点を検討することを予定している。この間には、補充分科会が開催されるにしても、同程度の審議時間しかかけなかった第1読会でも消化不良であったのだから、すべての論点を検討せざるを得ない第2読会では、審議時間は圧倒的に足りないといわざるを得ない。このままでは、国民はおろか法制審部会委員・幹事の意見をも十分に反映しない民法典が完成するのではないかと懸念する次第である。

当会としては、法務省に対し、第2読会においては、パブコメ意見書を十分に吟味する時間をかけた上で、予定よりも2倍以上の審議回数及び審議期間を設け、一つ一つの論点に十分な議論の時間をとるべきであることをここに求めるもの

である。

2011 年（平成 23 年）10 月 20 日

仙 台 弁 護 士 会  
会 長 森 山 博

# 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)10月20日

仙台弁護士会

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

|   |    |
|---|----|
| (2) 「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方                             | 13 |
| (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                 | 14 |
| 3 損害賠償の範囲（民法第416条）  | 14 |
| (1) 損害賠償の範囲に関する規定の在り方                                     | 14 |
| (2) 予見の主体及び時期等（民法第416条第2項）                                | 15 |
| (3) 予見の対象（民法第416条第2項）                                     | 15 |
| (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                       | 16 |
| (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                         | 16 |
| 4 過失相殺（民法第418条）   | 17 |
| (1) 要件  | 17 |
| (2) 効果  | 17 |
| 5 損益相殺  | 18 |
| 6 金銭債務の特則（民法第419条）  | 18 |
| (1) 要件の特則：不可抗力免責について                                      | 18 |
| (2) 効果の特則：利息超過損害の賠償について                                   | 18 |
| 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                               | 19 |
| 第4 賠償額の予定（民法第420条、第421条）                                  | 19 |
| 第5 契約の解除  | 22 |
| 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）         | 22 |
| (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 | 22 |
| (2) 不完全履行による解除  | 26 |
| (3) 履行期前の履行拒絶による解除  | 27 |
| (4) 債務不履行解除の包括的規定の要否                                      | 27 |
| 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）                       | 27 |
| 3 債務不履行解除の効果（民法第545条）                                     | 28 |
| (1) 解除による履行請求権の帰すう  | 28 |
| (2) 解除による原状回復義務の範囲（民法第545条第2項）                            | 28 |
| (3) 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理                                 | 29 |
| 4 解除権者の行為等による解除権の消滅（民法第548条）                              | 30 |
| 5 複数契約の解除   | 30 |
| 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                             | 31 |
| 第6 危険負担（民法第534条から第536条まで）                                 | 31 |
| 1 債務不履行解除と危険負担との関係  | 31 |
| 2 民法第536条第2項の取扱い等   | 32 |
| 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                        | 33 |
| 第7 受領遅滞（民法第413条）  | 33 |
| 1 効果の具体化・明確化  | 33 |

|     |                                   |    |
|-----|-----------------------------------|----|
| 2   | 損害賠償請求及び解除の可否                     | 34 |
| 第8  | 債務不履行に関連する新規規定                    | 34 |
| 1   | 追完権                               | 34 |
| 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   | 35 |
| 3   | 代償請求権                             | 35 |
| 第9  | 債権者代位権                            | 36 |
| 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      | 36 |
| 2   | 本来型の債権者代位権の在り方                    | 37 |
| (1) | 本来型の債権者代位権制度の必要性                  | 37 |
| (2) | 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否               | 37 |
| 3   | 本来型の債権者代位権の制度設計                   | 38 |
| (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       | 38 |
| (2) | 被代位権利を行使できる範囲                     | 38 |
| (3) | 保全の必要性（無資力要件）                     | 39 |
| 4   | 転用型の債権者代位権の在り方                    | 39 |
| (1) | 根拠規定の在り方                          | 39 |
| (2) | 一般的な転用の要件                         | 40 |
| (3) | 代位債権者への直接給付の可否及びその要件              | 40 |
| 5   | 要件・効果等に関する規定の明確化等                 | 41 |
| (1) | 被保全債権、被代位権利に関する要件                 | 41 |
| (2) | 債務者への通知の要否                        | 41 |
| (3) | 債務者への通知の効果                        | 42 |
| (4) | 善良な管理者の注意義務                       | 42 |
| (5) | 費用償還請求権                           | 42 |
| 6   | 第三債務者の地位                          | 43 |
| (1) | 抗弁の対抗                             | 43 |
| (2) | 供託原因の拡張                           | 43 |
| (3) | 複数の代位債権者による請求の競合                  | 44 |
| 7   | 債権者代位訴訟                           | 44 |
| (1) | 規定の要否                             | 44 |
| (2) | 債権者代位訴訟における債務者の関与                 | 44 |
| (3) | 債務者による処分の制限                       | 45 |
| (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 | 45 |
| (5) | 訴訟参加                              | 46 |
| 8   | 裁判上の代位（民法第423条第2項本文）              | 46 |
| 第10 | 詐害行為取消権                           | 46 |
| 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        | 47 |
| (1) | 債務者の責任財産の回復の方法                    | 47 |
| (2) | 詐害行為取消訴訟における債務者の地位                | 48 |

|                              |    |
|------------------------------|----|
| (3) 詐害行為取消訴訟が競合した場合の処理       | 48 |
| 2 要件に関する規定の見直し               | 49 |
| (1) 要件に関する規定の明確化等            | 49 |
| ア 被保全債権に関する要件                | 49 |
| イ 無資力要件                      | 49 |
| (2) 取消しの対象                   | 50 |
| 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 | 50 |
| イ 財産減少行為                     | 51 |
| (7) 相当価格処分行為                 | 51 |
| (イ) 同時交換的行為                  | 51 |
| (ウ) 無償行為                     | 52 |
| ウ 偏頗行為                       | 53 |
| (7) 債務消滅行為                   | 53 |
| (イ) 既存債務に対する担保供与行為           | 54 |
| エ 対抗要件具備行為                   | 55 |
| (3) 転得者に対する詐害行為取消権の要件        | 55 |
| (4) 詐害行為取消訴訟の受継              | 56 |
| 3 効果に関する規定の見直し               | 57 |
| (1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否      | 57 |
| (2) 取消しの範囲                   | 58 |
| (3) 逸出財産の回復方法                | 58 |
| (4) 費用償還請求権                  | 59 |
| (5) 受益者・転得者の地位               | 59 |
| 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  | 59 |
| イ 受益者の反対給付                   | 60 |
| ウ 転得者の反対給付                   | 60 |
| 4 詐害行為取消権の行使期間（民法第426条）      | 61 |
| 第11 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）   | 61 |
| 1 債務者が複数の場合                  | 61 |
| (1) 分割債務                     | 61 |
| (2) 連帯債務                     | 62 |
| ア 要件                         | 62 |
| (7) 意思表示による連帯債務（民法第432条）     | 62 |
| (イ) 商法第511条第1項の一般ルール化        | 62 |
| イ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等      | 62 |
| (7) 履行の請求（民法第434条）           | 63 |
| (イ) 債務の免除（民法第437条）           | 63 |
| (ウ) 更改（民法第435条）              | 64 |
| (イ) 時効の完成（民法第439条）           | 64 |



|   |    |
|---|----|
| (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）            | 64 |
| (カ) 破産手続の開始（民法第441条）                        | 65 |
| ウ 求償関係                                      | 65 |
| (ア) 一部弁済の場合の求償関係（民法第442条）                   | 65 |
| (イ) 代物弁済又は更改の場合の求償関係（民法第442条）               | 66 |
| (ウ) 連帯債務者間の通知義務（民法第443条）                    | 66 |
| (エ) 事前通知義務（民法第443条第1項）                      | 66 |
| (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）       | 67 |
| (カ) 連帯の免除（民法第445条）                          | 67 |
| (キ) 負担割合の推定規定                               | 68 |
| (3) 不可分債務                                   | 68 |
| 2 債権者が複数の場合                                 | 68 |
| (1) 分割債権                                    | 68 |
| (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） | 69 |
| (3) 連帯債権                                    | 69 |
| 3 その他（債権又は債務の合有又は総有）                        | 69 |
| 第12 保証債務                                    | 70 |
| 1 保証債務の成立                                   | 70 |
| (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                | 70 |
| (2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策                    | 71 |
| (3) 保証契約締結後の保証人保護の在り方                       | 72 |
| (4) 保証に関する契約条項の効力を制限する規定の要否                 | 73 |
| 2 保証債務の付従性・補充性                              | 74 |
| 3 保証人の抗弁等                                   | 74 |
| (1) 保証人固有の抗弁—催告・検索の抗弁                       | 74 |
| ア 催告の抗弁の制度の要否（民法第452条）                      | 74 |
| イ 適時執行義務                                    | 74 |
| (2) 主たる債務者の有する抗弁権（民法第457条）                  | 75 |
| 4 保証人の求償権                                   | 76 |
| (1) 委託を受けた保証人の事後求償権（民法第459条）                | 76 |
| (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）         | 76 |
| (3) 委託を受けた保証人の通知義務（民法第463条）                 | 77 |
| (4) 委託を受けない保証人の通知義務（民法第463条）                | 77 |
| 5 共同保証—分別の利益                                | 77 |
| 6 連帯保証                                      | 78 |
| (1) 連帯保証制度の在り方                              | 78 |
| (2) 連帯保証人に生じた事由の効力—履行の請求                    | 79 |
| 7 根保証                                       | 79 |

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| (1) 規定の適用範囲の拡大                     | 79 |
| (2) 根保証に関する規律の明確化                  | 80 |
| 8 その他                              | 82 |
| (1) 主債務の種別等による保証契約の制限              | 82 |
| (2) 保証類似の制度の検討                     | 83 |
| 第13 債権譲渡                           | 83 |
| 1 譲渡禁止特約（民法第466条）                  | 84 |
| (1) 譲渡禁止特約の効力                      | 84 |
| (2) 譲渡禁止特約を譲受人に対抗できない事由            | 86 |
| ア 譲受人に重過失がある場合                     | 86 |
| イ 債務者の承諾があった場合                     | 86 |
| ウ 譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合           | 87 |
| エ 債務者の債務不履行の場合                     | 88 |
| (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     | 88 |
| 2 債権譲渡の対抗要件（民法第467条）               | 88 |
| (1) 総論及び第三者対抗要件の見直し                | 88 |
| (2) 債務者対抗要件（権利行使要件）の見直し            | 89 |
| (3) 対抗要件概念の整理                      | 90 |
| (4) 債務者保護のための規定の明確化等               | 91 |
| ア 債務者保護のための規定の明確化                  | 91 |
| イ 譲受人間の関係                          | 91 |
| ウ 債権差押えとの競合の場合の規律の必要性              | 91 |
| 3 抗弁の切断（民法第468条）                   | 92 |
| 4 将来債権譲渡                           | 93 |
| (1) 将来債権の譲渡が認められる旨の規定の要否           | 93 |
| (2) 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界         | 93 |
| (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       | 93 |
| 第14 証券的債権に関する規定                    | 94 |
| 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） | 94 |
| 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）  | 95 |
| 3 有価証券に関する通則的な規定の内容                | 95 |
| 4 免責証券に関する規定の要否                    | 96 |
| 第15 債務引受                           | 96 |
| 1 総論（債務引受に関する規定の要否）                | 97 |
| 2 併存的債務引受                          | 97 |
| (1) 併存的債務引受の要件                     | 97 |
| (2) 併存的債務引受の効果                     | 98 |
| (3) 併存的債務引受と保証との関係                 | 98 |
| 3 免責的債務引受                          | 98 |

|   |     |
|---|-----|
| (1) 免責的債務引受の要件                            | 98  |
| (2) 免責的債務引受の効果                            | 99  |
| 4 その他                                     | 99  |
| (1) 将来債務引受に関する規定の要否                       | 99  |
| (2) 履行引受に関する規定の要否                         | 100 |
| (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 | 100 |
| 第16 契約上の地位の移転（譲渡）                         | 100 |
| 1 総論（契約上の地位の移転（譲渡）に関する規定の要否）              | 100 |
| 2 契約上の地位の移転の要件                            | 101 |
| 3 契約上の地位の移転の効果等                           | 101 |
| 4 対抗要件制度                                  | 102 |
| 第17 弁済                                    | 102 |
| 1 弁済の効果                                   | 102 |
| 2 第三者による弁済（民法第474条）                       | 102 |
| (1) 「利害関係」と「正当な利益」の関係                     | 102 |
| (2) 利害関係を有しない第三者による弁済                     | 103 |
| 3 弁済として引き渡した物の取戻し（民法第476条）                | 104 |
| 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）       | 104 |
| (1) 受領権限を有する第三者に対する弁済の有効性                 | 104 |
| (2) 債権の準占有者に対する弁済（民法第478条）                | 104 |
| ア 「債権の準占有者」概念の見直し                         | 104 |
| イ 善意無過失要件の見直し                             | 105 |
| ウ 債権者の帰責事由の要否                             | 105 |
| エ 民法第478条の適用範囲の拡張の要否                      | 106 |
| (3) 受取証書の持参人に対する弁済（民法第480条）               | 106 |
| 5 代物弁済（民法第482条）                           | 106 |
| (1) 代物弁済に関する法律関係の明確化                      | 106 |
| (2) 第三者による代物弁済の可否                         | 107 |
| 6 弁済の内容に関する規定（民法第483条から第487条まで）           | 107 |
| (1) 特定物の現状による引渡し（民法第483条）                 | 107 |
| (2) 弁済をすべき場所，時間等に関する規定（民法第484条）           | 108 |
| (3) 受取証書・債権証書の取扱い（民法第486条，第487条）          | 109 |
| 7 弁済の充当（民法第488条から第491条まで）                 | 109 |
| 8 弁済の提供（民法第492条，第493条）                    | 110 |
| (1) 弁済の提供の効果の明確化                          | 110 |
| (2) 口頭の提供すら不要とされる場合の明文化                   | 111 |
| 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）       | 111 |
| (1) 弁済供託の要件・効果の明確化                        | 111 |
| (2) 自助売却の要件の拡張                            | 112 |

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| 10  | 弁済による代位（民法第499条から第504条まで）                         | 112 |
|     | (1) 任意代位の見直し                                      | 112 |
|     | (2) 弁済による代位の効果の明確化                                | 113 |
|     | ア 弁済者が代位する場合の原債権の帰すう                              | 113 |
|     | イ 法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化                           | 114 |
|     | (3) 一部弁済による代位の要件・効果の見直し                           | 115 |
|     | ア 一部弁済による代位の要件・効果の見直し                             | 115 |
|     | 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 | 115 |
|     | 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            | 116 |
|     | (4) 債権者の義務  | 116 |
|     | ア 債権者の義務の明確化                                      | 116 |
|     | イ 担保保存義務違反による免責の効力が及ぶ範囲                           | 117 |
| 第18 | 相殺  | 117 |
| 1   | 相殺の要件（民法第505条）                                    | 117 |
|     | (1) 相殺の要件の明確化                                     | 117 |
|     | (2) 第三者による相殺                                      | 119 |
|     | (3) 相殺禁止の意思表示                                     | 119 |
| 2   | 相殺の方法及び効力   | 120 |
|     | (1) 相殺の遡及効の見直し（民法第506条）                           | 120 |
|     | (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               | 120 |
|     | (3) 充当に関する規律の見直し（民法第512条）                         | 121 |
| 3   | 不法行為債権を受働債権とする相殺（民法第509条）                         | 122 |
| 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）                | 122 |
|     | (1) 法定相殺と差押え                                      | 123 |
|     | (2) 債権譲渡と相殺の抗弁                                    | 123 |
|     | (3) 自働債権の取得時期による相殺の制限の要否                          | 124 |
|     | (4) 相殺予約の効力                                       | 125 |
| 5   | 相殺権の濫用  | 126 |
| 第19 | 更改  | 126 |
| 1   | 更改の要件の明確化（民法第513条）                                | 126 |
|     | (1) 「債務の要素」の明確化と更改意思                              | 126 |
|     | (2) 旧債務の存在及び新債務の成立                                | 127 |
| 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）               | 127 |
| 3   | 旧債務が消滅しない場合の規定の明確化（民法第517条）                       | 127 |
| 第20 | 免除及び混同  | 128 |
| 1   | 免除の規定の見直し（民法第519条）                                | 128 |
| 2   | 混同の例外の明確化（民法第520条）                                | 129 |
| 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）           |     |

|   |     |
|---|-----|
| .....   | 129 |
| 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 .....                               | 129 |
| 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 ..... | 131 |
| 第2-2 契約に関する基本原則等 .....  | 132 |
| 1 契約自由の原則 .....   | 132 |
| 2 契約の成立に関する一般的規定 .....  | 133 |
| 3 原始的に不能な契約の効力 .....  | 133 |
| 4 債権債務関係における信義則の具体化 .....                                       | 134 |
| 第2-3 契約交渉段階 .....   | 134 |
| 1 契約交渉の不当破棄 .....   | 134 |
| 2 契約締結過程における説明義務・情報提供義務 .....                                   | 135 |
| 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 .....                            | 136 |
| 第2-4 申込みと承諾 .....   | 137 |
| 1 総論 .....  | 137 |
| 2 申込み及び承諾の概念 .....  | 137 |
| (1) 定義規定の要否 .....   | 137 |
| (2) 申込みの推定規定の要否 .....   | 137 |
| (3) 交叉申込み .....   | 138 |
| 3 承諾期間の定めのある申込み .....   | 138 |
| 4 承諾期間の定めのない申込み .....   | 140 |
| 5 対話者間における承諾期間の定めのない申込み .....                                   | 141 |
| 6 申込者の死亡又は行為能力の喪失 .....   | 142 |
| 7 申込みを受けた事業者の物品保管義務 .....                                       | 142 |
| 8 隔地者間の契約の成立時期 .....  | 143 |
| 9 申込みに変更を加えた承諾 .....  | 144 |
| 第2-5 懸賞広告 .....   | 144 |
| 1 懸賞広告を知らずに指定行為が行われた場合 .....                                    | 144 |
| 2 懸賞広告の効力・撤回 .....  | 145 |
| (1) 懸賞広告の効力 .....   | 145 |
| (2) 撤回の可能な時期 .....  | 145 |
| (3) 撤回の方法 .....   | 145 |
| 3 懸賞広告の報酬を受ける権利 .....   | 145 |
| 第2-6 第三者のためにする契約 .....  | 146 |
| 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） .....                           | 146 |
| 2 受益者の権利の確定 .....   | 147 |
| 3 受益者の現存性・特定性 .....   | 147 |
| 4 要約者の地位 .....  | 148 |
| (1) 諾約者に対する履行請求 .....   | 148 |

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| (2) 解除権の行使                          | 148 |
| 第27 約款（定義及び組入要件）                    | 149 |
| 1 約款の組入要件に関する規定の要否                  | 149 |
| 2 約款の定義                             | 149 |
| 3 約款の組入要件の内容                        | 150 |
| 4 約款の変更                             | 151 |
| 第28 法律行為に関する通則                      | 151 |
| 1 法律行為の効力                           | 151 |
| (1) 法律行為の意義等の明文化                    | 151 |
| (2) 公序良俗違反の具体化                      | 152 |
| (3) 「事項を目的とする」という文言の削除（民法第90条）      | 153 |
| 2 法令の規定と異なる意思表示（民法第91条）             | 153 |
| 3 強行規定と任意規定の区別の明記                   | 153 |
| 4 任意規定と異なる慣習がある場合                   | 154 |
| 第29 意思能力                            | 154 |
| 1 要件等                               | 154 |
| (1) 意思能力の定義                         | 154 |
| (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 | 155 |
| 2 日常生活に関する行為の特則                     | 156 |
| 3 効果                                | 156 |
| 第30 意思表示                            | 157 |
| 1 心裡留保                              | 157 |
| (1) 心裡留保の意思表示が無効となる要件               | 157 |
| (2) 第三者保護規定                         | 158 |
| 2 通謀虚偽表示                            | 158 |
| (1) 第三者保護要件                         | 158 |
| (2) 民法第94条第2項の類推適用法理の明文化            | 158 |
| 3 錯誤                                | 159 |
| (1) 動機の錯誤に関する判例法理の明文化               | 159 |
| (2) 要素の錯誤の明確化                       | 160 |
| (3) 表意者に重過失がある場合の無効主張の制限の例外         | 160 |
| (4) 効果                              | 160 |
| (5) 錯誤者の損害賠償責任                      | 161 |
| (6) 第三者保護規定                         | 161 |
| 4 詐欺及び強迫                            | 162 |
| (1) 沈黙による詐欺                         | 162 |
| (2) 第三者による詐欺                        | 162 |
| (3) 第三者保護規定                         | 163 |
| 5 意思表示に関する規定の拡充                     | 163 |

|     |                                  |     |
|-----|----------------------------------|-----|
| 6   | 意思表示の到達及び受領能力                    | 164 |
| (1) | 意思表示の効力発生時期                      | 164 |
| (2) | 意思表示の到達主義の適用対象                   | 165 |
| (3) | 意思表示の受領を擬制すべき場合                  | 165 |
| (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 | 165 |
| 第31 | 不当条項規制                           | 166 |
| 1   | 不当条項規制の要否、適用対象等                  | 166 |
| 2   | 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項             | 167 |
| 3   | 不当性の判断枠組み                        | 168 |
| 4   | 不当条項の効力                          | 169 |
| 5   | 不当条項のリストを設けることの当否                | 169 |
| 第33 | 代理                               | 170 |
| 1   | 有権代理                             | 170 |
| (1) | 代理行為の瑕疵一原則（民法第101条第1項）           | 171 |
| (2) | 代理行為の瑕疵一例外（民法第101条第2項）           | 171 |
| (3) | 代理人の行為能力（民法第102条）                | 172 |
| (4) | 代理権の範囲（民法第103条）                  | 172 |
| (5) | 任意代理人による復代理人の選任（民法第104条）         | 173 |
| (6) | 利益相反行為（民法第108条）                  | 173 |
| (7) | 代理権の濫用                           | 174 |
| 2   | 表見代理                             | 175 |
| (1) | 代理権授与の表示による表見代理（民法第109条）         | 175 |
| ア   | 法定代理への適用の可否                      | 175 |
| イ   | 代理権授与表示への意思表示規定の類推適用             | 175 |
| ウ   | 白紙委任状                            | 176 |
| エ   | 本人名義の使用許諾の場合                     | 176 |
| オ   | 民法第110条との重畳適用                    | 176 |
| (2) | 権限外の行為の表見代理（民法第110条）             | 177 |
| ア   | 法定代理への適用の可否                      | 177 |
| イ   | 代理人の「権限」                         | 177 |
| ウ   | 正当な理由                            | 178 |
| (3) | 代理権消滅後の表見代理（民法第112条）             | 178 |
| ア   | 法定代理への適用の可否                      | 178 |
| イ   | 「善意」の対象                          | 179 |
| ウ   | 民法第110条との重畳適用                    | 179 |
| 3   | 無権代理                             | 180 |
| (1) | 無権代理人の責任（民法第117条）                | 180 |
| (2) | 無権代理と相続                          | 180 |
| 4   | 授權                               | 181 |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| 第36 | 消滅時効                                     | 182 |
| 1   | 時効期間と起算点                                 | 182 |
|     | (1) 原則的な時効期間について                         | 182 |
|     | (2) 短期消滅時効期間の特則について                      | 183 |
|     | ア 短期消滅時効制度について                           | 183 |
|     | イ 定期金債権                                  | 184 |
|     | ウ 判決等で確定した権利                             | 184 |
|     | エ 不法行為等による損害賠償請求権                        | 185 |
|     | (3) 時効期間の起算点について                         | 186 |
|     | (4) 合意による時効期間等の変更                        | 188 |
| 2   | 時効障害事由                                   | 188 |
|     | (1) 中断事由（時効期間の更新，時効の新たな進行）               | 188 |
|     | (2) その他の中断事由の取扱い                         | 189 |
|     | (3) 時効の停止事由                              | 190 |
|     | (4) 当事者間の交渉・協議による時効障害                    | 190 |
|     | (5) その他                                  | 191 |
|     | 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              | 191 |
|     | 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          | 192 |
| 3   | 時効の効果                                    | 192 |
|     | (1) 時効の援用等                               | 192 |
|     | (2) 債務者以外の者に対する効果（援用権者）                  | 193 |
|     | (3) 時効の利益の放棄等                            | 193 |
| 4   | 形成権の期間制限                                 | 194 |
| 5   | その他                                      | 194 |
|     | (1) その他の財産権の消滅時効                         | 194 |
|     | (2) 取得時効への影響                             | 194 |
| 第39 | 売買－売買の効力（担保責任）                           | 195 |
| 1   | 物の瑕疵に関する担保責任（民法第570条）                    | 195 |
|     | (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）          | 195 |
|     | (2) 「瑕疵」の意義（定義規定の要否）                     | 196 |
|     | (3) 「隠れた」という要件の要否                        | 197 |
|     | (4) 代金減額請求権の要否                           | 198 |
|     | (5) 買主に認められる権利の相互関係の明確化                  | 198 |
|     | (6) 短期期間制限の見直しの要否                        | 199 |
| 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     | 200 |
| 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     | 201 |
|     | (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    | 201 |
|     | (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） | 201 |
|     | (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）       | 202 |



|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| (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） | 202 |
| 4 競売における担保責任（民法第568条, 第570条ただし書）  | 202 |
| 5 売主の担保責任と同時履行（民法第571条）           | 203 |
| 6 数量超過の場合の売主の権利                   | 203 |
| 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   | 204 |
| 8 数量保証・品質保証等に関する規定の要否             | 204 |
| 9 当事者の属性や目的物の性質による特則の要否           | 204 |
| 第44 消費貸借                          | 204 |
| 1 消費貸借の成立                         | 204 |
| (1) 要物性の見直し                       | 204 |
| (2) 無利息消費貸借についての特則                | 205 |
| (3) 目的物の交付前における消費者借主の解除権          | 206 |
| (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    | 206 |
| (5) 消費貸借の予約                       | 206 |
| 2 利息に関する規律の明確化                    | 207 |
| 3 目的物に瑕疵があった場合の法律関係               | 208 |
| (1) 貸主の担保責任                       | 208 |
| (2) 借主の返還義務                       | 208 |
| 4 期限前弁済に関する規律の明確化                 | 208 |
| (1) 期限前弁済                         | 208 |
| (2) 事業者が消費者に融資をした場合の特則            | 209 |
| 5 抗弁の接続                           | 210 |
| 第45 賃貸借                           | 210 |
| 1 短期賃貸借に関する規定の見直し                 | 210 |
| 2 賃貸借の存続期間                        | 211 |
| 3 賃貸借と第三者との関係                     | 211 |
| (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  | 211 |
| (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      | 212 |
| (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      | 213 |
| (4) 敷金返還債務の承継                     | 213 |
| (5) 動産賃貸借と第三者との関係                 | 214 |
| (6) 賃借権に基づく妨害排除請求権                | 215 |
| 4 賃貸人の義務                          | 215 |
| (1) 賃貸人の修繕義務                      | 215 |
| (2) 賃貸物の修繕に関する賃借人の権利              | 216 |
| (3) 賃貸人の担保責任                      | 216 |
| 5 賃借人の義務                          | 217 |
| (1) 賃料の支払義務（事情変更による増減額請求権）        | 217 |
| (2) 目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額等        | 217 |

|     |                                       |     |
|-----|---------------------------------------|-----|
| 6   | 賃借権の譲渡及び転貸                            | 219 |
|     | (1) 賃借権の譲渡及び転貸の制限                     | 219 |
|     | (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          | 219 |
| 7   | 賃貸借の終了                                | 220 |
|     | (1) 賃借物が滅失した場合等における賃貸借の終了             | 220 |
|     | (2) 賃貸借終了時の原状回復                       | 221 |
|     | (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         | 221 |
|     | 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         | 221 |
|     | イ 賃借人の費用償還請求権についての期間制限                | 222 |
| 8   | 賃貸借に関する規定の配列                          | 223 |
| 第47 | 役務提供型の典型契約（雇用，請負，委任，寄託）総論             | 223 |
| 第48 | 請負                                    | 223 |
| 1   | 請負の意義（民法第632条）                        | 223 |
| 2   | 注文者の義務                                | 224 |
| 3   | 報酬に関する規律                              | 224 |
|     | (1) 報酬の支払時期（民法第633条）                  | 224 |
|     | (2) 仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権             | 225 |
|     | (3) 仕事の完成が不可能になった場合の費用償還請求権           | 226 |
| 4   | 完成した建物の所有権の帰属                         | 226 |
| 5   | 瑕疵担保責任                                | 226 |
|     | (1) 瑕疵修補請求権の限界（民法第634条第1項）            | 226 |
|     | (2) 瑕疵を理由とする催告解除                      | 226 |
|     | (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）    | 227 |
|     | (4) 報酬減額請求権の要否                        | 227 |
|     | (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）   | 228 |
|     | (6) 土地工作物に関する性質保証期間（民法第638条第1項）       | 228 |
|     | (7) 瑕疵担保責任の免責特約（民法第640条）              | 229 |
| 6   | 注文者の任意解除権（民法第641条）                    | 229 |
|     | (1) 注文者の任意解除権に対する制約                   | 229 |
|     | (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） | 229 |
| 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）         | 229 |
| 8   | 下請負                                   | 230 |
|     | (1) 下請負に関する原則                         | 230 |
|     | (2) 下請負人の直接請求権                        | 230 |
|     | (3) 下請負人の請負の目的物に対する権利                 | 231 |
| 第49 | 委任                                    | 231 |
| 1   | 受任者の義務に関する規定                          | 231 |
|     | (1) 受任者の指図遵守義務                        | 231 |
|     | (2) 受任者の忠実義務                          | 231 |

|   |     |
|---|-----|
| (3) 受任者の自己執行義務                              | 232 |
| (4) 受任者の報告義務（民法第645条）                       | 233 |
| (5) 委任者の財産についての受任者の保管義務                     | 234 |
| (6) 受任者の金銭の消費についての責任（民法第647条）               | 234 |
| 2 委任者の義務に関する規定                              | 234 |
| (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）          | 234 |
| (2) 受任者が受けた損害の賠償義務（民法第650条第3項）              | 235 |
| (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） | 235 |
| 3 報酬に関する規律                                  | 236 |
| (1) 無償性の原則の見直し（民法第648条第1項）                  | 236 |
| (2) 報酬の支払方式                                 | 236 |
| (3) 報酬の支払時期（民法第648条第2項）                     | 236 |
| (4) 委任事務の処理が不可能になった場合の報酬請求権                 | 237 |
| 4 委任の終了に関する規定                               | 238 |
| (1) 委任契約の任意解除権（民法第651条）                     | 238 |
| (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）          | 238 |
| (3) 破産手続開始による委任の終了（民法第653条第2号）              | 239 |
| 5 準委任（民法第656条）                              | 239 |
| 6 特殊の委任                                     | 240 |
| (1) 媒介契約に関する規定                              | 240 |
| (2) 取次契約に関する規定                              | 240 |
| (3) 他人の名で契約をした者の履行保証責任                      | 241 |
| 第50 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定                     | 241 |
| 1 新たな受皿規定の要否                                | 241 |
| 2 役務提供者の義務に関する規律                            | 242 |
| 3 役務受領者の義務に関する規律                            | 243 |
| 4 報酬に関する規律                                  | 243 |
| (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          | 243 |
| (2) 報酬の支払方式                                 | 244 |
| (3) 報酬の支払時期                                 | 244 |
| (4) 役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権                    | 244 |
| 5 任意解除権に関する規律                               | 245 |
| 6 役務受領者について破産手続が開始した場合の規律                   | 246 |
| 7 その他の規定の要否                                 | 246 |
| 8 役務提供型契約に関する規定の編成方式                        | 247 |
| 第55 和解                                      | 247 |
| 1 和解の意義（民法第695条）                            | 247 |
| 2 和解の効力（民法第696条）                            | 248 |

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| (1) 和解と錯誤                  | 248 |
| (2) 人身損害についての和解の特則         | 249 |
| 第56 新種の契約                  | 249 |
| 1 新たな典型契約の要否等              | 249 |
| 2 ファイナンス・リース               | 250 |
| 第57 事情変更の原則                | 251 |
| 1 事情変更の原則の明文化の要否           | 251 |
| 2 要件論                      | 252 |
| 3 効果論                      | 253 |
| (1) 解除, 契約改訂, 再交渉請求権・再交渉義務 | 253 |
| (2) 契約改訂の法的性質・訴訟手続との関係     | 254 |
| (3) 解除権と契約改訂との相互関係         | 254 |
| 第58 不安の抗弁権                 | 254 |
| 1 不安の抗弁権の明文化の要否            | 254 |
| 2 要件論                      | 255 |
| 3 効果論                      | 255 |
| 第62 消費者・事業者に関する規定          | 256 |
| 2 消費者契約の特則                 | 256 |

## 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】

債権の目的に関する規定は、削除すべきではない。

#### 【理由】

わかりやすい民法という観点からは、あえて削除する必要がない。また、債権の定義規定を設けた方がさらにわかりやすい。

### 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】

現行の善管注意義務という表現を削除する必要はなく、これを残すべきである。契約債権の場合について、善管注意義務の内容を契約および目的物の性質によるものとする旨の規定を定めることに賛成する。法定債権について、別途「当該保管を基礎付ける規範により定まる方法」等の表現を用いた規定を設けることについては、反対する。

#### 【理由】

1 債務の内容をその発生原因にさかのぼり解釈により確定するという考え方自体については反対しない。

しかし、善管注意義務という表現を用いた場合に、「債権発生原因から離れて客観的・一般的に定まると誤解される」おそれはない。この表現は長年安定的に使用されてきたものであって、削除する理由はない。

## 2 法定債権について

特定物の保管義務は、事務管理・不当利得の関係で問題となるが、「当該保管を基礎付ける規範により定まる方法」という内容では、上記「規範」の内容が一義的に明確でない場合が否定できず、解釈に混乱を来す。むしろ、善管注意義務の規定を残す方が妥当である。

### (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】

自己の財産に対するのと同じの注意義務とすることに賛成する。

#### 【理由】

贈与者の保存義務が無償寄託における受託者のそれと同一水準となり、均衡が図れる。

## 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】

任意規定として存置すべきである。

#### 【理由】

契約内容がはっきりしないときの解釈基準としてありうる。

適用例が乏しいからといって、解釈指針をあえてなくす必要はない。

#### 4 種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項）

##### (1) 種類債権の目的物の特定

種類債権の目的物の特定に関する民法第401条第2項については、契約解釈の問題に解消できるとして不要とする意見と、任意規定として存置する意義があるとする意見があったことを踏まえて、規定の要否について、更に検討してはどうか。

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

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

【部会資料19-2第1, 5 [5頁]】

##### 【意見】

401条2項は存置し、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に賛成する。

変更権については、具体的かつ適切な要件設定が可能であれば、明文化に反対しない。

##### 【理由】

401条2項については、特定が債権者と債務者の合意によっても生じることは、学説上も一般に認められている解釈である。また、401条2項の内容では変更権の内容は明らかでないので、具体的な明文を設ける必要もある。そもそも種類物なので、他の種類物に代えることが債権者の利益を害することがあまり想定できない。

##### (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】

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設けることに賛成する。

##### 【理由】

贈与者の合理的意思に沿う。

## 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】

利率の変動制を採用することには反対する。ただし、現行の年5分から市場金利に近い利率へ固定利率を改正すべきである。

#### 【理由】

現行の年5分は、市場金利と大きく乖離しているので、変更する必要性はある。

しかし、仮に、頻繁に利率を変動させることになると、金利の計算関係が複雑になるので、固定利率とするべきである。利息については、市場金利に近い利率にするのが関係当事者の公平に資するので、現在の金利情勢に鑑みて是正すべきである。

固定利率にしつつ、あまりにも市場金利の情勢と乖離する場合は、法定利率の見直し（改正）を柔軟に行えばよい。

### (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する。ただし、過度に制裁的な高率とすべきでなく、現行の年5%とするべきである。

【理由】

債務不履行に対するペナルティ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。

(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】

現在の市場金利の水準に合わせた法定利率に基づいて中間利息を控除することは問題である。また、立法により解決される問題ではなく、そもそも事実認定により解決されるべき問題である。

(4) 利息の定義

利息の定義を明文化するという考え方に関しては、法定利率が用いられる場面の特性に応じて個別に適切な利率を定めることを検討すべきであるとい

う立場（前記(1)参照）から、法定利率が適用されるべき「利息」の意味・内容を明らかにすべきであるという意見があった。そこで、利息の定義規定を設けることの当否について、法定利率の在り方に関する各論点（前記(1)から(3)まで）との関連性や民法上利息が多義的に用いられている点に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第1, 6（関連論点）3 [11頁]】

#### 【意見】

利息の定義規定を設けることに賛成する。なお、現行民法で遅延損害金としての実質を持つ「利息」の規定（民法575条2項等）を遅延損害金と表記し、表現上の統一を図るべきである。

#### 【理由】

区別できるものについては、その区別を明確にしておく必要がある。

### 6 選択債権（民法第406条から第411条まで）

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

【部会資料19-2第1, 7 [14頁]】

#### 【意見】

- ① 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に反対はしない。
- ② 民法411条ただし書の削除には反対しない

#### 【理由】

- ① 選択権の行使により一旦債権（契約）の目的が決定されたのであるところ、撤回はその内容を変更する効果を有するから、利害関係人である債権者債務者の承諾を得る必要がある。なお、ここにいう第三者の定義は、契約当事者以外の者とした方がよいのではないか。選択債権の規定の配置にも関連する問題である。
- ② 必要性が全くない条文については維持する必要がある。

## 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】

明文規定を置くことに賛成である。

【理由】

わかりやすい民法という観点からは賛成できる。

## 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】

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については反対しない。ただし、現行民法に規定されている条項については、いずれも存置すべきである。

