

## 「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に 対して寄せられた意見の概要（各論6）

- この資料は、中間論点整理第47から第63までにに関する意見を内容としている。
- 略語及び団体名等の略称は、部会資料33-1参照。

### 目次

第47 役務提供型の典型契約（雇用，請負，委任，寄託）総論.....	1
第48 請負 .....	11
1 請負の意義（民法第632条） .....	12
2 注文者の義務 .....	22
3 報酬に関する規律 .....	34
(1) 報酬の支払時期（民法第633条） .....	35
(2) 仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権 .....	42
(3) 仕事の完成が不可能になった場合の費用償還請求権 .....	52
4 完成した建物の所有権の帰属 .....	56
5 瑕疵担保責任 .....	60
(1) 瑕疵修補請求権の限界（民法第634条第1項） .....	61
(2) 瑕疵を理由とする催告解除 .....	67
(3) 土地の工作物を目的とする請負の解除（民法第635条ただし書） ..	70
(4) 報酬減額請求権の要否 .....	75
(5) 請負人の担保責任の存続期間（民法第637条，第638条第2項） ..	78
(6) 土地工作物に関する性質保証期間（民法第638条第1項） .....	88
(7) 瑕疵担保責任の免責特約（民法第640条） .....	94
6 注文者の任意解除権（民法第641条） .....	98
(1) 注文者の任意解除権に対する制約 .....	98
(2) 注文者が任意解除権を行使した場合の損害賠償の範囲（民法第641条） .....	101
7 注文者についての破産手続の開始による解除（民法第642条） .....	105
8 下請負 .....	107
(1) 下請負に関する原則 .....	107
(2) 下請負人の直接請求権 .....	111

(3) 下請負人の請負の目的物に対する権利 .....	124
第49 委任 .....	129
1 受任者の義務に関する規定 .....	129
(1) 受任者の指図遵守義務 .....	129
(2) 受任者の忠実義務 .....	138
(3) 受任者の自己執行義務 .....	145
(4) 受任者の報告義務 .....	153
(5) 委任者の財産についての受任者の保管義務 .....	158
(6) 受任者の金銭の消費についての責任（民法第647条） .....	160
2 委任者の義務に関する規定 .....	163
(1) 受任者が債務を負担したときの解放義務（民法第650条第2項） ..	163
(2) 受任者が受けた損害の賠償義務（民法第650条第3項） .....	166
(3) 受任者が受けた損害の賠償義務についての消費者契約の特則（民法第6	
50条第3項） .....	171
3 報酬に関する規律 .....	175
(1) 無償性の原則の見直し（民法第648条第1項） .....	175
(2) 報酬の支払方式 .....	179
(3) 報酬の支払時期（民法第648条第2項） .....	182
(4) 委任事務の処理が不可能になった場合の報酬請求権 .....	185
4 委任の終了に関する規定 .....	191
(1) 委任契約の任意解除権（民法第651条） .....	191
(2) 委任者死亡後の事務処理を委託する委任（民法第653条第1号） ..	196
(3) 破産手続開始による委任の終了（民法第653条第2号） .....	201
5 準委任（民法第656条） .....	204
6 特殊の委任 .....	210
(1) 媒介契約に関する規定 .....	210
(2) 取次契約に関する規定 .....	218
(3) 他人の名で契約をした者の履行保証責任 .....	222
第50 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定 .....	224
1 新たな受皿規定の要否 .....	224
2 役務提供者の義務に関する規律 .....	237
3 役務受領者の義務に関する規律 .....	245
4 報酬に関する規律 .....	249
(1) 役務提供者が経済事業の範囲で役務を提供する場合の有償性の推定 ..	249
(2) 報酬の支払方式 .....	251
(3) 報酬の支払時期 .....	256
(4) 役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権 .....	259
5 任意解除権に関する規律 .....	266
6 役務受領者について破産手続が開始した場合の規律 .....	274

7	その他の規定の要否	277
8	役務提供型契約に関する規定の編成方式	279
第5 1	雇用	282
1	総論（雇用に関する規定の在り方）	282
2	報酬に関する規律	291
(1)	具体的な報酬請求権の発生時期	291
(2)	労務が履行されなかった場合の報酬請求権	294
3	民法第6 2 6条の規定の要否	302
4	有期雇用契約における黙示の更新（民法第6 2 9条）	304
(1)	有期雇用契約における黙示の更新後の期間の定めの有無	304
(2)	民法第6 2 9条第2項の規定の要否	308
5	その他	310
第5 2	寄託	311
1	寄託の成立—要物性の見直し	311
(1)	要物性の見直し	311
(2)	寄託物の受取前の当事者間の法律関係	317
(3)	寄託物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始	319
2	受寄者の自己執行義務（民法第6 5 8条）	321
(1)	再寄託の要件	321
(2)	適法に再寄託が行われた場合の法律関係	323
3	受寄者の保管義務（民法第6 5 9条）	327
4	寄託物の返還の相手方	329
5	寄託者の義務	333
(1)	寄託者の損害賠償責任（民法第6 6 1条）	333
(2)	寄託者の報酬支払義務	338
6	寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の通知義務	341
7	寄託物の譲渡と間接占有の移転	344
8	消費寄託（民法第6 6 6条）	347
9	特殊の寄託—混合寄託（混蔵寄託）	352
1 0	特殊の寄託—流動性預金口座	354
(1)	流動性預金口座への振込みによる金銭債務の履行に関する規律の要否	354
(2)	資金移動取引の法律関係についての規定の要否	361
(3)	指図に関する規律の要否	363
(4)	流動性預金口座に存する金銭債権の差押えに関する規律の要否	365
(5)	流動性預金口座に係る預金契約の法的性質に関する規律の要否	368
1 1	特殊の寄託—宿泊事業者の特則	369
第5 3	組合	371
1	組合契約の成立	372
(1)	組合員の一人の出資債務が履行されない場合	372

(2) 組合契約の無効又は取消し	376
2 組合の財産関係	380
3 組合の業務執行及び組合代理	388
(1) 組合の業務執行	388
(2) 組合代理	390
4 組合員の変動	392
(1) 組合員の加入	392
(2) 組合員の脱退	393
5 組合の解散及び清算	398
(1) 組合の解散	398
(2) 組合の清算	402
6 内的組合に関する規定の整備	405
第54 終身定期金	408
第55 和解	412
1 和解の意義（民法第695条）	412
2 和解の効力（民法第696条）	417
(1) 和解と錯誤	417
(2) 人身損害についての和解の特則	422
第56 新種の契約	427
1 新たな典型契約の要否等	427
2 ファイナンス・リース	432
第57 事情変更の原則	454
1 事情変更の原則の明文化の要否	454
2 要件論	469
3 効果論	475
(1) 解除，契約改訂，再交渉請求権・再交渉義務	475
(2) 契約改訂の法的性質・訴訟手続との関係	483
(3) 解除権と契約改訂との相互関係	485
第58 不安の抗弁権	486
1 不安の抗弁権の明文化の要否	486
2 要件論	497
3 効果論	507
第59 契約の解釈	512
1 契約の解釈に関する原則を明文化することの要否	512
2 契約の解釈に関する基本原則	518
3 条項使用者不利の原則	524
第60 継続的契約	536
1 規定の要否等	536
2 継続的契約の解消の場面に関する規定	543

(1) 期間の定めのない継続的契約の終了 .....	543
(2) 期間の定めのある継続的契約の終了 .....	549
(3) 継続的契約の解除 .....	555
(4) 消費者・事業者間の継続的契約の解除 .....	560
(5) 解除の効果 .....	562
3 特殊な継続的契約－多数当事者型継続的契約 .....	563
4 分割履行契約 .....	569
第6 1 法定債権に関する規定に与える影響 .....	571
第6 2 消費者・事業者に関する規定 .....	583
1 民法に消費者・事業者に関する規定を設けることの当否 .....	583
2 消費者契約の特則 .....	613
3 事業者に関する特則 .....	618
(1) 事業者間契約に関する特則 .....	618
(2) 契約当事者の一方が事業者である場合の特則 .....	621
(3) 事業者が行う一定の事業について適用される特則 .....	624
第6 3 規定の配置 .....	629

#### 第47 役務提供型の典型契約（雇用，請負，委任，寄託）総論

一方の当事者が他方の当事者に対して役務を提供することを内容とする典型契約には、民法上、雇用，請負，委任及び寄託があるとされている。しかし、今日の社会においては新しい役務・サービスの給付を目的とするものが現れており、役務提供型に属する既存の典型契約の規定によってはこれらの契約に十分に対応できないのではないかと問題も提起されている。このような問題に対応するため、役務提供型に属する新たな典型契約を設ける考え方や、役務提供型の契約に適用される総則的な規定を設ける考え方が示されている（後記第50参照）ほか、このような考え方を採用する場合には、これに伴って既存の各典型契約に関する規定の適用範囲の見直しが必要になることもあり得る（後記第48，1，第49，5参照）。

役務提供型の典型契約全体に関して、事業者が消費者に対してサービスを提供する契約や、個人が自ら有償で役務を提供する契約など、当事者の属性等によっては当事者間の交渉力等が対等ではない場合があり、交渉力等において劣る方の当事者の利益を害することのないように配慮する必要があるとの問題意識や、いずれの典型契約に該当するかが不明瞭な契約があり、各典型契約の意義を分かりやすく明確にすべきであるとの問題意識が示されている。これらの問題意識なども踏まえ、各典型契約に関する後記第48以下の論点との関連にも留意しつつ、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について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第1 [1頁]】

#### 【意見】

- 現在社会においては、雇用，請負，委任及び寄託に分類することが必ずしも適切ではない役務提供型契約が出現しているが、これらを準委任契約あるいは無名契約と位置付けて場当たりに適用されるべき任意法規を選択することは法的安定性を欠くことになる。したがって、できるかぎり明確に類型化を図り、それぞれについて適切な任意規定群を定めることが望ましい。また、いずれの類型にあたるか判然としない契約が存することも避けられないと考えられるから、一般的な受皿規定を新設する必要性も認められるが、その内容については慎重に検討していく必要がある。なお、請負，委任，準委任の区分について、見直す必要があるとしても、従来の実務の安定性を害す危険があるため、慎重にならなければならない。（兵庫県弁）
- 役務提供型契約全体に適用される総則的な規定を設ける考え方については反対する。役務提供契約の新たな典型契約を設ける考え方については、その内容について慎重に検討すべきである。

役務・サービス提供契約は、様々な契約類型が存在する。事業者と消費

者との間の役務・サービス提供契約もあれば、事業者と役務提供者との間の役務・サービス契約もある。後者は、さらに実質的に使用従属関係にある雇用契約、使用従属関係にあるとまでは言えないが役務提供者が弱い立場にある役務提供契約もある。例えば、力士の役務提供契約、プロ野球選手の役務提供契約である。また、独立の対等の事業者間の役務・サービス契約もある。これら全体をカバーする総則規定をおくことが可能なのか。また、総則規定によって適切に規律できるかは疑問である。したがって、役務提供契約の総則規定を置くことには反対である。

役務提供契約の新たな典型契約を設ける考え方について、上記のような様々な類型が存在する中で、典型契約で役務提供契約を置くことの意味や役割について慎重に検討すべきである。(日弁連)

- 今日では、多種多様な役務提供型の契約が存在しており、その中には現行法の典型契約には収まりきらないものも存在するので、そういったものについて、解釈の指針となるような規律を設けることが望ましいことは否定しえないとの意見がある一方で、使用従属関係にあり、本来労働者として労働関係法規の適用を受けるべき者について、雇用契約ではない新たな役務提供型の典型契約の利用により、労働関係法規の潜脱がなされるおそれがあるとして、役務提供型の新たな典型契約を設けることに反対する意見がある。ただし、前者の立場に立つとしても、典型契約には該当しない多種多様な契約を全てカバーしうるような規律を定めることができるのか等、慎重に検討する必要がある。

後述のような役務提供型契約の受皿となる総則的規定を設けるということを前提に検討するのであれば、交渉力等において劣る方の当事者の利益を害することのないように配慮する必要性から、役務提供者の公正な利益を保護する規制（役務受領者の任意解除権を制限したり、役務受領者に安全配慮義務を課すなど）を総則規定に設けるべきである。また、総則的規定と、雇用、請負、委任、寄託の4つの典型契約についての規定との適用関係について、実務上混乱を来すことがないように配慮することが必要である。(横浜弁)

- 典型契約に当てはまらない類型について解釈の指針を示す必要があり、この類型を設けることでより適切な規律が可能になる場面も少なくないと思われることから、新たに典型契約としてある程度汎用性のある役務提供型の規定を設けることに賛成する。ただし、従前の取扱と大きな変更がないよう慎重に検討する必要がある。総則的、受け皿規定を設けることに反対する。(札幌弁)
- 現行法の規定では適切な規制ができず、特別法に委ねることも適当ではない契約類型が多く見受けられるのであれば、典型契約全体を見直す必要性があると考え。もっとも、そのために新たな典型契約の規定が必要であるかは疑問がある。四つの典型契約は維持しつつ、規定を細分化し、あ

るいは整理して、現行法の規定では必ずしも対応できていない部分を埋められるのではないか。

サービス契約の種類・内容は日々変化していくから、現在における個々のサービス契約への対応を追求しすぎると、基本法たる民法典の普遍性を損なうおそれがある。新しいサービス契約から抽出される要素のうち、現行法の規定では対応できない部分について、一般的・抽象的な規定を追加するにとどめるべきである。(愛知県弁)

- 役務提供型の契約に適用される総則的な規定を設ける考え方は、慎重に検討すべきである。「総則的な規定を設ける考え方」については消極・積極の両意見があったので、以下のとおり両論を併記する。

消極意見は、いわゆるサービス契約(役務提供契約)は無名契約又は典型契約の混合契約として解されているところ、従来どおり当事者の合意内容に典型契約規定の規律を適用して解釈・処理すれば足りるというものである。そもそも、多様なサービス契約の共通則を抽出することは困難であり、総則的な規定を設けるとしても、結局はいずれかの典型契約規定の規律の混合か、あるいは、いずれの典型契約規定にも見られない独自の規律になってしまうと思われることなどが理由となる。

積極意見は、法秩序保持の観点から、サービス契約(役務提供契約)のデフォルトルールを設けておく意義があるというものである。すなわち、サービス契約(役務提供契約)の規律のいわば最大公約数となる共通則を探索し、総則規定とすとか(最大公約数で割れないものは無名契約として残らざるを得ない。)、あるいは典型契約規定の共通則を抽出して、この共通則をサービス契約(役務提供契約)の総則規定としようとする(各典型契約規定には残存規定のみが留まる。)ものである。これに対しては、共通則(典型契約規定の上位規定としての意味がある。)から下部規定へという順序であてはめて、当事者の合意内容を解釈していく思考方法は、従来のやり方とは異なり実務的に困惑するという指摘があった。(二弁)

- 新しいサービスの給付を目的とする契約へ対応する必要があること、新しいサービスの給付の形が多様化してきており、法律との整合性を図る必要があることから、役務提供型の規定の見直しが必要である。(金沢弁消費者委)
- 新しいサービス供給契約について請負や準委任に当てはまらないと思われるものがあり、典型契約として規定を新設する必要が生じているから、役務提供契約の新設に賛成。

規定の新設の理由が上記要請に対応するためであり、総則規定として無理に整備する必要はないし、総則規定として整備しようとするとかえって論理的整合性をとるのが難しくなるおそれがある。したがって、請負、委任等の上位概念である総則的な規定として規定し、当てはまらないものの受け皿規定の機能も果たさせる規定の仕方には反対。(法友全期)

- 現代社会においては、在学契約、語学学校の受講契約、エステティックサロンの施術契約等（以下これらの契約を「サービス契約」という。）、民法が必ずしも想定していたとは言い難い契約類型が含まれている。即ち、民法起草時において、起草者の構想としては、役務提供契約を請負と雇用のいずれかに分類できると考えていたようであるが、戦後「支配従属性」の要素が雇用に取り込まれて理解されるようになったのに伴い、請負でも雇用でもない役務提供契約が存在することとなったようである。これまでは、サービス契約につき委任に関する規定が適用ないし準用されることが多かったが、i) 委任に関する規定によるとすれば、サービス提供者も任意解除権を有することとなるが、特定のサービス契約にかかる解除権を認めることが妥当とは言えない場合があること、ii) 請負類似のサービス契約で、物と結びつかない仕事の完成を内容とする場合は、請負契約に関する規定の多くが適用されない、等、民法がこれらのサービス契約に対して適切な規律を示せていないことがある。加えて、サービス契約は、消費者契約として締結されることが多く、サービス契約の解約の可否、違約金の内容につき、消費者、事業者間でトラブルが生じやすい。特定のサービス契約における消費者保護の観点から、特定商取引法に「継続的役務提供契約」に関する規定を設けたのがその一例である。かかる社会状況に鑑みれば、民法にサービス契約に関する規定が存しない状況は好ましくなく、新たに、役務提供型契約に関する規定を設けるべきである。

役務提供型契約の規定の方法としては、i) 特定のサービス契約のみを新たな典型契約として民法に規定する、ii) 有償のサービス契約について独自の規定を民法に規定する、iii) 役務提供型契約の総則的規定を設ける、というものが考えられるが、i) は時代の変化に応じて新たに生じるサービス契約の類型に即応できない、ii) は特に有償のサービス契約のみを切り出す理由に乏しい、という点でいずれも適切ではない。よってiii) によるのが妥当である。この方法は、個々具体的なサービス契約に対する規律としては不十分である、と否定的に考える向きもあるが、時代の変化に即応できる点や、サービス契約において紛争が生じる法律問題はある程度共通性を有するため、これらに一般的に妥当すると考えられる規律を取り出せば保護に欠ける訳ではないこと、から、必ずしも批判はあたらない。  
(日弁連消費者委有志)

- 有料老人ホームへの入居契約の性質については、賃貸借に類似する契約形態も存在するものの、その契約上の性質については明確ではない点がある。また、入居契約における入居者の地位の相続、解除の制限、入居保証金の償却、借地借家法の適用等に関して、不統一な解釈がなされると、有料老人ホームの運営に予測可能性が失われ、結果として優良な事業者が有料老人ホーム事業に参入しなくなったり、既存の事業者が念のため多額の入居保証金を徴収することになりかねない。そのため、有料老人ホームの

入居契約についても役務提供型の一つとして権利義務関係が明確になるように典型契約の一つとして規定することを検討してはどうか。(長島・大野・常松有志)

- 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。

規定の配置にあたっては、国民にとっての分かりやすさと現役の法律家にとっ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、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、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、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及び継続的契約に関する規定を設ける場合における当該規定の配置についても検討すべきであること、などに留意した再編が望まれる。(「改正を考える」研)

- 役務提供契約と請負契約、委任契約、雇用契約の関係について。法制審議会が参考とするDCFRやPELSCにおいても、総則規定としての役務提供契約、下位概念としての種々の請負契約が規定されているが、委任契約は役務提供契約に含まれておらず、雇用契約については別の法規範によっている。ローマ法以来の伝統的な「委任契約」概念と、我妻博士の解釈により発展されたわが国の柔軟な「(準)委任契約」概念とは異なるも

のであり、それらについて十分に比較検討した上で、わが国にあった規範を作り出す必要がある。上記の法規範では請負契約は細分化されているが、そこにはわが国において準委任契約とされるものも含まれている。その点も考慮する必要がある。（「改正を考える」研）

- 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。（日大民研・商研）

- 役務提供契約と準委任契約との境界が不明確であり、新設にどのような意味があるのか。システム開発においては請負、準委任契約が定着しつつある時期に、この新しい役務提供契約をどのように使い分けていくべきなのか、まだまだ不透明である。現在、システム開発契約では、ユーザーとベンダーが協調し、その雛形となるモデル契約を提供し、普及・浸透しつつあり、今回の改正がこのモデル契約の全面的見直しなども危惧され、現場でのシステム開発契約に混乱が起きると考えられる。いずれにしてもいまま少し、役務、請負、準委任の適用に関して詰めが必須である。（システム・ユーザー協）
- 新たに一般規定を設けることにつき検討を行うことに異論はない。しかし、従来から存続する典型契約（雇用、請負、委任、寄託）については、実務上特段不都合を感じないため、かかる典型契約についてまで在り方全体を見直すことを更に検討すべきか、その必要性に留意して頂きたい。また、役務提供型の規定の検討においては、ある取引が各典型契約のいずれに該当するかという振分基準を明確にするよう留意して頂きたい。その上で、振り分けられた各取引につき、実態に合った規定が当該典型契約の所に置かれる形になっているかとくに留意して検討を進めて頂きたい。（貿易会）
- 仮に、役務提供型契約に適用される総則的な規定を設ける場合には、悪徳商法や詐欺商法を意識するあまり、既存の正当な契約に著しく影響を及ぼしたり、新たな取引モデルの創作の妨げとなったりしないようにすべき

である。(自動車リース連)

- 役務提供者の義務内容に「結果債務（役務提供者が契約で定めた目的又は結果の実現そのものに義務付けられることを約する場合）」と「手段債務（契約で定めた目的又は結果を実現するために一定の注意義務を負うことを約する場合）」があること、役務とそれに対する報酬の決定方法として「成果完成型」と「履行割合型」があることに基づいて整理し、これらの各類型を組み合わせることによって、現実の各種役務提供契約に柔軟に対応し得る多様な規律を導くことが可能になると思われる。しかしながら、この新しい類型を使いこなすには、役務提供者の義務や報酬の支払方式の具体化、各類型の組み合わせによって創出される役務提供契約のパターンの整理及び各契約類型の区分の明確化が必要と考える。

「結果債務」と「請負」概念との関係を考えた場合、この度の改正議論の中では、ある取引が「請負」であるか否かを判断するときの要件として「目的物の引渡し」という概念を付加するという案が提起されているが、その案に基づき議論を進めるのであれば、ある取引において「無体物」の引渡しが行われた場合に当該取引を「請負」として取り扱うのか、それとも「結果債務」として役務提供契約のもとに規律するのか、考え方を整理する必要があると思われる。

また、既存の四つの典型契約の機能分担の見直しという点については、役務提供契約の一類型として雇用契約を取り扱うという考え方が提案されているが、役務提供契約に含まれる他の契約類型と雇用契約の大きな相違点として、雇用契約は、強行法規性の強い労働法体系の一部に組み込まれているという点がある。この点で、雇用は、必ずしも請負、委任、寄託と同様の文脈で論じることができないと考える。一方で、近年問題となっている偽装請負の例に代表されるように、請負や狭義の役務提供（役務提供の傘下に属する各契約類型のいずれにも該当しないもの）と雇用の境界線を明確に区分することは実務上も重要な課題の一つとなっている。このような状況を考えると、役務の給付を目的とする他の典型契約と同様に雇用契約を役務提供契約の一部として取り扱うことについては、慎重に議論を進めた上で、役務提供契約との相違点を整理する必要があると思われる。その場合には、役務提供と雇用との相違について、雇用者と被用者の指揮命令関係を一つの判断要素とすることも考えられる。(法友会)

- 役務提供契約にのみ総則を配置する理由が不明確である。また、当事者間の交渉力等が対等でない場合の配慮は、原則と例外が逆転しないよう十分な配慮が必要である。(個人)
- 「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」の検討にあたっては、委託者にとって、特に請負・委任の区別がわかる表意者に明確となるように、契約書へ記載すべき要件・表示事項を明示する点を検討に加えるべきである。その

理由として、役務提供としてのサービス提供の実際の契約書では、建築のように請負であることが明確なものは少なく、請負、委任他の契約類型が混在しているものが多く、契約書のタイトルは一般に「業務委託契約」、契約目的は「委託者は・・の業務を委託し、受託者はこれを受託した」とするものが多く、中小企業において結果債務であるか手段債務であるかについて契約後にトラブルとなることが多いことによる。(都民銀行)

- 役務提供契約を「請負」「委任」「寄託」「雇用」を包摂する上位のカテゴリーとして位置づけ、規律するのであれば、適用範囲等を明確にするとともに、各類型の総則規定として適用されるのであれば十分な議論を行うべきである。なぜならば、この規定の内容は、一般的規定ではなく、報酬請求権の発生や役務提供者の義務の範囲を規律するなど、重要なものとなる。したがって、適用対象が広がることによる不均衡等が生じることがないかどうかについて十分な議論を重ねる必要があるとともに、その適用範囲、条文の対象を明確化するべきである。(弁護士、弁護士)
- 役務提供型の契約については、いわゆる典型契約の概念が変わってきている。本来ならば、雇用契約であるべきものが、相手方の都合により、個人請負、あるいはグループ的請負とされているケースが少なくない。請負契約に積極的に変更する理由としては、社会保険の会社負担の回避、脱法的な節税、労災・安全衛生のリスク回避などがあげられる。つまり、労務提供型の請負については労働契約としてみなされるべき契約が含まれていることを考慮する必要がある。同時に、労務提供型の請負契約には、雇用契約と同様に契約相手とは不平等な立場におかれることがしばしばあり、民法改正において、この点は注視されなければならないと考える。(団体職員)
- 役務提供型の典型契約につき、新たな典型契約を設けたり、総則的な規定を設けたりする場合には、既存の各典型契約に関する規定の適用範囲が見直される可能性も十分にあり得る。しかし、これに伴い各典型解約に関する規定の適用範囲が不明確になると、当事者としてはどの規定が適用されるのか予測が困難となることも十分に考えられる。この場合、実務上は、いかなる典型契約に属すると判断されても対処できるよう、全ての任意規定につき契約内にも重ねて規定せざるを得なくなり、契約締結の実務に不要な負担を課すことになる。このような契約締結の実務が定着すると、返って典型契約の全体的な在り方を検討する意義が没却されるものであるから、各典型契約の適用範囲は可能な限り明確に規定されるべきである。(森・濱田松本有志)
- 現在の典型契約と無名契約及びこれを合体した内容の契約としての対処で十分であり、今後も社会情勢や経済情勢の変動による新しい契約が生まれることを考えれば、現時点での状況を前提に新たな典型契約の規定を設ける必要はないのではないかと疑問を呈する意見が多かった。(最高

裁)

- 準委任と役務提供行為との区別について適切な基準を見出しがたいので、現状では、典型契約としての役務提供契約規定を設けることは妥当ではない。また、役務提供型契約に適用される総則規定を設けることについても、これにふさわしい総則規定を見出すことも困難であり、やはり現状では妥当ではない。(東弁)
- 今日、役務・サービスの提供を目的とする契約形態が多様化し、既存の典型契約によっては十分に対応できていない事態が生じていることは事実である。こうした多様化した契約形態に関連して生ずる問題に対しては、解釈のみで対応するのではなく、明文化された規律でもって対応することが、利用者にとってわかりやすく、また、不要なトラブルをなくすることができるとも考えられる。しかし、役務提供型契約の内容は、請負・雇用・準委任の混合契約ないし無名契約というべきものがその大半と思われ、現時点においては当該役務提供型契約の内容自体が様々であり、これに統一的な解釈指針が判例等で示されているとは思われない。したがって、総則的な規定を設けることについては慎重であるべきである。また、新たな典型契約を設けることも、新たな契約形態が多様化している以上、それらを全て網羅することは難しいように思われるので、慎重に検討するべきである。(広島弁)
- 新たな役務提供型契約に対応する規律が民法典に存在せず、既存の典型契約がこれに対応できていないことは問題提起のとおりであるが、サービスの給付を目的とする契約の形態は極めて多様であり、これらすべて(将来発生するであろうサービスの給付を目的とする契約を含め)に対応する規律を定立できるのかは甚だ疑問である。それ故、新たな典型契約を創設するにしても、どういった契約を、どういった形で典型契約化するかについて、その必要性、対象の選択、規律の方法の各点において慎重に検討する必要がある。

役務提供型の契約が極めて多様であることからすれば、これらに等しく適用される総則的な規定を創設することが可能か甚だ疑問であるから、役務提供型の契約に適用される総則的な規定を設けることには反対である。

既存の典型契約の規定の適用範囲を見直すとすれば、実務に混乱が生じることが予想されるし、また、役務提供者のなすべきことが同じであっても異なる典型契約に分類されるという事態が生じることも予想される場所であり、そのようなことを生じさせてまで既存の典型契約の規定の適用範囲を改める必要があるといえるか甚だ疑問であるから、既存の典型契約の規定の適用範囲の見直しについては反対である。(大阪弁)

- 役務提供型の無名契約のうち、比較的概念及び契約形態が定着しているものについて、新しい典型契約を設けることを検討することには反対しないが、役務提供型の契約に適用される総則的な規定を設けることについて

は、現在及び将来のすべての役務提供型の契約に妥当する内容を設けることはできないので、反対する。役務提供型の典型契約相互の機能分担を見直すことについては、慎重に対応すべきである。当事者の交渉力、情報量の差等の問題は、消費者保護法や業界法等で対応すべきであり、民法に規定を設けることには反対である。(経営法曹)

- 役務提供型の契約は様々であり、多様な契約類型について新たな役務提供型契約の典型契約を設けて一律に規律することは極めて困難であり、かえって多種多様な役務提供型契約の実態にそぐわない。よって新たな役務提供型の典型契約を定めることには反対する。(労働弁護団)
- 役務提供型契約には、①消費者契約のように、役務受領者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、②労働契約のように、役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり、それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ、消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは、役務受領者の立場を片面的に強化し、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。役務提供契約に関する総則規定の創設については、労働者など役務提供者が弱者である場合への配慮が欠如した場合における影響が危惧される。今後の検討過程で、これらの危惧が具体化した場合においては、このような方向での法改正には賛成できない。(連合)
- 様々な役務提供契約が現われていることは、国際取引でもプラント輸出契約、プロジェクト契約の変遷をみれば明らかではあるが、複雑なプロジェクト契約等を典型契約にあてはめて議論する必要性にも、新しい典型契約のカテゴリーを作ることの必要性にも疑問がある。実務では業界としての契約約款により当事者の権利義務が調整されており、現行の諸規定を変更すればかえって混乱を招くおそれがあるため、現状のままでよいと思われる。(国際取引有志)
- 役務提供型の契約において交渉上の力関係への配慮は、独占禁止法または下請法によって手当すべき問題であり、民法がここまで関与するのは相当ではない。(不動協)
- 今日の社会においては新しい役務・サービスの給付を目的とするものが次々と現れており、役務提供型に属する既存の典型契約(雇用・請負・委任及び寄託)の規定によってはこれらの契約に十分に対応できないのではないかという問題があること自体は否定できない。しかし、役務提供型の契約すべてに適用される総則的な規定を設けるという考え方については、そもそも対象となる役務提供型契約の類型が多種多様である以上、それらの全てに適用できる実質的な規律は、結局どちらに転がっても当たり障りのない、逆に言えば実質的にほとんど意味のないものしか設けられないこ

とになり、実務上ほとんど意味のないものにしかなり得ないと思われる。ましてや、役務提供型契約の総則規定が適用される範囲を作出するため、既存の請負契約や準委任契約の適用範囲を限定するという考え方に至っては、もはや役務提供型契約の新設自体が自己目的化していると評するほかなく、このような立法提案は実務にとって単なる迷惑以外の何物でもない。(弁護士)

- 役務提供契約の伸長が見られるのは事実であるが、だからと言って、役務提供の主体、客体、提供する役務の内容等は極めて多様であり、新たに典型契約として規定を設けたとしても、全てを網羅することも、またすべての事案において妥当な条項を設けることも困難と思われる。また、交渉時において、各当事者はどの典型契約に該当するかを強く意識しているわけでは必ずしもなく、当事者間が合意のもとで締結した契約書の内容が全てであるという意識が強いことから鑑みると、諸般の事情を考慮したうえで契約書の文言の合理的な解釈がまず最優先されるべきところ、当事者の属性等への余計な配慮や、契約書の文言を軽視しいずれかの典型契約に引き付けて考えられるべきという、実務上の処理とは異なる問題意識・考え方が示唆されている点に若干の違和感を禁じ得ない。典型契約化により、実務で行われている諸契約に新たに制約を課そうとする趣旨なのであれば、典型契約化の議論そのものに慎重さを求めざるを得ない。(会社員)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)
- 役務提供契約類型として、診療契約に関する規定を整備する必要があるのではないか。

また、総則的な規定を設けることの当否を問題とする前提として、請負契約や委任契約における準委任の適用範囲をどう考えるかという問題がある。請負について、論点整理で示唆されている考え方には賛成することができない。結果の実現を保証する役務をどこに位置づけるかは、請負契約の規定のあり方と不可分に関連する。

また、総則的規定を設ける場合に、売買契約が有償契約に準用されることとの関係を含めて、どのような規定がどのように適用されるかを、見通すことができるように規定を整序する必要がある。(大学教員)

- 仮に請負の範囲が限定されたにもかかわらず、切り離された部分(役務提供の受け皿規定)が印紙税法上の「請負」と引き続き扱われると混乱するため、切り離された部分は不課税文書とするよう、国税庁との調整が必要である。(個人)

## 第48 請負

### 【意見】

- 請負契約には種々の類型があり、契約締結当初から仕事の内容が確定しているものもあれば、契約締結時には仕事内容が確定しておらず、契約締

結後に、発注者と請負者が打ち合わせ等を重ねていくことにより、仕事内容が徐々に確定していくことを予定する類型のものも相当程度存在すると考えられる(例えば、建設契約、ウェブサイトの製作、出版業務等)。

このようなタイプの請負契約においては、発注者と請負者はある程度長期間の契約関係にあることになるが、この間に発注者と請負者の間で打ち合わせ等を重ねることにより、契約当初に想定されていた仕事の内容に、変更が生じることも考えられる。しかしながら、かかる仕事内容の変更に伴う請負契約に関する規律については、従前議論が十分になされていない点であることから、今後議論を行うことが望ましい。

例えば、①発注者に仕事の一定範囲の変更指図権を明記した上で、発注者が変更指図権を行使しない限り、請負者は変更後の仕事について完成義務を負わないことや、②発注者が変更指図権を行使した場合には、請負者は増加費用請求や、納期等の延長請求を行うことができることを明文化することなどについても検討することが考えられる。この点、実務上は、建設工事に限るものであるが、民間(旧四会)連合協定工事請負契約約款、日弁連住宅建築工事請負契約約款や、国際的な標準約款であるFIDIC レッドブック(1999年)において、仕事内容の変更に関する規律が明記されているところであり、これらの規律を参考にしつつ更に検討することが考えられる。(西村あさひ有志)

## 1 請負の意義(民法第632条)

請負には、請負人が完成した目的物を注文者に引き渡すことを要する類型と引渡しを要しない類型など、様々なものが含まれており、それぞれの類型に妥当すべき規律の内容は一様ではないとの指摘がある。そこで、現在は請負の規律が適用されている様々な類型について、どのような規律が妥当すべきかを見直すとともに、これらの類型を請負という規律にまとめるのが適切かどうかについて、更に検討してはどうか。例えば、請負に関する規定には、引渡しを要するものと要しないものとを区別するもの(民法第633条、第637条)があることなどに着目して、請負の規律の適用対象を、仕事の成果が有体物である類型や仕事の成果が無体物であっても成果の引渡しが観念できる類型に限定すべきであるという考え方がある。このような考え方に対しては、同様の仕事を内容とするにもかかわらず引渡しの有無によって契約類型を異にするのは不均衡であるとの指摘があることも踏まえ、「引渡し」の意義に留意しつつ、その当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 2 [7頁]】

### 【意見】

- 請負契約の範囲を限定的にしたほうがより適切な規律が可能であるこ

とから、成果が有体物または引渡が観念できる類型に限定する考え方に賛成する。「引渡」「受領」の解釈で、注文者宅での機械の設置なども請負類型とすることができ、必ずしも不均衡が生ずるとはいえない。講演・通訳等は瑕疵担保等の適用が不相当といえるので、役務提供型として規律すべきである。ただし、不相当な分類にならないかはなお慎重な検討を要する。(札幌弁)

- 請負契約には多様なものが含まれており、それぞれによって求められる効果等は異なっているので、この点を規定上明確にすることが望ましいことから、請負の目的別に類型化した規定を設けることに賛成である。請負の規律を、仕事の成果が有体物である類型や、仕事の成果が無体物であるが成果の引渡しが観念できる類型のものに限定すべきであるとの考え方に賛成する。請負は、仕事の目的が有形の結果であることがほとんどであり、従来から請負と考えられてきた形態と法律の規定とが合致する。(金沢弁消費者委)
- 倒産手続きについて債務者は適時に知ることができない事態が多々あり、この現実に基づいた議論が必要であると考え。成果物の有無をもって分別することが可能であろうが、現行法が想定しているのは、目的物を注文者に引き渡すことを前提としていると考える。(団体職員)
- 請負の意義の変更は、契約類型の本質にかかわる問題であり、現在の規律を変更することによって実務が混乱し、また契約の成否の認定を巡り裁判実務が混乱することを懸念する意見が多かったが、限定することに賛成する意見もあった。

なお、請負契約を巡る紛争が生じるのは、書面が作成されていないことが多いことが原因の一つとなっていることから、一定の類型・場合について、要式契約（契約成立に書面の作成を必要とする）とすることを検討してはどうかとの意見が複数あった。(最高裁)

- 請負に様々な類型が含まれていることは認めつつも、それら類型を細分化して規定することや、請負に関する規定を見直すことには慎重意見が強い。従前、請負により処理してきたものが、請負以外の規律に従うことにより瑕疵担保責任の規定が適用されなくなる等の不都合が懸念され、また、売買契約との整合性についても留意しなければならない。

請負の規律の適用対象を、仕事の成果が有体物である類型や仕事の成果が無体物であっても成果の引渡しが観念できる類型に限定すべきであるという考え方には反対意見が強い。請負の本質は、仕事の「完成」であり、「引渡し」が不要なものを請負から外すと、現在請負と考えられている類型の多くが請負契約から外れることになり、実務に多大な影響を与える。「引渡し」という基準が外形的に分かりやすいとは必ずしも言えない。例えば、「引渡し」までは必要でない役務提供契約を請負契約の範疇から排除すると、家屋の内部改装工事であっても、家人が自宅

に居住しつつ工事を行う場合（引渡しを要しない場合）と家人が一時退去して工事を行う場合（引渡しを要する場合）とで、請負に該当したりしなかったりすることになる。（日弁連）

- 請負契約の規律を受ける範囲を限定することについては、慎重に検討すべきである。仮に範囲を限定するのであれば、それによって請負契約に該当しないこととなる類型について、明文の規律を新たに設ける必要性を検討する必要性も生じてくるのではないか。（広島弁）
- 請負の規律内容について見直すことを更に検討することは差し支えないが、請負を仕事の完成を目的とする契約であるという現行法の定義規定は維持するべきである。請負の定義規定を変更すべき実務的必要性は見出し難い。また、一般市民に分かりやすい言葉という観点からしても、広辞苑（第6版）にも「請負 ①保証すること。うけあうこと。②ある仕事の完成を全責任をもって引き受けること。」とあるように、仕事の完成を基準とする方がよい。仕事の成果の引渡しの有無によって規律の仕方が変わるとしても、請負の下位概念として、「引渡しを要する請負」、「引渡しを要しない請負」を設けて、規律していけば足りると思われる。（兵庫県弁）
- 目的物の引渡しを要しないタイプの請負であっても、現行法上、一部の条文の適用除外などにより請負の一類型として対応できているのであるから、実務的には、請負の規律の対象を引渡ができるものに限定する必要性は乏しいと考える。（横浜弁）
- 請負の規律の適用対象を、仕事の成果の引渡しの有無により限定する考え方には反対する。理由は、以下のとおりである。

（1）無体物の「引渡し」の判断基準が不明確である。例えば、市場調査のような業務についていえば、「調査」という役務を提供する点では役務提供契約となると思われる一方、市場調査業務において作成される報告書（または報告内容という無体物）の引渡しに着目すれば請負契約ととらえることになるように、従来実務上悩まなくて済んでいたものについて、請負なのか、役務提供契約なのかで悩まなければならなくなるケースが出てくるおそれがある。

（2）有体物の「引渡し」という基準が外形的にわかりやすいとはいえない。例えば、建物の補修工事でも、全面的なリフォーム工事では入居者が建物から一時退去して施工業者が建物を占有する場合があります、この場合には、工事完了後の引渡しを観念することができるが、補修工事の範囲や内容によって施工業者が建物の全部または一部を支配・占有している程度は様々であり、引渡しを観念できるか否かが微妙なケースもあり得る。また、宅配便等の物品の運送契約は、目的物の引渡しを観念できる契約類型のように思えるが、請負概念を限定する考え方を採用した場合、このような類型が請負に含まれると考えているのか、明確ではな

い。

(3) 請負の定義は現行のとおりとしても、委任とは、仕事の完成を約しているのか否かで区別し得るので、不都合はない。

(4) 「議事の概況等」(第1項)には、成果物の引渡しを観念できる類型に請負概念を限定する考え方の理由として、「引渡しを要しない類型には、瑕疵担保責任に関する規定など請負の規定の多くが適用されない」という理由が示されている。しかし、建物の補修工事などは引渡しを要しない類型であるが、現行法では、補修工事についても瑕疵担保責任の規定は適用されると解される。民法第637条第2項も、「仕事の目的物の引渡しを要しない場合」の瑕疵担保責任の存続期間について定めている。瑕疵担保責任に関する規定の適用の可否が問題となるのは、引渡しを観念できない類型ではなく「目的物」(有体物・無体物を含む仕事の成果物)を観念できない類型ではないか(講演、舞台の上演、マッサージ、美容、警備など)。

(5) 現行法において、引渡しの有無によって規律が異なるのは、報酬の支払時期(民法第633条)と、瑕疵担保責任の存続期間の始期(民法第637条)の二つのみである。これらの規定は、引渡しを観念できる類型では「仕事の完成」の時期と「引渡し」の時期が異なることから場合分けをしたものであるところ、この2点のみを請負規定の内部で書き分けることは容易であり、それによって規定が複雑になるとは思えない。報酬の支払時期、瑕疵担保責任の存続期間の始期は、いずれも請負契約の本質的な要素ではなく、任意規定によって変更することも可能な技術的な要素に過ぎない。そのような要素が異なるというだけの理由で、請負と新しい契約類型という2つの契約類型を並立させる方が、はるかに規定が複雑になり、国民にわかりにくい改正となってしまう。

(6) もっとも、請負人の瑕疵担保責任に関する規定は、「目的物」(有体物、無体物を含む仕事の成果物)を観念できない契約類型には適合しにくい面があり(目的物を観念できない契約類型では、瑕疵と不完全履行の区別が一層曖昧になる)、「目的物」を観念できない契約類型を請負と区別すべきか否かは、更に検討を要する。(二弁)

- 「仕事の成果」は有体物、無体物のいずれもありうる(現行法通り)とする意見に賛成。請負は有体物無体物を問わず「仕事の成果」に対して対価が支払われる契約である。

有体物のみならず無体物についても瑕疵担保責任を認める規定を置くことに賛成。無体物の場合も請負人について瑕疵担保責任(不完全履行責任)を問うる。

請負を仕事の「成果」に対して報酬が支払われる契約と構成し直し、仕事そのものに対して対価が支払われる場合について(別途役務提供型契約を典型契約として規定し)請負と区別する意見に賛成。実務上、仕

事の成果に対してではなく仕事そのものに対して報酬が支払われる業務委託契約についても請負として処理しているが、これについてまで請負すなわち仕事の成果に対する報酬を支払う契約に含めるのは無理があり別類型とすべき。厳密に区別し難いが、仕事の成果が観念できる限り請負でよく、仕事の成果が観念できない場合を請負と別のものとして処理できるようにすべきである。(法友全期)

- 請負の規定の適用対象を、仕事の完成を観念することができる役務提供とする方向で検討すべきである。仕事の完成は請負の本質的要素であると解されているが、現実には、必ずしも仕事の完成を目的としない契約類型が「請負」と称されることが少なくないため、こうした契約類型を、明確に請負から切り出す必要性は十分にある。また、引渡しを要するものと要しないものによって請負の規定範囲を区別するか否かにかかわらず、仕事の完成が請負の本質的要素であるとする。(日司連)
- 従来の請負類型の見直しを検討するに当たっては、従来、請負契約としていた類型契約について、当該契約が非典型契約となった場合や別の典型契約となった場合に、現行の取引に著しく影響が出ないよう配慮すべきである。(自動車リース連)
- 役務提供型契約には、①消費者契約のように、役務受領者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、②労働契約のように、役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり、それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ、消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは、役務受領者の立場を片面的に強化し、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。請負の定義については、「請負」の範囲の限縮には賛成であり、完成の基準が客観的に明らかにできないものは、請負に該当しないことを明確にすべきである。(連合)
- 従来の無形請負のうち、仕事の成果が無体物であって、その引渡しを観念できないものは、瑕疵担保責任等の適用がないものとして、役務提供契約の類型に移行することに異論はない。ただし、無形請負又は委任(準委任)であっても、業務提供の一部として、有体物又は無体物を納入することがあり、そのような場合には一部請負の規律に服することにならないよう、明確にする必要がある。その場合、単に目的物の引渡しの有無により区分するのではなく、例えば、目的物が仕事の成果を実現したものであるかという要素を加味することなどが考えられる。(法友会)
- 請負に類似する概念として実務上よく用いられ、下請法などにも登場する「業務委託」との関係についても整理されることを希望する。なお、

請負人の弱い立場などに配慮すべき等の政策配慮については、特別法にて考慮すればよく、民法上はこれを考慮しない方向で検討すべきである。(会社員)

- いわゆる「偽装請負」、すなわち、実質的には役務提供型の契約については、請負の範囲から外すような類型化が必要である。しかし、請負の本質は仕事の完成であり、引渡しが不要なものを請負から外すと現在請負と考えられている種類の多くが請負契約から外れることになり、実務に多大な影響があると考えられる。請負というラベルは現行法の範囲で維持しつつ、請負と分類された場合の規律を改善していくというアプローチが妥当である。(東弁)
- 請負を引渡しが観念できる類型に限定すると、一般人が請負と認識しているものを請負概念から切り出すことになり、規律を複雑化させ、混乱を招く。また、引渡しを要しない類型には請負の規定の多くが適用されないという説明は、現行法の説明として疑義があるか、請負を引渡しが観念できる類型に限定する理由にはならない。よって、請負の規律の適用対象を、仕事の成果が有体物である類型や成果が無体物であるが成果の引渡しが観念できる類型に限定するという考え方に反対する。(一弁)
- 請負の規律を、仕事の成果が有体物である類型や、仕事の成果が無体物であるが成果の引渡しが観念できる類型のものに限定すべきであるとの考え方については、従来、注文者の設備や施設に対する仕事(機械の設置、施設の保守点検、家屋の修理、清掃等)等請負の典型例として考えられたものが請負契約に該当しないこととなり、瑕疵担保責任の規定の適用がなくなると注文者の保護が後退すると考えられるので、反対である。また、仮に、請負の規律を引渡しが観念できる類型のものに限定するとしても、引渡しが観念できない類型については、請負以外の規定において別途規律がなされる必要があると考える。(兵庫県弁)
- 問題となるのは、仕事の「完成」は必要であるが引渡しまでは必要でない役務提供契約を請負契約の範疇から排除するか否かである。仮に、これを請負の範疇から排除するとすれば、自宅の改装工事について考えると、例えば、家屋の内部改装工事であっても、家人が自宅に居住しつつ工事を行う場合(引渡しを要しない場合)と家人が一時退去して工事を行う場合(引渡しを要する場合)とで請負に該当したりしなかったりすることになるが、このような区分は相当ではないであろう。

また、準委任以外に役務提供契約を新設するとすれば、引渡しが不要で仕事の「完成」を目的としていないとまでは評価できない契約(例理髪、機器のメンテナンス)を無理に請負の範疇に留める必要もなくなる。

以上から考えて、請負契約は、役務提供契約の中でも、仕事の「完成」を目的とする契約として位置付けておけばよいと思われる。(福岡弁)

- 現行法も想定しているように請負には、引渡しの有無を異にする二つの類型を観念することができるが、現行法の区分を超えて、さらに独立的な類型として規定し直す必要性が乏しい。現行法の枠組みを維持することで不都合はなく、論点として取り上げるべきではない。(親和会)
- 現在の請負は、引渡しの有無とは無関係に仕事の完成によって特徴づけられており、これが定着している中で概念を変更することは大きな混乱を招くことになり、引渡しや有体物の存否の判断は必ずしも常に明確ではないことから、請負の規律の対象を仕事の成果が有体物である類型や仕事の成果が無体物であっても成果の引渡しが観念できる類型に限定することには、反対である。(経営法曹)
- 請負の目的別に類型化した規定を設ける必要性が存在することについては、総論的には賛成。特に、「建物その他の土地の工作物」の請負契約について独立した節等を設けることが望ましい。ただし、類型化においては、従前適用されていた規定が適用されなくなる等の弊害が生じることなきよう、各類型間や他の契約規定との調整、整合性については慎重に議論される必要がある。

請負の規律を仕事の成果が有体物である類型や仕事の成果が無体物であるが成果の引渡しが観念できる類型のものに限定するという考え方には反対する。この考え方を前提にすると、例えば、動産を店舗等に持ち込んで修理を依頼した場合は請負契約、業者が訪問する形での住宅の水道管修理を依頼した場合は請負契約ではないという分類になりかねないが、両者に差異を設ける必要性があるとは思われない。このように請負概念を上記のように再構成すべき立法事実が不明である点、また、当該再構成によって現状の請負契約の効果面にいかなる影響が生じるのかも不明である点、当該再構成によって請負契約から外れる類型についていかなる規定を適用（新設）するのも不明である点から反対する。(日弁連消費者委有志)

- 成果の引渡しを要する類型に限定することに反対である。請負は、仕事の成果が有体物であるか無体物であるか、あるいは、仕事の成果の引渡しが観念できるかどうかにかかわらず、仕事の完成を目的とする類型として規定すべきである。その理由は、以下のとおりである。

従来、請負と観念されてきた多くの建築下請工事を請負から除外したり、物の修理を依頼された場合に、その場で修理を行うか、請負人の作業所に持ち帰って修理を行うかで規律を異にしたりするのは不自然である。

従来の請負の多くにおいて「引渡」が要素となっていることは否定し

ないものの、仕事の完成の結果、成果物が有体物となる場合の請負については、有体物であることを前提とした瑕疵担保責任等の規定を、請負の中で特定の類型だけに適用される特則と位置づければよい。

請負の本質的要素は「仕事の完成」である。(堂島有志)

- 「引渡し」の概念によって請負契約を限定することは、請負の規律の適用を巡って無用な混乱を生ぜしめる(例えば、ソフトウェアの開発契約や、既存構造物の補修工事等、今まで請負契約として整理されてきた類型について「引渡し」が観念できないために請負の規律の適用対象から外れるのか、等)ことが懸念される。したがって、規律の適用範囲が不明確とならないよう慎重に検討すべきである。(森・濱田松本有志)
- 請負の様々な類型を細分化して規定することや、請負に関する規律対象を仕事の成果が有体物である類型や仕事の成果が無体物であっても成果の引渡しが観念できる類型に限定すべきであるという考え方に反対する。請負の本質は、仕事の「完成」にあるとの考え方に立てば、仕事の成果が有体物である場合や引渡しを観念できる場合に限定するのは、上記本質から離れてしまう。また、引渡しの有無は必ずしも明確に区別できない(例えば、ソフトウェア開発では、プログラマーがクライアントの元は出向いて開発を行う場合もあるが、何ををもって引渡しを観念するのか不明確である)。(愛知県弁)
- 請負契約概念について。我が民法は製作請負に限らず、純粋な役務の提供も含めた「仕事の完成を目的とする契約」を請負契約に含んできた。実社会においてもそのようなものとして認識されており、製作請負だけを民法上の請負契約とした場合には、混乱が生じるおそれがある。これまで通りの広い概念で規定すべきであると考えている。「改正を考える」研)
- 引渡の有無で規定を分ける必要はない。また、雇用・委任・請負自体が、労務供給の類型的な規定であり、場合分けではなく類型論という整理方法の本質からすると、さらなる細分化は混乱を招くだけで意味があるとは思えない。(広大有志)
- 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、引渡しを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。(日大民研・商研)

- 新築工事が請負契約で、修理工事やリフォーム工事が「成果の引渡しを観念できない」からサービス提供契約であるという法制度は、大方の国民の常識と合致せず、混乱を招くことなどから、請負の定義は、現状のままとすべきである。(建設適取協)
- 目的物の引き渡しの概念を妥当できる領域と妥当できない領域の区別は難しく、実務の混乱を招くので、請負の類型を区別してその適用対象を限定する考え方に反対である。(三菱電機)
- 建設業界では、目的物を引き渡すことを要する類型である建設工事請負契約だけでなく、引き渡すことを要しない土壌汚染調査・対策計画業務の委託契約や産業廃棄物収集運搬・処理委託契約といった契約類型もある。これらの引渡しを要しない契約類型において、通常、問題となるのは、仕事の成果に対する受託者(請負者)の責任である。受託者(請負者)の責任については、仮にこれらの契約類型が、委任契約又は準委任契約であるとした場合は、過失責任である善管注意義務が問題となるが、請負であるとした場合は、無過失責任である瑕疵担保責任の問題となる。このように、請負の意義を考える上では、「成果の引渡し」の有無・意義と同様に、成果に対する受託者(請負者)の責任についても併せて検討すべきである。

また、これまで「請負」の規律が適用されている様々な類型について、成果の「引渡し」の有無に着目する考え方を適用する場合には、建設会社が請け負う工事の種類は、新築建物工事のように「引渡し」の概念に比較的当てはまりやすいものもあるが、一方で、リニューアル、改修等の様々な種類があり、それが「引渡し」の概念に一律に当てはまるものなのかどうかについて、現実の実務に支障がないように吟味することが必要である。具体的には、既存構造物の改修工事(例えば「護岸改修工

事) や補強工事、発注者の敷地に機械器具を設置する工事などが、引渡しを観念しにくいので、請負の範疇から外れることとなる。そうなる  
と、契約締結時の都度、この契約が「請負契約」の対象か、それ以外  
(無名契約や役務提供契約)かを判断する必要がある、これまでの実務  
にはなかった考慮・検討を要することから、実務上、混乱を招く可能性  
がある。また、設計業務が請負か準委任かという議論もある。法的責任  
等についての約定内容によっても契約類型が変わるとされる中、請負の  
概念を変えることでその整理が明快になるか疑問であり、どの類型に属  
するかどうかの議論は更に残ることにならないか、実益は不明である。  
更に、これまでは請負契約として一体的に扱っていたものを、請負とそ  
れ以外の種類の契約に仕分ける必要が生じることとなる可能性があるが、  
そのような仕分けを行うことが実務上大きな混乱が生じることが懸念さ  
れる。

同様に、「請負契約」という認識で工事を進めていたら、後に「請負  
契約ではない」とされた場合が生じる可能性もあり、契約関係が不明確  
なまま、思わぬリスクを蒙る可能性がある。

建設業法の経営事項審査の工事経歴書の記載や売上高計上などにお  
いて、請負概念の変更に伴う実務上の混乱が生じる可能性がある。(日  
建連)

- 請負契約における「仕事の完成」が多様な場合を含むものであり、請  
負契約の適用範囲をより限定する必要があるのではないかという問題意  
識は理解できる。しかし、論点整理において示された考え方には賛成で  
きない。

たとえば、同じくクリーニングが問題となる場面において、①洗濯物  
を預けてクリーニングを依頼し、後日、その洗濯物の引渡しを受ける場  
合と、②自宅の清掃を依頼する場合を考えると、クリーニングを引き受  
けた債務者の履行すべき債務は、「汚れていた状態を綺麗な状態にす  
る」という結果を実現するという点で共通するものであり、この両者につ  
いて、①では物の引渡しがあるから請負契約に当たるが、②について  
は引渡しがなく、請負契約とは異なる契約類型であるとするは不適  
切である。(大学教員)

- 成果が有体物である類型等に請負の規律の適用対象を限定する意見も  
ある。しかし、従来の請負概念は明確かつ有益なものであり、特段の不  
都合は生じていないから、請負の概念を変更することには反対である。

完成した成果を引き渡すという類型は請負における一つの典型的な類  
型であり、引渡しや受領の有無という基準は明確で外形的に分かりやす  
い上、このような類型においては引渡しと受領の関係や請負人の瑕疵担  
保責任が問題になるなど、他の類型とは異なる特色を有している。また、  
民法の請負に関する規定には引渡しを要する請負と要しない請負とを区

別して扱うもの（同法第633条、第637条）があり、民法自体がこのような区別を設けている。しかし、このことは、請負を、成果が有体物である類型等に限定する理由として十分ではない。そもそも従来の請負概念で特段の不都合は生じておらず、請負の概念を変更する実益が明らかでない。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。（弁護士）

- 現行法上の請負契約に該当するとされている契約類型は様々なものがあるが、現行の請負概念は既に実務上定着しており、これ自体に特段の不都合が生じているわけではなく、請負の概念自体をみだりに変更すべきではない。

特に、請負の対象を引渡しで観念できるものに限定するという考え方は、家屋の修理契約など、従来問題なく請負であると解されていた契約類型まで対象から除いてしまうことになり、妥当でない。このような問題に対しては、「引渡し」や「受領」の概念をどのように構成するかによって対応することができるとの反論があったということであるが、日常生活でも使用されているこれらの用語を通常用法と異なる意味で使用することは、一般市民にとって「分かりやすい」民法という理念に真っ向から反するものであり、断じて認められない。

また、仮に何らかの基準により請負契約の範囲を限定するとしても、これにより請負契約ではないとされる契約類型をどのようなカテゴリーに分類し、それらの契約にどのような規律が妥当するのかを明らかにしなければ、規定の欠缺や解釈上の疑義が生じ、実務上大きな混乱が生じることも予想される。（弁護士）

- 「引渡しの有無」で請負に含まれるかどうかを区別する場合、引渡しと言えるかどうかの解釈で揉めてくる例も色々考えられる。また、引渡しの有無の重要性も疑問である。（翻訳・出版関係）
- 改定すべき理由があるとは思えない。（個人）

## 2 注文者の義務

民法は、報酬支払義務のほかには注文者の義務について規定していないが、注文者は請負人が仕事を完成するために必要な協力義務を負う旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方も示されていることから、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、請負人が仕事を完成したときには注文者は目的物を受領する義務を負う旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方も示されているが、「受領」の意味について、契約内容に適合したことを確認した上で履行として認容するという要素を含むとする理解や、契約の目的物・客体と認めるとする要素を含むとする理解のほか、そのような意思的要素を含まず、

単に占有の移転を受けることを意味するという理解などがあり得る。そこで、注文者の受領義務を規定することの当否について、「受領」の意味にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 3 [9頁]】

#### 【協力義務についての意見】

- 協力義務（ただし、要件効果を明確に規定するものではなく、信義則的なもの）を規定すること、また受領義務を規定することに賛成する。  
請負という契約類型においては、一般的に、注文者の注文内容に即した仕事を完成していく過程で、注文者の協力が必要ないし有用であることが多い。このため、注文者の協力義務を規定することは、請負人による義務の円滑な履行の観点からのぞましいと考えられる。ただし、協力義務の具体的内容は、個々のケースや進捗状況等に応じ多様であることから、要件効果を明確に規定することは困難であり、信義則的な規定でもって協力義務を確認する内容とするのが適切ではないかと考えられる。（広島弁）
- 注文者が必要な協力をしないために請負人が仕事を完成させられず、請負人側から解除もできない事態を回避する必要があるため、注文者の協力義務には賛成する。（愛知県弁）
- 仕事の完成のためには、注文者の協力が必要な場合もあり、協力義務を認めなければ請負人に不都合な場合があるため、協力義務を規定することに賛成する。もっとも、請負の種類や進捗状況に応じて必要な協力義務は異なるので、具体的に規定することは困難といえる。（札幌弁）
- 情報システムの開発に関する契約では、ベンダーはもとよりユーザについても、適時の情報開示と判断が特に重要である。ユーザが思い描く情報システムの業務要件等を可視化した要件定義書その他の情報の開示はベンダーの開発作業に関して先履行の関係に立ち、それがなければ、ユーザの欲する要件を充足する成果の引渡しは不可能となるからである。債権法改正の検討にあたっては、情報システムの開発契約に関し、契約締結前の交渉過程はもとより開発の各工程においても、ユーザの適時の情報開示及び判断を促し、情報開示及び判断が適時にかつ十分になされなかった場合にベンダーがその影響の及ぶ範囲で開発を中止し、それにより被った損害があればユーザに損害賠償を請求し、契約を解除することもできる特則を検討する必要がある。ユーザの適時の情報開示及び判断は、債権者の一般的な信義則上の誠実義務にとどまらず、要素たる債務として位置づけられ、情報システムの開発においてユーザの情報提供が必要とされる場面での適用が可能となるように具体的に明示されることが望ましい。（情サ産協）
- 建設業界における請負契約（工事請負、設計受託など）においては、単

品受託生産という特殊性があり、注文者(発注者)の希望する製品を要求どおりに提供するには、製品仕様に対する的確かつ詳細な情報提供(要求水準・仕様の正確な伝達)という協力が不可欠である。これが曖昧な場合は、完成品に対するトラブルが発生するケースが多い。したがって、注文者における協力義務として、その注文に際して、的確かつ詳細な情報を受託者に提供するという協力義務に関する規定を設けることを検討していただきたい。そして、当該協力の不履行に関しては、注文者に一定の責任が生じる構成とすることが望まれる。(日建連)

- 契約の性質上、請負人が債務を履行するために注文者の協力または目的物の受領を要するときは、注文者はこれらの協力等をする義務を負う旨の規定を設けるのであれば、賛成する。

このような問題については、従来どおり信義則で処理すればよいとも思われるが、情報システムの開発請負契約などについて注文者が必要な協力をせず問題になっている事例等もあるため、明文の規定を設ける意義はある。ただし、注文者の協力義務は売買契約など他の契約類型でも見られることから、その中心である売買契約に協力義務の規定を設け、請負など他の有償契約ではその準用で対処する、あるいは契約総則に規定するといった方法も検討すべきである。(弁護士)

- 注文者に協力義務を課してもよいという意見がある一方、注文者に専門的知識がないことも多く、協力義務を課したり、受領義務を失権効と直結させたりすると注文者にとって酷な状況が生ずることが危惧されることから、慎重に検討すべきである。(金沢弁消費者委)
- システム開発のような双方向で価値を見出していくような(役務の遂行に役務受領者側の協力が必要となるような)契約が増加していることを踏まえると、役務受領者の協力義務についての規定を新設するニーズがあるといえる。更なる立法事実の精査とともに、企業間取引と企業・個人間の取引では、協力の態様が異なるため、どのような内容の規定とすべきについて検証する必要がある。(産業組織課)
- 協力義務を明文化することに賛成する意見もあったが、契約形態や内容によって義務の有無が異なる可能性があるため、解釈による方が柔軟な解決ができるとする意見が多かった。また、他の契約類型においても「注文者の協力義務」に相当するような義務が観念できなくなるのであって、あえて請負にのみこれを規定することに疑問を呈する意見も多かった。(最高裁)
- 契約当事者間において、一定の協力義務があるのは当然であるが、それを請負契約の注文者についてのみ法的義務として明示する積極的な理由はない。注文者に協力する義務が認められるかどうかは、個別の事情によるところが大きく、「契約の内容・趣旨」により決定されるものである。(日弁連)

- 協力義務は、請負に限らず他の契約でも問題となる場所であり、特に請負に限ってこれらの義務を新設するべきではない。(兵庫県弁)
- 注文者に、請負人が仕事を完成するために必要な協力義務を課すことは反対である。契約当事者間において、一定の協力義務があるのは当然であるといえるが、それを請負 契約の注文者のみに法的義務として協力義務を明示する積極的な理由はないと考えられるからである。(大阪弁)
- 協力義務の明文化は不要である。注文者に、協力義務が生じることもあるが、個別の事情によるところが大きく、一律に義務があるとなると、強制等の不都合が生じる恐れがある。要件で絞りをかけることも困難であると思われる。(東弁)
- 注文者は請負人が仕事を完成するために必要な協力義務を負うことの明文化については、慎重に検討すべきである。明文で一律に協力義務を課すことは妥当ではなく、契約の内容や仕事の性質に応じて個々に判断すれば足りる。(横浜弁)
- 注文者の協力義務を定めることについては、慎重に検討すべきである。仮に、これを規定する場合には、協力義務が認められる契約類型及び義務の内容を具体的に定めるべきである。(二弁)
- 請負契約には多様なものがあり、注文者の協力義務は曖昧なものにならないを得ないほか、業務請負契約にあつては、注文者が請負人の労働者に対して直接指示をすることは職業安定法、労働者派遣法違反とされるおそれがある。したがって、注文者の義務を新たに規定することには反対である。(経営法曹)
- 協力義務については、「協力」なる不明確な概念を義務化することの弊害が大きく、到底賛成できない。すなわち、仮に協力義務なるものが認められた場合、注文者としては、何をどの程度“協力”すれば義務を履行したことになるのか全く分からず、むしろ、“協力”の有無について注文者・請負人間で紛争となることが容易に予想される。もちろん、実際のケースとしては、注文者において一定の協力行為が必要となる場合も存在すると思われるが、そもそもかかるケースでは目的物等完成のために必要な協力であれば、注文者において積極的な協力が期待できるのが通常であり、協力義務なるものを観念すべき場面は限定的であると思われる。かかる例外的な事例については、信義則の解釈により対応可能であると考えられる(むしろ、行うべき“協力”の内容は、事例によって千差万別であり、信義則の解釈に馴染む問題であるといえる)。(日弁連消費者委有志)
- 協力義務を明記する必要性はない。注文者が請負人に協力する義務を負っているという理解は、現行法上も信義則から導くことが可能であり、それ以上に、特に具体的に定める必要性があるようには思われない。ま

た、様々な種類の請負の形態がある以上、協力義務の内容は様々であり、規範として定めようとするとは抽象的になり、そのような規定は行為規範としても漠然とし過ぎて、実益が乏しい。(堂島有志)

- 注文者が必要な協力をすべき義務を負うことに異論はないと考えるが、協力の態様が多種多様であることからすれば、明文を設けるとしても抽象的な規定にならざるを得ず、とすれば、明文を設けることの意義は大きくない。(親和会)
- 個別の事例で信義則上債権者が義務を負う場合があると考えることはできるが、一般的に認めることについては、債務の履行に必ず債権者の義務が発生することになる点で理論的に不合理であり、一般的な規定の設置には反対である。仮に設けるとしても、一般的な規定ではなく、売買同様、信義則上認めるべき場合を類型化して規定することができるかどうかという方向から検討するべきである。(法友全期)
- 請負以外にも同様に問題となり、また契約解釈から導けるのであれば、特に規定の必要性を感じない。(広大有志)
- 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ないこともあり、実際、十分な情報提供があっ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。(日大民研・商研)
- 仕事の成果が契約に適合しているか否かの判断は、物の引渡しを念頭に置いている売買よりも一般的に困難と考えられるから、条文をもってこれらの義務を一律に課せば当事者の負担が重くなる上、取引において相対的に弱い立場にある当事者の保護を欠く場合が生じうる。信義則等の一般規定や特別法によって、これらの協力義務を導き出すことも必ずしも不可能ではない。よって、注文者が、請負人が仕事を完成するために必要な協力義務を負う旨の規定を置くことについては、慎重に検討すべきである。(日司連)
- 請負人が仕事を完成するために必要な注文者の協力義務は、現状通り信義則に委ねることで足り、新たに規定を設けることに反対である。わかりやすい民法の観点から、不要な条項はいたずらに設けるべきではない。(三菱電機)
- 他者の能力を活用するための契約である役務提供型の契約においては、請負に限らず、雇用や委任においても委託者、雇用者、委任者側が相手

方に対して適切な説明をなすことなく、目的を遂げることは難しい。その意味では注文者に債務の履行について負う部分があることは否定できない。

しかしながら、一方、高度に専門化が進んだ現代においては役務提供をする側が委託者、雇用者、委任者よりも多くの情報を有している場合が多く、むしろ債務者側の情報提供あるいは協力がなければ委託者、雇用者、委任者がどのような協力をすれば良いのかが分からないケースも増えてきている。例えば、自社にシステム開発の専門家を有していない者が自己業務に関するシステム開発を発注するような場合などが典型だと考えられる。このようなケースでは一般的に委託者などに協力義務を課すことは不適切であり、契約関係に立つ当事者に課せられる一般的な信義則に基づいて何が規範となるべきかを個別契約毎に判断する方が妥当である。

また、請負には多種多様なものがあるので、注文者が協力すべき義務の内容が必然的に決まらず、かえって注文者の義務に関する規定が紛争の元になってしまうおそれもある。(ヤフー)

- 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、請負についてのみ規定することは疑問がある。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、信義則に委ねるべきである。(弁護士)
- 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、請負についてのみ規定するのは疑問である。(会社員)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

#### 【受領義務についての意見】

- 請負人が仕事を完成し、その受領を注文者に対して求めた場合に、注文者がそれを速やかに受領することは一般的に求められることであり、注文者が受領を拒絶した場合に注文者の債務不履行として請負人による損害賠償請求権や解除権が発生することも、仕事完成後の目的物の円滑な受け渡しを促進するものであり、のぞましいと考えられる。ただし、受領の前提として目的物の適合性を確認する機会が与えられなければならないことは指摘されているとおりであり、この点についても十分にフォローした上で規定を設ける必要がある。(広島弁)
- 請負の定義に引渡しの要件を含める場合に、請負人が仕事を完成した場合の注文者の受領義務を定めることについては反対しない。ただし、「受領」の意味について、物理的に引渡しを受けるという事実行為のみを意味するのか、履行として認容するという意思的要素を含むのかについては、売買における受領義務との整合性も図ったうえで、慎重に検討すべきである。(大阪弁)

- 注文者の受領義務を規定することに反対する。判例も一般的には受領義務を否定しており、これを覆す立法事実はない。(一弁)
- 注文者が協力義務を負うか否かについては、「契約の内容・契約の趣旨」によって決定されるのであろう。例えば、家の建築工事で、着工後に壁紙の模様等を注文者が指示することになっていたような場合には、注文者の協力義務が認められるであろう。しかしながら、このような「契約の内容・契約の趣旨」が不明な場合、協力義務が認められることはないとすべきである。(福岡弁)
- 受領義務の明文化については、慎重に検討すべきである。その関連で、注文者に目的物が契約内容に適合したものであるか否か確認の機会を与えるべきことの明文化についても、慎重であるべきである。  
 売買の場合と同様に、受領義務を一律に課すことは妥当ではなく、場面に応じて認めれば足りるものとする。したがって、注文者の受領義務の明文化には慎重であるべきである。また、注文者に確認の「機会」を与えるといっても、その「機会」がどの程度のものなのか不明確である。また、素人である注文者が一見しただけでは契約適合性の有無が判然としない場合も多いと考えられるため、確認の機会について明文化することで、機会を与えさえすれば受領義務が生じるとして瑕疵のある目的物の押し付けがなされたり、瑕疵担保責任の追及が困難になるなど、かえって注文者（特に消費者の場合）が不利な取り扱いを受けるという弊害も考えられる。(横浜弁)
- 個別の事例で信義則上債権者が義務を負う場合があると考えられることはできるが、一般的に認めることについては、債務の履行に必ず債権者の義務が発生することになる点で理論的に不合理であり、一般的な規定の設置には反対である。仮に設けるとしても、一般的な規定ではなく、売買同様、信義則上認めるべき場合を類型化して規定することができるかどうかという方向から検討するべきである。(法友全期)
- 注文者に目的物を受領する義務を負う旨の規定を設けるべき。「受領」は、履行として認容するという意志的要素が加わったものであるとまではせず、単なる占有移転（契約の目的物・客体として引渡を受けること）という理解でよい。売買契約でも受領義務を認めることに賛成なので、前に仕事の完成を要する請負では、なおさら、注文者の受領義務を認める必要がある。しかし、「受領」を、履行として認容するという意志的要素が加わったものと考えた場合、以下のとおり弊害が大きすぎる。すなわち、注文者は、契約内容に適合していることの確認を義務付けられることになるが、そのような確認能力の低い消費者にとっては酷である。受領を事実上強制されてしまうことになりかねない。また、「受領」と引き換えに報酬請求権が発生するとした場合、報酬請求権の発生時期が不明瞭になり（注文者次第の側面が生じる）、報酬をめぐる

紛争が更に増加しかねない。さらに、引換給付判決において「受領」を実現する術がなく、執行を開始できないこととなりかねない。(堂島有志)

- 情報システムの開発は、先述の情報提供・説明責任以外の点でもユーザの仕様確定等の協力・分担した役割の遂行なしに成功させることはできない。このため、METI モデル契約等においては、要件定義・外部設計等仕様確定までのコンサルティング機能を有するサービスを準委任契約とし、仕様の確定後に請負契約とするなど段階的な契約を締結する取引慣行を整えてきた。また、手戻りを防ぐために中間資料の確認に関する規定、未確定事項の確定に関する規定を設け、ユーザの承認を得ながらプロジェクトを進めるマネジメント方法をも規定してきた。情報システムの開発において、仕様確定の遅延、未確定事項の確定遅延、中間資料の未確認、変更管理への不十分な対応等は、債務者の履行に重大な悪影響を及ぼすため、債権者の一般的な信義則上の誠実義務にとどまらず、最終成果の受領義務に準じた債権者の義務として具体的に規定することが望ましい。(情サ産協)
- 取引実務において、請負人が仕事を完成したとき、仕事の目的物を注文者が受領しないことにより、請負人が目的物の保存に困り、注文者に対する損害賠償請求や契約解除を検討することが有る以上、請負人が仕事を完成したときには注文者は目的物を受領する義務を負う旨の規定を設けることに賛成である。(三菱電機)
- 「契約で予定された工程が終了したとき」に注文者が当該住宅を「受領する」義務が規定されれば、トラブルを未然に防止する効果があると考える。

受領義務の有無を議論する以前の話として、「仕事の完成」がなされているか否かが常に争点になっており、そのため、注文者の受領義務発生要件（仕事が完成していることの実事確定）として、①請負人が仕事が完成していると認識したとき、あるいは②第三者機関（公的機関が望ましい）が仕事が完成していると認定したとき、等を定めない限り、仮に今回の改正により注文者の受領義務を定めたとしても、実務上は現状と大きな差異は発生しないと思われる。

それどころか、「受領」の意味について、契約内容に適合したことを確認した上で履行として認容するという要素を含むように解すると、受領の有無が客観的な基準ではなく注文者の主観によって決せられることとなるため、契約で定められた内容以上の品質・性能についてまで履行として要求され、過剰なサービスを求められることとなる、また、かかる補修により工期が遅延した場合、請負人が遅延損害金支払いの義務を負うこととなりうる等、請負人の保護に欠けるものとなること、その結果として、請負人は膨大な確認作業を注文者に求めることとなり、建築

の専門的知見が豊富でない注文者にとっても過度な負担及び責任を強いることとなること等憂慮すべき点が多いと考えている。(住団連)

- 受領義務を認めるかどうかについては、債権一般や売買契約の買主について受領義務を認めるか否かとの整合性を図る必要がある。また、受領義務及び確認の機会を認めたとしても、注文者に検査義務がなければ結局そこで停滞してしまうので、検査義務を認めないのであれば受領義務を認める意義があまりない。仮に受領義務を認めるのであれば、その前提として、仕事の目的物が契約内容に適合しているか否か確認できる必要があるのは当然である。(愛知県弁)
- 「単に目的物の占有の移転を受ける」という意味において受領義務の規定を設けることに賛成する意見が強い。

「受領」という用語に、「単に目的物の占有の移転を受ける」という事実的要素と、「契約適合性の確認」、「履行としての認容」、「契約の目的物・客体と認める」という意思的要素の双方を含めるべきではない。それぞれの要素を表現する用語を区別すべきである。

契約適合性の確認について規定するとすれば、注文者の権利とすべきであり、注文者に契約適合性を確認する義務を負わせるべきではない。(二弁)
- 注文者に受領義務を課してもよいという意見がある一方、注文者に専門的知識がないことも多く、協力義務を課したり、受領義務を失権効と直結させたりすると注文者にとって酷な状況が生ずることが危惧されることから、慎重に検討すべきである。(金沢弁消費者委)
- 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にとどめるべきである。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。(日大民研・商研)
- 注文者の受領義務の新設については、注文者が受領義務を果たさないことが、注文者の債務不履行(受領遅滞)として請負人に損害賠償請求権や解除権を発生させることになるので、一定の積極的意義はある。しかしながら、一方では、受領義務の新設は、報酬の支払時期に関する規律とも密接に関連することから、「受領」の意味をどのように定義する

かによっては、請負人に大きな不利益（注文者が受領しない。⇒報酬を受けられない。）をもたらすことになるので、この点を念頭において慎重に検討すべきである。

そもそも建設請負における建物の完成引渡しは、法定の完成検査や工事監理者による検査手続きを経て、契約の目的物が契約どおりに完成したことを客観的に確認して引き渡しを受けることが一般的な実務である。

そこで、「受領」の意味をどのように定義するかが問題となるが、少なくとも請負代金の支払い時期とリンクする以上、報酬支払時期を、客観的概念である「完成引渡し」から、注文者の主観的な行為態様である「履行として認容する行為」に係らしめることとなると、注文者の要求水準の正確な伝達という注文者の協力義務が明確に果たされない場合でも、一旦工事が完成してしまうと、注文者が些細な不適合・不具合を主張して、「履行として認容」せずにいつまでも引渡しを受けない、従って、請負人に報酬が支払われない、といった請負代金の支払いを巡るトラブルが発生する可能性がますます高くなる。また、建設業法では、元請・下請取引では、元請負人は完成通知を受けた後、20日以内で検査を完了し、下請負人から引渡しを受けること及び下請負人から引渡しの申し出から50日以内に下請代金を支払うことが義務付けられている（建設業法第24条の4及び第24条の5）。このような規制がある一方で、注文者と元請負者との間に意思的な要素の伴う「受領」の概念が導入されることは、元請負人にリスクが集中することにならないか懸念される。（日建連）

- 「受領」義務の内容としてどのようなものを考えるかを確定した上で、それが他の場面で問題となる「受領」と異なる概念であるとするれば、誤解が生じることにならないよう、規定の相互関係について十分に整理をする必要がある。（大学教員）
- 受領義務を認めると、注文者が、不十分な成果についても事実上受領を強制されてしまうおそれがある。他方、注文者に契約内容適合性を判断させた上であれば受領義務を課してよいという考え方については、契約内容適合性の判断自体が困難で規定が難しく、逆に請負人が注文者に不当に受領を拒まれる原因となりかねない。結局、ケースバイケースで判断せざるをえず、受領義務は明文化になじまないから、受領義務を明文化することには反対する。（札幌弁）
- 請負以外にも同様に問題となり、また契約解釈から導けるのであれば、特に規定の必要性を感じない。（広大有志）
- 注文者は、引渡前又は後に、瑕疵の有無・程度を確認する権利は有していると思われるが、瑕疵の有無・程度を探索する義務を負担しているわけではない。引渡前又は後に契約適合性の確認をしたことに何らかの法的効果を結びつけることは相当ではなく（「契約適合性を確認するた

めの合理的な機会が与えられたにもかかわらず、瑕疵を見逃した」場合に請負人が瑕疵担保責任を否定する主張を行う等、注文者の権利救済に不利な解釈が与えられる可能性がある。)、注文者に契約適合性を確認する義務を課すべきではない。

また、「受領」という用語に「目的物を受け取る」という事実的要素と、「契約適合性の確認」「履行としての認容」「契約の目的物・客体と認める」という意思的要素の双方を含めることは、「受領」の意味が多義的になって分かりにくい。また、「受領」について意思的要素を含むとした場合には、債務不履行の要件、報酬の支払時期が不明確になる可能性がある。(日弁連)

- 一定の場合に受領義務があることは認められるが、受領義務については、請負に限らず他の契約でも問題となるところであり、特に請負に限ってこれらの義務を新設すべきではない。仮に、受領拒絶をした場合であっても、受領遅滞の制度及び信義則上の受領義務違反としての損害賠償請求をすること可能である。(兵庫県弁)
- 受領義務の明文化は不要である。注文者に受領義務が生じることもあるが、個別の事情によるところが大きく、一律に義務があるとすると、強制等の不都合が生じる恐れがある。要件で絞りをかけることも困難であると思われる。(東弁)
- 受領とは、仕事の目的物を物理的に引き取り、かつ目的物が契約に適合していることを確認する行為のことである。

まず、注文者が物理的に目的物を引き取る義務を負うか否かであるが、注文者に引取義務を認めると、注文者が引き取らない場合に、請負人が契約を解除し損害賠償請求することができることになるが、通常は、注文者が報酬を支払わないので報酬の支払いがないことを理由として契約を解除し、仕事の目的物の保管に要する費用についても弁済提供の効果として請求できるため、引取義務を認める実益はほとんどない。実益があるとすれば、例えば、報酬の支払時期が引渡後に設定されているような場合に、請負人が、注文者の引取義務違反を理由として契約を解除し、完成した目的物を第三者に売却したうえで請負報酬との差額を損害賠償として請求するような限られた場面である。このような限られた場面のみ適用される法理を条文化する必要はないであろう。

つぎに、契約適合性に関する確認義務であるが、注文者は、引渡前又は後に、瑕疵の有無・程度を確認する権利を有している(その前提として、契約適合性を確認する機会も付与されている)と思われるが、当然には、瑕疵の有無・程度を探索する義務を負担しているわけではなく、引渡前又は後に契約適合性の確認をしたことになんらかの法的効果を結びつけることも相当ではない。注文者に目的物が契約に適合していることを確認する義務を課すべきではない。

さらに、注文者に受領義務を課すと、請負人が報酬を訴求した場合には、目的物の受領との引換え給付判決となる。そうすると、請負人は、注文者が契約適合性を確認した事実を証明しなければ執行文が付与されないことになるが、注文者に契約適合性を強制することはできず、証明ができないため執行文の付与を受けることができないおそれがある。

注文者が受領義務を負うか否かは、請負人・注文者間の合意を離れて一般論として論じることはできず、「契約の内容・契約の趣旨」により決定されるところと考えるべきである。(福岡弁)

- 引渡しを観念できる請負について受領義務を規定する意見もあるが反対である。(親和会)
- 受領義務については、理論的、目的物の受領を注文者の権利であると同時に義務であるという構成することになると思われるが、民法典全体から見ても異質な構成と思わざるを得ない。現在の判例の立場も、受領義務は原則として否定しつつ、特段の事情がある場合にのみ肯定するという構成と思われ、上記考え方は当該判例の立場とも相容れない。実質的にも、かかる受領義務を認める実益は、注文者が不当な言いがかりをつけて目的物の受領を拒絶するような場合に限られると思われるが、目的物の引渡を受けられないことは注文者にとっても不利益であることが通常であるといえ、かかる事態が頻繁に発生することは想定しがたい。かかる例外的な事例をカバーするために、受領義務という現民法典上も原則として否定されている義務を新設するべき必要性は乏しいといえる(例外的事例に対しては、信義則の解釈により対応可能であろう)。むしろ、受領義務を肯定することは、瑕疵有る仕事を行った請負人において、注文者に対して不当な受領請求をすることを認める結論となりかねないところ、かかる事態は実務上頻繁に起こりえると言え、その弊害は看過できない。よって、注文者の受領義務を規定することに強く反対する。

注文者に契約適合性を確認する機会を与えることを明示するという考え方については、当該機会を与えられたことを理由に注文者の瑕疵担保請求が制限されないことが明確にされるべきである。(日弁連消費者委有志)

- 仕事の成果が契約に適合しているか否かの判断は、物の引渡しを念頭に置いている売買よりも一般的に困難と考えられるから、条文をもってこれらの義務を一律に課せば当事者の負担が重くなる上、取引において相対的に弱い立場にある当事者の保護を欠く場合が生じうる。信義則等の一般規定や特別法によって、これらの協力義務を導き出すことも必ずしも不可能ではない。よって、請負人が仕事を完成したときには注文者は目的物を受領する義務を負う旨の規定を置くことについては、慎重に検討すべきである。(日司連)

- 請負契約において「受領」概念を導入することには疑問が多く、仮に導入するとしても、当事者の公平を図るため、少なくとも建設請負工事（土地の工作物）の報酬の請求に関しては、「契約及び仕事の性質により、仕事を実質的に完成していれば相当部分の支払を請負者は請求でき、注文者はこれに応じなければならない」旨の規定を設けるべきである。（建設適取協）
- 一般的な実務においては、請負われた業務の検収が行われて初めて適法な債務の履行が行われたと認識することで、取引の安定性を担保している。債務の本旨にそぐわない履行を受領する義務を債権者に課するのは合理的ではなく、注文者の保護規定を設けるべきである。現実的には、受領に値しないような成果物をもって注文者に受領を迫る悪質な請負業者を排除するためにも、かかる規定は必要である。（不動産協）
- 注文者に受領の際、相当期間内に仕事の目的物が契約で定めた内容に適合することを確認するために必要な検査を行わなければならないとの義務は設けるべきではない。注文者が、消費者や目的物に精通していない事業者である場合に、受領時に十分な検査をすることは不可能である。注文者側に、契約で定めた内容に適合することを確認するために必要な検査を行う義務を規定することは、そのような義務が、請負人の不相当な責任軽減（注文者への責任転嫁）に利用されることとなりかねないため、このような規定は設けるべきではない。（弁護士、弁護士）
- 改定すべき理由があるとは思えない。（個人）

### 3 報酬に関する規律

#### 【意見】

- 注文者に契約適合性を確認する機会を与える旨を明文化することについては、慎重に検討を要する必要がある。注文者に契約適合性の機会を与えることは必要である。しかし、注文者（特に消費者の場合）にとっては、確認の機会を与えられたからといっても、当該目的物に関する専門知識が不足していることが多い。特に建築請負の場合等において、注文者に専門的知識が不足していることが多いと考えられる。したがって、契約適合性の確認の機会を与えられたといっても、一見してわかるような基本的な事項しか確認することはできない。その程度において契約適合性の確認の機会が与えられるというのであればむしろ当然であり、わざわざ規定を設ける必要もないのではないか。むしろ、契約適合性を確認する機会を与える旨を明文化することで、「契約適合性を確認するための合理的な機会が与えられたにもかかわらず、瑕疵を見逃した」場合に請負人が瑕疵担保責任を否定する主張を行う等、注文者の権利救済に不利な解釈が与えられる可能性があるのではないか。また、契約適合性の機会を与える旨を明文化することについては、その前提として「受領」に仕事の目的物が契約内容に

適合したものであるか否かを確認し、履行として認容するという意思的要素を含めることになる。とすれば、債務不履行の場合の要件、報酬の支払時期が不明確になるおそれもある。(大阪弁)

### (1) 報酬の支払時期（民法第633条）

民法第633条は、請負における報酬の支払時期について、仕事の目的物の引渡しと同時（引渡しを要しないときは、仕事完成后）と規定しているところ、この規律を改め、請負報酬の支払と、成果が契約に適合することを注文者が確認し、履行として認容することとを同時履行とすべきであるとの考え方が提示されている。これに対しては、請負人の保護に欠けることがないか、履行として認容することとの引換給付判決の強制執行をどのように行うかなどの指摘もある。そこで、これらの指摘を踏まえ、請負に関する取引の実態や取引実務に与える影響に留意しつつ、請負報酬の支払と注文者が履行として認容することとを同時履行とするという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

このような考え方を採用する場合には、履行として認容する行為をどのような文言で表現するかについて、例えば「受領」と表現することが適切かどうかを含めて、併せて検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 4(1) [10頁]

#### 【意見】

- 実質上は、物の引渡しにつき請負人が常に先履行することになる点は構わないと思う。引渡、受領、検収などの用語法を民法全体で統一化すべきである。(広大有志)
- 報酬の支払時期につき、成果が契約に適合することを注文者が確認し、履行として認容することと同時履行とすべきであるとの考えに賛成する。

請負契約においては、具体的報酬請求権は請負人による仕事の完成によって発生するとの理解が一般的であるところ、具体的報酬請求権の発生が確認されるのは、注文者が仕事の完成を承認して受領することによるものであることから、報酬の支払いと同時履行に立つのは注文者の受領であるとの考えに基づく上記提案は、解釈として自然である。また、仕事の完成を承認して受領することを報酬の支払いと同時履行に立たせることは、注文者の保護になると同時に、受領を促進する観点等から請負人の保護に寄与する点もあると考えられる。なお、意思的要素を含む行為との引換給付を実現する執行上の困難性をもって、上記意見に反対する意見もあるが、執行上の問題については別途検討すべきであり、執行上の困難性をもって実体法上の検討に制限が加えられるべきではないのではないか。(広島弁)

- 具体的報酬請求権の発生が確認されるのは、注文者が仕事の完成を承認して受領したときであるから、報酬の支払時期を原則として目的物の引渡しと同時としつつ、引渡し後に契約適合性を確認する予定の場合にはそれが確認された段階とする考え方に賛成する。(愛知県弁)
- 目的物の引渡しを要しない類型を除外すると、請負契約の報酬支払時期についての規定としては、受領と同時に支払わなければならない旨を規定すべきである。(金沢弁消費者委)
- 請負報酬の支払いと、成果が契約に適合することを注文者が確認し、履行として認容することとを同時履行とすべきであるとの考え方は取引実務に則しており、賛成である。(三菱電機)
- 報酬の支払時期については、取引の種類によって、報酬の支払時期に関する取引慣行や、契約適合性の確認・履行としての認容と報酬支払を同時履行とすることが衡平にかなうか否かという利益状況が異なることに留意しつつ、検討すべきである。

注文者が契約への適合性を確認する時期が、必ずしも引渡後とは限らず、引渡前に適合性を確認する場合もあることに留意しつつ、検討すべきである。

仮に、履行として認容する行為を規定するのであれば、その文言は、「受領」ではなく、「検収」、「確認」などのように、「履行として認容する行為」であることを理解しやすい文言を用いる方向で、検討すべきである。

引換給付判決にもとづく強制執行の場面を念頭において「履行として認容する行為」を注文者が請負人に一定の行為を請求する権利として構成するか、あるいは、債権債務ではなく報酬支払債務の停止条件として構成してはどうか、という意見もあった。(二弁)

- 取引実務においては、完成後の一括払い、成果割合毎の支払い、一部頭金＋完成割合毎の支払い等、様々な報酬の支払い方法が存在し、請け負わせる仕事内容や、各事業者の資金の都合なども加味して決定されるのが通例である。典型契約としては、多様な支払方法を許容し、取引実務に余計な制約を課さない形での規定が望ましい。また、工事請負など一部の請負に関しては、会計ルールなどにも支払いに係る定めがあることから、これらとの整合性についても配慮をするべきである。(会社員)
- 以下のような理由から、報酬の支払時期について、注文主が、履行として認容することと同時履行とするとの提案には、消極的な意見が多かった。  
「注文者が確認し、履行として認容すること」という要件は、必ずしも明確でなく、裁判所において認定に支障が生ずるおそれがある。

また、注文者の代金拒絶理由として濫用されるおそれもあり、請負人の保護に欠けることになりかねない。さらに、仮に注文主が「履行として認容する」必要があるとするならば、引換給付判決の強制執行を行うに当たっては、「履行として認容する行為」があったかどうかを執行機関が制約された資料を前提に判断することを求められるが、そのような判断は事実上困難であるから、執行実務に混乱が生じる。  
(最高裁)

- 報酬について、成果が契約に適合することを注文者が確認し、履行として認容すると同時に支払わなければならないという考え方については、反対意見が強い。

注文者に仕事の目的物が契約に適合しているか否かを確認する義務を課すべきではない。また、「受領」の意味に「履行として認容する」という意思的要素を含めた場合、注文者が受領を拒否した場合の報酬の支払義務発生時期、引換給付判決の主文の記載等が不明確になるおそれがある。(日弁連)

- 注文者が履行として認容したことで報酬の支払を同時履行とする考え方には、注文者が履行として認容しない限り執行ができなくなって実務への影響が甚大であること、検収に時間を要する種類の請負において請負人への影響が大きいことから反対する。しかし、瑕疵担保責任の権利行使期間の起算点を請負人が履行として認容した時点とすることには反対しない。(一弁)

- 「受領」(＝注文者が履行として認容する意味)に意思的要素を含むと、その判断が不明確になりかねないほか、検収で報酬発生というのは商事売買に関するもので、一般に適用してよいかは疑問である。よって、報酬の支払と「受領」を同時履行とする考え方に反対する。現行法どおり、引渡との同時履行でよい。(札幌弁)

- 注文者が契約適合性を確認し、履行として認容することを報酬請求権の発生原因とすると、請負人に酷である。仮に、事実行為としての受取に限定するとしても、引換給付判決の強制執行の時に困難が生じる。(東弁)

- 現行法を積極的に改正すべき立法事実は明らかではない。例えば、報酬支払請求訴訟で、引換給付判決を考えてみると、引渡しと報酬支払いの引換給付というのは、双方の権利が対立していてわかりやすいが、受領と報酬支払いの引換給付というのは、「受領させろ、そしたら支払いますよ」という不自然な形になってしまう。特に、注文者の受領義務を法的に認めるという立場からすれば、この不自然さは顕著となる。さらには、完成物の所有権帰属の問題とも関係するが、報酬請求権担保のために完成物を留置する、という留置権との関係についても問題が生ずることとなる。したがって、報酬支払時期については、

現行法を維持し、仕事の目的物の引渡と同時に、目的物の引渡を要しないときは仕事の完成後に支払うべきものとすれば足りる。検討の必要はない。(兵庫県弁)

- 報酬の支払時期を、成果が契約に適合することを注文者が確認し、履行として認容することと同時とすることについては、履行として認容するという意思的要素が含まれているため、注文者が履行として認容することを拒否した場合の報酬の支払義務発生時期、引替 給付判決の主文の記載等が不明確になるおそれがあるため、現行法どおり、報酬の支払時期については引渡しと同時にすることを維持するのが妥当である。少なくとも、仕事を完成し引渡しができる状態になった後に注文者が履行として認容することを拒否した場合には、受領義務違反又は弁済の提供があるものとして報酬請求が可能な状態となることを認めるべきである。また、請負につき引渡しを観念できる類型に限定するのであれば、現行民法 第 633 条ただし書に相当する条文は不要であると考えられる。(大阪弁)

- 請負報酬の支払時期と目的物の受領を同時履行とすべきではなく、現行法の規定を維持すべきである。

まず、引渡しが必要な請負契約についてであるが、注文者に仕事の目的物が契約に適合しているか否かを確認する義務を課すべきではなく、報酬の支払時期は、仕事の目的物の引渡し時と考えるべきである。注文者は、引渡前又は引渡後に、瑕疵の有無・程度を確認する権利を有していると思われるが、報酬の支払時期は瑕疵の存在・程度とは一応無関係であるため、受領とリンクすることはない。

つぎに、引渡し不要の請負契約についてであるが、報酬支払時期は、仕事の完成時となることは当然である。(福岡弁)

- 現行法の「引渡し」と同時で不都合はない。仮に「受領」と同時とした場合、注文者が難癖をつけて受領を拒否するなどして報酬の支払が不当に引き延ばされるといった事態の生ずることが懸念されるし、引換給付判決の取扱などの新たな問題が付随して発生するものと考えられる。(横浜弁)

- 報酬支払と対価的牽連性をもたせる行為を「履行として認容すること」とすると、いずれも注文者にイニシアティブがある行為となり、請負人としては、報酬支払の履行確保のための防御手段を失うこととなるように思われ、妥当ではない。単なる目的物の引渡しや仕事の完成ではなく、履行として認容に足りる提供が必要であることは理解できるが、現行法の枠組みでも債務の本旨に従った目的物の引渡しや仕事の完成かという評価規範が介在することで十分に機能している。報酬支払と対価的牽連性をもたせる行為を、請負人による行為としての「目的物の引渡し」や「仕事の完成」ではなく、注文者による行為と

しての「履行として認容すること」や「受領」と表現することには反対である。(親和会)

- 「仕事の成果」の中には實際上引き渡しを観念しづらいものがあり、現行法の文言によればそのような場合にも適切に報酬を発生させることができる。かかる条文の文言は存置すべきである。受領は債権者の行為であり債務者の債務ではなく同時履行関係にない点で理論的に妥当でないことに加え、理論の内容も難解であり、実社会で通用すると思われない。(法友全期)
- 現行民法 633 条は、報酬の支払い時期を「仕事の目的物の引渡と同時」と規定しているところ、それを「注文者が履行として認容すること」と同時履行とする考え方については、特に注文者が消費者の場合で目的物に重大な瑕疵が存在するような場合には消費者保護の観点から一定の評価も可能である。しかし、「履行として認容」なる概念の前提に、注文者において目的物の契約適合性確認義務等が存在するのであれば、異議なき受領によって瑕疵担保責任の追求が制限されるような解釈がなされかねず、上記意見については反対する。

なお、上記意見とは別に、報酬の支払い時期に関しては、最高裁判平成9年2月14日判決の判示内容（請負契約の目的物に瑕疵がある場合には、注文者は、瑕疵の程度や各契約当事者の交渉態度等にかんがみ信義則に反すると認められるときを除き、請負人から瑕疵の補修に代わる損害の賠償を受けるまでは、報酬全額の支払を拒むことができ、これについて履行遅滞の責任も負わない）は明文化されるべきと考える。(日弁連消費者委有志)

- 現行法と同様、引渡し（受領の用語を用いるとしても引渡の意味）と同時に支払わなければならないものとすべきである。その理由は、以下のとおりである。

「受領」と引き換えに報酬請求権が発生するとした場合、報酬請求権の発生時期が不明瞭になり（注文者次第になりかねない）、報酬をめぐる紛争が更に増加する懸念がある。まして、何らかの意思的要素を含む意味の「受領」と引き換えとした場合には、請負人は、完成（通常は、費用を負担している。）に加え引渡しまで先に行うことが必要となり、請負人の権利保護に欠ける。

次に、注文者については、引渡しを受けた時に、目的物が契約に適合するかどうか、確認しないまま報酬を支払わなければならないこととなるが、現行法どおり瑕疵担保責任の追及で処理することで不都合はない。

また、履行として認容するという意志的要素が加わったものとして「受領」を考えて、報酬請求権の発生を受領と引き換えとした場合に、引換給付判決において、「受領」を実現する術がなく、執行を開始で

きないこととなりかねない。(堂島有志)

- 仕事の成果が契約に適合しているか否かの判断は、物の引渡しを念頭に置いている売買よりも一般的に困難と考えられるから、条文をもってこれらの義務を一律に課せば当事者の負担が重くなる上、取引において相対的に弱い立場にある当事者の保護を欠く場合が生じうる。信義則等の一般規定や特別法によって、これらの協力義務を導き出すことも必ずしも不可能ではない。よって、報酬支払義務が発生する前提として、注文者において成果が契約に適合することを確認し、履行として認容する行為を規定することは、慎重に検討すべきである。(日司連)
- 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、注文者と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って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すると、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。(日大民研・商研)
- 労務供給に関する報酬請求権については、労働契約、雇用契約、請負契約、委任契約、準委任契約その他の契約形態の如何にかかわらず、現行法制より権利内容を後退させるべきではない。役務提供型契約には、①消費者契約のように、役務受領者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、②労働契約のように、役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり、それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ、消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは、役務受領者の立場を片面的に強化し、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。この点、請負に関する報酬支払時期について役務受領者の受領と同時とすることは、労務供給者の報酬請求権の発生要件が厳格化され、役務受領者の支払拒絶が容易化されるおそれがある。今後の検討過程で、これらの危惧が具体化した場合においては、このような方向での法改正には賛成できない。

(連合)

- 支払時期を変更することには賛同しかねる。注文者が契約適合性を確認し履行として認容すること、即ち検収との同時履行とすることについては、無体物など契約適合性が簡単には判断できない場合など注文者が契約適合性の判断を留保した場合には、請負人が報酬請求を期待するだけの履行を完了した後も相当期間にわたり、報酬請求がかなわず、注文者と請負人間の紛争が生じることが懸念されるためである。また、注文者が契約適合性の適時の判断を過怠したときは、請負人が不当に長期間、報酬請求ができないこととなるからであるからである。

(情サ産協)

- 報酬の支払い時期に関し、仕事の目的物の引渡しと同時履行との現行の規律を改め、請負報酬の支払と注文者が履行として認容すること(「受領」)とを同時履行とする考え方は、些細な不具合をとらえて、注文者の認容がなかなかされず、請負報酬全額の支払が止められるケースも考えられるので、請負人の保護の観点から慎重に検討されるべきである。また、「履行として認容すること」を条文上に表現するにあたり、ここで指摘した弊害を排除するような適切な表現が可能かどうか甚だ疑問である。(日建連)

- 客観的に仕事が適切に完成されたにかかわらず、注文者が履行として認容しなければ報酬の支払時期が到来しないとすると、注文者の恣意的な判断によって履行期が遅れることになるのではないか。(大学教員)

- 報酬の支払と受領との「同時履行」という視点ないし表現方法は不適切であり、端的に報酬の支払時期という表題の下で議論すべきではないか。

①報酬の支払と引渡しは民法第533条の意味での同時履行の関係に立つが、報酬の支払と受領は同条の意味での同時履行の関係には立たない。

②また、民法第633条は物の引渡を要する場合の報酬の支払時期を仕事の完成時ではなくて引渡しとすることを主眼とし、これによって、本来的には先履行義務である報酬請求権と引渡しとを同法第533条の同時履行の関係に立たせたものと解すべきだと思われる。

報酬の支払時期を「受領時」とすることは、請負人の代金債権の確保との関連で問題がある。特約により報酬の支払時期を検収完了時とすることが現実的には多いとしても、一般原則としては、報酬の支払いと引渡しを同時履行の関係に立たせる現行法を維持すべきである。

(大学教員)

- 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する、現在以上に紛争が多発するおそれがある。契約上は注文者が検収してから代金を支払うという合意がされている場合であっても、報酬の支払を求めた訴訟においては、受領との引換給付判決ではなく、引渡しがあれば請求が認容されるのが一般的なことにも留意すべきである。(弁護士)

- いわゆる検収を報酬の支払と同時履行の関係に立たせることは、優越的地位にある注文者による濫用のおそれが高い。また、民法で検収基準が原則となってしまった場合には、下請代金支払遅延等防止法第2条の2のような規制も見直しを余儀なくされる可能性が高く、社会的弱者の立場にある請負人・下請負人の保護が現状よりさらに後退する結果ともなりかねない。よって、現行法の規律を改め、成果が契約に適合することを注文者が確認して履行を認容することと報酬の支払いを同時履行とする考え方には、強く反対する。(弁護士)
- 雨漏りを直してもらった場合に、仕事が終わっても（あるいは、終わったつもりでいても）雨が降るまでは直ったかどうかは分からないから、終了時期は実は不明であって、633条のたらい回し先の624条1項をどう解釈するのかという問題が生ずる。(翻訳・出版関係)
- 引渡しと同時に履行されるされている現行法のもとでも紛争があり、裁判になることも少なくないことや、認容するという概念の導入により、さらに混乱をもたらす懸念がある。(団体職員)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)
- 請負契約において「受領」概念を導入することには疑問が多く、仮に導入するとしても、当事者の公平を図るため、少なくとも建設請負工事(土地の工作物)の報酬の請求に関しては、「契約及び仕事の性質により、仕事を実質的に完成していれば相当部分の支払を請負者は請求でき、注文者はこれに応じなければならない」旨の規定を設けるべきである。(建設適取協)

## (2) 仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権

仕事の完成が途中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、注文者の責めに帰すべき事由によって仕事の完成が不可能になったときは、民法第536条第2項の規定に基づき、請負人は報酬を請求することができる。もっとも、請負人が例外的に報酬を請求することができる場合を同項によって規律することについては、仕事が完成していない段階では具体的な報酬請求権が発生していないから、危険負担の問題として構成する前提を欠くという批判や、「責めに帰すべき事由」という文言が多義的で内容が不明確であるとの批判があるほか、請求できる報酬の範囲も明確ではない。

そこで、仕事の完成が途中で不可能になった場合であっても請負人が報酬を請求することができるのはどのような場合か、どのような範囲で報酬を請求することができるかについて、現行法の下で請負人が得られる報酬請求権の内容を後退させるべきではないとの指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、例えば、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との考え方がある。このような考え方の当否について、「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つつ、更に検討してはどうか。

また、判例は、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としていることから、このような判例法理を条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 4(2) [11頁]】

### 【第1段落から第3段落までについての意見】

- 請負の中には建築請負に代表される報酬金額の高い契約もあるから、危険負担の規定によるオール・オア・ナッシングの規律は必ずしも妥当でなく、請負人が既履行部分の割合に応じた報酬を確保するための要件を整備することは有益である。よって、役務提供者が報酬を請求するための要件・効果について、民法第536条第2項とは別に具体的な規定を設けることに賛成する。

請負人が既履行部分の割合に応じた報酬を請求できる場合を設けることには賛成するが、「注文者に生じた事由」との要件には反対する。むしろ、注文者と請負人いずれの帰責事由ともいえない場合は、既履行部分の割合に応じた報酬請求ができることを原則とする考え方は採れないか。また、注文者の義務違反があった場合に請負人が債務を免れたことによって得た利益を控除した額を請求できるとする考え方には賛成する。(愛知県弁)

- 中間論点整理において提案されている考え方は、当事者間の公平及び契約関係終了時の利益調整方法として妥当であり、賛成である。(金沢弁消費者委)

- 中間論点整理において提案されている考え方に賛成である。「債権者の責めに帰すべき事由」を2つの程度に分けて、それぞれ異なる効果とすることには一定の意味があり、公平である。(札幌弁)
- 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、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という提案に賛成する。これは実務上の考え方に即したものであり、それを明文化することはのぞましいと考えられる。(広島弁)
- 仕事完成前の履行不能が注文者の責めに帰すべき事由による場合には、請負人は注文者 に対し請負代金全額を請求できるとした上で、自己の債務を免れたことによる利益を償還 する義務を負うというのが判例であり（最判昭和52年2月22日）、この判例の考え方を明文化するものであることは理解できる。また、履行不能の原因が注文者に生じた事由である場合には役務提供の割合に応じた報酬を請求することができるという考え方にも、一定の合理性があるとも思える。したがって、明文化すること自体については賛成である。

しかし、その具体的要件に関して、「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」の区 別については、必ずしも明らかではなく、どちらに該当するかについての紛争が生じる懸念もある。

また、これらの考え方は、現行民法第536条2項を廃止することを前提としているとも考えられる。現行民法第536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」の解釈を巡っては、特に、労働契約において、労働者が就労できない事態が生じた場合における賃金請求の可否を巡って、対価危険の公平な負担が図られるよう、議論が積み重ねられてきた。現行民法第536条2項に代わる規定を設定するのであれば、上記の議論を踏まえた対 価危険の公平な負担が図られるような必要十分な要件として定立されるよう、議論を尽くす必要がある。

以上の点から、仕事完成前の履行不能における報酬請求の具体的な要件については十分な議論を行う必要があると考える。(大阪弁)

- 仕事の完成が途中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との考え方には、基本的に賛成である。(日大民研・商研)

- 提案には反対ではないが、少なくとも建設請負契約(土地の工作物)の報酬の支払方法に関しては、仕事完成後の後払方式と、契約及び仕事の性質により仕事の完成前でも相当部分を支払う方式とがあることを前提に制度設計を行うべきである。(建設適取協)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 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請求できる、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請求できるという考え方については、賛成意見が多いが、有力な反対意見があり、慎重な検討を要する。

基準を明確にすることには意義があるが、上記①②の具体的内容、両者の区別は不明確であり、現行民法 536 条 2 項「責めに帰すべき事由」を「義務違反」という表現に置きかえていることには問題がある。(日弁連)

- 仕事が完成していなくとも、その成果に応じて報酬相当額の請求権を認めるべき場合があり、これを条文化する方向で検討することには賛成である。「注文者に生じた事由」により履行不能となった場合には、請負人は既履行部分の割合に応じた報酬請求権を持つとするのは、相当である。

しかし、提案されている、「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」と言う概念により、報酬請求権の範囲を異にするという立法については、区別が明瞭であるとはいえず、この方向で検討することには反対である。むしろ、請負人が、「約定報酬から自己の債務を免れることによって得た利益を控除した額」を請求することができるのは、契約を解除し、損害賠償を請求した場面であると考えられ、「注文者の義務違反」と言う概念を持ち込むよりも、「解除+損害賠償」の方向で検討するのが良いと考えられる。(兵庫県弁)

- 規定を設けることに賛成である。ただし、その場合の具体的な規定内容について論点整理に示された考え方における、「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」の関係が不明確であるため、この点を明確にすべきである。(横浜弁)
- 請負人が仕事を途中で完成できなくなった場合、「当事者の合意・合意の趣旨」、完成した部分の有益性などを勘案して、請負人は完成した部分に対応する報酬の支払いを求めることができる(注文者に生

じた事由によって完成不能となった場合に限られない) 旨明文化すべきである。請負報酬は、仕事が完成しなければ具体的請求権として発生しないため、仕事が途中で終了した場合には、請負人は報酬を請求することはできないが、例えば、建物の建築請負において、柱・壁・屋根が完成した時点で、請負人が倒産してこれ以降の工事ができない状態になった場合、「当事者の合意・合意の趣旨」、又はこれが不明の場合には出来高部分の有用性などから判断して、出来高に対応する報酬が発生する場合も考えられる。この出来高に応じた報酬の支払は、注文者側の事情によって完成不能となった場合だけではなく、請負人側の事情、第三者又は不可抗力によって完成不能となった場合にも認められる。

仕事を途中で完成できなくなった原因が注文者の責めに帰すべき事由による場合、請負人は、請負報酬から仮に工事を完成させたとして支出したであろう費用を控除した額の支払いを求めることができる。ただし、「当事者の合意・合意の趣旨」、当事者の業態・地位、契約締結に至る経緯、仕事の進捗状況、不能となった理由・時期などを勘案して相当と判断される範囲に限る旨明文化すべきである。例えば、請負人Aが、一人暮らしの高齢の地主Bにアパートを建築してアパート経営することを勧め、Bが建築請負契約書に調印した直後に、思い直して契約を解除した事例で考えると、請負人Aは工事に着工すらしておらず、Aの純利益を補償する必要はないであろう。このように額が過大となる場合も想定されうるので、相当の減額をなしうる規定を入れた。(福岡弁)

- 注文者に帰責事由ある場合に請負人の報酬請求権を認める規定を置くことに賛成。注文者が仕事の完成を妨害した場合にまで請負人の報酬請求権を認めないのは請負人に酷。(法友全期)
- 「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」の区別が不明確であり、また各場合の効果についても必ずしも明確になっていないという問題がある。

また、注文者と請負人相互に、事由が生じたり、義務違反が認められる場合があるのではないかと、既履行部分がわずかであったり、注文者義務違反が軽微なものにとどまる場合に、約定の報酬全額を認めることは注文者に酷になるのではないかとといった危惧が生じる。

よって、慎重に検討すべきである。(日弁連消費者委有志)

- 現行法の下で、請負人が得られる報酬請求権の内容を後退させるべきではない。

更に建設請負の実務の実態に照らした場合、実際に仕事の完成が不可能となった場合に、報酬請求権の範囲が問題となる場合が現実が多い。例えば、発注機関からの要請により技術提案やプロポーザル設計

を行うことがあるが、提案が実現しなかった時に、これまでの提案や設計に掛かった実費請求すらも認められない場合が多い。このような現状に対し、請負人が請求できる報酬の範囲として、注文者が一方的に工事を中止した場合、それまでの実費精算はもとより、既履行部分についてのみでなく、完成したら得られたであろう得べかりし利益相当額や、出来高に反映されない先行工事費や製作キャンセル費用なども、請求できる範囲であることを規定化することができれば、実務上の意義が認められる。(日建連)

- 一般論としては、このような事項は解除や危険負担の規律に委ねればよく、なぜ請負について特則を設ける必要があるのか理解に苦しむが、仮にこのような規定を設けるのであれば、少なくとも解除や危険負担一般との関係を明らかにしておく必要があり、他の典型契約に関する規律との均衡も考慮すべきである。例えば委任契約では、委任者は原則としていつでも委任契約を解除できるものとされており、実務上はコンピュータシステムの作成に関する契約など、請負と委任との区別が難しい契約類型もあることに留意すべきである。(弁護士)
- 注文者側の原因によるか否かや、注文者の義務違反であるか否かで扱いを区分しようとする処理は、原因や義務違反の有無を巡り注文者と請負者との間の意見不一致を招きやすく、トラブルの増加要因となることが懸念される。判例法理を前提に、可能な限り仕事の成果を可分なものとして理解し、既履行分の経済的価値を両者で算定の上、その経済的価値の範囲内で注文者が請負人に報酬を支払うものとする処理が、注文者、請負人双方にとって妥当なものであり、その方向で検討されるべきである。(会社員)
- 「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」に分けて規律する考え方に反対である。民法第536条第2項に規定する「債権者の責めに帰すべき事由」の概念を維持すべきである。(一弁)
- 注文者の責めに帰すべき事由によって仕事の完成が不可能になったときは、民法第536条第2項の規定に基づき、請負人は報酬を請求することができるとする現行法の考え方を維持するのが妥当である。これに対し、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か注文者の義務違反であるかによって区別する考え方には反対する。(東弁)
- 「注文者に生じた事由」や「注文者の義務違反」という概念の導入に反対する。「注文者に生じた事由」、「注文者の義務違反」の具体的内容、「注文者の責めに帰すべき事由」との違いが不明確であり、現行法を改正する必要性が不明である。

仮に「注文者に生じた事由」により、仕事の完成が不可能となった場合に履行割合に応じた報酬のみを請求できるとすると、現行法より

も請負人の権利が後退する懸念がある。すなわち、「注文者の義務違反」が「帰責事由」よりも狭い概念であるとするれば、注文者に「義務違反」以外の「帰責事由」がある場合は、「注文者に生じた事由」がある場合として履行割合に応じた請求はできるものの、報酬全額を請求できなくなり、現行法（注文者に帰責事由がある場合は民法536条2項により全額を請求できる）よりも請負人の権利が後退してしまう。また、「既に履行した役務提供の割合」を具体的にどのように算定・評価するのが問題となるので、考え方を明確化する必要もあると考える。（二弁）

○ 注文者の帰責事由によって仕事の完成が不可能となったのであれば、請負人としては、役務提供を望んでもそれが叶わなくなっているのであるから、役務提供の割合にかかわらず、全額の報酬請求権があるとす民法第536条第2項の規定には合理性があり、役務提供の割合に制限されるべきではない。現行法の規律を維持すべきであり、論点として取り上げるべきではない。（親和会）

○ 請負人が仕事の完成をすることができなくなった場合、原則として報酬請求権は発生しないこととすべきである。

例外的に、仕事の完成ができなくなったことにつき「注文者に帰責性がある場合」には、請負人は「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」を請求することができる。「原因が注文者に生じた事由であるとき」という要件は、内容が不明確であり、また、原因が注文者に生じた事由であれば仕事の完成無しに報酬請求権が発生する根拠も明らかでない。他方、「注文者に義務違反があるとき」では、補足範囲が狭すぎる。「責めに帰すべき事由」という文言は、現行民法上、一般的に使用されている用語であり、これによるのが相当である。（堂島有志）

○ 中間論点整理において提示された考え方については、慎重に検討すべきである。「注文者に生じた事由であるとき」及び「注文者の義務違反であるとき」といった要件は、民法第536条第2項に処理を委ねる現民法に比べ、解釈の幅が広がってしまうおそれがあり、後日、解釈を巡って紛争が生じる可能性がある。仕事の完成が中途で不可能になった場合の報酬請求権の帰すうは、現民法下と同様、現民法第536条第2項に相当する規定に委ねることとした方が簡明である。（日司連）

○ 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。(日大民研・商研)

- 労務供給に関する報酬請求権については、労働契約、雇用契約、請負契約、委任契約、準委任契約その他の契約形態の如何にかかわらず、現行法制より権利内容を後退させるべきではない。

役務提供型契約には、①消費者契約のように、役務受領者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、②労働契約のように、役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり、それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ、消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは、役務受領者の立場を片面的に強化し、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。

請負に関して、仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権については、これまで、その原因が注文者の責めに帰すべき事由にあるときには、民法 536 条 2 項の危険負担の規定により、請負人は反対給付たる報酬請求権を失わないと解されている。この点、従来の「注文者の責めに帰すべき事由」と、「中間的な論点整理」の提案する「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」の違いは明らかではないが、「注文者の義務違反」でなければ、個人が有償で自ら労務を供給する契約に関して、労務供給先(注文者)が仕事の完成前に仕事を打ち切った場合でも、既に履行した役務提供の割合に応じた報酬の支払をすればよいこととなる。これは、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の権利を後退させるものであり、このような方向での法改正には賛成できない。(連合)

- 仕事の完成が途中で不可能になった場合であっても請負人が報酬を請求することができる場合及びその請求範囲の具体的な規定内容として挙げられている考え方(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、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という考え方)については、これら①②の範囲の実質的な違いが分かりづらいため、実務が混乱しない分かりやすい規定を目指すべきである。(三菱電機)
- 民法第 536 条第 2 項の解釈として、仕事の完成が不能になったことについて注文者に帰責事由があれば請負人は報酬全額を請求することができる。(弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

【第4段落についての意見】

- 解除も含め、部分的な完成で意味を持つ場合は、その部分のみの対応を認める方向で規定すべきである。(広大有志)
- 既履行部分が可分であって注文者がその給付に関し利益を有する場合に関する判例を明文化することには賛成する。(愛知県弁)
- 中間論点整理において提案されている考え方に賛成である。(札幌弁)
- 判例法理を明記することについても賛成である。(広島弁)
- 判例を明文化することについては、その結論が妥当であり、実務的にも定着していることから、賛成である。(兵庫県弁)
- 請負人の債務不履行を原因として注文者が解除した場合等において、一定の要件の下に解除を制限し、報酬請求することができる旨の規定を置くことに賛成する。(一弁)
- 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旨の判例法理を明文化することについては、基本的には賛成する。(東弁)
- 判例を明文化するものであり、賛成である。(横浜弁)
- 既履行部分が可分の場合の報酬請求権について、判例法理を明文化することに異論はない。判例法理を明文化する方向には異論ないが、仕事の成果が可分である場合とのはどのような場合を指すのかについて慎重に検討した上で、要件を定める必要があると考える。(二弁)
- 仕事の完成が不可能になった場合であっても、すで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旨の判例法理を明文化することにはとくに異論はない。(親和会)
- 完成した一部が可分の場合の報酬請求権を(判例に従い)認める規定を置くことに賛成。(法友全期)
- 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、)既履行部分について報酬を請求することができることは現行民法下の判例であり、これを明記すべきである。(堂島有志)
- 既履行部分に関して契約を遡及的に解除することができないことを明文化する必要がある。また、仕事の完成が途中で不可能になった場

合も請負人が報酬を請求できる場合があることを前提とした明文化を望むが、既に行われた仕事の成果が可分であることに加えて、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の要件が追加された場合には、注文者の利益が一定の場合に推定される規定でもない限り、報酬請求権の内容が現行法よりも後退することが懸念される。  
(情サ産協)

- 「論点整理」が引用する判例最判昭和56年2月17日の判例法理を条文明記することを検討していくべきである。(日建連)
- 仕事の完成が不可能となった原因を問わず、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、請負人に対し既履行部分の報酬請求権を認めるのが公平かつ合理的であるが、現行民法下にはこのような考え方を明示した条文はないことから、このような判例法理は明文化の対象とすべきである。(弁護士)
- 判例(最判昭和56年2月17日判時996号61頁等)は、仕事の完成が不可能になった場合であっても、仕事の成果が可分であり、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、注文者は既履行部分について請負契約を解除することができず、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としている。これを明文化することは合理性がある。ただし、請負においては成果を一部しか履行していない段階で既履行部分について報酬を請求することはできないのが原則であり、明文化することによって原則を曖昧にしないよう留意すべきである。(弁護士)
- 「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」との判例法理を条文上を明記するとの考え方について、「注文者に生じた事由」「注文者の義務違反」以外の原因で仕事の完成が不可能になった場合の一部解除・報酬については、注文者が不本意な「利得」を押しつけられないように慎重に検討すべきである。例示されている「請負人の債務不履行を原因として注文者が請負を解除した場合」などにおいて、解除権を制限し、既履行部分について報酬請求を安易に認めると、請負人の「やり特」、注文者に不本意な「利得」の押しつけを許す場合もあり得る。

注文者の「利益」については、契約の趣旨・目的・契約態様・債務不履行の態様などから注文者の「利益」として報酬負担を認めることが合理的な場合に制限すべきであり、慎重に検討されるべきである。  
(日弁連消費者委有志)

- 提供された成果物が発注者側にとって何らかの効果をもたらした場合は既履行分の支払は当然なされねばならないが、中途納入物は往々にして役に立たず、最初から作り直さねばならないことが多い。したがって「一方的に作業をしたからその分の費用を支払え」は納得できるものではない。むしろ発注者側の、その間の付き合い費用を要請したい場合さえある。この問題の回避は「中間検査をきめ細かく行い発注者の意向を確認しつつ作業する」ことに尽きるのではないかと提言する。(システム・ユーザー協)

### (3) 仕事の完成が不可能になった場合の費用償還請求権

仕事の完成が途中で不可能になった場合に、請負人が仕事完成義務を履行するためそれまでに支出した費用の償還を請求することができるかどうかについて、更に検討してはどうか。その場合の規定内容として、例えば、注文者に生じた事由によって仕事完成義務が履行不能になった場合には既に履行した役務提供の割合に応じた報酬を請求することができるという考え方(前記(2)①)を前提に、このような場合には報酬に含まれていない費用の償還を請求することができるという考え方(前記(2)②の場合には、②の適用により請求できる範囲に費用が含まれていることになると考えられる。)の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 4(2)(関連論点)[14頁]】

#### 【意見】

- 注文者に生じた事由によって履行不能となった場合、費用償還請求権を認めるのが公平であり、これに賛成する。(札幌弁)
- 仕事の完成が途中で不可能になった場合に、請負人が仕事完成義務を履行するためそれまでに支出した費用の償還を請求できるという考え方には賛成意見が強い。ただし、請負における「費用」と「報酬」の区別は困難であるという有力な反対意見もあり、賛成意見においても具体的要件については慎重な検討を求めている。

判例(最判昭和52年2月22日)の考え方を明文化するものであり、一定の合理性が認められるが、「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」の区別、「注文者に生じた事由」「注文者の義務違反」以外の原因で仕事の完成が不可能になった場合の一部解除・報酬、現行民法536条2項との関係等について、十分に議論を尽くす必要がある。(日弁連)

- 提案は公平であり、賛成である。(横浜弁)
- 中間論点整理において提示されている考え方は、契約関係終了時の利益調整方法として妥当であるから、賛成である。(金沢弁消費者委)

- 割合的な報酬を受領できる場合に、費用負担が報酬に含まれているか否かを一般的・抽象的に規律することは困難であると思われるが、合理的な範囲の費用償還請求の余地があることを規定することには、特段の異論はない。(親和会)
- 注文者に帰責事由ある場合に費用償還請求権を認める規定を置くことに賛成。債権者(注文者)が仕事の完成を妨害した場合にまで費用請求が認められないのは請負人に酷。  
完成した一部が可分の場合の費用償還請求を認める案に賛成。完成した一部が過分で注文者に帰属する場合、費用の精算は当然されるべき。(法友全期)
- とくに異論はない。(日大民研・商研)
- 提案には反対ではないが、少なくとも建設請負契約(土地の工作物)の報酬の支払方法に関しては、仕事完成後の後払方式と、契約及び仕事の性質により仕事の完成前でも相当部分を支払う方式とがあることを前提に制度設計を行うべきである。(建設適取協)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 仕事の完成が不可能となった場合、費用償還請求権の帰趨は当然に問題になると考えられるので、この点についても明文化しておくことがのぞましいと考えられる。また、その内容であるが、上記(2)における考え方を前提とすると、注文者の義務違反によって履行が不可能になった場合に、請負人が約定の報酬から自己の債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができるということであるから、この場合については費用請求権を認める必要はないことになる。一方、注文者に生じた事由によって仕事完成義務が履行不能になった場合には、請負人には、履行割合に応じた報酬が与えられるが、更に費用請求権を認めるかどうかについては、履行した部分に関連する費用の請求は当然認められるとしても、不履行部分については当然に認められるという考えにはならないのではないかと。(広島弁)
- 仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権の可否の場面と同様に、「注文者に生じた事由」「注文者の義務違反」の区別が必ずしも定かではないので、十分な検討が必要である。ただし、仕事完成前の履行不能が注文者の責めに帰すべき事由による場合には、請負人は注文者に対し請負代金全額を請求できるとした上で、自己の債務を免れたことによる利益を償還する義務を負うので(最判昭和52年2月22日)、少なくともこの場合には費用請求権を認めるべきではない。(兵庫県弁)
- 「注文者に生じた事由」により仕事の完成が途中で不可能になった場合には、請負人に報酬に含まれていない費用の償還請求権を認めるべきである。(兵庫県弁)

- 「注文者に生じた事由」という概念の導入に反対するが、費用償還請求権について検討することに特に異論はない。(二弁)
- 仕事の完成が途中で不可能になった場合に請負人が仕事完成義務を履行するためそれまでに支出した費用の償還を請求の可否について、上記(2)①②の場合分けに応じて検討するとの考え方については、上記と同じく「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」の区別が不明確であり、また各場合の効果についても必ずしも明確になっていないという問題があり、概念的場合分けにとどまらず、注文者と請負人間の公平な危険配分が何かという観点から、更なる検討がなされるべきである。  
 また、「費用請求権」と「報酬請求権」については、概念上は区別できるとしても、実務上は費用と報酬を峻別することに困難が伴う場合も多いと思われる。更に、注文者・請負人双方に事由が生じる場合・義務違反が存在する場合もあり得え、請負人が仕事未完成の理由を注文者に転嫁して過大な請求をする濫用的事例を招くのではないかという危惧もある。民法上の任意規定としては完成部分に応じた報酬請求で足り、その余は、債務不履行の一般原則に委ねるべきではないか。(日弁連消費者委有志)
- 費用償還請求権について賛同する。(情サ産協)
- 報酬請求権の対象にならないが、義務を履行するために支出した費用、先行費用、出来高に含まれない履行準備費用、今後の設計変更予定の先行工事費用などについて、費用償還請求権について規定を設けることは、請負人保護の観点から必要である。(日建連)
- 仕事の完成が途中で不可能になった場合に、請負人が仕事完成義務を履行するためそれまでに支出した費用償還を請求できる規定を設けることに賛成である。(三菱電機)
- 注文者に生じた事由によって仕事完成義務が履行不能になった場合には既に履行した役務提供の割合に応じた報酬を請求することができるという考え方(前記(2)①)を前提に、このような場合には報酬に含まれていない費用の償還を請求することができるとの考え方に反対する。請負において支払われる金員について、費用と報酬を区別するのは困難であり、費用が報酬に含まれているかどうかによって扱いを分けることは妥当ではなく、民法第536条第1項又は第2項で対応すべきである。(東弁)
- 仕事の完成が途中で不可能になった場合に、請負人が仕事完成義務を履行するためそれまでに支出した費用の償還を請求できるという考え方は内容自体は論理的であるが、「注文者に生じた事由」を要件とする分類には反対する。(愛知県弁)
- 仕事を途中で完成することができなくなった場合の出来高に対応す

る報酬は、請負人が支出した費用のうち仕事の完成に必要な経費を勘案して算出されるはずであり（(2)の例で考えると、報酬には、家屋の柱・壁・屋根を建築するために請負人が支出した経費相当額も含まれるはずである）。費用の請求を考える必要はない。

問題になるとすれば、建築工事の全期間を通じ必要な建設設備のレンタル料を一括払いしている場合の契約終了後に対応するレンタル料などであろう。このような費用の負担については、契約の途中解約の可能性、工事が途中で終了することとなった事情、報酬の計算などによって適宜処理すべきであり、わざわざ民法で規定する必要はない（規定すれば、このような費用は当然全額請求できることになるが、相当とはいえないであろう）。（福岡弁）

- 「注文者の責に帰すべき事由」によって仕事が完成できなくなった場合に、「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」の報酬請求が認められることにすれば、費用は、カバーされているので、費用償還請求権を認める必要はない。（堂島有志）
- 労務供給に関する報酬請求権については、労働契約、雇用契約、請負契約、委任契約、準委任契約その他の契約形態の如何にかかわらず、現行法制より権利内容を後退させるべきではない。

役務提供型契約には、①消費者契約のように、役務受領者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、②労働契約のように、役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり、それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ、消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは、役務受領者の立場を片面的に強化し、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。

請負に関して、仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権については、これまで、その原因が注文者の責めに帰すべき事由にあるときには、民法 536 条 2 項の危険負担の規定により、請負人は反対給付たる報酬請求権を失わないと解されている。この点、従来の「注文者の責めに帰すべき事由」と、「中間的な論点整理」の提案する「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」の違いは明らかではないが、「注文者の義務違反」でなければ、個人が有償で自ら労務を供給する契約に関して、労務供給先（注文者）が仕事の完成前に仕事を打ち切った場合でも、既に履行した役務提供の割合に応じた報酬の支払をすればよいこととなる。これは、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の権利を後退させるものであり、このような方向での法改正には賛成できない。（連合）

- 請負であれば、仕事の遂行に通常必要となる諸費用は請負人がこれ

を負担する（費用相当分は、実質的には請負人の報酬の中に含まれる）ものとするのが原則であり、途中で仕事の完成が不可能になった場合であっても、原則として報酬請求権の問題として処理すれば足り、別途に費用償還請求権を認める必要はないのではないかと。規定しない方向で検討されるべきである。（会社員）

- 中間論点整理において提示された考え方には、反対する。請負において支払われる金員について、費用と報酬を区別するのは困難であり、費用が報酬に含まれているか否かによって扱いを分けることは相当でない。現行法どおり、民法第536条1項又は2項で対応するべきである。（弁護士）
- 改定すべき理由があるとは思えない。（個人）

#### 4 完成した建物の所有権の帰属

建物建築の請負人が建物を完成させた場合に、その所有権が注文者と請負人のいずれに帰属するかについて、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とされる。そこで、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かどうかについて、実務への影響や不動産工事の先取特権との関係にも留意しつつ、検討してはどうか。

##### 【意見】

- 判例の見解でも、不動産先取特権との関係（請負人が先取特権を有すること）を文言上明確に説明できないなども問題もあり、具体的ケースによって結論も分かれうるが、解釈の指針を明らかにするために原則だけでも示す必要性は高く、判例の見解には基本的な妥当性はあることから、原則という限度であっても明文化すべきである。（札幌弁）
- 今まで解釈に委ねられてきた論点について明文で規定することによって、不要な紛争を避けることができると考えられるので、明文で規定することには賛成である。具体的な立法提案はまだされていないが、実務上の扱いをそのまま取り入れ、特約がない限り材料の供給者に原始的に帰属するという考え方を採用するのが望ましいのではないかと考える。（広島弁）
- 紛争を防止するためには、明瞭な法的規律があることが望ましいという意見があったほか、特に規定を設けず判例の発展に委ねるほうがよいという意見もあった。また、法的規律を設けるについても、判例の見解を明文化するという意見と多数説を明文化するという意見があった。さらに、建築中の建物の所有権の帰属についても検討する必要があるとい

う意見があった。(兵庫県弁)

- 目的物の所有権の帰属に関して、まず、「当事者の合意・合意の趣旨」から判断し、これが不明であれば、請負人が自ら材料を調達した場合には、請負人に原始的に帰属し、この所有権が引渡しによって注文者に移転する旨を明文化すべきである。(福岡弁)
- 見解が対立している論点であり、これを立法で明確にすることが法的安定性に資する。(横浜弁)
- 完成した建物の所有権の帰属については、注文者原始取得と請負人取得のいずれの原則を採用しても結論として大きく異なる実務運用になっていないとの指摘もあるが、完成建物を取り巻く権利関係の整理において実務上混乱を生じている場面も少なくないのであり、立法的に整理することについて賛成する。ただし、現在の実務に混乱が生じないように慎重な配慮を要する。(親和会)
- 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。(日大民研・商研)
- 建物建築の請負人が建物を完成させた場合に、その所有権は注文者に原始的に帰属するとの見解は失当であり、実務は、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判例のとおりであるから、当該所有権の帰属に関する規定を設けるのであれば、判例の明文化を検討するべきである。(三菱電機)
- 完成建物の所有権の帰属を論じるに当たっては、誰が材料を供給したかという観点とともに、完成までにどれだけの請負代金の支払いが行われたかという点も重要な要素になるので、この点も視野に入れての検討が必要である。とりわけ、「論点整理」において、学説上多数説とされているとする「注文者原始取得説」では、請負工事における支払条件の実態を考えると、請負人に極めて不利になっており問題である。つまり、通常、建設請負の実務においては、建物完成時に請負代金が全額支払われているケースはそれほど多くはなく、また極端な例では、建物完成時には、請負代金の2,3割程度しか支払われないという支払条件(延払い)となっているケースもある。

今後、完成建物の所有権の帰属を議論する場合にあって、学説の立場(注文者原始取得説)をとることは、建物完成時に請負代金全額の支払い

がなされていないケースが多いとの実態を軽視することになり、建物完成引渡し時に注文者から第三者への建物譲渡や担保設定を可能にするといった、請負人の立場を極端に不利にするという面があることに留意すべきである。(日建連)

- 明文化の方向に賛成。(大学教員)
- 添付の規定は契約がないときに適用されるべきであり、請負契約においては、請負人が注文者のために代わりに材料を購入し立替払したに過ぎないから、注文者帰属を原則とすべきである。しかし、その裏側として、仕事の完成に関わらず「費用」として償還を必ず認めるべきである。(広大有志)
- 完成した建物に関する権利関係については、判例の考え方により実務上どのような不都合が生じているかを確認した上で、判例と異なる考え方を採用することによる実務への影響を考慮しつつ、さらに慎重に検討すべきである。(二弁)
- 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との考え方については、建物所有権については原則として注文者に原始的に帰属するという見解が、当事者の通常の意味に合致することが多いことは事実であると思われる。ただ、一方で当該考え方を取った場合、完成後引渡前に地震が発生した場合に請負人が責任を負わないという結論も生じうることから、かかる場合の責任配分も含めて、注文者・請負人の適切なリスク配分の見地から慎重に検討がなされるべきと考える。(日弁連消費者委有志)
- 建物所有権の帰属についての規定を新たに設けることについては、賛成と反対の意見があり慎重な検討を要する。

請負人帰属説、注文者原始的帰属説のいずれを採用するかについて判例と学説が対立しており、また、物権法にも影響を及ぼすべき事項である。(日弁連)
- 実務では、完成した建物の所有権は引渡しと同時に請負人から注文者に移転する(また、引渡しは危険負担の移転時期や代金の支払時期の基準にもなっている)という扱いが一般的であることから、このような実務上の取扱いを考慮の上、検討頂きたい。(貿易会)
- 建物等の有体物については賛同できるが、無体物に関して類推適用がなされないように留意して検討を進めていただきたい。(情サ産協)
- 住宅の建設工事の実務においては、請負人が材料の全部又は主要部分を提供するケースが大半を占めている。このため、完成した建物の所有権の帰属に関し、請負人が所有権を取得し、引渡しによって注文者に移転するとの特約がなされている。

いわゆる注文者原始帰属説については、こうした住宅の建設工事の実

務上の取り扱いとは異なることも考慮した上で、慎重な議論を要するものとする。

特に、注文者原始帰属説に立つと、注文者は代金を支払っていないにもかかわらず所有権を有することになるが、多くの注文者はローンの借り入れで資金を調達するし、ローンが実行されるのは完成後であり、それまでは請負人の負担で資材を調達し工事を進めることになる住宅の注文者一般の取引感覚からも著しく乖離しており、代金の支払状況に応じて所有権が移転するとする現在の判例の立場のほうが公平の観点からも理解しやすいし、実務上、この点が問題にされることは稀有であり、注文者にとっても請負人にとっても現行条文で何ら支障はない。また、仮に民法が注文者原始帰属説を採用した場合、所有権に基づく建物引渡請求に対し同時履行の抗弁権で対抗できるか、現時点では実務上の取扱いは不明である。同説採用の場合は、請負人の報酬請求権保護の観点から新たな法律上の手当が必要ではないか。(住団連)

- 産業界、特に建設業界の関心（注文者に対する請負報酬債権の保全）に即した立法措置あるいは解釈論に関する検討を行われたい。請負者への報酬は後払いという民法の典型モデルを前提に、材料の提供（代金の支払を含む）の如何に拘わらず、原始的に注文者が所有権を取得するという法理を民法に定めることは、国民の素朴な法感情からは理解しづらいし、建設業界からは、請負報酬債権の担保を図る手段がなくなるという懸念が示される。なお、請負人が材料を提供した場合に工事の出来形が請負人の所有物であるとする現行判例の考え方を採用する場合は、報酬支払まで敷地の上に出来形を存置する権利（例えば、法定使用貸借権或いは法定留置権）が請負者にあることについて、立法措置を検討すべきである。(建設適取協)
- 請負人が完成した建物の所有権をめぐって、判例は、特約がない限り材料の供給者に原始的に帰属する（請負人が材料を提供するのが通常であることから、基本的に請負人が所有権を取得することになる。）としている。完成した建物に関する権利関係を明確にするためには、建物所有権の帰属に関する規定を新たに設けることを検討すべきであるが、判例の見解に従った規定を設けるためには、不動産工事の先取特権を体系的にどのように位置づけるかを整理する必要がある。(弁護士)
- 従前の判例を変更することによって実務に混乱を及ぼすおそれがあるので、慎重な検討が必要である。(最高裁)
- 実務への影響が大きく、現時点で改正を行う必要性もないことから、特段の立法は不要である。(東弁)
- 判例と学説が対立しており、物権法にも影響があることから、建物所有権の帰属についての規定を新たに設けることには慎重な検討を要する。(愛知県弁)

- 建物所有権の帰属についての規定を新たに設けることも考えられるが、請負人帰属説、注文者原始的帰属説のいずれを採用するかについて判例と学説が対立しており、また、物権法にも影響を及ぼすべき事項であるため、債権法に建物所有権の帰属についての規定を設けることについては慎重に検討すべきである。(大阪弁)
- 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設ける必要はない。材料の供給の有無、代金の支払の有無によって注文者、請負人のいずれに原始的に所有権が帰属するかを決める判例の考え方は、物権法の原則にも合致するものであり、また、公平である。注文者帰属説を民法で定めることは実務に与える影響が大きすぎる。(堂島有志)
- 規定を新設しなくてもよい。実際には当事者の合意で適切に処理されるから規定を置く必要がない。  
規定を置くとすれば判例通りでよい。規定を置くとすれば判例に示された考え方(材料・費用についてより大きな貢献をしたものに帰属させる)によるのが適當。(法友全期)
- 完成した建物の所有権については、判例上は基本的に材料供給者の所有権を認めることで、請負人の報酬請求権の保護を図っているものと解されるが、完成した建物に注文者の所有権を認める法改正が行われれば、これによる報酬請求権の履行確保が困難となり、実務に大きな悪影響を及ぼすと予想されるところ、このような弊害にもかかわらずなお規定を設けるべき実務上の必要性は認められない。(弁護士)
- 実務的に大きな影響のあるところであり、性急な改正は避け、慎重な検討が必要である。(会社員)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)
- 請負者は注文者からの注文があるから仕事を行うものであり、注文者からの変更、停止の指示がない限り、完成が不可能になることは考えにくい。よって、それまでの成果物を作成するまでに要した役務および材料等は、請求できるものとする。(団体職員)

## 5 瑕疵担保責任

### 【意見】

- 当該論点については、法定責任説か、契約責任説かという議論に拘泥することなく、具体的な要件と効果をどうするかという観点から検討を進めるべきである。(日弁連消費者委有志)

## (1) 瑕疵修補請求権の限界（民法第634条第1項）

民法第634条第1項ただし書によれば、瑕疵が重要である場合には、修補に過分の費用を要するときであっても、注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができるが、これに対しては、報酬に見合った負担を著しく超え、契約上予定されていない過大な負担を請負人に負わせることになるとの批判がある。このような批判を踏まえて、瑕疵が重要であるかどうかにかかわらず、修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には、注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができないこととするかどうかについて、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との指摘があることも踏まえ、検討してはどうか。

### 【意見】

- 瑕疵が重要であるかどうかにかかわらず、修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができないと規定を修正することについて、賛成する。（広島弁）
- 賛成（広大有志）
- 修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合に瑕疵の修補を請求できない（瑕疵が重要でない場合に限定しない）意見に賛成。たとえ瑕疵が重要であったとしても契約した以上の過度の負担を契約当事者に負わせるべきではない。注文者には解除・損害賠償の請求が認められるので不利益は回避できる。（法友全期）
- 請負人には、瑕疵担保責任という非常に重い無過失責任が課せられていることから、更に瑕疵修補請求の場面において、報酬に見合った負担を著しく超え、契約上予定されていない過大な負担を請負人に負わせることは、その過大な負担を請負代金に転嫁することは事実上不可能であることから、極めて不合理である。従って瑕疵修補請求権には一定の制限を設けるべきである。

実務では、更に、不具合に対する発注者の過度な要求が行われ、請負者が過度な負担を余儀なくされ場面が少なくなく、不具合事象に対して経年劣化・使用劣化と瑕疵との分別が困難であることに加え、発注者と請負者間の力関係が必ずしも対等でない現実にあつて、請負者側に一方的な負担が押し付けられる現実が存する。

これらの実務の実情を踏まえると、瑕疵の大小を問わず、契約の趣旨に照らし、報酬に見合った負担を著しく超え、修補費用が契約上予定されていない過大な額に及ぶ場合は、修補請求を制限することを規定することが望まれる。（日建連）

- 瑕疵が重要であるかどうかにかかわらず、修補に要する費用が契約

の趣旨に照らして過分である場合には、注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができないこととする考え方に賛成である。現在の規定では瑕疵の重要性をことさら強調するといったミスリードをしやすいとも言えるが、当該考え方は、瑕疵の重要性以外の考慮要素も含めて判断することになり、契約当事者間の公正妥当な結論を導きやすく、また、実務においてもそのように解釈しているところであるからである。(三菱電機)

○ 瑕疵が重要であるかどうかにかかわらず、修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には、注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができないものとする方向で検討するべきである。(会社員)

○ 瑕疵が重要であっても補修に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には補修請求できず、補修費用の損害賠償は合理的な限度とすることを検討してはどうかとする意見があったが、修補費用が過大な場合に修補請求ができないとすることは、建替費用相当額の損害賠償を認めた最三小判平成14年9月24日集民207号289頁やこの判例に対応する解除権制限の見直しとの整合性を図ることが必要となるとの意見があった。また、専門家たる請負人は、契約目的達成に重要な要素の欠陥がある場合にはこれを補う責任を負うのであり、費用が過分であってもこれを注文主に負担させるのは不適當ではないかとする意見があった。(最高裁)

○ この問題は履行請求権の限界(第2, 3)の一つとして議論するか、少なくとも、これとの整合性に留意すべきである。

瑕疵修補請求権は本来的な履行請求権であって、瑕疵の重要性や修補に過分の費用を要するか否かを問わずに、修補請求できるのが原則である(補足説明 359 頁の最後の意見を支持)。しかし、たとえばドイツ民法275条2項(前掲)では、「債権者の給付に対する利益に対し著しく不均衡となる費用を要するときは」債務者は履行を拒絶できるものとされている。履行請求権の限界として、このような規定を置くことすれば、この中で処理することが可能となろう。あるいは、少なくともこれの延長線上で請負契約に関して規定を置くべきではないか。

仮に上記のような履行請求権の限界に関する規定を置く場合には、瑕疵の重要性の有無を問題とする必要はないのではないか。

請負人がこの履行拒絶権を行使するときは、注文者は請負人に対して「修補に代わる損害賠償」(無過失責任)を請求することで足りる。瑕疵が重要であるとしても、当該請負人による修補に固執する必要は必ずしもない。(大学教員)

○ 瑕疵がある場合は原則として修補を認めるべきであり、修補費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には注文者は請負人に瑕疵修補

請求できないとする考え方に反対する。請負人に負担をさせるのが酷という例外的事情がある場合は、「瑕疵が重要」か否かの解釈によって調整可能である。(札幌弁)

- 修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には、注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができないという考え方については、反対意見が強い。

修補に過分の費用を要する場合に瑕疵の修補を請求することができないとすると、契約の内容を実現するためには、注文者が過分の費用を負担して瑕疵を修補しなければならないことになる。しかし、何らの落ち度もない注文者がそのような不利益を甘受することには合理性がなく、かかる不利益は瑕疵ある仕事を行った請負人が負担するのが合理的である。また、「過大な費用」か否かについて常に紛争が生じる懸念がある。(日弁連)

- 修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができないという考え方については、「過大な費用」であるか否かについて常に紛争が生じ、混乱を招くので反対する。(愛知県弁)
- 瑕疵があった場合は修補する義務があるのが原則であり、負担が大きいという理由だけで緩和するのは妥当ではないから、中間論点整理において提示された考え方には反対である。(東弁)
- 請負人は、そもそも契約に適合した仕事を完成する義務を負担しているものであり、完成した仕事に瑕疵有る場合には原則として修補請求が可能なものであり、原則が重視されなければならない。瑕疵が重要な場合にまで請負人の免責を認めるのは相当ではない。特に、住宅の建築請負のように、消費者が注文者、事業者が請負人となる場合には、重大な瑕疵があるにもかかわらず瑕疵の修補を請求できないとすることは、不都合が生じることが予想される。(兵庫県弁)
- 瑕疵が重要であるかどうかにかかわらず、修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には、注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができないと規定することについては反対である。瑕疵修補請求が適用される場面が減少し、被害救済が不当に狭まる可能性がある。また、「修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合」か否かについて常に紛争が生じる懸念がある。(大阪弁)
- 民法634条1項は現行のまま維持すべきである。瑕疵が重大であれば、まずは修補すべきであり、軽々しく例外を認めるべきではない。(福岡弁)
- 修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には、注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができないこととするとは、社会的合理性ある限界を法文上明確にしておくことに意義があり、

積極的に検討すべきであるが、請負人の瑕疵に対する不誠実な対応を招く危険性もあるので、濫用的主張が起きないように留意する必要がある。  
(横浜弁)

- 瑕疵が重要である場合であっても、修補に要する費用が過分であれば瑕疵修補の請求ができない旨の規定を設けることに反対である。

現行民法第634条第1項ただし書は、原則として請負人は瑕疵の修補義務を負うものの、瑕疵が軽微であり、かつ修補に過分の費用を要する場合に限り、請負人の負担が過大となることから例外的に瑕疵修補義務を免れさせるものと解される。しかし、瑕疵が重要である場合にまで、この例外を拡張するとすれば、何ら落ち度のない注文者が過分の費用を負担して瑕疵を修補する負担を負うことになりかねず、請負人と注文者の公平を欠くものと思われる。したがって、注文者がそのような不利益を甘受することには合理性がなく、かかる不利益は瑕疵ある仕事を行った請負人が負担するのが合理的である。(二弁)

- 瑕疵がある場合に請負人が修補義務を負うのが原則であり、例外的に修補義務を負わない要件は厳格であるべきである。たとえば、請負人が漫然と瑕疵を放置したまま仕事を継続したために、重要な瑕疵について修補に過分の費用を要することとなった場合に修補義務を免れるとすることは、かえって社会経済上の利益を損なうこととなりかねない。現行法を維持すべきである。(親和会)

- 瑕疵が重要であるかどうかにかかわらず、修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には、注文者は請負人に対して修補を請求することができないこととする考え方には強く反対する。

上記のような考え方は、瑕疵は修補されるべきという本来の原則を損ない瑕疵担保責任を骨抜きにしかねないものであり、バランス論としても、重大な瑕疵ある仕事を行った請負人に対して過大な保護を与えるものといわざるを得ない。実際、重大な瑕疵が存在する場合、修補費用も大きなものとなることは多く(例えば、建物の構造部分に瑕疵が存在した場合には、瑕疵部分のみならず、外装材・内装材等を撤去・再施工する必要があることが通常である)、上記考え方によると、修補が容易な軽微な瑕疵のみが存在する仕事を行った請負人は修補義務を負うにもかかわらず、大がかりな修補が必要な重大な瑕疵ある仕事を行った請負人は修補義務を負わないという不均衡が生じかねない(重大な瑕疵ある仕事を行った請負人に「やり特」を認めかねない)。

また、請負人において、「費用が過分である」と言い張ることによる不当な修補拒否が行われる危惧もある。この点、上記考え方は、過大な修補費用が生じる場合は損害賠償請求によるべきという考え方を前提にするのかもしれないが、当該考え方のような規定が設けられた場合、認定される損害賠償の範囲も当該規定に規律される結論となり

かねず、その場合、瑕疵は修補されるべきという原則を損なうこと、重大な瑕疵ある仕事を行った請負人を過当に保護する結論になることといった弊害は同様に生じるといえ、不当な結論となる。(日弁連消費者委有志)

- 瑕疵が重要である場合、その修補に過大な費用を要する場合であっても、注文者は修補を請求することができるという現行法を維持すべきである。瑕疵が重要であるにもかかわらず、注文主は修補請求が出来ず、損害賠償請求しかできないというのは注文者にとって酷である。また、本来的に、請負人は仕事を完成すべき義務を負っているのであるから、瑕疵が重要な場合に、その修補に過大な費用を要するからといって、修補義務を免れるとするのは妥当ではない(雑な仕事をしてにおいて、重要な瑕疵が残ったままであるのに、その修理に過大な費用を要するからといって、修補義務を免れるというのは公平ではない。)(堂島有志)
- 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。(日大民研・商研)
- そもそも瑕疵を生じさせたのは請負人の責任で、請負人は瑕疵のないものを完成させる義務を負うのだから、極めて例外的な場合を除き、過分費用を要するときであっても請負人が修補義務を負うとするのが適当ではないか。(オリックス)
- 請負人が、過大な費用がかかることを理由に瑕疵の修補を拒絶することができるとする、注文者が契約の目的を達せられない場合も、受領義務を負い、修補もうけられないという、両者の利害のバランスを考えると極めて不均衡な状況が出現してしまう。この場合には、少なくとも、注文者に催告解除権を認めるべきである。(不動協)
- 瑕疵修補請求の例外は、現行法どおり、「瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するとき」とするべきである。瑕疵修補請求が、瑕疵の程度および態様に照らして過分の費用を要する場合に認められないとすることは、その評価、解釈によって瑕疵修補請求が適用される場面が減少することになり、被害救済が不当に制限されることになりかねない。したがって、瑕疵修補請求の例外要件については、「瑕疵の程度および態様に照らして、その修補に過分の費用を要するとき」と変更するべきではなく、現行法どおりに「瑕疵が重要でない場合」とすべきである。(弁護士、弁護士)

- 民法第634条第1項ただし書は、瑕疵が重要でない場合において、修補に過分の費用を要するときは、注文者は修補を請求することができないとしている。この趣旨は、修補に過分の費用を要する場合にも修補を請求することができるとする、請負人は報酬に見合った負担を著しく超えるような負担を課されることになるが、このような過大な負担を負わせることは契約上予定されていないからである。瑕疵がある場合には請負人は修補義務を負うのが原則であり、例外的に修補義務を負わない要件は厳格にすべきであって、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。(弁護士)
- 現行法の規律を維持すべきであり、瑕疵が重要であるかどうかにかかわらず、修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には、注文者は請負人に対して瑕疵の修補を請求することができないこととする考え方には反対する。請負の目的物に重要な瑕疵があった場合には、当然請負人の責任において修補すべきであり、負担が大きいというだけで修補義務を否定すべきではない。(弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)
- (1) 個別仕様の発注品についての瑕疵は発注者側からの指摘義務は認めるが、常識的以上の瑕疵が出ないようにして納品するベンダー側の義務も謳ってほしい。バグがあっても当たり前の感覚は容認すべきものではない。機能仕様についての表現は現債権法に多く登場してくるが、非機能要件についての記述が少ないことも再考の余地がある。
  - (2) パッケージのバグにユーザーは悩まされているので、一定以上の品質にしてから売り出す義務も提起してほしい。瑕疵修復時間を規定すべきと考える。
  - (3) クラウドシステムの提供
    - パッケージよりもさらに厳しい品質が期待される。機能のみならず、非機能についての品質確保が望まれる。国際基準の共同作成など国は推進してほしい。クラウドシステムについての非機能要件の確保基準など一歩進めることを期待したい。
    - 過去にも不当変更で問題が発生している。一方的に約款を変更して良いなどの商品が存在することを許してはならない。
    - この問題はソフトウェア産業にとって独特の課題であり、これは時間をかけて議論すべき問題である。(システム・ユーザー協)
- 情報システムの開発に際しては、限られた期限・コストの範囲で全てのパターンの検証を行うことは不可能であり、その結果、開発の最終工程が完了した段階であっても不具合が残存することは避けられない。このため、複数の裁判例において、不具合が発生したとの指摘を受けた後、遅滞なく補修を終えるか、注文者と協議したうえで相当な

代替措置を講じたと認められるときは、損害賠償の請求ができないこととされていることを踏まえ、このような場合には、契約不適合の状態にはなく、請負人は瑕疵に基づく権利行使（損害賠償の請求、報酬減額請求等）を受けないことを明らかにする必要がある。（情サ産協）

## (2) 瑕疵を理由とする催告解除

民法第635条本文は、瑕疵があるために契約目的を達成できないときは注文者は請負契約を解除することができる」と規定しているところ、契約目的を達成することができないとまでは言えないが、請負人が修補に応じない場合に、注文者が同法第541条に基づく解除をすることができるかについては、見解が分かれている。そこで、法律関係を明確にするため、注文者が瑕疵修補の請求をしたが相当期間内にその履行がない場合には、請負契約を解除することができる旨の規定を新たに設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、解除に関する一般的な規定の内容（前記第5，1）にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2，5(2) [16頁]】

### 【意見】

- 請負人が修補にも応じない場合は、たとえ目的達成可能であっても解除を認めるのが妥当であるから、541条に基づく解除を請負にも明記することに賛成する。（札幌弁）
- 注文者が瑕疵修補請求をして、相当期間内にその履行がない場合に請負契約を解除することができる旨の規定を新たに設ける考え方について賛成する。（愛知県弁）
- 請負人が瑕疵修補義務を履行しない場合に、注文者が請負契約を解除することができる旨の明文の規定を設けるべきである。（福岡弁）
- 瑕疵を理由とする催告解除を認める考え方に、賛成である。請負人が修補に応じない場合にまで、解除を制限することに合理性は乏しいものと考えられる。（二弁）
- 規定を置かなくとも債務不履行の一般原則の催告解除の規定を適用することになるが、目的不到達の場合の無催告解除のみ請負の規定で、催告解除は債務不履行の一般原則の規定を適用するのは統一性がない。無催告解除の規定を置くなら催告解除の規定も置くべき。（法友全期）
- 現行民法第635条が定める場合以外に、541条に基づく解除ができることを条文上明記すべきとの考え方には賛成。（日弁連消費者委有志）

- 解除できる場合を制限する現行法の合理性は判例によって否定されているところであり、建替え以外の救済方法がある場合であっても、契約の解除を認めるべき場合はあるから、注文者が瑕疵修補の請求をしたが、相当期間内にその履行がない場合には解除することができることとする考え方に賛成する。(金沢弁消費者委)
- 催告解除によって、請負人が報酬債権の全部を失うものではなく、解除原因の態様等に応じて、一定の報酬債権を有する余地があることを前提に、瑕疵を理由とする催告解除を設けることについてとくに異論はない。(親和会)
- 賛成(広大有志)
- 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。(日大民研・商研)
- 請負契約について、民法635条以外に、541条による解除ができることを明文化すべきである。(弁護士、弁護士)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 注文者が瑕疵修補請求をして、相当期間内にその履行がない場合には請負契約を解除することができる旨の規定を新たに設ける考え方については、賛成する意見が多いが、反対する意見も強く、慎重な検討を要する。  
解除制限に合理性はないという賛成意見がある一方、瑕疵が軽微であるときにも解除を認めることは請負人に酷であり、請負による解除を「契約の目的を達することができない」場合に限るとしてもそれほど不都合は生じず、損害賠償請求により対応することで注文者の保護は図られるとする反対意見も強い。(日弁連)
- 民法541条の解除の一般的な規定の内容との整合性をふまえて、検討する必要がある。(広島弁)
- 民法第541条の原則はあるが、このような場合には他の者に修補させればよく、解除を認めるのは請負人に酷な場合がある点に留意し、今後慎重に検討されるべきである。(東弁)
- 瑕疵修補の遅滞によって請負契約がいきなり解除され、例えば建築された建物が収去されるような事態に陥る可能性があり、紛争が激化するおそれもあるので、解除の効果も視野に入れて慎重に検討するべきである。(兵庫県弁)
- 「論点整理」の催告解除が、第541条(履行遅滞等による解除権)「当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。」に基づく解除をいうのであれば、ここでいう「当事者の一方が債務を履行しない場合」とは、請負人が瑕疵修補に応じない場合をいうのではなく、請負

人が請負契約に定める本来の債務（仕事）を履行しない場合をいうことになる。その意味では、第541条の規定から、「注文者が瑕疵修補の請求をしたが、相当期間内にその履行がない場合には、請負契約を解除することができる旨の規定を新たに設けるべき」と導くには飛躍があり、説得的ではない。（日建連）

- この場合に、契約目的の達成不能という要件を維持するのかどうか、債務不履行解除の一般的要件との関係について、さらに整理が必要ではないか。（大学教員）
- 民法第541条の解除の一般的な規定の内容（前記第5，1）が確定した段階でこれとの整合性に留意しながら検討する必要がある。（弁護士）
- 請負契約には、その仕事の内容が可分である場合に、契約全部の解除を認めてしまうと有益な仕事の成果物まで原状回復して注文者に返還しなければならないことになり、社会経済上の損失が大きい。したがって、注文者が瑕疵修補の請求をしたが相当期間内にその履行がない場合に、請負契約を解除することができる旨の規定を新たに設ける場合には、瑕疵のない既履行部分を除く部分にのみ注文者の解除権を認めるものとすべきである。（弁護士）
- 瑕疵修補の請求を行い、履行がされない場合に解除権を付与することは注文者の保護に資するものであることは理解できる。しかし、建物建築請負で軽微な瑕疵について修補請求を行い、請負人がそれを履行しなかった場合に解除をするということは不均衡であるとも考えられる。請負における解除は、「契約の目的を達することができない」場合に限るとしても、それほど不都合はないものと考えられる。瑕疵修補の請求を行い履行がなされなかった場合に、なお契約の目的を達することが可能な状態であれば、それは損害賠償請求により対応すれば注文者の保護は図られるのではないかと考える。したがって、瑕疵が軽微な場合であっても、注文者が瑕疵修補の請求をしたが相当期間内にその履行がない場合には解除できると条文上明記することには反対である。（大阪弁）
- 瑕疵が軽微であるときにも解除を認めると請負人に酷である。注文者の保護は損害賠償請求により図りうる。（横浜弁）
- 「請負人が瑕疵の修補に応じない場合、注文者は、瑕疵によって契約目的を達成することができないとまでは言えないにもかかわらず、催告して解除できる」旨の規定を設けることには反対。瑕疵があっても契約目的を達しない場合は解除できるが、それ以外は解除できないこととしても、瑕疵担保責任（債務不履行責任）としての損害賠償請求をできるから、注文者に格別不利益はない。（堂島有志）
- 請負の場合、注文者による解除が問題とされるケースとしては、背

景事情として、注文者と請負人との間に瑕疵の有無や瑕疵が当該請負人の仕事に起因するものか否かについて疑義がある場合が多い。この場合において、請負人としては、注文者が原因解明のための現場への立ち入りや、他の請負人を交えての話し合いに応じないがために瑕疵修補に応じられないケースがままあるが、このような場合にまで注文者の解除が認められるのは妥当ではなく、このような場合にまで解除権を行使されるのは請負人にとって酷である。中間整理に記載されている考え方とは逆に、注文者の解除権を制約する方向での議論を希望する。(会社員)

- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

### (3) 土地の工作物を目的とする請負の解除（民法第635条ただし書）

民法第635条ただし書は、土地の工作物を目的とする請負は、瑕疵のために契約をした目的を達成することができない場合であっても解除することができないと規定しているが、これは、土地工作物を収去することは請負人にとって過大な負担となり、また、収去することによる社会的・経済的な損失も大きいからであるとされている。しかし、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当該建物を建て替えざるを得ない事案で建物の建替費用相当額の損害賠償を認めた最高裁判例が現れており、この判例の趣旨からすれば注文者による契約の解除を認めてもよいことになるはずであるとの評価もある。これを踏まえ、土地の工作物を目的とする請負の解除の制限を見直し、例えば、土地の工作物を目的とする請負についての解除を制限する規定を削除し、請負に関する一般原則に委ねるという考え方や、建替えを必要とする場合に限って解除することができる旨を明文化する考え方が示されている。これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 5(2) [16頁]】

#### 【意見】

- 建替えが必要なほど重大な瑕疵がある場合に建替費用相当額の損害賠償を認めた最高裁判例との整合性が必要であり、建替えが必要な場合に土地工作物についても解除を認めることに賛成する。(札幌弁)
- 民法第635条ただし書の見直しについては、原則として解除を制限しつつ、例外的に解除を認める要件を定めるべきであるという慎重意見もあるが、同条ただし書による解除制限の撤廃は、判例（最判平成14年9月24日・判時1801号77頁）と整合性を有するから、同条ただし書を削除することに賛成する意見が多数である。(日弁連)
- 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建物を建

て替えざるを得ない場合には、建物を取去ることが社会経済的に大きな損失をもたらすということもなく、また、建物を建て替えてこれに要する費用を請負人に負担させることは契約の履行責任に応じた損害賠償責任を負担させるものであって請負人にとって過酷であるということもないことから、建替えを必要とする場合には、原告法の民法635条ただし書の趣旨はあてはまらない。したがって、この場合には解除を認めるということをも明文化してよいと考える。(広島弁)

- 土地の工作物を目的とする請負の解除の制限は、現代の社会経済情勢に照らし、合理的なものとはいえず、実質的に判例によって骨抜きになっている以上、維持するべき理由がない。一般原則によれば足りる。(兵庫弁)
- 土地の工作物に関する解除制限については、建物に重大な瑕疵があるために建て替えざるを得ない場合には、注文者は建て替えに要する費用相当額の賠償を求めるとの判例(最判平成14年9月24日)が出たことにより、実質的に現行民法第635条ただし書が適用される場面がなくなったものといえる。解除制限の撤廃は、この判例とも整合性を有するものである。したがって、土地の工作物を目的とする請負における、解除制限撤廃については賛成である。(大阪弁)
- 近時、土地工作物について建替えを認めた最高裁判決も存在し、取り払わないことによる損害が大きい場合もあり得るから、解除制限を緩和することに合理性はあると考えられる。民法第635条ただし書は削除すべきである。(東弁)
- 民法第635条ただし書による解除制限は、判例により実質的に骨抜きにされており、規定から削除すべきである。(福岡弁)
- 少なくとも、建替えを必要とする場合には請負契約の解除を認める方向で、検討すべきである。土地工作物を取去ることは請負人にとって過大な負担となり、取去ることによって社会経済的な損失も大きいという現行民法第635条ただし書きの趣旨は、建替費用相当額の賠償が認められるような場合には妥当しない。建替えを必要とする場合以外にも解除を認めるか否かは、更に検討を要する。(二弁)
- 最高裁平成14年9月24日判決が建替費用相当額の損害賠償を認めている趣旨からして、現行民法第635条但し書きは削除が相当である。この場合、建て替えを必要とする場合に限り解除することができる旨を明文化するとの考え方も存在するが、建て替えを必要とする場合に限定する必要はなく解除制限は全廃するべきと考える(“建て替えを必要とする場合”という評価概念を新たに規定して規定を複雑化するよりも、解除制限に関する判例法理を前提とした請負に関する一般原則に委ねて解決をすることが簡明かつ適切と考える。(日弁)

連消費者委有志)

- 土地の工作物であっても、契約の目的が達成できない場合には解除可能とすることに賛成する。

建築された建物に重大な欠陥があり（例えば耐震性が全く足りない）、建て替えるほかないという場合に、注文者に解除を認めないのは酷である。現行民法化の判例では、正面から解除を認める代わりに立替費用相当額の損害賠償を認めたものがあり、実質解除を認めたのと同様の結論を導いているから、解除を認めても支障はない。

一旦建築された建物もつたいないという発想は理解できるものの、「契約の目的を達成することができない場合」という要件のあてはめによって妥当な解決を図ることができる。（堂島有志）

- 解除できる場合を制限する現行法の合理性は判例によって否定されているところであり、建替え以外の救済方法がある場合であっても、契約の解除を認めるべき場合はあるから、土地の工作物を目的とする請負の解除制限を廃止する考え方に賛成である。（金沢弁消費者委）
- 土地の工作物であっても解除を認めるべき場合がありうるので、土地の工作物のみ特別扱いせず請負における一般原則に委ねる意見に賛成。（法友全期）
- 建物等の建替えを認めず、瑕疵ある建物を存続させることがかえって社会経済上の損失となることもあり得るため、建物等を目的とする請負について、解除の余地を認めていない現行法を改めることに賛成する。ただし、一般的には、建物等の建替えは社会経済上の損失を生ぜしめるものであることに留意しなければならない。（親和会）
- ただし書の廃止に賛成である。そもそも、建築基準法違反の建物もドイツのように取り壊す方が、適切なシグナリングとなる。（広大有志）
- 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。（日大民研・商研）
- 土地の工作物を目的とする請負契約については、解除権の制限を見直すべきである。（不動協）
- 土地工作物の請負における解除制限については、廃止すべきである。土地工作物の請負について解除制限をした趣旨は、土地工作物を維持することが国民経済に資することにある。しかし、土地工作物について解除制限をすることが国民経済に資するという立法事実は、今日で

は妥当しないと思われる。建て替えを必要とする場合など、解除すべきケースについては、本文の目的達成の有無、についての解釈で妥当な結論を導くことが可能である。(弁護士、弁護士)

○ 近時、土地工作物について建替えを認めた判例もあり、土地の工作物に関しては、建て替えを要する場合にまで注文者の解除権を否定するのは行き過ぎである。したがって、解除制限を緩和することに合理性は認められるから、民法第635条ただし書は削除すべきである。(弁護士)

○ 検討することに異論はなかったが、重大な瑕疵がある場合には、解除を認めるのが相当であるとする意見がある一方、軽微な瑕疵を理由に解除を請求する者が出ることへの懸念を示す意見があった。(最高裁)

○ 原則として解除を制限しつつ、工作物の建替えを必要とする場合には解除を認める考え方に賛成する。(愛知県弁)

○ 解除制限を完全に廃止すべきではなく、原則として解除を制限しつつ、例外的に解除を認めるべき要件を定めるのが望ましいと考える。

現行法が土地の工作物についての解除権を制限している趣旨は、解除に伴い一度は完成させた土地の工作物を収去することは社会経済的損失が重大であるという理由によるところ、かかる趣旨が妥当するものについては、今後も解除を制限すべき必要性がある。これに対して、建物に重大な瑕疵があるため建替えが必要となる場合など、それを収去することが社会経済的に大きな損失をもたらすものではなく、当該建物を残置しておくことが危険であり、かえって周囲に損害を与えかねないような場合には、解除を認める必要性がある。(横浜弁)

○ 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には、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でき、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)はあるが、このことから直ちに同条ただし書は廃止してよいということにはならない。現行法を改めると、目的物が土地の工作物であっても比較的容易に解除することができるようになるが、その当否については慎重な検討が必要である。(弁護士)

○ 引用される最高裁判例は居住用建物の瑕疵が重大で建替え以外に有効な修補方法がないという相当に特殊な事案であるから、これに依拠して、土木構築物を含む広い概念である「土地の工作物」に関する瑕疵担保責任に関して一般的な議論をする際に引用するには慎重であるべきである。また、大規模な土地工作物においては、秀拳が不可能であって修繕等に対応せざるを得ない工作物も存在するものであるから、

一律に請負に関する一般原則に委ねられるべきではない。(森・濱田松本有志)

- 土地の工作物を目的とする請負契約の解除の制限について、住宅の瑕疵に関する判例法理や行政施策を非住宅の建設工事請負契約にまで拡張する考え方は、実務上も極めて問題が多く、現状のままとすべきである。平成14年9月24日の最高裁判決だけでは、救済措置として解除までが必要という積極的な論拠としては不十分である。(建設適取協)
- 建物に重大な瑕疵があるために建て替えざるを得ない事案で建替費用相当額の損害賠償を認めた最高裁判例の趣旨を明文化するには、当該判例事案に特殊性(居住用木造建物)があること、さらには、建物だけではなく、特に、土木工作物を収去する場合に惹起される社会的・経済的な損失は非常に大きいことから、明文化には反対である。

そもそも平成14年最高裁判例の事案は極めて稀なケースであることを考えると、この判例の趣旨を、請負人の過大な負担及び社会的経済的損失の回避という現行条文がもつ立法経緯・趣旨を排除してまで明文化する必要性はないと考える。また、土地の工作物を目的とする建設請負においては、請負契約の解除がなされた場合、売買契約などのように代金返還と引き換えに、売買目的物を返還すれば、原状回復が済むのとは異なり、実際問題として、現状を元に復することは極めて困難を極める。土地の工作物が大規模化し、高度化・高性能化した現代社会では、この傾向が顕著である。さらに言えば、トンネル、シールド、ゴルフ場といった地盤に密着した土木工作物については、そもそも「収去」「建替え」といった概念に馴染みにくい。つまり、土木工作物に関しては、万一瑕疵があった場合でも、収去・建替えは不可能であり、修補・修繕で対応する以外にないのが実態である。(日建連)
- 現行民法635条但書の立法趣旨は、基本的に現在でも大半の請負について妥当するため維持されるべきであり、これを廃止して請負の一般原則によるものとするのは妥当ではない。ただし、建物に重大な瑕疵があり、かつ、当該瑕疵の存在につき請負人が故意又は重過失であった場合などに限定し、更に行使目的を建て替えを行う場合などに厳格に限定したうえで、ただし書の再例外を設けることについては、請負人の負担と注文者の不利益を衡量しつつ、議論する余地はあるものとする。(会社員)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

#### (4) 報酬減額請求権の要否

請負の目的物に瑕疵があった場合における注文者の救済手段として報酬減額請求権が認められるかどうかは、明文の規定がなく不明確であるが、報酬減額請求権は、損害賠償など他の救済手段の存否にかかわらず認められる点で固有の意義があるなどとして、報酬減額請求権に関する規定を新たに設けるべきであるとの考え方があり。これに対しては、請負においては損害賠償責任について請負人に免責事由が認められるのはまれであることなどから、減額請求権を規定する必要はないとの指摘もある。このような指摘も考慮しながら、報酬減額請求権の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 5(3) [17頁]】

#### 【意見】

- 報酬減額請求権は報酬請求権の債権譲渡の場面等において意義を有するから、規定を設けることに賛成する。(札幌弁)
- 過分の費用を要するために瑕疵修補請求ができない場合において、注文者と請負人との公平をはかるのに有効であるから、報酬減額請求権に関する規定を新たに設ける考え方に賛成する。(愛知県弁)
- 報酬減額請求権については、売買契約における瑕疵担保責任の規定に代金減額請求権を盛り込むということであれば売買契約との整合性が図れるし、明確に規定されることで消費者保護にも資するものと考えられるので、認めるべきである。(大阪弁)
- 過分の費用を要するために修補請求ができない場合や、免責事由があるために請負人に対して損害賠償を請求することができない場合にも認められる救済手段が設けられることで、問題が生じた際の解決方法が多様となり、適切な解決が図られやすくなると考えられる。したがって、報酬減額請求権を認める規定を設けることについて、賛成である。(広島弁)
- 瑕疵ある目的物の時価評価額が証明できれば、請負報酬との差額について報酬減額請求という方法での瑕疵による減価分の請求ができるので、このような救済方法も認めてよい。なお、代金減額請求は無過失責任とすべきである。(福岡弁)
- 請負人に免責事由がある場合にも認められる報酬減額請求権を規定することは、請負人と注文者の公平の観点から、意義があるものと考えられる。(二弁)
- 報酬減額請求権は、当事者間の緻密な利益調整を図り得ることから、請負の場合でも、報酬減額請求権を認める必要がある。(金沢弁消費者委)
- 注文者の救済手段として報酬減額請求権については新設されるべき

である。請負人が免責される場合の救済手段としての報酬減額請求権を認めることは公平の観点からも妥当であると考えられる。ただし、同請求権の要件、効果については更に検討が必要である。(日弁連消費者委有志)

- 報酬減額請求権を認めるべき。その理由は、実務上、報酬減額により処理をしている事例も多数見られることからすれば、これを明文上も規定して明確にするほうが望ましいこと、また、売買の場合に代金減額請求権を認めるのであれば、有形請負などには売買的要素がある以上、同様に報酬減額請求権を認めるのが相当であり、また、無形請負であっても、これを認めるべきでない根拠は大きいとは考えられないことである。(堂島有志)
- 規定を設けることに賛成である。(広大有志)
- この点につき、とくに異論はない。(日大民研・商研)
- 報酬減額請求権は認められるべきである。(不動協)
- 請負の目的物に瑕疵があった場合における注文者の救済手段として報酬減額請求権に関する規定を設けることに反対である。物の製作を目的としない請負もあり、売買における代金減額と同じ理論は妥当しない。(三菱電機)
- 損害賠償請求権を免責する事由があり得ないと考えるのであれば、報酬減額請求権は不要であるといえるが、まれであるというだけで、規定が不要であるとする理由は明らかではない。(大学教員)
- 請負の目的物に瑕疵がある場合の救済手段としての報酬減額請求権を認めるべきである。例えば報酬請求権が譲渡されている場合において、請負人が完成した目的物に瑕疵があるときは、報酬請求権の譲受人には減額された報酬請求権しか取得しないという帰結を導くために減額請求権を規定する必要性がある。(弁護士)
- 製造請負における特別採用条項など、実務に報酬減額請求権に類似している制度が存在することから、一概に否定されるべきではない。ただし、請負人が拡大損害防止などのため、減額の上での引渡しを望まない場合にまで注文者が減額請求権を行使できるものとするには慎重であるべきである。(会社員)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 報酬減額請求権に関する規定を新たに設ける考え方には、賛成する意見が多いが、有力な反対意見もあり、慎重な検討を要する。

売買契約における瑕疵担保責任の規定に代金減額請求権を盛り込むのであれば、売買契約との整合性が図れ、明確に規定されることで消費者保護にも資する。もっとも、現行法でも損害賠償の内容であり、規定がなくても特に不都合はなく、むしろ減額すべき金額の算定が容易でないため混乱をきたすという反対意見がある。(日弁連)

- 現行法でも損害賠償の内容とされており、目的物に瑕疵があった場合に免責が認められることはあまりないと考えられるので、このような請求権を設けなくても不都合はない。(東弁)
- 報酬減額請求権という権利は、実質的には契約の一部解除であるが、仕事の完成を目的とする請負契約について、契約の一部解除、というのはなじみにくい面がある(特に、無体物のような場合)。結局、損害賠償や瑕疵修補で対応し、それでだめなら、そのリスクは請負人が負担すべきである。このように考えても、損害賠償が認められないケースはほとんどなく、請負人が負担するリスクは、どの様な契約にも内在しているリスクという域を出ないものと考えられるため、特に不公平はない。したがって、報酬減額請求権を規定する必要はない。(兵庫県弁)
- 明文化する必要はない。売買における数量不足の場合などと異なり、請負(特に物の制作を目的とする場合以外)の場合は、減額すべき金額の算定が容易ではないため、混乱を来すおそれがある。また、判例上、瑕疵に基づく損害賠償債権と報酬債権は相殺できると解されているため、結果的に減額と同様の効果が得られる。(横浜弁)
- 目的物に瑕疵が存在する場合であって、請負人に対する損害賠償請求権が認められない(認められるべきではない)ような場合において、報酬減額請求権という別の請求権の行使によって当初の請負金額について一定の範囲で支払拒絶が可能となることが妥当な結論といえる場面が想定し難い。新たに報酬減額請求権を設けることを議論する必要はないと考える。(親和会)
- 不当な報酬減額手段として悪用されることが懸念され、請負人保護の必要があるので、認めない見解に賛成する。履行の態様が不完全でも、まず催告等を行い仕事を完成させることを目指し、どうしても完成しない場合に損害賠償するというプロセスを踏むべきである。(法友全期)
- 具体的にどのような場合に報酬減額請求権が生じるのか不明である。損害賠償請求権との異同も含め、もう少し内容を明確にすべきである。

建設請負の実務に照らした場合、現実には、瑕疵による価値の減少を算定することが難しく、また、発注者優位の力関係の場合が多いことから、瑕疵を理由とする報酬減額請求権が発注者に与えられると、請負者に契約の趣旨を超えた過度な負担を強いる結果となるおそれがある。

また、建設請負の生産システムは、注文者と請負者が計画・施工と相互に絡んで工事を仕上げていくものであり、両者の資質の問題もあることから、瑕疵問題に対しては、そのロスをどちらが負担するかの「負担」の問題として取り扱われるべきであり、報酬の減額といった

考え方はなじまない。

一方、近時の実務では、瑕疵担保保留保金等の名目で請負金の数パーセントを保留される契約が目立ってきており、一定の留保期間経過時点においてどれだけその留保金を取り戻せるかが、請負人にとって注文者との厳しい交渉となることが多い。これは経年劣化等を瑕疵だとして留保金の返還金額を出来るだけ少なくしようとする注文者との攻防であるが、注文者優位の力関係により、請負人に酷な場合が多い。

以上のことから、建設請負の実務の視点からは、瑕疵を理由とする報酬減額請求権は、請負人に酷な結果となるおそれが高く、また、「損害賠償」や「瑕疵保険」等の既存の制度によっても調整可能であると思われ、ここで新たに注文者の救済手段としての報酬減額請求権を制度化する必要性はないと考える。(日建連)

- 代金減額請求権は、請負契約の注文者については明示的に認められていないが、売買契約についての代金減額請求権の規定は他の有償契約にも準用されるので、現行法上請負契約についても、代金減額請求権の行使が全く否定されているわけではない。

請負契約には、売買契約との区別が曖昧で売買契約と同様に代金減額請求権を認めるべきと思われる類型もあれば、報酬減額について売買と同じ論理が通用しない類型もある。よって、請負契約の報酬減額請求権については、明文ではこれを認めていないものの、一応適用の余地を残している現行法の規律を維持し、具体的にこれが認められるか否かは、当該請負契約の具体的性質に応じて個別に判断されるものとする(解釈に委ねる)のが相当と思われる。(弁護士)

- 改定の必要があるとは思えない。合意により報酬減額がなされるのが通常である。(個人)

#### (5) 請負人の担保責任の存続期間(民法第637条、第638条第2項)

請負人の担保責任を追及するためには、土地の工作物を目的とするものの以外の請負においては仕事の目的物の引渡し(引渡しを要しないときは完成時)から1年以内、土地の工作物を目的とする請負において工作物が瑕疵によって滅失又は損傷したときはその時から1年以内に、権利行使をしなければならず(民法第637条、第638条第2項)、具体的には、裁判外において、瑕疵担保責任を追及する意思を明確に告げる必要があるとされている。

このような規律に対しては、請負人の担保責任について消滅時効の一般原則と異なる扱いをする必要があるか、目的物の性質を問わず一律の存続期間を設けることが妥当か、存続期間内にすべき行為が過重ではないかなどの指摘がある。これらの指摘を踏まえ、起算点、期間の長

さ、期間内に注文者がすべき行為の内容を見直すことの要否について、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な考え方として、①注文者が目的物に瑕疵があることを知った時から合理的な期間内にその旨を請負人に通知しなければならないとする考え方（ただし、民法に事業者概念を取り入れる場合に、請負人が事業者である場合の特則として、瑕疵を知り又は知ることができた時からこの期間を起算する旨の規定を設けるべきであるとの考え方がある（後記第62、3(2)④。）や、②瑕疵を知った時から1年以内という期間制限と注文者が目的物を履行として認容してから5年以内という期間制限を併存させ、この期間内にすべき行為の内容は現行法と同様とする考え方が示されているほか、③このような期間制限を設けず、消滅時効の一般原則に委ねるという考え方もある。これらについては、例えば①に対して、「合理的な期間」の内容が不明確であり、取引の実務に悪影響を及ぼすとか、失権効を伴う通知義務を課すことは注文者にとって負担が重いとの指摘などもある。上記の各考え方の当否について、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（前記第39、1(6)）、消滅時効の一般原則の内容（前記第36、1(1)(3)）などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2、5(4) [18頁]、  
部会資料20-2第1、3(2) [16頁]】

### 【意見】

- 通知義務を課すことで請負人も損害を抑える対応がとれるし、瑕疵を認識した場合に通知することは一般消費者との関係でも期待できるから、瑕疵通知義務による期間制限に賛成する。ただし、合理的期間というのはあいまいであり、具体的に明記する必要がある。（札幌弁）
- 瑕疵担保責任の存続期間を瑕疵通知義務と失権効によって規律する考え方に賛成する。その内容は、注文者は、目的物に瑕疵があることを知った時から1年以内に、瑕疵がある旨を請負人に通知しなければ、瑕疵担保責任の追及ができないこととすべきである。理由は、以下のとおり。

第1に、瑕疵の有無、まして、引渡しの時点であったか否かの判断は、時間が経過すると困難になること、通知を受けることで、請負人が注文者の被る損害を小さくする対応をとることも可能となることから、瑕疵を知ってから早期に通知させることが望ましい。また、目的物を引き渡した以上債務の履行を完了したと考えている請負人の信頼は一定の保護に値する。

第2に、注文者に具体的な権利行使までさせることを要求すると、

対応方法をよく知らない注文者に酷であるが、「瑕疵がある旨の通知」であれば、困難を強いるものとはならない。(堂島有志)

