

民法（債権関係）改正に関する中間試案に対する意見書

序論

当会は、既に平成23年7月19日付中間的な論点整理に対する意見書を御庁に提出しており、今般の改正目的として、国民・ユーザー（企業、団体等）にとって分かりやすい民法（以下「分かりやすい民法」という。）の実現、及び格差拡大への対応を中心とする社会経済変化への対応、の二つを掲げている。

本稿は、その基本的方向性を踏まえ、中間試案に対する意見を述べるものである。

なお、当会の中間的な論点整理に対する意見書では、レファレンス規定等を設けて分かりやすい民法を実現する等の見地から消費者、事業者の概念を民法に規定することは認めつつも、その利益擁護の観点から消費者契約の特則及び事業者についての特則は、消費者契約法又は商法などの特別法に委ねるのが妥当であるとしてきた。

しかし、消費者に関する特則については、近い将来において消費者契約法が抜本的に改正されて消費者保護が進展する場合は格別、そうでない場合は民法に規定することにより消費者保護を図る必要があり、その限度で本稿は、中間的な論点整理に対する意見書を修正している。

また、事業者に関する特則については、事業者の債権についての消滅時効及び事業者の貸金等債務についての個人保証の規制の規定を置くことなどを認めている。なぜなら、前者は、消滅時効について職業別の短期時効制度を廃止するなどの抜本改正を行う以上は、民法において事業者の債権についても原則的な時効期間を定めて分かりやすい民法を実現することが妥当であり、後者は、保証人の破綻その他の深刻な社会問題に鑑みるときは事業者の貸金等債務について、個人保証を規制することが妥当と思料されるからである。詳しくは、該当の箇所述べる。

第1 法律行為総則

1 法律行為の意義（民法第1編第5章第1節関係）

(1) 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ものとする。

(2) 法律行為には、契約のほか、取消し、遺言その他の単独行為が含まれるものとする。

(注) これらのような規定を設けないという考え方がある。

【意見】

基本的には賛成する。ただし、「法律行為は、契約、取消その他の単独行為、その他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行為をいう」と規定するのが妥当である。また、遺言という例示も不要であると思料する。

【理由】

合同行為という定義を入れると分かりにくくなるので、これを避けるのが妥当であるが、「契約と単独行為が含まれる」とのみ規定した場合は、合同行為が入らないと誤解されるおそれがある。

（参照）別添の東京弁護士会法制委員会作成の条項対照一覧表におけるA—2条第二号参照（以下、単にA（総則）—〇〇条，B（債権総則）—〇〇条，C（債権各則）—〇〇条とのみ表示する。）。

2 公序良俗（民法第90条関係）

民法第90条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とするものとする。

(2) 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，無効とするものとする。

（注）上記(2)（いわゆる暴利行為）について，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旨の規定を設けるという考え方があつた。また，規定を設けないという考え方があつた。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については，裁判例の判断内容がより適切に条文に反映されることとなり，分かりやすい民法の実現に資する。

(2)については，一方で，相手方の従属状態などの文言の代わりに「その他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とき」という文言を用いて要件を柔軟に対応できるようにしつつ，他方で，「著しく」過大な利益を得る，又は「著しく」過大な不利益を与えるという近時の裁判例よりも厳しい要件を課すもので，バランスを取るものと思われ，現状では首肯できる。なお，「著しく」に該当しない場合にも，公序良俗の一般規定により救済される余地はある。ただし，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」における合理的とは，利害得失を適正に判断することができない状態を利用してという趣旨でのあると思われるが，合理的という概念は多義的であり，一般国民に取っては必ずしも分かりやすいとは言えないので，表現方法をさらに検討するのが妥当である。

（参照）A—44条

第2 意思能力

法律行為の当事者が，法律行為の時に，その法律行為をするものの意味を理解する能力を有していなかったときは，その法律行為は，無効とするものとする。

（注1）意思能力の定義について、「事理弁識能力」とする考え方や、特に定義を設けず、意思能力を欠く状態でされた法律行為を無効とするのみを規定するという考え方がある。

（注2）意思能力を欠く状態でされた法律行為の効力について、本文の規定に加えて日常生活に関する行為についてはこの限りでない（無効とならない）旨の規定を設けるという考え方がある。

【意見】

「その法律行為をすることの意味を理解する能力」という定義には反対する。むしろ、「その法律行為の結果を理解してその法律行為をするかどうかを判断する能力」と定義するのが妥当である。

【理由】

1 意思能力はその表意者について常に画一的に定まるものではなく、法律行為の性質、難易等に関する考慮等も加味した上で判断されるという考え方が有力であり、かつ裁判例でもあるところ、上記立法提案は、その点を踏まえており、その限度では妥当である。

しかし、「その法律行為の意味を理解する能力」という文言は、具体的に何を意味するか、少なくとも一般国民には分かりにくい。また、物事の意味を理解しても、その理解したところから従って意思決定できないこともある。それ故、定義としては「その法律行為の結果を理解してその法律行為をするかどうかを判断する能力」とするのが分かりやすく、妥当である。

2 効果については、無効とすることが意思無能力者の保護に資する。

3 なお、日常生活に関する行為の特則は設けるべきではない。成年後見に付されていない意思無能力者を保護するためには、たとえ日常生活に関する行為であっても効力が否定されるべきである。

（参照）A—47条

第3 意思表示

1 心裡留保（民法第93条関係）

民法第93条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 意思表示は、表意者がその真意ではないことを知ってしたときであっても、そのためにその効力を妨げられないものとする。ただし、相手方が表意者の真意ではないことを知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とするものとする。

(2) 上記(1)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ものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については、現行民法第93条本文を維持しつつ、相手方の認識対象について合理

的な変更を加えるものであり、妥当である。

なお、心裡留保という概念も分かりにくいので、分かりやすい表現を用いるのが妥当である。

(2)については、判例の法文化であり妥当である。

(参照) A—48条

2 錯誤（民法第95条関係）

民法第95条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 意思表示に錯誤があった場合において、表意者がその真意と異なることを知っていたとすれば表意者はその意思表示をせず、かつ、通常人であってもその意思表示をしなかったであろうと認められるときは、表意者は、その意思表示を取り消すことができるものとする。

(2) 目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項に錯誤があり、かつ、次のいずれかに該当する場合において、当該錯誤がなければ表意者はその意思表示をせず、かつ、通常人であってもその意思表示をしなかったであろうと認められるときは、表意者は、その意思表示を取り消すことができるものとする。

ア 意思表示の前提となる当該事項に関する表意者の認識が法律行為の内容になっているとき。

イ 表意者の錯誤が、相手方が事実と異なることを表示したために生じたものであるとき。

(3) 上記(1)又は(2)の意思表示をしたことについて表意者に重大な過失があった場合には、次のいずれかに該当するときを除き、上記(1)又は(2)による意思表示の取消しをすることができないものとする。

ア 相手方が、表意者が上記(1)又は(2)の意思表示をしたことを知り、又は知らなかったことについて重大な過失があるとき。

イ 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき。

(4) 上記(1)又は(2)による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができないものとする。

(注) 上記(2)イ（不実表示）については、規定を設けないという考え方がある。

【意見】

いずれについても賛成する。ただし、(4)については、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、詐欺に近い類型であるので、第三者の悪意、有過失の立証責任についても、詐欺と同様とするのが妥当である。

【理由】

1 (1)については、判例法理（大判大正7年10月3日民録24輯1852頁等）の明文化であり、分かりやすい民法の実現に資する。

2 (2)アについては、判例法理（最判昭和29年11月26日民集8巻11号2087頁等）の明文化であり、同じく妥当である。

同イについては、不実表示による錯誤の場合であり、相手方の帰責性が大きく、表意者を保護する必要があるばかりか、情報等における劣位者を保護することにもつながるので、妥当である。また、不実表示の場合は、表意者に重過失があっても、相手方が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、表意者の保護に欠けるとは言えない。なお、いずれについても、上記1の要素の錯誤の要件を満たすことが必要であり、この点の提案も妥当である。

3 (3)アは、支配的見解の明文化であり、イは合理的であるので、妥当である。

4 (4)については、趣旨は賛成するが、不実表示による錯誤を除いて、一般の錯誤の表意者の帰責性は、虚偽表示ほどは強くはないが詐欺よりは強いので、第三者の悪意・有過失についての立証責任を、表意者に課するのが妥当である。これに対し、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、詐欺に近い類型であるので、第三者の悪意、有過失の立証責任についても、詐欺と同様（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）とするのが妥当である。

(参照) A—50条

3 詐欺（民法第96条関係）

民法第96条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができるものとする。

(2) 相手方のある意思表示において、相手方から契約の締結について媒介をすることの委託を受けた者又は相手方の代理人が詐欺を行ったときも、上記(1)と同様とする（その意思表示を取り消すことができる）ものとする。

(3) 相手方のある意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、上記(2)の場合を除き、相手方がその事実を知り、又は知ることができたときに限り、その意思表示を取り消すことができるものとする。

(4) 詐欺による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができないものとする。

(注) 上記(2)については、媒介受託者及び代理人のほか、その行為について相手方が責任を負うべき者が詐欺を行ったときも上記(1)と同様とする旨の規定を設けるという考え方がある。

【意見】

いずれも、賛成する。ただし、(4)については、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のが妥当である。なお、いわゆる「沈黙による詐欺」についても取り上げるべきであるとの有力な意見がある。

【理由】

(1)については、現行民法の規定を維持するもので妥当である。

(2)については、代理人については現在でも判例（大判明治39年3月31日民録12輯492頁）が現行民法101条1項を適用して詐欺の規定の適用を認めており、問題はない。また、「相手方本人から契約締結について媒介をすることの委託を受けた者」に

については相手方本人から独立した関係にはあるものの、相手方本人の利益のために善管注意義務を負って活動している者であり、その者の詐欺については相手方本人において責任を負担すべきであるので、妥当である。

(3)については、現在でも、相手方（代理人等を含む）以外の者が詐欺行為を行った場合にも詐欺取消が認められており、このことを端的に明示することは、分かりやすい民法の実現に資する。

(4)については、支配的見解の法文化であり、分かりやすい民法の実現に資する。

また、詐欺は、表意者保護の要請が強く、第三者保護の要件として無過失まで要求すべきである。なお、立証責任の分配については、一方で表意者の帰責性の程度が錯誤に比して弱いこと、他方で第三者保護の要請の観点から見て、善意の立証責任を第三者に課しつつ、第三者の有過失について表意者に立証責任を負わせて公平を図るのが妥当である。

なお、分かりやすい民法の実現の観点からは、さらに、いわゆる沈黙の詐欺についても規定を設ける必要がある旨の有力意見がある。その場合は「契約の性質、当事者間の情報の質若しくは量又は交渉力の格差等に照らして信義則に基づき告知すべきであった事実を故意に告知しないことによって相手方を錯誤に陥れた場合」などと要件化することが考えられる。

(参照) A—52条

4 意思表示の効力発生時期等（民法第97条関係）

民法第97条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 相手方のある意思表示は、相手方に到達した時からその効力を生ずるものとする。
- (2) 上記(1)の到達とは、相手方が意思表示を了知したことのほか、次に掲げることをいうものとする。
 - ア 相手方又は相手方のために意思表示を受ける権限を有する者（以下この項目において「相手方等」という。）の住所、常居所、営業所、事務所又は相手方等が意思表示の通知を受けべき場所として指定した場所において、意思表示を記載した書面が配達されたこと。
 - イ その他、相手方等が意思表示を了知することができる状態に置かれたこと。
- (3) 相手方のある意思表示が通常到達すべき方法でされた場合において、相手方等が正当な理由がないのに到達に必要な行為をしなかったためにその意思表示が相手方に到達しなかったときは、その意思表示は、通常到達すべきであった時に到達したとみなすものとする。
- (4) 隔地者に対する意思表示は、表意者が通知を発した後に死亡し、意思能力を喪失し、又は行為能力の制限を受けたときであっても、そのためにその効力を妨げられないものとする。

【意見】

- (1)及び(2)については、賛成する。

(3)については、基本的に賛成する。ただし、その規律については、できる限り明確となるように留意すべきであり、文言を検討する必要がある。

(4)については、賛成する。

【理由】

1 (1)及び(2)については、意思表示の「到達」の概念を、判例法理（最判昭和43年12月17日民集22巻13号2998頁等）を踏まえて法文化するものであり、この点で分かりやすい民法の実現に資する。

なお、具体的な状況に応じて了知可能性が認められる場合を例示列挙することについては、意思表示の効力発生という重大事に関わるものであり、例えば電子メールの発信につき、その到達時期が明確ではないとの指摘もあるので、その文言の明確性に留意すべきである。

また、情報技術の進化発展等により意思表示についての諸事情が変化し得ることを考えると、詳細・煩瑣な基準を設けるよりも、解釈に委ねることの方が妥当な場合もあるであろう。

2 (3)については、相手方が意思表示の受領を拒絶するなどしたために、意思表示の到達の有無及びその時期につき問題となった多くの判例（最判平成10年6月11日民集52巻4号1034頁など）の結論を規定するものであり、分かりやすい民法の実現にも資するもので、その方向性に異論はないであろう。ただし、その具体的要件については、できる限り明確な規律となるように配慮がされるべきである。

3 (4)については、現行民法第97条第2項、第98条の2の規定の趣旨は、表意者がその意思表示を発した後に意思能力を欠く状態になったとき、意思表示の相手方が意思能力を欠くときにもそれぞれ妥当するものであり、分かりやすい民法の実現に資する。

(参照) A—53条

5 意思表示の受領能力（第98条の2関係）

民法第98条の2の規律に付け加えて、次のような規定を設けるものとする。

意思表示の相手方がその意思表示を受けた時に意思能力を欠く状態であったときは、その意思表示をもってその相手方に対抗することができないものとする。ただし、意思能力を欠く状態であった相手方が意思能力を回復した後にその意思表示を知った後は、この限りでないものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

相手方が意思表示を受領した際に意思能力を欠く状態であった場合、相手方の保護を図る必要があるが、意思能力を回復した後に意思表示を知った場合、保護の必要を欠くことになるため、規律として妥当である。

(参照) A—55条

第4 代理

1 代理行為の要件及び効果（民法第99条第1項関係）

民法第99条第1項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずるものとする。
- (2) 代理人がその権限内において自らを本人であると称してした意思表示もまた、本人に対して直接にその効力を生ずるものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)は、現行民法第99条第1項を維持するもので、妥当である。

(2)は、代理人がその権限内において自らを本人であると称してした場合についても、代理と同じように本人に効果が帰属する旨を明らかにするもので、妥当である。なお、後述の「権限外の行為の表見代理」においても、上記の場合にも表見代理と同じ効果を認めており、その前提として、このような規定が必要となる点でも妥当である。

(参照) A—56条

2 代理行為の瑕疵（民法第101条関係）

民法第101条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 代理人が相手方に対してした意思表示の効力が、意思の不存在、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによつて影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。
- (2) 相手方が代理人に対してした意思表示の効力が、意思表示を受けた者がある事情を知っていたこと又は知らなかったことにつき過失があったことによつて影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。
- (3) 本人が知っていた事情について、本人がこれを任意代理人に告げることが相当であった場合には、本人は、任意代理人がその事情を知らなかったことを主張することができないものとする。
- (4) 本人が過失によつて知らなかった事情について、本人がこれを知つて任意代理人に告げることが相当であった場合には、本人は、任意代理人がその事情を過失なく知らなかったことを主張することができないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

- 1 (1)及び(2)は、現行民法第101条第1項の内容を、代理人が意思表示をする場合と意思表示を受領する場合（相手方が意思表示をする場合）に分解して、規律内容を

明確にするもので、妥当である。

- 2 (3)及び(4)は、代理人の不知をもって抗弁とする場合に（上記(1)(2)）、本人の悪意又は有過失を再抗弁とすることを許す現行101条第2項の規律を悪意の場合、有過失の場合について規定し分け、かつ、若干、要件を拡張し（任意代理関係があれば、個別の行為についての指図を不要とする。）、追加する（本人が知っている事実を代理人に告げることが相当であったことを追加する。）ものであり、妥当である。

（参照）A—58条

3 代理人の行為能力（民法第102条関係）

民法第102条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 制限行為能力者が代理人である場合において、その者が代理人としてした行為は、行為能力の制限によっては取り消すことができないものとする。
- (2) 上記(1)にかかわらず、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人である場合において、当該法定代理人が代理人としてした行為が当該法定代理人を当事者としてした行為であるとすれば取り消すことができるものであるときは、本人又は民法第120条第1項に規定する者は、当該行為を取り消すことができるものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

現行民法第102条の規律を明確にするものであるとともに、代理人が制限行為能力者である場合に本人を保護する観点等から(2)の規定を設けることが適切である。なお、(2)の規律については、例外的に取消権がある場合について規定すれば足り、取消権者を書き込むことは不要である。ただし書の形で規定すれば足りる。

（参照）A—59条

4 代理人の権限（民法第103条関係）

民法第103条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 任意代理人は、代理権の発生原因である法律行為によって定められた行為をする権限を有するものとする。
- (2) 法定代理人は、法令によって定められた行為をする権限を有するものとする。
- (3) 上記(1)(2)によって代理人の権限が定まらない場合には、代理人は、次に掲げる行為のみをする権限を有するものとする。

ア 保存行為

- イ 代理の目的である物又は権利の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良を目的とする行為

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

代理人の代理権の範囲について基本的な規律を定めるもので適切である。
(参照) A—60条

5 復代理人を選任した任意代理人の責任（民法第105条関係）

民法第105条を削除するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行民法第105条は、本人と代理人との間の対内関係に関する規定であり、代理に置くべき規定ではない。
(参照) 第105条を削除

6 自己契約及び双方代理等（民法第108条関係）

民法第108条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 代理人が自己を相手方とする行為をした場合又は当事者双方の代理人として行為をした場合には、当該行為は、代理権を有しない者がした行為とみなすものとする。

(2) 上記(1)は、次のいずれかに該当する場合には、適用しないものとする。

ア 代理人がした行為が、本人があらかじめ許諾したものである場合

イ 代理人がした行為が、本人の利益を害さないものである場合

(3) 代理人がした行為が上記(1)の要件を満たさない場合であっても、その行為が代理人と本人との利益が相反するものであるときは、上記(1)(2)を準用するものとする。

(注1) 上記(1)については、無権代理行為とみなして本人が追認の意思表示をしない限り当然に効果不帰属とするのではなく、本人の意思表示によって効果不帰属とすることができるという構成を採るという考え方がある。

(注2) 上記(3)については、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については、自己契約又は双方代理は、本人がその事実を認識していたならば、代理権を授与しなかったと言えることから、無権代理とみなして、本人の保護を図るのが適切である。

(2)は、基本的には、現行の例外規定である。

(3)は、代理人の行為が類型的に本人との利益相反性が認められれば、無権代理と扱うのが適切である。

(注1)については、反対する。法定代理の場合には、本人に効果不帰属の意思表示

をすることが期待できないから、無権代理と位置づけて本人を保護すべきであって、代理権を有しないと擬制することによって、無権代理の仕組みに乗せるのが適当である。

なお、この点について、効果不帰属の構成を取らない以上は、代理権の濫用の場合も、同様に、効果不帰属構成を取るべきではない。

(参照) A—6 4 条

7 代理権の濫用

(1) 代理人が自己又は他人の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方が当該目的を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、本人は、相手方に対し、当該行為の効力を本人に対して生じさせない旨の意思表示をすることができるものとする。

(2) 上記(1)の意思表示がされた場合には、上記(1)の行為は、初めから本人に対してその効力を生じなかったものとみなすものとする。

(3) 上記(1)の意思表示は、第三者が上記(1)の目的を知り、又は重大な過失によって知らなかった場合に限り、第三者に対抗することができるものとする。

(注) 上記(1)については、本人が効果不帰属の意思表示をすることができるのではなく、当然に無効とするという考え方がある。

【意見】

(1)及び(2)は、反対する。(注)の見解に賛成する。

(3)は、第三者保護の趣旨には、賛成する。ただし、第三者の悪意又は重過失の立証責任を本人に負わせるのが妥当である。なお、法定代理における代理権濫用の場合は、第三者の保護要件を善意・無過失とすることを検討するべきである。

【理由】

(1)については、理論的には、有権代理を前提としつつ、効果不帰属の意思表示の制度によって、本人保護を図ることもありうる。しかし、法定代理の場合に本人保護を図ることができるのか、及び効果不帰属の意思表示の時的限界や、催告制度の導入等、詰めるべき課題が多く、賛成できない。それ故、現状では判例（最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁）の結論に従い無効とするのが妥当である。

ただし、代理権の濫用は、基本的には本人が「代理権の濫用をするような代理人を選定したこと」など本人側の問題とされるべきものであるので、相手方が代理権濫用の事実を知らないことについて軽過失であっても保護されるべきである。

それ故、上記判例のように心裡留保規定の類推によって解決するのは妥当でなく、本条の規定によって原則的に無効としつつ、善意無重過失の相手方を保護するのが妥当である。

(2)については、行為の時点から、当然に無効であるので、「効力を生じなかったものとみなす」旨の規定は不要である。

(3)は、相手方からの転得者等の第三者の保護を図る必要があり妥当である。ただし、代理権濫用の場合は、本来は本人と代理人間の問題に過ぎないので、任意代理において

は第三者の悪意又は重過失の立証責任を本人に負わせるのが妥当である。

これに対し、法定代理においては、通常は、本人は代理人をコントロールできる状況にはなく、第三者の保護要件も善意無過失とする方が、バランスが取れるものとする。

(参照) A—65条

8 代理権授与の表示による表見代理（民法第109条関係）

民法第109条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 本人が相手方に対して他人に代理権を与えた旨を表示した場合において、その他人がその表示された代理権の範囲内の行為をしたときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、相手方が、その他人がその表示された代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでないものとする。
- (2) 上記(1)の他人がその表示された代理権の範囲外の行為をした場合において、相手方が当該行為についてその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、相手方が、その他人がその表示された代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。ただし、(2)については、「正当な理由」の判断要素を法文化するべきである。

【理由】

(1)は、現行の規定の意味が明確化されるので、妥当である。

(2)は、110条との重畳適用に関する判例法理（最判昭和45年7月28日民集24巻7号1203頁）を条文化するもので妥当である。ただし、正当理由の判断要素を明文化すべきであり、その方が分かりやすい民法の実現に繋がる。なお、正当な理由の存在の主張立証責任を相手方に、代理権の不存在についての悪意・有過失の立証責任を本人に課すことが公平であり、妥当である。

(参照) A—66条

9 権限外の行為の表見代理（民法第110条関係）

民法第110条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 代理人がその権限外の行為をした場合において、相手方が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。
- (2) 代理人が自らを本人であると称してその権限外の行為をした場合において、相手方が代理人の行為が本人自身の行為であると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。

【意見】

いずれも、基本的には賛成する。ただし、「正当な理由」の判断要素を法文化すべきである。

【理由】

(1)は従前の規定ぶりを修正して明確化するものであり、また、(2)は判例法理（最判昭和44年12月19日民集23巻12号2539頁）を条文化したもので、いずれも妥当である。ただし、いずれについても、正当理由の判断要素を明文化することにより、分かりやすくするのが妥当である。

（参照）A—67条

10 代理権消滅後の表見代理（民法第112条関係）

民法第112条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 代理人であった者が代理権の消滅後にその代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその代理権の消滅の事実を知らなかったときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、相手方がその代理権の消滅の事実を知らなかったことにつき過失があったときは、この限りでないものとする。
- (2) 代理人であった者が代理権の消滅後にその代理権の範囲外の行為をした場合において、相手方が、その代理権の消滅の事実を知らず、かつ、当該行為についてその者の代理権があると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、相手方がその代理権の消滅の事実を知らなかったことにつき過失があったときは、この限りでないものとする。

【意見】

いずれも、基本的には賛成する。ただし、(2)については、正当理由の判断要素を法文化すべきである。

【理由】

(1)は判例法理（最判昭和32年11月29日民集11巻12号1994頁、最判昭和44年7月25日集民96号407頁）を条文化するものであり、(2)は重畳適用に関する判例法理（大連判昭和19年12月22日民集23巻626頁）を条文化するものであり、基本的には妥当である。ただし、(2)については、正当理由の判断要素を明文化することにより、分かりやすくするのが妥当である。

（参照）A—69条

11 無権代理人の責任（民法第117条関係）

民法第117条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 他人の代理人として契約をした者は、その代理権を有していた場合又は本人の追認を得た場合を除き、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負うものとする。
- (2) 上記(1)は、次のいずれかに該当する場合には、適用しないものとする。

ア 他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知ってい

た場合

イ 他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が過失によって知らなかった場合。ただし、他人の代理人として契約をした者が自己に代理権がないことを自ら知っていたときを除くものとする。

ウ 他人の代理人として契約をした者が自己に代理権がないことを知らなかった場合。ただし、重大な過失によって知らなかったときを除くものとする。

エ 他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかった場合

【意見】

いずれも、賛成する。

【理由】

(1)については、「その代理権を有していた場合又は本人の追認を得た」ことは、一般に代理人の抗弁事由と解されているから、規定のあり方として、「～を除き」とする提案は、妥当と考えられる。

(2)のア及びイは、現行民法第117条第2項前段を規定しつつ、無権代理人が自己の権限不存在を知っていた場合には、利益考量上、過失によって代理権がないことを知らない相手方に対し、免責を主張できない規定を新設するもので、妥当である。ウは、代理権がないことを知らずに代理行為をした者を免責する規定であって、妥当である。エは、現行117条2項後段を規定するもので適切である。

(参照) A—74条

12 授権（処分権授与）

(1) 他人に対し、その他人を当事者とする法律行為によって自己の所有権その他の権利を処分する権限を与えた場合において、その他人が相手方との間で当該法律行為をしたときは、当該権利は、相手方に直接移転するものとする。この場合において、当該権利を有していた者は、相手方に対し、その他人と相手方との間の法律行為においてその他人が相手方に対して主張することのできる事由を、主張することができるものとする。

(2) 上記(1)の場合については、その性質に反しない限り、代理に関する規定を準用するものとする。

(注) 授権に関する規定は設けるべきでない（解釈に委ねる）という考え方がある。

【意見】

賛成する。

【理由】

授権のルールのもろく化を図るもので、分かりやすい民法の実現に資する。ただし、消費者が事業者に対して授権したとして、安易に消費者の権利が相手方に移転することのないよう配慮するべきであるとの意見がある。

(参照) A—76条

【取り上げるべき論点】**【意見】**

- (1) 部会資料29第3, 1(5)「任意代理人による復代理人の選任の規定」の論点を取り上げるべきである。
- (2) 部会資料29第3, 2(2)イ「正当な理由」については、論点として取り上げるべきである。

【理由】

- (1) 現行民法の「やむを得ない事由」という要件は狭きに失するので、これを改める必要がある。ただし、学説が主張する「代理権の発生原因である法律行為の趣旨に照らして、代理人に自ら代理行為をすることを期待するのが相当でない場合」という要件は、本人の利益ではなく代理人の期待を問題とする点で賛成できない。「本人にとって正当な理由がある場合」とするのが妥当である。

(参照) A—61条

- (2) 正当な理由の判断要素を規定することは、分かりやすい民法の実現に資する。

(参照) A—67条, A—69条

第5 無効及び取消し**1 法律行為の一部無効**

法律行為の一部が無効となる場合であっても、法律行為のその余の部分の効力は妨げられないものとする。ただし、当該一部が無効であることを知っていれば当事者がその法律行為をしなかったと認められる場合には、その法律行為は無効とするものとする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。

【意見】

基本的には賛成するが、下記のとおり問題点があるので引き続き検討するべきである。

【理由】

一般論として上記立法提案自体は首肯できる。

ただし、本提案の文言だけでは、無効原因の内容によって定まる無効の範囲の問題と、無効原因から一度無効の範囲が画された後に、当事者の認識によって無効の範囲が拡大する場面との関係が不明確である。本来は前者の問題であるのに誤って後者の問題として処理される結果、無効原因自体から法律行為全体について無効が認められるはずの事案について、当事者の認識次第で無効の範囲が制限されるという結論になりかねないという懸念がある。

従って、立法にあたっては、この関係に配慮することが必要であると考えられる。

(参照) A—77条

2 無効な法律行為の効果

- (1) 無効な法律行為（取り消されたために無効であったとみなされた法律行為を含

む。)に基づく債務の履行として給付を受けた者は、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還しなければならないものとする。この場合において、給付を受けたもの及びそれから生じた果実の返還をすることができないときは、その価額の償還をしなければならないものとする。

(2) 上記(1)の無効な法律行為が有償契約である場合において、給付を受けた者が給付を受けた当時、その法律行為の無効であること又は取り消すことができることを知らなかったときは、給付を受けたものの価額の償還義務は、給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額を限度とするものとする。

(3) 上記(1)の無効な法律行為が有償契約以外の法律行為である場合において、給付を受けた者が給付を受けた当時、その法律行為の無効であること又は取り消すことができることを知らなかったときは、給付を受けた者は、それを知った時点でその法律行為によって現に利益を受けていた限度において上記(1)の返還の義務を負うものとする。

(4) 民法第121条ただし書の規律に付け加えて、次のような規定を設けるものとする。

意思能力を欠く状態で法律行為をした者は、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、返還の義務を負うものとする。ただし、意思能力を欠く状態で法律行為をした者が意思能力を回復した後にその行為を了知したときは、その了知をした時点でその法律行為によって現に利益を受けていた限度において、返還の義務を負うものとする。

(注) 上記(2)については、「給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額」を限度とするのではなく、「給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額」を限度とするという考え方がある。

【意見】

(1)は賛成する。

(2)は賛成するが、同時に、無効や取消の主張は、損害賠償の請求を妨げないという規定（参考・第113(6)）もあわせて設けるべきである。

(3)は賛成する。

(4)は賛成する。

【理由】

(1)は返還の原則を定めており、法律行為が無効な場合に、債務の履行として給付をした者は、当該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したものとして妥当である。

(2)は無効な法律行為が有償契約である場合において、善意の相手方の返還義務の上限を反対給付の価額又は現存利益のいずれか多い方の範囲とする一方、受領者が無効又は取消原因について悪意のときには、(1)の原則に戻り、価額が反対給付の額を上回る場

合であっても、全額の償還義務を負うとするものであり、有償契約の取引としての性質に照らして、妥当な規律であると言える。

ただし、受領した目的物を滅失してしまった場合や、換価後に目的物の価格が値上がりした場合には、救済が不十分であるとして、無効または取消原因について善意の消費者については、価額償還の範囲に関する現行703条の規律を維持すべきであるとの意見もある。

なお、無効原因が不法行為にも該当する場合には、不法行為での救済を行うべきである。そこで、これを確認するべく、取消し・無効の主張は損害賠償請求を妨げないという規定を置くべきである（参考 解除に関する第113(6)）。

(3)は無効な法律行為が無償行為である場合における善意の給付受領者の返還義務の範囲を限定するものであり、善意の相手方の利得消滅の抗弁を明確化するものとして妥当である。

(4)についても、意思能力を欠く状態で法律行為をしたものについて、同人を保護する規定を設けるものであり特段異議はない。

(参照) A—79条

3 追認の効果（民法第122条関係）

民法第122条ただし書を削除するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

異論のない内容である。

(参照) A—82条第2項

4 取り消すことができる行為の追認（民法第124条関係）

民法第124条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 取り消すことができる行為の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅し、かつ、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、その効力を生じないものとする。

(2) 次に掲げるいずれかの場合には、上記(1)の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅した後にすることを要しないものとする。

ア 法定代理人又は制限行為能力者の保佐人若しくは補助人が追認をする場合
イ 制限行為能力者（成年被後見人を除く。）が法定代理人、保佐人又は補助人の同意を得て追認をする場合

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)は判例法理（大判大正5年12月28日民録22輯2529頁）の明文化、(2)は

現行規定の維持と解釈上異論のない部分を明文化するものであり、いずれも妥当である。
(参照) A—85条

5 法定追認（民法第125条関係）

民法第125条の規律に、法定追認事由として、「弁済の受領」及び「担保権の取得」を付け加えるものとする。

(注) 「弁済の受領」及び「担保権の取得」を付け加えないという考え方がある。

【意見】

反対する。(注)の記載、すなわち現行民法第125条の規定を維持する考え方に賛成する。

【理由】

この論点については、提案されている追加事由が比較的受動的な行為とも言えるため、追認権者保護の観点から慎重な対応が必要である。そもそも法定追認は、追認権者が取消権を行使できることを知っているにもかかわらず当該事実を発生させているのであるから、行為を追認する意思であるという前提に立っていると解される。そうであれば、法定追認を成立させる事実の範囲は、当該前提を崩さないよう限定的に考えるべきである。しかるに、「弁済の受領」及び「担保権の取得」は、前者については一方的な振込み等により外形的な事実が作出されやすく、また後者についても、動産を一方的に預ける等して担保権受領の外形が整えられてしまうといったことが、少なくとも現行の法定追認事由に比して起こりやすいと考えられる。そうであれば、当該事実により追認権者が追認する意思であるという前提が成立しづらいし、法定追認の範囲を拡大することは、追認の要件として取消可能性の認識を要求した趣旨との平仄も合わない。更に、消費者保護の観点からしても、安易に法定追認事由を拡大するべきではない。

(参照) A—86条

6 取消権の行使期間（民法第126条関係）

民法第126条の規律を改め、取消権は、追認をすることができる時から3年間行使しないときは時効によって消滅するものとし、行為の時から10年を経過したときも、同様とするものとする。

(注) 民法第126条の規律を維持するという考え方がある。

【意見】

反対する。(注)の考え方に賛成する。

【理由】

現行民法の規定については、特段の問題はなく、改正の必要がないと思料する。

【取り上げるべき論点】

- 部会資料29第2, 3(1)「法律行為が無効であることの帰結」[31頁]
- 部会資料29第2, 4(4)「相手方の催告権」[47頁]

○ 部会資料 29 第 2, 2 (3) 「複数の法律行為の無効」**【意見】**

- (1) 「法律行為が無効であることの帰結」については、取り上げるべきである。
- (2) 「相手方の催告権」を取り上げるべきである。
- (3) 複数の法律行為の無効の論点は取り上げるべきである。

【理由】

(1) 分かりやすい民法の実現に資する。

(参照) A-79 条第一号

(2) 錯誤については、錯誤の規定の箇所に相手方の催告権の規定を置くことにより、相手方について、その不安定な地位から早期に脱する手段を認めるのが妥当である。

(参照) A-51 条

(3) 判例（最判平成 8 年 1 月 12 日民集 50 卷 10 号 2673 頁）は「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、その全体について解除を認めた。この考え方は、複数の法律行為の他の法律行為を無効とする場合にも共通するところであるから、これを明文化すべきである。そして、これは上記第 5, 1（法律行為の一部無効）と類似する問題であるから、条文化に当たっては、「複数の法律関係の間に密接な関連性があること」を要件とする必要はないと考える。

なお、複数当事者の場合も対象とし、状況が異なることについては当事者間の関係を「密接な関連性」の判断に織り込んで判断すれば足りるという考え方もある。しかし、複数当事者の事案については未だ判例がなく、様々な議論がなされているから、同一当事者に限って規定することに賛成する。

なお、労働契約においては、かかる複数契約の無効を認めることで、労働者に不利益となるおそれがあるとの意見もある。

(参照) A-77 条

第 6 条件及び期限**1 条件**

条件に関する民法第 127 条から第 134 条までの規律は、基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

- (1) 民法第 127 条に条件という用語の定義を付け加え、条件とは、法律行為の効力の発生・消滅又は債務の履行を将来発生することが不確実な事実の発生に係らしめる特約をいうものとする。
- (2) 民法第 130 条の規律を次のように改めるものとする。

ア 条件が成就することによって不利益を受ける当事者が、条件を付した趣旨に反して故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方は、その条件が成就したものとみなすことができるものとする。

イ 条件が成就することによって利益を受ける当事者が、条件を付した趣旨に反して故意にその条件を成就させたときは、相手方は、その条件が成就しなかったものとみなすことができるものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については、条件の定義を条文上明らかにすることは、分かりやすい民法の実現につながる。

(2)アについては、条件の成就を妨げたかどうか判断するためには、条件を付した趣旨を解釈せずに判断することが困難であるから、その判断には条件を付した趣旨を考慮すべきである。

(2)イについては、これに加え、判例の考え方（最高裁平成6年5月31日民集48巻4号1029頁）の明文化するものであり、特段問題はない。

(参照) A—88条, A—91条

2 期限

期限に関する民法第135条から第137条までの規律は、基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

(1) 民法第135条に期限という用語の定義を付け加え、期限とは、法律行為の効力の発生・消滅又は債務の履行を将来発生することが確実な事実の発生に係らしめる特約をいうものとする。

(2) 民法第135条第1項の規律を次のように改めるものとする。

ア 法律行為に始期を付したときは、その法律行為の効力は、期限が到来した時に発生するものとする。

イ 債務の履行に始期を付したときは、期限が到来するまで、その履行を請求することができないものとする。

(3) 民法第137条第2号の規律を改め、債務者が、その義務に反して、担保を滅失させ、損傷させ、又は減少させたときは、債務者は、期限の利益を主張することができないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については、期限の定義を明確化することにより、分かりやすい民法の実現に資する。

(2)については、法律行為及び債務の履行に始期を付した場合の具体的効果を明確化するものであり、分かりやすい民法の実現に資する。

(3)については、例えば、債務者が、動産先取特権の目的動産を売却した場合、現行民法第137条第2号に違反するものではないことについては争いがないものと考えられ

るが、それは、債務者が担保を保持する義務に違反していないことによると解される。このことから、「その義務に反して」という文言を明記すべきである。
(参照) A—96条, A—98条

第7 消滅時効

1 職業別の短期消滅時効の廃止

民法第170条から第174条までを削除するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行民法170条ないし174条の規定に具体的に列挙された債権（例えば、弁護士の職務に関する債権（同法172条））と、列挙されていない債権（例えば、司法書士の職務に関する債権）との間で消滅時効期間に差を設けることに合理的理由は認められない。

また、上記規定に列挙された債権間でも、例えば、弁護士の職務に関して受け取った書類に関する債権（同法171条, 3年）と弁護士の職務に関する債権（同法173条, 2年）との間のように、消滅時効に差を設けることに合理的理由が認められないものも多い。

上記のように合理性を説明できないにもかかわらず、実務上、どの区分の時効期間が適用されるのかをめぐって争われることも多く、煩雑な判断が必要になることなどから、削除すべきである。

(参照) 第170条から第174条までを削除

2 債権の消滅時効における原則的な時効期間と起算点

【甲案】 「権利を行使することができる時」（民法第166条第1項）という起算点を維持した上で、10年間（同法第167条第1項）という時効期間を5年間に改めるものとする。

【乙案】 「権利を行使することができる時」（民法第166条第1項）という起算点から10年間（同法第167条第1項）という時効期間を維持した上で、「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）」という起算点から〔3年間／4年間／5年間〕という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するものとする。

(注) 【甲案】と同様に「権利を行使することができる時」（民法第166条第1項）という起算点を維持するとともに、10年間（同法第167条第1項）という時効期間も維持した上で、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

設けるという考え方がある。

【意見】

甲案及び乙案に反対する。基本的に（注）の意見に賛成するが、事業者の消費者に対する債権について3年の短期時効を設けることには反対する。

【理由】

- 1 基本的には、債権の管理能力に劣る個人ないし消費者にとっては、債権の消滅時効期間が5年では短すぎ、同人らの保護にそぐわないので、甲案は失当である。また、事業者の契約以外の原因に基づく債権の消滅時効期間については、10年とする現行民法の運用は安定しており、これを短縮しなければならない事情は存在しない。
- 2 次に、消滅時効制度の趣旨は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、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（第12会議事録 19頁 岡委員発言参照）。また、「債権発生の原因を知っていたか否か」を巡って無用な紛争が多発するおそれもある。従って、主観的起算点を採用すべきではなく、これを採用する乙案に賛成することはできない。
- 3 事業者の契約に基づく債権には、通常商事消滅時効が適用されるし、企業などの事業者の債権管理は通常商事消滅時効が適用されることが前提に行われている。このことから、事業者の契約に基づく債権について消滅時効期間を5年とすることに特段の異存はない。

他方で、事業者の消費者に対する債権の消滅時効期間を3年とする提案もあるが、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ことになり、事業者の債権管理をいたずらに複雑化すること、一口に事業者の消費者に対する債権といっても金額が大きい債権から、小口の債権までであるところ、とりわけ管理が煩瑣となる小口債権が、3年間で時効消滅してしまうのは債権者にとって酷であることから賛成できない。

（参照）A—127条

3 定期金債権の消滅時効（民法第168条第1項関係）

(1) 民法第168条第1項前段の規律を改め、定期金の債権についての消滅時効は、次の場合に完成するものとする。

ア 第1回の弁済期から〔10年間〕行使しないとき

イ 最後に弁済があった時において未払となっている給付がある場合には、最後の弁済の時から〔10年間〕行使しないとき

ウ 最後に弁済があった時において未払となっている給付がない場合には、次の弁済期から〔10年間〕行使しないとき

(2) 民法第168条第1項後段を削除するものとする。

【意見】

(1)及び(2)はいずれも賛成する。

【理由】

(1)については、支分権たる定期金債権は、ある支払期日に支払いがない場合、その時点から、消滅時効期間の起算がなされるどころ、これを類型化したのが(1)アないしウであるので、特段の異論はない。

(2)については、現行民法第168条のうち、「最後の弁済期から10年間行使しないとき」について定める同条第1項後段に対しては、最後の弁済期が到来して支分権が全て発生することにより基本権である定期金債権は存在意義を失っていること、この規定がなくても弁済期から10年間（第167条）又は5年間（第169条）の経過により、毎期の支分権は消滅することになることから、無意味な規定であると解されているので削除すべきである。

(参照) A—128条

4 不法行為による損害賠償請求権の消滅時効（民法第724条関係）

民法第724条の規律を改め、不法行為による損害賠償の請求権は、次に掲げる場合のいずれかに該当するときは、時効によって消滅するものとする。

(1) 被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から3年間行使しないとき

(2) 不法行為の時から20年間行使しないとき

【意見】

賛成する。

【理由】

現行民法第724条後段の「不法行為の時から20年を経過したとき」という期間制限について、判例（最判平成元年12月21日民集43巻12号2209頁）は時効の中断や停止を認めない除斥期間と解してきたが、被害者保護に欠けるという強い批判があったところであり、これを消滅時効である変更することは、弱者保護に資するものであって賛成する。

(参照) C—247条

5 生命・身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効

生命・身体〔又はこれらに類するもの〕の侵害による損害賠償請求権の消滅時効については、前記2における債権の消滅時効における原則的な時効期間に応じて、それよりも長期の時効期間を設けるものとする。

(注) このような特則を設けないという考え方がある。

【意見】

賛成する。このような生命・身体その他これに準じるもの（以下「生命・身体等」という。）の侵害については、不法行為、債務不履行を問わず、「損害の発生及び債務者（不法行為では加害者）を知った時」という主観的起算点から5年と、「権利を行使することができる時」を客観的起算点として30年間という長期の時効期間を設けるべきである。