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規定することに反対はしない。

執行方法の一覧規定を民法に置くことについても、反対はしない。

## 【理由】

実体法と手続法との区別が必要であることは認める。

また、わかりやすい民法という観点からは、債権の効力の基本的部分について条文化することは望ましい。

ただし、現行民法上、不都合の生じていない規定について、あえて削除する必要はない。

### 3 履行請求権の限界

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

【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】

履行請求権の行使の限界を確認する明文規定を設けることに、反対はしない。ただし、限界の具体的な判断基準については、「社会通念」「契約の趣旨」といった二者択一にとらわれず、慎重に検討されるべきである。

## 【理由】

履行請求権の行使に限界があることは判例上も明らかであり、明文化に反対する理由はない。

もっとも、限界の具体的な判断基準については、あたかも契約の趣旨に照らして考えるという説と社会通念に照らして考える説とが相対立するかのような説明がなされているが、そのようなことはない(例えば、「当事者の属性」)。したがって、明文化に当たっては、どちらかの説をとる、という考え方によることなく、明文化すべきである。

### 4 追完請求権

#### (1) 追完請求権に関する一般的規定の要否

一般に、債務者が不完全な履行をした場合には、債権者に追完請求権が認められるとされることから、そのことを確認する一般的・総則的な規定を設けるべきであるという考え方がある。この考え方については、追完方法の多

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

【部会資料5-2第1, 3 [7頁]】

【意見】

明文化することに反対まではしない。

【理由】

追完請求権が一般的に認められることは確かであり、その意味で明文化できるものであれば、明文化に反対する理由はない。

(2) 追完方法が複数ある場合の選択権

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

【意見】

追完請求権、追完権を具体的に定めるのであれば、選択権の所在に関する規定を設けることには反対はしない。

ただし、債権者の権利行使を不当に妨げる結果にならないよう、規定の内容については慎重に検討されるべきである。

【理由】

追完請求権、追完権を具体的に定めるのであれば、当然問題となるため必要な規定である。

もっとも、損害賠償請求権や解除権行使の要件にもよるが、追完請求権を行使しなければ損害賠償請求権や解除権行使ができない形にすると債権者に過度の負担をかけることになり妥当ではない。

### (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こと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】

追完請求権一般に独自の限界事由を定めることには反対する

#### 【理由】

追完請求権は履行請求権の一態様であり、独自の規定を設ける必要性が乏しい。履行請求権の行使の限界についてどのような見解を採るとしても、追完請求権の限界を包摂することは可能である。

また、そもそも追完請求権は契約内容によって様々な請求が想定されるから、その限界は契約各論においてそれぞれ規定されるべきである。

## 第3 債務不履行による損害賠償

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

#### (1) 履行不能による填補賠償における不履行態様の要件(民法第415条後段)

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

【部会資料5-2第2，2(1) [21頁]】

#### 【意見】

明文化することに反対はしない。ただし、内容については慎重に検討されるべきである。

#### 【理由】

わかりやすい民法という観点からは明文化が望ましいが、判例法理の明文化が可能かどうかという点については、疑問が残る。また、現在の判例法理が変更されたかのように誤解されるような条文になってはならない。

(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】

契約の解除不要説に賛成する。

ただし、追完請求権について具体的に条文化する場合には、填補賠償とどのような関係に立つのか明らかにする必要がある。

【理由】

債権者にメリットがある一方、債務者に不当なデメリットはない（すでに履行遅滞であるため）。

現在の判例法理であり、明文化をすることに不都合はない。

(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】

いずれも明文化に賛成する。

【理由】

確立した判例法理・学説の明文化は、わかりやすい民法に資する。

(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】

履行期前の履行拒絶による填補賠償請求が認められることに反対はしない。ただし、要件（規定の内容）については、慎重に検討されるべき。

【理由】

債権者にメリットがある一方、債務者に特段不利益はない。もともと、履行期前の解除に比べて、解除者が不当な利益を受けることはあってはならない。また、「履行拒絶」があったとする手続（催告の要否）についても定める必要がある（事実認定・立証上の問題も生じうる。）。

(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】

反対する。これ以上の検討は不要である。

【理由】

規定の必要性に疑問がある。すなわち、追完が必要な場合というのはすでに履行遅滞に陥っている場合であるので、履行遅滞・履行不能で十分である。

(6) 民法第415条前段の取扱い

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

【部会資料5－2第2，2(6) [27頁]】

【意見】



包括的な要件の維持に賛成する。

【理由】

隙間を埋める条項があった方がよい。

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】

債務不履行全般に「債務者の責めに帰すべき事由」が必要であることを明文化することに賛成する。

【理由】

判例法理の明文化は、わかりやすい民法に資する。

(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、それが適当かどうかという観点から、更に検討してはどうか。その際、文言の変更が取引実務や裁判実務に与える影響、民法における法定債権の規定に与える影響、その他の法令の規定に与える影響等に留意しながら、検討してはどうか。

【部会資料5-2第2, 3(2) [28頁]】

【意見】

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は妥当でない。

「債務者の責めに帰すべき事由」という文言は、現行のまま維持されるべきである。

【理由】

現行の民法の文言を前提に判例・実務が形成されており、文言の変更はこうした判例・実務を変更させるものであるとの誤解を生じさせ、裁判実務への無用の影響が大きく懸念される。

逆に、実務に影響がでないのであれば、無用の混乱を生じさせるだけである。

(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

【理由】

判例法理の明文化であり、わかりやすい民法に資する。

### 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】

損害賠償の範囲を画する規律の明確化することに反対はしない。  
ただし、明確化する規定の内容については慎重に検討すべき。

【理由】

明確化はわかりやすい民法に資する。  
現在の実務で特段問題はない。現行の実務を変更する必要性は乏しい。  
なお、「予見可能性ルール」を重視することは、契約書に「予見」の内容を詳細に記載することにより、損害賠償の対象とされ、消費者に不利になることが懸念される。

(2) 予見の主体及び時期等（民法第416条第2項）

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

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

明文化には賛成する。  
明文化にあたってその内容は判例実務に基づくべき。

【理由】

わかりやすい民法、という観点から明文化に反対はしないが、現在の裁判実務を変更する実務的必要性はない。

(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】**

予見可能性を基準とする規範は採用するべきではない。

予見の対象は、現行法の「事情」を変更するべきではない。

**【理由】**

予見の主体は債務者、予見の時期は不履行時、という現行の判例法理を明文化する方向であれば反対はしない。

しかし、そうでないのであれば、現在のルールを変更する実務的必要性がない。

**(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】**

特則は不要である。

**【理由】**

「全ての損害」の内容が不明確である。現在のルールで対応可能と考えられる。

**(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】**

判例・実務の明文化に反対はしない。

ただし、明文化の可否・内容については慎重に検討すべき。

## 【理由】

わかりやすい民法を実現する、という観点からは反対できないことではあるが、それに拘泥し、理論的明快性だけを追求しはじめれば学理上の争いが展開されるだけになりかねない。

### 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】

明確化に反対はしない。

損害軽減義務の明文化には反対する。

## 【理由】

明確化は、わかりやすい民法に資する。

もっとも、現行の判例・実務を変更しないことを適切に表現できる文言が見つからない場合、実務に無用の混乱を招く。

損害軽減義務のみをあえて取り上げる理由がない。

#### (2) 効果

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

【意見】

任意的減軽とすることに賛成する。

【理由】

通説の明文化であり、あえて反対する理由がない。

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

【理由】

わかりやすい民法に資する。

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】

金銭債務についても、免責を認める余地を与えるべきである。

【理由】

不可抗力が明らかな場合（東日本大震災のように日本全体が大混乱に陥り、銀行の機能停止により銀行振込が不可能になった場合等）にまで、不可抗力免責を認めないことは債務者を不当に不利な立場におくものであり常識に反する。

(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】

反対する。

【理由】

過大な責任が生じるおそれがある。必要性に乏しい。

#### 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】

契約当事者の力関係の違いに基づいて、一方当事者にのみ有利な免責条項が盛り込まれるような事態に対して一定の制限を設けるべきである。

#### 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】

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

ただし、裁判所の裁量減額として規定するか、過大部分を無効とする規定とするかは検討を要する。

また、過大か否かの判断の基礎となる「債権者に生じた損害」の主張立証責任については、債務者にとって債権者に生じた損害を把握することは困難であることから、訴訟手続においては当該取引の性質や同種取引からの事実上の推定の活用や当事者照会等の証拠開示制度の充実が重要な問題とある。

なお、賠償額の予定は、賠償額予定条項を設けることについては合理性があるが、その額が過大である場合が射程であり、条項を設けること自体の適法性について一般条項を排斥するものではないことを明記することが望ましい。

#### 【理由】

- 1 賠償額の予定のうち過大な賠償について賠償額の減額を認めることは、民法 90 条や暴利行為等の一般条項に基づき不当な賠償額の予定を排除している現在の実務を明文化するものであり、異論はない。

ただし、裁判所による合理的な額までの減額とされているが、裁判所の裁量による減額と規定する場合、裁量判断の妥当性の検証及び反論可能性が確保されるのかの問題がありうる。訴訟提起前の当事者間での賠償額の予定の減額交渉の根拠条文としての利用も視野にいれると、過大部分が無効であることを明記することも検討されるべきである。

過大な賠償額は、それそのものを認めることができないとしても、当事者間でそのような条項を定めた趣旨やそのほかの社会的要因を考慮し、必ずしも実損害額でない、合理的な金額を定める必要性がある場面も想定されるので、単に過大部分を無効とするのではなく、裁判所の裁量の余地を入れる必要がある。ただし、その判断要素は、単に金額の問題ではなく、も考慮せざるをえない。

ただし、次に、具体的な事案においては、賠償額の予定条項自体そのものを無効とすべき事態もありうる。条項を設けること自体の適法性について一般条項を排斥するものではないことを明記することが望ましい。



「債権者に生じた損害に比して過大」とあるが、この主張立証責任の配分はどう考えるかは重要な問題となろう。

- 2 過少な賠償額の予定については、損害賠償責任の減免責を認める条項としての実質を有するため、過大な賠償額の予定とは異なる経済的機能を果たすことがあり、減免責条項と同様に契約全体との関係で効力を考える必要がある。過大な賠償額の予定と異なり、裁判所による裁量増額を認めることは、当事者の予測可能性、当事者自治の観点から望ましくない。

したがって、暴利行為、公序良俗、不当条項等の一般条項に基づき、当該規定の有効性の判断を行い、無効と判断された場合には、債務不履行の一般原則に基づき損害額を決するのが相当である。

以上のことから、賠償額の予定の条項においては、過小な賠償額の予定を規定する必要は低い。

- 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3 1）及び一部無効の効力（後記第3 2, 2 (1)）に関する議論との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

#### 【意見】

過小な賠償額の予定については、暴利行為、公序良俗、不当条項等の一般条項に、その有効性の判断を委ねるのが妥当である。

責任制限条項としての側面があることは指摘のとおりであり、過大な場合と考慮すべき要素が異なると思われる。また、過大な賠償額の予定の場合と異なり、裁判所による裁量増額を認めることは望ましくなく、過小部分を無効としても問題の解決とならない。したがって、暴利行為、公序良俗、不当条項等の一般条項に、その有効性の判断を委ねるのが妥当である。

#### 【理由】

過少な賠償額の予定については、損害賠償責任の減免責を認める条項としての実質を有するため、過大な賠償額の予定とは異なる経済的機能を果たすことがあり、減免責条項と同様に契約全体との関係で効力を考える必要がある。過大な賠償額の予定と異なり、裁判所による裁量増額を認めることは、当事者の予測可能性、当事者

自治の観点から望ましくない。

したがって、暴利行為、公序良俗、不当条項等の一般条項に基づき、当該規定の有効性の判断を行い、無効と判断された場合には、債務不履行の一般原則に基づき損害額を決するのが相当である。

以上のことから、賠償額の予定の条項においては、過小な賠償額の予定を規定する必要は低い。

- 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。

## 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）

- ① 債務不履行解除制度全般における催告解除の位置付けに関しては、催告解除が実務上原則的な解除手段となっていることや、できるだけ契約関係を尊重するという観点などを理由に、現行法と同様、催告解除を原則とし、催告解除と無催告解除を別個に規定すべきであるという意見がある一方で、催告後相当期間が経過することで、無催告解除を正当化する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】

現行法が催告解除の原則を取っていること、及びそれ自体は「催告における相当な期間内に債務の本旨に従った履行がなされない場合は解除権が発生する」という点を明記すべきである。

また、催告解除を原則とした場合でも、付随的義務違反や軽微な一部不能の場合

に例外的に解除を否定することは正当であるので、この点を明示すべきである。

これに対し、「重大な不履行」を解除の要件とする考え方については、基準が分かりにくいこと及び「格差による被害を生じさせる危険性がある」ことから反対である。

#### 【理由】

ア まず、現行法における催告解除は、「契約の拘束力を維持すべき」という大原則のもとで「催告における相当期間内の本旨債務不履行」という極めて明確な要件のもとに解除という拘束力解消の制度を認めたものであって、「国民に分かりやすい」制度であり、今回の民法改正の目的とも一致する。

イ また、催告解除が原則とされる理由は契約の拘束力にあるのであるから、債務の本旨とは関連性のない付随的義務の違反の場合は拘束力を維持すべきであって、解除を否定すべきである。

ウ 催告解除と無催告解除の要件を統一化することは、必ずしも必要ではない。統一的にするため、「重大な不履行」を要件とする考え方については、「何が重大か」が非常に不明確であって国民に分かりにくい。また、催告解除の場合、履行の催告が解除の前提としてあるので、関連性のない付随義務違反の場合以外にも解除権を制限するかのような条文の体裁をとる必要は無い。

のみならず、重大な不履行を解除の要件とした場合、論者の意図とは別に、「交渉力等における優位者」が契約書において「重大な不履行の例示」を詳細に規定し、これにより解除が容易になるようにする傾向が生じる危険がある（あるいは、その逆の危険もある）。そうすると「劣位者」は、些細な事由であっても契約を解除されてしまう（その逆もある）ことにより不利益を受ける危険性がある。

「重大な不履行」を要件とする見解は、国民に分かりにくく、かつ「格差による不利益を発生させる危険性」がある点で「民法改正の二つの目的に必ずしもそぐわない」ので反対である。

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

#### 【意見】

付随的義務違反や軽微な一部不能の場合に解除を否定することは正当であるので、この点を明示すべきである（前項の意見でも述べた通り）。

#### 【理由】

催告解除が原則とされる理由は契約の拘束力にあるのであるから、債務の本旨とは関連性のない付随的義務の違反の場合は拘束力を維持すべきであって、解除を否定すべきである。

- ③ 前記②の判例法理の趣旨を明文化する場合の具体的な要件に関しては、

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

#### 【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については、いずれの考え方においても、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に賛成である。

具体的な要件の規定ぶりに関しては、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を基本に考えるべきである。

#### 【理由】

解除するかどうかの判断に当たっては、債務不履行により契約の目的を達成できるかどうか最も重要であることから、この点を基準に解除の要件が考えられるべきである。

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。

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

踏まえて、前記②の判例法理を明文化する際の主張立証責任の在り方について、更に検討してはどうか。

【意見】

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。

【理由】

主体を区別せず、債務を履行していない者に立証責任を負担させることが公平と考えられる。

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】

「催告することに意味がない」とすべきであるとする意見に賛成する。

【理由】

解除するかどうかの判断に当たり、「重大な不履行」を解除の要件とする考え方については、基準が分かりにくいことから反対である。「契約の目的を達成することができあに場合」は、催告解除と無催告解除を分ける基準として機能するかどうが疑問である。結局、「催告することに意味がない」とすべきである。

ウ その他

① 前記ア及びイの各論点において不履行の程度を問題とする場合、その判断に際して不履行後の債務者の対応等を考慮することができるものとする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】

不履行後の態様を考慮することができるとの意見には反対である。

【理由】

一旦解除ができるほどの不履行が発生していながら、その後の債務者の行為・態

度によっては解除ができなくなることをみとめるのは、当事者間の関係を不安定にし、将来の予測可能性が奪われかねない。

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

#### 【意見】

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り、「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に賛成である。

#### 【理由】

解除は、「契約関係解消を主たる目的とする制度」であるが、契約の拘束力を最大限に維持するという立場及び債務者に重大な不利益を与えるという観点からは、立法政策として債務者に本旨債務の不履行があるだけではなく、更に「責めに帰すべき事由」がある場合に限り解除できるとすべきである。

主張立証責任の上では、債務不履行のある者に立証責任を負わせ「債務者の責めに帰することができない事由」を債務者が立証した場合には、解除が制限されると構成するのが公平と考えられる。

### (2) 不完全履行による解除

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

【部会資料5-2第3, 2(3) [73頁]】

#### 【意見】

不完全履行についても規定を設けること、その場合は追完可能な場合は履行遅滞に、追完不能な場合は履行不能に準じて規定を整備する方向性を明記すべきである。

#### 【理由】

不完全履行という概念を明確にして法的効果を規定することは、わかりやすい民法の実現に資する。

### (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】

履行拒絶を解除権成立の要件の一つとして規定することに賛成である。

但し、履行拒絶により契約の目的を達成できないものであること等、拒絶の程度基準を明確にすべきである。

#### 【理由】

債務者が拒絶の意思を明らかにしているのであれば債権者を契約に拘束させるのは酷であるし、債務者を保護する必要性に乏しい。但し、拒絶の有無の判断が難しいとの指摘があるので、基準を明確かつ重大なものに限定すべきである。

### (4) 債務不履行解除の包括的規定の要否

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

【部会資料5-2第3, 2(5) [76頁]】

#### 【意見】

賛成である。

#### 【理由】

不履行の態様に対応した規定が存在しないという事態を回避できる。

## 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が

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】

解除の要件において、債務者の「帰責性」を要求する見解に賛成である。

【理由】

解除は、「契約関係解消を主たる目的とする制度」であるが、契約の拘束力を最大限に維持するという立場及び債務者に重大な不利益を与えるという観点からは、立法政策として債務者に本旨債務の不履行があるだけではなく、更に「責めに帰すべき事由」がある場合に限り解除できるとすべきである。

### 3 債務不履行解除の効果（民法第545条）

#### (1) 解除による履行請求権の帰すう

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】

賛成である。

【理由】

解除の法的効果を明確にする点において有益である。

#### (2) 解除による原状回復義務の範囲（民法第545条第2項）

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



その際、①解除が将来に向かってのみ効力を生ずる場合における原状回復義務の規定の要否、②原状回復義務の目的の価値が時間の経過により減少した場合の処理の在り方及び規定の要否、③解除原因となった不履行の態様、債務者の主観的要素、不履行が生じた経緯等に応じて原状回復義務の範囲を調整する処理の在り方及び規定の要否、④不履行の原因に対する両当事者の寄与の程度等に応じて原状回復の負担を両当事者に分配する処理を可能とする規定の要否、⑤なす債務の原状回復義務の内容及び規定の要否、⑥履行請求権の限界事由の問題（前記第2，3）等と関連して原状回復義務の限界事由についての規定の要否、⑦消費者が原状回復義務を負う場合の特則の要否といった点についても、併せて検討してはどうか。

【部会資料5－2第3，4(2) [86頁]】

【意見】

金銭以外の返還義務について、判例で認められている果実や使用利益の返還義務を規定する方向を明示すべきである。①から⑦については、いずれも明文化には反対しない。

【理由】

判例法理の法文化であり「分かりやすい民法」の実現に資する。ただし、規定が複雑になりすぎると、かえってわかりにくくなる懸念がある。

(3) 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理

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

【部会資料5－2第3，4(3) [87頁]】

【意見】

規定を設ける方向には反対しない。

【理由】

頻繁ではないが日常の場面で発生しうるケースであり、ルールを定めておくべきである。

#### 4 解除権者の行為等による解除権の消滅（民法第548条）

解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合でも解除権は消滅すると規定する民法第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】

加工又は改造により解除権が消滅する場面を限定する方向で規定を整備すべきである。

##### 【理由】

解除権の存在を知らずに加工等をした場合にまで解除ができなくなるのは酷である（もっとも、ここでいう「解除権の存在を知らず」がどのような場面を指すのか基準を明確にすべきである）。

#### 5 複数契約の解除

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

方向性は賛成するが、複数の契約の解除が認められる基準の明確化が必要である。

##### 【理由】

判例でも採用されている考え方であり方向的には相当であるが、複数契約の関連性についての基準が分からないと混乱のおそれがある。

## 6 労働契約における解除の意思表示の撤回に関する特則の要否

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】

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に賛成である（当部会で検討すべきかどうかについては意見を述べない）。

### 【理由】

労働者が解除の意思表示をする場合に中には、使用者側の不当な対応が背景にある場合も予想されることから、労働者に熟慮の機会を与えることによりその地位を強めるのが相当と考えられる。

## 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う、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】

- 1 基準の分かりやすさ及び「劣位者保護」の観点からは、危険負担制度を存置し、かつ支配可能性の移転前には債務者主義を適用するという方向性を明示すべきである。
- 2 解除と危険負担の機能の重複を避けるという観点等から、解除に一元化して危険負担制度を廃止すべきであるとの見解は、基準として分かりにくいこと及び「劣位者保護」に必ずしもそぐわないので反対である。

#### 【理由】

危険負担の債務者主義は、双務契約において「目的物の引渡等がなされる以前に、債務者に責めに帰すべき事由がないのに目的物が滅失等して履行不能になり債務が消滅した場合、対立する債務も当然に消滅する」というものであって、一般の国民感覚に合致し分かりやすい。そこで、「分かりやすい民法実現」のためには、危険負担制度を存置し、上記のような債務者主義を基本とした規定を置くべきである。

これに対し、解除一元論では、「帰責事由無くして一方の債務履行が不能になり債務が消滅した場合にも、さらに解除しなければ契約関係が終了しない」とするので、国民に分かりにくいと思料される。

のみならず、一方の債務が消滅したのに他方の債務については解除しなければ責任を免れないとすると、解除の仕方も知らない一般市民、消費者や零細事業者などの劣位者にとっては極めて煩わしく、かつ同人らについて解除通知未到達の危険も発生する。それ故、解除一元論は「劣位者保護」にもとる可能性があるもので、その旨を明示すべきである。

危険負担の制度は、東日本大震災などのような激甚災害が発生したときには、使用する機会はむしろ増える。

解除の意思表示を必要とすると、相手方が行方不明など意思表示の伝達が困難な場合などにいつまでも契約が終了しないことがあり得る。危険負担制度のほうがむしろメリットがある。

## 2 民法第536条第2項の取扱い等

債務不履行解除と危険負担との関係(前記1)の見直しの結論にかかわらず、民法第536条第2項の実質的な規律内容(債権者の帰責事由により債務が履行不能となった場合には、反対債務は消滅しないという規律内容)は維持するものとしてはどうか。その上で、この規律を一般的な通則として置くか、各種の契約類型の特性に応じた個別規定として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】

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)は維持することに賛成である。規律の仕方は, 一般的な通則として置くことで足りると考える。

#### 【理由】

契約当事者間の公平に資するので, 廃止する必要はない。具体的な適用場面を想像するに, 契約ごとに個別に規定するまでの必要性は乏しいと思われる。

### 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】

債権者主義の適用範囲を制限する方向性に賛成する。さらに, 支配可能性の移転した時(引渡時または登記移転時)からとする方向性を明示すべきである。

#### 【理由】

現在においては債権者主義の適用を制限する立場が支配的であり, 現行法の規定をその方向で改正すべきである。

但し, 危険の移転時期については, 移転時期の明確性及び公平さから見て, 目的物の引渡時, 登記移転時に限定する方向で明示すべきである。

## 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】

要件効果を条文上明確にすることは賛成する。

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に関しては、労働問題については、期限の利益の喪失を認めるべき場面はあるが、出来高払い、後払いの契約等、必ずしも期限の利益を喪失させることが妥当でない場合もあるので、慎重に検討すべきである。

#### 【理由】

判例・学説上争いなく認められているものについては、その具体的な内容を明確化することはわかりやすい民法に資する。

## 2 損害賠償請求及び解除の可否

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

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

【部会資料5-2第5，3 [107頁]】

#### 【意見】

効果として、損害賠償や解除ができることを明文化すべきである。

#### 【理由】

債権者にも信義則に基づいて受領義務があることはほぼ争いはない。受領遅滞により債務者が損害を負う場合は、実際に想定できる。

## 第8 債務不履行に関連する新規規定

### 1 追完権

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

【意見】

追完権を認めることには反対する。

【理由】

債権者の利益は、解除において基本的に催告が必要であることでバランスがとれていると思われる。解除権の行使、損害賠償請求権の行使が不相当である場合は、追完権を持ち出すことなく別の理屈で対処できる。

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 [112頁]】

【意見】

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ついて、明文化する方向に賛成する。ただし、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を採用することについては慎重に検討すべきである。

【理由】

かかる場合の債務者の責任を明確にすることは、わかりやすい民法に資する。ただし、第三者の行為による責任を債務の内容に取り込んだり除外することを契約当事者の合意によってすべて決することができるとなると、交渉力において優位にある者が劣位の者に対し不当に責任を押しついたり、自己の責任を不当に免れるような信義則上許容できない事態が生じうる。第三者の行為による債務不履行における賠償責任の有無という問題が契約解釈によってある程度決定される問題であるとしても、これを契約自由の原則のみで規律するのではなく、信義則等による一定の歯止めをかけるべきである。

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 [115頁]】

【意見】

代償請求権の規定を明文化することに賛成する。

【理由】

判例が認めているところであり，その条文化はわかりやすい民法に資する。

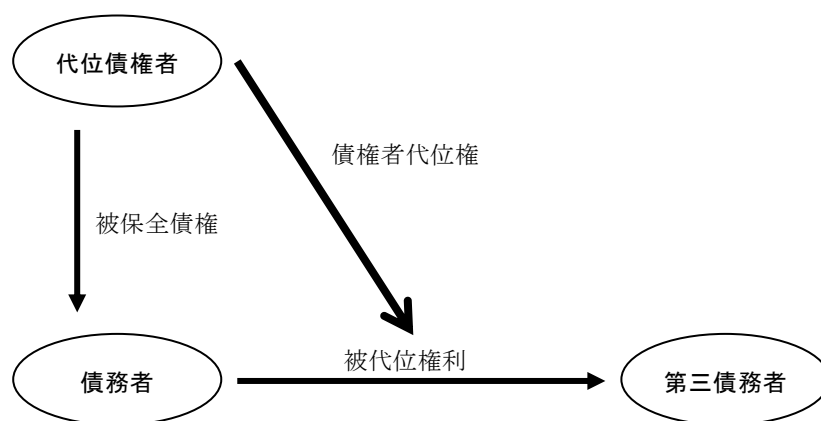
## 第9 債権者代位権

(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】

区別した規定を設けることに反対はしない。

【理由】

本来の趣旨である責任財産の保全を目的とする「本来型」と，責任財産の保全と



は無関係の「転用型」とでは、適用場面が異なる。適用場面が異なることに応じて、要件を明確化すべきである。

## 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制度を存続させることに賛成する。

#### 【理由】

民事執行制度及び民事保全制度が存在すること、第三債務者への影響が大きいことから、制度の必要性について更に検討がなされるべきである。

ただし、形成権の代位行使や代位権の代位行使など他の制度で対応できないケースも存在するので、廃止には慎重な検討が必要となる。

### (2) 債権回収機能(事実上の優先弁済)の当否

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

【部会資料7-2第1, 2(2) [7頁]】

#### 【意見】

見直しをすることに反対しない。

#### 【理由】

事実上の優先弁済機能については、責任財産の保全という制度の目的を逸脱して

いるといわざるを得ないが、債権者代位制度は執行・保全制度を補完する意義もあることから、同機能を全く否定するべきでもない。

### 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】

金銭の債務者への返還債務と被保全債権との相殺を一定程度制限する方法などを検討することに賛成である。

#### 【理由】

債権回収機能を制限するためには、相殺等を制限すれば足りる。

直接給付の請求を否定する見解では、責任財産保全という目的自体が達成できない場合がある。

#### (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】

被保全債権の債権額の範囲にとどまらない行使ができるとする方向に賛成である。ただし、被保全債権の債権額の範囲を超えた部分の取扱いについては、何らかの手当てを検討すべきである。

#### 【理由】

責任財産の保全という目的を重視し、債権回収機能の制限を実現できるのであれ

ば、必ずしも行使の範囲を制限する必要はなくなる。しかし、代位債権者が受領した金銭を費消するおそれなど、被保全債権を超過した部分についての手当てが必要である。

### (3) 保全の必要性（無資力要件）

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

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

【部会資料7-2第1, 3(3) [10頁], (4) [12頁]】

#### 【意見】

「本来型」について、無資力要件を条文上明記すべき方向で検討することに賛成である。登記申請権の代位行使の際、債務者の無資力を要件としないなど特別の取扱いをすることについては賛成であるが、規定の内容、配置など慎重に検討すべきである。

#### 【理由】

本来型と転用型を区別して規定する場合、本来型について無資力要件を具体的に規定して、明確化を図った方がよい。

登記申請権の代位行使など、特別の扱いが要請される場面については、不動産登記法に規定を置く、もしくは執行手続内での手当てをするなど、手当ての仕方をさらに検討する必要がある。

## 4 転用型の債権者代位権の在り方

### (1) 根拠規定の在り方

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

【意見】

転用型の債権者代位権の根拠規定について、個別規定あるいは一般的な根拠規定を設ける方法ことに反対しない。

【理由】

「本来型」と「転用型」は適用場面及び要件が異なるため、区別を明確化した方がよい。ただし、個別規定の整備は困難なおそれがあり、一般的な根拠規定については転用の要件を詳しく検討する必要がある。

(2) 一般的な転用の要件

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

【部会資料7-2第1, 4(2) [19頁]】

【意見】

「権利の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利が保全されるという関係」が必要であるとした判例を参考に、一般的な転用の要件を検討することに反対しない。

【理由】

「転用型」が適切な範囲において認められるように、要件を検討すべきである。

(3) 代位債権者への直接給付の可否及びその要件

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

【部会資料7-2第1, 4(2)（関連論点） [21頁]】

【意見】

「転用型」において、必要な場面に応じて直接給付を認めるようにすべきであり、それ以外の場合には柔軟に対処できるよう、要件の設定を慎重に検討すべきである。

【理由】

「転用型」は特定債権の実現を目的とするため、直接給付を認める必要がある場

面が多いとみられるが、他に「転用型」の事案が新しく出てくることが考えられるため、要件の設定の仕方については、慎重に検討すべきである。

## 5 要件・効果等に関する規定の明確化等

### (1) 被保全債権、被代位権利に関する要件

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

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

【部会資料7-2第1, 5(1) [21頁]】

#### 【意見】

被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず、強制執行により実現することもできないものである場合に、債権者代位権を行使できないものとすることに賛成する。

差押えが禁止された権利について代位行使が許されないとする方向で検討することに賛成する。

#### 【理由】

責任財産を保全して、被保全債権を実現するという趣旨が妥当しなくなる。差押えが禁止された権利については、それによって得られる財産を債務者に取得させるべきである。

### (2) 債務者への通知の要否

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

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

【部会資料7-2第1, 5(2) [22頁]】

#### 【意見】

債務者への通知を要求することについては、反対である。

#### 【理由】

債務者の地位に配慮する必要があると思われるが、手続きの簡便さを損なうことや密行性が要請される場合についての検討をすべきである。

### (3) 債務者への通知の効果

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

【部会資料7-2第1, 5(2) (関連論点) [24頁]】

#### 【意見】

債務者の処分権の制限が生じないという方向で検討すべきである。

#### 【理由】

裁判外の通知に強い効果を認めると、債務者の地位が不安定となるし、第三債務者への影響も大きいので、債務者に自由な処分を許すことについての弊害については保全手続きなどで対応すべきである。

### (4) 善良な管理者の注意義務

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

【部会資料7-2第1, 5(3) [24頁]】

#### 【意見】

善良な管理者の注意義務を負うことについて、賛成する。

#### 【理由】

他人である債務者の権利を行使するので、善良な管理者の注意義務を負うべきである。法的根拠については更に検討すべきである。

### (5) 費用償還請求権

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

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

【意見】

本来型について費用償還請求を可能とする方向で検討することに賛成である。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明らかにすることについては、総債権者の利益になる場合に限定する形式で定めるのであれば賛成である。

【理由】

本来型の趣旨である責任財産の保全という意味では、総債権者の利益のためといえるので、費用償還は認めてよいと思われる。ただし、転用型は必ずしも総債権者の利益のためになるわけではないので、共益費用に関する一般の先取特権の付与が適切な範囲になるよう、要件を慎重に検討すべきである。

## 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】

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主張できることを明文化する方向に賛成する。

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ができるとする見解に反対する。

【理由】判例の考え通りの明文化である。

### (2) 供託原因の拡張

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

【部会資料7-2第1, 6(2) [27頁]】

【意見】

供託原因の拡張については賛成する。

【理由】

第三債務者保護の方策として、現実に機能するように要件設定の在り方など慎重に検討すべきである。

### (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】

第三債務者は一人に履行すれば債務を免れるとする考えに反対しない。

#### 【理由】

裁判例の考えに従っているが、調整規定を設けるかどうかについては、今後の検討に任せる。

## 7 債権者代位訴訟

### (1) 規定の要否

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

【部会資料7-2第1, 7 [29頁]】

#### 【意見】

債権者代位訴訟に関する規定を置くことに賛成である。ただし、民法・民事訴訟法にどのように規定を振り分けるかについては更に検討が必要である。

### (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】

訴訟告知を要するとすることについて賛成する。

#### 【理由】

判決の効力が及ぶ（民事訴訟法115条1項2号）ことからすると、債務者の手続保障を図る必要がある。



### (3) 債務者による処分の制限

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

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

【部会資料7-2第1, 7(2) [31頁]】

#### 【意見】

債務者による処分の制限を設けること及び第三債務者による弁済を禁止することについては慎重に検討すべきである。

#### 【理由】

債権者代位訴訟が徒労となることは防ぐべきであるが、保全制度で担保が要求されている場面と比較して過大な効果を与えることにならないよう検討すべきである。第三債務者による弁済の禁止は、第三債務者の地位を不安定にする。

### (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】

差押えを優先する方向については慎重に検討すべきである。

代位訴訟の帰趨については、慎重に検討すべきである。

#### 【理由】

判例との整合性を考慮すべきである。

差押えを優先する場合、代位訴訟の帰趨を決定する方法については、執行手続内

で調整するなど多様な方法があるため、検討が必要である。

#### (5) 訴訟参加

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

【部会資料7-2第1, 7(4) [34頁]】

#### 【意見】

訴訟参加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。

#### 【理由】

訴訟参加が一定の場合に認められることに争いはない。

ただし、訴訟参加の形態については、民法に規定すべきかどうかも含めて慎重に検討すべきである。

### 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】

裁判上の代位の制度の廃止については、反対しない。

#### 【理由】

利用例が乏しく、被保全債権の履行期が未到来の場合の対応について不都合は必ずしも存在しない。

## 第10 詐害行為取消権

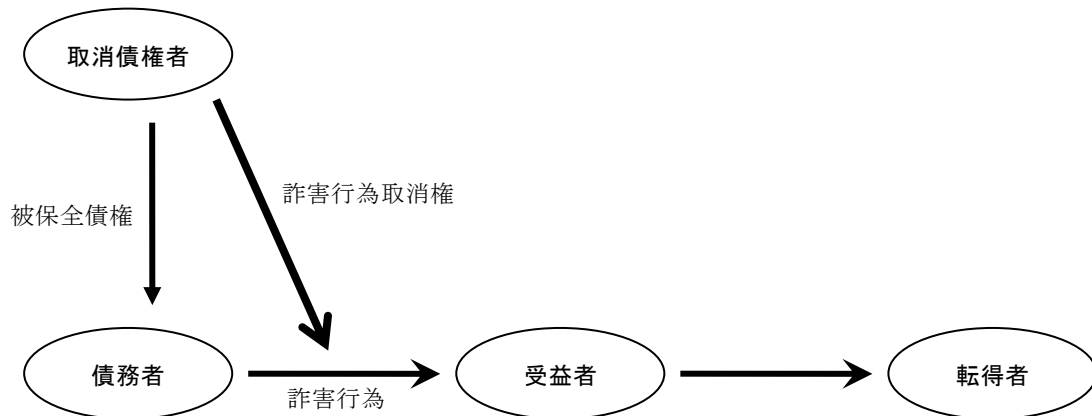
（前注）この「第10 詐害行為取消権」においては、便宜上、次の用語を用いることとする。

「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】

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検討することに賛成する。

#### 【理由】

従前の実務（折衷説）との連続性・整合性を保ちつつ、個別に問題点を克服することが最も合理的である。

責任説については、理念としては理解できなくはないが、現行の民事諸法制とはなじみにくい上、これを現実に制度化するについては立法技術的にも相当な困難が伴うものと思われる。

## (2) 詐害行為取消訴訟における債務者の地位

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

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

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

### 【意見】

債務者をも被告とすることを義務付けること、および債務者に対する給付訴訟の併合提起を義務付けることについては慎重に検討すべきである。

### 【理由】

債務者を共同被告とすることにより相対的取消の理論的問題点を克服できるという点については検討に値する。ただし、債務者が死亡していたような場合などに債権者の負担が過大になるおそれもある。また、次項(3)のような問題も発生することから、この点にも留意し慎重に検討すべきである。

給付訴訟の併合提起を義務付けることについては、取消判決と給付判決との判決内容の合一性確保の要請は首肯しうるが、債権者としては、別途給付判決のみを取得したい場合もありうること、詐害行為取消しのみならず債務名義を取得する可否かは原則として債権者の判断にゆだねられるべきことからすれば、やはり慎重に検討すべきである。

