

「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1）

- この資料は、中間論点整理第1から第12まで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1	債権の目的	1
1	債権の目的（民法第399条）	2
2	特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第400条）	4
	(1) 特定物の引渡しの場合の注意義務	4
	(2) 贈与者の保存義務の特則	9
3	種類債権の目的物の品質（民法第401条第1項）	11
4	種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項）	14
	(1) 種類債権の目的物の特定	14
	(2) 種類物贈与の特定に関する特則	19
5	法定利率（民法第404条）	21
	(1) 利率の変動制への見直しの要否	21
	(2) 金銭債務の遅延損害金を算定する利率について	35
	(3) 中間利息控除について	41
	(4) 利息の定義	49
6	選択債権（民法第406条から第411条まで）	52
第2	履行請求権等	56
1	請求力等に関する明文規定の要否	56
2	民法第414条（履行の強制）の取扱い	60
3	履行請求権の限界	66
4	追完請求権	72
	(1) 追完請求権に関する一般的規定の要否	72
	(2) 追完方法が複数ある場合の選択権	79
	(3) 追完請求権の限界事由	82
第3	債務不履行による損害賠償	86
1	「債務の本旨に従った履行をしないとき」の具体化・明確化（民法第415条）	87
	(1) 履行不能による填補賠償における不履行態様の要件（民法第415条後段）	87

(2) 履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の手続的要件	89
(3) 不確定期限付債務における履行遅滞の要件（民法第412条）	94
(4) 履行期前の履行拒絶	99
(5) 追完の遅滞及び不能による損害賠償	104
(6) 民法第415条前段の取扱い	107
2 「債務者の責めに帰すべき事由」について（民法第415条後段）	110
(1) 「債務者の責めに帰すべき事由」の適用範囲	110
(2) 「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方	114
(3) 債務者の帰責事由による履行遅滞後の債務者の帰責事由によらない履行不能の 処理	142
3 損害賠償の範囲（民法第416条）	145
(1) 損害賠償の範囲に関する規定の在り方	145
(2) 予見の主体及び時期等（民法第416条第2項）	157
(3) 予見の対象（民法第416条第2項）	162
(4) 故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則の要否	165
(5) 損害額の算定基準時の原則規定及び損害額の算定ルールについて	172
4 過失相殺（民法第418条）	178
(1) 要件	178
(2) 効果	192
5 損益相殺	195
6 金銭債務の特則（民法第419条）	198
(1) 要件の特則：不可抗力免責について	198
(2) 効果の特則：利息超過損害の賠償について	209
7 債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定の要否	220
第4 賠償額の予定（民法第420条，第421条）	224
第5 契約の解除	242
1 債務不履行解除の要件としての不履行態様等に関する規定の整序（民法第541 条から第543条まで）	242
(1) 催告解除（民法第541条）及び無催告解除（民法第542条，第543条） の要件及び両者の関係等の見直しの要否	242
ア 催告解除（民法第541条）	242
イ 無催告解除（民法第542条，第543条）	271
ウ その他	276
(2) 不完全履行による解除	281
(3) 履行期前の履行拒絶による解除	284

(4) 債務不履行解除の包括的規定の要否	290
2 「債務者の責めに帰することができない事由」の要否（民法第543条） ..	292
3 債務不履行解除の効果（民法第545条）	301
(1) 解除による履行請求権の帰すう	301
(2) 解除による原状回復義務の範囲（民法第545条第2項）	306
(3) 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理	313
4 解除権者の行為等による解除権の消滅（民法第548条）	318
5 複数契約の解除	321
6 労働契約における解除の意思表示の撤回に関する特則の要否	335
第6 危険負担（民法第534条から第536条まで）	339
1 債務不履行解除と危険負担との関係	339
2 民法第536条第2項の取扱い等	354
3 債権者主義（民法第534条第1項）における危険の移転時期の見直し	361
第7 受領遅滞（民法第413条）	370
1 効果の具体化・明確化	370
2 損害賠償請求及び解除の可否	378
第8 債務不履行に関連する新規規定	387
1 追完権	387
2 第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任	395
3 代償請求権	401
第9 債権者代位権	404
1 「本来型の債権者代位権」と「転用型の債権者代位権」の区別	407
2 本来型の債権者代位権の在り方	410
(1) 本来型の債権者代位権制度の必要性	410
(2) 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否	416
3 本来型の債権者代位権の制度設計	422
(1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する方法	422
(2) 被代位権利を行使できる範囲	427
(3) 保全の必要性（無資力要件）	430
4 転用型の債権者代位権の在り方	437
(1) 根拠規定の在り方	437
(2) 一般的な転用の要件	440
(3) 代位債権者への直接給付の可否及びその要件	443
5 要件・効果等に関する規定の明確化等	446
(1) 被保全債権，被代位権利に関する要件	447

(2) 債務者への通知の要否	449
(3) 債務者への通知の効果	454
(4) 善良な管理者の注意義務	457
(5) 費用償還請求権	460
6 第三債務者の地位	462
(1) 抗弁の対抗	462
(2) 供託原因の拡張	465
(3) 複数の代位債権者による請求の競合	468
7 債権者代位訴訟	471
(1) 規定の要否	471
(2) 債権者代位訴訟における債務者の関与	472
(3) 債務者による処分の制限	474
(4) 債権者代位訴訟が提起された後に被代位権利が差し押えられた場合の処理	477
(5) 訴訟参加	480
8 裁判上の代位（民法第423条第2項本文）	482
第10 詐害行為取消権	484
1 詐害行為取消権の法的性質及び詐害行為取消訴訟の在り方	487
(1) 債務者の責任財産の回復の方法	487
(2) 詐害行為取消訴訟における債務者の地位	492
(3) 詐害行為取消訴訟が競合した場合の処理	497
2 要件に関する規定の見直し	501
(1) 要件に関する規定の明確化等	501
ア 被保全債権に関する要件	502
イ 無資力要件	505
(2) 取消しの対象	509
ア 取消しの対象の類型化と一般的な要件を定める規定の要否	509
イ 財産減少行為	514
(ア) 相当価格処分行為	514
(イ) 同時交換的行為	518
(ウ) 無償行為	521
ウ 偏頗行為	524
(ア) 債務消滅行為	526
(イ) 既存債務に対する担保供与行為	534
エ 対抗要件具備行為	537
(3) 転得者に対する詐害行為取消権の要件	541

(4) 詐害行為取消訴訟の受継	545
3 効果に関する規定の見直し	548
(1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否	548
(2) 取消しの範囲	559
(3) 逸出財産の回復方法	563
(4) 費用償還請求権	567
(5) 受益者・転得者の地位	570
ア 債務消滅行為が取り消された場合の受益者の債権の復活	571
イ 受益者の反対給付	572
ウ 転得者の反対給付	576
4 詐害行為取消権の行使期間（民法第426条）	578
第11 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）	581
1 債務者が複数の場合	581
(1) 分割債務	581
(2) 連帯債務	583
ア 要件	583
(ア) 意思表示による連帯債務（民法第432条）	583
(イ) 商法第511条第1項の一般ルール化	585
イ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等	589
(ア) 履行の請求（民法第434条）	591
(イ) 債務の免除（民法第437条）	595
(ウ) 更改（民法第435条）	598
(エ) 時効の完成（民法第439条）	600
(オ) 他の連帯債務者による相殺権の援用（民法第436条第2項）	602
(カ) 破産手続の開始（民法第441条）	605
ウ 求償関係	606
(ア) 一部弁済の場合の求償関係（民法第442条）	606
(イ) 代物弁済又は更改の場合の求償関係（民法第442条）	608
(ウ) 連帯債務者間の通知義務（民法第443条）	610
(エ) 事前通知義務（民法第443条第1項）	611
(オ) 負担部分のある者が無資力である場合の求償関係（民法第444条前段）	613
(カ) 連帯の免除（民法第445条）	615
(キ) 負担割合の推定規定	617
(3) 不可分債務	618
2 債権者が複数の場合	620

(1) 分割債権	620
(2) 不可分債権—不可分債権者の一人について生じた事由の効力（民法第429条第1項）	622
(3) 連帯債権	623
3 その他（債権又は債務の合有又は総有）	625
第12 保証債務	628
1 保証債務の成立	635
(1) 主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立	635
(2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策	644
(3) 保証契約締結後の保証人保護の在り方	665
(4) 保証に関する契約条項の効力を制限する規定の要否	676
2 保証債務の付従性・補充性	681
3 保証人の抗弁等	684
(1) 保証人固有の抗弁—催告・検索の抗弁	684
ア 催告の抗弁の制度の要否（民法第452条）	684
イ 適時執行義務	687
(2) 主たる債務者の有する抗弁権（民法第457条）	699
4 保証人の求償権	703
(1) 委託を受けた保証人の事後求償権（民法第459条）	704
(2) 委託を受けた保証人の事前求償権（民法第460条，第461条等）	707
(3) 委託を受けた保証人の通知義務（民法第463条）	712
(4) 委託を受けない保証人の通知義務（民法第463条）	714
5 共同保証—分別の利益	717
6 連帯保証	721
(1) 連帯保証制度の在り方	721
(2) 連帯保証人に生じた事由の効力—履行の請求	730
7 根保証	736
(1) 規定の適用範囲の拡大	737
(2) 根保証に関する規律の明確化	745
8 その他	756
(1) 主債務の種別等による保証契約の制限	756
(2) 保証類似の制度の検討	766

第1 債権の目的

【意見】

- 民法第403条について、現行法の下では、外国通貨で債権額を指定したときは、①債権者が当該外国通貨での弁済を請求したとしても、債務者は、円貨で弁済をすることができることされており、かつ、②債権者は、円貨での弁済を請求できるものとされている（判例）。

しかしながら、外国通貨で債権額を指定する典型例とも考えられる外貨貸付においては、取引当事者の通常の意味は、契約書上明確に外国通貨で債権額を指定する約定を置いている以上、(かかる約定のみで、)原則として円貨で弁済することはできないものとする意思であると考えられる。かかる取引当事者の通常の意味からすれば、上記①の規律は債権者に、上記②の規律は債務者に、予想外の為替リスクと両替手数料の負担を強い得る点で妥当でないと考えられる。また、民法第403条の制定時及び上記②の判例の事案の時とは異なり、外国為替相場は固定相場制から変動相場制へと移行していることから為替リスクを考慮する必要性が生じており、また、外国為替取引の自由化により外貨調達も容易になっていることから債務者の代用権を認める必要性は乏しくなっている。

