

民法（債権関係）改正

その3

—中間試案と東弁意見—

「自ら未来をつくることにはリスクが伴う。しかし、自ら未来をつくろうとしないほうが、リスクは大きい」（ピーター・F・ドラッカー『明日を支配するもの』ダイヤモンド社）。今次の民法（債権関係）の改正は、民法の未来を創る作業である。それは同時に、弁護士業務の未来を創る作業でもある。法制委員会は、この3年半にわたり、法制審議会民法（債権関係）部会での審議の進行に対応して、変えることにより生じるリスクに警鐘を鳴らしつつ、変えることそして変えないことによって生じるリスクを避けるための方策を検討し、あるべき民法（債権関係）の姿を追求してきた。

今次の中間試案に対する東京弁護士会の意見書（以下、特に断り無い限り単に「意見書」という）は、熱意に溢れる法制委員会の若手会員が中心となって、3年半の研究検討の蓄積に基づいて、あるべき取引の姿、あるべき救済の形を生みだそうと、原案をまとめたものである。今回の解説もまたその若手会員を主力にして取り組んだものである。意見書は、消費者問題特別委員会、民事訴訟問題等

委員会、民事介入暴力対策特別委員会、労働法制特別委員会との協議を経て取りまとめ、本年4月と5月の常議員会における審議を経て全会一致で採択されたものである。

中間試案には、確立した判例実務を明文化する部分から、確立した判例実務を変更する部分、さらに新たな分野に規律を創設しようとする部分までが含まれている。弁護士会が当初より賛同している部分あるいは当初の意見を変更して中間試案に賛同している部分が量的には多い。また、保証人保護方策の充実や約款規制なども含めて、これまでの法制審議会民法（債権関係）部会の審議を通じて、弁護士会の意見もまた一定の範囲において中間試案に反映していると評価できるが、反映していない部分も少なくない。第三読会において、これらの採否を含めて、要綱の取りまとめに向けた検討が行われる。まさにこれからが正念場となる。

読者におかれては、意見書を参考に、あるべき民法（債権関係）の姿を追求されることを願ってやまない。

法制委員会委員長 篠塚 力



法制委員会民法部会の皆さん

法務省中間試案及び
東弁意見書については
右記よりダウンロード
できる。

法務省中間試案の全文

<http://www.moj.go.jp/content/000108853.pdf>

東弁意見書の全文

<http://www.toben.or.jp/message/testpdf/20130530.pdf>

東弁法制委員会「民法（債権関係）の改正に関する条項対照表」

<http://www.toben.or.jp/message/testpdf/20130530joukou.pdf>

中間試案取りまとめの経緯

法制委員会副委員長 児玉 隆晴 (40 期)

いわゆる民法（債権法）改正の動きが活発化しはじめたのは、2005年に民法学者20名が参加した民法改正研究会、及び翌年に民法学者26名余と法務省参与や幹部が参加した民法（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、後者の検討委員会は、2年半の検討の集大成として、2009年3月に「債権法改正の基本方針」（商事法務別冊NBL126号 以下「検討委員会案」という）を公表したが、これは市場のグローバル化が取引法の国際的調和を促していることを重視し、我が国の民法を、国際取引ルールに近づける方向で改正することを基調としていると解された。

その後、同年10月に、法務大臣が法制審議会に対して民法（債権関係）改正の諮問をし、これを受けて法務省は同年11月に法制審議会民法（債権関係）部会（以下「部会」という）を発足させ、委員・幹事総勢38名（現在は37名）を選任した。弁護士会からは当会の高須順一会員（部会幹事）始め4人の委員・幹事が選任された。

その後、部会は、約1年5ヶ月の第一次検討（第一読会）を行い、法務省は2011年5月に「民法（債権関係）改正に関する中間的な論点整理」を取りまとめ公表し、これに対する国民一般の意見を問うパブリックコメントを実施した。

これに対し、当会は、中間的な論点整理に対する

意見書において、今回の民法（債権関係）改正の目的として、「国民に分かりやすい民法」のみならず「格差拡大への対応」を掲げ、この観点から下記「債権法の基礎部分に関する重要論点について」で挙げる検討委員会案を基にした考え方に反対する意見を述べた。

のみならず、同年7月に部会で第二次検討（第二読会）が始まったので、さらに当会からの出向委員が中心となって原案を作成した合計3本の日弁連意見書においても「格差のある消費者・労働者・中小事業者などが、理由のない不利益を蒙ることがなく、公正で正義にかなう債権法秩序を構築」すべき旨の日弁連指針をもとに、検討委員会の考え方に反対する意見を展開した。

そこで、法務省は、昨年11月に第二読会が終了した頃から、初めて公式に「今後は、法務省自身が適切と考える立法提案を提示する」として、実務家の意見にも配慮した中間試案のたたき台(1)から(5)までを作成して部会に提出し、その後の協議を経て中間試案を確定した。

こうして確定された中間試案を見ると、相当程度、実務家の意見を尊重するスタンスへ方向性が変わってきていることがうかがわれ、今回の民法（債権関係）改正において、当会始め弁護士会の総力を結集した成果が表れたものと思われる。

債権法の基礎部分に関する重要論点について

法制委員会副委員長 児玉 隆晴 (40 期)

CONTENTS

- | | |
|-----------------------|------------|
| 1 債務不履行による損害賠償責任の免責事由 | 3 解除の要件 |
| 2 損害賠償の範囲 | 4 危険負担について |

1 債務不履行による損害賠償責任の免責事由

これは、当会の考えと検討委員会案との間で意見の対立が見られた論点である。

すなわち、検討委員会は、現行民法の帰責事由概念を放棄し、国際取引ルール及びその背後にある英米法の考え方を参考に、「契約により引き受けていない事由」という新たな免責概念を打ち立てようとした。

これに対し、当会は、「この考え方では、交渉力等において優位な者（債権者）が劣位者（債務者）に対し、契約書により目的物の滅失等のリスクを引き受けさせる傾向が生じ、一般国民ないし消費者、中小零細事業者にとって不利益となる」旨反論し、基本的に帰責事由の概念を維持すべきであると主張した。

この点、従来の民法学においては「対等な私人」が当事者とされ、「当事者間の格差」は問題とされてこなかったが、既に判例等においては一定の場合に「情報において優位な立場にある者は、相手方に対して重要な情報を提供する義務がある」旨判示したことがある（最判平成17年9月16日判タ1192号256頁）など、今日の日本では「情報収集力や交渉力等における格差」を民法において問題とせざるを得ない状況にあり、そのような意味で格差拡大への対応が必要となっている。

上記の「契約により引き受けていない事由」という提案に対しては、「引き受け」の意味が分かりにくいという批判（その後、「引き受け」が「負担」の意味である旨の反論があり、この点は一応解決した）を行うとともに、交渉力等の格差による不利益を増大させるおそれがある旨を指摘したが、これはかかる時代認識を前提としているのである。

このような中で、法務省は、中間試案において、免責事由については「当該契約の趣旨に照らして、債務者の責めに帰することのできない事由による不履行の場合には免責される」とする案を提示して、帰責事由概念を維持することを明らかにした。

しかも、ここで言う「契約の趣旨に照らし」とは、契約の文言のみならず「契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき、取引通念を考慮して定まる」旨を言うとの見解を示しており、契約書の記載の仕方のみによって免責の有無を決するという考え方を採用しなかったものである。

それ故、このような免責事由に関する提案については、これまでの当会の主張が受け入れられたものとして、積極的に評価することができると考える。

ただし、この「契約の趣旨」という概念が、取引通念を考慮するものである旨を総則において別途条文にて明らかにすることにより、分かりやすくする必要がある。

そこで、意見書では、この定義規定を総則に設けることを条件に立法提案に賛成する意見を述べている。

2 損害賠償の範囲

これも、当会の考えと検討委員会案との間で意見の対立が見られた論点である。

当初、検討委員会は、現行民法の「通常生ずべき損害」の概念を放棄し、英米法の予見可能ルールを導入することを提案した。

これに対し、当会は、「この考え方では、交渉力等の優位者（債権者）が劣位者（債務者）に対し、契約書の中に劣位者の予見可能性を拡大させるための文言（例えば「契約の目的」や「目的物の使用予定」など）を入れようとする傾向が生じ、劣位者に不利益である」旨反論し、基本的に「通常生ずべき損害」の概念を残すべきであると主張した。