- 注文者が消費者である場合に、適切な相手方に適切な内容の通知を一定期間内に出すということが期待できるのか疑問であり、また、事業者に限ってそのような通知義務を負わせることも規定のあり方として複雑である。

そこで、瑕疵を知った時から1年以内という期間制限と、注文者が目的物を履行として認容してから5年以内という期間制限を併用させることで、瑕疵がある場合にはなるべく早期に担保責任を主張させるという趣旨はある程度保護されるのではないか。ただし、売買における売主の瑕疵担保責任の存続期間や、消滅時効の一般原則の内容との整合性を考慮しながら検討する必要がある。

また、担保責任を追及する側が事業者である場合でも、事業者の中には取引に営利性があるゆえに簡易・迅速を求める商人だけでなく、営利性のない取引を行う者も存在し、営利行為を行わない事業者についてまで権利行使を制約する方向での特則を商法とは別に民法に取り込むことは、知識・情報・交渉力などの格差を是正することとは必ずしも繋がらず、こうした特則規定を定める必要があるのか疑問である。(広島弁)

- 注文者が目的物の瑕疵を知ったときに通知するとの考え方に反対する。通知のみすることの意義が見出せない。また、「合理的な期間」が不明確に過ぎる。やはり原則的な期間を明示すべきであると考える。

担保責任の存続期間につき現行法の規定を維持しつつ、起算点を注文者が瑕疵を知った時とする等の修正を加える考え方に賛成する。

担保責任追及のために注文者が存続期間内にすべき事項について、判例を明文化することに賛成する。(愛知県弁)

- 注文者が合理的期間内に通知しなければならないとする考え方は、通知の有無、内容の適否、合理的期間内になされたかどうかなどを巡って紛争が拡大することになり、反対する。引渡し又は仕事の終了から1年という期間制限は短く、注文者が瑕疵を知った時から起算される期間と注文者が仕事を履行として受領した時から起算される期間の双方を規定し、注文者の権利行使期間を伸長する方向に賛成する。(一弁)

- 瑕疵担保責任の存続期間は、引渡後10年及び注文者が瑕疵を知ってから2~3年程度とすべきである。理由は以下のとおり。

瑕疵担保責任を契約責任と考えれば、瑕疵担保責任の存続期間は、一般債権と同じく10年となるはずである。売買の瑕疵担保に関しても、引渡後10年間存続することと解されている(最高裁平成13年11月27日判決・民集55巻6号1311頁)。したがって、基本は、引

渡後 10 年間とすべきである。目的物の瑕疵が引渡し直後に発覚せずに時間を経て発覚する事例も少なくなく、現行法のように引渡後短期間では、瑕疵担保責任の規定としては十分ではない場合も少ないと思われる。そのうえで、仕事が完成し目的物の引渡しも完了したという請負人の信頼の保護を考えると、引渡後 10 年以内であっても、注文者が瑕疵を知ってから一定の期間（2～3 年間）を経過すれば、請負人を免責すべきと思われる。（福岡弁）

- 必ずしも専門的な知識を有しているとは限らない注文者に一方的に通知義務を課し、それを怠った場合に瑕疵担保責任の追及を封じるとするのは、注文者にとって極めて酷といえる。また、通知をすべき「合理的期間」という概念についても、不明確であり、賛成できない。

「知ったときから 1 年」という点については、賛成である（ただし、1 年では短すぎるとの意見もある。）。現行民法の売買の瑕疵担保責任とのバランスからも起算点は「知ったとき」とすることが望ましい。

「受領してから」という点については、債権一般の時効として処理すべきである。ただし、一般の債権時効が 5 年よりも長い場合には、5 年という制限を設けることも検討すべきである。（横浜弁）

- 中間論点整理①の合理的期間という規定は不明確であり、実務に大きな混乱をもたらす上、通知義務を負わせることは、その通知自体の存在の証明自体の負担が大きい。

知ってから 1 年という主観的期間と履行として認容してから 5 年を併存するという②の考え方は、請負の範囲の議論次第では、事実上似た種類の契約であるにもかかわらず片方は知ってから 1 年、片方は一般消滅時効と大きな差が出てくる可能性がある。

一般消滅時効に一元化すべきであり、③に賛成する。

なお、事業者について特則を設ける考え方は、業種や瑕疵の発見能力に関わりなく瑕疵の発見を要求するものであり、實際上、瑕疵担保責任を追及できる期間が現行民法の規定より著しく短期間となってしまうので、不当である。（東弁）

- 期間制限を設けず、消滅時効の一般原則に委ねるという考え方に賛成する意見が強い。

①については、「合理的期間」という規定が不明確であり、注文者は当該目的物について専門的な知識を有していないことが多いため、何をもって通知の対象とすべき瑕疵であるかを判断できず、消費者保護の観点からも、般的な通知義務を課すことは、注文者に酷な結果となる。

②については、例えば、住宅の瑕疵の場合、不具合（欠陥現象）には気づいても、専門家に依頼して調査するまでは不具合の原因（欠陥原因）が分からなかったという例が多く、かかるケースでも、不具合

に気づいた時点で「瑕疵を知った」と判断される可能性があり、注文主の瑕疵担保責任請求権が不当に制限される。また、「履行としての認容」という概念を採用しても瑕疵の有無について検査義務を課すものではないと理解されているにもかかわらず、履行として認容したことによって短期の期間制限に服するのか、その理由が不明である。  
(日弁連)

- 注文者に通知義務を課すべきではなく、担保責任の存続期間の規定を撤廃して、権利行使期間の制限については時効制度の規定に委ねるべきである。その理由は、以下のとおりである。

注文者に通知義務を課す考え方は、「給付された目的物が契約に適合しない不完全履行があった場合において、債務の本旨に従った履行を完了したと信じた善意の債務者の正当な信頼を保護するために、契約当事者の協力義務の一環として、不完全履行の事実を知った債権者がその時から契約の性質に応じた合理的な期間内に債務者にその旨を通知する義務を負い、それによって、不完全履行に基づく損害賠償責任が保存されるとする考え方に基づく規律である。」との考えに基づくものであると考えられ、契約当事者の協力義務の一環として通知義務を位置づけている。しかし、そもそも、請負人は、瑕疵のない目的物を引き渡す義務を負っている以上、かかる義務を履行していない債務者（請負人）について、債務の本旨に従った履行を完了したことを信じたことについて保護すべき理由はないものと考えられ、協力義務を注文者に求めることは妥当でないとする。また、注文者は、当該目的物について専門的な知識を有していないことが多いのであって、何をもって通知の対象とすべき瑕疵か否かについて判断できないのが通常である。例えば、住宅紛争事案の場合、欠陥現象（雨漏り等）と欠陥原因（建築士等の調査結果により発見された構造上の問題等）とが存在する。欠陥現象を認識した時点から起算点とするのは注文者に酷であると考えられるが、どの時点を「注文者が目的物に瑕疵があることを知ったとき」とするのかは不明である。以上より、瑕疵の通知義務を一般に課すことについては、注文者にとって酷な結果となるのではないかと考える。

消費者保護の観点からも、事業者と消費者との現実的な交渉力・情報量格差からすれば、消費者も含めて一般的な通知義務を課するのは、消費者である注文者に酷な結果となる。

以上より、注文者に通知義務を課すことは妥当ではないと考える。そして、権利行使期間の制限については、権利行使期間の明確化の観点から、時効制度の一般規定に委ねるべきであるとする。（大阪弁）

- 期間制限については賛否両論あるが、消滅時効の一般原則に委ねる

方向で見直すべきとの意見が多数である。

仮に、期間制限を維持する場合には、「合理的な期間内」ではなく、一律の期間とする方向で検討すべきである。

仮に、期間制限を維持する場合には、起算点を「知った時から」とすることについて、更に慎重に検討すべきである。(二弁)

- ①については、「合理的な期間」なる不明確な概念により瑕疵担保請求権の消長が決せられるのでは実務上混乱が避けられないこと、「通知」の内容もいかなる事実を通知するべきかも明確でないこと、注文者が消費者の場合には通知義務を課するのが酷な場合が珍しくないといえることから、実務上、到底受け入れがたい考え方であるといえる。

②は、「履行として認容」という不明確な概念が起算点とされることの問題点、1年、5年という期間が前提とされている理由が不明であるという問題点が存在し、賛成できない。

③については、現行民法が、債権の消滅時効期間とは別に、更に短期の除斥期間としての瑕疵担保期間を別途設定している複雑さを見直し、簡明化するという意義は認められる。(日弁連消費者委有志)

- 中間論点整理に置いて提示された各考え方のうち、①の「合理的期間」という規定は極めて抽象的かつ不明確であり、実務に大きな混乱をもたらすことが予想される。また、事業者について、瑕疵を知り又は知ることができた時から期間を起算する旨を規定するという考え方については、現行商法の規定より更に注文者の検査義務を厳格にし、業種や瑕疵の発見能力(注文者が専門業者等以外の場合には、事業者の瑕疵発見能力は一般人とあまり変わらない)に関わりなく瑕疵の発見を要求するものであり、仮にこのような規定が設けられれば、注文者は現行実務よりさらに時間を掛けた慎重な検査を行うことを余儀なくされ、それだけ請負人に対する報酬支払いの時期も遅延し、いわゆる「下請いじめ」の被害が現状よりさらに拡大する可能性がある。

②の「知ってから1年」という主観的期間と「履行として認容してから」5年を併存するという考え方は、特に後者の「履行として認容してから」という時効の起算点について紛争が多発する可能性があり、あまり有益な立法提案とはいえない。

したがって、一般消滅時効に一元化することが相当である。(弁護士)

- 請負人の担保責任の存続期間については、仕事の目的物の完成から長期間を経ると、通常の損耗や注文者帰責による不具合と請負人が責任を負うべき瑕疵との区別が困難になるから、一般債権の時効消滅期間ではなく、引渡時(引渡しを要しないときは完成時)を起点とする、取引実務で受け入れられる合理的な長さ(3ヶ月、6ヶ月、1年が目

安)の特別の除斥期間たる短期期間制限を設けるべきである。当該期間内に注文者は瑕疵の存在の通知を行うだけでよいとするべきである。

(三菱電機)

- 請負人が瑕疵について善意の場合には注文者が契約の性質に応じて合理的な期間内に瑕疵の通知を行うことによって瑕疵に基づく権利が保存されるという規律に改めるべきであるとの意見がある一方、瑕疵について十分な専門的知識がないことの多い注文者による瑕疵の通知懈怠と失権効とを結びつけることは注文者にとって酷であるとの意見もあり、慎重に検討すべきである。(金沢弁消費者委)
- 請負人の瑕疵担保責任の損座置く期間に関し、注文者に対して通知義務を課す場合には、通知期間につき明確な期間を定めるべきである。注文者に対して合理的な期間内の通知義務を課した場合、「合理的な期間」が一義的には決定できないため、請負人にとって瑕疵担保責任を負う期間に関する予測可能性が著しく阻害されることとなり、取引の安定性を害するとともにかえって注文者の保護を後退させることになりかねない。(森・濱田松本有志)
- 短期の期間制限を撤廃すると、経年変化等についても瑕疵として主張されて無用な紛争を招くことを懸念する意見、「合理的な期間」とせず具体的に時期を定めるのが相当であるとする意見があった。(最高裁)
- 更に検討すること自体は是認できる。ちなみに、①案のように、注文者に瑕疵の通知義務(失権効を伴うもの)を負担させることは、注文者が消費者の場合には疑問であるとの意見があったが、①ないし③案のいずれが妥当かについては意見がまとまらなかった。(兵庫県弁)
- 担保責任の存続期間の起算点、期間の長短、期間内に注文者がなすべき行為の内容を見直すことに特段の異論はないが、注文者と請負人の双方の利益のバランスを慎重に検討しつつ見直す必要があるほか、権利行使や免責のための形式的な手続や義務(通知義務など)を徒に増やすことには反対する。事業者について特則を設けることも反対する。(親和会)
- 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。  
(日大民研・商研)

- 現行法の規定と解釈によるのが、既に履行を完了したと認識している売主を長期経過後に不測の事態に陥れることもなく、また買主の保護としても十分である。

請負の概念について現行法どおり仕事の成果について引渡しを要しない場合もあると考えると、現行民法637条2項の規定は必要である。

注文者の通知義務→失効案には反対する。明確な基準ではなく法的安定性の確保に資さない。

対等な当事者を前提とした価値中立的な規律を定める民法において、「事業者」という一定の属性を前提とした規律を設ける必要性はない。このような規定を民法に設けることについては、反対である。(法友全期)

- 従来の請負契約では1年の除斥期間が明示され、取引慣行の形成、個別取引における合意形成に一定の役割を担ってきた。契約の性質に照らし、合理性を有しないときは、個別に伸長又は短縮できることを前提として、目安となるデフォルトルール(商事売買を参考とすれば6ヶ月)を明示することは、取引の安定、取引コストの低減にとって有益と考える。また、注文者にとっても少なくとも事業活動において他人に請け負わせた目的物については速やかに且つ十分な検査をもって瑕疵の有無を点検し、瑕疵を通知することが期待されるところ、起算点が曖昧なまま、いつでも瑕疵の存在を知ったときから請求を可能とってしまうと、十分な検査が行われなくなることが懸念される。少なくとも事業活動に伴う請負契約により引渡しを受けた目的物について、担保責任の期間の起算点を引渡し時とする必要があるのではないか。

なお、「瑕疵を知った時から1年以内という期間制限と目的物を履行として認容してから5年以内という期間制限を併存」させる考え方も示されているが、引渡し時点から1年が5年に伸長されることとなり、情報サービス取引のように技術革新が目まぐるしい取引分野においては、請負人の負担が過大となり、従来は、引渡し後1年間を経過したところで締結するのが一般的であった有償での保守サービス契約

の締結が阻害されることにもなりかねない。(情サ産協)

- 企業法務の立場からは、現行民法の定めのみで、発注者、請負人の双方においても何ら支障を来しているものではなく、実務上の無用の混乱を避けるためにも、改正すべき明確な根拠がないならば、改正は不要である。

①について、企業間取引実務においては、瑕疵担保責任を負う期間が具体的に明確化されていることが非常に重要であり、「合理的な期間内に」とのみ定めることや、具体的な期間を明記しないこととすべきではない。「合理的な期間内に」と定めるならば、並存して一定の期間（例えば1年以内、6か月以内等）は民法上に明文化しておくべきである。また、瑕疵の通知義務を課するのであれば、単に瑕疵があることの通知で足りるのか、それとも瑕疵があることに合わせてどのような責任を果たすべきかをも通知する必要があるのか、受託者側としては、何をもって通知があったと判断すれば良いのか、明確にされるべきである。

②について、一般法たる民法において一律に長い担保責任の存続期間を定めるべきではない。成果物の性質によって差はあるが、瑕疵が何年にも亘って発見されないということは稀なケースであり、請負人としても一定期間は担保責任を負い得るであろうことは想定していると思われるが、長期間、担保責任を負う可能性があるということになれば、長期間に亘って、材料、機材、人材等を維持する必要があることになり、請負人の負担が大きすぎる。請負の成果物の耐用年数は、その性質により大きく異なるし、土地の工作物を除けば、実務上、通常、担保責任は1年間であるので、それを超える担保責任の存続期間を定めるのであれば、特別法で定めるのが現実的である。

③について、期間制限を設けずに消滅時効の一般原則に委ねるべきではない。請負人としては成果物を引き渡した時点で業務を完了した、と考えているのであり、その信頼は保護に値するので、消滅時効とは別に、担保責任を追及できる期間について一定の制限を設けるべきと考えられる。(法友会)

- 請負人の担保責任の存続期間について、住宅の瑕疵に関する判例法理や行政施策を非住宅の建設工事請負契約にまで拡張する考え方は、実務上も極めて問題が多く、現状のままとすべきである。(建設適取協)
- 「論点整理」で示す「注文者が目的物に瑕疵があることを知った時から合理的期間内にその旨を請負人に通知しなければならないとする考え方」については、「合理的な期間」の内容が不明確であり、裁判をしないと合理的な期間内なのか期間外なのか確定しないことになるので、確定期限、例えば1年以内という期間制限を設けるべきであ

る。また、「論点整理」では、注文者に通知義務を課すことは負担が重いとの指摘があるとのことであるが、通常、目的物を引き渡した後は、当該目的物の管理支配権は注文者にあり、請負人はその管理支配の状況を知ることはできない。したがって、注文者の瑕疵に関する権利行使の前提として、目的物に不具合があることを知ってから徒に時間が経過すると、その真の原因が請負人の仕事に起因するものなのか、注文者の使用方法の悪さに起因するものなのか、あるいは不可抗力によるものなのか分からなくなってしまう。特に土地の工作物の場合（第638条2項）、滅失または損傷のときには、不具合事象が明確になっていることから、1年以内に責任を追及しなければならないとする現行法の構成は極めて合理的であり見直しの必要はない。これまでも、判例（最判平成4年10月20日）において、「裁判外において、瑕疵担保責任を追及する意思を明確に告げる必要がある」という解釈がなされていることから、単に通知義務を課すことは、何ら注文者に過重となるものではないと考える。（日建連）

- 短期期間制限を維持する場合に、制限期間の起算点を事業者について通常の場合よりも早めることに合理性があるかは疑問である。（大学教員）
- 存続期間を引渡しから1年とする現行法の規律を維持すべきである。消滅時効の一般原則をどのようなものとするかについては、起算点、時効期間の長さなどについて議論がされており（前記第36, 1(1)(3)参照）、請負人の担保責任について消滅時効の特則を設ける必要がある。

存続期間内に注文者がすべき行為の内容について、現在の判例は権利保存のため具体的な主張をしなければならないこととしており、明文化を検討すべきである。（弁護士）
- 1年の期間制限は妥当であり、民法の規定としてこれを長期化しようという考え方には反対である（事業者間取引においては、瑕疵担保期間の長期化の必要がある場合には契約書等で瑕疵担保期間を明記するが通常であり、法律中の規定をわざわざ長期化する必要がない）。消費者契約に関しては、契約上への明記を期待しえない場合もあり得ようが、消費者契約法や、取引類型に応じ業法等で特則を設ければ足りるのであって、民法の問題とするべきでない。（会社員）
- 改定すべき理由があるとは思えない。（個人）
- 雨漏りを直してもらった例で普通に雨が降って直ったと思ったが、その後強風が伴う雨が降って実は直っていなかったことが判明した場合は「瑕疵」なのか「仕事が終了していない」のかということが問題になる。「仕事が終了していない」と解釈するなら637条2項の除斥期間は適用されず、適用されるとすれば170条の3年時効ではないのか

(あるいは短期時効は廃止するのか)。一旦直ったと思ったら仕事が終了したとみなしてその後は瑕疵と考えるのか。いずれにせよ 637 条 2 項の「仕事が終了」というのがいつを指すのかは明確ではない。  
(翻訳・出版関係)

#### (6) 土地工作物に関する性質保証期間 (民法第 638 条第 1 項)

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するが、その法的性質を性質保証期間 (目的物が契約で定めた性質・有用性を備えていなければならない期間) と解する立場がある。このような立場から、前記(5)の担保責任の存続期間に加え、土地工作物について性質保証期間に関する規定を設け、請負人はその期間中に明らかになった瑕疵について担保責任を負うことを規定すべきであるとの考え方が示されているが、これに対しては、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る。そこで、土地工作物について性質保証期間に関する規定を設けるかどうか、設ける場合に設定すべき具体的な期間、合意によって期間を伸縮することの可否等について、担保責任の存続期間との関係などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料 17-2 第 2, 5(5) [21 頁]】

#### 【意見】

○ 土地工作物については、多くの契約において性質保証期間の合意があると考えられるので、性質保証期間を任意規定として定める意義がある (東弁)。

○ 土地工作物について性質保証期間に関する規定を設けることについては、その要件を慎重に検討する必要はあるが、賛成である。

土地工作物において、消滅時効の規定とは異なる性質保証期間の規定を設けることは、注文者の権利救済に資する。もっとも、その要件については、住宅の品質確保の促進等に関する法律 (品確法) 94 条以下や時効制度との整合性に配慮すべきである。(日弁連)

○ 土地工作物において、消滅時効の規定とは異なる性質保証期間の規定を設けることについては、性質保証期間内に発見した瑕疵については、引渡時に存在していた瑕疵と推定するものであって、注文者の権利救済に資するものと考えられるので賛成である。

性質保証期間については現行民法と同じく原則 5 年とすべきであり、例外として、住宅の品質確保の促進等に関する法律 (品確法) 94 条と同様に特に重要な構造・雨漏りの瑕疵については性質保証期間を 10 年とすべきである。また、性質保証期間の設定については、時効制度との整合性も図る必要がある。

性質保証期間の伸縮については、品確法との整合性を図り、特に重要な構造・雨漏りの瑕疵については、合意により短縮することを禁止すべきである。(大阪弁)

- 土地工作物についての性質保証期間の定めを明文化すべきであるとの考え方に賛成である。瑕疵担保期間については、住宅の品質確保の促進等に関する法律で採用されている区分を一般化して、「建物その他の土地の工作物」のうち、「耐久性を有する」新築建物の「耐久性に関わる基礎構造部分」については10年とし、それ以外の土地の工作物については2年とすべきである。地盤については、建物の耐久性に関わる基礎構造部分に準じて10年とすべきである。請負人の故意又は重大な義務違反によって瑕疵が生じた場合には、所定の期間を短縮することができないとの規律を設けるべきである。また、土地工作物の瑕疵担保責任においても、瑕疵修補請求や減額請求等の担保責任の一般原則や瑕疵の通知義務が適用されることを明記すべきである。(金沢弁消費者委)

- 担保責任の存続期間に加え、土地工作物について性質保証期間に関する規定を設け、請負人はその期間中に明らかになった瑕疵について担保責任を負うことを規定すべきであるとの考え方は、方向性としては賛成。工作物だけではなく、地盤も対象とされるべき。

合意による期間の短縮は、少なくとも住宅では否定されるべき。

性質保証期間は、10年以上とされるべきと考える。(日弁連消費者委有志)

- 土地工作物について、性質保証期間の定めを置くことに賛成する。その内容は、引渡しから一定の期間内に明らかになった瑕疵については、引渡時に瑕疵があったものと推定し、請負人は、引渡時に当該瑕疵がなかったことを反証なければ、担保責任を負うとすべきである。理由は、以下のとおり。

土地工作物の重要性に鑑み、瑕疵担保責任や消滅時効制度とは別に、性質保証期間を定めることには意義が認められる。ただし、一定の性質保証期間を定め、その期間内に明らかになった瑕疵については、受領時に瑕疵があったものとして扱う期間として理解した場合、引渡時に当該瑕疵がなかったこと(想定されている性質・有用性を備えていたこと)の反証の余地を封じるのは行き過ぎである。製造物責任法第3条の欠陥の証明(引渡時に瑕疵が存在したことを請求者側が証明する必要がある。)に関する規律とは異なるが、製造物一般に広く認められる同法における規律と、土地工作物についてだけ認める性質保証期間の規律が異なることは問題とまでは言えない。(堂島有志)

- 民法638条を、いわゆる性質保証期間に関する規定に改め、この期間内に瑕疵が発見された場合には受領時に瑕疵があったものとして

取り扱うものとするには賛成するが、存続期間については、基本的に現行法の規律を維持すべきである。

性質保証期間中に明らかになった瑕疵については、請負人に対し保証期間内に通知しなければならず、通知が期間経過後になされた場合には権利は保存されないものとするべきである。

性質保証期間の存続期間は、1年以上20年以下の範囲内で、契約により伸縮できる旨を明文で規定し、請負人の故意または重大な義務違反によって生じた瑕疵については、期間短縮の特約の効力は及ばないものとするべきである。

性質保証期間の経過後に瑕疵が明らかとなった場合でも、受領時において仕事の目的物に瑕疵があったことを立証すれば、請負人に対し瑕疵担保責任を追及できるものとし、その旨の明文規定を置くことには賛成する。(弁護士)

○ 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）という概念は、実質的に瑕疵担保責任における引渡時の瑕疵の存在についての立証責任を緩和するものであり、実務的には重要な意味合いを有するので、更に検討するべきである。(兵庫県弁)

○ 現行法の材質による区分についてより適切な区分の方法があるということであれば引き続き検討することに賛成であるが、現行法より規定を複雑にすることは反対。

長期経過してから瑕疵が問題となる可能性のある場合について長期間瑕疵担保責任の追及を認める現行法の規定は合理的であると思われる。もっとも、現在の材質による区分以外に適切な区分の方法があればそれによることを検討する必要がある。しかし現在出ている提案はそれを超えるものである上理論も難解・不明確であるため引き続き検討することに賛同しがたい。(法友全期)

○ 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。(日大民研・商研)

○ 土地工作物についてのみこのような規定を設ける意義及び必要性に疑問を呈する意見、様々な性質のものが考えられる土地工作物に一律に規定を設けることに疑問を呈する意見、現在の規律で対応できるの

ではないかとする意見など、性質保証期間の規定については消極的な意見が多かった。(最高裁)

- 売買と請負の境目は明確でなく、請負にのみ性質保証期間に関する規定を設けることは不均衡であるので、制限期間を性質保証期間とする考え方に反対する。除斥期間又は消滅時効期間と考えるべきである。(札幌弁)
- 担保責任の存続期間を性質保証期間とする考え方に反対する。注文者が瑕疵を知った時を起算点とする考え方に立てば、性質保証期間と考える必要性が特に見出せない。また、任意規定としたのでは、資力のある請負人は予め排除し、資力のない零細業者だけが責任を負うことになりかねず、実効性に疑問がある。(愛知県弁)
- 売買等の他の契約類型においては特に認められていないのに、土地の工作物を目的とする請負についてのみ性質保証期間の規定を設ける必要性が不明であるから、性質保証期間の規定を新たに設けることについては、慎重であるべきである。(広島弁)
- 民法638条1項の期間を性質保証期間と位置付けるべきではない。瑕疵担保責任に加えて、土地工作物についてさらに長期間の性質保証期間を認める必要性はないであろう。(福岡弁)
- 「性質保証期間」という規定の採用自体につき慎重であるべきである。民法第638条第1項が定める担保責任の存続期間を「性質保証期間」とする立場が必ずしも一般的とはいえず、唐突な感を否めない。そもそも「性質保証期間」という用語の定義自体が不明確であり、混乱を招きかねない。通常 of 瑕疵担保の対象が狭められることを招くなど、現行法よりも注文者の保護が後退するのではないかとの懸念が残る。(横浜弁)
- 土地工作物について性質保証期間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。その理由は以下のとおりである。
  - ア 性質保証期間の経過後に瑕疵が明らかになった場合でも、引渡時に瑕疵があったことを注文者が立証すれば瑕疵担保責任を追及できるとするが、瑕疵担保責任の存続期間を規定しただけではそのような趣旨は読み取りにくく、かえって、その期間内しか瑕疵担保責任を追及できないように読めるおそれがある。上記の趣旨が理解できるように明確に規定すべきである。また、売買の規律との平仄も検討すべきである。
  - イ 瑕疵担保責任の存続期間について、除斥期間と性質保証期間という類似した二つの制度を設けた場合、当事者が契約で瑕疵担保責任の存続期間を定める際にはいずれの期間についての特約なのかを明示しなければならないが、そのような契約の書き分けを一般人に期待することは難しいのではないか。

ウ 「期間内に瑕疵が明らかになった場合には、引渡時において既に瑕疵が存在したものと扱われる」とするが、具体的場面でどのように適用されるのか、明らかでない。

例えば、ひび割れ（クラック）のように、通常は目的物を受領してから一定期間経過後に発生する瑕疵（不具合）について、決められた一定の期間内にひび割れが判明すれば無条件で瑕疵担保責任を負うのか（受領時からひび割れが生じていた可能性は低いですが、それでも「受領時において既に瑕疵が存在したものと扱われるのか）、明らかでない。

エ 期間内に瑕疵が「明らかになった」という事実を実務上どのように認定するのか、「瑕疵を知った」と同義なのか（「知り得た」は含まないということによいか。）、不明である。もし同義であれば、「瑕疵を知った」に用語を統一した方がよい。（二弁）

- 建物建築請負の実務において、アフターサービスと瑕疵担保請求権は明確に峻別して理解されている。土地工作物に関する担保責任の存続期間を性質保証期間として捉えることは、現在の実務に変更を加えることとなるほか、無用な混乱を導きかねない。このような論点を取り上げることに賛成できない。（親和会）
- 土地工作物につき性質保証期間に関する規定を置くことは、慎重に検討すべきである。土地工作物には多種多様なものがあり、求められる性質保証の内容や程度についても、工作物の種類性質によって大きく差があるため、一般的に性質保証の内容や程度を規定することは、極めて困難であろうと考えられる。仮に、土地工作物のみを対象として性質保証期間に関する規定を置くにしても、土地工作物の種類性質に応じ、各種の特別法に規定を置けば十分である。（日司連）
- 土地工作物に関する性質保証期間について、住宅の瑕疵に関する判例法理や行政施策を非住宅の建設工事請負契約にまで拡張する考え方は、実務上も極めて問題が多く、現状のままとすべきである。（建設適取協）
- 土地工作物に関する性質保証期間は、任意規定とはいえ実務上の影響と混乱が大きいことが懸念されるため、規定の新設に反対である。その規定の必要性を更に慎重に検討すべきである。

まず、性質保証期間の考え方（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）は、瑕疵概念への該当性判断の通説・判例の考え方（契約内容に照らして不完全な点があるか否か）と近似するが、責任の存続期間の設定に当たっては、年数の経過により事実や原因が不明確となるリスクをどの程度負わせるかとの見地が不可欠なはずである。ところが、性質・有用性の視点から責任期間を設定すると、本来の責任期間の設定にあたり考慮しなければ

ならない事実や原因が不明確となるリスクの負担をいかにすべきかという論点が後退するので、結局、その事実や原因が不明確になるリスクを請負人のみに負わせる結果となる。これは適当ではない。

また、そもそも建設請負の契約目的物の性質・有用性は、経年・使用劣化、メンテナンス等により左右されるので、その期間を予め契約で確定させることは困難である。その不確定性の故に、請負人がどの程度の責任期間を覚悟すべきか等の予見可能性が著しく損なわれ、適当ではない。

同様に、建設請負の契約目的物は構造物の種類が多様多様であるため、それらの構造物の特性・強度等に相応して個々に責任期間を定めるといったことは、明らかに実務上煩雑に過ぎる。

これまで「性質保証期間」を巡り行われてきた議論においては、期間後でも注文者が受領時に瑕疵があったことを立証すれば瑕疵担保責任の追及が可能とする考え方や、期間内に瑕疵が発現した場合は請負人が受領時に瑕疵が無かったとする反証は許されないとする考え方が示されており、もともと注文者優位の傾向にある建設請負において、更に請負人が長期の責任を強いられ、しかも瑕疵に関する反証の機会も喪失するなど、更なる不利益を蒙るおそれがある。

更に、「論点整理」では、「前記(5)の担保責任の存続期間に加え」土地工作物について性質保証期間に関する規定を設けるとの考えが示されている。これは、土地工作物については、瑕疵担保責任とは別に、つまり、瑕疵担保期間に加えて「性質保証期間」に関する規定を設けるという趣旨であるならば、当然に、双方の責任規定の適用関係(重疊的に適用されるのか否かなど)を明らかにすべきであることはもちろんであるが、そもそも、土地工作物についてのみ、請負人にそれだけ過重な責任を課す説得的な理由を明らかにすべきである。

(日建連)

- 土地工作物に不具合がある場合は、基本的に前記(5)の担保責任で足りているし、手当てが必要な側面については特別立法(「住宅の品質確保の促進等に関する法律」など)で対処できているから、当該性質保証の概念を新たに規定することに反対である。わかりやすい民法の観点から、不要な条項はいたずらに設けるべきではない。(三菱電機)
- 注文者の受領日から「2年以内」と期間短縮することは妥当ではなく、現行法どおり「5年間」とすべきである。また、住宅の品質確保の促進等に関する法律(品確法)の規定の趣旨を没却することがないように規律すべきである。請負における瑕疵担保責任の法的性質は、債務不履行責任とも関連するところ、あえて請負人の責任を軽減するだけの理由・根拠がない。また、品確法との関係において、同法の趣

旨を没却しないように、また、その適用範囲・文言との整合性を有する必要がある。(弁護士、弁護士)

- 性質保証期間とすることに反対する。土地の工作物について性質保証期間を設けるかどうかについては、売買などの他の契約類型については性質保証期間に関する規定を設けず、土地の工作物を目的とする請負についてのみ性質保証期間を定める合理的な根拠を説明する必要がある、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。(弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)
- 土地工作物の範囲が、現行法以上に広がることのないよう留意されたい。(会社員)

#### (7) 瑕疵担保責任の免責特約（民法第640条）

請負人は、担保責任を負わない旨の特約をした場合であっても、知りながら告げなかった事実については責任を免れないとされている（民法第640条）が、知らなかったことに重過失がある事実についても責任を免れない旨の規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。また、これに加え、請負人の故意又は重大な義務違反によって生じた瑕疵についても責任を免れない旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 5(6) [22頁]】

#### 【意見】

- 知らなかったことに重過失がある場合、瑕疵が請負人の故意・重大な義務違反によって生じた場合には、免責特約を制限することに賛成する。(札幌弁)
- 請負人の故意又は重大な義務違反によって生じた瑕疵についても責任を免れない旨の規定を設けること、知りながら告げなかった事実についてと同様、知らなかったことに重過失がある事実についても責任を免れない旨の規定を設けることについては賛成意見が強い。ただし、「重大な義務違反」の具体的内容を明らかにすべきである。免責約款があったとしても、故意又は重過失があった場合に約款の効力が及ばず、重過失を故意と同視するという解釈は一般的である。(日弁連)
- 請負人の故意又は重大な義務違反によって生じた瑕疵についても責任を免れない旨の規定を設けること、知りながら告げなかった事実についてと同様、知らなかったことに重過失がある事実についても責任を免れない旨の規定を設けることについて賛成する。(愛知県弁)
- 知らなかったことに重過失がある事実についても責任を免れること

ができない旨の規定を設けることについて、賛成である。また、請負人の故意または重大な義務違反によって生じた瑕疵についても責任を免れることができない旨の規定を設けることについても、賛成である。  
(広島弁)

- 瑕疵が請負人の故意または重大な義務違反によって生じた場合に免責特約の効力を制限することに特段反対しない。(大阪弁)
- 瑕疵が請負人の故意・重過失によって生じた場合、又は、請負人が、瑕疵の存在を知らないため、瑕疵の存在を告知しなかったが、瑕疵の存在を知らなかったことに関して重過失がある場合について、請負人の免責を認めない旨明文化すべきである。(福岡弁)
- 請負人が瑕疵を知らないことに重過失がある場合や、瑕疵が請負人の故意又は重大な義務違反による場合にまで、請負人を免責すべきではない。(横浜弁)
- 請負人が、知らなかったことに重過失がある事実について責任を免れない旨の規定を新たに設けることに賛成である。現行民法第640条に、旧四会連合約款27条2項(瑕疵が故意・重過失によって生じたときは、瑕疵担保期間を5年または10年に伸長)に類似した規定を追加したもので、その点は相当と思われる。請負人が、通常なら知り得るはずの瑕疵を「知らなかった」と強弁する場合もあり得るので、「引渡時に瑕疵を知っていたとき、または知らなかったことについて重過失があるとき」とすべきである。

「重大な義務違反」という要件の導入については、反対である。瑕疵がある場合とは、仕事(目的物)が契約内容に適合していない場合であり、それ自体が契約上の義務違反と評価できるが、その瑕疵が「重大な義務違反によって生じたものであるとき」とはどのような場合を意味するのか、不明確である。「重大な瑕疵」と同じなのか違うのかという点も明らかでない。これらの点を明らかにすべきである。  
(二弁)

- 請負人が事実を知りながら告げなかった場合だけでなく、瑕疵が請負人の故意又は重大な義務違反によって生じたものであるときについても、同様に免責特約の効力を制限すべきであるとの考え方に賛成である。(金沢弁消費者委)
- 担保責任を負わない旨の特約をした場合も、請負人が「知りながら告げなかった事実」については免責されないとする現行民法第640条の規定に加えて、請負人が知らなかったことに重過失がある事実についても責任を免れない旨の規定を設けるとの考え方には賛成。(日弁連消費者委有志)
- 瑕疵担保責任の免責特約をした場合であっても、瑕疵が請負人の故意または重大な義務違反、あるいは重大な過失によって生じたもので

あるときは、免責を認めないという規定を設けることに賛成する。故意、重大な義務違反、重大な過失による瑕疵まで免責するのは、正義に反するから、そのような合意の効力は、排除すべきである。(堂島有志)

- 売買の瑕疵担保責任同様に、先ず、担保責任を負わない特約は、対価とのバランスがとれていなければ、認めないことを規定すべきである。請負は、結果責任として、請負人の免責は認めるべきでない。(広大有志)
- 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に表現するかとも関連するので、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。(日大民研・商研)
- 請負人は、担保責任を負わない旨の特約をした場合であっても、知らなかったことに重過失がある場合、また、請負人の故意又は重大な義務違反によって生じた瑕疵についても責任を免れない旨の規定を設けることに賛成である。(不動協)
- 瑕疵担保責任を負わない特約を締結しても請負人が瑕疵を知らずながら告げなかった瑕疵や、瑕疵が請負人の故意や重過失により生じたときは、責任を免れることが出来ない、とすべきである。なぜならば、故意だけではなく、重過失の場合であっても、免責特約の効力を認める必要はないからである。(弁護士、弁護士)
- 請負人に重大な義務違反があった場合にまで、特約による請負人の免責を認めるのは注文者の保護に欠けており、倫理的にも妥当でない。(弁護士)
- 検討することに異論はなかったが、免責されない場合の責任追及と債務不履行責任との関係について整理するのが相当であるとの意見が多かった。(最高裁)
- 検討することに賛成であり、要件はさらに検討すべきである。(兵庫県弁)
- 請負人が「知らなかったことにつき重過失がある事実」についても担保責任を免れることができないとする規定を設けることに賛成する。請負人の「重大な義務違反」によって生じた瑕疵について責任を免れないと規定する考え方は、主観的要件である故意と客観的要件である「重大な義務違反」を並列して規定することに疑問がある上、「重大な義務違反」の意味内容が不明であるので、反対する。(東弁)
- 故意と同視すべき重過失については、故意と同様の効果とすることに異論はないが、「重過失」の定義・範囲が曖昧なままに、安易に

「重過失」を故意と同視すべきではない（故意と同視すべき重大な過失をいうことの確認が必要である。）。瑕疵と義務違反の間に因果関係があったとしても、常に瑕疵による不利益を負担することが公平といえるか疑問がある。一般の議論が進展していない論点について、論点として取り上げることに賛成できない。（親和会）

- 請負人が瑕疵の存在を知らなかったことに重過失がある事実については責任を免れない旨の規定や、請負人の故意又は重大な義務違反によって生じた瑕疵についても責任を免れない旨の規定を設けることに反対である。”重過失がある事実”や”重大な義務違反”の文言を使用した規定をしてしまうと、注文者から幅広く当てはまる旨の主張をされ、実務において早期解決が妨げられるおそれがある。また、そもそも民法第640条は第572条と同様に不要と考える。理由は次のとおりである。

請負人が瑕疵の存在を知らながら注文者に知らせない場合にも色々あり、例えば、当然注文者が知っていて然るべき状況だったので知らせなかったという場合もあり、その場合でも免責規定を無効とするのは行き過ぎである。

知らながら告げなかった事実について免責できないとする点については、かかる事実を伝えなかった不作為による詐欺として免責特約を取り消すことができるし、要素の錯誤ならば無効主張も可能である。さらに、請負人の行為態様によっては、公序良俗違反、信義則違反として扱うこともできる。（三菱電機）

- 現行法維持。免責特約を定め法律関係の早期確定を図ろうとする当事者の意思を尊重すべき。知っていて告げなかったことについては免責の対象から除外するがそれ以外は免責するとの現行法の規定内容は合理的である。

民法に消費者・事業者の規定を置くことには反対（消費者保護法令上に規定を置くことを検討することは賛成）。消費者保護規定の充実は消費者保護を目的とする法の改正によってなされるべき（消費者保護法令において規定を整備することを検討することは賛成）。（法友全期）

- 免責特約の効果を否定する第640条は、当事者の合意を否定するものであるから、その要件は、瑕疵の存在に関する欺罔的な行為が介在した場合（知っていながら知らないふりをする場合）など、故意的な場合に制限すべきである。瑕疵の存在を知らなかったことに、「重大な過失」概念を導入するのは慎重であるべきである。

つまり、通常、免責特約を結ぶのは、当事者双方が納得した、特殊な事情のある場合に限られると考えられる。例えば、請負代金が極端に低いため、瑕疵担保責任は負えないとするケースやブランド志向

(物件販売の都合上、当該請負人の名前が必要) からどうしてもその請負人に仕事をしてもらいたいケースなどが考えられる。このようなケースにおいては、仮に知らなかったことに重過失があったり、仕事に重大な義務違反があった場合に、当該免責特約が強行的に無効となるのであれば、請負人としては、いくら免責特約があるからといって、当該仕事を受託し難くなり、これは逆に注文者にとっても不利益となる。結論として、現行どおり、限定的な条文のままとすべきと考える。

なお、免責特約を結ぶ時期によっては、規定の解釈が異なるのではないかと、という疑問もある。つまり、請負契約時に免責特約をするケースでは、仕事が未だなされていないので、瑕疵の存在を知っていて告げないという状態は考えられない。よって、この場合は、「知りながら告げなかった事実」とは、仕事を遂行する上で、故意に瑕疵を作出するようなケースを指すことになる。逆に、目的物の引渡し時に免責特約をするのであれば、条文の規定がそのまま適用になる。

したがって、「論点整理」で検討している事項のうち、請負人の故意によって作出された瑕疵についても責任を免れないという内容を加えるだけであれば、現行法の解釈の範囲内であり、見直しの必要はない。(日建連)

- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

## 6 注文者の任意解除権（民法第641条）

### (1) 注文者の任意解除権に対する制約

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。これに対しては、請負人が弱い立場にある請負について注文者による解除権を広く認めることには疑問があるとの指摘がある。そこで、一定の種類の契約においては注文者の任意解除権を制限する規定を新たに設けるかどうかについて、検討してはどうか。

#### 【意見】

- 雇用に近い請負が存在する実態を踏まえると、任意解除権を制限する規定を設けるべきである。(東弁)
- 基本的に異論はないが、注文者の責めに帰すべき事由によって仕事の完成が不可能となった場合にも請負人が報酬請求権を失わないとする場合には、不可能となる見込みが生じた段階で先に注文者の任意解除権が行使されることによって不均衡な事態が生じないように配慮すべきである。(親和会)
- 制約を設ける方向でさらに検討することに賛成する。現行法の注文

者の自由な解除権は、請負人を弱い立場に置くことになるため、保護の強化を検討するのが適切と思われる。(法友全期)

- 請負の中でも労務提供を重視する契約類型においては、注文者からの任意解除権を制限しないと、取引関係において相対的に弱い立場にある請負人の保護に欠けるので、このような類型など一定の種類の契約においては注文者の任意解除権を制限する規定を置く方向で検討すべきである。(日司連)
- 元々、請負契約の場合だけ、注文者の任意解除権を認めること自体に合理性があるか疑問であるが、少なくとも第635条では、建物その他の土地の工作物においては、収去することによる社会経済的な損失が大きいことを理由の一つとして、解除権が制限されていることから、同様の趣旨で、建物その他の土地の工作物に係る請負に関しては、本条の注文者の任意解除権は制限されるべきである。(日建連)
- いわゆる偽装請負など、実態は雇用極めて近い請負契約が広く行われている実態を考慮すると、少なくとも経済的実態が使用者のそれに近い注文者の任意解除権には、雇用契約の解雇権濫用法理に相当するような規制を設けるべきである。(弁護士)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 任意解除権を制限する規定を新たに設けることについては、賛成する意見と反対する意見があり、慎重な検討を要する。

サービス契約からの離脱という意味では、注文者の任意解除権は重要な権利である。また、任意解除権の制約があり得るとしても、強力な注文者と弱小請負人の力関係のもとでの例外でなければならず、「請負人が弱い立場にある請負」を民法の規定で類型化することは困難であり、下請法等の特別法で対処するか、「労働者性」の解釈などで保護すべきであるとの意見もあった。(日弁連)
- 契約履行途中で請負人が意に添わない契約相手であったことが判明し、当初の契約からの解放を望む事例は実務上少なくないので、原則としては、損害賠償は必要なものの解除は任意に可能であるということとし、注文者への拘束が必要以上に強くないよう留意すべきである。(横浜弁)
- 民法第641条の趣旨には、一定の合理性を認めることができると考えるが、委任の場合には、委任が受任者の利益をも目的としている場合には、委任者の一方的解除権が判例上認められないこととの均衡や、請負契約の性質上、仕事が途中の段階における損害の賠償の算定が困難な場合があることから、同条の合理性については、更に議論を深めることが望ましい。例えば、請負契約の1つの典型例である建設工事については、民間(旧四会)連合協定工事請負契約約款、日弁連住宅建築工事請負契約約款や、国際的な標準約款である FIDIC レッ

ドブック(1999年)において、いずれも注文者による契約終了事由が限定されている。かかる約款の規律が広く普及していることを考慮しつつ、注文者の任意解除権を制約なしに認めることが、現代における請負の規律として合理性があるかという点について、検討を要するものとする。(西村あさひ有志)

- 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。(日大民研・商研)
- 信頼関係破壊の場合にも解除できないとするのは不合理であるため、注文者からの任意解除権の制限は不要である。(札幌弁)
- 例外的な「一定の類型」について、民法中で類型化できるのかについて疑問があるので、任意解除権を制限する規定を新たに設けることに反対する。(愛知県弁)
- 注文者が必要としない場合にまで請負を継続させることは社会的にも不利益であり、制限を設ける必要はないのではないか。請負人が被る損害は、解除に基づく損害賠償によって補てんされるべきである。(広島弁)
- 任意解除権は合理的な制度であり、請負人の保護は損害賠償によって十分はかることができる。したがって、検討の必要はない。(兵庫県弁)
- 注文者が損害を賠償して請負契約を解除できるというのは必ずしも不合理とはいえないのであるから、注文者の任意解除権を制限する規定を新たに設けることについては慎重に検討すべきである。(大阪弁)
- 任意解除権を制約する規定を設けることに反対する。「請負人が弱い立場にある請負」を民法の規定で類型化することは困難なように思う。下請法等の特別法において対処する方が適切ではないか。弱い立場の請負人を保護するには、損害賠償を確実に請求できるような規定を設ける方が適切である。(二弁)
- いかなる契約類型を念頭においているのかは明確でなく、評価は困難。ただし、通常は現行民法第641条の損害賠償によって請負人との利益調整を図れば十分であると考えられ、注文者の意思に反してまで仕事の完成を優先すべき契約類型なるものを認めることには、よほど説得的な立法事実による裏付けがない限り反対である。(日弁連)

消費者委有志)

- 注文者の任意解除権を特に制約する必要はない。請負人に対しては「損害の賠償」がなされることが条件となっているから、請負人の保護として不十分とは言えない。請負人が労働者と類似の地位にあるとしても、当事者の利害を金銭によって調整できれば請負人の保護としては十分である。(堂島有志)
- 現行のままでよい。(広大有志)
- 一定の種類の契約において注文者の任意解除権を制限する規定を新たに設けることに反対である。例えば、指摘にある“請負人が弱い立場にある場合”であれば独禁法や下請法などにより一定の手当てがなされているから、民法で規定する必要はない。わかりやすい民法の観点から、不要な条項はいたずらに設けるべきではない。(三菱電機)
- 民法は、仕事完成前における注文者の解除権を幅広く認めている。これは当事者の利害を金銭によって調整するという規律であり、妥当である。(弁護士)
- 注文者が請負人に適切に損害を賠償していれば請負人に不利益は生じないはずであり、逆に、注文者が不要になったのに、解除できないがためにわざわざ完成品を受領しなければならないとすれば不合理であることから、注文者の任意解除権を制約することを検討する必要はない。(会社員)
- 改定すべき理由があるとは思えない。弱者保護は特別法等で対応すべきである。(個人)
- 任意解除権についても、既履行部分については解除できないことを明確にしていきたい。(情サ産協)
- 借地借家で解約と解除を厳密に使い分ける考え方に従うなら、注文者の任意解除は「解約」である。642条の方はその考え方に従えば、請負人がやれば解除でいいが、破産管財人がやるのはどちらとも言いかねる。(翻訳・出版関係)

## (2) 注文者が任意解除権を行使した場合の損害賠償の範囲（民法第641条）

注文者が民法第641条の規定に基づいて請負契約を解除した場合に賠償すべき損害の範囲は具体的に規定されていないが、現在の解釈を明文化し、約定の報酬相当額から解除によって支出を免れた費用（又は自己の債務を免れたことによる利益）を控除した額を賠償しなければならないことを規定すべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、注文者の義務違反によって仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権の額（前記3(2)）との整合性にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【意見】

- 現在の解釈を明文化し、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を賠償しなければならないことを規定することに賛成である。(広島弁)
- 注文者が任意解除権を行使した場合の損害賠償の額を、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とするとの考え方について特段反対しない。(大阪弁)
- 約定の報酬相当額から「解除によって支出を免れた費用」を控除した額とするとの考えは、当事者間の利益調整として妥当であり、賛成である。(金沢弁消費者委)
- 約定の報酬相当額から「債務を免れることによって得た利益」を控除した額を損害賠償できるとする考え方に賛成する。「解除によって支出を免れた費用」という文言にした場合、請負人が他の仕事をすることによって得た利益は控除されない可能性があり、請負人に二重の利得となる。(札幌弁)
- 明文の規定を設けることに賛成する。支出を免れた費用と自己の債務を免れたことによる利益を区別することは困難であるから、控除する金額は、債務を免れることによって得た利益まで含めるべきである。(東弁)
- 「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」とすべきである。請負人が他の仕事をするのができたかどうか、それによって利益を得たかどうかは、注文者の任意解除と直接に関係するものではなく、これによって得た利益を「債務を免れることによって得た利益」に該当すると解するのは相当ではない。請負人としては、「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」が填補されれば足りる。(堂島有志)
- 賠償すべき損害の範囲について明文の規定を新たに設ける考え方に賛成する。(愛知県弁)
- 前記3(2)についての福岡弁意見のとおり処理すべきである。(福岡弁)
- 賛成である。妥当な内容であるし、明文化することで損害賠償の範囲が明確になってよい。(横浜弁)
- 現行法における解釈を明文化することに賛成する。権利関係の明確化に資するからである。(法友全期)
- 規定を設けることに賛成である。(広大有志)

- 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。(日大民研・商研)
- わかりやすい民法の観点から、注文者が民法第641条の規定に基づいて請負契約を解除した場合に賠償すべき損害の範囲について規定することに、賛成である。ただし、具体的な規定の内容は、民法第641条の趣旨に沿うよう、請負人が不利益を被らないよう明文化すべきである。(三菱電機)
- 注文者都合により解除された場合の損害賠償の範囲が、現行民法の規定上は明確でないので、明確にする規定をおくべきである。既に通説では、既出費用(未施工部分の先行手配費用、キャンセル費用、原状回復費用等を含む)および利益相当額らが範囲内とされているが、それを条文化できれば、解除時の損害賠償の範囲に関する紛争を回避できるので、規定されることが望ましい。  
 更に云えば、建設請負においては、往々にして、第641条による解除の場面において、既済部分については利益も含めて精算されるものの、未済部分については、損害賠償の範囲から除かれるケースがあるのが実態であるが、一旦契約関係に入ったにも関わらず、注文者の都合で契約関係を一方的に解消される場合は、請負人の経営的損失にもつながることから、未済部分の逸失利益(得べかりし利益)についても十分にカバーされる必要がある。(日建連)
- 検討することに異論はなかったが、「自己の債務を免れたことにより得た利益」については、定義によっては請負人にとって不利な結論とならないかと懸念する意見が多かった。(最高裁)
- 賠償すべき損害の範囲について明文の規定を新たに設けるかについては、賛成意見が強いが、有力な反対意見もある。  
 通説を明文化に賛成する意見が多いが、仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権の範囲と整合性がとれるか(注文者の義務違反により仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権の範囲と同じでよいのか。),「報酬」と「損害」との関係が明確であるかについて、指摘をする意見がある。(日弁連)
- 現行法の文言が明瞭性を欠いている以上、改正の必要性は認められる。任意解除権の行使があった場合、請負人が他の仕事をするによって得られた利益は損害賠償額から控除すべきである。(兵庫県弁)
- 基本的に異論はないが、注文者の責めに帰すべき事由によって仕事の完成が不可能となった場合にも請負人が報酬請求権を失わないとす

る場合には、不可能となる見込みが生じた段階で先に注文者の任意解除権が行使されることによって不均衡な事態が生じないように配慮すべきである。(親和会)

- 注文者の任意解除権が行使された場合の請負人の損害賠償請求権が不当に制限されないように強行規定としての位置づけを検討してはどうか。(情サ産協)
- 注文者が民法第641条の規定に基づいて請負契約を解除した場合に賠償すべき損害の範囲については、注文者の義務違反によって仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権の額との関係を整理する必要がある。(弁護士)
- 「任意解除の場合にも請負人が他の仕事をすることによって得られた利益を控除すること」には反対したい。もし控除を認めるなら、解除されて暇になった期間内はもとより報酬の小さい仕事は入れようと入れまいと結果的に合計して同じ金額が入ることになってしまい、請負人の労働意欲が失われてしまう。また、いつまでの分の他の仕事の利益が控除対象になるのかで揉めることにもなる。例えば「一旦塗装して、乾燥するのを待って、再度塗装する」仕事を解除された場合は、元々途中で他の仕事を割り込ませておかしくないのだから、控除対象の範囲が不明確である。更に、立証のために裏切り者に対して他の取引先の開示を求められるのか。たとえ裏切り者でなくても守秘義務の問題もある。また、税務用の書類を立証に用いるとなると、「控除される」のを防ぐためにわざと「他の仕事」を記帳しないことになり、脱税の温床にもなる。(翻訳・出版関係)
- 仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権の範囲と整合性が取れるのか(注文者の義務違反により仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権の範囲と同じでよいのか。), 「報酬」と「損害」との関係が明確であるかを含め、十分検討する必要がある。

任意解除権を行使した場合の損害賠償の範囲を「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」とすることは、通常の債務不履行に基づく損害賠償と同様に相当因果関係と損益相殺の法理で説明が可能であり、あえてこの場合に限って損害賠償の具体的内容を規定する必要はないように思う。(二弁)
- 現実に請負人が履行した割合を考慮することなく得べかりし約定報酬額全額の請求を認めることは均衡を著しく欠く場合が起こり得るといえ、上記考え方によると、任意解除権を否定するに等しい場合も発生しかねない。実務では、かかる場合の損害賠償の計算方法は事例毎に様々であり、注文者が何らかの成果物を得ることができるか否かや出来高がどの程度存在しており、それをいくらと評価するのかといった多種多様な事情によって結論は変わりうる。

そのため、上記考え方のような規定を設けることは解釈を硬直化させ、ケースによっては結論の妥当性がはかれない場合もあり得ると思われ、現行法の規定がむしろ適当であると考ええる。(日弁連消費者委有志)

- 積極的に反対はしないが、損害賠償の額について、特に明文の規定で定める必要はないと思われる。損害賠償の額及びその算定方法は、基本的には具体的な事案に応じ裁判官の判断に委ねられる事項であり、民法第641条の場合についてのみ明文の規定を設ける合理的根拠は見当たらない。また、具体的な規定の在り方についても、原状回復が必要なときはその費用も加わる旨が明示されていないなど問題が残っており、損害賠償額についての予測可能性を高める効果もあまり期待できない。(弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

## 7 注文者についての破産手続の開始による解除（民法第642条）

注文者が破産手続開始の決定を受けたときは、請負人又は破産管財人は契約を解除することができる（民法第642条第1項）。これについて、請負の中には仕事完成後の法律関係が売買と類似するものがあり、このような請負については、買主について破産手続が開始されても売主が売買契約を解除することができないのと同様に、仕事完成後に注文者が破産手続開始の決定を受けても請負人が契約を解除することはできず、解除できるのは、注文者についての破産手続開始が仕事完成前であった場合に限定されることになるのではないかとの問題が提起されている。そこで、このような限定をする旨の規定を設けることの当否について、検討してはどうか。

### 【意見】

- 有形請負について、仕事完成後の状況が売買と変わらないという指摘は正しく、このような場合において、解除可能なのは仕事完成前に限られるべきであるから、上記提案の限定を規定することに賛成する。(東弁)
- 解除できる場合が限定されることを条文上明記することに反対しない。仕事完成後は売買と状況が変わらず、民法642条の趣旨（報酬支払の前に仕事を完成させる義務を負っている請負人の保護）に鑑みれば、仕事が完成した後は、注文主が破産しても請負人は契約を解除できないとしても不合理ではない。(日弁連)
- 仕事完成後引渡し前の請負に関する規律と売買に関する規律との整合性という観点からは、解除が認められるのは仕事完成前に限定するという規定を設定することがのぞましいように考えられる。(広島弁)
- 限定する旨の規定を設けることに特に反対しない。(愛知県弁)

- 民法第642条の趣旨（報酬支払の前に仕事を完成させる義務を負っている請負人の保護）に鑑みれば、仕事が完成した後は、注文主が破産しても請負人は契約を解除できないとする方向で、検討してよいのではないか。（二弁）
- とくに異論はないが、請負人と破産管財人の利害を慎重に検討する必要がある。（親和会）
- 請負人が請負契約を解除できるのは、請負人が仕事を完成しない間に限定すべきとの規定を設けることは特に反対しない。注文者破産の場合に、請負人に解除権を認めた趣旨は、仕事を完成させても報酬請求権が破産債権になることが見込まれる場合には、請負人を仕事の完成義務から解放し、かつ、当該時点までの報酬相当額を認めることが、請負人の保護になり、公平であるとの考え方によるものと思われるところ、かかる趣旨が妥当するのは、仕事の完成前までである。（堂島有志）
- 規定を設けることに賛成である。（広大有志）
- 仕事完成後の契約解除に限定されるべきと考えられる。（情サ産協）
- 請負の中には仕事完成後は基本的には売買と同様の規律が妥当するものがあるが、買主について破産手続開始決定がされたとしても売主が破産法第53条の規定に基づいて売買を解除することができるとはされていない以上、仕事完成後引渡し前に注文者について破産手続開始決定がされた場合に、売買と同様の規律が妥当すべき請負を請負人が解除できるとするのは均衡を失するので、民法第642条第1項の規定に基づいて請負人がこのような請負を解除することができるのは、同法第641条と同様に、請負人が仕事を完成しない間に限定すべきであると考え余地がある。（弁護士）
- いわゆる有形請負について、仕事完成後の状況は売買と特に変わらないことから、注文者による解除を認めるのは、仕事完成前に破産手続開始の決定があった場合に限定すべきである。（弁護士）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 破産法による規律との均衡に留意しつつ、更に検討すべきである。（兵庫県弁）
- 注文者に破産手続開始決定がなされた場合に、工事が完成しているときには管財人による解除を認めない旨の明文の規定を設けるべきである。注文者に破産手続開始決定がなされた時点において、工事が完成している場合には、管財人からの契約解除を認めるべきではない場合もあると思われる。目的物が完成している場合には、請負人が工事を継続する必要もなく、請負代金の増加回避といった解除を正当化する事由もないからである。（福岡弁）
- 慎重に検討すべきである。（横浜弁）
- 仕事完成後の法律関係が売買と類似するものについては売買に関する

規定と均衡を図るべきとの考え方については、「売買と類似するもの」の範囲等、射程範囲が必ずしも明らかでなく、現実の破産実務との関係も含めて、慎重に検討されるべきである。(日弁連消費者委有志)

- 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。(日大民研・商研)
- 「論点整理」では、請負契約の場合も、仕事完成後は、破産法第 53 条の規律と同様に、破産管財人のみが解除権を有することを検討するようであるが、仕事完成後について、請負人から解除権を奪うことが、破産手続のなかで請負人にとって不利益となるのか、変わらないのかを明確にしたうえで議論すべきである。単に、「請負の中には仕事完成後の法律関係が売買と類似するものがある」から、注文者の破産手続による規律を、全て一律に売買の規律に合わせるというだけでは不十分である。(日建連)
- 注文者の破産手続開始決定の場合も破産法 53 条の規律によるべきで、民法における明文化は不要である。(札幌弁)
- 請負の定義に引渡しの要件を含めるか否かにも関わってくるが、常に仕事完成後の法律関係が売買と類似するとは限らないので、解除できる場合を注文者についての破産手続開始が仕事完成前であった場合に限定することについては慎重に検討すべきである。(大阪弁)
- 解除権を認める(現行法と同じ)意見に賛成。注文主から代金を受領することができないにも関わらず請負人に仕事の完成を強いるのは酷だからである。(法友全期)
- 請負の取引プロセスの一部分である”仕事完成後”の状態を断片的に捉え、その状態が売買に類似する点のみをもって、仕事完成後に注文者が破産手続開始の決定を受けても請負人が契約を解除することはできないとするのは妥当でないと考えるから、このような限定をする旨の規定を設けることに反対である。(三菱電機)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

## 8 下請負

### (1) 下請負に関する原則

請負人が下請負人を利用することができるかどうかについて民法上明文の規定はないが、当事者の意思又は仕事の性質に反しない限り、仕事の全部又は一部を下請負人に請け負わせることができると解されている。これを条文上明記するかどうかについて、下請負に関するこのような法律関係は契約責任の一般原則から導くことができ、明文の規定は不要であるとの考え方があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料 17-2 第 2, 7(1) [24 頁]】

### 【意見】

- 現行の解釈を明文化することは、規律の在り方として分かりやすく、望ましいと考えられるので、規定を設けることに賛成する。(広島弁)
- 下請負に関する原則を条文上明記することには賛成意見が強いが、賛成意見においても、具体的な定義については慎重な検討を求めている。

請負を引渡が観念できるものに限定した場合、建設業法2条における下請負の定義（建設工事を他の者から請け負った建設業を営む者と他の建設業を営む者との間で当該建設工事の全部または一部について締結される請負契約）との整合性が問題になる。

下請負の法律関係は、委任契約における再委任（ひいては自己執行義務の問題）と類似するので、自己執行義務に関する規定との整合性を考慮する必要がある。(日弁連)

- 下請負に関して規律を設けることは実務の需要に沿うものであり、明文の規定を新設することに賛成である。(兵庫県弁)
- 一般原則から当然であるため、明文化の必要性がないと考えるが、積極的に反対するものではない。(札幌弁)
- 雇用に関する民法625条2項、寄託に関する民法658条2項に相当する規定であり、下請負が可能である旨明文化すべきである。(福岡弁)
- 元請人が倒産した場合等における下請人の保護の必要性は否定しないが、以下のような理由から、弊害の方が大きいと考えられるので、直接請求権を認めることには反対である。

注文者は、下請契約の内容を全く把握していないのが通常であるため、突然下請人からの直接請求を受けても、契約内容の真偽も容易には確認できず、混乱することは必至である。また、下請人が多数の場合、その対応に追われることになりかねない。したがって、直接請求を認めると注文者の権利が害されるおそれ大きい。

大規模な工事の場合、下請が数次にわたることも珍しくなく、かかる場合には権利関係が極めて複雑になり、その処理が問題となる。

下請人にもみ強力な直接請求権が認められるとすると、元請人が破産した場合、元請人の破産管財人は財団を確保することができなくなり、債権者の平等を害する結果を招く。(横浜弁)

- 条文上明記することは、分かりやすい民法の実現に資するものと考えられる。(二弁)
- 下請負人に請け負わせるかどうかは仕事の完成という請負契約の本質に関連する事項であるので、明文化が望ましい。請負人は仕事の性

- 質に反しない限り、仕事の全部又は一部を下請負人に請け負わせることができることを規定する考え方に賛成である。(金沢弁消費者委)
- 請負人は、仕事の性質に反しない限り、仕事の全部又は一部を下請負人に請け負わせることができることを規定する考え方が示されているが、これは請負債務の履行方法のデフォルトルールを明確化するものであり、委任契約との差異を明らかにする趣旨からも下請負が原則として許されることを明文化すべきである。(親和会)
  - 委任との違いを明確にすべく、規定を設けるべきである。(広大有志)
  - 下請負人の利用について、明文の規定があっても差し支えない。(情サ産協)
  - 当事者の意思又は仕事の性質に反しない限り、請負人は仕事の全部又は一部を下請負人に請け負わせることができる旨の規定を設けることに賛成である。わかりやすい民法の観点から、原則は基本的に明文化すべきである。(三菱電機)
  - 下請負については、実務上広く行われているところであり、下請負が許される要件について明文の規定を置くことは有益と考えられる。ただし、下請負の法律関係は、委任契約における再委任（ひいては自己執行義務の問題）と類似するので、その具体的規定の在り方については、自己執行義務に関する規定との整合性を考慮する必要があると思われる。特に代理や委任について、自己執行義務の大幅な緩和が認められない場合には、下請負が認められる範囲も制限しなければ、法体系の全体的整合性を維持することは困難であろう。(弁護士)
  - 注文者の発注者責任を明確にし、請負契約についての解除権は制限されるべきであり、そのうえで請負人々が被った負債については、金銭による補償を行うという規定が必要だと考える。(団体職員)
  - 中間論点整理において提示された考え方に基本的に賛成するが、下請負の法律関係は、委任契約における再委任と類似するので、その具体的規定の在り方については、自己執行義務に関する規定との整合性を考慮する必要がある。(東弁)
  - 下請負の定義を明文化すること自体について特段反対しない。しかし、請負を引渡し観念できるものに限定した場合には、建設業法における下請負の定義との整合性を検討する等、慎重に定義を検討する必要があると考える。(大阪弁)
  - 請負人独立の原則から、下請負人の自由は、当然に導かれるものと考えられるが、一方、委任契約においては、受任者は、原則、自ら委任事務を処理しなければならないとされている。これは、人的信頼関係に基礎を置く委任契約の性質から説明されるものであり、「論点整理」にいう「下請負に関する原則」の明記に反対ではないが、請負か委任

かの区別は微妙であるため、委任契約との異同を明確にしないと実務では混乱をきたすおそれがある。(日建連)

- 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。ただし、履行補助者に関する規定の内容(前記第8, 2)にも関連することから、この点との整合性に留意する必要がある。(弁護士)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 当然の規定は不要であるので、下請負に関する原則を条文上明記することに反対する。(愛知県弁)
- 明文化されていなくても争いのない部分と思われるので、不要と考える。(横浜弁)
- 契約責任の一般原則から導くことができるので、明文の規定を設けることには反対である。(経営法曹)
- 法解釈として請負人が下請負人を利用可能であることを否定はしない。しかし、例えば建物の瑕疵については、慢性的な重層的下請の存在が発生原因の一つと考えられており、又、そもそも注文者にとって素性の不明な下請人の登場は積極的に望むものではないといえるところ、上記考え方のような明文化を行った場合、法解釈論とは別次元の問題として、重層的下請が社会的に容認されたかのような社会通念が形成されかねず、その意味で上記考え方に反対する。(日弁連消費者委有志)
- 元請負は、原則として、自由に下請負を行うことができるところ、これは契約責任の一般原則から認められる以上、請負についてだけ下請負人に関する原則を明文化する必要性はない。(堂島有志)
- 禁止するなら規定を設ける必要もあろうが、できるという当然のことについてあえて規定を新設する必要がない。(法友全期)
- 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。(日大民研・商研)
- 現行法上、特段制約されているわけでもないので、明文の規定は不要であると考ええる。(会社員)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)
- 最近の問題としては、情報処理関係の仕事の場合に下請けに出すと個人情報や著作権の問題がある。(翻訳・出版関係)

## (2) 下請負人の直接請求権

下請負契約は元請負契約を履行するために行われるものであって契約相互の関連性が密接であることなどから、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がある。これに対しては、下請負人に直接請求権を認めるのは担保権以上の優先権を認めることであり、その必要性があるのか慎重な検討を要するとの指摘、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に適切な処理が困難になるとの指摘、元請負人が第三者に仕事を請け負わせた場合には直接請求が可能になるが、元請負人が第三者から物を購入した場合には直接請求ができないのは均衡を失すとの指摘、下請負人から報酬の支払を請求される注文者が二重弁済のリスクを負うことになるとの指摘などがある。これらの指摘も考慮しながら、下請負人が注文者に対して報酬を直接請求することができるものとする考え方の当否や、直接請求権を認める場合にどのような範囲の下請負人に認めるかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 7(2) [24頁]】

### 【意見】

- 下請負が適法な場合においては、下請負人の元請負人に対する報酬債権と元向け尾委任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ものすべきであるとの考え方は、下請負人の保護に資するし、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の範囲であれば注文者の権利を害しないことから、賛成である。（金沢弁消費者委）
- 下請負人が、注文者に対し、報酬を直接請求することができる旨の規定を置くべきである。その際、注文者や元請負人に対する債権者等の保護にも留意した上で、直接請求できる態様を検討すべきである。（青司協）
- 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とについても、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1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。(日大民研・商研)

- 下請業者の注文者への直接請求の規定を設けることに賛成である。業務の一部分のみの下請けではなくほとんど丸投げに近い下請けの形態が多くあり、そのような場合に直接請求を可能にするためには、契約書上の工夫が必要であり、注文者の了解が取れないなど契約書で工夫することが困難なことも多々ある。法律で、直接請求の可能な場合を明記することが必要である(弁護士)
- 請負人に問題が生じた場合、下請負人の注文者への直接請求権を認めることは、下請負人の保護の観点、および注文を遅滞なく完遂させるという観点から、必要な権利と考える。実際請求する金額のうち役務が占める率は少なくなく、現行法体系と照らし合わせても問題はないと考える。また、注文者には請負人の業務が滞りなく進行することを監督する責任を負うものとする。なお、建設業法に基づく立替払

いと工事代金債権の相殺については判例があるので、考慮されたい。  
(東京高裁平成13年(ネ)第2301号)(団体職員)

- 検討することに異論はなかったが、次のような意見が多かった。
  - ①直接請求権を認めることは、元請負人がどのような内容で下請負に出したか注文者において必ずしも把握できないため、注文者の二重弁済のリスクを増大させる懸念がある。
  - ②仮にこれを認めるとしても、注文主側からみると、元請負人が下請負人に対して負う債務について並存的に債務を引き受けるのと類似した構造となり、結果的に、注文主の一般財産が元請負人の下請負報酬債務の引当てとなることに留意する必要があるほか、次の点について、下請負人の直接請求権の導入には社会的影響が大きいので、社会実体を踏まえた更なる検討を行うべきである。
    - i 例えば、元請負人と下請負人間に工事代金等についてトラブルが生じた場合において、注文主が自称下請負人から一方的に直接請求権を行使され、同請求権を保全するために注文主の一般財産(例えば預金債権)が仮差押えされて、注文主自身が窮地に陥る事例が容易に想定できる(債権者代位権の枠内で元請負報酬債務を代位行使される場合には、少なくとも元請負人の無資力が必要とされる限りで一定の歯止めがかかるが、提案されている直接請求権を行使される場合には、その歯止めはかからない)。請負人に仕事を請け負わせる以上、注文主はその程度のリスクは覚悟しておかなければならないこととなるのか。
    - ii 元請負人が複数の下請負人に仕事を請け負わせた場合において、下請負報酬の総額が注文主に対する請負報酬額を上回るときは「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主に対する報酬債権の重なる限度」をどのような基準で判断すればよいのか。また、複数の下請負人のうち一部のみが直接請求権を行使した場合において、下請負人の総数及び下請負報酬の総額が不明なときに、裁判所として判断に窮することとなるおそれはないか。
    - iii 我が国の実務において、元請負、下請負、孫請負等請負契約が多層的に連鎖することは日常的であるが、直接請求権は、どの範囲の上位者の責任財産を引当てにできる制度として設計するのか。仮に契約当事者の直近上位者に限定しないこととした場合、法律関係が複雑化するおそれはないか。
    - iv 直接請求権が問題となる場合は、本来別個の紛争であるはずの元請負人の注文者に対する報酬請求権の有無及び範囲ならびに下請負人の元請負人に対する報酬請求権の有無及び範囲が常にセットで問題となる。特に、後者を巡って元請負人と下請負人間のトラブルに起因する事案は決して少なくないと想定されるが、自ら

は関知しない紛争に巻き込まれる注文主の不利益を実質的に正当化できるか。

③請負人について再建型倒産手続が開始した場合、下請負人の注文主に対する直接請求権を無制限に認めると、請負人が請負報酬債権を実質的に失うことになる。請負人の倒産手続開始後に下請負人の注文主に対する直接請求を制限することの当否についても検討すべきである。(最高裁)

○ 下請負人に優先権を認めることには、実務上の混乱、注文者が下請まで管理する必要が生じ煩雑、下請利用禁止の可能性、注文者に二重払いのリスクなどの弊害が大きいこと、請負契約は売買契約と類似する場合もあり、請負形式だけに直接請求を認めるのは不均衡であること、零細請負業者などを救済することが必要な類型があれば、要件を具体的に決めたとうえで特別法により対応すべきであることなどから、下請負人に優先権を認める必要はない。(札幌弁)

○ 下請負人の直接請求権については反対意見が強い。

直接請求権を創設して、下請業者の書面による請求に注文者に対する請負人への支払禁止の効力を付与するというのは、いわば「裁判所でないとできないはずの差押えの自力執行を認める制度」「当事者の合意がないにもかかわらず、工事代金債権に下請業者の債権のための質権設定がされたとみなす制度」であり、下請業者に強すぎる権利を与えてしまう。下請人の保護については、先取特権で認めるか、建設業法、下請代金支払遅延防止法等の他の法律で規律すべきであって、債権法の請負における一般原則として定めることは適切でない。また、請負の場面においては、孫請負等数次の下請関係が存在することも多いところ、孫請負等の場合においても直接請求権を認めることができるのかという問題も生じる。(日弁連)

○ 直接請求権が行使された場合に注文者が法律上不安定な立場に置かれるおそれがあるなど、実務上の弊害も無視できない。また、例えば請負人に建築資材を販売した売主、資材置場や駐車場として土地を貸した貸主などは、請負人の債務履行に協力しているにもかかわらず、下請人ではないので注文者に対する直接請求が認められないため、救済のあり方に不公平が生じ妥当ではない。したがって、下請負人の直接請求権については反対する。(東弁)

○ 下請負人の注文者に対する直接請求権を民法において明文化すべきではない。下請負人の保護については、先取特権として認めるか、建設業法、下請代金支払遅延防止法等の他の法律で規律すべきである。(大阪弁)

○ 下請負人の直接請求権については反対する。注文者は、誰が下請負人であるかを把握するのが困難である。また、孫請がいる場合の規律

をどうするかとの問題を生じる。さらに、元請負人の危殆時期において、下請負人にだけ優先弁済権を認めることとなり、債権者平等の観点から疑問である。(愛知県弁)

- 元請負契約と下請負契約との間には、一般的に密接な牽連関係があるとはいっても、その他のケース（元請負契約と、元請負が材料を入手するために締結した売買契約等）でも密接な牽連関係が認められる場合があり、元請負契約と下請負契約に限って直接請求権を認める規定を設ける必要性が判然としない。また、実務的にも、下請負には重層的な下請負構造をとる例が多いため、このような場合の処理が煩雑となって実務上混乱するおそれがあると考えられる。したがって、下請負人の直接請求権を認める規定を設けることについては、慎重であるべきである。(広島弁)
- 一定の場合に下請人の保護を図ろうとする趣旨は理解できるとしても、やはり、直接の契約関係にないものであり、直接の支払請求ができるとすべきではない。また、直接請求権を認めた場合の要件、効果の定立は非常に困難になることが予想される。(兵庫弁)
- 提案されている制度が実効性を有するのは、元請負人が無資力となった場合である。このような場合、下請負人は、債権者代位権の行使によって、元請負人が注文者に対して有する報酬請求権を行使することが可能であることは明らかである。上記提案は下請負人の固有の権利として直接請求権を認めるものであるが、このような制度が認められると、元請負人が破産した場合、元請負人の報酬請求権が差し押さえられた場合などにおいても、下請負人は権利を行使することができる。注文者としても、下請負人に直接下請代金を支払うことができれば、請負工事をそのまま進捗することができるという利便性がある。現在は、この利便性を確保するために、元請負人が工事を途中で中断した場合には請負報酬の一定割合（例 10%）を違約金として徴収するとか（この違約金を下請業者の支払に充てる）、注文者が下請人に対して第三者弁済してその求償権と報酬請求を相殺しても元請人は異議を述べない旨の約定がなされている場合が少なくない。そして、かかる約定に基づく相殺は、民事再生法や破産法の相殺禁止に該当しないとされている。また、代理受領を受けることも適法とされている。とすれば、元請負人に関して破産又は差押などの事態が生じた場合、注文者が下請負人に弁済することができる制度を確保したければ、予め、上記のような条項を定めておくことができるのであって、実体法の規定で下請負人の注文者に対する請求権を法定する必要性は乏しいと思われる。

直接の契約当事者ではない第三者に直接請求権を付与するということは、A→B、B→Cという法律関係のもとで、Cに特別先取特権類

似の優先権を付与することになり、債権者平等の著しい例外を規定することになる。契約連鎖を前提とした複数の契約関係につき、このような例外を許容することができるタイプがあるのは事実である（例 CがBに対して給付した物・権利がほとんど形を変えずに、Aに給付される場合）。たしかに、仕事の目的物が完成した有体物であり、Cが制作した物にBがほとんど手を加えることなくAに引き渡すような類型に限定すれば、上記の契約連鎖を前提とした直接請求権を想定しやすくなるともいえよう。しかし、倒産の実務で下請人に対する直接支払が問題となるのは、Cが制作した物にさらにBが大幅に手を加えて付加価値を付けてAに引き渡す事例が大半である（例 型枠工事、鉄筋溶接工事）。このような場合に、Cの直接請求権を認めるのは行き過ぎであろう。

そもそも、元請契約に基づく報酬請求権は、下請負人だけではなく、元請負人の従業員、元請負人への資材等の納入業者、元請負人の機械設備、信用といった元請負人の人的・物的設備の総合的産物であり、下請負人だけの尽力によって発生したものではない。この点からも、直接請求権を肯定するに足る根拠がないことは明白である。（福岡弁）

○ 下請人を保護すべきという社会的な要請があることは理解しつつも、以下のように多くの問題点があることから、下請人の直接請求権に反対する。

ア 元請負人と下請負人の間で請負代金額について争いがあり、下請負人が合理的な根拠もなく注文者に下請代金を請求することがあり得る。この場合にも下請負人の直接請求が認められるとすると、元請負人の利益が不当に害される。

イ 注文者にとっても、下請の元請に対する債権額を知り得ないことが多いので「報酬債権が重なる限度」か否かの判断が実務上困難である。

ウ 元請負人が破産し、元請負人に対する報酬請求権について個別の権利行使が禁止された場合にも直接請求権を行使できるのか。そうだとすると、元請負人の他の債権者との関係では、下請負人が優先的な地位を持つことになるが、公平といえるか疑問がある。

エ 元請、下請、孫請と、下請が数次にわたる場合には、誰が誰に対して（どこまで）直接請求できることになるのか不明であり、制度内容によっては複雑化し、実務処理に混乱を来たす懸念がある。

（二弁）

○ 下請負が適法な場合においては、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ものとすべきであ

るとの考え方が提示されている。海外には同様の法制も見受けられるが、これは下請業者の弱い立場を保護することを目的とした規定であり、発注者と受注者が対等な立場であることを前提とした民法の規定にはそぐわない。下請法などの特別法において議論すべき事項である。  
(親和会)

- 元請と下請で完成すべき仕事の内容が異なりうる（目的物が同じの転貸借の場合とは異なる）ため、直接請求を認めて混乱がないとはいえない。(法友全期)
- 請負契約は複雑である上、複数次にわたって下請負がされた場合には複雑さが更に増すため、直接請求権を認めたときには混乱が予想されること、下請負代金支払遅延等防止法との調整が必要となることから、下請負人の直接請求権を認めることには反対である。(経営法曹)
- 直接請求権については、①自力執行を容認することと同義であり下請負人にかかる強力な権利を認めることが他の法制度との間でもバランスを失っていると評価せざるを得ない点、②実際上も請求を受けた注文者において当該請求が適正なものか否かを十分に判断することは困難であり、二重払いのリスクと債務不履行のリスクの板挟みになるという不都合があること（特に注文者が消費者である場合の弊害は顕著である）、③孫請け、ひ孫請けといった重層的な下請けの場合に各当事者にいかなる範囲でいかなる請求ができるのか不明であること等の問題、弊害が顕著であるといえ、下請け人保護をかける規定によって図ることには無理がある。(日弁連消費者委有志)
- 下請負人による注文者への直接請求権が認められた場合には、下請負人は元請負人の倒産時においても、元請負人が注文者に対して有する債権額を上限として元請負人の倒産手続外で自己の債権を回収することができることになる。ここで、下請負人の元請負人に対する債権額よりも元請負人の注文者に対する債権額の方が少ない場合には、複数の下請負人の間では、先に注文者への直接請求権を行使した者が自己の債権全額を回収できる一方、遅れた者は注文者からは回収できないという早い者勝ちの関係となる。このように、直接請求権制度には下請負人の公平を図る機能が欠ける。

また、このような制度が創設された場合には、元請負人の倒産手続開始後には、注文者は二重払いのリスクを回避するために、下請負人からの請求が直接請求権の要件を満たすか確認するまでは元請負人の管財人等からの請求にも、下請負人からの請求にも応じないことも予想される。この場合には、注文者は元請負人の管財人等に対して下請負人への報酬債務の存否・範囲について確認を求めるとなり、管財人等は債権調査手続とは別にかかる要請への対応を迫られることに

なる。さらに、下請負人が行使した直接請求権の分だけ元請負人の破産財産、再生債務者財産又は更生会社財産が減少することになるため、破産財団や事業資金の形成にとって大きな支障となることも懸念されるところである。

以上から、下請負人の注文者に対する直接請求権を認める旨の提案には反対する。(TMI有志)

- 下請負人の直接請求権を民法で明文化することに反対。理由は以下のとおり。

請負人が請負代金の一部を受領済みで、残代金が、未払いの下請代金総額にみえない場合に、複数の下請負人の誰が、どの範囲で保護されるのかが分からない。

転貸借の場合には、貸貸人の承諾の下、賃借物をそのまま転借人に転貸されることがほとんどであり、転借人から直接請求を受けた貸貸人にとって、これに対応することは比較的容易と考えられるのに対し、元請人が自由に下請人を選べる請負の場合、注文主にとって、下請負人の範囲、債権の内容、抗弁の有無等を把握するのは難しく、直接請求への対応を求めるのは酷である。

下請負人の保護は、個別立法によって対応をすべき。(堂島有志)

- 下請負人の注文者に対する直接請求権を認めた場合、①注文者に元請負人及び下請負人に対する二重弁済のリスクが生ずる、②直接請求権を認める下請負人の範囲の確定が困難であり、特に複数次にわたる下請負が存在する場合には直接請求権の存否の判断を巡って注文者の負担が著しく重くなる、③元請負人の倒産時に債権者平等原則との関係で倒産実務に混乱を来す、④元請小池意識及び下請負契約の当事者はそれぞれ守秘義務を負っているところ、下請負人の注文者に対する直接請求によって守秘義務との関係で不都合が生ずるなど、極めて多くの混乱が生ずることが予測される。また、下請負人保護の制度としては既に下請代金支払遅延等防止法が存在するところであり、同制度による保護を図れば十分である。(森・濱田松本有志)
- 下請負契約においては注文者と下請負人との間に面識がないことが通常であり、注文者において直接請求権の存否を判断するに足る実観的な資料を得るのは困難であることが多い。下請負人の直接請求権の行使によって、注文者が見ず知らずの下請負人から請求を受けたとしても、注文者がかかる請求に直ちに応じるとは考えにくく、直接請求権の行使によって紛争が頻発し、実務上、多くの混乱を招く可能性が高い。よって、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については、慎重に検討すべきである。(日司連)
- 重層的又は複数の下請負で直接請求権を認めると、注文者の事務負担を増大させ、また、注文者が二重弁済のリスクを負担することにも

なる。元請負人の一般債権者が注文者への請負代金債権を差し押さえた場合には、元請負人は注文者に直接請求できないにもかかわらず下請負人の直接請求権を認めることは実務上の混乱を招くほか、元請負人の一般債権者とした請負人の平等を害する。よって、下請負人の直接請求権に反対する。(大司書)

- 反対。下請人への対応は、担保物権で考えるべき問題。重層的な契約においては、元請人が最終責任者として注文者に責任を負い、注文者は元請人に支払えばよい。下請人は、自ら広告・宣伝・営業を行わずに、部分を分担するに過ぎずない。債権回収ができないのはどんな場合も同じであり、たまたま第三者(注文者)がいたからといって、直接訴権を認めるべきではない。(倒産した会社(売主)の従業員は未払い給料を会社の取引先(買主)に請求できるとは思えない)。債権者代位権の対応で十分である。(広大有志)
- 下請負人の直接請求権を認めることには賛成することができない。これを認めると注文者は見ず知らずの人から請求をされることになるので、下請負契約を管理する必要が生じ、注文者の事務負担を増大させるおそれがあること、注文者の元請負人に対する抗弁権や相殺に関する権利関係がどうなるかという問題が生ずること、中小企業は金融機関の提供する一括決済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という実態があるところ、直接請求権を認めると、この債権の取扱いはどうなるのかという問題が生じ、結果的に一括決済システムによる資金調達ができなくなるというおそれがあることがその理由である。(産業組織課)
- 銀行が元請負人に対し、当該元請負人が注文者に対して有する報酬請求権を譲渡担保として融資を実行するスキームを考えると、中間的論点整理で示されるような注文者から下請負人に報酬が直接支払われることを認めるとすると、スキームが成り立たないという指摘がある。また、注文者は下請負人と何らの直接の権利義務関係がないので、元請負人と下請負人との間に生じた問題について、注文者として客観的事実を把握し、判断することは困難と考えられるが、そのような注文者に対して下請負人から直接請求を行うことを認めると、当事者間(元請負人と下請負人)で十分な協議が行われないうまま、下請負人から注文者への安易な直接請求が行われる懸念があるという指摘もある。  
上記のとおり、本件の検討に当たっては、慎重に実務ニーズを見極める必要がある。(全銀協)
- 元請負人の請負条件と下請人の請負条件が必ずしも同一ではないことが通常であり、下請人に直接注文者への請求を認めるのは実務上混乱を生じる危険性がある。(不動産協)
- 請負契約など、発注者は一次請負人との契約には責任を負うが、さ

らに下位の下請けとどのような契約になっているかは、知らなくて良い慣習になっている。知らないところで交わした契約の責任を発注者が持てるはずもないし、持たなければいけないなどの発想も理解できない。下請負から直接発注者へ請求が出ることなど考えられない。下請人を直接チェック出来ないことや、システム開発の場合は多重下請構造なども多くあり、発注者側としては受注者側（元請）の下請人からの直接請求権を認めることは反対である。（システム・ユーザー協）

- 下請負人からの請求をデフォルトルールとして明示することは望ましくない。ソフトウェア開発においては、技術・スキルの分業的補完等の目的で、個人事業主も含めた多数の関係者による多重下請構造があり、契約関係にはない下請負人の履行義務を確認することは難しく、また元請負人に対する報酬債権の有無をめぐって紛議となるケースが数多く想定される。（情サ産協）
- 下請負人の注文者に対する直接請求を認めると、注文者の関知しないところで注文者に対して直接請求権を持つ者が存在することになり、特に開発型のストラクチャードファイナンス取引において SPC が注文者となる場合に、倒産隔離性に悪影響を及ぼす可能性があるのではないかと。

注文者において、真実下請負人であるかどうか、下請負人の請求内容が下請負契約の契約条件に合致するかを確認することは困難であり（この点、転貸借の場合と異なる）、事務負担が生じるのみならず、二重払いや債務不履行となるリスク、トラブルに巻き込まれるリスクをかかえてしまうことになるため、注文者に酷ではないか。

孫請負人、曾孫請負人がいる場合の扱いも問題になる。（オリックス）
- 権利関係の複雑化、下請負人への仕事の発注の回避、二重弁済等新たな問題が生じることが危惧されるので、規定すべきではない。（全中）
- 転貸借同様とする考えについては、賃貸借では転貸借が原則禁止であるところ、賃貸人も認めて転貸借されているのに対し、請負は原則下請自由であるので、元発注人は下請に対するコントロールが効いていない。この中で、元発注人に対して「自称下請人」が報酬を直接請求してきても、真の下請人かの確認や、下請人が仮に反社会勢力だった場合の対処等、元発注人として実務的に困難な判断を強いられるおそれがある。また、下請人に直接請求権を認めた場合、元請負人が請負料の請求先を含めて下請に「丸投げ」できる状況となるため、元請人に下請人選任コントロールでのモラルハザードが生じる懸念も考えられる。したがって、下請負人の元発注人に対する直接報酬請求権の

付与には反対である。(農中)

- 大規模な国際プロジェクトで、元請、下請のみならず、孫請など無数の企業体で構成される場合、孫請等と発注者との関係でどの範囲まで直接請求が認められるかが不明である。発注者としては、そのような下請、孫請まで把握していても管理する必要はなく、その結果二重払いを強いられるおそれがある。さらに、破産法、会社更生法との整合性が議事録でも触れられているが、国際プロジェクトで元請が破産宣告を受けた場合等には複雑な国際倒産手続が直接請求権により一層複雑化することになり、にわかには賛成できない。(国際取引有志)
- 下請人から発注者への報酬の直接請求ができるものとする考え方は、契約関係に無い者の請求を特段の事情もなく認めることとなり民法のルールとして疑問であり、また、建設工事の実態を踏まえると、発注者と下請負人との力関係は、契約によって様々であり、一元的な制度とするには無理がある。再検討をお願いしたい。(建設適取協)
- 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の規定を設けることに反対である。注文者にとっては、下請負人に対して二重弁済するリスクを負うことになり、下請負人との取引口座を開設する負担も増え、また、複数次の下請負人の管理が複雑になり、経済的合理性を欠く。そもそも、請負において、直接契約関係がないのに権利義務関係が発生する考え方は失当である。

(三菱電機)

- 下請負人が注文者に対して報酬を直接請求することができるものとするについては、実務に混乱を来す可能性が著しく高く、導入には反対である。もし導入する方向で検討するのであれば、いかなる支障が生じ得るのかを十分に考慮した上で、慎重に制度設計や導入の可否について検討するべきである。基本的には、民法改正によって直接請求権を付与する必要はなく、破産法等の倒産法制の一部や、下請負人の保護の観点からの要請ならば下請代金支払遅延等防止法等の別の法律によって、同様の効果を実現するように対応するべきである。

なお、倒産法制や下請代金支払遅延等防止法等の別の法律によって直接請求権を付与する場合においても、その具体的に請求権を行使できる場合、行使できない場合が明瞭となるような制度設計がなされることが望ましい。(法友会)

- 下請負人の直接請求権を認める場合には、下請負人の立場からも、事務の煩雑化や二重弁済のリスクを嫌う注文者が元請人との契約において下請禁止条項を置くケースが増えれば、むしろ下請人にとって受注減少となり、小規模下請事業者にとって死活問題となるのみならず、経済全体に悪影響を及ぼすおそれも考えられる。また、元請人の立場

からも、下請人が注文者に直接請求した場合に債権債務関係が複雑となり会計処理等も煩雑になることや、下請負人が注文者に請求するのは元請人からの発注額であるから、直接請求をされると自ずから元請人のマージンが注文者の知るところとなり、爾後の取引における価格交渉において元請人に不利に働く可能性が大きいことなどの不利益が考えられる。このように、当該規定は、全ての当事者において問題点をはらんだ規定であるといえる。よって、このような規定は設けるべきではない。(ソフトウェア協)

- 下請負人の注文者に対する直接請求権は、多様かつ複雑な請負関係との整合が困難であり、結局、元請負人にリスクと負担が寄せられることとなるなど、その規定の必要性に比して、実務上の弊害が大きいため、規定の新設に反対であり、慎重に検討すべきである。

「論点整理」では、転貸借関係と請負関係を同列に論じて、転借人同様、直接請求権を請負契約における下請負人に認めることを論じているが、転貸借関係では、中間に介在する賃借人の役割は殆どなく、権利関係は比較的シンプルであるのに対し、請負関係は、元請負人が多様な役割を負っており、下請負人も、多数に互ったり重層関係であったりするケースが多く、また材料納入業者より下請負人を優位とすることや担保権以上の優先権を下請負人に与えることの合理的説明が困難であるなど、権利・利害関係が複雑である。従って、請負関係を転貸借関係と同列に論じることは不相当である。

また、下請負人の注文者に対する直接請求権が債権法に規定された場合、実務においては、注文者が、二重弁済リスクを回避するために、元請負人の下請負人に対する支払完了まで、元請負人に対する支払を保留する態度に出る可能性が高いのが現実である。

更に、注文者は、下請負人の仕事の成果物の価値・報酬を査定できる知見を有しておらず、また元請負人は下請負人との精算協議がこじれて注文者に持ち込まれることを懸念して、協議も程々に下請負人の要求額を認めるなど、下請負人が自らの主張を通しやすくなることが予想される。いずれにしても、元請負人にリスクと負担が寄せられることとなる。

そもそも、建設請負においては、現状においても既に、下請負人の保護制度として、建設業法第41条第2項・第3項(立替払い等の措置を講ずる勧告制度)、建設工事紛争審査会、建設業法令遵守ガイドライン(改訂版—元請負人と下請負人の関係に係る留意点—)、駆け込みホットラインなどの諸制度が整備されている。更にその上に、下請負人の直接請求権まで制度化する必要性は乏しい。(日建連)

- 下請負契約が、元請契約の履行のためになされるものであるとしても、それぞれ独立性をもった別個の契約であるから、注文者は、下請

負との間には面識もないことが少なくない（請負では、仕事を完成することが重視されており、下請負には重層的な下請負構造を採る例が多く、下請・孫請について注文者の意向は尊重されない）。このような希薄な人間関係を前提にすると、元請負の無資力など格別の事情がない事案にまで直接請求権を認めることは、実務を混乱させる可能性が高い。注文者は元請負人と下請負人との間の契約内容を把握していないことが多いため、債務不履行や二重払のリスクを負うおそれがある、元請負人と下請負人との紛争に注文者を巻き込むことになるおそれがある。

下請負人の直接請求権を認める場合には、その実効性を確保するために、「注文者は、その後に元請負人に対して報酬を支払ったことをもって下請負人に対抗することができない」とする規律が必要である。しかし、直接請求権を行使する現実的な場面としては、元請負人が下請負人に対する支払を遅滞しており、将来の支払にも疑問を感じさせるような状況が想定されるのであり、そのような場合には、注文者が元請負人に問い合わせて確認書面を入手することは難しいから、結果的に要件を充たさなかった場合は誤払いとなってしまいう可能性がある。その場合でも、現民法478条やなどの免責規定により救済される可能性はあるが、その際の過失や正当理由の判断によっては、注文者に酷な結果となる事態が生じ得る。

また、2つの契約の間に密接な牽連関係が認められるのは元請負契約と下請負契約の間に限らず、例えば、元請負契約と元請負人が材料を入手するために締結した売買との間にも同様の牽連関係が認められるのであり、両者が請負である場合にだけ直接の請求権を認めることの説明が十分ではない。

この点、転貸借の場合には賃貸人の転借人に対する直接請求権が認められていることとの整合性が指摘されている。しかし、転貸借は原則として禁止されているが下請負は原則として自由であること、転貸借は目的物をそのまま転貸するが、下請負の場合は幾つかの部分に分割して別の下請負人に請け負わせる場合があることなどの相違があり、同様に扱うべきとは言えない。（弁護士）

- 下請負人の直接請求権については、元請負人が倒産した場合の処理が不明であるなどの問題もあり、実務家としては強く反対せざるを得ない。下請負人の報酬請求権について保護を図る必要があるというのであれば、元請負人が倒産した場合の規律も明確となるよう、現行法では不動産の工事等について認められている先取特権の適用範囲を拡張するなど、担保物権法の見直しも併せてその方向性を検討すべきである。

なお、現行法で直接請求権を認めている民法第613条等について

も、立法論としては強い批判があることから、廃止した上でこれに代わる先取特権の整備等を図るべきである。(弁護士)

- 本提案のように、中小企業を消費者並みに保護しようという改正には反対である。自己責任原則に基づく資本主義自由経済の我が国には適合しない改正内容であると考え。不要な規制は、企業の海外移転を促進し、国内経済の空洞化を招く。過保護はかえって中小企業のためにならない。法律で規制する発想ではなく、中小企業を国が教育することによって鍛え、知識を身につけてもらってこそ、我が国全体の経済力が向上するというものである。必要な規制を吟味し、民法ではなく、独禁法や下請法で規制すべきである。(個人)
- 建設業等の分野において、当該直接請求が認められるのは、建設業という業法の特殊性(あるいは業界構造)に鑑み政策上必要と判断されたからであって、それを無邪気の下請業者一般にまで広げたいという基本的な議論の方向性自体が理解に苦しむ(民法上、下請業者の保護が図られれば、それ以外の実務上の問題はいつでもいいのだろうか?)。

実務上の問題は、補足意見において反対意見として概ねまとめられているが、詰まる所、注文者は元請負人から先の下請負人について知らず、また本来それを知ったり制限したりする必要がないにもかかわらず、元請人が倒産や信用不安状態になった場合のリスクをなぜか負担しなければならないことの不当性に集約される。現実のトラブルとして発生する可能性があり、注文者にとっては切実な問題となりうる。十分妥当な解決策を手元に有していないのに、下請け業者の保護になるというだけで、更に議論しようというのは改正時の態度として多大な問題がある。解決策が提示できないのであれば、原則として直接請求を認めない現行の運用を変更する議論をこれ以上する必要性はない。(会社員)

- 下請負人に直接請求権を付与した場合に想定される不具合が多数列挙されている以上、その導入には慎重であるべきである。また、転借人への直接請求権に関しても同様であるので、賃料の直接請求権についても整合性を含めてその要否について改めて検討する必要がある。(個人)
- 改定すべき理由があるとは思えない。契約関係にない者が直接請求をすることはできないのが原則である。(個人)

### (3) 下請負人の請負の目的物に対する権利

下請負人は、注文者に対し、請負の目的物に関して元請負人と異なる権利関係を主張することはできないとするのが判例である。このような判例を踏まえ、下請負人は、請負の目的物に関して、元請負人が元請負

契約に基づいて注文者に対して有する権利を超える権利を注文者に主張することができないことを条文上明記するかどうかについて、下請負人を保護するためにこのような原則の例外を設ける必要がないかどうかにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、これとは逆に、注文者も、元請負契約に基づいて元請負人に対して有する権利を超える権利を下請負人に対して主張することができない旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第2, 7(3) [25頁]】

### 【意見】

- 判例との整合性、下請契約は元請契約の履行のためになされるという性質があることから、中間論点整理において提示されている考え方に賛成する。(札幌弁)
- 下請負人が、請負の目的物について、元請負人が元請負契約に基づいて注文者に対して有する以上の権利を注文者に主張することができず、また、注文者は、元請負契約に基づいて元請負人に対して有する以上の権利を下請負人に対して主張することができないことを明文化することについて、賛成である。(広島弁)
- 下請負人が、請負の目的物に関して、元請負人が元請負契約に基づいて注文者に対して有する以上の権利を注文者に主張することができず、また、注文者は、元請負契約に基づいて元請負人に対して有する以上の権利を下請負人に対して主張することができないことを明文で規定すべきであるとの考え方について、特段反対しない。(大阪弁)
- 下請負人は、注文者に対し、請負の目的物に関して元請負人と異なる権利関係を主張することはできないという考え方は、現行民法の条文から容易に導くことのできる解釈とはいえないので、これを明文化することは、分かりやすい民法の実現に資するものと考えられる。(二弁)
- 下請負人は、注文者に対して、元請人が請負契約に基づいて注文者に対して有する権利以上の権利を主張することができず、注文者は、下請負人に対して、注文者が請負契約に基づいて請負人に対して有する権利以上の権利を主張することができない旨明文化すべきである。

例えば、AがBに元請発注し、BがCに下請発注した例で考えると、AB間の契約、BC間の契約は当事者も内容も異なる別々の契約であるため、CがAに対して直接報酬請求権を行使することは、債権者代位権を行使する場面を除けば、ありえない。

しかし、AがCに対して、目的物の引渡しを求めることはあり得る。この場合、BC間では引渡しまではCが所有権を有する旨合意してい

たとしても、A B間では所有権は原始的にAに帰属することを合意しておけば、AがCに引渡しを求めた場合、CはB C間の所有権に関する合意を対抗できない。この点を明文化するか否かであるが、請負契約における目的物の所有権の所在についての規定を設けるのであれば、規定する意味はないではない（所有権の所在についての規定を設けないうまま、下請負契約の所有権の所在についてだけ規定を設けるのであれば、無意味である）。（福岡弁）

- 中間論点整理において提示されている考え方は、下請負に関する判例法理を一般化するものであり、また、その性質上、元請負契約の存在及び内容を前提とする下請負契約の性質上、当然のことであるから、賛成である。（金沢弁消費者委）

- 下請負人は、元請負人の注文者に対する権利を超える権利の主張をできないという原則を規定すべきである。理由は以下のとおり。

下請は、元請を前提とするものであり、その履行のためになされる以上、下請負人に、元請負人が注文者に対して有する権利を超える主張をできないとするのは自然。

下請負が注文主の承諾の下になされた場合などの例外を認めるべき意見があるが、下請負を許容することと、下請負人にどこまでの権利主張を許容するかは別の問題で、注文主としては、下請負人から元請負契約以上の権利を主張されることは通常想定していないと考えられる。あえて許容する場合には、個々の承諾の際に合意すれば足りる。

（堂島有志）

- 賛成（広大有志）
- 考え方に問題はないが、明文化により強行規定であるとの誤解を生じないことを望む。（情サ産協）

- 注文者が元請負人に対して主張できる権利の範囲内でしか下請負人に対して権利主張が認められず、また同様に、下請負人が元請負人に対して主張できる権利の範囲内でしか注文者に対して権利主張が認められない、とすることを明文化することについては、判例（最三判平成5・10・19民集47巻8号5061頁）において明らかにされているものであり、これを民法に定めること自体については、異論はない。

しかしながら、同判例は、建物建築工事の請負契約に関する事例であり、所有権帰属に関する事例において認められたものであり、この判例の射程がどこまでなのかは、必ずしも明らかではない。例えば、情報成果物を取り扱う請負契約の場合、知的財産権の帰属、著作者人格権の行使等、所有権や報酬請求権に限らず、様々な権利が関係するため、単に「権利」とのみ定められた場合、この「権利」が何を指しているのか、おそらく企業法務の場面においては、注文者側になるのか、下請負人側になるのかによって、解釈に齟齬が生じることが考え

られるので、「権利」の定義や範囲については、十分に明瞭にするべきである。(法友会)

○ 下請負人は、請負の目的物に関して、元請負人が元請負契約に基づいて注文者に対して有する権利を超える権利を注文者に主張することができないことを条文上明記する方向で検討するべきである。(会社員)

○ 賛成する意見もあったが、(2)と同様、関係者が多数にわたる下請負の場合などの法的関係がかなり錯綜するおそれがあり、紛争誘発的であるとする意見もあった。(最高裁)

○ 下請人が請負の目的物に関して、元請負人が元請負契約に基づいて注文者に対して有する権利を超える権利を注文者に主張することができないことを条文上明示するか、また、その原則の例外を設ける必要性については、賛成意見がある一方、有力な反対意見もあり、慎重な検討を要する。

例えば、AがBに元請発注し、BがCに下請発注した例で考えると、AB間の契約、BC間の契約は当事者も内容も異なる別々の契約であるため、CがAに対して直接報酬請求権を行使することは、債権者代位権を行使する場面を除けばあり得ない。しかし、AがCに対して、目的物の引渡を求めることはあり得る。この場合、BC間では引渡まではCが所有権を有する旨合意していたとしても、AB間では所有権は原始的にAに帰属することを合意しておけば、AがCに引渡を求めた場合、CはBC間の所有権に関する合意を対抗できない(最判平成14年9月24日・判時1801号77頁)。この点を明文化するか否かであるが、請負契約における目的物の所在について規定を設けるのであれば規定する意味はあるが、所有権の所在についての規定を設けないうまま、下請負契約の所有権の所在についてだけ規定を設けるのでは意味がない。(日弁連)

○ 「下請負人は、請負の目的物に関して、元請負人が元請け契約に基づいて注文者に対して有する権利を超える権利を注文者に主張することができないこと」「注文者も元請け契約に基づいて元請負人に対して有する権利を超える権利をした請負人に対して主張することができない」旨の規定を設けるとの考え方については、その射程範囲が必ずしも明らかでなく、消費者保護が後退することなきよう慎重に検討されるべきである。(日弁連消費者委有志)

○ 判例法理を条文化することに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。(日大民研・商研)

○ 目的物に対する権利が何かを明確にするべきである。それが所有権

を指すのであれば、判例の明文化の方向であり、賛成である。他方、例えば知財権の譲渡等は、下請負人の会社存続にも影響を与えかねないので、元請契約によらず、下請負人の権利として保護されるべきものであるから、含めるべきではない。(三菱電機)

- 最判平成5年10月19日民集47巻8号5061頁の趣旨を条文中明記することの当否については、慎重に検討すべきである。下請負人は元請負人が元請負契約に基づいて注文者に対して有する以上の権利を主張できないという原則には異存がないが、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。(弁護士)
- 中間論点整理において提示された考え方は、判例(最判平成5年10月19日民集47巻8号5061頁)の法理を一般化するものであると思われるが、同判例は、注文者甲と元請負人乙及び下請負人丙とがある場合に、乙が倒産したときは甲丙間の法律関係はどのようなものとして理解すべきか、との論点を中心となる事案において、元請倒産事例についての実務の取扱いが、一種の袋小路を思わせるような状態から脱却して行くことに配慮しつつなされた判断であり(可部補足意見)、その余の場合にまで安易に一般化するのとは妥当ではなく、慎重に検討すべきである。(東弁)
- いずれも反対である。平成5年10月10日の判例は、元請契約が中途解約された場合の出来形部分の所有権に関する判例であり、目的物の所有権帰属との関係もあるため、確立した判例法理とまではいえず、これを一般論として規定すべきではない。所有権帰属の問題とも関係するため、慎重になるべきである。(兵庫県弁)
- 論理的に導かれる当然のことを規定する必要はないと考える。(愛知県弁)
- 前述のとおり直接請求権を否定する以上、下請負について特に明文化する必要はないと考える。(横浜弁)
- 下請負人は、請負の目的物に関して、元請負人が元請負契約に基づいて注文者に対して有する以上の権利を注文者に主張することができず、また、注文者は、元請負契約に基づいて元請負人に対して有する以上の権利を下請負人に対して主張することができないことを明文で規定すべきであるとの考え方が示されている。しかし、下請契約の内容が元請契約の内容で制約されたり、その逆の事があれば、下請負人あるいは注文者にとって不意打ちになりかねない。なお部会資料が引用する最判平成5年10月19日は、注文者の知らないところで丸投げ下請契約をしていた事案で、特別法や標準約款に抵触しかねない契約形態を前提としたもので、ごく例外的事案と考えるべきである。

(親和会)

- 下請契約は元請契約とは別個の契約であり、直ちに元請契約に拘束されない。拘束力を認めた判例はあるが、当該判例は当該事例を超えて一般的に判例法理を提供するものではない。(法友全期)
- 「論点整理」では、「下請負人は、請負の目的物に関して、元請負人が元請負契約に基づいて注文者に対して有する権利を越える権利を注文者に主張することができないことを条文上明記するかどうか」としているが、この点を明記することが、元請負人が元請負契約上、注文者に対して有する範囲内の権利は、下請負人が注文者に自由に行使できるという解釈につながるのではないか。そうすると、実務では、注文者一元請負人一下請負人の関係において、元請負人と下請負人との間で工事代金の精算を巡りトラブルとなったり、元請負人が倒産して下請負人に工事代金を支払うことができなくなった場合に、実際に工事を行い、製作物を現場に取り付けた下請負人が、その製作物を実力行使により奪還するといった紛議が生じることがあるが、そのような混乱した自力救済的な行為を助長することになることが懸念される。  
なお付言すれば、現行民法では、「注文者」「請負人」という文言しかなく、「下請負人」という文言は無い。新たに「元請負人」「下請負人」という概念を導入するなり、新たに定義づけを行うなり、更には、建設請負では重層下請関係が珍しくないなかで、数次に互る下請負人がすべて「下請負人」で括られるのかといった、制度設計上の疑問も解消しなければならない。(日建連)
- 下請関係の成立を理由に、元請負契約で定められていない債務の成立を認めることは理論的に無理があると思われ、内容自体に異論はないが、このような事項をわざわざ明文化することは、当事者の感情的な反発を招くだけではないか。(弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

## 第49 委任

### 1 受任者の義務に関する規定

#### (1) 受任者の指図遵守義務

民法は受任者の義務として善管注意義務を規定している（同法第644条）が、その一つの内容として、委任者の指図があるときはこれに従って委任事務を処理しなければならないものと解されていることから、このような原則を条文上明記するかどうかについて、その例外に関する規定の要否や内容などを含め、更に検討してはどうか。

受任者の指図遵守義務の例外として、①指図を遵守しなくても債務不履行にならない場合があるか、②指図に従うことが債務不履行になる場合があるかのそれぞれについて、適切な要件を規定することができる

かや、指図の射程がどこまで及ぶかなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料 17-2 第3, 2(1) [29頁]】

【意見】

- 受任者が指図に従うことは当然なので、指図遵守義務を明示することに賛成する。指図よりも適切な方法がある場合にそのような選択肢を採れるようにすべきであるから、指図を遵守しなくても債務不履行にならない場合があることを認めることに賛成する。具体的には、① 委任者の利益に反する場合、② 変更を求めることが困難である場合が挙げられる。

指図と異なる処理を行う義務まで課すとすれば受任者に酷であるし、委任者も不適切な指図をしている以上はその不利益を甘受するのは当然であるから、指図に従うことが債務不履行になる場合があることを認めることには反対する。(札幌弁)

- 受任者の指図遵守義務は善管注意義務の一内容として広く認められているが、それを明文で規定することは善管注意義務の内容の明確化に資するものとして有益であるから、受任者の指図遵守義務について規定することには賛成である。例外の場合（受任者が委任者の指図に従わなくてもよい場合）については、具体的な場合を列挙して規定することが困難であるので、一般的な定め方で例外を認めるかたちにするのがのぞましいのではないか。(広島弁)
- 指図遵守義務の原則を明文化することについては、例外を次のとおり相当程度認めることを条件に賛成する。指図遵守義務の例外として、受任者に指図の変更を求める、ないし、臨機の必要な措置をとる「権限」を与えることを認めるべきである。しかし、指図に従うことが債務不履行になる場合があることを条文上明記することについては反対する。(仙台弁)
- 受任者は委任者が与えた指図に従って委任事務を処理しなければならないとの原則を 条文上明示することには賛成である。

個別具体的に妥当な解決を図る観点からは、指図を遵守することが委任者の利益に反する場合も存するので、指図遵守義務の例外規定を設けることに賛成する。ただし、指図に従うことが委任者の不利益となるときに指図の変更を求める義務までを規定することには反対である。このような義務までを課すことになると、委任者の利益に反するか否かの判断を受任者が負うことになって具体的な妥当性を欠くことから、①、②及び指図の射程がどこまで及ぶかについては慎重な検討が必要である。(大阪弁)
- 特に規定を設ける必要はない。もし規定を設けるのであれば、その

基準を明確かつ合理的なものにすべきである。(横浜弁)

- 受任者は委任者が与えた指図に従って委任事務を処理しなければならないとの原則論は異論ないが、例外として委任者の指図に従うことを要しない場合等についてどのように規定を設けるべきかは悩ましく、あえて例外規定まで定めるのか、規定が複雑になりすぎないか、信託法など他の法律の条文と整合するかなどを、慎重に検討すべきである。

(二弁)

- 指図遵守義務を検討すること自体には異論はない。しかし、これを規定する場合には、その例外を規定することは不可欠と思われる。そして、高度な知識・判断を伴う事務の委任にあたっては、受任者から委任者に対する十分な説明義務と指図の遵守は密接な関連を有する(十分な説明義務を果たした上での指図が不合理であれば、遵守しないでもよいということにもなるが、説明義務を果たしていない場合には、まず説明義務を果たさないと免責されないなど)。これらの事由や指図の追加変更の場合の対応などを考えると、あらゆる場面を想定した例外規定を整備することは困難と思われる。従って、例外について規定がなされたとしても、場合により(特に指図の追加、変更がある場合、説明するための十分な機会が与えられない場合、十分な説明をしているが反対の立場に立つ場合など)受任者はジレンマに陥り委任事務の履行を継続することが困難または不適切となることがありえることから、斯様な場合には、委任者にとって不利な時期であっても受任者は損害賠償義務を負わず辞任することができるようにする必要があるのでないか。そして、受任者は引き継ぎ義務を負うべきことになるのではないか。このため、(合理的に予想できない)指図の追加、変更その他上記のような状況下においては、651条2項との関係では「やむを得ない事由」を構成することを明確化することなどを併せて検討されてはどうか。そして、その場合に、説明義務との関係、引き継ぎ義務との関係を規定してはどうか。(長島・大野・常松有志)

- 具体的な規定のあり方としては、①指図に従うことが委任の趣旨に適合しないか又は委任者の不利益となると受任者が知り、または知りうべきときは、委任者に通知し変更を求めるべき、しかし②急を要し指図の変更を求める余裕がない時で、かつ、指図に反することが委任者の利益に適合するときは、指図に反しても適宜の措置をとる義務を負うとの規範の示し方がありうるのではないかと考える。

指図遵守義務は、(1)指図に従うことが委任の趣旨に適合しないか又は委任者の不利益となる場合、(2)急を要し指図の変更を求める余裕がない時又は指図に反することが委任者の利益に適合する場合について問題になるが、上記のような規定を設けることにより、(1)(2)を

共に「委任者の利益」が、その合理的解釈を経ても不明瞭な場合の一場面と捉え、(1)はその中でもそれまでに確定された「委任者の利益」と矛盾するほどに大きな不明瞭さが生じた場面での指図遵守義務の履行方法、(2)は緊急避難的な場面での指図遵守義務の履行方法を規定したものとして明確にできるのではないか（「改正を考える」研）

- 資金移動業者が当該サービスを提供する際、送金依頼者の送金指図に従って資金を移動すべきことは、契約又は善管注意義務の内容として当然のことであるため、指図遵守義務を明文化すること自体には反対しない。

指図遵守義務の例外については、契約により引き受けていない指図については、当該指図に従わなくても債務不履行とはならないこと、指図に従っていれば債務不履行にならないことが明確になる方向で検討をするべきである。（決済協）

- 委任契約に定める範囲外の指図が委託者から行われた場合において、かかる指図に従う必要がないことを明確化することは、サービス業務の安定的な遂行に資する。また、不当又は不合理な指図に従うことは、委任の範囲を超えていると考えられるため、当該指図を遵守しなくても債務不履行にはならないとするべきである。そこで、「契約により引き受けていない指図、不当又は不合理な指図については、当該指図に従わなくても債務不履行とはならない」ことを明確にする方向で検討すべきである。

委任に関する業務は、委任者のために行うところ、委任者から指図があった場合において、かかる指図に従って行為したことについて受任者が債務不履行責任を負担しないことの明確化も、サービス業務の安定的な遂行に資すると考えられる。そこで、「指図に従っていれば、債務不履行にならない」ことを明確にする方向で検討すべきである。（サービス協）

- 受任者は原則として委任者の指図に従うべきであるから、指図遵守義務の原則を規定することには合理性がある。しかし、その例外（本文後段参照）を適切に規定することができない場合には、この原則も規定せず、善管注意義務の解釈に委ねた方が柔軟でよいとも考えられる。

受任者が委任者の指図を遵守することが合理的でない場合がある。しかし、指図を遵守すべきでないと考えられる理由や望ましい対応も様々であるから、要件や効果を適切に規定するのは困難である。例外としては、①受任者が指図に従うことを要しない場合があるか（指図を遵守しなくても債務不履行にならない場合があるか）、②指図の変更を求めるとか指図と異なる処理をするなどの義務を受任者が負う場

合があるか（指図に従うことが債務不履行になる場合があるか）という2点が問題になる。指図と異なる処理をする権利を認めることについては、一定の場合に指図を遵守しなくてもよい旨の規定を設けることは受任者の選択肢を広げることになって望ましい。これに対して、指図の変更を求めるとか指図と異なる処理をするなどの義務を負わせることは、受任者に酷な結果となる可能性ある。しかし、現行法においても、受任者が指図されたとおりに事務を処理することが善管注意義務違反に該当する場合があります。すなわち、指図がある場合であっても、通常は、それに従うことが委任者の利益を害する場合にまでその射程は及んでいないのであり、このような場合には、受任者は指図が存在していないものとして、善管注意義務に従って委任事務を処理しなければならないのであるから、指図と異なる処理をしなければ債務不履行責任を負う場合はあり得る。したがって、この点については更に検討を重ねる必要がある。（弁護士）

- 検討することに異論はなかったが、後段（指図遵守義務の例外）については、①委任者の指図を遵守しなくても債務不履行にならない場合があるというにとどまらず、②指図に従うことが債務不履行になる場合があるとすると、受任者に過度に重い負担を課すこととなり、ひいては個別事案に応じた適切な紛争解決を阻害する懸念がある（このことは、受任者が専門家でない場合により顕著であると思われる。）との意見があった。（最高裁）
- 慎重に検討すべきである。特に、委任者に専門的知識がなく、受任者に専門的知識がある場合、委任者の指図にそのまま従うことなく、受任者が説明し、助言・指導できるよう検討すべきである。（日弁連消費者委有志）
- 指図遵守義務の例外規定を設けた場合、受任者が委任者の判断の根拠を確認することのないまま、委任者の利益に反するとして指図に従わないという不都合が生じるおそれがあることから、例外規定については、委任者の指図が法令違反等となる場合に限定すべきである。（農中）
- 如何なるときが「指図を遵守しなくても債務不履行にならない場合」を指し、「指図に従うことが債務不履行になる場合」を指すのが明確でない。投資一任契約の受任者となりうる金融商品取引業者側にとっては、自らが指図遵守義務を負うか否かが的確に判断できない場合が生じうる。一例として、投資一任業務において、顧客から「米国株式と米国債券を半々のポジションで運用してほしい」と依頼されていた場合において、米国の株式市場が暴落したとして、日本時間では早朝なので顧客の確認が取れない場合、金融商品取引業者に、顧客の指示に反して米国株式の運用比率を低くする等の義務があるのか、

といった疑念が生じる。なお、金融商品取引業者は、金融商品取引法第40条の2に基づき最良執行方針等を定めて公表し、これに従って顧客の注文を執行することが義務づけられているが、民法において受任者の指図遵守義務の例外が規定された場合、自社で定めた最良執行方針のとおり執行すれば、民法上の善管注意義務に反しないことを確認したい。(日証協)

- 例外②でいう委任者の指図に従うことが不履行になる場合とは、受任者が委任者の指図に対して積極的に意見具申するなどして指図の是正を求める、あるいは委任者の(誤った)指図には従わず委任者にとって最善となる対応をする義務などであるとすると、受任者の義務の程度が際限なく加重されるおそれがあると考ええる。例えば、シ・ローンのエージェント業務などで、金融機関の受任者としての義務が必要以上に高度なものとされると実務が混乱するおそれがあると考ええる。(全信協)
- 「委任者にその指図の変更を求めることが困難であるとき」との規定は、限定列挙して明確化すべきである。これがいかなる場合を指すものか判然とせず、受任者の独断を正当化する根拠となりかねないからである。(弁護士、弁護士)
- 成年後見制度の理念としての「本人意思の尊重」のほか「本人保護」の観点からの検討も行うべきである。

任意後見契約においては、「代理権を付与する委任契約」と定義されていることから任意後見人の義務として当該規定が適用されることになる。また、法定後見制度においては、民法858条の規定との整合性についての検討も必要と思われる。

成年被後見人、保佐人、補助人及び任意後見契約の本人(以下、「本人」という)は、判断能力が欠如しているかもしくは不十分であり、また判断能力の不十分の度合いが日や時間帯によって様々である。後見人等及び任意後見人は、このような本人の意思を把握しても内容によっては必ずしも賛成できない場合もあり、本人の判断能力を医師に確認したり本人の健康状態や生活状況、財産状況を考慮した結果、本人の意思を実現できないこともある。特に、本人の生命、健康、財産に対しどの程度の影響を及ぼすのか判断が困難な場合が多い。

成年後見人等及び任意後見人が判断に困っている代表的な事例としては、①本人の健康状態・経済状態を踏まえた在宅を継続するか施設入所かの判断、②医療における契約と医療行為における同意、③本人の生きがいにも結びつくが客観的には浪費に相当する「愚行権」がある。

以上を踏まえ、成年後見制度の実務を念頭においた検討が必要と考ええる。(リーガルサポート)

- 原則として受任者は委任者の指図に従うべきではあるが、「指図に従う義務」を明記すると、専門性をないがしろにする指図が乱発されることによる混乱を惹起する危険があり、立法政策としては疑問がある。善管注意義務の明記で十分であり、委任者の「指図に従う義務」を明文化することに反対する。(東弁)
- 受任者は委任者が与えた指示に従って委任事務を処理しなければならないとの原則を条文上明示する考え方には反対の意見が強い。明文化まですると、受任者の専門性・独立性や事案に即した柔軟な判断ができなくなるなど受任者の対応が硬直化するおそれがある。  
例外として委任者の指図に従うことを要しない場合について規定を設けるべきであるとの考え方をとったとしても、受任者の義務とまですべきではない。指図の変更を求めることを義務付けると、個別具体的に妥当な解決を図ることが妨げられる可能性がある。(日弁連)
- 委任は、受任者が自ら裁量で委任事務を処理する点で雇用と区別される場所、受任者は委任者が与えた指図に従って委任事務を処理しなければならない旨を明示すると、両者の区別が不明確となり、分かりやすい民法という改正の趣旨に反する。また、具体的な事務処理の方法等についても原則として全て委任者の指図に従わなければならないと解釈されるおそれが生じる。よって、委任者の指図があるときはこれに従って委任事務を処理しなければならないとの原則を条文上明記することについて、反対する。(愛知県弁)
- 反対である。実務上規定を設ける必要性がない。そのような規定を設けると、第一次的には、単純に委任者の指図に従ったかどうかという観点から受任者の義務違反の有無が判断されることになり、事案に即した柔軟な判断ができなくなる恐れがある。受任者の義務違反の有無は、善管注意義務という規範的な要件の判断においてなされるべきである。(兵庫県弁)
- 受任者の指図遵守義務が認められることに異論はないが、この義務を明文化する必要はない。  
委任者の指示が不適切であると判断した場合の対応・手続、指示の変更が必要な場合があっても委任者と連絡が取れない場合の対応・手続について具体化すべきか否かであるが、善管注意義務の内容をここまで具体化する必要はないであろう。受任者にはある程度の裁量を与えられているであろうから、このような事態が発生した場合の対応については、「当事者の合意・合意の趣旨」に鑑み、個別具体的に判断すべきであり、法律で一律に定める必要はない(規律することによって、受任者の対応が規制され、硬直化するおそれがある)。(福岡弁)
- 委任契約においては、受任者の専門的な事務処理が予定されており、委任者の支持そのものが不適切な処理を導く可能性が高い。受任者の

独立性を確保することが委任者の利益になることから、委任者の指図に従う義務があることには反対する。(金沢弁消費者委)

- 指図に従うことを原則とした場合、指図の際に基礎となった事情が変わった場合に、受任者が新たな事情を考慮して最善と思われる意思決定をすべきなのか、あくまでも指図に従うべきなのか、選択に悩むことになりかねず、受任者に過大な負担を与えることになりかねない。その場合に委任者に指図の変更を求めるには、新事情の説明などが必要となり、これも受任者の負担となるばかりか、迅速な処理ができなくなる点で必ずしも委任者の利益にもなるとは限らない。したがって、指図に従うことを原則とするべきでない。(親和会)
- 受任者が委任者の指図に従わなくても良い場合は、指図の内容や状況により異なることから、適切に例外を規定することは困難である。例外を明記できないのに原則だけ明記すると誤解を与える懸念がある。指図遵守に特化した規律を設けなくても、委任者の指図を尊重しつつ適切な対応をすべきことは、委任の趣旨、事情によっても変わり得ることは、「委任の本旨」に従い、善管注意義務を負うとの現行民法の規律で支障なく示されている。(堂島有志)
- 委任契約においては、当事者の能力、力関係に差があることや、委任事務の処理において高度な専門的知見を要することもあり、委任者において委託事務の内容や意義を事前に把握できないケースもある。委任者から事務内容や意義に照らし適切な指図がなされることを前提として指図遵守義務を定めるのは、委任契約の前提たる当事者間の信頼関係や事実関係を適切に把握しているとはいえず、規定のありようとして疑問が残る。受任者が委任者の指図に従う義務(指図遵守義務)を規定することについては、慎重に検討すべきである。(日司連)
- 規定の必要性を特に感じない。(広大有志)  
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、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、信認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。(日大民研・商研)
- 銀行取引において委任とされる取引は広範に及んでおり、為替取引や預金口座を巡る決済取引に加え、近時は銀行が仲介的に行う金融サービス等も委任として規律されるものもある。こうした取引における

委任の内容、受任者としての権利義務は、契約によって様々に決められており、一様ではない。したがって、委任に関する規律、特に受任者の義務を規定する場合には、実務における委任契約の多様な利用について十分な配慮、慎重な検討が必要である。

実務の観点からも、善管注意義務の内容として受任者は原則として委任者の指図に従うべき義務があることに異論はない。しかし、上記のように委任契約は多様であることから、指図に従えばよい場合、従わなくてもよい場合、従ってはならない場合について、委任の趣旨や、その場の状況によって様々であり、指図遵守義務の程度にも濃淡があるのではないかという指摘がある。

指図が不適切だと思われる場合に、委任者に指図の変更を求めるべきことについてはよいが、受任者として常に変更を求める義務があるとするのは重過ぎ、かえって実務に支障をきたすことも考えられるという指摘がある。このような場合には、当該指図がそのままでよいのか、確認を求めることで足りるとすることも考えられる。

急を要するときは指図に反してでも臨機に必要な措置を講ずることについて、権利としては認められることはよいが、常に臨機対応の義務があるかという点は疑問がある。義務とまで認められるかどうかは、委任の趣旨や、その時の事情によって、義務までは認められないこともあるのではないかという指摘がある。

上記のとおり、受任者に指図遵守義務があることは異論がないが、委任契約が実務上様々な場面で利用されており、その内容も一律でないことから、委任契約の内容に応じて具体的、適切に規定できるかどうか疑問であり、善管注意義務の解釈に委ねた方が柔軟でよい。また、原則として指図遵守義務を負うことを規定するとして、指図に従わなくてもよい場合等の例外規定を設けることが提案されているが、この点についても、委任契約の内容により原則的な義務内容が区々であると考えられ、例外について全ての場合を明確化することは困難であり、そうであるならば例外も含め善管注意義務の解釈に委ねればよい。

(全銀協)

- 委任契約の履行にあたり委任者の指図を遵守すべきかは、契約の具体的性質によっても大きく異なるものであり、準委任を含めると極めて広い範囲をカバーしている委任契約一般について、受任者の指図遵守義務を規定することは相当でない。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## (2) 受任者の忠実義務

受任者は、委任者との利害が対立する状況で受任者自身の利益を図ってはならない義務、すなわち忠実義務を負うとされている。民法には忠実義務に関する規定はなく、善管注意義務の内容から導かれるとも言われるが、忠実義務は、適用される場面や救済方法などが善管注意義務と異なっており、固有の意味があるとして、善管注意義務とは別に、受任者が忠実義務を負うことを条文上明記すべきであるとの考え方がある。これに対しては、忠実義務の内容は委任の趣旨や内容によって異なり得ることから、忠実義務に関する規定を設けず、委任の趣旨や善管注意義務の解釈に委ねる方が柔軟でよいとの指摘、忠実義務を規定すると強い立場にある委任者が弱い立場にある受任者に対してこの規定を濫用するおそれがあるとの指摘、適切な要件効果を規定することは困難ではないかとの指摘もある。このような指摘も踏まえ、忠実義務に関する明文の規定を設けるという考え方の当否について、善管注意義務との関係、他の法令において規定されている忠実義務との関係、忠実義務を減免する特約の効力などに留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 2(2) [31頁]】

### 【意見】

- 善管注意義務と忠実義務は別個のものではないという判例の見解を前提とする限り、忠実義務を明記することに特に反対しないが、そうではない場合は、信託法や会社法の解釈に混乱を生ぜしめる等の弊害が生じるので慎重に検討すべきである。(東弁)
- 忠実義務は善管注意義務とは区別できるので、抽象的であっても明記することに賛成する。(札幌弁)
- 善管注意義務と忠実義務とは性質の異なる別個の義務であるとの立場からすると、善管注意義務とは別に忠実義務を規定することは、当然のことである。(広島弁)
- 善管注意義務に関する規定とは別に、忠実義務に関する規定を設けることに賛成である。その理由は、次のとおりである。

受任者が委任者のために受任事務を処理する際、委任者の利益を犠牲にして自己または第三者の利益を図ることが委託の趣旨に反することについては異論がなく、受任者の委任者に対する忠実義務は、委任契約において本来的に予定されている義務である。国民にわかりやすい民法という観点からも、受任者の委任者に対する義務の内容の明確化として、善管注意義務とは別に、忠実義務を明文化して規定することは意味がある。

委任契約においては、受任者は、他人の事務を一定の裁量をもって処理することから、委任者の利益が危険にさらされる可能性がある。

したがって、注意義務の程度を規定したと読まれがちな善管注意義務とは別に、忠実義務について明文規定を設ける意味はある。

受任者が利益相反取引に当たる可能性のある状況に立ち至った場合、受任者が委任者に対し、積極的にこれを説明すべき義務を負っており、情報の事前開示という観点からも委任者の利益保護に資する。昨今、受任者が受任事務を処理する際に委任者との関係で利益相反に関する紛争が顕在化してきていることにかんがみるに、委任において規範化しておく必要はあり、利益相反行為については忠実義務を明記しておく方が分かりやすく、利益相反性の問題となりうる状況を生じさせた場合の委任者に対する説明義務、忠実義務違反を理由とする委任契約の解除、損害賠償といった効果も導きやすい。

委任においては、「受任者は、自己または第三者の利益と委任者の利益とが相反する立場に身を置いてはならず、委任者の利益を犠牲にして、自己または第三者の利益を図ってはならないという義務を負う」ことは当然であり、これを忠実義務として明記することは、受任者の委任者に対する義務を法律的に明確化することになる。

監査役は業務執行権がないことから、取締役のような会社との利害対立に関する細かい規定は設けられていないのであり、このことをもって監査役が職務上知り得た会社の営業秘密を利用して私利を図る等の行為により会社に現実に損害を生じさせることを容認するものではなく、民法において忠実義務を規定したからといって、会社法との整合性を欠くことにはならない。(大阪弁)

- 忠実義務の明文化により受任者の利益相反行為等の禁止が明確になるので、規定を設けることに賛成である。

受任者の忠実義務の具体的内容に、委任者と利益相反の立場に立つことの禁止や、受任者が委任者と利益相反の立場に立つ場合にその旨の説明義務などがある。この場合の利益相反は、受任者と個別の委任者間のそれに限られず、同種取引について委任者が複数にわたる場合には、委任者総体の利益と受任者の利益が相反する場合も含める形の規律を検討すべきである。(日弁連消費者委有志)

- 忠実義務を善管注意義務の一部とする見解と、両者を別個のものとする見解があるが、いずれの見解でも忠実義務を明文化し、受任者に注意を喚起する意義はある。また、利益相反時の外部効は規定があるが(民法 108 条)内部効も規定を設けるべきである。さらに、会社法では、善管注意義務と忠実義務では扱いを異にする規定(①忠実義務の違反に対しては、差止めや利益の吐出しなど、善管注意義務とは異なる救済方法が認められること、②委任事務と直接関係しない領域で受任者自身の利益を図る行為(委任事務を遂行する過程で得た情報を使って私的な利益を追求するなど)は善管注意義務に違反するとは言

えないが、忠実義務に反すると言えること、③会社法においては、忠実義務に反する判断には経営判断の原則が適用されないとされている)もある。忠実義務と善管注意義務との内容を画する意味で、忠実義務の規定を置いても良いのではないか。(堂島有志)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 忠実義務は委任契約において本来的に予定されている義務であり、判例上も認められていることから、国民に分かり易いとの観点からも、善管注意義務とは別に明文化することに意味があり、明文化による弊害も存しない上、忠実義務の明文化により受任者の利益相反行為等の禁止が明確になるとして、規定を設けることに賛成する考え方がある。他方、善管注意義務と別個に規定を設ける意義がなく、善管注意義務と忠実義務の解釈等に混乱を来すおそれがあるとして反対する考え方もある。

以上を踏まえ、慎重に検討すべきである。(日弁連)

- 忠実義務規範には大分して利益相反準則と利益準則があるところ、前者の核心的内容は民法第108条に対応する義務であり、後者のそれは委託された事務から直接報酬以外の利益を得てはならない義務である。このような核心的内容を措定の上で議論すべきである。忠実義務の明文化の意義はあると考えるのであるが、審議中に挙げられた懸念に適切に対応した議論も必要なのであり、今後はより生産的な議論を期待したい。

併せて、忠実義務は一具体的内容はなんであれ—委任者からの同意があれば行いうる行為を禁止した義務ではある。だからといって、単なる任意規定ではないのであるから、委任者の同意の仕方—受任者からの忠実義務違反に関わる情報の完全な開示とそれに基づく委任者の同意—に関する規定についても考察する必要もあるのではないだろうか。それによって、利益相反行為規定をめぐって指摘された取引に対する萎縮があるとの懸念も払拭することができよう。(「改正を考える」研)

- 受任者の忠実義務の明文化の当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。(日大民研・商研)

○ 資金移動業者の業務は、送金依頼者の送金指図に従って原因関係とは切り離された為替取引という機械的な送金事務処理にとどまるため、送金依頼人と資金移動業者との間には、忠実義務を基礎付けるほどの信認関係はないと考えられるが、仮に忠実義務が明文化された場合には、送金依頼人は、資金移動業者が忠実義務を負うと解した上で、当該忠実義務の一環として、受取口座及び送金金額の過誤の確認や送金目的の確認のみならず、原因関係の有効無効等の確認などといった義務があるという主張をする可能性がある。これらの主張がなされると、機械的な送金事務処理を行う資金移動業の事務が混乱する上に、確認義務を果たすためのシステムを構築するなどコストが増加して、安価かつ迅速な小口の為替取引が実現できなくなるおそれがある。そこで、忠実義務の明文化に当たっては、任意規定であることを明らかにするべきである。資金移動業者は、送金依頼人に対して忠実義務を負担しないこと明確にするため、本規定の明文化に当たっては、任意規定であることを明らかにするべきである。(決済協)

○ 最近の学説では、英米法の影響を受け、善管注意義務と忠実義務は全く別個の義務であるとする見解が有力となりつつある。

会社法は、取締役や執行役について忠実義務を置いているが、監査役や会計監査人等については規定されておらず、また、信託法は受託者の忠実義務を定めているが、信託管理人、信託監督人及び受益者代理人については、忠実義務に代えて「誠実かつ公平に権限を行使しなければならない」旨の規定が(善管義務とは別個に)設けられており、信託の会計監査人については善管義務のみ規定している。

このような規定の書き分けからは、信認義務の内容は委任者と受任者との具体的関係によって異なり、信認義務の中でも最も重い「忠実義務」が妥当するのは、業務執行権の包括的委任を受け、個別の業務執行行為に対する監督が困難な者に限られるという考え方を採っているのではないかという推測も成り立ち、そうであれば民法上の委任契約一般について、受任者の忠実義務を明文で規定するのは不相当である。

また、民法に受任者の忠実義務が規定されれば、これらの法律の解釈にも多大な影響を与えることは必然であり、仮に忠実義務に関して明文の規定を設ける場合には、当該義務が果たして民法上の委任契約一般について妥当するものか否か、上記各規定の立法趣旨も参照しつつ慎重に検討しなければならない。(弁護士)

○ 善管注意義務とは別に、受任者が忠実義務を負うことを条文上明記

することについて、反対する。一般に善管注意義務と忠実義務は別個のものではないと解釈されているところ、善管注意義務に関する規定とは別に忠実義務に関する規定を設けることは、かえって無用の混乱を招く。(愛知県弁)

- 忠実義務を新たに規定せずとも善管注意義務の規定で足りる。また、忠実義務を新たに規定した場合、解釈に混乱が生じるおそれもある。したがって、忠実義務に関する規定を設けることに反対する。(仙台弁)
- 実務上、善管注意義務と忠実義務は同内容とされており(最判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁。但し、取締役の忠実義務が問題となった事案)、この理解を前提とする限り、あえて別に規定を設ける必要性はなく、むしろ委任の趣旨や内容によって忠実義務の程度に濃淡がありうることを考えると、善管注意義務の解釈に委ねるのが適切である。(兵庫県弁)
- 忠実義務は善管注意義務を敷衍したものというのが大方の解釈であるが、善管注意義務以外に忠実義務が明文化されると、この解釈が変わり、すべての委任契約に対して、善管注意義務より一層加重された義務が課されるといった解釈に変わるおそれがある。個人 to 個人にも適用される民法に、忠実義務を取り入れるまでの必要性は今のところないであろう。

現行法で忠実義務が課されるのは、会社の取締役(会社法350条、593条2項)、信託財産の受託者(信託法30条)のように、他人の出資・財産の管理を任されている特殊な法律関係にある者である。また、事案によっては、受任者に忠実義務を課してもよい事例がある。このような法令の趣旨及び事例から考えて、受任者の個人的利益と委任者の利益が相反するおそれのある委任契約においては、受任者に忠実義務を課してよいと思われる。例えば、AがBに対して不動産の管理を委任した事例で、通常はBに忠実義務が課せられることはない。しかし、不動産の清掃業者を探す必要がある場合、Bが自ら経営する清掃業者との間で委託契約を締結するようときは、Bに忠実義務が課される場合がありうる(公平に入札を実施するなどの義務を負う)。(福岡弁)

- 善管注意義務の規定のみで足りると考える。判例上、会社法355条の忠実義務と善管注意義務は別個のものではないとされているのであり、民法においてこれらをわざわざ別個に定める意義を見いだすことはできない。(横浜弁)
- 具体的な規定や効果の特則を設けないのであれば、忠実義務の一般規定を設ける意義がどれほどあるのか疑問である。判例、通説の立場に従い、忠実義務の一般規定は不要とし、現行民法を維持することで

よいものと思われる。

一方で、委任者との利害が対立する状況で受任者自身の私利を図ってはならないという義務は、必ずしも善管注意義務には包含されないもので、どこまで具体的内容を盛り込むのか（盛り込むことができるのか）、無償委任の場合はどうかなどの検討すべき点はあるものの、忠実義務規定を置く意義はあるのではないかと、という意見もあった。

（二弁）

- 規定の明確化を図る観点から、善管注意義務に関する規定とは別に忠実義務（委任者との利害が対立する状況で受任者自身の私利を図ってはならないという義務）に関する規定を設けるべきであるとの考え方が示されている。しかし、忠実義務違反があれば、これは当然に善管注意義務違反であり、規定の明確化という目的があったにせよ、これをあえて個別の規定とするのは無駄なばかりか、両義務の理解に混乱をきたすことになりかねない。（親和会）
- 忠実義務を規定することに反対する。主な理由は、「論点整理」の補足説明に記載の理由（判例との整合性、概念について理解が一致していないため抽象的な文言しか規定できないがこれでは紛争のもとになることなど）である。更にいえば、効果の面から考えると、上記の不都合があるにもかかわらず、忠実義務を民法に規定する必要性に疑問を感じる。即ち、善管注意義務の敷衍としての忠実義務違反であれば、善管注意義務の違反として損害賠償請求権が成り立つことになることから、善管注意義務とは別に忠実義務を規定する実際上の意味は、「忠実義務違反」があった場合に、善管注意義務違反と相当因果関係にある委任者の損害を賠償させること以外の権利を認めることにあると思われる。これは、即ち、委任者に当該義務違反と相当因果関係のある損害が生じていない場合において、委任者に、受任者の忠実義務違反行為による取引に介入したり、かかる取引により受任者が得た利益を委任者に支払うよう請求したり、かかる行為を差し止めたりすること認めるということになると思われる。しかし、必要に応じて特別法において定めるのであれば格別、様々な種類の委任契約のデフォルトルールである民法において、このような法的効果を生じさせる必要があるのか疑問である。仮に、忠実義務を規定する場合には、少なくとも、これらの救済の適用については任意規定化すべきと思料する。（長島・大野・常松有志）
- 忠実義務の内容は、契約当事者の関係や委託事務の内容によって多岐にわたっており、善管注意義務とほぼ同義のものもある。そうすると、任意規定として受任者が忠実義務を負うことを規定するとしても、多様な委託事務の内容や意義を鑑みたとき、これらを一義的に包含する形で忠実義務の具体的内容を定めることは難しいと考えられ、かえ

って忠実義務の内容をめぐって当事者間の対立が先鋭化し、契約の前提たる当事者間の信頼関係が崩壊してしまう事態もありうる。そこで、忠実義務に関しては、特別法、あるいは善管注意義務や契約の個別解釈によって規定すれば十分であると考ええる。(日司連)

○規定の必要性を特に感じない。仮に、規定するとなると義務違反の効果はどうするのか。(広大有志)

○ 本件について検討するに当たっては、実務上、委任契約とされる取引は多様であり、受任者の義務の程度も一様でないという認識が前提となるべきである。そのうえで、忠実義務を規定化することの要否について、忠実義務の義務内容については議論があり、その理解が論者によって区々であることや、明文化に当たって抽象的な規定にならざるを得ないとすれば(例えば単に忠実に事務を処理しなければいけない等)、かえって解釈を巡って紛議が生じるのではないかという懸念の指摘がある。

上記のとおり、委任の趣旨や内容によっては忠実義務の現れ方に違いがあり、その程度に濃淡がある、あるいは忠実義務に該当する義務がほとんどないものもあると考えられ、善管注意義務の内容として、委任の趣旨の解釈に委ねる方が柔軟でよい。なお、忠実義務について、善管注意義務も同様だが、仮に規定を設ける場合も任意規定であることの確認を求めたい。(全銀協)

○ 役務提供型契約には、①消費者契約のように、役務受領者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、②労働契約のように、役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり、それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ、消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは、役務受領者の立場を片面的に強化し、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。

委任に関して受任者に忠実義務を課すことは、役務提供先の優越性を強めるという点で、労働者など立場の弱い役務提供者への影響が危惧される。今後の検討過程で、これらの危惧が具体化した場合においては、このような方向での法改正には賛成できない。(連合)

○ 委任契約に関し、その内容等にかかわらず一般的に忠実義務を課すこととするには賛成できない。委任契約も、受任者に委任事務処理の裁量が広範囲に与えられ高度の委託信認関係に基づくものから、委任事務の内容や行使の態様が限定され、委託信認関係の程度がさほど高くないものまで様々なものが存在する。このような委任契約の内容や当事者の関係などにかかわらず、委任契約であるということで忠実義務を規定することは実情に合致せず、適切でない。(全信販協)

- 委任契約に関し、その内容等にかかわらず一般的に忠実義務を課すこととすることには賛成できない。(クレ協)
- 様々な類型が想定される委任業務について忠実義務を一律に定めることは適切な規律と言えなく、いかなる忠実義務が発生するかについては、個別の委任契約の内容や目的を踏まえた解釈に委ねられるべき事項と考えられる。したがって、明文化については、慎重にすべきである。(サービサー協)
- 例えば、シ・ローンのアレンジャーやエージェントの義務が加重されて解釈されるおそれがある。プロ同士が参加するシ・ローンマーケットでは、アレンジャーの情報提供ならびに参加金融機関の情報収集努力および自己決定などの行為規範が JSLA 行動規範・実務指針で定められ、安定的に実務がなされているが、それが混乱するおそれがあると考えられる。(全信協)
- 善管注意義務と忠実義務との違いが判然としない限り、善管注意義務とは別に受任者が忠実義務を負うことを規定することは、実務の混乱を招くので反対である。(三菱電機)
- 忠実義務を善管注意義務と異なるものとみなすにあたっては、最高裁判例との整合性をどのように説明するか、困難な問題が生じるものと考えられる。(会社員)
- 善管注意義務とは別に忠実義務に関する規定を設けることに反対する。最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁は、取締役の商法(会社法)上の忠実義務は善管注意義務を敷衍して一層明確にしたものであり、通常の委任関係に伴う善管注意義務とは別個の高度な義務を規定したものとは解することができないと判示しており、それにもかかわらず、善管注意義務とは別に忠実義務に関する規定を設けると、最高裁判例との整合性をどのように説明するか、困難な問題が生じる。  
 なお、会社法上、取締役及び監査役と会社との関係はいずれも委任の規定に従うとされている(同法第330条)が、取締役については忠実義務が設けられているのに対して監査役については忠実義務の規定は設けられていないことから、委任に関する一般的な規定として忠実義務を規定すると、会社法上も混乱が生ずるおそれもある。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### (3) 受任者の自己執行義務

受任者は、原則として自ら事務処理をしなければならないとされているが、その実定法上の根拠は代理に関する民法第104条であるとされている。このような原則を、委任に関する規定として、条文上明記する

こととしてはどうか。

また、同条は、本人の許諾を得たときとやむを得ない事由があるときに限って復代理人の選任を認めているが、これに対しては、復委任が認められる場合を限定しすぎているとして、受任者の自己執行義務の例外をこれらの場合以外の場合にも拡大すべきであるとの考え方がある。これに対し、委任は当事者間の信認関係に基づくものであるから復委任の要件を緩和すべきでないという指摘もある。このような指摘も考慮しながら、復委任の要件を緩和することの可否について、更に検討してはどうか。緩和する場合には、例えば、受任者に自ら委任事務を処理することを期待するのが相当でないときに復委任を認めるという考え方や、有償委任においては委任の本旨が復委任を許さない場合を除いて復委任をすることができるという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

復受任者を使用した受任者の責任については、民法第105条第1項のように一律に復受任者の選任・監督についての責任のみを負うとするのではなく、履行補助者を使用した債務者の責任（前記第8，2）と同様に扱う方向で、更に検討してはどうか。

さらに、復受任者が委任者に対して善管注意義務、報告義務等を負うか、復受任者が委任者に対して報酬等を直接請求することができるかなど、復委任が認められる場合の復受任者と委任者との法律関係について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3，2(3) [32頁]】

#### 【意見】

○ 復委任の要件を緩和する考え方に賛成する。復委任を認める要件を緩和することとの均衡上、受任者の責任は緩和すべきではない。法律関係が混乱することを避けるため、復受任者の委任者に対する直接請求を一律に認めるべきでない。（金沢弁消費者委）

○ 受任者の自己執行義務の原則を条文上明記することに賛成する。

復委任の要件を緩和することに賛成する。例外として、「受任者に自ら委任事務を処理することを期待するのが相当でない場合」に復委任が許容されるという考え方自体については賛成するが、その基準の明確性には疑問があり、今後慎重に検討する必要がある。有償委任においては委任の本旨が復委任を許さない場合を除いては復委任をすることができるという考え方には反対する。

復受任者を使用した場合の受任者の責任を履行補助者を使用した債務者の責任と同様に扱う方向とすることについては、履行補助者を使用した債務者の責任規定のあり方自体に争いがあるので、慎重に検討すべきである。

復受任者の委任者に対する善管注意義務及び報告義務を規定することには賛成するが、直接請求権については強く反対する。(東弁)

- 受任者の自己執行義務を明文化することについて、賛成である。

また、委任者の許諾を得た場合のほか、受任者に自ら委任事務を処理することを期待するのが委任の趣旨から見て相当でないときには復委任を認めてよいとする例外を設けることについても、賛成である。

また、復受任者を使用した受任者の責任について、民法105条1項のように一律に復受任者の選任・監督についての責任のみ負うとするのではなく、履行補助者を使用した債務者の責任と同様に扱うことについても、賛成である。

また、復受任者が、委任者に対して、復委任において定めた範囲内で、受任者が原委任によって委任者に対して負うのと同様の義務を負うことについては賛成であるが、復受任者が、委任者に対して報酬・費用等を直接請求することを認める規定を設けることについては慎重であるべきと考える。(広島弁)

- 委任は受任者に対する信頼を基盤として成り立っているため、受任者には自己執行義務があり、復受任者を選任する場合、委任者の許諾を得なければならないのが原則である。

この原則論が適用できないような場合、すなわち、復受任者を選任することが委任者の利益になるにもかかわらず委任者の許諾を得ることが困難な場合(例 委任者が入院し、面会もできないような場合)には例外を認めてよい。なお、上記提案では、受任者に自ら委任事務を処理することを期待するのが相当でないときに復委任を選任することができる旨定めているが、この文言そのままの事態が発生すればむしろ受任者は辞任すべきであると思われる。

復受任者の事務処理にミスがあった場合に、受任者が委任者に対して責任を負担するか否かであるが、原則として、責任を負担すべきであろう(例 復受任者による使込みがあった場合には、受任者が賠償義務を負う)。ただし、「契約の内容・契約の趣旨」によっては、受任者が免責されることはありうる(例 委任者が復受任者を指名し選任したような場合)。

原則として、委任者と復受任者の間には、直接の権利・義務関係は発生しないであろう(判例 i, この事例において、AがCに対して直接委託料を請求することはできない)。ただし、「契約の内容・契約の趣旨」によっては、直接的な関係が発生することもありうる。(福岡弁)

- 自ら委任事務を処理することを期待するのが相当でないときに、委任者の承諾がなくても復委任が認められるとするのが実情にあう。また、「委任の本旨が復委任を許さない場合を除いて」というよりも、

「受任者に自ら委任事務を処理することを期待するのが相当でないとき」とする方がより明確である。(第33(代理), 1, (5)の復代理の論点との整合性に留意が必要である。)

復委任を許容する要件を拡張することと, 委任者本人保護の要請とのバランスから, 選任監督のみならず, 復受任者の事務処理についても責任を負うとすべきである。

復受任者の委任者に対する義務という局面では, 代理権の授与を伴う場合には委任者が復受任者の行為を直接コントロールすることができるようにする必要があるから, 復受任者は, 委任者に対し, 復委任において定めた範囲内で, 受任者が原委任に基づいて委任者に対して負うのと同じ義務を負うものと考えらるべきである。

復受任者から委任者に対する報酬の直接請求権は認めるべきではない。(横浜弁)

- 委任は信頼関係を基礎とするから, 自己執行の原則は委任一般に(現民法が規定する代理人の場合以外にも)妥当する原則を明記すべきである。

自己執行義務の例外を, 現行民法104条の「やむを得ない場合」より広くすることには賛成であるが, 「自ら委任事務を処理することを期待するのが相当でないとき」は限界として不明確である。

復委任を使用した場合の責任は, 債務不履行の原則通りなので, 特段の規定を要しない。(堂島有志)

- 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。当事者の関係が信認関係に基づく以上, 復委任の要件は安易に緩和されるべきではない。しかし, 最高度の信認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」に(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。その際に復受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。(日大民研・商研)
- 現代企業活動において一般化しているアウトソーシング又はアライアンスの範囲の拡大による再委託の有用性の高まりを踏まえ, 復委任の要件を緩和し, 一定の場合に受任者の責任を限定する方向で検討を

進めるべきである。

委託元の指名に従って再委託先が選任された場合には受任者の責任が軽減されるなど、一定の要件の下で受任者の責任が限定される方向で検討がなされるべきである。(サービサー協)

- 信託法第28条の規定等に倣い、受任者の自己執行義務については、現行法の解釈より大幅に緩和した規定を設けるべきである。

復委任が許容される場合における受任者の責任については、復受任者の選任及び監督について責任を負う旨の規定を設けるべきである。復委任が許容される場合の受任者の責任については、代理について定めた民法第105条のほか、信託事務の委託について定めた信託法第35条等との均衡を考えれば、復受任者の選任及び監督について責任を負うものとすべきであり、これが不当に軽いとの批判は当たらない。

復受任者は、委任者に対し、復委任において定めた範囲内で、受任者が原委任によって委任者に対して負うのと同様の義務を負うものとすべきであるという考え方については、特に異論はない。

復受任者の委任者に対する直接請求権については、下請負人の注文者に対する直接請求権に関する論点と平仄を合わせて検討すべきである。(弁護士)

- 委任が属人的な契約であることは、受任者が復受任者を履行補助者として使用することを禁ずる理由にはならない。原則として復受任者の選任は受任者の責任の下に行えることとし、自ら執行を行うことが期待されている場合を規定した上で、そのような場合には例外的に受任者が自己執行しなければならないとする条項とした方が自然である。(個人)

- 賛成する意見もあったが、復委任が認められる要件の拡大(第2段落)については、復委任の要件を緩和することにより、自らが事務を引き受ける能力のない者が、取り敢えず当該事務を受任しておいて第三者に「丸投げ」するようなケースが増し、いたずらに紛争を誘発することを懸念する意見が多かった。(最高裁)

- 自己執行義務の原則を明文化することは賛成する。

復委任の要件を緩和することについては、現行の解釈を維持すべきか否かを含め、慎重に検討すべきである。復委任を広く認める必要性がそれ程あるとは思われず、復委任の要件を緩和する場合、「受任者に自ら委任事務を処理することを期待するのが相当でないとき」との要件では、判断主体、判断内容が不明確になるおそれがある。

受任者が復受任者を選任した場合に、選任監督のみならず、復受任者の事務処理に対しても責任を負うとすべきとの意見が強い。自己執行義務の例外を定めることと、復受任者を選任した受任者の責任を加重することは一体として検討し、委任者が復受任者を指定した場合な

どの一定の例外があることも考慮に入れて、委任者の信頼、利益を害することのないよう注意すべきである。

復委任が認められる場合の復受任者と委任者との法律関係を明確にすることは特に反対しないが、復委任者が委任者に対して報酬等を直接請求することができることに、反対の意見が強い。復受任者の委任者に対する直接請求権を認めるのは、下請負の場合と同様に、余りに過大な権利を認めるものであって、売買代金債権者等とのバランスも欠き、無用の混乱を招くことになりかねない。(日弁連)

- 受任者の自己執行義務の原則を明文で規定することに賛成する。受任者の自己執行義務の例外として復委任が許容される要件については、現行民法第104条と同等でよいと考える。復委任が許容される場合の受任者の責任については、現行民法第105条第1項と同等でよいと考える。復委任が許容される場合における委任者と復委任者との関係については、現行民法第107条と同等でよいと考える。復受任者の委任者に対する報酬等の直接請求権については、明確な規律を設けるべきである。(愛知県弁)

- 自己執行義務を明文化することに賛成する。

復委任の要件は、本人から許諾を得るなどさほど難しい条件ではないので、要件を緩和する必要性もなく、代理の場合と差異を設ける理由もないから、慎重に検討すべきである。

復受任者を使用した受任者の責任については、受任者自身が委任事務処理の義務を負っている以上、復委任が許される場合であっても、全て選任・監督の義務に制限されるとするのは不当であり、履行補助者を使用した債務者の責任と同様に扱う方向に賛成する。

復受任者も、善管注意義務、報告義務等受任者と同一の義務を負うことにつき、賛成する。復受任者から委任者に対して報酬等の直接請求権を認めることにつき、反対する。(札幌弁)

- 委任契約は信頼関係を基礎とするため自己執行が原則であるので、自己執行義務の原則を明文化することには賛成する。

実務上、復委任をする場合には、委任者から承諾を得て行ううえ、それが不可能な場合には、「やむを得ない事由があるとき」に該当することがほとんどであることから、あえてそれ以上に復委任許容の要件を緩和する必要はない。

委任者としては、復委任を許容したからといって、受任者の責任を軽減するという認識は持っていないのが通常であるから、復委任が許容される場合にも、受任者の責任は軽減されないとすべきである。

受任者と復受任者の権利義務関係について、それぞれの法律関係について、新たに規定を設けることについては特に反対はしない。しかし、復受任者から委任者への報酬請求権の規定を設けることについて

は反対である。復委任が認められるのは限られたケースにおいてだけであり、直接の権利義務関係を認める弊害は小さい。また、現行法でも107条2項の解釈により報酬の直接請求も認められると解されている。(仙台弁)

- 自己執行義務については当然の義務と解されており、明文化してよい。

復委任の要件として、「受任者に自ら委任事務を処理することを期待することが相当でないとき」には復委任が許容されるとの考え方については、文言として分かりにくいし、相当性の判断を誰が行うかといった疑問もある。復委任の可否については「やむを得ない事由」という要件(現行民法104条類推)を柔軟に解釈すれば足りる。

復受任者を使用した受任者の責任については、履行補助者を使用した債務者の責任についての議論が妥当するところであり、更に検討すべきである。

復受任者と委任者が直接の権利義務関係に立つのか等について、明確化が望まれる。(兵庫県弁)

- 自己執行義務を明文で規定することには賛成する。

自己執行義務の例外を拡大することについては賛成する。ただし、「受任者に自ら委任事務を処理することを期待するのが相当でないとき」とする要件は慎重な検討が必要である。

復受任者を使用した場合の受任者の責任については、選任監督のみならず、履行補助者を使用した債務者の責任(第8.2)と同様に扱う方向で検討することについては賛成する。

復委任が認められる場合の復受任者と委任者との法律関係について、復受任者が委任者に対して善管注意義務を負うことには賛成する。復受任者が委任者に対して報告義務を負うことには賛成する。復受任者が委任者に対して報酬等を直接請求できるとすることは、慎重な検討を要する。(大阪弁)

- 受任者の自己執行義務について明文化することに異論はない。

復委任の要件を緩和することについては、更に慎重に検討すべきである。復委任の要件の緩和については、実務上の必要性がどの程度あるかを勘案しつつ、さらに慎重に検討する必要があると思われる。なお、復委任の要件については、下請負が認められる場合との間にあまりに乖離があると、実務は混乱するおそれがあるので、下請負との整合性に留意する必要があるとの意見もあった。

復受任者を使用した受任者の責任については、一律に復受任者の選任・監督についての責任のみを負うとするのではなく、履行補助者を使用した債務者の責任と同様に扱う方向で検討することに賛成である。受任者が復委任者を自ら選任し使用した場合には、履行補助者を使用

した債務者と比して責任を軽減する合理的理由は乏しいものと考えられる。

復受任者と委任者との間の法律関係を整理する方向で検討することに異論はないが、復受任者の委任者に対する報酬等の直接請求権を認める考え方には反対である。復受任者が契約関係にない委任者に対し直接に請求できるとすると、委任者が復受任者に対しどのような債務を負っているか不明なままに履行を迫られるなど、実務上の混乱が生じるおそれがある。(二弁)

- 転貸借や下請の箇所の問題となった様に、復委任の法律関係についても横並びで整理をすべきである。その際、復代理人の規定(民法104条ないし106条)の規定と平仄を合わせ、復委任は原則として許されないことを明文化すべきである。(親和会)
- 請負との違いを明確化するために、自己執行義務を明文化すべきである。委任の性質から復委任の緩和は不要。受任者は、履行補助者としての責任を引き受けることに賛成である。(広大有志)
- 受任者は原則として自ら事務処理をする旨を条文上明記することに賛成である。わかりやすい民法の観点から、原則は基本的に明文化すべきである。

復委任の要件を緩和することに反対である。委任の趣旨(受任者に対する信頼が基礎となる)に照らし、現在の条文のままとすべきである。(三菱電機)

- 委任は当事者間の信認関係に基づくものであるから、復委任の要件を緩和しない方向で検討されるべきである。もし仮に復委任の要件を緩和するのであれば、受任者は、復委任者に対し、履行補助者を使用した債務者の責任と同種の責任を負わせるべきであるし、受任者の判断で行った行為である以上、復委任者からの報酬等の直接請求などを認めるべきではない。(会社員)
- 受任者の自己執行義務に関する規定を創設することには反対である。復委任の要件に関し、「受任者に自ら委任事務を処理することを期待するのが相当でないとき」と現行法の復代理の規定より緩和することは、委任者の委任意思にかかわらず、受任者側の事情で復委任を認めることになり、当事者の信頼関係を前提とする委任契約の本質からみて妥当ではないからである。(弁護士, 弁護士)
- 受任者は原則として自分で事務を処理しなければならない、復代理人を使用できないという原則は、代理に関する民法第104条に規定されているが、これは代理権の授与を伴わない場合にも妥当するものである上、同条の規律は委任の外部に対する効果に関するものではなく、その内部関係に関するものであるから、委任に関する規定として設けるべきである。

民法第104条は、やむを得ない事由がある場合に復委任が認められるとしている。委任は当事者間の信頼関係に基づく属人的なものであるから、復委任の要件を緩和することには反対する。

民法第105条第1項は、代理人は復代理人の選任及び監督について責任を負うと規定している。委任という契約類型は当事者間の信頼関係を特徴とするものであるから、履行補助者の一般原則に委ねるのではなく、原則として自己執行義務があることを明文化しておくことに意義がある。

復受任者は、委任者に対し、復委任において定めた範囲内で、受任者が原委任によって委任者に対して負うの同一の義務を負う。

復受任者に委任者に対する報酬、費用等の直接請求権を認める考え方は反対する。下請負人の注文者に対する直接請求権（前記第48，8(2)）と同様、委任者は見ず知らずの復受任者、復々受任者から請求を受ける可能性があり、二重払のリスクを負うおそれがあるからである。（弁護士）

- 改定の必要があるとは思えない。（個人）

#### (4) 受任者の報告義務

受任者は、委任者の請求があるとき（民法第645条）だけでなく、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も、委任事務の処理の状況について報告する義務を負うことを条文上明記することとしてはどうか。

長期にわたる委任においては相当期間ごとに報告義務を負うこととするかどうかについては、これに要する費用、柔軟な対応の可否等にも留意して、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3，2(4) [36頁]】

#### 【前段についての意見】

- 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場合、それまでの委任事務の処理について報告がなければ委任者も適切な指図を出せるとは思われないので、その際に委任事務の処理について報告する義務を設けても、特段弊害はないと思われる。よって、受任者が、委任者の請求があるときだけでなく、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も、委任事務の処理について報告する義務を負うことを明記することについては、賛成する。（広島弁）
- 受任者の報告義務を明文化すべきである。受任者は誠実に事務処理する義務を負っているが、処理の状況、対応すべき事項等について適宜委任者に報告する義務は重要である。しかしながら、現行法にはこの義務に関する明文の規定はない。当然のことではあるが、明記すべ

きである。(福岡弁)

- 指図を求めるときに報告義務を負うことにつき、賛成する。(札幌弁)
- 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も、委任事務の処理の状況について報告する義務を負うことを条文上明記することについて、賛成する。委任者は、受任者から求められて指図をする場合には、委任事務の処理の状況について把握をする必要があるから、受任者にこれを報告する義務を課すことは合理的である。(二弁)
- 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に、委任事務の処理の状況について報告する義務を負うとすることは委任者の利益保護の観点からはむしろ当然であって、これを条文上明記することは望ましい。(大阪弁)
- 委任者に指図を求める必要があるときに報告義務を課すことには、特に反対しない。(東弁)
- 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 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。(日大民研・商研)
- 委任者に委任事務処理について指図を求める必要があるときの報告義務については、実務上も理解し得るところである。(全銀協)
- 受任者は、委任者に指図を求める必要があるときには委任事務の処理について報告しなければならない。(弁護士)
- 受任者は、委任者の請求があるとき(現民法第 645 条)に限らず、適時に委任者に事務処理状況を報告する義務を負うことを規定すべきである。事務処理状況について委任者に指図を求める必要があるときに着目して規定を置くのは、多様な委託事務の内容や意義の存在を鑑みると、条文のありようとして非効率である上、かえって不当な反対解釈につながる懸念もある。そのため、受任者が、委任者に報告する義務を負うのは、「適時」と定めるべきであると考え。(日司連)
- 賛成する意見もあったが、指図を求めるに当たって状況報告をするのはいわば当然のことであるから、そもそもこの明文化が必要か十分に議論し、明文化するとしても、具体的にどの程度の義務が課せられることになるのか具体的に明らかになるよう検討すべきであるとする意見もあった。(最高裁)
- 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も、

委任事務の処理の状況について報告する義務を負うことを条文上明記することは慎重に検討すべきである。受任者の報告義務につき、現行規定に加えて具体的な局面についての規定を設けることについては、運用が硬直化し、個別具体的に妥当な解決を図ることが妨げられることのないように慎重を期すべきである。(日弁連)

- 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も、委任事務の処理の状況について報告する義務を負うことを条文上明記することに反対する。(愛知県弁)
- 受任者がいつ、どのような報告をすべきかについては、善管注意義務の内容として個々の具体的な契約関係における個別の解釈に委ねればよく、民法第645条を改正する必要はない。(仙台弁)
- 指図を求める必要があるときの報告義務を新設することに反対する。当然のことであり規定する必要性がない。(兵庫県弁)
- 委任者としては、請求したときに報告がもらえれば足りるはずである。それ以外の場合に報告すべきかどうかという問題は、委任の内容によっても異なるものであり、一律に積極的な報告義務を明文化する必要はないものとする。(横浜弁)
- 委任者の請求以外の場合は、報告義務が生じる場合を一律に決めるのは困難と考えられる。また委任者に指図を求める必要があるときに指図を求めなければ、これは善管注意義務違反の一類型であり、あえてこれを別個に報告義務として定めるのは規定の重複である。(親和会)
- 委任事務の処理の状況について報告しなければ、委任者に指図を求めることができない以上、善管注意義務を負う以上、重ねて規定する必要はない。(堂島有志)
- 特に規定の必要性を感じない。(広大有志)
- 受任者は、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も、委任事務の処理の状況について報告する義務を負う旨の規定を設けることに反対である。実務上、現在規定されている、委任者の請求があるときだけで足りる。別の言い方をすれば、受任者の義務というより、委任者の権利で足りる。(三菱電機)
- 現行民法第645条が定める委任者の請求があった場合のほか、委任事務の処理について委任者に指図や意見を求める必要がある場合については、すべての委任契約について受任者の報告義務を認めて差し支えないと思われる。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### 【後段についての意見】

- 受任者は、委任者の請求があるとき（現民法第645条）に限らず、

適時に委任者に事務処理状況を報告する義務を負うことを規定すべきである。事務処理状況について委任者に指図を求める必要があるときに着目して規定を置くのは、多様な委託事務の内容や意義の存在を鑑みると、条文のありようとして非効率である上、かえって不当な反対解釈につながる懸念もある。そのため、受任者が、委任者に報告する義務を負うのは、「適時」と定めるべきであると考え。(日司連)

- 長期にわたる委任では、相当期間毎に報告を行うことが、善管注意義務の履行として求められると思われるので、この点についても明記することはのぞましいと思われる。なお、報告に要する費用等についての懸念を示す意見もあるが、「相当期間」としてケースごとに柔軟な対応をはかれること、報告の仕方についても定めるものではなく、場合によっては簡潔な報告でも足りると解されることから、このように定めることが受任者に過大な負担を課すものであるとは考えられない。(広島弁)
- 長期にわたる委任において相当期間ごとに報告義務を負うことについては、慎重に検討すべきである。報告義務は、委任契約の期間の長短ではなく、委任の趣旨から判断されるべきである。(日弁連)
- 長期にわたる委任においては相当期間ごとに報告義務を負うこととするについては、いずれも反対する。(愛知県弁)
- 受任者がいつ、どのような報告をすべきかについては、善管注意義務の内容として個々の具体的な契約関係における個別の解釈に委ねればよく、民法第645条を改正する必要はない。(仙台弁)
- 相当期間ごとの報告については、類型によって相当期間は様々で抽象的な規定しかできない以上意味が少なく、定期的な報告が必要ない場合もあり、義務として酷であるから、相当期間ごとの報告義務を課すことに反対する。(札幌弁)
- 長期にわたる委任の報告義務を新設することに反対する。委任者が必要と思えば請求して報告を受けることができる以上、長期にわたっているというだけで報告義務を負わせる根拠に欠ける。(兵庫県弁)
- 長期にわたる委任において相当期間ごとに報告義務を負うことについては、運用が硬直化し、個別具体的に妥当な解決を図ることが妨げられることのないように慎重を期する限りにおいて賛成する。報告義務は、委任契約の期間の長短ではなく、委任の趣旨から判断されるべきだからである。(大阪弁)
- 委任者としては、請求したときに報告がもらえれば足りるはずである。それ以外の場合に報告すべきかどうかという問題は、委任の内容によっても異なるものであり、一律に積極的な報告義務を明文化する必要はないものとする。(横浜弁)
- 長期にわたる委任において相当期間ごとに報告義務を負うこととする

かどうかについては、慎重に検討すべきである。長期にわたる委任については、委任の態様が千差万別であることを踏まえ、一律に報告義務を課すことが適切かどうか、さらに慎重に検討する必要がある。

(二弁)

- 委任契約が長期に渡る場合に相当期間ごとに報告義務を課すことについては、「長期」とはどれくらいか、「相当期間」はどの程度かが委任契約の内容や個別事情により異なってくるので、個別合意に委ねるのが妥当であり、反対する。(東弁)
- 委任者の請求以外の場合は、報告義務が生じる場合を一律に決めるのは困難と考えられる。(親和会)
- 長期間にわたる委任契約について一律に報告義務を負担させることには反対する。銀行の流動性預金取引など、通常であれば報告が尽くされている場合にも報告義務を負わせることは無駄であり、契約当事者自身も望まない。(金沢弁消費者委)
- 長期にわたる委任においては相当期間ごとに報告義務を負うといっても、長期及び相当期間とも、委任の趣旨や状況によって異なる以上、善管注意義務を明記する以上の実益に乏しい。(堂島有志)
- 特に規定の必要性を感じない。(広大有志)
- 単に委任の期間が長期であるというだけで、相当期間ごとの報告義務を課されることになると、銀行実務上問題が生じるのではないかという懸念の指摘がある。現状、預金取引では通帳への記帳または取引移動明細の送付(当座勘定)により顧客は容易に取引内容を確認できることとなっている。したがって、預金者にとっては、その取引特性に応じて取引状況を知り得る方法が用意されている。そのような場合にまで、相当期間ごとに報告しなければならないとすると、不要のコストが生じることとなり、このコストが預金の利息等に影響することもあり得るとすると、委任者たる預金者の期待とも乖離するのではないかという指摘である。以上の点に留意すべきである。

一律に長期にわたる委任であるというだけで、相当期間ごとの報告義務を課すことには反対する。長期間にわたる委任で相当期間ごとの報告を要する契約もあると思われるが、委任の趣旨の解釈により、個別に当該義務を認めれば足りると考えられる。(全銀協)

- 委託者との合意内容にかかわらず、相当期間ごとに一定の報告義務を負担することが義務付けられる場合、報告に関するコストの増加につながる(かかるコストの増加は、委託者も望まないものと思われる。)。また、報告義務については、委託者との協議に従って個別に合意することで適切な対応が可能であり、かかる当事者間の合意の効力を否定する規律を設ける必要性は乏しいと考えられる。

以上より、長期にわたる委任においては相当期間ごとに報告義務を

負うとすることについては、一定の報告義務を負うことが（強行法規として）一律に義務付けられるのであれば反対である。（サービサー協）

- 長期の委任においては相当期間ごとに報告義務を負うとすることが合理的であるが、条文上明記すると柔軟な対応が困難になるのではないかという懸念があり、慎重に検討すべきである。（弁護士）
- 中間報告や委任契約が長期にわたる場合の定期報告といった事項については、民法に明文の規定を置くことは必ずしも相当でないと考える。なお、委任終了時の報告義務については、現行法の規律を維持すべきである。（弁護士）
- 改定の必要があるとは思えない。（個人）

#### (5) 委任者の財産についての受任者の保管義務

受任者が委任事務を処理するために委任者の財産を保管する場合については民法上規定がないが、この場合における法律関係を明確にする観点から、有償寄託の規定を準用するとの考え方がある。このような考え方の当否について、有償寄託に関する規定の内容（後記第52参照）を検討した上で、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 2(5) [36頁]】

#### 【意見】

- 中間論点整理において提示された考え方に異論はない。（東弁）
- 有償寄託の規定を準用する考え方に賛成の意見が強い。法律関係の明確化を図るのが望ましく、準用規定を設けても特に問題はないと思われる。（日弁連）
- 有償寄託に関する規定を準用する考え方に賛成する。さらに、委任者の財産と自己の物を分けて保管するという規律も必要である。（札幌弁）
- 委任者の財産についての受任者による保管につき、有償寄託等の規定を準用すべきとする点について、賛成する。ただし、有償寄託の規定内容に関する検討結果もふまえて、再検討する必要がある。（広島弁）
- 受任者が委任事務を処理するために委任者の財産を保管する場合について、有償寄託の規定を準用する考え方に賛成する。（愛知県弁）
- 現行法上、受任者は善管注意義務を負っており、法律関係明確化の見地から有償寄託の規定を準用する規定を設けたとしても、特に不都合はない。（兵庫県弁）
- 有償寄託の規定を準用することを明文化することについては賛成する。（大阪弁）

- 受任者が委任者の財産を保管する場合、有償寄託の規定を準用する旨明文化すべきである。(福岡弁)
- 受任者が委任事務を処理するために委任者の財産を保管する場合について、有償寄託の規定を準用するとの考え方に賛成する。(二弁)
- 受任者が委任者の財産を保管する場合について有償寄託に関する規定を準用する考え方に賛成する。(金沢弁消費者委)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 委任者の財産の保管の在り方に関する規定は設けた方がわかりやすい。ただし、寄託の項には様々な条文があり、どの範囲で準用するのか不明であるから、準用する規定を列挙すべきである。なお、無償委任の場合であっても、有償帰宅に関する規定が準用されるのか、という点について確認する必要がある。(堂島有志)
- 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。(日大民研・商研)
- 受任者の財産保管義務に関する規定は必要と思われるが、委任契約では有償・無償の別を問わず、委任者の財産を保管する場合には受任者が善管注意義務を負うことになる一方、寄託契約では原則として有償の場合のみ受託者が善管注意義務を負い、無償の場合は原則として自己の財産に対するのと同じの注意をもって保管義務を負うにとどまるという差異を設ける論理的必然性は認められない。  
 そもそも、委任契約では、委任が有償か無償かの区別を問わず受任者は常に善良な管理者としての注意義務があるものとされているが、一般的な受任者の義務についても、委任が有償の場合と無償の場合とで規定振りに差異を設けること、及び寄託契約と同様に事業者が引き受ける無償委任は有償委任と同視する規律を設けることの是非を検討する必要はあると思われる。(弁護士)
- 善管注意義務の問題として処理すれば足りるから、反対である。(横浜弁)
- 現行の無償寄託・有償寄託の規定があれば足りる。(親和会)
- 受任者の保管義務につき規定を置くことについては、慎重に検討すべきである。規定として余りに細目に過ぎ、この点を条文としてあえて整備するまでの必要性がないと考える。(日司連)
- 受任者が委任事務を処理するために委任者の財産を保管する場合に、有償寄託の規定を準用するとの考え方に反対である。現状通りに善管注意義務の問題として処理すれば足りる。(三菱電機)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)
- 分別管理を義務づけるべきである。(広大有志)

#### (6) 受任者の金銭の消費についての責任（民法第647条）

民法第647条は、受任者が委任者に引き渡すべき金額又はその利益のために用いるべき金額を自己のために消費したときは、消費した日以後の利息を支払わなければならないが、これを超える損害がある場合はその賠償責任を負うと規定しているが、これは、利息超過損害についての同法第419条を削除することとする場合（前記第3，6(2)参照）には一般的な損害賠償の規律によっても導くことができるとして、同法第647条を削除するという考え方がある。この考え方の当否について、一般的な損害賠償の規律によって消費した日以後の利息を請求することの可否にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3，2(6) [37頁]】

#### 【意見】

- 民法第419条を削除することに賛成する。
 

分別管理義務が必ずしも課されていない委任一般に適用される規律としては、委任者に引き渡すべき金額を消費した場合については、債務不履行の一般原則（民法419条）に従い返還すべき日以後の遅延利息を負担させれば十分である。また、委任者の利益のために用いるべき金額を消費した場合については、それにより委任事務を処理できなくなった場合に、当該金額の返還義務とともに、善管注意義務違反による損害賠償責任を負わせれば十分である。

金銭に色はついていないので、受任者が費消した金銭が委任者に引き渡すべき金額又はその利益のために用いるべき金額に該当するか否かの判別は不可能ないし困難である。また、一旦かかる金額を消費してしまったとしても、別途資金調達するなどして、最終的に委任の本旨に従い委任事務を処理した場合についてまで受任者に責任を負わせる必要性はないと考えられる。(愛知県弁)
- 現行民法第647条を削除するという考え方に賛成の意見が強い。理由は以下のとおり。
 

分別管理義務が必ずしも課されていない委任一般に適用される規律としては、委任者に引き渡すべき金銭を消費した場合については、債務不履行の一般原則（民法第419条）に従い返還すべき日以後の遅延利息を負担させれば十分である。

委任者の利益のために用いるべき金銭を消費した場合については、それにより委任事務を処理できなくなった場合に、当該金銭の返還義務とともに、善管注意義務違反による損害賠償責任を負わせれば十分

である。

金銭に色はついていないので、受任者が費消した金銭が委任者に引き渡すべき金銭又はその利益のために用いるべき金銭に該当するか否かの判別は不可能ないし困難である。また、一旦かかる金銭を消費してしまったとしても、別途資金調達するなどして、最終的に委任の本旨に従い委任事務を処理した場合についてまで受任者に責任を負わせる必要性はないと考えられる。(日弁連)

- 忠実義務を規定し、民法419条を削除するのであれば、同条は不要であるから、削除に賛成する。(札幌弁)
- 民法第647条を削除するという考え方に賛成する。(仙台弁)
- 現行民法647条は削除すべきである。同条はいわゆる受任者による横領的な事案につき規律したものであるところ、そのような事案については、善管忠実義務違反に基づく損害賠償の問題として処理すべきである。(兵庫県弁)
- 受任者の金銭の消費についての責任に関する現行民法647条を削除することについては賛成する。委任者への返還等が不可能又は困難になる状況で金銭を流用することは、それ自身が善管注意義務に違反する行為であり、これに基づく損害賠償責任として同条と同様の結論を導くことができるからである。(大阪弁)
- 民法647条は削除すべきである。(福岡弁)
- 民法第647条を削除することについては賛成である。受任者が委任者に引き渡すべき金銭を自己のために消費した場合には、受任者の善管注意義務違反(ないしは忠実義務違反)として、債務不履行責任の一般原則に基づく損害賠償責任を課せば足るものと思われる。なお、民法第419条との整合性については検討を要するが、同条の削除と民法第647条の削除は必ずしもリンクするものではないので、上記問題設定には疑問がある。(二弁)
- 民法第647条後段に金銭債務の損害賠償請求額の特則としての効果(法定利息を超える損害の賠償請求権)があるから、債権総論における債務不履行責任の箇所と同様の規定が設けられた場合に限り、削除すべきと考えられる。(親和会)
- 民法第419条を削除する考え方に賛成する。(金沢弁消費者委)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 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。(日大民研・商研)

- 利息超過損害の賠償についての一般的規定である民法第419条を削除するかどうか（前記第3，6(2)）との関連に留意する必要がある。（弁護士）
- 647条は，受任者の背信行為に対する制裁として，返還すべき日ではなく消費した日以後の遅延利息の支払義務を負わせるものであると考えられており，そうとすると，民法419条の削除いかにかわらず，647条の規定の意義があるのであるから，これについてはこのまま規定を置いておいてもよいのではないか。（広島弁）
- 民法第647条を維持することにより，委任者が受任者に対し損害賠償を請求するに当たって，請求した日ではなく「消費した日」以降の利息（遅延損害金）の支払いを求めることができるというメリットがあるから，同条を削除すべきではない。（東弁）
- 利息超過損害についての419条は維持すべきであるから（第3，6(2)），647条を残す必要がある。（横浜弁）
- 本条の規定の趣旨を通常の意味での損害賠償と考えてよいか。そうすると，基本的に普通預金で管理することを予定している場合には，普通預金の金利が損害額となると思われる。しかし，これでは，受任者は，受任者が流用額を自ら借り入れた場合に支払うべき金利（受任者調達金利分）から普通預金金利を差し引いた金利分は得をしたことになる。本条の趣旨としては，損害賠償のみではなくではなく，受任者が資金を流用した場合の利得（受任者調達金利分）を委任者に対して支払わせたうえで，なお損害があればこれを請求できるという構成が合理的ではないか。その場合に，利得の立証は難しいため，一定の金利を定める現在の構成が良いのではないか。（長島・大野・常松有志）
- 現行民法647条は，約定から分別管理を要すると認められる金銭を，自己のために消費した場合の特別な責任の規定と考えられ，遅延損害金の起算日及び利息超過損害の賠償を認める特別規定として，引き続き存在意義がある。（堂島有志）
- 消費した日から当然に利息が生じるとすべきである。（広大有志）
- 民法第647条について，保管金額を流用したときは，返還に支障を生じない場合であっても，遅延利息ではなく果実としての利息を流用金額に付して保管金額の計算に戻さなければならないこととしたものであるとする解釈を採る場合には，流用時において委任者への返還等が不可能または困難であったか否かを問わず（正確には委任者において当該事実を立証できるか否かを問わず），流用に対する制裁として利息の起算日を一律に定めた規定と解することで，債務不履行責任一般とは独自の存在意義を認めることができることから，同条を廃止することは相当でない。