以上の事情を合わせ考えれば、民法上のデフォルトルールとしては、外国通貨で債権額を指定したときは当該外国通貨でのみ弁済を請求でき、かつ、当該外国通貨でのみ弁済を行うことができるものとの規定を設けるべきである。そもそも、円貨の強制通用力をどこまで認めるかは政策的な問題であり、少なくとも現代においては円貨による代用権を一般に認める政策的必要性は失われていると思われる。したがって、例えば契約当事者が指定した外国通貨の調達が不能となった場合には円貨での弁済を認めるといった限度の規定に修正することも考えられる。

また、この点に関連して、現行法上、外国通貨の供託はできないこととされていることとの関係で、供託の場合に限って代用権を認めることも考えられるが、やはり外国通貨で債権額が指定されている場合には上記と同様の不都合を生じる(債権者が想定外の為替リスクと両替手数料を負担することになる。)。そこで、外国通貨での供託も可能とすることができないか更に検討されたい。加えて、円貨による代用権については、訴訟手続・執行手続における便宜も指摘されているところではあるが、これらの訴訟手続・執行手続において特別に代用権を認めることとすべきか否かについても、訴訟手続・執行手続の実務を踏まえた検討が必要である。

なお、仮に、外国金銭債権に係る民法上のデフォルトルールを現行法どおり維持する場合であっても、少なくとも、契約当事者が別段の合意をしている場合に

まで債権者及び債務者に代用権を認める必要はないことから、民法第403条及び上記②の判例の規律は当事者が明示的に合意した場合には適用を排除できる旨を明文化すべきである。

加えて、民法上、「金銭」や「代金」という文言が円貨のみを指すとみられる場合(民法第402条第1項、第417条、第497条)と、外国通貨を含むか、あるいは外国通貨にも類推適用されると解釈される場合があると思われるが、必ずしも明確でない場合(民法第314条、第366条第2項、同条第4項、第419条第1項、第465条の2、第465条の4第1項、第545条第2項、第555条、第586条、第647条、第669条、第681条第2項、第873条第2項、第1001条第2項など)があるため、この点を明確化することが望ましい。(西村あさひ有志)

- 民法405条の重利を認める規定は削除されるべきである。

この規定は、まともな事業者は使用しない規定である。行儀の悪い金融業者のためにのみ存在するような規定である。金融の対価としては「利息」で足り、遅滞のあったときには遅延損害金を認めているのであり、それ以上に重利まで認める必要性は乏しい。(弁護士)
- 民法405条の削除をしてほしい。

1年以上遅滞した場合に、元本に組み込むという複利を認めると、例えば病気で滞納したが後に回復して支払おうとしても手が届かない膨大な金額になり、借主にとって、絶望的な状況となる。また、この複利は「実際に利用することが可能な金銭の交付」を伴わないものであり、本来あるべき利息の定義からはずれ、「実際に利用可能な貸付額」ということのできないものである。

実務でも、実際にはこのような複利は、稀に見る悪質なケースにしか現れていない。規制しても問題はないはずである。(利限引下会議、個人)
- 民法第405条は廃止すべきである。この規定は、稀に見る悪質なケースでしか用いられていない。(43対策、司法書士)

1 債権の目的(民法第399条)

債権の目的について金銭での評価可能性を必要としない旨を規定する民法第399条に関しては、民法典において原則的な事項をどの程度まで明文化すべきであるかという観点から、同条のような確認的な規定の要否について、債権の定義規定を設けることの是非と併せて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第1、2[2頁]】

【意見】

- 民法399条を削除することについて賛成する。当然ことを確認した規定にす

ぎないものであり、削除したとしても特段の問題は生じない。(愛知県弁)

- 本条文は確認規定であって、わざわざ明文化する必要はないから、削除について検討すべきである。(親和会)
- 削除に賛成。現行民法でも、当然のことの確認にすぎず、不要。(堂島有志)
- 399条の要否について、規定は不要である。債権の目的が金銭に見積もることができないものでも構わないことは、既に常識として定着しており、また、かかる注意規定を設ける意味に乏しい。

債権定義規定の要否について、特に反対しない。債権定義規定の内容にもよるが、民法総則の第1条、物権の175条に比べると、例えば特定物引渡の注意義務から債権総則が始まるとすると、いささか唐突の感をぬぐえない。(札幌弁)

- 確認的な規定を置く必要性はない。債権の目的についての金銭での評価可能性が問題となることは実務上皆無である。(大阪弁)
- 削除に賛成である。削除により特段不都合が生じるとは考えられない。(横浜弁)
- 確認的な規定に過ぎず、あえて明文の規定を設ける必要はない。(弁護士、弁護士)
- この規定は利用されていないから、削除を検討すべきである。(弁護士)
- 399条のような規定は、現在ではすでに役割を終了したと考えてよい。債権の定義の明文化については、債権と請求権の関係という困難な問題(特に時効等の期間制限に関する規定の定め方の場面で困難を生ずる可能性がある)を引き起こすので、避けた方がよい。(大学教員)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 民法第399条を削除することについては慎重に検討すべきである。

民法典において原則的な事項をどこまで明文化すべきであるかという観点から検討する必要があるが、原則的な事項をあまり定めてない現行法でも定めている事項であり、その定めが存在することで支障を来すことがないことから、債権の目的について金銭での評価可能性を必要としないとする定めは残すべきである。削除することで、金銭での評価可能性を必要とするという解釈がなされる余地も出てくるという意見がある一方で、削除をしても支障ないという意見もあり、慎重に検討する必要がある。(日弁連)

- 実務的にも意義は乏しいとの意見もあるが、分かりやすい民法という観点からすれば、原則的な規定を明記することには意義がある。他の原則的な規定と平仄を合わせる観点から検討すべきである。(東弁)
- 確かに、金銭に見積もることができない債権の効力も通常の債権となんら異ならないことは明確であるため、本条文は無用にも思われる。ただ、保険法第3条

の「損害保険契約は、金銭に見積もることができる利益に限り、その目的とすることができる」という規定は、民法第399条の特則として理解されているため、原則である本条を削除してもよいものか、更に検討を要すると考える。（日大民研・商研）

- 民法を国民一般に分かりやすいものとするという観点から、本論点に限らず、原則的な事項をできる限り民法典において明文化すべきである。（広大有志）
- 削除する必要はない。現行法を変更する意図がないのであれば削除する必要はない。削除することで無用な解釈上の争いが生じるおそれがある。（広島弁）
- 民法399条の規定は存置すべきである。金銭価値とは一見無縁ではあるが私法上保護に値する権利義務関係が存在することは事実であり（例 家元・名取間の契約、通行の自由）、この点を明文として残しておくことは、権利侵害を未然に防止する行為規範としての意味がある。（福岡弁）
- 債権の目的に関する規定は、削除すべきではない。
わかりやすい民法という観点からは、あえて削除する必要がない。また、債権の定義規定を設けた方がさらにわかりやすい。（仙台弁）
- 「念仏供養をなす旨の契約」、「遺骨を保管する債務」のように、金銭に見積もることができないものであっても債権として成立しうることを明らかにする点で意義がある。削除すべき理由はない。給付は金銭的価値を有することが要すると観念されていた時代があった（古典期ローマ法、旧民法・財産編323条1項）。本条は、そのような考え方を否定する意義がある。（兵庫県弁）
- 改定すべき理由があるとは思えない。（個人）
- 不同意。作為を求める権利も含めて債権として確立しており、ことさらに債権を定義づける規定を置く必要には同意しない。代替案があれば格別、検討してはどうかという方向性では、賛同のしようがない。（会社員）
- どちらでもよいような抽象的な論点については、今回は改正の対象外とすることが望ましい。それだけでなく論点が多すぎる。現行規定に手を触れなければ、批判が可能であったとしても、民法典の伝統を維持したというメリットは残る。（弁護士）

2 特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第400条）

(1) 特定物の引渡しの場合の注意義務

特定物の引渡しを目的とする債務における債務者の保存義務とその内容を定める民法第400条に関しては、契約で定められた品質・性能を有する目的物の引渡しが履行期にあったか否かを問題にすれば足りるとして不要とする意見や、契約解釈が困難な事例もあるため任意規定として存置する意義があるとする意見、契約等で定められ

た内容の保存義務を負うと規定する点には意義があるが、その保存義務の内容を一律に「善良な管理者の注意」と定める点は見直すべきであるという意見があった。このような意見を踏まえて、同条の規定の要否やその規定内容の見直しについて、担保責任の法的性質に関する議論（後記第39、1(1)及び2）との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第1、3〔3頁〕】

【意見】

- 削除することに賛成。特定物の引渡しを目的とする債務については、引渡し（等危険移転時に）契約で定められた品質・性能を有する目的物の引渡しがあったか否かを問題にすれば足りる。（堂島有志）
- 特定物引渡しの場合の保存義務については、まず、「契約の内容・契約の趣旨」により決定されるが、これが不明の場合、有償契約であれば善良な管理者の注意義務、無償契約であれば自己の財産に対するのと同じの注意義務を負担したものと推定する旨の明文の規定を置くべきである。

特定物債権の保存義務の内容は、「契約の内容・契約の趣旨」によって決定されることは当然であり、この点を明文化することに異論はない。しかし、この規定だけだと、保管義務の程度について日常的に使用されている「善良なる管理者の注意義務」「自己の財産に対するのと同じの注意義務」といった用語の定義規定が法文に明記されないことになる。その不都合を避けるために、定義規定を兼ねて、上記の推定規定を置くべきである。（福岡弁）
- 保存義務の内容は、契約及び目的物の性質により定められる旨の規定を置くのがよいと思われる。