そこで、これについても法務省は両者の見解の接点を見いだすべく、損害賠償の範囲については、「ア 通常生ずべき損害、イ その他当該不履行のときに……債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」を賠償すべきものとする旨の提案をした。

この立法提案は、「通常生ずべき損害」の文言を維持し、かつ最も問題であった「予見可能な損害」という文言を採用せず、「契約の趣旨に照らし予見すべきであった損害」という概念を採用している。これは、取引通念をも考慮した上で規範的判断をしようとするものであって、意見書においても、積極的に評価している。

ただし、イの「その他」の文言は依然として問題がある。というのも、現行の実務では、①債権者が損害を立証して賠償を請求し、②債務者が「それは通常生ずべきであった損害ではない」旨の抗弁をした場合に、③債権者が「債務者において予見すべきであった（特別）損害である」旨を主張立証するというルールが確立しているが、上記の「その他」の文言の解釈如何によっては、イの「予見し、又は予見

すべきであった損害」が原則となってしまう、上記の実務が変更される（さらには、理論的にも通常生ずべき損害の概念を排除する方向に傾く）おそれがあるからである。

そこで、意見書においては、イの「その他」については、「前号（通常生ずべき損害）以外の損害」と規定すべきであると主張している。

3 解除の要件

これも、当会の考えと検討委員会案との間で意見の対立が見られた論点である。

すなわち、検討委員会は、催告解除の原則を放棄し、国際取引ルール（ウィーン条約等）を参考に「重大な不履行」があれば無催告で解除できるとする案を提唱した。しかも、「何が重大に当たるか」の疑問に対しては、基本的には「契約」を基準として判断する旨を主張していた（以下、このような考え方を「重大不履行解除論」という）。

これに対し、当会は、「この考え方では、交渉力等の優位者（債権者）が、契約書において、あらゆる債務を重大な債務である旨記載する傾向が生じ、そのために、ささやかな債務の不履行も重大な不履行と評価されて解除の対象となるおそれが生じ、劣位者たる債務者に不利益である」旨反論し、現行の催告解除原則を維持すべきであると主張した。

そこで、法務省は、この論点についても接点を見いだすべく、まず①催告解除の規定を設け、かつ、付随的義務違反等の場合に解除が否定されることを明文化するべく、ただし、「不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないとき」は解除が否定される旨の規定を置く提案を行った。

さらに、②無催告解除は、ア 定期行為の履行遅滞、イ 全部履行不能（ただし、中間試案では不能という概念に代えて「履行請求権の限界事由」という用語を

用いている）、ウ その他、債務者が「催告を受けても契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白である」場合に認められるとした。

この点、「契約をした目的を達することができない」という文言は民法566条（売買の担保責任）などにも用いられており、取引通念をも考慮して規範的に判断することのできる概念であるから、上記の「重大な不履行」という見解とは一線を画すものである。この点は、意見書においても積極的に評価している。

また、無催告解除も、上記アからウまでの限られた要件の下でしか認められないとしているので、重大不履行解除論のように無催告解除が原則化することも回避されている。この点も、意見書においては賛成している。

ただし、上記①のただし書の「不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないとき」という文言は分かりにくく、付随的義務違反の場合の例外を規定する趣旨を明確に示しているとは言いがたい。そこで、意見書においては、付随的義務違反の例示として「軽微な不履行」を挙げ、「ただし、軽微な不履行その他契約目的の達成を妨げない不履行の場合」に解除が否定される旨を規定するべきであると提案している。

4 危険負担について

これも、当会の考えと検討委員会案との間で意見の対立が見られた論点である。

すなわち、検討委員会は、国際取引ルールを参考に危険負担の規定（民法534条、536条1項）を廃止し、「相手方の債務が、その責めに帰すべき事由によらないで履行不能となった場合であっても、自己の債務を免れるためには必ず解除しなければならない（解除一元論）」とする考え方を提唱した。

これに対し、当会は、「一般国民も、相手方の債務が帰責性なく履行不能となった場合には、自己の

債務の履行も免れると観念しており、この制度を存置の方が分かりやすく、かつ、大規模地震等の場合にも解除通知の到達（公示による意思表示）を強いられるのは不便であること」などを根拠に、解除一元論に反対した。

しかし、これについては、法務省は中間試案の段階に至っても接点を探ることをせず、危険負担制度を廃止し解除に一元化する旨の提案をした。

その理由としては、ア 危険負担制度が適用される事例が乏しく判例等も少ないこと、イ 解除は債務者に対する制裁ではなく、反対債務からの離脱の制度に過ぎないので、債務者の帰責性の要件は不要であり、そうであるとすれば危険負担と解除が完全に重なる場合が生じるので、機能の重複する制度を存置させるよりも解除一元化が簡明であること、ウ 解除一元化によれば、解除をせずに契約関係を維持した上で代償請求権を行使すること、あるいは瑕疵担保責任について契約責任説を取って追完請求を認めた場合は「解除をしないで瑕疵担保責任の規定に基づく代物請求や修補請求が可能となる」ことから、債権者の救済の選択肢が広がるメリットがあること、などを挙げている。

しかし、これに対しては、①危険負担制度が適用される場面は、主として地震等の大規模な災害（阪神淡路大震災以降、16年間で少なくとも4回も生じているので希有な事象とは言えない）の場合であり、その際の実務等においては依然として有用であること、②仮に、解除と危険負担が重なる場合があるとしても、危険負担と解除の選択的行使は、例えば「錯誤無効と瑕疵担保責任規定による損害賠償請求の選択的行使」などに見られるように現行の実務においては可能であること、③仮に、危険負担による「債務の当然消滅」が上記ウのように債権者の選択肢を狭めるという問題を生じさせるのであれば、危険負担の効果として、「債権者に履行拒絶権を認める」とすることで解決できること、などの反論が考えられる。意見書では、これらの理由から、解除一元化の提案には反対している。

その他の重要論点について

CONTENTS

- | | |
|----------------------------------|-----------------------|
| 1 暴利行為 | 11 債権譲渡の譲渡制限特約の効力について |
| 2 不実表示 | 12 債権譲渡の第三者対抗要件 |
| 3 無効な法律行為の効果 | 13 時効消滅した債権による相殺について |
| 4 消滅時効の原則的な時効期間及び起算点 | 14 契約締結過程における情報提供義務 |
| 5 法定利率 | 15 約款について |
| 6 履行請求権の限界事由 | 16 事情変更の法理 |
| 7 過失相殺・金銭債務の特則 | 17 継続的契約 |
| 8 債権者代位権の事実上の優先弁済機能 | 18 売主の義務と担保責任 |
| 9 詐害行為取消権の法的構成と被告適格 | 19 諾成的消費貸借 |
| 10 個人保証の規制その他保証人保護の方策の
拡充について | |

1 暴利行為

法制委員会副委員長 児玉 隆晴 (40 期)

中間試案では「相手方の困窮、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して、著しく過大な利益を得、又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為は、無効とする」ことが提案されている。

かねてより、当会始め日弁連その他各弁護士会は、いわゆる暴利行為の明文化を求めてきており、その内容も、判例の見解すなわち「相手方の窮迫、軽率又は無経験に乗じて著しく過大な利益を獲得する法律行為は無効とする」という考え方をさらに進めて、要件を「相手方の窮迫」等に限らず、かつ「相手方

に過大な不利益を与える場合」も含めて柔軟にし、及び「著しく」という文言を削除することを要望してきた。

これに対し、経済界からは、このような明文化に反対する意見が強く、その帰趨が注目されるところであったが、今回の提案は、経済界の意見に流されず、判例の見解を一步進めて要件を柔軟にする方向で条文化しようとしている。未だ「著しく」という文言は残ってはいるが、公序良俗の一般規定による救済は現状でも可能であるので、大きな問題ではないと考えられ、意見書においても基本的に賛成している。

ただし、中間試案の「合理的に判断する」という文言には、利害得失を適正に判断するという意味の他に、理性的に判断するという意味も含まれていると思われるので、必ずしも基準が明確とは言えない。