【理由】

1 生命・身体等の侵害にかかる損害賠償請求については、共通の時効期間を定める

生命、身体に対する利益のみならず、例えば、身体の自由に対する侵害等これに類する利益についてもその保護を図る必要性が高いことから独自の長期の消滅時効期間を定めるべきである。この場合において、少なくとも生命・身体等に対する侵害については、法律構成のみによって時効期間が異なるとするのは妥当とは言えないため、このような侵害については、例外的に、不法行為・債務不履行共通の時効期間を、客観的起算点、主観的起算点を併用する形で定めるべきである（「中間試案（概要付き27頁）」中の、前記2で乙案が採用される場合の例示）。これは、生命身体等の保護法益の重要性と、事実として区別しがたいという点に由来するものであり、前記2で甲案の別案を採用することと必ずしも矛盾するものではないと思料する。

2 起算点と時効期間について

生命、身体等に対する損害については、例えば身体に蓄積する物質が原因で人の健康が害されることによる損害や、一定の潜伏期間が経過した後に症状が現れる疾病による損害のように、損害の性質上、債務不履行又は加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する場合がある。この点、不法行為に関する最判平成16年10月15日民集58巻7号1802頁は、このような損害に関しては当該損害の全部又は一部が発生したときを起算点とする旨判示しているが、この判例の趣旨に鑑み、生命・身体等に対する侵害行為の客観的起算点を、債務不履行、不法行為のいずれについても「権利を行使することができるとき」とし、時効期間も30年とするのが妥当である。

なお、被害者救済という観点から見れば、主観的起算点についても、「損害及び債務者（不法行為では加害者）を知った時」から5年とするのが妥当である。

（参照）A—127条第3項

6 時効期間の更新事由

時効の中断事由の規律（民法第147条ほか）を次のように改めるものとする。

(1) 時効期間は、次に掲げる事由によって更新されるものとする。

ア 確定判決によって権利が確定したこと。

イ 裁判上の和解、調停その他確定判決と同一の効力を有するものによって権利が確定したこと。

ウ 強制執行又は担保権の実行としての競売の手続が終了したこと（権利の満足に至らない場合に限る。）。ただし、当該手続が権利者の請求により又は法律の規定に従わないことにより取り消されたときを除くものとする。

エ 相手方の権利を承認したこと。

(2) 上記(1)ア又はイに該当するときは、それぞれその確定の時から、新たに〔10年間〕の時効期間が進行を始めるものとする。

(3) 上記(1)ウに該当するときは当該手続が終了した時から、上記(1)エに該当するときはその承認があった時から、新たに前記2又は4の原則的な時効期間と同一の時

効期間が進行を始めるものとする。ただし、従前の時効期間の残存期間が原則的な時効期間より長い場合には、時効期間の更新の効力が生じないものとする。

【意見】

基本的には賛成する。ただし、文言としては、更新ではなく「再進行」とするのが妥当である。

【理由】

現行民法の「請求」に関し、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あるので、このような整理をするのが妥当である。

なお、中断の名称は、一般的な用語の意味と異なるため、適切な用語に改めることにする自体には賛成するが、「更新」という文言は、いわゆる契約の更新と同じものとの誤解を一般国民に生じさせるおそれがある。

この点、ドイツの用語はNeubeginnとしており、new beginを意味する語を用いており、「新たにスタートする」ということが直接的に表現されているので、分かりやすい。

そのため、本条文においても、「再進行」あるいは「新たな進行開始」等の分かりやすい表現を工夫すべきである。

(参照) A—108条

7 時効の停止事由

時効の停止事由に関して、民法第158条から第160条までの規律を維持するほか、次のように改めるものとする。

(1) 次に掲げる事由がある場合において、前記6(1)の更新事由が生ずることなくこれらの手続が終了したときは、その終了の時から6か月を経過するまでの間は、時効は、完成しないものとする。この場合において、その期間中に行われた再度のこれらの手続については、時効の停止の効力を有しないものとする。

ア 裁判上の請求

イ 支払督促の申立て

ウ 和解の申立て又は民事調停法・家事事件手続法による調停の申立て

エ 破産手続参加、再生手続参加又は更生手続参加

オ 強制執行、担保権の実行としての競売その他の民事執行の申立て

カ 仮差押命令その他の保全命令の申立て

(2) 上記(1)アによる時効の停止の効力は、債権の一部について訴えが提起された場合であっても、その債権の全部に及ぶものとする。

(3) 民法第155条の規律を改め、上記(1)オ又はカの申立ては、時効の利益を受ける者に対してしないときは、その者に通知をした後でなければ、時効の停止の効力を生じないものとする。

(4) 民法第153条の規律を改め、催告があったときは、その時から6か月を経過するまでの間は、時効は、完成しないものとする。この場合において、その期間中に

行われた再度の催告は、時効の停止の効力を有しないものとする。

(5) 民法第161条の規律を改め、時効期間の満了の時に当たり、天災その他避けることのできない事象のため上記(1)アからカまでの手続を行うことができないときは、その障害が消滅した時から6か月を経過するまでの間は、時効は、完成しないものとする。

(6) 当事者間で権利に関する協議を行う旨の〔書面による〕合意があったときは、次に掲げる期間のいずれかを経過するまでの間は、時効は、完成しないものとする。

ア 当事者の一方が相手方に対して協議の続行を拒絶する旨の〔書面による〕通知をした時から6か月

イ 上記合意があった時から〔1年〕

(注) 上記(6)については、このような規定を設けないという考え方がある。

【意見】

柱書及び(1)から(5)までは賛成するが、(6)は反対する。(注)の意見に賛成する。

【理由】

(1)については、時効の中断事由を再進行（立法提案では更新）事由に整理することに伴う修正や現行の判例法理の明文化であり、賛成する。また、これらの手続の申立と取下を繰り返すことによって時効の完成を永続的に阻止する事態を防ぐために、後段のような規定を置くことも妥当である。

(2)については、債権の一部について訴訟提起した場合、事後に請求を拡張する場合において、拡張部分が時効消滅して拡張できない現行の実務は不合理であることから、改正の必要があり、賛成する。ただし、事業者が消費者に対して一部請求によって容易に全部についての時効停止をさせることができることは問題であるとの意見がある。

(3)については、時効の中断事由を再進行事由に整理することに伴う修正であり、賛成する。

(4)については、規定の趣旨の明確化や判例法理の明文化であり、賛成する。

(5)については、現行の時効停止期間が2週間とあまりにも短く、6か月に延長することに賛成する。

(6)については、時効完成間際に、交渉力に劣る債務者が、優位者から長期間にわたって事実上交渉を強いられ、結果として著しく遅い時期の応訴を余儀なくされるという不利益を被る可能性がある。仮に「書面による合意」を要求する場合でも、交渉を強いられるということに変わりはない。

(参照) A—109条, A—115条, A—120条

8 時効の効果

消滅時効に関して、民法第144条及び第145条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 時効期間が満了したときは、当事者又は権利の消滅について正当な利益を有する第三者は、消滅時効を援用することができるものとする。

(2) 消滅時効の援用がされた権利は、時効期間の起算日に遡って消滅するものとする。

(注) 上記(2)については、権利の消滅について定めるのではなく、消滅時効の援用がされた権利の履行を請求することができない旨を定めるという考え方がある。

【意見】

賛成する。ただし、援用権者として「保証人、物上保証人」の例示をすべきである。

【理由】

分かりやすい民法という観点から、援用権者の具体例を挙げ、かつ端的に援用することと初めて時効消滅する旨の規定にするべきである。

(参照) A—106条

第8 債権の目的

1 特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第400条関係）

民法第400条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 契約によって生じた債権につき、その内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しまで、[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]当該契約の趣旨に適合する方法により、その物を保存しなければならないものとする。

(2) 契約以外の原因によって生じた債権につき、その内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しまで、善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならないものとする。

(注) 民法第400条の規律を維持するという考え方がある。

【意見】

(1) 基本的には賛成する。ただし、「契約の趣旨」の意味については、「契約の文言のみならず、当事者が契約をした目的、契約締結に至る経緯その他契約に関するあらゆる事由（その契約に関する取引通念を含む。）をいう。」などの定義規定を総則に置くべきである。

(2) 賛成する。

【理由】

(1) 契約によって生じた債権に関し、取引通念をも考慮した意味での「契約の趣旨に照らして」これに適合する方法により保存する義務を負うとすることは、当然のことであり、妥当である。ただし、そうである以上、「契約の趣旨」についての明文化が必要であり、総則に定義規定を置くべきである。

(2) 契約以外の原因によって生じた債権については、契約の趣旨を考慮する余地がないのであるから、現状を維持すべきである。

(参照) B—2条, A—2条第五号

2 種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項関係）

種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項）が生ずる事由につき、「債権者

と債務者との合意により目的物を指定したとき」を付加するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

債務の内容は合意によって定まるのが原則であり、債権者と債務者の合意により種類債権の目的物が特定するというのは当然であるが、そのような場合についても明文化した方が、条文としては分かりやすい。

(参照) B—3条

3 外国通貨債権（民法第403条関係）

民法第403条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 外国の通貨で債権額を指定した場合において、別段の意思表示がないときは、債務者は、その外国の通貨で履行をしなければならないものとする。
- (2) 外国の通貨で債権額を指定した場合において、別段の意思表示がないときは、債権者は、その外国の通貨でのみ履行を請求することができるものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

提案は、外国の通貨で債権額を指定したときは、特約がない限り原則としてその通貨でのみ弁済がされるというのが当事者の合理的意思であり、現行民法第403条の内容が合理性に乏しいとの考えを前提とするが、当事者の意思を重視するという見地から妥当であると考えられる。

(参照) B—5条

4 法定利率（民法第404条関係）

(1) 変動制による法定利率

民法第404条が定める法定利率を次のように改めるものとする。

ア 法改正時の法定利率は年〔3パーセント〕とするものとする。

イ 上記アの利率は、下記ウで細目を定めるところに従い、年1回に限り、基準貸付利率（日本銀行法第33条第1項第2号の貸付に係る基準となるべき貸付利率をいう。以下同じ。）の変動に応じて〔0.5パーセント〕の刻みで、改定されるものとする。

ウ 上記アの利率の改定方法の細目は、例えば、次のとおりとするものとする。

(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して定めるものとする。

(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（旧基準日）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、行われるものとする。

(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の所要の修正を行うことによって定めるものとする。

(注1) 上記イの規律を設けない（固定制を維持する）という考え方がある。

(注2) 民法の法定利率につき変動制を導入する場合における商事法定利率（商法第514条）の在り方について、その廃止も含めた見直しの検討をする必要がある。

【意見】

いずれも基本的に賛成する。ただし、当初の法定利率につき、3パーセントとすることについては、なお議論が必要であると思われる。また、商事法定利率（商法第514条）は廃止すべきである。

【理由】

法定利率につき市場金利を考慮した変動制とすることについては、当事者間の衡平等の見地から妥当であるといえる。また、その基礎に基準貸付利率を採用することについても、特段の異議はない。

ところで、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ために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のではなく、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って、前提となる市場金利の指標に対して、一定の上乗せをすることが妥当であると考えられる。

その点において、本提案は、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り、その考え方に賛成するものである。

また、法定利率の変更についても、1年おきに検討するものとする事、その利率の刻みを0.5パーセントとすること、変動部分につき差が0.5パーセント以上に達したときに限り法定利率が変動するものとする事は、法定利率の適用を受ける者が一般の中小の事業者、消費者でもあり得ること、頻繁・微小な変更が煩瑣であり、また、かえって過誤の原因ともなることを考えると、妥当であるといえる。

そして、現下における当初の法定利率につき、3パーセントとすることについては、法定利率を決定する際に考慮すべき上記の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、なお議論の余地もあるものと思われる。

なお、商事法定利率（商法第514条）については、提案の法定利率が当事者間の衡平等を図るために変動制をとることからするならば、これと別個に商事法定利率を定める必要性はないことになると考えられるから、これは廃止すべきである。

(参照) B—6条

(2) 法定利率の適用の基準時等

- ア 利息を生ずべき債権について別段の意思表示がないときは、その利率は、利息を支払う義務が生じた最初の時点の法定利率によるものとする。**
- イ 金銭の給付を内容とする債務の不履行については、その損害賠償の額は、当該債務につき債務者が遅滞の責任を負った最初の時点の法定利率によるものとする。**
- ウ 債権の存続中に法定利率の改定があった場合に、改定があった時以降の当該債権に適用される利率は、改定後の法定利率とするものとする。**

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

法定利率につき変動制にする趣旨が、民法の5パーセントの固定利率によるのでは、現在の経済状況との乖離が認められ、また、当事者間の衡平を図るという観点からも問題であるということからするならば、ア及びイは、これに副うものであって妥当である。

また、ウについても、変動制をとる以上、計算が煩瑣になる部分もあれば、利率変更後は変更後の法定利率によることが公平であるので妥当である。

(参照) B—6条

(3) 中間利息控除

損害賠償額の算定に当たって中間利息控除を行う場合には、それに用いる割合は、年[5パーセント]とするものとする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。また、中間利息控除の割合についても前記(1)の変動制の法定利率を適用する旨の規定を設けるという考え方がある。

【意見】

反対する。中間利息控除の規定を設けないのが妥当である（注記の前段）。

【理由】

中間利息控除の算定方法を現行の民法による規律から変更することは、これまでの判例、裁判所における運用を変更するだけでなく、社会経済に多大な影響を与えるものである。

この点、単に運用金利を考慮すれば足りるはずの中間利息控除の割合が、基本的に損害賠償金を定めるための基準となるべき法定利率よりかえって高率となる上記立法提案は妥当とは言えない。そのような法定利率と中間利息との間での逆転現象が生じるくらいであれば、むしろ中間利息控除の規定を置かないのが、混乱回避の見地から見て妥当である。

なお、不法行為法の改正までの暫定措置として、かかる5パーセントで固定する旨の規定を置くとの考え方もあるようであるが、不法行為法の見直しがいつの時点で行われるのか不明であるばかりか、その間の混乱を放置するような立法を行うことも重大な問題があると思料する。

5 選択債権（民法第406条ほか関係）

選択債権に関する民法第406条から第411条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

- (1) 民法第409条の規律に付け加えて、第三者が選択をすべき場合には、その選択の意思表示は、債権者及び債務者の承諾がなければ撤回することができないものとする。
- (2) 民法第410条を削除するものとする。
- (3) 選択の対象である給付の中に履行請求権の限界事由（後記第9，2に掲げる事由をいう。）があるものがある場合（第三者が選択をすべき場合を除く。）において、その事由が選択権を有する当事者による選択権付与の趣旨に反する行為によって生じたときは、その選択権は、相手方に移転するものとする。

【意見】

- (1) 賛成する。
- (2) 賛成する。
- (3) 基本的に賛成する。

【理由】

- (1)は、法律関係の明確化に資するし、債権者及び債務者の期待を保護することになる。
- (2)は、下記(3)の規定を設ける以上は削除すべきである。
- (3)は、選択債権の目的のうち不能であるものがあるときにも、選択権者が選択権を失わないことを原則とし、その事由が選択権付与の趣旨に反する行為によって生じたときには、選択権が相手方に移転するとの考え方には一定の合理性がある。

（参照）B—11条，B—12条

第9 履行請求権等

1 債権の請求力

債権者は、債務者に対して、その債務の履行を請求することができるものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行民法には規定がないが、債権の効力として異論なく認められてきた原則を明文化したものであり、分かりやすい民法の実現に資する。

（参照）B—14条第1項

2 契約による債権の履行請求権の限界事由

契約による債権（金銭債権を除く。）につき次に掲げるいずれかの事由（以下「履行請求権の限界事由」という。）があるときは、債権者は、債務者に対してその履行を請求することができないものとする。

ア 履行が物理的に不可能であること。

イ 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であること。

ウ その他、当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる事由

【意見】

いずれも賛成する。ただし、「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は、妥当とは言えない。

【理由】

金銭債権を除く契約債権についての不能については、上記の内容で特段の問題はない。また、単に「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、不能について慎重な判断がなされることとなり、妥当である。ただし、「契約の趣旨に照らし」という文言が、「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べきである。

なお、「不能という概念には物理的な不能以外も含まれている」ことを根拠に、「履行請求権の限界事由」などの新たな概念を打ち立てることが検討されている。

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。

(参照) B—15条, A—2条第五号

3 履行の強制（民法第414条関係）

民法第414条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 債権者が債務の履行を請求することができる場合において、債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、民事執行法の規定に従い、直接強制、代替執行、間接強制その他の方法による履行の強制を裁判所に請求することができるものとする。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでないものとする。

(2) 上記(1)は、損害賠償の請求を妨げないものとする。

(3) 民法第414条第2項及び第3項を削除するものとする。

(注) 上記(3)については、民法第414条第2項及び第3項の削除に伴って、その規定内容を民事執行法において定めることと併せて、引き続き検討する必要がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

債権者が債務の履行を強制できる場合に、強制執行の方法に関する現行民法第414条第2項及び第3項を削除するとともに、実体法と手続法を架橋する趣旨の規定を置く

ものであり、理論的に明快である。

（参照）B—14条

第10 債務不履行による損害賠償

1 債務不履行による損害賠償とその免責事由（民法第415条前段関係）

民法第415条前段の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債務者がその債務の履行をしないときは、債権者は、債務者に対し、その不履行によって生じた損害の賠償を請求することができるものとする。
- (2) 契約による債務の不履行が、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ものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。
- (3) 契約以外による債務の不履行が、その債務が生じた原因その他の事情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ものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。

【意見】

「契約の趣旨に照らし」という文言が「その契約に関する取引通念を考慮して定まる」旨を意味するという定義規定を総則に置くことを条件に賛成する。

【理由】

(1)及び(2)について

契約による債務の不履行の免責については、取引の公正その他の規範的観点から免責の有無を決するのが妥当であり、その点で「契約の趣旨」、のみならず「債務者の責めに帰することのできない事由」という概念を用いて判断することは妥当である。

ただし、そうである以上は、「契約の趣旨に照らし」という文言が「その契約に関する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置くべきであり、かつ、分かりやすい民法実現の見地からは総則規定に置くべきであって、その限度で賛成する。なお、債務者の責めに帰することのできない事由により生じたと「認められるとき」などの文言を用いるのが妥当である。

(3)について

契約以外の原因により発生した債務については、法令等の債務の発生原因に照らして帰責性を判断する他はなく、妥当である。

（参照）B—17条，A—2条第五号

2 履行遅滞の要件（民法第412条関係）

民法第412条の規律を維持した上で、同条第2項の規律に付け加えて、債権者が不確定期限の到来したことを債務者に通知し、それが債務者に到達したときも、債務者はその到達の時から遅滞の責任を負うものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

債権者が期限の到来を債務者に通知し、それが債務者に到達した時は、同人が不確定期限の到来の事実を知ったものと同視して良く、その趣旨を明文化することは分かりやすい民法の実現に資する。

(参照) B—16条

3 債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第415条後段関係）

民法第415条後段の規律を次のように改めるものとする。

(1) 次のいずれかに該当する場合には、債権者は、債務者に対し、債務の履行に代えて、その不履行による損害の賠償を請求することができるものとする。

ア その債務につき、履行請求権の限界事由があるとき

イ 債権者が、債務不履行による契約の解除をしたとき

ウ 上記イの解除がされていない場合であっても、債権者が相当の期間を定めて債務の履行の催告をし、その期間内に履行がないとき

(2) 債務者がその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、債務者が履行をする見込みがないことが明白であるときも、上記(1)と同様とするものとする。

(3) 上記(1)又は(2)の損害賠償を請求したときは、債権者は、債務者に対し、その債務の履行を請求することができないものとする。

【意見】

(1)のア、イ、ウは賛成する。

(2)は、提案の要件のままであれば反対する。端的に「債務者が債務の履行を確定的に拒絶し、これにより債務を履行する見込みがないことが明らかであるとき」という文言にするのが妥当である。

(3)は、趣旨は賛成するが、規定の表現をさらに検討するべきである。

【理由】

(1)のアないしウは合理的である。

(2)については、債務を「履行する意思がない旨を表示したこと」が「債務者が履行する見込みがないことが明白である」という要件の一例であることについて、一般国民は理解が困難である。また、債務の履行が確定的に拒絶された場合に填補賠償を認めるとすることが、その濫用的な行使を避けるために必要である。それ故、上記の要件とするのが妥当である。

(3)については、単に交渉のために損害賠償請求の主張をただけで履行請求権を喪失する結果となることは妥当ではなく、「履行請求と填補賠償請求は、共に行使することはできない」旨を規定すれば足りる。

(参照) B—18条

4 履行遅滞後に履行請求権の限界事由が生じた場合における損害賠償の免責事由

履行期を経過し債務者が遅滞の責任を負う債務につき履行請求権の限界事由が生じた場合には、債務者は、その限界事由が生じたことにつき前記1(2)又は(3)の免責事由があるときであっても、前記3の損害賠償の責任を負うものとする。ただし、履行期までに債務を履行するかどうかにかかわらず履行請求権の限界事由が生ずべきであったとき（前記1(2)又は(3)の免責事由があるときに限る。）は、その責任を免れるものとする。

【意見】

賛成する。ただし、上記の立法提案の表現は分かりにくく、検討の余地がある。

【理由】

上記は判例（大判明治39年10月29日民録12輯1358頁等）の趣旨を明文化するものであり、内容は合理的である。

（参照）B—19条

5 代償請求権

履行請求権の限界事由が生じたのと同じの原因により債務者が債務の目的物の代償と認められる権利又は利益を取得した場合において、債務不履行による損害賠償につき前記1(2)又は(3)の免責事由があるときは、債権者は、自己の受けた損害の限度で、その権利の移転又は利益の償還を請求することができるものとする。

（注）「債務不履行による損害賠償につき前記1(2)又は(3)の免責事由があるとき」という要件を設けないという考え方がある。

【意見】

賛成する。

【理由】

履行不能が生じたのと同じの原因によって、債務者が履行の目的物の代償と認められる利益を取得した場合に、債権者が目的物の引渡等に代えてその利益の償還を求めることの権利を有することは判例（最判昭和41年12月23日民集20巻10号2211頁）も認めるものであり、公平の観念に立脚する当該判例の考え方を明文化するのが妥当である。

しかし、明文化するには、履行の目的物の代償とは何かがある程度明らかにされる必要があり、これが専ら解釈に委ねられる立法は、国民がその判断に迷い、ひいては濫用や無用の紛争を生じさせるおそれがあることから、例えば代償請求権の対象となる利益や権利の典型例として、第三者に対して有する損害賠償請求権、保険金として受領した金員ないし保険金請求権等を例示的に列挙すべきである。

また、公平の理念に基づく代償請求権は損害賠償請求権が認められない場合に行使できるものとするれば足り、代償請求権を余りに広く認めると債務者の財産管理に対する過度の干渉になることから、代償請求権は他に当事者間の公平を確保する方法がない場合の補充的な救済手段であると位置付け、填補賠償請求権が行使できない場合を除く旨の要件を定めるべきである。

（参照）B—30条

6 契約による債務の不履行における損害賠償の範囲（民法第416条関係）

民法第416条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 契約による債務の不履行に対する損害賠償の請求は、当該不履行によって生じた損害のうち、次に掲げるものの賠償をさせることをその目的とするものとする。

ア 通常生ずべき損害

イ その他、当該不履行の時に、当該不履行から生ずべき結果として債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害

(2) 上記(1)に掲げる損害が、債務者が契約を締結した後に初めて当該不履行から生ずべき結果として予見し、又は予見すべきものとなったものである場合において、債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたときは、債務者は、その損害を賠償する責任を負わないものとする。

（注1）上記(1)アの通常生ずべき損害という要件を削除するという考え方がある。

（注2）上記(1)イについては、民法第416条第2項を基本的に維持した上で、同項の「予見」の主体が債務者であり、「予見」の基準時が不履行の時であることのみを明記するという考え方がある。

【意見】

(1)については、基本的には賛成する。ただし、イの冒頭の「その他」は「前号（通常生ずべき損害）以外の損害のうち」などという文言を用い、かつ、通常生ずべき損害とは分けて規定すべきである。

(2)は、(1)のイに関しては賛成するが、(1)のアに関しては反対する。

【理由】

(1)については、損害賠償の範囲は、「損害の公平な分担」という損害賠償制度の趣旨に照らして規範的な観点から決定されるべきところ、通常生ずべき損害とそれ以外の損害とを、概念としては分けて規定することにより、通常生ずべき損害の賠償が原則である旨を示すのが、その制度趣旨に合致すると思料する。

また、「通常生ずべき損害、その他・・・予見すべき損害」と規定すると、「予見すべき損害」が原則となり、「通常生ずべき損害」の文言を存置することに疑問が生じるばかりか、債権者は当初から「予見すべき損害」について主張立証しなければならないと解されるおそれが生じ、現行の立証に関するルールを変更することに繋がるおそれもあるので、失当である。なお、「契約の趣旨に照らし」という文言が「その契約に関する取引通念を考慮して定まる」旨を意味するという定義規定を置くべきである。

(2)は、損害回避措置を取った場合の賠償範囲の限定を明文化するものであるが、通常生ずべき損害以外の損害の賠償について、その範囲を相当な範囲に限定することは妥当であるので、(1)のイとの関係では賛成する。これに対し、(1)のアの「通常生ずべき損害」については、もともと当然に賠償の範囲に含まれるのであるから、損害回避義務を考慮する余地がないので、反対する。

なお、債務者に故意又は重過失がある場合は、事実的因果関係のある範囲内の損害の全てを賠償対象とすべきであるとする意見もある。

(参照) B-20条, A-2条第五号

7 過失相殺の要件・効果（民法第418条関係）

民法第418条の規律を次のように改めるものとする。債務の不履行に関して、又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して、それらを防止するために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は、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができるものとする。

【意見】

「過失」という概念を「債権者に求めるのが相当と認められる措置を講じなかった」という概念のみに置き換えることには反対する。これと併せて「債権者が寄与した」旨の概念をも用いるべきである（併用型）。その余は賛成する。

【理由】

過失相殺が問題となる場面では、「債権者に求めるのが相当と認められる措置を講じなかったとき」という不作為が問題になる場合があることは否定しないが、むしろ不履行や損害の発生又は拡大それ自体についての「債権者の寄与」も問題となる場合が多いと思料する。

そこで、「債権者が、債務の不履行、損害の発生若しくは拡大について、債権者の過失行為その他これに準じる寄与行為があった場合、又は債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が取らなかった場合」に、いわゆる過失相殺が認められる旨の規定を設けるのが妥当である（ヨーロッパ契約法原則9：504条 9：505条ほか参照）。

ただし、当事者の属性を考慮した規律内容にするべきであるとの意見も有力であるので、この点でも要件の検討が必要である。

(参照) B-25条

8 損益相殺

債務者が債務の不履行による損害賠償の責任を負うべき場合において、債権者がその不履行と同一の原因により利益を得たときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めるものとする。

【意見】

損益相殺の制度の明文化には賛成するが、「裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定める」とすることには反対する。「控除する」又は「差し引く」とするのが妥当である。

【理由】

損益相殺の制度自体は、実務に定着しており、明文化により分かりやすい民法の実現に資する。

しかし、「裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定める」とした場合は、事案に

応じて考慮の程度が異なってくるおそれがあり、妥当とは言えない。「債権者が不履行と同一の原因によって得た利益を差し引く」旨を規定するのが公平である。

(参照) B—26条

9 金銭債務の特則（民法第419条関係）

(1) 民法第419条の規律に付け加えて、債権者は、契約による金銭債務の不履行による損害につき、同条第1項及び第2項によらないで、損害賠償の範囲に関する一般原則（前記6）に基づき、その賠償を請求することができるものとする。

(2) 民法第419条第3項を削除するものとする。

(注1) 上記(1)については、規定を設けないという考え方がある。

(注2) 上記(2)については、民法第419条第3項を維持するという考え方がある。

【意見】

(1)は反対する。(注1)の考え方に賛成する。

(2)は「不可抗力をもって抗弁とすることができない」という条項の削除自体には賛成する。

しかし、不可抗力の場合に限って免責を認めるのが妥当であり、かつその考え方は、契約以外の原因によって生じた金銭債権についても妥当する。

【理由】

(1)について

利息超過損害の例として、債権取立費用等が考えられる。通常人であれば、金銭債務の不履行があった場合に、債権者が弁護士に依頼して訴訟により回収を図ることは、合理的に予測することができるであろう。したがって、利息超過損害賠償を認める場合、弁護士費用等の通常生じうる債権取立費用については、賠償を認める結論になると思われる。

これは、實際上、契約上の請求権としての金銭支払請求訴訟において、弁護士費用を債務者負担させるに等しい（現在の裁判実務では、不法行為損害賠償についてのみ、実損の1割程度が弁護士費用の損害として認められる扱いである）。この結果、消費者等の社会的、経済的弱者にとって、加重な負担が生じる恐れがある。

他方で、このような規定を設ける必要性もはっきりしない。害意があるなど悪質なケースについては、別途不法行為での救済も考えられる。また、現在も、多くの契約において約定遅延損害金が定められており、損害への備えがなされている。

以上のとおり、利息超過損害賠償については、必要性に乏しく、認めた場合の弊害も大きい。現行民法の規定を維持するべきである。

これに対し、諾成的消費貸借を認めた場合に、貸主が金銭の交付をしないときでも、借主に生じた損害の賠償請求が利息の範囲に限られることになるので妥当でないとの意見がある。

しかし、諾成的消費貸借の貸主の債務は、金銭債権であっても、現実に貸すことが契約の目的であり、代替的な融資先を探すのに要する費用や支払利息が法定利率を上

回ることが稀ではないことから、貸主からの相殺を禁止する黙示の特約が当然に認められるのと同様に、第419条1項及び2項の適用を排除する黙示の特約が当然にあるとみるべきであろう。ただし、そのことを明文化して分かりやすくする必要がある。

(2)について

金銭債務の不履行にも様々な理由がありうる。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。現行民法では、このようなケースであっても、支払いが遅れた以上債務不履行の効果が生じることとなるが、通常であれば支払が可能な者についてまで、一切の免責を認めないのは不当である。

したがって、何らかの免責の余地を認めるべきであるが、現行民法第419条第3項を廃止し、一般の債務不履行の規定に委ねる考え方も、妥当ではない。債務不履行の一般規定に委ねる考え方の理由として、金銭は高度の代替性を有することから、實際上ほとんど免責されないという点が挙げられている。確かに、この点はそのとおりであろう。

しかし、取引社会における金銭債権債務関係とその履行は、人体における血液の流れのごとく、決定的に重要な地位を占めている。このような金銭債務の地位に鑑みると、民法のユーザーに対して、金銭債権については特に免責の余地が乏しく、不履行のないよう常に備えておくべきであるということをメッセージとして示し、周知する意義は大きいと考えられる。

そこで、金銭債務の不履行については免責の余地が乏しいことを、民法の一般ユーザーにも分かるよう、注意的に規定するべきである。

したがって、債務不履行の一般原則より限定された事由、すなわち不可抗力のみを免責事由とする考え方に賛成する。

なお、この考え方は、契約債権のみならず不法行為に基づく損害賠償請求権などの法定の金銭債権についても妥当するのであるから、法定債権について別途規定を設ける必要はないと思料する。

(参照) B—24条

10 賠償額の予定（民法第420条関係）

(1) 民法第420条第1項後段を削除するものとする。

(2) 賠償額の予定をした場合において、予定した賠償額が、債権者に現に生じた損害の額、当事者が賠償額の予定をした目的その他の事情に照らして著しく過大であるときは、債権者は、相当な部分を超える部分につき、債務者にその履行を請求することができないものとする。

(注1) 上記(1)については、民法第420条第1項後段を維持するという考え方がある。

(注2) 上記(2)については、規定を設けないという考え方がある。

【意見】

(1)は賛成し、(2)は反対する。(注2)の意見に賛成する。

【理由】

(1)については、裁判所による増減額が可能となることで、事前には不当な契約条項の抑制につながり、事後には適切な処理が可能になる。

(2)については、そのような規定を設けても、裁判所において、いくら減額すべきかを判断することは、實際上不可能である。また、その考え方は、一部無効とされても、ぎりぎり合理的とはいえるが、実損とくらべれば遙かに高額の損害賠償の予定を認めるものである。

よって、この考え方では、不当な賠償額の予定を抑止することはできない。むしろ、この点は解釈に委ね、場合によっては全部無効（本則に返り、実損の範囲でしか損害賠償が認められない）とする余地を残すべきである。

(参照) B—27条

【取り上げるべき論点】

○ 部会資料34第1, 5「債務不履行責任の免責条項を制限する規定の要否」[18頁]

【意見】

「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」の論点は取り上げるべきである。

【理由】

少なくとも「債務者の債務不履行による損害賠償責任を予め免除する契約条項」及び「債務者の故意又は重大な過失に基づく不履行による損害賠償責任を予め一部免除する契約条項」については、不当条項と推定し、債務者がその条項が正当な理由に基づいて設けられ、かつその内容が相当な範囲にとどまることを立証した場合に限って有効となるものと規定すべきである。

なぜなら、現代の高度に発展した経済社会においては、交渉力に優れる者（債務者）が、これに劣る一般市民ないし消費者・中小零細事業者など（債権者）に対し、その責任を免れる旨の特約条項を押しつける事態が生じるおそれがあるところ、上記のような損害賠償責任の一切の免除条項自体から、これについては契約当事者間で実質的な交渉がなされていないことが十分に伺われるからである。

従って、このような条項については、不当条項と推定し、それが正当な理由にもとづく相当な範囲内の規定であることが立証されない限り無効とすることが、劣位者保護に資し、妥当である。

(参照) B—22条

第11 契約の解除**1 債務不履行による契約の解除の要件（民法第541条ほか関係）**

民法第541条から第543条までの規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めて履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をする

ことができるものとする。ただし、その期間が経過した時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は、この限りでないものとする。

(2) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、その不履行が次に掲げるいずれかの要件に該当するときは、相手方は、上記(1)の催告をすることなく、契約の解除をすることができるものとする。

ア 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したこと。

イ その債務の全部につき、履行請求権の限界事由があること。

ウ 上記ア又はイに掲げるもののほか、当事者の一方が上記(1)の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こと。

(3) 当事者の一方が履行期の前にその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、その当事者の一方が履行期に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ときも、上記(2)と同様とするものとする。

(注) 解除の原因となる債務不履行が「債務者の責めに帰することができない事由」(民法第543条参照)による場合には、上記(1)から(3)までのいずれかに該当するときであっても、契約の解除をすることができないものとするという考え方がある。

【意見】

(1)については、基本的には賛成するが、ただし書において、「軽微な不履行その他契約目的の達成を妨げない不履行」という表現を用いるべきである。

(2)の本文については、無催告解除が催告解除の例外である旨を示すために、「前条によって解除できる場合において、次に掲げるいずれかに該当する場合に限り」という文言を入れるべきである。同ア、イ、ウは賛成する。

(3)は、そのままでは反対する。その要件については端的に「当事者の一方が履行を確定的に拒絶し、これによってその履行がされる見込みがないことが明らかである場合」とするのが妥当である。

【理由】

(1)の本文は催告解除の原則を謳うもので妥当である。

次に、同ただし書の「その期間が経過した時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」には催告解除が認められないとする趣旨が、「付随的義務違反等の場合に解除を否定する判例法理（最判昭和36年11月21日民集15巻10号2507頁等）を法文化する」点にある以上は、例示を設けて分かりやすくすることが必要であり、かつ催告解除が原則であることについて疑義が生じないようにする必要がある。

すなわち、付随的義務違反に過ぎない不履行、つまり軽微な不履行その他契約目的の達成を妨げない不履行以外は催告解除ができ、その中で、定期行為、全部履行不能、その他催告をしても契約目的を達成することができないことが明らかな場合に限って無催

告解除が認められるとするのが、判例・実務を踏まえた整理として分かりやすいと思料する。

そこで、（１）のただし書の「契約をした目的の達成を妨げるものでないとき」という文言の意味を分かりやすくし、かつ、催告解除が原則である旨が明確となるよう、「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と認められるときは、この限りでない」旨を規定するのが妥当である。

（２）のアからウまでは、催告解除原則のもとで、上記のとおり例外的に無催告解除が認められるとするものであり、賛成する。ただし、その方向であることを明確にするためには、無催告解除の条項の冒頭に「催告解除ができる場合のうち」という旨の文言、及びアからウが限定列举である旨の文言を入れるのが妥当である。アは、現行民法の定期行為の規律と、イは現行民法の全部履行不能と同じであり妥当である。ウは、現行民法には直接の規定はないが、催告解除の原則のもとで、例外的に催告が不要とされるのは、まさに、ア及びイのような、「催告をしても契約目的を達成することができないことが明らかな場合」であり、趣旨としては妥当な要件である。

（３）については、立法提案の要件のままでは、一般国民は、単なる交渉として当事者の一方がその債務につき履行する意思がないかのような表示をした場合でも、これに該当するのではないかと誤解を抱きやすく、混乱を生じさせるばかりか、濫用のおそれもある。そこで、要件としては、端的に「当事者の一方が履行を確定的に拒絶し、これにより履行期に履行をする見込みがないことが明らかである場合」とするのが妥当である。

なお、解除は、契約関係解消の制度であること、及び債務者の責めに帰することのできない事由による定期行為の履行遅滞の場合等にも債権者による解除を認めるべきであるから、債務者の帰責性を要求するのは妥当ではない。現行民法第541条も履行遅滞の場合に、帰責性を要件としていない。

（参照）C—39条

2 複数契約の解除

同一の当事者間で締結された複数の契約につき、それらの契約の内容が相互に密接に関連付けられている場合において、そのうち一の契約に債務不履行による解除の原因があり、これによって複数の契約をした目的が全体として達成できないときは、相手方は、当該複数の契約の全てを解除することができるものとする。

（注）このような規定を設けないという考え方がある。

【意見】

賛成する。

【理由】

同一の当事者間で締結された複数の契約につき、それらの契約の内容が相互に密接に関連付けられている場合には、そのうち一の契約に債務不履行による解除の原因があり、これによって複数の契約をした目的が全体として達成できないときに限って、複数契約の全てを解除できるとすることは合理的であり、判例（最判平成8年11月12日民集

50巻10号2673頁）の見解に合致する。

ただし、社会的実体として、同一の当事者間における複数契約のみならず、異なる当事者間における複数契約の事例も多く、これについても同様の紛争が生じており、規定の潜脱を防ぐためにも、同様に規律すべきであるとの意見がある。

なお、労働契約においては、かかる複数契約の解除を認めることで、労働者に不利益となるおそれがあるとの意見もある。

（参照）C-40条

3 契約の解除の効果（民法第545条関係）

民法第545条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その契約に基づく債務の履行を請求することができないものとする。
 - (2) 上記(1)の場合には、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負うものとする。ただし、第三者の権利を害することはできないものとする。
 - (3) 上記(2)の義務を負う場合において、金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付さなければならないものとする。
 - (4) 上記(2)の義務を負う場合において、給付を受けた金銭以外のものを返還するときは、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還しなければならないものとする。この場合において、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還することができないときは、その価額を償還しなければならないものとする。
 - (5) 上記(4)により償還の義務を負う者が相手方の債務不履行により契約の解除をした者であるときは、給付を受けたものの価額の償還義務は、自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額を限度とするものとする。
 - (6) 解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げないものとする。
- （注）上記(5)について、「自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額」を限度とするのではなく、「給付を受けた者が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額」を限度とするという考え方がある。

【意見】

賛成する。

【理由】

(1)は、争いのない解釈を明文化するものであり、(2)及び(3)は現行民法を維持するものである。

(4)の第1文は、合理的である。第2文も、原状回復における対価的均衡を維持するものであり、妥当である（同様の提案として、無効に関する第5、2（1））。

(5)についても、牽連性ある契約の原状回復に関する規律として、妥当な規律であると言える。ただし、無効に関する第5、2（1）と同様の問題があるとして、無効または

取消原因について善意の消費者については、現行703条の規律を維持すべきであるという意見もある。

(6)については、ある意味当然のことであるが、注意的に定める意義は存在する。一連の提案はあくまで原状回復を規律するものであり、それ以外に違法行為があった場合は、損害賠償による適切な調整が不可欠だからである。

(参照) C-42条

4 解除権の消滅（民法第547条及び第548条関係）

(1) 民法第547条の規定は、解除権を有する者の履行請求権につき履行請求権の限界事由があり、かつ、履行に代わる損害賠償につき前記第10、1(2)の免責事由があるときは、適用しないものとする。

(2) 民法第548条を削除するものとする。

(注) 上記(1)については、規定を設けないという考え方がある。

【意見】

(1) 反対する。(注)に賛成する。

(2) 賛成する。

【理由】

(1) 解除の要件としての帰責事由は不要であるが、解除を受けるべき当事者の法的地位の安定を図る趣旨からは、このような規定を置くべきではない。

(2) 現行民法第548条自体が分かりにくく、かつ、このような場合であっても、目的物の価額返還による原状回復で処理をすれば足り、同条を存置して解除権を否定するまでの必要はない。

(参照) 第547条を維持、第548条は削除

第12 危険負担

1 危険負担に関する規定の削除（民法第534条ほか関係）

民法第534条、第535条及び第536条第1項を削除するものとする。

(注) 民法第536条第1項を維持するという考え方がある。

【意見】

(1) 第534条の削除については、反対する。同条については、「特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において、その物が債務者から債権者に引き渡された(不動産については物権変動登記を含む。)後に滅失又は損傷したときは、原則として、その滅失又は損傷は、債権者の負担に帰する」旨を内容とする規定に見直して存置すべきである。

(2) 第535条の削除については、賛成する。

(3) 第536条第1項の削除については、反対する。基本的に同条を維持するとの(注)の考え方に賛成する。ただし、危険負担(債務者主義)を履行拒絶権として構成するのが妥当である。

【理由】

- (1) 第534条は、第536条第1項の危険負担債務者主義を原則とした上での特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合の特則であり、かつ、「その物が債務者から債権者に引き渡された（不動産については物権変動登記含む。）後に滅失又は損傷したときは、その滅失又は損傷は、債権者の負担に帰する」旨の規定に改めることによって、危険の移転時期を合理的な範囲に限定することができるので、そのような見直しをした上で存置すべきである。

この点、中間試案の概要（51頁）では、同旨の規定を売買のパートにおけば足りるとしているが、本規定は、物権の「移転」を目的とする売買契約のみならず、地上権や抵当権の「設定」についても規定するものであるばかりか、まさに契約における「給付危険の移転時期に関するルール」である以上は、契約総則に置くことが妥当である。

- (2) 第535条の規定は、停止条件付双務契約について、契約の目的物が滅失した場合には債権者主義、損傷した場合には債務者主義を適用することとしているところ、目的物の滅失と損傷で帰結を異にする合理性はないので、削除するのが妥当である。
- (3) 現行の危険負担制度（債務者主義）を廃止すべきとの意見を正当化する立法事実は存在しない。また、危険負担という概念は実務上も深く定着している。

さらに、国民・ユーザーの間でも、双務契約において帰責事由なくして一方の債務の履行が不能になった場合、他方の債務を履行しなくて良いと考えるのは当然のことと理解されている。従って、現行民法における危険負担制度を廃止することは国民・ユーザーに混乱を与えることになり、妥当でない。分かりやすい民法の実現を期すためには、このような危険負担の法理の条文の存置は必須であると考えられる。

これに対し、上記中間試案の概要では、立法提案の第1の理由として、危険負担が問題となる判例は極めて少ない点が挙げられている。

しかし、それは反対給付の債務が当然に消滅するため、そもそも紛争にならないことが理由であると考えられる（第4回議事録42頁・岡（正）委員）。

のみならず、阪神淡路大震災、新潟県中越地震及び東日本大震災がわずか16年の間に立て続けに起き、毎年のように大水害等も見られるので、もはや大災害は日本では希有な事例とは言えない状況である。このような大災害における現地での法律相談等においては、「危険負担法理により反対債務が消滅していることから、代替取引等が可能である」旨の回答を実務家がしている場合が多く、この回答による実務上の問題等の発生は見受けられず、この法理が有効に機能していると思料される。よって、第1の理由は失当である。

