

# 民法（債権法）改正に関する意見書

平成22年3月9日

東京弁護士会  
会長 山岸 憲司

## 序

法務大臣は、平成21年10月28日に開催された法制審議会に、民法（債権法）の抜本的改正を諮問し、法制審議会は、同年11月24日に民法（債権法関係）部会の第1回を開催し、以降、同部会において、民法（債権法）改正に関する議論が進行中である。

民法典のうち、財産法に関する部分は、明治31年の民法典の施行以来、平成16年に全面的に現代語化された以外は、部分的な改正はあったものの、全面的な改正はなされていない。民法施行当時からの社会、経済情勢の変動や、その後の判例法理の発展等に鑑みると、今日、民法（債権法）改正を行う必要性は否定できない。

しかしながら、いうまでもなく、民法は、私法の基本法であり、法体系の中核をなす、わが国の重要なインフラの一つであって、その改正は、一人ひとりの国民の生活や企業活動に極めて大きな影響を及ぼすものである。

したがって、民法（債権法）の改正は、実際に民法（債権法）によって規律され、また、これを利用する国民や企業のために行われなければならない。このような観点からすると、民法（債権法）改正にあたっては、学術的な観点のみならず、その必要性や、改正がなされた場合の国民に与える影響という実際の観点からの検討も極めて重要である。

当会は、このような観点から、民法（債権法）改正にあたって問題となると考えられるいくつかの論点につき、下記のとおり、意見を述べるものである。

## 記

### 第1 民法（債権法）改正の手續の在り方について

#### 1 意見

- ① 国民各層の意見を法制審議会における審議に反映させるためには、法制審議会における審議の内容について、適時適切に情報開示することが必要である。
- ② 法制審議会は、審議の進捗状況に応じて、複数の中間試案を提示し、かつ、その各回において、パブリックコメントの募集を行うべきである。
- ③ パブリックコメントの募集期間は、国民各層が必要な検討を加えた上で応募ができるための十分な募集期間を設けるべきである。

#### 2 理由

- (1) 法制審議会の審議内容は適時適切に情報開示されることが必要である。

特に、国民各層がそれぞれの代表である委員又は幹事を通じて、法制審議会における審議に意見を反映させるためには、各回の会議に先立ち、前回の審議の内容を正確に把握し、かつ、これに必要な検討を加えて、次回の審議に備える必要がある。

民法（債権関係）部会の審議の内容は、法務省のウェブページにおいて議事録及び資

料（一部は資料の標目のみ）が公表されているが、議事録においては、各委員及び幹事の発言が頭名表記されており適当であると評価できるとともに、現在のところ、公表の時期も概ね速やかに行われているものと思われる。

そのため、引き続き、議事録及び資料の適時適切な情報開示を行うように求めるとともに、会議を重ねるごとに情報開示の時期が遅れることがないように特段の配慮を求める。

(2) パブリックコメントは複数回の募集をし、その募集期間は検討のために十分な期間であるべきである。

近年、法改正にあたり、パブリックコメントの募集を行うことが恒例化しつつあり、この点、国民各層の意見を法改正に反映させるための措置として評価できる。しかしながら、パブリックコメントの募集が1回限りであることや、募集期間が短期間であることなど、パブリックコメントの有益な活用には課題が少なくない。

民法（債権法）改正が国民の生活に極めて大きな影響を及ぼすものであることに鑑みれば、国民各層の意見を法改正に適切に反映させるために、積極的にパブリックコメントを活用することが必要であるといえ、民法（債権法）改正にあたっては、法制審議会において、審議の進捗状況に応じて、複数の中間試案を提示し、かつ、その各回において、パブリックコメント募集を行うことが有益であると考えられる。

また、パブリックコメントの募集期間については、国民各層において必要な議論・検討を尽くしたうえで応募することが可能となるように、十分な募集期間を設けることを求める。

## 第2 民法と消費者契約法の規定その他消費者保護に関する規定との関係について

### 1 意見

- ① 民法に消費者契約法の規定その他消費者保護に関する規定を取り込むべきではない。
- ② 消費者保護は、消費者契約法その他消費者保護に関する特別法を充実させることによって図るべきである。

### 2 理由

(1) 民法と消費者契約法との関係については、消費者契約法の独自の存在意義を重視すべきである。

すなわち、消費者契約法は、あくまで消費者の保護を目的とする法律であり、その趣旨は、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差」（同法1条）、や知識・経験値等の格差（当然、消費者の方が事業者に劣後している。）に着目し、これを是正するという点にある。消費者契約法の規定を民法に取り込んだ場合、少なくとも従前の民法がこのような格差に着目せず、抽象的な人と人との関係を規律するものであったため、このような消費者契約法の趣旨と離れて、かえって消費者保護の観点が後退する虞がある。

(2) また、消費者契約法の規定の民法への取込みは、将来の法改正の上で、障害になる虞がある。すなわち、消費者契約法であれば、B to C（事業者から消費者に対する取引）の契約のみをその射程とするため柔軟な法改正を行いやすいが、消費者契約法の規定を民法に取り込むことによって、その規定が、B to Cの取引に限られず、取引一般に適用されるとするならば、改正による影響の大きさを考え、改正への躊躇が生じると考え

られる。

- (3) 従前、消費者保護に関する法律は経済産業省（特定商取引法、割賦販売法等）及び内閣府（消費者契約法）が所管していたが、現在では平成21年9月1日に発足した消費者庁が所管している。しかし、消費者保護に関する規定を民法に取り込むと、これらの規定については、法務省が所管することとなると考えられる。法務省は消費者保護政策、法制、実務に関して必ずしも専門としてこなかったと思われるため、消費者保護が後退する虞がある。

さらに、これまで、特定商取引法等は、消費者被害の実情に則して比較的頻繁に改正されてきたのに対し、民法（債権法）がその施行以来、全面的改正がなされていないことを考えるならば、消費者保護法その他消費者保護に関する規定を民法に取り込むことは、この点でも、消費者保護を後退させる虞がある。

これらのことからすると、消費者契約法の規定その他消費者保護に関する規定は、民法に取り込むのではなく、消費者保護は、消費者契約法その他消費者保護に関する特別法を充実させることによって図るべきである。

なお、民法の一覧性の確保という観点からは、消費者契約法の規定その他消費者保護に関する規定を民法においてレファレンスするという方法も検討に値する。

- (4) また、現在の消費者契約法の規定その他消費者保護に関する規定には、反社会的勢力の概念が定められておらず、反社会的勢力が消費者として保護されかねない重大な問題があり、このような重大な問題を解決しないまま、消費者契約法の規定その他消費者保護に関する規定を基本法である民法に取り込むことは、反社会的勢力が消費者の傘を被って不当な要求を行うことを助長することに繋がりがかねないことに留意されるべきである。

### 第3 約款について

#### 1 意見

- ① 民法改正にあたって約款に関する規定を置く場合は、約款の定義をより明確にすべきである。
- ② 民法改正にあたって約款を用いた取引に対する規制を行う場合には、特に事業者間取引において過剰な規制とならないように留意する必要がある。
- ③ 約款を用いた取引に対する規制を行う場合には、就業規則がこれに含まれないこと、または労働契約が適用外であることを明確にすべきである。

#### 2 理由

- (1) 現在の取引社会において約款が果たしている役割の重要性からすると、民法において約款に関する規定を置き、かつ、約款を用いた取引について何らかの規制を置くことは検討されてよい。

しかし、約款に関する定義が曖昧であると、何が約款にあたり、何が約款にあたらなにかについての紛争が生じ、取引に混乱が生じる虞があるため、民法において約款に関する規定を置く場合は、約款の定義を明確にすべきである。例えば、約款に保険約款、運送約款等が含まれるのは問題ないとして、市販の契約書書式（例えば、宅地建物取引業者を売主とする不動産売買契約等）まで含まれるような曖昧な定義では、過剰な規制を生じさせる可能性もあり必ずしも適当でない。

(2) いわゆる悪質業者が約款を悪用して消費者被害を生じさせている現実からすると、約款規制の必要性は十分に認められる。

その反面、企業等が約款を用いることにより経済合理性を高め、より安価で早く高品質の商品・サービス等を提供することができるようになってきているという側面もある。

また、契約当事者の交渉力の格差によって契約内容の不均衡が生じることは約款を使用した契約に限ったことではなく、いかなる契約においても生じうることであり、このような観点から、約款についてこれを特別に取り上げて規制することの必要性は十分に吟味される必要がある。

(3) 現在、約款の問題点としては、①契約の相手方に約款を十分に開示しないまま約款を契約内容とすることを合意してしまう可能性があること、②約款の定型性のため、約款の個別の条項について交渉可能性がないこと、③契約の相手方は約款の内容を十分に理解しないまま契約してしまうことが挙げられている。

