

司法書士からみた  
民法（債権関係）改正に関する意見書

日本司法書士会連合会



## 目 次

|                                   |        |
|-----------------------------------|--------|
| 総論                                | - 1 -  |
| I 消費者関連                           | - 2 -  |
| 第1 民法と特別法の関係について                  | - 2 -  |
| 第2 契約交渉段階                         | - 3 -  |
| 1 契約交渉の不当破棄                       | - 3 -  |
| 2 情報提供義務（説明義務）                    | - 4 -  |
| 3 契約交渉当事者等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任 | - 5 -  |
| 4 約款                              | - 6 -  |
| （1）約款の定義規定について                    | - 6 -  |
| （2）約款の組入れ要件と効果について                | - 7 -  |
| （3）不当条項について                       | - 8 -  |
| 第3 法律行為に関する通則                     | - 10 - |
| 1 公序良俗違反の具体化                      | - 10 - |
| 2 意思能力                            | - 12 - |
| 第4 意思表示                           | - 14 - |
| 1 心裡留保                            | - 14 - |
| 2 錯誤                              | - 15 - |
| 3 意思表示に関する規定の拡充                   | - 17 - |
| （1）不実告知                           | - 17 - |
| （2）民法第94条第2項の類推適用法理の明文化について       | - 19 - |
| 第5 無効・取消                          | - 21 - |
| 1 原状回復義務                          | - 21 - |
| 2 複数契約の無効                         | - 23 - |
| 3 追認の要件                           | - 25 - |
| 第6 契約の解除                          | - 26 - |
| 複数契約の解除                           | - 26 - |
| 第7 保証                             | - 28 - |
| 1 債権者の説明義務                        | - 28 - |
| 2 保証人の要件                          | - 29 - |
| 3 賃貸借契約の保証人                       | - 31 - |
| 4 連帯保証人への請求の効果                    | - 32 - |
| 第8 相殺                             | - 33 - |
| 1 相殺の遡及効                          | - 33 - |
| 2 第三者による相殺                        | - 34 - |

|     |                              |        |
|-----|------------------------------|--------|
| 3   | 不法行為債権を受働債権とする相殺禁止           | - 35 - |
| 第9  | 賃貸借契約                        | - 36 - |
| 1   | 敷金返還                         | - 36 - |
| 2   | 転貸借契約                        | - 37 - |
| 第10 | 消費貸借契約                       | - 38 - |
|     | 消費貸借契約の諾成化                   | - 38 - |
| II  | 債権譲渡関連                       | - 39 - |
| 第1  | 譲渡禁止特約について（民法第466条）          | - 39 - |
| 1   | 譲渡禁止特約に違反する債権譲渡の効力について       | - 39 - |
| 2   | 譲渡禁止特約の効力を譲受人に対抗できない理由について   | - 41 - |
| 3   | 債務者が譲渡を承諾した場合の譲渡禁止特約の効力      | - 42 - |
| 第2  | 債権譲渡の第三者対抗要件                 | - 43 - |
| 1   | 債権譲渡の第三者対抗要件の制度設計について        | - 43 - |
| 2   | 登記一元化に伴う登記制度の整備について          | - 45 - |
| 3   | 債権譲渡の債務者対抗要件との関係について         | - 48 - |
| 第3  | 将来債権譲渡について                   | - 49 - |
| 1   | 将来債権の譲渡に関する規定                | - 49 - |
| 2   | 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の有効性の限界      | - 50 - |
| 3   | 将来債権譲渡の後に譲渡禁止特約付きで発生した債権の取扱い | - 51 - |
| 4   | 譲渡人の地位の移転に伴う将来債権譲渡の対抗力       | - 52 - |
| III | 債務不履行解除                      | - 54 - |
| 第1  | 債務不履行解除                      | - 54 - |
|     | 債務不履行解除の要件                   | - 54 - |
| IV  | 代位による登記                      | - 57 - |
| 第1  | 代位による登記                      | - 57 - |
| 1   | 登記申請権の代位行使の場面における無資力要件について   | - 57 - |
| 2   | 登記申請権の代位行使の場面における補充性の要件について  | - 59 - |
| 3   | 債権者代位権を行使するための要件—債務者への通知について | - 60 - |
| V   | 法定利率                         | - 61 - |
| 第1  | 「法定利率」                       | - 61 - |
| 1   | 法定利率の変更                      | - 61 - |
| 2   | 中間利息の控除                      | - 63 - |
| VI  | 代理、売買、贈与、委任、請負               | - 64 - |
| 第1  | 代理                           | - 64 - |
| 1   | 利益相反行為                       | - 64 - |
| 2   | 白紙委任状と代理権授与表示による表見代理について     | - 65 - |

|     |                          |        |
|-----|--------------------------|--------|
| 第2  | 売買                       | - 66 - |
|     | 瑕疵の通知義務                  | - 66 - |
| 第3  | 贈与                       | - 67 - |
|     | 死因贈与                     | - 67 - |
| 第4  | 委任                       | - 69 - |
| 1   | 受任者の指図遵守義務               | - 69 - |
| 2   | 委任終了原因に関する反対特約（死後の事務の委任） | - 70 - |
| 第5  | 請負                       | - 71 - |
| 1   | 瑕疵の通知義務                  | - 71 - |
| 2   | 下請負人による注文者に対する直接請求権      | - 72 - |
| VII | 時効                       | - 73 - |
| 第1  | 「消滅時効」について               | - 73 - |
| 1   | 時効の効果について                | - 73 - |
| 2   | 時効完成後の債務の承認について          | - 75 - |



## 司法書士からみた民法（債権関係）改正に関する意見書

日本司法書士会連合会

### 総論

#### （意見の趣旨）

民法の施行後における社会・経済の変化を踏まえ、その内容を市民に分かりやすいものとするべく、民法のうち債権関係の規定について改正作業を進めることに賛成する。ただし、改正作業にあたっては、実務家の意見を十分に取り入れるべきである。

#### （意見の理由）

わが国の民法が施行されてから110余年を経過し、その間、社会・経済の状況もめまぐるしい変化を遂げている。

これらの変化に対応するために、従来は判例法理などによる解釈に依拠してきたところ、そのような積み重ねだけではますます、民法の条文と実務との乖離が大きく、私たち法律専門家においても条文だけ理解しても実務はできないという実態がある。本来、このような状況が好ましいことではないのは明らかである。

また、市民が条文を読んでも法規範を容易には理解できないという司法アクセスの障害のひとつとなっている。

これらを解消するために、民法の中でもとくに時代の影響を受けている債権関係に関する部分の抜本的見直しをすることに賛成する。

ただし、その改正による市民生活の混乱を極力防止し、市民のために、より良い民法とするために、各分野の実務家の意見を聴取し、改正に反映させる必要があると考える。

そのような認識にたち、当連合会では司法書士の実務経験に基づき意見を述べる。

## I 消費者関連

### 第1 民法と特別法の関係について

民法は基本的な契約ルールを規定すべき法律であるから、適用の対象が特定の事物、人などに限られる取引等については、原則的には特別法による規律に委ねるべきであるとする。仮に民法に導入するとした場合は、以下の点に配慮し慎重に検討すべきである。

現代社会において、様々な契約当事者間における取引が存在するところ、従前は特別法の立法による対応が図られてきたところである。

特別法は契約の一方当事者に有利な民事ルールを創設したり、改正を要する立法事実の存在を踏まえた政策目的を速やかに反映させるなど、柔軟な対応を可能とする側面を有している。また、これら特別法においては、取引実態を念頭にいた立法であるため、取引の変化に伴って既存の規定が実態にそぐわないものとなり、そのため迅速な改正が要請されるという側面をも有している。

一方、一般法たる民法はこれら特別法における原則たるルールの法律であり、そもそも頻繁な改正に馴染むものではなく、基本的・普遍的ルールを置くことが妥当である。

民法において、「消費者」や「事業者」の定義規定を置くべきであるとの考え方もあるが、「消費者」については、学説において様々な定義付けが試みられているものの統一的な見解は確立されていない。また、消費者契約法（第2条第1項）には消費者についての定義があるが、この規定における立法担当者の見解に対して学者や実務家等から批判的な意見が出されており、未だ普遍的・安定的な「消費者」定義が確立しているとは言い難い。

さらに、契約当事者間において情報量、あるいは交渉力に格差が存する非対称性取引は、「消費者」・「事業者」間における取引に限らず「労働者」・「使用者」等多岐にわたり、その点も考慮すべきである。特定の「人」概念の定義については従前どおり、特別法において規定すべきであり、民法は基本的・普遍的な契約ルールを定めるべきである。



## 第2 契約交渉段階

### 1 契約交渉の不当破棄

#### （意見の趣旨）

契約交渉を不当に破棄した者に対する損害賠償責任の明文化については慎重に検討すべきである。

#### （意見の理由）

民法においては、契約自由の原則が基本理念であり、交渉途上での破棄も自由であるため、現在の裁判例等においても、契約交渉を不当に破棄した者に対する損害賠償責任は例外的に認められている。

消費者契約トラブルにおいては、例えば、金融商品取引など取引が複雑でハイリスクを伴う契約につき、事業者が取引に関する説明を十分に行わず、利益になる旨を強調する欺瞞的勧誘による契約交渉や、訪問販売等の特定商取引法の取引類型につき、攻撃的な、あるいは消費者を心理的不安に陥れる契約交渉が行われる場合が少なくない。以上のように非対称性取引においては、原則として優位者が交渉途上におけるリスクの負担をすると考えるのが妥当である。

上記で指摘した契約交渉段階における事業者の不当な勧誘行為の多くは、特別法において行為規制がなされているところであり、かかる行為規制違反がなされたのであれば、消費者が契約交渉を破棄したとしても、当該契約交渉の破棄が不当性を有しないことは明らかである。しかしながら、本規定が明文化されるのであれば、訴訟外において消費者側の契約交渉破棄の申し入れに対し、事業者側が本規定を根拠にかかる申し入れを撤回させるなどの悪用による弊害が懸念される。

## 2 情報提供義務（説明義務）

### （意見の趣旨）

- 1 情報提供義務（説明義務）については、契約締結過程における信義則上の情報提供義務を規定することを検討すべきである。
- 2 情報提供義務の具体的内容・範囲については契約の種類、契約当事者の地位、情報力及び交渉力の格差等に鑑み決せられるものとすべきである。

### （意見の理由）

契約自由の原則・自己決定権の尊重といった理念は、非対称性取引においては、情報優位者から劣位者に対して、適切な情報が提供されることにより、はじめて機能する理念であるといえる。

医療契約をはじめとする専門家・非専門家間契約、消費者・事業者間における消費者契約など非対称性が存する場面においては、しばしば情報優位者が契約締結の動機形成に重要な影響を及ぼすべき事項につき適切な情報提供を行わず、その結果、情報劣位者が契約を締結するに至りトラブルが発生していたところである。情報優位者には、信義則等に基づく情報提供義務があるとする判例法理が形成されたり、個々の取引類型に着目して、例えば、金融商品販売法等の特別法において、個別に情報提供義務が規定されてきた経緯がある。

上記のとおりであるとすれば、情報優位者が情報劣位者に対し、適切な情報提供を行うべきことは特定の取引や当事者属性に限定されるものではなく、情報量等につき非対称性が存する契約においては、広く普遍的な義務として認められ得るものである。

また、特別法において既に同義務が明文化されていることや、判例法理が形成されている現状からすれば、これらを踏まえたうえで、一般法たる民法において、情報提供義務のいわばプロトタイプ（原型）を規定すべきである。

一般法たる民法において情報提供義務を規定するのであれば、一義的には、契約当事者の双方が相手方に対して同義務を負うと解されることになるが、契約内容及び契約当事者は多種多様であり、一律に提供すべき義務の範囲を画することは困難であり、妥当ではない。

そこで、情報提供義務の具体的範囲については、契約の種類、契約当事者の地位、情報量及び交渉力の格差等に鑑み、相対的に決定されるよう配慮すべきである。

民法に情報提供義務が規定されるのであれば、事業者の消費者に対する義務のみならず、消費者の事業者に対する義務をも観念される可能性があるが、この点については、情報提供義務の範囲を相対的に規定することや、特別法の規定等を補完的に用いることにより（例えば、保険法第37条等）、消費者の情報提供義務が加重されることにはならないものと考えられる。

### 3 契約交渉当事者等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任

#### (意見の趣旨)

- 1 契約交渉等に関与させた第三者が情報提供義務を怠った場合は、交渉当事者の義務違反と同視する規定を置くことを検討すべきである。
- 2 上記の第三者とは、媒介の委託を受けた第三者、代理人、契約交渉を共同して行った者、その他独立の第三者であって、一定の契約関係を有する者を対象とすべきである。

#### (意見の理由)

現代社会における契約交渉については、交渉当事者のみならず、例えば、訪問販売における独立した営業マン、提携リース契約におけるサプライヤー（販売店）、連鎖販売取引における勧誘者等、交渉当事者から委託を受けた独立の第三者が適切な情報提供を行わないことに起因するトラブルも少なからず存在する。

交渉当事者にとっては時間短縮の利益を享受している側面を有していることや、当該第三者の契約交渉によって契約が成立すれば、その利益は交渉当事者が享受することから、当該第三者が適切な情報提供義務を果たさなかった場合の責任は交渉当事者が負うと考えるのが妥当である。

消費者契約法第5条は「媒介の委託を受けた第三者」につき同法第4条所定の行為がある場合、当該行為を事業者の行為と同視し、当該消費者契約の取消しを認めているが、同規定の対象は消費者契約に限定されること、「媒介の委託を受けた第三者」の範囲が厳格であること、取消権の規律はあくまでも事後的な契約解放ルールとしての位置づけであることなど、契約交渉の段階における情報提供義務を担保することには直結しない。

上記の場合において、当該第三者に手続き等の代行を委託した契約当事者において当該第三者の行為による損害を賠償する責任があることは判例上も認められてきているところではあるものの、その法律構成については一致した見解は見られないとの指摘がなされているところである。

以上のとおり、契約交渉等に関与させた第三者に情報提供義務違反がある場合は、交渉当事者に同義務違反があった場合と同視する規定を置くことを検討すべきである。

なお、被用者・補助者・使用者等の行為については、これまで錯誤、詐欺、強迫等の意思表示規定あるいは、特別法に基づく取消権についても、契約当事者と同視して各規定が適用されてきたところであり、これらのものを第三者から除外する規定を置くこともあわせて検討すべきである。

## 4 約款

### (1) 約款の定義規定について

#### (意見の趣旨)

約款の定義を「契約の一方当事者が作成した条項につき，他方当事者が変更の申し入れをすることを予定しない条項をいう」とする考え方も検討すべきである。

#### (意見の理由)

現代社会において使用されている契約ないし約款の様式は，受注書の裏面に1箇条のみが印刷されているものから，数十頁にも及ぶ膨大かつ複雑な条項が設けられているものまで，多種多様な形態が存在している。このような，あらかじめ契約の一方当事者が用意した条項による契約については，これまで，民法において明文上の規定を置くことなく，判例・学説において「約款法理」として発展してきたところであるが，規律の明確化・予見可能性の可視化という観点から，契約紛争の場面において重要な役割を果たしてきた約款規制法理を明文化する必要がある，その前提として，民法に「約款」の定義規定を設ける必要性がある。

約款の定義規定を置くアプローチとしては，契約様式の形式面に着目して「約款」の定義付けを行うことが考えられるが，上記のとおり，多種多様な契約形態が存在していることからすれば，その定義付けを行うことは困難が予想され，仮に定義付けを行ったとしても，現在「約款法理」で対応している契約形態のすべてを包含するものになるのかという懸念及び抽象的な定義付けとなる懸念を払拭できない。

民法で規律すべき「約款」を，具体的な定義を置いて，リスト化するという方法も考えられるが，リスト漏れするものが出てくる可能性や当該リストの陳腐化が進み時代の変化に対応できなくなる可能性もあり，契約様式の形式面に着目した定義規定を置くことは困難である。

そもそも，約款の本質は，約款使用者が設定した条項に対して相手方は交渉の機会も変更申入れの機会も全く与えられずに，当該条項を付した契約を締結するか，しないかの自由しか存在しないところにある。

したがって，約款の定義付けを検討するにあたっては，約款の形式を抽象化して定義付けるよりも約款の特徴に着目して，定義すべきである。

なお，意見の趣旨のように約款を定義した場合，契約がそもそも当事者間の合意により形成されるという原則に対して，約款はその例外である特質を有していることが明確になり，それゆえ約款を特別に規制する合理性を導きやすいという点もある。

## （２）約款の組入れ要件と効果について

### （意見の趣旨）

約款の組入れ要件については、当事者の属性や取引慣習に応じて、段階的かつ相対的に解釈できるよう留意すべきである。

### （意見の理由）

現在においては多種多様の契約が存在し、また契約当事者の属性も多岐にわたるところである。その中には契約の一方当事者により契約内容をあらかじめ規定してある約款が利用される場合も少なくない。