実務で、保存(保管)義務の程度を、特定物か不特定物かを重要なメルクマールとして区別している場面はあまり想起できず、契約の内容（特に、有償か無償か）及び目的物の性質で決められているということは否定できないと思われる。（横浜弁）
- 特定物ドグマを否定する立場に賛成であり、保存義務の内容は契約等により定められる旨の規定を置くことを検討すべきである。（広大有志）
- 民法第400条を任意規定として存置する意義はあるので、規定の内容や位置については検討の余地があるものの、規定自体を削除することには反対する。（森・濱田松本有志）
- 契約解釈による契約内容の明確化のために債務者の保存義務を定める規定を置く価値がある。その際に、債務者の保存義務は契約等により定められるとすべきである。（大学教員）

- 特定物保管義務に付き個々に規定を設けると煩雑になるため、規定を設けること自体に反対しない。ただし、第一次的には契約や目的物によって定まり、善管注意義務（善管注意義務でよいかは別途検討を要する）が補充的な規定であるという点を明らかにすべきである。なお、批判の多い、贈与の善管注意義務は、無償寄託と同様の注意義務を別個に定める必要がある。（弁護士、弁護士）
- 契約内容が不明な事例があることや裁判実務の定着を踏まえ、400条を維持するのを相当とする意見が多かった。（最高裁）
- 補充的な解釈をしても当事者間の取り決めが不明となる場合はあり、本規定にはなお有用性がある。合意した目的物の引渡しの確実性を担保する意味で、保存の場面で注意義務を定める規定があることに意義があるから、現行規定を維持すべきである。（東弁）
- 実務では契約書すら十分な形で作成されているわけではないから、補充的、一般的規定として善管注意義務の規定を残すべきである。（金沢弁消費者委）
- 特定物の引渡を目的とする債務における債務者の保存義務についての規定は必要である。その義務の程度を「善良な管理者の注意義務」とすることは、デフォルト値を示す意義がある。（兵庫県弁）
- 民法400条の規定を維持することに賛成する。「善良な管理者の注意」という文言のもとでも、契約によって定まるものを考えることは可能であり、従来の文言を維持すべきである。（愛知県弁）
- 特定物債権の保存義務の内容は、その債権の発生原因の性質等によって定まる旨の規定を設けるべきであるという考え方については、解釈が難しく、わかりやすい民法という考え方に逆行する。原則論として現行の条文を残し、契約の内容によって注意義務についての特則を設けることで対処すべきである。（親和会）
- 民法第400条は現行の表現のまま存続させるべきである。「善良な管理者の注意」は用語として社会内に定着し、使用されており、また、引渡義務の具体的な内容自体は契約等で定められるものであるにしても、解釈の指針及び注意義務の程度を表す表現として存続させる意義がある。（札幌弁）
- 民法第400条を削除すること、又は同条の「善良な管理者の注意」という文言を変更することには反対する。取引実務上、この規定により帰責事由の存否が判断されるなど、同条は重要な任意規定となっており、同条を削除したり、文言を変更したりすると、実務に無用の混乱をもたらすおそれがある。（チェーンストア協）
- 民法400条は任意規定として残置することに賛成である。「善良な管理者の注意をもって」という文言は、一般的に「自己の財産に対するのと同じの注意

をもって」よりも厳しい注意義務の程度を定めたものとして契約書等でも用いられており、当事者の合理的な意思を示す補充的・一般的規定として「善良な管理者の注意をもって物を保存」すべき義務を定めることに意義がある。

「善良な管理者の注意をもって」という文言を削除する必要はない。現民法400条は、「善良な管理者の注意をもって・・・保存」として、保存における注意義務の程度を定めているものと理解されているところ、これを「契約および目的物の性質に従って定まる方法」という表現に改めると、契約解釈では保管方法の内容のみが問題となり、保存における注意義務の程度や保管行為の態様等は問題とならないと誤解されるおそれがある。

また、事後的に当事者が契約締結時には想定しなかったような事象が生じた場合にも、保管方法の内容として当事者が合意していたと構成することに違和感がある。たとえば、引渡しまでの間、目的物である生ものを債務者の冷蔵庫で保存するといった保存方法を合意していたところ、停電によって保存していた生ものが腐敗したが、債務者側で別途電源を確保するといった対応をすることも容易に可能であったような事例については、債務者の保存義務違反を認めるべき場合があるが、その場合に債務者側で別途電源を確保することも保管方法の内容として当事者が合意していたと構成することには違和感がある。(大阪弁)

- 不動産取引においては、売主は引渡しをするまで、善良な管理者の注意をもって対象不動産を保存する義務を負うとの約定をすることが通常であり、民法第400条の規律に特段の違和感はない。同条の規定を削除することにより、当事者の明確な合意がない場合における売主の保存義務の程度が緩和されることとなると、実務に影響を与える可能性がある。なお、善良な管理者の注意義務と自己の財産に対するのと同じの注意義務の間にどの程度の差があるのかについては、実務上必ずしも明確ではないことに留意する必要がある。(長島・大野・常松有志)

- 「債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない。」とする民法第400条を残すことに賛成である。

契約の解釈によりいかなる目的物を履行すべきか定めることが困難なこともあり、任意規定として残す必要がある。(日弁連)

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

研)

- 現行の善管注意義務という表現を削除する必要はなく、これを残すべきである。契約債権の場合について、善管注意義務の内容を契約および目的物の性質によるものとする旨の規定を定めることに賛成する。法定債権について、別途「当該保管を基礎付ける規範により定まる方法」等の表現を用いた規定を設けることについては、反対する。

債務の内容をその発生原因にさかのぼり解釈により確定するという考え方自体については反対しない。

しかし、善管注意義務という表現を用いた場合に、「債権発生原因から離れて客観的・一般的に定まると誤解される」おそれはない。この表現は長年安定的に使用されてきたものであって、削除する理由はない。

特定物の保管義務は、事務管理・不当利得の関係で問題となるが、「当該保管を基礎付ける規範により定まる方法」という内容では、上記「規範」の内容が一義的に明確でない場合が否定できず、解釈に混乱を来す。むしろ、善管注意義務の規定を残す方が妥当である。(仙台弁)

- 善管注意義務については、任意規定として存置した方がよい。善管注意とは、契約当事者として払うべき注意に違反することだから、いずれにせよ契約解釈に帰着するという考えもあろうが、果たしてすべて契約解釈に解消できるかどうかにはなお疑問がある。(大学教員)
- 修補が期待される中古車と修補が予定されない美術品とで、どちらのタイプを原則として取り扱うかを検討すべき。また、任意規定であってもこの点についての特約が消費者契約においては事実上「ブラックに近いグレー」リストとして扱われることもあるから、「法で規制する必要があるか」という点からも検討が必要。(個人)
- 保管義務の規定の要否については、所有権移転型の契約類型(売買・贈与)と物使用型・物保管型の契約類型(賃貸借・使用貸借、寄託)に分けて考察することが必要ではないか。

前者の場合には、特定物ドグマを否定して債務不履行の問題として処理すれば足りるとしても、後者の類型では、保管義務を独自に規定する必要があるのではないか。この類型では、本来の所有者へのその物自体の返還が目的とされており(特定物ドグマ)、契約によって定められた品質・性能を有する目的物の引渡しは問題とならない。また、契約締結時の状態で返還することが契約の趣旨だとすれば、使用中に生じた通常の損耗や不可抗力による損傷についても、常に債務不履行責任が課されることになる。

保管義務と注意義務は分けて考察すべきではないか。保管義務を規定しないと

しても、善管注意義務は特定物債権とは無関係に帰責事由一般のところでは検討されるべきである。(大学教員)

- 不同意。契約で定めきれない場合に備えて、一般的な規律を規定する法典と理解していたので、その前提に立つ限り同意しない。すべて契約に織り込むべきとの前提に立つなら格別、その場合は現在の取引慣行を大幅に変更することを当然に予想するべきではないか。(会社員)
- 善管注意義務を規定したとしても、強行規定でないことは規定の性質上明らかであるから、補充的規定としての意味を認めることができるのではないか。
仮に、善管注意義務の規定を削除することになる場合に、たとえば委任契約において善管注意義務を規定することがバランスを失することにならないか(保存義務の内容・程度が当事者の契約によって決まるとすれば、委任契約においても画一的な義務を規定することは疑問となる)もあわせて検討する必要がある。(大学教員)
- 本条には格別の問題はないと見たい。特定物のドグマを廃棄するのであれば、テーマをそれだけに絞って改正を試みるべきではないか。契約的取引がどこまで前進するか未知数であり、契約中心の体制には危惧が残る。(弁護士)
- 現行規定を維持すべきである。
「善良な管理者の注意」という文言の下でも、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は可能であり、その上で、当事者の合理的な意思を示す補充的・一般的規定として「善良な管理者の注意をもって物を保存」すべき義務を定めることに意義がある。(弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

(2) 贈与者の保存義務の特則

特定物の引渡しを目的とする贈与の贈与者が負う目的物保存義務の内容に関して、現在は民法第400条が適用されているところ、贈与の無償性を考慮して、自己の財産に対するのと同じの注意義務をもって保存すべき旨の特則を新たに規定すべきであるという考え方について、特定物の引渡しの場合一般の注意義務に関する議論(前記(1))との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第1, 3(関連論点)[4頁]】

【意見】

- 贈与の無償性を考慮して、自己の財産に対するのと同じの注意義務をもって保存すべき旨の特則を新たに規定すべきであるという考え方に賛成である。(東弁)
- 贈与の無償性から、有償契約である売買の保存義務と同様に扱うのは酷であ

るため、特則を設けることに賛成。(金沢弁消費者委)

- 贈与者の目的物の保存義務については、無償寄託の受託者の保管義務に関する民法第659条をも参照しつつ、贈与者は自己の財産に対するのと同じの注意義務をもって保存すべき旨を規定すべきであるという考え方に賛成する。(親和会)
- 贈与の無償性に鑑みれば、贈与者の保管義務が軽減されることは当然であり、自己の財産に対するのと同じの注意をもって保管することで足りると判断されるため、特則が必要である。(札幌弁)
- 贈与者は自己の財産に対するのと同じの注意義務をもって保存すべき旨を規定することに賛成である。

贈与の無償性を考慮して、贈与者の目的物保存義務の程度を軽減することは合理的である。(大阪弁)

