

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見

日本大学法学部民事法・商事法研究会

法務省民事局参事官室は、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」を、e-Gov（電子政府の総合窓口）のホームページのパブリック・コメントのページに掲載して意見を募集した（その補足説明については『平成23年民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（平成23年）に掲載されているので、参照されたい）。そこで日本大学法学部では、これに 대응べく平成23年6月18日、同月25日、7月2日、同月23日に民法・商法・民事訴訟法の研究者等により構成される民事法・商事法合同研究会を開催して、右意見を検討した（当研究会会員のうち右会議の参加者は、末尾の名簿に掲げたとおりである）。

そして、右研究会の意見を取りまとめ、これを意見書として同年8月1日に法務省民事局参事官室に提出した。以下に掲載するのが、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見である。

なお、同意見募集の集計結果については、法務省の法制審議会民法（債権関係）部会資料33―1から33―7まで（同部会第35回会議（平成23年11月15日開催）のホームページ）を参照されたい。

第1 債権の目的

1 確かに、金銭に見積もることができない債権の効力も通常の債権となら異ならないことは明確であるため、本条文は無用にも思われる。ただ、保険法第3条「損害保険契約は、金銭に見積もることができ利益に限り、その目的とすることができ」は、民法第399条の特則として理解されているため、原則である本条を削除してもよいものか、更に検討を要すると考える。

2 (1) 契約解釈による契約内容の明確化が困難な場合もあると思われるため、任意規定として同条を置いておくことには意味があると考え。保存義務の内容についても、各々の契約内容や性質によって個別具体的に決められるのであればよいが、個々の契約類型に応じた個別規定を置くとなると、各々の保存義務の内容を決めるのが困難になってくるのではないかとと思われる。

2 (2) 賛成である。

3 契約解釈による契約内容の明確化が困難な場合もあると思われるため、任意規定として同条を置いておくことには意味があると考え。保存義務の内容についても、各々の契約内容や性質によって個別具体的に決められるのであればよいが、個々の契約類型に応じた個別規定を置くとなると、各々の保存義務の内容を決めるのが困難になってくるのではないかとと思われる。

4 (1) 同項に関しても、民法第400条に関する意見と同様に、契約内容の解釈が困難である場合もあると考えられるため、同条を任意規定として置いておくことも意味があるのではないか。具体的な要件の設定については、債権者と債務者の合意によって特定が生ずる旨の規定を設けても支障が生ずることは少ないと考えられるので良いのではないか。変更権の明文化については、慎重な検討を要すると考える。

4 (2) 同項に関しても、民法第400条に関する意見と同様に、契約内容の解釈が困難である場合もあると考えられるため、同条を任意規定として置いておくことも意味があるのではないか。具体的な要件の設定については、債権者と債務者の合意によって特定が生ずる旨の規定を設けても支障が生ずることは少ないと考えられるので良いのではないか。変更権の明文化については、慎重な検討を要すると考える。

5 (1) 利率の変動制を採用することによって、法定利率は合理的な水準に保たれるとは思われる。法定利率が用いられる各場面に適切な利率を定めることができれば非常に合理的であると思われるが、その算定の調整は困難なのではないか。また、利率の変動制の採用は、実務に大変大きな影響を与えると思われるため、慎重に検討する必要がある。

5 (2) 特に不法行為による損害賠償債務の遅延損害金については、非常に高額になりやすいため、遅延損害金の制裁的要素を加味するにせよ、遅延損害金を算定する利率を法定利率よりも高い利率にすべきとの指摘については、慎重に検討すべきだと考える。

5 (3) この問題は、本来的には損害賠償の算定方法の問題であるが、現時点では判例や実務上の解釈・運用に委ねられている逸失利益の算定方法について、立法で一定の枠組みを設けることになるため、特に不法行為に与える影響の大きさには慎重になる必要がある。

5 (4) 賛成である。

6 賛成である。

第2 履行請求権等

- 1 賛成である。実務上の意義はともかく、学理上の意義はある。
- 2 賛成である。具体的には、前記第2の1を前提に、民法第414条をそのまま存置し、必要に応じ架橋規定・一覽規定を設ければ足りる。配置も債権編でよい。

規定の性質が実体法か執行法か不明確な規定や両法の性質を併有する規定については、両法で規定すれば足り、その結果実体法・執行法間の規定の重複が生じてもよい。例えば、会社法の組織再編の規定は、分かりやすさの観点から重複をいとわず規定したが、準用先を逐一確認しないでもよいという意味で実務上も大いに助かっている。同一の法の中で重複があり得るのであるから、関連する別個の法相互間で規定の重複があってもよい。

ただ、補足説明（議事の概況等）1末文にあるとおり、両法で使用する文言を同一にしたり、民事執行法において「民法●●条の●●…」と規定するなど、規定ぶりを明確に整理すべきである。

また、前記第2の1の指摘する一覽規定を設けた場合の弊害については、それほど心配する必要はない。平成23年の非訟事件手続法の改正についても、整備法で会社法を改正しており、同様の手法で民法を改正すればよい。

3 賛成である。実務上の意義はともかく、学理上の意義はある。

判断基準については、「社会通念又は契約の趣旨」とすれば足りる。もとよりここという「又は」は法制執務上のいわゆる「およびまたは」の用法であって、両者を同時に考慮することを排斥する趣旨ではない。

4 (1) 賛成である。「債務の不完全な履行」の意義についても、部会資料の理解でよい。

前記第2の1の履行請求権の一態様と考えられる。

請負等の各則規定との重複や原則・例外関係が生じ得る場合には、例えば、原則が●●条だとすると、「●●条の規定にかかわらず、」と規定するなどして、両条の関係が一見して分かるように配慮することが望ましい。

4 (2) 賛成である。

4 (3) 賛成である。

第3 債務不履行による損害賠償

- 1 (1) この点につき、特段の異論はない。
- 1 (2) この点につき、特段の異論はない。
- 1 (3) この点につき、特段の異論はない。
- 1 (4) この点につき、特段の意見はない。

- 1 (5) 本研究会においては、債務不履行に関するいわゆる三分類説（履行遅滞、履行不能、不完全履行）を維持し、瑕疵担保責任につき法定責任説に立つことをもって妥当と考える立場が多数を占め、この点を踏まえて慎重な検討がなされることが望ましいという意見が多かった。
 - 1 (6) 「債務の本旨に従った履行をしないとき」という要件に関しては、解釈論が実務に定着しているため、同要件のみを規定することで足りる。なお、本研究会では、債務不履行に関するいわゆる三分類説（前記第3の1(5)）は、わかりやすさという点、これまでの議論との整合性を維持すべき点からいって妥当とする立場が多数であり、かかる三分類説を維持すべきと考えている。改正にあたっては、この点を留意して検討されたい。
 - 2 (1) 本研究会においては、この点につき、特段の異論はみられなかった。なお、本研究会は、三分類説（前記第3の1(5)）を維持すべきと考えている。改正にあたっては、この点を留意して検討されたい。
 - 2 (2) 本研究会は、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義（故意・過失がない場合には責任を負わないとする考え方）に求め、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味を、故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由と解する伝統的な見解が、実務において定着しているところから、妥当であり、今更これを変更する必要があるものと考えている。契約の拘束力に求める「見解をベースにすること自体が妥当ではない。改正にあたっては、わが国の実務から遊離し、いたずらに新奇な考えに依拠するべきではあるまい。
 - 2 (3) この点につき、特段の異論はない。
 - 3 (1) 「判例・裁判実務の考え方、相当因果関係説、保護範囲説・契約利益説等から導かれる具体的準則の異同を整理しつつ、損害賠償の範囲を画する規律の明確化の可否について、更に検討」するという、『中間論点整理』の立場に賛成する。慎重に精査されたい。
 - 3 (2) 前記第3の1(1)に併せ、「判例・裁判実務の考え方、相当因果関係説、保護範囲説・契約利益説等から導かれる具体的準則の異同を整理しつつ、慎重に精査されたい。
 - 3 (3) 前記第3の1(1)(2)に併せ、「判例・裁判実務の考え方、相当因果関係説、保護範囲説・契約利益説等から導かれる具体的準則の異同を整理しつつ」、慎重に精査されたい。
 - 3 (4) この点については、商法第581条などの規定を参考に、慎重に精査されたい。
 - 3 (5) 前記第3の1(1)(2)に併せ、「判例・裁判実務の考え方、相当因果関係説、保護範囲説・契約利益説等から導かれる具体的準則の異同を整理しつつ」、慎重に精査されたい。
 - 4 (1) 本研究会においては、判例・学説が認める過失相殺の適用範囲を条文上明確にすること自体には、特段の異論がなかったが、「損害軽減義務」のような新しい概念を、直ちに条文化することについては、意見の統一をみるに至らなかった。
- 本研究会の議論において、過失相殺の適用範囲（民法第418条）については、債務不履行の発生について過失がある場合だけではなく、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用されるという判例・学説の解釈を踏まえ、これを条文上明確にする方向で、更に検討することは賛成であるが、その際に、次の点が検討されなければならないとする意見もあった。

第1に、債権者が債務不履行の発生や損害の発生・拡大を防ぐために合理的な措置を講じたか否かという規範を定立するなど、債権者の損害軽減義務の発想を導入するという考え方（損害軽減義務）の適否である。現行民法第418条のもとでは、債権者の過失が問題となる場面として、①債務不履行の発生について債権者に過失がある場合、②損害の発生に債権者の過失がある場合、および、③損害の拡大に債権者の過失がある場合があるとされ、それぞれの場合に民法第418条が適用されると解釈されてきたが、同条の文言では、①については明確であるものの、②および③については、必ずしも明確ではない。そのため、②③の場合を具体化して、損害軽減義務の観点から、「債権者が合理的な措置を講じていればその発生または拡大を防ぐことができたとき」とすることは、これまで曖昧であった条文上の文言を明確化する点でそれなりの意味を有するが、そもそも債権者に損害軽減義務を課すことの当否が問われなければならない。債権者の義務性を強調することにより、債権者が損害軽減のみの観点から担保の早期処分を迫られたり、不完全履行の受領を事実上強制されたりするなど、債権者に過度の負担を課すことにもなりかねない。過失相殺には債権者・債務者双方の利益を調整する機能があるが、債権者側の作為義務的要素のみを規定することでその機能が損なわれないか、過失相殺の法理の濫用ないし悪用のおそれはないかなど、文言の表現も含めて、慎重な検討を要する。

第2に、過失相殺の問題は、不法行為における過失相殺（民法第722条第2項）との議論も関連しており、損害賠償責任の減輕事由として具体的にどのような事情を考慮できるものとすべきかという観点に留意しつつ、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠および効果を検討する必要がある。とりわけ、債務者の故意・重過失による債務不履行の場合に、過失相殺を制限する法理の要否は重要な問題と思われる。

4(2) 本研究会においては、この点につき、過失相殺につき、債務不履行の場合と不法行為の場合につき、統一が図られるべきという意見があったほかは、特段の意見はみられなかった。

過失相殺の効果は、現行民法第418条では必要的減免とされているが、これを任意的減輕に改めるべきかについては、過失相殺に損害軽減義務の発想を導入する要件論との関係のみならず、不法行為における過失相殺（民法第722条第2項）との議論も関連しており、これらを併せて検討することが望まれる。

5 本研究会においては、この点につき、特段の異論はみられなかった。

6(1) 本研究会においては、金銭債務の不履行についても、ドイツ民法のように債務不履行の一般原則によって要件を考えるべきであり、責めに帰すべき事由を要求し、不可抗力については免責されるという形で規定すべきとの見解が多数を占めたが、利息が生じるのは不当利得の考えによるのであるから、責めに帰すべき事由は必要ではないとの見解も強く主張された。

6(2) 債務不履行者が不当な利益を保持することを防止するためにも、利息超過損害についても債務不履行の一般原則により処理するとの考えからこれを認めるべきである。損害が過大なものになる恐れがあるのとの考えに対しては損害賠償の範囲の解釈論で適切に処理できる。ここにいる利息と損害賠償の関係はどういう関係にあるのかなど更なる検討が必要である（遅延利息は損害賠償の問題ではないのではないか）との見解もあった。遅延利息を現在の基準利率に数パーセント上乘せする形で遅延利息を規定することにより、この問題はほとんど解決されるが、そのみ

では処理できない問題が残るので、利息超過損害の賠償についても規定すべきである。

7 不当条項規制との関係や担保責任を負わない旨の特約（民法第572条）との関係に留意しつつ、引き続き検討されたい。なお、当該特約が、不法行為においても適用されるかについても、議論されたい（国際海上物品運送法第20条の2、最判平成10年4月30日判時1646号162頁、大阪高判平成13年4月11日判時1753号142頁等参照）。

第4 賠償額の予定（民法第420条、第421条）

本研究会においては、予定された損害賠償額が過大なものであるときは裁判所が減額することができるとの規定を設けるべきとの見解が多数を占めたが、減額にあたってはどの程度過大なものとなっていたかという額の問題だけでなく当事者の属性や賠償額の予定がなされた経緯などを考慮することになるので、民法第90条などの一般条項によって適切に処理できるのであって規定を設ける必要はないとの見解もあった。規定を設ける際には一部無効、契約改定等の関係等についても配慮すべきである。

第5 契約の解除

1 (1) 債務不履行に関するいわゆる三分類説（前記第3の1(5)）を維持すべきであり、それに従った解除制度を維持すべきである。解除するには責めに帰すべき事由を必要とすべきである。「契約の重要な不履行」という要件によったとしても従来の具体的な内容と異なることはないし、契約の重要な不履行という要件があまりにも大きな意味をもつことになりそれにあたるか否かが問題となり、それを回避するために催告解除も維持するとすると従来のままでよいのではないかとの見解が多数を占めたが、契約解除を契約からの解放制度として捉えることに賛成する見解もあった。

1 (2) 追完可能か否かにより区別して考えてきた従来の考えを維持する方向で検討すべきである。

1 (3) 催告しても意味がない場合に直ちに解除できるかを「契約の重大な不履行」に当たるか否かの解釈によるのではなく、従来の解釈論で十分解決できる。さらに、「契約の重要な不履行」という要件を設けるのであれば、翻意の可能性や「契約の重大な不履行」に当たるか否かがはっきりしない場合に備えて催告解除も残しておくべきである。

1 (4) 「債務を履行しない場合」という包括的な要件の設定は、債務不履行に関するいわゆる三分類説（前記第3の1(5)）の区別を考えないものであり、このように統一しても要件に関し実質的には従来の三分類説のそれを考えることになる。催告解除を残すのであれば包括的な規定にしても大きな問題は生じないが、遅滞・不完全履行の場合の債務者の追完利益の保障をどう考えるか問題が残る。「契約の重大な不履行」という要件の機能が大きくなりすぎるので、要件の明確化を図るという意味で従来の三分類説を維持すべきである。

2 本研究会においては、債務者の追完利益の保障を考えて帰責事由を必要とすべきであるとの見解が多数を占めた。もし帰責事由を必要としないとしたとしても、危険負担との関係において、解除に一元化するのではなく危険負担制度も維持すべきである。解除後の清算関係における危険負担の問題が残るからである。

3 (1) 履行請求できなくなるが、直接効果説、間接効果説、折衷説のどれによるのかを明確にしておくことが望ましい。解除後は、紛争処理に関す

る契約上の定め、その他解除に適用されるべき契約上の定めについて影響を及ぼさない旨の規定を設けなくても解釈論によって十分対応できるが、規定を置くことに異論はない。

3 (2) 判例は利息・果実・使用利益の返還について認めているので、これについて規定することに問題はないが、本研究会においては、不当利得との関係について検討する必要があるとの意見が主張された。①将来に向かってのみ効力を生じる場合の原状回復については、解釈論でも対応できるが、規定を設ける必要がある。②原状回復の目的物の価値が時間の経過により減少する場合に関しては一般原則によつて処理すべきである。③解除原因となった不履行の態様、債務者の主観的要素、不履行が生じた経緯や、④不履行の現任に対する両当事者の寄与に応じて現状回復の負担を調整することは、要件で帰責事由との関係や損害賠償で調整できないかなお検討を要する。

3 (3) 取消・無効をも含めて巻戻しの清算に関する処理規定を明確にする必要がある。危険負担制度をなくすとした場合特にそうなる。帰責事由がない場合、危険負担によるのか、債務独立説によるのかなどさらに検討を要する。

4 解除権者が解除権の存在を知らずに契約目的物を加工または改造した場合、解除権は消滅しないとすべきである（契約に照らし解除権者の負う義務違反によらない場合には解除権はなくなる）。5

一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認める規定は、要件設定が困難であり認めるべきではない。この問題は、無効・取消についてでもいいるので、もし規定するとした場合、それらとの関係も含めて検討すべきである。

6 労働契約における解除については、民法ではなく労働法において規定を設けるべきである。

第6 危険負担（民法第534条から第536条まで）

1 危険負担は、不可抗力で債務が消滅した場合に反対債務を消滅させるものであり、解除は、片方が重大な契約違反をした場合に契約を維持できないとして反対債務を消滅させるものであるから、両制度は趣旨が異なり、適用範囲もそれぞれ異なることから、併存させてよい。

2 民法第536条第2項については、同規定の規律する内容を存置することに賛成する。民法第535条については、滅失と損傷との場合で正反対の処理をする合理的理由を見出し難いので、規律を見直すべきだと考える。

3 危険負担制度を維持することを前提とし、A案（債権者主義の適用範囲を目的物の支配可能性が移転した時からとする考え方…部会資料5―2の第4の2）が妥当と考える。目的物を何ら支配していないのに危険が移転するというのは一般常識的感觉に合致しないので、支配可能性の移転によつて危険が移転するというように適用範囲を制限すべきである。移転の時期は、引渡もしくは登記の移転を基準とするのが、一般市民の感覚に適合的でわかりやすい。

第7 受領遅滞（民法第413条）

1 弁済の提供の規定との整合性を図りつつ、受領遅滞の効果を規定することについては賛成する。

受領遅滞の効果について、反対債務の期限の利益の喪失を規定することについては消極である。受領拒絶の理由も様々であり、債務の本旨に

従って履行の提供か否かが争点になる場合も少なくないのであり、受領拒絶を直ちに制裁の対象として良いかは個別的な判断が必要であり、実務の運用に委ねる方が適切ではないか。

2 本研究会においては、前提となる受領義務の明文文化について、受領義務を負うのが原則にならないかとの疑問を呈する意見があった。

現在の判例法理を変更しない形で規定できる限りにおいて積極的な反対意見はなかったが、なお慎重に検討する必要がある。

第8 債務不履行に関連する新規規定

1 本研究会においては、債務者の追完を認めること自体に積極的な反対意見はなかったが、それを債務者の権利と構成することについては消極的な意見が多かった。

請負契約において、請負人が容易に瑕疵を修補しうるにも拘わらず注文者がこれを拒絶しているような場合についての救済規定の必要性は否定できないが、債務不履行による救済を受けるべきは債権者であることに鑑み、追完について、一般的な債務者の権利として構成することについては、なお慎重であるべきである。

2 なお、検討を要する。A案（部会資料5―2第6の2）のような類型化は問題があるが、B案に従った明文文化も困難であろうと思われる。現状のままでどのような不都合があるのか、新たに規定を設ける必要があるのかという点も含めて、今後も検討を要する。

3 本研究会においては、代償請求権の規定を設けること自体に、積極的な反対意見はなかった。ただ特定物売買に関する危険負担の債権者主義を撤廃した上で、なお、代償請求権の規定を必要とする場面がどの程度あるのかについては、なお検討を要する。

第9 債権者代位権

1 本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権を区別し、それぞれについて法律関係を明確にすることに賛成である。

2 (1) 本研究会においては、民事執行・民事保全法上の制度が、債権者代位権のすべての機能を代替できるわけではないため、本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を認めないことを前提に、本来型の債権者代位権を存続させるべきであるとの意見がある一方、本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を従来どおり認めた上で、本来型の債権者代位権を存続させるべきであるとの意見があった。

2 (2) 本研究会においては、本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）については、これを否定すべきとする意見と否定する必要はないとの意見に分かれた。

債権回収機能を否定すべきとする意見は、民事執行制度とは別に、代位債権者（一般債権者）に債務名義なくして事実上の優先弁済を認める合理性はなく、債務者の換価対象財産が債権である場合にのみ、民事執行制度とは別に特別な債権実現ルートを置くのであれば、その合理性について明確な根拠が必要であるとしている。

これに対し、債権回収機能を否定することに慎重な意見は、仮差押え等の手段を利用するためには担保が要求されなど費用の負担を強いられ、

また債権回収機能を認めることによって具体的な弊害は生じていないのであるから、債権回収機能を否定する必要はないとしている。

- 3 (1) 本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定すべきとする立場に立った場合、債権回収機能を否定または制限する方法として、代位債権者への金銭の交付を認めず、第三債務者に金銭を供託させる方法、あるいは代位債権者への金銭の交付を認めるが、相殺を禁止する方法等が考えられるが、相殺を禁止する方向で検討するのが望ましい。

被代位権利が金銭以外の物の引渡しを求めるものである場合には、債務者による受領が期待できないときに限り、代位債権者への直接給付を認めるべきとの指摘がなされており、この点についても更に検討すべきである。

- 3 (2) 本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定する場合には、被保全債権の債権額によって代位権行使の範囲を制限すべき理由はないものと思われる。しかし、代位債権者に被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに被代位権利の行使を認めたとしても、自己の債権の保全に必要な範囲を超えてすべての債権者の利益のために被代位権利を行使するというような使われ方は想定し難いと思われる。

- 3 (3) 代位債権者が債務者の財産関係に介入することが許される根拠として、一般的に債務者の無資力が挙げられている。しかし、本来型の債権者代位権の存在意義を債務者の責任財産の保全に求め、本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定する場合には、代位債権者による債務者の財産関係への介入の度合いはそれ程大きいとはいえず、無資力要件を条文中明記する必要はないものと思われる。むしろ、民事保全法第20条第1項の保全の必要性の要件と同じでよいのかについて、更に検討すべきである。

債務者名義でない債務者所有の不動産を差し押さえようとする債権者が、その前提として債務者の登記申請権を代位行使する場合には、債権者代位権における無資力要件の問題として議論するよりも、民事執行規則第23条第1号の類推適用を認める最判平成22年6月29日民集64巻4号1235頁、民事執行法第23条第3項の類推適用を主張する学説上の有力説等を参考に、執行法上の問題として強制執行を可能とする手法について議論するのが望ましい。

- 4 (1) 転用型の債権者代位権については、一般的な根拠規定を設ける方向で検討するのが望ましい。

- 4 (2) 判例（最判昭和38年4月23日民集17巻3号356頁）が示す要件を参考にしつつ、被保全債権の実現に債務者による被代位権利の行使が欠くことができないものであるといった不可欠性や、他に適切な手段がないといった必要性・補充性等を要件として要求すべきか否かについても更に検討するのが望ましい。

- 4 (3) 転用型の債権者代位権は、非金銭債権（特定債権）の内容を実現するための手段として用いられるのであるから、被代位権利の目的物を代位債権者に直接給付することを認めてよく、代位債権者への直接給付を認めることを原則とし、直接給付を認めない場合について更に検討するのが望ましい。