現民法下においては、約款に基づく条項がいかなる場合に当事者を拘束することになるのかという法的な根拠や約款の組入れ要件については明文の規定を欠いている。

判例においては、約款の拘束力につき、契約当事者から約款による意思表示があれば反証のない限りその約款が契約の内容となる旨が判示された、大判大正４年１２月２４日（大審院民事判決録第２１輯２１８２頁～２１８７頁）が著名である。

しかし、上記判例で示された構成（意思表示推定説）は、事実上、契約の相手方の反証は困難であり、仮に相手方が約款による意思はなかったという反証に成功しても当該約款の拘束力は否定されることになるため、契約当事者にとって双方の予期しない結果を生むおそれもあり、法的安定性を損なうものである。このため、約款の拘束力の根拠につき、学説の一部では、制度説や慣習説など拘束力の根拠を別の面から捉えようとするものもみられる。

その後の裁判例をみると、盲目の保険契約者が約款内容を告げられることもなく、かつその内容を知らないまま契約書に署名をした場合でもその拘束力を認めた、最判昭和４２年１０月２４日（最高裁判所裁判集民事８８号７４１頁）の存在や、約款を用いた契約についてその拘束力の根拠についての判断はせずに、個別条項自体の不当性の拘束力を否定する判決もみられるところであり、結局のところ、現民法下においては、約款の組入れ要件について明文の規定がないため、専ら多種多様な解釈の存在する学説その他の判例法理に委ねざるを得ない状況である。

以上のように約款については、拘束力をめぐって紛争が発生している一方、バスなどの運送約款のように、相手方に対して個別に約款が開示されない運用が行われているものの、それによって際立った問題が生じていないケースもある。

このような現状において、現行法においては約款の組入れ要件が規律されていないのであるならば、これらの約款をめぐる状況をいったん整理し、契約当事者が約款に拘束される根拠となる規定を民法に規定することは、必要性があるものと考えられる。

約款の組入れ要件については、原則として約款が相手方に開示されていることが

必要であるとした上で、約款の開示が現実的に困難である場合の例外要件を設定するといった考え方が示されているところである。確かに、原則と例外の区分けをすることは理論的には明解であるが、多種多様な契約及び契約当事者の属性が存在するに鑑みると、実際には、それらを明確に区分することは困難である。したがって、様々な取引の局面において用いられる約款につき、この原則及び例外規定を置くことは、それが例外に該当するか否かによって拘束力の要件が異なることから、無用の混乱が生じるおそれがある。約款利用者の予見可能性という観点からは、約款の組入れ要件については明確化されることが好ましいといえる。しかし上記のとおりであることからすれば、その要件については原則及び例外を規定することなく、その解釈基準を規律することに留めるべきである。この際、解釈基準については、各業種業界による取引慣習、また当事者の属性をメルクマールとすることを検討すべきである。

上記解釈基準を設けることにより公共交通機関による約款等においても、あえて例外規定を設けるまでもなく、取引慣習（通常、利用者にとっては目的地までの所要時間や料金といった本質的要素に関する情報が提供されていれば足りるし、現在約款については事務所等に掲示されていることをもって、基本的には特段の不利益も生じていない）を基準とした解釈により、現行の取扱いが是認される結果となる。

なお、約款取引については、不意打ち条項を別途規律する旨の提案がなされているところであるが、意見の趣旨のとおり解釈基準が徹底された場合、別途不意打ち条項規制を規律する必要性がなくなる可能性がある。

### （３）不当条項について

#### （意見の趣旨）

- 1 約款取引において、不当条項規制の規定を民法に置くべきである。
- 2 不当条項規制は、一般規定のほか、ブラック・グレーの個別リストも設ける場合は、例示列举であることを明示すべきである。

#### （意見の理由）

約款取引において、相手方が約款の個別条項を知らないまま契約をする場合も少なくない。このため、その約款中に相手方の権利を不当に侵害するものや、権利行使を制限する条項があった場合であっても、相手方はそれに気がつかないまま約款使用の同意を与え、当該条項が当事者間において拘束力を有することになる。

しかしながら、約款使用者の相手方は、約款の使用について使用者を信頼した上で取引関係に入るわけであり、それにも関わらず当該約款を用いたために不当に権利を制限ないし義務を課せられることは、当事者の衡平の観点から妥当でない。そのため、約款の不当条項については、その効力を否定する方向で考えるべきである。

なお、不当条項を規律する位置については、約款の条項に限定して規律する考え方と約款に限定せず契約一般にも範囲を広げる考え方が提示されている。この点について、広く契約一般を対象とする場合は、私的自治の観点から慎重に検討すべきである。もっとも、契約当事者間の非対称性が認められる消費者契約においては、現行消費者契約法を維持し、約款に限定する必要性はない。

約款の不当条項規制の在り方について、いわゆるブラックリストやグレーリストとして具体的な条項を例示することは、民法が行為規範としての役割も有することが期待できること、及び当事者の予見可能性の観点からすると一定の意義があるといえる。

なお、今後契約社会の変化に伴い、リスト化した不当条項以外の条項が盛り込まれることも想起できることから、これらの条項を掲げるだけでは十分に全ての約款の不当条項を排除できるとは限らない。これらの場合に備えて、不当条項をリスト化する場合は例示列举であることを明示すべきである。

### 第3 法律行為に関する通則

#### 1 公序良俗違反の具体化

##### (意見の趣旨)

- 1 状況濫用法理等を踏まえ、勧誘の態様、当事者の非対称性といった主観的要素と当該契約において支払った金額といった客観的要素との相関関係を判断基準とする公序良俗違反に関する規定を置くことを検討すべきである。
- 2 上記については、行為に関する判例法理を基礎としつつも、判例で示された暴利行為の伝統的な要件については主観的要素に「知識の不足」を取り入れ、客観的要素については「著しく」を独立の要素とはせずに、主観的要素との相関関係により不当性を判断する内容とすべきである。
- 3 現民法第90条の「事項を目的とする」という文言は削除すべきである。

##### (意見の理由)

現行の法体系においては、民法に錯誤無効、詐欺取消等の意思表示規定を置き、さらに、訪問販売等の特定の取引類型や消費者契約といった特定の当事者間における契約については、密室性・不意打ち性、取引の複雑さ、あるいは包括的に契約当事者間における情報の非対称性といった特質を認めることにより、民法における意思表示規定の拡張あるいは要件の緩和を図る民事規定を置いている。

しかしながら、民法における意思表示規定及び特別法の規定は、あくまでも契約締結に至る意思形成過程を問題とするため（例外として、「過量販売解除」（特商法第9条の2）があるが、適用対象範囲が訪問販売に限定される）、例えば、不実告知取消（特商法第9条の3、割賦販売法第35条の3の13、消費者契約法第4条第1項1号等）は詐欺取消の要件緩和として機能しているものの、詐欺取消同様、不実告知が相手方からなされる場合に適用されるに過ぎず、行使期間も極めて短く規定されているため、契約トラブル全体の一握りの事案に対応しているに過ぎないという側面を有している（適用対象行為の限界）。

現実の契約トラブルに目を向けると、寝具・呉服、リフォーム工事等の次々販売被害等契約当事者が膨大な契約件数を抱えるため個々の契約についての記憶がなく、不実告知や威迫行為（以下「不実告知等」と言う。）があったか否かが判然としないケース、いわゆる恋人商法など不実告知等を行うことを避けつつ、契約当事者の恋愛感情を巧みに利用する販売方法であるため、当該行為自体が直接取消権の対象とはならないと解されるケース、またパソコンの知識・経験のない事業者に対し、十分な説明もないまま高額のパソコン機器及びソフトのリース契約を締結させるケースなど、行為全体からみれば、凡そ社会的に是認し難い行為であるにも関わらず、特別法あるいは民法の意思表示規定の直接の適用が困難であるケースが少なからず存在する。



上記のように、民法の意思表示規定、特別法における民事ルールのいずれにも該当しない一方で、これらはいずれも契約を有利に進めるための状況を作成し、当該状況を濫用しているのであって、契約の拘束力を維持することは妥当ではない。このようなケースにつき、実務上は公序良俗違反をいわば「最後の砦」として主張してきた。

しかしながら、暴利行為に関する伝統的な判例法理は、客観的要素を「著しく過当の利益を獲得する行為」としているため、例えば、近年の次々販売被害に関する裁判例をみても、被害金額についても極めて高いハードルが設けられており、公序良俗違反が認められることは非常に少ない。

前述したケースにおいては、契約の拘束力を維持することは妥当ではなく、いわば現在の意思表示規定の“隙間”となっている不当な契約からの解放アプローチとして、公序良俗違反を機能させるパラダイム転換が必要である。

以上のように解すると、公序良俗違反となる「社会的相当性の逸脱」の判断基準としては、契約トラブルでいえば、勧誘者態様、当事者の非対称性といった主観的要素と、当該契約において支払った金額といった客観的要素とを相対的に捉えることが妥当である。

また、現代の複雑化・多様化する契約社会においては、そもそも契約の内容を理解できないといったケースや、情報提供を行ったとしても非対称性は解消しないケースも少なからず存在する。したがって、主観的要素として「知識の不足」を取り入れるべきである。

「事項を目的とする」という規定を厳格に解釈する場合は、当該法律行為の目的が公序良俗違反となる場合に限定されることになり、上記で例示した恋人商法や次々販売被害等は法律行為の目的が物品の販売であるため、同条の対象外となる結果となり妥当ではなく、現在の判例法理は、必ずしも同規定に拘束されずに勧誘の経過、当事者の資力・能力等諸般の事情を考慮して、公序良俗違反の判断をしていることから、同規定より「事項を目的とする」という文言は削除するのが妥当と考える。

## 2 意思能力

### (意見の趣旨)

- 1 意思無能力の定義を設けるべきである。
- 2 意思能力については、契約の複雑性・難易度等に応じて判断すべきであり、「法律行為をすることの意味を弁識する能力」と定義すべきである。
- 3 日常生活に関する行為の特則を置く必要性はない。
- 4 効果については無効とすることを検討すべきである。

### (意見の理由)

近年、次々販売被害、不要なリフォーム工事被害、金融商品被害等、当該商品の必要性の判断、取引の仕組みを理解する能力、金銭感覚等の衰えた高齢者等に対し、商品を売りつける極めて悪質な事案が散見される。

現民法下においては、能力の衰えた当事者を保護する制度として成年後見制度が存在し、一定程度制度の理解及び認識は浸透しているものの、それらの者すべてが容易に利用できる制度であるとは言い難く、また、仮に同制度を利用し、後見開始の決定等に至った場合であっても、決定前の契約行為につき遡及的に後見開始を受けたとして取消しの主張ができるわけではない。

したがって、現在の実務においては成年後見制度の利用が可能である場合は、将来の被害防止のために当該制度を利用するとともに、既に発生している契約被害については、クーリング・オフ等の特別法の民事規定、さらには民法の意思表示規定などを検討することになる。

しかしながら、既に公序良俗の項で述べたとおり、当事者の記憶力等が曖昧であったり、そもそも契約内容を理解していない場合が多く、この場合は公序良俗違反を主張するか、契約内容を理解する能力を有していなかったとして、意思無能力を主張するなどの法的構成を検討することになるところ、現民法においては「意思無能力」の定義及び効果については明文の規定を置かないため、専ら判例法理に委ねざるを得ない状況である。

また、わが国は、今後本格的な高齢化社会を迎えるなど、意思無能力をめぐる紛争のさらなる増加が予想されることから「意思無能力」の定義規定及びその法律効果を民法において規律する必要性があることは明らかである。

意思無能力に係る判例法理は、契約の複雑性・難易度等により相対的に判断されているところであること、契約は多種多様であって、「契約をする能力」につき画一的な定義を規律することは困難であることからすれば、意思無能力の定義については意見の趣旨2のとおりとすることが妥当である。

例えば、訪問販売被害における物品をみると、健康食品、寝具、電話機など、物品自体は、日常生活に必要な物である場合も少なくない。したがって、「日常生活

に関する行為」を確定的に有効とする規定を置くことは、上記物品を「意思無能力者」に売りつける行為につき、いわばお墨付きを与えることになりかねず、契約被害の現状を看過した考えであって妥当ではない。

また、意思無能力の定義を上記のとおり、相対的に判断されるものとするのであれば、「日常生活に関する行為」についても、同基準にしたがって判断すれば足り、特段の例外規定を置く積極的必要性はないものといわざるを得ない。

意思無能力の効果につき、取消権とするのが妥当であるとの考え方があるが、取消権と構成した場合、主張権者が限定されること、取消権については行使期間制限があること、成年後見人等が選任されていない本人の場合は適切に取消権を行使する機会を奪われる結果になること等から妥当ではない。

## 第4 意思表示

### 1 心裡留保

#### (意見の趣旨)

心裡留保につき、非真意表示・狭義の心裡留保といった分化をすることについては慎重に検討すべきである。

#### (意見の理由)

心裡留保につき、これを「非真意表示」と「狭義の心裡留保」に分類し、当該契約が無効となる要件を区別する考え方が示されている（非真意表示については、故意・過失があった場合を無効とし、狭義の心裡留保については、故意の場合に限って無効とする）。確かに、非真意表示および狭義の心裡留保につき、明確に区別ができるのであれば、かかる見解は妥当であると思われる。

しかしながら、非真意表示と狭義の心裡留保については、その差異が必ずしも明確ではない場合がある。例えば、販売業者に執拗に勧誘されてその場から逃れなくて、消費者が契約をする旨の意思表示をしてしまった場合、かかる状況における意思表示であることからすれば当該消費者は、まさに「その場から逃れたい一心で」意思表示をしたのであり、そのような意思は当該販売業者も気付いてくれるだろうと認識していたとすれば、非真意表示であるとも解されるし、当該消費者において、本来は購入する意思はないけれども、この場を逃れるためには、販売業者に購入する意思があるように誤信させようとする意思があったとするのであれば、「狭義の心裡留保」に該当すると解される余地もある。

この場合において、仮に当該消費者の意思表示が「狭義の心裡留保」に該当するとされるのであれば、当該消費者に求められる主張立証責任は、「販売業者は真意でないことを知ることができた」事実では足りず、「販売業者が真意でないことを知っていた」事実を要する結果となる。

以上のとおり、心裡留保を「非真意表示」と「狭義の心裡留保」に分化し、無効要件に差異を設ける考え方自体には賛同できるものの、これらの差異は必ずしも明確ではない場合があり、分化することによるデメリットもあるので、慎重に検討すべきである。

## 2 錯誤

### (意見の趣旨)

- 1 いわゆる動機の錯誤については「動機が明示あるいは黙示に表示されて法律行為となり、それが法律行為の要素に当たる」場合は、当該法律行為は無効となるとの規定を置くべきである。
- 2 法律の効果として、取消しうるものとするについては慎重に検討すべきである。
- 3 錯誤による表意者の損害賠償責任については、明記すべきではない。

### (意見の理由)

現在の消費者契約被害をみると、床下の柱にヒビが入っているなどの虚偽の事実を告げて耐震補強工事を行う、健康状況について不安感を煽って健康食品を購入させる、既に締結した資格取得講座契約（これ自体が問題のある契約）を解約するために、高額の資格取得教材を購入させるなど、消費者における契約申込の動機形成部分につき、当該消費者を誤認させる手口が極めて多い。これらに対しては詐欺あるいは特別法における不実告知取消等の適用を検討することに加え、動機の錯誤があったとして、当該契約の無効を主張することも多い。

上記のとおり、動機の錯誤については、消費者等の契約トラブル解決のための主張方法として利用頻度が極めて高いにも関わらず、現民法においては、明文上の規定を欠き、その要件等については、専ら判例法理等に委ねている。そうであれば、動機の錯誤を規律する必要性があるというべきである。

なお、主要な判例・学説あるいは実務を総合すると動機の錯誤の要件は、「動機が明示あるいは黙示に表示されて法律行為となり、それが法律行為の要素に当たる」場合であるものと思われる。

動機の錯誤の要件につき、表示要件を撤廃し、法律行為となったか否かを要件とする考え方も示されているが消費者契約被害等の場合においては、販売業者が告げた事実等を詳細に聴き取り、当該告げた事実をもって、動機は黙示に表示され、動機が表示された結果、法律行為になったとする構成を取る場合もあるところ、この考え方によれば、当該構成によっては動機の錯誤が成立しない可能性があることも払拭できない。

動機の錯誤については、既に膨大な裁判例が出されているところであり、従来の判例法理に沿った規律をすべきと考える。

動機の錯誤は、動機形成部分に錯誤があるのであって、動機から表示行為までは一貫して錯誤はなく、その意味においては、不実告知等の取消権と意思形成過程は何ら変わるところはないこと、現在錯誤無効については相対的無効と解されており、実質的には取消権と差異はないことからすれば、錯誤の効果を取消権とする考え方

