

2011年(平成23年)10月27日

法務省 民事局参事官室 御中

兵庫県弁護士会

会長 笹野 哲郎

兵庫県神戸市中央区橘通 1-4-3

TEL 078-341-7061

「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」についての意見

【はじめに】

本意見書は、パブリックコメントにかかる「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」(以下「中間的論点整理」という。)について、当会の民法改正検討プロジェクトチームにおいて検討し、意見をとりまとめたものである。なお、検討において意見をまとめることができなかつた論点や特に意見が出なかつた論点もあり、あるいは、検討を省略した論点もあったが、それらは、いずれも意見がない旨を記載した。

以下において、民法改正のあり方等についての総論的な意見を述べたうえで、中間的論点整理に示された個々の論点についての意見を述べる。

第1 総論

1 民法改正の理由及び対象範囲について

- (1) 民法は、制定後110年以上の期間が経過し、その間、さまざまな面で社会・経済情勢が大きく変化していることから、民法の条文が現代社会に適合しているのかどうか等の観点からこれを抜本的に見直すことが考えられる状況にある。また、民法は、長年の解釈運用の実績を通じて条文の文言の情報量に比してこれを取り巻く解釈論が分厚くなっているため、見直しに当たっては、既に定着した解釈論を相当な限度で明文化していくことが考えられる。さらに、民法は、制定時の事情にも由来して、簡素な文言を旨とし、定義規定や原則規定を大幅に省いているという事情もあるので、この際、市民や学習者にとって理解しやすい条文に改めていくことも検討に値する。
- (2) 一方、法制審議会民法(債権関係)部会(以下「部会」という。)では、法

務大臣の諮問第88号を受けて、契約債権法（以下単に「債権法」ということがある。）を見直しているが、その具体的な範囲としては、総則編における契約法制に係る規定（法律行為、代理、消滅時効など）は見直しの対象とするが、法定債権制度（事務管理、不当利得、不法行為）は見直しの対象としないというものである。部会が同諮問に基づき、その趣旨に沿って審議をすることは、そのかぎりでは、法制審議会に託された責務に照らして当然のことであるが、そのことにかかわらず、債権法のみを切り出して優先的に改正するとの方針には、説得的な理由や説明がないため、弁護士の間には疑義や違和感が発生しており、そのことによる弊害すらも懸念される。

- (3) 思うに、1990年代から、民法学者の間で債権法（特に給付障害法）を現代化すべきであるとの意見が有力になっており、法務省は、平成18年2月、債権法の抜本的な見直しを行う旨を決定したが、「債権法を改正する必要性がある」ということと、「債権法だけを切り出して他よりも先に改正する必要がある」ということは、別のことであり、前者は後者を論理必然的には導かない。そこには別の正当化根拠が必要であろうと思われるが、その点、未だ説得的な根拠を聞いたことがない。また、民法の他の領域も順次見直しが必要となる予定になるのかも決まっていない状況にある。
- (4) 民法は、社会の民事的秩序を支える民事基本法であり、その抜本改正は国民の日常生活にも大きな影響を及ぼすことになるから、改正の方向性や検討順序は、個々の論点の検討に入る前に、根本から議論がなされるべきであると考えられるところ、そのような基本構想についての本格的な議論を経由しないまま債権法の優先的改正に向けた作業が進行している状況がある。
- (5) 他方、債権法改正の必要性を主張する論者は、ヨーロッパにおける債権法改正の潮流を重視し、「グローバル化」や「ハーモナイゼーション」を強調する。確かに、法改正の検討に当たって外国の立法例を比較参照することは必要かつ有用なことである。しかし、民法が現実に適用される領域のうち、国際取引はごく一部にすぎず、圧倒的には国内取引に適用されている。国際取引を規律する条約も存在している。そのことを忘れて、例外に合わせて一般原則を構築することになり、必要性を超えた民法の商化の傾向を生むおそれがある。そもそも、日本は、市場統合が進行しているEU諸国とは事情が異なることを留意しなければならない。必ずしも債権法を現代化すること自

体を否定する趣旨ではないが、改正の必要性や方向性を考えるうえで重視すべきは、日本における民法110年の実績ではないだろうか。

2 債権法優先の改正方針に起因する問題点について

(1) 財産法の中の債権法を切り出して改正するという検討範囲の問題に起因して次のような問題が生じる。

ア 中間的論点整理の「第61 法定債権に関する規定に与える影響」に列記されているとおり、法定債権制度との調和ないし整合を図るべき論点の取り扱いについて態度決定が必要になっている。現時点では、何をどのように改正するのかが未定の段階であり、それ自体が今後の決定事項になるが、そこに列記されているのは、損害賠償の範囲に関する規定（民法416条）の見直しに伴い不法行為による損害賠償の範囲に関する規律がどうなるのかという問題、債務不履行による損害賠償の帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合における法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由の在り方がどうなるのかという問題、あるいは、法律行為が無効な場合や契約が解除された場合等における返還義務の範囲と不当利得との関係がどうなるのかという問題などがあり、その一つ一つが大問題であるから、契約債権法を見直したうえで付随して見直すというような軽い問題ではないと考えられる。

イ 時効制度においては、消滅時効は対象とするが取得時効は対象としないという扱いをすることによって、統一性ある制度理解が可能なのか、時効中断等の共通規定の行方がどうなるのかという問題が生じる。

ウ 今回の審議事項の一つである法典の編成問題は、本来なら民法全体の抜本改正を行うという広い視野に立って検討されるべき課題であり、債権法改正という視野から検討することは必ずしもふさわしくないと考えられる。

(2) 民法を改正する以上、規定間の整合性に注意を払い全体として矛盾のない統一的な改正法とすべきことは最低限必要である。つまみ食いの改正をして制度間の不整合を惹起させるくらいなら、一定の論点については手直しを差し控えて将来の検討に委ねるといったような謙抑的な態度決定があってもよいところであるが、全体的な改正構想が存在しないがゆえに、その是非を量り難いというジレンマも生じる。

3 特別法との関係について

(1) 民法の抜本改正を検討するうえで、商法や特別法との整理統合を図るかどう

かの検討は重要な課題になる。とりわけ、商法との関係整理は重要であり、商法の規定のうち契約に関する規定を民法典に配置することによって一覧性を高める工夫は検討に値するであろう。また、商法において「商人」・「商行為」という技術的概念を使って適用範囲を定めていることについては分かりにくいという問題があるだけでなく、非商人の事業者についても、ある程度、商人と同様の規律に服させるべきではないかという問題もあるので、「商人」の概念に代えて「事業者」の概念を中心にして制度を構築することは検討されて良い。ところが、中間的論点整理を見ても、商法との関係整理に対するスタンスが明らかでなく、これまでの審議においても、この問題が十分検討されていない。他方で「事業者間契約」についての特則を民法に設けることが検討課題になっているが（第62の3）、仮に商法の規定をそのままにして、「事業者」の規律を民法に設けるならば、法体系を複雑にするだけである。

- (2) 民法に、「消費者」，「事業者」の概念を導入するか否かは、改正にあたっての重要な論点である。

仮にこれを導入するとすれば、「消費者」と「事業者」の定義如何によって民法の適用法条が区別されることとなるが、取引において、情報力や交渉力の不均衡を背景に、優者が自己の利益ばかりを追求して劣者の正当な利益を踏みしめるような行為は、民法の一般的法理としても是正されるべきであるという理念を反映した、過不足のない法的支援が可能なよう、適切な定義が定立されるよう留意がされるべきである。特に、「事業」による取引の継続反復が情報力、交渉力の相対的優位を導くのだとすれば、事業開始直後あるいは開業準備中の「事業者」や、問題となった取引が事業目的とは離れているため継続反復による習熟を欠いている場合の「事業者」については、「消費者」に準じた法的支援の必要性の有無が吟味されるべきである。

また、民法に「消費者」，「事業者」の概念を導入した場合には、消費者契約法との関係が問題とならざるを得ない。消費者契約法の実体法部分をすべて民法に取り込んだ上、消費者契約法から実体法部分を削除するという方向で改正を考えることは、消費者法の発展的な性質や行政規制との密接な関連性を考慮すると、必ずしも相当とは言えないとする考え方には根強いものがあり、慎重な検討が必要である。

- (3) 特別法の関係では、借地借家法との間の関係整理も検討されるべき課題の一つとなる。賃貸借の中でも、不動産賃貸借が重要な社会的機能を果たしており、紛争事例も多いことから、その際、存続期間、終了事由あるいは更新等において民法の規律と借地借家法の規律が重なり合っただけで見通しの悪さが生じていることは、見直されるべき問題となりうる。このような関係整理が検討されるべきであるところ、この問題は、これまでほとんど審議されておらず、中間的論点整理においても取り上げられていないので、検討が必要である。

4 パブリックコメント手続について

- (1) 弁護士会を含む大規模の組織では、意見を外部に表明するにあたっては、組織内の委員会による検討作業のほか機関決定手続が必要であり、相応の時間を要するものであるが、このたびのパブリックコメントでは、検討事項が膨大であるにしては、実施期間が不相当に短いことが指摘される。真に国民の意見に対して耳を傾ける姿勢がありパブリックコメント手続の成果を重視するとの前提があるかぎり、手続的保障に対する配慮に不足があるという感がある。しかも、東日本大震災が発生し、その混乱状況がいまだ収束せず、被災地はもとより日本全体が震災後の対応に追われているという状況にある中で、パブリックコメント手続を特に延期又は延長しなかったことは、後日の批判に耐えうる対応であったのかどうかにつき議論の余地がある。
- (2) そこで、将来、中間試案についてのパブリックコメントを実施する際には、検討内容が今回よりも大幅に増加すると見込まれることでもあり、実施期間の設定を含めた手続的保障について、格別の配慮がなされる必要がある。

5 まとめ

以上、今回の債権法改正手続における問題点を指摘したが、債権法改正自体に反対を表明する趣旨ではない。現在、部会の審議等が既に相当進行していることにかんがみ、よりよい民法改正を目指すべく、個々の論点についても意見を提出する必要があると考えている。そこで、以下において、中間的論点整理に対する当会の意見を述べる。

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.....	1
3 種類債権の目的物の品質（民法第401条第1項）.....	2
4 種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項）.....	2
(1) 種類債権の目的物の特定.....	2
(2) 種類物贈与の特定に関する特則.....	3
5 法定利率（民法第404条）.....	3
(1) 利率の変動制への見直しの要否.....	3
(2) 金銭債務の遅延損害金を算定する利率について.....	4
(3) 中間利息控除について.....	5
(4) 利息の定義.....	6
6 選択債権（民法第406条から第411条まで）.....	6
第2 履行請求権等.....	6
1 請求力等に関する明文規定の要否.....	7
2 民法第414条（履行の強制）の取扱い.....	7
3 履行請求権の限界.....	8
4 追完請求権.....	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.....	10
(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.....	15
3 損害賠償の範囲（民法第416条）.....	15
(1) 損害賠償の範囲に関する規定の在り方.....	15
(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）	16
(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	17
4 過失相殺（民法第418条）	17
(1) 要件	18
(2) 効果	18
5 損益相殺	18
6 金銭債務の特則（民法第419条）	19
(1) 要件の特則：不可抗力免責について	19
(2) 効果の特則：利息超過損害の賠償について	19
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）	20
第5 契約の解除	21
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）	21
(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	21
(2) 不完全履行による解除	24
(3) 履行期前の履行拒絶による解除	24
(4) 債務不履行解除の包括的規定の要否	24
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）	25
3 債務不履行解除の効果（民法第545条）	25
(1) 解除による履行請求権の帰すう	25
(2) 解除による原状回復義務の範囲（民法第545条第2項）	26
(3) 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理	26
4 解除権者の行為等による解除権の消滅（民法第548条）	27
5 複数契約の解除	27
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	28
第6 危険負担（民法第534条から第536条まで）	28
1 債務不履行解除と危険負担との関係	28
2 民法第536条第2項の取扱い等	29
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	30
第7 受領遅滞（民法第413条）	30
1 効果の具体化・明確化	30
2 損害賠償請求及び解除の可否	31
第8 債務不履行に関連する新規規定	31
1 追完権	31
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	32

3 代償請求権.....	32
第9 債権者代位権.....	32
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.....	33
2 本来型の債権者代位権の在り方.....	33
(1) 本来型の債権者代位権制度の必要性.....	33
(2) 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否.....	34
3 本来型の債権者代位権の制度設計.....	34
(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.....	34
(2) 被代位権利を行使できる範囲.....	35
(3) 保全の必要性（無資力要件）.....	35
4 転用型の債権者代位権の在り方.....	36
(1) 根拠規定の在り方.....	36
(2) 一般的な転用の要件.....	37
(3) 代位債権者への直接給付の可否及びその要件.....	37
5 要件・効果等に関する規定の明確化等.....	37
(1) 被保全債権，被代位権利に関する要件.....	37
(2) 債務者への通知の要否.....	38
(3) 債務者への通知の効果.....	38
(4) 善良な管理者の注意義務.....	39
(5) 費用償還請求権.....	39
6 第三債務者の地位.....	39
(1) 抗弁の対抗.....	39
(2) 供託原因の拡張.....	40
(3) 複数の代位債権者による請求の競合.....	40
7 債権者代位訴訟.....	40
(1) 規定の要否.....	40
(2) 債権者代位訴訟における債務者の関与.....	40
(3) 債務者による処分の制限.....	41
(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.....	41
(5) 訴訟参加.....	42
8 裁判上の代位（民法第423条第2項本文）.....	42
第10 詐害行為取消権.....	42
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.....	42
(1) 債務者の責任財産の回復の方法.....	42
(2) 詐害行為取消訴訟における債務者の地位.....	43
(3) 詐害行為取消訴訟が競合した場合の処理.....	43
2 要件に関する規定の見直し.....	44
(1) 要件に関する規定の明確化等.....	44

ア 被保全債権に関する要件.....	44
イ 無資力要件.....	44
(2) 取消しの対象.....	45
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.....	45
イ 財産減少行為.....	45
(ア) 相当価格処分行為.....	45
(イ) 同時交換的行為.....	46
(ウ) 無償行為.....	46
ウ 偏頗行為.....	47
(ア) 債務消滅行為.....	47
(イ) 既存債務に対する担保供与行為.....	48
エ 対抗要件具備行為.....	49
(3) 転得者に対する詐害行為取消権の要件.....	49
(4) 詐害行為取消訴訟の受継.....	50
3 効果に関する規定の見直し.....	50
(1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否.....	50
(2) 取消しの範囲.....	51
(3) 逸出財産の回復方法.....	51
(4) 費用償還請求権.....	52
(5) 受益者・転得者の地位.....	52
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.....	52
イ 受益者の反対給付.....	53
ウ 転得者の反対給付.....	53
4 詐害行為取消権の行使期間（民法第426条）.....	53
第11 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）.....	54
1 債務者が複数の場合.....	54
(1) 分割債務.....	54
(2) 連帯債務.....	54
ア 要件.....	54
(ア) 意思表示による連帯債務（民法第432条）.....	54
(イ) 商法第511条第1項の一般ルール化.....	54
イ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等.....	55
(ア) 履行の請求（民法第434条）.....	55
(イ) 債務の免除（民法第437条）.....	56
(ウ) 更改（民法第435条）.....	56
(エ) 時効の完成（民法第439条）.....	57
(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）.....	57
(カ) 破産手続の開始（民法第441条）.....	57

ウ 求償関係.....	58
(ア) 一部弁済の場合の求償関係 (民法第442条)	58
(イ) 代物弁済又は更改の場合の求償関係 (民法第442条)	58
(ウ) 連帯債務者間の通知義務 (民法第443条)	59
(エ) 事前通知義務 (民法第443条第1項)	59
(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)	59
(カ) 連帯の免除 (民法第445条)	60
(キ) 負担割合の推定規定.....	60
(3) 不可分債務.....	60
2 債権者が複数の場合.....	61
(1) 分割債権.....	61
(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)	61
(3) 連帯債権.....	62
3 その他 (債権又は債務の合有又は総有)	62
第12 保証債務.....	62
1 保証債務の成立.....	62
(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.....	62
(2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策.....	63
(3) 保証契約締結後の保証人保護の在り方.....	64
(4) 保証に関する契約条項の効力を制限する規定の要否.....	64
2 保証債務の付従性・補充性.....	64
3 保証人の抗弁等.....	65
(1) 保証人固有の抗弁-催告・検索の抗弁.....	65
ア 催告の抗弁の制度の要否 (民法第452条)	65
イ 適時執行義務.....	65
(2) 主たる債務者の有する抗弁権 (民法第457条)	66
4 保証人の求償権.....	66
(1) 委託を受けた保証人の事後求償権 (民法第459条)	66
(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)	67
(3) 委託を受けた保証人の通知義務 (民法第463条)	67
(4) 委託を受けない保証人の通知義務 (民法第463条)	68
5 共同保証-分別の利益.....	68
6 連帯保証.....	68
(1) 連帯保証制度の在り方.....	68
(2) 連帯保証人に生じた事由の効力-履行の請求.....	69
7 根保証.....	69
(1) 規定の適用範囲の拡大.....	69

(2) 根保証に関する規律の明確化.....	70
8 その他.....	70
(1) 主債務の種別等による保証契約の制限.....	70
(2) 保証類似の制度の検討.....	70
第13 債権譲渡.....	71
1 譲渡禁止特約（民法第466条）.....	71
(1) 譲渡禁止特約の効力.....	71
(2) 譲渡禁止特約を譲受人に対抗できない事由.....	72
ア 譲受人に重過失がある場合.....	73
イ 債務者の承諾があった場合.....	73
ウ 譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合.....	73
エ 債務者の債務不履行の場合.....	74
(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.....	75
2 債権譲渡の対抗要件（民法第467条）.....	75
(1) 総論及び第三者対抗要件の見直し.....	75
(2) 債務者対抗要件（権利行使要件）の見直し.....	76
(3) 対抗要件概念の整理.....	77
(4) 債務者保護のための規定の明確化等.....	77
ア 債務者保護のための規定の明確化.....	77
イ 譲受人間の関係.....	78
ウ 債権差押えとの競合の場合の規律の必要性.....	78
3 抗弁の切断（民法第468条）.....	79
4 将来債権譲渡.....	80
(1) 将来債権の譲渡が認められる旨の規定の要否.....	80
(2) 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界.....	80
(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.....	80
第14 証券的債権に関する規定.....	81
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）.....	81
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）.....	81
3 有価証券に関する通則的な規定の内容.....	82
4 免責証券に関する規定の要否.....	83
第15 債務引受.....	83
1 総論（債務引受に関する規定の要否）.....	83
2 併存的債務引受.....	83
(1) 併存的債務引受の要件.....	83
(2) 併存的債務引受の効果.....	84
(3) 併存的債務引受と保証との関係.....	84
3 免責的債務引受.....	85

(1) 免責的債務引受の要件.....	85
(2) 免責的債務引受の効果.....	85
4 その他.....	86
(1) 将来債務引受に関する規定の要否.....	86
(2) 履行引受に関する規定の要否.....	86
(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	
第16 契約上の地位の移転（譲渡）.....	86
1 総論（契約上の地位の移転（譲渡）に関する規定の要否）.....	86
2 契約上の地位の移転の要件.....	87
3 契約上の地位の移転の効果等.....	87
4 対抗要件制度.....	88
第17 弁済.....	88
1 弁済の効果.....	88
2 第三者による弁済（民法第474条）.....	88
(1) 「利害関係」と「正当な利益」の関係.....	88
(2) 利害関係を有しない第三者による弁済.....	89
3 弁済として引き渡した物の取戻し（民法第476条）.....	89
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）.....	90
(1) 受領権限を有する第三者に対する弁済の有効性.....	90
(2) 債権の準占有者に対する弁済（民法第478条）.....	90
ア 「債権の準占有者」概念の見直し.....	90
イ 善意無過失要件の見直し.....	90
ウ 債権者の帰責事由の要否.....	91
エ 民法第478条の適用範囲の拡張の要否.....	91
(3) 受取証書の持参人に対する弁済（民法第480条）.....	92
5 代物弁済（民法第482条）.....	92
(1) 代物弁済に関する法律関係の明確化.....	92
(2) 第三者による代物弁済の可否.....	92
6 弁済の内容に関する規定（民法第483条から第487条まで）.....	93
(1) 特定物の現状による引渡し（民法第483条）.....	93
(2) 弁済をすべき場所，時間等に関する規定（民法第484条）.....	93
(3) 受取証書・債権証書の取扱い（民法第486条，第487条）.....	94
7 弁済の充当（民法第488条から第491条まで）.....	94
8 弁済の提供（民法第492条，第493条）.....	95
(1) 弁済の提供の効果の明確化.....	95
(2) 口頭の提供すら不要とされる場合の明文化.....	95
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）.....	96
(1) 弁済供託の要件・効果の明確化.....	96

(2) 自助売却の要件の拡張.....	96
10 弁済による代位（民法第499条から第504条まで）.....	97
(1) 任意代位の見直し.....	97
(2) 弁済による代位の効果の明確化.....	97
ア 弁済者が代位する場合の原債権の帰すう.....	97
イ 法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化.....	98
(3) 一部弁済による代位の要件・効果の見直し.....	99
ア 一部弁済による代位の要件・効果の見直し.....	99
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.....	99
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.....	99
(4) 債権者の義務.....	100
ア 債権者の義務の明確化.....	100
イ 担保保存義務違反による免責の効力が及ぶ範囲.....	100
第18 相殺.....	101
1 相殺の要件（民法第505条）.....	101
(1) 相殺の要件の明確化.....	101
(2) 第三者による相殺.....	101
(3) 相殺禁止の意思表示.....	102
2 相殺の方法及び効力.....	102
(1) 相殺の遡及効の見直し（民法第506条）.....	102
(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.....	103
(3) 充当に関する規律の見直し（民法第512条）.....	103
3 不法行為債権を受働債権とする相殺（民法第509条）.....	104
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）.....	105
(1) 法定相殺と差押え.....	105
(2) 債権譲渡と相殺の抗弁.....	105
(3) 自働債権の取得時期による相殺の制限の要否.....	106
(4) 相殺予約の効力.....	106
5 相殺権の濫用.....	107
第19 更改.....	107
1 更改の要件の明確化（民法第513条）.....	108
(1) 「債務の要素」の明確化と更改意思.....	108
(2) 旧債務の存在及び新債務の成立.....	108
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）.....	108
3 旧債務が消滅しない場合の規定の明確化（民法第517条）.....	108
第20 免除及び混同.....	109
1 免除の規定の見直し（民法第519条）.....	109

2 混同の例外の明確化（民法第520条）	109
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）	110
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	110
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	111
第2 2 契約に関する基本原則等	111
1 契約自由の原則	111
2 契約の成立に関する一般的規定	112
3 原始的に不能な契約の効力	112
4 債権債務関係における信義則の具体化	113
第2 3 契約交渉段階	114
1 契約交渉の不当破棄	114
2 契約締結過程における説明義務・情報提供義務	115
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	116
第2 4 申込みと承諾	116
1 総論	116
2 申込み及び承諾の概念	117
(1) 定義規定の要否	117
(2) 申込みの推定規定の要否	117
(3) 交叉申込み	118
3 承諾期間の定めのある申込み	118
4 承諾期間の定めのない申込み	119
5 対話者間における承諾期間の定めのない申込み	120
6 申込者の死亡又は行為能力の喪失	121
7 申込みを受けた事業者の物品保管義務	121
8 隔地者間の契約の成立時期	121
9 申込みに変更を加えた承諾	122
第2 5 懸賞広告	122
1 懸賞広告を知らずに指定行為が行われた場合	122
2 懸賞広告の効力・撤回	123
(1) 懸賞広告の効力	123
(2) 撤回の可能な時期	123
(3) 撤回の方法	124
3 懸賞広告の報酬を受ける権利	124
第2 6 第三者のためにする契約	124
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）	124
2 受益者の権利の確定	125

3 受益者の現存性・特定性.....	125
4 要約者の地位.....	125
(1) 諾約者に対する履行請求.....	125
(2) 解除権の行使.....	126
第27 約款（定義及び組入要件）.....	126
1 約款の組入要件に関する規定の要否.....	126
2 約款の定義.....	127
3 約款の組入要件の内容.....	128
4 約款の変更.....	131
第28 法律行為に関する通則.....	131
1 法律行為の効力.....	131
(1) 法律行為の意義等の明文化.....	131
(2) 公序良俗違反の具体化.....	132
(3) 「事項を目的とする」という文言の削除（民法第90条）.....	132
2 法令の規定と異なる意思表示（民法第91条）.....	133
3 強行規定と任意規定の区別の明記.....	133
4 任意規定と異なる慣習がある場合.....	134
第29 意思能力.....	134
1 要件等.....	134
(1) 意思能力の定義.....	134
(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.....	135
2 日常生活に関する行為の特則.....	135
3 効果.....	136
第30 意思表示.....	137
1 心裡留保.....	137
(1) 心裡留保の意思表示が無効となる要件.....	137
(2) 第三者保護規定.....	137
2 通謀虚偽表示.....	138
(1) 第三者保護要件.....	138
(2) 民法第94条第2項の類推適用法理の明文化.....	138
3 錯誤.....	139
(1) 動機の錯誤に関する判例法理の明文化.....	139
(2) 要素の錯誤の明確化.....	140
(3) 表意者に重過失がある場合の無効主張の制限の例外.....	140
(4) 効果.....	140
(5) 錯誤者の損害賠償責任.....	141
(6) 第三者保護規定.....	141
4 詐欺及び強迫.....	142

(1) 沈黙による詐欺.....	142
(2) 第三者による詐欺.....	142
(3) 第三者保護規定.....	143
5 意思表示に関する規定の拡充.....	143
6 意思表示の到達及び受領能力.....	145
(1) 意思表示の効力発生時期.....	145
(2) 意思表示の到達主義の適用対象.....	145
(3) 意思表示の受領を擬制すべき場合.....	145
(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.....	146
第3 1 不当条項規制.....	146
1 不当条項規制の要否、適用対象等.....	146
2 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項.....	147
3 不当性の判断枠組み.....	149
4 不当条項の効力.....	149
5 不当条項のリストを設けることの当否.....	150
第3 2 無効及び取消し.....	151
1 相対的無効（取消的無効）.....	151
2 一部無効.....	152
(1) 法律行為に含まれる特定の条項の一部無効.....	152
(2) 法律行為の一部無効.....	152
(3) 複数の法律行為の無効.....	153
3 無効な法律行為の効果.....	158
(1) 法律行為が無効であることの帰結.....	158
(2) 返還請求権の範囲.....	158
(3) 制限行為能力者・意思無能力者の返還義務の範囲.....	159
(4) 無効行為の転換.....	160
(5) 追認.....	161
4 取り消すことができる行為の追認.....	161
(1) 追認の要件.....	161
(2) 法定追認.....	162
(3) 追認の効果.....	163
(4) 相手方の催告権.....	163
5 取消権の行使期間.....	163
(1) 期間の見直しの要否.....	163
(2) 抗弁権の永続性.....	164
第3 3 代理.....	164
1 有権代理.....	164
(1) 代理行為の瑕疵-原則（民法第101条第1項）.....	164

(2) 代理行為の瑕疵-例外 (民法第101条第2項)	165
(3) 代理人の行為能力 (民法第102条)	165
(4) 代理権の範囲 (民法第103条)	166
(5) 任意代理人による復代理人の選任 (民法第104条)	166
(6) 利益相反行為 (民法第108条)	167
(7) 代理権の濫用.....	167
2 表見代理.....	168
(1) 代理権授与の表示による表見代理 (民法第109条)	168
ア 法定代理への適用の可否.....	168
イ 代理権授与表示への意思表示規定の類推適用.....	168
ウ 白紙委任状.....	169
エ 本人名義の使用許諾の場合.....	169
オ 民法第110条との重畳適用.....	170
(2) 権限外の行為の表見代理 (民法第110条)	170
ア 法定代理への適用の可否.....	170
イ 代理人の「権限」.....	171
ウ 正当な理由.....	171
(3) 代理権消滅後の表見代理 (民法第112条)	172
ア 法定代理への適用の可否.....	172
イ 「善意」の対象.....	172
ウ 民法第110条との重畳適用.....	172
3 無権代理.....	173
(1) 無権代理人の責任 (民法第117条)	173
(2) 無権代理と相続.....	173
4 授權.....	174
第34 条件及び期限.....	174
1 停止条件及び解除条件の意義.....	174
2 条件の成否が未確定の間における法律関係.....	174
3 不能条件 (民法第133条)	175
4 期限の意義.....	175
5 期限の利益の喪失 (民法第137条)	175
第35 期間の計算.....	176
1 総論 (民法に規定することの当否)	176
2 過去に遡る方向での期間の計算方法.....	176
3 期間の末日に関する規定の見直し.....	176
第36 消滅時効.....	177
1 時効期間と起算点.....	177
(1) 原則的な時効期間について.....	177

(2) 時効期間の特則について.....	178
ア 短期消滅時効制度について.....	178
イ 定期金債権.....	178
ウ 判決等で確定した権利.....	179
エ 不法行為等による損害賠償請求権.....	179
(3) 時効期間の起算点について.....	180
(4) 合意による時効期間等の変更.....	180
2 時効障害事由.....	181
(1) 中断事由（時効期間の更新，時効の新たな進行）.....	181
(2) その他の中断事由の取扱い.....	182
(3) 時効の停止事由.....	182
(4) 当事者間の交渉・協議による時効障害.....	183
(5) その他.....	183
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.....	183
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.....	184
3 時効の効果.....	184
(1) 時効の援用等.....	184
(2) 債務者以外の者に対する効果（援用権者）.....	185
(3) 時効の利益の放棄等.....	185
4 形成権の期間制限.....	186
5 その他.....	186
(1) その他の財産権の消滅時効.....	186
(2) 取得時効への影響.....	186
第37 契約各則－共通論点.....	187
1 冒頭規定の規定方法.....	187
2 強行規定と任意規定の区別の明確化.....	187
第38 売買－総則.....	187
1 売買の一方の予約（民法第556条）.....	187
2 手付（民法第557条）.....	188
第39 売買－売買の効力（担保責任）.....	189
1 物の瑕疵に関する担保責任（民法第570条）.....	189
(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）.....	189
(2) 「瑕疵」の意義（定義規定の要否）.....	189
(3) 「隠れた」という要件の要否.....	190
(4) 代金減額請求権の要否.....	191
(5) 買主に認められる権利の相互関係の明確化.....	192
(6) 短期期間制限の見直しの要否.....	192
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.....	193

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.....	194
	(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.....	194
	(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）...	194
	(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）.....	194
	(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）.....	195
4	競売における担保責任（民法第568条，第570条ただし書）.....	195
5	売主の担保責任と同時履行（民法第571条）.....	196
6	数量超過の場合の売主の権利.....	196
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.....	197
8	数量保証・品質保証等に関する規定の要否.....	197
9	当事者の属性や目的物の性質による特則の要否.....	198
第40	売買－売買の効力（担保責任以外）.....	198
1	売主及び買主の基本的義務の明文化.....	198
	(1) 売主の引渡義務及び対抗要件具備義務.....	198
	(2) 買主の受領義務.....	198
2	代金の支払及び支払の拒絶.....	199
	(1) 代金の支払期限（民法第573条）.....	199
	(2) 代金の支払場所（民法第574条）.....	200
	(3) 権利を失うおそれがある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第576条）.....	200
	(4) 抵当権等の登記がある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第577条）.....	201
3	果実の帰属又は代金の利息の支払（民法第575条）.....	201
4	その他の新規規定.....	201
	(1) 他人の権利の売買と相続.....	201
	(2) 解除の帰責事由を不要とした場合における解除権行使の限界に関する規定.....	202
	(3) 消費者と事業者との間の売買契約に関する特則.....	202
	(4) 事業者間の売買契約に関する特則.....	203
5	民法第559条（有償契約への準用）の見直しの要否.....	203
第41	売買－買戻し，特殊の売買.....	204
1	買戻し（民法第579条から第585条まで）.....	204
2	契約締結に先立って目的物を試用することができる売買.....	204
第42	交換.....	205
第43	贈与.....	205
1	成立要件の見直しの要否（民法第549条）.....	205
2	適用範囲の明確化.....	205
3	書面によらない贈与の撤回における「書面」要件の明確化（民法第550条）.....	206
4	贈与者の担保責任（民法第551条第1項）.....	207
5	負担付贈与（民法第551条第2項，第553条）.....	208
6	死因贈与（民法第554条）.....	208

7	その他の新規規定	209
(1)	贈与の予約	209
(2)	背信行為等を理由とする撤回・解除	209
(3)	解除による受贈者の原状回復義務の特則	210
(4)	無償契約への準用	210
第44	消費貸借	210
1	消費貸借の成立	210
(1)	要物性の見直し	210
(2)	無利息消費貸借についての特則	211
(3)	目的物の交付前における消費者借主の解除権	212
(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	212
(5)	消費貸借の予約	213
2	利息に関する規律の明確化	213
3	目的物に瑕疵があった場合の法律関係	214
(1)	貸主の担保責任	214
(2)	借主の返還義務	214
4	期限前弁済に関する規律の明確化	215
(1)	期限前弁済	215
(2)	事業者が消費者に融資をした場合の特則	215
5	抗弁の接続	216
第45	賃貸借	219
1	短期賃貸借に関する規定の見直し	219
2	賃貸借の存続期間	220
3	賃貸借と第三者との関係	220
(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	220
(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	221
(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	222
(4)	敷金返還債務の承継	223
(5)	動産賃貸借と第三者との関係	224
(6)	賃借権に基づく妨害排除請求権	224
4	賃貸人の義務	224
(1)	賃貸人の修繕義務	224
(2)	賃貸物の修繕に関する賃借人の権利	225
(3)	賃貸人の担保責任	225
5	賃借人の義務	226
(1)	賃料の支払義務（事情変更による増減額請求権）	226
(2)	目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額等	226
6	賃借権の譲渡及び転貸	227

(1) 賃借権の譲渡及び転貸の制限.....	227
(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.....	227
7 賃貸借の終了.....	228
(1) 賃借物が滅失した場合等における賃貸借の終了.....	228
(2) 賃貸借終了時の原状回復.....	228
(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.....	229
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.....	229
イ 賃借人の費用償還請求権についての期間制限.....	230
8 賃貸借に関する規定の配列.....	230
第46 使用貸借.....	230
1 使用貸借契約の成立要件.....	230
2 使用貸借の対抗力.....	231
3 使用貸借の効力（貸主の担保責任）.....	231
4 使用貸借の終了.....	232
(1) 使用貸借の終了事由.....	232
(2) 損害賠償請求権・費用償還請求権についての期間の制限.....	233
第47 役務提供型の典型契約（雇用，請負，委任，寄託）総論.....	233
第48 請負.....	234
1 請負の意義（民法第632条）.....	234
2 注文者の義務.....	235
3 報酬に関する規律.....	236
(1) 報酬の支払時期（民法第633条）.....	236
(2) 仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権.....	237
(3) 仕事の完成が不可能になった場合の費用償還請求権.....	238
4 完成した建物の所有権の帰属.....	238
5 瑕疵担保責任.....	239
(1) 瑕疵修補請求権の限界（民法第634条第1項）.....	239
(2) 瑕疵を理由とする催告解除.....	240
(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）.....	240
(4) 報酬減額請求権の要否.....	241
(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）.....	241
(6) 土地工作物に関する性質保証期間（民法第638条第1項）.....	242
(7) 瑕疵担保責任の免責特約（民法第640条）.....	243
6 注文者の任意解除権（民法第641条）.....	243
(1) 注文者の任意解除権に対する制約.....	243
(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）.....	243
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）.....	244
8 下請負.....	244

(1) 下請負に関する原則.....	244
(2) 下請負人の直接請求権.....	245
(3) 下請負人の請負の目的物に対する権利.....	245
第49 委任.....	246
1 受任者の義務に関する規定.....	246
(1) 受任者の指図遵守義務.....	246
(2) 受任者の忠実義務.....	247
(3) 受任者の自己執行義務.....	247
(4) 受任者の報告義務（民法第645条）.....	248
(5) 委任者の財産についての受任者の保管義務.....	249
(6) 受任者の金銭の消費についての責任（民法第647条）.....	249
2 委任者の義務に関する規定.....	250
(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）.....	250
(2) 受任者が受けた損害の賠償義務（民法第650条第3項）.....	250
(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）	251
3 報酬に関する規律.....	251
(1) 無償性の原則の見直し（民法第648条第1項）.....	251
(2) 報酬の支払方式.....	252
(3) 報酬の支払時期（民法第648条第2項）.....	252
(4) 委任事務の処理が不可能になった場合の報酬請求権.....	253
4 委任の終了に関する規定.....	254
(1) 委任契約の任意解除権（民法第651条）.....	254
(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）.....	254
(3) 破産手続開始による委任の終了（民法第653条第2号）.....	255
5 準委任（民法第656条）.....	255
6 特殊の委任.....	256
(1) 媒介契約に関する規定.....	256
(2) 取次契約に関する規定.....	257
(3) 他人の名で契約をした者の履行保証責任.....	257
第50 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定.....	258
1 新たな受皿規定の要否.....	258
2 役務提供者の義務に関する規律.....	258
3 役務受領者の義務に関する規律.....	259
4 報酬に関する規律.....	259
(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.....	260
(2) 報酬の支払方式.....	260
(3) 報酬の支払時期.....	260

(4) 役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権.....	261
5 任意解除権に関する規律.....	262
6 役務受領者について破産手続が開始した場合の規律.....	263
7 その他の規定の要否.....	263
8 役務提供型契約に関する規定の編成方式.....	263
第5 1 雇用.....	264
1 総論（雇用に関する規定の在り方）.....	264
2 報酬に関する規律.....	265
(1) 具体的な報酬請求権の発生時期.....	265
(2) 労務が履行されなかった場合の報酬請求権.....	265
3 民法第6 2 6条の規定の要否.....	266
4 有期雇用契約における黙示の更新（民法第6 2 9条）.....	266
(1) 有期雇用契約における黙示の更新後の期間の定めの有無.....	267
(2) 民法第6 2 9条第2項の規定の要否.....	267
第5 2 寄託.....	267
1 寄託の成立—要物性の見直し.....	267
(1) 要物性の見直し.....	267
(2) 寄託物の受取前の当事者間の法律関係.....	268
(3) 寄託物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始.....	268
2 受寄者の自己執行義務（民法第6 5 8条）.....	268
(1) 再寄託の要件.....	268
(2) 適法に再寄託が行われた場合の法律関係.....	269
3 受寄者の保管義務（民法第6 5 9条）.....	269
4 寄託物の返還の相手方.....	269
5 寄託者の義務.....	270
(1) 寄託者の損害賠償責任（民法第6 6 1条）.....	270
(2) 寄託者の報酬支払義務.....	270
6 寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の通知義務.....	271
7 寄託物の譲渡と間接占有の移転.....	271
8 消費寄託（民法第6 6 6条）.....	272
9 特殊の寄託—混合寄託（混蔵寄託）.....	273
1 0 特殊の寄託—流動性預金口座.....	273
(1) 流動性預金口座への振込みによる金銭債務の履行に関する規律の要否.....	273
(2) 資金移動取引の法律関係についての規定の要否.....	274
(3) 指図に関する規律の要否.....	275
(4) 流動性預金口座に存する金銭債権の差押えに関する規律の要否.....	275
(5) 流動性預金口座に係る預金契約の法的性質に関する規律の要否.....	275
1 1 特殊の寄託—宿泊事業者の特則.....	276

第53 組合	276
1 組合契約の成立	276
(1) 組合員の一人の出資債務が履行されない場合	276
(2) 組合契約の無効又は取消し	276
2 組合の財産関係	276
3 組合の業務執行及び組合代理	277
(1) 組合の業務執行	277
(2) 組合代理	277
4 組合員の変動	278
(1) 組合員の加入	278
(2) 組合員の脱退	278
5 組合の解散及び清算	278
(1) 組合の解散	278
(2) 組合の清算	279
6 内的組合に関する規定の整備	279
第54 終身定期金	279
第55 和解	280
1 和解の意義（民法第695条）	280
2 和解の効力（民法第696条）	280
(1) 和解と錯誤	280
(2) 人身損害についての和解の特則	281
第56 新種の契約	281
1 新たな典型契約の要否等	281
2 ファイナンス・リース	282
第57 事情変更の原則	282
1 事情変更の原則の明文化の要否	282
2 要件論	283
3 効果論	283
(1) 解除，契約改訂，再交渉請求権・再交渉義務	283
(2) 契約改訂の法的性質・訴訟手続との関係	284
(3) 解除権と契約改訂との相互関係	284
第58 不安の抗弁権	285
1 不安の抗弁権の明文化の要否	285
2 要件論	285
3 効果論	286
第59 契約の解釈	286
1 契約の解釈に関する原則を明文化することの要否	286
2 契約の解釈に関する基本原則	287

3 条項使用者不利の原則.....	288
第60 継続的契約.....	288
1 規定の要否等.....	288
2 継続的契約の解消の場面に関する規定.....	289
(1) 期間の定めのない継続的契約の終了.....	289
(2) 期間の定めのある継続的契約の終了.....	289
(3) 継続的契約の解除.....	290
(4) 消費者・事業者間の継続的契約の解除.....	290
(5) 解除の効果.....	290
3 特殊な継続的契約—多数当事者型継続的契約.....	291
4 分割履行契約.....	291
第61 法定債権に関する規定に与える影響.....	292
第62 消費者・事業者に関する規定.....	293
1 民法に消費者・事業者に関する規定を設けることの当否.....	293
2 消費者契約の特則.....	295
3 事業者に関する特則.....	296
(1) 事業者間契約に関する特則.....	296
(2) 契約当事者の一方が事業者である場合の特則.....	297
(3) 事業者が行う一定の事業について適用される特則.....	298
第63 規定の配置.....	299

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】

「念仏供養をなす旨の契約」，「遺骨を保管する債務」（新版注釈民法債権（1）158～160頁参照）のように、金銭に見積もることができないものであっても債権として成立しうることを明らかにする点で意義がある。削除すべき理由はない。

【理由】

給付は金銭的価値を有することが要すると観念されていた時代があった（古典期ローマ法，旧民法・財産編323条1項）。本条は，そのような考え方を否定する意義がある。

2 特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第400条）

(1) 特定物の引渡しの場合の注意義務

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

【部会資料19-2第1, 3 [3頁]】

【意見】

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についての規定は必要である。その義務の程度を「善良な管理者の注意義務」とすることは、デフォルト値を示す意義がある。

(2) 贈与者の保存義務の特則

特定物の引渡しを目的とする贈与の贈与者が負う目的物保存義務の内容に関して、現在は民法第400条が適用されているところ、贈与の無償性を考

慮して、自己の財産に対するのと同じの注意義務をもって保存すべき旨の特則を新たに規定すべきであるという考え方について、特定物の引渡しの場合一般の注意義務に関する議論（前記(1)）との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第1, 3（関連論点） [4頁]】

【意見】

賛成する。

【理由】

贈与における贈与者の負担を軽減すべきである。

3 種類債権の目的物の品質（民法第401条第1項）

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

【部会資料19-2第1, 4 [4頁]】

【意見】

削除すべきでない。

【理由】

種類債権の指定方法としては、たとえば、「米」、「コシヒカリ」、「新潟県産コシヒカリ」、「魚沼産コシヒカリ」というように、限定の仕方には広狭さまざまありうるが、いずれにせよ、通常何らかの意味での選択の幅が残る。契約不適合に当たるかどうかの判定基準としてデフォルト・ルールとしての給付物の基準は必要である。さらに、品質相違による契約不適合が発生した場合の損害賠償の算定の場面でも、金銭的に比較されるべき「あるべき給付」としての「中等」という基準が必要になる。

「目的物」という文言上、役務提供契約にも適用されるかどうかは明らかでないので、適用範囲についても再検討しておくべきではないかとの意見もあった。

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】

種類債権の目的物の特定は、所有権移転の必要条件として必要であり、給付危険及び対価危険を論ずる前提としても必要な観念として維持されるべきである。

合意による特定を認めることは反対しない。

変更権は、判例（大審院昭和12年7月7日・民集16巻1120頁）が認めており、変更権の認められる範囲を明文化することは検討に値する。

(2) 種類物贈与の特定に関する特則

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

【部会資料19-2第1, 5（関連論点） [7頁]】

【意見】

贈与者に指定権を与えることは検討に値する。

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】

一つの債権から発生する利息の利率が時の経過とともに変動するという意味での法定利率の変動制を採用すべきでない。利率変動制では、係争中に利率が変動して計算関係が複雑になるという欠点があり、その欠点を上回るメリットを見いだしがたい。法定利息の制度では、約定利率とは違って、市場金利に即応した細かい調整ができなくてもやむを得ないところであろう。

他方、たとえば、契約時又は債権発生時において利率を固定することを前提としつつも、何年かに一回のテンポで法定利率を変更することによって市場金利との乖離が大きくなるないように調整する制度は、検討されてよい。

仮に法定利率の改正をするならば、商事法定利率（商法514条）と合わせて同時に改正するのが妥当であり、民事法定利率のみを先行して改正し、商事法定利率が放置されることは相当でない。

利率の決定については、法務省令への委任もやむを得ないと考える。

(2) 金銭債務の遅延損害金を算定する利率について

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

【部会資料19-2第1, 6（関連論点）1 [9頁]】

【意見】

何らかの制度改正によって法定利率が市場金利に近似することを前提にするならば、遅延損害金を算定する利率（以下「遅延利率」という。）を法定利率より少し高めに設定する制度設計は、検討に値する。

【理由】

法定利率と市場金利との乖離を小さくする何らかの法改正（前述）があることを前提にすると、もしも遅延利率が法定利率と同率であるならば、遅延損害金を支払う経済負担が資金の調達費用と同程度になるため、債務不履行の抑制にならないという問題がある。これに対して、遅延利率を法定利率よりも高めに定めることは、債務不履行への制裁・抑止という目的から合目的的であり、また、両者の利率間に段差を設けることは、契約実務における法感覚に照らしても違和感がないところであろうと考える。

一方、各種の立法例では、遅延利率を14.6%とする例が一般的になっており（消費者契約法9条、中小企業倒産防止共済法10条、10条の2、16条、石炭鉱業構造調整臨時措置法36条の9、貸金の支払確保等に関する法律6条、建設業法24条の5）、各種の契約書でも、同程度の遅延利率が約定されている事例が少なくないと察するが、民法上の任意法規としての遅延利率としては、そのような高率の遅延利率を想定すべきではない。

また、保証人にとって遅延損害金の弁済負担が過大になるという問題が発生するが、その問題には別途の手当てを要する。なお、問題が大きいのはむしろ約定遅延利率であろう。

そのような前提に立って、限られた範囲ではあるが、遅延利率を法定利率よりも少し高めに設定する法制であるならば検討に値する。

(3) 中間利息控除について

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

少なくとも、市場金利と乖離している法定利率5%を用いて中間利息控除の計算をする現在の解釈運用では、逸失利益の算定に不十分さが生じるので、そこに法制上の改善を要する問題点があると認識する。

他方、制度設計に当たっては、損害賠償額算定実務の安定及び円滑も配慮されるべきである。

改善策について、いろいろな考え方がありうるとしても、本来的には、不法行為の領域における賠償額全体の問題として検討されるべきであり、現在、中途半端に不法行為法に手を出すことは慎むべきである。

(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】

民法上、「利息」の語が、遅延損害金を含むかどうかなど多義的に用いられているので、「利息」の定義を明らかにすることは必要である。法制上も、同一用語を異なった意義に用いないのが望ましい。関連して付言すると、「法定利息」（442条2項）と「利息」の語の使用も一貫していない。また、「利息」の語は、債権法以外の領域においても使用されているから（特に担保物権法）、民法全体を視野に入れて検討する必要がある。

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】

検討することに問題はないと考える。

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】

その方向で検討することは相当である。

【理由】

基本的な原理・原則を明記することによって、分かりやすい民法典にする方向性は賛成する。

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】

実体的権利の規定と強制執行の規定を整理し、民法には実体的規定を置き、民事執行法には、強制執行上の手続規定を置き、見通しを良くする方向で検討を加えることは賛成である。