しかし、約款の内容を十分に理解することができ、契約締結にあたっての交渉力が十分備わっている者（典型的には、大企業）には、①から③までの問題点が生じることがなく、このような者にも約款の規制を適用することは、必ずしも、必要ではない。

約款に対する規制は、従前の契約自由の原則に対する例外を定めることであり、これを行うにあたっては、特に事業者間取引において過剰な規制とならないように留意する必要がある。

(4) また、約款については、必ずしも消費者等、約款を用いた取引の相手方だけではなく、約款を用いた取引を行う事業者への配慮が必要な場合も存在する。その具体例が、いわゆる「暴排条項」である。

「暴排条項」とは、約款などにおいて、当該取引の相手方が暴力団その他反社会的勢力であってはならないことを定め、仮に、取引開始後にこれが発覚した場合には契約を解除することができる規定である。「暴排条項」は、今日、反社会的勢力との一切の関係遮断の実現が社会的要請となったため、約款実務に広く普及し、欠かせない条項となっている。

しかし、「暴排条項」の対象となる反社会的勢力は抽象的な概念であるため、「暴排条項」における反社会的勢力の定義もまた、相当程度抽象的にならざるをえない。そのため、約款実務においては、反社会的勢力に関する例示規定と包括規定を組み合わせるなどして一定の明確性を保ちつつ、「当事者の合理的意思解釈」を活用することで、各案件毎に妥当な結論、すなわち、反社会的勢力との関係遮断を実現してきた。つまり、約款が抽象的になることは、消費者等、約款を用いた取引の相手方の保護の趣旨には必ずしも合致しないが、反社会的勢力との一切の関係遮断を実現すべき約款を用いた取引を行う事業者の保護の観点からは、妥当なものであり、許容されるべきものである。

したがって、例えば、約款において、消費者等、約款を用いた取引の相手方の保護の観点のみを重視して、抽象的な約款の条項について一般に約款使用者に不利な解釈がなされるような規定が設けられることになれば、かえって反社会的勢力との一切の関係遮断は著しく困難となる。

このように、約款を用いた取引に対する規制を規定する場合には、暴排条項を含む約款を用いた取引を行う事業者への配慮も併せて考慮されるべきである。

(5) さらに、労働契約における就業規則が約款に含まれるとすると、労働契約法7条との

齟齬が生じるおそれがあるため、約款を用いた取引に対する規制を行う場合には、就業規則がこれに含まれないこと、または労働契約が適用外であることを明確にすべきである。

#### 第4 詐害行為取消権について

##### 1 意見

詐害行為取消権の要件及び効果を、以下のように定めるべきである。

##### 要件

- ① 当該詐害行為の時点および取消権行使の時点の双方で、債務者が、その保有する資産により、支払期限の到来している債務の弁済ができない状態にあること。
- ② 取消権者は当該詐害行為以前から取消権行使の時まで債務者に対する債権を保有していること
- ③ 詐害行為の範囲は、債務者の責任財産を不当に減少させる行為（過大な代物弁済を含む。）に限る。
- ④ 取消権は訴訟において行使する。
- ⑤ 取消権行使の相手方は債務者および受益者または転得者とする。
- ⑥ 取消権は総債権者のために行使するものとし、取消権の範囲は取消債権者の債権額を超えた当該詐害行為すべてとする。

##### 効果

- ① 取消権行使の効果は債務者に対して絶対的効果があるものとする。
- ② 取消権行使により回復される財産は、不動産については債務者の所有名義に戻し、金銭・動産については法務局に供託されるべきものとする。
- ③ 債権者は、債務名義を取得して、回復した資産に対し強制執行を行う。

##### 2 理由

(1) 詐害行為取消権については、民法に条文が3箇条しかなく、判例の集積により実務が形成されている状況なので、民法改正にあたっては、ある程度明確な条文を作成する必要がある。

(2) 要件について

##### ア 無資力要件

詐害行為取消権は、債務者の財産管理処分権に対して債権者が干渉するものであるから、取消権を行使しなければ債務者の責任財産に不足を来す場合に限って認められるべきである。したがって、取消権を行使するのは詐害行為時と取消時の双方において債務者が無資力である場合に限られるべきである。

そして、資力の有無の判断は、債権者からは債務者の将来の収益予想や無形的資産である暖簾等の評価が困難なため、債務者の保有資産の客観的評価と支払うべき債務の額の比較でなされるべきである。ただし、期限の利益が喪失していない分割支払い債務については、期限到来分の債務に限って考慮すべきである。

##### イ 債権取得・保有の時期

債務者の財産管理権は尊重されるべきであるから、取消権を行使しうる債権者は当該詐害行為の時点及び取消の時点で債権を保有する者に限るべきである。

##### ウ 詐害行為の範囲

債務者の責任財産を不当に減少させる贈与や低廉な価格での資産売却、一部債権者への過大な代物弁済行為などが含まれることは明らかであるが、問題は一部債権者への本旨弁済や担保供与等が他の債権者との公平を欠く場合、相当価格での財産の売却などを含めるかどうかである。

これについて現在の判例や多数学説は、行為の客観的な性質、債務者の目的・動機の正当性の有無、債務者が取った手段の相当性などの相関関係で決められるとの見解をとっており、計数上は責任財産が減少するとは言えない上記の場合についても、相関関係の中で判断されてきた。

一方、平成16年の破産法改正において、破産法上の否認権が財産減少行為と偏頗行為の2つに分けて規定された。そして債権者間の公平を図る偏頗行為否認の制度が破産法上法定された以上、破産手続外の詐害行為取消において偏頗行為否認の範囲を超えた取消権行使は認めるべきではないという見解も有力に主張されている。

この点について、詐害行為を行った破産者が自己破産を申し立てるとは限らず、債権者からの破産申立は決定までに時間を要し迅速な対応が出来ず、結果的に否認権行使の機会を失う恐れがあること、中小零細企業間、個人間の債権債務関係においては、破産申立の費用捻出が難しい場合があること、などから、現在の運用を維持すべきとの見解もあるが、一方で、債務超過企業の資産売却が困難になること、やはり破産法との整合性を重視すべきであるとの見解もあり、後者の方が多数意見を占めている状況である。

そこで、詐害行為の範囲は不当な財産減少行為に限った。

なお、偏頗弁済行為まで詐害行為の範囲とする場合、詐害行為取消訴訟提起後の和解、弁済金受領もまた、偏頗弁済行為に該当することとなるので、これを禁じるなどの手当が必要と思われるが、偏頗弁済行為を詐害行為の範囲としないのであれば、訴訟上の和解や弁済受領もまた、それ自体が否認の対象となるかどうかを考えれば足りることと思われる。

## エ 取消権の行使方法

債務者の財産管理処分権への干渉にあたるので、裁判上の行使にとどめるべきである。

## オ 取消権行使の相手方

現在の裁判実務では、詐害行為取消権は、当該詐害行為の受益者または転得者のみを相手（被告）とし、それらの者との間で、詐害行為が相対的に取り消されるとされている。

しかし、後述のように、債務者に流出財産を返還させることを前提とすれば、債務者との関係でも取消しの効果が及ぶ方が合理的である。

また、債権者としても、現実に詐害行為取消訴訟を提起する際には、債務者への貸金等の請求と併せて行えば独自の印紙代がかからないので、詐害行為取消訴訟は、これと併せて行うのが通例である。

それゆえ、詐害行為取消訴訟においては受益者・転得者だけでなく債務者も被告とし、貸金等請求訴訟をも行って、債務者に対する債務名義の取得を同時に行い、後述のとおり、債務名義に基づいて強制執行手続に進む方が合理的と思われる。

## (3) 効果について

### ア 取消権行使の範囲

現在の裁判実務では、詐害行為取消権は自己の債権額の範囲でのみ行使できるとされている。詐害行為取消訴訟を独立に提起した場合の訴訟物の価格は自己の債権額と同額

とする扱いである。

しかし、本来、詐害行為取消権は「総債権者のために」行使するものであること、債務者に対して絶対的取消とする以上は詐害行為のうち、自己の債権額を超える部分についても取消が認められるべきである。

この点、現在の裁判実務では詐害行為の結果受益者の手に渡った金銭等を取消債権者に返還させ、これを受領した取消債権者が自己の債権と債務者への返還債務を相殺することで事実上の優先弁済を受けうることが容認されているので、取消権行使の範囲を自己の債権額の範囲に限る必要があったように思われる。

しかし、後述のように、受益者が詐害行為によって受け取った動産類を供託すべきこととすれば、取消債権者はむしろ詐害行為全体を取り消せると解する方が、総債権者のための詐害行為取消権の趣旨に合致する。