- 賛成である。特定物だといっても、無償の義務を負う贈与者に善管注意義務までを負わせるのは、多くの国民の公平感から乖離すると思われる。(横浜弁)
- 賛成する。贈与における贈与者の負担を軽減すべきである。(兵庫県弁)
- 賛成である。(日大民研・商研)
- 贈与の無償性を考慮して、自己の財産に対するのと同じの注意義務をもって保存すべき旨の特則を新たに規定すべきであるという考え方に賛成である。

贈与が無償であることから贈与者に売主と同じ善管注意義務を課すことは酷である。(日弁連)

- 自己の財産に対するのと同じの注意義務とすることに賛成する。
贈与者の保存義務が無償寄託における受託者のそれと同一水準となり、均衡が図れる。(仙台弁)
- 贈与の無償性を考慮した保存義務に関する規定を贈与の規定のなかに定めるべきである。(大学教員)
- 無償贈与者の義務の軽減を検討してはどうかとの意見がある反面、契約解釈で考慮することで足りるのではないかとする意見があった。(最高裁)
- 無償性に鑑みて、自己の財産に対するのと同じの注意でよい。(大学教員)
- 特則を設ける必要はない。現行法で特段の不都合はない。(広島弁)
- 贈与者の保存義務に関する明文の規定を設けるべきではない。あえて、贈与者の注意義務を明文化する必要はない。(福岡弁)
- 贈与の場合だけ規定する必要はない。贈与において、瑕疵の問題として検討すれば足りる。(堂島有志)
- 特則は不要である。(広大有志)
- 贈与契約の無償性については、より一般的に、特別の考慮がどの範囲で可能

かを議論する必要があるのではないか。たとえば、契約の解釈においても、無償性を考慮して贈与者に有利に解釈する余地があり、また、動機錯誤の主張についても、贈与者をより厚く保護する可能性が考慮に値する。遺言については、遺言者の真意の尊重ルールがほぼ確立しているといえるが、贈与契約においては、契約でありながら無償である点で、遺言と共通する面もあるのではないか。

(大学教員)

- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)
- 不同意。贈与契約自体は無償行為であるが、合理的な法主体が行う取引として取引全体を見た場合には、何らかの有償性が肯定できる場合が少なからずあると考える(すなわち、無償で与えること自体に何らかの価値・利益を認めるからこそ、贈与取引に応じるのが自然ではないか)。したがって、無償行為であることのみを以て注意義務を軽減することには同意しない。(会社員)
- 贈与を別個に扱う理論体系が民法にはない。解釈論で調整されて特に問題は生じていないのではないか。契約内容を認定することも難しく、結局解釈に委ねるのであれば、どちらのアプローチでも同じであろう。他方、現状を維持することのメリットは大きい。(弁護士)
- 贈与の無償性は契約解釈において考慮できるので、特則は不要である。(弁護士)

3 種類債権の目的物の品質(民法第401条第1項)

債権の目的を種類のみで指定した場合において、法律行為の性質又は当事者の意思によってその品質を定めることができないときは、債務者は、中等の品質を有する物を給付しなければならないと規定する民法第401条第1項に関しては、契約で定められた品質の目的物の引渡しの有無を問題にすれば足りるので不要であるという意見と、契約解釈が困難な事例もあるため任意規定として存置すべきであるという意見があったことを踏まえて、規定の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第1, 4 [4頁]】

【意見】

- 削除に賛成。法律行為の意思解釈に委ねるべきである。(堂島有志)
- 削除でも維持でもどちらでもよい。種類債権の契約の解釈によって定まるとは指摘のとおりだが、同条項があっても特段不都合が生じるとも思われない。(横浜弁)
- 消費者契約では、事実上「ブラックに近いグレー」なリストとして扱われる現状があるので、「アウトレット品(≒傷、汚れ等の理由により通常の流通ルートに

乗らない商品)」の売買契約等に影響が出ないよう検討する必要がある。(個人)

- 補充的な解釈をしても当事者間の取り決めが不明となる場合はあり、本規定にはなお有用性があるから、現行規定を維持すべきである。(東弁)
- 実務では契約書すら十分な形で作成されているわけではないから、補充的、一般的規定として残すべきである。(金沢弁消費者委)
- 種類債権の目的物の品質は、契約の解釈によって定まるため、同項は存在意義が乏しく、削除すべきであるという考え方があるが、契約の解釈で決定できないときの補充規定として存在意義があるため、削除すべきでない。(親和会)
- 変更の必要はない。現行法で特段の不都合はない。(広島弁)
- 民法第401条第1項を存続させるべきである。法律行為の性質または当事者の意思によって品質を定めることができない場合がないとはいえず、かかる場合の解釈の指針として当該規定を存続させる意義がある。(札幌弁)
- 削除すべきでない。

種類債権の指定方法としては、たとえば、「米」、「コシヒカリ」、「新潟県産コシヒカリ」、「魚沼産コシヒカリ」というように、限定の仕方には広狭さまざまありうるが、いずれにせよ、通常何らかの意味での選択の幅が残る。契約不適合に当たるかどうかの判定基準としてデフォルト・ルールとしての給付物の基準は必要である。さらに、品質相違による契約不適合が発生した場合の損害賠償の算定の場面でも、金銭的に比較されるべき「あるべき給付」としての「中等」という基準が必要になる。

「目的物」という文言上、役務提供契約にも適用されるかどうかは明らかでないので、適用範囲についても再検討しておくべきではないかとの意見もあった。(兵庫県弁)

- 種類債権の目的物の品質に関して、まず、「契約の内容・契約の趣旨」により決定されるが、これが不明の場合、中程度の品質の物を給付しなければならない旨の明文の規定を置くべきである。

種類債権における給付の対象物は、まず、「契約の内容・契約の趣旨」によって決定され、つぎに、これが不明の場合には、中程度の品質の物でなければならないということは、自明の法理かもしれないが、分かりやすい民法という観点から残しておくことに意味がある。

仮に、削除すると、同種類であれば最低の品質の物で「よかたい」と言い張る債務者、最高の品質の物でなければ「ダメばい」と言い張る債権者が現れないとも限らない。(福岡弁)

- 契約内容が不明な事例があることから、任意規定として置いておくのが相当であるとする意見が多数あった。(最高裁)

- 民法401条1項を任意規定として存置することに賛成である。
種類債権の目的物の品質について、契約交渉において必ずしも明確に当事者が合意するわけではなく、契約解釈による契約内容の明確化が困難な場合もありうるため、任意規定として存続させる意義があり、あえて削除する必要はない。(大阪弁)
- 契約解釈による契約内容の明確化が困難な事例もあるため、任意規定として置くことに意味がある。(広大有志)
- 契約解釈による契約内容の明確化が困難な場合もあると思われるため、任意規定として同条を置いておくことには意味があると考え。保存義務の内容についても、各々の契約内容や性質によって個別具体的に決められるのであればよいが、個々の契約類型に応じた個別規定を置くとすると、各々の保存義務の内容を決るのが困難になってくるのではないかとも思われる。(日大民研・商研)
- 民法第401条第1項に関しては、契約解釈が困難な事例もあるため任意規定として存置すべきであるという意見に賛成である。
契約の解釈で定まらないときがあり、任意規定を置いておく必要がある。(日弁連)
- 任意規定として存置すべきである。契約内容がはっきりしないときの解釈基準としてありうる。適用例が乏しいからといって、解釈指針をあえてなくす必要はない。(仙台弁)
- 重要な取引については、通常、契約に規定されるため、民法の規定そのものが適用されることはないが、契約作成における当事者の交渉の指針として、また、全ての取引について契約書が締結されるわけでは必ずしもなく、その場合の紛争の場合の解決指針としての役割を果たしていることに鑑みて、任意規定として引き続き存置する方向で検討するべきである。(会社員)
- 契約解釈が困難な事例はありうるため、任意規定として残すべき。(大学教員)
- 不同意。契約で定めきれない場合に備えて、一般的な規律を規定する法典と理解していたので、その前提に立つ限り同意しない。すべて契約に織り込むべきとの前提に立つなら格別、その場合は現在の取引慣行を大幅に変更することを当然に予想するべきではないか。(会社員)
- 当事者の別段の定めがあれば当然に規定の適用が排除されるとしても、補充規定を置くことに意味があるのではないか。(大学教員)
- 契約解釈が困難な事例があるので任意規定として存置すべきである。ただし、契約の解釈の一基準として位置づけてよいが、「中等の品質」ではなく、「受領者が合理的に期待できる品質」に変更すべきである。(大学教員)
- 現行規定を維持すべきである。

当事者の合理的意思を表すものであり、契約の解釈において参考とされる点に意義が認められる。(弁護士)

- 取引慣行や契約締結能力のある業者間の取引のような場合は問題にならないが、一般消費者保護の観点から、当事者の意思が曖昧な場合などの契約内容の歯止めとして規定を維持すべきである。(弁護士、弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

4 種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項）

(1) 種類債権の目的物の特定

種類債権の目的物の特定に関する民法第401条第2項については、契約解釈の問題に解消できるとして不要とする意見と、任意規定として存置する意義があるとする意見があったことを踏まえて、規定の要否について、更に検討してはどうか。

また、規定を存置する場合には、債権者と債務者の合意によっても特定が生ずる旨を新たに規定する方向で、更に検討してはどうか。

さらに、判例が認める変更権（種類債権の目的物が特定した後であっても、一定の場合には、債務者がその目的物を同種同量の別の物に変更することができる権利）については、単に「債権者の利益を害さないこと」を要件とするのでは要件が広すぎるとの指摘があることも踏まえ、具体的かつ適切な要件設定が可能か否かに留意しつつ、明文化の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第1, 5 [5頁]】

【意見】

- 指定権を定めたものであるとの解釈が確立されているので、明文化すべきである。(弁護士、弁護士)
- 民法401条2項については、補充的な解釈をしても当事者の取り決めが不明な場合もあり、このような場合には有益であるから、現行規定を維持すべきである。

債権者と債務者の合意による特定については、それが可能なのは当然のことであるが明文化したほうがわかりやすいため、を新たに規定すべきである。

判例が認める変更権については、種類債権の性質上認めても問題ないし、明文化したほうが予測可能性に資するから、新たに規定すべきである。明文化する場合、要件は端的に「債権者の利益を害さない」という要件を設定するのが望ましい。これにより、債権者の法的安定にも配慮できる。(東弁)