そこで、意見書では、「相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して」という文言について更に検討するべき旨を指摘している。

2 不実表示

法制委員会副委員長 大橋 美香 (62 期)

(1) 不実表示の明文化が検討された経緯

ア 不実表示を民法に規定する意義

事実に関する不実表示について、表意者を保護する必要性は一般的に存在し、かつその必要性は特に高く、また、相手方もみずから誤った事実を表示した以上、それによって錯誤をした表意者からその意思表示を取り消されてもやむを得ないと考えられたことから、民法に新たな明文規定を設けることが検討された。

事実錯誤との相違点としては、事実に関する認識が「法律行為の内容とされた」ことが必要となるのに対し、不実表示では、相手方が事実と異なることを表示し、そのために表意者がその事実を誤って認識し、それによって意思表示をしたことが確定できれば、その認識が「法律行為の内容とされた」かどうかを問題とするまでもなく、意思表示を取り消すことができることに意義がある。

イ 不実表示をめぐる議論

不実表示は、消費者問題に積極的に取り組む弁護士のみならず、保険取引、金融取引、表明保証を不可欠とするM&A等を通じて企業取引にも多大な影響を及ぼすものとして、経済団体等の間においても活発な議論が展開されてきた。

特に、不実表示の法的効果について、不実表示がなされたことによる損害賠償、又は損失補償に止めるのが妥当であり、意思表示の取消しまで認めるのは取引の安定を害するとする意見をはじめ、各分野から様々な見解が表明され続けてきた。

(2) 中間試案の内容

ア 不実表示に起因する錯誤による意思表示の取

消し

中間試案は、不実表示の規定を錯誤の一内容として、意思表示の取消しを認めるとの提案を行っている。

イ 不実表示に起因する錯誤と第三者の保護

不実表示に起因する意思表示の取消しは、善意無過失の第三者に対抗することができないとされている。

(3) 意見書

ア 不実表示の規定新設について

意見書では、中間試案の提案に賛成している。相手方による不実表示がなされたことによる錯誤に基づく意思表示の場合、相手方の帰責性が大きく、表意者を保護する必要が高く、このような表意者を保護することは、情報の収集や分析の能力における劣位者を保護することにもつながるからである。

なお、相手方が不実表示をした場合であっても、表意者が重過失の場合は取消しの主張が制限される。しかし、この場合不実表示を行った相手方は、表意者の錯誤を知っているか、又は知らないことについて重過失があるのが通常であり、取消しを認めたとしても、相手方の保護に欠けるとはいえない。

イ 第三者保護の主張立証責任

中間試案は、主張立証責任には触れていない。これに対し、意見書では、不実表示による錯誤の場合は、一般の錯誤に比べて表意者の帰責性が弱く、典型的には詐欺に近いと言えるため、保護要件としての第三者の悪意、有過失の立証責任について、詐欺と同様に、善意の立証責任は第三者に、有過失の立証責任は表意者に負担させるべきとしている。



3 無効な法律行為の効果

法制委員会委員 矢野 敏樹 (49 期)

- (1) 中間試案は、法律行為が無効又は取り消された場合の返還請求権の範囲について定めており、この規定を民法703条及び704条に対する特則と位置付けている。
- (2) 中間試案は、法律行為の無効（取り消されて遡及的に無効となる場合を含む）の場合において、債務の履行として給付をした者が、無効な法律行為が存在しなかったのと同様の状態を回復することができることを明らかにする。ここで返還対象となる果実には天然果実・法定果実を含むが、使用利益については、給付物の価額とは別に返還対象となるかどうかは目的物の性質にもよるため、解釈に委ねられる。意見書ではこれらについて賛成している。
- (3) 中間試案は、無効な法律行為が有償行為の場合、給付を受けた者が給付を受けた当時、当該法律行為が無効又は取り消すことができることについて善意の場合には、給付を受けたものの価額の償還義務に上限を設けている（果実についての価額償還義務について上限は課されないことに注意）。すなわち、善意のときは反対給付の価額又は現存利益のいずれか多い方を上限とする。これに対し、悪意のときは、(2)の原則に戻り、価額が反対給付の額を上回る場合でも全額の償還義務を負う。意見書では、有償契約の取引の性質に照らし妥当であるとして基本的に賛成している。ただし、意見書は、法律行為の無効原因が不法行為にも該当する場合、不法行為での救済を行うべきであるとの観点から、取消し・無効の主張は損害

賠償の請求を妨げないとの規定を併せて設けるべきであるとしている。

- (4) 中間試案は、無効な法律行為が有償契約以外の場合、給付を受けた者が給付を受けた当時、その法律行為が無効又は取り消すことができることについて善意の場合について、返還義務の範囲を限定している。すなわち、善意であった間に失われた利得については返還義務を免れ、悪意になった時点で現に利益を受けていた限度で返還義務を負う。これは、善意の相手方の利得消滅の抗弁を明確化するものである。意見書では賛成意見を述べている。
- (5) 中間試案は、民法121条ただし書を維持しつつ、意思能力を欠く状態で法律行為をした者がその法律行為に基づく債務の履行として給付を受けた場合について、その法律行為によって現に利益を受けている限度において返還義務を負うとする（ただし、意思能力を回復した後は、当該行為を了知した時点で現に利益を受けていた限度で返還義務を負う）。これは、意思能力を欠く状態で法律行為をした者について、制限行為能力者と同様にその返還義務を軽減し保護する規定であり、意見書ではこれに賛成している。

4 消滅時効の原則的な時効期間及び起算点

法制委員会委員 染谷 隆明 (63 期)

(1) 消滅時効の時効期間及び起算点の改正検討の背景

現行法は、消滅時効の起算点を「権利を行使することができる時から進行する」と規定している（民法166条1項）。また、現行法は、債権の原則的な

消滅時効期間を10年間としているが（167条1項）、特定の職種に関して発生した債権については、短期消滅時効の制度を設け、1年間ないし3年間を時効期間としている（170条ないし174条）。

中間試案においては、短期消滅時効制度を廃止することが提案されている。短期消滅時効制度が廃止された場合、従来、短期消滅時効制度の適用を受けていた債権には原則的な時効期間が適用されることになる。そこで、原則的な時効期間を検討すべきことになるが、時効期間の長短に関する問題は、起算点の定め方と不可分であり、時効期間と共に時効の起算点も同時に検討対象となったものである。

（2）中間試案及び意見書

中間試案では3つの考え方が提案されている。

甲案は、消滅時効の起算点を「権利を行使することができる時」として現状を維持した上で、商事消滅時効（商法522条）を参照しつつ時効期間を5年間にするという考え方である。意見書では、消滅時効の起算点について現状を維持することには賛成しているが、原則的な時効期間を5年間とすることには反対している。債権管理能力が乏しい個人・消費者にとって、5年間という時効期間は短いためである。

乙案は、現行法の10年間という時効期間と起算点の枠組みを維持した上で、これに加えて「債権者が債権発生の原因及び債務者を知った時（債権者が権利を行使することができる時より前に債権発生の原因及び債務者を知っていたときは、権利を行使することができる時）」から3年間ないし5年間という短期の時効期間を新たに設け、いずれかの時効期間が満了した時に消滅時効が完成とする考え方である。意見書では、乙案にも反対している。消滅時効制度の趣旨が債務者を証拠保存義務から解放するという点にあるところ、乙案のように債務者が覚知することができない債権者の主観的事情を起算点とすることは、上記趣旨に合致しないし、主観的事情を巡り紛争が多発するおそれがあるためである。

（注）案は、現行法の10年間という時効期間と起算

点の枠組みを維持した上で、事業者間の契約に基づく債権については5年間、消費者契約に基づく事業者の消費者に対する債権については3年間の時効期間を新たに設ける考えである。意見書では、基本的に（注）案に賛成している。現行法の時効期間及び起算点は、実務に定着した運用であるし、事業者間の契約に基づく債権については通常商事消滅時効が適用され、5年間の時効期間に服するためである。ただし、（注）案のうち、消費者契約に基づく事業者の債権の時効期間を3年間とすることには反対している。これは、契約の相手方が事業者であるか消費者であるかにより、債権管理方法が変わるのであれば、債権管理方法が複雑化し、煩瑣であるためである。