【理由】

現在の規定は、言葉づかいを含めて手続法（民事執行法等）とのリンクが必ずしも良くないので、民法と特別法との間の連携を見やすくすることが望ましい。

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】

検討すること自体は賛成する。

【理由】

債権債務関係の基本的ルールについて条文上明確にすることは望ましいことである。

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】

弊害が生じないように合理的に追完請求権を規定することには困難があり、慎重な配慮が必要である。

【理由】

追完請求権については、①単純な履行不足があった場合において、その不足部分について本来の態様の履行を求める履行請求権が観念できるほか、②瑕疵ある履行がなされた場合において本来の履行付態様とは異なった履行態様（修補・代物給付・再履行）の追完を請求しうる追加請求権が観念できるのであろう。①については、履行請求権そのもの（あるいは履行請求権のコロラリー）として理解できるので問題は少ないが、②については、場合によっては、債務者が本来負担していた債務（債務者が意識的に引き受けていた履行負担）とは履行態様が異なることによって予想外の負担が発生することがありうる。弊害が生じないように合理的に追完請求権を規定することには困難があり、慎重な配慮が必要である。

なお、経済社会では瑕疵ある給付をした債務者が任意に修補や代物給付に応じることによって円満な解決がなされる例が多いと考えられるが、それは、追完請求権の規定がなくても実施されうることである。問題は、当事者間の信頼関係が消失している状況において、追完による解決を望まない債務者に対して追完を強制できるかどうかであり、裁判規範としての追完請求権をあえて立法化すべきであるかどうかという問題であるが、そのような社会的需要はなく、法律実務における需要もないという意見もあった。

(2) 追完方法が複数ある場合の選択権

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

【意見】

慎重な検討が必要である。

【理由】

契約当事者間において追完方法（修補か代物給付か）の選択についての争いが発生することも考えられるが、要件・効果（どのような事実があればどの追完請求権が発生するのか。）の整理は容易でない。さらに、追完請求権は、もっぱら「与える債務」（主として工業製品の売買における引渡債務）を念頭において論議がなされている可能性もあるが、与える債務には様々な目的物があるうえに、物の給付を目的としない行為債務も多様に存在するのであるから、そのような広がり視野に入れて追完請求権の要件・効果を検討することが必要であるところ、弊害が生じないように合理的に整理すること

が困難であることを踏まえ、慎重な検討が必要である。

(3) 追完請求権の限界事由

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

【部会資料5-2第1，4（関連論点）3〔14頁〕】

【意見】

追完請求権を立法化するとの立場を採るかぎり、その限界事由を明確化することは必要なことである。

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】

要件を整理すること自体は必要なことであり、賛成である。

(2) 履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の手続的要件

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

等には、債権者は、契約の解除をしなくても、填補賠償の請求をすることができるものとしてはどうか。

【部会資料5－2第2，2(2) [22頁]】

【意見】

契約の解除は不要とすべきである。

【理由】

契約解除を要求するのは相当でない。契約解除による対応が観念できない事例（たとえば、賃貸借契約が終了した際、賃借人が原状回復義務を履行しないで退去した場合における填補賠償の問題）もある（大審院昭和8年6月13日判決・民集12巻1437頁参照）。

(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】

- ①（前段について）相手方当事者に対して通知書を到達させても相手方がこれを了知しないことがあるというように、「通知」と「了知」がイコールでないことから発生する問題があるが、その点は、これ以外のいろいろな場面でも問題になりうることである。そこで、「通知による悪意の擬制の可否」というように問題を多少一般化して検討するのはどうだろうか。
- ②（後段について）不法行為による損害賠償制度の中で遅延損害金の問題のみを取り上げてここで中途半端に論ずべきではない。中間利息控除の問題などとともに広く総合的に検討すべき問題である。なお、「損害の発生と同時」（最高裁昭和37年9月4日民集16巻9号1834頁は、そのように表現する。）は「不法行為の時」という趣旨に解した。

(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ついて、債権者に損害賠償請求権を認めることは検討に値する。

【理由】

日本民法では、欧米の民事法制と異なり、債務者が履行期前に履行拒絶をした場合にそれ自体を契約違反として処理する制度がないが、履行期前の履行拒絶を受けた債権者に、先履行義務の拒絶、填補賠償請求権、契約解除権などの救済手段を認めるべきことは理解できる。なお、履行期前に発生する填補賠償請求権については、中間利息控除等の金額面の調整は必要なのであろう。

(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】

仮に追完請求権を履行請求権とは区別される権利として明記するのであれば、追完請求権独自の填補賠償請求権について検討する必要があるだろう。

【理由】

「本来の履行請求権」の債務不履行に一元化されない「追完請求権」の債務不履行という事態を認める限り、追完請求権独自の填補賠償請求権について検討する必要があるだろう。

(6) 民法第415条前段の取扱い

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

【意見】

賛成する。

【理由】

個別具体的な不履行事案を処理するに当たり、当該不履行態様に対応した債務不履行の規定が存在しないという事態の発生を防ぐため、包括的规定は必要であろう。ただし、「本旨」という語は語義が曖昧なので再検討の必要があるのではないかとの意見もあった。

2 「債務者の責めに帰すべき事由」について（民法第415条後段）

(1) 「債務者の責めに帰すべき事由」の適用範囲

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

【意見】

統一的な免責の要件を定める方向で、更に検討したら良い。

【理由】

債務不履行に基づく損害賠償の制度における「債務者の責めに帰すべき事由」については、条文・解釈・運用が整合しないなどの混乱が指摘されており、条文・解釈・運用が一貫し、分かりやすい形になるよう改善を検討したら良い。

(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、それが適切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】

債務不履行における「債務者の責めに帰すべき事由」の要否・内容について、現行法を見直すこと自体は否定しないが、具体的な規定のあり方について意見の集約には至らず。ただし、少なくとも、「契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債務者は損害賠償責任を負わない」とすることには反対である。

【理由】

「帰責事由」（責めに帰すべき事由）という表現は、判例・実務に定着しているものの、履行遅滞類型において帰責事由が存しないことを理由に免責を認めた事例はあまり見受けられない。また、医療過誤のような手段債務の類型では、「債務の不完全履行」の存否と「帰責事由」の存否が渾然一体になって認定判断されることになる（たとえば、最高裁平成7年4月25日判決・民集49巻4号1163頁。医師の説明義務の事例）。このように、帰責事由の要否及びその内容について現在の解釈論がやや錯綜しており、説明のしにくさが発生していることは否定しない。

もっとも、これを「契約において債務者が引き受けていなかった事由」と表現することは、債務の確定の問題との混同が生じること、「想定されるいかなるリスクを契約書に書き込んでおくことによって免責の可否が判定される。」との理解・運用を招きやすいこと等の問題があり、当事者が主観的に想定しておらず契約書にも記載がない事項が生じた場合の処理において、フィクションを伴った判断（「当事者は引き受けていた」、「引き受けていない」という判断）が必要になるので、相当でない。

(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】

検討することに賛成である。

【理由】

確立した合理的な判例法理を明文化することは是認する。

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】

特に立法案は形成されなかったが、損害賠償の範囲を画する規律の明確化を図る方向で更に検討することには意義があり賛成する。

(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】

検討すること自体は必要である。

(3) 予見の対象（民法第416条第2項）

予見の対象を「事情」とするか「損害」とするか、「損害」とする場合には損害額まで含むのかという問題は、損害賠償の範囲について予見可能性を基準とする規範を採用することの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】

検討すること自体は必要である。

(4) 故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則の要否

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

【部会資料5-2第2, 4(2)（関連論点）2 [42頁]】

【意見】

関連論点を含めて意見集約に至らなかったが、更に検討することは必要である。

(5) 損害額の算定基準時の原則規定及び損害額の算定ルールについて

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

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

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

【意見】

判例法理の結論を重視しながら、検討することは賛成である。

4 過失相殺（民法第418条）

(1) 要件

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

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

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

【部会資料5-2第2, 5(1) [51頁]】

【意見】

慎重に検討すべきである（消極）。

【理由】

- ① 過失相殺は、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・学説の解釈を立法化することは検討に値する。
- ② 他方、「損害軽減義務」の発想に基づいた明文の規定を設けることには、弊害が伴うおそれがあり、信義則、権利濫用、相当因果関係などの既存の法理によっても妥当な処理が可能であるから、消極的に考える。

（補注）損害軽減義務は、直接的な義務ではなく、「それをしないと不利益を受ける」とい

う意味での間接的な「義務」であると解されているので、少なくとも「義務」の形で明記されることは相当でない。また、「義務」として明記しないとしても、「債務者が合理的措置を講じていれば、損害の発生又は拡大を防ぐことができたときは、……」というような表現の規定を設けことも相当でない。なぜなら、被不履行者（債権者）の措置が最善最良とまでは言えないが、特に積極的に損害を拡大させたわけではないという中間的な領域（たとえば、仕事が忙しくて欠勤しにくいため、頻繁に通院できなかったことから傷病の治療が長引いたというような事例）が往々にして発生するところ、そのような場合に債務者からみだりに「減額」が主張されて紛議が生じるおそれがあり、弊害が懸念されるからである。

(2) 効果

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

【部会資料5-2第2, 5(2) [55頁]】

【意見】

賛成である。

【理由】

債務不履行における過失相殺と不法行為における過失相殺の要件効果を一致させることは好ましい。

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】

定着した判例法理を動かさない配慮をしつつ条文化するかぎり、賛同できる。

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】

反対である。

【理由】

市場金利から乖離している現在の法定利率の調整の問題については、別途検討を要することは否定しないが、免責に関する法的構造を変更する必要はない。

(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】

利息超過損害の賠償を認めると、当事者間に当該費用負担について約定がない場合においても、金銭債権において取立て費用等を債務者に請求できるという考え方になるが、現在そこまでの社会的需要がなく、弊害が大きい。

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】

検討することに異存はない。

第4 賠償額の予定（民法第420条，第421条）

- 1 予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所がその額を減額することができる旨を明文化するという考え方に関しては、公序良俗（民法第90条）等の一般条項に委ねるほうが柔軟な解決が可能となり望ましいなどとする

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

予定された賠償額の裁判所による減額を認める旨の規定を設ける場合には、要件として、予定された賠償額と実損額との比較だけでなく、賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を総合考慮できるものとす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。

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

【部会資料19-2第4〔33頁〕】

【意見】

- 1 予定された賠償額が不当に過大な場合，当該条項を無効にして一般原則に委ねるのが良い。裁判所が合理的な額まで減額できることにする制度には反対する。
- 2 予定された賠償額が不当に過小な場合も，当該条項を無効にして一般原則に委ねるのが良い。裁判所が合理的な額まで増額できることにする制度には反対する。
- 3 個々の契約における「損害賠償額の予定」の趣旨が何であるかは，最終的には個々の契約の趣旨等から合理的に判断するほかないが，通常，損害額（損害及び金額評価）を擬制し，その主張立証を要しないとする合意と理解できるので，債務不履行（に基づく損害賠償請求権）の要件（損害の要件を除く。）に該当することを前提にして，その賠償額について約定したものと解すべきであるから，免責事由の立証があれば免責されることを原則とすべきである。

過失相殺や損益相殺に関する規律を設けることは検討の余地がある。

第5 契約の解除

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

- (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ことの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。
- 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。
- 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。

- 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ろという考え方（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。

【意見と理由】

①について

催告解除を原則型として規定しつつ，例外規定として，無催告解除ができる場合を規定するのがよい。従前の法制との関係から見て断絶感がなく理解・運用がしやすいからである。なお，解除における催告制度は，解除権行使が重大な効果もたらすことにかんがみ，不履行者に翻意・再考の機会を与える手続保障としての意味があり，併せて，債務の履行に関し当事者間に誤解や意見相違が潜在している場合に，これを顕在化させて交渉を促進させるという機能もある。単に，催告に従わないことが契約違反の重大性を根拠づけるという位置づけではない。

②について

「付随的義務」という概念を用いて振り分けることは適切でないと考えてるが，「軽微な義務違反」の場合には解除することが出来ないと言う趣旨の判例法理は，法文上明らかにしたほうがよいと考える。

③及び④について

「不履行の重大性」を解除権の要件事実とするのではなく，「不履行の軽微性」を債務者の抗弁（阻却規範）とすべきである。

「不履行の重大性」を解除権の要件事実とするという趣旨が，それが「不履行事実」（本旨不履行）とは別個独立の事実（主張立証事項）を構成するとの前提であるかぎり，従来の判例実務にない主張証明の負担を債権者に課すことになるところ，実務に断絶を作ってそのように改正すべき必要性がない。もっとも，「不履行の軽微性」を債務者の

抗弁(阻却規範)とするとの見解でも、債権者の主張する不履行事実自体を評価すると、「軽微な不履行」であるならば、「せりあがり」によって主張自体失当となる。なお、解除の要件に関しては、売買の瑕疵担保責任、賃貸借の債務不履行(無断転貸を含む。)など、それぞれの各則に相応しい特則を設けることがありうることは言うまでもない。

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。

ウ その他

- ① 前記ア及びイの各論点において不履行の程度を問題とする場合、その判断に際して不履行後の債務者の対応等を考慮することができるものとすべきか否かについては、契約の趣旨に照らして契約に拘束することを正当化できるか否かを判断基準とする観点から、不履行後の対応等も含めてよいという意見と、不履行後の対応によって本来解除できないものが解除できるようになることは不適切であるから、これを含めるべきではないという意見があったことを踏まえて、更に検討してはどうか。
- ② 解除が債務者に不利益をもたらすことに鑑みて、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。

【部会資料5-2第3, 2(1) [62頁], (2) [72頁]】

【意見】

イ 判例法理を整理し分かりやすく条文化するという方向性にて無催告解除ができる場合を明文化することは賛成である。

ウ 特に意見はない。

(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】

不完全履行による解除についての規律を検討することは相当である。

(3) 履行期前の履行拒絶による解除

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

【部会資料5-2第3, 2(4) [74頁]】

【意見】

趣旨には賛成であり、検討すべきである。

【理由】

履行期前でも債務者が債務の履行を終局的・確定的に拒絶した場合に債権者の解除権が発生する制度は是認できるので、その方向で検討すべきである。

(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】

特に反対しない。

【理由】

包括的規定を維持することについて反対する理由はない。

2 「債務者の責めに帰することができない事由」の要否（民法第543条）

解除は不履行をした債務者への制裁ではなく、その相手方を契約の拘束力から解放することを目的とする制度であると理解すべきであり、また、裁判例に

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】

催告解除を原則とするとの前提のもとで、解除に帰責事由を不要とすることに賛成する。

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】

前段については反対しない。後段については技術的に困難があることを留意すべきである。

【理由】

前段については、当然の事理を明文化するものであり、反対しない。

後段については、「紛争処理に関する規定」とか「守秘義務に関する規定」というように何らかの条項を典型的に切り出して特別な規律を設けることには無理があり、過不足なく規律を設けることには技術的な困難がある。弊害を避けようと思えば、当たり障りのない抽象的な規定（あるいは、意思解釈の指針を述べるにとどまる規定）にするほかない。

(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】

検討したら良い。

【理由】

個々の論点について特段の意見は形成されなかったが、規律の合理化・明確化をめざして検討を加えること自体は必要有益である。

(3) 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理

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

【部会資料5－2第3，4(3)〔87頁〕】

【意見】

更に検討をしたら良い。

4 解除権者の行為等による解除権の消滅（民法第548条）

解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合でも解除権は消滅すると規定する民法第548条に関しては、解除権者が解除権

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

【部会資料5-2第3, 5 [89頁]】

【意見】

民法548条の規律を見直す必要があることは理解するが、「解除権の存在」に対する知不知を基準にして解除権の消長を定めることは慎重に検討していただきたい。

【理由】

契約の履行として目的物の引渡を受けた当事者には、その目的物について保管の義務がないのに、民法548条は、その「過失」等による損傷等を問題にしており、しかも、解除権の消滅という重大な効果を発生させることもあって、合理性に欠ける規定である。この規律を見直すこと自体には賛成する。しかし、「解除権の存在」に対する知不知によって解除権の消長を定める規律が合理的に設計可能であるのかについては、疑問があるので、慎重に検討していただきたい。

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、適切な要件設定か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】

複数契約における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置くことについては、前向きに検討すべきである。

【理由】

複数契約全体の解除を認めるべき事例は実務上存し、判例を踏まえ規定を整備することには賛成できる。

また、解除権は、契約にとって本質的障害が生じたときに当事者を契約の拘束から解放する手段であると把握され、債務者の故意過失を要件とするものではないと考えられている。このように考えると、相互に密接に関連づけられた複数の契約の一方について債務不履行があれば、他方の契約にとっての前提が欠け本質的障害が生じることが考えられ、その際、他方の契約について債務者に帰責事由があったかどうかを問う必要はないものであり、複数契約における一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除については、理論的にも導入に支障が小さくなっているといえる。

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】

そのような問題点が存在することは認めるが、労働契約法制に関する問題であるから、今回は検討対象として取り上げないのが相当である。

第6 危険負担（民法第534条から第536条まで）

1 債務不履行解除と危険負担との関係

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

そこで、この問題の処理に伴う様々な課題（例えば、仮に解除制度に一元化した場合においては、危険負担の発想に基づく特則が必要な場面の整理、継続

的な契約で一時的な履行不能が生じた場合における利益調整規定等の要否、解除権の存続に関する催告権や解除権消滅事由の規定の見直しの要否等。仮に解除制度と危険負担制度を併存させる場合においては、契約の終了という同一の目的・機能を有する制度を併存させる必要性和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】

債務不履行解除の帰責事由を不要とした場合であっても、対価危険負担制度は併存させるべきであるとの意見が強かった。

【理由】

解除権発生に帰責事由が不要であるとした場合でも、解除制度と対価危険負担との間には、必ずしも、両立不能な制度矛盾・評価矛盾が生じるわけではなく、危険負担制度を存置する意義もある。危険負担廃止論に立つときも、「全部又は一部の履行不能が発生しつつも解除権を行使しなかった場合に反対債権の消長がどうなるのか。」という問いに対する答えは用意されていなければならない。危険負担廃止論は、解除権が発生しているのに解除権の行使をしない場合、反対給付（代金債権）は減免されずに履行請求可能な状態で存続すると考えており、買主としては、そのようにして等価的不均衡に陥った契約から離脱したければ契約を解除したら良いと考えるようである（ただし、代金減額請求権の活用の余地が考えられるが、ここでは省略）。

しかし、不履行の軽微性（重大性がないこと）ゆえに解除権が発生しないこともあるし、大震災により解除権の行使が事実上できない場合もありうる。仮に解除が可能であっても、買主が契約の存続を望み、解除権を行使しないケースが十分想定できる。特に、履行不能が部分的である場合、あるいは履行不能が一時的な場合が好例である。この場合、反対債権は消滅しない。（＝完全履行を求めうる。）という解決は合理的でない。

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536条2項の規律内容を残す方向で検討すべきである。

【理由】

合理性がある規律である。

3 債権者主義（民法第534条第1項）における危険の移転時期の見直し

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

【部会資料5-2第4, 2 [93頁]】

【意見】

債権者主義の妥当範囲を制限する方向で検討するのが相当である。

【理由】

この点は、従来から学説においても債権者主義を制限する方向での解釈論が説かれていたところであり、債権者主義の制限の方向自体は大方の賛同が得られることであるから、その方向にて検討するのが妥当である。

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】

受領遅滞を条文上明記する方向は是認できる。しかし、反対債務の期限の利益の喪失までも規定すべきでない。

【理由】

民法413条の文言は、簡単すぎて趣旨が明らかでないので、内容を明記する方向で検討するのは良い。しかしながら、反対債務の期限の利益の喪失事由になることをデフォルト・ルールとして規定する必要性はなく、そのような社会的需要があるかどうかも不明である。

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】

債権一般の効力として「債権者の受領義務」を認める方向ではなく、契約内容に応じて、合意あるいは信義則等に基づき、個別に受領義務を観念するという前提に立ったうえで、受領義務の違反があった場合に損害賠償請求権や解除権を認める方向で検討することならば、賛同できる。

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。

【部会資料5-2第6, 1 [109頁]】

【意見】

追完権は、あえて明文化しない方が良いと考える。

【理由】

取引社会の実情としては、給付物に瑕疵がある場合、売主が任意に追完することによって解決する例は多い。しかし、追完権を認めると、正面から権利として認めることになるが、その要件・効果の設計がかなり複雑になる。むしろ、「債務者が誠実に追完を申し出ている状況において、債権者がこれを強いて退けて解除権を行使し、あるいは損害賠償を請求した場合、これがどこまで認められるか。」という問題として

解決することは可能である。債権者にとっての「追完の容認」を間接的な義務にとどめておいたら良い。

2 第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任

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】

規定を置く方向で検討することには反対しない。

【理由】

過不足のない規定を置くことができるならば、それは良いことであるが、類型化・要件化には困難が伴うことが予想される。具体的な規定のあり方については特段の意見形成に至らなかった。

3 代償請求権

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

【部会資料5-2第6, 3 [115頁]】

【意見】

規定を置くこと自体には、特に反対しない。

【理由】

判例通説は代償請求権を承認しており、実務上も用いられていることから、明文の規定を設けた方が良い。

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】

検討することに賛成である。

【理由】

確立した合理的な判例法理を明文化することは是認する。

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については、民事執行・保全制度を有するとしてもなお必要性があるため、残すべきである。

【理由】

この点については、完備された民事執行・保全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制度を存在させる必要性はないのではないかとの見解がある。しかし、実際には、債権者取消権と同じような形で債権者代位権を使う場合がある。例えば、債務者が第三債務者に金銭を贈与したり、不動産を売買したりすれば、債権者取消権の問題となるが、債務者が第三債務者に金銭を貸し付けるが回収しない場合や、不動産を売買しておきながら売買代金を回収しない場合には、債権者代位権の問題が生じ

る。すなわち、債権者は、債務者が第三債務者に持っている権利を被保全権利として、第三債務者にある財産を仮差押えする、すなわち、債権者代位権の被代位債権を被保全債権として保全手続として用いることが、実務では相当程度行われている。債権者代位権の本来型がなくなれば、このような保全ができず、不都合が生じる。

また、債権者代位権は、振り込め詐欺の救済の際に利用された制度であり、今後も、特別立法の適用がない単純な誤振込みの場合に利用できる。

(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】

現状のような事実上の優先弁済については抑制的に考えるとしても、①金額を制限する、②直接給付を求められる場合を限定する、③相殺できない期間を設ける等の何らかのインセンティブを与えるべきである。

【理由】

確かに、事実上の優先弁済を認める現状が債務者の責任財産の保全という債権者代位権の本来の制度趣旨からかけ離れていることは否めず、見直しが必要かもしれないが、債権者が時間や労力をかけて総債権者のために権利を行使することからすれば、何らかのインセンティブは残すべきである。

3 本来型の債権者代位権の制度設計

(1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する方法

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

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

【部会資料7-2第1, 3(1) [8頁] , 同(関連論点) [9頁]】

【意見】

前半部分、後半部分いずれについても、検討することに賛成である。但し、現状のような事実上の優先弁済については抑制的に考えるとしても、①金額を制限する、②直接給付を求められる場合を限定する、③相殺できない期間を設ける等の何らかのインセンティブを与えるべきである。

【理由】

確かに、事実上の優先弁済を認める現状が債務者の責任財産の保全という債権者代位権の本来の制度趣旨からかけ離れていることは否めず、見直しが必要かもしれないが、債権者が時間や労力をかけて総債権者のために権利を行使することからすれば、何らかのインセンティブは残すべきである。

(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】

現状のような事実上の優先弁済を否定するならば、被担保債権の債権額の範囲にとどまらず被代位権利の行使ができるものとするのは整合的である。反対に、これまでどおりに事実上の優先減殺を肯定するのであれば、被担保債権の債権額の範囲に限定するのが整合的である。

【理由】

整合性の観点からは、意見とおりに考えるべきである。

(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】

債権者が債務者の財産に干渉できるとすることの根拠と限度についての慎重な配慮の中で、本来型の債権者代位権の行使要件における無資力の要件を緩和することは検討されて良い。

【理由】

そもそも、「無資力」という要件によって本来型の債権者代位権の成否をふるい分ける規律が果たして妥当であるかという問題がある。無資力要件は、一面では狭すぎ、一面では広すぎる可能性がある。

債権者代位権の機能としては、「責任財産の保全」だけでなく、「代位債権者の満足」があるが、特に後者に焦点を当てるときは、無資力では狭すぎる可能性がある。

他方、「無資力」は、語義が定かでなく、定義規定もない。「債務超過」と同義であると解する説もあるが、債務超過でありながらキャッシュフロー的には問題がない個人や法人は、この世にいくらでも存在するので、債務超過のみで債務者の財産に干渉することは正当化できないのではないかという疑義も生じる。そこで、仮に必要性の要件を「債務超過+ α 」と解するならば、その α は何であるかという問題が生じる。このように、検討すべき問題点があるので、債務者の財産に干渉することが何故・どこまで正当化されるのかについての慎重な配慮の中で、本来型の債権者代位権の行使要件における無資力の要件を緩和することは、検討されて良い。

4 転用型の債権者代位権の在り方

(1) 根拠規定の在り方

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

【部会資料7-2第1, 4(1) [15頁]】

【意見】

転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設ける方向で検討すべきである。

【理由】

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の場合、すべてを網羅することができない可能性がある。

(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】

検討することに賛成する。転用が認められる事例を抽出して、どのような要件をたてるのか検討していくべきである。

(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】

検討することには賛成する。

5 要件・効果等に関する規定の明確化等

(1) 被保全債権、被代位権利に関する要件

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

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

【部会資料7-2第1, 5(1) [21頁]】

【意見】

特に反対しない。

【理由】

現行実務と整合的である。

(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】

債務者への通知を一律に要求することには反対である。

【理由】

債務者への通知の効果との関係を含めて慎重に検討する必要がある。

(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】

慎重に検討すべきである。なお、債務者へ通知した場合には、無資力要件が緩和されるなどの配慮を行うことは検討に値するのではないか。

【理由】

債務者へ通知したにもかかわらず、債務者の処分権が制限されないとすると、財産を隠匿されてしまう可能性が否定できない。他方、債務者の処分権が一律に制限されることも行き過ぎの感が否めない。ただ、代位債権者が、債務者へ通知した場合には、一定の優遇をする、具体的には、無資力要件を緩和するなどの配慮を行うことは検討に値するのではないか。

(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】

慎重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。

【部会資料7-2第1, 5(4) [25頁]】

【意見】

事実上の優先弁済を否定するのであれば、費用償還請求権を認め、事実上の優先弁済を肯定するのであれば、費用償還請求権を認めないのが整合的である。

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】

前段部分は、賛成であるが、後段部分は、消極的な方向で検討すべきである。

【理由】

後段部分について、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が認められるというのは、特に事実上の優先弁済を認めない場合には、整合性が保てない。

(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】

賛成である。

(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】

賛成するが、第三債務者には供託するという方法も残すべきである。

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】

賛成する。

(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】

賛成する。

(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】

前段・後段については、いずれも慎重に検討すべきである。

【理由】

債務者へ訴訟告知したにもかかわらず、債務者の処分権が制限されないとすると、訴訟が無意味になる可能性が否定できない。他方、債務者の処分権が一律に制限されることも行き過ぎの感が否めない。

ただ、訴訟告知の結果として、債務者の処分が制限されることについては、うまく説明ができないし、そもそも、第三債務者の弁済禁止効については、仮差押えで対応すべきことである。

- (4) 債権者代位訴訟が提起された後に被代位権利が差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】

前段について、現行判例も考慮に値すると考える（併合審理の上、ともに認容できるが、執行の場面では差押債権者が優先する）。

後段について、判例の立場では、差押えの申立ての取下げにまつわる問題が回避できるし、実務上特段の不都合はないと考える。

- (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】

賛成である。

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】

利用例が乏しいことだけでは廃止すべき理由にならないので、あえて廃止する必要はない。

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】

詐害行為取消権の法的性質に関しては、逸失財産を債務者に返還させることを原則とする判例法理論（折衷説）を前提としつつ、個別的に理論的又は実務的な問題点を克服していく方向で検討すべきである。

【理由】

現行実務と整合的である。

(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】

前段については、検討することに賛成する。後段については、検討することに反対する。

【理由】

給付請求権については、債務名義を先行取得したい債務者の保護や、先行提起の給付訴訟が上訴審に係属している場合の併合困難の観点から義務付けには反対である。優先弁済機能を否定し、債務者を被告にすべきものとするれば、債務名義のない債権者は通常、給付訴訟を併合提起するのであり、それで足りるのではないか。

(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】

検討することに賛成する。

【理由】

このような事案の場合には、判決内容は合一性であることが望ましい。また、複数の債権者の請求が認められた場合、規律がなければ、その後の対応が困難となる。

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】

（前段及び後段について）判例を明文化する方向での検討であるならば、検討することに賛成する。

イ 無資力要件

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

【部会資料7-2第2, 3(1)イ [49頁]】

【意見】

検討することに賛成する。なお、無資力要件の内容については、慎重に検討する必要がある。

(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】

前段・後段（後段のうちの2論点についても）いずれについても、前向きに検討することに賛成する。

イ 財産減少行為

(ア) 相当価格処分行為

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

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

【部会資料7-2第2, 3(2)ウ [59頁]】

【意見】

前向きに検討することに賛成する。

(イ) 同時交換的行為

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

ている（同法第162条第1項柱書の括弧書部分）が、担保権の設定が融資に係る契約と同時に、又はこれに先行してされている場合には、経済的には、担保権の目的物を売却して資金調達をした場合と同様の実態を有すると考えられることから、相当価格処分行為の否認（同法第161条参照）と同様の要件の下で否認することができると思われている。

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】

前向きに検討することに賛成する。

(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。

【部会資料7-2第2, 3(2)オ [61頁] , 同（関連論点） [62頁]】

【意見】

前段・後段いずれについても、無償行為の特質に配慮しつつ、前向きに検討することに賛成する。

ウ 偏頗行為

(7) 債務消滅行為

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

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

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

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

【意見】

③案の方向で、前向きに検討することに賛成する。

【理由】

民法上の詐害行為取消権の要件と破産法上の否認権の要件との整合性を図るべきである。債務消滅行為のうち一部の債権者への弁済について、債権者平等が強調されるべき局面で機能する破産法上の否認権よりも、民法の詐害行為取消権の方が取消対象行為が広い場面があるとの逆転現象が生じるのは妥当でない。

(イ) 既存債務に対する担保供与行為

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

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

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

【部会資料7-2第2, 3(2)イ [57頁]】

【意見】

③案の方向で前向きに検討すべきである。

【理由】

逆転現象が生じる問題があるため、要件の整合性を図るべきである。

詐害行為取消権と否認権との逆転現象が生じたままとすることは不適當である。

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】

前向きに検討することに賛成する。

(3) 転得者に対する詐害行為取消権の要件

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

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

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

【意見】

前向きに検討することに賛成する。

(4) 詐害行為取消訴訟の受継

破産法第45条は、破産債権者又は財団債権者が提起した詐害行為取消訴訟が破産手続開始当時に係属する場合における破産管財人による訴訟手続の

受継について規定している。仮に否認権よりも詐害行為取消権の方が取消しの対象行為の範囲が広い場面があるという現象（逆転現象）が解消されない場合（前記(2)ウ(7(1, (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】

逆転現象は解消されるべきではあるが、仮に現象が残るとすれば破産管財人が詐害行為訴訟のまま手続を続行できる方向で検討すべきである。

【理由】

実務的には適当である。

3 効果に関する規定の見直し

(1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否

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

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

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

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

【意見】

取消債権者が事実上の優先弁済を得ることの当否について、一切の優先弁済を否定することには、反対である。ただし、現在の判例にしたがうと取消対象（不動産か金銭か）により結論が不均衡になることには疑問があり、何らかの解消策を検討すべきである。

ただ、具体的な方法については意見形成には至らなかった。

【理由】

債権者代位権におけるのと同様、債権回収機能を全く否定してしまうと詐害行為取消

権を行使するインセンティブが失われてしまう。ただ、不動産であれば、債務者の元に戻って、一定の範囲で、強制執行などを使って分配することになるにもかかわらず、金銭の場合は、取消債権者の元に戻って、優先弁済になることには違和感がある。特に、偏頗行為の場合、1番目に回収した人より2番目に回収しようとした人が優先される結果については、違和感を覚える。この点は、何らかの配慮が必要なのではないか。

(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】

検討することには賛成する。

債権回収機能（事実上の優先弁済）を肯定する場合には、債権額の範囲でのみしか取り消すことができないとするのが整合的である。

(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・登録をすることができるものであるか、金銭その他の動産であるか、債権であるかなどに応じて、その具体的な回復方法の規定を設けるかどうかを、更に検討してはどうか。

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

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

【意見】

前段・後段いずれも前向きに検討することに賛成する。

(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】

検討することには賛成する。

事実上の優先弁済を認める場合には、費用償還請求権を否定し、事実上の優先弁済を認めない場合には、費用償還請求権を肯定するのが、整合的である。

(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】

判例を明文化することに賛成する。

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、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】

前段・後段いずれについても前向きに検討することに賛成する。

ウ 転得者の反対給付

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

【部会資料7-2第2, 4(6)ウ [86頁]】

【意見】

前向きに検討することに賛成する。

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】

検討することには賛成する。

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。

【意見】

賛成である。

(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】

賛成である。

【理由】

関係当事者の意思表示によっても連帯債務が成立することに異論はなく、国民一般にとってわかりやすい民法にするという改正の指針からすれば、これを条文上明らかにすべきである。

(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項の一般ルール化については、慎重に検討すべきである。

【理由】

問題意識自体は理解できるが、民事取引における一般ルール化が妥当かについては、具体的事例の検討を行うなどさらに慎重に検討すべきである。

イ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等

民法は、連帯債務者の一人について生じた事由の効力が他の連帯債務者

にも及ぶかという点について、相対的効力を原則としつつも（同法第440条）、多くの絶対的効力事由を定めている（同法第434条から第439条まで）。絶対的効力事由が多いことに対しては、債務者の無資力の危険を分散するという人的担保の機能を弱める方向に作用し、通常債権者の意思に反するのではないかという問題が指摘されていることや、共同不法行為者が負担する損害賠償債務（同法第719条）のように、絶対的効力事由に関する一部の規定が適用されないもの（不真正連帯債務）があるとされていること等を踏まえ、絶対的効力事由を見直すかどうかについて、債権者と連帯債務者との間の適切な利害調整に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)イ [8頁]】

【意見】

現行法が定める絶対的効力事由の見直しについては、慎重に検討すべきである。絶対的効力事由を絞り込む必要があるのかどうかを調査した上で、見直しの要否を検討すべきである。

【理由】

現行法が定める絶対的効力事由の見直しについては、そのことによって生じる影響を十分に考慮する必要がある、高度な必要性が認められない限りは、慎重に検討する必要がある。

(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】

慎重に検討すべきである。

【理由】

履行の請求を絶対的効力事由から外さなければならない高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。

また、連帯債務者間に密接な利益共同関係があるような場合に限って、履行の請求の絶対的効力を認めるとすることについても、基準として必ずしも明確ではなく、同じく慎重な検討が必要である。

(イ) 債務の免除（民法第437条）

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

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(イ) [13頁]】

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

求償の循環で不都合があるという意見もあるし、免除の意思内容によって絶対効果相対効果を分けるべきとの意見もあるため。

(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】

慎重に検討すべきである。

【理由】

連帯債務者の一人と債権者との間の更改について、絶対的効力を否定し、相対的効力にとどめなければならない高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。

(エ) 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】

慎重に検討すべきである。

【理由】

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現行法を、あえて改正しなければならないほどの高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。なお、請求に絶対効を認めるならば、

時効の完成についても絶対効を認めた方が整合性があるとの意見もある。

(オ) 他の連帯債務者による相殺権の援用（民法第436条第2項）

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

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

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(オ) [18頁]】

【意見】

学説(有力説)の指摘は理解できるところであるが、判例実務の変更となることから、充分検討すべきである。

【理由】

他人の債権の処分ができることになるのは過大であるとの意見が強かったが、従来の判例の結論を変更することとなるため更なる検討が必要である。

(カ) 破産手続の開始（民法第441条）

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

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(カ) [20頁]】

【意見】

賛成である。

【理由】

特別法たる破産法104条1項が存在することにより、一般法たる民法441条が実際に適用される場面がなく、かつ、破産手続における債権者間の公平について特に民法で定めておく必要もないことからすれば、削除してよいと思われる。

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】

賛成である。

【理由】

国民一般にとってわかりやすい民法にするという改正の指針からすれば、判例が認めるとおり、連帯債務者の一人が自己の負担部分に満たない弁済をした場合であっても、他の連帯債務者に対して割合としての負担部分に応じた求償をすることができることを、条文上も明らかにすべきである。

(4) 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】

賛成である。

【理由】

連帯債務者の一人が、代物弁済や更改後の債務を履行した場合、他の連帯債務者に対して、出資額を限度として、割合としての負担部分に応じた求償をすることができることに異論はなく、国民一般にとってわかりやすい民法にするという改正の指針からすれば、そのことを条文上明らかにすべきである。

(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】

慎重に検討すべきである。

【理由】

他の連帯債務者の存在を認識できない場合というのはあくまで例外的であり、現行法をあえて改正しなければならないほどの高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。

(イ) 事前通知義務（民法第443条第1項）

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

【部会資料8-2第1, 2(2)ウ(イ) [24頁]】

【意見】

事前通知義務を見直すことについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

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づけている現行法を、あえて改正しなければならないほどの高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。

(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ること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(ウ) [26頁]】

【意見】

賛成である。

【理由】

国民一般にとってわかりやすい民法にするという改正の指針からすれば、判例が認めるとおり、負担部分のある連帯債務者がすべて無資力である場合において、負担部分のない複数の連帯債務者のうちの一人が弁済等をしたときは、求償者と他の資力のある者の間で平等に負担をすることというを、条文上も明らかにすべきである。

(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】

そもそも「連帯の免除」という概念が必要かどうかを含めて、慎重に検討すべきである。

【理由】

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の現行法を、あえて改正しなければならないほどの高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。また、「連帯の免除」という概念は、一般国民にとってわかりにくい概念である。

(キ) 負担割合の推定規定

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

【意見】

検討することに賛成する。

(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】

そもそも、連帯債務における絶対的効力事由を絞り込むことに賛成できないので、絞

り込むことを前提とした検討には賛成できない。

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】

賛成である。

【理由】

民法427条が、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することに異論はなく、国民一般にとってわかりやすい民法にするという改正の指針からすれば、そのことを明文化すべきである。

(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】

慎重に検討すべきである。

【理由】

民法429条1項は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一方、同見解に対しては、混同については、同項の存在意義とされる求償の循環の回避が問題となることはなく、同項を類推する必要はない、また、代物弁済については、債権者に満足を与える事由であるからそもそも絶対的効力事由とすべきであり、同項の類推の問題ではない、といった批判もあるところであり、同項が混同や代物弁済の場合にも類推適用されるとすることには異論もあるところであるから、慎重な検討が必要である。

(3) 連帯債権

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

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

【意見】

検討することに反対する。

【理由】

実務で問題となっている事案は少ない。

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】

検討することについては賛成する。

第12 保証債務

1 保証債務の成立

(1) 主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立

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

【部会資料8-2第2, 2(1) [42頁]】

【意見】

積極的な必要性があるかどうかは疑問である。導入する場合は、弊害がないように手当をするべきである。

【理由】

債権者の関与しないところで、保証引受契約をさせるという使われ方がなされ、その結果、情義的保証による被害が増加することが懸念される。

(2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策

保証は、不動産等の物的担保の対象となる財産を持たない債務者が自己の信用を補う手段として、実務上重要な意義を有しているが、他方で、個人の保証人が想定外の多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たないこともあって、より一層の保証人保護の拡充

を求める意見がある。このような事情を踏まえ、保証契約締結の際における保証人保護を拡充する観点から、保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人がその知識や経験に照らして保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりするなどの方策を採用するかどうかについて、保証に限られない一般的な説明義務や情報提供義務（後記第23, 2）との関係や、主債務者の信用情報に関する債権者の守秘義務などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

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

【部会資料8-2第2, 2(2) [44頁]】

【意見】

保証人が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づけたり、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づけたりすることについては、賛成である。

また、この場合の債権者の義務については、これを法的義務とし、説明義務違反があったときは保証人に取消権を付与すべきである。

【理由】

保証料を受領して保証契約を締結する機関保証は格別、その他の保証契約においては、保証人が情実に流されて何らの反対給付を受けることなく、債務のみを負担するにもかかわらず、個人が自己の支払能力を超える保証をした結果、一般財産をすべて失うような事態が数多く生じている。このような実情からすれば、保証を認める場合であっても、保証人保護のための説明（保証責任の重大さや保証責任が追及された場合の効果等）や情報提供が十分なされるべきことは当然である。

(3) 保証契約締結後の保証人保護の在り方

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

【部会資料8-2第2, 2(2)（関連論点） [46頁]】

【意見】

我が国と同じく、多くの人が情実に流されて保証人となり財産を失う事例が問題となった韓国において成立した「保証人保護のための特別法」の規定を参考にすべきである。

【理由】

例えば、同法は、金融機関が債権者として保証契約を締結するときには債務者の同意を得てその債務関連信用情報を保証人に提示することにし、また、主債務者が3か月以上債務を履行しない場合等に債権者が保証人に通知することとするなど、保証人保護を図っている。

我が国においても同様の規定を検討する必要がある。

(4) 保証に関する契約条項の効力を制限する規定

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】

検討することに賛成である。

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】

前段・後段いずれも賛成である。

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】

検討することに反対である。

【理由】

催告の抗弁の制度を廃止することは、保証人保護を後退する方向での変更である一方、催告の抗弁の制度を廃止しなければならないほどの高度な必要性は認められない。

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】

債権者の主債務者の財産に対する適時執行義務については、保証人保護という目的は十分理解できるものの、これを義務として定めるかどうかについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

民法455条は、一定の場合に保証人の責任を免ずる一種の保証人保護のための規定であるところ、適時執行義務は、こうした保証人保護の考え方を推し進め、債権者に主債務者の財産に対して適時に執行する義務を負わせ、これを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合には保証人の責任を一定限度で免ずるとの考え方であり、その目的自体は十分理解できるところである。

しかし、現実の実務を念頭に置くと、「適時」の判断は非常に難しく、要件が不明確であるため、債権者は常に困難な判断を迫られることになる。その結果として、例えば、主債務者の一時的な経済的困窮により支払が数ヶ月間滞った場合でも、債権者が主債務者との交渉に応じず、期限の利益喪失を理由に執行を急ぐような事態にもなりかねない。

また、個人保証の場合、主債務者と保証人が夫婦や親子等である家族間保証も多いのであるから、主債務者に対する執行を促すことが必ずしも保証人保護につながる事例も存在する。

したがって、債権者の義務として適時執行義務を定めるかどうかについては、慎重に検討する必要がある。

(2) 主たる債務者の有する抗弁権（民法第457条）

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

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

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

【意見】

前段については、設問の問題意識には賛成できるところであり、連帯債務について「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か」という問題点と整合性を保ちつつ十分に検討すべきである。

後段については、検討することには賛成する。

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（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】

慎重に検討すべきである。

【理由】

委託を受けた保証人が弁済等によって主債務を消滅させた場合の事後求償権について規定する現行法を、あえて改正しなければならない高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。

(2) 委託を受けた保証人の事前求償権（民法第460条, 第461条等）

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

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

前述のとおり、債権者の主債務者の財産に対する適時執行義務については、保証人保護という目的は十分理解できるものの、義務として定めるかどうかについては慎重に検討する必要がある。民法455条を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ことを前提とした上で、委託を受けた保証人の事前求償権の規定を廃止することについても、同じく慎重に検討する必要がある。

(3) 委託を受けた保証人の通知義務（民法第463条）

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

【意見】

委託を受けた保証人の事前通知義務を見直すことについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

前述のとおり、連帯債務者の事前通知義務を規定する現行法をあえて改正しなければならない高度な必要性は認められず、同じく委託を受けた保証人の事前通知義務についても、慎重な検討が必要である。

(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。

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

委託を受けない保証人の通知義務を廃止しなければならないほどの高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。

5 共同保証—分別の利益

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

【部会資料 8-2 第 2, 6 [60 頁]】

【意見】

反対である。

【理由】

分別の利益を認めず、数人の保証人があるときは各共同保証人が全額について債務を保証する（保証連帯）とすると、保証人保護を後退させるという重大な結果が生じてしまう一方、債権者を保護すべき場面でそもそも保証人が複数存在すること自体があまり想定できないため、これを認める必要性は乏しく、あえて現状を変更する必要はない。

6 連帯保証

(1) 連帯保証制度の在り方

連帯保証人は、催告・検索の抗弁が認められず、また、分別の利益も認められないと解されている点で、連帯保証ではない通常の保証人よりも不利な立場にあり、このような連帯保証制度に対して保証人保護の観点から問題があるという指摘がされている。そこで、連帯保証人の保護を拡充する方策について、例えば、連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証となるとすべきであるなどの意見が示されていることを踏まえて、更に検討してはどうか。

他方、事業者がその経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるとすべきであるとの考え方（後記第 6 2, 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】

連帯保証制度については、廃止も含め、その制度のあり方について十分検討すべきである。

【理由】

保証契約の多くは連帯保証であり、保証人が何らの反対給付を受けることなく、債務のみを負担する契約であることや、個人を保証人とする保証契約(個人保証)の大半は、個人が情実に流されて、断ろうにも断り切れない状況下で締結されているのが実態であること、そして、個人が自己の支払能力を超える保証をした結果、一般財産をすべて失い、経済苦を理由とした悲劇が生まれていることは、それが「連帯」保証であるか否かで違いはない。

したがって、連帯保証制度についても、個人保証と同じく、廃止も含め、その制度のあり方について十分検討する必要がある。

(2) 連帯保証人に生じた事由の効力-履行の請求

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

【部会資料8-2第2, 7(2) [63頁]】

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

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とする現行法を、あえて改正しなければならぬ高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。

7 根保証

(1) 規定の適用範囲の拡大

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

【部会資料8-2第2, 8 [65頁]】

【意見】

賛成である。

(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】

いずれも賛成である。

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。

(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】

いずれも賛成である。

第 13 債権譲渡

1 譲渡禁止特約（民法第 466 条）

(1) 譲渡禁止特約の効力

譲渡禁止特約の効力については、学説上、「物権的」な効力を有するものであり、譲渡禁止特約に違反する債権譲渡が無効であるとする考え方（物権的効力説）が有力である。判例は、この物権的効力説を前提としつつ、必要に応じてこれを修正していると評価されている。この譲渡禁止特約は、債務者にとって、譲渡に伴う事務の煩雑化の回避、過誤払の危険の回避及び相殺の期待の確保という実務上の必要性があると指摘されているが、他方で、今日

では、強い立場の債務者が必ずしも合理的な必要性がないのに利用している場合もあるとの指摘や、譲渡禁止特約の存在が資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となっているとの指摘もされている。

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

【意見】

どちらの見解を採用するかは別にして、検討することには賛成である。

なお、債権譲渡全体につき、改正案を検討する際に、通常 of 債権譲渡と債権譲渡担保との関係を考慮する必要がある。

【理由】

債権譲渡担保の場合と一般の債権譲渡の場合では、考慮するポイントが異なる。

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。

【意見】

検討することに賛成である。内容としては、債務者は、譲受人が、譲渡禁止特約の存在について悪意であったことを主張・立証することにより、譲受人に対して、譲渡禁止特約の効力を対抗することができるとするのが、現在の判例・実務と合致し、適当である。

- ② 譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るかにかかわらず、譲渡禁止特約の存在が、資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となり得るという問題を解消する観点から、債権の流動性の確保が特に要請される一定の種類の債権につき、譲渡禁止特約を常に対抗できないこととするべきかどうかについて、特定の取引類型のみに適用される例外を民法で規定する趣旨であるなら適切ではないとの意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、預金債権のように譲渡禁止特約を対抗することを認める必要性が高い類型の債権に、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。