## (3) 詐害行為取消訴訟が競合した場合の処理

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

【部会資料7-2第2, 2(2) (関連論点) 2 [47頁]】

### 【意見】

検討することに反対はしない。

### 【理由】

複数の詐害行為取消訴訟が提起された際には、できる限り判決内容の合一性を確保することが望ましい。ただし、債権者や裁判所は他の詐害行為取消訴訟の存在を把握することが困難な場合もあるため、現実的にかような手当てを行うことに困難性を伴うという問題もあると思われる。

## 2 要件に関する規定の見直し

### (1) 要件に関する規定の明確化等

#### ア 被保全債権に関する要件

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

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

【部会資料7-2第2, 3(1)ア [48頁]】

#### 【意見】

被保全債権は原則として詐害行為よりも前に発生していることを要件とすることに賛成する。ただし、継続的契約に基づき発生した債権を被保全債権とする場合については、別途の考慮を行うことも検討すべきである。

また、被保全債権が強制力を欠く場合に詐害行為取消権を行使することができないことにすることに賛成する。

#### 【理由】

従前の判例・実務の考えにも整合するし、原則として詐害行為よりも後に債権を取得したものは、詐害行為後の状況を前提として取引関係に入っているのだから取消権行使を認める必要はない。但し、継続的契約の場合のように、被保全債権自体は詐害行為後に発生していたとしても、契約関係自体は詐害行為前から継続していたような場合には、詐害行為前に債権を取得したものと同様の法的地位を与えてもよいのではないかと考えられる。

また、被保全債権が強制力を場合には、そもそも逸出財産を取り戻してもそこから強制執行による債権の満足を受けうることはできないのであるから、取消権の行使を認める必要はない。

#### 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】

無資力要件を条文上明記することに賛成する。ただし、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】

無資力要件自体は、従前から判例上認められてきた要件であり、これを明文化すること自体には意味があると思われる。

但し、この無資力要件の具体的内容については、破産法上の否認との整合性にも留意し、無資力の意義につき支払不能とすることも含め（この場合、債権者の立証負担の観点から、債務超過を支払不能推定事由として位置づけることも考えられる）、慎重に検討すべきである。

(2) 取消しの対象

ア 取消しの対象の類型化と一般的な要件を定める規定の要否

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

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

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

【意見】

取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理することに賛成する。

その場合、一般的な要件を定める規定を維持することに反対はしない。

【理由】

詐害行為取消の対象を類型化して整理することで、適用範囲がより明確になり、予測可能性も高まる。

類型化して整理することで、おおむね詐害行為取消の対象となるべき行為は網羅

されるものと思われるが、個別類型に当てはまらない場合があり得ないとは言い切れないことからすれば、一般的要件を定める規定を維持することに反対はしない。

## イ 財産減少行為

### (7) 相当価格処分行為

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

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

【部会資料7-2第2, 3(2)ウ [59頁]】

#### 【意見】

相当価格処分行為の取消しの要件として否認と同様の要件を設けることに反対しない。

#### 【理由】

相当価格処分行為については、比較的詐害性が低い行為類型であり、破産法の規律と同様に取消の対象となる行為に一定の限定を付することが合理的であるし、否認・取消ルールを統一化することで取引相手方の予測可能性も高まり、取引の安全の確保にも資すると思われる。

なお、取消債権者は、破産者に関する各種資料を把握している破産管財人とは異なり、債務者や受益者に関して把握できる事情は限定されているため、否認と同様の要件を立証することは破産管財人よりも困難であり、取消債権者の立証負担が過大となることを懸念する意見もあった。

### (4) 同時交換的行為

判例は、担保を供与して新たに借入れをする場合等のいわゆる同時交換的行為について、借入れの目的・動機及び担保目的物の価格に照らして妥当なものであれば詐害行為には当たらないとしている。これに対し、破産法は、同時交換的行為を偏頗行為否認の対象から除外している（同法第162条第1項柱書の括弧部分）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かと解されている。

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】

同時交換的行為の取消しの要件として、相当価格処分行為の取消し（上記（ア））と同様の要件を設けるべきである。

#### 【理由】

同時交換的行為は、経済的には相当価格処分行為と同様の実態を有すると考えられることから、相当価格処分行為と同様の要件を設けることが合理的である。

#### (ウ) 無償行為

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

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

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



【意見】

基本的に、取消しの効果の点も含め、破産法上の無償否認と同様の規定を設けることに賛成する。

但し、時期的な限定の取り込みは不要である。

【理由】

危機時期における無償行為は詐害性が類型的に高く、否認と同様、原則として詐害行為取消しの対象とすることには合理性が認められる。その場合、効果についても、無償否認の場合と同様に定めるのが合理的である。

但し、時期的な限定については、いまだ法的倒産処理に至っていない段階において支払停止概念を取り込むことには無理があることに加え、取消の対象となる無償行為がなされた時点においていわゆる無資力要件が必要とされていることから、取消の対象が無限定に拡大する懸念もなく、設ける必要はない。

ウ 偏頗行為

(7) 債務消滅行為

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

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

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

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

【意見】

④判例法理を明文化する方向で検討することに賛成する。

【理由】

法的倒産手続に至らない段階においても、一定の場合には債権者平等がはかられるべきであるから、偏頗行為を詐害行為取消の対象から除外することは相当ではない。

そして、偏頗行為が詐害行為取消の対象となるためには偏頗行為時にも無資力要件が必要と解されることに鑑みると、いわゆる逆転現象が生じる場面はそれほど多いとは思われないこと、取消の対象を非義務的行為に限定することは私的整理の場面等を考慮するといささか狭きに失しと思われること等からすれば、従前の判例法理を明文化する方向で検討すべきである。

(イ) 既存債務に対する担保供与行為

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

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

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ご

とに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、既存債務に対する担保供与行為の取消しの具体的な要件について、以上の考え方などを対象として、更に検討してはどうか。

【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の取消しの要件として、債務消滅行為の取消し(上記(ア))と同様の要件を設けるべきである。

【理由】

既存債務に対する担保供与行為は、経済的には債務消滅行為とほぼ同様の実態を有すると考えられることから、債務消滅行為と同様の要件を設けることが合理的である。

エ 対抗要件具備行為

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

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

【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慎重に検討すべきである。

【理由】

法的倒産手続きに至らない段階において、現行法上は認められていない対抗要件具備行為についてまで取消しの対象として認める必要性や実益があるか、疑問なしとしないし、否認の要件である支払停止概念を導入することも困難である。なお、取消債権者は破産管財人と比較しても債務者や受益者に関する事情を把握することが困難であるため、原因行為の取消の立証が困難な場合等もありえ、対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象とする意義は認められるとの意見もあった。

(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】

判例理論と同様に、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を認めるべきであり、転得者に対する否認と同様の要件を設けることには反対である。

#### 【理由】

仮に否認と同様の要件を設ける場合には、転得者が悪意であっても、善意の受益者を介在させる等の方法で詐害行為取消の潜脱を行うことが可能となりえ、不都合である。仮に、善意の受益者が介在している事案で詐害行為取消を認めたとしても、悪意の転得者は、反対給付について善意の受益者ではなく債務者に対して不当利得返還請求権を行使することになると考えられることから、善意の受益者には影響がなく、取引の安全を害する懸念もない。

#### (4) 詐害行為取消訴訟の受継

破産法第45条は、破産債権者又は財団債権者が提起した詐害行為取消訴訟が破産手続開始当時に係属する場合における破産管財人による訴訟手続の受継について規定している。仮に否認権よりも詐害行為取消権の方が取消しの対象行為の範囲が広い場面があるという現象（逆転現象）が解消されない場合（前記(2)ウ(7)(イ), (3)参照）には、受継される詐害行為取消訴訟に否

認訴訟の対象とはならないものが残ることから、このような訴訟は破産管財人が詐害行為取消訴訟のまま手続を続行できるとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(2)ク [66頁]】

【意見】

詐害行為取消訴訟の受継の制度を存続し、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ことに賛成する。

【理由】

例外的にいわゆる逆転現象が発生する場合（例えば、善意の受益者が介在する転得者に対する詐害行為取消訴訟等）には、詐害行為取消訴訟の独自の存在意義があり、破産管財人に取消訴訟の続行を認めることにも意義がある。

### 3 効果に関する規定の見直し

#### (1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否

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

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

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

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

【意見】

取消債権者に対する債権回収機能を一定程度制限する方向で検討することに賛成する。

ただし、その方法を検討するにあたっては、債務者による回復財産の費消等を防止する方策を検討すべきほか、取消債権者の取消権行使の動機付けを失わないように留意すべきである。

【理由】

取消債権者に事実上の優先弁済を全面的に認めることは、逸出した責任財産の回

復という第一次的な制度趣旨と合致するものとは言えない。

ただし、債権回収機能を完全に否定してしまうと、訴訟を提起してそれなりの労力をかけてまで取消権を行使する動機付けが失われるし、管財人が行使する否認権とは異なり、詐害行為取消権を行使する債権者は多かれ少なかれ自己の債権の回収を目的として取消権を行使しているという現実を鑑みれば、現在よりも事実上の優先弁済を受けられる場面を少なくしたり、相殺による回収を一定程度制限する等、債権回収機能を一定程度制限するにとどめることが穏当であると思われる。

## (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】

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。なお、債権者が自己の債権額を超える金銭や動産を受領した場合、超過部分の取扱いについて、供託を義務づけるなどの手当てをすべきである。

### 【理由】

逸出した責任財産の回復という第一次的な趣旨からの帰結。また、前述のとおり、事実上の優先弁済を一定程度制限する方向で検討すべきであり、その点からも被保全債権の債権額の範囲に限定する理由はない。

なお、債権者が自己の債権額を超える金銭や動産を受領した場合、少なくとも超過部分については明らかに他の債権者の引き当てになるべきものになることから、供託を義務づけるなど、しかるべき手当てをすべきである。

## (3) 逸出財産の回復方法

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

また、判例は、逸出財産の返還方法について、現物返還を原則とし、それが不可能又は著しく困難である場合に価額賠償を認めていることから、仮に

逸出財産の具体的な回復方法についての規定を設ける場合には、これを条文上も明らかにするかどうかについて、価額の算定基準時をどのように定めるかという問題にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【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】

逸出財産の種類に応じた具体的な回復方法の規定を設けることに賛成する。

また、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ることを明文化することに賛成する。

#### 【理由】

規定が明確になる。

#### (4) 費用償還請求権

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

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

【部会資料7-2第2, 4(5) [80頁]】

#### 【意見】

費用償還請求権を認めること、及び共益債権に関する一般の先取特権を付与することに賛成する。ただし、「費用」の範囲については慎重に検討すべきである。

#### 【理由】

詐害行為取消権の効果として債権回収機能を一定程度制限する場合、詐害行為取消権は債権者共通の利益のために行使されるという側面が強くなるため、その費用の償還請求権を認めること、及びそれに一定の優先権を認めることには合理性が認められる。

ただし、「費用」の中に弁護士費用も含めるかどうかについては、破産管財人とは異なり、詐害行為取消訴訟において弁護士は原則として総債権者の利益のためというよりは依頼者である債権者の利益のために職務を行う側面が強いこと、他の制度との整合性との兼ね合いもあり、慎重に検討すべきである。

#### (5) 受益者・転得者の地位

##### ア 債務消滅行為が取り消された場合の受益者の債権の復活

判例は、受益者が債務者から弁済又は代物弁済を受けた行為が取り消さ

れたときに、受益者の債権が復活するとしていることから、仮に債務消滅行為を詐害行為取消権の対象とする場合（前記2(2)ウ(7)参照）には、受益者の債権が復活する旨を条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【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旨を条文上明記することに賛成する。

【理由】

判例により認められている上、当然の結論であり明文化することが相当である。

イ 受益者の反対給付

取消債権者が詐害行為取消権を行使したことにより、受益者が債務者から取得した財産を返還した場合において、受益者は、その財産を取得した際に債務者に反対給付をしていたときであっても、直ちにその返還を求めることはできず、取消債権者が現実には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】

受益者に優先的な反対給付の返還又は価額償還請求権を認めることに賛成する。ただし、取消債権者の費用償還請求権は、受益者の価額償還請求権に優先するものとすべきである。

【理由】

破産の場面における受益者の地位（原則として財団債権者）との均衡。

但し、取消債権者の費用償還請求権は、共益費用的性質を有しているため、受益者の価額償還請求権よりも優先させるべきである。

ウ 転得者の反対給付

取消債権者が詐害行為取消権を行使したことにより、転得者がその前者



から取得した財産を返還した場合において、転得者は、その財産を取得した際に前者に反対給付をしていたときであっても、直ちにその返還を求めることはできず、取消債権者が現実的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しても、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】

受益者に優先的に価額償還請求権を認めることとの均衡をはかるべきである。

#### 4 詐害行為取消権の行使期間（民法第426条）

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

【部会資料7-2第2, 5 [88頁]】

【意見】

少なくとも、20年間の除斥期間について見直しをすることについては賛成する。

【理由】

20年間という期間は長きに失する。

### 第11 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）

#### 1 債務者が複数の場合

##### (1) 分割債務

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

【部会資料8-2第1, 2(1) [4頁]】

【意見】

条文上明らかにすることに反対はしない。

## (2) 連帯債務

### ア 要件

#### (7) 意思表示による連帯債務（民法第432条）

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

【部会資料8-2第1, 2(2)ア [5頁]】

### 【意見】

条文上明らかにすることに反対はしない。

#### (4) 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】

商法第511条第1項の民事の一般ルール化に反対である。

### 【理由】

民事関係において、数人が一個の行為によって債務を負担した場合の数人の関係、一個の行為の性質には種々のものがあり得る。商事関係の原則を私法の一般原則とする必要性も見当たらない。

#### イ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等

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

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

【部会資料8-2第1, 2(2)イ [8頁]】

【意見】

絶対的効力事由の見直しについては、人的担保機能の強化の要請の有無・程度、債権者と債務者との利益の均衡・調整に留意しつつ、個々の論点ごとに慎重に検討されるべきである。

(7) 履行の請求（民法第434条）

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

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(7) [12頁]】

【意見】

履行の請求が絶対的効力事由とされていることを見直すことについては慎重に検討されるべきである。

【理由】

連帯債務という性質上、連帯債務者としても履行の請求が絶対的効力事由となることについてやむをえない面があり、他の連帯債務者にとって「不測の損害」とまでは言えない。他方、現行の規律を変えた場合の実務の影響の大きさに鑑みれば、見直しの必要性が高いとは言えない。

また、絶対的効力が認められる場面を限定するという考え方についても、基準が不明確で権利関係を不安定にするため妥当でない。

(4) 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(4) [13頁]】

【意見】

相対的効力事由とすることは慎重に検討されるべきである。

**【理由】**

債権者の合理的意思には合致しないと思われるが、求償の循環を避ける必要がある以上、現行の規律についてはやむを得ない面がある。

なお、求償の循環という問題はあるものの、債権回収上、債権者からは当該債務者に対してはこれ以上請求しないという意味での免除の実益はありえるので、一律に相対的効力事由にするのではなく、「免除」の効果を選択できるように、規律を明確化することが望ましいとの意見もあった。

**(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】**

相対的効力事由とすることは慎重に検討されるべきである。

**【理由】**

債権者として連帯債務であることを維持したければ、全ての連帯債務者と合意すれば足り、現行の規律を変えるまでの必要はない。

**(イ) 時効の完成（民法第439条）**

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

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(エ) [16頁]】

**【意見】**

相対的効力事由とすることは慎重に検討されるべきである。

**【理由】**

求償の循環を避けるという実務的な要請がある以上、現行の規律を変えることは妥当でない。

**(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の規律にする案に賛成である。

【理由】

弁済拒絶を認めることで、現行の規律の存在意義(求償の循環の回避及び債権者の無資力の危険から反対債権を有する連帯債務者の保護)は実現可能である。また、他の連帯債務者の利益保護のためには、弁済拒絶を認めれば足り、他人の債権を処分することになる「相殺」を認めることまでは必要ではない。

(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】

削除することに賛成である。

ウ 求償関係

(7) 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。

【部会資料8-2第1, 2(2)ウ(ア) [23頁]】

【意見】

条文上明らかにすることに反対しない。

(イ) 代物弁済又は更改の場合の求償関係（民法第442条）

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

【部会資料8-2第1, 2(2)ウ(ア)（関連論点）[24頁]】

【意見】

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賛成である。

(ウ) 連帯債務者間の通知義務（民法第443条）

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

【部会資料8-2第1, 2(2)ウ(イ)（関連論点）[26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ことに賛成である。

【理由】

他の連帯債務者の存在を認識できない場合には、通知自体不可能である。

(エ) 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】

事前通知義務を廃止することに賛成である。

【理由】

事前通知には、抗弁事由を有する他の連帯債務者にその主張の機会を与えるとい

う機能はあるが、当該他の連帯債務者についてもすでに履行遅滞に陥っている以上、抗弁を主張する機会を失ったとしてもやむを得ない。また、重複した弁済（債権者の詐欺）防止には、事後通知で足りる。

ただし、単純に事前通知義務を廃止した場合には、連帯債務者双方が事後通知を怠った場合に、遅い者勝ちとなり、より勤勉な連帯債務者が不測の損害を被る可能性があるため、このケースについての権利関係について調整する規定を設けるべきである。

(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としてしていることから、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8-2第1, 2(2)ウ(ウ) [26頁]】

【意見】

条文上明らかにすることに反対しない。

(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(エ) [27頁]】

【意見】

連帯の免除に関する規定を削除することには反対である。

【理由】

債権者と連帯債務者の1人の二者間で連帯の免除をするのであれば、債権者が求償の負担を負うことはやむを得ない。むしろ、この規定を削除することにより、他の連帯債務者が連帯の免除の負担を負う結果となることのほうが妥当ではない。

#### (※) 負担割合の推定規定

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

#### 【意見】

連帯債務者間の負担割合についての推定規定を新たに設けることに賛成である。

#### (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】

前段・後段についてともに反対である。

#### 【理由】

前段について、そもそも不可分債務と連帯債務との間に効力の差異がなくなる程度に連帯債務における絶対的効力事由を絞り込むことに反対である。

また、仮にそのような整理をすることとなったとしても、後段の特約については、債権者と債務者（被相続人）との合意で、相続債務を不可分債務とできるとした場合に、他方で預金等の金銭債権が可分債権であることとの関係で相続人の保護に欠ける。

## 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】

条文上明らかにすることに賛成である。



(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】

明文化することに反対しない。

(3) 連帯債権

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

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

(3) 連帯債権

【意見】

規定を新設する必要はない。

【理由】

連帯債権概念を明文化する実務的要請があるのかどうか定かではない。

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】

合有、総有の規定を新設する必要はない。

多数当事者の権利関係に関する規律の任意規定化は反対である。

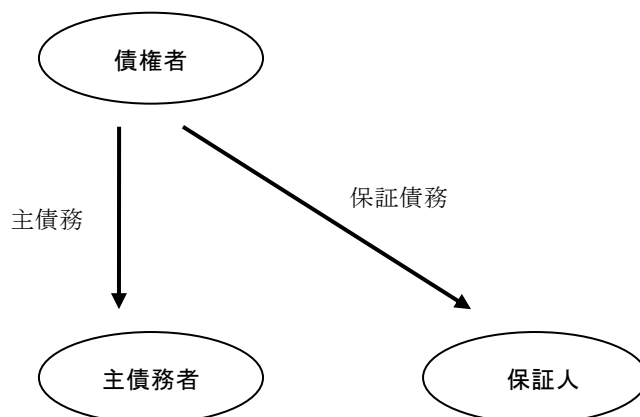
【理由】

合有、総有の規定を新設する実務的要請があるのかどうか定かではない。

また、多数当事者の権利関係に関する規律を、任意規定とするのは、法律関係を複

雑にし、法的知識が乏しい者の権利利益を損ないかねず、適切ではない。

## 第 1 2 保証債務



### 【総論的意見】

保証債務に関する規律を検討するに当たって、個人の尊厳の尊重との関係で、保証人の保護は最も重要な問題である。市民社会の基本法である債権法の改正に当たっては、保証制度が、自己の信用を補う手段として、実質的に重要な機能を現に有し、かつ、保証人にも、ひいては社会的にも弊害が少ない範囲で、現実に自由な意思を確保して締結される場合に限って許容される法制に再構築すべきである。社会的に有用な保証のあり方と保証人の保護を考える場合、プロが行う保証（金融機関、保険会社などが業として行う保証）、経営者が会社の借入等について行う保証と、その他の保証（いわゆる第三者保証）とを区別して検討することが適切で、その他の保証（法人・個人を問わない）は廃止を志向するとともに、これらの区別を踏まえて保証人保護策を考えるのが適切である。

### 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) [42 頁]】

### 【意見】

保証引受契約による保証債務の成立を検討することに反対しない。

### 【理由】

保証を目的とする脱法的な併存的債務引受に対する対処としては、保証に関する保証人保護の規定を準用すれば足りる。他方、一般に、債務者の委託を受けて、保

証契約が締結されていることを踏まえると、債務者と保証人との間の求償等の契約関係について、保証引受契約として、その内容を自覚的に定めることが望ましいとも考えられる。そこで、説明義務、情報提供義務、契約の様式、過大な保証の禁止等の保証人保護との関係を斟酌し、保証引受契約の導入について、更に検討することについては、反対しない。

## (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】

- ① 債権者の保証人に対する説明義務、情報提供義務の規定を設けるべきである。これらの義務に違反については、これらの義務が尽くされれば、保証契約を締結しなかったであろう場合には、保証契約の取消しが認められるべきである。
- ② 保証契約締結の際に、保証契約書における一定の重要部分（金額と一定の文言を含んだ保証意思、連帯保証や保証連帯の場合は、その意味の記載を含む）について保証人による手書きを要求し、保証契約書の写しの交付を義務付け、これらに違反した保証契約は無効とすべきである。
- ③ 過大な保証を禁止し、この明白な義務違反に対しては取消権を認めるべきである。

### 【理由】

- ①について、保証契約は、契約一般と比べると、とりわけ説明が重要となる取引

類型であるので、一般規定だけでは不十分であり、改めて保証における説明義務、情報提供義務を規定する必要がある。なお、委託を受けた保証人に関しては、債権者の守秘義務との抵触が生じることを懸念する実益はない。

もっとも、説明義務、情報提供義務違反の効果について、保証人の意思に瑕疵がない場合にも説明義務、情報提供義務違反があったということだけで取消権を認めることには議論があり得るが、これらの義務が尽くされれば、保証人が保証契約を引き受けなかったであろう場合には、保証契約の取消しを認めるべきである。

また、保証契約締結の際に、②のような形式的な要件を設定することで、その違反については取消が可能とすべきである。なお、身体障害などで自署できない場合（稀な事例ではあろうが）は、公証人による認証制度（宣誓認証、私署証書等の認証〔目撃認証、面前認証〕〈手数料は低廉、いずれも保証人本人が出頭する手続き〉あるいはそれに類した認証制度の創設）などの利用も考えられる。

また、過大な保証を禁止し、保証債務の内容が、保証人の財産と収入に比し、明確に均衡を失う場合には、原則として、保証契約の取消権を認めるべきである。

②、③による取消権が付与される保証人を個人に限定する理由はない。零細企業が保証人となるケースは、商工ローンなどの相保証・共保証で見られ、その実体は、個人保証と径庭がなく、保証履行を求められた場合は、零細企業が連鎖倒産して、生計維持時の手段を失うとともに、取引先、従業員にも破たん被害が拡大する。

### (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】

①債権者が債務者の返済状況を保証人に通知する規定、②延滞が生じた場合、あるいは、延滞が速やかに解消されない場合、当該事実を債権者が債務者に通知する規定を設けるべきであり、③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るための規定を設けるべきである。

上記①または②の義務の違反の効果としては、一定範囲の利息や損害金を保証人に請求できないこととすべきである。

また、主債務について期限の利益を喪失させる場合には、保証人に通知し期限の利益を維持する機会もしくは期限の利益を回復する機会を付与すべきである。

#### 【理由】

保証人が債務者の返済状況を把握できないために、債権者から突然、期限の利益喪失により多額の保証債務の履行を求められることで、保証人の生活が破綻する事

例が後を絶たないことから、保証人にとって想定外の事態を生じさせないためにも、債務者の返済状況を保証人が把握できるための規定を設ける必要がある。また、情誼に流された保証を防止する観点でも、当事者間に、保証契約成立時点に限らず、その後も、一定の緊張関係が明確に存在するのが適当である。

具体的には、①債権者は一定期間内に一度は債務者の返済状況を保証人に通知すること（例えば、1年に1回、一定の時期に）、②分割払の約定がある主債務について、債務者の支払いが滞った後、速やかに保証人に通知するといった規定を設けるべきである（延滞の発生には、主債務者が口座入金を失念したなど、支払能力ではなく、事務処理上の過誤に基づくものもあり得る。制度設計としては、延滞発生後直ちに通知するか、1週間などの一定期間内に解消しない場合に通知するという選択はあり得る）。

また、保証人との関係では、①の義務違反については前回の通知から、②の義務違反については延滞発生から、新たな通知を行うまでの前の利息や損害金を請求できないもの（保証人との関係では、当該期間の利息等は発生しないものと看做するので、弁済金は、元本に充当される。その結果、以降、対主債務者債権残高と対保証人債権残高は異なってくる）とすることが適当である。

更に、著しい通知懈怠を保証契約の解約告知事由とし、解約後は、保証人との関係では、利息や損害金を請求できない（解約後、解約時点での対保証人債権残高が弁済されれば、保証人の債務は消滅する）ものとすべきである。

通知は、原則として、保証人の住所宛に発信すれば足りるものとするのが相当である。

#### **(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】**

担保保存義務免除条項等の効力の制限を検討することに賛成する。

#### **【理由】**

合理的な内容のものであっても、担保物の任意処分やリスクスケジュールに関し、保証人の納得が得られず、実務的に苦慮し、法的リスクを懸念することはあるにしても、担保保存に関する善良な管理者としての注意義務を、免除特約で消滅させることは、保証人の利益を蔑ろにする余りにも便宜的なものである。特に、個人的な貸借で、担保保存義務免除特約が締結する例は稀で、専ら金融機関が活用しているものと思われるが、法的なリスクは、司法手続きで、公明正大に解決されるべきもので、司法手続きを回避する制度設計は、社会のあり方として失当である。

## 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】

明文の規定を設けることに賛成する。

保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても保証債務には影響が及ばないことを条文上明確にすべきである。付従性や補充性に関する明文の規定を設けることは適切である。

## 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】

催告の抗弁の制度は廃止するべきではない。

### 【理由】

催告の抗弁は、保証人保護に一定の効果があり、他の実効性ある保証人保護政策等ない状態で、廃止することは、保証人保護を図るという見地から妥当でない。

また、債権者としても、まず主債務者から支払いを得る努力をすべきであり、先に主債務者に請求すべしというのは、一般人の通常の法感情でもある。

#### 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、判例のとおり抽象的に明文化することについては賛成であるが、その拡張には反対である。連帯保証にも適用することは賛成する。

#### 【理由】

適時執行義務は、保証人の負担の軽減に資するところがあると考えられるが、債権者に過重な負担を強いるとなれば、強硬な取り立てなどが横行し、かえって債務者保護の観点からすれば不当な結果を招くおそれもある。

従って、債権者及び保証人双方にとって公平な解釈ができる条文及び制度である必要がある。とすれば、現行の信義則上認められている適時執行義務の限度であれば明文化することも可能である。

しかし、債権者に過重な義務を課すような適時執行義務を明文化・制度化することは妥当ではなく、その意味で、適時執行義務の一般化には反対である。

一方、現行の適時執行義務は、検索、催告の抗弁を前提とするものであるが、それを前提としない連帯保証人についても（仮に連帯保証制度を存続させるとすれば）適用すべきであるとの考えは、連帯保証人の保護の観点から妥当であり、国民の法感情にも合致する。

#### (2) 主たる債務者の有する抗弁権（民法第457条）

保証人が主債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができる」と規定する民法第457条第2項については、保証人は主債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できると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】

委託を受けた保証人については、主債務者の債権による相殺の援用を求めるべきで、現行の規律を変更すべきではない。また、委託を受けた保証人については、主債務者のその余の抗弁の援用も認めるのが相当である。

#### 【理由】

前段（相殺の抗弁）について、委託を受けた保証人保護のためには、主債務者の

相殺権を行使することにより債務を消滅させることが必要である。主債務者は、弁済その他保証人を免責する措置をとれば、相殺する債権の選択権を確保することができる。履行拒絶権に留めると、主債務者は、保証人に迷惑をかけながら、別口の債務を自働債権とする相殺ができ、結局、保証人に支払いをさせることになりかねない。

後段（主債務者の有する他の抗弁権）についても、委託を受けた保証人の援用権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が期限前弁済をした場合の求償権の行使は、その当時利益を受けた限度において償還をしなければならないという点について、賛成する。

##### 【理由】

主たる債務者の抗弁権行使の利益を保護する必要性がある。

##### (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】

民法460条に定める委託を受けた保証人の事前求償権を全面的に廃止するのは相当ではない。

##### 【理由】

適時執行義務を規定することとした場合、民法460条各号に定める事前求償権の規定を設ける必要は少ない。

また、適時執行義務を規定しないとしても、民法460条1号, 3号について見直しを行うこと自体は賛成である。460条1号については破産法104条3項により保証人は破産手続に参加できるのであって、民法に事前求償権として残す必要性は乏しい。同条3号については、この規定に基づき事前求償権が行使される場面が想定しがたく、実用性に乏しい。



他方、2号（「主債務が弁済期」にあることのみをもって事前求償権を広範に認める規定）については、保証人が主導権を持って主債務者に債務履行を求める手段であることをも考慮し、委託を受けた保証人を保護するためにも残存すべきである。また、弁済期が経過すれば主債務者は債権者に弁済をしなければならない。それにもかかわらず依然として弁済をしていない主債務者に対して費用を事前に請求する権利を否定すべきではない。

(3) 委託を受けた保証人の通知義務（民法第463条）

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

【部会資料8-2第2、5(3) [57頁]】

【意見】

事前通知義務の廃止について賛成である

【理由】

主債務者は履行期が到来すれば直ちに弁済しなければならない立場にある。それにもかかわらず事前通知を怠った保証人が求償権を制限されるのは、保証人に過重な負担を負わせるものである。

(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】 事前通知義務の廃止に賛成である。

## 5 共同保証一分別の利益

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】

分別の利益廃止には反対する。

【理由】

保証人の危険を増加することには反対する。各保証人が債務全額について保証することを求めるのであれば、保証連帯の特約（契約の要式、説明義務等との関連もあるが）を利用すればよい。

## 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になるとすべきであるとの考え方（後記第62, 3(3)①）も提示されている。この考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【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】

業として行う保証、経営者保証以外の場合にも連帯保証を許容する場合には、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ものとするべきである。

事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるという規律には反対である。

【理由】

業として行う保証、経営者保証以外の保証（個人・法人を問わず）は廃止すべきである。仮に、保証が許容される場合を限定しない場合には、業として行う保証、経営者保証以外は、連帯保証を許容すべきではない。

更に、業として行う保証、経営者保証以外で連帯保証契約を行う場合は、債権者に、連帯保証人となる者の知識や経験に照らして、保証の意味に加え、連帯保証の効果を理解するのに十分な説明をすることを義務付け、同人が、保証の意味のほか、

連帯保証の効果を理解した場合に、連帯保証となり、連帯保証の効果の理解が不十分であった場合は、単純保証となるものとすべきである。

また、事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるという考えについて、事業者概念の導入の是非の議論があることに加え、経済事業概念が明確ではなく、しかも、商行為以外に、当事者が連帯保証である旨自覚的に合意していないのに、当然に連帯保証となる場合を拡大することは相当ではない。

## (2) 連帯保証人に生じた事由の効力一履行の請求

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】

見直しに賛成である。

連帯保証人に対する履行請求の絶対効は妥当ではない。

### 【理由】

連帯保証人は、主債務者の関与なしにも出現し得るところ、債権者が主債務者の関知しない連帯保証人に対して履行の請求をしたからといって、主債務者との関係でも時効の中断が生ずるのは妥当ではない。

また、実務的には、（主債務者が所在不明の場合を含め）連帯保証人にだけ訴えを提起する実益は乏しい。実務上、履行請求に絶対効を認める実益があるのは、時効期間完成間際に、連帯保証人に到達する内容証明郵便で、請求が行われ、かねて所在不明の主債務者についても6ヶ月間、時効期間が延びる場合であるが、このような事例が多いとは考えられない。

## 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】

主たる債務の範囲を拡大することに賛成する。

## 【理由】

保証人の責任の範囲や程度に関する予見可能性、想定外の負担等からの保護の必要性は、貸金等に限られない。特に、従業員が勤務先の保証人となる場合や同僚の債務を保証する場合など、個人的な関係が背景となる根保証は多々見受けられ、時の経過で、この関係が変化したにもかかわらず、長期間が経て、突如、保証履行を求められることは、保証人の想定外の事態であり、国民感情的にも受け入れ難い。

貸金等債務以外の包括的な保証の場合（継続的商品供給、不動産賃貸借、加盟店契約、入院等診療契約、身元保証など）にも、貸金等根保証の場合の規律を及ぼすのが相当である。

保証人が法人の場合にも、代表者個人の生業を法人なりして営む零細企業の場合には、知識や資力において、自然人と径庭はないので、法人であっても、同様の規律を設けることを検討すべきである。

そこで、貸金、手形割引（貸金等債務）以外の根保証の場合でも、他人の信用を利用するものである以上、極度額、元本確定期日、元本確定事由が必要である。また、法人、特に大企業が保証する場合、無期限に、または確定事由の定めなく、保証する必要性があるのか、現に、実務上行われているのかなどを検討し、法人根保証のあり方を検討する必要がある。

但し、保証人の保護の観点で、根保証に関する原則の適用が要請されるので、保証を行うことを業とする者、経営者保証については、対象に含めないものとするのが相当である。

## (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】

特別解約権の明文化に賛成する。特別解約権については、貸金等債務に関する個人保証に限られている根保証規律を、全ての債務に関する根保証に拡大し、原則化して、保証契約の成立・存続等についての保証人保護を図ることを前提に、更に、導入する場合の要件等について、引き続き検討するのが妥当である。

根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかについては、意見を留保する。

更に、クーリングオフ制度の導入も検討すべきである。

## 【理由】

通常の、保証を行うことを業としない者（法人を含む）が、無償（実質無償を含む）で引き受けた根保証の場合、保証期間が3年であっても、1年余りが経過した時点で、主債務者との関係や主債務者の経済的な状態に顕著な変化があった場合、極度額内での更なる与信が可能というのでは、保証人の保護に欠ける。他方、債権者は、保証期間と極度額の定めの中で、主債務者との与信取引が続くという正当な期待を有しており、場合によっては、突如、特別解約権の行使で、資金回収を迫られると、債権回収上の困難に直面する事態もあり得る。これらの利害の調整を踏まえ、特別解約権の要件と効果について、さらに検討をするのが妥当である。

その際、①主債務者と保証人との関係、②債権者と主債務者との関係（取引態様）、③主債務者の資産状態のいずれかに著しい事情の変更があった場合等、一定の特別な事由がある場合には、保証契約の解約（元本確定事由である必要があるかどうかは別途の検討を要する）を認めることを検討すべきである（保証人は、解約時の保証範囲に属する債務について責任を負う）。

ただし、借地・借家の保証や身元保証など、契約類型によっては、解約の効力発生時期も検討を要する。

根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかについては、意見が一致しなかったが、仮にこれを認めた場合、元本確定前に保証人が弁済した額に応じて極度額が減額される旨の明文規定を置くべきとの意見があった。

（クーリングオフについて）

更に、保証契約後、一定期間の撤回権の導入を検討すべきである。情誼などで保証する例も少なくないと言われている。特に、個人保証が許容される場合を限定しない場合には、断りにくくて、やむなく引き受けた保証を、考え直す期間が必要である（期間については、特定商取法の8日、旧海先法の14日などが考えられる）。

正常な設備投資や運転資金を融資する場合の保証は、通常、一定の交渉や協議などの準備期間を経て、融資契約が締結され、資金実行となる。融資契約に合わせて、保証契約が成立し、クーリングオフ期間経過を待って、融資を実行することで特段の支障は考えられない。

他方、月末に迫った手形決済資金の融資を求める場合には、クーリングオフ期間経過を待てないことも考えられる。経営者保証以外の個人保証を制限する場合はともかく、第三者保証を許容する場合、保証人の保護を犠牲にしてまで、融資実行を確保する利益があると考えべきではない。

また、このような緊急融資に関する保証で、業として行われる保証、経営者保証以外の保証の必要性があるのかどうかは疑問なしとはしないが、その必要性があるとなれば、公証人による認証（宣誓認証、私署証書等の認証[目撃認証、面前認証]あるいはそれに類した認証[手数料は低廉、いずれも保証人本人が出頭する手続き])などで、保証意思を確認する仕組みを検討すべきである。

## 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】

経営者保証以外の場合（すなわち、消費者信用、事業に関する融資・取引における第三者保証において）、個人（自然人）による保証契約を原則として認めないことを検討すべきである。

その際、法人介在、債務引受、損害担保契約等を利用した脱法を防ぐ措置も検討すべきである。

検討に当たっては、過剰な規制の懸念を理由に、保証人の保護を躊躇すべきではない。

#### 【理由】

「その他」という表題のもと、「主債務の種別等による保証契約の制限」としてまとめられた事項は、市民社会の基本法典たる債権法改正において、最も重要で、主要な課題のひとつである。

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と言われる。しかし、現実には、かかる機能を、信用享受時に有しているのか、必ずしも定かではなく、むしろ、主債務者の破たん時には機能していない例（共倒れなど）が少なくない。また、「自己の信用を補う手段として」、他人の信用を利用すること（特に、無償で利用すること）に、一般的な合理性があるのか、疑問である。