5 法定利率

法制委員会副委員長 荒木 理江（50期）

（1）中間試案

ア 民法404条は法定利率を年5分と固定しているところ、低金利の状況が長期間にわたって続いており、市場金利の実勢との乖離が著しいとの指摘があることを踏まえ、法定利率の当面の引き下げ（法改正時の法定利率は年〔3パーセント〕）及び法定利率の変動制導入が提案されている。

イ 変動制における法定利率の具体的な改定方法は下記のとおりである。

変動は下記細目に従い、年に1回に限り、基準貸付利率（日本銀行法33条1項2号の貸付に係る基準となるべき貸付利率）の変動に応じて〔0.5パーセント〕の刻みで改定される。

（ア）改定の有無が定まる日（基準日）は、1年のうち一定の日に固定する。

（イ）法定利率の改定は、基準日における基準貸

付利率について、従前の法定利率が定まった日の基準貸付利率と比べて「0.5パーセント」以上の差が生じている場合に行う。

（ウ）改定後の新たな法定利率は、基準日における基準貸付利率に所要の調整値を加えた後、これに「0.5パーセント」刻みの数値とするために所要の修正を行うことにより定める。

ウ なお、民法の法定利率につき変動制を導入する場合には商事法定利率（商法514条）の在り方も見直しを検討する必要がある。

（2）意見書

いずれも基本的に賛成している。法定利率が基本的には、履行期が到来しながら債務者がその支払をしないことによる損害賠償金を算定する基準としての性質を有することを考慮すると、これが市場における調達金利と同水準であればよいというものではない。損害填補分としての要素、不払抑制のためのインセンティブとしての要素も考慮して定められるべきである。この点、中間試案は市場金利の変動に連動する変動制を採用するとともに、これに固定部分を加えて法定利率を算定しようとするものであるから妥当である。また、法定利率の変更に関する上記細目（ア）～（ウ）も法定利率の適用を受ける者が一般の中小事業者、消費者でもあり得るし、頻繁・微小な変更が煩瑣であると、かえって過誤の原因にもなり得るから妥当である。ただし、現下における当初の法定利率を「3パーセント」とすることは、法定利率を決定する際に考慮すべき諸要素を総合的に考慮するときには、妥当な利率であるとも言えるが、なお議論の余地がある。

6 履行請求権の限界事由

法制委員会委員 小井土 直樹（63期）

金銭債権を除く契約による債権について履行がいわゆる「不能」に至った場合には履行請求権を行使できないことを明文化する提案である。

従来、明文の規定が無かったところであるが、実務上履行不能の場合に履行請求が認められないことについては異論が無いところであり、今回規定を新設し、要件の明確化を図ることが提案されている。

要件としては、履行が物理的に不能であること（本文ア）に加えて、履行に要する費用が履行により債権者が得る利益より著しく過大なもの（本文イ）、その他、契約の趣旨に照らして、債務者に履行を請求することが相当でないと認められる事由がある場合（本文ウ）が提案されている。

このうち、本文イの要件については、「過大な費用」ではなく、「履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なもの」という概念を用いているので、不当に不能の概念が拡張されるおそれ無く、慎重な判断がなされることとなり、妥当である。

本文ウの要件について用いられている「契約の趣旨に照らし」という文言について、単に契約文言からのみ判断されるものであると解釈をされるおそれがあることから、「取引通念を考慮して定まる」旨を意味するという旨の定義規定を総則に置くよう求めることにしている。

意見書においては、各要件について基本的に賛成している。

ただし、これらには物理的不能以外の不能も含まれていることを根拠に、中間試案は「履行請求権の限界事由」という新たな概念を用いて規定を設けることを提案している。しかし、「履行請求権の限界事由」

という文言は「限界ぎりぎりの事由」という趣旨と解され、それが「履行が不可能な場合、著しく過分の費用を要する場合、その他履行をさせることが相当でない場合」を指し示すとは言い難いのであって、国民・ユーザーのみならず実務家にも誤解や混乱を与えるおそれがある。また、「不能」という概念は民法の条文において広く用いられているので、影響は大きいと思われる。

そこで、意見書においては、「不能」の概念に代えて「履行請求権の限界事由」という概念を使用することにつき妥当とはいえないとして懸念を表明することとし、今後の審議において、提案の修正を求めていくことにしている。

7 過失相殺・金銭債務の特則

法制委員会委員 小松 達成 (62期)

(1) 過失相殺の要件・効果(民法 418 条関係)

中間試案では、過失相殺の要件面、効果面の双方とも見直しが提案されている。まず、要件面では2つの提案がされている。

ア 民法418条の文言では、「債務の不履行に関して」とだけ規定されているが、中間試案では、これに債務不履行による「損害の発生又は拡大に関して」が付加されている。判例・学説上承認されている内容の明確化であり、意見書ではこれに賛成している。

イ 中間試案では、民法418条の「過失」という要件の見直しが提案されている。418条の「過失」は、709条の「過失」と同様の意味であるとは解されていないことから、中間試案では、418条の「過失」を、「状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかったとき」と改める提案がされている。この

文言は、損害の公平な分担という見地から、債権者が損害を軽減するために契約の趣旨や信義則に照らして期待される措置を取ったか否かという、いわゆる損害軽減義務の考え方を参照したものである。

しかし、中間試案の補足説明自身が、「この文言の当否については引き続き検討する必要がある」と留保している。損害軽減義務を重視しすぎると、立場の弱い者があれもこれもする義務があったと解されるおそれがある。また、損害軽減義務という債権者の行為義務に基づく軽減要素だけで、実務上現れる数々の要素を公平に考慮しきれぬか疑問がある。

意見書では、「過失」を、損害軽減義務的な文言のみに改正することには反対し、これと併せて「債権者が寄与した」旨の文言も用いるべきであると意見を述べている。比較法的にも、寄与と損害の軽減とを分けて取り上げる立法例が多いようである。

効果面では、債務不履行に関する過失相殺を、不法行為に関する過失相殺（722条）に合わせ、過失相殺をするか否かにつき裁判所の裁量を認め、損害賠償の減額のみを認める（全額の免除までは不可）とする提案がされており、意見書ではこれに賛成している。

(2) 金銭債務の特則(民法 419 条関係)

金銭債務の特則については、2つの提案がされている。

ア 契約による金銭債務の不履行について、損害賠償の範囲についての一般原則に基づき、不履行による損害の賠償を請求することができる旨の規定を設けるという提案がされている。利息超過損害の賠償を否定する判例（最判昭和48年10月11日判時723号44頁）の考え方と異なる提案である。大きなプロジェクトへの融資等において、利息超過損害が生じ得ることを念頭に置く提案であるが、明文の規定を設けてしま

うと、債権取立費用等の賠償につながり、立場の弱い者が害されるおそれがある。意見書では、明文の規定を設けないという考え方（中間試案の注1）に賛成している。

イ 金銭債務の不履行につき、「不可抗力をもって抗弁とすることができない」とする民法419条3項を削除する提案がされている。東日本大震災においては、銀行の決済システムが停止したが、一切の免責を認めないのは不当である。意見書では、同項の削除に賛成している。

8 債権者代位権の事実上の優先弁済機能

法制委員会委員 神尾 明彦 (54 期)

(1) 相殺による事実上の優先弁済機能と強制執行制度との間の不整合

債権者代位権に関して、現在の判例法理は、金銭その他の動産について代位債権者による直接の引渡し請求が認められること（大判昭和10年3月12日民集14巻482頁）を前提として、代位債権者が直接の引渡しを受けた金銭その他の物を債務者に返還する債務を受働債権とする相殺ができると解されている。

しかし、同じ機能を果たしている強制執行制度（債権差押え）と比較すると、代位債権者は、被保全債権の存在が債務名義によって確認されず、債務者や第三債務者の正当な利益を保護するための手続も履践されないままに、責任財産の保全という制度趣旨を超えて被保全債権の強制的な満足を得ており、制度間の不整合が生じているとの批判がされている。