【意見】

検討に値するか疑問がある。民法ではなく、業法等の特別法に規定すべき事柄ではないか。

【理由】

特定の債権につき、対抗力の有無を定めたいのであれば、特別法において定めれば足る。債権譲渡の一般原則を定める民法において規定する必要はないと思われる。

- 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】

立法により明確化すること自体に反対はしない。ただし、どのような結論とするかには検討が必要である。

【理由】

明文化すること自体はかまわない。

(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】

判例を明文化するのであれば賛成であるが、判例と異なる見解を採用することには反対である。

イ 債務者の承諾があった場合

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

【部会資料9-2第1, 2(2)イ [8頁]】

【意見】

判例の明文化であるから、賛成である。

ウ 譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合

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

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

【部会資料9-2第1, 2(2)ウ [8頁]】

【意見】

そもそも一般法である民法で規定する必要があるか、倒産法で定めるべき領域なのではないかとの疑問がある。

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】

検討に値する。

(3) 譲渡禁止特約付債権の差押え・転付命令による債権の移転

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

【部会資料9-2第1, 2(3) [9頁]】

【意見】

特に反対しない。

2 債権譲渡の対抗要件（民法第467条）

(1) 総論及び第三者対抗要件の見直し

債権譲渡の対抗要件制度については、債務者が債権譲渡通知や承諾の有無について回答しなければ制度が機能せず、また、競合する債権譲渡の優劣について債務者に困難な判断を強いるものであるために、債務者に過大な不利益を負わせていることのほか、確定日付が限定的な機能しか果たしていないこと等の民法上の対抗要件制度の問題点が指摘されている。また、動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律（以下「特例法」という。）と民法による対抗要件制度が並存していることによる煩雑さ等の

問題点も指摘されている。これらの問題点の指摘を踏まえて、債権譲渡の対抗要件制度を見直すべきかどうかについて、更に検討してはどうか。

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

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

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

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

【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】

全ての案につき検討すること自体は構わない。ただ、債権譲渡の第三者対抗要件を登記に一元化する案、確定日付ある譲渡契約書等の新たな制度を設ける案はいずれも妥当でなく、現行法の二元的な対抗要件制度を基本的に維持するべきである(C案に賛成)。

【理由】

A案については、法人についての現在の債権譲渡登記も、一見して明らかなものではなく、SFCGの事案では現実に登記を行っていても二重譲渡は生じており、登記に一元化する案をとって登記にしても、問題が解決するわけではない。

また、少額の債権について登記を経るというのはあまりに煩瑣であり、コスト面で極めて疑問がある。

さらに、ゴルフ会員権等の金銭債権と非金銭債権の併存した債権について登記では対応できない。

B案については、債務者をインフォメーション・センターとしないのであれば、二重譲渡につき譲渡人に確認するしかないが、二重譲渡を行う譲渡人が正直に答えるはずがなく、公示機能が不十分なものになる。

A案B案双方について、債権差押との対抗が生じた場合、差押については依然として

債務者がインフォメーション・センターになることにも留意する必要がある。

また、A案B案ともに、資金調達の便宜のために債務者を債権譲渡から排除した方がよいという価値判断が前提となっているように思われるが、債務者の認識可能性に留意すべきである。

(2) 債務者対抗要件（権利行使要件）の見直し

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

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

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

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

【意見】

債務者の承諾は、対債務者対抗要件として残すべきである。

【理由】

債務者の承諾を対債務者対抗要件から外す立場の理由としては、「債権譲渡の当事者である譲渡人と譲受人が、債務者との関係では引き続き譲渡人を債権者とすることを意図しあえて通知しない場合でも、意図に反し債務者が譲受人に弁済する事態が生じうる

のが不都合である」とされるが、そもそも問題提起の理由、なぜ債務者の承諾が不都合なのかという理由付が理解できない。

また、このような場合、債務者は債権譲渡に気付かないであろうから、不都合な状態は生じないと思われる。

(3) 対抗要件概念の整理

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

【部会資料9-2第1, 3(2) (関連論点) 1 [23頁]】

【意見】

賛成である。

【理由】

民法467条の1項と2項の関係を明確化することは望ましい。

(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】

前段・後段いずれの提案についても賛成である。

同時到達の場合等の判例法理を明文化することに特段異議はない。

但し、同時到達の場合、第三者対抗要件具備の先後不明の場合、譲受人がいずれも債務者対抗要件のみ具備している(第三者対抗要件は具備していない)場合などについて、一般人に正確な判断を求めるのは困難であるから、供託のできる範囲を拡大し、利便性を図るべきである。

イ 譲受人間の関係

複数の譲受人が第三者対抗要件を同時に具備した場合や、譲受人がいずれも債務者対抗要件を具備しているが第三者対抗要件を具備していない場

合において、ある譲受人が債権全額の弁済を受領したときは、ほかの譲受人によるその受領額の分配請求の可否が問題となり得るが、現在の判例・学説上、この点は明らかではない。そこで、これを立法により解決するために、分配請求を可能とする旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 3(3) (関連論点) 2 [27頁]】

【意見】

現段階で立法の必要性があるかどうかについて疑問はあるが、検討に値することである。もっとも、検討する場合には、債務者に供託義務を課するという案も考慮されたい。

ウ 債権差押えとの競合の場合の規律の必要性

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

【部会資料9-2第1, 3(3) (関連論点) 3 [27頁]】

【意見】

判例の明文化であり、賛成である。

3 抗弁の切断（民法第468条）

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

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

また、その場合における特則として、債務者が一方的に不利益を被ることを防止する観点から、例えば、書面によらない抗弁の放棄の意思表示を無効とす

る旨の規定の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 4 [27頁], 同(関連論点) 1 [29頁]】

【意見】

異議をとどめない承諾の制度を廃止する方向で検討することに賛成である。抗弁の放棄については濫用のおそれがないよう適切に規律する方向で検討すべきであり、そのための方策の一つとして抗弁の放棄の意思表示は書面によるものとするべきことを検討することについても賛成する。

4 将来債権譲渡

(1) 将来債権の譲渡が認められる旨の規定の要否

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

【部会資料9-2第1, 5(1) [31頁]】

【意見】

明文の規定を設ける方法については賛成である。ただし、後記(2)(3)については十分な検討が必要である。

(2) 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界

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

【部会資料9-2第1, 5(1) (関連論点) [32頁]】

【意見】

検討すること自体は構わないが、実務的に意義ある基準を見出すのは困難ではないか。

【理由】

判例は特定の場合（保険診療報酬債権）につき判断したものであるし、考慮要素が

多岐にわたるため、一般的に規定するのは困難ではないか。

(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】

考え方自体には反対はしないが、範囲の明文化にあたっては、慎重に検討をするべきである。

【理由】

提案の考え方自体は首肯できるが、法制審議会での具体的提案内容を検討しても、範囲の明確化は容易ではないと思われる。倒産法等の関連する法律の改正も含め、十分に、慎重に検討をする必要がある。

第14 証券的債権に関する規定

特に意見なし。

第15 債務引受

1 総論（債務引受に関する規定の要否）

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

【部会資料9-2第3, 1 [55頁]】

【意見】

債務引受について、明文の規定を置くことについては、賛成する。

明文化する場合には、保証など他の制度との関係や整合性に十分注意を払うべきである。

【理由】

債務引受は実務で多く利用されている一般的な類型となっていることから、明文の規定をおくべきである。明文化するにあたっては、たとえば、併存的債務引受は保証と同様の機能を果たしているなど、債務引受は他の制度とも深く関わっていることから、それらの他の制度との関係や、整合性に十分注意する必要がある。

2 併存的債務引受

(1) 併存的債務引受の要件

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

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

【部会資料9－2第3，2(1) [57頁]】

【意見】

併存的債務引受について規定を設けることには反対しない。
要件については、判例・通説にそってまとめるべきである。

(2) 併存的債務引受の効果

併存的債務引受の効果については、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】

連帯債務又は不真性連帯債務の一般的規律との異同に留意しながら、検討されるべきである。

(3) 併存的債務引受と保証との関係

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

【部会資料9-2第3, 2(2) (関連論点) [60頁]】

【意見】

賛成である。ただし、保証人保護のための規定が潜脱されうることは、連帯債務や損害担保契約においても生じうるので、併存的債務引受だけの問題でないことに留意すべきである。

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】

検討すること自体は賛成である。

(2) 免責的債務引受の効果

免責的債務引受の効果については、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】

明文化については特に反対しないが、規定の内容については検討の必要がある。

なお、求償権については、求償されるのであれば、免責ではないのではないかとの意見が出された。

4 その他

(1) 将来債務引受に関する規定の要否

将来債務の債務引受が有効であることやその要件に関する明文の規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【意見】

明文規定を設ける必要性を感じない。

(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】

特に規定を設ける必要性は感じられないが、履行引受が存在することは明らかであるので定義規定を置く程度の検討ことは考えられる。

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

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

【意見】

いたずらに問題を先取りして立法化すべきでなく、規定を置く必要はない。

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】

契約上の地位の移転については、明文の規定を置くべきである。

【理由】

契約上の地位の移転は、独自の意義を有するものであるから、別個に明文の規定を置くべきである。もっとも、多様な契約類型を想定しつつ明確に定式化することは困難であるから、その位置づけを確認する程度のものでよいのではないか。

また、転籍などの労働問題については、労働契約法などにより調整を図ればよい。

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】

二者間の合意によって契約上の地位の移転を認めることについては、賃貸人の地位の移転のように周知のものを除くと、これを認めるべき必要性がどこにあるのかが定かでない。これについて今後検討するにしても、その社会的必要性が具体的に明らかになるようにしていただきたい。そのうえで検討がなされる必要があると考える。なお、中間的論点整理においては、これに以外にも、二者による三者間関係の構築を認める条文の新設が論点として取り上げられているが(第12の1項, 第15の3項, 第17の2項, 第26の1項), これらについても同様のことが言える。

3 契約上の地位の移転の効果等

契約上の地位の移転により、契約当事者の一方の地位が包括的に承継される

ことから、当該契約に基づく債権債務のほか、解除権、取消権等の形成権も譲受人に移転することになるが、契約上の地位の移転についての規定を設ける場合には、このほかの効果等として、①既発生 of 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】

特に意見はない。

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】

対抗要件制度を創設する必要はない。

【理由】

契約上の地位の移転は三者間の合意によるべきであり、そうすると、二重譲渡の問題は起こりにくい。

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】

概念を整理し、基本的ルールを条文上明確にすることには賛成する。

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】

検討自体には賛成であるが、規定のあり方については慎重な検討が必要である。

【理由】

概念の整理には資するが、同一要件としても問題が生じないか十分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(1)）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】

債務者の意思に反する利害関係を有しない第三者による弁済の効力については、現行法を維持し、絶対的無効と考えるべきである。

【理由】

弁済を有効とすると、支払義務がないことにつき悪意の債権者の取立により、支払義務があるものと誤信した第三者が弁済してしまった場合に、債権者に対し、不法行為等しか請求できなくなり、不都合である。支払義務のない第三者に対して取立が行われる危険があり到底賛成できない。

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】

規定を削除することに賛成である。

【理由】

適用範囲が狭く、制限能力者の保護を制限する規定であると思われることから、規定の存在意義が乏しい。

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】

特に反対しない。

【理由】

代理受領は実務上広く用いられているから明文の規定を置いてよい。

(2) 債権の準占有者に対する弁済（民法第478条）

ア 「債権の準占有者」概念の見直し

民法第478条の「債権の準占有者」という要件については、用語として分かりにくい上、財産権の準占有に関する同法第205条の解釈との整合性にも問題があると指摘されていることを踏まえて、同法第478条の適用範囲が明らかになるように「債権の準占有者」という要件の規定ぶりを見直す方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 5(2)ア [7頁]】

【意見】

「債権の準占有者」との用語を見直すことに賛成である。

【理由】

「債権の準占有者」との用語は意味が分かりにくく、適用範囲も必ずしも明確とはいえないから、見直しを検討することには賛成できる。

イ 善意無過失要件の見直し

民法第478条の善意無過失の要件に関して、通帳機械払方式による払戻しの事案において、払戻し時における過失の有無のみならず、機械払システムの設置管理についての過失の有無をも考慮して判断した判例法理を踏まえ、善意無過失という文言を見直す方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 5(2)イ [8頁]】

【意見】

判例法理を条文上読み取りやすくするための文言見直しであるならば反対しない。

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】

慎重な検討を要する（意見集約に至らず）。

【理由】

偽造・盗難カード預貯金者保護法との均衡で真の債権者の帰責事由を要件とすべきとの考え方も、外観への信頼を保護する必要性が高いとして要件とすべきでないとする考え方もあり、集約には至らなかった。いずれにしても、極めて実務に影響の大きな問題点であるから慎重に検討すべきである。

エ 民法第478条の適用範囲の拡張の要否

判例が、弁済以外の行為であっても実質的に弁済と同視することができるものについて、民法第478条の適用又は類推適用により救済を図っていることを踏まえて、同条の適用範囲を弁済以外の行為にも拡張することについて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 5(2) (関連論点) [10頁]】

【意見】

適用範囲の拡張には反対である。

【理由】

一般的に適用範囲を拡張するよりも、類推適用により具体的事案に応じた処理をはかることが望ましい。

(3) 受取証書の持参人に対する弁済（民法第480条）

受取証書の持参人に対する弁済に限って特別な規律を設ける必要性が乏しいとの指摘がある。そこで、免責証券の規定を設けることの要否（前記第14, 4）に関する検討にも留意しつつ、民法第480条の規定を廃止する方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 5(3) [11頁]】

【意見】

特に反対しない。

【理由】

特別な規定を存続させる合理性に乏しい。

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】

検討自体は反対しない。

【理由】

諾成的代物弁済の有効性や代物弁済の効果を明確にすることは望ましいことである。

(2) 第三者による代物弁済の可否

代物弁済にも民法第474条が類推適用され、同条の要件を充足する限り債務者以外の第三者も代物弁済をすることができることを、条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 6(関連論点)2[13頁]】

【意見】

特に反対しない。

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】

積極的に反対しないが、充分検討すべきである。

【理由】

存在意義に乏しいと思われるが、原則論を示すなど、全く不要であるとも言い切れない。また、契約責任説と矛盾しない解釈もとりうるので、削除することについては充分な検討が必要である。

(2) 弁済をすべき場所、時間等に関する規定（民法第484条）

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

また、民法に事業者概念を取り入れる場合に、契約当事者の一方が事業者である場合の特則として、商法第516条を参照しつつ、債権者が事業者であるときには、特定物の引渡し以外の債務の履行は債権者の現在の営業所（営業所がないときは住所）においてすべきであるとの考え方（後記第62, 3(2)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】

検討することには賛成である。

【理由】

国民生活の実態を踏まえた時間の見直しや、商法との関係の整理が必要である。

(3) 受取証書・債権証書の取扱い（民法第486条, 第487条）

受取証書の交付と債務の履行とは同時履行の関係にあるのに対して、債権証書の返還との関係では債務の履行が先履行であるという解釈を条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 7(3) [16頁]】

【意見】

特に反対しない。

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]】

【意見】

弁済の充当に関する規律の明確化を検討すること自体には賛成できるので、①については、規律の見直しをすることには反対しない。

②③については、他の法領域における検討が必要であり、検討することについて反対である。

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】

弁済の提供の効果と受領遅滞の規定の整合性を図りつつ条文上明確化する方向性には賛同できるので、特に反対しない。

(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】

合理的な判例法理の明文化であり特に反対しない。

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】

弁済供託は実務上重要であり、弁済供託の要件・効果を条文上明らかにすることは望ましいので、弁済供託の要件・効果を条文上明らかにする方向で規定を見直すことには、賛成である。

(2) 自助売却の要件の拡張

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

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

【意見】

特に意見はない。

10 弁済による代位（民法第499条から第504条まで）

(1) 任意代位の見直し

任意代位の制度に対しては、第三者による弁済を制限している同法第474条第2項との整合性を欠くという問題が指摘されているほか、債権者の承諾が要件とされている結果、債権者が任意代位を承諾しない場合には、債権

者は弁済を受領しつつ弁済者には代位が認められなくなるという問題が指摘されている。これらの指摘を踏まえ、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】

特に意見はない。

(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】

反対である。

【理由】

従来判例を覆すものであるところ、その理由がない。

原債権の消滅を認めたとしても、法律関係の複雑化を回避することはできない（原債権の消滅を認める見解も、「原債権の効力として認められた権利の行使を認める」として、原債権と同様の権利を観念するとしている）。

イ 法定代位者相互間の関係に関する規定の明確化

民法第501条は、第1号から第6号までにおいて法定代位者相互間の

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

【意見】

条文上明らかでない点を明確化する方向で検討すること反対しない。

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もの

【意見】

判例法理の明確化であり、特に反対しない。

- (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】

判例法理の明確化であり、特に反対しない。

- (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】

特に意見はない。

イ 連帯債務の一部が履行された場合における債権者の原債権と一部履行をした連帯債務者の求償権との関係

連帯債務の一部を履行した連帯債務者は、ほかの連帯債務者に対して求償権を取得するとともに、一部弁済による代位によって、原債権及びその担保権を行使し得ることになる（求償権並びに代位によって取得した原債権及びその担保権を「求償権等」と総称する。）が、この場合に連帯債務の一部を履行した連帯債務者が取得する求償権は、債権者の有する原債権に劣後し、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、当該連帯債務者は求償権等を行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。

ウ 保証債務の一部を履行した場合における債権者の原債権と保証人の求償権の関係

保証債務の一部を履行することにより、保証人は、求償権を取得するとともに、一部弁済による代位によって、原債権及びその担保権を行使し得ることになる（求償権並びに代位によって取得した原債権及びその担保権を「求償権等」と総称する。）が、この場合に保証人が取得する求償権は、債権者の有する原債権に劣後し、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、保証人は求償権等を行行使することができないことを条文上明確にするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第1, 11(4) (関連論点) [36頁]】

【意見】

特に反対しない。

(4) 債権者の義務

ア 債権者の義務の明確化

弁済による代位に関連する債権者の義務として、解釈上、①不動産担保

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

また、②の担保保存義務に関し、合理的な理由がある場合には債権者が担保保存義務違反を問われた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】

特に反対しない。

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】

合理的な判例法理の明文化であり特に反対しない。

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】

判例・学説上異論のない部分について条文上明確にすることには、賛成である。

(2) 第三者による相殺

自己の債権で他人の債務を消滅させるという第三者による相殺（下図のBが甲債権を自働債権，乙債権を受働債権としてする相殺）についても，その者が「弁済をするについて正当な利益を有する者」である場合には認められる旨の明文の規定を設けるべきであるという考え方がある。このような考え方については，第三者による相殺が認められることによって，①Bが無資力のAから事実上の優先弁済を受け，B以外のAの債権者の利益が害されるという問題や，②Aが無資力のBに対して反対債権を有する場合に，Bが甲債権をあえて乙債権と相殺することを認めると，AのBとの相殺の期待が害されるという問題のように，弁済と相殺との問題状況の違いに応じて，その要件を第三者による弁済の場合よりも制限する必要があるという指摘があることにも留意しつつ，更に検討してはどうか。

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

【部会資料10-2第2, 2(2) [41頁]】

【意見】

第三者による相殺については，認めること自体に慎重な検討が必要である。

【理由】

第三者による相殺は，第三者による弁済と同視できる場合もあるが，弁済と相殺では事情が異なるという面もある。

また，自働債権の債務者が無資力であった場合には，その債権の価値は券面額を下回っているから，これを自働債権とする相殺を認めると，不当な結果になる。さらに，倒産手続においても同様の問題が生じ得ることから，倒産手続も視野に入れて検討する必要がある。肯定する場合の第三者として，物上保証人や第三取得者はよいとしても，それ以外にどこまで広げてよいのか慎重な検討が必要である。

(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】

条文上明確化されることは望ましいので、検討自体には賛成である。

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】

相殺の遡及効の見直しには、反対である。

【理由】

銀行の預金債務（事業者が負担する債務）と貸付金債権（消費者が負担する債務）のように利率に差がある債権債務を考えると、相殺の時期が遅れることによって利息の差額が増大することになるのは不当である。当事者間の公平の見地から、遡及効を認めるべきである。民法施行以来続いてきた相殺の遡及効を見直す必要性が果たしてあるのか。相殺の遡及効を否定する改正検討委員会の提言は、近時の諸外国の立法例を採り入れようという机上の考えに基づくものではないのかとの疑問もある。見直しの必要性の要否について各方面の実務家の意見を十分聴取すべきである。

(2) 時効消滅した債権を自働債権とする相殺（民法第508条）の見直し

民法第508条を見直し、時効期間が満了した債権の債務者に、時効援用の機会を確保するという視点から、①債権者Aは、時効期間の経過した自らの債権の債務者Bが時効を援用する前に、当該債権を自働債権として相殺の意思表示をすることができるが、②その場合も、債務者Bは、Aによる相殺の意思表示後の一定の期間内に限り、時効を援用することができるものとするという考え方がある。このような考え方の当否について、債務者の相殺の期待を保護すべきであるとの意見や、時効制度の見直しの検討結果を踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第2, 3（関連論点）1 [45頁]】

【意見】

規定の見直しに反対である。

【理由】

債務者の相殺への期待を保護すべきである。

(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】

相殺に遡及効を認める立場を前提にして、判例法理を明記することに反対しない。

3 不法行為債権を受働債権とする相殺（民法第509条）

不法行為債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第509条）については、相殺による簡易な決済が過剰に制限されている等の問題意識から、相殺禁止の範囲を限定するかどうかについて、被害者の保護に欠けるおそれがあるとの指摘や当事者双方の保険金請求が認められている保険実務への影響等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

仮に相殺禁止の範囲を限定するとした場合には、以下のような具体案について、更に検討してはどうか。

〔A案〕民法509条を維持した上で、当事者双方の過失によって生じた同一の事故によって、双方の財産権が侵害されたときに限り、相殺を認めるという考え方

〔B案〕民法509条を削除し、以下のいずれかの債権を受働債権とする場合に限り、相殺を禁止するという考え方

- (1) 債務者が債権者に損害を生ぜしめることを意図してした不法行為に基づく損害賠償請求権
- (2) 債務者が債権者に損害を生ぜしめることを意図して債務を履行しなかったことに基づく損害賠償請求権
- (3) 生命又は身体の侵害があったことに基づく損害賠償請求権（(1)及び(2)を除く。）

【部会資料10-2第2, 4 [48頁]】

【意見】

検討自体には反対しない。

【理由】

現行法の規定で特に問題は生じていないと考えられる（同一事故による損害賠償請求は、それぞれ支払うことで処理されており、問題を生じていない。また、相殺の必要があれば、合意相殺によって処理できる。）ので、あえて改正する必要性はないのではないか。ただし、債務不履行に基づいて発生した債権を受働債権とする相殺の可否については、現行法上見解が対立しており、それを明確にすることには意味があると思われる。

4 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止（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】

受働債権が差押えを受けた場合に第三債務者の相殺を認めるための要件と、受働債権及び自働債権の弁済期については、無制限説が相当である。ただ、これを条文上明らかにするかどうかは慎重に検討する必要がある。

【理由】

受働債権の弁済期が到来しているのに、その履行を拒み、自働債権の弁済期の到来を待って相殺することを認めるのは相当でないという制限説の説くところは、理論的には首肯できる。

しかしながら、前記の最高裁判決が出てから40年近く経過し、その間、無制限説を前提とした実務の積み重ねがなされてきた。これを今更もとに戻す理由があるのか非常に疑問である。自働債権が金融機関の有する貸付金債権であり、金融機関が借主から返済の延長を求められた場合、延長に応じると、無制限説では相殺できるのに、制限説では相殺できなくなる。

制限説が採用されると、金融機関は期限の延長に消極的になり、金融の円滑化が阻害されるというような懸念もあり得る。

(2) 債権譲渡と相殺の抗弁

債権の譲受人に対して債務者が相殺の抗弁を主張するための要件について、法定相殺と差押えに関する規律（上記(1)）に従うことを条文上明確にするかどうかについては、法定相殺と差押え、譲渡禁止特約の効力及び転付命令と相殺との関係に関する検討結果を踏まえて、債権譲渡取引に与える影響にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第2, 5(1)（関連論点）1 [54頁]】

【意見】

判例法理を妨げない方向で検討することには反対しない。

【理由】

債権取引の安全という差押とは異なる利益状況があることから、法定相殺と差押えの判例法理をこの場面で一般化することには慎重であるべきだが、検討すること自体に反対する理由は無い。

(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】

慎重に検討すべきである。

【理由】

前段のような例外的場面についてあえて規定を設ける必要はなく、相殺権の濫用などによる対処が望ましい。

後段については、支払い不能の概念を民法に取り込むことによって新たに理論的整合性の問題は生じないのか、この場合も相殺権の濫用で足りるのではないかという疑問がある。

(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】

相殺予約の効力を第三者である差押債権者等に対抗するための要件について、相殺予約が差押債権者等に対抗できることを一律に認める考え方によるべきである。なお、相殺予約の用語・概念の整理も必要である。

【理由】

前記判例(最高裁昭和45年6月24日大法廷判決)の立場であり実務になじむ。

一般に相殺予約と呼ばれているものは、停止条件付相殺の合意の性質を有していると思われることから、用語・概念をわかりやすく整理すべきである。

5 相殺権の濫用

個別的な相殺禁止の規定に抵触するわけではないが、一般債権者との関係で公平の理念に反する等の場合に、権利濫用の法理により相殺が認められないとされる場合がある（相殺権の濫用）。このような場合があること及びその要件に関する明文の規定を設けることの当否について、特に自働債権の取得時期との関係で相殺権の濫用の問題が生じるということに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10-2第2, 6 [61頁]】

【意見】

一般的な規定を置くことには賛成である。

【理由】

相殺権の濫用が認められることに異論はないが、詳細な規定を置くことによってかえって問題が生じる可能性もある。

第19 更改

特に意見はない。

第20 免除及び混同

特に意見はない。

第21 新たな債権消滅原因に関する法的概念（決済手法の高度化・複雑化への民法上の対応）

1 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定の要否

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

民法典に規定する必要はない。

【理由】

明文規定がないことによる不都合は特に感じられない。明文化するとしても特別法によるべきである。

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】

前記1のような新たな法的概念に関する規定を設ける必要がない。

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】

特に反対しない。ただし、契約自由の原則を規定するのであれば、その限界や制約原理（強行規定、公序良俗等）を意識する必要がある。

【理由】

契約自由の原則は一般に認められており、明示することに問題はない。ただし、契約自由の原則が一人歩きしないように限界や制約原理についても意識する必要がある。

2 契約の成立に関する一般的規定

契約の成立について、民法は申込みと承諾を中心に規律を設けているが、申込みと承諾に分析できない合意による契約の成立もあり得るなどとして、契約の成立一般に関するルールが必要であるという考え方がある。このような契約

の成立に関する一般的規定を設けるかどうかについて、成立要件と効力要件との関係にも留意しながら、規定内容を含めて更に検討してはどうか。

契約の成立に関する一般的規定を設けることとする場合の規定内容については、例えば、契約の核心的部分（中心的部分、本質的部分）についての合意が必要であるという考え方があるが、このような考え方によれば、契約の成否と当事者の認識が食い違いかねないとの指摘もある。そこで、このような考え方の当否について、契約の核心的部分（中心的部分、本質的部分）の範囲を判断する基準（客観的に決まるか、当事者の意思や認識に即して決まるか。）にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料1 1-2第1, 3 [4頁]】

【意見】

特に反対しないが、慎重な検討を要する。

【理由】

多種多様な契約について、通則的な規定を設けることができるかという技術的な問題、できるとしてその必要があるか、規定を設ける場合、何をもって契約の成立とするかによって不都合が生じないか、規定を設けるとして何をもって契約が成立すると規定するのか等、様々な点について議論の余地がある。

3 原始的に不能な契約の効力

原始的に不能な契約の効力については、民法上規定がなく、学説上も見解が分かれていることから、明確ではない。この点について、契約はそれに基づく債務の履行が原始的に不能であることのみを理由として無効とはならないという立場から、その旨を条文上明記するとともに、この規定が任意規定であることを併せて明らかにすべきであるとの考え方が示されている。このような考え方の当否について、原則として無効とはならないという規律は当事者の通常の意味や常識的な理解に反するとの指摘などがあることも踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料1 1-2第1, 4 [7頁]】

【意見】

条文上契約の効力を明確にすることは賛成であり、有効説を採用すべきである。ただし、有効説を採る場合、判例理論の見直しも生じるし、危険負担、売主の瑕疵担保責任等にも影響する問題であり、理論的整合性が保たれるよう慎重に検討されるべきである。

【理由】

履行不能の原因が生じたのが契約締結の直前か直後かにより、債務者に債務不履行責任が生ずるかどうか左右されることの妥当性には疑問があり、有効と解すべきであるが、そうすると、従来の判例理論を変更することになること、危険負担や売主

の瑕疵担保責任等多数の問題点に影響することから、理論的整合性に十分な注意が払われるべきである。

4 債権債務関係における信義則の具体化

債権債務関係においては、当事者は相手方に対し、民法第1条第2項の信義則の現れとして、債権債務の内容や性質等に応じて、本来的な給付義務に付随する義務（例えば、契約目的を実現するために信義則に従って行動する義務や、相手方の生命・財産等の利益を保護するために信義則に従って行動する義務）や弁済の受領に際しての協力義務などを負うことがあるとされている。このことは従来からも判例上認められていることから、これらの義務の法的根拠となる規定として、債権債務関係における信義則を具体化した規定を設けるべきであるとの考え方がある。他方、付随義務等の内容は個別の事案に応じて様々であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘や、特定の場面についてのみ信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などもある。そこで、債権債務関係における信義則を具体化するという上記の考え方の当否について、具体的な規定の内容を含め、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第1, 5 [10頁]】

【意見】

賛成である。具体的事案における信義則上の義務の認定にあたって考慮すべき要素（例えば、契約の性質、当事者の属性等）を例示することも検討されるべきである。

【理由】

現行民法1条2項のみでは、具体的事案における信義則上の義務の具体的内容が導き出しにくく、確立された判例理論を踏まえた明文規定を置くことが望まれる。但し、汎用的な義務規定が置かれることにより、本来義務を課せられるべきでない者が義務を負うことにならないよう配慮すべきである。

第23 契約交渉段階

1 契約交渉の不当破棄

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

あることから、契約交渉の不当破棄に関する規定を設けるという上記の考え方の当否について、規定の具体的な内容を含めて、更に検討してはどうか。

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

【部会資料1 1-2第2, 2 [11頁]】

【意見】

契約交渉を不当に破棄した者の損害賠償責任について、判例理論を踏まえた明文規定を設けることには賛成であるが、その要件を定めるにあたっては、契約しない自由を不当に抑制するものとならぬよう配慮すべきである。

【理由】

契約準備段階における過失の理論（「契約準備段階にある当事者は、信義則の支配する緊密な関係に立ち、相互に相手方を害しないよう行動すべき信義則上の義務を負う」）を明文化するにあたり、契約が締結されなかった場合においても、交渉当事者が責任を負うべき場合があることを条文上明らかにすることは、有意であると考えられる。

その規定の仕方については、契約準備段階の当事者が負う信義則上の具体的義務（例えば、契約の成立に向けて誠実に交渉すべき義務、契約する意思がないにも関わらず相手方の契約成立に対する信頼を惹起して不測の損害を被らせないようにする義務など）を定める方法や、損害賠償義務を負う場合の要件・効果を定める方法等が検討される場所であるが、いずれにしても、当該条項は、契約自由の原則（契約しない自由）の例外規定となるため、契約しない自由に対する過度の制約として機能することが懸念される。特に、消費者契約では、契約交渉がもっぱら事業者のペースで進められ、消費者が交渉打ち切りを言い出せず、外形上、契約交渉が継続されるケースもありうる。そのような場合に、消費者が不当破棄の責任を問われることを恐れて、意に添わぬ契約を締結してしまう虞もある。よって、契約交渉の不当破棄に関する条項を定めるにあたっては、不当な交渉破棄とそうでない交渉破棄とを峻別しうる合理的な要件を定立することが検討されるべきである。

2 契約締結過程における説明義務・情報提供義務

契約を締結するに際して必要な情報は各当事者が自ら収集するのが原則であるが、当事者間に情報量・情報処理能力等の格差がある場合などには当事者の一方が他方に対して契約締結過程における信義則上の説明義務・情報提供義務を負うことがあるとされており、このことは従来からも判例上認められている。そこで、このような説明義務・情報提供義務に関する規定を設けるべきである

との考え方があるが、これに対しては、説明義務等の存否や内容は個別の事案に応じて様々であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘、濫用のおそれがあるとの指摘、特定の場面について信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などもある。そこで、説明義務・情報提供義務に関する規定を設けるという上記の考え方の当否について、規定の具体的な内容を含めて更に検討してはどうか。

説明義務・情報提供義務に関する規定を設ける場合の規定内容を検討するに当たっては、説明義務等の対象となる事項、説明義務等の存否を判断するために考慮すべき事情（契約の内容や当事者の属性等）などが問題になると考えられる。また、説明義務・情報提供義務違反の効果については、損害賠償のほか相手方が契約を解消することができるかどうかも問題になり得るが、この点については意思表示に関する規定（特に後記第30、4及び5参照）との関係などにも留意する必要がある。これらについて、説明のコストの増加など取引実務に与える影響などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第2、3[15頁]】

【意見】

判例理論で確立された信義則上の義務としての説明義務・情報提供義務を明文で定めることについて賛成であるが、規定の仕方については検討を要する。

【理由】

いかなる者が、いかなる事項についての説明・情報提供を行うべきかをどのように規定するかは一義的でない。また、当事者の属性等に照らして、説明義務、情報提供義務を課するのが適当でない場合もありうる（たとえば、消費者側の告知義務違反が問題にされるなど）。

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11-2第2, 4 [18頁]】

【意見】

新たに明文規定を設けることについて、規定内容を含めて検討することに賛成である。

【理由】

たとえば、クレジット契約における販売店などのような独立的関与者の責任を信販会社に負わせるためには、現在の不法行為法制(使用者責任)では不十分であるため、新たに規定を設ける必要がある。

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】

見直すことについては賛成する。

【理由】

現行法には、発信から到達まで相当な時間を要することを前提とした規定(発信後の死亡等)があり、現代的状況にマッチしているかの検証が必要である。

2 申込み及び承諾の概念

(1) 定義規定の要否

民法上、申込みと承諾の意義は規定されていないが、申込みと承諾に関する一連の規定を設ける前提として、これらの概念の意義を条文上明記するものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

申込みと承諾の意義を条文上明記する場合の規定内容については、学説上、申込みはこれを了承する旨の応答があるだけで契約を成立させるに足りる程度に内容が確定していなければならないとされ、承諾は申込みを応諾して申込みどおりの契約を締結する旨の意思表示であるとされていることなどを踏まえ、更に検討してはどうか。

【意見】

文言の意義を条文上明確にすることには、特に反対しない。

(2) 申込みの推定規定の要否

申込みと申込みの誘引の区別が不明瞭である場合があることから、店頭における商品の陳列、商品目録の送付などの一定の行為を申込みと推定する旨の規定を設けるべきであるとの考え方がある。例えば、民法に事業者概念を取り入れる場合に、事業者が事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示し、提示された事項によって契約内容を確定することができるときは、当該提示行為を申込みと推定するという考え方が示されている（後記第62, 3(2)②）。これに対しては、応諾をした者が反社会的勢力である場合など、これらの行為をした者が応諾を拒絶することに合理的な理由がある場合もあり、拒絶の余地がないとすると取引実務を混乱させるおそれがあるとの指摘もある。そこで、このような指摘も踏まえ、申込みの推定規定を設けるという上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【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]】

【意見】

検討することに反対はしない。検討の際、申込みと申込みの誘引の線引きをどう定めるべきなのか等について、慎重に議論すべきである。

【理由】

申込みと推定する範囲を広くすると、契約の相手方選択の自由が狭まりすぎる危険がある。

(3) 交叉申込み

交叉申込み（当事者が互いに合致する内容の申込みを行うこと。）によって契約が成立するかどうかについては明文の規定がなく、学説上も見解が分かれている。交叉申込みによって契約が成立するという立場から、その旨を条文上明記すべきであるとの考え方があるが、これに対しては、多数の申込みが交叉した場合にどのような組合せの申込みが合致したのが特定できない場合が生ずるなどの指摘もある。そこで、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第3, 2（関連論点）2 [23頁]】

【意見】

特に意見はない。

3 承諾期間の定めのある申込み

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

- ① 承諾期間の定めのある申込みは撤回することができない（民法第521条第1項）が、承諾期間の定めのある申込みであっても申込者がこれを撤回する権利を留保していた場合に撤回ができることについては、学説上異論がない。そこで、この旨を条文上明記するものとしてはどうか。
- ② 承諾期間経過後に到達した承諾の通知が通常であれば期間内に到達するはずであったことを知ることができたときは、申込者はその旨を通知しなければならないとされている（民法第522条第1項本文）が、承諾について到達主義を採ることとする場合（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]】

【意見】

- ①は、学説上、特に異論がないので、賛成である。
- ②は、検討することには反対する理由は見当たらず、前向きに検討すべきである。
- ③は、申込者が改めて承諾する手間を省くことができるので、前向きに検討すべきである。

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11-2第3, 3(2)（関連論点）[31頁], (3)（関連論点）[33頁], 4(1)[35頁], 同（関連論点）[36頁], (2)[38頁], 同（関連論点）[38頁]】

【意見】

- ① 条文上明示することを検討することに賛成する。
- ② 検討することには反対しない。
- ③ 検討することには反対しない。
- ④ 検討することには反対しない。

【理由】

条文上明示することを検討することは構わないが、21世紀の通信事情を踏まえ、現在それほど問題となっていないことを明文化することには疑問がある。

そもそも「隔地者」概念が21世紀の通信事情を踏まえ必要かどうかも疑問である。

5 対話者間における承諾期間の定めのない申込み

対話者間における承諾期間の定めのない申込みの効力がいつまで存続するかについては、民法上規定がなく、明確でないことから、その存続期間を明確にするための規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、その規定内容も含めて、更に検討してはどうか。規定内容として、例えば、対話が継続している間に承諾しなかったときには申込みの効力が失われる旨の規定を設けるべきであるとの考え方があるが、このような考え方の当否を含め、対話者間における申込みの効力の存続期間について、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第3,5[39頁]】

【意見】

新たに規定を置くことには疑問がある。

【理由】

解釈論に委ねるべき問題で、民法に規定を置くべき問題ではない。

隔地者、対話者概念は不明確であり、21世紀の通信事情を踏まえて整理し直すべきである。

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】

前段について 削除すべき理由がないので、存続させるべきである。

後段について 学説上争いのあるところであり、検討することには賛成である。

7 申込みを受けた事業者の物品保管義務

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

【部会資料20-2第1, 3(2) [16頁]】

【意見】

今般の民法改正においては、検討をしないほうがよい。

【理由】

商法510条との関係を整理する必要がある、民法と商法の関係全体を検討する必要がある。

8 隔地者間の契約の成立時期

隔地者間の承諾の意思表示については、意思表示の効力発生時期の原則である到達主義（民法第97条第1項）の例外として発信主義が採用されている（同法第526条第1項）が、今日の社会においては承諾についてこのような例外を設ける理由はないとして、承諾についても到達主義を採用すべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

承諾について到達主義を採る場合には、申込みの撤回の通知の延着に関する民法第527条を削除するかどうか、承諾の発信後承諾者が死亡した場合や能力を喪失した場合について同法第525条と同様の規定を設ける必要があるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料11-2第3, 7 [43頁], 同（関連論点） [45頁]】

【意見】

前段について 検討することには賛成である。

後段について 検討することには賛成である。

【理由】

学説上争いのあるところであり、検討することには反対しない。

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】

上記考え方を取ることに疑問がある。

【理由】

重要か軽微かは相対的な問題であり、不明確である。

第25 懸賞広告

特に意見なし。

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】

受益の意思の表示を要しないで契約の成立を認める制度設計が望ましいとする需要が定かでない。部会資料19-2が引用する判例（新生児の事案）は、例外的な事態であるうえに、他の法的説明が可能な事案であって、制度設計の適否を論ずるうえで一般的なメリットとして取り上げるに値しないものである。どのような人がどのような論拠から提案しているのかがよく分かるように情報提供をしていただけるよう期待する。

2 受益者の権利の確定

民法第538条は、受益者の受益の意思の表示があつて初めて受益者（第三者）の権利が発生するという前提の下で、「第三者の権利が発生した後は、当事者は、これを変更し、又は消滅させることができない」と規定しているが、仮に受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を不要とする類型を設ける場合（前記1参照）には、この規定に関し、例えば、受益者が取得する権利や利益について正当な期待を持つ段階に至れば、もはやその変更や撤回を認めるべきでないなどの観点から所要の修正をするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6, 2（関連論点） [63頁]】

【意見】

特に意見はない。

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】

特に意見はない。

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、条文上は明らかなでないが、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】

特に意見はない。

(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】

特に意見はない。

第27 約款（定義及び組入要件）

1 約款の組入要件に関する規定の要否

現代社会においては、鉄道・バス・航空機等の運送約款、各種の保険約款、銀行取引約款等など、様々な分野でいわゆる約款（その意義は2参照）が利用されており、大量の取引を合理的、効率的に行うための手段として重要な意義を有しているが、個別の業法等に約款に関する規定が設けられていることはあるものの、民法にはこれに関する特別な規定はない。約款については、約款使用者（約款をあらかじめ準備してこれを契約内容にしようとする方の当事者）の相手方はその内容を了知して合意しているわけではないから、約款が契約内容になっているかどうか不明確であるなどの指摘がある。そこで、約款を利用した取引の安定性を確保するなどの観点から、約款を契約内容とするための要件（以下「組入要件」という。）に関する規定を民法に設ける必要があるかどうかについて、約款を使用する取引の実態や、約款に関する規定を有する業法、労働契約法その他の法令との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第5, 1 [60頁]】

【意見】

次項以下のとおり。

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】

検討することには賛成である。

約款の定義としては、「多数取引の画一的処理を予定されて作成された契約条項群をいう」とすべきである。

【理由】

1 約款の問題点

約款は、これを使用する事業者にとっては、個別の交渉を経ることなく自己の展開する企業活動を定型化・効率化し、自己の利益にかなう規律を形成することによって取引における優越的地位を確保することができるメリットがある。

顧客にとっても、約款による簡易迅速な取引によるメリットは享受しうるが、基本的には、「知らない、わからない、変えられない」という状況である。顧客にとっては、個別条項についての交渉機会が与えられず契約当事者として本来有すべき自己決定権が減殺されるとともに、不利な個別条項が認識・理解のないまま契約内容に組み込まれてしまうデメリットがある。

このように、約款の問題性は、①附合性、すなわち顧客の意思が希薄なまま、事業者の作成した契約条項が一方的に契約内容となること(交渉力格差，take it or leave it!)，②隠蔽効果、すなわち、約款作成者たる事業者が、顧客が気づかないうちに、交渉による変更の機会がないまま一方的に有利な契約条件を忍び込ませる危険性があること(情報格差)に集約される。

したがって、約款については、合意の希薄さを補うため、何らかの規制の対象とする必要がある。

2 開示規制の観点からの理由付け

①現行の消費者契約法においては、開示規制はなされておらず、約款一般について開示規制をする必要があるところ、約款による契約も契約である以上、その拘束力は当事者の合意に基礎付けられるから、約款が拘束力を持つには、顧客が、約款に対する認識可能性を与えられた上で(開示)、約款適用について明示的又は黙示的に了解すること(採用合意)が最低限必要となる。

②開示規制がなされない場合、実務的には、事後的に作成された約款と契約時に存在した約款、あるいは単なる約款使用者の内部文書なのか、契約内容に組み入れられた約款なのかを区別することは困難となる。

3 不当条項規制の観点からの理由付け

消費者契約には消費者契約法の適用があるため、約款の不当条項規制は、事業者間取引において意味がある。事業者間取引においても、約款取引においては情報格差と交渉力格差が顕著であるから、約款一般について不当条項規制をするべきである。

3 約款の組入要件の内容

仮に約款の組入要件についての規定を設けるとした場合に、その内容をどの

ようなものとするかについて、更に検討してはどうか。

例えば、原則として契約締結までに約款が相手方に開示されていること及び当該約款を契約内容にする旨の当事者の合意が必要であるという考え方がある。このうち開示を要件とすることについては、その具体的な態様によっては多大なコストを要する割に相手方の実質的な保護につながらないとの指摘などがあり、また、当事者の合意を要件とすることについては、当事者の合意がなくても慣習としての拘束力を認めるべき場合があるとの指摘などがある。

このほか、相手方が個別に交渉した条項を含む約款全体、更には実際に個別交渉が行われなくてもその機会があった約款は当然に契約内容になるとの考え方や、約款が使用されていることが周知の事実になっている分野においては約款は当然に契約内容になるとの考え方もある。

約款の組入要件の内容を検討するに当たっては、相手方が約款の内容を知る機会をどの程度保障するか、約款を契約内容にする旨の合意が常に必要であるかどうかなどが問題になると考えられるが、これらを含め、現代の取引社会における約款の有用性や、組入要件と公法上の規制・労働関係法令等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】

約款の組入要件の内容をどのようなものにするかについて、検討することに賛成である。

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することに賛成である。

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の当否について、更に検討することに賛成である。

【理由】

1 約款の組入要件として、約款の開示を原則的に要求する立法を行うべきである。

理由

判例は、いわゆる意思推定説を採用しており、当事者双方が特に約款によらない旨の意思表示なくして契約したときは、反証なき限り、約款によるとの意思をもって契約したものと推定され、仮に契約の当時約款内容を知らなくても、契約当事者は約款

に拘束されるとしている。

しかし、これでは、単なる約款使用者の内部文書なのか、契約内容に組み入れられた約款なのかを区別することは困難であり、顧客の利益擁護に欠ける。

約款による契約も契約である以上、その拘束力は当事者の合意に基礎付けられるから、約款が拘束力を持つには、顧客が、約款に対する認識可能性を与えられた上で（開示）、約款適用について明示的又は黙示的に了解すること（採用合意）が最低限必要となる。

約款開示の方法としては、原則として「提示」、すなわち、約款の交付あるいは目の掲示などにより、約款の内容を認識しようとするれば特別のアクションなしに容易に認識できる状態に相手方を置くことを要すると解するべきである。しかし、提示が著しく困難な場合（バス停留所などを想定）には、「了知可能状態」すなわち、約款使用者が、相手方に対し、①約款を用いる旨の表示をし、かつ、②相手方がみずからアクションを起こせば容易に約款を知りうる状態に置くことで足りると解するべきである。

2 不意打ち条項規制を民法に設けるべきである。

理由

(1) 立法の必要性

不意打ち条項排除の原則とは、交渉の経緯、通常取引慣行、契約の目的などからみて、顧客がその存在を到底予測できないような異例な約款の契約条項は、契約内容とはならないとする原則をいう。

顧客の予期せぬ不意打ち条項は、組入れ要件を満たしたとしても、採用合意の及ぶところではなく、契約に取り込まれず、その拘束力が否定されると解される。

すなわち、約款にはその定型性のゆえに認識が十分及ばず見過ごしやすいという隠蔽効果があるのであって、採用合意が及んでいるとは考えられないような例外的な不意打ち条項にまで拘束力を認めることはできないことを根拠に、約款組入れの消極的要件として位置づけるべきである。

(2) 判例

有名な地震免責条項にかかる大審院大正4年判決は、概要、「保険契約者が約款の内容に通曉しないで、それにより契約するのは、多くはその約款の内容如何にかかわらず概してその適当なるに信頼して契約するものにほかならない。したがって、契約の当事者は、とくに普通保険約款によらない旨の意思を表示せずに契約したときは、反証のないかぎりその約款によるとの意思をもって契約したものと推定すべきである。」としており、不意打ち条項排除について親近的な判示をしている。すなわち、約款によるとの推定は、顧客が一般的に当該契約において得ようとする合理的期待に反せず、自己が異常に不利益・不衡平に扱われないとの信頼に基づいてのみ妥当するものであり、不意打ち的で非慣行的な約款条項は、契約内容に採用されていないと見ることができる。

賃貸契約書に、原状回復を大幅に上回る修繕を負わせる特約条項が記載されている場合について、判例（最判平成17年12月16日・判例タイムズ1200号1

27ページ)は、以下のとおり判断し、合意がないとした。これは、不意打ち条項の排除を認めたものであるとも考えられる。

「建物の賃借人にその賃貸借において生ずる通常損耗についての原状回復義務を負わせるのは、賃借人に予期しない特別の負担を課すことになるから、賃借人に同義務が認められるためには、少なくとも、賃借人が補修費用を負担することになる通常損耗の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているか、仮に賃貸借契約書では明らかでない場合には、賃貸人が口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたものと認められるなど、その旨の特約(以下「通常損耗補修特約」という。)が明確に合意されていることが必要であると解するのが相当である。」