- 債権者と債務者の合意によって目的物の特定が生じることに賛成。

変更権の明文化については、「債権者の利益を害さないこと」では要件が広すぎ、慎重に検討すべき。(金沢弁消費者委)

- 第401条2項の規定はこれを存置すべきである。

種類債権がいかなる要件の下で特定するかという問題と、その要件の具体的な内容が契約の解釈によって具体化されるということとは別問題であり、この点で、存置不要説の理由付けは説得性に欠けるのではないか。つまり、「債務者が給付をするのに必要な行為を完了した」という要件の具体化が契約解釈に委ねられるからといって、特定の要件を法律上規定する必要がないということにはならない。

また、種類債権の特定の制度は存置必要説のあげる所有権の移転時期だけでなく、危険負担の移転や債務者の再調達義務からの解放という機能も有する。これをどのように扱うかは法制度の問題であって、契約解釈の問題に解消できないのではないか。(大学教員)

- 債権者と債務者の合意によって種類債権の目的物の特定が生ずることは異論がないはずであり、また種類債権の目的物が特定した後であっても、特別の事情がない限り、債務者がその目的物を同種同量の別の物に変更することを認めている(変更権)判例を踏襲して変更権を明文化することも、特段の問題はないと思われる。(親和会)
- 同条を削除する必要はない。現行法で不都合はなく、同項を削除する必要はない。合意による特定及び変更権については検討することに異議はない。合意による特定及び変更権については、明文化することで基準が明確になる。(広島弁)
- 種類債権の目的物の特定は、所有権移転の必要条件として必要であり、給付危険及び対価危険を論ずる前提としても必要な観念として維持されるべきである。

合意による特定を認めることは反対しない。

変更権は、判例が認めており、変更権の認められる範囲を明文化することは検討に値する。(兵庫県弁)

- 第401条2項の要否につき、必要である。

合意による特定を定める規定の要否につき、必要である。

判例が認める特定後の変更権を定める規定の要否につき、必要である。

不特定物売買における目的物所有権の移転時期を画する等の種類債権における目的物特定の意味に鑑みれば、401条2項を存続させ、かつ、解釈上、当然に是認できるとはいえ、②についての規定を否定する根拠はないと考える。

一方、特定を生じた後の債務者の変更権については、債権者の不利益が生じない限り、これを認めても、格別、不都合はないと考えられるので、かかる要件を付した上で、是認されるべきである。(札幌弁)

- 検収等の形で規定されることはあっても、目的物の特定の内容自体を直接契約書の中で規定することはあまりないように思われ、特定に関する全てを契約の解釈に委ねればよいという考え方には無理がある。また、契約条件を決定するに際しても、任意規定としての民法の規定が当事者の検討指針となっていることが多いと思われ、基本的には存置の方向で検討されるべきである。その上で、債務者の合意による特定がどこまで認められるかについて、慎重に協議するべきである。（会社員）
- 不同意。契約自由の原則が妥当する局面と理解しているので、規定を置く置かないにかかわらず、特定の時期に関する合意は尊重されるべきと考える。具体的かつ適切な要件設定は、個別の取引に応じて取引主体間で決すれば足り、民法典で詳細に規定する意義があるとは認めない。（会社員）
- 種類債権の特定に関して、まず、「契約の内容・契約の趣旨」によってなされ、これが不明な場合、民法401条2項の行為によってなされる旨の明文の規定を置くべきである。特定の仕方に関する任意規定を設けておくべきである。
債務者の変更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。いったん特定した後に一方的に別の種類物に変更する権利を債務者が有することをことさら明文化する必要はないであろう（例 子犬のように若干個性のある種類物において特定が生じた後に、ブリーダーが変更することができる権利を当然に有するというをあえて明文化する必要はないであろう）。仮に、必要な場合があれば、信義則などを根拠として対応すべきである。（福岡弁）
- 民法第401条第2項については、任意規定として存置することに賛成。
債権者と債務者の合意によっても種類債権の目的物の特定が生ずることも規定すべきである。
特定した後であっても、債権者の利益を害さない要件の下で、債務者に変更権があることを明文化することに賛成。
特定制度をあえて削除することはなく、残すなら、現行民法化で、争いなく認められている合意による特定と、判例が認める変更権を明記すべきである。（堂島有志）
- 401条2項の存置を前提として、債権者と債務者の合意によっても特定が生じるとの規定を明文化することに賛成である。
変更権の明文化に賛成である。種類債権で特定が生じることにより、それが瑕疵物の場合、現行法下では瑕疵担保に代物給付請求が認められておらず、多くの国民は、瑕疵のない代替物に取換えて解決すべきと思うであろうところ、その方法は民法で規定されていないなどの問題点がある。かかる問題点を回避するために、特定時期を後らせる考え方や瑕疵物では特定しないとする考え方もあるが、

それは、これまでの判例の蓄積を大きく変更するスキームをとることになり、混乱が大きい。

特定概念は、これまでの実務の運用にのっとるべきで、そうであるならば、特定が生じてしまってから生じる不都合を回避するための方策として、(債権者からの瑕疵担保における代物給付請求を規定するほか、)債務者からも行使できる変更権を明確に認め、それに、債権者の利益を害さない等の信義則の範囲内とするといった枠をはめるのが合理的な方法と思われる。(横浜弁)

- 民法401条2項を任意規定として存置することに賛成である。種類債権の目的物の特定について、契約交渉において必ずしも明確に当事者が合意するわけではなく、契約解釈による契約内容の明確化が困難な場合もありうるため、任意規定として存続させる意義があり、あえて削除する必要はない。

債権者と債務者の合意によって種類債権の目的物の特定が生ずることを明文化することに賛成である。債権者と債務者の合意によって種類債権の目的物の特定が生ずることに争いはない。

一定の要件のもとで判例が認める債務者の変更権を明文化することには賛成である。もっとも、追完権との平仄という観点から、特定した物の給付では不完全な履行となる場合以外にまで変更権を認めるかは慎重に検討すべきである。

「債権者の利益を害さない」という要件では、通常は他の同種の物が給付される限り債権者の利益は害されないことから、債務者は特定後も目的物を変更できることが原則となってしまう、そもそも特定を認める意義がなくなる。(大阪弁)

- 契約解釈による契約内容の明確化が困難な事例もあるため、任意規定として置くことに意味がある。変更権に関する確定した判例ルールも、可能な限り明文化すべきである。(広大有志)

- 第401条第2項を任意規定として存置することに賛成である。契約の解釈による契約内容の明確化が困難なときもあり、民法第401条第2項をあえて削除する理由はない。

債権者と債務者の合意によっても特定が生ずる旨の規定を置くことに賛成である。債権者と債務者の合意による特定は現状で認められており、条文で明文化した方がよい。

判例が認める変更権を定めることには賛成であるが、単に「債権者の利益を害さない」という要件では不十分であり、具体的且つ適切な要件を検討すべきである。判例が認める変更権を明文化することに異存はないが、その要件については、単に「債権者を害さない」だけでは不十分であり、具体的且つ適切な要件を検討する必要がある。(日弁連)

- 401条2項は存置し、債権者と債務者の合意によっても特定が生ずる旨を

新たに規定する方向に賛成する。401条2項については、特定が債権者と債務者の合意によっても生じることは、学説上も一般に認められている解釈である。

変更権については、具体的かつ適切な要件設定が可能であれば、明文化に反対しない。401条2項の内容では変更権の内容は明らかでないので、具体的な明文を設ける必要もある。そもそも種類物なので、他の種類物に代えることが債権者の利益を害することがあまり想定できない。(仙台弁)

- 民法第401条第2項の規律内容は任意規定として存置すべきである。その際に、債権者と債務者の合意による特定が生ずる場合を追加すべきあり、債権者の利益を害さない範囲で債務者の変更権を規定すべきである。(大学教員)
- 任意規定として残すべき。債権者と債務者の合意による特定についても、明文化してよい。変更権についても、すでに認められている以上、できるだけ明文化の方向で検討すべき。(大学教員)
- 契約内容が不明な事例があることから、任意規定を置いておくのが相当であるとする意見が大半であった。

また、合意による特定の規定の新設については、明文化に賛成するという意見があったが、合意による特定は当然であり明文化の必要はないという意見もあった。

変更権については、現在は他の種類物による給付をもって履行と評価できるかという問題で処理されているのであり、権利と規定することにより紛争をかえって複雑化させることを危惧する意見、補足説明に示された判例は物の個性が全く問題にならない事例であるから、変更権の一般論の先例とすることに疑問を呈する意見があった。(最高裁)

- 第401条第2項に関しても、民法第400条に関する意見と同様に、契約内容の解釈が困難である場合もあると考えられるため、同条を任意規定として置いておくことも意味があるのではないか。具体的な要件の設定については、債権者と債務者の合意によって特定が生ずる旨の規定を設けても支障が生ずることは少ないと考えられるので良いのではないか。変更権の明文化については、慎重な検討を要すると考える。(日大民研・商研)
- 従来は、危険負担の債権者主義の観点に引き寄せて理解されていたが、危険負担の債権者主義を実質的に修正するのであれば、「給付危険の集中」＝「再調達義務の有無」という観点のみから純粹に考えたらよいのではないかと考えている。危険が移転しないのであれば、給付の目的物を調達した段階で特定を認めて再調達を否定する可能性の議論をしてもよいのではないか？(弁護士)
- 種類物の特定が生じる場合と、最初から特定物である場合との異同を考えて

おく必要があるのではないか。当事者が合意することにより特定が生じることは認められるが、それが瑕疵ある種類物であった場合に、債務者が他の種類物を給付する義務を免れるかどうかについて明確にしておく必要がある。

また、特定された種類物が滅失した場合に、債務者は履行義務を免れるとしても、その主張をせずに、あらためて他の種類物を給付することによって反対債権を確保することができるかどうかについても、検討すべきである。(大学教員)