また、第2の理由として、危険負担的な処理をすることが適当な場面については、契約各則のパートにおいてその旨の規定を設ければ足りる点が挙げられているが、そのことがむしろ、危険負担の規定を存置すべき必要性があることを裏付けており、このような原則的な考え方を示す規定を契約総則に置く必要こそあれ、この規定を削除する理由にはならないというべきである。

のみならず、第3の理由として、履行不能による解除の要件として債務者の帰責事由を不要とする場合は、解除により自己の債務を免れることができるので解除一元論が簡明である点が挙げられている。

しかし、危険負担を解除制度に一元化した場合には、契約関係からの離脱を望む当事者は常に解除の意思表示をすべきことになり、これでは、債務者が行方不明の場合にも、最終的には公示による意思表示（現行民法第98条）をしなくては解除ができず不都合である。

この点、行方不明になったと思われた相手方から、その後になって反対債務の履行を求められた場合は、その時点で解除の意思表示をすれば良い旨の指摘がなされているが、少なくとも、解除一元論では、相手方が現れない間の債権者の不安定さや、心理的な負担感を払拭することができず、妥当とは言えない。

さらに、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とか、売買の目的物に瑕疵があり、それについて売主に帰責事由がない場合にも代金減額請求権その他の権利行使が認められるので解決が柔軟である点が挙げられている。

しかし、それは、危険負担による反対債務の「当然消滅」という理論面に拘泥した立論に過ぎないのではないかと思われる。すなわち、実務では、危険負担を主張できる場合でも、これを主張せず代償請求権を行使し、あるいは買主が実質的な代金減額請求（現状では、法律上は不当利得返還請求権との相殺）などの権利行使をしており、問題はない。仮に、「危険負担による反対債務の当然消滅」という理論に問題があるのであれば、これを履行拒絶の抗弁権として構成すれば足りるのであって、あえて第536条第1項そのものを廃止する必要はないと思料する。

なお、比較法的にも、改正されたドイツ民法は危険負担の規定（同326条1項）と解除の規定（同326条5項）を併置しており、この点でも問題はないと考える。
（参照）C—27条，C—28条第1項，A—2条第五号

2 債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合の解除権の制限（民法第536条第2項関係）

- (1) 債務者がその債務を履行しない場合において、その不履行が契約の趣旨に照らして債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、契約の解除をすることができないものとする。
- (2) 上記(1)により債権者が契約の解除をすることができない場合には、債務者は、履行請求権の限界事由があることにより自己の債務を免れるときであっても、反対給付の請求をすることができるものとする。この場合において、債務者は、自己の債務を免れたことにより利益を得たときは、それを債権者に償還しなければならないものとする。

【意見】

いずれも賛成する

【理由】

(1)及び(2)については、趣旨としては現行民法第536条第2項を維持するものであり妥当である。債権者の責めに帰すべき事由により履行不能に陥った場合に債権者をして契約の拘束力から解放せしめるのは妥当ではない一方で（第536条第2項前段）、かかる履行不能と同一原因で得た利益を債務者の下にとどめることもまた債務者を過剰に利することになり妥当ではない（同項後段）。

ただし、「契約の趣旨に照らし」という文言が、「その契約に関する取引通念を考慮して定まる」旨を意味するという定義規定を総則に置くべきである。

(参照) C—27条第2項及び第3項、A—2条第五号

第13 受領（受取）遅滞

民法第413条の規律を次のように改めるものとする。

債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができないときは、履行の提供があった時から、次の効果が生ずるものとする。

ア 増加した履行の費用は、債権者が負担するものとする。

イ 債権の内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しまで、前記第8、1の区分に従い、それぞれ前記第8、1よりも軽減される保存義務を負うものとする。

(注) 前記第8、1で民法第400条の規律を維持することとする場合には、上記イにつき「自己の財産に対するのと同じの注意」をもって保存する義務を負う旨を定めるという考え方がある。

【意見】

本文及びア、イは基本的に賛成するが、契約の趣旨に適合する保存義務が緩和された場合の基準については、「別段の合意がない限り、自己の財産に対するのと同じの注意で足りる」旨を規定するのが妥当である。

さらに、危険負担の考え方を維持する以上は、ウとして、「受領遅滞によって、目的物滅失等の危険が債権者に移転する」旨の効果をも明文化するのが妥当である。

【理由】

効果が明文化されることは、分かりやすい民法の実現に資する。また、ア及びイの事由は、学説上認められる受領遅滞の効果であるから、民法に明記するのが妥当である。

また、契約の趣旨に適合する保存義務が緩和された場合の基準については、「別段の合意がない限り、自己の財産に対するのと同じの注意で足りる」旨を規定することにより、合意による別段の規定を許容しつつ、それが不明な場合の最低限の基準を示すことができるので妥当である。

なお、当会は、危険負担制度を維持する見解であるので、さらに「受領遅滞によって、目的物滅失等の危険が債権者に移転する」旨の効果の規定するのが妥当であると考えている。

(参照) B—23条

第14 債権者代位権

1 責任財産の保全を目的とする債権者代位権

- (1) 債権者は、自己の債権を保全するため必要があるときは、債務者に属する権利を行使することができるものとする。
 - (2) 債権者は、被保全債権の期限が到来しない間は、保存行為を除き、上記(1)の権利の行使をすることができないものとする。
 - (3) 次のいずれかに該当する場合には、債権者は、上記(1)の権利の行使をすることができないものとする。
 - ア 当該権利が債務者の一身に専属するものである場合
 - イ 当該権利が差押えの禁止されたものである場合
 - ウ 被保全債権が強制執行によって実現することのできないものである場合
- (注) 上記(1)については、債務者の無資力を要件として明記するという考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

- (1) 判例法理（最判昭和40年10月12日民集19巻7号1777頁）で要求されている無資力要件を規定することが本来望ましいと考えるが、無資力要件と保全の必要性の関係（並列なのか、上下なのか）についての議論が錯綜している。現行民法を維持することもやむを得ないと考える。
 - (2) 裁判上の代位については、実務上利用例が乏しい。提案のとおり、期限未到来の場合は、保存行為を除いて行使できないとするのが明快である。
 - (3) 解釈上、債権者代位権を行使することができないとされる類型であり、特段異存はない。
- (参照) B—31条

2 代位行使の範囲

債権者は、前記1の代位行使をする場合において、その代位行使に係る権利の全部を行使することができるものとする。この場合において、当該権利の価額が被保全債権の額を超えるときは、債権者は、当該権利以外の債務者の権利を行使することができないものとする。

(注) 被代位権利の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定するという考え方がある。

【意見】

反対する。(注)の意見に賛成する。

【理由】

- 後記のとおり、債権者代位権について、相殺による債権回収を一定の制限の元で認める考え方に立つので、その行使範囲は、被保全債権の額に限られるべきである。
- (参照) B—31条第1項

3 代位行使の方法等

(1) 債権者は、前記1の代位行使をする場合において、その代位行使に係る権利が金銭その他の物の引渡しを求めるものであるときは、その物を自己に対して引き渡すことを求めることができるものとする。この場合において、相手方が債権者に対して金銭その他の物を引き渡したときは、代位行使に係る権利は、これによって消滅するものとする。

(2) 上記(1)第1文により相手方が債権者に対して金銭その他の物を引き渡したときは、債権者は、その物を債務者に対して返還しなければならないものとする。この場合において、債権者は、その返還に係る債務を受働債権とする相殺をすることができないものとする。

(注1) 上記(1)については、代位債権者による直接の引渡請求を認めない旨の規定を設けるという考え方がある。

(注2) 上記(2)については、規定を設けない（相殺を禁止しない）という考え方がある。

【意見】

(1)については賛成する。

(2)については、一部反対する。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。

【理由】

(1)は判例法理（大判昭和10年3月12日民集14巻482頁）を明文化するものであり、異論はない。

(2)について

ア 法務省提案の根拠

法務省提案は、被保全債権が債務名義によって確認されず、債務者や第三者債務者の利益を保護する手続が履践されないまま、責任財産の保全という制度趣旨を超えて、被保全債権の満足を得るのは民事執行・保全法制との間で不整合であることを根拠としている。

イ 債務名義がないという批判に対する反論

しかし、代位訴訟が提起されてもいないのに、あるいは代位訴訟の認容判決前に、第三債務者が（多くの場合、見ず知らずの）代位債権者に払うということはそれほど多くないものと思われる。逆に、代位訴訟を通じてであれば、その中で被保全債権及び被代位債権の存否が判断されるのであり、實際上被保全債権の債務名義を得たのと同様の状況となる。これに加えて債務者への訴訟告知を義務づければ、債務者・第三債務者の手続的な不利益はほとんどない。

逆に、訴訟外で任意に支払ってしまうような第三債務者であれば、この方法によらなくても、第三者弁済や債権譲渡という方法で事実上の優先弁済と同じ経済的効果を得ることが可能である。第三債務者が訴訟外で事実上払ってしまうような場合に、相殺による優先回収機能だけ封じても、あまり意味がない。

ウ 民事執行、保全によればよいという批判に対する反論

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、多額の担保を積まなければならない、少額債権の場合ほとんど費用倒れになる。現行の民事執行制度も、例えば銀行の支店特定方法など、使い勝手が悪い点が多い。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。

エ 事実上の回収機能のメリット

相殺による回収機能は、相殺という別の制度があることによる事実上のものに過ぎない。既に述べたとおり、第三者弁済や、債権譲渡といった方法によって同様の効果を得ることが可能である。

むしろ、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（オプション）が与えられるというメリットがある。

オ 結論

現行の判例法理（大判昭和10年3月12日民集14巻等）には、それを完全に改めなければならないほどの機能不全があるともいえない。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。なお、民法（債権法）改正検討委員会も、訴訟で行われる詐害行為の場合に限ってではあるが、一定期間経過後の相殺を認めている。

（参照）B—32条

4 代位債権者の善管注意義務

債権者は、前記1の代位行使をするときは、善良な管理者の注意をもって、これをしてしなければならないものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

他人の権利の代位行使を認める以上その行使について善管注意義務を課すのが妥当である。

（参照）B—31条

5 債権者代位権の行使に必要な費用

債権者は、前記1の代位行使をするために必要な費用を支出したときは、債務者に対し、その費用の償還を請求することができるものとする。この場合において、債権者は、その費用の償還請求権について、共益費用に関する一般の先取特権を有するものとする。

【意見】

相当な額の範囲に限ることを前提に賛成する。

【理由】

費用償還請求できることは異論がないが、同じく法定訴訟担当である株主による責任追及等の訴えの費用については、「相当と認められる額」という制限が課されている（会社法852条）。住民訴訟における弁護士費用も同様である（地方自治法242条の2第12項）。

どんな多額の費用でも支出さえすれば償還請求できるというのは不当であると考えられるので、会社法、地方自治法の規定や過去の裁判例（責任追及の訴えに関する大阪地判平成22年7月14日判例時報2093号138頁、住民訴訟に関する最判平成21年4月23日民集63巻4号703頁等）を参照して、一定の制限を加えるべきである。（参照）B-31条第5項

6 代位行使の相手方の抗弁

前記1の代位行使の相手方は、債務者に対する弁済その他の抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

債権者代位権の行使は、第三債務者の関知しない事情によるものであるところ、第三債務者は、債権者代位権が行使された場合に、債務者自身はその権利を行使するときより不利益な地位に立つべきではない。

判例（大判昭和11年3月23日民集15巻551頁）や通説も債務者に対して有する抗弁の主張を認めている。

（参照）B-32条第5項

7 債務者の処分権限

債権者が前記1の代位行使をした場合であっても、債務者は、その代位行使に係る権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられないものとする。その代位行使が訴えの提起による場合であっても、同様とするものとする。

【意見】

裁判外で代位行使する場合は賛成する。

しかし、債権者代位訴訟を提起し、かつ債務者に対して訴訟告知をした場合においては、債務者の処分禁止効及び弁済禁止効が認められるべきであり、反対する。

【理由】

債権者代位権が簡便な手続による権利行使であり、保全処分を経ているわけでもないことから処分禁止効等が生じないと考えるべきであるとの意見、あるいは自称代位債権者の提訴及び訴訟告知によって処分禁止効等が生じるのは行き過ぎである旨の批判がある。

しかし、代位債権者が債権者代位訴訟を提起し、訴訟告知を行った場合には、代位訴訟の実効性を確保するため、債務者の取立てその他の処分を禁止するのが妥当である。とりわけ、少額債権者にとっては、債権額から見て保全処分を行うことは事実上困難（費用対効果が釣り合わない）であり、そのような少額債権者保護の見地からは、債権者代位訴訟及び訴訟告知がなされた場合に限り処分禁止効等を認めることが必要かつ相当である。

自称代位債権者の濫訴の問題については、そもそも、代位債権者が債権を有していない場合は、第三債務者は弁済をしても最終的に責任を問われることはあり得ないので、問題はない。また、債権者代位権行使が要件を充足しているか否かの判断資料を欠く立場にある第三債務者の負担軽減それ自体は、債権者代位権行使がなされている場合に供託により債務を免れることができることとすることで解決すべき問題である。

このような処分禁止によって、債務者の権利行使は制約されるが、代位権行使がされるまで何もしなかった債務者が、代位訴訟を提起されるに至っても代位債権者に先んじて任意の方法で回収できるというのは、かえってバランスを失する。債務者の権利保護の問題は、訴訟告知の義務づけ（後記8）で対応すべきであり、それがされた以上、債務者は当該手続の中で適切な手段を講じるべきである。このような場合には、処分禁止がされてもやむをえない。

（参照）B—33条第2項

8 訴えの提起による債権者代位権の行使の場合の訴訟告知

債権者は、訴えの提起によって前記1の代位行使をしたときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならないものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

債務者の正当な利益を確保する手続を用意する必要がある。ただし、上記7における処分禁止効等を認める場合は格別、そうでない場合は、何らの必要性ないしメリットもないのに、消費者被害をもたらした悪質な業者が所在不明になった場合等にまでその送達を余儀なくされて、消費者に不利となる点のみが残ることになるとの意見がある。

（参照）B—33条第1項

9 責任財産の保全を目的としない債権者代位権

(1) 不動産の譲受人は、譲渡人が第三者に対する所有権移転の登記手続を求める権利を行使しないことによって、自己の譲渡人に対する所有権移転の登記手続を求める権利の実現が妨げられているときは、譲渡人の第三者に対する当該権利を行使することができるものとする。

(2) 上記(1)の代位行使のほか、債権者は、債務者に属する権利が行使されないことによって、自己の債務者に対する権利の実現が妨げられている場合において、その

権利を実現するために他に適当な方法がないときは、その権利の性質に応じて相当と認められる限りにおいて、債務者に属する権利を行使することができるものとする。

(3) 上記(1)又は(2)による代位行使については、その性質に反しない限り、前記1(3)及び2から8までを準用するものとする。

(注1) 上記(1)については、規定を設けないという考え方がある。

(注2) 上記(2)については、その要件を「債権者代位権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場合」とするという考え方がある。また、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)について

転用型の債権者代位権の代表例として判例（大判明治43年7月6日民録16輯537頁）上確立された類型を明文化するものであり、異存はない。また、(2)のその他の転用事例における解釈の指針として、典型的な転用事例を明文化することは有用である。

(2)について

債権者代位権の規定を手掛かりに様々な転用事例が生成されてきたことに照らし、転用事例の要件を定める一般的な規定を設けることに異論はない。また、「自己の債務者に対する権利の実現が妨げられている場合において、自己の権利を実現するために他に適当な方法がないとき」という要件は、債権者代位権の転用に補充性を要求するものであり、転用の可否についての合理的な限界を画することができる。

(3)について

転用型の債権者代位権に関して、性質に反しない限り本来型の債権者代位権の規律を及ぼすことに異存はない。どの規定が準用されるかは、転用事例に応じた個別の解釈問題とすれば足りる。

(参照) B—34条

【取り上げるべき論点】

○ 部会資料35第1, 5(2)「第三債務者による供託（供託原因の拡張）」[31頁]

【意見】

5(2)「第三債務者による供託（供託原因の拡張）」[31頁]については、債権者代位訴訟に限ってではあるが、論点として取り上げるべきである。

【理由】

相殺による事実上の回収機能その他現行民法における債権者代位権が有する機能を制約する根拠として、債務者や第三債務者への不利益が挙げられている。しかし、このような供託原因の拡張を行うだけで、第三債務者、債務者のみならず、他の債権者にとつ

ても問題は相当程度解消される。これは、単に行政のサービスを充実するだけの問題であり、設けることに障害はないはずである。

(参照) B—33条第3項

第15 詐害行為取消権

1 受益者に対する詐害行為取消権の要件

- (1) 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした行為の取消しを裁判所に請求することができるものとする。
- (2) 債権者は、上記(1)の請求において、上記(1)の行為の取消しとともに、受益者に対し、当該行為によって逸出した財産の返還を請求することができるものとする。
- (3) 上記(1)の請求においては、債務者及び受益者を被告とするものとする。
- (4) 上記(1)の請求は、被保全債権が上記(1)の行為の前に生じたものである場合に限る、することができるものとする。
- (5) 上記(1)の請求は、次のいずれかに該当する場合には、することができないものとする。

ア 受益者が、上記(1)の行為の当時、債権者を害すべき事実を知らなかった場合

イ 上記(1)の行為が財産権を目的としないものである場合

ウ 被保全債権が強制執行によって実現することのできないものである場合

(注1) 上記(1)については、債務者の無資力を要件として明記するという考え方がある。

(注2) 上記(3)については、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付けるとする考え方がある。

(注3) 上記(4)については、被保全債権が上記(1)の行為の後に生じたものである場合であっても、それが上記(1)の行為の前の原因に基づいて生じたものであるときは、詐害行為取消権を行使することができるとする考え方がある。

【意見】

(1)については、無資力要件を規定しないことには賛成するが、単なる取消しではなく、「責任財産としての適格性を回復するため」との文言を挿入すべきである。

(2)については反対する。責任説の立場から、受益者の所属財産のまま、債務者の責任財産としての適格性のみ回復することを条文化すべきである。

(3)については反対する。責任説の立場からは、債務者に被告適格を認めるべきではなく、受益者を被告とすることを明文化すべきである。判例（大連判明治44年3月24日民録17輯117頁）も同旨である。

(4)については、(注3)の考えを取り入れ「被保全債権が上記(1)の行為の前の原因に基づいて生じたものである場合」であっても、詐害行為取消権を行使することができること、すなわち、債権者の債権が詐害行為後の原因に基づいて生じたものである場合は、取消ができないものとするのが妥当である。

(5)についてはアないしウいずれも賛成する。

【理由】

詐害行為取消権については、判例（大連判明治44年3月24日民録17輯117頁）のように債務者を被告としない考え方に立つと、詐害行為取消しの効果が債務者に及ばないことになり、（ア）逸出財産が不動産である場合に当該不動産の登記名義が債務者に戻り債務者の責任財産として強制執行をすることができることとされていること、（イ）逸出財産が金銭その他の動産である場合にそれを直接受領した取消債権者が債務者に対してその返還債務を負うとされていること、（ウ）詐害行為取消権を保全するための仮処分における仮処分解放金（供託金）の還付請求権が債務者に帰属するとされていること（民事保全法第65条）等の説明がつかないといった問題がある。

そのため、主としてこのような判例の理論的問題点を克服するために、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（絶対的無効説）こととしたのが、今回の立法提案であると思われる。

しかし、このように債務者を必ず被告とし、絶対的無効とするべきであるとする、上記大連判明治44年3月24日が、相対的無効論を取り入れて、従来の判例を変更して債務者の被告適格を不要とした趣旨を没却することになり、主として以下のような多数の実体法上（①から⑧）及び訴訟法上の問題（⑨から⑭）が生じることになる（参照神尾明彦「詐害行為取消権に関する一考察-責任説における物上保証人的地位の再構成と立法試案-」小林一俊・岡孝・高須順一編『債権法の近未来像』下森定先生傘寿記念論文集〔酒井書店・2010年〕94頁以下ほか）。

- ① 詐害行為の目的物が転売された場合、立法提案では絶対的無効説に立つので、債務者から受益者を経て転得者に至る取引をすべて取り消すことになるが、これを広く認めると取引の安全を害するおそれがある。
- ② 立法提案では、責任財産の回復を財産の帰属の回復に求めるため、「債務者の総財産は現在のもとの将来のもとの問はず其債権者の共同の担保」となり（旧民法債権担保編1条1項）、詐害行為取消権を行使できる債権者の範囲と取消の効果を受ける債権者の範囲との間で違いが生じることになるとと思われる。

すなわち、本来、詐害行為によって害されていないはずの債権者、つまり詐害行為後に債権を取得した債権者にも強制執行への参加を認める結果、同人に対して望外の利益を認めることとなる。そうすると、取消権を行使できる債権者の受ける満足（配当率）は相対的に低下することになり、詐害行為取消権行使のインセンティブが低下することになりかねない。

- ③ 立法提案では、詐害行為後に債権を取得した債権者にも強制執行への参加を認める結果、受益者の債務者に対する反対給付の返還請求権を取消債権者と対等に扱うことにより、受益者を保護すべきことになり、受益者を必要以上に優遇する結果を来し、責任財産保全の目的との間で矛盾が生じる。

しかも、立法提案では、相当対価に基づく財産の処分については、受益者の保護の見地から、「反対給付として取得した財産について隠匿等の処分をするおそれが現に生じており、債務者が隠匿等の処分をする意思を有し、受益者がそれを知っているこ

と」を詐害行為の要件としているため、受益者の反対給付相当分は、隠匿・無償の供与により散逸しているはずであるのに、受益者の反対給付の返還請求権を重視するというアンバランスも生じることになる。

④ 立法提案では、残余財産の帰属を債務者に認めることになるはずであるところ、詐害行為取消しの範囲は、原則として詐害行為の全部を取り消すことを認めているので、残余財産を生じる可能性はより多くなり、不都合は倍加する。

⑤ 立法提案では、不動産の登記名義あるいは動産の占有を債務者に戻すべきことになるが、それでは、債務者に再度の処分の余地を与えることになる。

すなわち、弁済期未到来の債権者は、取消後に直ちに差押えができないところ、その間の債務者の処分等を防ぐには、別途、民事保全法に基づき、担保を立てた保全手続を取ることが必要となる。

しかし、そうすると手続があまりに煩瑣であるばかりか、とりわけ少額の取引債権者は、費用対効果の面から見て保全処分をすることが事実上困難であり、同人らにとって不利益となるから妥当とは言えない。

⑥ 立法提案では、二重譲渡で登記に後れをとった第一買主が、売主の無資力を理由に詐害行為取消権を行使した場合、第一買主が債務者の名義に回復された不動産の移転登記を請求することを阻止できないのではないかと疑問がある。

⑦ 立法提案では、債務者の受益者に対する金銭による弁済を詐害行為として取り消した場合などにおいては、債務者は受益者に対して金銭の返還請求をなすことができ、受益者は詐害行為取消しの判決が確定しなくても任意弁済ができることになるが、取消債権者は、判決が確定するか、又は仮執行宣言が付いても判決の送達がなされるまでは、執行ができない。そのため、金銭債権に対する債権差押命令が第三債務者（受益者等）に送達される前に、受益者が債務者に対して任意に弁済してしまうと、債務者による費消、隠匿等がなされ、詐害行為取消訴訟の勝訴判決が実効性を失うおそれが生じる。

これを防止するために、仮差押えをすればよいとの指摘があるが、手続があまりに煩瑣となるばかりか、とりわけ費用対効果の面から保全手続を取ることが事実上困難な少額債権者にとって不利益である。

⑧ 立法提案では、⑦と同じ場合に、取消債権者の被保全債権が弁済期未到来のため差押えができない間に、他の債権者が債務者の受益者に対する金銭債権につき転付命令を得てしまうと、後から介入した債権者が先に弁済を受けることができることになり、不都合となる。

⑨ 立法提案では、債務者をも被告とするので、詐害行為取消訴訟の性格は、固有必要的共同訴訟となると考えられる（大判明治38年2月10日民録11輯150頁）。

この点、詐害行為取消訴訟は、債務者が自己破産の申し立てをしない場合に、破産手続外で利用されるものであり、債務者が夜逃げしていることも多分に想定される。そうすると、固有必要的共同訴訟となる以上は、債務者の所在確認が必要となり、所在不明の場合の公示送達手続が必要となり、負担が重くなる。

- ⑩ 立法提案では、債務者が期日欠席の場合は、受益者（又は転得者）の自白や認諾も効力を生じなくなり、取消債権者は全ての事実について立証することが必要になるなど、裁判所のみならず、訴訟当事者にとっても訴訟手続が過重なものとなる。
- ⑪ 立法提案では、固有必要的共同訴訟であるため、弁論を分離することができず、債務者が欠席する限り、受益者（又は転得者）についてだけ、訴訟上の和解もできない。
- ⑫ 立法提案では、受益者（又は転得者）が本案について、請求の棄却を求めた後は、債務者が欠席する限り、（裁判外の和解とともに）受益者（又は転得者）が訴えの取下げに同意することもできない。

この場合、受益者が同意しても、その時点で、債務者が同意しない以上、同意の効力が生ぜず、その後、訴えの取下げの書面の送達を受けた日から、2週間以内に債務者が異議を述べないとしても、受益者の同意は失効している以上、民事訴訟法261条5項による同意の擬制も認めることはできないのではあるまいか。

仮に、民事訴訟法261条5項による同意の擬制が認められても、被告が出席して、訴えの取下げに対する同意を拒絶した場合には、受益者が同意しても、効力を生ぜず、訴えの取下げは無効が確定する。

- ⑬ 立法提案では、債務者について、中断事由が生じると、訴訟手続全体が中断することになる。
- ⑭ これまでの実務では、債務者から受益者への不動産譲渡等の外観が存在する場合、当該譲渡等が仮想のものか真実のものを判断することは容易ではないため、a 当該譲渡等が無効である旨主張して債務者に代位する所有権移転登記の抹消登記手続請求等と、b 当該譲渡等が有効であることを前提とする詐害行為取消請求とを選択的あるいは予備的に併合して提起する例が多く見られた訴訟形態であった。

ところが、立法提案のように詐害行為取消訴訟において債務者をも被告とすることを要した場合、訴えの主観的予備的併合が不適法である旨判示した最二小判昭和43年3月8日（民集22巻3号551頁）に照らし、従前の実務における訴訟形態が制約を受けることになると思われるが、従前の訴訟形態で訴え提起に特段の問題があるとは考えられていないことを勘案すれば、このような実務に支障が生ずるおそれがある改正は相当ではない。

なお、このような弊害を避けるために、同時審判の申出が創設されているものの（民事訴訟法41条）、同制度が利用された場合には、弁論の分離が禁止されるため、従前の実務における訴訟形態が制約を受けることは否定できない。

このような判例（上記大連判明治44年3月24日）及び立法提案の問題点に鑑みるときは、被告を誰にするか及び絶対的無効か相対的無効かについては明文化しない場合は格別、これらを明文化すべきであるとすれば、むしろ、責任説による抜本的改正を行う他はないというべきである。

すなわち、責任説は、債務者の行為によって逸出した財産を受益者又は転得者から現実に取り戻す必要はなく、むしろ、受益者又は転得者の手元に置いたまま、これを債務

者の責任財産として取り扱うものである。これにより、債務者に対する不動産の物権的取戻しを認める必要がないので、責任財産の保全を図りながら債務者の行動の自由ないし取引の安全に対しても妥当な配慮をすることができる。

また、上記判例法理が有する上記の（ア）から（ウ）までの理論的問題点、及び実務的問題点（金銭債権について相殺による事実上の優先弁済を認める）を克服することができ、かつ、立法提案のような上記の①から⑭までの問題点も一切生じない。

ただし、責任説の立場では、民事執行法上の規定について、強制執行忍容判決の存在を前提とするものに改正する必要がある。そこで、民事執行法23条、124条について見直しをする必要がある。

具体的には、民事執行法上の規定について、強制執行忍容判決の存在を前提とするものに改正する必要があるが、それは以下の点の条項新設及び改正で足りるので、特段の問題はなく、現行の民事訴訟法とも整合すると思料する（参照 神尾明彦「詐害行為取消権に関する一考察-責任説における物上保証人的地位の再構成と立法試案-」89頁）。

（i）民事執行法23条4項を新設

債務名義による強制執行は、債務名義に表示された当事者に対する一定の債権の満足のために、当事者以外の第三者に所属する特定の財産に対し、強制執行をすることができる旨の判決（責任判決）があるときは、当該第三者に対し、当該特定の財産を限度として、することができる。

（ii）民事執行法124条を改正

前条第1項及び第3項から第5項までの規定は、債権者、提出を拒まない第三者、又は第23条4項に規定する判決を受けた第三者の占有する動産の差押えについて準用する。

責任説は、上記判例法理の問題点を克服しながらも妥当な結論を導くために提唱されてきたものであるが、同説は、高い評価を得ているものの、現行民法の解釈論の枠内では限界があり、採用するには立法論に踏み込む必要があると指摘されて、今日に至っている。

しかし、今般の債権法改正は、まさに立法論であり、ここで責任説を採用しないのであれば、果たしていつ採用するというのであろうか。意見を集約することは重要ではあるものの、理論的な観点だけでなく、手続法や実務的な観点からも、比較法的にも歴史的にも批判に耐えられる案を立法化するのが、立法の本来の使命なのではなかろうか。

しかも、今回提示されている債務者を被告とする考え方は、債務者を被告とすることを要しないと上記判例及び実務運用と正反対のものである。この考え方は、学説の展開から考えても提案されることに唐突感があり、同判例が形成される以前の極めて古い考え方（100年前の法典調査会において賛成多数で可決された見解やそれを採用した大判明治38年2月10日民録11輯150頁）と類似したものと評価できるが、この見解は、上記明治44年3月24日の連合部判決により、判例変更されている。当時の大審院判事らは、法典調査会の委員等の経験者から構成されていた点に鑑みれば、自

ら一度賛成した案を変更したことは、この考え方が実務的な運用に耐えられないことの証左である。

なお、注の「債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付けるとする考え方」については、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（折衷説）の理論的欠点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。

以上のことを裏付けるように、山本和彦教授は、法制審議会の部会において、以下のとおり、発言しておられる。

「私は、前の部会でも、乙案的な考え方もあるのではないかと申し上げたと思いますが、理論的には、乙案のようなことが成立するかどうかということは、なおかなり慎重な検討が必要だろうと思っています。要するに、債務者に対して判決効を及ぼすという前提として、訴訟告知に基づいた判決効を及ぼすという制度は、私が知る限りはないのではないかと思います。そういう新たな制度を作るか、あるいは債権者代位と同じような構成をするのであれば、受益者あるいは転得者が債務者の訴訟担当をしているという形になるのかもしれませんが、そういう構成が果たしてできるのかどうかということも、なお考えていかなければいけないと思いますので、慎重な検討が必要だろうと思っているということだけ申し上げます。」

この訴訟告知を義務付ける考え方は、さらに古い見解であり、旧民法財産編341条3項や、民法修正原案第419条2項但書と類似した見解と評価することができる。

この取消債権者の訴訟告知により、債務者を取消訴訟に強制的に参加させる法案は、100年前の法典調査会において、すでに、慎重な検討が加えられている。しかしながら、そのような参加制度は、フランス民事訴訟法固有の制度を前提とするものであり、ドイツ民事訴訟法を継受した旧「民事訴訟法では予想していない」として、同条が「採用されれば民訴法の参加の規定を修正したい」との説明が梅博士によりなされている。その後、法典調査会では、かかる参加制度を定めた民法修正原案第419条2項但書は、旧民事訴訟法では予定していないことなどを理由として、削除され、債務者も共同被告にする旨の修正提案が賛成多数で可決されている。

以上のとおり、個別修正説において、判例法理の問題点を個別的に克服することは、歴史的な観点からみても、批判に耐えられないのではなかろうか。

また、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（ドイツ、フランス、アメリカ）とも反する提案であり、比較法的にも批判に耐えられるか問題がある。

是非とも再考されたい。

なお、責任説を採用するには、強制執行忍容訴訟（手続法の改正）は必ずしも必要で

はなく、最判平成22年6月29日（民集64巻4号1235頁）の論理を援用して、債務者の下から詐害行為により受益者に所有権が移転した財産につき、詐害行為取消権の行使によりその財産がなお債務者の責任財産であることを明らかにする責任（確認）判決の取得を要件として強制執行を許すことは十分に可能であるとする見解（参照 高須順一「詐害行為取消権の法的性質に関する実証的検討（下）——責任説をめぐって」（NBL950号〔2011・4・1〕46頁注37）や、責任法的無効の結果として、受益者は、その所属財産につき他人の債務のために責任を負うこととなり、一種の物上保証人的地位に立つところ、取消債権者及び債務者の総債権者（詐害行為時まで発生した債権に限る）のために、民法典中に法定担保物権の発生を認める規定を新たに設け、債権回収を担保執行手続きによって行えば足りるとの立法試案（参照 神尾明彦「詐害行為取消権に関する一考察—責任説における物上保証人的地位の再構成と立法試案—」110頁以下）もある（以上につき、下森定「詐害行為取消権に関する近時の学説展開と債権法改正」法学志林110巻3号236頁以下を参照されたい）。

（参照）B—35条，B—39条

2 相当の対価を得てした行為の特則

(1) 債務者が、その有する財産を処分する行為をした場合において、受益者から相当の対価を取得しているときは、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、その行為について前記1の取消しの請求をすることができるものとする。

ア 当該行為が、不動産の金銭への換価その他の当該処分による財産の種類の変更により、債務者において隠匿、無償の供与その他の債権者を害する処分（以下「隠匿等の処分」という。）をするおそれを現に生じさせるものであること。

イ 債務者が、当該行為の当時、対価として取得した金銭その他の財産について、隠匿等の処分をする意思を有していたこと。

ウ 受益者が、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたこと。

(2) 上記(1)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、受益者は、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定するものとする。

【意見】

(1)アないしウのいずれも賛成する。

(2)賛成する。

【理由】

従来の実務では明確とは言えなかった詐害行為の要件について、破産法を参照しつつ明らかにすることにより、分かりやすい民法の実現を図ることができる。

（参照）B—36条，B—37条

3 特定の債権者を利する行為の特則

- (1) 債務者が既存の債務についてした担保の供与又は債務の消滅に関する行為について、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、前記1の取消しの請求をすることができるものとする。
- ア 当該行為が、債務者が支払不能であった時にされたものであること。ただし、当該行為の後、債務者が支払不能でなくなったときを除くものとする。
- イ 当該行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。
- (2) 上記(1)の行為が債務者の義務に属せず、又はその時期が債務者の義務に属しないものである場合において、次に掲げる要件のいずれにも該当するときは、債権者は、その行為について前記1の取消しの請求をすることができるものとする。
- ア 当該行為が、債務者が支払不能になる前30日以内にされたものであること。ただし、当該行為の後30日以内に債務者が支払不能になった後、債務者が支払不能でなくなったときを除くものとする。
- イ 当該行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。
- (3) 上記(1)又は(2)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、それぞれ上記(1)イ又は(2)イの事実を推定するものとする。上記(1)の行為が債務者の義務に属せず、又はその方法若しくは時期が債務者の義務に属しないものであるときも、同様とするものとする。
- (4) 上記(1)の適用については、債務者の支払の停止（上記(1)の行為の前1年以内のものに限る。）があった後は、支払不能であったものと推定するものとする。

【意見】

(1)については、(3)(4)の規定だけでなく、「受益者が、債務者の支払不能および当該行為が債権者を害することを知っていた場合には、債務者と通謀して他の債権者を害する意図があったものと推定する」ことを前提に賛成する。

(2)については、(3)(4)の規定だけでなく、「受益者が、債務者の支払不能および当該行為が債権者を害することを知っていた場合には、債務者と通謀して他の債権者を害する意図があったものと推定する」ことを前提に賛成する。

(3)については、賛成する。

(4)については、賛成する。

【理由】

従来の実務では明確とは言えなかった詐害行為の要件について、破産法を参照しつつ明らかにすることにより、「分かりやすい民法の実現」を図ることができる。

また、上記(1)のイ及び(2)のイは、判例の立場ではあるものの、通謀の立証が困難である点に問題があったので、(3)のような推定規定を設けることが必要不可欠である。

(4)の支払不能についても、平時に行われる詐害行為取消しの場合には基準としては不明確であるとの批判があるので、かかる推定規定を設けることが必要不可欠である。さらに、判例法理である「債務超過+通謀的害意」の内実は、支払不能の認識に等しいこと

を認めれば（最判解説昭和42年42事件235頁），判例法理を明文化しても，逆転現象はほぼ生じない。ただし，主観的要件である通謀的害意の内実が不明確であるために，立証が困難となり，内部者以外の者への弁済については，取消しが否定されかねない点に問題がある。

そこで，判例法理を明文化する場合には，「相手方が，債務者の支払不能および当該行為が債権者を害することを知っていた場合には，通謀的害意があったものと推定する」旨の推定規定を設けることが必要である。

これに対し，部会資料58，64頁の（概要）には，「なお，受益者の主観的要件（支払不能の事実や債権者を害すべき事実についての悪意）は，通謀・詐害意図の要件に包摂されると考えられる。」との指摘があるが，一般国民には，そのようなことは分からないのであるから，分かりやすい民法を実現する観点からは，上記のように明文化するのが妥当である。

（参照）B—36条，B—37条

4 過大な代物弁済等の特則

債務者がした債務の消滅に関する行為であって，受益者の受けた給付の価額が当該行為によって消滅した債務の額より過大であるものについて，前記1の要件（受益者に対する詐害行為取消権の要件）に該当するときは，債権者は，その消滅した債務の額に相当する部分以外の部分に限り，前記1の取消しの請求をすることができるものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

上記2と同様である。ただし，上記3の要件を充足する場合には，過大ではない代物弁済をも取り消すことができると考えられるので，このような場合を排除するものではないことについての手当が必要である。

（参照）B—36条，B—37条

5 転得者に対する詐害行為取消権の要件

(1) 債権者は，受益者に対する詐害行為取消権を行使することができる場合において，その詐害行為によって逸出した財産を転得した者があるときは，次のア又はイに掲げる区分に応じ，それぞれ当該ア又はイに定める場合に限り，転得者に対する詐害行為取消権の行使として，債務者がした受益者との間の行為の取消しを裁判所に請求することができるものとする。

ア 当該転得者が受益者から転得した者である場合

当該転得者が，その転得の当時，債務者がした受益者との間の行為について債権者を害すべき事実を知っていた場合

イ 当該転得者が他の転得者から転得した者である場合

当該転得者のほか、当該転得者の前に転得した全ての転得者が、それぞれの転得の当時、債務者がした受益者との間の行為について債権者を害すべき事実を知っていた場合

- (2) 債権者は、上記(1)の請求において、上記(1)の行為の取消しとともに、転得者に対し、当該行為によって逸出した財産の返還を請求することができるものとする。
- (3) 上記(1)の請求においては、債務者及び転得者（上記(1)及び(2)の請求の相手方である転得者に限る。）を被告とするものとする。
- (4) 上記(1)の適用については、転得者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、当該転得者は、その転得の当時、債務者がした受益者との間の行為について債権者を害すべき事実を知っていたものと推定するものとする。

(注) 上記(3)については、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付けるとする考え方がある。

【意見】

(1)については基本的には賛成するが、ただし書として、受益者が善意でも悪意の転得者と信義則上同視できる事情がある場合には、この限りでない旨のただし書を入れるのが相当である。

(2)については反対する。転得者の所属財産のまま、債務者の責任財産としての適格性のみ回復することを条文化すべきである。

(3)については反対する。責任説の立場から、判例法理と同様、債務者に被告適格を認めるべきではなく、受益者又は転得者を被告とすることを明文化すべきである。

(4)については、賛成する。

【理由】

(1)については、責任説でも、責任法的取消の範囲では絶対的効力が生じ、受益者の財産のもとで、債務なき責任（物上保証人類似の責任）が存在していたことになり、その地位を転得者が承継したことになり、理論的には、絶対的構成が基本となる。しかしながら、悪意の転得者が善意の藁人形を介在させる弊害を防止することが必要であり、そこで、絶対的構成に立ちつつ、悪意の転得者が善意の藁人形を介在させた場合には、例外として、受益者が善意であっても、債権者は、悪意の転得者に対し、詐害行為取消権を行使することを認めるべきである。なお、この場合には、悪意の転得者が善意の前主に対して、担保責任を追及することをも制限するのが妥当である。

ちなみに、破産否認権については、立法論として、受益者の悪意を要求する合理性があるかどうかにつき議論があり、二重の悪意の要件の見直しが先送りされた経緯があることからすれば、倒産否認の規定を詐害行為取消権に合せる方向で改正を検討してはどうか。

(2)については、受益者について述べたことが妥当する。

(3)については、受益者について述べたことが妥当する。

(4)については、賛成する。

（参照）B—38条

6 詐害行為取消しの効果

詐害行為取消しの訴えに係る請求を認容する確定判決は、債務者の全ての債権者（詐害行為の時又は判決確定の時より後に債権者となった者を含む。）に対してその効力を有するものとする。

【意見】

反対する。上記のような規定は不要である。

【理由】

詐害行為取消権は、責任法秩序の維持のため、衡平の観点から、共同担保としての責任財産の保全を目的とするものであり、責任説では、責任法的取消の範囲では絶対的効力が生じ、判決の効力は、総債権者に及ぶとするのが一貫する。ただし、責任説の立場では、詐害行為取消権を行使することができない債権者にまで効果を及ぼす必要はなく、仮に、及ぼすと、相対的に取消債権者の配当額が低下し、取消債権者から、取消権を行使するインセンティブを奪いかねないので、その旨の規定を設けるべきである。

7 詐害行為取消しの範囲

債権者は、詐害行為取消権を行使する場合（前記4の場合を除く。）において、その詐害行為の全部の取消しを請求することができるものとする。この場合において、その詐害行為によって逸出した財産又は消滅した権利の価額が被保全債権の額を超えるときは、債権者は、その詐害行為以外の債務者の行為の取消しを請求することができないものとする。

（注）詐害行為取消権の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定するという考え方がある。

【意見】

前段の原則のみ賛成し、後段の例外は反対する。規定は不要である。

【理由】

詐害行為取消しの範囲を取消債権者の債権額に限定した場合には、予想外の配当加入があった場合に、改めて取消訴訟を提起する必要があるため、全部取消を認める必要性がある。また、形式的には可分物でも、ゴルフ場のように、複数の土地が有機的一体となって、資産価値を形成する場合には、一部の土地の取消しでは、本来の交換価値が減殺されてしまいかねない。のみならず、責任説の下では、全部取消を認めても、取引の安全に対する影響を最小限に抑えることができるので、弊害が生じる余地が少なく、全部取消しを認めても問題はない。

