

民法（債権法）改正 その2

—「民法（債権関係）改正に関する中間的な論点整理」に対する意見書について—

ほとんどの弁護士にとって、債権法（民法）は、日常業務の中で最も使う法律とっていいだろう。逆にいえば、実社会で債権法がどのように使われているのかを最もよく知るの、は、弁護士であるともいえる。したがって、私たち弁護士にとって、債権法改正の議論にあたり、実務経験を踏まえた提言をしていくことは社会的使命でもある。

本誌は、2009年6月号で、「民法（債権法）改正その1」として特集を組んだ。当時は、同年3月に内田貴氏を中心とする学者グループによる「改正試案」が出た直後だったため、その問題点を法律実務家の視点から整理する特集となった。

その後、同年11月から法制審議会民法（債権関係）部会の審議が始まり、本年4月には、同部会

から「中間的な論点整理」が出されて、パブリックコメントが募集された。

これを受けて、当会は、関係委員会等の詳細な検討を踏まえて、本年7月に意見書Ⅰ（改正目的との関係で特に重要な論点についての意見書・58頁）及び意見書Ⅱ（論点全般についての意見書・415頁）を法務省に提出した。意見書Ⅰ及びⅡは、後述のとおり（次頁）、当会ホームページからダウンロードできるので、ぜひとも今後の議論にご活用いただきたい。

本特集は、これを機会に、その意見書Ⅰ及びⅡの膨大な内容を、コンパクトに解説するものである。本特集が意見書Ⅰ及びⅡのご理解・ご活用の一助となれば幸いである。
（伊藤 敬史）

「民法（債権関係）改正に関する中間的な論点整理」に対する意見書について

法制委員会副委員長 児玉 隆晴（40期）



1 中間的な論点整理に対する意見書の作成と提出

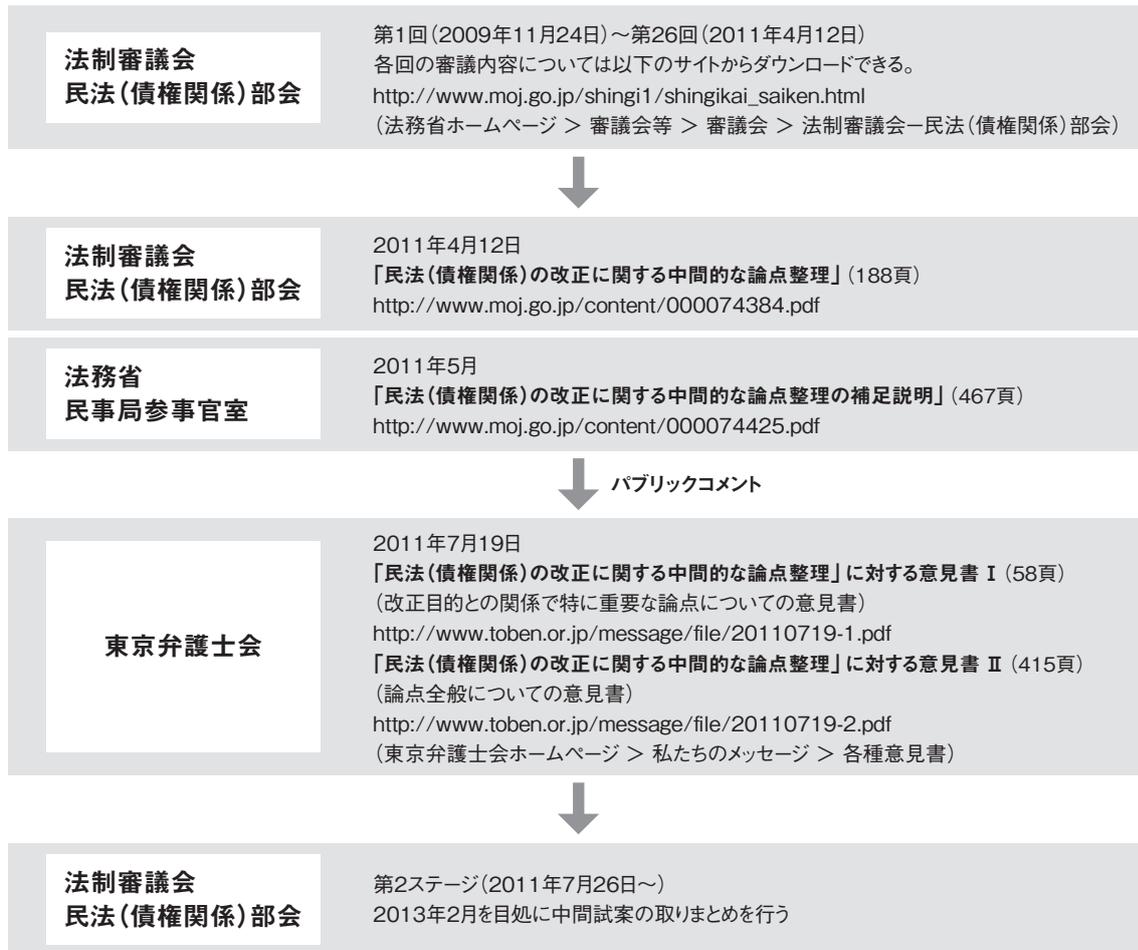
当会の法制委員会では、かねてから民法（債権法）改正に関する研究・検討を重ねてきていた。そうしたところ、法務省が本年6月上旬に、「民法（債権関係）改正に関する中間的な論点整理」に対するパブリックコメントを行うと発表したことから、同委員会では、当会の各委員会・各会派からの意見聴取