- 現行規定でよいのではないか。債権者と債務者の合意で特定できることは規定するまでもない。(弁護士)
- 種類債権の目的物が合意によっても特定するということは当然ではあるが、明文化した方が分かりやすい。

判例が認める変更権(種類債権の目的物が特定した後であっても、一定の場合には、債務者がその目的物を同種同量の別の物に変更することができる権利)の明文化については、「債権者の利益を害さないこと」という要件では広すぎるので要件設定について慎重に検討すべきである。(弁護士)

- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

(2) 種類物贈与の特定に関する特則

種類債権の目的物の特定に関する民法第401条第2項については、契約解釈の問題に解消できるとして不要とする意見と、任意規定として存置する意義があるとする意見があったことを踏まえて、規定の要否について、更に検討してはどうか。

また、規定を存置する場合には、債権者と債務者の合意によっても特定が生ずる旨を新たに規定する方向で、更に検討してはどうか。

さらに、判例が認める変更権(種類債権の目的物が特定した後であっても、一定の場合には、債務者がその目的物を同種同量の別の物に変更することができる権利)については、単に「債権者の利益を害さないこと」を要件とするのでは要件が広すぎるとの指摘があることも踏まえ、具体的かつ適切な要件設定が可能か否かに留意しつつ、明文化の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第1, 5 [5頁]】

【意見】

- 種類物贈与については、贈与者は、当然に目的物を指定する権利を有する旨の規定を置くという考え方は、通常の当事者意思に合致するから賛成である。受遺者が選ぶ場合は例外的であり、特約を設けることもできる。(東弁)
- 贈与者は、当然に目的物を指定する権利を有する旨の特則を設けることに賛成

- する。贈与者の合理的意思に沿う。(仙台弁)
- 賛成である。贈与の無償性から、多くの国民の公平感に沿うと思われる。(横浜弁)
 - 提案のような規定が必要である。贈与の無償性によれば、目的物の指定権は債務者たる贈与者に帰属させて構わないものと考えられる。(札幌弁)
 - 贈与者が目的物を指定する権利を有する旨の規定を置くことに賛成。無償契約である贈与者に、目的物の一方的指定権を与えた方が、通常の意味に合致する。(堂島有志)
 - 種類物贈与の贈与者は、当然に目的物を指定する権利を有する旨の特則を置くべきであるという考え方に賛成が多い。

贈与者が選択権を有するというのが贈与者の意思に合致する(受贈者に選択権を与えるときは特約を結べばよい。)という立場から賛成する意見と、契約に委ねれば良いという立場から反対する意見があった。(日弁連)
 - 同項に関しても、民法第400条に関する意見と同様に、契約内容の解釈が困難である場合もあると考えられるため、同条を任意規定として置いておくことも意味があるのではないか。具体的な要件の設定については、債権者と債務者の合意によって特定が生ずる旨の規定を設けても支障が生ずることは少ないと考えられるので良いのではないか。変更権の明文化については、慎重な検討を要すると考える。(日大民研・商研)
 - 贈与者に指定権を与えることは検討に値する。(兵庫県弁)
 - 贈与者が特定する場合と受贈者が特定する場合の双方が想定できるので、契約解釈の問題に解消した方が事案に応じた解決ができるとする意見が有力であったが、贈与者の指定による特定という規定に賛成する意見もあった。(最高裁)
 - 種類物贈与のデフォルト・ルールは、贈与者が指定権を有するという考え方を採り、契約の個別的事情や当事者の合意により例外が(当然のことながら)認められるとすることではないか。(大学教員)
 - 種類物贈与について、贈与者が当然に目的物を指定する権利を有する旨の規定を置くべきではない。債務者(贈与者)が物の給付をするのに必要な行為を完了すれば特定されるのであるから、債務者(贈与者)の指定権を明文化する必要はない。(福岡弁)
 - 種類物贈与の贈与者は、当然に目的物を指定する権利を有する旨の特則を置く必要はない。実務において、贈与者が目的物の指定権を有することが当然であるとまではいえない。(大阪弁)
 - 特則は不要である。(広大有志)
 - 種類物贈与については、贈与者は、当然に目的物を指定する権利を有する旨の

規定を置くべきであるという考え方があるが、贈与契約に限らず種類物引渡債務者は目的物を指定する権利があることが原則であるから、とくに贈与の場合に限って明文規定を設けるべきではない。（親和会）

- 特則を設ける必要はない。指定権を贈与者に限定しなければならない必要性はない。（広島弁）
- 贈与者に当然に目的物を指定する権利を付与する規定を設けなくてもよい。（大学教員）
- 種類物贈与の特定の問題も契約解釈の問題に解消できるため規定は不要である。（弁護士）
- 第401条2項に相当する規定をデフォルトとしたうえで、これこそ契約解釈で対応すべきではないか。（大学教員）
- 不同意。取引の実態に関する疑義を残したまま、特則を検討する意義を認めない。（会社員）
- 改定すべき理由があるとは思えない。（個人）

5 法定利率（民法第404条）

(1) 利率の変動制への見直しの要否

法定利率として利率の変動制を採用することについては、これに賛成する立場から具体的な規定方法について様々な意見があった一方で、法定利率が現実に機能する場面は限定的であり、その場面のために利率の変動制を導入する意義があるのか等の疑問を呈する意見や、法定利率が用いられる場面に応じて適切な利率は異なるため、一律に法定利率を定めるのではなく、個別具体的な場面ごとに適切な利率を定めることを検討すべきではないかという意見があった。これらの意見を踏まえて、利率の変動制への見直しの要否について、法定利率が用いられる個別具体的な場面に適した利率の在り方及び利率の変動制を採用する場合における具体的な規定方法（例えば、利息等が発生している期間中に利率が変動した場合に、当初の利率で固定するか適用利率を変動させるか。）等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第1, 6 [7頁]】

【意見】

- 法定利率については、政令で定めることとし、特に変動の頻度・周期を定めず、見直しをする一定の基準を定め、必要に応じてその都度定める方式をとられたい。市場金利と連動した利率の変動制を採用することには賛成する。しかし、短期間のスパンで法定利率が変動すると、実務上混乱を招きかねず、全体としてコストも増大すると思われる。同制度は、国民にとって分かり易く計算も容易なもので

なければならず、見直しをする一定の基準を定め、社会情勢の変化に応じ政令で定めることとすべきである。（大司書）

○ 現行の年5分の利率については、近時、市場金利との乖離が著しいという問題がある。かかる問題を解決するために、法定利率の利率を見直すことは相当である。ただし、利率を一律なものとするか否か、利率をいくりにするか、利率を固定制とするか変動制とするか等については、法定利率の個別・具体的な適用場面も考慮しつつ、法定利率の適用が過度に複雑なものとならないように留意しながら、更に検討すべきである。（山口県弁）

○ 利率の変動制に賛成である。ただし、固定制を維持すべきとの意見も強い。現行の法定利率は、あまりに硬直化しており、市場金利との乖離も甚だしく、公平妥当な規定とは思えない。現在、電子機器の発達により、計算の複雑化により生ずる支障はさほど大きくないし、計算の簡明さが、当事者間の公平を上回る要請とまでは言えない。

一方、固定制を維持すべきとの意見は、法定利率が機能する実際上の場面はさほど多くないこと、計算の簡明さなどを根拠とする。

変動の周期・頻度は1年以上とすべきであり、毎年省令で見直すのがよい。一義的に定まり、計算が複雑になり過ぎない必要があるが、市場金利との平仄も考えるべきである。具体的には、短期プライムレートの最頻値、国債落札平均利回りなどを参考に、省令で、毎年、年末に翌年の法定金利を見直すとするのがよいのではないか。（横浜弁）

○ 法定利率を市場金利と連動する変動金利にすること自体には、異論はない。現行民法の法定利率は、立法当時の経済状況を前提として規定されたものであることからすると、現在において現行民法の法定利率が、現実的なものではなく、また市場金利との乖離もあることから、改正を検討すべきである。

変動金利方式を採用する場合には、連動する指標、連動の方式、変動の時期および金利または計算の基礎となる情報の公示制度の整備等に配慮して、金利の決定方式が複雑にならないよう配慮いただきたい。法定利率が市場金利連動の変動利率になる場合にあっても、金利の決定要素には様々な要素があり、あるべき姿を提示するのは困難である。また、法定利率は、金銭の利用の対価の利息として機能する場合（民法404条）と、金銭債務の不履行の遅延損害金として機能する場合（民法第419条第1項本文）とがあるところ、その双方に用いられてきた。そこで、変動金利方式を採用する場合には、金利の様々な機能にも配慮しつつ、連動する指標、連動の方式、変動の時期および変動金利または計算の基礎となる情報の公示制度の整備等に配慮すべきであると考えられる。

変動金利方式を採用する場合においては、関係法令に及ぼす影響を調整のうえ、

また業界に与える影響等を最小限にする等、最大限の配慮をもって見直しを行っていただきたい。割賦販売法においては、包括信用購入あっせん関係受領契約および個別信用購入あっせん関係受領契約が解除された場合等に、クレジット会社が、購入者等に対して請求できる遅延損害金は、損害賠償額の予定または遅延損害金の定めがあるときであっても、法定利率により制限されている（同法第30条の3、法第35条の3の18）。そこで、法定利率が市場金利連動制となって、昨今のような金融情勢下で法定利率が低くなる時は、割賦販売法の規定による、信用購入あっせんの違約金が自動的に低廉なものとなってしまうこととなる。割賦販売法の違約金の制限に法定利率を用いているのは、現行の年6%を前提に、その率をこの規定に適用するについて妥当なものとして採用されたものと考えられる。従って、仮に、法定利率について変動金利方式を採用することとした場合であって、上記割賦販売法の規定が見直されないときは、取引解約がなされた時期によって請求できる損害賠償額が変化するため、それに係る事務処理は極めて煩雑なものになる。そもそも、クレジット会社は銀行のように日常的に変動金利を利用した取引を実施しているものではないため、遅延損害金の基準となる法定利率を変動金利とした場合には、多大なシステム対応等の負担を生じることになる。法定利率を市場金利連動制にする場合はそのあたりの規定の改定も併せて検討する必要があるものとする。