(2) 制度間の不整合の克服の選択肢

債権者代位権の債権回収機能を見直す方法としては、①代位債権者による直接の引渡し請求を否定する

考え方、②代位債権者による直接の引渡し請求を認めた上で、相殺を禁止する考え方、③代位債権者が第三債務者から金銭を受領した時から一定期間が経過するまでに、他の債権者が債務者の代位債権者に対する金銭債権について差押え又は仮差押えをしなかった場合に限り、代位債権者は相殺をすることができるとする考え方、④上記一定期間の経過に加えて代位債権者が被保全債権について債務名義を有することを要件とする考え方や、⑤上記一定期間の経過は要件とせずに代位債権者が被保全債権について債務名義を有することのみを要件とする考え方もある。

(3) 中間試案の立場と問題点

中間試案は、代位債権者による直接の引渡し請求を認めた上で、相殺を全面的に禁止する考え方を提案している。

しかしながら、相殺による被保全債権の回収を禁止するのであれば、代位債権者による直接の引渡し請求を認める意味が乏しい。民事執行、保全の制度は、非常に形式的かつ重装備である。特に債権の保全などは、様々な財産調査を行った上で、多額の担保を積み重ねなければならず、少額債権の場合ほとんど費用倒れになる。執行制度や保全制度によればよいという意見は、あまりに硬直的過ぎる。

相殺による回収機能を一定期間経過後に限ってではあるが認めることによって、債権者代位権行使のインセンティブの確保や、少額の取引債権、労働債権や消費者の債権などの少額債権に対して簡易迅速な債権回収手続が与えられるというメリットがある。

仮にこのような相殺が他の債権者を害するのであれば、全面的に禁止するのではなく、その限りで手続的・実体的な手当を行うことで足りる。

一定期間経過後の相殺であっても、破産法71条による相殺の禁止の規制が及ぶ上、相殺の担保的機能に照らせば、相殺による事実上の優先弁済は、義務なき担保の供与として、倒産否認や、詐害行為取消権の対象となり得る。

(4) 意見書の立場

そこで、意見書では、「代位債権者による直接の引渡請求を認めた上で、代位訴訟の場合は、一定期間（3ヶ月程度が妥当である）の経過後は、相殺は禁止されないとすべきである」ことを提案している。

9 詐害行為取消権の法的構成と被告適格

法制委員会委員 神尾 明彦 (54期)

(1) 判例法理の理論的欠陥

詐害行為取消権の法的構成について、大連判明治44年3月24日民録17輯117頁以降の判例法理は、相対的無効論を採用し、取消債権者と受益者との間においてのみ、詐害行為を取り消すと同時に、逸出財産の帰属の回復を求めるものと捉え（折衷説）、債務者を被告とする必要はないとしている。しかしながら、取消しの効果は債務者に及ばないのに、なぜ、取消債権者は、逸出財産を債務者の帰属財産であるとして、強制執行ができるのか、その理論的な説明ができない、という致命的な欠陥がある。

(2) 判例の理論的欠陥の克服の二つの選択肢

判例の理論的欠陥を克服する方法としては、二つの選択肢がある。一つは、受益者だけでなく債務者との関係でも詐害行為を取り消し、逸出財産の帰属の回復を求める方法（個別修正説）であり、他の一つは、受益者の帰属財産のまま、強制執行の対象適格のみを回復させる方法（責任説）である。

(3) 中間試案の立場と問題点

中間試案では、「個別修正説」を採用し、債務者を必ず被告とするとともに、債務者と受益者との間の詐害行為を債務者との関係でも取り消すこと（絶

対的無効説）が提案されている。

しかしながら、中間試案の立場では、理論的に過大な効果を与え、残余財産を債務者に帰属させて、受益者の固有債権者を害するとともに、以下の実務的な不都合を生じる。①詐害行為取消訴訟は、固有必要的共同訴訟となる（大判明治38年2月10日民録11輯150頁）。その結果、②債務者が夜逃げをしていると、引越先まで債務者の所在調査をしなければ、公示送達ができない。③債務者につき公示送達がされても、擬制自白が成立せず、すべての要件事実につき立証責任が生じる。④債務者が期日に欠席すると、裁判上の和解ができず、⑤債務者の同意がないと訴えの取下げを前提とした裁判外の和解もできない。⑥残念ながら債務者が夜逃げ先で亡くなった場合には、訴訟が中断する、との問題点である。

中間試案は、明治44年の連合部判決により変更される前の明治38年判決の考え方に酷似したものである。中間試案は、理論的には過大であり、実務的配慮に不足があることに照らせば、万が一、中間試案がそのまま法制化されても、直ぐに再改正が必要となることは歴史的に明らかである。

取消債権者に債務者に対する訴訟告知を義務付けても、判例法理の理論的欠陥を克服することはできない。訴訟告知による参加的効力は、訴訟告知をした者が敗訴した場合に、訴訟告知をした者と被告知者との間に生じるにすぎず、原告である取消債権者が勝訴した場合に、取消債権者と債務者との間において、財産の帰属の回復の効果を及ぼすことはできないからである。

債務者に財産の帰属の回復を図る考え方は、受益者や転得者の所属財産に対する執行を忍容する国際的な潮流（独仏米）にも反する提案である。

(4) 意見書の立場

そこで、意見書では、理論的にも実務的にも過不足のない責任説を採用し、詐害行為取消しをもって、詐害行為を責任法的に取り消すこと、すなわち、受

益者の帰属財産のまま、責任財産としての適格性のみを回復させるとともに、債務者に被告適格を認めないことを提案している。

10 個人保証の規制その他保証人保護の方策の拡充について

法制委員会副委員長 岩田 修一（57期）

（1）総論

保証に関する規定の改正の主眼は、保証人保護を如何に拡充するかという点にある。

従前から、親類や知人から保証人になることを依頼された個人が、情誼から拒否できず、また保証の危険性を十分認識しないまま保証契約を締結し、後で想定を超える債務の負担を強いられ、その結果自身の経済面、生活面が破綻し、さらには命を絶つことすらあるという問題が背景にあることは、衆目の一致するところであり、長く改正が叫ばれていた。

当初、民法（債権法）改正検討委員会（以下「検討委員会」という）の基本方針や法制審議会のいわゆる第一読会では、保証人保護に関し、個人保証原則禁止については言及されていなかった。しかし、保証人保護要請の高まる中で、2011年に実施された中間論点整理までに、経営者以外の第三者の保証等を無効とするなどの案が提案されるようになった。

その後、日弁連は、個人保証の原則禁止等を盛り込んだ「保証制度の抜本的改正を求める意見書」を2012年1月20日付けで法務省に提出したが、そのような流れを受けて、法制審でも個人保証原則禁止につき明確に言及するようになった。

このような方向性については、経済界などから反対意見があり、また貸し渋りを懸念する中小事業者からの反対意見がある状況であるが、日弁連、各単位会としては、提案された案にまだまだ発展途上の

面があるとしても、保証人保護を少しでも前進させるために、保護規定を明文化することを前提に、詳細についてさらなる検討をして行く必要があると考える。

（2）個人保証の制限

中間試案では、保証人が主たる債務者の「いわゆる経営者」であるものを除き、主たる債務が事業者の貸金等債務又は貸金等根保証である場合において保証契約を無効とするかどうかについて、引き続き検討するとしている。これらは、特に弊害が大きい場面について規定するものであり、東弁の意見書でも賛成している。なお、「経営者」が単なる取締役も含むか、それとも代表取締役に限られるか等、さらなる検討は必要となろう。また、不動産賃貸借における個人保証は除く方が合理的という考えでいるが、この点についてもさらに検討が行われることになると思われる。

（3）契約締結時の説明義務、情報提供義務

事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結しようとする場合には、保証人に対し、主たる債務の内容等重要事項に関しては一定の説明義務を負い、これを懈怠した場合には保証契約自体を取り消すことができるという方向で提案されており、これに対しても賛成している。

（4）主たる債務の履行状況に関する情報提供義務

また、(3)の場合、保証契約締結後も、事業者である債権者は保証人に対し、主たる債務者の履行状況、遅滞情報等の説明義務を負うものとし、債権者がこれを怠ったときは、発生した遅延損害金に係る保証債務の履行を請求することができない方向で案が出されており、これについても賛成している。

（5）その他の保証人保護方策

その他、保証人の責任を制限する規定に関する提案もあり、賛成している。

(6) その他、保証の規定に関する整備

保証人保護の規定以外にも、付従性の規定、抗弁、求償権等について、規定の整備を検討しており、いずれも賛成している。

11 債権譲渡の譲渡制限特約の効力について

法制委員会委員 小尾 重樹 (63 期)