（参照）B—39条第2項

8 逸出財産の返還の方法等

（1）債権者は、前記1（2）又は5（2）により逸出した財産の現物の返還を請求する場合

には、受益者又は転得者に対し、次のアからエまでに掲げる区分に応じ、それぞれ当該アからエまでに定める方法によって行うことを求めるものとする。

ア 詐害行為による財産の逸出について登記（登録を含む。）がされている場合（下記イの場合を除く。）

当該登記の抹消登記手続又は債務者を登記権利者とする移転登記手続をする方法

イ 詐害行為によって逸出した財産が債権である場合

(7) 当該債権の逸出について債権譲渡通知がされているときは、当該債権の債務者に対して当該債権が受益者又は転得者から債務者に移転した旨の通知をする方法

(イ) 当該債権の逸出について債権譲渡登記がされているときは、債権譲渡登記の抹消登記手続又は債務者を譲受人とする債権譲渡登記手続をする方法。ただし、上記(7)の債権譲渡通知の方法によって行うことを求めることもできるものとする。

ウ 詐害行為によって逸出した財産が金銭その他の動産である場合

金銭その他の動産を債務者に対して引き渡す方法。この場合において、債権者は、金銭その他の動産を自己に対して引き渡すことを求めることもできるものとする。

エ 上記アからウまでの場合以外の場合

詐害行為によって逸出した財産の性質に従い、当該財産の債務者への回復に必要な方法

(2) 上記(1)の現物の返還が困難であるときは、債権者は、受益者又は転得者に対し、価額の償還を請求することができるものとする。この場合において、債権者は、その償還金を自己に対して支払うことを求めることもできるものとする。

(3) 上記(1)ウ又は(2)により受益者又は転得者が債権者に対して金銭その他の動産を引き渡したときは、債務者は、受益者又は転得者に対し、金銭その他の動産の引渡しを請求することができないものとする。受益者又は転得者が債務者に対して金銭その他の動産を引き渡したときは、債権者は、受益者又は転得者に対し、金銭その他の動産の引渡しを請求することができないものとする。

(4) 上記(1)ウ又は(2)により受益者又は転得者が債権者に対して金銭その他の動産を引き渡したときは、債権者は、その金銭その他の動産を債務者に対して返還しなければならないものとする。この場合において、債権者は、その返還に係る債務を受働債権とする相殺をすることができないものとする。

(注1) 上記(1)ウ及び(2)については、取消債権者による直接の引渡請求を認めない旨の規定を設けるという考え方がある。

(注2) 上記(4)については、規定を設けない（相殺を禁止しない）という考え方がある。

【意見】

(1)のアからエまでのすべてについて反対する。端的に受益者の所属財産のまま責任財産としての適格性のみ回復すれば足り、債務者の下に登記や債権譲渡通知や占有の回復をする必要はない。

(2)の前段について賛成するが、後段については反対する。

(3)は反対する。

(4)は反対する。

【理由】

上記1のとおり。

(参照) B—39条第3項

9 詐害行為取消権の行使に必要な費用

(1) 債権者は、詐害行為取消権を行使するために必要な費用を支出したときは、債務者に対し、その費用の償還を請求することができるものとする。この場合において、債権者は、その費用の償還請求権について、共益費用に関する一般の先取特権を有するものとする。

(2) 上記(1)の一般の先取特権は、後記11(2)の特別の先取特権に優先するものとする。

【意見】

(1)については、複数の詐害行為取消訴訟が提起された場合、弁論の併合を強制すること（類似必要的共同訴訟）や、相当な額の範囲の費用に限ることを前提に、弁護士費用を含めて賛成する。

(2)については、反対する。

【理由】

(1)は、現行民法第306条第1号の趣旨を明文化するものであり賛成するが、多額の費用を請求できるとすることも、またバランスを欠くと考えられ、現に部会においても懸念が表明されている（高須，第2分科会第3回会議57頁）ので、複数の詐害行為取消訴訟が提起された場合、弁論の併合を強制すること（類似必要的共同訴訟）を前提として、会社法第852条等の規定を参考に、弁護士費用を含めて相当な額の範囲内とすべきである。

(2)については、後記11の(2)の先取特権の規定を設けないものとする関係で、不要である。

(参照) B—40条

10 受益者の債権の回復

債務者がした債務の消滅に関する行為が取り消された場合において、受益者が債務者から受けた給付を返還し、又はその価額を償還したときは、受益者の債務者に対する債権は、これによって原状に復するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

判例法理の法文化及び公平の観点から置かれるべき規定である。

（参照）B—39条第5項

11 受益者が現物の返還をすべき場合における受益者の反対給付

- (1) 債務者がした財産の処分に関する行為が取り消された場合において、受益者が債務者から取得した財産（金銭を除く。）を返還したときは、受益者は、債務者に対し、当該財産を取得するためにした反対給付の現物の返還を請求することができるものとする。この場合において、反対給付の現物の返還が困難であるときは、受益者は、債務者に対し、価額の償還を請求することができるものとする。
- (2) 上記(1)の場合において、受益者は、債務者に対する金銭の返還又は価額の償還の請求権について、債務者に返還した財産を目的とする特別の先取特権を有するものとする。ただし、債務者が、当該財産を受益者に処分した当時、その反対給付について隠匿等の処分（前記2(1)ア参照）をする意思を有しており、かつ、受益者が、その当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたときは、受益者は、その特別の先取特権を有しないものとする。
- (3) 上記(2)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、受益者は、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定するものとする。

【意見】

(1)から(3)までは、いずれも規定を設けることに反対する。

【理由】

責任説の下では、債務者と受益者との間の詐害行為は、責任財産としての適格性を回復する限度でのみ取り消されるにすぎず（責任法的無効の限度で絶対的効力）、債務者と受益者との間では、詐害行為は、物権的にも債権的にも有効であるから、受益者の反対給付の返還請求権は当然には発生しない。

責任説の下では、受益者の所属財産に対して強制執行がなされ、取消債権者が現実に満足を受けた場合における求償権ないし追奪担保責任の範囲については、解釈に委ねるのが妥当である。

12 受益者が金銭の返還又は価額償還をすべき場合における受益者の反対給付

- (1) 債務者がした財産の処分に関する行為が取り消された場合において、受益者が債務者から取得した財産である金銭を返還し、又は債務者から取得した財産の価額を償還すべきときは、受益者は、当該金銭の額又は当該財産の価額からこれを取得するためにした反対給付の価額を控除した額の返還又は償還をすることができるものとする。ただし、債務者が、当該財産を受益者に処分した当時、その反対給付について隠匿等の処分（前記2(1)ア参照）をする意思を有しており、かつ、受益者が、

その当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたときは、受益者は、当該金銭の額又は当該財産の価額の全額の返還又は償還をしなければならないものとする。

- (2) 上記(1)の場合において、受益者が全額の返還又は償還をしたときは、受益者は、債務者に対し、反対給付の現物の返還を請求することができるものとする。この場合において、反対給付の現物の返還が困難であるときは、受益者は、債務者に対し、価額の償還を請求することができるものとする。
- (3) 上記(1)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、受益者は、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定するものとする。

【意見】

(1)から(3)までは、いずれも規定を設けることに反対する。

【理由】

上記11と同じである。

13 転得者の前者に対する反対給付等

債務者がした受益者との間の行為が転得者に対する詐害行為取消権の行使によって取り消された場合において、転得者が前者から取得した財産を返還し、又はその価額を償還したときは、転得者は、受益者が当該財産を返還し、又はその価額を償還したとすれば前記10によって回復すべき債権又は前記11によって生ずべき反対給付の返還若しくは償還に係る請求権を、転得者の前者に対する反対給付の価額又は転得者が前者に対して有していた債権の価額の限度で、行使することができるものとする。

(注) このような規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方、詐害行為取消権を行使された転得者の前者に対する反対給付の全額の返還請求又は転得者が前者に対して有していた債権の全額の回復を無条件に認めるという考え方がある。

【意見】

規定を設けることに反対する。

【理由】

上記11のとおり、受益者の反対給付の返還請求権は当然には発生しないため、前提が欠ける。

14 詐害行為取消権の行使期間

詐害行為取消しの訴えは、債務者が債権者を害することを知って詐害行為をした事実を債権者が知った時から2年を経過したときは、提起することができないものとする。詐害行為の時から〔10年〕を経過したときも、同様とするものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

支持しうる範囲内の提案である。

（参照）B—4 1 条

【取り上げなかった論点】

○ 部会資料3 5 第2, 2 (3) イ (1) 「同時交換的行為」 [6 7 頁]

【意見】

同時交換的行為については、取り上げるべきである。

【理由】

部会資料では、取り上げなかった理由として「債務者財産の相当価格処分行為」と同様の行為であるから解釈により解決することで足りるとする旨が挙げられているが、国民にとっては、新たな借入に伴う担保供与行為が「財産の相当価格処分行為」と同じであることが全くと言って良いほど分からないので、分かりやすい民法の実現の見地からは規定を設けるべきである。

（参照）B—3 6 条第二号

第16 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) 同一の債務について数人の債務者がある場合において、当該債務の内容がその性質上可分であるときは、各債務者は、分割債務を負担するものとする。ただし、法令又は法律行為の定めがある場合には、各債務者は、連帯債務を負担するものとする。
- (2) 同一の債務について数人の債務者がある場合において、当該債務の内容がその性質上不可分であるときは、各債務者は、不可分債務を負担するものとする。

【意見】

基本的には賛成する。ただし、(1) については、別段の合意ないし法律行為がある場合は常に連帯債務となるかのような規定を設けるのは妥当ではない。

【理由】

同一の債務について複数の債務者がある場合、分割債務、連帯債務及び不可分債務の分類が明確になるとともに、連帯債務と不可分債務とは、その内容が性質上可分であるか不可分であるかによって区別されることとなり、分かりやすい民法の実現に資する。

なお、(1) については、別段の合意ないし法律行為がある場合には、合意の内容如何に関わらず常に連帯債務となるという訳ではないので、そのような規定を設けるのは妥当ではない。

（参照）B—4 2 条, B—5 0 条

2 分割債務（民法第4 2 7 条関係）

分割債務を負担する数人の債務者は、当事者間に別段の合意がないときは、それぞれ等しい割合で義務を負うものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行民法第427条のうち、分割債務の規律を維持するもので妥当である。

（参照）B—42条

3 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等

(1) 履行の請求（民法第434条関係）

民法第434条の規律を改め、連帯債務者の一人に対する履行の請求は、当事者間に別段の合意がある場合を除き、他の連帯債務者に対してその効力を生じないものとする。

（注）連帯債務者の一人に対する履行の請求が相対的効力事由であることを原則としつつ、各債務者間に協働関係がある場合に限りこれを絶対的効力事由とするという考え方がある。

【意見】

賛成する。

【理由】

履行の請求を相対的効力事由とすることで、他の連帯債務者の一人が履行の請求を受けたことにより、他の連帯債務者が、知らない間に履行遅滞に陥り、あるいは消滅時効が中断する等の弊害を防止することができ、他の連帯債務者の保護に資する。

なお、（注）は、履行の請求を、原則的には相対的効力事由としつつ、「各債務者間に協働関係がある場合に限り」、絶対的効力事由とすることを提案するものであるが、「協働関係がある場合」とは、具体的にどのような場合を指すのか不明確であるところ、このような不明確な基準で、履行の請求が相対的効力事由となるか、絶対的効力事由となるかが左右されることは、他の連帯債務者を害するおそれがあるから、採用されるべきではない。

（参照）B—46条、なお 第434条を削除

(2) 更改、相殺等の事由（民法第435条から第440条まで関係）

民法第435条から第440条まで（同法第436条第1項を除く。）の規律を次のように改めるものとする。

ア 連帯債務者の一人について生じた更改、免除、混同、時効の完成その他の事由は、当事者間に別段の合意がある場合を除き、他の連帯債務者に対してその効力を生じないものとする。

イ 債務の免除を受けた連帯債務者は、他の連帯債務者からの求償に応じたとしても、債権者に対してその償還を請求することはできないものとする。

ウ 連帯債務者の一人が債権者に対して債権を有する場合において、その連帯債務者が相殺を援用しない間は、その連帯債務者の負担部分の限度で、他の連帯債務

者は、自己の債務の履行を拒絶することができるものとする。

（注）上記アのうち連帯債務者の一人について生じた混同については、その連帯債務者の負担部分の限度で他の連帯債務者もその債務を免れるものとするという考え方がある。

【意見】

アについて

現行民法第435条から第440条までのうち、混同（第438条）を除き賛成する。混同について相対的効力事由とすることは反対する。相殺と同様に絶対的効力事由とするのが妥当である。

イ及びウについて

賛成する。

【理由】

アについて

更改（第435条）、免除（第437条）及び時効の完成（第439条）を相対的効力事由とすることは債権者の通常の意味に合致するし、他の連帯債務者にとっても予測の範囲内であって合理的である。

また、相殺（第436条）によって債権が消滅すれば、全ての連帯債務者にとっても当該債権は消滅するのであるから、その後は連帯債務者間の求償の問題が残るだけであるので、絶対的効力事由とする点も妥当である。

これに対し、混同（438条）については、当該債権者は混同によって消滅した連帯債務者の地位を有していたのであるから、連帯債務者間では各自の負担部分しか求償できないことを考えると、当該債権者が混同によって消滅した債権を他の連帯債務者に全部請求できるとすれば求償の循環が発生することになり妥当でない。相殺については絶対的効力事由としつつ混同については相対的効力事由とするのは、求償の循環の回避の点から見て一貫しないと思料する。

イについて

債務を免除した債権者の通常の意味に合致する。

ウについて

連帯債務者間で他人の債権を処分しようという不当を避けることができる。

（参照）B—46条

(3) 破産手続の開始（民法第441条関係）

民法第441条を削除するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

破産法第104条により規律されている。

（参照）第441条を削除

4 連帯債務者間の求償関係

(1) 連帯債務者間の求償権（民法第442条第1項関係）

民法第442条第1項の規律を次のように改めるものとする。

ア 連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、自己の負担部分を超える部分に限り、他の連帯債務者に対し、各自の負担部分について求償権を有するものとする。

イ 連帯債務者の一人が代物弁済をし、又は更改後の債務の履行をして上記アの共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、出えんした額のうち自己の負担部分を超える部分に限り、他の連帯債務者に対し、各自の負担部分について求償権を有するものとする。

（注）他の連帯債務者に対する求償権の発生のために自己の負担部分を超える出えんを必要としないものとする考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

いずれも各自の負担部分は固有の義務であるとの理解に合致する。ただし、判例（大判大正6年5月3日民録23輯863頁）の見解が当事者の通常の意味に合致するとして反対する意見もある。

（参照）B—47条

(2) 連帯債務者間の通知義務（民法第443条関係）

民法第443条第1項を削除し、同条第2項の規律を次のように改めるものとする。

連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得た場合において、その連帯債務者が、他に連帯債務者がいることを知りながら、これを他の連帯債務者に通知することを怠っている間に、他の連帯債務者が善意で弁済その他共同の免責のための有償の行為をし、これを先に共同の免責を得た連帯債務者に通知したときは、当該他の連帯債務者は、自己の弁済その他共同の免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができるものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行民法第443条第1項は履行の請求を受けた連帯債務者が、履行を遅滞させてまで他の連帯債務者に対する事前の通知義務を課すものとして妥当でないから、削除すべきである。

同条第2項を本文のように改めることにより、事後の通知を怠っても後の弁済等をした連帯債務者が保護されるとの不当な結論を避けることができる。

（参照）B—48条

(3) 負担部分を有する連帯債務者が全て無資力者である場合の求償関係（民法第444条本文関係）

民法第444条本文の規律に付け加えて、負担部分を有する全ての連帯債務者が償還をする資力を有しない場合において、負担部分を有しない連帯債務者の一人が弁済をし、その他自己の財産をもって共同の免責を得たときは、その連帯債務者は、負担部分を有しない他の連帯債務者のうちの資力がある者に対し、平等の割合で分割してその償還を請求することができるものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

判例法理（大判大正3年10月13日民録20輯751頁）を明文化するもので、分かりやすい民法の実現に資する。

（参照）B—49条

(4) 連帯の免除をした場合の債権者の負担（民法第445条関係）
民法第445条を削除するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

債権者の通常的意思に合致する。

（参照）第445条を削除

5 不可分債務

(1) 民法第430条の規律を改め、数人が不可分債務を負担するときは、その性質に反しない限り、連帯債務に関する規定を準用するものとする。

(2) 民法第431条のうち不可分債務に関する規律に付け加えて、不可分債務の内容がその性質上可分となったときは、当事者の合意によって、これを連帯債務とすることができるものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1) について

連帯債務者の一人について生じた事由の効力が原則として相対的効力事由とされるのであれば、不可分債務との効果の差異はほぼ解消されるので、性質に反しない限り連帯債務に関する規程を準用することは合理的である。

(2) について

第431条の規律を残すのであれば、さらに当事者の合意によって連帯債務にできると定めることは差し支えない。

（参照）B—50条第2項，第3項

6 債権者が複数の場合

(1) 同一の債権について数人の債権者がある場合において、当該債権の内容がその性質上可分であるときは、各債権者は、分割債権を有するものとする。ただし、法令又は法律行為の定めがある場合には、各債権者は、連帯債権を有するものとする。

(2) 同一の債権について数人の債権者がある場合において、当該債権の内容がその性質上不可分であるときは、各債権者は、不可分債権を有するものとする。

【意見】

いずれも賛成する。ただし、(1)については、別段の合意ないし法律行為がある場合は常に連帯債務となるかのような規定を設けるのは妥当ではない。

【理由】

現行民法第427条のうち分割債権に関する規律を維持するもので、妥当である。なお、(1)については、別段の合意ないし法律行為がある場合には、合意の内容如何に関わらず常に連帯債務となるという訳ではないので、そのような規定を設けるのは妥当ではない。

（参照）B—43条，B—51条

7 分割債権（民法第427条関係）

分割債権を有する数人の債権者は、当事者間に別段の合意がないときは、それぞれ等しい割合で権利を有するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行民法第427条のうち分割債権に関する規律を維持するもので、妥当である。

（参照）B—43条

8 連帯債権

連帯債権に関する規定を新設し、次のような規律を設けるものとする。

(1) 連帯債権を有する数人の債権者は、すべての債権者のために履行を請求することができ、その債務者は、すべての債権者のために各債権者に対して履行をすることができるものとする。

(2) 連帯債権者の一人と債務者との間に更改、免除又は混同があった場合においても、他の連帯債権者は、債務の全部の履行を請求することができるものとする。この場合に、その一人の連帯債権者がその権利を失わなければ分与される利益を債務者に償還しなければならないものとする。

(3) 上記(2)の場合のほか、連帯債権者の一人の行為又は一人について生じた事由は、他の連帯債権者に対してその効力を生じないものとする。

【意見】

(1)と(3)は賛成する。(2)は、混同、及び相殺については反対するが、その余については賛成する。

【理由】

現行民法における不可分債権の規律を連帯債権について設けるもので妥当である。ただし、(2)に関しては、混同及び相殺については、連帯債務の場合と同様に求償の循環の問題が生じるので、絶対的効力を認めるのが妥当である。

(参照) B—53条

9 不可分債権

(1) 民法第428条の規律を改め、数人が不可分債権を有するときは、その性質に反しない限り、連帯債権に関する規定を準用するものとする。

(2) 民法第431条のうち不可分債権に関する規律に付け加えて、不可分債権の内容がその性質上可分となったときは、当事者の合意によって、これを連帯債権とすることができるものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1) について

連帯債権と不可分債権とは、債権の内容が性質上可分か不可分かによって区別されることを前提に、その性質に反しない限り連帯債権に関する規定を準用することは合理的である。

(2) について

第431条の規律を残すのであれば、さらに当事者の合意によって連帯債権とすることができることは差し支えない。

(参照) B—51条第2項、第3項

第17 保証債務

1 保証債務の付従性（民法第448条関係）

保証債務の付従性に関する民法第448条の規律を維持した上で、新たに次のような規律を付け加えるものとする。

(1) 主たる債務の目的又は態様が保証契約の締結後に減縮された場合には、保証人の負担は、主たる債務の限度に減縮されるものとする。

(2) 主たる債務の目的又は態様が保証契約の締結後に加重された場合には、保証人の負担は、加重されないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

いずれも、保証債務の附従性から当然のことであり、分かりやすい民法の実現の観点から明確に規定すべきである。

(参照) B—60条

2 主たる債務者の有する抗弁（民法第457条第2項関係）

民法第457条第2項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 保証人は、主たる債務者が主張することができる抗弁をもって債権者に対抗することができるものとする。
- (2) 主たる債務者が債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、これらの権利の行使によって主たる債務者が主たる債務の履行を免れる限度で、保証人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができるものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については、その旨の規定を設けることが、法の明確化に資し妥当である。

(2)については、一方で、保証人が主債務者の有する相殺の抗弁等を主張することで、主債務者が履行を拒絶できる債権についてまで弁済を義務づけられる必要はないが、他方で、保証人に主債務者が有している債権の処分まで認めるのは、他人の財産に対する過度の干渉となりうるので、履行の拒絶を認めることで足りるとするのが妥当である。

(参照) B—69条

3 保証人の求償権

(1) 委託を受けた保証人の求償権（民法第459条・第460条関係）

民法第459条及び第460条の規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

ア 民法第459条第1項の規律に付け加えて、保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、主たる債務の期限が到来する前に、弁済その他自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をしたときは、主たる債務者は、主たる債務の期限が到来した後に、債務が消滅した当時に利益を受けた限度で、同項による求償に応ずれば足りるものとする。

イ 民法第460条第3号を削除するものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

アについて

期限前弁済のみを取り上げれば、必ずしも委託の趣旨に反しないと考えられる場面も少なくないと思われる。したがって、委託の趣旨に反することから、直ちにこの結論を導くことには、疑問がある。むしろ、端的に、求償権に関する現行民法の取り扱いが保証委託をする者の通常意識に反し、デフォルトルールとしてはふさわしくないことを理由とするべきである。

すなわち、弁済期に主債務者が支払えない場合に備えて、保証を委託するのが委託契約を行う主債務者の通常意識である。保証人の独断で期限前弁済が行われたこと自体はよいとしても、その後の法定利息等を主債務者が負担するということは、多くの主債務者にとって想定外であると考えられる。これをデフォルトルールとすることは、保証委託をする者の通常意識に反する。

したがって、現行民法のルールを改め、期限前弁済の場合には、事後求償権の範囲を狭くするべきである。

また、期限前弁済があった場合でも、主債務者が本来有していた期限の利益は守られなければならないので、後段も妥当である。

イについて

このような債権については、そもそも事前求償になじみにくいので、削除するのが妥当である。ただし、現行民法の規定を維持すべきであるとの意見もある。

(参照) B—7 1 条, B—7 2 条, なお第 4 6 1 条は削除

(2) 保証人の通知義務

民法第 4 6 3 条の規律を次のように改めるものとする。

- ア 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、保証人が弁済その他自己の財産をもって主たる債務者にその債務を免れさせる行為をしたにもかかわらず、これを主たる債務者に通知することを怠っている間に、主たる債務者が善意で弁済その他免責のための有償の行為をし、これを保証人に通知したときは、主たる債務者は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができるものとする。
- イ 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合において、主たる債務者が弁済その他自己の財産をもって債務を消滅させるべき行為をしたにもかかわらず、これを保証人に通知することを怠っている間に、保証人が善意で弁済その他免責のための有償の行為をし、これを主たる債務者に通知したときは、保証人は、自己の弁済その他免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができるものとする。
- ウ 保証人が主たる債務者の委託を受けずに保証をした場合（主たる債務者の意思に反して保証をした場合を除く。）において、保証人が弁済その他自己の財産をもって主たる債務者にその債務を免れさせる行為をしたにもかかわらず、これを主たる債務者に通知することを怠っている間に、主たる債務者が善意で弁済その他免責のための有償の行為をしたときは、主たる債務者は、自己の弁済その他

免責のためにした行為を有効であったものとみなすことができるものとする。**【意見】**

いずれも賛成する。

【理由】

アについて

一方で、請求を受けた保証人は直ちに支払う義務を負うのであり、弁済前に通知を義務付けるのは酷に過ぎるが、他方で、保証債務の履行をしたにもかかわらず、その通知を怠り、その間に主債務者が弁済等をして通知してきた場合は、求償できないとするのが公平である。ただし、主債務者が行方不明等により通知ができない場合等においては、求償ができないとするのは問題があり、さらに検討が必要である。

イについて

上記アと同様、当事者間の公平に資するので、妥当である。

ウについて

上記アの法理は、委託を受けない保証人が保証債務を履行した場合も同様に妥当する。
(参照) B—74条, B—75条

4 連帯保証人に対する履行の請求の効力（民法第458条関係）

連帯保証人に対する履行の請求は、当事者間に別段の合意がある場合を除き、主たる債務者に対してその効力を生じないものとする。

(注) 連帯保証人に対する履行の請求が相対的効力事由であることを原則としつつ、主たる債務者と連帯保証人との間に協働関係がある場合に限りこれを絶対的効力事由とするという考え方がある。

【意見】

賛成する。

【理由】

一方で、連帯保証人としては、主債務者に履行請求の効果が及ばなければ、主債務が時効消滅した場合に附従性により連帯保証債務が消滅するという利益があり、保証人の保護という観点からは、この利益は保護すべきである。

他方、もし附従性による連帯保証債務の消滅を防止したければ、債権者は主債務者に対しても履行請求すればよいし、それは通常は容易である。また、仮に主債務者が行方不明であっても、訴え提起、公示送達という手段を取るなど必ずしも困難ではないことから、あえて絶対的効力を認める必要性に乏しい。

(参照) B—70条

5 根保証

(1) 民法第465条の2（極度額）及び第465条の4（元本確定事由）の規律の適用範囲を拡大し、保証人が個人である根保証契約一般に適用するものとする。

(2) 民法第465条の3（元本確定期日）の規律の適用範囲を上記(1)と同様に拡大す

るかどうかについて、引き続き検討する。

(3) 一定の特別な事情がある場合に根保証契約の保証人が主たる債務の元本の確定を請求することができるものとするかどうかについて、引き続き検討する。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)及び(2)について

1 主たる債務が特定されていないことにより、保証人が、予想を超える過大な責任を負う可能性があるという根保証の危険は、主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれない場合にも同様に存在するのであり、かかる場合についても根保証に関する規律を拡大することにより、保証人を保護する必要がある。

他方で、法人は、一般には、上記の根保証の危険を引き受ける能力を十分有していると考えられるし、仮にかかる危険が現実化したとしても、自然人と異なり、生活の基盤の一切を失うといった性質の被害が生じるわけではないから、法人についてまで、根保証に関する規定を拡張する必要はない。

2 中間的な論点整理に対するパブリックコメントの意見書には、上記案を採用した場合、①土地や建物の賃貸借契約において、保証人が、一切の賃借人の債務を保証する場合、②中小企業に対し事業活動のために必要な費用の決済に用いるクレジットカードを発行する際に、かかるカード決済における支払債務を会社代表者が連帯保証する場合、③信販会社と加盟店との間で加盟店契約を締結する際に、当該加盟店の代表者との間で保証契約を締結する場合、などについても根保証の規定が適用されることになるが、ア) これらの保証契約は、一定の範囲における主債務者の一切の債務を保証することにこそ意味があるのだから、極度額や元本確定期日の設定に馴染まないし、イ) また、元本確定期日毎に保証契約を締結し直すことが必要となり、手続きが煩雑となる等の意見が寄せられている。

しかし、まず、ア) についてであるが、現行民法における5年という元本確定期間は決して短いものではなく（例えば、法人代表者の任期や、貸室の賃貸借契約の期間は、通常2年である。）、主たる債務の時間的範囲を、不当に制限するものとはいえない。

また、保証人の責任限度額を画する極度額は、主たる債務の額を参考にしつつも、究極的には、保証人の資力を基礎として決定されるべきものである。そのため、主たる債務の範囲が包括的でありその総額を予測することが困難である場合にも、保証人の資力を参考に極度額を決定することは可能である。したがって、元本確定期日を設定することが、上記①ないし③の保証契約における主たる債務の範囲を不当に制限するものとはいえないし、上記①ないし③の保証契約においても極度額を設定することは可能であるから、上記①ないし③の保証契約が極度額や元本期日の設定に馴染まないということはない。

なお、土地や建物の賃貸借契約（上記①）については、保証の対象となる債務が、

賃料債務や、目的物明渡義務に起因する損害賠償債務など、単一の契約に基づく、一回の取引に起因するものに限られることが多く、かかる場合には、保証の対象が特定の債務であるとして、根保証の規定の適用はないと解釈することも可能であると考えられる。

次に、イ) についてであるが、5年という短くない期間が設定されていることを考えると、元本確定期日毎に保証契約を締結することになる手続の煩はそれほど大きいものではなく、少なくとも、保証人に過大な負担を負わせる危険性に優先させるべきほどのものではないと考えられる。

(3) について

現行民法のもとでも、特別の元本確定請求権（特別解約権）については、信義則等の一般条項により保護が図られているところ、信義則の明文化については、濫用のおそれや、要件の明確化の困難性から、基本的には、慎重に判断すべきである。

しかしながら、主たる債務が特定されていないことにより、保証人が、予想を超える過大な責任を負う可能性があるという根保証の危険は、仮にこれが現実化すると、保証人の生活の基盤を破壊するという重大な被害を生じさせるものである。そのため、保証人による濫用のデメリットよりは、むしろ、保証人が元本確定請求権を行使させる条文上の根拠を与えるというメリットの方を重視するべきであると考えられる。また、要件が不明確となるとしても、実務の運用により、適切かつ妥当な範囲にその適用を制限することは十分可能である。

(参照) B—78条からB—82条まで

6 保証人保護の方策の拡充

(1) 個人保証の制限

次に掲げる保証契約は、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、無効とするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 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）が含まれる根保証契約であって、保証人が個人であるもの
イ 債務者が事業者である貸金等債務を主たる債務とする保証契約であって、保証人が個人であるもの

【意見】

いずれも賛成する。のみならず、このような規制が設けられた場合は、保証の目的で債権者が第三者に対して連帯債務を負担させ、第三者保証の禁止の規制をくぐり抜けようとする事態も予想されるので、これに対する対応策を講じる必要がある。

【理由】

個人保証においては、人間関係から保証人になってしまい思わぬ債務を負わされ、経済的破綻を招く例が後を絶たない。多重債務の一因となり、自殺の原因にもなっている現状がある。したがって、個人保証について規制する方向で検討する必要がある。

ただし、全ての個人保証を禁止することは、例えば不動産賃貸借についての個人保証

も禁止されることになって妥当とは言えず、立法提案のような場合に限ることが合理的である。

また、このような規制が設けられた場合は、保証の目的で債権者が第三者に対して連帯債務を負担させ、上記規制を脱法しようとする事態も予想されるので、対応策を講じる必要がある。

(参照) B—55条

(2) 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、次のような事項を説明しなければならないものとし、債権者がこれを怠ったときは、保証人がその保証契約を取り消すことができるものとするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 保証人は主たる債務者がその債務を履行しないときにその履行をする責任を負うこと。

イ 連帯保証である場合には、連帯保証人は催告の抗弁、検索の抗弁及び分別の利益を有しないこと。

ウ 主たる債務の内容（元本の額、利息・損害金の内容、条件・期限の定め等）

エ 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合には、主たる債務者の〔信用状況〕

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

いずれも保証人保護の見地から必要不可欠な規制である。

アは、債権者に対して、保証人になることについての危険性を十分に説明させるべきであるから、必要である。

イは、連帯保証の危険性を認識させるために必要である。

ウは、主たる債務の内容を説明すべきであるのは当然である。

エは、保証人にとって主債務者の資力に関する情報は保証人になるかどうかを判断する上で重要な情報であることから、説明義務の内容として必要である。

(参照) B—58条

(3) 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務

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た場合には、保証人に対し、以下のような説明義務を負うものとし、債権者がこれを怠ったときは、その義務を怠っている間に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ものとするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 債権者は、保証人から照会があったときは、保証人に対し、遅滞なく主たる債務の残額〔その他の履行の状況〕を通知しなければならないものとする。

イ 債権者は、主たる債務の履行が遅延したときは、保証人に対し、遅滞なくその事実を通知しなければならないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

アは、債権者に損害軽減義務を認めるものであり、保証人保護の観点から必要である。

イは、保証人の保護に資するだけでなく、保証人に主債務者が有していた期限の利益を認めても、債権者は、当初のスケジュールに沿った弁済を受けられるのであるから、相当性がある。

(参照) B—59条

(4) その他の方策

保証人が個人である場合におけるその責任制限の方策として、次のような制度を設けるかどうかについて、引き続き検討する。

ア 裁判所は、主たる債務の内容、保証契約の締結に至る経緯やその後の経過、保証期間、保証人の支払能力その他一切の事情を考慮して、保証債務の額を減免することができるものとする。

イ 保証契約を締結した当時における保証債務の内容がその当時における保証人の財産・収入に照らして過大であったときは、債権者は、保証債務の履行を請求する時点におけるその内容がその時点における保証人の財産・収入に照らして過大でないときを除き、保証人に対し、保証債務の〔過大な部分の〕履行を請求することができないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

保証は主債務者との情義に基づき行われることが多く、拒むことが困難な現状に照らせば、これらのような保証人の責任を制限する規定は必要不可欠である。

のみならず、上記のとおり事業者の貸金等債務についての個人保証を経営者保証に限った場合でも、事業承継を円滑に進めるためには、後継者の経営者にとって保証が苛烈な結果を生むことのないようにしなければならず、このような観点からも、かかる規制は必要かつ有益である。

(参照) B—56条

第18 債権譲渡

1 債権の譲渡性とその制限（民法第466条関係）

民法第466条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 債権は、譲り渡すことができるものとする。ただし、その性質がこれを許さないときは、この限りでないものとする。

- (2) 当事者が上記(1)に反する内容の特約（以下「譲渡制限特約」という。）をした場合であっても、債権の譲渡は、下記(3)の限度での制限があるほか、その効力を妨げられないものとする。
- (3) 譲渡制限特約のある債権が譲渡された場合において、譲受人に悪意又は重大な過失があるときは、債務者は、当該特約をもって譲受人に対抗することができるものとする。この場合において、当該特約は、次に掲げる効力を有するものとする。
- ア 債務者は、譲受人が権利行使要件（後記2(1)【甲案】ウ又は【乙案】イの通知をすることをいう。以下同じ。）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こと。
- イ 債務者は、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こと。
- (4) 上記(3)に該当する場合であっても、次に掲げる事由が生じたときは、債務者は、譲渡制限特約をもって譲受人に対抗することができないものとする。この場合において、債務者は、当該特約を譲受人に対抗することができなくなった時まで（ウについては、当該特約を対抗することができなくなったことを債務者が知った時まで）に譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができるものとする。
- ア 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。
- イ 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。
- ウ 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。
- エ 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。
- (5) 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ものとする。

(注1) 上記(4)ウ及びエについては、規定を設けないという考え方がある。

(注2) 民法第466条の規律を維持するという考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

譲渡禁止特約の趣旨は債務者の保護にあるところ、その観点から規律を見直すことにより簡明化がなされており、分かりやすい民法の実現に資する。

なお、(4)のウ及びエについての規定も、破産や差押え等の一定の事由があった場合に、譲渡制限特約による債務者保護が否定される旨を明らかにする必要があるので、規定を設けるのが妥当である。

（参照）B—83条

2 対抗要件制度（民法第467条関係）

(1) 第三者対抗要件及び権利行使要件

民法第467条の規律について、次のいずれかの案により改めるものとする。

【甲案】（第三者対抗要件を登記・確定日付ある譲渡書面とする案）

ア 金銭債権の譲渡は、その譲渡について登記をしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができないものとする。

イ 金銭債権以外の債権の譲渡は、譲渡契約書その他の譲渡の事実を証する書面に確定日付を付さなければ、債務者以外の第三者に対抗することができないものとする。

ウ(7) 債権の譲渡人又は譲受人が上記アの登記の内容を証する書面又は上記イの書面を当該債権の債務者に交付して債務者に通知をしなければ、譲受人は、債権者の地位にあることを債務者に対して主張することができないものとする。

(イ) 上記(7)の通知がない場合であっても、債権の譲渡人が債務者に通知をしたときは、譲受人は、債権者の地位にあることを債務者に対して主張することができるものとする。

【乙案】（債務者の承諾を第三者対抗要件等とはしない案）

特例法（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）と民法との関係について、現状を維持した上で、民法第467条の規律を次のように改めるものとする。

ア 債権の譲渡は、譲渡人が確定日付のある証書によって債務者に対して通知をしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができないものとする。

イ 債権の譲受人は、譲渡人が当該債権の債務者に対して通知をしなければ、債権者の地位にあることを債務者に対して主張することができないものとする。

（注）第三者対抗要件及び権利行使要件について現状を維持するという考え方がある。

【意見】

甲案及び乙案に反対する。(注)の意見に賛成する。ただし、通知の到達日時を公証する制度を導入すべきである。また、承諾については、「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べきである。

【理由】

甲案は、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、債権譲渡登記は一カ所の法務局でしかできない）の問題点が解消されない限り採用すべきではない。そのような問題が解消されないままで、登記一元化に踏み切れば、少なくとも少額債権や単発等の債権譲渡は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り、大きな問題や混乱が生じると言わざるを得

ない。

また、現行債権譲渡登記が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の登記制度の整備が必要という問題がある。なお，同イは，譲渡契約書に確定日付を求めるもので，公示性が乏しく，かつ無用のコストを生じさせるので，妥当ではない。

次に，乙案は，債務者の承諾を第三者対抗要件としないことにより，大量の債権が譲渡される場合等において支障を生じさせることになり，妥当ではない。また，承諾の効力発生時期の問題については，上記のとおり，承諾の第三者対抗要件の具備時期を明確化することで解消すると思料する。

これに対し，（注）の考え方については，現行の制度を維持するもので，大きな混乱を産むことはなく妥当である。ただし，通知の到達日時を公証する制度を導入することにより，通知の到達時期の立証についての困難さを解消することが必要であり，かつ「承諾の効力発生時期が不明である」旨の批判にも，上記のように応える必要がある。なお，通知の到達日時の公証制度導入のコストは，債権譲渡登記一本化に比べれば低廉であると思料する。

（参照）B—84条

（2）債権譲渡が競合した場合における規律

債権譲渡が競合した場合における規律について，次のいずれかの案により新たに規定を設けるものとする。

【甲案】 前記(1)において甲案を採用する場合

ア 前記(1)【甲案】アの登記をした譲渡又は同イの譲渡の事実を証する書面に確定日付が付された譲渡が競合した場合には，債務者は，前記(1)【甲案】ウ(ア)の通知をした譲受人のうち，先に登記をした譲受人又は譲渡の事実を証する書面に付された確定日付が先の譲受人に対して，債務を履行しなければならないものとする。

イ 前記(1)【甲案】ウ(イ)の通知がされた譲渡が競合した場合には，債務者は，いずれの譲受人に対しても，履行することができるものとする。この場合において，債務者は，通知が競合することを理由として，履行を拒絶することはできないものとする。

ウ 前記(1)【甲案】ウ(ア)の通知がされた譲渡と同(イ)の通知がされた譲渡とが競合した場合には，債務者は，同(ア)の通知をした譲受人に対して，債務を履行しなければならないものとする。

エ 上記アの場合において，最も先に登記をした譲渡に係る譲受人について同時に登記をした他の譲受人があるときは，債務者は，いずれの譲受人に対しても，履行することができるものとする。最も確定日付が先の譲受人について確定日付が同日である他の譲受人があるときも，同様とするものとする。これらの場合において，債務者は，同時に登記をした他の譲受人又は確定日付が同日である他の譲

受人があることを理由として、履行を拒絶することはできないものとする。
オ 上記エにより履行を受けることができる譲受人が複数ある場合において、債務者がその譲受人の一人に対して履行したときは、他の譲受人は、履行を受けた譲受人に対して、その受けた額を各譲受人の債権額で按分した額の償還を請求することができるものとする。

【乙案】 前記(1)において乙案を採用する場合

ア 前記(1)【乙案】アの通知がされた譲渡が競合した場合には、債務者は、その通知が先に到達した譲受人に対して、債務を履行しなければならないものとする。
イ 上記アの場合において、最も先に通知が到達した譲渡に係る譲受人について同時に通知が到達した譲渡に係る他の譲受人があるときは、債務者は、いずれの譲受人に対しても、履行することができるものとする。この場合において、債務者は、同時に通知が到達した他の譲受人があることを理由として、履行を拒絶することはできないものとする。

(注) 甲案・乙案それぞれに付け加えて、権利行使要件を具備した譲受人がいない場合には、債務者は、譲渡人と譲受人のいずれに対しても、履行することができるものとするが、通知がないことを理由として、譲受人に対する履行を拒絶することができるものとする規定を設けるという考え方がある。

【意見】

甲案及び乙案に反対する。上記(1)の(注)の意見(現行制度)を前提にし、判例法理を法文化する考え方を取るべきである。

【理由】

上記のとおり、債権譲渡登記に一本化する案及び承諾を債務者対抗要件としない案には反対するので、それらを前提とした提案にも賛成できない。

上記のとおり、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が、それでも同時到達等はあるので、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。

ただし、このように明確化した場合でも、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には、供託によって紛争に巻き込まれないようにすることが必要不可欠であり、供託原因を拡張するのが妥当である。

(参照) B—85条

3 債権譲渡と債務者の抗弁（民法第468条関係）

(1) 異議をとどめない承諾による抗弁の切断

民法第468条の規律を次のように改めるものとする。

ア 債権が譲渡された場合において、債務者は、譲受人が権利行使要件を備える時までに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができるもの

とする。

イ 上記アの抗弁を放棄する旨の債務者の意思表示は、書面でしなければ、その効力を生じないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。ただしイの抗弁権の放棄は、包括的なものは認めるべきではない。

【理由】

アについては、異議をとどめない承諾による抗弁切断制度（現行民法第468条第1項）を廃止することは妥当であり、その上で現行民法第468条第2項の規律を維持するものであるから適切である。

イについては、抗弁の放棄という債務者に不利益な重大な意思表示を行うことを要式行為化するものであり、債務者に慎重な判断を促すことになるのと同時に、証拠としての明確化も図ることができるから妥当である。ただしイの抗弁権の放棄は、包括的なものを認めると債務者が不利益を受けるおそれがあり妥当ではない。

（参照）B—86条第1項、第3項

（2）債権譲渡と相殺の抗弁

ア 債権の譲渡があった場合に、譲渡人に対して有する反対債権が次に掲げるいずれかに該当するものであるときは、債務者は、当該債権による相殺をもって譲受人に対抗することができるものとする。

（ア）権利行使要件の具備前に生じた原因に基づいて債務者が取得した債権

（イ）将来発生する債権が譲渡された場合において、権利行使要件の具備後に生じた原因に基づいて債務者が取得した債権であって、その原因が譲受人の取得する債権を発生させる契約と同一の契約であるもの

イ 上記アにかかわらず、債務者は、権利行使要件の具備後に他人から取得した債権による相殺をもって譲受人に対抗することはできないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

アの本文については、無制限説を採用することを明らかにし、現行民法468条第2項の規律内容を実質的に維持するものであり、妥当である。また（ア）は権利行使要件具備時に債権が未発生でも発生原因が存在する債権を反対債権とする相殺を認め、（イ）は将来債権譲渡がされた場合においても、相殺の合理的期待を有する場合に譲受人への対抗を認めるものであり異論はない。