#### イ 詐害行為取消の効力

詐害行為取消が絶対的効力を持つべきことは前記のとおりである。

#### ウ 取消による財産の返還

詐害行為を取り消された受益者・転得者は、債務者に、不動産等の登記名義を戻し、また金銭を含む動産類については総債権者のために供託をすべきである。取消債権者による事実上の優先弁済機能は認めるべきではない。

ただし、動産供託については、現在も制度が存在するものの、全く運用されていない実情がある。しかし、今回の民法改正の提案の中には、他に動産供託を前提とする提案もあり、改正を機に、動産供託の制度を整備すべきではないか、と考える。

#### エ 取消債権者等の債権回収

取消債権者は、通常、詐害行為取消訴訟と同時に申し立てている貸金等請求訴訟等で債務名義を得て、債務者に回復された不動産や供託された金銭を含む動産に強制執行をおこなって債権を回収することになる。受益者が詐害行為の際に対価を支払った場合には、取消によりその対価について債務者に返還請求権を有することになる。この返還請求権についても、必要であれば仮差押さえをしつつ債務者に対して債務名義を取得して、強制執行に参加し、その他の債権者も同様に強制執行に参加して、債権額に応じた配当を受けることとなる。このように解すると、取消債権者にメリットがないように思えるが、強制執行手続きには取消債権者と対価を支払った受益者のみが確実に参加できることとなることで、詐害行為取消権を行使するインセンティブになると考えられる。

問題は、他の債権者もまた詐害行為取消訴訟を行使して取消権行使が競合する場合であるが、債務者または受益者がこれを告知すれば、後から申し立てた取消債権者は貸金等の請求訴訟のみを継続して詐害行為取消権行使の部分を取り下げ、必要があれば、先行する詐害行為取消訴訟に補助参加することで解決が図れると考える。

### 第5 将来債権の譲渡について

#### 1 意見

- ① 将来債権譲渡に関する規定を設け、公序良俗またはその具体化としての制限規定を設けるべきである。
- ② 将来債権の発生原因となる契約関係について、将来債権の譲渡契約後、契約当事者に変動があった場合の規律が必要である。

③ 民法改正に対応した倒産法、不動産登記法、民事執行法の改正をすべきである。

## 2 理由

(1) 将来債権譲渡が数多く行われている取引の実情に鑑み、将来債権譲渡に関する規定を民法に設けるべきである。

将来債権譲渡については、最高裁判所の判決（平成11年1月29日民集53巻1号151頁）も指摘するとおり、将来債権譲渡契約は、その内容により、譲渡人の事業活動等に対して社会通念上相当な範囲を著しく逸脱する制限を加える場合があること、及び譲渡人の他の債権者に不当な不利益を与える場合があるとして、公序良俗違反により、その全部または一部の効力が否定される場合がある。

将来債権という概念自体無制限に広がりうるものであることに加え、従来、明文の規定が存在しなかった将来債権譲渡について規定を設けるとすると、譲渡債権の特定性さえ備えていれば、その有効性が広く認められるという運用がなされ、上記最高裁判決が指摘しているような不都合が生じうる。

したがって、将来債権譲渡に関する規定を設ける場合には、公序良俗違反またはその具体化としての制限があることを一般条項以外に明記する必要がある。

(2) ア 将来債権の譲渡の有効性が広く認められていくと、債権譲渡契約後、当該債権発生に関わる契約関係の当事者に変動が生じる場合があるが、その場合、債権譲渡の効力が及ぶ範囲について規律を設ける必要がある。具体的には次のような場合が考えられる。

- ① 将来の賃料債権が譲渡された後に賃貸不動産について、賃貸人や賃借人が変動する場合。
- ② 事業譲渡や契約上の地位の譲渡がなされた場合。
- ③ 債権の譲渡人が倒産した場合

### イ 上記①の場合の問題点について

対抗要件を備えた賃借人がいる賃貸不動産が譲渡された場合、新所有者は賃貸人の地位を承継する。不動産の賃貸借は数十年など長期に及ぶことが多いことから、長期にわたる賃料債権の譲渡がされてしまうと、以後の新所有者は物権所有者として固定資産税等の負担や賃貸人としての修繕義務等を負担しながら、長期にわたり賃料を取得できないことを甘受しなければならない事態となり、長期にわたる収益権のない所有権を認める結果となる。

この点、民法（債権法）改正検討委員会（以下「改正検討委員会」という。）による民法（債権法）改正の基本方針（以下「基本方針」という。）は、「譲渡人の契約上の地位の承継者」に債権譲渡の効力が及ぶとの考え方に立つ。これは、譲渡人の処分権が及ぶ範囲で将来債権譲渡の効力の範囲を画するという理解に基づくものであるが、契約上の地位の承継と譲渡人の処分権とは別の問題である。対抗要件を備えた賃借人のいる不動産が譲渡された場合に新所有者が賃貸人の地位を承継するというのは、賃借権の保護の理論であり、譲渡人の処分権の問題ではない。そして、不動産の所有者である賃料債権の譲渡人は、将来不動産所有者あるいは賃貸人でなくなった後の不動産管理費用を負担するわけではないから、その賃料債権についても処分権があると考えられることはできないとも考えられる。

このように、上記①の場合の規律については、なお、検討を要する。

### ウ 上記②の場合の問題点について

事業譲渡や契約上の地位の譲渡がなされた場合、その譲受人が、将来債権譲渡の効力を甘受しなければならないとすると、将来債権の譲渡の期間が相当短期でない限り、そのような地位を承継しようとする者は出現せず、事業譲渡や契約上の地位の譲渡自体、事実上、行うことができなくなる。

反面、将来債権の譲渡の効力に拘束されたくないが、譲渡された将来債権に係る債務者との間の取引関係は承継したいと考える場合、結局、事業や契約上の地位の譲受人と、譲渡された将来債権に係る債務者との間で新規に契約が締結されることになり、この新規契約の締結と、将来債権譲渡の効力をめぐり、紛争が生じることになる。

このように、上記②の場合の規律については、なお、検討を要する。

#### エ 上記③の場合の問題点について

将来債権の譲渡人が倒産した場合、将来債権の譲渡の効力が及ぶ範囲を画する基準が必要である。具体的には、譲渡人が特定の顧客に対する将来の売掛債権を担保として譲渡したのち、民事再生手続や会社更生手続が開始され、これら手続開始決定後、新たな費用を投下して発生させた売掛債権について、債権譲渡の効力が認められるのかどうか、また、将来の診療報酬債権を譲渡していた医師が、破産手続開始決定や民事再生手続開始決定を受けた場合、開始決定後の診療行為により発生した診療報酬債権は譲受人に帰属してしまうかという問題を解決するにあたっての基準などである。

将来債権譲渡が倒産手続開始後もそのまま効力が認められ、倒産手続開始決定後、新たなコストを投下して取得する売掛債権を譲受人（ここでは、債権譲渡担保権者）が取得できるとすると、再生債権等につき新規財産からの回収を認めることになり、倒産手続にとって重要な理念である利害関係人間の公平な処理は図れない。

また、将来債権譲渡が倒産手続開始後もそのまま効力が認められ、開始決定後、新たなコストを投下して取得する売掛債権を譲受人（ここでは、債権譲渡担保権者）が取得できるとすると、当該倒産会社のスポンサーとなろうと考える者にとっては、新規資金を注入しにくくなる。

したがって、倒産の場合には、開始決定時に発生していた債権に限定されるとか、開始決定後に発生する債権に債権譲渡の効力が及ぶとしても、最低限不動産収益執行のように必要経費が差引かれるようにする措置が必要である。

このように、上記③の場合の規律については、なお、検討を要する。

- (3)ア 不動産の賃貸借契約の期間は、契約上及び法律上長期に及ぶことからすると、当初の所有者（賃貸人）の賃料債権譲渡の効力が数十年にわたって有効となる事例が続出し、収益権のない所有権を容認することとなる。当該不動産に担保権を設定しようとする場合や一般債権者として差し押さえしようとする場合、不動産競売での買受人保護の問題や現実の不動産管理上の問題が生じると思われる。したがって、債権譲渡登記のみならず、不動産登記上の公示手段が必要である。

また、債権譲渡登記上、「甲ビル乙号室から生じる賃料」として、賃借人を特定しない将来債権譲渡の登記を認められているが、賃貸人の地位の承継や処分権の有無との関係で賃料債権の譲渡の効力が画されるとするならば、不動産登記と債権譲渡登記との間で公示を関連付ける必要がある。