(1) 特約違反の譲渡の効力

債権は、その同一性を失うことなく譲渡することができるが（民法466条1項）、当事者がこれに反対の意思表示した場合には、その限りではない（同条2項本文）。現行民法下においては、かかる合意は一般に「譲渡禁止特約」と呼ばれ、これに反して行われた債権譲渡はその効力を生じないと解する見解が有力であった（物権的効力説）。これに対し、中間試案においては、かかる譲渡も有効であるとされ、その名称も、仮のものではあるが、「譲渡制限特約」と改められている。

(2) 譲渡制限特約の効力（原則）

当該特約は当事者間の合意ではあるが、譲受人に悪意又は重大な過失がある場合には、債務者はこれを譲受人に対抗することができる。もっとも、債権譲渡を利用した資金調達の円滑化、そのためのルールの特約の明文化という観点から、当該特約の効力は、弁済の相手方を固定するという債務者の利益を確保する範囲に限定され、具体的には、(i) 譲受人が権利行使要件を備えた後であっても、譲受人に対して債務の履行を拒むことができる、(ii) 譲受人が権利行使要件を備えた後であっても、譲渡人に対して弁済その他の当該債権を消滅させる行為をすることができ、かつ、その事由をもって譲受人に対抗することができる、という限度で認められる。これは、現行の解

釈における基本的なルールを維持しつつ、その法的な枠組みを新たに整理するものである。

(3) 譲渡制限特約の効力（例外①）

もっとも、私人間の合意のみにより債権者の一般財産中に差押禁止財産を作成させることは相当でなく、譲渡制限特約のある債権が差し押さえられたときは、債務者は、当該特約をもって差押債権者に対抗することができない。これは、現行のルールを維持するものである。

(4) 譲渡制限特約の効力（例外②）

また、上記のとおり、譲渡制限特約は弁済の相手方を固定するという債務者の利益を確保するものであるから、かかる利益が失われていると評価される場合等には、債務者は当該特約の効力を譲受人に対抗することができない。具体的には、(i) 債務者が譲渡人又は譲受人に対して、当該債権の譲渡を承諾したこと、(ii) 債務者が債務の履行について遅滞の責任を負う場合において、譲受人が債務者に対し、相当の期間を定めて譲渡人に履行すべき旨の催告をし、その期間内に履行がないこと、(iii) 譲受人がその債権譲渡を第三者に対抗することができる要件を備えた場合において、譲渡人について破産手続開始、再生手続開始又は更生手続開始の決定があったこと、(iv) 譲受人がその債権譲渡を第三者に対抗することができる要件を備えた場合において、譲渡人の債権者が当該債権を差し押さえたこと、といった事由が挙げられている。このうち、上記(ii)ないし(iv)は、現行の解釈にはない新たなルールを提案するものである。

(5) 意見書

上記各提案は、その法的枠組みこそ異なれ、基本的には現行のルールを踏襲するものである。また、新たな提案となる部分も、債務者の利益を不当に害するものとはいえず、他方で、資金調達の円滑化、ルールの特約の明文化に資する面を有する。そのため、意見書ではいずれの提案にも賛成している。

12 債権譲渡の第三者対抗要件

法制委員会副委員長 中込 一洋 (46期)

(1) 第三者対抗要件及び権利行使要件

ア 意見書の基本的な考え方は次のとおりである。

第三者対抗要件及び権利行使要件については、大きな混乱を生じさせないため、民法467条の規律を基本的に維持すべきである。ただし、通知の到達時期の立証についての困難さを解消するため、通知の到達日時を公証する制度を導入する必要がある（この制度導入のコストは、後述の甲案が提示する債権譲渡登記一本化に比べれば低廉であると思われる）。また、承諾の効力発生時期が不明であるという後述の乙案からの批判に應えるため、「承諾を証する確定日付ある書面を債務者に提示した時点で第三者対抗要件が具備されたものとする」という考え方を条文化することが妥当である。

イ 中間試案は、甲案として、第三者対抗要件を登記（金銭債権）・確定日付ある譲渡書面（その他）とする考え方を示している。しかし、意見書では、次のように述べて反対している。この案には、債権譲渡登記制度のコスト（単発や数の少ない債権譲渡では内容証明郵便に比べて登記の費用が圧倒的に高い）、及び、アクセス（内容証明郵便は全国の郵便局で発送できるが、債権譲渡登記は中野の東京法務局民事行政部債権登録課でしかできない）の問題があるから、採用すべきではない。この問題が解消されないまま登記一元化に踏み切ったときには、少なくとも少額債権や単発等の債権譲渡が事実上行われなくなり、債権譲渡による資金調達の途などが閉ざされることになるなど、大きな問題や混乱が生じる可能性が高い。なお、現行債権譲渡

登記は、商業登記と連動しているところ（特例法8条2項1号、7条2項1号）、自然人がその有する金銭債権を譲渡する場合にも対応できるようにするためには、登記制度の整備が必要になるという点でも、甲案には問題がある。また、確定日付ある譲渡書面とすることは、公示性が乏しく、無用のコストを生じさせる点で妥当でない。

ウ 中間試案は、乙案として、債務者の承諾を第三者対抗要件等とはしない考え方を示している。これに対しても、意見書では、大量の債権が譲渡される場合等において支障が生じることになるから妥当ではなく、承諾の効力発生時期の問題は、上記アのとおり具備時期を明確化することによって解消すべきであるとして反対している。

(2) 債権譲渡が競合した場合における規律

意見書では、上記(1)の意見を前提としつつ、次のように判例法理を法文化する考え方を取るべきであるとしている。

現行の通知承諾の制度を前提に、通知の到達日時の公証制度や確定日付のある証書による承諾について債務者への提示を要求した場合は、同時に第三者対抗要件を備えたなどの問題は大幅に解消すると思われる。しかし、同時到達等是有り得るので、これに対する規定を判例法理（最判昭和55年1月11日民集34巻1号42頁）をもとに明確化するのが妥当である。また、このように明確化しても、債務者にとってはいずれが先に到達したかが確定できない場合があり得るから、紛争に巻き込まれないようにするために供託原因を拡張するのが妥当である。

中間試案は上記(1)で甲案又は乙案を採用したときについて譲渡が競合した場合の規律を設けることを提案するが、意見書では、甲案乙案いずれにも反対するため、競合に関する規律の提案にも反対であるとしている。

13 時効消滅した債権による相殺について

法制委員会委員 泉原 智史 (61 期)

民法508条は、消滅時効満了後であっても、それ以前に相殺適状にある場合には、時効援用の有無にかかわらず当該債権を自働債権とする相殺を認めている。

これに対し、中間試案は、この規定を改め、相殺可能な期間を消滅時効の援用時で画する提案を行っている。これにより、時効期間満了前に相殺適状が生じていても、時効援用がされた場合には相殺が不可能になる一方、時効期間満了後援用前に相殺適状が生ずれば、時効援用がされない限り当該債権を自働債権とする相殺が可能となる。

また、時効期間が既に満了した債権を他人から取得して相殺することを禁止することも同時に提案されている。

提案は、508条が先行する時効援用を覆滅するという点で時効制度の趣旨に反し、また、時効の効果は援用で生じるといういわゆる不確定効果説（最判昭和61年3月17日民集40巻2号420頁）とも整合しないことをその理由としている。

これに対し、意見書では、相殺の期待を重視すると共に、實際上適時の相殺は困難であるという観点から本提案に反対し、現行法維持の意見を述べている。ただし、時効期間が満了した債権を取得して相殺することを禁止する提案については、判例の考え方の明文化であることから、賛成している。

14 契約締結過程における情報提供義務

法制委員会委員 小松 達成 (62 期)