イについても相殺の合理的期待を有するかどうかという観点から妥当な考えであり、異論はない。

（参照）B—86条第2項

4 将来債権譲渡

- (1) 将来発生する債権（以下「将来債権」という。）は、譲り渡すことができるものとする。将来債権の譲受人は、発生した債権を当然に取得するものとする。
 - (2) 将来債権の譲渡は、前記2(1)の方法によって第三者対抗要件を具備しなければ、第三者に対抗することができないものとする。
 - (3) 将来債権が譲渡され、権利行使要件が具備された場合には、その後に譲渡制限特約がされたときであっても、債務者は、これをもって譲受人に対抗することができないものとする。
 - (4) 将来債権の譲受人は、上記(1)第2文にかかわらず、譲渡人以外の第三者が当事者となった契約上の地位に基づき発生した債権を取得することができないものとする。ただし、譲渡人から第三者がその契約上の地位を承継した場合には、譲受人は、その地位に基づいて発生した債権を取得することができるものとする。
- (注1) 上記(3)については、規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方がある。
- (注2) 上記(4)に付け加えて、将来発生する不動産の賃料債権の譲受人は、譲渡人から第三者が譲り受けた契約上の地位に基づき発生した債権であっても、当該債権を取得することができない旨の規定を設けるという考え方がある。

【意見】

(1)から(3)は賛成するが、(4)については(注2)の考え方に賛成する。ただし、将来債権の特定に関する規定及び将来債権譲渡の効力が無制限に認められないように具体的な規制の規定を設けるべきである。

【理由】

(1)については、将来債権を譲渡できること、将来債権の譲受人が具体的に発生する債権を当然に取得するとの判例法理（最判平成11年1月29日民集53巻1号151頁、最判平成19年2月15日民集61巻1号243頁）を明文化するものであり、分かりやすい民法の実現に資するものであり賛成する。

(2)についても、将来債権の譲渡も既発生の債権譲渡と同様の方法で第三者対抗要件を具備することができることを明らかにするものであり賛成する。

(3)については、債務者の利益保護のための譲渡制限特約について事後的な効力の発生を認めるのは、譲受人の利益を害するので、妥当でない。

(4)については、将来債権の取引安全の確保と、将来債権を発生させる契約上の地位の承継人との利益調整をいかに図るかという問題と考えられる。そして、将来債権の譲受人について、譲渡人以外の第三者が当事者となった契約上の地位に基づき発生した債権を取得することができないものとする一方、譲渡人から第三者がその契約上の地位を承継した場合には、（第三者が譲渡人から承継した契約から現実に発生する債権については譲受人の処分権が及んでいたものなので）譲受人は、その地位に基づいて発生した債権を取得することができることは、利益調整の観点から妥当である。なおこの場合、債務者対抗要件が具備される前に、譲渡人が第三者に契約上の地位を承継させ、債務者に対し当該第三者が契約上の地位を承継した旨を通知したような場合、債務者は当該第三者を「債権者」と認識する可能性があり、そうすると債務者の二重払いの危険が

生じる。この危険を避けるため、将来債権の譲受人が契約上の地位の承継人に将来債権譲渡を対抗できる場合とは、将来債権の譲受人が債務者対抗要件を有していることを大前提とすべきである。

（注2）については、不動産取引では登記制度が整備されており、これを信頼した第三者を保護し、不動産流通の安全を図るべきである。したがって、将来発生する不動産の賃料債権の譲受人は、譲渡人から契約上の地位を譲り受けた第三者の下で債権が発生した場合であっても、債権の取得を第三者に対抗することができないとすべきである。また、こうした例外的扱いを明らかにするために例外規定を設けるべきである。

ただし、将来債権の特定に関する規定は必要であり、かつ、公序良俗規定による制限は民法の一般原則の適用の問題であるから特段の明文規定は必要ないものの、将来債権譲渡の効力が無制限に認められないように具体的な規制の規定を設けるのが妥当であり、今後検討すべきである。

（参照）B—87条

第19 有価証券

民法第469条から第473条まで、第86条第3項、第363条及び第365条の規律に代えて、次のように、有価証券に関する規律を整備する。

1 指図証券について

(1) ア 指図証券の譲渡は、その証券に譲渡の裏書をして譲受人に交付しなければ、その効力を生じないものとする。

イ 指図証券の譲渡の裏書の方式、裏書の連続による権利の推定、善意取得及び善意の譲受人に対する抗弁の制限については、現行法の規律（商法第519条、民法第472条）と同旨の規律を整備する。

ウ 指図証券を質権の目的とする場合については、ア及びイに準じた規律を整備する。

(2) 指図証券の弁済の場所、履行遅滞の時期及び債務者の免責については、現行法の規律（商法第516条第2項、第517条、民法第470条）と同旨の規律を整備する。

(3) 指図証券の公示催告手続については、現行法の規律（民法施行法第57条、商法第518条）と同旨の規律を整備する。

2 記名式所持人払証券について

(1) ア 記名式所持人払証券（債権者を指名する記載がされている証券であって、その所持人に弁済をすべき旨が付記されているものをいう。以下同じ。）の譲渡は、譲受人にその証券を交付しなければ、その効力を生じないものとする。

イ 記名式所持人払証券の占有による権利の推定、善意取得及び善意の譲受人に対する抗弁の制限については、現行法の規律（商法第519条等）と同旨の規律を整備する。

ウ 記名式所持人払証券を質権の目的とする場合については、ア及びイに準じた規

律を整備する。

(2) 記名式所持人払証券の弁済及び公示催告手続については、1 (2) 及び(3)に準じた規律を整備する。

3 1 及び2 以外の記名証券について

(1) 債権者を指名する記載がされている証券であって、指図証券及び記名式所持人払証券以外のものは、債権の譲渡又はこれを目的とする質権の設定に関する方式に従い、かつ、その効力をもってのみ、譲渡し、又は質権の目的とすることができるものとする。

(2) (1)の証券の公示催告手続については、1 (3)に準じた規律を整備する。

4 無記名証券について

無記名証券の譲渡、弁済等については、記名式所持人払証券に準じた規律を整備する。

(注) 上記3については、規定を設けないという考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

有価証券に関する通則的な規定が商法と民法に分属している状況は、一覽性を欠き分かりにくい。また、現行民法上の一部の有価証券については、民法の適用の余地がある。そこで、民法に有価証券に関する規定を整備して置くことが、分かりやすい民法の実現に資する。

また、1の指図証券及び2の記名式所持人払証券に関する提案についていずれも適切である。

さらに、3の指図証券及び記名式所持人払証券以外の記名証券については、(注)にあるように「有価証券にあたらぬ」との見解に配慮して規定を置くべきでないとの見解があるかもしれないが、分かりやすい民法の実現の観点からは、この証券の譲渡方法や公示催告手続について規定を置くべきである。

(参照) B—88条からB—100条まで

第20 債務引受

1 併存的債務引受

(1) 併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に対して負担する債務と同一の債務を負担するものとする。

(2) 併存的債務引受は、引受人と債権者との間で、引受人が上記(1)の債務を負担する旨を合意することによってするものとする。

(3) 上記(2)のほか、併存的債務引受は、引受人と債務者との間で、引受人が上記(1)の債務を負担する旨を合意することによってすることもできるものとする。この場合において、債権者の権利は、債権者が引受人に対して承諾をした時に発生するものとする。

(4) 引受人は、併存的債務引受による自己の債務について、その負担をした時に債務者が有する抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。

(注) 以上に付け加えて、併存的債務引受のうち、①引受人が債務者の負う債務を保証することを主たる目的とする場合、②債務者が引受人の負う債務を保証することを主たる目的とする場合について、保証の規定のうち、保証人の保護に関わるもの（民法第446条第2項等）を準用する旨の規定を設けるという考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。ただし、(注)の考え方にも賛成する。

【理由】

(1)から(3)までは、実務上、解釈上認められている概念であり、これを明文化することは分かりやすい民法の実現に資し、かつ法的安定性を高めるために有益である。

(4)については、引受人は、債務者が負担している債務と同一内容の債務を負担することになるため、併存的債務引受の効果として、債務者が引受の時点で有する抗弁事由を引受人が主張することができるとするのが妥当である。

ただし、解除権や取消権などは契約の地位に基づく権利であるから、引受人が直接行使することはできないと考えるべきである。この場合には、債務者が解除権などを行使するか明らかではなく、引受人を不安定な地位に置くことになってしまうので、引受人は、解除権や取消権に基づく履行拒絶権を有すると考えるべきである。

また、併存的債務引受が、債務者の債務を保証する趣旨又は目的であるときは、保証の規定を準用するのが妥当である。

(参照) B—101条

2 免責的債務引受

(1) 免責的債務引受においては、引受人は債務者が債権者に対して負担する債務と同一の債務を引き受け、債務者は自己の債務を免れるものとする。

(2) 免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を引き受けるとともに債権者が債務者の債務を免責する旨を引受人と債権者との間で合意し、債権者が債務者に対して免責の意思表示をすることによってするものとする。この場合においては、債権者が免責の意思表示をした時に、債権者の引受人に対する権利が発生し、債務者は自己の債務を免れるものとする。

(3) 上記(2)の場合において、債務者に損害が生じたときは、債権者は、その損害を賠償しなければならないものとする。

(4) 上記(2)のほか、免責的債務引受は、引受人が上記(1)の債務を引き受けるとともに債務者が自己の債務を免れる旨を引受人と債務者との間で合意し、債権者が引受人に対してこれを承諾することによってすることもできるものとする。この場合においては、債権者が承諾をした時に、債権者の引受人に対する権利が発生し、債務者は自己の債務を免れるものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

免責的債務引受について、①債権者と引受人の合意＋免責の意思表示、又は、②債務者と引受人の合意＋債権者の承諾と整理するものである。必要な合意内容や、効果発生時期が明確になっている他、債務者の全く関知しないところで免責的債務引受が行われることもなく、合理的な内容である。

(参照) B—102条

3 免責的債務引受による引受けの効果

(1) 引受人は、免責的債務引受により前記2(1)の債務を引き受けたことによって、債務者に対して求償することはできないものとする。

(2) 引受人は、免責的債務引受により引き受けた自己の債務について、その引受けをした時に債務者が有していた抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。

(注) 上記(1)については、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については、現行民法第437条をそのまま適用すると免責的債務引受の趣旨が没却されるので、これを排除するのが妥当である。通常は、免責的債務引受を行う前に債務者と引受人の間で対価的な合意があるはずである。

(2)については、引受人が引き受けたのは、債務者が有していたものと同一の債務であるから、抗弁の対抗を認めるのが原則である。ただし、契約の当事者であることに基づく解除権、取消権については、判例（大判大正14年12月15日民集4巻710頁）もその主張を認めていないので、これらについては排除すべきである。

(参照) B—102条

4 免責的債務引受による担保権等の移転

(1) 債権者は、引受前の債務の担保として設定された担保権及び保証を引受後の債務を担保するものとして移すことができるものとする。

(2) 上記(1)の担保の移転は、免責的債務引受と同時にする意思表示によってしなければならないものとする。

(3) 上記(1)の担保権が免責的債務引受の合意の当事者以外の者の設定したものである場合には、その承諾を得なければならないものとする。

(4) 保証人が上記(1)により引受後の債務を履行する責任を負うためには、保証人が、書面をもって、その責任を負う旨の承諾をすることを要するものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)によると、当事者以外の者が設定した担保を移転する場合に、当該移転に対する担保権者の承諾を要求することで、担保設定者の関知しないところで担保が移転することが防止できる。

(1)ないし(3)の規律によると、債務者が同時に担保設定者であり、かつ免責的債務引受の合意の当事者でもある場合は、当該債務者は、債権者の意向次第では、担保設定者の地位が継続するという意味で、完全に解放され得ないことになる。

しかし、免責的債務引受自体に債権者の承諾が必要である以上、やむをえないと史料する。

(4)も、保証の規定との均衡から、必要な規定である。

(参照) B—102条

第21 契約上の地位の移転

契約の当事者の一方が第三者との間で契約上の地位を譲渡する旨の合意をし、その契約の相手方が当該合意を承諾したときは、譲受人は、譲渡人の契約上の地位を承継するものとする。

(注) このような規定に付け加えて、相手方がその承諾を拒絶することに利益を有しない場合には、相手方の承諾を要しない旨の規定を設けるという考え方がある。

【意見】

賛成する。

【理由】

契約上の地位の移転（譲渡）に関しては、現在の判例（貸貸人たる地位の当然承継に関する大判大正10年5月30日民録27輯1013頁）及び学説において特に異論はみられないところである。特に貸貸借契約のような継続的契約においては、当事者の一方の変更にもかかわらず、将来にわたって契約の効力を存続させることができる法技術として、実務上も広く用いられている。

このような現状に照らせば、契約上の地位の移転に関しては、民法に明文の規定を設け、債権譲渡・債務引受とは別に契約上の地位そのものを移転させることができることを明らかにすることが有益である。

ただし、貸貸借における貸主の地位については、例外的に相手方の承諾を要しないとされているが、これについては貸貸借に特別の規定を置いて処理をするのが妥当である。

なお、契約上の地位移転の条項に「法令に別段の定めがある場合を除き」と規定する方が、国民にとって分かりやすいとも思われるが、貸貸借以外にも同様の例外を認める必要性があるか否かについて現状では結論が出ていないので、このような規定を設けないことも首肯できる。

(参照) B—103条

第22 弁済

1 弁済の意義

債務が履行されたときは、その債権は、弁済によって消滅するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

弁済によって債権が消滅するというルールを明文化するとともに、「弁済」と「履行」との関係につき、一般的な理解を反映させたもので、分かりやすい民法の実現に資する。
(参照) B—104条

2 第三者の弁済（民法第474条関係）

民法第474条第2項の規律を次のように改めるものとする。

(1) 民法第474条第1項の規定により債務を履行しようとする第三者が債務の履行をするについて正当な利益を有する者でないときは、債権者は、その履行を受けることを拒むことができるものとする。ただし、その第三者が債務を履行するについて債務者の承諾を得た場合において、そのことを債権者が知ったときは、この限りでないものとする。

(2) 債権者が上記(1)によって第三者による履行を受けることを拒むことができるにもかかわらず履行を受けた場合において、その第三者による履行が債務者の意思に反したときは、その弁済は、無効とするものとする。

(注) 上記(1)(2)に代えて、債権者が債務を履行するについて正当な利益を有する者以外の第三者による履行を受けた場合において、その第三者による履行が債務者の意思に反したときはその履行は弁済としての効力を有するものとした上で、その第三者は債務者に対して求償することができない旨の規定を設けるという考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)は、債務者の意思に反するか否かという債権者にとって不明瞭な事実ではなく、「債務履行について正当な利益を有するか否か」等のような客観的に判断可能な要件に該当する場合でない限りは、債権者は受取を拒むことができるとするもので、合理的である。

ただし、正当な利益を有する者を例示して分かりやすくするのが妥当である。

(2)は、上記(1)の見直しにもかかわらず、正当な利益を有しない第三者の弁済によって、その第三者から求償をされることを望まない債務者の利益を保護するものであり、妥当である。

(参照) B—105条

3 弁済として引き渡した物の取戻し（民法第476条関係）

民法第476条を削除するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

売買の取消と諾成的代物弁済契約の取消の均衡からすると、物の返還と代金の返還は同時履行関係にあるように統一すべきである。

（参照）第476条を削除

4 債務の履行の相手方（民法第478条，第480条関係）

(1) 民法第478条の規律を次のように改めるものとする。

ア 債務の履行は，次に掲げる者のいずれかに対してしたときは，弁済としての効力を有するものとする。

(ア) 債権者

(イ) 債権者が履行を受ける権限を与えた第三者

(ウ) 法令の規定により履行を受ける権限を有する第三者

イ 上記アに掲げる者（以下「受取権者」という。）以外の者であって受取権者としての外観を有するものに対してした債務の履行は，当該者が受取権者であると信じたことにつき正当な理由がある場合に限り，弁済としての効力を有するものとする。

(2) 民法第480条を削除するものとする。

（注）上記(1)イについては，債務者の善意又は無過失という民法第478条の文言を維持するという考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)のアは当然の規定であり，イは機械払システムの設置管理に関する注意義務違反についての判例（最判平成15年4月8日民集57巻4号337頁）の見解を含めてルールを明確化するものであり，妥当である。

(2)は「弁済者が立証しなければならない」という特別な規定を維持する必要性に乏しく，現行民法第478条の規律に統一すれば足りる。

（参照）B—106条，なお第480条を削除

5 代物弁済（民法第482条関係）

民法第482条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 債務者が，債権者との間で，その負担した給付に代えて他の給付をすることにより債務を消滅させる旨の契約をした場合において，債務者が当該他の給付をしたときは，その債権は，消滅するものとする。

(2) 上記(1)の契約がされた場合であっても，債務者が当初負担した給付をすること及び債権者が当初の給付を請求することは，妨げられないものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

(1)及び(2)は、代物弁済の効果発生時等に関する一般的理解に沿った規定の整備であり、法律関係の明確化に資する。

(参照) B—1 1 1 条

6 弁済の方法（民法第483条から第487条まで関係）

(1) 民法第483条を削除するものとする。

(2) 法令又は慣習により取引時間の定めがある場合には、その取引時間内に限り、債務の履行をし、又はその履行の請求をすることができるものとする。

(3) 民法第486条の規律を改め、債務者は、受取証書の交付を受けるまでは、自己の債務の履行を拒むことができるものとする。

(4) 債権者の預金口座に金銭を振り込む方法によって債務を履行するときは、債権者の預金口座において当該振込額の入金が記録される時に、弁済の効力が生ずるものとする。

(注) 上記(4)については、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)について

契約により特定物の引渡し債務を負う当事者は、契約の趣旨（取引通念も考慮する。）に従い保存義務を負うと規定する以上、常に「引渡し時の現状」のまま引き渡せば足りるとすることはできない。また法律の規定により特定物の引渡し義務を負う者は、特定物の保管について善管注意義務を負うので、やはり常に「引渡し時の現状」のまま引き渡せば足りるとすることはできない。

(2)について

民事一般の取引についても当てはまるところであり、妥当である。

(3)について

債務の履行と受取証書の交付とを同時履行とする現行民法の解釈を明確化するものであり妥当である。

(4)について

規律をすることにより分かりやすい民法の実現に資する。ただし、金融機関が誤って記帳をしなかった場合には、理論的には弁済の効力を生じないことになるので問題があるとの意見もある。

(参照) B—1 1 2 条, B—1 1 4 条, B—1 1 6 条, なお第483条を削除

7 弁済の充当（民法第488条から第491条まで関係）

民法第488条から第491条までの規律を次のように改めるものとする。

(1) 次に掲げるいずれかの場合に該当し、かつ、履行をする者がその債務の全部を消滅させるのに足りない給付をした場合において、当事者間に充当の順序に関する合意があるときは、その順序に従い充当するものとする。

ア 債務者が同一の債権者に対して同種の給付を内容とする数個の債務を負担する場合（下記ウに該当する場合を除く。）

イ 債務者が一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（下記ウに該当する場合を除く。）

ウ 債務者が同一の債権者に対して同種の給付を内容とする数個の債務を負担する場合において、そのうち一個又は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とき

(2) 上記(1)アに該当する場合において、上記(1)の合意がないときは、民法第488条及び第489条の規律によるものとする。

(3) 上記(1)イに該当する場合において、上記(1)の合意がないときは、民法第491条の規律によるものとする。

(4) 上記(1)ウに該当する場合において、上記(1)の合意がないときは、まず民法第491条の規律によるものとする。この場合において、数個の債務の費用、利息又は元本のうちいずれかの全部を消滅させるのに足りないときは、民法第488条及び第489条の規律によるものとする。

(5) 民法第490条を削除するものとする。

(6) 民事執行手続における配当についても、上記(1)から(4)までの規律（民法第488条による指定充当の規律を除く。）が適用されるものとする。

（注）上記(6)については、規定を設けないという考え方がある。

【意見】

(1)から(5)までは、いずれも賛成する。

(6)は反対する。(注)の意見に賛成する。

【理由】

(1)から(5)までについては、現行民法第488条から第491条までの規定の相互の関係が分かりにくいのでこれを改める必要があり、かつ弁済充当に関する合意がある場合は、合意を優先するのが実務であるので、これを明文化するのが分かりやすい民法の実現に資し、妥当である。

(6)については、執行（配当）の手続においては、画一的な処理を行うほうが、制度として安定すると考えられるので、指定充当を認めないとするのが妥当である。

（参照）B-117条、なお、第488条、第489条、及び第491条の規律を維持し、第490条を削除する。

8 弁済の提供（民法第492条関係）

民法第492条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債務者は、弁済提供の時から、履行遅滞を理由とする損害賠償の責任その他の債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れるものとする。
- (2) 前記第11、1によれば契約の解除をすることができる場合であっても、債務者が弁済の提供をしたときは、債権者は、契約の解除をすることができないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

弁済提供の効果及び受領遅滞の効果について明確に規定し、また、債権者の行為から発生する効果と債務者の行為から発生する効果を各々区別して規定することは、分かりやすい民法の実現に資するので、明文化すべきである。

(参照) B—122条

9 弁済の目的物の供託（民法第494条から第498条まで関係）

弁済供託に関する民法第494条から第498条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

- (1) 民法第494条の規律を次のように改めるものとする。

ア 履行をすることができる者は、次に掲げる事由があったときは、債権者のために弁済の目的物を供託することができるものとする。この場合においては、履行をすることができる者が供託をした時に、債権は消滅するものとする。

(ア) 弁済の提供をした場合において、債権者がその受取を拒んだとき

(イ) 債権者が履行を受け取ることができないとき

イ 履行をすることができる者が債権者を確知することができないときも、上記アと同様とするものとする。ただし、履行をすることができる者に過失があるときは、この限りでないものとする。

- (2) 民法第497条前段の規律を次のように改めるものとする。

弁済の目的物が供託に適しないとき、その物について滅失、損傷その他の事由による価格の低落のおそれがあるとき、又はその物を供託することが困難であるときは、履行をすることができる者は、裁判所の許可を得て、これを競売に付し、その代金を供託することができるものとする。

- (3) 民法第498条の規律の前に付け加え、弁済の目的物が供託された場合には、債権者は、供託物の還付を請求することができるものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)について

同アについては、判例法理（大判大正10年4月30日民録27輯832頁）及び

実務であり、明文化により分かりやすい民法の実現に資する。同イについては、債権者不確知の原因が債権者の側にあることが多いことを考慮すると、債権者に、債務者の過失の存在についての主張及び立証責任を課すことが公平である。

(2)について

物理的な価値の低下でなくても、放置しておけば価値が暴落するおそれがある場合、さらには、一般に供託が困難な場合にも自助売却をすることができるというのが便宜であり妥当である。

(3)について

当然の規定であり、分かりやすい民法の実現に資する。

(参照) B—124条からB—127条まで

10 弁済による代位

(1) 任意代位制度（民法第499条関係）

民法第499条第1項の規律を改め、債権者の承諾を得ることを任意代位の要件から削除するものとする。

(注) 民法第499条を削除するという考え方がある。

【意見】

反対する。(注)の考え方に賛成する。

【理由】

任意代位の制度には、第三者による弁済の促進という同制度の目的が、現行民法第474条第2項において第三者による弁済を制限していることと整合性を欠くなどの問題点がある。他方、任意代位を廃止しても、第三者弁済をする者が債権者に代位したいのであれば、あらかじめ債権者との間で保証契約を締結することで法定代位をすることができるのであるから、格別問題は生じない。

(参照) 第499条を削除

(2) 法定代位者相互間の関係（民法第501条関係）

民法第501条後段の規律を次のように改めるものとする。

ア 民法第501条第1号及び第6号を削除するとともに、保証人及び物上保証人は、債務者から担保目的物を譲り受けた第三取得者に対して債権者に代位することができるものとする。

イ 民法第501条第2号の規律を改め、第三取得者は、保証人及び物上保証人に対して債権者に代位しないものとする。

ウ 民法第501条第3号の「各不動産の価格」を「各財産の価格」に改めるものとする。

エ 保証人の一人は、その数に応じて、他の保証人に対して債権者に代位するものとする。

オ 民法第501条第5号の規律に付け加え、保証人と物上保証人とを兼ねる者がある

場合には、同号により代位の割合を定めるに当たっては、その者を一人の保証人として計算するものとする。

カ 物上保証人から担保目的物を譲り受けた者については、物上保証人とみなすものとする。

（注）上記オについて、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

アは、現行民法の付記登記の制度が合理性を欠くことから妥当である。

イからエまでは、これらについての一般的な理解を明文化するもので、いずれも妥当である。

オは、判例法理（最判昭和61年11月27日民集40巻7号1205頁）を明文化するもので妥当である。

（参照）B—130条

(3) 一部弁済による代位の要件・効果（民法第502条関係）

民法第502条第1項の規律を次のように改めるものとする。

ア 債権の一部について第三者が履行し、これによって債権者に代位するときは、代位者は、債権者の同意を得て、その弁済をした価額に応じて、債権者とともその権利を行使することができるものとする

イ 上記アのとときであっても、債権者は、単独でその権利を行使することができるものとする。

ウ 上記ア又はイに基づく権利の行使によって得られる担保目的物の売却代金その他の金銭については、債権者が代位者に優先するものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

ア及びイについては、一部弁済をした代位者が単独で原債権の担保権を行使できるとすると、本来の権利者である債権者が換価時期を選択する利益を奪われることになり、求償権の保護という代位制度の目的を逸脱して債権者に不利益を与えることになるので、代位者は債権者の同意を要すると考える。

ウについては、一部弁済の効果の重要な事項に関する判例法理（最判昭和60年5月23日民集39巻4号940頁，最判昭和62年4月23日金法1169号29頁）の明文化であり、分かりやすい民法の実現に資する。

（参照）B—131条

(4) 担保保存義務（民法第504条関係）

民法第504条の規律を次のように改めるものとする。

ア 債権者は、民法第500条の規定により代位をすることができる者のために、担保を喪失又は滅失させない義務を負うものとする。

イ 債権者が故意又は過失によって上記アの義務に違反した場合には、上記アの代位をすることができる者は、そ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限度において、その責任を免れるものとする。ただし、その担保の喪失又は減少が代位をすることができる者の正当な代位の期待に反しないときは、この限りでないものとする。

ウ 上記イによって物上保証人、物上保証人から担保目的物を譲り受けた者又は第三取得者が免責されたときは、その後その者から担保目的物を譲り受けた者も、免責の効果を主張することができるものとする。

（注）上記イ第2文については、規定を設けるべきでないという考え方がある。

【意見】

ア及びウは賛成する。イについては、本文は賛成し、ただし書は反対する。ただし書については、「その担保の喪失又は減少が、代位をすることができる者が代位をした場合における利益を害するものと認められないときは、この限りでない」旨の条項を設けることを提案する。

【理由】

アは当然の規定であり賛成する。

イについては、銀行取引では、債務者の経営状況の変化等に伴い、債務者から担保の差替えや一部解除の要請がしばしば行われており、これらの行為が合理的なものであれば、担保保存義務に反しないことを明示する実務上の必要性は認められるものの、「正当な期待」という文言は不明瞭であり混乱を生じさせるおそれがあり妥当でない。そこで、上記のように「代位者の将来における正当な利益を害するとは認められないとき」に例外を認める旨の規定を設けるのが妥当であると思料する。

ウは判例（最判平成3年9月3日民集45巻7号1121頁）の法文化であり、分かりやすい民法の実現に資する。

（参照）B—133条

第23 相殺

1 相殺禁止の意思表示（民法第505条第2項関係）

民法第505条第2項ただし書の善意という要件を善意無重過失に改めるものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

債権の譲渡禁止特約に関する規律と整合的である。

（参照）B—134条第4項

2 時効消滅した債権を自働債権とする相殺（民法第508条関係）

民法第508条の規律を次のように改めるものとする。

債権者は、時効期間が満了した債権について、債務者が時効を援用するまでの間は、当該債権を自働債権として相殺をすることができるものとする。ただし、時効期間が満了した債権を他人から取得した場合には、この限りでないものとする。

（注）民法第508条の規律を維持するという考え方がある。

【意見】

本文は反対し、ただし書は賛成する。

【理由】

現行民法第508条では、自働債権の時効完成前に相殺適状が生じておれば、その後はいつでも相殺をなしえたのに対し、上記本文の考え方によると、相殺の意思表示よりも前に時効の援用をすれば、時効を相殺に優越させることとなり、事実上、相殺適状後、自働債権の時効完成前に相殺の意思表示をしなければならなくなる。このことは、相殺適状にある債権債務は相殺済であるという当事者の期待に対する保護を弱めることになり妥当とは言えない。

とりわけ、消費者や中小零細・個人事業者においては、適切な時期に相殺の意思表示をなすことを期待できる状況にはなく、上記提案には賛成できない。

これに対し、現行規定は、一方の債権が短期消滅時効にかかるような場合に、狡猾な債務者が自己の債務が時効にかかるのを待ってその債権を請求したり、時効期間は同じでも一方の債務の弁済期が先に到来する場合に、狡猾な債務者がより長期にわたる債務不履行をしているのに、自己の債務が時効にかかるのをまってその債務を請求したりするという不公平を避け得る点に合理性がある。

なお、上記ただし書については、現行民法のもとで「既に時効にかかった他人の債権を譲り受け、これを自働債権として相殺することは、現行民法第506条、第508条の法意に照らし許されない」とした判例（昭和34年02月28日民集15巻4号765頁）があり、これを明文化することに繋がるので、妥当である。

（参照）C—137条

3 不法行為債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第509条関係）

民法第509条の規律を改め、次に掲げる債権の債務者は、相殺をもって債権者に對抗することができないものとする。

- (1) 債務者が債権者に対して損害を与える意図で加えた不法行為に基づく損害賠償債権
- (2) 債務者が債権者に対して損害を与える意図で債務を履行しなかったことに基づく損害賠償債権
- (3) 生命又は身体の侵害があったことに基づく損害賠償債権

【意見】

反対する。むしろ、「当事者双方の過失によって生じた同一の事故により、双方に損害

が生じた場合は、これによって生じた損害賠償債権を受働債権とする相殺ができる。ただし、その損害が、生命又は身体の侵害によって生じた場合は、この限りでない。」（部会資料39 77頁参照）という考え方に賛成する。

【理由】

本提案の「損害を与える意図で加えた不法行為」という要件は不明確で採用し得ない。(2)についても同様である。

これに対し、当事者双方の過失によって生じた同一の事故等の双方的不法行為による損害賠償の事例では、不法行為の誘発防止という現行民法第509条の趣旨が妥当しないことから、相殺禁止の例外とすべきである。

(参照) B—138条

4 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺（民法第511条関係）

民法第511条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債権の差押えがあった場合であっても、第三債務者は、差押えの前に生じた原因に基づいて取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができるものとする。
- (2) 第三債務者が取得した上記(1)の債権が差押え後に他人から取得したものである場合には、これによる相殺は、差押債権者に対抗することができないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については、差押え前に取得した債権を自働債権とするのであれば、差押え時に相殺適状にある必要はなく、その後相殺適状に達しさえすれば自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず相殺することができるという従来の判例法理（最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁）を明文化するもので、妥当である。

(2)は、破産手続開始決定前に発生原因が存在する債権であれば、これを自働債権とする相殺を認める近時の判例（最判平成24年5月28日判時2156号46頁）の趣旨を踏まえて明文化するものである。

いずれも、分かりやすい民法の実現に資する。

(参照) B—140条

5 相殺の充当（民法第512条関係）

民法第512条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 相殺をする債権者の債権が債務者に対して負担する債務の全部を消滅させるのに足りない場合において、当事者間に充当の順序に関する合意があるときは、その順序に従い充当するものとする。
- (2) 上記(1)の合意がないときは、相殺に適するようになった時期の順序に従って充当するものとする。

(3) 上記(2)の場合において、相殺に適するようになった時期を同じくする債務が複数あるときは、弁済の充当に関する規律（前記第22, 7）のうち、法定充当の規律を準用するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

充当の順序に関する合意がない場合に、相殺適状になった時期の順序に従って相殺するとした現在の判例法理を明文化するものである。相殺に遡及効を認めることとの整合性を保った表現にもなっており、分かりやすい民法の実現に資するといえる。

(参照) B—141条

第24 更改

1 更改の要件及び効果（民法第513条関係）

民法第513条の規律を改め、当事者が債務を消滅させ、その債務とは給付の内容が異なる新たな債務を成立させる契約をしたときは、従前の債務は、更改によって消滅するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

更改の要件に関する判例（大判昭和7年10月29日新聞3483号18頁）及び一般的な理解を明文化するものであり、特に反対すべき点はない。

なお、条件の変更が更改にあたるかどうかについては、更改意思の解釈の問題として解消しうるから、第513条2項は削除して差し支えない。

(参照) B—142条

2 債務者の交替による更改（民法第514条関係）

民法第514条の規律を改め、債権者、債務者及び第三者の間で、従前の債務を消滅させ、第三者が債権者に対して新たな債務を負担する契約をしたときも、従前の債務は、更改によって消滅するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

債務者を変更する方法として免責的債務引受があるものの、国際取引の場面等で更改によって債務者を交替する実例が存在するという指摘もあることから、あえて第514条の規定を削除する必要はない。

(参照) B—143条

3 債権者の交替による更改（民法第515条・第516条関係）

債権者の交替による更改（民法第515条・第516条）の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債権者、債務者及び第三者の間で、従前の債務を消滅させ、第三者が債務者に対する新たな債権を取得する契約をしたときも、従前の債務は、更改によって消滅するものとする。
- (2) 債権者の交替による更改の第三者対抗要件を、債権譲渡の第三者対抗要件（前記第18、2）と整合的な制度に改めるものとする。
- (3) 民法第516条を削除するものとする。

【意見】

(1)、及び(3)は賛成する。(2)については、債権譲渡の第三者対抗要件と整合的な制度に改めることについては賛成する。その内容については、当会の債権譲渡第三者対抗要件に関する意見を援用する。

【理由】

(1)については、債権者の交替による更改と同様の機能をもつものとして債権譲渡の制度があるが、債務者の交替の場合と同様、国際取引の場面で更改契約を用いる事例があるという指摘もあるので、あえて第515条を削除する必要はない。

(2)については、同様の機能をもつ債権譲渡の例に準ずるのが適切である。

(3)については、第468条の異議なき承諾の制度を廃止すること、及び更改では債務者が関与するので抗弁権放棄に書面は必要ないことから、賛成する。

(参照) B—144条、なお、第516条を削除

4 更改の効力と旧債務の帰すう（民法第517条関係）

民法第517条を削除するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

更改契約に無効事由がある場合であっても旧債務が消滅するか否かについては個別事案ごとに免除の意思表示があったかどうかで判断すれば足りる。現行民法第517条を存置する必要はない。

(参照) 第517条を削除

5 更改後の債務への担保の移転（民法第518条関係）

民法第518条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債権者は、更改前の債務の限度において、その債務の担保として設定された担保権及び保証を更改後の債務に移すことができるものとする。
- (2) 上記(1)の担保の移転は、更改契約と同時にする意思表示によってしなければならないものとする。
- (3) 上記(1)の担保権が第三者の設定したものである場合には、その承諾を得なければ

ならないものとする。

- (4) 更改前の債務の保証人が上記(1)により更改後の債務を履行する責任を負うためには、保証人が、書面をもって、その責任を負う旨の承諾をすることを要するものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については、移転の対象が質権又は抵当権に限られないことを明らかにすることについて特に反対する理由がない。なお、債権者の単独の意思表示により担保移転の効果を生ずるものとし債務者の関与を一律に不要とすることについては、上記のとおり「更改前の債務の限度において」との限定が設けられていることに加え、更改契約の要件となる更改意思には債務者が担保設定している場合の担保移転受け容れもその内容として含まれているというべきであるので、賛成する。

(2)については、更改の効果として旧債務が消滅する以上、担保権の付従性の観点から更改契約と同時に担保移転の意思表示をする必要がある。また、かかる同時性を求めることで債務者が担保設定している場合に更改合意のほか債務者の承諾を別途求めないことを許容する根拠ともなりうる。

(3)については、第三者が担保設定者として関わっている場合に、その利益を考慮する必要がある。

(4)については、現行民法第446条第2項の趣旨からして適切な内容である。

(参照) B—145条

6 三面更改

- (1) 債権者、債務者及び第三者の間で、従前の債務を消滅させ、債権者の第三者に対する新たな債権と、第三者の債務者に対する新たな債権とが成立する契約をしたときも、従前の債務は、更改によって消滅するものとする。

- (2) 上記(1)の契約によって成立する新たな債権は、いずれも、消滅する従前の債務と同一の給付を内容とするものとする。

- (3) 将来債権について上記(1)の契約をした場合において、債権が発生したときは、その時に、その債権に係る債務は、当然に更改によって消滅するものとする。

- (4) 上記(1)の更改の第三者対抗要件として、前記3(2)（債権者の交替による更改の第三者対抗要件）の規律を準用するものとする。

(注) これらのような規定を設けないという考え方がある。また、上記(4)については、規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方がある。

【意見】

三面更改に関する規定を民法に設けることには反対する。(注)の意見に賛成する。

【理由】

三面更改について規律を設けること自体は有用であるが、それは個別の必要に応じ特

別法で規律すべきであり、一般法である民法に規定を設ける必要はない。

立法提案によれば、三面更改により抗弁の切断という効果を生じさせる根拠を、「債権者、債務者、及び第三者全員が契約当事者とならなければならない」とし、かつ、「更改の意思を要件とする」ことに求めているようであるが、かかる抗弁切断の効果が契約当事者の「更改の意思」として当然に含まれているとまでみることは困難であるように思われる。

また、立法提案は、三面更改を導入する意義として、集中決済機関を介在させた取引を想定するほか三面更改を利用すべきいくつかの類型を想定しているようであるが、その内容は極めて抽象的であり具体的な取引として実在しうるのか疑問がある。

第25 免除

民法第519条の規律に付け加えて、免除によって債務者に損害が生じたときは、債権者は、その損害を賠償しなければならないものとする。

(注) 債権者と債務者との間で債務を免除する旨の合意があったときは、その債権は、消滅するが、債務者が債務を履行することについて利益を有しない場合には、債務者の承諾があったものとみなすとして、民法第519条の規律を改めるという考え方がある。

【意見】

賛成する。

【理由】

債権者に受領義務がある場合を念頭に、債権者が債務免除をしたとしても債務者に対する損害賠償責任を免れないとの理解を明文化するものとして適切である。

(参照) B—146条

第26 契約に関する基本原則等

1 契約内容の自由

契約の当事者は、法令の制限内において、自由に契約の内容を決定することができるものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

本提案は、契約自由の原則のうち、内容決定の自由を明文化するとともに、同原則について、強行規定による制約がかかる旨を規定するものであり、分かりやすい民法の実現に資する。

また、本提案は、契約自由の原則のうち、相手方選択の自由と契約締結の自由の明文化を見送ることを提案するものであるが、これらは契約内容という法的効果の発生を直接規定する内容決定の自由と比較すると、私法上の効果は間接的であり、内容決定の自由のみを規定するという提案内容についても首肯できる。

（参照）C—1条

2 履行請求権の限界事由が契約成立時に生じていた場合の契約の効力

契約は、それに基づく債権の履行請求権の限界事由が契約の成立の時点で既に生じていたことによっては、その効力を妨げられないものとする。

（注）このような規定を設けないという考え方がある。

【意見】

賛成する。ただし、履行請求権の限界事由という文言を用いることは、妥当とは言えない。

【理由】

本提案はいわゆる原始的に不能な契約の効力を認めるものであるが、契約締結時を起点としてその前後で契約の効力発生の有無及びこれに伴う法効果が異なるという帰結は合理的でない。理論的にも、契約により債務の履行請求権が発生するかという問題と、かかる履行請求権が否定されるかという点は区別して考えることが十分可能であり、また現行民法においても原始的に不能な契約を有効とするものも存在するのであるから、かかる解釈を採ることで大きな混乱が生じることもないと思われる。

（参照）C—2条

3 付随義務及び保護義務

(1) 契約の当事者は、当該契約において明示又は黙示に合意されていない場合であっても、相手方が当該契約によって得ようとした利益を得ることができるよう、当該契約の趣旨に照らして必要と認められる行為をしなければならないものとする。

(2) 契約の当事者は、当該契約において明示又は黙示に合意されていない場合であっても、当該契約の締結又は当該契約に基づく債権の行使若しくは債務の履行に当たり、相手方の生命、身体、財産その他の利益を害しないために当該契約の趣旨に照らして必要と認められる行為をしなければならないものとする。

（注）これらのような規定を設けないという考え方がある。

【意見】

基本的には、賛成する。ただし、保護義務に反する場合の損害賠償義務についても規定を設けるべきである。

【理由】

本提案は、契約の履行過程において、当該契約において合意がなされていなくとも、付随義務及び保護義務が発生することを明示することを提案するものであり、それ自体は、裁判例、学説及び実務の運用と合致するものであり合理的である。

ただし、上段の付随義務については「相手方が当該契約によって得ようとした利益を得ることができるよう」という概念が不明確であり、更なる検討が必要である。

また、本提案は、これらの義務を「契約の趣旨に照らして必要と認められる行為」と整理しているが、不法行為の過失を基礎づける注意義務としてはともかく、契約上の義

務としての付随義務である以上、かかる整理は合理的である。

提案に加えて、保護義務に反した場合の損害賠償責任についても、これを肯定する裁判例があるので、明文化するのが妥当である。

（参照）C—3条，C—4条

4 信義則等の適用に当たっての考慮要素

消費者と事業者との間で締結される契約（消費者契約）のほか、情報の質及び量並びに交渉力の格差がある当事者間で締結される契約に関しては、民法第1条第2項及び第3項その他の規定の適用に当たって、その格差の存在を考慮しなければならないものとする。

（注）このような規定を設けないという考え方がある。また、「消費者と事業者との間で締結される契約（消費者契約）のほか、」という例示を設けないという考え方がある

【意見】

（注）の後段に賛成する。

【理由】

現代社会においては、情報や交渉力等における格差がある者の間での契約は、消費者契約に限られないところ、そのような者の間での契約に関して、信義則や権利濫用などの一般条項その他民法の規定を適用するに当たって当事者間のかかる格差を考慮しなければならないとするのは「格差拡大への対応」を実現するもので、妥当である。なお、消費者契約の例示までは不要である。

（参照）A—1条第4項

第27 契約交渉段階

1 契約締結の自由と契約交渉の不当破棄

契約を締結するための交渉の当事者の一方は、契約が成立しなかった場合であっても、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。ただし、相手方が契約の成立が確実であると信じ、かつ、契約の性質、当事者の知識及び経験、交渉の進捗状況その他交渉に関する一切の事情に照らしてそのように信ずることが相当であると認められる場合において、その当事者の一方が、正当な理由なく契約の成立を妨げたときは、その当事者の一方は、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負うものとする。

（注）このような規定を設けないという考え方がある。

【意見】

基本的には賛成する。ただし、典型例以外の場合も規定することにより、必要かつ相当な範囲での救済を行うのが妥当である。

【理由】

契約交渉の各当事者は、契約が成立しなかった場合でも、これによって相手方が被っ

た損害を賠償する責任を負わないのが原則であり、これを明示することは、分かりやすい民法の実現に資する。また、契約交渉の不当破棄の問題は、情報等や交渉力における格差の問題とは異なる問題であり、この点でも原則を明示することに支障はない。

また、その例外として、「交渉の経過から、相手方が、契約の成立が確実であると信じ、かつ、契約の性質、当事者の知識及び経験、交渉の進捗状況その他の交渉に関する一切の事情に照らしてそのように信ずることが相当な場合において、正当な理由なく契約の締結を妨げたとき」という典型的な契約の不当破棄の場合に、その破棄をした者に損害賠償責任が生じることも、最高裁を含む多くの裁判例及び学説において認められており、これを明文化することも妥当である。