判例理論の萌芽が認められる分野であることを直視するべきである。

(3) 直接的な内容規制との関係

採用規制としての不意打ち条項規制は、顧客の通常予期する範囲を超えた条項を採用合意の射程外と捉え、その拘束力を否定するものであって、内容規制のようにひとまず拘束力を認めた上、主として対価的均衡に関心を寄せて条項内容の効力を否定しようとするものではない。したがって、内容が公正な条項でも不意打ちになることがあるし、内容が不公正な条項でも十分な説明があれば不意打ちにならないこともあり、両者は別個のものである。体系的混乱云々は、不意打ち条項の立法をしない理由にはならないであろう。

3 個別交渉を経た契約条項について、約款規制の適用除外を認めることには、慎重であるべきである。

理由

個別交渉があった場合、すなわち、約款使用者が提示する契約条項とは異なる他の選択肢が、顧客によって、能動的に検討された場合には、約款規制の法理の適用がないとするのは理論的には正しい。約款は、隠蔽効果と附合契約性により、顧客が契約内容を吟味する機会も交渉の余地も与えられないまま、契約が締結され、契約自由の原則が実質的に踏みにじられる弊害があるからこそ、特別の規制対象とされるものであり、個別交渉を経たときには、附合性と隠蔽効果の弊害がないからである。

しかし、現実の社会では、例えば元請け-下請けの関係のように、経済的従属関係により交渉力が奪われていたり、小企業-大企業のように、情報の収集・分析能力に歴然とした格差が存する場合が多い。交渉力格差がある場合の個別交渉は、約款規制の排除を正当化しない。したがって、個別交渉を経た契約条項について、約款規制の適用除外を認めることには慎重であるべきである。

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】

検討することには賛成である。

ただし、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を認めるのであれば、相手方には契約関係からの離脱の可能性を与える必要がある。

【理由】

相手方は、その意に反して変更後の約款に拘束されるおそれがある。

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】

法律行為の概念を維持した上で、更に定義規定のあり方について検討するべきである。

(2) 公序良俗違反の具体化

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

暴利行為の要件は、伝統的には、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】

明文化することと判断要素を付け加えることを検討することに賛成である。ただし、「著しく」という要件は削るべきである。

【理由】

公序良俗違反の類型として要件を具体化することで、一般に分かりやすくなり、また、裁判においても認定されやすくなるため、具体的規定とすることには賛成である。

もっとも、暴利行為だけを具体化してしまうと、それ以外の公序良俗違反の法律行為について、逆に取り上げられにくくなる危険もあり、以下の2点、すなわち、要件について慎重に定める必要があること、そして、暴利行為以外の公序良俗違反についても具体化を検討すべきことに注意すべきである。

裁判例をベースに暴利行為を類型化することはわかりやすいものである一方で、「著しく」という点を残すと、却って使いづらくなる危険がある。

(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】

特に反対はしない。

【理由】

規範的な要件であるため、いずれにしても、裁判所の判断で調整されるから、どちらでも大きな影響はないと思われる。

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】

見直すべきではない。

【理由】

特段の問題が生じていない箇所であり、あえて見直しをして問題が生ずる危険は避けるべきである。

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】

検討することには賛成である。

【理由】

従来の規律（解釈論）を改めないのであれば、分かりやすい民法の観点から表現（文言）自体を改めることには賛成である。

4 任意規定と異なる慣習がある場合

任意規定と異なる慣習がある場合における任意規定と慣習との優先劣後の関係は、これを扱う民法第92条と法の適用に関する通則法第3条が整合的でないようにも解し得ることから、現行法上不明確であり、立法的解決の必要性が指摘されている。この点について、社会一般より小さい社会単位で形成された規範である慣習がある場合にはこれに従うことが当事者の意思に合致するケースが多いなどとして、慣習が任意規定に優先することを原則とし、当該慣習が公序良俗に反する場合や当事者が反対の意思を表示した場合は任意規定が優先するものとするべきであるとの考え方がある。他方、不合理な慣習が優先するのは適当でないことなどから、慣習が契約内容になるためには当事者の意思的要素

を介在させるべきであり、これがない場合には任意規定が優先することとす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】

従来の規律（解釈論）を改めないのであれば、分かりやすい民法の観点から表現（文言）自体を改めることには賛成である。

第29 意思能力

1 要件等

(1) 意思能力の定義

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

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

前段について、意思能力について明文規定を置くことには、賛成である。

後段について、意見集約に至らず（見解対立あり）。

【理由】

前段について、明文化した方がわかりやすい。

後段について、意思能力の定義として個別具体的な行為を前提とする考え方や、一般的な精神能力を前提とする考え方等あり、意見集約に至らなかった。また、裁判例の考え方も必ずしも統一しているとはいえないとの意見があった。

(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】

検討不要である。

【理由】

レアケースであり、基本法である民法であえて規定すべき必要性はない。

2 日常生活に関する行為の特則

意思能力を欠く状態で行われた法律行為であっても、それが日常生活に関する行為である場合は意思能力の不存在を理由として効力を否定することができない旨の特則を設けるべきであるとの考え方がある。これに対しては、不必要な日用品を繰り返し購入する場合などに意思無能力者の保護に欠けるおそれがあるとの指摘や、意思能力の意義について当該法律行為をすることの意味を弁識する能力とする立場に立てばこのような特則は不要であるとの指摘がある。これらの指摘も踏まえ、日常生活に関する行為の特則を設けるという上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第2, 1（関連論点）[19頁]】

【意見】

意思能力の定義に異なる見解があり、意見集約に至らなかった。

3 効果

現在の判例及び学説は、意思能力を欠く状態で行われた法律行為は無効であるとしているが、これは意思無能力者の側からのみ主張できるなど、その効果は取消しとほとんど変わりがないことなどから、立法論としては、このような法律行為は取り消すことができるものとすべきであるとの考え方も示されている。このような考え方に対し、取り消すことができる法律行為は取消し意思表示があるまでは有効と扱われるため取消し意思表示をすべき者がいない場

合などに問題を生ずること，取消しには期間制限があるために意思無能力者の保護が十分でないこと，意思無能力者が死亡して複数の相続人が相続した場合の取消権の行使方法が明らかでないことなどから，意思能力を欠く状態で行われた行為の効果を主張権者が限定された無効とすべきであるとの考え方もある。これらを踏まえ，意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効果を無効とするか，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。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】

無効とすべきである。

【理由】

意思無能力の効果は無効とするべきであり，取消権者の範囲を定めるべきではない。意思能力は，私的自治の前提である。にもかかわらず，意思無能力の場合を無効としないことは，私的自治に反する結果となる。また，意思無能力の場合には，表意者を保護する必要性が高く，静的安全を重視すべきである。

第30 意思表示

1 心裡留保

(1) 心裡留保の意思表示が無効となる要件

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

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

【意見及び理由】

前段については、相手方が表意者の真意に気付いてくれることを期待している場合（非真意表示）と「表意者が相手方を誤信させる意図を持って真意を秘匿する場合」（狭義の心裡留保）との区別を観念的には理解できなくはないが、現実の訴訟の場面における主張・立証を想定した場合には、主観的な要件の差によって区分けをする法制には難しさが生じるので、慎重に検討される必要がある。

後段については賛成である。

(2) 第三者保護規定

心裡留保の意思表示を前提として新たに利害関係を有するに至った第三者を保護する規定はなく、解釈に委ねられているが、このような第三者が保護される要件を明らかにするため新たに規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。その際、通謀虚偽表示・錯誤・詐欺等に関する第三者保護規定との整合性に留意しながら、その規定内容や、第三者保護規定の配置の在り方について、更に検討してはどうか。規定内容については、例えば、心裡留保の意思表示が無効であることを善意の第三者に対抗することができないという考え方と、善意かつ無過失の第三者に対抗することができないという考え方があるが、その当否を含めて更に検討してはどうか。

【意見】

意見集約に至らず。

【理由】

心裡留保について、第三者が保護されるべき点について異論はなかった。ただ、第三者保護規定を設けるべきとの意見に対し、「第三者と表意者の利益状況は、事案によって大きく異なるので、保護規定を設けることは事案に即した解決が難しくなる。94条2項類推による方が柔軟な解決が可能になる。」との反対意見があった。

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】

前段について、現行法に大きな問題があるとの認識はないが、検討することには反対しない。

後段について、規定の配置を変更する必要はない。

【理由】

前段について、意見のとおりである。

後段について、各類型で第三者の主観的要件が異なっており、個別に第三者を規定する必要がある。

(2) 民法第94条第2項の類推適用法理の明文化

民法第94条第2項は、真実でない外観を作出したことについて責任がある者は、その外観を信頼した者に対し、外観が真実でないとの主張をすることが許されないといういわゆる表見法理の実定法上の現れであるとされ、判例により、同項の本来的な適用場面に限らず、例えば不動産の取引において真の権利者が不実の登記名義の移転に関与した場合など、様々な場面に類推適用されている。判例による同項の類推適用法理は、重要な法理を形成していることから、これを条文上明記すべきであるとの考え方がある。このような考え方については、その当否とは別に、物権変動法制全体との調整が必要になるため、今回の改正作業で取り上げることは困難であるとの指摘があることも踏まえつつ、当面その考え方の当否を更に検討する一方で、今後この論点を取り上げるべきかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料12-2第3, 3 [27頁]】

【意見】

争いのない範囲で条文化をするのであれば、賛成である。

【理由】

条文化することで解釈の根拠になる。しかし、表見法理に関する判例の理解は必ずしも一致しているわけではない。にもかかわらず、条文化をすることは、適当ではなく、争いのない範囲で条文化するにとどめるべきである。

3 錯誤

(1) 動機の錯誤に関する判例法理の明文化

錯誤をめぐる紛争の多くは動機の錯誤が問題となるものであるにもかかわらず、動機の錯誤に関する現在の規律は条文上分かりにくいことから、判例法理を踏まえて動機の錯誤に関する明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

規定の内容については、例えば、事実の認識が法律行為の内容になっている場合にはその認識の誤りのリスクを相手方に転嫁できることから当該事実に関する錯誤に民法第95条を適用するとの考え方がある。他方、動機の錯

誤に関する学説には、動機の錯誤を他の錯誤と区別せず、表意者が錯誤に陥っていること又は錯誤に陥っている事項の重要性について相手方に認識可能性がある場合に同条を適用するとの見解もある。そこで、このような学説の対立も踏まえながら、上記の考え方の当否を含め、動機の錯誤に関する規律の内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3, 4(1) [30頁]】

【意見】

賛成である。

【理由】

動機の錯誤は判例上多く認められてきたものであり、明文化することには賛成できる。また、消費者被害などで多いのは動機の錯誤であり、判例法理を一般化する方向での規定化が望ましい。

(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】

賛成である。

【意見】

判例・学説上問題なく支持されている「要素」の内容について条文上明確化することに反対する理由はない。

(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るべきであるとの考え方がある。このような考え方について、相手方が過失なく表意者の錯誤を引き起こした場合にも重過失ある表意者が錯誤無効を主張することができるとするのは適当でないなどの指摘があることも踏まえ、更に検討してはどうか。

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

必要性は理解できるが、全てを具体的に列挙することは困難である。

(4) 効果

錯誤があった場合の意思表示の効力について、民法は無効としている（同法第95条本文）が、無効の主張は原則として表意者だけが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】

特に反対しない。

【理由】

実務上取消に近い効果とされており、取消と構成する方が理論的である。しかし、取消とすることで、無効主張の期間制限がないという錯誤のメリットが減殺されることとなるので、取消権行使の期間制限との関係で慎重に検討すべき。

(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】

検討不要である。

【理由】

錯誤は、意思表示の効力の問題であり、損害賠償とは異なる問題である。不法行為等の一般原則に委ねるべき。

(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】

意見集約に至らず。

【理由】

第三者が保護されるべき点について異論はなかった。ただ、第三者保護規定を設けるべきとの意見に対し、「第三者と表意者の利益状況は、事案によって大きく異なるので、保護規定を設けることは事案に即した解決が難しくなる。解釈による方が柔軟な解決が可能になる。」との反対意見があった。

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】

賛成である。

【意見】

黙示の詐欺は、判例によっても認められている。

(2) 第三者による詐欺

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

また、法人が相手方である場合の従業員等、その行為について相手方が責任を負うべき者がした詐欺については、相手方が詐欺の事実を知っていたかどうかにかわり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) [44頁], 同(関連論点) [45頁]】

【意見】

賛成である。

【理由】

現行の規定では、第三者の詐欺の規定で取り消すことは不可能である。立証ができないからである。知ることができた場合にも取り消すことができるとしなければ、実務上使えない。

【意見】

賛成である。

【理由】

既存の法理では十分に保護されない場合でも保護されることとなる。

(3) 第三者保護規定

詐欺による意思表示の取消しは「善意の第三者」に対抗できないとされている（民法第96条第3項）が、第三者が保護されるには善意だけでなく無過失が必要であるとの学説が有力である。そこで、これを条文上明記するものとしてはどうか。

また、併せて第三者保護規定の配置の在り方についても検討してはどうか。

【部会資料12-2第3, 5(3) [45頁]】

【意見】

賛成である。

【理由】

欺もうされた表意者の帰責性は低いので、表意者保護の必要性は高い。

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】

検討すること自体は賛成である。

なお、仮に一般規定として規律する場合であっても、消費者契約法の不実告知を廃止することには反対である。

【理由】

不実告知等を民法の規定として一般化する場合、実質上消費者と異なる中小の事業者も保護されることとなり、フランチャイズ問題、電話機リース問題等の問題が正面から民法によって規律され、被害救済が図られる。

しかし、①対等当事者を前提としている民法と整合するのか、②本来保護されるべき消費者等が企業側から不実告知等を主張されるという逆適用が生じるのではないかと、③不実告知等の適用場面が広がることで、逆に、現行の消費者契約法が到達した保護水準が下がるのではないかと等の懸念がある。

なお、意思表示の規定の拡充以外に、契約正義の観点から、現行民法上の詐欺等で救済できない不正義に対応すべき必要性がある。このため、契約締結当事者に情報提供義務を正面から認め、同義務に違反した場合は、相手方当事者に契約からの解放を認めるべきである。もっとも、あくまで対等私人間のルールであるから、情報提供義務の内容については、契約するかしないかの判断基準となるべき重要な情報という制限は必要である。

また、不実告知等を民法の一般ルールとして規定しない場合であっても、過失に

よる詐欺を民法上に認めるということも検討すべきである。現行民法においては、故意の詐欺のみが規定されているが、契約正義を考えた場合、当事者の一方の注意義務違反に基づく欺罔類似行為による不正義の契約に関しては、相手方当事者に契約からの速やかな解放手段を認めるべきである。

6 意思表示の到達及び受領能力

(1) 意思表示の効力発生時期

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

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

特に反対しない。

(2) 意思表示の到達主義の適用対象

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

【部会資料12-2第3, 7(2) [63頁]】

【意見】

賛成である。

【理由】

到達主義を明らかにすることができる。

(3) 意思表示の受領を擬制すべき場合

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

どのような場合に意思表示の到達が擬制されるかについては、表意者側の

行為態様と受領者側の対応の双方を考慮して、両者の利害を調整する観点から、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3, 7(3) [64頁]】

【意見】

おおむね賛成である。

【理由】

内容証明郵便の受け取り拒否など、実務上はよく生じる事態であり、手当てが必要である。

もっとも、読めないほど大量に送られる可能性のあるメールの点などについては配慮が必要で、発信者と受領者の相関関係で決めるという考え方は傾聴に値する。

(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】

特に反対はしない。

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】

少なくとも、約款が使用された契約を対象とする不当条項を規制する規定を民法に新設する方向で検討すべき。

【理由】

事業者間取引において、約款による取引がなされた場合には、消費者契約における

不当条項規制とは別に、約款が使用された契約を対象とする不当条項規制をする実益が存する。

- (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】

不当条項の規制対象については、消費者契約のほか、約款が用いられた契約とするべきである。また、労働契約については、民法による不当条項の規制対象からは除外するべきである（労働法に委ねる）。

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]】

1. 個別交渉を経た契約条項について

【意見】

個別交渉を経た契約条項について、不当条項規制の適用除外を認めることには、慎重であるべきである。

【理由】

個別交渉があった場合、すなわち、一方当事者が提示する契約条項とは異なる他の選択肢が、他方当事者によって、能動的に検討された場合には、不当条項規制の適用がないとするのは理論的には正しい。

しかし、現実の社会では、例えば元請け一下請けの関係のように、経済的従属関係により交渉力が奪われていたり、小企業一大企業のように、情報の収集・分析能力に歴然とした格差が存する場合が多い。交渉力格差がある場合の個別交渉は、不当条項規制の排除を正当化しない。したがって、個別交渉を経た契約条項について、不当条項規制の適用除外を認めることには慎重であるべきである。

2. 契約の中心部分に関する契約条項について

【意見】

契約の中心部分に関する契約条項を約款規制の対象外とする考え方には反対である。

【理由】

契約の主たる給付内容を定める条項（中心部分に関する契約条項）について、不当条項規制を受けないと考えた場合であっても、不当条項規制を受けない中心部分に関する条項に該当するのは、真に給付の中心部分を規定しており、この規定がなければ、本質的な契約内容の確定性ないしは確定可能性が欠如するため、もはや有効な契約が成立し得なくなるような条項に限定され、主たる給付約束を制限・変更・修正するに留まる条項は、免責条項としてなお内容規制の対象となると考えられる。しかし、中心部分に関する条項であるのか単なる免責条項であるのかの区別は、現実には容易ではないと考えられる。

また、契約の中心部分に関する契約条項が市場における私的自治にゆだねられる前提としては、市場が適切に機能していることが必要であり、権利義務の明瞭性と価格・給付の関係についての見通しが確保されれば、顧客は、市場において、有利な契約条件を提示する相手方を選択することができることになるが、逆にこれらが隠蔽されると顧客は交渉可能性を奪われ、市場での機会を行使できなくなる不利益を受けると指摘されている。したがって、中心部分に関する条項を不当条項規制の対象外とするためには、透明性の原則（約款は、顧客が自己の権利義務を確実に認識し、見通すことができるよう、正確に、確定的に、平易に、できるかぎり明瞭に記述されなければならないという原則）

の徹底が必要となると考えられるが、現状では、透明性の原則が確保されているとはいえない。

したがって、①約款規制を受けない「中心部分に関する条項」であるのか、規制を受ける「免責条項」であるのかの区別が困難であること、②透明性の原則の確保が困難であること、の2点から、「契約の中心部分に関する契約条項」を規制の対象外とする考え方には反対である。

3 不当性の判断枠組み

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には、問題となる条項の不当性をどのように判断するかが問題となる。具体的には、契約条項の不当性を判断するに当たって比較対照すべき標準的な内容を任意規定に限定するか、条項の使用が予定されている多数の相手方と個別の相手方のいずれを想定して不当性を判断するか、不当性を判断するに当たって考慮すべき要素は何か、どの程度まで不当なものを規制の対象とするかなどが問題となり得るが、これらの点について、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第1, 3(1) [9頁]】

【意見】

不当条項における「不当性」は、約款利用に伴う情報力格差・交渉力格差の結果、双務有償契約における対価的均衡が害されているかどうかを抽象的基準として判断されるべきである。

【理由】

(1) 比較対象すべき標準

不当条項における不当性とは、当該条項が、当事者間に情報格差・交渉力格差がない理想的状況において合意されたであろう権利義務関係と比較して、顧客に不利であることを意味する。たしかに、任意規定には、交渉力格差のない対等当事者間で妥当する適正な価値判断ないし正義内容が含まれているから、任意規定からの乖離は、交渉力格差の結果を示すものと考えられ、不当条項であることの徴表となる。

しかし、比較対象すべき標準を成文法たる任意規定に限定する理由はなく、広く当該条項がなかったとしたら妥当する判例法や契約に関する一般法理も含むものとするべきである。

(2) 相手方との関係での個別判断か、画一的判断か

約款は多数当事者との間で一律に使用されるものであり、不当性の判断は画一的になされるのが本筋である。特に差止訴訟の導入の可能性を考えると、画一的な判断基準でないと機能しなくなる。

(3) 不当性判断の考慮要素

考慮要素を明記することは、予見可能性を高めるので望ましい。考慮要素としては、契約目的物、対価その他の当該条項以外の取引条件などがある。当事者間の交渉経過を考慮要素に含めることは、画一的判断とは矛盾する。

4 不当条項の効力

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には、ある条項が不当と評価された場合の効果が問題になるが、この点に関しては、不当条項規制の対象となる条項は不当とされる限度で一部の効力を否定されるとの考え方と、当該条項全体の効力を否定されるとの考え方がある。いずれが適当であるかについては、「条項全体」が契約内容のうちどの範囲を指すかを明確にすることができるか、法律行為に含まれる特定の条項の一部に無効原因がある場合の当該条項の効力をどのように考えるか(後記第3章2、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]】

【意見】

不当条項に該当した場合の効果として、取消は妥当でなく、無効とすべきである。また、不当とされた条項は、条項全体が無効となるとするべきである。

【理由】

不当条項は、契約自由への介入を最小にとどめる立場からは無効基準に抵触する限度の最小限で一部無効となり、均衡のとれる範囲では有効性を認められることになるが、不当条項作成者に対する制裁・帰責及び不当条項についての一般予防の観点から、不当条項は全部無効となると考えるべきである。

すなわち、仮に不当条項作成者が包括的な不当条項を定めても規制に抵触する限度で無効になるとどまり、残りは有効とされるとすると、ともかく包括的に不当な条項を定めておけば、あとは裁判所のほうでぎりぎり有効な範囲で条項を維持してくれることになる。これでは不当条項の流布を防げないし、異議を述べない顧客は実害をこうむるおそれがある。不当条項作成者は、許容限度を超えて不当条項を作成したのであるから、条項全体を無効とされたとしてもやむをえない。

また、交渉力に差がある場合、尊重されるべき当事者の意思というのは擬制にすぎず、顧客の意思関与は希薄であり、有効性を認めることは不当条項作成者の意思の一方的押し付けを容認することにはほかならない。

5 不当条項のリストを設けることの当否

民法に不当条項規制に関する規定を設けることとする場合には、どのような条項が不当と評価されるのかについての予測可能性を高めることなどを目的として、不当条項規制に関する一般的規定(前記3及び4)に加え、不当と評価される可能性のある契約条項のリストを作成すべきであるとの考え方があるが、これに対しては、硬直的な運用をもたらすなどとして反対する意見もある。そこで、不当条項のリストを設けるという考え方の当否について、一般的規定は民法に設けるとしてもリストは特別法に設けるという考え方の当否も含め、更に検討してはどうか。

また、不当条項のリストを作成する場合には、該当すれば常に不当性が肯定され、条項使用者が不当性を阻却する事由を主張立証することができないものを列挙したリスト（ブラックリスト）と、条項使用者が不当性を阻却する事由を主張立証することによって不当性の評価を覆すことができるものを列挙したリスト（グレーリスト）を作成すべきであるとの考え方がある。これに対し、ブラックリストについては、どのような状況で使用されるかにかかわらず常に不当性が肯定される条項は少ないのではないかなどの問題が、グレーリストについては、使用者がこれに掲載された条項を回避することにより事実上ブラックリストとして機能するのではないかなどの問題が、それぞれ指摘されている。そこで、どのようなリストを作成するかについて、リストに掲載すべき条項の内容を含め、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第1, 4 [15頁]】

【意見】

ブラックリスト、グレーリストの作成・整備をするべきであるが、民法に規定するか否かは慎重に検討すべきである。

【理由】

ブラックリスト、グレーリストの作成は、法的な予測可能性の確保に資するものであり、必要である。しかし、そのリストは、随時更新されるべき性質のものであるので、民法典の中で規定するか否かは慎重に検討すべきである。

第32 無効及び取消し

1 相対的無効（取消的無効）

法律行為の無効は原則として誰でも主張することができるかとされているが、暴利行為、意思能力を欠く状態で行われた法律行為、錯誤に基づく法律行為など、無効となる原因によっては無効を主張することができる者が限定される場合があるとされている。しかし、このようないわゆる相対的無効（取消的無効）の主張権者の範囲や無効を主張することができる期間については、民法上明文の規定がなく、必ずしも明確であるとは言えない。暴利行為に関する規律を設けるかどうかは議論があり、意思能力を欠く状態で行われた法律行為や錯誤に基づく法律行為の効果についても見直しの議論がある（前記第28, 1(2), 第29, 3, 第30, 3(4)）が、これらの効果を無効とする場合に、いわゆる相対的無効（取消的無効）に関する法律関係を明らかにするため、新たに規定を設けるかどうかについて、規定内容を含め、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2, 4（関連論点） [57頁]】

【意見】

相対的無効に関する規定は設けるべきではない。

【理由】

これらの法律行為の効果については、端的に取消とすべきである。

2 一部無効

(1) 法律行為に含まれる特定の条項の一部無効

法律行為に含まれる特定の条項の一部に無効原因がある場合における当該条項の効力は、民法第604条第1項などの個別の規定が設けられているときを除いて明らかでないため、原則として無効原因がある限度で一部無効になるにすぎず、残部の効力は維持される旨の一般的な規定を新たに設ける方向で、更に検討してはどうか。

このような原則を規定する場合には、併せてその例外を設けるかどうかが問題になる。例えば、一部に無効原因のある条項が約款に含まれるものである場合や、無効原因がある部分以外の残部の効力を維持することが当該条項の性質から相当でないと認められる場合は、当該条項の全部が無効になるとの考え方がある。また、民法に消費者概念を取り入れることとする場合に、消費者契約の特則として、無効原因がある条項の全部を無効にすべきであるとの考え方がある（後記第62、2②）。他方、これらの考え方に対しては「条項の全部」がどこまでを指すのかが不明確であるとの批判もある。そこで、無効原因がある限度で一部無効になるという原則の例外を設けることの当否やその内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2、2(1) [41頁]、部会資料20-2第1、2 [11頁]】

【意見】

いずれについても、検討すべきである。

【理由】

当事者の意思はできる限り尊重すべきであるから、無効とする場合も謙抑的に考えるべきであり、一部無効の原則を明文化することは適切である。

また、当該条項の性質から一部無効とすることが相当でない場合があることも否定できないから、例外的な場合を明文化することも検討する必要がある。

(2) 法律行為の一部無効

法律行為に含まれる一部の条項が無効である場合における当該法律行為の効力について明らかにするため、原則として、当該条項のみが無効となり、法律行為の残部の効力は維持される旨の一般的な規定を新たに設ける方向で、更に検討してはどうか。

もっとも、このような原則の例外として法律行為全体が無効になる場合があるとされている。どのような場合に法律行為全体が無効になるかという判断基準については、例えば、当該条項が無効であることを認識していれば当

事者は当該法律行為をしなかったであろうと合理的に考えられるかどうかを判断基準とするとの考え方などがある。このような考え方の当否を含め、法律行為全体が無効になるための判断基準について、更に検討してはどうか。

また、法律行為の一部が無効とされ、これを補充する必要が生じた場合にどのような方法で補充するかについては、例えば、個別の法律行為の趣旨や目的に適合した補充を最優先とする考え方や、合理的な意思解釈によれば足りるとする考え方などがある。これらの考え方の当否を含め、上記の補充の方法について、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2, 2(2) [42頁], 同(関連論点) [43頁]】

【意見】

いずれについても検討すべきである。

【理由】

通常は当該条項のみを無効とするのが当事者の意思に合致すると考えられるが、例外的に、法律行為全体を無効にすることが相当な場合もあるから、それぞれの場合を明確にするため規定を設ける方向で検討することは賛成である。

ただし、その判断基準については、慎重に検討すべきであるし、無効となった条項に補充が必要な場合の補充方法についても、慎重な検討が必要である。

(3) 複数の法律行為の無効

ある法律行為が無効であっても、原則として他の法律行為の効力に影響しないと考えられるが、このような原則には例外もあるとして、ある法律行為が無効である場合に他の法律行為が無効になることがある旨を条文上明記すべきであるとの考え方がある。これに対しては、適切な要件を規定することは困難であるとの指摘や、ある法律行為が無効である場合における他の法律行為の効力が問題になる場面には、これらの契約の当事者が同じである場合と異なる場合があり、その両者を区別すべきであるとの指摘がある。そこで、上記の指摘に留意しつつ、例外を条文上明記することの当否について、更に検討してはどうか。

例外を規定する場合の規定内容については、例えば、複数の法律行為の間に密接な関連性があり、当該法律行為が無効であるとすれば当事者が他の法律行為をしなかったと合理的に考えられる場合には他の法律行為も無効になることを明記するとの考え方があるが、これに対しては、密接な関連性という要件が明確でなく、無効となる法律行為の範囲が拡大するのではないかの懸念を示す指摘や、当事者が異なる場合に相手方の保護に欠けるとの指摘もある。そこで、例外を規定する場合の規定内容について、上記の指摘のほか、一つの契約の不履行に基づいて複数の契約の解除が認められるための要件（前記第5, 5）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【意見】

複数の契約が相互に密接な関連性を有する場合、一部履行では全体としての目的が不達成である場合など、複数契約に一体性が認められる場合には、一方の法律行為の無効・取消により他の法律行為も無効となることを明文で規定すべきである。当事者が複数の契約についても、複数契約の一体性が認められる場合には、同様に考えるべきである。複数契約の債務不履行解除の場合にも、同様の明文規定を置くべきである。

【理由】

1 複合契約論について

契約の相対効，すなわち，契約の効力は契約当事者間にしか及ばないとの原則は，私法の大原則である。なぜなら，契約の拘束力は当事者の意思の合致に由来するものであり，意思を合致させていない契約外の第三者が，他人間で締結された契約上の権利を取得したり義務を負担したりすることはないと考えられるからである。すなわち，「当事者」性の否定は，契約にもとづく負担を免れ，あるいは契約上の利益についての直接的請求権を持たないことを意味することとなる。

ところが，現代社会においては，事業者側当事者が，契約上の地位の分属・特化をすることにより，「当事者」性を一方的に操作し，本来消費者に対して負担すべき契約上の債務を免れ，あるいは，消費者からの直接的請求権の行使を妨げる法現象が出現してきている。たとえば，①屋内プール付きスポーツクラブ会員権が付加されたリゾートマンション（後記最判平成8年11月12日・民集第50巻10号2673頁），②ゴルフ場にリゾートホテルが付加されたゴルフ会員権（最判平成11年11月30日金判1088号32頁），③医療機関と提携した高齢者専用賃貸住宅等，さまざまな付加価値付きの商品が開発され，市場に出回っている。

ここで論じようとする「複合契約論」とは，消費者が，一名又は数名の事業者との間で，複数の併存する契約を締結している場合に，この複数の契約を，成立・履行・消滅の各状況で牽連させ一体的に取り扱う必要性が認められる場合があることを前提として，その要件・効果などを論じる考え方をいう。

2 契約の個数

「一個の契約」が無効・取消・解除などにより解消される場合，その効力解消の範囲は原則として当該一個の契約全体について生じると考えられる。すなわち，双務有償契約における給付と反対給付は，発生・存続・消滅の各段階で相互に牽連性を有するのが原則であって，「一個の契約」については，契約の成立・履行・消滅は法的に一体的に処理されるのが望ましい。したがって，複合契約を論じるにあたっては，まず「契約の個数」が問題とされるべきである。

複数の合意が「一個の契約」を構成すると判断される基準としては，①契約当事者が意図した経済的目的から実質的考慮により導かれる契約類型が，一個の契約類型として

の成熟度が高い場合、②複数の合意から生じる二つの給付が、給付・反対給付としての対応関係にあり、経済的客観的に見て対価的均衡性を有するとともに、当事者の主観面でも対価的計算関係を有している場合、③一枚の契約書に一回署名するときのように複数の合意が一体的に成立するものとされ、個々の合意ごとに締結・拒否の選択権が保障されていない場合などが考えられるであろう。

契約の個数が、上記のような判断を経て1個と判断される場合には、その一部に無効・取消の原因があるにすぎないときでも、契約は全体として分離不可能であると見て、契約全体の無効・取消が招来されると考えられる。ただし、一部無効論の適用は別途考慮する必要がある。

契約の個数が1個と判断された場合で、その一部に解除の原因があるときは、それが単なる付随的義務の不履行ではなく、契約の目的達成に重大な影響を与える債務の不履行であると判断されるならば、1個の契約全部の解除が認められることになる。

3 判例の考え方

最判平成8年11月12日・民集第50巻10号2673頁は、「同一当事者間の債権債務関係がその形式は甲契約及び乙契約といった二個以上の契約から成る場合であっても、それらの目的とするところが相互に密接に関連付けられていて、社会通念上、甲契約又は乙契約のいずれかが履行されるだけでは契約を締結した目的が全体としては達成されないと認められる場合には、甲契約上の債務の不履行を理由に、その債権者が法定解除権の行使として甲契約と併せて乙契約をも解除することができるものと解するのが相当である。」と判示している。

最高裁判所が、甲契約、乙契約という言葉を用いて、一般的抽象的な命題を定立している点が注目されるべきである。この判例は、一つの事業者と消費者との間に複数の契約が併存した場合に、「複数契約の目的の密接関連性」、「一部履行の全体としての目的不達成」を要件として、複数契約両方の解除を認めている。ここでいう、「目的」とは、「契約の目的」、すなわち双務契約における給付の取得を意味するものではなく、契約上の給付を特定の用途に使用しようとする意図のことを意味する。

このような、「複数契約の目的の密接関連性」、「一部履行の全体としての目的不達成」といった要件は、「複数契約の一体性」を導く要素であり、「複数契約の一体性」が認められる場合には、当該複数の契約を一体的に取り扱い、その一方の契約の無効・取消・解除の効果を当該複数契約全体に及ぼしてもよいと考えられる。

4 当事者同一の場合の複合契約論

消費者が、同一の事業者との間で、複数の契約を締結している場合において、消費者が締結した複数個の契約について、「一体性」が認められる場合には、それらの契約について無効・取消・解除の局面で一体的な取扱いが可能である。

当事者が複数個の契約について契約の成立・履行・消滅を法的に一体的に処理すべきことを合意している場合（明示の合意のみならず黙示の合意も含む）には、当然に「複数契約の一体性」が認められる。

また、このような一体性に関する合意の成立が必ずしも明らかではない場合でも、外

観法理を念頭に、次のような諸要素を考慮したうえで、「一体性」が認められてしかるべきである。以下のような「一体性」を認定すべき事由は、事業者側当事者にとっては、一体をなす別個の契約内容により自己の法的地位が左右されることを受け入れるべき帰責事由としての意味を持つと考えられ、他方、消費者にとっては、複数個の契約が一体的に取り扱われると期待してもよい「正当な信頼」の惹起事由としての意味を持つ。

(1) 複数契約の目的の密接関連性

ア 単一の契約書

問題となる複数の合意が一通の契約書面にまとめられている場合には、「一体性」が認められやすい。

イ 契約締結の時間的近接性

問題となる複数の合意が時間的な隔たりなしに、ほぼ同時になされ、それぞれ独立して締結・拒否の選択がなされたとは見えない場合には、「一体性」が認められやすい。

ウ 契約条項の引用

問題となる一方の契約において、他方の契約の契約条項が引用されており、当該契約の存立が他方の契約を前提ないし条件としていて、両者が相互に結び付けられている場合には、「一体性」が認められやすい。

(2) 一部履行の全体としての目的不達成

ア 各給付の相互依存性

ある契約における給付のみがなされ、他方の契約による給付が欠落した状態では、消費者が具体的な目標とした契約目的が実現され得ない場合で、事業者もそれを承知している場合には、「一体性」が認められやすい。

イ 価格への影響

ある契約における給付の価格形成過程で、他給付の存在が考慮されている場合、たとえば複数の給付を一括購入したことによって、全体としての価格割引がなされていたり、あるいはハイブリッド化による付加価値増を理由とする価格上昇が認められたりしており、他給付の欠落が、消費者に単なる他給付の価格以上の損失を招く場合には、「一体性」が認められやすい。

ウ 代替給付の調達困難性

一方の契約のみが履行された状況のもとで、他方の契約において欠落した給付を市場で調達しようとしても、代替物が存在しないとか、高額につくとといった事情があること、あるいは当事者間の契約自体によって代替給付を調達することが禁止されている等の事情の存する場合には、「一体性」が認められやすい。

5 当事者複数の場合の複合契約論

消費者が、複数の事業者との間で、複数の併存する契約を締結している場合には、複数の事業者間で、当該複数契約の締結に関しあらかじめ提携関係があり、当該事業者間で経済的な共同の利益を追及するための仕組みが構築されていることが多い。

消費者が、複数の事業者との間で、複数の契約を締結している場合において、①消費者が締結した複数個の契約について「複数契約の一体性」が認められ、かつ、②上記のような「複数事業者間の提携関係」が認められるときには、それらの契約について無効・取消・解除の局面で一体的な取扱いが可能である。

このような提携関係のある場合には、複数の事業者との間で複数の併存する契約を締結するという契約形式の選択自体について、当該複数事業者間に相互理解があり、利益の帰するところには損失も帰するという報償責任の法理が適用されることとなるため、信義側上、提携する事業者が締結した契約上の無効・取消・解除の事由を、他方事業者が、契約の相対効原則を盾にして、契約当事者ではない自己には及ばないと主張することが、許されなくなると考えられるのである。

6 一体的取扱いの正当化根拠

(1) 正当化根拠（不当条項論の類推）

上記のように当事者同一の場合の複数契約に「一体性」が認められるとき、あるいは、当事者複数の場合の複数契約に「一体性」と「提携関係」が認められるときでも、当然に、無効・取消・解除の局面での一体的取扱いが許されるわけではない。当事者がわざわざ別個に複数の契約を締結している以上、各契約は別個独立に取り扱われるようにしたいという意味がうかがわれ、そのような当事者による契約形式の選択は、契約自由の原則に基づき尊重されるのが原則だからである。したがって、複数契約について、たとえ「一体性」や「提携関係」があったとしても、無効・取消・解除の局面での一体的取扱いをするためには、そのような一体的取扱いを正当化するに足る根拠が必要である。消費者契約において、消費者を基点とする複数個の契約の一体性と複数事業者間の提携関係が存在する場合には、経済的分業に伴って、事業者側当事者が契約上の地位の分属・特化を図っていると評価することができ、「当事者」性が一方的に操作されることにより、事業者側当事者は契約上の義務を免れている場合がある。

このような複合契約においては、消費者は、継続的に提携する複数の事業者が、反復的取引のために有機的に構築した複雑なシステムを理解できず（隠蔽効果＝情報格差）、また、一括して提供される複数の契約について一方の契約のみを締結するなどの交渉の余地はなく、単に結合した複数の契約について一括して取引に入るか否かの自由しか残されていない（附合性＝交渉力格差）。

したがって、このような提携関係にある複数事業者が経済的な共同の利益を追求する目的で一体的に複数契約の締結を迫る場面においては、そのような複合契約を締結した結果もたらされる事業者側の契約上の地位の分属・特化に関して、消費者の意思の関与は希薄であると言わざるをえず、契約の相対効原則は貫徹することができないものであって、事業者側当事者が選択した契約形式による「当事者」性の否定に対しては、約款ないし消費者契約上の免責条項と同様の強力な裁判所による正義の観点からの規制が正当化され、信義則ないし権利濫用による無効化（契約形式の組み換え）が図られるべきである。

(2) 要件（複数契約のシステムの提供、対価的均衡の阻害）

複数事業者による複数契約が、多数回の取引に用いるためにあらかじめ定式化・システム化されて消費者に対して提供されている場合には、消費者は、情報の質と量及び交渉力に関する構造的格差があるため、事業者側の提示する契約形式を鵜呑みにするしかない。

このような場合は、当該契約形式は、約款と同様、事業者側によって一方的に選択されたものにすぎず、契約形式選択に関する消費者の意思はきわめて希薄であるから、契約の相対効原則の貫徹により、任意法規が包含する正義内容から逸脱するような結論が導かれる場合には、事業者側が選択した契約形式は、組み換えられる必要がある。

特に、複数の契約が相互に他の成立を予定した経済上一体的なものとして締結され、当該複数の契約からそれぞれ生じる債務が、経済的実質を見ると給付・反対給付としての対応関係にあり、対価的均衡性を有している場合であって、事業者側当事者が選択した契約形式に従って契約の相対効原則を貫くと、消費者の利益、すなわち双務有償契約における対価的均衡が害されると評価されるときには、契約形式の組み換えにより、抗弁接続等が図られる必要性が高くなる。

7 要件のまとめ

消費者が、複数の事業者との間で、複数の併存する契約を締結している場合に、①当該複数契約の一体性と当該複数事業者の提携関係が認められ、かつ、②当該複数の契約の併存する契約形式は、事業者側当事者が組み立てて、消費者に押し付けたに過ぎないと評価しうるときは、消費者は、信義則上、契約の相対効原則の例外として、契約形式を組み換えて当該複数契約及び複数事業者を一体とみなすことができ、当該複数の契約を一体的に取り扱い、ある契約の無効・取消・解除の効果を当該複数契約全体に及ぼして主張しうると考えられる。

3 無効な法律行為の効果

(1) 法律行為が無効であることの帰結

法律行為が無効である場合には、①無効な法律行為によっては債権が発生せず、当事者はその履行を請求することができないこと、②無効な法律行為に基づく履行がされているときは相手方に対して給付したものの返還を求めることができることは現在の解釈上も異論なく承認されているが、これを条文上明記する方向で、不当利得に関する規律との関係にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2, 3(1) [46頁]】

【意見】

法律行為が無効である場合には、当事者は無効な法律行為に基づいて債務の履行を請求することができないこと及び無効な法律行為に基づく履行がなされている場合には相手方に対し給付したものの返還を求めることができることを明文化すべきである。

【理由】

解釈上当然のことであるが、明文で認めたほうがわかりやすい。

(2) 返還請求権の範囲

ア 無効な法律行為に基づく履行がされているときは相手方に対して給付したものの返還を求めることができるが、この場合における返還請求権の範囲を明らかにする観点から、民法第703条以下の不当利得に関する規定とは別に、新たに規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

イ 上記アの規定を設けるとした場合の内容については、例えば、次の①から③まで記載の内容の規定を設けるとの考え方があることを踏まえ、更に検討してはどうか。

① 原則として、受領した物を返還することができるときはその物を、これを返還することができないときはその価額を、それぞれ返還しなければならない。

② 上記①の原則に対する例外として、無効な法律行為が双務契約又は有償契約以外の法律行為である場合において、相手方が当該法律行為の無効を知らずに給付を受領したときは、利益が存する限度で返還すれば足りる。

③ 無効な法律行為が双務契約又は有償契約である場合には、相手方が当該法律行為の無効を知らなかった場合でも、返還すべき価額は現存利益に縮減されない。ただし、この場合に返還すべき価額は、給付受領者が当該法律行為に基づいて相手方に給付すべきであった額を限度とする。

ウ 上記イ記載の考え方に加え、詐欺の被害者の返還義務を軽減するなど、無効原因等の性質によって返還義務を軽減する特則を設けるかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料13-2第2, 3(2) [48頁]】

【意見】

不当利得法を含めて検討すべきであり、今回は検討すべきでない。

【理由】

不当利得法においては、種々の類型ごとに要件・効果について議論が多岐に分かれており、不当利得の一場面である無効による返還の場合のみを独立に規定する方向での検討はすべきでない。

(3) 制限行為能力者・意思無能力者の返還義務の範囲

民法第121条は、契約が取り消された場合の制限行為能力者の返還義務を現存利益の範囲に縮減しているが、制限行為能力者がこのような利得消滅

の抗弁を主張できる場面を限定する必要があるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容については、例えば、制限行為能力者が、取消しの意思表示後、返還義務があることを知りながら受領した利益を費消したときは利得消滅の抗弁を認めないとの考え方や、制限行為能力者に害意があるときは利得消滅の抗弁を認めないとの考え方などがあるが、利得消滅の抗弁を限定すると制限行為能力者の保護に欠けることになるとの指摘もある。そこで、制限行為能力者が利得消滅の抗弁を主張することができる場面を限定する場合の規定内容について、更に検討してはどうか。

また、意思無能力に関する規定を新たに設ける場合（前記第29、3）には、意思無能力者の返還義務の範囲についても制限行為能力者の返還義務と同様の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。この場合に、自己の責めに帰すべき事由により一時的に意思能力を欠いた者に利得消滅の抗弁を認めるかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2、5 [58頁]；同（関連論点）1 [59頁]，
同（関連論点）2 [59頁]】

【意見】

不当利得法と統一的に検討すべきであり、制限行為能力者や意思無能力者の返還義務の範囲のみを切り離して検討すべきではない。

いずれにしても、制限行為能力者が利得消滅の抗弁を主張できる場面を限定することについては反対である。

【理由】

不当利得論自体が安定していない現状で、個別に返還義務の範囲を定めることは、不当利得法全体としての一貫性を欠く結果となりかねない。

実務的に制限行為能力者による取消権が行使される場面は、悪徳事業者に対して消費者が取消権を行使するという局面であり、実態に即した議論とは思われない。

(4) 無効行為の転換

無効な行為が他の法律行為の要件に適合している場合に、当該他の法律行為としての効力を認められることの有無及びその要件を明らかにするため、明文の規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容については、例えば、法律行為が無効な場合であっても、類似の法律効果が生ずる他の法律行為の要件を満たしているときは、当該他の法律行為としての効力を認めることができる旨の規定を設けるべきであるとの考え方の当否を含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2、3(3) [51頁]】

【意見】

無効行為の転換の明文化には反対である。

【理由】

無効行為が転換されるか否かは、個々の事案ごとに判断されるべき問題であり、一般的な規律にはなじまない。

(5) 追認

無効な行為は追認によっても効力を生じないとされている（民法第119条本文）が、これを改め、錯誤や意思無能力による無効など当事者の一方を保護することを目的として無効とされる法律行為では、当該当事者が追認することによって遡及的に有効とすることができるものとするかどうかについて、これらの法律行為の効果の在り方の見直しとの関係にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、無効な行為を追認することができるものとする場合には、相手方の法的地位の安定を図る観点から、無効な行為を追認するかどうか確答するように追認権者に催告する権利を相手方に与えるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、どのような無効原因について催告権を与えるかを含め、検討してはどうか。

【部会資料13-2第2, 3(4) [53頁]】

【意見】

前段、後段いずれも検討は不要である。

【理由】

無効行為の追認も有効とすることは、有効を主張する者の抗弁を増やすこととなるだけであり、無効事由を有する私的自治の見地から疑義の呈された法律行為を敢えて維持すべき積極的理由はない。もし本当に無効事由を有する当事者が契約をやり直したければ、再度、契約を締結すれば足りることである。

無効な行為の追認を認めない以上、相手方の催告権も不要である。

4 取り消すことができる行為の追認

(1) 追認の要件

取り消すことができる行為を追認権者が追認するための要件（民法第124条第1項）については、取消原因となった状況が消滅したことだけでなく、対象となる行為について取消権を行使することができることを知っていることが必要であるという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、制限行為能力者（成年被後見人を除く。）について、法定代理人、保佐人又は補助人の同意を得て自ら追認することができることを条文上明記するとともに、この場合には、法定代理人、保佐人又は補助人が対象となる行

為について取消権を行使することができることを知っていることを要件とすべきであるという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2, 6(1) [60頁]】

【意見】

追認の要件として、追認権者が取消権を行使することができることを知った後にしなければならないことを明示するとともに、制限行為能力者（成年被後見人を除く）が法定代理人等の同意を得て自ら追認する場合も同様の要件を充足することが必要であることを明示すべきとの考え方には、賛成である。

【理由】

要件が明瞭に明文化されるとわかりやすい。

(2) 法定追認

法定追認事由について、判例や有力な学説に従って、相手方の債務の全部又は一部の受領及び担保の受領が法定追認事由であることを条文上明記すべきであるとの考え方があるが、追認することができることを知らなくても、単なる外形的事実によって追認の効果が生ずるとすれば、追認権者が認識しないまま追認が擬制されるおそれがあるとの指摘もある。このような指摘を踏まえ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2, 6(2) [64頁]】

【意見】

相手方の債務の全部または一部を受領したこと及び担保受領したことを法定追認の事由として加えるべきでない。むしろ、現行の条文について、法定追認の適用場面を限定する方向で見直す必要がある。