- イ 将来債権の譲渡に関しては、現在の債権執行の実務運用との調整の観点からの期間制限についての検討も必要である。将来債権のうち継続的給付債権の債権差押が及ぶ

期間につき、民事執行法上の制限はないが（民事執行法151条）、現在の東京地方裁判所の運用では、継続的給付債権に対する差押は将来1年分に限られている（西岡清一郎外編 民事執行の実務 債権執行編【上】139頁）。但し、札幌高等裁判所は将来5年分について診療報酬債権の差押を認める（札幌高決平成15年2月24日判時1833号135頁）。これは、あまりに長期の差押を認めると、第三債務者の負担が大きいことを理由とする。

将来債権の譲渡の有効性を無制限に認めると、将来の債権者のための一般担保を不当に減少させるという問題があること、また、実質的に差押えが不可能となる財産を作り上げる結果となることを考慮すると、債権執行実務に配慮した制限を設けるか、または、民事執行法の改正も合わせた改正が必要である。

#### ウ 倒産法の改正の必要性

将来債権の譲渡人が倒産した場合、将来債権の譲渡の効力をそのまま認めると、上記のとおり、利害関係人の公平を図ることができないこと、譲渡人の経済的再建の大きな妨げとなるという問題点がある一方、将来債権の譲渡の効力を一定限度で認めないと、企業が将来債権に基づく資金調達を行うことができなくなるという問題点がある。したがって、民法改正に合わせ、このような点に配慮した倒産法の改正が必要である。

アメリカ合衆国連邦倒産法においては、担保設定契約において担保物から生じる換価物、果実及び利益に担保の効力が及ぶ旨の特約は倒産法上もその効力が認められるが、原材料に倒産手続開始後に費用と労力を費やして製品とした場合や倒産事件開始後に販売費用をかけて開始前からあった在庫商品を販売した場合、裁判所は、費用額等を考慮して換価物等の一部を担保に服さないものとして財団に帰属させることができるとしている（高木新二郎著「アメリカ連邦倒産法」209頁商事法務研究会）。

これは、開始後の新たなコスト分が開始前の担保権者の担保の効力を及ぶとするのは利害関係人の公平に合致しないという考え方に基づくものと思われるが、倒産法の改正において、上記趣旨を盛り込んだ規定を設けることも検討されるべきである。

## 第6 債権の譲渡禁止特約の効力について

### 1 意見

- ① 譲渡禁止特約付き債権の譲渡の効力について、悪意重過失の譲受人については、債権譲渡の当事者間においても無効であるとするべきである。
- ② 債権の譲渡人につき倒産手続が開始された場合でも、債務者につき保護すべき利益がある場合には譲渡禁止特約の効力は失われないとすべきである。

### 2 理由

- (1) 譲渡禁止特約付き債権譲渡の効力について、悪意重過失の譲受人であっても債権譲渡は有効であり、単に債務者に対抗できないとすると、以下のような不都合が生じる。

すなわち、譲渡禁止特約付き債権に対する差押債権者が当該債権を取り立てた後、当該差押債権者に対抗要件において優先する悪意の譲受人は、差押債権者に対して、不当利得返還請求できることになるが、このような結論は、法律関係の複雑化を招き、かつ差押債権者の法的地位を不安定なものとするし、譲渡禁止特約自体を認めながら、悪意または重過失のある譲受人をそこまで保護する必要性はない。

また、債権の譲渡人が破産するなどした場合、破産管財人等が当該債権を回収した後、悪意重過失の譲受人から不当利得返還請求されることになる。しかし、それでは、破産管財人等は債権回収のために費用と時間を投ずる意味がないこととなり、他方、債権譲受人は債務者に債権者であることを対抗できないので、当該債権の回収がされないという不都合な結果を招くことになる。

したがって、譲渡禁止特約付き債権の譲渡の効力について、悪意または重過失のある譲受人については、譲渡の当事者間においても無効であるとするべきである。

- (2) 賃貸人が倒産した場合、敷金を預託している賃借人の賃料の寄託請求権（破産法70条）や敷金返還請求権の共益債権化（民事再生法92条3項、会社更生法48条3項）が認められているが、賃料債権が譲渡された場合には、これらの権利は認められないとされている（小川秀樹編著「一問一答新しい破産法」商事法務2004年92頁、387頁）。しかし、賃料債権の債務者たる賃借人にとって、少なくとも敷金返還請求権の保全の範囲では、賃料債権の譲渡禁止特約によって敷金返還請求権を保護すべき利益がある。

改正検討委員会の基本方針は、譲渡人（債権者）が倒産した場合、特約によって保護すべき債務者の利益が失われたと考えるべきであるとして、この場合、債務者は債権の譲受人に対し、譲渡禁止特約の効力を対抗できないとする。しかし、上記のように、特約によって保護すべき債務者の利益が失われていない場合には、譲渡禁止特約の効力は譲渡人が倒産してもその効力は失われまいとするべきである。

## 第7 金銭債権譲渡の対第三者対抗要件について

### 1 意見

金銭債権譲渡の対抗要件については、債権譲渡登記制度と、現在の確定日付けのある債務者への通知または確定日付けのある債務者による承諾による対抗要件具備の制度を併存すべきである。

### 2 理由

- (1) 現行民法は、債権譲渡の対第三者対抗要件を、債務者への確定日付ある通知または債務者の確定日付ある承諾としている。これは、債務者の認識を通じて債権の所在を公示すること（債務者のインフォメーションセンター機能）を前提としている。しかしながら、債務者には当該債権を取得しようとする不特定の者に対して債権の所在を説明する義務はなく、虚偽の内容を説明しても罰則はない。

また、債権が二重譲渡された場合の優劣は確定日付ある通知の債務者への到達の先後とされるが、債務者が到達の先後を正確に記憶し、説明するとは限らない。

- (2) 一方、法人の金銭債権譲渡については、平成10年に「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」が制定されて債権譲渡登記制度が導入され、これが平成16年11月に改訂されて「動産およ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。）に発展した。

これは、金銭債権譲渡の事実について登記をすることで第三者対抗要件を具備し、債務者に請求する場合は登記事項証明書を送付して債権譲渡の事実を通知する制度であって、法人にのみ適用があり、個人の債権には適用がない。

そして、債権譲渡人、譲受人以外は登記事項全体の閲覧・謄写はできず、当該債権者が

債権譲渡を行ったことだけが「概要書」として公示される。それゆえ、他社から債権を取得しようとする者は、その債権者についての概要書を申請し、債権譲渡の履歴の有無を調べ、履歴があれば、それに該当する債権譲渡の登記事項証明書を経済者に求めて、自己が取得しようとする債権が譲渡されていないかどうかを確認することになる。

このように、現在は、法人が債権譲渡を行う場合には、債務者への確定日付ある通知と債権譲渡登記の2つの対抗要件制度が併存しているのである。

- (3) このうち、債権譲渡登記制度は全国の登記を一元管理しているため、金銭債権の二重譲渡の場合の先後関係は、登記番号で明確になる。

また、建物建築ローンの担保として建物完成後の将来の賃借人に対する賃料債権を譲渡担保にするような場合には、債務者への通知や債務者の承諾によって対抗要件を具備することは不可能だが、債権譲渡登記によれば、対第三者対抗要件を具備することは可能である。

さらに、また、債務者が行方不明となった債権を第三者に譲渡する場合にも、債務者への通知は「意思表示の公示送達」の準用が必要だが、債権譲渡登記なら、債務者に請求するための通知はできないものの第三者対抗要件は具備できる。

- (4) 以上からすると、金銭債権の対第三者対抗要件としてみた場合、債権譲渡登記制度の方が債務者に対する通知及び債務者による承諾よりも、公示制度として優れているように思えるが、現在、債権譲渡登記制度は、債務者が有する複数取引先に対する将来の売掛債権を譲渡担保に取る場合や、多数の債権をSPCに保有させて証券を発行するような証券化の事案で使われることが多く、一般的な債権譲渡に使われることは少ない。

これは、債権譲渡登記の登録免許税が債権5000個まで7500円と内容証明郵便による通知よりも高く、さらに司法書士を利用すれば費用がかかる上、申請手続きに習熟した司法書士が少ないこと、債権者自身が申請しようとしてもオンライン申請のための登録等が必要で手間がかかり、現在は東京法務局中野出張所でのみ受け付けているので東京以外の債権者が法務局窓口で相談をするためには高いコストがかかってしまうこと、債務者への請求のためには債務者に登記事項証明書を送る必要があるが、送ったことを確実に立証するため配達証明付きの郵便を利用せざるを得ず、結局、債権譲渡通知を内容証明郵便で発するのと同様の行為が必要であり二度手間になることなどからであると考えられる。

そして、債権譲渡登記制度のもう一つの弱点として、債権者の名称が変わった場合に、概要書を申請しても「該当なし」となり、債権を取得しようとする者が概要書を信用できない、という点が挙げられる。法人の場合、商号が変更しても法人登記番号で検索が可能であるが、個人にも適用を広げると混乱が生じる可能性がある。