をもとに本年7月上旬にパブリックコメント意見書原案を作成して理事会に上程した。

そして、理事会はこれを可決承認して同月11日の常議員会に上程し、同日と同月19日の常議員会での慎重審議を経て可決承認を受け、当会の正式な意見書として同月20日に法務省宛に提出した。

この意見書は、「改正目的との関係で特に重要な論点」についての意見書Ⅰ（全58頁）と「論点全般」についての意見書Ⅱ（全415頁）から成り立つ大部の

民法(債権関係)改正の流れと東京弁護士会意見書の位置づけ



ものであり、本稿でその全てについて紹介することは不可能であるので、以下、重要な点に絞り、かつ改正の背景事情と意見書の趣旨を含めてその内容を明らかにしたい。なお、意見書の全体を鳥瞰していただくために意見要旨を別途掲載(12-13頁)したのでご参照いただきたい。

2 民法(債権法)改正の契機と経緯

民法(債権法)改正の動きが活発化しはじめたのは、2005年(平成17年)10月に加藤雅信教授を始めとする20名の民法学者が構成する民法改正研究会が発足し、その後2006年(平成18年)10月に法務省参与の内田貴氏始め26名の民法学者が中心となって構成した民法(債権法)改正検討委員会(以下「検討委員会」という)が発足した頃からである。

とりわけ、この検討委員会には、法務省の民法改正担当者などの幹部が参加したことから、法務省の諮問委員会という性格があるとの見方が有力であり、しかも「学者有志の集まり」という建前から、弁護士始め実務家が一切参加を認められなかったという大きな問題があった(民法改正研究会も「学者有志の集まり」であったが、後半には多くの実務家の参加が認められている)。

その後、検討委員会が、2年半に渡り研究を重ね、集大成として2009年(平成21年)3月に「債権法改正の基本方針」(商事法務別冊NBL126号 以下「基本方針」という)を発刊したが、これに掲載された改正案は、市場のグローバル化進展に伴い「取引法の国際的調和を図ること」、すなわち「民法の規定を国際的な取引ルールに近づけること」を最大の目的としているものと思われる(基本方針6頁の設立趣意書参照)。

法制審議会 民法(債権関係)部会 委員等名簿

部会長	早稲田大学総長	鎌田 薫			
委員	法務省経済関係民刑基本法整備推進本部参与	内田 貴	幹事	最高裁判所事務総局民事局第一課長	朝倉 佳秀
	株式会社千足屋総本店代表取締役社長	大島 博		東京大学教授	大村 敦志
	弁護士(第一東京弁護士会所属)	岡 正晶		最高裁判所事務総局民事局第二課長	岡崎 克彦
	消費生活専門相談員	岡田ヒロミ		東京大学教授	沖野 眞巳
	株式会社みずほ銀行法務部担当部長	岡本 雅弘		慶應義塾大学教授	鹿野菜穂子
	東京瓦斯株式会社総務部法務室長	佐成 実		東京大学教授	神作 裕之
	日本労働組合総連合会総合労働局長	新谷 信幸		京都大学教授	潮見 佳男
	法務省大臣官房審議官	團藤 丈士		弁護士(東京弁護士会所属)	高須 順一
	弁護士(大阪弁護士会所属)	中井 康之		法務省民事局参事官	筒井 健夫
	東京大学教授	中田 裕康		東京大学教授	道垣内弘人
	最高裁判所事務総局民事局長	永野 厚郎		法務省民事局民事法制管理官	萩本 修
	学習院大学教授	能見 善久		東京大学教授	畑 瑞穂
	学習院大学教授	野村 豊弘○		弁護士(第二東京弁護士会所属)	深山 雅也
	法務省民事局長	原 優		内閣法制局参事官	森 英明
	京都大学教授	松岡 久和		慶應義塾大学教授	山川 隆一
	一橋大学教授	松本 恒雄		早稲田大学教授	山野目章夫
東京地方裁判所判事	村上 正敏	一橋大学教授	山本 和彦		
東京大学教授	山下 友信	京都大学教授	山本 敬三		

(平成23年7月26日現在)

(注)○印は法制審議会委員を示す。

3 法制審議会の発足と 中間論点整理の問題点

その後、法務省は同年11月に法制審議会民法部会(以下「部会」という)を発足させ、委員・幹事総勢38名(その後37名に変更)のうち弁護士会からは当会の高須順一会員(幹事)を含め4人の委員・幹事を選任した。

しかし、全体的に在野の実務家委員が極めて少なく、しかも民法学者19名(内田参与を含む)の委員のうち14名が検討委員会のメンバーであり、部会長も検討委員会の鎌田委員長が就任したため、部会の議論が検討委員会ペースで進むことが懸念された。

これに対し、法務省は、当初、特定の改正案を支持するものではなくゼロから議論すると表明したが、実際には部会の検討資料で取り上げられた論点のほとんどが基本方針に記載された論点であり、改正案の選択肢として検討委員会案を挙げて検討を求めるといったケースが圧倒的に多く、事実上、検討委員会案が改正案の「たたき台」となっている。

また、中間論点整理に記載された改正の方向性も、ほとんどが検討委員会の挙げた方向性と同じか、ある

いはこれを示唆するものとなっている。

なお、法務省は本年1月までは、パブリックコメントを行うとしつつも回数については明らかにせず1回のみで終わるおそれがあった。

そのため、昨年度の当会法制委員会では、基本的には今回の意見書と同旨の意見書を作成し、昨年度の理事会会の承認を得て、去る1月11日に部会に対し緊急にこれを提出したが、その影響もあって、法務省は2回目として「中間試案に対するパブリックコメント」を行うと発表した。