(1) 契約交渉段階に関する提案

中間試案は、契約交渉段階における信義則の機能について、蓄積された裁判例と学説を参照し、ルールの明確化を試みる提案を行っている。以下、情報提供義務を取り上げる。

(2) 情報提供義務に関する原則・例外方式の提案

中間試案は、「契約の当事者の一方がある情報を契約締結前に知らずに当該契約を締結したために損害を受けた場合であっても、相手方は、その損害を賠償する責任を負わないものとする」と原則を定め、その例外として「ただし、次のいずれにも該当する場合には、相手方は、その損害を賠償しなければならないものとする」と提案する。提案は、原則・例外方式を取っているが、この原則規定に対しては、情報提供が必要とされるのは限られた場面のみであるという誤ったメッセージを与えてしまうおそれがあり、また、定形的な取引以外の取引において、およそ情報提供義務のない取引というものはほとんど存在しないのではないかと指摘されている。

意見書では、原則規定を置くことには反対している。

(3) 中間試案が明文化しようとする情報提供義務とは？

一言に情報提供義務といっても、契約を締結するかどうかを判断するための情報の提供のほか、目的物の使用方法の説明など、様々なものがある。

中間試案は、その中でも典型的で重要な類型の「契約を締結するかどうかの判断の基礎となる情報の提供義務」のみを対象としている。



(4) 情報提供義務が発生するための要件

中間試案は、「ただし、次のいずれにも該当する場合には、相手方は、その損害を賠償しなければならないものとする」として、4つの要件を掲げている。「①相手方が当該情報を契約締結前に知り、又は知ることができたこと、②その当事者の一方が当該情報を契約締結前に知っていれば当該契約を締結せず、又はその内容では当該契約を締結しなかったと認められ、かつ、それを相手方が知ることができたこと、③契約の性質、当事者の知識及び経験、契約を締結する目的、契約交渉の経緯その他当該契約に関する一切の事情に照らし、その当事者の一方が自ら当該情報を入手することを期待することができないこと、④その内容で当該契約を締結したことによって生ずる不利益をその当事者の一方に負担させることが、上記③の事情に照らして相当でないこと」の4つである。

これらは、内容も概ね妥当であり、偏在している情報をその保有者に開示させることによって、契約締結過程を公正なものとし、一方当事者の自由な意思決定による契約締結を可能ならしめる機能を果たすものであるから、積極的に評価されてよい。ただし、4要件がこれまでの判例を適切に要件化できているか、今後の第三読会における審議において、さらに検討される必要がある。意見書では、提案を評価しつつも、要件はさらに検討すべきであるとしている。

15 約款について

法制委員会委員 泉原 智史 (61期)

(1) 規定の意義

今次の改正における一大論点で、約款に関する提案である。現代社会において約款は広く利用されているが、その拘束力の根拠となる規定は存在しない。

また、条項についての個別合意は存在しないのが通常であることから、一方当事者が予測しえない条項によって不意打ち的な不利益を生じる、あるいは、内容の合理性が検証されないまま一方的に不利益な内容が約款の内容として取り込まれるといった問題が生じうる。さらに、実務上、約款使用者側からの一方的な内容変更が広く行われているが、どうしてこれが可能なのか、明確な説明は現時点では困難である。

このような観点から、中間試案では、①まず、規定の対象となる約款の定義を行ったうえで（1 約款の定義）、②その拘束力について明文の規定を設けるとともに（2 約款の組入要件の内容）、③拘束力の例外に関する規定（3 不意打ち条項、5 不当条項規制）や、④変更に関する規定（4 約款の変更）を設けることがそれぞれ提案されている。

(2) 対象となる約款の定義

規定の対象となる約款は、「多数の相手方との契約の締結を予定してあらかじめ準備される契約条項の総体であって、それらの契約の内容を画一的に定めることを目的として使用するもの」とされている。このように、約款に該当するかどうかは、客観的な態様だけではなく、使用者の主観面も考慮される。

従来、客観的態様のみによる定義では、いわゆる契約書の「ひな形」についても約款に関する規定が適用され、規定の対象が広すぎるのではないかという懸念があった。かかる定義を採用することにより、通常の合意原則による契約と、後述する組入要件による契約が認められる範囲がより適切に画されるものと考えられることから、意見書ではこの提案に賛成している。

(3) 拘束力についての規定

上記(2)で約款とされた契約についての拘束力の根拠となる規定である。提案では、当事者が「その契約に約款を用いることを合意」し、かつ、約款使用者側によって「契約締結時までに、相手方が合理的

な行動を取れば約款の内容を知ることができる機会が確保」された場合には、個別契約条項についての合意がない場合でも、約款全体について拘束力が認められるとされている。相手方に、最低限約款の内容を確認し、契約締結について選択の機会を与えることが、その意義とされている。

意見書では、条項を認識する機会を与えるという提案の方向性については賛同しつつも、条項へのアクセシビリティを可及的に確保するという趣旨から、相手方の「合理的な行動」に重点を置いた規定ではなく、機会確保のために使用者側に求められる行動にフォーカスした規定とするよう提言を行っている。

（4）拘束力の例外に関する規定（不意打ち条項、不当条項規制）

上記（3）の組入要件が満たされても、約款内の条項を相手方が合理的に予測できない場合には、当該条項は拘束力を有しないというのが不意打ち条項に関する提案である。意見書においても、約款の拘束力はあくまで合意に求められることから、提案に賛成している。

また、上記（3）の組入要件による場合、個別条項の適正さは必ずしも確認されない。現行法の下でも、民法90条を根拠に、裁判所による契約条項の内容規制は行われており、この考え方を約款が使用される局面で明確化するのが、不当条項に関する提案である。不意打ち条項は内容の当否を問題としないが、ここでは内容の当否が中心的な問題である点で適用対象が異なる。意見書においても、約款の隠蔽効果による弊害を重視する立場から、提案に賛成している。

（5）変更に関する規定

上記（3）の組入要件による約款について、変更の必要性、個別同意の困難さ、変更の合理性・相当性、適切な代償措置のいずれもが存在する場合には、変更を周知することにより約款使用者による一方的な約款の変更を認める提案である。

この論点は「引き続き検討」とされ、要件も試みの案として提示されたものであるが、意見書では、何ら規定のない現状より前進しているとして、提案に賛成している。

16 事情変更の法理

法制委員会委員 角田 智美（64期）

事情変更の法理は、現行民法には直接の規定はないが、契約当時、当事者が予測できなかった社会的事情の変更が生じ、契約の内容の実現をそのまま強制することが不合理であると認められる場合に、その内容を適切なものに変更したり、その法的効果を否定したりすることができるという考え方である。この事情変更の法理については、判例上も古くから肯定する趣旨（東京高判昭和30年8月26日等）を示しており、信義則の延長上にあるものとして理解されてきたことから、中間試案においては明文化について引き続き検討するものとしている。

提案内容としては、契約締結後に、その契約において前提となっていた事情に変更が生じた場合、①その事情の変更を契約締結時に当事者が予見することができず、かつ、当事者の責めに帰することのできない事由により生じたものであり、②その事情の変更により、契約をした目的を達することができず、又は当初の契約内容を維持することが当事者の衡平を著しく害することになる場合に、当事者はその契約の解除のみ、あるいは解除又は契約の改訂のいずれかの請求をすることができるものとしている。

意見書では、事情変更の法理を明文化することは、「分かりやすい民法」の実現に資することから基本的には賛成している。

もっとも、この法理は濫用されやすいため、濫用防止の観点から、事情変更の法理が例外法理であるこ

と、及び事情変更があっても原則として法的拘束力が失われないことを明文化すべきであるとしている。

また、その効果として、契約の解除のみならず契約の改訂の請求まで明文化することは、濫用の危険性が増すばかりか、立法技術的に困難であるとともに、裁判官に過大な裁量を認める結果となってしまう妥当ではない。そこで、意見書では、契約改訂については解釈に委ねることとし、事情変更の法理の効果としては、契約解除に限定して明文化すべきであるとした上で、濫用防止のため、解除権行使については裁判上の行使に限るとしている。

17 継続的契約

法制委員会委員 稲村 晃伸 (60期)

(1) はじめに— 継続的契約の重要性

現代社会においては、継続的供給契約や代理店・特約店契約のように取引関係が長期にわたる契約が重要な役割を果たしているが、現行民法は、このような継続的契約に関する一般的な規定を置いていない。このため、実務では、契約の解消の場面を中心に継続的契約をめぐる紛争が少なくないにもかかわらず、その解決は専ら解釈に委ねられてきた。そこで、中間試案では、継続的契約に関し、以下の3つの規律をすることが提案されている。