また、譲受人としては、債務者の確定日付ある債権譲渡承諾書があれば、スムーズな債権譲渡が期待できること、承諾書の多くが異議なき承諾となっており、この点でも債権譲受人に有利であることから、確定日付ある承諾書による対抗要件具備を求めることが多いと考えられる。

ただ、異議なき承諾の書面を債務者から取る方法は、法律を知らない債務者を不利な立場に追い込む場合がある、との批判もある。

- (5) このように、債権譲渡登記制度は登録免許税の問題や、司法書士等に対する手数料の問題などがあり、必ずしも普及していないが、本来、告知の義務のない債務者を「インフォメーションセンター」にすること自体に無理があるのだから、将来的には債権譲渡登記制

度を幅広く活用して行くべきであるとも考えられる。

そして現在は、少なくとも法人の金銭債権について、債権譲渡登記特例法上の登記制度と債務者への確定日付ある通知または承諾による方法が併存しているが、目立った混乱は見あたらない。

- (6) 以上から、今回の民法改正では、債権譲渡登記制度と債務者への確定日付ある通知または承諾の方法を併存させ、債権譲渡登記制度が使いやすいものに改良され、広く普及するようであれば、あらためて将来の民法改正において統一化を検討すべきである。

## 第8 債務不履行による損害賠償の要件について

### 1 意見

- ① 損害賠償に関する条文については、「本旨不履行があったことをもって損害賠償請求権が発生する」ものとし、ただし書において、「当該不履行が債務者の責めに帰すべき事由によるものでないときはこの限りでない」旨の規定を置くべきである。
- ② これ以外の免責事由については、規定を設けるべきではない。

### 2 理由

- (1) 債務不履行による損害賠償については、①その帰責原理を何に求めるかという原理的問題とともに、②帰責事由または免責事由を法文上、どのように規定するかという立法技術的問題とがある。
- (2) まず、帰責原理の点については、いわゆる過失責任主義を廃棄するか維持するか、過失責任主義を廃棄するとしても債務不履行の帰責原理として過失の要素をどのように位置付けるかという問題がある。

債務不履行による損害賠償の帰責原理について、行為者の行動自由を前提とするドイツ的な過失責任主義（あるいは、これと現行民法415条とを結び付ける発想）を排除すること自体は不当とはいえないであろう。わが国の裁判実務においても、単純な履行遅滞の事案では債務者の過失の有無を問題とする発想が稀薄であり、一方、いわゆる手段債務においては、契約に基づき定まる個別具体的な行為義務違反が問題とされるところ、これは客観化した過失そのものといえるから、改めて（主観的な）過失の有無を問うことに意味はない。要するに、実務においては、ドイツ的な過失責任主義は既に克服されていたといえる。諸外国の立法主義や国際的な契約準則をみても、契約責任における過失の位置付けを相対化しようとする流れは顕著である。

もっとも、ドイツ的な行為者の行動自由の原則の保証を中核とした過失責任主義を廃棄するとしても、契約責任の帰責原理から過失の要素を完全に払拭できるものではない。既に述べたとおり手段債務における帰責原理は、客観化された過失に基盤を置くものである。極めて雑駁な分類ではあるが、いわゆる結果債務の領域においては過失責任を論ずる必要がなく、他方、手段債務においては過失を帰責原理とする部分がなお残るものといえることができる。

こうした分類を、立法化が可能なほどに純化・精緻化できるのであれば、その分類にしたがって帰責根拠を書き分ける立法が考えられてよい。しかしながら、前記の手段債務、結果債務の分類についてはこれらの概念が必ずしも一義的に明瞭でなく、わが国の学界においても有力な批判が寄せられているところであって、かかる分類を前提とした規定を設けることには大きな障害がある。

- (3) 次に、帰責事由または免責事由を法文上どのように規定するかという問題については、①民法の条文に「責めに帰すべき事由」という帰責事由そのものを示す文言を残すか、あるいは、②「責めに帰すべき事由」とは別に、新たに免責事由として特定の概念・事由を規定するかが問題となる。

後者の立場に立った場合、具体的な免責事由の規定ぶりをどのように構成するかが問題となるが、免責事由として一般に挙げられるものは、「不可抗力」であり、また、改正検討委員会は、その基本方針において、免責事由として、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という概念を提示している。

しかしながら、わが国では、「不可抗力」という概念も多義的に用いられているため、明確な基準たり得ない。また「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という概念については、趣旨が不明瞭で誤解を招きやすいこと、契約当事者の力関係等が履行障害リスクの分配に偏りを生ずるおそれのあること等が指摘されているところであって、実務的な立場からはこのような形で免責事由を規定することには、賛成することができない。

翻って、現行民法415条のように帰責事由そのものを条文に規定したとしても、そのことは、(2)において述べた契約責任の帰責原理の考え方と抵触するものではない。

- (4) したがって、損害賠償に関する条文については、「本旨不履行があったことをもって損害賠償請求権が発生する」ものとし、ただし書において、「当該不履行が債務者の責めに帰すべき事由によるものでないときはこの限りでない」旨の規定を置き、これ以外の免責事由については、規定を設けないものとすべきである（なお、ここにいう「債務者の責めに帰すべき事由」は、必ずしも、「故意・過失または信義則上これと同視すべき事由」を意味するものではない。）。  
(5) さらに、現行民法415条の「責めに帰すべき事由」については、裁判例の集積があり、これによって、債務不履行による損害賠償の要件についての予見可能性が担保されていることも考慮されるべきである。

例えば、労働契約における安全配慮義務は、これまでの裁判例と労働契約法5条によって規律されるべきであり、これと異なる解釈を生む余地を生じる民法の改正は避けるべきである。

## 第9 債務不履行による損害賠償の範囲について

### 1 意見

現行民法416条1項、2項の規定に変更を加える必要性に乏しく、この点の改正は不要である。

### 2 理由

- (1) 損害賠償の範囲については、従前の通説的立場である相当因果関係ルールと近時の有力学説というべき予見可能性ルールとが対立し、とりわけ現行民法416条2項にいう「予見」の基準時と主体の如何をめぐって議論が交わされてきた。契約責任の帰責原理として、「当事者の合意」や「契約の拘束力」を強調する立場は、賠償範囲の問題についても予見可能性ルールに依拠することになり、だとすれば、「予見」の基準時については「契約締結時」、主体については「契約の両当事者」という帰結になる。

- (2) 少なくとも実務家の立場からすれば、損害賠償の範囲につき、契約に基づくリスク分

配を基礎として判断すべきか（予見可能性ルール）、それとも相当因果関係を基準として判断するか、という問題に条文上の決着を付ける必然性は見出しがたい（そもそも「相当因果関係」という概念自体が必ずしも一義的でなく、両者を対立するルールとして捉えるべきか疑問がある）。

加えて、改正検討委員会の基本方針のように、基本的に予見可能性ルールに立った上で、予見の時期につき「履行期または不履行時」とする判例の立場との連続性を維持するため、「債務者がこれを回避するために合理的な措置を講じたのでなければ、債務者に対して、その賠償を請求することができる」旨の制約を付すのであれば、両説の違いを論ずべき実益はその大半を失っているものというべきである。そうだとすると、あえて現行民法416条の文言を改める実益に乏しく、この点の改正は必要がない。

## 第10 債務不履行による解除の要件について

### 1 意見

基本的には、現行の解除規定（現行民法541条から543条まで）を維持し、あわせて、判例によって形成された解除規範のうち、成文化になじむ程度に定着していると考えられるもの（例えば信頼関係破壊理論等）を選んで条文に加えるべきである。

### 2 理由

(1) 現行民法は、541条において履行遅滞等による解除の、542条において定期行為解除の、543条において履行不能による解除の規定をそれぞれ置いている。その中で最も一般性の高い541条は、相当期間を定めて履行の催告をなし、その期間内に履行がないときは解除が可能であると規定しており、機械的ともいえる過程（催告、相当期間経過及び解除）を通して、解除の効力が認められている。

一方、国際的な契約準則等においては、「契約の重大な不履行」が存在するか否かを解除権発生の基準とする例が多い。なお、改正検討委員会の基本方針も基本的にこの立場に立っている。

後者の立場に立てば、従前に比べ解除権の発生が限定されることが予想し得るところであり、いずれの立場に依拠するかが問題となる。

(2) 契約関係解消の岐路というべき解除の局面において、「契約の重大な不履行」のように規範性が高い概念を解除権発生判断基準とすることは、判断の予測可能性・透明性を低くするもので妥当でない。