しかし、最近発表されたスケジュールでは、概ね2013年(平成25年)2月を目処に中間試案をとりまとめてパブリックコメントを行う予定であるとしており、依然として急ピッチで改正を進めようとしている。

4 意見書の概要

今回の民法改正については、立法事実の存在や実務上の必要性についての疑問・批判が多い。実際にも、部会(第一読会)の検討資料において、立法事実の存在等について説得的な論拠が示された論点は乏しい。

これに対し、法務省は、全体で500を越える論点についての検討のための部会（第一読会）をわずか全20回程度しか予定していなかったにもかかわらず、そのうちの冒頭の2回を「民法改正の必要性ないし目的」についての審議に当てた。

そして、部会は立法事実の存在等についての疑問・批判に答える形で、主として「国民に分かりやすい民法の実現」と「社会・経済の変化への対応」のために、民法（債権関係）改正を行う必要があるとした。

このうち、「国民に分かりやすい民法」は、重要な判例等を法文化するなどして民法典を国民やユーザー（企業・団体等）に分かりやすくすることを目的としており、そのための改正を行うことは基本的には妥当である（但し、判例の射程距離のいかんと、細かな論点についての判例の法文化については、問題がある）。

次に「社会・経済の変化への対応」については、法務省はその具体的な内容を明らかにしていないが、それが「国民生活の様相の著しい変化に対応」することを意味すると説明している。

この点、立法事実の存在等についての疑問・批判に答えうるほどの「社会・経済の変化への対応」でなければならないのであるから、それは「国民・ユーザーにとって重要な、ないし核心的な変化への対応」を内容とするものでなければならないと考える。

そして、今回の改正において、法務省は、不当条項排除などの消費者規定を民法に「一般化」ないし「契約一般に適用されるルール」として取り込み、「民法において情報や交渉力等の格差への対応を図る」ことを提案している（部会資料13-2 1頁以下）が、このことは「社会・経済の変化への対応」の少なくとも重要な要素として「格差拡大への対応」が存在することを意味する筈である。

のみならず、今日では民法の規定対象となる私人に

は、世界的な事業展開を行う巨大企業から、一般市民ないし消費者や町場の商店・工場などの中小零細事業者まで多種多様な者が含まれ、この間の情報や交渉力等における格差が著しく拡大しているのであるから、一般市民ないし消費者や中小零細事業者などの圧倒的多数の国民・ユーザーにとって、「格差拡大への対応」は極めて重要である。

それ故、立法事実の存在等についての疑問・批判が多い今回の改正においては、「格差拡大への対応」こそが「社会・経済の変化への対応」の中心をなし、真にそのための改正であれば是認される（そうでなければ是認されない）と考えるのが妥当である。

ところが、この度の中間的な論点整理（以下「論点整理」という）においては、以下のとおり、「国民に分かりにくい見解」のみならず「格差拡大のおそれがある見解」が多く提示ないし示唆されている。

これらは、そのほとんどが検討委員会案と同じものであるが、そもそも部会の設置・運営が検討委員会のペースで進められており、かつ検討委員会案が、基本的には「交渉力等の優位者間の関係を規律する」国際的な取引ルールとの整合性を改正目的として最も重視しており、その反面とりわけ「格差拡大への対応」という目的がより重要度が低いとされて、内容的に後退していることによるものであると思料される。

以下、論点整理に挙げられたもののうち、上記のような重大な問題がある部分を列挙する。

(1) 債務不履行による損害賠償責任の免責事由について(意見書I, 5頁以下参照)

現行民法の解釈においては、債権法の基本原理として過失責任主義が支配的であったが、検討委員会はこのことを「19世紀の古い法原理」であって、理論的にも破綻している（同原理の前提である「債務者の

行動の自由」がそもそも認められない)として排除している。

そして、「帰責事由」概念を、過失責任主義の帰結であるとして排除し、国際的な取引ルールの背後にある英米法の保証責任を参考にして、「契約により引き受けていない事由」という新たな免責文言を作出し、提唱している(基本方針136頁以下)。

この点、法務省も、免責事由の論点整理において、直接は法文化の対象ではないにもかかわらず先に「損害賠償責任の帰責根拠」の検討を行う必要があるとし、過失責任主義の問題点を指摘した上で、「契約の拘束力」を帰責根拠とする考え方を提示し、「帰責根拠との関係から見て妥当な免責文言は何か」を今後検討することを提案している。

しかも、法務省は、「契約の拘束力」を帰責根拠とする考え方を「ストレートに表現した」免責事由として、「契約により引き受けていない事由」の考え方があるとしている(部会資料5-2 31頁)ので、この論点整理は結局のところ「契約により引き受けていない事由」の考え方を中心に今後検討することを示唆しているものと思われる。

しかし、この「契約により引き受けていない事由」という文言は、曖昧であり、かつ債務の引受け(債務確定)の問題との間で混乱が生じるなど、国民に分かりにくい。

のみならず、この見解では、交渉力等で優位の者(以下「優位者」という)が過度の免責否定条項(あらゆる履行障害リスクを「債務者(劣位者)が引き受けた」とする旨の条項)、あるいは過度の免責条項(あらゆる履行障害リスクを掲げて「これらを引き受けていない」旨の条項)を契約書に記載することを容認する傾向が生じ、これにより劣位者が不利益を被るおそれがある。