しかも、現実の保証は、個人の保証人が、必ずしも想定していなかった多額の保証債務の履行を求められ、家族、親族を巻き込んだ生活破壊、人間関係崩壊に追い込まれる事例が後を絶たず、自殺の大きな要因ともなっている。こうした弊害は、保証制度に内在する非人間性の顕在化であり、「連帯」保証制度だけを廃止すれば解決するものではない。

個人の尊厳の尊重は、わが国の根本原理である。それゆえに、また、それを前提として、私的自治、契約自由の原則も自ずと承認されるのであり、人の意思決定の自由が、実質的に確保されていることが重要である。しかるに、保証が、情誼的なもので、保証の際には、金銭負担も、手続上の特段の面倒も伴わないことから、熟慮なく、断りきれずに、行われる傾向は否定し難い。現実に行われている保証は、私的自治、契約自由の観点でも、病理的である。夫婦間での住宅ローンの保証も、婚姻破たん時に解決困難な問題を惹起する。

更に、東日本大震災で著しく顕在化した・いわゆる二重ローン問題（住宅・宅地、自動車あるいは工場その他の生産設備、事業用機材を喪失してもなお残る借入等の

債務)は、人に対する融資から、事業・物に対する融資(いわゆるノンリコースローン)への転換をも要請している。また、経営者保証についても、限定する方向を模索すべきことも真剣に考えるべき時期に来ている。

そして、被災者支援に関する融資制度における保証は、被災者支援のあり方をも問うものとなっている。

そこで、未来を志向した保証制度は、保証制度が、自己の信用を補う手段として、実質的に重要な機能を現に有し、かつ、保証人にも、ひいては社会的にも弊害が少ない範囲で、現実に自由な意思を確保して締結される場合に限って、許容される法制に再構築すべきである。

この見地で考えると、キャッシングやクレジット、借家、入院等診療契約、身元保証などの消費者信用に関する保証、事業に関する融資、リース、クレジット、商品供給、賃貸借、加盟店契約などに関する経営者以外の第三者(個人、法人を問わない)による保証は、業として行われる保証を除き、原則として、なじまないと考えられる。

## (2) 保証類似の制度の検討

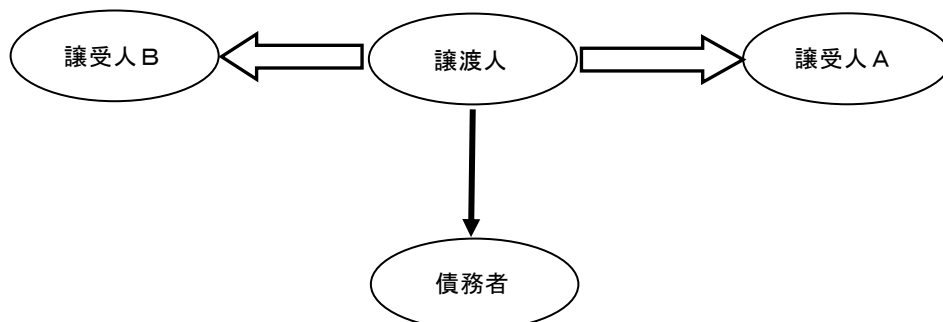
損害担保契約など、保証に類似するが主債務への付従性がないとされるものについて、明文規定を設けるべきであるとの提案については、その契約類型をどのように定義するか等の課題があることを踏まえつつ、検討してはどうか。

### 【意見】

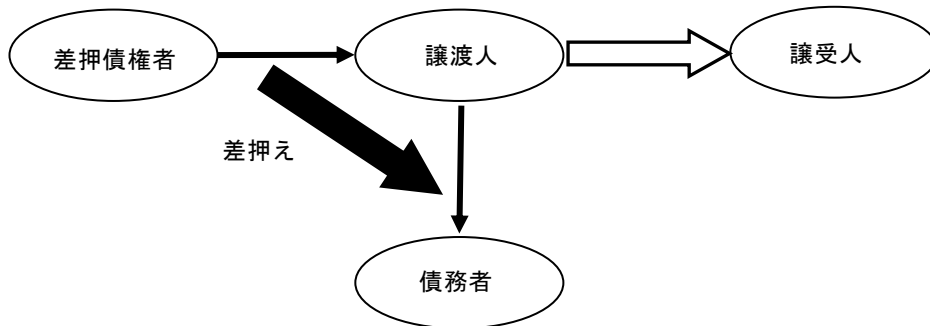
上記提案に賛成する。その実質が保証であるものは、名目や形式の如何を問わず、契約の成立に関する様式(方式)、契約成立後の通知などの保証人保護が及ぶことを明らかにすべきである。

## 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。

- ① 譲渡禁止特約の存在に関する譲受人の善意、悪意等の主観的要件は、譲受人と債務者のいずれが主張・立証責任を負うものとするべきかについて、更に検討してはどうか。
- ② 譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るかにかかわらず、譲渡禁止特約の存在が、資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となり得るという問題を解消する観点から、債権の流動性の確保が特に要請さ



れる一定の種類の債権につき、譲渡禁止特約を常に対抗できないこととすべきかどうかについて、特定の取引類型のみに適用される例外を民法で規定する趣旨であるなら適切ではないとの意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

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

- ③ 将来債権の譲渡をめぐる法律関係の明確性を高める観点から、将来債権の譲渡後に、当該債権の発生原因となる契約が締結され譲渡禁止特約が付された場合に、将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約を対抗することの可否を、立法により明確にすべきかどうかについて、譲渡禁止特約によって保護される債務者の利益にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【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】

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、特約を譲受人に対抗することができるという考え方に異論はない。

譲渡禁止特約に反する債権譲渡の効力については、絶対的効力案が妥当である。

#### 【理由】

債務者の利益保護の必要性がある。

相対的効力は資金調達の必要があるとしているが、譲渡禁止特約付債権が譲渡された後(譲受人悪意)、譲渡人の債権者が当該債権を差押え、債務者が債権者に支払った場合でも、譲受人の差押債権者への不当利得返還請求ができることを認めるなど、過度に資金調達の観点を強調しすぎる。従前の判例理論を変更する必要はない。

#### ① 【意見】

債務者側が、譲受人の悪意・重過失の主張立証責任を負うべき

#### 【理由】

従前の判例理論を変更する必要はない。

#### ② 【意見】

一定の取引類型から生ずる債権につき、譲渡禁止特約を常に対抗すべきとする考え方には反対。

また、預金債権のような特定の取引類型のみ例外的に譲渡禁止特約に強い効力を認める考え方にも反対。従前どおり、特定の取引類型に関わらず、原則として譲渡禁止特約に強い効力を認めるべきである。

#### 【理由】

一定の取引類型から生ずる債権について、例外を認めるのであれば特別法で行うべきであり、民法に規定する性質のものではない。

過度に資金調達の観点を強調しすぎるべきでない。

預金債権の場合のみ、債務者の利益を保護することになるのか、他の類型と差別化を図る合理的な理由は見いだしがたい。

### ③【意見】

新たな立法は必要ない。

#### 【理由】

将来債権の譲受人は譲渡禁止特約の存在について通常善意であるから、譲受の有効性を債務者に主張できる。このように善意者保護規定によって保護されるのだから、新たな立法は必要ない。

## (2) 譲渡禁止特約を譲受人に対抗できない事由

### ア 譲受人に重過失がある場合

判例は、譲受人が譲渡禁止特約の存在について悪意の場合だけでなく、存在を知らないことについて重過失がある場合にも、譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができるとしていることから、譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るかにかかわらず、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】

譲渡禁止特約の存在につき悪意である場合だけでなく、重過失ある場合も、譲受人に対抗できることを明文化すべき。

#### 【理由】

判例理論の明文化。

重過失がある場合でも譲受人が保護されるとするのは、過度に資金調達の観点を強調したもの。

### 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】

債務者の承諾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を定めることに反対はしない。

#### 【理由】

この場合は、債務者の利益保護をする必要がない。

#### ウ 譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合

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

また、上記の考え方を採用する場合には、①譲渡人の倒産手続の開始決定後に譲渡禁止特約付債権を譲り受け、第三者対抗要件を具備した譲受人に対して、債務者が譲渡禁止特約を対抗することの可否について、検討してはどうか。さらに、②譲渡禁止特約の存在について悪意の譲受人に対して譲渡がされた後、譲渡人の債権者が譲渡禁止特約付債権を差し押さえた場合も、複数の債権者が債権を奪い合う局面である点で、倒産手続が開始された場面と共通することから、譲渡禁止特約の効力について上記の考え方が適用されるべきであるという考え方があり。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】

相対的効力案を前提に、譲渡禁止特約の存在につき悪意の譲受人が管財人等に優先するとするのは反対する。

譲渡人について倒産手続開始決定がなされた後に譲渡禁止特約付債権が譲渡された場合も、債務者は特約の存在につき悪意・重過失がある譲受人に対しては特約を譲受人に対抗できるとすべきである。

譲渡禁止特約につき悪意の譲受人に譲渡後に、譲渡人の債権者が当該債権を差し押えた場合は、差し押債権者に支払うべきであり、かつ、絶対的効力案を前提に、譲受人の差し押債権者に対する不当利得返還請求は認めるべきでない。

## 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】

反対。

### 【理由】

このような問題が生ずるため、前提である相対的効力案をとることができない。

### (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】

判例の明文化であり賛成する。

## 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】

C案を基本的に維持した上、必要な修正を行うべき。たとえば、公証方法について、配達証明において配達時間まで証明してもらうという方法であるならばこの考えが妥当。

#### 【理由】

- ① 債務者インフォメーションセンター論は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、債務者保護の観点から合理性あり。
- ② 債権譲渡登記は現実に二重譲渡が行われた際、債務者が支払先の判断に困る事例が生じている。
- ③ 対抗要件を登記に一元化することは、立法的に難しいと思われる。現在の制度でも、東京法務局での1本化には閲覧等において問題がある。
- ④ 小規模零細事業者の債権譲渡にいちいち債権譲渡登記を要求するのは現実的ではない。

#### (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った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】

債務者の承諾を債務者対抗要件（権利行使要件）としないという考え方には反対。

#### 【理由】

譲渡当事者の意図に反して債務者が譲受人に対して弁済するという事態がどの程度存在し、それがどの程度譲受人にとって不利益であるのか、立法事実が不明確である。

#### (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】

特に反対はしない。

#### 【理由】

債務者対抗要件と対第三者対抗要件との分け方で格別問題はないと思われるが、必要性があれば反対するまでもない。

#### (4) 債務者保護のための規定の明確化等

##### ア 債務者保護のための規定の明確化

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

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

【部会資料9-2第1, 3(3) [24頁]】

##### 【意見】

行為準則を整理することに賛成する。あわせて、債権者が競合した場合に関する供託原因を拡張し、債務者が紛争に巻き込まれないよう配慮すべきである。

##### 【理由】

債権譲渡が競合した場面で弁済を迫られる債務者の保護を図る。

##### 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】

譲受人間で受領額の可否を明文化すること自体は、賛成。

##### 【理由】

規定の明確化

##### 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。

【部会資料9-2第1, 3(3)(関連論点)3 [27頁]】

【意見】

判例法理を前提に明文化すべき。

【理由】

規定の明確化

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】

異議をとどめない承諾制度は廃止すべきである。その上で抗弁権の放棄に関する特則は不要である。仮に抗弁権の放棄の規定を設けるのであれば、交渉力・情報量格差のある消費者が一方的に不利益を押しつけられないよう慎重な制度設計をすべきである。

【理由】

- ① 観念の通知に重大な効果をもたらす理論的根拠が不明確である。
- ② 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り、書面性要求・包括的放棄禁止など様々な配慮を施したとしても、交渉力・情報量格差のある消費者が一方的に不利益を押しつけられることが想定される。
- ③ ユニドロワ国際商事契約原則、ヨーロッパ契約法原則など抗弁権の切断・放棄の規定がない外国法も存在するのだから、抗弁の切断・放棄に関する規定を新たに民法に制定することが必然ではない。



#### 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】

特に反対はしない。ただし、譲渡債権の債務者の立場からの検討もなされるべきである。

##### 【理由】

たとえば、借借人による賃料債務と必要費償還請求権の相殺の場面を考えると、賃貸人から債権譲受人へ賃料債権が譲渡された場合、通知を受けた後に借借人が必要費を支出したときは、借借人は賃料債務と必要費償還請求権（608条2項）を相殺することができなくなる（468条2項）。

したがって、賃料債権が将来にわたって譲渡されると、貸主に対する必要費償還請求権について賃料債務との相殺による回収を図ることができなくなる場合が増え、借主である消費者の地位が弱められるおそれがある。

このように、将来債権の譲渡は譲渡債権の債務者にも大きな影響を与える場面が想定されるところ、これまでの審議ではこの点についてほとんど触れられていない。よって、今後の検討にあたっては、この点についても十分な議論が尽くされるべきである。

##### (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]】

##### (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】

特に反対はしない。

ただし、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を第三者に対抗することができる範囲を広くする方向での検討には慎重であるべきである。

#### 【理由】

- ① 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、将来債権の譲渡の効力を第三者に対抗することができる範囲が必ずしも明らかでないとして、将来債権の譲渡を萎縮させるおそれがあるとともに、将来債権の譲渡を対抗される第三者が不測の損害を被るおそれがある。
- ② たとえば、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という事例において、当該不動産から発生する賃料債権がすべて賃料債権の譲受人に帰属するという結論を採った場合、不動産所有者である新賃貸人が長期間にわたって不動産から賃料収入を得られない事態も生じ得る。そのときは、所有者が不動産を管理する意欲を失い、不動産が荒れてしまう可能性があり、ひいては消費者である賃借人に不利益が生じるおそれも想定される。

このように、将来債権譲渡の効力を第三者に対抗することができる範囲を広くした場合には、消費者に不利益が生じる事態も考えられるから、規定を設ける場合には、それにより生じる影響も十分に考慮したうえで、慎重に検討するべきである。

### 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】

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かないことについて特に反対はしない。

#### 【理由】

証券的債権に関する規定を民法に独自に規定する意義に乏しい。

また、指名債権という概念を維持することについても特段の必要性がないと思われる。

### 2 有価証券に関する規定の要否（民法第469条から第473条まで）

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

【部会資料9-2第2, 2 [39頁]】

#### 【意見】

商事証券に限られない証券が発行される現状に鑑み、検討することに反対はしない。

### 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が問題となる。この点については、有価証券が、経済活動の慣行の中で生成し変化していくものであること、現在の法制度上も、有価証券に関する一般的な定義規定が置かれていないこと等を踏まえ、定義規定は設けないものとする方向で、更に検討してはどうか。

また、有価証券を指図証券と持参人払証券とに分類した上で、規定を整理することとし、具体的には、①有価証券に関する通則的な規定の適用対象となる有価証券の範囲（記名証券に関する規定の要否を含む。）に関する規定、②有価証券の譲渡の要件に関する規定、③有価証券の善意取得に関する規定（裏書が連続している証券の占有者に形式的資格が認められることの意義の明確化、善意取得が認められる範囲、裏書の連続の有無に関する判断基準を含む。）、④有価証券の債務者の抗弁の切断に関する規定（抗弁の切断のための譲受人の主観的要件を含む。）、⑤有価証券の債務の履行に関する規定（指図証券の債務者の注意義務の内容、持参人払証券の債務者の注意義務の内容、支払免責が認められるための主観的要件を含む。）、⑥有価証券の紛失時の処理に関する規定（記名証券に公示催告手続を認める必要性、公示催告手続の対象となる有価証券の範囲を含む。）に関する規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。【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】

検討することに特に反対はしない。

【理由】

定義規定は解釈に委ねるのが適當。また、規定の整理の必要あり。

#### 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】

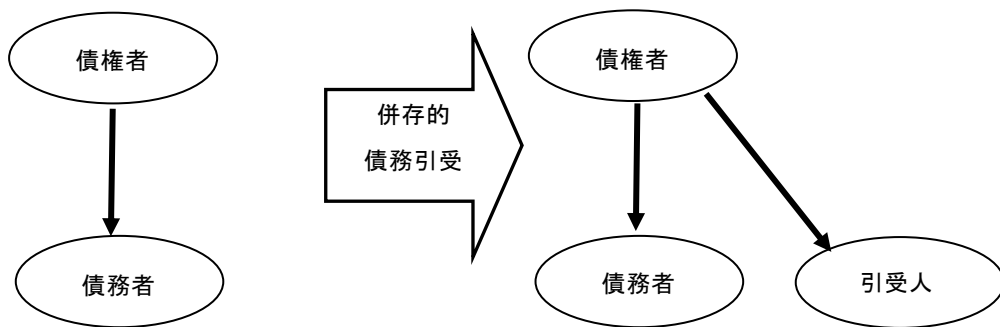
特に反対はしない。

【理由】

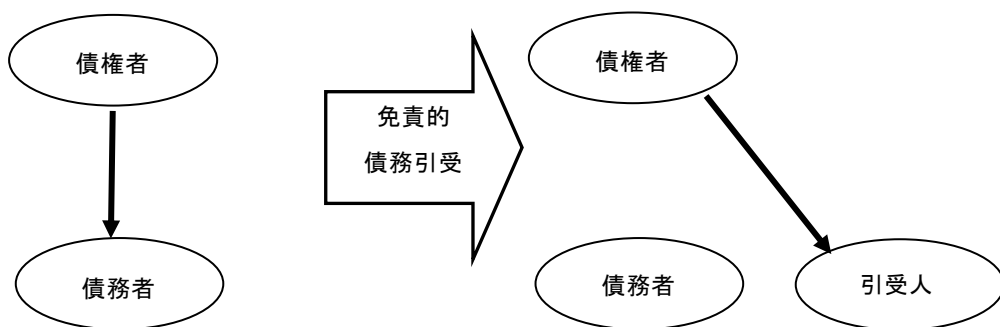
商事証券に限られない証券が発行される現状。

## 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】

明文の規定を設ける必要性があり、特に反対はしない。

## 2 併存的債務引受

### (1) 併存的債務引受の要件

併存的債務引受の要件については、必ずしも債権者、債務者及び引受人の三者間の合意を必要とせず、①債務者及び引受人の合意がある場合（ただし、債権者の承諾の要否が問題となる。）と、②債権者及び引受人の合意がある場合には、併存的債務引受をすることができるものとする方向で、更に検討してはどうか。

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

ことに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第3, 2(1) [57頁]】

【意見】

特に反対はしない。ただし、債務者及び引受人の合意で成立させる場合には、債権者の承諾を要件とすべきである。

【理由】

必要性あり。もっとも、債権者及び引受人の合意で成立させる場合には、反社会的勢力が引受人になることを排除できない。

(2) 併存的債務引受の効果

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

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

【部会資料9-2第3, 2(2) [59頁]】

【意見】

特に反対はしない。なお、併存的債務引受の引受人が債務を履行した場合の求償権については、保証人の保証債務を履行した場合の求償権との整合性を保つ必要性はあり。

(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】

保証規制の潜脱防止の見地から、保証と同様の規制をすべきである。

### 3 免責的債務引受

(1) 免責的債務引受の要件

免責的債務引受の要件については、必ずしも債権者、債務者及び引受人の三者間の合意を必要とせず、①債務者及び引受人の合意がある場合(債権者が承認した場合に限る。)と、②債権者及び引受人の合意がある場合(ただし、

債務者の意思に反しないことの要否が問題となる。)には、免責的債務引受をすることができるものとする方向で、更に検討してはどうか。

②の場合における債務者の意思に反しないことの要否については、免責的債務引受の法的性質を併存的債務引受に債権者による免除の意思表示が付加されたものとす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】

明文化する必要性があり、検討することに反対しない。

(2) 免責的債務引受の効果

免責的債務引受の効果については、①原債務に設定されている担保が引受人の債務を担保するものとして移転するか、それとも消滅するか、②債権者の承認を要する場合における債務引受の効力発生時期、③債務者の有する抗弁事由の引受人による主張の可否に関して、それぞれどのような内容の規定を設けるべきかについて、更に検討してはどうか。

また、引受人の債務者に対する求償権の有無に関する規定の要否について、検討してはどうか。

【部会資料9-2第3, 3(2) [64頁]】

【意見】

明文化には反対しない。担保の存続については、原債務に設定されている担保は、債務者が設定した担保は引受人の債務を担保するものとして存続するとしても、保証人や物上保証人が供している担保は同意がなければ消滅するものとするべきである。

【理由】

明文化の必要性。担保の存続については、保証人や物上保証人にとって誰が債務者かは重要。

#### 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】

慎重に検討するべきである。

【理由】

規定を設けることについて反対しないとの意見もあったが、そもそも実務での

需要が乏しい分野と思われ、重要な論点が多数存在する今回の部会において、このような論点に時間を費やす意味はないのではないかとの意見があった。

## (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】

慎重に検討するべきである。

### 【理由】

規定を設けることについて反対しないとの意見もあったが、そもそも実務での需要が乏しい分野と思われ、重要な論点が多数存在する今回の部会において、このような論点に時間を費やす意味はないのではないかとの意見があった。

## (3) 債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係の明確化のための規定の要否

債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係を明確にする規定の要否について、具体的にどのような場面が問題となり得るのか検討する必要があるとの指摘があり、これに対して、①将来発生する債務について差押えがされた場合における差押えと免責的債務引受との関係や、②債権が譲渡された後に、当該債権について譲渡人との間の合意により債務引受がされ、その後債権譲渡について第三者対抗要件が具備された場合における、債権譲渡と債務引受との関係等が問題になり得るとの意見があったことを踏まえつつ、検討してはどうか。

### 【意見】

慎重に検討するべきである。

### 【理由】

解釈のみでは解決できない問題をはらんでいると思われ、明文化の必要があると思われるが、裁判例が乏しく、学説上も議論が尽くされていない分野であるため、拙速にすすめるべき論点ではない。

## 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】**

明文化の必要性があり、検討することに特に反対はしない。

**2 契約上の地位の移転の要件**

契約上の地位の移転は、譲渡人、譲受人及び契約の相手方の三者間の合意がある場合だけではなく、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】**

慎重に検討するべきである。

**【理由】**

要件の明文化の必要性はある。しかし、三者間の承諾を不要とする類型を一般的に創設し、要件を吟味することは困難であるため、賃貸借契約における賃貸人の地位の移転のような判例上承諾を不要とすることが明確になっている契約に限って、これを契約各論に条文化することが適当であるとの意見があった。

**3 契約上の地位の移転の効果等**

契約上の地位の移転により、契約当事者の一方の地位が包括的に承継されることから、当該契約に基づく債権債務のほか、解除権、取消権等の形成権も譲受人に移転することになるが、契約上の地位の移転についての規定を設ける場合には、このほかの効果等として、①既発生の債権債務も譲受人に移転するか、②譲渡人の債務についての担保を、順位を維持しつつ移転させる方法、③契約上の地位の移転によって譲渡人が当然に免責されるか否かという点に関する規定の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第4, 3 [72頁], 同(関連論点) [73頁]】

**【意見】**

①について

既発生の債権債務が当然に譲受人に移転するかは契約解釈に委ねるべきであるが、合意なき限り、既発生債務は併存的に債務引受となると推定すべきである。

②について

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べきである。

③について

契約上の地位の移転によって譲渡人は併存的に債務を負うとすべきである。

**【理由】**

債権者保護の必要性。

#### 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】

一義的に明確で混乱のない対抗要件制度を設けることができるのであれば、特に反対はしない。

##### 【理由】

明文化の必要性はあるが、混乱を招くような制度とならないようにすべき。

### 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】

明文の規定を設けることは賛成である。弁済、履行、満足（配当）という用語の関係を整理することが可能であればそうすることに反対はしない。

##### 【理由】

民法上の原則が明示されること及び、用語が整理されるにより、わかりやすいものとなる。ただし、弁済、履行、満足（配当）という用語を整理することには困難な面もあると思われる。

#### 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】

「利害関係」と「正当な利益」の関係を明確にすることには賛成である。

【理由】

現行の規定では、両者の関係が不明確であり、明確にする必要がある。ただし、その際には、特に、債務者の意思に反しても弁済できる第三者の範囲との関係について、当該第三者にどの範囲で弁済による代位を認めるかという点も含め、両者の関係を慎重に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、①委託を受けない保証（同法第462条）や債権譲渡（同法第466条）とは異なり、第三者による弁済の場合には債権者の積極的な関与がないという点をどのように考えるか、②事務管理や不当利得に関する規律との関係をどのように考えるか、③利害関係を有しない第三者による弁済が認められる場合における当該第三者による弁済の提供の効果をどのように考えるか（後記8(2)）などの点に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【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を有効としつつ求償権を取得しないことに反対である。

【理由】

利害関係を有しない第三者による弁済を有効としつつ、求償権を取得しないことは法律関係をいたずらに複雑なものとするおそれがあり、また、不当利得法との関係でもバランスがとれなくなるおそれがある。さらに、利害関係を有しない第三者による弁済を有効とすると、例えば債権者が債務者の同居の親族に弁済を強

要する等の事態が発生するおそれがある。また、もともと利害関係の無い第三者が債務者に代わって弁済をする必要がある場合には保証契約を締結することで解決できる。

### 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】

民法第476条を削除することに賛成である。

#### 【理由】

存在意義が乏しいことに加えて、現行法の規定による結論が合理的なものではない。

### 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】

受領権限を有する第三者に対する弁済は、実務上広く行われており、その有効性を明文上も明らかにすることにより、より法律関係が明確となる。

#### (2) 債権の準占有者に対する弁済（民法第478条）

##### ア 「債権の準占有者」概念の見直し

民法第478条の「債権の準占有者」という要件については、用語として分かりにくい上、財産権の準占有に関する同法第205条の解釈との整合性にも問題があると指摘されていることを踏まえて、同法第478条の

適用範囲が明らかになるように「債権の準占有者」という要件の規定ぶりを見直す方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 5(2)ア [7頁]】

【意見】

「債権の準占有者」という要件の規定ぶりを見直すことは賛成である。ただし、その際には、従前の実務や、判例、裁判例等との関係を考慮の上、慎重にされたい。

【理由】

債権の準占有者という概念は、民法205条との関係で、誤解を生じさせる余地があるため。ただし、概念の整理の際には、実質的に従前の解釈等を変更させない様にすべきである。「表見債権者」といった概念を用いることが考えられるのではないか。

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]】

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】

一般的に真の債権者の帰責事由があることを独立の要件にすることについては、反対である。銀行預金の払戻しの場合について特別の規律をすることもありうるが、その場合にも債権者の帰責事由は考慮すべきではない。

【理由】

一般の権利外観法理からは真の債権者の帰責事由が必要という見解もありうるが、債務者に困難な判断を求めることとなり、円滑な債務の弁済がなされなくなるおそれがある。また、債務の履行に際して、履行が遅れた場合には債務不履行責任を負いうる状況にある債務者にその真の債権者の帰責事由の有無について判断をさせるのは酷である。現在の実務の安定を揺るがすことにもなりかねない。なお、金融機関による預金の払戻し等については一般の取引とは異なる点もあり、金融機関に高

度の注意義務を課すこと等による別個の規律をすることも考えられる。

## 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】

判例等において拡張されているものについて、民法第478条が適用又は類推適用されることについては、反対しないが、明文の規定を設けることに反対である。

### 【理由】

明文の規定により、その適用範囲を拡張する場合には、ある程度抽象的な規定とならざるを得ない様に思われるが、そうすると結果として現在の判例において認められる場合を超えて適用範囲が拡張されるおそれがあり、真の債権者が権利を失う場合が増えてしまう可能性があることから妥当ではない。判例及び解釈による運用が妥当である。

## (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】

民法第480条の規定を廃止することに賛成である。

### 【理由】

受取証書の持参人に対する弁済の場合に、立証責任を転換するという特別な規律を設けることの必要性が乏しいため。

## 5 代物弁済（民法第482条）

### (1) 代物弁済に関する法律関係の明確化

代物弁済については、諾成的な代物弁済の合意が有効であることを確認する明文の規定を設けることの要否について、更に検討してはどうか。

また、代物弁済の合意の効果については、①代物給付義務の有無、②交付

した目的物に瑕疵があった場合における瑕疵がない物の給付義務等の有無，③代物弁済の合意後における本来の債務の履行請求の可否，④本来の債務の消滅時期，⑤代物弁済の合意に基づき給付義務を負う目的物の所有権移転時期，⑥清算義務の有無等を条文上明確にすることの要否について，任意規定としてどのような規定を設けることがふさわしいかという観点から，更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1，6 [12頁]，同（関連論点）1 [13頁]】

#### 【意見】

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に反対はしない。代物弁済の効果についても，条文上明確にすることに反対はしないが，その内容について慎重に検討されるべきである。

#### 【理由】

諾成的な代物弁済の合意が有効であることについては，異論はないが，その点を明文にする必要性がそこまで高いとは思われない。また，代物弁済の効果についても，本来的代物弁済契約と諾成的代物弁済契約の場合とで必ずしも規律が同じわけではない様に思われる。さらに，清算義務が課される範囲等についても慎重に検討する必要がある。

#### (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】

第三者も代物弁済することができることを，条文上明確にすることに積極的に反対はしない。

#### 【理由】

当然認められるべきことではあるが，条文上明確にする必要性が必ずしも高いとは思われない。

### 6 弁済の内容に関する規定（民法第483条から第487条まで）

#### (1) 特定物の現状による引渡し（民法第483条）

民法第483条に関しては，本来，履行期における現状で引き渡すべき旨を定めた規定であるのに，これを引渡し時における現状と理解した上で，同条を瑕疵担保責任（同法第570条）に関する法定責任説の根拠とする立場があるなど，その規定内容が誤解されているとの指摘があり，また，実際に同条の規定が問題となる場面は乏しいことから，これを削除すべきであると

いう考え方がある。このような考え方の当否について、取引実務では任意規定としての同条の存在が意識されているという指摘もあることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 7(1) [14頁]】

【意見】

民法第483条を削除することに、賛成であるとの意見も強い。

【理由】

實際上問題となる事例に乏しい上に、誤解をされかねない内容である。民法第400条により特定物の引渡義務を負うものについて善管注意義務が課されており、その特定物が毀損等した場合には、同条が適用されることにより解決がなされる場合が多いものと考えられる。ただし、あえて削除する必要はないとの意見もあった。

(2) 弁済をすべき場所、時間等に関する規定（民法第484条）

弁済をすべき時間に関する商法の規定内容（商法第520条）は、商取引に特有のものではなく、民事一般の取引にも当てはまると考えられていることから、商法第520条に相当する民事の一般ルールの規定を民法に置く方向で、更に検討してはどうか。

また、民法に事業者概念を取り入れる場合に、契約当事者の一方が事業者である場合の特則として、商法第516条を参照しつつ、債権者が事業者であるときには、特定物の引渡し以外の債務の履行は債権者の現在の営業所（営業所がないときは住所）においてすべきであるとの考え方（後記第62, 3(2)①）が提示されている。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【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】

商法第520条に相当する民事一般のルールの規定を民法におくことは賛成である。債務の履行の場所に関しては、そもそも民法に事業者概念を取り入れることに反対である。

【理由】

商法第520条に相当するルールは民事取引においても同様にあてはまる。債務の履行の場所に関しては、事業者概念は民法の規定には不要であると考えており、さらに、当該ルールを入れることを目的として事業者概念を入れることも適当ではない。その様な規定のない、現状においても特段不都合が生じている訳ではない。



(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】

賛成である。

【理由】

特段異論はない。

7 弁済の充当（民法第488条から第491条まで）

弁済の充当に関する民法第488条から第491条までの規定の内容については，合意による充当が優先すること，同法第491条が同法第488条の適用を排除するものであること，費用相互間，利息相互間又は元本相互間の充当の順序が問題となる場合における指定充当の可否について見解が分かれていること等，条文上必ずしも明確でない点があることを踏まえて，弁済の充当に関する規律の明確化を図る方向で，更に検討してはどうか。

また，その際には，以下の各論点についても，検討してはどうか。

- ① 債務者が数個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべき場合に，費用，利息及び元本の順番で充当すべきとする民法第491条第1項の規定を改め，この場合には特定の債権ごとに充当する方向で見直すべきかどうかについて，検討してはどうか。
- ② 民事執行手続における配当が，同一の債権者が有する数個の債権の全てを消滅させるに足りない場合に，法定充当によるべきであるという判例法理を立法により見直し，合意による充当や指定充当（同法第488条）を認めるべきかどうかについて，執行実務に与える影響に留意しつつ，検討してはどうか。
- ③ 信託などを原因として，複数の債権者から同一の債務者に対する債権の取立てを委託された者が，これらの債権の回収をした場合等の充当のルールに関する明文の規定を設けるべきかどうかについて，検討してはどうか。

【部会資料10-2第1，8 [17頁]，同（関連論点） [19頁]】

総論について

【意見】

弁済の充当に関する規律を明確化することは賛成である。

【理由】

規律を明確にすることにより，わかりやすいものとなる。特に，合意による充当の規律を明確にすることは有用である。

- ① 民法第491条1項の規定の見直し

**【意見】**

見直しをすることに反対はしない。

**【理由】**

実務上も特定の債権から充当することが行われている。

② 民事執行手続における配当の法定充当によるべきという判例法理の見直し

**【意見】**

判例法理を見直すことには、積極的に反対はしない。

**【理由】**

債務者にとっては、合意により先に元金に充当された方が有利であり、実務上も債権者は実体法上の効果はともかく、当事者間においての合意にしたがって処理されている場合もある。特に、保証人がいる場合にはどの債権に充当されたかは重要な問題となる。ただし、合意による充当の変更を執行手続においても適用する場合には、処理が煩雑になるおそれもあることから、あえて現状の規定の見直しまでする必要はない様にも思われる。

③ 信託等を原因とする複数の債権者から委託を受けた者が回収した場合等の充当ルール

**【意見】** 明文化することは慎重に検討されるべきである。

**【理由】** 明文化することにより、合意がない場合の充当関係が明確となるが、網羅的な規定を設けることは困難であり、具体的な適用場面に応じて個別法等により規律をすることがより妥当であると考えられる。

## 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】**

弁済の提供の効果条文上明確にすることは賛成である。利害関係を有しない第三者による弁済についてはそもそも認められるべきではない。

**【理由】**

現行の規定では、弁済の提供があった場合の効果が明確ではない。明確化する際には、受領遅滞の規定との整合性をはかる必要がある。利害関係を有しない第三者による弁済が認められるべきでないことは上述のとおりである。

## (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】

口頭の提供すら不要とされる場合についての判例法理を明文化することに反対はしない。ただし、その規定の仕方については慎重に検討されるべきである。

### 【理由】

原則として、口頭の提供は必要なものであり、判例法理は極めて例外的な事例と考えるべきであることから、口頭の提供すら不要とされる場合の規定は、限定的に定めるべきである。なお、労働法上、当該判例法理が一定の意義を有していることにも留意されるべきである。

## 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

①債権者の受領拒絶を原因とする供託で、判例は、債務者による弁済の提供が必要であるとしているが、そのことは条文上必ずしも明らかではないこと、②供託の基本的な効果は債権が消滅することであるが、供託後も弁済者が供託物を取り戻すことができるとされている（民法第496条第1項）こととの関係で、供託から取戻権の消滅までの間の法律関係が明らかではないこと、③供託の効果として債権者は供託物の還付請求権を取得するが、そのような供託の基本的な法律関係が条文上必ずしも明らかではないこと等が指摘されていることを踏まえて、弁済供託の要件・効果を条文上明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 10(1) [21頁]】

**【意見】**

弁済供託の要件・効果を明確化することは賛成である。

**【理由】**

現行の規定では、弁済供託の要件・効果が不明確であるため。具体的な手続等については供託法において定めても良いように思われる。なお、併せて弁済供託の認められる場合を広げる方向で見直すことも検討されたい。

**(2) 自助売却の要件の拡張**

①金銭又は有価証券以外の物品の供託について、適当な保管者が選任される見込みが低い等の場合にも自助売却による供託が認められるよう、「弁済の目的物が供託に適しないとき」(民法第497条)という要件を拡張すべきかどうかや、②弁済の目的物が腐りやすい食品や変質のおそれがある薬品である等、物理的な価値の低下のおそれがある場合のほか、市場での価値の下落のおそれがある場合にも自助売却が認められるように、「滅失若しくは損傷のおそれがあるとき」という要件を見直すべきかどうかについて、自助売却が広く認められることによる債権者の不利益にも配慮しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 10(2) [23頁], 同(関連論点) [25頁]】

**【意見】**

自助売却の要件を拡張することに反対はしない。ただし、その範囲は慎重に検討されるべきである。

**【理由】**

現在の実務上は、ほぼ金銭や有価証券の供託しか認めておらず、自助売却が認められるべき事案が一定数存在する(現在の実務においても動産の引渡し債務について倉庫業者において保管する方法で供託がなされることもあるようであるが、それほど多く行われている様には思われない)。ただし、自助売却の要件を拡張する場合は、債権者にとって不利益となる場合もあることから、その範囲については慎重に検討すべきである。

**10 弁済による代位(民法第499条から第504条まで)**

**(1) 任意代位の見直し**

任意代位の制度に対しては、第三者による弁済を制限している同法第474条第2項との整合性を欠くという問題が指摘されているほか、債権者の承諾が要件とされている結果、債権者が任意代位を承諾しない場合には、債権者は弁済を受領しつつ弁済者には代位が認められなくなるという問題が指摘されている。これらの指摘を踏まえ、①任意代位の制度を廃止すべきであるという考え方や、②任意代位の制度を存置しつつ、その要件から、弁済と同

時に債権者の承諾を得ることを不要とするという考え方に基づき制度を見直すべきかどうかについて、第三者による弁済の制度の見直しの検討結果を踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 11(1) [26頁]】

【意見】

任意代位の見直しを行うことは賛成である。

【理由】

利害関係を有しない第三者による弁済を認めない立場を前提した場合、任意代位も見直しをすることが必要である。従来は、共済制度との関係で任意代位が必要であったが、保険法の成立により共済制度における同条の意義は失われているようにも思われるので、法定代位に一本化するという方法が良いとの意見もあった。また、任意代位の制度を存置する場合にもやはり、債権者の承諾を必要とすべきとの意見が強かった。その場合、債権者は正当な理由がなければ承諾をこぼめないとするべきとの意見もあった。