には一定の妥当性があることは明らかである。

ただし、消費者契約トラブル解決等の実務においては、行使期間制限のある取消権が既に行使期間を途過している場合には、公序良俗違反と並んで被害救済アプローチとして錯誤無効を駆使しているところである。取消権とすることについては、期間制限が課せられること、期間制限経過後の取消主張の場合は、主張権者において相手方の行使期間経過の抗弁に対し、当該主張が権利乱用であるなどとして再抗弁として主張しなければならなくなるなどの不利益が考えられること等を考慮し、慎重に検討すべきである。

前述のとおり、錯誤無効は、消費者契約等において重要な位置付けがなされる規定である。

しかしながら、錯誤無効を主張したことによる表意者の損害賠償責任が規律されることになれば、事業者等から損害賠償請求を行う旨を告知されるなどすることにより、錯誤無効の主張を躊躇したり、撤回するなどの弊害が発生するおそれがある。

したがって、錯誤による表意者の損害賠償責任を規律することは妥当ではない。

### 3 意思表示に関する規定の拡充

#### (1) 不実告知

##### (意見の趣旨)

- 1 不実告知及び不利益事実の不告知を「不実表示」と総称して、意思表示規定に新たに規律すべきである。
- 2 なお、取消事由たる不実の内容については、不実の客観的対象を限定せず、「契約当事者間の情報量・地位等に鑑み、契約締結をするか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきもの」といった相対的に規律すべきである。
- 3 第三者による不実表示については、詐欺取消同様、相手方が、第三者が不実告知をしたことにつき、知っていたか・知り得た場合は取消ができる旨を規律すべきである。

##### (意見の理由)

##### (意見の趣旨 1 について)

現民法下において、不実告知あるいは故意の不利益事実の不告知がある場合、消費者契約法、特定商取引法（同法の場合は、不利益事実の不告知ではなく、事実不告知である）、割賦販売法（規定につき特定商取引法と同様である）といった特別法においては、取消権が規定されている。

しかしながら、これら特別法は、適用対象を消費者契約に限定したり、訪問販売等の特定の取引類型に限定しており、例えば、消費者契約法についていえば、個人事業者が店舗用の電話機につき不実告知による電話機リース契約を受けて契約に至った場合は、原則として同法の適用はないなど、一部の契約トラブルにおいて機能しているに過ぎない。

契約交渉において、契約の一方当事者から不実告知等がなされた場合、他方当事者としては基本的に相手方から告げられた事実を前提に意思表示を形成せざるを得ず、上記は消費者契約における消費者等に限られるものではない。

不実告知等がなされた場合、当該行為が錯誤無効あるいは詐欺取消に該当するか否かはケースによって異なることや、例えば、相手方の不実告知によって錯誤に陥った場合、立証すべき事項が、動機錯誤については表示を重視する立場にたったとしても、不実告知がなされたことに加え、表意者においてその誤った動機を相手方に表示したことの立証が必要であるなど、不実告知取消に比べて主張立証の負担が重く、現民法における錯誤無効等の意思表示規定が、特別法の適用がない事案において十分に機能しているとは言い難い。

また、インターネット等をはじめ広告媒体の急速な発展に伴い、消費者等の当該契約締結に向けた意思表示形成は、個別の勧誘行為が行われる前段階のホームページによる記載等によりなされる場合も多く、個別の勧誘行為における「不実告知」

のみを取消権の対象とする相当性はないというべきである。

さらに、消費者契約法ほかの特別法においては、不実告知と不利益事実の不告知を別途規定しているところ、契約内容のうちの不利益となる事実を告げないことは勧誘時の表示全体からすれば、結局、不実告知をしていると解する余地があること、不実告知と不利益事実の不告知を比較すると、不実告知は「客観的に真実または真正でないこと」（逐条解説108頁）まで主張立証を求められるのに対し、不利益事実の不告知は「経済的不利益に限られず、広く、消費者が望まない状態をいい、その判断基準は当該消費者の主観である」（日弁コンメ75頁）とされており、告げられた・あるいは告げられない事実の不当性についての立証の程度という観点においては、主張権者にとっては、不利益事実の不告知の方が負担が軽いといえる。不利益事実の不告知は「故意」の主張立証を主張権者において負担せざるを得ず、その意味においては詐欺取消に近接しており、不実告知がなければ独立した存在意義が希薄であると考えられる。

上記からすれば、取消権の対象となるべき「不実告知」は勧誘時にのみ限定せずに、ホームページ等、不特定多数の者に対する広告表示をも含むべきである。また、上記のとおり、不実告知と不利益事実の不告知をあえて別途規律する必要性はなく、この場合、「不利益事実の不告知」は「告知」ではなく、むしろ、不利益な事実を告げないという「表示」として解するのが相当であるし、不実につき、上記のとおり（客観的に真実または真正ではないこと）解した場合であっても、不利益事実の不告知は、「不実」表示に該当するとの解釈が可能であるのならば、不実告知及び不利益事実の不告知を統合し、例えば、「不実表示」として規律することが妥当であると思われる。

#### （意見の趣旨2について）

消費者契約法においては、不実告知等の取消対象となる告知等は重要事項（同法第4条第4項）に限定されており、動機錯誤についての判例法理（相手方の信頼保護）、消費者契約のトラブルの実態（動機形成部分に関する不実告知等が多い）等の観点からすれば、かかる限定は妥当ではなく、消費者契約法評価検討委員会をはじめ、実務家及び学者等からの批判も多く、裁判例においても、かかる限定を拡張的に解釈して適用範囲を広く考える判断が多数なされている状況である。

したがって、取消しの対象となるべき事項については、「重要事項」等の限定をせずに主観的要素により画すものとし、さらに一般法たる民法に規定するのであれば、消費者契約に限らないのであるから主観的要素については、契約当事者間の情報量・地位等の諸事情を考慮した上で、相対的に判断されるものとするのが相当である。

主観的要素を規律することにより、事業者から消費者に対して、消費者の付随的事実についての「言い間違い」などの場合は、取消事由には該当しないことになる



し、契約締結の判断に影響を及ぼすべき事項であれば、多くの場合、事業者において積極的にかかる事実を聴取する義務があると解されると思われるので、弊害としての“逆適用”といった問題は生じないものと思われる（このことは、事業者からの事実聴取にも関わらず、消費者において、取消しを相当とする事由について不実告知があった場合は、仮に無過失であったとしても契約の効力を否定されることは、やむを得ないことを意味する）。

なお、当該規定を置くと、例えば、中古自動車メーター巻き戻しの事件において、メーターが巻き戻されていることを知らずに転売したものが、買主からメーターの巻き戻しを理由に不実告知取消しをされた場合、売主は何らの落ち度がなくても取消しの主張を甘んじて受けなければならなくなる。しかしながら、この場合は、錯誤無効の主張や瑕疵担保責任の追及と重なることもありうるのであり、やむを得ないと考えるべきである。

#### （意見の趣旨 3 について）

消費者契約法第 5 条については、相手方に故意・過失がなくても密接な関係性（媒介の委託を受けた第三者該当性）が認められる場合は、第三者による不実告知の場合であっても取消しができる旨規定されている。

上記は、消費者契約の特質に鑑みて規律されているものであり、一般法たる民法においては、善意・無過失であっても第三者の行為による効果を帰属させるとするのは予見可能性・過失責任等の観点からは妥当ではなく、第三者詐欺同様の要件を規律することが妥当である。

### （２）民法第 94 条第 2 項の類推適用法理の明文化について

#### （意見の趣旨）

民法第 94 条第 2 項の類推適用法理の明文化は、物権法・登記手続きに与える影響が甚大であるから、債権法のみならず物権法上の諸論点につき検討を終えた後に改正の是非及び内容を検討すべきである。

#### （意見の理由）

民法第 94 条第 2 項の類推法理は、主に不動産物権変動の局面において無権利者からの取得者を保護するためのものとして機能しており、不動産登記に公信力がないことを実質的に修正する機能を有している。

どこまでが対抗問題で、どこからが公信問題なのか、そして最終的に第三者が保護されるためにはどのような要件が必要かについて一義的には決せられていない現状においては、規定の位置（意思表示のところか、外観法理としてまとめておくのか、物権法におくのか）や射程距離（対抗問題との関係、他の外観法理制度との関係）の整理が必要である。

上記法理の明文化に当たっては、登記慣行の定着や代理取引における本人・意思の確認義務の強化などの変化も考慮にいれるべきであり、物権法上の諸論点につき検討を終えた後に改正の是非及び内容を検討すべきである。

## 第5 無効・取消

### 1 原状回復義務

#### (意見の趣旨)

- 1 未成年者等の制限能力者取消（以下「未成年者取消等」と言う。）における原状回復義務の範囲については、その制度の趣旨が没却されることにならないよう、規定の見直しをすべきである。
- 2 上記のほか、契約トラブルにおける取消等の場面において、悪質事業者の“やり得”を許さないための解釈法理の規律を検討すべきである。

#### (意見の理由)

近年、携帯電話利用契約、エステ契約、オンラインゲーム利用に係る契約等、未成年者を契約当事者とする契約トラブルが散見されている。

未成年者取消等を主張した場合、当該未成年者の利得の返還の範囲については、「現に利益を受けている限度」であるところ（民法第121条ただし書）、例えば、上記のような役務取引（サービス提供取引）では、「現に利益を受けている限度」については、役務提供自体を現存利益であるとする考え方に基づく取扱いあるいは判断が実務・裁判例（例えば、札幌地判平成20年8月28日〔公刊物未登載〕）において少なからず存在する。

上記の見解に基づく場合、仮に、当該契約の取消しが認められたとしても、清算の場面において、結局、未成年者側は、客観的対価を価格返還しなければならず、事実上、未成年者取消による効果が没却され、悪質な事業者が契約の相手方である場合には、当該事業者の“やり得”を容認する結果ともなりうる。この場合、返還の範囲を減少させる構成として、①信義則に基づく請求制限や契約の相手方の権利濫用の主張を行うという考え方、②不当利得において不法原因給付規定を置くこととの対比において、一方当事者の有責性が高い場合には原状回復義務の内容が制限されるべきであるという考え方、③当該役務は、生活に必需ではないから、出費の節約たる利益はないという考え方、④事業者の行為の悪性が高いときには、「押しつけられた給付」であるとして、商品の場合、消費者は目的物を返還すれば原状回復義務を果たしたのであり、使用利益を返還する必要はなく、役務については価格返還を要しないとする考え方などが、学説・裁判例などで見られるところであるが、いずれも明文の規定はない。

なお、“やり得”を許すべきではないことは、未成年者等に限られるものではなく、契約一般において共通する理念である。したがって、無効・取消の効果としての原状回復義務の範囲につき、①から④の解釈法理を規律すべきである。

また、未成年者等においては、法の趣旨等からすれば、要保護性が一層高いと考えられることから、解釈法理を規律するに留まらず、原状回復義務に関する具体的

な規律をすべきである。

## 2 複数契約の無効

### (意見の趣旨)

- 1 複数の当事者における複数の契約につき、ある契約が公序良俗違反により無効となる場合、これと密接に関連する契約についても同様に無効となる規定を置くことを検討すべきである。
- 2 上記の密接性要件については、判例法理等を踏まえ、不測の損害や取引の安全性の阻害に配慮した上で検討すべきである。

### (意見の理由)

現代における契約体系は複雑・多様化している。例えば、携帯電話の利用、クレジットを利用した商品の購入等、交渉担当者が単独の事業者であったとしても、実際には複数当事者による複数契約が存在することも少なからずある。そして、こうした複数の契約が介在することにより、例えば、次々販売被害にみられたように、販売契約における商品の引渡しを販売業者、代金の回収はクレジット会社などと分化させることにより、販売業者に消費者等の資力を無視した販売を可能とした結果、被害を拡大させたり、消費者等が契約内容・仕組みを理解しないまま複数の契約に至るなどの問題も発生している。

一方、現民法においては、原則として、契約無効の効力は、あくまでも当該契約のみに限定され、このことは契約当事者が同一であっても、別であっても同様である。

しかしながら、意図的に契約を複数に分化すること、さらに契約当事者をも分化することは容易であり、原則論によるのであれば、上記で例示した複数契約による契約トラブルに対しては、妥当な結論を導くことは困難である。

このため、裁判例においては、①同一事業者による複数契約（酌婦稼動契約と金銭消費貸借契約〔最判昭和30年10月7日民集9巻11号1616頁〕）、②複数事業者による複数契約（Aマルチ商法とクレジット契約〔名古屋高裁金沢支部判昭和62年8月31日判時1254号76頁〕、Bデート商法による宝飾品販売契約とクレジット契約〔名古屋高判平成21年2月19日判時2047号122頁〕）において、大要、i）一方の契約の不法性（公序良俗違反該当性）、ii）他方の契約が一方の契約の手段として欠かせないこと、さらに、複数当事者の場合においては、iii）一方契約が不法性を有することについての他方契約当事者の認識、を要素として、一方の契約が公序良俗違反により無効である場合は、他方の契約についても無効となるとする法理が用いられている。

なお、特別法に目を向けると、消費者契約法においては、媒介の委託を受けた第三者の法理を規律することにより、例えば販売業者が威迫的勧誘を行ったことにより、販売契約及びクレジット契約の申込みをさせた場合は、双方の契約の取消しを

認めたり（同法第4条・第5条）、割賦販売法においては、個別信用購入あっせん関係受領契約の利用による訪問販売等の特定商取引法五類型取引が行われた場合において、クレジット契約のクーリング・オフの効果を販売契約にも連動させて、販売契約をもクーリング・オフしたものとみなす規定を置いたり（同法第35条の3の10等）、訪問販売契約が過量販売解除となる場合は、その支払い手段として用いられた個別信用購入あっせん関係受領契約の解除をも認めるなどの規定が置かれている（同法第35条の3の12）。

しかしながら、これらは一方の契約が公序良俗違反等により無効である場合については何ら規定されておらず、特別法であるためにその適用対象が限定されていることからすれば、上記例示複数契約に起因するトラブルに対する規定としては不十分である。

以上のとおりであることからすれば、意見の趣旨1のと通りの規定を民法に置くことを検討すべきである。

上記規定により、無用な混乱が生じないよう判例法理等から抽出される要素を要件とすべきである。その要素に沿って解釈されるのであれば、他方契約当事者の予見可能性は担保されることになる。

### 3 追認の要件

#### (意見の趣旨)

追認の要件について、取消原因となった状況が消滅しただけでなく、対象となる行為について取消権を行使することができることを知った後に追認しなければならないことを明確にした規定を置くべきである。

#### (意見の理由)

現民法においては、追認要件については「取消の原因となっていた状況が消滅した後」であるとされており、具体的には詐欺については誤認していたことに気がついた時点であり、強迫については畏怖状況から脱した時点であると解されている。

しかしながら、上記の解釈に立つ場合、悪質商法被害事案においては、①強引な訪問販売を受けたところ、販売業者に対して畏怖の念が生じ、早く帰ってもらいたい一心でクレジットを組んで契約を締結したものの、どこに相談すべきか悩んでいるうちに初回のクレジット割賦金の引き落としがなされてしまったケースにおいては、かかる行為が法定追認に該当するとの主張がクレジット会社や販売業者からなされ、その結果、強迫取消が認められないという事態も発生する。また、②詐欺的なセールストークによって、当該告げられた事実を真実であると誤認して契約締結に至ったケースにおいても、その後、例えば、インターネット等の情報により「騙されているのではないか」という認識を当該消費者が有した時点で、追認要件に該当するとの解釈がなされる余地があり、その結果、①同様に代金の支払い等の履行がなされている場合は、法定追認に該当するとの帰結に至る可能性もある。

上記の各行為は、当該契約の取消の主張ができることを知らずに、また、具体的な対応方法もわからずに、結果として当該契約に従った履行がなされたにすぎない。したがって、かかる行為をもって、追認に該当するとして、取消権という当該契約からの解放のための手段を喪失させることは、そもそも追認とは取消権の放棄であると解する立場からは妥当ではなく、当事者保護の観点からも同様に妥当性を欠くことになる。

## 第6 契約の解除

### 複数契約の解除

#### (意見の趣旨)

- 1 複数の当事者における複数の契約につき、ある契約が債務不履行により解除となる場合、各契約の目的が相互に密接に関連付けられ、社会通念上、他の契約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場合、他方の契約についても法定解除が認められる規定を置くことを検討すべきである。
- 2 上記の密接性要件・目的不達成要件については、不測の損害や取引の安全性の阻害に配慮した上で検討すべきである。

#### (意見の理由)

「複数契約の無効」で述べたとおり、現代における契約体系は複雑・多様化している。こうした契約の複数化による問題は契約の「無効」のみならず債務履行解除の場面においても該当する。