ただし、このような典型例以外の場合であっても、信義則上、この典型例に匹敵する事情が認められる場合は、やはり被害者を救済するのが妥当であり、その旨の条項も併せ設けるべきである。

(参照) C—5条

2 契約締結過程における情報提供義務

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。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。

- (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

(注) このような規定を設けないという考え方がある。

【意見】

損害賠償が認められない原則を規定することには反対し、その余は賛成する。ただし、要件についてはさらに検討すべきである。

【理由】

情報提供義務に関する明文規定を設けることは、情報における劣位者の保護に資するので妥当である。

しかし、そうである以上は、損害賠償が認められない旨の原則規定は、「必要かつ重要な情報を提供しない場合でも損害賠償責任が原則として発生しない」かのような誤解を与え、その趣旨にもとることになりかねないので、かかる原則規定を置くべきではない。

次に、情報提供義務が認められる場合の3要件については、これまでの判例（最判平成17年9月16日判タ1192号256頁，最判平成21年1月22日民集63巻1号228頁，最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁）及び学説を踏まえ、信義則の具体化をしたもので、積極的に評価できる。

ただし、情報提供義務と説明義務が異なるものとして理解されているところ、上記提案では両者の違いが不明であることや、労働契約における労働者に情報提供義務を課す場合は、労働者に対し、同人の思想、信条、病歴等の情報提供を強いることになるおそれがあるので、要件についてはさらに検討すべきである。

なお、かかる情報提供義務に反する場合に、損害賠償のみならず、契約の取消をも認めるべきであるとの意見もある。

（参照）C—6条

第28 契約の成立

1 申込みと承諾

(1) 契約の申込みに対して、相手方がこれを承諾したときは、契約が成立するものとする。

(2) 上記(1)の申込みは、それに対する承諾があった場合に契約を成立させるのに足りる程度に、契約の内容を示したものであることを要するものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

契約の申込みに対する承諾により契約が成立するというのは現在においても主要な方式であること及び申込みの定義を明らかにすることは、分かりやすい民法の実現に資する。

（参照）C—13条

2 承諾の期間の定めのある申込み（民法第521条第1項・第522条関係）

(1) 民法第521条第1項の規律を改め、承諾の期間を定めてした契約の申込みは、申込者が反対の意思を表示した場合を除き、撤回することができないものとする。

(2) 民法第522条を削除するものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については、申込みをした者が承諾期間を定めた場合であって、申込みの撤回をすることができる意思を表示していたとき、申込みの撤回を認めたとしても相手方に不当な損害を及ぼすことはないと考えられるので、妥当である。

(2)については、契約の成立時期について、到達主義を採用するのであれば、承諾の通知の延着のリスクは承諾の意思表示をした者が負うべきであり、申込者がそのリスクを

負うべきではないので、妥当である。

(参照) C—14条, なお, 第522条を削除

3 承諾の期間の定めのない申込み（民法第524条関係）

民法第524条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 承諾の期間を定めなかった申込みは、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ものとする。ただし、申込者が反対の意思を表示したときは、その期間内であっても撤回することができるものとする。

(2) 上記(1)の申込みは、申込みの相手方が承諾することはないと合理的と考えられる期間が経過したときは、効力を失うものとする。

(注) 民法第524条の規律を維持するという考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。ただし、(2)の「申込みの相手方が承諾することはないと合理的に考えられる期間」という表現についてはさらに吟味すべきである。

【理由】

(1)については、承諾期間を定めない申込みであっても、被申込者が承諾をするのに必要となる期間であるにもかかわらず、任意に申込みの撤回をすることができてしまうのは相当ではない。

他方で、申込者が承諾の通知を受けるのに相当な期間内であっても、申込みを撤回できる旨の意思表示をしているのであれば、被申込者も申込みが撤回されるリスクについて覚知しているのであるから、その期間内に申込みの撤回を認めたとしても特段問題は生じない。

(2)については、承諾の期間を定めていない以上、申込みをした者が承諾の通知を受ければ契約が成立するとされることもやむを得ないものと考えらえる一方で、相当な期間経過後は申込みの撤回ができるとはいえ、申込みの効力が存続し続けるのは相当ではなく、申込者においてこれ以上は承諾がなされないであろうと考えることが合理的と見られる期間を経過したときには、申込みの効力を失うこととするのが適切である。

ただし、「合理的」という概念は、現行民法において使用されていないところ、その内容を確定することが困難な概念であると思われるので、「申込みの相手方が承諾することはないと合理的に考えられる期間」という表現についてはさらに吟味すべきである。

(参照) C—16条

4 対話者間における申込み

(1) 対話者間における申込みは、対話が終了するまでの間は、いつでも撤回することができるものとする。

(2) 対話者間における承諾期間の定めのない申込みは、対話が終了するまでの間に承諾しなかったときは、効力を失うものとする。ただし、申込者がこれと異なる

意思を表示したときは、その意思に従うものとする。**【意見】**

いずれも賛成する。

【理由】

対話者間における承諾期間の定めのない申込みについての規律が明確となり、分かりやすい民法の実現に資する。

(1)については、対話者間では、対話継続中に承諾のために何らかの準備をすることを考えにくく、撤回によって被申込者が害される可能性が乏しいので、妥当である。

(2)については、対話者間において直ちに被申込者が承諾しないのであれば、申込者は、被申込者が承諾をしなかったことを前提として新たな契約の相手を探す等の行動に移るのが通常であることから、対話中に承諾しない場合、承諾適格がなくなるとするのが相当である。しかし、これはあくまで申込者保護の趣旨であるため、申込者が反対の意思表示を示している場合にまで、承諾適格を喪失させる理由はない。

(参照) C—17条

5 申込者及び承諾者の死亡等（民法第525条関係）

民法第525条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 申込者が申込みの通知を発した後に死亡し、意思能力を喪失した常況にある者となり、又は行為能力の制限を受けた場合において、相手方が承諾の通知を発するまでにその事実を知ったときは、その申込みは、効力を有しないものとする。ただし、申込者が反対の意思表示をしたときには、この限りでないものとする。

(2) 承諾者が承諾の通知を発した後に死亡し、意思能力を喪失した常況にある者となり、又は行為能力の制限を受けた場合において、その承諾の通知が到達するまでに相手方がその事実を知ったときは、その承諾は、効力を有しないものとする。ただし、承諾者が反対の意思表示をしたときには、この限りでないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)について

一方で申込者が通知を発した後に、死亡し、あるいは意思能力を喪失した常況にあり、又は行為能力の制限を受けた場合、そのまま契約を成立させることは申込者の通常の意味に反するが、他方で、相手方は、死亡等の事実を知らずに承諾の通知を発したのであれば、契約の成立に期待をする。

そこで、相手方が通知を発するまでに申込者の死亡等の事実を知った場合、申込みの効力が失われるものとすべきである。

ただし、申込みの効力が失われる趣旨は、申込者の通常の意味に反することに求められるので、仮に申込者が反対の意思表示をしているのであれば、申込みの効力を失わせしめる理由はない。

(2)について

上記(1)の理由が承諾者にも妥当する。

(参照) C—18条

6 契約の成立時期（民法第526条第1項・第527条関係）

(1) 民法第526条第1項を削除するものとする。

(2) 民法第527条を削除するものとする。

(注) 上記(1)については、民法第526条第1項を維持するという考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

契約の成立につき、到達主義を採用する以上、いずれの規定も不要である。

(参照) C—19条、なお、第526条第1項、第527条を削除

7 懸賞広告

懸賞広告に関する民法第529条から第532条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

(1) 民法第529条の規律に付け加えて、指定した行為をした者が懸賞広告を知らなかった場合であっても、懸賞広告者は、その行為をした者に対して報酬を与える義務を負うものとする。

(2) 懸賞広告の効力に関する次の規律を設けるものとする。

ア 懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めた場合において、当該期間内に指定した行為が行われなかったときは、懸賞広告は、その効力を失うものとする。

イ 懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めなかった場合において、指定した行為が行われることはない合理的と考えられる期間が経過したときは、懸賞広告は、その効力を失うものとする。

(3) 民法第530条の規律を次のように改めるものとする。

ア 懸賞広告者は、その指定した行為をする期間を定めた場合には、その懸賞広告を撤回することができないものとする。ただし、懸賞広告者がこれと反対の意思を表示したときは、懸賞広告を撤回することができるものとする。

イ 懸賞広告者は、その指定した行為をする期間を定めなかった場合には、その指定した行為を完了する者がいない間は、その懸賞広告を撤回することができるものとする。

ウ 懸賞広告の撤回は、前の広告と同一の方法によるほか、他の方法によってもできるものとする。ただし、他の方法によって撤回をした場合には、これを知った者に対してのみ、その効力を有するものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については、指定行為をした者が懸賞広告を知らない場合であっても、客観的には懸賞広告者の期待が実現されているから、懸賞広告者に報酬支払義務を負わせても不当ではない。

(2)については、懸賞広告の効力に、申込みと同様の規律を適用するものであり、特段異論はない。

(3)アについては、懸賞広告の期間を定めた場合、その期間中に指定された行為を行った者は、報酬が発生すると期待するので、その期待を保護すべきであるが、懸賞広告の期間中であっても懸賞広告を撤回できる旨の意思を表示しているのであれば、指定された行為を行う者において、懸賞広告が撤回されるリスクを覚知できるので、懸賞広告の撤回を認めても問題はないものと考えられる。

同イについては、指定行為の期間を定めていない場合、指定行為に着手する者は、懸賞広告の効力が気付かぬうちに消滅している可能性があることを織り込んで指定行為に着手しているものと思われるので、現行民法を維持すべきである。

同ウについては、他の方法によって撤回したときは、これを知った者に対してのみ効果が生じるとすれば、これを許容しても不足の損害を与えることがないと考えられるので、相当と考える。

(参照) C-21条, C-22条, C-23条,

第29 契約の解釈

1 契約の内容について当事者が共通の理解をしていたときは、契約は、その理解に従って解釈しなければならないものとする。

2 契約の内容についての当事者の共通の理解が明らかでないときは、契約は、当事者が用いた文言その他の表現の通常の意味のほか、当該契約に関する一切の事情を考慮して、当該契約の当事者が合理的に考えれば理解したと認められる意味に従って解釈しなければならないものとする。

3 上記1及び2によって確定することができない事項が残る場合において、当事者がそのことを知っていれば合意したと認められる内容を確定することができるときは、契約は、その内容に従って解釈しなければならないものとする。

(注) 契約の解釈に関する規定を設けないという考え方がある。また、上記3のような規定のみを設けないという考え方がある。

【意見】

1及び2は賛成するが、3は反対する（注後段に賛成する）。

【理由】

1について

契約当事者の意思が一致しているのであれば、それに従った法律関係が形成されるものと取り扱うべきである。

2について

外形上契約当事者の表示が一致していたとしても、その意思に一致がみられない場合にその外形に従って契約内容解釈するのは相当ではない。契約当事者がその意思に基づいて契約することにより法律関係を形成するのであるから、示された表示内容の理解については当該契約の目的など一切の事情を考慮して当事者にとって合理的であったかどうかを考えるのが相当である。

3 について

上記1，2のいずれによっても契約内容を確定できないような場合に契約当事者の仮定的な意思を事後的に判断することは困難であると思われる上、契約の解釈にあたって、当事者の意思をいわば擬制する形をとってまで当事者の意思にその内容確定の根拠を求めるのは相当ではない。かかる場合は、従前どおり慣習、任意規定や条理を契約解釈の基準とすべきである。

(参照) C—12条

第30 約款

1 約款の定義

約款とは、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をいうものとする。

(注) 約款に関する規律を設けないという考え方がある。

【意見】

賛成する。ただし、就業規則には適用がない旨の規定も併せ設けるべきである。

【理由】

この提案であれば、いわゆる契約書のひな形を用いる場合でも、契約内容を画一的に定める目的を有さなければ、契約内容についての認識と合意を要求するという通常の契約法の規律が及ぶことになる。約款の規定は、希薄な合意でも、2の組み入れ要件を満たせば拘束力を認めるという本則に対する特別の扱いを認めるものである。そうであれば、約款について後述のような不意打ち条項、不当条項規制が及ぶとしても、その範囲をいたずらに広く取る必要はないと考える。

ただし、約款規制を就業規則に及ぼした場合は、労働者の権利が弱められるおそれがあるので、就業規則には適用されない旨の規定を設けるべきである。

なお、約款における、いわゆる反社排除条項の問題については、下記5のとおりである。

(参照) A—2条第九号

2 約款の組入要件の内容

契約の当事者がその契約に約款を用いることを合意し、かつ、その約款を準備した者（以下「約款使用者」という。）によって、契約締結時まで、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ている場合には、約款は、

その契約の内容となるものとする。

（注）約款使用者が相手方に対して、契約締結時まで約款を明示的に提示することを原則的な要件として定めた上で、開示が困難な場合に例外を設けるとする考え方がある。

【意見】

認識の機会を与えるという点で、本文の方向性には賛成する。本文の考え方を原則としつつ、使用者がどの程度の機会を与えればよいか、さらに具体化するよう検討を続けるべきである。

ただし、規定化にあたっては、相手方に「合理的な行動」をとらせて良いかのような文言とならないよう留意すべきである。

【理由】

1 約款の拘束力を検討する上では、約款の有用性が第一次的に使用者側にあることを前提とするべきである

約款、特に、業界の自然発生的なルールが結実したものではなく、使用者側が多数の顧客に対応するために一方的に作成した利用規約等にあたるものは、その多くが、使用者側が自らのリスク限定のために詳細かつ多数の契約条項を用意したことに生成の発端がある。また、約款によることの実上のメリットとして、隠蔽効果も生じる。したがって、約款の利便性、有用性は、第一次的には使用者の側にある。

約款を使用することによる相手方の利便性を強調する見解もあるが、上記のとおり、使用者がそのような詳細かつ多数の契約条項を用意したのが事の始まりであり、相手方のメリットは、使用者側の用意した詳細な契約条項によらなければ、使用者が契約に応じない（自らが用意した画一的な契約条項以外認めない）ことを前提とした二次的なものに過ぎない。

このように、約款が第一次的に使用者の利便性のためにあることからすれば、たとえ希薄な合意に拘束力を認める考え方自体は是とするとしても、原則から安易に後退することは慎むべきである。

その意味において、全く認識可能性がなくても拘束力を及ぼすという考え方は取ることはできない。

2 （注）案について

ここで（注）案として、原則的に明示を要求し、開示が困難な場合には例外を設けるという考え方が提示されている。この意見は契約法の原則に相当程度忠実なものであり、魅力的ではある。しかし、現代において、少なくとも技術的な意味において開示が困難という場面はなかなか考えにくい。この考え方を取った場合、かえって硬直的に過ぎ、社会的なニーズにそぐわないことも考えられる。見かけだけの明示ばかりが横行する危険性もある。

3 本文の案について

そこで、本文の案を見ると、この「合理的な行動を取れば約款の内容を知ることができる」という文言からは、合理的であれば、相手方に物理的懸隔地へのアクセス（書

面を取りに行く、書面を取り寄せる)を要求してよいと読める内容となっている。これでは、使用者側に、相手方のアクセシビリティを向上させる努力を促す効果はほとんど無いものと思われる。

(例1) 隔地者間の契約において、使用者が相手方に対して「分厚い約款なので、近くの営業所に来てもらえれば、お見せできます」旨述べた場合

(例2) 例1と同様の場合について、使用者が相手方に対して「分厚い約款なので、送料〇〇円を負担して頂ければ、お送りします」旨述べた場合。

このような場合において、契約で実現する価値との関係で営業所が近かったり、送料が常識的な範囲内であれば、営業所への訪問や送料の負担も、「合理的な行動」の範囲内に入るものと考えられるが、實際上、相手方が面倒がって開示を受けない場合は多いと思われる。現代の情報化社会の進展によって、人々は、インターネット等を通じて居ながらにして情報を入手することに慣れてきており、訪問や郵送といった物理的なアクセスへの心理的障壁は高まっている。しかし、上記の「合理的な行動」という文言からは、このような心理的障壁は必ずしも考慮されないことが危惧される。多くの健康な成人であれば、物理的アクセスを合理的に期待できると判断されるのではなかろうか。そうであるとすれば、使用者は、実際上の負担はさほど重くないが、相手方に面倒だと思わせる方法を用意しておけば、開示要求をしてくることも減り、開示に向けた努力はほとんどしないで済むことになる。

勿論、大多数の誠実な約款使用者は、ほとんどの場合で事前の開示及び明確な同意を取る扱いを取ることによって、顧客との良好な関係とリスク回避の双方を確保しようとするであろう。

しかし、悪質な約款使用者は、隠蔽効果を積極的に利用することのインセンティブを有しており、相手方が面倒と思うような開示の機会しか与えないことによって、この規定を悪用することが考えられる。結果として、できる限り相手方から開示の要求をさせないようにする取り扱いがはびこる恐れも否定できない。

このような懸念は、不意打ち規定や不当条項により一部は対応可能であるが、そこには至らないまでも、相手方にとって不利な内容の条項がみすみす見逃されてしまうケースは増えるものと思われる。

現在の情報化社会において、約款、特に使用者側が自己のリスク限定のために一方的に規定する利用規約等は、使用者相互の模倣によって、使用者側のリスクを回避する規定が短期間で流布する傾向にある。このような傾向がある中で、相手方にとって不利な条項が見逃されるケースが増えることは、よりよい契約実務へ向けたポジティブな競争を阻害することになる。これは、望ましいことでは無い。

4 規定の方向性

たとえばドイツ民法では、「相手方に対して認識できる程度に期待可能な形で与えること」等の文言が用いられている。これなら、上記3で述べたような、相手方の「行動」という文言に起因する問題は生じにくいものと思われる。このような条項を参考としつつ、使用者がとるべき行動を具体的な開示方法を示すなどの方法で規定するべ

きである。

（参照）C—32条

3 不意打ち条項

約款に含まれている契約条項であって、他の契約条項の内容、約款使用者の説明、相手方の知識及び経験その他の当該契約に関する一切の事情に照らし、相手方が約款に含まれていることを合理的に予測することができないものは、前記2によっては契約の内容とはならないものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

契約締結時の事情によっては合理的に予測できない条項に拘束される根拠はない。これは、不当条項（条項の内容が問題になる）や説明義務・情報提供義務（当該条項が意思表示に与える影響が重視される。また、当該条項が有効であることが前提である。）で解消できる問題ではないので、それとは別途規定すべきである。

（参照）C—33条

4 約款の変更

約款の変更に関して次のような規律を設けるかどうかについて、引き続き検討するものとする。

(1) 約款が前記2によって契約内容となっている場合において、次のいずれにも該当するときは、約款使用者は、当該約款を変更することにより、相手方の同意を得ることなく契約内容の変更をすることができるものとする。

ア 当該約款の内容を画一的に変更すべき合理的な必要性があること。

イ 当該約款を使用した契約が現に多数あり、その全ての相手方から契約内容の変更についての同意を得ることが著しく困難であること。

ウ 上記アの必要性に照らして、当該約款の変更の内容が合理的であり、かつ、変更の範囲及び程度が相当なものであること。

エ 当該約款の変更の内容が相手方に不利益なものである場合にあっては、その不利益の程度に応じて適切な措置が講じられていること。

(2) 上記(1)の約款の変更は、約款使用者が、当該約款を使用した契約の相手方に、約款を変更する旨及び変更後の約款の内容を合理的な方法により周知することにより、効力を生ずるものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

現在はそもそも約款の変更について規制がない。明確性が不十分であることを理由に規定を置かない場合、結果として現在の野放図な状況を放置することになる。上記のよ

うな規定であっても置くことには意義がある。

（参照）C—36条

5 不当条項規制 前記2によって契約の内容となった契約条項は、当該条項が存在しない場合に比し、約款使用者の相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重するものであって、その制限又は加重の内容、契約内容の全体、契約締結時の状況その他一切の事情を考慮して相手方に過大な不利益を与える場合には、無効とするものとする。

（注）このような規定を設けないという考え方がある。

【意見】

賛成する。

【理由】

約款について、希薄な合意でも拘束力を認めている以上、通常の契約以上に、その内容の適正さが担保される必要がある。

また、約款は、相互に模倣し、使用者がそれ以外の内容による契約締結を一律拒むことによって、約款使用者側のリスク回避の条項ばかり洗練され、結果として契約間でのポジティブな競争が阻害される傾向を有している。この傾向は、約款の隠蔽効果によってさらに高まることになる。一般の公序良俗違反にとどまらない不当条項規制は、そのような傾向に最低限の歯止めをかけるものとして極めて重要な意義を有している。

ただし、近時、約款においても、いわゆる反社排除条項に抵触する場合の契約解除等の条項が設けられることが一般的となっているが、暴力団等の反社会的勢力の定義付けは抽象的とならざるを得ない側面があり、このような反社排除条項が約款使用者の相手方の権利を不当に制限するものとして無効となることのないような配慮が必要であるとの意見もあった。

（参照）C—34条

【取り上げるべき論点】

○ 部会資料42第3、5「不当条項のリストを設けることの当否」 [53頁]

【意見】

不当条項を具体的に列挙し、その効力を否定する規定を設けるべきである。

【理由】

判例実務においても、故意・重過失の損害賠償債務免除の約款条項などは、少なくとも適用が排除されることが確立しているが、これを参考に、当然に無効となる例（ブラックリスト）を挙げて国民の予見可能性を高めることが必要不可欠である。

また、一応不当であるが、当事者らとその不当性を阻却する事情を主張立証することができる条項（いわゆるグレーリストにあたる条項）についても、これを明文化することは実務の指針になり、ひいては適正な契約社会の実現に資することになるので、必要不可欠である。

（参照）C—34条、C—35条

第31 第三者のためにする契約

1 第三者のためにする契約の成立等（民法第537条関係）

民法第537条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約により当事者の一方が第三者に対してある給付をすることを約したときは、その第三者（以下「受益者」という。）は、その当事者の一方（以下「諾約者」という。）に対して直接にその給付を請求する権利を有するものとする。
- (2) 上記(1)の契約は、その締結時に受益者が胎児その他の現に存しない者である場合であっても、効力を生ずるものとする。
- (3) 上記(1)の場合において、受益者の権利は、その受益者が諾約者に対して上記(1)の契約の利益を享受する意思を表示した時に発生するものとする。
- (4) 上記(1)の場合において、上記(1)の契約の相手方（以下「要約者」という。）は、諾約者に対し、受益者への債務の履行を請求することができるものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

現行民法を、判例（最判昭和37年6月26日民集16巻7号1397頁等）や一般的な理解に従って詳細化するものである。

（参照）C—29条

2 要約者による解除権の行使（民法第538条関係）

民法第538条の規律に付け加えて、諾約者が受益者に対する債務を履行しない場合には、要約者は、受益者の承諾を得て、契約を解除することができるものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

民法第538条の考え方を、解除の手續との関係で明確にするものである。

（参照）C—29条第5項

第32 事情変更の法理

契約の締結後に、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において、その事情の変更が次に掲げる要件のいずれにも該当するなど一定の要件を満たすときは、当事者は、[契約の解除／契約の解除又は契約の改訂の請求]をすることができるものとするかどうかについて、引き続き検討する。

ア その事情の変更が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ること。

イ 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間の衡平を著しく害することとなること。

【意見】

基本的に賛成するが、その濫用を防ぐために、次のような対応策が必要である。

- ①事情変更法理が例外法理である旨を明文化する。
- ②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旨を明文化する。
- ③効果については、契約の解除のみ明文化する。
- ④解除権を裁判上行使すべきものとする。

【理由】

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点で妥当である。

しかし、この法理は濫用されやすく、これを防ぐために、事情変更法理が例外法理である旨、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旨を明文化する必要がある。

のみならず、その効果として、明文で契約の解除のみならず契約の改訂の請求まで認めることは、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り、妥当でない。契約改訂については、現状では、解釈に委ねる他はないと思料する。

また、かかる解除権行使の濫用を防ぐために、これを裁判上の行使に限ることも必要かつ相当である。

なお、とりわけ契約改訂を認める場合は、労働者の賃金を不当に減額改定する方向でかかる法理を利用されてしまうおそれがあるとの意見がある。

(参照) C—7条

第33 不安の抗弁権

双務契約の当事者のうち自己の債務を先に履行すべき義務を負う者は、相手方につき破産手続開始、再生手続開始又は更生手続開始の申立てがあったことその他の事由により、その反対給付である債権につき履行を得られないおそれがある場合において、その事由が次に掲げる要件のいずれかに該当するときは、その債務の履行を拒むことができるものとする。ただし、相手方が弁済の提供をし、又は相当の担保を供したときは、この限りでないものとする。

ア 契約締結後に生じたものであるときは、それが契約締結の時に予見することができなかつたものであること

イ 契約締結時に既に生じていたものであるときは、契約締結の時に正当な理由により知ることができなかつたものであること

(注) このような規定を設けないという考え方がある。また、再生手続又は更生手続が開始された後は、このような権利を行使することができないものとするという考え方がある。

【意見】

賛成する。ただし、破産手続開始の申立などの例示に「準じて」履行が得られないお

それがあつ旨を明文化するのが妥当である。

【理由】

双務契約において先履行義務を負担する者について、契約締結当時に予見できなかった事由等があるときに限つて不安の抗弁権を認めるもので、基本的に妥当である。ただし、濫用を防ぐために、破産手続開始の申立などの例示に「準じて」履行が得られないおそれがあつことを要求するのが妥当である。

なお、（注）に記載されたように、不安の抗弁権は、再建型倒産手続の開始後には行使できないという考え方があるが、その場合にも、債務者の財産状態が共益債権をも満足できないほど悪化していることがあり得るから、不安の抗弁権を認めてよいと考える。ただし、「債務者に対する強制執行が功を奏さなかつた場合」も例示として明文化するのが、かかる抗弁の要件について分かりやすくするために必要であると思料する。

（参照）C—8条

第34 継続的契約

1 期間の定めのある契約の終了

(1) 期間の定めのある契約は、その期間の満了によつて終了するものとする。

(2) 上記(1)にかかわらず、当事者の一方が契約の更新を申し入れた場合において、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ものとする。ただし、その期間は、定めがないものとする。

（注）このような規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。ただし、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べきである。

【理由】

(1)については、期間の定めある契約が期間満了により終了することは自明であるように思われるが、(2)との関係であえて明示することも有益であると考えられる。

(2)については、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おり、その内容も不相当なものとはいえない。また、ただし書は借地借家法上の法定更新と同旨の規律であるところ、更新されたものとみなされる場合であっても、更新拒絶した契約当事者に従前の契約期間の拘束までをも及ぼすのは相当ではない。

（参照）C—9条

2 期間の定めのない契約の終了

(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ものとする。

(2) 上記(1)の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するものとする。この場合において、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、その予告期間を経過することによって終了するものとする。

- (3) 上記(1)及び(2)にかかわらず、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。

(注) これらのような規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。ただし、「法令に別段の定めがない限り」という旨を条文上明記すべきである。

【理由】

解約申入れにあたって、認められるか否かの考慮要素も示されており、その内容も不相当なものとはいえない。

(参照) C—10条

3 解除の効力

前記1(1)又は2(1)の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。

【意見】

将来効を定める規定を置くことには賛成するが、「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るべきである。

【理由】

継続的契約一般を対象とする規定であるところ、そこに含まれる契約には多種多様のものがありうる。場合によっては、例外的に解除の遡及効を認めるべきケースもありうるから、手当が必要である。

(参照) C—11条

第35 売買

1 売買の予約（民法第556条関係）

民法第556条第1項の規律を改め、売買の予約とは、当事者の一方又は双方に対して、予め定めた内容の売買契約を単独の意思表示によって成立させる権利を与える旨の当事者間の合意をいうものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

予約の意義が明確になる。

(参照) C—46条

2 手付（民法第557条関係）

民法第557条第1項の規律を次のように改めるものとする。

買主が売主に手付を交付したときは、買主はその手付を放棄し、売主はその倍額を現実に提供して、契約の解除をすることができるものとする。ただし、その相手方が契約の履行に着手した後は、この限りでないものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

判例法理（最大判昭和40年11月24日民集19巻8号2019頁）が明確になる。
（参照）C—47条

3 売主の義務

(1) 売主は、財産権を買主に移転する義務を負うほか、売買の内容に従い、次に掲げる義務を負うものとする。

ア 買主に売買の目的物を引き渡す義務

イ 買主に、登記、登録その他の売買の内容である権利の移転を第三者に対抗するための要件を具備させる義務

(2) 売主が買主に引き渡すべき目的物は、種類、品質及び数量に関して、当該売買契約の趣旨に適合するものでなければならないものとする。

(3) 売主が買主に移転すべき権利は、当該売買契約の趣旨に適合しない他人の地上権、抵当権その他の権利による負担又は当該売買契約の趣旨に適合しない法令の制限がないものでなければならないものとする。

(4) 他人の権利を売買の内容としたとき（権利の一部が他人に属するときを含む。）は、売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負うものとする。

（注）上記(2)については、民法第570条の「瑕疵」という文言を維持して表現するという考え方がある。

【意見】

賛成する。

【理由】

(1)において売主としての基本的義務を明記するとともに、(2)(3)(4)において、現行民法第560条から第570条までに規定された買主の権利に対応する売主の義務を明記するものであり、分かりやすい民法の実現に資するので、妥当である。

(2)については、「売主は、買主に対し、当該契約の趣旨に適合した種類、品質その他の性状、又は数量を備えた目的物を引き渡すものとする（以下、このような目的物を「契約の趣旨に適合する目的物」という。）」旨の規定を置くのが妥当である。

（参照）C—45条

4 目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任

民法第565条及び第570条本文の規律（代金減額請求・期間制限に関するものを除く。）を次のように改めるものとする。

- (1) 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであるときは、買主は、その内容に応じて、売主に対し、目的物の修補、不足分の引渡し又は代替物の引渡しによる履行の追完を請求することができるものとする。ただし、その権利につき履行請求権の限界事由があるときは、この限りでないものとする。
- (2) 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、債務不履行の一般原則に従って、その不履行による損害の賠償を請求し、又はその不履行による契約の解除をすることができるものとする。
- (3) 売主の提供する履行の追完の方法が買主の請求する方法と異なる場合には、売主の提供する方法が契約の趣旨に適合し、かつ、買主に不相当な負担を課するものでないときに限り、履行の追完は、売主が提供する方法によるものとする。

【意見】

(1)については賛成する。ただし、不能に代えて「履行請求権の限界事由」という文言を用いることは、妥当でない。

(2)賛成する。

(3)は反対する。

【理由】

(1)については、目的物が契約の趣旨に適合しない場合に、幅広くの買主の救済手段を認める点で妥当である。ただし、「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」という趣旨と誤解されやすく、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。

(2)については、契約責任説に立つ以上は、債務不履行の一般原則による損害賠償請求又は解除の請求ができるとするのが一貫する。ただし、国民に分かりやすくするために、少なくとも債務不履行や解除の原則規定を準用するのが妥当である。

(3)については、「買主に不相当な負担を課すものでないとき」という要件の下に、買主の追完請求権よりも、不履行した売主の追完権の方が優位することを認めるものであり、売主と買主の間の公平性を欠き、妥当でない。このような規定を設けると、とりわけ、一般に買主であることが想定される消費者が、悪徳業者から、自己の意思に沿わない売主の追完方法を受忍することを余儀なくされる危険性があり、妥当でない。

(参照) C-50条, なお, 第565条を削除

5 目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の代金減額請求権

前記4（民法第565条・第570条関係）に、次のような規律を付け加えるものとする。

(1) 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものである場合において、買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、売主がその期間内に履行の追完をしないときは、買主は、意思表示により、その不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができるものとする。

(2) 次に掲げる場合には、上記(1)の催告を要しないものとする。

ア 履行の追完を請求する権利につき、履行請求権の限界事由があるとき。

イ 売主が履行の追完をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、売主が履行の追完をする見込みがないことが明白であるとき。

(3) 上記(1)の意思表示は、履行の追完を請求する権利（履行の追完に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。）及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示と同時にしなければ、その効力を生じないものとする。

【意見】

(1)は賛成し、(2)は基本的には賛成するが、(3)は反対する。なお、代金減額請求の場合に、売主に目的物が契約の趣旨に適合しないことについての帰責性がなく損害賠償請求が認められないときは、買主が支出した契約費用その他の費用については補填されないことになるので、買主が瑕疵について善意無過失である場合に限り、上記費用の支払請求権を買主に認めるのが妥当であり、今後検討すべきである。

【理由】

(1)については、代金減額請求権が一部解除としての性質を有する以上は、催告を要求するのが妥当である。

(2)については、無催告解除の要件を参考に、代金減額請求権についての催告を省略できる要件を定めるものであり、基本的には妥当である。ただし、催告を要しない場合の要件としては、追完請求の履行が全部不能の場合の他は、解除（第111条1項）で述べたように、端的に「売主が確定的に拒絶し、これにより履行期に履行される見込みがないことが明らかである場合」とするのが分かりやすく、かつ当会の考える無催告解除の要件とパラレルとなる。

(3)については、買主に対して、権利行使要件としてあらかじめ追完請求権及び解除権を放棄させる必要はない。なぜなら、契約全部の解除権については、これと両立し得ない他の権利を行使できない旨の規定を設けることは格別、追完請求権その他の権利を放棄することまでは要求しておらず、一部解除の性質を有する代金減額請求権についても、同様に解するのが妥当であるからである。

また、中間試案の概要（141頁）では、上記(3)の規定を設けることで、「契約不適合が露呈した後、交渉で値引きを要求しただけで代金減額請求権の行使とされ、履行追完請求権の喪失という予想外の事態が避けられる」とするが、そもそも交渉過程で一部分の発言をもって直ちに代金減額請求権の行使と捉えられるわけではない以上、あえて買主の代金減額請求権の行使を制約する規定を設ける必要性は認められない。

(参照) C—50条

6 目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の権利の期間制限

民法第565条及び第570条本文の規律のうち期間制限に関するものは、次のいずれかの案のように改めるものとする。

【甲案】 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものである場合の買主の権利につき、消滅時効の一般原則とは別の期間制限（民法第564条、第566条第3項参照）を廃止するものとする。

【乙案】 消滅時効の一般原則に加え、引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを買主が知った時から〔1年以内〕にそれを売主に通知しないときは、買主は、前記4又は5による権利を行使することができないものとする。ただし、売主が引渡しの際に目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでないものとする。

【意見】

基本的には乙案に賛成する。ただし、「引き渡された目的物が契約の趣旨に適合しないことを知った時から2年以内に、そのことを通知しなければ、買主は権利を行使できない」旨を規定するのが妥当である。

なお、「目的物が契約の趣旨に適合しない場合」ではなく、「権利移転義務の不履行の場合」についての買主の権利（後記8）に関しては、消滅時効の一般原則に委ねることも検討に値する。

【理由】

目的物が契約の趣旨に適合しない場合の買主の権利（現行民法では売主の瑕疵担保責任）については、目的物の引渡し後長期間が過ぎてしまうと、そのような不適合（現行民法では瑕疵）が生じた原因が、目的物に由来するものか、それとも引渡し後の使用方法あるいは経年劣化によるものか否か等について不明となる場合が多く、契約責任の原則的な時効期間（現行民法では原則10年、消滅時効期間についての甲案でも5年）に従うとするのは余りに長すぎて無用な紛争を生むおそれがある。従って、本論点の甲案には賛成できない（なお、主観的起算点を認める消滅時効期間の乙案は、無用の紛争を多発させる点で妥当でない）。

それ故、基本的には乙案が妥当であるが、契約の趣旨に適合しないことを通知すべき期間を1年に制限している点は、買主の権利救済にとって不十分であり賛成できない。

従って、これについては、契約の趣旨に適合しないことを知った日から2年間は追及できるとし、かつその間に権利行使ではなく、契約の趣旨に適合しない旨の通知をすれば足りるものとするのが妥当である。

また、売主において、目的物が契約の趣旨に適合しないことについて悪意又は重過失があった場合は、短期の期間による買主の権利制限をするのは公平とは言えず、かつ、売主も契約の趣旨に適合しない目的物の引渡しにより、履行が完了したことを期待すべきではないので、乙案のただし書も妥当である。

なお、「目的物が契約の趣旨に適合しない場合」ではなく、「権利移転義務の不履行

の場合」についての買主の権利（後記8）に関しては、消滅時効の一般原則に委ねることも検討に値する。なぜなら、物の瑕疵その他目的物が契約の趣旨に適合しない場合については、上述のとおり無用な紛争を生むおそれがあるが、目的物についての権利の全部又は一部が移転できないなどの「権利移転義務の不履行」の場合には、そのような不履行は客観的に明らかであり、とりたてて期間制限をする必要性が乏しいと思われるからである。ただし、このような考え方を取った場合は、「目的物の契約の趣旨への不適合（従前では物の瑕疵）」と「権利移転義務の不履行（従前では権利の瑕疵）」の区別が問題となるので、引き続き検討するべきである。

（参照）C—56条

7 買主が事業者の場合における目的物検査義務及び適時通知義務

- (1) 買主が事業者であり、その事業の範囲内で売買契約をした場合において、買主は、その売買契約に基づき目的物を受け取ったときは、遅滞なくその目的物の検査をしなければならないものとする。
- (2) 上記(1)の場合において、買主は、受け取った目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを知ったときは、相当な期間内にそれを売主に通知しなければならないものとする。
- (3) 買主は、上記(2)の期間内に通知をしなかったときは、前記4又は5による権利を行使することができないものとする。上記(1)の検査をしなかった場合において、検査をすれば目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないことを知ることができた時から相当な期間内にそれを売主に通知しなかったときも、同様とするものとする。
- (4) 上記(3)は、売主が引渡しの際に目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、適用しないものとする。

（注1）これらのような規定を設けないという考え方がある。また、上記(3)についてのみ、規定を設けないという考え方がある。

（注2）事業者の定義について、引き続き検討する必要がある。

【意見】

すべて反対する。（注）のうち、「上記(1)から(4)までのような規律を設けるべきでない」との考え方に賛成する。

【理由】

まず、「事業者」の定義については、いまだ明確な立法提案がなされていないことが問題である。

また、仮に、消費者契約法第2条に規定する事業者概念、あるいは、これを一部修正して、「事業者とは、法人その他の団体及び事業に直接関連する取引をするために契約の当事者となる場合における個人をいう（部会資料49，24頁参照）」と定義した場合のいずれであっても、事業者には、商人のみならず営業活動の素人が集まっただけの団体

（例・NPO法人，PTA，マンション管理組合等）も含まれることになる。

このような団体が営利目的の事業者から物品を購入した場合にも，上記の目的物検査義務を課し，相当期間内に瑕疵を発見して通知しなければ，損害賠償さらには瑕疵に関する権利を失うとするのは，明らかに行き過ぎであって，失当と言わざるを得ない。

やはり，このような買主に対する厳しい規制は，継続反復して商取引を行う者のみを対象とするのが妥当であって，商法に規定するべきである。

8 権利移転義務の不履行に関する売主の責任等

民法第561条から第567条まで（第565条を除く。）の規律を次のように改めるものとする。

(1) 売主が買主に売買の内容である権利の全部又は一部を移転せず，又は売主が移転した権利に前記3(3)に違反する他人の権利による負担若しくは法令の制限があるときは，買主は，売主に対し，一般原則に従って，その履行を請求し，その不履行による損害の賠償を請求し，又はその不履行による契約の解除をすることができるものとする。

(2) 上記(1)の債務不履行がある場合（移転すべき権利の全部を移転しない場合を除く。）において，買主が相当の期間を定めてその履行の催告をし，売主がその期間内に履行をしないときは，買主は，意思表示により，不履行の程度に応じて代金の減額を請求することができるものとする。

(3) 次に掲げる場合には，上記(2)の催告を要しないものとする。

ア 履行を請求する権利につき，履行請求権の限界事由があるとき。

イ 売主が履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により，売主が履行をする見込みがないことが明白であるとき。

(4) 上記(2)の意思表示は，履行を請求する権利（履行に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。）及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示と同時にしなければ，その効力を生じないものとする。

（注）上記(2)の規律は，抵当権等の金銭債務の担保を内容とする権利による負担がある場合については，適用しないものとするという考え方がある。

意見】

(1)，(2)及び(3)は賛成するが，(4)は反対する。なお，権利移転義務の不履行の場合の買主の権利の行使期間に関しては，消滅時効の一般原則に委ねることも検討に値する。

【理由】

(1)については，分かりやすい民法の実現に資する。

(2)及び(3)については，5で述べたとおり代金減額請求権の行使に際し売主に対する履行の催告を原則とするべきである。

(4)については，5で述べたとおりあえて代金減額請求権の行使を制約する必要性がない。

なお，権利移転義務の不履行の場合の買主の権利の行使期間を，消滅時効の一般原則

とすることも検討に値することは、6のとおりである。

(参照) C—5 1 条, C—5 2 条, C—5 3 条。なお, 第5 6 1 条, 第5 6 2 条はいずれも削除

9 競売における買受人の権利の特則（民法第5 6 8 条及び第5 7 0 条ただし書関係）

民法第5 6 8 条及び第5 7 0 条ただし書の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 民事執行法その他の法律の規定に基づく競売における買受人は、買い受けた目的物又は権利について買受けの申出の時に知らなかった損傷、他人の権利による負担その他の事情（以下「損傷等」という。）がある場合において、その損傷等により買い受けた目的を達することができないときは、債務者に対し、契約の解除をし、又はその損傷等の程度に応じて代金の減額を請求することができるものとする。ただし、買受人が〔重大な〕過失によってその損傷等を知らなかったときは、この限りでないものとする。
- (2) 上記(1)の場合において、債務者が無資力であるときは、買受人は、代金の配当を受けた債権者に対し、その代金の全部又は一部の返還を請求することができるものとする。
- (3) 上記(1)又は(2)の場合において、債務者が目的物若しくは権利の不存在を知らずながら申し出なかったとき、又は債権者がこれを知らずながら競売を請求したときは、買受人は、これらの者に対し、損害賠償の請求をすることができるものとする。
- (4) 買受人は、買い受けた目的物又は権利に損傷等があることを知った時から1年以内にその損傷等を債務者又は配当を受領した債権者に通知しなければ、上記(1)から(3)までの権利を失うものとする。ただし、買い受けた権利の全部が他人に属していたときは、この限りでないものとする。

(注) 競売における担保責任に関して、現状を維持するという考え方がある。また、上記(2)の規律は、上記(3)の要件を満たす債権者についてのみ適用するという考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。なお、競売においては、「物が通常有すべき品質その他の性状又は数量を有しない」場合を「損傷」と定義して規律を設けるのが妥当である。

【理由】

競売において、一般の買受人の参加を促進するという観点から、現行民法が規定する買受人の救済手段をさらに拡張する必要性が認められるので、(1)から(4)はいずれも賛成する。(1)のただし書についても、真に保護すべき買受人に限定する趣旨であり、賛成する。

なお、「損傷」という概念は、一般には「法令の趣旨に適合する」という意味と理解することはできないので、「損傷」が「競売の目的物が通常有すべき品質その他の性状又は数量を有しないこと」をいう旨の規定を設けるべきである。

(参照) C—5 5 条

10 買主の義務

買主は、売主に代金を支払う義務を負うほか、次に掲げる義務を負うものとする。

ア 売買の目的物（当該売買契約の趣旨に適合するものに限る。）を受け取る義務

イ 前記3(1)イの対抗要件を具備させる義務の履行に必要な協力をする義務

【意見】

アは、消費者契約法その他の法令に反せず、かつ、目的物が契約の趣旨に適合する限度で賛成する。

イは、賛成する。

【理由】

アについて

買主に一般的な受取義務があるという内容の規定を設けた場合、消費者などが契約に適合しないものの受け取りを強いられる等の弊害が生じるおそれがある。従って、買主に一般的な受取義務を認める内容の規定を明文化すべきではなく、少なくとも消費者契約法その他の法令に適合していることが必要である。