よって、この見解は「格差による不利益を生じさせるおそれ」があり、妥当ではない。

これに対し、現行の「責めに帰すべき事由」という概念も、何がこれに当たるかが不明であるという点で分かりにくさがあるが、これについては「不可抗力、債権者または第三者の行為」などの例示を加えて法文化することにより分かりやすくなると思料する(例えば「不可抗力、債権者または第三者の行為その他債務者の責めに帰することのできない事由」と規定するなど)。

また、「責めに帰すべき事由がなくても債務者は責任を負う」旨の過剰な免責否定条項や、「責めに帰すべき事由があっても債務者は責任を負わない」などの過剰な免責条項による格差拡大の危険性を指摘する意見もあるが、現行実務ではそのような契約例をほとんど見ない。これは「責めに帰すべき事由」が「責任を取るべき事由」という意味での規範的な概念として理解されているため、このような「あからさまな契約条項」を設けることが当事者において憚られる状況にあるからである。

従って、「国民にとっての分かりやすさ」のみならず「格差拡大への対応」の見地から見ても、現行の帰責事由の考え方を基本とし、上記のとおり分かりやすくするための改正をする考え方によるのが妥当である。

(2) 損害賠償の範囲について

(意見書I, 9頁以下参照)

次に、検討委員会は、損害賠償の範囲については、同じく英米法を参考に、いわゆる「予見可能ルール」の考え方を採用している(基本方針139頁以下)。

この点、法務省も、論点整理において、民法416条については、2項の特別損害のみならず1項の通常損害の規定についても、「損害賠償の範囲に関する具体的な規範が読みとりづらい」として「規律の明確化」

の可否を検討するとしている。このことは、損害賠償の範囲の明確化に適した「予見可能ルール」の考え方を今後検討すべき旨を示唆していると思料される。

しかし、「予見可能ルール」の考え方に立って契約書を作成するようになれば、優位者は、契約書の中に相手方（劣位者）の予見可能性を拡大させるための文言（優位者にとっての「契約の目的」や「目的物の使用予定」の詳細など）を入れようとする傾向が強くなり、そのために契約書のこのような記載によって損害賠償の範囲が著しく拡大してしまい、劣位者に不利益が発生するおそれがある。

従って、予見可能ルールは「格差による不利益を生じさせるおそれ」があるので妥当ではない。

これに対し、現行法の「通常生ずべき損害」は、いわば「他の同種事例において通常認められる範囲の損害」という意味に理解されており、国民に分かりやすいのみならず、損害賠償の範囲について公平に処理をする原則であって「格差拡大のおそれ」も存しない。

従って、損害賠償の範囲についても、現行の「通常生ずべき損害」の考え方を維持するのが妥当である。

但し、民法416条2項の特別損害の規定については、特別事情の予見の主体や予見の時期について明文がなく、これを明らかにするために判例法理の法文化をするなどの改正をする必要がある。

(3) 解除の正当化根拠ないし要件について

（意見書Ⅰ，11頁以下参照）

また、検討委員会は、過失責任主義放棄により、解除は制裁ではなく「反対債務からの離脱の制度」となったとし、国際的な取引ルールを参考にして、解除の正当化根拠及び要件を「重大な不履行」に求めている（基本方針144頁以下）。

この点、法務省は、論点整理において、実務家委

員からの強い指摘を受けて一応は催告解除を原則とする考え方を紹介しつつも、「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と同等の不履行の重大性が基礎づけられる」との考え方を提示しており、「不履行の重大性」を根拠とする（無催告）解除の考え方を検討するための布石を打っているのではないかとの疑いがある。

しかし、「重大な不履行」という概念は国民に分かりにくく、かつ優位者が契約書に「重大な債務履行」の例示（「目的物の取扱説明書は、その内容のいかんにかかわらず、期限内の引渡が重大な債務履行に該当する」など）を規定することによって、劣位者に対して些細な理由であっても解除ができるようになる結果をもたらすおそれがある。

それ故、かかる見解も、「格差による不利益を生じさせるおそれ」があり妥当でない。

これに対し、現行法の催告解除の考え方は、契約の拘束力を維持すべきという大原則のもとで、「催告における相当期間内の本旨債務不履行」という明確で限定的な要件のもとに拘束力解消を認めたものであって、国民に分かりやすく、かつ「格差拡大のおそれ」も存しない。

それ故、解除の正当化根拠及び要件についても、現行の催告解除の考え方によるのが妥当である。但し、判例は付随的義務違反等の場合に例外的に解除権発生を否定しており、現行法ではその点が明確ではないので、これを明らかにするための規定を設ける必要がある、その限度で改正が必要である。

(4) 危険負担制度と解除との関係について

（意見書Ⅰ，18頁以下参照）

さらに、検討委員会は、過失責任主義及び帰責事由概念の放棄等を根拠に危険負担の制度を廃止し、

一方の債務が当事者の帰責事由なくして履行不能となり消滅した場合も、他方の債務を免れるためには解除をするべきであるとする「解除一元論」を採用している(基本方針150頁以下)。

この点、法務省も、論点整理において「解除制度の要件として債務者の帰責事由を不要とする立場を採用した場合」と前置きしながらではあるが、「解除と危険負担の適用範囲の重複問題の処理」のためとして「解除一元化論」を詳しく紹介している。

しかし、かかる解除一元論は「一方の債務が帰責事由無くして履行不能となり消滅した場合も、他方の債務は消滅しない」とするもので、国民の常識に合致せず分かりにくい。

のみならず、解除の方法も分からない一般市民ないし消費者や中小零細事業者らの劣位者に解除を強い、かつ公示送達の方法も分からない劣位者に「解除通知未到達の危険」を負わせるものであって、「格差による不利益を生じさせるおそれ」があり妥当でない。