利息制限法その他利息に関して規制する他の法令が利息の割合について変動制を採用していないことに鑑みれば、法定利率に関し変動制を採用した場合には、法定利率を定める指標となる利率如何によっては、理論上は、利息を規制する法令の上限との間で逆転が生じる可能性がある。従って、法定利率の変動制を安定的に導入するためには、利息に関して規制する法令における上限金利規制の在り方についても、併せて検討することが必要と考える。（全信販協）

- 市場金利を反映できる変動制は合理的だが、あまり変動のスパンを短くすると改定に伴う事務処理コストが大きくなるため、慎重な検討が必要。また、商事法定利率につき、民事法定利率との1パーセント差について合理性があるのかも、検討が必要（経営法曹会議）。
- 利率の変動制の導入については、計算の煩雑さを考えても、当事者の公平を図るために市場金利の変動を事情変更の原則等を待たずに反映される仕組みが望ましいため、賛成である。

法定利率が用いられる個別具体的な場面に適した利率の在り方の検討は、賛成である。利率を定めない金銭消費貸借の場面と不法行為の場面では、利率を定める前提となる事情が異なるという考えに賛成である。

利率の変動制を採用する場合における具体的な規定方法については、公的性質

を持ち、基準として公告されているものである必要があるから、利率変動の基準については日銀の基準貸付利率とし、また、利率の変動は1年に1回程度とするのが妥当と考える。(東弁)

- 一つの債権から発生する利息の利率が時の経過とともに変動するという意味での法定利率の変動制を採用すべきでない。利率変動制では、係争中に利率が変動して計算関係が複雑になるという欠点があり、その欠点を上回るメリットを見いだしがたい。法定利息の制度では、約定利率とは違って、市場金利に即応した細かい調整ができなくてもやむを得ないところであろう。

他方、たとえば、契約時又は債権発生時において利率を固定することを前提としつつも、何年かに一回のテンポで法定利率を変更することによって市場金利との乖離が大きくなるないように調整する制度は、検討されてよい。

仮に法定利率の改正をするならば、商事法定利率(商法514条)と合わせて同時に改正するのが妥当であり、民事法定利率のみを先行して改正し、商事法定利率が放置されることは相当でない。

利率の決定については、法務省令への委任もやむを得ないと考える。(兵庫県弁)

- 現行民法の年5分という利率は、市場金利と乖離しており、とくに民法419条1項の履行遅滞または不法行為に基づく損害賠償請求の局面においては、敗訴者に過大な負担を負わせることになる。変動金利制の導入は、算定の複雑化により使いにくい民法となってしまうおそれがあるが、少なくとも現行の利率については見直しを図るべきである。(親和会)

- 貸出業務においては、金銭消費貸借契約証書において約定金利、遅延損害金利率等を定めるため法定利率の機能する場面は無いかもしれないが、貯金業務においては、JAが履行遅滞(支払拒否)をしたときの利率は定められていないため、相続により相続人の一人からの相続分の支払請求を断わったため支払督促を受けられることがある。この場合支払うまでの法定利率を請求されることになる。

今般の金利情勢にあつては、法定利率は貯金に比しかなり高利率となっており不合理を感じるので、変動金利制への移行が望ましいと考える。例えば、変動性の場合、市場金利プラスアルファ(国債などを指標)といった決め方も考えられる。また、法定利率が変動性の一つだけと言うのも実務上不都合な場面があるので、例えば、個別具体的な契約の性質に応じて固定の法定利率を設けることも検討することも必要である。(農中)

- 民法第404条の民事法定利率である年5%については商事債権としての利率との統合も視野に入れて、社会経済状況に応じて、これを定期的に見直すことが可能となるような規定を置くことを検討すべきである。

具体的には、一定の利率とし、これを数年ごとに見直す方法等を検討すべきである。

遅延損害金に関する利息の利率の規定を別途置くことを検討すべきである。

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

確かに平成23年2月28日日本銀行金融機構局発表の銀行の普通預金の平均年利率は0.020%であり、平成11年12月以降の長期国債（10年）新発債流通利回りの平均は約1.454%である。また、過去10年の基準割引率（公定歩合）の平均値は0.28%、過去30年は2.39%であり、これらと比較すると、現行の民事法定利率である年5%は、近年においては高いものといえる。

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

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

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

法定利率は、法定果実として適用される局面（例えば、消費貸借契約）と、遅延損害金として適用される局面（例えば、民法第704条における悪意の受益者の規定や民法第419条の金銭債務の特則で規定される損害賠償の算定方法）がある。現行の枠組みにおいては、民法第404条を見直した場合、連動してその利率は下がることとなる。

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

る利率に関する規定を置くことも検討すべきである。(日司連)

- 利率変動制を導入すべきである。現在の法定利率年5分は民法典制定当時の一般的な利率によって定められたものであるが、現状においては、市場金利を大幅に超過していることは明白である。

また、法定利率を如何に定めても、固定である限り、市場金利とかけ離れる状況が生じることは不可避であり、市場金利（金融機関の一般的な貸付金制を意味する。）を参照して、定期的（年に1、2度）の政令によって法定利率を定める制度を導入することに合理性があると考えられる。(札幌弁)

- 金銭債権の金利に関する当事者の合意がないときの利率については、変動制（民法施行令で数年に1度改定する、以下同じ）とすべきである。

契約によって発生する金銭債権の利息は予め当事者の合意によって決められる場合が大多数であり、当事者の合意が明確でない場合はほとんどないであろう。しかしながら、利息を支払うことは合意したがその利率を定めていなかった場合の利率を民法で定めておくことは無意味ではない。

その利率であるが、現行の年5%の固定制にも一定の合理性がある。なぜなら、低金利時代には債権者に、高金利時代には債務者に有利になるが、確定利率であることで双方当事者もやむをえないと受忍できること、過去100年にわたり適用されてきた利率であるという安定感があること、中間利息控除の割戻の利率として使用した場合には低金利時代には債務者に、高金利時代には債権者に有利となりバランスが取れないではないことからである。

しかしながら、低金利時代がかなりの期間継続している現状に鑑みれば、変動制（利率は民法施行令で定める）に変更すべきではないかと思われる。

その場合の指標としては、過去の金利を参考にすべきである。(福岡弁)

- 法定利率について変動制を採用する方向で検討することには賛成するが、変動の時期や変動計算の基礎となる情報の公示制度の整備に配慮し、かつ短期間で頻繁に変動することのないようにすることが望ましい。市場金利が変動する実態に鑑みれば、利率の変動制を採用すること自体については合理性があると考えられ、この点について検討をすることに異論はない。

ただし、変動の時期や変動計算の基礎となる情報が周知されなければかえって無用の混乱を来すおそれもある。また、短期間での変動を許容する制度とする場合には、事務処理の煩雑化をもたらし、かえって取引コストその他の社会的コストを増大させる懸念もある。

従って、変動制を導入する場合には、これらの点にも配慮されることが必要である。

変動制を導入する場合には利息制限法その他関係法令における上限金利規制

との関係についても検討することが必要である。利息制限法その他利息に関して規制する他の法令が利息の割合について変動制を採用していないことに鑑みれば、法定利率に関し変動制を採用した場合には、法定利率を定める指標となる利率如何によっては、理論上は、利息を規制する法令の上限との間で逆転が生じる可能性が生じる。従って、法定利率の変動制を安定的に導入するためには、利息に関して規制する法令における上限金利規制の在り方についても、併せて検討することが必要と考えられる。(貸金業協)

- 法定利率について変動制を採用すること自体には賛成する。

ただし、法定利率に関し変動制を採用した場合には、他の利息に関する法律(利息制限法、出資法等)における上限金利の規制と、法定利率が超えてしまう理論上の可能性が生じるため、これらの上限金利規制の在り方についても、併せて検討していただきたい。また、利息制限法の基本設計は昭和29年に作られたものであり、今般の民法第404条における検討議論と共に現代化する必要性についても、併せて検討していただきたい。さらに、これらの検討にあたっては、利息に含まれない手数料の在り方についても、諸外国の例を参考にしながら検討していただきたい。

現在の金融実務を前提にする限り、利息について合意しない金銭消費貸借は存在せず、法定利率が適用されるのは、不法行為や不当利得の場面が主である。しかしながら、これは個別事案毎の事実関係の下で成否が判断されるものであり、これらの場面をあらかじめ類型化することは困難であるし、逆に、個別事案の事実認定に委ねるというのも法的な予測可能性を欠く。不当利得、不法行為において制裁的な要素を考慮して、一般の法定利率と別の利率を定めることには反対する。

金銭債務の遅延損害金を算定する利率についても、上記と同様であり、法定利率に一定の数値の加算等をしたものにする事自体には賛成するものの、他の法律による上限金利規制の在り方についても、併せて検討していただきたい。

(消費者金融協)

- 現行の法定利率に関する規定は、市場の金利実勢からの乖離が大きい現下のような局面においては、合理的な水準での変動制への移行の意義は大きい。

市場金利の動向に連動して法定金利も変動するという仕組みは合理的ではあるものの、もし変動制を導入するのであれば、具体的な規定方法については、事務負担軽減の観点から平易なものとすべきである。(不動産協)

- 銀行実務の観点から、法定利率に変動制を導入すべきという積極意見がある。変動制支持の理由は、現行の固定の法定利率が現在の市場実勢と乖離していることや硬直的なことを問題視するものである。弊害と見られる具体的な場面

としては、相続預金の払戻請求訴訟において、相続人間の争いが長引くほど、相続争いに巻き込まれたに過ぎない金融機関が実勢レートとはかけ離れた法定利率による遅延損害金を支払わなければならないという問題が指摘されている。このように市場実勢に比して法定利率が高い場合には、債権の帰属を故意に訴訟等で争うことによって高い利率で運用しようというモラルハザードが生じることが指摘されている。