その上で、目的物が契約の趣旨に適合する場合は、その限度で、買主に受け取り義務を負わせることは、妥当である。

なお、目的物が契約の趣旨に適合しない（現行民法では瑕疵がある）ことの立証責任は、買主に負担させるのが公平であり妥当である。

イについて

売主が対抗要件を具備させる義務を負うことに対応し、買主もそれに協力する義務を負うことを規定するものである。この内容は適切であり、分かりやすい民法の実現に資する。

（参照）C—45条第5項

11 代金の支払場所（民法第574条関係）

民法第574条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 売買の目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきときは、その引渡しの場所において支払わなければならないものとする。

(2) 上記(1)は、代金の支払前に目的物の引渡しがあったときは、適用しないものとする。

【意見】

(1)は表現を工夫されたい。「支払わなければならない」という表現は、「支払うものと推定する」「支払えば足りる」などとすべきである。

(2)は賛成する。

【理由】

(1)現行民法第574条のような規定を維持するという趣旨には賛成するものの、「支払わなければならない」という表現については、本来任意規定であるのに、強行規定と

誤解されるおそれがある。立法提案では、「義務を負うことの一般的な表現として他の任意規定でも用いられており」として同条の規定ぶりを維持するようであるが、強行規定と任意規定の区別は明確にするという方向にある以上（部会資料27，検討事項(1)10頁），上記のような曖昧な文言は，改められるべきである。

(2) この場合に，現行民法484条に従うことについては，判例法理（大判昭和2年12月27日民集6巻743頁）の法文化であり，分かりやすい民法の実現に資する。
（参照）C—63条

12 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条関係）

民法第576条の規律を次のように改めるものとする。

売買の目的について権利を主張する者があることその他の事由により，買主がその買い受けた権利の全部又は一部を取得することができないおそれがあるとき，又はこれを失うおそれがあるときは，買主は，その危険の程度に応じて，代金の全部又は一部の支払を拒むことができるものとする。ただし，売主が相当の担保を供したときは，この限りでないものとする。

【意見】

賛成する。ただし、「その他の事由」については、「その他これに準じる事由」と規定するのが妥当である。

【理由】

現行民法第576条の代金支払拒絶権については，同条の適用範囲に，目的物上に用益物権があると主張する第三者が存在する場合が含まれるとされるほか，債権売買において債務者が債務の存在を否定した場合にも類推適用されると解されている。また，現行民法下においても，下級審判例は，目的物について詐害行為取消権を行使されている事案などにおいて，現行民法第576条の類推適用を認めている（東京地判平成8年4月28日判時1584号121頁）。

このように，目的物について権利を主張する者がある場合だけでなく，第三者が売買の目的物上に用益物権を設定していると主張する場合や，債権譲渡を受けたところ債務者が債務否認した場合等においても，現行民法第576条が適用されることを明文化することは，分かりやすい民法の実現に資する。

ただし，「その他の事由」については，「その他これに準じる事由」と規定して適用範囲がいたずらに拡大しないように配慮するのが妥当である。

（参照）C—65条

13 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条関係）

民法第577条の規律に付け加えて，先取特権，質権又は抵当権の負担を考慮して代金の額が定められたときは，同条の規定は適用しないものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

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、買主は、抵当権の実行の危険を評価していることから、あえて代金支払の拒絶権を認める必要はない。この趣旨を明文化することは、分かりやすい民法の実現に資する。

(参照) C—66条

14 目的物の滅失又は損傷に関する危険の移転

- (1) 売主が買主に目的物を引き渡したときは、買主は、その時以後に生じた目的物の滅失又は損傷を理由とする前記4又は5の権利を有しないものとする。ただし、その滅失又は損傷が売主の債務不履行によって生じたときは、この限りでないものとする。
- (2) 売主が当該売買契約の趣旨に適合した目的物の引渡しを提供したにもかかわらず買主がそれを受け取らなかった場合であって、その目的物が買主に引き渡すべきものとして引き続き特定されているときは、引渡しの提供をした時以後に生じたその目的物の滅失又は損傷についても、上記(1)と同様とする。

【意見】

(1)は、趣旨には賛成するが、規定ぶりを工夫されたい。具体的には、「買主は、売主が目的物を買主に引き渡した時以後に生じた目的物の滅失又は損傷を理由として、上記4又は5の権利を行使することができないものとする。ただし、その滅失又は損傷が、目的物が引渡し前において契約の趣旨に適合しないものであったことにより生じたとき、又は売主の保存義務違反によって生じたときは、この限りでない。」旨の規定を置くのが妥当である。

(2)は、趣旨には賛成するが、上記のような規定ぶりを工夫されたい。

【理由】

(1) 現行民法上、売買契約について、その目的物が滅失又は損傷した場合のリスクが債務者から債権者に移転する時点（危険の移転時期）及びその効果（特に、買主による解除、代金減額請求、損害賠償請求の権利行使ができないこと）に関するルールはなく、危険負担の原則規定とは別にこれを設けて、分かりやすい民法を実現するのは妥当である。

そして、その内容としても、現行民法第534条が規定する危険負担の債権者主義については、目的物が引き渡された後に適用場面を制限する解釈が広い支持を得ていることなどを踏まえ、目的物の滅失又は損傷の危険の移転時期を目的物の引渡し時とすることは適切である。

また、買主は、目的物の引渡し時以後に生じた目的物の滅失又は損傷を理由として、債務不履行による損害賠償を請求する権利、契約の解除をする権利又は代金減額請求権を行使することができないとすることも適切である。

ただし、立法提案のただし書によると、目的物の滅失等が、①目的物が契約の趣旨に適合しなかったことにより生じた場合と、②保存義務違反によって生じた場合とを、

「債務不履行によって生じたとき」と同一にまとめているが、これは、少なくとも一般国民の目線から見れば、分かりにくいと思われる。

そこで、①と②を分けて規定することを提案する。

- (2) 受領遅滞により、売主から買主に危険が移転することは、異論のないところであり、受領遅滞の効果の原則規定とは別に、これを売買契約においても明文化すること（特に種類物の場合の特定維持が必要である点の明示）は、同様に妥当である。

しかし、(1)と同様に、目的物の滅失又は損傷が、「債務不履行によって生じた」という言葉を使うのは分かりにくい。とりわけ、受領遅滞の場合は、売主が「軽減された注意義務を負う」と考えられているので、②も通常の保存義務違反ではないから、なおさら分かりにくいと思われる。

(参照) C—6 1 条

15 買戻し（民法第579条ほか関係）

買戻しに関する民法第579条から第585条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

- (1) 民法第579条の規律に付け加えて、売主が返還すべき金額について当事者に別段の合意がある場合には、それに従うものとする。
- (2) 民法第581条第1項を次のように改めるものとする。

買戻しの特約を登記したときは、買戻しは、第三者に対しても、その効力を有するものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

- (1) 実務上、再売買の予約が用いられているという実態を踏まえると、売主の返還義務の範囲を強行法的に固定する実益は乏しい上、売主の返還義務の範囲につき柔軟な取扱いを認める実務的要請があるという指摘のとおり（部会資料43補足説明）、現行規定は空文化しており、このような規定を存置する意義は乏しい。提案のとおり、別段の定めを許容すべきである。
- (2) 登記は対抗力を付与するにとどまる。使いやすい規定とするべく、通常の不動産登記と同様、事後の登記も許されるべきである。

(参照) C—6 8 条, C—7 0 条

第36 贈与

1 贈与契約の意義（民法第549条関係）

民法第549条の規律を次のように改めるものとする。

贈与は、当事者の一方が財産権を無償で相手方に移転する意思を表示し、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずるものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

単に「財産」とのみ規定している現行民法のもとでは、債務免除や無償での用益物権設定、さらには無因の債務負担が贈与に当たるという誤解が生じる懸念があるので「財産権」と改めるのが妥当である。

また、他人の財産権を贈与する契約も有効であると解されていることから「自己の」という文言を削るのが妥当である。

(参照) C—75条

2 贈与者の責任（民法第551条関係）

民法第551条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 贈与者は、次に掲げる事実について、その責任を負わないものとする。ただし、贈与者がこれらの事実を知りながら受贈者に告げなかったときは、この限りでないものとする。

ア 贈与によって引き渡すべき目的物が存在せず、又は引き渡した目的物が当該贈与契約の趣旨に適合しないものであること。

イ 贈与者が贈与によって移転すべき権利を有さず、又は贈与者が移転した権利に当該贈与契約の趣旨に適合しない他人の権利による負担若しくは法令の制限があること。

- (2) 他人の権利を贈与の内容とした場合（権利の一部が他人に属する場合を含む。）であっても、贈与者がその権利を取得した場合には、その権利を受贈者に移転する義務を負うものとする。

- (3) 上記(1)に掲げる事実があることにより、受贈者が贈与契約をした目的を達することができないときは、受贈者は、贈与契約の解除をすることができるものとする。

- (4) 負担付贈与の受贈者は、贈与者が贈与契約によって引き渡すべき目的物又は移転すべき権利に上記(1)に掲げる事実があることにより、受贈者の負担の価額がその受け取った物又は権利の価額を超えるときは、受贈者は、その超える額に相当する負担の履行を拒み、又は履行した負担の返還を請求することができるものとする。この場合において、負担を返還することができないときは、負担の価額の償還を請求することができるものとする。

(注) 上記(1)から(3)までについて、贈与者の履行義務並びにその不履行による損害賠償及び契約の解除に関する規律をそれぞれ一般原則に委ねるという考え方がある。

【意見】

- (1) 賛成する。(注)の考え方には反対する。なお、贈与者が責任を負う場合に損害賠償責任だけ負うのか、それともその他の責任も負うのか引き続き検討されるべきである。
- (2) 賛成する。

(3) 賛成する。

(4) 賛成する。

【理由】

(1)について

贈与のような無償契約については、その特殊性から、現行民法第551条の実質的な規律内容を維持しつつ、瑕疵の概念については、売買の場合と同様に規定を見直し、「贈与契約の趣旨に照らし、これに適合する種類、品質その他の性状、又は数量を備えた」と認められる目的物を「契約の趣旨に適合する目的物」と定義するのが妥当である。

また、従来、贈与契約は、その特殊性から損害賠償義務を負わないと解されていたのであるから、修補、追完、代物給付等の責任も負わないと考えるべきである。

なお、贈与者が責任を負うとされた場合、従前は損害賠償責任のみが問題とされていたが、売買と異なり、贈与の特殊性から、贈与者に責任が発生するとしても、修補、追完、代物給付等の責任までは負担せず、損害賠償責任のみを負担する可以考虑することができるという指摘があったので、この点について引き続き検討するべきである。

(2)について

他人の財産を目的とする贈与契約（他人物贈与）は有効であるというのが通説であるが、これを明文で認めることによって、贈与者に単に財産を移転するだけでなく他人から財産を取得する義務まで課すのは、贈与の無償性に照らして重すぎる。これまでも、現行民法第560条は贈与契約に適用されず、その権利を贈与者が取得した場合に限り受贈者に移転する義務を負うだけであると解されていた。したがって、これを明文化するにあたっては、贈与者は他人の財産を積極的に取得する義務を負わないものとするべきである。

上記提案は、「贈与者がその権利を取得した場合には」と規定され、贈与者が他人に属する権利を自ら取得して受贈者に移転する義務を負わないが、その権利を相続等により取得した場合には、それを受贈者に移転する義務を負うものとするものであるから、適切である。

(3)について

契約の目的を達成できない場合に、受贈者側から解除を求めうる規定を置くことは適切である。

(4)について

趣旨は妥当であるが、表現がやや分かりにくいので、表現を検討すべきである。

(参照) C—77条

3 贈与契約の解除による返還義務の特則

贈与契約が解除されたときは、受贈者は、解除の時に現に存していた利益の限度において、返還の義務を負うものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

贈与契約は無償契約であるから、受贈者は贈与者の債務と対価関係にある債務を負担していないので、双務契約を念頭においた解除の一般原則どおりに全面的な原状回復義務を負わせるのは相当ではない。

従って、解除のときに現存していた利益の限度において返還義務を負うとするのが妥当である。

なお、負担付贈与契約については、特則を設けなくて良いと考える。これは、①様々な負担を想定した特則を設けること自体が必ずしも容易ではないこと、及び②双務契約の規定が準用されるとする現行民法第553条を根拠として、契約の解除の一般原則を準用し、解決を図ることも可能であるからである。

(参照) C—83条

4 贈与者の困窮による贈与契約の解除

贈与者が贈与契約の時に予見することのできなかつた事情の変更が生じ、これにより贈与者の生活が著しく困窮したときは、贈与者は、贈与契約の解除をすることができるものとする。ただし、履行の終わった部分については、この限りでないものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

贈与の無償性に照らせば、このような場合にまで契約の拘束力を貫徹するのは相当ではないことから、贈与契約の解除を認めるべきである。

もっとも、履行が終わった部分について返還を要するものとする、贈与者の困窮に責めを負うべき立場にあるとは限らない受贈者に不測の損害を与えるおそれがあることから、贈与が終わった部分については解除できないものとするのが妥当である。

ただし、マインドコントロールを受けて行った寄付を解除することを認めるべきであることから、贈与者が贈与契約の時に予見することができた事情の変更の場合も解除を認めるべきであるとの意見がある。

(参照) C—82条

5 受贈者に著しい非行があった場合の贈与契約の解除

(1) 贈与契約の後に、受贈者が贈与者に対して虐待をし、若しくは重大な侮辱を加えたとき、又は受贈者にその他の著しい非行があったときは、贈与者は、贈与契約の解除をすることができるものとする。

(2) 上記(1)の解除権は、贈与者の一身に専属するものとする。ただし、受贈者が上記(1)に該当する行為により贈与者を死亡させたときは、この限りでないものとする。

(3) 上記(1)の解除があったときは、受贈者は、上記(1)の解除の原因が生じた時に現に存していた利益の限度で、返還の義務を負うものとする。

(4) 上記(1)の解除権は、贈与の履行が終わった時から〔10年〕を経過したときは、その部分については行使できないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。ただし、(2)については、一身専属性について慎重に検討すべきである。

【理由】

(1)について

贈与を行う場合、その前提として相応の人間関係等が存在することが通例であり、その前提を破壊するような重大な背信行為等があった場合には、贈与契約を維持するのは相当ではないので、解除を認めるべきである。

(2)について

確かに、贈与契約は、当事者間の相応の人間関係等が存在することが通例であるし、背信行為等も当事者間の人間関係と密接に関係するので、一身専属性とすることは相応の意義があると考えられる。

しかし、贈与者が死亡するに至らなかった場合でも、受贈者によって重い傷害を受けるに至った場合や、冷静な判断ができない状態のとき（受贈者によって洗脳等されているときなど）に、相続人が一切解除できないものとして良いのかは疑問があるので、引き続き慎重に検討すべきである。

(3)について

背信的行為等があった以上、解除原因を作出した受贈者は、その時点で存していた利益の限度で返還義務を負担することを覚悟すべきであり、その時点の利益を返還させるのが相当である。

(4)について

解除権について、消滅時効の一般原則も併せて適用されることを前提に、履行後10年とするのは相当である。

(参照) C—81条

第37 消費貸借

1 消費貸借の成立等（民法第587条関係）

民法第587条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 消費貸借は、当事者の一方が種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約して相手方から金銭その他の物を受け取ることによって、その効力を生ずるものとする。

(2) 上記(1)にかかわらず、書面とする消費貸借は、当事者の一方が金銭その他の物を引き渡すことを約し、相手方がその物を受け取った後にこれと種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約することによって、その効力を生ずるものとする。

(3) 消費貸借がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の

知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によってされたときは、その消費貸借は、書面によってされたものとみなすものとする。

(4) 上記(2)又は(3)の消費貸借の借主は、貸主から金銭その他の物を受け取るまで、その消費貸借の解除をすることができるものとする。この場合において、貸主に損害が生じたときは、借主は、その損害を賠償しなければならないものとする。

(5) 上記(2)又は(3)の消費貸借は、借主が貸主から金銭その他の物を受け取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は、その効力を失うものとする。

(注) 上記(4)第2文については、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

【意見】

(1)から(3)までと、(4)の前段及び(5)は賛成するが、(4)の後段は反対する。この点は(注)に賛成する（規定を設けるべきではない）。

【理由】

(1)及び(2)について

消費貸借は要物契約であることを維持しつつ、書面契約の方式をとれば、合意のみにより成立とする提案である。要物性の規定は、ローマ法以来歴史的に認識されている消費貸借の危険性を示す規定である。これを存置することには大きな意義がある。他方で、目的物交付前に合意のみによって拘束力を付与したいというニーズにも、書面を要件として応えている。書面要件は、軽率な消費貸借を一定程度防止する効果があるほか、消費貸借と他の契約との異質性を示す手がかりとなる。

(3)について

現代において電磁的記録を用いることは一般化しており、必要不可欠の規定である。

ただし、メールの送受信等により容易に諾成的消費貸借が成立すると扱われることは、消費者その他立場の弱い借主にとって不利益であるとの意見もある。

(4)について

借主の解除権について、実際に目的物の交付がされる前に借りる側のニーズが消失した場合に、契約を存続させる意義はない。貸主も、契約と貸付のタイミングを調整することで、このリスクに対応することは十分可能である。

解除に伴って損害が生じた場合に損害賠償をしなければならないという規定については、デフォルトルールとしては不要である。上記のとおり、貸主側は、契約と貸付のタイミングを調整することによりリスクに対応することが可能なほか、目的物調達等の負担が大きい場合は、解除に備えて損害賠償特約を設けることが通常であると思われる。

仮に上記の解除に伴う損害賠償の規定を設ける場合は、少なくとも消費者については免責される旨の特則を設けるべきであるとの有力な意見がある。

(5)について

現行民法第589条の考え方は、諾成的な消費貸借契約の場合にも同様に妥当する。

（参照）C—85条，C—86条，C—87条，C—92条第1項

2 消費貸借の予約（民法第589条関係）

民法第589条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 消費貸借の予約は，書面でしなければ，その効力を生じないものとする。
- (2) 消費貸借の予約がその内容を記録した電磁的記録（前記1(3)参照）によってされたときは，その消費貸借の予約は，書面によってされたものとみなすものとする。
- (3) 消費貸借の予約は，その後当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは，その効力を失うものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については，指摘のとおり，この規定を置かなければ，1の(2)で書面を要求した意味が無くなってしまう。

(2)については，1(3)と同じ。ただし，メールの送受信等により容易に消費貸借の予約が成立するとするのは消費者その他立場の弱い借主にとって不利益であるとの意見もある。

(3)については，現行民法を維持するもので，問題はない。

（参照）C—90条，C—92条第2項

3 準消費貸借（民法第588条関係）

民法第588条の規律を次のように改めるものとする。

金銭その他の物を給付する義務を負う者がある場合において，当事者がその物を消費貸借の目的とすることを約したときは，消費貸借は，これによって成立したものとみなすものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

判例法理の明文化である。実際上も特段の問題はない。

（参照）C—91条

4 利息

利息の定めがある場合には，借主は，貸主から金銭その他の物を受け取った日から起算して利息を支払う義務を負うものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

判例法理の明文化である。実際上は，ほぼ約定で処理されるものと思われる。ただし，

返還の日の前日までの利息を払えば良いとして、両端取りにならないよう工夫することも検討すべきである。

(参照) C—89条

5 貸主の担保責任（民法第590条関係）

民法第590条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 利息付きの消費貸借において、引き渡された目的物が当該消費貸借契約の趣旨に適合していない場合における貸主の担保責任については、売主の担保責任に関する規定を準用するものとする。
- (2) 無利息の消費貸借において、引き渡された目的物が当該消費貸借契約の趣旨に適合していない場合における貸主の担保責任については、贈与者の担保責任に関する規定を準用するものとする。
- (3) 利息の有無にかかわらず、借主は、当該消費貸借契約の趣旨に適合していない引き渡された物の価額を返還することができるものとする。

【意見】

(1)及び(2)については、それぞれ売買、贈与の担保責任を準用すること自体には賛成する。その内容については各規定における意見のとおりである。

(3)については賛成する。

【理由】

(1)及び(2)については、指摘のとおり、利息付き消費貸借が売買と、無利息消費貸借が贈与と共通する性質を有する。

(3)については、指摘のとおり、現行民法第590条第2項の趣旨が、利息の有無にかかわらず妥当する。

(参照) C—93条

6 期限前弁済（民法第591条第2項、第136条第2項関係）

民法第591条第2項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者が返還の時期を定めなかったときは、借主は、いつでも返還をすることができるものとする。
- (2) 当事者が返還の時期を定めた場合であっても、借主は、いつでも返還をすることができるものとする。この場合において、貸主に損害が生じたときは、借主は、その損害を賠償しなければならないものとする。

【意見】

(1)については賛成する。(2)については、賛成する意見と、消費者の場合には期限前弁済によって生じた損害を賠償する必要が無いことを明記すべきであるという意見があった(部会資料44 第2 4(2)イ「事業者の消費者に対する融資の場合の免責」)。

【理由】

(1)については、現行民法第591条第1項及び第2項の関係を明確にするもので、妥

当である。

(2)については、現行民法第136条第2項の典型的な適用例を、消費貸借との関係で明確にするものであるとして賛成する意見もあったが（ただし、規定の表現の仕方としては「損害賠償の請求を妨げない」とするのが妥当）、他方で、借主が消費者の場合には、期限前弁済によって早期に債務から解放させるべく、特に賠償を要しないとするべきであるという意見も有力であった。

(参照) C—88条

【取り上げるべき論点】

○ 部会資料44第2, 7「抗弁の接続」 [44頁]

【意見】

「抗弁の接続」については、論点として取り上げるべきである。

【理由】

消費貸借その他与信契約と供給契約との間で一体性が認められ、かつ、供給者と与信者に一体性が認められるときには、抗弁の接続が認められる規定（上記箇所における「甲—2案」）を設けるべきである。

すなわち、現在の社会においては、与信契約と供給契約が形式的には別の契約／当事者において行われているが、これらは実質的に見て一体をなしている現象が広く見られる。

このような場合において、供給契約に対して主張できる事由はあるものの、事実上の理由によりそれを十分に活用できない一方、実体上一体をなしている与信者は何ら制約無く債務の履行を求めることができるというのは、明らかに問題がある。

現在、割賦販売法においては抗弁の接続が認められており、活用されているが、この適用範囲は限定されている。

上記のような問題に対応するアプローチとしては、まずは問題が生じている個別領域で対応する方法が考えられる。しかし、日進月歩で変化する取引社会において、このアプローチは、往々にして対応が遅きに失することが多い。

そこで、まずは極めて限定的な要件であっても、このような抗弁の接続を一般法理として定め、今後の実務の発展のための手がかりとするべきである。

(参照) C—88条（*第4項）、C—95条

第38 賃貸借

1 賃貸借の成立（民法第601条関係）

民法第601条の規律を次のように改めるものとする。

賃貸借は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うこと及び引渡しを受けた物を契約が終了した後に返還することを約することによって、その効力を生ずるものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行民法の解釈の明文化であり、分かりやすい民法の実現に資する。

(参照) C—96条

2 短期賃貸借（民法第602条関係）

民法第602条柱書の部分の規律を次のように改めるものとする。

処分の権限を有しない者が賃貸借をする場合には、同条各号に掲げる賃貸借は、それぞれ当該各号に定める期間を超えることができないものとする。契約でこれより長い期間を定めたときであっても、その期間は、当該各号に定める期間とするものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

期間制限に関しては、裁判例、解釈上も問題のないところであり、明文化は分かりやすい民法の実現に資する。

(参照) C—97条

3 賃貸借の存続期間（民法第604条関係）

民法第604条を削除するものとする。

(注) 同条を維持するという考え方がある。

【意見】

反対する。20年を50年と変更する案が妥当である。

【理由】

現代においては、一方で、ゴルフ場の敷地の賃貸借等、長期の存続期間を認める実務上の要請がある。

しかし、他方で、あまりに長期間の賃貸借を認めると、借地借家法の適用のない賃貸借に関して、弊害が生ずるおそれがある。そこで、現行の「20年」よりも長期の「50年」とすることで調整を図るのが妥当であると思料する。

(参照) C—99条

4 不動産賃貸借の対抗力、賃貸人たる地位の移転等（民法第605条関係）

民法第605条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 不動産の賃貸借は、これを登記したときは、その不動産について物権を取得した者その他の第三者に対抗することができるものとする。
- (2) 不動産の譲受人に対して上記(1)により賃貸借を対抗することができる場合には、その賃貸人たる地位は、譲渡人から譲受人に移転するものとする。
- (3) 上記(2)の場合において、譲渡人及び譲受人が、賃貸人たる地位を譲渡人に留保

し、かつ、当該不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意をしたときは、賃貸人たる地位は、譲受人に移転しないものとする。この場合において、その後譲受人と譲渡人との間の賃貸借が終了したときは、譲渡人に留保された賃貸人たる地位は、譲受人又はその承継人に移転するものとする。

(4) 上記(2)又は(3)第2文による賃貸人たる地位の移転は、賃貸物である不動産について所有権移転の登記をしなければ、賃借人に対抗することができないものとする。

(5) 上記(2)又は(3)第2文により賃貸人たる地位が譲受人又はその承継人に移転したときは、後記7(2)の敷金の返還に係る債務及び民法第608条に規定する費用の償還に係る債務は、譲受人又はその承継人に移転するものとする。

(注) 上記(3)については、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

【意見】

(1)及び(2)は賛成する。

(3)は反対する。(注)の意見に賛成する。

(4)は賛成する。

(5)は、(3)後段に関する点を除き、賛成する。

【理由】

(1)、(2)、(4)、(5)（(5)後段を除く）については、いずれも判例（大判大正10年5月30日民録27輯1013頁，最判昭和39年8月28日民集18巻7号1354頁参照），実務を反映させたものであり，分かりやすい民法の実現に資する。

(3)後段については、判例（最判昭和46年4月23日25巻3号388頁）のいう「特段の事情」は、単に立法提案のような旧所有者と新所有者との合意の存在だけでなく、様々な個別事情を考慮して初めて決すべきものと考えられる。判例（最判平成11年3月25日判時1674号61頁）でも、賃貸人の地位を留保する合意のあった場合に「特段の事情」があるとはいえないとしたものがあり、合意のみで賃貸人たる地位が移転するとは解されていない。

(参照) C—101条，C—102条

5 合意による賃貸人たる地位の移転

不動産の譲受人に対して賃貸借を対抗することができない場合であっても、その賃貸人たる地位は、譲渡人及び譲受人の合意により、賃借人の承諾を要しないで、譲渡人から譲受人に移転させることができるものとする。この場合においては、前記4(4)及び(5)を準用するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

判例法理（最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁）の明文化であり、分かりやすい民法の実現に資する。

(参照) C—103条

6 不動産の賃借人による妨害排除等請求権

不動産の賃借人は、賃貸借の登記をした場合又は借地借家法その他の法律が定める賃貸借の対抗要件を備えた場合において、次の各号に掲げるときは、当該各号に定める請求をすることができるものとする。

- (1) 不動産の占有を第三者が妨害しているとき
当該第三者に対する妨害の停止の請求
- (2) 不動産を第三者が占有しているとき
当該第三者に対する返還の請求

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

判例法理（最判昭和28年12月18日民集7巻12号1515頁等）の明文化であり、分かりやすい民法の実現に資する。

(参照) C—104条

7 敷金

- (1) 敷金とは、いかなる名義をもってするかを問わず、賃料債務その他の賃貸借契約に基づいて生ずる賃借人の賃貸人に対する金銭債務を担保する目的で、賃借人が賃貸人に対して交付する金銭をいうものとする。
- (2) 敷金が交付されている場合において、賃貸借が終了し、かつ、賃貸人が賃貸物の返還を受けたとき、又は賃借人が適法に賃借権を譲渡したときは、賃貸人は、賃借人に対し、敷金の返還をしなければならないものとする。この場合において、賃料債務その他の賃貸借契約に基づいて生じた賃借人の賃貸人に対する金銭債務があるときは、敷金は、当該債務の弁済に充当されるものとする。
- (3) 上記(2)第1文により敷金の返還債務が生ずる前においても、賃貸人は、賃借人が賃料債務その他の賃貸借契約に基づいて生じた金銭債務の履行をしないときは、敷金を当該債務の弁済に充当することができるものとする。この場合において、賃借人は、敷金を当該債務の弁済に充当することができないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

判例法理（大判大正15年7月12日民集5巻616頁等）の明文化であり、分かりやすい民法の実現に資する。ただし、特に西日本を中心に、「敷引」の慣行もあり、これによる紛争が発生してきた経緯がある。敷金に関しては、今回初めて提案されたものであり、議論が尽くされているとは思えない。上記規定のみ制定することで足りるのかは、さらに検討が必要である。

(参照) C—100条, A—2条第十号

8 賃貸物の修繕等（民法第606条第1項関係）

民法第606条第1項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 賃貸人は、賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負うものとする。
- (2) 賃借物が修繕を要する場合において、賃借人がその旨を賃貸人に通知し、又は賃貸人がその旨を知ったにもかかわらず、賃貸人が相当の期間内に必要な修繕をしないときは、賃借人は、自ら賃借物の使用及び収益に必要な修繕をすることができるものとする。ただし、急迫の事情があるときは、賃借人は、直ちに賃借物の使用及び収益に必要な修繕をすることができるものとする。

(注) 上記(2)については、「賃貸人が上記(1)の修繕義務を履行しないときは、賃借人は、賃借物の使用及び収益に必要な修繕をすることができる」とのみ定めるといふ考え方があ

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

修繕義務のある賃貸人がその義務を履行しない場合には、所有者ではない賃借人に修繕権限が認められるとすること自体は妥当である。

また、急迫の場合を除き、賃貸人に修繕義務を尽くさせるための手続を不要とするのは、所有者である賃貸人に過度な負担を強いることになりかねない。

なお、賃借人の賃貸人に対する目的物修繕請求権又は賃借人の修繕権については、目的物に契約の趣旨に適合しない部分（瑕疵）があることを知ってから短期の期間で権利を喪失する（有償契約の典型である売買の規定の準用）とすることは妥当ではないので、その旨の注意規定を設けることを検討すべきである。

(参照) C—107条

9 減収による賃料の減額請求等（民法第609条・第610条関係）

民法第609条及び第610条を削除するものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

これらの条項の立法趣旨に鑑みると、現在ではその意義が失われており、また実例も乏しい。また、通常は収益の減少のみで賃料減額請求が認められるべき事案はほとんどないと思われる。

これに対し、「農地法20条により手当されている場合以外にも、収益目的で目的物を賃借する賃借人において減収が生じた場合に、賃料減額請求を認めるべき場合がありうる」という意見もある。

しかし、事業者であれば収益目的で賃借するのはむしろ当然で、その場合に賃料減額請求権が安易に認められるかのごとき状況は、望ましくない。ごく特殊な事情がある場

合には、契約で明記すれば足りる。

（参照）第609条及び第610条を削除

10 賃借物の一部滅失等による賃料の減額等（民法第611条関係）

民法第611条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 賃借物の一部が滅失した場合その他の賃借人が賃借物の一部の使用及び収益をすることができなくなった場合には、賃料は、その部分の割合に応じて減額されるものとする。この場合において、賃借物の一部の使用及び収益をすることができなくなったことが契約の趣旨に照らして賃借人の責めに帰すべき事由によるものであるときは、賃料は、減額されないものとする。
- (2) 上記(1)第2文の場合において、賃貸人は、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを賃借人に償還しなければならないものとする。
- (3) 賃借物の一部が滅失した場合その他の賃借人が賃借物の一部の使用及び収益をすることができなくなった場合において、残存する部分のみでは賃借人が賃借をした目的を達することができないときは、賃借人は、契約の解除をすることができるものとする。

（注）上記(1)及び(2)については、民法第611条第1項の規律を維持すべきであるという考え方がある。

【意見】

(1)及び(2)は賛成するが、(3)は賃借人に帰責性がある場合については反対する。「目的物の一部が、契約の趣旨に照らし、賃借人の責めに帰すべき事由により滅失したと認められるときは、残存する部分のみでは賃借人が賃借をした目的を達することができないときであっても、賃借人は、契約の解除をすることができない。」とするのが妥当である。

【理由】

(1)及び(2)については、実務の明文化であり、分かりやすい民法の実現に資する。

(3)については、現行民法第536条第2項の規定を維持する以上は、その考え方も維持すべきであって、債権者（賃借人）の責めに帰すべき事由により履行不能となった場合は、債権者は解除できず、かつ、反対給付をする義務を負うべきこととなる。実際にも、賃借人の故意・過失で、賃借物の一部が滅失し、そのために契約目的を達することができない場合にまで、賃借人による解除を認めることは、債務者である賃貸人に過度な負担となる場合があり、適切でない。上記(1)の後段の考え方とも矛盾すると思われる。

（参照）C—110条

11 転貸の効果（民法第613条関係）

民法第613条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 賃借人が適法に賃借物を転貸したときは、賃貸人は、転借人が転貸借契約に基づいて賃借物の使用及び収益をすることを妨げることができないものとする。

- (2) 賃借人が適法に賃借物を転貸したときは、転借人は、転貸借契約に基づく債務を賃貸人に対して直接履行する義務を負うものとする。この場合において、直接履行すべき債務の範囲は、賃貸人と賃借人（転貸人）との間の賃貸借契約に基づく債務の範囲に限られるものとする。
- (3) 上記(2)の場合において、転借人は、転貸借契約に定めた時期の前に転貸人に対して賃料を支払ったとしても、上記(2)の賃貸人に対する義務を免れないものとする。
- (4) 上記(2)及び(3)は、賃貸人が賃借人に対してその権利を行使することを妨げないものとする。
- (5) 賃借人が適法に賃借物を転貸した場合において、賃貸人及び賃借人が賃貸借契約を合意により解除したときは、賃貸人は、転借人に対し、当該解除の効力を主張することができないものとする。ただし、当該解除の時点において債務不履行を理由とする解除の要件を満たしていたときは、この限りでないものとする。
- (注) 上記(3)については、民法第613条第1項後段の文言を維持するという考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。ただし、(2)については、「転借人は、賃貸人又は転貸人のいずれかに対して賃料を支払うことができ、転貸人に支払ったときはその限度で賃貸人に対する支払義務を免れ、賃貸人に支払ったときはその限度で転貸人に対する支払義務を免れる」旨の規定を設けるべきである。

【理由】

- (1)は、適法な転貸借がなされた場合の賃貸人と転借人との関係に関する一般的な理解を明文化するもので、妥当である。
- (2)は、現行民法第613条第1項前段の内容を一般的な理解に基づき明確にするもので、妥当である。ただし、転借人は、賃貸人に対する直接履行義務と、転貸人に対する支払義務の両方を負うものの、両方の支払時期が来た場合は、いずれかに支払えば足り、いずれかに支払った限度で他方に対する債務の履行を免れるとするのが、転借人の負担を軽減し、かつ、公平である。
- (3)は、現行民法第613条第1項後段の内容をより明確にするものであり、判例法理（大判昭和7年10月8日民集11巻1901頁）を明文化するもので、妥当である。
- (4)は、現行民法第613条第2項を維持するもので、妥当である。
- (5)は、判例法理（最判昭和62年3月24日判時1258号61頁等）を明文化するもので、妥当である。

(参照) C—113条, C—114条

12 賃借物の全部滅失等による賃貸借の終了

賃借物の全部が滅失した場合その他の賃借人が賃借物の全部の使用及び収益をすることができなくなった場合には、賃貸借は、終了するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

判例法理（最判昭和32年12月3日民集11巻12号2018頁等）を明文化するもので、妥当である。

（参照）C—109条

13 賃貸借終了後の収去義務及び原状回復義務（民法第616条、第598条関係）

民法第616条（同法第598条の準用）の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに附属させた物がある場合において、賃貸借が終了したときは、その附属させた物を収去する権利を有し、義務を負うものとする。ただし、賃借物から分離することができない物又は賃借物から分離するのに過分の費用を要する物については、この限りでないものとする。
- (2) 賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに生じた損傷がある場合において、賃貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負うものとする。この場合において、その損傷が契約の趣旨に照らして賃借人の責めに帰することができない事由によって生じたものであるときは、賃借人は、その損傷を原状に復する義務を負わないものとする。
- (3) 賃借人は、賃借物の通常の使用及び収益をしたことにより生じた賃借物の劣化又は価値の減少については、これを原状に復する義務を負わないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)は、現行民法第616条（同法第598条の準用）のうち、収去義務及び収去権に関する規律の内容を明確にするもので、妥当である。

(2)の前段は、現行民法第616条（同法第598条の準用）のうち、原状回復義務に関する規律の内容を明確にするものであり、妥当である。同後段は、賃借物についての損傷が不可抗力その他賃借人の責めに帰することができない事由により生じた場合に、原状回復義務を免除するもので、妥当である。

(3)は経年劣化を含む通常損耗の回復は、原則として原状回復義務に含まれないとする最判平成17年12月16日集民218巻1239頁を明文化するもので、妥当である。

さらに、消費者保護の見地から、事業者が貸主、消費者が借主の場合に、賃貸借契約において通常損耗の回復の特約をしても、それは不当条項として排除される旨の規定も設けるべきである。

（参照）C—122条、C—123条

14 損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限（民法第621条、第600条関係）

民法第621条（同法第600条の準用）の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約の趣旨に反する使用又は収益によって生じた損害の賠償は、賃貸人が賃貸物の返還を受けた時から1年以内に請求しなければならないものとする。
- (2) 上記(1)の損害賠償請求権については、賃貸人が賃貸物の返還を受けた時から1年を経過するまでの間は、消滅時効は、完成しないものとする。
- (3) 賃借人が支出した費用の償還請求権に関する期間制限の部分を削除するものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

- (1)は、現行民法第621条（同法第600条準用）を維持するもので、妥当である。
 - (2)は、賃借人の用法違反による賃貸人の損害賠償請求権についての消滅時効について新たな停止事由を認めるものであり、長期にわたる賃貸借において、賃貸人が賃借人の用法違反の事実を知らない間に消滅時効が進行してしまうとの事態に対処しうる。
 - (3)は、賃借人の費用償還請求権と同様の法的効果を有する他の費用償還請求権（現行民法第196条、第296条等）について、期間制限がないのであるから妥当である。
- (参照) C—124条

15 賃貸借に類似する契約**(1) ファイナンス・リース契約**

賃貸借の節に次のような規定を設けるものとする。

ア 当事者の一方が相手方の指定する財産を取得してこれを相手方に引き渡すこと並びに相手方による当該財産の使用及び収益を受忍することを約し、相手方がその使用及び収益の対価としてではなく当該財産の取得費用等に相当する額の金銭を支払うことを約する契約については、民法第606条第1項、第608条第1項その他の当該契約の性質に反する規定を除き、賃貸借の規定を準用するものとする。

イ 上記アの当事者の一方は、相手方に対し、有償契約に準用される売主の担保責任（前記第35、4以下参照）を負わないものとする。

ウ 上記アの当事者の一方がその財産の取得先に対して売主の担保責任に基づく権利を有するときは、上記アの相手方は、その当事者の一方に対する意思表示により、当該権利（解除権及び代金減額請求権を除く。）を取得することができるものとする。

(2) ライセンス契約

賃貸借の節に次のような規定を設けるものとする。

当事者の一方が自己の有する知的財産権（知的財産基本法第2条第2項参照）に係る知的財産（同条第1項参照）を相手方が利用することを受忍することを約し、相手方がこれに対してその利用料を支払うことを約する契約については、前記4(2)から(5)まで（賃貸人たる地位の移転等）その他の当該契約の性質に反する規定を除

き、賃貸借の規定を準用するものとする。

（注）上記(1)及び(2)のそれぞれについて、賃貸借の節に規定を設けるのではなく新たな典型契約とするという考え方、そもそも規定を設けないという考え方がある。

【意見】

(1)について

いずれも賛成する。ただし、利息制限法及び「抗弁の接続」（部会資料44第2、7）に関する規定を準用する旨を明文化すべきである。

さらに、清算に関する義務規定を設けることも検討すべきである。

(2)について

賛成する。

【理由】

(1)について

ファイナンス・リース契約のうち一定類型について規律を明確化するもので、妥当である。ただし、本来、ファイナンス・リース契約の本質は、その実質が金融の便宜を付与する金融取引であることから、利息制限法及び「抗弁の接続」の規定の準用があることをも明記すべきである。

なお、通常は、リース契約書上、リース会社がサプライヤーから物件購入した金額、金利、保険料等が不明であるため、ユーザーからすると知らないうちに高額リース料の契約をさせられている場合がある。そこで、リース料の計算根拠が明確となる契約内容にすることが前提となることに留意が必要である。

また、リース契約が中途解約された場合のリース物件の清算義務について、判例（最判昭和57年10月19日民集36巻10号2130頁）があるので、これを明文化することについても、さらに検討する必要があると考える。

ただし、かかる立法提案については、リースをめぐる社会問題の現状やその是正の必要性という観点からは、必ずしも適切ではなく、リース法制を特別法で規定すべきとして本提案に反対する意見も有力である。

(2)について

ライセンス契約について規律を明確化するもので、妥当である。

（参照）C—125条，C—126条

第39 使用貸借**1 使用貸借の成立等（民法第593条関係）**

民法第593条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 使用貸借は、当事者の一方がある物を引き渡すことを約し、相手方が引渡しを受けた物を無償で使用及び収益をした後に返還することを約することによって、その効力を生ずるものとする。

(2) 使用貸借の当事者は、借主が借用物を受け取るまでは、契約の解除をすることができるものとする。ただし、書面による使用貸借の貸主は、借主が借用物を受け取

る前であっても、契約の解除をすることができないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については、諾成契約と構成しても、貸主は(2)の場合に、借主はいつでも解除できることから、当事者に不測の事態が生じる可能性は低いと考えられる。

(2)については、書面によらない贈与の撤回（解除）についての現行民法第550条と同趣旨であり、妥当である。

(参照) C—127条

2 使用貸借の終了（民法第597条関係）

民法第597条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者が返還の時期を定めたときは、使用貸借は、その時期が到来した時に終了するものとする。
- (2) 当事者が返還の時期を定めず、使用及び収益の目的を定めたときは、使用貸借は、借主がその目的に従い使用及び収益を終わった時に終了するものとする。
- (3) 当事者が返還の時期を定めず、使用及び収益の目的を定めた場合において、借主がその目的に従い使用及び収益をするのに足りる期間を経過したときは、貸主は、契約の解除をすることができるものとする。
- (4) 当事者が返還の時期並びに使用及び収益の目的を定めなかったときは、貸主は、いつでも契約の解除をすることができるものとする。
- (5) 借主は、借用物を受け取った後であっても、いつでも契約の解除をすることができるものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

使用貸借の終了事由が明確になる。このうち、(5)は現行民法では明文規定がないが、一般に使用貸借の借主はいつでも目的物を返還することができることと解されており、これを借主による解除という側面から明文化するもので妥当である。