- 5 (1) 被保全債権及び被代位権利に関する要件について、本提案のような方向で検討することにつき特に異論はない。

- 5 (2) 債務者が知らない間に債権者が代位権を行使し、債務者の財産管理権への介入がなされることは妥当ではなく、裁判外における債権者代位権

の濫用的行使に対する防止策として、債権者が代位権を行使するには債務者への通知を要求する方向で検討するのが望ましい。ただし、債務者が所在不明であるなど、債務者への通知が困難である場合につき、通知義務の例外を設けるか否かについても検討する必要がある。

債務者への通知を代位権行使の要件とする場合には、通知義務に違反した場合の効果として、代位権行使の効果是否定することなどが考えられるが、この点については更に検討する必要がある。

- 5 (3) 債務者が債権者から代位権行使の通知を受けるか、または債権者の代位権行使を了知したときは、債務者独自の権利行使・処分はできないものとされているが（大判昭和14年5月6日民集18巻557頁）、債務者が債権者の代位権行使を知ったとしても、訴訟外での行使の場合には、債務者にそれを争う不服申立ての方法が用意されていない。したがって、通知や了知によって債務者の権利行使を遮断すべきではないと思われる。通知等による債務者の権利行使を制限するのであれば、同時に債務者に対する不服申立手段の確保についても検討すべきである。

- 5 (4) 判例（大判昭和15年3月15日民集19巻586頁）は、代位債権者が債権者代位権の行使に当たって、善良な管理者の注意義務を負うものとしている。その法律構成については、債務者と代位債権者との関係を一種の法定委任関係であるとする見解が多数であるが、債務者と代位債権者の関係を事務管理としてとらえる見解もある。これらの見解をふまえて、代位債権者が善管注意義務を負うことを明らかにする方向で更に検討すべきである。

なお、本研究会においては、代位債権者は善管注意義務の他に、忠実義務も負うべきであるとの意見もあった。

- 5 (5) 代位債権者の費用償還請求権は、前記第9の5(4)の代位債権者の善管注意義務の法律構成に関わることから、前記第9の5(4)の代位債権者の善管注意義務と合わせて検討するのが望ましい。

なお、費用償還請求権についての一般先取特権の付与については、代位債権者が債権者代位権行使のために支出した費用が公益性を有するか否かに左右され、本来型の債権者代位権の存在意義についての考え方にも関わるから、その点について更に検討する必要があると思われる。

- 6 (1) あえて規定を設けるか否かは別として、第三債務者が代位債権者自身に対して有する固有の抗弁を主張することの可否については、これを許容する見解もあることから、この点について更に検討するのが望ましい。

- 6 (2) 供託原因を拡張することは、第三債務者の負担軽減につながるが、債権者代位権行使の要件を満たすかどうかを問わず、代位債権者からの請求を受けることのみで供託を認めることは、債務者に不当な不利益を負わせることになりかねないとの指摘があり、また裁判外で債権者代位権が行使された場合に第三債務者の債務者に対する弁済が禁止されないと立場に立てば（後記第9の7(3)参照）、第三債務者は債務者に弁済すればよいのであるから、そのような供託を認めることの必要性については、後記第9の7(3)の債務者による処分の制限の問題と合わせて検討する必要がある。

- 6 (3) 債権者代位訴訟が提起された場合、他の債権者が同一の被代位権利について別訴を提起することは二重起訴の禁止（民事訴訟法第142条）に抵触して許されないと解されているので、他の債権者がとり得る手段は訴訟参加である。訴訟参加の形態として、他の債権者は共同訴訟参加（民事

訴訟法第52条)をすることができると解されている。また、共同訴訟参加の他に、独立当事者参加(民事訴訟法第47条)を認めた裁判例(東京高判昭和52年4月18日判タ357号243頁)もあり、この裁判例を参考にして、複数の代位債権者に対して金銭その他の者を交付することを命ずる判決が確定した場合に、第三債務者がそのうちの一人に対して履行をすれば債務を免れるものとすべきか否かについて検討することが提案されている。

しかし、本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)を否定する場合(前記第9の3(2)参照)には、もはや他の債権者による独立当事者参加を認める余地はないとも考えられることから、本提案については本来型の債権者代位権における債権回収機能の可否の問題(前記第9の3(2))と合わせて検討すべきであると思われる。

7(1) 法定訴訟担当とされる会社法上の責任追及等の訴え(株主代表訴訟・会社法第847条以下)等を参考に、債権者代位訴訟についても特別な手続規定を設けることに賛成である。

なお、特別な手続規定については、本研究会においては、これを民法に設けるべきであるとの意見と民事訴訟法に設けるべきであるとの意見に分かれた。

7(2) 判例・通説によれば、債権者代位訴訟は法定訴訟担当であり、代位債権者の得た判決の効力は民事訴訟法第115条第1項第2号により債務者に対し有利にも不利にも及ぶとされている。ただし、債務者が被保全債権の不存在を立証して代位債権者の当事者適格を否定すれば、判決効の拘束から免れることができるとされている。これに対して、代位債権者が受けた敗訴判決の効力は債務者には及ばないとする見解、代位債権者が受けた判決の効力は有利不利を問わず債務者には及ばないとする見解、訴訟告知により債務者が債権者代位訴訟に関与する機会が与えられたことを判決効拡張の要件とする見解等が主張されている。

債権者代位訴訟に関与する機会が保障されていない場合に、債務者にその判決の効力を及ぼすことは手続保障の観点から問題であることが指摘されており、債務者への判決効の拡張については、代位債権者から債務者への訴訟告知を要求する方向で検討すべきである。

7(3) 判例(大判昭和14年5月16日民集18巻557頁)によれば、債務者が代位債権者の権利行使について通知を受けるか、または代位債権者の権利行使を了知したときは、債務者独自の訴えの提起は認められず、また権利の処分もできないとされている。少なくとも、債権者代位訴訟が提起された後は、代位債権者から債務者への訴訟告知を要件としつつ、債務者による権利の処分は制限されるものとしてよいと思われる。

なお、第三債務者の債務者に対する弁済をも禁止すべきか否かについては、第三債務者の地位を不安定にするとの観点から、これを禁止すべきではないとの考え方があり、仮に第三債務者による弁済を禁止する場合には、民事執行法第156条第1項を参考にして、第三債務者に供託する権利を付与することについても検討するのが望ましい。

7(4) 判例(最判昭和45年6月2日民集24巻6号447頁)は、債権者代位訴訟の係属中に被代位債権が差し押さえられて取立訴訟が提起されたケースについて、差押えがあっても代位債権者の訴訟追行権が失われるものではなく、裁判所は両訴訟を併合審理し、これらをともに認容することができるとしている。債権者代位権と執行保全制度との併存を認める限り、やむを得ない結果であると思われるが、債権者代位訴訟を強制執行までの

中間的段階に位置づける考え方の下では、差押えがされ強制執行が行われる場合には、むしろそれを優先するのが自然であり、代位債権者も強制執行においてその権利を行使すべきであると思われる。

債権者代位訴訟の提起後に被代位債権が差し押えられた場合に、差押えを優先するとの立場に立てば、債権者代位訴訟を中止とするか、あるいは中断させるかについての検討を要するが、強制執行の推移を見守るという趣旨からは中止とするのが適切であると思われる。

7(5) 債務者、他の債権者が債権者代位訴訟に訴訟参加できることについては争いがなく、この点につき条文上も明らかにする方向で検討するのが望ましい。

債権者代位訴訟における債務者の当事者適格は否定的に解されていることから、その参加の形態は補助参加である。また、債務者には債権者代位訴訟の判決効が及ぶこと（民事訴訟法第115条第1項第2号）から、その補助参加は共同訴訟的補助参加となる。

なお、債権者代位訴訟における債務者の当事者適格は否定的に解されているものの、債務者が代位債権者の当事者適格を争う手段として、独立当事者参加（民事訴訟法第47条）が認められている。

他の債権者が後から債権者代位権を行使したいと考える場合に取得する手段は訴訟参加であり、その参加の形態は共同訴訟参加（民事訴訟法第52条）である。また、共同訴訟参加の他に、独立当事者参加を認めた裁判例（東京高判昭和52年4月18日判タ357号243頁）もあるが、本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定する場合（前記第9の3(2)参照）には、他の債権者による独立当事者参加を認める余地はないとも考えられることから（前記第9の6(3)参照）、この点については更に検討を要するものと思われる。

8 裁判上の代位の制度（民法第423条第2項本文）を廃止することについて、特に異論はない。

第10 詐害行為取消権

1(1) 詐害行為取消権の法的性質について、責任説を根拠にもし得ると考える。ただ、責任説を根拠とする際には、責任訴訟の観点を民事訴訟法においてどのように解決すべきかとの問題が残ってしまう。民事訴訟法にて何らかの手当てをすることも考えられるが、やはり難しいのではないかと、私的整理の場面においては、詐害行為取消権が実質的には倒産法における否認権の役割を果たすことになることから、責任説の採用には慎重になる必要がある。したがって、折衷説を一応の前提として以下議論をするが、両説ともに法的性質の根拠となり得ると考える。

1(2) 否認訴訟で破産者を被告とする必要がないのは、破産手続開始決定に伴い債務者（破産者）財産の管理処分権が債務者から破産管財人に移ることから、破産者は否認訴訟の当事者適格を失うため、被告となり得ないためである。したがって、このことは詐害行為取消訴訟においても債務者を被告にする必要がないことの理由にはならないと思われる。詐害行為取消訴訟において、被保全債権の存在や債務者の主観的要件の充足が受益者や転得者とは無関係な債務者に関する事柄である以上、債務者をも被告とする方が、被告側の防御にとっても良いのではないかと。

1(3) 上記前記第10の1(2)のように、債務者も詐害行為取消訴訟の被告とする見解をとれば、責任財産の保全という詐害行為取消制度の趣旨からも、詐害行為取消訴訟が競合した場合には、判決を合一に確定させる必要があるのではないかと。その際、複数の債権者がそれぞれ自己に対して逸出財

産の引渡しを求めた場合にどうするのかなど判決の合一性確保のための問題が生じるため、更なる検討が必要であろう。

2(1)ア 詐害行為取消権は現条文上、「債権者を害する行為を知つてした行為」に対して行使できるとする。対象行為について否認制度と同様に類型ごとに規定を設けるにせよ、現条文のままにせよ、いずれも取消対象行為があった時点における債権者を害することを知つてした行為が対象なのであるから、やはり、被保全債権は詐害行為よりも前に発生していることが必要なのではないか。

詐害行為後に取得した債権であつても、その発生原因が詐害行為前であれば被保全債権となるのではないかと考える（破産債権の定義（破産法第2条第5項）参照）。

2(1)イ 基本方針によれば、無資力要件について「その債務につきその財産を持つて完済することができない状態にある（当該行為によりこの状態となる場合を含む）」、すなわち債務超過状態にあることを提案している。現行民法第424条は「債権者を害する…行為」とだけ、破産法第160条第1項第1号は「破産債権者を害する…行為」とだけ規定しており、「害する」の内容は解釈に委ねられていたため、債務超過状態にあることを明示することには意義がある。ただし、債務超過という要件に関しては若干の疑問もある。まず、債務超過かどうかを判断する際の財産の価額の評価基準であり、これは解釈論に委ねられている部分である。清算価値で考えるのか、継続企業価値で考えるのか、どちらか大きい方で考えるのか。この解釈については、更なる検討を要するだろう。さらに、債務超過を考える際の負債についてである。法人の破産手続開始原因である債務超過（破産法第16条）は、負債には履行期未到来のものも含むのが一般的な解釈である。提案されている債務超過についても同じ解釈をしてよいのが問題であろう。というのも、現在は資産と負債を比べれば、確かに負債の方が大きい、負債の履行期はずっと先であるというような場合に、負債の弁済期が来るまでには財産状態が回復するかもしれないに、その時点で詐害行為を取り消す必要があるのか問題となるからである。このように「債務超過」の定義には様々の解釈が存在し得るところ、その解釈を限定してしまうような形で明示してしまうことには慎重になるべきであり、無資力要件の明文化には今度更なる検討が必要であると思われる。

2(2)ア 倒産法における否認権との関係において、逆転現象が起こってしまったのは回避しなければならないと考える。同じ行為を対象とするときに、詐害行為取消しと否認ではどちらが取り消しやすくなるべきかと言えば、倒産手続が始まっている否認権の方が取り消しやすくなつてよいはずであろう。詐害行為取消しでは取り消せるが、否認はできない状況は避けるべきである。この問題は具体的には、詐害行為取消訴訟が債務者の破産によつて中断し、破産管財人が受継する破産法第45条第1項第2項の局面として現れ、詐害行為取消訴訟なら本案で勝てるが、否認訴訟として受継すると敗訴してしまうのはやはり望ましくない。したがつて、現行倒産法の否認権に関する要件・効果等を踏まえて更なる検討をすべきである。

2(2)イア 基本的には、詐害行為取消権の要件を類型化するのであれば、個々の要件は倒産法上の否認権に整合させる必要があると考える。

2(2)イイ 基本的には、詐害行為取消権の要件を類型化するのであれば、個々の要件は倒産法上の否認権に整合させる必要があると考える。

2(2)イウ 破産法第160条第3項は、支払停止があつた後、またその前6か月以内にした無償行為等を否認の対象としていて、債務超過が詐害

行為取消しの要件とされた場合、これが無償行為の取消しにも当てはまるので、債務超過に陥った後かつ支払停止より6月を越えて前にされた無償行為については、詐害行為取消しでは取り消せるが、無償否認の対象とはならない。やはり詐害行為取消しの要件に関しても、何らかの時期的な制限が必要であると考ええる。

- 2 (2)ウ 判例は原則として債務消滅行為は詐害行為取消しの対象にならないとするものの、例外的に取消可能性を認めていた。しかし、この例外的な取消可能性も、支払不能前の特定の債権者への債務消滅行為が否認権の対象から除外されたため、ここにも逆転現象が生じてしまっている。にもかかわらず、基本方針では、どの案も詐害行為取消しの対象から本旨弁済を一切除外している。おそらく、債権者平等の確保のために債務消滅行為の効力を覆したければ、倒産手続を開始して否認権を行使すべきであるとの趣旨からであろうと思われる。この趣旨自体は理解できるが、倒産手続でも、特別清算と個人再生は否認権の制度を有しておらず、債務者自身がこれらの手続を開始してしまうと、もはや債権者は破産を申し立てられなくなるので、否認による債権者平等の確保ができなくなる。たとえ債務消滅行為を詐害行為取消の対象としたとしても、倒産手続類似の制度を構築する必然性はないと思われるため、ある程度はやはり否認制度と整合性を図る必要があると考ええる。

2 (2)ウイ 上記債務消滅行為に関する意見と旨である。

- 2 (2)エ 対抗要件具備行為は詐害行為取消しの対象とはならないと考えられている一方で、倒産法には古くから対抗要件否認の規定が存在するため、このずれをどのように考えるかが問題である。ただ、対抗要件否認の位置付けについては、倒産法的にもまだ議論がなされているため、民法に対する明確な示唆が出来ない状況にあると思われる。時期的要件を中心に、今後更なる検討が必要であろう。

- 2 (3) 他の検討事項と同様に、やはり逆転現象が生じている以上、この点においても倒産法との整合性を図る必要がある。要件については、破産法と同様に規定することが良いとは思いますが、破産法のように前者の主観的要件についての悪意も要件に含めてしまうと、転得者に対する詐害行為取消権が適用される場面が制限されてしまうおそれもあるため、要件については更なる検討を要すると思われる。

- 2 (4) 破産管財人が否認の対象行為とならない詐害行為取消訴訟をそのまま続行できるとすることには若干の疑問がある。ただ、もはや個別の取消債権者は破産手続が開始されると破産債権者となり、個別的権利行使ができなくなることから、破産管財人も取消債権者も続行できない財産関係の訴訟が存在してしまうのもおかしい。やはり否認制度との整合性を図る必要がある。

- 3 (1) 基本方針によれば、取消債権者詐害行為取消訴訟の判決確定時から一定期間経過した後に、受領した金銭の債務者への返還債務と被保全債権とを相殺することを認める提案がある。確かに、一定期間を設けることで事実上の優先弁済を制限していることにはなるが、このような制限を設けることによって、費用等を自己負担しながらも詐害行為取消訴訟に挑もうとする取消債権者のインセンティブを減少させてしまうことにはならないか。事実上の優先弁済を制限するあまり、逆に詐害行為取消制度そのものを没却させないよう慎重に検討すべきだと考える。

- 3 (2) この点についても上記と同様に、事実上の優先弁済機能を制限するあまりに、詐害行為取消訴訟を行おうとする取消債権者に対するインセンティブが減少し、詐害行為取消制度そのものが利用されなくなってしまう恐れが生じるのではないか。

3 (3) 確かに、現条文の文言では逸出財産の回復方法について明らかにしておらず、解釈や判例法理に拠らざるを得ない。ただ、回復する財産が不動産、金銭その他の動産、債権と多岐にわたることを考慮すると、それぞれについて詳細に回復方法を明示することは難しいのではない。取消しの効果として、債務者をも詐害行為取消訴訟の被告となし得るのであれば、少なくとも責任財産は債務者の下に回復することとなるため、具体的な財産の回復方法については、解釈に委ねる部分があってもよいのではないかと思われる。

3 (4) 否認訴訟は、破産手続では破産管財人が、再生手続では監督委員が、更生手続では更生管財人がそれぞれ否認権を行使する。これらの機関は総債権者の主に配当原資増殖のために否認権を行使するため、回復した財産は最終的には総債権者の弁済原資となる。したがって、その費用は公益性が高いことから優先的に弁済されてしかるべきである。詐害行為取消権の費用についても、事実上の優先弁済を完全に否定するのであれば公益性ある債権として先取特権としても良いと思われるが、債権回収機能を肯定あるいは制限するにとどまる場合には、先取特権として規定を設けることまでは不要ではないか。

3 (5) ア 破産法第169条も受益者の債権の復活を規定していることから、詐害行為取消権においても判例の見解が一般的に支持されていることをふまえて、受益者の債権の復活を明文化してはどうか。

3 (5) イ 詐害行為取消権と受益者との関係においては、責任財産の保全という観点のみならず、受益者の取引の安全についても考慮すべきである。現在の判例法理によれば、受益者が債務者の詐害行為について善意であつても、結果的には無資力の債務者に支払った対価について劣後的取扱いを強いられることになってしまう。取引の安全を保護するためにも、破産法第168条のように、債務者の隠匿の意思等についての受益者が悪意であつた場合を除いて、受益者の反対給付を優先的に取り扱うよう明文化すべきではないか。

3 (5) ウ この点についても上記と同様に、取引の安全を保護する趣旨から、善意の転得者の反対給付については保護すべきであると考え。ただ、転得者が前者に対してした出捐が、受益者が債務者にした出捐よりも大きい場合には、転得者の反対給付の価額そのものを債務者に請求することは妥当ではないため、その場合の調整については更なる検討が必要と考える。

4 行使期間については、消滅時効制度についての見直しの方向性を踏まえながら、更なる検討が必要だと考える。破産法改正の際にも、否認権の行使期間20年が長すぎるとの指摘がありながら、詐害行為取消権の行使期間との関係で短期化できなかった経緯もあることから、行使期間は短期化する方向で検討すべきであろう。

第11 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）

1 (1) 賛成である。現行民法第427条は、単に平等である旨を規定するが、内部関係を自由に定め得ることが前提となっており、また、債権者がその点に悪意であるときは、対外的にも分割額は異なってくる。そのため、分割債務について、この点を明文化することは意義がある。

1 (2) ア 連帯債務は、性質上、可分でありながら、債務者が連帯して債務を負うことについて特殊な原因が必要であると考えられるから、その発生原因を法定することは賛成である。実務では親子や夫婦で住宅ローンを組むような場面でなければ連帯債務を見ることはないとの指摘もあるが、

連帯債務が法律の規定のみならず意思表示によっても成立することが明文化されることは、分かりやすい民法を実現するために必要なことである。

検討事項において参照される委員会提案（『債権法改正の基本方針』）では、連帯債務における混同の絶対効は維持されたものの（[3.1.6.13]）、相対的効力の原則を強化し（[3.1.6.08]）、履行請求 [3.1.6.09]、債権時効 [3.1.6.10]、免除 [3.1.6.11]、更改 [3.1.6.12] について相対的効力としたうえで、連帯債務者間に「協働関係」（連帯債務者のうちのある者に対して請求すれば他の連帯債務者にも伝達されるような関係）がある場合にのみ履行請求や債権時効に絶対的効力が付与されるという考え方をとっている。これは、絶対的効力事由を定める連帯債務の規定には必ずしも合理性がないものが多く、債権の担保力を弱めるとの批判に応えたものである。とりわけ、履行の請求については、債権者の利益と連帯債務者の利益とを調整する観点から、絶対的効力が認められる場面を限定することが模索されている。この方向で、さらに検討すべきものと思われる。

1(2)アイ 民法における契約に基づく連帯債務の成立と商法第511条第1項による連帯債務の成立の間には、相違点がいくつか存在する。この相違が埋まらない限り、今なお連帯債務の成立における民法と商法の違いは維持することが妥当であるように思われる。どこまで連帯債務の成立を認めることが妥当であるかは、実務を踏まえて判断する必要がある。

1(2)イ 基本的に賛成である。連帯債務者の一人について生じた事由の効力等に関する議論の在り方に対しては、法律行為ごとに債権者と連帯債務者との利害をどのように調整するかを考慮しながら議論すべきである。

1(2)イア 債権者の通常的意思に照らせば、履行の請求は絶対的効力事由とすべきであるが、債務者間に利益共同関係がある場合に限って絶対的効力を認めるという考え方もあり得る。

1(2)イイ 債務の免除の趣旨が、単にその連帯債務者に対しては請求しないという意思表示にすぎないのであれば、他の連帯債務者には何ら影響が及ぶことはなく（負担部分の限度での絶対的効力も生じない）、債権者は他の連帯債務者に対して全額の請求をすることができる。債務免除の相対効といっても、債権者の意思次第で絶対効を生じさせることも可能であるから、債権の効力強化という目標を志向する解決でよいのであれば、原則は相対的事由と定めることに反対する理由はない。ただ、相対効の立場からは、別途、求償の問題が生じるので、この点に配慮が必要となる。相対効の立場を貫くのであれば、連帯債務者間の求償関係にも影響が及ばないのであるから、弁済をした他の連帯債務者は債務の免除を受けた連帯債務者に対しても求償することができるが、債務の免除を受けた連帯債務者は求償に応じたとしても、債権者に対して求償をすることはできないとの考え方のように徹底する必要がある。

1(2)イウ 更改は、契約を延長するためにされることがあることや、一種の代物弁済と捉えることができるから、これを絶対的効力事由とすることにもそれなりの理由があるが、債務の免除を相対的効力事由とするのであれば、それとの均衡を保つ観点からも、更改についても相対的効力事由とすることも考えられる。

1(2)イエ 相対効の背景には、債権者としては、資力のある連帯債務者のみならず、資力のない連帯債務者にも時効中断の措置を講じておかなければ、後者の時効完成により、前者の債務も縮減するという思わぬ不利益を受けかねないことから、連帯債務の担保的機能を弱める方向に作用する

絶対的効力事由をできる限り少なくするとの配慮が働いている。ただ、履行請求に関する議論において、連帯債務者間に密接な共同関係（協働関係）があるような場合に限りて履行の請求に絶対的効力を認めるのであれば、時効の完成についても同様の観点から絶対的効力を認めることも考えられる。