なお、民法第647条の廃止論は、利息超過損害に関する民法第419条の廃止を前提としているようであるが、同条の廃止は相当でない。(弁護士)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 2 委任者の義務に関する規定

### (1) 受任者が債務を負担したときの解放義務（民法第650条第2項）

受任者が委任事務の処理に必要と認められる債務を負担した場合には、受任者は委任者に対して代弁済を請求することができる（民法第650条第2項）が、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であるとの考え方があり。このような考え方の当否について、受任者の他の債権者による弁済資金請求権の差押えが可能となることへの評価や、費用前払請求権との関係などに留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 3(1) [38頁]】

#### 【意見】

- 受任者が委任事務の処理に必要と認められる債務を負担した場合には、受任者は委任者に対して弁済資金の支払を請求することができる旨を定めることについて、賛成する。(愛知県弁)
- 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であるとの考え方に賛成の意見が強い。判例（最判昭和47年12月22日民集26巻10号1991頁）は、代弁済請求権と受任者に対する債権との相殺を否定している。しかし、受任者にとって代弁済請求権は、自分の負担した債務が弁済期前であれば費用前払い請求権と同一、弁済期後であれば費用償還請求権と同一であると解するのが実質的に妥当である。また、立替払いの点も相殺を禁止せねばならないほどの理由とはなりえず、相殺を認めても実務上の不都合もそれほど大きくはないと思われる。

他方、現行法の代弁済請求権を弁済資金の支払請求権とした場合には、現行の民法第649条の費用前払請求や同法第650条1項の費用償還請求権との関係が不明確になるとして、慎重に検討すべきとの意見もある。(日弁連)

- 代弁済に限らず相殺を含め弁済資金支払請求権を認めるとの考え方に賛成する。(仙台弁)
- 弁済資金の支払請求を認めることで委任者は自己の受任者に対する別の債権と受任者の代弁済請求権とを相殺することができることになる。判例（最判昭和47年12月22日民集26巻10号1991

頁)は、両債権が同種でないことのほか、相殺を認めると受任者は自己資金をもって事務処理費用の立て替え払いを強制されることを理由として相殺を認めない。しかし、受任者にとって代弁済請求権は、自分の負担した債務が弁済期前であれば費用前払請求権と同一、弁済期後であれば費用償還請求権と同一であると解するのが実質的に妥当であるし、立替払いの点も相殺を禁止せねばならないほどの理由にはなりえない。したがって、受任者が債務を負担したときに弁済資金の支払いを請求することができることに賛成する。(大阪弁)

- 代弁済請求の規定を残しつつ、弁済原資の支払請求の規定を新設すべきである。

例えば、AがBに不動産管理を委任し、Bが自己の名で清掃会社Cとの間で清掃委託契約を締結し、CからBに対して清掃代の請求がなされているとする。この場合、代弁済請求だけだと、Aが第三者弁済しない限り、債務が存続することとなり、また、執行についても間接強制のみであり、Bに不利な場合がある。よって、弁済原資の支払請求を規定化する必要性がある。

上記例で、AがBに対して金銭債権を有している場合でBが無資力の場合が特に問題となる。Bから弁済原資支払請求がなされたときには、Aは相殺が可能となるため、B無資力によるリスクをCが負担することになる。逆に、Bが代弁済請求を行使すれば、Aは相殺できず、第三者弁済を行うことになるが、Bに対する求償権を回収できずに、B無資力のリスクをAが負担することとなる。弁済原資の支払請求のみだと前者の結論となるため、柔軟な対応ができるように、両者を併存しておいてよいのではないか。(福岡弁)

- 賛成である。判例には則さないことになるが、委任者が受任者に対して有する反対債権との相殺を認めたとしても、実務上の不都合はそれほど大きくはない。(横浜弁)
- 弁済資金請求権への変更案は、委任者の相殺を肯定すべきことを主たる理由とするが、①相殺が問題となる(反対債権が存在し、相殺適状を満たす)場面は限定的であること、②そのような限定的な場面のために、受任者から代弁済請求権を奪ってしまうことは受任者に深刻な不利益を課し、委任者から他の選択方法についての選択権を奪うこと、③費用前払請求権と弁済資金請求権との関係が不明確であることから、弁済資金請求権案は妥当ではない。

他方、受任者の「免責請求権」という新たな枠組みを導入することにより、委任者によるその他の免責方法(免責的債務引受け、免除、相殺ほか)の選択権を留保することの意義も検討されてよい(渡邊力「一般免責請求権論——ドイツ法の紹介と日本法への示唆——」法と政治61巻4号(2011年)103頁以下〔とりわけ172～17

6頁〕。(大学教員)

- 弁済資金支払請求を認めることにより、受任者のほかの債権者がこれを差し押さえる場合が考えられるが、それが適当か、他の制度（費用前払請求権や費用償還請求権）との相違は何かといった問題があり、これらの問題を検討する必要があるのではないか、これらの問題により、現行法を改めたときには裁判実務に混乱をもたらすのではないかと懸念を示す意見があった。(最高裁)
- この考え方は、委任者の受任者に対して有する債権と代弁済請求権（民法第650条第2項）との相殺を否定する判例に反対する価値判断から提言されているが、その価値判断で果たしてよいのか、現民法第649条（受任者による費用の前払請求）の解釈との整合性を含め、さらに検討を進める必要がある。(二弁)
- 代弁済請求権と、費用前払請求権及び費用償還請求権との関係を明確にした上で検討を進めるべきである。(金沢弁消費者委)
- 自己資金での立替は酷であるという判例の理解を支持すべきであること、受任者の他の債権者から差押え可能とするのは適当でないことから、弁済資金の支払を請求できるとする考え方に反対する。(札幌弁)
- 現行民法650条2項は解放義務規定の一形態に過ぎないとの見解によると受任者が債務を負担した場合に委任者が反対債権で相殺できることになるが、かかる帰結は受任者に事務処理費用を自己の費用で支払わせることを強いるものであり妥当でないから、同項を維持すべきである。(東弁)
- 代弁済請求を認めず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受けるような事態が生じかねないという懸念があることや、受任者の費用前払請求権（民法第649条）や費用償還請求権（民法第650条1項）とのすみ分け等の問題も生じてくることから、このような規定を設けることについては慎重に検討すべきである。(広島弁)
- 弁済資金の支払請求権について明文の規定を設けることは、反対である。費用前払請求権と区別がつかず、実益がない。(兵庫県弁)
- 受任者が債務を負担したとき、現行の代弁済請求権に代えて委任者に直接請求ができることとなると、当該債権が差し押さえられれば差押債権者が本来の債権者に優先することを許すことになり不当である。現行のままだと、委任者が受任者に対して別の債権を有している場合、これと代弁済請求権との相殺を否定することとなり（判例）、このような処理の合理的な理由はないという批判があるが、事務処理に必要な費用は本来委任者が受任者を介さず直接支払うべき性質のものであるから、相殺を否定する合理性はある。(親和会)

- 受任者が委任事務の処理に必要と認められる債務を負担した場合に、受任者は委任者に対して弁済資金の支払を請求することができる旨を定めることに反対。弁済資金支払請求権は、弁済前であれば費用前払請求権(現民法649条)、弁済後であれば、費用償還請求権(民法650条1項)とかわらないからである。(堂島有志)
- 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。(日大民研・商研)
- 現行のままでよい。(広大有志)
- 弁済資金支払請求権を認めることに反対する。受任者の費用前払請求権(民法第649条)や費用償還請求権(同法第650条第1項)とどのように異なるのか不明確である。(弁護士)
- 提案されている改正の意図は、委任者が受任者に対して別の債権を有している場合、これと代弁済請求権との相殺を否定している判例法理を変更し、当該相殺を可能にするということにある。しかし、代弁済請求権は通常金銭債権と異なる性質を有しており、委任者の受任者に対する金銭債権と相殺するに適しないというのが一貫した判例法理であり、その実質的趣旨は、受任者が自己資金で事務処理費用を立替払しなければならない事態を回避することにある。改正案は、特に合理的な理由もないのに、受任者の代弁済請求権に関する現在の判例法理をみだりに変更し、受任者の費用償還請求権を一般金銭債権に格下げしようとするものであり、とても賛成できない。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## (2) 受任者が受けた損害の賠償義務(民法第650条第3項)

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とされている(民法第650条第3項)が、同項は有償委任には適用されないとの学説もある。そこで、この点を明確にするため、有償委任に同項が適用されるか、適用されるとしても損害賠償責任の有無や額において有償性が考慮されるかを条文上明記すべきであるとの考え方の当否について、更に検討してはどうか。後者の問題については、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額が定められている場合

には、委任者の損害賠償責任の有無及び額はこれを考慮して定めるという考え方があるが、このような考え方の当否について、有償委任の場合であっても損害を被る危険の評価がされていない場合もあるという指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 3(2) [39頁]】

【意見】

- 民法第650条第3項が有償委任には適用されないものとするに賛成する。委任者に過大な損害賠償責任が生じるおそれがある（例えば、受任者である弁護士が事件の相手方に殺害された場合など）。また、委任者のかかる損害賠償責任をカバーする保険等も存在しないと思われるので、受任者が損害を受ける危険の有無及び程度を考慮して報酬額を定める（必要に応じて受任者が保険等に加入する）ことを原則とする方が合理的である。（愛知県弁）
- 民法第650条第3項は有償委任については適用されないという考え方に賛成する。有償委任において、受任者が委任者に対して、損害賠償を請求することは通常想定できないからである。（仙台弁）
- 有償委任については、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無、程度を考慮して報酬の額が定められた場合には、委任者の損害賠償責任の有無、その額はこれを斟酌して定める旨明文化すべきである。（福岡弁）
- 受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額が定められている場合には、委任者の損害賠償責任の有無及び額はこれを考慮して定めるという考え方に賛成である。  
本条の趣旨が、無償で事務を処理する受任者が過失なくして損害を受けた場合には委任者に賠償させるのが妥当であるという点にあることからすると、有償委任の報酬額において危険が考慮されている場合には、この趣旨はあてはまらないといえる。なお、有償委任であっても、上記の趣旨が当てはまる場合はあるため、有償委任につき一律に適用を否定すべきではない。（横浜弁）
- 有償委任に民法第650条第3項が適用されるとの考え方に反対である。通常、委任者は委任した事務の専門性をもたず、であるからこそ、当該事務にかかる専門性をもつプロである受任者に報酬を払って委任するため、当該事務のリスクを分かるべき受任者の方が、リスクを負担する方向で検討されるべきである。（三菱電機）
- 民法第650条第3項は、委任事務の処理にあたって何らの経済的負担も受任者に被らせるべきではないという趣旨に基づくものと解されているが、このような趣旨が妥当するのは無償委任の場合のみであり、有償委任については、報酬の中に危険の代償が相当程度含まれて

おり、当該危険を填補するための保険料なども報酬に反映されているのがむしろ通常である。また、類似の役務提供契約である請負契約や信託契約などに同旨の規定がないことも考慮すると、同項の規定は、無償委任の場合に限定するのが相当である。

同項による委任者の「賠償義務」は、委任者の帰責性を一切問題にしていないことから、通常の賠償責任とは大きく性質を異にしており、むしろ損失補償責任と位置づけることが適当である。したがって、同項の「賠償」は「補償」に改めるのが相当である。(弁護士)

- 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。(日大民研・商研)
- 民法第650条第3項では、受任者に過失がないことが受任者の損害賠償請求権の要件として規定されているが、これは過失相殺と類似した賠償額の減額事由として位置づけるべきではないか。

また、ここでの委任者の損害賠償義務は委任者の義務違反に基づくものではないから、通常の債務不履行による損害賠償と同様に扱うことは必ずしも妥当ではない。賠償されるべき損害は通常の場合とは異なって裁判官の裁量によって決定されるものとしてはどうか(スイス債務法422条1項(事務管理の場合)・スイス民法4条)。この場合には、受任者の過失もこの中で考慮されることになる。

なお、事務管理に関しても同様の規定を置くべきではないか。(大学教員)

- 「損害を被る危険の有無や程度」について裁判所が判断することは困難であることを危惧する意見が多かった。(最高裁)
- 委任契約が有償であった場合に、受任者が報酬を要求できる根拠は受任者の能力の提供の対価にあるはずであり、リスクの引き受けまで含むものという理解が定着しているとはいいがたい。そのような中で、現行の条文を変更すれば、受任者にとって不意打ちとなるか、契約前に受任者に対してリスク算定の負担を負わせることとなり、妥当でない。

しかし、有償委任の場合には、損害可能性を考慮して高額な報酬を設定する場合もあり、その場合にはその点を考慮して委任者の損害賠償責任の有無及びその額を定めることが妥当である。他方、有償委任であるからといって、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を事前に評価することは容易ではなく、契約当事者間で事前に十分予測できているとは限らず、必ずしもこれらの危

險を適切に考慮して報酬の額が定められるものばかりでないとの意見もある。

また、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額が定められる場合に、受任者が受けた損害賠償額を制限する必要がある場合には、個別の契約で対応できるとの慎重意見もある。(日弁連)

- 無償委任については、現行民法第650条第3項の趣旨を維持し(ただし「賠償」を「補償」と改めるべきである。)、有償委任については意見が分かれており、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 有償契約について民法第650条第3項が適用されないとする考え方は、有償委任では報酬の中に危険の代償が含まれているとの理解を前提にしているが、有償契約であるからといって必ずそのような報酬の定め方がされているわけではない。また、リスクを考慮の上報酬が決定された有償契約であっても、損害を被る危険の有無や程度の評価は容易ではないことから、あえて有償委任に同規定が適用されないと定める必要はないのではないか。(広島弁)
- 受任者が受けた損害の賠償義務の規定は有償委任についても適用されることを明確にすることに賛成である。しかし、有償委任であっても、損害リスクの評価をしていない場合があり、一切補償がないとすることは反対である。また、有償委任の場合の報酬額についても、損害を被る危険の有無及び程度を考慮したとしても、それが直接反映されて決定されているとは限らず、報酬を考慮して損害賠償責任の有無及び額を定めることには疑問がある。(兵庫県弁)
- 有償委任であるからといって、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度が契約当事者間で事前に十分予測できているとは限らない。受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額が定められる場合に、受任者が受けた損害賠償額を制限する必要がある場合には、個別の契約で対応できる。したがって、有償委任であることを理由として、一般的に、受任者が受けた損害の賠償を制限することを明文として規定することには反対する。(大阪弁)
- 有償委任については、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額が定められる場合には、委任者の損害賠償責任の有無及び額はこれを考慮して定めるという考え方について、具体的にどういった場合を想定しているのか疑問があり、反対する。

受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額が定められている場合には、委任者の損害賠償責任の有無及び額はこれを考慮して定めるという考え方に反対する。

実務的にも、将来の損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額を定めることがあり得るのか疑義があり、このことを前提に民法に規定を置く意義が果たしてあるのか不明である。また、その射程範囲や具体的な斟酌の基準が不明確であり、報酬が全体的に上昇するなど、実務上混乱するおそれもある。(二弁)

- 損害を被る危険の有無及び程度を考慮して委任報酬の額が定められている場合には損害賠償責任の有無及び額はこれを考慮して定めるといふ考え方に反対する。有償委任の場合でも常にこれらを予測することは困難であり、弁護士業務においてもその危険等を予測して報酬を決定しているわけではない。(金沢弁消費者委)
- 有償委任については、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無および程度を考慮して報酬の額が定められる場合には、委任者の損害賠償責任の有無およびその額はこれを斟酌して定めることとすべきであるとの考え方や、そもそも有償委任には民法第650条第3項は適用されないものとするべきであるとの考え方が示されている。しかし委任契約が有償であった場合に、受任者が報酬を要求できる根拠は受任者の能力の提供の対価にあるはずであり、リスクの引き受けまで含むものという理解が定着しているとはいえない。そのような中で、現行の条文を変更すれば、受任者にとって不意打ちとなるか、契約前に受任者に対してリスク算定の負担を負わせることとなり、妥当でない。(親和会)
- 有償委任であるからといって、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度が契約当事者間で事前に十分予測できているとは限らない。また、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額が定められる場合に、受任者が受けた損害賠償額を制限する必要がある場合には、個別の契約で対応できる。よって、有償委任であることを理由に、損害賠償義務を制限することには反対である。(日弁連消費者委有志)
- 有償委任であっても適用されるのが原則であるべき。報酬を、損害のリスク負担を含めて決めるということは現実には稀ではないか。委任事務には、定型かつ単純なものがあるが、そうでないものも多い(むしろ、そうでないものの方が多いのではないか)。委任事務処理の過程でいかなる損害を被ることがあり得るかを想定することは容易ではないし、これらを想定して報酬を決めるは更に困難である。(長島・大野・常松有志)
- 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、有償か無償かを問わず、その損害を賠償すべきであると定めることに賛成する。受任者に委任事務を処理することによって何らの経済的負担をかけないようにするという現民法の趣旨と、有償、無償

は直結しない。有償委任であるからといって、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度が契約当事者間で事前に十分予測できているとは限らず、これを予測して報酬が定められたと認められる場合は、特約によって、この規定を排除したと扱えば足りる。(堂島有志)

○ 民法第650条第3項の適用にあたって考慮すべき要素は、損害を被る危険の有無及び程度以外にも多く存在し、リスク管理とはおよそ異なる観点から報酬額が定まることも少なくない。現民法第650条第3項の適用にあたって、報酬の存在が損害賠償責任の有無や額に考慮される旨の規定を置くことについては、慎重に検討すべきである。(日司連)

○ 実務の視点から、委任者は、受任者に事務処理を任せておきながら、当該受任者に生じた損害を単に免れるということは、委任者および受任者の間の利益・リスクの帰属および公平の観点から、著しく妥当性を欠く。このことは有償・無償の別や消費者契約であることを根拠としては正当化し得ないのではないかという指摘がある。

現行民法第650条第3項の規定は、有償契約においても、また、消費者契約においても維持すべきと考える。(全銀協)

○ 委任者および受任者間の利益・リスクの帰属および公平の観点から、委任者に賠償義務を認めないことは著しく妥当性を欠く。民法第650条第3項の規定は、有償契約においても維持すべきと考える。(信託協会)

○ 民法第650条第3項の規定が有償契約に適用されるか、その適用の在り方が無償委任と異なるかについては、損害を被る危険の有無や程度の評価は容易ではなく、有償委任の場合であっても報酬の決定に当たってリスクが評価されていない場合もあることから、慎重に検討する必要がある。(弁護士)

○ 改定の必要があるとは思えない。(個人)

○ 類型ごとに規定した方が適当であること、現行法の明確化に資することから、成果完成型と履行割合型で考え方を分けることに賛成する。(札幌弁)

### (3) 受任者が受けた損害の賠償義務についての消費者契約の特則 (民法第650条第3項)

委任者は、受任者が委任事務を処理するに当たって過失なく被った損害について無過失責任を負うとされている(民法第650条第3項)が、消費者及び事業者概念を民法に取り入れる場合には、受任者が事業者であり委任者が消費者である場合の特則として、委任者が無過失を立証すれば免責されるとの特則を設けるべきであるとの考え方がある(後

記第62, 2⑨)。このような考え方の当否について、受寄者が事業者であり寄託者が消費者である場合の寄託者の損害賠償責任の在り方（後記第52, 5(1)）との整合性にも留意しながら、検討してはどうか。

#### 【意見】

- 消費者及び事業者概念を民法に取り入れる場合は、受任者が事業者であり委任者が消費者である場合の特則として、委任者が無過失を立証すれば免責されるとの特則を設けることに賛成する。(仙台弁)
- 消費者及び事業者概念を民法に取り入れる場合には、受任者が事業者であり委任者が消費者である場合の特則として、委任者が無過失を立証すれば免責されるとの特則を設けることは賛成する。(大阪弁)
- 受任者が事業者で、委任者が消費者である場合、委任者が無過失を立証すれば免責される。「消費者に準じる小規模零細法人等の事業外取引」に関しても同様とする旨明文化すべきである。(福岡弁)
- 「格差」契約における有償委任については、受任者が委任事務を処理するについて損害を被る危険の有無及び程度を考慮して報酬の額が定められていることが多いはずであり、一律に無過失責任を課す必要はない。(横浜弁)
- 消費者が委任者である場合には委任者が無過失を立証すれば免責を認めるという消費者契約の特則を設けること自体は消費者保護の観点から賛成である。ただし、上記については、まず委任者の無過失責任の当否や範囲について慎重に検討すべきである。(日弁連消費者委有志)
- 受任者が事業者であり委任者が消費者である場合の特則として、委任者が無過失を立証すれば免責されるとの特則を設けることに賛成。(堂島有志)
- 委任者が消費者であり受任者が事業者である場合について、委任者が常に無過失責任を負うという考え方は、あまり一般国民の常識に合致しないと思われることから、基本的に賛成する。(弁護士)
- 検討することに異論はなかったが、民法で規定を定めるのは相当ではないとする意見があった。(最高裁)
- 現民法650条3項規定の委任者の無過失責任につき、消費者が委任者である場合には委任者が無過失を立証すれば免責を認める特則規定を民法に置くか否かについては、例外を消費者契約に限ることの是非などを、慎重に検討すべきである。

事業者概念及び経済事業の概念を採用するかどうか、その規定を商人から事業者に（すなわち、非営利である事業者にまで）適用範囲を拡大してよいかどうか、かかる規定を敢えて民法に設ける必要があるか（商人を対象として、商法の規定で足りるのではないか）といった

問題があり、他方、上記のような免責規定を消費者契約に限定すべきではないという見解もあることから、慎重に検討すべきである。(日弁連)

- 受任者が受けた損害の委任者による損害賠償義務と、受寄者が受けた損害の寄託者による損害賠償義務の問題とは類似の関係にあることから、両者の整合性に配慮しつつ、検討すべきである。(広島弁)
- 検討することに賛成するが、民法の条項の適用範囲を人の下位概念としての「事業者」、「消費者」によって画することには、慎重であるべきである。(兵庫県弁)
- 消費者及び事業者概念を民法に取り入れる必要はないことから、中間論点整理において提示された考え方に反対する。(札幌弁)
- 民法は私法の一般法であって、消費者契約に関する特則を規定するのは妥当でない。また、民法に規定した場合は適宜・迅速な改正が困難となって、かえって消費者保護にそぐわない。中間論点整理において提示された提案の趣旨には賛成するが、消費者契約法その他の特別法に規定するのが妥当である。(東弁)
- 民法第650条第3項の委任者の無過失責任について、受任者が事業者であり委任者が消費者である場合の特則を設けることについては、慎重に検討すべきである。事業者及び消費者概念を民法に取り入れるべきか否かについては、慎重に検討がなされるべきである。(愛知県弁)
- 民法への消費者・事業者概念の導入については反対する。(二弁)
- 仮に、事業者・消費者の定義など、消費者保護法理を一定程度民法に取り込むとしても、「私法の一般法」である民法典に消費者契約に関する特則を規定する必要性は認められない(消費者契約法等の特別法に規定すれば十分である)し、消費者契約のうち一部のみについて特則を設ける根拠(労働契約は取り込まない)にも乏しい。(親和会)
- 消費者契約についての特則の趣旨には賛同しうるが、消費者契約に関する特則は民法ではなく消費者契約法その他の特別法に規定されるべきであり、民法に設けることについては、反対である。(法友全期)
- 公平の観点からは、原則として利益の帰属する者にリスクも帰属すべきであるから、かかる特則には反対。仮に何らかの特則を定めるとした場合であっても、寄託と委任を同列に扱うことは合理性に欠けると思われる。寄託の場合には寄託物の性質・状態など原因につき相当程度予見可能であることも多いと思われるため、一定の要件のもと、事業者たる寄託者にリスクを負わせることに合理性があるという考えも全く理解できないわけではない。しかし、委任の場合には、第三者

の行為が介在するなど損害が発生の原因は様々であって事業者たる受任者であるからと言って予見することが難しい場合が多い。そうであれば、このリスクを事業者たる受任者に負わせることに合理性が認められる場合があるとしても、リスクが比較的予見しやすい定型的かつ単純な委任事務に限定されるべきではないか。(長島・大野・常松有志)

- 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。(日大民研・商研)
- 実務の視点から、委任者は、受任者に事務処理を任せておきながら、当該受任者に生じた損害を単に免れるということは、委任者および受任者の間の利益・リスクの帰属および公平の観点から、著しく妥当性を欠く。このことは有償・無償の別や消費者契約であることを根拠としては正当化し得ないのではないかという指摘がある。

現行民法第650条第3項の規定は、有償契約においても、また、消費者契約においても維持すべきと考える。(全銀協)
- 委任者および受任者間の利益・リスクの帰属および公平の観点から、委任者に賠償義務を認めないことは著しく妥当性を欠く。民法第650条第3項の規定は、消費者契約においても維持すべきと考える。(信託協会)
- 民法は自由意思に基づく対等な個人同士を前提とした法律関係を規律する一般法であり、その中に事業者・消費者概念を取り入れることは民法像そのものを改変することになる。しかしながら、そのような改変された民法像についてコンセンサスがあるとはいえず、現段階において事業者・消費者概念の取り入れについて検討するのは、時期尚早と考える。

なお、会社法における「商人」概念が狭いことに起因する諸課題があることは認識しているが、むしろ会社法において「商人」概念を拡張して対応することの方が適切ではないか。(ヤフー)
- 受任者が事業者であり委任者が消費者であるような場合には、「契約の趣旨」から事業者によるリスクの引受を導くことができる。これに関する特別規定は不要である。(大学教員)
- 事業者概念と消費者概念を民法に取り入れること自体に反対であり、この議論は不要である。(会社員)
- そもそも、有償委任については、委任者の無過失責任は認めるべきではない。少なくとも事業者が受任者の重要委任の場合には、必要な費用と考えられる場合を除いては、事業に伴うリスクとして基本的には受任者が負担すべきである。仮に特則を設ける場合にも、事業者をも含めて損害賠償を不要とし(片面的強行規定)、その上で事業者について合理的理由がある場合には例外を認めるという規制が好ましい。

(弁護士)

- 消費者は契約上求められる債務の履行を行わなくても相手方が事業者であれば賠償責任を負わないという規定は、濫用の危険が高くなる。

(個人)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### 3 報酬に関する規律

#### (1) 無償性の原則の見直し(民法第648条第1項)

受任者は特約がなければ報酬を請求することができないと規定されている(民法第648条第1項)ため、委任は原則として無償であると解されているが、このような原則は必ずしも現実の取引に適合するとは言えないことから、有償又は無償のいずれかが原則であるとする立場を採らず、条文上も中立的な表現を用いる方向で、更に検討してはどうか。

また、受任者が事業者であり、経済事業(反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの)の範囲内において委任契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方(後記第62, 3(3)③)の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 1(関連論点)2[29頁],  
部会資料20-2第1, 3(3)[20頁】

#### 【意見】

- 現実の取引においては、必ずしも委任は原則無償とはいえないし、合意がなければ無償ということが酷な場面もあることから、条文上、有償・無償中立的な表現とすることに賛成する。(札幌弁)
- (1) 現行法の無償性の原則を見直し、条文上も中立的な表現を用いることに賛成する意見が強い。無償性の原則は今日の社会に適合したものとは言えない。また、実務では有償委任が多く、有償合意がなければ無償とすると酷な場合が考えられる。判例(最判昭和37年2月1日民集16巻2号157頁)とも合致する。

受任者が事業者であり、経済事業の範囲内において委任契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方については、事業者概念及び経済事業の概念を採用するかどうか、その規定を商人から事業者に(すなわち、非営利である事業者にまで)適用範囲を拡大してよいかどうか、かかる規定を敢えて民法に設ける必要があるか(商人を対象として、商法の規定で足りるのではないか)問題があるから、慎重に検討すべきである。(日弁連)
- 委任契約については、有償で締結されるものが多いという実務をふまえれば、無償を原則とする現行の規定を改正し、無償又は有償のい

ずれかが原則であるとする立場をとらずに条文上は中立とするという規定の仕方については、賛成である。

ただし、受任者が事業者であり、経済事業の範囲内において委任契約を締結したときに有償性を推定するとの規定については、「事業者」ないし「経済事業」の概念が不明確であることから、あいまいな概念を用いて規定を設けるよりは、そうした規定は設けず解釈に委ねる方が混乱が少ないのではないか。(広島弁)

- 特に反対しない。(仙台弁)
- 現実に行われている委任は、無償が原則とは言えない以上、単に合意の有無により報酬の有無が定まることを規定すべきである。また、受任者が事業者であり、経済事業の範囲内において委任契約を締結したときは有償性が推定されるという規定については、商法との整合性の問題が生じるので、慎重に検討すべきである。(兵庫県弁)
- 無償性の原則は今日の社会に適合したものとはいえないので、無償性の原則の表現を改め、条文上も中立な表現を用いることに賛成する。営利を目的としない事業であっても、経済事業の場合には、有償性の推定はむしろ合理的であるから、事業者が経済事業の範囲内において受任者、役務提供者(役務提供型契約の受皿規定(前記第50参照))を設ける場合)又は受寄者として委任契約、役務提供型契約又は寄託契約を締結した場合は有償性が推定されることに賛成する。(大阪弁)
- 民法648条1項の特約がなければという表現を削除し、報酬を支払うか否かは「当事者の合意・合意の趣旨」により決定される旨明文化すべきである。

受任者が事業者の場合、有償性が推定される旨明文化すべきではない。事業者に関する規定は商法に設けるべきであり、民法に特則を設けるべきではない。(福岡弁)
- 有償・無償について、条文上中立的な表現を用いることに賛成である。無償委任が原則というのは、現在の実態に反している。

事業者に関する特則を設けることについては慎重に検討すべきである。必要性、妥当性に疑問がある。(横浜弁)
- 条文上中立的な表現に見直すことについて異論はない。

民法への消費者・事業者概念及び「経済事業」の概念の導入については反対する。(二弁)
- 委任契約については、現代社会では有償であることが多いことから、かかる実態に合わせた規律を検討すること自体には異論はない。対等な当事者を前提とした価値中立的な規律を定める民法において、一定の属性を前提とした規律を設ける必要性はないから、「事業者」及び「経済事業」という概念を用いた規律を設けることに反対で

ある。(法友全期)

- 無償性の原則を廃止するという考え方に賛成する。(金沢弁消費者委)
- 委任契約は無償が原則というのは実態に沿わない。有償の委任契約の場合に「特約」に基づいて報酬が発生しているという理解は当事者の意思にも沿わない。よって、無償制の原則を見直すべきである。(堂島有志)
- 有償又は無償のいずれかが原則であるとする立場を採らず、条文上も中立的な表現を用いるべきである。(日司連)
- 現行では委任契約は、委任者及び受任者の間における信頼関係を基礎としているため、有償であろうと無償であろうとにかかわらず、受任者は委任者に対して善管注意義務を負うとしているが、当然に無償が推定されるような、簡単な事務の委任を受けた場合と、有償が推定されるような、複雑かつ高度な知識などを必要とするような事務の委任を受けた場合では、受任者の委任者に対する義務は、その重軽に違いがあつて然るべきである。以上から、現在のように有償又は無償のいずれかが原則という規定ではなく、それぞれの契約締結の事情や、合意内容により、判断されるとする方向で検討すべきである。また、有償である場合は無償である場合に比して受任者の責任が大きくなるような規定を置く方向で検討すべきである。

商法上、承認がその営業の範囲内において他人のために行為をしたときは、相当な報酬を請求することができる(商法第512条)としているが、商人ではないが、事業を反復継続して行うことにより収入を得ているもの(弁護士や税理士等の士業者等)も存在しており、これらの者がその業務上の行為を委任された場合、一般の感覚から行っても有償であることに違和感はない。また、これらのものにおいては、無償性が推定されると、後日その報酬等の回収が保証されないため、緊急性の高い事務を履行することに躊躇し、かえって委任者に不利益となる場合も考えられる。よって、事業を反復継続して行うことにより、収入を得ているものがその業務上の範囲内の委任契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきである。(東京青司協)

- 委任の無償性の原則については、見直しを検討すべきである。事業者が受任者である委任においては、報酬を支払う旨の合意の存在が事実上推認され、更に、諸事情を勘案して報酬額が推認されるという運用がされているから、報酬請求権の有無についてより中立的な規定に改めることが望ましい。(弁護士)
- 委任契約については、有償又は無償のいずれかが原則であるとする立場を採らず、条文上も中立的な表現を用いることに賛成する。

受任者が事業者であり、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において委任契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方には基本的に賛成するが、経済事業という概念は採用すべきではない。商法の商行為に代わる概念が必要であるとしても、それは単に「事業のためにする」行為と規定すれば足り、経済事業なる新たな概念を導入する必要はない。（弁護士）

- 契約類型の本質にかかわる問題であり、実務に混乱を及ぼすおそれ等につき、慎重な検討を要するとの意見があった。（最高裁）
- 無償性の原則を見直す積極的理由はないが、売買と贈与、賃貸借と使用貸借など、他の契約類型で有償無償いずれを原則とするかを考慮し、並列に取り扱うべきである。（親和会）
- 商法第512条との関係はどうなるのか。商法512条は廃止して事業者に関する規定を民法に定めるのか。（翻訳・出版関係）
- 現代においては有償委任が圧倒的に多いことは否定しないが、有償委任とするためには、その旨の特約を設けるべきことを明記することにより、委任者に不測の損害を与えることを防止できるから、現行民法648条1項を維持し、無償を原則とすべきである。

事業者に関する特則を私法の一般法である民法に規定するのは妥当でない。民法に規定した場合は、適時・迅速な改正が困難となるおそれがあり、事業者の利益にそぐわない。また、「経済事業」という概念は国民には全く馴染みがなく、かつ「収支が相償う」という意味が不明確であるばかりか、何故そのような要件になるかの説得的な根拠が見あたらず、「国民に分かりにくい」と思料する。従って、このような概念を設けること、及びこれを前提とする規定を設けることには強く反対する。（東弁）

- 現行法の無償性の原則を見直し、条文上も中立的な表現を用いることには、反対する。特に非事業者間での委任の場合などにおいては、他人に事務の処理を委託する以上むしろ対価を支払うのが当然であるとまではいえない。現行規定でも特に不都合は生じていない。また、受任者が商人である場合には、商法512条に基づく報酬請求権が認められている。

受任者が事業者であり、経済事業の範囲内において委任契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。事業者概念及び経済事業の概念を民法に取り入れるか否かについては、慎重に検討がなされるべきである。（愛知県弁）

- 私人同士の委任では、現在でも無償であり、取引や事業を念頭に置くべきではない。（広大有志）

- 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だろうが、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には、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。(日大民研・商研)
- 事業者が役務を提供する契約を締結する場合に、報酬につき定めないということは通常考えられない。また、報酬の合意を失念した事業者をこのような推定規定によって救済する必要はない。(大学教員)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## (2) 報酬の支払方式

委任における報酬の支払方式には、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）があることを条文上明記し、報酬請求権の発生要件や支払時期などをそれぞれの方式に応じて規律するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料 17-2 第3, 4(1) [40頁]】

### 【意見】

- 類型ごとに整理することに意味があることから、成果完成型と履行割合型に分けて規律することに賛成する。任意規定である以上、中間的な類型などの場合も、合意が優先するので、問題は生じない。(札幌弁)
- 委任の報酬の支払方式に成果完成型と履行割合型があることを条文上明示することについては、賛成する。成果完成型と履行割合型に加え、「期間によって報酬を定める」方式（民法648条2項但書）についても規定した方がよいと思われる。(愛知県弁)
- 特に反対しない。(仙台弁)
- 報酬の支払方式に2つの類型があることを明文で規定することに賛成する。現行法の規定を明確化したものと解されるからである。(大阪弁)

- 報酬の支払方法に関して、成果完成型と履行割合型に区別して明文化すべきである。(福岡弁)
- 委任における報酬の支払方式について、成果完成型と履行割合型の区別を設け、それぞれの規律を明文化することに賛成。実態として両方式があると考えられるから、委任事務の処理と報酬支払いの関係を明記した方が無用の混乱を避けられて望ましい。(堂島有志)
- 委任における報酬の支払方式には、成果完成型と履行割合型があることを条文上明記し、報酬請求権の発生要件や支払時期などをそれぞれの方式に応じて規定することに賛成である。適切なメルクマールができることは取引実務上有益であり意義がある。(三菱電機)
- 成果完成型と履行割合型に分けて報酬の規定を整備することについては、いずれに該当するか不明なものもあるから、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 成果完成型の報酬は停止条件付報酬増額特約と整理すれば足りるから、委任契約の箇所では履行割合型のみ定めがあれば足りる。(親和会)
- 委任における報酬の支払方式について「成果完成型」と「履行割合型」という類型を設け、それぞれの規律を設けることが検討されているが、報酬の形態には様々な類型があり、必ずしもこの二つの類型に該当しないものがある可能性を考慮し、あくまでも任意規定であることを明確にして欲しい。(全信保連)
- 成果完成型と履行割合型という分類に直接反対するものではないが、現実にはその中間のような形態もあり、明文化により強行法規と受け取られ、実務に不必要な制約が生じることのないよう留意されたい。(会社員)
- 成果完成型と履行割合型は、学理上区別が可能であっても、取引実体においては微妙な事案もあることから、適切な解決のための規律となるかについて懸念を示す意見が多かった。(最高裁)
- 委任の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型があることを条文上明示することについては、慎重に検討すべきである。  
 わざわざ二つの類型に分ける必要はなく、成果完成型か履行割合型かが不明な委任もある。成果完成型の報酬は停止条件付報酬増額特約と整理すれば足りるから、委任契約の箇所では履行割合型のみ定めがあれば足りる。両者の区別は相対的であるため、仕事が完成していないことを理由とした報酬の支払を拒絶する紛争を誘発してしまうおそれがある。また、契約実務において立場の強い者に都合のよい類型にあたりと定義され、弱者の保護に欠けるおそれもある。そのため、個別事案ごとの解釈によって妥当な解決を図るべきである。(日弁連)
- 成果完成型と履行割合型とを明確に区別することは容易ではなく、

その差は相対的であり、いずれかに該当するかによって効果が大きく異なるとすることには疑問があるから、委任の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型に分類して規律することについては、慎重であるべきである。(広島弁)

- 検討すること自体には反対しないが、成果完成型と履行割合型に2分することには無理があると考え。成果に対する報酬という概念を導入すると、委任と請負の区別がつかなくなるおそれがあり、慎重に検討するべきである。(兵庫県弁)
- わざわざ二つに分けるべき実務上の要請が感じられないので、明文化する必要はない。(横浜弁)
- 報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型とに分けて規律することに反対する。

社会において委任とされている契約の中には、成果に対して報酬を支払う形式をとるものもあるが、このような委任契約については報酬に関する特約があると解すれば足りる(委任と請負の混合契約と解される場合もあると思われる。)

委任の規定の中に成果完成型の規定を新設すると、請負との境界があいまいになり、典型契約の類型としての機能が失われるおそれがある。

「完成」概念に「部分完成」も包含され、「部分完成」＝「履行割合」(出来高等)となるならば、「成果完成型の報酬支払方式」も「履行割合型の報酬支払方式」も「完成(部分完成)」＝「履行割合」ごとに支払うという点で同一に帰すると解される。他方、「部分完成」≠「履行割合」であり、「履行割合」とは、あくまで提供した「役務」の割合であって完成した成果の割合ではない、ということであれば、その場合の「役務の割合」とは、具体的にどのように算定・評価することを予定しているのか不明である。このように、成果完成型と履行割合型の境界は極めてあいまいであるので、ア priori に2つに類型化をすることには疑問がある。(二弁)

- 成果完成型と履行割合型の区別は相対的であり、仕事が完成していないことを理由として報酬の支払を拒絶する紛争を誘発してしまうことから、その区分に基づく規定の創設に反対する。個別事案ごとに解釈を行った解決を図るべきである。(金沢弁消費者委)
- 類型化は困難であり、当事者が私的自治で取り決める問題である。(広大有志)
- 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と思われる。(日大民研・商研)
- 労務供給に関する報酬請求権については、労働契約、雇用契約、請

負契約，委任契約，準委任契約その他の契約形態の如何にかかわらず，現行法制より権利内容を後退させるべきではない。役務提供型契約には，①消費者契約のように，役務受領者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合，②労働契約のように，役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合，③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり，それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ，消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは，役務受領者の立場を片面的に強化し，労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。

この点，委任に関する報酬の支払方式については，契約の形式や外形上で「成果完成型」の報酬支払い方式の契約に関して，成果完成後でなければ報酬請求権が発生しない旨を条文上明記した場合，労務受領者の支払拒絶が容易化される，という影響が危惧される。今後の検討過程で，これらの危惧が具体化した場合においては，このような方向での法改正には賛成できない。(連合)

- 実務上は成果完成方と履行割合方の折衷的なものや，弁護士費用の着手金のように，厳密にはどちらにも分類し難いようなものも存在しており，敢えて明文の規定を設けるほどの確立された理論ではない。また，委任に関する報酬請求権の発生要件に関する規定を整備するといっても，実際に行われる委任契約の大半については報酬を明示するのが通常であり，報酬について定めがなくその金額等が裁判上争われる場合には，諸般の事情をも審査して相当報酬額を算定すべきとするのが判例の立場であり，成果完成型と履行割合型の区別が特段の意味をなすわけではないことから，特に実務上意味のある規定にはならないと思われる。(弁護士)
- 委任における報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型に分類して規律する考え方に反対する。成果完成型と履行割合型の区別は相対的なものであり，いずれに該当するかによって効果が大きく異なることには疑問がある。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。他の規定との整合性を考えると，原則は定めるべきである。(個人)

### (3) 報酬の支払時期（民法第648条第2項）

委任の報酬は後払が原則であるという規律（民法第648条第2項）を維持した上で，委任の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型に分類して規律する立場から，その支払時期は成果完成型においては成果完成後，履行割合型においては委任事務を履行した後（期間によって報酬を定めたときは期間経過後）であることを条文上明記する考え方があ

る。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料 17-2 第3, 4(2) [41頁]】

**【意見】**

- 成果完成型は成果完成後、履行割合型は委任事務履行後を報酬支払時期とすることは、支払方式の分類を前提として支払時期として適切な規律といえるから、この考え方に賛成する。(札幌弁)
- 分かりやすい民法という観点から規律を明確化するのが望ましいので、賛成する。(愛知県弁)
- 特に反対しない。(仙台弁)
- 成果完成型の報酬支払方式を採る場合には成果完成後、履行割合型の報酬支払方式を採る場合には委任事務を履行した後(ただし、期間によって報酬を定めたときは期間経過後)とすることについて賛成する。任意規定として契約解釈の指針となるからである。(大阪弁)
- 報酬の支払時期に関して、成果完成型と履行割合型に区別して明文化すべきである。(福岡弁)
- 報酬の支払時期は、成果完成型においては成果完成後、履行割合型においては委任事務を履行した後(期間によって報酬を定めたときは期間経過後)であることを条文上明記することに賛成。現行民法第648条第2項を維持した上で、報酬の支払方式を分類して規律することに対応してわかりやすくすることになる。(堂島有志)
- 委任の報酬は後払が原則であるという規律を維持した上で、成果完成型においては成果完成後、履行割合型においては委任事務を履行した後(期間によって報酬を定めたときは期間経過後)が支払時期であることを条文上明記する考え方に賛成である。適切なメルクマールができることは取引実務上有益であり意義がある。(三菱電機)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 報酬支払方式を成果完成型と履行割合型の2種類に分けることを前提とした論点であり、委任契約の箇所では履行割合型のみ定めがあれば足りる。(親和会)
- 委任の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型に分け、履行割合型においては委任事務を履行した後(期間によって報酬を定めたときは期間経過後)であることを条文上明記することが検討されているが、仮にこのような規定を置くとしてもあくまでも任意規定であることを明確にして欲しい。(全信保連)
- 委任の報酬の支払時期については後払が原則とする民法第648条第2項を維持すべきである。ただし、民法第648条第2項のように「履行した後でなければ請求できない」と表現すると、これが

任意規定であることが分かりにくいいため、強行規定のように解釈されるおそれのある表現は避け、任意規定であることを明らかにすべきである。(弁護士)

- 類型ごとに支払時期を明文化することそれ自体に直接反対はしないが、履行前の支払である弁護士報酬の着手金など、中間整理に挙げられていない支払方式を採用している委任の取引類型もあることから、明文化により強行法規と受け取られ、実務に不必要な制約が生じることのないよう留意されたい。(会社員)
- 成果完成型と履行割合型に分けて報酬の規定を整備することについては、いずれに該当するか不明なものもあるから、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 成果完成型と履行割合型の区別を前提とする考え方であり、慎重に検討すべきである。

わざわざ二つの類型に分ける必要はなく、成果完成型か履行割合型かが不明な委任もある。成果完成型の報酬は停止条件付報酬増額特約と整理すれば足りるから、委任契約の箇所では履行割合型のみ定めがあれば足りる。両者の区別は相対的であるため、仕事が完成していないことを理由とした報酬の支払を拒絶する紛争を誘発してしまうおそれがある。また、契約実務において立場の強い者に都合のよい類型にあたると定義され、弱者の保護に欠けるおそれもある。そのため、個別事案ごとの解釈によって妥当な解決を図るべきである。(日弁連)

- 成果完成型と履行割合型とを分けて報酬の支払時期を区別すべきであるとの提案については、慎重であるべきである。(広島弁)
- 報酬の支払時期は、委任事務を履行した後（期間によって報酬を定めたときは期間経過後）であることを条文上明記するべきである。成果完成型の報酬については、請負との区別がつかなくなるおそれがあるため、慎重に検討するべきである。(兵庫県弁)
- 成果の完成は少なくとも委任事務の履行の後と考えられるので、わざわざ別個に規定する必要はない。(横浜弁)
- 報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型とに分けて規律することに反対する。(二弁)
- 不要(広大有志)
- 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思われる。(日大民研・商研)
- 労務供給に関する報酬請求権については、労働契約、雇用契約、請負契約、委任契約、準委任契約その他の契約形態の如何にかかわらず、現行法制より権利内容を後退させるべきではない。

役務提供型契約には、①消費者契約のように、役務受領者が弱い立

場にありその保護に配慮すべき場合、②労働契約のように、役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり、それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ、消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは、役務受領者の立場を片面的に強化し、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。

この点、委任に関する報酬の支払時期については、契約の形式や外形上で「成果完成型」の報酬支払い方式の契約に関して、成果完成後でなければ報酬請求権が発生しない旨を条文上明記した場合、労務受領者の支払拒絶が容易化される、という影響が危惧される。

今後の検討過程で、これらの危惧が具体化した場合においては、このような方向での法改正には賛成できない。(連合)

- 成果完成型の報酬支払方式は、そのような特約がある場合における例外的なものであり、その報酬支払方式は当該特約ないしその趣旨により定まるのであるから、わざわざ民法に明文の規定を設ける必要はない。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### (4) 委任事務の処理が不可能になった場合の報酬請求権

委任が受任者の帰責事由なく途中で終了したときは、受任者は既にした履行の割合に応じた報酬を請求することができる(民法第648条第3項)が、帰責性の所在やその程度は様々であり、それぞれの事案における報酬請求権の有無や範囲は必ずしも明確ではない。

そこで、有償委任に基づく事務の処理が途中で終了しその後の事務処理が不可能になった場合であっても受任者が報酬を請求することができるのはどのような場合か、どの範囲で報酬を請求することができるかについて、現行法の下で受任者が得られる報酬請求権の内容を後退させるべきではないとの指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、例えば、①受任者が事務を処理することができなくなった原因が委任者に生じた事由であるときは既に履行した事務処理の割合に応じた報酬を請求ことができ、②その原因が委任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(ただし、委任者が任意解除権を行使することができる場合は、その場合に受任者が請求することができる損害賠償の額を考慮する。)を、それぞれ請求することができるとの考え方があ。このような考え方の当否について、「委任者に生じた事由」や「義務違反」の具体的な内容、請負など他の役務提供型典型契約に関する規律

との整合性などに留意しながら、更に検討してはどうか。

また、判例は、請負について、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としているが、このような判例法理は成果完成型の報酬支払方式（前記(2)参照）を採る委任についても同様に妥当すると考えられることから、これを条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 4(3) [42頁]】

### 【第3段落までについての意見】

- 検討することに異論はなかったが、具体的な規定内容に関し、①「受任者が事務を処理することができなくなった原因が委任者に生じた事由であるとき」と、②「その原因が委任者の義務違反であるとき」との関係が不明確であるから、裁判において適用可能な基準となるよう、両者の関係や文言を明確にするのが相当であるとの意見があった。(最高裁)
- 受任者による事務処理が途中でできなくなった場合、「当事者の合意・合意の趣旨」、処理が終了した部分の有益性などを勘案して、受任者はすでに完了した事務処理に対応する報酬の支払いを求めることができる旨明文化すべきである（委任者に生じた事由によって完成不能となった場合に限られない。）。事務処理を途中でできなくなった原因が委任者の責めに帰すべき事由による場合、受任者は、委任報酬から仮に事務を完了させたとすれば支出したであろう費用を控除した額の支払いを求めることができる。ただし、「当事者の合意・合意の趣旨」、当事者の業態・地位、契約締結に至る経緯、事務処理の進捗状況、不能となった理由・時期などを勘案して相当と判断される範囲に限る旨明文化すべきである。(福岡弁)
- 仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権の有無・範囲について、明文を設けることに賛成である。ただし、現行法の規定（536条2項、648条3項）で対処可能であり、敢えて明文規定を設ける必要はないとの意見もある。(横浜弁)
- 報酬請求権の有無と範囲については、さらに慎重に検討すべきである。「委任者に生じた事由」や「義務違反」という文言が、どこまでの守備範囲を想定しているのか、「責めに帰すべき事由」との違いが不明確である。現行法においても、履行が不可能になった場合の報酬請求権に関しては、委任者の責めに帰すべき事由がある場合は第536条第2項、委任者にも受任者にも責めに帰すべき事由が存しない場

合には第648条第3項による処理が可能であると思われ、このような処理にどのような不都合があるか、慎重に見極める必要がある。

また、委任契約の任意解除権の行使に基づく損害賠償請求権の範囲と整合性が取れるのか、「損害」との関係が明確であるかを含め、十分検討する必要がある。(二弁)

- 報酬支払方式を成果完成型と履行割合型の2種類に分けることを前提とした論点であり、委任契約の箇所では履行割合型のみ定めがあれば足りる。(親和会)
- 民法第536条第2項に比べて権利者の権利が後退しないように留意すべき。(金沢弁消費者委)
- 請負と対応させる形で規定することが望ましい。もっとも、内容の差別化については前向きに検討すべきである。(広大有志)
- 「委任者の義務違反」、「委任者に生じた事由」などの異同が不明確であり、文言を変更することで現行法との連続性が断絶されることを回避する必要があることから、民法536条2項の規律を維持すべきである。(札幌弁)
- ①受任者が事務を処理することができなくなった原因が委任者に生じた事由であるときは既に履行した事務処理の履行の割合に応じた報酬を請求することができ、②その原因が委任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との考え方については、反対ないし慎重に検討すべきとの意見が強い。

「委任者に生じた事由」というのが如何なる事由を指すのかが不明確であるばかりか、「委任者に生じた事由」と「委任者の義務違反」の区別は必ずしも明らかではない。

委任者の責めに帰すべき事由によって履行不能となった場合は、委任者の債務不履行(信義則上の付随義務違反)ないし危険負担の債権者主義(民法536条2項)の問題として処理すれば足り、基本的には委任の規定においてこれらの準用規定を設ければ足りる。委任者の義務違反の場合に約定報酬全額の請求を認めることは、著しい不均衡を生じさせる危険があり、一部解除・既履行部分の報酬請求についても、「押し付け利得」・「やり得」を招く危険がある。(日弁連)

- 委任事務の処理が途中で不可能になった場合は、基本的には帰責性の存否に応じて、債務不履行、危険負担の現行法理あるいは民法536条2項(債権者主義)の規律に従い処理するのが妥当である。民法648条3項は維持するのが妥当である。履行不能の原因が委任者に生じた事由であるか委任者の義務違反であるかによって区別する考え方には反対する。(東弁)
- 「委任者に生じた事由」の意味が不明確であり、「委任者の義務違

反」との区別がつかないことから、両者を区別して規律する考え方に反対する。(一弁)

- 「委任者に生じた事由」であるか「委任者の義務違反」であるかによって区別する考え方については、反対する。「委任者に生じた事由」というのが如何なる事由を指すのかが不明確である。委任者の故意又は過失により履行不能となった場合については、委任者の損害賠償責任の問題として処理すれば足りる。(愛知県弁)
- 委任者の「責めに帰すべき事由」の文言は、既に最高裁・下級審判例等によって事例の集積がなされており、その射程が明確になっているのに対し、「委任者に生じた事由」や「委任者の義務違反」の内容は明確ではなく、従来の実務との連続性が損なわれる恐れがある。また、そもそも委任の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型とに分けることについて、慎重であるべきである。以上から、委任事務の処理が不可能になった場合の報酬請求権について、①受任者が事務を処理することができなくなった原因が委任者に生じた事由であるときは既に履行した事務処理の割合に応じた報酬を請求することができ、②その原因が委任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請求することができると規定することについては、慎重に検討すべきである。(広島弁)
- 中途終了に関する具体的な規定を設けることに反対する。「委任者に生じた事由」と「委任者の義務違反」を一義的に区別することは困難であり、また、報酬請求権という形よりも解除と損害賠償によったほうが柔軟な解決が可能だからである。(仙台弁)
- 「委任者に生じた事由」と「委任者の義務違反」という概念により、報酬請求権の範囲を異にするという立法については、区別が明瞭であるとはいえず、この方向で検討することには反対である。(兵庫県弁)
- 有償委任に基づく事務の処理が途中で終了し、その後の事務処理が不可能になった場合について、受任者が報酬を請求することができるのはどのような場合か、どの範囲で報酬を請求することができるかについて、明文規定を設けることについては賛成する。

「委任者に生じた事由」と「委任者の義務違反」を分けて規定することについては、両者の区別は必ずしも明らかではなく、他の役務提供型典型契約はそれぞれの特异性があることから画一的に整合性を図ることが具体的妥当性に適するとは言い難いことから、慎重な検討が必要である。(大阪弁)
- 「委任者に生じた事由」と「委任者の義務違反」の区別が不明確であり、また各場合の効果についても必ずしも明確になっていないという問題がある。

また、受任者と受任者相互に、事由が生じたり、義務違反が認められる場合があるのではないかと、既履行部分がわずかであったり、委任者の義務違反が軽微なものにとどまる場合に、約定の報酬全額を認めることは委任者に酷になるのではないかとといった危惧が生じる。

よって、慎重に検討すべきである。(日弁連消費者委有志)

- 事務を処理することができなくなった原因が委任者に生じた事由であるか委任者の義務違反であるかの区別がつかない可能性があるため、当事者の予測可能性を害し、契約締結の実務の負担を過重にする。よって、中間論点整理に示された考え方に反対する。(森・濱田松本有志)
- 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と思われる。(日大民研・商研)
- 労務供給に関する報酬請求権については、労働契約、雇用契約、請負契約、委任契約、準委任契約その他の契約形態の如何にかかわらず、現行法制より権利内容を後退させるべきではない。

役務提供型契約には、①消費者契約のように、役務受領者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、②労働契約のように、役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり、それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ、消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは、役務受領者の立場を片面的に強化し、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。

委任の報酬に関する規定は、準委任の場合にも準用される。就労者が自ら有償で労務を供給する契約の中には、準委任に該当するものが少なくない。個人が有償で自ら労務を供給する契約であって準委任に該当する契約の場合、労務供給先に帰責事由があり事務処理が不可能となった場合には、民法 536 条 2 項の危険負担の規定により、就労者は反対給付たる報酬請求権を失わないと解されている。

この点、従来の「委任者の責めに帰すべき事由」と「中間的な論点整理」に記載の「委任者に生じた事由」と「委任者の義務違反」の違いは明確ではないが、個人が有償で自ら労務を供給する契約に関して、「委任者の義務違反」でなければ、労務供給先が仕事の完成前に仕事を打ち切っても、既に履行した役務提供の割合に応じた報酬の支払をすればよいこととなる。

これは、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の権利を後退させるものであり、このような方向での法改正には賛成できない。(連合)

- 民法第536条第2項の「責めに帰すべき事由」という表現の方が「義務違反」よりも適切である。(弁護士)
- 中間論点整理において提示された考え方は、委任契約が途中で終了した場合の報酬請求権について、請負契約と同様の規律を設けるというものであるが、不動産工事の請負契約を中心に形成された判例法理をそのまま委任契約に適用できるのか、仮に適用できるとして実際に機能するか否かについては疑問の余地があり、このような問題については、現行法の規律を維持するにとどめた方がよいと思われる。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### 【第4段落についての意見】

- 成果完成型の報酬支払方式を採る委任について、請負の場合の判例法理を条文上明記することについては、賛成する。(愛知県弁)
- 成果完成型において既に処理された部分が可分である場合に、既に履行した部分について報酬請求できる旨の規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 請負の場合の判例法理を、成果完成型の報酬支払方式をとる委任についても条文上明記することについては、慎重であるべきである。(広島弁)
- 仕事の完成が不可能になった場合でも、既に行われた仕事の成果が過分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受ける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部分を明示することに賛成する。(札幌弁)
- 請負に関する判例法理を、委任に適用することには慎重であるべきである。(兵庫県弁)
- 成果完成型の報酬支払方式を採る委任について、既に処理された部分が可分であり、かつ、委任者がそ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、委任者は未履行部分について契約の一部解除をすることができるにすぎず、この場合、解除が制約される既履行部分について受任者は報酬を請求することができることについては、賛成する。当事者間の公平を図ることができるからである。なお、一定期間における事務処理において、事務処理の割合、程度、委任者の受けた利益の有無等については硬直的運用にならないように具体的妥当性を見地から慎重な検討が必要である。(大阪弁)
- 既に行われた仕事の成果が過分であり、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との判例法理の明文化に賛成である。(横浜弁)

- 請負契約の判例法理を成果完成型の報酬支払方式を採る委任について明記するという考え方については、反対する。そもそも、委任契約について、成果完成型の報酬支払方式を明文化することは反対である。(二弁)
- 請負の場合の判例法理を成果完成型の報酬支払方式を採る委任についても条文上明記することについては、慎重に検討すべきである。委任の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型に分ける考え方については、慎重に検討されるべきである。(日弁連)
- 特に注文者の義務違反の場合の約定報酬全額の請求を認めることや一部解除・既履行部分の報酬請求については、著しい不均衡や押しつけ利得・やり得を招く懸念があるので、慎重に検討すべきである。(日弁連消費者委有志)
- 成果完成型の事務処理が不可能となった場合の報酬の扱いは、停止条件の成就の妨害(130条)の考え方に基づいて処理すれば足りる。(親和会)

#### 4 委任の終了に関する規定

##### (1) 委任契約の任意解除権(民法第651条)

判例は、委任が受任者の利益をも目的とする場合には委任者は原則として民法第651条に基づく解除をすることができないが、やむを得ない事由がある場合及び委任者が解除権自体を放棄したものとは解されない事情がある場合には、同条に基づく解除をすることができるとしている。しかし、このような判例法理の解釈や評価をめぐっては様々な見解が主張されていることから、規律を明確にするため、委任が受任者の利益をも目的としている場合の委任者の任意解除権に関する規定を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、①委任が委任者の利益だけでなく受任者の利益をも目的とする場合には、委任者は契約を解除することができるが、解除によって受任者が被った損害を賠償しなければならないこととし、専ら受任者又は第三者の利益を目的とする場合にはやむを得ない場合を除き任意解除権を行使できないとする考え方、②有償委任においては、当事者が任意解除権を放棄したと認められる事情がある場合には、当該当事者は任意解除権を行使することができないこととし、無償委任においては、解除権の放棄は書面をもってする必要があるとする考え方があるが、これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 5(1) [44頁]】

### 【意見】

- 委任においては個人的信頼関係を尊重すべきであることから、委任者によるコントロールを広く認めるべきであり、委任者からの解除を広く認める方向で判例法理の明確化することに賛成する。(札幌弁)
- 現行の判例法理を明確にする規定を設ける方向性には、賛成する。ただし、その具体的規定内容として挙げられている、委任者の利益と受任者の利益を区別する考え方及び有償委任と無償委任を区別する考え方には反対する。任意解除権を制限する改正については、慎重に検討すべきである。(広島弁)
- ①案のような規定を設ける方向で、更に検討するべきである。任意解除権には、委任者に委ねた権限を取り戻して自己のコントロール下に復帰させる意味合いがあり、委任契約が受任者の利益である場合でも解除権行使は認めてよいが、その場合には委任者に賠償責任が生じるものとするのが相当である。(兵庫県弁)
- 委任が受任者の利益をも目的としている場合の委任者の任意解除権に関する規定を新たに設けることについては、委任者の任意解除権を制限しない限りにおいて賛成する。

委任が委任者の利益だけでなく受任者の利益をも目的とする場合には、委任者は契約を解除することができるが、解除によって受任者が被った損害を賠償しなければならないことについては賛成する。委任者の任意解除権行使を制限すべきではなく、受任者の利益については損害賠償請求権で対処すべきだからである。

委任が専ら受任者又は第三者の利益を目的とする場合にはやむを得ない場合を除き任意解除権を行使できないことについては反対する。委任者の利益を目的とするのか、受任者又は第三者の利益を目的とするのか、その双方の利益を目的とするのか、の区別は現実には困難だからである。

有償委任においては、当事者が任意解除権を放棄したと認められる事情がある場合には、当該当事者は任意解除権を行使することができないこととするのは、反対する。当事者が任意解除権を放棄したと認められる事情とは具体的にどのようなものを指すのかは各事案によって異なることから、規定を設けても紛争解決にはつながらないからである。

無償委任においては、解除権の放棄は書面をもってする必要があることについては、賛成する。(大阪弁)

- 委任が委任者の利益だけでなく受任者の利益をも目的とする場合には、委任者は契約を解除することができるが、解除によって受任者が被った損害を賠償しなければならないこととし、専ら受任者又は第三

者の利益を目的とする場合にはやむを得ない場合を除き任意解除権を行使できないとする考え方に賛成である。

これまでの判例を整理して明文化することによって任意解除権の要件が明確になることは望ましい。委任者が受任者の事務処理をコントロールできるということは必要なので、あくまで（損害賠償は別途としても）原則解除が自由であるという枠組みによるべきである。（横浜弁）

- 判例を基本として規定を整備することに賛成。ただ、指図の追加・変更の場合や自己執行が困難な場合などには、損害賠償義務なく解除できるような規定が必要と思料する。また、引き継ぎ義務を検討してはどうか。なお、雇用類似の関係についての特則は労働基準法などに規定するべき。（長島・大野・常松有志）
- 条文化には賛成。もっとも、「受任者の利益」という用語は市民には具体例が浮かばない。条文化に当たっては、\*\*等と例示すべきである。（広大有志）
- 委任が受任者の利益をも目的としている場合の委任者の任意解除権に関する規定を新たに設けることに反対である。民法第651条の規定さえあればよく、その例外については契約に規定することが実務上一般的であり、また、契約に規定のない場合に委任者が解除できるか否かは個別の事情によって決めるべきであり、当事者の属性、委任の内容が種々様々である以上、妥当な特則を設けることは困難であると共に、取引実務に無用な混乱を与えかねないので、反対である。（三菱電機）
- 委任が受任者の利益をも目的としている場合における委任者の任意解除権について、大審院大正9年4月24日判決民録26輯562頁の枠組みで判断することには限界がある。委任者が受任者による事務処理をコントロールするための最終的な手段として解除権を認める必要があり、その上で一定の制約を課す方向で検討すべきである。（弁護士）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 基本的に一方当事者からの解除を認め、それによって相手方が損害を被った場合には損害を賠償しなければならないとすれば足り、解除権を制限する必要はない。その理由は、委任の本質からして解除を自由に認めるのが原則であること、委任者からの解除を自由に認めても、受任者の不利益となる場合には損害賠償で調整を図ることが可能であること、任意解除を認めることが不当なケースは存在するが、それを明文化することは困難であり、信義則や権利濫用により対応すれば足りることである。（仙台弁）
- 委任者も受任者も、任意解除権を有する旨明文化すべきである。し

かし、「当事者の合意・合意の趣旨」から判断してこれと異なる合意をしたと認められる場合は、任意解除権の行使ができず、又は任意解除権の行使が認められても相手方当事者が被る損害を賠償しなければならない。ただし、これらの場合であっても、やむをえない事由があるときは無条件で解除権を行使することができる旨明文化すべきである。

賠償の範囲については、「当事者の合意・合意の趣旨」、当事者の業態・地位、契約締結に至る経緯、事務処理の進捗状況、解除となった理由・時期などを勘案して相当と判断される範囲に限る旨明文化すべきである。(福岡弁)

- 現代社会において、受任者の利益を目的としていない場合は少ないと思われ、判例の枠組みについて、再検討をする必要があるものと考えられる。

具体的な規定内容については、判例に対する理解も分かれていることから、更に慎重に検討をする必要があると思われる。(二弁)

- 消費者保護の立場からは、役務提供等が不要になった以上解除を認めて事後的に合理的な損害賠償の支払で処理すべきであるが、受任者が個人で労務系の提供の場合には労働者保護の視点も必要ではないか。(金沢弁消費者委)

- 委任者の任意解除権が制限される場合があることは判例でも認められており、解除の時期、当事者間の信頼関係など、事案に応じて様々な事情を総合考慮する必要があるものの、何らかの方法で委任者の任意解除権については明文化することが望ましい。(親和会)

- 委任者は、任意解除権を有するのが原則であるが、専ら受任者（または第三者）の利益のための委任契約は、やむを得ない事由がある場合を除き、解除できない旨を明記すべきである。委任契約が当事者の信頼関係に基礎をおき、受任者には一定の裁量権限を付与することの反面として、委任者にはそれをコントロールする権限を認める必要があるが、任意解除権はその最終手段と位置付けうるから、委任者の利益のためという目的がある限り、任意解除権を認める必要があるが、もっぱら受任者（ないしは第三者）の利益を図る目的の委任には、この趣旨が当てはまらないからである。

なお、委任が受任者の利益をも目的とする場合には、任意解除はできるが、損害賠償で受任者の不利益を填補すべきである。(堂島有志)

- 委任の中でも労務提供を重視する契約類型においては、委任者からの任意解除権を制限しないと、取引関係において相対的に弱い立場にある受任者の保護に欠けるから、これらの類型などの一定の種類の契約においては委任者の任意解除権を制限する規定を置く方向で検討すべきである。(日司連)

- 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。（日大民研・商研）
- 成果完成型委任契約の概念を導入する場合には，請負契約との峻別の問題もあるが，任意解除権の行使と既履行部分に対する補償の問題についても検討する必要がある。（ヤフー）
- 現行法上，システム開発における要件定義のフェーズは準委任にあたり，明示的にベンダーには任意解除権が与えられていることから，実務上の混乱を防ぐためにも改正法においても，要件定義のフェーズについては任意解除権を与える必要がある。（システム・ユーザー協）
- 「委任が受任者の利益をも目的とする」という基準の内容が判例上揺れ動いており，必ずしも明確ではないから，委任が受任者の利益をも目的としている場合の委任者の任意解除権に関する規定を新たに設けることについて慎重に検討するべきである。（東弁）
- 委任者の任意解除権に関する判例法理の規律をその変遷を踏まえて明確にする方向で規定を整備することとし，その具体的な規定内容として，①委任が委任者の利益だけでなく受任者の利益をも目的とする場合には，委任者は契約を解除することができるが，解除によって受任者が被った損害を賠償しなければならないとし，専ら受任者又は第三者の利益を目的とする場合にはやむを得ない場合を除き任意解除権を行使できないとする考え方には，賛成の意見もある。

しかし，委任契約は当事者間の信頼関係を前提にしている以上，任意解除権の行使を制限すべきではなく，受任者の利益については損害賠償請求権で対処すべきであるとの意見も強い。また，委任者の利益を目的とするのか，受任者の利益を目的とするのか，その双方の利益を目的とするのか，の区別は現実には困難であり，委任契約が専ら受任者の利益を図るものである場合については，解除権につき委任契約で別段の定めをすることができる旨を明記すれば足りると考えられることから，慎重に検討すべきである。

さらに，消費者と事業者が委任関係にある場合に，受任者である事業者の利益を目的とする場合であるとして，いたずらに消費者の解除権が制約されるおそれがある。また，消費者が任意解除権を放棄したと認められる事情がある場合に解除権が制限されるとすると，例えば委任者の解除権なしとする契約書が締結された場合，消費者契約法10条により当該部分は無効となるとしても，この点について疑義を生じさせるおそれがあることから，慎重に検討すべきである。（日弁連）

- 委任が受任者の利益をも目的としている場合の委任者の任意解除権に関する規定を新たに設けることについては、反対する。現行規定を維持して、委任契約が専ら受任者の利益を図るものである場合については、解除権につき委任契約で別段の定めをすることができる（任意規定）旨を認めれば足りると考えられる。（愛知県弁）
- 委任者保護の観点や信頼関係に基礎をおく契約であることに鑑み、受任者の利益をも目的としているからと言って委任の任意解除権を制限すべきではない。（日弁連消費者委有志）
- 履行割合型では、受任者は既にした履行の割合に応じた報酬を請求することができるとの現行民法第648条第3項の規定を維持し、成果完成型では、請負と同様の規律にすべきである。（堂島有志）
- 委任契約における当事者の任意解除権を認めた現行民法第651条の解釈については、判例・学説ともに安定したものとはいえず、このような状況のもとで、特定の学説に立脚して規定を整備するのは相当でないと思われる。また、専ら受任者や第三者の利益を目的とする委任契約は、実質的には贈与契約ないし信託契約に分類される余地もあると思われ、また同条は任意規定である以上、当事者が任意解除権を放棄したと認められる事情があるときに解除権を行使できないのは当然のことであるから、いずれもわざわざ明文の規定を置く必要はないと思われる。（弁護士）
- 改定の必要があるとは思えない。（個人）

## (2) 委任者死亡後の事務処理を委託する委任（民法第653条第1号）

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ことから、規律を明確にするため、新たに規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、遺言制度との整合性を図る観点から、委任事務の内容が特定されていることを要件として認めるべきであるとの考え方があがるが、その当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 5(2) [47頁]】

### 【意見】

- 個人的信頼関係のある者に死亡後の委任事務を委ねることの意思は尊重されるべきであるから、死後の事務処理を委託する委任契約の規定を設けることに賛成する。ただし、遺言等との関係で、要件を明確化、限定すべきであり、特定の事務を目的とする要件を設けることに賛成する。（札幌弁）
- 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、

新たに規定を設けることには賛成するが、その場合の規定内容については、慎重に検討すべきである。

死亡後の財産処理等を委任する契約を生前に締結しておく必要性があることも事実であり、特定の事務を目的とする委任であって、委任者の死亡によっても終了しない旨の合意を必要とするといった限定をすることにより規定を設けるのが合理的との意見もあるが、死後委任の効力は契約時に明確に判断できる必要があるところ、具体的にどの程度特定されていけば良いかが明確ではないといった批判がある。

また、委任者死亡の場合にも委任を存続させる必要性があるとしても、一方で遺言等の手続がある以上、相続人との間で新たな紛争を生じることのないよう慎重に検討すべきである。(日弁連)

- 死後の事務の委任について、委任事務の内容が特定されていることを要件として、認めるべきである。実際上の必要性が認められる一方で、何ら制限がない場合には、相続人の不利益になるおそれもあるので、限定して考えるべきだからである。(仙台弁)
- 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新たに規定を設けること自体には賛成する。もっとも、その要件については、更に検討すべきである。(東弁)
- 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、新たに規定を設けることについては反対しないが、その規定内容は遺言制度との整合性などに留意しながら慎重に検討すべきである。(愛知県弁)
- 自らの死亡後の財産処理を委任する契約を生前に締結しておく現実的な必要がある以上、そのような制度を創設することが望ましいから、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、新たに規定を設けることに賛成する。もっとも、その具体的内容については、遺言制度との整合性を図る必要もあり、「委任事務の内容が特定されていること」を要件とするだけでよいかは、さらに検討する必要がある。(広島弁)
- 死後の事務処理に関する委任を無条件で認めると遺言の脱法となりかねないが、実務上の必要性は高く、包括的な権限を与えず、特定事項に限っている場合に限定して、許容されることを明文で明らかにするべきである。(兵庫県弁)
- 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、新たに規定を設けることについては賛成する。

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の内容として、委任事務の内容が特定されていることを要件とするについては賛成する。委任者死亡の場合にも委任を存続させる必要性があるとしても、一方で遺言等の手続がある以上、相続人との間で新

たな紛争を生じることのないようにする必要があるからである。(大阪弁)

- もっぱら委任者の死後の財産処理等を目的とする委任契約など委任者の死亡によっても効力を存続させる必要性のある契約については、委任者の死亡によっても効力を失わない旨明文化すべきである。

死亡後の財産処理等を委任する契約を生前に締結しておく必要性があることも事実であり、そのような死亡後も効力を存続させる契約の場合、受任者の死亡を委任契約の終了原因とすべきではない。(福岡弁)

- 委任事務の内容が特定されていることを要件として委任者死亡後の事務処理の委任を認めることに賛成である。

死亡後の事務処理の委任は、実務上のニーズが高く、事実上尊重されている場面が多い。しかし、委任事務の内容が特定されていない場合であっても死後委任契約が存続するとなると、相続人にとって多大な不利益があっても任意解除権の制限があつて解除できないなどの不都合も想定されるため、委任事務の内容が特定されている場合に限り死後も存続するという要件を明文化することによって、委任者の意思と相続人の意思の調整をはかるべきである。(横浜弁)

- 委任者死亡後の事務処理を委託する委任については、実務上も一定の必要性があるものと考えられ(最判平成4年9月22日金融法務事情1358号55頁, 東高判平成21年12月21日判例時報2073号32頁参照), これを明文化することに意義があると思われる。

遺言の内容についても紛議が生じることが多いことを考えると、死後の委任事務の内容があらかじめ特定されているかどうか紛議が生じることが容易に想定されるので、法律関係の安定のために、要件を限定するなど慎重に検討すべきであると考えられる。(二弁)

- 委任者の死亡により委任契約が終了するとすれば、とくに受任者が委任者の死亡を知らなかった場合に受任者にとって不意打ちとなり兼ねないこと、また委任者が自己の死後の事務の処理を委任する契約を認める必要があることから、委任の終了事由について任意代理権の消滅事由の規定の見直しと合わせて検討すべきである。ただし、とくに死後の事務の委任については委任者の意図が確認できないことから、これを認める要件を定めるなど、慎重に扱うべきである。(親和会)

- 死後委任は、死亡によっても終了しないという合意があり、委任事務の内容が特定されていることを要件として認める規定を設けることに賛成。判例は、現行法653条(委任者又は受任者の死亡が終了事由)の例外として、特定の事務の死後委任を有効とするが、何を要件として認めるかわかりやすく明記すべきである。(堂島有志)

- 死後の事務の委任についても当事者の合意の自由に委ねてしまうと、

遺言とのかねあいでの脱法的行為を誘発する可能性があるため、死後の事務の委任についても明文により認めるべきである。(金沢弁消費者委)

○ 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旨の規定を置く方向で検討すべきである。(日司連)

○ 委任者と受任者の間で、死亡後の事務処理を委託する契約を書面とした場合においては、委任者の死亡によって委任が終了しない旨を新たに規定する方向で、更に検討すべきである。

死後事務の委任として契約できる事項は、死亡後の財産関係の清算関係については遺言をすることができるのであるから、遺言できる事項以外の、葬儀・埋葬・供養に関する事項及びその事務に関する費用・報酬等に限る方向で更に検討すべきである。

委任された死後事務を受任者が適正に処理している場合には、委任者の相続人の解除権を制限する規定を設ける方向で、更に検討すべきである。(東京青司協)

○ 高齢者人口が増加しているだけでなく、親・子・兄弟や親族等の近親者との関係が疎遠になったり、あるいは近親者ともが高齢となり相互に支援し合うことが困難になっている高齢者が増加しているため、自己が死亡した後に迷惑がかからないようにとの思いで、死亡後の葬式を含む法要、死亡までの入院治療費等の支払い、世話になった友人・知人等へのお礼の支払いなどを生前に第三者に委任するニーズがある。

委任者の死亡は委任の終了事由ではあるが、委任者死亡後の委任の効力を一定の限度で認める判例も出現してはいるが、委任者の生前の意思や財産処分権と、委任者の死後その地位を承継する相続人の相続財産に対する権利の保障を調整する必要があり、委任者の相続人の解除権についてなどを中心に委任者死亡後の事務処理を委託する委任の効力について新たな規定を設ける検討が必要である。(リーガルサポート)

○ 権利の帰属を変動する物でない限りは、遺言と抵触せず、死後委任も可能であることを明文化すべきである。(広大有志)

○ 現状、債務返済の多くは口座振替で行われており、債務者が死亡した場合には、口座振替処理を停止し、相続手続が完了するまでは法定相続人全員から署名・捺印を得たうえで、相続人代表者から返済を受けることがあるが、法定相続人全員からの同意が得られない場合には、返済を受けにくく、債務の無用な延滞につながる等、相続人とのトラブルの懸念があり、債務者たる委任者死亡後も一定の事務処理継続のニーズが存在する。委任者が死亡した場合であっても、当事者の合意

により委任契約を継続できれば、相続人間のトラブルによる無用な延滞の発生の回避、銀行と相続人間のトラブル回避につながるという指摘がある。本規定が任意規定であることを前提に、検討の方向性には賛成する。

ただし、具体的な規定の検討には慎重な対応を要する。例えば、生前に締結した委任契約の範囲が、実際は死後の事務委任まで含まれていなかったにも関わらず、受任者が死後の事務委任だと主張するケースや、第三者から、委任の内容が死後の事務委任を含むものであるのか判断ができないケースもあり得るという実務上の問題も想定されることから、死後の事務委任を認める場合であっても、「委任事務の内容の特定」等何らかの要件を課した方がよいという指摘もある。(全銀協)

- 死後委任については有用性もあることから、内容の特定等に留意し、遺言の脱法行為にならない限度で、死後の一定の委任についても認めてよい。ただし、遺言制度との関係を整理するため、これに一定の制限を課すべきである。(弁護士)
- 委任者の死亡により委任契約が終了せず、かつ委任の範囲が一般的ないし包括的となる契約類型は現行法の下でも存在しうるが、委任事務の内容が特定されているといった不明確な要件が加えられると、これを理由に委任契約の有効性が争われるなど、相続に関する紛争を複雑化させるおそれがある。そもそも、遺言執行者については民法第1019条で利害関係人による解任請求権が認められており、遺言執行者ではないがこれに類する権限を持つ委任契約の受任者がある場合には、同条の類推適用ないし準用の可否を検討すれば足りることであり、契約の成立要件自体を制限する必要はない。(弁護士)
- 委任事務が「特定されていること」を要件とする提案については、これに該当しない事案があるのか、この要件が限定機能を持つのかについて疑問があるとの意見があった。(最高裁)
- 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。(日大民研・商研)
- 現行民法は、委任者の死亡により委任契約が終了することとなっている。このため、口座振替で各種料金の支払を行っている者が死亡した場合、銀行との間の口座振替事務の委任契約も終了すると解されるが、現実には委任者死亡の事実を知りえない場合が多く、死亡後に口座振替された金員の取扱について問題が生じる可能性がある。かかる問題の解決も含めて議論いただきたい。(自動車リース連)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### (3) 破産手続開始による委任の終了（民法第653条第2号）

委任者又は受任者について破産手続が開始されたことは委任の終了事由とされている（民法第653条第2号）が、会社が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最高裁判例や、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などを踏まえ、同号の規律の見直しを検討すべきであるとの指摘がある。その場合の規定内容として、例えば、当事者について破産手続が開始された場合の法律関係は破産法第53条など同法の規律に委ねるという考え方や、委任者について破産手続が開始された場合に受任者が契約を解除することができるという考え方などがあり得るが、これらの考え方の当否を含め、民法第653条第2号の規律を維持すべきかどうかについて、検討してはどうか。

#### 【意見】

- 委任者について破産手続が開始された場合に受任者が契約を解除することができるべきである。（仙台弁）
- 検討することに異論はなかったが、委任者が破産した場合には、委任の趣旨によっては解除できないという例外が認められてよいのではないか（例：破産申立ての依頼者と弁護士）という意見があった。（最高裁）
- 民法653条2号の規律を見直すべきかどうかについては、委任者と受任者について同じ規律とするのか否か、民法に定めるか或いは破産法に移すのかも含めて、さらに検討すべきである。

民法653条2号に関し、最判平成12年4月17日は、株式会社と取締役・監査役との委任関係は、会社（委任者）が破産したとしても、破産財団に関する管理処分権と無関係な会社組織に係る行為等については終了しないと判示した。これについて、任意規定（民法653条2号）に優先する特約の存在を認めたもので、民法の条文を改正する必要がないとする考え方と、委任契約の性質上、特約がなくとも当然終了しない委任契約があることを認めたもので、これを明らかにする民法改正を行うことが相当とする考え方がありうる。この2つの考え方につき、さらに検討すべきである。

また、委任契約にのみ破産を当然終了事由と定める必要性・相当性はなく、履行か解除かは、民法で一律に決めるのではなく、破産した当事者の破産管財人の選択に委ねることが相当という考え方がある。この考え方に対しては、委任者破産の場合に、破産管財人が意思決定する前に、受任者に勝手な行為をされる危険があるので、少なくとも委任者破産の場合は現行法どおりでよいとする考え方もある（現行法

は、当然終了だが、相手方が知らなかったときは相手方に対抗できない（民法655条）。しかし、相手方の報酬請求権等は破産債権になるのが原則である（破産57条）。第三者との関係については、定めがないが、表見代理の規律の適用を受けると思われる。）。さらに現行法どおり当然終了を原則とするが、破産した当事者の破産管財人が履行選択した場合は、委任は終了しなかったとみなすという考え方もある。これらの考え方について、さらに検討すべきである。

さらに、これら契約当事者に破産手続が開始された場合の定めについては、破産手続開始決定の意義・機能を踏まえて決すべき事柄であるので、民法ではなく、破産法で定めるべきであるとの考え方がある。これについてもさらに検討すべきである。（日弁連）

- 民法第653条第2号を維持すべきか慎重に検討すべきである。（東弁）
- 民法第653条第2号の規律を見直すかどうかについては、受任者と委任者とが同じ規律でよいか、破産法第53条の規律に委ねるべきか、請負に関する民法第642条と同様の規律（受任者の解除権を認める）を設けるべきか、との多様な考え方があり得るから、更に検討すべきである。（広島弁）
- 受任者に破産手続が開始した場合には、委任者としては当然終了を期待しており、受任者の破産管財人としても、いったんすべて終了とした上で必要に応じて受任を選択するというのが管財業務に資するといえる。他方、委任者に破産手続が開始した場合には、開始決定により委任契約を当然終了とすることなく、破産管財人により委任契約の履行を選択する利益を残しておいた方がよい場合も考えられ、信頼関係に関する問題は別途約定解除権の問題として処理することも考えられる。しかし、受任者の場合と同じく、いったんすべて終了した上で必要に応じて再度委任するか否かを破産管財人が選択する方がよいと考える余地もある。さらに、事実行為の委任である準委任では、当然に終了せずに破産管財人に準委任契約の履行を選択する利益を残したほうがよい場合も認められるため、委任の規定を準用するか否かもあわせて議論の対象となる。このように、場面に応じての分析、準委任への準用の当否も含めて慎重に検討することが必要である。（大阪弁）
- 委任契約の性質によっては、契約当事者に対して破産手続開始決定がなされても、終了しない例外的場合がある旨明文化すべきである。委任契約の当事者に対して破産手続開始決定がなされた場合に、契約が終了するのは、この契約が当事者間に信頼関係に基づいているためであるが、特に、委任契約の場合、資産管理等が行われることが多いためである。そうすると、資産管理等と関連しない委任契約について

は、当事者に破産手続開始決定がなされても、契約を終了させる必要性がないことになる。(福岡弁)

- 民法第653条第2号を見直す場合には、破産法と民法のいずれに規定を置くべきかを検討すべきであるし、また、規定内容についても、受任者の破産手続開始の場合と委任者の破産手続開始の場合を同様に取り扱いについて更に検討をするべきである。(二弁)
- 破産手続の開始によって委任が当然に終了する旨の規律は再検討する余地があるのではないか。(長島・大野・常松有志)
- 今後の検討を要する。(広大有志)
- 委任者又は受任者の破産手続開始決定の場合も破産法53条の規律によるべきで、民法での明文化は不要である。(札幌弁)
- 破産の場合の規律は、破産法第53条など同法の規律に委ねるべきである。破産を委任の終了事由とする合理性はないと考えられ、民法における委任の規律にあえて破産の場合をとりあげる必要性はないからである。(兵庫県弁)
- 慎重に検討すべきである。(横浜弁)
- 破産手続開始による委任の終了の規定(民法第653条第2号)は削除し、破産手続が開始された場合の法律関係は破産法第53条に委ねるべきである。改正会社法や最高裁判例に併せる必要があるからである。(堂島有志)
- 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2044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。(日大民研・商研)
- 会社が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せず、破産財団に関する管理処分権限と無関係な会社組織に係る行為等については取締役としての権限を行使し得るとした最高裁判決(最判平成21年4月17日判時2044号74頁)があること、会社法第331条第1項は破産者を取締役の欠格事由としていないことから、当事者の破産手続開始によって委任が当然に終了するとする規律を見直し、管財人の選択に任せることを検討する必要はある。ただし、民法(債権関係)部会において審議すべきことかは疑問がある。

(弁護士)

- 委任契約の当事者について破産手続が開始された場合の法律関係は、破産法第53条などの規律に委ねれば足り、委任契約について民法に特則を設ける必要はないと考えられる。(弁護士)
- 適用関係を明確にするために民法第653条第2号が定める委任の終了事由のうち破産手続の開始の決定を受けたときについては破産法に委ね、任意代理権の消滅事由の規定の見直しと合わせて廃止を検討すべきである。(親和会)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 5 準委任（民法第656条）

準委任には、種々の役務提供型契約が含まれるとされているが、その規定内容はこれらに適用されるものとして必ずしも妥当なものではなく、これらの役務提供型契約の全てを準委任に包摂するのは適当でないとの指摘もある。そこで、役務提供型契約の受皿的な規定（後記第50、1）等を設ける場合に、例えば、準委任の意義（適用範囲）を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」とする考え方があるが、このような考え方に対しては、その内容が明瞭でないとの指摘や、第三者にサービスを提供する契約と当事者にサービスを提供する契約とが異なる典型契約に該当するのは不均衡であるとの指摘もある。そこで、準委任を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」とする考え方の当否について、準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定を設ける場合のその規定内容との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

また、準委任について準用すべき委任の規定の範囲についても、検討してはどうか。

【部会資料17-2第3、6 [48頁]】

### 【意見】

- 準委任を「第三者との間で法律行為ではない事務を行うことを目的とするもの」とすることについては、賛成する。役務提供型契約を全て準委任に包摂するのは適当ではない。(愛知県弁)
- 役務提供型の規定を設けることを前提にすれば、従来準委任で処理せざるをえなかった類型も当該規定の中で処理できる場合があるから、準委任の適用範囲を適切な範囲に限定することが可能となる。準委任の意義（適用範囲）を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」と限定する考え方に賛成する。(札幌弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 準委任と区別された役務提供契約の概念を立てるについては、現状で

は適切な区別の基準を見出しがたい。役務提供型契約の新たな受皿規定を別途定めることについては慎重に検討すべきであるため、役務提供型契約を設けることを前提として、準委任を限定することについても、慎重に検討すべきである。(日弁連)

- 役務提供型契約の受皿規定を準委任とは別に設けるのであれば、準委任の規定は廃止してもよい。典型契約に該当しない役務提供型契約の受皿規定を準委任とは別に設けるのであれば、準委任を残す必要性はないからである。(仙台弁)
- 準委任に関する規定の適用対象を限定する一方で役務提供契約の受皿規定を設けるという考え方については、ある契約を準委任と性質決定した場合に適切でない規定を適用することを回避するために受皿規定を置くことを積極的に評価することもできる一方、委任に関する規定の適用を排斥すべき契約については無名契約と捉えることにより柔軟な解決が可能であるとも言えることから、それぞれの側面を踏まえて慎重に検討すべきである。(一弁)
- 準委任の意義(適用範囲)を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」とすることについては特に反対しない。委任の対象が明確になり、準委任という契約類型の権利義務関係が明確化する。ただし、準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定は、準委任の適用対象と一体として検討すべき事項であり、その必要性、対象の選択、規律の方法の観点において慎重に検討する必要がある。

準委任について準用すべき委任の規定 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定の必要性の有無と一体として検討すべき事項である。(大阪弁)
- 準委任の定義として、法律行為でない事務を行うことを目的とするものとするべきである。現行法では、仕事の完成を目的とせず、かつ、法律行為に関する事務処理も目的としない契約について、準委任として整理していた。しかし、従前準委任の範疇で整理されてきた事務の中には、準「委任」とは評価できない業務が少なくない(例 理髪、エステサロン、機械設備のメンテナンス)。これらの業務をカバーするための役務提供契約という概念を別途定めるべきである。そうすると、準委任として整理される契約はほとんどなくなると思われる。(福岡弁)
- 準委任の適用対象の限定については、慎重に検討するべきである。

準委任の適用対象を限定することは、これまで準委任契約ないしそれに類似した無名契約として規律できた新種のサービス契約について民法で適切に規律できなくなるおそれがある。したがって、準委任の適用対象の限定については、準委任に替わる受け皿規定の制定の有無や内容にも留意しながら、慎重に検討するべきである。(日弁連消費者委有志)
- 役務提供契約の受皿規定を設け、準委任についての適用対象を限定す

べきである。現代では様々な役務提供型の契約が存在し、これらを準委任（委任を準用する）規定のみで対応することは困難であって、受皿規定を設けるべきである。（堂島有志）

- 役務提供契約の受皿的規定等を設けるのであれば、準委任という契約類型を残すか否か検討するべきではないか。残すとしても、準委任に委任の規定を準用することを、個別の規定ごとに検討し直すべきではないか。例えば、委任について任意解除が認められているのは、委任は当事者間の信頼関係を基礎とするからであると解されるどころ、委任と準委任では信頼関係の程度に違いあるため、準委任の任意解除の要件は委任とは異なる部分も多いと思われる。（長島・大野・常松有志）
- 準委任に関する規定を設け、あるいはこれに代わる役務提供型契約の受皿規定を設ける方向性自体に反対するものではない。しかし、役務提供型契約に基づく取引は、分業による効率化のために用いられることが少なくないことに鑑みれば、一般的に指図遵守義務、自己執行義務、忠実義務、自己執行義務を定めることは取引の実態に整合しないおそれが大きいので、これらの義務が原則とされることのないよう特に配慮されたい。（クレ協、クレカ協、全信販協）
- 委任に関する問題提起を踏まえ慎重に検討すべきである。（サービス協）
- 準委任の機能を一定の範囲で縮小させるという方向性の是非は、これに代わる「役務提供型契約」に関する規定の創設の可否と密接に係わっている。その意味で、後者の議論を経た後に改めて前者の検討を行うという意見には共感を覚える。なぜならば、「役務提供型契約」規定創設を所与として提案される「定義」は、委任法に関する今日の理解及び議論とはおよそぐわなないものであるように思われるからである。「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」という提案はその最たるものである。おそらく、「法律行為以外の事務」ないし「事実行為」とすることが、準委任に受け皿的地位を与えているとの判断から、第三者という制限的要素を加えようとする意図によるものと推察するが、こうした見解は比較法的にも類を見ず、かつおよそ正当化の根拠を見出しえない。のみならず、仮に「役務提供型契約」が「当事者との間で法律行為でない事務を行うこと」を目的とし、かつ準委任と効果上の差異を設けようとするれば、実務上の運用において多大な混乱が生じるように思われる。その意味では、審議過程で示されたその他の多様な「イメージ」についても、現在の判例、実務及び学説に合致するものであるかなど十分に検証した上で、準委任に関する一致した方向性を採択する必要がある（なお、「準委任は定型的・画一的な業務を大量に処理するもの」という見解については、特定の取引を前提とした限局的な把握であると考えられ、個人的には賛同できない）。

ここで、翻って考えるに、準委任に受皿的役割を期待することは、本当に不当なことなのであろうか。なるほど、現代社会における事務処理ないし「役務提供」が多様であり、委任に関する明文規定を、準委任を介して適用することに対する一定の躊躇があることは理解しうる。とりわけ、先に見たような委任固有の事情に基礎を置く規定の適用には慎重になるべき場合もあるかもしれない。しかしながら、他方で、債務法の一般原則から離れた独特の解決をもたらすこうした規定群に対する実務上のニーズがあることは、委任及び準委任の成立を根拠とする請求が争われた判例及び裁判例を見れば明らかである。なにより、「雇用、請負、委任又は寄託に該当しない役務提供型の契約」に委任規定を適用すべきでないとするならば、なぜ、「準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定」が、もっぱら委任に関する規定を基礎として構築され、かつ委任をめぐる議論が当然に参照されるのであろうか。仮に、準委任を受け皿とすることで適用が妥当でない規定が存在するというのであれば、現民法656条を修正するか、又は新たな条文を付加し、妥当な規定のみの準用を指示することも可能であるように思われる。

如上、「役務提供型契約」に関する規定創設の是非及び方法次第では、なお準委任に「受皿」としての機能を担わせる余地も充分にあると考える。条文内容の重複や条文数の増大を防止するという観点からも、こうしたあり方は検討されてよいであろう。

なお、仮に「役務提供型契約」規定が創設されるとして、後述のとおり、これを有償のそれに限定するという方向性が採用可能であるとすれば、無償の「役務提供（事実行為）型契約」の受け皿として、準委任を存続させる考え方もありうるように思われる（その場合の準委任の定義として、「（無償の）事実行為」が存続することになる）。（大学教員）

- 準委任が現行法上果たしている役割については、準委任が広く役務提供型の契約の受皿になっていることが判例の理解であるとの意見があり、準委任の範囲をどのように考えるかは役務提供型契約の受皿となる規定（後記第50、1）と関連する問題である。しかし、役務提供型契約のうち、雇用にも委任にも請負にも該当しない契約は全てが準委任に該当するわけではなく、無名契約又は混合契約として扱われるケースもあることに留意すべきである。（弁護士）
- 準委任を第三者との間で法律行為でない事務を行うことを委託するものとする考え方があるが、「第三者との間」という区別の基準に合理性が認められない。むしろ、委任と役務提供契約との区別をするに当たっては、契約当事者間の高度な信頼関係が必要な契約については委任、そこまでの信頼関係を必要としない契約については役務提供契約とする方が合理的ではないかと思われる。しかし、この考え方を取った場合でも、「信頼関係の高さの程度」について明確な基準を立てるのが困難であり、

準委任と区別された役務提供契約の概念を立てるについては、現状では適切な区別の基準を見出し難く、断念せざるを得ない。当面は役務提供契約なる概念を立てず、準委任も含めて現行の考え方を維持するのが妥当である。

準委任について準用すべき委任の規定の範囲については、さらに検討すべきである。(東弁)

- 役務提供型契約の内容は、請負・雇用・準委任の混合契約ないし無名契約というべきものがその大半と思われる。準委任が前記役務提供型契約の受け皿となっているとしても、現在は当該役務提供型契約の内容自体が様々であり、これに統一的な解釈指針が判例等で示されているとは思われないから、準委任に代わる役務提供型契約の受け皿規定を設けることには、現段階では反対する。(広島弁)
- 準委任を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」とする考え方には反対である。第三者にサービスを提供する契約と当事者にサービスを提供する契約とが異なる典型契約に該当するのは不均衡だからである。役務提供型契約の受皿規定との関係で、準委任契約の規定内容は更に検討すべきである。(兵庫県弁)
- 今日では、現行法の典型契約には収まりきらない多種多様なサービス給付契約が存在しており、準委任とは別にその受皿規定を設けることができるのであれば、設けることが望ましいことは否定しない。ただし、多種多様な契約を全てカバーしうるような規律を定めることができるのか等、慎重に検討する必要がある。

また、別の受皿規定を設けるとした場合でも、準委任を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」に限定すべきかはなお検討を要する。(横浜弁)

- 準委任を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」とする考え方については、反対する。

第三者にサービスを提供する場合と当事者にサービスを提供する場合とで、適用される規律に大きな違いが生じるとは考えにくく、両者を別の類型に分ける理由がない。相手方(第三者ではない)との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするものを、準委任の定義から外すことで、実務上混乱が生じるおそれもある。(二弁)
- 役務提供型契約の受皿規定については、そもそも受皿規定のイメージが沸きにくい。仮に旅行契約、在学契約など、個別の役務提供契約に関するルールを設けるものだとすれば、これは特別法による規制を設けるべき領域である。また役務提供型契約の幅は広いから、これについての規定をあえて民法で定めようとするならば、役務の種類に合わせて膨大な規定が必要となりかねず、また社会の変化に合わせて度重なる改訂を重ねる必要も生じ、基本法である民法の性質を損なうこととなりかねない。

一方、役務提供型契約の規定は原則論だけ定めるものだとすれば、これまでどおり役務提供型契約の古典的な分類（請負か準委任か）、すなわち役務提供者の主たる義務の内容（結果債務か行為債務か）に着目して契約の性質を評価すれば済むものであり、あえて新たに役務提供型契約の規定を設ける必要はない。（親和会）

- すべての役務提供型契約を網羅的に適切に規律できる規定の創設には問題があり、役務提供型契約の受皿的な規定を創設することには反対であるので、準委任の見直しにも反対である。準委任を限定すると、現在準委任契約とされているものが無名契約になって混乱が生ずる。（経営法曹）
- 準委任において委任の規定を準用する現民法第655条はおおむね取引の実態に即していると考えられる。また、準委任は、典型契約に当てはまらない各種の役務提供契約の受皿として機能しているが、これによって生じる現実の不都合は、当事者間の特約や特別法などにより、おおむね妥当な修正をほどこされてきているところである。準委任の適用対象を限定し、役務提供型契約の受皿として新たな規定を設けることが提案されているが、その位置づけや、適用あるいは除外すべき契約類型の範囲、実効性のある規定を定めうるかといった点等、多くの重要部分で検討の方向性が明らかになっていないとはいえず、数多くの論点を検討しなくてはならない本改正において、拙速に当該規定を置けば、取引への影響が大きくなり過ぎ、かえって混乱をきたす可能性がある。そうすると、用語や概念の整理といった点はさておき、準委任の条文内容を大きく変更する必要があるのかについては、現時点では疑問があるところである。よって、現民法第655条（準委任）を維持する方向で検討すべきである。（日司連）
- 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。差しあたっての問題が、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。（日大民研・商研）
- 「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」に該当しない役務提供型契約であっても、準委任契約の規律を適用することを長年の慣行としてきたことにより、準委任契約の規律を引き継ぐことが望ましい分野があるため、準委任契約の範囲の見直しについては、慎重に検討いただきたい。（情サ産協）
- 準委任を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」として定義する考え方については、いかなる場合が「第三者との間で」の事務処理に該当し、いかなる場合には該当しないといえるの

かが明らかでなく、準委任に該当するか否かの判断基準が不明確である。例えば、同一金融機関内の他の名義人の口座に送金することを委託する契約が「第三者との間で」事務を行うことを委託する場合に該当するか否か、明らかでないように思われる。また、仮に基準として明確でないとはいえないとしても、第三者との間で事務を行うことを委託するのか（この場合には準委任に該当する）、それとも単に受任者限りで事務を行うことを委託するのか（この場合には役務提供契約に該当する可能性がある）によって民法上の規律を異にする理由に乏しい。例えば、送金を行う顧客にとっても、同一金融機関内の口座に送金する場合と他の金融機関の口座に送金する場合とで民法上の規律を異にすることに合理性はない。

したがって、準委任の定義については、現行法の定義を維持する方向で検討すべきである。（信用組合）

- 準委任に関する立法論の出発点は、数々の役務提供型契約の中には委任契約に関する規定が必ずしも妥当しないものがあるという点にあり、このような問題点が必ずしも「第三者との間で事務を行うこと」以外を目的とする契約類型のみに存在するとは言い切れないことから、この問題の解決方法としては、端的に準委任契約について、契約の性質がこれを許さないときは委任契約の規定を準用しないことを原則とし、個別準用の可否について明文化できる点については明文の規定を置くことを検討すればよいと考えられる。（弁護士）
- 実務的には、両当事者間で定められる契約書において定める内容が全てであり、民法上、現行の準委任の中に役務提供全般を含めるという理解であってもそれほど問題は生じない。むしろ、新たな受け皿規定を設けることにより、既存の実務に余計な制約が課されることのないよう留意されたい。（会社員）
- 改定の必要があるとは思えない。（個人）

## 6 特殊の委任

### (1) 媒介契約に関する規定

他人間の法律行為の成立を媒介する契約については、商事仲立に関する規定が商法第543条以下にあるほか、一般的な規定が設けられていない。そこで、媒介契約に関する規定を新たに民法に設けるかどうか、設ける場合にどのような内容の規定を設けるかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、媒介契約を「当事者の一方が他方に対し、委託者と第三者との法律行為が成立するように尽力することを委託する有償の準委任」と定義した上、媒介者は委託の目的に適合するような情報を収集して委託者に提供する義務を負うこと、媒介者が報酬の支

払を請求するためには媒介により第三者との間に法律行為が成立したことが必要であることを規定するという考え方があるが、その当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 7(1) [49頁]】

### 【意見】

- 現在では、不動産仲介業をはじめとして、請負契約・企業提携・営業譲渡・土地交換・音楽著作権等の仲介、結婚仲介・養子あっせん等仲介活動が活発になされており、仲介の対象となる法律行為および身分行為が多様化している。また、仲介・媒介契約は準委任と解されているが、成功報酬型という特殊な法的性質を規律する規定は委任規定にはない。さらに、不動産仲介のトラブルが多く、現在の規定では限界があり、実体的権利関係を明確にする規定が必要とされよう。以上のことから、これらを規律する基本規定を民法典に置く必要があると考える。

仲立・仲介・媒介・あっせんの概念の内容と相互関係を明確にした上で、民法典の規定として仲立契約とするか、仲介契約とするか、あるいは媒介契約とするかの検討が必要である。

媒介の対象について、結婚仲介は今後も増大し、法律問題が増加することが予想されことから、身分行為についても検討対象とすべきであろう。

媒介契約を有償に限定せず、無償契約も含めた規定とするのが妥当ではないか。もっとも、無償の媒介契約の場合は、媒介者の義務が軽減されるべきである。

媒介契約では、原則として委託者にも自由に契約相手を探すことを認めておくべきであるから、それとの対応で、媒介者に積極的探索義務まで負わすことは妥当でなく、尽力義務を規定する提案でよいと考える。

媒介者の情報提供義務が規定されれば、義務違反を認定するための実体法上の根拠規定が明確となり、委託者の保護に寄与することから賛成である。さらに、媒介者には履行協力義務を認めるべきであると考えている。

法律行為の成立したときに委託者は報酬支払義務を負う旨の提案には基本的に賛成である。媒介により契約が成立したとしても、履行が完了されず取引目的が達成されなかった場合、媒介者に履行協力義務を認めることから報酬請求権は生じないと解し、その旨を明記すべきだと考える。もっとも、この場合、媒介者には実費のみの費用償還請求（民法650条1項）を認めるべきだと解する。契約成立後に契約が解除された場合における報酬請求権の問題についてももっと議論さ

れるべきではなかろうか。委託者もしくは第三者の債務不履行による解除、手付放棄解除、合意解除、媒介者の義務違反による解除など多様な解除原因が考えられる。（「改正を考える」研）

- 媒介契約に関する規定を新たに民法に設けることについては、賛成の意見が強い。商法には、商事仲立（商法543条）、営業的商行為（502条11号）に規定はあるものの、他人間の商行為以外のものを媒介する行為についての規定はなく、現実に世上、多数なされている不動産仲介を含む民事仲立の上位概念として媒介契約を規定することは意味がある。

媒介契約を「当事者の一方が他方に対し、委託者と第三者との法律行為が成立するように尽力することを委託する有償の準委任」と定義することについては、慎重に検討すべきである。

媒介者が委託の目的に適合するような情報を収集して委託者に提供する義務を負うことには、賛成の意見が強い。媒介契約に共通する媒介者の義務として「委託の目的に適合するような法律行為の相手方やその内容等についての必要な情報の収集・調査を行い、委託者にこれを提供する」義務を課するのは合理的である。

媒介者の報酬請求の規定を設けることには賛成するが、報酬の支払を請求するためには媒介により第三者との間に法律行為が成立したことが必要であることを規定することについては、慎重に検討すべきである。成果完成型の報酬規定の要否自体について議論がある。

なお、媒介の下位概念である仲立のうち民事仲立については原則として双方媒介を禁止し、委託者の同意があった場合には双方媒介を認める規定をおくべきとの意見がある。双方媒介を原則として禁止し、当事者の同意がある場合にこれを認めることは、同意を求める際に、双方媒介の意味を説明する必要性が生じ、委託者保護、ひいては消費者保護に資すると考える。双方媒介を原則的に禁止しても、委任者の許諾もしくは同意を得れば双方媒介を行うことができるのである。本来、忠実義務、報告義務、説明義務として行うべきことが明文化されるにすぎず、契約関係の透明性、適正性に資することはあっても、特に媒介者に過度の負担を課すものではない。（日弁連）

- 媒介契約は、委任契約の一種であり、必ずしも有償の者とは限らないので、無償のものを含めて規律しうるように広く定義するべきである。有償無償を問わず、「当事者の一方が他方に対し、委託者と第三者との法律行為が成立するように尽力することを委託する準委任」と定義するべきである。

情報提供義務については、媒介契約といっても様々な種類がありうることから、一律に規定しうるものか慎重に見極める必要がある。

媒介者の報酬請求権は、媒介により第三者との間に法律行為が成立

したことが要件となるとの規定については新設に賛成する。報酬の支払時期に関しては、媒介により第三者との間に法律行為が成立したときとするのが相当である。(兵庫県弁)

- 媒介契約についての明文規定をおくことについては賛成する。

媒介契約を「当事者の一方が他方に対し、委託者と第三者との法律行為が成立するように尽力することを委託する有償の準委任」と定義することについては賛成する。

媒介者は委託の目的に適合するような情報を収集して委託者に提供する義務を負うこと、媒介者が報酬の支払を請求するためには媒介により第三者との間に法律行為が成立したことが必要であることを規定することについては賛成する。

媒介の下位概念である仲立のうち民事仲立については原則として双方媒介を禁止し、委託者の同意があった場合には双方媒介を認める規定をおくべきである。委託者双方がいずれも知識、経験、交渉能力を有する商行為の媒介をなす商事仲立とは大きく異なり、民事仲立において双方媒介がなされると、消費者である委託者は媒介者と媒介条件について交渉することは現実には不可能に近く、媒介者がいかに中立義務に則って媒介行為をなしても、媒介者が双方当事者(双方の委託者)のいずれか一方の利益を犠牲にして自己の利益を図ったと同じ結果となり、忠実義務に反する可能性が高いことから委託者の保護を図るべきである。双方媒介を原則的に禁止しても、委任者の許諾もしくは同意を得れば双方媒介を行うことができるとするのであれば、本来、忠実義務、報告義務、説明義務として行うべきことが明文化されるにすぎず、契約関係の透明性、適正性に資することはあっても、特に媒介者に過度の負担を課すものではない。(大阪弁)

- 商行為の媒介については商法の規定があるが(商法 543 条以下)、商行為以外の法律行為の媒介(民事仲立契約)に関する規定はない。例えば、自宅の建築用地を探しているAが不動産業者Bに対して適当な宅地を探してくれるように依頼する行為(1 回限りの投機的意思のない取引の媒介を依頼する行為)は、民事仲立契約の申込みということになる。民事仲立契約に関する紛争も少なくなく、私法の基礎法である民法に媒介に関する定義規定を設けるという趣旨からも、明文化が必要と思われる。

その内容としては、定義、当事者の権利・義務程度とすべきである。(福岡弁)

- 媒介者が利益相反的な立場になりがちであるので、中立義務、契約締結時・契約締結後の説明義務・情報提供義務を定めるのであれば特に反対しない。(日弁連消費者委有志)
- 媒介契約に関する規定を設けることに賛成。媒介契約は、準委任の

一種であるが、損保代理店、不動産仲介など実務で相当数行われている契約形態であり、必ずしも商事に限られないから、民法に規定すべきである。

媒介契約の定義は、「当事者の一方（委託者）が他方（媒介者）に対し、委託者と第三者との法律行為が成立するように尽力することを委託する有償の準委任」とすべきである。①有償に限るか、②法律行為のみならず身分行為も媒介の対象とするか、③「法律行為が成立するよう尽力」でよいか（請負的な要素を持つ媒介契約もあるか）、という点が問題になるが、①は規律の内容からして有償に限るのが相当、②は報酬の定め方からして法律行為に限るのが相当、③については仕事の完成義務を負わないのを原則とすべきであるから、尽力するものとの定義でよい。

委任事務の内容から抽象的には認められると考えるが、情報を収集して提供する義務といっても、その内容や程度を特定することはできないから、義務付け規定を置くとその解釈をめぐって、紛争を招く懸念がある。よって、情報提供義務の規定を設けるべきではない。

報酬の支払方式については、実務上行われているのは成果完成型がほとんどであると思われるから、これを原則とすべきである。

民事仲立における双方媒介については、原則として禁止し、双方媒介をする場合には、双方の委託者から書面による同意を得た場合に限り可能とすべきである。媒介契約は信頼関係に基礎に置くから、委任者のために尽力してくれると期待するのが通常であり、相手方のためにも尽力するときは、委任者の同意を得たことを書面で明らかにする必要があるからである。（堂島有志）

- 媒介契約に関する規定を設けることについて、賛成である。ただし、「法律行為が成立するよう尽力すること」を目的とすることと、媒介者が報酬の支払いを請求するために媒介により第三者との間に法律行為が成立したことが必要とすることとの関係を明確にすべきである。また、有償の媒介に限定しないことが望ましい。

媒介者に「委託の目的に適合するような情報を収集して委託者に提供する義務」を課すか否かについては、媒介契約は、目的とする法律行為、委託者・媒介者の性質（取引の一方又は双方の媒介か、継続的取引か否か、専門業者か否か、企業間の取引であるか対個人の取引か）、手数料の多寡や委託者側の要望も様々であるため、調査・収集すべき「委託の目的に適合する内容」が必ずしも明確でない。現行の商法第 543 条以下（仲立営業）に情報提供義務についての規定はなく、媒介者にこのような不明確な義務を新たに民法で一律に負わせることにより、媒介者のビジネスや円滑な経済活動を萎縮させることが懸念される。また、例えば、M&A では、デューディリジェンスなど詳

細な調査は媒介者以外の者に委託するケースが多く、媒介者が情報の調査をしない場合もあるため、実務にそぐわない。媒介者に、紹介した求職者に関する職歴、経歴を調査確認すべき義務を否定した裁判例（東京地判平成 16・8・30 公刊物未搭載〔東京地方裁判所平成 15 年(ワ)第 12183 号損害賠償請求事件〕）にも鑑み、その範囲については慎重に検討すべきである。

既に、不動産取引、金融商品取引等、一定の取引分野については各種業法で既に十分な情報提供義務が媒介者に義務付けられており、民法で一律に媒介者に情報提供義務を課す必要性は低いと考える。

仮に媒介者に一律に情報収集義務や調査義務を課す規定を設ける場合であっても、調査、収集が求められる情報の範囲を、媒介者が通常の業務の一環として調査、収集を行うことで知り得た範囲に限る、あるいは当事者間で別途合意のない限り同種の取引で通常必要とされる情報に限定する等、一定の合理的な範囲に絞るべきである。（法友会）

- 媒介契約について民法に明文の規定を置くことには、特に反対しない。媒介契約の定義については、「媒介は、当事者の一方が、相手方と第三者との行為が成立するように尽力することを約し、相手方がこれに対して報酬を支払うことを約することによって、その効力を生ずる」と規定すれば足りる。「媒介者は、媒介の本旨に従い、その目的に適合する第三者等について適宜必要な情報の収集および調査を行い、これを相手方に提供する義務を負う」旨を定めるべきである。「相手方は、第三者との間に媒介の目的となる行為が成立したときは、媒介者に対し、その報酬を支払う義務を負う。ただし、報酬について当事者がこれと異なる定めをしたときは、その定めるところによる」旨を定めるべきである。（弁護士）
- 媒介契約に関する規定を新たに民法に設けることについては賛成する。ただし、どのような内容の規定を設けるかについては、さらに検討すべきである。（広島弁）
- 媒介について規定することに賛成。但し、現在の実務に悪影響がないように十分に配慮願いたい。

実務的には非常に多く用いられている媒介契約について民法に規定がない。媒介は規制法において用いられる概念であるがその外延が不明瞭であるから、できれば民法典に規定を設ける時にある程度外延を明確化することを試みていただきたい。（長島・大野・常松有志）

- 法律関係の明確化からは望ましい。（広大有志）
- 検討することに異論はなかったが、不動産仲介契約の場合、双方から依頼を受け、報酬を受領することが認められていることがあるため、その場合の忠実義務のあり方について検討する必要について言及する

意見があった。(最高裁)

- 媒介契約に関する規定を置くことの当否について検討することには反対しないが、その内容として、媒介者に情報提供義務を課す規定を置くとの提案を更に検討することには反対である。そもそも媒介者に情報提供義務を課すことは、その規定方法の工夫の如何を問わず不適切である。というのも、提供すべき情報の範囲が不明確であるし、受任者に過大な負担を課し、取引を極めて阻害するからである。したがって、情報提供義務の法定化については、その様な規定を置かないとの結論をとって頂き、更なる検討を行わずもはや論点と扱うべきでないと考える。仮に、論点として議論を継続するとしても、その際は、実務上情報提供は立派な有償のサービスであること、及びいったん法定された場合、相手方に有利な法定の権利を特約により排除することは事実上非常に困難であることに留意し検討を行って頂きたい。(貿易会)
- 民法に媒介契約や取次契約に関する規定を設ける場合には、現行の金融商品取引の実務に配慮すべきである。

金融商品取引法においては、金融商品取引等の「媒介」や「取次ぎ」を「業として行うこと」が金融商品取引業とされる(同法2条8項3号, 4号等)。「業として行う」とは、「対公衆性」のある行為で「反復継続性」をもって行うものをいうと解されており、営利性の有無についてまでは触れられていない。民法に媒介契約に関する規定を設ける場合、その定義に有償性を盛り込むと、営利性の有無を問わない金融商品取引業としての媒介の概念と齟齬を生じるおそれがある。

また、「媒介」や「取次ぎ」については金融商品取引法に定義がなく、その意義は私法上の概念に依拠して説明されるのが通例である(商法502条11号, 551条, 543条等)。民法に媒介契約や取次契約に関する規定を設ける場合には、「媒介」や「取次ぎ」について実務の理解と齟齬が生じないように留意すべきである。

さらに、金融商品取引業者が行っているPTS(私設取引システム)業務については金融商品の「媒介」行為を行う場合があり、媒介者である金融商品取引業者が「委託の目的に適合するような情報を収集して委託者に提供する」こととなると、現行実務に影響を与える可能性があるため、その点についても配慮願いたい。(日証協)
- 宅地建物の媒介は民事仲立とされているが、宅地建物取引業法により商事仲立と同様のルールが課されている。今後の検討においてこのことを考慮する必要がある。(個人)
- 媒介契約の規定を民法に設けることについては慎重に検討すべきである。非事業者が媒介者となることは想定しにくく、規定を設ける場合は商法によるのが妥当である。(東弁)

- 媒介契約に関する規定を新たに民法に設けることについては、反対する。民法上の典型契約として規定を設ける必要性に乏しいと考えられる。(愛知県弁)
- 準委任又はその他の役務提供契約として処理すれば足り、媒介契約のみを独立して規定する必要性は乏しいのではないか。(横浜弁)
- 媒介契約に関する規定を新たに設けることに反対する。媒介は、委任事務の一態様と解すれば足りると思われ、現代社会において存在する多様な委任事務の中で、あえて民法に具体的な規律を定める必要性は乏しいと考えられる。(二弁)
- 役務提供型契約の原則は請負契約と準委任契約の2類型で整理すべきであり、個別の制約については特別法に委ねるべきである。媒介契約についてのみ、とくに民法に規定する必要性はない。もし仮に必要なのであれば、役務の内容に応じた特別法を定めるべきである。(親和会)
- 国際取引における様々な媒介契約(企業間 M&A の仲介、事業案件における提携仲介など)を一つの典型契約に定める必要があるのか疑問である。特に、委任における善管注意義務の具体化として情報提供義務を媒介者に課すことには、根拠不明で萎縮効果を生むとの批判があった。また、媒介契約と代理等との関係が不明確との指摘があった。(国際取引有志)
- 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んで、確保できるはずである。(日大民研・商研)
- 媒介契約に関する規定を民法に設けることには反対。実務上、「媒介」という名称で行われる契約の法的性質は区々である。契約当事者双方の間に立って契約成立に尽力する場合もあれば、特定の者のために契約成立に尽力する場合もある。いずれかの類型をもとに「媒介」と行くと、他の法的効果に影響が大きい。なお、不動産の媒介の場合は、宅建業法第31条により、依頼者のためだけでなく、相手方に対しても誠実義務を負うことや、いわゆる「両手仲介」(買主および売主双方の依頼を受けて媒介する場合や、貸主および借主双方の依頼を受けて媒介する場合)があることを踏まえると、民法に新しい規定を作るよりは、宅地建物取引業法による規制で十分である。

不動産の媒介取引・金融商品の媒介取引等については、十分に錬成された実務慣行が存在し、判例もこれを前提として、媒介行為を位置付けていることからこれを尊重して頂きたい。具体的には、「当事者の一方が他方に対し、委託者と第三者との法律行為が成立するように

尽力する有償の準委任」と定義すると、あたかも、両当事者から委任を受けるいわゆる「両手媒介」は、利益相反取引に該当するかのような印象を与えることから、この懸念を払しょくできるような定義にして頂きたい。

媒介契約を位置づけるにあたっては、媒介者の注意義務等について宅建業法以上の制約がなされ、媒介業者の過大な負担とならないよう十分な配慮をお願いしたい。

民法一般の媒介の定義として「当事者に一方が他方に対し、委任者と第三者との法律行為が成立するように尽力することを委託する有償の準委任」を定め、現在、実務上媒介と称することが一般的な仲立、問屋、代理商等を当該定義に含めることとした場合、相当広い範囲の取引が該当することとなり、実務上、問題が生じないか（有償でなく無償の取引も広く行なわれている等）検討する必要がある。なお、不動産における媒介は、売主と買主、貸主と借主といった当事者双方から依頼を受ける両手仲介が実務上一般的であることに留意すべきである。（不動産協）

- 第三者が法律行為の成立に関与する形態やそれぞれの効果はこれまで明確でなかったが、そのことによって具体的な不都合は生じていない。媒介については規定を設ける必要はないと考える。（弁護士）
- 商行為法においてきているべき問題であって、民法に定めるべき問題ではない。（会社員）
- 改定の必要があるとは思えない。（個人）
- 他人間の法律行為の成立への関与には様々な形態のものがありますので、ここで想定している媒介契約がどのようなケースを想定しているのかを明らかにしていただきたい。（ヤフー）

## (2) 取次契約に関する規定

自己の名をもって他人の計算で法律行為をすることを受託する契約については、問屋に関する規定が商法第551条以下にあるほか、一般的な規定が設けられていない。そこで、取次契約に関する規定を新たに民法に設けるかどうか、設ける場合にどのような内容の規定を設けるかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、取次契約を「委託者が相手方に対し、自己の名で委託者の計算で法律行為をすることを委託する委任」と定義した上で、財産権の取得を目的とする取次において取次者が当該財産権を取得したときは、取次者から委託者に対する財産権の移転の効力が生ずることや、取次者は、相手方の債務が履行されることを保証したときは、委託者に対して相手方と同一内容の債務を負うことを規定すべきであるという考え方があるが、その当否について、更に検討してはどうか。

か。

【部会資料17-2第3, 7(2) [52頁]】

【意見】

- 取次契約の定義及び効果について、中間論点整理において提示された考え方に賛成する。(札幌弁)
- 代理、媒介、取次は、第三者が法律行為の成立に関与する典型であり、これを民法で規律する必要性は高い。提案された内容は、財産権移転の効果や履行保証契約の効果についても相当なものであり、立法する方向で検討すべきである。(兵庫県弁)
- 取次契約に関する規定を新たに民法に設けることについては賛成する。ただし、どのような内容の規定を設けるかについては、さらに検討すべきである。(広島弁)

- 取次契約に関する規定を設けることに賛成。第三者が法律行為の成立に関与する形態やそれぞれの効果はこれまで明確でなかったが、代理、媒介及び取次について規定を設けることは、これらの3つの形態があることを明らかにする点で意味があるほか、取次に関する法律関係は不明確であるので、明確にすべきである。

取次契約の定義は、「委託者が相手方（取次者）に対し、自己の名で委託者のために〔計算で〕法律行為をなすことを委託する委任」とすべきである。

財産権の取得を目的とする取次において、取次者が当該財産権を取得したときは、取次者から委託者に対する財産権の移転の効力が生ずると定めることに賛成する。

取次者が、相手方の取次者に対する債務が履行されることを委託者に保証した場合には、取次者は当該債務と同一の内容の債務を委託者に対して負う旨の規定は不要である。取次者が保証した約定の意思解釈で対応すればよい。(堂島有志)

- 取次について規定することに賛成。但し、現在の実務に悪影響がないように十分に配慮願いたい。

判例によれば、問屋が買い入れた物品について、委託者との関係では、特別の権利移転手続きを要せずに、委託者に所有権が帰属し（大判大正12年12月1日刑集2巻895頁）、問屋が権利を取得した後委託者に移転しない間に破産した場合に、問屋の債権者はこれを一般的担保として期待すべきでないとし、委託者による取戻権行使を認めている（最判昭和43年7月11日民集22巻7号1462頁）が、このような判例を明文化するにあたっては動的安全性についても十分な配慮を願いたい。(長島・大野・常松有志)

- 法律関係の明確化からは望ましい。(広大有志)
- 第三者が法律行為の成立に関与する形態としては代理、媒介及び取次の3種類があること、及びそれらの基本的効果を民法の条文上明らかにすることにはそれなりの意義があると思われるが、問屋及び準問屋は、取次を業として行う者ということになり、両者の適用範囲はほぼ重なることになる。実質的に同じことを規定しているのに、民法では取次、商法では問屋という全く異なる用語を用いるのは一般市民にも分かりにくいので、民法で取次契約に関する規定を設ける場合には、商法の「問屋営業」に関する規定も「取次営業」に改め、規定の内容についても重複するものは削除するなどの調整が必要であろう。

なお、規定の内容として現在提案されているもののうち、「財産権の取得を目的とする取次において取次者が当該財産権を取得したときは、取次者から委託者に対する財産権の移転の効力が生ずる」ものとする立法提案については、これを認めた判例(委託者による取戻権の行使を認めたもの)は取次者が証券会社であり、その業務の性質上当然に多数の顧客(委託者)がいることは外部からも容易に予想できることを実質的な理由とするものであって、取次契約一般について当然に妥当する規律とは言い難いことから、当該規定を設けることの当否については慎重な検討が必要である。(弁護士)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 規定を設けるとすれば、取次について明確に定義できることを前提とすべきである。(金沢弁消費者委)
- 取次契約を一般法化した場合の効力について、現行の問屋の委託者による取戻権を認めた最高裁昭和43年判決(昭和43年7月11日民集22巻7号1462頁)の射程をどう考えるのかについて懸念する見解がある。公示が十分でない中で、委託者の取戻権を広く認めることには問題もあるのではないかという指摘である。(全銀協)
- 取次契約の定義規定を置くことについては慎重に検討すべきである。非事業者が取次者となることは想定しにくく、規定を設ける場合は商法によるのが妥当である。(東弁)
- 取次契約に関する規定を新たに民法に設けることについては、慎重に検討すべきである。取次契約の内容を明らかにすることは、「分かりやすい民法」に資するとの意見もあるが、委任契約の一態様として処理すれば足りるとも考えられるため、民法で独立にあえて規定する必要性があるか否かを慎重に検討すべきである。

取次契約に関する規定を民法に設けるとした場合に、取次契約の定義規定を置くことについては、特に反対する意見はない。取次に関しては商法の規定があるが(商法551条以下)、私法の基礎法である民法に取次に関する定義規定を設けるという趣旨から、明文化が必要

と思われる。

取次契約に関する規定を民法に設けるとした場合でも、財産権の取次を目的とする取次にいて取次者が当該財産権を取得したときは、取次者から委託者に対する財産権の移転の効力が生ずることを規定する考え方については、慎重に検討すべきである。当該財産の引渡前に問屋が破産した場合に、委託者の取戻権を肯定した判例（最判昭和43年7月11日民集22・7・1462）はあるが、これは証券会社の破綻に伴う証券の帰属という特殊な事案であり、一般化できないとの反論が有力である。

取次契約に関する規定を民法に設けるとした場合に、取次者は、相手方の債務が履行されることを保証したときは、委託者に対して相手方と同一内容の債務を負うことを規定する考え方については、特に反対する意見はない。取次者が、「委託者に対し、相手方が取次者に対して負う契約上の債務が履行されることを保証する合意をしたとき」すなわち履行担保契約を締結した場合は、取次者が、当該債務と同一内容の債務を負うことは一般原則の帰結であり問題はない（商行為たる問屋営業については、商法553条は当然の履行義務を認めているが、民法ではかかる合意が必要である）。（日弁連）

- 取次契約に関する規定を新たに民法に設けることについては、慎重に検討すべきである。民法上の典型契約として規定を設ける必要性が明確でない。（愛知県弁）
- 提案されてい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。明文化するほどの立法事実がないからである。（大阪弁）
- 取次の典型は問屋（商法551条以下）であるが、民法上も、「授権」による商品販売という事例も考えられる（第33-4）。また、私法の基礎法である民法に取次に関する定義規定を設けるという観点からも、明文化が必要と思われる。その内容としては、定義、当事者の権利・義務程度とすべきである。（福岡弁）
- 委任契約の一態様として処理すれば足り、独立に規定すべき必要性は乏しいと考えられる。（横浜弁）
- 取次契約に関する規定を新たに設けることに反対する。媒介と同様に、委任事務の一態様と解すれば足り、あえて民法に具体的な規律を定める必要性は乏しいと考えられる。（二弁）
- 役務提供型契約の原則は請負契約と準委任契約の2類型で整理すべきであり、個別の制約については特別法に委ねるべきである。取次契約についてのみ、とくに民法に規定する必要性はなく、必要であれば特別法を定めるべきである。（親和会）
- 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。（日大民研・商研）

- 取次は、現実には証券会社等の特殊な場合しかなく、民法に規定する必要はないのではないかとの指摘があった。(国際取引有志)
- 商行為法においてきているべき問題であって、民法に定めるべき問題ではない。(会社員)
- 第三者が法律行為の成立に関与する形態やそれぞれの効果はこれまで明確でなかったが、そのことによって具体的な不都合は生じていない。取次については規定を設ける必要はないと考える。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### (3) 他人の名で契約をした者の履行保証責任

無権代理人が、相手方に対し、本人から追認を取得することを保証したときは、当該無権代理人は当該行為について本人から追認を取得する義務を負うことを条文上明記すべきであるとの考え方がある。このような考え方に対しては、無権代理人が本人の追認を取得する義務を負うのは、履行保証の有無にかかわらず当然であり、追認を取得する義務に関する規定を履行保証がある場合についてのみ設けると、それ以外の場合には追認を取得する義務を負わないと解釈されるおそれがあるとの指摘や、このようなまれな事例に関する規定を設ける必要はないとの指摘もある。これらの指摘も考慮しながら、他人の名で契約をした者の履行保証責任について規定するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 7(2)(関連論点)[54頁]】

#### 【意見】

- 無権代理に関する条文で、本人から追認を取得する義務を無権代理人が当然に負担することを明記すべきである。相手方悪意の場合でも、追認取得義務は発生するものであり、無権代理人の責任と並べて規定するのが適切である。(兵庫県弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 他人の名で契約をした者が追認を取得する義務を負うのは当然であるし、履行保証の類型自体少ないといえるから、規定は不要である。(札幌弁)
- 規定を設けることに反対する。明文化するほどの立法事実はない。「履行保証」に「他人からの追認取得義務」を含むか否かは、具体的な個別の契約について合理的な解釈に委ねれば済む話であり、これだけをあえて特に規定する必要はない。

代理行為をした以上、本人から追認を取得する義務を負うのは履行保証の存否に関わらない。本人から追認を取得する義務を負うと規定すると、そのような保証がない場合は追認取得義務を負わないと解釈

される余地がある。(日弁連)

- 中間論点整理において提示された考え方によると、保証がない場合は追認取得義務を負わないと解釈されるおそれがあり妥当でない。慎重に検討すべきである。(東弁)
- 規定を設けることに反対する。履行保証の合意がされている場合には、敢えて明文の規定を設けなくとも、当事者間の合意により民法117条2項の適用を排除していることが明らかである。履行保証責任に加えて追認取得義務を課す必要性に乏しいと考えられる。(愛知県弁)
- 他人の名で契約をした者の履行保証責任について規定すべきでない。無権代理人が本人の追認を取得する義務を負うのは、履行保証の有無にかかわらず当然であり、追認を取得する義務に関する規定を履行保証がある場合についてのみ設けると、それ以外の場合は追認を取得する義務を負わないと解釈されるおそれがあるからである。(仙台弁)
- 明文規定を設ける必要はない。明文化するほどの立法事実はないからである。また、代理行為をした以上、本人から追認を取得する義務を負うのは履行保証の存否に関わらない。(大阪弁)
- 他人の名で契約をした者が本人から追認を取得することを保証していたときに関する明文の規定を設けるべきではない。(福岡弁)
- 規定の必要はない。そのような義務があるのは当然であるし、このような規定を設けることで、無権代理人が、他人の名で契約することを民法が促すかのような感を国民に抱かせるべきとも思われない。(横浜弁)
- 他人の名で契約をした者の履行保証責任について規定を設けることに反対する。他人の名で契約をした者の履行保証責任について、かかる規定をわざわざ新設すべき理由が不明であり、必要性について疑問がある。(二弁)
- 「履行保証」に「他人からの追認取得義務」を含むか否かは、具体的な個別の契約について合理的な解釈に委ねれば済む話であり、これだけを敢えて特に規定する必要はない。(親和会)
- このような場合は稀で、むしろ、規定することによって、この種の約定がない限り、無権代理人が義務を負わないと反対解釈されるおそれがあるので、規定を設けることに反対する。(堂島有志)
- 他人の名で契約をした者が本人から追認を取得する義務を負うのは理論的に導き出せる。従って、明文規定を置くほどの必要性がないので、反対する。(広島弁)
- 特に必要性を感じない。(広大有志)
- 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。(日大民研・商研)
- 本提案が想定するケースは稀であり、明文化するほどの立法事実が

あるのか疑問であるという指摘がある。履行保証していれば追認を得る義務を負うというのは、特に明文を設けなくても当然であって、その点からも特に規定する必要まではないと考えられる。(全銀協)

- 他人の名で契約をした者が相手方に対して追認の取得を保証するケースは稀であり、明文化するだけの立法事実はない。(弁護士)
- 無権代理人は、相手方との関係で本人から追認を取得する義務を負うのは当然のことであり、特に履行保証があった場合に限定すべき合理的な理由はない。また、代理権がないのに他人の無権代理人として契約をしたものが、自ら無権代理人であることを認めた上で、改めて本人から追認を取得することを保証するというケースは極めて稀であり、このような事項について明文の規定を設ける必要があるとは思われない。(弁護士)
- このような稀な事例に関する規定を設ける必要はない。また、規定を設けるにしても、委任契約の場所ではなく、無権代理の規定の近くにおかれるべき規定と考える。(会社員)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 第50 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定

### 1 新たな受皿規定の要否

役務提供型に属する典型契約として、民法には、雇用、請負、委任及び寄託が規定されているが、現代社会における種々のサービスの給付を目的とする契約の中には、これらのいずれかに性質決定することが困難なものが多いとされている。これらについては、無名契約や混合契約などとして処理されるほか、準委任の規定（民法第656条）が言わば受皿としての役割を果たしてきたとされているが、同条において準用される委任の規定内容は、種々の役務提供型契約に適用されるものとして必ずしも妥当でないとの指摘がある。また、既存の役務提供型の典型契約の中にも、適用範囲の見直しが提案されているものがある（前記第48, 1, 第49, 5）。これらを踏まえ、既存の典型契約に該当しない役務提供型の契約について適用される規定群を新たに設けることの要否について、請負の規定が適用される範囲（前記第48, 1）や、準委任に関する規定が適用される範囲（前記第49, 5）との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の規定の内容として、例えば、後記2から7までのように、役務提供者及び役務受領者の義務の内容、役務提供者が報酬を請求するための要件、任意解除権の有無等が問題になると考えられるが、これらについて、取引の実態に対する影響や、役務受領者の立場が弱い場合と役務提供者の立場が弱い場合とを一律に扱うことは適当でないとの指摘などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【意見】

- 準委任が受皿としての役割を果たしてきた役務提供型契約について、準委任とは別に規定することに賛成する。役務提供型契約を「準委任」に分類するよりも分かりやすい。(愛知県弁)
- 準委任による規律を受皿規定として利用することは、不適切な場合があり、別途、既存の典型契約に該当しない役務提供型の契約について適用される受皿規定を新設する必要性が認められる。したがって、既存の典型契約に該当しない役務提供型の契約について適用される受皿規定を設ける方向で更に検討するべきである。(兵庫県弁)
- 準委任だけでは役務提供契約をカバーできないので、役務提供契約という範疇を設けるべきである。(福岡弁)
- 新たな受皿規定を典型契約として設けることには反対するが、交渉力等において劣る雇用類似の役務提供型契約の役務提供者の公正な利益を守る規制としてであれば、役務提供型契約の総則規定を設けることには賛成する。(労働弁護団)
- 役務提供契約という類型を設けることに賛成。(堂島有志)
- 本論点については、特商法の特定継続的役務提供規制との整合性に注意すべきである、特商法の民事実体規定に悪影響を及ぼす(後退・廃止)ならば反対するという意見もある。

しかし、現在、特商法上の「特定継続的役務提供契約」は「エステティックサロン、語学教室、家庭教師(通信指導等も含まれる)、学習塾、パソコン教室、結婚相手紹介サービス」の6類型に限定されており、仮に、民法改正により受皿規定が創設されたとしても、当該類型に該当する事案については、特別法である特商法が適用されるため、特商法の実体規定に悪影響が生じるわけではなく、消費者保護の観点が後退することにはならない。むしろ、上記6類型に該当しないために特商法の適用を受けない役務提供契約において、中途解約権の存否や高額の賠償請求等の問題が生じた場合、安直に「準委任契約」と法性決定されることで、同契約解除の際には原則として損害賠償義務を負う、と判断されることの弊害は大きい。

しかも、最近では結論の妥当性を導くために「無名契約」と法性決定する裁判例も存し(学納金に関する平成18年11月17日最高裁判決)、予測可能性の観点からも問題がある。現代社会においては、民法起草時に想定もしなかった役務提供契約が多数存在するのに、これらを明示的に規律するルールが存在しないのは民法改正の理念に合致しない

こと、元々、現在のように「準委任」を事務処理契約一般に関する規律として広く捉えるようになったきっかけは、戦後、雇用契約に「支配従属性」を取り込んでこれを限定する解釈がなされたため、固定的なものとはいえないことに鑑みれば、「役務提供型契約」に関する規定を創設する意義はある。

もつとも、一口に役務提供契約とはいっても、その中には単発的なものも継続的なものもある。また、既存の法律では、いわゆる特定商取引法において「役務提供契約」（第48条第1項等、なお、同法では「特定継続的役務」を、国民の日常生活に係る取引において有償で継続的に提供される役務（第41条第2項）と定義している）とされ、いわゆる景品表示法にも「役務の取引」（4条等）と規定されている。さらに、「役務提供型契約」の中には、従前から相互の関係が議論されている「雇用、請負、委任（準委任）及び寄託」だけでなく、賃貸借契約、特定の施設等を使用させる契約、リース契約、クレジット契約も含意するものである。このように「役務」の内容は多種多様に亘るため、役務提供型契約に関する受皿規定を設けることにより、上記（に限定されない）の役務提供型契約との適用関係が明確となるような規定とすべきである。

なお、法制審議会における議論においては、役務提供型契約に関する受皿規定を制定するとともに、請負契約及び委任（準委任）契約の適用範囲を限定するという議論も見られるが、実務に根付いている各概念を変更することによる混乱を生じさせるような解釈をなすべきではない。役務提供型契約に関する規定を制定するとしても、その性格は、あくまで受皿的なものにとどめ、請負あるいは委任（準委任）に関する規定は、かかる規定の特別規定という扱いにすべきである。

現行民法における役務提供型契約のうち、雇用については、既に労働基準法、労働契約法等「労働契約」固有の法体系が確立していること、法律上も「労働契約」には別異の地位を与えている例があること（消費者契約法48条参照）に鑑みれば、解釈の混乱を避けるため、役務提供型契約に関する受皿規定を制定したとしても、雇用契約については適用除外とする明文を設けることも検討すべきである。（日弁連消費者委有志）

- 受皿規定は望ましい。準委任、準委任類似契約、請負類似契約、これらの混合契約などの種々雑多なサービス契約が存在するため、共通の規定、それぞれの類型に適用する規定などを設けることを検討してはどうか。例えば、ソフトウェア開発契約、インターネット上のサービス契約などは混合契約と考えられるが、どの部分が準委任でどの部分が請負（又は製造委託売買）かを分析して個別に適用しても、必ずしもの適切な結果が得られるとは限らないため。（長島・大野・常松有志）

- 少なくとも企業間取引では、個別契約ごとに契約書を作り込んで対応しているため、現行法が不都合というわけではないが、必要最低限の総則的な規定を設けることはあり得る。役務提供契約における総則的な規定を設けることの立法事実について更に精査する必要があり、仮に、企業間取引と企業・個人間の取引との相違などを踏まえて役務提供契約における総則規定を設けるにしても、内容を十分に精査する必要がある。  
(産業組織課)
- 役務提供型契約は多数見られることから、法整備は必要である。特に、役務提供は雇用を伴うので十分な検討をすべきである。(全中)
- 役務提供型契約の新たな受皿規定を設けることについて異論はないが、民法以外の法令により規定されている制度(具体的には「信託制度」等)については、当該規定の適用がないことを確認しておきたい。(信託協会)
- 新たな受皿規定を設けることに異論はない。  
役務提供型契約の種類は多く、現在その受皿として、多くの場合準委任契約が利用されている。しかし、既存の役務提供型契約を包摂する上位の概念として「役務提供契約」を位置づけ、一般的な役務提供型契約に共通の総則的な規定を設け、また、これを、既存の典型契約に該当しない無名契約としての役務提供型契約にも適用することには無理がある。なぜなら、多種多様な役務提供型契約から一般的な要素を抽出することは困難であり、むしろ不当な結果を招きかねないおそれがあるからである。そこで、適用対象が限定された新たな典型契約として設ける方式をとり、有償の場合に限定して、委任や請負と並ぶ典型契約となる役務提供型契約(双務、有償、諾成)を設け、これをこの典型契約に該当しない無名契約としての役務提供型契約にも適用するのが適当である。(司法書士)
- 受皿的・総則的な規定としてではなく、1つの典型契約として設けるべきである。  
定義規定としては、「役務提供契約とは、当事者の一方がある役務の提供を約し、相手方がこれに対し報酬を支払うことを約することにより成立するものとする。」等とすることが考えられる。仕事の完成が契約内容となっているものについては請負契約とし、役務提供契約には含まないものとする(新設にあたり「いわゆる成果完成型」の規定の設置を考慮しない)。(法友全期)
- 受皿規定は飽くまで任意規定であることを明確にすべきである。また、受皿規定を設けるに当たって、報酬の支払時期を後払いとすることに反対する。また、任意解除権を認めるとしても、これに伴う損害賠償の算定基準の検討に際しては、警備業者が不測の被害を被らないように慎重に検討する必要がある。(全警協)

- 役務提供型の典型契約のうち、雇用契約については使用者側の能動的対応により、請負等の契約にやむを得ず追いやられている者は少なくない。そのため、役務提供側が弱い立場であることがほとんどで、労働者と同様の保護規定が必要と考える。  
雇用の概念を事実上の労働者と推定される範囲に広げることが合理的であると考え。(団体職員)
- 契約要件として、再委託の(不)許容、委託者の協力義務、受託者の協力義務(例えば複雑な業務委託では受託者の協力がなければ受託者は検収ができないことがある)、報告(モニタリング)、事故対応、任意解約・業務の終了(外部委託先が突然任意解約をすることができることになると委託者が委託する業務がコアな業務であるほど委託者は事業活動が立ち行かなくなることが起こりうる)、次なるアウトソーシングの決定・稼働、インソーシング稼働までの間の受託者の支援義務)などについても加えて検討する必要がある。(都民銀行)
- 「役務提供型契約」規定創設については、現状では、請負及び委任をも包括する「総則」的な規定創設は難しいとされ、むしろ、(A1)既存の典型契約に該当しない契約で、ある程度明確に限定した類型を新たに典型契約とする規律を設けるか、(A2)ヨリ汎用性のある独立の典型契約についての規定を設けるかのいずれかで検討が進められるようである。新たな「役務提供型契約」規定の創設が必須であるとすれば、論者は、目下採用されつつある前述の方向性に原則として賛同するものであるが、それでもなお、若干の危惧を抱かざるを得ない。というのも、上記のうち(A1)に関しては、少なくとも論点整理や補足意見を読む限り、規律が必要とされる「役務提供型契約」の具体的類型が、皆無と言ってよいほど列挙されておらず、また、(A2)について、いやしくも典型契約という以上、当該契約類型を規定する「要件」が示されてしかるべきところ、議論においてこれが提案されていないからである。また、「役務提供型契約」に関する諸規定が、請負的要素を顧慮しつつ、全面的といっても過言でないほど委任のそれを基礎として構築されている点についても、委任その他既存の典型契約との相違を強調しながら、実際には固有の規定を持ち得ていないこと、準委任との対比においてもその独自性及び必然性が問われうることを指摘しうる。こと委任の報酬に関して、「成果完成型」を認めることで請負との接近が見られるというとき、いわゆる役務提供型契約に対しては、もっぱら委任規定適用の是非を、ときに解釈を通じて考慮すればよく、規定創設の意義は低いとの主張も、その説得力を増すだろう(その限りでは、「特殊な委任」に新たな「役務提供型契約」群を加えるかたちでの拡充を検討する余地すら生まれる)。してみると、新たな「役務提供型契約」規定創設の是非は、①((A1)と(A2)のいずれか、あるいは両者を組み合わせたとして)典

型契約としての「要件」を的確に提示できるか、並びに②委任規定とは異なる独自の規律を用意できるかという二点に関わっているように思われる。

「役務提供型契約」規定創設との関連で、スイス債務法は（A1）、ドイツ民法典は（A2）をそれぞれ採用しているものと把握することができる。その上で、日本における新たな規律のあり方を考えるならば、大要次のように述べる事が許されよう。

①「役務提供型契約」の要件について、こと（A2）に関して、「ヨリ汎用性の高い」というニーズに応えながら、いかなる個別の要件を提示できるかが重要となる。この点、「雇用、請負、委任及び寄託に該当しない役務提供型の契約」とは、議論上の「想定枠」としては機能するかもしれないが、これを直裁に要件化することは困難であろうし、また解釈及び運用にとっても甚だ適切ではない。「汎用性の高さ」と典型契約性は、そもそも非常に馴染みにくく、まして、雇用、請負、委任及び寄託とは異なる「役務提供型契約」を汎用的典型契約として創設するのは困難なのではあるまいか。その意味で、「役務提供型契約」に関する規定の創設が必要であるならば、（A2）ではなく（A1）の方が望ましいように思われる。

②「役務提供型契約」規定創設に関して、（A1）が（A2）よりも優れているとの考え方は、効果論からも説明されうる。すなわち、「役務提供型契約」をめぐる個別規定の内容や議論が、なべて委任規定に範を求めるものとなっているのは、当該規定に「総則性」や「汎用性」を求めるあまり、これまで事務処理契約の受け皿として十全に機能してきた委任規定に回帰してしまうからであると考えられる。「役務提供型契約」に関する新たな規定に一定の意義を見出そうとすれば、それは、委任規範とは異なる規律の創設に求めることになるだろう。そして、そうした効果上の差異は、まさに、一般的な事務処理としての委任とは事情の異なる個別具体的な取引類型についての規定を置くことで達成されるものと考えられる。ただし、その際にも、スイス及びドイツの例が示すとおり、委任に関する規定は依然として「総則」の地位を失わない。図らずも今回の提案や意見が露呈するように、委任と「役務提供型契約」の完全な分断は事実上困難であり、むしろ、その連続性を踏まえた『総則』（≒委任規定の準用）－『各則』（＝「役務提供型契約」の個別規定）関係を反映した立法の可能性を模索することが肝要なのではあるまいか。

③如上、「役務提供型契約」規定創設を必須とした場合の意見を述べてきたが、論者自身は、率直に言えば、規定の創設自体に対して消極的である。その理由として、民法全体における典型契約の増加を最小限に押さえるべきとするならば、（A1）の方針のもとで十分な「役務提

供型契約」類型の創設が可能であるとは考えにくいこと、並びに、完成した「役務提供型契約」規定の内容が、とりわけ効果の面で委任のそれと酷似するのであれば、立法の意義が問われるばかりでなく、実務上の混乱が生じうることの二点を挙げる事ができる。とりわけ後者につき、論者は、委任規定が「役務提供型契約」の受け皿として適切でないという考え方には疑念を抱いている。繰り返し述べるように、委任規定の一部が、新たな「役務提供型契約」にとって適切でないならば、当該規定を準用から除外することで足りる。極論を言えば、「役務提供型契約」に汎用性を求めるのであれば、(定義の問題はひとまず措くとして) 準委任に関する現民法 656 条を修正するか、あるいは同条の後ろに数条を設け、準用範囲の限定又は修正内容の挿入することによっても達成可能であろう。もっとも、「役務提供型契約」に関する議論をみる限り、「不適切」と目される委任規定はほとんどないように思われる。

この点、補足説明においては、前述のとおり、無償の「役務提供型契約」における役務提供者の注意義務は、事業者である場合を除いて軽減されるという見解が紹介されている。この点に、無償の場合であっても受任者の善管注意義務が維持されるという委任(及び準委任)との唯一の差異を見出せそうであるが、論者はこの意見にまったく与し得ない。そもそも、無償の役務提供型契約を規律の領域に含めるといえるが、雇用、請負、委任及び寄託とは異なるものとして新たに想定されている「役務提供型契約」とは、もっぱら有償のそれなのではあるまいか。また、仮に無償の「役務提供型契約」がありうるとして、事業者の場合が圧倒的に多く、かつその際に、役務提供者たる事業者は、委任の場合と同じく善管注意義務を負うというのであるから、問題は事業者以外の者による無償の役務提供ということになりそうであるが、この場合を従来の準委任とあえて区別しなければならない理由が不明であり、かつ無償性のみを根拠に注意義務を軽減するとの思考については、委任との対比において重大な問題を発生させる(この点については、事務管理との関係で後述する)。結局、無償の役務提供者の場合も善管注意義務を負うということになるのであれば、無償の事務処理については、それが事業者によるものであるか否かを問わず、準委任による規律にゆだね、新たな「役務提供型契約」に関しては、有償の特殊事務処理を想定しながら議論するという方向性も一考に値するように思われる。(大学教員)

- 契約類型の本質に関わる問題であり、訴訟における契約の成否の認定等を巡り実務に混乱を及ぼすおそれがあり、慎重な検討を要するとの意見があった。また、近年の雇用契約の多様化により契約の性質を巡る紛争が多発し、深刻化していることを踏まえ、紛争予防の観点から有益か

という視点から慎重な検討をされたいとの意見があった。(最高裁)

- 新たな受け皿規定を設けることで、従来受け皿規定となっていた準委任契約の規律と大きく異なる規律となり、また既存の典型契約間の機能分担が変更されることにより、役務提供型契約に関する権利関係に大幅な変更が生じ、混乱が生じる事態は避けるべきであり、現行法の枠組みを可能な限り維持する方向で慎重に検討すべきである。

また、現行法の枠組みを可能な限り維持するという立場から、「役務提供契約」は、総則的規定としてではなく、「仕事の完成を要件としない事実行為の委託」を内容する典型契約の1つとして位置づけるべきである。

以上を前提として、なお新たな受け皿規定を設けることとなる場合に、規定の内容について、取引の実態に対する影響や役務受領者・提供者の立場の強弱等を考慮して検討することについては、特に反対はしない。

(仙台弁)

- 新たな受皿規定の適用範囲を既存の典型契約に該当しないあらゆる役務提供型契約とするのであれば、極めて多様な形態を持つ役務提供型契約のすべてを等しくカバーする受皿規定を創設することが可能であるか否かを慎重に検討する必要がある。他方、受皿規定の適用範囲を既存の典型契約に該当しないもののうちの一定の範囲のものに絞るのであれば、こういった種類の役務提供型契約を対象とするのか、その対象選択の適否の観点から慎重に検討する必要がある。

規定の内容を検討するにあたり、取引の実態に対する影響や立場の弱い当事者に配慮することには賛成である。(大阪弁)

- ①今日では、多種多様な役務提供型の契約が存在しており、その中には現行法の典型契約には収まりきれないものも存在するので、そういったものについて、解釈の指針となるような規律を設けることが望ましいことは否定しえないとの意見がある一方で、②使用従属関係にあり、本来労働者として労働関係法規の適用を受けるべき者について、雇用契約ではない新たな役務提供型の典型契約の利用により、労働関係法規の潜脱がなされるおそれがあるとして、役務提供型の新たな典型契約を設けることに反対する意見や、③典型契約にあてはまらない種類の役務提供型の契約についても、これまでその性質に応じて委任や請負などの規定を適宜適用することによって処理されてきたのであるから、新たな受皿規定を設けなくても、実務上特に大きな不都合はないとの意見もある。

また、①の立場に立つとしても、多種多様な契約を全てカバーしうるような規律を定めることができるのか、既存の典型契約と明確な区別をしうるのか、といった点には疑問が残る。したがって、新たな受皿規定の要否については、新たな受皿規定を要するものとしてどのような契約が想定されるのか、また、多種多様な契約を全てカバーしうるような規

律を定めることができるのかといった点を踏まえて、慎重に検討する必要がある。

また、全ての役務提供型契約の上位概念として総則的な受皿規定を設けるという形式をとるのであれば、分かりやすい規定の仕方を工夫する必要がある。

さらには、仮に新たな受皿規定を設ける場合には、交渉力等において劣る方の当事者の利益を害することのないように配慮する必要性から、役務提供者の公正な利益を保護する規制（役務受領者の任意解除権を制限したり、役務受領者に安全配慮義務を課すなど）を総則規定に置くべきである。（横浜弁）

- 役務提供契約の総則規定について。社会の発展に伴い、物の交換だけでなく、役務の提供を目的とする契約が増えてきている現在、その役務に着目した契約について規定することは重要である。しかしながら、それを全ての受け皿的なものにすべきか、上位概念的な総則規定とすべきか、新種の契約を規定するものにすべきかについてはこれまでの学説の検討を踏まえた上で議論すべきである。（「改正を考える」研）
- 委任に関する問題提起を踏まえ慎重に検討すべきである。（サービサー協）
- 既存典型契約に該当しない契約に「共通」の規定を設けることが可能であるのか、疑問である。そもそも、抽象的に「役務提供」なるものを観念して利益衡量することは、方法論的にも問題がある。また、個別の規定の類推を行えば足りるのであり、このような受け皿規定が必要かは疑わしい。（北海学園大民研）
- 結局は、雇用・委任・請負を範とするならば、特に規定は不要と考える。（広大有志）
- 典型契約の範疇に属さない役務提供契約は、これまで準委任として整理されることが多かったが、これらの契約内容の中には、必ずしも事務の委託（民法656条）に該当するとは言えないものも含まれていた。既存の典型契約以外の役務提供契約をカバーできる規定を設けることが現実に可能であれば、明文化することも検討すべきであるが、現実にそのような規定を明文化できるか疑問であることから、反対する意見が多い。（日弁連）
- 準委任を限定的に考えたうえで、別に新たな役務提供型典型契約を設けることでより適切な規律が可能となることから、新たに典型契約としてある程度汎用性のある役務提供型の規定を設けることに賛成する。ただし、従前の取扱いと大きな変更がないよう慎重に検討すべきである。総則的、受け皿規定を設けることには反対する。

なお、雇用類似の役務提供型契約について、役務提供者の保護については、雇用における労働者概念での調整可能性などを検討すべきである。

(札幌弁)

- 新しい類型の役務提供型契約の出現への対応として新たな典型契約を設けることについては、趣旨は理解できるものの、現状では既存の典型契約と区別する適切な基準を見いだしがたいから、現状では、役務提供型の契約について適用される規定群を新たに設けることには反対する。

(東弁)

- 今日、役務・サービスの提供を目的とする契約形態が多様化し、既存の典型契約によっては十分に対応できていない事態が生じていることは事実である。こうした多様化した契約形態に関連して生ずる問題に対しては、解釈のみで対応するのではなく、明文化された規律でもって対応することが、利用者にとってわかりやすく、また、不要なトラブルをなくすることができるとも考えられる。しかし、役務提供型契約の内容は、請負・雇用・準委任の混合契約ないし無名契約というべきものがその大半と思われ、現時点においては当該役務提供型契約の内容自体が様々であり、これに統一的な解釈指針が判例等で示されているとは思われない。よって、準委任に代わる役務提供型契約の受け皿規定を設けることには、現段階では反対する。(広島弁)

- 役務提供契約の受皿規定の創設の必要性自体について疑問を感じざるを得ない。請負、委任の概念を限定・明確化した上で、それらとは別個の規定として役務提供契約なる典型契約を創設するとの趣旨について、確かに、請負、委任の概念を限定・明確化すること自体は、国民にとってわかりやすくなるというメリットはあるかもしれない。しかし、現民法における請負と委任の境界も流動的であるように、たとえ、各契約の概念を限定化し、それ以外の受皿として役務提供契約なる典型契約（又は規定群）を設けたとしても、結局は当該典型契約（規定群）と他の典型契約との境界線が流動的になることは否めない。また、現実に当該役務提供契約の規定が、世の中のその類の契約を網羅できる規定とはなり得ないものである以上、いずれにせよ無名契約なるものが残ることになる（そもそも典型契約は当事者が自由に契約を設計する道具といわれる。）。

そうすると、請負と準委任の概念をわざわざ限定して、そのために生じた欠缺部分について、結局は請負規定と委任規定（あるいはその融合）を帯びた、一般的な受皿とはなり得ない、ある意味中途半端な規定にとどまるといわざるを得ない規定をわざわざ作り上げて、無理にこれを受皿として適用させるべき意味、必要性はないものと思われる（例えば、サービス契約などは、現在の実務においても、請負、委任等の典型契約の規律を適宜適用することによって、弾力的に処理されており、格別不都合は生じていないのではないと考えられる。）。(二弁)

- 役務提供型の契約一般に適用される総則的な規定や既存の典型契約に

該当しない役務提供型の契約に適用される規定を設けるには、現在及び将来発生する多種多様なすべての役務提供型契約を適切に規律できる規定を設ける必要があるが、それは非現実的であるので、反対である。出向契約、派遣契約については、役務提供型契約という面もあるが、労働契約法、労働者派遣法によって規律すべきであり、役務提供型の契約に適用される総則的な規定を設けるとしてもその適用がないことを明らかにする必要がある。(経営法曹)

- 受皿規定は不要であり、規定の方法如何によっては基本法たる民法の性質を揺らがせることになりかねない点でむしろ有害である。(親和会)
- 役務提供型契約の受皿として新たな規定を設けることが提案されているが、その位置づけや、適用あるいは除外すべき契約類型の範囲、実効性のある規定を定めうるかといった点等、多くの重要部分で検討の方向性が明らかになっているとはいえ、数多くの論点を検討しなくてはならない本改正において、拙速に当該規定を置けば、取引への影響が大きくなり過ぎ、かえって混乱をきたす可能性がある。そうすると、用語や概念の整理といった点はさておき、準委任の条文内容を大きく変更する必要があるのかについては、現時点では疑問があるところである。準委任の規定を維持すべきであるので、新たな受皿規定の存否については、慎重に検討すべきである。(日司連)
- 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と存在しない。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。(日大民研・商研)
- 消費者に関係する役務提供契約は、その性質、内容とも実に多様なものが存在しており、多様な役務取引について、民法に適切に受皿規定を設けることが可能かという問題があることからすれば、現状においては、むしろ民法の準委任の規定を活用して、サービス取引から物の貸与等まで実態に即して幅広く、柔軟に解決することができていることを評価し、新たな受け皿規定の必要はないのではないか。(全相協)
- 役務提供型契約には、①消費者契約のように、役務受領者が弱い立場

にありその保護に配慮すべき場合、②労働契約のように、役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり、それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ、消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは、役務受領者の立場を片面的に強化し、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。

種々のサービスの給付を目的とする契約への対応や、既存の典型契約に該当しない役務提供型契約への対応として、準委任にかわる受皿規定を創設することについて、消費者保護の視点を片面的に強調した場合に、労働者など役務提供者が弱者である場合への配慮の欠如が懸念される。

今後の検討過程で、これらの危惧が具体化した場合においては、このような方向での法改正には賛成できない。

「雇用契約＝労働契約（労働契約法又は労働基準法の適用される契約）」との見解を前提にして検討を進めることは、いわゆる「名ばかり事業主」と呼ばれる請負的契約形態や業務委託的契約形態をとる就労者を労働法の保護から除外する結果を招く危険性が高い。今後の検討過程で、労働法による保護対象者の範囲に悪影響を及ぼす危険性のある場合においては、法改正には賛成できない。

典型契約以外の役務提供型契約について役務受領者の保護に配慮した規律を検討することには賛成できない。（連合）

- 国際取引との関係では、対象となりうるのは具体的には「技術ライセンス契約」などであろうか。ほかにもクラウドコンピューティング等のようにシステムを利用させる契約等が考えられるかもしれない。しかし、いずれも複雑な契約構成となることが多く、多様な側面があるため、「役務提供型契約」とは必ずしもわかりきれない。無理に民法上の「役務提供型契約」にあてはめると、民法上の規律から実務が思わぬ縛りを受けることも考えられ、適切とは思われない。新たに総則的な規定を設ける必要はない。（国際取引有志）
- 役務提供者が役務受領者に対して不利な立場に置かれることのないよう、改正に際しては、十分に配慮していただきたい。

準委任を「第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするもの」とし、準委任に代わる受皿規定として役務提供型契約を設ける考え方によると、現在は準委任とされている行為の中には役務提供として位置付けられてその規律に服するものがあり得、例えば、財務コンサルティング（M&Aアドバイザー等）業務や証券総合サービス業等、第三者ではなく相手方に直接役務を提供する契約については役務提供型契約とされる可能性があると考えられる。しかしながら、このような業務においては、契約において提供する役務の内容を定めておくことが難

しく、後述の報酬に関する規律の規定内容如何によっては、役務受領者に対して不利な立場に置かれることが危惧される。(日証協)

- 役務提供型契約の新たな受皿規定を検討することについて異論はないが、賛否はその内容次第である。民法以外の法令により規定されている制度(具体的には「信託制度」等)については、当該規定の適用がないことを確認しておきたい。(全銀協)
- 準委任が現行法上果たしている役割については、広く役務提供型の契約の受皿になっていることが判例の理解であるとの意見もあるが、役務提供型契約のうち、雇用にも委任にも請負にも該当しない契約は全てが準委任に該当するわけではなく、無名契約又は混合契約として扱われるケースもある。

全ての役務提供型契約を対象とする総則規定や、委任と請負を包摂する上位概念として有意義な規定を設けることは困難である。

サービスの給付を目的とする契約を企業が扱うことは多いが、いずれの典型契約に該当するかが明らかでない「〇〇業務委託契約」などの名称を用いたり、当事者が契約書を作成していなかったために、民法が適用されることも少なくないことから、実務を踏まえた規律ができるか否かを検討すべきである。役務提供型契約に関する有意義な規定を設けることができればよいが、役務提供者の義務、役務受領者の義務、履行不能の場合の報酬請求権、報酬の支払時期など、現在提案されているのはそれほど重要な規定ではなく、かつ任意規定であるから、設けても意味がないのではないかと考える。(弁護士)

- 現代社会において、役務の給付を目的とする契約類型が民法制定当時に比べるとかなり多様化しており、判例上無名契約とされた在学契約等をはじめ、現行民法の雇用・請負・委任・寄託という4種類のいずれかに性質決定することが困難なものが多くなっていることはそのとおりであるが、これらの4類型に当てはまらないと考えられる役務提供契約はまさに多種多様であり、これらに対して広汎に適用することができ、しかも実務的に意味のある規定を設けることは極めて困難である。

実際、その内容として提案されている規律についても、後述のとおり実務的には「良くて無意味、悪ければ重大な人権侵害」と評するほかないものであり、実質的に立法提案として意味がある論点は、委任契約に関する規定の準用の可否くらいしかないことから、このような「受皿規定」を設けるのは全くの無意味である。

仮に、上記4類型以外の役務提供型契約に関する規定を民法に設けるのであれば、在学契約や診療契約などにある程度適用対象を限定した、比較的輪郭な典型契約をいくつか新設した上で、これらの典型契約にあてはまらない契約については、その性質に応じて各典型契約に関する規定の類推適用を図るといった方法で対処するのが適当であろう。(弁護

士)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)
- 役務提供に関する総則的規定を置き、有償役務提供の報酬支払に関しては、主として、成果完成型、履行割合型の2つの方式があることを示した点は、全般的に実務感覚に照らして違和感がない。しかしながら、狭義の役務提供契約(請負、準委任、寄託、雇用のいずれにもカテゴライズされない役務提供をいう。)にも、従来の請負に極めて近い「結果債務性」の高い取引と従来の委任と極めて近い「手段債務性」の高い取引がともに含まれており、これらを同一の契約類型としてカテゴライズすることで「結果債務性」「手段債務性」の混同を招くことを懸念する。  
(情サ産協)
- 一般的に、「業務委託契約」の名称で各種の役務提供が行われているのが実態である。これらについては、当事者の意思に反しない限度で準委任の規定を準用することに異議はない。なお、当事者間の立場の強弱等については、下請法・独占禁止法等で規律すべきである。(不動協)
- 医師の診療は準委任というのが通説だが、いささか消去法的に思える(請負だったら治らない場合は払わなくていいことになるから違うと説明される)。また、医師法には民法の特別法らしい規定は応招義務(医師法19条)しか見あたらない。その医師法19条にしても民法656条により準用される643条に対する特別法だということが文言から明確なわけではなく別な解釈の余地もある。例えば、診療は準委任ではなく無名契約だとか、交通機関等で「この中でお医者様はいらっしゃいませんか。」と言われて医師が診療した場合には医師法第19条により医師の診療は民法第697条の「義務なく」に相当しないから事務管理にはならないとか、医師法第19条は公法であって民法の特別法ではないとか。そのあたりを明確な形にすべきである。(翻訳・出版関係)

## 2 役務提供者の義務に関する規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務提供者がどのような義務を負うかについて、多様な役務提供者の義務の内容を適切に規定することができるかどうかにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の規定の内容として、例えば、契約で定めた目的又は結果を実現する合意がされた場合には役務提供者はその目的又は結果を実現する義務を負い、このような合意がない場合には契約で定めた目的又は結果の実現に向けて善管注意義務を負うことを規定すべきであるとの考え方がありますが、これに対しては、役務提供者の属性や役務受領者との関係によっては善管注意義務を課すのは適当でないとの指摘もある。このような指摘にも留意しながら、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、原則として無償の役務提供型契約においては役務提供者の注意義務が軽減されるとしつつ、役務提供者が事業者であるときは、注意義務の軽減を認めないとの考え方がある（後記第62、3(2)⑦）が、このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4、2 [57頁]、部会資料20-2第1、3(2) [16頁]】

### 【役務提供者の原則的な義務についての意見】

- 目的、結果について合意ある場合には目的、結果を実現する義務を、合意がない場合には契約で定めた目的、結果に向けて善管注意義務を負うとする考え方（結果債務、手段債務に分けて規定）に賛成する。（札幌弁）
- 契約で定めた目的又は結果を実現する合意がされた場合には役務提供者はその目的又は結果を実現する義務を負い、このような合意がない場合には契約で定めた目的又は結果の実現に向けて善管注意義務を負うことを規定すべきであるとの方向で、更に検討するべきである。（兵庫県弁）
- 役務提供型契約の受皿規定を設ける場合に役務提供者が負う義務の内容を明文で定めることに異論はない。

役務提供型の契約においては、契約で定めた目的や結果を実現する義務ないしその実現に向けた善管注意義務を役務提供者に課すことが合理的である。ただし、当該契約が雇用類似の契約形態であるような場合には、労働者と同様の立場にある役務提供者に善管注意義務という重い義務を負わせることは酷であり、かかる場合には注意義務を軽減するのが公平・妥当である。（大阪弁）
- 役務提供義務者の義務として、結果債務と手段債務に分けて規定すべきである。従前は善管注意義務一本であったが、二分して明文化することによって、当該契約における役務提供者の義務が結果債務又は手段債務のいずれかについて、当事者の選択が明確化され、役務提供者が負担する義務の内容の特定がされやすくなる（例 機械のメンテナンス契約の提供者の義務について、結果債務とするのか手段債務とするのかを当事者の協議により決めることとなり、役務提供者の負担する債務の内容が明確化され、債務の内容の特定に関する紛争が減少する可能性がある）。（福岡弁）
- 契約で定めた目的又は結果を実現する合意がされた場合には役務提供者はその目的又は結果を実現する義務を負い、こうした合意がない場合には契約で定めた目的又は結果の実現に向けて善管注意義務を負うことを規定すべき。理由は以下のとおり。

現行法では、請負契約にて目的物完成義務（民632）、委任契約にて善

善管注意義務（民 644）、無償の寄託契約にて自己物と同様の注意義務（民 659）が規定されている。こうした義務内容は、結果債務と手段債務に区分でき、これを役務提供契約における義務の内容とすることは合理性がある。

結果債務を負担する場合、結果実現ができなかったときは、不可効力などの免責事由がない限り債務不履行責任を負担することとなるが、そうした義務を負担する根拠として、明確な合意を要件とすべきである。他方、結果債務を負担することまでの合意がない場合には、一定の目的や結果実現のための善管注意義務を負担するにとどめるのが穏当である。（堂島有志）

- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 役務提供者の義務に関して、いわゆる結果債務と手段債務に分類してその内容を明記することについては、今後検討する必要がある。役務提供者の義務について、そもそも結果債務と手段債務に二分化できるかが疑問であるという意見があった。二分化できるのであれば、賛成意見が強い。

事業者に関して、無償契約において善管注意義務を負担するという規定を民法に取り入れることについては反対である。無償契約における事業者の義務に関して、その当否はさておき、民法に事業者に関する規定を設けるべきではない。（日弁連）

- 結果債務とその他に分けて規定することについては慎重に検討すべきである。無償の役務提供型契約においては、役務提供者の注意義務が軽減されることについても慎重に検討すべきである。（東弁）
- 役務提供者の義務に関して、いわゆる結果債務の場合と手段債務の場合に分けて、それぞれの場合における役務提供者の義務内容を規定することについては、二分化できるのか疑問であり、慎重に検討すべきである。（愛知県弁）
- 契約で定めた目的又は結果を実現する合意がされた場合には役務提供者はその目的又は結果を実現する義務を負い、このような合意がない場合には契約で定めた目的又は結果の実現に向けて善管注意義務を負うことを明文で規定することには慎重であるべきである。結果債務と手段債務という区別自体につき、その基準が一義的には明確ではないと考えられる。「目的」と「結果」という用語の区別が不明確である。（横浜弁）
- 成果完成型については請負契約とすべきであるから、成果完成型の規定は不要。

売買、請負等と同程度の制限的な内容にとどめるべき（定義規定による義務の明示、担保責任等）。

相互の信頼関係を基礎に広い裁量権が認められている委任と異なり、単に役務を提供すればよい契約であるから、善管注意義務等特別規定す

る必要はない（売買や請負と同じ）（総則規定にあれば足りる）。（法友全期）

- 役務提供者の義務に関する規律については、請負、委任（準委任）契約における議論と整合性のとれた議論が必要である。

役務提供型契約の受皿規定を設けることとした場合、役務提供者が負う基本的義務についても規定した方が、紛争が生じた場合の解釈の指針たり得るため、かかる規定を創設する必要性は存する。もっとも、役務提供型契約といっても、役務提供者が履行すべき債務の内容は、第一次的には法律行為の性質又は当事者の意思により定められるため一様ではなく、請負契約における「仕事の完成」という結果を負担する債務にも、委任（準委任）契約における「善管注意義務」といういわば手段を負担する債務にもなりうる。このため、役務提供型契約において、これらの契約と乖離した義務を規定しても実情に沿わないものになる。（日弁連消費者委有志）
- 役務提供者の義務に関する規定を設ける場合には、取引の実態を検証し、規定内容が取引の実態に適合しているかどうか検証する必要がある。（産業組織課）
- 役務提供契約の受皿規定を創設する場合には、役務提供契約が、分業による効率的な経済活動、良質なサービスの提供などのために重要な意義を有していること、多種多様なサービスが提供されていることを踏まえ、役務提供者の義務を定めるべきであり、一律に指図遵守義務、忠実義務、自己執行義務を内容としないようにすべきである。（貸金業協）
- システム開発に伴うコンサルティング（企画や業務要件の定義、パッケージ適合を検討する Fit & Gap 等）等、システム開発関連取引においては、「グランドデザイン」や「要件定義」といった企画フェーズの業務の遂行を行う、コンサルティング的な業務委託契約を締結することがある。このような状況を踏まえた場合、仮に、中間論点整理で検討されているような、「目的又は結果を実現する合意がされた場合（結果債務）」と「このような合意がない場合（手段債務）」といった不明確な定義により役務提供契約を分類する規定が定められ、さらに、これらの規定が任意規定か否かも明確にされなかった場合、このような新たな規定の要件を上記取引形態が満たすか否かや、当該規定がビジネスに及ぼす影響等を事前に判断することは、実務上、極めて困難な作業となることが予測され、ビジネス現場に無用の混乱や萎縮効果を生じさせるリスクがある。また、契約の相手方から、システムの稼働・運用に至るまでを目的とした結果債務であるとの主張を顧客側に許す根拠となるリスクがある。全ての業務処理を結果債務（完成義務のあるもの）として実施するよう顧客側から要請を受けることが容易に想定される。そうなれば、経済産業省が中心になってシステム開発関連取引の適正化のために行っ

てきた改善活動が水泡に帰すことにもなりかねない。

また、中間的な論点整理では、結果債務・手段債務の区分と報酬の支払方式・時期（成果完成型（成果完成後）／履行割合型（期間経過後））は必ずしもリンクさせていないようだが、取引実態として何らかの成果や結果と報酬支払いを紐付ける顧客が多いことを踏まえると、結果債務に関する支払方式・時期については成果完成型（成果完成後）が採用されることが容易に想定される。

他方、このような規定が設けられていない現行法の下においても、特段の不都合は認められておらず、仮に任意規定にするのであれば、規定を置く意味はほとんどないばかりか、実務に混乱を招くだけである。

したがって、このような規定は設けるべきではない。仮に設けるとしても、実務上上記のような混乱が生じないよう、より具体的な規定とし、かつ、任意規定であることを明確にすべきである。

また、ソフトウェア保守サービス等の役務提供契約については、実務上、様々な態様が取られており、そのような状況において、役務提供契約に関する受皿規定を設けることは、その内容によっては、実務上、極めて固定的な対応が要求されるような印象を実務に与える恐れがある。従って、このような規定は置くべきではないし、仮に改正法においてこの点に関して踏み込んだ条項を置くのであれば、実務に混乱を来さないよう、その内容は実務の慣行に配慮した内容にされるべきであるし、要件効果等が具体的で予測可能な内容となるよう、吟味・検討されるべきである。また、例えば、当該規定を当事者の合意により自由に決定できる任意規定である旨を明確に定める等、ビジネスの現場に無用の混乱や萎縮効果を生じさせたり、ビジネスモデルに影響を及ぼさないよう、十分配慮すべきである。

次に、中間論点整理によれば、「第20回会議において、原則として無償の役務提供型契約においては役務提供者の注意義務が軽減されるが、役務提供者が事業者であるときは無償であっても注意義務が軽減されないこととすべきであるとの考え方が紹介されたが、これについては特段の意見がなかった。」とのことであるが、本意見書において、「役務提供者が事業者であるときは無償であっても注意義務が軽減されないこととすべきである」との意見に対し、明確に反意を表す。なぜならば、例えば、無償のソフトウェア保守サービスにおいて、有償のサービスと同等の注意義務を課されるとした場合、当該保守サービスを提供する事業者は、これを実現するための新たな体制を構築するための新たな費用・工数が必要となる可能性があるため、事業者に対して割に合わない過大な責務を課すことになり、最終的には、業界の萎縮や疲弊をもたらす可能性があるからである。公平の観点からいっても、事業者だからといって、「無償の」役務提供に関して有償と同様の注意義務を期待するのは

不合理であり、事業者に過大な負担を課すものである。従って、このような規定は置くべきでない。

従って、無償役務提供者に対しては、事業者か否かにかかわらず、善管注意義務はもとより、自己のためにするのと同じの注意義務といった抽象的な義務も課すべきではない。なぜならば、このような抽象的な基準が設けられることにより、ビジネス現場に無用の混乱や萎縮効果を生じさせる可能性があることは否定できない一方で、このような規定を設ける必要性は高いとは思われないからである。(ソフトウェア協)

○ 労働者と同様と考えられる契約にあるものについては、善管注意義務を負うという規定を設けることについては、問題はないと考える。(団体職員)

○ 役務提供者の義務に関する規律については、委任(準委任)、寄託、請負等の契約と整合性のとれた議論が必要である。

委任(準委任)は無償であっても善管注意義務を負うものされ、有償寄託も同様とされる反面、請負は仕事完成義務、無償寄託は自己の物に対する同様の注意義務を負うものとされており、上記各規定を参考に、指針となる規定を検討すべきではないか。また、これらとかけ離れた義務を規定しても、無意味となるのではないか。

また、有償の役務提供者であっても、役務受益者との関係で使用従属関係にある場合には、役務提供者に善管注意義務の適用が果たして適当であるかどうか具体的に議論すべきではないか。(司法書士)

○ 結果債務型と手段債務型に二分出来るか疑問があるので、役務提供者の義務に関して、規定を設けることに反対する。(広島弁)

○ 手段債務、結果債務の明文化、その義務の内容の明文化には慎重に検討されるべきである。従来学説上認められている区分の明文化ではあるが、いかなる場合が手段債務となり、結果債務となるのかの具体的なあてはめについては単純ではないからである。また、現行の枠組み維持という立場からすれば、結果債務を内容とする権利関係はそもそも請負に含まれるべきとの指摘もある。(仙台弁)

○ 契約で定めた目的又は結果を実現する合意の有無によって役務提供者の義務の内容を区別する考え方に反対する。

「契約で定めた目的又は結果を実現する合意がされた場合」は現行民法の請負契約にあたり、請負の規定で対応できることから、受皿規定に設ける必要がない(請負の規律の適用対象を成果の引渡しを観念できるものに限定するという考え方に反対するから、仕事の完成(目的又は結果の実現)を約する契約のほとんどが請負の規定で対応できる。)

「準委任に代わる」規定を設けるといふ趣旨からすれば、契約で定めた目的又は結果を実現する合意が「ない」場合のみを規定すれば足りるはずである。

また、役務提供者の基本的義務の内容は、手段債務・結果債務に二分されることを前提とする考え方については、そもそも手段債務・結果債務の区別の基準が一義的に明らかであるか否かには争いがあり、この考え方の構成には問題があるように思われる。

なお、「目的」と「結果」は違う概念なのか疑問がある。例えば、運送契約であれば、「物を目的地に届ける」というのが契約で定めた実現すべき目的であり結果でもあるので、「目的」と「結果」は同じことと考えられ、(無用な解釈を避ける意味でも)例えば「結果」の用語のみを用いれば足りるものと思われる。(二弁)

- 役務提供型契約の規定を設けることを前提とした論点であるから、検討すべきでない。もし仮に民法上に規定を設けるのであれば、現行の準委任と同様、委任と同様の規定とすべきである。(親和会)
- 役務提供型契約には、①消費者契約のように、役務受領者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、②労働契約のように、役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり、それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ、消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは、役務受領者の立場を片面的に強化し、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。

準委任に代わる役務提供型契約に関する結果債務と手段債務の区別については、結果につき役務受領者が満足しない場合の役務提供者の権利の不安定性という点で、労働者など役務提供者が弱者である場合への影響が危惧される。

今後の検討過程で、これらの危惧が具体化した場合においては、このような方向での法改正には賛成できない。(連合)

- 債務の内容を結果債務と手段債務に分ける考え方は、債務の分類に関する学説として有力な見解ではあるが、今次の民法改正において、債務不履行責任の免責事由のところでのこのような二分論を採用することは特段検討されていないのに、役務提供型契約についてのみ二分論を採用するというのは、論理的に一貫していないと思われる。仮に二分論を採用するとしても、それは債務不履行責任の免責事由のところ規定すればよく、敢えて役務提供型契約のみに適用される規定を置く論理的必然性はない。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### 【役務提供者が事業者である場合の注意義務についての意見】

- 無償の役務提供型契約における役務提供者の注意義務を軽減するとしつつ、役務提供者が事業者である場合には注意義務を軽減しないとする

考え方に賛成である。ただし、注意義務を軽減しないのは、当該事業者がその事業の範囲内で役務提供を行う場合に限るべきである。(大阪弁)

- 無償の役務提供型契約においては注意義務が軽減されるものとしつつ、役務提供者が事業者であるときには注意義務の軽減を認めないという考え方は、委任契約（準委任を含む）及び寄託契約に適用される限りにおいては、特に反対しない。(弁護士)
- 無償の役務提供型契約において注意義務の軽減を原則としつつ、役務提供型が事業者であるときは注意義務の軽減を認めないとの考え方について検討することについて特に反対はしない。(仙台弁)
- 役務提供者が事業者であるときは注意義務の軽減を認めないとの考え方を民法に規定することには強く反対する。仮に無償の役務提供において役務提供者が事業者である場合に、注意義務の軽減を認めないとする場合でも、そのことは商法に規定すべきであると思料する。(東弁)
- 原則として無償の役務提供型契約においては役務提供者の注意義務が軽減されるとしつつ、役務提供者が事業者であるときは、注意義務の軽減を認めないことについては、慎重に検討すべきである。民法に事業者の概念を取り入れるか否かについては、慎重な検討を要する。(愛知県弁)
- そもそも民法は、対等な私人間の法的規整を対象とすべきで、事業者の概念を持ち込むべきではないから、無償契約における事業者の義務に関して、善管注意義務を負担するという規定を設けることに反対する。  
事業者が役務提供者である場合、それが無償のものであっても高度の注意義務が認められることになってしまうと、商人とはいえない事業者にとっては過大な負担になるものである。また営利行為を行わない事業者が過大な義務を負担する特則を民法に取り込むことは、知識・情報・交渉力などの格差を是正することとは必ずしも繋がらず、こうした特則規定を定める必要性があるのか疑問であるから、慎重に検討すべきである。(広島弁)
- 無償の役務提供型契約において、役務提供者が事業者であるときは注意義務の軽減を認めないとするべきではない。事業者に関する特則は商法に規定すべきであり、民法に規定すべきではない。(福岡弁)
- 民法への消費者・事業者概念の導入については反対する。(二弁)
- 役務提供者が事業者であるときは注意義務の軽減を認めないとすることは慎重に検討すべきである。無償の場合には、注意義務が軽減されることは合理性がある。しかし、役務提供者が事業者であるというだけで、その取引一般について注意義務の軽減を認めないとする必要性・妥当性には疑問がある(第62, 3(2))。(横浜弁)
- 対等な当事者を前提とした価値中立的な規律を定める民法において、

「事業者」という一定の属性を前提とした規律を設ける必要性はない。このような規定を民法に設けることについては、反対である。役務提供者が事業者である場合の注意義務の規律については、商法に適切な規律を設ければ足りる。(法友全期)

- 役務提供者が事業者であるときは無償の役務提供型契約においても注意義務の軽減を認めないことに反対する。役務提供者が事業者であっても、それが有償のものか無償のものかによって義務の程度は区別すべきである。(森・濱田松本有志)
- 事業者概念を導入することを前提に、事業者の注意義務についての特別を設ける考え方も示されているが、「役務提供を業とする者」という用語を用いれば足りるのではないか。(大学教員)

### 3 役務受領者の義務に関する規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務受領者の義務に関する規定として、役務提供者に協力する義務を負う旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4, 3 [58頁]】

#### 【意見】

- 役務提供者が結果債務を負う契約においては、協力がなくにより結果が得られないと役務提供者に不利益が生ずるため、これを回避する必要がある。よって、協力義務を設けることに賛成する。(札幌弁)
- 情報サービス取引では、第三者との間に立たない役務提供であっても事務の遂行に関しては役務受領者との緊密な情報交換と信頼関係の醸成が必要となり、そのうえでそれぞれが取り決めた役割を協力しあいながら果たしていくことが求められるという特徴を有しており、従来の準委任契約に関する規定の多くが引き続き適用されることが望ましい。