【理由】

取消権を封じるために、事業者が履行をする危険は、消費者契約においてことのほか高い。

また、たとえば、交渉力格差を原因とする困惑類型の取消権についてみれば、事実上存在する格差は、契約後も存在するものであり、追認をすることができる時以降も、接触があれば再発するものである。たとえば、困惑して取引をした消費者に対し、後ほど事業者が代金の取り立て請求に行ったという事案では、契約交渉場面からの離脱があった以上、その時点で取消権を行使しうる状況になるため「追認をすることができる時以降」であるところ、事業者が消費者に対して代金取り立てに出向き、接触した場面で、消費者が再度困惑して代金を言われるままに支払った場合には、代金支払債務の「全部または一部の履行」があったことになり、法定追認が成立することとなる。これでは、あまりに不当であろう。

そもそも法定追認は、取消原因が消滅して正常な判断ができるような状況になった後に、取消権者が当該行為の有効維持を前提とした行動をした以上、もはや取消権の行使はないものと信じた相手方の信頼を保護し取引関係の安定を図る趣旨であるとされる。しかし、相手方が詐欺、誤認惹起行為、困惑惹起行為などの帰責事由のある行為をした場合に、相手方の保護をそこまでして図る必要があるのだろうか。特に被害者が消費者の場合には、いっそう相手方事業者の保護の必要性は薄まるように思われる。

法定追認については、消費者契約には適用しないとといった根本的な改正が必要であると思われる。

(3) 追認の効果

取り消すことができる行為の追認は不確定的に有効であった行為を確定的に有効にするにすぎず、追認によって第三者が害されるという場面は考えられないことから、取り消すことができる法律行為を追認することによって第三者の権利を害してはならない旨の規定（民法第122条ただし書）は、削除するものとしてはどうか。

【部会資料13-2第2, 6(1)（関連論点） [62頁]】

【意見】

賛成である。

(4) 相手方の催告権

相手方の法的地位を安定させる観点から、取り消すことができる法律行為を追認するかどうか確答するように追認権者に催告する権利を相手方に与えるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、どのような取消原因について催告権を設ける必要があるかを含め、検討してはどうか。

【意見】

検討することに賛成である。

【理由】

相手方の催告権を認めることは法律関係の早期安定に資するが、取消原因によっては催告権を認めるべきではない場合もあり（例えば詐欺取消）、慎重に検討すべきである。

5 取消権の行使期間

(1) 期間の見直しの要否

取消権の行使期間については、追認可能時から5年間、行為時から20年間とされている（民法第126条）ところ、これは長すぎるとして、例えば、これを追認可能時から2年間又は3年間、行為時から10年間に短縮すべき

であるとの考え方がある。これに対し、例えば消費者には現行法の行使期間でも取消権を行使することができない者がおり、行使期間を短縮すべきではないとの意見もある。そこで、取消権の行使期間の短縮の可否及び具体的な期間について、債権の消滅時効期間の在り方（後記第36，1(1)）にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2，7(1) [65頁]】

【意見】

取消権の行使期間を現在より短縮することには反対である。

【理由】

取消権によって効力を否定すべき法律行為について、相手方の保護を重視すべきではなく、むしろ取消権者の保護を優先させるべきである。

(2) 抗弁権の永続性

取消権の行使期間の制限が、取消権者が相手方からの履行請求を免れるために取消権を行使する場合にも及ぶかどうかについては、明文の規定がなく解釈に委ねられている。この点を明らかにするため、上記の場合に行使期間の制限なくいつまでも取消権を行使できる旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方があるが、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第2，7(2) [69頁]】

【意見】

取消権を抗弁権として行使する場合には、期間制限が適用されない旨の規定を設けるべきである。

【理由】

取消権者保護という取消権付与の立法趣旨及び法的安定性の確保の観点から、抗弁権としての行使については時効期間の制限をなくするべきである。

第33 代理

1 有権代理

(1) 代理行為の瑕疵-原則（民法第101条第1項）

民法第101条第1項は、代理行為における意思表示の効力が当事者の主観的事情によって影響を受ける場合には、その事情の有無は代理人について判断すると規定するが、代理人が詐欺・強迫をした場合については、端的に同法96条第1項を適用すれば足りることから、同法第101条第1項の適用がないことを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【意見】

賛成である。

【理由】

代理に関する規定としては、代理人のした意思表示の効力を定めるものとするべきである。したがって、ここにいう意思表示は、代理人がなしたものに限定し、その旨を条文上明らかにするのが相当である。

(2) 代理行為の瑕疵-例外（民法第101条第2項）

民法第101条第2項は、本人が代理人に特定の法律行為をすることを委託した場合に、代理人が本人の指図に従ってその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができないとし、また、本人が自らの過失によって知らなかった事情についても同様とすると規定する。この規定に関して、その趣旨を拡張して、任意代理において本人が代理人の行動をコントロールする可能性がある場合一般に適用される規定に改めるべきであるとの考え方があるので、この考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【意見】

賛成である。

【理由】

民法101条2項に相当する規律が、任意代理の場合に限られることを明文で明らかにすべきであり、その上で、その適用範囲を拡張し、これを条文上明確にすることに賛成である。

(3) 代理人の行為能力（民法第102条）

民法第102条は、代理人は行為能力者であることを要しないと規定するが、制限行為能力者の法定代理人に他の制限行為能力者が就任した場合には、本人の保護という法定代理制度の目的が達成されない可能性がある。これを踏まえ、法定代理については、制限行為能力者が法定代理人に就任すること自体は可能としつつ、本人保護のために、その代理権の範囲を自らが単独ですることができる行為に限定するなどの制限を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【意見】

賛成である。

【理由】

法定代理の場合、法定の欠格事由や公的機関による選任あるいは解任の手続があるものの、高齢化社会の現状において、公的機関による監督が十分機能することは、必ずしも期待できないから、一定の制限を設けるのが相当である。具体的には、制限能力者である法定代理人がした代理行為は、当該法定代理人が自己の名でしたのであれば取り消すことができたものについては、取り消しうるとすべきである。

なお、この問題は親権者についての制限行為能力の問題と関連しており、親権者に対する規律を含めて、制度の全体的な見直しを図る必要がある。

(4) 代理権の範囲（民法第103条）

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

【部会資料13-2第3, 2(4) [79頁]】

【意見】

賛成である。

【理由】

分かり易い民法を目指すのであれば、原則について先ず規定し、次に例外規定を置くのが当然である。具体的には、任意代理人はその任意代理権が付与される原因たる契約により定められた行為及びその目的を達成するために必要な行為をする権限を有する旨を規定することが検討される。

(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】

反対である。

【理由】

本人の許諾が得られないのに復代理人を選任することができる場合は、限定しておくのが相当である。任意代理人が復代理人を専任できる要件を緩和するべきであるとの社会的要望がどれだけあるのか疑問である。

また、仮に要件を緩和するべきだとした場合でも、提案のように「自己執行を期待するのが相当でない場合」と改めることによって、現行規定よりも緩和されるとは、必ずしもいえないのではないか。現行の「やむを得ない事由があるとき」は、弾力的な解釈が可能であり、これで十分である。

(6) 利益相反行為（民法第108条）

形式的には自己契約及び双方代理を禁止する民法第108条に該当しないものの、実質的には本人と代理人との利益が相反している事案において、同条の趣旨を援用すると判断した判例があることなどから、代理人の利益相反行為一般を原則として禁止する旨の明文の規定を設けるという考え方がある。このような考え方の当否について、取引に萎縮効果が生じるなどとしてこれに慎重な意見があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、代理人の利益相反行為一般を原則として禁止する場合には、これに違反した場合の効果についても、無権代理となるものとする案や、本人への効果の帰属を原則とした上で、本人は効果の不帰属を主張することができるものとする案などがある。そこで、これらの案について、相手方や相手方からの転得者等の第三者の保護をどのように図るかという点も含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 2(6) [85頁], 同(関連論点) [86頁]】

【意見】

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規定を設けることには賛成する。利益相反行為の効果については、効果不帰属主張構成に賛成する。この場合に相手方、転得者の保護をどのように図るかについては、さらに検討されるべきである。

【理由】

代理人の利益相反行為に民法108条の趣旨を援用した上記判例の判断は、一般的に相当であるから、代理人の利益相反行為の原則禁止を立法化することには賛成する。

また、効果不帰属主張構成の説くところは理論的であり、これを採用することによって実務に混乱等が生じるとは考え難い。ただし、取引の予測可能性を害さないように留意し、善意の第三者の保護を図るべきである。

(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

ることにより、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】

代理権の濫用の規定を設けることには賛成である。代理権濫用の効果については、効果不帰属主張構成説に賛成する。

【理由】

代理権の濫用については、判例法理が確立しており、これを明文化することに賛成である。そして、信義則上、本人において代理権の濫用を主張することができるのは、相手方が悪意である場合又は相手方に過失(ただし、任意代理の場合は重過失)がある場合に限るとするのが相当である。

代理権の濫用は利益相反行為の場合と共通するものがあり、利益相反行為の効果について効果不帰属主張構成を採用する以上、代理権の濫用の効果についても同様に考えてよい。

2 表見代理

(1) 代理権授与の表示による表見代理(民法第109条)

ア 法定代理への適用の可否

代理権授与の表示による表見代理を規定する民法第109条に関しては、法定代理には適用がないとする判例・学説を踏まえて、このことを条文上明記するかどうかについて、法定代理であっても、代理権授与表示があったと評価することができる事案もあり得るとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 3(1)ア [91頁]】

【意見】

反対である。

【理由】

民法109条が法定代理に適用されるかどうか条文上明確ではないことは、指摘のとおりである。そして、法定代理権は本人が授与するものではないから、法定代理につい

てこの規定の適用の余地がないと考えるのが理論的な結論であるかも知れない。しかしながら、法定代理について、この規定を類推適用するのが相当な場合も考えられるから、条文上適用を否定してしまうことには賛成できない。

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】

考え方自体には、賛成できるが、明文化は慎重に検討すべきである。

【理由】

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との考え方には、賛成である。しかしながら、その規律のしかたとしては、類推適用される旨を一般的規定として設ける方法や、類推適用されるものを限定列挙する方法（例えば、表見代理が成立しない場合として「代理権授与表示をした者に錯誤があった場合」「相手方が、その表示された代理権が付与されていないことを知っていた場合」等を規定すること）等、様々な考えがありうるどころ、慎重な検討が必要である。

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】

反対である。

【理由】

提案されたような事例については、推定規定を設けなくても、同旨の事実上の推定

が可能である。白紙委任状については、空白部分も様々であり、濫用される形態も多岐にわたっているところ、それが濫用された場合を包括する規律を設けることは、不可能ではないか。また、委任状に関する規定が存在しないのに、いきなり白紙委任状が明文化されることにも抵抗がある。

エ 本人名義の使用許諾の場合

判例には、代理権授与の表示があった場合のみならず、本人が自己の名義の使用を他人に許した場合にも、民法第109条の法理等に照らして、本人の表見代理による責任を肯定するものがあることから、このことを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 3(1)エ [95頁]】

【意見】

判例法理を明文化するものであり、賛成する。

オ 民法第110条との重畳適用

判例は、代理権授与の表示を受けた他人が、表示された代理権の範囲を超える法律行為をした場合に、民法第109条と同法第110条とを重畳適用することにより、その他人に代理権があると信ずべき正当な理由がある相手方の保護を図っていることから、このことを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 3(1)オ [97頁]】

【意見】

賛成である。

【理由】

判例、学説上異論のないところであり、賛成する。

(2) 権限外の行為の表見代理（民法第110条）

ア 法定代理への適用の可否

代理人がその権限外の行為をした場合の表見代理を規定する民法第110条に関しては、判例は法定代理にも適用があると解されているが、学説上は法定代理への適用を認めない見解も有力であり、同条が法定代理には適用されないことを条文上明記すべきであるとの考え方が提示されている。そこで、この考え方の当否について、法定代理であっても、本人に一定のコントロール可能性があるにもかかわらず放置している場合のように、本人の帰責性を認めることができる事案もあり得るとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【意見】

反対である。

【理由】

民法110条が法定代理に適用されるかどうか条文上明確ではないことは、指摘のとおりである。そして、法定代理権は本人が授与するものではないから、法定代理についてこの規定の適用の余地がないと考えるのが理論的な結論であるかも知れない。しかしながら、法定代理について、この規定を類推適用するのが相当な場合も考えられるから、条文上適用を否定してしまうことには賛成できない。

イ 代理人の「権限」

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

【部会資料13-2第3, 3(2)イ [100頁]】

【意見】

規定を設けることに賛成である。

【理由】

民法110条の権限は代理権に限られないと考えるのが相当であり、これを明文化することに賛成する。

ウ 正当な理由

民法第110条の「正当な理由」に関しては、その意味やどのような事情があるときにこれが認められるのかが明らかではないとの指摘があることから、善意無過失を意味することを条文上も明らかにするとする案や、「正当な理由」の有無についての考慮要素をできる限り明文化するとする案などを対象として、その規定内容の明確化を図るかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 3(2)ウ [102頁]】

【意見】

「正当な理由」を善意無過失と書き換えることは賛成できない。「正当な理由」を判断するについての考慮要素をできる限り明確にすること自体には賛成であるが、規定のしかたについては慎重に検討すべきである。

【理由】

「正当な理由」は、相手方の事情だけでなく、本人側の事情も含めて正当な理由の有無を総合的に判断するのが相当である。その判断要素をできる限り明確にすることは賛成であるが、具体的な規律の定め方は容易ではない。どのような事柄を判断要素として取り上げ、どのような文言を用いて規定するのかについては、立証責任にも関係するところ、裁判例等を考慮した上での慎重な検討が必要である。

(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】

反対である。

【理由】

民法110条の場合と同様の理由により、法定代理への適用を明文で否定することには賛成できない。

イ 「善意」の対象

民法第112条の「善意」の対象については、判例は、行為の時点で代理権の不存在を知らなかったことで足りるとするものと解されているが、学説上は、同条における相手方が保護される根拠との関係で、過去において代理権が存在したことを知っており、その代理権の消滅を知らなかったことを必要とするとの見解が有力である。そこで、このような学説に基づいて「善意」の対象を条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 3(3)イ [105頁]】

【意見】

賛成である。

【理由】

上記の学説の見解は相当であり、これを明文化することに賛成である。

ウ 民法第110条との重畳適用

判例は、本人から代理権を与えられていた者が、消滅した代理権の内容を超える法律行為をした場合に、民法第110条と同法第112条とを重畳適用することにより、その者に権限があると信ずべき正当な理由がある相手方の保護を図っていることから、このことを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 3(3)ウ [106頁]】

【意見】

上記の判例は相当であって、学説にも特段の異論がないところである。これを明文化することに賛成である。

3 無権代理

(1) 無権代理人の責任（民法第117条）

民法第117条第1項による無権代理人の責任に関しては、無権代理人が自らに代理権がないことを知らなかった場合には、錯誤に準じて無権代理人としての責任を免れ得るものとする旨の規定を設けるかどうかについて、相手方の保護の観点から、これに慎重な意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

また、同条第2項に関しては、無権代理人が故意に無権代理行為を行った場合には、相手方に過失があるときでも、無権代理人は同条第1項の責任を免れないものとする旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。これに関連して、無権代理人が重過失によって無権代理行為を行った場合にも同様とするかどうかや、相手方の過失が軽過失にとどまる場合には、無権代理人はその主観的態様にかかわらず無権代理人としての責任を免れないものとするかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 4(1) [108頁]】

【意見】

前段、後段ともに、検討することについては賛成である。ただし、相手方保護とのバランスから、慎重に検討すべきである。

【理由】

上記の見解に賛成である。なお、前段については、錯誤との対比から重過失のあったときは責任を免れないとするのが相当である。

(2) 無権代理と相続

同一人が本人としての法的地位と無権代理人としての法的地位とを併せ持つに至った場合における相手方との法律関係に関しては、判例・学説の到達

点を踏まえ、無権代理人が本人を相続したとき、本人が無権代理人を相続したとき、第三者が無権代理人と本人の双方を相続したときなどの場面ごとに具体的な規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 4(2) [111頁], ア [112頁], イ [114頁],
同(関連論点) [115頁], ウ [115頁]】

【意見】

いずれも賛成する。なお、本人が無権代理人を相続したときについては、本人は追認することもできることを明文化した方が分かり易い。考え方としては、資格併存説に立った上、信義則に基づいて上記の結論を導くのが相当である。

4 授権

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権のうち、被授権者が自己の名で、授権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、授権者がその権利を処分したという効果が生ずる処分授権について、委託販売の法律構成として実際上も重要であると指摘されていることを踏まえて、明文の規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。この考え方の当否について、その概念の明確性や有用性に疑問を呈する意見があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第3, 5 [116頁]】

【意見】

そもそも社会的な需要があるのか疑問であり、委託販売の実態を調査した上で検討すべきである。

【理由】

検討事項は、処分授権が委託販売の法律構成として実際上も重要であるというが、百貨店などで委託販売の名において行われている取引は、売上げ仕入れと呼ばれている販売形態であって、委託販売ではない旨の指摘があり、委託販売が実際にどの程度行われているのか明らかではない。処分授権について明文の規定を設ける必要性をたやすく肯定することができない。

第34 条件及び期限

1 停止条件及び解除条件の意義

停止条件及び解除条件という用語の意義を条文上明確にすることとしてはどうか。

【部会資料13-2第4, 2 [120頁]】

【意見】

賛成である。また、「停止条件」「解除条件」というネーミング自体、一般市民には違和感があると思われるので、分かりやすい用語に変更することも検討されるべきである。

2 条件の成否が未確定の間における法律関係

条件の成就によって不利益を受ける当事者が故意に条件の成就を妨げた場合の規定（民法第130条）について、判例は、条件の成就によって利益を受ける側の当事者が故意に条件を成就させた場合にも類推適用して、条件が成就しなかったものとみなすことができるとしていることから、この判例の考え方を明文化する方向で、具体的な要件について更に検討してはどうか。その際、「故意に条件を成就させた」というだけでは、何ら非難すべきでない場合が含まれてしまうため、適切な要件の設定について、更に検討してはどうか。

【部会資料13-2第4, 3 [120頁]】

【意見】

特に意見はない。

3 不能条件（民法第133条）

原始的に不能な契約は無効であるとする伝統的な理解（原始的不能論）の見直しに関する議論（前記第22, 3）との関連で、不能な条件を付した法律行為の効力について一律に無効又は無条件とする旨を定めている民法第133条の規定も削除するかどうか等について、検討してはどうか。

【意見】

原始的不能の議論と統一的に検討すべきである。

【理由】

原始的不能論については賛否両論あり、この議論の結論と整合させる必要がある。

4 期限の意義

期限の始期と終期や、確定期限と不確定期限などの用語の意義を条文上明確にすることとしてはどうか。

【部会資料13-2第4, 4 [121頁]】

【意見】

特に反対しない。

【理由】

用語の意義を条文上明確にすることについては賛成できる。

5 期限の利益の喪失（民法第137条）

民法第137条が定める期限の利益の喪失事由のうち、破産手続開始の決定を受けたとき（同条第1号）に関しては、破産法に委ねて民法の当該規定を削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、同条第2号に関しても、何らの義務違反のない場合が含まれないことを明らかにする等の見直しをする必要がないか、検討してはどうか。

【部会資料13-2第4, 5 [122頁]】

【意見】

いずれも検討することに賛成である。

【理由】

民法137条第1号は、破産手続による効果として破産法に委ねることも考えられるが、民法規定を削除することは慎重に検討されるべきである。同2号の見直しについても更に検討すべきである。

第35 期間の計算

【意見】

特に意見はない。

第36 消滅時効

1 時効期間と起算点

(1) 原則的な時効期間について

債権の原則的な時効期間は10年である（民法第167条第1項）が、その例外として、時効期間を職業別に細かく区分している短期消滅時効制度（同法第170条から第174条まで）や商事消滅時効（商法第522条）などがあるため、実際に原則的な時効期間が適用されている債権の種類は、貸付債権、債務不履行に基づく損害賠償債権などのうち商事消滅時効の適用されないものや、不当利得返還債権などがその主要な例となる。しかし、短期消滅時効制度については、後記(2)アの問題点が指摘されており、この問題への対応として短期消滅時効制度を廃止して時効期間の統一化ないし単純化を図ることとする場合には、原則的な時効期間が適用される債権の範囲が拡大することとなる。そこで、短期消滅時効制度の廃止を含む見直しの検討状況（後記(2)ア参照）を踏まえ、債権の原則的な時効期間が実際に適用される債権の範囲に留意しつつ、その時効期間の見直しの要否について、更に検討してはどうか。

具体的には、債権の原則的な時効期間を5年ないし3年に短期化すべきであるという考え方が示されているが、これに対しては、短期化の必要性を疑問視する指摘や、商事消滅時効の5年を下回るのは実務上の支障が大きいとの指摘がある。また、時効期間の長短は、起算点の定め方（後記(3)）と関連付けて検討する必要があるが、また、時効期間の進行の阻止が容易かどうかと

いう点で時効障害事由の定め方（後記2）とも密接に関わることに留意すべきであるとの指摘もある。そこで、これらの指摘を踏まえつつ、債権の原則的な時効期間を短期化すべきであるという上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 2(2) [5頁]】

【意見】

短期消滅時効制度（民法170条～174条）については、現行民法の債権ごとの区分に合理性が認められないことから、制度の廃止を含めた抜本的な見直しを行うべきであるが、原則的な時効期間の見直しは不要である。

【理由】

現行民法170条以下では、短期消滅時効を定め、例えば、医師、助産婦又は薬剤師の診療、助産又は調剤に関する債権について2年（民法170条1号）、弁護士、弁護士法人又は公証人の職務に関する債権について、その原因となった事件が終了した時から2年（民法172条1項）、生産者、卸売商人又は小売商人が売却した産物又は商品の代価に係る債権について2年（民法173条1号）、運送賃に係る債権について1年（民法174条3号）等と異なる取扱をしている。

しかしながら、上記のような債権ごとの異なる取扱に、合理的な区別を見出すことは困難であり、また、民法に列挙されている債権とそれ以外の債権（例えば、定めのある弁護士の報酬債権と定めのない司法書士の報酬債権）とで消滅時効期間を異ならせる合理的な理由はないと言わざるを得ない。したがって、現行法の短期消滅時効制度については、制度自体を廃止すること、対象債権を再検討及び整理した上で期間を一本化すること、対象債権による区別を行うこと等の抜本的見直しを行うべきである。

(2) 時効期間の特則について

ア 短期消滅時効制度について

短期消滅時効制度については、時効期間が職業別に細かく区分されていることに対して、理論的にも実務的にも様々な問題が指摘されていることを踏まえ、見直しに伴う実務上の様々な影響に留意しつつ、職業に応じた区分（民法第170条から第174条まで）を廃止する方向で、更に検討してはどうか。

その際には、現在は短期消滅時効の対象とされている一定の債権など、比較的短期の時効期間を定めるのが適当であると考えられるものを、どのように取り扱うべきであるかが問題となる。この点について、特別な対応は不要であるとする考え方がある一方で、①一定の債権を対象として比較的短期の時効期間を定めるべき必要性は、原則的な時効期間の短期化（前記(1)参照）によって相当程度吸収することができる（時効期間を単純化・統一化するメリットの方が大きい）とする考え方と、②職業別の区分によらない新たな短期消滅時効として、元本が一定額に満たない少額の債権を

対象として短期の時効期間を設けるとする考え方などがあることを踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 2(1) [3頁]】

【意見】

職業に応じた区分を廃止する方向で検討することは賛成である。その際に、一定の債権につき比較的短期の時効期間を定めることが適当か否かについては議論があり、慎重に検討すべきである。ただし、原則的な時効期間の短期化によることは反対である。

【理由】

そもそも、短期消滅時効の廃止または見直しを理由に、原則的な時効期間を変更しようとする考え方は、思考の過程として問題がある。

現行法を維持したとしても、迅速な解決が求められる取引については、その多くが商行為によって生じた債権(商法522条)として、5年の商事消滅時効の適用があり、いたずらに時効期間が長期化する弊害があるとも思われない。

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】

特に意見はない。

ウ 判決等で確定した権利

確定判決等によって確定した権利は、高度の確実性をもって確定されたものであり、その後も時効完成を阻止するために短期間のうちに権利行使することを求めるのは適当でないことなどから、短期の時効期間に対する例外規定が設けられている(民法第174条の2)。この規定に関しては、短期消滅時効制度の見直しや原則的な時効期間に関する検討(前記1(1)(2)ア参照)を踏まえつつ、現在と同様に、短期の時効期間に対する例外的な取扱いを定める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 2(3)イ [10頁]】

【意見】

時効期間の短期化を図る考え方自体に反対である。

エ 不法行為等による損害賠償請求権

不法行為による損害賠償請求権の期間制限に関しては、債権一般の消滅時効に関する見直しを踏まえ、債務不履行に基づく損害賠償請求権と異なる取扱いをする必要性の有無に留意しつつ、現在のような特則（民法第724条）を廃止することの当否について、更に検討してはどうか。また、不法行為の時から20年という期間制限（同条後段）に関して、判例は除斥期間としているが、このような客観的起算点からの長期の期間制限を存置する場合には、これが時効であることを明確にする方向で、更に検討してはどうか。

他方、生命、身体等の侵害による損害賠償請求権に関しては、債権者（被害者）を特に保護する必要性が高いことを踏まえ、債権一般の原則的な時効期間の見直しにかかわらず、現在の不法行為による損害賠償請求権よりも時効期間を長期とする特則を設ける方向で、更に検討してはどうか。その際、特則の対象範囲や期間については、生命及び身体の侵害を中心としつつ、それと同等に取り扱うべきものの有無や内容、被侵害利益とは異なる観点（例えば、加害者の主観的態様）からの限定の要否等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 2(3)ウ [11頁],
同（関連論点）1 [12頁], 同（関連論点）2 [13頁]】

【意見】

いずれについても賛否両論あることから、慎重に検討すべきである。

(3) 時効期間の起算点について

時効期間の起算点に関しては、時効期間に関する検討（前記1(1)(2)参照）を踏まえつつ、債権者の認識や権利行使の期待可能性といった主観的事情を考慮する起算点（主観的起算点）を導入するかどうかや、導入するとした場合における客観的起算点からの時効期間との関係について、実務に与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、「権利を行使することができる時」（民法第166条第1項）という客観的起算点についても、債権の種類や発生原因等によって必ずしも明確とは言えず、紛争が少なくないとの指摘があることから、一定の類型ごとに規定内容の明確化を図ることの要否及びその内容について、検討してはどうか。

さらに、預金債権等に関して、債権に関する記録の作成・保存が債務者（銀行等）に求められていることや、預けておくこと自体も寄託者としての権利

行使と見ることができることなどを理由に、起算点に関する例外的な取扱いを設けるべきであるとする考え方の当否について、預金債権等に限ってそのような法的義務が課されていることはないとの指摘があることも踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 2(4) [13頁] 同(関連論点) [15頁]】

【意見】

消滅時効における時効期間の起算点については、現行法の考え方を維持すべきである。

【理由】

現行法の下での実務において特段の不都合はなく、改正の必要性は見当たらないのであるから、現行法の考え方を維持すべきである。

(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】

当事者間の合意による時効期間や起算点の変更は認めるべきではない。

【理由】

時効期間は公序と解すべきであるから、合意による期間変更を認めるのは相当でない。合意による期間変更を認めると、延長・短縮を問わず、当事者間の交渉力格差がある場合、不当な結論を招く弊害が懸念される。

2 時効障害事由

(1) 中断事由(時効期間の更新, 時効の新たな進行)

時効の進行や完成を妨げる事由(時効障害事由)のうち時効の中断事由(民法第147条)に関しては、例えば、「請求」(同条第1号)の意味が必ずしも明確でなく、ある手続の申立て等によって時効が中断された後、その手

続が途中で終了すると中断の効力が生じないとされるなど、複雑で分かりにくいという問題が指摘されている。また時効の中断は、新たな時効が確定的に進行するという強い効力を有するため、そのような効力を与えるに相応しい事由を整理すべきであるとの問題も指摘されている。そこで、このような問題意識を踏まえて、新たな時効が確定的に進行することとなる事由のみをほかと区別して条文上明記することとしてはどうか。その上で、具体的な事由としては、①権利を認める判決の確定、②確定判決と同一の効力が認められる事由（裁判上の和解等）が生ずること、③相手方の承認、④民事執行などを掲げる方向で、更に検討してはどうか。

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

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

【部会資料14-2第2, 3(2) [20頁]】

【意見】

時効の中断事由について、新たな時効が確定的に進行することとなる事由のみを他と区別して条文上明記することは賛成であるが、その具体的な事由を変更することについては慎重に検討すべきである。名称について、適切な用語に改めることについては、賛成である。

【理由】

時効中断の名称や効力について、一般市民に分かりやすい形にすべきである。新たな時効を確定的に進行させる具体的な事由の選択においては、その効果を与えるのが適切か否かを慎重に検討すべきである。また、民事執行といっても様々な手続があることから、手続ごとに慎重に検討すべきである。

(2) その他の中断事由の取扱い

時効の中断事由（民法第147条）のうち、新たな時効が確定的に進行することとなる事由（前記(1)参照）以外の事由（訴えの提起、差押え、仮差押え等）の取扱いに関しては、時効の停止事由（同法第158条以下）と同様に取り扱うという案や、時効期間の進行が停止し、その事由が止んだ時から残りの時効期間が再び進行する新たな障害事由として扱うという案（時効期間の進行の停止）などが提案されていることを踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 3(3) [22頁], (4) [27頁]】

【意見】

様々な意見があり，慎重に検討すべきである。

(3) 時効の停止事由

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

また，催告（同法第153条）についても，これを時効の停止事由とすかどうかについて，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】

時効の停止期間については，天災等による時効の停止（民法161条）については，停止期間を二週間から他の停止事由と同じく6ヶ月間に伸長すべきであるが，その余は現状維持とすべきである。

催告を停止事由とすることについては慎重に検討すべきである。

【理由】

災等による時効の停止（民法161条）については，停止期間が「障害が消滅した時から二週間」と定められているところ，阪神・淡路大震災といった大規模災害を念頭に置くと，あまりに短すぎると考えられる。

催告を停止事由とすることについては，それを必要とする社会的需要の有無等が明確ではなく，慎重に検討すべきである。

(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】

一定の要件のもとで、当事者間の協議を時効障害事由として位置づける考え方については、その理念を理解できる面もあるが、結論として、制度導入には反対である。

むしろ、当事者の合意による時効中断（債務の存在については争うが、時効の中断は認めるとの合意）の方法について検討すべきである。

【理由】

当事者間で債権に関する協議を継続している間、債権時効を完成させないような時効障害事由を創設したいという理念自体は、理解できなくはない。しかし、現実の実務を想定すると、どのような状態が時効障害事由となる「協議」に該当するのか、協議がいつ終了したのかの判断は必ずしも容易ではなく、この点を巡る紛争が増大し、実務が混乱する恐れがある。

(5) その他

ア 債権の一部について訴えの提起等がされた場合の取扱い

債権の一部について訴えの提起がされた場合であっても、一部請求であることが明示されているときは、判例と異なり、債権の全部について時効障害の効果が生ずることとするかどうかについて、一部請求であることが明示されなかったときの取扱いにも留意しつつ、更に検討してはどうか。また、債権の一部について民事執行の申立てがされた場合についても同様の取扱いとするかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 3(3)(関連論点)1 [26頁]】

【意見】

一部請求が明示された場合、債権の全部について時効障害の効果が生じることを明文化する方向で検討すべきである。民事執行についても同様である。

【理由】

訴訟提起において一部請求であることを明示することにより、当該訴訟提起の中で、残部の請求が存在することも明示したことになるから、残部についても、権利の上に眠っていることにはならず、債権全部について時効障害の効果が生ずるとすべきである。

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】

特に意見はない。

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】

消滅時効の援用の性質について、当事者が援用したときに時効の効果が生じる旨を条文上明記することには、賛成である。時効の援用によって債務者に履行拒絶権が発生するとの考え方には、反対である。

【理由】

消滅時効の援用の性質について、当事者の援用があつて初めて時効の効果が確定的に発生するという理解が一般的であり実務にも定着しているから、これを明文化することには、賛成である。

これに対し、時効の援用によって債務者に履行拒絶権が発生するとの考え方については、債権は消滅していないということを根拠として債権者が請求をしやすくなり、知識が不十分な債務者が害される懸念があるため、反対である。

(2) 債務者以外の者に対する効果（援用権者）

消滅時効の効果に関する検討（前記3(1)参照）を踏まえつつ、仮に当事者が援用した時に債権の消滅という効果が確定的に生ずる旨を条文上明記するという案を採る場合には、時効の援用権者の範囲について、保証人、物上保証人など、判例上「時効により直接利益を受ける者」とされているものを条文上明確にすることについて、更に検討してはどうか。

他方、仮に消滅時効の完成により債務者に履行拒絶権が発生するものと規定するという案を採る場合には、履行拒絶権を行使するのは基本的に債務者であるとした上で、保証人、物上保証人など、判例上時効の援用権が認められてきた者の利益を保護する方策について、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 4(2) [35頁]】

【意見】

判例の考え方に沿って保証人、物上保証人等が時効の援用権者であることを明文化することには、賛成である。具体的な文言については、判例の表現を参考にしつつ、さらに検討すべきである。

【理由】

時効の援用権者の範囲については、多くの判例により安定した実務が運用されており、判例の考え方を明文化することが望ましい。

(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う不利益を被る場合があるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 4(3) [37頁]】

【意見】

明文化するか否かも含め、慎重に検討すべきである

【理由】

「信義則上、時効援用権を喪失する」との判例は、当該事案の結論としては妥当であっても条文の文言としては不適切である。逆に、時効完成後の債務の承認について、時効援用権を喪失しないことを明文化するのは、やや行き過ぎの感がある。明文化する場合には、結論が硬直化しないよう慎重に文言を検討すべきである。

4 形成権の期間制限

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

【部会資料14-2第2, 5 [38頁]】

【意見】

検討することは反対である。

【理由】

形成権といっても多種多様であり、一般化には馴染まない。

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】

検討の必要はない。

【理由】

個々の規定を検討することで足りる。

(2) 取得時効への影響

取得時効（民法第162条以下）に関しては、消滅時効を対象として時効障害事由（前記2）や時効の効果（前記3）に関する検討を行った後、それを取得時効にも適用があるものとするかどうか等について、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 6(2) [40頁]】

【意見】

消滅時効の規定について改正をすれば、取得時効についても大きな影響があるのは当然である。消滅時効のみを先行して改正することは相当でない。

【理由】

消滅時効のみを改正し、取得時効を現行法のまま残しておくとするれば、設問でも意識されているように、本来共通となるべき規定が異なるという不都合な結果を招く恐れが高い。

第37 契約各則—共通論点

1 冒頭規定の規定方法

典型契約の冒頭規定の規定方法については、現在は効力発生要件を定める形式が採用されているところ、契約の本質的な要素が簡潔に示されていること等の現行規定の長所を維持することに留意しつつ、規定方法を定義規定の形式に改める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 2（関連論点）2 [66頁]】

【意見】

定義規定を置いて分かりやすい立法を検討する方向性には賛成する。

2 強行規定と任意規定の区別の明確化

契約各則の規定のうち、どの規定が強行規定であり、どの規定が任意規定であるかを条文上明らかにすることが望ましいとの考え方について、前記第28, 3の議論との整合性に留意しつつ、強行規定かどうかを区別することの可否やその程度、区別の基準の在り方、区別をする場合における個々の規定の表現等

を含め、検討してはどうか。

【意見】

検討することには反対しない。もっとも、基準については慎重に検討すべき。

【理由】

基準が明確にできるのであれば、区別をすることでわかりやすくなる。また、任意規定の事実上の強行法規化への抑制にもなる。

第38 売買—総則

1 売買の一方の予約（民法第556条）

売買の一方の予約を規定する民法第556条の規定内容を明確にする等の観点から、①「予約」の定義規定を置くこと、②両当事者が予約完結権を有する場合を排除しない規定とすること、③契約成立に書面作成等の方式が必要とされる類型のものには、予約時に方式を要求すること、④予約完結権の行使期間を定めた場合の予約の効力についての規定も置くことについて、更に検討してはどうか。また、どのような内容の予約を規定の対象とすべきかという点については、予約完結権を与えるもの以外の予約の形態を民法に取り込むことの是非や、有償契約への準用規定（同法第559条）を通じて予約に関する規定が他の有償契約にも準用され得ることなどに留意しつつ、更に検討してはどうか。また、予約に関する規定が他の契約に適用ないし準用され得ることを踏まえて、その規定の位置を売買以外の箇所（例えば、契約総則）に改めるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料15-2第1、2〔2頁〕】

【意見】

①「予約」の定義規定をおくこと、②両当事者が予約完結権を有する場面を規定上排除する必要はないとの考え方、③要式契約の予約について、予約時に方式を要求すべきであるとの考え方、及び④予約完結権の行使期間を定めた場合の予約の効力について定めること、いずれも賛成する。

どのような内容の予約を規定の対象とすべきか、規定の位置を改めるかどうかについては、検討することに賛成する。

【理由】

予約が日常用語において用いられる「予約」（ホテルの予約など）と語義が異なり、分かりにくいことから、定義規定を置くことが望ましい。双方の予約についても、特にその有効性を否定する理由はないと思われる。また、契約成立が要式行為の場合には、その潜脱防止のためにも予約時に方式を要求すべきである。

もっとも、無償契約についての準用については慎重に検討すべきであり、その関係において、既定の配置も変わってくる。

2 手付（民法第557条）

手付の規定（民法第557条）に関しては、履行に着手した当事者による手付解除を認める判例法理を明文化することについて、更に検討してはどうか。なお、これを明文化する場合には、履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求をすることができる旨の規定を置くことについても、検討してはどうか。

また、「履行に着手」の意義に関する判例法理を明文化することについて、検討してはどうか。

さらに、「償還」の意義については、現実に払い渡す必要はないなどとする判例を踏まえ、債務不履行責任を免れる要件としての弁済の提供（民法第492条）との異同に留意しつつ、その内容を明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第1, 3 [3頁]】

【意見】

いずれについても賛成である。

【理由】

確立した判例と条文の文言のずれを是正し、判例を明文化する方向での解決を行う考え方には賛成である。

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】

少なくとも立法論としては、契約責任説（ないし債務不履行説）でよい。この場合、危険負担制度の存廃の問題、債務不履行に基づく無催告解除との関係、債務不履行責任の免責事由との関係など数ある問題を含め、制度間の矛盾が生じないように制度設計をする必要がある。

【理由】

特定物ドグマを前提とする古典的な法定責任説ではいくつかの問題について妥当な結論を導けず、かといって、修正された法定責任説には理論的整合性に問題がある。少なくとも、立法論として考えれば、契約責任説の方が理論的整合性を保ち適切な結論を導くことができると考えられる。

(2) 「瑕疵」の意義（定義規定の要否）

ア 「瑕疵」という文言からはその具体的な意味を理解しづらいため「瑕疵」の定義を条文上明らかにすべきであるという考え方があり、これを支持する意見があった。具体的な定義の内容に関しては、瑕疵担保責任の法的性質（前記(1)）を契約責任とする立場から、契約において予定された性質を欠いていることとすることが適切である等の意見があった。これに対し、瑕疵担保責任を契約責任とするならば、債務不履行の一般則のみを規定すれば足り、あえて「物」の瑕疵についてだけ定義規定を設ける意味があるのかという問題提起があったが、債務不履行の具体的な判断基準を確認的に明らかにする意義があるとの意見や、物の瑕疵に関する特則を設ける意義があるとの意見等があった。

また、「瑕疵」を「契約不適合」に置き換えるという考え方（部会資料15-2第2, 2(2) [18頁]）については、なじみのない用語であることや取引実務に過度の負担を課すおそれがある等の理由から消極的な意見があったが、他方で、債務不履行の一般原則を売買において具体化した概念として「契約不適合」を評価する意見もあった。

これらを踏まえて、「瑕疵」という用語の適否、定義規定を設けるか否か、設ける場合の具体的内容について、瑕疵担保責任の法的性質の議論（前記(1)）との整合性や取引実務に与える影響、労働契約等に準用された場合における不当な影響の有無等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

イ 建築基準法による用途制限等のいわゆる法律上の瑕疵の取扱いに関しては、物の瑕疵と権利の瑕疵のいずれの規律によって処理すべきかを条文上明らかにすることの要否について、更に検討してはどうか。また、売主が瑕疵担保責任を負うべき「瑕疵」の存否の基準時に関しても、これを条文上明らかにすることの要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 2(2) [17頁], 同(関連論点) [18頁]】

【意見】

アについては、「瑕疵」の定義を条文上明らかにすることには賛成する。ただし、滅失、損傷など類似の概念との異同（言葉の使い分け）については整理すべきである。

イについては、いずれも条文上明らかにすることについて検討すべき。

【理由】

アについては、基本的な定義・原則なども条文に明記して分かりやすい民法にすることは賛成であり、その見地から、「瑕疵」の定義を条文上明らかにするのが望ましい。ただし、それに際しては、「瑕疵」「滅失」「損傷」などの類似概念も含めきちんと整理する必要がある。

イについては、立法論においては、現行民法の強制競売における担保責任の規定に引きずられて思考を出発させる必要はないことを指摘する。なお、強制競売は、もともと本来の売買契約ではないので、その担保責任の規定を民法に設けるのが良いかどうか（民事執行法に規定を設ける道もある。）を含めて検討すべきである。

(3) 「隠れた」という要件の要否

買主の善意無過失（あるいは善意無過失を推定させる事情）を意味する「隠れた」という要件を削除すべきか否かについては、「瑕疵」の意義を当該契約において予定された性質を欠いていることなどの契約の趣旨が反映されるものとする場合（前記(2)参照）には、買主の主観的要素は「瑕疵」の判断において考慮されるため重ねて「隠れた」という要件を課す必要はないという意見がある一方で、「隠れた」という要件には、紛争解決に当たり買主の属性等の要素を考慮しやすくするという機能があり得る上、取引実務における自主的な紛争解決の際の判断基準として機能し得るなどといった意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 2(3) [19頁]】

【意見】

「隠れた」という要件を廃止することは賛成である。

【理由】

「隠れた」という要件が徒に説明困難・理解困難を招いてきた面があり、これを廃止することには賛成する。ただし、「瑕疵」, 「滅失」, 「損傷」などの語の関係を整理すべきことを前述した。

(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。

【意見】

いずれについても慎重に検討すべきである。

【理由】

代金減額請求権は、制度間の競合の問題を含めた履行障害制度の体系的整合性を強く意識する必要がある、履行障害法制の本質を左右する問題でもあると言える。代金減額請求権の法的性質を検討せずに単に規定を置く、という考え方自体、法体系を無視するものである。

現行民法では、瑕疵ある給付をしても、代金債権はフルに発生し、その反対債権として損害賠償請求権が併存するという構図があった（典型的には、請負代金と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権がそうである。）。その枠組みからすると、たとえば医療過誤があっても、診療報酬自体は減額されず、損害賠償請求権が反対債権として併存するというのが本来の債権法の理解である。代金減額請求権は、この体系を揺り動かすものがある。さらに類似制度として危険負担制度との関係を整理する必要がある。反対債権の消長を規律するものとしての危険負担制度を廃止するならば、代金減額請求権が必要なのだらうと思われるが、むしろ、担保責任では代金減額請求権を規定せず、危険移転時期の規律を見直すことは前提としつつも、危険負担制度を存置したうえで、代金債権の当然減免を認める（もちろん免責事由を問わない）という法制が体系上すっきりしているのではないか。

(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】

いずれについても、今後の実務等を阻害しないよう慎重に検討すべきである。

【理由】

各権利の発生要件を整理し、かつ相互関係を明確化することは必要なことではあり、それが可能ならば、そうすることが望ましいが、実際には大変困難である。将来の判例学説の発展を阻害するような立法化にならないよう慎重に検討すべきである。

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関しても、売主が任意に追完をして解決を図ることは良いとしても、問題は、売主が反対の意思を持っていても強制される代物請求や瑕疵修補請求があつてよいのかという点であり、そこには自ずと限界がある。民法が請負において瑕疵修補を認めているのも、請負人が瑕疵修補において適任者であることを特に考慮したからであるが、売主の場合は状況が異なる。売主の環境・立場・職業・専門性にかかわらず代物請求権や瑕疵修補請求権が認められるわけではないことを明確にすべきである。

(6) 短期期間制限の見直しの要否

瑕疵担保責任に基づく権利は買主が瑕疵を知った時から1年以内に行使すべき旨の規定（民法第570条、第566条第3項）の見直しに関しては、このような短期期間制限を維持すべきであるという方向の意見と、債権の消滅時効の一般則に委ねれば足りる（短期期間制限の規定を削除する）という意見があつた。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つたことが救済を求める権利を失うという効果に結びつけられることに対して疑問が提起された。これらの意見を踏まえ、瑕疵担保責任の法的性質に関する議論（前記(1)）との関連性に留意しつつ、売買の瑕疵担保責任において特に短期期間制限を設ける必要性の有無について、更に検討してはどうか。

仮に短期期間制限を維持する場合には、さらに、買主は短期間のうちに何をすべきかという問題と、その期間の長さという問題が議論されている。このうち前者に関しては、期間内に明確な権利行使の意思表示を求めている判例法理を緩和して、瑕疵の存在の通知で足りるとするかどうかについて、単なる問い合わせと通知との区別が容易でない等の指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。他方、後者（期間の長さ）に関しては、事案の類型に応じて変動し得る期間（例えば、「合理的な期間」）では実務上の支障があるという指摘を踏まえ、現在の1年又はこれに代わる一律の期間とする方向で、更に検討してはどうか。

また、制限期間の起算点についても議論されており、原則として買主が瑕疵を知った時から起算するが、買主が事業者である場合については瑕疵を知り又は知ることができた時から起算する旨の特則を設けるべきであるとの考え方があつた。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2、2(6) [26頁]、部会資料20-2第1、3(2) [16頁]】

【意見】

期間徒過による買主の権利喪失が生じないよう充分配慮して検討すべきである。買主が事業者である場合の特則を設けることには反対である。

【理由】

容易に見出せない瑕疵もありうることから、期間徒過による買主の権利喪失が生じないよう充分配慮すべきである（「短期決済の必要性」は、業者間（商人間）売買に限定して強調されるべきである。）。

また、事業者の特則を設けることの問題点については、「第62 消費者・事業者に関する規定」にて詳述する。

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】

整合性をとる方向で検討すべきである。

【理由】

前記のとおり、瑕疵担保責任の法的性質についても、契約責任と考えており、権利の瑕疵についても同様に考えるべきである。

3 権利の瑕疵に関する担保責任（民法第560条から第567条まで）：個別論点

(1) 他人の権利の売買における善意の売主の解除権（民法第562条）の要否

他人の権利の売買において、善意の売主にのみ解除権を認める民法第562条に関しては、他の債務不履行責任等と比べて特に他人の権利の売買の売主を保護する理由に乏しいという指摘を踏まえ、これを削除することの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 4(1) [38頁]】

【意見】

削除する方向で検討すべきである。

【理由】

他人物売買の善意の売主を特別に保護する理由は見当たらない。

(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】

検討することに賛成である。

【理由】

数量「指示」売買の意味が分かりにくい。物の一部滅失と物の「(隠れた)瑕疵」の区別も分かりにくい。

(3) 地上権等がある場合等における売主の担保責任(民法第566条)

地上権等がある場合等における売主の担保責任(民法第566条)に関しては、買主の主観的要件を不要とする考え方(前記2)を前提とした場合において、同条は地上権等がない状態で権利移転をすべき売買に適用される旨を条文上明記すべきであるという考え方や、買主の代金減額請求権を認めるべきであるという考え方について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 4(3) [40頁]】

【意見】

買主の主観的要件が不要であり、結局、給付義務についての解釈の問題に帰することには賛成。代金減額請求権については、担保責任としてではなく、危険負担制度とすべきである。

【理由】

570条についてのべたところと同様である。

(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認的に規定したものにすぎず不要な規定であるという意見と、債務不履行責任が生ずる場面を具体的に明らかにするなどの意義があるので、適用範囲を条文上明確にした上で規定を維持すべきであるという意見等があったことを踏まえて、確認規定として存置することの要否及び仮に規定を存置する場合には適用範囲を明確にすることの要

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】

以下のような点に注意を払いつつ検討すべきである。

この問題は、577条・578条の規律と合わせて考察する必要がある。不動産任意売買では、対抗されうる抵当権等の存否は登記によって確認できること、リスク配分について契約上取り決めがなされるのが通例であることから、この種の問題が発生する可能性は高くないが、各種の売渡請求権や買取請求権による形成権の行使に基づき成立する売買では、この種の問題が容易に発生することに注意をしたい。また、動産では、占有改定によって先行して対抗力ある譲渡担保権が成立することがあるので、動産についての規律も必要ではないか。