1 (2)イオ 連帯債務者が別の連帯債務者の有する債権を用いて相殺の意思表示をすることは、連帯債務者の間では他人の権利を処分することを容認するのみならず、反対債権を有する連帯債務者が債権者に対して当該連帯債務を含めた複数の債務を負っている場合には、いずれの債務を消滅させるかの選択権を有している他の連帯債務者の権利を害することにもなり、その不当性はさらに一層顕著なものとなる。ただ、相殺に絶対効を認めた趣旨が、求償の循環を回避し、反対債権を有する連帯債務者を債権者の無資力の危険から保護するという点にあるとするならば、履行拒絶抗弁説を一蹴してよいものかどうか、なお精緻な議論が求められる。

1 (2)イカ 破産法第104条第1項は、破産債権となるのは本来の債権額全額ではなく、破産手続開始時の現存額と定めており、民法第441条を制限している。この点、両者は内容を異にするのみならず、民法441条は実際には適用されることのない条文となっていることから、連帯債務者の破産については破産法において手当てするのが妥当である。

1 (2)ウア 基本的に賛成である。

1 (2)ウイ 基本的に賛成である。

1 (2)ウウ 基本的に賛成である。

1 (2)ウエ 事前通知制度の制度趣旨を考えれば、一定の条件のもとで制限することを考えることはあっても、現行法を改める必要はない。

1 (2)ウオ 基本的に賛成である。

1 (2)ウカ 基本的に賛成である。連帯の免除は、実務でもまず見かけないものであり、言葉の意味も分かりにくい。

1 (2)ウキ 連帯保証との関係にも配慮する必要がある。

1 (3) 不可分債務と連帯債務との間に効力の差異が残る場合には、意思表示による不可分債務を認める実益がある。

2 (1) 現行民法第427条は、単に各債権者が平等の割合で権利を有する旨を規定するが、内部関係は自由に定められることは前提とされており、また、債務者が悪意であるときは、対外的にも分割額は異なってくる。その旨を明文化することには実益がある。また、実務上、特に相続人が複数である場合の相続の場面において、分割債権になるかどうかの基準を明確にすることも検討されるべきである。

2 (2) 基本的に賛成である。

2 (3) 賛成である。連帯債権は、いくつかの裁判例においてみられる。多くは、同一損害に対する複数人の損害賠償債権であるが、民法第613条第1項との関連で、貸貸人の転借人に対する貸料請求権と転貸人の転借人に対する貸料請求権との関係についても連帯債権となる。

3 物権との議論も必要である。組合や権能力なき社団の債権債務関係については、個別の対応で足りる。

第12 保証債務

- 1 (1) この場合の保証契約の成立要件として、債権者の受益の意思表示を要するかどうかなど、検討を必要とする。これは、第三者のためにする契約とも関連する問題である。また、保証を目的とする脱法的な併存的債務引受への対応ということであれば、併存的債務引受到に保証人保護の規定を準用する方法もあるので、保証引受契約の規定を新設するメリットを明確にする必要がある。
- 1 (2) 保証人に対する説明義務や情報提供義務に関する規定を設ける場合の留意点として、保証を業とする者に対する説明とそうでない者に対する説明との違いや、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することが守秘義務に反することにならないかを検討する必要がある。また、一定額を超える保証契約の締結には、保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことも検討されるべきである。
- 1 (3) 主債務者が期限の利益を喪失する前に債権者から保証人に対する通知などがあれば、保証人が代位弁済して期限の利益を喪失させないことも可能となる。保証契約締結後の保証人保護のための方策を設けることも必要である。
- 1 (4) 実務上、事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項や保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項の効力を制限することが考えられる。また、この問題は、消費者契約法における不当条項規制との関係に留意しつつ、検討する必要がある。
- 2 付従性については、成立・存続・消滅につき規定の整備が必要と思われる。
- 3 (1) ア 保証人保護のための制度をあえて廃止することはない。
- 3 (1) イ 適時執行義務は認めるが保証人の事前求償権を認めないとしたり、適時執行義務は認めないが、保証人の事前求償権は認めるとするなど、事前求償権の規律とセットで保証人保護のバランスを考えるべきである。仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合には、これを連帯保証にも適用されるものとすべきである。
- 3 (2) 基本的に賛成である。
- 4 (1) 基本的に賛成である。
- 4 (2) 事前求償権は、主債務者が破綻した場合に保証人が倒産手続等に参加するために用いられている。民法第460条第1号についてみると、その趣旨は、主債務者に倒産手続が開始され、その後に免責等された場合には、事後求償では主債務者に求償権を行使する余地がなくなってしまう、保証人が不利益を受ける点にある。しかし、このことは委託を受けた保証人のみに当てはまることなく、連帯債務者等全部義務者一般に妥当するものである。特に、倒産手続では債権届出期間があるので、求償権が現実化してからでないと届出できないとすると、この期間を徒過してしまう可能性がある。そこで、破産法第104条第3項本文は、全部義務者が将来発生する可能性のある求償権を届出できることを規定し、事前求償権を一般化している。したがって、民法第460条第1号が削除されたとしても、主債務者に倒産手続が開始した場合に、保証人や連帯保証人等全部義務者が不利益を受けるようなことは想定し難いと考えられる。

ただ、実際には、破産法第104条第3項で事前求償権の行使が認められていても、同法第104条第3項但書に「債権者が破産手続開始の時ににおいて

有する債権について破産手続に参加したときは、この限りでない」とあり、権利の二重行使の防止のために、求償権者の破産手続への参加は制限されている。通常、債権者は破産手続に参加しているので、実質的に同法第104条第3項本文が働く場面はほとんどない。

4 (3) 連帯債務者と保証人とは利益状況が必ずしも同一ではないことから、仮に連帯債務者の事前通知義務を廃止する場合であっても、論理必然的に委託を受けた保証人の事前通知義務を廃止しなければならないわけではない。

4 (4) 求償の要件である「債務者の意思に反して」という主観的な要件ではなく、「債務者の合理的な利益に反して」というような客観的な要件にすべきである。

5 保証契約に際して分別の利益をどうするのかを明確に表示することを促すような規定を設けるべきである。

6 (1) 法人保証と個人保証を区別し、また、後者につき経営者保証と経営者以外の第三者保証に区分したうえで、具体的に検討する必要がある。

6 (2) 連帯保証人に対する履行の請求に絶対的効力を認めないと、行方不明になった主債務者が得をする事態が生ずることになりかねない。また、連帯保証人が主債務者から委託を受けていた場合や主債務者と連帯保証人との間に一定の関係がある場合には、絶対的効力を認めるべきである。

7 (1) 法人保証と個人保証を区別し、また、後者については経営者保証と経営者以外の第三者保証に区分したうえで、それぞれ具体的に検討する必要がある。

7 (2) 根保証では、契約当初に予測できないような事態が生じ得ることが構造的に内在されているのであるから、特別解約権を明文化する必要性は高いといえる。また、元本確定前の履行請求の可否については、確かに、元本の確定が生じていないという理由だけで、債権者が根保証人に対して保証債務の履行請求ができないというのは、あまり現実的ではない。しかし、一方、主債務につき債務不履行があったというだけで、債権者が保証債務の履行請求をなし得るとするのは、根保証の基本的特徴である「根」的部分を無視することにもなりかねない。問題の本質は、根保証を基礎づける要素のいずれをどの程度まで考慮しながら、この「根」的部分を維持するかどうかにかかっているように思われる。当事者間では、事前に合意によって確定事由を幅広く定めておくとか、債権者に元本確定請求権を認めておくことも自由にできるはずであり、事後に債権者が早期に保証債務を請求したいと思う場合には、保証人との間で元本確定の合意をすることも可能である。その意味では、根保証を根抵当とパラレルに捉える必要は必ずしもない。むしろ、否定説をとると、元本確定前の履行請求に応じて保証人が弁済しても、弁済につき正当な利益を欠くことから、法定代位（民法第500条）ができず、極度額も減らないという結果となり、保証人に酷な結果を招来するよう思われる。

元本確定前の随伴性については、肯定説をとった場合に生ずる法律関係の複雑化という弊害は無視できないように思われる。もし確定前の随伴性を認めるのであれば、事前に被保証債権の譲渡や代位弁済があった場合の処理について規定していない限り、無用の混乱を招くことが予想される。その意味では、否定説の方が望ましい。否定説をとったとしても、事後に、債権の譲渡任と保証人との間の合意により極度額を変更するとともに、保証人が債権の譲受人との間で新たに保証契約を締結すれば、確定前の随伴性を認めたと同様の効果を生じさせることは十分可能である。ただ、当事者間で常に細かなルールを設けることができるというわけでもないので、特約がない場合の取り扱いを法律で明確に規定しておくこと

は必要であろう。

8 (1) 消費者信用に関する保証と事業者信用に関する保証とを区別して議論をすべきであり、後者については、経営者保証と第三者保証とを区別して議論をすべきである。

8 (2) 損害担保契約など、保証に類似するが主債務への付従性がないとされるものについて、保証との違いを明らかにしたうえで、明文の規定を設ける必要性は高いといえる。

第13 債権譲渡

1 (1) 譲渡禁止特約の存在について譲受人が「悪意」である場合には、特約を譲受人に対抗することができるといって現行法の基本的な枠組みを維持することについては賛成する。譲渡禁止特約を対抗できるときのその効力に関し、絶対的効力案・相対的効力案のいずれとするかにつき、統一的意见を形成するには至らなかった。ただ、討議の過程で、債権譲渡の本質である譲渡が処分行為（準物権行為）であり、物権法との整合性を意識されたいとの意見が出されたので念のため付記する。

なお、①について、さらに検討することについて賛成する。法律要件分類説の立場から規定の整理を心がけられたい。②については、特別法で対処することが望ましいと考える。また③については、裁判例（最判平成18年12月21日集民222号643頁等）の状況から判断し、もうしばらく解釈に委ねるのが妥当と考える。

1 (2) ア 「更に検討」すること自体には賛成するが、この場合重過失を規定することについては反対する。現行民法上、重過失概念は、失火責任の場合に規定があるのみであり、外観法理に関する規定など取引の安全を図る領域においては、「重過失を悪意と同視する」という解釈操作を行なっている。右の違いを無視して、重過失概念をいきなり立法化することについては強い違和感を覚える。重過失概念に様々なものがあることを留意して、そもその問題の所在についても再検討をすることを希望する。

1 (2) イ この点について、特段の異論はない。

1 (2) ウ 「更に検討」すること自体には賛成する。倒産法制との調整につき意識しつつ、引き続き検討されたい。

1 (2) エ 本研究会においては、そもそも絶対的効力案・相対的効力案のいずれを取るかにつき、統一研見解に至らなかったため、相対的効力案を前提とする本論点への賛否は留保する。

1 (3) この点について、特段の異論はない。

2 (1) 本研究会においては、現行の対抗要件制度の問題点については異論の一致をみたが、改正にあたつての現実性を考えるとA案は採り得ず、C案を前提に、対抗要件制度が並存することの弊害よりも、二つの対抗要件制度を使い分け、両制度間の合理的な「線引き」をしていくしかないというところで、ほぼ意見の一致をみた。なおB案への支持者はいなかった。

2 (2) 債務者対抗要件（債務者に対する権利行使要件）を通知に限った上で、債務者に対する通知がない限り、債務者は譲渡人に対して弁済しなけ

ればならないとする明文の規定を設けるといふ原案に賛成する。本研究会においては、単なる觀念の通知にすぎない債務者の「承諾」に積極的意義を見いだす論者はいなかった。

2 (3) 民法第467条が定めている債権譲渡の對抗要件のうち、債務者との関係での對抗要件を權利行使要件と呼び、債務者以外の第三者との関係での對抗要件と文言上も區別して、同条の第1項と第2項との關係を明確にするという原案に賛成する。債権譲渡の對抗要件については、現行民法が、債務者對抗要件と第三者對抗要件を一つの条文で、同じ用語をもちいて規定しているところから混乱が生じているところも多々見受けられるので、改正により明確化することは望ましいと考える。

2 (4) ア 反対する。そもそも本論点について検討する以前に、確定日付ある通知が同時に到達した場合の処理をどうするかを検討されてしかるべきである。その点に関する検討をせず、各論を検討していくことにより、外堀を埋めていくアプローチは、基本法典の抜本的改正においてはなされるべきでないと考える。

2 (4) イ そもそも分配請求を可能とする旨の規定を設けるかどうかを議論する以前に、確定日付ある通知が同時に到達した場合の処理をどうするかにつき、十分な検討がなされるべきであるが、かかる抜本的検討の一環として、分配請求を立法で規定すること自体、一つの選択肢としてありうるものと理解する。

2 (4) ウ この点について、特段の異論はない。

3 「異議をとどめない承諾」の廃止に賛成する。そもそも単なる觀念の通知にすぎない債務者の承諾に、現行法の規律のように、過大な効果を付するべきではない。廃止後の法律構成については引き続き検討されたい。ただ、時効利益の放棄、遺留分の放棄など他の領域における規律との整合性に意識しつつ、安易な放棄を防ぐための方策を考えていただきたい。

4 (1) 本研究会としては、現段階において、明文規定を設けることには反対する。将来債権譲渡については、いましばらく判例法の生成に委ねておくことが望ましいのではないかと考える。

4 (2) 本研究会としては、将来債権譲渡については、いましばらく判例法の生成に委ねておくことが望ましいと考えており、この点についても解釈に委ねるべきと考える。なお、一般条項でかつ民法の根幹に関わる公序良俗規制につき、その適用を除外するような特則を将来債権譲渡につき置くべきではないと考える。

4 (3) 本研究会としては、将来債権譲渡については、いましばらく判例法の生成に委ねておくことが望ましいと考えており、この点についても解釈に委ねるべきと考える。ただ、倒産法制の調整の問題があるので、将来の倒産法制の改正の地ならしの意味で、さらに検討をすることは必要であろう。

第14 証券的債権に関する規定

1 有価証券と區別される意味での証券的債権に関する独自の規定を設ける必要があるとは思われず、民法第86条第3項の廃止を含め、原案に賛成

する。なお、「指名債権」という概念を維持する必要があるかどうかについても、検討してはどうか」とあるが、確立した講学上の概念である「指名債権」を安易に廃止するべきではあるまい。

2 有価証券に関する通則的な規定群を一本化した上でこれを民法に置くという原案は、商法典の中身をどこまで民法に移すかという政策判断の問題である。本研究会は、この点について特段の意見を有していない。

3 本研究会としては、有価証券の定義規定を設ける必要はないと考える。定義規定を設けない場合には、各規定の明確化が必要となり、その際、①～⑥までの各論点について、手形法・小切手法の規定を参考にしつつ、その明確化を図るべく十分な検討を臨みたい。なお、電子記録債権など近時の電子化の流れについても、留意した改正を望むものである。

4 手形法第40条第3項、民法第478条を参考にしつつ、引き続き検討されたい。

第15 債務引受

1 賛成である。その有効性、要件・効果が判例において確立しており、大綱的な規定おくことには意味があろう。ただし、併存的債務引受と免責的債務引受の性質や関係をどうとらえるかについて、今後更に検討が必要であると思われる。また一部の当事者の同意（承諾）を要しない債務引受を規定する特別法との整合性についても検討が必要であらう。

2 (1) 賛成である。②については、主債務者の意思に反する保証の有効性の問題とパラレルに考えることとなろう。

2 (2) 連帯債務における絶対的効力を限定的に見直す前提で、①②の方向の規定を新設することに賛成である。

2 (3) 賛成である。保証の実体をもつ併存的債務引受の概要を引受人が認識できるよう、書面要件等の保証人保護の規定が及ぶ仕組みを用意しておく必要がある。なお、その際、多数当事者の債権・債務関係との整合性、また、金銭債務以外の債務が引き受けられた場合について、考慮する必要がある。

3 (1) 賛成である。免責的債務引受を併存的債務引受プラス免除の意思表示ととらえる場合には、免除の規定と一体的に考える必要がある。

3 (2) 賛成である。

4 (1) 規定の要否にかかわらず、債権譲渡と平仄を合わせた扱いをすべきである。

4 (2) 更に検討を行うことには賛成であるが、履行引受について独立した規定を設けずとも、当事者の合意で対応可能であると思われるので、当事者の合意内容が明確でないがデフォルト・ルールも存在しない、ということから生じる不都合がどの程度のものかを明らかにする意味での検討で十分であると思われる。

4 (3) 更に検討を行うことには賛成である。たとえば債務引受と債権譲渡のバツティングは、併存的債務引受方式による一括決済システムにおいて問題となることが指摘されているが、十分に議論されている状況にはない。引受債務の債務者が過度に不安定な地位に置かれないう、優先劣後関係を決する規定の要否について、更に検討することは必要である。

第16 契約上の地位の移転（譲渡）

1 賛成である。個別の債権債務の移転のみならず、契約上の地位を包括的に移転し、契約当事者の有する取消権や解除権等も移転させるという意義を有し、判例・学説でも認められてきたことを明文化することに反対する理由はないと思われる。

2 基本的には賛成であるが、慎重に検討すべきである。例えば、①特定の財産の譲渡に伴い移転するものと、②地位譲渡の合意によって移転するものとの区別により類型化するとの考えを採用することは困難で、結局は、契約の相手方の承諾を必要としない場合の要件は、それぞれの契約の性質に鑑みて個別具体的に解釈するしかないのではないかとと思われる。特に、事業譲渡に伴う労働契約の使用人たる地位の移転につき、契約の相手方の承諾を不要とすることについては、その問題点を状況ごとに明らかにし、慎重な議論がなされるべきである。

3 ①既発生の債権債務が譲受人に移転するかに関する規定の要否についても、一般化することは適切ではなく、固有の規律で決するべきだと思われる（一般的に、継続的契約においては、将来の債権債務が移転され、単発型の契約においては既存の債権債務が移転されるとの指摘があるが、これにも例外があると考えられる）。例えば、不動産賃貸人の地位が移転される場合の、旧賃貸人（譲渡人）の負う敷金返還義務や、不動産賃借人の地位が移転される場合の、旧賃借人の有する敷金返還請求権が譲受人に移転するかは不動産賃貸借のルールに委ねるべきである。

②譲渡人の債務についての担保を、順位を維持しつつ移転させる方法に関する規定の要否については、賛成である。契約上の地位の移転は、当事者の変更にもかかわらず契約を継続させるための制度であり、移転された担保が従前の順位を維持することを条文中明らかにすることは重要と思われる。担保を第三者が提供していた場合の要件等について、更改および債務引受と併せて検討されるべきである。

③契約上の地位の移転によって譲渡人が当然に免責されるか否かという点に関する規定の要否については、契約上の地位の移転には免責的債務引受の趣旨が含まれており、その要件として相手方の承諾が要求されている。よって、これを独自に規定する必要はないのではないかと考える。

4 状況ごとに整理して、規定の必要性を検討するとの方向性には賛成する。ライセンス契約のように、対抗要件制度を早急に確立すべきものも存在する。しかし、契約上の地位には多様な類型があり、一律に適用される対抗要件を設けることには慎重であるべきである。

第17 弁済

1 賛成する。関連各制度との整合を引き続き慎重に検討されたい。なお、有価証券に関する規定を民法典に移す場合（前記第14参照）には、弁済にあたり当該証券の受け戻しが必要となるかも検討課題となるとの意見があったので付記する。

2 (1) 賛成する。ただし、倒産法制との整合性につき引き続き検討されたい。

2 (2) 本研究会においては、どちらかというと現行の規制を維持することが望ましいとの意見が強かったので、ここに付記する。

3 特段の異論はない。

4 (1) この点に関して、本研究会においては、代理受領につき明文規定を置くべきという意見と、事実上担保的機能を有する代理受領については、担保法の改正の際に本格的検討をすることが望ましく、今回の改正にあたっては解釈に委ねておくべきとの意見があった。

4 (2) ア わかりやすい規定を考えること自体に異論はない。ただ、預金担保貸付にも類推適用される本条の適用範囲を明確化することは困難を伴うものと予想する。なお、検討にあたっては、他の外観法理の規定と異なり、本人の帰責性を要求しない本条の沿革・制度趣旨につき、立ち入った検討がなされるべきである。無過失要件を付加する際に、かかる検討がおおざりにされたきらいがあるので一言する次第である。

4 (2) イ 明確な規定にすること自体に異論はない。電磁的システムを民法典にどのように受け入れるかについては、本条に限らず全般的な検討が必要である。

4 (2) ウ 前記第17の4 (2) アと同様、本条の沿革・制度趣旨につき、立ち入った検討がなされるべきである。

4 (2) エ 明確な規定にすること自体に異論はないが、判例に現れた事案を全て遺漏なく書き尽くし、かつ将来の判例法の発展を阻害しないように規定するのは困難であり、どちらかという解釈に委ね、さらなる判例の集積を待つのが妥当と考える。

4 (3) いわゆる受取証書は、免責証券の概念に包含されるので、本条廃止の是非、もしくは本条の規定の仕方は、免責証券に関する一般規定の内容次第で決まる問題と考える。

5 (1) 特段の意見はない。しかし、代物弁済が諾成契約である旨を明文化すると、これが要物契約であることを前提として立論されている有価証券法理、とりわけ為替手形に関する理論の一部（例えば手形書換）が成り立たなくなるなど、民法のみならず商法領域への少なからぬ影響があるので、それとの整合性を考慮する必要がある。

5 (2) 特段の意見はない。

6 (1) 削除する必要はない。なお、本研究会は瑕疵担保責任につき、法定責任説の立場に立っているので念のため一言する。

6 (2) 意見がある。なお、事業者に関する規制に関連し、本研究会は、事業者の対概念である消費者概念を民法典に取り入れることに反対しているので念のため一言する。

6 (3) 特段の異論はない。

7 もっぱら政策論なので、わかりやすい規定を設けていただければ、とくに反対はしない。ただ倒産法制や信託法理との整合性を考慮する必要がある。

8 (1) 特段の異論はない。

8 (2) 特段の異論はない。

9 (1) 現行の制度を前提に明確化を図るのであれば、特段の異論はない。もっとも、債権の二重譲渡に関しては、供託で対応をするよりも前に、同時到達に関する理論的検討がなされてしかるべきである。

9 (2) 特段の意見はない。

10 (1) 代位との絡み、つまり、原債権と求償権の関係等、複雑な問題があるので、倒産法制との整合性を考慮する必要がある。

10 (2) ア 確かに、現在のように代位弁済により原債権が代位者に移転すると考えると、指摘されている問題点が生じる。したがって、原債権と求償権との関係について検討をすることには賛成するが、その代替案として提示されている代位弁済によって原債権は消滅するが、原債権の効力として認められた権利を代位者が行使できると考えることは難しいのではないか。弁済によって消滅した原債権の効力だけをなぜ代位者が行使できるのか。その理論的根拠が示されない限りは、原債権が消滅する旨明文化するべきではない。破産法第104条第4項は、現在の代位弁済による求償権と原債権の理解を前提に規定されているため、この検討事項の結果次第では破産法も改正する必要があると思われる。また、昨今議論がある代位弁済者の財団債権（共益債権）たる原債権の承継に関しては、もし代替案として提示されている説を採用するのあれば、財団債権性が原債権の効力といえるのが問題となるであろう。更なる検討が必要である。

10 (2) イ 条文上明らかでない点があることは確かに認められるが、これまで判例や学説で柔軟に対応してきた点について、全て明文化する必要はあるのか。明文化することによって、結果的に解釈の範囲を狭めてしまうことにならないのか、慎重に検討すべきだと思われる。