情報システムの開発は、先述の情報提供・説明責任以外の点でもユーザの仕様確定等の協力・分担した役割の遂行なしに成功させることはできない。このため、METI モデル契約等においては、要件定義・外部設計等仕様が確定するまでのコンサルティング機能を有するサービスを準委任契約とし、仕様の確定後に請負契約とするなど段階的な契約を締結する取引慣行を整えてきた。また、手戻りを防ぐために中間資料の確認に関する規定、未確定事項の確定に関する規定を設け、ユーザの承認を得ながらプロジェクトを進めるマネジメント方法をも規定してきた。

情報システムの開発において、仕様確定の遅延、未確定事項の確定遅延、中間資料の未確認、変更管理への不十分な対応等は、債務者の履行に重大な悪影響を及ぼすため、債権者の一般的な信義則上の誠実義務にとどまらず、最終成果の受領義務に準じた債権者の義務として具体的に

規定することが望ましい。(情サ産協)

- システム開発契約においては、システムのユーザーが協力しない（例えば、仕様の確定に協力しない、最終テストを行わない、検取合格を出さない、最終商品を受領しない等）ことにより、システム開発が完了しないことが多く存在する。その場合にどのようなルールで処理するのかは、法律上も裁判例も明確ではない。よって、「役務受給者側の協力義務」を明文化すべきである。このような受領者側の義務を規定したとしても、不誠実な役務提供者のための逃げ道にはならない。なぜならば、役務提供者の不誠実が債務不履行であれば、受領者が義務を果たしているか否かにかかわらず、当該債務不履行に関し損害賠償責任等の責任を負うはずだからである（受領者の責任と相殺となる可能性はあるが、これは、責任のない受領者との公平の観点からも許されるべきである）。

(ソフトウェア協)

- 協力義務は規定することが一般的であることから、規定することに賛成する。(全中)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- システム開発のような双方向で価値を見出していくような（役務の遂行に役務受領者側の協力が必要となるような）契約が増加していることを踏まえると、役務受領者の協力義務についての規定を新設するニーズがあるといえる。更なる立法事実の精査とともに、企業間取引と企業・個人間の取引では、協力の態様が異なるため、どのような内容の規定とすべきについて検証する必要がある。(産業組織課)
- 役務提供契約の内容により、協力の要否自体も問題になるほか、その内容には多様なものが想定される。したがって、一律の規定になじみにくい。(東弁)
- 役務受領者の義務に関する規定を設けることについて、反対である。役務受領者が協力義務を負うか否かは契約の内容、性質によって決定されるものであり、デフォルトルールとして協力義務を認めるべきではない。また、協力義務が認められることによって消費者に過大な不利益が及ぶおそれがある。(日弁連)
- 一般的な役務提供契約の規定を設けることに反対する理由が、その契約内容が現段階では様々であり確定できないと考えることにある以上、受領義務についても同様に統一的な規定を設けることが出来ないはずだから、役務受領者の義務に関する規定を設けることに反対する。(広島弁)
- 債権者の受領義務の議論との整合性を考慮して慎重に検討すべきである。例えば、媒介契約の場合において、媒介者から紹介された案件又はその取引条件が依頼者の希望に沿わない場合であっても、依頼者が取引成立に向けて協力する義務を負うと解釈される懸念がある。役務受領者

の協力義務については、必要に応じて信義則等を根拠に認める方がよいとも考えられる。(愛知県弁)

- 役務受領者の協力義務の規定を設けることについては慎重に検討されるべきである。特に役務受領者が消費者である場合に、過重な義務を負わせることにつながりかねない。(仙台弁)
- 役務提供型の契約については、役務受領者の協力がなければ契約目的が実現できないことが多いものの、それを義務化することについては、売買契約における受領義務、請負契約における協力義務等と同様、慎重であるべきであるから、反対である。(兵庫県弁)
- 役務提供型契約は極めて多様な形態を有するものであり、単に役務提供型契約というだけで一律に役務受領者に協力義務を課すことには疑問がある。それ故、契約の性質から必要な場合に協力義務を課するという見解も示されているところであるが、契約の性質から必要な場合に協力義務を課するというのはあまりにも漠然としており規定として適当とは思われないが、他方で、多様な形態を有する役務提供型契約において役務受領者の協力義務の可否を区別して規定することは現実的にみて不可能と思われる。また、役務提供型契約の多様性からして、協力義務の内容についても一律に規律することはできない。さらに、役務受領者の協力義務を規定すると、役務提供者が役務受領者の協力義務違反を口実にして自らの債務不履行を免れようとする弊害が生ずるおそれがある(とくに消費者が役務受領者の場合にかかる弊害が生ずるおそれが大きい)。

以上より、明文で役務受領者の協力義務の規定を設ける必要はなく、役務受領者の協力義務を認めることが妥当な場面においては、契約の内容や趣旨から解釈で導き出せば足りると考える。(大阪弁)

- 役務受領者は役務の提供を受ける権利は有するが、提供を受ける義務を負担しているわけではない。協力義務を負うか否かは、「当事者の合意・合意の趣旨」によって決まるはずである。上記を超えて、一般論として、協力義務を明文化すべきではない。(福岡弁)
- 役務提供型の契約は多種多様であり、役務受領者の協力を要する度合いや協力の内容も様々であるから、一律に協力義務を規定すべきではない。(横浜弁)
- 役務受領者が役務提供者に協力する義務を負う旨の規定を設けることについては慎重に検討すべきである。

役務受領者の義務として、役務提供者に協力する義務を負う旨の規定を設けることについては、役務提供契約が多種多様であり一律に規律することに疑問があること、不誠実な役務提供者のために逃げ道を設けることにならないかなどの問題点も考えられることから、慎重に検討すべきである。(二弁)

- 役務提供型契約の規定を設けることを前提とした論点であるから、検

討すべきでない。もし仮に民法上に規定を設けるのであれば、現行の準委任と同様、委任と同様の規定とすべきである。(親和会)

- 役務提供型契約においては、売買契約における債権者の受領義務とは異なり、債務の履行のために役務受領者の協力が不可欠ではないものもある。このため、売買契約に比して、役務受領者（債権者）の受領義務が規定として不可欠とは言えない。

また、役務提供型契約のうち、消費者契約については、消費者側に知識・情報や経験が不足することで、協力義務を履行することが困難な場合がある。のみならず、役務提供者が、現実の紛争時において、役務提供者の協力義務違反を口実に、自らの不履行責任を免れる、あるいは、賠償義務の軽減を図るといった弊害が予想されるが、消費者契約に特有の現象（当事者間の知識・情報格差が存すること）を考慮せず、役務受領者の協力義務違反を理由とした安易な過失相殺が助長されると、消費者保護の観点からはむしろ弊害となる。

以上から、役務受領者の義務に関する規律を創設することは反対である。(日弁連消費者委有志)

- 受領者の協力義務について、一般規定を設けることには反対。提供者が役務を提供すれば足りる。役務の内容は千差万別であり、信義則上の受領義務的なものを類型化して規定しようとしても、それを類型化して示すことすら困難である。(法友全期)
- 役務提供型契約には多様なものがあり、役務受領者の協力義務は曖昧なものにならざるを得ず、その違反の有無、法的効果を含めて新たな紛争の原因となりかねないので反対である。労働法では、雇用主が就労を受け取る義務はないとされているが、役務受領者に協力義務を負わせると、両者の整合性が問題になり、労働法上ほぼ解決された問題に影響を与えるので反対である。業務請負契約にあつては、注文者が請負人の労働者に対して直接指示をすることは職業安定法、労働者派遣法違反とされるおそれがある。(経営法曹)
- 役務受領者について、役務提供者への協力義務を規定することに反対。役務提供契約において、役務受領者が、役務提供者に対して協力する義務を負っているという理解は、現行法上も信義則から導くことが可能であり、それ以上に、特に具体的に定める必要性があるとは思われない。また、内容があいまいなまま義務があるとだけ規定を置くことが逆に混乱を生じさせる懸念がある。(堂島有志)
- 役務提供型に属する類型の中でも、役務受領者に積極的な協力義務を認めるべき契約類型がさほど多いわけではない（契約で定めた目的実現のために役務受領者の協力ないし努力が必要な場合であっても、それらは役務受領者の任意に委ねられるべき問題であつて、基本的には法律の規定による強制履行になじまないと考えられる。）。(弁護士)

- 役務受領者の義務に関する規律を設けることに反対する。  
 役務提供型契約の特徴として、人的依存性が高く、役務受領者の協力を要することが多いのは確かである。役務受領者が義務を果たさなかった場合、サービス提供者の債務不履行が問題となった場合に、義務違反をもとに、役務提供者が債務不履行責任を免れ、または、債務不履行が認められても、過失相殺の対象ともなり損害賠償の軽減を図ることも十分に考えられ、適切でないとする。(司法書士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### 4 報酬に関する規律

##### (1) 役務提供者が経済事業の範囲で役務を提供する場合の有償性の推定

役務受領者が事業者であり、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において役務提供型契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方（後記第62、3(3)③）の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料20-2第1、3(3) [20頁]】

##### 【意見】

- 上記の場合に有償性が推定されるという規定を設けるべきとの考え方自体には特に反対はしないが、委任等他の典型契約における規定との整合性がとることができるよう慎重に検討が必要である。(仙台弁)
- 役務提供者が経済事業の範囲で役務を提供する場合の有償性の推定を設けることに、特に異論はない。  
 民法が想定する「人」の概念は時代と共に変化しており、自由で対等・平等な当事者概念である私法の一般法・基本法としての民法典の性格を改め、特定の権利関係について定めた商法等を民法典に取り込むとの考えがあるならば必要であるとする。(司法書士)
- 役務提供者が経済事業の範囲で役務を提供する場合の有償性の推定を設けることに、特に異論はない。(司法書士)
- 慈善事業であっても収支を相償う必要があることからすると「経済事業」についてはほとんど無限定な概念になるのではないかと懸念する意見があった。また、有償性が推定された場合、報酬額の合意がない事案において、無用の紛争が発生することを懸念する意見があった。(最高裁)
- 役務提供者が経済事業の範囲内で役務提供契約を締結した場合に有償性が推定されるという規定を設けることについては、反対である。

民法の中に、経済事業という概念に基づく規定を設けるべきであるという考え方に反対である。(日弁連)

- 経済事業という概念は分かりにくく、このような概念を定義すること自体に反対である。その他一定の範囲について、有償性を推定することについても、有償・無償の二分法で注意義務に差を設けるべきではなく、有償と推定することの有用性は低いことから、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 役務提供者が事業者であり、経済事業の範囲内において役務提供型契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。民法に事業者が経済事業の概念を取り入れか否かについては、慎重な検討を要する。(愛知県弁)
- 民法は、対等な私人間の関係を規整する法律としての性格を持つべきであり、また、経済事業という新たな概念規定を設定することに反対である。(広島弁)
- 受任者が事業者であり、経済事業の範囲内において委任契約を締結する場合には、報酬の合意がなされるよう受任者たる事業者が配慮すべきであり、その合意の有無が明らかでないことについては、受任者たる事業者に帰責性があるのだから、委任者が無報酬の合意を立証しなければならないとするべきではない。よって、反対である。(兵庫県弁)
- 役務受領者が事業者であるときは有償性が推定される旨の規定をもうけるべきではない。事業者に関する特則は商法に規定すべきであり、民法に規定すべきではない。(福岡弁)
- 役務提供者が事業者で、かつ、その経済事業の範囲内において役務提供型契約を締結した場合に有償性が推定されるという規定を設けることに賛成である。(大阪弁)
- 特則を設ける必要性、妥当性に疑問がある。(横浜弁)
- 民法への消費者・事業者概念の導入については反対する。(二弁)
- 設けるとしても特別法に設けるべきであり、民法にこのような規定を設けることに反対する。(札幌弁)
- 規定新設の必要性が意識されているのが有償契約だから、有償契約であることを前提に定義すべき。

対等な当事者を前提とした価値中立的な規律を定める民法において、一定の属性を前提とした規律を設ける必要性はないから、「事業者」及び「経済事業」という概念を用いた規律を設けることに反対である。委任契約、役務提供型契約については、現代社会では有償であることが多いことから、かかる実態に合わせた規律を検討すること自体には異論はない。(法友全期)

- 役務提供型契約の規定を設けることを前提とした論点であるから、

検討すべきでない。もし仮に民法上に規定を設けるのであれば、現行の準委任と同様、委任と同様の規定とすべきである。(親和会)

- 事業者が役務を提供する契約を締結する場合に、報酬につき定めないということは通常考えられない。また、報酬の合意を失念した事業者をこのような推定規定によって救済する必要はない。(大学教員)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## (2) 報酬の支払方式

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務提供型契約における報酬の支払方式には、役務提供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)があることを条文上明記し、報酬請求権の発生要件や支払時期などをそれぞれの方式に応じて規律するかどうかについて、委任の報酬の支払方式(前記第49, 3(2))との整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4, 4(1) [59頁]】

### 【意見】

- 支払方式の類型毎に分けて規定することが適切であり、中間論点整理において提示された考え方に賛成する。(札幌弁)
- 役務提供型契約における報酬の支払方式について、成果完成型と履行割合型に分けて、報酬請求権の発生要件や支払時期などを規律することに、賛成する。ただし、成果完成型と履行割合型に加え、「期間によって報酬を定める」方式についても規定した方がよいと思われる。(愛知県弁)
- 成果完成型、履行割合型の報酬支払形式を条文上明記すること自体には特に反対はしないが、他の典型契約における規定との整合性がとることができるよう慎重に検討が必要である。(仙台弁)
- 役務提供型の無名契約については、成果完成型と履行割合型を観念することができ、それぞれについて報酬請求権の発生要件や支払時期が異なると考えるのが合理的であるから、この区別を明記する方向で検討すべきである。(兵庫県弁)
- 報酬の支払方式として、成果完成型と履行割合型の2類型を規定することに異論はない。ただし、この規定が労働者保護の要請が妥当する雇用類似の契約類型(人材派遣契約を含むがこれに限られない。)及び役務提供型契約の総則規定として雇用契約に適用されることには反対である。(大阪弁)
- 報酬の支払方式について、成果完成型と履行割合型に区別して明文

化すべきである。(福岡弁)

- 報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型とに分けて規律することに反対する。成果完成型と履行割合型の区別は必ずしも明確ではないから、この区別を前提として報酬の支払方式を規律することには疑問がある。(二弁)

- 成果完成型と履行割合型に分ける規定は反対。成果完成型は請負とすべきだから。

当事者としては合意した役務の提供があるかないかが問題であって、履行の割合を報酬の原則的な基準として考えないから(もちろん合意した役務の提供の一部しか履行されていない場合に履行の割合に応じて報酬の請求ができるかという論点は出てくるが、原則ではない)。(法友全期)

- 報酬の支払方式として、いわゆる成果完成型と履行割合型の2類型を想定し、それぞれについて支払方式を規定することに格別の異論はない。役務提供型契約の内容は多様であるものの、概括的に言えば、完成型と履行割合型を想定することが可能である。実務において紛争の一因となる報酬の支払方式につき明文化することは明確化に資する。

また、役務の全部又は一部が提供されなかった場合に前払いされた報酬から提供しなかった役務に対応する報酬を返還させることについても異論はない。料金体系の明確化や役務受領者の予期せぬ負担回避に資するので、賛成である。(日弁連消費者委有志)

- 報酬の支払方式について成果完成型の合意をした場合には、仕事の完成を要件とし、そうした明確な合意がなければ、時的、量的に区分された役務提供の割合に応じた報酬を請求しうるとすべきである。(堂島有志)

- 有償役務提供には、履行割合型の報酬支払方式があることを正面から認めた点で実務感覚に適合しており積極的な評価ができる。(情サ産協)

- 報酬の支払方式については、特に異論はない。役務提供型契約における成果完成型の報酬方式と履行割合型の報酬方式を区分したものであるが、請負および委任のそれぞれの内部にも妥当するものであって、一般化するのは適当である。

なお、新たな関連論点として、「役務提供を履行するために必要な費用の負担」について、検討してはどうか。役務提供型契約一般を準委任と構成する現民法の通説的見解の立場で考えると、役務提供を履行するために必要な費用の負担に関する規定は明示すべきであると考えられる。費用は、必ずしも報酬の中に組み込まれているとは限らず、事後の紛争を防止する観点から必要である。(司法書士)

- 役務提供契約に関して、成果完成型と履行割合型に二分して報酬の

支払方式に関する規定を設けること自体については、大きな反対はない。しかし、雇用及び雇用類似の契約類型は成果完成型ではないので、これらの契約類型に関して、成果完成型についての報酬支払方式を適用すべきではない。(日弁連)

- 報酬に関して何らかの規定も設けることについては基本的に賛成であるが、履行途中で不能となった場合に、全額請求可であれば成果物が完成した場合と同等の扱いとなる、履行割合に応じて請求可であれば履行割合の評価をどうするか、といった問題などがあり、仮に報酬に関する何らかのルールを設ける場合には、現行実務と乖離しないような規定とするよう、検討が必要である。(産業組織課)
- 準委任の新たな受皿規定が設けられる場合には、現行の報酬の支払方式などの実務に配慮した規定とすべきである。

証券会社等が提供するM&Aアドバイザリー業務においては、役務の内容が個別事案ごとに異なり、また、契約時点で当事者が合意した役務提供内容が事後的に変更されることもあり、結果として、当初予定されたイグジットが実現するとは限らない。このため、報酬を請求することができる要件や前払時の報酬返還の要件を事後的に役務受領者(顧客)との間で確定することが可能となるよう、柔軟な制度設計をしていただきたい。(日証協)
- 成果完成型と履行割合型の区別が実務上は困難な事案があるため、適切な解決を導く規定となるか疑問を呈する意見があった。また、医療過誤事案においては、医者对患者に対する医療費請求権について、医療行為を行った以上医療費を請求できるという考え方と、過誤であることから対価を請求できるとすることは妥当ではないという考え方が対立し、医療過誤の内容により結論が異なり得るところであるので、規定を設ける際には、報酬と費用の差異に留意しつつ検討すべきではないかとの意見があった。(最高裁)
- 報酬の支払方式について、成果完成型と履行割合型に分けて規定することについては、いずれに該当するか不明な場合もあるから、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 役務提供型契約の受け皿規定に反対する。仮に受け皿規定を設けるとしても、成果完成型と履行割合型とを分けて報酬の支払時期を区別すべきであるとの提案については、両者の差は相対的であり、いずれかに該当するかによって効果が大きく異なるとすることには疑問がある。(広島弁)
- わざわざ二つに分けるべき実務上の要請が感じられない。(横浜弁)
- 役務提供型契約の規定を設けることを前提とした論点であるから、検討すべきでない。もし仮に民法上に規定を設けるのであれば、現行

の準委任と同様、委任と同様の規定とすべきである。(親和会)

- 労務供給に関する報酬請求権については、労働契約、雇用契約、請負契約、委任契約、準委任契約その他の契約形態の如何にかかわらず、現行法制より権利内容を後退させるべきではない。

役務提供型契約には、①消費者契約のように、役務受領者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、②労働契約のように、役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり、それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ、消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは、役務受領者の立場を片面的に強化し、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。

この点、準委任に関する報酬の支払方式については、契約の形式や外形上で「成果完成型」の報酬支払い方式の契約に関して、成果完成後でなければ報酬請求権が発生しない旨を条文上明記した場合、労務受領者の支払拒絶が容易化される、という影響が危惧される。

今後の検討過程で、これらの危惧が具体化した場合においては、このような方向での法改正には賛成できない。(連合)

- コンピュータシステムの導入、開発、カスタマイズ等の役務提供においては、最終的な成果が、開発等の経過状況を経て、段階的に確定されていくケースがしばしば存在する。このような場合、中間論点整理によれば、どのような場合に「成果完成型」の合意があったと認定され、どの部分に対する報酬を請求できないとされるかが不明であり、ビジネス現場に無用の混乱を生じさせるリスクがある。また、中間論点整理では、結果債務・手段債務の区分と報酬の支払方式・時期（成果完成型（成果完成後）／履行割合型（期間経過後））は必ずしもリンクさせていないようだが、取引実態として何らかの成果や結果と報酬支払いを紐付ける顧客が多いことを踏まえると、結果債務に関する支払方式・時期については成果完成型（成果完成後）が採用されることが容易に想定される。従って、中間論点整理の内容では、役務提供契約における完成義務負担の一般化（常態化）、支払サイトの長期化等、受託者側の負担が過度に増し、国内 IT（ソフトウェア）産業自体の発展・成長の阻害要因になるとの懸念がある。

また、仮に、「履行割合型」に分類されたとしても、このような案件においては、作業時間等で機械的に履行割合を算定できるものではなく、また、履行割合に応じた対価額を請求する慣行もあまりないため、通常のビジネスの過程において、どのような対価設定基準で報酬を算定し、請求をしてよいのかが不明であり、売上の計上をどのように行えばいいのかも不明であり、ビジネス現場に無用の混乱を生じさ

せるリスクがある。

したがって、このような規定は設けるべきではない。仮に設けるとしても、実務上上記のような混乱が生じないように、より具体的な規定とし、かつ、任意規定であることを明確にすべきである。

また、ソフトウェアの販売契約等においては、それに付随してソフトウェアの保守サービス（操作指導サービス等のその他の付随的サービスを含む。以下同様）を提供する旨の契約が含まれる場合がしばしばあり、このような場合、保守サービスの対価は、ソフトウェアの購入時の対価に含まれるか、若しくは、無償でのサポートサービスとして実施されるか、又は、そのいずれとも明確に意識されずに契約が締結され、サービスが提供されている。上記事例のうち、まず、いずれとも明確に意識されずに契約が締結されているケースにおいては、本改正により、今後、明確な分類の必要性があるか、必要性があるとして、どのように分類すべきか（それぞれの対価額を算出し、規定し直す必要があるか、保守サービス部分を単純に無償として処理してしまうか）等、様々な疑問が生じ、ビジネスの現場に無用の混乱を生じさせる可能性がある。

次に、上記事例のうち、購入時の対価に含まれているケースにおいては、前払に該当すると思われるため、役務提供契約に関して成果完成型と履行割合型に分類した報酬支払方式の規定が置かれることにより、どのようなリスクが生じるのか（無効となったり、返還請求が多発したりするのか）、が不明であるため、ビジネスの現場に無用の混乱や萎縮効果を生じさせる可能性がある。

さらに、上記の例に加え、保守サービスに関しては、実際に提供した保守サービスの量等に拘わらず、年間サービスや各月サービス等、期間ごとの定額で、事前もしくは事後に報酬を請求するケースが存在する。このような場合、成果完成型と履行割合型に分類した報酬支払方式の規定との関係で、どのようなリスクが生じるのか（無効となったり、返還請求が多発したりするのか）、が不明確であるため、ビジネスの現場に無用の混乱や萎縮効果を生じさせる可能性がある。

よって、このような規定は設けるべきではない。仮に設けるとすれば、実務に混乱を来さないよう、その内容は実務の慣行に配慮した内容にされるべきであるし、要件効果等が具体的で予測可能な内容となるよう、吟味・検討されるべきである。また、例えば、当該規定を当事者の合意により自由に決定できる任意規定である旨を明確に定める等、ビジネスの現場に無用の混乱や萎縮効果を生じさせたり、ビジネスモデルに影響を及ぼさないよう、十分配慮すべきである。（ソフトウェア協）

- 委任契約でも同様の立法提案がなされているが、多種多様な役務提

供型契約の報酬類型について、成果完成型と履行割合型の二類型のみで対応できるとは思えない。(弁護士)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### (3) 報酬の支払時期

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、その報酬は後払が原則であるとする立場から、役務提供型契約の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型に分類して規律することを前提として、その支払時期は成果完成型においては成果完成後、履行割合型においては役務を提供した後（期間によって報酬を定めたときは期間経過後）であることを条文上明記する考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4, 4(2) [61頁]】

#### 【意見】

- 中間論点整理において提示された考え方に賛成する。(札幌弁)
- 役務提供型契約の報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型に分類して規律することを前提として、その支払時期は成果完成型においては成果完成後、履行割合型においては役務を提供した後（期間によって報酬を定めたときは期間経過後）であることを条文上明記することについて、賛成する。(愛知県弁)
- 原則として成果完成型の報酬支払形式の場合は仕事完成後、履行割合型は役務提供後、であることを条文上明記する考え方については特に反対はしない。(仙台弁)
- 役務提供型の無名契約については、成果完成型と履行割合型を観念することができ、それぞれについて報酬請求権の発生要件や支払時期が異なるのが合理的であるから、この区別を明記する方向で検討すべきである。(兵庫県弁)
- 役務提供型契約の報酬の支払時期を、成果完成型については成果完成後、履行割合型については役務提供後とすることを明文化することに賛成である。(大阪弁)
- 報酬の支払時期に関して、成果完成型と履行割合型に区別して明文化すべきである。(福岡弁)
- 報酬の支払方式として、いわゆる成果完成型と履行割合型の2類型を想定し、成果完成型は仕事完成後、履行割合型は役務提供を履行した後を、それぞれ報酬の支払時期として規定することに格別の異論はない。また、役務の全部又は一部が提供されなかった場合に前払された報酬から提供しなかった役務に対応する報酬を返還させることについても異論はない。役務提供型契約の内容は多様であるものの、概

括的に言えば、完成型と履行割合型を想定することが可能である。実務において紛争の一因となる報酬の支払い方式につき明文化することは明確化に資する。(日弁連消費者委有志)

- 役務の提供と報酬の支払を同時履行とすべきである。(法友全期)
- 成果完成型においては成果完成後、履行割合型においては役務を提供した後(期間によって報酬を定めたときは期間経過後)であることを条文上明記することに賛成。現行民法の委任も請負も雇用も後払いとなっていて、これに問題はないから、後払いを原則としたうえで、2つの態様に応じた規定をするのがわかりやすい。(堂島有志)
- 報酬の支払時期については、特に異論はない。

役務提供型契約における成果完成型の報酬方式と履行割合型の報酬支払時期を区分したものであるが、役務提供と代金支払を同時履行の関係にすることが困難であることから、役務提供型契約における支払時期を明確化することにより紛争の防止に資することから適当である。(司法書士)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 役務提供契約に関して、成果完成型と履行割合型に二分して報酬の支払方式に関する規定を設けること自体については、大きな反対はない。しかし、雇用及び雇用類似の契約類型は成果完成型ではないので、これらの契約類型に関して、成果完成型についての報酬支払方式を適用すべきではない。(日弁連)
- 準委任の新たな受皿規定が設けられる場合には、現行の報酬の支払方式などの実務に配慮した規定とすべきである。

証券会社等が提供するM&Aアドバイザー業務においては、役務の内容が個別事案ごとに異なり、また、契約時点で当事者が合意した役務提供内容が事後的に変更されることもあり、結果として、当初予定されたイグジットが実現するとは限らない。このため、報酬を請求することができる要件や前払時の報酬返還の要件を事後的に役務受領者(顧客)との間で確定することが可能となるよう、柔軟な制度設計をしていただきたい。(日証協)
- 報酬の支払方式について、成果完成型と履行割合型に分けて規定することについては、いずれに該当するか不明な場合もあるから、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 役務提供型契約の受け皿規定に反対する。仮に受け皿規定を設けるとしても、成果完成型と履行割合型とを分けて報酬の支払時期を区別すべきであるとの提案については、両者の差は相対的であり、いずれかに該当するかによって効果が大きく異なるとすることには疑問がある。(広島弁)
- 仕事の完成は少なくとも役務提供の履行の後と考えられるので、わ

ざわざ別個に規定する必要はない。(横浜弁)

- 役務提供型契約の規定を設けることを前提とした論点であるから、検討すべきでない。もし仮に民法上に規定を設けるのであれば、現行の準委任と同様、委任と同様の規定とすべきである。(親和会)
- 労務供給に関する報酬請求権については、労働契約、雇用契約、請負契約、委任契約、準委任契約その他の契約形態の如何にかかわらず、現行法制より権利内容を後退させるべきではない。

役務提供型契約には、①消費者契約のように、役務受領者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、②労働契約のように、役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり、それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ、消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは、役務受領者の立場を片面的に強化し、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。

この点、準委任に関する報酬の支払時期については、契約の形式や外形上で「成果完成型」の報酬支払い方式の契約に関して、成果完成後でなければ報酬請求権が発生しない旨を条文上明記した場合、労務受領者の支払拒絶が容易化される、という影響が危惧される。

今後の検討過程で、これらの危惧が具体化した場合においては、このような方向での法改正には賛成できない。(連合)

- ソフトウェアの販売契約等においては、それに付随してソフトウェアの保守サービス（操作指導サービス等のその他の付随的サービスを含む。以下同様）を提供する旨の契約が含まれる場合がしばしばある。このような場合、保守サービスの対価は、ソフトウェアの購入時の対価に含まれるか、若しくは、無償でのサポートサービスとして実施されるか、又は、そのいずれとも明確に意識されずに契約が締結され、サービスが提供されている。

上記事例のうち、まず、いずれとも明確に意識されずに契約が締結されているケースにおいては、本改正により、今後、明確な分類の必要性があるか、必要性があるとして、どのように分類すべきか（それぞれの対価額を算出し、規定し直す必要があるか、保守サービス部分を単純に無償として処理してしまうか）等、様々な疑問が生じ、ビジネスの現場に無用の混乱を生じさせる可能性がある。

次に、上記事例のうち、購入時の対価に含まれているケースにおいては、前払に該当すると思われるため、役務提供契約に関して成果完成型と履行割合型に分類した報酬支払方式の規定が置かれることにより、どのようなリスクが生じるのか（無効となったり、返還請求が多発したりするのか）、が不明であるため、ビジネスの現場に無用の混

乱や萎縮効果を生じさせる可能性がある。

さらに、上記の例に加え、保守サービスに関しては、実際に提供した保守サービスの量等に拘わらず、年間サービスや各月サービス等、期間ごとの定額で、事前もしくは事後に報酬を請求するケースが存在する。このような場合、成果完成型と履行割合型に分類した報酬支払方式の規定との関係で、どのようなリスクが生じるのか（無効となったり、返還請求が多発したりするのか）、が不明確であるため、ビジネスの現場に無用の混乱や萎縮効果を生じさせる可能性がある。

よって、このような規定は設けるべきではない。仮に設けるとすれば、実務に混乱を来さないよう、その内容は実務の慣行に配慮した内容にされるべきであるし、要件効果等が具体的で予測可能な内容となるよう、吟味・検討されるべきである。また、例えば、当該規定を当事者の合意により自由に決定できる任意規定である旨を明確に定める等、ビジネスの現場に無用の混乱や萎縮効果を生じさせたり、ビジネスモデルに影響を及ぼさないよう、十分配慮すべきである。（ソフトウェア協）

- 改定の必要があるとは思えない。（個人）
- 委任契約でも同様の立法提案がなされているが、多種多様な役務提供型契約の報酬類型について、成果完成型と履行割合型の二類型のみで対応できるとは思われない。（弁護士）
- 有償の役務提供型契約にあつては、実務上、報酬の後払のほか、着手金等の名目による前払金の支払がなされることがあるので、このような前払金の取扱いについても明定すべきではないか。（自動車リース連）

#### (4) 役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、その役務提供が途中で不可能になったにもかかわらず役務提供者が報酬を請求することができるのはどのような場合か、どの範囲で報酬を請求することができるかについて、現行法の下で役務提供者が得られる報酬請求権の内容を後退させるべきではないとの指摘があることにも留意しながら、更に検討してはどうか。

その場合の具体的な規定内容として、例えば、①履行不能の原因が役務受領者に生じた事由であるときは既に履行した役務の割合に応じた報酬を請求することができ、②その原因が役務受領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（ただし、役務受領者が任意解除権を行使することができる場合は、その場合に役務提供者が請求することができる損害賠償の額を考慮する。）を、それぞれ請求することができるとの考え方がある。このような考え

方の当否について、「役務受領者に生じた事由」や「義務違反」の具体的な内容、請負や委任など他の役務提供型典型契約に関する規律との整合性などに留意しながら、更に検討してはどうか。

また、判例は、請負について、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としているが、このような判例法理は成果完成型の支払方式を採る役務提供型契約についても同様に妥当すると考えられることから、これを条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

これらの規定と併せて、報酬が成果完成前（役務提供前）に支払われた後にその役務提供が途中で不可能になった場合の法律関係についての規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料17-2第4, 4(3) [61頁]】

#### 【第1段落及び第2段落についての意見】

- 役務提供の全部又は一部の履行が不可能になった場合に例外的に役務提供者が報酬請求しうる余地を認めることに賛成である。その際の要件及び認められる報酬の範囲について、中間的な論点整理で例示されている①、②の考え方に基本的に賛成である。ただし、「役務受領者に生じた事由」「役務受領者の義務違反」という要件については、その内容が不明確であるため、一義的で明確なもの（文言）とすべきである。（大阪弁）
- 現行民法第536条第2項における「責めに帰すべき事由」を、役務受領者の帰責事由の程度によって区分し、役務提供者の損害賠償請求権の範囲もそれに合わせて二段階に区分するという方向性については、異論はない。

しかし、損害賠償請求権の範囲を識別する上での要件となる、「役務受領者に生じた事由」及び「役務受領者の義務違反」については、現行民法第536条第2項における「責めに帰すべき事由」の範囲から「役務受領者の義務違反」とされる範囲を除外した残りの部分が「役務受領者に生じた事由」とされるのかどうか、不明である。「役務受領者に生じた事由」及び「役務受領者の義務違反」の適用範囲について明確化する必要があると考える。（法友会）
- 検討することに異論はなかったが、具体的な規定内容（第2段落）に関し、①「履行不能の原因が役務受領者に生じた事由であるとき」と、②「その原因が役務受領者の義務違反であるとき」との関係が不明確であるので、裁判において適用可能な基準となるよう、両者の関

係や文言を明確にすべきであるとの意見があった。(最高裁)

- 役務の提供が契約の途中で不能となった場合における報酬請求の可否、その額の決定方法及び報酬が役務提供前に支払われていた場合の処理に関する規定を設けることについては、今後慎重に検討すべきである。

契約の途中で役務の提供ができなくなった場合であっても、役務提供者からの報酬の全部又は一部が認められるときがあることは事実である。しかしながら、報酬が認められるか否か、認められるとした場合の額については、役務提供契約の内容、履行の状況、不能となった原因等によって決定されるものであり、内容の明文化に関しては、慎重な検討が必要である。また、雇用契約に関しては、民法 536 条 2 項がかなり広い範囲で認められており、この解釈を否定するような規定を設けるべきではないと考えられる。(日弁連)

- 規定を設けることに賛成である。ただし、その場合の具体的な規定内容について論点整理に示された考え方における、「注文者に生じた事由」と「注文者の義務違反」の関係が不明確であるため、この点を明確にすべきである。(横浜弁)
- 例えば、各国の金融機関が提供しているM&Aアドバイザリー業務については、それぞれの国における企業の国際競争力や事業展開の柔軟性等を高めることに大きく貢献しているが、今後の民法改正に伴う報酬等に関する新たな規律が、我が国におけるM&Aアドバイザリービジネスを阻害し、結果として我が国企業の競争力が海外企業に比して劣後するような状況が生じることは避けるべきである。したがって、少なくとも現行法の下で役務提供者が得られる報酬請求権の内容を後退させるべきではないとの指摘があることにも留意しながら検討を行っていただくことを強く支持するものである。(日証協)
- 役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権については、3 役務受領者の義務に関する規律で寄せた意見のとおり、役務の受領者について生じた事由によって生じたものとしてとらえ、成果完成型と履行割合型の役務提供契約に分け、成果完成型については、複数の判例法理とされている①既に行われた役務提供の成果が可分であり、②かつ、役務受領者が既履行部分について利益を有するときには契約を解除することはできず、報酬を請求することができることを明示するとともに、履行割合型については、役務提供を履行した割合に応じた報酬のみ請求できることを明示すべき。現行法の解釈及び成果完成型の複数の判例法理とされている考えを明示することにより紛争の防止に資することから適当だからである。(司法書士)
- 「委任者の義務違反」、「委任者に生じた事由」などの異同が不明確であり、文言を変更することで現行法との連続性が断絶されることを

回避する必要があるため、民法536条2項の規律を維持すべきである。(札幌弁)

- 役務提供が途中で不可能になった場合は、基本的には債務不履行、危険負担の現行法理、現行民法536条2項の規律に従い処理するのが妥当である。履行不能の原因が役務受領者に生じた事由であるときか役務受領者の義務違反であるかによって区別する考え方があるが、反対する。(東弁)
- 「役務受領者に生じた事由」の意味が不明確で「役務受領者の義務違反」との区別がつかないことから、役務提供の履行が不可能になった場合の報酬請求権についてこの両者を区別して規律する考え方に反対する。(一弁)
- 役務提供型契約の受け皿規定に反対する。仮に受け皿規定を設けるとしても、履行が不可能な場合の報酬請求権について規定を設けることには反対する。契約の途中で役務の提供が不可能になったとしても報酬が認められることはあり得るが、報酬の可否、その額の決定方法及び報酬が役務提供前に支払われていた場合の処理は、個別具体的な役務提供契約の内容の解釈によって決められるものであるから、報酬の内容を事前に類型的に定めることには反対する。(広島弁)
- 「役務受領者に生じた事由」と「役務受領者の義務違反」の区別は困難であり、また、解除と損害賠償によったほうが柔軟な解決が可能である。費用についても同様の処理が妥当である。したがって、履行不能の原因が「役務受領者に生じた事由」か「役務受領者の義務違反」であるかで報酬として請求できる範囲を分ける考え方については反対である。(仙台弁)
- 「役務受領者に生じた事由」と「役務受領者の義務違反」という概念により、報酬請求権の範囲を異にするという考え方については、区別が明瞭であるとはいえず、この方向で検討することには反対である。(兵庫弁)
- 役務提供者が役務の提供ができなくなった場合、「当事者の合意・合意の趣旨」、既に提供した部分の有益性などを勘案して、役務提供者は既に提供した部分に対応する報酬の支払いを求めることができることとすべきである。(役務受領者に生じた事由によって提供不能となった場合に限られない。)

役務の提供ができなくなった原因が役務受領者の責めに帰すべき事由による場合、役務提供者人は、報酬から仮に役務を全部提供したとすれば支出したであろう費用を控除した額の支払いを求めることができる。ただし、「当事者の合意・合意の趣旨」、当事者の業態・地位、契約締結に至る経緯、役務提供の状況、不能となった理由・時期などを勘案して相当と判断される範囲に限る。(福岡弁)

- 報酬請求権の有無と範囲については、さらに慎重に検討すべきである。

請負契約の判例法理を成果完成型の報酬支払方式を採る役務提供契約について明記するという考え方については、反対する。そもそも、報酬の支払方式を成果完成型と履行割合型とに分けて規律することに反対である。

報酬が成果完成前（役務提供前）に支払われた後にその役務提供が途中で不可能になった場合の法律関係についての規定を設けることについては、反対である。特約により報酬が成果完成前（役務提供前）に支払われた場合の法律関係についてまで、あえて明文規定を設ける必要性は乏しいと考えられる。（二弁）

- 費用償還請求について明文化することは反対で、解釈に委ねるべきである。

役務提供型契約に関する契約書や実務の運用では、通常、役務提供業者はかかる費用を考慮して報酬（代金）を設定し、別途費用としての請求をなすことはないし、仮にあったとしても極めて稀である。また、事業者が役務受領者に対し、予め、費用の具体的内容を説明することは考えがたい。かかる現状下でこのような規定を創設すると、役務提供者が役務受領者に対して、「費用」の名の下で過大な請求をなす事例が増加することが予想され、却って紛争を増大させる可能性が否定できない。明文化する意義はない。（日弁連消費者委有志）

- 役務提供型契約の規定を設けることを前提とした論点であるから、検討すべきでない。もし仮に民法上に規定を設けるのであれば、現行の準委任と同様、委任と同様の規定とすべきである。（親和会）
- 原則として、成果完成型の役務提供型契約は報酬を請求できないこと、履行割合型の報酬支払方式を採るものであるときは役務提供を履行した割合に応じてのみ報酬を請求できることを明記すべきである。

役務提供者が例外的に報酬等を請求できる場合があるか否かは、具体的事案における解決に委ねるべきであり、明文化するべきではない。役務提供の全部又は一部の履行が不可能になったとしても、事情によっては、例外的に役務提供者に報酬請求権を認めるべき場合があることは否定しない。しかし、具体的にどのような場合に例外を認めるかを予め規定することは困難である。仮に規定するとしても、その要件は抽象的にならざるを得ないが、「受領者に生じた事由」「受領者の義務違反」という要件とした場合、前者は、その内容が不明確と言わざるを得ないし、後者は、そもそも、役務受領者の義務に関する規律は慎重に検討すべきものであることから、要件として不適切である。むしろ、消費者契約たる役務提供契約において、事業者が、かかる規定の存在を根拠として金銭請求をなすことの弊害が懸念される。（日弁

連消費者委有志)

- 成果完成型の役務提供契約については、役務提供者に帰責性がある場合、および双方に帰責性がない場合には、原則として報酬請求権は請求できない。ただ、既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、役務受領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、既履行部分について報酬を請求することができることとすべきである。役務受領者に帰責性がある場合には、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、請求できることとすべきである。

履行割合型の役務提供契約については、帰責性を問わず、履行の割合に応じて報酬を請求しうる。(堂島有志)

- 労務供給に関する報酬請求権については、労働契約、雇用契約、請負契約、委任契約、準委任契約その他の契約形態の如何にかかわらず、現行法制より権利内容を後退させるべきではない。

役務提供型契約には、①消費者契約のように、役務受領者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、②労働契約のように、役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり、それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ、消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは、役務受領者の立場を片面的に強化し、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。

就労者が自ら有償で労務を供給する契約の中には、準委任に該当するものが少なくない。個人が有償で自ら労務を供給する契約であって準委任に該当する契約の場合、労務供給先に帰責事由があり事務処理が不可能となった場合には、民法 536 条 2 項の危険負担の規定により、就労者は反対給付たる報酬請求権を失わないと解されている。

準委任の場合、委任の報酬に関する規定を準用する。この点、従来の「委任者の責めに帰すべき事由」と「中間的な論点整理」に記載の「委任者に生じた事由」と「委任者の義務違反」の違いは明確ではないが、個人が有償で自ら労務を供給する契約に関して、「委任者の義務違反」でなければ、労務供給先が仕事の完成前に仕事を打ち切っても、既に履行した役務提供の割合に応じた報酬の支払をすればよいこととなる。

これは、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の権利を後退させるものであり、このような方向での法改正には賛成できない。(連合)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### 【第3段落についての意見】

- 仕事の完成が不可能になった場合でも、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とする部分を明示することに賛成する。(札幌弁)
- 履行割合型の報酬支払方式を採る場合には原則どおりとし、成果完成型の報酬支払方式を採る場合、既履行部分が可分であり、かつ、役務受領者が既履行部分の給付を受けることに利益を有する場合には、既履行部分について役務提供者は報酬を請求することができるものとするのが妥当と考えられる。なお、請負契約及び委任契約に関する規律と整合性のある規律とすべきである。(愛知県弁)
- 請負における判例法理を成果完成型の役務提供型契約について条文中明記することについては、特に反対はしない。(仙台弁)
- 役務受領者の責に帰すべき事由以外の原因で成果の完成が不可能となった場合で、既履行部分の成果が可分で、かつ、役務受領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に、役務提供者に既履行部分の報酬請求権を認めることは賛成である。(大阪弁)
- 判例を明文化するものであり、賛成である。(横浜弁)
- 成果完成型契約において、①既に行った役務提供の成果が可分であり、②かつ、既履行部分について役務受領者が利益を有するときは、役務受領者は既履行部分については契約を解除することができず、報酬を請求することができることを規定すべきである。(日弁連消費者委有志)
- 請負契約における一部解除の判例法理を、成果完成型の役務提供に対する一般的な規律として普遍化するという考え方に立てば、成果完成型の役務提供が途中で終了した場合の既履行部分の成果についても、それが可分でありかつ既履行部分について役務受領者が利益を有するときは、役務提供者が当該履行部分の報酬を請求できるという考え方も成り立つ点は否定しない。ただし、成果完成型の役務提供の中には、広汎な取引類型が含まれることを考えると、工事請負に限らず、他の取引類型に対しても適用可能な判断基準（例えば、可分とされる部分が契約の本旨に沿って正当に履行されたかどうかを基準に報酬請求権の有無を判断する等）を示す必要があると考える。(法友会)
- 成果完成型において既に処理された部分が可分である場合に、既に履行した部分について報酬請求できる旨の規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 請負に関する判例法理は、成果完成型の役務提供契約についても妥当なものと考えられるので、これを明記すべきである。(兵庫県弁)

- 従来の危険負担の考え方に従って処理することが合理的である。  
(法友全期)
- 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場合の報酬請求権について、判例があるからとの理由で法文化する際は、当該判例の射程に留意し、その射程を超えた一般化や異なる契約類型にまで拡大適用することがない様に留意して頂きたい。(貿易会)
- 引用されている判例は不動産工事の請負契約に関するものであり、これを役務提供型契約一般に妥当する規律と理解するのはかなり無理があると思われる。(弁護士)

#### 【第4段落についての意見】

- 報酬が成果完成前（役務提供前）に支払われた後に途中で不可能になった場合の清算の規定を設けることについては、特に反対はしない。  
(仙台弁)
- 報酬が成果完成前（役務提供前）に支払われた後にその役務提供が途中で不可能になった場合の法律関係についての規定を設ける方向で検討すべきである。実務的には役務提供契約については報酬前払いの場合が多く、報酬前払いの場合の規律を設けることは、実益がある。  
(兵庫県弁)
- 報酬が前払いの場合に、中間論点整理の第3段落までと同様の考え方のもとで前払報酬の清算ないし役務提供者が不足する報酬を請求する旨の規定を設けることに賛成である。(大阪弁)

## 5 任意解除権に関する規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務受領者による任意解除権を認めるかどうかについて、役務受領者を長期間にわたり役務提供型契約に拘束することの妥当性、任意解除権の理論的な根拠、役務提供者が不測の損害を受けるおそれ、役務提供者が弱い立場にある場合の役務受領者による優越的地位を利用した解除権濫用のおそれなどにも留意しながら、更に検討してはどうか。

また、役務提供者による任意解除権を認めるかどうかについても、役務提供者を長期間役務提供に拘束することの妥当性などに留意しながら、更に検討してはどうか。

任意解除権を認める場合には、これを行行使した者の損害賠償義務の存否及び範囲について、注文者による請負の任意解除（前記第48、6）などとの整合性にも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4、5 [65頁]】

### 【役務受領者による任意解除権についての意見】

- 役務が不要となった場合に受領を強制するのは酷であり、役務提供者の不利益は損害賠償でカバーできることから、受領者からの任意解除を広く認める方向に賛成する。雇用契約類似の場合については、雇用概念での調整を検討すべきである。(札幌弁)
- 役務受領者からの任意解除権に関する規定を設けることについてこれを全面的に否定する意見は少ない。任意解除権の行使要件、行使した場合の賠償範囲に関する規定の内容については、慎重に検討すべきである。雇用契約及びこれに類似する契約において役務受領者による任意解除権の行使を認めるべきではなく、それ以外の役務提供契約においても任意解除権の行使が認められない場合があること、任意解除権を行使した場合に相手方当事者が被る損害のどの範囲を賠償の対象とすべきかについても契約類型や任意解除権を行使するに至った経緯等によって決まるものであることから、任意解除権の行使要件、行使した場合の賠償範囲については、慎重に検討すべきである。(日弁連)
- 役務受領者の任意解除権及びそれに伴う損害賠償について、指摘される点（特に、役務提供者が不測の損害を受けるおそれ、役務提供者が弱い立場にある場合の役務受領者による優越的地位を利用した解除権濫用のおそれ等）や請負における注文者の任意解除との整合性に留意しつつ、一定の制約の下で認める方向でさらに検討すべきである。(東弁)
- 役務受領者の任意解除権を認めることに賛成する。役務受領者の任意解除権については、委任及び請負の場合と異なる取扱いをする合理的理由がない。(愛知県弁)
- 仮に受け皿規定を設ける場合には、役務受領者からの任意解除権の規定を設けることに反対しないが、その内容については慎重に検討すべきである。雇用契約ないしこれに類する役務提供契約においては認めるべきではないし、それ以外の契約類型においても任意解除権の行使要件や行使した場合の損害賠償の範囲など、検討すべき課題が多いと考えられるからである。(広島弁)
- 任意解除権を設けることには賛成である。  
任意解除の場合の損害賠償請求権を規定することには賛成であるが、その範囲についてまで条文上明記することは反対である。(仙台弁)
- 役務受領者による任意解除権は、役務受領者に不要となったサービスの受領を強要しないため必要であり、需要に応じないサービスの提供は社会経済的にも無駄であるので、設ける方向で検討すべきである。任意解除権行使の場合の損害賠償義務についても、委任、請負との整合性に留意しつつ、更に検討すべきである。(兵庫県弁)
- 役務受領者に役務提供を受ける必要がなくなった場合にも契約を存続

させ、役務の受領を強制するのは不合理であるから、原則として役務受領者に任意解除権を認めるべきである。しかし、労働者保護の要請が働く雇用及び雇用類似の契約類型の場合には、役務受領者たる使用者にとって不要となったというだけで任意解除できるとしたのでは、役務提供者たる労働者の権利が著しく害されることになる。また、役務提供をすることが役務提供者にとって特別の利益となる場合も同様に役務受領者による自由な解除を認めると役務提供者の利益が著しく害されることになる。

任意解除権が行使された場合に行使者が相手方に生じた損害の賠償をする必要があるとの規定を置くことに異論はないが、損害賠償請求権の要件及び範囲については、規定はおかず、損害賠償の一般規定に委ね、事案に応じた解釈を図るべきである。(大阪弁)

- 役務受領者に任意解除権を認めることについては賛成である。役務受領者に対して、役務受領者が望まない役務の提供から解放される手段を与えるべきである。

損害賠償については、委任の場合と同様に処理すべきである。(横浜弁)

- 仮に、新たな典型契約を設けるとした場合に、役務受領者の任意解除権を認める方向で検討することに賛成である。役務受領者が役務を不要とする場合にも、契約を解除できないとすると、硬直的に過ぎるものと思われる。ただし、役務提供者の利益の保護の観点から、要件や損害賠償義務についてどのように定めるか、慎重に検討すべきである。

仮に任意解除権を認める場合には、任意解除権を認める場合には、損害賠償義務の存否・範囲について、任意解除権の要件を踏まえ、慎重に検討すべきである。(二弁)

- 少なくとも、継続的な役務提供契約については、役務受領者からの任意解除権を認めるべきである。その場合、任意解除権の行使につきこれを制限する必要はない。

役務受領者が任意解除権を行使した場合、役務提供者が被った損害を填補するための規定をおく必要はない。(日弁連消費者委有志)

- 役務受領者の任意解除権を認めることに賛成。役務受領者にとって、役務の提供が不要になった時に、その後も提供未了の部分について強制的に役務の受領を強制づけるのは無意味であり、役務提供者にとっても、一定の報酬や損害が填補されれば、必要な保護は図られているということが出来るからである。

任意解除した場合の損害賠償については、成果完成型の場合には、約定報酬額から免れた費用を控除した額、履行割合型の場合には、既に行った役務の割合に応じた報酬及びこれに含まれない費用に加え、役務提供者において、役務及び提供者の属性を勘案し、同じ役務を他に転用す

るまでに通常必要と見込まれる期間に応じた報酬相当額を賠償請求できることにすべきである。(堂島有志)

- 役務受領者の任意解除権及び役務提供者の任意解除権を設けることに、特に異論はない。中途解約をめぐる問題が多発していることを考え、任意解除権の規定を設ける必要性は高い。

相手方の突然の任意解除により蒙るかもしれない不利益を回避するために、期間を定めた場合や期間の定めのない場合を考慮に入れ、解約告知や申入れ等を規定し、中途解約をめぐる指針となる規定を設けてはどうか。

また、役務提供者が自ら有償で役務を提供する個人のように弱い立場にある場合は、役務受領者の任意解除権を制限しないと様々な不合理な結果を招くおそれがあると考え、そのことを明示するかどうかの具体的議論をすべきではないか。(司法書士)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- サービス契約には様々なものがあり、任意解除権を認める根拠や役務提供者・役務受領者の利益の配慮、認められる契約の類型等について、サービス契約の実態に合わせるため、立法に当たっては一層の検討が必要である。(産業組織課)
- 準委任の新たな受皿規定が設けられる場合には、一定の条件を定めた上で役務提供者による任意解除権を認めるべきである。(日証協)
- 役務提供契約は、診療契約や教育サービス等当事者の信頼関係を基礎としている準委任契約に基礎を置くものも含まれることから、役務受領者の協力義務違反等の債務不履行があるかの判断が微妙な場合でも、役務提供者が契約を継続し難い場合には、現行民法第 651 条同様、役務提供者からも解除できる規定を設けておく必要がある。(法友会)
- 役務提供契約が手段債務である場合に、報酬支払方法が成果完成型であるからといって、結果債務である請負契約と同様に、一律に「約定報酬から解除によって支出を免れた費用を控除した額」としてよいかという視点を今後の検討の際に考慮してほしい。不動産流動化取引におけるアセットマネジャーの業務のうち、物件売却業務は、売却の実現を約するわけではないから手段債務であるが、売却時の成功報酬は成果完成型報酬と整理されると思われる。かかる物件売却業務において、アセットマネジャーは業務委託者に対し助言したり、投資判断の意思決定を行うに留まり、直接買主との交渉を行わない場合も多い。この場合、新しい準委任の定義に該当しない。そうすると、やむを得ない事由がある場合の解除やアセットマネジャーに不利な時期以外の解除の場合(例えば、アセットマネジャーが未だ物件売却活動を開始していない場合)にも、アセットマネジャーは、常に上記範囲で損害賠償請求可能になり、委任及び準委任における任意解除の場合とのバランスを失うと思われる

(弁護士)。

- 役務提供型契約の規定を設けることを前提とした論点であるから、検討すべきでない。もし仮に民法上に規定を設けるのであれば、現行の準委任と同様、委任と同様の規定とすべきである。(親和会)
- 役務提供契約を委任、準委任や請負と区別された、単純な役務の提供に対する報酬を支払う契約という1つの典型契約とすると、むしろ役務の売買に近いので、任意解除権を規定する必要はないと考える。もっとも、役務提供契約をどのように定義し規定するかにより結論が異なり得るので、整合性も含めて慎重に検討すべきである。(法友全期)
- 役務受領者の任意解除権を認めるべきか否かは、具体的な契約類型によっても様々であり、一律に決して良い問題ではない。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### 【役務提供者の任意解除権についての意見】

- 役務提供者に長期間にわたり役務提供をさせることが妥当と言えない場合や役務受領者が役務を受領しない場合などには、役務提供者を契約から解放する必要が認められることから、役務提供者の任意解除権を認めるべきである。しかし、役務提供者の任意解除権を無制限に認めると役務受領者の期待や利益を害することが考えられることから、役務提供者に無制限の任意解除権を認めるのは妥当ではなく、いかなる範囲で任意解除権を認めるのか、認める際の要件をどうするかについては役務提供者の利益と役務受領者の利益の調整を図るなど慎重に検討する必要がある。

任意解除権が行使された場合に行使者が相手方に生じた損害の賠償をする必要があるとの規定を置くことに異論はないが、損害賠償請求権の要件及び範囲については、規定はおかず、損害賠償の一般規定に委ね、事案に応じた解釈を図るべきである。(大阪弁)

- 役務提供者も役務受領者も、任意解除権を有する。

しかし、「当事者の合意・合意の趣旨」から判断してこれと異なる合意をしたと認められる場合は、任意解除権の行使ができず、又は任意解除権の行使が認められても相手方当事者が被る損害を賠償しなければならない。ただし、これらの場合であっても、やむをえない事由があるときは無条件で解除権を行使することができる。

賠償の範囲については、「当事者の合意・合意の趣旨」、当事者の業態・地位、契約締結に至る経緯、役務提供の進捗状況、解除となった理由・時期などを勘案して相当と判断される範囲に限る。(福岡弁)

- 役務提供者による任意解除権について、有償役務提供契約については、役務提供者は、やむを得ない事由がある時には、任意解除権を認め、無償役務提供者については、こうした制限のない任意解除権を認めるべき

である。また、損害賠償については、無償役務提供契約について、解除が役務受領者の不利な時期になされ、かつ、その解除が当事者の信義に反すると認められるときは、役務提供者は、契約の解除によって役務受領者に生じた損害を賠償しなければならない等の損害賠償について一定の限定を付した規定を設けるべきである。(堂島有志)

- 役務提供型契約に関する規定を設ける場合について、役務提供者側からの契約の解除について、期間の定めがない継続的な役務提供契約では、当該契約から役務提供者を解放するというニーズを適切に規律する必要がある。

期間の定めのない契約であっても、当事者を永続的に拘束するのは妥当ではないことから、やむを得ない事由がある場合に加え、相当の告知期間を置くことによっても、役務提供者から契約の解除をすることができるとすべきである。役務提供者からの任意解除権については、個人に限定するという意見があるが、長期拘束が妥当でない場合は個人に限られないという意見もある。(全銀協)

- 役務受領者（顧客）が反社会的勢力である場合などは、直ちに口座解約などの手続きを取る必要があることから、役務提供者にも任意解除権が認められる余地が設けられるべきと考えられる。また、反社会的勢力であると明確に認識できない場合であっても、重大な経済犯罪を犯した者等については、金融機関の業務の特殊性を考慮し、口座解約（役務提供契約の任意解除権の行使）ができる余地を認めるべきである。(日証協)
- 昨今のオンラインサービス契約や情報提供契約等、企業が主として一般消費者に対して提供しているようなものも含め幅広く役務提供契約の規定が適用され得るとすると、役務提供者に任意解除権を原則として認めないこととするのは、役務提供者に経済的に合理性のない過大な義務をも課すことにつながり得るものであり、役務提供者から任意に解除できる規定を設けておくべきと考える。(法友会)
- 例えばパッケージソフトウェアの販売において、パッケージソフトの販売者は、ユーザーに対し、使用許諾契約書等において、定期的なバージョンアップの提供を約束するケースがある。そのようなケースにおいて、例えば、当該パッケージソフトの開発に使用した開発言語のサポート終了や、パッケージソフトで利用している他社のソフトウェアベンダーのソフトウェアのサポート終了等により、その後のバージョンアップの継続が困難となるケースや、採算が合わないといった理由から、定期的なバージョンアップが行えなくなるといったケースも想定される。そのような場合に、役務提供者として任意解除権が認められないとすると、パッケージソフトウェアの開発・販売業者に対し、受け入れがたい責任を負わせることとなり、ひいては、ソフトウェアビジネスへの参入の萎

縮等、マイナスの影響を与える結果となりかねない。

また、例えばクラウド等でサービスを提供する場合を念頭におくと、多数の役務受領者に提供することを想定したサービス等のように、一旦開始してみなければ利用者（役務受領者）の数や採算性が必ずしも明らかではない事業の場合、不採算の場合においても役務提供者からの任意解除権を一切認めないとすると、事業開始のハードルが高くなってしまふ。このように事業開始のハードルをいたずらに上げることは、ベンチャースピリットに水をさす結果になり、新しい産業の変化にブレーキを掛けるのではないかと危惧される。また、新聞や雑誌の定期購読のような物販の場合と、クラウド等で提供される有償情報サービスの場合とを比較すると、前者の場合、提供を停止するには単に廃刊とし、定期購読者に受領済み代金を返金することで足りるのに対して、後者の場合には一切任意解除ができないとすると、無体物の提供サービスの場合に、極めて不利な扱いとなる。また、クラウドサービスの提供においては、システムのバージョンアップにより、現行バージョンでサポート終了とする場合（あるいはバグへの対応等を行わない場合）、任意解除権との関係で問題が生じることが危惧される。

さらに、クラウドサービス等の利用規定における任意解除規定は、サービス提供者側の解除の合理的必要性のみならず、ユーザーに対して一定期間の事前通知（3ヶ月前の通知等）を行う等、ユーザーに対する可及的な配慮がなされている場合が多い。

また、ユーザー側の協力義務が民法上規定されていないため、ユーザー側の適切な協力がなされていない場合に、クラウドサービス等の提供者側が契約を解除できるのか、必ずしも明確でない。

また、クラウドサービス等の提供でなく、例えばパッケージソフトウェアの販売においても、パッケージソフトの販売者は、ユーザーに対し、使用許諾契約書等において、定期的なバージョンアップの提供を約束するケースがある。そのようなケースにおいて、例えば、当該パッケージソフトの開発に使用した開発言語のサポート終了や、パッケージソフトで利用している他社のソフトウェアベンダーのソフトウェアのサポート終了等により、その後のバージョンアップの継続が困難となるケースや、採算が合わないといった理由から、定期的なバージョンアップが行えなくなるといったケースも想定される。そのような場合に、有償役務提供者として任意解除権が認められないとすると、パッケージソフトウェアの開発・販売業者に対し、受け入れがたい責任を負わせることとなり、ひいては、ソフトウェアビジネスへの参入の萎縮等、マイナスの影響を与える結果となりかねない。

以上より、有償役務提供者における任意解除権については、個々のビジネスモデルごとに各当事者間でそれぞれ規定されるべきものであって、

民法典自体に画一的な規定を設けるべきではなく、仮に設けるとしても、役務提供者からの任意解除権をまったく認めない甲案は実務的観点から現実的ではない。仮に、「やむを得ない事由がある場合」等の解除要件を設けるとしても、当該要件はビジネス実態に則して可及的に明確化がなされるべきであり、例えば、多数の役務受領者に提供することを想定したクラウド・SaaS サービス等において、役務受領者数がごく少数となり、役務提供者にとって事業の採算性が悪化した場合等の事業の採算性に関する事由、事前通知がなされたかどうか、及び、ユーザー側の適切な協力の欠如、信用力の低下、不誠実行為等も解除事由に含まれるべきと考える。(ソフトウェア協)

- 役務受領者の任意解除権及び役務提供者の任意解除権を設けることに、特に異論はない。中途解約をめぐる問題が多発していることを考え、任意解除権の規定を設ける必要性は高い。

相手方の突然の任意解除により蒙るかもしれない不利益を回避するために、期間を定めた場合や期間の定めのない場合を考慮に入れ、解約告知や申入れ等を規定し、中途解約をめぐる指針となる規定を設けてはどうか。(司法書士)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- サービス契約には様々なものがあり、任意解除権を認める根拠や役務提供者・役務受領者の利益の配慮、認められる契約の類型等について、サービス契約の実態に合わせるため、立法に当たっては一層の検討が必要である。(産業組織課)
- 役務提供者からの任意解除権に関する規定を設けることについては、反対する意見が多い。(日弁連)
- 役務提供者の任意解除権は、原則として請負と同等の規律とするのが妥当であり、認めないことに賛成する。ただし、期間の定めがない継続的役務提供契約については、判例上、原則として任意解除権が認められており、任意解除権を認めるのが妥当である。(愛知県弁)
- 仮に受け皿規定を設ける場合に、役務提供者からの任意解除権の規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。役務提供者は本来役務提供義務を負っているため、義務者についてどのような場合に任意解除権を与えるかを慎重に判断する必要があるからである。(広島弁)
- 役務提供者の解除権は、やむを得ない事由がある場合に限るべきである。

任意解除の場合の損害賠償請求権を規定することには賛成であるが、その範囲についてまで条文上明記することは反対である。(仙台弁)

- 役務提供者による任意解除権については、現代社会では役務提供者は圧倒的に事業者が多いところ、任意解除が認められるとなれば、一方的なサービスの打ち切りが許容されることになりかねず、消極的に解する

べきである。(兵庫県弁)

- 役務提供者の任意解除権についても、一定の範囲で認める方向で検討すべきである。役務提供者の任意解除権についても、長期間にわたる契約などでは役務提供者が契約を離脱する必要が生ずることがあるし、また、定型化・標準化されない特殊・個別的な有用性の確保のために複雑な権利関係を構築して提供するようなサービスでは、役務提供者の任意解除権を認めざるを得ないものもあると考えられる。

仮に任意解除権を認める場合には、任意解除権を認める場合には、損害賠償義務の存否・範囲について、任意解除権の要件を踏まえ、慎重に検討すべきである。(二弁)

- 役務提供者からの任意解除権を認めるのは、いわゆる無償の役務提供型契約に限るべきであり、有償役務提供型契約については「やむを得ない」場合にのみ任意解除権を認めるべきである。(日弁連消費者委有志)
- 有償役務提供者による任意解除権を認めることになるとすれば、疑問がある。この場合、必要であれば、特約を付ければよいのであり、任意規定としてこのようなものを設ける必要はない。(北海学園大民研)
- 役務提供型契約の規定を設けることを前提とした論点であるから、検討すべきでない。もし仮に民法上に規定を設けるのであれば、現行の準委任と同様、委任と同様の規定とすべきである。(親和会)
- 役務提供契約を委任、準委任や請負と区別された、単純な役務の提供に対する報酬を支払う契約という1つの典型契約とすると、むしろ役務の売買に近いので、任意解除権を規定する必要はないと考える。もっとも、役務提供契約をどのように定義し規定するかにより結論が異なり得るので、整合性も含めて慎重に検討すべきである。(法友全期)
- 実務上、役務提供者による役務提供の継続が不可欠の要素となっている契約類型もあり(ホームページを維持するためのサーバー供給契約などを想起されたし)、民法で役務提供者の任意解除権を認めることは、そのような事業における致命的な信用低下をもたらすおそれもある。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 6 役務受領者について破産手続が開始した場合の規律

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、役務受領者について破産手続開始決定がされたときは役務提供者は契約を解除することができる旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第4, 6 [68頁]】

### 【意見】

- 役務受領者について破産手続開始決定がされたときは、役務提供者は契約を解除することができる旨の規定を設けることについて、賛成する。(愛知県弁)
- 破産の場合に契約関係を当然終了させる必然性はないが、離脱を認める必要性はあるので、中間論点整理において示された考え方に賛成である。(兵庫県弁)
- 役務受領者に破産開始決定があった場合、役務提供者に契約解除権を認めることに賛成である。なお、契約解除された場合は、履行の割合に応じた報酬及びその中に含まれていない費用について破産財団の配当加入、損害賠償の請求が認められるべきである。(仙台弁)
- 役務受領者について破産手続が開始した場合には、役務提供者は不安定な地位に置かれることになるため、このような不安定な状態から解放されるための方途を与えるのが妥当であるから、役務提供者に解除権を認めることに賛成である。

解除権行使の効果として、①役務提供者からの解除の場合は、既に行った役務提供の割合に応じた報酬およびその中に含まれていない費用について、②破産管財人からの解除の場合は、これに加えて解除による損害賠償について、破産債権として破産財団に加入できるとすることに異論はない。(大阪弁)
- 先履行義務を負う役務提供者を不安定な地位から解放させるために、解除権は必要である。(横浜弁)
- 仮に、新たな典型契約を設けるとした場合に、役務受領者について破産手続開始決定がされたときは役務提供者が契約を解除することができる旨の規定を設けることに賛成である。役務受領者について破産手続開始決定がされた場合にも役務提供者が契約に拘束されるとすると、役務提供者の利益が害される可能性が高いため、解除権を認めることには賛成できる。ただし、請負、委任、準委任契約における規律との整合性を図る必要がある。(二弁)
- 未履行の場合の解除を認める方向で検討すべきである。請負（631条1項）の場合と同じく、報酬を受けられないにもかかわらず役務の提供を強いられた状態におかれる役務提供者を救済する必要があるから。(法友全期)
- 役務受領者について破産手続が開始した場合には、役務提供者を不安定な地位から開放するための方途を与える必要があるため、請負契約と同様に、役務提供者からの解除権行使を認めるべきである。

役務提供者による解除権行使の効果が問題となるが、①請負契約において、既にした仕事の報酬等について破産財団の配当に加入することができることとされており、類似の契約である成果完成型役務提供契約におい

ても、同様の保護を認める必要性があること、②履行割合型役務提供契約については、既にした役務提供の履行の割合に応じた報酬等を破産債権と考えるのが自然であること、③破産管財人が双方未履行双務契約を解除した場合（破産法 53 条）には、相手方が破産債権者として損害賠償請求権を行使することができる（破産法 54 条 1 項）ことや請負契約においても同種の規定が存する（民法 642 条 1 項、2 項）おり、かかる考え方は役務提供型契約一般に妥当すると考えられることから、それぞれの場合に、破産債権として破産財団に加入できると定めるべきである。（日弁連消費者委有志）

- 役務受領者について破産手続が開始した場合は、役務提供者は契約を解除することができるとの考え方に賛成。役務提供者は、自らが役務の提供を完了しない限り報酬請求ができないところ、提供の途中で、役務受領者に破産手続開始決定が出された場合、役務提供者自らが解除を選択して、不安定な地位から離脱することを認めるべき。（堂島有志）
- 役務受領者についての破産手続が開始した場合の規律を設けることに、特に異論はない。有償役務提供契約においては、役務の提供をしなければ、それに対する報酬を請求することができないことから、先履行義務を負う役務提供者の不安定な地位から解放するのは、適当である。（司法書士）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 役務提供契約の役務受領者に対して破産手続が開始した場合の解除権について、役務提供者による解除権の行使が否定される類型があることを念頭に置きつつ、今後検討すべきである。  
不安定な地位にある役務提供者を救済するために解除権は認めるべきであるという意見が多数である。しかし、例えば、役務の成果物の引渡しのみとなっているような例外的な場合には解除権を付与する必要はないと思われ、今後検討すべきである。（日弁連）
- 委任に関する民法第 6 5 3 条第 2 号については見直しが見直しが提案されており（上記第 4 9 4（3）「破産手続開始による委任の終了」）、これと平仄を合わせる形で規定されるべきである。（東弁）
- 役務提供型契約の受け皿規定に反対する。仮に受け皿規定を設けるとして、役務受領者について破産手続が開始した場合の解除権について、さらに検討すべきである。不安定な地位にある役務提供者を救済するために解除権を認める考えは理解できるが、例えば、役務の成果物の引渡しのみとなっているような例外的場合には解除権を付与する必要はないと思われ、今後さらに検討する必要があるからである。（広島弁）
- 新たな役務提供型類型の破産手続開始決定の場合も破産法 5 3 条の規律によるべきであり、民法での明文化は不要である。（札幌弁）
- 委任契約の当事者に対して破産手続開始決定がなされた場合に、契約

が終了するのは、この契約が当事者間に信頼関係に基づいているためであるが、役務提供契約に関しては、常にこのような信頼関係ありとはいえないであろう。そうすると、破産による当然終了という規定は設けるべきではなく、破産法 53 条により解除するか否かによって決めるべきである。(福岡弁)

- 役務提供型契約の規定を設けることを前提とした論点であるから、検討すべきでない。もし仮に民法上に規定を設けるのであれば、現行の準委任と同様、委任と同様の規定とすべきである。(親和会)
- 役務受領者に破産手続開始の決定があったときの取扱いは、破産法の解釈・適用に委ねれば足り、破産手続でも問題にされない役務受領者の生活に必要な契約の解除権を、役務受領者の破産という一事のみから認めることは、破産者に対する不当な差別ないし迫害であり、日本国憲法第 14 条、第 29 条に違反する。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 7 その他の規定の要否

準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、準委任に準用されている委任の規定のうち、前記 2 から 6 までにおいて取り上げた事項以外の事項に関するもの、特に、受任者の報告義務に関する民法第 645 条や解除の効力に関する同法第 652 条と同様の規定を、役務提供型契約に関する規定として設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料 17-2 第 4, 7 [70 頁]】

### 【意見】

- 受任者の報告義務に関する民法第 645 条や解除の効力に関する同法第 652 条と同様の規定を設けることについて、賛成する。それらの規定は役務提供契約の場合においても妥当性を有すると考えられる。それ以外の規定は、役務提供契約一般には必ずしも妥当しない。(愛知県弁)
- 準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設けるとした場合に、受任者の報告義務に関する民法第 645 条と同様の規定を設けることに賛成する。医療契約については、患者は医療行為に強い利害関係を持ち、医療行為の適切性を判断する必要があるから、報告義務を定める必要がある。ただし、単純な事務を委託するに過ぎない役務提供型契約について同様に考えるべきかは検討を要する。(一弁)
- 仮に、新たな典型契約を設けるとした場合に、民法第 645 条や第 652 条と同様の規定を、役務提供型契約に関する規定として設けることには賛成である。役務提供契約においても、委任・準委任と同様に解除

の将来効や役務提供者の報告義務を認めるべきものと考えられる。(二弁)

- 報告義務については、委任と同様の規定を設け、解除の遡及効については、手段債務を内容とする場合は原則として遡及効なしとすべきである。(堂島有志)
- 報告義務については、役務提供型契約に普遍的なものと考えられるので明記すべきである。解除の不遡及についての規定は、委任類似の契約についてはともかく、請負類似の契約については、妥当性を欠く。(兵庫県弁)
- 少なくとも、現行民法 645 条(委任事務の状況等についての受任者の報告義務)及び同法 652 条(解除に非遡及効)と類似の規定をおくべきである。ただし、委任規定の準用でも差し支えない。(日弁連消費者委有志)
- 民法 645 条(受任者の報告)及び同法 652 条(委任の解除の効力)に関し、同様の規定を設けるか、準用すべきではないか。  
近年、契約の勧誘・契約締結段階で説明義務が重視されており、役務提供契約についても、役務提供者に裁量のあるサービスもあり、紛争防止という点でサービスの状況、経過や結果につき説明することは重要である。また、役務提供契約の継続的性質からして、解除に伴う遡及効による現状回復義務になじむものではなく、委任、雇用においても定められている。(司法書士)
- 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定の中に、民法第 650 条も含めるべきである。(大学教員)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 役務提供契約に関する委任契約の規定が準用されることにはほとんど異論がないが、その旨の明文の規定まで設けるべきか否かについては今後検討を要する。(日弁連)
- 原則として現行法の枠組みを維持し、準委任にかわる典型契約の 1 つに位置づけるべきとの方向性からは、可能な限り、従来準用されてきた委任契約に関する規定と同様の規定を設けるべきである。(仙台弁)
- 役務提供型契約の受皿規定に反対する。仮に受皿規定を設けるとして、委任契約の準用が認められるか否かは、個別具体的な役務提供契約の解釈によって決められるものだから、準用規定を設けるか否かについては、さらに検討すべきである。(広島弁)
- 準委任に関する規定のうち役務提供型契約にも準用されるべき規定を明文化すべきである。(福岡弁)
- 更に検討すべきである。(横浜弁)
- 委任と同様の規定は不要である。(札幌弁)
- 民法第 645 条、同法第 652 条と同様の規定を役務提供型契約に設

ける必要はない。新たな受皿規定を役務提供型契約の総則規定として規定するのであれば、民法第645条、同法第652条に相当する規定を置く必要があるが、総則規定として規定するのは妥当ではなく、受皿規定を設けるとしても、請負等と並列させるべきであるから、あえて規定を設ける必要はなく、必要に応じて委任の規定を準用すれば足りる。  
(大阪弁)

- 準委任の規定を残し、役務提供契約を典型契約として別途新設するとすると、検討は不要。(法友全期)
- 役務提供型契約の規定を設けることを前提とした論点であるから、検討すべきでない。もし仮に民法上に規定を設けるのであれば、現行の準委任と同様、委任と同様の規定とすべきである。(親和会)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)
- 報告義務、解除の効力に関する規定のいずれについても、多様な役務提供型契約のすべてに妥当する規律とまでは言い難い。(弁護士)

## 8 役務提供型契約に関する規定の編成方式

雇用、請負、委任又は寄託に該当しない役務提供型の契約に適用されるものとして、準委任に代わる役務提供型の新たな受皿規定を設ける場合には、その受皿規定を適用対象が限定された新たな典型契約として設ける方式や、より抽象度の高い独立の典型契約とする方式、役務提供型の既存の典型契約を包摂する総則的規定を置き、これを既存の典型契約に該当しない役務提供型契約にも適用する方式があり得るが、これらの編成の方式については、規定の具体的な内容、既存の典型契約との関係、雇用類似の役務提供型契約の扱いなどに留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2 (後注・関連論点) [109頁]】

### 【意見】

- 役務提供型の既存の典型契約を包摂する総則規定を置き、これを既存の典型契約に該当しない役務提供型契約にも適用する方式に賛成する。既存の典型契約との調整については、既存の典型契約に該当するものは既存の典型契約の規定を優先させるという考え方を採るべきである。  
(札幌弁)
- 総則的な規定とすることについては、委任と請負を通じて総則的規定を設けることは困難と考えられる。また、適用対象を限定することは、受皿規定を設けた実益をそこなう可能性が高い。そこで、受皿規定は、抽象度の高い独立の典型契約として新設されるべきである。(兵庫県弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 役務提供型契約に関する受皿規定の編成方式については、委任等の典

型契約との整合性を考慮して慎重に検討すべきである。(愛知県弁)

- 現行法の枠組みを可能な限り維持するという立場から、「役務提供契約」は、総則的規定としてではなく「仕事の完成を要件としない事実行為の委託」を内容する典型契約の1つとして位置づけ、また、その内容としても現在の準委任契約の規律を可能な限り維持すべきである。(仙台弁)
- 請負、委任(準委任)、雇用、寄託は、役務提供型契約の特則と位置付けるべきである(役務を提供する契約のうち、請負、委任(準委任)、雇用、寄託に該当しない類型が役務提供型契約となる)。まず、役務提供型契約の規定を設け、つぎに、請負、委任(準委任)、雇用、寄託の規定を設けるべきである(請負、委任(準委任)、雇用、寄託の規定は、役務提供型契約の規定の特則を定めることになる)。(福岡弁)
- 更に検討すべきである。(横浜弁)
- イ 役務提供型の契約に適用される総則的な規定を設ける考え方は、慎重に検討すべきである。

「総則的な規定を設ける考え方」については消極・積極の両意見があったので、以下のとおり両論を併記する。

消極意見は、いわゆるサービス契約(役務提供契約)は無名契約又は典型契約の混合契約として解されているところ、従来どおり当事者の合意内容に典型契約規定の規律を適用して解釈・処理すれば足りるというものである。そもそも、多様なサービス契約の共通則を抽出することは困難であり、総則的な規定を設けるとしても、結局はいずれかの典型契約規定の規律の混合か、あるいは、いずれの典型契約規定にも見られない独自の規律になってしまうと思われることなどが理由となる。

積極意見は、法秩序保持の観点から、サービス契約(役務提供契約)のデフォルトルールを設けておく意義があるというものである。すなわち、サービス契約(役務提供契約)の規律のいわば最大公約数となる共通則を探索し、総則規定とすとか(最大公約数で割れないものは無名契約として残らざるを得ない。)、あるいは典型契約規定の共通則を抽出して、この共通則をサービス契約(役務提供契約)の総則規定としようとする(各典型契約規定には残存規定のみが留まる。)ものである。これに対しては、共通則(典型契約規定の上位規定としての意味がある。)から下部規定へという順序であてはめて、当事者の合意内容を解釈していく思考方法は、従来のやり方とは異なり実務的に困惑するという指摘があった。(二弁)

- 請負、準委任に該当するものはそれぞれ別個に規律すべきである。役務提供契約という1つの典型契約を規定すれば実務における改正のニーズには十分応えることができ、それ以上に上位概念を整備する必要はない。受皿規定とすると、下位概念の典型契約の全てを包摂する規定を定

立しなければならなくなるが、技術的に困難と思われる。(法友全期)

- 既存の典型契約に該当しない契約のうち、役務提供型の契約に適用される規定として、役務提供型の契約に関する規定を設けてはどうか。学校の在学契約、英会話学校やエステの利用契約、ゴルフクラブ・リゾートホテル・フィットネススクラブ等の会員制利用契約など、既存の典型契約に含まれないものの、役務の提供という性質を有する契約類型は多数存在する。しかし、全ての役務提供型契約を対象とする総則規定や、委任と請負を包摂する上位概念として有意義な規定を設けることは困難であり、既存の典型契約を含め役務提供型の契約全てに適用される最大公約数的な規定を設けようとすれば中身のないものになるおそれがある。他方で、典型契約には分類しきれない役務提供型の契約について、解釈指針を示す必要性は認められる。(堂島有志)

- 役務提供型契約には、①消費者契約のように、役務受領者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、②労働契約のように、役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合、③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり、それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ、消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは、役務受領者の立場を片面的に強化し、労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。

役務提供契約の中での雇用契約の配置位置については、役務提供契約の中で雇用のみ例外化されるおそれ、及びその場合の他の役務提供契約への影響を十分に考慮すべきである。(連合)

- 編成方式は、従来の準委任、請負、雇用、寄託のいずれにも属さない有償に限る典型契約を設け、無償の場合は、準委任の規定を受皿規定として残してはどうか。有償の場合に限定するのは、問題が発生するのは多くの場合有償契約においてであるのがその理由である。無償の場合は、従来どおり、準委任の規定を受皿規定として残すのが適当である。このように、有償、無償の観点で、役務提供型契約を分けることを検討してはどうか。

なお、後見業務の身上監護を行うにあたり、有償役務提供型契約となる医療契約・介護役務提供契約等は基本的かつ重要な契約である。典型契約としてではないが、医療機関等に対する権利・義務や福祉サービスの利用者の私法上の権利・義務の基本枠を有償の役務提供型契約について設けることの必要性は大きい。(司法書士)

- 基本的に役務提供契約の新たな受皿規定を設けることには反対するが、仮に規定する場合には、請負等、既存の契約類型に該当する考えられている契約(特に雇用類似のもの)について、保護が後退しないよう留意しつつ検討されるべきである。(東弁)

- 準委任に代わる役務提供契約に関する規定を設けた場合に、委任等の役務提供の典型契約に関する総則的規定とすることについては、反対する意見が強い。(日弁連)
- 仮に新たな受皿規定を設ける場合でも、適用対象が限定された新たな典型契約として設けるべきであり、抽象度の高い典型契約や総則規定とすることには反対である。その理由は以下のとおりである。  
 権利移転型契約や貸借型契約など他の契約類型においても共通する事項はあると思われるが、なぜ役務提供型契約に限って共通事項を括り出す必要があるのか疑問であるうえ、他の契約類型とのバランスを欠く。各種契約の中に総則的規定を置き、その下に請負以下の規定を設け、共通事項については個別の契約類型の規定から除くとすると、いちいち総則的規定にあたらなければならない、かえって分かりにくくなる。雇用及び雇用類似の契約類型についての報酬の支払時期や任意解除権については、他の役務提供型契約と必ずしも同一であるとは言い難い面がある。  
 (大阪弁)
- 役務提供型契約の受け皿規定に反対する。仮に受け皿規定を設けるとしたら、規定の編成方式はさらに検討すべきである。役務提供型契約の内容は、請負・雇用・準委任の混合契約ないし無名契約というべきものがその大半と思われる。そうであれば、一律に編成方式を定めることは出来ないと考えられるからである。(広島弁)
- 役務提供型契約の規定を設けることを前提とした論点であるから、検討すべきでない。(親和会)
- 役務提供型契約という典型契約を設ける積極的意義が認められない以上、その規定の編成方式について議論する実益はない。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 第5章 雇用

### 1 総論（雇用に関する規定の在り方）

労働契約に関する民事上の基本的なルールが民法と労働関係法規（特に労働契約法）とに分散して置かれている現状に対しては、利便性の観点から問題があるとの指摘があり、将来的には民法の雇用に関する規定と労働契約法との関係の在り方が検討課題となり得るが、当面、民法と労働契約法との関係について現状を維持し、雇用に関する規定は、引き続き民法に置くこととしてはどうか。その上で、民法の雇用に関する規定について、民法で規律すべき事項の範囲に留意しつつ、見直しの要否を検討してはどうか。

また、利便性という問題への一つの対応として、安全配慮義務（労働契約法第5条）や解雇権濫用の法理（同法第16条）に相当する規定を民法にも設けるという考え方や、民法第627条第1項後段の規定を使用者か

らの解約の申入れに限り解約の申入れの日から30日の経過を要すると改めること（労働基準法第20条参照）により、労働関係法規上の私法ルールを民法に反映させるという考え方の当否については、雇用の規定と労働関係法規の適用範囲が必ずしも同一ではないという見解も有力であること等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5, 1 [72頁], 同(関連論点) [74頁]】

#### 【前段についての意見】

- 賛成である。(横浜弁)
- 他の法領域に与える影響を最小限とすべきであるから、賛成である。(兵庫県弁)
- 異論はない。(経営法曹, 東弁, 愛知県弁)
- 「当面、民法と労働契約法との関係について現序を維持し、雇用に関する規定は、引き続き民法に置くこと」については賛成である。(日弁連)

民法は労働契約法的前提となる一般法であり、民法の雇用規定は必要である。将来的に労働契約法との統合が必要となるが、労働契約法の改正には、労働者代表、使用者代表、公益の三者による協議を経る必要があり、厚生労働省所轄の労働政策審議会での審議が必要となる。この労働法立法プロセスの三者協議原則からも、民法と労働契約法の統合は、将来的に労働契約法の改正問題として労働政策審議会で審議をすべき課題である。(日弁連)

- 賛成する。民法は労働契約法的前提となる一般法であり、民法の雇用規定は必要である。両者の統合は、将来的に労働契約法の改正問題として労働政策審議会で議論すべき課題である。(広島弁)
- 労働契約に関する基本的規定が民法と労働契約法に分散していることと、実質的にはほとんど同様の意味であるにもかかわらず、「雇用契約」「労働契約」といった別の用語が用いられていることは、利便性の観点から本来望ましいものではないが、今回の改正で労働関係法規との実質的調整を図るのは困難であり、やむを得ないので、賛成する。(弁護士)
- 雇用に関する規定の見直しに当たっては、将来的には民法の雇用契約の規定と労働契約法との統合の是非が検討課題となり得るが、当面、民法と労働契約法との関係について現状を維持し、雇用に関する規定は労働契約についての一般規定として引き続き民法に置くこととした上で、民法の雇用に関する規定について、現在の規律事項の範囲に留意しつつ、見直しの要否を検討することが妥当である。特に労働契約特有のルールの実質的な変更については、公益代表者と労働者側、使用者側のそれぞれの代表者が参加する労働政策審議会、労使双方の意見を反映させる

という労働関係法規の法形成のプロセスの特性に配慮し、雇用の規定の見直しは、基本的には最低限の整序にとどめるべきである。(弁護士)

- 当面、民法の雇用の規定と労働関係法との二本立てを維持すべきである。個別的労働関係法は、従来から労働政策審議会において、労使の代表団体、法律実務家、労働法学者等が協議し、その結果を踏まえて改正されるものであり、債権法改正を目的とする法制審議会の判断のみで統合化を行うことは適切ではない。利便性に問題はあるとはいえ、現状の適用や解釈で不都合は生じていないので、法形成プロセスの異なる労働関係法を、あえて民法に取り込むまでの必要はない。(堂島有志)
- 従来の民法と労働法規との体系的棲み分けを維持することが妥当であるとして、現行の雇用の規定を民法に維持した上で必要最小限の手直しをするにとどめるべきであるとの意見が多かった。(最高裁)
- 賛成である。なお、雇用の規定について見直しの要否を検討する場合には、労働政策審議会における諮問・答申の手続も経るべきである。(一弁)
- 「雇用」に関する規定は、将来的には「労働契約法」と統合する方向で検討することが望ましく、(その際には、必要な改正等がされるという前提で、) それまでの間は、「労働契約」の基本的な補充規範として必要な範囲で現行規定を維持しつつ、整序するにとどめるべきである。仮に民法の雇用に関する規定を見直すとしても、労使双方の意見を反映させる労働関係法規の法形成のプロセスの特性に十分配慮し、見直しの範囲や内容については慎重に検討すべきである。(二弁)
- 当面、民法と労働契約法との関係について現状を維持し、雇用に関する規定を引き続き民法に置くことに賛成である。しかし、雇用に関する規定の見直しは、個別的労働関係法に関する諸問題との関連性について慎重に検討する必要があるところ、個別的労働関係法に関する問題については、労働政策審議会における協議を踏まえて法改正を行うというプロセスが定着し、社会的にも承認されていることに鑑みれば、雇用に関する規定の改正は、かかるプロセスの中で慎重な検討を行うべきであるので、法制審議会における議論だけで民法の雇用に関する規定の見直しを行うことには反対である。(大阪弁)
- 労使の関係は鋭く対立していること、消費者契約法も、その独自性を認めた上で労働契約を除外していることに鑑みると、これを民法に統合することについては、慎重に検討すべきである。法と労働契約法との関係について現状を維持することに賛成する。(日司連)。
- 各種労働関係法規の発展を踏まえ、民法上に雇用契約の条項を置くことの意義について、再確認が必要であり、その意義に即して民法上にどの程度の条文を残すか検討すべきである。(親和会)
- 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当たるとして、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付けを考えると、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言える。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られる。

(日大民研・商研)

- 全ての原則規定として当面は存置すべきである。2007年の労働契約法の成立によって民法の存在意義は失われたようにも思われるが、労働契約法の運用の安定を見極める必要があるように思われる。(広大有志)
- 平成19年に労働契約法が制定されたことにより、労働契約に関する実体法規範が、民法の雇用の規定と労働契約法に分散しているのが現状である。改正提案の中には、将来的に民法の雇用の規定を労働契約法の中に統一することを提案するものがあるが、雇用契約と労働契約の範囲が必ずしも同一であるとはいえないこと、人口のおよそ2分の1に当たるほどの多数に利用されている契約類型であるにもかかわらず、民法からその根拠規定を削除することになればかえって市民にとって分かりにくくなるおそれがあることから、雇用の規定は引き続き民法に置くべきである。(青司協)
- 雇用の規定も改正が予定されているが、この分野は実質的に労働法の規定が重要なので、改正は債権法改正後でもよいと思う。将来的には民法と労働法双方の規定が重なっていると考えられる個所は削除すべきである。いずれの規定も、今回改正されなくても、速やかに検討に入る必要性があることは言うまでもない。(会社員)
- 労働契約法が制定されて、労働契約という文言が使用されている以上、民法上も労働契約という名称にすべきである。

民法の雇用に関する条文は、労働法関連の法令の制定と判例の積み重ねにより、労働契約には適用されないものが多い。しかし、労働契約も私法上の契約として民法の雇用契約の特則として位置付けられるべきであるから、雇用契約の基本となる部分は民法で規定しておくべきである。

(福岡弁)

- 雇用契約について。社会法の法規範と私法の法規範とはその趣旨目的を異にするところがあり，両者を統一的に捉えることには無理がある。「働く」という市民活動において最も重要かつ基本的な事項については私法規範である民法にも規定する必要がある。（「改正を考える」研）
- 労働契約には特別の配慮を要する様々な問題があり，中途半端な形で民法に規定を残すより，労働契約法に一本化すべきである。（国際取引有志）
- 現時点で民法の雇用の規定を労働契約法に統合してもよい。そのまま統合する形にすれば現時点で統合しても労使双方にとって問題は生じない。（札幌弁）
- 「雇用契約＝労働契約（労働契約法又は労働基準法の適用される契約）」との見解を前提にして検討を進めることは，いわゆる「名ばかり事業主」と呼ばれる請負的契約形態や業務委託的契約形態をとる就労者を労働法の保護から除外する結果を招く危険性が高い。今後の検討過程で，労働法による保護対象者の範囲に悪影響を及ぼす危険性のある場合においては，法改正には賛成できない。（連合）
- 改定の必要があるとは思えない。（個人）

#### 【後段についての意見】

- ①安全配慮義務（労働契約法5条）に相当する規定を民法の雇用規定に定める考え方については賛成する。ただし，安全配慮義務は雇用以外にも請負などにも適用されるとするのが判例であり，雇用に限定するものでないことを明確にすべきである。

安全配慮義務は，もともとは最高裁判所判例（昭和50年2月25日陸上自衛隊八戸車両整備工場事件等）によって確立された法理であり，その適用対象は雇用契約や労働契約に限定されていない。最高裁判例は，「安全配慮義務は，ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において，当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきもの」と判示している。そして，下級審裁判例では，雇用契約（労働契約）だけでなく，請負契約についても注文者に安全配慮義務を認めた事案もある（岐阜地裁昭和56年8月31日判決・寺院山門屋根瓦作業転落事件，大阪地裁昭和60年5月24日判決・セントラル運輸運輸手事件）。民法の雇用部分に安全配慮義務を規定することは国民への分かりやすさに資するものであるが，これが反対解釈されて，請負契約など他の役務提供契約に適用されないと解釈されないように明確にする必要がある。

②民法の雇用部分に「解雇権濫用の法理」（労働契約法16条）と同様の定めをおくことに賛成する。民法627条1項で「解雇の自由」が

定められ、労働契約法第16条で「解雇権濫用の法理」が別れて定められていることは重要な解雇規制について両方の法律を見なければ分からない状態である。これは国民にとって極めて分かりにくいものとなっている。

この点について、雇用契約と労働契約との関係についての理解の仕方の違いに関連して、両者が同一でないとの考え方（非同一説）からは解雇権濫用法理は、形式的には委任契約や請負契約であっても、実質的に使用従属関係があれば、解雇権濫用の法理が適用されるから、民法の雇用部分に規定することは反対との意見もある。しかし、国民からの分かりやすさの観点から見れば、雇用契約と労働契約は同一の契約類型であり、民法の雇用契約も労働契約と同様に実質的に使用従属関係にあれば、形式が委任や請負であっても雇用契約であるとする同一説が適切であろう。したがって、雇用に解雇権濫用の法理を明記しても、適用対象が限定されるものではなく、国民の利便性、分かりやすさから見て雇用各則に解雇権濫用法理を定めることに賛成する。

③「民法627条第1項後段の規定使用者からの解約の申入れに限り解約の申入れ日から30日の経過を要すると改めること（労働基準法第20条参照）」については反対しない。ただし、労働基準法20条との関係を整理すべきである。

同条第1項本文により、使用者が30日分の解雇予告手当を提供すれば即時解雇ができると労働基準行政上也確立している。また、最高裁判所も、解雇予告義務違反の解雇がされた場合には、使用者が即時解雇に固執しない限り、通知後30日経過するか、または通知後に予告手当の支払をしたとき解雇の効力が発生するとしている（最高裁昭和35年3月11日判決・細谷服装事件）。国民の分かりやすさの面からは、使用者の解約も申入れから30日を要すると定めることは賛成できる。ただし、上記の労基法第20条の解雇予告手当を支払った場合には、即日解雇を認めることなど明確にすべきである。（日弁連）

- 民法に労働関連法規が存在することは問題はないと考える。むしろ、安全配慮、解雇権の濫用（整理解雇の四要件 ①必要性、②回避努力義務、③被解雇者選定の合理性、④手続の妥当性）など、労働者保護規定の根幹となる要件については民法にて規定すべきと考える。（団体職員）
- 安全配慮義務や解雇権濫用法理に相当する規定を民法に設けるべきである。また、使用者からの解約申入れに限り解約の申入れの日から30日の経過を要することとする考え方に賛成。ただし、解雇予告手当との関係を明確にすべきである。（金沢弁消費者委）
- 安全配慮義務は雇用契約における本質的要素であるから、これに関する規定は民法典の中に置かれるべきである。ドイツやスイス、オースト

リアでも、それぞれ使用者の安全配慮義務は民法典の雇用契約に関する規定の中に置かれている（BGB § 618, OR Art. 328, 328 a, ABGB § 1157）。

消費者契約法や商法の規定などを民法典に取り込むことを企図しながら、労働契約法についてのみ例外的に扱うことは首尾一貫性に欠けるのではないか。（大学教員）

○ 雇用の規定を見直す場合には、雇用契約の契約類型の特質から導かれる規律で、判例上確立しているものについては、できるだけこれを明文化すべきである。特に安全配慮義務や解雇権濫用法理については、労働契約法には明文化されているものの民法上の明文規定を欠いていること、雇用契約と労働契約においてその適用が異なることもないことから、基本法たる民法にもこれを規定すべきである。民法に規定されることにより、他の労働契約類似の契約形態への準用や類推適用など解釈の発展も期待できる。（青司協）

○ 民法の信義則、権利濫用の法理の具体化という意義があり、市民に理解しやすい民法の実現に資するので、安全配慮義務・解雇権濫用法理について、民法の雇用部分に規定を置くことに賛成する。ただし、安全配慮義務は、雇用に限定されないことを明確にすべきである。

分かりやすさの観点から、民法第627条第1項後段の規定を使用者からの解約の申入れに限り解約の申入れの日から30日の経過を要すると改めること（労働基準法第20条参照）に賛成する。ただし、労働基準法第20条の解雇予告手当を支払った場合には即日解雇を認めることを明確にすべきである。（広島弁）

○ ①判例上、安全配慮義務は雇用以外の契約についても認められているところ、安全配慮義務に関する規定を雇用についての規定として置くと、雇用以外の契約には安全配慮義務が認められないと反対解釈されるおそれがあるから、規定を設けることに反対である。

②解雇については、民法第627条第1項が期間の定めのない雇用について解雇の自由を規定する一方で、労働契約法第16条が解雇権濫用の法理を規定しており、民法を読んだだけでは解雇に関する法制の全体を把握できないから、民法に解雇権濫用法理に関する規定を設けることに賛成する。

③労働契約法第20条第1項は、少なくとも30日前に解雇予告をしなければならないことのみならず、30日分以上の平均賃金（予告手当）を支払えば、解雇予告は不要であるとしているし、解雇予告と予告手当の支払のいずれもなかった場合の処理についても判例（最判35年3月11日民集14巻3号403頁）があるところである。このような判例や予告手当に関する規定を明文化することなく、単に解雇予告の期間のみを民法に規定することは中途半端であり、反対する。（一弁）

- 安全配慮義務や解雇権濫用の法理に相当する規定を雇用にだけ規定した場合、他の契約類型には適用されないという解釈を招きかねないので、民法に規定を設けるという考え方については、慎重に検討すべきである。民法第627条第1項後段の規定を使用者からの解約の申入れに限り解約の申入れの日から30日の経過を要すると改めることは明確性の観点から妥当であり、賛成である。(東弁)
- 安全配慮義務(労働契約法第5条)や解雇権濫用の法理(同法第16条)に相当する規定を民法に設けることについては、将来的に労働契約法と統合される可能性も高く、同法と重複する規定を設ける必要性については疑問であるし、労働契約法が適用されない同居の親族についても解雇権濫用の法理が民法上適用されることになってしまうので、慎重に検討されるべきである。  
民法第627条第1項後段の規定を使用者からの解約の申入れに限り解約の申入れの日から30日の経過を要すると改めること(労働基準法第20条参照)について、規律が明確になるから、賛成する。(愛知県弁)
- 雇用契約と労働契約の関係については、考え方に争いがあり、この関係の整理をすることなく労働契約に関するルールを民法に取り入れるのは妥当ではない。また、民法上の雇用に関してのみ安全配慮義務や解雇権濫用法理を規定するとその反対解釈として請負や委任の形式をとった契約には安全配慮義務や解雇権濫用法理が適用されないとされる懸念もある。労働関係法規(特に労働契約法)上の規律の明文化は、統合を含めた雇用に関する規定と労働契約法との関係整理についての議論が進んだ後に検討すべきである。  
労働基準法上の規定の民法への反映であり、雇用に関する規定と労働契約法との関係整理の問題とは性格を異にするので、この関係整理の問題とは切り離して民法に反映させることについて特に反対する必要はないと考えられるので、民法第627条第1項後段の規定に労働基準法第20条を反映させることには特に反対しないが、その場合の規定は、同条と同様にすべきであり、単に使用者からの解約申入れから30日の経過で終了するとすべきではない。(大阪弁)
- 契約形式が、雇用契約以外の、請負や業務委託等であったとしても、使用従属関係にあれば、労働関係法規が適用される場所、労働契約法16条(解雇権濫用法理)や労働基準法20条(解雇予告)に相当する規定を民法の雇用規定に設けると、雇用以外の契約形式が利用された場合に、使用従属関係にあるにもかかわらず、これらの規定が適用されないとの反対解釈を招きかねないので、反対である。(横浜弁)
- 労働契約であるか否かは、実質的に使用従属関係にあるか否かで決せられる。したがって、契約形式が、請負であろうと、委任であろうと、

使用従属関係にあれば労働契約法が適用され、解雇権濫用の法理（労働契約法第16条）も、安全配慮義務（同法第5条）も、解雇予告義務（労働基準法第20条）も適用されることになる。これらを雇用にのみ設けると、請負や委任には適用されないとの反対解釈を招くことになり、労働関係法規の適用を狭めるおそれがあるので、規定を設けることには反対である。（労働弁護団）

- 労働関係法上の私法ルールは適用範囲が同一ではないので（労働基準法第116条）、規定のありようが複雑になることを考慮し、民法に反映させるべきではないと考える。ただし、民法に規定する「雇用契約」と労働関係法上規定する「労働契約」が同一の概念であることを民法上に明記することは積極的に検討すべきであると考え。（日司連）
- 労働契約法や労働基準法の規定はそれぞれ適用範囲が異なり、また、いずれも雇用契約よりは適用範囲が狭いことから、いずれも実質改正に必要な議論を経ることなく、民法に規定を移設することや民法に規定を併置することは相当でない。また、安全配慮義務や解雇権濫用法理に関する規定が民法に置かれると、これらの規定の改正は法務省の法制審議会と厚生労働省の労働政策審議会双方の審議を経るべきことになる。今後は両方の審議を経る必要があるということになれば、今後解雇権濫用の法理や安全配慮義務に関する規定を整備することは殆ど不可能ということになり、労働法制の発展にとって重大な阻害要因となる可能性も高い。利便性という面では対応を図るのであれば、むしろ「雇用契約」という用語を「労働契約」に置き換えることを検討してはどうか（消費者契約に関する規定を民法に設ける場合、労働契約に対する適用除外の規定も併せて民法に設ける必要が生じることから、用語の統一を図る必要がある。）。（弁護士）
- いずれについても反対する。一覧性には欠けるものの、個別的労働関係については、労働契約法等の労働関係法規を参照するという実務は定着しており、民法に対応する個別の規定がないことで特に問題は生じていない。労働関係法規の改正プロセスを尊重するならば、部分的にしる、個別労働関係に影響を及ぼす可能性のある規定を民法に置くことは控えるべきである。（堂島有志）
- 雇用契約と労働関係法規の適用範囲は必ずしも同一ではないとも考えられることから、労働関係法規上の私法ルールは民法に反映させず、現状維持でよいと考える。（二弁）
- 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や、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される疑問がある。解約申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いまだ議論が成熟していないと言え、

更に検討が必要である。(日大民研・商研)

- 安全配慮義務や解雇権濫用法理，解約申入れなどルール of 明文化は，いずれ統合することを考えているのであれば，現時点で民法に加える必要はない。(札幌弁)
- 雇用契約に関する規定はできるだけ労働関係法規に一元化した方が分かりやすく，民法上に雇用契約に関する条文を増やすことは民法の複雑化を招きかねない。(親和会)
- 労働関係法規上の私法ルールを民法に設けることについては，反対である。(経営法曹)
- 新たな性質の規定(例えば，労働契約上の解雇権濫用法理や安全配慮義務に関する規定)を民法に設けることは必要なく妥当でもないとの意見が多かった。(最高裁)
- 「雇用契約＝労働契約(労働契約法又は労働基準法の適用される契約)」との見解を前提にして検討を進めることは，いわゆる「名ばかり事業主」と呼ばれる請負的契約形態や業務委託的契約形態をとる就労者を労働法の保護から除外する結果を招く危険性が高い。この観点から，雇用についてのみ，解雇権濫用法理，安全配慮義務の規定を設けることには賛成できない。(連合)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 2 報酬に関する規律

### (1) 具体的な報酬請求権の発生時期

雇用契約においては，労働者が労務を履行しなければ報酬請求権は具体的に発生しないという考え方(いわゆるノーワーク・ノーペイの原則)が判例・通説上認められているところ，これを条文上明確にするかどうかについて，民法第624条から読み取れるとの指摘があることや，実務上は合意によりノーワーク・ノーペイの原則とは異なる運用がされる場合があることを根拠として反対する意見があること等に留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5，2(2)[76頁]】

#### 【意見】

- 通説は民法第623条及び第624条を根拠として，ノーワーク・ノーペイの原則を認めているから，民法を分かりやすくするという観点から，条文上明確にすることに賛成する。(一弁)
- 解釈上争いのない原則であり，報酬請求権に関する法律関係が明確になるから，賛成である。(愛知県弁)
- 争いのない原則は明示されるべきである。規定の仕方(労務で賃金発生，任意規定)によって，問題は生じなくなるので，明文化に賛成

する。(札幌弁)

- 労働の対価である具体的報酬請求権の発生要件は、雇用契約の基本となる部分である。したがって、ノーワーク・ノーペイの原則を民法に規定すべきである。(福岡弁)
- 民法第624条の規定が、報酬の支払時期だけでなくそもそもの報酬請求権の根拠を定めていると解釈されている以上、ノーワーク・ノーペイの原則を明示することは適切であり、賛成する。(広島弁)
- ノーワーク・ノーペイの原則が法律上明らかでないために、労働契約の実務上、欠勤・休職期間中の労働者から使用者が賃金支払請求を受ける場合等に、労使間でトラブルが生ずることがままある。したがって、実務上の労使トラブルを未然に防ぐという観点からも、ノーワーク・ノーペイの原則が明らかとなるような法改正が行われるべきである。仮に、既に労使間でノーワーク・ノーペイの原則とは異なる慣行があるという場合でも、原則的な規律を踏まえて個別合意で対応すれば足りる問題であり、むしろ、原則的な規律の法定化が、労使間の個別合意で賃金等の労働条件について具体的かつ詳細な定めを置くインセンティブにつながると考えられる。

ノーワーク・ノーペイの原則を明文化する際には、報酬請求権の発生要件であるということを示すために、「労務の履行によって報酬請求権が発生する」という規定にすべきである。「労働者が労務を履行しなければ報酬請求権は発生しない」という定め方であると、労働者の賃金請求に対して使用者が抗弁として労務の履行がなかったことについての主張立証を尽くす必要が生ずることとなりかねず、使用者にとって過度の主張・立証責任の負担を負わせることになり、不適切である。(森・濱田松本有志)

- 民法624条の規定がノーワーク・ノーペイの原則を定めていると解釈されており、この原則を明示することには問題がないと考えるので、ノーワーク・ノーペイの原則を定めることに反対しない。(日弁連)
- 民法第624条第1項から読み取れるが、明文化により、更に明確になるから反対しない。(大阪弁)
- 労働法分野では、判例・通説上民法第623条及び第624条を根拠として、ノーワーク・ノーペイの原則が認められていると考えられるが、これを確認する趣旨で新たな条文を設けることには、特に反対しない。(経営法曹)
- 判例・通説を明文化することには賛成する。ただし、民法に規定を置くのか、労働法に規定を置くのかについては、慎重な検討を要する。(兵庫県弁)
- 民法第624条第1項から読み取れるから、明文化することについて

ては慎重に検討すべきである。(東弁, 弁護士, 親和会)

- 報酬の支払については、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する。更に検討が必要である。(日大民研・商研)
- ノーワーク・ノーペイの原則に関する規定を設けることには反対する。この原則は民法第624条から読み取ることができるし、あえて明文化すると、当事者間の合意で、労務の履行がない段階でも賃金を支払う場合があるという実務上の運用に影響が生ずるおそれがある。(弁護士)
- ノーワーク・ノーペイの原則は当然のことであり規定の必要はなく、また、労務の履行とは無関係に手当が支給されているという運用に影響が生ずるため、規定を設けることに反対する。(金沢弁消費者委)
- 例えば、賃金支払方法について、毎月末日締め当月25日払のように、賃金の一部先払をしている企業も多く存する等、賃金の支払時期は、各労働契約の解釈の問題であって、ノーワーク・ノーペイの原則は、確立した原則ではないので、規定を設けることに反対である。(横浜弁)
- 雇用契約は、原則として、労務提供の対価として報酬が支払われる契約類型であり、ノーワーク・ノーペイの原則も民法第624条から十分に読み取れると思われる。また、実務上は同原則とは異なる運用がされる場合が多々あることは確かであり、そのような状況の中で、同原則を条文上明確にする意義は乏しいと思われる。(二弁)
- 民法第624条から読み取ることができるので、変更は不要である(広大有志)。
- 労務提供の対価として報酬が払われることは契約上当然に予定されている一方で、労使の協議でそれを修正する特約も多く行われており(育児休業期間に対する賃金支払等)、あえて明文化する必要はない(現行の民法第624条を役務提供契約の通則に取り込むことには反対しない)。(堂島有志)
- 実際には、各企業においてノーワーク・ノーペイの原則とは異なる労使慣行や給与支払の運用、就業規則が定められていることも多い。例えば、月給制の場合、月末締め、当月25日払というように賃金の一部先払をしている企業も珍しくない。したがって、ノーワーク・ノーペイの原則が確定しているものではなく、各雇用契約の解釈の問題である。また、ノーワーク・ノーペイの原則を定めた場合には、労務

が履行されなかった場合に報酬請求ができないことが原則となり、使用者の責めに帰すべき事由によって労務が履行できなくなった場合でも、報酬請求ができないことが大原則になってしまう。この点からもノーワーク・ノーペイの原則を定めることは反対する。(労働弁護団)

- ノーワーク・ノーペイの原則をあえて明文化することにより誤ったメッセージが伝わり、雇用の現場に無用の混乱を招くことを懸念する意見や、かえって紛争を惹起させたり濫用されたりするおそれがあるとする意見が多かった。(最高裁)
- 実務上、ノーワークであっても、賃金を支払う旨の特約が多く存在している状況であり、ノーワーク・ノーペイの原則が明文化されると、それら特約の成否にまで影響を及ぼすといった事実上の弊害のおそれもある。それらを踏まえると、あえて、ノーワーク・ノーペイの原則を条文上明確にする必要性は乏しいと考える。(日司連)
- 条文上明確にすることはふさわしくないと考える。(団体職員)
- ノーワーク・ノーペイの原則の法制化については、生存権保障のための賃金制度や諸手当等への影響が危惧され、法制化に反対である。(連合)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## (2) 労務が履行されなかった場合の報酬請求権

使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の報酬請求権の帰すうについて、民法第536条第2項の文言上は必ずしも明らかではないが、判例・通説は、雇用契約に関しては、同項を、労務を履行していない部分について具体的な報酬請求権を発生させるという意味に解釈している。そこで、同項を含む危険負担の規定を引き続き存置するかどうか(前記第6)とは別に、この場合における労働者の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かどうかについて、更に検討してはどうか。

規定を設ける場合には、具体的な規定内容について、例えば、①使用者の義務違反によって労務を履行することが不可能となったときは、約定の報酬から自己の債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができるとする考え方や、②使用者側に起因する事由によって労働できないときに報酬を請求できるが、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、その利益を使用者に償還しなければならないとする考え方がある。これらの考え方の当否について、「使用者の義務違反」「使用者側に起因する事由」の具体的な内容が分かりにくいとの指摘、労働基準法第26条との整合性、現在の判例・通説や実務上の一般的な取扱いとの連続性に配慮する必要があるとの指摘のほか、請負や委

任などほかの役務提供型典型契約に関する規律との整合性などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、労務の履行が期間の途中で終了した場合における既履行部分の報酬請求権の帰すうについて明らかにするため、明文の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5, 2(2) [76頁]】

### 【第1段落・第2段落についての意見】

- 労働者の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ことについては賛成する。その具体的な規定の内容については、従前のおりとし民法第536条第2項の準用にとどめるべきである。(東弁)
- 具体的な報酬請求権の発生根拠となる規定を設けることについて、法的根拠が明確になるから、賛成する。ただし、「使用者の義務違反」という文言によると、就労請求権を認める解釈につながる可能性や、報酬請求権が発生する場合を狭くしてしまうおそれがあり、また、「使用者側に起因する事由」も範囲が不明確であるので、文言については、慎重に検討すべきである。(愛知県弁)
- 分かりやすさの観点から、一般的な危険負担の規定とは別に、使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の報酬請求権について規定を設けることに賛成である。ただし、「使用者の責めに帰すべき事由」の文言は、既に最高裁・下級審判例等によって事例が集積されておりその射程が明確になっているのに対し、「使用者の義務違反」や「使用者側に起因する事由」では、従来の実務との連続性が損なわれるおそれがあるから、「責めに帰すべき事由」という文言を見直すことには反対である。(広島弁)
- 争いのない原則を明確化すべきであるが、判例の蓄積があるので、文言は容易に変更すべきでない。「義務違反」という表現ではなく、「責めに帰すべき事由」という文言を用いるべきである。(札幌弁)
- 不当解雇その他使用者の責めに帰すべき事由により就労不能となった期間に対応する賃金については、民法第536条第2項により支払が認められているが、その旨の明文を設けることに異論はない。(福岡弁)
- ノーワークではあるが具体的な報酬請求権が発生する根拠を明らかにするという点では、新たな規定を設けること自体は賛成であるが、かかる規定における具体的な要件については、現在の判例・通説や実務上の取扱いとの連続性を踏まえるべきであり、慎重に検討すべきである。要件を「使用者の義務違反」とすること、「使用者側に起因する事由」とすることのいずれにおいても、その範囲や内容は抽象的で

あり、特に「使用者の義務違反」との規定ぶりは労働者の就労請求権という個別労働関係法上の重要問題に影響を与え得るとの問題がある。現在の判例・通説や実務上の取扱いに鑑みれば、現行民法第536条第2項の「責めに帰すべき事由」の規定ぶりのままでも不都合はないとも思われる。(二弁)

- 使用者の責め帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の報酬請求権の帰すうについて、民法536条2項を削除する場合に、労働者の具体的な報酬請求権の発生の法的根拠となる新たな規定を設けることについては賛成である。ただし、「使用者の責めに帰すべき事由」の文言を「使用者の義務違反」あるいは「使用者側に起因する事由」とすることについては反対する。

①民法第536条第2項の「債権者(使用者)の責めに帰すべき事由」については既に最高裁判例、下級審裁判例等が積み重ねられており、新たに異なる規定を設けると従来の実務との連続性を損なうおそれがある。その文言を、「使用者側の義務違反」とした場合には、使用者の帰責事由は従来よりも狭く解釈されることになる。また、「使用者側に起因する事由」とした場合には、従来よりも広く解釈されることになり、労働基準法第26条の休業手当の解釈との整合性をどう図るかという新しい問題が生ずる。

②この「使用者の責めに帰すべき事由」の法文を「使用者の義務違反」と変更した場合には、「使用者の義務違反」の意味を解釈しなければならない。裁判実務上は、「使用者の義務」とは、「契約上又は法令上の義務」を意味すると裁判官は解釈することになる。使用者の義務違反と改正された場合、裁判官が、「使用者の義務違反」を解釈して同じ結論に至るか極めて疑問である。例えば、違法な解雇の場合には、使用者には労働者を就労させる義務(労務受領義務)はないとされているから、何の義務違反とするのかは解釈上問題となる。また、労働基準法第20条は、解雇予告義務を使用者に課しているが、もし解雇予告義務に反した解雇をした場合、使用者が、労基法が定めた義務に違反したことは明白である。しかし、解雇予告義務違反を理由として、解雇の民事的な有効・無効にかかわらず、労働者は使用者に賃金請求できるとすることにはならないであろう。

このように「使用者の責めに帰すべき事由」と比較しても、「使用者の義務違反」の内容は不明確であり、「義務違反」の文言は相当程度に厳格に解釈されることになりかねない。

③他方で、「使用者側に起因する事由」という用語では、天災地変や戦争などの不可抗力については使用者側に起因する事由には当たらないが、いわゆる「経営障害」については広く使用者側に起因する事由となることになる。その結果、現在の民法第536条第2項の「使

用者の責めに帰すべき事由」よりも広く解釈されることになる。労働基準法第26条（休業手当）の「使用者の責めに帰すべき事由」は、「使用者側に起因する事由」に近いものと解されてきた。「使用者側に起因する事由」とさだめることは民法第536条第2項よりも広く、使用者の責任を認めることとなることは必至である。

④以上のとおり、中間的論点整理が提案するところの「使用者の義務違反」あるいは「使用者側に起因する事由」は、どちらとも従来の判例を大きく変更してしまう可能性が極めて高い。したがって、「使用者の責めに帰すべき事由」という文言を変更することは適切でない。（日弁連）

- 民法を分かりやすくするという観点から、労働者の具体的な報酬請求権の法的根拠となる規定を設けることに賛成する。規定を設ける場合には、特に民法第536条第2項の「責めに帰すべき事由」の解釈に関して、多数の判例・裁判例が積み重ねられてきたことを考慮し、法的安定性を損なわないようにするため、同条項の文言（特に「責めに帰すべき事由」）をそのまま条文化すべきである。（一弁）
- 使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の報酬請求権の帰すうについて、明文を設けるほうがより分かりやすいので、規定を設けることには賛成する。もっとも、「使用者の義務違反」、「使用者側に起因する事由」の区別は困難であり、この区別によって報酬請求権の範囲を変えることには疑問があるので、この区別で報酬請求権の範囲が異なるとすることには反対する。（兵庫県弁）
- 具体的な報酬請求権の発生の法的根拠となる規定を設けることに賛成する。使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合における労働者の具体的な報酬請求権の発生根拠として、民法第536条第2項が分かりやすいとは言えないため、直接の根拠となる規定を置くべきである。現行法下の判例は、「責めに帰すべき事由」という表現に基づいて蓄積されており、規定を設ける際には、これを維持する方が予測可能性は担保される。他方、「使用者の義務違反」という語を用いることは、争いのある労働者の就労請求権（使用者の労務受領義務）の存否に関わるため、債権法改正の場で判断することは避けるべきである。また、労働基準法第26条の「責めに帰すべき事由」が、使用者に起因する事由と解釈されていることとの整合性も問題になる。（堂島有志）
- 労働者が実際に就労せずとも、使用者の責めに帰すべき事由があった場合には、民法第536条第2項に基づき賃金請求権が発生するという点について、条文の文言上明らかであるとは言い難いため、労働契約の実務上、賃金支払の際にトラブルになることがままある。したがって、労働者の具体的な報酬請求権の発生根拠となる規定を設け

るべきであるという考え方については賛成である。

具体的な規定内容としては、実務上、「債権者の責めに帰すべき事由」という文言に関するこれまでの判例の蓄積があることに鑑みて、その表現を維持するのが、労使間相互の理解が得られやすいものと思料する。(森・濱田松本有志)

- 使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の報酬請求権については、法的根拠となる規定を新たに設ける方向で検討すべきである。規定を設ける場合には、現在の実務上の取扱いが変わらないよう規定の定め方に配慮すべきである。

今般危険負担については、規定を存続させるか否かにつき検討されているが、民法第536条第2項の規定が労働者保護に果たしている役割は非常に大きいため、危険負担の規定の存廃にかかわらず、雇用の部分に規定を新設する方向で検討すべきである。規定の新設にあたって、「使用者側に起因する事由」との文言は労働基準法第26条の休業手当の請求の可否にあたって用いられている基準であり、賃金全額の請求根拠である民法第536条第2項の基準とすると混乱を招くおそれがある。また、「使用者の義務違反」についても、この義務違反の解釈によっては現在の実務上の取扱いと異なってくるおそれがあり、労働者保護が後退することが懸念される。よってそのようなことがないように、規定を設ける場合には、現在の実務上の取扱いが変わらないよう規定の定め方に配慮すべきである。(青司協)

- 使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されない場合、使用者の義務違反と考え、労働者の報酬請求権の根拠となる規定を設けるべきである。同時に、役務提供型契約についても同趣旨の規定を設けるべきであると考え。(団体職員)
- 現在の判例と連続性のある規定とすべきである。「責めに帰すべき事由」という表現に基づくこれまでの判例の蓄積を踏まえると、この表現を維持する方が分かりやすい。なお、平均賃金(労働基準法第12条第1項参照)の6割に達するまでの部分を利益控除の対象とすることが禁止されているとした判例(最判昭和62年4月2日集民150号527頁)との整合性にも留意すべきである。(弁護士)
- 現在の判例・通説の内容を明文化すべきである(ただし、危険負担、請負や委任の規定との整合性に配慮すべきである。)(広大有志)
- 使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の労働者の具体的な報酬請求権の法的根拠となる規定を設けることについては、使用者の「責めに帰すべき事由」という文言が維持される限りにおいて特に反対しないが、「使用者の義務違反」にしる、「使用者側に起因する事由」にしる、その文言の意味するところは必ずしも明確ではなく、明確さの点において現行民法の「責めに帰すべき事由」

と大差はないものと思われ、実務に混乱を生じさせてまで、殊更に文言を変更する必要があるのか甚だ疑問であるし、労働契約特有のルールに及ぼす影響が大きいので、「責めに帰すべき事由」という文言を変更することについては、反対である。(大阪弁)

- 仮に民法第536条第2項(危険負担の規定)がなくなった場合には手当てが必要であり、これを民法上で処理するか労働関係法規上で処理するかも含め、議論すべきである。(親和会)
- 民法第536条第2項の「責めに帰すべき事由」については、判例上「故意、過失又は信義則上これと同視すべき事由」という解釈が定着しており、実務が混乱しているという苦情は聞かない。「責めに帰すべき事由」という文言を見直した上で新たな規定を設けることは、法的安定性を損なうことになるから、反対である。(経営法曹)
- 使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合における労働者の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ことについて賛成。(金沢弁消費者委)
- 労務供給先の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の報酬請求権に関する規定を設ける場合には、解雇無効の場合の賃金請求権と社会保険の資格回復について、現在より後退しないようにすべきである。(連合)
- 民法に明文の規定を設ける場合には、労働基準法第26条の休業手当に関する規定との関係も含めて合理的に理解できる文言としなければならないが、現状の判例及び実務の考え方を一義的かつ簡潔な文言で説明することは困難である。また、「使用者の義務違反」を要件とする考え方は、使用者には労務の受領義務がないと解されている以上、従来「使用者の責めに帰すべき事由」があると判断されていたような事案であっても、特に義務違反はないということで、報酬請求権の認められる範囲が不当に狭く解されるおそれがある。今次の民法改正では、労働契約に関する民事ルールの実質改正は予定されていないことから、実質改正につながるおそれのある法文の修正は避けるべきであり、明文化は時期尚早である。(弁護士)
- 中間的論点整理が提案するところの「使用者の義務違反」又は「使用者側に起因する事由」は、どちらとも従来判例による結論を変更してしまう可能性が極めて高いので、「使用者の責めに帰すべき事由」という文言を変更することには反対する。また、民法第536条第2項の「反対給付を受ける権利」とは労働者の報酬請求権であり、正に労基法で保護を受ける賃金債権にほかならない(労働基準法第24条違反は労働基準法第120条で罰則が適用される)。中間論点整理の「約定の報酬から自己の債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができる」という表現からは、その報酬請求

権の性質は賃金債権ではなく、損害賠償請求権とされる可能性があるが、そうなると、労働基準法が適用されなくなり、労働基準監督行政の保護対象とならないことになる。以上より、使用者の責め帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の報酬請求権の帰すうについて、民法第536条第2項を削除し、労働者の具体的な報酬請求権の発生の法的根拠となる新たな規定を設けることについては反対である。仮に、民法536条2項を廃止する場合には、民法の雇用、請負及び委任（準委任）の規定に、同条と同一表現の条文を設けるべきである。（労働弁護団）

- 民法第536条第2項を削除することに反対である。仮に同条項を削除する場合には、民法第536条第2項では、使用者の責めに帰すべき事由に基づく履行不能の場合に、労働者は、反対給付たる賃金請求権を失わないが、違法解雇等「使用者の責めに帰すべき事由」については、判例等の集積があり、文言を「使用者の義務違反」や「使用者側に起因する事由」に変更することは、これまで集積してきた判例による実務との連続性を失うおそれがあるから、役務提供契約の総則規定として、同条項と同一文言の規定を設けるべきである。（横浜弁）
- 解雇無効を理由とする未払賃金請求については危険負担法理がその根拠であると考えられているところであるが、仮にこの請求権について規定を設ける場合に「使用者の義務違反」を要件とすることは、解雇無効を理由とする地位確認請求との関係において、現状において原則として否定されている労働者の就労請求権を認めることにつながりかねず、実務上混乱が生じるおそれが大きく相当ではないとの意見が多かった。また、第2段落について、民法第536条第2項を削除した上で新规定を設けることの適否については、規定の明確化の可否につき慎重な検討が必要である。（最高裁）
- 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、同条の「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、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。（日大民研・商研）

- 労務を履行していない部分については、民法第536条第2項を法的根拠として賃金請求がされているところであるので、これとは別に当該法的根拠を規定する必要性は乏しいと考える。別に規定するとした場合、現民法第536条第2項ではなく、新たな規定に法的根拠を求めることになるが、民法上「雇用契約」に該当しないとの主張がされる余地のある契約類型に当該法的根拠が及ぶか否かという無用の紛争が生じかねない。また、民法上「雇用契約」に該当しないとの主張がされる余地のある契約類型については、別途現民法第536条第2項に法的根拠を求めるという考え方も複雑にすぎる。更に、ノーワーク・ノーペイの原則と同様、未履行の部分の賃金を支払う特約がある場合に及ぼす事実上の弊害を考慮すると、あえて明文化する必要性は乏しいと考える。(日司連)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### 【第3段落についての意見】

- 規定を設けることについて賛成する。(金沢弁消費者委)
- 検討すること自体には特に反対しないが、報酬の解釈によっては、規定を設けることにより、判例上認められている賞与等の支給日在籍要件の適用が否定されることにもつながることから、慎重に検討すべきである。(経営法曹)
- 判例は、賞与について、支給対象期間在職しても、支給日に在職しない場合には、賞与を支給しないという制度を有効としているから、この実務を否定しないように慎重に検討すべきである。(一弁)
- 労務提供型の契約においては当然のことであり、明文の規定は必要ない。ただし、当然のことでもできる限り明文化するのが全体の改正方針ならば、あえて反対しない。(堂島有志)
- ノーワーク・ノーペイの原則から結論を導くところではあるが、明確化のために、明文規定を設けることには特に反対しない。(大阪弁)
- 反対はしないが、労務が履行されていない部分について具体的な報酬請求権は発生しないことは原則から導くことができるし、規定を設けてもそれほど意味はないと思われるから、明文の規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。(愛知県弁)
- 解雇の法規制を踏まえて一体として検討されるべきであるとの意見があった。(最高裁)
- 労務の履行が期間の途中で終了した場合における既履行部分の報酬請求権については、実務への影響にも配慮し、新たに明文の規定を設ける必要はないと考える。(二弁)
- 労務の履行が期間の途中で終了した場合における既履行部分の報酬

請求権については、具体的な報酬請求権の発生根拠が規定されることになれば（前記2(1)）、日々の労務の履行によってそれに応じた報酬請求権が発生することは条文上明らかとなるため、更なる規定を設ける必要性はないと考える。（森・濱田松本有志）

- 既履行部分の請求権については当然のことで、規定はなくても問題は生じていないので、規定は不要である。（札幌弁）
- 労務の履行が期間の途中で終了した場合における既履行部分の報酬請求権について、明文化しなくても不都合はないので、規定は不要である。（兵庫県弁）
- 従前どおり、危険負担が適用される旨の範囲にとどめるべきである。（東弁）
- 改定の必要があるとは思えない。（個人）

### 3 民法第626条の規定の要否

労働基準法第14条第1項により、雇用期間を定める場合の上限は、原則として3年（特例に該当する場合は5年）とされており、通説によれば、これを超える期間を定めても、同法第13条により当該超過部分は無効になるとされているため、民法第626条の規定が実質的にその存在意義を失っているとして、同条を削除すべきであるという考え方があり。この考え方の当否について、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るという指摘がある一方で、家事使用人を終身の間継続する契約のように公序良俗違反となるべき契約の有効性を認めるかのような規定を維持すべきでないという意見があることを踏まえつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5, 3 [78頁]】

#### 【意見】

- 削除すべきである。（福岡弁）
- 民法第626条を削除することには特に反対しないが、仮に同条を削除する場合には、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の取扱いについて更に検討する必要がある。（経営法曹）
- 「一定の事業に完了に必要な期間を定めるもの」「同居の親族のみを使用する事業」「家事使用人」は適用外となるが、労働基準法第13条及び第14条により、民法第626条は実質的な意味を失っており、上記場合について個別に手当てができるなら、削除することに反対しない。（愛知県弁）
- 民法第626条は、労働者保護の観点から、現在も存在意義があるものと解すべきであるが、存在意義がないとすれば規定の削除について、

意義があるとしてもこの規定を民法で存続させるか労働関係法規に移設するかについて、議論をすべきである。(親和会)

- 民法第626条は狭いながらもその適用の余地を残していると考えられる。また、労働基準法第14条については廃止論もあり、その合理性に疑問が呈されていることからすれば、同条の規定内容が是であることを前提として、民法第626条を削除することについては慎重に検討すべきである。(大阪弁)
- 同条を削除する場合、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や家事使用人等そもそも労基法が適用されない場合の取扱いについて更に検討する必要があるとの意見があった。(最高裁)
- 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同法第90条で無効となることから、同法第626条削除の必要性は認められず、更に慎重な検討が求められる。(日大民研・商研)
- 削除には反対する。民法626条の規定は維持すべきである。

労働基準法14条は、事業に使用される労働者に適用されるが、事業に使用されない労働者には適用されない。事業に使用されない労働者が5年を超えて雇用される場合には、労働者は民法第628条に定める「やむを得ない事由」がない限り解約できなくなる。事業に使用されない雇用契約の例としては、個人が事業でなく介護人や看護師を雇用する場が考えられる。例えば、富裕者が5年を超える期間で介護人と雇用契約を締結する場が考えられる。このような場合には労基法が適用されないため、介護人が長期間拘束されることになるから、民法第626条の規定は今でも必要である。(日弁連)
- 民法第626条には現在でも存在意義があると考えられるから、規定を削除することに反対である。(金沢弁消費者委、一弁、横浜弁、弁護士、札幌弁、広島弁、二弁、弁護士)
- 労働法領域に与える影響を最小限にとどめるべきであるところ、民法第626条の適用場面があり得る以上、削除すべきではない。(兵庫県弁)
- 存置すべきである。労働基準法の適用を受けない者も5年を経過すればいつでも解除できることを明確にしておくべきである。(広大有志)
- 労働基準法第14条第1項の「一定の事業の完了に必要な期間」として3年又は5年以上拘束されることもあり得る。その際に、これを超えた期間を経過した後、労働者からの解除を可能にするため、民法第626条は残しておくべきである。(堂島有志)
- 労働基準法第14条は、事業に使用されない労働者には適用されないもので、事業に使用されない労働者が5年を超えて雇用される場合には、

労働者は民法第628条のやむを得ない事由がない限り解約できなくなる。例えば、個人が、事業でなく介護人や看護師を、6年、7年の期間を定めて雇用契約を締結する場合である。このような場合には労基法が適用されないため、民法第626条の規定は今でも必要であり、同条は維持すべきである。(労働弁護団)

- 民法第626条により、全ての労働者の有期雇用契約の上限を定めることができるのであり、この規定は削除すべきではないと考える。(団体職員)
- 民法第626条の規定の存在意義について議論が生ずるのは、雇用の規定と労働関係法規の適用範囲が必ずしも同一ではないからである。労働基準法第14条第1項の規定は雇用の規定に置き、雇用期間を定める場合の上限を雇用契約全般に適用されるようにするのであれば、その場合には同条の規定は不要である。民法626条の規定を維持すべきであるが、民法626条の規定の存在意義を議論する前提として、労働基準法第14条第1項が雇用の規定に置かれるべきかどうか併せて検討すべきである。(東弁)
- 改定の必要があるとは思えない。民法第626条は、契約期間が長い場合に契約の拘束から解除を認めることに意義がある。労働契約は長いほうがよく、期間の定めのない契約は定年までの期間契約と考える労働法とは逆の考え方であり、残しておく意味はあると考える。(個人)

#### 4 有期雇用契約における黙示の更新(民法第629条)

##### (1) 有期雇用契約における黙示の更新後の期間の定めの有無

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、含まれるとする学説も有力であるものの、裁判例は分かれており、立法により解決すべきであるとして、「同一の条件」には期間の定めが含まれないことを条文上明記すべきであるとする考え方がある。このような考え方の当否について、労働政策上の課題であり、労働関係法規の法形成のプロセスにおいて検討すべき問題であるという指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5, 4 [80頁]】

##### 【意見】

- 「同一の条件」には期間の定めは含まれず、更新前の契約に期間の定めがある場合であっても、更新後の契約は期間の定めのない契約になるという無期化説は、使用者が異議を述べなかったこととの利益衡量の点からも妥当な考え方である。無期化説が妥当である以上、明確性の観点から、これを明文化すべきである。(東弁)
- 労働条件が曖昧なまま労務を提供する有期雇用労働者が相当数存在

するところ、労働者の雇用存続への期待権を保護するために、有期雇用契約において黙示の更新がされたときは、無期化する規定を置くべきである。無期化を避けたい使用者は、明示の更新をすれば良いのであるから、使用者に大きな不利益は生じないものと考えられる。(日司連)

- そもそも有期契約であれば、契約の期間の始期と終期については、注意を払うのが通常である。期間の定めのある労働契約の終了に際し、使用者が積極的に契約の更新等の措置をとらずに契約が黙示に更新された場合には、期間の定めがないと評価されてもやむを得ないものと思われる。また民法第629条の条文解釈からも、「同一の条件」に期間の定めが含まれないことは明らかであり、このことを条文上明記する方向で検討すべきである。(青司協)
- 期間満了後は「期間の定めのない」状態となっているから、期間の定めのない契約として規律すべきである。(日弁連消費委有志)
- 賃貸借や使用貸借などの規定との整合性から同一の条件に期間が含まれないことと解釈すべきであるので、期間の定めが含まれないことを明記することに賛成する。(労働弁護団)
- 賛成である。裁判例が分かれている以上、立法により解決するべきである。(兵庫県弁)
- 期間の定めある雇用契約(有期契約)として更新された場合、かえって期間中の解約が困難となるおそれがあるし、有期契約について、契約締結時に期間や更新可能性を明示する要請が強められている傾向(労働契約法第4条第2項、同法第17条第2項)にも反すると思われるので、「同一の条件」には期間の定めが含まれないことを条文上明記することに、賛成する。(愛知県弁)
- 契約期間を定めた労働者(例 3ヶ月のアルバイト)との再契約を失念してそのまま就労が継続した場合に、期間の定めのない契約に転化するとは言えないであろうから、期間の定めも含まれることを明文化すべきである。もちろんこれは民法の分野での話であり、労働契約上は全く別である(期間の定めのない契約と実質的に異なる状態になる場合もあり得る。)(福岡弁)
- 民法第629条第1項の「同一の条件」には期間の定めが含まれないことを条文上明示することの可否は、労働政策審議会において検討すべきである。仮にこの点を検討するのであれば、「同一の条件」には期間の定めも含まれるということを条文上明示すべきである。(経営法曹)
- 民法第629条第1項の「同一の条件」には期間の定めが含まれないとすると、更新後の契約は無期の雇用契約となるが、そうすると契約を終了させるためには解雇権濫用法理(労働契約法第16条)によ

- る制約を受けることになってしまう。立法時に「同一の条件」に期間の定めが含まれないとしていたのは、解雇が自由であったからであり、これを条文上明記することには反対である。むしろ、「同一の条件」には期間の定めも含まれることを条文上明記すべきである。(一弁)
- 実務では、黙示の更新における「同一条件」は期間の定めを含んでいることに配慮して検討されたいとの意見が複数あった。(最高裁)
  - 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、見解が一致しておらず、裁判例でも判断が分かれているという状況にある。このように裁判例上解釈の分かれている「同一の条件」という文言の解釈については、結論はともかく明文化に向けた議論はすべきである。(親和会)
  - 民法第629条第1項の「同一の条件」には、黙示の更新については同法第627条(期間の定めのない雇用の解約申入れ)の規定により各当事者が解約の申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言えよう。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。(日大民研・商研)
  - 裁判例が分かれており、実務に与える影響も大きいことから、労働関係法規の法形成のプロセスに配慮しつつ、慎重に検討すべきである。(二弁)
  - 労働契約上の問題は、労働法固有の特徴に基づくものと言え、本論点は、純然たる労働政策上の課題であるため、労働関係法規の法形成のプロセスにおいて検討すべきである。ただし、賃貸借や使用貸借などの規定の解釈との整合性から、「同一の条件」に期間が含まれないと解されるところ、これを条文上明記することに賛成する意見もある。(横浜弁)
  - 現行規定を維持し、労働政策審議会で有期労働契約全体の契約法制の在り方と関連させて検討されるべきである。

現在、労働政策審議会の労働条件部会にて、有期労働契約法制の在り方について審議検討されている。黙示の更新後の契約を無期とするか、有期とするかは、有期雇用契約の在り方全体に関連するものであり、労働政策審議会での公労使三者による議論に委ねられるべきである。(日弁連)
  - 労働政策上の課題であり、民法改正の問題としてではなく、労働法制の改正の問題として改めて検討すべきである。(金沢弁消費者委)
  - 労働政策審議会での議論に委ねるべきである。(広島弁, 広大有志,

弁護士)

- 有期雇用契約における最重要論点を民法改正の議論のみにより解決することは、労働契約特有のルールに及ぼす影響が大きすぎるだけでなく、有期契約法制に関する立法作業が議論となっている状況を考えてみると、労働関係法規の法形成のプロセスに配慮するという民法改正の基本趣旨に抵触するものと思料されるので、「同一の条件」に、期間の定めが含まれないことを明示することには反対する。(大阪弁)
- 争いのあるところであり、労働政策審議会などで慎重に議論を尽くすべきであるので、条文上明確にすることに反対する。(札幌弁)
- 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否かについて、債権法改正の議論で取り上げるべきではない。同項の「同一の条件」に期間の定めが含まれるか否かは労働政策審議会で検討されるべき問題であり、更新後の契約の性質について明確にする規定を、労働法規や判例についての十分な検討なしに置くべきではない。(堂島有志)
- 元来、黙示に更新された後の有期雇用契約が無期契約に転化するという解釈(無期化説)は、解雇権濫用法理が確立する前に提唱された学説であり、現在の労働契約の実務を考慮した上でもなお通説であるとは言い難い面がある。労働契約の実務上、有期雇用契約の更新後の契約関係は、労使間で労働条件通知書等を通じて確認し、個別に合意することが多く、更新後の雇用契約の形態が、有期雇用契約であるか、それとも無期雇用契約となるかは、労使当事者の意思に委ねられている点が非常に大きいものである。このような現状を踏まえれば、有期雇用契約が、一律に解雇が不自由な無期契約に転化するというのは、実態に適合しないものであると言える。本改正の提案は、契約更新をしない使用者へあたかもサンクションを課すものであると解する余地もあり、合理性がないものと考えられる。  
また、同様の見地から、民法第629条第1項後段は削除されるべきである。  
もともと、労働契約の実務上、有期雇用契約の類型には様々なものがあることに鑑み、労働政策上の重大な過大として議論を尽くすべきと考えられることから、更なる検討及び審議は労働政策審議会にて行うべきであるという指摘に異論はない。(森・濱田松本有志)
- 有期労働契約の在り方については、現在労働政策審議会における審議の対象となっており、これに関係する民法第629条第1項の規定を改正するかどうかは、同審議会の結論を待って決すべき事項であるので、検討の対象とすべきではない。(弁護士)
- 期間の定めのある契約がある契約が明示的なり黙示的なり更新されると、期間の定めのない契約とみなすと読めるような規定にすること

には反対する。民法第627条第1項前段に基づき、何度か更新すれば解雇できるなんて解釈する企業が現れかねない。解雇権濫用の法理を手厚くするなどの手当が必要ではないか。(会社員)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## (2) 民法第629条第2項の規定の要否

民法第629条第2項は、雇用契約が黙示に更新される場合における担保の帰すうについて規定しているところ、この点については、具体的事案に応じて担保を設定した契約の解釈によって決せられるべきであり、特別な規定を置く必要がないとの考え方が示されている。そこで、同項に関する実態に留意しつつ、同項を削除する方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第5, 4 (関連論点) [81頁]】

### 【意見】

- 削除すべきである。(福岡弁, 二弁)
- 削除すべきである(契約の解釈によって決すべきである。)(広大有志)
- 担保の帰すうについては、担保を設定した契約の解釈によって決すべきであるから、民法第629条第2項を削除する考え方に賛成。(金沢弁消費者委, 愛知県弁)
- 雇用に担保を供するという実態がまれであり、仮に担保を供していたとしても、その帰すうについては当事者間の契約に委ねればよいから、民法第629条第2項を削除する考え方に賛成する。(一弁)
- 雇用の担保について実例に乏しいので、削除に賛成する。  
仮に629条2項を削除する場合には、別途、身元保証も含めた担保の期間制限及び更新禁止を明記すべきである。同条項本文は、黙示の更新の場合に担保が消滅する旨の規定であるところ、これを削除すると、担保が消滅しないこととなる。雇用に担保を供する実態がなくなりつつあるとしても、仮に担保に供された場合に現在よりも担保の効力を強めなければならない理由は存しない。(横浜弁)
- 契約自由の原則に従うことにより、当事者間にいかなる不都合が生ずるのか、更に実態を分析し検討すべきである。(日大民研・商研)
- 現行規定の削除は、保証人等の負担強化の方向に作用するのではないかとの懸念を示す意見があった。(最高裁)
- 更新前の雇用期間を一個の条件としていた保証人や担保権設定者の負担を増加させてはならないという趣旨はなお妥当なものであり、あえて削除する必要はないとする意見があるが、他方で、身元保証に関しては特別法が存在するため、民法第629条第2項は実益がない

として削除すべきとする意見や、現代においてはそもそも雇用契約に際し担保を取ること自体を問題視する意見もあるので、更に検討すべきである。(東弁)

- 民法629条2項の規定の削除に反対する。また、身元保証金についても身元保証制度の更新禁止を含めて検討すべきである。

雇用契約が黙示に更新される場合において、雇用の担保が消滅するという原則は維持すべきである。各契約の解釈によっても原則を定めることは重要である。また、身元保証制度については、身元保証人に過度な負担をかけるものであり、保証期間の制限、また更新を禁止するなどの措置を採るべきである。なお、雇用の担保については、もはや実態がないとして削除に賛成する意見もあったが、実態を踏まえて議論をする必要がある。(日弁連)

- 担保提供者の通常の意味は、担保提供の負担は極力制限的に行っておきたいということにあると思われるため、原則は期間満了で消滅し、別途の合意(黙示を含む)があればこれと異なる取扱いを許容するという現行民法第629条第2項の規律には合理性があり、これを維持すべきである。(大阪弁)
- 雇用についての担保が期間満了により消滅することは、デフォルトルールとして取り立てて不合理な訳ではないから、わざわざ規定を変更すべきでない。(親和会)
- 実態が必ずしも明らかではないから、削除に反対する。(札幌弁)
- 一定の方向性を持ったメッセージとなるため、避けるべきであり、削除を見送るべきである。(堂島有志)
- 各契約の解釈によるのが原則としても、原則規定を定めておくことは重要であるから、削除に反対する。また、身元保証制度については、身元保証人に過度な負担を掛けるものとして全般的な見直しを行うべきである。(広島弁)
- 雇用契約が黙示に更新される場合における雇用の担保については、雇用担保を供する実態がなくなりつつあるが、消滅の原則を定めておくことは必要であるので、削除に反対する。また、身元保証については、身元保証期間を制限し、また、その更新を禁止するように改正すべきである。(労働弁護団)
- 削除する意義に乏しいので、削除に反対する。(兵庫県弁)
- 同条の規定は、雇用契約の更新があつた場合でも担保の効力は継続しないという原則を定めたものとしてなお存在意義があり、同条の削除は労働者保護の後退につながるおそれがあるので、削除に反対する。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 5 その他

### 【意見】

- 被用者が労務遂行中に使用者または第三者に損害を与えた場合（被用者の加害類型）における，被用者の使用者に対する損害賠償義務の軽減及び免責請求権について規定を置いてはどうか。最判昭和51年7月8日民集30巻7号689頁はこのような被用者の賠償義務の軽減すなわち使用者の損害賠償請求権ないし求償権の制限を認めており，学説もこれを支持する。

なお，スイス債務法はこれに関して明文規定を有し（OR Art. 321 e），ドイツ・オーストリアでは，危険労働法理として判例・学説上肯定されている。また，オーストリアでは，被用者の不法行為責任につき，これの軽減を定めた特別法すなわち被用者賠償責任法（Dienstnehmerhaftpflichtgesetz）が存在する。（大学教員）

- 被用者が労務遂行中に被った損害に関して（被用者の被害類型），使用者の無過失損害賠償責任を規定してはどうか。上記の昭和51年判決はこれに言及していないが，同様の考慮を貫徹すると，被用者が労務遂行中に被った損害に関しては，無過失損害賠償責任を使用者に認めるべきことになろう。

なお，ドイツ・オーストリアでは，判例は委任の規定の類推適用によってこのような使用者の無過失損害賠償責任を認める。スイスでは，321 e条を類推適用してこれを基礎付ける見解が学説では有力である。（大学教員）

- 民法627条第2項，第3項の削除を提案する。

民法第627条第2項は，「期間によって報酬を定めた場合には，解約の申入れは，次期以降についてすることができる。ただし，その解約の申入れは，当期の前半にしなければならない」と定める。例えば，賃金が月給制とされている場合に，使用者が6月に解雇しようとする場合でも，5月の前半にしなければならないということになる。他方，労働者が辞職しようとする場合も，6月に退職するためには，5月前半に辞職しなければならないことになる。しかし，実務上は，解雇の場合には，労働基準法第20条の解雇予告制度ないし解雇予告手当によって処理をされている。また，辞職の場合には民法第627条第1項の二週間ルールで処理されている。実際上は，この規定は死文化しており，削除することが適切である。

また，民法第627条第3項は，「6箇月以上の期間によって報酬を定めた場合には，前項の解約の申入れは，3箇月前にしなければならない」とする。6箇月以上の期間によって報酬を定めた場合とは，多くは年俸制である。ただ労基法第24条第2項が月払の原則を定めているこ

とから、年俸制であっても月1回は賃金が支払われている結果、民法第627条第3項は適用されないとなっている。このように同項についても実際上は死文化しており、これも削除することが適切である。(日弁連)

- 民法第627条第2項は、「期間によって報酬を定めた場合には、解約の申入れは、次期以降についてすることができる。ただし、その解約の申入れは、当期の前半にしなければならない」と定める。例えば、賃金が月給制とされ、20日締め、当月25日払とする労働契約の場合に、解雇の効力を6月以降に発生させるためには、解雇の意思表示を5月の前半にしなければならないということになる。ところが、実務では、労働基準法第20条の解雇予告制度ないし解雇予告手当によって処理をされている。実際上は、この規定は死文化しており削除することが適切である。他方、労働者側からの辞職の申し出に関しても適用されることになり、2週間前に解約申入れの原則が制限されることになってしまうことから、民法第627条第2項の定めは削除すべきである。

また、民法第627条第3項は、「6箇月以上の期間によって報酬を定めた場合には、前項の解約の申入れは、3箇月前にしなければならない」とする。6箇月以上の期間によって報酬を定めた場合とは、多くは年俸制であるが、労働基準法第24条第2項が月払の原則を定めていることから、年俸制であっても月1回は賃金が支払われている結果、民法第627条第3項は適用されないとなっている。このように同項についても実際上は死文化しており、削除することが適切である。(労働弁護団)

- 実務上死文化しているから、民法第627条第2項及び第3項を削除すべきである。(横浜弁)

## 第52 寄託

### 【意見】

- 実務上行われている寄託契約は商法上の倉庫営業や場屋営業における寄託契約であり、民法上の寄託契約を見直すに当たっては、これら商法上の規定との関係性に留意して議論すべきである。(親和会)

### 1 寄託の成立—要物性の見直し

#### (1) 要物性の見直し

寄託は、受寄者が寄託者のために寄託物を受け取ることによって初めて成立する要物契約であるとされている(民法第657条)が、契約自由の原則から、諾成的な寄託契約の効力が認められているほか、実務上も、諾成的な寄託契約が広く用いられており、寄託を要物契約とする民

法の規定は取引の実態とも合致していないと指摘されている。このような指摘を踏まえて、諾成契約として規定を改める方向で、更に検討してはどうか。

もっとも、無償寄託に関しては、合意のみによって寄託物を受け取る義務を受寄者に負わせることが適当かどうかという問題があることを踏まえ、寄託の合意が書面でされない限り、寄託物を受け取るまでの間、受寄者に任意の解除権を認めるという考え方や、書面によって合意がされた場合に限り諾成契約の効力を認めることとし、それ以外の無償寄託は要物性を維持するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 2(1) [84頁]】

### 【意見】

- 寄託契約について、諾成契約として規定すべきである。寄託契約を諾成契約とした場合、無報酬の場合、贈与契約と同一の規定を設けることに異論はなく、無報酬の寄託については、書面によるものを除き、目的物の交付前における解除権を認めるべきである。(福岡弁)
- 有償・無償を問わず、諾成契約とし、無償寄託については、合意が書面でされない限り、寄託物を受け取るまでの間、解除権を認めるとの考え方に賛成である。諾成契約とすることが現在の実務に適合するし、無償の場合には、受寄者に解除権を認めることでバランスがとれる。(横浜弁)
- 諾成契約に改めることにつき、賛成する。無償寄託の場合にまで、受取前の受寄者が契約に拘束され続けることを防止する必要があるので、無償寄託について、寄託の合意が書面でされない限り、寄託物を受け取るまでの間、解除権を認める考え方に賛成する。(札幌弁)
- 要物契約とすることには、沿革以外に合理的理由が見出せず、諾成的寄託契約を規定することが現在の通説に沿い、取引の実態にもかなうから、寄託について諾成契約として規定を改める方向で検討するとの考え方に賛成する。他の無償契約の規定との兼合いもあるが、好意的契約である無償寄託の場合には、寄託の合意が書面でされない限り、寄託物を受け取るまでの間、受寄者に解除権を認めるのであれば、不都合はないから、その方向で規定することに賛成する。(東弁)
- 有償契約と無償契約のいずれについても諾成契約として規定しつつ、無償寄託については、寄託の合意が書面でされない限り、寄託物を受け取るまでの間、受寄者に解除権を認める旨の規定をすべきである。要物契約とされる現行法下でも、諾成的寄託契約が認められており、諾成として支障はない。ただし、書面によらない無償寄託の場合、受寄者に受取前解除権による解放を認めるべきである。

「貸す債務」の債権譲渡や差押えの弊害がある消費貸借とは異なり、寄託においては、寄託者は目的物を「預ける債務」（寄託のために引き渡す債務）を負わない（有償の場合に預けないまま、対価が発生し得るにすぎない。）から、諾成契約としても問題はない。（堂島有志）

- 諾成的な寄託契約は現在の実務上も広く用いられており、契約自由の原則からもこれを否定すべき合理的理由は見だし難い。

好意的契約である無償寄託については、受寄者に受取義務まで認めるのは相当ではないと解されることから、拘束性を緩和すべきであり、その方策として、寄託の合意が書面でされない限り、寄託物を受け取るまでの間、受寄者に解除権を認めるべきである。なお、無償寄託を諾成契約として、受寄者に解除権を認めるか、無償寄託を書面の場合だけ諾成契約とする提案がされているが、贈与、使用貸借など他の無償契約との整合性を勘案して決定すべきとする意見もあった。（日弁連）

- 諾成的な寄託契約は現在の実務上も広く用いられており、契約自由の原則からもこれを否定すべき合理的理由は見だし難いから、寄託を諾成契約とすることに賛成である。好意的契約である無償寄託については、受寄者に受取義務まで認めるのは相当ではないと解されることから、拘束性を緩和すべきであり、その方策として、寄託の合意が書面でされない限り、寄託物を受け取るまでの間、受寄者に解除権を認めるべきである。（愛知県弁、広島弁）

- 諾成契約とすべきである（実務上も諾成的寄託契約が用いられており、要物性を維持する合理性も見出されない。）。（広大有志）

- 実務的にも寄託物引渡前の寄託予約契約と引渡後の寄託契約を分離して取り扱う必然性は薄く、諾成契約として構成し直すことに問題ないものとする。（日倉協）

- 諾成的な寄託契約は現在の実務上広く行われており、契約自由の原則からもこれを否定する合理的理由は見当たらない。無償寄託について諾成契約を認めるかどうかを含めて、論点として取り上げて議論すべきである。（親和会）

- 諾成的な寄託は実務上用いられており、寄託を諾成契約とすることに特に反対しない。無償寄託については、受寄者に受取義務まで認めるのは相当でないと解されることから、拘束性を緩和すべきである。その場合の規定の在り方については、贈与、使用貸借など他の無償契約との整合性にも留意して検討すべきである。（大阪弁）

- 実務上諾成的に用いられていることや、要物性を維持する合理的理由も見出し難いことから、諾成契約へ改める方向に異論はない。

無償寄託に関しても、無償性の点に鑑みれば、契約の拘束力を緩和するなどの取扱いを設けることに異論はない。もっとも、規定を設け

るに当たっては、規定の内容や文言等について、他の契約類型における無償の場合の取扱いとできるだけ平仄を合わせることが望ましい。

(二弁)

- 寄託を諾成契約として規定することに賛成する。消費貸借を諾成契約として見直すという考え方とも整合性がある。(弁護士)
- 寄託契約においては、寄託物の受取前における当事者間の法律関係について明らかにする必要がある、この点の必要性は無償寄託についても認められるので、有償寄託・無償寄託ともに諾成契約とすることに賛成する。

無償契約については、基本的に要物契約の性質を維持すべきであり、事業者がその事業の範囲内で行う場合を除き（このような場合の寄託は、他の有償契約に付随して行われることも多く、無償であっても事業者に対する委託者の正当な信頼を保護する必要があることから、有償の場合と同列に取り扱うべきである。）、寄託物の引渡しを受けるまでは自由に寄託契約を撤回できるものとすべきである。書面によって合意された無償寄託の効力については、そのような契約の効力を認める実務的ニーズは特に存在しないので、規定を置く必要は無い。(弁護士)

- 銀行業務のうち、消費寄託以外の寄託が用いられる場面はさほど多いわけではなく、保護預かりの法的性質が寄託契約とされている程度であるが、寄託の成立要件の見直しは銀行業務の根幹を成す預金業務（消費寄託）に重大な影響を与え得るものであるから、本提案には銀行実務から重大な関心がある。

預金を要物契約と理解してきた現在の銀行実務との連続性を重視して、諾成契約化に反対する見解がある。

その一方で、例えばインターネットバンキング等における預金口座の開設時に、残高が0円であっても口座の開設を認める実務の取扱いの説明が容易になるとして一定の意義を認める見解や、積極的に諾成契約化に反対するわけではないという見解が見られる。しかし、これらの見解は、諾成契約化に伴って生ずる目的物交付前の規律が適切なものとなることを前提とする。例えば、諾成契約化に積極的に反対しないという立場からも、寄託者は目的物交付前に、寄託物の引渡義務を負わず、目的物の引渡前は自由に解除できる（ただし、費用の償還義務を負う。）一方で、受寄者のみが契約に拘束されるという規律には疑問が呈されており、このような方向で検討されるのであれば、諾成契約化自体に反対ということになると考えられる。

目的物の引渡前に寄託者が引渡義務を負わないとされ、かつ、受寄者による目的物交付前の任意解除権が制限的に解される場合には、寄託者が目的物の引渡しをしない場合に、いつまでも受寄者が契約に拘

束されることとなり、受寄者が場所の確保等の保管のための準備を継続しなければならなくなり、不都合が大きい。また、預金実務上は、当初の残高0円で口座を開設した場合に口座が使用されないまま放置されるのは好ましくないことから、受寄者に契約の解除権を認めるのが妥当という見解もある。そこで、諾成契約とする場合であっても、受寄者に目的物が交付される前の法律関係について、寄託者に目的物の引渡義務を認めただうえで、寄託者がこれを履行しない場合には受寄者から契約を解除し、また、不履行による損害の賠償を請求することを認めるべきと考えられる。もっとも、寄託が専ら寄託者の利益のためにのみ行われるような類型も想定されるが、そのような場合にまで寄託者の引渡義務を認めることは行き過ぎであるとも考えられる。しかし、そのような場合であっても、寄託者が引渡義務を履行しない場合にまで受寄者が契約に拘束されることは不都合であることから、受寄者が一定期間を定めて催告してもなお寄託者が目的物を引き渡さない場合には受寄者による解除権を認めるのが適切であるという見解もある。(全銀協)

- 契約類型の本質に関わる問題であり、変更により実務に混乱を及ぼすおそれがないか、慎重な検討を要するとの意見が多かった。(最高裁)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)
- 寄託における要物性の見直しが検討されているが、そもそも目的物として有体物を想定していたと考えられる「寄託」という典型契約について、寄託の対象となる物の価値が、専ら無体物にある場合(財産的価値のある情報(例えばソフトウェア)が記録メディアという有体物に記録されているケース)、ひいては、データ等の情報(無体物)を第三者から預かるストレージサービス等の新たな取引類型/契約が登場しているという現実があり、こうした社会的/経済的な変化を念頭に置いた検討をすべきである。寄託が民法典にて典型契約として設けられていることから、IT・家電業界においては、上記のように、寄託の対象となる物の価値が、専ら無体物にある場合、更には、データ等の情報(無体物)を第三者から預かる場合の取引契約に対して、寄託に関する規定が適用・類推適用される可能性があると認識している。例えば、データセンタ事業に関する取引契約に対して類推適用されることで、取引上の契約実務に影響が出るおそれがあると考えられる。クラウドコンピューティング技術の確立とともに、ネットワーク環境の利便性向上に伴い、ユーザー保有のデータについてネットワークを介して保管する旨の依頼とその引受けを約する取引が多く行われている。サーバにおける使用容量などを基準として一定量まで無償、それを超える場合には有償と区別するものもある。また対象データも

テキストデータから写真などの画像まで、無体物と言ってもその種類は多岐にわたり、更に写真データのアルバムサービスのように、保管依頼者（寄託者）とは別の第三者に対するダウンロード（引渡し）を認める取引も存在する。寄託物が著作物などの場合における第三者（本来の著作権者）権利侵害時の責任問題も考えられる。このような取引契約への類推適用を考慮した場合、近年の情報財や知的財産権といった無体物の価値と取引上の重要性の高まりからも、既存の民法の考え方としての目的物概念を有体物だけを念頭において、改正案を検討するのではなく、寄託の対象となる物の価値が専ら無体物にある場合、更には、データ等の情報（無体物）を第三者から預かる場合の取引契約に対して、寄託に関する規定が適用・類推適用される可能性を考慮しながら、保管義務、返還の相手方、寄託者の義務等などの具体的内容が検討されるべきと考える。（電情産協）

- 中間論点整理においては、「寄託の定義における『物』とは、有体物のみならず無体物である電子データを含むか」という論点が取り上げられていない。その理由として、寄託の対象となる「物」が何かという問題は寄託という契約の問題ではなく民法における「物」の定義の問題であり、民法85条が「この法律において「物」とは、有体物をいう。」との定義規定をおいている以上有体物に限られることは明確であるから議論の必要がないと理解された可能性が考えられる。しかしながら、クラウドサービスやストレージサービスが急速に普及しているソフトウェア業界においては、電子データが「保管」の対象になること及びこれを電子的に「受け取る」ことができることは従来から常識の範疇である。とすれば、電子データも「当事者の一方が相手方のために保管をすることを約」して受け取ることができるという点で有体物と共通するから、寄託契約の対象とすることも観念し得るようにも思われる。さらに、仮に寄託が諾成契約として規定されるとすると、物の受け取りは契約成立の要件ではなくなることから、有体物に限定しない方向によりなじむのではないかとも思われる。

一方で、電子データの場合、不要となった場合には「返還」ではなく「削除」されるのが通常であるという意味においては、寄託の対象とはならないとの方向にも考え得る。このように、電子データが寄託の対象となり得るかということは、民法における「物」の定義の問題にとどまらず、寄託という契約の性質の問題として検討する余地がある。そして、将来的に適用又は類推適用の議論がされることも考えられないことではないから、実務における指針を示す必要性は否定されない。

したがって、「寄託の対象として、民法上の「物」である有形物に加え電子データをも観念できるか」ということを、問題点として取り

上げ議論すべきと考える。(ソフトウェア協)

## (2) 寄託物の受取前の当事者間の法律関係

諾成的な寄託の効力を認めている現在の解釈論では、寄託物の受取前の当事者間の法律関係については、寄託者は、寄託物の引渡前は自由に解除することができるが、解除した場合には寄託物を受け入れるために受寄者が支出した費用の償還義務を負い、他方、受寄者は、寄託物の受取義務を負うとされている。寄託の規定を諾成契約として改める場合には、このような現在の解釈論を条文上明記する方向で、更に検討してはどうか。

また、諾成的な寄託において寄託物が引き渡されるまでは、無償寄託において受寄者の任意解除権を認める考え方(前記(1))があるほか、有償寄託か無償寄託かを問わず、一般に、受寄者を契約の拘束から解放するための方法を用意することが必要であるという問題が指摘されている。このような指摘を踏まえ、寄託者に引渡義務を負わせ、その不履行による解除権を認める考え方や、受寄者が催告してもなお寄託者が寄託物を引き渡さない場合における受寄者の解除権を認める考え方等の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 2(2) [85頁]】

### 【前段についての意見】

- 賛成する。(日弁連, 東弁, 愛知県弁, 大阪弁, 札幌弁, 横浜弁, 広島弁, 二弁, 広大有志)
- 寄託者は、寄託物の引渡前は自由に解除することができるが、解除した場合には寄託物を受け入れるために受寄者が支出した費用の償還義務を負うことについて、規定を設けることに賛成する。他方、諾成の寄託契約を認める以上、原則として受寄者が寄託物の引取義務を負うことは当然のことなので、この点についてはあえて明文の規定を設けるまでもなく、受寄者の撤回権が認められる場合についてのみ規定を置けば足りる。(弁護士)
- 寄託物の受取前の当事者間の法律関係については、諾成契約とする改正に際し、明文規定を置いて分かりやすくすべきである。寄託の定義上、寄託者は寄託物の引渡義務を負わないが、受寄者は寄託物の受取義務を負うことを明らかにし、寄託物の引渡前、寄託者は自由に寄託契約を解除することができるべきである。(堂島有志)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### 【後段についての意見】

- 寄託者に寄託物の引渡義務を負わせ、その不履行による解除権を認める考え方は、寄託契約が寄託者の利益を図るためにあることと調和しないから、寄託の規定を諾成契約として改める場合に、受寄者が催告してもなお寄託者が寄託物を引き渡さない場合における受寄者の解除権を認める考え方に賛成する。(日弁連, 東弁, 愛知県弁, 弁護士)
- 寄託を諾成契約とした場合に、寄託者が寄託物の引渡しをしないときでも、受寄者を契約に拘束し続けることは相当でない。受寄者に引渡しに関する催告権を認め、引渡しがなければ解除できるとするなど、受寄者が契約の拘束から解放される何らかの方法を検討するのが相当である。(大阪弁)
- 諾成的寄託契約において受寄者を契約の拘束力から解放するための方法としては、受寄者の法定解除権を認めれば足りるので、受寄者が催告しても引き渡さない場合に、受寄者の解除権を認めることに賛成する。(広島弁)
- 寄託者が引渡しを行わない場合にまで受寄者を拘束するのは不当であるので、受寄者を契約の拘束から解放する方法を用意することにつき、賛成する。(札幌弁)
- 公平性の観点から、寄託者に解除権を認めるのであれば、受寄者にも解除権を認めるべきであり、約定日に寄託物が引き渡されない場合等の受寄者の解除権を明確化する必要がある。ちなみに標準倉庫寄託約款では、第11条第1項第2号で貨物が引き渡されなかったときの解除権、また、標準トランクルームサービス約款第11条第1項第2号でも同様に貨物が引き渡されなかったときの解除権を規定している。(日倉協)
- 寄託物引渡前の解除権については、有償寄託であろうと無償寄託であろうと、寄託物の引渡前において受寄者を契約の拘束力から解放する方法を用意することは賛成である。もっとも、その規定ぶりをどうするかは、当事者双方に対し契約の拘束力を過度に強める又は緩和することがないように慎重に検討すべきである。(二弁)
- 寄託物の受取前、受寄者は、有償寄託については寄託契約を解除できないが、無償寄託については、書面によって寄託が成立した場合でない限り、寄託契約を自由に解除することができるべきである。無償寄託については、その無償性に鑑み、諾性的契約の拘束力を緩和し、受寄者の負担を軽減するのが相当である。

また、有償寄託、無償寄託のいずれであっても、寄託者がいつまでも寄託物を引き渡さないという事態があり得るので、催告の制度を導入し、受寄者が一定条件下に寄託契約を解除することを認めるべきである。有償寄託、無償寄託を問わず、受寄者は、寄託者に対し、寄託

物を相当期間内に引き渡すよう催告し（ただし、引渡期限の定めがある場合には、同期限経過後であることを要する。）、同期間内に寄託物の引渡しが無い場合には、寄託契約を解除することができる。（堂島有志）

- 諾成的寄託契約を肯定する場合には、寄託物引渡しまでに当事者間に生じる法律関係（特に、寄託者の引渡義務の有無と受寄者の契約関係からの解放についてなど）を規律して明確化する必要がある。（親和会）
- 諾成的寄託契約において、寄託者は寄託物を引き渡す義務を負わない。この場合、受寄者は、後記5(2)に準じて報酬請求をすることができる。（福岡弁）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）

### (3) 寄託物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始

仮に、寄託を諾成契約として規定する場合には、寄託物が交付される前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときに寄託契約が失効する旨の規定を設けるかどうかについて、消費貸借に関して同様の規定を設けるべきであるとの考え方（前記第44, 1(4)）についての検討状況に留意しつつ、検討してはどうか。

#### 【意見】

- 消費貸借と同様、民法第589条の趣旨が当てはまるので、賛成する。（札幌弁）
- 諾成的消費貸借契約の場合と同様、一方当事者が破産した場合に寄託契約を存続させる意味がないので、賛成する。（広島弁）
- 消費貸借と同様の利益状況があると言えるので、消費貸借と同様の規定を設けるべきであるとの考え方に基本的に賛成する。（東弁）
- 消費貸借と同様の扱いにすべきである。（横浜弁、広大有志）
- 諾成契約とする以上、寄託物引渡前の一方当事者の破産手続開始について規定を設けることは望ましいと考える。（日倉協）
- 一方当事者の著しい信用不安（破産）により、寄託の前提である当事者の信頼関係は既に破綻していると言えるから、契約関係の解消を認めるべきであるので、規定を設けることに賛成する。（堂島有志）
- 一方当事者について破産手続が開始した場合に、引渡し前の寄託物についての寄託契約を存続させる意味が存しない。ただし、その明文化については、破産法等の倒産法制の中で規定されるべきところ、破産法等の倒産実体法の規定には、双方未履行の双務契約についての規定が存しており、これらの規定との整合性の観点から、その内容については、慎重に検討されるべきである。（愛知県弁）

- 消費貸借においては、目的物の交付前に借主が破産手続開始決定を受けた場合には、貸主に「貸す債務」を免れさせる必要性は高いが、寄託において消費貸借と同様の必要性があるかについては、更に検討を要するので、慎重に検討すべきである。(大阪弁)
- 一方当事者について破産手続が開始した場合に、引渡前の寄託物についての寄託契約を存続させる意味が存しないことから、明文化に賛成する意見が強い。ただし、その明文化については、破産法等の倒産法制の中で規定されるべきところ、破産法等の倒産実体法の規定には、双方未履行の双務契約についての規定が存しており、これらの規定との整合性の観点から、その内容については、慎重に検討されるべきである。(日弁連)
- 寄託又は消費寄託の場合、消費貸借に比してより定型的・画一的に行われる場面が多く、消費貸借の場合とパラレルに考えてよいか疑問であり、慎重に検討すべきと考える。例えば、預金のケースを想定すると、銀行は、現金が交付される前に顧客が破産手続開始の決定を受けたかどうか知り得ない場合が多いと思われ、破産後に交付された現金の処理につき紛議が生じる可能性がある。(二弁)
- 検討することに異論はなかったが、倒産法の規定として設けられるのが相当であるとの意見があった。(最高裁)
- 適用関係を明確にするために、破産手続開始決定を受けたときの扱いについては破産法に委ねるべきである。(親和会)
- 委任契約の当事者に対して破産手続開始決定がされた場合に、契約が終了するのは、この契約が当事者間に信頼関係に基づいているためであるが、寄託契約に関しては、常にこのような信頼関係ありとは言えないであろう。そうすると、破産による当然終了という規定は設けるべきではなく、破産法第53条により解除するか否かによって決めべきである。寄託契約については、破産手続開始決定がされた場合における当然終了という規定を設けるべきではない。(福岡弁)
- 借主の信用力等が問題となる目的物交付前の消費貸借契約とは異なり、寄託物引渡前の寄託契約については、破産法第53条以下の規定に委ねても特段不都合が生じる問題ではないことから、消費貸借に関する規定の検討状況にかかわらず、特に明文の規定を置く必要は無いと考えられる。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 2 受寄者の自己執行義務（民法第658条）

### (1) 再寄託の要件

委任と寄託とは、当事者間の人的信頼関係を基礎とする点で共通しており、再寄託と復委任の要件に差を設ける合理的理由はないという指摘を踏まえて、再寄託が認められる要件を復委任の要件と整合させる方向で、更に検討してはどうか。その具体的な要件については、復委任の要件を拡張する考え方（前記第49，1(3)）を前提として、再寄託の要件を「受寄者に受託物の保管を期待することが相当でないとき」にも拡張するかどうかについて、より具体的な要件を定めて明確にする必要があるという指摘に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6，3(1) [87頁]】

#### 【意見】

- 委任の場合と同様の考え方として、差異を設けるべきではないので、再寄託の要件について、「受寄者の受託物の保管を期待することが相当でないとき」に拡張することに賛成する。明確化はできればした方がよいが、やむを得ない。（札幌弁）
- 復委任の要件と整合させるべきである（拡張については委任に従う。）。（広大有志）
- 復委任との比較を踏まえて再寄託の要件を拡張すべき必要性は肯定される。（親和会）
- 再寄託が認められる要件は、復委任の要件と整合させるべきである。（弁護士）
- 再寄託の要件を必ずしも受寄者の承諾があるときに限定すべきではなく、委任（第49，1(3)）との平仄から、受寄者に受託物の保管を期待することが相当でないときに再寄託ができることに賛成である。ただし、受寄者の責任は後記(2)のとおり過重されることと抱き合わせとし、寄託者の利益が損なわれないよう留意すべきである。（横浜弁）
- 「寄託者の承諾があるとき」に限定しているのは狭きに失する。寄託と類似性を有する委任の規定（民法第104条第1項）とのバランスを取る必要がある。また、業務が複雑化・専門家した今日の社会状況の実情への対応の必要性もある。もっとも、「受寄者に寄託物の保管を期待することが相当でないとき」との要件はやや不明確であるため、より明確化を図るべきであるので、再寄託が認められる要件としては、「寄託者の承諾を得たとき」に加え、「契約の目的、寄託物の性質・分量、保管場所の状況等に照らし、受寄者に受託物の保管を期待することが相当でないとき」とすべきである。（堂島有志）
- 復委任との整合性に留意する必要があるが、当事者間の人的信頼関

係が最も厚い委任の場合の要件に比べれば、相対的にそうとは言えない寄託の場合は緩やかであるべきであると思われる。(二弁)

○ 復委任について、信託法第28条の規定等に倣い、受任者の自己執行義務については、現行法の解釈より大幅に緩和した規定を設けるべきであるという意見を前提に、再寄託についても同様の見直しを行うべきである。(弁護士)

○ 再寄託が認められる要件を復委任の要件と整合させる点については、対人的信頼関係を基礎とする寄託においても、委任の場合と同様に、承諾を得た場合以外であっても再寄託の必要性があり、寄託物の保管は第三者でも適切に行える場合があるので認めても良いとして、賛成意見が多い。これに対し、委任の場合は、復代理人を選任することが委任者の利益になる場合が想定されるが、寄託の場合は異なる等を理由とする反対意見があった。

委任の要件を拡張する方向での検討については、賛成意見が多かった。もっとも、「受寄者に受託物の保管を期待することが相当でないとき」の判断主体が、受寄者になるところ、受寄者にそのような判断を任せることは寄託者の意思に反し、受寄者の利益を害する可能性があるという意見があった。また、拡張に賛成する意見においても、要件としての具体性を欠くので、より具体性のある要件を定めるべきであるとの意見が多くあった。内容をより明確化し、表現を適切なものにするよう慎重に検討すべきである。(日弁連)

○ 対人的信頼関係を基礎とする寄託においても、委任の場合と同様に、承諾を得た場合以外であっても再寄託の必要性があり、寄託物の保管は第三者でも適切に行える場合があるので、再寄託が認められる要件を復委任の要件と整合される方向で検討するとの考え方に賛成する。再寄託の要件を「受寄者に受託物の保管を期待することが相当でないとき」にも拡張すべきとの考え方に特段反対しないが、より具体的な要件を定めて明確化する必要がある。(東弁、愛知県弁、広島弁)

○ 標準倉庫寄託約款第18条では、やむを得ない事由があるときは寄託者の承諾を得ないで再寄託できる旨が規定されており、倉庫業実務としても広く定着しているところである。再寄託の要件拡張に当たっては、やむを得ない事由があるときを要件として追加する方向で検討していただきたい。ただし、復委任の要件拡張と整合させる方向での要件拡張、すなわち「受寄者に受託物の保管を期待することが相当でないとき」を認めた場合は、受寄者が十分な保管能力を有しないにもかかわらず寄託を受け、再受寄者に丸投げするなどの行為が懸念され、不良業者のばっこを許しかねないことから、要件として認めるべきではないと考える。(日倉協)

○ 社会状況が複雑化していることが再寄託の範囲を拡大することの提

案理由であるが、その提案理由には合理性があると考え。再委託の要件を拡張することについては、受寄者の責任を厳格化することを前提に反対しない。ただし、「受寄者に受託物の保管を期待することが相当でないとき」という要件は不明確である。(大阪弁)

- 委託も委任同様に受寄者に対する信頼に基づく契約と考えられるので、原則として、受寄者が自己執行義務を負う旨明文化すべきであり、例外として再委託が許容される要件については、再委託することが委託者の利益となるにもかかわらず委託者の許諾を得ることが困難な場合とすべきである。(福岡弁)
- 検討することに異論はなかったが、再委託の要件を緩和することにより、自らが保管等を行う能力のない者が、取り敢えず受けておいて第三者に「丸投げ」するようなケースが増し、いたずらに紛争を誘発する懸念があるとする意見が複数あった。(最高裁)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## (2) 適法に再委託が行われた場合の法律関係

適法な再委託がされた場合における受寄者の責任について、第三者が委託物を保管することについて委託者が承諾しただけで、受寄者の責任が限定される結果となるのは不当であるという問題意識を踏まえ、民法第658条第2項が復代理に関する同法第105条を準用している点を見直し、①一般的には、受寄者は自ら委託物を保管する場合と同様の責任を負うこととするが、②委託者の指名に従って再受寄者を選任した場合には、受寄者は、再受寄者が不適任又は不誠実であることを知らなかったとき、知っていたとしてもその旨を本人に通知し又は再受寄者を解任したときには、委託者に対して責任を負わないものとするという考え方が示されている。このような考え方の当否について、復委任と異なる規律とすること(前記第49, 1(3)参照)の当否が問題となるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、民法第658条第2項が同法第107条第2項を準用し、委託者と再受寄者との間に相互の直接請求権を認めている点を見直し、再委託については、委託者と再受寄者との間に直接請求権を認めないこととするかどうかについて、委託者が委託物の所有権を有しない場合や受寄者が支払不能に陥った場合に問題が生じ得るとする指摘に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 3(2) [88頁]】

### 【前段についての意見】

- 再委託の要件を緩和する場合には、受寄者の責任を厳格化すべきであり、また、再受寄者は履行補助者に当たると考えられるため、再受

寄者の行為について受寄者の責任を認めるべきであるが、寄託者が再受寄者を指名したときは、寄託者の責任を緩和することは相当であるので、賛成である。(愛知県弁、大阪弁、広島弁)

- 再寄託の要件を緩和する場合には、受寄者の責任を厳格化すべきであり、また、再受寄者は履行補助者に当たると考えられるため、再受寄者の行為について受寄者の責任を認めるべきであるが、寄託者が再受寄者を指名したときは、寄託者の責任を緩和することは相当であるとして、賛成意見が強い。(日弁連)
- 再寄託の場合に、受寄者の責任を縮減すべき理由はなく、例外的な場合に限って責任を軽減すべきであるので、①②に賛成である。(横浜弁)
- 賛成する。(札幌弁)
- 適法な再寄託を行うことで受寄者の責任が限定されることに合理的な理由はないと思われる。(二弁)
- 再寄託についての寄託者の承諾があっても、受寄者の責任は当然には軽減されるべきでない。(広大有志)
- 寄託者が再寄託を承諾した場合の受寄者の責任限定については、受寄者の責任限定についての承諾があったときのみ制限する方向で検討すべきである。(親和会)
- 再寄託が許容される場合、原則として、受寄者は再寄託者の行為について責任を負担する旨明文化すべきである(「契約の内容・趣旨」によって一定の場合に責任を負担しない場合はあり得る。)(福岡弁)
- 寄託者において、第三者が寄託物を保管することを承諾しただけで、受寄者の義務が、自己執行義務から選任・監督義務に縮減されるとする現行法の規律は不当であり、受寄者は、再寄託後も、自己執行時と同一の保管義務を負い続けるとすべきである。ただし、寄託者の指名に従って再受寄者を選任した場合には、民法第105条第2項の趣旨を準用し、受寄者は、再受寄者が不適任又は不誠実であることを知らなかったときと、知っていたとしてもその旨を本人に通知し又は再受寄者を解任したときには、寄託者に対して責任を負わないものとする。  
なお、この考え方によると、再寄託と再委任とで規程内容が異なってくる可能性があるが、無償、有償を問わず受任者が善管注意義務を負う委任とは異なり、無償寄託の場合における受寄者の義務は、当初より軽減されているから、無償寄託については、無償委任と異なり、再寄託後も受寄者に自己執行時と同一の保管義務を免れないと規定しても、均衡を欠くものではない。(堂島有志)
- 検討することに異論はない。(最高裁)
- 受寄者は、自己執行義務を負うことが原則であるのだから、自ら寄

託物を保管する場合と同様の責任を負うと考えるべきであるとする意見と、再受寄者に適任者が選ばれれば問題はないはずであり、受寄者は、再受寄者の選任及び監督についてのみ責任を負うべきであるとする意見の両論があったので、慎重に検討すべきである。(東弁)

- 標準倉庫寄託約款第39条、標準トランクルームサービス約款第31条で寄託者の承認を得ないで再寄託した場合には、受寄者が寄託物に対し約款に基づき責任を負う旨を明確に規定しており、寄託者の承認を得た場合は、民法第105条の準用による選任及び監督責任で十分と考える。寄託者の指名に従って再受寄者を選任した場合、受寄者は責任を負わないとする考え方には賛成である。(日倉協)
- 適法に再委託がされた場合の法律関係は、下請負や再委任、復代理等と類似するものであり、再寄託の場合についてのみ受寄者の責任を加重すべき合理的理由はないことから、殊更に復委任等と内容の異なる立法提案を採用すべきではない。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### 【後段についての意見】

- 直接請求権を認めることによる法律関係の複雑化を避ける観点からも、寄託者と再受寄者との間に直接請求権を認めないこととすべきであるとの考え方に賛成する。(東弁)
- 再受寄者は履行補助者と考えられるため、再受寄者と寄託者との間に直接の法律関係を認める必要はないと考える。(大阪弁、広島弁)
- 再受寄者は履行補助者と考えられるため、再受寄者と寄託者の間に直接の法律関係を認める必要はなく、また、直接請求権を認めることによる法律関係の複雑化を避けるべきであるとして、賛成意見が強い。(日弁連)
- 再委任の場合とは異なり、再受寄者の行為の効果が直接寄託者に帰属するという関係にないと考えられるので、直接請求権を認めないことに賛成する。(横浜弁)
- 再寄託の場合は、再委任の場合とは異なり、復受寄者の行為の効果が直接寄託者に帰属するという関係にはないから、そもそもこの再委任の規定を準用すること自体が適切ではない。復受寄者は、受寄者の寄託物保管義務の履行補助者に過ぎないと理解するのが相当。

なお、寄託者が寄託物の所有権を有しない場合に寄託者が再受寄者に対し寄託物の返還を直接請求できなくなるのは不都合であるとの指摘については、寄託者は、受寄者の復受寄者に対する再寄託契約に基づく寄託物返還請求権や、所有者の復受寄者に対する所有権に基づく寄託物返還請求権を代位行使することにより、事実上、復受寄者に対し寄託物の引渡しを直接求め得る場合が多いと考えられる。また、受

寄者が支払不能に陥った場合に再受寄者の寄託者に対する直接の報酬請求権を認めないのは不都合であるとの指摘については、かかる問題は、寄託に限らず、再委託があった場合の再委託先の報酬請求権一般について生じ得るものであるから、寄託に限って、復受寄者の寄託者に対する直接の報酬請求を認めることには疑問がある。加えて、復受寄者の受寄者に対する報酬請求権は、民事・商事の留置権によって一定の保護が図られるから、それで十分である。したがって、寄託者と復受寄者との間に直接請求権を認めるべきではない。(堂島有志)