例えば、英会話受講契約をクレジットで一括払いしたものの、受講契約期間中に英会話教室が倒産したというケースなどを考えると、一方契約が債務不履行により解除となるのであれば、他方の契約についても解除を可能としなければ、利用者にとっては著しい不利益が発生することになる。

複数契約の無効と同様、契約の解除についても、現民法においては、原則として、契約の法定解除の効力はあくまでも当該契約のみに限定され、このことは契約当事者が同一であっても、別であっても同様である。

しかしながら、意図的に契約を複数に分化すること、さらに契約当事者をも分化することは容易であり、複数の契約・当事者であるか否かについては、消費者等の契約の他方当事者には選択権がなく、さらに契約当事者を同一とするか複数とするかについては、契約の一方当事者が決定権を有している場面も存在するのであって、上記の原則論によるのであれば、例示した複数契約による契約トラブルに対しては、妥当な結論を導くことは困難である。

判例においては、最判平成8年11月12日（民集50巻10号2673頁）が同一当事者間における複数契約において、①同一当事者間の債権債務関係であること、②各契約の目的が相互に密接に関連付けられること、③社会通念上、いずれかの契約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こと、④一方の契約に債務不履行があることを、要件として双方の契約の解除を認めているところである。

なお、特別法に目を向けると、「複数契約の無効」の項において述べたとおり、消費者契約法は複数当事者間における契約が双方取消しとなる場合の規定を置き、



割賦販売法等においては、取消規定に加え、クレジット契約及び販売契約が連動してクーリング・オフされる規定をも置いている。

しかしながら、これらについては、適用対象取引が限定されることに加え、いわゆる倒産型（債務不履行型）被害については対象外となっていることからすれば、上記で指摘した複数契約に起因するトラブルに対する規定としては不十分である。

したがって、複数契約の無効同様、複数契約の解除についても民法において規律すべきである。ただし、解除については、無効とは異なり、複数契約の解除を認めた判例は同一当事者間の場合に限られるため、その規定については同一当事者間に限られるべきか、複数当事者間における場合も射程内とすべきか、といった問題がある。

前記判例で記された①から④の要件について検討すると②から④については同一当事者間に限らず該当する要件であると考えられる。

そうすると①についてのみ厳格に拘束される必要性はないこととなり、①についてはむしろ、予見可能性等の観点から要件として抽出されているものと考えられ、そうであるならば、複数当事者間における契約であっても、②から④の要件を満たしている場合は、他方契約の当事者において、一方契約の当事者が債務不履行を引き起こすことを予見し、または予見すべき場合においては、複数契約のいずれにおいても解除の効果を及ぼすことが妥当であるものと思われる。

以上のとおりであるから、複数契約の解除についても複数契約の無効同様、同一当事者間に限定される理由はなく、むしろ前述した契約被害の実態等からすれば、複数当事者における場合も含めて規律するのが妥当である。

上記規定により、無用な混乱が生じないよう判例法理等から抽出される要素を要件とすべきである。その要素に沿って解釈されるのであれば、他方契約当事者の予見可能性は担保されることになる。

## 第7 保証

### 1 債権者の説明義務

#### (意見の趣旨)

保証契約の債権者につき、保証人に対する保証の意味及び保証契約や主債務者の資力に関する情報の内容に関する説明義務を規定を置くべきである。

#### (意見の理由)

保証制度には、保証人が保証契約を締結することにより、主債務者の信用力を高め、経済活動を拡大させるという側面があるものの、対価のない保証契約を締結する保証人にとっては一般的にメリットがない制度であるといえ、保証人になった者の生活破綻や自殺といった保証被害の大きな要因となっており、社会問題ともなっている。このような保証人被害の実態は周知の事実である。

また、保証人となる者は、深い人的関係のある主債務者から保証を頼まれると断りづらいケースも多く、このような保証人の保護を図るべきであると考えられる。

保証契約の債権者は、主債務の不履行があると、保証債務の履行を請求する立場にあり、その保証債務の履行の実現が重大な関心事となる当事者である。また、主債務となる契約や保証契約を締結する際においては、一般に、契約締結の決定に関するイニシアチブを握る当事者でもある。このような立場にある債権者に一定の義務を規律することが保証人の保護について実効性を高めるためには必要である。

そこで、債権者に関し、保証契約締結の際に、保証人に対して、保証の意味だけでなく、当該保証契約の内容や主債務者の資力に関する情報の説明を十分することを義務付ける規定を設けることにより、保証人が保証契約の締結に慎重となり、保証人の無理解による保証被害の防止に資することになる。

なお、「主債務者が破綻状態にあるかどうか」は、保証人にとっては、動機の錯誤ともなり得る重大な関心事であり（東京高判平成17年8月10日、消費者法ニュース65号175頁）、仮に動機の錯誤が認められた場合、債権者も重大な利害関係を有することとなるのだから、取引の安定を図るためにも、これらの説明義務を課することが相当であると考えられる。

## 2 保証人の要件

### (意見の趣旨)

債権者の指名に関わらず、保証契約によって負う見込みのある債務につき、一括して弁済する資力を有しない者を保証人とすることを認めない、との規定を置くことを検討すべきである。

### (意見の理由)

保証被害の実態は、主債務が不履行となったときに、保証人が自らの資力で弁済することが困難となって生活破綻を招き、果ては自殺にまで追い込まれるというものである。

主債務者との深い人的関係により保証人となる者は、保証人となることを断る自由を有していない場合が多いことを鑑みると、仮に債権者から保証の意味及び保証契約の内容や主債務者の資力に関する情報について十分な説明を受けても、保証契約を締結するかしないかを自由に選択することができないことが想定される。

したがって、保証被害の防止の観点からは、債権者の説明義務の規定の創設に加えて、さらに保証人の資力に関する要件を保証人の視点に立った規定として定めるような見直しも検討すべきである。

保証人の要件を定める規定としては、「弁済をする資力を有すること」と規定する現民法第450条があるが、この規定は、保証人の要件を示すことによって、債権者を保護しようとする規定であると解されており、同条第2項により債権者が保証人を指名した場合には適用されない。

しかしながら、現代社会においては、このような債権者の視点に立った規定が保証被害の要因となるとの見方も必要である。弁済資力のない者が保証人となれば、主債務に不履行があったときに、保証人が資力以上の弁済を求められ破綻するのは当然の理である。

保証人を保護する視点からは、保証本来の機能を、保証人の「現に有する資力」によって主債務者の信用力を高めて経済活動を活性化させることに求めるべきところ、保証人の「将来の信用力」によって主債務者の信用力を高めるものとして保証契約が締結されていることから保証被害をより深刻なものにしているとも考えられる。

もっとも、債権者は、与信管理を誤り資力のない者を保証人としたときは、回収不能というリスクを負うのだから、保証人の要件は債権者の選択に委ねればよいという考えもあると思われる。しかしながら、現実には、多額の保証債務を長期分割払いで支払い続け、延々と保証債務の履行を続けている保証人も多く見られる。債権者が回収不能のリスクを負うとしても保証人の要件を私的自治の原則に委ねることが相当であるかどうか、つまり保証人の要件を、債権者のための規定から、保

証人を保護する規定へと大きく転換させる必要があるのではないかという点を検討すべきである。

具体的には、例えば、現民法第450条の「債務者が保証人を立てる義務を負う場合」という限定を外し、同条第3項を廃止した上で、保証契約締結にあたり債権者に保証人の資力調査を求めることが考えられる。

「弁済をする資力」については、保証額全額を一括で弁済する資力とするか、あるいは保証額を分割して弁済する際の一定期間内（例えば、一カ月）の負担額を継続的に弁済する資力とするか、検討を加える必要がある。

なお、仮に保証人保護の規定が導入された場合、「併存的債務引受契約」や「連帯債務契約」等の保証と同様の機能を持つ契約を締結することによって、それらの規定を免れようとすることも考えられるため、保証契約と実質同視しうる契約に対して保証の規定を適用することも検討すべきである。

### 3 賃貸借契約の保証人

#### (意見の趣旨)

不動産賃貸借契約の保証のように貸金等債務以外の債務を負担する根保証の保証人を保護する規定を置くことを検討すべきである。

#### (意見の理由)

不動産賃貸借契約においては、賃借人が賃料を滞納したまま債権者の選択により、保証人のみを被告として、未払賃料請求訴訟が提訴されることが実務上往々にして見られるところである。

また、不動産賃貸借契約の保証人には、建物明渡しに協力するという事実上の負担も生じることが通常であり、賃貸人が賃料未払による賃貸借契約の解除を理由とする建物の明渡請求をする際には、未払賃料の回収可能性に関わらず、賃借人のほか、保証人に対してもなされ、保証人から賃借人に対して明渡しを説得するなどの働き掛けを期待されることが多い。

以上のように、一度、賃貸借契約の保証人となると、保証債務等の支払いと賃借人退去等の協力という二重の負担を強いられる場合がある。

不動産賃貸借契約は長期間に及ぶことが多く、保証人は、保証額及び保証期間が不明な状態で保証契約を締結しており、長期間に及ぶ保証契約存続中、不安定な責任を負い続け、保証人と賃借人との人的関係が破綻した後もこれらの責任が継続する。したがって、保証人を保護する必要性は高い。

ところで、現民法で規定されている根保証は、その適用対象が貸金等債務に限定されているが、根保証の規定から貸金等債務という「保証の範囲」の限定を外すことによって、賃貸借契約の保証契約も含まれることになり、賃貸借契約の保証人に生じる問題も解消することになる。すなわち、賃貸借契約の保証契約を締結する際に「極度額」を定めることが義務付けられることによって「保証金額」が明確となり、「元本確定期日」を定めることが義務付けられることによって「保証期間」が明確となる。

したがって、賃貸借契約の保証人を保護するために、具体的には、根保証契約の適用対象から「貸金等債務」という限定を除くべきである。

なお、賃貸借契約の保証人の保護をより実効性の高いものとするために、とくに賃貸借契約の保証契約については、「極度額」の上限を定める規定を設けるべきであり、かつ、「元本確定期日」は債務者の賃貸借契約更新時と同一と定める規定を設け、債務者が賃貸借契約の更新をする度に保証人に賃貸借契約の保証契約の更新をする意思の確認をする機会を与えるべきである。

#### 4 連帯保証人への請求の効果

##### （意見の趣旨）

債権者からの連帯保証人に対する請求が主債務の時効の中断事由とならない規定を置くことを検討すべきである。

##### （意見の理由）

現民法の規定では、債権者から連帯保証人に対してなされた履行の請求が主債務の時効中断事由となるが、連帯保証契約は、主債務者の関与がなくても締結することが可能であり、主債務者の関知しないところで時効が中断されるのは妥当ではないとの批判がある。実務上でも、主債務者から相談を受け主債務の時効期間が満了しているか否かを検討する場合、主債務者の知り得ぬところで時効が中断されている可能性があることにより、法律効果の予測が困難になるという事態にしばしば遭遇する。

連帯保証人が保証債務を弁済した場合には、連帯保証人は求償権を行使することができ、その弁済の時から求償権の時効は進行するから、結果的に主債務の消滅時効が止まっていることと同視することができるという考えもある。

しかしながら、連帯保証人に対する請求がなされ時効が中断することと保証債務の履行により連帯保証人が主債務者に求償権を行使することとは、前提となる事情が異なると考えられ、区別して検討されるべきである。

主債務の時効中断をしようとする債権者は、主債務者に対して履行の請求を行えばよく、そのことにより債権者に過大な負担を負わせるものではないと考えられる。

## 第8 相殺

### 1 相殺の遡及効

#### （意見の趣旨）

相殺の意思表示がされた時点で、その相殺の効力が生じることとするについては、以下の点に留意し慎重に検討すべきである。

#### （意見の理由）

相殺の効力について、実務上、特約により、相殺の意思表示がされた時点で、差引計算をするという処理がされているケースがあることを理由の一つとして、現民法の規律を改め、原則として、その効力を遡及させないとの考えがある。

すなわち、相殺の意思表示を行なった時点で、元金に加え、それまでの遅延損害金等を含めた対当額で相殺することをデフォルト・ルールにするとの考えである。

また、現民法の規律がいわば当然のように相殺主義を採用しており、意思表示主義と親和的でないとの見解も、相殺の遡及効を認めないとする考えの根拠として述べられているところである。

しかしながら、相殺の効力について意思表示がされた時点で差引計算をするという処理をデフォルト・ルールにすると、実務上大きな影響が生じる点に留意しなければならない。その一例として、訴えをもって相殺する事例を挙げることができる。このような事例では、現民法の規律であれば、相殺の効力は相殺適状となった時点での差引計算をするので、訴えの段階で相殺後の額が確定しているが、相殺の意思表示を行った時点でそれまでの元利金を含めた額で差引計算をするとなると、訴えの前に相殺の意思表示をしておかなければ、相殺後の額が確定しないことになる。つまり、相殺の意思表示を行い、同時点での相殺後の額を確定させた後に訴えをしなければならないことになり、今まで一回で済んでいたものに二度手間を強いることになり、実務上の混乱を避けることはできない。

意思表示を行なった時点で、元金に加え、それまでの遅延損害金等を含めた対当額で相殺をする処理は、今までどおり特約で処理すれば問題がないとも言え、実務上の影響を十分考慮すべきである。

## 2 第三者による相殺

### (意見の趣旨)

第三者による相殺の規定を置くことは慎重に検討すべきである。

### (意見の理由)

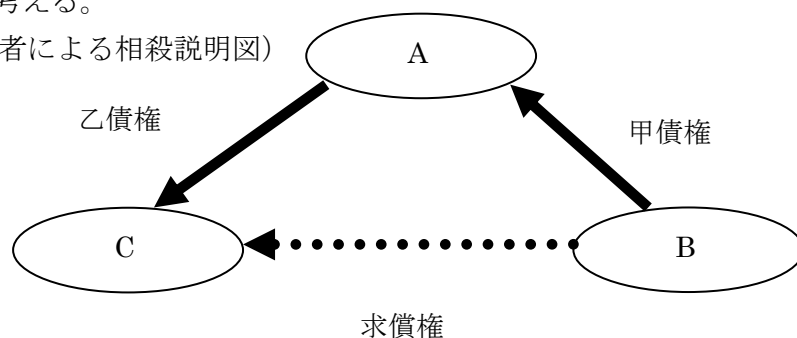
債務者をAとし、債権者をBとする甲債権と、債務者をCとし、債権者をAとする乙債権とについて、甲債権と乙債権との相殺という、第三者による相殺の規律を設けることが検討されているが、Aが支払い不能状態の場合に乙債権が第三者による相殺によって消滅してしまうと、Aの他の債権者が債権の回収ができなくなってしまうおそれがあるとの問題点が指摘されているほか、Bが支払不能状態の場合もBの甲債権が第三者による相殺によって消滅してしまうと、AがBに対して反対債権として丙債権を有していたとき、Bの相殺の期待を損なう結果になるとの問題点も指摘されているところである。

さらに、上記事例におけるCが支払い不能状態の場合にBが乙債権の保証契約をAと締結した後、Bから甲債権と乙債権を相殺によって消滅させたとき、Cの立場からは、乙債権の債権者がAからBに変更になった状態と同視しうることになる。つまり、AとBとが結託することによって、AからBに対する債権譲渡の脱法的手段として利用されかねないおそれがあるといえる。Bの第三者弁済による場合であれば、一定の代金の支払いがあり、少なくともその意味では実態が伴うが、第三者による相殺までを許容するとなると、甲債権の実態があるか客観的に判断することが困難となるケースも想定される。したがって、Cの立場からみても、第三者による相殺の規律を設けることは慎重であるべきである。

また、Aを債権者とする乙債権がBに債権譲渡される対抗要件は、現民法上AからCに対する確定日付ある通知又は承諾であるが、第三者による相殺ではBからAに対する相殺の意思表示によって、消滅した乙債権の求償権を得ることになる。このとき、Cには相殺の意思表示がなされないのであれば、対抗要件の先後が不明なものになってしまう。

以上のような弊害が懸念されるうえ、第三者による相殺を認める立法事実も特段ないものと考えられるので、第三者による相殺の規定を置くことは慎重に検討すべきと考える。

(第三者による相殺説明図)





### 3 不法行為債権を受働債権とする相殺禁止

#### (意見の趣旨)

不法行為債権を受働債権とする相殺については、例えば、当事者双方の過失によって生じた時に限定して、相殺を認める規定を置くことを検討すべきである。

#### (意見の理由)

現民法では、①被害者の損害を現実に填補することによる被害者の保護と②不法行為の誘発の防止を理由に不法行為によって生じた債権を受働債権とする相殺を禁止しており、その禁止する趣旨は妥当なものであるので、原則として維持されるべきと考えられる。