(参照) C—131条

3 使用貸借終了後の収去義務及び原状回復義務（民法第598条関係）

民法第598条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 借主は、借用物を受け取った後にこれに附属させた物がある場合において、使用貸借が終了したときは、その附属させた物を収去する権利を有し、義務を負うものとする。ただし、借用物から分離することができない物又は借用物から分離するのに過分の費用を要する物については、この限りでないものとする。
- (2) 借主は、借用物を受け取った後にこれに生じた損傷がある場合において、使用貸

借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負うものとする。この場合において、その損傷が契約の趣旨に照らして借主の責めに帰することができない事由によって生じたものであるときは、借主は、その損傷を原状に復する義務を負わないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)は、使用借主の収去義務及び収去権に関する規律が明確になるので、妥当である。

(2)は、原状回復義務に関する規律が明確になるので適切である。通常損耗の回復が原状回復義務に含まれるか否かに関する規定を設けないことも使用貸借契約の趣旨によって様々であるから妥当である。

(参照) C—132条

4 損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限（民法第600条関係）

民法第600条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約の趣旨に反する使用又は収益によって生じた損害の賠償は、貸主が目的物の返還を受けた時から1年以内に請求しなければならないものとする。
- (2) 上記(1)の損害賠償請求権については、貸主が目的物の返還を受けた時から1年を経過するまでの間は、消滅時効は、完成しないものとする。
- (3) 借主が支出した費用の償還請求権に関する期間制限の部分を削除するものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

賃貸借と同様に扱う限りにおいて、現行民法を維持するもので、妥当である。

(参照) C—134条

第40 請負

1 仕事が完成しなかった場合の報酬請求権・費用償還請求権

(1) 請負人が仕事を完成することができなくなった場合であっても、次のいずれかに該当するときは、請負人は、既にした仕事の報酬及びその中に含まれていない費用を請求することができるものとする。

ア 既にした仕事の成果が可分であり、かつ、その給付を受けることについて注文者が利益を有するとき

イ 請負人が仕事を完成することができなくなったことが、請負人が仕事を完成するために必要な行為を注文者がしなかったことによるものであるとき

(2) 解除権の行使は、上記(1)の報酬又は費用の請求を妨げないものとする。

(3) 請負人が仕事を完成することができなくなった場合であっても、それが契約の趣旨に照らして注文者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、請負人は、反

対給付の請求をすることができるものとする。この場合において、請負人は、自己の債務を免れたことにより利益を得たときは、それを注文者に償還しなければならないものとする。

（注）上記(1)イについては、規定を設けないという考え方がある。

【意見】

(1)のアは賛成するが、イは要件を分かりやすくすることを条件に賛成する。

(2)は、(1)のアとの関係では賛成するが、イとの関係では要件を分かりやすくすることを条件に賛成する。

(3)は賛成する。

【理由】

(1)のアは、既に一部とはいえ履行が終わっており、かつ、注文者が当該給付を受ける利益がある以上は精算をすべきであり、妥当である。

これに対し、イは、仕事の完成不能が、注文者の必要な行為がなされなかったことによる場合で、かつ、そのことについて注文者に帰責性がない場合にも、請負人の仕事の出来高について精算を認めるもので、趣旨自体は理解できる。

しかし、「仕事を完成するために必要な行為」の意味が分かりにくく、取引実務に混乱を与えるおそれがあるので、要件について分かりやすくすべきである。例えば、「注文者が材料の支給をすべき場合、その他仕事の完成引渡し（引渡しが不要な場合は、完成）について注文者の協力が必要な場合であって、契約の趣旨に照らし、注文者の責めに帰することのできない事由により、その協力がされなかったとき」などの要件を定めるのが妥当であると思料する。

ただし、上記の割合的報酬の請求を認める場合は、悪質な請負業者が消費者に対して無駄な工事を押しつけて契約させ、消費者との間のトラブルにより工事が途中で終わった場合でも割合的報酬を請求する事態が生じかねないとの意見もある。

(2)は、(1)のアとの関係では妥当であるが、イとの関係では、上記の点を条件に賛成する。

(3)は、現行民法第536条第2項の規律を維持するものであり、妥当である。

（参照）C—146条，A—2条第五号

2 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任

(1) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の修補請求権の限界（民法第634条第1項関係）

民法第634条第1項の規律を次のように改めるものとする。

仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合には、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その修補の請求をすることができるものとする。ただし、修補請求権について履行請求権の限界事由があるときは、この限りでないものとする。

【意見】

賛成する。ただし、「履行請求権の限界事由」という文言を用いることは妥当とは言

えない。

【理由】

上記立法提案は、第634条第1項本文を維持し、同ただし書については履行不能の場合の例外の趣旨である旨を明示する点で、上記立法提案は妥当である。ただし、前記のとおり、「履行請求権の限界事由」という用語は誤解を受けるおそれがあるので、採用するのは妥当でない。

(参照) C—137条

(2) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを理由とする解除（民法第635条関係）

民法第635条を削除するものとする。

【意見】

第635条本文の削除には反対する。同本文のような規律を維持すべきである。ただし、上記(1)の規定に含めて条項化するのが妥当である。同条ただし書の削除には賛成する。

【理由】

仕事の目的物が契約の趣旨に適合せず、そのために契約目的を達することができない場合は、解除の一般原則により即時解除できることは当然であるが、売買の買主の権利（売主の瑕疵担保責任）の規定の場合と同様に、これを条文上明らかにして、分かりやすくするのが妥当である。

(参照) 第635条を削除（無催告解除の本文はC—137条で規定済み。ただし書は削除）

(3) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の注文者の権利の期間制限（民法第637条関係）

民法第637条の規律を次のいずれかの案のように改めるものとする。

【甲案】 民法第637条を削除する（消滅時効の一般原則に委ねる）ものとする。

【乙案】 消滅時効の一般原則に加え、仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを注文者が知ったときから〔1年以内〕にその適合しないことを請負人に通知しないときは、注文者は、請負人に対し、その適合しないことに基づく権利を行使することができないものとする。ただし、請負人が、引渡しの時に、仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでないものとする。

(注) 乙案について、引渡時（引渡しを要しない場合には仕事の終了時）から期間を起算するという考え方がある。

【意見】

基本的には乙案に賛成する。ただし、権利行使期間は、注文者が契約の趣旨に適合しない目的物であることを知った時から2年以内とし、その間にその旨を通知すれば足り

るとするのが妥当である（この主観的起算点をもとにした短期の時効の他に、下記(4)のとおり目的物引渡し（完成）から一定期間での時効も認めるべきである）。

【理由】

売買の買主の権利の行使期間と同様とするのが妥当である。

（参照）C—140条

(4) 仕事の目的物である土地工作物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任の存続期間（民法第638条関係）

民法第638条を削除するものとする。

【意見】

反対する。

【理由】

土地の工作物等について、引渡しからの一定の期間経過により、請負人の仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない（現行民法では「瑕疵がある」）ことに対する注文者の権利が消滅するという現行民法の制度を廃止する必要はない。実際にも、建築請負業者等は、本条を参考にして建築物の保証書を策定しており、これを廃止することによる混乱は大きいと思われる。

（参照）C—141条

(5) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任の免責特約（民法第640条関係）

民法第640条の規律を改め、請負人は、仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことについての責任を負わない旨の特約をした場合であっても、目的物の引渡時（引渡しを要しない場合には、仕事の終了時）に仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを知っていたときは、その責任を免れることができないものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

免責特約は、仕事の目的物が契約の趣旨に適合することを前提としており、その適合性に欠けることを知っていたにもかかわらず免責されるとするのは、背理である。

（参照）C—143条

3 注文者についての破産手続の開始による解除（民法第642条関係）

民法第642条第1項前段の規律のうち請負人の解除権に関する部分を改め、注文者が破産手続開始の決定を受けたときは、請負人が仕事を完成しない間は、請負人は契約の解除をすることができるものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

注文者についての破産手続開始による解除を認めるのは、請負人が仕事を完成しない間に限るのが妥当である。

（参照）C—145条

第41 委任**1 受任者の自己執行義務**

(1) 受任者は、委任者の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復受任者を選任することができないものとする。

(2) 代理権の授与を伴う復委任において、復受任者は、委任者に対し、その権限の範囲内において、受任者と同一の権利を有し、義務を負うものとする。

（注）上記(1)については、「許諾を得たとき、又は復受任者を選任することが契約の趣旨に照らして相当であると認められるとき」に復受任者を選任することができるものとするという考え方がある。

【意見】

(1)については、委任者の許諾を得た場合については賛成するが、その余は反対する。

（注）の意見の趣旨（条項の文言としては「委任者の利益のために正当と認められる事由がある」とするのが妥当）に賛成する。

(2)は報酬の直接請求については反対するが、その余は賛成する。

【理由】

(1)については、委任者の許諾を得た場合については賛成するが、その余については現行民法の「やむを得ない事由」に限るのは、現実的ではなく、「委任者の利益のために正当と認められる事由」があるときも、復受任者を選任することができる旨の考え方が妥当である。

(2)については、一般論としては現行民法第107条第2項の規律を維持するもので、妥当であるが、復受任者の委任者に対する報酬の直接請求権を認めることは、復受任者の選任に関わらなかった委任者にとっては不利益であるので、反対する。

（参照）C—149条

2 受任者の金銭の消費についての責任（民法第647条関係）

民法第647条を削除するものとする。

（注）民法第647条を維持するという考え方がある。

【意見】

反対する。（注）に賛成する。

【理由】

同条を維持することにより、委任者が受任者に対し損害賠償を請求するに当たって、請求した日ではなく「消費した日」以降の利息（遅延損害金）の支払を求めることができるというメリットがある。

また、受任者に過大な賠償義務を負わせることへの疑問が挙げられているが、自己のために消費することの問題は大きく、「消費した日」からの責任を負う現行規定を維持することには合理性がある。

3 受任者が受けた損害の賠償義務（民法第650条第3項関係）

民法第650条第3項の規律に付け加えて、委任事務が専門的な知識又は技能を要するものである場合において、その専門的な知識又は技能を有する者であればその委任事務の処理に伴ってその損害が生ずるおそれがあることを知り得たときは、同項を適用しないものとする。

（注）民法第650条第3項の現状を維持するという考え方がある。

【意見】

反対する。（注）に賛成する。

【理由】

通常の委任は、法律行為の委任であり、弁護士などの専門家に委任するケースが圧倒的に多く、現行民法第650条第3項は、それを前提としてなお過失無く受任者が損害を受けた場合の処理について規定しており、問題があれば過失の有無で調整もできるので、基本的には現行民法を維持すれば足りる。また、「専門的な知識又は技能」という要件も分かりにくい。ただし、賠償ではなく補償の文言に改めるのは妥当である。

（参照）C—155条

4 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項関係）

民法第648条第1項を削除するものとする。

【意見】

反対する。第648条第1項を維持するべきである。

【理由】

今日では、裁判等で問題となる事例は、有償委任が圧倒的に多いことは否定しないが、委任契約は無償の契約であるとの原則を維持するのが妥当である。なぜなら、有償契約が原則であるとする、近所付き合いその他密接な人間関係等から生じる「ささいな内容の委任」であっても報酬の請求を受けやすくなり、無用の紛争を惹起するおそれがあるからである。報酬を求める場合は、特約により報酬の有無、額を決めるべきであり、これを決めなかった時は報酬を請求できないとする原則を廃止するべきではない。

（参照）第648条第1項を維持

(2) 報酬の支払時期（民法第648条第2項関係）

民法第648条第2項の規律に付け加えて、委任事務を処理したことによる成果に対して報酬を支払うことを定めた場合には、目的物の引渡しを要するときは引渡

しと同時に、引渡しを要しないときは成果が完成した後に、これを請求することができるものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

委任事務を処理したことによる成果に対して報酬を支払う旨を合意した場合（成功報酬の特約）に、報酬支払時期について規定を設けることに対して、特に反対する理由はない。

（参照）C—153条

(3) 委任事務の全部又は一部を処理することができなくなった場合の報酬請求権（民法第648条第3項関係）

ア 民法第648条第3項の規律を改め、委任事務の一部を処理することができなくなったときは、受任者は、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができるものとする。ただし、委任事務を処理したことによる成果に対して報酬を支払うことを定めた場合は、次のいずれかに該当するときに限り、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができるものとする。

(ア) 既にした委任事務の処理の成果が可分であり、かつ、その給付を受けることについて委任者が利益を有するとき

(イ) 受任者が委任事務の一部を処理することができなくなったことが、受任者が成果を完成するために必要な行為を委任者がしなかったことによるものであるとき

イ 受任者が委任事務の全部又は一部を処理することができなくなった場合であっても、それが契約の趣旨に照らして委任者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、受任者は、反対給付の請求をすることができるものとする。この場合において、受任者は、自己の債務を免れたことにより利益を得たときは、それを委任者に償還しなければならない。

（注）上記ア(イ)については、規定を設けないという考え方がある。

【意見】

アの(ア)は賛成するが、同(イ)については要件を分かりやすくすることを前提に賛成する。イは賛成する。

【理由】

いずれも、請負で述べたことが妥当する。

（参照）C—153条

5 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条関係）

民法第651条の規律を維持した上で、次のように付け加えるものとする。

委任が受任者の利益をも目的とするものである場合（その利益が専ら報酬を得ることによるものである場合を除く。）において、委任者が同条第1項による委任の解除をしたときは、委任者は、受任者の損害を賠償しなければならないものとする。ただし、やむを得ない事由があったときはこの限りでないものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

判例法理（大判大正9年4月24日民録26輯562頁，最判昭和56年1月19日民集35巻1号1頁）すなわち委任が受任者の利益をも目的とする場合にも，結果的に，任意解除権を認めつつ，損害賠償を要するという考え方を条文化するもので，適切である。

（参照）C—156条

(2) 破産手続開始による委任の終了（民法第653条第2号関係）

民法第653条第2号の規律を次のように改めるものとする。

ア 有償の委任において，委任者が破産手続開始の決定を受けたときは，受任者又は破産管財人は，委任の解除をすることができるものとする。この場合において，受任者は，既にした履行の割合に応じた報酬について，破産財団の配当に加入することができるものとする。

イ 受任者が破産手続開始の決定を受けたときは，委任者又は有償の委任における破産管財人は，委任の解除をすることができるものとする。

ウ 上記ア又はイの場合には，契約の解除によって生じた損害の賠償は，破産管財人が契約の解除をした場合における相手方に限り，請求することができるものとする。この場合において，相手方は，その損害賠償について，破産財団の配当に加入するものとする。

（注）民法第653条第2号の規律を維持するという考え方がある。また，同号の規律を基本的に維持した上で，委任者が破産手続開始の決定を受けた場合に終了するのは，委任者の財産の管理及び処分を目的とする部分に限るという考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

委任者が破産手続開始の決定を受けた場合に一律に委任が終了とする第653条第二号は疑問があるとされており，請負に関して定められている第642条と同一の規律を設けるとするア・イは適切である。ウについても，現行民法第642条第2項と同様の規律を設けるものであり，妥当である。

（参照）C—158条

6 準委任（民法第656条関係）

(1) 民法第656条の規律を維持した上で、次のように付け加えるものとする。

法律行為でない事務の委託であって、〔受任者の選択に当たって、知識、経験、技能その他の当該受任者の属性が主要な考慮要素になっていると認められるもの以外のもの〕については、前記1（自己執行義務）、民法第651条、第653条（委任者が破産手続開始の決定を受けた場合に関する部分を除く。）を準用しないものとする。

(2) 上記(1)の準委任の終了について、次の規定を設けるものとする。

ア 当事者が準委任の期間を定めなかったときは、各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる。この場合において、準委任契約は、解約の申入れの日から〔2週間〕を経過することによって終了する。

イ 当事者が準委任の期間を定めた場合であっても、やむを得ない事由があるときは、各当事者は、直ちに契約の解除をすることができる。この場合において、その事由が当事者の一方の過失によって生じたものであるときは、相手方に対して損害賠償の責任を負う。

ウ 無償の準委任においては、受任者は、いつでも契約の解除をすることができる。

（注）民法第656条の現状を維持するという考え方がある。

【意見】

いずれも反対する。（注）に賛成する。

【理由】

(1)の「受任者の選択に当たって、知識、経験、技能その他の当該受任者の属性が主要な考慮要素になっていると認められるもの」との要件は、具体的にどのようなことを想定しているのかが分かりにくく、不明確と言わざるを得ない。

(2)は、上記(1)の前提に反対するので、賛成できない。

（参照）第656条を維持

【取り上げるべき論点】

○ 部会資料46第2、1(2)「受任者の忠実義務」〔49頁〕

【意見】

「受任者の忠実義務」については、忠実義務を定めた規定を設けるべきである。

【理由】

善管注意義務と忠実義務は沿革もその有する効果も異なる。最高裁判例は忠実義務を善管注意義務の一種として整理しているが、これはかえって両規定の意義を不分明にしている。実際に、特に近時、忠実義務の無理解による利益相反的行為が多数発生しているところである。この概念を立法によって明確化すべきである。

（参照）C—148条第2項

第42 雇用

1 報酬に関する規律（労務の履行が途中で終了した場合の報酬請求権）

- (1) 労働者が労務を途中で履行することができなくなった場合には、労働者は、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができるものとする。
- (2) 労働者が労務を履行することができなくなった場合であっても、それが契約の趣旨に照らして使用者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、労働者は、反対給付を請求することができるものとする。この場合において、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを使用者に償還しなければならないものとする。

(注) 上記(1)については、規定を設けないという考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

- (1) 雇用契約は、原則として、労務の履行に関し、その履行の割合に応じて報酬が支払われる契約類型である。そうすると、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができることは当然のことであるといえるが、明文規定でこれを確認することについては分かりやすい民法の実現に資するものであり、特段異議はない。
- (2) 雇用に関して現行民法第536条第2項の規律を基本的には維持するものであり、妥当である。

また、上記提案は、「反対給付を受ける権利を失わない」という同項の表現を、「反対給付を請求することができる」と改めるものとしているが、これも妥当なものと考えられる。すなわち、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が、雇用契約においては、労務を履行しなければ報酬請求権が発生しないとされている（ノーワーク・ノーペイの原則）ことから「反対給付を受ける権利を失わない」という同項の表現によっては、労務が現に履行されなかった部分についての報酬請求権の発生を基礎づけることができないからである。

上記提案は、現行民法第536条第2項とノーワーク・ノーペイの原則との関係を明らかにするものとして、分かりやすい民法の実現に資する。

なお、上記提案は、労働者が請求できるのは反対給付（すなわち報酬請求権）であるとして、従前の損害賠償請求権とする構成を採用していない点も妥当である。

(参照) C—177条

2 期間の定めのある雇用の解除（民法第626条関係）

民法第626条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 期間の定めのある雇用において、5年を超える期間を定めたときは、当事者の一方は、5年を経過した後、いつでも契約を解除することができるものとする。
- (2) 上記(1)により契約の解除をしようとするときは、2週間前にその予告をしなければならないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1) 「一定の事業の完了に必要な期間を定める」雇用契約や家事使用人の雇用契約については、労働基準法第14条第1項の期間制限が適用されない。これらの場合には、雇用契約の期間が5年を超える場合には、現行民法第626条によって長期にわたる契約の拘束から保護されることとなる。このように、雇用の規定と労働関係法規の適用範囲について同一でない状況が実際にある。こうした状況がある以上、現行民法第626条には労働基準法とは別に存在意義があり、よって、同条を全て削除するのは妥当でない。

ただ、本条をそのまま存置した場合、終身の間継続すべき雇用契約が認められる可能性が出てくる。上記提案は、この問題については、「雇用が当事者の一方若しくは第三者の終身の間継続すべきとき」という文言を削除しており、妥当なものと考えられる。

また、現行民法第626条第1項ただし書（商工業の見習を目的とする雇用）については、これを特別視して10年間の拘束を認める理由が特段見当たらず、適用場面もほとんど考えられないことから、現在では不合理な規定である。この問題についても、上記提案は、同項ただし書を削除しており、妥当である。

(2) 現行民法第626条第2項については、第627条の見直しとも整合させる観点からの見直しが必要であり、妥当である（使用者による解雇の予告期間については労働基準法第20条又は現行民法第627条第1項が適用され、他方、労働者からの解約の予告期間については一律に同項が適用されることになる。）。

(参照) C—180条

3 期間の定めのない雇用の解約の申入れ（民法第627条関係）**民法第627条第2項及び第3項を削除するものとする。****【意見】**

賛成する。

【理由】

現行民法第627条第2項は、「期間によって報酬を定めた場合には、解約の申入れは、次期以降についてすることができる。ただし、その解約の申入れは、当期の前半にしなければならない」とするが、実務上、同項の適用によって処理されていない。すなわち、解雇の場合には労働基準法第20条の解雇予告制度又は解雇予告手当に依っている。また労働者側からの辞職の場合には、現行民法第627条第1項の2週間の告知期間又は就業規則の定めによって処理されている。そうすると、同条第2項の適用は実務上行われておらず、死文化しているため、削除して差支えない。

現行民法第627条第3項は、「6箇月以上の期間によって報酬を定めた場合には、前項の解約申入れは、3箇月前にしなければならない」としているが、同項については、

報酬の定めが「6箇月以上の期間」による場合とは、事実上、年俸制を指すと考えられ、同制度との関係で同項を存置すべきか否かが問題となる。この点については、年俸制であっても、労働基準法第24条第2項の月払の原則に基づき、実際には月1回賃金が支払われている。その結果、同条は適用されておらず、死文化している。よって削除するのが妥当である。

(参照) C—181条（第627条第2項及び第3項を削除）

第43 寄託

1 寄託契約の成立等

(1) 寄託契約の成立（民法第657条関係）

民法第657条の規律を次のように改めるものとする。

ア 寄託は、当事者の一方が相手方のためにある物を保管することとともに、保管した物を相手方に返還することを約し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずるものとする。

イ 有償の寄託の寄託者は、受寄者が寄託物を受け取るまでは、契約の解除をすることができるものとする。この場合において、受寄者に損害が生じたときは、寄託者は、その損害を賠償しなければならないものとする。

ウ 無償の寄託の当事者は、受寄者が寄託物を受け取るまでは、契約の解除をすることができるものとする。ただし、書面による無償の寄託の受寄者は、受寄者が寄託物を受け取る前であっても、契約の解除をすることができないものとする。

エ 有償の寄託又は書面による無償の寄託の受寄者は、寄託物を受け取るべき時を経過したにもかかわらず、寄託者が寄託物を引き渡さない場合において、受寄者が相当の期間を定めて寄託物の引渡しを催告し、その期間内に引渡しがないときは、受寄者は、契約の解除をすることができるものとする。

(注) 上記エについては、規定を設けないという考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。ただし、寄託者の目的物引渡し義務を前提とすることには反対する。

【理由】

アについて

寄託契約を要物契約とすることには、沿革以外にその理由が見出せず、諾成的寄託契約を規定することが現在の通説に沿い、取引の実態にもかなう。

イについて

寄託契約が基本的に寄託者の利益を図るためにされるものであることからするならば、受寄者が寄託物を受け取るまでは、すなわち、寄託者が現実に寄託物の引渡しを行わず、受寄者にとっても寄託物の保管義務等の問題が生じない時点までは、受寄者は、寄託契約を解除できるとすることが妥当である。また、寄託者は、寄託を依頼しているのみであり、有償の場合の報酬支払義務以外は受寄者に対する権利を有するの

みで義務を負わないと考えるべきである（消費貸借における借主の借りる義務が認められないのと同じ）。

しかし、受寄者が寄託物を受け取る前に、解除された場合において、受寄者が、保管場所の準備等をしている場合もあるから、上記提案が、寄託者が、受寄者の支出した費用について、損害賠償義務を負うなどの手当てを講じていることは妥当であると考えられる。

ウについて

無償契約である贈与と整合的な規律を設けるものとして、賛成できる。

また、好意的契約である無償寄託の場合であって、書面によらない場合には、寄託物を受け取るまでの間、受寄者に解除権を認めることが妥当である。書面による無償寄託の場合には、ある程度受寄者において慎重に考慮する機会が与えられているといえるので、解除権を与えることまでは必要ないものとする。

エについて

有償寄託及び書面による無償寄託の場合であっても、寄託者が引渡時期を経過しても寄託物の引渡しをしない場合には、受寄者は、寄託契約から解放される必要性があるから、相当期間を定めた催告を前提に解除できるとすることが妥当である。

(参照) C—162条, C—163条

(2) 寄託者の破産手続開始の決定による解除

有償の寄託の受寄者が寄託物を受け取る前に寄託者が破産手続開始の決定を受けたときは、受寄者又は破産管財人は、契約の解除をすることができるものとする。この場合において、契約の解除によって生じた損害の賠償は、破産管財人が契約の解除をしたときにおける受寄者に限り、請求することができ、受寄者は、その損害賠償について、破産財団の配当に加入するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

受寄者が寄託物を受け取る前に、寄託者が破産手続開始の決定を受けたときでも、破産管財人がまだ寄託をしたいという局面があり得るので、寄託契約を当然には失効させず、破産管財人・受寄者の双方から解除権を認めるという規定を設けることは、妥当である。かかる規定は、破産法53条とも整合する。

なお、損害賠償の扱いについては、前記1(1)イと同様である。

(参照) C—164条

2 寄託者の自己執行義務（民法第658条関係）

(1) 民法第658条第1項の規律を次のように改めるものとする。

ア 受寄者は、寄託者の承諾を得なければ、寄託物を使用することができないものとする。

イ 受寄者は、寄託者の承諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、寄託物を第三者に保管させることができないものとする。

(2) 民法第658条第2項の規律を次のように改めるものとする。

再受寄者は、寄託者に対し、その権限の範囲内において、受寄者と同一の権利を有し、義務を負うものとする。

(注) 上記(1)イについては、「受寄者の承諾を得たとき、又は再受寄者を選任することが契約の趣旨に照らして相当であると認められるとき」でなければ、寄託物を第三者に保管させることができないものとするという考え方がある。

【意見】

(1)のイは賛成する。同イのうち寄託者の承諾については賛成するが、その余は反対する。(注)の意見の趣旨には賛成するが、条項の文言としては、「寄託者の利益のために正当と認められる事由があるときは、再受寄者を選任することができる」とするのが妥当である。

(2)は報酬の直接請求については反対するが、その余は賛成する。

【理由】

(1)については、現行民法第658条第1項が再寄託につき寄託者の承諾を要としている規律を改め、「やむを得ない事由」がある場合には寄託者が再受寄者を定めることができるものとするものであるが、そのみならず、復委任の場合と同様に、「寄託者の利益のために正当と認められる事由」があるときも、再受寄者を選任することができるのが、寄託の趣旨に適合しつつ再寄託の成立について柔軟に対応することができるので、妥当である。

(2)については、一般論としては現行民法第107条の規律を維持するもので、妥当であるが、再受寄者の寄託者に対する報酬の直接請求権を認めることは、再受寄者の選任に関わらなかった寄託者にとっては不利益であるので、反対する。

(参照) C—165条

3 受寄者の保管に関する注意義務（民法第659条関係）

民法第659条の規律に付け加えて、有償で寄託を受けた者は、善良な管理者の注意をもって、寄託物を保管する義務を負うものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

一般的な理解をもとに規律を明文として置くものであり、妥当である。

(参照) C—166条

4 寄託物についての第三者の権利主張（民法第660条関係）

民法第660条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 寄託物について権利を主張する第三者が受寄者に対して訴えを提起し、又は差押

え、仮差押え若しくは仮処分をしたときは、受寄者は、遅滞なくその事実を寄託者に通知しなければならないものとする。ただし、寄託者が既にこれを知っているときは、この限りでないものとする。

(2) 受寄者は、寄託物について権利を主張する第三者に対して、寄託者が主張することのできる権利を援用することができるものとする。

(3) 第三者が寄託物について権利を主張する場合であっても、受寄者は、寄託者の指図がない限り、寄託者に対し寄託物を返還しなければならないものとする。ただし、受寄者が上記(1)の通知をし、又はその通知を要しない場合において、その第三者が受寄者に対して寄託物の引渡しを強制することができるときは、その第三者に寄託物を引き渡すことによって、寄託物を寄託者に返還することができないことについての責任を負わないものとする。

(4) 受寄者は、上記(3)により寄託者に対して寄託物を返還しなければならない場合には、寄託物について権利を主張する第三者に対し、寄託物の引渡しを拒絶したことによる責任を負わないものとする。

(注) 上記(3)及び(4)については、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

【意見】

(1) 及び(2)については賛成する。

(3) 及び(4)については慎重に検討するべきである。

【理由】

(1) については、寄託者が訴えの提起等を知っているときまで受寄者に通知義務を課するのは妥当でないから、受寄者の通知義務を合理的な範囲で免ずるものとして妥当である。

(2) については、受寄者が、第三者に対し、寄託者が主張できる権利の援用をすることができなければ、寄託者が直接占有する場合と間接占有する場合とで結論が異なることになり、寄託者が不利益を被るものであるから、妥当である。

(3) 及び(4)については、この考え方では「受寄者が寄託者に対し通知をしていた場合、又は通知義務を負わない場合において、受寄者と第三者との間で裁判上の和解をした場合や受寄者が請求を認諾した場合についても、受寄者が第三者に対し寄託物を引き渡すことができる」とすることに繋がるものと思われる。

しかし、そうすると、受寄者が寄託者に対し寄託物を返還しなくてよい場合を広げるものであるから、受寄者による寄託者に対する第三者の訴え提起等の通知の内容は、寄託者が訴訟に関与する等、少なくとも自らの権利を主張する機会を得るに足るものがある必要がある。

他方、受寄者が寄託者への通知義務を怠った場合には、常に受寄者は寄託者に対し寄託物を返還しなければならないというのも硬直にすぎる。むしろ、受寄者が第三者に対し寄託物を返還することが適法かどうかは、受寄者から寄託者への通知の有無、第三者の請求の強制力の有無、受寄者と第三者との間の裁判上の和解や請求認諾の経緯等、諸般の事情を考慮して個別具体的に判断されるべきであり、明文の規定で規律するのは困

難ではないかと考えられるので、慎重に検討すべきである。

（参照）C—167条

5 寄託者の損害賠償責任（民法第661条関係）

民法第661条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 寄託者は、寄託物の性質又は状態に起因して生じた損害を受寄者に賠償しなければならないものとする。

(2) 上記(1)にかかわらず、次のいずれかに該当する場合には、寄託者は、上記(1)の損害を賠償する責任を負わないものとする。

ア 受寄者が有償で寄託を受けた場合において、寄託者が過失なく上記(1)の性質又は状態を知らなかったとき。

イ 受寄者が上記(1)の性質又は状態を知っていたとき。

（注）上記(2)アに代えて、寄託物の保管が専門的な知識又は技能を要するものである場合において、その専門的な知識又は技能を有する受寄者であればその寄託物の保管に伴ってその損害が生ずるおそれがあることを知り得たときとするという考え方があ

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

寄託者が原則として無過失責任を負う旨の現行民法を維持しつつ、有償寄託の場合や受寄者が寄託物の性質又は状態を知っていたときは無過失責任の例外を認めるものであり、妥当である。

（注）については、「寄託物の保管が専門的な知識又は技能を要するものである場合」という文言が明確ではなく、かつ、産業分野等によっても異なると考えられ、民法で定めるべきではないと考える。

（参照）C—168条

6 報酬に関する規律（民法第665条関係）

受寄者の報酬に関して、民法第665条の規律を維持し、受任者の報酬に関する規律（前記第41、4）を準用するものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

当会の委任の報酬に関する考え方を前提とする場合は、妥当である。

（参照）第665条の規律を維持

7 寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の損害賠償請求権の短期期間制限

(1) 返還された寄託物に損傷又は一部滅失があった場合の損害の賠償は、寄託者が寄

託物の返還を受けた時から1年以内に請求しなければならないものとする。

(2) 上記(1)の損害賠償請求権については、寄託者が寄託物の返還を受けた時から1年を経過するまでの間は、消滅時効は、完成しないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

短期の期間制限を設ける必要がある点において、賃借人の用法違反による損害賠償請求権と異なるところはない。

(参照) C—172条

8 寄託者による返還請求（民法第662条関係）

民法第662条の規律に付け加えて、有償の寄託について、同条による返還の請求によって受寄者に損害が生じたときは、寄託者は、その損害を賠償しなければならないものとする。

【意見】

賛成する。ただし、消費貸借と同じ規律とするべきである。

【理由】

消費貸借と同じ規律とする場合は、妥当である。

(参照) C—169条

9 寄託物の受取後における寄託者の破産手続開始の決定

(1) 有償の寄託において、寄託者が破産手続開始の決定を受けた場合には、返還時期の定めがあるときであっても、受寄者は寄託物を返還することができ、破産管財人は寄託物の返還を請求することができるものとする。この場合において、受寄者は、既にした履行の割合に応じた報酬について、破産財団の配当に加入することができるものとする。

(2) 上記(1)により破産管財人が返還時期より前に返還請求をした場合には、受寄者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができるものとする。この場合において、受寄者は、その損害賠償について、破産財団の配当に加入するものとする。

(注) これらのような規定を設けないという考え方がある。

【意見】

賛成する。

【理由】

寄託者について破産手続開始の決定があった場合には、契約の継続を望まない有償の受寄者の契約の離脱を認め、規律の合理化を図ることは妥当である。有償寄託の報酬債権は財団債権として保護されることから契約からの離脱を認める必要はないとの見解にも一理あるが、常に財団債権全てが満足を得るわけではないので、やはり契約関係からの離脱を認めるほうが妥当と考えられる。

（参照）C—164条

10 混合寄託

- (1) 複数の寄託者からの種類及び品質が同一である寄託物（金銭を除く。）がある場合において、これらを混合して保管するためには、受寄者は、全ての寄託者の承諾を得なければならないものとする。
- (2) 上記(1)に基づき受寄者が複数の寄託者からの寄託物を混合して保管したときは、各寄託者は、その寄託した物の数量の割合に応じた物の返還を請求することができるものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

いずれも一般的理解の明文化であり、混合寄託は倉庫寄託を中心として現実に活用されており、明文を置くことは妥当である。

（参照）C—175条

11 消費寄託（民法第666条関係）

民法第666条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 受寄者が契約により寄託物を消費することができる場合には、受寄者は、寄託された物と種類、品質及び数量の同じ物をもって返還しなければならないものとする。
- (2) 上記(1)の契約については、消費貸借に関する民法第588条（前記第37, 3）、第590条（前記第37, 5）及び第592条と、寄託に関する前記1、民法第662条（前記8）、第663条及び前記9を準用するものとする。

（注）上記(2)のうち、寄託物の返還に関する民法第662条、第663条及び前記9を準用する部分については、現状を維持する（基本的に消費貸借の規定を準用する）という考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については、消費寄託において受寄者が負う返還義務の内容を明文で明らかにするもので妥当である。

(2)は、消費寄託に消費貸借の規定を準用している現行民法第666条の規律につき、これを改め、①消費寄託の成立については寄託の規定を準用するものとし、②消費寄託の終了における受寄者の寄託物の返還に関する規律についても寄託の規定を準用している。そして、いずれも、消費寄託の利益は受寄者でなく寄託者にあるという消費貸借との相違点に着目して寄託の規定を準用するものとしているのであるから、合理的な提案であり、妥当である。

（参照）C—174条

第44 組合

1 組合契約の無効又は取消し

組合契約に関し、組合員の一部について意思表示又は法律行為に無効又は取消しの原因があっても、他の組合員の間における当該組合契約の効力は、妨げられないものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

組合契約の団体的性格及びこれを信頼する第三者を保護する要請から、組合契約を締結する旨の意思表示に無効又は取消原因があっても、組合は存続するという解釈を明文化するものであり、異存はない。

(参照) C—187条

2 他の組合員が出資債務を履行しない場合

(1) 組合員は、他の組合員が出資債務の履行をしないことを理由として、自己の出資債務の履行を拒むことができないものとする。

(2) 組合員は、他の組合員が出資債務の履行をしない場合であっても、組合契約の解除をすることができないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)について

組合員からの出資債務の履行請求に対し、当該組合員以外の組合員が未だ履行をしていないことをもって履行を拒絶することができるという結論は公平でない。

(2)について

組合の団体的性格から、解除の規定を排除する現行民法下の解釈を明文化するものであり、異存はない。

(参照) C—188条

3 組合の財産関係（民法第668条ほか関係）

(1) 組合の財産関係について、民法第668条、第674条、第676条及び第677条の規律を維持した上で、次のような規律を付け加えるものとする。

ア 組合員の債権者は、組合財産に属する財産に対し、その権利を行使することができないものとする。

イ 組合員は、組合財産に属する債権について、自己の持分に応じて分割して行使することができないものとする。

ウ 組合の債権者は、組合財産に属する財産に対し、その権利を行使することができ

るものとする。

- (2) 民法第675条の規律を改め、組合の債権者は、各組合員に対しても、等しい割合でその権利を行使することができるものとする。ただし、組合の債権者がその債権の発生の際に組合員の損失分担の割合を知っていたときは、その割合によってのみその権利を行使することができるものとする。

(注) 上記(1)アについては、このような規定を設けるべきではない（解釈に委ねる）という考え方がある。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)については、現行民法下における解釈を明文化するものであり、異存はない。

(2)については、現行民法の実体法的規律を維持した上で、組合員の損失分担割合に対する組合債権者の認識についての立証責任を転換したものであるが、第三者である組合債権者は組合契約の内容を知らないことが通常である上、かかる組合債権者に「知らないこと」の立証をさせることは酷であるので、提案に係る立証責任の分担の方が、現行民法下におけるものよりも妥当である。

(参照) C—189条, C—197条

4 組合の業務執行（民法第670条関係）

民法第670条の規律を次のように改める。

- (1) 組合の業務は、組合員の過半数をもって決定し、各組合員がこれを執行するものとする。
- (2) 組合の業務執行は、組合契約の定めるところにより、一人又は数人の組合員又は第三者に委任することができるものとする。
- (3) 上記(2)の委任を受けた者（業務執行者）は、組合の業務を決定し、これを執行するものとする。業務執行者が二人以上ある場合には、組合の業務は、業務執行者の過半数をもって決定し、各業務執行者がこれを執行するものとする。
- (4) 業務執行者を置いている場合であっても、総組合員によって組合の業務を執行することは妨げられないものとする。
- (5) 上記(1)から(4)までにかかわらず、組合の常務は、各組合員又は各業務執行者が単独で決定し、これを執行することができるものとする。ただし、その完了前に他の組合員又は業務執行者が異議を述べたときは、この限りではないものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)は、組合により意思決定された業務執行について、その実行方法を明確にするものであり、異論はない。

(2)及び(3)は、現行民法下における解釈を明文化するものであり異論はない。

(4)は、総組合員の意思を重視するもので、特段の問題はない。

(5)は、意思決定と実行の違いを前提に、現行民法の規律を維持するもので妥当である。

(参照) C—191条

5 組合代理

(1) 各組合員が他の組合員を代理して組合の業務を執行するには、組合員の過半数をもってした決定による代理権の授与を要するものとする。ただし、組合の常務に関しては、各組合員は、当然に他の組合員を代理してこれを行う権限を有するものとする。

(2) 業務執行者を定めた場合には、組合員を代理する権限は、業務執行者のみが有するものとする。

(3) 業務執行者が二人以上ある場合に、各業務執行者が組合員を代理して組合の業務を執行するには、業務執行者の過半数をもってした決定による代理権の授与を要するものとする。ただし、組合の常務に関しては、各業務執行者は、当然に組合員を代理してこれを行う権限を有するものとする。

【意見】

いずれも賛成する。ただし、組合代理の要件が満たされていないこと又は代理権に加えた制限は、善意無過失の第三者に対抗することができない旨の規定も設けるべきである。

【理由】

具体的な提案内容については、いずれも、現行民法下における組合と第三者との関係に係る解釈を明文化するものであり、異論はない。

ただし、組合代理の要件が満たされていないこと又は代理権に加えた制限については、これについて善意無過失の第三者を保護して取引の安全を図る必要があり、その旨の規定も設けるべきである。

(参照) C—194条

6 組合員の加入

(1) 組合の成立後であっても、組合員は、その全員の同意をもって、又は組合契約の定めるところにより、新たに組合員を加入させることができるものとする。

【意見】

賛成する。

【理由】

現行民法上明文はないものの、これを認めることに争いはなく、分かりやすい民法を実現する見地から、異論はない。

(参照) C—200条

7 組合員の脱退（民法第678条から第681条まで関係）

組合員の脱退について、民法第678条から第681条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

- (1) 民法第678条に付け加えて、やむを得ない事由があっても組合員が脱退することができないことを内容とする合意は、無効とするものとする。
- (2) 脱退した組合員は、脱退前に生じた組合債務については、これを履行する責任を負うものとする。この場合において、脱退した組合員は、他の組合員に対し、この債務からの免責を得させること、又は相当な担保を供することを求めることができるものとする。

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

(1)は、やむを得ない事由があっても組合を脱退することができない旨の合意を無効とする判例（最判平成11年2月23日民集53巻2号193頁）を明文化するものであり、分かりやすい民法の実現に資する。

(2)については、脱退した組合員は、脱退前に生じた組合債務について、弁済等の債務消滅事由などにより消滅するまでは存続するため、当該組合員が脱退前同様、弁済する責任を負うことを明文化すべきである。また、脱退した組合員が脱退の際に自己の責任部分について清算した場合は、組合に対して、自己の責任を免れさせるように請求できることにも異論がない。

(参照) C-201条

8 組合の解散事由（民法第682条関係）

民法第682条の規律を改め、組合は、次に掲げる事由によって解散するものとする。

- (1) 組合の目的である事業の成功又はその成功の不能
- (2) 組合契約で定められた存続期間の満了
- (3) 組合契約で定められた解散事由の発生
- (4) 総組合員による解散の合意

【意見】

いずれも賛成する。

【理由】

列挙されている事由が組合契約の終了事由であることは、解釈上争いがない。

(参照) C-205条

9 組合の清算

組合の清算について、民法第685条から第688条までの規律を基本的に維持した上で、同法第686条に付け加えて、清算人は、清算事務の範囲内で各組合員を代理する権限を有するものとする。

【意見】

賛成する。ただし、第685条において規定するのが妥当である。

【理由】

清算人の職務権限として組合員を代理する権限があることを明文化するもので、妥当である。

（参照）C—208条第3項

第45 終身定期金

終身定期金契約に関する民法第689条から第694条までの規律を基本的に維持した上で、同法第691条第1項前段の規律を改め、終身定期金債務者が終身定期金の元本を受領した場合において、その終身定期金の給付を怠り、又はその他の義務を履行しないときは、終身定期金債権者は、債務不履行の一般原則に従い契約を解除して、元本の返還を請求することができるものとする。

（注）終身定期金契約を典型契約から削除するという考え方がある。

【意見】

賛成する。

【理由】

債務者が、終身定期金の義務履行を怠っている場合は、一般原則による解除を認めるのが妥当であり、その旨を条文化することでルールの特明瞭化が図れる。

（参照）C—214条

第46 和解

和解によって争いをやめることを約した場合において、当事者は、その争いの対象である権利の存否又は内容に関する事項のうち当事者間で争われていたものについて錯誤があったときであっても、民法第95条に基づく錯誤の主張をすることはできないものとする。

（注）このような規定を設けないという考え方がある。

【意見】

反対する。（注）の意見に賛成する。

【理由】

判例・学説によって認められているルールを明文化することは、分かりやすい民法の実現に資する面はあるが、かかる規定を設けることによって錯誤による取消を萎縮させる効果もあり、裁判外の和解により消費者その他の立場の弱い者が一方的な和解をさせられてしまうことが多い現状では、特に規定を設けないのが妥当である。

（参照）第696条を維持

以上