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】

以下の点に留意しつつ検討すべきである。

すなわち、競売（担保不動産競売を含む。）は、民法上の売買ではなく、それをなぞらえているだけであるから、民事執行法に規定を置くのが良いという考えもあり、民法に規定を置く方が一覽性の観点で優れているという意見もあった。いずれにしても、制度の再設計を前提にすると、民事執行法上の現況調査、評価、開示制度（3点セット）、地代等の代払の許可（民執56条・188条）、売却許可決定の取消しの制度などの制度環境との関係から見えていく必要がある。

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】

特に意見はない。

6 数量超過の場合の売主の権利

数量指示売買における数量超過の場合の売主の権利については、契約解釈による代金増額請求権や錯誤無効等により保護されているなどとして特段の新たな規定を不要とする意見がある一方で、契約解釈による代金増額請求権や錯誤無効等では適切な紛争解決を導けない場合があり得るとする意見もあり、後者の立場からは、例えば、売主による錯誤無効の主張を認める一方、買主に対して超過部分に相当する代金を提供することにより錯誤無効の主張を阻止する権利を与えるなどの提案や、代金増額請求権の規定を設けることや超過部分の現物返還を認めることも考え得るとの指摘がある。これらの考え方を踏まえて、数量超過の場合の売主の権利に関する規定を設けることの要否について、取引実務に与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 7 [45頁]】

【意見】

代金増額請求権については、否定すべきであり、明文化にも反対である。

【理由】

売主が大きな数量の給付をしたからといって、買主の負担が当然増加すべき筋合いではない。質的過大の事例（たとえば、B級品を注文したのにA級品が給付された）では、この点は異論ないであろうし、数量指示売買であっても本質的に異なる理由がない。もっとも、数量指示売買に関する限り、契約の合理的解釈として、数量の過不足に従って代金を増減させるべき事例が往々してあることは否定しないが、それは契約の解釈として個々に処理すればよいことであり、規定を置くことは硬直的な解決を導きやすい点で好ましくない。

7 民法第572条（担保責任を負わない旨の特約）の見直しの要否

担保責任を負わない旨の特約の効力を制限する民法第572条に関して、こ

のような規定の必要性の有無及びこれを必要とする場合には、売主が事業者か否かにより規定の内容に差異を設けるべきか否かについて、不当条項規制に関する議論（前記第3 1）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】

規定を存続する方向で検討すべきである。規定の配置の再検討についても反対しない。

【理由】

不当条項規制のみでは、担保責任の免責条項の濫発を避けることができない。破産管財人の任意売却の場合のように、明らかに担保責任の免責を認めてよい場合ばかりとは限らない。

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】

実務上良く行われていることであり、規定を置くことについて検討に値する。

9 当事者の属性や目的物の性質による特則の要否

前記各論点の検討を踏まえた上で、担保責任について契約の当事者の属性や目的物の性質による特則を設ける必要があるか否かについて、消費者・事業者に関する規定についての議論（後記第6 2）との関連性に留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

目的物の性質による特則を設けることについては、検討すべきであるが、当事者の属性による特則については、慎重であるべきである。

【理由】

取引の多様化に応じ、売買の目的物の性質に照らして合理的な担保責任の規定を設けることは検討されるべきである。しかし、当事者の属性による特則、特に事業者に関する特則を設けることは、商法（商法総則、商行為法）の規律との関係整理が十分検討されておらず、問題がある（後記第6 2にて詳述）。

第40 売買一売買の効力（担保責任以外）

1 売主及び買主の基本的義務の明文化

(1) 売主の引渡義務及び対抗要件具備義務

一般に売主が負う基本的義務とされるが明文規定のない引渡義務及び対抗要件具備義務を明文化する方向で、後者については対抗要件具備に協力する義務とすべきではないかという意見があったことに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 2(1) [47頁]】

【意見】

検討することに賛成である。

(2) 買主の受領義務

民法は、買主の基本的義務として、代金支払義務を規定する（同法第555条）が、目的物受領義務については規定がなく、判例上も買主一般に受領義務があるとは必ずしもされていない。この買主の受領義務については、様々な事例において実務上これを認める必要性があると指摘された一方で、契約に適合しない物の受領を強要されやすくなるなど消費者被害が拡大することへの懸念を示す意見、買主に一律に受領義務を認めるのではなく、契約の趣旨や目的等により買主が受領義務を負う場合があるものとする方向で検討すべきであるという意見、実務上の必要性が指摘される登記引取義務を超えた広い範囲での受領義務を認めるべきか否かという観点から検討すべきであるという意見、契約不適合を理由とする受領の拒絶を認めるべきであるという意見、「受領」が弁済としての受領を意味するのか、事実としての受け取りを意味するのかなど、「受領」の具体的内容について検討すべきであるという意見、債権者の受領遅滞に関する議論（前記第7）との関連性に留意しつつ、他の有償契約への準用可能性等を検討すべきであるという意見等があった。これらを踏まえて、買主の受領義務に関する規定を設けることの当否、規定を設ける場合の受領義務の具体的な内容等について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 2(2) [48頁]】

【意見】

一般原則として買主の受領義務を認めるべきではないが、一定の場合に受領義務が発生する旨の規定を設けることについては検討すべきである。

【理由】

この点は債権の効力としての受領義務（受領遅滞の法的構成論）の問題にも関連するところ、債権一般の効力ではなく、個別具体的な契約の効力として、受領義務（引取義務）を認めるのが妥当であるケースがある。

2 代金の支払及び支払の拒絶

(1) 代金の支払期限（民法第573条）

民法第573条は、売買目的物の引渡期限があるときは、代金の支払についても同一の期限を付したものと推定する旨を規定しているところ、不動産売買においては、登記の重要性に鑑み、目的物の引渡期限ではなく登記移転の期限を基準とし、代金の支払について登記移転期限と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を置くという考え方がある。このような特則を設けることについては、その必要性に疑問があるとの意見があったことを踏まえて、実務上の必要性の有無に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 3(1) [50頁]】

【意見】

検討すべきである。

【理由】

関連して考える価値がある問題として、不動産売買における同時履行の抗弁権の整理の問題が指摘されたので附記する。大審院大正7年8月14日判決・民録24輯1650頁は、売主が所有権移転登記手続をしたが引渡しをしていない場合において、買主は、引渡しを受けていないからといって同時履行の抗弁権を主張して代金支払いを拒むことはできないとしており、問題が多い。（加藤編著『現代民法学と実務（上）』240頁，323頁参照）

(2) 代金の支払場所（民法第574条）

代金の支払場所を定める民法第574条に関しては、「目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきとき」であっても、目的物が既に引き渡された後は、同法第484条が適用されるとする判例法理を明文化する方向で、また、同条が任意規定であるとする判例を踏まえて「支払わなければならない」という表現を見直す方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 3(2) [51頁]】

【意見】

判例・学説上承認された解釈論であるなら、これを明文化する方向で検討すべきである。

(3) 権利を失うおそれがある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第576条）

民法第576条は、売買の目的について「権利を主張する者がある」場合における買主の代金支払拒絶権を規定しているところ、買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも適用されるとする解釈論を踏まえ、これを明文化すべきであるという考え方がある。この考え方については、抽象的な

要件を定めると濫用のおそれがあるから、要件を明確にし適用範囲を限定する方向の検討もすべきであるという意見があったことを踏まえるとともに、不安の抗弁権に関する議論（後記第58）との関連性にも留意しつつ、その具体的な要件設定や適用範囲について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 3(3) [52頁]】

【意見】

売買固有の問題というより、むしろ、不安の抗弁権の問題として一般化することを検討すべきである。

【理由】

上記問題意識は不安の抗弁権と同様であり、売買固有の問題として規定するより、不安の抗弁権の問題として考えるべきではないか。もちろん、不安の抗弁権自体も要件が難しいが、仮に、規定が可能となれば、土地建物の賃借人についても、第三者から明け渡しを求められる危険性が生じた場合に、賃料支払いを拒絶する（最高裁昭和59年4月25日民集29巻4号556頁）というように、一般化できる。

(4) 抵当権等の登記がある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第577条）

民法第577条は、一般に、当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には適用されないと解されていることから、これを条文上明確にすることの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 3(4) [51頁]】

【意見】

基本的な趣旨には賛成できる。

【理由】

上記の趣旨には賛成である。ただし、「抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合（には適用されない）」というより、「買主が、契約上、抵当権等の存在による負担やリスクを甘受すべき場合（には適用されない）」というべきではないか。

3 果実の帰属又は代金の利息の支払（民法第575条）

売買目的物の果実と売買代金の利息を等価値とみなしている民法第575条に関しては、その等価値性の擬制が不合理であるとして、売主は引渡期日までに生じた果実を取得し、買主は代金支払期日まで代金の利息を支払う必要はない旨を規定すべきであるという考え方がある。この考え方については、果実と利息の価値の差が大きい場合の不合理性等を指摘して賛成する意見がある一方で、決済の簡便性や果実と利息の等価値性を前提とした民法の他の規定との整合性等を重視して同条の規定内容を維持すべきであるという意見があったことを踏まえて、更に検討してはどうか。

【意見】

検討すべきである。

【理由】

簡易な決済として維持すべきであるという意見が多く、また、消費者問題での取り消さないし解除後の不当利得関係においては、この条文が根拠となって消費者保護が図られる場合も多い。

4 その他の新規規定

(1) 他人の権利の売買と相続

同一人が他人の権利の売買の売主と権利者の法的地位を併せ持つに至った場合における相手方との法律関係に関しては、判例・学説の到達点を踏まえ、他人の権利の売主が権利者を相続したとき、権利者が他人の権利の売主を相続したときなどの場面ごとに具体的な規定を設けるかどうかについて、無権代理と相続の論点（前記第33, 3(2)）との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 5(1) [54頁]】

【意見】

定着した合理的判例を明文化して分かりやすい民法にすることは反対しない。

(2) 解除の帰責事由を不要とした場合における解除権行使の限界に関する規定

債務不履行解除の要件としての帰責事由を不要とした上で(前記第5, 2), 解除と危険負担との適用範囲が重複する部分の処理(前記第6, 1)について解除権の行使を認める考え方を採用する場合(部会資料5-2第4, 3 [100頁]における解除一元化モデルや単純併存モデル等)には、双務契約の一方の債務が債務者の帰責事由によることなく履行できなくなったときに、その危険をいずれの当事者が負担するか(反対債務が存続するか否か)という問題(前記第6, 3等)は、どのような場合に債権者の解除権行使が否定されるかという形で現れる。

これを踏まえ、このような解除権行使の限界を、双務契約の基本形と言える売買において規定すべきであるという考え方について、更に検討してはどうか。

また、買主が目的物の瑕疵を理由に売主に対し代物の請求を行い、それに伴って瑕疵ある目的物の返還義務を負う場合において、目的物の滅失・損傷が生じたときのリスクを誰が負担するかという問題は、上記の基準では処理できない。そこで、この点の特則を新たに設けることの要否について、更に

検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 5(2) [56頁], 同(関連論点) [58頁]】

【意見】

検討すべきである。

特に、後段の問題提起において、契約解除・取り消し後の契約の巻き戻しが絡む場合について、一般的な規定を整備する方向で検討すべきである。

【理由】

解除に帰責事由が不要であるとする場合で、かつ、危険負担制度を存続させる、というときは、避けては通れない議論である。

(3) 消費者と事業者との間の売買契約に関する特則

消費者と事業者との間の売買契約においては、消費者である買主の権利を制限したり消費者である売主の責任を加重する条項の効力を制限する方向で何らかの特則を設けるべきであるとの考え方の当否について、更に検討してはどうか(後記第62, 2④参照)。

【部会資料20-2第1, 2 [11頁]】

【意見】

民法に消費者概念を取り入れることには賛成であり(後記第62にて詳述)、消費者にかかる必要な規定を設けることは検討されるべきである。

(4) 事業者間の売買契約に関する特則

事業者間の売買契約に関し、以下のような特則を設けるべきであるとの考え方の当否について、更に検討してはどうか(後記第62, 3参照)。

- ① 事業者間の定期売買においては、履行を遅滞した当事者は、相手方が履行の請求と解除のいずれを選択するかを催告し、催告がなかった場合は契約が解除されたものとみなす旨の規定を設けるべきであるとの考え方
- ② 事業者間の売買について買主の受領拒絶又は受領不能の場合における供託権、自助売却権についての規定を設け、目的物に市場の相場がある場合には任意売却ができることとすべきであるとの考え方

【部会資料20-2第1, 3(1) [14頁]】

【意見】

反対である。

【理由】

商法(商法総則, 商行為法)の規律と民法の規律との整理・統合を検討することなく、

事業者間の契約の特則を設けることには問題がある（後記第62にて詳述）。

5 民法第559条（有償契約への準用）の見直しの要否

契約の性質に応じて売買の規定を売買以外の有償契約に準用する旨を定める民法第559条に関して、売買の規定が有償契約の総則的规定と位置付けられていることの当否や、準用される規定の範囲を明確にすることの可否等の観点に留意しつつ、同条の見直しの要否について、検討してはどうか。

【意見】

無償契約に関して、贈与の規定を準用すべきかどうかなどを含め、検討の必要がある。

第41 売買—買戻し、特殊の売買

1 買戻し（民法第579条から第585条まで）

担保目的の買戻しは、譲渡担保として処理すべきであって民法の買戻しに関する規定は適用されないとする判例法理を踏まえて、民法の買戻しの規定は、担保目的を有しない買戻しにのみ適用されることを条文上明確にすべきであるという考え方について、検討してはどうか。

また、買戻しの制度を使いやすくする観点から、契約と同時に登記することを必要とする民法第581条の見直し等について、検討してはどうか。

このほか、買戻しの特約により売主が負担する返還義務の範囲（民法第579条）を、条文により固定するのではなく、合意等により決する余地を認めるべきであるという考え方や、買戻しに関する規定の意味を明確にする観点から「その効力を生ずる」という条文の文言を見直すべきであるといった考え方についても、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第4, 2 [61頁]】

【意見】

「買戻し」の利用実態について社会調査を実施することが必要である。少なくとも、担保目的とそうでない場合との区別をした上で慎重に検討すべきである。

【理由】

「買戻し」が担保目的の場合には、利息制限法の潜脱という問題があり、担保目的でない場合との区別をする必要があるのであり、まずは利用実態の社会調査を行うべきである。また、見直しにあたっては「再売買の予約」（原則として強行法的規制を受けない。）と「買戻し」の関係・区別を整理する必要があるのではないかと。

2 契約締結に先立って目的物を試用することができる売買

契約締結に先立って目的物を試用することができる売買については、民法上、

特段の規定が設けられていないが、①契約の成立時期、②目的物の試用によって所有者に生じた損害の負担、③試用者が契約締結に関する意思表示をしない場合の法律関係等について問題が生ずるおそれがあるとの指摘がある。これを踏まえ、特別法等の規定のほか民法に規定を設ける必要性があるか、また、必要がある場合にはどのような内容の規定が必要かといった点について、消費者被害の有無等の実態にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第4, 3 [63頁]】

【意見】

検討することに反対はしないが、慎重に検討すべきである。

【理由】

契約締結前は、贈与や使用貸借の問題であり、その他、さまざまなパターンがあるが、それを売買に関する一律の契約類型とできるのかどうかについては慎重に判断すべき。他の典型契約等の範疇にはいる物を別の類型とすることは不自然。

第42 交換

【意見】

特に意見はない。

第43 贈与

1 成立要件の見直しの要否（民法第549条）

贈与の成立要件に関して、書面によること（要式契約化）や目的物を交付すること（要物契約化）を必要とすべきであるという考え方については、口頭でされる贈与にも法的に保護されるべきものがある旨の意見があることを踏まえて、贈与の実態に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 2 [65頁]】

【意見】

贈与の要式契約化、要物契約化については、慎重であるべきである。

【理由】

贈与契約の成立要件の厳格化を必要とする社会実態があるのか否か、十分な調査・検討がなされているとは言い難い。

2 適用範囲の明確化

贈与の適用範囲に関して、贈与の目的が「財産」を与えること（民法第549条）と規定されているところを売買と同様に「財産権」の移転と改めるかどうかについては、まずは贈与の目的を「財産権」の移転とした場合の規定を検

討した上で、その適用範囲を制限物権の設定、権利放棄、債務免除等の他の無償行為に及ぼすべきか否か、また、これを及ぼす場合には、贈与の目的を拡大する形を採るか、贈与の規定を準用する形を採るかといった点について、無償契約への準用という論点（後記7(4)）との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

その際、合意による無因の債務負担行為も有効であるとして、これを明文化することの当否について、贈与の適用範囲との関係に留意しつつ、検討してはどうか。

また、他人の財産の贈与契約が有効であることを条文上明らかにするため、民法第549条の「自己の」を削除することの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 2（関連論点）1 [66頁]】

【意見】

- 1 「財産」を「財産権」と改めることには、賛成である。
- 2 贈与の規定を制限物権の設定等の無償行為に及ぼすかについては、社会的必要性を勘案しつつ慎重に検討すべき。仮に及ぼすとした場合、「贈与」の目的の拡大ではなく、「贈与」の規定の準用によるべきである。
- 3 合意による無因の債務負担行為の有効性の明文化については、慎重であるべきである。
- 4 594条の「自己の」を削除することは、検討してよい。

【理由】

- 1 贈与の目的に権利が含まれることについては異論がなく、民法551条もそれを前提とした規定となっている。
- 2 制限物権の設定等の無償行為について「贈与」の規定を及ぼすのが適当か否かは、個別に検討すべきである。また、規定を及ぼすとしても、贈与が「財産授与行為」と理解されている以上、制限物権の設定や権利放棄を「贈与」の概念に含めることには無理があり、贈与規定の準用によるべきである。
- 3 合意による無因の債務負担行為についての規定を民法に設ける社会的必要性があるのか否かが検討されるべきである。
- 4 他人物贈与の有効性を認めた判例もあり、この点を明文化することは検討されるべきである。

3 書面によらない贈与の撤回における「書面」要件の明確化（民法第550条）

贈与の撤回（民法第550条）における「書面」要件に関しては、原則として贈与契約書の作成を要するとするなど、これを厳格化することによって、契約締結後の事情の変化に応じた合理的な撤回の可能性を確保すべきであるという意見と、「書面」要件の厳格化によって、実務上行われている法的に保護されるべき贈与の効力が否定されやすくなるおそれがあるという意見があった。

これを踏まえて、「書面」要件の厳格化が現実の贈与取引に与える影響に留意しつつ、「書面」要件の内容を厳格化し、これを条文上明確にすることの当否について、更に検討してはどうか。

また、「書面」に電磁的記録を含めるべきか否かという点について、贈与に関する電子取引の実態を踏まえつつ、検討してはどうか。

さらに、書面によらない負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化することの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 3 [69頁], 同(関連論点) [72頁]】

【意見】

いずれについても、社会実態や裁判例を踏まえてさらに検討することに賛成である。もともと、静的安全保護の方向への検討にとどめるべきとする意見もあった。

【理由】

- 1 「書面」の要件の具体化は望ましいが、「書面」の内容について、判例は、「書面に贈与がされたことを確実に看取しうる程度の記載があれば足りる」(最判昭和60年11月29日)としており、厳格には解していないため、立法による厳格化の必要性については、更なる検討を要する。
- 2 「書面」に電磁的記録を含めるかについては、保証契約においてはこれを含む明文規定があるが(446条2項, 3項)、贈与の特徴に照らして同様に考えてよいのか更に検討すべきである。また、多様な電磁的記録による贈与の実態(個人間の電子メールによる贈与の意思表示, サイト上のボタンのクリックによる寄付等)を更に調査・検討する必要もある。
- 3 負担付き贈与については、贈与の動機、「負担」と贈与目的物の価値の相関関係等に照らして、負担履行後の撤回を常に認めなくてよいのか更に検討すべきである。

4 贈与者の担保責任(民法第551条第1項)

贈与者の担保責任の法的性質については、売主の担保責任の法的性質の議論(前記第39, 1(1)及び2)との整合性に留意しつつ、契約責任と構成することが適切かという観点から、更に検討してはどうか。

贈与者の担保責任の法的性質を契約責任とする場合においては、無償契約の特性を踏まえた契約の解釈準則を設けるべきであるという意見があり、それに対して消極的な意見もあったことを踏まえて、解釈準則については債務内容確定のための準則と免責における準則を区別して議論すべきであるという指摘があることや使用貸借の担保責任に関する議論(後記第46, 3)との整合性に留意しつつ、仮に解釈準則を設けるとした場合にはどのような具体的内容の解釈準則を設けることができるかという点の検討を通じて、解釈準則を設けることの要否や可否について、更に検討してはどうか。

また、他人の権利の贈与者は、原則として他人の権利を取得する義務を負わず、結果として他人の権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負う旨の規定を置くべきであるという考え方の採否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 4 [72頁], 同(関連論点) [76頁]】

【意見】

- 1 贈与者の担保責任については、売主の担保責任についての解釈と整合させる方向で検討することに賛成である。
- 2 贈与者の担保責任を契約責任とする場合、合理的な解釈準則を設けることを検討することについては賛成である。
- 3 特に意見はない。

【理由】

売主の担保責任と理論的整合性を保つ必要はあるが、贈与の無償性に鑑みれば、贈与者の責任は合理的な限度に軽減されるべき。

5 負担付贈与（民法第551条第2項，第553条）

負担付贈与における担保責任（民法第551条第2項）の内容は、一般に、受贈者が受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回った場合には、その差額分の履行拒絶あるいは返還請求が認められるというものであると解されており、これを条文上明確に規定することの当否について、更に検討してはどうか。また、負担付贈与への双務契約の規定の包括的準用（同法第553条）については、準用すべき規定を個別に明確にし、準用すべき規定がなければ削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 5(1) [78頁], (2) [80頁]】

【意見】

特に意見はない。

6 死因贈与（民法第554条）

死因贈与について性質に反しない限り遺贈の規定を準用する旨を定める民法第554条に関しては、具体的にどの条文が準用されているかを明らかにすべきであるという考え方がある。この考え方については、遺贈の撤回に関する規定（民法第1022条）や遺言の方式に関する規定（同法第960条，第967条から第984条まで）等を準用すべきか否かという個別論点の検討を踏まえつつ、相続に関する規定，相続実務，裁判実務等に与える影響に留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 6 [82頁]】

【意見】

条文の準用関係を明確化することには賛成である。

【理由】

条文の準用関係を明確化する必要性については、異論がないと思われる。なお、死因贈与については、どのような場合に利用されるのかについての実態調査が必要ではないか。

7 その他の新規規定

(1) 贈与の予約

売買その他の有償契約には予約に関する規定が設けられている（民法第556条、第559条）ところ、無償契約である贈与にも予約に関する規定を設けるかどうかについては、その必要性の有無や規定を設けた場合の悪用のおそれなどを踏まえるとともに、売買の予約に関する規定の内容や配置（前記第38、1）等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6、7(1) [85頁]】

【意見】

検討する必要性につき疑問がある。

【理由】

「贈与」に関して「予約」を必要とする社会的需要があるのか疑問である。相続人間の紛争の原因になってしまう恐れがある（莫大な財産を有する者が生前に贈与の予約をさせられる等）。

(2) 背信行為等を理由とする撤回・解除

受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けることについては、相続に関する規定との関係、経済取引に与える影響、背信行為等が贈与に基づく債務の履行前に行われたか、履行後に行われたかによる差異等に留意しつつ、具体的な要件設定を通じて適用範囲を適切に限定することができるかどうかを中心に、更に検討してはどうか。

仮に、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けるとした場合には、贈与者の相続人による贈与の撤回・解除を認める規定を設けることの当否や、法律関係の早期安定のために、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の期間制限を設けることの当否についても、更に検討してはどうか。また、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除とは別に、贈与後における贈与者の事情の変化に基づく撤回・解除の規定を新たに設けることについても、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6、7(2) [86頁]，同（関連論点） [89頁]】

【意見】

贈与において背信行為や忘恩行為等を理由とする撤回や解除等の規定を設けることは賛成である。具体的な要件設定については、さらに検討を要する。

その他については、特に意見はない。

【理由】

規定を設けることで法的に安定した運用が可能となる。

(3) 解除による受贈者の原状回復義務の特則

解除による原状回復義務の目的物が滅失又は損傷した場合において、原状回復義務者に価額返還義務を認める見解（部会資料5-2第3, 4(3) [B案] [B-1案] [87頁]）を採用する立場から、贈与においては、受贈者は、原則として解除時の現存利益の限度で価額返還義務を負うとの特則を設けるべきであるという考え方が示されている。このような特則の要否について、解除における原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理という論点（前記第5, 3(3)）との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 7(3) [94頁]】

【意見】

検討することには賛成する。

(4) 無償契約への準用

贈与の規定を契約の性質に応じて他の無償契約に準用する旨の規定を新たに設けることの要否については、贈与の適用範囲の明確化という論点（前記2）との関連性及び民法における無償契約一般の規律の在り方にも留意しつつ、他の無償契約に関する検討結果を踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 7(4) [95頁]】

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

恵与的な無償契約において、意に反する強制がないようにすべきとの要請はあるとしても、それを実現する仕組みとしては、①要物契約とする、②契約成立に証書を要する、③契約、解約権（撤回権）を柔軟に認める、④事情変更による契約改定を柔軟に認めるなど多様なものがありうる。贈与における規律が無償契約全体のデフォルト値にふさわしい規律を提示しているのかどうかは、もっと研究されるべきである。また、恵与的でない無償契約（より大きな法律関係や経済関係を背景にした無償契約）もあり、その規律も問題になりうる。

第44 消費貸借

1 消費貸借の成立

(1) 要物性の見直し

消費貸借は、金銭その他の物の交付があつて初めて成立する要物契約とされている（民法第587条）が、実務では、金銭が交付される前に公正証書（執行証書）の作成や抵当権の設定がしばしば行われていることから、消費貸借を要物契約として規定していると、このような公正証書や抵当権の効力について疑義が生じかねないとの問題点が指摘されている。また、現に実務においては消費貸借の合意がされて貸す債務が発生するという一定の規範意識も存在すると言われている。そこで、消費貸借を諾成契約として規定するかどうかについて、貸主の貸す債務（借主の借りる権利）が債権譲渡や差押えの対象となる場合の実務への影響を懸念する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合には、借主の借りる義務を観念することができるのかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 2 [1頁]】

【意見】

消費貸借の要物性を維持するか、諾成契約として規定するかは、両論いずれもありうるところ、慎重に議論・検討されるべきである。

【理由】

諾成的消費貸借契約は、契約自由の原則から許容されるものであることは明らかであつて、通説・判例ともこれを認めているものであるから、問題は、民法の用意する典型契約（任意規定のセット）として、どのようなものを提供するかである。

この点、要物契約を維持すべきとする立場からは、「現行民法上、特段の不都合は生じておらず、目的物交付前の法律関係について規律する現実の必要性があるとは考えられない以上、『壊れていないものをいじるな』との考え方が通用する。また、諾成的消費貸借を民法上の原則とすると、『貸す債務』が生じるがゆえに、特殊な規律（交付されていない目的物について借主の返還義務の発生を阻む規律、目的物交付前における解除を認める規律、貸す債務を差押禁止・債権譲渡禁止とする規律など）が必要となりうるが、これでは任意規定が複雑になりすぎ、典型契約がマトリックス（思考の枠組み）として機能しなくなるおそれもある。」との主張がなされた。

他方、要物性を見直すべきとの立場からは、「金銭交付前の抵当権の設定や公正証書の作成が行われている社会実態に照らせば、要物性は見直されるべき。要物性の緩和による弊害は、別途、これを防止する策を検討すればよい。」との主張がなされた。

(2) 無利息消費貸借についての特則

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合（前記(1)参照）であっても、無利息消費貸借については、合意のみで貸す債務が発生するとするのは適当

ではないとの意見もあることから、書面による諾成的消費貸借と要物契約としての消費貸借とを並存させるという案や、書面によるものを除き目的物の交付前における解除権を認めるという案などを対象として、無利息消費貸借に関する特則を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 2 [1頁]】

【意見】

特に意見はない。

(3) 目的物の交付前における消費者借主の解除権

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合（前記(1)参照）であっても、貸主が事業者であり借主が消費者であるときには、利息の有無や書面の有無を問わず、貸主が目的物を借主に交付するまでは、借主は消費貸借を解除することができるとの特則を設けるべきであるという考え方が示されている。このような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】

諾成的消費貸借とする場合、目的物の交付前における借主の解除権を規定するべきである。

【理由】

諾成契約とする場合であっても、目的物受領前の借主は、契約から解放されるべきと考えられる。なお、消費貸借を要物契約として維持する立場をとっても、諾成的消費貸借契約について、特に定めを置きこれが許容されることを明らかにするとともに、目的物の交付前における借主の解除権を規定するという考え方は採りうる。

(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。

【意見】

諾成的消費貸借について、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により消費貸借契約が失効する旨の規定を設けることには賛成。当事者の一方の財産状態が悪化した場合に貸す債務の免除については、慎重に検討すべきである。

【理由】

民法589条の趣旨は適切なものであり、消費貸借を諾成契約とする場合にもその趣旨は生かされるべきである。また、目的物交付前に当事者の一方の財産状態が悪化した場合については、一般的な不安の抗弁(第57)の規定を設けるか否かの問題とも併せて検討すべきである。

(5) 消費貸借の予約

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合(前記(1)参照)には、消費貸借の予約の規定(民法第589条)を削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【意見】

仮に消費貸借を諾成契約として規定する場合、消費貸借の予約の規定は、存置する必要がなくなるので、削除する方向で検討することに賛成する。

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、現実には用いられる消費貸借のほとんどが利息付消費貸借であることを踏まえ、利息の発生をめぐる法律関係を明確にするために、利息を支払うべき旨の合意がある場合に限って借主は利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。これに関連して、事業者間において、貸主の経済事業(反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの)の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合には、特段の合意がない限り利息を支払わなければならない旨の規定を設けるべきであるとの考え方(後記第62, 3(3)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】

「利息を支払うべきことについての合意がある場合には、借主は、引渡しを受けた元本について、利息を支払わなければならない。」との規定を設けることに賛成である。

事業者間契約の特則を設けることには慎重であるべきである。

諾成的消費貸借において、利息が元本利用の対価として生ずることを条文上明記することについては、賛成しない。

【理由】

利息については、支払の合意と元本の引渡しの2つが要件となることを明示するべきである。また、これにより、諾成契約とする場合にも元本交付前や期限前弁済後において利息が発生しないことが明確になると思われる。

事業者間契約の特則については、後記第62参照。

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】

検討することに賛成する。

【理由】

利息付き消費貸借を売買の規律に、無利息消費貸借を贈与の規律に対応させることには合理性がある。

(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】

特に意見はない。

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る、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】

- 1 返還時期の定めのある利息付消費貸借において、期限前弁済をすることができることを明示するべきである。
- 2 期限前弁済の場合には、弁済後の利息は生じないことを明示するべきである。

【理由】

民法136条及び591条の解釈論としては、①期限の利益の放棄そのものは、常に債務者側から一方的に可能であること、②136条2項の「相手方の利益を害することはできない。」で言う「相手方の利益」とは、期限までの約定利息金全額の履行利益ではなく、貸主が損害回避のための通常努力をしても実際にこうむる実損害であり、その立証責任は原則として貸主にあること、及びこの実損害については、別途損害賠償として請求されるべきこと、③期限の利益放棄時に支払うべき金額は、元本+弁済時までの約定利息であり、期限の利益を放棄した債務者がこれを提供すれば債務の本旨に従った履行となること、を前提とするべきである。

2については、利息は元本利用の対価であり、元本利用を伴わない期間については、概念上当然に利息は発生しないことを明確に示すべきである。また、期限前弁済を受けた事業者は、その弁済を受けた資金を他に運用することができる。

(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】

- 1 返還時期の定めのある利息付消費貸借において、貸主が事業者、借主が消費者の場合には、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく、期限前弁済をすることができることを強行規定として設けるべきである。
- 2 その適用場面は、営業的金銭消費貸借の場合に拡張するべきである。

【理由】

1については、期限前弁済を受けた事業者は、その弁済を受けた資金を他に運用することができるものであり（特に貸金業者の場合）、約定期限までの損害金を消費者から收受することを認めることは、二重利得を許容することになるので禁止するべきである。

2については、貸主が営業的金銭消費貸借、借主が事業者である場合にも二重利得を禁止すべきという考えは妥当する。

5 抗弁の接続

消費貸借の規定の見直しに関連して、消費者が物品若しくは権利を購入する契約又は有償で役務の提供を受ける契約を締結する際に、これらの供給者とは異なる事業者との間で消費貸借契約を締結して信用供与を受けた場合に、一定の要件の下で、借主である消費者が供給者に対して生じている事由をもって貸主である事業者に対抗することができる（抗弁の接続）との規定を新設するべきであるとの考え方（後記第62, 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】

第三者与信型の販売信用において、購入者は、販売信用取引を利用した商品等購入取引につき、販売業者等に対して生じている理由をもって、与信者に対抗することができるとの規定を設けるべきである。

【理由】

1 第三者与信型の販売信用とは

第三者与信型の販売信用とは、与信者が、購入者に対し、購入者が販売業者等から商品やサービスの購入をするための代金を後払いするための資金を融通することを言う。

2 割賦販売法上の抗弁接続規定（35条の3の19）の趣旨

消費者は、与信業者からクレジット代金の支払請求を受けたときは、販売業者に対して生じている事由をもって、与信業者に対抗し、支払を拒否することができる。

その立法理由は、与信業者と販売業者との間には密接な提携関係があり、消費者は販売業者に対する抗弁をもって与信業者への支払を拒否しうることを期待しており、与信業者は販売業者を継続的取引関係を通じて監督したり損失を分散転嫁することができるが、消費者は一回的取引では販売業者の実態を把握できず損失負担の経済的能力も乏しいといった構造的特徴をクレジット契約が持つことにあり、消費者保護の観点から、抗弁の対抗規定が設けられたものである。

抗弁事由の内容及び範囲については制限がなく、販売契約上代金支払を拒絶し得る事由であれば足り、契約書面に記載がないものであってもかまわない。

消費者が与信業者に対して抗弁を対抗することが、信義則に反すると認められるような特段の事情がある場合には、抗弁の対抗は許されないと解されているが、ここでいう「特段の事情」は、消費者の過失を言うものではなく、販売業者の販売行為が不正であることを知り、与信業者に損害を及ぼすことを認識しながら自ら積極的にこれに加担したような背信的悪意を言うときとされている（広島高裁岡山支部平成18年1月31日判決・判例タイムズ1216号162ページ参照）。

判例（最判平成2年2月20日・判例時報1354号76頁）は、販売契約と与信契約は別個の契約関係であり、抗弁の対抗は当然には認められず、割賦販売法上の抗弁接続規定によって消費者保護の観点から創設的に抗弁対抗が認められるようになったものだとしたうえで、同条項の適用がない場合には、特約があるときや、与信業者において販売業者の債務不履行に至るべき事情を知り若しくは知り得べきでありながら与信を実行したなど不履行の結果を与信業者に帰せしめるのを信義則上相当とする特段の事情があるときに限り、抗弁対抗が認められるにすぎないと判断した。

しかし、学説上は、抗弁対抗規定は、民法上当然に認められることの確認規定であるという考え方が有力である。①給付関連説は、販売契約とクレジット契約は、相互に他方の契約にみずからを関連づける要素を契約内容として取り込んでおり、両契約の間には、発生上・履行上・存続上の結合関係が認められるとする見解、②提携契約説は、販売業者と与信業者とは、相互に提携して、販売契約とクレジット契約の一方が他方の契約の有効な成立を前提とするシステムを形成し、販売業者の販売促進に伴い与信業者の利益が増大するという「共同の利益」を享受しているものであり、両契約は互いに他方の契約の成立を停止条件とし、その無効・解除等を解除条件としているとする見解、③履行確保説は、消費者は、もともと、販売契約上の代金支払債務と対価的意義のある販売業者の反対給付を受けうる地位を有し

ていたものであり、この双務契約上の地位は、契約形式の選択によっては剥奪しえない交換的正義の法準則であると言えるが、与信業者は代金債務を一括して販売業者に立替払いすることにより、与信の契機をつかみ利益を得た反面、消費者の有していた双務契約上の地位を弱化したのであるから、消費者は与信業者に対して双務契約上の地位を維持するよう信義則上要求しうるのであり、与信業者はクレジット契約上の付随義務として、販売業者が販売契約上の義務を履行することを確保する義務を負うとする見解である。

与信契約と販売契約とは別個の契約であるから、信義則に反する特段の事情がない限り、与信を受けた者は、販売契約の不履行のゆえに与信契約上の債務の履行を拒み得ないのが民法上の原則（契約の相対効原則）であるとするのが判例である（上記最判平成2年2月20日）。しかし、このような契約の相対効原則は、与信を受けた者にとっては、約款取引における債務不履行責任又は瑕疵担保責任の全部免責条項と類似した機能を営んでいる。

すなわち、消費者がクレジット取引をする場合、消費者は、後払いの利益を受けることに主たる関心を寄せて、多数当事者間で有機的に構築された複雑なクレジットのシステムを理解できず、また、商品の未納、瑕疵等を理由とする同時履行の抗弁、契約解除権等の喪失など思いもよらないままに、販売業者と信販会社という提携関係にある2つの事業者を一体として信頼して契約関係に入るしかない。消費者にとっては、多数当事者間取引の有する隠蔽効果により自己のおかれている立場の理解が容易ではなく、また、信販会社が管理運用しているクレジット取引システム改変についての交渉の余地はなく、単に取引に入るか否かの自由しか残されていない。

このように、クレジットシステムを消費者側から眺めたとき、クレジット取引は、約款取引と同様に、附合性と隠蔽効果を伴っている。後払いの利益を受けたいがために、商品の未納、瑕疵等を理由とする同時履行の抗弁、契約解除権等の喪失を気がつかない間に受け入れてしまうという意味において、約款取引における免責条項と同様、附合契約における典型的問題性があらわれている。

これは、消費者の事業者に対する情報の質及び量並びに交渉力等の構造的劣位（消費者基本法1条）の現れであり、債務不履行責任又は瑕疵担保責任の全部免責条項が不当条項として無効とされる（消費者契約法8条1項1号、8条1項5号）のと同様に、対消費者クレジット取引における、契約の相対効原則は、消費者保護の理念により無効化（抗弁接続）されるべきである。消費者には、契約の相対効原則による抗弁切断のない状態で後払いの利益を受けうるという、自社割賦取引をしたのと同様の地位が保障されるべきである。

また、以下の点を考慮すれば、そもそも、与信業者は、消費者に対して、契約の相対効原則を、無制約に主張しうる地位にはない。

第1は、与信業者は、販売業者と提携して利益をあげている点である。商品代金充当目的での販売業者への立替金直接交付の仕組みを構築することにより、与信業者は、販売業者の売上増大が与信業者自身の収益拡大に直結するという意味で、販売業者との間で共同の利益を享受するに至っており、ここには報償責任が適用され

る基礎がある。一方で販売業者との提携によって利益を上げておきながら、他方で販売業者の債務不履行という損失が生じた場合には、契約の相対効原則を援用して消費者にその損失を転嫁するというのでは、信義則に反する。

第2は、与信業者は、販売業者との継続的取引関係の中で、販売業者の営業方法・信用状態を監視することが可能であるという点である。与信業者は、一般的に言えば、継続的取引関係において販売業者の営業方法・信用状態を監視することにより販売契約が適正な勧誘に基づくものであることや、債務不履行へ至る危険を減少させることができ、あるいはそのような不適正な勧誘をする販売業者や債務不履行をおかす危険を有する販売業者とは提携しないという方法をとることができる。これは、当該販売業者と一次的取引を行うにすぎない消費者とは明らかに異なった地位であり、販売業者の債務不履行による損失は、消費者が負担するよりも、このような販売業者の適正な営業活動監督の可能性とリスク回避の手段を有している与信業者が負担するほうが公平である。

第3は、クレジット取引には、事業者に対する与信としての側面があるという点である。クレジット取引において、与信業者は、経済実質的に見れば、販売業者が消費者に対して有する売掛金債権を担保として、販売業者に対して事業資金を融資しているとも評価可能であり、この事業者融資としての側面を直視すれば、提携する販売業者を選別し、あるいは販売業者から担保を徴求して販売業者の不適切勧誘や債務不履行に備えることは与信業者としての本来の業務であり、その反面、販売業者の不適切勧誘や債務不履行の場合には消費者に対する売掛金債権の担保価値が減少することを甘受するべきであると言える。

このようなことから、与信業者は、販売契約に由来する消費者からの抗弁について、責任を負担しなければならないと考えるべきなのである。

3 複合契約の考え方

情報収集・分析力、交渉力において劣位にある契約当事者が、複数の優位当事者との間で、複数の併存する契約を締結している場合に、①当該複数契約の「一体性」と当該複数優位当事者間の「提携関係」が認められ、かつ、②当該複数の契約の併存する契約形式は、優位当事者が組み立てて、劣位当事者に押し付けたに過ぎないと評価しうるときは、劣位当事者は、信義則上、契約の相対効原則の例外として、契約形式を組み換えて、当該複数契約及び複数事業者を一体とみなすことができ、当該複数の契約を一体的に取り扱い、ある契約の無効・取消・解除の効果あるいはある契約上の抗弁を当該複数契約全体に及ぼして主張しうると考えられる。

ここで、「情報収集・分析力、交渉力の格差」は、契約の相対効原則を克服して、複数契約を一体的に取り扱うための「必要性」を、「複数契約の一体性」及び「複数当事者の提携関係」は、その「相当性」を意味する。

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を除外すること、法定期間を超える部分のみが一部無効となることを明示することについて、いずれも反対しない。

【理由】

行為能力の制限を受けた者として考えられる未成年者、成年被後見人、被保佐人及び被補助人については単独でできる行為の規定が別途あるため、ここに記載する必要性がない。逆にこれを残すと短期賃貸借契約を締結することができるとの誤解を生じる可能性がある。また、法定期間を超えた契約の効力についても超過部分が無効であるとの実務が固まっており、これを明示することを反対する理由はない。

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】

604条を削除するかどうかについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

「借地借家法上、借地についての存続期間が30年を最短期とし、長期の制限規定を置かない方式を採用しているのであり、あえて期間制限を設ける必要性が乏しい」との意見もあったが、「削除するまでの必要もない」との反対論もあり、賃貸借契約一般について、長期制限を設ける必要性ないし弊害の有無について、実情を踏まえた更なる検討が十分とはいえない。

3 賃貸借と第三者との関係

(1) 目的不動産について物権を取得した者その他の第三者との関係

不動産の賃貸借の登記がされたときは、その後その不動産について「物権を取得した者」に対しても効力を生ずる（民法第605条）ほか、例えば、

二重に賃貸借をした賃借人，不動産を差し押さえた者などとの関係でも，一般に，賃貸借の効力を対抗することができるかと解されている。そこで，登記した不動産の賃貸借と「物権を取得した者」以外の第三者との関係について，これを条文上明らかにする方向で，更に検討してはどうか。その際，具体的な条文の在り方については，「物権を所得した者」をも含めて，第三者に対抗することができるかと規定する案のほか，「物権を取得した者」との関係では同条を維持した上で，これとは別に，二重に賃貸借をした賃借人等との間の対抗関係について規定を設ける案があることを踏まえ，更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2，3(1)ア[40頁]】

【意見】

登記した不動産賃貸借と「物権を取得した者」以外の第三者との関係について，条文上明らかにすることには賛成。規定のしかたについては，更に検討すべき。

【理由】

現行民法605条は，「物権は債権を破る」の例外を定めるものであり，二重賃借人や差押債権者との関係（対抗問題）とは位相を異にするので，規定のしかたは，検討が必要。

(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借人の地位を移転する合意が無くても，賃借人と旧所有者との間の賃貸借関係は新所有者との間に当然に承継され，旧所有者は賃貸借関係から離脱する，②その際に賃借人の承諾は不要である，③この場合の賃借人たる地位の承継を新所有者が賃借人に対して主張するためには，新所有者が不動産の登記を備える必要がある。そこで，これらの判例法理を条文上明記する方向で，更に検討してはどうか。また，判例は，賃借人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意が旧所有者と新所有者との間にあったとしても，直ちには前記特段の事情には当たらず，賃借人の地位が新所有者に承継され，旧所有者は賃貸借関係から離脱するとしている。このことを条文上明記するかどうかについては，実務上このような留保の特約の必要性があり，賃借人の保護は別途考慮することが可能であると指摘して，一律に無効とすべきでないとする意見があることに留意しつつ，更に検討してはどうか。

新所有者が上記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，賃借人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を

支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができる旨の特則を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

このほか、賃借人が必要費を支出した後に目的不動産の所有権が移転し、賃貸人の地位が承継された場合には、必要費の償還債務も新賃貸人に移転すると解されていることを踏まえ、これを明文化するかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料16-2第2, 3(1)イ [42頁], 同(関連論点) 1 [44頁]】

【意見】

- 1 「不動産賃貸借が対抗力を有する場合には、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。」旨明示することにより。
- 2 賃貸借関係承継について、賃借人の承諾は不要である旨明示することにより。
- 3 賃貸人たる地位の承継を新所有者が賃借人に主張するためには対抗要件を備えることを要する旨定めることについては、反対しない。
- 4 賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意を無効と明記することには、慎重に検討すべきである。
- 5 新所有者が対抗要件を備えていても、賃借人が賃貸人の地位の移転を知らずに旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払いを新所有者に対抗できる旨の特則を設けることには賛成である。
- 6 賃借人が必要費を支出した後に、賃貸人の地位が承継された場合には、必要費の償還義務も新賃貸人に移転する旨を明文化することは賛成である。

【理由】

1から3については、判例により確立した実務であり、明示することにより。

4については、部会資料16-1によれば、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意の効力については、これを否定する判例があるとするが、判例(最高裁第1小法廷平成11年3月25日判決・判例時報1674号61頁)は、いかなる場合も留保の合意を無効とする趣旨とまでは解されない(合意があったとしても、賃貸人たる地位の新所有者への移転を妨げる「特段の事情」に該当しないことを示しているとはいえるが、他の事情が付加された場合にも常に「特段の事情」が否定されるのか疑問である。実務上もないとはいえない契約類型ではないか。)

5及び6については、賃借人保護の必要性、合理性があり、明文で定めることが望ましい。

(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】

上記①から③の規定を設けることに賛成である。

【理由】

対抗要件を備えない不動産賃貸借についても、法律関係を明確化する必要がある。

(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かどうかについては、旧所有者の地位を不安定にし賃貸不動産の流通を阻害するおそれがある等の指摘があることを踏まえ、更に検討してはどうか。

このほか、敷金に関しては、その定義を明らかにする規定や、敷金の充当に関する基本的な法律関係を明らかにする規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料16-2第2, 3(1)ウ[45頁], 同(関連論点)[46頁]】

【意見】

- 1 まず敷金の定義や基本的法律関係を明確にし、その上で、敷金返還債務の承継等の具体的法律関係について、理論的に検討すべきである。
- 2 目的不動産の所有権が移転した場合に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旨の規定を置くことは慎重に検討すべきである。
- 3 敷金返還債務が新所有者に承継される場合に、旧所有者がその履行を担保する義務を負うものとするかどうかについては、賛成しない。

【理由】

1については、敷金に関する法律関係は民法上明らかにされておらず、敷引も含めて明確化される必要がある。

2については、まず敷金の定義などの敷金に関する基本的法律関係が明らかにされなければ、旧所有者に差し入れられた敷金の充当、承継に関してについては、議論することはできない。

3については、賃貸借契約は何十年もの長期間継続されることが多く、旧所有者が長期間拘束されるのは、酷にすぎる。不動産取引実務が混乱するのではないか。転々譲渡された際の担保責任を負う者はどうなるのか不明確であり、全ての関与者に担保責任を認めるとすれば、いきすぎではないか。もともと旧所有者の無資力の危険は負担しており、新賃貸人への敷金返還債務によるリスクを受けさせないというのであれば、地位の譲渡によっても敷金返還債務は旧所有者に残すというのが筋ではないか。そもそも新所有者への承継は新所有者の方が資力があるであろうとの発想であったのではないか。