- 直接の関係がないため、直接請求権は認めるべきではない。(札幌弁)
- 再受寄者は履行補助者と考えられるため、再受寄者と寄託者の間に直接の法律関係を認める必要はなく、また、直接請求権を認めることによる法律関係の複雑化を避けるべきであるので、直接請求権を認めないこととする考え方に賛成する。(愛知県弁)
- 再委託が許容される場合、原則として、寄託者と再受寄者の間には直接の権利・義務関係は生じない旨明文化すべきである(「契約の内容・趣旨」によってこれと異なる合意をする場合はあり得る。)(福岡弁)
- 検討することに異論はない。(最高裁)
- 直接請求権については、再委託者の行為の効果が寄託者に直接帰属するという関係にないことから、寄託者と再受寄者との間の相互の直接請求権を認めないというのも一理あるが、寄託者と受寄者との寄託契約が期間満了や債務不履行解除により終了したときに、寄託者が寄託物の所有権を有しない場合には、直接請求権の行使により寄託者が再受寄者から寄託物の返還を受けることが可能となるので、そのような実務上の有用性を踏まえつつ、見直しの可否を慎重に検討すべきである。(二弁)
- 再受寄者の行為の効果が直接寄託者に帰属するという関係は存在するから、直接請求権を認めることが著しく不合理であるとまでは言えないので、民法第658条第2項については、基本的に現行法の規律を維持すべきである。ただし、下請負人の報酬請求権や再受任者の報酬請求権について、直接請求権を廃止しこれに代わる代替措置を講じた場合には、再受寄者の報酬請求権についてもこれと同様の規律にする必要がある。(弁護士)
- 直接請求権を認めないとする考え方については、受寄者が倒産等した場合に再受寄者の直接請求権行使が禁じられると、未収債権回収の選択肢が狭められることにもなる。直接請求権は残すべきであると考ええる。(日倉協)
- 寄託者から再受寄者の直接返還請求権を否定すべきではない。(親

和会)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### 3 受寄者の保管義務（民法第659条）

有償寄託の場合の受寄者に要求される注意義務の程度について、寄託に固有の規定はなく、民法第400条が適用されることにより、受寄者は善管注意義務を負うこととされている。この点についての規律を明確にする観点から、寄託に固有の規定を設けるべきかどうかについて、同条の見直し（前記第1，2(1)）と関連することにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、民法に事業者概念を取り入れる場合に、事業者が行う一定の事業について適用される特則として、受寄者の保管義務に関して、原則として無償の寄託契約においては受寄者の保管に関する注意義務が軽減されるが、事業者がその経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において寄託を受けた場合には受寄者の注意義務の軽減を認めないものとするべきであるという考え方（後記第62，3(3)④参照）がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6，4[90頁]，部会資料20-2第1，3(3)[20頁]】

#### 【前段についての意見】

- 現行法の規定では、有償寄託の保管義務の程度が一見して明らかとは言えないので、明確にするために、有償寄託に固有の規定を設けるべきであるとの考え方に賛成する。(日弁連，東弁，愛知県弁，弁護士，親和会)
- 賛成する。(札幌弁，広島弁，横浜弁，福岡弁，二弁，堂島有志，広大有志)
- 民法第400条の見直しとの関係はあるが、受寄者の注意義務を明確化することに反対する理由はない。(大阪弁)
- 民法第400条の見直し（前記第1，2(1)）と関係する問題であることに留意して、更に検討すべきであると考えられる。(弁護士)
- 有償寄託における民法第400条の善管注意義務は倉庫業の実務において有効に機能しており、改めて寄託に固有の規定を設ける必要性は無いものとする。(日倉協)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### 【後段についての意見】

- 事業者概念を取り入れる場合には、事業者が行う一定の事業について

適用される特則として、無償であっても受寄者の注意義務の軽減を認めないとの考えに賛成である。(大阪弁)

- 検討することに異論はなかったが、「反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われること」の趣旨が不明であるとする意見があった。(最高裁)
- 商人がその営業の範囲内で寄託を受けた場合の善管注意義務について定める商法第593条の規定は、対象を商人とするよりは事業者とした方が合理的であるため、これを民法に置くことに賛成するが、「経済事業の範囲内」という用語は法律用語としては馴染みがなく、また無償では「収支が相償うことを目的とする」という要件を充たさないと解釈されるおそれがあるため、「事業者が、その事業の範囲内で」という要件に修正すべきである。(弁護士)
- 特則を設ける必要性、妥当性に疑問があるので、慎重に検討すべきである。(横浜弁)
- 受寄者の保管義務に関して、原則として無償の寄託契約においては、受寄者の保管に関する注意義務が軽減されるが、「事業者がその経済事業の範囲内において寄託を受けた場合には受寄者の注意義務の軽減を認めない」という本提案の考え方については、契約当事者の意思、受寄者の事業の規模等、寄託契約をめぐる関係は様々な場合があり得ることから、慎重に検討すべきである。(全銀協)
- 慎重に検討すべきである。

民法に事業者概念を取り入れることには慎重であるべきであり、仮に取り入れざるを得ない場合においては、寄託される状況や受寄者の事業の規模等様々な場合があり得ることから、経済事業の範囲内において事業者が受寄者となった場合には、常に、注意義務の軽減を認めないのは合理性を欠くものと思料する。(信託協会)
- 「事業者」及び「経済事業」という概念を用いた規律を設けることについては反対である。受寄者が事業者である場合の注意義務の規律については、商法に適切な規律を設ければ足りる。(法友全期)
- 商法第593条の善管注意義務は倉庫業の実務において有効に機能しており、改めて寄託に固有の規定を設ける必要性は無いものと考えている。(日倉協)
- 民法に「経済事業」概念を設けることは、これが国民には馴染みがなく、内容が不明確であるので、強く反対する。(東弁)
- 内容の当否はさておき、民法に事業者に関する規定を設けるべきではなく、明文化に反対である。(日弁連、愛知県弁)
- 事業者に関する特則は商法に規定すべきであって、民法に規定すべきではない。(福岡弁)
- 民法は、対等な私人間の法律関係を規制する法と位置付けるべきで、

事業者の概念を持ち込むことにそもそも反対だから、反対する。(広島弁)

- 寄託契約において、事業者であっても、それが有償か無償かによって、義務の程度は区別されるべきであり、反対する。(森・濱田松本有志)
- 考え方に異論はないが、事業者概念の導入には反対するので、検討は不要である。(二弁)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### 4 寄託物の返還の相手方

受寄者は、寄託者に対して寄託物の返還義務を負っており、寄託物について所有権を主張する第三者から当該寄託物の返還請求を受けたとしても、強制執行等により強制的に占有を奪われる場合でない限り、この第三者に任意に引き渡してはならないと考えられているところ、このような寄託物の返還の相手方に関する規律を条文上明確にするかどうかについて、寄託者以外の第三者に任意に引き渡すことによっても受寄者が免責される場合があるという指摘にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、①寄託物について第三者が受寄者に対して引渡請求等の権利の主張をする場合において、寄託者が第三者に対して引渡しを拒絶し得る抗弁権を有するときは、受寄者が、権利を主張してきた第三者に対して、当該抗弁権を主張することを認めるかどうか、②寄託者が第三者の訴えの提起や差押え等の事実を既に知っている場合には、受寄者の通知義務が免除されるということを条文上明らかにするかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 5 [91頁],  
同(関連論点)1 [92頁], 同(関連論点)2 [92頁]】

#### 【前段についての意見】

- 第三者から寄託物の引渡しを求められた場合に備えて法律関係を明確にしておくことが適切であり、規定を設けることに賛成する。(広島弁)
- 寄託者以外の第三者への引渡しを含めて、返還の相手方を条文上明確にすべきである。(広大有志)
- 倉庫業者にとっては、寄託物の返還相手を寄託者に限定し、寄託者以外の第三者へ引き渡してはならないとする慣行は定着しており、返還先は寄託者に限定する方向で明文化していただきたい。(日倉協)
- 規律の明確化は有意義である。確定判決などの場合にまで広げることは執行に比べてやや不明確であり、真正なものかの判断が困難であるので、強制執行等の場合以外に第三者に引き渡さないとするものの明文化につき、賛成する。(札幌弁)

- 第三者から寄託物の引渡しを求められることは、通常想定されるケースであり、そのような場合の法律関係については、条文上必ずしも明確ではなく、明文化の必要は認められるので、賛成である。(愛知県弁)
- 条文上明確にする方向で、更に検討すべきである。(東弁)
- 受寄者は、法令で特に定める以外、寄託物を受寄者に返還すべき旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 寄託物の返還の相手方に関する規律を明確化することは必要であり、寄託者・受託者・第三者の法律関係を適正に処理するための方策について議論すべきである。(親和会)
- 第三者から寄託物の引渡しを求められることは、通常想定されるケースであり、そのような場合の法律関係について、規律を設けることに意義があるので、賛成である。ただし、規律を設ける場合には、いかなる場合に第三者への引渡しを認めるのかという点につき更なる検討が必要と考える。(愛知県弁)
- 強制執行等により強制的に占有を奪われる場合以外にも、例えば、引渡しを請求する者に所有権が帰属することを明らかにする確定判決がある場合に、真の所有者に対する引渡しが認められること等、寄託者以外の第三者に引き渡すことにより受寄者が免責されるべき場合がある。(弁護士)
- 寄託物について所有権を主張する第三者から当該寄託物の返還請求を受けたとしても、原則として第三者に任意に引き渡してはならないとの考え方を前提として、これを条文上明確にすることに賛成。仮に、第三者に任意に引き渡すことができることを定める場合には、受寄者が寄託者の指図なく第三者に返還することにつき寄託者に対して責任を負わない基準を明確化していただきたい。  
 民法第662条によれば、寄託者はいつでも寄託物の返還を請求できるとされているが、これが任意規定であることを確認したい。例えば、エスクローでは寄託者が寄託物の返還を原則として請求できないことにそのメリットの1つがあると思われるからである。(長島・大野・常松有志)
- 第三者から寄託物の引渡しを求められることは、通常想定されるケースであり、そのような場合の法律関係については、条文上必ずしも明確ではなく、明文化の必要は認められるとする賛成意見が強い。ただし、提案の条件が合理的かは慎重に検討すべきであるとの意見や、より適用範囲を拡張して、動産・債権譲渡特例法第3条第2項の規律を一般化して定めるべきであるとの意見がある。他方、受寄者は、寄託者との関係では、第三者に対し任意の引渡しを拒絶する義務を負い、他方、第三者との関係では依然として引渡義務を負うことになると思われ、受寄者としては矛盾した地位に立つが、そのようなことを法律上定めることが妥

当と言えるか疑問である，受寄者の引渡拒絶をした場合，第三者への引渡義務が認められると引渡遅延による損害賠償責任を受寄者が負うことになるが，これは妥当ではないとして，慎重な検討を必要とする意見もあった。（日弁連）

- 法律関係は，条文上必ずしも明確でなく，明文化の必要性は認められる。寄託者の返還義務が免除される場合の規律については，動産・債権譲渡特例法第3条第2項の規律を一般化し，次のように定めるべきである。

「受寄者が保管している寄託物につき，その所有権の対抗要件を具備した第三者が，受寄者に対して当該寄託物の引渡しを請求した場合において，当該受寄者が寄託者に対して当該請求に異議があれば相当の期間内にこれを述べるべき旨を遅滞なく催告し，寄託者がその期間内に異議を述べなかったときは，当該受寄者は，当該所有権の対抗要件を具備した第三者に当該寄託物を引き渡すことができ，それによって寄託者に損害が生じた場合であっても，その賠償の責任を負わない。」（弁護士）

- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 寄託物について所有権を主張する第三者から当該寄託物の返還請求を受けたとしても，強制執行等により強制的に占有を奪われる場合でない限り，この第三者に任意に引き渡してはならないという考え方には，全くの疑問がないわけではない。このような場合，受寄者が第三者に対して引渡遅延による損害賠償責任（あるいは目的物の使用収益に相当する不当利得返還義務）を負担する可能性は否定できないとも思われる。

また，受寄者は，寄託者との関係では第三者に対する任意の引渡しを拒絶する義務を負う一方で，第三者との関係では所有権に基づく引渡義務を負い，矛盾した地位に立たされることとなるが，受寄者保護の観点からも検討を要する事項であると考ええる。（二弁）

- 受寄者が第三者から返還請求を受けた場合に，受寄者は第三者に任意に引渡しをしてはならないとの規律を条文上明確化することについては，以下の理由から反対である。
  - ① 受寄者は，寄託者との関係では，第三者に対して任意の引渡しを拒絶する義務を負い，他方，第三者との関係では，依然として引渡義務を負うことになると思われ，受寄者としては矛盾した地位に立つが，そのようなことを法律上定めることが妥当と言えるか疑問である。
  - ② 受寄者は，第三者に引渡しを拒絶した場合，第三者に引渡請求権が認められれば，引渡遅延による損害賠償責任を負担することになると思われるが，法律に従ったことにより損害賠償責任を負うことになるのは妥当とは思われない。
  - ③ 受寄者が引渡遅延による損害賠償責任を負担するとした場合，受寄者は寄託者に対し，求償することができるとする，その場合の寄託

者の信用リスクを受寄者が負担することになるが、この結論の妥当性には疑問がある。

(大阪弁)

- 受寄者がこの義務を全うできなくても免責されるかどうかは「責めに帰すべき事由」があるか否かによって判断すればよく、「強制執行等によって強制的に奪われない限り」と規定するのは、限定的すぎて不適切である。寄託者又は受寄者を被告として引渡しを命じる判決が確定した場合、執行を待つまでもなく、任意の引渡しの余地を認めるべきである。さらに、判決が確定する前でも、受寄者が、自らのリスク（所有権の判断を誤るリスク）負担で第三者の権利主張を正当と認めて、任意に引き渡す余地も認めるべきである。免責される場合を例示することはできても、網羅することはできない以上、従前通り解釈に委ねるほかない。明文化すべきでない。(堂島有志)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### 【後段についての意見】

- ①②いずれも、中間論点整理記載の考え方に賛成する。(東弁, 弁護士, 大阪弁, 札幌弁, 福岡弁, 堂島有志)
- ①について、受寄者が寄託者の抗弁権を援用することを認めることにより、寄託者が直接占有する場合と間接占有する場合における結論を同じくすることになり、相当である。
  - ②について、解釈から導くことも可能であるが、明確化の観点から、賛成である。(愛知県弁)
- ①について、寄託者が直接占有する場合と間接占有する場合とで結論に差異が生じるのは妥当でないので、賛成である。
  - ②について、寄託者が知っている場合にまで受寄者に通知義務を負わせる必要はなく、民法第615条と同様に、その旨を明文化することが望ましいので、賛成である。(横浜弁)
- ①について、寄託者が直接占有する場合と間接占有する場合における結論を同じくし得るから、賛成である。
  - ②について、寄託者が知っている場合にまで受寄者の通知義務を負わせる必要はなく、民法第615条と同様にその旨を明文化することが適切であり、賛成である。(日弁連, 広島弁)
- ①受寄者が寄託物を保管している場合であっても、寄託者が抗弁権を有する場合には、引渡しを拒絶する寄託者の利益を考慮する必要があると考える。
  - ②通知義務の免除を明文化する場合に、通知義務を免除すべき場合について、上記のほかに「知り得る場合」(例えば、預金の差押命令は、銀行のみならず、預金者にも送達されるので(民事執行法第145条第

3項), 預金者も知り得る。)等を含める等, パブリックコメント等の結果を踏まえて検討すべきである。(二弁)

- ①について賛成である。(弁護士)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 5 寄託者の義務

### (1) 寄託者の損害賠償責任(民法第661条)

民法第661条に対しては, 委任者の無過失責任を定めた同法第650条第3項との権衡を失しているのではないかという立法論的な批判がされており, 学説上, 無償寄託の場合には同項を類推適用して寄託者に無過失責任を負わせるべきであるという見解が主張されていることを踏まえて, 同法第661条の規定を見直し, 一定の場合に寄託者に無過失責任を負わせるべきであるとの考え方が示されている。これに対しては, 取引実務の観点からは現在の規定が合理的であって見直しの必要がないとの意見がある一方で, 見直しの必要性を肯定しつつ, たとえ無過失責任が原則とされても必要に応じて寄託者の責任を軽減する特約を締結できるから, 見直すことに不都合はないと反論する意見もある。これらの意見に留意しつつ, 上記の考え方の当否について, 更に検討してはどうか。

仮に規定を見直す場合には, 具体的な規定の在り方について, ①無償寄託についてのみ, 寄託者に無過失責任を負わせる考え方, ②有償寄託と無償寄託のいずれについても, 原則として寄託者の責任を無過失責任とするが, 例外的に, 受寄者が事業者で, 寄託者が消費者である場合に限定して, 寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されることとする考え方があることを踏まえて, 更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 6(1) [93頁]】

#### 【意見】

- 寄託物の性質や状態によって受寄者に損害が生じたとき, 寄託者に無過失責任を負わせるとの判断は不当ではないと考える。ただし, 寄託者が消費者の場合には, 寄託者と受寄者との情報や知識の格差を考慮して, 寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されるという考え方が相当である。(大阪弁)
- 賛成する。民法第661条について, 寄託者に無過失責任を負わせる方向で見直すべきであるとの考え方は, 特に無償寄託の場合には, 好意的契約としての性格が強いことから, 同法第650条第3項を類推適用し, 寄託者に無過失責任を負わせるべきとの考え方に基づいて

いる。受寄者が事業者であり寄託者が消費者である場合には、必ずしも寄託者が知識を有しているとは限らないため、寄託者に無過失責任を負わせるのは厳しすぎる。(仙台弁)

- 寄託物に関する情報は寄託者のみが有していること、受寄者が寄託に際して寄託物の内容、品質、安全性等について確認する機会が十分与えられていないことなどから考えると、有償の場合であっても寄託者に無過失責任を課すべきである。

ただし、受寄者が事業者で寄託者が消費者の場合、「消費者に準じる小規模零細法人等が事業外取引」として行った場合（寄託者が消費者に準じる小規模零細法人等で、寄託契約が事業外取引である場合）については、寄託者が寄託物の性格等を十分に知らない可能性があるため、無過失責任を課さずに、立証責任の転換にとどめるべきである。(福岡弁)

- 有償寄託と無償寄託のいずれについても、原則として寄託者の責任を無過失責任とするが、例外的に、①受寄者がその性質又は状態を知っていた場合、②受寄者が事業者で、寄託者が消費者である場合において、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかったときのいずれかの場合に限り、寄託者は免責される（上記①、②の立証責任は寄託者が負う。）とする。

委任者の過失を要件としない民法第650条第3項との整合性や、寄託物の内容や性質等に関して、受寄者は寄託者から情報提供を受けない限り知らないのが通常であるから、同法第661条を改正し、原則として、寄託者の責任を無過失責任とするのが相当である。しかし、受寄者が寄託物の性質又は瑕疵を知っていた場合には、寄託者に無過失責任を負わせて、受寄者を保護する必要はない。寄託契約が消費者契約である場合には、消費者寄託者に酷とにならないよう、寄託者に無過失責任までは負わず、現行法と同様、免責立証の余地がある保護義務にとどめるべきである。(堂島有志)

- 無償寄託についてのみ無過失責任を負わせる考え方については賛成意見が強い。多くが好意によってされる無償寄託において、寄託物の性質又は瑕疵によって受寄者に生じた損害の賠償責任につき、寄託者の無過失責任とすることに異論はない。他方、有償寄託の場合、受寄者の多くは寄託物を受け入れる設備を備えた事業者であり、寄託物の性質につき知識を有しているのが一般的であると考えられる一方、寄託者は（消費者か否かにかかわらず）必ずしも知識を有しているとは限らないため、寄託者に無過失責任を課するのは酷な場合もあり得る。この意見に対し、有償寄託においては、受寄者は、寄託物を保管するための設備を有する事業者であることがほとんどであり、寄託物の性質等につき寄託者より詳しい知識を有する場合も多いであろうし、ま

た、保険により危険を分散できる立場にあると思われる。逆に、寄託物の保管場所の状況次第によっては、大きな損害が発生するおそれもあり、それについて寄託者に無過失責任を課するのは酷という場合もあるとの点から、民法661条の規律を維持すべきとの意見があった。

受寄者が事業者で、寄託者が消費者である場合に限定して、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されることとする考え方については、反対意見が強い。そもそも、民法に事業者に関する規定を設けるべきではない。また、有償寄託においては、受寄者は寄託物を保管するための設備を有することがほとんどである上、寄託物の性質等について寄託者より詳しい知識を有する場合も多く、また、保険により危険を分散できる立場にある。逆に、寄託物の保管場所の状況次第によっては、大きな損害が発生するおそれもあり、寄託者に無過失責任を負わせるのは酷な場合もある。したがって、寄託者・受寄者の属性を問わず、有償寄託においては、民法661条の規律を維持すべきであり、ことさら事業者概念を持ち出す必要性はない。これに対し、仮に事業者概念を取り入れるとした場合に、消費者は、寄託物の性質について詳しくない場合が多い反面、受寄者である事業者は、寄託物についての詳しい知識を有する場合が多いので、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されることとすべきであるとの意見もあった。(日弁連)

- 有償寄託の場合、受寄者の多くは寄託物を受け入れる設備を備えた事業者であり、寄託物の性質につき知識を有しているのが一般的であると考えられる一方、寄託者は（消費者か否かにかかわらず）必ずしも知識を有しているとは限らないため、寄託者に無過失責任を課するのは酷な場合もあり得る。無償寄託についてのみ寄託者に無過失責任を負わせる考え方について賛成である。

民法に事業者に関する規定を設けるべきではないから、受寄者が事業者で、寄託者が消費者である場合に限定して、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合には免責されることとする考え方については反対である。(愛知県弁)

- 有償寄託の場合、受寄者の多くは寄託物を受け入れる設備を備えた事業者であり、寄託物の性質につき知識を有しているのが一般的であると考えられる一方、寄託者は（消費者か否かにかかわらず）必ずしも知識を有しているとは限らないため、寄託者に無過失責任を課するのは酷な場合もあり得る。無償寄託についてのみ寄託者に無過失責任を負わせるという考え方に賛成である。(横浜弁)

- 多くが自然人の間で好意によってされる無償寄託において、寄託物の性質又は瑕疵によって受寄者に生じた損害の賠償責任につき、寄託

者の無過失責任とすることに異論はない。他方、有償寄託においては、受寄者は、寄託物を保管するための設備を有する事業者であることがほとんどであり、寄託物の性質等につき寄託者より詳しい知識を有する場合も多いであろうし、保険により危険を分散できる立場にあると思われる。また、寄託物の保管場所の状況次第によっては、大きな損害が発生するおそれもあり、それについて寄託者に無過失責任を課するのは酷という場合もあろうから、寄託者・受寄者の属性を問わず、有償寄託においては、民法第661条の規律を維持すべきであると考ええる。

消費者契約に関する特則を民法に規定することについては、賛成できない。(東弁)

- 好意によってされる無償寄託について、受寄者に生じた損害を寄託者の無過失責任でまかなうことは適切であり、無償寄託の場合のみ寄託者に無過失責任を負わせることに賛成する。民法は、対等な私人間の法律関係を規制する法と位置付けるべきで、事業者の概念を持ち込むことにそもそも反対だから、受寄者が事業者で、寄託者が消費者である場合に限定して免責を認める考え方には反対する。(広島弁)
- 委任者の無過失責任を定めた同法第650条第3項との権衡を考慮すると、無償寄託の場合には寄託者の無過失責任を負わせるべきである。有償寄託については、取引実務に照らしても現民法第661条の規律を維持することが合理的である。事業者・消費者に関する特則を設ける考え方については、考え方に基本的に異論はない(ただし、寄託の場面におけるそのような消費者保護の必要性がどの程度存在するか、立法事実のより詳細な見極めが必要なのではとの見解もあった。)が、消費者契約法等の特別法での立法とすべきである。(二弁)
- 委任の規定との整合性が必要である。好意の無償寄託では寄託者が無過失でも責任を負わせるべきであるので、無償寄託のみ寄託者に無過失責任を負わせる考え方に賛成する。(札幌弁)
- 委任との権衡上、受寄者も一定の場合に無過失責任を負うとすべきである。(広大有志)
- 寄託者は自ら取り扱い、所有する寄託貨物について受寄者以上の専門的知識を有していることが一般的であるため、標準倉庫寄託約款第45条においては、寄託者の無過失責任を規定している。このような倉庫業における実情を考慮すれば、民法第661条を同法第650条第3項と同様に寄託者の無過失責任として規定することが望ましいと考える。(日倉協)
- そもそも、有償寄託については、寄託者の無過失責任は認めるべきではない。少なくとも事業者が受寄者の有償寄託の場合には、必要な費用と考えられる場合を除いては、事業に伴うリスクとして基本的に

は受寄者が負担すべきである。事業者をも含めて損害賠償を不要とし（片面的強行規定）、その上で事業者について合理的理由がある場合には例外を認めるという規制が好ましい。（弁護士）

- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 民法第661条は、要するに寄託物が危険物等であって、その保管によって受寄者が損害を受けた場合の法律関係を規定するものであって、委任事務を処理するに当たり受任者が損害を受けた場合とは事案を異にするから、必ずしも民法第650条第3項との整合性を考慮する必要はないと思われる。

上記のような場合の法律関係については、有償・無償の別を問わず、原則として寄託者は損害賠償責任を負うものとするのが妥当であり、事業者・消費者の区別により責任の範囲を分ける必要もない。（弁護士）

- 取引実態として、寄託者よりも受寄者の専門知識が高い場合が多く、現行規定を変更すべき必要性に乏しい。（親和会）
- 消費者契約である寄託契約について、消費者が寄託者である場合には寄託者が無過失を立証した場合に免責を認める特則規定を設けることに賛成であるが、まず、一般的に受寄者の無過失責任が合理的か否かについて慎重に検討すべきである。その意味で、「原則と例外」という規定の在り方の是非については、慎重に検討すべきである。寄託者に無過失責任を負わせることを原則とするのであれば、消費者が寄託者である場合に寄託者が無過失を立証すれば免責を認める特則規定を設ける立法に賛成である。

また、消費者契約に関する特則の法制化は、民法と同時に消費者契約法を改正する方法で立法化することが望ましく、特則を消費者契約法ではなく民法で立法することの是非についても、慎重に検討すべきである。（日弁連消費委有志）

- 後段の事業者・消費者に関する規定を設けることについては、その趣旨には賛同し得るが、かかる規定は消費者契約に関する特則であるので、かかる規定は民法ではなく消費者契約法その他の特別法に規定されるべきである。（法友全期）
- 実際には、寄託者よりも受寄者の方が高い専門知識を有する場合も多く、取引実務の観点からは、現在の規定が合理的であると言えるので、特に見直す必要はない。（弁護士）
- 消費者は、契約上の債務を履行しなくても相手方が事業者であれば責任を負わないとする規定は濫用の危険が高くなる。（個人）
- 改定の必要があるとは思えない。（個人）

## (2) 寄託者の報酬支払義務

寄託を諾成契約として規定する場合には、報酬に関する規律として、①保管義務を履行しなければ、報酬請求権は具体的に発生しないという原則や、②当事者間の合意により寄託者が寄託物の引渡義務を負った場合に、寄託者の義務違反により寄託物が引き渡されなかったときは、受寄者は、約定の報酬から自己の債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができることについての明文の規定を設けるといふ考え方がある。このような考え方の当否について、特に②においては、受寄者が請求する金銭債権の法的性質を損害賠償請求権と報酬請求権のいずれと考えるかという問題があることのほか、「寄託者の義務違反」の具体的な内容、請負や委任などほかの役務提供型典型契約及び消費貸借（消費貸借を諾成契約として見直すことを前提とする。前記第44, 1。）に関する規律との整合性などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、受託者が事業者であり、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内において寄託契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方（後記第62, 3(3)③）の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 6(2) [95頁], 部会資料20-2第1, 3(3) [20頁]】

### 【前段についての意見】

- (1)受寄者は保管義務を履行しなければ報酬請求権が具体的に発生しない旨明文化すべきである。(2)保管義務が途中で履行できなくなった場合、「当事者の合意・合意の趣旨」、保管義務の履行が完了した部分の有益性などを勘案して、受寄者は既に完了した保管義務に対応する報酬の支払を求めることができる（寄託者に生じた事由によって完成不能となった場合に限られない。）。(3)事務処理を途中でできなくなった原因が寄託者の責めに帰すべき事由による場合、受寄者は、(2)に代えて、報酬から仮に保管義務を最後まで履行したとすれば支出したであろう費用を控除した額の支払を求めることができる。ただし、「当事者の合意・合意の趣旨」、当事者の業態・地位、契約締結に至る経緯、保管義務の進捗状況、不能となった理由・時期などを勘案して相当と判断される範囲に限る。（福岡弁）
- 報酬は保管の対価であることから、これを明文化することについて反対しない。寄託者の義務違反によって寄託物が引き渡されなかった場合の受寄者の寄託者に対する請求権につき、報酬請求権か損害賠償請求権かの性質決定の問題はあるものの、請求の範囲を明確化するこ

- とは相当であるので、規定を設けることに反対しない。(大阪弁)
- ①については賛成である。②について、受寄者に一定の報酬請求権を認めることが公平に資するから、賛成である。(愛知県弁)
  - 明文により明確にすることが望ましいから、賛成である。(横浜弁)
  - 寄託を諾成契約として構成する場合、寄託物引渡前に実施される各種準備作業も寄託契約の対象となることから、引渡しが行われなかった場合の損害賠償請求権又は報酬請求権を条文上明記しておくことが必要と考える。具体的には、寄託物受入準備に要した設備投資費用、保管場所確保による機会損失等を損害賠償請求等の対象として検討すべきである。(日倉協)
  - 諾成的寄託契約を肯定する場合には、受寄者の保管義務履行に対応した報酬請求権の発生を明文で規定すべき必要性が高く、また、寄託者の義務違反により寄託物が引き渡されなかった場合の帰すうについては、受寄者の請求権の性質及び内容について検討すべきである。(親和会)
  - 報酬は保管の対価であり、保管義務を履行しなければ報酬請求権が発生しないのは当然であるので、①の明文化に賛成する。
 

②については、寄託を諾成契約として規定する場合に、寄託者の義務違反により寄託物が引き渡されなかったときは、受寄者に一定の報酬請求権を認めることが公平に資するとの意見がある反面、当事者間の合意により寄託者が負うとされる引渡義務の意味が不明確であり、仮に寄託者が故意又は過失により寄託物を引き渡さない場合であれば、民法第536条第2項の適用が問題となるに過ぎないので、上記規定を設ける必要はないとの意見があった。慎重に検討すべきである。(日弁連)
  - ①の明文化に賛成する。②については、当事者間の合意により寄託者が負うとされる引渡義務の意味が不明確である上に、仮に寄託者に故意過失がある場合には、民法第536条第2項の適用が問題になるにすぎないから、規定を設けることに反対する。(広島弁)
  - ①の明文化に賛成する。②について、実際に保管していない以上、報酬請求権とは考えるべきでなく、損害賠償請求権と考えるならば、債務不履行の一般原則によればよいので、明文化に反対する。(札幌弁)
  - ①について賛成する。②について反対する。寄託者の義務違反を要件とするのであれば、受寄者は債務不履行の一般原則により損害賠償請求が可能であるから、別途規律を設ける必要はない。(弁護士)
  - 債務不履行の一般原則によって処理すべきである。(広大有志)
  - 保管義務を履行しなければ、報酬請求権は具体的に発生しないとい

う原則についての明文の規定を設けるという考え方に賛成する。

当事者間の合意により寄託者が寄託物の引渡義務を負った場合に、寄託者の義務違反により寄託物が引き渡されなかったときは、受寄者は、約定の報酬から自己の債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができることについての明文の規定を設けるという考え方については、当事者間の合意により寄託者が負うとされる引渡義務の意味が不明確であるし、仮に寄託者が故意又は過失により寄託物を引き渡さない場合であれば、民法第536条第2項の適用が問題となるに過ぎないので、上記規定を設ける必要はなく、反対する。  
(東弁)

- 受寄者の報酬は、目的物の保管を行うことに対する対価であるから、現実に保管を行わなければ具体的に発生しないとすべきであるから、①に賛成する。

②については、寄託の場合、寄託物を保管し続けるという受寄者の債務の性質上、成果完成型は想定し難く、全て履行割合型になると考えられるから割合報酬とすべきである。「約定期間保管した場合に、報酬の支払を受ける」という内容の寄託契約でも、履行割合的に発生する報酬の支払方法について特約が付されたものに過ぎず、期間按分してよい。役務提供契約の履行割合型の報酬支払合意がされた場合と同様に、割合報酬とすべきである。(堂島有志)

- 受寄者の報酬に関する規律について、いちいち明文の規定を置く必要があるかは疑問の余地があるが、弊害が生ずるわけではないので、①については特に反対しない。

寄託物を引き渡す以前においては、寄託者が寄託物の引渡義務を負わないとされている以上、「寄託者の義務違反」が一体何を指すのか不明である。一般論として寄託者の引渡義務を認めるのであれば、ほとんど無条件に受寄者の報酬請求権が認められることになり、①の原則と明らかに内容が矛盾する一方、寄託者の引渡義務を認めないのであれば、寄託者の義務違反が認められることはほとんどないということになり、無意味な規律となる。少なくとも一見する限り、②の規律は、寄託物の引渡し前における法律関係に関する規律と矛盾しており、同規律と整合させる形で規定の在り方を再度見直す必要があると考えられる。(弁護士)

- 前段については、請負や委任、消費貸借などの規律との整合性に留意して、検討することに異論はない。(二弁)
- 実際に保管しなくても、保管のキャパシティを空けておくだけでコストはかかるのであるから、「保管した場合のみに報酬を請求できる」という規定は置くべきではない。(会社員)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### 【後段についての意見】

- 受寄者が事業者の場合、有償と考えることに一定の合理性が認められるので、推定規定を置くことに反対しない。(大阪弁)
- 「事業者」及び「経済事業」という概念を用いた規律を設けることについては反対である。寄託契約については、現代社会では有償であることが多いことから、かかる実態に合わせた規律を検討すること自体には異論はない。(法友全期)
- 受寄者が事業者である場合の規律（有償性の推定）については基本的に賛成するが、条文の文言は「経済事業の範囲内」ではなく「事業のためにする行為」とすべきである。(弁護士)
- 慎重な検討を要する。(横浜弁)
- 民法に「経済事業」概念を設けることは、国民には馴染みがなく、内容が不明確であるので、強く反対する。(東弁)
- 民法に事業者概念を取り入れるべきではないから、受寄者が事業者の場合有償制が推定される旨の規定を設けるべきではない。(福岡弁)
- 民法は、対等な私人間の法律関係を規制する法と位置付けるべきで、事業者の概念を持ち込むことにそもそも反対だから、規定を設けることに反対する。(広島弁)
- 事業者である受託者寄託契約について、有償性推定の当否はさておき、民法に事業者に関する規定を設けるべきではなく、明文化に反対である。(日弁連，愛知県弁)
- 検討することに異論はなかったが、「反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの」の趣旨が不明であるとする意見があった。(最高裁)
- 事業者概念の導入には反対するので、検討の必要はないと考える。(二弁)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 6 寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の通知義務

売買や請負の瑕疵担保責任の期間制限について、短期の除斥期間を廃止して消滅時効の一般原則を適用することに加えて、買主や注文者が瑕疵の存在を知った場合には売主や請負人に対する通知義務を負い、当該通知を行わなければ、買主や注文者は、損害賠償請求権等を行行使することができないものとする考え方（前記第39，1(6)，第48，5(5)）を前提として、寄託物の損傷や一部滅失があることを寄託者が知った場合には、一定の合理的な期間内にその旨を受寄者に通知しなければ、寄託者は損害賠償請求権を行行使することができないという規律を新たに設けるとする考え方

の当否について、売買や請負における瑕疵担保責任の期間制限の見直しの方向に留意しつつ、更に検討してはどうか。また、このような考え方を採る場合における制限期間の起算点について、民法に事業者概念を取り入れる場合に、契約当事者の一方が事業者である場合の特則として、原則として寄託者が損傷等を知った時とし、寄託者が事業者であるときは寄託者が損傷等を知り又は知ることができた時とすべきであるという考え方（後記第62, 3(2)⑥）の当否についても、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 7[96頁], 部会資料20-2第1, 3(2)[16頁]】

### 【意見】

- 寄託者に通知義務を課すことはそれほど過大ではないので、寄託物の損傷等と知った時から一定の合理的期間内に通知する義務を寄託者に課すべきである（売買等の担保責任に通知義務が課されることが前提）。  
（広大有志）
- 売買・請負との整合性から、通知義務を課すことにつき、賛成する。  
ただし、期間は合理的な期間ではなく、具体的な期間とすべきである。  
（札幌弁）
- 売買や請負との整合性を考慮して規定すべきである。（大阪弁）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 寄託物の一部滅失又は毀損を寄託者が知った場合の通知義務は、商法第625条、第588条に規定があり、寄託者が留保せずに受け取り、かつ、料金を支払った場合は直ちに受寄者が免責とされる（ただし、発見困難な毀損又は一部滅失の場合であって2週間以内に寄託者が通知した場合は免責とならない。）。さらに、標準倉庫寄託約款第44条では、寄託物の引渡時点において寄託者が留保せずに貨物を受け取れば受寄者は免責となる（ただし、標準トランクルームサービス約款第34条では、消費者保護の立場から受渡後1週間以内の通知期間を規定している。）。一般的に倉庫実務の現場においては寄託物の毀損、滅失等の確認は寄託者と受寄者との間での現物引渡時点が唯一の機会であり、引渡後の寄託者の主張についてはその真偽を立証することが極めて困難である。これら商法、標準倉庫寄託約款の規定は、受渡時の現認を重要視するという倉庫業の実情を反映して定められたものであり、民法で規定を設ける場合には十分留意していただきたい。（日倉協）
- 寄託物の損傷又は一部滅失に関する損害賠償請求権の消滅時効期間は、返還後10年及び寄託者が瑕疵を知ってから2年又は3年程度とすべきである。（福岡弁）
- 寄託物の損傷や一部滅失があることを寄託者が知った場合には、一定の合理的な期間内にその旨を受寄者に通知しなければ、寄託者は損害賠

償請求権を行使することができないという規律を新たに設けるとする考え方については、寄託者の主観的認識を起算点とし、一定の合理的な期間という曖昧で多義的な期間の経過によって損害賠償請求権の行使を制限しても、迅速で明確な法律関係の確定に資するとは思われないので、反対する。

民法に事業者の特則を盛り込むことと、制限期間の起算点について寄託者が事業者であるときに寄託者が損傷等を知り又は知ることができた時とすべきであるという考え方には、中小事業者に対してこのような義務を課することが、「格差拡大の危険性」があり改正目的にそぐわないので、強く反対する。(東弁)

- 売買、請負の瑕疵担保責任についての期間制限の見直しとの整合が必要である。通知義務という厳しい義務を課すこと自体に問題がある上、寄託者の主観的認識を起算点とし、一定の合理的な期間という曖昧で多義的な期間の経過によって損害賠償請求権の行使を制限しても、迅速で明確な法律関係の確定に資するとは思われないので、反対である。

事業者である寄託者の瑕疵担保責任の規律に関する当否はさておき、民法に事業者に関する規定を設けるべきではなく、上記規定の明文化については反対である。(日弁連)

- 受寄者に通知義務を課すことが厳しすぎるし、寄託者の主観的認識を起算点として期間制限を課しても、迅速で明確な法律関係の確定に資するわけではない。

民法は、対等な私人間の法律関係を規制する法と位置付けるべきで、事業者の概念を持ち込むことにそもそも反対であるから、契約当事者の一方が事業者である場合の特則として、寄託者が損傷等を知り又は知ることができた時とする考え方に反対する。(広島弁)

- 請負と同様、「合理的期間」という概念が不明確であり、問題があると考えられるため、慎重に検討すべきである。また、寄託には、現行法上、短期の期間制限は設けられておらず、中間論点整理に示されている考え方は、寄託者の権利行使に現行法にはない新たな制限を加えるものであるが、それを肯定すべき立法事実が存在するか疑問である。以上より、寄託者に通知義務を負わせることに反対である。(横浜弁)

- 通知義務という厳しい義務を課すこと自体にそもそも問題があるところ、寄託者の主観的認識を起算点とし、一定の合理的な期間というあいまいで多義的な期間の経過によって損害賠償請求権の行使を制限する点についても問題があり、より要件を具体化することについて慎重に検討されるべきである。

事業者である寄託者の瑕疵担保責任の規律に関する当否はさておき、民法に事業者に関する規定を設けるべきではなく、上記規定の明文化については反対である。(愛知県弁)

- 売買や請負の瑕疵担保責任の瑕疵通知義務の期間制限の場合と同様、このような瑕疵担保責任追及の規律を設ける考え方に反対する。失権を恐れる寄託者が通知を濫発することにならないか、慎重にその影響を考慮して、その可否について慎重に検討する必要がある。  
また、事業者についての特則は、事業者概念の導入に反対するので、検討する必要はないと考える。(二弁)
- 債務不履行の損害賠償請求権の一般則で足りる。(親和会)
- 除斥期間を廃止し、時効は単純な一律の規制に統一すべきであるが、債務の履行を完了したと考えている受寄者を、長期間経過後に無防備な責任追及にさらすことは相当でない。売買・請負の担保責任、賃貸人が終了後返還を受けた目的物の損傷を知った場合の扱いと統一した制度にすべきである。具体的には、寄託者は、返還を受けた目的物の損傷又は一部滅失を知ってから1年以内に、損傷していたこと(又は一部が滅失していたこと)を通知しなければならない。受寄者が損傷を知っていたときは、この例外とする。(堂島有志)
- 寄託者に合理的期間内に通知する義務を課すことは、通知義務を認識していない寄託者の損害賠償請求の時間的範囲を、通常の時効期間よりも実質的に狭めることになるため、寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者の通知義務を課すような規定を設けるべきではない。(弁護士、弁護士)
- 合理的な期間内に通知しなければならないという規律自体、不確定概念が多すぎて実務上大きな混乱を招く可能性が高く、到底採用に耐えるものではない。強く反対する。  
また、契約当事者の一方が事業者である場合の特則として、寄託者が損傷等を知り又は知ることができた時とする考え方についても、契約当事者の一方が事業者であることを理由に過大な義務を負わせようとするものであり、強く反対する。(弁護士)
- 反対する。(弁護士)
- 後段について、「事業者」概念を前提とした規律を設ける必要はない。また、瑕疵を知ることができた時を起算点とする考え方については、瑕疵の調査が必要となる中小事業者等の負担を考慮し、慎重に検討することが必要である。(法友全期)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 7 寄託物の譲渡と間接占有の移転

動産を倉庫等に寄託した寄託者が、当該動産を寄託した状態で第三者に対して譲渡し、引渡しをするという取引に関して、第三者に対する荷渡指図書の交付と受寄者に対するその呈示によって、形式的には指図による占有移転(民法第184条)の要件を充足し、引渡しがあったとも考えられ

るが、判例はこれを否定する。他方、寄託者が発行する荷渡指図書の呈示を受けた受寄者が、寄託者の意思を確認後、寄託者台帳上の寄託者名義を荷渡指図書記載の被指図人に変更する手続を行った場合に、そのような手続により寄託物の引渡し完了したものとする処理が関係の地域で広く行われていたとして、寄託者台帳上の寄託者名義の変更により、指図による占有移転が行われたと判示した判例がある。この判例の趣旨を踏まえて、寄託者の契約上の地位の移転には、受寄者の承諾が必要であることを条文上明記すべきであるとの考え方が示されている。この考え方の当否について、契約上の地位の移転一般についての検討（前記第16）に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、その場合には、法律関係が複雑化することを避けるために、寄託者の契約上の地位の移転と間接占有の移転の関係に関して、寄託者の契約上の地位の移転がない限り間接占有の移転が認められないことを明記するかどうかについて、民法第184条の実質的な意義を大きく変えることになりかねないという指摘等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 8 [97頁]】

#### 【前段についての意見】

- 条文上明記すべきであるとの考え方に賛成する。（東弁，愛知県弁，弁護士，大阪弁，親和会，札幌弁，横浜弁，広島弁，広大有志）
- 法律関係が明確になるとして，賛成意見が強い。（日弁連）
- 寄託物に対する契約上の地位の移転には受寄者の承諾を必要とする旨を明文化することは，判例法理及び倉庫業実務の実態に沿ったものであると考える。ただし，受寄者の承諾に関する手続に関しては，現状の倉庫業実務を踏まえ，受寄者に過度な負担を強いるものとならないよう留意していただきたい。（日倉協）
- 契約上の地位の移転に，譲渡当事者の合意に加えて，債務者の承諾が必要であることは，契約上の地位の移転一般に共通である。しかし，荷渡指図書による処理が広く行われている国内倉庫寄託物の売買実務の下では，寄託の規定として確認する実益があると考えられる。（堂島有志）
- 契約上の地位の移転一般の要件として定めれば足りると思われるが，受寄者の承諾を必要とする考え方自体には特に異論はない。（二弁）
- 条文上明記することは検討に値する。ただし，契約上の地位の移転一般についての規定の在り方とも関連することも踏まえて検討すべきである。（弁護士）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）。
- 契約上の地位の移転に関する規定から明らかであるので，規定は不要である。（福岡弁）
- 改定の必要があるとは思えない。（個人）

### 【後段についての意見】

- 法律関係を明確にする必要がある。契約上の地位移転なしに間接占有を移転させる必要性も不明であるので、規定を設けることに賛成する。(札幌弁)
- 法律関係が複雑化することを避けるために、寄託者の契約上の地位の移転がない限り、間接占有の移転が認められないことも明記すべきである。(広大有志)
- 寄託者の契約上の地位の移転と間接占有の移転との関係については、実務上重要な問題になり得るところであり、解釈上当然に同様の結論が導かれるわけではないので、明文の規定を置く必要がある。民法第184条の実質的な意義を大きく変えることになりかねないという指摘については、おそらくそのとおりであろうが、本来密接な関連性のある物権法と債権法の問題を分離して、債権法についてのみ抜本的な見直しを行い、物権法については全く手を付けないといった改正の方向性には本来無理があることから、この点に関し明文の規定を置く必要性を否定する理由にはならない。(弁護士)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 実務上重要な問題になり得るところであるが、賛成、反対の両論があるので、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 寄託者の契約上の地位の移転と間接占有の移転の関係については、必ずしも寄託に限られる問題ではないため、慎重な検討を要する。(日弁連、横浜弁)
- 寄託した動産を目的物とする集合動産譲渡担保の実行方法において、寄託者の契約上の地位の移転を伴わずに、指図による引渡しを行うという取引方法が実務上広く行われているということ、及び、寄託者の契約上の地位の移転と間接占有の移転を連動させる理論的根拠に乏しいことから、寄託者の契約上の地位の移転を伴わない指図による占有移転を否定することは、慎重に検討すべきであると考えます。(二弁)
- 契約上の地位の移転と指図による占有移転とを関連付けることについては、実務的運用も調査した上で慎重に検討すべきである。(親和会)
- 寄託者の契約上の地位の移転がない限り間接占有の移転が認められないことを明記することには反対する。このような考え方を採ると、民法第184条の実質的な意義を大きく変えることになりかねない。(弁護士)
- 指図による占有移転により対抗要件を具備する動産の譲渡担保取引は、金融実務において、LBOファイナンスや動産担保融資等を始めとして、広く行われている。かかる担保取引においては、担保権者が間接占有の移転のために寄託者の契約上の地位の移転を受けることは担保権設定者

との関係でもおよそ想定し難いし、受寄者の承諾まで必要とされたのでは、対抗要件具備手続の負担が重くなりすぎて、上記譲渡担保権の設定が困難となり、実務に著しい支障を来す。以上より、反対する。(森・濱田松本有志)

- いかなる要件が充足すれば、寄託物の譲渡を受けた者が寄託物に関して間接占有を取得するかについて明文の規定はなく、判例は一定の基準を示している。しかしながら、この判例は当時の慣行を是認しただけのものであり、この判例に普遍性があるかは疑問であるので、規定を設けるべきではない。(福岡弁)
- 民法第184条の実質的な意義を大きく変えてしまうことに疑問がある。また、集合動産への譲渡担保権の設定時に、債務者が寄託者の地位を有したまま、指図による占有移転によって寄託物の間接占有を譲渡担保権者に移転することがあるため、このような実務を否定すべきではない。(堂島有志)
- 契約上の地位の移転と間接占有の移転の関係は、寄託に限られる問題ではないため、慎重に検討すべきである。(愛知県弁，大阪弁，広島弁)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 8 消費寄託（民法第666条）

民法は、消費寄託について、寄託物の返還に関する規律の一部を除き、基本的に消費貸借の規定（同法第587条から第592条まで）を準用している。消費寄託と消費貸借とが共通するのは、目的物（寄託物）の処分権が移転するという点にあることに着目して、消費貸借の規定を消費寄託に準用する範囲は目的物の処分権の移転に関するものに限定し、その他については寄託の規定を適用することに改めるかどうかについて、更に検討してはどうか。

仮に上記の方向で検討する場合には、以下の各論点について、更に検討してはどうか。

- ① 寄託を諾成契約とする場合（前記1参照）には、消費寄託における寄託物の受取前の当事者間の法律関係は、仮に消費貸借をも諾成契約とする場合であっても（前記第44，1参照），消費貸借の規定を準用するのではなく，寄託の規定（前記1(2)）を適用することに改めるべきであるという考え方があり。このような考え方の当否について，寄託一般において寄託者に寄託物の引渡義務を認めるか否かにかかわらず，特に消費寄託では受寄者にも寄託の利益があることを理由として，寄託者に寄託物の引渡義務を認めるべきであるとの意見があることも踏まえ，更に検討してはどうか。
- ② 消費寄託の寄託物の返還請求については，消費寄託が寄託者の利益

を図るためのものであることを理由として、寄託の規定を適用して、いつでも返還を請求できるものと改めるべきであるとする考え方がある。他方で、消費寄託においては受寄者にも寄託の利益があることを理由に、返還時期を定めたときでも寄託者がいつでも返還を請求できるとする民法第662条は適用すべきではないとの意見がある。そこで、このような意見も踏まえ、消費寄託の寄託物の返還に寄託の規定を適用するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 9 [100頁]】

#### 【全体についての意見】

- 消費貸借と消費寄託を区別する基準を条文上明記することを検討されたい。両者の区別は各種業法の適用範囲を画するなど（消費貸借を業として行うことは貸金業法の規制の下にあるのに対し、消費寄託としての預金を業として受け入れることは出資法の規制の下にある）、実務上も重要な意義を有する。（長島・大野・常松有志）
- 一般的に、銀行取引以外で消費寄託が利用されることはほとんどなく、銀行取引に関しては詳細な約款が定められているので、現行民法の消費寄託を殊更に詳細に規定すべき必要性が認められない。（親和会）
- 消費貸借の規定を消費寄託に準用する範囲を目的物の処分権の移転に関するものに限定し、その他には寄託の規定を適用すべきである。受寄者を信頼して寄託物を預けるといふ寄託契約の性質は、消費貸借とは異なるからである。  
一律に寄託者に寄託物の引渡義務を認めることには反対する。受寄者が特別の寄託の利益を有する場合に限り引渡義務を認める現在の解釈には合理性があり、これとの連続性を考慮すべきである。（弁護士）
- 消費寄託については、寄託者の経済的利益を図る目的で締結される場合（例 自宅に現金を置いておく危険を避けるために銀行の普通預金口座に入金する寄託者の利益）、受寄者の経済的利益を図る目的で締結される場合（例 芋焼酎1升瓶のキープを受けた飲食店と客との間で、その瓶に残った焼酎を客に提供しても、提供した分を補充しておけばよい旨合意した場合の飲食店）があり得る。前者については寄託に関する規定が適用されようが、後者については消費貸借に関する規定が適用される場面もあろう。したがって、消費寄託については、「契約の内容・契約の趣旨」によって、消費貸借契約が適用される旨の明文の規定を設けるべきである。（福岡弁）
- 消費寄託と消費貸借では、預かった側が寄託手数料を受け取るか、借りた側が利息を支払うか、金の動きが正反対になる。その点をよく考慮すべきである。（会社員）

### 【前段についての意見】

- 寄託の利益は寄託者にあるのに対し、消費貸借の利益は借主にあることから、消費寄託に消費貸借の規定を一般的に準用することは相当ではないとして、賛成意見が強い。なお、この意見に対し、一般的に、銀行取引以外で消費寄託が利用されることはほとんどなく、銀行取引に関しては詳細な約款が定められているので、現行民法の消費寄託を殊更に詳細に規定すべき必要性が認められないとの意見があった。(日弁連)
- 寄託の利益は原則的には寄託者にあるのに対し、消費貸借の利益は借主にあることから、消費寄託に消費貸借の規定を一般的に準用することは相当ではないと考えられ、寄託の規定の適用を検討すべきである。(大阪弁, 広島弁)
- 消費貸借の規定を消費寄託に準用する範囲は目的物の処分権の移転に関するものに限定し、その他については寄託の規定を適用することに改めるべきであり、消費寄託の規定が適用されるのは、おそらく銀行預金や証券会社に対する証券の寄託等であろうが、そのような契約類型について、受寄者の利益なるものを立法論として強調する必要があるとは思われないので、寄託者に寄託物の引渡義務を認める考え方や、返還時期を定めたときでも寄託者がいつでも返還を請求できるとする民法第662条を適用しないといった考え方を採用すべきではない。(弁護士)

### 【①についての意見】

- 寄託の性質上、消費貸借の規定を準用するよりも寄託の規定を適用するほうが適切であるから、賛成する。(横浜弁)
- 寄託の利益は寄託者にあり、消費貸借とは異なるから、賛成する。(札幌弁)
- 寄託の利益は寄託者にあるのに対し、消費貸借の利益は借主にあることから、消費寄託に消費貸借の規定を一般的に準用することは相当ではない。寄託を諾成契約とする場合、寄託物の受取前は、寄託者は寄託義務を負わないことから、消費貸借の規定を準用することは相当でない。寄託の規定を適用する点について賛成意見が強い。(日弁連)
- 寄託を諾成契約とする場合、寄託物の受取前に、寄託者は寄託義務を負わないことから、消費貸借の規定を準用することは相当でないので、寄託物の受取前の当事者間の法律関係には、寄託の規定を適用する点について賛成である。(愛知県弁, 広島弁)
- 現行法は、消費貸借の規定を消費寄託に広く準用する。しかし、両者が共通するのは、目的物の処分権の移転という点にあるから、消費貸借の規定の準用もその範囲にとどめるべきである。消費寄託も寄託の一種である以上、その性質に反しない限り、寄託の規定を適用すべきである。なお、消費寄託の場合には、一般的に寄託者に寄託物の引渡義務を負わ

せるべきとする意見には反対する。(堂島有志)

- 消費寄託における寄託物の受取前の当事者間の法律関係は、消費貸借の規定を準用するのではなく、寄託の規定を適用すべきであるとの考え方に基本的には賛成する。消費寄託では受寄者にも寄託の利益があることを理由として、寄託者に寄託物の引渡義務を認めるべきであるとの考え方については、消費寄託が寄託者の利益を図るためのものであるという基本的在り方にそぐわないため、反対する。(東弁)
- 賛成である。(大阪弁)
- 消費寄託において一律に寄託者の引渡義務を認めるべきか否かについては、寄託の利益は寄託者にあり、他の寄託と同様に寄託者に対して寄託する義務を負わせるべきではないという意見も一理あることから、慎重に検討すべきである。(二弁)
- 消費寄託の目的物交付前の法律関係については、上記のとおり一般の寄託についても目的物交付前の寄託者の引渡義務が認められるべきところ、消費寄託は受寄者に目的物の消費を許す点に一般の寄託との相違点があり、一般の寄託と比べても更に受寄者の寄託を受ける利益が明らかであると考えられることから、なおさら寄託者の目的物引渡義務を認めるべきであるという見解がある。また、同様に受寄者の利益が明確であることから、寄託者の期限前解約権を認めるべきではないという指摘もある。(全銀協)
- 寄託者に寄託物の引渡義務を認めるべきである(受寄者にも寄託の利益あるから)。(広大有志)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### 【②についての意見】

- 寄託の性質上、消費貸借の規定を準用するよりも寄託の規定を適用するほうが適切であるから、賛成する。(横浜弁)
- 寄託の利益は寄託者にあり、消費貸借とは異なるから、寄託物の返還請求について寄託の規定(いつでも返還を請求)を適用すべきであるとする考え方に賛成する。(札幌弁, 広島弁)
- 現行民法では、消費寄託に消費貸借の規定が準用され(民法第591条第2項)、受寄者は返還時期の定めを問わず、いつでも寄託物を返還することができることになるが、寄託は寄託者の利益のために行われるものであり、上記規律は相当ではなく、寄託の規定を適用すべきである。(愛知県弁)
- 寄託は寄託者の利益のために行われるものであり、寄託の規定を適用すべきであるとして、賛成意見が強い。

なお、これらの意見に対し、一般的に、銀行取引以外で消費寄託が利

用されることほとんどなく、銀行取引に関しては詳細な約款が定められているので、現行民法の消費寄託を殊更に詳細に規定すべき必要性が認められないとの意見があった。(日弁連)

- 消費寄託の寄託物の返還請求について、寄託の規定を適用すべきであるという考え方に基本的には賛成する。消費寄託においては受寄者にも寄託の利益があることを理由に、返還時期を定めたときでも寄託者がいつでも返還を請求できるとする民法第662条は適用すべきではないとの考え方については、消費寄託が寄託者の利益を図るためのものであるという基本的在り方にそぐわないため、反対する。(東弁)
- 定期預金のように消費寄託において返還期限を定めた場合は、受寄者にも寄託の利益があり、いつでも寄託物の返還請求をできるとの規律は相当ではないから、消費寄託に返還期限を定めた場合でも、民法第662条を適用していつでも寄託物の返還請求をできるとする考えには、反対である。(大阪弁)
- 消費寄託の典型である定期預金契約について、期限前解約権が認められることになると、定期預金につき普通預金より高い利率を付している根拠がなくなり、定期預金に関する実務が混乱する可能性があるので、消費寄託の寄託物の返還請求に関して、寄託の規定を適用していつでも返還請求できるように改めることに反対する。(森・濱田松本有志)
- 消費寄託については、寄託者のみならず、消費貸借と同様に、受寄者も目的物の利用という利益を有するのが通常であるから、返還期限が受寄者の利益のために定められることがあり得る。そこで、そのような場合には、寄託者はいつでも寄託物の返還を請求し得るとする寄託の原則規定を修正し、寄託者は返還期限の到来まで寄託物の返還を請求し得ないものとするべきである。そこで、寄託の規定を適用するが、当事者が返還請求の時期を定めた場合であって、それが受寄者の利益のために定められたときは、寄託者は、その期限が到来した時に、返還を請求することができるものとするべきである。

消費寄託の場合には、一般的に寄託者に寄託物の引渡義務を負わせるべきとする意見もあるが、消費貸借の場合、目的物の引渡しは、主として、目的物の利用という借主の利益を実現するために行われ、利息の約定がある場合の利息の徴収といった貸主の利益は従たるものと考えられるのに対し、消費寄託の場合、寄託という基本的な性質上、寄託物の引渡しは、主として、目的物の保管に伴う危険の移転という寄託者の利益を実現するために行われ、目的物の利用という受寄者の利益は従たるものと考えられる。したがって、消費寄託について、消費貸借と同一視し、一般的に寄託者に寄託物の引渡義務までも負わせることには疑問がある。(堂島有志)

- 受寄者が期限前に目的物を返還することを認めるべきか否かについて

も、寄託の利益は寄託者にあるとも考えられることから、消費寄託の性質や、消費貸借との異同等を踏まえつつ、慎重に検討すべきである。

(二弁)

- 定期預金は返還期の定めがある消費寄託と構成されている。銀行には満期日までは期限の利益があり、これに対して預金者は普通預金と比較して高い金利を付与される一方、期限前の払戻請求権を有さず（名古屋地判昭和55年3月31日金法942号45頁）、預金者の期限前の払戻請求に対しては、銀行は期限前解約に応じることができるが、これは預金者の権利ではないと考えられている。定期預金について預金者が期限前であっても随時払戻しを請求できるものとする、定期預金に普通預金と比較して高い利率を付している根拠がなくなり、預金実務に混乱を来すことになりかねない。以上より、返還時期を定めた消費寄託についても寄託の規定を適用し、寄託者がいつでも返還請求をできるとする考え方については反対する。特に金銭の消費寄託については、返還時期は受寄者のためにも定められているのが通常であり、受寄者は返還時期までは目的物を消費していてもかまわないという利益を得ていると考えられ、このような利益を害する改正については賛成できない。仮に返還時期の定めがある場合であっても寄託者がいつでも返還請求ができるという考え方を採用するとしても、それは返還時期の定めが専ら寄託者の利益のために設けられている場合に限定されるべきである。（全銀協）
- いつでも返還請求できるとする民法第662条は適用すべきでない（受寄者にも寄託の利益あるから）。（広大有志）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 改定の必要があるとは思えない。（個人）

## 9 特殊の寄託—混合寄託（混蔵寄託）

混合寄託が、実務上、重要な役割を果たしているにもかかわらず、民法には混合寄託に関する規定が置かれていないことから、その明文規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

仮に規定を設ける場合には、具体的に以下の①から③までのような内容の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

- ① 種類及び品質が同一である寄託物を混合して保管するには、全ての寄託者の承諾を要する。
- ② 混合寄託がされた場合には、各寄託者は、自らが寄託した物の数量の割合に応じて、寄託物の共有持分権を取得する。
- ③ 各寄託者は、混合して一体となった寄託物の中から、自らが寄託したのと同数量の物の返還を請求することができる。

【部会資料17-2第6, 10 [102頁]】

### 【意見】

- 実務上利用があるということであれば、明確化する必要性があるので、①から③までについて明文の規定を設けることに賛成する。(札幌弁)
- 実務上利用があるということであり、分かりやすくなるので、①から③までについて明文の規定を設けることに賛成する。(広島弁)
- 倉庫寄託や、有価証券等の保管につき、混合寄託が実務上行われていることから、その成立要件を明確化することが望ましいので、規定を設けることに賛成する。①から③までの規定に賛成する。(堂島有志)
- 混蔵寄託についてその性質を明らかにするため、①から③までの内容の明文規定を設けるべきである。(広大有志)
- 混合寄託について何の規定も置かれていない現状を踏まえると、明文化することに異論はないが、現状の標準倉庫寄託約款第19条に規定する混合保管及び実務慣行との整合性を取ることが望ましい。また、寄託者は必ずしも所有者とは限らないため、共有持分権については規定せず、寄託物の返還請求権を準共有する方向での、更なる検討が必要と考える。(日倉協)
- 規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 実務上の扱いに従う内容であり、特に問題はないので、反対しない。(横浜弁)
- 特に反対しない。(大阪弁)
- 実務上利用されているものを明確化するためであり、実務とも整合しており、特段問題はないものと思われるので、①から③までについて明文の規定を設けることに賛成である。ただし、商法等で規定すべきであるとする意見があった。(愛知県弁)
- 実務上利用されているものを明確化するものとして、賛成意見が強い。なお、取引の実態を調査の上必要性があるとしても、商法等で規定すべきであるとする反対意見があった。

①から③までの規定については、実務上利用されているものを明確化するために明文規定を設けることは有用であるとして、賛成意見が強い。ただし、共有との関係については、物権法制との関連性に留意すべきである。なお、取引の実態を調査の上必要性があるとしても、商法等で規定すべきであるとする反対意見があった。(日弁連)
- 実務上利用されているものを明確化するために明文規定を設けることは有用である。ただし、共有との関係については物権法制との関連性に留意すべきである。(親和会)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 混合寄託の適用場面は極めて限られているようであり、民法に明文を設ける必要性があるか疑問である。具体的な場面を考えると、商法等の

特別法に規定すれば足りると思料するので、混合寄託につき民法に明文規定を設けるかどうかについては、慎重に検討すべきである。①から③までについても、慎重に検討すべきである。(東弁)

- 消費寄託の規定を整備するのであれば、これに加えて混合寄託の規定を設ける必要は無いのではないか。(弁護士)
- 個別ケースにおいて「混合」の意義や効果が異なると思われ(例えば、混合寄託物の過不足が生じた場合、如何なる処理をすべきか等)、必要に応じて個別立法で対応する方がふさわしいと考える。なお、仮に規定を設ける場合でも、②については、寄託物の所有者と寄託者は必ずしも一致しないことから、寄託者に一般に寄託物の共有持分権を取得させることには疑問がある。(二弁)
- 規定を設ける必要はないと考える。(弁護士)
- 消費寄託との違いは何か。寄託物が一部滅失した場合、誰が負担するのか。(会社員)
- 改定の必要があるとは思えない。複雑な規定を民法に置くべきではないと考える。(個人)

## 10 特殊の寄託—流動性預金口座

### 【意見】

- 中間論点整理によると、流動性預金口座への入金・振込みについて明文の規定を置くことが検討されているとのことであるが、基本的には、かかる明文化は望ましいものと考えられる。なお、この点に関して、現在、流動性預金の担保化(質入れ又は譲渡担保)は有効に行うことができるものと一般に考えられているものの、実務上はなおその有効性については法的リスクとして認識されているところであり、例えば、わざわざ英国の銀行に預金口座を開設して当該預金に英国法上の担保権を設定するなどの方法で、かかるリスクを回避されるといったことさえもある。したがって、上記の明文化に当たっては、流動性預金の担保化の議論との整合性について十分に留意していただきたい。(西村あさひ有志)

### (1) 流動性預金口座への振込みによる金銭債務の履行に関する規律の要否

ア 普通預金や当座預金等の流動性を有する預金口座への振込みは、現代の日常生活において極めて重要な役割を果たしているが、民法にはこの点に関する規定が置かれていないため、流動性預金口座への振込みが、金銭債務の弁済と代物弁済(同法第482条)のいずれに該当するかという点や、流動性預金口座への振込みによる金銭債務の消滅時期がいつかという点などの基本的な法律関係が必ずしも明らかでは

ないという問題が指摘されている。そこで、流動性預金口座への振込みによる金銭債務の履行に関する明文の規定を設けるべきかどうかについて、更に検討してはどうか。

具体的な規定内容については、以下の①②のような内容の規定を設けるべきであるとの考え方があるが、被仕向銀行の過誤や倒産手続開始により入金記帳がされない場合があり得るという指摘や、他方で、入金記帳時以外に効力発生時点として適当な時点を定めることは難しいという指摘があること等にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

① 流動性預金口座において金銭を受け入れる消費寄託の合意がされた場合において、流動性預金口座への入金や振込みがされたときは、受寄者が当該預金口座に入金記帳（入金記録）を行うことにより、既存の債権の額に当該金額を合計した金額の預金債権が成立する。

② 金銭債務を負う債務者が債権者の流動性預金口座に金銭を振り込んだときは、債権者の預金口座において当該振込額を加えた預金債権が成立した時点で、当該金銭債務の弁済の効力が生ずる。

イ たとえこのような規定が必要であるとしても、民法に規定を置くことの当否については議論があり、預金債権が日常生活において極めて重要な役割を果たしていることから、預金債権に関する基本的な規定を民法に設けるべきであるとする意見があったが、他方で、一般法である民法に特殊な場面についての規定を設けることに違和感があるとする意見もあった。これらの意見を踏まえて、民法に規定を置くことの当否について、更に検討してはどうか。

ウ 仮に民法に規定を置く場合の、その置き場所については、特に上記②が受取人の振込依頼人に対する債権の弁済について定める規定であることから、弁済の規定の中に置くべきであるとの意見があったことをも踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 11 [104頁]】

#### 【アについての意見】

- ア①②に基本的に賛成するが、慎重に検討すべきである。（東弁）
- 一般的によく見られる場面であり、明確化の必要があるので、賛成する。（札幌弁）
- 預金口座への振込みの基本的法律関係を明らかにするために、①②の内容の規定を設けるべき。（広大有志）
- 流動性預金口座の現代の社会生活における重要性が存し、明文化の必要性は肯定できる。（愛知県弁）
- ①に賛成する。②預金の引き出しは、できない時間もあれば、手数料を要する場合もあり、常に、金銭による弁済と同一視できるとは限

らない。債権者の流動性預金口座への振込が本旨弁済にあたるかどうかは、契約の解釈問題であり、代物弁済に当たる場合もある（その場合、債権者の承諾が必要）から、当然に（又は原則として）弁済の効力が発生すると扱うのは行き過ぎであり、契約の解釈問題として、弁済としての効力の有無及びその発生時期を事案ごとに検討すべき。（堂島有志）

- ①流動性預金の成立時期を明確化することについては、反対しない。ただし、流動性預金への振込みに弁済の効果を認め、その弁済の効力発生時期を預金成立時期とするとの考え（②）を採る場合には、弁済の効果が受寄者の入金記帳という内部的行為により左右されることとなり、その妥当性については慎重な検討を要する。
  - ②流動性預金口座への振込みは、本来は債権者に預金債権を取得させる代物弁済であり、債権者の承諾が必要であると考え。銀行の自己宛小切手は、現金と同一視できることから、判例上は本旨弁済として認められており、預金債権を取得させることも上記と同様に考え得る面がある。しかし、相殺の可能性が高い口座への振込みも弁済として認められることとなり、妥当性に疑問がある。少なくとも、弁済の効力は、債権者が指定する預金口座に振込みがされた場合に限定すべきであり、仮に振込みを弁済と認める場合には、この点を明文化すべきである。（大阪弁）
- 第三者による振込みがされた場合については、入金記帳（入金記録）の時に預金債権が成立するという扱いをすることは、現行法下における実務の取扱いと整合するものであり、特段問題ないものと思われるが、寄託者である預金者が預入れを行った場合に入金記帳（入金記録）の時まで預金債権が成立しないことに問題がないのかという点については検討していただきたい。また、預金債権の成立時期について規定するのであれば、誤記帳があった場合（過大な場合と過小な場合の両方が考えられる。）や記帳漏れがあった場合の取扱いについても検討していただきたい。（信用組合）
- 流動性預金口座への振込みは、債権者に預金債権を取得させる代物弁済と構成すべきであり、債権者の承諾が必要であるとも思われる。しかし、銀行の自己宛小切手と異なり、預金債権の場合、相殺の可能性が高い口座への振込みも弁済として認められることとなり、妥当性に疑問がある。したがって、仮に流動性預金口座への振込みによる金銭債務の履行が弁済に該当するという規定を設けるのならば、少なくとも、弁済の効力は、債権者が指定する（指定と異なるときはその効力を認めない）預金口座に振込みがされた場合等に限定する方向で検討すべきと考える。（二弁）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）

- 流動性預金口座の現代の社会生活における重要性が存し、明文化の必要性も肯定できる。しかし、流動性預金口座については、銀行間取引に適用が限られるものであり、これを民法に規定する必要性は存しない。そして、流動性預金口座を民法以外の特別法において規定する場合にも、実務に与える影響が多岐であるにもかかわらず、十分な検討がされていないと思料されるので、更に慎重に検討されるべきである。(日弁連)
- 規定を置くことには法律関係の明確化という意義があると考えられるが、提案されているような規定を置いた場合、金融機関の破綻(倒産)を想定すると、入金記帳前の資金の取扱い等が困難になることが懸念される。すなわち、預金債権の成立につき入金記帳を基準とした場合、例えば、振込取引において被仕向銀行が銀行間決済後で受取人口座への入金記帳前に破綻した場合を想定すると、結果として入金記帳はされず、当該被仕向銀行の破綻リスクを振込依頼人が負担することになってしまう点をどのように考えるか、といった問題があると考えられる(破綻した被仕向銀行を選択したのは、振込依頼人ではなく、受取人であるにもかかわらず、振込依頼人に酷な結果となり得るため、学説の状況も一様ではないと思われる。)。いずれにしても、流動性預金口座に関する規定新設にあたっては、上記のように流動性預金口座を提供する金融機関自身が破綻した場合も想定し、倒産法との関係、破綻時の取扱い等を踏まえた上で幅広く慎重な検討を行うことが必要と考えられる。(預保)
- 銀行口座への振込みによる決済が広く行われていることは事実であるが、一般に振込先口座の指定を含む当事者の合意に基づいて行われており、あえてデフォルトルールとして規定する必要があるのかどうか疑問である。しかも、「流動性預金口座への振込み」を弁済等とみなす規定を設けるとすると、「流動性預金」の定義は明確とは言えず、「普通預金及び当座預金」というような定義を設けても、新種の預金や複合的預金で解釈に疑義が生ずるおそれがある。また、流動性預金口座への振込みに金銭債務の弁済の効果を認めるとすると、金融機関の流動性預金に「法貨」性を認めることになるが、現実にペイオフが実施される状況で、各金融機関の信用状況はまちまちであるので、常に流動性預金を現金等価物と考えることは疑問に思われる。さらに、債権者にとって常に流動性預金への送金を弁済と認めた場合、当該口座は債権者にとって常用の決済口座として利用されている場合には問題は少ないものの、その他の場合は弁済の事実を確知することが困難な場合も想定され、債権者が予想外の不利益を被る可能性が大きいし、弁済の有無を調べるために手数や時間がかかることも考えられる。このような弊害が予想されるにもかかわらず、あえて流動性預金口座へ

の振込みを弁済等として扱う必要があるかどうかについては、慎重に議論すべきであり、規定を設けることに反対である。(経済法令・研究会)

- 特殊な寄託契約として流動性預金口座に関する規定を設ける提案については、現状特段のトラブル等が生じているわけでもないにも関わらず、流動性預金に対する規律を導入することについて疑問があるという指摘がある。また、流動性預金という一方当事者が銀行等特定の事業者に限られる取引類型を取り出して一般法たる民法に規定を設けることにも疑問がある等、流動性預金に関する規定を民法に設けること自体への違和感が示されている。その他、これらを寄託契約の内容として規定することに違和感があるという見解や、これらの規定を設けることは実務への影響が大きいことから当該規定を設けることには反対する見解がある。

流動性預金口座において金銭を受け入れる消費寄託の合意が成立した場合において、流動性預金口座に入金等がされた場合に、入金記帳の時点をもって預金債権の成立とみる提案については、預金債権の成立を画する時点として入金記帳時点より適切な時点は見当たらないこと等から、提案の内容自体には違和感がないものの、そもそも流動性預金に限ってこのような具体的な内容の規定を設けることは不自然であるという見解がある。実務上は、例えば店舗の窓口や集金、証券類の受入れ(他店券入金)、休日にATMを利用した取引があった場合等預金を受け入れる取引の形態は様々あり、また、銀行によって取扱いが異なる等、何をもって入金記帳とするのか、その概念が必ずしも明確ではなく、実務に対して与える影響を懸念する指摘もある。

また、金銭債務を負う債務者が債権者の流動性預金口座に金銭を振り込んだときは、債権者の預金口座において当該振込額を加えた預金債権が成立した時点で、当該金銭債務の弁済の効力が生じるという提案についても、その内容自体には特に違和感はないという見解がある。もっとも、仮に規定を設けるとしても債権の弁済に関する規定であり、寄託の内容として規定すべきものではないという見解もある。また、振込金額が複数の債務の全額を弁済するのに満たないようなときには、どの債務に弁済充当されるのかが分からないこともあり得るため、このような規定を一律に導入することに慎重であるべきという見解もある。

以上のとおり、流動性預金口座に関する特則を民法に設けることについて強く反対する。(全銀協)

- 改定の必要があるとは思えない。複雑な規定を民法に置くべきではないと考える。(個人)

### 【イについての意見】

- 一般的によく見られる場面であり、明確化の必要があるので、民法に規定を設けることに賛成する。(札幌弁)
- 国民の日常生活において頻繁に使用されるものであり、民法において基本的関係が規律されることに意義はある。規定を設けることに特に反対するものではないが、設ける場合には、その内容につき慎重な検討を要する。(横浜弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 預金債権に関する基本的な規定を民法に設けるべきかどうかについては、現代の社会生活において預金債権は重要性があるが、民法に規定すべきか疑問があるので、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 規律することは賛成であるが、流動性預金口座については、そもそも民法に規定すること自体に問題があるばかりではなく、その条文数が膨大なものになるおそれがある上、民法に規定すれば、社会的な銀行取引方法の変化に対応することも難しいので、民法に規定するのは、この点からも適切ではなく、特別法に規定すべきであるとの意見が強かった。(日弁連)
- 流動性預金口座への振込みについて、基本的な規定を設けて明確化するとの方向には異論はないが、それらの規定を民法に設けるべきか特別法において設けるべきかについては慎重に検討すべきと考える。(二弁)
- 流動性預金は日常的に利用されているものの、預金という特殊な契約関係で、かつ、預金のうち流動性預金に限って、更に流動性預金に関する全般的な法律関係ではなく振込みなどの限定された法律関係について民法に規定することの妥当性、整合性については、慎重な検討を要する。(大阪弁)
- 民法に規定する必要性はさほど感じられない。(広大有志)
- 流動性預金口座への振込みによる金銭債務の履行に関する明文の規定を設ける必要性は認められるが、特別な場面に関するものであるから、一般法である民法に規定を設けることには違和感がある。(弁護士)
- 流動性預金口座に関する提言内容には様々な問題点を含み、規律を検討すべき場面も多岐にわたることから、一般法である民法の消費寄託の項目内で規定するには煩雑であり、特別法を別途整備すべきである。(親和会)
- 流動性預金口座に関する規定は、銀行取引に関する特殊な場合のみ適用されるものであるし、その条文数が膨大なものになるおそれがあるうえ、民法に規定すれば、社会的な銀行取引方法の変化に対応することも難しく、民法に規定することには反対である。(愛知県弁)

- 流動性預金口座の現代社会における重要性は理解できる。しかし、銀行間取引に適用が限られるものだし、特別法で規定するにしても実務に与える影響が大きい割に十分な検討がされているとは思われないので、反対する。流動性預金口座について民法に規定するとすれば、その条文が膨大なものになると思われる上に、銀行取引の変化に柔軟に対応することも困難となるので、特別法に規定すべきである。(広島弁)
- 流動性預金口座を提供する金融機関自身が破綻した場合も想定し、倒産法との関係、破綻時の取扱い等を踏まえた上で幅広く慎重な検討を行うことが必要と考えられる。そうした点も勘案すると、特別法での規定を考えた方が望ましいとも考えられる。(預保)
- 流動性預金が決済手段として国民生活において広く利用されていることは確かであるが、預金の受入れを行うのは銀行等の金融機関に限定されるのであり、決して一般的な私人間において預金取引が行われるものではない。このような契約の一方当事者が有効な銀行免許等を持った者に限定される流動性預金については、民事一般法である民法において規定されるべきではなく、仮に何らかの規律を設ける必要があるのであれば、銀行法等の業法において規定されるべきであると考えられる。(経済法令・研究会)
- 預金債権が日常生活上重要な役割を果たしているという指摘は肯定できるとしても、入金記帳や入金記録といった概念は、情報技術の発展等に伴い細かな改正が必要となる事項であり、規定の内容についても実務上の妥当性が全く検証されていないことを考慮すると、民法に規定を設けることは時期尚早と言うべきである。(弁護士)
- 流動性預金口座についての規定は、学説・判例に委ねれば足り、規定は不要である。預金をめぐっては金融取引に関連した様々な難しい問題があり、一般的な規律を置くべき民法に規定を置くことは不適切である。部分的に規定を置くことによる副作用も懸念される。また、判例・学説も混乱しており、提案内容は不適切で、一定の方向での条文化は時期尚早と考える。(国際取引有志)
- 流動性預金契約が日常頻繁に利用されていることを考えると、上記趣旨に関する明文の規定を設けるべきとも考えられるが、民法が私法の基本法であることに鑑みれば、民法においては、流動性預金契約の基本となる消費寄託契約に関する規定を設けておけば十分ではないか。仮に、流動性預金契約について民法に規定するとすれば、日常頻繁に利用されている電車・バスの運送契約、電気・ガスの供給契約等についても、民法に規定しなければならないことになるが、ここまで規定すべきという論者はいないであろう。以上のとおり、流動性預金口座への入金・振込に関する一定の法理が存在していることは事実である

が、この法理を明文化する必要はない。(福岡弁)

- これは為替取引であり、業として行えるのは銀行のみである。民法で規定すべきものであるとは思えない。(会社員)
- 改定の必要があるとは思えない。複雑な規定を民法に置くべきではないと考える。(個人)

#### 【ウについての意見】

- 規定の場所は、弁済の規定の中に設けることにつき、賛成する。(札幌弁)
- ア②につき弁済の規定の中に置くべきであるとの考え方はなお検討されるべきである。(東弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 流動性預金口座への振込みについて、基本的な規定を設けて明確化するとの方向には異論はないが、民法に規定を置く場合の規定の配置については慎重に検討すべきと考える。(二弁)
- 流動性預金口座への振込みを弁済と認めることに反対であり、同様の規定を弁済の規定の中に置くことも反対である。(大阪弁)
- 改定の必要があるとは思えない。複雑な規定を民法に置くべきではないと考える。(個人)

#### (2) 資金移動取引の法律関係についての規定の要否

流動性預金口座への振込み等の資金移動取引に関する法律関係が必ずしも明らかではないことから、例えば、振込依頼人と受取人との間に原因関係がないにもかかわらず受取人に対して振込みがされた場合に、受取人が被仕向銀行に対する預金債権を取得するかという点に関する紛争が生じてきたと指摘されている。このような指摘を踏まえて、法律関係を明確にするために、例えば、振込依頼人と受取人との間の原因関係の存否にかかわらず、振込みがされた場合に、受取人が被仕向銀行に対して振込金額相当の預金債権を取得するとの判例法理を明文化するかどうか、その他の資金移動取引に関する規定を設けるかどうかについて、規定を設ける場合に新たな典型契約として位置付けるべきかという点にも留意しつつ、検討してはどうか。

#### 【意見】

- 日常的に見られる取引であり、規定の必要はあるので、判例の立場(原因関係の存否にかかわらず、預金契約成立)を、明文化することにつき、賛成する。ただし、典型契約とするほどの一般性はない。(札幌弁)
- 平成8年判決の判示した内容を明文化する方向で検討すべきである。

(広大有志)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 慎重に検討すべきである。(横浜弁)
- 流動性預金口座への振込みに関する規定を民法に置くことについては、慎重に検討すべきである。規定を設ける場合に、検討することについては特に異論はない。(二弁)
- 判例を明文化するものであるかもしれないが、振込依頼人の保護が十分に図られるか否かについてなお明らかではない。判例を明文化するものであるかもしれないが、振込依頼人の保護が十分に図られるか否かについてなお明らかではないので、慎重に検討すべきである。

(東弁)

- 流動性預金口座の現代の社会生活における重要性が存し、明文化の必要性も肯定できる。しかし、流動性預金口座については、銀行間取引に適用が限られるものであり、これを民法に規定する必要性は存しない。そして、流動性預金口座を民法以外の特別法において規定する場合にも、実務に与える影響が多岐であるにもかかわらず、十分な検討がされていないと思料されるので、更に慎重に検討されるべきである。(日弁連)
- 流動性預金口座の現代社会における重要性は理解でき、明文化の必要も肯定できる。しかし、銀行間取引に適用が限られるものだし、特別法で規定するにしても実務に与える影響が大き割に十分な検討がされているとは思われないので、反対する。(広島弁)
- 流動性預金口座の現代の社会生活における重要性が存し、明文化の必要性も肯定できるが、流動性預金口座については、銀行間取引に適用が限られるものであり、これを民法に規定する必要性は存しない。(愛知県弁)
- 流動性預金口座に関する提言内容には様々な問題点を含み、規律を検討すべき場面も多岐にわたることから、一般法である民法の消費寄託の項目内で規定するには煩雑であり、特別法を別途整備すべきである。(親和会)
- 振込依頼人と受取人との間の原因関係の存否にかかわらず、振込みがされた場合に、受取人が被仕向銀行に対して振込金額相当の預金債権を取得するとの判例法理は確定したものと考えられ、これを明文化する必要性はないと考える。(大阪弁)
- 条文で一律に規定するのではなく、柔軟な対応を可能とするため、解釈に委ねるべきであり、規定を設ける必要はない。(福岡弁)
- 現時点での明文化は見送るべきである。(堂島有志)
- 現段階で資金移動取引に関する規定を設けることに積極的に賛成する見解はない。(全銀協)

- 判例法理の考え方ではあるにせよ、わざわざ明文の規定を置くべき事項なのか、仮にあるとして民法に規定を置く必要があるのかという問題については、なお検討する必要があると思われる。(弁護士)
- 提案されている資金移動取引には、銀行の取り扱う預金取引を伴う資金移動取引以外にも、資金移動業者が取り扱う資金移動取引も含まれ得ることになる。そして、資金移動業者が取り扱う資金移動取引には、①銀行ではなく資金移動業者が取り扱うことから、受取人が預金債権を取得することはない(なお、資金決済法においては資金移動業者が送金資金相当額の全額を供託する等の措置を採ることが必要とされており、かかる措置によって利用者保護が図られている。)、②資金移動業者の行う資金移動取引は、資金決済法に基づき100万円以下の取引に限定されていることから、基本的には少額かつ多数の取引として提供される、③資金移動業者が取り扱う資金移動取引の種類については、現実の店舗において実際に現金を受け渡す方法による取引、インターネットのみを利用して行われる取引(例えば、送金人が受取人に対して送金に関するメールを送信し、受取人がそのメール内のURLをクリックして必要な操作を行うことによって金銭を受領する取引などが想定される。)、アカウント等の一種の勘定を設けてそのアカウントを利用して送金や受取りを反復して行う取引など、様々な種類の取引が存在するという特色がある。以上を踏まえ、本項目及び「(3) 指図に関する規律の要否」の検討に際しては、銀行の取り扱う資金移動取引以外にも、預金取引を伴わない少額かつ多数の様々な種類の資金移動取引があることに留意しつつ、慎重に検討すべきである。(決済協)
- 改定の必要があるとは思えない。複雑な規定を民法に置くべきではないと考える。(個人)

### (3) 指図に関する規律の要否

上記(1)(2)の法律関係は、指図という法律行為を基礎とするものと解されることから、上記のような規定を設ける場合には、民法に指図に関する明文の規定を設けるべきであるとの考え方が示されている。このような考え方の当否について、検討してはどうか。

#### 【意見】

- 「指図」に関する明文の規定を設ける方向で検討すべきである。「指図」は、一般には、指図者が被指図者に対し、指図受益者への出捐をするよう指示する法律行為であり、その意思表示に従って出捐がされると、指図者の被指図者に対する債権と指図受益者の指図者に対する債権とが同時に履行されたこととなっても同時に消滅する効果を有

する、給付過程の簡略化又は支払の媒介の手段であると定義されている。このような「指図」は、口座振込だけでなく、クレジット取引や電子マネーや企業ポイントを理由した決済についても、その基礎をなしている法律行為であると考えられ、その適用範囲が広いことから、私法の一般法である民法に概念規定を置く必要性が認められる。旧民法には指図に関する規律が置かれていたことも参照されるべきである。

(兵庫県弁)

- 指図の内容は明確ではないとされ、規律の必要性は認められるので、その具体的提案を得た上で、更に検討すべきである。(東弁)
- ドイツ法上の「指図」概念も参考に、規定の在り方について積極的に検討すべきである。(広大有志)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 流動性預金口座への振込みに関する規定を民法に置くことについては、慎重に検討すべきである。規定を設ける場合に、検討することについては特に異論はない。(二弁)
- 慎重に検討すべきである。(横浜弁)
- 流動性預金口座の現代の社会生活における重要性が存し、明文化の必要性も肯定できる。しかし、流動性預金口座については、銀行間取引に適用が限られるものであり、これを民法に規定する必要性は存しない。そして、流動性預金口座を民法以外の特別法において規定する場合にも、実務に与える影響が多岐であるにもかかわらず、十分な検討がされていないと史料されるので、更に慎重に検討されるべきである。(日弁連)
- 流動性預金口座の現代社会における重要性は理解でき、明文化の必要も肯定できる。しかし、銀行間取引に適用が限られるものだし、特別法で規定するにしても実務に与える影響が大きい割に十分な検討がされているとは思われないので、反対する。(広島弁)
- 指図という法律行為を検討することについては意味があるとしても、現時点では具体的な立法提案がなく、また、これまで広く議論されてきたとは言えないと考えられるため、今般の民法改正において検討することに反対である(大阪弁)。
- 流動性預金口座の現代の社会生活における重要性が存し、明文化の必要性も肯定できるが、流動性預金口座については、銀行間取引に適用が限られるものであり、これを民法に規定する必要性は存しない。(愛知県弁)
- 具体的な効果、法律関係を規定すれば十分であり、前提となる規定は不要である。(札幌弁)
- 指図の原因関係を抜きにして、指図のみを条文化することは困難ではなかろうか(例 CがAに対して100の債権を有する場合、第三

者弁済の趣旨であれば委任契約となり、Bの行為は委任契約に基づく義務の履行ということになるが、この履行行為の中から、指図のみを抜き出して法的性格を論じる必要性があると思われぬ。規定を設ける必要はない。(福岡弁)

- そもそも、指図という法律行為は新たな法律概念であってその内容が明確ではなく、仮にこれを明文化するのであれば、新たな概念であることを自覚した上で、その意義及び必要性について慎重な議論が尽くされる必要がある(森・濱田松本有志)。
- 流動性預金口座に関する提言内容には様々な問題点を含み、規律を検討すべき場面も多岐にわたることから、一般法である民法の消費寄託の項目内で規定するには煩雑であり、特別法を別途整備すべきである(親和会)。
- 改定の必要があるとは思えない。複雑な規定を民法に置くべきではないと考える(個人)。

#### (4) 流動性預金口座に存する金銭債権の差押えに関する規律の要否

流動性預金口座に存する金銭債権の差押えに関して、ある時点における残高に係る金銭債権を差し押さえることは可能であるとした上で、差押え時点の残高に係る金銭債権についてのみ差押えの効力が生じ、その限度で金銭債権の流動性は失われるが、これによって流動性預金口座自体の流動性が失われるものではないとするのが判例及び通説の立場とされる。そこで、これを明文化すべきかどうかについて、差押命令送達後に入金された金額に相当する預金債権をも含めて差押えの対象とする事の可否に関する民事執行法上の問題と関連することに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 11(関連論点)1 [107頁]】

#### 【意見】

- 差押えがあった場合の権利関係を明らかにするために、差押えの効力は「差押え時点の残高に係る金銭債権についてのみ差押えの効力が生じ、その限度で金銭債権の流動性は失われるが、これによって流動性預金口座自体の流動性が失われるものではない」旨明文化すべきである。(広大有志)
- 差押え時点の残高に係る債権についてのみ差押えの効力が生ずるにとどまらず、将来分についても差押えの効力が及ぶことになると、全ての預金口座について、差押え後の残高の変動を確認する必要性が生じ、銀行にとっては著しい事務負担の増加になることを懸念する見解がある。差押時点の残高に限って差押えの効力が発生する旨の提案については、当該提案を支持する見解がある。(全銀協)

- 検討することに異論はなかった。ただし、差押命令送達後に入金された預金債権に対しても差押えの効力を及ぼすことについては、第三債務者の負担が過大なものとなることから、現時点では反対であるとの意見が多かった。(最高裁)
- 流動性預金の差押えについては、差押時の残高だけでなく、差押後の入金分についても合理的な範囲において差押えの効力を及ぼすべき実務上の要請があるので、合理的な範囲内で差押え対象を拡張する方向で更に検討すべきである。ただし、差押えの範囲は、本来執行法上の問題であって、民法において規定するのは相当でない。(広島弁)
- 流動性預金の差押えについては、差押時点の残高だけではなく、差押後の入金分についても合理的な範囲において、差押えの効力を及ぼしたいとの実務上の要請がある。裁判例(東京高裁平成20年11月7日決定, 東京地裁平成20年10月3日決定)では差押後の入金分に対し差押えの効力を及ぼす差押えは認められていないが、その主な理由は第三債務者(金融機関)の負担が過大になるというものであり、流動性預金の法的性格から導かれているものではない。合理的な範囲での拡張であれば、第三債務者(金融機関)の負担が過大になることはないと思料する。  
 なお、差押えの範囲は、執行法上の問題であって、民法において規定するのは相当ではない。(日弁連)
- 流動性預金の差押えについては、差押え時点の残高だけではなく、差押え後の入金分についても差押えの効力を及ぼしたいとの実務上の要請がある。裁判例(東京高裁平成20年11月7日決定, 東京地裁平成20年10月3日決定)では差押え後の入金分に対し差押えの効力を及ぼす差押えは認められていないが、その主な理由は第三債務者(金融機関)の負担が過大になるというものであり、流動性預金口座阿の法的性格から導かれているものではない。したがって、本規定が流動性預金の差押えの範囲を限定する趣旨を含むものであれば、反対である。(大阪弁)
- 債権執行における問題であり、民法において規定する必要性に疑問が残るので、規定を設けることには慎重であるべきである。(横浜弁)
- 流動性預金口座に存する預金債権に対する差押えは、債権回収の手法として極めて重要であり、かつ、頻繁に利用されていて、その法律関係の明確化が必要とされるところではあるが、民事執行法の問題であるとも言え、これを実体法である民法で規定することについてはなお疑問が残るので、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 預金債権の差押えの範囲にも関連し、民法というよりも民事執行法上で議論すべき問題とも思われるので、慎重に検討すべきである。

(二弁)

- 条文化する必要性が不明確であり、条文化せずに、解釈による解決の余地を残した方が柔軟な解決が図れるので、反対である。(愛知県弁)
- 流動性預金口座に関する提言内容には様々な問題点を含み、規律を検討すべき場面も多岐にわたることから、一般法である民法の消費寄託の項目内で規定するには煩雑であり、特別法を別途整備すべきである。(親和会)
- 判例及び学説の考え方には賛成する。しかし、執行場面の問題であることから、民法に規定すべきではない。(札幌弁)
- 差押えの範囲については、差押え時における残高に限るとする解釈が一般的ではあるが、これは第三債務者である金融機関のデータ処理能力・便宜を踏まえた執行実務的観点からの制約なので、現段階で民法に明文化するのは相当でない。(堂島有志)
- 慎重意見である。

差押えの効力が原則として差押え時点の債権に生ずるのは当然のことであり、あえて規定を置く必要はない。

また、この規定が、将来の預金債権の差押えの効力を一切否定する趣旨であれば正当でない。強制執行の場面においては、将来の預金債権の差押えの必要性は高いし特定の口座への入金を停止せずに出金のみを停止しつつ入金状況を自動的に監視し、一定の金額を超えた後は、その超える部分のみの出金を自動的に可能にする等の銀行のシステムが構築され、差押命令に対応するために必要な時間は預金の出金が遅延することによる債務不履行責任を銀行が負わない旨の約款が整備されるなどにより、将来の預金の差押えが金融機関に不当に過大な負担を強いるものとはならないものと評価されるに至ることは十分に予測される所であり、そのような場合に将来の預金債権の差押えの効力を否定する理由はない。この種の差押命令を差押債権の特定性を欠くとした東京高決平成20年11月7日判タ1290号304頁も「社会通念及び現在の銀行実務に照らすと」という前提を置いており、将来の状況の変化によってはこの種差押命令の申立でも差押債権の特定が認められ得ることを否定する趣旨ではないと考えられる。(日弁連消費委有志)
- 流動性預金債権に対する差押えの効力については、柔軟な対応を可能とするため、条文で一律に規定するのではなく、解釈に委ねるべきである。(福岡弁)
- 規定を設ける必要はなく、反対である。特にこの規定が、将来の預金債権の差押えの効力を一切否定する趣旨であれば正当ではない。(弁護士)

- 流動性預金口座に対する差押えの客体についての時的範囲の限定は、民法改正に盛り込む合理性が全く存在しない。また、預金口座の流動性を悪用して毎日預金を引き出すことによって強制執行を妨害する悪質業者への対抗手段として、一定期間内の入金に対しての差押えを認める必要がある。したがって、流動性預金口座に対する差押えの客体について時的範囲を限定すべきではない。(弁護士, 弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。複雑な規定を民法に置くべきではないと考える。(個人)

#### (5) 流動性預金口座に係る預金契約の法的性質に関する規律の要否

第三者による振込みの流動性預金口座への受入れ、預金者の受寄者に対する第三者の預金口座への振込みに関する支払指図、その他の流動性預金口座に関する契約関係に関して、判例・通説は委任の規定が適用されるとしている。そこで、これを条文上明確にするかどうかについて、概括的な規定を設けるだけであればかえって硬直的な適用を招き望ましくないとの意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第6, 11(関連論点)2[107頁]】

#### 【意見】

- 判例・学説に沿うものであり、妥当であるので、賛成する。(東弁)
- 委任の規定が適用されることを明確にすべきである。(広大有志)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 判例では、預金契約は消費寄託と委任からなる複合的な契約であるとされている。これは、流動性預金だけではなく定期預金にも当てはまることであり、流動性預金のみを取り上げてその法的性質を規定するのは相当ではない。また、条文化する必要性が不明確であり、条文化せずに解釈の余地を残しても良いのではないか。流動性預金口座に関する規定は民法に規定すべきではないという点は既述のとおりであるが、仮にその法的性質について特別法に規定するとしても、その明文化については、更に慎重に検討すべきである。(日弁連)
- 判例では、預金契約は消費寄託と委任からなる複合的な契約であるとされている。これは、流動性預金だけではなく定期預金にも当てはまることであり、流動性預金のみを取り上げてその法的性質を規定するのは相当ではなく、慎重に検討すべきである。(愛知県弁, 大阪弁)
- 規定の内容について、流動性預金口座に係る契約関係に委任の規定が適用される場面は様々であるため、概括的な規定を設ける意義があるのか疑問があるので、慎重に検討すべきである。(二弁)

- 流動性預金口座に関する提言内容には様々な問題点を含み、規律を検討すべき場面も多岐にわたることから、一般法である民法の消費寄託の項目内で規定するには煩雑であり、特別法を別途整備すべきである。(親和会)
- 判例では、預金契約は消費寄託と委任からなる複合的な契約とされているが、これは定期預金にも当てはまることであり、流動性預金のみ取り上げてその条文化する必要が不明確である。解釈の余地を残しておいた方が良いので、慎重に検討すべきである。(広島弁)
- 流動性預金契約に関して委任契約の規定が適用される場合があることは事実であるが、柔軟な対応を可能となるように、民法に一律的な規定を設けるのではなく、解釈に委ねるべきである。(福岡弁)
- 流動性預金口座をめぐる委任規定適用場面は非常に多様であって、正確に規定しようとするれば、民法に規定するにはあまりにも煩雑な規定になりかねず、他方で概括的な規定を設けるとするとあえて規定を置く必要性があるのか疑問であり、適切な明文化はできないように思われるので、規定を設けることに反対する。(森・濱田松本有志)
- 預金契約には種々のものがあると考えられるので、各契約の解釈に委ねるべきであり、明文化の必要はない。(堂島有志)
- 具体的な規律の在り方を検討することなく、概括的に委任の規定を適用するといった規定のみを設けることは、かえって硬直的な実務運用を招くおそれがあるため、妥当とは言えないので、このような規定は置かない方がよい。(弁護士)
- 特に明文化する必要があるとは思われない。(横浜弁)
- 概括的な規定であれば意味は少なく、規定は不要である。(札幌弁)
- 部会資料にある開示義務の時効(のようなもの)をどう解釈するのか。取引があった時を起算点として商法第522条の5年と解釈するのか(あるいは同条は削除して民法と時効を統一するのか)。それとも商法第19条第3項の期間とするのか。こちらは裁判所の命ずる開示(同条第4項)しか明記されていない。(翻訳・出版関係)
- 改定の必要があるとは思えない。複雑な規定を民法に置くべきではないと考える。(個人)

### 1.1 特殊の寄託—宿泊事業者の特則

民法に事業者概念を取り入れる場合に、契約当事者の一方が事業者である場合の特則として、商法第594条から第596条までを参照し、宿泊事業者が宿泊客から寄託を受けた物品について厳格責任を負う原則を維持しつつ(同法第594条第1項参照)、高価品について損害賠償額を制限するには宿泊事業者が価額の明告を求めたことが必要であること、正当な理

由なく保管の引受けを拒絶した物品についても寄託を受けた物品と同様の厳格責任を負うこととすべきであるとの考え方（後記第62, 3(2)⑧）が示されている。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料20-2第1, 3(2) [16頁]】

### 【意見】

- ①宿泊客から寄託を受けた物品について、宿泊事業者に厳格責任を負わせることについては、商法第594条第1項を維持するものであり、異論はない。②高価品についての損害賠償額を制限する要件として価額の明告を求めることについては、商法第595条を踏まえたものであるが、明告がないことを理由に高価品に限り免責とする必要はなく、一定の限度で責任を認めるのが合理的であるので、異論はない。しかし、宿泊事業者に故意又は重過失がある場合には、価額の明告を求めていたとしても賠償額の制限を認めるべきではない。③正当な理由なく保管の引受けを拒絶した物品について厳格責任を負わせることについては、正当な理由なく保管の引受けを拒絶した宿泊事業者の責任を軽減する理由はないので、異論はない。（大阪弁）
- 宿泊契約に伴う寄託の在り方について、現代の環境に即した規定を検討すべきである。（広大有志）
- 高価品について損害賠償額を制限するには宿泊事業者が価額の明告を求めたことが必要であることとすることに反対である。

民法に事業者概念を取り入れる場合に、契約当事者の一方が事業者である場合の特則として、商法594条から第596条までを参照し、宿泊事業者が宿泊客から寄託を受けた物品について厳格責任を負う原則を維持し、その規定を民法に置くことに反対はしない。

しかし、高価品について損害賠償額を制限するには宿泊事業者が価額の明告を求めたことが必要であることとするに当たっては、宿泊客が宿泊事業者に物品を寄託する場合の実務に留意する必要がある。つまり、実務において、宿泊客が宿泊事業者に物品を寄託する場合に、その物品が高価品であること（高価品の種類など）を明示することはほとんどなく、更には物品がかばん等に入れられている場合、当該かばん等に何が入っているかについて明示することもほとんどない。また、高価品であるか否かについて宿泊事業者が認識できない場合も多々ある上、寄託の態様も宿泊事業者によって様々である。そうすると、宿泊事業者が価額の明告を求めるには、宿泊客から寄託されるかばん等の内容物を含めた全ての物品について、その種類や価額の明告を求めることとなることが想定され、実務において宿泊事業者に過度の負担を課すこととなり、同時に宿泊客側にも過度の負担を課すことにつながる。また、宿泊事業者

が価額の明告を求めたことが必要であるとする考え方の背景には、消費者と事業者間の「格差」への配慮があると思われる。しかし、寄託する物品が高価品であるか否かの情報、更には物品がかばん等に入れられていて外観から窺い知ることができない場合に、そのかばんの中に何が入っているかといった情報は、消費者のみに偏在しているのであって、この点で劣後するのは宿泊事業者である。この点を考慮すれば、宿泊者から寄託を受ける物品について高価品の種類や価額の明告を受けた上で、宿泊施設の管理者としての厳格責任を負う方が公平であると考えられる。

(法友会)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 慎重に検討すべきである。(横浜弁)
- 宿泊事業に関して、現行民法の寄託を殊更に詳細に規定すべき必要性が認められない。(親和会)
- 宿泊事業者の責任の規律に関する当否はさておき、民法に事業者に関する規定を設けるべきではなく、規定の明文化については反対である。(日弁連, 愛知県弁, 札幌弁, 広島弁)
- 上記の考え方の趣旨には賛成するが、商法を改正すべきであるので、民法に規定することについては、強く反対する。(東弁)
- 事業者に関する特則は、商法で規定すべきであり、民法に規定すべきではない。(福岡弁)
- 「宿泊事業者」という固有の分野の商取引を行う者に関する規律は、商法において適切な規律を定めれば足りる。(法友全期)
- 商法の寄託に関する規定に問題があるのであれば、まずは商法典の改正を検討すべきであり、商法の規定自体を見直さず、宿泊事業者に関する規定のみを民法に新設するというのでは、規定の不合理性という問題は何ら解決しないばかりか、商人である宿泊事業者については、一般法である民法の新しい規定より特別法である商法の古い規定が優先的に適用されるといった救い難い結論になる可能性もある。検討の余地自体を否定するものではないが、規定の見直しは、商法典全体の見直しと併せて検討すべきである。(弁護士)
- 事業者概念の導入には反対するので、検討する必要はないと考える。(二弁)
- 改定の必要があるとは思えない。事業者の特則を民法に置くべきではないと考える。(個人)

### 第53 組合

- 組合及び内的組合に関する事項にあわせて、匿名組合、権利能力なき社団、パーティシペーションといった、法人形態によらない、複数人が関与する事業スキームに関する規定を民法において整理して規定することは

きないか（オリックス）。

- 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銚(かすがい)にして、持分会社と組合との類似性がこれまで以上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（日大民研・商研）。
- 民法上の組合の規定は、投資事業有限責任組合や有限責任事業組合にも準用されている（投資事業有限責任組合契約に関する法律第 16 条，有限責任事業組合契約に関する法律第 56 条）。したがって、組合の規定を改正する場合は、投資事業有限責任組合や有限責任事業組合の規律に悪影響を生じないように留意されたい（西村あさひ有志）。
- 論点整理を拝読しましたが、改定の必要があるとは思えません（個人）。
- 保険契約，預託金型ゴルフクラブ会員契約，フランチャイズ契約，クレジット・カード会員契約などについて「団体契約」と把握する考え方には反対である。事業者と利用者の個別契約の側面，特に事業者の責任が希薄化するおそれがあることや，個々の利用者間において「横のつながり」はなく，組合など組織・団体と同視することはできないことが理由である（日弁連消費者委有志）

## 1 組合契約の成立

### (1) 組合員の一人の出資債務が履行されない場合

組合員の一人の出資債務が履行されない場合について，同時履行の抗弁権等の契約総則の規定をそのまま適用することは組合の団体的性格に照らして適切であるとは言えないことから，組合契約の性格に即した規定を整備する方向で，更に検討してはどうか。具体的には，組合員の一人が出資債務の履行をしない場合であっても，他の組合員は原則として組合契約の解除をすることができないこと等を条文上明記するかどうかについて，更に検討してはどうか。

#### 【意見】

- 組合に関する規定中，契約総則の規定の特則となる規定は置かれていない。そのため，文言どおり解釈すれば，①組合員の一人が出資債務を履行しない場合には，他の組合員が同時履行の抗弁権の行使または組合契約の解除をすることが可能となり，②出資債務が債務者の責めに帰すことのできない事由により不能になった場合には，危険負担の規定により解決されることになる。しかし，組合の業務執行への支障，組合の団体的性格に鑑みれば，上記結論は妥当でない。学説上も，上記結論を回避する見解が通説となっている。よって，上記不都合を

生じさせない趣旨であることを明確にするため、上記通説を明文化することが望ましい（愛知県弁）。

- 組合の団体的性格に即した規定を条文上明記することは有用（親和会）。
- 従来を通説的な理解に従い、同時履行の抗弁権や解除権に関する規定を明文化することに賛成である（広島弁）。
- 組合一般に関して、組合は業務執行や権利の帰属がわかりにくくビジネスのためのビークルとしては使いにくいので、組合を残しつつ、パートナーシップのような類型を認めることも考えられるとの意見があった（国際取引有志）。
- 組合員の一人が出資債務の履行をしない場合における契約総則の規定の適用関係について、①出資債務の履行をしない組合員がいる場合であっても、他の組合員の出資債務には影響が及ばず、他の組合員は原則として同時履行の抗弁権を行使することができないこと、②ただし、業務執行者が定められていない場合において、出資債務の履行を請求する組合員が自己の出資債務を履行していないときは、同時履行の抗弁権を行使することができること、③他の組合員は組合契約の解除をすることができないこと（除名・解散等の手続によって処理をすること）、④出資債務の履行をしないことによって組合に損害が生じた場合には、出資をしなかった組合員は組合に対して損害賠償をしなければならないことを定めるべきである。

また、④の条項に関して、現民法419条が法定利息以上の損害賠償を認める内容に改正されないのであれば、④の条項に、現民法669条【金銭を出資の目的とした場合において、組合員がその出資を履行することを怠ったときは、その利息を支払うほか、損害の賠償をしなければならない】の内容を取り込むべきである（堂島有志）。

- 建設請負においては、大規模建設工事等において複数の請負人がジョイントベンチャー（JV）を構成し、JVにて注文者と建設請負契約を締結し、契約の履行にあたる場合が多い。このJVは、通説・判例では、「民法上の組合」とされており、「第53 組合」において議論されている事項は、JV運営の実務に密接に関連する事項である。従って、検討にあたっては、建設請負におけるJV運営への影響を十分に検討する必要がある。本項の「組合員の一人の出資義務が履行されない場合」について、現実に、JVを構成する一つの請負人が出資義務を履行しない場合、それでもJVは工事遂行を継続しなければならないが、そのためには、その他のJVを構成する各請負人が、出資義務を履行しない請負人の未出資分を立替える必要に迫られるおそれがある。しかし各請負人が当該未出資分を立替える資力に乏しい場合には、工事遂行自体危うくなる場合もあろう。その場合でも各々

のJVを構成する各請負人には同時履行の抗弁権が認められないとすると、契約上の義務として出資の立替えの履行を強制されることとなりかねないが、それは各請負人に酷であり、必ずしも妥当とは言い切れない。従って、同時履行の抗弁権を適用できないと規定するにしても、その場合には、上記のような各請負人における酷な結果となることを回避されるよう、例えば「不安の抗弁権」などを考慮した規定とすることを検討しなければならない（日建連）。

- 組合契約の性格に即した規定を整備することにつき、賛成する。具体的には、組合員の一人が出資義務の履行をしない場合であっても、他の組合員は原則として組合契約の解除をすることができないこと等を条文上明記することにつき、賛成する（広大有志，札幌弁，横浜弁）。
- 出資の不履行に関しては、危険負担，契約解除の規定を適用せず，脱退によって処理する旨明文化すべきである（福岡弁）。
- 組合契約締結の意思表示をした者が出資の履行をしない場合，その者は組合員の地位を有するのか，具体的には業務執行権を有するのか，組合債務について個人責任を負うのか，といった点について検討されたい。出資の履行をしない場合としては，払い込みを遅滞している場合のほか，労務出資のように履行期が未到来である場合や，同時履行の抗弁権を行使している場合がありうる。なお，組合契約の成立と，組合員となることは区別することが可能と思われるので，「組合員となる時点」について規定を置くこともご検討願いたい（長島・大野・常松有志）。
- 検討することに異論なし（最高裁）
- 基本的に異論はない。なお，例外規定（①同時履行の抗弁権の肯定，②組合契約解除の肯定等）のあり方についても慎重に検討すべきである。同時履行の抗弁権については，二人だけから成立している組合においては，請求者が業務執行者である場合にも，同時履行の抗弁権を認めるべきと考える。なぜなら，二人だけの組合では，団体制が希薄で組合全体の利益と各当事者の利益を明瞭に区別できず，公平の原則が妥当すると解されるからである（我妻・債権各論・中二760頁）。解除については，当事者の特別の合意がある場合（大審院明治44年12月26日判決・大審院民事判決録17輯916頁，大審院判決昭和14年6月20日大審院民事判例集18巻666頁）は，解除不可を維持する必要はないことから，例外として組合契約の解除を許容すべきである。

また，③本論点には危険負担に関する指摘がないが，（危険負担制度が存続することを前提に）通説的見解に沿った規定を整備すべきである（二弁）。

○ 組合契約の性格に即した規定を整備することに賛成する。その整備にあたり、同時履行の抗弁権や解除権を制限する規定を明文化することについては賛成である。ただし、組合員が二人だけの場合の同時履行の抗弁権や当事者に特別の合意がある場合の解除権等についての例外規定を設けることも含めて検討すべきとの意見があった（日弁連）。

○ 異論なし（東弁）。

○ 組合の団体的性格から契約総則の規定の適用を排除することについては通説的な見解の明文化であり、明確化に資するといえる。したがって、組合契約について契約総則の規定を適用せず、組合契約の性格に即した規定を整備することについて賛成。

また、他の組合員が原則として出資不履行を理由に組合契約を解除することができないこと等（その他、①出資債務の履行をしない組合員がいる場合でも、他の組合員は原則として同時履行の抗弁権を行使しえないこと、②ただし、業務執行者が定められていない場合において出資債務の履行を請求する組合員が自己の出資債務を履行していないときは、同時履行の抗弁権を行使できること、③出資債務の履行をしないことによって組合に損害が生じた場合に組合に対して損害賠償をしなければならないことが挙げられている。）を明文化することには基本的に賛成である。しかし、当事者が特別の意思表示をした場合に契約総則の規定が適用される余地を認めるべきかどうかについて、更に検討すべきである。（大阪弁）。

○ 論点整理にないが部会資料3頁について。通常、組合と称して想像するものは民法でなく他の法律に基づく組合であり、民法の組合をわざわざ任意組合と断ることまでされているので、いっそのこと民法の組合は「任意組合」に直すことを提唱する（翻訳・出版関係）。

○ 組合契約については、契約総則に関する規定をそのまま適用することは明らかに不相当であるため、契約総則に関する規定の適用関係を明確にすることは、分かりやすい民法の実現に資するものと考えられる。

具体的には、検討委員会試案の提案に基づき、①出資債務の履行をしない組合員がいる場合であっても、他の組合員の出資債務には影響が及ばず、他の組合員は原則として同時履行の抗弁権を行使することができないこと、②ただし、業務執行者が定められていない場合において、出資債務の履行を請求する組合員が自己の出資債務を履行していないときは、同時履行の抗弁権を行使することができること、③他の組合員は組合契約の解除をすることができないこと（除名・解散等の手続によって処理をすること）、④出資債務の履行をしないことによって組合に損害が生じた場合には、出資をしなかった組合員は組合に対して損害賠償をしなければならないことにつき明文の規定を置く

ことになる（ただし、④については、債務不履行の一般原則そのものであり、わざわざ明文の規定を置く必要があるか否かについては疑問の余地がある）。

なお、検討委員会試案では、金銭出資の不履行について定めた現行民法第669条は、上記④の規律に吸収されるため削除すべきであると提案されているが、同条は金銭出資の利息について、組合に具体的損害が発生したか否かを問わず支払義務を認めている点において、上記④の規律とは独自の存在意義があり、同条を廃止することについては慎重に検討すべきである（債権総論において、金銭債権に関する特別規定（現行民法第419条など）を全て廃止するというのであればこれに従う必要があるが、そうでない場合には、基本的に現行民法第669条の規定はなお維持すべきである）（弁護士）。

- 組合の趣旨・目的に照らした場合に、構成員が出資義務を履行しないことによって、組合の目的を達成することができなくなる場合も存在することに配慮すべきであり、組合契約の解除を認めないとするkちえいを明文化するという方法は採るべきではない（森・濱田松本有志）。

## (2) 組合契約の無効又は取消し

組合契約について意思表示に関する民法総則の規定をそのまま適用することは、組合契約の団体的性格に照らして適切でない場合があることから、組合契約の性格に即した特別の規定を整備する方向で、更に検討してはどうか。その具体的な規定内容については、組合契約を締結する意思表示に錯誤等があった場合において、①組合が第三者との取引を開始する前は、意思表示に関する規定がそのまま組合契約にも適用されるが、②第三者との取引が開始された後は、錯誤等があった組合員の他に二人以上の組合員がいるときは、原則として組合契約の効力は妨げられないこと等を条文上明記するとの考え方が提示されているのに対して、組合が第三者と取引をする前後で規定内容を区分することの妥当性を疑問視する意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

### 【意見】

- 組合に関する規定中、民法総則の規定の特則となる規定は置かれていない。そのため、組合契約締結の際、当事者のうち1人でも能力の制限、意思の不存在、瑕疵ある意思表示があれば、組合契約は無効または取り消しうるものとなる。しかし、組合が活動を開始し、第三者との取引関係が開始した後にまで上記結論を認めることは、第三者の利益を害する恐れが高く、妥当でない。学説上も、第三者との取引関係が生じる前後で場合分けをし、取引関係が生じた後は無効・取り消

しを認めないとする見解が通説となっている。よって、上記不都合を生じさせない趣旨であることを明確にするため、上記通説を明文化することが望ましい（愛知県弁）。

- 組合の団体的性格に即した規定を条文上明記することは有用（親和会）。
- 通説的な理解に従ってルールを明確に法定すべきであり、従来の通説的な理解に従い、同時履行の抗弁権や解除権に関する規定を明文化することに賛成（広島弁）。
- 組合の特質を根拠に通説の見解とされてきたものの明文化であって、規範の明確化に資する。なお、残りの組合員の意思を尊重し第三者との取引前も組合契約を有効にすべきとの批判については、錯誤等があった組合員が組合契約に参加しない場合には組合契約を無効としたい場合も考えられること、すなわち、「残りの組合員の意思」にも様々なものがあると考えられるので、この批判はあたらない。第三者保護という要素が生じるまでは、意思表示の一般原則に従い処理すべきである。また、第三者と取引をする前か後かについて紛争を生ずるおそれがあるという批判については、本規範は、取引という外形的な動きを伴う行為の時点を基準とするものであるから、有力な批判にはならない。そのため、組合契約を締結する意思表示に錯誤等があった場合において、(a) 組合が第三者との取引を開始する前は、意思表示に関する規定がそのまま組合契約にも適用されるが、(b) 第三者との取引が開始された後は、錯誤等があった組合員の他に二人以上の組合員がいるときは、原則として組合契約の効力は妨げられない旨の条項を定めるべきである（堂島有志）。
- 規律の明確化からは規定の整備が望ましい。取引開始前に錯誤等の主張を否定されるいわれはない。したがって組合契約の性格に即した規定を整備することにつき、賛成する。具体的には、組合契約を締結する意思表示に錯誤等があった場合において、①組合が第三者取引を開始する前は意思表示に関する規定がそのまま適用されるが、②第三者との取引が開始された後は、錯誤等があった組合員は他に2人以上の組合員がいるときは、原則として組合契約の効力は妨げられないこと等を条文上明記することにつき、賛成する（札幌弁）。
- 組合の団体性及び一部の者の意思表示に瑕疵があったとしても団体としての組合の存続を望むであろう他の組合員の通常的意思並びに取引安全の見地からして、他に2人以上の組合員がいるときは団体としての組合は存続するとすることが相当である。その結果、組合結成の目的が達成できない事態となる例外的な場合は、個別に解散の手続によって清算すれば足りる。

組合契約を締結する意思表示に錯誤等があった場合において、組合

が第三者と取引をする前後に分けて規定する方法については慎重な議論がなされるべきであり、むしろ、その前後を問わず、他に2人以上の組合員がいるときは一律に、組合契約の効力は妨げられないとすべきと考える（横浜弁）。

- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 意思表示に関する規定を組合契約の性格に即した形に整備する方向で更に検討することには特に異論ない。

具体的な規定内容について、①組合内部の問題と外部の問題は区別可能であるし、むしろ区別すべきであるから、そのような観点で、まず第三者との取引が開始された前後で分けすることは賛成である。

②「第三者との取引が開始された後は、錯誤等があった組合員の他に二人以上の組合員がいるときは、原則として組合契約の効力は妨げられないとの考え方」については、原則例外を決められるか疑問があるが、原則として組合契約の効力が存続することには異論はない。この点、無効等の原因がある意思表示により組合契約を締結した組合員が当該組合の存続にとって不可欠な存在である場合も観念できるところであるが、かかる場合には、当該組合員は脱退したものとみなし、組合契約自体の効力はひとまず存続するものとし、結果として組合契約の目的を達せられないときは解散等の手続を行うこととなるといった構成も考えられよう。

本論点では指摘されていないが、団体関係の存在の外観を信頼して取引関係に入った第三者の保護を図るため、第三者保護規定及びその場合の法律関係についても整備すべきである（二弁）。

- 組合契約の団体的性格に即して意思表示の規定を整備することは、通説的な見解を明文化するもので、明確化の点からも肯定できる。

第三者との取引の前後で規定内容を区分することについては、第三者との取引開始前後で第三者保護の必要性の有無に違いがあることに注目すれば、第三者との取引の前後で規定内容を区分することも理解できるが、他方で、第三者との取引開始前であっても、団体としての継続性を維持すべきケースや他の組合員が組合の維持を望むケースもあり、かかる場合には団体としての継続性や他の組合員の意思を尊重して組合契約の効力を認めるのが妥当であり、その場合には意思表示に錯誤等があった組合員については別途脱退を認めれば不都合はないので、必ずしも第三者との取引の前後で規定内容を区分しなければならないとも思われない。それ故、第三者との取引の前後で規定内容を区分することについては、なお、慎重に検討すべきである（日弁連）。
- 組合員の意思表示に錯誤等があった場合に、組合契約の全部が無効となる結論は妥当でない場合があることから、組合契約の性格に即した特別の規定を整備する方向は、妥当である。ただし、後述のとおり、

組合員が一人でもいれば組合は存続するとすべきである。

なお、組合が第三者と取引をする前後で規定内容を区分することについて、確かに、第三者と取引をする前か後かで紛争が生ずるおそれは考えられるが、第三者の保護の必要性がなければ意思表示に関する総則の規定はそのまま適用されるべきであり、結論的な妥当性からすれば上記意見のとおり規定することについては賛成である（東弁）。

- 意思表示に関する民法総則の規定の適用排除の根拠としては、第三者保護（取引の安全）のみならず、団体としての継続性という観点もあると思われる。団体としての継続性という観点を重視して組合契約の維持を認め、意思表示に無効・取消しの原因があった一部の組合員については別途脱退等を認めることや、一部無効・一部取消しを認めることにより保護するという考え方もありうる。また、検討事項では、「事業の開始」と「第三者との取引関係の発生」を並列しているが、そのいずれもが時期として必ずしも明確とはいえないだけでなく、双方の時期が同時に到来するとは限らないようにも思われ、その解釈を巡って争いが生じるおそれがある。

そのため、意思表示に関する民法総則の規定について、組合契約の性格に即した特別の規定を整備することについては賛成である。第三者との取引関係の発生を基準にその前後で分けて規定することについては慎重な検討を要する。意思表示に関する民法総則の規定の適用を排除することについては通説的な見解の明文化であり、明確化に資するといえる（大阪弁）。

- 組合契約に関する意思表示に錯誤等があった場合の処理については、組合の団体的性格に照らし特別の考慮を必要とするので、この点につき明文の規定を置くことは「分かりやすい民法」の実現に資すると考えられる。

具体的には、①組合が第三者と取引を開始する前には意思表示に関する総則の規定はそのまま適用されること、②組合が第三者と取引を開始した後は、一部の組合員の意思表示に無効、取消しの原因があったとしても、他に二人以上の組合員がいるときは、原則として組合契約の効力は妨げられない（その意思表示に無効等の原因があった組合員は離脱するが、組合は存続する）こと、無効等の原因がある意思表示により組合契約を締結した者と、組合の取引相手である第三者との関係には、意思表示の一般原則が適用されるが、善意の第三者の保護規定等により表意者が損害を被ったときは、組合に対する求償権を持ち、組合財産及び他の組合員に対して権利を行使することができること、③例外的に組合契約全体が無効となり、又は取り消された場合には、その無効又は取消しは将来に向かってのみ効力を有することを明文化するという結論になろうが、③については特段の問題点は見当た

らないものの、①と②については、組合が第三者と取引をする前後という、表意者には知り得ない偶然の事情により規定内容を区分することの合理性には疑問の余地がある。

また、組合契約自体が無効または取消しとなった場合、仮にその原因が公序良俗違反である場合でも、組合の団体的性格に照らし清算手続きを行う必要があることから、清算人の選任その他組合契約の清算に関する規定は、組合契約が無効または取消しとなった場合にも準用される旨の規定を設ける必要があるのではないか（検討委員会試案では、組合契約が公序良俗違反とされた場合には組合契約の遡及的無効を認めているが、この点は法律関係が複雑かつ不明確となり妥当でないと思われる）（弁護士）。

- 「第三者と取引をする前か後か」という基準で混乱が生じないか、より具体的な検討を要する（広大有志）。
- 組合契約に関する意思表示の瑕疵の主張については遡及効を認めず、脱退によって処理する旨明文化すべきである。（組合が第三者との取引を開始する前後とで取扱いを変えない。）（福岡弁）。
- 組合が第三者と取引を開始した前後で、一律に意思表示に錯誤等の規定を適用するか否かを決するとの考え方には賛成しかねる。むしろ、組合契約は多数当事者間の契約であるところ、一部の者につき錯誤等があったとき組合契約の全部が無効となるのか、当該錯誤等のある意思表示をした者に関する部分のみ無効となるのかを検討すべきであるが、当該組合員の役割、当該組合の性質により無効の範囲は異なるべきではないかと思われる。そして、組合との取引相手方の保護については、別途定めるべきであり、相手方の主観要件、当該意思表示に瑕疵のある組合員の共同事業への関与度合い、対抗要件具備の有無などにより、保護の範囲、程度を変えることも考えられる。また、組合員を勧誘したか否か、業務執行組合員か否か、意思表示の瑕疵に帰責事由があるか否かなどにより、各組合員の責任に程度の差をつけることも考えられる（長島・大野・常松有志）。

## 2 組合の財産関係

組合財産は、総組合員の共有に属すると規定されている（民法第668条）が、各組合員は持分の処分が制限され（同法第676条第1項）、組合財産の分割を請求することもできない（同条第2項）など、同法第2編（物権）の「共有」と異なり、組合員個人の財産から独立した性質を有するとされている。このような組合財産の特殊な規律を明確にする観点から、現在の通説的な理解に基づき、組合の債権及び債務について規定を明確にする方向で、更に検討してはどうか。

具体的には、①組合財産の独立性に関して、各組合員の債権者は組合財

産に対して権利行使をすることができないという解釈を明文化すること、②組合の債権に関して、総組合員が共同しなければ請求することができないという解釈を明文化すること、③組合の債務に関して、組合員個人の債務とは区別して組合財産固有の債務を認める規定を設けることなどの当否について、更に検討してはどうか。

また、組合員の全員が事業者であって、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）を目的として組合の事業が行われる場合には、組合員は組合の債権者に対して連帯債務を負う旨の規定を設けるという考え方（後記第62、3(3)⑤）について、更に検討してはどうか。

このほか、組合の債務者による相殺の禁止を定める同法第677条に関して、信託法第22条を参考とする例外規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

#### 【意見】

- 組合の財産関係に関する規制を明確にするため、現在の通説的な理解に基づき、組合の債権及び債務について規定を明確にすることについて、賛成する。

民法に事業者や経済事業の概念を取り入れるか否かについては、慎重な検討を要することから、組合員の全員が事業者であって、経済事業を目的として組合の事業が行われる場合には、組合員は組合の債権者に対して連帯債務を負う旨の規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。

組合の債務者による相殺の禁止を定める民法第677条に関して、信託法第22条を参考とする例外規定を設けることについては、慎重に検討すべきである（愛知県弁）。

- 民法第688条の「共有」の意義など、組合財産の特殊な規律を条文上明記することは有用。民法組合が利用される場合には、特定の組合員の信用を重視して共同事業をおこなっていることが多く、税務上のパススルー課税の取扱いも利点とされているところ、組合財産と組合員個人財産とに対する権利行使の序列を付すことはこれらの実際の運営に支障を生じるため、現行の解釈を変更すべきではない（親和会）。

- 組合の特質を根拠に通説的見解とされてきたものの明文化であって、規範の明確化に資することから、各組合員の債権者は組合財産に対して権利行使をすることができないこと、組合の債権は、総組合員が共同しなければ請求することができないことを明文化すべきである。

現民法675条について、損失分担割合は通常外部から知り得ないことを考慮し、均等割を原則にした合理的なものへと修正すべき。そのため、組合債権者が組合員に対し行使しうる債権の範囲については、均等

割合の権利行使を原則とし、例外的に損失分担割合を知っていた場合に同割合に従ってのみ権利行使ができる旨の条項を定めるべきである。

最判H10.4.14の結論を明確化する規定については、一義的に要件を明文化できるほどの判例・学説の蓄積もないことから、明文化は見送るべきである。

小規模組合では組合員の資力が組合の信用の基礎となっているし、組合債権者にとって組合財産と組合員の財産の区別が困難であるケースがあることから、組合の債権者は、まず組合財産に対して権利を行使しなければならず、組合財産によって満足を得られなかった場合に初めて組合員個人の財産に対して権利を行使することができるものとする規定は置くべきではない（補充制の規範は採用しない）。

民法677条の例外規定については、組合財産の安定を害するおそれがあるので設けるべきではない（堂島有志）。

- 現在の通説的理解に関する限りで、明文規定を設けるべきである（広大有志）。
- 組合財産の独立性を明確にする観点から現在の通説的観点に基づき、組合の債権及び債務について規定を明確化することにつき、賛成する。具体的には、①各組合員の債権者は組合財産に対して権利行使できないことを明文化することにつき、賛成する。②組合の権利に関して、総組合員が共同しなければ請求することができないという解釈を明文化することにつき、賛成する。③組合の債務に関して、組合員個人の債務とは区別して組合財産固有の債務を認め規定を設けることにつき、賛成する。議論の一致をみている限度での明文化は望ましいが、相殺の例外規定については、組合の実態は多様であり得るから明文化には熟していないと思われる。組合の債務者による相殺の禁止を定める677条に関して例外規定を設ける（信託法第22条）ことにつき、反対する（札幌弁）。
- 現在の通説的な理解に基づき、組合の債権及び債務について規定を明確にする方向で、①ないし③のいずれも条文上明記すべきである。

組合員の全員が事業者であって、経済事業を目的として組合の事業が行われる場合には、組合員は組合の債権者に対して連帯債務を負う旨の規定を設けるという考え方については、要件が一義的ではなく、どのような場合に当然に連帯債務を負担することとなるかについて明確ではない。場合によっては、不当に広範囲にわたって連帯責任を生じさせてしまうおそれがあるため、慎重な検討を要する。

組合の債務者による相殺の禁止を定める677条に関して、信託法第22条を参考とする例外規定を設けるかどうかについては、自らの有する債権の帰属主体について誤信する場合は、組合関係の場面以外にも起こりうる事柄である。にもかかわらず、実社会における重要性がさほど高くない組合において、あえてこれに対処する重装備の条項を設けるこ

とは、民法全体として考えた場合にややバランスを失するようと思われる。組合の債務者において誤信が生じた場合には、権利外観法理の適用によって個別的に救済することで十分に足りるものと思われる（横浜弁）。

- 銀行実務上、組合ないし組合員個人に対する債権者の立場からは、組合財産と組合員個人の財産は必ずしも明確に区別できるものではなく、また組合財産の公示は不十分であること、現行法の下では、組合の債権者は、組合財産および組合員個人の財産のいずれに対しても請求することができる」と解釈されていることを考慮すべきという指摘がある。

また、民法第677条は「組合の債務者は、その債務と組合員に対する債権とを相殺することができない。」と規定しているところ、信託法第22条が信託財産に属する債権と受託者の固有財産等に係る債権との相殺について、原則として禁止したうえで例外的に認める場合を規定しており、組合財産との相殺に関しても、同条を参考として例外を検討してはどうかという指摘がある。

以上に留意して、組合の債権者は組合財産に対して権利をまず行使しなければならないという部会資料（18-2 [13頁]）に示された考え方には反対であり、債権者の立場に配慮した検討を望む。また、組合財産との相殺の可否に関し、信託法第22条を参考として、民法第677条の例外を設けることの検討を望む（全銀協）。

- 組合の財産関係に関する規律を明確化することには基本的に異論はない。もっとも、①「組合財産の独立性に関して、各組合員の債権者は組合財産に対して権利行使をすることができないという解釈を明文化」する場合にあっては、安易な強制執行不能財産の形成を認めない観点及び第三者保護の観点（③の組合債務の扱いが導入される場合には特に）から十分な公示がなされた組合財産に限るべきである。また、③「組合の債務に関して、組合員個人の債務とは区別して組合財産固有の債務を認める規定を設けること」については、組合財産にかかっている組合財産固有の債務を認める趣旨に限るべきであり、「組合の債権者は、まず組合財産に対して権利を行使しなければならず、組合財産によって満足を得られなかった場合に初めて組合員個人の財産に対して権利行使できるものとすべきとの考え」までは採用すべきではない。

事業者概念を導入することに反対するので、連帯責任については検討する必要はない。

相殺禁止の例外については、組合又は組合員と取引をする相手方にとっては、当該取引に係る債権債務が組合に対するものなのか、組合員に対するものなのか明確に区別していないこともあり得ることから、相殺の合理的期待があるものと誤信した相手方を保護するために、相殺禁止の例外を設けること自体には特に異論はない。もっとも、例外を広く認

めることは組合又は組合員の利益を害することになるから、極めて例外的な場合に限定すべきである。(二弁)。

- 組合の債権・債務について規定を明確にすることに賛成である。その際に具体例として示されている①から③の規定を設けることに賛成である。

商法511条1項が連帯債務とする範囲自体が広すぎるとの批判があるうえ、組合には様々な類型が考えられ、一律に規律できるか疑問があるうえ、そもそも事業者という概念を民法に規定することに疑問がある。そのため、組合員の全員が事業者であって、経済事業を目的として組合の事業が行われる場合には、組合員は組合の債権者に対して連帯責任を負う旨の規定を設けることには反対である。

組合員が取引を行うにたり、組合としての取引と組合員としての取引を明確に区別していない場合や組合財産と組合員個人の財産の区別が必ずしも明確でない場合などにおいては、相殺禁止の例外規定を設けることにより、上記のとおり不明確な区別について善意無過失で取引を行った第三者の相殺への期待を保護することが可能になることから、相殺禁止の例外規定を設けることに一定の意義は認められる。しかしながら、他方で信託法において相殺禁止の例外規定を設けて受益者の保護を図っているのは、受託者が善管注意義務(信託法29条2項)、忠実義務(同30条)や信託財産の分別管理義務(同34条)などの厳格な義務を負っていることを前提とするものであると解されるが、組合における組合員は、組合ないし組合財産に対して信託における受託者と同様の厳格な義務を負っているわけではない。この点で、信託の場合とは利益状況が異なるものであり、かかる場合にまで相殺禁止の例外規定を設けると組合財産に不測の損害をもたらすおそれがあることは否定できない。それ故、相殺禁止の例外規定を設けるについては、慎重に検討する必要がある(日弁連)。

- 組合財産の特殊な規律については、明確性の観点から、可能な限り明文化すべきであって、各組合員の債権者は、組合財産に対して権利を行使することができない旨の規定を明文化することは妥当である。

民法に「経済事業」概念を設けることは、これが国民には馴染みがなく、かつ内容が不明確であり、「国民に分かりにくい」と言うべきである。従って、これを前提とする規定を設けることにも強く反対する(第62, 3(3)⑤)。

組合の債務者による相殺の禁止を定める同法第677条に関して、信託法第22条を参考とする例外規定を設けるかどうかについては、善意無過失の者を保護する意図であると思われるものの、逆に組合財産が害されないかなどにつき検討を要する(東弁)。

- 組合の債権及び債務について規定を明確化することは賛成である。

組合財産の独立性に関して、各組合員の債権者は組合財産に対して権利行使をすることができないという解釈を明文化することは賛成である。

組合の債権に関して、総組合員が共同しなければ請求することができないという解釈を明文化することは賛成である。

組合の債務に関して、組合員個人の債務とは区別して組合財産固有の債務を認める規定を設けることは賛成である。

組合員の全員が事業者であって、経済事業を目的として組合の事業が行われる場合には、組合員は組合の債権者に対して連帯債務を負う旨の規定を設けることについては慎重な検討を要する。理由は、商法511条1項を民法にとり込む趣旨の提案であるが、商法511条1項の規定自体について、連帯債務とする範囲が広すぎるとの批判があること。商法の規定のとり込みについては、他の規定の扱いとのバランスをとる必要があること。最高裁判所判決平成10年4月14日（民集52巻3号813頁）は、会社の結成した共同企業体を民法上の組合と判示した上で、共同企業体の各構成員に商法511条1項に基づく連帯債務を認めているが、本提案は構成員が会社であることを前提とする当該判例よりも射程を広げるものであり、必ずしも根拠とはならないこと、が挙げられる。

(1) 信託法22条1項本文では、受託者が固有財産等（固有財産又は他の信託の信託財産）に属する財産のみをもって履行する責任を負う債務（固有財産等責任負担債務）に係る債権を有する者は、当該債権をもって信託財産に属する債権に係る債務と相殺をすることができないと定め、第三者が固有財産等に対して債権（自働債権）を有し、信託財産に対して債務（受働債権）を負担している場合に、第三者からの相殺を原則として禁止している。この第1の例外として、信託法22条1項ただし書では、①第三者が信託財産に対して債務を負担していることにつき善意無過失であったとき(1号)、②第三者が固有財産等に対して債権を有していることにつき善意無過失であったとき(2号)に、それぞれ第三者からの相殺を認めている。また、第2の例外として、信託法22条2項では、同法31条2項各号に掲げる要件を満たし、かつ受託者が承認した場合には、第三者からの相殺を認めている。(2) 信託法22条3項本文では、信託財産責任負担債務（信託財産に属する財産のみをもってその履行の責任を負うものに限る。）に係る債権を有する者は、当該債権をもって固有財産に属する債権に係る債務と相殺をすることができないと定め、第三者が信託財産に対して債権（自働債権）を有し、固有財産に対して債務（受働債権）を負担している場合に、第三者からの相殺を原則として禁止している。この例外として、信託法22条3項ただし書では、第三者が固有財産に対して債務を負担していることにつき善意無過失であったときに、第三者からの相殺を認めている。(3) 上記

(1) (2)の信託法の規定を参考として組合契約に相殺禁止の例外を設けるとすれば、信託財産が組合、受託者が組合員に置き換えられることになると考えられる。この場合、組合又は組合員と取引をした第三者にとっては、自己が債権を有し又は債務を負担した相手方が組合か組合員かについて誤信した場合に、善意無過失を要件として、相殺への期待が保護される可能性があり、第三者保護の見地からは検討の余地があるといえる。しかしながら、信託法においては、受託者は善管注意義務(信託法 29 条 2 項)、忠実義務(信託法 30 条)を負うほか、信託財産を固有財産等と分別して管理する義務(分別管理義務、信託法 34 条)をも負っており、かかる厳格な義務を負った受託者が取引を行い、かつ、受益者の利益になるか否かを判断することを前提として、上記のような相殺禁止の例外が認められている。これに対し、組合員は、必ずしも組合及び組合財産に対して信託契約における受託者と同程度の厳格な義務を負っているとはいえないことから、信託法における規定と同程度の例外を設けることにより、組合財産に不測の損害をもたらすおそれがあることは否定できない。したがって、組合の債務者による相殺の禁止を定める民法第 677 条に関して、信託法第 22 条を参考とする例外規定を設けることについては、慎重な検討を要する(大阪弁)。

- 組合員の責任に関する事業者の特則については、商法の規定に委ねることで足りるのではないか(大学教員)。
- 組合の財産関係に関する規律のうち、明文の規定はないが特に異論のないものについては、これを明文化することが「分かりやすい民法」の実現に資すると考えられる。

具体的には、①各組合員の債権者は、組合財産に対して権利を行使することができないこと、②組合財産である債権は、業務執行者が定められている場合を除き、総組合員が共同しなければ請求することができないことについては、学説上も異論が見られないとのことであるため、これを明文化することに賛成する。

また、③組合の債権者は、その債権の発生の際に組合員の損失分担の割合を知らなかったときは、各組合員に対して等しい割合でその権利を行使することができることとされている現行民法第 675 条の規律を改め、原則が均等割合であるとした上で、これと異なる分担割合の定めがある場合には、各組合員において、これを債権者が知っていたことを証明することとすべきであるとの考え方については、組合債権者保護の観点から合理的な提案と思われるので、賛成する。

一方、④各組合員個人の債務とは区別して、組合財産固有の債務を認める旨を条文上明記することについては、そのような規定を設けることにどのような具体的意味があるのか明らかでないため、意見を留保する(そのような解釈の相違が実務上何らの意味もなさず、専ら学説上の争

いとどまるのであれば、そのような事項につき敢えて明文の規定を設ける必要性は認められない。

また、商法第511条第1項が「数人の者がその一人又は全員のために商行為となる行為によって債務を負担したときは、その債務は、各自が連帯して負担する」と規定していることに関し、この規定は連帯債務とする範囲が広すぎるのではないかという批判があるものの、組合員の全員が事業者であって、それらの共同事業として組合の事業が行われる場合に限定すれば、各組合員が連帯債務を負担する合理性があるとして、その旨を民法に規定すべきであるとの考え方については、基本的に賛成するが、その前提となる「事業者」概念自体に問題点が指摘されていることも考慮し、慎重に検討すべきである（弁護士）。

- 事業者概念のうち、「経済事業」の概念を民法に設け、組合契約における組合員が連帯債務を負うことを定める規定を民法に置くとしても、同規定の適用があるのは、会社(会社法2条1号)のように、積極的に経済的利益を上げることがを目的とする経済事業(営利的経済事業)を行う事業者だけが組合の組合員となり、かつ、営利的経済事業を目的として組合の事業が行われる場合に限定するべきと考える（弁護士）。
- 現行法の定義規定（民法667条）は、組合という組合員から独立した団体を結成するという性格を正確に表現していないように思われる。したがって、この点を明記するような定義規定に改めるべきである。

組合Xの債務であるが、組合Xが組合員ABCから独立した存在である以上、組合Xがその固有の資産で弁済する義務を負うことは当然のことである。また、組合の債務に関して各組合員は分割債務を負うが、その負担割合は均等割合であると推定する旨の規定を置くべきである。また、組合Xと取引をした債権者は、第一次的に組合Xに対して請求し、組合Xが無資力であることを証明しなければ、組合員ABCに対して請求できないこととすべきではない。現行法において、組合の資産を確保する制度（例 公正妥当な会計原則に基づく経理処理の強制、配当規制）がなされていないのであるから、組合の債権者に対して、このような権利行使に関する制約を課することは相当ではないからである。組合財産（資産、負債）が組合員から独立した存在であり、組合員の債権者は組合固有の資産に対して強制執行ができない旨を明文化すべきである。

組合の債務について、組合は組合固有の資産によって弁済する義務を負い、組合員も弁済責任を負うが、その負担割合は均等であると推定する旨明文化すべきである。組合の債権者は、まず組合財産に対して権利行使し、組合財産から満足を得られなかった場合に初めて組合員個人に対して権利行使できるものとすべきではない。

組合員が事業者の場合（例 医療機関）、各組合員が組合の債務につ

いて連帯して支払う意思が定型的に存在するとまではいえないであろうから組合員全員が事業者の場合には組合員全員の連帯債務となる旨の規定を設けるべきではない（福岡弁）。

- 「論点整理」では、組合員の全員が事業者であって、経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）を目的として組合の事業が行われる場合、組合員は組合の債権者に対して連帯債務を負う旨の規定を設けるという考え方が提案されている。しかしこの考え方によれば、実態としては他人が行う事業に単に出資するという形態の組合契約を締結した事業者についても、当該組合が「経済事業」を目的とする限り連帯債務を負うことになるが、これは組合を利用する場合において当事者が現状想定しているリスク配分と異なることになる。斯様な改正の必要性については慎重にご検討いただきたい（長島・大野・常松有志）。
- 一般法たる民法の中に「事業者」との概念を入れるよりも、商法等の特別法に規定する方がふさわしい。また、提示されている考え方（特則）と商法第511条第1項との適用関係（優先関係）が不明確である。そのため、「組合員全員が事業者である場合の特則」については、民法ではなく商法等の特別法に規定すべき。

各組合員個人の債務とは区別して、組合財産固有の債務を認める見解が支配的であるとの支配的な考え方となじみ、また、組合員の通常の意味に沿うことから、「組合財産の債務と組合個人に対する債務との関係」については、「まず組合財産に対して権利を行使しなければならず、組合財産によって満足を得られなかった場合に初めて組合員個人の財産に対して権利を行使することができるものとすべきであるとの考え方」に賛成。ただし、組合に対する債権者の権利行使を徒に困難することのないよう、「組合財産によって満足を得られなかった場合」が厳格に過ぎることのないよう留意すべき。

その他の提示されている考え方に異論はない（広島弁）。
- 検討することに異論はなかったが、組合員全員が事業者である場合の特則については、民法に規定する必要はないのではないかとの意見があった（最高裁）。

### 3 組合の業務執行及び組合代理

#### (1) 組合の業務執行

組合の業務執行の方法について定める民法第670条に関しては、主に組合の意思決定の方法を定めるにとどまり、その意思決定を実行する権限（業務執行権）の所在が分かりにくいなどの問題点が指摘されていることから、例えば、各組合員は原則として業務執行権を有する旨の規定を設けるなど、現在の通説的な理解に基づき条文を明確にする方向

で、更に検討してはどうか。

**【意見】**

- 組合の業務執行に関する規制を明確にするため、通説的理解に基づき明文規定を設けるべきである（愛知県弁，親和会，広島弁，札幌弁，横浜弁，日弁連，東弁）。
- 意思決定とその実行（業務執行），第三者と行った法律行為の効果帰属（組合代理）の形で規定を整理すべきである。また，各組合員が原則として業務執行権を有することを条文上明確化すべきである（堂島有志）。
- 組合の業務執行に関しては，組合がどのように組合としての意思決定を行うのかという問題と，決定された組合の意思をどのように実行するのかという問題がある。民法では，組合意思を実行する権限（業務執行権）が明確になっていないので，組合員が業務を執行する場合や，業務執行者が選任されて業務執行者のみが業務執行することについて，明文の規定を置いて整理してもよいと思われる（法友会）。
- 組合の業務執行について，通説的見解の内容を具体的に明文化すべきである。なお，組合は法人でない以上，組合代理という用語は齟齬あるいは混乱を招くのではないか（広大有志）。
- 組合契約により業務執行者を定めることとされている場合，契約の規定により選任された業務執行者が業務執行を行う。ただし，組合契約の規定及び業務執行者の過半数による決議があればその決議に従わなければならない旨の明文の規定を置くべきである。組合契約により業務執行者を定めることとされていない場合，各組合員が業務執行を行う。ただし，組合契約の規定及び組合員の過半数による決議があればその決議に従わなければならない旨の明文の規定を置くべきである（福岡弁）。
- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 特に異論なし（二弁）。
- 現行民法 670 条は，組合の意思決定に関する規律であると解され，業務執行権の所在は条文上必ずしも明確にはなされていない。そこで，業務執行に関する組合の意思決定は組合員の過半数の決議で行うことを前提に，当該意思決定に基づく業務執行権は各組合員が有することを定めることは，現在の通説的な理解に基づくものと考えられ，実務上も業務執行権の所在が明確化するといえる。そのため，組合の業務執行に関し，意思決定の方法に加え，業務執行権の所在についても明文化することは賛成である（大阪弁）。
- 組合に関する規定を整理し，内部関係と対外的な効力に分けて規定を整備していくことに賛成する（弁護士）。

- 特に異論なし（弁護士）。

## (2) 組合代理

組合が対外的に法律行為を行う方法（組合代理）について、民法は業務執行に関する規定（同法第670条）を置くのみで特段の規定を置いていないため、組合代理についても同条の規定に従うべきか等をめぐって判例・学説は分かれている。この点については、近時の一般的な学説に従い、組合の業務執行とは別に組合代理に関する規定を整備する方向で、更に検討してはどうか。その具体的な規定内容については、例えば、組合代理の要件を欠いて行われた取引の相手方が保護されるには善意無過失であることを要するとの考え方に対して、組合の業務執行者の権限を第三者が確認することが困難であるとの指摘があること等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

### 【意見】

- 判例は、民法670条を組合代理にも適用することによって組合代理に関する法的判断を行っているが、組合内部の意思決定に関する制度と対外的な法律行為の帰属に関する制度とは別次元であるから、区別されることが望ましい。従って、組合代理の規定を新設する必要性はあると考える。もっとも、実務上の混乱を避けるため、規定の新設に際しては、従来の判例の趣旨に違背しないよう配慮すべきである（愛知県弁）。
- 組合の対外的行為に関する規定を整備することは有用であり、特に第三者保護の主観的要件について議論すべき（親和会）。
- ルールを明確にすべきことから、組合代理に関する規定を整備することに賛成（広島弁、堂島有志）。
- 対外関係についても同様に明文化すべき。もっとも、法人格は容易に取得できることとなったため、敢えて組合の形式を採るならば、相手方はより注意して取引をすべきであるから、結果として代理の条文と変わらないのであれば準用で構わない（広大有志）。
- 組合が対外的に法律行為を行う方法（組合代理）について、民法第670条を適用する（判例）のではなく、組合代理に関する規定を整備することにつき、賛成する（札幌弁）。
- 組合契約により業務執行者を定めることとされている場合、契約の規定により選任された業務執行者が組合員を代理する。ただし、組合契約の規定及び業務執行者の過半数による決議があればその決議に従わなければならない。

組合契約により業務執行者を定めることとされていない場合、組合員の過半数により選任された組合員が組合員を代理する。ただし、組合契約及び組合員の過半数による決議があればその決議に従わなけれ

ばならない。

業務執行者が組合契約の規定又は業務執行者の過半数の決議に従わずにした代理行為について、組合員は、善意無過失の第三者に対抗することができない。(2)の代理権を有する組合員が組合契約の規定又は組合員の過半数の決議に従わずにした代理行為についても同様とする(福岡弁)。

- 組合代理について明確化することは賛成。部会資料 18-2 第 1, 4(2)の補足説明 2 では、「組合の常務」に関する行為か、「組合の常務」を超える行為であるかによって組合を代理する権限の成立要件を異にすることが提案されている。そのような提案に従って立法する場合、「組合の常務」とは何を意味するのかについて明確化するようご検討いただきたい(長島・大野・常松有志)。
- 組合の業務執行とは別に組合代理に関する規定を整備すべきである。第三者保護の点につき、第三者は善意で足りるとの意見もあるが、組合には法人格がなく法人と同程度の第三者保護を規定することは行き過ぎであること、民法上の通常の表見法理との均衡からして、善意無過失とすべきである(横浜弁)。
- 検討することに異論なし(最高裁)。
- 銀行は実務上、組合と取引を行う立場にあることから、組合代理に関する規定が整備されることは、相手方が本当に権限者であるか否かの確認に資すると考える。したがって、組合代理に関する規定を設ける方向性に賛成である(全銀協)。
- 特に異論なし(二弁)。
- 組合代理に関する規定を整備することに賛成である。組合代理の要件を欠いて行われた取引の相手方が保護される要件を、善意無過失とすることに賛成である(日弁連、東弁)。
- 組合が組合外の第三者と法律行為を行う方法及び効果の帰属について、現行民法は明確な規定をおいていない。現代社会において、組合は、映画の製作委員会、建設業における共同事業体(JV)等、さまざまな場面で用いられており、第三者との法律行為を行うことが不可欠となっている。ところが、組合において法人格は存在しない。そこで、各組合員が本人となり、相互に代理権を授与し合う際のルールを明文化するものとして、組合代理の規定を設ける必要がある。

組合代理の規定を整備する際には、組合員が、過半数決議に基づかずに代理して取引行為を行った場合、組合の内部的制限に違反して行った場合等に第三者保護規定が必要であると考えられる。そして、その第三者保護の要件については、代理権の制限等について善意無過失の第三者に対して対抗できないとすることは、判例の考え方と整合するものと考えられる(最判昭和 38 年 5 月 31 日)。しかし、他方で、

一般社団法人及び財団法人法 77 条 5 項において、代表理事の権限に対する制限は善意の第三者に対抗することができないと定められているところ、前記のとおり組合が多様な場面において利用されている現状では、取引の場面において法人と組合との間に差異を設ける理由に乏しいとも考えられ、法人と主観的要件を異にすることについてはなお検討を要すると考えられる。そこで、第三者保護の要件については無過失の要件を取引の相手方に求めるか否かについて慎重な検討が必要であると考え（大阪弁）。

- 組合代理について規定を設けることに賛成する。組合代理の要件を満たさない場合に組合と取引をした第三者が保護されるための要件に関して、組合には法人格がなく登記制度がないため業務執行者の権限を確認することが難しいこと。しかし、このことから第三者に無過失を求めるのは適当でないとは言えない。むしろ登記制度がないからこそ相手方は注意して取引すべきであり、一般的な表見代理と同様の保護要件でよいと考える（弁護士）。
- 組合には、大量の取引を行い、それゆえ第三者保護の必要性が高い性質のものだけではなく、多様な種類・態様のものを含むのであるから、第三者主観要件については一般的な表見代理と同様の制度で処理すべきである。なお、組合代理においては、代理権の登記制度がないため、第三者に無過失を求めるのは適当でないとの意見もあるが、代理権者の登記制度がないのは、組合代理も一般の代理も同じであり、そのこと自体では組合代理のみ第三者保護要件を緩和する理由にはならない（堂島有志）。
- このような規定を設けることには、強く反対する（組合代理については、現行法どおり明文の規定を置かないものとするか、仮に明文の規定を置くとしても、単に組合の業務執行に関する規定を準用する旨定めれば足りる）（弁護士）。

#### 4 組合員の変動

##### (1) 組合員の加入

組合成立後の新たな組合員の加入について、民法には規定が置かれていないが、判例・学説上、組合に新たな組合員が加入することも認められると解されている。そこで、組合員の加入に関する規定を整備し、加入の要件や加入した組合員の責任について条文上明らかとする方向で、更に検討してはどうか。

##### 【意見】

- 新規加入の要件、新規加入組合員の責任の範囲について明確にすることが望ましく、組合員の加入に関する規定を整備し、加入の要件や

加入した組合員の責任について条文上明らかにすることについて、賛成する（愛知県弁，親和会，広島弁，横浜弁，日弁連）。

- 組合員は，組合契約の定めるところによるとき，及び，組合員全員の同意があるときに，第三者を新たに組合に加入させることができること，組合の成立後に加入した組合員は，特段の事情がない限り，その加入前に生じた組合の債務については責任を負わないことを明文化すべきである（堂島有志）。
- 加入に関する規定を設けるべきである（広大有志，札幌弁）。
- 新たに加入した組合員の出資は，加入前に発生した組合債務の共同の担保となるが，加入した組合員の個人責任は，加入後に組合に発生したものに限る旨明文化すべきである（福岡弁）。
- 検討することに異論なし（最高裁）
- 特に異論なし（二弁，東弁）。
- 組合には，組合員が入れ替わることを予定しつつ継続的に事業を行うものも存在することから，組合員の加入について明文化することに賛成する。なお，金融取引等にも用いられている，民法上の組合の特例である投資事業有限責任組合や有限責任事業組合についても，民法上の組合について組合員の加入に関する改正を行う場合には，これと整合する改正を要するものと思われる（西村あさひ有志）。
- 組合員の加入に関する規定を整備し，加入の要件や加入した組合員の責任について条文上明らかとすることは賛成である（大阪弁）。
- 組合員の加入に関する規定を設けることに賛成する（弁護士）。
- 積極的反対はしないが，加入の要件等は当該組合契約の解釈に属する問題であり，組合員の加入についてわざわざ明文の規定を置く必要性は乏しいと思われる（弁護士）。

## (2) 組合員の脱退

組合員の脱退に関する規定（民法第678条から第681条まで）については基本的にはその内容を維持しつつ，やむを得ない事由があっても組合員が脱退することができない旨の組合契約の定めは無効であることや，脱退前の組合債務に関する脱退した組合員の責任に関して，判例・学説において示されてきた解釈を明文化する方向で，更に検討してはどうか。

また，組合員に死亡その他の脱退の事由が生じたとき（同法第679条）であっても，当然に持分の払戻しをするのではなく，その持分を他の組合員が買い取ることができる仕組みを設けるかどうかについて，当該規定の趣旨や代替的な手段の有無にも留意しつつ，検討してはどうか。

### 【意見】

- 組合員の脱退に関する現行規定を維持しつつ、やむを得ない事由があっても組合員が脱退することができない旨の組合契約の定めは無効であることや、脱退前の組合債務に関する脱退した組合員の責任に関して、判例・学説において示されてきた解釈を明文化することについて、賛成する。

組合の事業を継続する上で有効であることから、組合員に脱退の事由が生じたときであっても、当然に持分の払戻しをするのではなく、その持分を他の組合員が買い取ることができる仕組みを設けることについて、賛成する（愛知県弁，日弁連）。

- 組合員の脱退に関する規定を整備して、現在の判例・通説的見解に基づき条文を明確化することは有用である（親和会）。
- 組合員の加入に関する規定を整備し、加入の要件や加入した組合員の責任を明確化することに賛成である。ルールを明確に法定すべきである（広島弁）。
- 現行法の維持に加えて、①やむを得ない事由があっても組合員が脱退することができない旨の組合契約の定めは無効であること、②脱退した組合員が脱退前の組合債務につき責任を負うことを明文化すべきである。

組合員の死亡による脱退を任意規定とし、その旨明確にすべきである。

債権者が組合員の持分権を差し押さえ、組合員を脱退させることができる旨の規定を置くべきではない（堂島有志）。

- 「論点整理」では、もっぱら脱退組合員の脱退に伴う精算は脱退時の組合財産の状況による旨の現行規定を前提に、脱退組合員の組合に対する求償権（残存組合員の求償債務の合有的帰属）について議論されている。逆に脱退組合員の組合や残存組合員に対する責任は特段議論されていない。建設請負における複数の請負人によるジョイントベンチャー（JV）の運営にあたっては、工事途中において、例えば工事収支の悪化などを理由に、JVを構成するひとりの請負者がJVから脱退する場合が生じているところであり、現在、一般に用いられているJVの運営・責任等が定められ、JVを編成する各請負人間にて締結されているJV協定書においては、脱退後も脱退した請負人は赤字負担・瑕疵責任は引き続き負うが、その一方で、脱退した請負人はJV利益の配分には与れないことが規定されている。JV運営の実務に照らすと、債権法改正にあたっては、当該JVから脱退した請負人の脱退にあたっての権利のみを規定するだけでなく、当該脱退請負人の責任（損害賠償責任・欠損責任等）についても、規定されるべきである（日建連）。

- 組合員の脱退について、判例・通説の解釈を明文化すべき。脱退した組合員の持分を他の組合員が買い取れることも明文化すべきである（広大有志）。
- 規律の明確化、わかりやすい民法の実現に資する。ただし、脱退した組合員責任については、様々な利益状況が想定され、民法109条の類推等の解釈に委ねるべきと思われる。また、持分の買取りについての規定については、必要性を慎重に検討すべきと思われる。そのため、脱退した組合員の責任に関する明文規定を設けることや他の組合員の持分を買取りに関する規定を設けることにつき、反対する（札幌弁）。
- 組合は組合員の信頼関係に基づいて成り立っており、組合員は組合債務に関して個人責任を負担しているため、やむを得ない事由があればいつでも脱退できる制度が不可欠であり、これを制約する合意は無効と考えるべきである。強行法規については、可能な限り強行法規である旨明文化すべきであり、明文化すべき。脱退前に発生した組合債務については、脱退した組合員は脱後も個人責任を負担するが、脱後に発生した組合債務については、脱退した組合員は個人責任を負担しない旨明文化すべきである（福岡弁）。
- 「論点整理」においては明示されていないが、部会資料 18-2 第 1, 5(2)において、より具体的な解釈論について明文の規定を設けるべきであるとの考え方が紹介されている。そのうち、脱後の組合員が脱後に生じた組合債務について民法109条の類推適用に基づき責任を負う場合として、脱後も組合の名簿上の当該組合員の記載をそのままにしている場合が挙げられている。しかし、組合員名簿を見て取引に入るということは通常ではないように思われ、基準として実態に合致していないと考える。さらに、脱後の組合員は必ずしも組合名簿の変更を請求できる立場にあるとは限らない以上、組合名簿から削除されていないというだけの理由で脱後の組合債務につき責任を負うというのは不当ではないか。最判昭和62年4月16日判時1248号127頁が、辞任登記未了の辞任取締役が、当該株式会社の代表者に対し、辞任登記を申請しないで不実の登記を残存させることにつき「明示的に承諾」を与えていたなどの特段の事情が存する場合に限り商法266条の3（現会社法429条1項）の責任を負うとしている背景には、辞任取締役には辞任登記の申請権限がないことがあると思われるが、組合員の脱退の場合にも同様の考慮が働くべきではないか。

脱退時の出資払戻について、実務上は、脱退時の組合財産の計算に時間がかかるのが通常であることから、計算が終了するまで出資払戻は遅滞に陥らないと考えられており、さらに、遅滞にならないように

契約で手当てをしているが、民法にも規定することを検討してはどうか。また遅延損害金の問題に限らず、出資払戻に関する解釈論の前提として、脱退により組合に対する債権である出資払戻請求権が発生することを条文上明確化することで、「出資払戻請求権」を解釈論のよりどころとなる概念とすることが可能になると考えるが、どうか。

組合員となる時期と同様、組合から脱退する時期についても規定を設けることを検討願いたい。

部会資料においては、脱退組合員が脱退前に生じた組合債務を弁済したときは、脱退組合員と組合との「清算が終わっている場合」については脱退組合員が組合に対し全額を求償できるとされている。この「清算が終わっている場合」とは、組合員が脱退により取得する出資払戻請求権が満足されたことを意味すると思われるが、そもそも脱退時に、その時点で存在する組合の資産から債務を控除した組合の純資産を出資持分に応じて比例配分した額の出資払戻請求権が発生し、この時点で計数上は清算が終了しているはずであり、その後の実際の払戻は当該出資払戻請求権に対する弁済に過ぎないことからすれば、脱退組合員が脱退後に組合債務を弁済したときは、払戻の完了の有無にかかわらず「他人の債務」の弁済といえ、脱退組合員が求償権を取得すると解すべき（少なくとも、そのように解した方が、脱退組合員が払戻の完了前に組合債務を弁済したときは払戻額の算定の基礎となる組合の負債額が減少すると考えることにより、脱退後に払戻額が変動する可能性を認めるよりも、払戻額の算定が容易になり、法律関係が明確になる。）ではないか。他方このように規定した場合、脱退の精算には時間がかかることからすれば、出資払戻請求権のみならず求償権についても精算が終了するまで遅滞に陥らないようにすることが必要となる。

出資の払戻について、組合に十分な流動資産がなく、直ちに組合が保有資産を売却すると組合財産の価値が損なわれるような場合が多いと思われるが、少なくとも、出資払戻のため組合が借入れや財産の処分を行う時間的余裕が与えられるようにしていただきたい。出資払戻請求権の履行期が脱退時に到来すると考えるか、又は出資払戻請求権は履行期の定めのない債務だと考えると、脱退組合員は脱退直後に払戻請求権に基づき組合財産に強制執行することが可能になる（とりわけ脱退組合員が破産した場合は、破産管財人が回収を急いで強制執行に踏み切る事態が想定される。）が、それでは脱退組合員が生じると組合財産が毀損することになってしまい、妥当ではないのではないか。

組合員が死亡又は破産した場合脱退するとされている民法679条1号は任意規定であることを確認したい。中間的な論点整理にもあるように、別段の定めを許さない当然脱退事由とされてしまうと、自動

的に持分の払戻しが行われ、とりわけ組合財産の流動性を欠く場合には、組合の存続に重大なダメージを与えてしまう。むしろ、当事者の選択により、他の組合員その他の第三者に買取りの機会を与える余地を残すべきではないか（長島・大野・常松有志）。

- やむを得ない事由があっても組合員が脱退することができない旨の組合契約の定めは無効であることや、脱退前の組合債務に関する脱退した組合員の責任に関して、判例・学説において示されてきた解釈を明文化すべきである。

組合員に死亡その他の脱退の事由が生じたとき（679条）であっても、当然に持分の払戻しをするのではなく、その持分を他の組合員が買い取ることができる仕組みを設けるかどうかについては、そのような仕組みを設けるか否かについて検討すること自体に異論はないものの、検討する場合は、同様の効果を持つ「追加出資分をもって払戻しに充当する」との手段の可否及び可とする場合はそれでは足りないとする必要性、買取りを新設する場合はその手続規定の整備等について、更に慎重に議論すべきである（横浜弁）。

- 検討することに異論はなかったが、請負人破産の場合に管財人が履行選択を行おうとしたときにJVを当然脱退させられることがないよう配慮していただきたいとの意見があった（最高裁）。
- 現在、流動化案件等で組合の形態が利用されない理由として、組合員が破産して組合財産の払戻しが生じると、スキームを維持できなくなることが大きな理由となっている。そこで、組合員の破産・死亡等の場合の脱退については、破産・死亡等により脱退した場合であっても清算・払戻しとするのみではなく、他の組合員が持分を買い取ることについても検討が必要という指摘がある。現行法では組合員の債権者が組合員の持分を差押えた場合の取扱いに関する規定は存在しないが、会社法第609条を参考とした規定を設けるべきという指摘がある。そのため組合員の脱退においては、他の組合員による持分の買取りが認められる方向での検討を望む（全銀協）。
- 特に異論なし（二弁）。
- 持分の買取りに関しては、脱退時における他の組合員による買取りに限定することなく、広く組合員の持分権の譲渡（組合員たる地位の移転）についての規定を設けることが望ましい（もっとも、他の組合員の承諾等を要件とする等具体的な規律については検討が必要である。）。このような考え方に対しては、脱退と加入によっても目的を達成できるとの批判もあり得るが、組合員の入れ替えについて、敢えて脱退と加入という迂遠な方法に手段を限定する必要はないと思われる。なお、金融取引等にも用いられている、民法上の組合の特例である投資事業有限責任組合や有限責任事業組合についても、民法上の組

合について持分権の譲渡に関する改正を行う場合には、これと整合する改正を要するものと思われる。

中間論点整理では、組合員の脱退との関連で、脱退前の組合債務に関する脱退した組合員の責任に関して、判例・学説において示されてきた解釈を明文化する方向で、更に検討してはどうか、とされている。この点、中間論点整理でも検討されている組合員の加入や、上記の組合員の持分権の譲渡に係る規定を設ける場合についても、脱退の場合と同様に、組合債務についての規律を設ける必要があると考えられる（西村あさひ有志）。

○ やむを得ない事由があっても組合員が脱退することができない旨の組合契約の定めは無効であることや、脱退前の組合債務に関する脱退した組合員の責任に関して、判例・学説において示されてきた解釈を明文化する方向は賛成である。持分を他の組合員が買い取ることができる仕組みを設けることは賛成である（東弁）。

○ やむをえない事由があっても組合員が脱退することができない旨の組合契約の定めは無効であることを明文化することは賛成である。

脱退前の組合債務に関する脱退した組合員の責任に関して、脱退した組合員が、その脱退前に生じた組合の債務について責任を負うとの解釈を明文化することは賛成である。

現行民法第 679 条第 1 号は組合員が死亡した場合に脱退する旨を定めているところ、この規定が強行規定であるとする組合員の死亡に伴って必ず持分の払戻しをしなければならず、業務の継続に支障が生じることが考えられることから、他の組合員による持分の買取りなど、持分の払戻し以外の方法が認められることにより、組合の業務の継続を円滑に進めることができると考えられる。そのため、組合員に脱退事由が生じたときの当該組合員の持分処理方法について、持分の払戻し以外の方法を定めることは賛成である（大阪弁）。

○ 組合員の脱退に関して判例において示されてきた解釈を明文化することに賛成する（弁護士）。

○ やむを得ない事由があっても組合員の脱退を許さない旨の特約が無効であることを明文化することについては、特に異論はない。

脱退前の組合債務に関する脱退した組合員の責任に関しては、特に規定を設ける必要は無い（弁護士）。

## 5 組合の解散及び清算

### (1) 組合の解散

組合の解散事由については、民法に定められている事由（同法第 682 条及び第 683 条）のほか、総組合員が解散に同意した場合、組合契約で定めた解散事由が発生した場合、組合の存続期間が満了した場合な

ど、解釈上認められている事由を新たに明文化する方向で、更に検討してはどうか。

組合員が欠けた場合か、又は一人になった場合のいずれかを新たな組合の解散事由とするかどうかについては、構成員の入れ替わりが想定されている組合では、たまたま組合員が一人になった場合にも清算手続きをしないで組合を存続させる必要性があるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

### 【意見】

- 将来の組合員の増加の可能性（潜在的な団体性）を理由として組合員一人の組合を認めるのであれば、組合員一人での組合の発足をも認めなければ理論的に整合的でない。しかし、「継続性という要請」（清算手続きが不要となる利便性）という立法事実があるのであれば、理論的整合性に拘泥するのも硬直的である。なお、一人組合という形態が、法律関係の混乱をもたらす事例が具体的に想定されるのであれば、これを認めるべきではない。「継続性という要請」（清算手続きが不要となる利便性）という立法事実があるのであれば、「組合員が一人になったこと」ではなく、「組合員が欠けたこと」を解散事由とすべきである。

解釈上認められている解散事由の明文化に賛成である（広島弁）。

- 解釈上認められている解散事由も明文化すべきである。また、組合員が一人になっても組合を存続させる余地を認めるべきである（広大有志）。
- 組合の解散事由について、民法に定められている事由のほか、総組合員が解散に同意した場合、組合契約で定められた解散事由が発生した場合、組合の存続期間が満了した場合など、解釈上認められた事由を新たに明文化することにつき、賛成する。

組合員が一人になった場合でなく、組合員が欠けた場合を解散事由とすべきである（札幌弁）。

- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 特に異論なし。なお、組合契約が有効に成立した後に組合員が一人になった場合であっても、新たな組合員の加入によって組合の団体性を維持しうる可能性がある以上、直ちに解散させる必要はない。また、組合を存続させる必要がある場合に、たまたま組合員が一人になったからといって、いったん組合の事業を停止し、清算手続きを経た上で、構成員が二名以上になるのを待って再び組合契約を締結し直さなければならないとすると、組合の円滑な事業運営を阻害するし、組合制度の利用者の便宜にも資さない。したがって、組合員が一人になった場合は解散事由とすべきでない（二弁）。

- 組合には、組合員が入れ替わることを予定しつつ継続的に事業を行うものも存在することから、組合員の入れ替わりにより組合員が 1 人になったとしても当然に解散・清算とはならない方が便宜であり、一人組合が認められることを明文化することが望ましい。また、民法上の組合の特例である有限責任事業組合については、組合員が 1 人になったことが解散事由とされており、組合員が 1 人になった日から 2 週間以内であって解散の登記をする日まで新たに組合員を加入させない限り解散することとされている(有限責任事業組合契約に関する法律第 37 条第 2 号)。しかしながら、上記と同様の観点から、民法上の組合について一人組合を認める改正と併せて、有限責任事業組合についても(2 週間の猶予期間を撤廃し)一人組合を認める改正を行うことが望ましい。なお、投資事業有限責任組合については、無限責任社員と有限責任社員から構成されることが前提であることから、一人組合は不可能であるが、だからといって直ちに解散とする(投資事業有限責任組合契約に関する法律第 13 条第 2 号)のではなく、当該 1 人が無限責任組合員か有限責任組合員かに応じて、民法上の組合又は有限責任事業組合に自動的に変更されることとなるような規定を設けることが考えられる(合資会社の社員が 1 人となった場合に合名会社又は合同会社となることを定める会社法第 639 条参照)。なお、現行法において、一人組合が認められないとの考え方の根拠は、契約である以上 2 人以上の構成員が必要である、とのドグマによるものと考えられる。しかしながら、学説上、組合契約は講学上の概念としては契約ではなく合同行為であるとされており、また、合同行為については、一人会社の設立という、始めから 1 人で行うことすら認められている点について留意されたい(西村あさひ有志)。
- 組合員が一人になった場合を組合の解散事由とすることは、価値のある事業を清算することとなり、社会的損失が大きい場合も考えられる。従って、組合員が欠けたことを解散事由とすることが妥当である(東弁)。
- 組合契約で定めた解散事由の発生、存続期間の満了、総組合員の同意がある場合を解散事由とすることは、契約当事者の意思に合致し合理的であり、学説上も争いが無い。従って、少なくともこれらの事由については明文化し、解散事由を明確にすべきである。
- 組合員が欠けた場合、又は一人になった場合のいずれを解散事由として規定するかについては、議論の決着を待つべきであるが、組合契約も契約である以上、契約の相手方の存在が要件である(組合員が 1 人になった以上、当初の組合契約は新たな組合員を加入させることは、当初の組合契約とは別個の組合契約の成立に他ならない)ため、解散事由としては、組合員が一人になった場合とすることが検討に値する

と考える。組合員が欠けた場合、又は一人になった場合を新たな組合の解散事由とすることについては、慎重に検討すべきである（愛知県弁）。

- 組合の解散事由に間して、特に組合員が一人になった場合について議論すべき（親和会）。
- 論点整理では、組合員が一人になった場合にも清算手続きをせず存続させる必要性があるとの指摘が取り上げられている。さらに進んで、後に組合員が加入することを前提として、組合員1人の組合を設立し、組合財産の形成を認めるという考え方も、検討してはどうか。少なくとも、現時点でそのような解釈の余地を塞ぐべきではないのではないか（長島・大野・常松有志）。
- 解釈上認められている解散事由を明文化することは賛成である。組合員が欠けた場合を解散事由とするか、組合員が一人になった場合を解散事由にするかについては、潜在的な団体性や組合としての事業を重視すべきか、契約であることを重視すべきかの問題であるが、いずれにも理由はあるので、さらに議論を深める必要がある（日弁連）。
- 総組合員の同意や、組合契約で定めた解散事由の発生、存続期間の満了といった解散事由については、私的自治の原則から当然に認められるものであり、敢えて条文に書くまでもない。

また、組合員が一人になった場合を解散事由とするか否かについては、当該組合契約の解釈に属する問題であり、必ずしも明文化に適しないと考えられる。例えば、共同経営の法律事務所は一般に民法上の組合であると解されているところ、弁護士が1人になったらその解散手続きを取らなければならないという結論は明らかに非常識であるが、組合契約の性質によっては、逆に組合員が1人のまま存続を認めることが不相当と考えられる場合もあり得ないとまではいえない。したがって明文化すべきではない（弁護士）。

- ①組合契約で定めた存続期間の満了②組合契約で定めた解散の事由の発生③総組合員の同意④組合員が一人となったことを解散事由に加えるべきである。④に関しては、組合員が一人になったとしても組合を継続すべきという意見もある。しかし、組合の継続を認める場合は、契約性・団体性という組合の本質に反すること、組合財産が組合員の個人財産から独立しているという効果は、複数組合員による特殊な共有の効果であって、組合員が一人になったときに同効果が維持される説明が困難であることなどの難点がある。一方、存続を認める利点である組合の継続性については、一旦組合が解散されたとしても、新組合員が加入する目途が立ったところで従前の組合契約等を利用して、さほど困難なく新たな組合を立ち上げることが可能であると思われ、上記難点を生じさせてまで組合の存続を認める必要性は無いように思

われるので、解散事由にすべきとした（堂島有志）。

- 組合の解散事由を明文化すべきである。組合は複数の当事者の契約によって成立するものであるから、組合員が一人となった場合には、解散することになる。その旨を明記すべきである（福岡弁）。
- 総組合員が解散に同意した場合、組合契約で定めた解散事由が発生した場合、組合の存続期間が満了した場合など、解釈上認められている解散事由を新たに明文化すべきである。組組合の団体性を重視すれば、いわゆる一人組合を許容し、組合員が複数であることは契約の成立要件ではあっても存続要件ではないと解する余地もあるが、団体性を有するとはいえ組合の本質は「契約」であることからすれば、契約当事者が複数であることを成立要件かつ存続要件とすることが理論的に一貫する。したがって組合員が一人になった場合については、これを解散事由とすべきである（横浜弁）。
- 総組合員が解散に同意した場合を解散事由として規定することは賛成である。

組合契約で定めた解散事由が発生した場合を解散事由として規定することは賛成である。

組合の存続期間が満了した場合を解散事由として規定することは賛成である。

組合契約を契約として整理する以上、組合員が一人になった場合は解散すると解すべきである。団体としての継続性の要請があることは否定できないが、組合は規模も形態も多様であり、継続性の要請が必ずしも妥当しない場合もある。継続性の要請のみをもって「契約」の概念を崩すべきではない。たまたま組合員が一人になった場合にも清算手続をしないで組合を存続させる必要性が指摘されていることについては、残った組合員が当該組合を存続させる意思を有していると認められる場合の手当て（組合員が一人になり、かつ一定期間内に新たな組合員の加入がないことを解散事由とするなど）を行うべきと考える（大阪弁）。

- 組合も契約である以上組合員が一人になった場合には契約も終了するとして、解散事由とすべきと考える。1人になったことを組合の解散事由とせずに存続させておくことがいかなる意味で便利であるのか疑問である（弁護士）。

## (2) 組合の清算

組合契約の無効又は取消し（前記1(2)）に関する規定の整備の一つとして、その効力は将来に向かってのみ生ずることを明文化するとするという考え方が提示されているが、これと併せて、組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定したことを新たな清算原因として規定

するという考え方も提示されている。このような考え方の当否について、判決の確定を要件とするのは他の清算原因との平仄が取れていないという指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、清算人を選任して清算事務を行わせる場合(民法第685条第1項後段)における清算人の職務権限については、判例・学説上、各清算人は清算事務の範囲内で全ての組合員を代理する権限を有するとされており、これを明文化してはどうか。

### 【意見】

- 組合の清算のうち、特に清算人の職務権限に関する規定を整備して、現在の通説的理解に基づき条文を明確化することは有用である（親和会）。
- 組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定した場合を清算原因として追加すること、清算人の職務権限の明文化に賛成（広島弁）。
- 清算原因として明確なものとするため、無効又は取消しに係る認容判決の確定を清算原因とすべきである。清算人が清算義務の範囲内で全ての組合員を代理する権限を有することを明文化すべきである（堂島有志）。
- 清算人の職務権限を明文化すべきである（広大有志）。
- 組合契約の無効又は取消しの認容判決を清算原因とすべきである。清算人が組合員を代理する権限を有する旨明文化すべきである（福岡弁）。
- 組合契約の無効又は取消しに関する規定の整備の一つとして、その効力は将来に向かってのみ生ずることを明文化すべきである。

組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定した場合に当然に清算原因となるとしても何らの不都合は生じないものと思われるし、むしろ、その場合にも他の清算事由がない限り当然には清算されないと解釈される余地を残すと、無用の混乱を生むものと思われる。そのため、組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定したことを新たな清算原因として規定すべきである。

清算人を選任して清算事務を行わせる場合における清算人の職務権限については、各清算人は清算事務の範囲内で全ての組合員を代理する権限を有するとする方向で明文化すべきである（横浜弁）。
- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 特に異論なし（二弁）。
- 組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定したことを清算原因とすることに賛成する意見が強いが、無効又は取消しに係る認容判決の確定は解散事由である「事業の成功の不能」に該当すると

解釈することが可能であるから別途清算原因として追加する必要はないとの意見もあった。清算人の職務権限の明文化は賛成（日弁連）。

- 組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定したことを新たな清算原因として規定する考え方に対して、判決の確定を要件とするのは他の清算原因との平仄が取れていないという指摘があるが、組合契約の無効又は取消しの効力が将来に向かってのみ生ずることから当然導かれるものであり、これを明確性の観点から明文化することは妥当であると考えられる。他の清算原因との平仄については、当該別の規定において検討されるべきものである。

清算人の職務権限として組合員を代理する権限があることを明文化するという考え方は明確性の観点から妥当である（東弁）。

- 清算人の職務権限として組合員を代理する権限があることを明文化することに賛成する（弁護士）。
- 特に異論なし（弁護士）
- 組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定した場合には、解散原因である事業の成功の不能に該当すると考えられるため、新たに清算原因に加える実益はない。そのため、組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定したことを新たな清算原因として規定することについては、反対する。

判例・通説上争いのない法解釈を明文化することが望ましく、清算人の職務権限につき、判例の解釈を明文化することには、賛成する（愛知県弁）。

- 解釈に委ねるべきことから、組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定したことを新たな清算原因として規定するという考え方につき、反対する。

清算人を選任して職務権限を行なわせる場合における清算人の職務権限について、各清算人は清算事務の範囲内で全ての組合員を代理する権限を有することを明文化することにつき、賛成する（札幌弁）。

- 組合には複数の組合員が関与するだけでなく、その有する団体性から、多数人との間で利害関係を生ずることが予想される。かかる組合契約の無効又は取消しの効力が過去に遡るとした場合、多数の利害関係人に与える影響は大きく、法的安定性を害すると考えられ、将来効を認めることが妥当である。そのため、組合契約の無効又は取消しの効力は将来に向かってのみ生ずることを明文化することは賛成である。

組合契約の無効又は取消しに係る訴訟の認容判決が確定したことを新たな清算原因として規定することは反対しないが、当該認容判決が確定した場合が解散原因である事業の成功の不能に該当するとの解釈が採られるのであれば別途清算原因として追加する必要はない。

清算人が清算事務の範囲内で全ての組合員を代理する権限を有する

ことを明文化することには賛成である。

## 6 内的組合に関する規定の整備

内的組合は、構成員相互の間の契約に基づき共同して事業を行う点で民法上の組合と共通するものの、事業活動に必要な全ての法律行為を一人の組合員が自己の名で行い、組合財産も全てその組合員の単独所有とする点で組合とは異なる性質を持つものとして、判例・学説上、その存在が認められている。しかし、民法にはその規定が置かれていない。

そこで、内的組合に関する規定を新たに設けるかどうかについて、規定を設ける必要性として、内的組合に関する法的関係が明確に示されるというメリットが指摘される一方で、許可事業等に関する規制を回避する受皿として濫用されるおそれがある等のデメリットも指摘されていることから、実務に与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

### 【意見】

- ルールを明確化すべきことから、内的組合の明文化に賛成である。なお、濫用の危険性の点については、規定の有無によって濫用対策の必要性が変わるものではないと考える（広島弁）。
- 内的組合について民法上規定を設けることは、そのような類型の組合も存在することを示す点で意義があり妥当である。民法の規定の準用関係も明確化することも法律関係の明確化の観点から妥当である。内的組合の規定を置くことにより、共有にもなっていない内的組合の組合財産に対して特殊な地位を与えることには問題があるとの意見に対しては、判例や学説において存在が認められている範囲を超えて、特殊な地位を与えるものではないように留意して規定すべきであると指摘できるが、規定を設けること自体は妥当であると思われる（東弁）。
- 内的組合についての規律を追加すべきである（広大有志）。
- 内的組合に関する規定を整備すべきである。現行法では、複数の者が匿名組合又は投資事業有限責任組合又は有限責任事業組合を組成することを意図して契約を締結したものの、事後的にそのような性質を有しないと判断された場合、民法上の組合が組成されたものと解釈されてしまいかねず、その場合には組合員が対外的には何ら共同事業者として出現しないにもかかわらず組合員が当初想定したところと異なり債権者に対し直接に無限責任を負うことになってしまう等のリスクがあるが、内的組合とされればそのような懸念は軽減される。もちろん、内的組合が脱法的な手法で用いられる可能性を防ぐ必要はあるが、それは現行の組合又は匿名組合に準ずるものとして必要な規制を整備すればよい問題であり、一律に内的組合を否定することには大きなデメリットが伴うと考える（長島・大野・常松有志）。