(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】

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ことに反対はしないが、具体的な規定の仕方については慎重に検討されるべきである。

【理由】

法律関係が明確になることは望ましいが、学説・判例法理上も統一的な見解が存在するわけではなく条文上明確化することは困難がある様に思われる。原債権が消滅するとなると、担保権の附従性、随伴性等と整合性が問題となりうる。破産手続等における債権届出等での取扱（代位弁済をした場合の債権者変更の際の手続等）

も併せて検討されるべきである。明確化する場合でも、現在の判例の様に、弁済者に原債権と求償権が二つすることを前提に、その明確化することができないかも検討されたい。

#### 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、①保証人と第三取得者との関係（保証人が第三取得者に対して代位するために付記登記を要する場合）、②保証人が複数いる場合における保証人相互間の規律、③物上保証人と債務者から担保目的物を譲り受けた第三取得者との関係、④保証人兼物上保証人の取扱い、⑤物上保証人から担保目的物を譲り受けた第三取得者の取扱い等は条文上明らかでないことから、これらの点を判例等を踏まえて明確にする方向で、更に検討してはどうか。

また、これと関連して、以下のような判例法理についても、条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

- (7) 法定代位者間で民法第501条各号所定の代位割合を変更する旨の特約が結ばれることがあるところ、保証人が物上保証人との間で締結した当該特約の効力を後順位抵当権者に対して主張することができるとするもの
- (4) 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】

法定代位者相互間の関係に関する規定を明確化することは賛成である。

#### 【理由】

判例等により委ねられている部分が多く、現行の規定のみでは、法定代位者相互間の関係に関する規定が不明確である。確立した判例法理については規定上明確化されるべきである。

(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代位者が単独で担保権を実行することを認める判例法理を見直すこと及び、一部弁済による代位があった場合の抵当不動産からの配当上、原債権者が優先するという判例法理を明文化することは賛成である。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化することは賛成である。

【理由】 この場合、債権者の利益が第一次的に重視されるべきである。

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】

連帯債務者の取得する求償権が債権者の有する原債権に劣後することを条文上明確にすることは慎重に検討するべきである。

【理由】

この場合、債権者の利益が第一次的に重視されるべきであるが、「債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、当該連帯債務者は求償権等を行使することができない」の意味が不明確である。全部弁済するまで、求償権について債務名義を取得す

ることや、求償権に基づく単独の強制執行まで禁止する趣旨であれば、不適切である。

#### 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】

保証人の取得する求償権が債権者の有する原債権に劣後することを条文上明確にすることは慎重に検討するべきである。

#### 【理由】

この場合、債権者の利益が第一次的に重視されるべきであるが、「債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、当該連帯債務者は求償権等を行使することができない」の意味が不明確である。全部弁済するまで、求償権について債務名義を取得することや、求償権に基づく単独の強制執行まで禁止する趣旨であれば、不適切である。

### (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、①不動産担保権がある場合の代位の付記登記に協力すべき義務や、②債権者の担保保存義務が認められていることから、これらに関する明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

また、②の担保保存義務に関し、合理的な理由がある場合には債権者が担保保存義務違反を問われないとする方向で規定を設けるべきかどうかについては、法定代位をする者の代位の期待の正当性（特に保証人の保護の要請）にも留意しつつ、規定を強行規定とすべきかという点も含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 11(5) [36頁], 同（関連論点）1 [37頁]】

#### 【意見】



債権者の義務を明確化することは賛成である。担保保存義務については、合理的な理由がある場合に保存義務を問われないとする規定を設けることは賛成である。規定を強行法規とすることには反対である。

【理由】

条文上明らかにすることにより、債権者の義務が明確となり、有益である。担保保存義務については、一定の場合にその義務違反を問われない場合を定める必要性は認められる。担保保存義務の規定自体を強行法規とすることは債務整理の迅速化を阻害するおそれがあるので、任意規定とすべきである。

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力が及ぶ範囲を条文上明確にすることに反対はしないが、その内容は慎重に検討されるべきである。

【理由】

抵当不動産の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果を主張できるとすべき場合があることは認められるが、その要件及び範囲については従来の判例を踏まえ、慎重に検討されるべきである。個別具体的な事案により結論が異なりうることから、判例及び解釈にゆだねるべきであるという意見もあった。

## 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、賛成する。
- (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、賛成する。

#### 【理由】

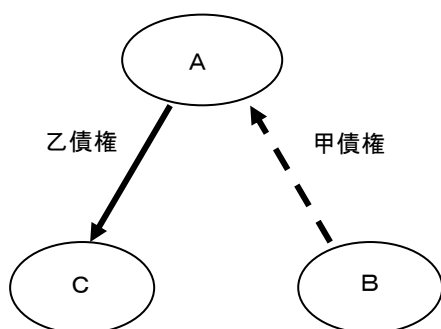
- (1) について  
判例の明文化は、わかりやすい民法という見地から賛成する。
- (2) について  
一般に、定期預金債権については、期限の利益の放棄に先立ち取引の全部解約が必要となることから、銀行が自働債権である貸金債権と受働債権である定期預金債権を相殺する場合において、相殺しても定期預金債権に余剰が生じるとき、銀行が期限の利益を放棄して相殺すると、相殺に供されない部分についても解約される。しかし、期限の利益の放棄を要しないとすると、取引全部の解約は不要となり、相殺を行っても、定期預金債権の残額部分は未だ解約されないことになる。
- (3) について  
受働債権の期限が未到来である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、①Bが無資力のAから事実上の優先弁済を受け、B以外のAの債権者の利益が害されるという問題や、②Aが無資力のBに対して反対債権を有する場合に、Bが甲債権をあえて乙債権と相殺することを認めると、AのBとの相殺の期待が害されるという問題のように、弁済と相殺との問題状況の違いに応じて、その要件を第三者による弁済の場合よりも制限する必要があるという指摘があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、規定を設ける場合には、受働債権の債権者（下図のA）が無資力となる前に三者間の合意により相殺権が付与されていた場合の当該合意の効力に関する規定の要否についても、検討してはどうか。

【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】

①Aに対し労働債権を有する者の利益を害する可能性があることや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。

②新たな立法をしてまでこのような相殺を認める必要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】

- ①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。
- ②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。
- ③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観点から、①債権者Aは、時効期間の経過した自らの債権の債務者Bが時効を援用する前に、当該債権を自働債権として相殺の

意思表示をすることができるが、②その場合も、債務者Bは、Aによる相殺の意思表示後の一定の期間内に限り、時効を援用することができるものとするという考え方がある。このような考え方の当否について、債務者の相殺の期待を保護すべきであるとの意見や、時効制度の見直しの検討結果を踏まえて、更に検討してはどうか。

【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する。

#### 【理由】

- ①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。
- ②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。

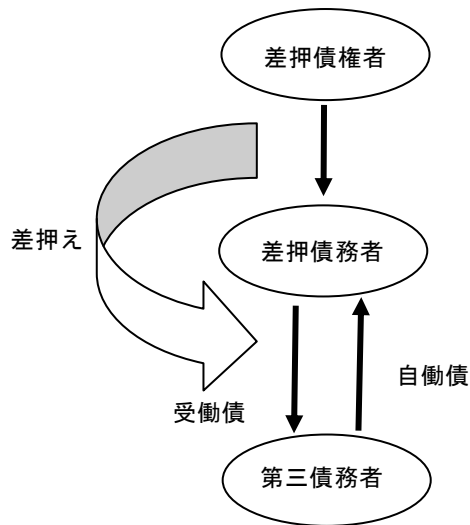
### 4 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第511条）

（前注）この「第18, 4 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止」においては、以下の定義に従うこととする。

「差押債権者」… 差押債務者の有する債権を差し押さえた者

「差押債務者」… 自らが有する債権につき差押えを受けた者

「第三債務者」… 差押債権者による差押えを受けた債権の債務者



### (1) 法定相殺と差押え

受働債権となるべき債権が差し押さえられた場合に、第三債務者が相殺することができるためには、差押え時に自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】

- ①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。
- ②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。
- ③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】

①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。

②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。

③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いえない状況である。

#### (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難い。

#### (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】

要件の設定などに困難を伴うが、相殺権の濫用に関する明文規定を設ける方向で更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に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、①「当事者の知らない事由」とは債権者が知らない事由に限られるのではないかと、②「更改によって生じた債務が」「取り消されたとき」とは、新債務が取り消されたときと更改契約が取り消されたときのいずれを意味するのか、③「当事者の知らない事由」という文言は「成立せず」のみならず「取り消されたとき」にもかかるのではないかとという点で、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するかどうかについて、免責的債務引受（前記第15, 3(1)）や第三者による弁済（前記第17, 2(2)）など、利益を受ける者の意思の尊重の要否が問題となる民法上の制度間の整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、債権者が債権を放棄する旨の意思表示をすることにより、債権者は債務者に対して債務の履行を請求することができなくなるが、債務者は引き続き債務の履行をすることができる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、慎重に検討するべきである。

【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は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2-1 新たな債権消滅原因に関する法的概念（決済手法の高度化・複雑化への民法上の対応）

### 1 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定の要否

多数の当事者間における債権債務の決済の過程において、取引参加者A B間の債権が、集中決済機関（CCP）に対するAの債権とBに対するCCPの債権とに置き換えられる（下図1参照）ことがあるが、この置き換えに係る法律関係を明快に説明するのに適した法的概念が民法には存在しないと指摘されている。具体的な問題点としては、例えば、置き換えの対象となるA B間の債権について譲渡や差押えがされた場合に、法律関係の不明確さが生ずるおそれがあることや、CCPが取得する債権についての不履行により、置き換え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。

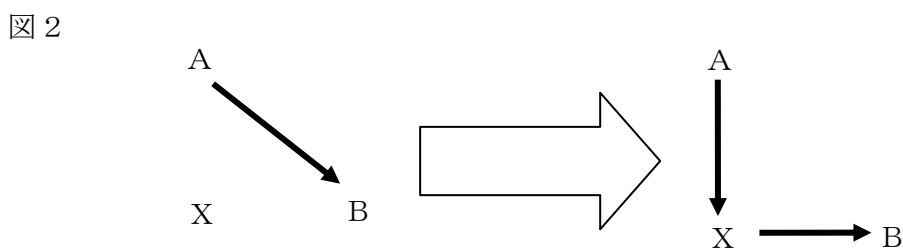
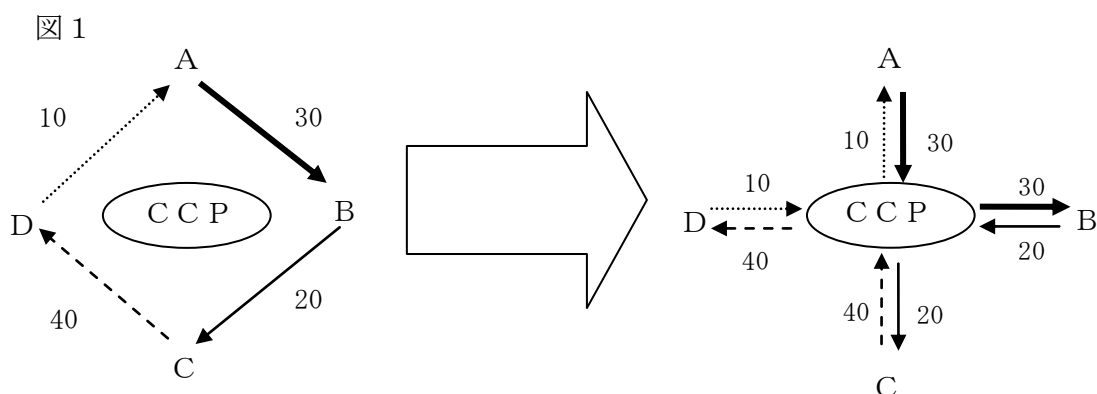
このような指摘を踏まえて、決済の安定性を更に高める等の観点から、上記のような法律関係に適した法的概念に関する規定を新たに設けるべきであるという考え方が提示されている。この考え方は、集中決済を念頭に置きつつも、より一般的で、普遍性のある債務消滅原因として、次のような規定を設けることを提案する。すなわち、AがBに対して将来取得する一定の債権（対象債権）が、XのBに対する債権及びXのAに対する債務（Xの債権・債務）に置き換えられる旨の合意がされ、実際に対象債権が生じたときは、当該合意に基づき、Xの債権・債務が発生して対象債権が消滅することを内容とする新たな債務消滅原因の規定を設けるべきであるというのである（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】

① 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いえず、新たな規定を設けてまで規定する実益に乏しい。

- ② 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との指摘について

①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。

- ③ 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。

- ④ 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③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①から③までのような規定を設けるべきであるとの考え方が示されているが、これらの規定を民法に置くことの要否について、特に①は決済の効率性という観点から疑問であるとする意見や、これらの規定内容が集中決済の場面でのみ正当化されるべきものであるから特別法に規定を設けるべきであるとの意見が示されていることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

- ① 第三者の取引安全を確保するため、前記1の債権・債務の置き換えに係る合意については、登記を効力発生要件とし、登記の完了後対象債権の発生前にAがした債権譲渡その他の処分は、効力を否定されるものとする。
- ② 対象債権の差押えや仮差押えは、対象債権が発生した時に、Xの債務に対する差押えや仮差押えに移行する。当該差押えの効力が及ぶXの債務を受働債権とする相殺については、民法第511条の規律が適用されるものとする。
- ③ 対象債権についてのBのAに対する一切の抗弁はXに対抗することができない旨の当事者間の特約を許容する。また、Xの債権をBが履行しない

場合にも、対象債権の消滅の効果には影響しない。

【部会資料10-2第5 [72頁]】

【意見】

①から③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】

①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。

②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。

③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、①契約を締結するかしないかの自由、②契約の相手方を選択する自由、③契約の内容決定の自由、④契約の方式の自由があるとされており（契約自由の原則）、明文の規定はないものの、民法はこの原則の存在を前提にしているとされている。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】

明文化すること自体には反対はしないが、契約自由も絶対的なものではなく、強行規定、契約正義、公正・公序良俗等による制約を受けることを明記すべきである。

【理由】

契約自由の原則は近代市民法の大原則であり、その原則自体は現在も維持されるべきであるが、他方、その弊害も深刻化している。特に、大企業と中小企業・事業者と消費者間の格差は大きく、立場の互換性も喪失していることから、「契約自由」が情報に劣る当事者の被害を合理化する論理として使用されるおそれもある。よって契約自由の原則が絶対的なものではないことを明示することが必要である。



## 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】

契約の成立に関する一般規定を置くことには反対しない。但し、その内容は慎重な検討を要し、契約には様々な要素があることから、一般的な形で規定することは困難であると思われる。

## 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】

原始的不能のみを理由に契約を無効としてはならない旨明記することに反対はしない。

### 【理由】

契約当事者に、当初から実現が不可能であるとの可能性を認識して契約した場合には、それを無効とまではする必要はないため。

#### 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】

基本的に賛成であるが、その具体化が問題である。信義則の判断要素としては、契約当事者の現実の地位・属性、契約の性質、契約に至る事情等をあげ、判断基準としては、具体的社会実態を踏まえた社会通念とし、これを個々の事案に適用するほかない。

#### 【理由】

信義則の内容は、一般的抽象的契約当事者を前提に設定されるべきではなく、あくまで、具体的当事者を前提としたものでなければならぬと考えるが、その前提に基づく規定を置くことには、当事者の衡平の観点から意味があると考えられるため。

### 第23 契約交渉段階

#### 1 契約交渉の不当破棄

当事者は契約を締結するかどうかの自由を有し、いったん契約交渉を開始しても自由に破棄することができるのが原則であるが、交渉経緯によって契約交渉を不当に破棄したと評価される者が信義則上相手方に対する損害賠償義務を負う場合があることは従来から判例上も認められていることから、契約交渉の不当破棄に関する法理を条文上明記すべきであるとの考え方がある。これに対しては、契約交渉の破棄が不当であるかどうかは個別の事案に応じて判断される事柄であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘や、規定を設けると悪用されるおそれがあるとの指摘、特定の場面について信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などもあることから、契約交渉の不当破棄に関する規定を設けるという上記の考え方の当否について、規定の具体的な内容を含めて、更に検討してはどうか。

これを明文化する場合の規定内容を検討するに当たっては、損害賠償の要件に関しては契約交渉の破棄が原則として自由であることに留意した適切な要件の絞り込みの在り方が、効果に関しては損害賠償の範囲や時効期間等がそれぞれ問題になることから、これらについて、契約交渉の不当破棄に基づく損害賠償責任の法的性質などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第2, 2 [11頁]】

#### 【意見】

- ① 契約交渉の不当破棄に関する法理の明文化に反対はしないが、契約を締結するか否かが原則自由であることをふまえて、不当性の要件の絞り込みが必要である。
- ② 損害賠償の範囲については、「信頼利益」に限定する必要はない。

#### 【理由】

- ① 一般的な規定を設けるのは困難であると思われるが、規定すること自体に反対はしない。ただし、規定する際には、事業者との契約交渉に際し、断ることができない消費者や意思表示が明確にできない消費者にとって、広くこのような規定をもうけることは、弊害を被る可能性が高い。よって、要件の絞り込みが必要である。
- ② いわゆる履行利益と信頼利益の区別が曖昧である上、履行利益の範囲の賠償を認めることが妥当な事例もあると考えられるため。

## 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

ども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1 1-2第2, 3 [15頁]】

#### 【意見】

契約締結過程における説明義務・情報提供義務の規定を設けることは賛成である。但し、判例（最高裁平成23年4月22日判決）との関係を整理すべきである。

#### 【理由】

消費者取引においては、事業者と消費者との間で知識、情報の相対的格差があることは明らかであり（同様の問題は、大企業と中小企業間等の事業者間でもある。）、それによって消費者被害が生じている。消費者契約法3条に規定されている努力義務を、法的義務に格上げしたものであり、かかる規定を設けることには賛成である。

但し、上記最高裁平成23年4月22日判決は、いわゆる「契約締結上の過失」の一類型とされ、債務不履行責任が発生するという考え方もあった契約締結前の説明義務違反の事案において、不法行為責任（のみ）の発生を認めた。この判例もふまえて、規定の配置やその内容について整理・検討する必要がある。

### 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 [18頁]】

#### 【意見】

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の規定をもうけることは、慎重に検討されるべきである。

#### 【理由】

例えば、消費者契約においては、契約当事者である事業者、消費者以外の第三者が介入することが多々ある（代理店、クレジット会社等）。そして、契約当事者である事業者との間の契約書等では、消費者が適切な勧誘、説明を受けて契約を締結し

たかのようにになっているが、実際には消費者の無知や誤解に乗じて契約が締結されている事案も散見される。

このような場合に、契約当事者である事業者の何らかの責任は負うべきであるが、この点、消費者契約法5条では、媒介の委託を受けた第三者又は代理人の場合についてしか規定しておらず、事案によっては消費者保護にとって不十分なものであり、このような規定の必要性も認められる。

しかしながら、規定の仕方によっては、範囲が不当に広がり、濫用の危険性もあるため、慎重に検討されるべきである。

## 第24 申込みと承諾

### 1 総論

民法は、「契約の成立」と題する款において申込みと承諾に関する一連の規定を設けている。これらの規定を見直すに当たっては、申込みと承諾の合致という方式以外の方式による契約の成立に関する規定の要否（前記第22, 2参照）のほか、多様な通信手段が発達している今日において、発信から到達までの時間的間隔の存在を前提とした規定を存置する必要性の有無や程度、隔地者概念で規律されている規定を発信から到達までの時間的間隔がある場合や契約締結過程に一定の時間を要する場合などの問題状況ごとに整理して規定を設けることの要否などについて、検討してはどうか。

【部会資料11-2第3, 1 [20頁]】

【意見】特になし

### 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]】

#### (2) 申込みの推定規定の要否

申込みと申込みの誘引の区別が不明瞭である場合があることから、店頭における商品の陳列、商品目録の送付などの一定の行為を申込みと推定する旨の規定を設けるべきであるとの考え方がある。例えば、民法に事業者概念を

取り入れる場合に、事業者が事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示し、提示された事項によって契約内容を確定することができるときは、当該提示行為を申込みと推定するという考え方が示されている（後記第62、3(2)②）。これに対しては、応諾をした者が反社会的勢力である場合など、これらの行為をした者が応諾を拒絶することに合理的な理由がある場合もあり、拒絶の余地がないとすると取引実務を混乱させるおそれがあるとの指摘もある。そこで、このような指摘も踏まえ、申込みの推定規定を設けるという上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第3、2（関連論点）1 [23頁]，  
部会資料20-2第1、3(2) [16頁]】

### (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]】

### (1)から(3)について

#### 【意見】

意義を明文化することには賛成であるが、一定の行為を申込みと推定する規定を置くことには反対である。交叉申込については特に意見なし。

#### 【理由】

申込み、承諾の意義をわかりやすく明示すべきである。陳列や広告のみで申込みと推定されると、たとえばクレジットの不正利用者が承諾した場合などにも契約が成立してしまうことになるため、申込みの誘因にとどめた方がよい。

### 3 承諾期間の定めのある申込み

承諾期間の定めのある申込みについては、次のような点について検討してはどうか。

- ① 承諾期間の定めのある申込みは撤回することができない（民法第521条第1項）が、承諾期間の定めのある申込みであっても申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合に撤回ができることについては、学説上異論がない。そこで、この旨を条文上明記するものとしてはどうか。
- ② 承諾期間経過後に到達した承諾の通知が通常であれば期間内に到達するは

ずであったことを知ることができたときは、申込者はその旨を通知しなければならないとされている（民法第522条第1項本文）が、承諾について到達主義を採ることとする場合（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4③）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

- ③ 申込者は遅延した承諾を新たな申込みとみなすことができる（民法第523条）が、申込者が改めて承諾する手間を省いて簡明に契約を成立させる観点からこれを改め、申込者が遅延した承諾を有効な承諾と扱うことができるものとするべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、承諾期間の定めのない申込みに対し、その承諾適格の存続期間経過後に到達した承諾の効力（後記4④）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第3, 3(1) [26頁],  
(2) [30頁], (3) [32頁]】

#### ① について

##### 【意見】

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た場合には撤回できるとすることに賛成する。

##### 【理由】

申込者が留保した場合には撤回を妨げる理由はない。承諾につき現行法の発発信主義であれば、申込撤回通知の到達と承諾発信の先後で、到達主義をとる場合には承諾の到達との先後で決することになる。

#### ② について

##### 【意見】

慎重に検討されるべきである。

##### 【理由】

到達主義をとる以上、不到達のリスクは受領する側でなく発信した側が負担すべきであること、申込者が承諾期間内に到達しえた旨を通知しなかったというだけで、契約成立という過大な効果を与えるべきではないことから、承諾につき到達主義を採用する場合、522条は削除すべきである。ただし、承諾の到達主義の当否については、なお検討を要するため、本条についてもさらに検討を要する。

#### ③ について

##### 【意見】

承諾期間に遅れた承諾につき、申込者が、新たな申込みではなく有効な承諾と扱

うことができることに反対する。

【理由】

承諾期間に遅れた承諾は一律に効力を失うとしたうえで、申込者が契約を望む場合には、新たな申込みとみなし、改めて申込者の承諾を必要とするのが明快である。

#### 4 承諾期間の定めのない申込み

承諾期間の定めのない申込みについては、次のような点について検討してはどうか。

- ① 承諾期間の定めのない申込みは、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間を経過するまでは撤回することができない（民法第524条）が、申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合には撤回ができることについては学説上異論がない。そこで、この旨を条文上明記するものとしてはどうか。
- ② 申込みについて承諾期間の定めがない場合であっても、撤回されない限りいつまでも承諾ができるわけではなく、承諾適格（対応する承諾によって契約が成立するという申込みの効力）の存続期間が観念できると言われている。隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みの承諾適格の存続期間については民法上規定されていないが、これに関する規定の要否について、その具体的な内容（例えば、承諾期間としての相当な期間又は承諾の通知を受けるのに相当な期間の経過により承諾適格が消滅するなど。）を含め、更に検討してはどうか。その際、承諾期間の定めのない申込みが不特定の者に対してされた場合について特別な考慮が必要かどうか、更に検討してはどうか。
- ③ 隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みに対し、その承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達したが、通常であれば申込みの承諾適格の存続期間内に到達したと考えられる場合については、規定がない。このような場合に、申込者が延着の通知を発しなければならないなど民法第522条と同様の規定を設けるかどうかについて、承諾期間内に到達すべき承諾の通知が延着した場合の規律（前記3②）との整合性に留意しながら、更に検討してはどうか。
- ④ 隔地者に対する承諾期間の定めのない申込みに対し、その承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達した場合には、申込者は遅延した承諾を新たな申込みとみなすことができる（民法第523条）とされているが、申込者が改めて承諾する手間を省いて簡明に契約を成立させる観点からこれを改め、申込者がこれを有効な承諾と扱うことができるものとすべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、承諾期間の定めのある申込みに対する遅延した承諾の効力（前記3③）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料1 1-2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]】

① について



**【意見】**

賛成である。

**【理由】**

撤回を留保した場合にそれを妨げる理由はない。

② について

**【意見】**

賛成であるが、存続期間の定め方については検討を要する。

**【理由】**

承諾期間のない申込みがあれば承諾者が永久に承諾できるとするのは適切でない。承諾適格の存続期間を設けるべきである。ただ、期間の決め方については、①相当期間の徒過により承諾適格が消滅する、②承諾な通知を受けるのに相当な期間、承諾通知が到達しなかったときは承諾適格が消滅する、③相当期間内に承諾通知を発しなかったときは承諾適格が消滅する等の考えがある。承諾についての到達主義の当否とも関連するため、なお検討を要する。また、不特定多数の者に対する申込みの場合、一定期間経過により一律に承諾適格が消滅するなどの配慮が必要である。

③ について

**【意見】**

3②と同様

**【理由】**

3②と同様

④ について

**【意見】**

3③と同様

**【理由】**

3③と同様

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11-2第3, 5 [39頁]】

**【意見】**

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の規定を設けることに賛成である。

**【理由】**

明文化すべことにより明確になるため。なお、商法と同様の規律で支障はないと考えられる。

**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】**

申込者が反対の意思を表示した場合についての規定の削除は賛成である。申込者が承諾を発するまでに知った場合に525条を適用することに賛成である。

**【理由】**

①は97条2項が任意規定であると述べているに等しく、記載不要。

申込みの到達までに知った場合に限定する理由はない。

**7 申込みを受けた事業者の物品保管義務**

事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合には、申込みとともに受け取った物品を保管しなければならないこととすべきであるとの考え方（後記第62, 3(2)③）の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料20-2第1, 3(2) [16頁]】

**【意見】**

人的範囲、負うべき保管義務の程度等について、慎重に検討すべきである。また対象を商人から事業者に拡大することもさらに慎重に検討すべきである。

**【理由】**

そもそも、商法510条については、人的範囲につき何の制限もないのは行き過ぎであり、平常取引をなす者相互間に限定すべきではないか、および、申込者が速やかに物品を引き取らない場合に被申込者のとりうる措置が明確でないといった問題がある、との指摘がある（江頭・商取引法第4版P15）。

## 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]】

（前半）

### 【意見】

隔地者間の承諾の意思表示につき、現行の発信主義から到達主義に変更することに基本的に賛成であるが、なお慎重な検討を要する。

### 【理由】

- ① 通信技術の進歩や郵便制度の整備等により到達までの時間的間隔を考慮する必要はほとんどなく、迅速性の観点から発信主義を採用するメリットは低い一方、不到達リスクは発信した側が負担すべきという価値判断から、到達主義を採用すべきであるとの意見がある。他方、(b) 承諾者のコスト増への懸念、発信主義が適する業界もあること（保険では発信主義の方が早く契約関係に入り、保障を付けられる）、受取を拒絶された場合の処理、等の観点から発信主義を維持すべきとの意見もある。
- ② 不到達リスクは依然として存在し、そのリスクは発信した側が負担することが公平であること（現に「電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律」4条により電子承諾通知（メールやFAXによる承諾通知）に関してはすでに到達主義が採用されている）②発信から到達までの時間短縮により迅速性を考慮する必要性は低いこと、承諾者のコスト増の懸念よりも、到達という明確な基準によることの安定性を重視すべきこと、等から到達主義が望ましいと思われる。
- ③ ただし、発信主義を廃止することの影響の範囲・程度、受領拒絶との関係等につき、なお検討の必要がある。

（後半）

### 【意見】

承諾につき到達主義を採用するのであれば、①申込撤回通知の延着に関する527条を削除すること、②承諾発信後の承諾者死亡につき525条と同様の規律を設けることに賛成である。

【理由】

承諾につき到達主義を採用する以上、承諾の到達と申込撤回通知の到達との先後関係を承諾者は知り得ないから、承諾者に申込撤回通知の延着の通知義務を課す意味はなく527条は不要である。また、到達主義の下では525条が規定する場面が想定できるため、同様の規制を設ける必要がある。

## 9 申込みに変更を加えた承諾

民法第528条は、申込みに変更を加えた承諾は申込みの拒絶と新たな申込みであるとみなしているが、ここにいう変更は契約の全内容から見てその成否に関係する程度の重要性を有するものであり、軽微な付随的内容の変更があるにすぎない場合は有効な承諾がされたものとして契約が成立するとの考え方がある。このような考え方の当否について、契約内容のうちどのような範囲について当事者に合意があれば契約が成立するか（前記第22, 2参照）に留意しながら、更に検討してはどうか。

また、このような考え方を採る場合には、承諾者が変更を加えたが契約が成立したときは、契約のうち意思の合致がない部分が生ずる。この部分をどのように補充するかについて、契約に含まれる一部の条項が無効である場合の補充（後記第32, 2(2)）や、契約の解釈に関する規律（後記第59, 2）との整合性に留意しながら、検討してはどうか。

【部会資料11-2第3, 8 [48頁]】

【意見】

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いう規定を設けることに反対であり、特に現行法をかえる必要はない。

【理由】

「第22 2 契約の成立に関する一般的規定」で上述のとおり、契約には様々な要素があることから、一般的な形で規定することは困難であると思われる。

## 第25 懸賞広告

### 1 懸賞広告を知らずに指定行為が行われた場合

懸賞広告（指定行為をした者に一定の報酬を与える旨の広告）を知らずに懸賞広告における指定行為を行った者が報酬請求権を有するかどうかは民法の条文上明らかでないが、学説上はこれを肯定する見解が有力であり、この立場を条文上も明記すべきであるとの考え方がある。これに対し、懸賞広告は報酬によって指定行為を促進することを目的とする制度であり、偶然指定行為を行った者に報酬請求権を与える必要はないとの指摘もあることから、このような指

摘にも留意しつつ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料1 1-2第4, 2 [5 2頁]】

## 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]】

### (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1 1-2第4, 3(2) [5 4頁]】

### (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1 1-2第4, 3(3) [5 6頁]】

## 3 懸賞広告の報酬を受ける権利

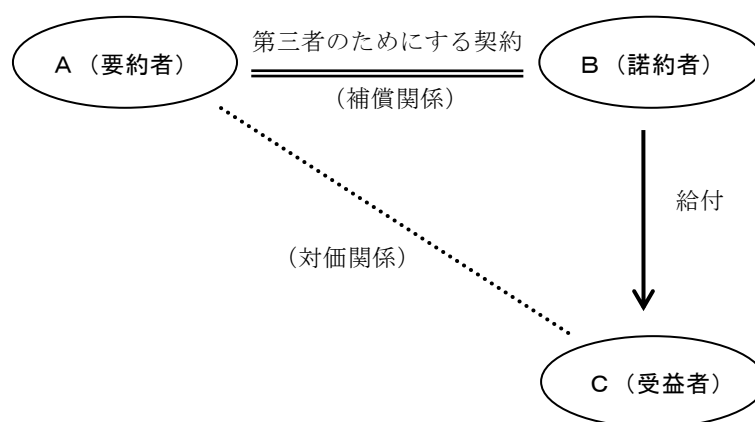
懸賞広告に定めた行為をした者が数人あるときの報酬受領権者の決定方法については、指定行為をした者が数人あるときは最初にした者が報酬を受ける権利を有する等の規定（民法第531条）が設けられているが、同条に対しては、

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]】

## 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というえに、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するかなど、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表示があつて初めて受益者（第三者）の権利が発生するという前提の下で、「第三者の権利が発生した後は、当事者は、これを変更し、又は消滅させることができない」と規定しているが、仮に受益者の権利の発生のために受益の意思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

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1 1-2第5, 1 [60頁]】

## 【意見】

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規定することに賛成である。

## 【理由】

現代社会において、約款は大量に利用されているが、その定義や要件等が不明確なまま、消費者が従うことを余儀なくされている現状があるため。

### 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1 1-2第5, 2 [60頁], 同(関連論点)[61頁]】

【意見】

定義としては、「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」と規定することに賛成である。

【理由】

約款の組み入れの問題は、「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」において、広く問題となっており、広く定義することが妥当である。一方で、「多数契約に用いるため」に利用されない場合については、個別の交渉が予定されているため、約款規制を及ぼすまでの理由はないと思われる。

### 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1 1-2第5, 3 [62頁], 同(関連論点)[64頁]】

【意見】

約款の開示及び合意が必要であると考え。不意打ち条項についての規定をもうけることに賛成である。

【理由】

約款が契約内容に組み入れられるのは、その約款を契約内容とする契約当事者の意思に基づくところ、契約締結時までに約款が開示（アクセスできることが必要）されていなければ、契約内容とする意思を認めることはできない。

開示されていても、不意打ちとなるような条項は、それに拘束される当事者の意思を認めることができないため、その内容が相手方に理解されていた（不意打ちとなっていない）ことが必要であると考えられる。

#### 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】

（不利益変更の場合に）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との規定を設けることは反対である。

変更後の約款が契約内容になる要件としては、合理性と社会的相当性を要件とするべき。

##### 【理由】

一方当事者である約款使用者の変更により相手方が拘束されることは、意思主義に反する。

その判断は契約類型ごとに慎重になされる必要があるが、合理性と社会的相当性があれば、約款の変更も認めることが相当な場合もある。

## 第28 法律行為に関する通則

### 1 法律行為の効力

#### (1) 法律行為の意義等の明文化

「法律行為」という概念は民法その他の法令に用いられているが、この概念の有用性に疑問を呈する見解があるほか、民法にその意義に関する一般的な規定が設けられていないため、意味が分かりにくいという問題が指摘されている。既に法律上の概念として定着したものであることなどから法律行為という概念を維持した上で、その意義について、例えば、法律行為とは、契約、単独行為及び合同行為をいうとの形式的な定義規定を設けるという考え方や、法律行為は法令の規定に従い意思表示に基づいてその効力を生ずるとい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】

「法律行為とは、契約、単独行為及び合同行為をいう」との形式的な定義規定を設けるという考え方や、「法律行為は法令の規定に従い意思表示に基づいてその効力を生ずる」という基本的な原則を条文上明記するという考え方に反対はしない

### 【理由】

このような規定があったからといって必ずしも法律行為の意義が分かりやすくなるとは言えないが、定義規定があってもよい

## (2) 公序良俗違反の具体化

公序良俗違反の一類型として暴利行為に関する判例・学説が蓄積されていることを踏まえ、一般条項の適用の安定性や予測可能性を高める観点から、暴利行為に関する明文の規定を設けるものとするかどうかについて、自由な経済活動を萎縮させるおそれがあるとの指摘、特定の場面についてのみ具体化することによって公序良俗の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などがあることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

暴利行為の要件は、伝統的には、①相手方の窮迫、軽率又は無経験に乗じるという主観的要素と、②著しく過当の利益を獲得するという客観的要素からなるとされてきたが、暴利行為に関するルールを明文化する場合には、主観的要素に関しては、相手方の従属状態、抑圧状態、知識の不足に乗じることを付け加えるか、客観的要素に関しては、利益の獲得だけでなく相手方の権利の不当な侵害が暴利行為に該当し得るか、また、「著しく」という要件が必要かについて、更に検討してはどうか。

また、暴利行為のほかに、例えば「状況の濫用」や取締法規に違反する法律行為のうち公序良俗に反するものなど、公序良俗に反する行為の類型であって明文の規定を設けるべきものがあるかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料12-2第1, 2(2) [4頁]】

### 【意見】

明文化することに賛成。暴利行為については、具体的には、①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ことに賛成する。②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も暴利行為に該当し得るとの考え方に賛成する。ただし、「著しく」という要件は必要でない。

【理由】 予測可能性の観点からは明文化が望ましい。

明文化されることで、暴利行為への抑止効果が期待できるとともに、暴利行為規定の利用の活発化が期待できる。

伝統的な要件では、暴利行為の適用範囲があまりに狭く、消費者契約の実情に適合していない。表意者保護の観点からは、暴利行為の要件を緩和する方向で検討さ

れることが望ましい。また、「著しく」という程度に至らなくとも、過大な利益を得る等の場合には、暴利行為にあたりと解するべきである。

### (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】

削除することに賛成。

#### 【理由】

限定的に解釈されかねない文言であり、削除相当である。

公序良俗違反は、目的のみではなく、法律行為の行われた過程その他の諸事情を考慮して判断されるべきである。

## 2 法令の規定と異なる意思表示（民法第91条）

法令の規定と異なる意思表示の効力について、原則として意思表示が法令の規定に優先するとした上で、その法令の規定が公序良俗に関するもの（強行規定）であるときは例外的に意思表示が無効となることを条文上明記するものとしてはどうか。