また、従前の実務にあっては、「民法541条に定める過程を経れば解除権が発生する」ことが、債務不履行をした当事者の相手方の期待利益の一部をなしており、「契約の重大な不履行」を解除権発生基準とすれば、このような期待利益を害する可能性が大きい。なお、この点につき、催告の規範性等を指摘し、同条の解除規範は必ずしも明瞭でなかったと指摘する見解もあるが、実務における大多数の催告は規範性の高いものとはいえ、民法541条の解除規範自体は十分な明確性を保っている。解除については、現行民法の規定を基本的に維持するとともに、従前、判例によって形成されてきた解除準則の一部を法典に取り込む形で若干の法改正を行うべきである。

新たに成文化を検討すべきものとしては、①判例法理により、無催告解除が認められてきたケース、②同じく、判例法理により、些末な付随義務違反の場合など契約解除が認められなかったケースに関する規範を挙げることができる。

## 第11 危険負担規範の存廃について

### 1 意見

- ① 危険負担規範は、存置すべきである。
- ② 存置される危険負担規範については、現行民法534条の債権者主義規定については、「引渡し」等の実質的な支配移転にしたがって、その適用場面を大幅に限定する規定を置くべきである。
- ③ 債権者帰責の場合に関する現行民法536条2項は、存置すべきである。

### 2 理由

- (1) 危険負担は、債務者に帰責事由なき履行不能を規律する規範であり、危険負担規範には、債権者側の作為を要さない自動失効的な意義付け（契約の一部不能等の場面において特に有用である。）や実務界に広く定着している危険移転概念との親和性といった点で独自の存在意義が認められる。

存置される危険負担規範のあり方については、従来から批判の多い534条の債権者主義規定について、「引渡し」等の実質的な支配移転にしたがって、その適用場面を大幅に限定する規定を置くべきである。

- (2) 他方、債権者帰責の場合に関する現行民法536条2項に類する規定は何ら不当でなく、むしろ独自の存在意義を有する。

また、労働契約における使用者の「責めに帰すべき事由」の解釈については、すでに裁判例の集積があるから、かかる観点からも、現行民法536条2項は存置すべきである。

## 第12 事情変更の原則について

### 1 意見

- ① 事情変更の原則につき民法に規定を設け、その要件を明定すべきである。
- ② その要件は①契約の成立当時にその基礎となっていた事情が変更すること、②事情の変更は、当事者の予見したもの、または予見できたものでないこと、③事情変更が当事者の責めに帰することができない事由によって生じたこと、④事情変更の結果、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められることと定めるべきである。
- ③ 事情変更の原則の効果としては、契約解除と契約改訂を認め、前者を事情変更の原則の本来の効果とし、後者はあくまで補充的な効果とすべきである。
- ④ 事情変更の原則の効果として再交渉義務を認める場合には、契約の一方当事者から濫用的な再交渉申入れがされた場合に関する規範的当てが不可欠であり、そのような規範的当てができない場合には、事情変更の原則の効果として、再交渉義務を認めるべきではない。
- ⑤ 事情変更の原則の規定を設けるにあたっては、労働契約におけるその適用の有無及び効果について明確にすべきである。

### 2 理由

- (1) 現行民法は、いわゆる事情変更の原則につき規定を設けることなく、この原則は、主に学説において、あくまで契約責任制度の例外としてその要件等が論じられてきた。

一方、裁判実務は、事情変更の原則について、学説により定立された要件論を部分的に取り入れつつ、その具体的適用にあたっては消極的な立場を守ってきた。最高裁判所がこの原則の適用を認めて事件を解決した事例はなく、下級審判決においても契約の解除や改訂を認めたもの（例えば、不動産売買における増額請求、サブリース契約における賃料保証・自動改定条項をめぐるもの等）が散見される程度である。

もっとも、諸外国の立法例や国際的な契約準則をみると、「契約の拘束力」の尊重をうたう一方で、「契約の拘束力」が尽きる場面における事情変更・ハードシップの問題を明文で定めるものが多く、事情変更原則の適用範囲の如何はともかくとして、その要件等を明文で定めるべきではないか、定めるとすれば、その要件をどのようにするかという点が問題となる。

- (2) 事情変更の原則が、あくまでも契約責任制度全体の中で特殊例外的場面を規律する法理であることを示す意味においても、民法に規定を設け、その要件を明定すべきである。事情変更の原則は、一般条項的性格を有する概念であるが、そのことは、同原則の成文化を否定する根拠とはならない。

問題は、その要件をどのように定めるかという点である。

事情変更の原則の要件については、学説上、①契約の成立時にその基礎となっていた事情が変更すること、②事情の変更は、当事者の予見したもの、または予見できたものでないこと、③事情変更が当事者の責めに帰することができない事由によって生じたこと、④事情変更の結果、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められること、からなる要件が示され、最高裁判所がいくつかの判決で断片的に示す要件も上記要件に反するものではない。事情変更原理の要件については、上記①から④までの要件が長く用いられ、裁判実務においてもこの要件を一応の前提として、既に相当数の裁判例が集積されていること（その内容は、既に述べたとおり、この原理の適用を限定的に捉えるものになっている。）、加えて、国際的な契約準則の規定ぶりに似た要件を導入するならば、外国判例や仲裁事例の影響がわが国の実務に及ぶ可能性があり、不測の事態が生じることが考えられること等の理由から、事情変更の原則の要件については、従前から用いられてきた前記①から④までの内容によるべきである。

- (3) 事情変更の原則の効果である契約解除と契約改訂の関係については、両者の優先・補充関係如何が問題となる。

裁判所による契約改訂は、私的自治が支配する領域に裁判所が介入することを意味し、私法秩序のあり方、裁判所の法原理機関性のいずれとの関係においても緊張関係を生ずる事柄である。したがって、裁判所による契約改訂は謙抑的に捉えられるべきものであり、事情変更の本来的効力は解除権であって、契約改訂は補充的な効果とすべきである。

- (4) 事情変更の原則の要件を充たすとき、その効果として、直ちに契約解除または契約改訂を認めるよりは、まずは当事者間の再交渉により、互譲的な合意に達し契約関係が円満に維持されることが好ましい。したがって、事情変更の原則の第一次的效果として、再交渉義務を定めることに一定の意義を見出すことはできる。しかしながら、仮に、これを無条件に認めた場合には、契約の一方当事者（特に、経済的優位に立つ当事者）が、事情変更の要件を充たさない場合においてまで、相手方に対し再交渉義

務の存在を主張し、執拗に再交渉を求めるような事態が生ずる虞がある。事情変更の原則の効果として再交渉義務を認める場合には、契約の一方当事者から濫用的な再交渉申入れがされた場合に関する規範的手当が不可欠であり、そのような規範的手当ができない場合には、事情変更の原則の効果として、再交渉義務を認めるべきではない。

- (5) 以上、事情変更の原則の要件及びその効果は、従前の裁判実務において認められてきた程度の限定されたものに止めるべきである。その要件を広げすぎたり、強すぎる効果を認めたりすれば、契約関係に極めて不安定な要素を持ち込むことになる。
- (6) なお、労働契約については、労働契約法9条及び10条が定める就業規則変更の法理との関係や、労働契約においては、労働条件の決定・変更は労使の団体交渉を通じて集団的に行われるのが基本的なルールであることを考慮し、民法において、事情変更の原則の規定を設けるにあたっては、労働契約におけるその適用の有無及び効果について明確にすべきである。

### 第13 相殺の遡及効について

#### 1 意見

相殺の効力につき、現行民法506条2項がとる相殺の遡及効を肯定する考え方を変更すべきではない。

#### 2 理由

- (1) 相殺制度に期待される機能として、一般的には、①簡便な決済機能、②決済において当事者間の公平を図る機能、③担保的機能の3つがあると考えられている。

現行民法506条2項は、相殺の遡及効を肯定する。このように、現行民法が相殺適状時に相互に債権・債務が消滅したものととして遡及的な計算をする理由は、決済において当事者間の公平を図るためである。

これは、すなわち、各当事者が負う債務の遅延損害金の利率が異なる場合、偶々意思表示の時期が遅くなると、一方の当事者が多くの遅延損害金を支払わなければならなくなり不公平であり、相殺適状が生じた時点で債権債務が対当額において消滅するという、当事者の相殺への合理的期待を保護しなければ、当事者間の公平を欠くことになるという趣旨に基づくものである。

したがって、現行民法506条2項のとる相殺の遡及効を肯定する考え方を変更するには、相殺の遡及効を否定しても当事者間の公平を欠くことにはならないという取引社会の実態が現に存在すると認められるか、または、相殺の遡及効を肯定することによる弊害が現に生じており、その弊害の程度が当事者間の公平を図るという相殺制度の機能を犠牲にしてでも遡及効を否定することにより防がなければならない程度に達していることが必要である。