一方、物損交通事故などによる損害賠償請求では、不法行為によって生じた債権を受働債権として相殺することが禁止されていることによる弊害も生じている。すなわち、物損交通事故などでは、同一の事故により、自己の損害と相手方の損害の双方が生じることが大半である。自己の損害を請求し、当該請求権が認められても、それだけで紛争の解決にはならず、相手方からの請求となる自己の債務も同時に解決する必要がある。

このとき、相手方との間で相殺契約が成立すれば、自己の損害と相手方の損害の双方を差し引いた上での一回解決が図られるが、示談が成立せず、自己の損害を請求するため提訴し、被告となる相手方が訴訟期日に欠席したときは、相殺契約をすることができず、法定相殺も認められない以上、自己の請求権のみが認容され、自己の債務については残ってしまう。

法定相殺が認められると、上記のようなケースにおいて、紛争の一回解決が図られることになる。したがって、物損交通事故などのように、当事者双方の過失によって生じた同一の事故によって、双方の財産が侵害されたときは、法定相殺が認められるべきであるといえるが、不法行為債権を受働債権とする相殺を禁止する本来の趣旨は尊重されるべきものであるので、例外的に許容する規律が妥当であると考えられる。

よって、不法行為債権を受働債権とする相殺については、当事者双方の過失によって生じた同一の事故によって、双方の財産権が侵害されたときに限り、相殺を認めるべきであると考ええる。

## 第9 賃貸借契約

### 1 敷金返還

#### (意見の趣旨)

建物の賃借人にその賃貸借において生じる通常損耗についての原状回復義務について、判例に即して明文化することを検討すべきである。

#### (意見の理由)

建物賃貸借契約の終了時において賃貸人が敷金を適正に返還しないというトラブルは、一般に、敷金の額が少額ということもあり、紛争が顕在化しないまま、賃借人が泣き寝入りすることも少なくない事件類型である。

この点、判例は、原則として建物の賃借人がその賃貸借において生じる通常損耗についての原状回復義務を負うことはなく、例外として、建物の賃借人がその賃貸借契約において生じる通常損耗についての原状回復義務を負うには、少なくとも、賃借人が補修費用を負担することになる通常損耗の範囲が賃貸借契約書の条項自体に具体的に明記されているか、仮に賃貸借契約書では明らかでない場合には、賃貸人が口頭により説明し、賃借人がその旨を明確に認識し、それを合意の内容としたものと認められるなど、その旨の特約が明確に合意されていることが必要であると判示しているところである（最判平成17・12・26，判タ1200号127頁）。しかし、実務上、最判の述べる例外に該当しないにもかかわらず、依然として、建物の賃貸借契約の終了時に賃貸人が通常損耗について原状回復に要した費用を敷金から控除するという相談事例が後をたたない。

そこで、紛争を予防するという観点から、建物賃貸借契約の終了時において生じる通常損耗についての原状回復に関する規律について、明文化することを検討すべきである。

なお、賃借人が原状回復義務を負うことになる特約の成立については、賃借人保護の趣旨に照らして厳格に解する必要があると考えられる。

## 2 転貸借契約

### (意見の趣旨)

- 1 適法な転貸借契約が締結されている賃貸借契約について合意解除された場合、転借人にはその効果は及ばないと規定すべきである。また、この際、転貸借契約及び賃貸借契約の賃借物が同一のものである場合、転貸人たる地位が賃貸人に承継される旨の規定を置くべきである。
- 2 適法な転貸借契約が締結されている賃貸借契約について債務不履行を理由に解除しようとする場合、賃貸人から転借人に対して、賃借人の賃料債務の不履行の事実を告げて、転借人に弁済の機会を与えなければならないと規定すべきである。また、この場合、賃貸人が当該通知を怠ったときは債務不履行の効果は生じない旨の規定を併せて置くべきである。

### (意見の理由)

現民法では、適法な転貸借がなされている事案における転借人の保護の明記が不十分であり、賃貸借契約の終了により、転借人にもその効果が及ぶ場合と及ばない場合とが条文上明確ではない。そこで、民法（債権関係）の改正にあたっては、それらの規定につき、判例を踏まえて規律を設けるべきである。具体的には、賃貸借契約が合意解除の場合と法定解除の場合とに分けて、次のとおり規律すべきである。

①賃貸借契約が合意解除された場合、賃貸借契約の終了を転借人に対抗できるとすると、賃貸人と賃借人が結託して、転貸借契約を終了させることができるという結果を容認しかねないことになるので、賃貸借契約の合意解除の効果は適法な転貸借契約がなされている場合の転借人には対抗できないと定めることが妥当であると考ええる。

なお、転借人の地位を法的に安定させるために、賃貸借契約及び転貸借契約の賃借物が同一である場合（同一の建物等）、賃貸借契約の合意解除の結果、賃貸人は賃借人の転貸人の地位を承継すると規定すべきである。

②賃貸借契約が賃借人の債務不履行によって解除される場合であっても、賃貸人に不利益の生じない限度で転借人を保護することが必要な場合がある。そのため、適法な転貸借契約がなされている場合に、賃貸人が賃貸借契約を賃借人の債務不履行を理由に解除するときは、例えば、転借人に対して、その事実を伝え、転借人に弁済の機会を与えることとする等の規定を置くことを検討すべきである。

なお、通知によって賃貸人が賃貸借契約から生じる債務の弁済を受ける場合もありうる点を考慮すると、例えば、賃貸人に通知義務を課す等の規定も併せて検討すべきである。

## 第10 消費貸借契約

### 消費貸借契約の諾成化

#### (意見の趣旨)

- 1 消費貸借契約を諾成契約とすることを検討すべきである。
- 2 前項の場合、契約成立から消費貸借の目的物の引渡しまでの間、借主が容易に契約から離脱できるよう配慮すべきである。

#### (意見の理由)

消費貸借契約の代表的な類型である金銭消費貸借において、金銭の交付がなされる前に、当該金銭消費貸借を原因として借主等の不動産に抵当権の設定がなされるケース、また、金銭の交付の前に先行して公正証書を作成するといったケースなどがあり、諾成的消費貸借契約を容認しているといってもよい実務運用がなされている状況にある。

現民法で消費貸借契約が要物契約とされてきたのは、社会秩序の完全でなかった時代には実際に目的物を入手しなければ取引上安心出来ないという価値判断が働いたためと説明されることもあるが、現在では上記のような実務運用が定着していることに鑑みても、そのような要請も弱くなっているといえる。

したがって、現在の運用に合わせる形で消費貸借契約を諾成契約とすることは原則的には妥当であると思われる。

なお、現民法の規定では目的物の交付まで消費貸借契約は成立しないので、借主は目的物が交付されるまでの間であれば、(例えば、有利息の金銭消費貸借契約であれば利率が安いなどの)他の貸主を探すことができるところ、消費貸借契約を諾成契約とすると、借主は実際に目的物が交付される前から当該契約に拘束されるといった事態も生じうることになる。このような借主の期待は実務上保護すべきで、消費貸借契約を諾成契約とする場合であっても契約成立から消費貸借の目的物の引渡しまでの間は、借主が容易に契約から離脱できるよう立法上の手当などの配慮をすべきであると考ええる。その他、利息の有無による例外事例等の検討が必要であると考ええる。

## Ⅱ 債権譲渡関連

### 第1 譲渡禁止特約について（民法第466条）

#### 1 譲渡禁止特約に違反する債権譲渡の効力について

##### （意見の趣旨）

譲渡禁止特約に違反する債権の譲渡の効力について、債権譲渡制度を見直す場合において、譲渡の当事者間においても無効であるとの規定を置くことを検討すべきである。

##### （意見の理由）

譲渡禁止特約に違反する債権の譲渡の効力については、現民法の条文上明確ではないものの、判例（最判昭和48年7月19日民集27巻7号823頁参照）では譲渡当事者間でも譲渡は無効であるという考え方（以下「絶対的効力説」と言う。）が採用されている。

この点について、現在では、譲渡禁止特約の存在が売掛債権等の担保化や集合債権の流動化等のような資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となっているという指摘がなされることがあり、その点で、譲渡禁止特約の効力を制限するべきであるとする意見がある。そのような意見の一つとして、譲渡禁止特約違反の債権譲渡であっても有効とするが、債務者は特約を悪意の債権譲受人に対抗できるとする提案（以下「相対的効力説」と言う。）もなされている。しかし、資金調達を目的として債権を譲渡担保とする場合においても、譲渡禁止特約の存在を確認することが通常であることから、譲渡禁止特約の効力について絶対的効力説の立場に立つとしても、資金調達において大きな障害となっているわけではないと言える。

また、譲渡禁止特約の効力について相対的効力説の立場に立った場合には、譲渡禁止特約が置かれる場合が多い金融機関や公共団体が債務者となる債権について、「悪意」の譲受人に対する債権譲渡が無効とはならず、譲受人からの請求に対して譲渡禁止特約を対抗してその支払いを拒むことができるだけである。このような場合において、譲渡人が消滅し、または倒産手続が開始された場合には、債権譲渡自体が無効でない以上、債務者から譲渡人への債務の履行ができないことから、譲受人が債務者に債務の履行を請求したときに債務者は譲受人に対しての債務の履行を事実上拒むことができない可能性もある。反社会的勢力へ債権譲渡がなされた場合であってもその譲渡の効力を否定できないことから、金融機関や公共団体から反社会的勢力への資金の支払いが行われるという不都合が生じかねない。

さらに、譲渡禁止特約の存在が、資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となっているという問題を解消するために、債権の流動性の確保が特に要請される一定の取引類型から生ずる債権については、譲渡禁止特約の効力を常に認めないこと

とすべきであるという提案もある。しかし、どのような取引類型から生ずる債権が譲渡禁止特約の効力を認めない債権となるかの判断が現在においても明確にはできない以上、これを規定することは非常に困難であるといえる。ちなみに「国際取引における債権譲渡に関する条約」第9条第3項においては、一定の取引類型から生じる債権について譲渡禁止特約を制限すると規定しているが、これらの債権について、相対効を認めるべき事情が存在するかどうか慎重に検討すべきである。

## 2 譲渡禁止特約の効力を譲受人に対抗できない理由について

### (意見の趣旨)

譲渡禁止特約の効力が認められる場合として、「悪意の第三者」だけでなく、重過失ある第三者についても、条文上明らかにすることを検討すべきである。

### (意見の理由)

譲渡禁止特約については、民法第466条第2項ただし書に規定されている「善意の第三者」だけでなく、判例（最判昭和48年7月19日民集27巻7号823頁）においては譲受人が善意であっても重過失ある場合には、その効力を否定できないとしている。この判例については、多くの学説も債権譲渡の自由をできる限り尊重すべきであることから、無過失まで要求すべきでないが重過失は悪意と同視できるとして、支持している（潮見佳男「プラクティス民法債権総論」第3版（信山社）455頁参照）。

また、軽過失を含むと思われる債権譲渡は大量になされる場合も多いので、譲受人の軽過失をもって譲渡禁止特約の効力を否定できないとすると、取引の安全を害する可能性が強くなる。これに対して、重過失についても譲受人が責任を負わないとすると、注意義務違反を問えないこととなり、悪意でない限り、譲渡禁止特約違反を主張できず、債務者が不測の損害を受けることも考えられる。

なお、重過失を条文化することにより、譲受人に譲渡禁止特約の有無に関する調査義務が課されることとなり、重過失が認定されやすくなるとの指摘がなされているが、この点については、重過失の内容について、譲渡人への調査義務を課すものの、債務者までの調査義務を負わないこととして、対応すべきである。つまり、債権譲渡登記がなされている債権譲渡であれば、譲渡人から登記事項の調査のために登記事項証明書を提出させる程度でよいとすべきである。

### 3 債務者が譲渡を承諾した場合の譲渡禁止特約の効力

#### (意見の趣旨)

譲渡禁止特約付きの債権が譲渡された場合であっても、債務者がその譲渡を承諾したときは、当該債権譲渡は、第三者の権利を害さない限り、遡及的に有効となる規定を置くことを検討すべきである。

#### (意見の理由)

判例（裁判昭和52年3月17日民集31巻2号308頁）は、譲渡禁止特約が付された債権について、譲受人が特約の存在を知って譲り受けた場合でも、その後、債務者が債権譲渡についての承諾を与えたときは、当該債権譲渡は譲渡の時にさかのぼり有効となるとしている。本意見書においては、譲渡禁止特約に違反する債権譲渡の効力について無効となる絶対的効力説を採用すべきとしており、判例も絶対的効力説の立場を採っているとされていることから、本来であれば、譲受人が悪意であれば、当該債権譲渡は無効となり、無効な行為は追認によってもその効力を生じないはずであるから、本判例はその例外ともいえる。また、最高裁は、譲渡禁止特約が付された債権について、譲受人が特約の存在を知りまたは重大な過失により特約の存在を知らないでこれを譲り受けた場合であっても、その後、債務者が当該債権譲渡について承諾を与えたときは、債権譲渡は譲渡の時にさかのぼって有効となるが、民法第116条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできないとして、承諾の遡及効の限界も示している（裁判平成9年6月5日民集51巻5号2053頁）。これらの判例法理は、確立したものとして学説から支持もされている。



## 第2 債権譲渡の第三者対抗要件

### 1 債権譲渡の第三者対抗要件の制度設計について

#### （意見の趣旨）

債権譲渡の第三者対抗要件は、債務者の認識を通じて債権の所在を公示するという現民法における制度を廃止し、登記一元化することを検討すべきである。ただし、導入にあたっては後述の登記制度の整備と併せて検討すべきである。

#### （意見の理由）

現行において、指名債権の譲渡の第三者対抗要件は、譲渡人から債務者への確定日付のある通知または債務者の確定日付のある承諾とされている（民法第467条2項／以下「民法対抗要件」と言う。）。この制度設計には、債権譲渡の有無について、債務者がいわゆるインフォメーション・センターの役割を果たすことが前提となっている。

一般に、対抗要件には、権利変動があったことを示す機能（公示機能）と、公示された時点を固定して動かすことができないようにする機能（固定化機能）とが要請される。しかしながら、債権譲渡において、債務者は、第三者からの照会に正確に回答すべき法的義務を負っておらず、民法対抗要件に十分な公示機能を期待することはできない。また、確定日付には、同日以前に通知到達時を遡及することができないに過ぎないため、民法対抗要件の固定化機能はきわめて限定されたものとなっている。つまり、債権譲渡の当事者でない債務者に、本来の債務を弁済する義務以外に通知到達先後の判断やその表明という負担を課さなければ機能しないという制度設計自体が、相当でないといわざるをえない。登記一元化は、法務局を通じての情報提供による公示機能の確立、また第三者対抗要件具備時を登記受付日時とする固定化機能の確立をもたらす、債権譲渡取引の安全に資するものである。

法人がする金銭債権の譲渡については、債務者への通知により譲渡人の信用不安を招く危険を回避し、また多数の債権譲渡に関する第三者対抗要件具備を容易にするため、債権譲渡登記を第三者対抗要件とする、「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」（以下「特例法」と言う。）が民法対抗要件の特例として規律されている。しかしながら、債権譲渡登記と民法対抗要件とは並存しており、登記が優先するものとされてはいないことによる支障も生じている。すなわち、実務的には債権の譲受けにあたり、二重譲渡の確認等において債権譲渡登記と民法対抗要件の双方について確認する煩雑な手続を要するという点である。また、債権譲渡登記と民法対抗要件が競合する場合、民法対抗要件の通知到達がいつの時点かを明らかにする必要がある、対抗関係の優劣の判断は容易ではない。登記一元化は、登記受付日時の先後により対抗関係の優劣を明確化し、その調査を容易にすることになる。すなわち、譲受人となる者は、債権譲渡の有無の調査にあた

り、譲渡人にかかる登記事項証明書の提示を求めることで足りるものとすることができる。

後述のように将来債権譲渡の有効性は判例法理において認められていることから、将来債権譲渡についても改正により通常の債権譲渡と同様の規律にあてはめることとなる。そのような場合において、対抗要件を一元化するとした場合に債権譲渡登記を採用しないで、民法対抗要件を採用したときは、債務者不特定の将来債権譲渡の第三者対抗要件について、対抗要件としての民法対抗要件が債務者不存在の場合は債務者への通知はできず、機能しないこととなる。そのため、対抗要件を一元化する場合においては、債権譲渡登記に一元化する必要がある。