10 (3) ア 現在の一部代位の効果としての理解は、原債権者優先主義を採用することが一般的見解であると思われるため、条文の文言からは明らかでない部分が多い。したがって、原債権者優先主義をある程度明文化することは賛成である。

10 (3) イ 連帯債務者の有する求償権等は、債権者が原債権の全額弁済を受けるまで行使できないとの見解は、破産法第104条第3項・第4項の趣旨に近い。ただ、破産手続の場合には、限りある配当原資の中で連帯債務者と債権者のいずれが先に弁済を受けるべきかを考慮する必要がある。しかし、まだ連帯債務者の一人、あるいは数人に破産手続が開始していない場合には、債権者が全額弁済を受けていない段階であっても、すでに一部履行した連帯債務者は求償権を行使できてよいのではないか。平時時と破産時とはやはり異なるため、債権者が全額弁済を受けるまで連帯債務者の求償権が劣後されてしまうことには疑問を呈したい。

10 (3) ウ 前記第17の10 (3) イと同様に、この点も破産法第104条第3項・第4項の趣旨に近い。基本的には上記と同旨である。ただ、保証の性質を考慮すると、平時時でも保証人として保証債務の履行を甘受すべき立場である以上、債権者が優先されてしかるべきとも考えられよう。また、保証人の場合には、平時時において検索の抗弁、催告の抗弁を有することとの関係からも更に検討すべきではないか。

10 (4) ア 合意により処理されることが多いところであるが、合意がない場合における義務を広げる、あるいは、強行法規として強める方向で明文化することには、現時点においては、取引実務に鑑みて、にわかに賛成し得ない。

10 (4) イ 合意により処理されることが多いところであるが、合意がない場合における義務を広げる、あるいは、強行法規として強める方向で明文化することには、現時点においては、取引実務に鑑みて、にわかに賛成し得ない。

第18 相殺

1 (1) 現在の判例法理は、双方の債務が弁済期にあることが相殺適状の要件であるものの、期限の利益を放棄することによって、受働債権の弁済期が到来していない場合でも相殺できるというものであるから、判例法理を明文化する際には、これをそのまま明文化すべきであり、相殺適状の要

件を見直して、受働債権の弁済期の到来を相殺適状の要件としないという規定とすべきではない。また、自働債権について相手方の抗弁権が付着している場合に相殺が認められないという判例法理を条文上も明確にすべきである。

- 1 (2) 第三者による相殺の可否が問題になるのは、倒産手続開始決定後が多いことから、まず、民法で原則となる規定を設けたうえで、必要に応じて、倒産法で関連する規定を設けることが望ましい。第三者による相殺は、第三者による弁済の場合とは問題状況が異なることから、両者を同様の要件で認めることには違和感が残る。むしろ、規定を設ける場合には、第三者による弁済の見直しと併せて検討すべきである。

- 1 (3) 基本的に賛成である。

- 2 (1) 相殺の遡及効を認める考え方は、必ずしも相殺の要件として意思表示を必要とする制度と親和的であるわけではなく、一律に議論するのは難しいところがある。ただ、実際問題として、消費者と事業者（特に銀行）との間で相殺が問題となる場合、通常、事業者側の債権の利息の方が、消費者側の債権の利息よりも高いところ、相殺の遡及効を認めないこととすると、消費者側からの相殺が遅れるほど利息の差額が高額となり、消費者が不利益を受けるおそれがある。同様の問題は、中小企業についても生じ得る。相殺の意思表示の時に相殺の効力を生じさせるという当事者間の特約の効力は一般的には認めてよいが、相殺の意思表示の時期が著しく遅れたこと等により上記のような不都合が生ずる場合には、消費者契約法や権利濫用の法理によって当該特約の効力を否定し、消費者等を救済すべきであるように思われる。

- 2 (2) 民法第508条の見直しは、時効制度の在り方と関係する問題であることから、時効制度について検討したうえで、あらためて検討すべき問題である。民法第508条を見直したした場合、相対立する債権があるときには、自働債権の時効期間が満了したとしても、そのことが必ずしも非難に値するわけではなく、相殺による回収が可能であるとの債権者の期待は保護される必要がある。

- 2 (3) 相殺の効力の見直しについての前記第18の2(1)の検討結果を踏まえて、更に検討すべきである。

- 3 民法第509条において不法行為債権を受働債権とする相殺が禁止されている範囲を現状よりも限定すべきである考え方については、基本的に反対である。相殺が認められることにより、被害者の保護に欠けるおそれがあるのみならず、合意による相殺が認められているのだから、被害者の保護はそれで十分図ることが可能である。その意味では、現行民法第509条を修正し、あえて相殺が禁止される範囲を限定する必要はないと考える。なお、本研究会においては、A案を基本として、更に検討を加えるべきであるとする意見があった。

- 4 (1) 受働債権となるべき債権が差し押さえられた場合に、第三債務者が相殺することができるとするには、差し押え時に自働債権と受働債権の弁済期がいずれも到来していなければならないか、また、到来している必要がないとしても自働債権と受働債権の弁済期の先後が問題となるかという点について、条文上明確にすべきであるという考え方には基本的に賛成である。そのうえで、受働債権の差し押え前に取得した債権を自働債権とするのであれば、自働債権と受働債権との弁済期の先後を問わず、相殺をすることができるとする判例法理（無制限説）を明文化すべきである。実務では、無制限説を前提とした運用が長年積み重なってきており、また、様々な業態のサービスに相殺の無制限説を前提としているものがあるという実態を重視すべきである。また、相対立する債権債務があるときには、自らの債務が自らの債権の担保的機能を果たしていると期待している第

三債務者を差押債権者よりも保護すべき要請は高いといえる。

無制限説を採っても、通常、期限の利益喪失条項が付されていることからすれば、受働債権の弁済を拒み、債務不履行状態を長期間継続させたうえで、自働債権の弁済期が到来した時点で相殺するという不当な相殺が行われることはほとんどないと考えられる。相殺ができる場合には少なくとも自働債権は履行遅滞に陥っていることになり、履行遅滞を前提とする制度であるから、指摘されるような相殺は必ずしも不当ではない。また、制限説をとった場合には、金融機関が借り手の負担軽減のために返済期限の延長を行うと、それにより相殺が認められなくなるおそれがあることから、金融機関が返済期限の延長に慎重になるおそれがある。不当な相殺については、相殺権の濫用として相殺の効力を否定することにより、差押権者を保護することが可能である。

4 (2) 法定相殺と差押えとの関係について無制限説を採用したとしても、債権譲渡の場合には、譲渡代金を支払う譲受人の保護の必要性があることから、将来相殺できる地位・利益を一律に保護してよいか疑問である。事案に応じた柔軟な解決を可能とするためには、現時点では規定を設けない方がよい。

4 (3) 本提案の考え方が破産法第72条第1項第4号を参照して提案されたものであれば、相殺の期待を保護すべき場合には同法第72条第2項各号により例外的に相殺が認められることとなるので、このような例外を認めるべき場合の有無については、両者を併せて検討する必要がある。また、この問題は、差押えとの関係だけではなく、支払不能との関係についても同様に検討すべきである。

4 (4) 基本的には判例法理を明文化する方向で統一を図るべきである。第三債務者の相殺の利益は、たまたま差押えをしてきた差押債権者の利益に比して保護されるべきものである。ただ、実務において、相互に債権を持ちあう取引には様々な類型があることから、条文を設ける場合には、規定の文言などを含めて慎重に検討する必要がある。

5 相殺権の濫用は権利濫用の問題であり、権利濫用の一般規定があれば足りることも考えられるが、相殺の効力を広く認める場合には相殺権の濫用による制約が重要となることから、特別の定めをおくことに意義がある。実務上は、狙い撃ち相殺、同行相殺、駆け込み相殺、担保付き債権を自働債権とする相殺などで、相殺権の濫用が争われており、これらについて検討する必要がある。

第19 更改

1 (1) 『中間論点整理』の見直しの観点の一つが「国民一般への分かりやすさ」であるとするれば、明文化の方向で更に検討すべきである。

1 (2) 『中間論点整理』の見直しの観点の一つが「国民一般への分かりやすさ」であるとするれば、明文化の方向で更に検討すべきである。

2 事業再生との関係で、DDSやいわゆる第二会社方式の場合との関係を考慮した上で、債権譲渡や債務引受制度との関係を踏まえて更に検討すべきである。

3 条文上明確にする方向で、更に検討すべきである。

第20 免除及び混同

1 現行制度を見直す債権者の一方的な意思表示により免除ができるとする現行規定を見直し、債務者の意思に反する場合には免除が認められないこととする方向で規定を改めるべきである。

特に免除を契約として構成し、債権者と債務者との合意を必要とすると実務上免除のための時間的・費用的な負担が大きくなること、また、免除により債務者に不利益が生ずるおそれがあるとする根拠は必ずしも明確ではない。そのため、更に慎重に検討すべきである。

2 前記第14では有価証券に関する規定を、商法から民法へと整理する方向性が示されており、そのような他の規定の見直しとの関係（整合性）を踏まえて検討すべきである。また、民法第520条ただし書の例示をより詳細に定めても良いが、明文化によりかえって適用範囲が限定されないようさらに検討すべきである。

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

1 集中決済機関（CCP）による決済は、実務上の必要性に基づいて生成・発展してきた制度であり、実務の発展を害しない形で更に議論することが必要である。商法の交互計算に関する規定との関係が「中間論点整理」では示されていないが、民法典の中にかかる規定を設ける必要はないと考える。

『債権法改正の基本方針』「一人計算」案（131.3.37）のように現行制度を踏まえた大がかりな制度設計を目指すのであれば、CCPの監督等は特別法に委ねるべきことになる。本「中間論点整理」では民法典にどの程度条文化するかが明らかではないが、特別法で定めるべき規定の範囲をさらに検討すべきである。

2 決済が安定して行えるよう配慮すべきであるが、例えば「①第三者の取引安全を確保するため、上記決済のための合意については、登記を効力発生要件とし、登記の完了後対象債権の発生前にAがした債権譲渡その他の処分は、効力を否定されるものとする。」は決済を迅速に行うためにはかえって不都合ではないかと考える（なお、前記第13の2にA案が示されているが、それとの関係でさらに検討すべきである）。また、システムリスク等新たな問題にも対処できるようにすべきである。

第22 契約に関する基本原則等

1 1. さらに検討すべき着眼点・論点

①契約自由原則を明文化すべき具体的な立法事実とその必要性の摘示がないままに議論が行なわれている。このために、審議会における議論も「国民にわかりやすい民法」の創造という理念が先行しており、「何のために明文化するのか？」がすり合っていないと見受けられる。

②契約自由原則を明文化することによって生じうる紛争類型をあらかじめ想定したうえで明文化の要否を検討すべきである。審議会の議論で多少言及されているが、「国民にわかりやすい民法」の創造に重きが置かれるあまり、パターンリスティックにわかりやすくすることが、かえって新たな紛争類型を招来する可能性は無いのかという着眼点を欠いていると考えられる。あわせて、仮に明文化した場合、当該条文は「一般条項」に位置づけられるものと考えられるが、そもそも基本法に一般条項を新設することの可否について整理が必要と考えられる。

③ 契約自由原則を国民に周知することは、必ずしも立法（明文化）だけが唯一の手段ではなく、国民教育や業者規制・商慣習などの他のさまざまな手段・方法によっても実現しうるはずであるが、制約原理とのセットの条文化の要否が議論されているように、法律において必要十分かつわかりやすい条文を実現しようとするとかえって国民にわかりにくい規定を創出する懸念がある。

④ 「契約自由」に関連する論点として「契約を破る自由」「契約を解消する自由」の考え方の是非があるはずであるが、この点について整理しておく必要があるのではないか。

2. 意見

上記1. ①のとおり、明文化の必要性和相当性について十分な摘示がされないままに、「国民にわかりやすい民法」の創造を理由とした明文化には、上記1. ②③の懸念があることから反対である。現に、国民（消費者）が締結する契約の大半は約款取引またはこれに準ずる附合的・定型取引なのであって、こうした実態と想定される条文内容とが齟齬を来たしかえって国民を混乱させ、「国民にわかりやすい民法」の創造という目的に反する結果になるのではないか。

真に重要なのは国民への周知とその理解であるはずであり、これは立法（明文化）によってのみ解決するものではないとも考えられる。

2 1. さらに検討すべき着眼点・論点

① 契約成立に関する一般的规定を設けるべき具体的な立法事実とその必要性の摘示がないままに議論が行なわれている。

② 既に問題提起されているが、国民（消費者）の目線言えば契約が成立しているかどうかではなく法律上有効なのかどうかが必要かつ関心事であって、契約の有効性に関する一般則を設けることの方が重要なのではないか。

③ 契約の成立にせよ有効性にせよ、一般則を設けることがかえって取引実務に思わぬ一定の制約を課すことにならないかの議論が十分でない。

2. 意見

1. に述べたとおり、提案の是非についてさらに議論を尽くす必要があると認められることから、賛否表明を行なうことはできない。

3 「具体的な効果を議論すべきである」との意見に賛成である。有効無効の二者択一的な立法措置よりも、かかる類型に対していかなる法律効果が与えられるのかこそが重要である。

4 1. さらに検討すべき着眼点・論点

① 「信義則を具体化した規定」とは、判例をリステイトすることを想定しているのであるか。仮にそうだとすれば一定期間毎に条文の見直しが必要となるが、はたして立法技術としてかかる手法が可能であろうか。

② 付随義務として一般化抽象化した一般条項を設けるアプローチと、判例をリステイトした個々の義務条項を新設するアプローチと両様のアプローチの可否を検討する必要があるのではないか。

2. 意見

一般化・抽象化した一般条項を設けるアプローチは現行民法第1条第2項を補充する意味しか無いと考えられる。信義則に係わる諸義務を具体化する目的を実効性あるものにするためには、判例をリステイトした個々の義務条項を新設するアプローチが望ましい。しかし、仮に後者の立法政策を採用しようとする場合に、一定期間毎に条文の見直しを要することになるが、基本法の条項において比較的頻繁に改正が予定される条項をおくことについて、なお慎重に検討する必要がある。

第23 契約交渉段階

1. さらに検討すべき着眼点・論点

- ①判例に基づく信義則違背という一般条項的解決ではなく、不法行為法による紛争解決を指向することの是非を議論する必要があるか。
- ②事業者同士の契約、事業者対消費者の契約、消費者同士の契約といった類型別に差異を設けることの是非など、当事者の類型別に検討することが必要ではないか。

2. 意見

1. に述べたとおり、提案の是非についてさらに議論を尽くす必要があると認められることから、賛否表明を行なうことはできない。

2. さらに検討すべき着眼点・論点

- ①各種の業法で業者に義務付けられている説明義務と債権法上の説明義務の意義・効果の異同について整理する必要がある。特に、金融取引分野では「取引前に説明すべき内容」がソフトラーによって詳細に定められつつあるが、これらの内容と債権法が想定する説明すべき内容に齟齬があつてもよいのか齟齬があつてはいけないのか、業者に対する行為規制と民事ルールとの関係を整理する必要がある。

②金融取引分野については既に「適合性ルール」が導入されている分野もあるが、民事ルールとして適合性ルール導入の是非を整理する必要がある。

③事業者同士の契約、事業者対消費者の契約、消費者同士の契約といった類型別に差異を設けることの是非など、当事者の類型別に検討することが必要である。

④仮に説明義務・情報提供義務を明文化した場合、義務違反に伴う法律効果について伝統的な信頼利益賠償・履行利益賠償の二分論を維持するかどうか、不法行為の効果との異同等を含めて整理する必要がある。

2. 意見

上記1. に述べたとおり、提案の是非についてさらに議論を尽くす必要があると認められることから、賛否表明を行なうことはできない。

3. さらに検討すべき着眼点・論点

- ①第三者の行為による交渉当事者の責任を明文化すべき具体的な立法事実とその必要性の摘示がないままに議論が行なわれている。審議会で言及されているとおり、金融関係業法では使用人・代理人等の行為に関する業者本人の責任が法定されているが、それらは民法715条の特別法と解さ

れている。これらの場面以外で、具体的に立法を要する必要性や民法715条との関係についてさらに議論を深掘りする必要がある。

②「責任の法的性質は解釈に委ねる」と説明されているが、これを明らかにしないまま立法作業を先行させることには、むしろ、後々解釈問題を惹起することになり問題があるのではないか。

2. 意見

上記1・に述べたとおり、提案の是非についてさらに議論を尽くす必要があると認められることから、賛否表明を行なうことはできない。

第24 申込みと承諾

1 問題状況ごとに整理したうえで、規定の必要性を検討するとの方向性に賛成する。

以下のような問題状況ごとに整理したうえで、規定の必要性を更に検討すべきである。

・前記第23の2の「契約の成立に関する一般的規定」との関係はどうするのか。

・この第24は現行民法の同じく隔地者間の契約を対象とするのか。

・そこでいう「隔地者間の契約」とは何を指すのか。

・練り上げ型の契約についても申込みと承諾の間に時間的な間隔があるという点は同じだかここに含ませることに無理はないのか。

2 (1) 申込みの定義規定をおくことで、申込みの誘引との区別は概念上可能となり、当該行為がいずれにあたるかの解釈指針となり得ると思われるので、この点は賛成である。しかし、定義の内容、及び「これを了承する旨の応答があるだけで契約を成立させるに足りる程度に内容が確定していなければならない」との点は、交渉によって内容を詰めていく契約もあることから、総論における議論を考慮しつつ、規定の必要性及び内容を慎重に検討すべきである。

2 (2) 民法に事業者に関する特則の規定を入れることについて慎重に検討すべきである。

仮に事業者に関する特則を民法に規定するとしても、実務がこのような仕組みに反対しており、現実には推定を覆す記載をすることが多いことが予想されたとの指摘が議事でもなされており、承諾者が混乱をする可能性もあるため、規定の必要性を慎重に検討すべきである。

2 (3) 申込みと承諾の定義をするのであれば、交叉申込の場合に契約が成立する点が不明確であるため、条文中明記することに賛成する。申込みの合致部分の特定については、契約の成立に関する一般的規定に関する議論との関連において、更に検討すべきである。

3 ① 申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合

専門家にとっては当然のように思えるが、一般の人には判断が難しいと思われる部分であるので、条文中明記することに賛成である（もつとも、改正の議論全体において、任意規定であることを示すかどうかの何らかの基準が設定されるべきであると考える）。

② 承諾期間内に到達すべき承諾の通知の延着

民法第522条は承諾についての発信主義のもと、承諾期間内に到達するよう承諾を発信したにもかかわらず、到着していないという場合に承諾を

発信して契約が成立したと考えている承諾者を保護するために規律されたものである。到達主義は、承諾の発信では契約が成立しないのであるから、承諾の不到着・延着のリスクは承諾者が負担するというものであり、到達主義のもとでは、このような規律は不要であると思われる。また、承諾が延着した場合には、新たな申込みとみなすとの現行法でも手当が可能であるうえ、さらに下記のような提案がなされているため、承諾者にとって大きな負担とはならないのではないかと考える。

③ 遅延した承諾の効力

申込者が契約の成立を望み、承諾者からのそのような意思が表明されているのであるから、迅速に契約の成立を認める方向性は賛成である。もつとも、論理的に、承諾が承諾期間内に不到達だった時点で、申込みの効力は失われているはずであるから、これに関する手当が必要であり、この点も含めて更に検討すべきである。

4 ① 申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合に撤回ができることを条文明らかにすることについては、前記第24の3の①と同様で賛成する。

② 承諾期間の存続期間について規定を設けることに賛成である。その文言については、様々な契約があることを前提に、解釈の指針となるような文言になるよう、更に検討すべきである。

③ 承諾の定めのない申込みについても現行民法第522条と同様の規定を設けるかどうかについては、承諾の定めのない申込みにおいても前記第24の3の②と同様、到着主義を採る場合には民法第522条が不要であると考えるので、設ける必要がないと考える。

④ 承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達した場合にこれを有効な承諾と扱うことができる規定をおくことについては、前記第24の3の③と同様で、方向性には賛成するが、申込みの効力との整合性について更に検討すべきである。

5 対話者間における承諾期間の定めのない申込みの存続期間についての規定を設けることには賛成である。文言については、更に検討すべきである。

6 「申込者が反対の意思を表示した場合」の文言については、今回の改正法全体において、任意規定であることを示すかどうかの基準が明確になっていないことから、賛否の判断ができない。

死亡等の発生時期については、論理的には申込みはその到達により効力が生じているから、申込みの発信後到達までの間と解されるが、これを政策的に広げることについては、到達主義との整合性を考慮しながら、更に検討すべきである（到達主義との整合性からは、承諾の到達までに申込者の死亡又は行為能力の喪失が生じ、相手方がこのことを承諾の到達までに知った場合の方が無難ではないかと考える）。

7 事業者概念を民法に取り入れることについては慎重に検討すべきであり、本提案も同様である。

仮に事業者概念を民法に取り入れ、このような商法の規定をここに規定するのであれば、事業者でない場合にはそのような義務はない（自己物における注意義務でよい）ことをまず原則として規定したうえで、事業者における義務を規定するべきでないかと考える。

8 承諾に関する発信主義については、通信技術の発達により発信から到達に要する時間が短くなっていることからメリットは減っていないながらも、不到達や延着のリスクは依然としてあることからデメリットは大きいといえる。そのため、到達主義とすることに賛成する。

現行民法第527条については、発信主義をとるがゆえの規定であり承諾の申込者への到達と申込みの撤回の承諾者への到達のどちらが先かは承諾者には不明であるので、削除し、その到達の先後で効力を定めるべきであると考ええる。また、総論での議論（この第24の規定の対象が何か）を考慮しながら、電子消費者及び電子承諾通知に関する法律の規定との整合性についても検討する必要がある。

9 現行民法第528条を基本的に維持しながら、軽微な変更にすぎない場合には契約を成立させるとの方向性には賛成である。また、変更を加えた範囲については拘束力がないとする（いわゆるノックアウトルールの採用）方向性についても当事者の意思を尊重するものとして、賛成である。しかし、軽微な変更か否かの判断基準は難しく（要件事実としても主張立証の内容が不明確とならないか）、また変更を加えた範囲が当事者にとつて契約に不可欠な場合もありうることから、規定内容について更に検討すべきである。

なお、このような規定をおくのであれば、前記第23の2で検討されているような契約の成立に関する一般的規定（文言については更に議論するべきであるが、「本質的部分」についての同意が必要とするもの）を、原則を示すものとして設けることが望ましいと考える。

第25 懸賞広告

1 従来この点については、懸賞広告の法的性質が契約と解するか、単独行為と解するかにより異なる点として議論されてきたものであり、この法定性質との関係における検討が必要であると考ええる。懸賞広告を知らずに指定行為をした場合にも報酬請求権を認めると規定するためには、単独行為と解する説が親和性があると思われるが、条文の位置と一般の人へのわかりやすさからは、懸賞広告を不特定多数の人への申込みと捉え指定した行為をした者が意思実現行為として承諾をしたという、申込みと承諾の枠組みで捉えるという能見委員の提案も十分尊重すべきであり、更に検討すべきである。

2 (1) このような規定を設けることに賛成である。

2 (2) 期間の定めがある場合に、その期間内には撤回ができないとする点については賛成であるが、一定の場合（指定行為に当たる発明・発見が海外でされた場合など）には撤回を認めることも更に検討してどうか。第三者が指定行為に着手した場合にも撤回することができないとすることにより、指定行為に着手した第三者を保護する方向性には賛成であるが、懸賞広告をした者がそれを知るのは困難であるから、要件等を慎重に検討すべきである。