しかし、実務的観点からすると、そのような実態が存在するとは認められず、また弊害が発生しているとも言いがたい。

- (2) 確かに、相殺適状が生じた時に直ちに相殺の意思表示をすれば良いとも思われる。

しかしながら、一般の消費者や個人事業者等に、利息制限法等に注意しつつ自己の債権債務の管理を適切に行うことを必ずしも期待できず、消費者等は相殺適状が生じていること自体に気付かないことも少なくない。このような消費者等を保護すべき必

要性は否定できない。

- (3) また、相殺をする場合の銀行取引実務については、東京地裁破産再生実務研究会著「破産・民事再生の実務（新版）破産編Ⅱ」156ページでは、「届出債権者が破産財団に対して破産手続き開始前に生じた債務を負担しており、相殺が可能であるにもかかわらず相殺をせずに債権届出をしてきた場合は、将来相殺がされると遡及効によって債権額が減少することから、破産管財人は相殺予定額について異議を述べることになる、とされている。

さらに、金融機関が破産手続き開始後に破産財団に属する預金について相殺権を行使した上で債権届出をする場合、銀行取引約定で相殺実行の日までの利息・損害金を請求できる規定がある場合でも、相殺の遡及効を主張して相殺適状後の利息・損害金について異議を出した破産管財人に銀行取引約定の効力を対抗できない、との判例がある（東京地判昭47.6.28金融法務事情660号27頁）。

それゆえ、仮に相殺の遡及効を否定する改正を行うならば、破産手続実務にも大きな影響が出ることになる。破産手続において、相殺の意思表示時点で差引計算をする銀行の利益は、他の利益や公平を図る要請を犠牲にしてまで守らなければならない利益であるとは考えられない。

したがって、相殺の効力につき、民法506条2項がとる相殺の遡及効を肯定する考え方を変更すべきではない。

#### 第14 相殺の効力の制限について

##### 1 意見

現在の判例・実務と同じく、原則として相殺予約を差押債権者等に対抗することを認めてよく、その旨を明文化すべきである。

##### 2 理由

- (1) 相殺予約は、主に、銀行等金融機関の預金担保貸付で問題となる。

銀行等金融機関は、貸付けを行うにあたり、差押えが行われた場合等は債務者が有する貸付債権の期限の利益が失われ、いつでも預金債権と相殺が可能となるという合意をしておき、預金債権からの優先的回収を図るのが一般である。

- (2) この預金担保貸付の理論的根拠となっているのが、最高裁昭和45年6月24日大法廷判決である。

同判例は、相殺と差押えのどちらが優先するかについて、差押を受けた第三債務者について、その債権が差押後に取得されたものでないかぎり、自働債権および受働債権の弁済期の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、差押後においても、これを自働債権として相殺をなしうるものと解すべきであると判示した（無制限説）。

また、相殺予約についても、契約自由の原則上、有効であると判示した。

相殺予約等を認めた昭和45年6月24日の最高裁大法廷判決以降、預金担保貸付は、確実な担保手段として金融実務に定着し、預金を引当てとした銀行から企業に対する貸付けが広く行われている。差押えを行う方にとっても、銀行預金に対する差押えは貸付けがある場合には奏功しないことを予想して行っているのが実情である。このように安定して運用されている実務を、今あえて法改正によって変えるべき必要はない。

## 第15 債権の消滅時効の起算点について

### 1 意見

債権の消滅時効の起算点について、いわゆる主観的起算点を創設すべきではなく、現行民法の規律を維持すべきである。

### 2 理由

- (1) 契約上の債権については、「権利を行使することができる時」（客観的起算点）と、債権発生の原因及び事実を知ったとき」（主観的起算点）の間に齟齬が生じることはほとんどないと考えられる。

そうすると、主観的起算点が主として問題となるのは、法定債権についてであるところ、不法行為に基づく損害賠償請求については、現在でも、債権の消滅時効について主観的起算点が設けられていることからすると（現行民法724条）、實際上、主観的起算点が問題となるのは、事務管理及び不当利得に基づいて発生する債権についてである。

現在、事務管理及び不当利得に基づいて発生する債権について、いわゆる主観的起算点を認め、いわば早期に債権を時効消滅させなければならないとの実務的な要請はない。さらに、契約上の債権についても、主観的起算点の創設により、早期に債権を時効消滅させる必要があるかも疑問である。

このような意味で、債権時効の消滅時効の起算点につき、いわゆる主観的起算点を創設することを裏付けるに足りる立法事実は存在しない。

- (2) 現行民法166条1項の「権利を行使することができる時」（客観的起算点）は、一見、一義的な要件に見えるが、具体的な適用にあたって、数々の紛争があり、それが最高裁判所の判決等によって解決されてきたことは周知の事実である。

仮に、債権の消滅時効の起算点について、いわゆる主観的起算点を創設した場合、客観的起算点以上に、その具体的な適用にあたって、数々の紛争が生じ、混乱が生じる可能性が極めて高い。

- (3) 以上から、債権の消滅時効の起算点について、いわゆる主観的起算点を創設すべきではなく、現行法の規律を維持すべきである。

## 第16 債権の消滅時効の効果について

### 1 意見

債権の消滅時効の効果について、現行法の規律を維持し、いわゆる履行拒絶権構成は採用すべきではない。

### 2 理由

- (1) 債権の時効消滅の効果につき、いわゆる履行拒絶権構成を採用したとしても、履行拒絶がなされた場合の判決主文は請求棄却である。また、消滅時効の訴訟法上の位置付けは抗弁である。

そうだとすると、実務的な立場からは、現行民法の権利消滅構成を変更し、あえてこのような履行拒絶権構成を採用すべき理由は見出すことができない。

さらに、債権の消滅時効についてのみ、取得時効や、債権以外の財産権の消滅時効と異なった法的構成を採用する根拠に乏しい。

(2) 現行の法体系においては、「消滅時効の援用」、「債権の消滅」という概念は、民法以外にも採用されている。

例えば、会計法は、その30条において、「金銭の給付を目的とする国の権利で、時効に関し他の法律に規定がないものは、5年間これを行わないときは、時効に因り消滅する。国に対する権利で、金銭の給付を目的とするものについても、また同様とする。」と、その31条1項において、「金銭の給付を目的とする国の権利の時効による消滅については、別段の規定がないときは、時効の援用を要せず、また、その利益を放棄することができないものとする。国に対する権利で、金銭の給付を目的とするものについても、また同様とする。」と、その31条2項において、「金銭の給付を目的とする国の権利について、消滅時効の中断、停止その他の事項（前項に規定する事項を除く。）に関し、適用すべき他の法律の規定がないときは、民法の規定を準用する。国に対する権利で、金銭の給付を目的とするものについても、また同様とする。」と、それぞれ規定する。

仮に、履行拒絶権構成に基づく改正がなされた場合には、これらの法律の改正も必要になるが、そのような改正を行うべき実際的理由は存在しない。

#### 第17 時効によって消滅した債権を自働債権とする相殺について

##### 1 意見

時効によって消滅した債権を自働債権とする相殺の効力に制限を設けるべきではなく、現行民法508条の規律を維持すべきである。

##### 2 理由

現行民法508条の立法趣旨、すなわち、いわゆる相殺の担保的効力の保護や、「かような例外を設けたのは、対立する両債権の当事者が相殺することができる状態に達したときには、特に意思表示をしなくとも、ほとんど当然に清算されたように考えるから、この信頼を保護しようとした」こと（我妻榮・民法講義Ⅳ・325頁）は、現在においても妥当する。

したがって、時効によって消滅した債権を自働債権とする相殺の効力に制限を設けるべきではなく現行民法508条の規律を維持すべきである。

#### 第18 人格的利益の侵害による損害賠償請求権の消滅時効期間について

##### 1 意見

① 人格的利益の侵害による損害賠償請求権につき、消滅時効期間を長期化する特則を設けるべきである。

② 上記特則が、人格的利益の軽微な侵害の場合に適用されるか否かはなお検討を要する。

##### 2 理由

(1) 生命・身体・名誉等の人格的利益に対する侵害があったときには、被害者たる債権者は、通常的生活を送ることが困難な状況に陥り、物理的にも、経済的にも、精神的にも平常時と同様の行動をとるよう期待することができない状況になることがありうる。

他方、加害者たる債務者は深刻な被害を他人に生じさせたのであるから、他の場合

に比べて強度の負担や不安定にさらされることになっても仕方がない。

したがって、声明・身体・名誉等の人格的利益に対する侵害の場合には、時効期間を長期化する特則を設けるべきである。

- (2) 上記(1)の債権消滅時効期間の長期化の趣旨は、人格的利益の軽微な侵害の場合には妥当しない。

したがって、本来の趣旨からすると、人格的利益の軽微な侵害については、上記(1)の特則を設ける必要はない。

しかし、何を以て「軽微」とするかは、極めて困難な問題であり（少なくとも、請求額（訴額）を基準とすることは妥当ではない。）、この点は、なお、検討を要する。

## 第19 役務提供契約と準委任契約について

### 1 意見

- ① これまでの典型契約に加えて、役務提供契約という類型を設けるべきだとの見解があるが、他の典型契約、とりわけ準委任との区別について適切な基準を見出し難く、現状では役務提供契約の概念を設けるべきではない。
- ② 準委任についても現行民法の概念を維持すべきである。