【部会資料12-2第1, 3 [11頁]】

#### 【意見】

強行規定に反する法律行為の効力を条文上明確にすることなどの見直しをすることに賛成。

#### 【理由】

現行の規定は分かりづらく、見直しがなされるべきである。

## 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】

反対しない

【理由】

強行規定と任意規定できるだけ区別が明確になることが望ましい

#### 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】

任意規定と慣習の優劣を明文化することに賛成。

【理由】

現行法では論点となっているが、改正を機に整理・明文化すべき。明文化されることで予測可能性が高まる。

## 第29 意思能力

### 1 要件等

#### (1) 意思能力の定義

意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効力が否定されるべきことには判例・学説上異論がないが、民法はその旨を明らかにする規定を設けていない。そこで、意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効力について明文の規定を設けるものとしてはどうか。

その場合には、意思能力をどのように定義するかが問題となる。具体的な規定内容として、例えば、有効に法律行為をするためには法律行為を自らしたと評価できる程度の能力が必要であり、このような能力の有無は各種の法

律行為ごとに検討すべきであるとの理解から、「法律行為をすることの意味を弁識する能力」と定義する考え方がある。他方、各種の法律行為ごとにその意味を行為者が弁識していたかどうかは意思能力の有無の問題ではなく、適合性の原則など他の概念が担っている問題であって、意思能力の定義は客観的な「事理を弁識する能力」とすべきであるとの考え方もある。これらの考え方の当否を含め、意思能力の定義について、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第2, 1 [17頁]】

【意見】

意思能力に関する規定を設けることに賛成。意思能力の定義については、「当該法律行為をすることの意味を弁識する能力」と定義すべきである。その場合は、後見開始の要件規定もこれにあわせて変更すべきである。

【理由】

すべての法律関係が原則として法的人格の意思により形成されるという近代法の大原則からして、意思能力は重要な概念であるから、そのような概念規定を民法に設けることに賛成する。

意思能力の有無の判断は、個々の法律行為ごとに判断されるべきであり、意思表示の定義には、法律行為全般に共通する「事理を弁識する能力」よりも、個々の法律行為における「法律行為をすることの意味を弁識する能力」を用いる方が適当である。

意思能力は、実際に行われた法律行為ごとにその内容の複雑性等を考慮して個別的に判断されるべきものであるから、法律行為の前に「当該」という文言を入れるべきである。

(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】

反対する

【理由】

このような場合についての例外規定を置く必要があるほど、このような事例があ

るとは考えられない。

## 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】

日常行為に関する行為の特則（例外的に有効）を置くことは反対。

### 【理由】

量的に不必要な売買を繰り返させているような場合については、無効とするべきであり、特則を設ける必要性はない。

意思能力は法律行為毎に個別的に判断されるべきものであるから、日常生活に関する行為については、通常意思能力ありと判断されることが多く、日常生活に関する取引であれば取引の相手方もそのような不安を抱くこともないであろうから、このような特則を設ける必要はない。

## 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らないことなどから、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取引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】

相対的無効とすべき。

【理由】

意思能力がない者が行った法律行為は、理論的には無効である。

取消構成を採用すると、第三者との関係が不明である。

取消構成をとらなければならない実質的理由はない。効果が相対的無効と取消とで変わらないことが、取消構成を採用する理由にはならない。取消構成を採ると、契約の場合、取消の意思表示を契約の相手方に到達させなければならないこと、取消権者でない親族による無効主張が許されないこと、取消の期間制限があること等、無効構成と比べ意思無能力者側の保護に欠ける。つまり、効果が同一であることが、要件を厳格にする理由にはならず、弊害もある。

### 第30 意思表示

#### 1 心裡留保

##### (1) 心裡留保の意思表示が無効となる要件

表意者が表示と真意に不一致があることを知ってした意思表示の効力について、民法第93条は、①相手方が表意者の真意に気づいてくれることを期待して真意と異なる意思表示をした場合（非真意表示）と②表意者が相手方を誤信させる意図を持って、自己の真意を秘匿して真意と異なる意思表示をした場合（狭義の心裡留保）を区別せずに規定しているが、この両者を区別し、非真意表示においては相手方が悪意又は有過失のときに無効であるが、狭義の心裡留保においては相手方が悪意の場合に限って無効であるとするべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、その両者を区別することが實際上困難であるとの指摘があることも踏まえ、更に検討してはどうか。

また、心裡留保の意思表示は、相手方が「表意者の真意」を知り又は知ることができたときは無効であるとされている（民法第93条ただし書）が、真意の内容を必ずしも知る必要はないことから、その悪意等の対象を「表意者の真意」ではなく、「表示が表意者の真意でないこと」と改める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3, 2(1) [23頁]】

【意見】

狭義の心裡留保と非真意表示とに分けることに反対。

【理由】

そもそも両者を分ける必要性があるか不明である。

表意者が、相手方を誤信させる意図を持ちつつも、相手方が真意に気づくことも期待して真意と異なる意思表示をするという場合が実務上あり得るのではないか。

## (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】

第三者保護規定の明文化に賛成。第三者保護要件は「善意」とすべき。

### 【理由】

心裡留保の場合も第三者が登場しうる以上、第三者との利害調整規定を明文化することが望ましい。表意者保護の必要性は低く、「無過失」は不要だろう。

## 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】

見直す必要はない。

### 【理由】

表意者保護の必要性は低く、「無過失」は不要だろう（重過失はあり得る）。

### (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。

【部会資料12-2第3, 3 [27頁]】

【意見】

慎重に検討するべきである。

【理由】

明文化する趣旨には賛同するが、民法94条2項類推適用法理の要件・外延については未だ議論が固まっていない状況であり、明文化には慎重であるべき。物権変動に関する第三者保護規定を新設することと実質的に同様であり、明文化には物権変動法制の見直しが必要であろう。

### 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】

動機の錯誤についての判例法理の明文化に賛成。

【理由】

動機の錯誤は実務上も問題となる場面であり、判例法理が固まっている以上、明文化することに反対する理由はない。

## (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】

法律行為の要素について判例の定式を明文化することに賛成。

### 【理由】

要素について判例定式を明文化することに問題はない。

## (3) 表意者に重過失がある場合の無効主張の制限の例外

表意者に重過失があったときは意思表示の錯誤無効を主張することができないとされている（民法第95条ただし書）が、①表意者の意思表示が錯誤によるものであることを相手方が知っている場合又は知らなかったことについて相手方に重過失がある場合、②当事者双方が同一の錯誤に陥っている場合、③相手方が表意者の錯誤を引き起こした場合においては、表意者は重過失があっても無効を主張できるものとす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】

表意者に重過失があった場合においても、表意者が錯誤による無効を主張しうる場合（相手方が錯誤の事実を知っていた場合、共通錯誤など）、を列挙して明確化することに賛成。

### 【理由】

条文上明確化することに問題はない。

## (4) 効果

錯誤があった場合の意思表示の効力について、民法は無効としている（同法第95条本文）が、無効の主張は原則として表意者だけがすることができると解されているため、その効果は取消しに近づいているとして、錯誤による意思表示は取り消すことができるものとすべきであるとの考え方がある。このような考え方に対しては、取消権の行使期間には制限があるなど、表意者の保護が十分でなくなるおそれがあるとして、無効という効果を維持すべきであるとの考え方もあることから、これらを踏まえ、錯誤による意思表示

の効果をどのようにすべきかについて、更に検討してはどうか。

その検討に当たっては、錯誤に基づく意思表示の効力を否定することができる者の範囲、効力を否定することができる期間、追認するかどうかについての相手方の催告権の要否などが問題になると考えられるが、これらについて、法律行為の無効及び取消し全体の制度設計（後記第32）にも留意しつつ、検討してはどうか。

【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】

慎重に検討するべきである。

【理由】

相対的無効と取消ではほとんど効果は変わらないと思われるが、取消とした場合、期間制限などの部分で表意者保護が低下するおそれもあり、慎重な検討を要する。

(5) 錯誤者の損害賠償責任

錯誤は、錯誤者側の事情で意思表示の効力を否定する制度であるから、錯誤者はこれによって相手方が被る損害を賠償する責任を伴うとして、錯誤無効が主張されたために相手方や第三者が被った損害について錯誤者は無過失責任を負うという考え方がある。これに対しては、無過失責任を負わせるのは錯誤者にとって酷な場合があり、損害賠償責任の有無は不法行為の一般原則に委ねるべきであるとの指摘もある。このような指摘も踏まえ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3, 4(4) (関連論点) [34頁]】

【意見】

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の考え方に反対する。

【理由】

錯誤者に損害賠償責任を負わせるのは、不法行為が成立する場合に限れば足りる。不法行為の要件を満たさない場合にも錯誤者に損害賠償責任を負わせることは、表意者保護の観点から問題が大きい。

(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

のでなければならないとして、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】

第三者保護規定を設けることに賛成する。第三者の保護要件は善意無過失とすべき

【理由】

錯誤の場合も第三者が登場しうる以上、第三者との利害調整規定を明文化することが望ましい。表意者の帰責性が大きいとは言えない以上、第三者には保護に値する正当な信頼を要求すべき。

#### 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】

沈黙による詐欺を明文化することに反対する。

【理由】

信義則上、告知義務や情報提供義務が認められる場合において、沈黙による詐欺が成立することはありうるが、どのような場合に告知義務等が認められるのか一般化することは困難である。

情報提供義務等は、事業者と消費者との情報格差等を背景とする概念であり、消費者に情報提供義務等を一般的に課すことは消費者保護の観点から問題が大きい。

##### (2) 第三者による詐欺

第三者が詐欺をした場合について、相手方が第三者による詐欺の事実を知っていた場合だけでなく、知ることができた場合にも、表意者はその意思表示を取り消すことができるものとしてはどうか。

また、法人が相手方である場合の従業員等、その行為について相手方が責任を負うべき者がした詐欺については、相手方が詐欺の事実を知っていたか

どうかにかかわらずなく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) [45頁], 同(関連論点) [45頁]】

【意見】

相手方が詐欺の事実を知りえた場合にも取消しを認めることに賛成する。

【理由】

表意者の意思形成過程に詐欺という大きな瑕疵があること、表意者の帰責性がそれほど大きいとは言えないこととのバランス等からすると、相手方が詐欺を知ることができた場合は取消しの対象とされてもやむを得ない。

(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】

善意無過失を要することを条文上明確にすることに賛成する。

【理由】

詐欺取消しの場合には表意者の帰責性が小さいこととのバランス上、第三者には無過失を要求すべき。

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】

不実告知がされた場合の表意者保護規定を民法に設けることに反対する。

【理由】

不実表示による意思表示の取消権等を一般法化した場合、必ずしも目的物について十分な知識を有しない消費者が過失により不実表示を行ってしまった場合に事業者からの取消が認められ、消費者保護に反する結果を招くおそれがある（いわゆる逆適用の問題）など、消費者保護の水準がかえって低下するおそれがある。

また、消費者契約法の規定が一般法化され、その規定が取引一般に適用されることになると、改正による影響の大きさを考え、改正への躊躇が生じるおそれがある。そのため、社会情勢の変化に応じた柔軟で迅速な法改正を阻害するおそれがある。

さらに、消費者契約事案における「契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼすべき事項」と、一般取引におけるそれとは、全く同じものではなく、後者の範囲が狭いと考えられ、具体的事例において消費者事案における適用範囲が後退するおそれがある。

なお、形式的にBtoBであっても実質的にはBtoCと同視すべき場合もあり、不実告知規定の適用範囲の拡大の必要性は認めるが、上述の理由により不実告知の規定を民法に設けることは妥当ではない。

## 6 意思表示の到達及び受領能力

### (1) 意思表示の効力発生時期

民法第97条第1項は、意思表示は相手方に「到達」した時から効力を生ずると規定するが、この「到達」の意味内容について、相手方が社会観念上了知し得べき客観的状态が生じたことを意味すると解する判例法理を踏まえ、できる限り具体的な判断基準を明記する方向で、更に検討してはどうか。

具体的な規定内容として、例えば、①相手方が意思表示を了知した場合、②相手方が設置又は指定した受信設備に意思表示が着信した場合、③相手方が意思表示を了知することができる状態に置かれた場合には、到達があったものとする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】

意思表示の到達時の具体的な判断基準の明確化は必ずしも必要ではない。

【理由】

了知可能となった時とすれば足りると考えられる。

ただし、電子メールによる意思表示など、様々なケースについて慎重に検討すべき。



(2) 意思表示の到達主義の適用対象

民法第97条第1項は、「隔地者に対する意思表示」を意思表示の到達主義の適用対象としているが、この規律が対話者の間の意思表示にも妥当することを条文上明確にするため、「相手方のある意思表示」は相手方に到達した時から効力を生ずるものとしてはどうか。

【部会資料12-2第3, 7(2) [63頁]】

【意見】

意思表示の到達主義の適用対象を「相手方のある意思表示」として条文上明確にすることに賛成する。

【理由】

現行法の規定を現代社会の実情に合わせて整備することが望ましい。

(3) 意思表示の受領を擬制すべき場合

意思表示が相手方に通常到達すべき方法でされたが、相手方が正当な理由なく到達のために必要な行為をしなかったなどの一定の場合には、意思表示が到達しなかったとしても到達が擬制されるものとする方向で、更に検討してはどうか。

どのような場合に意思表示の到達が擬制されるかについては、表意者側の行為態様と受領者側の対応の双方を考慮して、両者の利害を調整する観点から、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3, 7(3) [64頁]】

【意見】

意思表示の受領が拒絶された場合の到達擬制規定を新設することに賛成する。ただし、相手方が意思表示の内容を認識しえたことを要件とすべき。

【理由】

意思表示の相手方が不当に受領しなかったことが原因で意思表示が到達しなかった場合、それによる不利益は相手方が負うべきである。

ただし、相手方に不測の損害を与えることを避けるため、相手方が意思表示の内容を認識しえたことを求めるべきである。

(4) 意思能力を欠く状態となった後に到達し、又は受領した意思表示の効力

表意者が、意思表示を発信した後それが相手方に到達する前に意思能力を欠く状態になった場合や、相手方が意思能力を欠く状態で表意者の意思表示を受領した場合における意思表示の効力に関する規定を設けることについて、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3, 7(4) [65頁]】

**【意見】**

表意者が意思表示を発信した後、相手方に到達する場合に、意思表示を欠く状態となった場合における規定を設けることに賛成する。

**【理由】**

そのような場面が起こりうる以上、行為能力喪失の場合（民97条2項）と同様に規定を整備することが望ましい。

### 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】**

不当な契約条項の規制に関する規定を民法に設けるべきである。

**【理由】**

当事者間の情報量や交渉力の格差を埋める必要がある。現行の消費者契約法でも不当条項規制を行っている。

- (2) 民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合に対象とすべき契約類型については、どのような契約であっても不当な契約条項が使用されている場合には規制すべきであるという考え方のほか、一定の契約類型を対象として不当条項を規制すべきであるとの考え方がある。例えば、約款は一方当事者が作成し、他方当事者が契約内容の形成に関与しないものであること、消費者契約においては消費者が情報量や交渉力等において劣位にあることから、これらの契約においては契約内容の合理性を保障するメカニズムが働かないとして、これらを不当条項規制の対象とするという考え方（消費者契約については後記第62，2①）である。また、消極的な方法で不当条項規制の対象を限定する考え方として、労働契約は対象から除外すべきであるとの考え方や、労働契約においては、使用者が不当な条項を使用した場合には規制の対象とするが、労働者が不当な条項を使用しても規制の対象としな

いという片面的な考え方も主張されている。これらの当否を含め、不当条項規制の対象について、更に検討してはどうか。

【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】

約款が使用された契約及び消費者契約については、規制の対象とすべき。

【理由】

約款使用者の相手方は、契約内容の形成に実質的に関与することができず、また、約款の内容を認識しないままその適用を承諾してしまうなどの問題があり、契約自由の原則が妥当する基盤が失われている。消費者契約も同様の問題がある。

## 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。

【部会資料13-2第1, 2(2) [6頁], (3) [8頁]】

【意見】

- ① 個別に交渉された条項は、規制対象から除外すべきではない。
- ② 契約の中心部分に関する条項は、規制対象から除外すべきではない。

【理由】

- ① 形式的に個別の交渉を行うこと等による不当条項規制の趣旨の潜脱の危険がある。現行の消費者契約法も契約内容について一定の制約を設けているが、このような除外規定はなく、消費者保護が後退する。
- ② 当事者間の情報量や交渉力の格差により実質的な交渉を期待できない場合が

あるのは契約の中心部分についても同じである。現行の消費者契約法も中心部分を除外していない。

### 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1 3-2第1, 3(1) [9頁]】

論点①比較対照すべき標準的な内容を何に求めるか（任意規定に限るか）。

#### 【意見】

任意規定に限らず、判例等によって確立しているルール、信義則等の一般条項や、明文のない基本法理等も比較対象とすべき。

#### 【理由】

比較すべき任意規定が存在しない場合もある。

論点②個別の相手方との関係で判断するのか、当該条項の使用が予定されている多数の相手方について画一的に判断するのか。

#### 【意見】

個別に判断すべき。

#### 【理由】

約款を使用した契約も個別の相手方との契約であることからすると、相手方の利益を不当に害するといえるかどうかは、当事者の属性によっても異なり得る。

論点③不当性判断の考慮要素は何か。

#### 【意見】

契約の性質や契約全体の趣旨、約款使用者の相手方が事業者であるか消費者であるかなどの当事者の属性、同種の契約に関する取引慣行、任意規定が存在する場合にはその内容を考慮して不当条項に該当するかどうかを判断すべき。

#### 【理由】

諸外国の立法例では、結局全ての契約条件及び契約時の事情を考慮している。

論点④不当性の判断基準は何か。

#### 【意見】

「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」が妥当。

【理由】

現行の消費者契約法第10条と同様の基準を設定するのが妥当。

#### 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。

【部会資料13-2第1、3(2) [13頁]】

論点①不当とされる限度で条項の一部の拘束力が否定されるのか、不当な部分を含む条項全体の拘束力が否定されるのか。

【意見】

不当とされる限度で条項の一部の拘束力が否定されるべき。

【理由】

条項のごく一部が不当であるに過ぎない場合にまで全体の拘束力が否定されるところするのは当事者意思の尊重に反する。

現行の消費者契約法も不当とされる限度で無効としている。

論点②不当条項として拘束力が否定される部分について、これを無効とすべきか、取り消すことができるとすべきか。

【意見】

相対的無効でよいのではないか。

【理由】

約款使用者の相手方の保護を厚くすべき。

#### 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。

【部会資料13-2第1, 4 [15頁]】

論点①不当条項リストが必要か。

【意見】

必要。

【理由】

- i) 不当条項をめぐる紛争の解決を容易にし、また、一般規定の解釈指針を示す必要がある。
- ii) 現行の消費者契約法も不当条項リストを設けている。

論点②不当条項リストについてブラックリストとグレーリストとに分けて作成すべきか。

【意見】

分けて作成すべきである。

【理由】

個別具体的な事情に応じて条項の効力をきめ細かく判断できるようにするため。

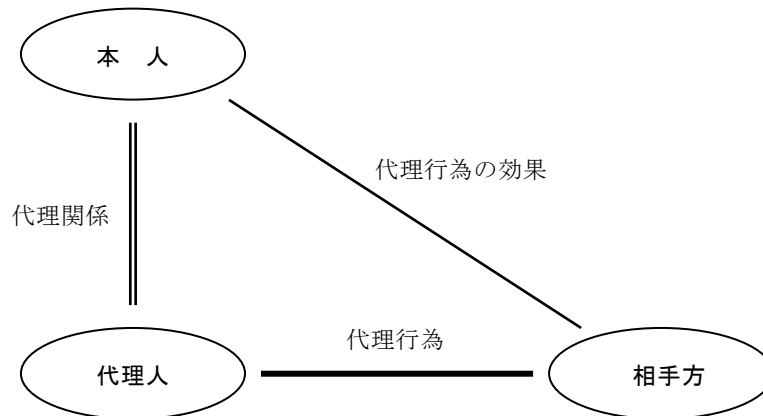
論点③ブラックリスト及びグレーリストの具体例

【意見】

部会資料13-2 16頁以下に掲げられているような条項とすることに賛成する。

第33 代理

1 有権代理



(1) 代理行為の瑕疵一原則（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・強迫をした場合の相手方の意思表示の効果については、民法第101条第1項が適用されない旨条文上明確化すべきとの考え方に賛成する。

【理由】

代理人が詐欺・脅迫をした場合は現第96条第1項をそのまま適用すれば足りる。

(2) 代理行為の瑕疵一例外（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】

任意代理の場合については、本人が代理人の行動をコントロールする可能性がある限り、本人の主観的態様を考慮すべきであり、民法第101条第2項の適用範囲

を拡大すべきだとの意見に賛成する。ただし、文言については、慎重に吟味する必要がある。

**【理由】**

本人が代理人の行動をコントロールする可能性があるケースでは、特定の法律行為をすることを委託し、代理人が本人の指図に従った場合にのみ相手方の保護される範囲を限定する必要性が認められない。

ただし、現在の規定のままでも、判例法理や事実認定で対応できるとの意見もあった。

**(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】**

現行法の規律を改正する必要はないとの考え方に賛成し、代理権の範囲等を制限する規定を設けることに反対する。

**【理由】**

法定代理の場合であっても、本人保護は選任・解任手続により制度的に担保されており、改正する必要性が乏しい。

**(4) 代理権の範囲（民法第103条）**

民法第103条は、「権限の定めのない代理人」は保存行為その他の一定の行為のみを行うことができると規定するが、そもそも代理人の権限の範囲は、法定代理の場合にはその発生の根拠である法令の規定の解釈によって定まり、任意代理の場合には代理権授与行為の解釈によって定まるのが原則であるのに、その旨の明文の規定は存在しない。そこで、この原則を条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 2(4) [79頁]】

**【意見】**

原則についても明文の規定を設けるべきであるとの考え方に賛成する。ただし、任意代理の場合であっても、代理権授与行為の解釈によっても代理権の範囲が明らか



かにならないケースにつき、現103条が適用すべきである。

【理由】

当事者には代理権を授与する意思がある以上、授与行為を無効とするのは当事者の意思に反するため、現第103条の適用を認めるべきである。

(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】

任意代理人が本人の許諾なく復代理人を選任することができる場合について、自己執行を期待することができない場合に緩和すべきであるとの考え方については、改正によりどのような事例において違いが生じるか慎重に検討すべきである。

【理由】

任意代理においては、本人が当該任意代理人を特に選んで代理権を付与した以上、その期待を最大限尊重する必要があるが、本人の同意がない場合には、複代理は本人の利益保護のため不可欠な場合にのみ限定されるのが原則であると考ええる。基本方針において、当該緩和により、新たに許されるのがどのような事案を念頭においているのか、事実認定では対応できないのか、慎重に検討すべきであると考ええる。

(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 自己契約及び双方代理に限らず利益相反行為一般を原則として禁止するという考え方に賛成する。
- ② 利益相反行為の効果については、無権代理とし、善意無過失の相手方等を保護する規定を設けるべきである。

【理由】

- ①について  
現第108条の趣旨に沿う。
- ②について  
現行法下における解釈を維持するべきである。

(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】

代理権の濫用に関する規定を新設することについては賛成する。

現在の判例の立場(民法第93条但書類推)にしたがい、単なる過失があるに過ぎない相手方を保護しないとすべきかどうかは、法定代理と任意代理など類型を分けて慎重に検討を要する。

【理由】

現行法には代理権の濫用に関する規定は存在しない。

代理権濫用については、民法93条ただし書を類推適用するというのが判例法理である。しかし、代理権を授与している以上、原則として相手方の要保護性は高く、

相手方が悪意又は重過失の場合のみ例外的に効力発生を否定すればよく、濫用により本人が被った損害は、代理人に対し請求すればよいと考えることもできる。ただし、法定代理の場合は本人にコントロール可能性がないことが多いため、相手方の保護要件を緩和しない（善意無過失を要求する）ことも検討されるべきである。

## 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】

民法第109条に関し法定代理には適用がない旨条文に明記することについては慎重に検討するべきである。

#### 【理由】

学説では、法定代理にも適用があるとする考え方も存在するところであるし、柔軟な解決が出来なくなるなど、法定代理について一律に同条の規定を排除することによる悪影響も懸念される。

#### 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】

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ことに賛成する。

#### 【理由】

代理権授与表示について、効果に着目して、意思表示規定の類推適用を認めることは妥当である。

#### 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反対する。

#### 【理由】

事実認定にかかわる問題であるため、一律の推定規定をおくことは疑問であるし、明文化しなくとも現行法の条文解釈で対応できるはずである。

#### 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】

本人名義の使用許諾の場合に関する本人の表見代理責任を肯定する規定を設けることに賛成する。

#### 【理由】

外形を信頼して取引した第三者に対する責任を認める判例に異論はなく、明文化に特に問題はない。

#### 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】

民法第109条と第110条の重畳適用に関する規定を設けることに反対はしない。

【理由】

判例の考え方は支持できる。しかし、そもそも重畳適用により保護が認められるケースが少ないことに加え、解釈によって保護することもできるので、明文化の必要性が高いとまではいえない。

(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】

慎重に検討するべきである。

【理由】

本人に帰責性を要求する表見法理の基礎にある考え方からすると、本人に何ら帰責の要素のない法定代理への適用は認められるべきではない。しかし、相手方の信頼を重視し、法定代理への適用を認める判例の考え方も支持しうる。

イ 代理人の「権限」

民法第110条の「権限」に関しては、代理権に限られるものではなく、事実行為を含めた対外的な関係を形成する権限であれば足りるとする見解が有力である。そこで、このことを条文上も明らかにするかどうかについて、権限外の行為の表見代理の成立範囲を適切に限定する必要性にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【意見】

代理人の「権限」を事実行為を含めた対外的な関係を形成する権限とする旨規定を設けることに賛成する。

【理由】

法律行為をする権限（代理権）を与えたかどうかは、本人の外観作出への寄与度と必ずしも対応していないので、濫用されるおそれのある権限、つまり対外的に重要な行為をする権限を与えた場合には、本条の適用があると考えてよい。判例の考え方とも、必ずしも反しない。

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かどうかについて、更に検討してはどうか。

【意見】

善意無過失であることを明示すべきである。

【理由】

判例は正当な理由を善意無過失と同義であるにとらえているのであるから（最判昭和35年10月18日等）、その旨を明示すべきである。

「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案」が提示されているが、過失については、一般に注意義務の存在に関する評価根拠事実及び評価障害事実を総合考慮して裁判上過失の有無を判断しているところであって、この表見代理においてのみ考慮要素を具体的に列挙することは他の条文とのバランスに欠けるし、事案に即した柔軟な解決が困難になるおそれがある。

(3) 代理権消滅後の表見代理（民法第112条）

ア 法定代理への適用の可否

代理権消滅後の表見代理を規定する民法第112条に関しては、判例は法定代理にも適用があるとしていると解されているが、学説上は法定代理への適用を認めない見解も有力であり、同条が法定代理には適用されないことを条文上明記すべきであるとの考え方が提示されている。そこで、この考え方の当否について、法定代理であっても、制限行為能力者であった

本人が行為能力者となった後は、法定代理人であった者の行動に対する本人の帰責性を認めることができる事案もあり得るとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 3(3)ア [104頁]】

【意見】

法定代理への適用については慎重に検討すべきである。

【理由】

取引の安全を重視し、法定代理への適用を肯定すべき立場がある。他方、表見法理の考え方にしたいがい、代理人の監督について責任のない法定代理については適用がないとみるべき立場も存在した。

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】

過去において代理権が存在したことを知っており、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に基づいて「善意」の対象を条文上も明らかにすることについては、反対する。

【理由】

判例は、代理権消滅前に取引をしたことがあることは、善意無過失の一資料になるにすぎないとしており、判例よりも要件を加重する必要はない。過去の時点での代理権の存在を知っている必要はない。

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】**

重畳適用に関する規定を設けることに反対はしない。

**【理由】**

民法110条と112条の重畳適用があり得ることについて、判例・学説上も特に異論はない。

### 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】**

- ① 無権代理人が錯誤に準じて一定の場合に責任を免れうるとする見解に賛成する。
- ② 悪意有過失のある相手方であっても、無権代理人が故意の場合は、無権代理人はその責任を免れないとする見解に賛成する。

**【理由】**

例えば、本人が人知れず死亡している場合に代理人に責任を負わせるのは酷であり、そのような場合は錯誤に準じて、原則として責任を免れるとすべきである。反対に故意で無権代理行為を行った者については、相手方に無過失まで要求する必要がない。

#### (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】

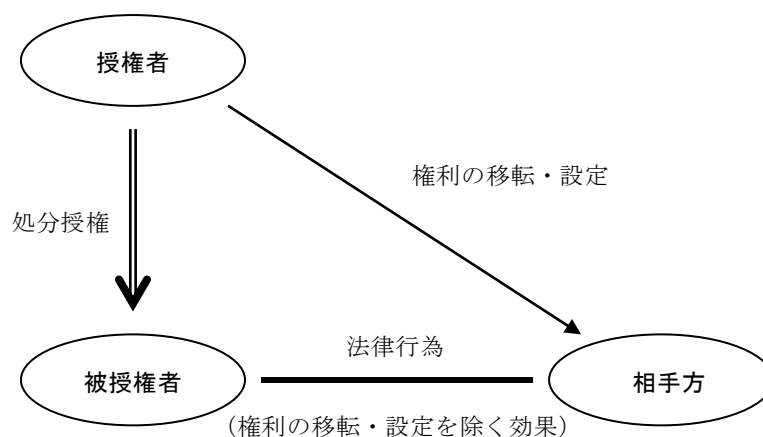
- ① 無権代理人が本人を相続した場合の規定を設けることに反対はしない。
- ② 本人が無権代理人を相続した場合の規定を設けることに反対しない。
- ③ 本人が無権代理人を相続した場合の無権代理人としての責任については、履行責任は負わず、損害賠償責任に限定するとの考え方に賛成する。

#### 【理由】

- ① 及び②については、判例の考え方を明文化するものであり、内容も問題がない。
- ③については、この場合に本人に履行責任を負わせてしまうと、追認を拒絶することを認めた意味が失われてしまう。

## 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也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】

このような場合について明文規定を設けることについて慎重に検討するべきである。

【理由】

明文規定を設けることの要否については賛否両論がある。

### 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】

原則的な時効期間については現行法を維持すべきである。なお、時効期間の起算点についても、基本的に現行法の枠組みを維持すべきである。なお、後述(3)をご参照。

### 【理由】

- ① 原則的な時効期間を5年ないし3年に短期化することにより、特に個人間の債権について妥当ではない結論となる可能性がある（個人間の情誼により、権利行使を一定期間行わないような事例も多い）。
- ② 仮に現行民法所定の短期消滅時効制度を廃止ないし見直ししたとしても、商事債権についての時効期間を5年とする現行法の枠組みを維持することにより、多くの事例において時効期間が大幅に長期化するという問題は発生しないと考えられる。
- ③ 時効制度の基本的枠組みを変更することにより、実務等に大きな混乱をもたらすおそれがある。

## (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、①一定の債権を対象として比較的短期の時効期間を定めるべき必要性は、原則的な時効期間の短期化（前記(1)参照）によって相当程度吸収することができる（時効期間を単純化・統一化するメリットの方が大きい）とする考え方と、②職業別の区分によらない新たな短期消滅時効として、元本が一定額に満たない少額の債権を対象として短期の時効期間を設けるとする考え方などがあることを踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 2(1) [3頁]】

### 【意見】

現行民法が定める短期消滅時効制度を見直すことには反対はしないが、例外的に短期消滅時効を定めるべき類型がないか、慎重に検討すべきである。

### 【理由】

- ① 現行民法が定める短期消滅時効制度の区分は、必ずしも合理的なものであるとは言い難い。
- ② 現行民法の区分では、ある債権がどの区分に属するかの判断が容易でない場合がある。
- ③ できる限り時効期間の統一化・単純化をはかるという考え方自体には一定の合理

性が認められる。

- ④ 但し、権利の種類によっては、原則的な時効期間よりも短期の時効期間を定めることが合理的であると考えられる場合もありえなくはないので、例外的に短期消滅時効を定めるべき類型がないか、慎重に検討すべきである。なお、商事債権については、非商事債権と比較して迅速決済の要請の点で差異があることから、現行法と同様、非商事債権よりも短期の消滅時効期間を定めることには合理性が認められると思われる。但し、商事債権の範囲については、見直しを含めた検討を要すると思われる（信用組合、農業協同組合等）。
- ⑤ 加えて、検討に際しては、短期消滅時効制度が問題となりうる各業界に対し、現行法のもとにおける時効に関する実態や短期消滅時効制度の廃止等による影響等について意見照会を行うことが望ましい。

#### 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】

基本的に現行法の趣旨を維持すべきである。

#### 【理由】

- ① 現行法の規定の制度趣旨自体は合理的である。
- ② 時効期間について、あえて現行法を変更するまでの必要性はないと思われる。
- ③ ただし、現行法のうち、168条1項後段（最後の弁済期から10年）は当然のことを規定しているに過ぎないので削除すべきという考え方もありうる。

#### ウ 判決等で確定した権利

確定判決等によって確定した権利は、高度の確実性をもって確定されたものであり、その後も時効完成を阻止するために短期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】

基本的に現行法を維持すべきである。

【理由】

現行法の規定の趣旨には合理性が認められ、変更する必要性はない。

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]】

① 法第724条の廃止について

【意見】

不法行為債権に関する民法724条に相当する例外規定を廃止すべきではない。但し、3年の短期時効期間は5年に延長すべきである。なお、一定の種類 of 不法行為に基づく損害賠償請求権について、不法行為の原則的な時効期間（短期5年・長期20年）よりも長期の期間を定める必要性はない。

【理由】

一般的な時効期間の起算点について主観的起算点を併置することには反対であるが（後述（3））、不法行為等による損害賠償請求権については、客観的起算点からの長期時効期間が20年間と極めて長期間に及ぶので（20年を長期時効期間とすべきことについては後述②）、例外的に、主観的起算点からの時効期間を設けること

には合理性が認められるし、現行法との整合性も保たれる。

ただし、主観的起算点からの時効期間が3年という現行法は、より保護の要請の強い不法行為の被害者について、一般の債権よりも時効期間が短期間となる可能性があり、必ずしも合理的とはいえない。そこで、主観的起算点からの時効期間は、少なくとも5年間とすべきである。

一般不法行為の時効期間を短期5年・長期20年とする場合、それを超えてさらに長期の時効期間を定める必要性はない。

## ② 法第724条後について

### 【意見】

現行民法724条後段の20年の除斥期間は時効期間とすべきである。

### 【理由】

被害者が損害及び加害者を知ることができずに権利行使しえない場合において、事情の如何にかかわらず20年が経過すれば権利行使が一切認められないということでは被害者保護に欠ける場合がある。そこで、20年の期間を時効期間とし、信義則や権利濫用法理等により具体的妥当な解決を図れる余地を残すべきである。

## ③ 生命、身体等の侵害による損害賠償請求権に関して

### 【意見】

不法行為の原則的な時効期間よりも長期の期間を定める必要性はない。

### 【理由】

原則的な不法行為の時効期間を短期5年、長期20年とする場合、それを超えてさらに長期の時効期間を定める必要性はない。

なお、「生命、身体、健康又は自由に対する侵害」や「生命、身体、名誉その他の人格的利益に対する侵害」等の案が提案されているが、これらの提案のうち、「生命」侵害以外の場合には様々なものがあり、極めて軽微なものも含まれるが、これらが全て長期間の時効期間となることについての妥当性には疑問があると言わざるを得ない。

そもそも、「身体」その他の侵害には様々なものがあり、極めて軽微なものも含まれるが、長期間の時効期間の対象とすべきものとそれ以外を区別することは困難である。

## (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]】

① 主観的事情を考慮する起算点（主観的起算点）を導入について

【意見】

時効期間の起算点は、権利行使可能時とする現行法を維持すべきである。

【理由】

- i) 主観的起算点を併置することにより、時効満了時が曖昧・不明確となる。
- ii) 主観的起算点の時期をめぐる紛争が頻発する懸念がある。
- iii) 債務不履行においては、主観的起算点と客観的起算点は原則一致するため、主観的起算点を採用すると、結局時効期間の短縮化につながる。
- iv) そもそも、現行法の枠組み（権利行使可能時から原則10年・商事5年）において、大きな不都合が発生しているとは考えられず、あえて基本的枠組みそのものを大きく変更する必要性を見出しがたい。

② 主観的起算点の明確化について

【意見】

現行法を維持すべきである。

【理由】

- i) 確かに客観的起算点は明確でない場合もあるが、判例等により、一定程度明確化されている。
- ii) 一定の類型ごとに規定内容の明確化を図ることは困難であると思われ、また、かえって不合理な結論となる事案が発生する可能性がある。

③ 預金債権等の例外について

【意見】

例外を設ける必要はない。

【理由】

- i) 本例外が適用される範囲が不明確であり、混乱や紛争が生じる懸念がある。
- ii) 債務者が、債務はすでに弁済等により消滅していると考えているような場合には、時効進行開始通知をすることは期待できないが、債務者が弁済の事実を立証ができない場合において消滅時効による救済をはかることが困難となり、消滅時

効制度の趣旨（証拠保存義務からの解放，弁済者の免責の確保）に反するおそれがある。

- iii) 債権者が行方不明等の事情により通知を送付することが困難な場合に不都合が生じる（消滅時効が問題となるケース中には債権者が行方不明である場合も相当数含まれると考えられる）。

#### (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62，2③参照）が，このような考え方の当否について，更に検討してはどうか。

【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明文化する必要はない。

#### 【理由】

- ①（消費者契約以外でも）債権者による濫用的な利用が懸念される。
- ② ことさらに合意による時効期間等の変更を明文で認めなければならない必要性を見出しがたい。

## 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，①権利を認める判決の確定，②確定判決と同一の効力が認められ



る事由（裁判上の和解等）が生ずること，③相手方の承認，④民事執行などを掲げる方向で，更に検討してはどうか。

このうち，④民事執行については，債権の存在を認めた執行手続の終了の時から新たな時効が確定的に進行するという考え方が示されているが，このような考え方の当否及び具体的な内容について，更に検討してはどうか。