- 金融スキームの構築に当たって、対外的には匿名組合と同様に組合財産や組合に対する権利義務を営業者等の一人の組合員に帰属させながら、内部的には他の組合員に業務執行者を監督するだけでなく指図も可能とする権限を付与する形態や、業務執行の意思決定に組合員が介入する形態として、内的組合の利用が考えられるという指摘がある。上記のニーズに対応した内的組合の検討が期待されるどころ、その場合には、匿名組合と内的組合を区別するメルクマールを含め、匿名組合についても併せて検討が必要であるという指摘もある（全銀協）。
- 明文の規定を設けるほどの実務上の要請があるのか疑問がないわけではないが、検討すること自体に特に異論はない（二弁）。
- 判例上、内的組合も組合の一類型とされているため、当該内的組合の性質に応じて準用する法律を決定すれば足り、内的組合について個別に規定を設ける必要性はないため、内的組合に関する規定を新たに設けることについて、反対する（愛知県弁）。
- 具体的な利用形態が明らかでなく、匿名組合員相互の関係以外に大きな問題が出てこないのであれば商法改正などで対応すべき事柄であり、民法に規定すべき必要性が認められない。むしろ、種々の濫用の危険も懸念される（親和会）。
- 内的組合に関する規定を新たに設ける積極的意義が不明である。当該規定を新たにおくことで、従来匿名組合とされていた契約につき内的組合とされ、不動産流動化スキームで行われているいわゆる GK-TK（合同会社-匿名組合）スキームに影響を与えること等のないよう、特段の配慮をされたい（不動産証券化協）。
- 内的組合について明文規定を設け、一義的に要件効果を定められるほどの判例・学説の蓄積が認められない。また、内的組合にあてはまる個々の類型に応じて、通常の場合の条文を類推適用させる方が、より妥当な処理が可能と思われる。したがって、規定を設けるべきではない（堂島有志）。
- 実務上内的組合というものが存在するが、条文上の定めがないため、民法上の（任意）組合か商法上の匿名組合のいずれにも該当しない類型が当てはまるとされている。仮に民法において内的組合の規定ができることによって、従来匿名組合とされていた契約について内的組合ではないかという疑念を惹起することになると、特に不動産流動化スキームで行われている TK-GK スキームに影響が大きいことから、あえて内的組合の規定を民法におくことには反対する（不動協）。
- 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（日大民研・商研）。

- 濫用のおそれがあり、真に必要性があるのであれば、特別法によるべきである。内的組合の規定を設けることにつき、反対する（札幌弁）。
- このような特殊な組合を正面から認め、わざわざ民法に特別の規定を設ける必要性はないと思われる（福岡弁）。
- 判例・学説上、現民法上も存在を肯定されてきた形態ではあるものの、その利用実態が明らかとは云えず、明文をもって規定するには抵抗が感じられる。特に、内的組合においては、外部に現れない組合員個人の財産に対する追及がなしえないこととなるが、組合員個人が組合財産を超えて責任を負うべきことは組合契約の本質であり、そもそもこの点を欠く形態を「組合」と分類することが相当であるかに疑問なしとはしないことに加え、組合員が事業失敗のリスクを考えた場合、事実上の有限責任が実現されるものとして、特定の1名を隠れ蓑にして、むしろ内的組合を選択することが多くなるのではないかという点、取引の相手方保護を考える上で、組合員個人が責任を負わない「組合」の乱立を許すことが妥当かという点、その他、商法上の匿名組合ではなくあえて内的組合を選択する意図として何らかの規制逃れの意図がないか、内的組合における出資等の取扱い等について税法上の疑義は生じないか等の点について、慎重に議論がされるべきと思われる（横浜弁）。
- 必要性がなく、むしろ濫用される可能性があることを懸念する意見、仮に規定するのであれば、訴訟手続との関係で、当事者適格は誰にあることになるのか、他の組合員の手続参加の方途・判決効の及ぶ範囲等についても念頭に置きながら慎重に検討する必要があると思われるとの意見があった（最高裁）。
- 濫用的に利用される危険がある一方で、これを明文で規定する必要性が明らかではないから、明文化に反対意見が強い（日弁連）。
- 規定の準用のしかたによっては組合の債権者が他の組合員に対して請求できなくなるおそれがあるなどの影響が考えられる。その場合、組合は組合財産について十分な公示方法がないことから、内的組合と一般的な民法上の組合とのメルクマールを明確化することが要求される。また、内的組合と匿名組合との関係整理についても検討する必要がある。そのため、内的組合について民法上規定を設けることについては、慎重な検討を要する（大阪弁）。
- 明文化は必要ないと考える。共有にもなっていない内的組合の組合財産に対して特殊な地位を与えることには問題がある（弁護士）。
- 内的組合の明文化は慎重に検討すべきである。民法上、従来の組合契約とは異なるものとして内的組合が明文化された場合、許可事業等に関する規制を回避する受皿のほか、匿名組合と同様に租税回避のスキームとして濫用されるおそれがある。特に、国際課税の分野では、内的組合に関する問題を解決するためには国内法のみならず、諸外国との租税条

約をも改正する必要がある場合があることから、実務的対応も容易ではないことに留意すべきである（弁護士）。

- 実務上民法上の組合と商法上の匿名組合の中間的性格を有する者として内的組合と見なされうる仕組みが用いられることは少なくないが、現状では講学上の概念に過ぎないことから法的関係に不明確な点が残っている。その法的関係が明確化されることによって実務上の処理も明確化されるメリットは大きいと考えられるため、濫用等のデメリットには配慮しつつも、内的組合に関する規定を明文化する方向で検討すべき（森・濱田松本有志）。

#### 第54 終身定期金

終身定期金契約については、実際にはほとんど利用されていない契約類型であると言われる一方で、終身性や射倖性のある契約の有効性を確認し、様々な無名契約を締結する手掛かりとなり得るという意義がある等の指摘がされていることを踏まえて、これを削除しない方向で、更に検討してはどうか。

その上で、規定の在り方については、その存在意義にふさわしい規定内容とするための必要な見直しを行うべきであるとの意見があり、具体的に、①有償の終身定期金契約を中心に規定を再編成する（部会資料18-2第2, 2 [28頁]）、②特殊な弁済方法の一つとして、終身定期金としての不確定量の弁済の規定を設ける（同3 [34頁]）、③終身定期金契約に代わる新たな典型契約として「射倖契約」の規定を設ける（同4 [35頁]）、④現在の枠組みを基本的に維持した上で、使いやすいものとするための必要な見直しを行う等の考え方が示されている。このような考え方を踏まえつつ、終身定期金契約の規定の在り方について、更に検討してはどうか。

【部会資料18-2第2, 1から4まで [25頁から35頁まで]】

#### 【意見】

- 有償の終身定期金契約が債権者の老後の生活保障を目的として利用される余地もあるのであれば、その方向での見直しが妥当であるので、有償の終身定期金契約を中心に規定を再編成する考え方に反対しない。ただし、濫用のおそれがある（身寄りのない病弱の高齢者から、巨額の財産を終身定期金契約により移転を受け、同高齢者の早期死亡により対価としての定期金給付や役務提供の大半を免れようとするケースが生ずる危険がある。）ので、公正証書化することにより効力が生ずるものとするべきである。（東弁）
- 終身定期金契約の規定を削除するとの考え方については、現状、典型契約としての位置付けを充足する程度に終身定期金契約が利用されてい

るとは言い難いことからすれば、一定の理由があると思われる。しかしながら、終身定期金契約は、その性質上当然に射倖性を有しており、射倖性があまりに過度になりすぎ、善良の風俗や社会秩序を害することがないように、これに対する規制が不可欠と思われる。他方、仮に終身定期金契約を民法典から削除したとしても、契約自由の原則からすれば、終身定期金契約の存在自体が消滅することはない。単純に規定を削除することは、射倖性ある契約を何らの規制もなく私的自治に委ねることと同義に解されてしまうおそれがあり、妥当ではない。終身定期金契約の削除については、慎重に検討すべきである。

終身定期金契約の規定の在り方については、①又は④の考え方によるべきである。ただし、終身定期金契約が、特に諸外国においてどのようにして活用されているかについて、慎重に調査し、利用実態を踏まえた法整備を行う必要がある。

終身定期金契約は、民法典に典型契約として規定されているにもかかわらず、制定から100年以上、我が国においてはほとんど利用されていない。ファイナンス・リースがそうであるように、実社会において必要性が認められれば、必ずしも民法典に定めがなくとも、非典型契約として発展していくのが通常であることからすれば、終身定期金契約の利用がほとんどないことは、規定の不備等の理由によるのではなく、我が国においては、これを利用する積極的意義が見いだせていないからと思われる。また、我が国の国民性からすると、終身定期金契約のような不確実性を有する射倖的な契約は敬遠されがちであり、そもそも市民意識にあまりなじまないのではないかとも思われる。扶養などの正当な目的を有したとしても、それは契約ではなく、道徳や倫理の範疇と考えるのが一般的な市民意識ではないかと思われる。今後の民法改正に際し、有償の終身定期金契約を中心に規定を再編成することに基本的には賛成であるが、この制度が今後どのように利用されるかを想定しなければ、それに対応する法整備・法規制が、十分にはなし得ないものとする。

(横浜弁)

- 終身定期金契約については、実際にはほとんど利用されていないとの指摘もあるが、企業年金や私的年金、更にはリバース・モーゲージなど、高齢者の所得保障を目的とした終身定期金契約又はこれに類似する契約は広く行われており、実務上の必要性を考慮した規定の再編成を行うことが有益と考えられる。終身定期金契約については、①及び②の考え方の長所を適宜取り入れつつ、規定を整備することを検討すべきである。ただし、有償を前提とした終身定期金の定義規定を設けると、別途「無償の終身定期金契約」の定義規定が必要になるが、冗長で、内容的にも重複している定義規定を併置することになってしまうので、有償を前提とした終身定期金の定義規定を設けるべきではない。(弁護士)

- 今後老後の生活保障として利用される余地があるとすれば、存置すべきである。(広大有志)
- 検討することに異論はない。
  - もつとも、実務上かかる契約類型を規定する必要性がどこまであるのか疑問があり、現在の枠組みを基本的に維持する考え方には反対である。
  - また、特殊な弁済方法の一つとしての規定を設けることについても、それ自体が単独の契約として締結されることはなく、他の契約における債務の履行方法として利用されるのが実態であろうから、そうであるならば、当該契約における弁済方法として終身の弁済を合意すればよく、わざわざ終身定期金契約の規定を用いる必要性はない。
  - 新たな典型契約として射倖契約の規定を設けることについても、あえて民法上に規定を設ける実務上の要請があるのか疑問があるとともに、規定を設けることでその一種である賭博行為の有効性を認めたという誤った解釈を招くおそれや、それを防止するための規定を別途設ける必要が生じる等、かえって無用の混乱を招くことが懸念されることから、規定を設ける必要性はないと考える。(二弁)
- ④現在の枠組みを基本的に維持した上で、使いやすいものとするための必要な見直しを行う考えにつき、賛成する。理論上何をもって典型契約とすべきかということや、實際上、現在の取引社会における多種多様な取引の中で、どのような種類の取引が特に典型契約と取り上げるべきかについても、法律家の間でも国民の間でもコンセンサスがないと思われる。このような現状で、典型契約とはされていない他の取引類型に率先して、実際上使われていない終身定期金契約に重きを置く立法は疑問である。実際使われていないので削除することも検討すべきであるが、存置する場合であっても、以上の理由から、手直し程度に留めるべきである。(札幌弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 終身定期金契約にはほとんど実用性が肯定されていないため、これを改正するために議論すべき必要性は認められない。実用性がないから削除を検討すべきとの意見もあるが、典型契約の一つとして終身定期金契約の法理を民法典が規定することの意義は認められるから、削除のための検討をすべきではない。(親和会)
- 終身定期金契約を検討するにあたり、規定を民法典に存続させるという方向を当然の前提として検討することには反対であり、規定自体を民法典から削除することも選択肢の一つとした上で、典型契約として民法典に存置することの可否から更に慎重に検討すべきである。現代社会において終身定期金契約がほとんど利用されていないことからすれば、この規定を典型契約として民法典に存置する意味は希薄である。ほとんど利用されず国民の日常生活や経済活動にかかわりのない規定については

削除することを含めて検討することが、諮問の趣旨に添う。なお、弁護士会内においては、将来、終身定期金契約が利用される可能性があるとして終身定期金契約の規定を存置した上で、これを有償の終身定期金契約を中心に再編成する形で見直すべきとする意見と、存続を当然の前提とすることなく、削除の可能性を含めて検討すべきという意見が有力であった。

仮に、終身定期金契約を典型契約として民法典に存置し、規定の見直しを行うとしても、①又は④の考え方によるべきである。②の考え方については、終身定期金が他の典型契約の債務の履行方法として利用されているというこの考え方の前提に疑問があり賛成できない。また、③の考え方については、公序良俗に反し違法な賭博行為との区別が曖昧であり、賭博行為を正当化する根拠として悪用されるおそれがあるほか、そもそも射倂契約を設ける必要性に疑問があるから反対である。(日弁連)

○ 公的年金や、企業年金などの私的年金の充実により終身定期金契約の存在意義が薄れており、実務においてもほとんど利用されていない。また、無償の終身定期金契約は、贈与契約の一類型と考えられるため、あえて別の典型契約として規定する必要はない。よって、削除すべきである。(愛知県弁)

○ 終身定期金契約の利用の実績がないので、単純に規定を削除すべきである。

また、射倂行為の解釈指針という観点においても、終身定期金契約の規定に代わる規定の必要性にも疑問がある。(広島弁)

○ これまで国民に利用されず、今後も利用されとは思えない契約を典型契約として残す必要はなく、典型契約として残すことによって、解釈の指針としての意味を持たせるということは現実にはない。一般に、国民は終身定期金という契約形態になじみがなく、そのような典型契約の規定があるということすら知られていない現状に鑑みると、終身性や射倂性のある契約の有効性を確認し、様々な無名契約を締結する手掛かりとなり得るという意味は現実には存しないので、終身定期金を典型契約として維持することには反対する。削除の可能性も含めて社会的必要性を考慮して検討すべきである。(大阪弁)

○ 終身定期金契約は、ほとんど使用されていないという現状、既に定着している個人年金保険や企業年金等を鑑み、削除すべきである。

現在では、老後の生活保障としては公的年金制度が整備され、企業年金等の私的年金制度も広く利用されており、終身定期金契約を老後の生活保障のために利用する必要はないと考えられる。(法友会)

○ 終身定期金契約に関する規定は削除すべきである。実際にはほとんど利用されていないことから、これを引き続き民法に残す必要があるか疑

問である。(弁護士)

- 中間論点整理における「③終身定期金契約に代わる新たな典型契約として『射倖契約』の規定を設ける」考え方については、適切な規定を設けることができるかという疑義が示されている。仮に定義を設けた場合に、包括的な定義となり様々なものが該当してしまうと、一律に規定されることによる弊害が懸念される一方、弊害が生じないように総論的な規定を設けることにとどまるのであれば規定を設ける必要性はないという指摘もある。

また、部会資料では、射倖契約の一種であるとされる賭博行為について、「特別法によって認められるものでない限り無効であるということについて明文の規定を設けるべき」という考え方が示されている。これについては、賭博行為の定義をどう考え、特にそれ以外の射倖契約との区別をどのように考えるのか検討が必要である。例えば、デリバティブ契約への影響を懸念する指摘がある。賭博行為の定義次第ではあるが、特別法によって認められるもの以外にも、例えば刑法総則の正当行為に該当する行為等については民法上も公序良俗に違反せず無効とならないものがあり得るため、民法第90条あるいは刑法総則の規定に委ねればよいという指摘もある。

上記のとおり、「射倖契約」の規定を設ける考え方に反対する。(全銀協)

- 特に意見はないが、給付義務の発生が偶然の出来事に依拠する射倖契約の規定をわざわざ民法に設ける必要性はない。(福岡弁)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 第55 和解

### 【意見】

- 現在の和解に関する条文は実用性に乏しく、和解の内容は様々であることから、通常は無形契約として処理すれば足り、規定を削除すべきとの意見があった。(国際取引有志)

### 1 和解の意義(民法第695条)

和解の要件のうち当事者の互譲については、和解の中心的な効力である確定効(民法第696条)を与えるのが適切かという観点から、その存否が緩やかに判断されており、また、当事者の互譲がない場合であっても、争いをやめることを合意したのであれば、当該合意は確定効が認められる無名契約となることから、要件とする意義が乏しいとの指摘がある。このような指摘を踏まえて、和解の要件として当事者の互譲を不要とすべきかどうかについて、当事者の互譲は、和解の確定効を正当化する要素(特に

権利変動を生じさせることを正当化する要素)として重要であるとの指摘や、当事者の互譲によって、和解の成立が促進されているという実務上の意義があるとの指摘にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、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の要否についても、検討してはどうか。

【部会資料18-2第3, 2 [37頁]】

#### 【前段についての意見】

- 「他に債権債務が無いことを確認する」条項の獲得こそが、全面譲歩側当事者の最大の目的である。当該当事者としては、当該条項を獲得する代わりに、後に反対の証拠が出てあきらめる意思であるのが通常であると思われる。したがって、上記条項自体を互譲と捉えてもよいと思われる。そうであれば、端的に争いを除去するために法関係を確定する合意をすれば、和解の確定効を認めるべきという考え方でよく、互譲の要件は不要である。(広島弁)
- 現状でも互譲の要件は相当広く解されていることから、無理して広く解するより明確に不要とした方がよいという指摘があり、削除に賛成する。(全銀協)
- 和解の要件として当事者の互譲を不要とすることには賛成する。(貸金業協)
- 当事者の互譲がない場合であっても和解契約が成立して確定効が発生することが明確化され、和解契約の安定性が高まる方向で検討が進むことについては望ましいと考えるので、和解契約の要件として当事者の互譲を不要とする方向での検討には、賛成である。(サービサー協)
- 当事者の互譲は不要とするか。あるいは緩やかに解すべきである。(広大有志)
- 「互譲」を要件とする場合、双方の譲歩内容に必ずしも質的・量的な均衡がない場合に、それでも当事者の意思が合致することもあり得ることを考えれば、非常に形式的な譲歩(米国での1ドルの約因のようなもの)が行われることになりかねない。そうであれば、必ずしも互譲を要件とする必要がないのではないか。(不動協)
- 和解の要件として当事者の互譲を不要とすることには賛成する。(消費者金融協)
- 和解の要件としての「互譲」を不要とするときの訴訟上の和解への影響を懸念する意見が複数あった。互譲を不要としたときもさほど影響はないとする意見もあったが、訴訟上の和解における「互譲」は一般に訴訟上の請求自体に係るものであることを要せず、訴訟費用についての譲歩や勝訴判決を受ける可能性の放棄でもよいとされていることを前提としている意見であった。仮に「互譲」を不要とする場合には、このよう

な点に疑義を残さないような規律とする必要があるが、それは困難を伴うとする意見もあった。(最高裁)

- 互譲の要件を緩やかに判断して和解を成立させているという在り方は分かりやすい民法という観点から疑問がないわけではないが、弁護士の実務感覚として、和解の成立過程において互譲の要件があることが便宜であるし、互譲を要件とすることに理論的に相応の根拠があるのであれば、和解の要件として当事者の互譲を不要とすることに反対する。(一弁)
- 現行民法が「当事者の互譲」を要件としており、これを変更すべき特段の必要性がないこと、一方当事者のみが譲歩している場合には、たとえ反対の証拠が出てあきらめるという意思があるとは言にくいので、当事者の互譲を和解の確定効の正当化要素として位置付け、当事者の互譲を要件とすべきである。(東弁)
- 和解契約を有効に成立せしめるに足りる「互譲」とは、どの程度の譲歩であることが必要かという実質論がその背景にあるものと考えられるところ、ここで要求される「互譲」は僅かなものでも足りると思料する。他方で、「互譲」が全く不要であるとするならば、形式論として、請求の認諾ないし放棄との区別が付けがたくなるため、やや極端ではないかと思われる。実務上、「互譲」が必要だという当事者に対する説明が和解成立を促進している面がある。以上より、互譲の要件は必要である。(横浜弁)
- 裁判例において互譲の要件が緩く判断されているとしても、互譲の要件を不要と解するまでの必要性は認められない。起訴前の和解の場合を除き、和解の確定効を認めるのにふさわしい合意かどうかを判断する要素として、当事者の互譲を引き続き要件とすべきである(互譲性の判断において、当事者の一方が消費者であるのか、代理人弁護士がついているか、訴訟上の和解か等が考慮されるべきである。)(二弁)
- 互譲の要件の論理的必要性については疑問が呈されているとしても、和解契約締結の実務においては互譲が当事者心理などに有効に機能しているという積極的意義も認められるし、また、互譲を要件として運営されてきた訴訟上の和解の実務に悪影響が生じることも危惧されるため、あえて互譲の要件を廃止するなどの変更を行うことなく、従前の規定の解釈によって緩やかな運用を行うのが妥当である。(親和会)
- 互いに譲り合うことが和解との意識は広く浸透しておりこれを崩すことに抵抗がある。理論的に新たな要件設定をするにせよ、様々な考えがあり得、一概に不要として良いのか疑問である。従来判例・実務の判断枠組みで対応することに問題はないと思われるので、反対する。(札幌弁)
- 現行実務において「互譲」の要件が緩やかに解されているとしても、

なお、和解の確定効を正当化するための要因として重要な意味を有しているから、互譲を不要とすることに反対する。(日弁連)

- 互譲したか否かは、和解の確定効を正当化するための要素であり、この要件を不要とすることは相当ではない。(福岡弁)
- 「和解」である以上、理念的には互譲が要求されるべきである。理念的には、請求の認諾や放棄、取下げと区別する概念として互譲が要求されるべきである。また、実務においても、和解がされる場合には、非常に薄い譲歩であったとしても、当事者が互いに何らかの譲歩をして心理的にも納得したからこそ和解が成立しているというのが実情であり、このような意味では互譲を和解の要件とすることも実務に沿っている。(大阪弁)
- 確定効を正当化する要素、あるいは妥当な結論を導くための調整要素として、互譲を要件とする意義がある。また、あえて現行法を変更する必要性は認められない。現行法と同様、互譲を要件としつつ、柔軟に解釈すべきである。(仙台弁)
- 和解の定義（当事者が互いに譲歩をしてその間に存する争いをやめることを約する契約）自体の変更という重大な効果を伴うことになる。一方的に譲歩している場合には、たとえ反対の証拠が出ても諦める（確定効を甘受する）という意味があるとは言い難く、公平ではなく、当事者の合理的意思にも合致するとは言い難い。したがって、和解の確定効（権利変動効）を正当化する要素として当事者の互譲は必要である。当事者の互譲を和解の要件として維持しても、「互譲」の存否、程度、内容を緩やかに考えることで柔軟な対応が可能であるから不都合はない。(愛知県弁)
- 和解の要件のうち当事者の互譲を不要とする考え方に反対する。当事者の互譲の存否が緩やかに解されていることは事実であるが、和解の確定効の中でも、特に権利変動を生じさせる効果については、当事者の互譲があるからこそ、反対の証拠が出ても諦めるという意味を根拠付けることができる。(弁護士)
- 互譲という要件の有無につき、当事者の互譲によって和解の成立が促進されているという実務上の意義を重視すべきである。したがって、互譲要件を残すことに賛成する。互譲の存否については、現在も緩やかに判断されているので、当該要件を残すことの弊害は少ないと思われる。(「改正を考える」研)
- 和解の要件については、当事者の互譲を不要とする考え方も有力に主張されているものの、これに反対する見解も有力であり、また和解契約の法的性質等についても様々な議論が錯綜している状況にあることから、現時点において、特定の学説に立脚して規定を整備することは危険であり、時期尚早と思われる。(弁護士)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### 【後段についての意見】

- 和解契約を要式契約とすることにつき、和解の内容について後日の無用な争いを避けるために、賛成する。「改正を考える」研
- 和解の紛争解決機能を十全ならしめるため、和解契約の成立要件について書面によることとする方向で検討していただきたい。(貸金業協)
- 和解を行う場面では、その前提として当事者に何らかの争いがあったものと解される。そこで、和解によって合意した事項につき明確にしておかなければ、後日紛争が蒸し返されるおそれもある。そのため、和解契約の締結に際し、書面性を要求する規定を設ける方向で検討を進めていただきたい。(消費者金融協)
- 書面によらない和解契約は無効とすべきである。(広大有志)
- 和解は紛争解決契約であり、和解契約において紛争の内容、解決する紛争の対象をはっきりさせなければ、後に紛争蒸し返しの危険があり、和解契約の成立要件として書面を要求すべきとの意見があるが、書面が作成されない場合もあるため、書面によらずに締結された和解契約を一律に無効とすると、混乱が生じ、濫用のおそれがあるので、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 和解契約の態様は多様であり、一律に書面を要求することは柔軟な解決に即さないから、慎重に検討すべきである。(愛知県弁)
- 和解契約に書面を要求するとの提案は和解の効果の重大性に鑑みれば傾聴すべき提案ではあるが、和解契約の態様は多様であり、一律に書面を要求することはかえって柔軟な和解を阻害することになるおそれがあるから反対である。さらに、他の典型契約とのバランスからも、書面化までは不要と考える。(日弁連)
- 他の多くの諾成契約たる典型契約との均衡からして、あえて和解に書面性を求める必要があるかに疑問があるので、その点を慎重に議論すべきである。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べきではない。(横浜弁)
- 合意による契約成立という原則に対する例外を認める点で慎重な検討を要すると思われ、反対する。(札幌弁)
- 書面要件化は、確定効という和解契約の効力の重大性や消費者保護の必要性から検討に値するが、和解契約は無定型であり、例えば親族間の和解等を考えれば、一律に書面を要求することは不相当である。確定効という和解契約の効力の重大性や消費者保護は「互譲」の要件等においても図り得るものであり、書面要件化には反対する。(二弁)
- ある合意が和解契約に該当するか否かは必ずしも明らかではないから、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

にも反対する。(一弁)

- 紛争が存在する当事者間において、和解契約の際にその内容を書面に残すことは一般的には多いと考えられるが、口頭における和解契約も存在し得るところであり、当事者が紛争解決に向かっている以上、その効力を法律で否定すべきではなく、慎重に検討すべきである。(日司連)
- 書面によらない和解は日常頻繁に行われている。和解一般に書面化を要求することになれば、市民生活に大きな影響を及ぼしかねない。(福岡弁)
- 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必要はない。(仙台弁)
- 裁判上の和解は書記官が調書を作成するだけなので、民法上の「書面」は作成されないことになるが、それも無効にするつもりなのか。立法趣旨のよく分からない、無意味な要式化は、和解契約をますます利用しにくいものになってしまうおそれがあることから、採用すべきではなく、強く反対する。(弁護士)
- 書面によらない和解を無効とすべきではない。「ごめん。」「いいよ。」というような口頭での和解は日常いたるところで起きており、それを全て無効にすると、社会的に大混乱が起きる。(会社員)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 2 和解の効力（民法第696条）

### (1) 和解と錯誤

和解の確定効（民法第696条）は、紛争の蒸し返しを防止する機能を有するが、他方で、理由のいかんを問わず常に和解の確定効が認められるのは適当ではないため、どのような範囲で和解の確定効を認めるかという点が問題となる。この点について、判例・通説は、①争いの目的となっていた事項については錯誤による無効主張（同法第95条）は認められないが、②争いの目的である事項の前提又は基礎とされていた事項、③①②以外の事項については錯誤による無効主張が認められ得るなどとしているが、このように錯誤による無効主張が制限される場合があるのは、和解契約の性質から導かれる錯誤の特則であるとの指摘がある。このような指摘を踏まえて、錯誤による和解の無効の主張をすることができる範囲を条文上明確にすべきかどうかについて、適切な要件を設けることが困難であるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

規定を設ける場合の具体的な在り方については、当事者の一方又は双方が争いの対象となった事項にかかる事実を誤って認識していた場合であっても、錯誤による無効主張又は取消しの主張をすることができない（前記第30、3(4)参照）とする旨の規定を設けるべきであるという考

え方や、当事者は争いの対象として和解によって合意した事項について、その効力を争うことができない（ただし、公序良俗違反や、詐欺・強迫の規定の適用についてはこの限りでない。）とする規定を設けるべきであるという考え方等、錯誤の主張が認められない範囲を明確にする方向からの規定を設けるべきとの考え方が提示されているが、錯誤の主張が認められる範囲を明確にする方向からの規定を設けることの要否も別途検討課題となるとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料18-2第3, 3 [39頁]】

### 【意見】

- 特に異論はない。「当事者の一方又は双方が争いの対象となった事項にかかる事実を誤って認識していた場合であっても、錯誤による無効主張又は取消しの主張をすることができないとする旨の規定を設けるべきであるという考え方」は判例通説と思われ、明文化することに賛成である。また、公序良俗違反や詐欺・強迫の規定の適用についてこの限りでないとする見解も相当である。（二弁）
- 当該争いをやめることに対して確定的効力が生じることが和解契約の定義規定から明らかであるとして、和解と錯誤に関する規定を置かないとする見解も存在するが、従来から議論が存しているところでもあるので、通説・判例に沿った理解を立法的に明確にしておくことにも意味があると思われる。錯誤による和解の無効の主張をすることができる範囲を、条文上明確にすべきである。規定を設ける場合の具体的な在り方については、確定効こそが和解の中心的効力であるから、これを覆すことができない方向から定めるべきであるから、錯誤の主張が認められない範囲を明確にする方向からの規定を設けるべきである。（横浜弁）
- 錯誤の主張が認められるケースは、例外的であるので、誤解や混乱を避けるために、原則のみを規定するのが妥当であるから、通説・判例の見解を前提に、「当事者の一方又は双方が、争いの対象となった事項に係る事実を誤って認識していた場合であっても、錯誤の主張をすることができない」旨の規定を置くべきである。（東弁）
- これまで問題になることが多かった和解と錯誤の問題について、和解契約に即した規定を置くことで、紛争の蒸返しの許容範囲を明らかにして一定の具体的判断枠組みを示すものと言えるので、規定を設けることに賛成する。判例及び通説を踏まえ、錯誤の主張が認められる範囲を明確にする方向で規定を検討することには反対しないが、具体的な規定内容については、更に明確な基準を検討すべきである。（愛知県弁）

- 和解の確定効の趣旨を明確にするために、錯誤による和解の無効の主張について明文規定を設けるべき。市民に対するメッセージとしては、錯誤無効できる場合をただし書等で明示する方が良いのではないか。(広大有志)
- 和解の確定効は、条件等に関する紛争の蒸し返し防止のために重要な役割を果たしている。そこで、和解と錯誤の関係を適切に整理し、錯誤による和解無効が認められる範囲を検討すること自体には異論はないものの、錯誤無効が認められる範囲が不当に拡大することのないように慎重に検討すべきである。「錯誤の主張が認められない範囲を明確にする方向からの規定を設けるべき」かどうか、併せて慎重に検討すべきである。(サービサー協)
- ルールを明確化すべきであるので、規定を設けることに賛成する。(広島弁)
- 規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 規定を設けるべきとの考え方に特段反対しない。規定の仕方については、明確な規定内容となるのであれば、具体的文言については特段こだわらない。(大阪弁)
- 通説・判例により認められている解釈を条文上明確にすることは反対しない。しかし、過度に詳細な規定を設けることについては慎重に検討すべきである。

通説・判例により認められている解釈を明確化することは、より民法が分かりやすくなることに資する面も否定できない。しかしながら、過度に詳細な規定が設けられることにより、事案の特性に応じた柔軟な解約の余地が狭められることにもなりかねない。(仙台弁)

- 上記①については、和解契約では「たとえ真実と違って」という意思が両当事者にあると解されるため、当然に錯誤の主張は認められない。しかし、「国民に分かりやすい民法」にするという改正趣旨に鑑みれば、この点を明文化することに賛成である。

次に上記②③に関しては、動機の錯誤に関する判例法理を明文化するか否か、明文化する場合、どのような規定の内容とするのかに依拠する。仮に、動機の錯誤に関する判例法理を明文化するのならば、上記②については、両当事者が和解当時、当然に認識していた事項であると考えられるため、黙示の表示があるものと解し得る。したがって、(動機の) 錯誤に関する一般規定に依拠すると解することも可能だろう。しかし上記③については、黙示の表示があると解することすら困難な場合も含まれることから、(動機の) 錯誤に関する一般規定による救済範囲を超えることになる。したがって、上記②と③を区別して、両者については錯誤による無効主張が認められる旨を明文で規定することも考えられる。しかし、その判断基準として「争いの前提又は基

礎たる事項」という概念を用いることの妥当性については、これがドイツの行為基礎論を前提としたものであるため、疑問である。（「改正を考える」研）

- 明文化することで明確になることから賛成する意見が強いが、和解の確定効が覆されるのは特殊な場合であるが、こういった特殊な場合まで明文化するとかえって硬直化を招くおそれがあるとして、明文化に否定的な意見もあった。

規定を設ける場合の具体的な在り方については、錯誤の主張が認められる範囲を明確にする方向から検討することに賛成する意見が強い。その具体的内容については、当事者の一方又は双方が争いの対象となった事項にかかる事実を誤って認識していた場合であっても、錯誤による無効主張又は取消しの主張をすることができない旨の規定を設けることに賛成する意見もあった。他方で、中間論点整理で示された考え方は、いずれも紛争の蒸し返しを許容する範囲の基準としては必ずしも明確ではないので、より明確な基準を立てるべきであるとする意見や和解に至る過程において、一方当事者の無知・窮状につけ込むような不当な行為がある場合には和解の効力について柔軟に解釈で対応できる余地を残しておくべきであるとの意見もあり、更に慎重に検討する必要がある。（日弁連）

- 和解に至る過程において一方当事者の無知・窮状につけ込むような不当な行為がある場合には和解の効力は柔軟に解釈できる余地を残しておくべきである。

消費者被害事件においては、取引の終了に当たって徴求される書面に定型的に清算条項が記載されることが多いが、これをもって和解契約ないしこれと類似の効果が生ずることとするのは取引の実情に反し具体的妥当性を欠く結論を招く類型的危険がある。また、取引の終了に当たって当然支払われるべき清算金を「人質」として、領収書と見まがうような和解合意書が徴求されるような事例も多く見られる。裁判例の中にも、和解に至る経緯に照らして、和解契約書から原告らに清算条項を容認する意思があったとは認められないとするもの（東京地判平成18年1月24日先物取引裁判例集43巻66頁）、不法行為の違法性が著しいこと等に照らして、和解契約の存在を援用して原告らの損害賠償請求権が消滅したと主張することは、信義則に反し、権利の濫用として許されないとするもの（東京地判平成18年8月30日先物取引裁判例集45巻392頁）等が見られる。このような一般条項によって和解の効力が否定される可能性を限定することのないようにすることが望ましい。（日弁連消費委有志）

- 和解の確定効との関係でいかなる場合に錯誤主張を認めるべきか、これを分類して規定することが可能かどうかについて検討を進めるこ

とは有用である。(親和会)

- 提案に賛成する意見もあったが、次のような意見もあった。

民事訴訟における訴訟上の和解において、和解条項では訴訟物と異なる権利義務（例えば「和解金」や「解決金」）を形成することとし、他方で、訴訟物である権利の存否主張（狭義の請求）についてはこれを全部放棄することとして、互譲を図る解決が広く行われている。

和解の確定効に関し規定を明確化するに当たっては、錯誤主張が認められない範囲を明らかにする方向で検討することが見込まれるが、判例・通説とされる見解に沿って、①争いの目的となっていた事項については錯誤無効の主張は認められない点のみを明確化し、②争いの目的である事項の前提又は基礎とされていた事項や③それ以外の事項については錯誤の一般規定に委ねるとした場合、①の点はよいが、②や③の点を巡って紛争の再燃を誘発し、和解の紛争解決機能がかえって減殺されることに対する懸念がある。

実務感覚に照らすと、上記の三分類は錯誤主張が認められる場合と認められない場合とを正確に表現しているとは言えない旨の補足説明で紹介されている指摘は理由があるものと思われるので、より適切な分類ができないかどうか、更に検討を深めていただきたい。(最高裁)

- 現在具体的に提案されている要件では、紛争の蒸し返しが許容されない範囲の確定に当たって和解契約の解釈によらざるを得ないように明確な基準とは言い難い。適切な要件を設けることが困難であるので、和解契約の解釈の問題として整理することが妥当であると考え。もっとも、和解と錯誤の関係を条文上明確にすることは有益であるので、明確な基準を設けることができるのであれば、条文上明確にすることに反対するものではない。(一弁)
- 和解契約について錯誤の主張が認められるのは、①から③までのうち、②及び③の場合であることについては異論がない。しかし、争いの目的となっていた事項及び争いの目的である事項の前提又は基礎とされていた事項の境界は明確に分かれるものではなく、これを民法に規定した場合には実務上混乱が生ずるおそれがある。よって、これらを規定することについては、慎重に検討すべきである。(日司連)
- 個別事案の事情への配慮が必要であり適切な要件を設けることが困難であり、従来の判例・通説の解釈に委ねるべきなので、反対する。(札幌弁)
- 適切な規定を設けることは困難であるから、錯誤の規定（民法第95条）の解釈に委ねざるを得ないと考える。(弁護士)
- 和解と錯誤については、現行民法を維持すべきであり、特に新たな規定を設ける必要はない。(法友会)

- 和解契約に錯誤の規定の適用を否定する規定を設けるべきではない。和解契約に錯誤の規定を否定する見解は、例えば、投資被害事件等において悪質業者が莫大な損失を消費者に被らせた上で、被害金額のごく一部を返還する名目で、被害実態を把握していない消費者と和解契約を締結させるという、いわば一連の投資まがい商法の総仕上げとしての和解契約の締結が行われていることに対する問題意識が欠落している。このような投資まがい被害の総仕上げとしての和解契約に対して、実務上、公序良俗違反や錯誤無効等の法律構成による救済が図られてきた。錯誤による和解契約の無効の余地を否定する条項を新設すれば、錯誤による救済はもとより、その存在により公序良俗違反等の一般条項による救済も事実上行えなくなってしまう可能性があり、現行法の解釈によって救済されてきた被害者が保護され得ない状況となるので、到底認容できない。(弁護士、弁護士)
- 争いの目的となっていた事項について錯誤の主張が認められないというのは、現行民法第696条によって既に表現されている。これと実質的に重複するような内容の規定を新設することは、規定相互の関係を錯綜させ、和解に関する議論をいたずらに複雑化させるおそれがあり、妥当でなく、現行規定のままでよい。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## (2) 人身損害についての和解の特則

当事者が和解時に予見することができず、和解で定められた給付と著しい不均衡を生ずる新たな人身損害が明らかになった場合には、当該損害には和解の効力が及ばない旨の規定を設けるべきかどうかについては、個別の和解契約の解釈の問題であるから一般的な規定を設けるのは適当でないという指摘や、事情変更の法理を不当に広く認めることになりかねないという指摘等がある一方で、規定を設けることに積極的な立場から、人身損害についての特則ではなく財産的損害にも適用される規律とする必要があるとの指摘があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料18-2第3, 3 (関連論点) [45頁]】

### 【意見】

- 判例の考え方を明文化することに賛成する。(広島弁、福岡弁)
- 紛争の蒸し返しも場合によっては許されることがあることを国民一般に知らせるために、規定を設けるべきである。(広大有志)
- 人身損害については和解の確定効を及ぼすことが不適当な場合の典型であり、規定を設けることに賛成であるが、人身損害についての特則とすべきであり、財産的損害については、和解契約の解釈の問題と

して処理すべきである。(一弁)

- 規定を設けることについては、基本的には、判例の考え方を一般化し、明文化するものであるから賛成する意見が強い。

しかし、「予見」や「著しい不均衡」という要件は曖昧であるからより明確な要件を定立する必要がある。また、かかる例外規定を設けることで人身損害については和解の確定効を否定し得るとの誤解を招くおそれがあるのでかかる誤解を招かないよう、要件を定立するにあたっては慎重な検討を行う必要がある。さらに、当事者が和解時に予見することができず、和解で定められた給付と著しい不均衡を生ずる場合は人身損害に限られるものではないが、人身損害に限定して規定するとその反対解釈として人身損害以外については著しい不均衡が生じたとしても一切救済されないとされてしまうおそれがある。それ故、解釈による柔軟な解決が阻害されないように、人身損害に限定することの可否を含めて更に慎重に検討する必要がある。(日弁連)

- 予見困難性や著しい不均衡がある場合には、人身被害に限らず、財産的被害も含めて和解の効力を否定すべき場合がある。反対解釈がされないように事案ごとに柔軟な解釈による公平な解決を図ることができる規定ぶりとすべきである。また、一切の責任を負わないとする条項については、不当条項となる場合もあり得るから、不当条項規制との関係にも配慮すべき場合もあるのではないか。(日弁連消費委有志)

- 和解時に予測出来なかった損害について、明文規定を設けて予め規範を明確化することにより、当該規定の存在を前提とする示談交渉が行われ、後発損害についても請求がしやすくなるという効果があり、当該規定を設けることには賛成であるが、当該規定を設ける際には、以下の点に留意し、文言等について慎重に検討すべきである。

- ① 「予見不可能」という要件が、「抽象的な」予見可能性を指すと解釈され、その解釈が示談交渉の道具として用いられた結果、素人の被害者の後発損害に関する請求を交渉段階で封じ込めてしまう余地を残すようなら問題である。抽象的予見可能性ではなく、和解時点で具体的に予見出来なかったことを意味するものとする。

- ② 和解契約書において、具体的後遺症を列挙してこれに関する損害賠償請求権を放棄する旨の記載がされていたとしても、それが当事者(特に被害者)の真意を反映していないと認められる場合には、当該後遺症に関して和解の効力が及ばないと結論を導くことが可能であること。

- ③ 和解時には具体的に予測できなかった深刻な「物的損害」についても、救済の必要が生じる場合はあり得る(例えば、時代の変遷により生じた新たな損害として、土壤汚染問題など)ので、これにつ

いても和解の効力が及ばないとの解釈を可能とするものであること。  
(大阪弁)

○ 人身損害に関する特別規定を設けることに賛成する。ただし、人身損害について「和解の確定効の否定」を認めるかのような誤解を与え、和解契約締結に慎重になるおそれがある被害者保護にもとる危険性があるとの批判もあるので、その要件については慎重に検討すべきである。(東弁)

○ 検討することに特に異論はない。もともと、個別の和解契約の解釈の問題であるから、一般的な規定を設けることについては慎重に検討すべきである。仮に特則を設けるとしても、例外を広く認めることは和解の確定効との関係で妥当でなく、人身損害の限度にとどめるべきと考える。具体的には、当事者が和解時に予見することができず、和解で定められた給付と著しい不均衡を生じる新たな人身損害が明らかになった場合に限り、当該損害について和解の効力が及ばない旨の規定を設けるべきである(最判昭和43年3月15日民集22巻3号587頁)。(二弁)

○ 和解の特則を設けること自体には反対はしない。しかし、人身損害以外にも、同様の著しい不均衡が生じた場合には、和解の効力が及ばないという趣旨の規定とするよう工夫すべきである。

人身損害に関する判例の趣旨を明文化する方向性自体には反対するものではない。しかし、人身損害以外にも、同様の著しい不均衡が生じる可能性があり得る。人身損害についてのみ規定すると、反対解釈として、人身損害以外の場合については、仮に著しい不均衡が生じても、一切救済されないものとされてしまうおそれがある。(仙台弁)

○ 次のような理由から、反対意見が多かった。なお、提案に賛成する意見もあったが、ごく少数にとどまった。

提案に係る規定(以下「本件規定」という。)が適用される事例は、実務上、訴訟外の和解(以下「示談」という。)が成立する事例全体の中では、稀であるといえる。そのようなまれな事例のために、あえて本件規定を設ける必要性は乏しい。

また、本件規定を設ける場合、要件を正確に文言化することが難しい。示談前に生じていた人身損害の内容、程度、示談に至った経緯、示談の際のやりとり、示談書の文言、示談後に生じた人身損害の内容、程度等の諸事情を総合考慮して、当事者の意思解釈を行い、示談の効力を決すべきところ、このような内容を過不足なく規定に盛り込むことは難しい。また、要件を文言化した場合、かえって柔軟な解釈を妨げるおそれがある。

さらに、本件規定を設けることにより、かえって弊害が生じるおそれがある。まず、人身損害に関する判決の後に新たな人身損害が生じ

た場合や、物損に関する示談の後に人身損害が生じた場合などには、救済がされない旨の反対解釈がされ、これまで救済されていた被害者が救済されなくなるおそれがある。また、示談の利点であり、示談を行う最大の動機として、紛争を完結させ、それ以降一切当該紛争に煩わされなくなることが挙げられるところ、このような利点が希薄化する印象を与えて、示談が成立しにくくなるおそれがある。さらに、およそ事情変更とはいえない瑣末な事情により、示談の効力が及ばないと主張する当事者の出現を誘発することになる。加えて、事情変更の法理に関する一般規定を設ける場合、それとの関係が不明瞭にある。逆の方向の事情変更（後遺障害の残存を前提に紛争が解決されたが、予想に反して負傷が快癒し、逸失利益が生じなくなったなど）についてなぜ規定化されないのかという疑問が生ずる。（最高裁）

- 判例・通説において、和解契約後に露見した後遺障害については和解の効力が及ばないものとされることは周知のとおりであって、このような判例・通説の結論に異を唱えるものではない。しかしながら、結論の妥当性は別として、これを純粹理論的に見るならば、後遺障害を和解契約の効力の範囲外とする理論構成には、やや説明の苦しい点が存在しているのも事実である。それでも、後遺障害の場合にかかる結論を採ることが判例・学説において正当化されるのは、結論の妥当性こそが最も重き理由を占めていると考えられるところ、これを更に一般化して、正面から和解の効力が及ばない類型を定めてしまうことは、いたずらに和解をめぐる紛争を惹起するおそれがあるものと思われる。例えば、「和解時に予見」とはどの程度までの具体的な予見可能性を問題にするのかという点や、「著しい不均衡」とはどの程度までの不均衡を指すのかという点をめぐって問題が生じ得ることが想定される。

反対に、純粹理論的に考えるならば、和解時に予見できなかった事由を原因とする損害については、広く和解の効力外とするのが一貫するのであって、あえて「人身損害」に限る理由はないはずである。より慎重な議論がされるべきである。

以上より、新たに規定を設けるべきではないと考える。（横浜弁）

- 具体的解決の指針を示すという点では傾聴に値するが、たとえ明文化したとしても、その条文の文言の解釈で争いが生じる可能性は否定できない。むしろ、個別の契約における放棄条項を当事者の合理的意思に合致するように解釈することで、新たな人身損害は別個の損害であると構成することは可能であるから、あえて明文化する必要はなく、規定を設けることに反対する。（愛知県弁）
- 事後的に生じた予期せぬ事態には契約の効力が及ばないというルールが設けられることにより、事情変更の法理が契約一般の解釈として

広く認められることになりかねないので、人身損害についての和解の特則を規定することに反対する。

仮に、特則が新設される場合には判例の明文化として、「和解時に予見可能でなかったこと」、「給付との著しい不均衡があること」を要件とすべきである。一般規定として導入することは被害者保護となる反面、示談（和解契約）に係る法的効果が不安定となり、不要な紛争を惹起するリスクがあることから、要件については明確かつ厳格に定められるべきである。（損保協会）

- 個別事案の事情への配慮が必要であり適切な要件を設けることが困難である。従来判例・通説の解釈に委ねるべきであるので、反対する。（札幌弁）
- 上記(1)の和解の効力を検討し、その解釈適用の場面として運用すれば足りる。むしろ、人身損害についてのみ広く和解の確定効が否定され得るかのような誤解を招く危険もあるから、かかる例外を規定すべきではない。（親和会）
- 判断基準を明文化する方法が困難であること、事情変更の法理を不当に広く認めることになりかねないことを理由として、個別の和解契約の解釈の問題として扱う方法が妥当だと思われる。（「改正を考える」研）
- 和解は、当事者の争いを解決する手段として有用と考えられるし、人身損害において和解後に想定後の後遺症が生じたとしても、和解時に後遺症が発症する可能性を織り込んで合意している場合も想定される。そこで、仮に人身損害についての和解の特則を設けるとしても、法的安定性を害しないようにその適用範囲は極めて限定的なものとするべきであり、和解の効果を阻害しないように慎重な検討を進めていただきたい。

なお、財産的損害についても特則を設けることについては、人身損害の場合以上に、和解の効果を厳に維持する観点からの検討を進めていただきたい。（消費者金融協）

- 和解の効力については、和解当時における当事者の予見可能性のみならず、当該和解がされた当時の具体的状況（裁判上の和解であるか否か、弁護士が代理人として付いていたか等）も広く考慮されるべきであり、一律に決して良い問題ではない。仮に、人身損害について上記のような特則が出来た場合、例えば交通事故等の示談交渉では、和解条項に「甲（被害者）は、仮に本件和解時に予見していなかった損害が明らかになった場合であっても、本和解契約に定めるもののほか、乙（加害者）に対し何らの請求も行わないことを相互に確認する」といった定型文言が入れられるようになってしまい、後日当該条項の効力が問題になるなどして、結局たちごっこに終わるだけなので、反

対する。(弁護士)

- 規定を設けるべきであるという考え方に反対する。和解時に予見できなかった損害に和解の確定効が及ぶかという問題は、和解契約を締結した当事者の意思表示の問題であることから、規定を設けることが難しい。事後的に生じた予期せぬ事態には契約の効力が及ばないというルールが安易に一般化すると、事情変更の法理が契約一般の解釈として広く認められることになりかねず、妥当でない。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 第56 新種の契約

- 論点整理を拝読しましたが、改定の必要があるとは思えません(個人)。

### 1 新たな典型契約の要否等

民法で定められている典型契約について、同法制定以来の社会・経済の変化や取引形態の多様化・複雑化などを踏まえ、総合的な見直しを行い、現在の13種類の契約類型で過不足が無いかどうか、不足があるとするならば新たに設けるべき契約類型としてどのようなものがあるかを検討する必要性が指摘されている。このような問題意識を踏まえ、既に個別的な論点として、ファイナンス・リース(後記2)のほか、準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定(前記第50)などが取り上げられているが、このほか、典型契約として新たに定めるべき契約類型の有無及びその内容について、更に検討してはどうか。

#### 【意見】

- 典型契約として新たに定めるべき契約類型の有無及びその内容について検討することには、賛成する。民法(債権法)を新たに制定するにあたっては、どのような場合に非典型契約を典型契約化するのかという基準を明確にすべきである。これを曖昧にしたまま民法の典型契約として取り込むべきでない。また典型契約の規定に特則を加えるという改正の仕方もあり得る。そもそも、なぜ、民法が13種類の典型契約を定めているのか。それらの規定がどのような役割を果たしているのかを検討した上で議論を進めるべきである(愛知県弁)。
- 新たな契約の規定について引き続き検討をして頂きたい(全中)。
- 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、類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は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（日大民研・商研）。

- 社会で多く用いられている契約については、その明文化が望ましい（ただし、民法が徒に複雑にならないよう、明文化するかどうかの取舍選択は慎重であるべき）。今回の改正後にも新たな契約は多数登場することが当然に予想される。したがって、典型契約以外にも契約自由の原則があり、その場合は当事者の合意に基づき権利関係が解釈されることを条文で示してはどうか（広大有志）。
- 社会・経済の変化に対応し、新たな典型契約の類型を民法典に設けることに対しては、基本的に賛成する。ただし、その際には、当該契約の社会的重要性のみならず、契約の一義的明確性や、通常の市民への浸透度等を考慮して、慎重に判断すべきである（横浜弁）。
- 検討することに異論なし（最高裁，二弁）。
- 典型契約として新たに定めるべき契約類型の有無及び内容について検討することに賛成である。具体的には、医療契約，存学契約，年金契約などについて長期的に検討すべきである（日弁連）。
- 特段指摘すべき事項はない（東弁）
- 現行民法の典型契約につき、過不足の有無，新たに設けるべき典型契約の有無及びその内容について検討することに賛成する。その際には、過不足の有無だけでなく、既存の典型契約の削除も検討すべきである。  
仮に新たに典型契約を創設する場合には、以下の点に留意すべきである。（1）民法が市民社会における一般法であることに鑑み、典型契約となるべき類型は、あらゆる市民が契約当事者（両当事者）となる可能性のあるものであること。（2）現代において、既に契約類型として一般化しているものであること（大阪弁）。
- 新たな典型契約を設けることに反対しない。ただし、どのような契約類型を典型契約として盛り込むべきかについては意見を留保する。

現在の典型契約の解釈のみでは民法制定後の社会経済の著しい変化に対応しきれない状況になっていることは否定できない。

しかしながら、現代社会において広く活用されている契約のうち、たとえばフランチャイズ契約や代理店・特約店契約などは、契約当事者双方が事業者であることから民法ではなくむしろ商法等において規定され

るべきであり、またクレジット契約その他の与信契約については、既に対象となる業者に対する規制を含め割賦販売法等において規律されており、あえて民法において規定する必要はないものとする。

したがって、今回の改正においてどのような契約類型を典型契約とすべきかについてはにわかに結論を出しかねる（仙台弁）。

- 「ソフトウェア・ライセンス契約」「フランチャイズ契約」「食事提供契約」「守秘義務契約」「アフターサービス契約」などを新たな典型契約に加えて欲しい（会社員）。
- 「典型契約として新たに定めるべき契約類型の有無及びその内容」の検討において、守秘義務契約を追加する必要があると考える。その理由として、事業者間取引開始にあたっては、多くの場合さまざまな業務開始の入り口で、情報管理や営業秘密を守るために、まず守秘義務契約、機密保持契約が締結されることが多い。つぎに、守秘義務契約がない場合の相手方の情報利用についての守秘義務の法的根拠が商慣習・信義則・黙示契約などの説があるものの明確でないことから、法人取引での情報利用は保守的になる。そこで、法文において個人情報保護法を除く守秘義務の法的根拠を明確にし、いかなる場合に情報利用が可能であるかを明確にすることができれば、今後の契約イノベーションにつながると考える。また、特別法や業界自主規制ルールがあるにもかかわらずトラブルが多いフランチャイズ契約などの類型を調査し、条文化を検討すべきである（都民銀行）。
- 真に必要な場合には新たに規定すればよいが、「新たな典型契約」を設けることを自己目的とするような「典型契約探し」は行うべきではない。典型契約とする意義について、民法が商法と区別された法典であること、他に単行法という法律群が存在することなどを踏まえた検討が不可欠である（弁護士）。
- 現行の典型契約は確かに古く、新たな典型契約化に一概に反対するものではないが、特に事業者間取引の場合には、特定の業界間の実務慣行等をベースにした契約条項なども存在する。学者中心で構成され、事業者間の取引実務に明るいとはいえない委員が、当該業界の実情を十分斟酌せずに、民法学の観点からだけで勝手に「あるべき姿」を策定し、それに基づく規定を実務に強制するのではないかという懸念がある。現代型取引の典型契約化を進めるのであれば、結論を急がずに十分実務慣行を斟酌しながら進めていただくことを希望する（会社員）。
- 現代社会の実情に合わせて、新種の典型契約の要否を検討すること自体に反対はしないが、新たな典型契約を設ける場合には、それが民法典に規定を設けるに値する契約であるか否かといった問題について、十分に検討を行うべきである。

また、「分かりやすい民法」の実現という観点に照らせば、新たな典

型契約を設ける場合には、当該典型契約の定義について、それが一般市民の社会通念と乖離したものであってはならないことは言うまでもない（弁護士）。

- 民法の「典型契約」の規定には、一般私人が契約を利用する場合等、当事者間で契約条件を決めない場合に契約条件を補完する役割があり、現段階ではそのような必要性のある類型が思い当たらない。現在利用されている非典型契約については当事者間で契約内容を詳細に取り決めることが多く、必ずしも民法上に格別の規定を設けて援用すべき必要性はないと考える（国際企業法務、親和会）。
- 新種の契約については、単なる個人対個人の契約というよりも、消費者対事業者の契約・素人对専門家の契約といった場面が多い。一般法に規定したがために前提となるパワーバランスの異なる場面へ類推されたり、弱者救済的解釈を排除するベクトルが働いたりしないか、注意が必要と思われる。新種の契約については、一般法たる民法に規定することがふさわしいかどうか、慎重を要する（広島弁）。
- 「売買」「委任」といった基本的な契約類型について手厚く規定するのはともかくとして、他の様々な類型については、つまみ食いの民法に規定を置く必要はない。

国際取引では、特約で具体的な取引内容にあわせたスキームを組むことが多く、民法の典型契約の規律がそのまま適用されないケースも多い。仮に民法に規定がおかれたとしても、実務では個別の契約により対処していく必要があり、今後も実務上の必要に応じて新たな契約類型が生まれてくると思われることから、民法に規定をおくことに実益はない。また、新たな典型契約に関するルールとして提案されている内容をみても、取引の実際に関する認識に誤解があると思われるものや、断片的なルールを置くことによってかえって弊害が懸念されるものが少なくない。現在典型契約として規律されていないものについて、実務上のニーズがないにも関わらず新たに典型契約としての規定をおけば、取引実務と民法上の典型契約との乖離を生み民法の規定によって実務が思わぬ縛りを受けられることも考えられ、場合によっては外国の当事者等に誤解を与えることにもなりかねない。民法にはごく基本的なルールのみを定め、当事者の契約によって対処することとした方が適切である（国際取引有志）。

- 情報化、グローバル化が高度に進行した現代社会においては民法制定時比極端に契約形態の多様化が進んでおり、その変化のスピードも格段に増している。その多様化した契約を逐一民法に取り込むということは民法が基本法であり第改正を頻繁に行うべきでないという性質を考えたときに違和感がある。あくまで民法では一般化、抽象化された契約のみを規定し、多様化した契約にはなるべく特別法や規制などで対応すべき。そのため、典型契約はなるべく増やさない方向で検討すべき（東京

青司協)。

- なぜ商法典や単行法での規定を議論することなく、民法で規定することとなったのか。民法の典型契約がどのようなものであるべきかの議論をしなければ、典型契約に何を記載するかの結論は出ないと思われる。市民の一般法としての性格から、国民がどちらの立場にも立ち得るような、当事者の互換性を確保できる類型を民法の典型契約に規定することには、一定の合理性があると思われる。仮に新たな典型契約として様々な契約類型を記載するならば、保険法上の保険契約、信託法上の信託契約、金融商品取引法上の金融商品取引契約等についても民法の典型契約の対象となるはずである。しかし、現在単行法等で規定されている法律を全て典型契約に記載すると、却って分かりづらくなるだけで、民法の典型契約に記載する必要性が感じられない(法友会)。
- そもそも理論上何をもちいて典型契約とすべきかということについても、また、實際上、現在の取引社会における多種多様な取引の中で(一般市民にとっては、例えば、教育契約・医療契約・年金契約といった契約が身近で重要と思われる。)、どのような種類の取引が特に典型契約と取り上げるべきかについても、法律家の間でも国民の間でもコンセンサスが未だないといわざるを得ない。将来的にはともかく、今回の立法で役務提供契約を除く新たな典型契約の規定を設けることは見送るべきである(札幌弁)。
- 医療契約や在学契約、旅行契約、保険契約、運送契約などのように、社会で多く用いられている契約や重要性のある契約を広く民法で規定することにも一定の合理性はある。しかし、私法の一般法という民法の位置づけからすれば、現実に行われる様々な契約を一般化、抽象化した上で、典型的な特徴のあるものを規定することが妥当である。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、上記の例はいずれも一方が特定の事業者である類型のものであり、このように立場の互換性のないものを民法で定めることには疑問がある。

この点、医療契約について、債務不履行に関する判例の蓄積をリスタートメントすることには一定の合理性がある。しかし、医療機関の注意義務についての裁判例は不法行為に関するものが多いため、慎重な検討が必要である(弁護士)。
- 新種の契約の典型契約化にあたっては、既存の法規制(行政・警察規制を含む)

や、規制法制定・改正への動きを阻害してはならない。行政規制・警察規制と合わせて特別法において対応すべき場合が多いのではないか。

例として掲げられている、フランチャイズ契約、代理店・特約店契約、医療契約、クレジット契約その他の第三者与信契約、在学契約、

旅行契約、ライセンス契約等については、専ら企業間契約あるいは企業と消費者間の契約として行われるのであり、民法の典型契約としてふさわしいのかそもそも疑問がある。クレジット契約その他の第三者与信契約は既に割賦販売法が、旅行契約については旅行業法が存する。またフランチャイズや提携リースについては被害救済の観点からの法規制を求める動きがある。典型契約化が既存の法規制やその改正、立法の動きを阻害してはならない。開業規制や業務の適正化など行政・刑事規制を含めて、特別法で対応すべき分野ではないか（日弁連消費者委有志）。

## 2 ファイナンス・リース

ファイナンス・リースに関しては、現代社会において重要な取引形態として位置づけられること、民法の典型契約のいずれか一つに解消されない独自性を有していること等を指摘して、これを典型契約として規定する必要があるとする意見がある一方で、その多くが事業者間取引であること、税制や会計制度の動向によって利用状況が左右される取引類型であること等を指摘して典型契約化の必要性を疑問視する意見や、仮に現在の実務と異なる規定内容となった場合の実務に与える影響を懸念する意見、典型契約とする場合にはユーザーを保護する必要性の高い類型のものがあることにも配慮すべきであるとする意見など、様々な意見がある。これらの意見に留意しつつ、ファイナンス・リースを新たな典型契約として規定することの要否や、仮に典型契約とする場合におけるその規定内容（部会資料18-2第4、2(2)以下〔45頁以下〕参照）について、更に検討してはどうか。

### 【意見】

- ファイナンス・リースについては判例上も特殊な契約の一形態として確立されており、これをひとつの典型契約と整理することには倒産法との関係を今後明確化していくなどの観点からも意味があるものと考えられる。もっとも、事業者間契約として成長してきた経緯や税制・会計の影響を受けて契約条件もその時々に応じて見直されてきた歴史があることから、民法上、典型契約として位置づけられる場合であっても、当事者の合意により柔軟に対応できるものであることが必要とされる。例えば、少なくとも事業者間のファイナンス・リースについては任意規定であることを明確にした上、不当条項規制の適用を除外するなどの工夫により、柔軟にその時々取引の要請に対応することを可能とすべき（森・濱田松本有志）。
- 検討することに特に異論はない。なお、①ファイナンス・リースについては、実質が金融の便宜を付与する金融取引であること（最判平成7

年4月14日民集第49巻4号1063頁)を踏まえた規定を整備すべきである。また、不動産取引においても、貸主が借主の要望にあわせて建物を建築し、一定期間中途解約なく賃貸を行うような場合には、上記定義に照らしてリース取引に該当しうる。この点、単なる期間を定めた不動産賃貸借と不動産のリース取引の違いは、利用者の要請を受けてリース提供者がリース物件を取得することを背景として、リース提供者が投下資本を回収する仕組みを取引に内包している点にあると考えるべきである(二弁)。

- 現代社会において、ファイナンス・リースと同様に、賃貸借契約等の典型契約に解消されない独自性を有し、かつ、一定の定型性をもって確立されている契約類型として、定期傭船やウェット・リースがある(定期傭船とは、細かな点は個々の契約により相違するが、大要、船舶の所有者(船主)が、①傭船者に対して船舶をその運行に要する乗務員とともに貸し出し、②船舶の維持・整備は船主が行い、③船舶の運航は傭船者が行い、傭船者は乗務員に対する指揮命令権を有するといった内容の契約である。また、ウェット・リースは航空機に関する上記①ないし③を内容とする契約である。)。ファイナンス・リースについて典型契約化を検討するのであれば、これらの契約の要件・効果(法的性質)についても民法上明らかにする必要があるか、検討されるべきと思われる。

一方、ファイナンス・リースは、ユーザーによる目的物の利用とリース料の支払に着目すれば賃貸借契約であるが、経済的実質としては、リース会社がユーザーに対して目的物の代金相当額を貸し付けるとともに、かかる貸付を担保するための目的物の所有権を留保しているに過ぎないと一般的に説明されている。かかる説明からも明らかなおり、ファイナンス・リースは、与信の側面を有する賃貸借契約とも評価できる。このような与信の側面を有する典型契約としては、割賦販売や買戻し特約付の売買などがある。そこで、これらの契約についても、与信の側面に着目した共通の規律を設けることの可能性も含め、その要件・効果(法的性質)を民法上明らかにする必要があるか、検討されるべきと思われる。

仮に、ファイナンス・リースを新たに典型契約として規定した場合、条文上、ファイナンス・リースと賃貸借は明らかに異なる契約ということになると考えられる。その結果、従来、ファイナンス・リースに適用がある(又はあり得る)と考えられていた民法その他の法令上の賃貸借に係る規律が、ファイナンス・リースには適用されないとの解釈につながりやすくなる点に留意を要する。したがって、新たな典型契約としてファイナンス・リースを定めるにあたっては、かかる問題についても適切な対応(例えば、民法その他の法令上の賃貸借に関する規律についてこれがファイナンス・リースにも適用されるか否かを明文化するなど)が

必要と考えられる（西村あさひ有志）。

- 現在、ソフトウェア等情報サービス取引の成果についても有体物であるハードウェアと一体として、又は独立して実務上ファイナンス・リースの対象として取扱われているが、新たな典型契約として示されたファイナンス・リースについては、無体物の特性に配慮した規定が含まれていない。ファイナンス・リースを典型契約とする場合には、無体物について適用される場合の規律を明確化する必要がある（情サ産協）。
- ファイナンス・リースは、今日の社会生活において一定の役割を有していながら、従来の典型契約である賃貸借、消費貸借によっては適切に解釈しきれない面があり、判例もある程度集積していることから、これを典型契約として新設することが適切である面がある。なお、ファイナンス・リースについては、民法と商取引法との関係をどのようにとらえるかの問題が関連するなど、解決されなければならない前提問題があるように思われる。また、ファイナンス・リースを典型契約とすること全般について留意して検討すべき点は、これが従来の典型契約では解消されないこととあいまって、リース提供者と利用者との利害が対立し、判例が集積してきたなどの経緯があることから、判例等を前提として、リース提供者と利用者との利害関係が適正に調整できるものでなければならないと考える。第18回議事録51頁山本（和）幹事、53頁高須幹事、54頁潮見幹事は、肯定的である。53、54頁鹿野幹事は、ユーザーの権利を明確にすべきとする。54、55頁岡委員、56、57頁中井委員は、零細事業者、消費者の保護を強調する。リース業界は反対し、利用数が減少傾向にあつて疑問とする者も多い。

以上より、ファイナンス・リースを新たな典型契約として規定すべきであるとの考え方については慎重に検討すべきである。ファイナンス・リースを典型契約とすること全般について留意して検討すべき点は、判例等を前提として、リース提供者と利用者との利害関係が適正に調整できるものでなければならないということである（東弁）。
- 消費者にとっては、電話機のリース勧誘をはじめ、悪質事業者が割賦販売法の脱法的にファイナンス・リースの勧誘を行い、消費者被害の典型例のようになっている現状があります。消費者にとっては、与信・分割払い契約はクレジット契約で十分であり、ファイナンス・リースのメリットは全くありません。また中小事業者にとっても、ファイナンス・リースのメリットは少なく、それからして、民法で規定するまでの意義がないのではないかと考えます。こうしたことから、ファイナンス・リースの規定を設けることには反対です（全相協）。
- ファイナンス・リースは、賃貸借契約の形式をとることで売買契約では得られない会計上・税務上のメリットを得るために考えられた取引形態である。そのため、「金融」を得る目的の取引という側面が強く、「税

法の産物」とも呼ばれるほどの契約類型である。民法が当初規定している典型契約とは異なるものであり、民法典に典型契約としてファイナンス・リースの規定を置くことにどのような目的や効果があるのか明確にすべきである。なお、近時には会計基準が改正されたため、節税のメリットが無くなれば今後もこのような取引形態が今後も維持されるか疑問もあり、このような契約類型を民法典に典型契約として挙げるべきかについて検討すべきではないか。また、提案された条文を見ると実質と形式の乖離を意識して改正されているようである。そのまま条文化することに特段反対はしないが、すべて条文化する事が「わかりやすい民法」の実現に直結するのか、今後も多くの契約類型が加えられることで会社法のように複雑な条文構成にならないかを検討すべきである（愛知県弁）。

- ファイナンス・リースを典型契約として民法に規定することは相当ではない。ファイナンス・リースを立法により規律するのであれば、利息制限法の適用の拡張や割賦販売法等の潜脱の防止に配慮した上で、商法ないしは単行法において（あるいは業法規制とともに）規律すべきである。また、仮に民法においてファイナンス・リースを典型契約として規定する場合、多数の被害が生じている提携リースに配慮し、被害救済を可能とすることが必須であり、下記のとおりとすることを提案する（電話リース弁護団, 弁護士）。

1 ファイナンス・リースの定義（基本方針：【3.2.7.01】NB Lp350  
【3.2.7.01】（ファイナンス・リースの定義）

- 〈1〉ファイナンス・リースは、リース提供者が、ある物（但し、有体物に限られない。以下、「目的物」という。）の所有権を第三者（以下、「供給者」という。）から取得し、目的物を利用者に引き渡し、利用者がその物を一定期間（以下、「リース期間」という。）利用することを忍容する義務を負い、利用者が、その調達費用等を元に計算された特定の金額（以下、「リース料」という。）を、当該リース期間中に分割した金額（以下、「各期リース料」という。）によって支払う義務を負う契約をいう。
- 〈2〉提携リースとは、リース提供者と供給者が継続的取引関係を有し、又はリース提供者が供給者をして申し込みの誘引又は契約締結事務の全部若しくは一部を行わせる場合におけるファイナンス・リースをいう。
- 〈3〉提携リースにおいては、リース料を算出する元となる〈1〉の調達費用等の中に、目的物の対価のほか、目的物を利用者に引き渡すに必要となる費用を加えた額以外の金員に含めることはできないものとする。
- 〈4〉前項に反するファイナンス・リースは無効とする。

2 説明義務及び利息制限法の適用について（基本方針：【3.2.7.A】 N B L p350~351

【3.2.7.A】（利息制限法の適用）利息制限法との関係については規定をおかない。

（提案）

- 〈1〉ファイナンス・リースが提携リースである場合において、契約締結にあたり、リース提供者は、利用者に対し、契約により利用者が負う責任の内容につき、正確な認識を形成するに足りる情報を提供するとともに、目的物の性質、目的物の対価、目的物を利用者に引き渡すに必要となる費用並びにリース料率及びその明細その他リース料算出の具体的方法を説明する義務を負うものとする。
- 〈2〉リース提供者が前項の義務を怠り、利用者とファイナンス・リース契約を締結したときは、利用者は、当該ファイナンス・リース契約を将来にわたって取り消すことができる。
- 〈3〉ファイナンス・リースが提携リースである場合において、リース料には、調達費用等を元本として利息制限法に定める利率を超えた利息を含めることはできないものとする。ファイナンス・リースが中途解約または解除された場合における損害賠償の定めについても同様とする。
- 〈4〉ファイナンス・リースが提携リースである場合、供給者が目的物及びファイナンス・リース契約並びにこれに付随する契約に関し行った説明その他の行為は、リース提供者が行ったものとみなす。

3 リース期間の開始について（基本方針：【3.2.7.02】 N B L p 351 【3.2.7.02】（リース期間の開始）

- 〈1〉利用者は、目的物が供給者またはリース提供者から引き渡された後、ただちに目的物の検査を行い、瑕疵のないものであることを確認したときは、それをリース提供者に通知しなければならない。
- 〈2〉〈1〉の通知をなした時からリース期間が開始するものとする。
- 〈3〉通知後に目的物の瑕疵が明らかになった場合においても、〈2〉の効力は妨げられない。但し、提携リースにおいて、供給者又はリース提供者が目的物の瑕疵を知りまたは知りうべきであった場合はこの限りではない。

4 目的物の維持管理について（基本方針：【3.2.7.04】 N B L p352 【3.2.7.04】（目的物の維持管理）

リース提供者は、修繕等、目的物についての維持管理をする義務を負わない。但し、提携リースにおいては、リース提供者は目的物について維持管理する義務を負うものとし、利用者の責めに帰する場合を除き、これに反する特約はできないものとする。

5 目的物の維持管理について（基本方針：【3.2.7.07】 N B L p353～

354 【3.2.7.07】（目的物の瑕疵についての責任等）

- 〈1〉【3.2.7.02】によりリース期間が開始した目的物に瑕疵があった場合に、リース提供者は、利用者に対して、これについての責任を負わないものとする。但し、供給者又はリース提供者が目的物の瑕疵を知りまたは知りうべきであった場合はこの限りではない。
- 〈2〉リース提供者が、〈1〉に規定した目的物の瑕疵に関して供給者に対して有する権利（解除権を除く）は、利用者の請求によって、利用者に移転する。
- 〈3〉〈2〉の規定におけるリース提供者の供給者に対する権利について、目的物の決定が利用者と供給者間でなされた場合においては、リース提供者に代えて利用者と供給者との間で売買契約があったものとして、【3.2.1.18】【3.2.1.19】の規定が適用される。
- 〈4〉利用者が消費者であるときに、リース提供者が供給者との間で供給者の責任を減免する特約を結んだ場合には、リース提供者が消費者であったとすれば、[消費者契約法 8 条および 10 条]の規定によって当該免責特約が無効とされる範囲で、リース提供者は、利用者に対して、その責任を負担する。
- 〈5〉利用者が消費者である場合には、〈1〉但書、〈2〉〈3〉〈4〉の規定に反して利用者に不利な特約は無効とする。
- 〈6〉ファイナンス・リースが提携リースである場合、〈1〉但書、〈2〉〈3〉〈4〉の規定に反して利用者に不利な特約は無効とする。

6 目的物の損傷及び滅失について（基本方針：【3.2.7.06】 N B L p352~353 【3.2.7.06】（目的物の損傷および滅失）

- 〈1〉リース期間開始後に、目的物が損傷したことにより、目的物の利用が一時的に不可能となり、または制限された場合において、その損傷がリース提供者又は供給者の義務違反によるものではないときは、利用者は、当該期間における各期リース料の債務を免れないものとする。
- 〈2〉目的物が滅失した場合において、その滅失がリース提供者又は供給者の義務違反によるものではないときは、利用者は、残リース期間におけるリース料の債務を免れないものとする。目的物が利用者の義務違反によって滅失した場合は、利用者は期限の利益を失う。

7 中途解約の禁止について（基本方針：【3.2.7.09】 N B L p355 【3.2.7.09】（中途解約の禁止）

- 〈1〉ファイナンス・リースにおいては、以下の場合を除いて、リース期間中の解約はできないものとする。
  - ① 特段の合意がある場合
  - ② 目的物に将来提供される役務が含まれている場合
  - ③ ファイナンス・リースと密接な関連を有する契約がある場合に、

当該密接な関連を有する契約が解約又は終了した場合

〈2〉前項②号の場合においてファイナンス・リースがリース期間中に解約された場合、リース提供者は、利用者に対し、将来のリース料又はこれに代わる損害賠償として将来提供される役務に対する対価を請求することはできないものとする。

8 目的物の返還等について（基本方針：【3.2.7.11】 N B L p355 【3.2.7.11】（目的物の返還等））

ファイナンス・リースが終了したときは、利用者は目的物を返還し、リース提供者は、これを引き取らなくてはならない。ファイナンス・リースが提携リースである場合、リース提供者は、利用者に対し、目的物の引取りにあたり、リース料のほかに費用・手数料その他の名目を問わず金員の請求をすることはできないものとする。

○ ファイナンス・リースを「典型契約」として規定する必要はない（国際企業法務）。

○ ファイナンス・リースの典型契約化については、リース取引の多様性に配慮し、リース取引が実体経済において認められている本来の役割が損なわれることのないよう、慎重に議論いただきたい（自動車リース連）。

○ ①ファイナンス・リースの典型契約化については、ファイナンス・リースのほとんどが事業者間の取引であり、当事者間で契約書が作成されていることから、民法の規定が直接適用される場面が想定されず、取引実態上の必要性がない。

②多様化して発展するリースを民法に規定できるのか強い疑問を感じるとともに、自由な経済活動が阻害され、その結果、顧客の利便性を損ねる。

③わが国の法制度において、ファイナンス・リースは、賃貸借に含まれるため、ユーザー、リース会社は各種法令の賃貸借の規律に従っている。「賃貸借等」の定めのあるすべての法令の論点整理が行われるべきである。

④倒産法を視野に入れた場合、リース会社のリース物件に係る権利が所有権であることを前提とする議論において、どのような契約関係、法律的根拠、時期、方法により、所有権が担保権に変質するのかといった、理論的、技術的な検討が必要であり、それを論点として示すべきである。また、法務大臣の諮問第 88 号「民事基本法典である民法の債権関係規定について、（中略）契約に関する規定を中心に見直しを行う。」との関係に留意すべきである。

⑤部会の提案する定義規定について、会計・税務上のオペレーティング・リースがファイナンス・リースに含まれることから、取引関係者の混乱を招く。また、当事者の権利義務が不明確である。さらには、

賃貸借とファイナンス・リースを区分するメルクマールが不明確である。

⑥「消費者リース」については、そのような実態があるか否かを含め、部会として調査を行うべきである。仮に「消費者リース」の実態がある場合に、それがファイナンス・リースの典型契約化の論点として示されるべき事項かどうか精査されることを強く望む（リース事業協）。

- ファイナンス・リース契約は、税法上・会計上の利点を中心に利用されてきた面が強く、その利点の減少に応じて利用も大きく減少しているのが実態。また、リース事業者団体も典型契約化には消極的。更に、正常な事業者間契約を念頭に置いて一般的・抽象的規定を設けて消費者リースや小口・提携リースに同様の規律を適用すると消費者被害を防止できず、一般法たる民法に個別具体的な例外規定を設けることも煩雑である。これらの理由から、ファイナンス・リースを典型契約化することには立法事実が認められない（親和会）。
- ファイナンス・リースが、当事者の自由な合意をベースに事業者の創意工夫により発展してきたものであり、会計・税務上の取り扱い次第でその意義や効果変動することを踏まえると、その範囲を確定することは容易ではなく、また、実務に混乱を招くことが懸念されるとの慎重な意見がある一方で、ファイナンス・リースは既に実務に浸透しており、会計、税務、法的面についての判例も多数出てきていることからすると、明確化すると検討を積極的にする価値があるとの意見もあった。ただし、検討した上でファイナンス・リースについて規定する場合、実務と矛盾しないよう規定することが必要であるとの指摘があった（パブコメWG）。
- ファイナンス・リース取引のほとんどが事業者間の取引であって、かつ、契約書が作成されるのが通常であるため、当事者間の法律関係は契約書で明らかにされており、民法典に典型契約として規定する必要がないと思われる。ファイナンス・リースを民法典に典型契約として規定する必要性に疑問がある（広島弁）。
- ファイナンス・リースについては、母国のアメリカでも時代のニーズに応じてUCCなどの私法、税法、会計学の三位一体の相互作用の中で発展してきたもので、アメリカでは日本法におけるような法的性質の議論に基づく法的効果などの議論はない。このような取引類型を典型契約として加えるとしても、ほかの典型契約との整合性がつくのか疑問がある。典型契約として設定してしまうと、第一に、時代の変化に伴い民法の規定する典型と税法、会計学との整合性が失われ、典型契約と実際の企業間の契約との乖離が生じる可能性が高い、第二に、国際取引の場合、クロスボーダーリースといった仕組みがあるが、典型契約としての性格が

ファイナンス・リースに与えられることにより諸外国に無用の誤解を与える可能性がある、等の弊害が考えられる（国際取引有志）。

- フランチャイズ契約や旅行契約など他にも社会で広く行われている新種契約があるにもかかわらず、ファイナンス・リースのみを取り上げて立法化する必要性があるのか。全体を見渡して、どの部分を典型契約として規定するか議論がもっとなされるべきだと考えられる。

経済界で行われているリース取引は多様である。たとえば、業界ではフルペイアウトのリース契約のみをファイナンス・リースと呼び、取引構造は殆ど同じであるにもかかわらず、契約期間の終了時に残価が残るようなタイプのリースをオペレーティングリースと呼んでいるようであるが、少なくとも民法上の処理に関する限り、両者を別異に取り扱う必要があるか疑問である。実際に経済界で行われているリース契約の多様性を見渡した上で、規定を設けることが必要か、その場合にどのような取引を対象として規定を設けるべきかを検討すべきであると考えられる。

債権法改正の基本方針では、消費者リースに関して消費者保護のための特別規定を設けることが提案されていたが、（消費者）ファイナンス・リース契約はどの程度存在するのか（消費者対象のファイナンス・リース契約は多くないと考えられる）、民法に消費者保護のための規定を置くのが妥当か（これは、ファイナンス・リースに特有の問題ではなく、民法全体の問題である）等の観点から慎重に検討すべきだと考えられる（「改正を考える」研）。

- 現在は事業者にとってファイナンス・リースを利用するさしたるメリットはなく、中小の零細事業者が不要な機器類を契約させられる際に、割賦販売法の脱法的取引として利用され被害が発生している。法務、経理に疎い小規模の個人事業主に対して、事業者名で契約させ、割賦販売法に基づく消費者保護の対象から外し、解約不可能としている。従って、あえてファイナンス・リースの規定を民法に取り込むまでのことはなく、ファイナンス・リースの実態から、割賦販売法において手当てがされるべきである。ファイナンス・リースの規定を民法に入れることは不要と考える（消費者生活相談員）。
- 提供者が事業者に限られ、その相手方であるユーザーを保護する必要性の高い類型のものがあることから、強行法規的な規制とともに規律する必要があるから、民法に典型契約の一種とするにはなじまない。また、改正の際に、支障を来たす懸念がある。そのため、民法に規定することに反対（堂島有志）。
- 現在の実務会におけるファイナンス・リースの契約形態は相当に多様化しており、民法改正検討委員会によって提案されているような定義の枠には収まらない。また、ファイナンス・リースは主に企業による会計基準に伴って発展・変遷してきた経緯があることから、今後もリース会

計基準が修正されるたびに、その契約形態も修正されるという要素を持っている。したがって、定義に収まりきれず、また頻繁に修正しなければならない要素を持つ契約形態であるファイナンス・リースを定義づけたり、民法上の典型契約としたりすることは相当でない。一方でファイナンス・リースと銘打って割賦販売法、貸金業法、利息制限法等、一定の業者の行為を規制し、一般消費者の保護を目的としている法律を脱法的にすり抜ける契約を作り出し、多数の消費者が被害を受けている現状がある。そのため、ファイナンス・リースを特別法によって規律することで、被害者を出さないようにすべき（大司書）。

- 現行実務においては、ファイナンス・リースは、非典型契約としての当事者間の合意により支障なく実施されており、ファイナンス・リースを民法における典型契約とする必要性は乏しいと考えられる。また、多様な種類のファイナンス・リースに関し、会計・税務に適切に配慮しつつ、典型契約として類型化できるかどうかについても疑問があり、かかる観点からも典型契約とする方向は望ましいとはいえない。そのためファイナンス・リースを典型契約とすることについては、反対である（サービサー協）。
  - ファイナンス・リースの法的問題については既存の典型契約で対応しており、また、民法は一般化、抽象化された契約のみを規定すべきであることから、あえてファイナンス・リースを民法に置いて典型契約として規定すべきではない。また、実務上は割賦分割購入と同様の意味しかなさなくなってきたおり、利用者側のメリットも大きくなくなったことから契約数の今後の減少も考えられることから、あえて典型契約とすべきではない（東京青司協）。
  - リース取引は、契約内容によって会計処理が異なるため契約書の締結が必要なことから、ほかの取引と比べ権利関係が明確である。契約書の締結が前提となっているリースについては、典型契約化する必要性と実益が乏しいのではないだろうか。リースを行うについてはある程度資金力が必要であることから、リース提供者は一定規模の企業が想定され、個人がリース提供者になることは想定し難い。よって、契約当事者の互換性に乏しく、市民社会の一般法である民法の典型契約としてリースは異質である。
- (2) 「債権法改正の基本方針」【3.2.7.01】のファイナンス・リースの定義では、①リース料か否かの判断において、賃料や売買の代金との客観的な区別が困難であるから、賃貸借等とリースの区別基準がわからず、企業の契約処理、会計処理に影響が生じるおそれがある、②対象が「物」に限定されていることから、現在リースの対象となっているソフトウェアやメンテナンス等がリースの対象外となってしまう、③例えばリース会社からリースの提供を受けている者が、当該リース物件の所有

権を取得せずに、リース提供者として更に別の会社にリースする形態（転リース）が企業間で行われているが、転リースは否定されるかどうか不明である（法友会）。

- ファイナンス・リースを新たに民法の典型契約として規定するのであれば、少なくとも実務において利用されている種々のファイナンス・リースを、統一的に包含するものでなければならない。この点、ソフトウェア業界においては、ソフトウェアという無体物を対象としているため、ファイナンス・リースを新たに民法の典型契約として規定するのであれば、目的物に無体物も含んだ規定とする必要がある。また、現在の実務では、サプライヤ（ソフトウェアベンダー）がリース会社を介さず、直接エンドユーザーに対して使用許諾を行っているケースも決して少なくないため、リース会社を介さない類型についても、ファイナンス・リースの定義に含まれるように規定する必要がある。

他方で、有体物のファイナンス・リースも考慮する必要があるため、上記の点も含めて実務において利用されているファイナンス・リースを統一的に包含する規定を設けることは非常に困難と考えられる。したがって、ファイナンス・リースの典型契約化は、実務を無用に混乱させるおそれがあるため、見送られるべきではないか（ソフトウェア協）。

- 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。仮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に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（日大民研・商研）。
- ファイナンス・リースの取扱い残高が減少傾向にあるとすれば、典型契約化については慎重な検討を要する。一般法人法のように特別法で対応すればよい（広大有志）。
- そもそも、現在の取引社会における多種多様な取引の中で、ファイナンス・リース契約を率先して立法する必要があるのかについて疑問で

ある。取引実務上確立しているのは、フルペイアウト方式のファイナンス・リースでありこの限度で明文化することも考え得るが、この取引形態については、事業協会の標準約款に基づいて詳細な取り決めがなされている等のため、敢えて立法化する必要性に乏しい。むしろ、近時、紛争が多発しているのは、消費者あるいは零細企業をユーザーとする取引において、事業者からの抗弁接続回避が問題となっており、このような紛争類型に対応した立法の必要性はあるものの、これを新たな典型契約によって規律することは疑問である。以上から、ファイナンス・リースを新たな典型契約として規定すること自体に反対する。(特に、部会資料18-2(45頁以下)にて提案された規定内容は、上記の実態をふまえていないので反対する。)。なお、倒産時に双方未履行とならないこと(最判平7.4.14)を明文化する意義はあるが、これは別途検討すべき問題と考える(札幌弁)。

- ファイナンス・リース契約においては、ユーザーがリース物件の実質的所有者であり、リース提供者は担保目的の範囲内で所有権を行使することができるに過ぎない(ただし、契約終了後は完全な所有権を回復する合意がある)と考えて、関係者の権利・義務を整理すべきである。

リース提供者が事業者で、ユーザーが消費者の場合及び「消費者に準じる小規模零細法人等が事業外取引」として行った場合には、リース提供者と供給者との間の関係によっては、ユーザーの供給者に対する抗弁をリース提供者に対抗できる制度とすべきである(福岡弁)。

- ファイナンス・リースを民法の典型契約として規定することについては、以下の理由から、賛成することができない。第一に、ファイナンス・リースに関する契約は、通常、企業間の取引であって、詳細な取り決めがなされた事業者団体作成の標準契約に基づいているという実態があることから、敢えて典型契約として規定する必要性はない。第二に、ファイナンス・リース契約は、会計上及び税務上の特定の仕組みを前提にできているので、今後、社会・経済上の変化に応じて、様々に変わっていく可能性がある。これに応じてその度に民法を改正することが現実的でないことを考えると、ファイナンス・リースを民法の典型契約として規定することにより、リース取引の多様性が損なわれ、逆に取引を阻害するおそれがある(産業組織課)。

- ファイナンス・リースの現代的重要性及びそれが他の典型契約のいずれかひとつに解消されない独自性を有していることは所論のとおりであるが、同様のことは、保険契約やクレジット契約においても云えることであり、ひとりファイナンス・リースにのみ認められる事象ではない。

ファイナンス・リースは、サプライヤー、リース業者、ユーザーの三者が登場する契約であるところ、その性質上、サプライヤー及びリース業者は事業者かつ商人であることがほぼ確定的であり、ユーザーにおい

ても、その大多数は法人などの事業者であり、一般の私人ではないのが実態と思われる。これに対し、ファイナンス・リース同様の現代的重要性を有する保険契約やクレジット契約においては、保険契約者及びクレジット利用者は、一般の私人であることがむしろ多いであろう。とするならば、契約の大部分が商行為たるべきファイナンス・リース契約は、市民生活において広く認知・利用されている保険契約やクレジット契約に比して、私法の一般原則たる民法をもって新たに規定すべきとする必要性は低いのではないかと考えられる。なお、民法典が、空洞化するのを防ぎ、真実国民の紛争の際の有益な規範たりうるために、基本法として取りこむべきものは何かという意味で、本事項は、民法改正における総論的な理念に深く関わるとの認識は重要である。そもそも現代において法契約現象として多く現れるのは、個人と事業者（商人）との契約関係であるとの感も強いところ、個人—事業者間契約について民法典のスタンス、一方的商行為条項（商法3条）の維持の是非も十分検討されなければならない。

ファイナンス・リースの定義及びその法律構成、法的効果の各点において、現段階ではそれらが一義的に明らかとまでは言い難いものと思われる。将来において、新たな形態のファイナンス・リースが生まれる可能性や新たな問題点が生じる可能性も存在しており（平成21年の会計基準改正により、それまでファイナンス・リースの大きな利用動機を占めるとされた会計上の便宜が受けがなくなつたため、これを受けたファイナンス・リースの変容も今後は想定される。）、その際には、迅速な法改正・法規制も望まれる。かような現状からすれば、社会的重要性及び独自の法的性質を有するファイナンス・リースに関し、法整備及び法規制の必要性があることには疑いがないものの、（仮に検討されている「リース契約」の射程が、基本的には従来からの事業者間リースを前提にするというのであれば）私法の一般原則たる民法をもってするのではなく、特別法をもって規定し、なおかつ、事業者間契約前提の規律によって、これを利用した消費者が不利益になることがないような規制について、消費者契約法等をもってさらに手当てすることの方が、より実践的であると思われる。

昨今、リース契約に関しては、消費者や中小事業者を相手として、必ずしも必要ではない高額の商品を言葉巧みに購入させるなどの悪用事例も報告されているところである。このような事例は、従来、割賦販売等の形態をもって行われる事例が見受けられていたところ、今後は、割賦販売法等の法規制を免れる目的で、形式として法規制の及ばないリース契約が選択されることが多くなる可能性が存在する。ファイナンス・リースの定義にも関わることであるが、私法の一般原則である民法典に規定する「リース契約」が、事業者間のファイナンス・リースのみを射程

とするのではなく、市民一般が利用する可能性のある「リース契約」を広く射程とするのであれば、上記のような悪用事例に対する規制や法の潜脱を許さない規定ぶりが、規定の新設にあたって必要になると考えられる。

上記同様に、ファイナンス・リースの定義にも関わることであるが、私法の一般原則である民法典に規定する「リース契約」が、事業者間のファイナンス・リースのみを射程とするのではなく、市民一般が利用する可能性のある「リース契約」を広く射程とするのであれば、決してこれまでの実務的運用や標準契約書の規定等を尊重することを否定するものではないが、それらに過度に拘泥することなく、今後広く市民が利用することを想定した上で、市民が利用しやすく、市民の通常の期待に添い、市民を害することのない適切な規制をもった法制度として構築すべきと考える（横浜弁）。

- 検討することに異論はなかった。規定を設けることに賛成する意見が複数あったが、この分野は日進月歩の感があり、現在の制度が将来的にも通用するか不明であるとの懸念を示す意見も複数あった（最高裁）。
- ファイナンス・リースの典型契約化については、反対意見が強い。ファイナンス・リースが現代社会において一定の役割を担っていることは事実であるが、通常、ファイナンス・リースは事業者間の契約として利用されていることや会計原則の変更によりファイナンス・リース市場が縮小傾向にあることからすれば、この時期に市民社会の基本法である民法典に典型契約として規定する必要があるのか甚だ疑問である。小口リースや零細事業者を対象としたリースにおいてはファイナンス・リースの法形式が濫用的に利用され、利用者に被害が発生しているという現実を踏えると部会資料18で示された規定内容では不十分であり、利用者保護を図るためには、業法規制などの規制立法とともに規律する必要がある、民法典だけの改正は適当でないと考えられるから。

仮に典型契約化を検討する場合には、①利息制限法や割賦販売法による規制を潜脱するためにファイナンス・リースの法形式が濫用的に利用されることがないように規制を併せて行うこと、②消費者リースや提携リースについては、リース提供者にも担保責任を負わせるなどして、ユーザー（利用者）保護を図る必要がある（日弁連）。

- ファイナンス・リースは、会計・税務上の取扱い次第で、その意義、要件・効果が変動し得るものである。そうすると、ファイナンス・リースに既存の典型契約と同程度の普遍性があると評価できるか、相当に疑問である。また、リース取引には、典型的な「ファイナンス・リース」の他、「再リース」、「譲渡条件付リース」、「リース・バック（セール・アンド・リース・バック）」、「転リース」、「提携リース」、「オペレーティング・リース」、「メンテナンス・リース」等の様々な形態がある

(潮見佳男『契約各論 I』(信山社, 2002 年) 376 頁以下の分類による。) 上に, それぞれの区別は必ずしも明確でない。ファイナンス・リースを典型契約化する場合には, 典型契約としてのファイナンス・リースの範囲を画定する必要があるところ, 既存の典型契約と同程度の抽象度でその範囲を画定することは容易ではないと言える。さらに, 現時点では, ファイナンス・リースの一方の当事者であるリース事業者はファイナンス・リースの典型契約化に消極的な意見であり(法制審議会民法(債権関係)部会第 18 回会議における佐成委員発言(議事録 47 頁), 奈須野関係官発言(同 49~50 頁) 参照), 他方の当事者であるユーザーからも, ファイナンス・リースの典型契約化に積極的な意見は強くは表明されていないように思われる。加えて, ファイナンス・リース取引自体が, 平成 19 年に「リース基準に関する会計基準」(企業会計基準第 13 号)により会計上売買に準じた処理をすることとされ, 同時に当該会計処理に併せて税制も改正された後, そうした諸改正の影響を受けてか, 市場規模が大きく減少しており, ファイナンス・リースという取引形態自体が今後も普遍性のある契約形態として存続しうるものかも疑わしい状況にある(法制審議会民法(債権関係)部会第 18 回会議における奈須野関係官発言(議事録 49~50 頁), 松本委員発言(同 50~51 頁) 参照)。以上より, あえてファイナンス・リースを典型契約化する必要はないと考える。なお, 近時, 提携リースその他のリースの形態をとった形での悪質な取引により, 消費者や中小事業者に被害が多発していることについては, 別途業法で手当てするのが適当である(一弁)。

- ファイナンス・リースが現代社会において重要な取引形態となっていることは否定できないが, ファイナンス・リースが利用されているのは, その大部分が企業間あるいは企業と事業者間に限られている。その意味で広く社会一般において利用されている取引形態といえるか疑問が残る。この点は, 市民社会における一般法としての民法の規律対象をどう考えるのかという問題と密接に関わる問題であるが, 既存の典型契約は, 基本的にはあらゆる市民が契約当事者となることを想定しているものと解され, その点でファイナンス・リースは異質である。

ファイナンス・リースにおけるリース提供者となれる者としては, その債務の性格上一定規模の企業であることが想定されており, 個人(消費者)や中小零細の事業者がリース提供者になることは想定されていない。その意味で契約当事者に互換性が存しない。既存の典型契約には契約当事者の資格に互換性がないものは存在せず, この点でも民法の典型契約としては異質であるといわざるをえない。ファイナンス・リースが現代社会において重要な取引形態となっているとしても, クレジット, 医療, 旅行, 在学契約などファイナンス・リース以上に重要かつ一

般化している契約類型が他に多く存在する。これらのより重要かつ一般化している契約類型ですら民法典に規定されていないにもかかわらず（より重要かつ一般化している契約類型である信託や保険でさえ単行法で規律されているにすぎないにもかかわらず）、ファイナンス・リースのみを民法典で規定することは契約類型間のバランスを欠く。

本来的なファイナンス・リース契約を想定して民法に規定を設けても、大企業向けのリースの場合には当事者で取り決める契約内容により規律されるので、民法の規定が利用される場面は極めて限られたものとなる。その結果、民法の規定は、契約内容が不明確で、不当な勧誘方法が多く見られる消費者リースと事業者用の提携リース（小口リース）の紛争解決に使用されるということになる。そうすると、民法の規定が個別クレジットの法規制等を回避するためのツールに墮する危険がある。

さらに、これまでにファイナンス・リースが利息制限法や割賦販売法等による規制を 実質的に潜脱するために利用されたと思われるケース（たとえば、利息制限法の制限利率を大幅に超える割合による規定損害金条項を持つファイナンス・リース契約を利用した実質的な信用供与や提携リースの形式をとった実質的なクレジット契約（割賦購入あっせん）、事業者リースについても、提携リース（「小口リース」ともよばれる。）の 多くが、割賦販売法・消費者契約法の適用を回避した中小企業を対象とした訪問販売の ための販売信用であり、虚偽説明に基づいた勧誘や、強引な勧誘で数多くのトラブルを 招いているという実態など）がある。ファイナンス・リースの典型契約化には利息制限 法や割賦販売法等による規制の潜脱防止や被害救済のための手当を同時に行うことが不可欠であるが、かかる議論はまったくなされていない。

また、提携リースは、「個別クレジット+所有権留保」と紙一重である（なお、セール・アンド・リース・バックは譲渡担保と紙一重である。）。与信取引の規制や担保法（非典型担保。さらには倒産法）との関係を同時に議論すべき事柄であって、部分的な「契約ルール」を定めることは妥当でなく、むしろ有害である。

会計原則の変更により、事業者間のリース契約自体の合理性自体に疑問が生じ、現在 市場も縮小する傾向を見せている。このような時期に、あえて典型契約に加えるという のは時機を失している。

以上のとおり、ファイナンス・リースには検討・解決すべき事項が多数存在しており、民法の典型契約として、解釈指針となる程度の基本形のみを規定するのでは不十分であると言わざるを得ない。

そのため、ファイナンス・リースを民法の典型契約とすることには反対する。仮に典型契約化を検討する場合には（1）利用者の供給者に対する権利など利用者保護に配慮した規定をおく必要がある。（2）利息制限法の適用の拡張や割賦販売法等の規制立法を潜脱する道具としてフ

ファイナンス・リースの法形式が濫用的に利用されることを防止するための規制をあわせて行う必要がある（大阪弁）。

- 自動車等の取引をはじめファイナンス・リースは、現代社会において広く活用されており、企業のみならず一般市民（消費者）が契約当事者となっているものも少なくない。しかるに必ずしも制度に対する正しい理解が広く浸透しているとはいえず、むしろ賃貸借契約と同視されるものという誤解を生む結果となっている。他方でファイナンス・リースに関する判例理論はほぼ確立されつつある。かかる状況を踏まえ、この機会にファイナンス・リースを典型契約として規定するとともに、前記のとおりユーザー（利用者）保護の規定を盛り込むべきである。

そのため、ファイナンス・リース契約を新たな典型契約として規定することについては、以下の点を考慮することを条件に賛成する。

- ① ファイナンス・リースについての定義規定を設けること。また法的性格については、判例の認める金融契約説（ファイナンス・リース契約の実質は金融の便宜の供与であるという考え方）を前提とすべきである（最判平成5・12・25金法No.1395 p49～、最判平成20・12・16金法No.1869 p42～等）。
- ② リース会社（リース提供者）に物件をサプライヤー（供給者）から調達しユーザー（利用者）が使用収益できる状況に置くべき義務があることを法定すべきであり、その帰結として諾成契約とすべきである。
- ③ リース期間は、物件の引渡し及び検収後から開始するものとし、ユーザーが借受書を交付した後については、リース会社に修繕義務も瑕疵担保責任もないことを明示すること
- ④ 金融契約説の帰結としてリース会社は引渡し後の物件の滅失等について原則として責任がないこと、他方、ユーザーには原則として中途解約権がないこと及びユーザーは残リース料の支払いを免れないこと
- ⑤ ただし③及び④の反面として、ユーザー保護のため、ユーザーにサプライヤーに対する瑕疵担保責任等の直接請求権を認めること（なお、本来、サプライヤーは契約当事者ではないことから、代位構成等どのような理論構成をするかはともかくも、かかる請求権は一種の法定責任ということになるのであろうか）
- ⑥ 契約終了時においてユーザーに物件の返還義務があることその前提としてリース期間中、善管注意義務を負うことを明示すべきである（仙台弁）。

- リースの典型契約化は止めるべきです。
  - (1) 私の所属する大阪弁護士会は、従前この点反対の意見書（私と同意見）を提出しております。
  - (2) また、提携リースの累計においては悪質事業者が跋扈し全国的に被害が広がっています。悪質提携リース被害の阻止こそが緊急に必要な課

題なのです。リースについては民法典にのせることではなく、業法・規制法を制定することこそが必要です。同趣旨のことは、昨年9月30日の京都弁護士意見書に始まり、埼玉県弁護士会、愛知県弁護士会、近畿弁護士会連合会、福井弁護士会、福島弁護士会、東京弁護士会、大阪弁護士会、横浜弁護士会、第2東京弁護士会、広島弁護士会、そして近々には日本弁護士連合会が、意見書を可決執行しています。民法典系契約とすることは、国民社会に誤ったメッセージを与えます。

(3) 会計上のオフバランスメリットが失われ、リース市場は急激に縮小しています。民法典型契約とするほどの存在感は今後維持されないのではないのでしょうか。

(4) リース業界のリース事業協会も、民法典系契約化には反対しておられます(弁護士)。

- 提携リース被害が全く沈静化せず、それどころか、多様化している。とくに、京都府においては、リース契約を悪用したキャッシュバックリース商法により、中小零細事業者は、極めて多額の被害を被っているケースが相次いでいる。さらに、リース会社もこれに対し抜本的な解決策を提示できていない。提携リースを規制する業法の制定が急務である。リースは、本来、汎用性のない、純事業用の物件について、ユーザーが「ぜひ使用したい」という動機がありながらも一括購入する資金が用意できない際に、使われているものである。しかしながら、現在、小口提携リースで行われているのは、このようなユーザーの意向や動機を全く無視して、リース会社の監視監督も全くうけないままにサプライヤーが主導して契約をリードしていくという極めて歪んだものである。リース契約の典型契約化の議論は、このようなリース被害の実態、及び、リースの病理現象を完全に看過した上品な理念型だけを論じたものにすぎない。この典型契約化は、サプライヤー及びリース会社に、消費者でもだれでも「普通の契約」として安心してリース契約が締結できる、というお墨付きを与えてしまうものであり、被害の固定化ないし被害のさらなる拡大は必至である。よって、現在議論されているような、提携リース被害について何らの手当てもないままになされるかたちでのリース契約の典型契約化に、強く反対する。リースは、典型契約化すべきでない。提携リース被害が全く沈静化せず、それどころか、多様化している。とくに、京都府においては、リース契約を悪用したキャッシュバックリース商法により、中小零細事業者は、極めて多額の被害を被っているケースが相次いでいる。さらに、リース会社もこれに対し抜本的な解決策を提示できていない。提携リースを規制する業法の制定が急務である。リースは、本来、汎用性のない、純事業用の物件について、ユーザーが「ぜひ使用したい」という動機がありながらも一括購入する資金が用意できない際に、使われているものである。しかしながら、現在、

小口提携リースで行われているのは、このようなユーザーの意向や動機を全く無視して、リース会社の監視監督も全くうけないままにサプライヤーが主導して契約をリードしていくという極めて歪んだものである。リース契約の典型契約化の議論は、このようなリース被害の実態、及び、リースの病理現象を完全に看過した上品な理念型だけを論じたものにすぎない。この典型契約化は、サプライヤー及びリース会社に、消費者でもだれでも「普通の契約」として安心してリース契約が締結できる、というお墨付きを与えてしまうものであり、被害の固定化ないし被害のさらなる拡大は必至である。よって、現在議論されているような、提携リース被害について何らの手当もないままになされるかたちでのリース契約の典型契約化に、強く反対する（弁護士）。

○ ファイナンス・リース契約を民法の典型契約の一つとすることに反対です。ファイナンス・リースは賃貸借で実務上確定しています。これを今更民法の典型契約とすることはかえって実務の混乱を招くものではないでしょうか。（ファイナンス・リースは会計、税務とのかかわりからきているものです。その定義まで民法が踏み込めるのでしょうか。）（主婦）。

○ ファイナンス・リースの典型契約化には反対である。

ファイナンス・リース契約は、本来的に、目的物と密接に関連して成立するものであり、その意味において、割賦販売に近い要素をもっている。現に、同一会社が行っていた悪質商法の形態において、クレジット契約とリース契約とが混在していることは少なくなく、利用者側においても、販売店（供給者）が勧誘時において、クレジット契約とリース契約のいずれを推奨されたかによる違いでしかなく、その被害実情は何ら異ならない。そうであるのにもかかわらず、改正提案においては、消費者に割賦販売法で認められているクレジット会社に対する既払い金返還はもとより、未払金の抗弁対抗の規定すらない。しかし、消費者や中小事業者向けのリース契約の多くは、利用者自身による選別という要素が欠如し、先にリース会社と供給者が一定の提携関係が存在し両者が密接であり、リース会社に供給者の勧誘方法等に対する調査義務を課すことが公平な事案も少なくない。このような実態を無視して、なんらリース会社に対する抗弁対抗規定を制定しないままに民法にリース契約を規定することは、リース業者の責任軽減のみを定めたのと同様の結果となり、今後、利息制限法、割賦販売法の先達を目的とした悪質なリース業者が大量発生しかねない。

したがって、以上のような観点より、ファイナンス・リースを典型契約として民法典に規定することには反対である。仮にファイナンス・リースについて規定するのであれば、特別法を制定して、リース会社の責任も含めた規律をするべきである（弁護士）。

- 商法に導入が適当。あるいは複合契約として定型化させる余地があるが今回は不必要（弁護士）。
- ファイナンス・リースの典型契約化は必要ないと思われる（会社員）。
- 仮に債権法を（一部でも）改正するとしても、新しい典型契約として「ファイナンス・リース」を採用することは不相当である。ファイナンス・リースは、現在、市民社会で広く使われているわけではない。また、この制度の本質は、法律家ですら、良く理解できていない（というか、元々、そのような哲学的背景は無く、理解のしようがないと思われる）。ファイナンス・リースよりも遙かに市民生活に根ざした保険契約やクレジット契約は、典型契約とされておらず、なぜ、ファイナンス・リースが典型契約なのか理解に苦しむ。まだ議論の途中とはいえ、中間論点整理で、このように「市民感覚と乖離した提案」が出ること自体が、この改正手法に問題があることを明らかにしているものである（弁護士）。
- ファイナンス・リースの規定は、別途法律で規制すべき（消費生活専門相談員）。
- ファイナンス・リースは、当事者に互換性がなく、また、他の契約に還元できない面があるとしても、保険契約やクレジット契約に比べて重要性が青取るので、典型契約とすることに反対である。  
 提携リースについての問題が深刻であり、これに対する対応を問題とすることなく、契約の基本的な部分のみ規律を設けるべきではない。提携リースに対する行政ルールを含めて、別途単行法において規律するか、割賦販売法に新たに追加的に規定すべきである。  
 消費者を対象とするファイナンス・リースは、消費者にとってメリットらしいメリットはなく、割賦販売法の脱法以外の意義はないに等しい。このようなものを認める必要性はない。そのような位置づけの契約は、商法に規定するのであればともかく、民法に置く必要性はない（弁護士）。
- 一口に「ファイナンス・リース」といっても、その形態には幾つかのヴァリエーションがあり、実際には売買に近いものから、オペレーティング・リース的な色彩を有するものもある。それらをすべて新たな典型契約として規定するのは困難である。  
 基本的に、リース契約はその契約内容に従って解釈されるものであり、ファイナンス・リース契約を典型契約の一類型として定めても、その類型にぴったりと当てはまらないリース契約の取扱いをどうするかという問題が残る（弁護士）。
- ファイナンス・リースが特殊な性質を有するものであることは確かだが、すでに業界団体で標準的な契約書に基づく実務慣行が確立していることや、専ら事業者間の取引であることから、典型契約として規定することに今更感がある。仮に典型契約化するにしても、現行の実

務運用に無用の変更・修正を強制する方向での規定は避けるべきである（会社員）。

- ファイナンス・リースについて、取引実態を十分に把握しながら慎重に検討すべきであり、会計制度や税制と異なる定義をすることによって実務を混乱させないように留意する必要がある。

ファイナンス・リースは現在では重要な取引形態の1つであるところ、その法的性質は、既存の典型契約の1つに解消されない。すなわち、法形式は、供給者とリース提供者間の売買契約と、リース提供者と利用者間の賃貸借契約（リース契約）であるのに対し、その経済的実態は、③供給者と利用者間の実質売買と、リース提供者の利用者に対する信用供与である（加藤雅信『新民法大系Ⅳ』有斐閣524頁）。この点、最判平成5・11・25裁判集民170号553頁は「実体はユーザーに対する金融上の便宜を付与するものであるから、リース料の支払債務は契約の締結と同時にその金額について発生し、ユーザーに対して月々のリース料の支払という方式による期限の利益を与えるものにすぎず、また、リース物件の使用とリース料の支払とは対価関係に立つものではない」と判示している。

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おり、民法の典型契約として規定する必要があるとは言えない。しかし、賃貸借や信用供与とも異なる独自性を持つ契約であるから、更に引き続き検討すべきである。なお、倒産の局面でリース契約の取扱いが問題となる事例があり倒産法の改正においても議論がされたものの、その際には民法に規定がないことを理由として立法が見送られた経緯があることにも留意すべきである（弁護士）。

- ファイナンス・リース取引の典型契約化には、強く反対する（弁護士）。
- 少なくとも業法的規制がないまま、典型契約化することには強く反対する。仮に、典型契約化するのであれば、業法的規制をし、利息制限法の適用の拡張や割賦販売法等の潜脱の防止に配慮した上で、慎重に検討すべきである。

ファイナンス・リースの定義については、強く反対するものではないが、リースには多様なものがあるため、このような定義ができるか、硬直的ではないか。リース業者と提供者が継続的な提携関係にある「提携リース」について規制する視点が不可欠である。リース料の適性化を図る必要がある。提携リースにおいては中途解約が認められるべき場合もある。

リース期間の開始については、少なくとも消費者リース・提携リースでは「借受証」の交付を持って引渡がなされた、瑕疵がないと確認した

との通知があった、という扱いをすべきではない。

リース期間中のリース提供者の義務については、民法の典型契約の規定としては目的物の修繕義務を負わないこと、瑕疵担保責任を負わないこと等の規定を設けるべきではない（日弁連消費者委有志）。

- ファイナンス・リースの定義を明確にすることにより、現在のリース債権の全てをカバーできるような内容にできるのか。必要により、既存のリース契約とファイナンス・リースの位置づけを明確にすることによりリース債権に担保設定の登記ができるようにすべきではないか（司法書士）。

- ファイナンス・リースの典型契約化には反対である。

ファイナンス・リース契約は、本来的に、目的物と密接に関連して成立するものであり、その意味において、割賦販売に近い要素をもっている。現に、同一会社が行っていた悪質商法の形態において、クレジット契約とリース契約とが混在していることは少なくなく、利用者側においても、販売店（供給者）が勧誘時において、クレジット契約とリース契約のいずれを推奨されたかによる違いでしかなく、その被害実情は何ら異ならない。そうであるにもかかわらず、改正提案においては、消費者に割賦販売法で認められているクレジット会社に対する既払い金返還はもとより、未払金の抗弁対抗の規定すらない。しかし、消費者や中小事業者向けのリース契約の多くは、利用者自身による選別という要素が欠如し、先にリース会社と供給者が一定の提携関係が存在し両者が密接であり、リース会社に供給者の勧誘方法等に対する調査義務を課すことが公平な事案も少なくない。このような実態を無視して、なんらリース会社に対する抗弁対抗規定を制定しないままに民法にリース契約を規定することは、リース業者の責任軽減のみを定めたのと同様の結果となり、今後、利息制限法、割賦販売法の先達を目的とした悪質なリース業者が大量発生しかねない。

したがって、以上のような観点より、ファイナンス・リースを典型契約として民法典に規定することには反対である。仮にファイナンス・リースについて規定するのであれば、特別法を制定して、リース会社の責任も含めた規律をするべきである（弁護士）。

- ファイナンス・リースを典型契約とすることには反対である。

事業者間契約としてなされることが通例であり任意規定を設ける必要性に乏しいとともに、割賦販売法の個別信用購入あっせんに対する規律の脱法行為として行われる事案も報告されており、典型契約とした場合の弊害も予想される（兵庫県弁）。

## 第57 事情変更の原則

### 1 事情変更の原則の明文化の要否

判例が認める事情変更の原則を明文化するという考え方に関しては、濫用のおそれが増加すること、個別具体的な事案に応じて信義則や契約解釈により柔軟に解決する方が望ましいことなどを理由に明文化に否定的な意見がある一方で、濫用防止のためにも明文化により適用範囲を明確にすべきであること、信義則の具体的内容を明らかにする趣旨で明文化する方が分かりやすく望ましいこと、弱者保護に資する可能性があることなどを理由に明文化に肯定的な意見があった。また、明文化に当たって留意すべき点として、適用場面が、事情の変更による契約目的の到達不能の場面か、経済的不能や双務契約における等価関係の破壊の場面かで性質に違いがあるという意見、労働契約への適用を否定すべきであるなど、契約種類の違い等に応じて、この原則の適用の可否や適切な要件・効果が異なり得るという意見、限定的に適用されることを要件だけでなく名称によっても表現すべきであるという意見等があった。これらを踏まえて、判例が認める事情変更の原則の明文化の要否について、明文化が取引実務に与える影響、契約目的の到達不能や経済的不能等の具体的な適用場面を踏まえた要件・効果の在り方、濫用防止の観点等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第2, 1 [15頁]】

#### 【意見】

- 明文化を検討することに賛成する。

事情変更の原則の存在については、学説上一般に承認されている。また、判例も適用例はないものの、そのような原則が存在することを否定しない（最判平成9年7月1日民集51巻6号2452頁）。明文化することにより予測可能性が高まる。大災害など予期しない事態が生じた場合に従来よりも柔軟な紛争の解決が期待できる。

ただし、明文化に伴い、優越的な地位にある者が契約の拘束力を免れるために悪用されたり、濫用的な利用が増加したりしないよう、要件の絞り込みが必要である。（仙台弁）
- 限定的に適用される法理であることを明らかにするかがり、事情変更の原則を明文化することは検討されたい。

一方では、事後的な状況変化が発生したからといって契約の拘束力がたやすく否定されてはならないが、他方で、災害等によって想像を絶する激変が発生することがありうることにかんがみ、限定的に適用される法理であることを明らかにすることを前提に、事情変更の原則を明文化することは考えられる。（兵庫県弁）
- 信義則の一態様として判例上定着している事情変更の原則を明文化すべきである。（広大有志）

- 基本的には、「分かりやすい民法の実現」に資するから、いわゆる事情変更の原則を明文化することに賛成する。但し、「事情変更の原則」という用語は、安易に適用が認められるとの誤解を招くから、例えば「極限的事情変更の場合の特則」あるいは「極めて著しい事情変更の場合の例外法理」などの用語に変更するのが妥当である。

また、要件・効果についても後記のとおり慎重に検討することが必要であると思料する。(東弁)

- 事情変更の原則の明文化に賛成である。但し、事情変更の原則を労働契約に適用することには反対である。

事情変更の原則は、我が国においても既に確立した法理であるといつてよいから、民法を改正するに当たっては、これを明文化するのが相当である。

民事訴訟において、当事者主義、弁論主義のもとで、弁護士強制制度がとられていないことからすると、広く国民に対して、事情変更の原則の法理を明示すべきである。それが紛争の公平な解決や早期の解決に繋がり、未然の防止にも資すると思われる。

ただし、労使対等合意原則(労働契約法1条, 3条1項)に反する一方的な契約変更権限を使用者に与えるのは妥当でないので、労働契約への適用は否定すべきである。

履行不能と事情変更の原則の限界を截然と区別するのは困難であるし、また、無益であろう。当事者に選択権を委ねるのが相当である。(横浜弁)

- 事情変更の原則を明文化することに反対はしないが、その内容は基本的には判例法理によるべきである。ただし、明文化による濫訴防止のため、規定内容については、慎重に検討すべきである。

事情変更の原則は実務上定着しているので、明文化する必要はある。そしてその内容は、実務上定着している判例法理であり法的安定のためにも妥当である。

しかし、明文で事情変更の原則を定めると、明文の存在があることを理由に、いたずらに主張されるおそれが発生する可能性があるため、規定の内容は慎重に定めるべきである。(愛知県弁)

- 判例が認める事情変更の原則について規定を置く方向で検討すべきである。

事情変更の原則は、錯誤等の意思表示規定及び債務不履行のいずれにも該当しないものの、天変地異等により契約の効力を維持することが妥当でない場合において、契約からの解放を認める根拠となるものであって、これまで、学説に加え裁判例においても認容事例があることからすれば、上記原則の規定を置くことを検討する実益があるといえる。

ただし、濫用のおそれがあるため、その要件については厳格に解釈さ

れるべきである。(日司連)

- 明文をもって定めるべきである。

確定している判例法理の明文化が望ましい。ただし、要件効果等については慎重な検討が必要である。(札幌弁)

- 明文化すること自体に反対するものではないが、その要件及び効果については、実務に与える影響も踏まえ、慎重に検討すべきである。(弁護士)

- 消費者取引において、事業者による「事情変更の原則」の濫用がなされないような要件を建てる必要がある。

例えば、マンション販売において、販売不振から価格を下げて販売するケースがあり、当初購入者に交換価値の下落等による損害が生じる例が少なくない。これは、近隣の比準価格を無視した価格設定、入居者調査の欠如、自らの販売努力欠如など、事業者側に帰責可能な事情に起因する例が少なくない。この場合、事業者側は、自らの責任によらない不可避免的な経済変動などの「事情変更」による、やむを得ない措置と主張することが多い。

しかし、こと、消費者取引に関しては、事業者側のこのような変更の主張が正当として是認される要件として、検討事項が掲記する4要件以外に、条件変更が事業者の経営等の観点から必要不可欠であり(必要性)、他に代替手段がなく(非代替性・補充性)、回避努力を尽くし(変更回避努力)、変更が目的を達するための最小限のもの(均衡性、相当性)であることなどが必要である。事情変更の原則を一般化する場合には、上記の観点到留意すべきである。少なくとも、検討事項の理由中の、「事情変更の結果、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められる場合」中の信義則とは、結果のみならず、契約締結前後の事情の一切を斟酌するものでなければならない。

経済的変動に加え暴力団関係者の入居に伴う入居不振で、販売(仲介)業者が値下げ販売を行った事案につき、事業者側の損害賠償を認めた事例に、余後的付随義務違反を認めた裁判例がある。この場合、事情変更による結果の不当性からのみ、事後的な販売条件の変更が安易に認められ、適法と判断されるようなことがあれば、顧客の事業者への損害賠償請求が認められないおそれがある。(日弁連消費者委有志)

- 部会の各委員からの反対意見にあるとおり、事情変更の原則は、債務者が債務を履行しないことの正当化に用いられる危険があり、とくに民法の行為規範としての機能に悪影響を与えるおそれ大きい。現状でも信義則や公序良俗違反を理由に妥当な結論を導き得る以上、事情変更の原則の明文化は避けるべきである。わかりやすい民法とする観点からは、判例で認められた法理である事情変更の原則を導入することに一定の意義は認められるが、仮に導入するとしても濫用を避けるためにその要件は厳格にし、

あくまでも特例であることが一目でわかるような名称とすべきである。

(親和会)

- 事情変更の原則の明文化にはついては、慎重に検討すべきである。

一般条項の明文化については、慎重な検討が必要と考える。

また、事情変更の原則の明文化により、債務者が債務の履行拒絶や弁済条件の変更を濫用的に主張することが想定されるため、慎重な検討を要するものと考えられる。(サービサー協)

- 例外的規定であることが明らかとなり、濫用されない規定を作ることができるか否か慎重に検討する必要がある。

事情変更の原則が信義則適用の一場面として存在すること、事情変更の原則が適用されるのは非常に例外的な事案であることについては意見が一致した。

しかし、その様な非常に例外的な場面にだけ適用されることを条文化する必要があるか(信義則の適用でよいのでないか)、条文を設けた場合、濫用される恐れもあり、濫用されることがない規定を設けることが可能か、濫用されないまでも安易に適用されることになるのではないか、事情変更の原則は適用場面が、双務契約の対価の不均衡、契約目的の到達不能、経済的不能など様々な場合に適用され、且つ契約類型によってその適用場面が異なり、その様なことを過不足なく規定することが可能かという危惧から条文化に反対する立場と、濫用されない条文を設けることで、要件を明確にし、濫用を防ぐことができると言うことから賛成の立場に分かれた。例外的規定であり安易に適用されないものであることが明らかになる定め(本文だけでなく、名称としても非常に例外的規定であることが明らかになる定め、例えば「事情激変による例外」)ができ、かつ、濫用されることのない規定が設けられれば反対の立場でも明文化に反対はしないし、それができないなら賛成の立場でも明文化をすべきでないと考えている。また、事情変更の原則が適用になる場合、適用対象となる契約の種類、契約の履行状況により、適切な効果が異なっており、効果を一律に定めることが不適切であることから明文化に反対する立場がある。

ところで、事情変更の原則の立法化にあたっては、どのような事例を想定するかが問題となる。

例えば、①祇園祭の山鉦巡行を見るために四条河原町のビルの一室の賃貸借契約を締結したが、契約時に予想し得なかった伝染病の流行のため山鉦巡行が中止となった。ビルのオーナーは賃料を請求できるか、あるいは、一部前払いしていたときに借主は契約を解除して返還請求できるか。(エドワード7世の戴冠式に関しTaykor v. Caldwell[]K. B. 740。)

②建築工事でセメントの単価を9400円で計算して請負契約を締結したが、当者の予想しなかった経済情勢の変化からセメントが15000円になった場合に請負業者が請負代金の追加請求をできるか。あるいは、セメント

の単価が4000 円になった場合注文主は請負代金の減額を請求できるか。

③砂糖の国際価格が値上がり傾向にあるなかで日本の商社がオーストラリアの商社との間で現在の価格で五年間日本が砂糖を一定量買う契約を日本法を準拠法として締結した。ところが、予想に反して、砂糖の価格が4分の1以下に暴落した場合、それでも日本の商社は一定量の砂糖を契約価格で購入しなければならないか。反対に当事者の想定を超えた価格が10倍に高騰した場合、オーストラリアの商社は契約どおり砂糖を売らなければならないか。(1975年の日豪砂糖交渉事件)

④2000万円 で20年以内に土地を買える売買の予約で、当事者の予想しなかったインフレとバブルで土地の価格が10倍になった場合に、買主が2000万円支払うのと引換に売主に土地の所有権移転を請求できるか、売主は契約を解除して契約の履行を拒めるか(神戸地方裁判所伊丹支部昭和63年12月26日判決・判時1319号139頁)

①は履行可能であるが、外部的事情で履行しても契約の目的を達成できなくなった場合である。このような場合も契約の解釈によっては履行不能で解決できる。しかし、当事者がそこまで想定していない場合、事情変更の原則で解決することとなる。このような場合に、リスクをいずれが負うことが契約の趣旨に合致するかである。①の事例で、既に前金を支払っていた場合、前金は返還してもらえないが、残金は支払わなくて良いと言う処理も可能である。事情が変更した場合にその時点で契約は無効となる。②の事案の場合、工事途中で解除で解決することが解決として妥当か問題である。高騰したときは代金の増額修正という解決とならないか。ただ、増額されると注文者が支払えないこともある。現在は、この種の契約では、価格変更条項が入っているのだからそれに従うこととなる。事情変更の原則も任意規定と言える。また、この事案で代金先払いで先に代金が支払われていた場合はどうなるであろうか。その時も価格の変更を認めるなら、社債等でインフレにより貨幣価値が下がった場合にも適用する余地が出てくる。③は、相場の読み外れとして、異常な外部的要因で相場が変動しても契約を解除したり、変更する必要はないであろう。④は、対価の不均衡の事案であるが、これは解除という処理で問題ないであろう。このように考えると、全ての契約に適用となる事情変更の原則を定めることは困難になる。事情変更の原則を定める場合、③のような相場取引については、どんなに高騰しようとする暴落しようとする事情変更の原則の適用が排除されるようにすべきでないか。また、対価不均衡の事例では、双方未履行の双務契約に限定すべきでなかろうか。さらに、①、②の事例を変更し、①の事例で電力会社の一方的な都合で停電し、ビルが使えなくなった場合、あるいは、セメントが輸入品の場合、輸出国の革命あるいは法令の変更で輸出されなくなったため入手できなくなったため工事ができなくなった場合を想定すると、これは履行不能、危険負担の問題となり、危険負担、履行不能との整合性

を考える必要がある。両者では、契約解除、契約で引き受けた範囲内であれば損害賠償、範囲外であれば損害賠償なしということになり、効果として契約の改定はない。しかし、①で述べたように契約の解釈によっては①も履行不能とも言える。（日弁連）

- 中間論点整理では、事情変更の原則の明文化の要否について、明文化が取引実務に与える影響等に留意しつつ、更に検討してはどうかと提言されている。

この点、判例上、事情変更の原則が実際に認められた事例はそれほど多くなく、判例において、要件の類型化が必ずしも十分になされているとはいえない。従って、事情変更の原則が明文化した場合、要件が明確化されない可能性が高いと思われる。

他方、中間論点整理では、仮に事情変更の原則が明文化された場合、効果に関して、再交渉請求権・再交渉義務等を認めるべきか否かについて検討されている。しかしながら、要件が不明確であるにもかかわらず、当事者に契約改訂のための再交渉請求権を認める（相手方に再交渉に応ずる義務を課す）という、強力な効果を有する当該原則が明文化されると、これに基づいて再交渉の申出が多数なされることが予想され、契約当事者の負担が増大する懸念がある。

また、ソフトウェアの販売に際しては、仕入れから販売に至るまでに、流通に関して多くの契約が締結されることがある。これらの契約の条件は、上流（仕入れの契約）の契約条件をもとに、下流の契約条件が決定されるケースが多い。そして、一部の契約については、海外企業との間の国際取引として、準拠法が日本法以外とされることがある。このような状況において、再交渉請求権（これに応ずる義務）を認めるという事情変更の原則を明文化されると、（準拠法が日本法とされた）一部の契約が、事情変更の原則により契約条件が変更される懸念があり、これが商流全体に影響を与える懸念がある。（ソフトウェア協）

- 事情変更の原則の明文化にあたっては、濫用防止の観点から慎重な検討が行われるべきである。

事情変更の原則の明文化は、事業者にとって濫用懸念がきわめて強いものと認識している。事情変更の原則が必要とされるケースが存在することは理解できるものの、規定化にあたっては濫用防止に十分配慮した検討を要望する。（損保協会）

- 「明文化が取引実務に与える影響、契約目的の到達不能や経済的不能等の具体的な適用場面を踏まえた要件・効果の在り方、濫用防止の観点等に」留意して検討するにあたっては、中小企業が、情報量・交渉力に勝る者と取引をする際に、本項を濫用し広く使われることが予想されるので、中小企業に配慮した取引の安全の観点を加えて、検討すべきである。

特に、中小企業における弊害の有無等についての実情を調査し、追完請

求権（第2・4）、受領遅滞（第7）、不安の抗弁権（第58）の論点とも関連して検討する必要がある。（都民銀行）

- デリバティブ取引や為替取引は、市場の大きな変動があり得ることを前提にそのリスクの移転等を行うものであることからすると、事情変更の原則は基本的に適用されないと考えられる。また、そのような契約類型は上記のような市場性取引以外にもあると思われる。

当事者の合意の枠外にある強行法規を根拠とする事後的な取消し、契約内容の変更の可能性は、海外からは日本人・日本企業と取引するに当たって不確実性・リスクと評価されるおそれがある。海外からの認識にも配慮した議論を期待する。具体的には、ホールセール・マーケット取引とリテール・マーケット取引を区別し、前者への適用に当たっては任意規定とし、当事者の合意によりリスクの切り分け及び分担ができるようにされたい。

（ISDA）

- 判例が認めている「事情変更の原則」を明文化した場合、金融商品取引について実務上の混乱が懸念される。

中間的な論点整理178頁には、事情変更の原則の効果について、再交渉請求権・再交渉義務を規定すべきとの考え方が示されている。

中間的な論点整理の補足説明438頁には、「否定的な立場からの意見としては、債務の履行を拒絶する口実として事情変更が使われることが多いという取引実態を考慮すると、事情変更の原則の明文化により履行を拒絶する事案が増加するおそれ」が指摘されているところであるが、証券業界としても事情変更の原則が明文化されれば、本来的に要件を満たしていないものも含め、些細な状況の変化であっても事情の変更があったとして、契約改訂の再交渉を求める申出が増えることが予想され、申出への対応が煩雑なものになることから、実務上の混乱が懸念される。（日証協）

- 契約当事者に安易に履行を拒絶する口実を与えることになる等、一般条文化による濫用のおそれや取引実務に与える影響の大きさに十分留意の上、慎重に検討頂きたい。特に要件等については、拡大解釈を生ぜしめないような表現方法とする方向で、慎重に検討されたい。（貿易会）
- 仮に事情変更の原則・効果を民法に新設するとしても、労働契約への適用は除外すべきである。

事情変更の要件と効果を労働契約に適用した場合には、使用者に、事情変更という新たな労働条件変更を求める手段を持つことになる。使用者が、事情変更を理由として労働者を解雇し、その上で金銭調整を求めることができることになる。これは解雇の金銭解決制度を導入するのと同様の結果となる。

また、労働契約において、労働条件は、個々の労使の合意だけでなく、労働条件は使用者と労働組合が集団的に交渉して決定されるべきである（憲法28条、労働組合法）。このような集団的労使交渉の枠組みを無視

することはできない。仮に、事情変更のような労働契約変更制度を導入するのであれば、労働組合の意見・協議手続きを組み入れ、解雇の金銭解決制度にならないように、労働契約法の中で慎重に検討すべきである。したがって、事情変更の原則・効果について新たに規定を設けるとしても、労働契約は適用除外とすべきである。(労働弁護団)

- 情報力・交渉力のある事業者が中小企業に濫用的に契約条件の変更を迫る可能性があるので、慎重に検討をして頂きたい。(全中)
- 規定する場合には、契約を遵守することが原則であり、事情変更の原則が適用されるのはあくまでも例外的状況であるべきことを踏まえて、要件効果を適切に規定することが必要である。事情変更の原則の要件となる事実につき、当事者が事前に想定して受け容れた事象については、事情変更の原則は適用されないとするなど、細やかな配慮が必要となると思われる。適切かつ明確な要件効果を規定することは容易ではないと思われるが、そうであれば、信義誠実の原則に委ねたままとするのが、法的安定性の観点からは良いとも考えられるので、この点にも十分ご留意いただきたい。(長島・大野・常松有志)

- 判例が認める事情変更の原則を明文化が可能であるかを検討するに際しては、①適切な要件・効果の定立が可能であるか、②信義則等の一般条項の内容を希薄化するおそれがないかに留意すべきであると考えている。

国民に分かりやすい民法にするためには、確立された判例法理であれば、これを明文化することが望ましいと思われる。しかし、事情変更の原則に関していえば、一般的に適用可能な確立した判例法理があるといえるかについて疑問がある。

また、事情変更の原則についての要件を定立する際には、契約目的の到達不能の場面、経済的不能の場面、双務契約における等価関係の破壊の場面等のそれぞれにおいて適切な要件・効果を定立しなければならないと思われるが、仮にそれぞれの適切な要件・効果の定立が可能であったとしても、そのような詳細な規定を設けることが国民にとって分かりやすい民法とする今回の改正の目的に相応しいかについて、なお慎重な検討が必要であると考えている。

上述のとおり、事情変更の原則についての適切な要件・効果を定立することが仮に可能であるとしても、契約目的の到達不能の場面、経済的不能の場面、双務契約における等価関係の破壊の場面等のそれぞれにおいて適切な要件・効果を定立しなければならない可能性があると思われる。しかし、ある程度具体的な事情を考慮した上での詳細な要件・効果を定立すれば、信義則等の一般条項の内容が希薄化し、一般条項を用いて個別具体的な事情を勘案した上での柔軟な解決を図ることの障害とならないかについて慎重な検討が必要であると思われる。(TMI有志)

- 事情変更の原則を明文化することに反対である。判例上、この法理が

適用された事例が少ない上、金融取引（デリバティブ）のように取引の安定性が非常に重要なケースにおいては、事情変更が認められると、円滑な取引が阻害されるおそれがある。（一弁）

- 債務の履行を拒絶する口実として事情変更が使われることが多いという取引実態を考慮すると、事情変更の原則の明文化により履行を拒絶する事案が増加するおそれがあり、また、従来の判例法理の下では認められなかったような事例において濫用され無用な訴訟が増えるおそれがあるので、慎重に検討すべきである。例外中の例外をあえて明文化することには違和感がある。仮に明文化する場合でも、適用範囲が極めて限定的であることが条文上明確になるように、革命や内乱等の具体的な適用場面を例示し、名称を「事情激変の特例」とするなどの検討が必要である。（弁護士）

- 事情変更の原則の法理は明文化するべきではない。

事情変更の法理自体は肯定されるが、これまで最高裁でその適用を認めて解除権を肯定した事例は一件もない。むしろ、原審が認めたものを破棄したものが複数ある。これまでの判例は、法理自体は認めるものの、適用される場合を極めて限定的にとらえている。

明文化することで濫用的な主張がなされることも予想され、何ら帰責性のない相手方が交渉や妥協を余儀なくされることも予想される。

過去の判例をみると、事情変更を否定するものも含めて、契約の性質、契約締結に至る経緯、契約後の経過（時間等）、事情変更事由発生に対する帰責性等も考慮して、総合的にみて履行の強制が信義則に反するかといった判断をしている。

判例は、あらゆる事情を考慮して信義則への適合性を判断しているといえ、法制審資料の第一読会において紹介されている要件などに収斂されるとはいえない。

法制審資料の要件論の④のところで総合的に考慮するのもかもしれないが、そうすると法としての明確性にも欠けるといえるし、このような要件を入れざるを得ないことが法文化になじまないことを示しているといえる。

（堂島有志）

- 現在の実務上かなり限られた場面でのみ適用されている事情変更の原則（特に、事情変更による契約解除の適用については、極めて厳格なものとなっている。）を明文化すると、実体的には理由のない当該主張を誘発し、いたずらに紛争が拡大される懸念があるとの意見が大半であり、反対するとの意見が多かった。また、個々の事案の具体的な事情に即した妥当な解決及びそれを通じた判例の着実な発展を阻害することが強く懸念される事項であり、条文化は見送るべきであるとの意見が多かった。（最高裁）

- 事情変更の法理（あくまで極めて例外的な場合に適用される法理であ

ることから、事情変更の原則とは記載せず、「事情変更の法理」と記載する。以下、同じ。)を明文化することには反対である。仮に事情変更の法理が認められることを明文化するとしても、一般原則として認められうることを示すことで十分である。

事情変更の法理が承認されるべきことについては、学説・判例もともに認めるところであり、かかる法理が認められるべきこと自体に実務的観点からは異論はない。

しかしながら、かかる法理の射程は極めて限定されたものに止まっており、下級審判例において同法理の適用が認められた事例も散見されるが、適用を否定する事例の数がこれを大幅に上回っている。そして、最高裁は、具体的事例への事情変更の法理の適用については極めて消極的であり、同法理の適用について判断した事例は数多く存在するが、適用を肯定したものは一つも存在しない。

このうち、いずれも事情変更の法理の適用を認めた原審を破棄した最高裁判例も複数あり、同法理の適用に最高裁が極めて慎重な姿勢を取っていることが確認できる。最上級審レベルでは、大審院の先例を合わせても1件のみである。この点において、権利濫用の原則(民法1条3項)や信義誠実の原則(同2項,事情変更の法理を除く。)による解決例が最高裁レベルでも多数存在することと極めて対照的といえる。

結局、事情変更の法理の適用範囲は、極めて限定的な場面でしかなく、

いわば異例ともいいうるケースに限って適用される法理なのである。

したがって、次に述べるとおり、事情変更の法理を明文化することにより発生しかねない弊害を併せて考慮すれば、あえて契約一般に適用されるルールとして明文化する必要があるとは考えがたいし、適当でもない。

事情変更の法理の適用によって事案を解決することが必要な事例においては、一般条項である信義則による規律で対応することで十分である。

契約の履行過程において紛争が発生する場合には、契約当時とは事情(多くは一方当事者にとっての事情)が変更したが故に紛争化する場合が多々存するところである。

しかしながら、事情変更の法理の適用範囲は、上記のとおり極めて限定的な場面でしか考えられてこなかったものである(なお、適用範囲を多少広げるべきとの意見もありうるところであるが、そのような立場にあっても、この法理の性格上その適用範囲はおのずと例外的なものに限られることは明らかである。)

にもかかわらず、事情変更の法理を明文化した場合、「契約は守られなければならない」とする基本原則を緩和するとの誤ったメッセージを発することになりかねず、事情変更の主張の乱発により、紛争をかえって誘発させることになりかねない。当事者間の交渉の段階では事情変更

の法理の適用要件を満たしているかは確定されていないところ、同法理は、後に述べるとおり、その性質上、要件の定立が困難であり、適用範囲の切り分けが不明確にならざるを得ない面があるのであって、この点も同法理の乱発的な主張に拍車を掛けかねないといえる。

なお、法制審での審議において、信託法 150 条が濫用されているとは聞いておらず、民法に事情変更の法理を規定した場合における濫用の危険を重視すべきかは疑問があるとの意見がある。

しかしながら、信託法第 150 条は、受益者の利益のために、信託事務の処理に関し第三者への委託を可能にする等の信託の変更を行う場合に適用される条文であって（「受益者の利益に適合しなくなるに至ったときは……信託の変更を命ずることができる。」）、委託者や受託者が自らの利益のために適用を主張するものではない。あくまで受益者の利益のために適用されるものである。また、同条は、信託行為（信託契約や遺言信託）の変更を行うものであって、受託者と第三者間の契約の変更を意味するものではなく、受託者の相手方当事者から適用が主張されるものでもない。そのため信託法第 150 条の適用が主張される事案では、自らの利益を図るために同条文が濫用的に主張されるということがそもそも想定しにくいのである。すなわち、信託法第 150 条の適用の場面は受益者の利益という同一方向に向かったベクトルの適用場面であるのに対し、民法における事情変更の法理の適用場面は契約当事者の相対立する利益というまさにベクトルが対立する場面であり、明らかに利益状況が異なっているのである。したがって、信託法 150 条の濫用事例を聞かないからといって民法に事情変更の法理を規定しても濫用の危険が生じないかの意見には大いに疑問がある。

また、事情変更の法理につき明示のルールを整えることとなれば、契約の拘束力から免れたいと考える紛争当事者が、この法理を濫用的に主張する例が増加するおそれが否定できず、紛争の引き延ばしを図られたり、ゴネ得を許す結果にもなりかねない。

特に、事情変更の法理の効果として、検討事項において紹介されているような、再交渉義務を規定すべきとの考え方や再交渉の申し出がされた場合には履行請求権の行使が制限されることを規定すべきとの考え方を採用する場合にはなおさらである。

実際の事件においては、紛争の解決に要する時間が極めて重要な場合（争われて時間を要してしまうこと自体が大きな不利益となってしまう場合等）もあり、交渉を義務付けられること自体が大きな不利益となつて、結果、ゴネ得を認めることにもなりかねないといえる。事情変更の法理の適用の有無については、その要件の性質上、事件毎に具体的事情の判断を個別に行っていくかざるをえないため、裁判においても早期に判断がつかない可能性が高いといえるところ、裁判で争いながら裁判所の

判断を待っている期間は、履行請求権の行使が制限されるものと判断されるのではないかと思れ、なおさら不当な妥協を強いられかねない。

交渉に要する期間の予測性の観点からすれば、事情変更の法理の主張がなされた場合に裁判手続がどのようになるか手続法上の明確性も、実体法の明文化と同時に図られるべきであるが、手続法上どのようになるか未だ不明な点が多い。

事情変更の法理については、法制審議会の議論においても発言者それぞれによってイメージする場面が異なっているように思われ、またこのような制度につき、他の制度との適用範囲の切り分けを明文で明確に行うことも困難と思われる。

例えば、債務者の責に帰すべからざる事由によって履行不能となった事案や経済的不能の事案（履行可能だが契約どおりの履行を強いることが過酷な場合）、いわゆる等価関係破壊の事案、契約目的不達成の事案等それぞれについて、事情変更の法理の規律によるのか、それとも履行不能の規律によるのか、それとも錯誤の規律によるのか、そもそも契約内容の確定の問題なのか等、これらを明文で明確に切り分けられるのか疑問である。

以上のとおり、事情変更の法理は、その適用範囲がごく限られている一方で、要件の明確な切り分けが困難であり、また、その効果について事案に応じた具体的妥当性を図るべく一般条項である信義則の一適用場面として柔軟な解釈の余地を残しておくことがむしろ合理的であって、その要件・効果ともに明文化することは妥当でない。

仮に、この法理が認められることを民法で明示するとしても、一般原則として認められうることを示すことで十分である。

なお、契約類型によっては、一定の事情の変更により契約改定を認めることが必要とされるものもありうるところであるが、当該契約類型毎の事情に応じて、個別の立法的手当によることが適切である。

なお、近時の立法や改正により事情変更の法理が明文化されたものとして、ドイツ民法、オランダ民法、ロシア民法などがある。

しかしながら、一方で、1999年に制定された中国契約法では、その起草過程において事情変更の法理の明文化について激しい論争が繰り広げられ、既に最高人民法院による司法解釈において事情変更の法理は承認されていたにもかかわらず、事情変更に関して明確な限界を定めることは困難であること、事情変更と商業上のリスクとを峻別することは困難であること、適用段階における判断にも困難が伴うこと、事情変更の法理が用いられるのは実際には極めて特殊な状況に限られる等の理由により、最終的に明文化されないこととなっているところである。

また、ウィーン売買条約においても、事情変更の法理は明文化されていない。（大阪弁）

- 事情変更の原則については、適用され得る多種多様な紛争の解決の促進となるよう要件・効果の点から適切な規定を設けることができるのであればよいと考えられるが、上記①のとおり、事情変更の原則の明文化は不要と考える。

本論点について、信義則の具体化に留まるのであれば信義則があれば足り、信義則を具体化する規定を設けるとかえって一般条項としての性格が見えにくくなるという指摘がある。

事情変更の原則の問題は、規範的な評価も含めた契約当事者間における契約内容の確定の問題に解消され、改めて規定を設ける必要性がないという指摘もある。

効果の点からみても、事情変更の原則が機能する場面は多様であるところ、例えば裁判所による契約改訂を認めるのか、あるいは当事者の再交渉義務を認めるのか等、規定を設けることで効果が一律的、硬直的になってしまうことから、柔軟な解決を導くため、特に規定を設けず、信義則あるいは契約の解釈に委ねることで足りるという指摘もある。（全銀協）

- 事情変更の原則の明文化に反対である。

事情変更の原則を認めたとされる最高裁判例においては、厳格な要件が定められ、実際に事情変更の原則が適用され、契約の解除や契約改訂が認められた事案は存在しない。

事情変更の原則は裁判所による私的自治に対する介入であり、極めて例外的な場合にしか適用されてはならない法理である。これを明文化して正面から一般法理化することは適切ではない。事情変更の原則を明文化しようとしても、結局は「信義則」といった個別事案において追求すべき外延の不明確な要件によらざるを得ず、適切な規定を設けることは困難と思われる。

なお、今般の東日本大震災により激甚被害を受けた被害者に係る契約に関しては、場合によっては事情変更の原則が適用される場合もあり得るものと考えられるが、事情変更の原則はこのような千年に一度の災害の際にはたとえ明文の規定がなくとも適用され得るものであり、このような非常に稀な場合のために明文化することには反対である。

ただし、事情変更の原則の明文化について、確立した法理であり、わかりやすい民法との観点からも明文化すべきとの意見もあった。（二弁）

- 明文化に反対する。安易な履行拒絶による濫用が懸念される。（森・濱田松本有志）
- 労働契約の成立と終了、労働条件変更については、労働契約法にいくつかの定めがあり、民法及び労働契約法の信義則・権利濫用の禁止により規律され、これらに基づき多数の判例法理が形成されてきたところ、「中間

的な論点整理」の中には、労働者の権利水準を後退させるか後退させるおそれのある検討事項が少なからず存在している。

事情変更の原則について明文化することには、労働条件変更と解雇の要件の緩和、解雇無効の場合の金銭解決制度などの点で、労働者に影響が及ぶ懸念があり賛成できない。(連合)

- 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。(日大民研・商研)
- 事情変更の原則が認められることに異論はないが、この原則を明文化する必要はない。債務者としては履行を約束した以上、経済情勢・社会情勢が契約当時と異なることとなっても、債務を履行しなければならない。したがって、事情変更の原則が現実に適用されることはほとんどないと言ってよい。現実に適用される可能性のほとんどない制度を明文化する必要はないであろう。また、明文化することによって濫用されるおそれも出てくる。(福岡弁)
- 事情変更の原則の明文化については反対であるが、事情変更の原則という概念のみを規定するに留めるのであれば問題はないと考える。

個々の事案によって重大な事情変更となりうる事象が異なり、個別具体的な要件、効果について、民法で規定する必要はなく、当事者または裁判所の判断に委ねるべきである。

しかし、事情変更の原則という概念のみを規定するに留めるのであれば、分かりやすさの点から問題はないと考える。(国際企業法務)
- 事情変更原則の明文化には、以下の理由により賛成できない。
  - (1) 事情変更の原則の適用により契約の拘束力が安易に弱められることは、実務上大変な混乱を生じるおそれがある。
  - (2) 債務不履行の口実として利用される可能性が高く、債権者の権利利益を著しく害するおそれがある。
  - (3) 債権者側が事情変更の可能性を予測して契約している場合には、当事者間の公平の観点からも問題がある。すなわち、事情変更の可能性を予測した勤勉な当事者の犠牲のもとに事情変更の可能性を予測しなかった怠慢な当事者が不当に利益を得ることがないような歯止めが必要であると考えられる。(自動車リース連)
- 事情変更の原則を明文化することは反対。判例がこの原則を適用した場面が例外的であることに照らせば、この原則の要件・効果を一律に規定することは相当でなく。個別具体的な事案に応じて解決を図ることが望ましい。(経営法曹会議)
- 明文化は適切でない。事情変更の原則の射程は極めて限定的であり、明文化する必要がない。契約は守らなければならない、という基本原則

を緩和するとの誤った理解から、濫用的な主張が増加するおそれもある。  
(金沢弁消費者委)

- 事情変更の原則は判例によって認められた原則ではあるが、実際に適用された例は少なく、きわめて限定的に認定されていると考えられる。それが明文化され、いわばお墨付きを与えられることになると、濫用的に用いられる可能性があることが強く危惧される。大企業であれば取引の相手方から事情変更があったとして支払を一時ストップされたとしても裁判によって雌雄を決する時間的あるいは経済的余裕があるが、中小企業はその日その日の資金繰りに汲々としている会社も多く、事情変更を理由に相手方から支払をストップされた場合、直ちに会社の経営に影響が及びかねない。

事情変更の原則は現在のように信義則等に基づいて裁判所でケースバイケースに判断されるべきものであって、一律に明文化しうるものではないのではないかと考えられる。

したがって事情変更の原則を明文化すべきではない。(東京同友会)

- 取引の安定性を優先する立場からみれば、個別具体的な事案に応じて信義則や契約解釈により柔軟に解決する方が望ましいと考える。(不動協)
- 明文化には反対である。現行法で特段の不都合はない。

事情変更は一般条項の適用場面であり、明文化によって紛争の特性に応じた解決が妨げられかねない。例外的な処理をしなければならない事情は区々であるから、個別事情に応じて柔軟に解決されるべきものである。また、明文化によって契約の拘束力が弱まる懸念がある。

判例法理の存在で十分である。(広島弁)

- 事情変更の原則は、信義則適用の一例であり、信義則の適用は、本来、例外中の例外であるべきである。特に、他の信義則の派生原理であるクリーンハンズ・禁反言・権利執行の各原則では、不利益を受ける側に多少なりの帰責性に類するものを観念できるが、事情変更の原則にはそれがない。したがって、信義則適用事例のなかでも特にその適用には慎重であるべきで、具体的に要件を定めて明文化すると、適用のハードルが低くなるおそれがあることから、明文化する必要はない。(弁護士、弁護士)
- 明文化することで、「契約は守らなくてはならない」との大原則の例外を認めることになるので、実務への影響が大きい。都合が悪くなると、この主張をして契約の履行を免れようとする風潮を惹起するおそれがある。

民法中に一般原則として規定するのではなく、個別の紛争に際しては、信義則や判例法理を駆使して、柔軟な解決を図るのがよいと思われる。もし導入する場合でも、信義則のところに、その一態様として理念的・宣言的に規定するのがよいと思う。(会社員)

- 濫用のおそれが増加すること、個別具体的な事案に応じて信義則や契約解釈により柔軟に解決する方が望ましいことから、明文化に反対である。(会社員)
- 改定の必要があるとは思えない。裁判所による契約改定が認められるはずがない。(個人)

## 2 要件論

判例が採用する事情変更の原則の要件（部会資料19-2第2, 2①から④まで〔16頁〕参照）を明文化する考え方に関しては、重複する要件は一つにまとめるべきであるという意見があったのに対して、この原則が限定的にしか適用されないことを明らかにするため、可能な限り必要な要件を抽出して条文上明確にすべきであるという意見があり、また、例外的に適用されることを明確にする観点から、この原則と併せて、事情が変更しても契約は履行されるべきであるという原則を定める必要があるという意見等があった。これらの意見を踏まえて、前記1に関する議論及び他の法制上の契約変更に関する法理との整合性に留意しつつ、要件の在り方について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第2, 2〔16頁〕】

### 【意見】

- 判例が採用する4要件を踏まえつつ、交渉力等の優位者による濫用を防止する見地から更に検討すべきである。また、事前の交渉があったことを事情変更原則の要件として掲げる有力見解もあるので、十分に検討すべきである。(東弁)
- 基本的に、以下の判例法理による要件に、賛成する。
  - ①契約成立時にその基礎とされていた事情が変更したこと  
事情変更の原則の発動を制御する意味内容が乏しいとして、否定的に考える見解も多い。しかし事情変更の原則の適用を否定する場合に、「そもそも基礎事情の変更がない」として請求を棄却する要件としては機能しうる（先に述べたように明文化すれば、濫訴のおそれがないとは言えない）のであるから、存置すべきである。なお、このような場合は、④の要件が機能しうるとも考えられなくはないが、④は「事情変更の結果」として、基礎事情に変更があったことを前提にしているので、機能しうるものではない。
  - ②契約締結時に当事者が事情の変更を予見できなかったこと
  - ③事情の変更が当事者の責めに帰することのできない事由により生じたこと
  - ④事情変更の結果、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められること。(愛知県弁)

- 判例が採用する事情変更の原則の要件を明確にするにあたっては、厳格な要件を規定する方向で検討すべきである。

また、事情変更は例外的に適用されることを明確にする方向で検討すべきである。

事情変更の原則については、上記1の（意見の理由）で述べたとおり、独自の存在意義を有するところ、規定することによる濫用の懸念も考えられるところである。この懸念については、判例が示す同原則の四要件のような厳格な要件を基礎としてさらに慎重に検討し、かかる要件の明確化に加え、同原則があくまでも例外であることを明らかにすることにより、払拭できるものと思われる。（日司連）

- 事情変更によっても、当事者は当該契約に基づく義務を免れないとの原則を挙げ、その例外として、現在まで蓄積された判例の要件に従い、事情変更による義務の変更等が認められる要件を列挙すべきである。（札幌弁）

- 仮に規定をおくのであれば、要件は法制審にある①ないし④のようにある程度は具体的に規定しつつ、④のように総合的な考慮も可能な要件とすべきである。

また、事情が変更しても契約は履行されなければならないという原則を先に規定すべきである。

過去の判例では、様々な事情を総合的にみて履行の強制が信義則に反するか否かという観点で判断しており、総合考慮ができる形にするべきである。①、②、③が④と重複しているというのは、明確とはいえ、具体的に①ないし③も規定すべきである。

濫用をできるだけ防止し、例外的に認められるものという性質を示すため、契約は履行されなければならないという原則を規定すべきである。（堂島有志）

- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 事情変更の法理については、明文化するにあたり、その適用の有無を要件で明確に切り分けることができるかという大きな問題点がある。

事情変更の法理の適用の有無を検討するにあたっては、信義則による総合判断によらざるをえない。にもかかわらず、要件を明文化することは、かえって具体的妥当性が保てない結果ともなりうるのであって妥当でない。

事情変更の法理の要件は、一般に、次のように整理されている。

すなわち、① 契約成立当時にその基礎とされていた事情が変更したこと、② 契約締結当時に当事者が事情の変更を予見できなかったこと、③ 事情の変更が当事者の責めに帰することのできない事由により生じたこと、④ 事情変更の結果、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められることの4つである。

通説の掲げる④の要件は、①から③の要件とは異質なものといえるが、④の要件による信義則に従った判断はこの法理の核心的な要素であり、この点を曖昧にすることは妥当ではない。④の要件の①から③の要件との異質性は、事情変更の法理につき要件を明文化することが困難であり、また適当でもないことを示すものである。

なお、検討委員会試案が提示する要件につき、〈ア〉の要件について、「著しい不均衡を生じさせ」た場合とは、どの程度の不均衡の発生を要するかは必ずしも明確でない。〈ウ〉の予見可能性についても、天災・戦乱・インフレ・環境破壊などによる事情の変更については漠然とは予見が可能であり、単純に事実の問題としてその存否を一律に決められるわけではなく、一定の評価が避けられない。また、〈ア〉では、選択的な要件として、「契約を締結した目的の実現を不可能にする重大なものであること」という要件を定めているが、契約を締結した目的と動機との区別が必ずしも明確でなく、ここでも一定の評価が避けられない。

結局、この法理の適用においては、従来の通説の要件である「事情変更の結果、当事者を当初の契約内容に拘束することが信義則上著しく不当であること」という④の要件、すなわち信義則による総合判断によらざるをえないのである。

このような法理について、要件を列挙して適切な適用範囲を切り分けること自体そもそも困難というべきである。

また、このことから、事情変更の法理を明文化することにも反対である。

その他、事情変更の法理の適用場面としては、従来の学説において、経済的不能の場面が考えられてきたところ、現民法においては、履行不能を社会通念上の不能と拡大して理解しているため、事情変更の法理が適用される事例との線引きが必ずしも明確ではないと従来より評されていたところであり、その点でも同法理の適用の有無を要件で明確に切り分けることができるかについては、疑問なしとしない。

なお、事情変更の法理が法理として存在することは疑いのないところであるから、濫用のおそれが生じないように、適切な要件を設定できるのであれば、明文化に賛成するとの意見もあった。

これに対しては、要件を限定した場合には事情変更の法理が有する一般条項としての柔軟性が失われるため明文化するとしても一般原則として同法理が認められることを示す程度で十分であるという意見や、上記のとおり、やはり適切な要件設定自体が困難ではないかという意見があった。(大阪弁)

- 判例が採用する要件を踏まえて規定すべきであるが、あくまでも例外として認められるものであることが明確となるような規定ぶりとするべきである。

判例の積み重ねがあり、一般法理として確立していることからすれば、それを踏襲するのが自然である。

なお、当事者の責めに帰することのできない事由により生じたことを要件に取り込むことについては、必ずしも債務不履行の場合と平仄を合わせる必要はないと思われるし、事情変更の原則が信義則の適用例であるとすれば、何ら不合理ではない。

最高裁で適用が認められた例は1つもないこと、明文化による濫用のおそれがあること等に照らせば、例外的な場面に限って適用されるものであることを明示する必要がある。(横浜弁)

- 判例が採用する事情変更の原則の要件(①契約成立時にその基礎とされていた事情が変更したこと、②契約締結時に当事者が事情の変更を予見できなかったこと、③事情の変更が当事者の責めに帰することのできない事由により生じたこと、④事情変更の結果、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められること)を明文化するには合理性がある。

ただし、債務の履行を拒絶する口実として事情変更が使われることが多いという取引実態を考慮すると、事情変更の原則の明文化により履行を拒絶する事案が増加するおそれがあり、また、従来の判例法理の下では認められなかったような事例において濫用され無用な訴訟が増えるおそれがある。そこで、適用範囲を明確にして濫用を防止することに留意すべきである。(弁護士)

- 上記のとおり、濫用を避けるために要件は極めて厳格なものにすべきである。(親和会)
- ①～④を明文化すべき。(広大有志)
- 事情変更の原則を明文化すると仮定すれば、判例の一般論を明文化すべきである。(福岡弁)
- 仮に明文化する場合、部会資料19-2第2、2に記載された、①契約成立時にその基礎とされていた事情が変更したこと、②契約締結時に当事者が事情の変更を予見できなかったこと、③事情の変更が当事者の責めに帰することのできない事由により生じたこと、④事情変更の結果、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められることを要件とすることに賛成が多い。

事情変更の原則は、条文上も適用されるのは例外的場合であることを明文化する必要がある。したがって、①から④まで定める必要がある。ただ、①については「事情が変更したこと」ではなく、「事情が著しく変更したこと」、④の「事情変更の結果」も「事情の著しい変更の結果」とした方がよい。確かに、「事情の著しい変更」とは何かといわれると契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められるような事情変更となり同義反復ではあるが、例外的であることを強調するためには「著し

い」を加えた方がよい。

また、そもそも先物取引など価格の変動による差益（あるいは差損の発生回避）を目的とした投機的取引は対象外とすることも定めるべきである。（日弁連）

- ①～④の要件の明文化に賛成する。なお、履行不能と事情変更の原則について、適用範囲が重複する場合には、当事者の選択により、いずれの主張も認めるべきである。

明文化することにより予測可能性が高まる。

一般に整理されている内容（①～④の要件）で、具体的な不都合があるとの指摘は特にない。

④も適用要件と解することはできる。（仙台弁）

- かなり限定的に適用される法理であることを文言上明らかにし、悪用されないような明確化を図ることを前提に、「事情変更の原則」の明文化を検討するならば良いと考える。なお、判例では、「貨幣価値が著しく変動しても、それだけで代金額は当然修正されるものではない」などとしており、適用にかなり消極的態度を示しているといえることができる。（兵庫県弁）

- 事情変更の法理の明文化にあたっては、濫用防止のために適用される範囲・要件について慎重な検討をお願いしたい。（不動協）

- 事情変更の原則を適用した最高裁判所の判例は存在しないものと思われ、また、最高裁判所が事情変更の原則の要件として挙げているものは、当該事案においては当該要件が欠けているために事情変更の原則は適用されないという趣旨で挙げているものと思われ、事情変更の原則が適用されるための要件を網羅的に述べている最高裁判所の判例は存在しないように思われる。このような事情に鑑みると、事情変更の原則の要件の定立は、慎重な検討の下に行うべきであると考えられる。

最高裁判所が事情変更の原則の要件に言及している例はあるものの、いずれも中間論点整理で挙げられている要件（部会資料19-2第2, 2①から④まで）のすべてに言及しているものではなく、判例は、必ずしも中間論点整理で挙げられている要件が必要かつ十分なものであると認めているものではないように思われる。このため、要件の定立には、なお慎重な検討が必要であると思われる。（TMI有志）

- 判例が採用する事情変更の原則の要件（①契約成立時にその基礎とされていた事情が変更したこと、②契約締結時に当事者が事情の変更を予見できなかったこと、③事情の変更が当事者の責めに帰することのできない事由により生じたこと、④事情変更の結果、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められること）を明文化するには合理性がある。

ただし、債務の履行を拒絶する口実として事情変更が使われることが

多いという取引実態を考慮すると、事情変更の原則の明文化により履行を拒絶する事案が増加するおそれがあり、また、従来の判例法理の下では認められなかったような事例において濫用され無用な訴訟が増えるおそれがある。そこで、適用範囲を明確にして濫用を防止することに留意すべきである。このような一般条項に関する判例の条文化においては、（具体的な事案と切り離して）抽象的な表現に置き換えることによって内実が正確に伝わらないおそれに留意すべきである。

また、仮に民法に事情変更の原則を規定する場合には、要件・効果の双方にわたり、他の法制上の契約変更の法理との整理が必要である。（弁護士）

- 判例が採用する要件を明文化する考え方に賛成する。判例が認める4つの要件を明文化するにとどまるものであれば、実務に特段の影響を及ぼす可能性は少ないと考えられる。なお、要件の書き振りに関する問題は、本意見書では特に立ち入らない。（弁護士）
- 今回の東日本大震災を契機とする履行不能に際し、解除や損害賠償という帰結でなく、両当事者の協議によって中間的な解決がなされた事例が多数報告されている。中間論点整理では事情変更の原則の問題としてこの種の問題が扱われているようであるが、今回の震災のような場面を契約改訂や再交渉義務の発生要件等に取り込む必要があるのか否か、また取り込む必要があるとした場合、具体的にどのような要件とすべきかにつき、さらに検討する必要があるのではないか。（大学教員）
- 仮に、民法上明文化した場合、判例法理の要件を踏まえたとしても、当事者が契約や合意により約束をした事項を安易に破るために同法理の主張する可能性が大いに考えられ、弊害も大きい。（二弁）
- 労働契約の成立と終了、労働条件変更については、労働契約法にいくつかの定めがあり、民法及び労働契約法の信義則・権利濫用の禁止により規律され、これらに基づき多数の判例法理が形成されてきたところ、「中間的な論点整理」の中には、労働者の権利水準を後退させるか後退させるおそれのある検討事項が少なからず存在している。

事情変更の原則について明文化することには、労働条件変更と解雇の要件の緩和、解雇無効の場合の金銭解決制度などの点で、労働者に影響が及ぶ懸念があり賛成できない。（連合）
- 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。（日大民研・商研）
- 明文化に反対であり、適用の有無を要件で明確に切り分けるのは困難である。（金沢弁消費者委）

- 事情変更の原則の要件を明文化することに反対である。  
事情変更の原則の詳細な要件を規定することは難しく、また、類型化することでかえって契約実務が硬直的な運用となりかねない。また、契約実務上、事情変更の原則を明文で規定し、その効果について個別の事案に応じて設定しているという場合もあり、民法で設定してしまうと実務の運用で支障が生じる懸念がある。(国際企業法務)
- 同原則の明文化自体に反対である。仮に要件を定めるとしても抽象性の高い要件を定めざるを得ず、明文化する意義に乏しい。判例法理の存在で十分である。(広島弁)
- 試案は最高裁で採用されている判断基準を明文にしたものであるが、仮に試案の要件で規定する場合、業者が自助努力を尽くさないうちに契約条件の変更が可能となるおそれがあり、一般消費者がその反動で負担を被ることになる危険性が否定できないため、妥当ではない。(弁護士、弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。裁判所による契約改定が認められるはずがない。(個人)

### 3 効果論

#### (1) 解除, 契約改訂, 再交渉請求権・再交渉義務

事情変更の原則の効果に関しては、解除を認める考え方や、裁判所による契約改訂を認める考え方があり、また、再交渉請求権・再交渉義務を規定すべきであるとの考え方などがある。このような考え方に対しては、いずれも賛成する意見がある一方で、履行の強制を阻止できる旨を定めることにとどめるべきではないかという意見、再交渉請求権・再交渉義務について、当事者による紛争解決が硬直化するおそれがあるという意見や、効果ではなく解除等の手続要件とすべきではないかという意見、解除について、債務不履行解除による処理に委ねれば足りるという意見、裁判所による契約改訂について、裁判所による適切な契約改訂の判断が実際上可能か否か等の観点から反対する意見が、それぞれあった。また、解除に関しては、解除に当たり金銭的調整のための条件を付することができる旨の規定を設ける考え方について、金銭的調整になじまない契約類型があることに留意すべきであるという意見があった。これらの意見を踏まえて、事情変更の効果として履行の強制の阻止、再交渉請求権・再交渉義務、解除、契約改訂を認めるべきか否かについて、前記1及び2に関する議論及び他の法制上の契約変更に関する法理との整合性等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第2, 3 [19頁]】

【意見】

- 効果として解除権を規定することについては賛成する。その場合に、裁判所が、当事者の申し出に応じた適切な金銭的調整のための条件を付することができる旨の規定を併せ置くことについては、慎重に検討すべきである。

効果として裁判所による契約改定を認める旨の規定を設けることについては慎重に検討すべきである。

効果として再交渉請求権・再交渉義務を明文化することについては、交渉力の優位者による濫用のおそれがあることから、強く反対する。  
(東弁)

- 解除権が認められることは異論がないが、契約改訂は私的自治への過度の介入となるおそれがある。改訂交渉義務についても、解除の前に改訂交渉を一律に要求することが妥当かは疑問であり、効果について柔軟な解釈の余地を残しておく必要がある。(金沢弁消費者委)

- 事情変更の原則の効果に関して、解除を認めることに、賛成する。契約は守らなければならないのが原則である。とりわけ事情変更の原則が問題となる場合は、継続的契約の事例が多いとされる。継続的契約の場合は、当事者間に通常よりも高度な信頼関係があることを考えると、解除という関係破壊法理しか認めないのは妥当ではない。

当事者の主張なしに裁判所による解約改訂を認めることには反対するが、当事者から契約改訂請求権の行使があった場合、裁判所は契約内容の決定につき両当事者が主張する具体的な改定案を審理し、合理的な内容を形成できるとすることには賛成する。当事者の主張もなしに裁判所が契約内容を改訂できるとすることは、当事者に不測の損害を与えるおそれがある上、妥当な改訂内容を形成できるだけの資料が提出されていない可能性が高い。裁判所は、当事者に釈明をすれば足りるのであるから、あえて当事者の主張もなく契約内容の改訂を認める必要もない。他方、両当事者が主張立証し、裁判所が合理的な契約内容を形成できるのであれば、形成させることが結論として妥当である。こうした手法は、現在でも両当事者の意思の探求等でも行われており、さほど不合理ではない。

再交渉請求権・再交渉義務を規定することについて、賛成する。

解除以外の効果として、再交渉請求権、契約改訂請求権を認めてもよい。当事者間の契約関係継続のため、事情変更により不当となった契約内容を適切な内容に変更するため、再交渉請求権を認めるべきである。(愛知県弁)

- 事情変更の原則の効果については、判例が述べているとおり、厳格に解釈する方向で検討すべきである。

既に述べたとおり、事情変更の原則はあくまでも例外的なルールである。効果については上記厳格な要件のもとで、解除が認められうることは判例上はあるものの、裁判所による契約改訂については、解除との関係あるいはその妥当性について必ずしも明確ではない点があり、再交渉請求権等については、同原則の濫用を誘発するおそれもある。

(日司連)

- 解除権の明文化につき、賛成する。一般的な理解であり、合理的といえる。(札幌弁)
- 再交渉請求権・再交渉義務について、履行の強制を阻止する機能として更に検討をお願いしたい。(不動協)
- 仮に規定をおくとしても、契約の解除権を認めれば足り、契約改訂権をおくことには反対である。

再交渉請求権、再交渉義務をおくことにも反対である。

契約改訂権は、私的自治への裁判所の過度の介入を認めるものといえる。裁判所がどこまで合理的な判断ができるのか、疑問である。

過去の裁判例で認めているものも、売買の代金増額請求程度であり、あらゆる契約について一般的な契約改訂の権利を認められていたわけではない。結局、紛争の増加、長期化を招くのではないか。

交渉義務を課すことについても、要件を満たす可能性が低い場合でも、事実上交渉に応じる義務を課すことになる。しかも、この間解除はできないのであれば、相手方にとっても何ら帰責性のない事情変更であるのに、契約関係からの離脱も認められなくなるし、交渉拒絶による損害賠償義務を負う余地まで生じてしまい、不当である。一律に交渉義務を課すことが相当とは思われず、信義則に反するか否かの一事由として判断要素とすれば足りる。交渉になじむ事案、当事者であれば、交渉による解決が実務的にはなされていると思われる。(堂島有志)

- 契約改訂に関する点及び解除に当たり金銭的調整のための条件を付すことができる点については、本来であれば私的自治に委ねられるべき創設的な実体判断を、具体的な権利義務関係の存否の判断機関たる裁判所に委ねることに関し、国民に受け入れられるものといえるか十分慎重に検討すべきであるとの意見が多かった。(最高裁)
- 仮に効果として解除のみを規定するとの考え方を採用したとしても、要件の切り分けが困難であるとの課題は解消されないままである。

解除権が認められることについて異論はないが、裁判所による契約内容の改訂、及び当事者に対する改訂交渉義務の発生については異論もあるところである。

まず、裁判所による契約内容の改訂であるが、私的自治に対する過度の介入となるのではないかとの原理的な疑問も提起されているところで

ある。この点、一方当事者の改訂案に裁判所が拘束される仕組みが紹介されているが、反対当事者が拒絶する内容を反対当事者に強制することを認める結果となる関係ではなお問題があり、果たして契約改訂までを承認すべきか否かはなお慎重に検討すべきである。最高裁の判例においても、契約の解除の可能性は認めているものの、契約の改定について触れているものは存在しない。

また、契約内容の改訂（契約関係は維持されるが裁判所の契約内容の介入になる）と契約解除（契約関係は解消されるが契約への裁判所の介入は限定的）のいずれを優先させるべきかにつき、一律に優劣関係を決めることの是非を含めて議論を要するところである。

他方、契約内容の改訂交渉義務については、義務違反の効果との関係で、このような義務を認めることの是非について議論があるほか、改訂交渉義務を認めるとしても、これを解除権の発生要件とするかどうかについて問題がある。この点、義務違反を解除の要件とするか急進裁判例がある（改訂の申入れをしていないので解除は認めないとする）が、果たして、解除の前に改訂交渉を行うことを一律に要求することが妥当かどうかは疑問がある（場合によっては、直ちに解除を認めるべき事例もありうるのではないかとも考えられる）。なお、仮に、改訂交渉義務を認め、それが解除の前提であるとする立場を採用しても、事情変更の法理を主張する側が被告となっているケースについては、この裁判例のように直ちに被告を敗訴させることには疑問が残る。改訂交渉と訴訟との関係をどのように規律するかについても検討が必要であろう。

これらの点に鑑みれば、事情変更の法理は、その効果を一律に法定すべきではなく、むしろ、一般条項である信義則の一適用場面として柔軟な解釈の余地を残しておくことがむしろ合理的である。

紛争解決にあたって、交渉するかどうかは当事者の意思に委ねるべきであって、法律により強制すべきでない。

交渉による解決がふさわしい事案においては、当事者間で適切な解決が和解により図られている場合が多いし、裁判になった場合であっても、裁判所からの和解勧告により多くは適切に解決がなされているといえる。

（大阪弁）

- 不利益を受ける当事者は、相手方に対し、相当期間を定めて契約の改訂を請求できるものとし、その期間内に契約の改訂についての合意が成立しなかったときは、契約を解除しうるとすることに賛成する。

契約を維持し、当事者の意思を尊重する観点と、取引関係についての紛争の早期解決を図ることのバランスをとるうえで妥当であると考ええる。

裁判所による契約改訂まで認めると、私的自治への過度の介入を認めることになりかねないし、また、紛争の多発化、長期化、複雑化を

招きかねない。裁判所が契約内容の合理性について適切に判断しうるかも疑問である。紛争解決のために再交渉に応じるか否かは当事者の意思に委ねられるべきである。(横浜弁)

- 誠実交渉義務など、契約交渉段階で生じる義務と類似の問題として検討すべきである。契約の解除権・改訂義務は、限定的な局面で権利濫用法理を適用することで足りる。(親和会)
- 解除、裁判所による契約改訂、再交渉請求権、再交渉義務について明文化すべきである(当事者の想定外の事情については裁判所の介入が必要と考える)(広大有志)
- 効果として解除を規定した場合、その効果は遡及しないことを明示願いたい。

契約改訂や再交渉義務を課すことについては、当事者の意図した内容と異なる契約を成立させてしまうことが生じ得ることになり、当事者の地位が不安定になるため、反対である。(長島・大野・常松有志)

- 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り、借地借家法上の賃料増減請求のような、ある程度契約の改訂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。(日大民研・商研)
- 仮に、事情変更の原則を明文化すると仮定すれば、契約改訂を認める明文を設けるべきであるが、契約改訂等の前提として再交渉請求・再交渉義務を規定すべきではない。仮に、事情変更の原則を明文化すると仮定すれば、交渉義務を効果として認めても履行請求の方法として間接強制しかなく、また、交渉の場についても合意が成立しなければほとんど意味がない。むしろ、交渉義務は、解除又は契約内容改訂が認められるための一要素と見るべきである(就業規則の不利益変更における組合等との誠実交渉の要件と同じ。労働契約法10条)。(福岡弁)
- 事情変更の原則を明文で定める場合、効果として解除を認めることに賛成である。

また、効果として、再交渉請求権・再交渉義務を認めることには反対である。裁判所による契約改訂を認めることには反対の意見が強い。

著しい事情の変更により契約を守らせることが困難となった場合、契約を解除し、契約による拘束から離脱を認めることに賛成である。しかし、再交渉請求権、再交渉義務を認めると事情が変更したから改訂交渉に応じよと言われ、履行を引き延ばされる等の濫用の危険が多

く、これを認めることに否定的な意見が強かった。裁判所による契約改訂を認めることについては、私的自治の原則に対する侵害となるということから反対が多かった。

事情変更の原則を契約に外在的なものとして考えるか、契約に内在的なものとして考えるか。当事者が契約であらかじめ、この契約は一定の条件の下で締結するもので、それが変更になった場合は、どのように処理すると定めていればそれに従うこととなる。例えば、材料が値上がりしたときは、代金を値上げするなど。そうすると、明示されていないときに、任意規定ルールとして社会が契約をどのようにとらえるかという問題となる。その場合、契約は改定される、対価の調整がなされ契約が維持されるという規範も可能である。物の売買、請負代金について客観的価格が想定されるなら、賃貸借契約の賃料改定のように裁判所に判断させることが考えられる。値上げを求める方が原告となるなら、原告の提示した金額の範囲内で客観的に正しい価格に定めることとなる。賃料値上げについてと同じであり、私的自治の原則を全くの自由と考える限り私的自治の原則に対する介入と考えるのでないか。これを、第57の1①の事例を想定した場合、契約を解除できるとする効果が必要である。そうしないと借主から契約を離脱することができない。もっとも、祇園祭が行われないリスクを貸主に一方的に負わせて良いかが問題となる。②は、改定権のみ認め、請負業者は、改定した代金の確認訴訟を提起し、判決に基づき請求し支払われない時は解除する、あるいは、改定した代金の請求訴訟を提起し、判決をもらい執行する、改定した代金で請求し、支払われない時は解除し損害賠償を請求することで良く、解除権を認める必要はない。④も同様である。そうすると、契約類型によっては解除を認める必要がなくなる。

事情変更の原則の効果として形成権としての解除権と契約変更権を認め、売買、請負、委任契約で代金を受取る側が事情変更により、契約解除を主張した場合は、裁判所は解除権が生じるほど事情変更が生じたか否かを判断し、代金を受取る側が、事情変更により増額した代金を請求した場合、裁判所は、どこまで契約が改定されたか検討し、請求を上限とし、全部または一部請求を認める。代金を支払う側は、契約解除を主張し、支払った代金の返還、債務不存在確認を求めるか、代金の改定を主張し、債務の一部不存在請求をすることとなる。売主が代金請求訴訟を提起し、買主が事情変更の原則で解除したから支払う必要がないという抗弁、あるいは、事情変更の原則による減額抗弁をすることがある。裁判所は、解除を前提とした請求または抗弁しかないときに契約改定の判断はできないし、契約改定の主張しかないときに解除に基づく判断はできない。このように構成すると、改定を認め

ても私的自治に反しないし、解除と改定の優先順位を定める必要がないと考えることもできる。(日弁連)

- 解除の明文化及び金銭調整のための条件を付すことができる旨の規定の明文化に賛成する。解除権が認められることに争いはなく、適切な金銭的調整のための条件を付すことが公平な事例もあると考えられる。

契約改訂の明文規定に反対する。複雑かつ広範となる契約の改訂内容について裁判所に判断させることは、私的自治への過度な介入になるおそれがあり、また、裁判所の能力を超える。

再交渉請求権・再交渉義務の明文化に反対する。再交渉の中身及びその効果の規定が難しい上、濫用的に利用されるおそれがある。(仙台弁)

- 効果としては、契約改訂と解除権が検討に値する。

再交渉請求権・再交渉義務は、法律上の義務として構成することは、問題があるので賛成できない。再交渉義務は、せいぜい、道義的義務あるいは間接義務にとどまるものであるとすべきである。(兵庫県弁)
- ① 事情変更の原則の効果として解除権を規定すること、及び裁判所が解除を認めるに際し、当事者の申出に応じた適切な金銭的調整のための条件を付すことができる旨を置くことについては、賛成する。事情変更の原則については、第一次世界大戦後のドイツと同様、今後わが国が財政破綻に陥り物価水準が急騰したような場合に問題となる可能性があるが、その際単純に解除権のみを認めるのではなく、金銭的調整を付した柔軟な紛争解決の余地を残しておくことは有益であると考えられる。
- ② 裁判所による契約の改訂については、これにより当事者が不測の損害を受けるおそれもあることから、これを認める明文規定を置くとしても、両当事者の合理的意思に反しないと認められる場合に限定すべきである。下級審裁判例では、事情変更の原則により代金増額請求権を認めたものもあるというが、特に代金増額といった契約改訂は、当事者に不測の損害を生じさせるおそれも高いことから、仮に認めるとしても、その要件については、契約の解除によって解決することが経済的に不合理であり、契約の解除ではなく改訂を認めることが両当事者の合理的意思に合致するといった場合に限定すべきである。
- ③ 再交渉請求権・再交渉義務については、その要件及び効果を明確かつ妥当な形で明文化することは困難であるから、明文の規定としては努力義務にとどめるべきである。事情変更の原則が適用されるような場面においては、当事者間の交渉により解決することが望ましいが、再交渉の申出等を事情変更の原則の適用要件にしてしまうと、その証拠を残すため再交渉の申出等を内容証明郵便により行う必要が生じる

など、かえって円滑な再交渉を困難にするおそれがある。

よって、当事者間の再交渉については、条文上努力義務として規定するにとどめ、再交渉にあたり当事者に著しく不誠実な態度がみられるときは、裁判所はそのような事情を事情変更原則の適用にあたり考慮することができる程度のものとした方が現実的ではないか。(弁護士)

- 事情変更の原則の効果について規定することに反対である。

仮に事情変更の効果について規定した場合、裁判所に契約改訂等の権能を付与することになり、取引実務及び契約実務に通じていない機関に判断させることとなるため、適切な解決が図られるか疑問である。また、再交渉請求権・再交渉義務を規定しても、事案の解決に資するかは疑問であり、紛争解決が長引くだけではないかと考える。(国際企業法務)
- 同原則の明文化自体に反対である。仮に明文化するとしても、裁判所による契約改訂については、裁判所による適切な契約改訂の判断が可能か疑問であるし、私的自治に対する過度の介入となるおそれがあり反対である。再交渉請求権・再交渉義務については、効果として規定する意義があるか疑問であるし、かえって履行引き延ばし等のために濫用されるおそれがあるため、明文化に反対である。(広島弁)
- ユニドロワ国際商事契約法原則を連想させる提案だが、実務では再交渉は必要に応じて行われているため当事者に委ねれば足り、民法で規定する必要はない。裁判所による契約改訂や解除については、裁判所がこのような判断をするのに適切な主体か大いに疑問であり、そのような方向での改正は行うべきではない。米国においてすら、このような契約改訂に裁判官が対応できるか疑問とする見解がある。(国際取引有志)
- 事情変更の要件を明文化したとしても、その場合、当事者が再交渉すれば足りるため、効果を明文で規定する必要はない。また、効果を明文化することで、契約の相手方から不当な契約改定の要求がなされるという形での再交渉権限の濫用がなされる危険もある。さらには、裁判所の介入が認められているという問題点もある。契約改定権について、裁判所が契約内容を決めることになるのは、裁判所の能力に照らして酷であり、この点でも妥当ではない。(弁護士、弁護士)
- 再交渉義務は、立場の強い当事者からの濫用の懸念があり、当事者が追求しようとした契約利益が達せられない場合のように、再交渉になじまない場合がある。また、契約内容の決定は、本来、各当事者の状況や各業界における慣行、実態などを前提知識として行われる高度な経営判