これに対し、現行の危険負担の債務者主義は、「一方の債務が帰責事由無くして履行不能となり消滅した場合は、他方の債務も当然に消滅する」という国民に分かりやすい制度であり、かつ「格差拡大のおそれ」も存しない。

従って、これについても現行の危険負担制度を存置する考え方が妥当である。但し、現行民法534条の債権者主義における危険の移転時期については、通説・判例をもとに「引渡時」などに限定する方向での改正が必要である。

(5) 債権譲渡の対抗要件について

(意見書Ⅰ, 23頁以下参照)

のみならず、検討委員会は、日本から「統一法モデル発信」の必要があるとし、債権譲渡登記制度を

世界に先駆けて民法に導入すること、すなわち全ての金銭債権譲渡について一律に登記制度を適用することを提唱している(基本方針221頁以下 内田貴氏インタビュー記事「ビジネス法務」2009年7月号22頁)。

この点、法務省も、論点整理において、現行の通知・承諾の制度については債務者のインフォメーション機能が失われていること等から問題があるとして、対抗要件制度の「A案」として、登記一元化の制度を挙げている。

しかし、この登記一元化の制度では、とりわけ中小零細事業者などの少額債権者にとって債権譲渡のコストが高くなり、管轄法務局が全国でも1カ所(東京)しかないことから少なくとも地方の中小零細事業者にとって登記手続きが煩瑣となるなど、債権譲渡自体が困難になるおそれがある。

従って、この見解も「格差による不利益を生じさせるおそれ」があり妥当ではない。

これに対し、現行の通知・承諾の制度は、このような「格差拡大のおそれ」がなく妥当である。但し、この制度においては債権譲渡が競合した場合に債務者に二重払いの危険が生じるなどの不都合があるので、判例法理などをもとにこの点の対処のための改正を行う必要がある。

(6) その他

以下の点についても、論点整理において「格差拡大への対応」ないし「劣位者保護」から見て重大な問題のある見解の提示がなされている(以下、意見書Ⅰの該当ページを掲記)。

①債権者代位権の事実上の優先弁済機能を「一律」に排除すること(20頁以下)

この事実上の優先弁済機能については、債権者地位権の制度趣旨や強制執行・民事保全制度が整備されていることを根拠に原則として否定する意見が有力であるが、これを立法提案（検討委員会案）のように一律に否定すると、同機能が中小零細事業者などの少額債権者保護の機能を果たしてきた意義を失わせることになる。

そこで、一定の債権額の限度で、同機能を維持し債権回収における劣位者の保護を図るとするのが妥当である。

②詐欺行為取消権の事実上の優先弁済機能を「一律」に制限すること（22頁以下）

この事実上の優先弁済機能についても、立法提案（検討委員会案）は債権者取消権の制度趣旨からこれを一律に制限する（3ヶ月又は1ヶ月間は債権者による相殺を禁止する）。

しかし、これでは中小零細事業者などの少額債権者は、早期に債権回収を図るためには債務者の債権者に対する金銭引渡請求権を差し押さえる他はなく、大口債権者が配当加入してきた場合は十分な債権回収ができず不利益となる。

そこで、これについても一定の債権額の限度で、自由に相殺による債権回収を行うことを認め、劣位者の保護を図るのが妥当である。

③相殺の遡及効を否定すること（25頁以下）

立法提案（検討委員会案）は、相殺において意思表示を要求する以上は、遡及効を認めないとするのが理論的に一貫するなどとして遡及効を否定している。

しかし、これでは、例えば預金者は、相殺の意思表示が遅れただけで預金金利と貸付金利との差による損失を受けるおそれがあるところ、一般市民ないし消

費者や中小零細事業者などの劣位者については適宜迅速な相殺を行うことを期待できず、同人らの利益を害する結果となるので妥当ではない。

④時効消滅した債権を自働債権とする相殺を制限すること（26頁以下）

立法提案（検討委員会案）は、時効消滅した債権を自働債権とする相殺を可能としつつ、「相殺の意思表示後一定期間内は、なお時効消滅した債権の債務者は時効を援用できる」としている。

しかし、これでは、例えば時効が完成した過払金返還請求権でもって貸付金債権との間で相殺することも制限されるので、消費者保護にそぐわない。

⑤「個別に交渉又は合意された条項」や「契約の中心部分をなす条項」について不当条項規制の適用を否定すること（29頁以下）

立法提案（検討委員会案）は、「個別に交渉又は合意された条項」は、私的自治の原則から見て不当な条項でも排除されないとしている。

しかし、不当条項排除の制度は、情報や交渉力における劣位者にとって不当な条項を排除してその利益を保護する制度であって、公序良俗や信義則と同様の自由競争の制約原理であるから、私的自治を根拠にその適用除外を認めるのは趣旨が一貫しない。

また、「契約の中心部分をなす条項」について、「中心部分の条項については当事者間で十分に交渉されている筈である」などとして適用除外を認めるのも、上記と同様に妥当ではない。

⑥「再交渉義務」を課すことを前提とした事情変更原則を明文化すること（45頁以下）

立法提案（検討委員会案）は、上記のとおり無過

失責任などの厳しい責任を債務者に課すこととのバランスを考慮して、「再交渉義務」を課すことを前提とした事情変更原則を明文化して債務者保護を図るべきであるとしている。