(2) 期間の定めのある契約の終了

中間試案は、個別の典型契約の規律とは別に、継続的契約の終了に関する一般的な規律を設けることが望ましいとの考えから、①期間の定めのある契約につき、その期間の満了によって終了すること、②例外的に当事者の一方が契約の更新を申し入れた場合、当該契約の趣旨、契約に定めた期間の長短、従前の更新の有無及びその経緯その他の事情に照らし、

当該契約を存続させることにつき正当な事由があると認められるときは、当該契約は、従前と同一の条件で更新されたものとみなすという規定を置くことを提案している。

意見書では、更新されたものとみなされるか否かの判断のための考慮要素が示されている点で明快であること等の理由から、いずれにも賛成しているが、借地借家法上の法定更新などが例外である旨を示すために「法令に別段の定めがない限り」という文言を入れることを提案している。

(3) 期間の定めのない契約の終了

中間試案は、①期間の定めのない契約の当事者の一方は、相手方に対し、いつでも解約の申入れをすることができること、②上記解約の申入れがされたときは、当該契約は、解約申入れの日から相当な期間を経過することによって終了し、解約の申入れに相当な予告期間が付されていたときは、当該契約は、原則としてその予告期間を経過することによって終了すること、③例外的に、当事者の一方が解約の申入れをした場合において、当該契約の趣旨、契約の締結から解約の申入れまでの期間の長短、予告期間の有無その他の事情に照らし、当該契約を存続させることにつき正当な事由があると認められるときは、当該契約は、その解約の申入れによっては終了しないものとする規定を置くことを提案している。

意見書では、これらのいずれにも賛成するが、(2)と同じく「法令に別段の定めがない限り」という文言を条文上明記すべきであると提案している。

(4) 解除の効力

最後に、中間試案は、これら継続的契約を解除した場合には、その解除は、将来に向かってのみその効力を生ずるものとするという規定を置くことを提案している。

これに対し、意見書では、将来効を定める規定を置くことには賛成するが、例外的に解除の遡及効を認めるべきケースもありうることから、「性質に反し

ない限り」等の文言を加え例外の余地を残す規定とすべきであるという提案を行っている。

18 売主の義務と担保責任

法制委員会委員長 篠塚 力 (36 期)

(1) 契約責任に基づく基本的義務の明記

中間試案は、物の引渡しや移転登記義務を売主の基本的義務として明記するとともに、売主の担保責任を契約責任と位置づけて、民法560条から570条に規定された担保責任に対応させるべく、履行内容が契約の趣旨に適合するものであることを売主の義務として規定している。

(2) 物の瑕疵に関する権利義務

その結果、中間試案は、目的物が契約の趣旨に適合しない場合、買主が有する権利として、追完請求権（目的物の修補請求権、不足分・代物請求権）、債務不履行に基づく損害賠償請求権、契約の解除権、代金減額請求権を有する旨を規定している。これらの権利の行使期間は、一般の消滅時効に委ねる甲案と、これに付加して買主が契約の趣旨に適合しないことを知った時から1年以内に通知しなければならないとする乙案とを提案している。意見書では、基本的にこれらに賛成し、行使期間は乙案の期間を2年以内とする提案をしている。なお、これまで「瑕疵」と評価していた状態を「契約の趣旨に適合しない」と表現しており、「契約の趣旨」とは、契約書の記載だけでなく、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき取引通念を考慮して判断するものとしている。この過程で買主の主観を一事情として考慮するものとし、瑕疵が「隠れた」ものであること、すなわち買主の善意無過失を要件とはしていない。

中間試案は、買主が事業者である場合の目的物検査義務及び適時通知義務とこれに伴う失権効を提案しているが、意見書では、事業者にはNPO法人やマンションの管理組合も含まれることから、行き過ぎであるとして反対している。また、中間試案は、570条ただし書を改めて、物の瑕疵に関しても競売における担保責任を認める旨の変更を提案している。これについて、意見書では、担保責任により一般市民の競売への参加を促進するものとして賛成している。

(3) 数量不足・一部滅失と法律上の瑕疵の位置づけの変更

民法565条の数量不足・一部滅失は、買主の代金減額請求権を認めるために権利の瑕疵とされていたところ、中間試案では、物の瑕疵であっても代金減額請求権が認められるようにしたことに伴って、その性質に沿って物の瑕疵へと取扱いを変更している。また、公法上の制限等の「法律上の瑕疵」は、判例上物の瑕疵とされたために、570条ただし書により競売時の担保責任の対象外とされて救済が制限されるおそれがあったところ、中間試案では、権利の瑕疵へと取扱いを変更している。意見書では、いずれの変更も合理的な内容として賛成している。

(4) 権利の瑕疵に関する権利義務・他人物売買における売主の義務

中間試案は、契約の趣旨に適合しない用益物権や担保物権あるいは法令上の制限がある場合、民法561条から567条の規定を改廃して、一般原則に基づいて、買主の主観を問題とせず、買主が有する権利として、追完請求権、債務不履行に基づく損害賠償請求権、契約の解除権、代金減額請求権を有する旨を規定し、行使期間は一般の消滅時効に委ねている。中間試案は、560条を維持し、その一部が他人に属する場合でも（563条参照）、売主は権利を取得して移転する義務があることを規定している。意見書では、基本的にこれらに賛成している。

19 諾成的消費貸借

法制委員会委員 廣畑 牧人 (55 期)

(1) 要式契約としての諾成契約と従来の要物契約の組み合わせ

消費貸借は、金銭その他の物の引渡しがあつて初めて成立する要物契約とされているが（民法587条）、従前より諾成的消費貸借が実務上用いられ、判例上も無名契約としてその存在が認められているところである。

この点について、中間論点整理においては、消費貸借契約を諾成契約として規定することが提案されていたところであるが、中間試案では、①目的物の引渡しにより消費貸借が成立する旨の現行法の規定を維持するとともに、併せて、②書面とする消費貸借の場合は消費貸借の合意があれば契約が成立するものとし、目的物の引渡しを契約成立要件としない旨の規定を設けることが提案されている。

これによれば、諾成的消費貸借は書面を必要とする要式契約となり、消費貸借の合意が書面によらないものであるときは、587条の規律と同様に目的物の引渡しを成立要件とする要物契約ということになる。

中間試案におけるこれらの提案は、融資約束に拘束力を認めるべき実際上の必要性を考慮するとともに、軽率な消費貸借合意がなされることを防止するため書面によるべき旨要求するものである。意見書においては、①と②いずれも賛成している。

(2) 諾成的消費貸借における目的物受取前の解除

諾成的消費貸借を認める場合、目的物の受取前に借主の資金需要が消滅した場合の契約の拘束力をどのように規律するかが問題となるが、中間試案では、この点について、①借主は、貸主から目的物を受け

取るまではその消費貸借契約を解除できるものとし、②この場合に貸主に損害が生じたときは借主にその損害の賠償義務が生ずる旨の規定をおくことが提案されている。

このような提案に対し、意見書では、①の提案については、目的物受取前に借主の資金需要が失われた場合にまで契約を存続させる必要はなく、貸主も契約と貸付のタイミング調整により契約解除されるリスクに対応しうることから賛成しているが、②の提案については、デフォルトルールとしては不要であるとして反対し、規定を設けるべきではないものとしている。

(3) 消費貸借の予約の規律等

民法589条は、消費貸借の予約について、その後当事者の一方が破産手続開始決定を受けたときは効力を失う旨規定している。中間試案は、①諾成的消費貸借についても、借主の目的物受取前に当事者の一方が破産手続開始決定を受けたときは効力を失うものとし、また、②消費貸借の予約について書面でなければならない旨の規律に改めることが提案されている。

これらの提案については、諾成的消費貸借に関する規律を設け目的物の受取前の合意に法的拘束力を認める場合には、消費貸借の予約の場合と同様に、当事者の一方に破産手続が開始されたときは契約を失効させる旨の規定をおくべきであるとともに、消費貸借の予約も目的物受取以前に当事者間に予約に基づく拘束力を生じさせる点で諾成的消費貸借と同じであり、書面によることを要求して軽率な予約締結の防止を図るべきであるから、意見書では①、②ともに賛成している。