また，関連して，時効の中断という名称についても，一時的に時効の進行が止まることを意味するとの誤解を生じやすいため，適切な用語に改めることとしてはどうか。

【部会資料14-2第2，3(2) [20頁]】

#### 【意見】

新たな時効が確定的に進行することとなる事由（①～④）のみをほかと区別して条文上明記すること及び現行の時効の中断事由・停止事由を分かり易く再構成することに賛成である。

#### 【理由】

- ① 現行法の「時効の中断」及び「時効の停止」という用語については，その文言から意味を理解しにくいいため，その用語の変更を検討する必要がある。
- ② (③の「承認」の認定は慎重になされるべきであるが，) ①～④の事由があった場合に，新たな時効が確定的に進行すると規定することには合理性がある。
- ② なお，差押え（特に債権差押えの場面）の際に，一部の執行が効を奏した際に，債務名義の返却を受けるため，取り下げをすることがある（Ex. 100万円の債務名義を持っていた場合に，預金債権を差押え，20万円については執行できたが，80万円については空振りに終わった場合等）が，その場合，取り下げたからといって時効中断の効力が生じないという帰結は不合理である。そこで，そのような取扱いにならないことが明確となるよう工夫されたい。

#### (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】

時効の停止事由（158条以下）と同様に，時効は手続中も進行するが，手続終了後から一定期間は時効が完成しないとする考え方（後者の考え方）に賛成する。

### 【理由】

(前者の考え方では、) 例えば、訴えの提起と取下げが複数回されるような場合にも、その都度時効期間の進行が停止するため、いつ時効が完成するのか権利者も義務者もわかりにくい。

#### (3) 時効の停止事由

時効の停止事由(民法第158条から第161条まで)に関しては、停止の期間について、3か月に短期化する案がある一方で1年に長期化する案もあることを踏まえ、更に検討してはどうか。また、天災等による時効の停止については、その停止の期間が2週間(同法第161条)とされている点を改め、ほかの停止事由と同等のものとする方向で、更に検討してはどうか。

また、催告(同法第153条)についても、これを時効の停止事由とする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】

期間(現行法は、停止期間は6ヶ月)を短縮する方向での改正には反対である。また、催告(同法第153条)について、これを時効の停止事由として存続させるべきである。

### 【理由】

- ① 短縮する方向での改正理由はない。
- ② なお、民法161条(天災事変)の際の2週間という期間は、短すぎる(東日本大地震を考えても、2週間程度では、ライフラインの復旧さえままならないことがあり、民法上の権利行使を要求することは極めて酷に過ぎる)。
- ③ 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もあるが、時効の停止事由として規定することは不合理ではない。

#### (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】

このような時効障害事由を認めることは反対である。

【理由】

- ① 協議の始まりと終わりが不明確である。
- ② 時効期間を短くするという前提での議論だと思うが、時効期間を短くすること自体に消極である。
- ③ 債権者にとっては、保護が厚くなるかのようだが、このような不安定な時効障害は使い勝手が悪い。

(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】

一部請求である旨を明示して訴え提起した場合及び債権の一部について民事執行の申立てがされた場合、債権全部につき時効障害の効果が生じるとすべきである。一部請求であることを明示しなかった場合については、一部についてのみ時効障害の効果が生じると考えるべきである。

【理由】

- ① 経済理由による訴訟費用節約のために一部請求である旨を明示して訴えを提起した場合に、一部についてしか時効障害の効果が生じないとするのは妥当でない。他方、相手方も一部であることを明示されていれば、残部も想定した対応ができるから、不利益は生じない。
- ② 一部請求である旨が明示されなかった場合、相手方は残部についての争いに備えるべきことを認識できないから、不意打ち的な不利益を被ることもありうる。

#### 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。

【部会資料14-2第2, 3(3) (関連論点) 2 [26頁]】

#### 【意見】

反対である。

#### 【理由】

現行法では、連帯保証人に対する請求により主債務の時効が中断するとされているが(458条, 434条), この規定については、主債務者が関知しない連帯保証人に対する請求によっても時効中断効が生じるのは妥当でないとして、改正も検討されているところである。これと同様、保証人や物上保証人に対する訴え提起等をもって時効障害の効果を生じさせるべきでない。

### 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】

援用により時効の効力が生ずることを明文化することに反対はしない。履行拒絶権構成にすることには反対する。

#### 【理由】

- ① 実質的意義が不明。かえって権利消滅しないことにより事実上の請求を促すことも考えられる。
- ② 時効援用により権利が遡及的に消滅するという観念が定着しており、変更する必然性がない。

## (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】

援用権者の範囲を条文上明確にすることには反対はしない。履行拒絶権構成から債務者以外の第三者の履行拒絶の主張を否定することには反対する。

### 【理由】

仮に時効期間が短期化しても、履行拒絶権構成をとって保証人・物上保証人の時効援用権を失わせて現在よりも保証債権や担保権の効力を強化しなければならない必然性がない。

## (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った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】

時効利益の放棄について判例の考え方を条文上明記することには反対はしない。ただ時効完成後の債務承認によって時効援用権を喪失するという裁判例の考え方を取り込むことには反対。

### 【理由】

- ① 時効完成を知らずに承認をした後、時効完成を知って態度を変えるのは矛盾行為とはいえない。むしろ時効完成を知らずに承認した債務者の受ける不利益が大き

い反面、時効完成後の債務承認によって保護しなければならない債権者の利益は格別大きくない。

② 時効完成後に債権者が策略を用いて債務を承認させる事態が起きている。

#### 4 形成権の期間制限

形成権一般を対象とする期間制限に関する特別な規定の整備の要否等について、更に検討してはどうか。

【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ついての特別な規定を整備することに反対はしない。仮に整備する場合は、形成権の行使の結果として生ずる債権は全体にとりて形成権の期間制限に服するべきである。ただし期間制限の起算点は慎重に検討すべきであるし、進行停止事由をもうけるべきである。

##### 【理由】

形成権一般を対象とする期間制限を明文化して明確化すること自体の意義はないとはいえない。仮に整備する場合は、形成権の行使の結果生ずる債権が独立に債権自体の期間制限に服するとすると、特に時効の一般的短期化には慎重であるべきとの立場からは、権利消滅まで長期間を要するケースが生じることとなり不都合である。ただし、期間制限の起算点が不明確とならないようにする慎重な配慮が必要であるし、時効中断を観念しにくい権利であるため期間経過による消滅に際しては一定の配慮をすべきである。

#### 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】

現行法どおりでよい

##### 【理由】

起算点や期間の長さについて、あえて現行法を変更するまでの必要性はない。

##### (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】

取得時効と消滅時効とを区別して規定すべきである。そして時効障害事由及び時効完成の効果も、それぞれ区別して検討されるべきである。

#### 【理由】

現行法は、取得時効も消滅時効も権利自体の発生ないし消滅という法的効果をもたらすものとして規定されているところ、消滅時効については、権利の消滅そのものの効果までは生じないで、単に債務者に抗弁権を生じさせるだけとする法制も存在する。実際、ドイツ民法及びスイス民法は、取得時効と消滅時効の効果を別意にしている関係から、それぞれ区別して規定されている。他方で、取得時効と消滅時効を同一に規定するフランス民法は、権利自体の発生ないし消滅という効果をもたらすのではなく、訴権が消滅するものであるという訴訟法的効果で考えられている。翻って考察するに、取得時効も消滅時効も、ともに一定の事実状態の継続を尊重してその法的正当性を付与する制度である点は共通する。

しかし、取得時効はそのほとんどが物権において論じられ、債権にはまず観念し得ない（不動産賃貸借は、その物権化傾向に伴い、物権と同様に論ずべき債権ではあるが）。そして、物権は物に対する直接支配性をその特質とするため、当該物に対する継続的な使用状態（占有の継続）という事実関係が取得時効の要件として重視される。

これに対して、消滅時効は権利の不行使という事実状態の継続を尊重するものであり、それ故に権利が消滅されるというものであるから、権利に対する支配性は問題とならない。

このように、取得時効と消滅時効は異なる制度として位置づけられるべき面を有するのであるから、それぞれの効果や時効障害事由も、取得時効と消滅時効とで別個に検討されるべきである。

### 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】

売買の瑕疵担保責任を契約責任と構成し、必要な限度で売買の箇所に規定を設けるべきである。

#### 【理由】

たとえば、消費者が業者から中古車を購入するケースにおいては、両当事者は、少なくとも当該車両の走行が道路交通法に反しない程度に整備された車両を給付する旨合意しているといえるから、このような場合はブレーキが故障していれば債務不履行責任を肯定するべきであり、むしろこの場合に債務不履行が生じないと考えるのは一般常識に反し、一般国民にとって分かりにくい。すなわち、今回の改正法においては、一般国民の常識に照らし分かりにくい特定物ドグマから脱却するのが妥当である。

特定物ドグマを前提に現行の瑕疵担保責任を法定責任と捉えると、損害賠償の範囲が信頼利益に限定されるなど、瑕疵ある物を購入した者の保護に欠ける事例が多数生じる。特定物売買においても履行利益の賠償を認められるような立法を目指すべきである。

瑕疵担保責任の法的性質に関する最判昭和36年12月15日は、その理論構成が分かりづらく、裁判規範として機能しているか疑問がある。同判例のリステイメントを目指すべきではない。

#### (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】

瑕疵の定義規定の必要性について疑問である。売買の目的物がどのような状態である場合に売主の債務が履行されたのかされないのかを明らかにすれば足り、瑕疵という表現を用いる必要もない。

#### 【理由】

目的物の給付を目的とする契約について、契約において予定されていた品質・性能を欠いていれば、債務不履行に該当するのは当然であるし、品質等を契約で定めていなければ、その種類の物として通常有すべき品質・性能を欠いていれば債務不履行に該当するのではないか。つまり、この瑕疵の概念の説明は、契約の解釈の問題に置き換えて説明することが可能である。瑕疵担保責任を債務不履行に可級的に一元化するのであれば、瑕疵の概念規定自体も原則として不要である。

#### (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】 (1)及び(2)で述べた理由により、「隠れた」要件は不要である

#### (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】

売買の規定ではなく、双務契約における債務不履行一般の規定として定めるべきである。

#### 【理由】

帰責事由がない場合にも成立する代金減額請求権は、売買のみならず双務契約約全般に認める実益があり、売買固有の規定として設ける必要はない。

#### (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】

売買において固有の規定を設ける必要があるかを慎重に吟味すべき。

売買契約においては原則として瑕疵修補請求権は、売主の能力を考慮すると否定されるべきであり、その旨を売買において定めることは反対しない。

### 【理由】

債権総論または契約総論において、追完請求権や代物請求権を規定するのであれば、権利の相互関係も当該箇所において適用する方がわかりやすい。

ただし、国民一般に対しわかりやすい法律を定めるという観点から必要といえる場合は固有規定を定めるべきということになる。

以下、個別の意見を述べる。

#### ① 代物請求権と瑕疵修補請求権

##### 【意見】

代物請求を原則とする

##### 【理由】

瑕疵修補請求は、売買契約の趣旨に照らすと、原則として売主の合理的に期待できない場合に該当し（瑕疵修補能力は売主にはないのが原則）、履行請求できず、代物請求を原則とするのが相当。なお、これも基本方針【3.1.1.56】を適正に解釈すれば自ずと結論が出ると思われるが、国民にとって定めた方が分かりやすいのであれば、売買において定めること否定はしない。

#### ② 追完請求権と代金減額請求権

##### 【意見】

買主の自由な選択に委ねるべきとの考え方に賛成。

#### ③ 追完請求権と損害賠償請求権

##### 【意見】

債務不履行一般において基本方針【3.1.1.57】のような規定を定めれば対応が可能ではないか。分かりやすいという考えのみで売買において重複して規定する必要があるか疑問。

#### ④ 追完請求権と解除権の関係

##### 【意見】

催告解除を原則として捉える以上、両者の関係を別途定める必要はない。

#### (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、買主が短期間の中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15-2第2, 2(6) [26頁], 部会資料20-2第1, 3(2) [16頁]】

#### 【意見】

瑕疵担保について債務不履行に一元化論を徹底する立場からすると、売買瑕疵担保責任に特則を設ける必要はない。

買主に通知義務を課す案についても、「合理的な期間内」という曖昧な基準は、混乱を招くので反対する。

## 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】

第1項で述べた内容と同旨である。なお、買主の主観的要件は削除すべきであるとの考え方に賛成。

### 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】

562条の削除に賛成する。

#### 【理由】

- i) 契約関係が存続し続けることによって売主が被る不利益の防止は、損害軽減義務や現行民法第547条による解除権の消滅などで対処可能である。
- ii) 瑕疵担保責任については、債務不履行の一般原則により対処すべきであり、本条文のような特別の規定を存続させる必要はない。

### (2) 数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任（民法第565条）

数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任（民法第565条）に関しては、数量指示売買における数量の不足及び物の一部滅失が民法第570条の「瑕疵」に含まれるものとして規定を整理する方向で、更に検討してはどうか。その際、数量指示売買の定義規定等、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けることの要否について、数量指示売買における数量超過の特則の要否（後記6）という論点との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 4(2) [38頁]】

#### 【意見】

民法565条の削除に賛成する。但し、権利の瑕疵なのか物の瑕疵なのか、いずれと判断しても、買主保護に差異が生じないように留意すべき。

#### 【理由】

- i) 数量の不足や物の一部滅失も、当事者の合意や契約の趣旨・性質に照らして備えるべき状態を実現していない場合とみて、物の瑕疵として「瑕疵」（民法第570条）に該当すると判断するのであれば、特別に民法第565条を残す必要はない。
- ii) 物の瑕疵については、民法570条但し書きによって、買主の保護が薄くなっているが、物の瑕疵と権利の瑕疵とで、保護の度合いを変える必要があるかは疑問。

(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】

瑕疵担保責任については、債務不履行の一般原則により対処すべきであることから、566条規定の削除を検討すべきである。

(4) 抵当権等がある場合における売主の担保責任（民法第567条）

抵当権等がある場合における売主の担保責任（民法第567条）に関しては、債務不履行責任が生ずる一場面を確信的に規定したものにすぎず不要な規定であるという意見と、債務不履行責任が生ずる場面を具体的に明らかにするなどの意義があるので、適用範囲を条文上明確にした上で規定を維持すべきであるという意見等があったことを踏まえて、確認規定として存置することの要否及び仮に規定を存置する場合には適用範囲を明確にするための要否について、他の担保責任に関する規定を維持するか否かという点との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 4(4) [41頁]】

【意見】

瑕疵担保責任については、債務不履行の一般原則により対処すべきであることから、567条の規定の削除を検討すべきである。

4 競売における担保責任（民法第568条, 第570条ただし書）

競売における物の瑕疵に関する担保責任については、現行法を改めてこれを認める立場から、瑕疵の判断基準の明文化の要否や損害賠償責任の要件として債権者等に瑕疵の存在の告知義務を課すことの当否等の検討課題が指摘されている。そこで、まずはこれらの点を踏まえた制度設計が、競売実務や債権回収、与信取引等の実務に与える影響の有無に留意しつつ、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることの可否について、更に検討してはどうか。

また、競売において物の瑕疵に関する担保責任を認めることの可否は、競売代金の算定等に影響を及ぼすため競売手続全体の制度設計の一環として検討されるべきであることや、競売では、契約とは異なり、当事者の合意に照らした

瑕疵の認定が困難であることなどを理由に、これらの規定は民法ではなく民事執行法に設けるべきであるという意見があることを踏まえて、民法に設けるべき規定の内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 5 [42頁]】

【意見】

権利の瑕疵と物の瑕疵とを区別せずに規定することについては賛成するが、この場合の担保責任は、民事執行法に規定するべきである。

5 売主の担保責任と同時履行（民法第571条）

担保責任の法的性質を契約責任とする立場を前提に、民法第571条は、同時履行の抗弁（同法第533条）や解除の場合の原状回復における同時履行（同法第546条）の各規定が適用されることの確認規定にすぎないから削除すべきであるという考え方が示されているが、この考え方の当否について、担保責任の法的性質に関する議論（前記1(1)及び2）等を踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 6 [44頁]】

【意見】

瑕疵担保責任について同時履行の規定を削除することを検討すべきである。

【理由】

瑕疵担保責任については、債務不履行の一般原則により対処すべきであり、確認規定にすぎない民法第571条を存続させる意義は乏しい。

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】

規定を設けないものとすべきである。

【理由】

判例は、代金増額請求権を否定し、契約当事者の意思解釈に委ねている。

売主側に過失がある場合もあるし、そもそも一般的な取引でよくあるケースとは言い難く、信義則などによる柔軟な解決を図るべき。

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】なし

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】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】なし

## 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】**

諾成契約として規定するべきではない。

**【理由】**

理論及び実務は、すでに無名契約としての諾成的消費貸借契約を広く認めており、これによる特段の不都合は存在しない。

しかし、立法で正面から諾成契約を認めてしまうと、借主の目的物交付請求権の差押え、債権譲渡、別口債権との相殺といった貸主側が被る弊害が発生してしまう。また、目的物交付前に借りる必要性が消滅したにもかかわらず、借主を貸金契約によって拘束させることについては、不都合がある。

**(2) 無利息消費貸借についての特則**

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合(前記(1)参照)であっても、無利息消費貸借については、合意のみで貸す債務が発生とするのは適当ではないとの意見もあることから、書面による諾成的消費貸借と要物契約としての消費貸借とを並存させるという案や、書面によるものを除き目的物の交付前における解除権を認めるという案などを対象として、無利息消費貸借に関する特則を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 2 [1頁]】

**【意見】**

諾成契約として規定するべきではなく、特則も不要である。

**【理由】**

1(1)の理由と同じく、諾成契約として規定すると、借主側、貸主側の両者に不都合が生じる。

### (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。

【部会資料16-2第1, 2(関連論点)1 [5頁]】

#### 【意見】

諾成契約として規定するべきでなく、特則も不要である。

#### 【理由】

目的物の交付前に借りる必要性が消滅したにもかかわらず、借主を貸金契約によって拘束させることについては、不都合がある。また、この不都合は、借主が消費者である場合のみならず、事業者であっても同様である。

### (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。

【部会資料16-2第1, 2(関連論点)2 [5頁]】

#### 【意見】

諾成契約として規定するべきではなく、特別の規定を設ける必要はない。

#### 【理由】

1(1)の理由と同じく、諾成契約として規定すると、借主側、貸主側の両者に不都合が生じる。

### (5) 消費貸借の予約

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合(前記(1)参照)には、消費貸借の予約の規定(民法第589条)を削除するかどうかについて、更に検

討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 2(関連論点)3[5頁]】

【意見】

諾成契約として規定するべきではなく、削除する必要もない。

【理由】

1(1)の理由と同じく、諾成契約として規定すると、借主側、貸主側の両者に不都合が生じる。

## 2 利息に関する規律の明確化

民法では、無利息消費貸借が原則とされているものの、現実に用いられる消費貸借のほとんどが利息付消費貸借であることを踏まえ、利息の発生をめぐる法律関係を明確にするために、利息を支払うべき旨の合意がある場合に限り借主は利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。これに関連して、事業者間において、貸主の経済事業(反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの)の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合には、特段の合意がない限り利息を支払わなければならない旨の規定を設けるべきであるとの考え方(後記第62, 3(3)②参照)が提示されていることから、この考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、諾成的な消費貸借において元本が交付される以前は利息は発生せず、期限前弁済をした場合にもそれ以後の利息は発生しないとする立場から、利息が元本の利用の対価として生ずることを条文上明記すべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、目的物の交付前における借主の解除権(前記1(3)参照)や、期限前弁済に関する規律(後記4)などと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】

利息を支払うべき旨の合意がある場合に限り借主は利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにすることに賛成する。また、利息の発生時期は金銭の交付時期とすることを明確化すべきである。

【理由】

条文上明確化することによって、分かりやすくなるし、元本の引渡前から利息が発生するという不合理な事態を防止できる。

### 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】

民法590条は維持すべき。

#### 【理由】

要物契約であって、貸主の債務が観念できない以上、法定担保責任としての存在意義がある。

#### (2) 借主の返還義務

民法第590条第2項前段は、「無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。」と規定する。この規定に関しては、利息付消費貸借において貸主の担保責任を追及しない場合にも適用されると解されていることから、利息の有無を問わないものに改める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1、4（関連論点） [8頁]】

#### 【意見】

賛成する。

#### 【理由】

当事者の公平に資する。

### 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】

返還時期の定めの有無を問わず期限前弁済が可能であるとの規定を設けることに賛成するが、借主の損害賠償義務に関する規定を設けることには反対する。

【理由】

最判平成15年7月18日民集57. 7. 895（いわゆる日栄判決）は利息制限法に反する貸付がなされ、その後の弁済により過払い金が発生した場合に、当該過払い金は、弁済当時存在する他の借入金債務に充当され、貸主は充当されるべき元本に対する約定の期限までの利息を取得することができない旨判示している。仮に、明文化がなされた場合、上記日栄判決の判例的価値が失われる可能性がある。

運用益のことを考慮すると、借主が期限前弁済をしたからと言って、利息相当額の損害が貸主に生じたとはいえない。貸主が賠償請求をするのであれば、個別に損害を立証すれば足りる。

(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】

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ことについて賛成する。

【理由】

事業者貸主が損害を個別に立証しても賠償請求ができないという意味において、

規定を設ける意味がある。

## 5 抗弁の接続

消費貸借の規定の見直しに関連して、消費者が物品若しくは権利を購入する契約又は有償で役務の提供を受ける契約を締結する際に、これらの供給者とは異なる事業者との間で消費貸借契約を締結して信用供与を受けた場合に、一定の要件の下で、借主である消費者が供給者に対して生じている事由をもって貸主である事業者に対抗することができる（抗弁の接続）との規定を新設すべきであるとの考え方（後記第62、2⑦参照）が示されている。このような考え方の当否について、民法に抗弁の接続の規定を設けることを疑問視する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

また、その際には、どのような要件を設定すべきかについても、割賦販売法の規定内容をも踏まえつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1、6 [10頁]】

### 【意見】

規定を設ける方向性については賛成し、要件（供給者と貸主の合意を要件に加えること）については慎重に吟味すべきである。

### 【理由】

抗弁を接続させる根拠は、2つの契約の経済的な一体性であると考えられる。そして、供給者と貸主の合意は、この一体性を基礎づける一つの事情にすぎず、必要不可欠な要件ではないとみられる。

## 第45 賃貸借

### 1 短期賃貸借に関する規定の見直し

民法第602条が定める短期賃貸借の主体として規定されている「処分につき行為能力の制限を受けた者」という文言については、未成年者や成年被後見人などのそれぞれの規定で手当てがされており、同条の規定により単独で短期賃貸借を行うことができるとの誤読のおそれがあること等から、これを削除するものとしてはどうか。

処分の権限を有しない者が同条が定める短期賃貸借の期間を超えて締結された賃貸借の効力については、これまでの裁判例等を踏まえて、法定期間を超える部分のみが無効（一部無効）となる旨を明記することとしてはどうか。

【部会資料16-2第2、2(1) [34頁]】

### 【意見】

「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である。定期賃貸借の期間を超えて締結された賃貸借の効力は、短期賃貸借の範囲でのみ有効となる旨を明記することに賛成である。

**【理由】**

前者については、制限行為能力者に関する別途規定に委ねればよく、賃貸借において規定する必要がない。後者については、当事者の合理的意思に合致するものでもあり、規律が明確となる。

**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】**

賃貸借の存続期間の上限を廃止することに賛成である。

**【理由】**

当事者が合意したものを否定する必要はない。特別法では相当長期間になることが予定されている。

**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】**

登記した不動産の賃貸借と「物件を取得した者」以外の第三者との関係について条文上明らかにすることに賛成である。

**【理由】**

賃貸借が物権変動及びその他の権利に対して対抗関係にあることが明確となる。

## (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、①不動産賃貸借が対抗要件を備えている場合には、特段の事情のある場合を除き、旧所有者と新所有者との間で賃貸人の地位を移転する合意が無くても、賃借人と旧所有者との間の賃貸借関係は新所有者との間に当然に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱する、②その際に賃借人の承諾は不要である、③この場合の賃貸人たる地位の承継を新所有者が賃借人に対して主張するためには、新所有者が不動産の登記を備える必要がある。そこで、これらの判例法理を条文上明記する方向で、更に検討してはどうか。また、判例は、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意が旧所有者と新所有者との間にあったとしても、直ちには前記特段の事情には当たらず、賃貸人の地位が新所有者に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱するとしている。このことを条文上明記するかどうかについては、実務上このような留保の特約の必要性があり、賃借人の保護は別途考慮することが可能であると指摘して、一律に無効とすべきでないとする意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

新所有者が上記③の登記を備えた場合であっても、賃借人は目的不動産の登記の移転について一般に関心を有しているわけではない。このことを踏まえ、賃借人は、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができる旨の特則を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

このほか、賃借人が必要費を支出した後に目的不動産の所有権が移転し、賃貸人の地位が承継された場合には、必要費の償還債務も新賃貸人に移転すると解されていることを踏まえ、これを明文化するかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料 16-2 第2, 3(1)イ [42頁], 同(関連論点) 1 [44頁]】

### 【意見】

目的物不動産の所有者が移転した場合における判例法理を明文化することに賛成である。新所有者が承継した賃貸人の地位を主張するための要件としては、所有権登記が必要かつ十分である。賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨の合意については、一定の場合には有効とすることに反対しないが、賃借人の地位が不安定にならないような方策を採るべきである。旧所有者に対する賃料の支払を保護するための特則を設けることは反対である。必要費の償還債務の新賃貸人への移転については、明文化することに賛成である。

### 【理由】

不動産賃借権の物権化傾向に則するものであるし、規律が明確となる。不動産



賃借権の移転が指名債権譲渡とは異質であることは明確にすべきである。対抗要件については、不動産賃貸借は所有権と不可分な権利義務であり、所有権の第三者対抗は登記が必要かつ十分条件であるのと同様に考えるべきである。登記以外の要件を導入すると、登記とその要件とで齟齬した場合、賃借人が誰を賃貸人とするべきか混乱してしまうおそれがある。賃貸人たる地位を留保する旨の合意については、最高裁の判例でも特段の事情のある場合には旧所有者に賃貸借契約の賃貸人たる地位が残る場合があるとしており、現実の実務の要請の観点でも、賃貸物件を流動化する場面（ファンド、SPC、不動産の信託譲渡）において、旧所有者に賃貸借契約を存続させて、物件管理をさせる方が便宜な場合があり、そのような取引が多くに行われており、賃借人の地位が転借人になって地位が不安定になることについては、旧所有者と新所有者との間の何らかの利用権限が消滅したとしても、賃借人が新所有者に賃借権を主張できる仕組みを別途立法で行うことで対応することができる。旧所有者に対する賃料の支払いについては、債権の準占有者に対する弁済によって保護すれば足りる。その際、登記を確認しないことは、一切賃借人に過失にはならないとすべきである。必要費償還債務の承継については、明文化することで規律が明確となる。

### (3) 不動産賃貸借における合意による賃貸人の地位の承継

対抗要件を備えていない不動産賃貸借においても、目的不動産の譲渡に伴いその当事者間の合意により賃貸人たる地位の承継が行われる場合があるが、このような場合にも、①賃借人の承諾は不要であること、②この場合の賃貸人たる地位の承継を新所有者が賃借人に対して主張するためには、新所有者が不動産の登記を備える必要があること、③賃借人は、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができることを条文上明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2, 3(1)イ(関連論点)2 [45頁]】

#### 【意見】

合意による賃貸人の地位の承継の場合にも、①②については明文化することは賛成である。③については、明文化することに反対である。

#### 【理由】

譲渡当事者間で合意するなら、それは対抗力ある賃借権と変わらない。その他の理由については、(2)【理由】記載のとおりである。

### (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】

旧所有者から新所有者に敷金返還債務が当然に承継されることを明文化することに賛成である。旧所有者に担保義務を負わせることは反対である。敷金の定義を規定することには賛成であるが充当に関する法律関係を明らかにする規定を設けることについては反対である。

#### 【理由】

敷金返還債務の承継についての規律が明確となる。敷金返還債務はもはや不動産賃借義務と不可分には扱えず、そのため、旧所有者に責任を課するのは相当でない。他方、賃借人保護のため、賃貸の目的物について留置権・先取特権を認めるのが良いのではないか。敷金の定義については、判例等においても一定の共通認識が認められ、またそれを定めることで、敷金と性質決定されるべきものの範囲が明確となる。充当関係について、様々なものがありうることから法律で一義的に規定するのは困難である。

#### (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こと及び動産賃貸借の対抗要件制度を設けることに反対はしない。

#### 【理由】

目的物である動産の所有権が移転した場合の権利関係が明確となる。ただし、

動産賃借において引渡に対抗力を認めるべきではない。対抗要件に関して引渡を対抗要件とする見解は、指図による占有移転において新所有者が承諾したことをもって、賃貸借を前提として目的物を譲り受けることになる」と主張するが、指図による占有移転にそのような効力を認めるのは乱暴である。たとえば、前主AがBに動産甲を賃借していたところ、これをCは、寄託であると聞いてAから甲を買い取り、指図による占有移転を受けたという事例では、Cは、動産甲の賃借権をBに対抗されてしまうという結論にもなりえることから妥当ではない。

#### (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】

明文化することに賛成である。

#### 【理由】

不動産賃借権の物権化傾向において、直接支配性を有する物権が、第三者対抗力を有する場合に、直接妨害排除ができることは自然の理である。

### 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】

賃借人の通知義務違反を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するとともに、賃借人の債務不履行の一要素とすることを明文化することに賛成である。

#### 【理由】

修繕通知を怠ることにより、他の賃借人に損害がでる場合もあるので、修繕通知義務の規定は設けるべきであるし、賃借人の義務である以上、その不履行によって貸貸人が損害を被った場合は賠償義務を負うのは、現行法上も同様である。他方、商人間売買における通知義務（商526）のような失権効は否定すべきである。

## (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を明文化することに反対はしない。

### 【理由】

賃借人が行う修繕の根拠が明確となるが、あえて明文化する必要性は無い様に思われる。

## (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】

賃貸物の瑕疵担保責任については、売買の担保責任の期間制限の規定を準用されないことを条文上明確にすることに賛成である。

### 【理由】

1回給付の売買と継続的利用関係である賃貸借では担保のあり方は違う。なお、担保責任につき債務不履行の特則と考えるなら、賃借人にかえって不利になるようなことがないように注意する必要がある。

## 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】

事情変更による増減額請求権の規定を設けることは賛成である。但し，任意規定とすべきである。また，これを合わせて，民法609条，610条，614条但書及び617条は削除すべきである。

#### 【理由】

賃料の支払い義務に関して、契約締結後の事情変更によりその増額又は減額を図るべき必要性は認められる。他方、全ての賃貸借契約について強行法規とするまでの必要はない（強行法規とする必要がある場合は，特別法にて別途定めるべき）。農地法20条により民法609条及び610条は存在意義を失っている。また，614条但書及び617条も，その存在意義自体に疑問がある上，仮に必要である場合には，専ら農地にのみ適用される規定なので，農地法で規定すべきである。

### (2) 目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額等

目的物の一部が利用できなくなった場合の賃料の取扱いに関して，民法第611条第1項は，賃借人の過失によらないで滅失した場合に限り，賃借人の請求によって賃料が減額されることを規定しているが，使用収益の対価である賃料は，使用収益の可能性がなければ発生しないものとすべきであるという理解に立って，目的物の一部が利用できなくなった場合には，その理由を問わず（賃借人に帰責事由がある場合も含めて），賃料が当然に減額されるものとすべきであるとの考え方がある。この考え方の当否について，目的物の一部が利用できなくなった事情によって区別する必要性の有無や，危険負担制度の見直し（前記第6）との関係に留意しつつ，更に検討してはどうか。

他方，目的物の一部が利用できず賃借をした目的を達せられなくなった場合の賃借人の解除権（民法第611条第2項）についても，利用できなくなった理由を問わないで（賃借人に帰責事由がある場合も含めて）解除権を認めるという考え方がある。このような考え方の当否についても，更に検討してはどうか。

また，目的物が一時的に利用できない場合に関して，同様に賃料の減額や賃借人による契約の解除を認めるという考え方の当否についても，更に検討してはどうか。

このほか、目的物が利用できない場合に関する以上のような規律を明文化するに当たっては、「滅失」という用語（民法第611条参照）ではなく、目的物の機能が失われたことに着目した文言を用いることの当否について、検討してはどうか。

【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】

目的物の一部が利用できなくなった場合には、賃料が当然に減額されるものとすることに賛成である。ただし、賃借人の過失による場合は除外すべきである。

賃借物の一部が利用できず契約の目的が達成できない場合に賃借人に解除権を認めることに賛成である。

目的物が一時的に利用できない場合の当然賃料減額を認めることは賛成であるが、賃借人の解除権を認めることは反対である。但し、賃借人の過失に基づく場合に当然に賃料の減額は認める必要はない。

「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賛成である。

#### 【理由】

賃料債務は、使用収益の可能性がある場合にそれに対応して生ずるものである。但し、賃借人の過失による一部滅失の場合にも当然減額とした場合、賃借人は、残賃貸期間分の減額賃料相当額（及び滅失部分の価額等）の損害賠償義務を負うべきことになると考えられるが、減額賃料相当額の損害賠償請求権を賃貸人に行使させるよりは、当初賃料が維持されたほうが法律関係として簡潔である。要するに、この場合、賃貸人には得べかりし賃料収入を得さしめるのが結論として妥当と思われる。契約の目的が達成できない場合の目的解除権については、i) 一部利用不能の場合も一部滅失の場合と同視できる。ii) 賃借人の過失による場合であっても、残存部分のみでは契約の目的を達することができない場合まで契約が存続するのは酷であることから認めるべきである。

目的物が一時的に利用できない場合の賃料の減額等については、使用収益が妨げられているという点で目的物の一部が利用できない場合と同様である。但し、賃借人の過失に基づく場合には、上記論点の理由記載のとおり、当然の減額を認める必要はない。目的物が一時的に利用できない場合に賃借人に解除権まで認めることは賃貸人にとって不利益が大きいため認めるべきではない。

「滅失」という用語は、物理的な滅失に限定されている様に読めることから、機能が失われたことも含む様な用語に変更すべきである。東日本大震災においては、賃借建物は「滅失」しなかったものの、ライフラインの長期停止により、賃借人が居住・営業など賃借した目的を達成できないのに賃料支払義務を追い続けるのかという相談が法律相談（電話相談）に多数寄せられた。現行法では、ライフラインの停止は民法611条の「滅失」には該当しないため、賃料の減額の理由にはならないと解釈せざるを得ないが、元々ライフラインの利用が出来るという前提で建物を

賃借し、賃料が設定されていることからすると、このような結論は公平の見地から妥当とは言い難い。賃貸借当事者間の公平の見地からこのような場合も賃料減額の対象に含ませるような立法を検討してもよいと考える。

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】

背信性理論に関する判例法理を明文化することに賛成である。判例法理によって解除が制限された場合の当事者の関係について適法な転貸借や賃借権の譲渡がされたとみなすとの定めを設けるべきである。

#### 【理由】

判例法理を明文化することで規律が明確となるし、その場の法律関係も明確となる。

### (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、①転借人は、原賃貸借によって賃借人に与えられた権限の範囲内で、転貸借に基づく権限を与えられ、その限度で賃貸人に対して使用収益の権限を対抗することができること、②転借人は賃貸人に対して直接賃料債務を負い、その範囲は原賃貸借と転貸借のそれぞれの賃料債務の重なる限度であることなどを明文化すべきであるという考え方がある。このような考え方については、転借人は賃貸人に対して目的物を使用収益する権限が認められるわけではないことを前提として、転借人が賃貸人に対して直接に義務を負うということの意味をより精査する必要があることや、賃借人（転

貸人)の倒産時に賃貸人の賃料債権に優先的地位を認める根拠とその方法のあり方を考える必要がある等の指摘がされている。そこで、以上の指摘を踏まえつつ、適法な転貸借がされた場合における賃貸人と転借人との間の基本的な法律関係や直接請求権に関する規定の在り方について、更に検討してはどうか。

また、適法な転貸借がされた場合に、判例は、原賃貸借が合意解除された場合であっても、転借人に対して原賃貸借の消滅を対抗することができないとする一方で、賃借人の債務不履行によって原賃貸借が解除された場合には、転借人は目的物を使用収益する権限を失うとしており、このような判例法理を明文化することの可否についても、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転借人の基本的な地位について、原賃貸借によって賃借人に与えられた権限の範囲内で、転貸借に基づく権限を与えられ、その限度で賃貸人に対して使用収益の権限を対抗することができること、②転借人が賃貸人に対して負う賃料債務の範囲も、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、③賃料の前払(民法第613条第1項後段)とは転貸借における賃料の弁済期前における賃借人(転貸人)への支払をいうこと、以上について明文化することに賛成である。

但し、賃貸人が転借人に直接賃料支払請求権を行使しうる場合については、賃借人が債務不履行に陥っている場合等に限定すべきである。

合意解約の場合に、転借人に対抗できないが債務不履行の場合には転借人は使用収益をする権限を失うという判例法理を明文化することに賛成である。

#### 【理由】

判例法理等を明文化することで規律が明確となる。但し、直接の賃料支払請求権については、本来賃貸人は賃借人から賃料の支払を受けうるに過ぎなかったわけであるし、賃借人が正常に支払いを継続している場合にまで直接請求を認める必要はない。

## 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】

条文上明記することに賛成である。



## 【理由】

その様な場合に、賃貸借契約が終了することに争いはなく、明確に定めることで分かりやすくなる。なお、賃貸借契約が終了するのは、物理的に目的物の「全部が滅失」した場合に限定する必要はないものとする。