しかし、「分かりやすい民法」とするために判例が認めて来た事情変更原則を明文化することは格別、相手方に「再交渉義務」を課す場合は、交渉力等の優位者による濫用の危険性が高まる。

なぜなら、このような制度を導入した場合、例えば交渉力等に劣る下請けの中小零細事業者などが、交渉力等に優れる元請業者などから注文を受けて目的物を完成して引き渡した後で、元請業者などから「予期できない経済情勢の悪化による事情変更」を理由に請負代金の減額の交渉（当初契約時に交渉しているので厳密には再交渉）を申し込まれることがあり得る。

この場合、たとえ根拠のない代金減額の要求であっても、事情変更原則を理由とする代金減額再交渉の間は、元請業者などが請負代金の支払いを拒否する権利を有するので、下請業者は裁判提起などの早期の請負代金回収ができなくなる危険性があるからである。

よって、劣位者保護の立場からは、「再交渉義務」を前提とした事情変更原則の明文化は妥当とは言えない。

⑦ 売買における事業者買主、請負における事業者注文主の瑕疵担保責任追及について特別な期間制限を設けること（56頁以下）。

立法提案（検討委員会案）は、民法に「事業者についての特則」を規定すべきであるとし、かつ事業者の瑕疵担保責任の追及について「私人」よりも厳しい制限を課すべきであるとしている。

すなわち、上記提案では、私人間の売買においては、

目的物に瑕疵があることを買主が「知った時」から相当期間内に瑕疵担保責任を追及できるとしつつ、買主が事業者の場合はさらに瑕疵を「知ることができた時」から相当期間内に同責任の追及をするべきであるとしている。

この瑕疵を「知ることができた時」とは実際には目的物の「引渡を受けた時」と認定される危険性があり、とりわけ瑕疵発見能力に劣る中小零細事業者にとっては、瑕疵担保責任追及の期間が著しく制限されてしまうこととなり妥当ではない。

同様に、上記提案は、請負契約において事業者が注文主の場合は、瑕疵を「知ることができた時」から期間制限の起算をするとしているが、これについても瑕疵発見能力による格差拡大の危険性があり、妥当ではない。

5 意見書の趣旨

以上の点から見て、今回の論点整理に対する意見を表明するに当たっては、「国民にとっての分かりやすさ」、のみならず「格差拡大への対応」を実現することを改正の重要目的として掲げ、これとの整合性の観点から各論点について検討することが必要不可欠であると思料する。

そのようなことから、意見書Ⅰにおいては、「改正目的との関係で特に重要な論点」について「改正目的との整合性」の視点から意見を述べ、意見書Ⅱにおいては、この趣旨を踏まえつつ個別の全ての論点について意見を述べたものである。

この点、今回の論点整理「本文」においては、改正目的ないし必要性についての記述が全くなく、別添の論点整理「補足」説明においてこの点を取り上げ

ているのは問題がある。なぜなら、法改正についてのパブリックコメントを行う以上は、「何のために改正を行うか」という改正目的を国民に明示して意見を問うことが必要不可欠であり、かつ最も重要な筈である（そのために異例の長時間の部会審議を行っている）ところ、論点整理本文ではなく補足説明にしか記載がないということは、改正目的についての議論を正面から行うことに何か不都合があるのではないかとの疑念を国民の間に生じさせるからである。

また、法務省は、今回の論点整理において、「事業者に関する特則」や「消費者契約の特則」を民法に取り込む見解（検討委員会案）を提示している。この点、商法や消費者契約法などの特別法の規定を、「契約一般に適用される規定として民法に取り入れる」場合は格別、このような「特則それ自体を民法に取り込むこと」は、妥当とは言えない。

なぜなら、これらの特則を民法に規定することは、民法の一般法としての性格に合致しないばかりか、このような「民法に取り込まれた特則」については、今後の法改正が時機に応じて迅速に行われなくなるおそれがあり、かえって消費者・事業者の利益を害するおそれがあるからである（意見書Ⅰ、3頁以下参照）。

この点、事業者の特則を民法に規定する場合は、これと同じ趣旨を規定した商法の規定は廃止される可能性が高いと史料される。現に、既に有力な商法学者と検討委員会との間で、商行為法の一部についてそのような「やりとり」がされている（日本評論社「法律時報」2011年4月号76頁「債権法改正と日本の将来」の中の江頭憲治郎教授発言参照）。

そうすると、消費者契約の特則を民法に規定する場合も、同様にこれと同旨の消費者契約法その他の特別法の規定が廃止される可能性があり、その結果、消費者保護にもとることとなる危険性があると思料する。

ましてや、上述のとおり、論点整理に記載された立法提案（検討委員会案）は、基本的には民法を優位者間のルールに改変しようとしており、その限度で消費者などの劣位者に厳しいルールとなることは明らかである。

そのことから見て、消費者契約の特則を民法に規定すると、今後はその特則について消費者に不利な解釈が行われ消費者保護に反する事態が生じる懸念も存する。

さらに、立法提案（検討委員会案）によれば、従来の私人間の規律に加えて、消費者と事業者間の規律、事業者間契約の規律、当事者の一方が事業者である場合の規律、及び事業者が行う一定の事業に適用される規律の合計5種類の規律を設けることになる（論点整理183頁以下）。

しかし、これは民法の研究領域や法務省の所管の拡大には繋がるであろうが、民法の規律が著しく複雑になって、改正目的である「国民に分かりやすい民法の実現」と矛盾することは明らかで、「国民のための改正」とは言い難い。