## 2 登記一元化に伴う登記制度の整備について

### (意見の趣旨)

債権譲渡の第三者対抗要件を登記一元化することを前提として、あわせて登記制度について次の①から④の整備を行う必要があると考えられる。

- ① 債権譲渡登記の対象について、金銭債権に限定せずに非金銭債権も含むすべての債権の譲渡とする。
- ② 債権譲渡登記の利用者（譲渡人）について、法人に限定せずに個人も利用できるものとする。
- ③ 債権譲渡登記の申請について、オンライン申請を利用しやすい仕組みを整備し、例えば、当分の間、不動産登記申請と同様に添付書類の法務局への別途持参または送付の特例を設ける。また、債権譲渡登記にかかる証明書について、登記事項概要証明書の“インターネット登記情報”による情報取得ができるようにする。
- ④ 債権譲渡登記の真実性を担保するとともに、利用の促進を図るために現行制度に以下のとおりの修正等を加える。
  - ア) 原因証明情報の提供を義務づける。
  - イ) 登記申請の補正を認める。
  - ウ) 一定の登記事項の変更・更正を認める。
  - エ) 質権設定登記に、順位の概念を採用する。
  - オ) 登録免許税等を低減する。
  - カ) できる限り当事者が利用しやすい仕組みを整備する。

### (意見の理由)

現行において、債権譲渡登記の対象となる債権は、金銭債権に限定されている（特例法第1条）。しかし、信託受益権など、実務上譲渡の対象となる債権の中には、金銭債権と非金銭債権との区別が困難なものも少なくない。このような債権の性質を解釈によって決定し、その都度登記制度の利用が可能か否かを決するとする取扱いは、法的安定性の観点からも問題があり、取引の安全に反する。登記の対象を金銭債権に限定することなく、非金銭債権も対象とするのが相当であり、複合的債権を含む非金銭債権を対象とすることができるようになる必要がある。

現行において、債権譲渡登記の利用は、法人に限定されている（特例法第1条）。法人の利用に限定される理由は、民法対抗要件の維持を前提として、債権流動化による企業の資金調達に資することを目的に、必要最小限の範囲で民法対抗要件の特例を利用できるものとしたためであり、個人での利用の要請はそれほど存在しないということがあげられる。また、譲渡人の範囲を個人にまで拡大した場合には、個人の同一性を識別することができなければ、公示機能が確立されないことになる。

法人については、商業・法人登記が同一性を維持するうえで一定の役割を担っているが、個人についてはそのような仕組みの構築も検討する必要がある。もっとも、実務上、個人の債権譲渡においては、対抗要件を備えなければ問題となるようなケースは、少ないともいえる。

現行において、債権譲渡登記を取り扱う法務局が全国に1箇所しかなく（特例法第5条）、そのアクセスについて懸念する声は小さくない。具体的には、登記申請の場面と証明書等の情報取得の場面におけるアクセスということになる。

登記申請については、出頭、郵送、オンラインの3つの申請方式が認められているところ、それをオンライン申請を利用しやすい仕組みを整備することにより地理的アクセス問題を減ずることができる。なお、オンライン申請について、すべての情報をオンラインで送信しなければならないとすると、現状では個人認証などの普及率を考えると実現可能性が乏しい。そこで、一定の社会基盤が確立するまで、申請はオンラインで行い、添付情報は別途書面で持参ないし送付する取扱い、いわゆる別送方式による申請を検討する余地は十分にある。

証明書等の取得について、概要記録事項証明書以外（すなわち、登記事項証明書及び登記事項概要証明書）は“インターネット登記情報”による情報の取得が認められていない。それを、登記事項概要証明書についても“インターネット登記情報”による取得を認めることで、登記の存続期間、登記時刻も確認することができ、利便性は格段に向上することになる。実務において最も必要とされる情報は、譲渡人に債権譲渡登記がなされているか否か、登記がいつまで存続するかであり、登記事項概要証明書に記載されている情報が確認できれば、ほとんどの場合で役割を果たすことができる。したがって登記事項証明書については、“インターネット登記情報”の利用ができなくともさほど不都合はないと考える。

④ーア）現行において、債権譲渡登記申請には、不動産登記で採用されている原因証明にかかる情報の提供は要しないものとされているが、登記一元化にあたり原因証明情報の提供を義務づけることにより、登記の真実性を担保することができる。また、登記の普及には、手続的簡便性の向上という点への配慮も必要である。原因証明にかかる情報の提供や資格者代理人の関与により真実性が担保されるのであれば、共同申請の緩和（当事者一方からの申請）や提供（添付）情報の省略等を将来的には検討すべきである。

④ーイ）現行において、登記申請後の補正は認められていない。不動産登記や商業登記手続においては補正制度が認められており、申請人の便宜に寄与している。債権譲渡登記においても、登記の即時処理にとらわれなければ補正制度を導入することは可能であり、申請人の利便につながるものといえる。

④ーウ）現行において、登記の存続期間の延長以外の登記事項の変更・更正を認めておらず、変更や更正すべき場合には、当該登記を抹消し、あらたに登記するほ

かない。そうすると優劣関係についての支障や実体との乖離といった問題が生じる。

債権譲渡手続の一元化を前提とすれば、一律変更、更正登記を禁ずる必要はなく、債権の同一性を失わない限り一定の場合には、変更、更正登記を認めることは申請人の利便につながるものといえる。

④一エ) 現行において、債権譲渡登記は債権質の設定にも準用できるものとされているが(特例法第14条)、複数の質権の設定に対する配慮はなく、いわゆる順位という概念を採用していない。実務の要請を考慮すると、質権設定の登記に関して、順位を記録し、質権者相互の優先弁済の順位の公示についても検討すべきである。

④一オ) 現行において、債権譲渡登記申請1件につき登録免許税7,500円(債権が5,000個超の場合15,000円)を要する(登免許別表1.9.(2)・租税特別措置法第84条の4第1項2号)。また、登記事項証明書の取得1通につき登記手数料500円を要することから高コストであるとの声もある。登記の利用の促進を図るため、登録免許税および登記手数料の低減が必要である。登記一元化に伴い、登記申請・証明書交付申請数の増加は必定であることから、登録免許税や登記手数料について一定の低減を行ったとしても、総体的には制度・システムを維持・運営するコストを賄うことは可能であるものと考ええる。

④一カ) 債権譲渡登記申請において、できる限り利用しやすいフォームの整備等の工夫が必要である。

### 3 債権譲渡の債務者対抗要件との関係について

#### (意見の趣旨)

現行の特例法第4条第2項の取り扱いを維持し、譲受人または譲渡人が債務者に対して登記事項証明書を交付して通知する、または債務者が承諾することをもって、債権譲渡の債務者対抗要件とするのが相当である。

#### (意見の理由)

債務者の承諾を債務者対抗要件とする現行の取り扱いに対しては、例えば、担保目的の債権譲渡のケースで、譲渡当事者間では担保実行時まで譲渡人を債権者として弁済を受ける地位にあると合意しているにもかかわらず、債務者が承諾をすることにより、譲受人に対して債務弁済が行われるといった事態に不都合が生じるという批判がある。

しかし、かかる不都合は、譲渡人と譲受人との間で弁済資金を還流することで処理すべき問題であり、債務者の承諾を債務者対抗要件から排除する理由とはならない。現在の金融実務では、債務者の承諾があってはじめて債権譲渡による担保融資をする、承諾があるか否かによって融資の担保掛け目に変化する、といったように債務者の承諾は重要な機能を果たしている（池田真朗「民法（債権関係）改正における論点・課題—債権譲渡に係る規定を中心に—」S F Jジャーナル2号（2010）3頁）。また、債務者から債権を回収する場面において、通知（登記した場合の登記事項証明書を交付する場合を含む。）ではなく、承諾を取得した方が回収につながりやすいことは自明である。

第三者対抗要件を登記一元化したからといって、実務的に債権回収を強化するための方法として債務者の承諾を得ることを否定する必要はない。また、登記事項証明書の交付による通知に伴う金銭的ならびに時間的コストを考慮すると、簡易に債務者対抗要件を具備する手段をあえて排除する必要はなく、債務者の承諾を債権譲渡の債務者対抗要件の一手段として維持すべきであると考ええる。

### 第3 将来債権譲渡について

#### 1 将来債権の譲渡に関する規定

##### (意見の趣旨)

将来債権の譲渡については、その有効性及び対抗要件について、条文化すべきである。なお、その場合将来債権についての定義も併せた規定を置く必要がある。

##### (意見の理由)

実務では将来債権譲渡が有効であることを前提として、債権流動化等のスキームだけではなく、不動産賃貸料の債権譲渡等の将来債権の譲渡が頻繁に行われている。また、判例（最判平成11年1月29日民集53巻1号151頁）も、将来債権の発生の可能性が低くても債権譲渡の有効性を問わないとの判断をしており、将来債権譲渡を広く認めているものといえる。将来債権の譲渡については、判例法理において確立していると言え、実務上幅広く利用されていることから、法的安定を考慮し、明文の規定を置くべきと考える。

しかし、将来債権とはどのようなものであるかについて、現行民法上に規定はなく、民法第466条第1項に規定する「債権」に含まれるか否かもはっきりしていない。将来債権については、①条件付債権、②期限付債権、③発生原因は存在するものの債権自体が未発生の債権（例えば、既に締結されている賃貸借契約における将来に発生する賃料債権等）、④発生原因は確定しているが、現時点では発生原因が存在しておらず、債権自体も未発生である債権（例えば、現在は締結されていないが今後締結される賃貸借契約から発生する賃料債権等）、が考えられる。しかし、債権法に規定すべき「将来債権」は、将来発生することが予定されてはいるものの、いまだに債権自体は成立していない債権であるとすべきであり、そのような観点からは、前記①及び②の債権については、「将来債権」にはあてはまらない。そのため、前記③及び④についてのみ「将来債権」として条文に規定すべきである。

なお、将来債権譲渡を認めるとしても、将来債権の譲渡の対抗要件については、通常の債権譲渡と同様の規律にあてはめることとすべきである。

## 2 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の有効性の限界

### （意見の趣旨）

将来債権の譲渡の限界については、公序良俗という一般条項だけによるのではなく、公序良俗を具体化した一定の要件（債権発生期間等）を明確にした規定を置くことを検討すべきである。

### （意見の理由）

将来債権が譲渡の対象となるとしても、不動産賃貸借における賃料債権について将来債権を含んだ一切を長期間にわたり譲渡する等、譲渡人に帰属する将来債権を包括的に譲渡することを認めることは、譲渡人の財産に対する一般債権者の利益を害するおそれがあることから、認めるべきではないという見解がある。そこで、判例（前掲最判平成11年1月29日）は、「契約締結時における譲渡人の資産状況、右当時における譲渡人の営業等の推移に関する見込み、契約内容、契約が締結された経緯等を総合的に考慮し、将来の一定期間内に発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約について、右期間の長さ等の契約内容が譲渡人の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られるなどの特段の事情の認められる場合には、右契約は公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがあるものというべきである。」として、債権譲渡の効力が否定されるべき特段の事情のあることを示唆している。

しかし、公序良俗等の一般条項をもって、包括的な将来債権譲渡を制限することは、実効性に乏しいと言え、例えば、債権発生期間を10年間とするなどの具体的な要件を置くことで包括的な将来債権譲渡を制限すること等を検討すべきである。なお、特例法においては、債務者不特定の将来債権譲渡を登記する場合に登記の存続期間を最大10年としている（特例法第8条第3項第2号）。債務者が特定されていない将来債権譲渡においては実務上想定されている債権譲渡取引の取引期間が10年を超えることはほとんどないとされていることからである（「一問一答動産・債権譲渡特例法」（三訂版増補）99頁、商事法務）。



### 3 将来債権譲渡の後に譲渡禁止特約付きで発生した債権の取扱い

#### (意見の趣旨)

将来債権譲渡契約において譲渡禁止特約の存在について譲渡人に開示義務を課すことを検討すべきである。ただし義務違反の場合については善意の将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約の効力は生じないとすべきである。

#### (意見の理由)

債務者が不特定である将来債権が譲渡され、その後に債権の発生原因である契約（賃貸借契約等）の締結に際して譲渡禁止特約が付されたような場合には、その後に発生する債権については、譲渡禁止特約の効力が及ぶとして、譲受人の主観に関係なく債権譲渡の効力を譲受人は債務者に主張することができないとする見解がある。しかし、この見解では善意の将来債権の譲受人が不測の損害を被る可能性がある。そのため、将来債権譲渡取引の安定性を考慮し、将来債権譲渡と譲渡禁止特約の効力の関係について、将来債権譲渡契約の締結の際に、譲渡禁止特約が付される債権の存在について譲渡人に開示義務を課すべきであり、義務違反の場合については譲受人の善意が擬制されることとして、将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約の効力は生じないとする明文上の規定を置くべきである。

#### 4 譲渡人の地位の移転に伴う将来債権譲渡の対抗力

##### (意見の趣旨)

将来債権の譲渡の後に譲渡人の地位の移転があった場合に将来債権譲渡の効力を第三者に対抗することができる範囲については、債権譲渡登記のように将来債権譲渡の対抗要件が公示されていれば、第三者に対抗することができるとの規定を置くことを検討すべきである。

##### (意見の理由)

将来債権の譲渡をした譲渡人の地位が移転した場合の地位の承継人と債権の譲受人の関係が問題となる場面としては

- ①賃貸不動産の所有者が将来賃料債権を譲渡した後、本件不動産を第三者に売却した場合
- ②事業から生じる将来債権を譲渡した後、その事業自体を第三者に事業譲渡した場合
- ③会社の事業から生じる将来債権を譲渡した後、会社が合併もしくは譲渡された債権が生じる部門を会社分割した場合

等が考えられる。

これらの場面において、将来債権を譲渡して第三者対抗要件を具備していたとしても、当該将来債権の譲渡後に譲渡人の地位の移転があった場合には、その将来債権の譲渡の効力を第三者に対抗することができるか否か現民法上は明確ではない。また、対抗できると考えるとしても、その範囲についても不明確である。このように、将来債権の譲渡後に譲渡人の地位の移転があった場合に第三者に対抗することができる範囲が必ずしも明らかでないことは、将来債権の譲渡を萎縮させるおそれがあるとともに、将来債権の譲渡を対抗される可能性のある第三者にとっても、範囲が明確でない以上、不測の損害を被るおそれがある。

将来債権譲渡について、債権譲渡登記により公示されることによって債権譲渡されていることが明らかである場合には、上記①の事例において賃貸不動産を取得した第三者が債権譲渡がされたかどうかを容易に調査することができることから、不測の損害が生じることはないと考えられる。上記 ②・③の事例においても、同様である。

また、将来債権譲渡については、その限界について具体的な要件により、制限することを提案しているが(第3, 2参照)、債権発生期間が制限されているならば、債権譲渡が既にされている不動産等を取得する第三者にとって将来得られる賃料債権が明確になり、取得価額の決定において、この要素を考慮することができることとなろう。

なお、現行の債権譲渡登記においては、制度上、債権を特定することが難しく、

とくに将来債権の譲渡については，その特定が一層困難となるので，登記事項を工夫するなどの対応策を合わせて検討する必要がある。

### Ⅲ 債務不履行解除

#### 第 1 債務不履行解除

##### 債務不履行解除の要件

###### (意見の趣旨)

- 1 債務不履行における解除制度について、債務不履行による解除の要件から帰責事由を廃止し、「重大な不履行（義務違反）」を債務不履行解除の要件として設定する場合においては、その具体的内容を定義する規定を置くことを検討すべきである。

その場合、集積された判例理論や実務の取扱いとも連続性を有する普遍的概念を明文化すべきである。

- 2 催告解除の有無については、催告解除及び無催告解除を併存すべきであり、催告解除の規定を設ける場合においては、「重大な不履行」を催告解除の要件として明示することは慎重に検討すべきである。また、非事業者間契約と事業者間契約とで、催告解除の要件に差異を設けることも慎重に検討すべきである。

###### (意見の理由)

重大な不履行について、「契約当事者の一方が債務の履行をしなかったことによって、相手方が契約に対する正当な期待を失った場合をいう。」とし、これは、「契約の目的を達し得ない場合」よりも広い概念であるとする見解がある。この概念は、無催告解除に関する賃料不払いに基づく場合の信頼関係破壊解除や、付随的義務違反の判例法理の解除の可否の判断基準、民法第 566 条第 1 項の他人物売買契約の目的を達し得ない場合等の判例実務等を包摂すると説明されている。

しかしながら、具体的にどのような場合に「契約の重大な不履行」となるかが不明確であり、規範的構成要件であるため「重大な不履行」について裁量的な判断にのみ委ねることは、債権者の契約離脱の予見可能性が害されるおそれがある。

例えば、特約等による付随的義務の不履行を理由として契約全体を解除することは原則として認められないとする最判昭和 36 年 11 月 21 日民集 15 卷 10 号判決（以下「36 年判例」と言う。）と比較される、最判昭和 43 年 2 月 23 日民集 22 卷 2 号判決（以下「43 年判例」と言う。）においては、外形的には付随的約款の不履行であるが、実体は買主の背信行為により売買代金確保が脅かされたケースであり、契約目的達成のために重大な影響を与え、要素たる債務に入るとして解除を肯定した事案である。