(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]】

(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】

まずは、物権的請求権の規定のあり方から検討すべきである。

【理由】

賃借権に基づく妨害排除請求権は、そもそも物権的請求権から派生した問題であるから、物権的請求権についての議論なくして賃貸借契約に基づくものだけ規定することに無理がある。

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は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(2)ア [49頁]】

【意見】

特に反対しない。

(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】

特に反対しない。

(3) 賃貸人の担保責任

賃貸物の瑕疵についての賃貸人の担保責任には、売買の規定が準用されている（民法第559条）。このうち、売主の瑕疵担保責任の期間制限の規定（同法第570条、第566条第3項）に関しては、賃貸物を継続的に使用収益させるという賃貸借の性質に照らして、賃貸借には準用されないことを条文中明瞭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】

売買の規定が準用されるが、期間制限については準用されないことによいのではないか。

【理由】

賃貸借契約においては、賃貸借期間中は賃借人に対して賃貸物を使用収益させる義務を負っているのであるから、瑕疵担保責任のみを期間制限にかかるとすることは合理的ではない。

5 賃借人の義務

(1) 賃料の支払義務（事情変更による増減額請求権）

借地借家法第11条、第32条、農地法第20条などを参照しつつ、契約締結後の事情変更による賃料の増減額請求権の規定を賃貸借一般を対象として設けるか否かについては、その必要性などを疑問視する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2、3(3)ア [52頁]】

【意見】

賃料額の調整を行う仕組みを設けること自体には、反対しない。ただし、民法にその仕組みを置くかどうかについては、慎重に検討すべきである。

【理由】

借地借家法の適用対象外の賃貸借契約についても賃貸期間中の賃料増減額請求権を認めるべき事案もあると思われる。しかし、利用実態や需要が不明な現状において、民法に仕組みを置くかどうかについては、なお慎重に検討すべきである。

(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り。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り。このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

また、目的物が一時的に利用できない場合に関して、同様に賃料の減額や賃借人による契約の解除を認めるという考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

このほか、目的物が利用できない場合に関する以上のような規律を明文化するに当たっては、「滅失」という用語（民法第611条参照）ではなく、目的物の機能が失われたことに着目した文言を用いることの当否について、検討してはどうか。

【部会資料16-2第2, 3(3)イ [55頁],
同(関連論点)1 [56頁], 同(関連論点)2 [57頁]】

【意見】

- 1 目的物の一部が利用できない場合の賃料減額, 解除, については, 特に反対しない。
- 2 目的物が一時的に利用できない場合については, 慎重に検討されるべきである。
- 3 「滅失」という用語の当否を検討することについては賛成である。

【理由】

一部利用不能による賃料の減額は, 対価的均衡の見地から反対する理由はなく, 規定を設けたほうがわかりやすい。一部の利用不能による解除を認めるべき場合も十分想定できる(例えばマンションのドアが開かなくなり中に入れず建物全体が使用不能となる場合)。

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】

賛成である。

(2) 適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との関係

適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との法律関係に関しては, 判例・学説を踏まえ, 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貸借が解除された場合には、転借人は目的物を使用収益する権限を失うとしており、このような判例法理を明文化することの当否についても、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2, 3(4)イ [59頁]】

【意見】

①②のような明文規定を設けることについては、賛成する。ただし、適法転貸借における原貸借の債務不履行解除に関する判例法理の明文化については、慎重に検討すべきである。

【理由】

①②についての明文規定を置くことに反対の理由はない。適法転貸借における原貸借の債務不履行解除に関する判例法理に関しては、債務不履行解除に際し転借人に弁済の確認（通知）をすることを不要とするか、要求するかについては、通知を要求することにより転借人の保護が図れる一方で通知を怠った場合の効果が不明確である問題もあることから、なお慎重に検討すべきである。

7 賃貸借の終了

(1) 賃借物が滅失した場合等における賃貸借の終了

賃借物の全部が滅失した場合における賃貸借の帰すうについては、現在は規定がないが、一般に賃貸借契約が終了すると解されていることから、このことを条文上明記する方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2, 4(1) [65頁]】

【意見】

特に反対しない。

【理由】

危険負担存続の立場をとった場合、条文上明記が必須とはいえないが、置いた方が分かりやすい。

(2) 賃貸借終了時の原状回復

賃貸借の終了時における賃借人の原状回復に関して、使用貸借についての簡略な規定（民法第598条）が賃貸借に準用されるのみである（同法第616条）という現状を改め、収去権とは区別して、賃借人の原状回復義務の規定を整備する方向で、更に検討してはどうか。その際には、賃借物に附属させた物がある場合と賃借物が損傷した場合の区別に留意し、後者（賃借物

の損傷) に関しては原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記することの当否について、更に検討してはどうか。これを条文上明記する場合には、賃貸人が事業者であり賃借人が消費者であるときはこれに反する特約を無効とすべきであるとの考え方が併せて示されている(後記第62, 2⑧参照)が、このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

また、「原状に復して」(同法第598条)という表現は分かりにくいという指摘があることから、これに代わる適切な表現について、検討してはどうか。

【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】

原状回復の範囲には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、賃貸人が事業者で賃借人が消費者の場合にこれに反する特約を無効とすること、「原状に復して」との表現を見直すことには、いずれも賛成する。

【理由】

通常損耗について原状回復の対象とならないことは、判例実務に定着しており、原状回復の意義、範囲は条文上明確にされるべきである。

(3) 損害賠償及び費用の償還の請求権についての期間の制限

ア 用法違反による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する等の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】

慎重に検討すべきである。

【理由】

賃借物に生じた損害について賃貸人が短期間で請求しなければならないとする合理

的理由はないとの見解がある一方、現状の1年が社会実態に照らして短すぎるのか疑問もある。

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】

慎重に検討すべきである。

【理由】

賃借人の費用償還請求についてのみ期間制限を設けることには合理性がないとの見解がある一方、現状の1年が社会実態に照らして短すぎるのか疑問もある。

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】

反対である。

【理由】

不動産と動産に分けて規定を置くことの合理性が見いだしがたい。

第46 使用貸借

1 使用貸借契約の成立要件

使用貸借が要物契約とされていること（民法第593条）に対しては、ほかの取引関係等を背景とする合理的な使用貸借もあり、一律に合意の拘束力を認めないのは適当でないとの指摘がある。これを踏まえ、使用貸借を諾成契約とした上で、両当事者は書面による合意をもって排除しない限り目的物の引渡しまでは契約を解除することができるものとするなど、契約の成立要件の緩和を図る方策を設ける方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第3, 2 [72頁]】

【意見】

慎重に検討すべきである。

【理由】

消費貸借の諾成契約化の議論と同様、①要物契約のままでよいとする見解と、②諾成契約とすべきとの見解があった。消費貸借の諾成契約化に賛成する立場からは、「契約関係から容易に離脱できる制度的配慮は別途考えるとしても、諾成契約で一貫させるのが良い」との意見があった。

2 使用貸借の対抗力

土地を使用貸借して建物を建てる際に、建築資金の担保としてその建物を活用する必要性があること等を踏まえ、使用貸借についても登記その他の方法により対抗力を備えることができる旨の規定を新たに設けることの当否について、所有者には利用権も賃料収入もないため差押えが機能しない財産が生ずることへの懸念に留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

反対である。

【理由】

消費貸借の諾成契約化の議論と同様、①要物契約のままでよいとする見解と、②諾成契約とすべきとの見解があった。消費貸借の諾成契約化に賛成する立場からは、「契約関係から容易に離脱できる制度的配慮は別途考えるとしても、諾成契約で一貫させるのが良い」との意見があった。

3 使用貸借の効力（貸主の担保責任）

使用貸借の貸主の担保責任に関しては、贈与者の担保責任の規定（民法第551条）の見直しとも関連するが、現在と同様に贈与者の担保責任の規定と同様の規律をすべきである（同法第596条参照）との考え方がある一方で、贈与と異なり契約の趣旨等から積極的に基礎付けられる場合に限り貸主の担保責任が認められることを条文上明記すべきであるとの考え方も示されている。これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、負担付使用貸借の貸主の担保責任（民法第596条、第551条第2項）についても、現在と同様に負担付贈与の贈与者の担保責任と同様の規律をすべきであるとの考え方がある一方で、負担付使用貸借は、負担の範囲内で賃貸借と同じ関係にあると考え、負担の限度で賃貸人と同じ義務を負うこととすべきであるとの考え方も提示されている。これを踏まえ、これらの考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第3, 3 [74頁], 同(関連論点) [75頁]】

【意見】

使用貸借の貸主の担保責任と贈与者の担保責任の規律を合致させることには、賛成である。

また、物の品質性能について貸主の責任を限定することも賛成であるが、知りながら借主に告げなかった場合に限り担保責任を負う現行制度については、合理性に疑問がある。

【理由】

使用貸借には多様な事例があるものの、使用貸借が無償であり、多くは恩恵的であること、そうでなくても、自己所有の中古品を現状有姿のまま貸す使用貸借の事例が通例であること等にかんがみ、原則的には、完全履行義務（完全履行請求権、追完請求権）及び貸主の担保責任は否定されるべきであるが（正確に言えば、「現状有姿」が契約上合意された給付であるため、現状を離れた品質性状は合意されておらず、瑕疵にならないと言うべきであるかも知れないが）、例外的に、品質保証（品質合意）があるときに損害賠償責任を認めるのが妥当であると思料する。

4 使用貸借の終了

(1) 使用貸借の終了事由

借用物の返還時期について定める民法第597条については、専ら分かりやすく規定を整理する観点から、使用貸借の存続期間を定める規定と貸主の解除権を定める規定とに条文表現を改める方向で、更に検討してはどうか。

また、無償契約である使用貸借の終了事由として、貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合や、貸主と借主との間の信頼関係が失われた場合における貸主の解除権の規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第3、4(1) [76頁]】

【意見】

現行法での借用物の返還時期の定めは、契約の終了時期として規定しなおすのが論理的であり、そのような観点から使用貸借の存続期間や解除権を定める規定に整序すべきとの考え方には、賛成である。

具体的な終了事由について、従来判例の結論を大きく変えないことを基本線としつつも、「相当期間の経過」、「信頼関係の破壊」、「貸主の自己使用の必要性」、「金銭給付の申出」などのファクターを総合的に考慮できるような「正当事由」のような要件設定は考えられないか、充分検討すべきである。

【理由】

使用貸借契約において、実務上紛争が多い事例は、期限の定めのない不動産使用貸借である。現行民法（597条）では、「使用及び収益の目的」が契約上定められたかどうかによって効果を分けているが、この要件は解釈上の疑義が生じやすい。というのは、「建物所有目的の土地の使用貸借」ならば建物が朽廃するまで使用貸借が存続し、「居住目的の建物の使用貸借」ならば借主が居住を継続しているかぎり使用貸借が存続する

という解釈も論理的には可能であるからである。このように解すると貸主への拘束が強くなりすぎるので妥当でない。

他方で、返還時期及び使用収益目的が契約上定められなかった場合、貸主はいつでも返還を請求できると規定されているが（597条3項）、使用収益目的が契約上定められていないとはどういう場合であるかは疑問である。別段の合意がないかぎり、物の本来の用法に従って使用収益することが契約上定められた目的であると解しうるからである。このように、「使用・収益の目的」を要素として契約終了事由を構成することは、多義的な解釈を招くので好ましくない。

特に、親族間等における期限の定めのない土地建物の使用貸借において当事者間の信頼関係が失われた段階において契約終了が争われる事例は少なくない。いろいろな判例がある（笹村將文「不動産使用貸借の終了事由について」判例タイムズ906号4頁）。

- ① 老後の扶助を前提にした使用貸借において、関係悪化等によって老後の扶助が期待できない状況になったことについて、597条2項ただし書を類推適用して使用貸借の終了を認めた判例
- ② 599条にかかわらず、借主が死亡しても使用貸借が終了しないと判断した判例
- ③ 「借主の定収入がない状況下における借主に対する生活支援」という使用貸借に至った動機・目的を認定したうえ、相当な期間の経過をもって使用貸借の終了とした判例
- ④ 借主が建物内で一定の営業をすることを前提に締結された使用貸借であることから、借主の当該営業廃止をもって目的終了と判断した判例

以上のような判例の傾向は、条文との乖離があるにしても、事案の実情に即した妥当な解決を導こうとしているようである。

そこで、具体的な終了事由について、従来の判例の結論を大きく変えないことを基本線としつつも、「相当期間の経過」、「信頼関係の破壊」、「貸主の自己使用の必要性」、「金銭給付の申出」などのファクターを総合的に考慮できるような「正当事由」のような要件設定は考えられないか、充分検討すべきである。

(2) 損害賠償請求権・費用償還請求権についての期間の制限

借主の用法違反による貸主の損害賠償請求権や借主が支出した費用の償還請求権に関する期間制限の規定（民法第600条）の見直しについて、現在はこの規定を準用している賃貸借における見直し（前記第45、7(3)）との関連に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第3、4(2) [77頁]】

【意見】

賃貸借における論点と同様である。

第47 役務提供型の典型契約（雇用、請負、委任、寄託）総論

一方の当事者が他方の当事者に対して役務を提供することを内容とする典型

契約には、民法上、雇用、請負、委任及び寄託があるとされている。しかし、今日の社会においては新しい役務・サービスの給付を目的とするものが現れており、役務提供型に属する既存の典型契約の規定によってはこれらの契約に十分に対応できないのではないかとの問題も提起されている。このような問題に対応するため、役務提供型に属する新たな典型契約を設ける考え方や、役務提供型の契約に適用される総則的な規定を設ける考え方が示されている（後記第50参照）ほか、このような考え方を採用する場合には、これに伴って既存の各典型契約に関する規定の適用範囲の見直しが必要になることもあり得る（後記第48, 1, 第49, 5参照）。

役務提供型の典型契約全体に関して、事業者が消費者に対してサービスを提供する契約や、個人が自ら有償で役務を提供する契約など、当事者の属性等によっては当事者間の交渉力等が対等ではない場合があり、交渉力等において劣る方の当事者の利益を害することのないように配慮する必要があるとの問題意識や、いずれの典型契約に該当するかが不明瞭な契約があり、各典型契約の意義を分かりやすく明確にすべきであるとの問題意識が示されている。これらの問題意識なども踏まえ、各典型契約に関する後記第48以下の論点との関連にも留意しつつ、新たな典型契約の要否、役務提供型の規定の編成の在り方など、役務提供型の典型契約の全体的な在り方について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第1 [1頁]】

【意見】

雇用、請負、委任及び寄託以外の、役務提供型の新たな典型契約を設ける方向で、更に検討をすすめるべきである。役務提供型の契約に適用される総則的な規定を設けることについては、雇用、請負、委任を通じた総則的規定を設けることには困難があると考えられ、検討には消極的である。

【理由】

現在社会においては、雇用、請負、委任及び寄託に分類することが必ずしも適切ではない役務提供型契約が出現しているが、これらを準委任契約あるいは無名契約と位置付けて場当たりに適用されるべき任意法規を選択することは法的安定性を欠くことになる。したがって、できるかぎり明確に類型化を図り、それぞれについて適切な任意規定群を定めることが望ましい。また、いずれの類型にあたるか判然としない契約が存することも避けられないと考えられるから、一般的な受皿規定を新設する必要性も認められるが、その内容については慎重に検討していく必要がある。なお、請負、委任、準委任の区分について、見直す必要があるとしても、従来の実務の安定性を害す危険があるため、慎重にならなければならない。

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]】

【意見】

請負の規律内容について見直すことを更に検討することは差し支えないが、請負を仕事の完成を目的とする契約であるという現行法の定義規定は維持するべきである。

【理由】

請負の定義規定を変更するべき実務的必要性は見出し難い。また、一般市民に分かりやすい言葉という観点からしても、広辞苑（第6版）にも「請負 ①保証すること。うけあうこと。②ある仕事の完成を全責任をもって引き受けること。」とあるように、仕事の完成を基準とする方がよい。仕事の成果の引渡しの有無によって規律の仕方が変わるとしても、請負の下位概念として、「引渡しを要する請負」、「引渡しを要しない請負」を設けて、規律していけば足りると思われる。

2 注文者の義務

民法は、報酬支払義務のほかには注文者の義務について規定していないが、注文者は請負人が仕事を完成するために必要な協力義務を負う旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方も示されていることから、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、請負人が仕事を完成したときには注文者は目的物を受領する義務を負う旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方も示されているが、「受領」の意味について、契約内容に適合したことを確認した上で履行として認容するという要素を含むとする理解や、契約の目的物・客体と認めるという要素を含むとする理解のほか、そのような意思的要素を含まず、単に占有の移転を受けられ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。

【意見】

協力義務・受領義務については、請負に限らず他の契約でも問題となるところであり、特に請負に限ってこれらの義務を新設するべきではない。

【理由】

一定の場合に受領義務があることは認められるが、一律に受領義務を認めるべきかについては、慎重に検討すべきである。仮に、受領拒絶をした場合であっても、受領遅滞の制度及び信義則上の受領義務違反としての損害賠償請求をすること可能である。

3 報酬に関する規律

(1) 報酬の支払時期（民法第633条）

民法第633条は、請負における報酬の支払時期について、仕事の目的物の引渡しと同時（引渡しを要しないときは、仕事完成后）と規定しているところ、この規律を改め、請負報酬の支払と、成果が契約に適合することを注文者が確認し、履行として認容することとを同時履行とすべきであるとの考え方が提示されている。これに対しては、請負人の保護に欠けることがないか、履行として認容することとの引換給付判決の強制執行をどのように行うかなどの指摘もある。そこで、これらの指摘を踏まえ、請負に関する取引の実態や取引実務に与える影響に留意しつつ、請負報酬の支払と注文者が履行として認容することとを同時履行とするという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

このような考え方を採用する場合には、履行として認容する行為をどのような文言で表現するかについて、例えば「受領」と表現することが適切かどうかを含めて、併せて検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 4(1) [10頁]】

【意見】

報酬支払時期については、現行法を維持し、仕事の目的物の引渡しと同時に、目的物の引渡を要しないときは仕事の完成後に支払うべきものとすれば足りる。検討の必要はない。

【理由】

現行法を積極的に改正すべき立法事実は明らかではない。例えば、報酬支払請求訴訟で、引換給付判決を考えてみると、引渡しと報酬支払いの引換給付というのは、双方の権利が対立していてわかりやすいが、受領と報酬支払いの引換給付というのは、「受領させろ、そしたら支払いますよ」という不自然な形になってしまう。特に、注文者の受領義務を法的に認めるという立場からすれば、この不自然さは顕著となる。さらには、完成物の所有権帰属の問題とも関係するが、報酬請求権担保のために完成物を留置する、という留置権との関係についても問題が生ずることとなる。

(2) 仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権

仕事の完成が途中で不可能になった場合には、請負人は仕事を完成していない以上報酬を請求することができないのが原則であるが、注文者の責めに帰すべき事由によって仕事の完成が不可能になったときは、民法第536条第2項の規定に基づき、請負人は報酬を請求できるとされている。もっとも、請負人が例外的に報酬を請求することができる場合を同項によって規律することについては、仕事が完成していない段階では具体的な報酬請求権が発生していないから、危険負担の問題として構成する前提を欠くという批判や、「責めに帰すべき事由」という文言が多義的で内容が不明確であるとの批判があるほか、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の考え方がある。このような考え方の当否について、「注文者に生じた事由」や「注文者の義務違反」の具体的な内容、請負人の利益を害するおそれの有無、注文者が債務不履行を理由に解除した場合の効果との均衡などに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、判例は、仕事の完成が不可能になった場合であっても、既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、既履行部分について請負契約を解除することはできず、請負人は既履行部分について報酬を請求することができるとしていることから、このような判例法理を条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 4(2) [11頁]】

【意見】

仕事の完成が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等について検討することについては、賛成する。

しかし、「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」と言う概念により、報酬請求権の範囲を異にするという立法については、区別が明瞭であるとはいえず、消極的に解する。「注文者の義務違反」があるような場合には、請負人が債務不履行解除をすることができることが多いと考えられ、報酬請求権としてではなく、「解除+損害賠償」の形で立法するほうがよい。

判例法理については、立法化するのが相当である。

【理由】

仕事が完成していなくとも、その成果に応じて報酬相当額の請求権を認めるべき場合があり、これを条文化する方向で検討することには賛成である。「注文者に生じた事由」により履行不能となった場合には、請負人は既履行部分の割合に応じた報酬請求権を持つとするのは、相当である。

しかし、提案されている、「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」と言う概念により、報酬請求権の範囲を異にするという立法については、区別が明瞭であるとはいえず、この方向で検討することには反対である。むしろ、請負人が、「約定報酬から自己の債務を免れることによって得た利益を控除した額」を請求することができるのは、契約を解除し、損害賠償を請求した場面であると考えられ、「注文者の義務違反」と言う概念を持ち込むよりも、「解除+損害賠償」の方向で検討するのが良いと考えられる。

判例を明文化することについては、その結論が妥当であり、実務的にも定着していることから、賛成である。

なお、本件については、債務不履行や危険負担との整合性についての検討が必要である。

(3) 仕事の完成が不可能になった場合の費用償還請求権

仕事の完成が途中で不可能になった場合に、請負人が仕事完成義務を履行するためそれまでに支出した費用の償還を請求することができるかどうかについて、更に検討してはどうか。その場合の規定内容として、例えば、注文者に生じた事由によって仕事完成義務が履行不能になった場合には既に履行した役務提供の割合に応じた報酬を請求することができるという考え方（前記(2)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]】

【意見】

「注文者に生じた事由」により仕事の完成が途中で不可能になった場合には、請負人に報酬に含まれていない費用の償還請求権を認めるべきである。

【理由】

上記(2)と同様である。

4 完成した建物の所有権の帰属

建物建築の請負人が建物を完成させた場合に、その所有権が注文者と請負人のいずれに帰属するかについて、判例は、特約のない限り、材料の全部又は主

要部分を供給した者に原始的に帰属するとしているが、学説上は、当事者の通常の意味などを理由に原則として注文者に原始的に帰属するとの見解が多数説であるとされる。そこで、完成した建物に関する権利関係を明確にするため、建物建築を目的とする請負における建物所有権の帰属に関する規定を新たに設けるかどうかについて、実務への影響や不動産工事の先取特権との関係にも留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

検討することには賛成である。

【理由】

紛争を防止するためには、明瞭な法的規律があることが望ましいという意見があったほか、特に規定を設けず判例の発展に委ねるほうがよいという意見もあった。また、法的規律を設けるについても、判例の見解を明文化するという意見と多数説を明文化するという意見があった。さらに、建築中の建物の所有権の帰属についても検討する必要があるという意見があった。

5 瑕疵担保責任

(1) 瑕疵修補請求権の限界（民法第634条第1項）

民法第634条第1項ただし書によれば、瑕疵が重要である場合には、修補に過分の費用を要するときであっても、注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができるが、これに対しては、報酬に見合った負担を著しく超え、契約上予定されていない過大な負担を請負人に負わせることになるとの批判がある。このような批判を踏まえて、瑕疵が重要であるかどうかにかかわらず、修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には、注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができないこととするかどうかについて、瑕疵があれば補修を請求できるという原則に対する例外の拡大には慎重であるべきであるとの指摘があることも踏まえ、検討してはどうか。

【意見】

現行法を維持すべきであり、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新立法には反対する。

【理由】

請負人は、そもそも契約に適合した仕事を完成する義務を負担しているものであり、完成した仕事に瑕疵有る場合には原則として修補請求が可能なものであり、原則が重視されなければならない。瑕疵が重要な場合にまで請負人の免責を認めるのは相当ではない。特に、住宅の建築請負のように、消費者が注文者、事業者が請負人となる場合には、重大な瑕疵があるにもかかわらず瑕疵の修補を請求できないとすることは、不都合が生じることが予想される。

(2) 瑕疵を理由とする催告解除

民法第635条本文は、瑕疵があるために契約目的を達成できないときは注文者は請負契約を解除することができる」と規定しているところ、契約目的を達成することができないとまでは言えないが、請負人が修補に応じない場合に、注文者が同法第541条に基づく解除をすることができるかについては、見解が分かれている。そこで、法律関係を明確にするため、注文者が瑕疵修補の請求をしたが相当期間内にその履行がない場合には、請負契約を解除することができる旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、解除に関する一般的な規定の内容（前記第5、1）にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2、5(2) [16頁]】

【意見】

解除の効果も視野に入れて慎重に検討するべきである。

【理由】

瑕疵修補の遅滞によって請負契約がいきなり解除され、例えば建築された建物が収去されるような事態に陥る可能性があり、紛争が激化するおそれもあるので、慎重に検討するべきである。

(3) 土地の工作物を目的とする請負の解除（民法第635条ただし書）

民法第635条ただし書は、土地の工作物を目的とする請負は、瑕疵のために契約をした目的を達成することができない場合であっても解除することができる」と規定しているが、これは、土地工作物を収去することは請負人にとって過大な負担となり、また、収去することによる社会的・経済的な損失も大きいからであるとされている。しかし、建築請負契約の目的物である建物に重大な瑕疵があるために当該建物を建て替えざるを得ない事案で建物の建替費用相当額の損害賠償を認めた最高裁判例が現れており、この判例の趣旨からすれば注文者による契約の解除を認めてもよいことになるはずであるとの評価もある。これを踏まえ、土地の工作物を目的とする請負の解除の制限を見直し、例えば、土地の工作物を目的とする請負についての解除を制限する規定を削除し、請負に関する一般原則に委ねるという考え方や、建替えを必要とする場合に限り解除することができる旨を明文化する考え方が示されている。これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2、5(2) [16頁]】

【意見】

請負に関する一般原則に委ねるという考え方に賛成である。

【理由】

土地の工作物を目的とする請負の解除の制限は、現代の社会経済情勢に照らし、合理的なものとはいえず、実質的に判例によって骨抜きになっている以上、維持するべき理由がない。一般原則によれば足りる。

(4) 報酬減額請求権の要否

請負の目的物に瑕疵があった場合における注文者の救済手段として報酬減額請求権が認められるかどうかは、明文の規定がなく不明確であるが、報酬減額請求権は、損害賠償など他の救済手段の存否にかかわらず認められる点で固有の意義があるなどとして、報酬減額請求権に関する規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。これに対しては、請負においては損害賠償責任について請負人に免責事由が認められるのはまれであることなどから、減額請求権を規定する必要はないとの指摘もある。このような指摘も考慮しながら、報酬減額請求権の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 5(3) [17頁]】

【意見】

報酬減額請求権について特に規定を設ける必要はない。

【理由】

報酬減額請求権という権利は、実質的には契約の一部解除であるが、仕事の完成を目的とする請負契約について、契約の一部解除、というのなじみにくい面がある（特に、無体物のような場合）。結局、損害賠償や瑕疵修補で対応し、それでだめなら、そのリスクは請負人が負担すべきである。このように考えても、損害賠償が認められないケースはほとんどなく、請負人が負担するリスクは、どの様な契約にも内在しているリスクという域を出ないものと考えられるため、特に不公平はない。

(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]】

【意見】

更に検討すること自体は是認できる。ちなみに、①案のように、注文者に瑕疵の通知義務（失権効を伴うもの）を負担させることは、注文者が消費者の場合には疑問であるとの意見があったが、①ないし③案のいずれが妥当かについては意見がまとまらなかった。

(6) 土地工作物に関する性質保証期間（民法第638条第1項）

民法第638条第1項は、土地工作物に関する担保責任の存続期間について規定するが、その法的性質を性質保証期間（目的物が契約で定めた性質・有用性を備えていなければならない期間）と解する立場がある。このような立場から、前記(5)の担保責任の存続期間に加え、土地工作物について性質保証期間に関する規定を設け、請負人はその期間中に明らかになった瑕疵について担保責任を負うことを規定すべきであるとの考え方が示されているが、これに対しては、土地工作物のみを対象として性質保証期間を設ける根拠が十分に説明できないなどの指摘もある。そこで、土地工作物について性質保証期間に関する規定を設けるかどうか、設ける場合に設定すべき具体的な期間、合意によって期間を伸縮することの可否等について、担保責任の存続期間との関係などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 5(5) [21頁]】

【意見】

検討することには賛成する。

【理由】

性質保証期間(仕事の目的物が契約で定めた性質ないし有用性を備えていなければならない期間)という概念は、実質的に瑕疵担保責任における引渡時の瑕疵の存在についての立証責任を緩和するものであり、実務的には重要な意味合いを有するので、更に検討すべきである。

(7) 瑕疵担保責任の免責特約（民法第640条）

請負人は、担保責任を負わない旨の特約をした場合であっても、知りながら告げなかった事実については責任を免れないとされている（民法第640条）が、知らなかったことに重過失がある事実についても責任を免れない旨の規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。また、これに加え、請負人の故意又は重大な義務違反によって生じた瑕疵についても責任を免れない旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 5(6) [22頁]】

【意見】

検討することには賛成であり、要件はさらに検討すべきである。

6 注文者の任意解除権（民法第641条）

(1) 注文者の任意解除権に対する制約

民法は、請負人が仕事を完成しない間は注文者はいつでも損害を賠償して請負契約を解除することができるとして（民法第641条）、注文者による解除権を広く認めている。これに対しては、請負人が弱い立場にある請負について注文者による解除権を広く認めることには疑問があるとの指摘がある。そこで、一定の種類の契約においては注文者の任意解除権を制限する規定を新たに設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【意見】

検討の必要はない。

【理由】

任意解除権は合理的な制度であり、請負人の保護は損害賠償によって十分はかることができる。

(2) 注文者が任意解除権を行使した場合の損害賠償の範囲（民法第641条）

注文者が民法第641条の規定に基づいて請負契約を解除した場合に賠償すべき損害の範囲は具体的に規定されていないが、現在の解釈を明文化し、約定の報酬相当額から解除によって支出を免れた費用（又は自己の債務を免れたことによる利益）を控除した額を賠償しなければならないことを規定す

べきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、注文者の義務違反によって仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権の額（前記3(2)）との整合性にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 6 [23頁]】

【意見】

更に検討するべきである。

【理由】

現行法の文言が明瞭性を欠いている以上、改正の必要性は認められる。任意解除権の行使があった場合、請負人が他の仕事をすることによって得られた利益は損害賠償額から控除するべきである。

7 注文者についての破産手続の開始による解除（民法第642条）

注文者が破産手続開始の決定を受けたときは、請負人又は破産管財人は契約を解除することができる（民法第642条第1項）。これについて、請負の中には仕事完成後の法律関係が売買と類似するものがあり、このような請負については、買主について破産手続が開始されても売主が売買契約を解除することができないのと同様に、仕事完成後に注文者が破産手続開始の決定を受けても請負人が契約を解除することはできず、解除できるのは、注文者についての破産手続開始が仕事完成前であった場合に限定されることになるのではないかとの問題が提起されている。そこで、このような限定をする旨の規定を設けることの当否について、検討してはどうか。

【意見】

破産法による規律との均衡に留意しつつ、更に検討するべきである。

8 下請負

(1) 下請負に関する原則

請負人が下請負人を利用することができるかどうかについて民法上明文の規定はないが、当事者の意思又は仕事の性質に反しない限り、仕事の全部又は一部を下請負人に請け負わせることができると解されている。これを条文上明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17-2第2, 7(1) [24頁]】

【意見】

下請負に関して規律を設けることは実務の需要に沿うものであり、明文の規定を新設することに賛成である。

(2) 下請負人の直接請求権

下請負契約は元請負契約を履行するために行われるものであって契約相互の関連性が密接であることなどから、適法な下請負がされた場合には、賃貸人が転借人に対して直接賃料の支払を求めることができる（民法第613条第1項）のと同様に、下請負人の元請負人に対する報酬債権と元請負人の注文者に対する報酬債権の重なる限度で、下請負人は注文者に対して直接支払を請求することができる旨を新たに規定すべきであるとの考え方がある。これに対しては、下請負人に直接請求権を認めるのは担保権以上の優先権を認めることであり、その必要性があるのか慎重な検討を要するとの指摘、元請負人が多数の下請負人を使用した場合や複数次にわたって下請負がされた場合に適切な処理が困難になるとの指摘、元請負人が第三者に仕事を請け負わせた場合には直接請求が可能になるが、元請負人が第三者から物を購入した場合には直接請求ができないのは均衡を失するとの指摘、下請負人から報酬の支払を請求される注文者が二重弁済のリスクを負うことになるとの指摘などがある。これらの指摘も考慮しながら、下請負人が注文者に対して報酬を直接請求することができるものとする考え方の当否や、直接請求権を認める場合にどのような範囲の下請負人に認めるかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 7(2) [24頁]】

【意見】

下請人の直接請求権の新設には、反対である。

【理由】

一定の場合に下請人の保護を図ろうとする趣旨は理解できるとしても、やはり、直接の契約関係にないものであり、直接の支払請求ができるとすべきではない。また、直接請求権を認めた場合の要件、効果の定立は非常に困難になることが予想される。

(3) 下請負人の請負の目的物に対する権利

下請負人は、注文者に対し、請負の目的物に関して元請負人と異なる権利関係を主張することはできないとするのが判例である。このような判例を踏まえ、下請負人は、請負の目的物に関して、元請負人が元請負契約に基づいて注文者に対して有する権利を超える権利を注文者に主張することができないことを条文上明記するかどうかについて、下請負人を保護するためにこのような原則の例外を設ける必要がないかどうかにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、これとは逆に、注文者も、元請負契約に基づいて元請負人に対して有する権利を超える権利を下請負人に対して主張することができない旨の規

定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 7(3) [25頁]】

【意見】

いずれについても、反対である。

【理由】

平成5年10月10日の判例は、元請契約が中途解約された場合の出来形部分の所有権に関する判例であり、目的物の所有権帰属との関係もあるため、確立した判例法理とまではいえず、これを一般論として規定するべきではない。所有権帰属の問題とも関係するため、慎重になるべきである。

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】

受任者は委任者が与えた指図に従って委任事務を処理しなければならないとの原則を条文上明示した上で、例外として委任者の指図に従うことを要しない場合についても規定を設けるべきであるとの考え方には、反対である。

【理由】

実務上規定を設ける必要性がない。そのような規定を設けると、第一次的には、単純に委任者の指図に従ったかどうかという観点から受任者の義務違反の有無が判断されることになり、事案に即した柔軟な判断ができなくなる恐れがある。受任者の義務違反の有無は、善管注意義務という規範的な要件の判断においてなされるべきである。

(2) 受任者の忠実義務

受任者は、委任者との利害が対立する状況で受任者自身の利益を図ってはならない義務、すなわち忠実義務を負うとされている。民法には忠実義務に関する規定はなく、善管注意義務の内容から導かれるとも言われるが、忠実

義務は、適用される場面や救済方法などが善管注意義務と異なっており、固有の意味があるとして、善管注意義務とは別に、受任者が忠実義務を負うことを条文上明記すべきであるとの考え方がある。これに対しては、忠実義務の内容は委任の趣旨や内容によって異なり得ることから、忠実義務に関する規定を設けず、委任の趣旨や善管注意義務の解釈に委ねる方が柔軟でよいとの指摘、忠実義務を規定すると強い立場にある委任者が弱い立場にある受任者に対してこの規定を濫用するおそれがあるとの指摘、適切な要件効果を規定することは困難ではないかとの指摘もある。このような指摘も踏まえ、忠実義務に関する明文の規定を設けるという考え方の当否について、善管注意義務との関係、他の法令において規定されている忠実義務との関係、忠実義務を減免する特約の効力などに留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 2(2) [31頁]】

【意見】

忠実義務について、明文の規定を設けることには、反対である。

【理由】

実務上、善管注意義務と忠実義務は同内容とされており（最判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁。但し、取締役の忠実義務が問題となった事案）、この理解を前提とする限り、あえて別に規定を設ける必要性はなく、むしろ委任の趣旨や内容によって忠実義務の程度に濃淡がありうることを考えると、善管注意義務の解釈に委ねるのが適切である。

(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とするのではなく、履行補助者を使用した債務者の責任（前記第8，2）と同様に扱う方向で、更に検討してはどうか。

さらに、復受任者が委任者に対して善管注意義務、報告義務等を負うか、復受任者が委任者に対して報酬等を直接請求することができるかなど、復委任が認められる場合の復受任者と委任者との法律関係について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3，2(3) [32頁]】

【意見】

自己執行義務の明文化については、賛成である。

復委任の要件は、現行の解釈（現行民法104条類推）を維持すべきである。復委任が許容される場合の受任者の責任、復委任者と委任者との法律関係については、更に検討すべきである。

【理由】

自己執行義務については当然の義務と解されており、明文化してよい。

復委任の要件として、「受任者に自ら委任事務を処理することを期待することが相当でないとき」には復委任が許容されるとの考え方については、文言として分かりにくいし、相当性の判断を誰が行うかといった疑問もある。復委任の可否については「やむを得ない事由」という要件（現行民法104条類推）を柔軟に解釈すれば足りる。

復受任者を使用した受任者の責任については、履行補助者を使用した債務者の責任についての議論が妥当するところであり、更に検討するべきである。

復受任者と委任者が直接の権利義務関係に立つのか等について、明確化が望まれる。

(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してはどうか。

長期にわたる委任においては相当期間ごとに報告義務を負うこととするかどうかについては、これに要する費用、柔軟な対応の可否等にも留意して、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3，2(4) [36頁]】

【意見】

指図を求める必要があるときの報告義務及び長期にわたる委任の報告義務については、新設に反対する。

【理由】

指図に際しての報告義務は当然のことであり規定する必要性がない。また、長期にわ

たる委任の報告義務については、委任者が必要と思えば請求して報告を受けることができる以上、長期にわたっているというだけで報告義務を負わせる根拠に欠ける。

(5) 委任者の財産についての受任者の保管義務

受任者が委任事務を処理するために委任者の財産を保管する場合については民法上規定がないが、この場合における法律関係を明確にする観点から、有償寄託の規定を準用するとの考え方がある。このような考え方の当否について、有償寄託に関する規定の内容（後記第52参照）を検討した上で、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 2(5) [36頁]】

【意見】

有償寄託の規定を準用する規定を設けてよい。

【理由】

現行法上、受任者は善管注意義務を負っており、法律関係明確化の見地から有償寄託の規定を準用する規定を設けたとしても、特に不都合はない。

(6) 受任者の金銭の消費についての責任（民法第647条）

民法第647条は、受任者が委任者に引き渡すべき金額又はその利益のために用いるべき金額を自己のために消費したときは、消費した日以後の利息を支払わなければならないが、これを超える損害がある場合はその賠償責任を負うと規定しているが、これは、利息超過損害についての同法第419条を削除することとする場合（前記第3, 6(2)参照）には一般的な損害賠償の規律によっても導くことができるとして、同法第647条を削除するという考え方がある。この考え方の当否について、一般的な損害賠償の規律によって消費した日以後の利息を請求することの可否にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 2(6) [37頁]】

【意見】

現行民法647条は削除すべきである。

【理由】

同条項はいわゆる受任者による横領的な事案につき規律したものであるところ、そのような事案については、善管忠実義務違反に基づく損害賠償の問題として処理すべきである。

2 委任者の義務に関する規定

(1) 受任者が債務を負担したときの解放義務（民法第650条第2項）

受任者が委任事務の処理に必要と認められる債務を負担した場合には、受任者は委任者に対して代弁済を請求することができる（民法第650条第2項）が、より一般的に弁済資金の支払を請求することができる旨を定めるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、受任者の他の債権者による弁済資金請求権の差押えが可能となることへの評価や、費用前払請求権との関係などに留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 3(1) [38頁]】

【意見】

弁済資金の支払請求権について明文の規定を設けることは、反対である。

【理由】

費用前払請求権と区別がつかず、実益がない。

(2) 受任者が受けた損害の賠償義務（民法第650条第3項）

受任者が委任事務を処理するため過失なく損害を受けたときは、委任者はその損害を賠償しなければならないとされている（民法第650条第3項）が、同項は有償委任には適用されないとの学説もある。そこで、この点を明確にするため、有償委任に同項が適用されるか、適用されとしても損害賠償責任の有無や額において有償性が考慮されるかを条文上明記すべきであるとの考え方の当否について、更に検討してはどうか。後者の問題については、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額が定められている場合には、委任者の損害賠償責任の有無及び額はこれを考慮して定めるという考え方があるが、このような考え方の当否について、有償委任の場合であっても損害を被る危険の評価がされていない場合もあるという指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 3(2) [39頁]】

【意見】

受任者が受けた損害の賠償義務の規定は有償委任についても適用されることを明確にすることに賛成である。しかし、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、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の規定を設けることには反対である。

【理由】

有償委任であっても、損害リスクの評価をしていない場合があり、一切補償がないとすることには反対である。また、有償委任の場合の報酬額についても、損害を被る危険の有無及び程度を考慮したとしても、それが直接反映されて決定されているとは限らず、報酬を考慮して損害賠償責任の有無及び額を定めることには疑問がある。

(3) 受任者が受けた損害の賠償義務についての消費者契約の特則（民法第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】

検討することに賛成する。

【理由】

民法の条項の適用範囲を人の下位概念としての「事業者」、「消費者」によって画することには、慎重であるべきである。

3 報酬に関する規律

(1) 無償性の原則の見直し（民法第648条第1項）

受任者は特約がなければ報酬を請求することができないと規定されている（民法第648条第1項）ため、委任は原則として無償であると解されているが、このような原則は必ずしも現実の取引に適合するとは言えないことから、有償又は無償のいずれかが原則であるとする立場を採らず、条文上も中立的な表現を用いる方向で、更に検討してはどうか。

また、受任者が事業者であり、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において委任契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方（後記第62, 3(3)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】

委任については、単に合意の有無により報酬の有無が定まることを規定するべきである。また、受任者が事業者であり、経済事業の範囲内において委任契約を締結したときは有償性が推定されるという規定については慎重に検討するべきである。

【理由】

現実に行われている委任は、無償が原則とは言えない以上、合意の有無により報酬の有無が決まるとするのが相当である。

また、受任者が事業者であり、経済事業の範囲内において委任契約を締結する場合には、委任契約の有償性が推定されるとの立法については、商法との整合性の問題が生じる（後記第62にて詳述）。

(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】

検討すること自体には反対しないが、成果完成型と履行割合型に2分することには無理があると考ええる。

【理由】

成果に対する報酬という概念を導入すると、委任と請負の区別がつかなくなるおそれがあり、慎重に検討するべきである。

(3) 報酬の支払時期（民法第648条第2項）

委任の報酬は後払が原則であるという規律（民法第648条第2項）を維持した上で、委任の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型に分類して規律する立場から、その支払時期は成果完成型においては成果完成後、履行割合型においては委任事務を履行した後（期間によって報酬を定めたときは期間経過後）であることを条文上明記する考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 4(2) [41頁]】

【意見】

報酬の支払時期は、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べきである。成果完成型の報酬については、請負との区別がつかなくなるおそれがあるため、慎重に検討するべきである。

【理由】

上記（2）と同様である。

(4) 委任事務の処理が不可能になった場合の報酬請求権

委任が受任者の帰責事由なく途中で終了したときは、受任者は既にした履行の割合に応じた報酬を請求することができる（民法第648

条第3項)が、帰責性の所在やその程度は様々であり、それぞれの事案における報酬請求権の有無や範囲は必ずしも明確ではない。

そこで、有償委任に基づく事務の処理が途中で終了しその後の事務処理が不可能になった場合であっても受任者が報酬を請求することができるのはどのような場合か、どの範囲で報酬を請求することができるかについて、現行法の下で受任者が得られる報酬請求権の内容を後退させるべきではないとの指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、例えば、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】

現行法を維持するべきである。

【理由】

「委任者に生じた事由」と「委任者の義務違反」という概念により、報酬請求権の範囲を異にするという立法については、区別が明瞭であるとはいえず、この方向で検討することには反対である。また、請負に関する判例法理を、委任に適用することには慎重であるべきである。

4 委任の終了に関する規定

(1) 委任契約の任意解除権(民法第651条)

判例は、委任が受任者の利益をも目的とする場合には委任者は原則として民法第651条に基づく解除をすることができないが、やむを得ない事由が

ある場合及び委任者が解除権自体を放棄したものとは解されない事情がある場合には、同条に基づく解除をすることができるとしている。しかし、このような判例法理の解釈や評価をめぐっては様々な見解が主張されていることから、規律を明確にするため、委任が受任者の利益をも目的としている場合の委任者の任意解除権に関する規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、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】

①案のような規定を設ける方向で、更に検討するべきである。

【理由】

任意解除権には、委任者に委ねた権限を取り戻して自己のコントロール下に復帰させる意味合いがあり、委任契約が受任者の利益である場合でも解除権行使は認めてよいが、その場合には委任者に賠償責任が生じるものとするのが相当である。

(2) 委任者死亡後の事務処理を委託する委任（民法第653条第1号）

委任者が自己の死亡後の事務処理を委託する委任の効力については、特段の規定が設けられていないことから、規律を明確にするため、新たに規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、遺言制度との整合性を図る観点から、委任事務の内容が特定されていることを要件として認めるべきであるとの考え方があるが、その当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 5(2) [47頁]】

【意見】

死後の事務処理に関する委任について、包括的に委任を許さない趣旨で、立法化するべきである。

【理由】

死後の事務処理に関する委任を無条件で認めると遺言の脱法となりかねないが、実

務上の必要性は高く、包括的な権限を与えず、特定事項に限っている場合に限定して、許容されることを明文で明らかにするべきである。

(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】

破産の場合の規律は、破産法第53条など同法の規律に委ねるべきである。

【理由】

破産を委任の終了事由とする合理性はないと考えられ、民法における委任の規律にあえて破産の場合をとりあげる必要性はない。

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】

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」とする考え方には反対である。

役務提供型契約の受皿規定との関係で、準委任契約の規定内容は更に検討すべきである。

【理由】

指摘されているとおり、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。

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】

媒介契約を、有償無償を問わず、「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準委任」と定義するべきである。

また、媒介者の情報提供義務については慎重に検討するべきである。媒介者の報酬請求権は、媒介により第三者との間に法律行為が成立したことが要件となるとの規定については新設に賛成する。

【理由】

媒介契約は、委任契約の一種であり、必ずしも有償の者とは限らないので、無償のものを含めて規律しうるように広く定義するべきである。情報提供義務については、媒介契約といっても様々な種類がありうることから、一律に規定しうるものか慎重に見極める必要がある。報酬の支払時期に関しては、媒介により第三者との間に法律行為が成立したときとするのが相当である。

(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】

取次について、提案された内容での立法化に賛成である。

【理由】

代理、媒介、取次は、第三者が法律行為の成立に関与する典型であり、これを民法で規律する必要性は高い。財産権移転の効果や履行保証契約の効果についても、内容的に相当なものであり、立法する方向で検討すべきである。

(3) 他人の名で契約をした者の履行保証責任

無権代理人が、相手方に対し、本人から追認を取得することを保証したときは、当該無権代理人は当該行為について本人から追認を取得する義務を負うことを条文上明記すべきであるとの考え方がある。このような考え方に対しては、無権代理人が本人の追認を取得する義務を負うのは、履行保証の有無にかかわらず当然であり、追認を取得する義務に関する規定を履行保証がある場合についてのみ設けると、それ以外の場合は追認を取得する義務を負わないと解釈されるおそれがあるとの指摘や、このようなまれな事例に関する規定を設ける必要はないとの指摘もある。これらの指摘も考慮しながら、他人の名で契約をした者の履行保証責任について規定するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 7(2) (関連論点) [54頁]】

【意見】

無権代理に関する条文で、本人から追認を取得する義務を無権代理人が当然に負担することを明記すべきである。

【理由】

相手方悪意の場合でも、追認取得義務は発生するものであり、無権代理人の責任と並べて規定するのが適切である。

第50 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定

1 新たな受皿規定の要否

役務提供型に属する典型契約として、民法には、雇用、請負、委任及び寄託が規定されているが、現代社会における種々のサービスの給付を目的とする契約の中には、これらのいずれかに性質決定することが困難なものが多いとされている。これらについては、無名契約や混合契約などとして処理されるほか、準委任の規定（民法第656条）が言わば受皿としての役割を果たしてきたとされているが、同条において準用される委任の規定内容は、種々の役務提供型契約に適用されるものとして必ずしも妥当でないとの指摘がある。また、既存の役務提供型の典型契約の中にも、適用範囲の見直しが提案されているものがある（前記第48, 1, 第49, 5）。これらを踏まえ、既存の典型契約に該当しない役務提供型の契約について適用される規定群を新たに設けることの要否について、請負の規定が適用される範囲（前記第48, 1）や、準委任に関する規定が適用される範囲（前記第49, 5）との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の規定の内容として、例えば、後記2から7までのように、役務提供者及び役務受領者の義務の内容、役務提供者が報酬を請求するための要件、任意解除権の有無等が問題になると考えられるが、これらについて、取引の実態に対する影響や、役務受領者の立場が弱い場合と役務提供者の立場が弱い場合とを一律に扱うことは妥当でないとの指摘などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4, 1 [56頁]】