2 (3) 同一の方法による撤回が可能な場合であっても異なった方法による撤回をすることができるとすべきとの考え方に賛成する。

3 現行民法第531条は第3項で「広告中にこれと異なる意思を表示したときは、適用しない」としているため、懸賞広告をした者が判定方法を定めることは可能である一方、広告者の意思が不明確である場合には第1項により判定が可能であるので、同条を存置する方向で、更に検討すべきである。

また、優等懸賞広告については、現にある広告では「該当者なし」として優等者を決定しない場合もあり、これも是認されていると考えられるが、紛争を防止する観点からはこれに関する規定を設けることも検討してはどうかと考える。

第26 第三者のためにする契約

1 保険法や信託法などにおいて、保険金受取人や受益者は受益の意思表示なく当然に権利を取得すると規定されていることなどのバランスを考慮する必要がある。また、第三者のためにする契約を、『債権法改正の基本方針』が示すように、ある程度類型化し、例えば、①受益者に諾約者に対する債権を取得させるもの（債権取得型）、②受益者に諾約者に対する債権を取得させる場合において、受益者に付随的な負担が伴うもの（負担付債権取得型）、③受益者が、諾約者から財産権の移転又は役務の提供を受ける債権を取得するのに対し、反対給付の債務を負う契約を成立したものと扱うもの（契約成立型）、④受益者の諾約者に対する債務を免除させるもの（債務免除型）、⑤要約者と諾約者の間で合意された受益者の諾約者に対する責任の制限や免除に関する条項を受益者が援用できるようにするもの（条項援用型）などに分類して検討することも必要である。

2 基本的に賛成である。

3 第三者のためにする契約には多様なものがあるから、規定が整備・明確化されることは望ましい。

4 (1) 諾約者の履行を確保するには、要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することができるとを条文上も明記する必要がある。そのためには、要約者による履行請求訴訟の既判力の及ぶ範囲やその執行方法、受益者による履行請求訴訟との関係などについても整理して置くことが求められる。

4 (2) 第三者のためにする契約の類型にもよるが、規定が整備・明確化されることは望ましい。

第27 約款（定義及び組入要件）

1 実社会において約款が広く利用されている点を踏まえても、約款の組入れに関する規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。その理由としては、約款の定義等につき、共通の認識が得られているとはいえない中、議論を進めても、想定している場面及びその際重視すべき点が異なり、それゆえ議論の進め方次第では、結論がずいぶんと変わってしまう可能性があることを否定できないからである。その意味では、議論の方向性も不確かな段階で、単純に民法の中に約款規定を組み入れるべきとする見解には賛成しがたいものがある。とりわけ、重要性の高い約款については既に特別法によって規制されている事情も考慮すると、その法律だけでは不十分な点が実際に生じているのか、また、問題のある実態が生じている場合に、特別法ではなく、抽象的な約款規定を民法に置くことに、どれだけの意義がみいだせるのかなど、さらに議論を深める必要があると考える。なお、問題のある実態として消費者と事業者に関するトラブルを想定している場合には、消費者契約法の不当条項規制の意義、問題点、法的位置付けなども同時並行で検討を行う必要があると考える。

2 前記第27の1でも述べたように、約款規制を民法に組み入れるべきか否かについては、約款をいかに定義できるかにかかっているといっているであろう。一口に約款といってみても、多種多様なものがあり、それらを包含して規定することが果たして可能なのか。さらに、包含した定義が、

抽象的な定義になる可能性が高いことを考慮すると、特別法があるなか、あえて抽象的な定義を民法に置く意味があるのか否かについては疑問がある。

なお、約款の定義を考えるにあたっては、約款の範囲として、ひな型をどう扱うかがポイントになると考える。消費者の利益を守る観点からは、ひな型も約款に含めてしまった方が、より強く消費者の利益が守られると考えられるが、事業者については、さまざまな事業者が想定できるため、簡単に結論をだしてしまつてよいのかについては疑問があり、実態をよく踏まえる必要があると考える。また、約款を民法に規定する根拠として、構造的な交渉力の不均衡を挙げる場合には、約款アプローチが果たしてベストな答えなのかもさらに検討する余地があると考ええる。つまるところ、やはりいかなる場面を想定しているのかにより、答えも異なり、今の状態では、議論をつめていくのが難しいように思われる。

3 この点についても、前記第27の2の約款の定義をいかにとらえるかにかかっている。約款を開示し、約款を用いることの当事者間の合意をいかに解するかにより、要件の内容が異なってくると考えられる。通常は、合意を原則とし、例外要件を設けることが想定されるが、例外にあたるケースとして想定される場面がどのようなケースなのかにより、場合によっては、実態上では、例外と原則が逆転する可能性もあるのではなからうか。そのような意味では、慎重な検討が望まれる。なお、不意打ち条項についても、想定されている場面により意見が異なってくることが考えられるが、そもそも不意打ち条項につき、明確な基準を設けることが實際上、どこまで可能なのかも疑問がある。より慎重なる検討が求められるところである。

4 約款規制を民法に組み入れるというならば、この議論は避けては通れないと考える。約款を用いて、契約を交わした場合、契約締結後に、その約款が契約内容としてどのように扱われるのか（とりわけ、契約締結後に約款使用者による一方的な変更が契約内容にどのような影響を及ぼすのか）については約款の意義も踏まえつつ、更なる検討が必要であろう。また、その際、約款変更の手続きの方法及び明確な形で効力を規定することができるとも検討する必要があるだろう。

第28 法律行為に関する通則

1 (1) 本研究会においては、法律行為の定義規定を置くことについては特に異論はなかった。ただし、定義規定一般の必要性に対する疑問を呈する意見があった。

1 (2) 本研究会においては、公序良俗違反の一類型として暴利行為を置くことについては、有益とする意見と判例で十分とする意見に議論が分かれ、意見の一致をみなかった。公序良俗規定とは独立した暴利行為の規定を置くことに対しては、暴利行為を公序良俗違反と異なつたものと扱うことになり好ましくないとすることで意見の一致をみた。

1 (3) この点につき、特に異論はない。

2 この点につき、特に異論はない。

3 法の明確化という見地からは明示することが望ましいが、当事者の意思と慣習と条文が錯綜する場合に、状況に応じた柔軟な対応が困難になる

恐れを考えると、明らかに強行規定であるものを明示する以上のことはなすべきではない。

4 任意規定に対する慣習の優位を原則とし、当事者が慣習によらないとする意思を示していない場合は慣習によるとしてよい。法の適用に関する通則法との関係については、本条に明記することによって「法令の規定により認められたもの」とすればよいのではないか。

第29 意思能力

1 (1) 本研究会においては、意思能力の定義規定を置くことについては特に異論はなかった。ただし定義規定一般の必要性に対する疑問を呈する意見があった。

意思能力を、個別行為についての「法律行為をすることの意味を弁識する能力」とするか、客観的な「事理を弁識する能力」とするかについては、両論があり意見の一致をみなかった。

1 (2) 表意者に責任のある一時的意思無能力は保護対象から外すべきであることについては、特に異論がなかった。

2 不要と考えられる。「日常生活に関する行為の特則」により意思無能力者にも必要最低限の私的自治能力があることを示したいとする考えであるが、そもそも私的自治の能力を欠く者が意思無能力者なのであり、この点で制限行為能力者とは異なる。またこの規定によって意思無能力者の日常生活取引が現実には保障されると思えない。

3 本研究会では、現状の相対的無効でいいのではないかとする意見が多かった。

第30 意思表示

意思表示に関する現行民法規定の検討に際しては、第三者保護規定の追加・再検討が重要な課題であると思われるが、新規定の導入の際に、それぞれの第三者保護規定相互の要件論的バランスをどのように図のか、そして、その差異の理由を法律行為論のなかでどのように説明するか、重要な課題である。

1 (1) 心裡留保を狭義の心裡留保と非真意型意思表示とに分類・整理することには、賛成する。

1 (2) 賛成である。第三者の保護の要件に関しては、慎重に検討すべきである。

2 (1) 賛成できない。

2 (2) 本条の類推適用は、主として不動産取引における取引安全の保護の実現を、本人の外観作出の帰責性と外形を信頼して取引に入った第三者の要保護性とを、個別具体的事例ごとに相關的に判断することにより、登記に公信力を認めないわが国においても、第三者の保護を可能としたものである。しかし、その類型は多様で、類型ごとの保護要件も確定化しているとまでは明確となっていない。したがって、現段階では、類推適用の法理の明文化には賛成できない。

3 (1) 判例法理を条文上明確化することには、賛成である。動機が「法律行為の内容」となっていれば、民法第95条の錯誤類型として処理する可能性を肯定することができると思ふべきである。

3 (2) 判例の明確化には、賛成である。

3 (3) 賛成である。錯誤について重過失のある表意者であっても、相手方が表意者の錯誤を知っていた場合などについては、その錯誤のリスクを相手方に負担させても、表意者保護と相手方の利益調整として問題ないものと思われる。もともと、それ以外の事由に関しては、引き続き検討すべきである。

3 (4) 引き続き慎重な検討を要する。立法者は意思欠缺の場合と瑕疵ある意思表示の場合とを区別し、錯誤の効果を無効としたが、現在では、その無効の意味するところは相対的無効ないし取消的無効と解されている。法律行為の拘束力から表意者を解放するため、無効にするかそれとも取消とするかは、(ドイツ民法ではこの問題を取り消しと構成しているように) 立法政策の問題とも解される。そこで、本研究会においては、取消構成に賛成する意見も出されたが、他方、現在の(取消的)無効構成に変更を加える必要性を見出しがたいとする意見も多く、引き続き慎重な検討が望まれる。

(関連論点) 錯誤による表意者の損害賠償責任については、とくに明文の規定を設ける必要はない。本研究会においては、履行利益か信頼利益のかを明確にする意味で、規定の明文化に賛成する意見もあった。

3 (5) 賛成である。第三者保護規定を設けることには賛成するものの、第三者保護規定の要件として、善意では足りず、無過失まで要求すべきかに関しては、引き続き慎重に検討すべきである。

3 (6) 賛成である。第三者保護規定を設けることには賛成するものの、第三者保護規定の要件として、善意では足りず、無過失まで要求すべきに關しては、引き続き慎重に検討すべきである。

4 (1) 賛成できない。判例も沈黙による詐欺が、民法第96条の詐欺に当たることがあることを認めている以上、明文化する必要はないものと解する。

4 (2) 賛成である。

(関連論点) 賛成である。

4 (3) 賛成である。第三者の保護要件に関しては、慎重な検討が必要である。

5 新しい規定の要否を検討するにあたり、その新設規定が、これまでの意思表示規定と同様に成熟した構成要件として認知されていることが重要である。また、意思表示に関する民法上の一般のルールである以上、これまでの意思表示規定の隙間を埋めうる可能性のあるもので、多数の判例の集積があるものが望ましい。

(1) 不実告知

賛成できない。本研究会においては、不実告知取消規定は、現行の(表意者保護の実効性の観点からは、必ずしも有効に機能しているとはいえない)民法の詐欺・強迫・錯誤などの意思表示規定の隙間を埋めうる可能性があり、表意者保護の規定の充実化から民法にこれを設けることに賛成する意見もあったが、「不実告知による取消」制度が、従来の制度ほどに「成熟」したものと評しえないことから、民法にこれを設ける必要性

を認めないとする意見が多数を占めた。

(2) 不利益事実の不告知

賛成できない。本研究会においては、不利益事実の不告知の規定に関しても、不実告知と同様に民法にこれを設ける必要性を認められないとする意見が多数を占めた。

6 (1) 賛成である。

6 (2) 賛成である。

6 (3) 賛成である。

6 (4) 賛成である。

第31 不当条項規制

1 1. さらに検討すべき着眼点・論点

民法典に消費者・事業者に関する規定を設ける必要はないが、仮に、不当条項規制を設けるにしても、事業者同士の契約、事業者対消費者の契約、消費者同士の契約といった類型別に差異を設けることの是非など、当事者の類型別に検討することが必要である。もともと、情報量や交渉力格差に着目した場合、事業者同士の契約であっても看過できない格差がある場合もあり、単純に消費者契約とそれ以外という分類（分析）には慎重である必要がある。

2. 意見

不当条項規制の要否について、「その必要性を判断する前提として正確な実態の把握が必要である」との指摘に賛成である。実態把握と立法事実の摘示を踏まえた議論が重要なはずであり、単に予測可能性の確保を目的として不当条項規制導入を所与の前提とするかのようなアプローチは反対である。

2 1. さらに検討すべき着眼点・論点

近時、急速に普及しているインターネットやモバイルを通じた取引は約款を用いる典型的な例と考えられるが、仕組み上、ステップ毎に個別に同意または確認の意思表示をクリックしたうえで手続きが進められていく。一方、実態として、ステップ毎にクリックされる個別の同意または確認の意思表示は、必ずしも十分な理解のうえで行なわれているとは言い難い。

個別合意された条項を不当条項規制の対象外とする場合には、かかるインターネット取引についてどのように考えるのかを検討する必要がある。

2. 意見

各提案において「更に検討する」とされていることに賛成である。なお、「契約の中心部分」にかかわる議論において、価格をその対象に含めるかどうか論点とされているが、価格の当否は市場の評価に委ねられるべきであって、契約内容（不当条項）による規制なじむものではない

め反対である。

3 各提案において「更に検討する」とされていることに賛成である。

4 各提案において「更に検討する」とされていることに賛成である。

5 各提案において「更に検討する」とされていることに賛成である。

なお、法律においてネガティブリスト（またはポジティブリスト）を掲げた代表的先例としていわゆる人材派遣法（労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律）が挙げられるが、これらと異なり契約条項はさまざまな条項と文脈によって成り立っており、かつ当該条項の効果と一体で評価する必要がある。文言・規定またはそれらの効果のみに着目して当・不当を判断すること自体が困難を伴うものであることから、リスト化には無理があるのではないか。

さらに、リストとして提示された内容が脱法的に悪用される懸念についても留意する必要がある。

第32 無効及び取消し

1 この点について、本研究会においては、統一的結論を出すに至らなかった。ただ、相対的無効には、表意者のみが無効を主張しうる場合、特定人に対して無効を主張しえない場合、特定人との関係でのみ無効とされる場合といった種々の類型があり、その目的も、表意者の保護、第三者の保護、公益的な利益の保護など様々であり、「解釈が確立されているとも言えない」からといってすぐに立法で明確化しようとするよりも、あえて解釈に委ね、議論の深化を見守るといった見識も必要ではあるまいかとの意見が出されたので、ここに掲げる。

2 (1) この点について、本研究会においては、統一的結論を出すに至らなかったが、本研究会としては、「消費者」概念を民法典に取り入れることに反対であるので、その帰結として、かかる観点からの法律行為の一部無効概念の導入の必要はないという帰結となる。なお、本論点に関しても、すぐに立法で明確化しようとするよりも、あえて解釈に委ね、議論の深化を見守るといった見識も必要ではあるまいかとの意見が出されたので、ここに掲げる。

2 (2) この点についても、本研究会においては、すぐに立法で明確化しようとするよりも、あえて解釈に委ね、議論の深化を見守るといった見識も必要ではあるまいかとの意見が出されたので、ここに掲げる。

2 (3) この点について、本研究会においては、統一的結論を出すに至らなかった。ただ、討議の過程で、「密接な関連性」という要件が曖昧であること、契約の個数などについて議論を深めてから立法すべきであることから、現時点では、解釈に委ねておくことでよいとの意見が出されたので、ここに掲げる。

3 (1) この点について、本研究会においては、統一的結論を出すに至らなかったが、どちらかというと、特段の明文規定を置く必要はないとの意見が有力であった。

3 (2) この点について、本研究会においては、不当利得に関する解釈に委ねておくことで足りるものと考ええる。

3 (3) この点について、本研究会においては、解釈に委ねておけば足り、特段の立法の必要性はないものと考ええる。なお、意思無能力の規定については、明文規定をあえて設ける必要がないと考えている。

3 (4) この点について、本研究会においては、特段の明文規定を置く必要はなく、解釈に委ねておけば足りるものと考えている。

3 (5) この点について、本研究会においては、特段の明文規定を置く必要はなく、解釈に委ねておけば足りるものと考えている。

4 (1) この点について、本研究会においては、統一的結論を出すに至らなかった。実務上困難な問題を生じさせることにならないよう、引き続き検討されたい。

4 (2) この点について、本研究会においては、統一的結論を出すに至らなかった。押しつけ商法などの場面で、実務上追認が困難となる支障を生じさせることにならないよう、引き続き検討されたい。

4 (3) この点について、本研究会においては特段の異論がなかった。

4 (4) この点について、本研究会においては、取消原因ごとに、相手方に催告権を与えることが追認権者にとって過度に不利とならないかを検討したうえで、個別の規定設けるべきではないかとの意見があったので、ここに付記する。

5 (1) この点について、本研究会においては、現行の期間内でも取消権を行使することができない人にとって、不利益になる本改正提案に対しては、慎重に検討するよう望むものである。

5 (2) この点について、本研究会においては、現行のとおり、解釈に委ねておくことで足りるものと考ええる。

第33 代理

1 (1) 現行規定の変更の必要はない。

1 (2) 現行規定の変更の必要はない。

1 (3) 現行規定の変更の必要はない。

1 (4) 現行規定の変更の必要はない。

1 (5) 現行規定の変更の必要はないものと思われるが、仮に変更する場合、提案されている「自己執行を期待するのが相当でない」という表現については、更に検討する必要がある。

1 (6) 判例法理（大判昭和7年6月6日民集11巻111頁等）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

1 (7) 判例法理（最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁、最判平成4年12月10日民集46巻9号2727頁等）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (1) ア 判例（大判明治39年5月17日民録12輯758頁）や通説的見解は、民法第109条に対する法定代理の適用を否定している。こうした判例法理の解釈で十分対応できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (1)イ 現行規定の変更の必要はない。

2 (1)ウ 判例法理（最判昭和39年5月23日民集18巻4号621頁、最判昭和42年11月10日民集21巻9号2417頁等）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (1)エ 判例法理（最判昭和35年10月21日民集14巻12号2661頁）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (1)オ 判例法理（最判昭和45年7月28日民集24巻7号1203頁）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (2)ア 判例は、法定代理にも適用されると解しているが（大連判昭和17年5月20日民集21巻571頁）、判例法理の解釈で十分対応できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (2)イ 私法上の代理権でないものであっても基本代理権となりうるかにつき、登記申請行為は公法上の行為ではあるが、特定の私法上の取引行為の一環をなすものであるとして、表見代理の成立を認めた判例がある（最判昭和46年6月3日民集25巻4号455頁）。しかし、法律行為以外の事実行為が基本的代理権に含まれるかどうかについては、判例法上の解釈がない。したがって、基本代理権に事実行為を含めるか否かについては、慎重に検討する必要がある。

2 (2)ウ 判例法理（最判昭和35年12月27日民集14巻14号3234頁）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (3)ア 他の表見代理規定と同様に、特に明文上の規定を置く必要はない。

2 (3)イ 判例法理（最判昭和44年7月25日判時574号26頁）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (3)ウ 判例法理（大連判昭和19年12月22日民集23巻626頁）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

3 (1) 現行規定の変更の必要はない。なお、本研究会においては、未成年者が代理人と称して行動している場合には、未成年者が「制限行為能力者」であるとの理由で、一律に当該行為の責任を免除されるというのは行き過ぎである（この場合には、基本的には民法第117条の履行又は損害賠償責任が不法行為責任の性質を有することから、民法第712条の場合と同様に、事理弁識能力を欠く者のみが免責されるとするべきではないか）とする意見も示された。

3 (2) 判例法理により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

4 代理に類似する制度としては、授権のほかに間接代理がある。間接代理とは、自己の名で法律行為をしながら、その経済的效果のみを他人に帰属させる制度であり、問屋（商法第551条）がその一例であるとされている。したがって、「授権」を明文化するに際しては、商法上の問屋等との関係も検討する必要があると考える。

第34 条件及び期限

1 用語の意義を明確にすることについて、あえて異を唱えるものではないが、そのために定義規定を置くことには反対する。法典は教科書ではないという議論は、現行民法制定時にも行われているはずである。

2 規定を置くことに賛成である。但し、故意に条件を成就させた場合でも、非難すべきでない場合を除外する必要がある。現行民法第130条の「妨げた」に対応するような非難的要素を持つ用語を工夫すべきである。

3 原始的不能論の見直しと平仄を合わせるという観点から、削除に賛成である。

4 用語の意義を明確にすることについて、あえて異を唱えるものではないが、そのために定義規定を置くことには反対する。

5 破産債権の現在化については破産法に規定があり、財団債権については現在化させる必要性に乏しい。現行民法第137条第1号は不要である。第2号については、例外である、動産売買先取特権目的物の費消のみに注目して、削除するのは本末転倒であり、必要があれば、動産売買先取特権規定を改正すれば足りる。

第35 期間の計算

1 民法は私法体系における基本法であるという観点から、自己完結的に、引き続き規定を置くべきである。

2 現行法で十分対応できるところであり、新たに設ける必要はない。

3 期間の末日が日曜休日ではない場合であっても、期間の末日が当事者双方（複数存在する場合にはそのすべての）にとって休日である場合、当事者満了の特例とすることには合理性があり明文化に賛成する。一方、日曜休日であっても、当事者取引慣行上休日ではない場合には延期の必要性がないといえる。しかし、これは契約の解釈に委ねれば足り、明文化する必要はないのではないか。

第36 消滅時効

1 (1) 短期消滅時効と通常の消滅時効はその制度趣旨が異なるものと考えられる。短期消滅時効の見直しは原則的な時効期間の見直しと連動させる必要はなく、これを短縮することは、債務者の無資力・所在不明等の理由により当面は回収の見込みのない債権であってもその時効消滅を阻止するために、訴訟等の提起を余儀なくされる債権者の負担を考慮すると、現行法の10年を維持しても良いのではないか。

1 (2) ア 現行の職業別に短期消滅時効期間を定める方法は、今日において合理性を欠く。短期消滅時効は領収書の保管期間という点に特化し、少額債権（10～20万円程度）についてのみ適用されるところかどうか。なお、この場合、金額を制令等に委ねるのは、基本的市民法という民法の性格上好ましくないのではないか。

1 (2) イ 定期金債権については、弁済期未到来のものが存在する場合であっても、半年程度の不履行の際には期限の利益を喪失させた上、最期に弁済されたときから10年で時効消滅することとする。

1 (2) ウ 現行規定を維持することに賛成である。

1 (2) エ 民法第724条後段の期間を時効期間とし、中断を認めることは被害者救済の見地から賛成である。他は不法行為法全体の見直しの中（例えば定期金賠償を導入するか等）で検討すべきであって、今回特に改正する必要性はないのではないか。ただし、総論的に主観的起算点を導入するのであれば、現行民法第724条前段の3年が却って他の債権より時効期間が短くなる可能性があるので、被害者救済に欠けることがないように留意する

必要がある。

1 (3) 短期消滅時効については、領収書保管期間という観点から、主観的起算点を導入することについて反対である。一般及び商事債権については賛成する。ただし、客観的起算点からの時効期間を超えた後も主観的には時効が進行していない場合には、時効は完成せず、または時効障害となりうると解すべきではないか。

1 (4) 時効は公序であり、合意による時効期間の短縮は原則として認めるべきではない。このことと、契約において権利行使期間が定められうるということは、次元が異なるのではないか。