### (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, 2⑧参照）が、このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

また、「原状に復して」（同法第598条）という表現は分かりにくいという指摘があることから、これに代わる適切な表現について、検討してはどうか。

【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】

判例ないし確立された解釈を明文化することに賛成する。事業者の概念については、民法に取り込むべきではない。「原状に復して」という表現を検討することに反対はしない。

## 【理由】

法律関係が明確となる。「原状に復して」という表現をさらに適切な表現とすることは困難と思われる。

### (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 用法違反による賃貸人の損害賠償請求権についての期間制限

賃借人の用法違反による賃貸人の損害賠償請求権に関する期間制限（民法第621条, 第600条）については、賃貸借の期間中に賃借物に生じた損害について賃貸人に短期間での権利行使を求めるのは適当でないとして、これを廃止した上で、賃貸人が目的物の返還を受けた時を消滅時効の起算点（客観的起算点）としたり、目的物の返還から一定期間を経過するまでは消滅時効が完成しないものとしたりする特則を設ける等の考え方がある。また、このような考え方を採った上で、賃借人保護の観点から、

賃貸人に対して、返還後に目的物の損傷を知った場合には、一定期間内にその旨を賃借人に通知すべきことを義務付けるという考え方がある（ただし、賃貸人が事業者である場合には、目的物の損傷を知り、又は知ることができた時から起算するとの考え方がある（後記第62, 3(2)⑤参照）。）。これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2, 4(3)ア [68頁]】

**【意見】**

民法621条を削除した上、用法違反による損害賠償請求権は、賃貸人が目的物返還後に損傷等を知ったときは、目的物返還時を消滅時効期間の起算点とすることに賛成である。なお、時効期間については、現行民法621条の趣旨より、1年間とすることはありうる。賃貸人に、通知義務を課すことについては反対である。

**【理由】**

現行法は、1年の期間は除斥期間と解され、それとは別に時効期間が進行することとなるが、目的物の返還を受けるまでは、事実上、賃貸人にとって権利行使が困難な場合が多い。時効期間については、原則的な時効期間とする考え方もありうると思われるが、民法621条の趣旨から、1年間とすることもありうると思われる。

通知義務については、賃貸人が賃貸を業とする者であればともかく、一般的に通知義務を課し、それを怠った場合には損害賠償請求が制限されるということでは、賃貸人に酷であると思われる（なお、事業者概念を民法に取り入れることは反対である。）。

**イ 賃借人の費用償還請求権についての期間制限**

賃借人が支出した費用の償還請求権に関する期間制限（民法第621条、第600条）に関しては、民法上のほかの費用償還請求権の規定（同法第196条、第650条など）において期間制限が設けられていないこととの平仄などの観点から、これを廃止して債権の消滅時効一般に委ねるという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2, 4(3)イ [71頁]】

**【意見】**

債権の消滅時効一般の規定に委ねることに賛成である。

**【理由】**

他の費用償還請求権との均衡がはかられるべきである。

## 8 賃貸借に関する規定の配列

賃貸借に関する規定を分かりやすく配列する観点から、例えば、①不動産・動産に共通する規定、②不動産に固有の規定、③動産に固有の規定という順に区分して配置するという考え方の当否について、検討してはどうか。

【部会資料16-2第2, 1 [34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に積極的に反対はしない。

### 【理由】

あえて配列を変えるほどの必要性は感じられない。

## 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]】

## 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様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]】

## 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]】

## 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、仕事完成後）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]】

## (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、①仕事の完成が不可能になった原因が注文者に生じた事由であるときは既に履行した役務提供の割合に応じた報酬を、②その原因が注文者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額を、それぞれ請求することができ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、「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]】

### (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)①）を前提に、このような場合には報酬に含まれていない費用の償還を請求することができるとの考え方（前記(2)②の場合には、②の適用により請求できる範囲に費用が含まれていることになると考えられる。）の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 4(2)（関連論点）[14頁]】

## 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。

## 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。

### (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]】

### (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って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]】

### (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]】

(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，①注文者が目的物に瑕疵があることを知った時から合理的な期間内にその旨を請負人に通知しなければならないとする考え方（ただし，民法に事業者概念を取り入れる場合に，請負人が事業者である場合の特則として，瑕疵を知り又は知ることができた時からこの期間を起算する旨の規定を設けるべきであるとの考え方がある（後記第62，3(2)④。))や，②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，③このような期間制限を設けず，消滅時効の一般原則に委ねるという考え方もある。これらについては，例えば①に対して，「合理的な期間」の内容が不明確であり，取引の実務に悪影響を及ぼすとか，失権効を伴う通知義務を課すことは注文者にとって負担が重いとの指摘などもある。上記の各考え方の当否について，売買に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]】

(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]】

(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]】

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。

(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]】

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。

## 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ることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料1 7-2第2, 7(1) [24頁]】

### (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1 7-2第2, 7(2) [24頁]】

### (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]】

## 第49 委任

### 1 受任者の義務に関する規定

#### (1) 受任者の指図遵守義務

民法は受任者の義務として善管注意義務を規定している(同法第644条)が、その一つの内容として、委任者の指図があるときはこれに従って委任事務を処理しなければならないものと解されていることから、このような原則を条文上明記するかどうかについて、その例外に関する規定の要否や内容などを含め、更に検討してはどうか。

受任者の指図遵守義務の例外として、①指図を遵守しなくても債務不履行にならない場合があるか、②指図に従うことが債務不履行になる場合があるかのそれぞれについて、適切な要件を規定することができるかや、指図の射程がどこまで及ぶかなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 2(1) [29頁]】

#### 【意見】

指図遵守義務の原則を明文化することについては、例外を次のとおり相当程度認めることを条件に賛成する。

指図遵守義務の例外として、受任者に指図の変更を求める、ないし、臨機の必要な措置をとる「権限」を与えることを認めるべきである。しかし、指図に従うことが債務不履行になる場合があることを条文上明記することについては反対する。

#### (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いない義務、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】**

忠実義務の規定を設けることに反対する。

**【理由】**

忠実義務を新たに規定せずとも善管注意義務の規定で足りる。また、忠実義務を新たに規定した場合、解釈に混乱が生じるおそれもある。

**(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してはどうか。

また、同条は、本人の許諾を得たときとやむを得ない事由があるときに限って復代理人の選任を認めているが、これに対しては、復委任が認められる場合を限定しすぎているとして、受任者の自己執行義務の例外をこれらの場合以外の場合にも拡大すべきであるとの考え方がある。これに対し、委任は当事者間の信認関係に基づくものであるから復委任の要件を緩和すべきでないという指摘もある。このような指摘も考慮しながら、復委任の要件を緩和することの可否について、更に検討してはどうか。緩和する場合には、例えば、受任者に自ら委任事務を処理することを期待するのが相当でないときに復委任を認めるという考え方や、有償委任においては委任の本旨が復委任を許さない場合を除いて復委任をすることができるという考え方の当否について、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には賛成する。
- (2) 委任者の許諾を得た場合又はやむを得ない事由があるときに復委任を許容する現行規定について改正の必要性はない。
- (3) 復委任が許容される場合にも、受任者の責任は軽減されないとすべきである。
- (4) 受任者と復受任者の権利義務関係について、それぞれの法律関係について、新たに規定を設けることについては特に反対はしない。しかし、復受任者から委任者への報酬請求権の規定を設けることについては反対である。

#### 【理由】

- (1) 委任契約は信頼関係を基礎とするため自己執行が原則である。
- (2) 実務上、復委任をする場合には、委任者から承諾を得て行ううえ、それが不可能な場合には、「やむを得ない事由があるとき」に該当することがほとんどであることから、あえてそれ以上に復委任許容の要件を緩和する必要はない。
- (3) 委任者としては、復委任を許容したからといって、受任者の責任を軽減するという認識は持っていないのが通常である。
- (4) 一般に広く認められる下請負と異なり、復委任が認められるのは限られたケースにおいてだけであり、直接の権利義務関係を認める弊害は小さい。また、現行法でも107条2項の解釈により報酬の直接請求も認められると解されている。

#### (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】

645条の改正の必要性はない。

#### 【理由】

受任者がいつ、どのような報告をすべきかについては、善管注意義務の内容として個々の具体的な契約関係における個別の解釈に委ねればよい。

(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】 意見なし

(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】

同法第647条を削除するという考え方に賛成する。

## 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】

代弁済に限らず相殺を含め弁済資金支払請求権を認めるとの考え方に賛成する。

(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、適用される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】

民法第650条第3項は有償委任については適用されないという考え方に賛成する。

【理由】

有償委任において、受任者が委任者に対して、損害賠償を請求することは通常想定できない。

(3) 受任者が受けた損害の賠償義務についての消費者契約の特則（民法第650条第3項）

委任者は、受任者が委任事務を処理するに当たって過失なく被った損害について無過失責任を負うとされている（民法第650条第3項）が、消費者及び事業者概念を民法に取り入れる場合には、受任者が事業者であり委任者が消費者である場合の特則として、委任者が無過失を立証すれば免責されるとの特則を設けるべきであるとの考え方がある（後記第62, 2⑨）。このような考え方の当否について、受任者が事業者であり寄託者が消費者である場合の寄託者の損害賠償責任の在り方（後記第52, 5(1)）との整合性にも留意しながら、検討してはどうか。

【意見】

消費者及び事業者概念を民法に取り入れる場合は、受任者が事業者であり委任者が消費者である場合の特則として、委任者が無過失を立証すれば免責されるとの特則を設けることに賛成する。

### 3 報酬に関する規律

#### (1) 無償性の原則の見直し（民法第648条第1項）

受任者は特約がなければ報酬を請求することができないと規定されている（民法第648条第1項）ため、委任は原則として無償であると解されているが、このような原則は必ずしも現実の取引に適合するとは言えないことから、有償又は無償のいずれかが原則であるとする立場を採らず、条文上も中立的な表現を用いる方向で、更に検討してはどうか。

また、受任者が事業者であり、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において委任契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方（後記第62, 3(3)③）の当否について、更に検討してはどうか。

【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】特に反対しない。

#### (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】

特に反対しない。

#### (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】**

特に反対しない。

(4) 委任事務の処理が不可能になった場合の報酬請求権

委任が受任者の帰責事由なく途中で終了したときは、受任者は既にした履行の割合に応じた報酬を請求することができる（民法第648条第3項）が、帰責性の所在やその程度は様々であり、それぞれの事案における報酬請求権の有無や範囲は必ずしも明確ではない。

そこで、有償委任に基づく事務の処理が途中で終了しその後の事務処理が不可能になった場合であっても受任者が報酬を請求することができるのはどのような場合か、どの範囲で報酬を請求することができるかについて、現行法の下で受任者が得られる報酬請求権の内容を後退させるべきではないとの指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、例えば、①受任者が事務を処理することができなくなった原因が委任者に生じた事由であるときは既に履行した事務処理の割合に応じた報酬を請求することができ、②その原因が委任者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額（ただし、委任者が任意解除権を行使することができる場合は、その場合に受任者が請求することができる損害賠償の額を考慮する。）を、それぞれ請求することができるとの考え方がある。このような考え方の当否について、「委任者に生じた事由」や「義務違反」の具体的な内容、請負など他の役務提供型典型契約に関する規律との整合性などに留意しながら、更に検討してはどうか。

また、判例は、請負について、仕事の完成が不可能になった場合であっても、既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、既履行部分について請負を解除することはできず、請負人は既履行部分について報酬を請求することができるとしているが、このような判例法理は成果完成型の報酬支払方式（前記(2)参照）を採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】**

中途終了に関する具体的な規定を設けることに反対する。

**【理由】**

「委任者に生じた事由」と「委任者の義務違反」を一義的に区別することは困難であり、また、報酬請求権という形よりも解除と損害賠償によったほうが柔軟な解決が可能である。

#### 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るには様々な見解が主張されていることから、規律を明確にするため、委任が受任者の利益をも目的としている場合の委任者の任意解除権に関する規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、①委任が委任者の利益だけでなく受任者の利益をも目的とする場合には、委任者は契約を解除することができるが、解除によって受任者が被った損害を賠償しなければならないこととし、専ら受任者又は第三者の利益を目的とする場合にはやむを得ない場合を除き任意解除権を行使できないとする考え方、②有償委任においては、当事者が任意解除権を放棄したと認められる事情がある場合には、当該当事者は任意解除権を行使することができないこととし、無償委任においては、解除権の放棄は書面をもってする必要があるとする考え方があるが、これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 5(1) [44頁]】

##### 【意見】

基本的に一方当事者からの解除を認め、それによって相手方が損害を被った場合には損害を賠償しなければならないとすれば足り、解除権を制限する必要はない。

##### 【理由】

- ① 委任の本質からして解除を自由に認めるのが原則
- ② 委任者からの解除を自由に認めても、受任者の不利益となる場合には損害賠償で調整を図ることが可能である。
- ③ 確かに任意解除を認めることが不当なケースは存在するが、それを明文化することは困難であり、信義則や権利濫用により対応すれば足りる。

##### (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】

死後の事務の委任について、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。

【理由】

実際上の必要性が認められる一方で、何ら制限がない場合には、相続人の不利益になるおそれもあるので、限定して考えるべきである。

(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】

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ようにすべきである。

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】

役務提供型契約の受皿規定を準委任とは別に設けるのであれば、順委任の規定は廃止してもよい。

#### 【理由】

典型契約に該当しない役務提供型契約の受皿規定を準委任とは別に設けるのであれば、準委任を残す必要性はない。

### 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】

特になし。

#### (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】**

特になし。

(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】**

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べきでない。

**【理由】**

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。

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適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】

- ①新たな受け皿規定を設けることで、従来受け皿規定となっていた準委任契約の規律と大きく異なる規律となり、また既存の典型契約間の機能分担が変更されることにより、役務提供型契約に関する権利関係に大幅な変更が生じ、混乱が生じる事態は避けるべきであり、現行法の枠組みを可能な限り維持する方向で慎重に検討すべきである。
- ②また、現行法の枠組みを可能な限り維持するという立場から、「役務提供契約」は、総則的規定としてではなく、「仕事の完成を要件としない事実行為の委託」を内容する典型契約の1つとして位置づけるべきである。
- ③以上を前提として、なお新たな受け皿規定を設けることとなる場合に、規定の内容について、取引の実態に対する影響や役務受領者・提供者の立場の強弱等を考慮して検討することについては、特に反対はしない。

## 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)⑦）が、このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

【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 手段債務、結果債務の明文化、その義務の内容の明文化には慎重に検討されるべきである。
- ② 無償の役務提供型契約において注意義務の軽減を原則としつつ、役務提供型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について検討することについて特に反対はしない。

【理由】

従来学説上認められている区分の明文化ではあるが、いかなる場合が手段債務となり、結果債務となるのかの具体的なあてはめについては単純ではない。また、現行の枠組み維持という立場からすれば、結果債務を内容とする権利関係はそもそも請負に含まれるべきとの指摘もある。

### 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】

役務受領者の協力義務の規定を設けることについては慎重に検討されるべきである。

【理由】

特に役務受領者が消費者である場合に、過重な義務を負わせることにつながりなべない。

### 4 報酬に関する規律

#### (1) 役務提供者が経済事業の範囲で役務を提供する場合の有償性の推定

役務受領者が事業者であり、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において役務提供型契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方（後記第62, 3(3)③）の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料20-2第1, 3(3) [20頁]】

【意見】

上記の場合に有償性が推定されるという規定を設けるべきとの考え方自体には特

に反対はしないが、委任等他の典型契約における規定との整合性がとることができるよう慎重に検討が必要である。

## (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、履行割合型の報酬支払形式を条文上明記すること自体には特に反対はしないが、他の典型契約における規定との整合性がとることができるよう慎重に検討が必要である。

## (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】

原則として成果完成型の報酬支払形式の場合は仕事完成後、履行割合型は役務提供後、であることを条文上明記する考え方については特に反対はしない。

## (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、①履行不能の原因が役務受領者に生じた事由であるときは既に履行した役務の割合に応じた報酬を請求することができ、②その原因が役務受領者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額（ただし、役務受領者が任意解除権を行使することができる場合は、その場合に役務提供者が請求することができる損害賠償の額を考慮する。）を、それぞれ請求することができるとの考え方がある。このような考え方の当否について、「役務受領者に生じた事由」や「義務違反」の具体的な内容、請負や委任など他の役務提供型典型契約に関する規律との整合性などに留意しながら、更に検討してはどうか。

また、判例は、請負について、仕事の完成が不可能になった場合であっても、既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、既履行部分について請負を解除することはできず、請負人は既履行部分について報酬を請求することができるとしているが、このような判例法理は成果完成型の支払方式を採る役務提供型契約についても同様に妥当すると考えられることから、これを条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

これらの規定と併せて、報酬が成果完成前（役務提供前）に支払われた後にその役務提供が途中で不可能になった場合の法律関係についての規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料17-2第4、4(3) [61頁]】

#### 【意見】

- ① 履行不能の原因が「役務受領者に生じた事由」か「役務受領者の義務違反」であるかで報酬として請求できる範囲を分ける考え方については反対である。
- ② 請負における判例法理を成果完成型の役務提供型契約について条文上明記することについては、特に反対はしない。
- ③ 報酬が成果完成前（役務提供前）に支払われた後に途中で不可能になった場合の清算の規定を設けることについては、特に反対はしない。

#### 【理由】

- ①について、（請負や委任と同様に）「役務受領者に生じた事由」と「役務受領者の義務違反」の区別は困難であり、また、解除と損害賠償によったほうが柔軟な解決が可能である。費用についても同様の処理が妥当である。

## 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 任意解除権を設けることには賛成である。ただし、役務提供者の解除権は、やむを得ない事由がある場合に限るべきである。
- ② 任意解除の場合の損害賠償請求権を規定することには賛成であるが、その範囲についてまで条文上明記することは反対である。

#### 【理由】

①について、役務提供契約を「仕事の完成を要件としない事実行為の委託」と位置づければ、任意解除については、委任よりも請負における規定に近づけた規律とすべきである。

#### 6 役務受領者について破産手続が開始した場合の規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務受領者について破産手続開始決定がされたときは役務提供者は契約を解除することができる旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4、6 [68頁]】

#### 【意見】

役務受領者に破産開始決定があった場合、役務提供者に契約解除権を認めることに賛成である。

なお、契約解除された場合は、履行の割合に応じた報酬及びその中に含まれていない費用について破産財団の配当加入、損害賠償の請求が認められるべきである。

#### 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、役務提供型契約に關す

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】

原則として現行法の枠組みを維持し、準委任にかわる典型契約の1つに位置づけるべきとの方向性からは、可能な限り、従来準用されてきた委任契約に関する規定と同様の規定を設けるべきである。

### 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】

上記1及び7において既に述べたとおり、現行法の枠組みを可能な限り維持するという立場から、「役務提供契約」は、総則的規定としてではなく「仕事の完成を要件としない事実行為の委託」を内容とする典型契約の1つとして位置づけ、また、その内容としても現在の準委任契約の規律を可能な限り維持すべきである。

## 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】

現行法と同様、互譲を要件としつつ、柔軟に解釈するべきである。

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必要はない。

【理由】

確定効を正当化する要素、あるいは妥当な結論を導くための調整要素として、互譲を要件とする意義がある。また、あえて現行法を変更する必要性は認められない。

## 2 和解の効力（民法第696条）

### (1) 和解と錯誤

和解の確定効（民法第696条）は、紛争の蒸し返しを防止する機能を有するが、他方で、理由のいかんを問わず常に和解の確定効が認められるのは適当ではないため、どのような範囲で和解の確定効を認めるかという点が問題となる。この点について、判例・通説は、①争いの目的となっていた事項については錯誤による無効主張（同法第95条）は認められないが、②争いの目的である事項の前提又は基礎とされていた事項、③①②以外の事項については錯誤による無効主張が認められ得るなどとしているが、このように錯誤による無効主張が制限される場合があるのは、和解契約の性質から導かれる錯誤の特則であるとの指摘がある。このような指摘を踏まえて、錯誤による和解の無効の主張をすることができる範囲を条文上明確にすべきかどうかについて、適切な要件を設けることが困難であるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

規定を設ける場合の具体的な在り方については、当事者の一方又は双方が争いの対象となった事項にかかる事実を誤って認識していた場合であっても、錯誤による無効主張又は取消しの主張をすることができない（前記第30, 3(4)参照）とする旨の規定を設けるべきであるという考え方や、当事者は争いの対象として和解によって合意した事項について、その効力を争うことができない（ただし、公序良俗違反や、詐欺・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】

通説・判例により認められている解釈を条文上明確にすることは反対はしない。しかし、過度に詳細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。

【理由】

通説・判例により認められている解釈を明確化することは、より民法がわかりやすくなることに資する面も否定できない。しかしながら、過度に詳細な規定が設けられることにより、事案の特性に応じた柔軟な解約の余地が狭められることにもなりかねない。

(2) 人身損害についての和解の特則

当事者が和解時に予見することができず、和解で定められた給付と著しい不均衡を生ずる新たな人身損害が明らかになった場合には、当該損害には和解の効力が及ばない旨の規定を設けるべきかどうかについては、個別の和解契約の解釈の問題であるから一般的な規定を設けるのは適当でないという指摘や、事情変更の法理を不当に広く認めることになりかねないという指摘等がある一方で、規定を設けることに積極的な立場から、人身損害についての特則ではなく財産的損害にも適用される規律とする必要があるとの指摘があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料18-2第3, 3（関連論点）[45頁]】

【意見】

和解の特則を設けること自体には反対はしない。しかし、人身損害以外にも、同様の著しい不均衡が生じた場合には、和解の効力が及ばないという趣旨の規定とするよう工夫すべきである。

【理由】

人身損害に関する判例の趣旨を明文化する方向性自体には反対するものではない。しかし、人身損害以外にも、同様の著しい不均衡が生じる可能性がありうる。人身損害についてのみ規定すると、反対解釈として、人身損害以外の場合については、仮に著しい不均衡が生じても、一切救済されないものとされてしまうおそれがある。

## 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】

新たな典型契約を設けることに反対しない。  
ただし、どの様な契約類型を典型契約として盛り込むべきかについては意見を留保する。

【理由】

現在の典型契約の解釈のみでは民法制定後の社会経済の著しい変化に対応しきれない状況になっていることは否定できない。

しかしながら、現代社会において広く活用されている契約のうち、たとえばフランチャイズ契約や代理店・特約店契約などは、契約当事者双方が事業者であることから民法ではなくむしろ商法等において規定されるべきであり、またクレジット契約その他の与信契約については、既に対象となる業者に対する規制を含め割賦販売法等において規律されており、あえて民法において規定する必要はないものと考えられる。

したがって、今回の改正においてどのような契約類型を典型契約とすべきかについてはにわかに結論を出しかねる。

## 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】

ファイナンシャル・リース契約を新たな典型契約として規定することについては、以下の点を考慮することを条件に賛成する。

記

- (1) ファイナンシャル・リースについての定義規定を設けること

また法的性格については、判例の認める金融契約説（ファイナンシャル・リース契約の実質は金融の便宜の供与であるという考え方）を前提とすべきである（最判平成5・12・25金法No.1395 p49～，最判平成20・12・16金法No.1869 p42～等）。

(2) リース会社（リース提供者）に物件をサプライヤー（供給者）から調達しユーザー（利用者）が使用収益できる状況に置くべき義務があることを法定すべきであり、その帰結として諾成契約とすべきである。

(3) リース期間は、物件の引渡し及び検収後から開始するものとし、ユーザーが借受書を交付した後については、リース会社に修繕義務も瑕疵担保責任もないことを明示すること

(4) 金融契約説の帰結としてリース会社は引渡し後の物件の滅失等について原則として責任がないこと、他方、ユーザーには原則として中途解約権がないこと及びユーザーは残リース料の支払いを免れないこと

(5) ただし(3)及び(4)の反面として、ユーザー保護のため、ユーザーにサプライヤーに対する瑕疵担保責任等の直接請求権を認めること（なお、本来、サプライヤーは契約当事者ではないことから、代位構成等どのような理論構成をするかはともかくも、かかる請求権は一種の法定責任ということになるのであろうか）

(6) 契約終了時においてユーザーに物件の返還義務があること  
その前提としてリース期間中、善管注意義務を負うことを明示すべきである。

#### 【理由】

自動車等の取引をはじめファイナンシャル・リースは、現代社会において広く活用されており、企業のみならず一般市民（消費者）が契約当事者となっているものも少なくない。

しかるに必ずしも制度に対する正しい理解が広く浸透しているとはいえず、むしろ賃貸借契約と同視されるものという誤解を生む結果となっている。他方でファイナンシャル・リースに関する判例理論はほぼ確立されつつある。

かかる状況を踏まえ、この機会にファイナンシャル・リースを典型契約として規定するとともに、前記のとおりユーザー（利用者）保護の規定を盛り込むべきである。

## 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する方が分かりやすく望ましいこと、弱者保護に資する可能性があることなどを理由に明文化に肯定的な意見があった。また、明文化に当たって留意すべき点として、適用場面が、事情の

変更による契約目的の到達不能の場面か、経済的不能や双務契約における等価関係の破壊の場面かで性質に違いがあるという意見、労働契約への適用を否定すべきであるなど、契約類型の違い等に応じて、この原則の適用の可否や適切な要件・効果が異なり得るという意見、限定的に適用されることを要件だけでなく名称によっても表現すべきであるという意見等があった。これらを踏まえて、判例が認める事情変更の原則の明文化の要否について、明文化が取引実務に与える影響、契約目的の到達不能や経済的不能等の具体的な適用場面を踏まえた要件・効果の在り方、濫用防止の観点等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第2, 1 [15頁]】

#### 【意見】

明文化を検討することに賛成する。

#### 【理由】

事情変更の原則の存在については、学説上一般に承認されている。また、判例も適用例はないものの、そのような原則が存在することを否定しない（最判平成9年7月1日民集51巻6号2452頁）。

明文化することにより予測可能性が高まる。

大災害など予期しない事態が生じた場合に従来よりも柔軟な紛争の解決が期待できる。

ただし、明文化に伴い、優越的な地位にある者が契約の拘束力を免れるために悪用されたり、濫用的な利用が増加したりしないよう、要件の絞り込みが必要である。

## 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, 2①から④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】

①～④の要件の明文化に賛成する。なお、履行不能と事情変更の原則について、適用範囲が重複する場合には、当事者の選択により、いずれの主張も認めるべきである。



### 【理由】

明文化することにより予測可能性が高まる。

一般に整理されている内容（①～④の要件）で、具体的な不都合があるとの指摘は特にない。

④も適用要件と解することはできる。

## 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る。また，再交渉請求権・再交渉義務を規定すべきであるとの考え方などがある。このような考え方に対しては，いずれも賛成する意見がある一方で，履行の強制を阻止できる旨を定めることにとどめるべきではないかという意見，再交渉請求権・再交渉義務について，当事者による紛争解決が硬直化するおそれがあるという意見や，効果ではなく解除等の手続要件とすべきではないかという意見，解除について，債務不履行解除による処理に委ねれば足りるという意見，裁判所による契約改訂について，裁判所による適切な契約改訂の判断が實際上可能か否か等の観点から反対する意見が，それぞれあった。また，解除に関しては，解除に当たり金銭的調整のための条件を付す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】

- ① 解除の明文化及び金銭調整のための条件を付すことができる旨の規定の明文化に賛成する。
- ② 契約改訂の明文規定に反対する。
- ③ 再交渉請求権・再交渉義務の明文化に反対する。

### 【理由】

- ① 解除権が認められることに争いはなく，適切な金銭的調整のための条件を付すことが公平な事例もあると考えられる。
- ② 複雑かつ広範となる契約の改訂内容について裁判所に判断させることは，私的自治への過度な介入になるおそれがあり，また，裁判所の能力を超える。
- ③ 再交渉の中身及びその効果の規定が難しい上，濫用的に利用されるおそれがある。

(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】

(1)で述べた理由により検討することに反対する。

(3) 解除権と契約改訂との相互関係

事情変更の原則の効果として解除と裁判所による契約改訂の双方を認める場合における両者の優劣関係について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第2, 3 (関連論点) 2 [22頁]】

【意見】

(1)で述べた理由により検討することに反対する。

## 第58 不安の抗弁権

### 1 不安の抗弁権の明文化の要否

不安の抗弁権の明文化の要否に関しては、この抗弁権を行使された中小企業等の経営が圧迫されるなど取引実務に与える影響が大きいこと、この抗弁権が必要となるのは限定的な場面であり裁判例を一般的に明文化すべきでないことなどを理由に反対する意見があった一方で、特に先履行義務者にとっては、反対給付を受けられない具体的なおそれがあるにも関わらず、先履行義務の履行を強制させられることとなり酷であること、消費者保護に資する可能性があること、明文化により適用範囲を明確にすることで取引の予測可能性が増す可能性があることなどを理由に賛成する意見があった。このような意見を踏まえて、不安の抗弁権の明文化の要否について、取引実務に与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第3, 1 [27頁]】

【意見】

明文化については慎重に検討すべきである。

【理由】

- ① 明文化することにより、濫用される懸念がある。
- ② 先履行契約であれば、あらかじめ一定のリスクは織り込み済みのはずである。

## 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って適用を認めるという考え方について賛否両論があったほか、取引実務に悪影響を与えるという観点から、契約類型の特徴等をも考慮して適用範囲を限定する必要があるという意見や、事情変更の原則と同様の厳格な要件設定が必要であるという意見、契約締結前に相手方の信用不安事情が生じていた場合への適用を認めるべきではないという意見等があり、これに対して、これらの意見よりも適用範囲や要件を緩やかに捉える傾向の意見もあった。これらの意見を踏まえて、①適用範囲を債務者が先履行義務を負う場合に限定するか、②反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を事情変更の原則と同様に限定的にすべきか、③反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じた場合においても一定の要件の下で適用を認めるべきかという論点を含めて、不安の抗弁権の適用範囲その他の要件について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第3, 2 [28頁]】

### 【意見】

不安の抗弁権の新設については、明文化の要否を慎重に検討するべきであるが、仮に新設した場合の要件については以下のとおりとするべきである。

- ① 債務者が先履行義務を負う場合に限定すべきである。
- ② 「反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情」を限定的に考えるべきである。
- ③ 契約前に発生していた事情については、原則として認めつつ、先履行義務者が契約締結時にその事情を知り得た場合に適用を除外すべきである。

### 【理由】

- ① 先履行義務がない場合は、同時履行の抗弁権により保護される。
- ② 不安の抗弁権は企業間の継続的取引関係の中で、出荷停止という形で行使されることも多く、打撃が大きい(内田・民法Ⅱ p 51)。
- ③ 反対給付の履行を受けられない恐れという点では、事情の発生時期が契約前か後かで変わりはない

## 3 効果論

不安の抗弁権の効果として、債務者が債務の履行を拒絶することができ、その場合に債務者は債務不履行に陥らないことを明確にするものとしてはどうか。

さらに、担保提供の請求等を経た上での解除をも認めるという考え方に関しては、濫用のおそれがあるという指摘や、反対債務の履行期到来後の債務不履行による解除を認めれば足りるという指摘等があることを踏まえて、取引実務における必要性やこれに与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

このほか、相手方が反対給付について弁済の提供をした場合や相当の担保を

提供した場合には、履行拒絶等の不安の抗弁権の効果が認められない旨を明文化すべきであるという考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第3, 3 [31頁]】

不安の抗弁権の新設については、明文化の要否を慎重に検討すべきであるが、仮に新設した場合の要件については以下のとおりとするべきである。

【意見】

- ① 債務者に履行拒絶権を認め、債務不履行責任に陥らないとの効果を認めることに賛成する。
- ② 相手方が反対給付につき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の抗弁権を発生させるべきでなく、これらの場合に履行拒絶等の効果が認められないとするべきである。
- ③ 相手方に担保提供義務、先履行義務の履行と引き換えに反対給付の提供をする義務を課し、さらに、相手方が相当期間これに応じない場合に、解除することができるという考え方に反対する。

【理由】

- ① 必要十分な効果である。
- ② この場合、反対給付の履行を受けられない恐れは解消したといえる。
- ③ 不安の抗弁権は、あくまでも、反対給付を受けられないおそれがある場合の救済措置であり、解除等の攻撃的效果はその趣旨を超える。

## 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]】

### 2 消費者契約の特則

仮に消費者・事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば、次のような事項について消費者契約（消費者と事業者との間の契約）に関する特則を設けるという考え方があるが、これらを含め、消費者契約に適用される特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

- ① 消費者契約を不当条項規制の対象とすること（前記第31）

【意見】

賛成する。

【理由】

消費者は、契約内容の形成に実質的に関与することができず、また、条項の内容を認識しないままその適用を承諾してしまうなどの問題があり、契約自由の原則が妥当する基盤が失われている。

- ② 消費者契約においては、法律行為に含まれる特定の条項の一部について無効原因がある場合に、当該条項全体を無効とすること（前記第32, 2(1)）

【意見】

賛成する。

【理由】

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、当該条項の残部の効力が維持されるか、当該条項全体が無効になるかについて、原則として残部の効力が維持されることを条文上明記すべきであるが、消費者契約においては、契約内容を作成する事業者は、法令に抵触してでも自己に有利な条項を定めておけば、少なくとも法令の制限の範囲内の利益を確保することができることとなり、不当な条項の作成を助長する結果となりかねないことなどから、上記原則の例外として、特定の条項の一部について無効原因がある場合には、当該条項全体を無効とすべきである

- ③ 消費者契約においては、債権の消滅時効の時効期間や起算点について法律の規定より消費者に不利となる合意をすることができないとすること（前記第36，1(4)）

【意見】

消費者契約であるか否かを問わず、合意による時効期間等の変更を明文化する必要はない。

【理由】

優越的地位にある者による濫用的な利用が懸念される点は消費者契約であるか否かを問わない。

ことさらに合意による時効期間等の変更を明文で認めなければならない必要性を見出しがたい。

- ④ 消費者と事業者との間の売買契約において、消費者である買主の権利を制限し、又は消費者である売主の責任を加重する合意の効力を制限する方向で何らかの特則を設けること（前記第40，4(3)）

【意見】

賛成する。

- ⑤ 消費貸借を諾成契約とする場合であっても、貸主が事業者であり借主が消費者であるときには、目的物交付前は、借主は消費貸借を解除することができるものとする（前記第44，1(3)）

【意見】

消費貸借は要物契約であるという現行法の建前を維持すべき

【理由】

要物性の原則は沿革上の理由に基づくことは確かではあるが、理論及び実務では、すでに無名契約としての諾成的消費貸借契約を広く認めており、これによる特段の不都合は存在しない。

立法で正面から諾成契約を認めてしまうと、借主の目的物交付請求権の差押え、債権譲渡、別口債権との相殺といった貸主側が被る弊害が発生してしまう。また、

目的物交付前に借りる必要性が消滅したにもかかわらず、借主を貸金契約によって拘束させることについては、不都合がある。これは借主が消費者である場合のみならず、事業者であっても弊害といえる。

- ⑥ 貸主が事業者であり借主が消費者である消費貸借においては、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることができることとする（前記第44，4(2)）

【意見】

賛成する。

【理由】

消費貸借においては、金融業者が消費者に対し大量かつ定型的な取引を行っている場合が多く、消費者保護の必要性が大きい。

- ⑦ 消費者が物品若しくは権利を購入する契約又は有償で役務の提供を受ける契約を締結する際に、これらの供給者とは異なる事業者との間で消費貸借契約を締結して信用供与を受けた場合は、一定の要件の下で、借主である消費者が供給者に対して生じている事由をもって貸主である事業者に対抗することができることとする（前記第44，5）

【意見】

賛成する。

【理由】

消費貸借においては、金融業者が消費者に対し大量かつ定型的な取引を行っている場合が多く、消費者保護の必要性が大きい

- ⑧ 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こととする（前記第45，7(2)）

【意見】

賃貸借の目的物が居住用物件である場合には、一般的に適用されるような形で、上記のような規定を設けるべきである。

【理由】

賃貸借の目的物が居住用物件である場合は、賃借人保護の観点から、一般的に上記規定が強行規定であるべきである。

- ⑨ 受任者が事業者であり委任者が消費者である委任契約においては、委任者が無過失であった場合は、受任者が委任事務を処理するに当たって過失なく被った損害についての賠償責任（民法第650条第3項）が免責されること（前記第49，2(3)）

【意見】

賛成する。

**【理由】**

受任者が事業者であり委任者が消費者である場合には、必ずしも委任者が知識を有しているとは限らないため、委任者に無過失責任を負わせるのは厳しすぎる

- ⑩ 受託者が事業者であり寄託者が消費者である寄託契約においては、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合は、これによって受寄者に生じた損害についての賠償責任（民法第661条）が免責されるところ（前記第52, 5(1)）

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

i) 民法第661条について、寄託者に無過失責任を負わせる方向で見直すべきであるとの考え方は、特に無償寄託の場合には、好意的契約としての性格が強いことから、同法第650条第3項を類推適用し、寄託者に無過失責任を負わせるべきとの考え方に基づいている。

ii) 受寄者が事業者であり寄託者が消費者である場合には、必ずしも寄託者が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負わせるのは厳しすぎる

- ⑪ 消費者契約の解釈について、条項使用者不利の原則を採用すること（前記第59, 3）

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

事業者と消費者との構造的格差から、消費者が契約内容の形成に実質的に関与することができないので、このような推定は消費者保護に有益である。

- ⑫ 継続的契約が消費者契約である場合には、消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができる（前記第60, 2(3)）

**【意見】**

賛成する。

**【理由】**

大量的・画一的に消費者契約を行う事業者にとって継続的契約を維持する利益は必ずしも大きくないのに対し、消費者にとっては継続的契約の拘束力から解放される利益が大きい場合も多く、このような規定は消費者保護に有益である。

【部会資料20-2第1, 2 [11頁]】

以上