【意見】

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受皿規定を設ける方向で更に検討するべきである。

【理由】

準委任による規律を受皿規定として利用することは、不適切な場合があり、別途、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受皿規定を新設する必要性が認められる。

2 役務提供者の義務に関する規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務提供者がどのような義務を負うかについて、多様な役務提供者の義務の内容を適切に規定することができるかどうかにも留意しながら、更に検討してはどうか。その場合の規定の内容として、例えば、契約で定めた目的又は結果を実現する合意がされた場合には役務提供者はその目的又は結果を実現する義務を負い、このような合意がない場合には契約で定めた目的又は結果の実現に向けて善管

注意義務を負うことを規定すべきであるとの考え方があるが、これに対しては、役務提供者の属性や役務受領者との関係によっては善管注意義務を課すのは適当でないとの指摘もある。このような指摘にも留意しながら、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、原則として無償の役務提供型契約においては役務提供者の注意義務が軽減されるとしつつ、役務提供者が事業者であるときは、注意義務の軽減を認めないとの考え方がある（後記第62, 3(2)⑦）が、このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

【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】

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方向で、更に検討すべきである。

【理由】

結果実現に関する合意の有無によって、規律を変えることは合理的である。

3 役務受領者の義務に関する規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務受領者の義務に関する規定として、役務提供者に協力する義務を負う旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4, 3 [58頁]】

【意見】

反対である。

【理由】

役務提供型の契約については、役務受領者の協力がなければ契約目的が実現できないことが多いものの、それを義務化することについては、売買契約における受領義務、請負契約における協力義務等と同様、慎重であるべきである。

4 報酬に関する規律

(1) 役務提供者が経済事業の範囲で役務を提供する場合の有償性の推定

役務受領者が事業者であり、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において役務提供型契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方（後記第62, 3(3)③）の当否について、更に検討してはどうか。

【意見】

反対である。

【理由】

受任者が事業者であり、経済事業の範囲内において委任契約を締結する場合には、報酬の合意がなされるよう受任者たる事業者が配慮すべきであり、その合意の有無が明らかでないことについては、受任者たる事業者に帰責性があるのだから、委任者が無報酬の合意を立証しなければならないとするべきではない。

(2) 報酬の支払方式

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務提供型契約における報酬の支払方式には、役務提供の処理によってもたらされる成果に対して報酬を支払うことが合意されるもの（成果完成型）と、役務提供そのものに対して報酬が支払われるもの（履行割合型）があることを条文上明記し、報酬請求権の発生要件や支払時期などをそれぞれの方式に応じて規律するかどうかについて、委任の報酬の支払方式（前記第49, 3(2)）との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4, 4(1) [59頁]】

【意見】

成果完成型と履行割合型を明記する方向で検討すべきである。

【理由】

役務提供型の無名契約については、成果完成型と履行割合型を観念することができ、それぞれについて報酬請求権の発生要件や支払時期が異なるのが合理的である。

(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】

賛成である。

【理由】

上記（２）と同様である。

（４） 役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、その役務提供が途中で不可能になったにもかかわらず役務提供者が報酬を請求することができるのはどのような場合か、どの範囲で報酬を請求することができるかについて、現行法の下で役務提供者が得られる報酬請求権の内容を後退させるべきではないとの指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、例えば、①履行不能の原因が役務受領者に生じた事由であるときは既に履行した役務の割合に応じた報酬を請求することができ、②その原因が役務受領者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額（ただし、役務受領者が任意解除権を行使することができる場合は、その場合に役務提供者が請求することができる損害賠償の額を考慮する。）を、それぞれ請求することができるとの考え方がある。このような考え方の当否について、「役務受領者に生じた事由」や「義務違反」の具体的な内容、請負や委任など他の役務提供型典型契約に関する規律との整合性などに留意しながら、更に検討してはどうか。

また、判例は、請負について、仕事の完成が不可能になった場合であっても、既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、既履行部分について請負を解除することはできず、請負人は既履行部分について報酬を請求することができるとしているが、このような判例法理は成果完成型の支払方式を採る役務提供型契約についても同様に妥当すると考えられることから、これを条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

これらの規定と併せて、報酬が成果完成前（役務提供前）に支払われた後にその役務提供が途中で不可能になった場合の法律関係についての規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料 17-2 第 4, 4(3) [61 頁]】

【意見】

「役務受領者に生じた事由」と「役務受領者の義務違反」という概念により、報酬請求権の範囲を異にするという考え方には、反対である。

請負に関する判例法理を、成果完成型の役務提供契約に取り入れることは、賛成である。

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方向で検討するべきである。

【理由】

「役務受領者に生じた事由」と「役務受領者の義務違反」と言う概念により、報酬請求権の範囲を異にするという立法については、区別が明瞭であるとはいえず、この方向で検討することには反対である。

請負に関する判例法理は、成果完成型の役務提供契約についても妥当するものと考えられるので、これを明記するべきである。

実務的には役務提供契約については報酬前払いの場合が多く、報酬前払いの場合の規律を設けることは、実益がある。

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】

役務受領者による任意解除権を設ける方向で更に検討するべきである。

役務提供者による任意解除権については、認めない方向で検討するべきである。

任意解除権行使の場合の損害賠償義務についても、委任、請負との整合性に留意しつつ、更に検討するべきである。

【理由】

役務受領者による任意解除権は、役務受領者に不要となったサービスの受領を強要しないため必要であり、需要に応じないサービスの提供は社会経済的にも無駄であるので、設ける方向で検討するべきである。

役務提供者による任意解除権については、現代社会では役務提供者は圧倒的に事業者が多いところ、任意解除が認められるとなれば、一方的なサービスの打ち切りが許容されることになりかねず、消極的に解すべきである。

任意解除権行使の場合の損害賠償義務についても、委任、請負との整合性に留意しつつ、検討するべきである。

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】

賛成である。

【理由】

破産の場合に契約関係を当然終了させる必然性はないが、離脱を認める必要性はある。

7 その他の規定の要否

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、準委任に準用されている委任の規定のうち、前記2から6までにおいて取り上げた事項以外の事項に関するもの、特に、受任者の報告義務に関する民法第645条や解除の効力に関する同法第652条と同様の規定を、役務提供型契約に関する規定として設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4, 7 [70頁]】

【意見】

報告義務についての規定を設ける方向で検討するべきである。解除の不遑及についての規定は、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、疑問である。

【理由】

報告義務については、役務提供型契約に普遍的なものと考えられるので明記するべきである。解除の不遑及についての規定は、委任類似の契約についてはともかく、請負類似の契約については、妥当性を欠く。

8 役務提供型契約に関する規定の編成方式

雇用、請負、委任又は寄託に該当しない役務提供型の契約に適用されるものとして、準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設ける場合には、その受皿規定を適用対象が限定された新たな典型契約として設ける方式や、より抽象度の高い独立の典型契約とする方式、役務提供型の既存の典型契約を包摂する総則的規定を置き、これを既存の典型契約に該当しない役務提供型契約にも適用する方式があり得るが、これらの編成の方式については、規定の具体的な内容、既存の典型契約との関係、雇用類似の役務提供型契約の扱いなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

【意見】

受皿規定は、抽象度の高い独立の典型契約として新設されるべきである。

【理由】

総則的な規定とすることについては、委任と請負を通じて総則的規定を設けることは困難と考えられる。

また、適用対象を限定することは、受皿規定を設けた実益をそこなう可能性が高い。

第51 雇用

1 総論（雇用に関する規定の在り方）

労働契約に関する民事上の基本的なルールが民法と労働関係法規（特に労働契約法）とに分散して置かれている現状に対しては、利便性の観点から問題があるとの指摘があり、将来的には民法の雇用に関する規定と労働契約法との関係の在り方が検討課題となり得るが、当面、民法と労働契約法との関係について現状を維持し、雇用に関する規定は、引き続き民法に置くこととしてはどうか。その上で、民法の雇用に関する規定について、民法で規律すべき事項の範囲に留意しつつ、見直しの要否を検討してはどうか。

また、利便性という問題への一つの対応として、安全配慮義務（労働契約法第5条）や解雇権濫用の法理（同法第16条）に相当する規定を民法にも設けるという考え方や、民法第627条第1項後段の規定を使用者からの解約の申入れに限り解約の申入れの日から30日の経過を要すると改めること（労働基準法第20条参照）により、労働関係法規上の私法ルールを民法に反映させるという考え方の当否については、雇用の規定と労働関係法規の適用範囲が必ずしも同一ではないという見解も有力であること等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5, 1 [72頁], 同（関連論点） [74頁】】

【意見】

民法と労働関係法規との関係は、現状維持とすべきとする考え方に賛成する。雇用に関する規定の見直しは、慎重に検討すべきであるという考え方に賛成する。

【理由】

他の法領域に与える影響を最小限とするべきである。

2 報酬に関する規律

(1) 具体的な報酬請求権の発生時期

雇用契約においては、労働者が労務を履行しなければ報酬請求権は具体的に発生しないという考え方（いわゆるノーワーク・ノーペイの原則）が判例・

通説上認められているところ、これを条文上明確にするかどうかについて、民法第624条から読み取れるとの指摘があることや、実務上は合意によりノーワーク・ノーペイの原則とは異なる運用がされる場合があることを根拠として反対する意見があること等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5, 2(2) [76頁]】

【意見】

判例・通説を明文化することには賛成する。ただし、民法に規定を置くのか、労働法に規定を置くのかについては、慎重な検討を要する。

(2) 労務が履行されなかった場合の報酬請求権

使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の報酬請求権の帰すうについて、民法第536条第2項の文言上は必ずしも明らかではないが、判例・通説は、雇用契約に関しては、同項を、労務を履行していない部分について具体的な報酬請求権を発生させるという意味に解釈している。そこで、同項を含む危険負担の規定を引き続き存置するかどうか（前記第6）とは別に、この場合における労働者の具体的な報酬請求権の発生の法的根拠となる規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

規定を設ける場合には、具体的な規定内容について、例えば、①使用者の義務違反によって労務を履行することが不可能となったときは、約定の報酬から自己の債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができるとする考え方や、②使用者側に起因する事由によって労働できないときに報酬を請求できるが、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、その利益を使用者に償還しなければならないとする考え方がある。これらの考え方の当否について、「使用者の義務違反」「使用者側に起因する事由」の具体的な内容が分かりにくいとの指摘、労働基準法第26条との整合性、現在の判例・通説や実務上の一般的な取扱いとの連続性に配慮する必要があるとの指摘のほか、請負や委任などほかの役務提供型典型契約に関する規律との整合性などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、労務の履行が期間の途中で終了した場合における既履行部分の報酬請求権の帰すうについて明らかにするため、明文の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5, 2(2) [76頁]】

【意見】

使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の報酬請求権の帰すうについて、民法536条第2項とは別に規定を設けることには賛成する。

「使用者の義務違反」、 「使用者側に起因する事由」の区別によって報酬請求権の範囲が異なることには反対する。

労務の履行が期間の途中で終了した場合における既履行部分の報酬請求権の帰すうについて、明文規定は不要である。

【理由】

使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の報酬請求権の帰すうについて、明文を設けるほうがより分かりやすい。

「使用者の義務違反」、 「使用者側に起因する事由」の区別は困難であり、この区分によって報酬請求権の範囲を変えることには疑問がある。

労務の履行が期間の途中で終了した場合における既履行部分の報酬請求権について、明文化しなくても不都合はない。

3 民法第626条の規定の要否

労働基準法第14条第1項により、雇用期間を定める場合の上限は、原則として3年（特例に該当する場合は5年）とされており、通説によれば、これを超える期間を定めても、同法第13条により当該超過部分は無効になるとされているため、民法第626条の規定が実質的にその存在意義を失っているとして、同条を削除すべきであるという考え方がある。この考え方の当否について、労働基準法第14条第1項の期間制限が適用されない場合に、民法第626条の規定が適用されることになるため、現在でも同条には存在意義があるという指摘がある一方で、家事使用人を終身の間継続する契約のように公序良俗違反となるべき契約の有効性を認めるかのような規定を維持すべきでないという意見があることを踏まえつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5, 3 [78頁]】

【意見】

民法第626条の規定は削除すべきではない。

【理由】

労働法領域に与える影響を最小限にとどめるべきであるところ、民法第626条の適用場面があり得る以上、削除するべきではない。

4 有期雇用契約における黙示の更新（民法第629条）

(1) 有期雇用契約における黙示の更新後の期間の定めの有無

民法第629条第1項の「同一の条件」に期間の定めが含まれるかという点については、含まれるとする学説も有力であるものの、裁判例は分かれており、立法により解決すべきであるとして、「同一の条件」には期間の定めが含まれないことを条文上明記すべきであるとする考え方がある。このような考え方の当否について、労働政策上の課題であり、労働関係法規の法形成のプロセスにおいて検討すべき問題であるという指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【意見】

賛成である。

【理由】

裁判例が分かれている以上、立法により解決するべきである。

(2) 民法第629条第2項の規定の要否

民法第629条第2項は、雇用契約が黙示に更新される場合における担保の帰すうについて規定しているところ、この点については、具体的事案に応じて担保を設定した契約の解釈によって決せられるべきであり、特別な規定を置く必要がないとの考え方が示されている。そこで、同項に関する実態に留意しつつ、同項を削除する方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5, 4 (関連論点) [81頁]】

【意見】

反対である。

【理由】

削除する意義に乏しい。

第52 寄託

特に意見はない。ただし、10(3)指図に関する規律の要否については、次の意見がある。

10 特殊の寄託—流動性預金口座

(3) 指図に関する規律の要否

上記(1)(2)の法律関係は、指図という法律行為を基礎とするものと解されることから、上記のような規定を設ける場合には、民法に指図に関する明文の規定を設けるべきであるとの考え方が示されている。このような考え方の当否について、検討してはどうか。

【意見】

「指図」に関する明文の規定を設ける方向で検討するべきである。

【理由】

「指図」は、一般には、指図者が被指図者に対し、指図受益者への出捐をするよう指示する法律行為であり、その意思表示に従って出捐がなされると、指図者の被指図者に対する債権と指図受益者の指図者に対する債権とが同時に履行されたこととなつてともに消滅する効果を有する、給付過程の簡略化又は支払の媒介の手段である、と定義さ

れている（四宮和夫「事務管理・不当利得・不法行為 上巻」青林書院新社228頁）。このような「指図」は、口座振込だけでなく、クレジット取引や電子マネーや企業ポイントを理由した決済についても、その基礎をなしている法律行為であると考えられ、その適用範囲が広いことから、私法の一般法である民法に概念規定を置く必要性が認められる。旧民法には指図に関する規律が置かれていたことも参照されるべきである。

第53 組合

特に意見はない。

第54 終身定期金

特に意見はない。

第55 和解

特に意見はない。

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】

特に意見はない。

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】

ファイナンス・リースを典型契約とすることには反対である。

【理由】

事業者間契約としてなされることが通例であり任意規定を設ける必要性に乏しいとともに、割賦販売法の個別信用購入あっせんに対する規律の脱法行為として行われる事案も報告されており、典型契約とした場合の弊害も予想される。

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】

限定的に適用される法理であることを明らかにするかが、事情変更の原則を明文化

することは検討されたい。

【理由】

一方では、事後的な状況変化が発生したからといって契約の拘束力がたやすく否定されてはならないが、他方で、災害等によって想像を絶する激変が発生することがありうることにかんがみ、限定的に適用される法理であることを明らかにすることを前提に、事情変更の原則を明文化することは考えられる。

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】

前記のとおり、かなり限定的に適用される法理であることを文言上明らかにし、悪用されないような明確化を図ることを前提に、「事情変更の原則」の明文化を検討するならば良いと考える。なお、判例では、「貨幣価値が著しく変動しても、それだけで代金額は当然修正されるものではない」（最高裁昭和31年4月6日判決・民集10-4-342）などとしており、適用にかなり消極的態度を示しているということができる。

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り、また、再交渉請求権・再交渉義務を規定すべきであるとの考え方などがある。このような考え方に対しては、いずれも賛成する意見がある一方で、履行の強制を阻止できる旨を定めることにとどめるべきではないかという意見、再交渉請求権・再交渉義務について、当事者による紛争解決が硬直化するおそれがあるという意見や、効果ではなく解除等の手続要件とすべきではないかという意見、解除について、債務不履行解除による処理に委ねれば足りるという意見、裁判所による契約改訂について、裁判所による適切な契約改訂の判断が實際上可能か否か等の観点から反対する意見が、それぞれあった。また、解除に関しては、解除に当たり金銭

的調整のための条件を付すことができる旨の規定を設ける考え方について、金銭的調整になじまない契約類型があることに留意すべきであるという意見があった。これらの意見を踏まえて、事情変更の効果として履行の強制の阻止、再交渉請求権・再交渉義務、解除、契約改訂を認めるべきか否かについて、前記1及び2に関する議論及び他の法制上の契約変更に関する法理との整合性等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第2, 3 [19頁]】

【意見】

効果としては、契約改訂と解除権が検討に値する。

再交渉請求権・再交渉義務は、法律上の義務として構成することは、問題があるので賛成できない。再交渉義務は、せいぜい、道義的義務あるいは間接義務にとどまるものであるとすべきである。

(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】

裁判所による契約改訂については、何らかの手続的な条件があつてよいと思われるので、検討する必要がある。

(3) 解除権と契約改訂との相互関係

事情変更の原則の効果として解除と裁判所による契約改訂の双方を認める場合における両者の優劣関係について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第2, 3 (関連論点) 2 [22頁]】

【意見】

解除か契約改訂であるかはケースバイケースであるというほかなく、法文上、基準を定めることは困難ではないか。

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】

不安の抗弁権の明文化は、検討を要する問題である。債務者にとってみれば、履行を拒絶すると債務不履行の責任を負う危険が発生し、さりとて先履行をしたら反対給付を受けられない危険が発生するという進退両難が発生する。

他方で、債権者にとってみれば、みだりに突然の履行拒絶を受けたら事業の存続を危うくし死活問題が生じる。

いずれにせよ、当事者にとって、安定的な見通しと運用が得られるような要件設定が必要である。

また、「不安」の語は、主観的な危惧感を表現するかのごとき文言であるので、言葉づかいについても再考すべきである。適用場面を例示することも考慮に値する。

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】

先履行義務を負う場合において、①事情の変動により反対給付を受けられない顕著なおそれが契約後に生じた(又はおそれが格段に増大した)ことを要件にすべきである。

【理由】

事情変更の原則と同様に、契約時に双方が引き受けたリスク配分は軽々に変更される

べきではないというのが基本原則である。顕著な事情の変動がある場合に限るべきである。また、大きな会社でも倒産することを思うと、反対給付を受けられないおそれは、常にあると言えるから、おそれが皆無である必要はない。

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]】

【意見】

仮に一定の要件のもとで不安の抗弁権を認めるならば、不安の抗弁権が存続する間は、反対給付の履行時まで債務不履行に陥らないことにし、反対給付の履行時には同時履行の抗弁権の問題になる。

第59 契約の解釈

1 契約の解釈に関する原則を明文化することの要否

民法は契約の解釈を直接扱った規定を設けていないが、この作業が契約内容を確定するに当たって重要な役割を果たしているにもかかわらずその基本的な考え方が不明確な状態にあるのは望ましくないことなどから、契約の解釈に関する基本的な原則（具体的な内容として、例えば、後記2以下参照）を民法に規定すべきであるとの考え方がある。これに対しては、契約の解釈に関する抽象的・一般的な規定を設ける必要性は感じられないとの指摘や、契約の解釈に関するルールと事実認定の問題との区別に留意すべきであるなどの指摘がある。これらの指摘も考慮しながら、契約の解釈に関する規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第5, 1 [40頁]】

【意見】

契約の解釈に関する規定を設けることは望ましいことであるが、通念となって定着している契約解釈の原則を明記するにとどめるべきであって、先走った立法にすべきではない。

2 契約の解釈に関する基本原則

契約の解釈に関する基本的な原則として、契約は、当事者の意思が一致しているときはこれに従って解釈しなければならない旨の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。他方、当事者の意思が一致していないときは、当事者が当該事情の下において合理的に考えるならば理解したであろう意味に従って解釈するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、上記の原則によって契約の内容を確定することができない事項について補充する必要がある場合は、当事者がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容が確定できるときはこれに従って契約を解釈するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第5, 2 [48頁]】

【意見】

契約は、当事者の共通の意思に従って解釈されるべきであるとの明文の規定を置くことには反対である。

【理由】

伝統的な通説は、意思表示ないし法律行為によって欲せられる効果は、意思ではなく、表示行為によって決定されるというものである（我妻栄・民法総則249頁）。意思が積極的に表示されていることが必要か、あるいは、表示された文字に拘泥して解釈すべきかという問題については検討の余地があるにしても、あくまで意思表示（表示された意思）の解釈によって契約内容が解釈されるというものである。そして、表示と意思の不一致がある場合は錯誤の問題として処理する。これが伝統的通説である。

これに対して、共通意思優先説は、表示の客観的意味にかかわらず、当事者の一致した意思があるときは、その客観的意味にかかわらず当事者の一致した意思によって解釈すべきというものである。実際の結論を異にする場面は少ないであろうと考える。また、解決に差が出る事例を考えると、共通意思優先説は、通常発生しないような、あるいは、紛争化しないような事例（山本敬三『民法講義I【第3版】』194頁、『詳解債権法改正の基本方針II』150頁参照）を上手に説明することができるが、それにとどまるのではないか。そうであれば、例外的事例に着目して一般論を変容させることか良いのかという疑問が生じないではない。また、共通意思優先説からすると、「表示されなかった意思」がどこまで契約の内容を形成するのか、あるいは、「契約当時に表示されなかった内心の意思」を後日の訴訟等の場面で探求するのか等の疑問が生じる。

そこで考えるに、このような学説上のホットな議論がある問題を立法によって狭く固定化するのは好ましくなく、契約の解釈に関する基本的な原則を規定するにしても、幅をもった形で立法するのが望ましい。

3 条項使用者不利の原則

条項の意義を明確にする義務は条項使用者（あらかじめ当該条項を準備した側の当事者）にあるという観点から、約款又は消費者契約に含まれる条項の意

味が、前記2記載の原則に従って一般的な手法で解釈してもなお多義的である場合には、条項使用者にとって不利な解釈を採用するのが信義則の要請に合致するとの考え方（条項使用者不利の原則）がある（消費者契約については後記第62、2⑪）。このような考え方に対しては、予見不可能な事象についてのリスクを一方的に条項使用者に負担させることになって適切でないとの指摘や、このような原則を規定する結果として、事業者が戦略的に不当な条項を設ける行動をとるおそれがあるとの指摘がある。このような指摘も考慮しながら、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

条項使用者不利の原則の適用範囲については、上記のとおり約款と消費者契約を対象とすべきであるとの考え方があるが、労働の分野において労働組合が条項を使用するときは、それが約款に該当するとしても同原則を適用すべきでないとの指摘もあることから、このような指摘の当否も含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第5、3 [50頁]、部会資料20-2第1、2 [11頁]】

【意見】

業者間契約を含めて「条項使用者不利の原則」を広く一般化するならば、無用の形式化・硬直化が生じるため好ましくない。契約書の条項修正の交渉があった場合、条項使用者が誰であるかの判定どうなるのかという問題がある。約款又は消費者契約に含まれる条項の解釈として、一般的な手法で解釈してもなおも決定し難い場合には、条項使用者にとって不利な解釈を採用するのが信義則の要請に合致するとの考え方（条項使用者不利の原則）があり、この範囲で立法化を図ることは賛成であり、検討に値する。

第60 継続的契約

1 規定の要否等

継続的契約に関しては、その解消をめぐる紛争が多いことから、主に契約の解消の場面について、裁判例を分析すること等を通じて、期間の定めの有無を考慮しつつ、継続的契約一般に妥当する規定を設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、多種多様な継続的契約を統一的に取り扱おうとすることに慎重な意見があることや、仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合には、関連する典型契約の規定や判例法理との関係を整理する必要があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7、1 [67頁]】

【意見】

そもそも継続的契約の定義付けが困難であり、共通に妥当すべき規律を見いだして設定することも極めて困難である。

【理由】

まず、継続的契約の定義付けが困難である。取引が反復される継続的取引が存在することは誰も否定しないが、直ちに継続的契約には該当しないであろう。仮に、当事者の一方又は双方の給付がある期間にわたって継続して行われるべき契約を継続的契約とした場合、性質の異なる他種多様な契約が含まれることになるが、今度は、これらについて統一的な規律を設けること自体が困難である。仮に何らかの統一的な規律を設けた場合、想定外の契約類型にも、任意法規として契約内容に影響を与えること（別段の約定がないかぎり契約内容になること）になり、好ましくない。

2 継続的契約の解消の場面に関する規定

(1) 期間の定めのない継続的契約の終了

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合（前記1参照）には、期間の定めのない継続的契約に関し、当事者の一方が他方に対し、あらかじめ合理的な期間を置いて解約の申入れをすることにより、将来に向かって終了するとする規定を設けるかどうかについて、より厳格な要件を課す裁判例が存在するとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 2(1) [72頁]】

【意見】

前記のとおり、継続的契約に一般的に妥当する規定を置くことは、困難であるから、検討をしても成果を見込むことができないと考えるので、ここでも検討すること自体に消極的である。

(2) 期間の定めのある継続的契約の終了

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合（前記1参照）には、期間の定めのある継続的契約に関し、期間の満了によって契約が終了することを原則としつつ、更新を拒絶することが信義則上相当でない認められるときには、例外的に更新の申出を拒絶することができないとする規定を設けるかどうかについて、期間を定めた趣旨が没却されるなどの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 2(2) [73頁]】

【意見】

前記のとおり、継続的契約に一般的に妥当する規定を置くことは困難であり、検討をしても成果を見込むことができないと考えるので、ここでも検討すること自体に消極的である。

(3) 継続的契約の解除

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合（前記1参照）には、継

続的契約の解除に関し、契約当事者間の信頼関係を破壊するような債務不履行がなければ解除することができず、さらに、債務不履行による契約当事者間の信頼関係の破壊が著しいときは、催告することなく解除することができるという規定を設けるべきであるとの考え方が提示されている。そこで、この考え方の当否について、債務不履行解除とは別に、やむを得ない事由がある場合には、継続的契約を解除させてよい場合があるという意見があることも踏まえて、債務不履行解除の一般則（前記第5参照）や事情変更の原則（前記第57参照）との関係に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 2(2)（関連論点） [75頁]】

【意見】

前記のとおり、継続的契約に一般的に妥当する規定を置くことは困難であり、検討をしても成果を見込むことができないと考えるので、ここでも検討すること自体に消極的である。

(4) 消費者・事業者間の継続的契約の解除

消費者・事業者間の継続的契約については、消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができることとすべきであるとの考え方（後記第62, 2⑫参照）が提示されている。そこで、この考え方の当否について、検討してはどうか。

【意見】

継続的契約には他種多様なものがあるので、消費者契約法を通じて半強行法化されることを考えると、想定外の契約類型に及ぶ弊害を避けるために、契約類型を限定するなどの工夫が必要になるだろうか。

(5) 解除の効果

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合（前記1参照）には、民法上、賃貸借や委任等の解除について設けられている規定（同法第620条、第652条等）と同様に、継続的契約の解除は将来に向かってのみその効力を生ずるとする規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 2(3) [75頁]】

【意見】

特に反対しない。

3 特殊な継続的契約—多数当事者型継続的契約

当事者の一方が多数の相手方との間で同種の給付について共通の条件で締結する継続的契約であって、それぞれの契約の目的を達成するために他の契約が

締結されることが相互に予定されているものについて、その当事者は、契約の履行及び解消に当たって、相手方のうちの一部の者を、合理的な理由なく差別的に取り扱ってはならないものとするべきであるとの考え方が示されている。このような考え方に基づく規定を設けるかどうかについて、その当否や要件の明確性、効果の在り方などの点で問題を指摘する意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 3(2) [77頁]】

【意見】

ハブ・アンド・スポーク形式による契約には多種多様なものがあり、不平等な取扱いの態様も千差万別であることから、これらを統一的に規律する明文の規定を設けることは現実的に困難である。契約目的を達成するために他の契約が締結されることが相互に予定されているものという定義も実用に耐える明解さがあるのかどうかも疑わしい。個別の業法による規制ならばともかく、民法上の一般的抽象的な規律がふさわしいのかどうかについては疑義もある。

仮に検討するならば、実際に社会問題が発生しているのか、どのような形で問題が発生しているのかについて、事情を明らかにすべきであり、単に机上の想像から制度立案をしないことが大切である。

4 分割履行契約

継続的契約と外見上類似しているが区別すべき契約として、総量の定まった給付を当事者の合意により分割して履行する契約（分割履行契約）があるとされている。このうち、金銭の支払のみが分割であるものに関しては、異なる規律が妥当すると考えられるので、これを除いたものについて、分割履行部分の不履行があった場合に、①当該部分についての契約解除、②将来の履行部分についての不履行の予防措置請求等、③当該部分と一定の関係がある他の部分についての契約解除ができるようにすべきであるとの考え方が示されている。このような考え方に基づく規定を設けるかどうかについて、その必要性に疑問があるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 3(1) [76頁]】

【意見】

検討すること自体には反対しないが、分割履行契約を特に取り上げて規律を設ける根拠があるのかどうか定かでない。というのも、一つの契約に基づく履行が複数に分割される場合としては、分割履行契約（履行が時間的に分割される場合）のほかに履行場所が複数に分散される場合もある。これらを考えた場合、分割履行契約を取り上げて規律を設ける根拠が定かでないのではないか。「一部の不履行を理由にして瑕疵なき履行ま

でもみだりに解除されるべきでない。」ということをお願いならば、それは分割履行契約に限らない問題である。履行が複数に分割される場合だけでなく、履行に可分性がある場合全般においても類似の問題が起こりうる。このように考えると、分割履行契約を特に取り上げて規律を設ける合理性は必ずしも明らかでない。

仮に規律を設けるならば、不当な一般化・硬直化が生じないように、物品を複数回に分けて引き渡す売買及び請負（製造物供給）契約に限定して規律を検討したらどうだろうか（ウィーン条約3条参照）。

第6 1 法定債権に関する規定に与える影響

契約に関する規定の見直しが法定債権（事務管理、不当利得、不法行為といった契約以外の原因に基づき発生する債権）に関する規定に与える影響に関しては、①損害賠償の範囲に関する規定（民法第416条）の見直しに伴い、不法行為による損害賠償の範囲に関する規律について、その実質的な基準の内容と条文上の表現方法を検討する必要があるという意見があるほか、②債務不履行による損害賠償の帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合（前記第3, 2(2)における法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由の在り方、③法律行為が無効な場合や契約が解除された場合等における返還義務の範囲（前記第5, 3(2)及び第32, 3(2)）と不当利得との関係、④不法行為による損害賠償請求権の期間制限（民法第724条）の在り方（前記第36, 1(2)エ）、⑤委任に関する規定の見直し（前記第49）に伴う事務管理に関する規定の見直しの要否、⑥特定物の引渡しの場合の注意義務に関する規定（民法第400条）を削除した場合（前記第1, 2(1)）における法定債権の注意義務に関する規定の要否などの検討課題が指摘されている。これらを含めて、契約に関する規定の見直しが法定債権に関する規定に与える影響について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第8 [78頁]】

【意見】

債権関係の規定のうち契約債権法を切り出して改正を検討するというスタンスからは、必然的に、法定債権制度との整合性を配慮すべき問題が出てくる。もともと、契約債権法の改正を優先的に検討し、その後に「法定債権に関する規定に与える影響」を検討するというアプローチ自体が、バランスの取れた検討手法であるのかどうかについては疑義がある。たとえば、「債務不履行を理由とする損害賠償の範囲」と416条を類推適用してきた不法行為法を理由とする損害賠償の範囲は、整合性が必要である。

第6 2 消費者・事業者に関する規定

1 民法に消費者・事業者に関する規定を設けることの当否

(1) 今日の社会においては、市民社会の構成員が多様化し、「人」という単一の

概念で把握することが困難になっており、民法が私法の一般法として社会を支える役割を適切に果たすためには、現実の人には知識・情報・交渉力等において様々な格差があることを前提に、これに対応する必要があるとの問題意識が示されている。これに対し、契約の当事者間に格差がある場合への対応は消費者契約法や労働関係法令を初めとする特別法に委ねるべきであり、一般法である民法には抽象的な「人」を念頭に置いて原則的な規定を設けるにとどめるべきであるとの指摘もある。以上を踏まえ、民法が当事者間の格差に対してどのように対応すべきかについて、消費者契約法や労働関係法令等の特別法との関係にも留意しながら、例えば下記(2)や(3)記載の考え方が示されていることを踏まえて、更に検討してはどうか。

- (2) 上記(1)で述べた対応の在り方の一つとして、当事者間に知識・情報等の格差がある場合には、劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を規定すべきであるとの考え方がある(下記(3)の考え方を排斥するものではない。)。このような考え方の当否について、検討してはどうか。
- (3) また、上記(1)で述べた対応の他の在り方として、抽象的な「人」概念に加え、消費者や事業者概念を民法に取り入れるべきであるという考え方がある(上記(2)の考え方を排斥するものではない。)。このような考え方については、現実の社会においては消費者や事業者の関与する取引が取引全体の中で大きな比重を占めていることや、消費者に関する法理を発展させていく見地から支持する意見がある一方で、法律の規定が複雑で分かりにくくなり実務に混乱をもたらすとの指摘、民法に消費者に関する特則を取り込むことにより消費者に関する特則の内容を固定化させることにつながるとの指摘、抽象的な規定が設けられることになり本来規制されるべきでない経済活動を萎縮させるとの指摘などが示されている。これらの指摘も考慮しながら、民法に「消費者」や「事業者」の概念を取り入れるかどうかについて、設けるべき規定の具体的内容の検討も進めつつ、更に検討してはどうか。

消費者や事業者に関する規定を設ける場合には、これらの概念の定義や、民法と特別法との役割分担の在り方が問題となる。「消費者」の定義については、消費者契約法上の「消費者」と同様に定義すべきであるとの考え方や、これよりも拡大すべきであるとの考え方がある。また、民法と特別法との役割分担の在り方については、消費者契約に関する特則(具体的な内容は後記2参照)や事業者に関する特則(具体的な内容は後記3参照)を民法に規定するという考え方や、このような個別の規定は特別法に委ね、民法には、消費者契約における民法の解釈に関する理念的な規定を設けるという考え方などがある。これらの考え方の当否を含め、消費者や事業者の定義や、これらの概念を取り入れる場合の民法と特別法の役割分担について、更に検討してはどうか。

【部会資料20-2第1, 1 [1頁]】

【意見】

以下の点を考慮の上、消費者概念を取り入れることに賛成である。また、当事者間に知識・情報等の格差がある場合には、劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を規定すべきである。

【理由】

1 消費者の特性

消費者は、「他人の供給する物資・役務を消費生活のために購入・利用する者」であり「営業とは直接には関連しない目的のため行為する者」である。

消費者の特性は、消費者を取り巻く環境と、消費者の事情・能力からとらえることができる。

まず、消費者を取り巻く環境ないしは相手方事業者側の事情として、①商品の大量化、②商品の高度化・複雑化、③販売技術の進歩、④企業自体の大規模化、⑤消費者信用の発達などが指摘される。

この環境において、消費者側の事情・能力として、①消費者は日々生活を営む『生身の人間』である。②決定の際の判断能力、情報が不足する。③契約条件に関する交渉の余地も乏しい。④商品の比較選択の機会が失われる。⑤決定のために冷静に熟考することが難しい。⑥危険な商品、劣悪な商品、不要な商品、期待はずれな商品を購入したり、自己に不利益をもたらす不公正な契約条件に縛られたりすることも多くなる。⑦生身の人間であるがゆえに傷つきやすく被害の回復が困難である。⑧紛争解決が困難で泣き寝入りすることが多い。⑨負担転嫁も原則としてできない、という特性がある。

2 状況依存的な概念としての「消費者」

「消費者」概念は、取引において経済的自己決定がおびやかされる状況におかれた契約当事者に対する呼称といってもよいのであり、民法典における「人」の下位概念として「消費者」という概念があるとは考えられず、あるいは一般的属性としての、「制限能力者・行為能力者」あるいは「法人・自然人」などと同じような区分として、「消費者・事業者」の区分がなされることはありえない。

「消費者」性は、取引場面において実質的な契約自由を回復するための司法的介入（たとえば契約条項の無効、情報提供義務違反による取消など）を正当化する概念であると考えられるが、現行法上は、消費者基本法1条及び消費者契約法1条は、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力等の格差にかんがみ」等と規定し、消費者の取引における事実上の格差の存在を確認しているし、消費者基本法2条2項は、消費者の自立支援にあたっては「消費者の年齢その他の特性に配慮」と規定し、消費者の特性（特に判断能力）への配慮を要求している。したがって、情報力格差、交渉力格差、判断能力不足が、取引における特別の司法的介入を実質的に正当化する要素であるとみてよい。

情報力格差、交渉力格差、判断能力不足を生そのまま解釈論に持ち込むことは、法適用の安定性と予見可能性を欠く結果を招くため、できれば、一律の比較的客観的な概念でもって、特別の司法的介入がなされる取引（消費者契約に関する特則が適用さ

れる取引)を確定することが望ましい。その意味では、「消費者」概念を民法に取り込むことについては、賛同しうる。

ただし、「消費者」概念を導入する場合には、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力等の格差にかんがみ」というような内容の基本理念を消費者契約に関する特則の解釈指針として定めなければならないと考えられる。

3 「消費者」の定義の仕方

消費者契約に関する特則が適用される「消費者取引」の概念を、形式的かつ定型的に定めたときは、実質的に保護すべき当事者が保護されない場合(零細事業者が本来の事業とは関係のない専門的知見のない取引にあたる場合など)や、実質的に保護すべき理由がない当事者が保護される場合が、どうしても生じる。したがって、民法上の「消費者」の定義にあたっては、定義の形式性・定型性が持つ、規制の過少と過剰に、特に配慮するべきである。特に、民法の適用が本領を發揮するのは、(消費者契約法の存続を前提とすると)消費者契約法の適用から漏れた当事者を保護する場面であると考えられるので、消費者、事業者の定義については、現行の消費者契約法と同様である必要はなく、より包括的に、情報力格差、交渉力格差、判断能力格差のある取引を把握しうる「余裕のある」定義であることが望ましい。

例えば、フランス消費者法典では、不当な契約条項を規律する濫用条項の適用範囲は、「事業者と非事業者ないし消費者との間で締結された契約」とされており、自己の専門外で契約を締結する事業者や法人その他の団体は、なお保護を受ける余地が残されている。反面、曖昧さを残す定義となるデメリットはある。

2 消費者契約の特則

仮に消費者・事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば、次のような事項について消費者契約(消費者と事業者との間の契約)に関する特則を設けるという考え方があるが、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)
- 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))
- 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))
- 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))
- 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))
- 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))

- ⑦ 消費者が物品若しくは権利を購入する契約又は有償で役務の提供を受ける契約を締結する際に、これらの供給者とは異なる事業者との間で消費貸借契約を締結して信用供与を受けた場合は、一定の要件の下で、借主である消費者が供給者に対して生じている事由をもって貸主である事業者に対抗することができること(前記第44, 5)
- 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(前記第45, 7(2))
- 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))
- 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)が免責されること(前記第52, 5(1))
- 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)
- ⑫ 継続的契約が消費者契約である場合には、消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができること(前記第60, 2(3))

【部会資料20-2第1, 2 [11頁]】

【意見】

消費者概念を民法に導入する以上、そのような消費者の特則的な規定が必要になるので、その限度では賛成である。もっとも、消費者でなければ直ちにそのような規定が不要であるとする見解を是認する趣旨ではない。

3 事業者に関する特則

(1) 事業者間契約に関する特則

仮に事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば、次のような事項について事業者と事業者との間の契約に適用される特則を設けるべきであるという考え方がある。これらを含め、事業者間契約に関する特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

- ① 事業者間契約は、債務者が催告に応じなければ原則として契約を解除することができるが、重大な契約違反に該当しないことを債務者が立証した場合に限り、解除が否定されること(前記第5, 1(1))
- ② 事業者間の定期売買においては、履行を遅滞した当事者は相手方が履行

の請求と解除のいずれを選択するかは確答を催告することができ、確答がなかった場合は契約が解除されたものとみなすこと（前記第40, 4(4)）

- ③ 事業者間の売買について買主の受領拒絶又は受領不能の場合における供託権、自助売却権についての規定を設け、目的物に市場の相場がある場合には任意売却ができるとすること（前記第40, 4(4)）

【部会資料20-2第1, 3(1) [14頁]】

【意見】

商法（商法総則，商行為法）の規律と民法の規律との整理・統合を検討することなく，事業者間の契約の特則を設けることは反対である。

【理由】

民法の抜本改正を検討するに限り，商法の規律をどこまで民法に取り込むのかは，重要な検討課題である。たとえば，契約法に関する商法的規律を民法典に並べて規定することによって一覽性を高める工夫は検討に値するであろうし，商法において「商人」，「商行為」という技術的概念を使って適用範囲を定めていることについても，分かりにくいという問題があるだけでなく，「非商人の事業者」についても，ある程度，商人と同様の規律に服させるべきではないかという問題意識も生じており，「商人」の概念に代えて「事業者」の概念を中心にして体系を構築することは検討されて良い（営利事業者と非営利事業者の間で規律の一部に差異を設けることを否定する趣旨ではない。）。ところが，商法の規定をそのままにしておいて，民法典のみに「事業者間契約」についての特則を設けることは，法体系を複雑にするだけであり，賛成できない。

(2) 契約当事者の一方が事業者である場合の特則

仮に事業者概念を民法に取り入れることとする場合に，例えば，次のような事項について，契約の一方当事者が事業者であれば他方当事者が消費者であるか事業者であるかを問わずに適用される特則を設けるべきであるとの考え方があり。これらを含め，契約当事者の一方が事業者である場合の特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて，更に検討してはどうか。

- ① 債権者が事業者である場合には，特定物の引渡し以外の債務の履行は債権者の現在の営業所（営業所がないときは住所）においてすべきであるとする（前記第17, 6(2)）
- ② 事業者が事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示した場合に，提示された事項によって契約内容を確定することができるときは，その提示を申込みと推定すること（前記第24, 2(2)）
- ③ 事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合には，申込みとともに受け取った物品を保管しなければならないとする（前記第24, 7）
- ④ 買主や注文者が事業者である場合においては，売主や請負人の瑕疵担保

責任の存続期間の起算点を瑕疵を知り又は知ることができた時とすること（前記第39, 1(6), 第48, 5(5)）

- ⑤ 賃貸人が事業者である場合においては、賃貸借の目的物の用法違反に基づく損害賠償を請求すべき期間の起算点を損傷等を知り又は知ることができた時とすること（前記第45, 7(3)ア）
- ⑥ 寄託者が事業者である場合においては、返還された寄託物に損傷又は一部滅失があったことに基づく損害賠償を請求すべき期間の起算点を損傷等を知り又は知ることができた時とすること（前記第52, 6）
- ⑦ 役務提供者が事業者である場合は、無償の役務提供型契約においても注意義務の軽減を認めないとする（前記第50, 2）
- ⑧ 宿泊事業者が宿泊客から寄託を受けた物品について厳格責任を負う原則を維持しつつ（商法第594条第1項参照）、高価品について損害賠償額を制限するには宿泊事業者が価額の明告を求めたことが必要であるとし、また、正当な理由なく保管の引受を拒絶した物品についても寄託を受けた物品と同様の厳格責任を負うとすること（前記第52, 11）

【部会資料20-2第1, 3(2) [16頁]】

【意見】

「事業者」概念には、商人が含まれることになるが、これも、同様に理由から、個々の提案内容に対する賛否にかかわらず、商法（商法総則，商行為法）の規律と民法の規律との整理・統合を検討することなく、契約当事者の一方が事業者である場合の特則を設けることは反対である。

(3) 事業者が行う一定の事業について適用される特則

仮に事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば次のような事項については、事業者が行う事業一般に適用するのでは適用対象が広すぎ、反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われているものを指す「経済事業」という概念によって規定の適用範囲を画すべきであるという考え方がある。「経済事業」という概念を用いて規定の適用範囲を画することの当否や、経済事業に適用される特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

- ① 事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときは、特段の合意がない限り、その保証は連帯保証とすること（前記第12, 6(1)）
- ② 事業者間において貸主の経済事業の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合は、特段の合意がない限り利息を支払わなければならないとすること（前記第44, 2）
- ③ 事業者が経済事業の範囲内において受任者、役務提供者（役務提供型契約の受皿規定（前記第50参照）を設ける場合）又は受寄者として委任契約、役務提供型契約又は寄託契約を締結した場合は有償性が推定されると

すること（前記第49、3(1)、第50、4(1)、第52、5(2)）

- ④ 事業者がその経済事業の範囲内において寄託を受けた場合は、無償の寄託においても受寄者の注意義務の軽減を認めないということ（前記第52、3）
- ⑤ 組合員の全員が事業者であって、経済事業を目的として組合の事業が行われる場合は、組合員が組合の債権者に対して負う債務を連帯債務とすること（前記第53、2）

【部会資料20-2第1、3(3) [20頁]】

【意見】

これも同様の理由から、商法（商法総則、商行為法）の規律と民法の規律との整理・統合を検討することなく、契約当事者の一方が事業者である場合の特則を設けることは反対である。

なお、「収支が相償う」（収支相償）とは、公益法人にも用いられる概念であるが（公益法人認定法5条6号）、公益目的事業をも含む「経済事業」という概念を設けることの意味、及び、「経済事業」の概念を使って区分することによる妥当性確保の見通しが定かではない。

第63 規定の配置

民法のうち債権関係の規定の配置については、①法律行為の規定を第3編債権に置くべきであるという考え方の当否、②時効の規定のうち債権の消滅時効に関するものを第3編債権に置くべきであるという考え方の当否、③債権総則と契約総則の規定を統合するという考え方の当否、④債権の目的の規定を適切な場所に再配置する考え方の当否、⑤典型契約の配列について有償契約を無償契約より先に配置する考え方の当否、⑥第三者のためにする契約や継続的契約に関する規定（前記第26及び第60）等、各種の契約類型に横断的に適用され得る規定の配置の在り方等の検討課題が指摘されている。これらを含めて、民法のうち債権関係の規定の配置について、配置の変更により現在の実務に与える影響、中長期的な視点に立った配置の分かりやすさの確保、民法の基本理念の在り方等の観点に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料20-2第2 [24頁]】

【意見】

（全体的意見）

一般論として言うならば、民法の抜本改正を検討するに限りは法典編成方式を根本から見直すことは十分考えられることであるが、今回の改正範囲（契約債権法のみを見直す）からすると、他の領域の改正計画も明らかにされていない現状では、法典編成方式を基本的に動かさずに必要最小限の手当てに留めるべきである。

（個別的意見）

- ① 法律行為の規定は、第3編債権に置くべきでなく、民法総則に置くべきである。

- ② 時効の規定のうち債権の消滅時効に関するものを第3編債権に置くべきではなく、民法総則に置くべきである。
- ③ 債権総則と契約総則の規定を統合するという考え方には反対である。
- ④ 「債権の目的」の規定を適切な場所に再配置する考え方は、ありうる考え方であるので、今後具体的な提案があったら検討したい。なお、日本民法では、伝統的に、「対象」や「客体」を意味する外国語（英 object, 仏 objet, 独 objekt）の訳語として「目的」の語を用いているが、日本語として違和感があるので、用語の見直しも検討されて良い。
- ⑤ 典型契約の配列について有償契約を無償契約より先に配置する考え方は、ありうる考え方である。有償契約の規定の方が無償契約の規定よりも使用頻度が高いことから、無償契約の規定を有償契約に準用する（たとえば、使用貸借の規定を賃貸借に準用する）という現在の方法を逆にするのが実用的であるから望ましい。
- ⑥ 第三者のためにする契約や継続的契約に関する規定（前記第26及び第60）を設けるとすれば、各種の契約に横断的に適用されることから、契約総則が適当である。

以上