36 年判例においては、売買による引渡後の公租公課は買主負担との特約があったが買主が応じなかった場合である。実務における不動産売買取引の場で通常行われる方法で、売主が売買代金を受け取った後の清算手続であり、そもそもこれを理

由に売買契約を解除できるとする合理的理由がないことは明らかである。

しかしながら、43年判例においては、同じく付随的約款に記載された不履行であっても売主の契約解除が認められた理由は、裁判所が判示したとおりであり、36年判例理論をそのまま43年判例にあてはめ、要件として明文化するのは得策でないから、新たに「重大な不履行」という包括的概念を設けるとするのが上記見解の立場である。2つの判例が示された時点では、現民法条文においては付随的義務違反について明文化がなされていないため、条文の不備と判例との不整合が指摘されてきたが、今後、重大な不履行を解除の要件とした場合は、43年判例で示された判例理論を、重大な不履行要件の具体的要件の一つとして明文化することを検討すべきである。従来の判例理論を一つ一つ検討し、新たな重大不履行概念の具体的要件として明文化することは、集積された判例理論と新たな重大不履行概念とが融合され、普遍的かつ実務家の立場からも馴染みやすい民法になると考えられる。

解除の要件となる「重大な不履行」の要件が不明確であれば、解除を選択した場合に、後日裁判所により効力を否定されるおそれもありうる。その結果、このような解釈をめぐる争いを避けるために、契約をする際に解除できる場合を列挙し明記することになり、当事者間の契約の趣旨や解釈よりも、契約書に何を記載したかという合意の文言そのものに力点が置かれる可能性があることを払拭できない。

従って、「契約の重大な不履行」概念について、集積された判例理論を基に、指針となる判断要素を示す重大不履行概念の具体的要件を明文化すべきである。

催告解除の有無については、現民法が採用している催告解除及び無催告解除を併存すること、催告しても意味がないような場合、例えば、定期行為による履行遅滞や履行不能の場合は催告不要とする考え方は、現民法において条文中で規定され、実務上も多用され定着しており維持することが妥当であると考えられる。

履行遅滞による催告解除権発生の一般的要件として、「①債務不履行の場合に相手方が相当期間を定めてその催告をした場合、②催告期間内に履行がされないこと」という現民法の要件に、「③債務者が上記催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたること」という要件を加えろとの意見がある。また、この場合、事業者間の契約では、催告期間内に履行がないときは、上記①②の要件だけで契約の解除ができ、「催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたらないときはこの限りでない」として、例外的に解除権が否定されろとの意見がある。

前述の立場では、一定の債務不履行状態が生じた場合に、契約関係から離脱するか、あるいは引き続き契約関係を維持したうえで行動するかの選択権を債権者に与えるものであり、その選択権行使は債権者の権利保護のためになされることになる。しかし、事業者間取引でない催告解除の要件は、解除を主張しようとする債権者へ「契約の重大な不履行」という規範的要件の主張立証責任を負わせることとなり、債務不履行をされた債権者側が負担を負わなければならない理由が必ずしも明確

とはいえない。

また、前述の立場によると、事業者間取引では解除についての予見可能性を高めるために、事業者間において債務の履行がなされない場合には、債権者はその履行の催告をし、これに債務者が応じない場合には、債権者の側で「重大な不履行」があったことを主張立証することなく、直ちに解除権が発生するとされている。しかし、非事業者間取引では、予見可能性が低くてもよいという理由が明確ではない。非事業者間取引においても予見可能性を高めることは重要な要件であり、事業者間契約と非事業者間契約とでその明確性に差異を設けるべきではないと考える。

## IV 代位による登記

### 第1 代位による登記

#### 1 登記申請権の代位行使の場面における無資力要件について

##### (意見の趣旨)

本来型の登記申請権の代位行使については、債務者の無資力を要件としないなどの特別の取扱いをすることを検討すべきである。

##### (意見の理由)

現民法第423条第1項本文は、債権者代位権の行使の要件として、「自己の債権を保全するため」という要件を規定しているが、本来型の債権者代位権の行使の場面においては、判例・通説は、その具体的な内容について、「債務者の無資力」(債務者の資力がその債務のすべてを弁済するのに十分ではないこと)を要件とするものであると解している。

ところで、現行の不動産登記制度の実務においては、登記申請権を代位行使する場合には、申請人である代位債権者は、添付情報として代位原因証明情報を提供しなければならないとされているが(不動産登記令第7条第1項第3号)、その具体的な内容については、基本的に、例えば、売買契約書、金銭消費貸借契約書のように、債権の存在を確認することができる情報であれば足りると解されており、さらに債務者が無資力であることを確認することができる情報の提供までは求められていない。

このような不動産登記制度の実務の運用については、学説においても、概ね理解が得られている(幾代通著＝徳本伸一補訂『不動産登記法〔第4版〕』有斐閣、山野目章夫著『不動産登記法』商事法務)。学説が挙げている主な理由としては、申請人から提供された申請情報と添付情報及びこれに関連する既存の登記記録のみを資料として行われている不動産登記の権利の登記の審査において、登記官が債務者の資力の有無を認定することは困難であること、登記申請権の代位行使により実行される登記は、売買や相続等の登記原因により債務者が所有者として記録される所有権の移転の登記や、債務者の登記記録上の住所を住民票上の住所に一致させる住所の変更の登記等、もともと実現されてしかるべき登記であり、債務者に格別な不利益を与えるものではないこと等がある。

また、実務においては、前述の代位原因証明情報の提供の要否や、その具体的内容等についての指針を示した登記先例が多数発出されているが、これらの登記先例を参照すると、代位原因証明情報の審査を通じて、「自己の債権を保全するため」という保全の必要性の要件に対する一定の配慮がされており、適切な運用がされていると考えられる。

以上から、本来型の債権者代位権の行使としての登記申請権の代位行使については、現行の不動産登記制度の実務における運用を維持するのが妥当であるとする。しかし、改正民法の条文上「債務者の無資力」を具体的に明示することとなった場合において、本来型の債権者代位権の行使としての登記申請権の代位行使について「債務者の無資力」を不要とする例外規定を設けるなどの特別の取扱いをしないことになると、不動産登記制度の実務が改正民法の条文に反するものであると評価されるおそれがある。したがって、本来型の登記申請権の代位行使については、債務者の無資力を要件としないなどの特別の取扱いを明文化するのが妥当であるとする。



## 2 登記申請権の代位行使の場面における補充性の要件について

### (意見の趣旨)

転用型の登記申請権の代位行使については、補充性を要件としないことを検討すべきである。

### (意見の理由)

民法（債権関係）改正の議論において、転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けることとする場合に、一般的要件として、債権者代位権の転用を広く認めることによる弊害を防ぐ観点から、より限定的な要件を設けることも考えられるとの議論があり、その具体例として、転用型の債権者代位権の行使については、被保全債権と被代位権利との間に一定の関係があるだけでなく、ほかに適切な手段がないという意味での補充性の要件を明文化するべきであるという意見が出されている。

この点、転用型の債権者代位権の行使について一般的な根拠規定を設けるに際し、何らかの制限的な要件を設けるべきであるという考え方について反対するものではない。しかし、債権者代位権の転用を広く認めることによる弊害を防ぐという観点については、前述のとおり、登記申請権の代位行使により実行される登記は、もともと実現されてしかるべき登記であり、債務者に格別な不利益を与えるものではなく、また、実務上、代位原因証明情報の審査を通じて適切な運用がされていることから、登記申請権の代位行使について、補充性のような限定的な要件をさらに求める必要はないと考える。

また、補充性を要件とすることについては、これにより実体法上の権利変動の過程を登記に正確に反映させるという不動産登記制度の要請に反する議論に結びつくのではないかという懸念がある。例えば、甲から乙、乙から丙への不動産の所有権が移転したが登記が甲にある場合、甲から乙への所有権の移転の登記を省略して甲から丙へ直接所有権の移転の登記をする、いわゆる中間省略登記は、前述の不動産登記制度の要請に反するものとして、法令の規定により認められている場合又は確定判決による登記の申請の場合を除き、認められていないところである。しかし、これに対しては、乙はもはや甲に対する所有権移転登記請求権を有しないから丙による代位行使ということはありません。丙は甲に対して直接に自己名義への所有権移転登記を請求する権利を有するとして、乙の甲に対する所有権移転登記請求権の丙による代位行使を認める必要はないとする見解がある。転用型の登記申請権の代位行使について補充性を要件とすると、審議会意見にもあるようにこのような中間省略登記の請求権を認める見解を肯定する根拠になるおそれがある。したがって、少なくとも転用型の登記申請権の代位行使については、補充性を要件とするべきではないと考える。

### 3 債権者代位権を行使するための要件―債務者への通知について

#### （意見の趣旨）

登記申請権の代位行使については、債務者への通知を要件としないことを検討すべきである。

#### （意見の理由）

債権者代位権の一般的な行使要件として、債務者に対し、被保全債権の存否等について争う機会を与えるとともに、債務者自身による被代位権利の行使の機会を確保するために、債務者への通知を要求すべきであるという意見がある。しかし、債務者に対し被保全債権の存否等について争う機会を与えるという点については、前述のとおり、登記申請権の代位行使により実行される登記は、もともと実現されてしかるべき登記であり、債務者に格別な不利益を与えるものではなく、また、実務においては、代位原因証明情報の審査を通じて、保全の必要性に対する一定の配慮がされていると考えられることから、登記の申請を契機として債務者に被保全債権の存否等について争う機会を与える必要はないと考える。また、債務者自身による被代位権利の行使の機会を確保するという点については、通知を受けた債務者のとるべき選択肢としては、自ら登記を申請するか、しないかのいずれかであると考えられる。しかし、通知を受けた債務者が自ら登記を申請することは、（手続の手間、費用の負担が増えるだけで）何らメリットがなく、期待できないと考える。したがって、少なくとも登記申請権の代位行使については、債務者への通知を要件とするべきではないと考える。

なお、現行の不動産登記制度の実務においては、登記官は、登記申請権の代位行使に基づく登記を完了した場合には、債務者に対し、登記が完了した旨を通知しなければならないことになっている（不動産登記規則第183条第1項第2号）。

## V 法定利率

### 第1 「法定利率」

#### 1 法定利率の変更

##### (意見の趣旨)

- 1 民法第404条の民事法定利率である年5%については商事債権としての利率との統合も視野に入れて、社会経済状況に応じて、これを定期的に見直すことが可能となるような規定を置くことを検討すべきである。
- 2 具体的には、例えば、一定の利率とし、これを数年ごとに見直す方法等を検討すべきである。
- 3 遅延損害金に関する利息の利率の規定を別途置くことを検討すべきである。

##### (意見の理由)

現行の民事法定利率である年5%については、これが民法制定時の社会経済状況に応じて定められた数値であり、現在の社会経済においては高すぎるという指摘がなされている。

確かに平成22年6月9日日本銀行金融機構局発表の銀行の普通預金の平均年利率は0.032%であり、平成11年12月以降の長期国債(10年)新発債流通利回りの平均は約1.454%である。また、過去10年の基準割引率(公定歩合)の平均値は0.28%、過去30年は2.39%であり、これらと比較すると、現行の民事法定利率である年5%は、近年においては高いものといえる。

さらに、現行の民事法定利率と同様に商事法定利率の年6%についても、この利率を上記と比較しても近年においては高いものといえるのに加え、実務においては商事債権としての利率が適用されるのか、民事法定利率が適用されるのかが法律上明確ではない部分も少なからず存在している。そのため、商事利率については、この存在意義を含めて国民にわかりやすく規定すべく見直されるべきである。

民事法定利率を変動利率制とする意見がある。確かに変動金利制を取った上でその利率を政令等に委ねた場合には、金利を適宜変更させることができることから、経済状況をタイムリーに反映させることができる。

しかしながら、民法典から瞬時にデフォルト・ルールとしての金利を読み取れないことは国民に分かりやすい民法とはいえないし、実務上も契約時や弁済期の日時を特定できない消費貸借契約もあり得ることから(例えば、平成〇年頃相手方に金員を貸したが、具体的な日付までは不明など)、金利についてはある程度期間が長期であることが望ましいと考えられる。

法定利率は、法定果実として適用される局面(例えば、消費貸借契約)と、遅延損害金として適用される局面(例えば、民法第704条における悪意の受益者の規

定や民法第419条の金銭債務の特則で規定される損害賠償の算定方法)がある。現行の枠組みにおいては、民法第404条を見直した場合、連動してその利率は下がることとなる。

しかしながら遅延損害金としての側面を有する部分の利率については、①消費者契約法における遅延損害金の上限が14.6%であること、②利息制限法における賠償額予定の制限利率が制限利率の1.46倍であることに鑑みると、現在の社会経済においても、必ずしも高すぎるというわけではないという考え方もある。そこで、法定利率を見直した場合には、別途遅延損害金としての性質を有する利率に関する規定を置くことも検討すべきである。

## 2 中間利息の控除

### (意見の趣旨)

いわゆる交通事故等における中間利息控除の問題に関しては、現民法第404条の規定によるのではなく、実質利率を考慮した別の規定を置くことを検討すべきである。

### (意見の理由)

交通事故における中間利息控除については、実務では民法第404条の規定を適用し、その利率は5%となっている。

しかしながら、上記の利率はいわゆる名目利率であり、その他の事情を考慮せずに一律にこれを控除する計算方法は現実的ではない。というのも控除後の金員が、名目利率の分だけ増殖し、逸失利益の分まで回復することは実質的にあり得ないからである。

本来、中間利息控除の計算は、現在から逸失利益が発生する時点までの運用利益を控除して計算するべきであり、その運用利益の算定は名目利率によるものではなく、名目利率から経済成長率を差し引いた実質金利が基準とされるべきである。そうすると、中間利息控除の利率算定は、別途長期的ないし政策的に判断されるべきものである。

したがって、中間利息控除の算定にあたっては、保険制度も考慮しつつ、別途これに関する規定を置くことを検討すべきである。

## VI 代理、売買、贈与、委任、請負

### 第1 代理

#### 1 利益相反行為

##### (意見の趣旨)

- 1 現民法第108条の規定を拡張し、利益相反取引行為一般を禁止する条文に改めることを検討すべきである。
- 2 利益相反該当性の基準として、現民法第826条や同第860条と同様のいわゆる形式説を採用したことが明確になるような条文体裁及び文言にすべきである。

##### (意見の理由)

双方代理及び自己契約を禁止している趣旨は、双方代理によって本人と代理人の利益が衝突し、代理人が自己の利益を優先することで本人に不利益・損害を生ぜしめる危険を防止するためであるところ、代理人が自己の利益を優先することで本人に不利益・損害を生ぜしめる危険性がある行為類型は、決して、自己契約及び双方代理の2つに限定されるものではないからである。この点に関連し、債務の履行の一事をもって自己契約及び双方代理禁止の例外とする現民法第108条ただし書の一部を見直す提案についても、上記の趣旨から賛同しうるところである。

一方、利益相反取引行為一般を禁止する条文を置いた場合、条文体裁及び文言によっては、どのような行為類型が利益相反に当たるのか判断しにくくなり、改正によって取引の安全が損なわれてしまう可能性がある。

この点、利益相反該当性の基準として現民法第826条や同第860条と同様、行為の外形のみから客観的定型的に代理人の義務違反を判断するいわゆる形式説を採用する考え方があるとしつつも、条文体裁としては現民法第108条ただし書を、本人の利益を害さないことが明らかな行為については禁止されないとする規定に改めるべきとの意見がある。しかし、これによると利益相反該当性の基準としていわゆる形式説によることが必ずしも明らかになっているとはいいい難く、よって、代理人の利益相反行為一般を禁止する条文を置くに当たっては、利益相反該当性の基準として、いわゆる形式説を採用したことが明確になるような規定を置くことを検討すべきである。

## 2 白紙委任状と代理権授与表示による表見代理について

### （意見の趣旨）

いわゆる白紙委任状と代理権授与表示による表見代理との関係につき規定を置くことについては、以下の点に留意して慎重に検討すべきである。

### （意見の理由）

実務上、白紙委任状は多種多様であり、白紙の部分や内容、経済的価値や流通性、本人の意思関与の程度も千差万別である。そのため、白紙委任状の解釈が問題となる場合に、本人や代理人にどのような責任を負わせるべきかについては、委任の内容や、当事者の置かれた具体的な状況に即して考えていかなければならないのが通常である。

そうすると、いわゆる白紙委任状と代理権授与表示による表見代理との関係について条文が設けられた場合、条文のありようによっては、白紙委任状に関する具体的なトラブルが発生した場合に、かえって柔軟な紛争解決ができなくなるおそれがある。