断であり、手続的な条件を課したとしても、裁判所に契約の改訂を認めることは行き過ぎである。(一弁)

- 事情変更の原則の明文化の要否の点について、否定的な意見が多い現状においては、事情変更の原則の効果論について議論するのは不適切であり、検討の対象とすること自体反対である。(二弁)
- 労働契約の成立と終了、労働条件変更については、労働契約法にいくつかの定めがあり、民法及び労働契約法の信義則・権利濫用の禁止により規律され、これらに基づき多数の判例法理が形成されてきたところ、「中間的な論点整理」の中には、労働者の権利水準を後退させるか後退させるおそれのある検討事項が少なからず存在している。

事情変更の原則について明文化することには、労働条件変更と解雇の要件の緩和、解雇無効の場合の金銭解決制度などの点で、労働者に影響が及ぶ懸念があり賛成できない。(連合)
- 事情変更の原則の効果として裁判所による契約改訂を認めることに反対する。裁判所に過度の負担を課す結果になり得る上、当事者としても契約実務に直接関与しない裁判所によって契約改訂をされることに対する危惧感がある。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。裁判所による契約改訂が認められるはずがない。(個人)

## (2) 契約改訂の法的性質・訴訟手続との関係

裁判所による契約改訂を認める場合における手続的な条件等について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第2, 3(関連論点)1 [21頁]】

### 【意見】

- 裁判所による契約改訂については、何らかの手続的な条件があつてよいと思われるので、検討する必要がある。(兵庫県弁)
- 当事者から契約改訂請求権の行使があつた場合の裁判所による契約改訂の手続的な条件等を検討することには、反対しない。(愛知県弁)
- 明確にすべきである。(広大有志)
- 仮に、事情変更の原則を明文化すると仮定すれば、契約改訂権を裁判所に対して形成訴訟を求める権能と位置付けたうえで、当事者が主張する具体的な改訂案を審理の対象とし、裁判所は、その改訂案の内容が変更した事情及び合理的であるか否かのみを判断する形成訴訟とすべきではない。

仮に、事情変更の原則を明文化すると仮定すれば、事情変更の原則に従って、契約内容の改訂が相当と認められる事案の場合、改訂される契約内容については、最終的には、裁判所が非訟事件におけるような合目

的裁量判断により、合理的な内容を確定すべきである。裁判所の裁量を多く認めることとせざるをえないと思われる。(福岡弁)

- ①契約改訂請求権については、現行法の地代増減請求権等と同様に、実体法上の形成権と位置づけるべきであり、形成訴訟請求権とすべきではない。契約改訂請求権について、仮にこれを形成訴訟請求権と位置づけた場合、事情変更によって不当な利益を得る当事者は、契約改訂を認める判決が確定するまで当該利益を享受し続けることができる結論となり、判決確定を遅らせるために無意味な控訴・上告をするなど、当事者がわざと紛争解決を遅延させる行為に及ぶ可能性がある。
- ② 契約改訂請求における裁判所の裁量権については、民事訴訟の一般原則に委ねれば足りる。裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決をすることができない(民事訴訟法第246条・処分権主義)のであるから、契約改訂請求について裁判所にどの程度の裁量を認めるかについては、同条の解釈に委ねれば足りる。

例えば、代金増額請求が問題となる事案において、原告は300億円が相当と主張し、被告は200億円が相当と主張しているところ、裁判所は250億円が相当という心証を得た場合、代金を250億円とする判決をすることは現行法上何ら問題ないところ、原告案と被告案の二者択一しか許されないものとする立法提案は硬直的に過ぎ、明らかに妥当でない。(弁護士)
- 当事者による契約改訂請求がない場合にも、裁判所が契約改訂をすることができることに反対する。当事者による契約改訂請求がない場合にも、裁判所が契約改訂をすることができることに、私的自治原則への過度の介入となる。

裁判所の裁量権については、未だ確定した考え方がなく、現状では反対する。(東弁)
- 裁判所に契約改訂権を認めることにつき、反対する。

現行法の理解と異なるものであるし、裁判所が契約改訂を適切になしうる担保がない。(札幌弁)
- 私人間の契約内容への司法の介入の在り方として政策的にも実務的にも妥当性に疑問があり、事柄の性質上、訴訟遅延につながりかねず、また、当事者は裁判所が改訂した契約にその後継続的に拘束されることになるが、理論面でも、その拘束力を合理的に説明する根拠は認め難いものと解されるとの意見、「契約内容の改訂」とは判決書の主文又は理由のいずれに記載するか不明であり、主文に記載するとした場合には主文の在り方として相当かが問題となるし、理由中に記載するとした場合には既判力の問題など訴訟手続の面でも様々な問題があるとの意見、特に労働契約については、労働協約や就業規則等との関係な

ど困難な問題が多く、このような制度の導入はなおさら適当ではないとの意見があり、規定の創設には否定的な意見が大勢を占めた。

仮に規定を置くとしても、手続における考慮要素の明確化が必要となるが、それには困難を伴うとの意見もあった。(最高裁)

- 裁判所による契約改訂権を認めることに反対である。(横浜弁)
- 訴訟上の和解勧試の一類型として扱えば足り、裁判所による契約改訂権まで認める必要はない。(親和会)
- 契約改訂に関する規定を設けること自体に反対である。(日大民研・商研)
- 裁判所による契約改訂を認める場合における手続的な条件等を定めることに反対である。

裁判所に契約改訂権を認めることに反対であり、したがって、手続条件等を検討する必要はない。(日弁連)
- 検討することに反対する。(仙台弁)
- 事情変更の原則の明文化の要否の点について、否定的な意見が多い現状においては、事情変更の原則の効果論について議論するのは不適切であり、検討の対象とすること自体反対である。(二弁)
- 改定の必要があるとは思えない。裁判所による契約改訂が認められるはずがない。(個人)

### (3) 解除権と契約改訂との相互関係

事情変更の原則の効果として解除と裁判所による契約改訂の双方を認める場合における両者の優劣関係について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第2, 3(関連論点)2[22頁]】

#### 【意見】

- 原則として契約改訂請求権を先に行使し、当事者間に契約維持を困難とするような特段の事情が存在するとき(再交渉義務の不履行など)は、解除権の先行使を認める。契約維持の観点からは、契約改訂請求権を先に行使させるのが妥当である。しかし当事者の信頼関係が失われた場合にまで、常に契約改訂請求権を先に行使させるのは不合理だからである。(愛知県弁)
- 解除は例外的事象と位置付けるべきである。(広大有志)
- 慎重に検討すべきである。契約の拘束力を重視して改訂を原則とする立場と、契約改訂は私的自治に対する介入をもたらすとして解除を原則とする立場がある。(東弁)
- 効果について柔軟な解釈の余地を残す必要があり、判例・学説の発展に委ねるのが相当である。(金沢弁消費者委)
- 解除か契約改訂であるかはケースバイケースであるというほかなく、

法文上、基準を定めることは困難ではないか。(兵庫県弁)

- 事情変更の原則を明文化すると仮定すれば、契約の解除と契約改訂の優劣関係について、明文化すべきではない。事情変更の原則が適用される場面において、契約解除又は内容改訂のいずれを優先するかは、事案ごとの個別具体的判断となり、法で一律に定めることはできない。(福岡弁)
- 条文上は両者の優劣関係を定めず、判例及び学説の発展に委ねるのが相当である。事情変更の原則の効果として、解除と契約改訂のどちらを優先するかは、第一次的には当事者間の自主的解決に委ねられるべき問題であり、専ら理論上の観点から両者の優劣を定めるのは相当でない。(弁護士)
- 事情変更の原則の明文化の要否の点について、否定的な意見が多い現状においては、事情変更の原則の効果論について議論するのは不適切であり、検討の対象とすること自体反対である。(二弁)
- 裁判所による契約改訂を認めることに反対である。(横浜弁)
- 契約の解除権や裁判所による契約改訂権を認めることを前提とした議論であるから、検討不要である。(親和会)
- 契約改訂に関する規定を設けること自体に反対である。(日大民研・商研)
- 事情変更の原則の効果として、解除のみを認めるべきであり、解除と裁判所による契約改訂の優劣関係について定めることに反対である。(日弁連)
- 検討することに反対する。(仙台弁)
- 反対する。解除権のみ認めるべきであるため、議論の前提を欠く。(札幌弁)
- 改定の必要があるとは思えない。裁判所による契約改訂が認められるはずがない。(個人)

## 第58 不安の抗弁権

### 1 不安の抗弁権の明文化の要否

不安の抗弁権の明文化の要否に関しては、この抗弁権を行使された中小企業等の経営が圧迫されるなど取引実務に与える影響が大きいこと、この抗弁権が必要となるのは限定的な場面であり裁判例を一般的に明文化すべきでないことなどを理由に反対する意見があった一方で、特に先履行義務者にとっては、反対給付を受けられない具体的なおそれがあるにも関わらず、先履行義務の履行を強制させられることとなり酷であること、消費者保護に資する可能性があること、明文化により適用範囲を明確にすることで取引の予測可能性が増す可能性があることなどを理由に賛成する意見があった。このような意見を踏まえて、不安の抗弁権の明文化の要否について

て、取引実務に与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第3, 1 [27頁]】

【意見】

○ 明文化に賛成する。

建設工事の請負契約においては、工事の完成・建物引渡しと請負代金の支払の同時履行を原則とするものの、実際は、建物引渡し時に注文者から請負者に対して請負代金全額が支払われないケースも多い。つまり請負契約においては、引渡し時迄に請負代金の何割かを注文者は支払うのみで、残金は引渡し後一定期間を経た後に支払うという支払条件がよく見られる（本来注文者と請負者とは対等の立場であり、契約条件も双方の合意に基づき定められるべきであるから、請負者としてかかる支払条件を受忍しなければいけないというものではないという論もあるが、現実的には、支払条件は注文者が先に定めており、その支払条件に同意した上で、入札に参加させる方法がとられるため、契約締結時点で支払条件の変更を求めることは事実上不可能である）。

こうした支払条件では、請負者（先履行義務者）は、請負代金の一部しか支払いを受けていないにも関わらず、建物を注文者に引き渡さなければならず、引渡し後注文者が倒産等の事態に立ち至った場合、残りの請負代金の回収が困難になるのは必至である（建設工事の場合、未回収の請負代金は高額に上がることが多い）。

こうしたことを回避するため、不安の抗弁権が明文化され、一定の要件を満たせば、先履行義務者は引渡しを拒絶し、反対債務の履行（残代金の支払）を求めることが可能となるのであれば、注文者の倒産等によるリスクを一方的に請負者が負担するという不公平な事態は回避できるものと思われる。

なお、中小企業等は、目的物引渡債務の履行を受けた後にこれを転売し、代金支払に当てることがあるため、不安の抗弁権を明文化した場合、致命的な損害を被る可能性がある、または財務状況が良好とは言えない中小企業は、不安の抗弁権を行使されると資金繰りが出来なくなるので、明文化に極めて慎重な検討を要するとの意見があるが、中小企業等のリスクを請負者（こちらが中小企業の場合もある）が負担する合理的な理由はないと思われる。

また、消費者保護の観点から、一般消費者が後履行義務者となる場合、先履行義務者による不安の抗弁権行使に対し、何らかの制限を課す必要性があるとの意見もあるようであるが、これへの手当は、特別法である消費者契約法において、一般消費者が後履行義務者となる場合に限り、不安の抗弁権の行使を制限する主旨の規定を設ければ足りると考える。

（日建連）

- 学説上広く認められており、下級審判例でも肯定されている不安の抗弁権を明文化すべきである。(広大有志)
- 契約締結後に一方当事者に信用不安が生じた場合に他方当事者に先履行を強制するのは不当と思われる場合、その他一方当事者に義務履行を強制することが不当と思われる場合は想定されるので、不安の抗弁権を明文化することには基本的に賛成。しかし、乱用を防ぐため、要件効果が適切となるよう慎重に配慮されたい。(長島・大野・常松有志)
- 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、担保徴求が不相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ではないか。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ではないかなど、具体的に検討を要する。(日大民研・商研)
- 明文規定を設けることに賛成である。
 

不安の抗弁権は、我が国においても既に確立した法理であるといつてよいから、民法改正に当たっては、これを明文化するのが相当である。

民事訴訟において、当事者主義、弁論主義のもとで、弁護士強制制度が採られていないことからすると、広く国民に対して、不安の抗弁権の法理を明示すべきである。それが紛争の公平な解決や早期の解決に繋がり、未然の防止にも資すると思われる。(横浜弁)
- 不安の抗弁権を明文化することに賛成である。契約段階で織り込んでいなかったリスクが顕在化した場合にも、先履行義務を課せられるのは債務者に酷である。
 

もっとも、不安の抗弁権の持つ影響の大きさに鑑みれば、要件を厳格にし、効果も限定的にして濫用防止に充分配慮する必要があるが、それらを明文化し、当事者間の公平を図るべきであって、用語については内容に沿う形を更に検討すべきである。(東弁)
- 明文化につき、賛成する。明文化により適用範囲が明確となり、予測可能性が確保される。(札幌弁)
- 不安の抗弁権については、判例を踏まえ、また諸外国の法制を参考として、その要件と効果について十分検討を加え、明文化の方向で検討す

べきである。

なお、不安の抗弁権については、かかる抗弁権が必要となるのは特殊な場面であり、このような特殊な裁判例を一般化して明文化すべきでないという反対意見もあった。

双務契約において、相手方の信用不安に伴う資力不足などの事態が契約締結後に生じ、売買契約における代金の支払いなどの反対債務の履行を受けることができなくなる具体的な危険を防ぐために、物品の引渡しなどの自己の債務の履行を拒むことが必要な場面は、企業実務においては頻繁に発生する。民法上特段の規定のない「不安の抗弁権」を認める下級審の裁判例が集積している実情は、このような企業実務の現状を反映していると考えられる。

また、不安の抗弁権は双務契約関係から不合理に解放を求めるためのものではなく、反対債務の履行を受けることができなくなる具体的な危険を防ぐためのものであるため、不合理な権利行使を防ぐための仕組みも十分に併せ検討すべきである。

不安の抗弁権に関しては、このような事情を踏まえ、判例による事例ごとの解決に任せるのではなく、その要件と効果について企業実務等の法律実務の現状や諸外国の法制を参考とし、現行の判例の基礎を踏まえ、明文化する方向で検討すべきである。(法友会)

- 不安の抗弁権について明文化には賛成するが、下記の指摘にも配慮した検討を望む。

信用不安に陥り反対給付を受けることができないような危険が生じている場合には、先履行義務者が債務の履行を強制されるのは酷であるといえ、このような場合のためにも不安の抗弁権を明文化することが望ましいという指摘がある。

不安の抗弁権を明文化するとした場合、これを強行規定とするのか、任意規定として当事者の合意により排除または制限することを可能とするのかという観点からも検討が必要であるという指摘もある。

また、要件論をみると、不安の抗弁権の適用対象について、双務契約に限定する必要はないと考えられる。双方が相手方に債務を負っている、あるいは負うこととなる場合に、一方の債務の履行可能性が低下したときに、他方当事者が相手方の債務不履行の危険を甘受してまで履行する必要があるのかという問題は、双務契約でなくても生じるものである。消費貸借の要物性の見直し（諾成契約化）の方向性にもよるが、仮に諾成的消費貸借が認められた場合には、融資金の引渡義務の履行の際に、借主である相手方に信用不安が生じている場面も想定されることから、このような場面を念頭に置いた規定の整備が望まれる。(全銀協)

- 明文化に賛成する。判例上も認められており、事情変更の法理とは異なり、結論としても抗弁権を肯定したものも多数ある。

相手方の信用不安時等に履行を拒絶するだけであり、解除権を認めるものではない。解除を認める事情変更の法理に比べても影響は小さい一方で、反対給付を受けられないという具体的な危険が生じている先履行義務者にとってこれを認める必要性は大きい。

(補足説明の「議事の概況等」によると)先履行義務の取引停止事由を定めたり、先取特権が成立したりするので、不安の抗弁権が必要な具体的な場面は限られるとの意見もあるが、中小企業の取引においては、基本契約等が存在しないものが多数あるし、先取特権を現実に行使できる可能性は低い。このように基本契約等がない場合に、買主よりも先履行義務を負う売主を保護する必要性が高いといえる。

先履行義務は、商取引であれば売主が、消費者契約であれば買主が負うのが一般的であり、契約当初から同時履行ないしは反対の先履行にすることは困難であって、契約後に反対給付を受けられない具体的な危険が生じた場合には、先履行義務者を保護すべき必要性が高いといえる。

(堂島有志)

- 不安の抗弁権は海外の立法例にもみられるものであり、適切かつ厳格に規定をされるのであれば、賛成である。(金沢弁消費者委)
- 不安の抗弁権の明文化の必要性については、反対しない。不安の抗弁権は、実務上も定着しており、明文の規定を置く必要がある。(愛知県弁)
- 不安の抗弁権の明文化に賛成である。先履行義務者が不合理に契約に拘束されるのを回避するために、不安の抗弁権を明文化することは望ましいと考える。(国際企業法務)
- C I S G 71条から73条のような規定を設けることが考えられる。(国際取引有志)
- 要件が適切かつ厳格に規定されることを前提に不安の抗弁権を明文化することについては反対しない。

不安の抗弁権は、現行法上明文はなく、裁判例においても認められてはいるが、厳密な意味での対価的牽連に立つ債務相互の関係ではなく、もっぱら、継続的取引における当事者の一方による爾後の商品供給停止という形態が中心を占めているとされているに過ぎない。また、中小企業にとって、不安の抗弁権を行使されることにより資金繰りが立ちゆかなくなり、倒産に直結してしまうリスクがある。

さらに、不安の抗弁権を明文化することにより、再建型倒産手続に入った会社に対する同時履行(キャッシュオンデリバリー)や担保提供の圧力が強まり、ひいては事業の再建に対して重大な支障を及ぼすおそれもある。それに、不安の抗弁権の明文がないことによって、当該抗弁権を行使しようとする者において行使に慎重になる傾向にあり、事実上、濫用の抑止的効果があるとの意見もある。

しかし、1回の取引の場合であっても、契約当事者の信用力が著しく落ちたときまで相手方に先履行を強いる必要性は乏しく、不安の抗弁権の行使を継続的取引のみに限定する必要性は必ずしもない。また、権利内容を確定するためには、要件を規定することは有益性が認められる。海外の立法例においても、不安の抗弁権が明文化されている例が多数あり、ウィーン売買条約においても規定がなされている。さらに、旧民法は破産または無資力を理由とする先履行義務のある売主の抗弁を規定し、現行民法の起草者は、不安の抗弁権が問題となる場面においては、民法137条の期限の利益喪失事由の規定及び民法424条の債権者取消権によって対処可能と考えたため、特別の規定を設けなかったに過ぎないとされている。濫用の危険についても、適切な要件を規定すれば一定程度は回避できる。

したがって、適切かつ厳格に規定されるのであれば、不安の抗弁権を明文化することに対して、積極的に反対する理由はないと考える。(大阪弁)

- 双務契約の公平性の観点からは、契約相手方の経済的な信用不安などから反対債務の履行可能性が客観的に低い場合に、一方当事者に先履行義務を貫徹させるべきではない。そして、要件を客観的なもので定めれば、信用不安等が生じている当事者も、信用不安を払拭するための努力をすることが可能で、これにより抗弁権の濫用は防げるので、先履行義務が存在する場合に、明確かつ限定的な要件を明文化することには賛成する。(弁護士、弁護士)
- 先履行の債務者がその履行義務を拒む根拠となる抗弁権であるので、何らかの形で明文化されるのが望ましい。他方、補足説明に記載されているような弊害（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する等）が生じないように配慮すべきである。(弁護士)
- 反対給付を受けることができない具体的な危険が生じたにも関わらず、先履行義務者は債務の履行を強制されるというのは酷であるとして明文化に賛成する。ただし、取引実務においては、先履行義務の履行停止事由を定めたり、反対債務に担保を設定することなどが行われており、また、反対債務に先取特権が成立することもあるので、不安の抗弁権が必要な具体的な場面（例えば、担保徴求が不相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。そのような検討を経ないで裁判例を一般的に明文化することには反対である。(弁護士)
- 不安の抗弁権を明文化すべきである。

伝統的な民法理論では、契約を成立時と履行時の2点で捉えてきたが、近時、契約から履行までのプロセスとして契約を捉える考え方が有力に主張されている。伝統的な民法理論の前提は、経済的合理人である当事

者が契約を締結する時には履行結果までの見通しが可能であり、自由意思によって締結した契約は履行については責任を負うべきである、ということである。しかるに、現実の社会においては、日本人の契約意識の希薄さに加えて、社会の複雑性は高まり、消費者でなくとも専門外の取引については先を見通すことが難しくなっている。そのために、そうした予測可能性を基礎においた普遍主義的な法律に基づく裁判手続だけでは、増加する紛争処理に対応することが難しく、ADRなどのインフォーマルな紛争解決の方法が増えてきている。その中では、契約時のみに焦点を置いた一刀両断的な規範だけでなく、契約前から履行に至るまで、当事者間に生じる、よりミクロな権利義務を規律するルールが求められる。(司法書士)

- 不安の抗弁権の明文化に賛成する。不安の抗弁権については、既に判例や学説の蓄積もあり、その要件及び効果を法文上明確にすることが、「分かりやすい民法」の実現に資する。(弁護士)
- 先履行義務者にとっては、反対給付を受けられない具体的なおそれがあるにも関わらず、先履行義務の履行を強制させられることとなり酷であることから、不安の抗弁権を積極的に認める方向で検討されることが望ましい。ただし、既に契約書などにおいてこの旨の規定が明記され、それに基づく実務が行われていることから、立法化の動きによって、逆に契約に基づく処理に制約が課されることのないよう留意されたい。(会社員)
- 不安の抗弁権の明文化については、個別具体的な適用場面を明確にし(例えば、継続的契約における不安の抗弁権の適用関係等)、適用範囲が不当なものとならないように慎重に検討すべきである。

不安の抗弁権については、そもそもいかなる場合に認められるのか、具体的な要件が必ずしも明確でないところ、その要件の明確化が図られない場合には、取引の安定を害することになりかねない。

また、例えば、一定の継続的契約(スポーツジム利用契約、資格学校に係る在学契約等)でボーナス払いを選択した場合において、継続的契約に係る反対債務(スポーツジム利用等債務、授業提供債務)の履行が一定程度終了した後に、残りの反対債務の履行を受けることができなくなる「具体的な危険」が生じたとして、不安の抗弁権を行使して賦払金債務の全額の履行を拒絶することができる(なお、かかる履行拒絶は、割賦販売法における支払停止の抗弁の規定によって導かれる。)、履行が終了した債務は、無償で提供されることとなり、必ずしも妥当でない帰結となることも想定されるが、かかる場面において不安の抗弁権を適用した場合の結論は必ずしも明らかでない。

そこで、かかる実務上の適用場面も踏まえ、不安の抗弁権の明文化については、個別具体的な適用場面を明確にし、適用範囲が不当なものとならないように慎重に検討すべきである。

ならないように慎重に検討すべきである。(クレ協, 全信販協),

- 明文化については慎重に検討すべきである。明文化することにより、濫用される懸念がある。また、先履行契約であれば、あらかじめ一定のリスクは織り込み済みのはずである。(仙台弁)
- 不安の抗弁権の明文化については、個別具体的な適用場面を明確にし(例えば、継続的契約における不安の抗弁権の適用関係等)、適用範囲が不当なものとならないように慎重に検討すべきである。(クレカ協)
- 不安の抗弁権の明文化は、検討を要する問題である。債務者にとってみれば、履行を拒絶すると債務不履行の責任を負う危険が発生し、さりとて先履行をしたら反対給付を受けられない危険が発生するという進退両難が発生する。

他方で、債権者にとってみれば、みだりに突然の履行拒絶を受けたら事業の存続を危うくし死活問題が生じる。

いずれにせよ、当事者にとって、安定的な見通しと運用が得られるような要件設定が必要である。

また、「不安」の語は、主観的な危惧感を表現するかのとき文言であるので、言葉づかいについても再考すべきである。適用場面を例示することも考慮に値する。(兵庫県弁)

- 適用範囲が曖昧なまま不安の抗弁権という主張が一人歩きすることになると、抗弁権の濫用により中小企業等の経営を圧迫することが懸念されるが、適用範囲の明確化に成功するのであれば、取引の予測可能性が増大することとなるため、抗弁権主張の要件等について引き続き検討いただきたい。(情サ産協)
- 慎重に検討すべきである。

先履行義務者が反対給付を受けられない具体的なおそれがあるにもかかわらず、先履行を強制させられることは酷ではあるが、大企業が中小企業に対しこの抗弁を主張することで中小企業の経営が圧迫されること、仕入れ販売という商売をしている場合に、納入業者が不安の抗弁を主張し納品を拒絶することで、販売が不可能になり、倒産に追い込まれる可能性があること、信用不安がないにもかかわらず、債権者が不安の抗弁を主張することで、風評被害で信用悪化が生ずることから、不安の抗弁の明文化は、慎重に検討する必要がある。明文化する場合、濫用されないような条文にするために、立証責任は債務者に負担させること、さらには、債務者が不安の抗弁を主張したが認められなかった場合、債務者である納入業者が納品を拒絶したことで、債権者が販売できなくて債権者に生じた損害、風評被害により生じた損害の賠償義務を明文で定めること等も検討する必要がある。(日弁連)
- 不安の抗弁権の明文化については、取引実務への影響が大きいことも踏まえて、慎重に検討すべきである。

判例にみられるように、先履行の継続的売買取引における売主の商品引渡義務については、買主につき信用不安が実観的かつ具体的な事情として生じた場合においては、代金回収不能リスクから回避する法理として、不安の抗弁権は一定の存在意義ないしは機能を有している。その意味においては、かかる判例に現れる要件を明文化することは、取引当事者の予見可能性を高め、意義があるといえる。

一方、不安の抗弁を明文化することにより、要件の定め方によって程度の違いはあるとは思われるものの、少なくとも取引実務においては、信用状況に不安が生じた取引業者に対する供給を停止する根拠として利用されることが想起されるのであり、この結果、供給を停止された事業者はその供給をもとに行う事業の停止を余儀なくされ、事業再生の途を閉ざされる危険性がある。

不安の抗弁については、現民法上においても特約により機能させることが可能であり、あえて特約を設けない場合の原則規定として、同抗弁を明文化することについては上記を踏まえて慎重に検討すべきである。

(日司連)

- 過度に広範囲に不安の抗弁権を認めると、取引の安定に影響が生じる懸念があることから、導入する場合には範囲を絞り込んで頂きたい。(不動協)
- 留意点の「取引実務に与える影響」の検討にあたっては、中小企業への影響を明記したうえで、更に検討すべきである。

その理由としては、情報量・交渉力に勝る者と取引をするにあたって、本項を濫用し広く使われることが予想されるので、中小企業の取引の安全・円滑化の観点から再検討すべきである。特に、中小企業における弊害の有無等についての実情を調査し、追完請求権(第2・4)、受領遅滞(第7)、事情変更の原則(第57)の論点とも関連して検討する必要がある。(都民銀行)

- 仕入先等から、取引先の中小企業の信用不安の事実について立証する合理的・客観的な理由もなく、不安の抗弁が行使されると、中小企業の取引実務に大きな影響を与えることから、明文化には慎重に検討して頂きたい。(全中)
- ①不安の抗弁権を規定することについては、実務への影響を慎重に検討すべきであり、また、その行使できる要件は明確かつ客観的に定めるべきと思われる。

②不安の抗弁権を行使された場合に、それを排除できるような要件設定を要望する。

③不安の抗弁権が排除された場合、当初の履行期はそのまま維持されると不都合が生じる場合(例えば、請負人が不安の抗弁権を行使した後、数週間後にかかる不安の抗弁権が排除された場合において、すでに履行

期の直前となっていたような場合、不安の抗弁権の行使期間中に工事を停止していたために請負人は工事完成が履行期に間に合わず履行遅滞に陥る可能性がある。)がないか。(オリックス)

- 不安の抗弁権が明文化された場合、契約で定めた債務について後発的に履行されない事態が生じた場合に法律上の条文を足がかりに不履行を正当化する議論が高まり、不安の抗弁権が濫用されるおそれがあるので、明文化には慎重な検討が必要である。(農中)
- 不安の抗弁権の明文化について反対。契約の解釈によって適切な解決が可能であり、法文化の必要はない。また、要件を適切に定めることは困難。労働契約において不安の抗弁権を認めるのは適切でなく、業務命令権の濫用等の理論構成による解決が可能であって、あえて不安の抗弁権を規定する必要はない。(経営法曹会議)
- 明文化には反対である。

信用不安の内容が不明確で、明確な要件設定が困難であると考えられる。中小企業等の取引を中心とした実務への影響が大きく、濫用される危険性も高い。(広島弁)
- 不安の抗弁権の明文化には反対する。

規定の明文化による濫用の虞があり、契約の安定性が失われるなど実務にきわめて重大な影響が想定される。(損保協会)
- 不安の抗弁権を明文化する必要はないと考える。

不安の抗弁権に言及している裁判例は、何れもいわゆる事例判決であると解され、現在までのところ、広く一般的に適用可能な内容を有する不安の抗弁権は認められていないのではないかとと思われる。

したがって、不安の抗弁権を明文化するならば、その必要性を裏付ける十分な立法事実が必要であると解される。この点、本中間論点整理の補足説明においては、「債権者の信用不安により反対給付が受けられないおそれがあるにもかかわらず、常に債務者の先履行義務の履行を求めるのは酷であり公平に反する」との指摘がなされている。しかし、実際には、契約の解釈(契約段階で織り込んでいたリスクか否か)により解決できる場合が多いのではないかとと思われる。

不安の抗弁権が明文化された場合、実務では、不安の抗弁権の行使を予め放棄させるという対応が取られる可能性があると思われる。仮に不安の抗弁権の事前の放棄が認められるとすれば、債務者の先履行義務の履行を求める債権者は、不安の抗弁権の事前の放棄を契約締結の際に求めることが多くなるのではないかとと思われる。(TMI有志)
- 不安の抗弁権につき極めて限定的に適用してきた現在の実務があるところ、これを明文化することによって、実体的には理由のない当該主張を誘発し、いたずらに紛争を拡大する懸念があるとの意見が大半であり、反対する意見が多かった。(最高裁)

- 不安の抗弁権について、明文規定を設けることに自体に反対する。  
 裁判例は、特殊具体的な事実関係の中で限られた具体的な要件を定立して不安の抗弁権を認めているものに過ぎず、最高裁の判例による要件定立もなされていない段階において一般的な要件化が可能な法理に至っているとの評価は慎重に行うべきである。特に、不安の抗弁権を明文で認めた場合、不安の抗弁権が行使される場面は増えるものと想定されるが、必ずしも十全な財務状況にない中小企業をはじめ取引実務に与える影響が大きく、また、濫用のおそれもあり得る。今後さらなる裁判例の集積を待って、そのような懸念のない要件・効果を定めることができるかどうかを検討すべきであろう。(二弁)
- 明文化に反対する。要件設定が困難であると思われ、主観的な「不安」に基づき、安易に不安の抗弁権が行使されるおそれがある。(森・濱田松本有志)
- 不安の抗弁権は、事情変更の原則と同様、債務者が債務を履行しないことの正当化に用いられる危険があり、とくに自転車操業状態の事業者にとって命取りとなりかねない。不安の抗弁権がなければ、債務者の無資力リスクは先履行義務を負った債権者が負うこととなるが、このリスクは契約段階の約定で回避し得ること、契約段階で立場の弱い側が先履行義務を負った場合には信義則や公序良俗違反を理由に救済可能であることから、不安の抗弁権について規定を設けるべきでない。仮に導入するとしても濫用を避けるためにその要件は厳格にし、あくまでも特例であることが一目でわかるような名称とすべきである。(親和会)
- 不安の抗弁権が認められることに異論はないが、この権利を明文化する必要はない。  
 不安の抗弁権を明文化しなくても、契約当事者が「当事者の合意・合意の趣旨」により履行拒絶できる場合が多いであろう。また、仮に、明文化すれば、濫用される危険性がないとはいえない。適用が非常に難しい制度であり、明文化は避けた方がよいと思われる。(福岡弁)
- 明文で定めずに事案ごとの信義則の適用で対処すべきではないか。  
 消費者側からみて抗弁権が増えるという点では望ましい面も無いわけではない。しかし、継続的取引関係などにおいて立場や交渉力の強い側が、不安の抗弁を濫用し、立場や交渉力の弱い側を追い込む懸念もある。立場や交渉力において劣位において劣位に立つものに対する抗弁権行使を制限するような手当が必要であるが、これは、信義則の柔軟な活用で対処可能である。従って、従来通り、信義則の適用場面として事案ごとに判断すべきではないか。(日弁連消費者委有志)
- 明文化することで、「契約は守らなくてはならない」との大原則の例外を認めることになるので、実務への影響が大きい。そもそも「不安」の定義が困難、すなわち、漠然とした危惧感などの主観では足りず、客観

的基準を求めると破産法の支払不能などの概念と近接する。契約上有利な立場にある事業者ほど、この主張をして中小事業者を困窮させるおそれがある。

取引の相手方に対する信用リスクは、個々の事業者が当該取引の内容や態様に応じて、立替サイトの短縮、現金比率の増加または担保の要求など取引条件の変更を通じて、個別に保全策を講じて対応するべきである。

民法中に一般原則として規定するのではなく、個別の紛争に際しては、信義則や判例法理を駆使して、柔軟な解決を図るのがよい。もし導入する場合でも、信義則のところ、その一態様として理念的・宣言的に規定するのがよい。(会社員)

- 改定の必要があるとは思えない。必要があれば契約に明記すべき。(個人)

## 2 要件論

不安の抗弁権の適用範囲その他の要件に関しては、先履行の合意がある場合に限って適用を認めるという考え方について賛否両論があったほか、取引実務に悪影響を与えるという観点から、契約類型の特徴等をも考慮して適用範囲を限定する必要があるという意見や、事情変更の原則と同様の厳格な要件設定が必要であるという意見、契約締結前に相手方の信用不安事情が生じていた場合への適用を認めるべきではないという意見等があり、これに対して、これらの意見よりも適用範囲や要件を緩やかに捉える傾向の意見もあった。これらの意見を踏まえて、①適用範囲を債務者が先履行義務を負う場合に限定するか、②反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を事情変更の原則と同様に限定的にすべきか、③反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じた場合においても一定の要件の下で適用を認めるべきかという論点を含めて、不安の抗弁権の適用範囲その他の要件について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第3, 2 [28頁]】

### 【意見】

- ①について、先履行義務の場合に限定されないとすべきである。
  - ②について、濫用のおそれにつき厳格な要件を定めるべきであるが、限定的とすることまでは不要であるとする。
  - ③は不要であるとする。(札幌弁)
- 適用範囲を債務者が先履行義務を負う場合に限定することには反対し、双務契約であれば足りるとすべき。不安の抗弁権の理論的根拠は、双務契約において反対給付の履行が危うくなった場合の相手方への信用不安解消に基づくものであるから、先履行義務の場合に限る必要はない。

反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を事情変更の原則と同様に限定的にすることに賛成する。不安の抗弁権を広く認めると、相手方は目的物を受けられないなどの事態が生じ、社会不安を生じさせ妥当でない。

反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じた場合においても一定の要件の下で適用を認めることに賛成する。契約締結前の事情であっても、合理的な理由があつて債務者がその事情を知らなかった場合は、相手方への信用不安解消という利益は保護されるべきである。(愛知県弁)

- 先履行義務を負う場合に限定すべきである。先履行の合意がない場合、原則として同時履行の抗弁権(民法第533条)が認められるから、不安の抗弁権を認める必要性が乏しい。

不安の抗弁権が例外的に適用されるべきあるほか、財務状況の良くない中小企業等に与える影響の大きさ等から、反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情は厳格に捉えるべきである。立法提案については表現を更に工夫する必要がある。

契約締結前に生じた事情は適用外とすべきである。当該事情が契約締結前に発生していた場合については、本来そのリスクは織り込んで合意をしているはずであるから、原則的に不安の抗弁権により救済すべき理由はない。(東弁)

- 先履行を負う場合に適用範囲を限定し、反対給付を受けられないおそれがある場合を例示列举により具体化し、契約締結前に生じた事情については、先履行義務者が契約締結時にその事情を知りえた場合には適用を除外すべきである、との考え方に賛成する。不安の抗弁権は実務に与える影響が大きく、要件を緩やかに解すると濫用のおそれがある。(金沢弁消費者委)

- 不安の抗弁権の適用範囲その他の要件に関して、厳格に規定をすべきである。

同時履行の場合は同時履行の抗弁権を行使すれば済むのであるから、先履行の合意がある場合にのみ不安の抗弁権の行使を認めるべきである。

また、要件の一つとして検討されている「反対給付を受けられないおそれ」は、単に主観的なおそれでは足りず、客観的な事情に基づく合理的な「おそれ」を要求すべきであると考え。さらに、契約締結前に生じていた事情に基づく抗弁権の行使は認められるべきではないが、かかる事情を契約締結時点で不知(抗弁権の行使者に応じた注意義務を果たしていることが必要)であった場合には抗弁権の行使を認めるべきであると考え。(国際企業法務)

- 明文化自体に反対である。仮に明文化するとしても、濫用の危険があることを考えれば、要件は可能な限り限定すべきである。(広島弁)

- 先履行義務を負う場合に限定すべきである。同時履行の場合は同時履行の抗弁権があれば十分であるから、先履行義務がある場合に限定してよい。先履行義務者に限らない場合、この抗弁の効果は、引換給付判決ではなく請求棄却判決になると思われるが、引換給付でよい。相手方（通常買主）に逆に先履行を強いることになるのではないか。

事情変更の原則ほど限定する必要はない。特に「資力不足」という要件を必須の要件とする必要もない。判例は継続的供給の場合では、支払いの遅延や説明要請、担保提供要請の拒絶等を重視している。

「資金不足」を要件として挙げるという見解（基本方針）もあるが、支払い不能程度の状態にのみ認められることにならないか、債務者（売主）に厳しい立証を求めることにはなるのではないかと懸念される。

抗弁権を認めるべきなのは、信用不安に限られるべきではないし、ある程度は広く抗弁権を認めてよいものと思われる。

契約締結前から反対給付を受けられないおそれが生じていた場合でも、合理的にそのことを知らなかった場合には、適用を認めるべき。信用不安の事情が生じたのが契約締結前か否かは、抗弁権を行使したい者にとっては変わらない。相手方が反対給付をすることが困難な状況にあることを秘して取引をした場合に、錯誤や詐欺による解決というのはあまり現実的ではなく、効果として、給付を拒絶できるだけの不安の抗弁権を認めるというのが公平といえる。（堂島有志）

- 再建への支障が生じるため、倒産法の規律との関係でも抵触等の問題が生じるとの意見が多かった。（最高裁）
- 適用範囲については、債務者が先履行義務を負う場合に限定すべきである。確かに、不安の抗弁権の理論的根拠を反対債権の危殆化ととらえると、先履行義務がある場合に限定されなくなる。しかし、不安の抗弁権の要件は厳格に規定されるべきであるところ、実際に不安の抗弁権が問題となるのは先履行義務がある場合であり、先履行義務がない場合に、同時履行の抗弁権以外に不安の抗弁権を認める実益が不明である。

よって、不安の抗弁権の適用範囲については、先履行義務がある場合に限定すべきである。

反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を限定的に考えるべきである。現行法上、不安の抗弁権は明文がないことから、要件・効果が必ずしも明らかではなく、濫用されることも少なかったが、一度、不安の抗弁権が濫用されると、相手方に与える影響は甚大である。したがって、反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情は限定的に考えるべきである。

契約締結前に発生していた事情については、限定的な要件のもとであれば、不安の抗弁権の適用を認めることに反対しないが、債務者が契約締結時にそのことを知らなかったことに合理的な理由がある場合という

要件よりもより限定的にする方向で検討すべきである。異時給付は、相手方の財産状態が健全であり先履行が当事者の一方に不利益となるものではないとの信頼に基づくものであり、かかる信頼の前提事実が異なるのであれば、異時給付を貫徹する必要性は乏しい。また、錯誤や詐欺等による処理の場合、契約が無効や取消となるが、不安の抗弁権での処理を可能とすれば、契約の効力を維持することができるため、解決のバリエーションが広がることになる。

もっとも、上述のとおり、不安の抗弁権の適用範囲については限定的に解すべきであり、先履行義務者としても、先履行義務を負うということからすれば、ある程度リスクを負うことについて予期していたと解される。そのため、契約締結前に発生していた場合であっても、債務者が契約締結時にそのことを知らなかったことに合理的な理由があるといった要件で十分か否かについては疑義がある。したがって、かかる要件について、より限定的にする方向で検討すべきである。

不安の抗弁権のその他の要件として、当該事情が予期することができなかったことを要件とすべきである。一方当事者が資力不足等になることが両当事者において予期することができていた場合においては、当該リスクは債務者が負うべきであり、不安の抗弁権を認める必要性がない。  
(大阪弁)

- 不安の抗弁権の明文化については慎重に検討すべきである。(二弁)
- 建設工事においては、支払条件・引渡し時期等を定めた請負契約を注文者・請負者間で取り交わした後に、工事に着手するのが一般的であるので、先履行の合意があることが前提となる。

不安の抗弁権が必要となる場面としては、注文者の支払困難な状態について、できる限り具体的かつ明確な要件を盛り込む方が望ましい。曖昧な内容であれば、先履行義務者（請負者）として、果たして不安の抗弁権が適用できるかどうか（債務不履行責任を追及されはしないかどうか）迷い、引渡し拒絶に躊躇した結果、先履行せざるを得なくなり、結果として注文者の倒産により反対給付（請負代金残額）を受けられない結果となる。

たとえば建設工事の請負契約に一般的に使われる民間（旧四会）連合約款では、請負者による契約解除事由として「発注者が支払を停止する（資金不足による手形、小切手の不渡りを出すなど）などにより、発注者が請負代金の支払能力を欠くおそれがあると認められるとき」と規定されている。不安の抗弁権の効果論は、次項の議論ではあるが、解除までを効果として認めるのであれば、当該約款の契約解除事由を一つの参考とすべきであるが、解除までは認めず、発注者側の債務履行（同時履行）を促す効果までとするのであれば、当該約款の契約解除事由よりも発注者の支払困難な状態を広く捉えた要件を定めて然るべきと思われる。

(日建連)

- ①債務者が先履行義務を負う場合に限定し、②反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を、事情変更の原則の適用が認められる場合等と同様限定的にすべきであり、③契約締結前に発生していた事情については、先履行義務者が契約締結時にその事情を知り得た場合には適用を除外すべきである。

先履行の合意がない場合、同時履行の抗弁権が認められるのであるから、先履行の合意がある場合に限定しても特に不都合はない。

契約を維持する観点からは、適用される場合を限定的にすべきである。

契約締結前に発生していた事情について、先履行義務者が契約締結時に知り得た場合にまで保護する必要はない。主張責任、立証責任の観点からも妥当であろう。(横浜弁)

- 濫用を避けるために要件は極めて厳格なものにすべきである。(親和会)
- 不安の抗弁権が中小企業に与える深刻な影響を考慮し、その要件は相当厳格に設定すべきである。(広大有志)
- 債務者が履行を拒絶できるのは契約締結後に生じた信用不安が現存している場合に限定すべきと考える。また、不安事由が解消された後に、債務の履行を強制するか、するとすれば如何なる場合に如何なる条件で強制するかなども検討願いたい。(長島・大野・常松有志)
- 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っ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れるべきである。

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)。(日大民研・商研)

- 仮に、不安の抗弁権を明文化すると仮定すれば、以下のような要件を設けるべきである。
  - (1) 債務者が先履行を負う場合に限定すべきである。引換えて履行がなされれば信用不安は問題とならないであろうから、先履行の場合に限定してよいと思われる。同時履行の関係にある債務について不安の抗弁権を認めるということは、買主に信用不安がある場合には買主が現金を提供しても売主は商品の供給を拒絶でき、売主に信用不安がある場合には売主が商品を提供しても買主は代金を支払う義務を負わない、ということであるが、ここまで強い権利を付与すべきではないである

う。

(2) 反対債務の履行を受けることができなくなる具体的危険性が生じた場合とすべきである。不安の抗弁が認められた場合、先履行義務が否定され、同時履行の関係になる。例えば、買主に信用不安がある場合に、先履行義務を負担している売主が先履行を拒絶して、買主からの代金の提供と引換えの履行になるが、抽象的にいえば、このような関係になることを正当とするに足りる信用不安の状態が要求されるのであろう。ただし、濫用を防止するために、厳格な要件を規定すべきと思われる。具体的には、買主から1回だけ期限延長の要請があっただけでこの要件を充足する場合もありうるし（例 取引金額が高額の場合）、交渉した後でなければこの要件を充足しない場合もありうる（例 ある程度の担保を受領している場合）。

(3) 契約開始時点から信用不安が存在していた場合、信用不安があることを知らず、かつ知らないことに過失のない先履行義務者は、不安の抗弁権を行使することができるべきである。信用不安があることを知って先履行を承諾した当事者を保護する必要はない。信用不安を知らなかった場合であるが、信用不安を積極的に公言しなかった当事者と取引の拡大を希望した当事者のいずれを保護すべきであるかという比較考慮になるが、同程度の保護でよいのであろう。そうすると、先履行義務者が善意だけでは保護されず、無過失を要求すべきであろう。（福岡弁）

○ 前述のように不安の抗弁を明文化するのは慎重に検討する必要があるが、仮に明文化する場合、以下の意見が多い。

- ① 適用範囲を債務者が先履行義務を負う場合に限定することに賛成。
- ② 反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を事情変更の原則と同様に限定的にすることに賛成。
- ③ 反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じた場合に置いても一定の要件の下で適用を認めることに反対。

契約で先履行を負う債務者が、契約時には想定できなかった債権者の信用悪化で反対給付を受けられる見込みが無くなった場合、信義則上、先履行をしなくても良いとする制度として設計すべきであり、①適用範囲を債務者が先履行義務を負う場合に限定し（引換給付の場合、債権者が先履行義務を負っているがその義務を履行していない場合は同時履行の抗弁で解決する）、②反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を事情変更の原則と同様に限定的にし（取引をする場合、相手の信用悪化の可能性は読み込んで取引をしているはずである）、③反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じていた場合は、原則として適用しないべきである（契約締結前から債権者の信用不安が分かっていた場合は、それに対応した契約をしているはずであるし、取引をするもの

は相手の信用を自分で調査すべきである。)。ただし、消費者のように債権者の信用を調査する能力が典型的に無い場合は、反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じた場合にも適用を認めるべきである。(日弁連)

- 不安の抗弁権の新設については、明文化の要否を慎重に検討するべきであるが、仮に新設した場合の要件については以下のとおりとするべきである。

- ① 債務者が先履行義務を負う場合に限定すべきである。先履行義務がない場合は、同時履行の抗弁権により保護される。

- ② 「反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情」を限定的に考えるべきである。不安の抗弁権は企業間の継続的取引関係の中で、出荷停止という形で行使されることも多く、打撃が大きい

- ③ 契約前に発生していた事情については、原則として認めつつ、先履行義務者が契約締結時にその事情を知り得た場合に適用を除外すべきである。反対給付の履行を受けられない恐れという点では、事情の発生時期が契約前か後かで変わりはない。(仙台弁)

- 先履行義務を負う場合において、①事情の変動により反対給付を受けられない顕著なおそれが契約後に生じた（又はおそれが格段に増大した）ことを要件にすべきである。

事情変更の原則と同様に、契約時に双方が引き受けたリスク配分は軽々に変更されるべきではないというのが基本原則である。顕著な事情の変動がある場合に限るべきである。また、大きな会社でも倒産することを思うと、反対給付を受けられないおそれは、常にあると言えるから、おそれが皆無である必要はない。(兵庫県弁)

- 双務契約のうち、先履行義務が存する場合に限り、不安の抗弁権を認めてよい。ただし、要件は幻覚かつ明確に定めるべきであって、「信用不安」や「具体的危険」という抽象的な表現を要件とすることは妥当ではない。具体的には、銀行不渡りを出した場合、その所有する財産に仮差押えがなされた場合などを例示列挙して挙げるなどして厳格化し、それに類する信用不安が生じた場合（「その他、著しい資力不足の事情が生じるなどして反対債務の履行を受けることが出来なくなるおそれ」）などに限定すべきである。(弁護士、弁護士)

- 基本的な視点として、濫用の危険があるところであり、明確な要件を定めることが必要である。

先履行義務は、相手方に対する信用供与に基礎を置くものであるから、その基礎となった信用供与を喪失させる事情が生じた場合には、不安の抗弁権を認め、同時履行関係に復させるのが妥当である。先履行の合意がない場合、原則として同時履行の抗弁権（民法第533条）が認められるから、不安の抗弁権を認める必要性が乏しい。

反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情の範囲については、契約は守られなければならないという原則に対する例外であるため、厳格に捉えるのが妥当である。不安の抗弁権を認める裁判例も、商品の継続的売買・給付契約の事案が多く、それらの裁判例においては、単に相手方の信用不安の存在のみならず、資産状態の事前調査の有無、資産状況に関する催告の有無、担保供与の交渉に応じたか否かなど、相手方の資力に対する疑念を払拭する努力をしたか否かという点を抗弁権の判断要素として重視している。

例えば、東京地判平成2年12月20日判例時報1389号79頁は、「原告が被告に対して本件ベビー用品を約定どおりの期日に出荷、納入せず、また、被告との以後の新たな取引も停止することとしたのは、先に認定したとおり、被告との継続的な商品供給取引の過程において、取引高が急激に拡大し、累積債務額が与信限度を著しく超過するに至るなど取引事情に著しい変化があつて、原告がこれに応じた物的担保の供与又は個人保証を求めたにもかかわらず、被告は、これに応じなかったばかりか、かえって、約定どおりの期日に既往の取引の代金決済ができなくなって、支払いの延期を申し入れるなどし、原告において、既に成約した本件個別契約の約旨に従って更に商品を供給したのではその代金の回収を実現できないことを懸念するに足りる合理的な理由があり、かつ、後履行の被告の代金支払いを確保するために担保の供与を求めるなど信用の不安を払拭するための措置をとるべきことを求めたにもかかわらず、被告においてこれに応じなかったことによるものであることが明らかであつて、このような場合においては、取引上の信義則と公平の原則に照らして、原告は、その代金の回収の不安が解消すべき事由のない限り、先履行すべき荷品の供給を拒絶することができるものと解するのが相当である。したがって、原告が右のとおり被告に対して本件個別契約にかかる本件ベビー用品をその納入期日に出荷、納入せず、また、被告との以後の新たな取引も停止することとして継続的供給を停止したことには、なんら違法性がないものというべきである。いわゆる不安の抗弁権をいう原告の本訴請求についての再抗弁及び反訴請求に対する抗弁は、以上のような意味において理由がある」と判示した。

また、知財高判平成19年4月5日LLI/DB判例秘書登載は、「継続的取引契約により当事者の一方が先履行義務を負担し、他方が後履行義務を負担する関係にある場合に、契約成立後、後履行義務者による後履行義務の履行が危殆化された場合には、後履行義務の履行が確保されるなど危殆化をもたらした事由を解消すべき事由のない限り、先履行義務者が履行期に履行を拒絶したとしても違法性はないものとするのが、取引上の信義則及び契約当事者間の公平に合致するものと解される。いわゆる不安の抗弁権とは、かかる意味において自己の先履行義務の履行

が拒絶できることであると言うことができる。そして、後履行義務の履行が危殆化された場合としては、契約締結当時予想されなかった後履行義務者の財産状態の著しい悪化のほか、後履行義務者が履行の意思を全く有しないことが契約締結後に判明したような場合も含まれると解するのが相当である」と判示している。

また、反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情の存在時期については、契約締結後に発生した場合に限るのが妥当である。当該事情が契約締結前に発生していた場合については、錯誤や詐欺等によって処理が可能であり、不安の抗弁権を認める必要は乏しい。

その他の要件について、どこまで明文化すべきかは慎重に判断する必要がある。論理的には、資力不足等になり得ることが契約締結時に両当事者によって予期されており、反対給付を受けられないリスクを覚悟の上で契約関係に入ったといえる場合には、そのことを理由に履行を拒絶することは認められるべきではない。ただし、これは例外的な事情であるから積極的な要件とはせず、予見可能性があったことを不安の抗弁権の阻却事由として位置付けるべきと考える。(弁護士)

- ①適用範囲を債務者が先履行義務を負う場合に限定するかについては、基本的に当事者が締結する契約書における既定の仕方に委ねれば足りると考える。②反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を事情変更の原則と同様に限定的にすべきかについては、限定的にするべきではなく、当事者が締結する契約書において規定されていれば当事者間において事後的に効力を否定するべき合理的な理由はないことから、原則として広く有効とする方向で検討するべきである。③反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じた場合においても一定の要件の下で適用を認めるべきかについても、原則として、当事者間で締結する契約書における既定の仕方に委ねれば足りるものとする。(会社員)

- (1) 不安の抗弁権の要件は、先履行義務を負う場合のみに限るべきでない。また、契約自体の有効性に疑念のある場合も、不安の抗弁権を認めるべきである。

同時履行の関係における場合も、履行後に無効・取消事由が明らかになるおそれがある場合に、より原状回復が困難な側は、履行に慎重にならざるを得ない。それは全く特殊なことではない。多くの不動産取引では、程度の差こそあれ、契約締結後に調査・確認が行われている。それは単に履行をするための書類が調っているかどうかという形式的な調査だけでなく、売主の本人確認や意思能力の確認など、実体契約の瑕疵が無いかどうかの見極めを経て、同時履行決済が行われている。不動産の売買においては、万一、詐欺等により取引後に契約の効力が否定されると、登記の公信力が無く、不動産の動的安全より静的安全が重視される現行法下では、不動産の所有権移転登記等は抹消され、所有者は保護

される可能性が高いのに対し、買主の側は支払った対価を回収できる可能性は低い。そこで司法書士等の専門家の判断（助言）によって、取引が完結する、という慣行が出来上がったのである。これを契約の側から見れば、実体契約の瑕疵がある可能性が高い場合は、履行を保留し、相手方にさらなる情報提供を求める等の権利が認められる必要がある、といえる。

よって、同時履行関係に立つ双務契約においても、履行結果が保持できないおそれがある場合は、不安の抗弁権を認めるべきである。

#### (2) 不安の抗弁権の具体的な要件

①先履行義務を負う場合は、後履行義務者の履行を期待できない客観的な事情の存在を要件とし、②同時履行関係に立つ場合は、契約の要素に関する事実については、相手方に情報提供義務があり、それを理由なく拒んだ時には、不安の抗弁権を主張できるものとするべきである。

契約の要素に関する瑕疵については、錯誤の規定により処理すべきであるとの意見もあるが、錯誤により契約の有効無効を決するのは、裁判手続をまたなければならない。先にも述べたように、紛争処理は、裁判だけでなく、より私的自治の理念にマッチしたADRなどもあり、履行の留保（債務不履行責任にならない）という効果にとどまる抗弁権は、適用領域が錯誤と重なったとしても、再交渉につなげるなど、よりスムーズな紛争処理に資するものとする。（司法書士）

- ① 適用範囲については、先履行義務を負う場合に限定すべきではない。不安の抗弁権の理論的根拠に関する学説上の対立に深入りするつもりはないが、先履行義務がない場合に、同時履行の抗弁権のみですべての問題を解決しうるかは、なお疑問の余地がある。
- ② 反対給付を受けられなくなる要件としては、「反対債務の履行を受けることができなくなる具体的な危険が生じたこと」とすることに賛成する。要件を例示列挙する見解もあるが、破産手続開始の決定等があった場合の規律は、基本的に破産法等に委ねられるべきものであり、また相手方の強制執行や手形不渡りについて、これらを一律に不安の抗弁権発生事由と認めることは要件が広きに失し、会社が手形の不渡りを一度でも出したら即倒産という事態になりかねないなど問題があることから、要件については抽象的規定にとどめるべきである。
- ③ 契約締結前に発生していた事情についても、原則として不安の抗弁権を認め、ただ当事者が契約締結時にその事情を知り得た場合には、不安の抗弁権を認めないものとするべきである。これは、実質的には立証責任の問題であり、不安の抗弁権たる事由は相手方に内在するものであることから、不安の抗弁を主張する側に善意無過失の立証責任を負わせるより、その相手方に悪意ないし有過失の立証責任を負わせる方が合理的であると考えられる。（弁護士）

- 改定の必要があるとは思えない。必要があれば契約に明記すべき。(個人)

### 3 効果論

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明確にするものとしてはどうか。

さらに、担保提供の請求等を経た上での解除をも認めるという考え方に関しては、濫用のおそれがあるという指摘や、反対債務の履行期到来後の債務不履行による解除を認めれば足りるという指摘等があることを踏まえて、取引実務における必要性やこれに与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

このほか、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べきであるという考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第3, 3 [31頁]】

#### 【意見】

- 不安の抗弁権の効果について、履行拒絶を正当化することには賛成する。当事者の公平を図る趣旨からすれば、効果としては、あくまで履行を拒絶することができることや、債務者に債務不履行責任が生じないこと等、裁判例によって認められてきた範囲の防御的效果だけを認めれば足りる。

不安の抗弁権の効果として、更に契約の解除までは認めるべきでない。相手方が履行して、上記債務者の履行を求める可能性をも奪うのは行き過ぎである。

弁済の提供などがある場合には、効果を否定すべきである。この場合には、反対給付を受けられないおそれが解消され、不安の抗弁権の基礎が失われる。(東弁)

- 解除権まで認める必要はない。(金沢弁消費者委)
- 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明確にすることについて、賛成する。判例学説上争いがない。

担保提供の請求等を経た上での解除をも認めるという考え方について、賛成する。契約維持の利益を考慮すれば、担保提供、引換給付を求める権利を与えて契約を実現するようにさせる方が妥当である。そしてこの義務を相手方が履行しないのであれば、もはや契約を維持させるべき理由はなく、契約の解消を認めるべきである。

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ことについて、賛成する。相手方反対給付について弁済の提供をした場合等には、不安の抗弁権を有する者の、不安定な地位は解消されるのであるから、不安の抗弁権を行使させる理由がない。(愛知県弁)

- 不安の抗弁権の効果を一定程度限定すべきである。

不安の抗弁権の効果の実現が容易であることから、不安の抗弁権の効果として、さらに担保提供請求権、担保提供が認められないときの解除権等を認めた場合、濫用の可能性が高まると考えられる。そのため、不安の抗弁権の効果として、債務者が債務の履行を拒絶でき、そのときには債務不履行に陥らないこと、及び相手方が反対給付について弁済の提供等をした場合には、不安の抗弁権の効果が認められないことに限定すべきであると考えられる。(国際企業法務)

- 付遅滞の責を負わないで足りると考える。効果を明文化することが紛争の回避につながる。解除の効果まで認める必要はない。(札幌弁)
- 不安の抗弁権の効果として、履行拒絶が債務不履行にならないことを明文化すべきである。不安の抗弁権の効果は履行遅滞にならないということなので、そのことを明文化することで問題ない。

解除権は認めるべきではない。担保の請求等を要件としたとしても、相手方が解除を免れようとする、結局相手方に期限前の履行を強制することと同じであり、それは公平を欠く。解除は、相手方の履行期が到来した後に、催告解除が可能なのであるから、それで足りるといえ、あえて不安の抗弁権に基づく解除を認める必要性はない。契約をした以上、反対給付の履行期までは給付義務を課したとしても、不合理ではない。

相手方が弁済の提供、担保の提供をした場合には、抗弁権を行使できないとするべきである。相手方が弁済の提供や担保の提供をした場合には、反対給付を受けられないおそれが解消されることから、本来の義務を履行させることが妥当である。(堂島有志)

- 再建への支障が生じるため、倒産法の規律との関係でも抵触等の問題が生じるとの意見が多かった。(最高裁)
- 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明確にすることには賛成である。不安の抗弁権を明文化するのであれば、その要件のみならず効果も明確化すべきである。

そこで、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明確にすべきである。

不安の抗弁権の効果として、担保提供の請求等を経た上での解除をも認めることには反対である。上述のとおり、不安の抗弁権の適用範囲は限定的に解すべきである。したがって、その効果についても限定的に解

すべきこと、また、相手方がいまだ債務不履行をしたわけではないことからすれば、不安の抗弁権の効果として解除まで認める必要性に乏しいと解する。

相手方により弁済の提供や相当担保の提供がなされた場合、不安の抗弁権の効果認められない旨を明文化することには賛成である。弁済の提供や相当担保の提供がなされた場合は、もはや不安の抗弁権の効果認めめる必要性がない。濫用を防止する観点からも、かかる場合は不安の抗弁権の効果認められない旨規定すべきである。(大阪弁)

- 不安の抗弁権の明文化については反対である。(二弁)
- 不安の抗弁権の効果として、債務不履行とならないことは当然と思われるが、これだけでは余り意味がない。

実務に照らして、不安の抗弁権を行使した場合の対応を概観すると、建設工事においては、建物引渡し時に注文者の与信に問題が生じた場合、いったんは引渡しを拒絶するものの、その後は注文者より実効性のある相当の担保を提供させた上で引渡しを行うか、担保の提供がなければ注文者による支払まで引渡しを拒絶し、注文者による支払と引渡しとの同時履行を求めることになる。

そもそも注文者に対し何らかの義務の履行を規定上で求めないのであれば、注文者の対応次第では、請負者は引渡し拒絶をずるずる続けざるを得ず、問題の解決にはつながらないのは必至であろう。このことは、長期間引渡しを拒絶し建物を占有し続ける請負者にとっても、本来建物を使用し収益等を上げる予定であった注文者にとっても、本来的に何らのメリットもないと思われる。

そうすると、相当の担保の提供、又はお互いの債務の同時履行の実施までを、不安の抗弁権の規定の中で謳うべきではないかと考える(ただし、担保提供や同時履行も不可能な場合、契約解除まで盛り込むかどうかは、不安の抗弁権の規定の中に設けなくても、別の約定、たとえば前項で例示した民間(旧四会)連合約款に規定する請負者による解除事由で十分対応可能ではないかと思われる)。(日建連)

- 不安の抗弁権の効果としては、債務の履行を拒絶することができ、債務者に債務不履行責任が生じないとするだけで十分であると考えられる。

相手方が反対給付につき弁済提供をした場合や相当の担保を提供した場合には、不安の抗弁権の効果認められない旨の明文の規定を置くべきである。

弁済の提供がなされ、あるいは相当の担保の提供がなされた場合には、反対給付が受けられないおそれが解消したといえるのであるから、不安の抗弁権を認める必要はない。(横浜弁)

- 濫用を避けるため、同時履行の抗弁の拡張と解すべきであり、解除権まで認めるべきではない。(親和会)

- 債務の履行を拒絶できる（債務不履行に陥らない）ことにとどめるべきである。（広大有志）
- 効果としては、同時履行に変更すること、担保請求権を定めること、解除権を定めることなど考えられるが、効果の程度と相応の要件を検討するべきと思われる。（長島・大野・常松有志）
- 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。（日大民研・商研）

- 不安の抗弁権を明文化すると仮定すれば、不安の抗弁権の効果として、履行拒絶、不履行免責が認められること、相手方が弁済の提供をした場合には不安の抗弁権は認められないこと、先履行義務者の給付と引き換えに反対給付の提供を求めることができることとすべきである。不安の抗弁が認められた場合、先履行義務が否定され同時履行の関係になるのであるから、信用不安のある当事者が自己の債務を提供した場合には、不安の抗弁権は消滅することになる。

相手方が担保提供した場合に不安の抗弁権が認められなくなるとすべきではない。担保権の実行には時間と費用を要することを考えると、担保を提供したからといって先履行義務に戻る必要はない。ただし、「契約の内容・契約の趣旨」から考えて、担保を取得すれば先履行義務に戻ることが合意されている場合は別である。

不安の抗弁権の効果として契約解除まで認めるべきではない。買主の期限の利益を喪失させる結果となっており、このような権利行使を認める必要はないからである。（福岡弁）

- 不安の抗弁権の明文化は慎重に検討すべきであるが、仮に明文化する場合、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明確化することの賛成である。

担保提供の請求等を経た上での解除をも認めるという考え方に関しては、反対が多い。

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べきであるという考え方に賛成である。

不安の抗弁としては、債務者が債務の履行を拒絶でき、履行しなくて

も債務不履行にならないとすることで充分である。ただし、この場合、債権者の訴訟上の請求に対し債務者が不安の抗弁を主張し、認められた場合、請求棄却とすべきか、引換給付とすべきか問題となる。履行期がきているが、不安の抗弁で履行しないことが違法としないと考えると引換給付判決でも良い。不安の抗弁で履行期未到来とするなら請求棄却となる。

担保請求等を経た受けで契約解除を認めると、濫用的に担保請求し、契約解除したり、当初の交渉では担保を取得できなかった債務者が事後的に担保を取得するために濫用することが考えられること、契約はできるだけ実現した方が良く、債権者の債務の履行時期を待って契約からの解放を考えても債務者に酷でないことから反対が多かった。

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、不安が解消するから、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ことに賛成する意見が多かった。(日弁連)

- 不安の抗弁権の新設については、明文化の可否を慎重に検討すべきであるが、仮に新設した場合の要件については以下のとおりとするべきである。
  - ① 債務者に履行拒絶権を認め、債務不履行責任に陥らないとの効果を認めることに賛成する。必要十分な効果である。
  - ② 相手方が反対給付につき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不安の抗弁権を発生させるべきでなく、これらの場合に履行拒絶等の効果が認められないとするべきである。この場合、反対給付の履行を受けられない恐れは解消したといえる。
  - ③ 相手方に担保提供義務、先履行義務の履行と引き換えに反対給付の提供をする義務を課し、さらに、相手方が相当期間これに応じない場合に、解除することができるという考え方に反対する。不安の抗弁権は、あくまでも、反対給付を受けられないおそれがある場合の救済措置であり、解除等の攻撃的效果はその趣旨を超える。(仙台弁)
- 仮に一定の要件のもとで不安の抗弁権を認めるならば、不安の抗弁権が存続する間は、反対給付の履行時まで債務不履行に陥らないことにし、反対給付の履行時には同時履行の抗弁権の問題になる。(兵庫県弁)
- 不安の抗弁権の効果としては、裁判例が認めているとおり、債務者が、債務の履行を拒絶することができることや、債務者に債務不履行責任が生じないこととすべきである。ただし、相手方が反対給付につき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、反対給付を受けられないおそれが解消され、不安の抗弁権の基礎が失われるので、これらの効果は認められないとするのが妥当である。また、裁判例によって認められてきた範囲内において、あくまで履行を拒絶する等の防御的效果だ

けを認め、解除権は否定すべきである。こう解することで、同時履行の抗弁権と類似した扱いをすることになる。(弁護士)

- 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明確にする方向で検討すべきである。(会社員)
- いずれも特に異論はない。

諸外国の立法例をみても、不安の抗弁権による履行拒絶権のほか、一定の要件のもとに解除権を認めているものが多いことから、不安の抗弁権による契約の解除については、これを認めた上で、その要件を明確にすることが望ましいと考えられる。

また、現行法の解釈上これを認めることは困難であるが、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、不安の抗弁権を認めない旨の明文規定を設けることは合理的であると思われる。(弁護士)

- 不安の抗弁権が先履行債務に限るとすれば、その効果は原則として、先履行義務を有する債務者に、先履行の拘束力から開放させるものであれば足りる(同時履行の抗弁権と同様の効果を与えればよい)。担保の提供等は、債権者側がイニシアティブを取るべきことで、債権者からの担保提供等があれば、不安の抗弁権の要件は満たされなくなる。したがって、不安の抗弁権の効果についての規定は不要となる。(弁護士、弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。必要があれば契約に明記すべき。(個人)

## 第59 契約の解釈

### 1 契約の解釈に関する原則を明文化することの要否

民法は契約の解釈を直接扱った規定を設けていないが、この作業が契約内容を確定するに当たって重要な役割を果たしているにもかかわらずその基本的な考え方が不明確な状態にあるのは望ましくないことなどから、契約の解釈に関する基本的な原則(具体的な内容として、例えば、後記2以下参照)を民法に規定すべきであるとの考え方がある。これに対しては、契約の解釈に関する抽象的・一般的な規定を設ける必要性は感じられないとの指摘や、契約の解釈に関するルールと事実認定の問題との区別に留意すべきであるなどの指摘がある。これらの指摘も考慮しながら、契約の解釈に関する規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第5, 1 [40頁]】

#### 【意見】

- 明文化には賛成する。(札幌弁)

- 基本的には賛成する。(東弁)
- 契約の解釈に関する規定を設けることは望ましいことであるが、通念となって定着している契約解釈の原則を明記するにとどめるべきであって、先走った立法にすべきではない。(兵庫県弁)
- 契約の解釈に関する原則を明文化することに賛成。当事者の意思解釈の原則を定めることは分かりやすい民法につながる。比較法的にも基本的解釈基準を定めているものが圧倒的多数。(堂島有志)
- 契約の解釈の原則を明文化する方向で検討すべきである。総則の意思表示の規定のみでは限界があるため、契約の章に契約の解釈の原則を明文化することは有益であると考え。(日司連)
- 市民への行動指針として、契約解釈に関する基本的な原則を明文化すべきである。(広大有志)
- 共通錯誤や書式の不合致のように、解釈の方法論としても、意見の割れている部分も存在するので、たとえ指針に過ぎなくても、規定を設けるべき。(大学教員)
- 積極的な反対はしないが、条項使用者不利の原則を除いては、特に必要な規定とは思われない。(弁護士)
- 契約の解釈に関する規定を設けるべきである。(大学教員)
- 「契約の解釈」という文言自体が多義的であることから、この原則を明文化してもそもそも何を対象としているかについて議論が生ずる可能性がある。とくに契約当事者が何を合意したかという点が重要であるならば、その合意の確定作業がキーとなるが、それは事実認定の作業とどのように区別されるのか、明確にされる必要がある。  
 契約の解釈に関する基本原則を規定することは、民事実体法の基本となるべき民法の法的位置づけ・役割からみて必要かつ適切であると考え  
 える。  
 なお、補充的契約解釈は取り上げられたが、いわゆる「修正的解釈」はどのように考えるのであろうか。従来、法律行為の解釈のテーマにおいて取り扱われてきた議論（それが「解釈」のところで検討することが適当か否かはともかくとして）が、「契約の解釈」という視点から切り捨てられるとすれば問題であろう。(「改正を考える」研)
- 契約の解釈の原則的事項を定めることには反対しないが、現在の解釈実務に変更を加えるようなメッセージを与えないよう留意すべきである。(愛知県弁)
- 契約の解釈の重要性について異論はない。しかし、他方で契約の解釈に関する規定がない現行民法で特に不都合が生じていることもない。それゆえ、本提案の賛否は、規定の具体的内容によると言わざるを得ない。事実認定との区別について、契約の解釈は、当事者の真意等の事実の確定の後に来るべきものであるところ、明文化に際し、両者の区別に留意

すべきことについて賛成する。(大阪弁)

- 成文法主義の我が国においては、裁判官の判決の基礎となるものは、第1に実定法規である。これまで裁判官は実定法上の契約解釈原理を有さず、(一般条項としての信義則(1条2項)などを媒介として)かなり自由な契約解釈を行ってきたと言われている。一方で国民に対しては契約の解釈について原則的な指針が示されないまま今日に至っている。現代の我が国においては、民法制定時と比較にならないほどの多くの契約類型が存在し、また、他国間との取引契約も益々増加の傾向にある。

また、これからの国際社会のあるべき法、モデルとすべき契約法ともいわれる、ユニドロワ国際商事契約原則(2004年)では契約の解釈について詳細な条項が定められている。このようなパラダイムの変化に伴い、我が国の特色、集積された判決例、国際的基準にも配慮しながら契約解釈の原則規定を設けるべきである。これにより、裁判官に契約内容の解釈について実定法的根拠を与えると共に国民に予測可能性が賦与される事が期待される。

なお、以下の点は、留意を要する。すなわち、任意規定は強行法規に抵触しない限り当事者の特約によって排除される(91条)というのが、これまでの解釈である。しかしながら典型契約の規定は、現在まで、人々が妥当と考えてきた契約内容の具現化に他ならない。よって、その規定からの離脱の解釈は慎重に為されるべきである。例えば、売買や請負の担保責任を免除する特約は安易に認められるべきでない。その他、当事者が典型契約の条項を離脱する不合理な特約についても同様である。

(横浜弁)

- 次のような理由から、明文化に消極的な意見が大半を占めた。

契約を解釈するための指針は、必ずしも裁判官を拘束するものではないと考えられるとの説明も見られるが、意思主義的な方向で契約解釈の規定を設けるなら、裁判所は、当事者がした契約解釈の理解をしんしゃくして契約解釈をせざるを得ず、必然的に当事者が依拠する契約解釈の一般規定に拘束されていくことになるのではないかと。また、いかなる基本原則を規定するかにもよるが、2で提示されている契約解釈の基本原則などは、当事者に契約解釈に争いがある場面で機能するはずであり、裁判規範となることを想定されるのではないかと。

またそうであるにしてもないにしても、契約解釈の原則を規定として設ける場合、網羅的に詳細な規定を設けることは不可能と思われるが、契約解釈の争いは、その規定の範囲に自ずと収斂していくことが予想され、結果的に契約解釈の硬直化を招くおそれがあるのではないかと。さらに、前提問題として、実務における契約解釈の争いは、当事者の合意そのものの事実認定と、合意の解釈という法的評価が、渾然一体となって争われることが多いと思われるから、契約解釈の原則についての明文規

定（事実認定に関する規定ではない。）が置かれた場合、契約解釈を巡る争いについて実務処理に混乱をもたらす、事案を適切に解決していく上での支障になるおそれがあるのではないか。そもそも、契約の解釈が事実問題か法律問題か確定していない現段階では、契約の解釈が事実問題であれば、当事者が争わない事実については、それが主要事実であると考えれば弁論主義の適用があり、裁判所はそれに拘束されることになるし、裁判規範の問題として考える限り、これは解釈規範以前の問題となる。しかし、仮に合意の時点では意思が一致していたとしても、訴訟で争われるのであれば、結局裁判所は客観的解釈をせざるを得ない（裁判の場面ではほとんど客観主義的運用にならざるを得ない）。そうすると、裁判規範としてみる限り、解釈原則がどれだけ働くか疑問である。

なお、他国において契約解釈の規定が定められている例があること、現行民法の規定のなかには契約解釈の原則に関わる規定が既に存するとの指摘があるが、少なくとも我が国においては契約解釈に関する包括的規定をもたずに長年にわたり裁判実務は行われてきているのであるから、提案にかかる規定の新設が実務にいかなる影響を及ぼすかについて、契約解釈の包括的規定をもつ他国の実情（いかなる場面で当該規定が活用されているのか、それが紛争を未然に予防し、あるいは紛争の適切な解決に有益な規定として機能しているか。）も十分調査した上で、慎重な検討が必要であると考え。（最高裁）

- このような規定を明文化する必要があるか、法令の解釈すら明文化されていないのに契約の解釈について明文化する必要があるか等の反対意見、慎重な検討を求める意見が多く、賛成する意見でも2以下の具体的内容については反対する意見が多く、慎重に検討すべきである。（日弁連）
- 契約の解釈に関する基本原則を民法に規定する考え方には反対である。（一弁）
- 現行法で特段の不都合はない。また、明文化することで、従前からの契約解釈の基準を変更したと誤解されかねない。既に確立した判例法理がある解釈についても、解釈上の紛争が再燃するおそれがある。よって、明文化には反対である。（広島弁）
- 当事者がどのような意図をもって契約書を作成し、契約書にどのような機能を果たさせることを期待したのかは、事実認定の問題であり、一定のルールを明文化すべきではない。（福岡弁）
- 私法の一般法である民法において契約の解釈規定を設けることが果たして適切なのか、そもそも法令の解釈原則すら明文化されていないのに法令よりも規則性の乏しい契約についてその解釈規定を設けることが適切と言えるか、疑問である。また、これらの解釈規定により従来の判例が形成してきた契約解釈の実務に影響がないか、特に個別事案に応じた

柔軟な解決に困難をもたらさないか、当事者の意思を重視する余り表示の客観的意味から解釈の結果が乖離することがないかという観点からも、消極的に考えざるを得ない。(二弁)

○ 法令の解釈に関する原則すら明文化されていない中、契約の解釈について明文化することは先後を誤るものである。仮にこれを明文化する必要があるならば、実体法に関する議論の場ではなく、裁判官の行う解釈についての規定として手続法（民事訴訟法）に関する議論の場で検討すべきである。(親和会)

○ 個々の契約は事情により千差万別であるところ、全ての契約を解釈する基本原則としての抽象的・一般的な規定を民法に設ける必要はない。

この点、「契約の解釈」という文言自体が多義的であるから、それを明らかにするためにも規定が必要だとの見解がある。しかし、いわゆる「狭義の解釈」にせよ「補充的解釈」にせよ、概念の切り口が異なるだけであって、その意味するところは契約の成立要件である「当事者の合意」が何かを探索するという点にある、という点では同じであり、明文化を待つまでもなく、明確であると考えられる。したがって、敢えて抽象的な規定を民法に設ける理由とはならない。

契約の解釈の作業が当事者の合意内容の探索であるとする、その前提として、まず事実認定が問題となり、契約の解釈をめぐる紛争になった場合に裁判所が行う作業も事実認定が重要となると思われる。したがって、事実認定との問題との整理をせずに、抽象的な規定だけ民法に置くことの意義は乏しい。(法友会)

○ 契約の解釈に関する抽象的・一般的な規定を設ける必要性は認められない上、明文化することによって具体的な事案にどのように適用されるのかが明らかではないため、実務上混乱が生ずる可能性がある。したがって、契約解釈に関する原則を明文化する必要はない。(森・濱田松本有志)

○ 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。(日大民研・商研)

- 労働契約の成立と終了、労働条件変更については、労働契約法にいくつかの定めがあり、民法及び労働契約法の信義則・権利濫用の禁止により規律され、これらに基づき多数の判例法理が形成されてきたところ、「中間的な論点整理」の中には、労働者の権利水準を後退させるか後退させるおそれのある検討事項が少なからず存在している。

この点、契約の解釈基準については、書面記載の形式的・外形的な意思の重視という点で、労働者に影響が及ぶ懸念がある。

今後の検討過程で労働者の権利水準を後退させることが確実となる場合、法改正には賛成できない。(連合)
- 契約解釈のあり方については、実務において様々な工夫がなされており、その一部だけを取り上げて条文で定める必要はない。契約解釈についての規定がないことによる困難は生じていないばかりか、不用意に一定の方向性を出すことによる混乱も懸念される。(国際取引有志)
- 「契約の解釈」という文言自体が多義的である上、解釈に当たっての基本的な考え方がどのようなものであるかなどが不明確な状態にあるから、契約の解釈に関する抽象的で一般的な規定を設ける必要はないと考える。なお、契約の解釈が当事者の合意内容を明らかにするものであれば、事実認定の問題との関係を整理する必要がある。(弁護士)
- 契約の解釈に関する抽象的・一般的な規定を設ける必要性は感じられない(当事者の意思が契約内容に合致しているのであれば紛争が生じないためにこの規定は不要であり、争いがあるのであれば裁判所が判断すれば足りるのであって、いずれにせよ紛争解決に役立たない)。(会社員)
- 改定の必要があるとは思えない。意味のある原則規定を置くことができるとは思えない。(個人)
- 条項により、個別的に判断すべきである。他方、当事者間の情報格差、交渉力格差により、一方当事者に著しく不利な契約が締結される危険性を軽減するために、不意打ち禁止条項等は積極的に明文化すべきである。(弁護士、弁護士)

- 契約をできる限り有効又は法律的に意味のあるものとなるように解釈すべきとの原則には慎重にすべきである。  
 条項使用者不利の原則には賛成である。  
 「個別交渉を経た条項の優先」については、情報・交渉力格差のある消費者契約においては弊害がある。  
 不当条項規制・約款規制との整合性に配慮すべきである。(日弁連消費者委有志)

## 2 契約の解釈に関する基本原則

契約の解釈に関する基本的な原則として、契約は、当事者の意思が一致しているときはこれに従って解釈しなければならない旨の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。他方、当事者の意思が一致していないときは、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という考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、上記の原則によって契約の内容を確定することができない事項について補充する必要がある場合は、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これに従って契約を解釈するという考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第5, 2 [48頁]】

### 【意見】

- いずれも賛成する。本来的解釈原理として共通意思優先説が支配的とされており、また、規範的解釈、補充的解釈においても、当事者の事情・視座を解釈上尊重することが契約制度の趣旨に合致し、現行実務とも乖離しないものと考えられる。(愛知県弁)
- 当事者の意思が合致している場合に、これに従って解釈しなければならない旨の規定を設けることには賛成する。当事者の意思が一致していない場合については、実務では、通常人又は平均人の理解を基準に表示されたところの意味を解釈する考え方が取られているので、単に「合理的に考えるならば理解したであろう意味」とするのみでは不十分であり、反対する。当事者が表示していない事項について補充する必要がある場合は、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これに従って解釈することには賛成する。(東弁)
- 当事者の意思が一致しているときはこれに従って解釈しなければならない旨の規定を設けることに賛成する。契約の両当事者の意思が一致している場合に、他の解釈を押し付ける理由はないから、本提案は妥当である。また、本提案の規定だけでは明文化する必要性は少ないが、他の解釈基準を定める場合には出発点として明文化する意味はある。

当事者の意思が一致していないときは、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という規定には反対する。仮定に立ったうえで存在しないものを想像するという作業になり、判りにくい。他国の立法例では合理人基準が多く、その方が簡明であるから、契約当事者と同種の合理人を基準に解釈する旨の規定を設けるべきである。

契約の内容を確定できない事項について補充する必要がある場合は、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これに従って解釈するという規定には反対しないが、この規定で補充できないときは、契約当事者と同種の合理人がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容にて補充するという予備的な規定を加えるべきである。(大阪弁)

- 補充的解釈の規定を除いて当該規定を設ける事に賛成である。

我妻教授に代表されるかつての表示主義は当事者の内心の意思を問題としてはならないと主張したのではなく、表示を伴わない内心の意思を考慮すべきでないという意味である。伝統的な表示主義は19～20世紀当時のパラダイムにおける契約自由の原則の伸長、外観主義による取引の安全というメインテーマに連なっていたものとも思料される。しかしながら、現代契約法においては、当時者の真意よりも表示上の効果意思の合致で判断されることの不都合は格差当事者間の不当契約において顕著であり、今改正の錯誤論との関係でも内心の意思(真意)を重要視する考え方が有力である。この点からも上記基本原則は、正当なものとする。以上の理由によれば、契約の意思の合致の解釈については、表示に当事者が付与した意味の合致があれば、表示の客観的な意味に関わらず、当事者の付与した意味通りに解釈すべきである。この場合にも内心の意思が不一致だとして、契約は不成立とするのは不当であろう(表示が一致しているのだから)。よって、契約は成立し、錯誤無効の主張ができるか否かは、その要件の充足如何の問題と考えられる。このような場合の契約解釈の基準としては、慣習、取引慣行、条理等を斟酌して、「当該関係的当事者にとって、もっとも合理的な契約内容とは何か」を総合的に解釈すべきである。ただし、条文の内容については、さらに精査されるべきである。すなわち、解釈条項の明文化は裁判官の自由心証主義を制約するものではないとされているが、実定法でこのような解釈基準が定められる事による裁判実務への影響力は無視できない。

よって、その内容は、契約の解釈の原則(スタンダード若しくはプリンシプル)を呈示するに留まるのが適切であり、いまだ、確立されたとも言い難い「具体的ルール」に近い準則の明文化の内容は慎重に精査されたい。補充的契約解釈については、規定を設けることには慎重たるべきである。けだし、裁判官は、自ら最善と考える基準によって、これま

で形成された法規範と整合的でありつつ、優れて総合的な創造的法解釈を下す裁量を有するものと解するが、裁判官による契約の補充的解釈については以上の明文のルールに準じた形で定める事は若干の問題がある。このような明文の解釈基準の定立が、かえって、その創造的規範の定立に対する少しの障碍になるとも考えられるからである。(横浜弁)

- 表示の意味について、まずは両当事者の一致した意思に従って解釈すること、当事者の意思が異なるときは、当事者と同等の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、契約の内容を確定できない事項が残る場合に、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にはそれに従うという方針とすべき。(堂島有志)
- 当事者の合意を基礎とするが、当事者の意思が一致しないときは通常人・平均人の理解を基準にすることを明文化すべきである。(広大有志)
- 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。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る。(日大民研・商研)

- 契約については当事者の共通の意思にしたがって解釈されなければならない、とすることについては積極的に反対はしない。表示と当事者の意思が異なるときの契約の解釈については見解が多様であるが、不当約款・不当条項を助長する方向の議論は慎むべきである。他方、当事者の内心の意思を解釈の基礎とする見解を条文上明示する必要性は否定しな

い。また、補充的契約解釈の要素を慣習、任意規定、条理に限定する理由はなく、できるだけ当事者の意図に近い解決を図るための要素を検討することは消費者保護にも資する結果となるため、一般市民の意識と乖離しない解釈要素を採用することには反対しない。(弁護士、弁護士)

- 当事者によって表示されたところの意思を明らかにする解釈について、当事者の共通の意思に従って解釈すべきあり、当事者の意思が異なる場合には当事者が当該事情下で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べきとする準則を明文化すべきである。また、当事者が表示していない事項について契約を補充する解釈について、当事者が合意したと考えられる内容を確定できる場合には、その合意内容に従って解釈すべきとする準則を明文化すべきである。(大学教員)
- 当事者の意思が異なる場合、合意がない場合には、民法などの法律上の任意規定や一般人の立場に立った解釈を尊重した方が、契約の外観を信頼する第三者の保護につながるはずである。(親和会)
- 判断基準を抽象的一般人とすることも検討の余地がある。(金沢弁消費者委)
- 契約の解釈に関する規定を置く場合には、契約当事者が必ずしも対等ではないことを前提とした解釈規定を置く方向で検討すべきである。(日司連)
- 共通錯誤や書式の不合致のように、解釈の方法論としても、意見の割れている部分も存在するので、たとえ指針に過ぎなくても、規定を設けるべき。(大学教員)
- 契約解釈は多種多様な実情を考慮して行うものであり、個別の解釈指針を明文化すると事案に適した柔軟な解釈を行うことが困難となるおそれがあるため、解釈指針の相互関係等については慎重な検討が必要であるとする意見が多かった。(最高裁)
- 「契約は、当事者の意思が一致しているときはこれに従って解釈しなければならない」は、単純に考えると当たり前のことで規定するまでもない。しかし、当事者の意思が一致したというのは、内心の意思か、表示意思かなど細かな問題点があり、このように抽象的に定めることに意味がない。

「当事者の意思が一致していないときは、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」については、実務では、「通常人が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」とされており、当事者を基準とすることに反対である。さらに、当事者の意思が一致していないという事実認定ができた場合は、意思の合致がないから契約は不成立であると解釈せざる得ないときもある。

「上記の原則によって契約の内容を確定することができない事項につ

いて補充する必要がある場合は、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これに従って契約を解釈するという考え方」に反対である。そもそも契約は、対立当事者が利益調整を図って合意に達するもので、当事者が合意していない事項について当事者の合意を推測して確定することはできない。通常人を基準とするか、合意のないものとして任意規定に従うべきである。(日弁連)

- 当事者の意思が一致しているときはこれに従って解釈しなければならないことは当然であり、あえて明文化する必要性がない。また、当事者の意思が一致していないときは、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という考え方は、当事者を基準とするものであり賛成できない。(札幌弁)
- 当事者の意思が一致していない場合については、当事者と同じ立場に置かれた抽象的な第三者であれば通常どのように考えるかという視点から解釈されるべき場合もあると考えられ、当事者が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が争いのない解釈指針であると言えるか疑問がある。また、契約内容を確定することができない事項について補充を要する場合は任意規定や条理などによる法適用の場面の問題という側面もあり、当事者が合意したと考えられる内容に従った解釈と法適用との関係を適切に整理するのは困難であると考えられる。よって、このような解釈の原則を規定する考え方に反対する。(一弁)
- 現行法で特段の不都合はない。また、明文化することで、従前からの契約解釈の基準を変更したと誤解されかねない。既に確立した判例法理がある解釈についても、解釈上の紛争が再燃するおそれがある。よって、明文化には反対である。(広島弁)
- 伝統的な通説は、意思表示ないし法律行為によって欲せられる効果は、意思ではなく、表示行為によって決定されるというものである(我妻栄・民法総則249頁)。意思が積極的に表示されていることが必要か、あるいは、表示された文字に拘泥して解釈すべきかという問題については検討の余地があるにしても、あくまで意思表示(表示された意思)の解釈によって契約内容が解釈されるというものである。そして、表示と意思の不一致がある場合は錯誤の問題として処理する。これが伝統的通説である。

これに対して、共通意思優先説は、表示の客観的意味にかかわらず、当事者の一致した意思があるときは、その客観的意味にかかわらず当事者の一致した意思によって解釈すべきというものである。実際の結論を異にする場面は少ないであろうと考える。また、解決に差が出る事例を考えると、共通意思優先説は、通常発生しないような、あるいは、紛争化しないような事例(山本敬三『民法講義I【第3版】』194頁、『詳解債権法改正の基本方針II』150頁参照)を上手に説明すること

ができるが、それにとどまるのではないか。そうであれば、例外的事例に着目して一般論を変容させることか良いのかという疑問が生じないではない。また、共通意思優先説からすると、「表示されなかった意思」がどこまで契約の内容を形成するのか、あるいは、「契約当時に表示されなかった内心の意思」を後日の訴訟等の場面で探求するのか等の疑問が生じる。

そこで考えるに、このような学説上のホットな議論がある問題を立て法によって狭く固定化するのは好ましくなく、契約の解釈に関する基本的な原則を規定するにしても、幅をもった形で立法するのが望ましい。  
(兵庫県弁)

- 当事者の意思が一致している場合の契約解釈の原則を明文化すべきではない。事実認定の問題であり、一定のルールを明文化すべきではない。  
(福岡弁)
- 仮に明文化するとしても、従来の判例が形成してきた契約解釈の実務に影響を与えないように、また、個別事案に応じた柔軟な解決を困難ならしめないように慎重に検討されるべきである。個々の基本原則に関する意見は以下のとおりである。

当事者の意思が一致しているときはこれに従って解釈しなければならない旨の基本的な原則について、ここでいう一致した「当事者の意思」とは、当事者において表示された客観的な意思（表示）をいうのではなく、内心あるいは真意をいうものと理解される。しかしながら、伝統的な通説は、法律行為の解釈とは、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考えており、このような考えをまったく否定してしまってもよいか、特に契約の有する社会性を捨象してよいか、判例等も分析の上、さらに検討すべきではないか。また、かえって契約書の表示の不明瞭化を帰結しないかといった懸念もありえることから、かかる解釈規定の要否、内容については慎重に検討されるべきではないかと思われる。

当事者の意思が異なるときは、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されなければならないことについて、契約が有効な場合において、一部の条項について当事者の意思が異なるときの解釈においては、契約の有する社会性を重視すべきである。すなわち、その場合の契約の解釈は表示行為の有する客観的意味を明らかにするという法律行為の解釈原則から導き出すことが相当である。実務においても、規範的解釈は通常人が合理的に考えたならば理解したであろう意味に従って解釈するものとされており、当事者そのものを基準とすることに反対である。すなわち、具体的当事者の視点を重視する余り、表示の客観的な意味から乖離する結果となる懸念があるのであり、当該具体的事情のもとにおかれた抽象的な当事者（具体的

当事者と同様の属性を有する抽象的な当事者)を基準とする方がよいように思われる。

補充的解釈(当事者が表示していない事項について法律行為を補充する解釈)について、複雑化した現代社会において、契約の内容を確定できない事項が残る場合において、裁判所が果たして「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」を確定できるのかどうか、かえって当事者の予測可能性に反する可能性がないか疑問がないわけではない。すなわち、任意法規や慣習という予測可能な法規を補充する前に、「当事者が知っていれば合意したと考えられる内容」という規範的解釈による内容を補充するのであるから、(勿論、そのような補充が可能であることが前提になってはいるが)補充される内容によっては、当事者の認識と離れた解釈となり、結果として当事者の予測可能性を害する事態が起こりうるのではないかとの疑問がある。

したがって、かかる解釈規定の要否(従前どおり、裁判所の解釈に委ねることの可否)、内容についても、慎重に検討されるべきではないかと思われる。(二弁)

- 労働契約の成立と終了、労働条件変更については、労働契約法にいくつかの定めがあり、民法及び労働契約法の信義則・権利濫用の禁止により規律され、これらに基づき多数の判例法理が形成されてきたところ、「中間的な論点整理」の中には、労働者の権利水準を後退させるか後退させるおそれのある検討事項が少なからず存在している。

この点、契約の解釈基準については、書面記載の形式的・外形的な意思の重視をすると、労働者に影響が及ぶ懸念がある。

今後の検討過程で労働者の権利水準を後退させることが確実となる場合、法改正には賛成できない。(連合)

- 契約の解釈に関する基本的な原則を民法に規定する必要はないことから、当然ながら、この論点について検討する必要はない。(法友会)
- 解釈指針を民法に規定することに反対する。検討すべき事柄を限定したり解釈指針に明確な順序を付けたりすると、事案の性質に即した柔軟な解釈が困難になるおそれがある。(弁護士)
- あまり必要性は感じない。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。意味のある原則規定を置くことができるとは思えない。(個人)

### 3 条項使用者不利の原則

<p>条項の意義を明確にする義務は条項使用者(あらかじめ当該条項を準備した側の当事者)にあるという観点から、約款又は消費者契約に含まれる条項の意味が、前記2記載の原則に従って一般的な手法で解釈してもなお多義的である場合には、条項使用者にとって不利な解釈を採用するのが信</p>
--

義則の要請に合致するとの考え方（条項使用者不利の原則）がある（消費者契約については後記第62, 2⑩）。このような考え方に対しては、予見不可能な事象についてのリスクを一方的に条項使用者に負担させることになって適切でないとの指摘や、このような原則を規定する結果として、事業者が戦略的に不当な条項を設ける行動をとるおそれがあるとの指摘がある。このような指摘も考慮しながら、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

条項使用者不利の原則の適用範囲については、上記のとおり約款と消費者契約を対象とすべきであるとの考え方があるが、労働の分野において労働組合が条項を使用するときは、それが約款に該当するとしても同原則を適用すべきでないとの指摘もあることから、このような指摘の当否も含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第5, 3 [50頁], 部会資料20-2第1, 2 [11頁]】

#### 【意見】

- 事業者と消費者との構造的格差から、消費者が契約内容の形成に実質的に関与することができないので、このような推定は消費者保護に有益である。（仙台弁）
- 条項の意義を明確にする義務は条項使用者（あらかじめ当該条項を準備した側の当事者）にあり、約款や消費者契約に含まれる条項の意味が、一般的な手法で解釈してもなお多義的である場合には、条項使用者にとって不利な解釈を採用するのが信義則の要請に合致するとの意見が多い。  
特則規定の立法の形式については、消費者契約での立法に賛成する見解と民法での立法に賛成する見解が存在する。（日弁連）
- 業者間契約を含めて「条項使用者不利の原則」を広く一般化するならば、無用の形式化・硬直化が生じるため好ましくない。契約書の条項修正の交渉があった場合、条項使用者が誰であるかの判定どうなるのかという問題がある。約款又は消費者契約に含まれる条項の解釈として、一般的な手法で解釈してもなおも決定し難い場合には、条項使用者にとって不利な解釈を採用するのが信義則の要請に合致するとの考え方（条項使用者不利の原則）があり、この範囲で立法化を図ることは賛成であり、検討に値する。（兵庫県弁）
- 約款又は消費者契約について条項使用者不利の原則を規定することに賛成する。約款を用いた契約では、約款が契約内容を構成することの基礎や、個別条項の意味を十分に認識しないまま契約に至ることがあるという問題、すなわち契約の基本である当事者（主に約款を持ち出された側の当事者）の意思の関与についての問題がある。このような約款を用いた契約において、約款を持ち出した側の当事者に不利な解釈を

する旨の規定を設けることは、条項の意味が不明な場合のリスク（どちらに不利に扱うか）の配分としては適切である。また、多くの消費者契約では、事業者が提示する契約案について、約款利用であろうがなかろうが、消費者が十分な理解・検討・交渉を経て契約締結ができているとは思われない。すなわち、消費者契約は約款利用に関係なく、契約の拘束力の基本である当事者の意思の関与に問題がある。それゆえ、約款同様、契約を持ち出した側の当事者（事業者）に不利な解釈をする旨の規定を設けることは、条項の意味が不明な場合のリスクの配分としては適切である。加えて、消費者契約においては当事者の力の差は大きく、問題が生じた場合でもいわゆる泣き寝入りをせざるを得ないことも少なくない。それらの修正要素として、この条項使用者不利の原則の適用は必要である。約款が用いられない消費者契約を考えれば、約款とは別に規定する意味がある。

もっとも、労働分野の契約においては、約款であっても条項使用者不利の原則を採用しない（組合側使用者側を問わず適用しない）旨の規定を設けるべきである。条項使用者不利の原則は、約款アプローチ（主に契約条項に対する意思の希薄）と消費者契約アプローチ（契約条項に対する意思の希薄と当事者の立場の圧倒的な差）に根拠があるところ、労働組合と使用者との契約（就業規則、労働協約等含む）は使用者とそれなりの交渉を経ていることが多いと思われること及び事業者と消費者ほどの立場の差はないと考えられることから、それらの根拠に当てはまらないと思われる。それゆえ、労働分野では、約款に当たるものがあっても、労働組合側・使用者側を問わず一律適用除外とすべきものとする。なお、仮に適用除外としない場合に労働者側にのみ条項使用者不利の原則を採用しないとするのは、労働者側に寄りすぎているように思われる。（大阪弁）

- 条項使用者不利の原則を明文化すべきではない。事実認定の問題であり、一定のルールを明文化すべきではない。消費者契約についても同様であろう。（福岡弁）
- 賛成である。約款と「格差」契約を対象とすべきである。なお、労働組合が作成した約款が同原則に適用されるかは、労働法的観点からの慎重な考察も必要である。（横浜弁）
- 約款の解釈については、過去の裁判例において、通常の契約と異なる約款の特殊性を考慮して、約款の規定の趣旨、相手方の合理的期待、利益衡量などに基づいて限定解釈がされ、適切な結論が導かれており、このような解釈手法を排除する必要はないから、条項使用者不利の原則を法定することに賛成する。（金沢弁消費者委）
- 約款又は消費者契約について、一般的な手法で解釈してもなお多義的である場合には、条項使用者にとって不利な解釈を採用するという考え

方に賛成。約款や消費者契約において、複数の解釈が可能な時にはその条項を定めた使用者や事業者がそのリスクを負うべきである。

もつとも、条項使用者にリスクを負わせる趣旨は、当該使用者であれば約款等の内容を十分に検討することができ、また、一般的には相手方に対して情報力等の力関係が上回ることが通常であると想定しうるからである。そのことからすれば、条項使用者が消費者、労働者などの場合には本原則を適用外とすべきである。そうしなければ、消費者や労働者が約款等の使用に消極的になることも考えられる。(堂島有志)

- 条項使用者不利の原則に基づく規定が新設されることにより、消費者契約においてより消費者保護に資すると考えられることから、この原則を規定することに賛成するが、労働の分野において労働組合が条項を使用するときは、それが約款に該当するとしても本原則を適用すべきではない。(大司書)
- 消費者契約や約款において、書かれている内容、その趣旨が、当事者である消費者にとって必ずしも明瞭でない場合が少なからずある。少なくとも、事業者と消費者で解釈が分かれる契約や約款において、条項を作って使用している側、すなわち条項使用者(事業者)側が不利になり、消費者が有利になる解釈を取るのが信義則の要請に合致する。(全相協)
- 賛成。透明性原則とあわせて、条項を設定する側に、内容を明確にするインセンティブを与えることができる。(大学教員)
- これは消費者契約にのみ妥当するのではない。「約款による契約」の規制として規定すれば足りる。(大学教員)
- 当事者の共通の意思解釈のための解釈指針の法定は、一般市民に理解しやすい、平易な契約の促進に資することから、消費者保護の観点からも論点として取り上げる必要がある。とりわけ、条項使用者不利の原則については、当事者間の公平に資するものとして、積極的に議論されるべきである。ただし、並行して個別的交渉規定を定めることとは、不当約款、不当条項作成者による脱法行為を許す結果となりうることから、個別交渉を経た条項の優先については強く反対する。

消費者契約の条項について事業者不利の原則を定める項目については、一般法である民法において消費者契約についての特則を定めることにより、消費者契約法等の消費者保護法規の趣旨を埋没させる危険があるため、当該項目を設置すべきではない。(弁護士、弁護士)

- この原則は、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いうものであるが、この原則は約款規制との関係で相応の意味があると認められる。

約款が使用された場合、相手方は契約内容について実質的な交渉をす

ることが期待できないこと、約款を使用した者はその条項の意味が不明瞭なことによるリスクを負担すべきであることから、約款について複数の解釈が可能なときは条項使用者に不利な解釈が採用されることを規定すべきであるとの考え方に賛成する（なお、消費者契約法について、日弁連でも同趣旨の立法提案が行われている）。

なお、労働の分野で労働組合が条項を使用する場合、それが約款に該当する以上は同原則が適用されるものとするべきであり、それによって労働組合が不利な立場に置かれたとしても、それは当然の結果でありやむを得ないと思われる。（弁護士）

- 基本的にこの原則は、約款使用の場合に当てはまる原則であり、約款については、条項使用者不利の原則を認めるべきである。消費者契約において独自に問題となるのは個別的交渉条項であり、この場合には政策的観点から、約款使用の場合に準じて扱うという処理が望ましい。（弁護士）
- 消費者契約において、約款や規約の記載内容は、消費者にとって必ずしも明瞭でない場合がある。契約の一方当事者である消費者が理解していない場合は、合意があったとは言えないとも解されるが、少なくとも、共通認識ができていない約款や規約においては、それを作った側が不利となるように解することが、対等当事者間での契約ではない消費者契約においては、信義則上必要であると考えられる。よって、条項使用者不利の原則の考え方を民法の規定に入れることに賛成である。（消費者生活相談員）
- 条項使用者不利の原則を明文化すべきである。これは信義則の要請に従うものであり、判例でも受け入れられているものである。（大学教員）
- 明文化により将来における予見不可能のリスクまでを条項作成者に全て負担させることは妥当ではないから、明文化には慎重な検討が必要であるとする意見、契約条項は、相互に関連した形で規定されているため、個々の条項のみを取り上げて不利に解釈することが適当であるといえない場合もあるとする意見など、消極的な意見が多かった。また、消費者契約法等の社会政策法による修正の問題で民法の問題ではないとの意見があった。（最高裁）
- 条項使用者不利の原則は現行の実務でも既に受け入れられているから、約款についてこの原則を規定すべきであるが、消費者契約については消費者契約法に規定すべきである。労働組合が条項を使用する場合については、特別な配慮が必要である旨の意見もあり、慎重に検討するべきである。（東弁）
- 条項使用者不利の原則の適用と法適用との関係が明らかでなく、また、契約の解釈の過程を細分化した規定が使い勝手のよい原則といえるのか

疑問である。よって、このような原則を規定することに反対する。(一弁)

- 条項使用者不利の原則については必ずしも意見が一致していないことから、反対する。(札幌弁)
- 約款又は消費者契約に含まれる条項について、条項使用者不利の原則を規定することについては、反対する。実務上、解釈基準として成熟しているとは言い難く、法定するには適さないものとする。(愛知県弁)
- 現行法で特段の不都合はない。そもそも「一般的な手法によって解釈してもなお多義的である場合」というのがどのような場合か不明確である。また、一つの解釈が条項使用者に有利にも不利にもなる場合や、一つの条項について条項使用者に不利な解釈が複数成り立ち得る場合があるから、条項使用者に不利な解釈というのがどのような解釈か確定できないおそれがある。よって明文化に反対である。(広島弁)
- 約款又は消費者契約において認められると考えられている「条項使用者不利の原則」を約款又は消費者契約に限って規定することについては必ずしも否定するものではないが、かかる原則が硬直的に運用された場合には条項使用者が予見不可能なリスクを負うこととなりかえって信義則に反する事態を招来しかねないことに留意する必要がある。またそもそも約款や消費者契約に関する準則を民法に統合化することとの関連で慎重に検討すべきである。(二弁)
- 個別的な解釈指針についても、手続法に関する議論の中で扱うべきである。条項使用者不利の原則も、手続法上の問題（主張立証責任の分担）として扱えばよく、わざわざ民法で規定する必要性はない。(親和会)
- 消費者契約についての特則の趣旨には賛同するが、消費者契約に関する特則は民法ではなく消費者契約法その他の特別法に規定されるべきであり、民法に設けることについては、反対である。(法友全期)
- 条項使用者不利の原則を導入するとすれば、まずは「条項使用者」の意味を明確にしなければならない。約款など多数の顧客を相手に同一の商品やサービスを提供する主体が画一的処理の要請から固定的な契約条項を常に利用している場合（相手方に交渉による修正の余地を与えない場合）はこれに該当するであろうが、交渉が行われ特約条項が設けられた場合はどうか、一方の当事者が用意した原案の一部の条項に他方が修正を加えた場合の修正されなかった条項についてはどうか、など外延が不明確である。また仮に外延が明確になったとしても、一般的には各条項は両当事者が検討して規定しているのであり、条項使用者であることや条項作成者であることのみを理由として、条項が不明確であることによる不利益を常に一方的に甘受しなければならない理由はないと考える。

不明確な条項の解釈は、契約当事者間の関係、契約の目的、不明確な規定を明確にする機会やインセンティブがいずれの当事者にあったかなど諸般の事情を総合考慮して行うべきものであって、その結果条項使用者に不利な解釈をすることが信義則等に適合する場合も多いであろうが、それを一般化する規定を設けるべきではないと考える。また、そもそも契約締結にあたって不明確な条項を残してはならないという一般的な義務・規範があるのかも疑問であり、実務上、例えば、発生確率の小さいと思われる問題についての条項は、敢えて不明確なままで合意し、万一かかる問題が生じれば、当事者間で再交渉すればよいという割り切りで取引を行うこともままあり、むしろ、これは交渉・取引コスト（時間及び費用）を考慮すればきわめて経済合理的な対応ですらある。そうであれば、条項使用者不利の原則の導入は、このような経済合理的な対応を取りづらくするきらいもあると思われる。

したがって、条項使用者不利の原則が必要となる状況への対応は信義則の適用や契約の個別解釈を通じた対処で十分であり、あらゆる当事者間の取引に適用される民法に規定を設けることにより契約解釈の一般的手法とするべきではない。仮に規定を設けるとしても、消費者保護法や「第 62 消費者・事業者に関する規定」に入れるに止めるべきである。  
(長島・大野・常松有志)

- 使用者不利の原則を設ける必要はない。實際上、事実認定の問題として、多義的な条項があるときに、自ら条項を作成して締結を求めた条項使用者にとって不利な合意がされたものとして取り扱われる場合があるとしても、約款・消費者契約全般に一般化すべき必要性は認められない。  
(森・濱田松本有志)
- 事例形態の多様性を考慮すると、条項使用者不利の原則を民法において原則化することには躊躇する。(広大有志)
- 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、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。(日大民研・商研)

- 条項使用者不利の原則については、組合結成時に組合側が案文を用意した労働協約の効力に影響が及ぶおそれがある。

集団的労使関係について、現行法制上の権利義務関係を修正し、労働組合の地位を弱めるおそれのある法改正には賛成できない。仮に、法改正をすとしても、労働組合活動に影響が及ばないように措置する必要がある。(連合)

- 条項使用者不利の原則を規定することには、反対である。契約の一方の当事者に最も不利な解釈が当事者の合意内容であるとするのが合理的な事実認定であると言い得るためには、本来、その当事者が、契約の文言に月、複数の解釈が存在することを認識し、かつ、いずれの解釈も採用され得ることを認識していることが前提となるはずである。このような前提を問題とすることなく、約款であればおそよ条項使用者に不利な解釈を採用するという原則は、契約解釈の手法として妥当ではない。(クレ協, クレカ協, 全信販協)

- 約款の解釈は、事実認定の問題であるところ、約款の条項について複数の解釈の余地がある場合において、条項使用者にとって不利益な解釈による意思であったとすることは、合理的な事実認定とは言い難い。したがって、条項使用者不利の原則を、一般的な契約解釈の準則とすることについては賛成できない。(貸金業協)

- 約款のような一方的な契約条項とするようなものについては理解できるケースがあるとしても、事業者間同士の契約は、原則自己責任でリスク認識、分析を行ったうえで交渉を経て契約を締結するのであり、議論の趣旨は実務にそぐわないと思われるため、このような規定を置くことについては慎重な検討をお願いしたい。また、仮に置くとしても、事業者間の取引は除外する方向で検討してほしい。(オリックス)

- 条項使用者不利の原則の考え方を採用することには反対する。契約が合意されるに至るまでの個別的事情を捨象して、一方的に条項使用者にリスクを負担させることは妥当ではない。また、条項使用者といえども将来のことを全て予見して疑義のない契約条項を作成することは困難であるため、単に条項を作成した事実のみをもって、解釈の疑義についてのリスクを全て条項使用者に負担させることは合理的ではない。また、約款における解釈に当たってこのような原則を用いると、約款上の解釈をめぐる紛争等において、予見不可能なリスクを条項使用者のみが負担し、さらに、訴訟等になった場合に、過大な立証責任を課されることになり、公平性の観点から妥当ではない。そもそも、条項の意義は条項使用者側が明確化するべきという考え方や、多義的な場合はその条項使用者にとって不利な解釈を採用するのが信義則に叶うというような考え方

は、我が国の契約実務において、いずれも一般的にコンセンサスを得られた考え方であるとはいえない。(電情産協)

- 「条項使用者不利の原則」が常に適用されることになれば、条項使用者は、相手方にとっての読みやすさ、分かりやすさを犠牲にしても、必要以上に細かい条項の作り込みを行うことを余儀なくされることになるが、それが真に相手方の利益にかなうものなのか、大いに疑問が残るところである。

また、いかなる契約においても、予期しない事象が生じることはままあるのであって、具体的に生じた事象について当該条項を適用するか否かの判断は、「誰が当該条項を使用したか」という形式的な観点からではなく、「契約当事者のいずれにリスクを引き受けさせるのが妥当か」という大局的、実質的観点から行うのが、契約正義にかなっているというべきである。

したがって、上記のような問題点を考慮することなく、「条項使用者不利の原則」を民法上の一般的な契約解釈原理として規定することには、強く反対する。(J R東日本)

- 条項使用者不利の原則は、前段の契約の解釈の基本原則によってもなお解釈が定まらない場合に適用するとの位置づけと理解しているが、条項使用者不利の原則自体の適用に内在する問題として、条項使用者が常に交渉上優位な地位にあるとは限らず、予見不可能な事象についてのリスクを条項使用者に一方的に負わせるのは酷である。また、提起されているような固定的・硬直的な規定となると、事案の特質に照らした柔軟な解釈が入り込む余地がなくなり、合理的な解決に必ずしも結びつかない事象が発生する可能性がある。よって、この原則の導入に反対する。(損保協会)

- 以下の理由により、条項使用者不利の原則が適用される範囲を限定する方向で検討を進めていただきたい。

①既に実務上同様の取扱いを行っている例が多いこと(ローン約款等に不備や不明確な点があれば、事業者がリスクを負担している事が多いこと)。

②明文により条項使用者不利の原則が規定されると、事業者としては、不利を避けるため契約条項を詳細に定める対応をせざるを得ないが、契約内容の複雑化を招き、かえって顧客の保護に欠けること。

③あらかじめ契約条項を準備している当事者が他方当事者よりも優位にあるとの認識での規定と考えられるが、取引の実態は必ずしもそのとおりではないし、優位にある当事者が相手方に対して契約条項の準備をさせれば、容易に潜脱ができてしまうことなど。(消費者金融協)

- 消費者契約の場合、既に消費者契約法10条により個々の事情に応じて検討されるのであって、一般法たる民法において、当該規定を定め

る必要はないのではないか。仮に理念的なものが規定されとしても、せいぜいこの条項の適用範囲は、同一の定型的な契約内容が大量反復に行われる際の「約款」に限られるとすべきではないか。(全宅連)

- 条項使用者不利の原則を民法に規定することには賛成できない。特に事業者間の契約において、条項使用者不利の原則が規定されれば、自らのフォームの解釈の予測可能性が低くなるため、結果的に契約解釈に対して裁判所の後見的な関与が増えることになりかねず、当事者の公正な協議により、合理的なリスクの分担をすることに対する妨げとなりかねない。

この原則を容認する場合、日本においても、欧米同様に各契約書における用語の定義及び各種の予想される状況に応じて対応できるように言葉を尽くした長文の契約が使われるようになりかねない。そうすれば、契約書の作成に法律専門家の関与が必須の状況となり、現状では負担する必要のない無用の追加費用が日本国中のいたるところで発生して経済活動を阻害することにならないか。また、かかる状況は消費者保護の観点からも回避すべきではないか。

条項について一般的な手法で解釈してもなお多義的である場合に、条項使用者にとって不利な解釈をするという規定について、将来におけるあらゆるリスクを明文化することは不可能であるところ、契約に定めないリスクの分配方法として合理性に欠けると考える。また、現在、馴染みのない考え方で唐突感もあり実務に沿わない。(不動協)

- 契約を一般的な手法に従って解釈してもなお多義的である場合こそ、もっとも事案の特殊性に応じた柔軟な解釈が要求される場面と思われるところ、一律に条項使用者不利の原則を適用すべきと規定することは、柔軟な解釈を妨げるおそれ大きい。

また、約款と一口でいっても条項使用者の属性は大企業に限らず様々であり、十分なリスクを予見できる状況や能力を欠いている者に対してまでも、一律に条項使用者不利の原則を適用するのは、却って信義則に反する。なお、消費者契約の解釈指針については、具体的事情を斟酌した柔軟な条文策定が可能な、消費者契約法等の特別法で定めるべきである。

さらに、適用対象である「約款」の範囲について、契約書ひな形や標準契約書の類のものも含まれるとした場合、条項使用者不利の原則の採用は私的自治に過度に介入するものである上、日常取引の取引コストを極めて増大させるものであり、弊害が大きい。(法友会)

- 当協会は、1万5000人余の委託者(著作権者)との間で管理委託契約(信託契約)を締結して著作権の信託譲渡を受けることにより、音楽著作物の利用者に簡便な手続でライセンスを提供する集中管理窓口としての機能を果たす一方で、利用許諾条件をめぐる交渉等においては委

託者のために利用者団体と対峙することも求められる。こうした利用者団体との交渉を委託者全体の利益に資する方向で解決に導く上では、信託財産に属する著作権の管理方法に関する管理委託契約約款の定めが硬直的なものであったり、受託者（当協会）の裁量に幅がなかったりすることが不都合である場合が少なくない。このため、管理委託契約約款の規定に一定程度の解釈の幅を持たせておくことがある。

このように委託者全体の利益を確保する見地から敢えて解釈に幅を持たせた規定について、ある特定の委託者がある特定の場面における自己の利益に着目して「条項使用者不利の原則」を主張し得ることとなると、受託者（当協会）の業務遂行の混乱要因となり、ひいては委託者全体の利益を損なうこととなるおそれもある。「条項使用者不利の原則」の当否を検討される際には、両当事者がそれぞれ自らの利益を追求する一般的な契約関係とは違って、信託の場合には、約款使用者（受託者）が善管注意義務、忠実義務等の義務（信託法第3章第2節）を負担することを前提に、一定の裁量を持って多数の相手方（委託者・受益者）全体の利益の保護・増進を図ることが一般的であり、その裁量を可能にするために、敢えて多義的な解釈を許す条項を設けることも少なくないという事情に配慮すべきである。（JASRAC）

- 譲り受ける債権の精査費用の増加、債権の管理及び回収業務に与える影響の観点から、条項使用者不利の原則を明文化することについては、反対である。（サービサー協）
- 事業者間の取引において定型的な内容の契約が締結されることが多いのは、画一化されたシステムでなければ一定以上の規模の経営ができないからである。仮に条項使用者不利の原則が適用されることになれば、ビジネスモデルの土台となる定型的な内容の契約の解釈が当事者の意見とは異なるものとされ、当初予定していたビジネスモデル全体が事後的に瓦解することになりかねない。また、条項使用者不利の原則が立法段階で想定していた場面以外にまで広く適用されることも懸念される。

消費者保護の観点から消費者契約に含まれる条項について条項使用者不利の原則を導入しようという考え方もあると思われるが、このような当事者の属性に着目した規制については、私法の基本となる民法で行うべきではない。（チェーンストア協）
- 契約の解釈に当たってすべての解釈方法を尽くしても、なお複数の解釈可能性がどうしても残る場合にいかなる法的な処理をすべきかというのは、約款による契約や消費者契約にかぎらず、すべての契約の解釈において問われうる普遍的な問題である。その際、直ちに任意規定の適用を行うのではなく、複数の可能性からの選択という形ではあっても、私的自治にもとづき当事者間で形成された契約規範を可能な限り尊重すべきである。したがってこの解釈準則は、約款による契約や消費者契約に

限定されるべきではない。

もっとも約款による契約や消費者契約以外のすべての契約について、単に多義性を産み出した契約文言が一方当事者に由来していることだけでは、自己に不利な解釈可能性が選択されるという不利益をその当事者に負わせるには不十分であろう。この場合には、その当事者に契約内容の不明確さを生み出したことに対する過失ないし帰責事由が存在することを要求することが考えられる。

契約解釈一般について不明確条項解釈準則を適用する際に、どのような要件でどのような効果を認めるべきかについては、別の機会にすでに詳しく論じたところであり（上田誠一郎「契約解釈の限界と不明確条項解釈準則」（2003年日本評論社）（特に第6章参照。）、ご検討いただきたい。（大学教員）

- 約款について、その意味が不明確で多義的である場合に、条項使用者にとって不利な意味に解釈すべきであるとの考え方があり、裁判例でも条項使用者不利の原則に言及する例がある。しかし、裁判例は個別事案に関するものにすぎず、このような原則が一般的に認められてきたわけではないから、唐突に明文化すると実務が混乱するおそれがあるから、反対する。（弁護士）
- 条項使用者にとって一方的に不利に約款を解釈するという提案は、契約解釈に関する基本原則をないがしろにするおそれがある。また、条項使用者は解釈に疑義が生じないように条項を必要以上に子細に規定するため、条項が複雑・長大化することが想像され、契約当事者に過重な負担を強いるおそれがある。（個人）
- 約款中の曖昧または多義的な規定が条項使用者不利の原則のもとでどのように解釈されるのか、思わぬ解釈をされ取引の安定性が損なわれるおそれがある。全てのことを場合を分けて詳細に規定することはそもそも困難であるが、あえてそうすると却って条項の固定化を招き柔軟な解決を阻害するおそれがある。また、相手方に有利な解釈がされることを見越して（より不当な）条項を設定するなどの対抗策も取られるおそれがあると思います。民法中に規定を置くとしても、あくまで理念的・宣言的なものに留め、個別の紛争に際しては、信義則や判例法理を駆使して、柔軟な解決を図るのがよい。（会社員）
- 「すみやかに」「正当な理由」「やむを得ない場合」「その他上記に類する事由」などは全て多義的な言葉であるが、契約には多く使われるものである。最も不利な解釈とすると、このような語は使えなくなるが、すると契約書は逆に理解しがたいものになってしまうのではないか。（会社員）
- 契約の解釈に関する抽象的・一般的な規定を設ける必要性は感じられない。特に事業者取引においては、その際に支払ったコストを考え

れば条項使用者に不利な解釈を採用するべきとは一概に言い難い面があり、事業者間取引においてこの原則を適用させることは妥当でないと考ええる。(会社員)

- この原則は、契約の柔軟な解釈を可能とするものであるが、この原則が明文化されてしまうと、かえって硬直的に適用されてしまわないかどうか要検討である。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。意味のある原則規定を置くことができるとは思えない。約款は、そもそも契約の内容となっているかどうかという観点で判断すべきである。(個人)

## 第60 継続的契約

### 1 規定の要否等

継続的契約に関しては、その解消をめぐる紛争が多いことから、主に契約の解消の場面について、裁判例を分析すること等を通じて、期間の定めの有無を考慮しつつ、継続的契約一般に妥当する規定を設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、多種多様な継続的契約を統一的に取り扱おうとすることに慎重な意見があることや、仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合には、関連する典型契約の規定や判例法理との関係を整理する必要があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 1 [67頁]】

#### 【意見】

- 主に契約の解消の場面について、継続的契約一般に妥当する規定を設けることには賛成する。実務上、どのような場合に継続的契約の解消が認められないのかを把握することが難しいので、契約解消の要件を明文化すること自体は有益であると考ええる。(電産産協)
- 卸業では継続取引が基本である。反復することで信頼関係を醸成し、醸成された信頼関係に基づき更に取引が継続していく。そうした中で事故が生じそれが原因で信頼関係が毀損しそれが根になって解除されるケースも多くある。社会経済の効率性から、民法に、継続的基本契約の解除の原則をうたうことを希望する。なお、売買取引においては、一般的には買主の立場が売主より強い。このような経済力学が背景にはあるが、売主保護について民法は、公序良俗基準が有る。この基準を根拠とすることを明文化することも方法である。(三井食品)
- 継続的契約に関する明文の規定を設けるべきである。現在社会において、典型契約以外の継続的契約が多数存在し(例 フランチャイズ契約)、典型契約でも一定の期間契約が継続することが前提とされている契約も存在する(例 電気供給契約=売買契約, コンサル契約=準委任

契約 or 役務提供契約)。また、継続的契約の終了事由について裁判例が多数存在している。継続的契約の定義としては、分割履行契約も含めて規定し、「契約の内容・契約の趣旨」から判断して、当事者の一方又は双方がある程度の期間継続して物の供給又は役務の提供を行うことが予定されている契約ということになる。(福岡弁)

- 継続的契約に関する一般規定を設けるべきである。現行民法においても、売買、賃貸借、雇用、請負、委任などの継続的契約の対象となりうる契約類型が存在する。これらの契約類型と継続的契約に関する一般規定との関係が問題となりうるが、この点は、前者を特別規定として位置づけ、後者に優先して適用すればよく、継続的契約に関する一般規定は、あくまでも特別規定が定められていない場合に適用されうるものと明記すべきである。また、本規定の明文化にあたっては、継続的契約が、継続的性質を持つ多くの契約の包括的な契約類型となることに鑑み、法的効果発生のための要件を具体的に定めるのではなく、抽象的・一般的な要件に留めるべきである。(青司協)
- 賛成する。ただし、継続的契約について検討されている問題のほとんどは、継続的な売買取引に関する問題であり、また、多種多様な継続的取引に共通する規定を、設けることは困難であり、その実益がないことから、売買に継続的な売買取引に関する規定を設け、他の契約においては必要に応じて準用する方法で整備すべきである。裁判例の傾向の明文化という合理的な意味合いはあるものの、多種多様な契約類型について適切な規定を設ける必要がある。(札幌弁)
- 継続的契約一般に妥当する規定を設けることについては、少なくとも契約の解消の場面において賛成する。なお、規定を設ける場合、消費貸借等の個別の規定との関係は、一般法と特別法の関係に位置づけることが適切と考える。契約の解消の場面においては、実務上、紛争が多いうえに、継続的契約の解消に関する裁判例には、契約関係を維持しようとする特有の傾向があることは争いのないところと考えるので、これらの裁判例を分析し、明文化することは、分かりやすい民法という視点から、有意義と考える。また、個別の規定との関係も明確化すべきであり、一般法と特別法の関係とすることに特に問題はないと考える。(愛知県弁)
- 継続的に契約関係が続く契約について、その解消の場면을規律する規定を設けることが可能であるかどうか検討を続けることには反対しない。ただし、継続的に契約関係が続く契約は多種多様であり、その中の解消場面に規律が必要となる契約に限っても、その契約内容や契約状況、解消状況、規律が必要とされる理由および必要とされる規律の内容は多種多様である。このため、規定を設けるにあたっては、多種多様な要素について、判例等の具体的な契約事例を詳細に検討する必要があるものと

考える。(大阪弁)

- 主として契約の終了段階の規律という観点から、継続的契約を、「契約の性質上、当事者の一方又は双方の給付がある期間にわたって継続して行われるべき契約」であり、「総量の定まった給付を当事者の合意により分割して履行する契約」を除くものと定義することに賛成である。(金沢弁消費者委)
- 継続的契約の締結段階における情報提供義務を詳細化する方向で検討すべきである。その理由として、たとえばフランチャイズ契約解消をめぐるトラブルは、情報提供義務が判例で現れており、特有の紛争を惹起し、長期にわたる継続的契約一般でもブラックボックス化によるリスクが大きいことによる。(都民銀行)
- 民法には契約の継続性に関する一般的な規定が置かれていないので、継続的契約(継続的供給契約、代理店契約、特約店契約)に限らず、典型契約も含めて種々の契約に適用される問題(信義則や事情変更等)については総則として定め、その後、典型契約における各論的問題を定め、最後に継続的な契約において集約される終了段階の問題を横断的な類型として整理するとわかりやすい規定ぶりになると考える。もっとも、継続的契約をどのように定義するかは、議論されているところであり、分割履行契約を除くものとするとの見解も示されている。(法友会)
- 継続的契約一般に妥当する規定を設けることは、裁判例の傾向を明文化するという合理的な側面がある。しかし、その一方で、多種多様な「継続的契約」の意義を明らかにすることは容易ではない上、典型契約に関する規定と重複・矛盾が生ずるおそれがあること、契約類型によっては比較的容易に解消させようという方向性を有する場合もあるため、慎重な検討が必要である。(日弁連)
- 既存の典型契約に関する規定(賃貸借契約、雇用契約、委任、組合)と重複・矛盾が生ずるおそれがあるので、規定を設ける場合には、他の規定との関係についても慎重に検討すべきである。たとえば契約の解消に当たっては、個人が建物の清掃の委託を受ける場合のような雇用に近い長期の継続的契約については、継続性ゆえに契約関係を維持するべきだ、という方向性を有するのに対し、1、2年の長期にわたる新聞の定期購読契約については、むしろ比較的容易に解消させようという考え方が妥当する。このように、契約の解消に対する見方についても、契約の類型によって180度違う考え方があり得る。継続的契約は多種多様な契約類型を含むことから、まず「継続的契約」の意義を明らかにした上で、個別類型ごとに規定を検討しつつ、共通する内容について、規定を設けるべきである。(東弁)
- 当事者を長期間拘束する継続的契約の終了段階についての規律という観点から、経済的合理性のない長期契約の終了に関する明確なルールが

存在しないことは問題であり、定義を設けること自体の意義はある。しかし、「継続的契約」の対象となるのは賃貸借、雇用、その他のサービス契約など様々な態様があり、一括りに定義することには慎重な姿勢を崩すべきではない。(弁護士、弁護士)

- 継続的契約を統一的に取り扱う規定を設けることは、契約類型の多様さから考えると現実的には困難であり、無理矢理立法に加えようとしても弊害が生じるだけのように思われる。むしろ、立法以外の手段(ガイドライン・指針等)で、既に判例法理がある程度固まっている領域について、継続的契約の法理の存在を周知することの方が相互間のルール醸成にとっては有効であると思われ、今回の改正対象からはいったん外して、法理の明確化を図る方が先決なのではないか。(会社員)
- 継続的契約に関して一般則を設けるのであれば、その適用範囲を明確にするために継続的契約の客観的な定義及び要件を設けることを検討すべきである。(信託協会)
- 継続的契約に関する一般的規定を定めることには、慎重な検討を要する。規定を設けるとしても、当事者の合意によって当該規定の適用を排除することを許容すべきである。なお、仮に規定を設ける場合には、労働契約は適用除外とすべきである。そもそも「継続的契約」の定義について見解の一致がなく、一般に継続的契約に含まれるとされる契約にも多種多様なものがあるため、継続的契約において一般的に妥当する規定を設けることは困難である。仮に一般的規定を設けるとしても、個別の契約毎に当事者の意図する規律は異なりうるから、当事者間の合意によって当該規定の適用を排除することを許容すべきである。なお、労働契約については、期間の定めのある契約、期間の定めのない契約ともに、解雇権濫用法理・雇止め法理等、独自の判例法理が発展・確立してきている。仮に継続的契約の一般規定を置いた場合、現在の確立した判例法理等に影響を及ぼし、混乱を来すおそれがあるため、仮に規定を設ける場合でも、労働契約は適用除外とすべきである。(森・濱田松本有志)
- 判例法理に基づく継続的契約の規定については、いかなる場合に解約権の制限などの特別な保護を与える必要があるか慎重に検討願いたい。また、当事者が十分にリスクを検討のうえ合意した場合には、合意により適用を排除できることなど検討願いたい。(長島・大野・常松有志)
- その趣旨は理解できなくもないが、既存の典型契約に関する規定と重複・矛盾が生ずるおそれもあるので、仮に規定を設ける場合には、他の規定との関係について慎重に検討すべきである。(弁護士)
- いわゆる「継続的契約」に関し、実務の現状に照らすと、一般的な規定を設けることについての検討が更に継続されることについて、異論はない。仮に、継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合、期間の定め

のない継続的契約の終了に関する規定を設けることについても異論はない。しかしながら、その定義の不明確性は避けられない問題であり、結局、明文での定義は困難であり、敢えてこれをする場合実務が混乱することになる懸念が強いのではないかと考えられる。また、「継続的契約」としてはフランチャイズ契約や代理店契約のようなものを念頭に置いていると考えられるが、消費貸借契約、賃貸借契約、雇用契約、寄託契約などの典型契約も「継続的契約」の定義に該当しうるものである。これらの典型契約も含めた一般条項（いわゆる中二階の規定）を置こうとしているのか不明であるが、一定の共通性のあるものに一般条項として適用することには無理があり、その位置づけについても慎重に検討する必要がある。（二弁）

- 慎重な検討を要する。従来、継続的契約について更新拒絶や解約申入れの制限の当否が問題とされてきたケースの多くは、商品の継続的供給契約、特約店契約など事業者間の継続的取引契約において、取引が長期間にわたって反復継続された結果、当事者に将来にわたっても契約が維持されとの期待が生じ、それを前提として相当程度の資本投下がなされたり、取引上の依存関係が生じたりしているような場合であり、信義則の観点からそのような期待を一定程度保護すべきと考えられる場合に、一方当事者による解約や更新拒絶に一定の制限を加えている裁判例が多数存在することを踏まえ、このような場合の規律を明確化することは、取引活動における予測可能性を高めるという点で一定の意義があると思われる。しかし、継続的契約の中には、個人が日常生活を送る上で締結するような契約も含め、多種多様なものが存在しており、契約解消の場面の規律を考えるにあたって拠って立つべき視点や考慮すべき事情も、事業者間の取引契約か、消費者契約的なものかといった契約種類の違いや、契約の種類・内容、従前の契約の経緯等によって異なってくる。そのため、多種多様な継続的契約の全てを規律の対象にすることを想定した場合、網羅的、統一的な規律を実効性のある形で設けることが可能なのか、疑問のあるところであり、さらに十分な検討が必要である。（横浜弁）
- 継続的契約については、判例上確立した定義は存在しておらず、学説上もその意味は一義的に確定していないとされたとおり、継続的契約と表現した場合に、どのような契約類型が想定されているのかが明確でないと議論が拡散することが懸念される。継続的契約に関して一般的な規定を設けるのであれば、その適用範囲を明確にするために継続的契約の客観的な定義および要件を設けることを検討すべきである。また、継続的契約に関する規定を設ける場合には、定義規定の内容にもよるが、消費貸借、委任、寄託等と典型契約の規定との関係も整理が必要であると考えられる。（全銀協）

- 継続的契約一般に妥当する規定を設けることは、裁判例の傾向を明文化するという合理的な側面がある。しかし、その一方で、多種多様な「継続的契約」の意義を明らかにすることは容易ではない上、典型契約に関する規定と重複・矛盾が生ずるおそれがあること、契約類型によっては比較的容易に解消させようという方向性を有する場合もあるため、慎重な検討が必要である。継続的契約には多様なものがあるから、継続的契約の特殊性として、契約関係を維持する傾向があると指摘することには疑問がある。継続的契約は、履行が長期間にわたるものであるため、実際の取引においては、契約締結時点での合意だけで規律することが適切でなく、取引が継続していく中で規範が形成されていく側面がある。このように取引継続中にも規範形成がなされ、一般条項を活用せざるをえない点が、継続的契約の特殊性と考えられる。継続的契約一般に妥当する規定については、「継続的契約」の意義を明らかにした上で、その類型に応じて共通する内容を適切に規律できるか否かという観点から、さらに検討すべきである。(弁護士)
- 継続的契約一般に妥当する規定を設けるべきとの考えに強く反対するものではないが、そうした規定を設けることは現実的には極めて困難ではないかと考えられるため、慎重に検討すべきである。継続的契約として議論の対象となっている問題は、契約が継続的であるという視点から条文化することは困難である可能性があり、条文化しなくても、判例法理や信義則の適用により、時代の変化に合わせて柔軟に解決する方がむしろ望ましい結論を導き出せるとも考えられる。(一弁)
- 継続的契約一般に妥当する規定を設けることについては、反対である。仮に、これを設けるとした場合でも、労働契約については除外すべきである。(経営法曹)
- 意味のある原則規定を置くことができるとは思えない。(個人)
- 継続的契約には多種多様な類型が存在するので、一義的な規定を設けるべきではない。継続的契約の規定が設けられた場合、有期限契約が予想外に延長される等、両当事者間の意思にそぐわない取引が生じる可能性があり、結果として、経済活動に影響を及ぼすおそれがあると考えられる。また、複数回連続して行う取引については、「期間の定めのない継続的契約」に該当しないとすべきである。というのも、当事者としては、継続的取引というよりも、個別の取引を複数回行っていると考えている場合が多いこと、また、継続的取引関係に入る前の信頼関係を構築している段階である可能性もあるからである。また、そもそも、「期間の定めのない継続的契約」の始期が不明確である。(国際企業法務)
- いわゆる継続的契約とされるものには様々な類型があり、一般的な規定において定義することは困難である。すべてを包摂する抽象的な規定を定めても意味はなく、継続的契約の性質を有する個別の契約類型に関

する規定の中で、それぞれに適した規律を置けば十分である。(親和会)

- そもそも継続的契約の定義付けが困難であり、共通に妥当すべき規律を見いだして設定することも極めて困難である。まず、継続的契約の定義付けが困難である。取引が反復される継続的取引が存在することは誰しも否定しないが、直ちに継続的契約には該当しないであろう。仮に、当事者の一方又は双方の給付がある期間にわたって継続して行われるべき契約を継続的契約とした場合、性質の異なる他種多様な契約が含まれることになるが、今度は、これらについて統一的な規律を設けること自体が困難である。仮に何らかの統一的な規律を設けた場合、想定外の契約類型にも、任意法規として契約内容に影響を与えること(別段の約定がないかぎり契約内容になること)になり、好ましくない。(兵庫県弁)
- 継続的契約の内容は様々であり、契約の解消という場面一つを捉えても、どのような取引で、誰が主体となっているかにより、一律のルールを見出すことは困難である。民法に規定を設けるべきではない。(国際取引有志)
- 継続的契約一般についてあえて規定を設ける必要はないのではないか(定義が難しく、個別に対応すべきではないか)。(広大有志)
- 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。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、「信頼関係」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、信頼関係とはいえ、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。(日大民研・商研)
- 多種多様な継続的取引を統一的に取り扱うのは無理があるのではないか。(不動協)
- 多種多様に存在する継続的契約について、一律に適用される定義規定を設けると、かえって、紛争解決に向けての判断を硬直化させ、事案に即した妥当な解決を図ることが困難となるおそれがあるとの意見が大勢を占めた。なお、提案に賛成する意見もあったが、ごく少数にとどまった。(最高裁)

- 規定を設けることに反対である。現行法で特段の不都合はない。多種多様な継続的契約を一律に規律するのは困難である。個別の契約類型ごとに必要な規定を設ければ足りる。(広島弁)

## 2 継続的契約の解消の場面に関する規定

### 【意見】

- 継続的契約の解消の規定を設ける場合、継続的契約の多様性等を考慮したうえで、その要件を明確化することが望まれる。IT・家電業界における継続的契約としては、販売代理店との機器販売基本契約、部品メーカーとの資材取引基本契約などがあるが、契約当事者の継続性への期待は、契約の種類、内容によって様々である。また、期間の定めがある継続的契約について更新を拒絶することが信義則上相当でない認められるときは例外的に更新の申出を拒絶できないとする規定の設置が提案されているが、このような規定を設けることに慎重であるべきと考える。IT・家電業界における継続的契約の多くは契約関係の解消によるリスクを考慮したうえで、契約期間、契約の更新条件、契約の解除事由などを定めて継続的契約を締結している。当事者が合意した契約条件に従って更新拒絶ができないとすると、契約で期間や更新条件を定めた趣旨が没却され、契約当事者の期待に反することになる。また、そのような規定が濫用されるおそれもある。そこで、仮に、更新拒絶ができないとする例外規定を設ける場合には、抽象的な規定を設けるのではなく、その要件を極めて限定的にすべきであると考え。(電情産協)
- 不動産賃貸借における賃料支払い義務は、賃借人における最も重要な義務であることから、その義務を履行しない場合の解除権の行使が、現在の信頼関係破壊の法理を超えて制約的とならないように格別の配慮を願う。(不動産証券化協)
- 消費者が買い主となる新聞等「日用品」の継続的売買契約については、実務上、数年にわたる契約をした後になって引越等事情変更により買い主にとって不要となるケースが見受けられるため、将来にわたって消費者が契約を任意に解除することができるものとし、事業者である売り主が被る不利益については別途損害賠償請求によって解決すべきとの意見があった。他方、消費者関係法制は特別法に委ねるべきとの意見もあった。(山口県弁)

### (1) 期間の定めのない継続的契約の終了

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合(前記1参照)には、期間の定めのない継続的契約に関し、当事者の一方が他方に対し、あらかじめ合理的な期間を置いて解約の申入れをすることにより、将来

に向かって終了するとする規定を設けるかどうかについて、より厳格な要件を課す裁判例が存在するとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 2(1) [72頁]】

【意見】

- 継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合には、期間の定めのない継続的契約は、当事者の一方が他方に対し、あらかじめ合理的な期間を置いて解約の申入れをすることにより、将来に向かって終了するとする規定を設けるべきであるとの考え方に賛成である。(金沢弁消費者委)
- 期間の定めのない継続的契約の終了にあたり、一定期間の猶予を設けて解約申し入れすることで、契約が将来に向かって終了するとする規定は、一方当事者の契約継続に対する着たい可能性と、他方当事者の契約終了の必要性との衡平の観点から妥当である。(弁護士, 弁護士)
- 期間の定めのない継続的契約の終了について、継続的契約一般に妥当する規定を設けるべきとの考え方に賛成する。また、当事者の一方が他方に対し、あらかじめ合理的な期間を置いて解約の申入れをすることにより、将来に向かって終了するとする規定を設けるかどうかについて、より厳格な要件を課す裁判例が存在するとの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうかという意見については、期間の定めのない継続的契約については、契約当事者は相当の期間を定めた上で通知をすれば、いつでも契約を解除することができるということが実務上一般的になされており、単にそのような裁判例があるからといって厳格な要件を課すのは契約当事者に不都合を生じる恐れもあるので、慎重に検討をしていただきたい。(ヤフー)
- 仮に一般的規定を設ける場合には、合理的な期間を置いて解約の申入れをすることにより、期間の定めのない継続的契約が終了するとする規定を設けることに異論はない。但し、継続的契約の存続を困難にする重大な事由がある場合や、相当額の損害賠償を行った場合には、合理的な期間を置かずに直ちに解約をすることも許容すべきである。なお、仮に規定を設ける場合には、労働契約は適用除外とするべきである。一方当事者が契約の継続を望まないにもかかわらず、契約の存続を強制することは合理性に欠けるため、期間の定めのない継続的契約の終了に関する規定を設けることについては意義がある。この場合、他方当事者の不意打ちとなることを避ける必要があるため、合理的な期間を置いた解約申入れを要求すべきである。但し、必要性及び緊急性によっては、合理的な期間を置かずに直ちに契約の解消を認めるこ

とが適切なケースもある。そこで、継続的契約の存続を困難にする重大な事由がある場合や、合理的な期間に代わる損害賠償を行った場合には、合理的な期間を置かず直ちに解約をすることも許容すべきである。なお、労働契約については、解雇権濫用法理等の判例法理等が積み重ねられていること、同法理につき労働契約法に明文の規定が置かれたこと等を考慮すると、民法に一般規定を置くことは、労働法の独自の特別規定・判例法理が規律する現在のルールに影響を与え、実務に混乱を来すおそれがあるため、仮に規定を設ける場合でも、適用除外とするべきである。(森・濱田松本有志)

- 基本的に賛成するが、「合理的な期間」については、例えば「三箇月以上の期間」とするなど、規定の明確化を図るべきである。また、既に同趣旨の規定がある消費貸借、使用貸借及び賃貸借については、この規律が適用されないことを明文化すべきである。(弁護士)
- 期間の定めない継続的契約において、法令に特別の定めがある場合を除き、一方当事者は、一定の予告期間を置いて、契約を終了させることができる旨明文化すべきである。予告期間は、「契約の内容・契約の趣旨」、当該契約に対する他方当事者の依存度、他方当事者の契約上の義務違反の有無・程度等を勘案して決定される旨明文化すべきである。予告期間の長短は、種々の事情を勘案して決定されるが、特に、供給者に対する相手方当事者の依存度が高い事案においては予告期間が長くなる事例が多いので、判断基準となるファクターを明示することとした。(福岡弁)
- 仮に継続的契約一般に妥当する規定を設けるとした場合、論点整理の考え方に基本的には賛成するが、期間の定めがある契約と同様、例外的に解約が制限される場合がありうることを併せて明記しておくべきである。相当な予告期間を設けることにより、相手方当事者は他の取引先等と同種の契約を締結するなど代替措置を講じることが可能となり、契約の終了による不利益を回避しうるので、原則として一方当事者による解約を認めても不都合はないといえる。もっとも、契約当事者における契約関係の存続への期待という点でみた場合には、期間の定めの有無でさほど大きな違いはないのではないかと考えられるし(期間の定めのある契約の方が、契約の終期を明示している点で期間の満了により契約が終了することについて納得が得られやすいとの見方もありうる。)、一方当事者による解約が不可能であることを原則としつつ、継続的な契約関係の存続を困難にするような重大な事由がある場合等にはこれを許すとする裁判例も多数存在しているのであるから、明文を設けるとしたら、例外的に解約申入れが制限される場合もありうることに触れておかないと、国民の理解に混乱を招くことになりかねない。(横浜弁)

- 当事者の一方が他方に対し、あらかじめ合理的な期間を置いて解約の申入れをすることにより、将来に向かって終了とする規定を設けることに、賛成する。継続的契約の解消に関する裁判例の「契約関係を維持しようとする特有の傾向」にも沿うものであり、既に賃貸借等の契約において同様の規定があることから、既存の規定との整合性も問題ない。(愛知県弁)
- 期間の定めがない継続的契約について、契約に永続的に拘束されることは認めるべきではないと考えられるため、期間の定めのない継続的契約の終了に関する規定を設けることには基本的に賛成である。ただし、「合理的な期間」で実務が運営できるか配慮すべきという指摘がある。また、当該規定を設ける場合であっても、即時解約の必要性はあると考えられるため、即時解約の特約が優先すべきという指摘もある。(全銀協)
- 期間の定めのない継続的契約の終了については、合理的期間を置いた解約申入れだけではなく、損害賠償ややむを得ない事由の存在など、規律の要件に即した規律内容を定めるべきである。とりわけ、労働契約に適用がある形で規定を設けることには反対する。(大阪弁)
- 期間の定めがない継続的契約の場合、基本契約書自体が締結されていないケースもあるが、卸業においては、基本契約書は締結していても有効期間はこれを定めないと規定するケースが多い。取引に恒久制を求めるが、あくまでも信頼関係が続く限りである。信頼関係が毀損し、修復が不能と判断すると、取引終了することになる。企業間の取引関係においては、取引の自由とともに取引中止の自由もある。3 カ月若しくは、契約当事者間の商品代金の決済条件の期間の何れか長い期間を合理的な期間とし、その期間を設けた通知で以って、契約終了することは可能とする規定を設けることを希望する。終了についてはその準備期間を長くすることはリスクをはらむ。解除の合意から解除日までは短時日が望ましい。(三井食品)
- 継続的契約一般に妥当する規定を設けること自体を慎重に検討すべきである。仮に、継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合、期間の定めのない継続的契約の終了に関する規定を設けることについて異論はない。しかしながら、その内容については、慎重に検討すべきである。裁判例を明文化するものということであるが、下級審裁判例のみで最高裁判例は存在せず、それを法文化することについては慎重に検討すべきであろう。規定を明文化するとしても、各事案においての「合理的な期間」が具体的にどの程度かについての判断は、引続き判例等による解釈に任せるということでよいか、また、「合理的な期間」には、(事案によっては)直ちに解約できる場合も含んでいるということによいか(当事者間において、「いつでも直ちに解約でき

る」旨の約定があり、事実関係においても、即時解約が必ずしも信義則に反するような事案でない場合等があってもよいのではないか)、「合理的期間」を判断する判断要素は何か、という点について、検討されるべきである。(二弁)

- 当事者の一方が継続的契約を解約するにあたっては、契約の内容及び解約に至るまでの経緯等を考慮の上、解約申入れの「合理的な期間」を柔軟に定めることによって、契約当事者の衡平を図るべきである。期間の定めのない契約の場合、当事者の合意によらなければ当該契約関係を解消できないとすれば、それは契約に対して当事者を過度に拘束するものであり、当事者の一方が契約の解消を望まない場合、期間の定めのない契約は契約期間を無期限としたことに等しくなり、その不合理性は明らかである。しかし、賃貸借、雇用、請負などに見られるように、契約が長期間継続した場合、契約当事者間の信頼関係及び契約継続に対する期待は、それに応じて高まることが通常であることからして、突然の契約の解約は、相手方に対して、予期せぬ損害を発生させる原因にもなりかねない。そこで、相手方の契約継続に対する期待が、法的保護に値する場合もあることからすれば、継続的契約を一方的に解消するにあたっては、申入れから解約に至るまでの期間の長さを、契約の内容及び解約に至るまでの経緯等に応じて、柔軟に定めることで、相手方の被る不利益に配慮した規定を定めるべきである。(青司協)
- 慎重な検討を要する。必ずしも理解が合致しているわけではなく、期間の定めの有無によって法的効果に差異を設けることの妥当性について疑問なしとしない。(札幌弁)
- 期間の定めのない継続的契約の解約に関する規定については、具体的な類型に応じて共通する内容を適切に規律できるか否かという観点から、さらに検討すべきである。あらかじめ合理的な期間を置いた解約申入れにより将来に向かって終了するという規定を設けることは、下級審裁判例(東京地判平成9年9月26日、大阪地判平成17年9月16日等)の傾向を明文化するという合理的な側面がある。しかし、判例法理とまで評価できるか否か、「期間の定め」の有無によって法的効果を分けることが妥当か否か、「合理的な期間」を基準とすることが常に適切なのか、「合理的な期間」を具体化する判断要素は何かなどの疑問があるので、慎重な検討が必要である。(日弁連)
- 継続的契約においては、相手方の被る不測の損害を防止するため、あらかじめ合理的な期間において解約の申し入れを行うことにより終了する旨を明文化すべきとの考えもあるが、画一的な処理を行うことで、契約類型によっては当事者に不測の損害を与えるおそれがあるので、慎重に解すべきである。(親和会)

- 期間の定めのない継続的契約の解約に関する規定については、具体的な類型に応じて共通する内容を適切に規律できるか否かという観点から、さらに検討すべきである。あらかじめ合理的な期間を置いた解約申入れにより将来に向かって終了するという規定を設けることは、下級審裁判例の傾向を明文化するという合理的な側面がある。しかし、判例法理とまで評価できるか否か、「期間の定め」の有無によって法的効果を分けることが妥当か否か、「合理的な期間」を基準とすることが常に適切なのか、「合理的な期間」を具体化する判断要素は何かなどの疑問があるので、慎重な検討が必要である。そもそも実際の取引社会において、「期間の定め」の有無による区別がどこまで明確なのかは疑問である。少なくとも従来 of 裁判実務において「期間の定め」の有無は必ずしも重視されていないから、この点を区別した規定を設けないことにも十分な合理性がある。(弁護士)
- 現行民法 619 条 2 項本文の改正の要否についても、同時に検討されるべきである。期間の定めのある継続的契約が更新されたときの契約条件について定める規定を新設することを提案するものがあるが、これが様々な契約類型のある継続的契約に共通する一般原則規定として認められるか、必ずしも明らかではない。(弁護士)
- 期間の定めがある契約では信義則上相当でない場合更新の申出を拒絶することができないとし、これに対し期間の定めのない契約では合理的期間において解約申入れをすれば将来に向かって契約を終了することができるとするについては、整合性を欠くと考えられる。両者の規定の内容だけをみると期間の定めのない契約の方が期間を定めている契約よりも解約のしやすい内容となっていることから、契約を解約しやすい状態にするためとして期間の定めのない契約が選択される懸念がある。(産業組織課)
- 賃貸借等で個別に規定する方が分かり易い。(広大有志)
- 仮に継続的契約に関する規定を設ける場合、期間の定めのない継続的契約の終了について、あらかじめ合理的な期間を置いて解約の通知が必要であるとの規定以上の要件を設けることには反対である。解約の要件が厳格に規定された場合、契約当事者の手続負担が過度に増加するおそれがある。(国際企業法務)
- 規定を設けることについては、反対である。仮に、設けた場合でも特別法たる労働関係法規の解釈に影響を及ぼすべきではなく、労働関係法(運用ルールを含む)を除外すべきである。(経営法曹)
- 継続的契約に一般的に妥当する規定を置くことは、困難であるから、検討をしても成果を見込むことができないと考えるので、ここでも検討すること自体に消極的である。(兵庫県弁)
- 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。(日大民研・商研)

- 継続的契約は多種多様であるため、継続的契約一般に妥当する規定を設けるのは困難で、規律を設けると解決が硬直化することを懸念する意見があった。(最高裁)
- 規定を設けること自体に反対である。(広島弁)
- 規定を設けるべきではない。仮にかかる規定を設ける場合には、契約の種類によっては、適用されない場合があることを明記すべきである。具体的には、借地借家法の適用がある賃貸借契約の貸主、雇用契約及びこれに類する契約の使用者（に当たる者）については適用すべきではない。ただし、代理店契約・フランチャイズ契約については、別途考慮が必要であると考えられる。適用する場合にも、契約類型によって「合理的な期間」は異なるためある程度長期に考えるべきである。また、その判断は一義的には困難であることから、借地借家法における正当事由（28条）のように判断要素を挙げるべきである。(東弁)

## (2) 期間の定めのある継続的契約の終了

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合（前記1参照）には、期間の定めのある継続的契約に関し、期間の満了によって契約が終了することを原則としつつ、更新を拒絶することが信義則上相当でないとは認められるときには、例外的に更新の申出を拒絶することができないとする規定を設けるかどうかについて、期間を定めた趣旨が没却されるなどの指摘があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 2(2) [73頁]】

### 【意見】

- 規定を設けることについては、基本的には賛成であるが、規定を設けるのであれば考慮すべき要素を明示すべきである。また、別に継続的契約における一般的規定として消費者の中途解約権を保障し、その行使も終了事由となることを明記すべきである。(金沢弁消費者委)
- 期間の定めのある継続的契約の終了につき、信義則上、更新の申出を拒絶することができないとの規定を設けることに賛成する。ただし、使用者側は労働者の更新拒絶を制約することはできないことを明記すべきである。期間の定めのある労働契約（雇用契約）の更新及び更新拒絶については、判例は、いわゆる雇い止め法理によって解雇権濫用の法理を類推適用している。ただし、労働者は、職業選択の自由（憲法22条）を有していることから、労働者の更新拒絶を制約することは認められない。労働者は、更新を自由に拒絶することができることを明記すべきである。(労働弁護団)

- 仮に一般的規定を設ける場合には、期間満了による契約の終了を前提としつつ、更新拒絶が信義則上相当でないときは、例外的に更新の申出を拒絶することができないとする規定を設けることに異論はない。但し、更新拒絶が信義則上不相当と判断される要素を明示すること等について検討されたい。なお、仮に規定を設ける場合には、労働契約は適用除外とするべきである。(森・濱田松本有志)
- 期間の定めのある継続的契約は、法令に特別の定めがある場合を除き、契約期間の満了によって終了する旨明文化すべきである。契約期間の定めのある継続的契約は、原則として、契約期間満了によって終了するはずであるから、まず、その大原則を明文化すべきであろう。ただし、「契約の内容・契約の趣旨」、契約期間を定めた趣旨、当該契約に対する他方当事者の依存度、当事者の契約上の義務違反の有無等を勘案して契約期間満了により終了することが信義誠実の原則に反すると認められる場合は別である旨明文化すべきである。期間の定めがあっても、相手方当事者の契約に対する依存度が高かったり、長期間継続することに対する合理的期待が認められる事案もあり、契約期間の定めどおりに終了しない契約もありうる。(福岡弁)
- 期間の定めのある継続的契約に関し、期間の満了によって契約が終了することを原則としつつ、更新を拒絶することが信義則上相当でない認められるときには、更新の申出を拒絶することができないとする規定を設けることについて、賛成する。ただし、「信義則上相当でない認められるとき」がどのような場合かは慎重に検討すべきである。裁判例の傾向から考え、このような規定を設けることに賛成する。ただし、契約期間を設けた趣旨が没却されることがないように留意すべきである。(愛知県弁)
- 仮に更新拒絶ができないとしても、信義則違反であり、かつ更新後の期間も一定の合理的な期間に限られるなど適用される場合を限定すべきである。(情サ産協)
- 原則、更新拒絶は例外的な場合に限られることとし、合理性がある場合には更新拒絶も正当化していただきたい。(全中)
- 期間の定めのある継続的契約の解約に関する規定については、具体的な類型に応じて共通する内容を適切に規律できるか否かという観点から、さらに検討すべきである。信義則上相当でないときは更新拒絶できないという規定を設けることは、下級審裁判例(福岡高判平成19年6月19日)の傾向を明文化するという合理的な側面がある。しかし、判例法理とまで評価できるか否か、「期間の定め」の有無によって法的効果を分けることが妥当か否か、「信義則上相当でない認められるとき」を基準とすることが常に適切なのか、「信義則上相当でない認められるとき」を具体化する判断要素は何かなどの疑問が

あるので、慎重な検討が必要である。(弁護士)

- 期間の定めのある継続的契約は、期間満了により終了するとしているものの、契約締結時またはその後の期間満了までに「黙示の合意が成立と認められた場合には、その契約は更新される」となっている。また、合意の成立がない場合であっても、契約目的、契約期間、従前の更新経緯、更新拒絶が信義則上相当でない場合は更新の申し出を拒絶できないとされており、FC契約上「更新」ではなく「解約・新規」である旨記載していても、何らかの理由付けにより黙示の合意があったと主張される余地を残しているのではないかと考える。従って、フランチャイズ契約では期限が定められていること、更新が保証されていないことが、フランチャイジーの業務を規律する上で大変重要であるため、仮に、「黙示の合意」で旧フランチャイズ契約が継続されてしまうことになると、チェーンとして守るべき事柄やサービスを統一することができず、結果として、チェーンの規律を守ることができなくなる。また、「解約・新規」型契約が、契約ひな型を逐次改訂しているチェーンで使われる場合には、新規で契約すれば現在のひな型が適用になるところ、「黙示の合意」で更新とみなされてしまうと、従来のひな型が継続されることになりロイヤルティ変更等、各種契約条件の変更ができない状態を招き実務上不都合が出る。(フランチャイズ協)
- 公序良俗に準拠する場合、期間の定めが有るケースでは合意された契約期間と解除手続きが尊重されるべきである。特段の事情が無い限り、契約当事者の約定どおり、契約終了することを可能とする規定を設けることを希望する。(三井食品)
- 慎重に検討すべきである。不動産の賃貸借契約など、類型的に社会的弱者保護の要請が働くような契約類型であればともかく、継続的契約の全てについてこのような規定を定めることの可否については疑問の余地がある。(弁護士)
- 期間の定めのある継続的契約は、原則として、当該期間満了時に更新を拒絶し、終了させることができるとすべきであり、更新拒絶が認められない場面は判例法理で認められているような例外的な場面に限られるべきである。従って、例外的に更新の申出を拒絶することができない場合の要件である「信義則上相当でない」と認められるとき」の解釈を可能な限り限定する方向で、慎重に検討されたい。(貿易会)
- 期間の満了によって終了することを原則としたうえで、継続的契約の性質上、更新を拒絶することが信義則上相当でない認められる場合には、当事者は、相手方の更新の申出を拒絶することができない旨を明文化すべきとの考えもあるが、画一的な処理を行うことで、契約類型によっては当事者に不測の損害を与えるおそれがあるので、慎重

に解すべきである。(親和会)

- 期間の定めのある継続的契約に関し、更新を拒絶することが信義則上相当でない認められるときには、例外的に更新の申出を拒絶することができないと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。クレジットカード会社が他の事業者と提携してクレジットカードを発行する場合などにおいて、期間を定めた契約を締結することがあるが、このような場合において、自社の提携基準等に整合しなくなった場合に、期間満了を待って提携関係を解消する場合が存在する。このような場合において、信義則上相当でないことを否定する、いわゆる評価障害事実を積極的に立証することは、自社の営業上の秘密を開示しなければならないことにつながりかねない。従って、更新拒絶の不当性について、できる限り明確にし、かつ、過度に広範な内容とならないようにするなど、慎重な検討をすべきである。(クレ協、全信販協)
- 継続的契約一般に妥当する規定を設けること自体を慎重に検討すべきである。仮に、継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合、更新の申し出を拒絶することができない場合を、単に「信義則」と規定することについては、慎重であるべきである。裁判例を明文化するものということであるが、下級審判例のみで最高裁判例はなく、それを法文化することについては慎重に検討すべきであろう。単に「信義則」と規定すると、従前の裁判例から更新拒絶が問題なく認められるような場合も当事者の主張を許すことになる可能性があり、結局、実務上、混乱をきたすおそれがある。仮に、法文化する場合でも、単に「信義則上相当でない認められるとき」とするのではなく、例えば、借地借家法第6条や第28条のように、その判断要素を規定することが検討されるべきである。判断要素の例としては、契約の目的、契約期間、従前の更新の経緯、更新を拒絶しようとする当事者の理由、更新を望んでいる当事者の理由、現在の契約の履行状況、当該契約に基づく資本投下の程度、契約継続に対する当事者の期待、契約への依存状況等が考えられる。また、相手方の更新の申し出を拒絶することができない、との規定を設ける場合、当該規定は、a. 記載の評価要素(事情)が存するのみではだめで、それに加えて更新にあたり、実際に相手方が「更新の申し出」をすることが必要とする趣旨か、それともb. 記載の評価要素(事情)が存すれば、相手方が実際に「更新の申し出」をするまでもなく、更新される(更新合意が擬制される)とする趣旨か、法文化する場合には、かかる点も含めて検討すべきである。さらに、雇用等の継続的契約の定義に該当し得る契約類型との関係の整理の問題であるが、当該規定は、(更新していない初回の)有期雇用契約においても適用されるのか。適用されるとすれば、結論の

妥当性に問題は生じないかについても、慎重に検討すべきである。

(二弁)

- 仮に継続的契約一般に妥当する規定を設けるとした場合、例外的に更新の申出を拒絶することができないこととする要件や更新後の契約期間の定め方等について慎重な検討を要する。裁判例を見ると、更新拒絶の当否について、信頼関係の破壊を問題とするもの、解約の合理性・投下資本の回収等を問題とするもの、相当な猶予期間の設定や相当な損失補償の有無を問題とするものなどがあるが、「信義則上相当でない」と認められるとき」がどのような場合をいうのか、その考慮要素からも必ずしも明確ではないため、かかる要件の定め方の適否について、慎重な検討が必要である。また、契約が更新された場合の更新後の契約期間をどう考えるかについても、更新後の期間は当初の期間と同一の期間とする旨の条項が定められていることも多いことから、更新後の契約は期間の定めのないものと推定することが当事者の通常の意味に合致すると言えるのか、十分な検討が必要である。(横浜弁)
- 更新拒絶を無条件に認めるのではなく、信義則の観点から、その是非を検証できるような規定を設けるべきである。継続的契約一般に妥当する規定を設けるにあたっては、借地借家法に定める「正当事由」又は有期労働契約の雇止めにおける「解雇法理」といった評価規範を、信義則という一般条項において取り込み、更新拒絶に一定の制約を設けるべきであると考え。(青司協)
- 慎重な検討を要する。必ずしも理解が合致しているわけではなく、期間の定めの有無によって法的効果に差異を設けることの妥当性について疑問なしとしない。(札幌弁)
- 期間の定めのある継続的契約の解約に関する規定については、具体的な類型に応じて共通する内容を適切に規律できるか否かという観点から、さらに検討すべきである。信義則上相当でないときは更新拒絶できないという規定を設けることは、下級審裁判例(大阪高判平成8年10月25日、福岡高判平成19年6月19日等)の傾向を明文化するという合理的な側面がある。しかし、判例法理とまで評価できるか否か、「期間の定め」の有無によって法的効果を分けることが妥当か否か、「信義則上相当でない」と認められるとき」を基準とすることが常に適切なのか、「信義則上相当でない」と認められるとき」を具体化する判断要素は何かなどの疑問があるので、慎重な検討が必要である。(日弁連)
- 契約期間の意味を考えたとき、賃貸借全般につき更新拒否の際に信義則の縛りを認める必要はない(あらかじめ利用期間を見込んだ長期の契約期間を設定すればよいだけでわる)のではないか。せいぜい現

行法にあるような「更新の推定」で足りるのではないか。(全宅連)

- 期間の定めのある継続的契約一般につき、一定の場合に更新の拒絶を制限することには反対する。継続的契約関係において、取引継続の期待やその解消が問題となる場合は個別事例ごとに異なり、投下した資本の回収や代替手段の有無等も区々である。このように一口に契約継続への期待といっても事案ごとに多様なものが存在するので、一律に解消の制限を設けることは、既存の取引先に対する更新拒絶の自由が制限されることになってしまう。そうなると、新たな取引先の選別や以降が制約され、活発な経済活動が損なわれることにつながりかねない。なお、雇用契約や不動産賃貸借契約などの分野において、当事者間の通常の力関係に着目しつつ相当程度更新が繰り返されていた場合の契約継続、解消に関していかなる制度を設けるかについては、当該分野の政策のあり方として検討し、必要であれば特別法で手当てすべき問題であると考ええる。また、いわゆる基本契約は、実際に個別の契約により取引が開始された場合に共通に適用される契約条件等を定めるものであるため、ここでいう継続的契約には該当しないものとされるべきである。(チェーンストア協)
- 賃貸借等で個別に規定する方が分かり易い。(広大有志)
- 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。(日大民研・商研)
- 継続的契約は多種多様であるため、継続的契約一般に妥当する規定を設けるのは困難で、規律を設けると解決が硬直化することを懸念する意見があった。(最高裁)
- 規定を設ける必要はない。期間が定めてある以上、期間の満了により契約が終了するのは当然である。また、更新を拒絶することが信義則上相当でないとは認められるときは、更新の申出を拒絶することができないことも当然である。(東弁)
- 期間の定めのある継続的契約の終了について、一般規定である信義則をそのまま規定の要件としても、具体的問題の解決に資するとは考えられない。したがって、個別具体的な契約の分析を通じ、具体的な要件と規律内容の検討を行うべきである。また、労働契約に適用がある方向で検討を進めることには反対である。(大阪弁)
- 継続的契約に一般的に妥当する規定を置くことは困難であり、検討をしても成果を見込むことができないと考えるので、ここでも検討すること自体に消極的である。(兵庫県弁)
- 規定を設けることについては、反対である。例えば、継続的な警備契約では、警備業務に非協力的な顧客、警備員を不当な目的に利用しようとする顧客等の場合に、やむを得ず、業者側から契約関係の解消を希求することもあるが、「信義則上相当でない」との要件が抽象的

で不明確であるため、このような規定が設けられると警備業者側の契約解消の自由が不当に制限され、また濫用の弊害・トラブルが増加する。(全警協)

- 仮に継続的契約に関する規定を設ける場合、期間の定めのある継続的契約の終了について規定を設けることに反対である。「更新を拒絶することが信義則上相当でない」と認められうる場合」を具体的に定めることができないため、当事者間の取引関係、期間等の状況を総合勘案して判断せざるをえず、現在の信義則の規定で十分であると考え。(国際企業法務)
- 期間の定めのある継続的契約に関して、更新拒絶することが信義則上相当でない」と認められるときに更新拒絶できない旨の規定を設けることには、あえて契約期間を設けた契約当事者の意思に反するし、自動更新条項がない限り、期間の満了によって契約は当然に終了すると考えるのが、契約当事者の合理的意思である。(自動車リース連)
- 合意が成立したものと認められる場合の契約更新については、一般条項としての信義則によって規律すれば足り、あえて特別の規定として明文化する必要はない。更新の申し出を拒絶できる場合の規定については、契約当事者間での力関係が不均衡な場合、弱者側が契約更新を強制されることが想定されるので、一般市民(消費者)保護の観点から反対する。(弁護士、弁護士)
- 期間の定めのある継続的契約の終了に関する規定を設けることは反対する。仮に明文化されとしても、適用要件は具体的・明確かつ限定的に規律されるべきである。継続的契約の解除要件を定めるにあたっては他の法律との整合にも留意すべきである。損害保険業界では保険金の不正請求があった契約や事故が多発している契約等について、契約更新を行わないケースがある。更新に係る契約が「継続的契約」に該当する場合にこのような事由による更新拒絶が信義則上相当でない」とみなされるかの判断にかかるとすると実務が混乱する懸念がある。損害保険会社と代理店の間で締結している代理店委託契約の解除にあっては、合意解約を原則として、重大な不祥事件が発生した場合等一定のやむを得ない場合に限り、限定的に即時解除(ないし文書予告解除)を行うケースがある。これは、会社法19条等の定めを踏まえ行っているものであり、民法で継続的契約の解除要件が明文化される場合も、他の法律の契約の解除事由との整合にも留意すべきである。(損保協会)
- 規定を設けること自体に反対である。(広島弁、経営法曹)

### (3) 継続的契約の解除

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合(前記1参照)に

は、継続的契約の解除に関し、契約当事者間の信頼関係を破壊するような債務不履行がなければ解除することができず、さらに、債務不履行による契約当事者間の信頼関係の破壊が著しいときは、催告することなく解除することができるという規定を設けるべきであるとの考え方が提示されている。そこで、この考え方の当否について、債務不履行解除とは別に、やむを得ない事由がある場合には、継続的契約を解除させてよい場合があるという意見があることも踏まえて、債務不履行解除の一般則（前記第5参照）や事情変更の原則（前記第57参照）との関係に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 2(2)(関連論点)[75頁]】

### 【意見】

- 契約の解除一般の要件について現行法を維持しつつ、「賃貸借契約、使用貸借契約、雇用契約、委任契約、寄託契約、消費貸借契約、組合契約その他の継続的契約」については、契約当事者間の信頼関係を破壊するような債務不履行がなければ解除することができず、さらに、債務不履行による契約当事者間の信頼関係の破壊が著しいときは、催告することなく解除することができるという規定を設けるべきであるとの立法提案は、賃貸借契約等に関する多くの裁判例（最判昭和51・12・17等）を分析し、信頼関係破壊の法理について、解除を制限する方向と、それとは逆に、解除を容易にする方向があることを正確に示したものである。さまざまな継続的契約にひろく適用される規律として適切なものとする。（弁護士）
- 信頼関係を破壊するような重大な義務違反がある場合に限り解除できるとの規定を設けるべきである。下級審判例の傾向を明文化するものであり、合理的といえる。（札幌弁）
- 継続的契約の解除に関して、一方当事者による継続的契約の終了に関する裁判例の傾向に沿う形での名分のルール作りの要請はあることから、合理的なルールにより中途解約権等の継続的契約を終了させる規律については積極的に議論されるべきである。（弁護士、弁護士）
- 不動産賃貸借における賃料不払いの場合の信頼関係破壊法理について、他国での立法例および裁判実務を踏まえ、3か月分を累積して延滞した場合は、信頼関係が破壊されたことを推定する規定について検討したらどうか。不動産賃貸借における賃料支払い義務は、賃借人における最も重要な義務であることから、その義務を履行しない場合の解除権の行使が、現在の信頼関係破壊の法理を超えて制約的とならないように留意すべきである。（不動協）
- 継続的契約が特に当事者の信頼関係に基づき成り立っている場合には、信頼関係を破壊する事実がなければ契約を解除することはできな

い旨明文化すべきである。継続的契約の解除事由であるが、継続的契約というだけで解除事由を厳格に解釈すべきではない。長期間継続する契約の中でも当事者間の信頼関係に基づく契約に限って、信頼関係の破壊を解除事由とすべきであろう。(福岡弁)

- 裁判例に多い「重大な事由」に基づく解除についても反映するのが妥当であるとする。(法友会)
- 賃貸借契約について判例が認めているように、継続的契約については「信頼関係不破壊」の場合は契約が解除できないことを明文化すべきとの考えもあるが、画一的な処理を行うことで、契約類型によっては当事者に不測の損害を与えるおそれがあるので、慎重に解すべきである。(親和会)
- 継続的契約の解除に関する規定については、具体的な類型に応じて共通する内容を適切に規律できるか否かという観点から、さらに検討すべきである。信頼関係破壊がなければ解除できないとし、さらに信頼関係破壊が著しいときは無催告解除を認めるという規定を設けることは、下級審裁判例(東京高判平成6年9月14日等)の傾向を明文化するという合理的な側面がある。しかし、判例法理とまで評価できるか否か、「信頼関係の破壊」の有無や程度を基準とすることが常に適切なのか、「信頼関係の破壊」及び「著しいとき」を具体化する判断要素は何かなどの疑問があるので、慎重な検討が必要である。(日弁連)
- 信頼関係破壊理論の明文化は慎重にすべきである。いわゆる信頼関係破壊理論については、賃貸借契約の解除を中心に判例が集積し、実務上もこれにそった運用がなされているところ、継続的契約には多種多様な契約類型が存在することから、統一的な規定の新設については慎重に行うべきである。(東弁)
- 「重大な不履行(義務違反)」を契約の解除の要件とすべきであるとの考え方によれば、継続的契約の解除の場合であっても、不履行(義務違反)の重大性の判断の際にやむを得ない事由の有無等も判断され得ることから、あえて特則を設ける必要はないとの考えに基本的には賛成であるが、継続的契約における消費者の中途解約権が阻害されないように、継続的契約についての一般的規定として継続的契約における消費者の中途解約権の行使が終了事由となることを別に明記すべきである。(金沢弁消費者委)
- 継続的契約の解除については、債務不履行解除一般の規定の動向も踏まえつつ、「信頼関係の破壊」を債務不履行解除の要件とすることには、賛成である。継続的契約の解除は、将来的な契約関係全てを否定するものであることから、その影響は大きく、「信頼関係の破壊」との要件を加えるべきと考える。(愛知県弁)

- 継続的契約の解除において、「契約当事者間の信頼関係を破壊するような債務不履行がなければ解除することができない」という考え方が提示されているが、契約当事者間の信頼関係の破壊を解除要件とすることは厳格に過ぎると考える。また、継続的契約の解除は、債務不履行解除とは別に、やむを得ない事由によって解除することができる場合もあると考えられるので、その点の検討も必要であると考ええる。  
(全銀協)
- 継続的契約の債務不履行解除の要件は個別の契約類型や具体的状況によって判断されるべきであって、債務不履行解除に常に信頼関係破壊を要件とすることには反対である。また、債務不履行解除とは別に、やむを得ない事情がある場合の継続的契約の解除を認めるかどうかについても同様である。したがって、これらについては、個別具体的な契約の分析を通じ、具体的な要件と規律内容の検討を行うべきである。なお、やむを得ない事情がある場合の継続的契約の解除の問題は、期間の定めのない継続的契約の終了の規律と重複しているため、一括して検討されるべきである。労働契約に適用がある形で、この種の規定を設けることには反対である。(大阪弁)
- 仮に継続的契約に関する規定を設ける場合、継続的契約の解除要件について厳格な規定を設けることに反対である。事業者間の継続的契約において、契約当事者間の信頼関係を破壊するような債務不履行がなければ解除できないとすると、事業構造の変化や経済状況等を踏まえて、柔軟に取引関係を構築することを阻害する可能性があると考ええる。(国際企業法務)
- 信頼関係破壊の法理を一般的に認めることには、反対である。すべての継続的契約が、賃貸借契約のように、当事者間の信頼関係に基づいて締結されているわけではなく、各当事者に継続取引関係から離脱を認める理由も様々であり、一般的基準として、信頼関係破壊の法理を持ち出すことは妥当ではない。(クレ協、全信販協)
- 全ての継続的契約に対して、一律に、信頼関係が破壊されなければ解除できない、という厳格な要件が設定されるのはいきすぎであり、実務に混乱を生じさせるおそれがあるのではないか。本項目にかかる議論は、法定解除にかかる議論であり、約定解除には適用されない理解でよいか。なお、約定解除には適用されないとしても、かかる規定の明文化により、約定規定においても、波及的に影響を及ぼすおそれがあり、慎重な検討をお願いしたい。(オリックス)
- 投資信託において商品性に基づいた投資を継続するには、一定のまとまった金額が必要である。そこで、運用の最低ロットを下回った場合など、一定の条件を満たした場合には投資信託契約の解約を行う旨をあらかじめ投資信託約款に定める場合であって、当該一定の条件を

満たした場合には投資信託契約の解約できるよう投信法施行規則第43条などで定められている。この点、信頼関係破壊理論や債務不履行のときのみ契約解除ができるといった対応としてしまうと、非効率な運用を継続してしまうなどかえって受益者不利にもなりうる。そのため一律に規制をかけるべきではなく、個別の業法が存在する場合には当該業法に従えば足るなどの方向で検討していただきたい。(三菱UFJ投信)

- 仮に一般的規定を設けるとしても、債務不履行解除の特則を設けることに反対する。債務不履行解除にあたって、契約が継続的なものであることのみを理由に特則を設ける必要はない。(森・濱田松本有志)
- 賃貸借等で個別に規定する方が分かり易い。(広大有志)
- 信頼関係破壊の法理について、賃貸借契約のように信頼関係が基礎となる種類の契約の範囲を超えて継続的契約一般に妥当するかについては疑問を呈する意見があった。(最高裁)
- 債務不履行による解除の一般原則との関係で検討されているので、これと重ねて論点にする必要は無いと思われる。(弁護士)
- 各契約類型により、当事者の置かれている状況は異なるため、一般化して、規定することは困難であると思われ、規定することには慎重であるべきである。判例を明文化するものということであるが、下級審裁判例のみで最高裁判例はなく、判例法理としてそれを法文化することについては慎重に検討すべきであろう。一概に継続的契約といっても、各契約類型によって、当事者の置かれている状況は異なるので、成文法の中に一般化して入れることにはそもそも無理があると考えられる。(二弁)
- 継続的契約一般に妥当する規定として明文化することには反対である。継続的契約には多種多様なものがあり、一定の継続的契約に論点整理の考え方が妥当することは認めるが、全ての契約について解除に「信頼関係の破壊」が必要とまでは言い切れない。(横浜弁)
- 規定を設けること自体に反対である。(広島弁)
- 継続的契約に一般的に妥当する規定を置くことは困難であり、検討をしても成果を見込むことができないと考えるので、ここでも検討すること自体に消極的である。(兵庫県弁)
- 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。(日大民研・商研)

#### (4) 消費者・事業者間の継続的契約の解除

消費者・事業者間の継続的契約については、消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができることとすべきであるとの考え方（後記第62, 2⑫参照）が提示されている。そこで、この考え方の当否について、検討してはどうか。

##### 【意見】

- 消費者・事業者間の継続的契約については、消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができることとするには賛成である。なお、継続的契約に関する他の立法提案が、信義則の適用などで一定の解決が図られてきた問題の明文化を図るものであるのに対し、本問題は、現段階では解釈論により解決することが極めて困難な問題であり、立法による解決が不可欠と考えられる。（大阪弁）
- 期間の定めがない継続的契約の解除権については賛成する。消費者契約においては、継続的契約についても継続が問題とされることは少なく、むしろ契約からの離脱が目的となることが大変多く、消費者利益に叶うものとなっている。特定商取引法では特定継続的役務提供の場合に中途解約権が認められているが、これを継続的契約全般に拡充することは意義のあることと認識している。（全相協）
- 「格差」契約につきかかる特則を設けることに賛成である。情報や交渉力の格差が原因で、消費者が安易に継続的契約を締結してしまう場面が多く見られるため、無用な（或いは不利な）契約関係からの離脱を容易にし、格差弱者を保護する必要がある。（横浜弁）
- 趣旨には賛成するが、消費者契約法その他特別法に規定すべきである。消費者契約の特則は、消費者契約法に規定するほうが消費者保護に資する（東弁）
- 賃貸借等で個別に規定する方が分かり易い。（広大有志）
- 本提案の方向性には賛成であるが（なお、無制限に解除できるという規定方法については、慎重に検討すべきである）、それは、消費者契約法その他特別法で対処すべきものであって、一般法である民法に織り込み規定することには反対である。そもそも、一般法たる民法への消費者・事業者概念の導入については反対である。（二弁）
- 継続的契約について規定を設ける場合には、消費者は将来に向けて任意に解除にできるとする規定を立法化する方向に賛成である。ただし、消費者契約に関する特則の法制化は、民法と同時に消費者契約法（もしくはそれに先だって）民法の特別法である消費者契約で立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも、消費者保護に資するのであれば、消費者契約に関する特則規定を民法で定めることに賛成するという意見も多い。なお、民法改正を機に、消費者契約法の私法

実体規定を民法に取り込んで消滅させるという考え方（いわゆる統合論）には反対意見が多い。（日弁連）

- 「消費者であることのみをもって一方的にすべての継続的契約を解除できる」との規定は、濫用の危険性が非常に高くなる。少なくとも、各種特別法で範囲を限定して手当すべき内容と考える。（個人）
- 信頼関係破壊の法理について、賃貸借契約のように信頼関係が基礎となる類型の契約の範囲を超えて継続的契約一般に妥当するかについては疑問を呈する意見があった。（最高裁）
- 消費者・事業者間の継続的契約については、消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができることとすべきとの考え方については、慎重に検討すべきである。民法に消費者・事業者の概念を取り入れるか否かについては、慎重な検討を要する。（愛知県弁）
- 継続的契約には他種多様なものがあるので、消費者契約法を通じて半強行法化されることを考えると、想定外の契約類型に及ぶ弊害を避けるために、契約類型を限定するなどの工夫が必要になるだろうか。（兵庫県弁）
- 「任意に」解約できるという意味が、「無条件で」という意味で解釈されるのであれば、中途解約の違約金も否定しかねないことになるが、これは、現行民法の規定（建物は3か月、土地は1年の猶予期間をもって賃貸借契約を解約できる）に基づき合理的範囲で違約金等を認める裁判例に反し、かつ合理的な根拠も見出せないのではないか。（全宅連）
- 民法に消費者法を混入させるべきではない。（個人）
- 消費者・事業者間の継続的契約の解除について民法に規定することに反対する。特別法で扱うべき問題である。（全警協）
- 仮に継続的契約に関する規定を設ける場合、消費者・事業者間の継続的契約の解除について規定を設けることに反対である。消費者、事業者の区別を民法上取り入れるべきではない。消費者であることのみをもって契約を任意に解除できるとすると、消費者の権利が強化されすぎ、事業者は消費者との契約に慎重にならざるを得ず、かえって消費者にとって不利に働くことも考えられる。（国際企業法務）
- 消費者からの任意解除制度の導入は、契約の拘束力をあまりに一方的かつ極端に弱めるものであるから、賛成できない。（自動車リース連）
- 民法に消費者・事業者に関する規定を設けるべきではない以上、継続的契約についても、とくに消費者・事業者間の契約について別途解除の規定を設ける必要はない。消費者契約法等の特別法において検討すれば十分である。（親和会）
- 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。(日大民研・商研)

- 賛成する。消費者・事業者間の継続的契約については、消費者が事情を知らないまま長期間の契約に拘束され、多額の経済的負担を余儀なくされる事例も少なくないことから、消費者側に契約の拘束力から解放する手段を認める必要がある。ただし、民法の原則規定との関連性はあまりないので、民法ではなく消費者契約法に規定を置くべきであるという考え方もあり得る。(弁護士)
- 消費者・事業者間の継続的契約については、消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができる旨の明文の規定を設けるべきではない。消費者契約というだけで、消費者が自由に契約を解除できることにならない。(福岡弁)
- 消費者契約法その他の特別法にするべきであり、民法で定めるべきではない。前提として、消費者・事業者概念の民法導入に疑問である。(札幌弁)
- 規定を設けること自体に反対である。(広島弁)
- 裁判所で契約の無効が認められても、事業者が賠償に応じず、判決を無視するようでは、消費者が多額の金銭を用意し、弁護士を雇い、裁判に出て判決を勝ち取っても、何の意味もない。長く苦痛な民事裁判を短くしても、悪徳事業者が無視すれば、民事裁判制度の意味がない。(会社員)

## (5) 解除の効果

仮に継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合（前記1参照）には、民法上、賃貸借や委任等の解除について設けられている規定（同法第620条、第652条等）と同様に、継続的契約の解除は将来に向かってのみその効力を生ずるとする規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 2(3) [75頁]】