2 (1) 中断という用語は、日常の用語例と異なるので、新たな時効の進行と改めるべきである。他の部分についても、わかりやすさを求めるという観点から賛成である。

2 (2) 前記第36の2(1)以外については、現行の停止事由と同様に該当期間も時効は進行していたものとし、事由終了後も一定期間は(別の中断方法をとる途を与えるため)時効が完成しないものとする。

2 (3) 天災等による時効の停止期間について、障害が消滅したときから2週間は短いので他と合わせて6か月とする。なお、「障害の消滅」という概念の中に主観的要素も取り組むべきではないか。

2 (4) 簡便な制度として導入に賛成である。債務者からの(確定日付ある)協議不調の申し入れ書面あるいは両当事者作成の確認書の日付日から6か月は、時効は完成しないものとする。

2 (5) ア 一部請求であることの明示の有無にかかわらず全部について時効障害の効果が生じるとしつつ、請求しない部分については、判決確定後は時効障害がなかったものとして扱う。ただし、判決確定から6か月は時効は完成しないものとする。

2 (5) イ これにより、債務者への時効中断を認める実益があるのは債務者の所在が不明である場合であろうが、債務者に到達しない通知に時効中断効を認めるのは行き過ぎではないか。

3 (1) 援用の効果としては、単に履行拒絶権が生じるとどまるものではなく、援用した者との関係で実体的に権利が消滅することを明確にするにとり反対はしない。ただし、時効消滅した債権でも自動債権として相殺に供しうるものとする。

3 (2) 援用権者の範囲として、保証人、物上保証人を例示した上、法律上正当な利益を受ける第三者とすべきである。

3 (3) 援用権の放棄は、援用権の存在を知った上で、その行使と矛盾する行動をとった場合に限定する。知らなかった場合には、放棄とせず、信義則上喪失を認めれば良いが、後者については、信義則適用の一事例にすぎず、明文を置く必要はない。

4 形成権の多様性に鑑みると、形成権一般についての規定は置く必要はないと考えるが、それとは別に、抗弁権の永久性について規定することを検討すべきではないか。もともと、規定がなくても、援用権の濫用の問題として、一般条項に委ねうる。

5 (1) 特に検討する必要を見い出せない。

5 (2) 取得時効・消滅時効に共通する、時効総則の規定は必要であると考え。その限りにおいて、取得時効への影響を検討しておく必要がある。

第37 契約各則―共通論点

1 典型契約の冒頭規定を、効力要件を定める形式ではなく定義規定とすることによって、無名契約が効力を生ずる根拠の説明も容易になるかもしれないが、現在の冒頭規定が契約の本質部分や成立要件等を簡潔に示し、訴訟における攻撃防御の構造を示す指標にもなっていた点にも配慮する必要がある。

2 民法の規定のうち、債権関係の規定を、公序良俗に関するもの（強行規定）とそうでないもの（任意規定）に書き分けること、または、それを区別することは、必ずしも容易ではない。この問題は、典型契約の性質決定に関する規定を新設することや各典型契約の定義規定に関する問題とあわせて検討すべき問題である。

第38 売買―総則

1 『債権法改正の基本方針』【3.2.1.02】の形で条文化することに賛成である。本研究会においては、規定場所は契約総則に置くべきであるとの見解が多数を占めたが、準用規定を設ければ売買の個所に規定しても問題はないとの意見もあった。

2 履行の着手について判例の基準を明文化することには賛成である。履行されると信頼した相手方保護として損害賠償による調整を設けることは賛成であるが、錯誤や契約交渉上の過失との関係に配慮する必要がある。「償還」については、口頭の提供では足りず現実の提供が必要とするのが判例であるが、本研究会においては、あらかじめ強く拒んでいる場合にまで現実の提供まで必要ないのではないかとの意見が出された。

第39 売買―売買の効力（担保責任）

1 (1) 瑕疵担保責任の法的性質を契約責任とすることには反対である。瑕疵担保責任は特定物の場合に限定し、種類物の場合には不完全履行の問題として処理すべきである。債務不履行一般に瑕疵担保責任を取りこんでしまった場合、特に瑕疵担保責任を規定すること自体にどのような意義があるのかを検討する必要がある。両者の要件・効果にどのような違いがでくるのか、出てくることとしてそのようにすることの意味はどこにあるのかの理由づけが必要であろう。

1 (2) 現在の解釈論によりうまく処理できているので、あえて瑕疵概念を定義する必要はない。

1 (3) 「隠れた」という要件は維持すべきである。というのは、①外形上明らかな瑕疵は含まれず、自主的な解決基準として有用である、②瑕疵通知義務、瑕疵検査義務等との関係で必要だからである。

1 (4) 代金減額については規定すべきである。対価的均衡を維持するために有用だからである。なお、本研究会においては、損害賠償（代金減額の損害賠償）の中で処理できるのではないかとの見解もあった。

1 (5) ドイツのように履行請求権に優位を認めることには反対である。紛争の解決に必要な適切な手段を選択していくことになるので、優先順位を

付けるなどした場合使いにくくなってしまいうからであり、それで問題が出てきた場合には、信義則や権利濫用のような一般法理論で処理すべきである。

1 (6) もし瑕疵担保責任を債務不履行に取り込むとすると消滅時効の一般規定によることになるが、取り込む取り込まないのいずれの見解によったとしても、特に短期の期間制限を設けることの合理性をどこに求めるかが問題である。本研究会においては、取引の早期安定化を図る、短期にしないなどの時点で瑕疵があつたか分かりにくくなる等、短期の期間制限を設ける必要が現在もあるとの見解が多数を占めた。なお、瑕疵を発見したなら合理的期間内に通知する義務を課するという形でこの問題进行处理すべきである、との見解もあつた。

2 物の瑕疵担保に関する債務不履行に関する議論と共通する形で考えるべきである。

3 (1) 他の債務不履行と比べて特に保護を与える理由がないので、他人の権利の売買における善意の買主の解除権は削除すべきである。

3 (2) 物の瑕疵担保責任と同質と考えられるが、①代金減額になじみやすい、②数量超過について規定するとした場合に必要となるなどから、この規定は削除すべきではない。

3 (3) 代金減額についても認めてよい。

3 (4) 本研究会においては、債務不履行に他ならないので削除すべきとの意見が主張されたが、反対の意見も強く、更に検討すべきであるという意見である。

4 本研究会においては、①権利の瑕疵とのバランス、②競売制度の信頼を高める、③民事執行法内に規定すべきであるとの理由から、民法第570条ただし書きは削除すべきであるとの見解を述べる者が一方、現行法内の解釈でこの問題は適切に処理されているのでその必要はないとの見解も強く主張され、意見の統一には至らなかった。

5 担保責任を債務不履行責任と捉えたと当然のこととなり、削除されることになるが、そのような見解には立たないので、この規定は維持されるべきである。

6 本研究会においては、売主は数量を検査できるし、契約の解釈によつて代金増額請求を認めることや錯誤による保護も考えられるので規定を設ける必要はないとも意見もあつたが、解釈で代金増額を導きだせるかは問題である、錯誤のハードルはかなり高いし、それによると契約目的物を保持できない等の理由から、数量超過の場合について規定できないか更に検討してはどうかとの意見が多数を占めた。

7 債務不履行における免責との関係、不当条項規制との関係等さらに検討すべきである。

8 本研究会においては、保証の要件・効果としてどのようなものかを考えるのか更に検討する必要があるとの意見が強く主張されたが、規定せず債務不履行一般の問題として処理できるのではないかとの意見もあつた。

9 商人（事業者）や消費者といった当事者の属性によつて区別した規定は設けるべきでない。

第40 売買―売買の効力（担保責任以外）

1 (1) 明文化することに異論はない。

1 (2) 規定することに異論はないが、受領遅滞との関係をどう理解するかについても検討する必要がある。

2 (1) 規定を設けるのであれば、不動産登記との関係でも規定を設ける必要がある。

2 (2) 目的物の引渡と同時に代金を支払うべきときでも、目的物が引渡されたのちは民法第484条によるとの判例の内容を明文化することについては、とくに異論はない。

2 (3) 不安の抗弁権との関係を検討する必要がある。

2 (4) 抵当権の存在を考慮して代金額を決定している場合には民法第577条は適用されないということを明文化すべきである。

3 現在の決済の簡便性、果実と利息の等価性という考え方は維持できないとの理由から、売る主は引渡期日までに生じた果実を取得し、買主は代金支払い期日まで代金の利息を支払う必要がないという形で規定を設けるべきである。

4 (1) 無権代理と相続の問題を含め更に検討すべきであるが、現在の判例によりうまく処理できていることでもあるので、あえて規定する必要はない。

4 (2) 帰責事由を必要とする見解に立つので、この問題は生じない。

4 (3) 消費者と事業者に関する規定は民法典中に規定すべきではない。

4 (4) 事業者に関する特則も民法典中に規定すべきではない。

5 本研究会においては、個別に規定していくとすると非常に複雑な問題が生じることになるので、解釈論を通じて具体的に妥当な結論を得ることができるのであるから、変更する必要は認められないとの見解が多数を占めた。

第41 売買―買戻し、特殊の売買

1 譲渡担保との違いを明確にする必要があるが、この点については判例によつてすでに明確な基準が打ち出されているので問題はないと思われる。買戻しをもう少し使いやすいものにするため、契約と同時に登記する必要はないのではないかと等、更に検討すべきである。

2 規定することに異論はないが、特に規定を設けないでもそれほど実務上困ることはない。

第42 交換

本研究会としては、現行の規制を維持するべきと考える。

第43 贈与

1 本研究会としては、現行の規定のままで望ましいのではないかと考える。要式化・要物化することにより、有益な贈与を制約することが懸念される。また、諾成的贈与が認められれば、要物契約化を図る意義がない。

2 これは、贈与の「典型」契約性をどう規定するか、無償契約への準用をどのように規定するかといった問題である。前者は、「典型」性につき

典型契約の意義、贈与契約が典型契約でありながら、総則性が強い規定であることを考慮しつつ、明確に規定されたい。後者は、もっぱら立法技術上の問題であり、関係各制度との整合性を図りつつ、しかるべく規定の整合性を図られたい。なお、「自己の」を削除すべきであるという考え方については、特段の異論はない。

3 「書面」要件については、判例の立場に従った規制を望むものである。規定の厳格化により、有益な贈与が否定されないよう慎重な検討が望まれる。なお、電磁的記録についても規定するかについては、かなりの部分が解釈でまかなうことが可能と考えるが、引き続き検討されたい。

4 本研究会としては、売主の瑕疵担保責任の法的性質を法定責任説と考えているので、それとの整合性を図った規律が望みたい。学説上大きな争いがある分野につき、安易な立法で一方に決するような態度は慎みたい。

5 負担付贈与については、判例の立場に従った規制を望むものである。本論点ではもっぱら立法技術に関するものであり、しかるべく規定されたい。

6 相統法・裁判実務への影響が大きい分野であり、慎重な考慮が必要である。どちらかというと相統法改正にあたって本格的検討がなされるべき規定ではないかと思われる。規定の明確化により、「相統させる遺言」にみられるような実務の発展を阻害することがないよう、慎重に検討されたい。

7 (1) 本研究会としては、贈与契約が典型契約の一つでありながら、無償契約に関する総則性が強いという特性に鑑み、弊害が懸念される本論点については慎重な考慮が必要であると考ええる。

7 (2) 当該制度については、一般的な制度としては明文文化は不要であり、仮に規定を置くとしても、いかなる場合にかかる規定が必要であるかの「仕分け」を慎重に検討した上で、一定の限定された領域に関して、必要な限度で規定することで足りるように思われる。いずれにせよ相統法・裁判実務への影響を慎重に精査されたい。

7 (3) 本研究会としては、解除に関する規定との整合性を図りつつ、慎重に検討していただきたいと考えている。

7 (4) もっぱら立法技術上の問題であり、関係各制度との整合性を図りつつ、しかるべく規定の整合性を図られたい。

第44 消費貸借

1 (1) 現行実務における解釈による運用を明文文化するものであり、条文の明確性を確保するという点で望ましい。

1 (2) 諾成契約における拘束力の根拠は有償性に存在することから、無利息消費貸借における契約の拘束力については、適宜緩和させる必要があると思われる。ただ、利息付消費貸借と無利息消費貸借を分けてそれぞれ規定する必要性があるのか、書面による場合と電子的記録による場合とで、解除権の有無を分ける必要性があるのか、については疑問がある。

1 (3) 私法体系における基本法である民法で対応すべき内容ではなく、消費者契約法等の特別法によって対応すべきである。

1 (4) 規定を置くことに賛成である。ただし、財産悪化時まで含めることについては、そもそも何をもって、また、どのような基準で財産状態「悪化」時とするのか不明確である。

1 (5) 消費貸借が諾成契約として規定された場合に、予約の規定を削除することに異論はない。
 2 現行実務に対応した形で明文化については賛成である。ただし、一つ一つの内容をこまかく規定していくことによる過度な条文数の増加には反対する。

3 (1) 諾成契約化に伴う措置であり、異論はない。ただし、売買における売主の担保責任の検討内容に留意しつつ、更に検討すべきである。

3 (2) 借主の返還義務につき、無利息・利息付消費貸借で差を設けないことにつき賛成する。ただし、利息付消費貸借については、利息の算定方法・基準、利息につきどこまで明文化するのか等につき更に検討すべきである。

4 (1) 利息付消費貸借につき、「約定の返還時期までの利息相当額」を支払えば期限前弁済を認めることにつき賛成する。ただし、借主の貸主に対する「損害賠償責任」をどこまで認めるかについては更に検討すべきである。約定の返還時期までの利息相当額と損害賠償責任の範囲とが、接近することが望ましい。

4 (2) 私法体系における基本法である民法で対応すべき内容ではなく、消費者契約法等の特別法によって対応すべきである。

5 私法体系における基本法である民法で対応すべき内容ではなく、消費者契約法等の特別法によって対応すべきである。

第45 賃貸借

1 賛成である。「処分につき行為能力の制限を受けた者」は制限行為能力者であり、個別規定があるため、削除した方がよい。また、短期賃貸借の期間を超え締結された賃貸借に関しては、法定期間を超える部分のみ無効（一部無効）としてよい。

2 長期にわたる賃貸借には、地上権や永小作権が利用されていないからといって賃貸借の存続期間の上限を廃止すべきではない。ただし、ゴルフ場の賃貸借等については、20年の上限期間は短いものもある。そのように長期の賃借権の存続期間を要するものについては、借地借家法等の特例法で対応するのが合理的ではないかとする意見もあった。

3 (1) 「二重に賃貸借をした賃借人」、「不動産を差し押さえた者」などとの関係について、賃貸借の対抗力を認めるという従来の解釈を条文中、明確化するもので、明文化してもよい。ただし、規定の仕方としては、「物権を取得した者」と「二重に賃貸借をした賃借人」との間では、対抗の局面が異なるため、規定を別にした方がよいように思われる。

3 (2) 賛成する。①、②、③については、判例法理を明文化するもので、妥当である。賃借人が賃借人の地位移転を知らないで旧所有者に賃料支払いを行った場合についても、その支払いを新所有者に対抗できるという旨の規定も入れるべきである。また、必要費の償還債務が新賃貸人に移転するという規定も、導入したほうが明確ではないかと考える。

3 (3) 賛成する。通説および判例（最判昭和39年6月26日民集18巻5号954頁、最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁など）の考え方を明確にしたものであり、妥当であると思われる。

3 (4) 概ね賛成する。ただし、賃貸借契約と敷金設定契約は、異なる契約であるため、この点をどのように考えるべきかという問題が残る。

- 3 (5) 動産の賃貸借契約についての對抗要件に関する規定に関しては、建機レンタル等具体的なニーズがあるものの、規定を設けるには疑問がある。
- 3 (6) 明文化すべきではないと考える。なぜなら、物権法における妨害排除請求権の規定がないにもかかわらず、賃借権に基づく妨害排除請求権を規定するのは、均衡を失する。

規定を置くにしても、物権他制度との関係を考慮する必要がある。また、代位請求権（民法第423条）との関係も検討すべきである。

- 4 (1) 基本的に反対である。明文化するにしても、他制度とのリンクが必要ではないか。また、明文化するにあたっては、通知義務の要件に関しては、「修繕を要することを知ったとき」とすべきではないか。

- 4 (2) 賛成である。解釈上も当然に要求されることがあり、明文化は妥当である。敷金との関係も考慮すべきではないか。

- 4 (3) 賛成である。賃貸借は継続的契約関係であって、賃借人が賃貸人に対して瑕疵に関する通知をしなかったため、直ちに賃借人の権利が喪失するというのは妥当ではない。

- 5 (1) 賃料増額請求権に関しては、特別法の規定に委ねるべき事項であると考えられ、賃貸借一般を対象として、その規定を設けるのは妥当ではない。
- 5 (2) 確かに、賃料の支払いは使用収益の対価であり、使用の可能性を欠いている場合には、賃料債務が発生しないともいえるが、賃借人に帰責事由があるときにおいても、当然に賃料の減額を認めるべきかについては、疑問である。

- 6 (1) 賛成である。確立した判例法理（信託関係破壊法理）については、その導入をすることは妥当である。なお、債務不履行の部分で賃貸借契約の信託関係破壊法理は契約の重大な不履行で解決できるとする説明（民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ』（商事法務、平成21年）309頁）との整合性をどのように図るべきなのかという点については、疑問が残る。

- 6 (2) 原則として賛成である。現行条文の「直接に義務を負う」という規定の不明確さからみても、これらの判例法理の導入には、賛成である。

- 7 (1) 賛成である。賃借物が全部滅失した場合においても、その責任を明確にするためにも条文により明確化した方がよい。

- 7 (2) 基本的に賛成である。特約がある場合を除いて原状回復義務には含まれないという判例理論（最判平成17年12月16日裁判集民21号1239頁）を、賃借人保護のためにも条文上明確化した方がよい。原状回復義務と収去権とともに規定する現行民法の内容を改め、通常損耗部分が含まれないとすることについては、慎重に検討すべきである。

- 7 (3) ア 消滅時効一般の規定に委ねるものとする、長期にわたる賃貸借契約の場合に、賃貸人の保護は図られるものの、賃借人の保護は図られないのではないか。

- 7 (3) イ 前記第45の7(3)アと同様の理由により、導入するのは妥当ではないと考える。

- 8 ①、②、③に規定を区分するのは、困難であり、このような配列によって賃貸借に関する規定が必ずしも分かりやすくなるか疑問が残る。

第46 使用貸借

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見（日本大学法学部民事法・商事法研究会）

1 使用貸借契約は贈与契約と同様の無償契約であるが、使用貸借契約は貸借型の無償契約であることから、要物契約であることは維持すべきである。要物契約であることが不都合な場合には、当事者の合意で諾成的要物契約を締結すれば足りる。

2 使用貸借契約について対抗力を具備できる規定の新設については、対抗要件を具備できる他の貸借型の契約に賃貸借契約があること、使用貸借契約は無償契約であることを考慮して、反対である。

3 現在と同様に贈与者の担保責任の規定と同様とすべきであるとする考え方に賛成である。使用貸借契約は、贈与契約と同様に、無償契約であり、売買の担保責任に比して、責任が軽減されるべきである。

4 (1) 借用物の返還時期について、民法第597条の規定につきわかりやすく整理できれば、改正の趣旨に沿うため賛成である。

使用貸借の終了事由として、民法第597条第2項本文の使用収益に足りる期間の経過は、最判昭和45年10月16日裁判集民101号77頁、最判平成11年2月25日裁判集民191号391頁、当事者間の信頼関係が破壊された場合には、最判昭和42年11月24日民集21巻9号2469頁による解決がされている。これらの判例法理を踏まえ、可能であれば、貸主の解除権の規定を新たに設けるべきである。

4 (2) 賃貸借契約との関係につき留意しつつ、更に検討すべきである。

第47 役務提供型の典型契約（雇用、請負、委任、寄託）総論

役務提供型の契約には、事業者が消費者にサービスを提供する契約のように役務提供者が強い立場にあるものもあれば、個人が自ら役務を提供する契約のように実質的に雇用に類似したものもあり、後者の契約においては役務提供者が弱い立場にあることから、その保護を図る必要性があることに留意して検討すべきである。また、消費者契約の分野では、請負に該当するか委任に該当するかが消費者にとって分かりにくい契約が増えていることから、それぞれの典型契約の意義を明確にすべきである。

新たな典型契約の要否、役務提供型の規定の編成の在り方など、役務提供型の典型契約の全体的な在り方としては、諸外国の例をみても種々多様であるが、雇用、請負、寄託と並んで「サービス（役務）契約」に相当する別の類型を設け、これに適用される総則規定を設けるとともに、「サービス（役務）契約」の下位概念として委任、仲介、代理商、医療、情報・助言を提供する契約などに関する規定を設ける例などがあり、参考になるものと思われる。

第48 請負

1 民法上の請負には、成果物の引渡しを要するものと要しないものという区別も含め、多様な契約が包摂されている。成果が有体物である類型の中にも製作物供給契約、請負人が物を持ち帰ってそれを修理する類型、請負人が注文者の下で物を修理する類型があり、さらに、無体物に関する請負にも様々なものがある。請負の規定を見直すといっても、請負概念を変更する実益が明らかでない。役務提供型契約の受皿規定・総則規定を設けることとする場合には、規定の適用関係を明確にするために、請負に関する規定の適用対象を明確に画する必要があるとしても、まず規律内容を検討した上で、これらの類型を「請負」という概念にまとめるかどうかを議論すべきである。

成果が有体物であるか、引渡しが観念できるかという基準で請負とその他の労務提供契約を区別することについては、同じ物の修理でありながら、請負人が持ち帰って修理するか、注文者の下で修理するかによって請負に該当するかどうかが異なるなど、問題がある。請負の本質的な要素は仕事の完成であるから、引渡しが観念できるかどうかではなく、仕事の完成を目的としているかどうかを判断基準とすべきである。かりに建築請負や製作物供給のようなものに請負の規律の適用対象を限定することを意図するのであれば、引渡しの有無ではなく、労務の結果が有体物に化体するかどうかを基準とすべきである。

物の引渡しを観念できる契約類型については、引渡しを起算点として権利行使期間を規定するなど、瑕疵担保責任に関する規定を設ける実益があるが、引渡しを観念することができないサービスの提供を目的とする契約についてはこのような特則は必要なく、不完全履行として処理すれば足りる。

2 請負に協力義務を規定することについては、情報処理システムの開発請負のような場合、請負人が適切に仕事を完成するには注文者が情報提供をしなければならぬこともあり、実際、十分な情報提供があつたかどうかをめぐる紛争が生ずることも少なくないことから、有益である。ただ、債権者の協力義務は、請負に限らず他の契約でも認められることであり、規定するとしても他の契約類型との関係にも配慮する必要がある。また、協力義務の具体的内容は、仕事の進捗状況に応じて変化していくものであるから、協力義務に関する規定を設けるにしても、柔軟な規定にする必要がある。要件効果を明確に規定するのが困難であれば、従来とおり、信義則に委ねる方法もある。