確かに、白紙委任状と民法第109条の適用に関しては、既に判例の集積（最判昭和45年7月28日民集24巻7号1203頁、最判昭和39年5月23日民集18巻4号621頁、及び最判昭和42年11月10日民集21巻9号2417頁など）があるが、仮にそれらの判例から白紙委任状に関するルールを導き出しうるものとしても、そもそも、社会一般の取引において白紙委任状が用いられる場面はそれほど多くはないと考えられ、そのような場面に関する準則を民法上規定することは慎重に検討すべきである。

## 第2 売買

### 瑕疵の通知義務

#### (意見の趣旨)

売買の目的物受領に際し買主に瑕疵の通知義務を課す規定及び当該義務を怠った場合に買主による瑕疵担保責任上の権利行使ができなくなる規定を置くことは慎重に検討すべきである。

#### (意見の理由)

本来、売主は買主に対し、瑕疵のない目的物を引き渡す義務を負っている。そのような売主の立場に鑑みれば、仮に目的物引渡しにより履行終了の期待を売主が持つとしても、その期待権を、買主による瑕疵の通知義務及び通知け怠による失権という形で保護する必要があるとまでは、必ずしも言い切れない。

そもそも、当事者における履行終了の期待は、有償契約において給付義務を負う債務者一般において抱く期待と、おおむね共通するものである。また、債権者は、消滅時効にかからない限り、自ら有する債権を自由に行使できるのが原則である。そうすると、特に売買に限って目的物の瑕疵に関する通知義務及び通知け怠による失権効を設けるのは、当事者の債権行使の自由に対する例外と位置づけられるから、かかる規定を売買の特則として設けるのであれば、それを設けるに足るだけの特別な根拠が必要なのはである。

しかし、売買において、かかる根拠があるのかどうかははっきりとしない。むしろ、わが国の通常の売買取引においては、円満な取引関係の維持という観点から、売主において目的物に生じた瑕疵のリスクを比較的長期にわたって引き受けることも少なくはなく、このような取引関係に、瑕疵の通知義務及びその失権効規定を持ち込んだ場合、かえって、当事者の利害対立が先鋭化し、円滑かつ円満な取引を行えなくなる可能性がある。

また、一般市民が買主である場合や日常品の売買等、目的物につきあまり厳格な検収を行うことを予定していない取引類型においては、瑕疵の通知方法や内容いかんでは買主の権利保護が困難となり、結果として、買主が厳しい立場に置かれることになりかねない。

よって、売買の目的物受領に際し買主に瑕疵の通知義務を課すこと、及び、当該義務を怠った場合に瑕疵担保責任上の権利につき失権すること、の2規定を置くことは慎重に検討すべきである。



### 第3 贈与

#### 死因贈与

##### (意見の趣旨)

- 1 死因贈与を要式行為とすることは慎重に検討すべきである。
- 2 死因贈与について、遺贈に関する規定の準用を明確にすべきである。
- 3 現民法第1022条（遺言取消しの自由と取消しの方式）は死因贈与に準用されないことの明文化を検討すべきである。

##### (意見の理由)

死因贈与が用いられる場面としては、家族構成員の間でなされる、財産の承継としての贈与が重要である。例えば、相続権のない家族構成員に対して行なわれる下記の事例のような死因贈与の意思表示を要式化によって無効とすることは、契約自由の原則に対する法による過剰な介入であり、国民にとって利益となる場合よりも不利益となる場合が多いと考えられる。

##### (事例)

夫の死亡後、遺産分割協議により住宅と敷地を後妻名義にした後、後妻が「死んだら、お前にあげる」と先妻の子に言って、その子も了解していた。

このような事例の場合、死因贈与契約のほとんどが書面によらないものである。書面によらない死因贈与であっても、相続人の中に争う者がいなければ手続上も支障がなく、実務上そのまま認めることが自然である。

また、遺言の効力が裁判で争われた事件において、自筆証書遺言の方式の瑕疵により遺言としては無効とされながら、死因贈与としては有効と判断した裁判例が何例か存在する（東京高判昭和60年6月26日、広島高判平成15年7月9日等）。実務家は、自筆証書遺言に方式の瑕疵が存在し、その効力が争われた場合、予備的に、死因贈与としては有効という主張をすることが多いが、死因贈与も要式行為とすると、こうした場合に故人の遺志を生かすすが完全に閉ざされることになる。

現民法は、死因贈与について「その性質に反しない限り、遺贈に関する規定を準用する」とだけ規定されおり、対象となる条文の多くは、準用されるか、準用されないかについて、判例、学説上は概ね争いはないが、条文を見ただけでは分からず、また、そのいくつかは、準用の可否につき解釈上の争いがあり、大変分かりづらいものとなっている。少なくとも、分かりやすい民法という観点から、明文化して準用の可否を明確にすべきである。

現在、実務では死因贈与契約はあまり利用されていないと思われる。その大きな理由は、判例が死因贈与についても自由な撤回を認めている（最判昭和47年5月25日、同昭和58年1月24日）ため、受贈者の法的安定が得られないためであると思われる。死因贈与がなされる背景にはいろいろな事情があり、単に受贈者が

恩恵を受けるという単純なものではないケースが多い。贈与者の一方的な撤回を認めないとする事で、受贈者の期待権を確保することが可能となる。

したがって、遺贈と明確に区別し、契約という側面を重視して自由な撤回を認めないものとすべきである。この立法により、遺言ではなく死因贈与契約を選択することの長所が明白となり、贈与者及び受贈者双方の意向を実現する手段として広く利用されることとなると考える。

## 第4 委任

### 1 受任者の指図遵守義務

#### （意見の趣旨）

受任者が委任者の指図に従う義務（指図遵守義務）を規定を置くことは慎重に検討すべきである。

#### （意見の理由）

委任契約における当事者の能力及び力関係に差があることは決して少なくない。委託される事務の中には、高度な専門的知見を要するものもあるほか、中には教育や医療、あるいは法律事務のように、委任者においてア・プリオリに委託事務の内容や意義を把握できないものもある。例えば、法律事務の処理においては、事件の早期解決や円滑な処理を狙って、受任者において、あえて依頼者に不利に見える内容で交渉を行ったり、あるいは迂遠な手順をもって処理を行なうことは少なくはなく、このような委任事務の内容や意義を、委任者が知悉しているとは必ずしも言い切れない。そうであるからこそ、委任契約は当事者間の信頼関係に基づかなければならないと考えられており、受任者に委託事務の処理において善管注意義務が課せられ、また解釈上も忠実義務が課せられていると思われる。

他方、指図順守義務を規定し、「急を要し委任者に指図の変更を求める余裕がないとき又は指図に反することが委任者の利益に適合するとき」に該当する場合には例外的に委任者の指図に従うことを要しないとの規定を設けるという見解があるが、「指図の変更を求める余裕がないとき」や「委任者の利益」とは、具体的にどのような事実あるいは事情を指すのかを明確にするのは困難であると思われ、また、規定を置くことによってかえって指図遵守義務をめぐる紛争が起こり、当事者間の信頼関係が希薄になるという事態も想定されると思われる。

## 2 委任終了原因に関する反対特約（死後の事務の委任）

### （意見の趣旨）

現民法第653条に関し、委任事務の内容が特定されていることを要件として死後の事務の委任が可能であることの規定を置くことを検討すべきである。

### （意見の理由）

後見事務の処理にあたり、現民法において死後の事務がどの程度可能であるかは必ずしも明確ではなく、葬儀や相続人に対する財産の引渡し等、具体的な事務処理において困難をきたすことがある。

ところが、この点に関しては、現民法第653条が任意規定であることを根拠に、死後の事務の委任について、あらかじめ同条と異なる特約を結ぶことによって一定程度、解決しうるといえる。これは、取引社会の進展にともない、委任契約の基礎として重視されるべき信頼関係が、単なる当事者間の個人的な信頼関係のみならず、当事者における事業を中心とした信頼関係をも重視するようになってきていることを考え方の基礎とするものである。

判例を見ても、委託事務の内容及び性質に鑑み、当事者の破産や死亡により直ちに委任終了としないものが少なくない（幼児の中学卒業までの養育に関する大判昭和5・5・15新聞3127号13頁など）。また、委任者が財産管理事務を受任者に委託する場合において、将来委任者が死亡したときに直ちに委任契約を終了させることなく、葬儀にかかわる事務や保管財産の相続人への引継ぎ事務等といった、他の民法の規定ではカバーしきれない事務処理（いわゆる死後の事務）をも委託することがあり、最高裁も、このような死後の事務処理委託が有効であることを認めている（最判平成4年9月22日金法1358号55頁）。

よって、こうした実務上の必要性を踏まえ、現民法第653条に関し、死後の事務の委任が可能であることを条文として明記すべきである。

もっとも、委任契約の基礎として重視されるべき信頼関係の第一は、当事者間における対人的な信頼関係である上、また、死後の事務の委任によって、委任者の包括承継人等、利害関係人との紛争が生じるおそれもある。さらには、死後事務の委任によって、遺言等の様式行為の脱法が行なわれる事態を回避する必要がある。

したがって、上記を踏まえ、死後の事務の委任に当たっては、あらかじめ委任事務の範囲を特定しなければならないことを要件とするのが妥当である。

## 第5 請負

### 1 瑕疵の通知義務

#### （意見の趣旨）

請負の目的物受領に際し注文者に瑕疵の通知義務を課す規定を置くこと及び当該義務を怠った場合に注文者による瑕疵担保責任上の権利行使ができなくなる規定を置くことは慎重に検討すべきである。

#### （意見の理由）

本来、請負人は注文者に対し、仕事の成果物として、瑕疵のない目的物を引き渡す義務を負っている。そのような請負人の立場に鑑みれば、注文者による瑕疵の通知という形で注文者に協力を義務づけてまで、瑕疵のない目的物を引き渡したという請負人の信頼を保護する必要があるのかという問題がある。

加えて、注文者は目的物について必ずしも専門的な知識を有しているとは限らないから、何をもって瑕疵の通知の対象とすべきか、注文者において早期かつ合理的に判断を下せないことも多くある。事実上、適切な権利行使が期待できないところに権利行使を義務づける制度を設けるのは、かえって取引当事者にあらぬ混乱を引き起こす可能性が高いと思われる。

そもそも、債権者は、消滅時効の援用がなされない限り、権利を自由に行使できるのが原則である。給付を受け取った債権者に通知義務を課し、期間内に通知をしなければ失権するというルールを設けるに当たっては、当該制度を正当化するに足るだけの特別な根拠が必要なはずである。その点が、請負においては必ずしも明確になっていない。瑕疵担保責任上の権利行使につき期間の制限を設けるのであれば、あえて通知義務という規定を置かずとも、消滅時効についての特則を設けることによっても対応は可能と思われる。

## 2 下請負人による注文者に対する直接請求権

### (意見の趣旨)

下請負人による注文者に対する直接請求権を認める規定を置くことは、慎重に検討すべきである。

### (意見の理由)

注文者と下請負人との間には面識がないことは少なくなく、注文者の一般的意識としては、請負代金の支払い先は元請負人のみと考えているのが普通であると思われる。

下請負契約においては契約書が作成されないことは少なくなく、注文書や注文請け書のみによる場合も多い。下請負人がどの程度仕事をしたか、あるいは請負代金額やその支払い状況を判断する客観的資料は、非常に少ないのが現状であるといえる。

下請負人が注文者に対して、直接請求権を行使する必要がある場面としては、元請負人が下請負人に対する請負代金の支払いを遅延し、かつ将来においても遅延することが予想されるような場合が想定される。このような場面において、注文者が下請負人の直接請求権の存否を判断するための客観的な資料を得るのはさらに困難であることが多いと思われ、実務上混乱を招く可能性が高いと考えられる。

取引関係において弱い立場に立たされることが多い下請負人に、法律上一定の保護を与えるべきであるという趣旨は理解できるが、それは他の法制度によることも可能であり、民法に規定する場合はその要件や効果について慎重に検討すべきである。

## VII 時効

### 第1「消滅時効」について

#### 1 時効の効果について

##### (意見の趣旨)

- 1 時効の効果については、当事者が援用したときに時効の効力が生ずる旨の規定を明文化し、債権の消滅時効の効果については、当事者の援用により起算日に遡って債権が消滅する旨の現民法の規定を維持すべきである。
- 2 消滅時効の援用権者の範囲については、現民法上の判例の解釈を基本的に維持する内容の規定を置くべきである。
- 3 上記1, 2とも履行拒絶権については、慎重に検討すべきである。

##### (意見の理由)

時効の効果が時効の援用によって発生するかどうかについては、現民法上、当事者が援用したときに時効の効力が生ずるとの理解が一般的である。国民一般にとって分かりやすい民法という観点からは、その旨の規定を明文化すべきである。

債権の消滅時効の効果については、現民法第144条、第167条に規定されている債権の遡及的消滅という効果ではなく、債権の消滅時効の完成により債務者に履行拒絶権が発生するものとすべきであるという考えが示されている。しかし、この履行拒絶権という法律構成を採用すると、付従性による担保物権の消滅を導くことができなくなることから、債権の消滅時効の完成による担保物権の消滅について新たな規定を設ける必要があり、また、基本的に債務者以外の第三者（保証人や物上保証人等）が履行拒絶の主張をすることができなくなると考えられていること等、実務に及ぼす影響には大きいものがある。時効が完成しても債務者は履行を拒絶することしかできないので、悪質な債権者は、債務が消滅していないことを理由に、債務者が履行拒絶権を行使した後も取立てを繰り返すおそれがある。このような場合、法律の専門家が債務者から相談を受けても、債務の消滅を主張することができないので、その都度、履行を拒絶するよう助言するしかないことにもなりかねない。よって、債権の消滅時効の効果については、当事者の援用により起算日に遡って債権が消滅する旨の現民法の規定を維持するべきであると考ええる。

民法第145条は、時効の援用権者を「当事者」と定めているが、判例は、時効の援用権者の範囲について、「時効により直接に利益を受けるべき者」とする基準を示しており（昭和42年10月27日民集21巻8号2110頁）、具体的には、保証人、連帯保証人や物上保証人は時効の援用権者に当たるが、一般債権者や後順位抵当権者は当たらない等の判断を示している。この時効の援用権者の範囲については、債権の消滅時効の効果について履行拒絶権という法律構成を採用する立場か

らは、基本的に債務者以外の第三者（保証人や物上保証人等）が履行拒絶の主張をすることができなくなる。現民法上の判例の解釈を変更して時効の援用権者の範囲を狭くすることは、昨今の保証人保護の流れに逆行するものでもあり、この点からも時効の援用権者の範囲については、現民法上の判例の解釈を基本的に維持する内容の規定を置くべきであると考ええる。



## 2 時効完成後の債務の承認について

### (意見の趣旨)

消滅時効の完成後において、債務者が時効完成の事実を知らないで債務の承認に当たる行為をした場合に時効援用権を喪失する旨の規定を明文化するのであれば、例外的に時効援用権を喪失しない場合についての規定も置くことを検討すべきである。

### (意見の理由)

消滅時効の完成後に債務者が時効完成の事実を知らないで債務の承認に当たる行為をした場合について、判例（最大判昭和41年4月20日民集20巻4号702頁）は、「債務者が、自己の負担する債務について時効が完成した後に、債権者に対し債務の承認をした以上、時効完成の事実を知らなかったときでも、爾後その債務についてその完成した消滅時効の援用をすることは許されない」とし、その理由として、「時効の完成後、債務者が債務の承認をすることは、時効による債務の消滅と相容れない行為であり、相手方においても債務者はもはや時効の援用をしない趣旨であると考え得るであろうから、その後においては債務者に時効の援用を認めないと解するのが、信義則に照らし、相当であるからである」と述べている。

この確立した判例法理の明文化については、国民一般にとって分かりやすい民法という観点から基本的に賛成する。

しかし、実務上、時効援用権の喪失を狙って、消滅時効の完成後に、債権者が策略などを用いて債務者の無知に乗じて、少額の弁済（一部弁済）をさせる事例が少なからず存在する。このような悪質な事例については、上記判例が述べる理由に照らし、信義則上、時効の援用権を喪失させるべきではないと考えられ、下級審判決においても、債権者が欺まんの方法を用い、一部弁済をすれば残債務はないと誤信させて弁済させたような場合や、債務者の無知や畏怖に乗じて、甘言を弄して一部弁済をさせたような場合には、信義則上、時効の援用権を喪失させる事情に当たるとはいえないとするものが存在する（東京地判平成7年7月26日金商1011号38頁、札幌簡判平成10年12月22日判タ1040号211頁など）。

したがって、時効完成後の債務の承認について上記判例法理を明文化する場合には、信義則に照らし時効の援用権を喪失させるべきではない事例が存在することを踏まえ、時効の完成の事実を知らないで債務の承認に当たる行為をした債務者が、なお時効を援用することが信義則に反するとはいえない場合には、例外的に時効援用権を喪失しないとする旨の規定を置くことを検討すべきである。