### 2 理由

- (1) 改正検討委員会の基本方針は、新たに役務提供契約という類型を設け、この役務提供契約規定が、雇用（現行法と同じ）・請負（目的物の引渡を観念できる場合に限定する）・委任（準委任は「第三者」との間での事務処理を行う場合に限る）・寄託（現行法と同じ）のいずれにも当てはまらない役務提供契約の一般的な受け皿規定として適用されるとする。

また、基本方針のもとでは、役務提供契約か委任契約かによって、主として下記の3点で法律効果が異なる。

- ① 委任者の任意解除（告知）における損害賠償の範囲については、受任者に不利な時期に解除した場合は、「受任者が被った損害を賠償すべき」だとして履行利益の賠償も認めるのに対し、履行割合型の役務提供契約では、役務受領者の任意解除の場合の損害賠償の範囲は、「履行の割合に応じた報酬及びその中に含まれていない費用」に限られ、履行利益全体には及ばないとする。
- ② 委任では有償・無償を問わず、受任者の任意解除（告知）権を原則的に認め、「委任者に不利な時期に解除した場合」には損害賠償で調整しているのに対し、有償での役務提供者が任意解除できるか否かについては、基本方針は、これを否定し、または、やむを得ない事由がない限りは解除権を認めないとする。
- ③ 委任については、委任者または受任者の死亡が「委任の終了事由」となるのに対し、基本方針のもとでは、役務提供契約の当事者が死亡した場合は、特段の規定が置かれていないので、一般原則に従い役務提供の義務ないしこれを受ける権利の相続の問題になると解される。

- (2) しかし、このような基本方針の考え方には、重大な疑問がある。

すなわち、基本方針は、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委託する」契約であると定義しているのので、基本方針のもとでは、それ以外の「本人」との間での事務処理を委託する契約は役務提供契約となると解される。

ところが、「第三者」との間での事務処理になるか否かは、以下のとおり偶然の事由に左右されることがあり区別の基準として妥当でない。

例えば、医師との診療契約についても、患者本人が意思表示可能なときは、医師は患者本人からの依頼を受けて診療行為を行うことになるが、この場合の患者との間の契約は、「第三者」との事務処理を委託する契約ではないから、基本方針の立場では役務提供契約となると解される（医師は、患者本人に報酬請求すると考えられる。）。

これに対し、患者本人が重症で意思表示ができず、医師がその親族に依頼されて診療行為を行う場合は、基本方針の考え方を貫けば、親族と医師との間の契約は、「第三者である患者との間での事務処理を行うことを委託する」ものとして準委任となるものと解される（医師は、親族に診療報酬を請求すると思われる）。

そうすると、患者本人の意思表示が不可能である場合は準委任となり、患者本人の意思表示が可能な場合は役務提供契約となるので、結局のところ、このような例では、契約の目的である診療行為の形態及び契約当事者間の信頼関係の程度に差はないのに、患者本人の意思表示が可能か否か、そのために患者が本人となるか、あるいは第三者となるかという偶然の事由によって、法的効果が異なる結果を招くことになり、妥当でない。

- (3) 仮に、新たに役務提供契約という類型を設けるとしても、準委任と役務提供契約とを区別をするに当たっては、「第三者との間」での行為か否かではなく、契約の目的となった行為の形態の違いによる区別をするか、または契約当事者間の高度な信頼関係が必要な契約については委任、そこまでの信頼関係を必要としない契約については役務提供契約とする方が合理的である。

しかし、このような考え方を取った場合でも、「行為形態の区別の基準をどのようにすべきか」や、「信頼関係の高さの程度の如何」について明確な基準を立てることは困難である。

その意味で、現状では、準委任と区別された役務提供契約の概念を設けることは困難である。

したがって、少なくとも、当面は、役務提供契約なる概念を設けるべきではなく、準委任も含めて現行の考え方を維持すべきである。

## 第20 請負契約における担保責任の存続期間について

### 1 意見

請負契約における担保責任の存続期間については、現行法の規律（民法637条、638条1項）を維持し、引渡時（引渡しを要しない場合は仕事終了時）から一定の期間（1年、5年、10年）とすべきである。

### 2 理由

改正検討委員会の基本方針では、仕事の目的物に瑕疵があることを「知ったとき」（注文者が一般私人・消費者の場合）または「知ることができたとき」（注文者が事業者の場合）から、合理的期間内に瑕疵を通知しなければ原則として瑕疵についての責任追及ができないとしている。

しかし、少なくとも注文者の消費者に対して、「瑕疵を知ったとき」から合理的期間内に通知しなければならないとすると、消費者保護にそぐわない。

また、注文者が事業者である場合も、例えば小売業を営む中小事業者は、必ずしも請負契約には精通しておらず請負の目的物に瑕疵があるか否かの調査能力は乏しいので、瑕疵を「知ることができたとき」から合理的な期間内に瑕疵を通知しなければならないとするのは中小事業者の保護に欠けることになる。

特に、これらの不都合は、請負の目的が建物等土地の工作物であるときに顕著となる。

従って、請負契約における担保責任の存続期間については、現行法の規律（民法637条、638条1項）を維持し、引渡時（引渡しを要しない場合は仕事終了時）から一定の期間（1年、5年、10年）とすべきである。

## 第21 下請人（復受任者）の直接請求権について

### 1 意見

注文者と下請負人（復受任者）との法律関係について、下請人（復受任者）の注文者に対する報酬の直接請求権を下請代金額（復委任の報酬額）の限度で認める見解があるが、請負人（受任者）に対して物品を販売した売主等の他の債権者との間で救済のあり方に不公平が生じ、かつ請負人（受任者）破産の場合の処理に混乱を来すことになるので、認めるべきではない。

### 2 理由

- (1) 改正検討委員会の基本方針は、例えば注文者が請負人に建物建築工事を注文し、請負人が注文者の了解を得て下請人に工事の一部を注文した場合、下請人の報酬債権と請負人の報酬債権の履行義務の重なる限度で、下請人は注文者に対して直接に支払を請求することができるとする（復受任者については復委任の報酬額の範囲内となる）。

この点、基本方針の立場では例えば請負人に建築資材を販売した売主、資材置き場や駐車場として土地を貸した貸主などは、下請人や復受任者ではないので注文者に対する直接請求が認められない。

他方で、基本方針は、債権者代位権について、現行の判例通説が認める「相殺による事実上の優先的回収」を否定している。

その結果、上記の売主や貸主は、請負人が支払をせず無資力となった場合に、注文者に対して債権者代位権を行使して優先的回収を受けることができず、かつ下請人（復受任者）と異なり直接請求権も認められないので、現行実務と異なり、救済のあり方に不公平が生じ妥当ではない。

- (2) また、基本方針の直接請求の考え方を貫くと、請負人（受任者）が破産手続開始決定を受けた場合にも、下請人（復受任者）から注文者への直接請求が認められ、請負人（受任者）の破産管財人が注文者へ報酬請求しても、その直接請求権の金額の範囲内で支払を受けられないことになる可能性がある。

そうすると、基本方針の考え方では、現行破産法45条による処理（破産が優先し、下請人等の債権者代位請求等が否定される）との乖離が大きくなって、直接請求の場合に同条のような手当がなされない限り混乱が生じるものと思われる。

- (3) したがって、下請人（復受任者）の注文者に対する直接請求権を認めるべきではない。

## 第22 労働契約と民法における雇用との関係について

### 1 意見

雇用に関する民法の規定を、労働契約法等の趣旨を尊重する形に修正すべきである。  
具体的には、①民法623条を「雇用は、当事者の一方が相手方に対し、使用されて労働し、相手方がこれに対して賃金を支払うことについて、双方が合意することによって、その効力を生ずる」と、労働契約法6条の文言に即した規定とすべきである。

また、②民法627条1項を、「当事者が雇用の期間を定めなかったときは、各当事者は、労働契約法及び労働基準法の規定に反しないかぎり、いつでも解約の申入れをすることができる」とすることが検討されるべきである。

## 2 理由

雇用に関する民法の規定を、労働契約法等と統合するまでの間の補充規定と位置付けるのであれば、雇用（労働）契約の解釈に関する疑義・紛争を回避すべき、雇用に関する民法の規定を労働契約法等の趣旨を尊重する形に修正すべきである。

以上