受領義務については、このような規定を設けることにより、弱い立場にある注文者に対し、請負人がした仕事の成果物を履行として認容することを事実上強制することはないのかどうか、慎重な検討を要する。また、「受領」を履行として認容するという意味で用いるのであれば、それは債権者に受領義務が認められる場合に従来想定されていた受領の意味とは異なるものであり、受領の有無をめぐる紛争を生ずることが予想される。「受領」は、かりに意思的要素があるとしても、当該契約の目的物・客体と認めるということと定めるべきである。請負においては、成果物が契約に適合するかどうかを確認して受領するというプロセスを観念できるかどうかが重要である。協力義務の場合と同様、他の契約類型との関係もあり、従来とおり信義則に委ねることも考えられる。

3 (1) 請負報酬の支払時期については、現行規定をとくに修正する必要は感じられない。報酬の支払と受領とを同時履行とするという考え方を前提とすると、請負人は目的物を引き渡しても、注文者がその契約適合性について確認しなければ報酬が得られないこととなり、請負人が目的物の引渡しのリスクを一方的に負担することになる。引渡しと同時に履行とされている現行法の下でも、優越的地位にある注文者が仕事の完成を認めないために報酬の支払をめぐる紛争が生ずる事例が多発しており、報酬の支払を受ける要件として引渡しだけでなく、注文者が履行として認容することまで必要であるとなると、現在以上に紛争が多発するおそれがある。報酬の支払と受領とを同時履行とするという考え方は商事売買（商法第526条）において議論されているが、これは商事売買における売主を保護するという政策的な目的から買主に検査通知義務を課しているのであり、このような政策的目的を持つ規律を民法に設けることには疑問がある。

3 (2) 仕事の完成が中途で不可能になった場合には、請負人は仕事を完成していない以上報酬を請求することができないのが原則であるが、請負人が例外的に報酬を請求することができる場合を規律することについては、賛成である。

その場合の具体的な規定内容としては、「注文者に生じた事由」や「注文者の義務違反」の具体的な内容、請負人の利益を害するおそれの有無、注文者が債務不履行を理由に解除した場合の効果との均衡などに留意した規定とする必要がある。例示されている、①仕事の完成が不可能になった原因が注文者に生じた事由であるときは既に履行した役務提供の割合に応じた報酬を、②その原因が注文者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額を、それぞれ請求することができるのと考える方には、基本的に賛成である。

また、判例法理（最判昭和56年2月17日判時996号61頁等）を具体化した規定を設けること（仕事の完成が不可能になった場合であっても、既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、既履行部分について請負契約を解除することはできず、請負人は既履行部分について報酬を請求することができる）については、とくに反対はしない。

3 (3) とくに異論はない。

4 完成した建物に関する権利関係を明確にするため、建物建築を目的とする請負における建物所有権の帰属に関する規定を新たに設けることには賛成である。判例は、特約のない限り、材料の全部又は主要部分を供給した者に原始的に帰属するとしているが、学説上は、当事者の通常の意味などを理由に原則として注文者に原始的に帰属するとの見解が多数説である。両者の見解は一見先鋭に対立しているようであるが、原則を修正することによって結論的には近似している。完成した建物の所有権の帰属に関する規定を設ける場合の内容も含めて、具体的な立法提案を示し、検討を進めるべきである。

5 (1) 瑕疵がある場合、請負人は修補義務を負うのが原則であり、瑕疵が重要である場合には過分の費用を要する場合であっても瑕疵修補を請求できるという民法の規定を維持すべきである。そのうえで、瑕疵の程度も含めて、契約の趣旨に照らして「修補に過分の費用を要する」ときに限り、注文者は修補を請求することができないと考えるべきである。瑕疵があれば補修を請求できるという原則に対する例外の拡大には慎重であるべきである。

5 (2) 解除に関する一般的な規定の内容にも留意しながら検討するのであれば、とくに異論はない。

5 (3) 建築請負契約の目的物である建物に重大な瑕疵があるために建物を建て替えざるを得ない場合、注文者は請負人に対し建物の建替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることが可能である。このことは、民法第635条ただし書の趣旨に反しないとした最高裁判例（最判平成14年9月24日判時1801号77頁）によっても認められているところである。このような判例法理に照らすと、解除の制限を廃止する方向で同条ただし書を見直すことには賛成である。

5 (4) この点につき、とくに異論はない。

5 (5) 売買における売主の瑕疵担保責任の存続期間との整合性や消滅時効の一般原則の内容などにも留意しつつ検討するのであれば、とくに異論は

ない。具体的な問題点は、存続期間の起算点、期間の長さ、その期間中に注文者がすべき行為の内容をどのように考えるかであるが、改正する場合の具体的な規定内容については、本文記載の①及び②の考え方のほか、請負人の担保責任について消滅時効の特則を設けず、消滅時効の一般原則によって処理すべきであるとの意見も視野に入れて検討すべきである。請負人の担保責任の存続期間を債権の消滅時効の一般原則に従って処理するに当たっては、瑕疵の存否や程度についての評価は時間を経るに従って困難になるという性質をどのように評価するか、注文者が瑕疵の存在を知ったときの行為規範としてどのようなものが望ましいかなどを考慮する必要がある。

なお、通知義務と失権効によって瑕疵担保責任の存続期間を規律するという考え方は、売主の瑕疵担保責任の存続期間についても議論されており、これとの整合性にも留意しながら検討する必要がある。

- 5 民法第638条第1項は土地工作物に関する担保責任の存続期間について規定し、これが性質保証期間（仕事の目的物が契約で定めた性質ないし有用性を備えていなければならない期間）であることに異論はないが、土地工作物のみを対象として性質保証期間を設ける根拠が十分に説明できないなどの指摘もあり、また、性質保証期間の効果として議論されていることは消滅時効の効果として議論すれば足り、必ずしも性質保証期間という考え方を導入する必要はないとの考え方もある。具体的な立法提案を示して、更に検討する必要がある。

- 5 (7) 賛成である。なお、免責特約における「重大な義務違反」という表現は、契約の趣旨によって注文者が負う義務が設定され、この契約上の義務に対する違反の程度が重大であるかどうかに着目したものであると考えられるが、債務者が契約上の義務に反した場合を条文上一般にどのような表現するかも関連するので、他の領域での表現との整合性にも留意して更に検討する必要がある。

- 6 (1) 民法は、請負人が仕事を完成しない間は注文者はいつでも損害を賠償して請負契約を解除することができるとして（民法第641条）、注文者による解除権を広く認めているが、請負人が注文者に対して従属関係にある労働契約類似の請負など、請負人が注文者に対して弱い立場にある請負については、注文者による解除を広く認めた上で当事者の利害を金銭によって調整するという規律を適用することには疑問があり、注文者の解除権に対する制約原理を検討する必要がある。具体的な立法提案を示して、検討すべきである。

- 6 (2) 基本的に賛成であるが、「約定の報酬相当額から解除によって支出を免れた費用を控除した額」が具体的に何を意味するのか、請負人が他の仕事をすることによって得た利益は「支出を免れた費用」に該当するのかどうか、具体的に立法提案を示して、検討すべきである。

- 7 破産法第53条・第54条の規定に配慮しつつ検討するのであれば、基本的に賛成である。併せて、請負人が破産した場合についても検討する必要がある。

- 8 (1) 下請負を利用することができることは契約責任の一般原則から導かれることから、特に規定することを要しない。規制する場合には、建設業法などの特別法に委ねれば足りる。規定を設ける場合には、履行補助者に関する規定の内容および不法行為責任のあり方にも関連するから、これらとの整合性にも留意する必要がある。

- 8 (2) 適法な下請負がされた場合には、賃貸人が転借人に対して直接賃料の支払を求めることができる（民法第613条第1項）のと同様に、下請負人

の元請負人に対する報酬債権と元請負人の注文者に対する報酬債権の重なる限度で、下請負人は注文者に対して直接支払を請求することができる旨を新たに規定すべきであるとの考え方には、賛成である。

ただし、その際、どのような範囲の下請負人に認めるかについては、元請負人が多数の下請負人を使用した場合や複数次にわたって下請負がされた場合との関係に配慮する必要がある。また、下請負人に準ずる地位にある者として、元請負人が第三者に仕事を請け負わせた場合や元請負人が第三者から物を購入した場合についても、下請負人と同様の直接請求を認めるかどうか検討を要する。

また、検討にあたっては、優先権を認める方法や程度について、とりわけ直接請求権を与える構成によれば、手続外でも優先的な立場で弁済を受けられることになり、担保権を付与する以上に強い権利が認められることになるが、このような強い保護の必要性の有無を検討すべきである。その際、中小企業は金融機関が提供する一括支払システムを活用して下請代金を前もって現金化していることから、直接請求権を認めるとこの債権の取扱いが不明確になり、債権譲渡による資金調達ができなくなるおそれがあるとの意見や、元請負人の経営が悪化している場面で下請負人が注文者等に対して直接報酬の支払を請求すると、倒産の引き金を引きかねないとの意見などに配慮する必要がある。

技術的な観点からは、権利行使の手続的な要件をどのように考えるか、注文者が元請負人に対して何らかの抗弁を主張することができる場合にこれを下請負人に主張することの可否、元請負人が下請負人に対して何らかの抗弁を主張することができる場合に、そのことを知らない注文者が支払をしてしまった場合の処理など、具体的な立法提案を示して、検討する必要がある。

この問題は、転貸借や復委任、さらには一般的に連鎖する契約相互に密接な関連性がある場合に直接請求権を認めるかどうかという問題の一つであり、共通する一般規定を設けるかどうかについても併せて検討する必要がある。

8 (3) 判例法理を条文化することとくに異論はないが、下請負人の保護も考慮すべきであり、一括請負かどうか、注文者の承諾の有無などの要素を勘案して全く例外を認めないかどうかについて更に検討する必要がある。

第49 委任

1 (1) 受任者の指図遵守義務の法定に反対する。善管注意義務についての抽象的規定を維持し、その内容として指図遵守義務を捉えるのが相当と考える。労働力の支配が使用者の手中にある雇用とは異なっており、労働力の支配が労務提供者自身の手中にありそこに一定の裁量が含まれるのが委任であり、そして、受任者の義務が、信託義務としてその地位にある者に要求される相当の注意を意味する以上、漫然と委託者の指示に従っていけばよいというものでもない。このように、指図遵守義務を強行的に規定し、しかもその内容（例外とその要件を含め）を適切に定義するのは困難であるからである。

1 (2) 受任者の忠実義務の明文化の可否を更に検討されたい。本研究会においては、委任に関する規定に従う会社取締役については、いわゆる同質説が判例（最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁）及び通説の立場とされ、任務懈怠責任（会社法第423条）というかたちで義務違反責任も一元化されており、別個の義務と解することによりむしろ混乱が生じるとの意見があった。その一方で、取締役の義務のうち利益衝突規制を行う部

分を忠実義務と呼ぶことは珍しくなく、信託法のように、両義務を併存させる立法例もみられるところであって（信託法第29条、第30条）、民法上、特別法におけるような受任者の利益相反ないし報酬受領に関する個別的・技術的な規律（信託法第31条、第54条、会社法第356条、第361条、一般社団法人・財団法人法第84条、第116条）が置かれなければならないのであれば、一般規定としての忠実義務の援用余地はあるとの意見もあった。

1(3) 受任者の自己執行義務とその例外について明文化することに賛成する。当事者の関係が信託関係に基づく以上、復委任の要件は安易に緩和されるべきではない。しかし、最高度の信託関係とされる信託においても、自己執行義務が緩和されており（信託法第28条）、それとのバランスを失しない規律を確保する必要がある。そこで、現行法の「本人の承諾を得たとき及びやむを得ない事由があるとき」（民法第104条）に加えて、「委任契約に復委任を禁ずる定めがない場合で、委任の目的に照らして相当であると認められるとき」（信託法第28条第2号参照）、復委任を可能とすることを提案する。その際に復委任者の履行行為について受任者が負うべき責任であるが、本人による復委任の承諾がある場合、復委任やむなしの場合、委任の目的に照らして復委任が相当である場合のすべてにおいて、復代理（民法第105条）の選任監督責任に限定するのが適切とはいえない。あえてこの点については、委任契約の趣旨の解釈により、以上の差異を踏まえた結論を導くのが望ましいと考える。

1(4) 委任者からの請求ベースの報告義務、及び委任終了時の報告義務（民法第645条）に加え、委任事務の処理について委任者に指図を求める必要があるときの報告義務を新たに規定するとの提案であるが、基本的に賛成である。ただし、本義務の適用を受けるものには種々あり、「相当なとき」とした場合に比べて範囲を限定することになる「必要なとき」という用語法については、その妥当性を精査されたい。

1(5) 受任者が委任事務を処理するために委託者の財産を管理する局面については現行民法上規定がないところ、いかなる内容・程度の義務を負うのかをこの際明文化することに賛成する。ただし、無償委任が排除されない一方、有償寄託に関する善管注意義務をデフォルトにすることの組み合わせの是非については、更に議論されたい。

1(6) 利息超過損害についての民法第419条を削除し、受任者の金銭消費責任（民法第647条）は一般的な損害賠償規律によって処理される関係上不要となるという理解のうえで、その場合も、忠実義務を根拠に受任者が金銭消費日以後の利息を取得したものと解して、遅延損害請求することは可能と考えるので、忠実義務の整理とあわせて検討されたい。

2(1) 解放義務については、更に検討されたい。現行法上、受任者が委任事務の処理に必要な債務を負担した場合、弁済期前は委任者に相当の担保を提供させ、弁済期後は委任者に代わりに弁済させることができる（代弁済請求権、民法第650条第2項）ところ、より一般的に弁済資金の支払を請求することができる旨を定めるべきとの提案であるが、部会での指摘にもみられたとおり、代弁済請求を経ずに弁済資金の支払請求だけが認められるとすると、受任者の他の債権者がこの金銭債権を差し押さえてそこから満足を得ることができることになり、不都合を生ずる可能性があるからである。

2(2) 受任者が委任事務を処理するため過失なく損害を受けたときは、委任者はその損害を賠償しなければならないが（民法第650条第3項）、学説には、同項は有償委任には適用されないとの見解がある。有償委任と無償委任とで委任者の責任を変更すべきかどうかは、注意基準その他の規律

との整合性確保を念頭に置いて議論されたい。

2 (3) 消費者及び事業者概念を民法に組み入れること自体に反対する立場から、特則の必要性を認めない。

3 (1) 委任の無償性原則の見直しの是非については、引き続き検討されたい。一般他人間の委任では確かに有償委任が大半を占めるであろうが、近親者間の事務の委託はむしろ無償委任が大半であろう。委任の典型性をいずれのパターンに求めるかが問題である。また、有償委任を前提とするとしても、法律上、原則有償とする場合には、報酬合意なき契約を念頭に有償性の推定を行うことになるが、当事者又は取引の性質に応じてその要件を具体化するのは、立法技術的に容易なことではない。また、報酬の有無について方分譲中立のスタンスを採る場合も、証明責任の所在と要件とをめぐって常に争いが生まれ、訴訟経済的によろしくない。そうすると、無償を原則としつつ現実的な利益考量を行ってきた従来の規律を維持することの方が、合理的が高いといえるかもしれない。

3 (2) また、委任における報酬の支払方式として、委任事務の処理によってもたらされる成果に対して報酬を支払うことが合意されるもの（成果完成型）と、役務提供そのものに対して報酬が支払われるもの（履行割合型）があることを条文中明記するという提案があるが、成果完成型と履行割合型の区別は絶対的なものではなく、それぞれの法律効果を厳密にわけてみたところで、結論の相対性を拭えないのではないかとと思われる。

3 (3) 前記第49の3(2)と同じ。

3 (4) 前記第49の3(2)と同じ。

4 (1) 二つの判例（最判昭和40年12月17日裁判集民81号561頁、最判昭和56年1月19日民集35巻1号1頁のいずれの判断枠組に合理性が認められるのかは議論のあるところであり、この際判例の評価を行って、要件を明確化することに賛成する。

4 (2) 委任者が自己の死亡後の事務処理を委託する委任の効力については、特段の規定が設けられていないところ、相続人の任意解除権との関係の明確化のために、規律を整備する方向性に賛成する。

4 (3) 委任関係の当事者に破産手続が開始された場合の法律関係の調整は破産法の規律（破産法第53条、第57条等）に委ね、民法上特段の規定を置かないという方向で検討されたい。当事者の信頼関係を前提とすることから、受任者の破産手続開始は委任の終了事由とされている（民法653条2号）。しかし、判例（最判平成16年6月10日民集58巻5号1178頁、最二判平成21年4月17日判時204号74頁）が会社の破産手続開始決定を受けても直ちには取締役との委任関係は終了しないとしたことや、破産者であることが取締役の欠格事由でなくなったこと（会社法第331条参照）などもあり、受任者の破産手続開始が委任終了事由として一律に規定することは困難であるからである。

5 準委任の内容を明確化し、その一部を新たな受皿規定に委ねるとの提案であるが、従来の典型契約に相当する程度に法的性質が明確な（つまり典型的な）契約類型を設定できるかどうか疑問である。差しあたつた問題が、委任規定の準用範囲が現実とミスマッチであるということならば、準用規定に一定の幅をもたせることで足りるのではないかと考える。

6 (1) 取次を委任の下位概念、媒介を準委任の下位概念として、それぞれ明文で規定するという提案であるが、一般法において一通り規定するとい

う体系美を評価することはできるが、それ以上の積極的意義に乏しいと考える。たとえば、媒介者の情報提供義務は、媒介者を定義し、媒介者の義務としてこれを明定しなくとも、受任者の報告義務の内容と準用の整理いかに、確保できるはずである。

6 (2) 前記第49の6(1)と同じ。

6 (3) 前記第49の6(1)と同じ。

第50 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定

1 そもそも典型契約は、契約自由の原則下で当事者の意思を補充する機能を持つに過ぎず、あらゆる契約を網羅的に規定する必要はもとも存在しない。従来準委任が果たしてきたのは、積極的定義を置く典型契約の範囲から漏れた契約をすくうという「受皿」としての機能であったが、今回の提案は、つまるところ従来「受皿」ですくってきた契約について積極的定義を行い、新たな典型契約とする趣旨であり、「受皿」の意味が全く異なる。そもそも典型契約間の境界が絶対的なものでない以上、そのような「受皿」には新たな「受皿」があてがわれるべきことになり、堂々巡りは避けられない。検討事項として個別に掲げられているものも、請負、雇用、委任各論と論点を共有しており、それ自体「役務提供契約」の典型契約性を否定する根拠となるように思われる。

2 前記第50の1と同じ。

3 前記第50の1と同じ。

4 (1) 前記第50の1と同じ。

4 (2) 前記第50の1と同じ。

4 (3) 前記第50の1と同じ。

4 (4) 前記第50の1と同じ。

5 前記第50の1と同じ。

6 前記第50の1と同じ。

7 前記第50の1と同じ。

8 前記第50の1と同じ。

第51 雇用

1 民法と労働契約法との関係については現状維持が適切である。雇用契約と労働契約との関係については、かつては峻別説が有力であったが、その後、同一説が多数説となった。しかし、請負や委任、その他非典型の契約方式であっても使用従属性という実態があれば労働契約にあたるとして、雇用契約と労働契約は同一ではないという見解が広まっており、労働契約法の適用に関してもこの見解に沿っている。したがって、労働契約法に雇用契約の規定を置くことは、他の契約方式との関係から慎重になされなければならない。ここで、民法における雇用契約の位置づけを考え

ると、役務提供契約として、請負契約や委任契約と並び、雇用契約は報酬の労務対償性、自己執行性を要素とする契約として特色を有しており、また、我が国の雇用労働者は全人口の半数以上といわれており、雇用契約はニーズも高く、典型的な契約形式といえる。したがって、雇用契約を民法の典型契約として置き、雇用に関する総則的な規定を設け、労働契約法は労働契約全般の規律を設けるのが相当であると考ええる。このような位置付けを考えると、安全配慮義務や解雇権濫用の法理の二点に限り雇用契約に定めるとすると、なぜこの二点なのかという疑問、及び、他の役務提供契約の契約形式を採った場合には適用されないとの解釈がなされる疑問がある。解約申し入れの期間制限も含め、労働法制の範疇で定めるべきものと考えられ、民法の雇用契約の規律に含めるには未だ議論が成熟していないといえ、更に検討が必要である。

2 (1) 報酬の支払いについては、家族手当等ノーワークの場合にも減額されない手当の存在、報酬支払日の設定上まだ労務が提供されていない期間分の報酬を前払いする企業や、労働基準法上の育児時間についても有給とする企業もあり、当事者間の契約の自由を尊重すべきであるため、任意規定として取り扱うべきであり、実質的に民法第624条からも読み取れる以上、明文化の必要性は薄いものと考ええる。更に検討が必要である。

2 (2) 労働基準法第26条により使用者の責めに帰すべき休業の場合には休業手当として平均賃金の6割以上を支給するものとしているところ、この労働基準法第26条の「使用者の責めに帰すべき事由」は、民法第536条第2項の「債権者の責めに帰すべき事由」よりも広いものと解されている。そこで、労働基準法が適用される雇用契約については手当てがなされている問題であり、また、具体的な報酬請求権の発生の法的根拠となる規定を新たに設けると労働基準法が適用されない雇用契約に限り休業手当が利益控除後の支給となるという問題を有することとなる。「使用者の義務違反」「使用者側に起因する事由」の具体的内容が不明確であること、部会資料17―2第5の2(2)において提案されているA案、B案にはそれぞれ懸念が示されていることから、更に検討が必要である。

3 労働基準法第14条第1項の期間制限が適用されない場合に、民法第626条の規定が適用されることになるため、現在でも同条には存在意義があり、また、公序良俗違反となる場合には民法第90条で無効となることから、民法第626条削除の必要性は認められず、更に慎重に検討が求められる。

4 (1) 民法第629条第1項の「同一の条件」に期間の定めが含まれるかという点については、黙示の更新については民法第627条（期間の定めのない雇用の解約も申入れ）の規定により各当事者が解約の申し入れができることから、期間の定めは含まれないという見解もあるが、その後の判例法理により解雇の自由が制限されていることから、黙示の更新により、解雇が自由に行えない期間の定めがない契約となるのは疑問といえよう。この問題は労働政策上の課題であり民法で規律すべき内容ではなく、更に慎重に検討すべきである。

(2) 契約自由の原則の従うことにより、当事者間にいかなる不都合が生じるのか、更に実態を分析し検討すべきである。

第52 寄託

1 (1) 商法典の倉庫営業に関する規定を民法に移すのであれば、この点の見直しは必須であるが、そうでない場合には、もっぱら理論的問題に留まるのではないか。他の要物契約との平仄、無償寄託については、他の無償契約との平仄につき、それぞれ検討されたい。