よって、立法提案（検討委員会案）のような、基本的に「優位者間のルールに変える方向」、及び「特別法の特則を取り込むために消費者や事業者の利益にそぐわず、かつ規律が複雑化する方向」での改正は行うべきではない。

むしろ、立法事実の存在や改正の実務上の必要性についての疑問・批判が多い今回の改正においては、改正目的が実現できる場合以外は改正をしてはならないのが原則であるから、「国民に分かりやすい民法の実現」及び「格差拡大への対応」という最も重要な改正目的及びこれとの整合性を重視し、かつ国民やユーザーの利益を擁護する見地から、十分に時間をかけて慎重に検討するべきであると思料する。

東京弁護士会「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見書 I・IIの要旨

特集

民法(債権法)改正へそのとく

論 点	要 旨
第 1 債権の目的	善管注意義務(民法 400 条)、種類物債権の目的物の品質、目的物の特定に関する現行法を維持する。法定利率について変動利率を導入し、遅延損害金の利率については法定利率より高くする。中間利息控除については長期間の変動を平準化したもの(例えば過去 40 年分の平均)とする。
第 2 履行請求権等	債権の効果として請求力・訴求力といった基本的権能が認められることを確認する規定を置くことには賛成するが、追完請求権の明定については慎重に検討する。
第 3 債務不履行による損害賠償 第 5 解除 第 6 危険負担	「帰責根拠を契約の拘束力に求め、契約において引き受けていない事由を免責事由とし、損害賠償の範囲を予見可能ルールで定め、解除につき債務者の帰責事由を不要とし、その結果、危険負担の規定を廃止し解除に一元化する」という改正案は採用しない。基本的には伝統的な判例実務を具体化すべきである。
第 4 賠償額の予定	予定された賠償額が不当に過大又は過小であった場合に、裁判所がその額を減額又は増額することができる旨を明文化する。
第 7 受領遅滞	判例・学説が認める受領遅滞の効果(同時履行抗弁権消滅、特定物引渡の注意義務軽減、増加費用の負担、目的物滅失等の場合の危険移転)を法文化する。
第 8 債務不履行に関連する新規規定	追完権は規定しない。代償請求権については慎重に検討する。
第 9 債権者代位権	債権者代位を本来型と転用型の2つに区分し、本来型については事実上の優先弁済機能を一定の限度額で認める。代位された債権を巡る代位債権者と債務者の関係を明確にする。
第 10 詐害行為取消権	事実上の優先弁済機能を一定の限度額で認める。破産法の否認権と要件の統一を図るという考え方は今回は採用しない。責任説についても検討の余地がある。
第 11 多数当事者の債権及び債務(保証債務を除く。)	連帯保証債務における絶対効の見直しについては、慎重に検討する。連帯の免除について、無資力の他の連帯債務者が弁済することが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民法 445 条は、これを削除することに賛成する。
第 12 保証債務	保証契約締結の際に、債権者に、保証の意味の十分な説明等を義務付ける方向性に賛成する。催告の抗弁の規定は維持すべきである。現行の貸金等根保証契約の規定の適用範囲を、根保証全般に及ぼす方向で検討すべきである。保証人保護の規定を充実させる。個人保証の制度については抜本的な議論を行う。
第 13 債権譲渡	譲渡禁止特約につき譲受人が悪意である場合には、特約を譲受人に対抗できるとの現行法の枠組みは維持することに賛成する。譲渡人につき倒産手続の開始決定があったときは、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗できないとの考え方には基本的に反対する。債権譲渡の対抗要件としては、通知・承諾の制度を基本的に維持しつつ、判例理論を法文化するべきである。金銭債権譲渡について債権譲渡登記に一元化する提案には強く反対。
第 15 債務引受	債務引受(併存的債務引受、免責的債務引受)の要件、効果につき、明文化する。
第 16 契約上の地位の移転	契約上の地位の移転の要件、効果につき、明文化する。対抗要件については、契約・権利の内容に応じた個別の規定を設ける。
第 17 弁済	第三者による弁済と法定代位の関係、「債権の準占有者」の概念、代物弁済の要件・効果、弁済の提供の効果については明確化すべきである。
第 18 相殺	第三者による相殺は導入すべきでない。相殺の遡及効、時効消滅した債権による相殺は否定すべきでない。差押と相殺、債権譲渡と相殺については無制限説を基本に検討すべきである。
第 19 更改 第 20 免除及び混同	更改の要件は明確化すべきである。免除は契約とせず、単独行為のままとすべきである。利益を受ける者の意思の尊重については、遡求的に効力を否定する方向で検討すべきである。
第 21 新たな債権消滅原因に関する法的概念	いわゆる CCP に関する規定は、特別法において検討することとし、民法には規定しない。
第 22 契約に関する基本原則等 第 23 契約交渉段階	契約自由の原則の法文化には賛成する。原始的に不能な契約を法的に有効と規定することかは慎重に検討すべきである。契約交渉の不当破棄、契約交渉過程における説明義務、情報提供義務等の判例を明文化するべきである。
第 24 申込みと承諾	申込みと承諾に関する規定を整備する。
第 25 懸賞広告	懸賞広告について現行法の規定を改める必要はない。
第 27 約款	情報力、交渉力において劣位する者の不利益にならないよう、約款規定を設ける。定義は契約のひな形を含む広い案には慎重。個別交渉があった場合に当然に契約の内容とする考え方には反対。不意打ち条項を明確化。約款の変更の要件等に関しさらに検討。
第 28 法律行為に関する通則 第 37 契約各則―共通論点	「法律行為」概念の維持、「暴利行為」の明文化に賛成する。強行規定と任意規定、強行規定に反する法律行為の効力について、明確にすることに賛成する。
第 29 意思能力	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化する。その効果は無効とすべきであり、取消とする考え方は採用しない。意思能力の定義を事理弁識能力と定める。