### 【意見】

- 多くの継続的契約において、解除の効果が遡及しないと規定することに問題はないのではないかと考えられる。(大阪弁)
- 規定を設けるべきであるとの考え方に賛成である。(金沢弁消費者委)
- 継続的契約の解除は将来に向かってのみその効力を有する旨明文化すべきである。(福岡弁)
- 特に反対しない。(兵庫県弁, 弁護士)
- 特に異論はない。法的安定性を維持する観点から、賃貸借契約の解除（民法第620条）と同様に、解除を将来効とすることに異論はな

い。ただし、短期の契約であっても、「継続的契約」の定義に該当するのであれば、解除の効果を一律に将来効とすることには、疑問を感じる。(二弁)

- 賛成である。一般的な解釈を明文化するものであり、分かりやすい民法の実現に資する。(横浜弁, 東弁)
- 継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合には、民法上、継続的契約の解除は将来に向かってのみその効力を生ずるとする規定を設けることについて、賛成する。遡及効のある解除を認めると、いたずらに法律関係が複雑になるだけであることから、一般的に遡及効を認めるべきではないと考える。(愛知県弁)
- 賛成する。一般的な理解に沿うものである。(札幌弁)
- 継続的契約の解除について将来効とすることには、賛成であるが、「継続的契約」の意義との関係に留意が必要である。(日弁連)
- 提案に賛成、反対の両意見があった。(最高裁)
- 解除の効力を将来に向かってのみ認めるべきかの点を明確にし、いたずらに法律関係を複雑にしないことは、一般市民にとって分かりやすい民法という要請からも望ましい。ただし、試案においては、当事者の一方に過失があった場合の損害賠償に関する規定が意図的に削除されており、他方当事者による損害賠償請求権を一切認めないという見解が成り立ちうるおそれがあるので、継続的契約の解除の場合における損害賠償請求権についての規定を設けるべきである。(弁護士, 弁護士)
- 賃貸借等で個別に規定する方が分かり易い。(広大有志)
- 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。(日大民研・商研)
- 一般的に継続的契約については解除の遡及効がないことを明文化すべきであるとの考えもあるが、各契約類型に応じて将来効を一般的に定めることで不都合はないかについては、十分に検討がなされるべきである。(親和会)
- 将来効に対する例外を認めるべき場面の有無に加えて、例外を認める場合の具体的内容についても慎重に検討する必要がある。(弁護士)
- 規定を設けること自体に反対である。(広島弁)

### 3 特殊な継続的契約—多数当事者型継続的契約

当事者の一方が多数の相手方との間で同種の給付について共通の条件で締結する継続的契約であって、それぞれの契約の目的を達成するために他の契約が締結されることが相互に予定されているものについて、その当事者は、契約の履行及び解消に当たって、相手方のうちの一部の者を、合理

的な理由なく差別的に取り扱ってはならないものとするべきであるとの考え方が示されている。このような考え方に基づく規定を設けるかどうかについて、その当否や要件の明確性、効果の在り方などの点で問題を指摘する意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 3(2) [77頁]】

**【意見】**

- 基本的に賛成する。このような契約類型については、社会通念に照らし事業者側の平等な取扱いが要請される場合が多いことは否定できない。(弁護士)
- 特になし。(広大有志)
- 規定を設けるべきであるとの考え方については慎重な検討が必要である。(金沢弁消費者委)
- 複数の投資家との間の匿名組合契約は、多数当事者型継続的契約に該当すると思われる。投資契約は、金融商品取引法上の規定等に基づき、情報開示等、投資家保護が図られているし、必ずしも営業者が優越的な地位を有するとは限らない。これらの契約も考慮して、規定の当否・要件を検討してほしい。(弁護士)
- 一見して「差別的」な取扱いが行われていても合理的な理由がある場合が多く、民法にあえて規定を置くほどの立法事実については精査が必要ではないか。(情サ産協)
- 多数当事者型継続的契約に関する規定を設けるについては、慎重に検討すべきである。規定を設けること自体に反対しないが、統一的に規律できるものであるのか否かも含めて十分議論する必要があると考える。(愛知県弁)
- 慎重に検討すべきである。クレジット会社は、多数の加盟店契約を締結しており、これら多数の加盟店契約が存在することが、クレジットカードの利便性を高め、結果としてクレジットカード取引全体を成り立たせるという点で、「当事者の一方が多数の相手方との間で同種の給付について共通の条件で締結する継続的契約であって、それぞれの契約の目的を達成するために他の契約が締結されることが相互に予定されているもの」と評価される余地もあるように思われるところ、クレジットカード加盟店によって、その業種・業態等や取扱高その他の事情異なり、これに応じて異なる取扱いが生じることは、当然是認されてしかるべきものである。しかるに、取扱において差異をもうけることが許容される「合理的な理由」がどのようなものとなるのかについては必ずしも明確ではないため、このような規律を定めることは、かえって当然是認されるべき差異を否定することにつながりかねず、無用な紛争を引き起こす可能性がある。当該差別の禁止は、本来、正常な競争原理を確保するこ

とを目的とした独占禁止法により規制されるべきものであり、契約自由を原則とする一般法である民法での規制になじまないものである。(クレ協、クレカ協、全信販協)

- ハブ・アンド・スポーク形式による契約には多種多様なものがあり、不平等な取扱いの態様も千差万別であることから、これらを統一的に規律する明文の規定を設けることは現実的に困難である。契約目的を達成するために他の契約が締結されることが相互に予定されているものという定義も実用に耐える明解さがあるのかどうかも疑わしい。個別の業法による規制ならばともかく、民法上の一般的抽象的な規律がふさわしいのかどうかについては疑義もある。仮に検討するならば、実際に社会問題が発生しているのか、どのような形で問題が発生しているのかについて、事情を明らかにすべきであり、単に机上の想像から制度立案をしないことが大切である。(兵庫県弁)
- 「多数当事者型継続的契約」といっても、多種多様な形態があり、これを一律に規律することは、果たして可能であるのか疑問である。本提案は、多分に政策的な議論であり、本来、独占禁止法や下請法において規律すべき問題であり、民法典に規定を設けるのは適当ではないと考えられる。そもそも、「多数当事者型継続的契約」といっても、多種多様な形態があつて、これを民法において、一律に規定することが、可能であるのか疑問といわざるを得ない。また、契約の履行及び解消時の不合理な差別的取扱いについても、一般論としては、問題となっている契約の両当事者間の問題に帰結するのであり、他の契約者と合理的な理由なく差別的な取扱いがなされていることは、一方当事者の債務不履行の有無の判断や解除が権利濫用か否かの判断の中において行われるものといえる。本提案の考え方自体は、弱者保護の観点からは賛成ではあるが、行政罰等の制裁とセットで検討されるべき点も存在し、多分に政策的な提案であつて、一般法たる民法に規定することはなじまないのではないかと思料する。(二弁)
- 多数当事者間の継続的契約について同論点整理で挙げられたような規定を設ける必要はなく、これ以上検討を続けることには反対である。(大阪弁)
- 規定を設けることについては、反対である。仮に、設ける場合でも労働契約については除外すべきである。(経営法曹)
- 多数当事者型継続的契約の規定を民法に設けることについては、賛成することができない。多数当事者間の契約であっても、契約の形態としては、一対一の形態を取るものであり、相手方の属性、信用性、契約締結の時期その他の様々な事情等に応じて、契約の細部の条件が異なることは往々にしてよくあるところ、不平等取扱いの禁止の規定を設けることにより、濫訴を誘発するおそれがある等、様々な不都合が生じること

が予想される。また、当事者の交渉力の不均衡の問題等については独占禁止法で対処すれば足りる。（産業組織課）

- 仮に継続的契約に関する規定を設ける場合、多数当事者型継続的契約について規定を設けることに反対である。そもそも多数当事者との契約を想定していたとしても、個々の契約は、当事者間の一対一での交渉により合意形成されるものであるから、多数当事者型継続的契約について一義的な規定を設ける必要はないと考える。（国際企業法務）
- 単に多数の顧客を平等に扱うという一般的な原則を意味するのであれば、とくにここに規定を置く必要性はないし、性質上差別的取り扱いが契約の存立自体の根幹に影響を及ぼすような契約類型を想定しているのであれば、平等な扱い自体が債務の内容となるのが通常であるので、やはりとくに規定を置く必要性は認められない。（親和会）
- 民法において、多数当事者型継続的契約の履行及び解消に当たって相手方のうち一部の者を合理的な理由なく差別的に取り扱ってはならないとする規定を設けることについて、反対である。契約の履行又は解消は、本来、契約当事者間で、契約条件に従った範囲内で、経済的合理性に基づき裁量を持って決定されるべきであり、私法の一般法である民法においては、公共の福祉に反しない限り私的自治の原則を貫くべきであり、むやみに制限を設けるべきではない。多数当事者型継続的契約であっても、これを構成する個々の契約は、各相手方との一対一の交渉及び合意を経て締結された契約条件に従った範囲内で、各相手方の信用力、業種、業績又は信頼関係等の背景事情に応じて個別具体的に履行もしくは解消について判断がなされるべきものであり、殊更に民法の原則が制限されるべきではなく、著しく不合理な差別がなされた場合に、権利濫用や公序良俗違反の一般条項又は独占禁止法等の個別法により是正されれば足りる問題であり、相手方の個別の背景事情に応じて、合理的範囲内での差別的取り扱いを行うことは、許容されるべきである。「合理的理由」の範囲が不明確であり、実務の混乱が懸念される。（決済協）
- 多数当事者型継続的契約について、契約の履行及び解消に当たって、相手方のうち一部の者を、合理的な理由なく差別的に取り扱ってはならないとする規定を設けることには反対する。まず第一に、規制対象とする契約の範囲が曖昧となる可能性が高く、企業の事業活動に萎縮効果を与えるなど大きな弊害が予想される。独占禁止法が既に規制しているように、そもそも区別をした取扱いそのものに問題があるわけではなく、かかる行為を規制するには、公正競争阻害性といった規制の必要性が別に存在しなければならないはずである。従って、民法においてこのような規制を導入する必要性に疑問がある。広く差別的取扱いを禁じるとなれば、企業は、かえって共通の条件で多数の者と契約すること自体に慎重となり、最初から差別的取扱いをしないであろう者とだけ契約する等

の弊害も生じ、結果として、多数当事者型継続的契約といった取引形態の衰退を招くことになると考える。（電情産協）

- 同種の給付を受ける一方当事者間の平等的取り扱いの要請と、統一的な規律を設けることの困難性との関係を調整する必要はあるが、規定上、差別的取り扱いの合理性について、その合理性がないことの立証責任が差別的取り扱いを受けた側にあることになり、実際に有効に機能するかは疑問が残る。また、効果について、「差別的に取り扱ってはならない。」と規定するのみでは、具体的にどのような効果が生じるか不明確である。信義則などの一般原則で規律することで足り、明文化の必要はない。（弁護士、弁護士）
- そもそも、ある事業者が、誰と、どのような契約を締結するかは自由のはずであり、その原則は維持しつつ、競争政策上望ましくない一定の分野に限って、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（独禁法）等によって規制されうるという現行の規制の体系に何らの問題はなく、このような議論が出てくること自体、強い違和感と疑問を感じる。取引に関する実務に携わっていれば、多数当事者型継続的契約であっても、個々の契約は一對一の交渉で内容が決まるものであるから、相手方によって取扱いは異なり得るのが通常であることは容易に想定されることであり、合理的な理由という要件が不明確であると実務が大混乱に陥りかねない。また、「合理的な理由」を具多的に限定できるとも思えない。（会社員）
- 「多数当事者型継続的契約」という概念を用いて民法で規律することを支える立法事実があるとは認められない。差別禁止については、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（独禁法）等によって対処すべき問題であり、民法に規定を置くことに違和感がある。（弁護士）
- フランチャイズ契約はフランチャイザーとフランチャイジーの一對一の契約からスタートするものであり、これを「中軸当事者」と「多数の相手先」との関係として、多数当事者型継続的契約と位置付けるべきものではない。また、フランチャイズ契約は、当初から“他の契約が締結されることが相互に予定されているもの”ではないと考える。また、「同種の給付」とは何か明確にされてない中でフランチャイズ契約を念頭に置き議論されるのは問題である。フランチャイジーを“合理的理由なく、差別的に取り扱ってはならない”ことについて、表現が抽象的であり解釈に疑義が生じ、係争や訴訟を増加させる可能性が高い。各当事者には当然のことながら、法人・個人、資力等契約を取り巻く状況及び規模・経験等運営するうえにおいて差異があり、明らかにその権利を逸脱、または、公序良俗に反すると認められない限り、異なる対応結果であったとしても、そのことを差別的として規制するべきではない。仮に、立法するのであれば、「合理的な理由なく差別的」という判断の基

準を明記すべきと考える。一般法である民法に、規制法を定めるべきではない。“契約の履行及び解消に当たって、相手方のうち一部の者を合理的な理由なく差別的に取り扱う”ことを提案理由としているが、どのような事実・事例をもって“合理的な理由なく差別的に取り扱っている”と理解されているのか、フランチャイズ事業の実務者の立場からは理解できない。また、フランチャイジーがフランチャイザーの悪性を証明することは困難との見解から「合理性」の説明をフランチャイザーに課すことについて民法上で規制することは、常にチェーン価値・質の向上を図りフランチャイジーへの指導を行うフランチャイザーにとって、合理性を配慮するが故に指導に支障をきたす可能性がある。(フランチャイズ協)

- 多数当事者型継続的契約の規定を設けることに反対意見が強い。実際にどのような契約がこの契約類型に該当するのかが明確ではない。抽象的な定義規定のまま本規定を明文化することは、かえって本来本規定に含まれない類型も本規定の適用対象になるおそれがあり、法的安定性を害し適切ではない。(一弁)
- 仮に一般的規定を設けるとしても、多数当事者型継続的契約に関する特則を設けることに反対する。民法上の規律が必要となる場面が想定し難い。(森・濱田松本有志)
- 「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。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。(日大民研・商研)
- 民法に置くことに実効性があるか疑問を呈する意見、要件及び効果が明確にされていないと裁判実務において使用できないのではないかと懸念を示す意見があった。(最高裁)
- 多数当事者型継続的契約に関する明文の規定を設けるべきではない。例えば、フランチャイズ契約、ゴルフクラブ会員権契約等において、一部の者に対して差別的扱いをしてはならないというルールがそもそも存在しない。仮に、画一的取扱いをしなければならない事情が存する事例があったと仮定すれば、規約や約款によって、事実上平等の扱いがなされていると思われる。その範囲を超えて、民法で差別的取扱いを禁止することは行き過ぎである。(福岡弁)
- 多数当事者型継続的契約に関する規定を民法に設けることに反対である。公法的な色合いを持つ規定であり、民法に規定することが適切か、疑問がある。論点整理の考え方が想定しているような例外的な事由(違

法な取引条件に従わないフランチャイジーに対してフランチャイザーが他の名目で実質的な制裁を加えたり、契約後に判明した相手方の属性に対する不合理な反感ゆえに契約条件の発動という形で契約を解消したりするような濫用的ケース）を規律するのであれば、権利の濫用や信義則などの一般法理によれば足りる。（横浜弁）

- 不要である。多数当事者型継続的契約を民法において定める必要性が見いだされない。（札幌弁）
- 規定を設けること自体に反対である。（広島弁）
- 多数当事者型継続的契約に関する規定を民法に設ける考え方には、反対意見が強い。「多数当事者型継続的契約」という概念を用いて民法で規律することを支える立法事実があるとは認められない。（日弁連）
- かかる規定は不要である。契約自由の原則に大きく修正を加えるものであるが、これを必要とする事情が見あたらない。（東弁）

#### 4 分割履行契約

継続的契約と外見上類似しているが区別すべき契約として、総量の定まった給付を当事者の合意により分割して履行する契約（分割履行契約）があるとされている。このうち、金銭の支払のみが分割であるものに関しては、異なる規律が妥当すると考えられるので、これを除いたものについて、分割履行部分の不履行があった場合に、①当該部分についての契約解除、②将来の履行部分についての不履行の予防措置請求等、③当該部分と一定の関係がある他の部分についての契約解除ができるようにすべきであるとの考え方が示されている。このような考え方に基づく規定を設けるかどうかについて、その必要性に疑問があるとの指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第7, 3(1) [76頁]】

#### 【意見】

- 規定を設けるべきであるとの考え方に賛成である。（金沢弁消費者委）
- 継続的契約とは性質を琴にする分割履行契約についても、明文でルールを制定する必要性は否定されない。しかし、改正試案における定義は不明確なので、その内容について再考する必要がある。（弁護士、弁護士）
- 例えば開発プロジェクトに対する融資案件等においては、いわゆる分割実行型の金銭消費貸借契約が締結されることがあるが、そのような金銭消費貸借契約における分割された金銭の貸与義務については、本項の議論に該当しない理解でよいか確認したい。（オリックス）
- 分割履行契約は継続的契約とは異なる契約であると考えられるので、

分割履行契約について継続的契約とは異なる規律を設けることには反対しない。ただし、この様な契約について規定がなかったために紛争が生じている事実が存在するのか、敢えて規定を設けることが社会的に要請されているのかという観点から、規定を設けることの必要性をまず検討すべきである。(大阪弁)

- 民法に置くことに実効性があるか疑問を呈する意見、要件及び効果が明確にされていないと裁判実務において使用できないのではないかとの懸念を示す意見があった。(最高裁)
- 検討すること自体には反対しないが、分割履行契約を特に取り上げて規律を設ける根拠があるのかどうか定かでない。というのも、一つの契約に基づく履行が複数に分割される場合としては、分割履行契約（履行が時間的に分割される場合）のほかに履行場所が複数に分散される場合もある。これらを考えた場合、分割履行契約を取り上げて規律を設ける根拠が定かでないのではないか。「一部の不履行を理由にして瑕疵なき履行までもみだりに解除されるべきでない。」ということを書きたいならば、それは分割履行契約に限らない問題である。履行が複数に分割される場合だけでなく、履行に可分性がある場合全般においても類似の問題が起こりうる。このように考えると、分割履行契約を特に取り上げて規律を設ける合理性は必ずしも明らかでない。仮に規律を設けるならば、不当な一般化・硬直化が生じないように、物品を複数回に分けて引き渡す売買及び請負（製造物供給）契約に限定して規律を検討したらどうだろうか（ウィーン条約3条参照）。(兵庫県弁)
- 積極的に反対する趣旨ではないが、特に必要性は感じられない。ウィーン売買条約第73条に相当する規定があるというが、継続的契約とは全く異なる概念であり、継続的契約に関する規定と併せてこのような規定を設けることは混乱を招くおそれがある。(弁護士)
- 仮に継続的契約に関する規定を設ける場合、分割履行契約について規定を設けることに反対である。あえてこのような規定を設けることはなくとも、不履行があった部分及びその後履行期が到来する部分について、債務不履行に基づく契約解除で対処できることから、分割履行契約について規定を設ける必要はないと考える。(国際企業法務)
- 本件規定を民法に設けることにつき実務上の要請があるか不明であり、とくに検討する必要性は認められない。(親和会)
- 分割履行契約に関する規定を民法に設ける考え方に反対する。「分割履行契約」という概念を用いて民法で規律することを支える立法事実があるとは認められない。(弁護士)
- 分割履行契約の規定を設けることに反対意見が強い。当該契約類型のような取引形態が一定数存在することは事実であるが、提案されているような規定が存在しないことで実務上不都合が生じているといった事実

は聞かれていないため、当該規定の内容を敢えて民法に設ける必要性にやや疑問がある。(一弁)

- 仮に一般的規定を設けるとしても、分割履行契約に関する特則を設けることに反対する。敢えて規定を設ける必要性が見出せない。(森・濱田松本有志)
- 「分割履行契約」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が、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と思われる。(日大民研・商研)
- 分割履行契約に関する規定を設けるべきではない。明文化する必要まではないであろう。(福岡弁)
- 「分割履行契約」という類型を民法に規定することには、反対である。このような「分割履行契約」という類型についてあえて民法で規定を設ける必要があるかについて疑問である。(二弁)
- 分割履行契約に関する規定を民法に設けることに反対である。適用される場面がどの程度あるのかが不明であり、敢えて民法に明文規定を設ける必要性に乏しい。(横浜弁)
- 分割履行契約に関する規定を設けることには、反対する。分割履行契約については、限られた期間における全体の債権債務の内容が明確なものであるため、当事者間の取り決めで十分対応できるのであり、分割履行契約についてのみウイーン売買条約を取り入れなければならない理由はない。(愛知県弁)
- 不要と考える。分割履行契約を民法において定める必要性が見いだされない。(札幌弁)
- 規定を設けること自体に反対である。(広島弁)
- 分割履行契約に関する規定を民法に設ける考え方には、反対意見が強い。「分割履行契約」という概念を用いて民法で規律することを支える立法事実があるとは認められない。(日弁連)
- 不要である。「分割履行契約」という概念を用いる有用性が認められない。個別事情に応じた特約で対応することで十分足りる。(東弁)

## 第61 法定債権に関する規定に与える影響

契約に関する規定の見直しが法定債権（事務管理，不当利得，不法行為といった契約以外の原因に基づき発生する債権）に関する規定に与える影響に関しては、①損害賠償の範囲に関する規定（民法第416条）の見直しに伴い、不法行為による損害賠償の範囲に関する規律について、その実質的な基準の内容と条文上の表現方法を検討する必要があるという意見があるほ

か、②債務不履行による損害賠償の帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合（前記第3，2(2)）における法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由の在り方，③法律行為が無効な場合や契約が解除された場合等における返還義務の範囲（前記第5，3(2)及び第32，3(2)）と不当利得との関係，④不法行為による損害賠償請求権の期間制限（民法第724条）の在り方（前記第36，1(2)エ），⑤委任に関する規定の見直し（前記第49）に伴う事務管理に関する規定の見直しの要否，⑥特定物の引渡しの場合の注意義務に関する規定（民法第400条）を削除した場合（前記第1，2(1)）における法定債権の注意義務に関する規定の要否などの検討課題が指摘されている。これらを含めて，契約に関する規定の見直しが法定債権に関する規定に与える影響について，更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第8 [78頁]】

#### 【意見】

- 法定債権に関する規定に与える影響の議論は，契約時の勧誘や説明等に多大な問題がある場合などに契約からの離脱・解放を重視せざるを得ない消費者トラブルの解決の観点から非常に重要であり，十分な議論がなされることを望む。（全相協）
- 損害賠償の範囲について，民法第416条を改正すべきでないとする立場からは，議論の前提を欠く。不法行為による損害賠償の範囲については，民法416条の規定を準用ないし類推適用すべきかを含め，今後，不法行為法の規定の見直しを考える際に問題となっていくものであり，議論はその場面で行うべきである。したがって，不法行為による損害賠償の範囲に関する規律については，その内容面に関する検討をすべきではない。仮に，民法第416条の改正がなされ，それが不法行為に関する規定に影響を与えることになるのであれば，現状の裁判実務に影響がないよう，内容面に踏み込まず形式的な手当をすべきである。

法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由の在り方について，規定は不要である。

無効，解除等の場合の返還義務の範囲について，給付不当利得以外の不当利得法の規定については，具体的な改正提案がなされておらず，その当否を判断できないので，反対する。不当利得法の見直しが行われる際に議論されるべきである。

不法行為による損害賠償請求権の期間制限について，消滅時効の箇所に記載したとおりである（第36，1(2)エ）。

委任に関する規定の見直しに伴う事務管理に関する規定の見直しの要否について，準委任の適用対象の限定，役務提供型契約の新設，民法647条の削除はいずれも相当でないので，事務管理についても現状のままでよい。仮に，準委任等について改正があった場合でも，事務管理についての

詳細な見直しを行うときに、事務管理の規定を個別的に検討することになる。上記改正の定まらない現時点で議論をする問題ではない。

特定物の引渡しの場合の注意義務に関する規定について、現行法の規定を維持すべきである。(東弁)

- 債務不履行による損害賠償（民法第415条）の帰責根拠を契約の拘束力に求め、同条の「債務者の責めに帰すべき事由」を、その帰責根拠に適合する内容の免责事由と捉える考え方を採用する場合、法定債権の債務不履行による損害賠償の免责事由について、規定が必要か否か、規定する場合にはどのような内容の規定が必要かという点について、更に検討が必要である。

債務不履行による損害賠償の範囲に関する規定（民法第416条）について、契約締結時における当事者の予見可能性を問題とする考え方等、契約に基づく債権を念頭に置いた規律を明文化する考え方を採用する場合には、法定の損害賠償責任について、損害賠償の範囲を決定する独自の規定が必要であるとする。ただし、どのような内容の規定を設けるかについては更に慎重な検討を要する。(愛知県弁)

- 検討することに異議はない。  
検討の必要性は否定しないが、いずれも契約に関する規定を一定方向で見直すことが確定した場合の仮定的な議論である。契約に関する規定をどのように見直すかを確定しない段階で議論をしても無益である。(広島弁)
- 債務不履行の帰責根拠、損害賠償の範囲の見直し等により、事務管理、不当利得、不法行為の法定債権の成立やその範囲等に関し、不当な結論が生じないように慎重に検討する必要がある。(札幌弁)
- 検討することに異論はなかった。契約不履行の損害賠償の範囲と法定債権のそれとの関係を整理するのが相当であるとの意見が多かった。(最高裁)
- 不法行為による損害賠償の範囲に関する規律につき、債務不履行を責任原因とした場合に比して損害賠償の範囲が異なる結果になることは取引実務や裁判実務に与える影響が大きく、そのようなことがないように各考え方から導かれる具体的準則とその帰結が十分に検討されるべきである。

条文上の表現方法の検討にあたっては、債務不履行に基づく損害賠償の範囲に関する規定の文言と対比して判り難くなることのないよう留意されるべきである。

債務不履行に基づく損害賠償の範囲について予見可能ルールを採用した場合には、理論上、債務不履行と不法行為のいずれの責任原因を主張するかによって、損害賠償の範囲に関する規律が異なることになる。

そうすると、債務不履行と不法行為のいずれの責任原因を主張するかによって、損害の範囲も異なる結果になるようなことになれば、取引実務や裁判実務に与える影響が大きいため、具体的準則とその帰結を十分に検討

したうえで決められるべきである。

例えば、保護範囲説を採用して「損害賠償責任を基礎づける規範が保護の対象としている損害およびその損害の相当の結果として生じた損害」という表現がとられた場合、「規範」や「相当」において予見可能性も考慮されることにより、実際には債務不履行を責任原因とした場合と損害賠償の範囲が異なることはないとも考えられる。

しかし、そうすると、結局は言葉の違いだけであるにもかかわらず、損害賠償の範囲に関する実質的な基準内容や条文、条文上の表現方法が異なることになり、判り難い結果になる。不法行為による損害賠償の範囲との関係では、現行709条をそのまま維持することにより、現在の判例法理を生かすことが現実的であるという意見や、保護範囲説の考え方であっても、新たな条文を設ける必要はなく、709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足りるという意見も十分に考慮されるべきである。

債務不履行による損害賠償の帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合（前記第3，2(2)）における法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由の在り方について、規定の要否について、契約における債務不履行による損害賠償の免責事由について、「責めに帰すべき事由」という文言を使用しない場合には、法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由についての規定は必要である。

債務不履行による損害賠償の免責事由について、債務不履行の帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合には、法定債権の免責事由についてはその考えを持ち込むことは困難であり、契約における債務不履行の損害賠償の免責事由についての用語を帰責原理が「契約の拘束力」であることのみを示す用語を使用するのであれば、法定債権の免責事由の用語として使用することは困難である。しかしながら、契約における債務不履行の損害賠償の免責事由についての用語を現行法と同様に、「責めに帰すべき事由がない」とした場合には、あえて帰責原理の学理的転換を条文として表現する必要はなく、単に、「責めに帰すべき事由がない」との文言であっても、その免責事由を示すことは可能である。

したがって、契約における債務不履行による損害賠償の免責事由について、「責めに帰すべき事由」という文言を使用する場合には、新たな規定は不要であるが、使用しない場合には、法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由についての規定は必要である。

そして、不法行為責任などでは、当該責任（債務）を成立させる評価の中で、当該債務の不履行に関するリスクを債務者に負担させるべきであるという態度決定がされているものであるが、a)物の引渡しを目的とする法定債権においても、天災等により履行遅滞に陥った場合を念頭に置くと、免責の余地を認める必要がある、b)金銭債務の債務不履行による損害賠

償について不可抗力免責を否定する民法第419条第3項を削除し、一般則による免責の余地を認める考え方を採用する場合には、金銭の給付を目的とする法定債権の債務不履行による損害賠償についてもなお免責の余地があるといった、限られた例外的場面がある以上、独自の規定を設ける必要がある。

具体的な規定内容について、免責事由を定めるについては、結局のところ規範的評価の問題であるから、その免責を認めることが規範的評価であることを表現し、かつその判断要素を明示するような規定である必要がある。たとえば、次のような規定が望ましい。

- 〈1〉法定債権の債務不履行において、債務者に免責事由が認められる場合には、債務者は債務不履行による損害賠償責任を負わない。
- 〈2〉免責事由とは、債務の発生原因に照らして債務者に責任を負わせることが正当でないと評価される場合をいう。
- 〈3〉免責事由の該当性判断にあたっては、債務不履行の原因の内容および性質、債務の発生原因、内容、性質等を総合考慮して判断する。

法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由は、まさに規範的評価を伴うものであり、債務の発生原因（不当利得か、不法行為か、事務管理かなど）に加え、その債務自体の内容（物の引き渡しか、金銭かなど）や、不履行原因の内容や性質（不可抗力的なものかなど）などを総合考慮して、判断すべきである。

法律行為が無効な場合や契約が解除された場合等における返還義務の範囲（前記第5、3(2)及び第32、3(2)）と不当利得との関係について、法律行為が無効となった場合の返還義務の範囲について、独立した要件・効果を定めるのであれば、契約が無効とされる範囲が拡大していることに鑑みて、不法原因給付の範囲を検討したうえで、どのような規定とすべきか慎重に検討されるべきである。

不法行為による損害賠償請求権の期間制限（民法第724条）の在り方（前記第36、1(2)エ）について、724条の廃止については慎重に検討する必要がある。

724条の時効期間の見直しについては、重要な法益に関して、長期の時効期間を認める特則を設けることには賛成するが、長期化する対象が拡大しないように留意する必要がある。

債権の消滅時効の一般原則については、現行民法どおり、「権利を行使しうる時から」10年間とすることを維持するのが相当である。

このため、724条は引き続き存続させるべきである。同条を廃止して、新たな時効期間を設け、これに統一化を図ることは相当でない。

もっとも、契約に基づき発生する債権の中でも、債務不履行に起因する債権などのようにその発生原因によっては、724条による算定になじみやすいものも存することが考えられる。そういったものについては、上記

一般原則通り算定することが相当であるとするのか、むしろ、これらの債権については、724条に類似する方法で時効期間を算定すべきと考えるのか、引き続き、慎重に検討を進めることについてまでは反対するものではない。

委任に関する規定の見直し（前記第49）に伴う事務管理に関する規定の見直しの要否について、準委任の適用対象を限定した場合および役務提供型契約の受け皿規定を設ける場合には、事務管理の規定への影響の有無を検討する必要がある。その際、準委任の規定と役務提供型契約の受け皿規定とで、受任者ないし役務提供者に課される注意義務の内容が異なる内容になる可能性があるため（とくに無償の場合）、事務管理の管理者の注意義務をいずれの規定に合わせるのかについて、契約類型間の整合性も含めて慎重に検討する必要がある。民法647条を削除する場合、事務管理に関する規律も同様にすべきである。

委任に関する民法647条を削除するのは、この規定を削除したとしても債務不履行ないし不法行為の一般規定により同様の結論が得られることによるからであり、事務管理における規律内容を同様にしても問題は生じない。

特定物の引渡しの場合の注意義務に関する規定（民法第400条）を削除した場合（前記第1，2(1)）における法定債権の注意義務に関する規定の要否について、法定債権の一般的規定として明確化することについて異議はない。なお、もとより、民法483条を削除する必要はない。（大阪弁）

- 契約に関する各規定についての意見は、既に述べたところを個別に参照されたいが、各規定の見直しの議論を踏まえ、それが法定債権に関する規定にどのような影響を及ぼすかについて検討すること自体には異論はない。

ただし、中間論点整理の①については、民法第416条は相当因果関係説を規定したものとしてその規律を明確化すべきであり、判例法理上同条の類推適用が認められている不法行為に基づく損害賠償の範囲についても、その前提に立った上で、どのような影響があるか再考する必要がある。

また、同③については、そもそも法律行為が無効な場合や契約が解除された場合等における返還義務の範囲に関し、独立の規定を置くこと自体に慎重であるべきである。

さらに、同⑥については、民法第400条の規定は維持されるべきであると考えられるので、法定債権について別途保存についての注意義務を定める規定を置く必要はない。

中間論点整理の本文①については、実務上、現民法第416条が相当因果関係説を規定しているとの理解が定着しており、さらにその理解に基づいて、不法行為に基づく損害賠償の範囲にも同条が類推適用されている。仮に第416条の規律を明確化するのに伴い、上記理解を変更するような

場合、不法行為による損害賠償の範囲との関係が当然問題となり、不法行為について新たな規律が必要となる。例えば、債務不履行に基づく損害賠償請求における損害賠償の範囲（民法第416条）について、過失責任主義や債務者の予見可能性を前提とした見解から、契約においてどこまで引き受けていたかという引受責任の考え方に転換するのであれば、不法行為における損害賠償の範囲について同条を類推適用することはできないことになる。この場合には、不法行為に関して別途の規律を設けなければならない。しかし、債務不履行と不法行為の両分野において、実務上、相当因果関係説によることが定着しているにもかかわらず、わざわざ現民法第416条の規律を変更し、両者で別途の規律を設ける必要性はないばかりか、確立した実務に混乱を招くだけである。したがって、この点からも、中間論点整理第3、3(1)の意見において述べたとおり、現民法第416条を明確化するのであれば、相当因果関係説を具体化すべきである。そのような前提に立った上で、不法行為に基づく損害賠償の規定との関係を検討すべきであるが、現民法第416条の変更により、不法行為に基づく損害賠償の範囲に関する判例法理に不必要な変更がもたらされることのないように留意されなければならない。なお、第1において検討されている遅延損害金や中間利息の控除の問題についても、不法行為に基づく損害賠償請求の場合にどのような影響があるのか、個別具体的に検討する必要がある。

中間論点整理の本文中③については、中間論点整理第32、3(2)の意見において述べたとおり、判例・学説が一致しているとはいえ多様な議論が展開されている不当利得法とは別に、給付利得類型に関する独立規定をおくことの是非、必要性等について、引き続き慎重に検討されるべきと考える。

中間論点整理の本文中⑥については、中間論点整理第1、2(1)の意見において述べたとおり、現民法第400条を維持した場合でも、まずは契約等の個別具体的な解釈によって保存義務の内容が定まると解することが可能であり、また、それが困難な場合の当事者の合理的な意思を示す補充的・一般的規定として同条の存在意義が認められるので、同条を維持すべきである。一方、契約に基づかない法定債権の場合には、契約の解釈は問題とならないのであるから、一義的に民法第400条が適用されることになるが、この点特に不都合はないように思われる。よって、現民法第400条の規定を削除又は修正し、法定債権についての規定を別途定めるよりも、現民法第400条を維持する方が簡便であり、法定債権について別途保存についての注意義務を定める規定を置く必要はない。(二弁)

- 慎重に検討すべきである。(横浜弁)
- 契約に関する規定の見直しにより、法定債権に係る実務に不当な影響が生じないように、慎重に検討する必要がある。(森・濱田松本有志)
- 契約に関する規定について見直しがなされる場合には、それに応じて必

要な範囲で法定債権についても現行法から一定の修正を加えるべきか、十分な検討がなされる必要がある。(親和会)

- 生命身体に関する損害賠償は、契約・不法行為共に時効の対象外とすべきである。(広大有志)
- 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、むろん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足りるとする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。(日大民研・商研)

- (1) 不法行為の損害賠償の範囲について

不法行為者は、被侵害利益の種類・内容、当事者の業態・地位、不法行為の態様等の具体的状況から判断して、当該不法行為から通常発生すると考えられる損害を賠償するものとすべきである。

債務不履行の損害賠償の範囲については、法律行為の種類・内容、当事者の業態・地位、契約締結に至る経緯、不履行の態様などを勘案して、債務者が現実に予見できた損害又は通常の注意を払えば予見することができた(予見可能性のある)損害を賠償の範囲とする提案をしている(中間論点整理第3, 3(1))。したがって、不法行為の損害賠償の範囲について規定を新設する必要がある。

不法行為の場合、債権者(被害者)・債務者(加害者)の間に契約関係がないので、債務者(加害者)の予見という要素を考慮することは相当ではない。したがって、被侵害利益の種類・内容、当事者の業態・地位、加害行為等を勘案して、当該具体的事案において通常発生すると考えられる損害ということになると思われる。

(2) 法定債権の返還義務の範囲について

- ① 物の返還を目的とする法定債権の場合、原則として、債務者は当該物を返還する、当該物の滅失・損傷、費消等によってその全部又は一部が返還できなくなった場合、返還ができなくなった部分の価額を返還する、ただし、その滅失等が債務者の保管義務違反によらずに生じた場合はこの限りではない、との規定を設けるべきである。物の返還を目的とする法定債権の場合、原則として当該物を返還すべきであり、当該物が、債務者の保管義務違反（その内容は(3)に記載のとおり）により滅失等した場合には価額賠償となることについて、明文化すべきである。
- ② 物以外の利得の返還を目的とする法定債権においては、原則として、当該利得の価額を返還する、この場合、①のただし書を準用する、とすべきである。物以外の利得の返還を目的とする法定債権の場合、当該利得を金銭評価した価額を返還すべきであり、これを明文化すべきである（例 無効な賃貸借契約に基づいて家屋の引渡しを受け居住していた場合には、家賃相当の利得を返還すべきである）。

(3) 特定物引渡しの注意義務

上記(2)①に定める保管義務の程度（善管注意義務又は自己の財産におけると同一の注意義務）については、物の引渡しの原因となった法律行為の種類・内容、当事者の業態・地位、返還することとなった原因など具体的状況から判断する、とすべきである。

特定物の引渡しを目的とする債権の債務者の保管義務（善管注意義務 OR 自己の財産におけると同一の注意義務）の程度については、種々の要素を勘案して決定することになろう。

例えば、個人が事務管理で迷子の犬を預かるような場合は、通常は無償でなされることが多いであろう。そうすると、善管注意義務を課することは酷であり、自己の財産におけると同一の注意義務とすべきである。したがって、普通に世話をしている死亡したとしても、価額償還義務も、損害賠償義務も負担することはない。

例えば、詐欺によって宝石を買わされ、これを取り消した買主の場合、返還義務が発生した原因から考えて、自己の財産におけると同一の注意義務を負うことになると思われる。したがって、仮に、普通に使っていて汚れたり壊れたりしても、その減耗部分について、価額償還義務も、損害賠償義務も負担することはない。

逆に、詐欺によって高価な宝石を安価で売り渡させ、売主から取り消された買主の場合、返還義務が発生した原因から考えて、善管注意義務を負う。したがって、金庫で保管していないため窃取されたような場合、価額償還義務や損害賠償義務を負担することがありうる。（福岡弁）

- 法定債権に関する規定に与える影響については、以下の各点に限らず、

さらに検討すべきである。例えば、過失相殺、損益相殺については、不法行為の規定に与える影響を検討すべきという意見がある。

この検討の際には、今回の法改正では法定債権に関する抜本的な改正をしないことが前提であることから、法定債権に関する規定の内容に実質的な影響を与えない措置を講ずるよう留意すべきである。

- ① 損害賠償の範囲
- ② 債務不履行による損害賠償責任の免責事由
- ③ 無効な法律行為における返還義務の範囲と不当利得の見直し
- ④ 不法行為による損害賠償請求権の期間の制限
- ⑤ 委任の見直しに伴う事務管理の規定の見直し
- ⑥ 特定物の引渡しの場合の注意義務

法定債権に関する規定に与える影響については、契約法に関する規定の内容に応じて検討すべき必要性・内容などが異なるため、今後の審議の状況をみながら慎重に検討する必要がある。

今回の法改正では法定債権に関する抜本的な改正をしないことが前提であることから、意図しない影響が生じる事態を避けることが望ましいから、上記検討の際には、法定債権に関する規定の内容に実質的な影響を与えない措置を講ずるよう留意する必要がある。(日弁連)

- 債権関係の規定のうち契約債権法を切り出して改正を検討するというスタンスからは、必然的に、法定債権制度との整合性を配慮すべき問題が出てくる。もともと、契約債権法の改正を優先的に検討し、その後に「法定債権に関する規定に与える影響」を検討するというアプローチ自体が、バランスの取れた検討手法であるのかどうかについては疑義がある。たとえば、「債務不履行を理由とする損害賠償の範囲」と第416条を類推適用してきた不法行為法を理由とする損害賠償の範囲は、整合性が必要である。(兵庫県弁)

- 特に不法行為法との関係では、法改正は判例や実務運用も踏まえた不法行為法制の全体像を把握した上で、不法行為に関係する改正の当否やその与える影響を検討すべきであり、上記のような検討の仕方では著しく不十分である。

わが国の不法行為法制は、民法の規定がわずか16箇条しか無く、実務上必要な規範の多くは明文の規定ではなく判例法理に大きく依存しているほか、交通事故など特に事件数の多い分野を中心に様々な実務上の運用基準が作成され、損害額の算定方法等について定型化が進んでいる分野でもある。

今次の民法改正がこのような不法行為法制に与える影響について検討しようとするならば、不法行為法自体を見直しの範囲に含めるか否かにかかわらず、まずは不法行為法の実務運用に関する詳細な現状分析を行い、不法行為法に関連する規定の改正が実務にどのような影響を与えるか、多面

的な検討を行わなければならない。

今次の民法改正においては、不法行為法は原則として見直しの対象外とされる一方で、不法行為による損害賠償請求権の時効や、中間利息の控除といった論点が明示的に見直しの対象とされ、その他不法行為債権がその発生と同時に遅滞に陥るといふ判例法理の見直しなども検討対象とされているが、不法行為法のあり方について全体的な検討を全く行わず、実務に全く関与していない学者が関心を持った事項のみについてつまみ食いの改正を行えば、それこそ実務に与える影響は計り知れないものとなるであろう。

また、特に上記検討課題の①や②は、不法行為による損害賠償の範囲に関する規律という基本的かつ重要な事項についての改正を試みるものであり、その内容次第では不法行為法のほぼ全般にわたって深刻な影響を与える可能性があるところ、このように重要極まりない事項について、改正の方向性すらろくに示されていない状況でその実務的影響をまともに考察することは、ほぼ不可能である。

今次の民法改正が不法行為法制に与える影響について、上記のように事務管理・不当利得と抱き合わせにしてアリバイ的に論点項目を設けるだけでは、実務家の目から見れば実質的には何も検討していないのと同じであり、このような改正態度はあまりに非常識かつ不真面目と言うしかなく、国の審議会として民事法・刑事法その他法務に関する基本的事項を調査審議する役割を担う法制審議会のやることとは到底思えない。

なお、事務管理については実務上あまり利用されておらず、不当利得法は実質的には契約関係の巻き戻しに関する法制と理解されているので、契約法の見直しに伴う付随的な論点として検討の対象とする程度でも特に不都合はないと考えられ、上記のような検討の方向性について特に異論はない。(弁護士)

- 契約に関する規定の見直しの議論がされている現時点においては、本論点における具体的な検討課題は未だ流動的である。

法定債権に関する規定に与える影響については、以下の各点に限らず、さらに検討すべきである。例えば、過失相殺、損益相殺については、不法行為の規定に与える影響を検討すべきである。

- ① 損害賠償の範囲
- ② 債務不履行による損害賠償責任の免責事由
- ③ 無効な法律行為における返還義務の範囲と不当利得の見直し
- ④ 不法行為による損害賠償請求権の期間の制限
- ⑤ 委任の見直しに伴う事務管理の規定の見直し
- ⑥ 特定物の引渡しの場合の注意義務

法定債権に関する規定に与える影響については、契約法に関する規定の内容に応じて検討すべき必要性・内容などが異なるため、今後の審議の状

況をみながら慎重に検討する必要がある。

なお、今回の法改正では法定債権に関する抜本的な改正をしないことが前提であることから、意図しない影響が生じる事態を避けることが望ましいから、上記検討の際には、法定債権に関する規定の内容に実質的な影響を与えない措置を講ずるよう留意する必要がある。(弁護士)

- 債権法、とりわけ債権総則の改正が、債権法に密接に関連する法定債権その他の制度に与える多大な影響を無視できないので、消費者の不利益とならないよう、諸規定との関係について慎重に判断されるべきである。ただし、時効については、不当利得、不法行為等の民法上の法定債権、商事消滅時効等の民法以外の法律に基づく法定債権、財産分与、相続回復請求権等にもかかわることから、十分な議論が尽くされないという自体は回避する必要がある。したがって、時効制度全体にかかる改正を別の機会に行い、そちらに判断を委ねるのが妥当である。(弁護士、弁護士)
- 意見：事務管理に関しては、委任規定の修正のみならず、「役務提供型契約」に関する新规定の創設が影響を及ぼす可能性があることに注意すべきである。

中間論点整理においては、委任規定の修正可能性を踏まえた事務管理規定見直しの要否が検討課題として挙げられている。関連してここでは、「役務提供型契約」が創設された場合の問題について指摘しておきたい。

従来事務管理は、無償の利他的事務処理としての近似性から、もっぱら委任との連関のもとで取り扱われてきた。委任規定の準用指示や、委任に類似する規定内容に加えて、事務管理に関する解釈も、委任との接近を目標として展開されている。無償の事務処理者たる事務管理者が、明文規定がないにもかかわらず善管注意義務を負うとされ、あるいは、同じく条文に定めなき本人の事務管理者に対する損害賠償義務を肯定すべく多大な解釈上の努力が費やされてきた際にも、等しく委任の規定又は思想がこれを支えてきた。

ここで、仮に「役務提供型契約」の規定創設が認められ、かつ委任と異なる内容が定められることになると、以上のような事務管理をめぐる運用にも影響が生じる可能性がある。すなわち、「(準)委任」及び(汎用的な)「役務提供型契約」の定義次第では、無償の事務処理という共通項により、事務管理が前者のみならず後者とも密接な関係に立つことがありうる。たとえば、無償(準)受任者は善管注意義務を、無償役務提供者は軽減された注意義務を負うとなれば、事務管理者の注意義務の程度をめぐり、厳格な責任を求める者は委任との近似性を、緩和された責任を求める者は「役務提供型契約」との連続性を主張することになるだろう。このとき、これまでに指摘したように、委任と「役務提供型契約」を区別するのに十分な基準が存在しなければ、解釈上、決定的な決め手が欠けることになる(これに対し、無償の事実行為を準委任の規律領域にとどめるという前述の意

見は、こうした事態にも対応可能であるように思われる)。このように、事務管理の要件及び効果については、今後の委任及び「役務提供型契約」に関する議論を踏まえた慎重な討議がなされる必要があり、場合によっては大きな転換を余儀なくされるであろう。(大学教員)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)
- 債務不履行による損害賠償を「契約において引き受けていなかった事由」という、契約を前提としたものに変更すると、事務管理・不当利得・不法行為といった法定債権については規定がなくなることとなり、準用することも不可能となる。(大学教員)

## 第62 消費者・事業者に関する規定

### 1 民法に消費者・事業者に関する規定を設けることの当否

- (1) 今日の社会においては、市民社会の構成員が多様化し、「人」という単一の概念で把することが困難になっており、民法が私法の一般法として社会を支える役割を適切に果たすためには、現実の人には知識・情報・交渉力等において様々な格差があることを前提に、これに対応する必要があるとの問題意識が示されている。これに対し、契約の当事者間に格差がある場合への対応は消費者契約法や労働関係法令を初めとする特別法に委ねるべきであり、一般法である民法には抽象的な「人」を念頭に置いて原則的な規定を設けるにとどめるべきであるとの指摘もある。以上を踏まえ、民法が当事者間の格差に対してどのように対応すべきかについて、消費者契約法や労働関係法令等の特別法との関係にも留意しながら、例えば下記(2)や(3)記載の考え方が示されていることを踏まえて、更に検討してはどうか。
- (2) 上記(1)で述べた対応の在り方の一つとして、当事者間に知識・情報等の格差がある場合には、劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を規定すべきであるとの考え方がある(下記(3)の考え方を排斥するものではない)。このような考え方の当否について、検討してはどうか。
- (3) また、上記(1)で述べた対応の他の在り方として、抽象的な「人」概念に加え、消費者や事業者概念を民法に取り入れるべきであるという考え方がある(上記(2)の考え方を排斥するものではない)。このような考え方については、現実の社会においては消費者や事業者の関与する取引が取引全体の中で大きな比重を占めていることや、消費者に関する法理を発展させていく見地から支持する意見がある一方で、法律の規定が複雑で分かりにくくなり実務に混乱をもたらすとの指摘、民法に消費者に関する特則を取り込むことにより消費者に関する特則の内容を固定化させることにつながるとの指摘、抽象的な規定が設けられることになり本来規制されるべきでない経済活動を萎縮させるとの指摘などが示されている。

る。これらの指摘も考慮しながら、民法に「消費者」や「事業者」の概念を取り入れるかどうかについて、設けるべき規定の具体的な内容の検討も進めつつ、更に検討してはどうか。

消費者や事業者に関する規定を設ける場合には、これらの概念の定義や、民法と特別法との役割分担の在り方が問題となる。「消費者」の定義については、消費者契約法上の「消費者」と同様に定義すべきであるとの考え方や、これよりも拡大すべきであるとの考え方がある。また、民法と特別法との役割分担の在り方については、消費者契約に関する特則（具体的な内容は後記2参照）や事業者に関する特則（具体的な内容は後記3参照）を民法に規定するという考え方や、このような個別の規定は特別法に委ね、民法には、消費者契約における民法の解釈に関する理念的な規定を設けるという考え方などがある。これらの考え方の当否を含め、消費者や事業者の定義や、これらの概念を取り入れる場合の民法と特別法の役割分担について、更に検討してはどうか。

【部会資料20-2第1, 1 [1頁]】

#### 【意見】

- 民法が「契約の当事者間の格差」に対応すべきことについては賛成であり、「格差拡大への対応」ないし「劣位者の保護」を念頭に更に検討するのが妥当である。

当事者間に知識・情報等の格差がある場合に、劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を規定することは、賛成である。契約法の基礎に関わる制度（債務不履行による損害賠償、解除、危険負担など）を始め個々の規定の改正においても、この点に十分に配慮すべきであり、さらには不当条項規制などの具体的な措置も新たに盛り込むのが妥当と考える。

「消費者」及び「事業者」の概念については民法においても規定すべき箇所があるので、その概念の規定を置くこと自体は賛成する。また、消費者契約法または商法の規定を一般法化して民法に取り込むことにも賛成する。しかし、消費者契約の特則を民法に規定することは賛成できない。さらに、事業者に関する特則について、民法に規定することには強く反対する。なお、消費者の概念については、基本的には消費者契約法の定義を参考にしつつ慎重に検討すべきである。（東弁）

- 民法も現実の人に存する知識・情報・交渉力等の様々な格差に対応する必要があるとの考え方に賛成する意見が多い。現実の社会では、非対等の契約当事者間の取引の占める割合は大きい。民法が市民生活に関わる基本的な民事ルールを定める法律ということであれば、属性、知識・経験、情報の収集能力、交渉力等において格差のある当事者が契約を締結したときにその契約に拘束される正当化根拠や、非対等者間の場合に

は対等当事者間とは異なる考慮が働くということを明示することは有意義である。

当事者間に知識・情報等の格差がある場合には劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を民法に規定すべきとの考え方に賛成する意見が多い。非対等者間の場合には対等当事者間とは異なる考慮が働くという原理を明示しておくことは有意義である。また、このような理念規定を置くことによって、消費者以外の社会的弱者（中小零細事業者など）に対しても消費者と同様の観点からの配慮をすべきことが明確にできる。なお、抽象的な理念規定に加えて、契約当事者間に格差が存在する場合の具体的な格差是正規定を設けるべきであるとの意見もあった。

法形式の問題はあるが、消費者契約に関する新たな特則規定の立法に賛成する意見が多い。消費者に関する特則規定については、民法改正と同時に（もしくはそれに先だつて）民法の特別法である消費者契約で立法することが望ましいとする意見が多い。もっとも、消費者保護に資するのであれば、消費者契約に関する特則規定を民法で定めることに賛成するという意見も多い。なお、民法改正を機に、消費者契約法の私法実体規定を民法に取り込んで消滅させるという考え方（いわゆる統合論）には反対意見が多い。

仮に民法に消費者契約に関する規定を設ける場合には、消費者契約の解釈に関する理念的な規定のみならず、特定の条項の適用除外など、個別の特則規定を設けることに賛成する意見が多い。

消費者と大差ない中小零細事業者など他の社会的弱者にも消費者に関する特則を適用できる余地を高めるために、消費者の定義を消費者契約法における定義よりも拡大することを検討すべきであるという意見が多い。また、消費者と実質的に大差ない中小零細事業者などをできる限り保護できるよう、消費者の定義の拡大という方法論のほか、消費者概念の相対化や、格差契約一般に関する格差是正の理念規定を介した消費者保護規定の準用ないし類推適用といった方策も検討すべきであるという意見もある。（日弁連）

- 以下の点を考慮の上、消費者概念を取り入れることに賛成である。また、当事者間に知識・情報等の格差がある場合には、劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を規定すべきである。

#### 1 消費者の特性

消費者は、「他人の供給する物資・役務を消費生活のために購入・利用する者」であり「営業とは直接には関連しない目的のため行為する者」である。消費者の特性は、消費者を取り巻く環境と、消費者の事情・能力からとらえることができる。

まず、消費者を取り巻く環境ないしは相手方事業者側の事情として、

①商品の大量化，②商品の高度化・複雑化，③販売技術の進歩，④企業自体の大規模化，⑤消費者信用の発達などが指摘される。この環境において，消費者側の事情・能力として，①消費者は日々生活を営む『生身の人間』である。②決定の際の判断能力，情報が不足する。③契約条件に関する交渉の余地も乏しい。④商品の比較選択の機会が失われる。⑤決定のために冷静に熟考することが難しい。⑥危険な商品，劣悪な商品，不要な商品，期待はずれな商品を購入したり，自己に不利益をもたらす不公正な契約条件に縛られたりすることも多くなる。⑦生身の人間であるがゆえに傷つきやすく被害の回復が困難である。⑧紛争解決が困難で泣き寝入りすることが多い。⑨負担転嫁も原則としてできない，という特性がある。

## 2 状況依存的概念としての「消費者」

「消費者」概念は，取引において経済的自己決定がおびやかされる状況におかれた契約当事者に対する呼称といってもよいのであり，民法典における「人」の下位概念として「消費者」という概念があるとは考えられず，あるいは一般的属性としての，「制限能力者・行為能力者」あるいは「法人・自然人」などと同じような区分として，「消費者・事業者」の区分がなされることはありえない。

「消費者」性は，取引場面において実質的な契約自由を回復するための司法的介入（たとえば契約条項の無効，情報提供義務違反による取消など）を正当化する概念であると考えられるが，現行法上は，消費者基本法1条及び消費者契約法1条は，「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力等の格差にかんがみ」等と規定し，消費者の取引における事実上の格差の存在を確認しているし，消費者基本法2条2項は，消費者の自立支援にあたっては「消費者の年齢その他の特性に配慮」と規定し，消費者の特性（特に判断能力）への配慮を要求している。したがって，情報力格差，交渉力格差，判断能力不足が，取引における特別の司法的介入を実質的に正当化する要素であるとみてよい。

情報力格差，交渉力格差，判断能力不足を生そのまま解釈論に持ち込むことは，法適用の安定性と予見可能性を欠く結果を招くため，できれば，一律の比較的客観的な概念でもって，特別の司法的介入がなされる取引（消費者契約に関する特則が適用される取引）を確定することが望ましい。その意味では，「消費者」概念を民法に取り込むことについては，賛同しうる。

ただし，「消費者」概念を導入する場合には，「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力等の格差にかんがみ」というような内容の基本理念を消費者契約に関する特則の解釈指針として定めなければならないと考えられる。

### 3 「消費者」の定義の仕方

消費者契約に関する特則が適用される「消費者取引」の概念を、形式的かつ定型的に定めたときは、実質的に保護すべき当事者が保護されない場合（零細事業者が本来の事業とは関係のない専門的知見のない取引にあたる場合など）や、実質的に保護すべき理由がない当事者が保護される場合が、どうしても生じる。したがって、民法上の「消費者」の定義にあたっては、定義の形式性・定型性が持つ、規制の過少と過剰に、特に配慮すべきである。特に、民法の適用が本領を發揮するのは、（消費者契約法の存続を前提とすると）消費者契約法の適用から漏れた当事者を保護する場面であると考えられるので、消費者、事業者の定義については、現行の消費者契約法と同様である必要はなく、より包括的に、情報力格差、交渉力格差、判断能力格差のある取引を把握しうる「余裕のある」定義であることが望ましい。

例えば、フランス消費者法典では、不当な契約条項を規律する濫用条項の適用範囲は、「事業者と非事業者ないし消費者との間で締結された契約」とされており、自己の専門外で契約を締結する事業者や法人その他の団体は、なお保護を受ける余地が残されている。反面、曖昧さを残す定義となるデメリットはある。（兵庫県弁）

- 民法は全ての人に区別なく適用される原則的なルールのみを定めて契約の当事者間に格差がある場合への対応は特別法に委ねるべきであるという考え方には反対である。新しい民法典では、現実の人には知識・情報・交渉力等において様々な格差があることを前提に契約当事者間の格差是正の必要性や契約弱者の保護といった観点を取り込むべきである。現代社会では、契約当事者間に知識・情報・交渉力等において様々な格差がある非対等の契約の占める割合が大きい。民法が市民生活に関わる基本的な民事ルールを定める法律なのであれば、上記のような事実を真正面から受け止め、契約当事者間の格差是正の必要性や契約弱者の保護といった観点を取り込むべきである。

格差対応の1つの在り方として、契約当事者間に知識・情報力の格差がある場合に劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を規定するという考え方に賛成である。

消費者契約に関する特則を拡充する必要性自体は高い。

消費者契約に関する特則の拡充の法制化の在り方（法形式）については、消費者契約法を改正する方法で立法化することが最も望ましいと考える。民法の改正を機に、消費者契約法の私法実体規定を民法に取り込んで消滅させるという考え方（いわゆる統合論）には反対である。もし何らかの事情で民法と消費者契約法の同時改正（＝消費者契約に関する特則規定を消費者契約法の改正という法形式で実現すること）が難しい場合には、次善の策として、消費者契約法の私法実体規定はそのままに、

改正民法典において、格差契約一般に関する格差是正の必要性を謳った理念規定などと共に、格差契約の典型例である消費者契約に関する特則規定を、契約各論などの個別規定で立法化することには反対しない。なお、将来的に、民法における消費者契約に関する特則は、消費者契約法ないしそれを包含する包括消費者法典に吸収する方向で法典の整理が検討される必要があると考える。改正民法典に不実表示の取消規定や約款に関する不当条項規制を新設した場合にも、消費者契約法4条や8～10条を削除する必要はない。

消費者契約法の同時改正によって同法に消費者契約に関する特則が十分に規定されるのであれば、民法には、消費者契約の解釈に関する理念的な規定ないし契約当事者間の格差是正に関する理念的な規定を設けるだけでもよいと考える。しかし、もし仮に消費者契約法に消費者契約に関する特則が十分に規定されないのであれば、民法には、消費者契約の解釈に関する理念的な規定のみならず、特定の条項の適用除外や継続的契約が消費者契約である場合の消費者への任意解除権の付与など、消費者契約に関する個別の特則規定を設ける必要がある。

消費者の定義は「個人（事業活動に直接関連する目的で取引するものを除く）」に拡大すべきである。

民法に消費者に関する規定を設ける場合には、消費者契約の他方当事者の概念としてその限りでは事業者概念の導入を検討することになる。しかし、事業者という概念に、それ以上の意味合いを持たせることについては、更に慎重な検討を要する。（大阪弁）

- 現実の社会では、非対等の契約当事者間の取引の占める割合は大きい。民法が市民生活に関わる基本的な民事ルールを定める法律ということであれば、民法においても、属性、知識・経験、情報の収集能力、交渉力等において格差のある当事者が契約を締結したときにその契約に拘束される正当化根拠や、非対等者間の場合には対等当事者間とは異なる考慮が働くということを明示することは有意義である。

民法における原理の1つとして、非対等者間の場合には対等当事者間とは異なる考慮が働く（劣後する者を保護する必要がある）という考え方を明示しておくことは有意義である。また、民法にこのような理念規定を置くことによって、消費者以外の社会的弱者（中小零細事業者など）に対しても消費者と同様の観点からの配慮をすべきことが明確にできる。また、一步進めて、上記のような抽象的な理念規定に加えて、契約当事者間に格差が存在する場合の具体的な格差是正規定を設けるという在り方もありえるところである。その要否・内容についても検討する必要があると考える。

法形式の問題はあるが、消費者契約に関する特則を法制化する必要性は高い。民法の改正を機に、消費者契約法の私法実体規定を民法に取り

込んで消滅させるという考え方（いわゆる統合論）には反対である。もっとも、もし万一消費者契約法の同時改正が難しい場合には、消費者保護を進めるという観点から、次善の策として、既存の消費者契約法の私法実体規定はそのままに、消費者契約に関する特則を民法に設けるということも視野に入れておく必要がある。その場合には、消費者契約に関する特則の存在が、他の社会的弱者に対して不当に反対解釈されたりしないように、むしろ格差契約の典型例として類推適用されるように、格差是正の必要性に関する理念規定を併せ規定すべきものとする。また、将来的に、民法における消費者契約に関する特則は、消費者契約法ないしそれを包含する包括消費者法典に吸収する方向で検討される必要があると考える。

消費者契約法の同時改正によって同法に消費者契約に関する特則が十分に規定されるのであれば、民法には、消費者契約の解釈に関する理念的な規定ないし契約当事者間の格差是正に関する理念的な規定を設けるだけでもよいと考える。しかし、もし仮に消費者契約法に消費者契約に関する特則が十分に規定されないのであれば、民法には、消費者契約の解釈に関する理念的な規定のみならず、個別の特則規定を設ける必要があると考える。

消費者の定義は消費者契約法における定義よりも拡大すべきである（例：「個人（事業活動に直接関連する目的で取引するものを除く）」など）。消費者と実質的に大差ない零細事業者などを保護できるよう、上記のような消費者の定義の拡大のほか、「消費者」概念の相対化や、格差契約一般に関する格差是正の理念規定を介した消費者保護規定の準用ないし類推適用といった方策を検討すべきである。（日弁連消費者委有志）

- 消費者および事業者が現代社会において大きな役割を果たしているのは事実であり、それらの定義を民法中に設けることには賛成。ドイツの状況を見ても、それによって取引が萎縮するとは考えられない。むしろ取引の信用性を高めることにつながると考える。ただし、個別法律によって、民法中の消費者の定義が不十分な場合には、当該法律内で別途の定めを設ければよい。（大学教員）
- 今日の社会においては市民社会の構成員が多様化し、構成員の間には経験、知識等において格差が生じていることから、「人」という単一の概念で把握することが困難になっている。そこで、抽象的な「人」概念に加えて、場面に応じた特則を設けることを検討する必要がある。その方法にはいろいろな可能性が考えられるが、情報や交渉力の格差が生じうる典型的な場面である「消費者」保護という点に限って、民法に取り入れることを検討すべきである。なお、消費者契約法が制定されてからそれほどの期間が経過しておらず、消費者に関する規定としてどのよう

なものが適切かはまだ流動的であるから、民法に取り込むと機動的な改正が困難になるおそれなどにも配慮し、消費者契約法の改正も視野に入れることが必要である。(弁護士)

- 消費者・事業者に関する規定は必要である(会社員)。
- 市民社会の構成員は多様化しており、「人」概念を消費者と事業者だけに分節化できるものではない。それでも消費者と事業者について特則を設けるとすれば、消費者概念に該当しない以上は例外的な特則の適用がないとの解釈が行われることがないように、特則の解釈指針となり、情報力・交渉力の構造的格差等による特則による保護が消費者に準ずる立場にある者にも適用できるように、消費者契約法におけるような基本理念を示す規定を設けるべきである。(金沢弁消費者委)
- 基本法のドラスティックな改正とその効果は、現時点では不明であるが、結果を引き受けるのは消費者であるから、混乱や懸念がないのか、基本法の改正は柔軟には行えない点も考慮し、さらに十分に審議を尽くすべきである。

民法に消費者の規定を設けるのならば、「当事者間に知識・情報等の格差がある場合には、劣後する者の利益に配慮する必要がある」などの抽象理念を導入することに賛成するが、消費者契約法と民法の役割分担を踏まえて議論しなければならないのではないか。(全相協)

- 消費者問題に実務的に関わる者にとっては、いかに実効的な法規範を、いかに一般市民に分かりやすく規定するのが問題であり、その方法論については更に検討を重ねる必要があるが、民法(債権関係)の改正に当たっては、少なくとも、民法典の解釈及び適用につき、消費者の利益に配慮すべきものとする旨の解釈理念を明文化した規定を盛り込むべきである。更に進んで、どのような具体的規定を民法典に設けるのかについては、今後の検討課題とすべきである。(消費者支援福岡)
- いかなる定義を設けるのが問題である。特に格差の問題は、零細事業者についても生じるかこの点についてどのように対処するのかについてさらに検討してもらいたい。また、規定を設けるにせよ、両概念が「消費者契約」を定義するための役割を持っているにすぎないことから、「人」について規定として設ける(例：BGB)ことは、望ましくないとの意見があった。(北海学園大民研)
- 民法に「消費者」「事業者」の概念を安易に取り入れることについては反対の意見も強く、他方、民法に「消費者」に関する規定を置くことについては一定の効果があるとの意見もあり、「消費者」「事業者」の定義も含め、慎重に検討すべきである。(愛知県弁)
- 民法は、「消費者」「事業者」といった「人」の経済的地位を捨象した抽象的・一般的な「人」を念頭に置いて制定されている。したがって、「人」が占める経済的地位によって、民法の規定が適用されたりされな

かったりすることは、原則として想定されていない。

他方で、消費者契約法は、情報収集能力や交渉力の差異に着目して、「消費者」「事業者」の概念を定めており（消費者契約法 1 条，2 条 1 項，2 項），消費者契約法上は、経済的地位を捨象した抽象的・一般的な「人」という概念は存在しない。

そこで、「消費者」「事業者」の定義自体を消費者契約法ではなく、民法に規定すべきか否かが問題となる。現在の経済取引において、情報収集能力や交渉力に歴然とした格差が存在しているのは事実であり、この事実を正面から受け止めるとすれば、民法に「消費者」「事業者」の定義を設けるべきである。

「消費者」「事業者」の定義であるが、消費者契約法と同一のものとし（消費者契約法 2 条 1 項，2 項）、「消費者」とは、事業者以外の個人及び事業を営む個人であっても事業として又は事業のために契約当事者とならない場合、「事業者」とは、法人その他の団体及び事業者が事業として又は事業のために契約当事者となる場合をさすものと考えらるべきである。

しかしながら、法人・団体であっても、事業活動の規模が極めて小規模で、情報格差及び交渉力の観点からみて、「消費者」（消費者契約法 2 条 1 項）と同等の保護が必要である法人・団体も存在する。このような「消費者に準じる小規模零細法人等」が、「事業外取引」、すなわち、自己の事業のため又は事業としての取引以外の取引を行う場合、消費者と同じく情報収集能力や交渉力の格差の観点から、「消費者」と同一の扱いをする必要性のある場面が出てくる場合がある。このような場合には、「消費者」と同等に扱うべきである（例えば、金物販売業を営んでいる小規模零細法人であっても、金物の仕入れや金物の販売に関しては、事業者としての扱いを受けるべきであるが、リゾートマンションを購入する場合、情報収集能力・交渉力の格差という観点からみると、「消費者」に準じると判断してよい場合がありうる）。

なお、「消費者に準じる小規模零細法人等」とはどの程度の規模の者をさすのか、また、「事業外取引」とはどの範囲かについては、事案に応じて、個別具体的に判断することになる。（福岡弁）

- 民法が当事者間の格差に対応すべきことについて、賛成である。「格差拡大への対応」ないし「劣位者保護」の観点は改正目的として重要であるので、これを念頭にさらに検討すべきである。今日の市民社会における構成員の多様性が顕著となっている。また、取引についての情報や経験を有する者（事業者・法人）とそれらを有しない者（消費者）との間の格差が拡大している。そして、かかる格差により取引において優劣の関係が作られる場合も少なくない。そこで、公平の見地から、劣後する者に対する保護が必要である。よって、かかる多様性を民法にも反映

させることは検討されるべきである、

当事者間に知識・情報等の格差がある場合には、劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を規定すべきとすることは、賛成である。そして、劣後者保護のための抽象的な解釈理念を規定することは可能である。

「消費者」及び「事業者」の概念については、上記配慮に基づき、その概念の規定を置くこと自体は賛成である。なお、消費者の概念については、消費者契約法の定義を参考にしつつ、慎重に検討すべきである。また、消費者契約法または商法の規定のうち、一般法化して民法に取り込むことができるものについては規定することも賛成しうる。しかし、上記以外の消費者契約の特則及び事業者に関する特則を民法に規定することは反対である。(法友全期)

- 民法の基本的性格に関わる問題の一つとして、消費者の概念の扱いがある。中間的な論点整理も述べているように、今日の社会では市民社会の構成員が多様化し、「人」という単一の概念で把握することが困難になっている。この点で、民法に消費者についての規定を置くことには十分な意義がある。しかし、他方で、民法と消費者契約法の関係を十分に検討する必要がある。消費者契約法は、事業者と消費者の間に情報・交渉力の格差があることを根拠として、これを是正するために制定された法律であり、同法が定める諸規律は、そのことを前提として規定されている。そのため、消費者契約法上の諸規律を民法に導入する際には、民法が事業者・消費者間のみでなく一般的に適用される法律であることを踏まえて、民法規定としての適正な要件化を探るべきである。また、消費者契約法上の一定の規律を消費者契約の特則として民法に導入することについては、一方で、消費者に関する規律の導入による民法規定の充実を確保しつつ、他方で、消費者契約に関する特別法としての消費者契約法の意義を十分に尊重する方向性を探ることが必要であり、一定の規律については民法と消費者契約法の双方に規定するといった方法も検討すべきである(大学教員, 大学教員, 大学教員, 大学教員, 大学教員, 大学教員)。
- 定義の仕方が問題となる。「消費者」は比較的理解しやすいが、「事業者」は会社法、商法または独禁法などの概念との調整が必要であり、調整がないまま概念が並立した場合は却って分かりにくくなるおそれがある。また、「事業者」間については、本来、自由競争社会の建前からは対等であることが原則であるが、実際には、大企業と中小企業との間のみならず、大企業の間でも、例えば、前記第 3. (1) (4) や第 4 に記載のように、交渉力格差が生じ解消できない場面があることを捉えて、契約上劣位に置かれる事業者が一方的な不利益を被ることのないような手当が必要である。(会社員)

○ 消費者と事業者の力の格差に注目する事は、現在のような多様な取引に消費者がさらされ、被害を受けるケースについて、どのように民事的に有効に働くのかを具体的に盛り込むべきである。抽象的な規定では、不十分かつ消費者にとって不利な改悪になりかねない。消費者保護の現場をリアルに知っている消費生活センターの相談員が多数参加できる機会が必要であり、それがなされずに進められることには反対である。  
(個人)

○ 商法はどうするのか。残す意義のある部分を民法や特別法に移して、最終的には廃止するのか。従来から商人でないと考えられている医師や弁護士を事業者とするのであれば、芸術家等はどうするのか。作曲家が純粋音楽を作っても自己満足だから事業者ではないが、コマーシャルソングを作れば事業者だと解釈するのか。映画音楽はどうなのか。映画を総合芸術と捉えてその制作の一翼を担うつもりなら事業者ではないが、たとえ自分の子に見せたくない映画でも金になれば応じるのは事業者なのか。翻訳者が文学作品を翻訳しても自己満足だから事業者ではないが、取扱説明書や契約書を翻訳すれば事業者だと解釈するのか。そうだとすれば、弁護士の場合も自分が支持する人だけ弁護するのは事業者ではないが、金になれば誰でも弁護する（といっても双方代理をやってはいけないが）のは事業者になるのではないか。(翻訳・出版関係)

○ 民法が私法の一般法として権利濫用や信義則といった抽象的内容の一般条項を有しており、この延長線上のものとして実質的衡平を図る理念として非対等者間の取引においては劣後する者の利益に配慮する旨の抽象的な解釈理念規定をおくことには賛成である。

しかし「人」概念に加え、消費者・事業者概念を民法に取り入れる必要はない。民法は、いずれの「人」も差別することなく共通の規定を適用するルールを規定するものであり、現実の社会において知識、情報、交渉力などで格差があったとしても本来は法律等によらず格差の是正を図るべきものである。それによっても是正できない格差に対して消費者契約法等の法令が存在しているのであり、格差の是正には消費者契約法等の特別法の充実をもってあたるべきである。また、こうした格差も時代によって変化するものであり、ある時点の価値判断で格差への対処規定を取り込んだところで、時代の流れに従い必要とする格差への対処が変わることが予想されるものの、私法の一般法たる民法に取り込んでしまうと柔軟な改正ができなくなるおそれがある。さらに「人」概念に加えて消費者・事業者概念まで民法に取り込んでしまうと、関係する当事者に応じて適用される規定のパターンが多種多様となり、複雑な条項とならざるを得ず、かえって難解なものになってしまう。(広島弁)

○ 格差に対する民法の対応の仕方については、消費者概念・事業者概念を民法に定め、それを前提とする特則を設ける手法よりも、当事者の抽

象的な属性に関わらず、当事者間の情報の質及び量並びに交渉力の格差に注目して、「格差」の存する場合の特則を設けるべきである。

一般的な「格差」に対応する規定を民法に設け、その解釈理念を明確にするとともに（論点整理(2)に示された考え方に賛成）、各具体的場面における特則を設けるべきである。

民法改正を機に、消費者契約法の私法実体規定を民法に取り込んで消滅させるという考え方（いわゆる統合論）には反対である。（横浜弁）

- 当事者間に知識・情報量等の格差がある場合には、劣後するものの利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を規定すべきであるという考えには賛成である。しかし、民法に消費者・事業者の概念を設けることについては、反対である。法人格の主体は、単純に消費者と事業者とに二分できるものではなく、事業者の中でも大企業と中小、零細企業とでは情報量、交渉力に大きな差があり、零細企業の中には消費者とほとんど変わらない実態を有するものがある。これらが一律に事業者として消費者に対置する存在と定義されてしまえば、情報量や交渉力の格差などが捨象されて零細な企業にとっては実態を反映しない、現在より苛酷な法適用がなされる可能性がある。（東京同友会）
- 民法に消費者に関する規定を設ける場合には、消費者契約の他方当事者としての事業者概念を導入することになる。しかし、事業者という概念を導入する場合、ひとくくりに事業者とするのではなく、大規模事業者から中小零細事業者までそこには多様な意義が含まれるところ、事業者の中にも情報量・交渉力の格差が存在することを明記することが必要である（電話リース弁護団）。
- 当事者間に知識・情報等の格差がある場合には劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を民法に規定することに賛成する。このような理念規定を民法に置くことで当事者間格差を前提とした取引紛争の解決に資する場合があること、また裁判官が判断をするときの解釈指針になり得ることなどが期待できる。

消費者保護は、民法に消費者概念を導入して消費者契約の特則を設けることによって行うのではなく、特別法によって行うべきである。消費者間、事業者間でも格差が認められ、また、消費者・事業者といった概念で規律できない属性の当事者も考え得る中、事業者・消費者間の格差のみに着目し消費者契約の特則規定だけを民法に置く理由が明確であるとは言えない。既に消費者契約法という特別法が存在するのであるから、事業者・消費者間格差の理念規定及びこれらの格差に基づき必要とされる消費者契約の特則の規定は特別法に置く方がわかりやすい。（青司協）
- 現実の人に存する知識・情報・交渉力等の様々な格差に対応する必要がある、との考え方に賛成する。その理由は、現実の社会では、非対等

の契約当事者間の取引が大部分を占めるところ、民法が市民生活に関わる基本的な民事ルールを定める法律ということであれば、民法においても、属性、知識・経験、情報の収集能力、交渉力等において格差のある当事者が契約を締結したとき、その契約に拘束される正当化根拠や、非対等者間の場合には対等当事者間とは異なる考慮が働くということを明示することには意味があるからである。(大分消費者ネット)

- 民法は、人間が非合理的存在であり、現実社会には格差があることを前提として立法・解釈すべきであるが、「人」概念を分節化することには賛成ではない。「『人』という単一の概念で把握することが困難」ということを挙げて、消費者契約と事業者間取引の扱いの双方を同時に論点として設定することは適切でない。前者は消費者契約私法の民法典への取り込みの問題であり、後者は商行為法の民法典への取り込みが問題になる。

今時の改正において消費者契約法第2章を民法典に取り込むことには反対である。もっとも、契約各則において、消費者契約の特則を設ける場合には、受皿は民法典しかないと考えられ、民法典に「消費者」「事業者」という要件を持ち込むことになる。これらの概念の定義は消費者契約法と同一である必要はなく、「『消費者』とは、個人（事業に直接関連する目的で取引するものを除く。）をいう。」「『事業者』とは、法人その他の団体及び事業に直接関連する目的で取引する個人をいう。」と定義することも考えられる。

事業者間の取引についての規定を民法典に規定することは、商行為法の民法典への取込み、ひいては商法典の解体につながる議論であり、商行為法・商法典と民法典の関係について、正面から論点を顕在化させた上で議論すべきである。

労働法に関しては影響を及ぼさない改正とすべきである。

非対等な関係、情報・交渉力の格差がある場合に、劣後する者の利益に配慮をすべき異は当然であり、抽象的な解釈理念を設けることの検討について積極的に反対する理由はない。(司法書士)

- 新しい民法において、従来の「人」概念を分節し、消費者や事業者に関する規定を民法に設けることについては、基本的に賛成する。

当事者間における交渉力等の差異について、事業者・消費者という概念のみで全ての問題を解決できるわけではないほか、消費者契約法の解釈上も同法第1条の目的規定が重要な役割を果たしていると考えられていることから、民法上も一般規定として、当事者間に知識・情報等の格差がある場合には、劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を明文で規定すべきである。

消費者契約に特有の規定については、基本的に民法ではなく消費者契約法に規定を設ける方向で、両者の棲み分けの在り方を検討すべきであ

る。「消費者」及び「事業者」の概念については、消費者契約法の定義をそのまま用いるのではなく、同法の適用上指摘されている問題点を踏まえて、所要の修正を行うべきである。(弁護士)

- 民法に消費者に関する規定を設ける場合には、消費者契約の他方当事者としての事業者概念を導入することになる。しかし、事業者という概念を導入する場合、ひとくくりに事業者とするのではなく、大規模事業者から中小零細事業者までそこには多様な意義が含まれるところ、事業者の中にも情報量・交渉力の格差が存在することを明記することが必要である。(弁護士)
- 約款の規制など弱者に対する規制は包括的なものであっても規定を設ける必要がある。特別法の規制があるとしても、弱者の権利利益を侵害してはいけないという最低限のメッセージは基本法である民法に設ける(信義則や権利濫用法理の一部具体例を明文化する)ことも一つの考え方である(会社員)。
- 当事者間に格差がある場合についての抽象的な解釈理念を規定すべきという考えにつき賛成する。

消費者という概念を、民法典という一般法中に取り込むことは、法を解釈適用する側の意識を希薄化させるので妥当でなく、迅速な改正を困難とする。さらに、事業者という概念を民法で定めてしまうと、その定義で固められてしまい、実質的には消費者である事業者を、特別法で保護救済するという解釈が困難になってしまい、妥当ではない。よって、消費者・事業者の概念を民法に取り入れるという考え方に反対する。仮に民法に消費者・事業者の概念を取り入れる場合でも、民法には消費者契約における民法の解釈に関する理念的な規定を設けるに止め、個別の規定は特別法に委ねるとする考え方に賛成する。(札幌弁)
- 消費者契約法の体系的整合性・一体性の確保の観点から、十分に慎重かつ謙抑的な考慮を要するものであって、民法に導入せず、特別法で規定するのがよいとする意見が大半であった。(最高裁)
- 消費者に関する規制については、私法上の規制の可否や要件について取引の実態を踏まえたきめ細かな対応が必要であること、次々と現れる悪質な商法への迅速な対応が必要であることから、特別法に委ねるべきであり、当事者間に知識・情報等の格差がある場合には劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の解釈理念を規定するという考え方や、消費者概念・事業者概念を民法に取り入れることには反対する。(一弁)
- 契約当事者間に格差がある場合への具体的な対応は、消費者契約法や労働法制等の特別法に委ねるべきであり、民法への消費者・事業者概念の導入については反対する。

また、当事者間に知識・情報等の格差がある場合には、劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を規定すること(上記

(2))については、その規定の意味合い自体が不明確であり、民法上どのような効力を持つかも不明であるので、かかる規定を置くことには反対である。もっとも、市民社会自体が多様化した現在、その多様性が民法に反映されうることは方向性として正しいものであり、今後の議論の積み重ねが期待されるが、仮に条文化する場合、その規定文言は、慎重に検討されるべきである。(二弁)

- 消費者保護法理は未だ発展途上にあり、その発展と拡充を図るためには、法解釈や行政的規律のみならず、法改正によって新たな法理を私法実体化すべき必要性が大きいところ、その意味では事業者・消費者の定義自体も流動的であって、一般法である民法に規定を設けることによって、柔軟な改正が困難になってしまう。一般法である民法典には、すべての人に区別なく適用されるルールのみを規定し、消費者保護法理については、特別法である消費者契約法等の柔軟な改正により対応することが望ましい。(親和会)
- 以下の理由から、民法に消費者及び事業者に関する規定を置くべきではない。

事業者と言っても契約類型・契約内容によって当該契約・取引に精通しているか否かが異なるため、取引や契約に精通していることを前提として差異を設けることを前提に適切に「事業者」を定義することは困難である。

商法上の商人概念との区別が曖昧になるため、あえて消費者/事業者の別を規定する必要はないのではないか。

上記に関連するが、民法はあくまで一般法であり、かかる規定は特別法に委ねれば足りる。更に、民法に消費者/事業者に関する規定を置くことで、特別法(例えば借地借家法など)の解釈に広く影響が出る可能性があり、これを適切に調整することは困難と思われる。(長島・大野・常松有志)

- 民法に消費者・事業者に関する規定を設けるかどうかについては、消費者や事業者というが印園を取り入れることにより法律の適用関係が複雑となり実務に混乱を来すのではないか、現時点での格差を固定してしまうのではないか、改正の必要性が生じた場合に機動的な改正が困難ではないか、契約当事者間に格差がある場合への対応は消費者契約法や労働関係法令を初めとする特別法に委ねるべきであり、一般法である民法には抽象的な「人」を念頭に置いて原則的な規定を設けるに止めるべきではないか等の指摘があるため、これらを踏まえて特に慎重に検討する必要があると考えられる。

仮に、民法に消費者・事業者に関する規定を設ける場合、それらの定義については、実務への影響を最小限にとどめる観点から、消費者契約法と同じものとするのが望ましい。

当事者間に知識・情報等の格差がある場合に、劣後する者の利益に配慮する必要がある旨の抽象的な解釈理念を規定すべきではない。消費者契約に限らず、当事者間で知識・情報等に格差があることは、むしろ当然であるが、その格差の程度は、単純に当事者の属性のみならず、各当事者が関与する取引によっても異なりうるものである。したがって、「劣後する者の利益に配慮すべき格差の有無」を一律に判断する規定を設けることは困難であるし、かえって妥当な帰結とならないおそれがあると考えられる。また、そもそもこのような格差の有無を契約締結時に明確に判断できるとは限らないことからすると、このような規定を設けることは、当事者の予測可能性を著しく損なわせ、取引の安全を害するおそれがある。(森・濱田松本有志)

- 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定に委ねる方向で検討すべきである。(日司連)
- 「人」の例は消費者以外にも多く存するので(例えば、労働者、高齢者など)、消費者・事業者に関する規定は特別法に委ねるべきである。むしろ、なぜ消費者・事業者のみを民法の「人」に規定するのか明確ではない。消費者は民法の「人」と同じであり、特に弱い人を言うわけではないということについては啓発教育の問題である。(広大有志)
- 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する(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・消費者だけではないことから(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する。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。(日大民研・商研)

- 消費者・事業者に関する規定を民法に規定することには、峻別する負担と混乱が生じるので反対である。一方、事業者においても個人事業者から上場会社まで規模による情報力格差，取引交渉力格差があることから，取引全体の適正化に資する理念的な規定を是非とも明記すべきである。(全中)

- 役務提供型契約には，①消費者契約のように，役務受領者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合，②労働契約のように，役務提供者が弱い立場にありその保護に配慮すべき場合，③企業間契約のように役務提供者と役務受領者がある程度対等な場合があり，それぞれの類型毎に規律を検討する必要があるところ，消費者保護の視点のみを強調して規律を行うことは，役務受領者の立場を片面的に強化し，労働者や零細事業者その他の立場の弱い役務提供者の契約上の地位と役務提供先に対する報酬請求権を弱める結果を招くものである。

労働者など役務提供者が弱者である場合について配慮することなく，消費者契約と事業者契約を峻別する方向での法改正には，賛成できない。(連合)

- 消費者・事業者の区分けは取引や契約の目的によっても左右されるものであり，法律の定義によって一律に区分けすることは困難であるため，不明確な状態で民法に規定を設けることは経済取引活動に混乱を招くおそれがある(リース事業協)。

- 消費者，事業者の区別を民法上取り入れるべきではない。消費者契約法と民法を併存させるという前提において，消費者保護に関する規定が両方に存在することで法律が複雑になり，実務上混乱を招くおそれがある。(国際企業法務)

- 民法は私法の一般法であり，対等な当事者又は抽象的な「人」概念を前提とすべきである。法律行為に対する法的評価は「消費者・事業者」にかかわらず同一であるべきであるが，消費者・事業者に関する規定を置くと，消費者による法律行為に対する法的評価と事業者による法律行為に対する法的評価に差異が生じることになりかねず，妥当でない。現行の特定商取引法では，申込者が「営業のために若しくは営業として締結するもの」等について適用除外とされており(特定商取引法第26条)，事業者・消費者という属性による規律は，必ずしも行われていない。以上から，事業者・消費者という属性による切り分けは，現行法の在り方と必ずしも整合しない部分もあるように考えられるため，賛成できない。(自動車リース連)

- 既に消費者契約法で対応済みであり，一般法である民法に規定する必要はないのではないか。仮に規定するにしても理念的なものに留め，具

体の取扱は、各分野における特別法等で決めるべきではないか。また、消費者概念につき、少なくとも消費者契約法上の消費者概念を拡大すべき根拠も不明ではないか。

不動産の賃貸契約の貸主は「事業者」ではあるが、多くは高齢で零細な個人貸主である。法整備にあたっては、こうした現状も踏まえ、過度な消費者保護にならないようご配慮いただきたい。(全宅連)

- 消費者概念を民法に設けること、その前提として民法に消費者契約に関する特則を設けることに反対である。消費者保護については、消費者契約法等の民法の特別法の枠組みを利用し対応すべきであり、また、その方が、社会状況に応じて機動的に改正可能である等、消費者保護の観点からも望ましいものである。(貿易会)
- 商法上の商人概念や商行為の特則を整理して、私人間の商取引全般を民法で規定することには賛同できるが、消費者取引については、個別取引に関するきめこまやかな規律が必要であり、民法において規定することが適切かどうかについて疑問がある。(情サ産協)
- 市民社会の構成員の多様化、構成員の間の経験、知識等の格差が存在するのは事実と思うが、私法における取引は、対等な当事者の自由な競争・合意が基本となることは変らないのではないか。消費者・事業者に関する規定を民法に設けることは、そのような原則が本来基本となるべきにもかかわらず、原則と例外を逆転させるかのような違和感を感じるとともに、実際にもそのような規定、運用がされるのではないかと危惧する。(オリックス)
- 民法が民事法の一般的な原則を規定するとの考えが基本だとすれば、「消費者」や「事業者」という一定の属性の「人」を対象とした法規制は、民法ではなく、特別法に置かれるべきだと考える(現行法制でも、商法の商行為に関する規定がこれと同様の役割を果たしていると考ええる。)。また、「わかりやすい民法」の観点から、「民法」は一般原則、個別の「消費者」、「事業者」、「労働者」等に対する規制は特別法で規定、と整理したほうが体系的に理解しやすいと考える。さらに、「消費者」、「事業者」の定義やあるべき規制の内容は、時々の社会状況や政策的配慮により機動的に変化すると考えられるところ、これら規制を民法においた場合、規制の変更の機動性が失われるおそれがあり反対である。(農中)
- 民法に「消費者」及び「事業者」に関する定義規定が置かれることについては、その内容が適切なものであれば、積極的に反対しないものの、私法の一般法である民法は、あくまで私的自治をはじめとする自由と形式的平等を基本に考えるべきであり、「現実の人には知識・情報・交渉力等において様々な格差があること」の調整を図る実質的平等の要請に基づく規定(要件・効果等)は、特別法(消費者については消費者契約

法など、事業者については各種業法などの規制法が想定され得る。)において実現されるべきである。また、消費者保護の観点からすると、私法の一般法である民法に消費者に関する規定をおくと、社会経済の情勢を踏まえた機動的かつ柔軟な消費者保護のための法改正が困難になることが懸念される。したがって、民法に消費者概念・事業者概念に関する規定(要件・効果等)を取り入れることについて反対である。(決済協)

- 私法の一般法である民法は、全ての人に区別なく適用されるルールとして、私的自治をはじめとする自由と形式的平等(機会均等)を基本と考えるべきである。また、インターネットやソーシャルメディアの普及は、消費者による商品情報や契約(法律)知識の取得、消費者同士の連帯を容易にするなど、事業者と消費者の関係性に変化をもたらしつつあり、その関係性はなお流動的である。消費者契約法が制定されて日も浅く、民法への取込みを検討するとしても、機が熟していないと考えられる。したがって、民法に消費者・事業者に関する規定を設けることについては、賛成できない。(貸金業協)
- 民法に、消費者及び事業者の概念を導入することには反対する。民法に消費者ルールを取り込んだり、力関係のアンバランスに晒されている中小事業者を保護する規定を新設したりすることについては、社会構成員間の格差は様々で、その状況も常に変化していることから、特別法によって手当てする方が具体的な状況に応じた柔軟な改正や運用による対応が可能であり妥当である。また、例えば、デジタル化・ネットワーク化が進む現在では、情報・交渉力が事業者以上に高い消費者も多数存在するのではないかと考える。社会構成員間の格差の存在を前提として何らかの対応をするとした場合において、様々ある格差のうちでも、特に「消費者」と「事業者」という概念だけを格別のものとして、一般法である民法に取り入れようとする衡平の要請ないし合理的な理由はないと考える。(電情産協)
- 消費者の保護は特別法に委ねるべきである。(不動産協)
- 消費者取引、事業者間取引には特別の考慮を要する問題がある。民法で規定を置くより、必要に応じて特別法により手当する方が望ましい。また、特に事業者間取引については、基本的には契約当事者の合意に委ねれば足り、提案されているように事業者間取引について、契約の解除、定期売買、自助売却等についての特則を設けたり、一方が事業者である場合の特則を設ける必要はないとの意見があった。(国際取引有志)
- そもそも民法において消費者取引などの規定を設けなければならないのか。それらの規定は消費者取引に関する一般法ともいえるべき消費者契約法や業法など個別法において規制されており必要ないのではないかと考える。(通販協)

- 民法に抽象的な概念・規定が導入されることで、どの範囲の取引に規律が及ぶのが不明確となれば、事業活動が混乱ないし萎縮することが懸念される。時々の社会情勢に応じた適切な規律を講じていく観点から、民法に包括的に規律するのではなく、個別の規律は特別法に委ねるべきである。よって、一般法である民法には従来どおり対等な経済主体を前提として規律し、事業者・消費者間の契約に関する規定は特別法に委ねるべきであり、「消費者」・「事業者」概念の導入には反対する。

仮に民法に「消費者」・「事業者」概念及びこの区分別の規律を導入する際には、情報・交渉力に関わる規律を導入する際には、消費者契約、事業者契約それぞれに係る規律を設けること、「消費者」・「事業者」の概念は現行の消費者契約法の定義と同義とすること（消費者概念の拡大（例：中小企業・零細事業者）は行わないこと）、「事業活動」の定義の明確化（例：専門的職業活動が含まれること）、事業者間契約にかかわる規律は任意規定とすることに留意すべきと考える。（損保協会）

- 市民社会において、あまねく適用される一般法としての「民法」の位置付けに鑑みれば、「消費者」や「事業者」といった概念を取り入れることが相当とは考え難い。

また、上記のような法としての性質を捨象したとしても、現代においては、古典的な「事業者」と「消費者」の「格差」は縮小傾向にあるにもかかわらず、パターンリズム的観点から、民法上に「（弱者としての）消費者」をあえて一括りに定義することで、個々の消費者が積極的に知識を得たり、情報を収集したりする意欲が損なわれ、健全な市民社会を構築していく上でかえって悪いモチベーションが働くのではないか、ということが危惧されるところであり、これらの観点から「消費者」概念を民法に取り入れることについては、強く反対する。

仮に当事者間の「格差」を問題とするにしても、抽象的な解釈理念を規定するだけでは、何ら本質的な問題解決にはつながらないと思われる。また、「格差」に注目するのであれば、古典的な「事業者」と「消費者」間の問題にとどまらず、私法上の契約締結場面における国・自治体等と民間事業者の間の「格差」といった、より広義の「格差」問題に着目し、実効性のある規定を設けることも検討すべきであるが、このような複雑、多様な当事者関係における「格差」を法律上処理するためには、民法上の規定としてではなく、取引類型ごとに適用される特別法の中で立法的な対応を行う方が適切と考える。（JR東日本）

- 第一に、私法の一般法である民法は、全ての人に区別なく適用されるルールとして、私的自治をはじめとする自由と形式的平等（機会均等）を基本と考えるべきである。実質的に平等な市民を念頭に置いたルールを設けようとする視点は、政策的に特別法において反映されるべきであり、政策的配慮を強く打ち出せる法典に規定することが、その目的達成

の面からも有益である。

第二に、取引について情報や経験を有する事業者・法人とそれらを有しない消費者の間の格差が拡大しているとの認識があるようだが、このような格差は消費者と事業者の間のみに限られない。大企業と中小企業のような事業者間にもこのような格差は存在するし、消費者間においても、インターネットの普及に伴い、情報収集に長けた消費者とそうでない消費者の間の情報格差も生じてきている。このような現状において、消費者と事業者との間の格差のみに着目することの積極的意義は見出せない。

第三に、仮に、消費者契約に適用される特則を民法に取り込むことを検討するとしても、現時点では時期尚早と考える。事業者と消費者の間の格差が「拡大している」との認識に関し、インターネットやソーシャルメディアの普及は、消費者による商品情報や契約（法律）知識の取得、消費者同士の連帯を容易にするなど、事業者と消費者の関係性に変化をもたらしつつあり、その関係性はなお流動的である。消費者契約法が制定されて日も浅く、民法への取込みを検討するとしても、機が熟していないと考えている。

以上より、民法に消費者・事業者に関する規定を設けない方向で、さらに検討を進めていただきたい。（消費者金融協）

- 本来、約款は契約自由の原則に基づき定められるものであり、特に懸念すべき項目に関しては特別法が制定されている現状に鑑みると、具体的な懸念事項に関して一般法の改正により解決を図ることには慎重な検討を希望する。（ドワンゴ）
- 中小企業は法人の形態を有している場合であっても、その実質は経営者と一体を成している場合が多い。個人事業主は「事業者」、法人経営者は「消費者」といった区別を設けることに合理性は見出せない。当事者間に知識・情報等の格差がある場合には、劣後する者の利益に配慮する必要があるというのはそのとおりであると考えが、消費者・事業者といった形式により線引きする必要はないと思われる。

ちなみに、信用保証協会は、中小企業者たる法人を委託者、その代表者を保証人として保証委託契約を締結しているのであるが、同じ契約の中でも事業者と消費者が混在する形の契約となっている。このため、消費者たる保証人との関係では損害金レートは年 14.6%を超過する場合は無効となる一方、事業者との関係では明文の規律がない状態である。従前は保証委託契約書上の損害金レートを年 14.6%（年 365 日日割計算）としていたが、現在では保証人との関係を考慮し、年 14%としているところである。このように同じ契約の中でも適用される規律が異なるのは、実務に混乱を来す原因となりかねない。民法に消費者や事業者の概念を取り入れるべきではない。（全信保連）

- 民法では、消費者という属性のみに着目して保護を与えるべきではなく、事業者の概念についても商法経由のものと消費者契約法経由のものでは異なっている。また、消費者契約法が頻繁に改正されるわけではない民法典に取り込まれると機動的に対応できなくなることから、消費者契約法の一般化については問題があると考ええる。

このような意見の根拠として、検討組織においては、①B to Bで、現行の民法で困っていることはない、本当に困っているならば理解できるが、敢えて民法に一般化する必要は現状認められない、②消費者契約法は存在意義のあるものだが、企業は自分でリスクを管理しており、適用され、B to Bにまで波及していくと雁字搦めになる、③消費者保護は、消費者契約法でしっかり囲むべきであるとの意見があった。(名商)

- 一般法たる民法に事業者・消費者概念を導入することに反対である。

本来、民法は私法の一般法として、抽象的な「人」概念を前提に私人間の法律関係を規律すべきものであり、そういう前提に立つからこそ様々な規律を考える上での指標となりうるのであって、それがまさに「一般法」たる所以でもある。

消費者の権利の尊重及び自立の支援という特定の政策目的をもって導入された規律としては、既に、消費者基本法が存在しており、この規律に従って安定的に実務を進めている。このような規律は、そもそも一般法たる民法に規定する必要はなく、特別法に規定するからこそより実効的に問題の解決につながり、政策目的が達成されることになる。一般法と特別法の役割分担と切り分けを明確にすべきである。(経団連)

- 私法の一般法である民法は、あくまで私的自治をはじめとする自由と形式的平等を基本とした価値中立的なものであり、知識・情報・交渉力等の類型的な格差の調整を図る実質的平等の要請に基づく規定は、特別法（消費者の保護については消費者契約法、事業者に関する規制については各種業法など）において実現されるべきものである。

また、私法の一般法である民法に消費者に関する規定を設けた場合、特別法に比べ、消費者保護のための機動的かつ柔軟な法改正が困難になることが懸念される。

したがって、民法に消費者及び事業者に関する規定設けることについては反対である。(サービサー協)

- 現実に締結される契約書は改正後の民法の条文どおりの文言・内容で作成されるわけではなく、中小企業者と契約する相手方は特約によりリスク分配を図るのが常である。そこで、民法の条文は改正により分かりやすくなったとしても、契約書に対するノウハウが十分でない中小企業（中小企業憲章にもあるように、約束を守り、時間・品質を守ることで誠実に業務を行い、企業数の太宗を占め、雇用の大半を支えて日本の産

業を担う)が、締結する現実の契約書において、民法との関係ではどの点がリスクを負うことになるのかが分からないのでは、民法改正の効果が出ないおそれがあるのではないか。

そこで、知識・情報・交渉力等が十分でない契約当事者であっても、現実に締結する契約書が、民法との関係でリスク分配はどの部分でどのようにされているかがわかるように、政府が民法の解説や標準的な契約書を提示することが真のわかりやすい民法につながると考えられる。立法作業とあわせてこうした対応検討を行うべきであると考え。 (政府による解説として消費者庁・消費者契約法、モデル契約として、経産省・情報システム・モデル取引契約書、賃貸借契約モデル契約書(国交省)などがある)。(都民銀行)

- 一般法としての民法の中に、取引上の強者、弱者、あるいは事業者、消費者といった概念を取り込んでいくべきではない。民法が取引一般法であるという性質を持っており、対等な当事者間で妥当する正義を基準にすべきであると考えからである。

もちろん、消費者保護の必要性も理解しているが、強者・弱者の立場は相対的なものであるから、一般法で規律することにはなじまないと考える。急速に進化し、変化しつつある現代日本社会における法規範のあり方として、対等当事者を前提として長期的に安定した規範を定立してきた民法の果たしている役割と、より柔軟な消費者保護が時代に即応して求められる現実に照らした場合には、従来の民法の役割を大幅に修正するという意見には簡単に与することは難しい。民法という形ではなく、より合目的な法律を作り、運用していくことが合理的である。一般法である民法としては、現行法のように、信義則や公序良俗のような一般条項に従って個別のケースごとに、契約条件だけではなく商品・サービスの価格や品質等を総合的に考慮して判断するべきである。したがって、強者、弱者、あるいは事業者、消費者といった概念を前提とした不当条項規制を民法中におくことは妥当でないと考え。(ヤフー)

- 民法に消費者・事業者に関する規定を設けることに反対である。わかりやすい民法の観点から、契約の当事者間に格差がある場合への対応は消費者契約法や労働関係法令を始めとする特別法に委ねるべきであり、一般法である民法には抽象的な「人」を念頭に置いて原則的な規定を設けるにとどめるべきである。民法に消費者・事業者に関する規定を設けることによって、法律の規定が複雑で分かりにくくなり取引実務に混乱をもたらす、本来規制されるべきでない経済活動を萎縮させる、等の懸念が想定される。(三菱電機)

- そもそも、「消費者」や「事業者」の区分は固定的なものではなく、個別の契約ごとに、ある人が「消費者」になったり「事業者」になったりすることとなると考えられ、例えば、銀行が契約の相手方を「事業

者」と認識して取引したとしても、相手方が「消費者」であると主張することも起きる可能性がある。このような問題を解消するためには、契約ごとにお互いをどのように認識して契約を行ったかを明らかにする等の対応が必要となる。さらに、契約継続中に「消費者」が「事業者」に変わることや、契約の内容が時の経過に伴い変化することも想定される。具体的な提案に照らして考えてみると、消費者と事業者の定義では、消費者を「事業活動以外の活動のために契約を締結する個人」（部会資料20-2）と定義する提案があるが、これに対しては、例えば個人がネットオークションや中古品の売買を繰返し行っているようなものについて、事業活動か否か判然と区別できないケースもあるのではないかと考えられる。このように考えると、仮に民法に「消費者」や「事業者」の概念を導入した場合には、実務上は実態に合わせた判断で行わざるを得ず、契約の法的安定性や実務への影響が大きいと懸念される。もっとも、この点は民法・特別法のいずれに規定を設けても同じことになるとも言えるが、そもそも概念規定も流動的な要素があると考えられ、現段階において民法に規定を設けるよりも、いましばらくは特別法に設けておき、今後の状況をみる方がいいのではないかと考えられる。

消費者法制との関係について検討しておくことも必要と考えられる。消費者・事業者に関する規定は、現在、消費者契約法等の特別法で規定されている。消費者契約法は平成12年に制定されてからそれほどの期間を経ておらず、未だ流動的なところがある。その点において、消費者・事業者に関する規定を民法に設けるには、時期尚早ではないかと考えられる。現段階において民法に規定すると、固定化する可能性もあり、引続き消費者契約法等の特別法に委ね、消費者契約の規律について今後の事例あるいは判例の蓄積を待ったうえで、改めて検討するのが適当ではないかと考えられる。

法制との関係では、法改正の機動性という点についても配慮することが必要と考えられる。未だ流動的といえる消費者法制は、新しい問題にも対処していく必要があり、随時の改正も想定されるところ、民法に規定することで、特別法に規定するよりも改正を行いくくなるのではないかと懸念も否定できない。民法の改正は機動性の点で特別法の改正と異なる事情があることは確かで、翻って、それほど頻繁に改正されない点に民法の価値を捉えることもできる。

さらに、法改正に当たっては、過剰な規制とならないかという点からの検討も必要と考える。消費者法制は相当の成果をあげてきているが、消費者被害を生むような悪徳業者等に対して迅速な対応を図るという側面が必要である一方、健全な経済発展、産業のイノベーションを図る観点からは、正常な取引活動を制約しないようにするという別の側面も要請される。仮に、民法に消費者保護の規定を設けたとしても、要件・効

果を細かく書き分けている特別法と同等の規定を設けることができるとは限らず、概括的な規定を設けることで、本来規制すべきでない正当な取引にまで規制が波及しないか懸念される。

また、保証に関する貸金等根保証契約に関する規定のように、民法では保証人の属性によって規律を分けている。消費者保護の姿勢を貫くことは重要で十分に理解しており、保証人保護に関する施策は検討に値するが、保証制度全体がそれに引きずられて重い制度となり、円滑な企業金融に支障が出ないようにする配慮も必要である。保証について、個人保証と法人保証の特性や利益状況に応じて十分検討したうえで、仮に個人の保証人の保護をさらに拡大するのであれば、個人保証に関連する規定を消費者法制に移すという選択肢もあり得るとする指摘もある。

「わかりやすい民法」という観点から、「民法」は一般原則を定め、個別の「消費者」、「事業者」、「労働者」等に対する規制は特別法で規定すると整理した方が体系的に理解しやすいと考えられるという指摘もある。

以上の点に留意すべきである。

民法は一般法として、全ての「人」に対して属性の区別なく適用される基本ルールを規定すべきと考える。消費者保護の推進には賛同するが、消費者保護は民法による私人間の規律だけで解決できるものではない。消費者・事業者のように切り分け、特定の属性を有する人のみを適用の対象とする規定は民法よりもむしろ消費者契約法等の特別法に設けることがよいと考えられることから、民法に消費者・事業者概念を取り入れることには強く反対する。

一般法である民法において、消費者契約に関する特則や事業者に関する特則を規定することは、将来にわたって発生する全ての契約に影響を与えるものである。「特則」であるならば、多様化した社会においてはそれぞれ関係する特別法により定められることを基本とすることが適切と考える。(全銀協)

- 民法に消費者・事業者に関する規定を設けることは不要ではないか。
  - ①消費者契約法は一定の独自の理念に基づいて構成されており、消費者契約を民法典に取り込むことによって、消費者契約法の体系性が破壊されることになる。このような犠牲を払ってまで、民法典の中に取り込む必要があるのか。
  - ②消費者契約や事業者間契約、契約当事者の一方が事業者である場合、事業者が行う一定の事業というように分けて、多くの特則を置くことが企図されている。しかし、このような消費者・事業者という視点によってすべて割り切れるものなのかどうか、また、これによる細分化と特別な取扱いが本当に妥当性を有するかどうかについて、更に検討する必要があるのではないか。

③とりわけ、事業者や経済事業の概念を用いて商法の規定を民法典に取り込むことが企図されているが、商人や商行為の検討を通して商法の適用可能性の有無を確定することが必要ではないか。

また、商法が適用されない領域で、商法と同様の規定を置く必要がある場合でも、必ずしも事業者や経済事業という概念を用いる必要はない。「～を業とする者」という用語を用いれば足りるのではないか。(大学教員)

○ 以下の2つの理由から、民法典に消費者法の規定を導入することには反対である。

第1の理由は、具体的な立法過程で消費者に不利な形で要件・効果等が縮減される可能性が高いからである。ここで想起しなければならないのは、消費者契約法の立法過程においても、情報提供義務・説明義務の法定義務化、あるいは不実告知等があった場合における広汎な契約取消権の立法が当初は予定されていたにもかかわらず、実際の立法にあたっては企業等の強い反対により、結局は適用範囲がきわめて限定される形での規定を余儀なくされたという経緯があったことである。消費者の自立へ向けた法整備を念頭に置いた立法である消費者契約法ですら、上記のような経緯を辿ったことに鑑みれば、一般法である民法に消費者保護的な規定を設けることにはかなり強い反発があることが予想される。その結果、現状ではその要件等が限定的で使いやすいとはいえない消費者契約法のレベル、場合によってはそれよりも低いレベルでの立法がなされる危険性もあると思われる。

第2の理由は、消費者法という視点からみると一部のみが民法典に入ることによって法体系の透視性を悪く可能性が高いからである。消費者契約法の内容を充実させて民法に取り込むにせよ、いわゆる消費者法のうち、その部分のみが民法に取り込まれて各則的な部分がすべて民法以外の個別法規に委ねられるのでは、消費者法が分断されてしまうことになる。むしろ、法体系の透視性・一体性を確保し、機動的な消費者政策を推し進めるうえでも、一般法である民法とは別に、省庁間の縦割り行政・権原争いを乗り越えて、消費者の自立と保護を念頭に置き、かつ、消費者信用法制をも包含した統一的な消費者取引法の立法をめざすべきであろう。(大学教員)

○ 消費者契約法は別仕立てで充実させることを目指すべきである。(弁護士)

○ 消費者・事業者の区別は簡単なものではなく、取引の性質や目的によって左右されるゆえ、条文化は困難であると思われる。また、法律の規定がわかりにくくなり、本来規制されるべきでない経済活動を委縮させる可能性がある。(弁護士)

○ 消費者契約を民法典に取り込むことに反対する。消費者法は変動の激

しい分野であるのに対して、民法は基本法としての安定が必要な分野である。消費者契約を民法に取り込むことは、消費者法の迅速な改正の障害となると同時に、民法典の安定を損なうおそれがある。(弁護士)

- 消費者法を民法に取り込むことは、結果的に、新たな消費者被害に対応する法改正を遅れさせ、消費者保護を後退させることになる。(弁護士)
- 消費者契約法と同様の消費者・事業者概念を民法に導入することには反対である。民法は、消費者概念に依存しない形で、契約正義（不公正あるいは不当な取引の規制。格差是正あるいは契約弱者保護などといってもよい）を実現することを重視してもらいたい。同時に、消費者法（消費者契約法）が民法とは別の法形式で存在する意義等についても留意すべきであり、それは消費者庁及び消費者委員会の責務なのであり、そちらの議論を経たうえで対応を行うべきである。(弁護士)
- 消費者契約法の趣旨が民法に埋没するおそれがあること、改正に時間がかかり、時期に適った改正が困難となるおそれがあること、消費者以外の消費者的立場の者（中小の小規模な自営業を営んでいる個人事業主や法人が多く存在するところ、それらの者については、他の事業者との交渉力の格差が明らかである。）が消費者から除外され保護されなくなるおそれがあることから、民法に消費者・事業者に関する規定を設けることには反対である。現状では、消費者基本法や消費者契約法などの特別法で個別に実態に即した解決が可能となっているのであるから、あえて民法に具体的規定を設ける必要性はない。(弁護士、弁護士)
- 民法に消費者・事業者に関する規定を設けることに反対する。

いまだかつて、当事者間の知識・経験・情報・交渉力等が全く対等であった取引など1件もない。しかし、それにもかかわらず、取引の一般法である民法債権法においては、対等な当事者間である「人」の間の取引の原則を示すことに意義がある。民法債権法においては、あくまでも対等な当事者間の私的自治・契約自由の原則を貫徹すべきである。

対等な私人・事業者間の契約法理と消費者契約の法理とでは、指導原理を全く異にする。消費者であることは、誰もやめることができないのであって、一定の場合には国家が消費者を後見的に保護する必要性もあるであろう。しかし、事業者は、自らリスクを取って収益獲得競争をする者であり、競争に敗れば、事業者であることをやめて市場から退出せざるを得ない立場にある。もし仮に、知識・経験・情報・交渉力等が劣後する事業者を国家権力である裁判所が後見的に保護すると、自由主義経済のダイナミクスを阻害し、産業界に広く非効率を温存し、日本経済の国際競争力を失わせる恐れがある。日本市場が格差是正・弱者保護の理念を原則とすれば、そのようなぬるま湯の中で保護される弱者企業が世界市場へ打って出る力を持ち得ないことはもちろん、保護され

ない強者企業も、日本で弱者企業保護のための追加の費用・負担を負わされる結果、世界市場での競争において不利とならざるを得ない。これを嫌う競争力のある企業が海外へ逃避し、日本国経済が空洞化する恐れも否定できない。

規定の仕方についても、対等な私人・事業者間の契約法理と消費者契約の法理という全く異なる理念に基づく規定が民法に混在すると、そのどちらが原則でどちらが例外かも不明確になってしまう。その結果、両者が連続性のある概念として取り扱われ、事業者間の取引についても、競争力のない事業者を裁判所が後見的に保護するような解釈・運用が行なわれかねない。特に、「債権改正の基本方針」に示されたように、消費者保護の規定が民法のあちこちに散在するような規定振りであれば、その弊害は著しい。

消費者契約は、一般法である民法の例外として、消費者契約法等の特別法に規定することで、その射程も明確になり、対等な私人・事業者間の契約の解釈に不当な影響を及ぼすことを回避することもできる。さらに、特別法を設けることで、特段消費者の保護に欠けるところもなく、むしろ、柔軟な法改正が容易となって消費者の保護にも資することになる。

当事者間の格差により競争秩序そのものが脅かされる場合は、独占禁止法の優越的地位の濫用の法理等により対応すれば足り、そのような場合に至らないのに、民法が格差是正の名の下に、当事者が定めた契約を書き換えるべきではない。一般の契約紛争に関する裁判の現場で、両当事者が、勝訴するために、いかに自分の方が競争力がないかの証明を競うのは馬鹿げている。また、もし民法に格差是正の理念が持ち込まれば、上記のとおり、両当事者間に全く格差がないことはあり得ないため、ほとんどの判例が、具体的な両当事者間の格差を前提とした事例判断となりかねず、契約法における裁判所の法形成機能は著しく失われるであろう。(弁護士)

- 民法(債権法)は、私法の一般法として基本ルールのみ規定されるべきであり、自然人、法人と分けることなく、特別な規制が必要な取引においては、現行のとおり特別法により運用することを原則とするのが望ましい。(会社員)
- 契約の当事者間に格差がある場合への対応は消費者契約法や労働関係法令を初めとする特別法に委ねるべきであり、一般法である民法には抽象的な「人」を念頭に置いて原則的な規定を設けるにとどめる方が、万人にとって妥当な結論が得られるため、その方向での議論が望ましい。特に、消費者法との関係においては、民法と消費者法を分離する現在の体系を維持する方向で検討するべきである。取引実務に経験のない民法学者の頭の中では、消費者取引と事業者取引とが同じに見えるのかもし

れないが、これらの取引は、たとえ相手が零細・中小事業者であってさえ、消費者取引とは全く性質を異にする。また、事業者間においては、各種事業法、下請法等の競争法といった行政法規による保護が既に図られており、民法によって政策的に保護を図るべき必然性が存在しないことも少なくない。両者を混同することは、事業者間取引において過度の委縮を招き、片や消費者取引で必要とされる保護が後退するという、誰にとっても不幸を招く結論しか生み出さない可能性が強く、その点が強く懸念される。(会社員)

- 不同意。消費者契約法や各種の業法で対応すべきであって、ことさらに民法に織り込むことで何らかの問題が解決するとは信じがたい。(会社員)
- 民法に「事業者」「消費者」の概念を持ち込むことは、反対である。民法は国民と国民との間における紛争が生じたときに、これを解決する基準を定める私法のなかで「一般法」としての位置にある。一般法である民法の内部に「事業者」「消費者」という概念を安易に取り込むことは、特別法との区分を曖昧にし、かえって法の全体的な構成を歪めるものになると考える。(弁護士)
- 消費者に関する規定は、民法だけの問題ではなく行政法的色彩もあり、民法典に盛り込むのは必ずしも適切ではない面がある。もし、消費者に関する規定を民法典に設けるのであれば、それが消費者に関係ない取引にも一般的に適用されることのないように区別して規定する必要があるが、境界が不明確になる可能性がある。

また、消費者に関する特別法はすでに多数存在し(消費者契約法、割賦販売法、特定商取引法など)、それらの特別法との整合性も検討しなければならないはず、膨大な作業が必要となる。むしろ、消費者に関する規定は従来通り特別法に委ねた方が、社会の状況の変化に応じた機敏な法改正を行うことができるのではないかと考えられる。

さらに、借地借家法、労働法に関しては、今回予定されている改正において民法典にすべて規定が設けられることは予定されていないようであり、とりわけ消費者法だけを民法典に取り込む必然性はないように思われる。(弁護士)
- 民法に消費者に関する条項を設けるべきではない。消費者帰依薬包については、制定後5年をもって実態部分の見直しをする旨の付帯決議がされているが、この議論が政府において進められていないようである。このような状況で安易に消費者に関する規定を民法に取り込んでしまうことは、性急な議論の中に、せつかく成立した消費者に関する基本法が飲み込まれ、求められる消費者保護体制が後退してしまう可能性がある。(弁護士)
- 民法典に消費者法の規定を導入することには反対する。具体的な立法

過程で消費者に不利な形で要件効果等が縮減される可能性がある上、消費者法という視点から見ると一部のみの民法典に入ることによって法体系の透視性を悪くする可能性が高いのではないかと考えるからである。むしろ、消費者契約法を中心に、消費者信用法制を包含する消費者統一法を制定すべきではないか。(大学教員)

- 民法は、本来、対等当事者間を規律するものであり、非対等当事者間の関係については特別法で規定すべき問題である。現代においては消費者・事業者による契約が多数を占めるのは確かであるが、だからといってこれらを民法で規定する必要があるとは言えない。むしろ、消費者など社会の状況に応じて変動しやすい概念については特別法で規定すべき内容と考える。(弁護士)
- 消費者被害の態様は時々刻々変化しており、被害防止、救済のための法律は、新規性、機動性が求められる。これまでも、消費者法は民法の特別法として、時代時代の要請に応える形で立法化され、改正されてきたはずである。民法典の解釈において事案によっては消費者法的発想を取り込む必要性はあるかもしれないが、それは個別具体的に行えば足りるはずであり、民法典に消費者法を取り込むことにより被害救済の機動性が失われてしまうことは改悪に他ならない。(弁護士)
- そもそも根本的な大規模改正を必要とするような事情はない。そのような中で国民の日常生活や経済活動の基本ルールである民法の大改正を行うのは混乱を招くだけではないか。(弁護士)
- 消費者契約については、消費者と事業者の契約について規定を置くことが検討されているが、消費者契約については、特別法によって規律されるべきであり、民法はあくまで私法の一般法であり続けるべきである。消費者契約を民法に組み込んだとしても、一般原則としての性質上、きめ細かい規定ができないため、ポリシーのようなものだけを民法規定としておくとしても、それに実質的意味がないと思われるし、事業者と消費者との間の現在の位置関係が今後も継続するかは不明であって、民法のように頻繁な改正が予定されていない母体の大きい方に組み込んだのでは、時代の変化に応じて柔軟に対応することができない。(大学教員)
- 反対である。民法の各規定に消費者契約に関する特則を置くと、消費者契約に関する規定が散逸し、かえって分かりにくくなる。また、消費者契約に関する規定を債権法に取り込んだとしても、業法規制があるため、消費者関連法は残さざるを得ないと思われ、その結果として、似たような規定が民法と消費者法の2つに分かれ、2つの法を参照しなければならなかったり、あるいは適用関係が不明確になるなどの問題が起きる(学生)。
- 民法への「消費者」概念、「事業者」概念の導入には反対である。消

費者基本法、消費者保護法等の確立した法制度がありながら民法を一部取り入れることは法体系を複雑化させるだけと史料する。事業者概念にしても既存の法律との関係で同様である。(主婦)

- 規定を設けることには反対である。仮に消費者に関する規定を設けるのなら、抽象的な理念規定を民法に設け、それを消費者契約法で受ける等の役割分担の議論を深めるなど、如何にしたら消費者保護を図ることができるかの観点から十分に検討すべきである。

国民すべてが消費者であること、企業間契約等を除けばそれ以外はすべて消費者契約に他ならないこと、しかも消費者と事業者の間には歴然とした情報格差、交渉力格差が存在すること、それによりさまざまな問題(消費者問題)が起きていることから言えば、民法においても消費者を正面から視野に入れなければならないことは、そのとおりであるが、既に近時の立法では、消費者保護を趣旨とする各法律が次々と登場しており、その流れの中に民法もある。しかし、消費者は、現民法が対等な私人間の関係を大前提にして、その上で権利義務関係が規定されていることにすっかり慣れている。特別法ではなく、基本法のドラステックな改正とその効果の是非は、現時点では読み切れない。結果を引き受けるのは消費者ですから、混乱や懸念がないのか、基本法の改正は柔軟には行えない点も考慮し、さらに十分に審議を尽くすべきである。

なお民法に消費者の規定を設けるのならば、当事者間に知識・情報等の格差がある場合には、劣後する者の利益に配慮する必要があるなどの抽象理念を導入することに賛成である。(消費生活相談員)

- 消費者契約法を民法の中に規定することには反対する。消費者契約法が成立した背景には、消費者と事業者間には情報の格差が存在していることがあり、消費者契約法は、格差を前提とした消費者保護を趣旨とした法律である。また、消費者保護を趣旨とした法律については、新たな消費者問題が起きたときには、迅速に改正する必要も生じてくる。(消費者生活相談員)
- 民法にそのような規定を設けるべきではない。検討を打ち切るべきである(弁護士)。
- 改定の必要があるとは思えない。民法に消費者法を混入させるべきではない。(個人)

## 2 消費者契約の特則

仮に消費者・事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば、次のような事項について消費者契約(消費者と事業者との間の契約)に関する特則を設けるという考え方があるが、これらを含め、消費者契約に適用される特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

- ① 消費者契約を不当条項規制の対象とすること（前記第31）
- ② 消費者契約においては、法律行為に含まれる特定の条項の一部について無効原因がある場合に、当該条項全体を無効とすること（前記第32，2(1)）
- ③ 消費者契約においては、債権の消滅時効の時効期間や起算点について法律の規定より消費者に不利となる合意をすることができないとすること（前記第36，1(4)）
- ④ 消費者と事業者との間の売買契約において、消費者である買主の権利を制限し、又は消費者である売主の責任を加重する合意の効力を制限する方向で何らかの特則を設けること（前記第40，4(3)）
- ⑤ 消費貸借を諾成契約とする場合であっても、貸主が事業者であり借主が消費者であるときには、目的物交付前は、借主は消費貸借を解除することができるものとする（前記第44，1(3)）
- ⑥ 貸主が事業者であり借主が消費者である消費貸借においては、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることができる（前記第44，4(2)）
- ⑦ 消費者が物品若しくは権利を購入する契約又は有償で役務の提供を受ける契約を締結する際に、これらの供給者とは異なる事業者との間で消費貸借契約を締結して信用供与を受けた場合は、一定の要件の下で、借主である消費者が供給者に対して生じている事由をもって貸主である事業者に対抗することができる（前記第44，5）
- ⑧ 賃貸人が事業者であり賃借人が消費者である賃貸借においては、終了時の賃借人の原状回復義務に通常損耗の回復が含まれる旨の特約の効力は認められない（前記第45，7(2)）
- ⑨ 受任者が事業者であり委任者が消費者である委任契約においては、委任者が無過失であった場合は、受任者が委任事務を処理するに当たって過失なく被った損害についての賠償責任（民法第650条第3項）が免責されるとすること（前記第49，2(3)）
- ⑩ 受託者が事業者であり寄託者が消費者である寄託契約においては、寄託者が寄託物の性質又は状態を過失なく知らなかった場合は、これによって受寄者に生じた損害についての賠償責任（民法第661条）が免責されるとすること（前記第52，5(1)）
- ⑪ 消費者契約の解釈について、条項使用者不利の原則を採用すること（前記第59，3）
- ⑫ 継続的契約が消費者契約である場合には、消費者は将来に向けて契約を任意に解除することができる（前記第60，2(3)）

【部会資料20-2第1，2 [11頁]】

【意見】

- ここで列挙されている類の規定であれば民法の中に入れても構わないとの意見もあり、特に異論はなかった。(北海学園大民研)
- 消費者概念を民法に導入する以上、そのような消費者の特則的な規定が必要になるので、その限度では賛成である。もっとも、消費者でなければ直ちにそのような規定が不要であるとする見解を是認する趣旨ではない。(兵庫県弁)
- 民法において、必要に応じて、関係する条項において、「消費者契約」に関する特則の規定を設けるべきである。「消費者」「事業者」の定義は民法に規定するとして、「消費者契約」(消費者契約法2条3項)に関する特則を民法に規定すべきか否かが問題となる。分かりやすさという観点から考えると、「消費者契約」に関する特則を規定すべきであると判断される条項ごとに、特則を明記すべきである。(福岡弁)
- 消費者契約の特則は、③、⑤を除けば基本的に賛成であるが、これも意義と必要性の観点から十分に議論を深めていただきたい(③については、時効期間の合意による変更を認めるべきではなく、⑤については、消費貸借を諾成契約に見直すことに賛成しない。)(全相協)
- いずれの提案についても賛成。消費者契約についての規定を民法に取り入れたからといって、内容が硬直化するわけでは必ずしもなく、他国では民法規定の改正も頻繁に行われている。(大学教員)
- ①から⑫までを含めて賛成する。より消費者の権利擁護が図れるようにして、民法に取り組むべきである。(消費生活専門相談員)
- 消費者契約の特則を民法に規定することには賛成できない。中間論点整理に置いて提示された①から⑫までについても、民法に規定することは賛成できない。(東弁)
- 消費者に関する規制については、私法上の規制の可否や要件について取引の実態を踏まえたきめ細かな対応が必要であること、次々と現れる悪質な商法への迅速な対応が必要であることから、特別法に委ねるべきであり、仮に消費者概念を民法に取り入れる場合でも抽象的な解釈理念を規定するにとどめ、具体的な特則を設けるべきではない。(一弁)
- 民法に規定を置くことにつき、反対する。消費者契約法等の特別法に規定すべきである。個別の設問は、論点として取り上げるべきではない。(札幌弁)
- 民法は市民社会において「人」という単一で構成員をくくっているものであり、敢えて格差を固定化するような消費者・事業者概念を導入することについてはより慎重に検討すべきである。  
 現実に問題とされている格差については消費者契約法等の法令の機動的な改正によって対処すべきであって、消費者契約のみに適用される特則規定を民法に導入してしまえば、時代の変化に伴う機動的な改正が困難となってしまう。また、消費者契約に適用される特則規定を民法に取

り込んだからといって現在の消費者契約法等の法令が廃止されるわけではないところ、事案によっては民法の消費者契約に適用される特則規定と消費者契約法等の法令の両者が適用される場合もあり得る。こうした場合、消費者保護規定を使う者にとってはいずれの規定を使うべきか分かりにくい複雑な体系となってしまう。よって、消費者契約に適用される特則規定を民法に定めるべきでない。(広島弁)

- 民法に消費者・事業者概念を導入することは反対である。(二弁)
- 仮に、事業者・消費者の定義など、消費者保護法理を一定程度民法に取り込むとしても、「私法の一般法」である民法典に消費者契約に関する特則を規定する必要性は認められない(消費者契約法等の特別法に規定すれば十分である)し、消費者契約のうち一部のみについて特則を設ける根拠(労働契約は取り込まない)にも乏しい。(親和会)
- 民法に消費者に関する特則を置くべきではないと考えるが、仮に置くとしても、過度に偏った規定とならないように慎重に検討いただきたい。(長島・大野・常松有志)
- 民法に消費者契約の特則規定を設けることに反対する。消費者保護は、民法に消費者概念を導入して消費者契約の特則を設けることによって行うのではなく、特別法によって行うべきであると考えからである。(青司協)
- 民法に取り入れることに反対である。その理由は以下のとおりである。
  - ①民法が複雑になる。②消費者契約法等が空洞化する。③民法に取り入れると、自己責任等から消費者保護が後退するおそれがある。また、大量条文の中の微小部分となり、消費者法の地位が低下する。④消費者法として、消費者契約法、割賦販売法、特定商取引法などの諸法を一体化して消費者保護を図るべきである。(広大有志)
- 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。(日大民研・商研)
- 民法は私法の一般法であり、対等な当事者又は抽象的な「人」概念を前提とすべきである。消費者契約法の制定後いまだ日が浅く、規定内容が流動的である中、改正が必ずしも機動的にできない民法に消費者関連規定を持ちこむことは、時期尚早である。消費者保護が必要な事項については、消費者保護法等の特別法で解決すべきである。以上から、消費者契約の特則を民法に設けることについては、賛成できない。(自動車リース連)
- 消費者向けに提供している商品・サービスに対する顧客のニーズは説明の充実もさることながら、取引の迅速性にもあると考えられる。消費者契約の特則の内容によっては、手続きの迅速化を求める顧客ニーズとは相反する結果となりかねず、契約類型が消費者契約であるということのみをもって、私法の基本法たる民法で当該契約の特則を一律に設ける

ことは馴染まないのではないかと考えられる。(全銀協)

- 消費者契約法については、制定して十分に時間が経過していないため、民法への導入については、今後、判例の蓄積を待って検討をすべきである。(会社員)
- 業者に対する規制は業法に任せるべきである。民法では、変化が激しい業界に対応して毎年のように法改正することは無理である。(会社員)
- 仮に債権法を(一部でも)改正するとしても、民法に消費者に関する条項を設けるべきではない。消費者契約法については、制定後5年をもって、実体部分の見直しをする旨の付帯決議がなされているが、この議論が政府において進められていないようである。このような状況で安易に、消費者に関する規定を民法に取り込んでしまうことは、性急な議論の中に、折角成立した消費者に関する基本法が飲み込まれ、求められる消費者保護法制が後退してしまう可能性がある。消費者・事業者についての規定一つにしても、極めて大きな問題なのであり、なんでもかんでも、一度に改正しようということに極めて大きな無理があると言わざるを得ない。(弁護士)
- 消費者契約に関する一般的ルールについては、現時点では消費者契約法に規定すべきであり、今時の改正で民法典に規定することは相当ではない。契約各則に関しては今時の改正において、民法典に規定することの当否を具体的に検討すべきであるが、消費者契約法の扱いも併せて検討すべきである。(司法書士)
- 改定の必要があるとは思えない。民法に消費者法を混入させるべきではない。(個人)
- 立法化が検討されるべき事由としては、下記のようなものがある。ただし、これらを消費者契約法ではなく民法で立法することの是非については慎重に検討すべきである。
  - ①不実表示規定についての事業者から消費者への取消権行使の制限
  - ②状況の濫用、不招請勧誘、不当勧誘一般を理由とした消費者取消権の創設、適合性原則による無効の創設
  - ③契約条項の明確化・平易化規定の新設
  - ④不意打ち条項の新設
  - ⑤法定追認事由から「履行の全部又は一部の受領」「担保の受領」の削除
  - ⑥消費者契約の取消権行使の効果に関する現存利益の特則の明文化など。
- 法形式の問題はともかく、消費者契約に関する特則を法制化する必要性は高い。その理由は、もし、民法改正に伴って新たな制度が導入された場合には、消費者契約に関する適用除外を規定する必要性も否定でき

ず（例・債権の消滅時効に関する変更合意など）、消費者に関する特則を法制化すべき必要性が高いと考えられるからである。

なお、上記のような消費者契約に関する特則の法制化については、民法と同時に消費者契約法を改正する方法で立法化することが望ましく、民法の改正を機に、消費者契約法の私法実体規定を民法に取り込んで消滅させるという考え方（いわゆる統合論）には反対である。もし、消費者契約法の同時改正が難しい場合には、消費者保護を進めるという観点から、次善の策として、既存の消費者契約法の私法実体規定はそのままに、消費者契約に関する特則を民法に設けるということも検討すべきである。（大分消費者ネット）

- 2000年に消費者と事業者の情報の質及び量の格差を認めた消費者契約法が成立し翌年施行されてから10年がたち、5年を目途に見直しを検討されながら団体訴権以外は手つかずの状況である。消費者契約法という特別法が、より事業者と消費者の格差を埋める改正がされるほうが、より消費者保護につながると考えられる。特別法を時宜にあった形でより柔軟に改正することができれば民法の中に詳細な規定を設けることは、消費者にとって望まない契約から逃れる手段を奪う事になりかねない。（消費生活相談員）
- 消費者契約法を民法典に取り込もうとする動きに見えるが、それは反対である。消費者契約法は、まだ生成途中の未成熟な法律である。民法典のように動きの少ない法典に盛り込まれるような性質のものではない。この改正で、消費者契約法の論議を進める事は不可能であるし、消費者契約法を民法典に盛り込む事には反対する。（個人）

### 3 事業者に関する特則

#### (1) 事業者間契約に関する特則

仮に事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば、次のような事項について事業者と事業者との間の契約に適用される特則を設けるべきであるという考え方がある。これらを含め、事業者間契約に関する特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

- ① 事業者間契約は、債務者が催告に応じなければ原則として契約を解除することができ、重大な契約違反に該当しないことを債務者が立証した場合に限り、解除が否定されるとすること（前記第5，1(1)）
- ② 事業者間の定期売買においては、履行を遅滞した当事者は相手方が履行の請求と解除のいずれを選択するかを確答を催告することができ、確答がなかった場合は契約が解除されたものとみなすこと（前記第40，4(4)）

- ③ 事業者間の売買について買主の受領拒絶又は受領不能の場合における供託権，自助売却権についての規定を設け，目的物に市場の相場がある場合には任意売却ができるとすること（前記第40，44）

【部会資料20-2第1，3(1) [14頁]】

**【意見】**

- 個別の特則については，具体的な必要性和合理性を十分に検討することが必要である。（金沢弁消費者委）
- 民法に規定を置くことにつき，反対する。商法に規定すべきである。個別の設問は，論点として取り上げるべきではない。（札幌弁）
- 事業者間契約に関する特則を設けることは，明文化により法律関係を明確化できる側面もあるものの，個々の規定の必要性・合理性は慎重に検討される必要がある。

また，そもそも，こうした事業者間に関する規定については，事業者概念を導入するかについては慎重に検討すべきであるのはもとより，特に，商人ではない事業者や，消費者に近い事業者について，高度の義務を負わせることは，過大な負担となる可能性があり，商人から非商人である事業者に適用範囲を拡大してよいか慎重に検討すべきである。

さらに，改正するとしても民法ではなく商法におくべき（商法の改正に止めるべき）との意見も強い。

したがって，事業者間契約に関する特則を設けるか，どのような規定とするか，規定を設ける場合に民法と商法その他の特別法のいずれに規定するか，慎重な検討を要する。（日弁連）

- そもそも民法に事業者概念を取り込むことに反対である。特に「事業者」の概念には営利行為を行う者以外の者も含まれるのであり，こうした者についてまで営利行為を前提とする特則規定を設ける必要はない。これら特則については民法の特別法にあたる商法において規定すべきであって，敢えて民法に取り込む必要性は低い。（広島弁）
- 商法（商法総則，商行為法）の規律と民法の規律との整理・統合を検討することなく，事業者間の契約の特則を設けることは反対である。民法の抜本改正を検討するに限り，商法の規律をどこまで民法に取り込むのかは，重要な検討課題である。たとえば，契約法に関する商法的規律を民法典に並べて規定することによって一覽性を高める工夫は検討に値するであろうし，商法において「商人」，「商行為」という技術的概念を使って適用範囲を定めていることについても，分かりにくいという問題があるだけでなく，「非商人の事業者」についても，ある程度，商人と同様の規律に服させるべきではないかという問題意

識も生じており、「商人」の概念に代えて「事業者」の概念を中心にして体系を構築することは検討されて良い（営利事業者と非営利事業者の間で規律の一部に差異を設けることを否定する趣旨ではない）。ところが、商法の規定をそのままにしておいて、民法典のみに「事業者間契約」についての特則を設けることは、法体系を複雑にするだけであり、賛成できない。（兵庫県弁）

- これまで、民法（債権法）＝一般市民間の経済取引を規律する法律、商法＝「事業者」間の経済取引を規律する法律とされており、現時点でこれを変更する必要性は乏しい。たしかに、民法において「事業者」の概念を取り込むことが提案されているが、これは、「消費者」の概念を明確にし、一般市民が当事者となる「消費者契約」に関する特則（強行法規である）を民法に規定するためであり、「事業者」に関する特則を民法に規定するためではない。以上のとおりであって、事業者間契約に関する特則は商法に規定すべきであって、民法に規定すべきではない。（福岡弁）
- 仮に事業者概念を民法に取り入れるとしても、法律行為が事業のために行われたときには一般ルールとは異なるルールが広く妥当するような場合につき特則を設けるにとどめ、強者たる（対等な）事業者同士に妥当するルールは商法等の特別法に委ねるのが妥当である。

一口に事業者といっても、日本を代表するような大企業から、ほぼ個人とイコールのような中小零細事業者まで幅広く、強弱様々なものがあるし、事業目的との関係で、何を専門としているかの違いが当然生じ、当該取引に関する情報・知識にも格差が生じるはずである。にもかかわらず、これら全てが「事業者＝取引社会で要請される専門性や迅速性に対応する能力を備える主体」と一括りにされて、一律に、義務を加重されたり、迅速性を求められたりすると、中小零細事業者の保護に欠け、あるいはその取引行為の専門家ではない事業者が不利益を被る場合が生じかねない。（横浜弁）
- 民法に消費者・事業者概念を導入することは反対である。（二弁）
- 事業者の中にも中小企業、零細企業など情報量、交渉力の点において大企業に格段に劣る事業者があるのであるから、そのような差異を考慮せずに一律に特則を設けることは、かえって事業間の格差を拡大させることになる可能性があり、反対である。（東京同友会）
- 仮に、事業者・消費者の定義など、消費者保護法理を一定程度民法に取り込むとしても、「私法の一般法」である民法典に事業者間契約等の特則を規定する必要性は認められず、商法をはじめとする特別法で規定すれば十分である。（親和会）
- 民法に取り入れることに反対である。（広大有志）
- 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。(日大民研・商研)

- 民法における規律は、あくまでも私的自治による契約自由の原則にもとづくべきであり、事業者間の契約に関する規律は本質的に取り入れるべきではなく、商法およびその他特別法で対応するのが妥当と考える。

仮に民法に事業者に関する特則を設けることを検討する場合には、商法の商行為法との関係をどのように考えるのかという点についても、民法に規定することの妥当性と併せて慎重に検討するべきである。

(全銀協)

- そもそも、民法にこのような規定を設けること自体に反対である。ここで挙げられている事項も、全て商行為法の問題として論じられている問題であり、民法の問題ではない。(会社員)
- 改定の必要があるとは思えない。民法に事業者の特則を混入させるべきではない。(個人)
- これらの商行為法的規定を「事業者」の問題として規定することには、疑問がある。いわゆる「事業者」はあくまで「消費者契約」において「消費者」と対置される概念であり、従来の「商人」概念とは異なる。(北海学園大民研)

## (2) 契約当事者の一方が事業者である場合の特則

仮に事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば、次のような事項について、契約の一方当事者が事業者であれば他方当事者が消費者であるか事業者であるかを問わずに適用される特則を設けるべきであるとの考え方があり、これらを含め、契約当事者の一方が事業者である場合の特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

- ① 債権者が事業者である場合には、特定物の引渡し以外の債務の履行は債権者の現在の営業所（営業所がないときは住所）においてすべきであるとする（前記第17, 6(2)）
- ② 事業者が事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示した場合に、提示された事項によって契約内容を確定することができる場合は、その提示を申込みと推定すること（前記第24, 2(2)）
- ③ 事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合には、申込みとともに受け取った物品を保管しなければならないとする（前記第24, 7）
- ④ 買主や注文者が事業者である場合においては、売主や請負人の瑕疵担保責任の存続期間の起算点を瑕疵を知り又は知ることができた時とする（前記第39, 1(6), 第48, 5(5)）

- ⑤ 賃貸人が事業者である場合においては、賃貸借の目的物の用法違反に基づく損害賠償を請求すべき期間の起算点を損傷等を知り又は知ることができた時とすること（前記第45, 7(3)ア）
- ⑥ 寄託者が事業者である場合においては、返還された寄託物に損傷又は一部滅失があったことに基づく損害賠償を請求すべき期間の起算点を損傷等を知り又は知ることができた時とすること（前記第52, 6）
- ⑦ 役務提供者が事業者である場合は、無償の役務提供型契約においても注意義務の軽減を認めないとする（前記第50, 2）
- ⑧ 宿泊事業者が宿泊客から寄託を受けた物品について厳格責任を負う原則を維持しつつ（商法第594条第1項参照）、高価品について損害賠償額を制限するには宿泊事業者が価額の明告を求めたことが必要であるとし、また、正当な理由なく保管の引受を拒絶した物品についても寄託を受けた物品と同様の厳格責任を負うとすること（前記第52, 11）

【部会資料20-2第1, 3(2) [16頁]】

#### 【意見】

- 事業活動に伴って提供を受けた物に関する瑕疵通知義務の起算点を明確にすることなど、商法の規定を踏襲するものについては理解できる。（情サ産協）
- 個別の特則については、具体的な必要性和合理性を十分に検討することが必要である。（金沢弁消費者委）
- 民法に規定を置くことにつき、反対する。商法に規定すべきである。個別の規定は、論点として取り上げるべきではない。（札幌弁）
- 契約当事者の一方が事業者である場合の特則を設けることは、明文化により法律関係を明確化できる側面もあるものの、個々の規定の必要性・合理性は慎重に検討される必要がある。

特に、商人ではない事業者や、消費者に近い事業者について、高度の義務を負わせることは、過大な負担となる可能性があり、商人に対する商法上の規定から、非商人である事業者に適用範囲を拡大することが妥当か、慎重に検討すべきである。また、こうした事業者間に関する規定は、民法ではなく商法におくべきとの意見も強い。

したがって、事業者間契約に関する特則を設けるか、どのような規定とするか、非商人たる事業者に適用範囲を拡大するか、規定を設ける場合に民法と商法その他の特別法のいずれに規定するか、慎重な検討を要する。（日弁連）
- 「事業者」概念には、商人が含まれることになるが、これも、同様に理由から、個々の提案内容に対する賛否にかかわらず、商法（商法

総則，商行為法）の規律と民法の規律との整理・統合を検討することなく，契約当事者の一方が事業者である場合の特則を設けることは反対である。（兵庫県弁）

- これまで，民法（債権法）＝一般市民間の経済取引を規律する法律，商法＝「事業者」間の経済取引を規律する法律とされており，現時点でこれを変更する必要性は乏しい。たしかに，民法において「事業者」の概念を取り込むことが提案されているが，これは，「消費者」の概念を明確にし，一般市民が当事者となる「消費者契約」に関する特則（強行法規である）を民法に規定するためであり，「事業者」に関する特則を民法に規定するためではない。以上のとおりであって，契約当事者の一方が事業者である場合の特則を設けるべきではない。（福岡弁）
- 仮に事業者概念を民法に取り入れるとしても，法律行為が事業のために行われたときには一般ルールとは異なるルールが広く妥当するような場合につき特則を設けるにとどめるべきである。

一口に事業者といっても，日本を代表するような大企業から，ほぼ個人とイコールのような中小零細事業者まで幅広く，強弱様々なものがあるし，事業目的との関係で，何を専門としているかの違いが当然生じ，当該取引に関する情報・知識にも格差が生じるはずである。にもかかわらず，これら全てが「事業者＝取引社会で要請される専門性や迅速性に対応する能力を備える主体」と一括りにされて，一律に，義務を加重されたり，迅速性を求められたりすると，中小零細事業者の保護に欠け，あるいはその取引行為の専門家ではない事業者が不利益を被る場合が生じかねない。（横浜弁）
- 民法に消費者・事業者概念を導入することは反対である。（二弁）
- 仮に，事業者・消費者の定義など，消費者保護法理を一定程度民法に取り込むとしても，「私法の一般法」である民法典に一方が事業者である場合の特則を規定する必要性は認められず，商法をはじめとする特別法で規定すれば十分である。（親和会）
- 事業者の中にも中小企業，零細企業など情報量，交渉力の点において大企業に格段に劣る事業者があるのであるから，そのような差異を考慮せずに一律に特則を設けることは，かえって事業者間の格差を拡大させることになる可能性があり，反対である。（東京同友会）
- 事業者であっても，調査能力等には差異があることなど考慮すると，事業者であるとの一事をもって取扱に差異生じさせることに合理性があるか慎重に検討すべきである。（長島・大野・常松有志）
- 民法に取り入れることに反対である。（広大有志）
- 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。（日大民研・商研）

- 特定の事業については、いわゆる業法において事業者に特別の義務が課されている。したがって、事業者が契約当事者の場合、かかる特別の義務の存在を前提に民法の一般原則を適用して規律すれば十分であると考えられる。(不動協)
- 民法における規律は、あくまでも私的自治による契約自由の原則にもとづくべきであり、事業者間の契約に関する規律は本質的に取り入れるべきではなく、商法およびその他特別法で対応するのが妥当と考える。  
仮に民法に事業者に関する特則を設けることを検討する場合には、商法の商行為法との関係をどのように考えるのかという点についても、民法に規定することの妥当性と併せて慎重に検討するべきである。(全銀協)
- 事業者概念を民法に取り入れること自体に反対であり、当該議論は不要であると考ええる。(会社員)
- 改定の必要があるとは思えない。民法に事業者の特則を混入させるべきではない。(個人)
- これらの商行為法的規定を「事業者」の問題として規定することには、疑問がある。いわゆる「事業者」はあくまで「消費者契約」において「消費者」と対置される概念であり、従来の「商人」概念とは異なる。(北海学園大民研)

### (3) 事業者が行う一定の事業について適用される特則

仮に事業者概念を民法に取り入れることとする場合に、例えば次のような事項については、事業者が行う事業一般に適用するのでは適用対象が広すぎ、反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われているものを指す「経済事業」という概念によって規定の適用範囲を画すべきであるという考え方がある。「経済事業」という概念を用いて規定の適用範囲を画することの当否や、経済事業に適用される特則としてどのような規定を設ける必要があるかについて、更に検討してはどうか。

- ① 事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときは、特段の合意がない限り、その保証は連帯保証とすること(前記第12, 6(1))
- ② 事業者間において貸主の経済事業の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合は、特段の合意がない限り利息を支払わなければならないとすること(前記第44, 2)
- ③ 事業者が経済事業の範囲内において受任者、役務提供者(役務提供型契約の受皿規定(前記第50参照)を設ける場合)又は受寄者として委任契約、役務提供型契約又は寄託契約を締結した場合は有償性が推定されるところとすること(前記第49, 3(1), 第50, 4)

(1), 第52, 5(2))

- ④ 事業者がその経済事業の範囲内において寄託を受けた場合は、無償の寄託においても受寄者の注意義務の軽減を認めないとする事  
(前記第52, 3)
- ⑤ 組合員の全員が事業者であって、経済事業を目的として組合の事業が行われる場合は、組合員が組合の債権者に対して負う債務を連帯債務とすること(前記第53, 2)

【部会資料20-2第1, 3(3) [20頁]】

### 【意見】

- 事業者に関する特則を、事業者一般に適用するのでは適用対象が広すぎるため(事業者間格差の問題)、その適用を限定するという考え方には賛成である。しかし、「経済事業」という概念で絞りきれぬかどうかは疑問であり、また、「経済事業」該当性について解釈に争いが生じる懸念があることから、このような概念を導入する場合には、その定義について慎重な検討を要する。(愛知県弁)
- 個別の特則については、具体的な必要性和合理性を十分に検討することが必要である。(金沢弁消費者委)
- 「経済事業」という概念によって規定の適用範囲を画することの可否については、商人概念及び商法典の在り方と併せて検討すべきである。(司法書士)
- 慈善事業であっても収支が相償わしていることからすると、「経済事業」が収支を相償うことを目的として行われるものを指すとすると無限定な概念になりかねないとの意見があった。(最高裁)
- そもそも商人と事業者には、経済的利益に対する機敏さに差があり、商人に対する規定を事業者に適用範囲を拡大してよいか問題があり、商人に関する規定を商法に規定すれば足りるのではないか、それを越えた規定の必要があるのか、の視点から検討すべきである。

経済事業の概念を導入することについては、事業者一般では広すぎるとしても、経済事業の定義である「収支相償う」ということ自体不明確であり、経済事業の概念で適正な適用範囲を確定できるとは言えない。また、経済事業に該当するか否かの判断も困難である。その意味では、「経済事業」の概念の導入には、反対である(少なくともこうした視点に留意しつつ、個々の規定において、具体的な必要性、合理性について慎重に検討すべきである)。

また、「経済事業」の概念で画一的な規定を設けるのではなく、個々の規定において、適用対象となる事業の範囲の制限を個別に規定すれば足りるとの考え方もあることから、こうした視点も留意しつつ、検討すべきである。(日弁連)

- 「経済事業」という概念は国民には全く馴染みがなく、かつ「収支が相償う」という意味が不明確であるばかりか、何故そのような要件になるかの説得的な根拠が見あたらない。したがって、このような概念を設けること、及びこれを前提とする規定を設けることには強く反対する。仮に分かりやすい概念を用いたとしても、事業者に関する特則を民法に置くのは、失当である。これを前提とする中間論点整理において提示された①から⑤までについても全て強く反対する。(東弁)
- 仮に事業者概念を民法に取り入れるとしても、経済事業の概念を導入してその適用範囲を画することには反対である。事業者概念の中には営利行為を目的としない者も含まれており、商人の概念とは異なるものになると思われる。そうした前提のもとで「経済事業」との概念を用いて事業者概念の絞り込みを行おうとするものであるが、これまでの立法例や判例等で定義づけられているわけでもない「経済事業」や「収支相償う」といった概念は極めて不明確なものと言わざるを得ない。そもそも、商人の概念により適用法条を切り分けてきた現在の法体系のいかなる点に不都合があることも明らかとなっておらず、敢えて新たな導入する積極的な必要性があるともいえない。(広島弁)
- これも同様の理由から、商法(商法総則、商行為法)の規律と民法の規律との整理・統合を検討することなく、契約当事者の一方が事業者である場合の特則を設けることは反対である。なお、「収支が相償う」(収支相償)とは、公益法人にも用いられる概念であるが(公益法人認定法5条6号)、公益目的事業をも含む「経済事業」という概念を設けることの意味、及び、「経済事業」の概念を使って区分することによる妥当性確保の見通しが定かではない。(兵庫県弁)
- 事業者概念を採用するか、事業者の事業の一内容として「経済事業」の概念を採用するかについては、慎重な検討を要する。

本論点の問題意識としては、次のとおりである。(1)現行法の商人概念では、一般社団・財団法人やNPO法人等が商人と同じ事業を行っていたとしても、商行為の規定がないこととなるため、狭きに失する。(2)これに対して、消費者以外をすべて事業者とすることは、明確ではある一方、零細事業者について大規模事業者との間では消費者的に扱うべきとの問題意識もある。また、弁護士、マンション管理組合など事業者であるが営利行為を行っていない者は、商人と同様な取引関係に対する敏感さを必ずしも持ち合わせていないのであり、商人や営利事業者と同一に扱ってはならないのではないかと考えられる。そうしたときに、(消費者概念の対概念としての事業者概念を超えて)、事業者概念に独自の意味を持たせられるかは問題であり、さらには、消費者と事業者の境界にあるものを適切に規律するための概念に関

する規定を設ける必要があるか、それは可能であるかは、問題である。そして、そのために、事業を「経済事業」として限定することが妥当であるかどうかは、俄かに決しがたく、慎重な検討を要する。すなわち、個々の規定において、適用を想定している者が異なることから、これらについて「経済事業」として、事業の範囲（すなわち適用範囲）を一律に画することは、必ずしも妥当とはいえない。そもそも、事業者概念を民法に導入するかどうかは、商法における商人概念の取扱いのほか、消費者概念との関係（消費者概念と事業者概念の境界を一致させるか否か、相互に相対的に解釈する可能性、消費者概念の事業者への拡張的処理の可能性、消費者保護への具体的な影響等を含む）の規律の仕方ともかかわるところであり、あえて民法に規定する必要があるかどうか、さらに議論が必要である。個別の規定ごとに事業の範囲を限定する事業概念そのものは消費者以外のものとして、明確化しつつ、個々の規定において「『… …』の場合において」ないし「『……』をする事業」などとして、適用対象となる事業を、個々の規定の趣旨に照らして適切な範囲に限定するよう試みる方法が考えられる。また、消費者保護規定を、零細事業者に拡張して適用する規定の仕方もある。民法への取込みによる適用順序の変更とそれによる保護の後退への危惧また、事業者概念（および消費者概念）を民法に取り込んだ際には、特別法たる商法ないし消費者契約法の規定が、特別法から一般法になり、適用順位が変わる可能性がある。民法への取込みにより、特別法との適用順序が変更になり、現行法の保護が（予期せず）後退することのないよう注意が必要である。

（大阪弁）

- 「経済事業」という概念を設けて、商法の規定を参考に一定の場合に民法の特則を設けることが提案されているが、そこまで民法の特則を設ける必要があるとは思われない。（福岡弁）
- 仮に事業者概念を民法に取り入れるとしても、法律行為が事業のために行われたときには一般ルールとは異なるルールが広く妥当するような場合につき特則を設けるにとどめるべきである。一口に事業者といっても、日本を代表するような大企業から、ほぼ個人とイコールのような中小零細事業者まで幅広く、強弱様々なものがあるし、事業目的との関係で、何を専門としているかの違いが当然生じ、当該取引に関する情報・知識にも格差が生じるはずである。にもかかわらず、これら全てが「事業者＝取引社会で要請される専門性や迅速性に対応する能力を備える主体」と一括りにされて、一律に、義務を加重されたり、迅速性を求められたりすると、中小零細事業者の保護に欠け、あるいはその取引行為の専門家ではない事業者が不利益を被る場合が生じかねない。（横浜弁）

- そもそも、事業者概念を民法に規定すること自体に反対である。また、「経済事業」の定義における、収支相償原則が、営業の概念のように積極的に経済的利益を上げることが目的とする場合に加え、積極的に経済的利益を上げることまでは目指さないが、少なくとも損失を出さないことを目的とするものというのであれば、営利目的との相違が必ずしも実際には判然としなくなり、適用範囲が不明確になるおそれがある。(二弁)
- 仮に、事業者・消費者の定義など、消費者保護法理を一定程度民法に取り込むとしても、「私法の一般法」である民法典に特定の事業に関する特則を規定する必要性は認められず、特別法で規定すれば十分である。(親和会)
- 事業者の中にも中小企業、零細企業など情報量、交渉力の点において大企業に格段に劣る事業者があるのであるから、そのような差異を考慮せずに一律に特則を設けることは、かえって事業間の格差を拡大させることになる可能性があり、反対である。(東京同友会)
- 民法に取り入れることに反対である。(広大有志)
- 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。(日大民研・商研)
- 民法における規律は、あくまでも私的自治による契約自由の原則にもとづくべきであり、事業者間の契約に関する規律は本質的に取り入れるべきではなく、商法およびその他特別法で対応するのが妥当と考える。  
仮に民法に事業者に関する特則を設けることを検討する場合には、商法の商行為法との関係をどのように考えるのかという点についても、民法に規定することの妥当性と併せて慎重に検討するべきである。(全銀協)
- 事業者の個別の行為が「経済事業」かどうかで振り分けることは困難であり、非常に分かりづらく、混乱を招く。(札幌弁)
- もともと「商人」「商行為」概念によってその適用範囲が画されてきた規定を民法典に移設しようとする際「商行為」に代わる概念を民法に設ける必要があるというのであれば、端的に「事業のためにする」行為(会社法第5条参照)と規定すればよいと思われる。この点、事業者が行う事業一般に適用するのでは適用範囲が広すぎるという考え方は、その趣旨自体理解に苦しむところであり、また「収支が相償うことを目的とする」といった要件を設けるのであれば、当該要件が有償行為を指すものと解される可能性があり、その場合企業等が無償で行う債務の保証はずべて上記①の適用除外となってしまう、③が「有償契約の場合は有償性が推定される」という全く意味のない規定になってしまう、④が実際には全く適用の余地がない規定となっ

まうなどの問題点があることから、少なくとも「経済事業」という概念を採用すべきではない。(弁護士)

- かなりの部分を占める事業者がこの「経済事業」を行う事業者に該当すると思われ、果たして、「経済事業」概念を設けることに、どれだけの意味があるのか、詳しい検証が必要である。どこまでが「積極的に経済的利益を上げる」といえるのか明らかではないし(どの事業者も積極的に経済的利益を上げることを目的としている、といえるかもしれない。)、どんな事業者であっても、損失を出すことを一般的、恒常的に認める事業者はいないと思われ、どの事業者も、「少なくとも損失を出さないことを目的として事業を行」っているからである。

「経済事業」の概念を民法の規定に新設するとしても、「営利的経済事業」の概念をあわせて設けることを検討してはどうか。(弁護士)

- 事業者概念を民法に取り入れること自体に反対であり、当該議論は不要であると考え。(会社員)
- 改定の必要があるとは思えない。民法に事業者の特則を混入させるべきではない。(個人)
- これらの商行為法的規定を「事業者」の問題として規定することには、疑問がある。いわゆる「事業者」はあくまで「消費者契約」において「消費者」と対置される概念であり、従来の「商人」概念とは異なる。(北海学園大民研)

### 第63 規定の配置

民法のうち債権関係の規定の配置については、①法律行為の規定を第3編債権に置くべきであるという考え方の当否、②時効の規定のうち債権の消滅時効に関するものを第3編債権に置くべきであるという考え方の当否、③債権総則と契約総則の規定を統合するという考え方の当否、④債権の目的の規定を適切な場所に再配置する考え方の当否、⑤典型契約の配列について有償契約を無償契約より先に配置する考え方の当否、⑥第三者のためにする契約や継続的契約に関する規定(前記第26及び第60)等、各種の契約類型に横断的に適用され得る規定の配置の在り方等の検討課題が指摘されている。これらを含めて、民法のうち債権関係の規定の配置について、配置の変更により現在の実務に与える影響、中長期的な視点に立った配置の分かりやすさの確保、民法の基本理念の在り方等の観点に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料20-2第2 [24頁]】

#### 【意見】

- ① 法律行為は、権利の主体・客体の後で、主体間の権利義務の発生(変

動)、客体に対する権利の発生(変動)を物権・債権に共通するものとして位置づける上で重要であり、民法総則編に置くべきである。

② 債権時効を債権編に移すと、総則と債権に分断されてわかりにくくなること、時効は物権債権に共通するものとして位置づけられていること、さらに、消滅時効は私権の消滅事由として位置づけられていることから、民法総則編に置くべきである。

③ 債権総則は債権の種類から消滅までの債権法全体の共通項を規定し、契約総則は契約のみの総論であるから、両者は内容を異にする。部分的には移動があっても、現行の編成を維持すべきである。

④ 「債権の目的」など一般市民にわかりにくい用語を改める必要はあるが、債権とは何か、どういう種類のものかを最初に示すことは重要であり、現行の編成を維持すべきである。(広大有志)

- 基本的に賛成である。規定の配置にあたっては、国民にとっての分かりやすさと現役の法律家にとっ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いと、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。(日大民研・商研)

- たとえば、債権の消滅時効を現在の位置から移動させることには反対である。(北海学園大民研)
- 必要以上に改正することは実務の混乱を招くので避けるべきである、法

はあくまで基本的規範であり、具体的な問題解決のためには解釈が必要不可欠であるから、むしろ法解釈の論理体系が明確になり、検索性が容易な編成を維持することが、国民にとって予見可能性のある法体系になるとの意見、従来の民法の体系及びこれを前提として蓄積された判例・学説との整合性等の観点から、基本的に現行の民法の体系的構造を維持すべきであるとの意見や、今回は民法典全体の網羅的な改正を伴わない以上、編の構成を含めた大幅な配置の変更は行うべきではないとの意見があった。(最高裁)

- パンデクテンシステムが日本民法だけでなく、ドイツ民法にも採用されているように、それ自体不合理なものでない。どのような規定の定め方をしても、おそらく法律を全く知らない人が法律の規定を探したり、初めて勉強する人が理解するのは、容易ではない。法律の初学者に教える場合は、教育効果から考えた教え方をすることで充分であり、民法の規定の順番に拘束される必要はない。請負だけを必要とする人にとっては、請負のところに権利能力に関する定め、意思表示、契約成立に関する定め、債務不履行に関する定めなど全てが定められていることが使いやすい。しかし、そのような民法典を作るのは困難である。

①法律行為の規定を第3編債権に置くべきであるという考え方に反対である。法律行為の規定は、物権法、親族法、相続法にも適用になるものであり、総則に定めておくのがよい。抵当権設定契約でも法律行為の規定は問題となり、法律行為の規定を債権法におくと債権法と物権法をみることとなり、煩雑さに変わりない。

②時効の規定のうち債権の消滅時効に関するものを第3編債権に置くべきであるという考え方に反対である。時効についても時の経過による権利変動として総則に定めておくのがよい。物権の消滅時効と債権の消滅時効が異なる場所にあるのは探しにくい。

③債権総則と契約総則の規定を統合するという考え方に反対である。債権総則は法定債権の総則でもあり、債権総則と契約総則を一体化すると法定債権に関する債権総則に定めてある事項について探しにくくなる。

④債権の目的の規定を適切な場所に再配置する考え方に賛成である。債権の目的について、しかるべく位置に置くことに反対しないが、おそらく、総則に置くか債権総則に置くことになると思われる。

⑤典型契約の配列について有償契約を無償契約より先に配置する考え方に賛成である。無償契約より有償契約の方が法律問題になることが多いことから有償契約を先に定めることに賛成する。

⑥第三者のためにする契約や継続的契約に関する規定（前記第59及び第60）等、各種の契約類型に横断的に適用され得る規定の配置の在り方等の検討に賛成である。全ての典型契約に共通の特殊な契約（継続的契約、第三者のためにする契約）の特則をどこに配置するか

検討する必要があるが、基本的には、契約に関する共通事項として契約総則に定めるのが落ち着きがよいと考える。(日弁連)

- 継続性への配慮を重視すべきである。単に現在の法律家にとってなじんでいるということではなく、長期間にわたって広く定着し、安定的に運用されていることを重視するべきであり、変更による混乱や予想外の問題が生じることを避けるべきである。今回の改正は債権法のみであり、民法が全面的に改正されるわけではない。物権法との兼ね合いもあるし、今回の改正において全面的な改定をするべきではない。したがって、基本的には現行法を維持すべきであり、大きく規定の配置を変更するべきではない。
- ① 法律行為の規定は現行法どおり総則におくべきである。法律行為の典型は確かに契約であるが、法律行為は契約に限らず、様々な単独行為があり、法律行為概念はこれらを包括するものである。契約のところにおいての場合、単独行為等に適宜準用されることになるが、単独行為の解釈においては決してわかりやすいとはいえない。また、法律行為の規定は、物権設定契約にも適用されるし、そうすると物権法の前に総則として規定されるべきものといえる。
- ② 債権の消滅時効の規定は現行法どおり総則の時効のところにおくべきである。債権の消滅時効の効果としては、履行拒絶構成はとるべきではない。また、債権の消滅時効は、確かに債権の消滅という側面はあるものの、時効という長期間の法的安定性を重視した法的効果を与えるという性質が中心であるから、時効の規定のところにおくべきである。
- ③ 債権総則と契約総則は現行法どおり分離して規定すべきである。債権総論は契約に基づく債権以外の債権にも適用され、債権総則には独自の意義があり、現行法どおりとするべきである。
- ④ 債権の目的の規定の位置については、債権編の冒頭以外の適宜の場所におくことに反対しない。債権の目的にある規律が債権総則の中で適宜移動されることによる混乱は小さいので、債権編の冒頭以外の適宜の場所におくということでもよいといえる。
- ⑤ 典型契約の配列は、同種の契約類型の中では有償契約を先に規定することに反対しない。たとえば、現行法の贈与→売買の順序を入れ替えることになるが、有償・無償の順番を入れ替えることによる混乱は小さく、有償契約を先に規定することでもよいといえる。
- ⑥ 第三者のためにする契約や継続的契約など各種の契約類型に横断的に適用され得る規定は、契約総則に規定すればよい。第三者のためにする契約や継続的契約など各種の契約類型に横断的に適用され得る規定について、現行法も第三者のためにする契約は契約総則の中の契約の効力のところに規定されているように、一定の契約類型には適用されることがわかるように、契約総則に規定すればよいと思われる。(大阪弁)

- 基本的な視点として、パンデクテン体系は民法全体にわたって規定を論理的に配列するために有用なものであり、大幅な変更には反対する。

規定の配置の詳細については、

- ① 法律行為（第1編第5章）の規定を、第3編債権に置くべきであるという考え方に反対。
  - ② 時効（第1編第7章）の規定のうち債権の消滅時効に関するものを、第3編債権に置くべきであるという考え方に反対。
  - ③ 債権総則（第3編債権のうち第1章）と契約総則（第2章第1節）の規定を統合するという考え方に反対。
  - ④ 債権の目的（第3編第1章第1節）の規定を、適切な場所に再編成する考え方は、慎重に検討すべきである。
  - ⑤ 典型契約（第3編第2章第2節以下）の配列について、有償契約を無償契約より先に規定すべきであるという考え方には賛成。
  - ⑥ 第三者のためにする契約・継続的契約等、各種の契約類型に横断的に適用される規定を設けること自体に異論はないが、どこにどの程度の規定を設けるか、わかりやすさとバランス等に留意して慎重に検討すべきである。
  - ⑦ 中長期的な視点に立つこと自体に異論はない。その場合、そもそもパンデクテン体系を変更すべきではなく、また必要のない配置の変更はすべきでない。（東弁）
- 今回の民法改正がどのような人に対して、そのような行為を対象にしているかを根本的に想起してみる必要がある。現行民法（明治29年）は当時の啓蒙思想に基づき、人について、19世紀から20世紀に向かうところの比較的知的な個人としての市民を想起していたといわれている。そして、ほぼ同時期（明治32年）に商行為を規律する特別法として商法が起草されている。当時は売買を例にすれば、個人間の特定物売買が念頭にあったものとされるが、間もなく（もしくは当時から）売主が商人で買主が個人の不特定物売買が圧倒的割合を占めるようになり、現実的には一方的商行為（商法3条）の規律に服していったのである。

また、典型契約で言えば、もともと民法に規定されているものが、「日本における典型契約」とされることには違和感があるものが多く、さらに、現在において、組合契約（LLP法他多数の特別法で規定されている。）や終身定期金解約などには殆ど実務上目にする機会がないという現実を踏まえて欲しい。今改正で、いかなるものを典型契約として取り込むかについては、現代の日本でもっとも多く同種の契約が存在するもの（例えば金融機関との預金契約、事業者が貸主で、借主が個人の消費貸借契約等）、ある程度の契約実数例が見込まれる中で、紛争が多発しがちな契約等（保険契約、クレジット契約等）や利息制限法上のルールなどは、民法に取り入れるべきではないか検討を要する。ファイナンス・リース契約は対象が

限定され、ほぼ事業者のみに関わるという点で不適切である（第56，2）。また、フランチャイズ契約は、同種の契約は数的に限定されており、国民一般の基本法に規定する典型契約としては選択しにくい。今回の民法が100年に1度の改正で21世紀の私法の基本法というコンセプトを重視するなら、個人、法人、商人、消費者、事業者のすべての「人」を対象とする基本法たるべきであり、これらのすべてのものにとって、民法を見れば、基本的な法律関係が分かるようにすべきである。

さらに、前述のように、個人が店で買い物をして、実際には商法が適用されるのであり、個人間の売買など中古不動産の売買くらいしか思い浮かばない。請負など殆ど個人間のものは想定されず、注文者が個人、請負人が常に商人（事業者）であること（事業者間の下請は別として）を想起されたい。

つまり、現代型契約は、事業者対事業者、個人対事業者間のものが大半を占めるであろうことを認識すべきである。結局、商法総則・商行為の規定と改正民法の関係、又、商人と事業者との異同がはっきりしないままに、今回のこれまでの審議が為されている事にはいささかの危惧を感じる次第である。なお現代法において、商品交換を成り立たせる主たる行為が契約であることは疑いなく、この意味から、法律行為の規定「権利の変動を生じさせる行為」を債権編に置くことも1つの考え方であろう。

②ないし⑥についても前向きに更に検討すべきである。

わが国の、民法、刑法、商法、民事訴訟法の各法典はいずれも総則と各則からパンデクテン方式である。第二次大戦後、英米法、特にアメリカ法の制度や考え方も一部取り入れられているが、法学教育の方法及び内容、裁判官の養成の仕方、そして何よりも法律家の基本的思考法は今日でもなお大陸法的であると言える（碧海純一）。上記程度の編成変更は民法のパンデクテン的思考と対立するものではなく問題がないと考える。

家族法に総則の適用が当然にあるかについては、古くは議論のあったところである。（四宮総則，平野裕之総則14頁）

現代の契約は、①事業者対事業者、②事業者対個人の間のもものが大半で、③個人対個人の間のもものは、極めて限定された場面でしか想定され得ない。民法がすべての私法現象を規律する基本法とするなら、①・②の点も重視されねばならぬことは必至であり、改正にあたって、現行商法の総則、商行為法との関係を掘り下げて議論すべきである。ちなみに中国が近時制定した統一契約法は、民商統一法の方式を採用している。いまや、時代の流れは民商法統一に傾いていると言ってよい。民法学と商法学、消費者法学等の垣根を取り払い、真に国民、事業者、ひいては、国家、国民経済の便宜となり、21世紀のための法改正たらんことを期待する次第である。（横浜弁）

○ 民法のうち債権関係の規定の配置を変更することに、基本的に反対であ

る。そもそも、規定の配置を見直すべき立法事実があるのか疑問である。どのような規定の定め方をしても、法律に詳しくない者が法律の規定を探すことは容易ではない。この点、現行民法はパンデクテン式という体系で構成されているが、それ自体不合理なものとは言えないし、そもそも100年以上の間かかる体系に沿って法解釈学が積み重ねられてきたのであって、法体系を大きく変更することはこれまで積み重ねられてきた法解釈学及びその成果である教科書・論文を一夜にして使いにくいものに変えてしまうリスクがあるというべきである。

①第1編第5章（法律行為）の規定を、第3編債権に置くべきであるという考え方に反対する。法律行為概念が、契約のみならず制限物権の設定行為や親族・相続に至るまで、非常に広範囲に適用されることに鑑みれば、債権編ではなく、総則に置くべきである。

②時効の規定のうち債権の消滅時効に関するものを第3編債権に置くべきであるという考え方に反対する。債権の消滅時効だけを他の時効制度から切り離して債権編に置くことは、規定としてわかりにくくなる。

③債権総則と契約総則の規定を統合するという考え方の当否、及び④債権の目的の規定を適切な場所に再配置する考え方の当否について、わかりやすい形で再編可能であるとすれば、異論はない。なお、債権総則は法定債権の総則でもあることに留意し、法定債権に関して総則規定が探しにくくなるような改正は避けるべきである。

⑤典型契約の配列について有償契約を無償契約より先に配置する考え方について、特に異論はない。

⑥ 第三者のためにする契約や継続的契約に関する規定は、債権総論又は契約総論に規定すべきである。（二弁）

- 一般論として言うならば、民法の抜本改正を検討するかぎりは法典編成方式を根本から見直すことは十分考えられることであるが、今回の改正範囲（契約債権法のみを見直す）からすると、他の領域の改正計画も明らかにされていない現状では、法典編成方式を基本的に動かさずに必要最小限の手当てに留めるべきである。

個別の提案に対する意見は次のとおりである。

① 法律行為の規定は、第3編債権に置くべきでなく、民法総則に置くべきである。

② 時効の規定のうち債権の消滅時効に関するものを第3編債権に置くべきではなく、民法総則に置くべきである。

③ 債権総則と契約総則の規定を統合するという考え方には反対である。

④ 「債権の目的」の規定を適切な場所に再配置する考え方は、ありうる考え方であるので、今後具体的な提案があったら検討したい。なお、日本民法では、伝統的に、「対象」や「客体」を意味する外国語（英 object, 仏 objet, 独 objekt）の訳語として「目的」の語を用いている

が、日本語として違和感があるので、用語の見直しも検討されて良い。

⑤ 典型契約の配列について有償契約を無償契約より先に配置する考え方は、ありうる考え方である。有償契約の規定の方が無償契約の規定よりも使用頻度が高いことから、無償契約の規定を有償契約に準用する（たとえば、使用貸借の規定を賃貸借に準用する）という現在の方法を逆にするのが実用的であるから望ましい。

⑥ 第三者のためにする契約や継続的契約に関する規定（前記第26及び第60）を設けるとすれば、各種の契約に横断的に適用されることから、契約総則が適当である。（兵庫県弁）

○①法律行為の規定を第3編債権に置くべきであるとの考え方には、反対する。

②事項の規定のうち債権の消滅時効に関するものを第3編債権に置くべきであるとの考え方には、反対しない。

③債権総則と契約総則の各規定を統合するとの考え方には、反対する。

④債権の目的の規定を適切な場所に再配置する考え方には、反対する。

⑤典型契約の配列について有償契約を無償契約より先に配置する考え方には、賛成する。

⑥第三者のためにする契約や継続的契約に関する規定等、各種の契約類型に横断的に適用され得る規定の配置の在り方を検討することには、特に異議はない。

（愛知県弁）

○ 規定の配置にあたっては立法技術として多様な方法があり、現在の規定ぶりをそのまま承継しなければならない積極的な理由はないのであるから、提案にあるような形を採用することに反対するものではない。ただし、債権法改正が新法を一から制定するものではなく、現在ある民法の一部改正という形を取る以上、総則、物権法、担保法、不法行為法、親族・相続法といった分野へも影響が出ることが予想されるが、こうした影響を最小限に抑える形で規定の配置を行うべきである。今回の債権法改正において一般国民へのわかりやすさを重視しているようであるが、改正によって現行法よりも条文数が増えることは明らかであり各条文間の関係などそれだけ複雑となることが予想される。そうした中で改正法が法律に親しみのない者にとって一読了解となるものと期待することは困難であり、結局これまで法律に親しんできた広い意味での実務家（法曹だけでなく普段から法律に関わっている消費者問題の相談員や企業法務担当者といった者も含む。）を通して一般国民に改正債権法が浸透していくことになるのである。したがって、改正債権法の理解を促すためにもまずは既存の広い意味での実務家に混乱を来さないような法改正が望まれる。（広島弁）

○ 債権関係の規定の配置について、大枠は変更すべきではないが、細部について変更すべき点がある。

中間論点整理において提示された①から④までの考え方に反対するが、「第3編債権 第1章債権総則」は債権一般に関するもの（契約のみならず、事務管理・不当利得・不法行為にも適用されるもの）、「第2章第1節契約総則」は契約に関するもの、という振り分けになっているはずが、この振り分けに従っていない個別規定については（例えば、選択債権は契約についてのみ適用されるところと思われるが、債権総則に規定されている。）、適切な方へ振り分けて配置すべきである。中間論点整理において提示された⑤には賛成する。各種の契約類型に横断的に適用される規定（⑥）は、契約総則の中に置くべきである。（札幌弁）

- わかりやすい民法という改正目的に沿う形で、規定の配置について議論することは必要である。（親和会）
- 現行民法の配置・体系を維持し、新たな規定の位置だけ検討するにとどめる。（堂島有志）
- 現行民法の規定の配置を変更する必要はない。（貿易会）
- 民法の編成のあり方については、山本敬三幹事の意見を基本的に支持するが、より一般的に、民法改正に携わる者のあり方について意見を述べる。法の改正は、現行法のあり方に関するこれまでの判例・学説による蓄積を踏まえ、また、社会・経済的な変化に適切に対応して行うことが肝要であると考えられる。法典のあり方として、パンデクテン体系が適切であるかどうかについては、種々の考え方がありうるところであるが、これまで、学界において十分な議論がなされてきたとはいえず、また実務的な必要性が強いともいえない点について、改正作業に関与するわずかの委員の意見によって大きな変革を行うことには慎重な態度が強く求められる。今回の作業の過程で行われた問題提起を経て、学界において民法典の編成のあり方について十分な議論を行った上で、あらためて民法典の編成問題を検討の対象とするのであればともかく、現時点において、民法典の編成を大きく改め、他方で、物権と債権の峻別を許容するような改正は、きわめて不適切である。

なお、こうした一般論からすると、やや技術的な議論になるが、山本意見は、法律行為が契約以外の種々のタイプを含むことを指摘しており、それ自体として正当であると考えられるが、これに加えて、いわゆる物権的な合意をどのように位置づけるかという問題も合わせて考慮する必要がある。すなわち、民法第176条をめぐる議論においては、物権行為の独自性を否定するのが今日の通説であり、所有権移転の効果が生ずるために所有権移転の物権的な合意は必要ではないと解されている（もっとも、単なる売買契約でたりるのか、その契約の中に所有権移転意思も含まれるとするのかについてはニュアンスの違いがあるが）が、たとえば、地上権設定契約や抵当権設定契約については、これを物権的な合意であるとする考え方も有力である。その当否はともかく、そうした議論を意識しないまま、法律行為

のうちの合意はすべて債権契約であるという前提をとることも適切とはいえない。(大学教員)

- ①法律行為の規定を第3編債権に置くべきであるという考え方に反対である。法律行為の規定は単に「契約に基づく債権」(債権契約)のみ適用されるものではない。抵当権設定契約を初めとする物権契約、物権の放棄、さらに遺言等にも適用される。それ故に、現行法は法律行為を総則編で規定した。このような中核的な事柄を単に契約に関するものと矮小化して規定することは許されない。
- ②時効の規定のうち債権の消滅時効に関するものを第3編債権に置くべきであるという考え方に反対である。この考え方によれば、消滅時効と取得時効に共通する事柄に関する規定をどこに置くのかが明確ではない。やはり共通事柄は総則編に規定するのが立法技術的には望ましいと思われる。また、この考え方によれば、債権の取得時効に関する規定が欠落することになる。さらに、物権・債権のいずれも、消滅時効・取得時効に服するのだから、時効制度の下にすべて統合して規定するのが妥当である。
- ③債権総則と契約総則の規定を統合するという考え方に反対である。債権総則の規定を契約総則の中に統合すると、従来の債権総則に置かれていた規定が不法行為などの法定債権にも適用されることが不明確となるか、あるいはこれにつき法の欠缺が生ずることになる。
- ④債権の目的の規定を適切な場所に再配置する考え方に反対である。債権の目的の規定はすべてが法定債権に適用されるわけではないし、また、すべての契約に基づく債権に適用されるわけでもない。しかし、そうだからといって、「適切な場所に再配置」してバラバラに規定することは立法技術的に優れたものとはいえない。
- ⑤典型契約の配列について有償契約を無償契約より先に配置する考え方に賛成である。現代においては、有償契約が出発点に置かれるべきである。
- ⑥各種の契約類型に横断的に適用され得る規定の配置の在り方を検討することには賛成である。

(大学教員)

- 規定の配置を変えないことが基本の方針とされるべき。新たな民法典を創出したいのであれば、別に独自の提案としてなされるべきである。(弁護士)
- 規定の位置は一切変更すべきではなく、検討は打ち切るべきである。①ないし⑥のいずれも不必要である。
  - ①法律行為の規定は民法全体に対するものであるべきで、債権編への移動は不適切である。
  - ②債権の時効について特に債権編に移動する必要はない。
  - ③債権総則は契約以外の原因に基づく債権についての規定の意味がある。

契約総則と統合すべきではない。

④債権の目的の規定も現在のままで適切である。実務的に不都合が生じていないものに変更を加えるべきではない。

⑤有償契約と無償契約の位置の変更にとどの程度の意味があると言うのか。変更に伴うコストをもっと意識すべきである。

⑥変更すべきではない。変更に伴うコストをもっと意識すべきである。  
(弁護士)

- 法律行為の規定を第3編債権に置くべきであるという考え方には反対する。現行法の規定を余り動かさないほうが分かりやすい。第3編債権のうち第1章の債権総則と第2章第1節の契約総則の各規定を、契約に関する規定をまとめるという観点から統合して再編するという考え方に関しては、現行法と同様に区別して規定すべきである。各条文ごとに、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を検討すべきではないかと考える。

第1編第7章(時効)の規定のうち債権の消滅時効に関するものを、第3編債権に置くことには賛成する。

第3編第1章第1節(債権の目的)の規定を、この編の冒頭に一括して配置する必要はなく、適切な場所に配置し直すべきである。

典型契約の配列に関して同種の契約類型内においては有償契約を先に規定すべきである。なお、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(前記第26)及び継続的契約に関する規定を設ける場合における当該規定(前記第60)の配置も検討すべきである。(弁護士)

- ①第1編第5章(法律行為)の規定を、第3編債権に置くべきであるという考え方については、反対する。

②第1編第7章(時効)の規定のうち債権の消滅時効に関するものを、第3編債権に置くべきであるという考え方については、反対する。

③第3編債権のうち第1章の債権総則と第2章第1節の契約総則の各規定を、契約に関する規定をまとめるという観点から統合して再編するという考え方については、反対する。

④第3編第1章第1節(債権の目的)の規定を、この編の冒頭に一括して配置する必要はなく、適切な場所に配置し直すべきであるという考え方については、慎重に検討する必要がある。

⑤第3編第2章第2節以下に規定された典型契約の配列について、同種の契約類型内においては有償契約を先に規定すべきであるという考え方には、賛成する。

⑥第三者のためにする契約や継続的契約に関する規定は、契約総則に規定を置くべきである。(弁護士)

- 規定が錯綜することは好ましくない。また、特に個別的な不都合がない限り、現行法の規定の配置を変更する必要はない。必要のないことを行うべきではない。よって、現在の民法の構成を維持すべきである。(弁護士)
- 現行法の枠組みを維持することについて、賛成である。(弁護士、弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)
- 法律行為・消滅時効を総則編から債権編に移動させること、債権総論と契約総論を統合すること、その他、現在の原案を前提として審議を継続すること、に反対する。(弁護士)
- 既に現行民法に規定がある条項については、極力、同じ条項になるよう配置し、改正に伴う実務の莫大な手間を少しでも軽減すべきである。(会社員)