1 (2) 特段の異論はない。

- 1 (3) 特段の異論はない。消費貸借との整合性に意を用いられたい。
- 2 (1) 特段の異論はない。
- 2 (2) 特段の意見はない。副委任との異同につき引き続き検討されたい。
- 3 特段の異論はない。民法第400条の規律との整合性に意を用いられたい。ただ、商法典の倉庫営業に関する規定を民法に移すのであれば、この点の見直しは必須であろう。ちなみに、本研究会としては、事業者の対概念である消費者概念を民法に持ち込むことには反対である。
- 4 特段の異論はない。
- 5 (1) 特段の意見はないが、商法典の寄託や倉庫営業に関する規定を民法に移すのであれば、この点の見直しは必須であろう。その際、不法行為法の損害賠償責任との平仄につき、判例・立法（国際海上物品運送法）の立場を前提に、整合性につき意を用いるべきである。
- 5 (2) 特段の異論はないが、他の役務提供型契約との整合性には意を用いられたい。
- 6 特段の異論はないが、他の契約における担保責任の規定との整合性には意を用いられたい。
- 7 特段の異論はないが、荷渡指図書に関する現在の実務についてよく調査された上で、妥当な規制につき考慮されたい。なお、有価証券に関する規定を民法に置く場合（前記第14）、物権的効力の位置づけ次第では、本条の規制に関係することがあるので、検討されたい。
- 8 もっぱら政策論なので、わかりやすい規定を設けていただければ、とくに反対はしない。
- 9 特段の異論はない。
- 10 (1) 本研究会としては、基本法典である民法典にかかる規定を置くことに反対する。特別法で対処されたい。
- 10 (2) 本研究会としては、基本法典である民法典にかかる規定を置くことに反対する。特別法で対処されたい。ただ、最判平成8年4月26日民集50巻5号1267頁の位置づけについては引き続き検討されたい。
- 10 (3) 本研究会としては、基本法典である民法典にかかる規定を置くことに反対する。特別法で対処されたい。
- 10 (4) 本研究会としては、基本法典である民法典にかかる規定を置くことに反対する。特別法で対処されたい。なお民事執行法との整合性については、引き続き検討されたい。
- 10 (5) 本研究会としては、基本法典である民法典にかかる規定を置くことに反対する。特別法で対処されたい。
- 11 商法典の規定をどこまで民法典に移すかの立法政策に関わるものであり、特段の意見はない。

第53 組合

本研究会においては、組合に関しては、ほとんど、特段の異論がなかったが、組合に関する改正の「視点」として、有限責任事業組合を鑑（かすがい）にして、持分会社と組合との類似性がこれまでに強まるものと思われ、会社法制など他の組織法制との整合を考慮した「事業体」法制構築の必要性が主張されたので、ここに一言する次第である。改正にあたっては、この点も十分に踏まえて、引き続き検討されたい。

- 1 (1) この点につき、特段の異論はない。
- 1 (2) この点につき、特段の異論はない。
- 2 この点につき、特段の異論はない。

- 3 (1) この点につき、本研究会においては、特段の異論がなかった。
- 3 (2) この点につき、本研究会においては、特段の異論がなかった。
- 4 (1) この点につき、本研究会においては、特段の異論がなかった。
- 4 (2) この点につき、特段の異論はない。

- 5 (1) この点につき、特段の異論はない。
- 5 (2) この点につき、特段の異論はない。

6 内的組合に関しては、その利用の実態に鑑みると、あえて基本法典である民法典において明文規定を置くまでの必要はなく、置くとしてもせいぜい特別法において対処すれば足りるのではないかと考える。

第54 終身定期金

本研究会においては、終身定期金に関する何らかの規定を存置することに関しては、特段の異論がなかったが、①～④のいずれとするかについて、異論の統一をみるに至らなかった。いずれにせよ、典型契約としての「定型」性を充たすかの問題につき、引き続き検討されたい。

第55 和解

1 本研究会においては、「互譲」性の要否につき、意見が分かれ、意見の統一をみるに至らなかった。なお、書面によらずに締結された和解契約を無効とする旨の規定を設けることについては、特段の異論はなかった。

2 (1) 錯誤による和解の無効の主張（民法第95条）をすることができる範囲に関する明文の規定を設けるべきであるという考え方を巡って、本研究会では、①、和解の解釈の問題か、錯誤の解釈の問題か、②、動機の錯誤に関する議論を広げるものか否か（和解の前提は動機か要素か）等について議論があり、意見の統一をみるに至らなかった。いずれにせよ、錯誤に関する規定との整合性を意識しつつ、更に検討されたい。

2 (2) 本研究会においては、①、当該規定が人身損害に限るのか、②、裁判上の和解との整合性は図られるのか、③、確定判決の遮断効との整合性は図られるのか等について議論があり、意見の統一をみるに至らなかった。いずれにせよ、これらの点を踏まえた上で引き続き検討されたい。

第56 新種の契約

1 基本的に賛成である。資金移動取引については、法律関係を明確にする必要性が高いことから、これを典型契約として規定を整備する必要性が望まれる。

典型契約化の視点としては、私的自治を支援するという観点から民法の典型契約を検討することが考えられる。また、現実に行われる様々な契

約を一般化、抽象化したうえで、典型的な特徴のあるものを民法に規定するというのも一つの考え方である。どのような方針に基づいて典型契約を整備するかは、民法典の編成方針にも関わる重大な問題であり、根本的に議論すべきである。

また、主体の側面からみれば、現在の民法上の典型契約は、誰もが当事者双方の立場になり得る類型のものと考えられるのに対して、新たに典型契約化するかどうか議論の対象となっているものは、一方が特定の事業者である類型のものであり、立場の互換性のないものを民法で定める必要性の有無についても、慎重に議論すべきである。本研究会においては、事業者に関わる契約については民法典に取り込まないことを原則とすべきであるとの立場が多数を占めている。

2 ファイナンス・リースは通常は事業者間取引であり、リース事業協会の標準契約書に基づく詳細な内容の契約が交わされている。ファイナンス・リースを民法の典型契約として規定した場合の実務に与える影響は大きく、取引実態を十分に把握しながら慎重に検討を進めるべきである。基本的には、事業者間契約として、民法典に導入することには消極的である。

かりに規定を設けるのであれば、ファイナンス・リースに関する権利義務関係を明確にし、担保権など物権に関する事項にも議論が及ぶ可能性にも留意しながら議論する必要がある。また、実態として、ファイナンス・リース契約においては、消費者や零細事業者被害が生じている事例が多く、とりわけリース物件の選定に際しサプライヤーの説明義務が問題となる事例や中途解約できない旨の規定が問題となる事例については相談事例が多いことから、そのような規定の整備は必要不可欠といえる。リース物件が損傷・滅失した場合のリース料の取扱いに関しては、両当事者の責めに帰すべきではない事由による場合の残リース料の取扱いに関して、ユーザーの期限の利益に関する事項についても検討すべきである。

第57 事情変更の原則

1 本研究会においては、契約改訂などの具体的効果を規定しない限りにおいて事情変更に関する規定を設けることは有用との意見と、それに対しては、効果を特定しないのであれば、信義則に関する現行規定で対処すれば足りるとの意見とがあった。

2 具体的な要件を定めることについては反対である。事情変更の原則について条文を設けることに賛成する者も、この点については、意見の一致を見た。個別的な対応を要することが多く、要件を予め定めることは、却って様々な事情変更に対応する余地を制限してしまうおそれがあるからである。

3 (1) 具体的な効果を定めることについては反対である。事情変更の原則について条文を設けることに賛成する者も、この点については、意見の一致を見た。個別的な対応を要することが多く、どのような効果を与えるべきかは予め定めるべきではない。また、契約内容の改訂などは、私的自治に司法がどこまで干渉する余地を認めるかは慎重に判断する必要がある。借地借家法上の賃料増減請求のような、ある程度契約の改定すべき方向が客観的に判断できる場合を除いては、司法の契約内容への干渉に慎重であるべきである。

3 (2) 契約改訂に関する規定を設けること自体に反対である。

3 (3) 契約改訂に関する規定を設けること自体に反対である。

第58 不安の抗弁権

1 明文化には賛成である。不安の抗弁権については、既にこれを認める裁判例（最判昭和37年12月13日判タ140号127頁、東京地判平成2年12月20日判時1389号79頁、東京高判昭和62年3月30日判時1236号75頁、東京地判昭和58年3月3日判時1087号101頁等）が集積しており、学説も一般的にこの法理を認めている。ただし、不安の抗弁権については、その濫用の危険性も指摘されていることから、不安の抗弁権が必要な具体的な場面（例えば、担保徴求が不当な少額の非金銭債務で、先取特権の保護もない場面等）を想定して検討する必要がある。留意すべき点としては、明文化される結果として、不安の抗弁権を行使すべき事情があるのに行使しなかったことを債権者側の過失と評価される可能性が生ずるため、従来よりも積極的・予防的に不安の抗弁権を行使することとなり、取引停止が増加し、私的整理による事業再生が困難になることはないか。大企業が中小企業に対して風評に基づいて不安の抗弁権を行使し、また、上場企業並みの財務諸表の提出を求めるなどして、中小企業に酷な事態になり得ることはないか。抗弁事由が増えることで債権の流動化の阻害要因になり得ることはないかなど、具体的に検討を要する。

2 不安の抗弁権は、特定の売主からの製品供給への依存度が高い企業にとつては死活問題となることは明らかであり、要件の立法化は慎重になさるべきである。

適用範囲・要件については、判例がある程度固まっているのであれば、そこからあまり離れるようなことは好ましくないと考える。後履行義務者の信用不安（財産悪化）のメルクマールをどこに求めるかについては、立法技術的に難しいかもしれないが、出来る限り客観的なメルクマールがあった方が望ましい（具体例としては、後履行義務者が無資力となること、一般財産の毀滅・減少行為等があげられよう）。

3 不安の抗弁権の効果として、債務者が、債務の履行を拒絶することができ、その場合に債務者は債務不履行に陥らないことを認めるという点について、異論はない。

相手方が反対給付について弁済の提供をした場合や相当の担保を提供した場合には、履行拒絶等の不安の抗弁権の効果が認められない旨を明文化するべきとあるが、実際に相手方が無資力状態になっているときに「弁済の提供」や「相当の担保を提供」がされるのかは疑問があるが、「担保提供」については、濫用の可能性は払拭できず、取引実務等を検討し、より具体的な明文化がされることが望ましい。

第59 契約の解釈

1 契約の解釈に関する基本原則を設けることについて、積極的に賛成とまでは言えないが、逆に反対するまでの理由もない。賛否については、どのような規定を設けるのかということにかかっている。従来学説で議論されているところを、わざわざ立法化しようというのであるから、当然のことではあるが、中途半端な立法ではなく、細部まで検討しなければならない。「契約の解釈」という文言自体が必ずしも明らかでなく、それ自体学説（伝統的通説・新通説）においても未だ解決されていないところであるようなので、慎重に検討しなければならないところである。

契約の解釈原則については、旧民法（明治23年法律第28号）においても「合意の解釈」として規定が置かれていたところである。現行民法になぜこのような規定がないのかについては不明であるが、①「合意の解釈」規定は複雑であり削除するのが妥当であったこと、②旧民法に定める合

意の解釈基準は裁判官が当事者の意思を探求する際の指針となるものであるが、そのような規定が無くとも裁判官は当事者の意思を探求すると考えられていたこと等が挙げられている。契約の解釈原則は判例・学説に委ねられている状況であるが、裁判で契約の解釈原則に明示されることはほとんどないようである。これは、当初から裁判官の自由心証主義が採用されたため、結局か裁判官の心証に任されていることが挙げられている。しかし、学説においては契約解釈の具体的な基準に関する研究業績の蓄積もあるため、立法化するにあたってはそれらの検討は不可避である。

2 契約は、両当事者の意思が一致しているときはその共通の意思を基準に解釈すべきであるという点に対しては特段の異論はない。問題は、当事者の意思が一致していない場合の契約解釈である。両当事者の意思が一致していない場合については、表示の一般的な意味ではなく、その契約の当事者がどのように理解し、また理解すべきだったかを基準として解釈するという見解（共通意思優先説）を支持したい。当事者が当該事情の下において合理的に考えるならば理解したであろう意味に従って解釈することは、實際上、相当の困難は伴うであろうが、できうる限り契約の当事者がどのように理解し、また理解すべきだったかを探求すべきであると考ええる。ただ、この点については、共通意思優先説の立場でも、客観的解釈説、すなわち、契約の解釈を含む法律行為の解釈は内心的効果意思を探求することではなく、表示行為の有する客観的意味を明らかにすることであるとの考え方を支持する見解もあり、さらに細かな議論が行われているところである。さらに細部にわたって検討する必要がある。

また、共通意思優先説を貫徹するのであれば、契約の内容を確定できない事項が残る場合であっても、当事者がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容が確定できるときは、その合意内容に従って契約を解釈しなければならないとの規定を設けるとする方が、理論的には首尾一貫して妥当と考ええる。

3 合意の意味が不明確で多様に解釈される場合において、当該合意の文言が一方当事者によって使用されたものであるときは、その使用者にとって不利な意味に解釈されるべきであるとの原則（条項使用者不利の原則）は、専ら約款の解釈の基準として学説上議論されてきているものであり、その点、『中間論点整理の補足説明』で挙げられた他の解釈原則に比べれば議論の蓄積はあるのであろう。しかしながら、学説では広く承認されているとはいえず、判決例において、明示的にこれに依拠したものはほとんどないと言われているのが現状であり、条項使用者不利の原則を規定することについては違和感を覚える。裁判例において、実際に条項使用者不利の原則に従った判例がどれだけあるのか、実務上、約款の作成にあたり条項使用者不利の原則はどの程度考慮されているのか、中小企業にとっては過度な負担とならないか等について、さらに検討すべきである。

条項使用者不利の原則の適用範囲についても、上記と同様に、さらに検討すべきである。

第60 継続的契約

1 継続的契約を統一的に取り扱う規定を設けることは困難であるだけでなく、不必要であると考ええる。そもそも継続的契約という概念は契約が一定期間継続するという形式の契約を指すに過ぎず、それ以上の意味はない。個々の継続的契約においては、継続的契約であるがゆえにその継続性の保障が要求されるものもあれば、継続的であるがゆえに、そこからの離脱の自由の保障が強く要請されるものもあり、さらには同じ契約でも継続性の保障が要請される側面と離脱の自由の保障が要請される側面とが存在し、そのような相反する側面を有する関係であるからこそ、従来、

「信賴關係」などの表現でこれを示すことが多かったのである。むしろ、信賴關係とはいえ、それをある程度ルール化することは不可能ではないが、そのためには個別の事情を大幅に採り入れる必要があり、総則的な規定を設けることは個別性を取り入れるにあたっての阻害要因ともなりうる。

2 (1) 継続的契約の解消等に関する問題点は、個別の典型契約や特別法の中で取り扱われるべき問題と考える。

2 (2) 前記60の2(1)と同じ。

2 (3) 継続的契約の解除の効果については、「将来に向かってのみその効力を生ずる」とすることについて異論はない。継続的契約について統一的に取り扱う規定を設けるとして、その意義がある部分は、この解除の効果の部分のみであろう。

2 (4) 民法典に消費者・事業者に関する規定を設ける必要はないので、かかる規定を置く必要はない。

2 (5) 前記60の2(3)と同じ。

3 「多数当事者型継続的契約」なるものにつき民法上一般的な規定を置き、その中で合理的な理由なく差別的取り扱いを禁止する規定を設けることに反対である。

確かに多数の相手方と継続的な契約がなされるものの中に、合理的な理由なく差別的な取り扱いが行われてはならない種類のものがあることは否定しない。しかし、それは「多数当事者」が理由となるわけではなく、また、「継続的契約」が理由となるわけでもなく、例えば独禁法等に示される、別の（例えば政策的、基本権的）理由によるものである。あたかも「多数当事者型継続的契約」であるというだけで差別的取り扱いを禁止することが原則となるかのようにも思われる規定を、しかも一般的な規定として置くことは、表面的な現象に目を奪われて、民法の大原則を軽視する浅薄な提案との誹りを免れないであろう。

4 継続的契約においても、その解除の効果の部分のみについては意義があるとしたのと同様、「分割履行契約」なるものがあるとして、たとえばその解除の効果につき特別のものを考える等の余地はあり得るであろう。しかし、それ以上にさまざまな効果を与えるためには、当該契約が「分割履行契約」であるということだけでは、根拠が薄弱ということになりかねないと思われる。少なくとも現時点において、あえて「分割履行契約」という形態を民法典に規定し、特別の規律を与える必要性はほとんどないように思われる。

第61 法定債権に関する規定に与える影響

法定債権に関する規定は、原則今回の改正議論の範囲外のはずであるが、改正に伴って整合性がとれなくなる場合に、見直しが必要になる可能性があることは、むしろ否定し得ないであろう。しかし、それはあくまでも改正規定との整合性を採るための微調整に過ぎず、きわめて謙抑的に行われなければならないものであって、その名の下に、（しかも不十分な議論のもと）実質的な法定債権に関する規定の改正が行われてはならないことは強調しておきたい。

（議事の概況等）の中には、不法行為の規定に関して「この点について、いわゆる相当因果関係説は、具体的な規範を示していない点に問題が

あるのに対して、契約債権における契約利益説は、この点について具体的な規範を提供しようとするものであり、契約債権においてこの説を採用するならば、法定債権において同様に具体的な規範を提供しようとする保護範囲説を採用し、それを踏まえて条文上の適切な表現方法を検討すべきではないかという意見があった。また、保護範囲説は、民法第416条の類推適用を否定する立場であり、その根拠条文を求めるとすれば同法第709条となるので、新たな条文を設けなくても、同条の下で保護範囲説の解釈を採用することを立法に際して確認することで行うこともあり得るかもしれないという意見もあった。」等とある。しかし、このような意見に至っては、どさくさ紛れに保護範囲説を立法者の意図にすり替えようとするものと批判されても仕方がないであろう。

第62 消費者・事業者に関する規定

1 民法典に消費者・事業者に関する規定を設けることには反対である。事業者と消費者との間では情報・交渉力の格差があり保護すべきであるが、弱者・強者を前提とした消費者契約法を民法に組み入れることは、市民法原理・法体系を崩すことになりかねない。民法に組み入れなくとも、消費者契約法を改正したり、充実させる、あるいは消費者法典をつくることによって対応することも十分可能であり、またそうすることで、他の特別法、すなわち、消費者契約以外の弱者保護を目的とする法とも均衡がとれるものと考えられる（人の属性のひとつたる消費者だけ特別視する必要はない）。また、情報や交渉力の格差が生じ得る属性は事業者・消費者だけではなくことから（雇用主と被用者、元請と下請、大企業と零細な自営業者、医師と患者等）、消費者・事業者で分節して消費者契約法を組み入れるよりもむしろ、理念的なものを総則に規定すべきものと考えられる。商人概念を包摂する事業者という概念を民法に組み込むとなると、商法の商行為に関する規定が民法にも拡大して適用される事態が生じ、法の適用関係上、重大な問題が生じるおそれがある。ドイツでは2002年の債務法改正において民法典に消費者概念が入り、消費者に関わる規定が入ったとされるが、他国を引き合いに出すのであれば、その国における他の関連法規（労使関係、借地関係、消費関係、元請と下請、医師と患者、介護者と被介護者等に係る）との関係はどうなのか、体系的なバランスはとれているのか、債務法のみをピックアップするのではなく、「人」が属し得る地位全般に渡る法律を包括的に検討して、議論を進めて行くべきである。

2 民法典に消費者・事業者に関する規定を設ける必要はないので、消費者契約の特則を設ける必要はない。

3 (1) 民法典に消費者・事業者に関する規定を設ける必要はないので、事業者間契約の特則を規定する必要はない。

3 (2) 民法典に消費者・事業者に関する規定を設ける必要はないので、事業者間契約の特則を規定する必要はない。

3 (3) 民法典に消費者・事業者に関する規定を設ける必要はないので、事業者が行う一定の事業について適用される特則を規定する必要はない。

第63 規定の配置

基本的に賛成である。規定の配置にあたっては、国民にとつての分かりやすさと現役の法律家にとつてのなじみやすさという観点から、法制度の機能性と民法典の構造的な視点との調和を基本に、債権関係の規定の配置に関する態度決定が民法典の他の部分に与える影響等の観点に留意しつつ、現在の体系を維持したうえで、若干の修正を加えることが考えられる。

具体的には、①法律行為概念を維持し、これを引き続き第1編総則に置くこと、②債権の消滅時効に関する規定は、その趣旨と規定内容の改正内容に応じて第1編総則に置くか、あるいは、第3編債権に置くかを決すべきであること、③第2編物権を第3編債権の後に置くこと、④債権総則と契約総則を統合して再編すること、⑤契約の効力に関する諸種の事項の規律については、そのうち基本原則に係る部分は、債権の効力に関する通則的な規定を置く部分に置き、また、契約に固有の規律部分は契約の総則規定群に置き、各種の契約に関する規定群を債権及び契約総則に関する規定群から独立させたうえで、各種契約類型の配列を再検討すること、⑥典型契約の配列に関しては、典型契約の類型化を重視すると個々の典型契約の性質よりも類型としての性質が重視されるおそれがあるため、配列の検討にあたっては慎重な検討が必要であること、⑦各種の契約類型に横断的に適用され得る規定として、第三者のためにする契約に関する規定、継続的契約に関する規定の配置についても検討すべきであること、⑧債務不履行による損害賠償と解除、危険負担が分断して規定されていることの分かりづらさを解消し統合を図ること、⑨法定債権と契約債権に共通する規定として債権総則に置くべきか、法定債権への適用可能性が低いとして契約総則に置くべきか、契約各則に個別に規定すべきか、などに留意した再編が望まれる。

日本大学民事法研究会会員名簿

No.	氏 名	勤務先・所属	
1	伊 藤 文 夫	日本大学法学部教授	日本大学法学部非常勤講師
2	岡 島 芳 伸	日本大学法学部教授	
3	小 田 司	日本大学法学部教授	
4	小 野 健太郎	日本大学薬学部准教授	
5	金 光 寛 之	高崎経済大学地域政策学部准教授	日本大学通信教育部インストラクター
6	川 端 敏 朗	東邦音楽短期大学教授	
7	胡 光 輝	北陸大学未来創造学部専任講師	
8	佐 藤 亮	弁護士	
9	杉 本 純 子	日本大学法学部助教	前日本大学法学部教授
10	高 梨 俊 一	日本大学理工学部教授	
11	高 橋 めぐみ	日本大学商学部准教授	
12	永 田 誠	前日本大学大学院法務研究科教授	
13	根 本 晋 一	日本大学通信教育部准教授	
14	長谷川 貞 之	日本大学法学部教授	
15	平 田 和 夫	弁護士	
16	堀 切 忠 和	日本大学法学部准教授	
17	益 井 公 司	日本大学法学部教授	
18	三 木 千 穂	静岡英和学院大学人間社会学部講師	
19	矢 田 尚 子	白鷗大学法学部准教授	
20	三 木 千 穂	静岡英和学院大学人間社会学部専任講師	
21	峯 川 浩 子	日本大学法学部非常勤講師	日本大学通信教育部インストラクター
22	山 形 洸 平	司法書士	
23	山 口 斉 昭	早稲田大学法学学術院教授	
24	山 川 一 陽	日本大学法学部教授	
25	山 下 良	沖縄国際大学法学部専任講師	

日本大学商事法研究会会員名簿

No.	氏 名	勤務先・所属	
1	大久保 拓 也	日本大学法学部准教授	弁護士
2	金 澤 大 祐	日本大学大学院法務研究科助教	
3	鬼 頭 俊 泰	八戸大学ビジネス学部専任講師	日本大学通信教育部非常勤講師
4	工 藤 聡 一	日本大学法学部教授	
5	小 菅 成 一	嘉悦大学経営経済学部准教授	日本大学経済学部非常勤講師
6	高 岸 直 樹	税理士	
7	田 爪 浩 信	日本大学法学部非常勤講師	日本大学通信教育部非常勤講師
8	福 田 弥 夫	日本大学法学部教授	
9	松 嶋 隆 弘	日本大学法学部教授	日本大学通信教育部非常勤講師
10	松 嶋 康 尚	税理士	
11	萬 澤 陽 子	公益財団法人日本証券経済研究所 研究員	日本大学商学部非常勤講師