論 点	要 旨
第 30 意思表示	第三者保護規定が欠けている心裡留保・錯誤について規定を整備するとともに、既存のものについても一貫した基準のもとに制定しなおす。 民法 94 条 2 項の類推適用の法理を明文化する方向で更に検討する。 不実表示について消費者への逆適用を排除する手当をした上で、民法に一般法化して取り入れる。
第 31 不当条項規制	契約一般に適用される不当条項について規定する。個別交渉によるものや、契約の中心部分でも適用除外は認めない。
第 32 無効及び取消し	相対的無効（取消的無効）の概念を規定する。一部無効や複数の法律行為のうち 1 つの無効について、例外的に全体が無効になる場合を規定する。無効行為の転換や追認は認めない。取消権に関しては基本的に現行法を維持しつつ、抗弁権の永続性についての規定を新設する。
第 33 代理	制限行為能力者の代理権の範囲を限定する。復代理人の選定の要件を緩和する方向で検討する。利益相反行為の規定を拡張する方向で検討する。表見代理の要件を明確化する。表見代理の重畳適用や、無権代理と相続といった典型問題に関する明文規定を置く。
第 34 条件及び期限	条件・期限について、判例の考え方を踏まえて明確に規定する。
第 35 期間の計算	「期間の計算」は法の適用に関する通則法に定めを置くべきではなく、民法に定めを置くべきである。
第 36 消滅時効	「原則的な時効期間を 5 年ないし 3 年に短縮し、時効の起算点に主観的起算点を採用し、当事者間の交渉・協議を新たな時効障害事由とし、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自由に定めることを許容し、時効援用の効果を履行拒絶権とする」という改正案は採用しない。原則的な時効期間は 10 年、時効の起算点を客観的起算点とする現行法を維持すべきである。
第 38 売買総則 ～ 第 41 買戻	瑕疵担保責任を債務不履行責任構成とし、「瑕疵」の内容を明確化するとともに、「隠れた」という要件を削除する。個々の規定の見直しをする。救済方法の整備を行う。買主の受領義務は認めない。買戻については実務上利用が可能となるよう柔軟に任意法規化する。
第 43 贈与	要式契約化、要物契約化、書面によらない贈与の「書面」要件の厳格化については、いずれも反対する。背信行為を理由とする撤回等は認めるが、死因贈与については、相続法の見直しと合わせて検討すべきである。
第 44 消費貸借	従来の要物契約を改めることは慎重に検討する。 諾成契約とする場合には、目的物交付前の撤回権を認める。 抗弁の接続の規定については、趣旨には賛成するが、消費者法に設ける。
第 45 賃貸借	現行の判例実務に従い、賃貸人たる地位の移転・敷金の承継・賃貸借に基づく妨害排除請求権・信頼関係破壊法理に関する規定を置く。目的物が一部利用できない場合に賃料を当然減額とはしないが、滅失の場合には当然終了とする。 適法な転貸借がされた場合の転借人との法律関係について整備する。
第 46 使用貸借	基本的に現行法にそって明確化する。終了事由については、無償契約であることに鑑み、若干拡張する。
第 48 請負	現行法の請負の範囲を維持する。仕事完成が不可能になった場合には、危険負担や債務不履行の一般規定で対応する。下請負人の直接請求権は規定しない。
第 49 委任 第 50 準委任に代わる役務提供型契約の 受皿規定	有償委任に基づく事務の処理が不可能になった場合の報酬請求について、現行民法における帰責性概念を維持し、危険負担法理及び債務不履行法理により処理するべきである。 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定の設置は反対する。
第 51 雇用	民法と労働契約法との関係について現状を維持する。雇用契約の箇所に、安全配慮義務、解雇権濫用の法理や、ノーワークノーペイの原則の明文規定を置くことはしない。
第 52 寄託	諾成契約として規定する。ただし、寄託者は、引渡し前であれば費用を償還することで自由に解除することができることとする。 流動性預金口座に関する規定を新設し、預金債権に関する法律関係を明確化する。
第 53 組合	組合の債権及び債務について、通説的な理解に基づき、規定を明確化する方向に基本的に賛成する。
第 55 和解	現行法通り和解を諾成契約とすべきである。書面契約は要求しない。
第 56 新種の契約	ファイナンス・リースを新たな典型契約とすることについては慎重に検討するべきである。
第 57 事情変更の原則	明文化には賛成する。ただし、濫用の危険に留意しつつ、要件・効果を更に検討する。
第 58 不安の抗弁権	明文化には賛成する。ただし、濫用の危険性に配慮し、適用されるのを先履行義務を負う場合に限定するほか要件を厳格にし、効果も履行拒絶を認めることにとどめるなど、限定的に規定する。
第 60 継続的契約	継続的契約には様々な類型があることに留意して、最大公約数的な規定とするべきである。
第 61 法定債権に関する規定に与える影響	仮に民法 416 条の改正がされるとしても、法定債権については別途議論するべきである。
第 62 消費者・事業者に関する規定	消費者・事業者の概念を規定することには賛成するが、消費者契約の特則及び事業者に関する特則は取り込まず、従来通り特別法で対応する。
第 63 規定の配置	基本的に現行法の配置を維持する。