上記のとおり、法定利率について、利率を変動制に見直すことに賛成する。

具体的に変動利率制を導入する場合の論点として以下の指摘がある。

- ・利率そのものを民法に規定すると頻繁な改正は難しいため、利率については政令や省令に規定すべきという指摘。
 - ・利率の決め方については、臨時金利調整法の利率の決定方法や供託利率の決定方法が参考になるという指摘。
 - ・利率の決め方を検討するに当たっては、適用利率やその適用方法が一義的に定まるような明確な規定にすべきという指摘。
 - ・変動の周期については、頻繁に見直すことはかえって実務上煩わしく、他方で長期間見直さないとする市中の金利との乖離が大きくなることに配慮し、1年または半年に1回見直すことが適当であるという指摘。
 - ・仮に変動の周期を1年にした場合であっても、利率変更時点の金利をその後の1年間で適用すると考えるのか、あるいは1年間の基準金利の平均値で翌年の利率を決めるのかといった決め方の違いも存在するという指摘。
 - ・債務不履行の遅延賠償や不法行為債務に変動制の法定利率が適用される場合には、当初の不法行為時、債務不履行時の利率が完済まで適用されるのか、それとも完済までの間に利率の変動があれば、それに応じて変動するのか否かも問題となるという指摘。
 - ・民事法定利率に変動性を採用する場合には、平仄を合わせ商事法定利率についても変動制を採用すべきであるという指摘もある。（全銀協）
- 諸外国の立法例（モデル法を含む。）等を参考としながら、法定利率として利率の変動制を採用する方向で検討すべきである。（広大有志）
- 意見として、(1)変動利率性を採用することに賛成が多い。ただし、利息計算が煩雑になり当事者及び裁判が負担となることを防ぐために見直し期間、見直し方法についてはさらに検討する必要がある。また、(2)法定利率が用いられる個別具体的な場面に適した利率を定めることに賛成が多い。

実勢利率と法定利率に乖離があると債務者が債務の履行を引き延ばしたり、本来債務の存在を争えるのに争うことにより敗訴した場合の利息負担が大きくなることを避けるため争えなくなるというような問題があり、変動利率制が

良いと言う意見が多かった。しかし、利息の見直しがしばしばあると当事者及び裁判所が負担となることから、見直し時期及び方法については慎重に検討する必要があるという意見が多数を占めた。それとともに、法定利率が使われる具体的場面に即した利率を定めることがよいという意見が多かった。(2)の例外を定めると法定利率が適用されるのは、利息の合意はあるが、利率を定めなかった場合などごく例外的な場合であるという指摘もある。

なお、変動利率制採用する場合に、利率が発生している期間中に利率が変動した場合、当初利率を固定的に適用する考え方については、利率適用期間が長いと法定利率を固定化していると同じことになり、変動のメリットが少ないという批判がある。他方、利率が発生している期間中に利率が変動した場合、適用利率を変動させるとしたなら、判決をどのようにするかが問題となる。現在であれば、00年00月00日から支払済まで年5分の割合による金員を支払えで良いが、利率の変動により適用利率が変動する変動利率制を採用した場合、判決主文をどのように書くのかという問題が生ずる。また、具体的な金額の計算も煩瑣となる。

さらに、変動金利制を採用した場合の、金利の基準を何に求めるか、見直し期間をどの程度とするかに合理的基準があるかという問題もある。そこで、大きな金利の変動により民法の定める法定金利が不合理となったときに、法定利率を改定する法改正を行えばそれでよいのではないかという考えも主張されている。

また、金利の適用期間中に適用金利を変動させる立法例として地方税法3条の2がある。(日弁連)

- 利率の変動制を採用することによって、法定利率は合理的な水準に保たれるとは思われる。法定利率が用いられる各場面に適切な利率を定めることができれば非常に合理的であると思われるが、その算定の調整は困難なのではないか。また、利率の変動制の採用は、実務に大変大きな影響を与えると思われるため、慎重に検討する必要がある。(日大民研・商研)
- 交通事故に関する賠償金算定の間接利息控除等にも大きくかかわる論点であるので、現代的な改訂の必要性はきわめて高く、改正の最優先事項である(個人)
- 変動制にすべき。新法典が、場合によってはまた100年続くことを考えれば、現行法のように固定にすべきではない。定め方についてはドイツ法が参考になる。個別具体的な場面に応じた利率の定めには反対。というのは、現在の短期消滅時効のように、定められた利率が適切かどうかや、振り分けの合理性についての疑義が後々生じうるし、各事件がどの類型に該当するかという紛争

を生む。(大学教員)

- 景気の変動により、利息の上下は必要(会社員)。
- 利息制限法の上限利率と共に、改正すべき。年5%は、現在においては、明らかに高率であり、社会的実態に合わないことは誰の目にも明かである。この規定があるために、たとえば、損害賠償訴訟においては、和解しないで判決まで引き延ばすことで、預金金利を遙かに上回る賠償金の取得をめざすこともないわけではない状況になっている。

預金金利との整合性という観点からは、変動制にすることも十分に検討に値する。(弁護士)

- 民法の条文に細かい規定をかかずとも毎年、法務省の省令等で法定利率(年○%)を発表するようにすればよいのではないか。そういう意味では基本は変動利率だが年間(一定期間)は固定利率ということになる。今回は改正の対象でない商法の法定利率も本来同様に議論されるべきである。余談だが、今回の中間論点整理の論点の解決方法としては他にも政令・省令に落としてしまえばというようなものは多々あるのではないか。(主婦)
- 現在の市場金利との乖離を是正するため、民事法定利率を引き下げるべきである。その一貫として利率の変動制を導入する場合、詳細は政令に委ねるなど、手続きが煩雑にならない規定を設けるべきである。さらに、民事法定利率の変更に伴って、利息制限法の高い上限金利を引き下げるなど、制度間の整合性を検討すべきである。(弁護士、弁護士)
- 会社法の分野で、株主に株式買取請求が認められる場面で価格決定の申立てをすると、効力発生日から所定の期間満了の日以後、年6パーセントの商事法定利率が得られる(会社法第117条等)。

このため、ひとまず価格決定を申立てるとの対応が行われていると聞く。このような実務をなくすために、まずは民事法で法定利率を市場金利に応じた合理的な利率に改めるべきと思われる。(会社員)

- 利息制限法第1条のほか、今後インフレ等が加速し市中金利が急上昇した場合における、消費者契約法第9条第2項、出資法第5条等との関係について更に検討する必要がある。(個人)
- 現在の年5%の固定金利は、経済情勢と適合していない。そこで、法定利率を合理的な水準に保つため、市場金利の動向等に連動して法定利率も変動するような枠組み(利率の変動制)を採用すべきである。

なお、具体的な条文案を検討する際には、①利率を定めない利息付消費貸借、②金銭債務の遅延損害金、③中間利息控除の各場面の特性に応じて、適切な利率が異なることに配慮することが必要である。

変動周期については、短いと事務負担が過剰になり、長いと市中金利との乖離が生ずるため、1年程度が適当であると考えられる。

変動制の法定利率に基づき継続的に利息又は遅延損害金が発生している途中で利率が変動した場合については、利率の変動に応じて適用利率を変動させることが、債務不履行や不法行為による損害賠償債務において損害が継続的に生ずる場合の処理として適切である。

なお、民事法定利率において利率の変動制を採用する場合には、商事法定利率（商法第514条）についても整合性がとれるように見直すべきである。（弁護士）

- 利率の変動制への見直しについては、固定利率制による利息計算の簡便さというメリットを放棄し、かつ変動制を適切に運用するためのコストを掛けてまで、法定利率を迅速に市場の金利変動に対応させるという実務上の要請があるのかを吟味して、慎重に検討されるべきである。利率の変動制を導入する前提としては、固定方式による利息計算の簡便さというメリットを放棄してまで迅速に市場の金利変動に対応するという実務上の要請があることが必要である。

利率の変動制を採用する場合には、事務負担の観点から、法定利率を半年に1回や1年に1回というように頻繁に変動させるべきではない。また、継続的に利息又は遅延損害金等が発生している途中で法定利率が変動した場合に、その時点で適用利率を変動後の利率に変更することは、法定利率を変動させる頻度や回数との兼ね合いで、利息計算が煩雑となるおそれもあるため、慎重に検討すべきである。利率の変動制を採用する場合には、将来の遅延損害金を請求する場合等において損害額の算定が煩瑣となり、裁判所や当事者にとって過度の負担にならないような制度にすべきである。（大阪弁）

- 仮に利率の変動制を導入する場合には、利率の変更周期、算定方法、具体的な適用方法等について慎重な検討を要する。

法定利率の変動制への見直しに当たっては、法定利率の性質をどう位置付けるかを、まず確認すべきである。（森・濱田松本有志）

- 事務負担を考慮した上で慎重に検討すべきである。

利率の変動制を採用することで、実務上過剰な事務負担が生じる可能性がある。特に、変動周期を短く設定することは避けるべきである。（広島弁）

- 利率の変動制への移行に反対する。確かに固定金利制には市場金利との乖離が生じるというデメリットがあるが、利息計算が簡便となるメリットもあり、迅速に市場金利の変動に対応する実務上の要請が常にあるわけではない。固定利率制を維持しながらより低い利率に変更することも十分考えられる。

仮に利率の変動制に移行する場合には、損害金の計算が煩瑣となり、裁判所や当事者にとって過度の負担とならないように制度設計すべきである。(金沢弁消費者委)

- 法定利率については、変動制への見直しには反対である。現行民法の5%を変更する必要はない。

変動制を採用すると、固定利率に比べ、計算が煩雑になることが避けられないが、以下の通り、煩雑性をしのぐ見直しの必要性は見いだせない。

法定利率の本来の機能は、①利息付と約定しながら利率の定めがない金銭債権(消費貸借・消費寄託)の利率(民法404条)を定める場面及び②利率の定めのない金銭債権(債務不履行・法定債権)の遅延損害金の利率(419条1項)を定める場面で用いられる。

①については、補充適用される一定の利率が予め法定されていれば足りる(明示された数字に不都合があれば、合意で利率が決められるはずである)から、このためにわざわざ煩雑な変動制を採用する必要はない。

②の遅延損害金の利率は、履行遅滞に直面した債権者に、履行期に金銭の支払いを受けた(元々金銭債権でなかった場合も、元の債権の転化代償として受け取った)とすれば置かれた利益状況との差を填補するためのものである。その差については、ア)運用利率で考えるか代替調達に要する金利で考えるか、さらにイ)運用利率にも預金金利から投資利回りまで幅があるし、ウ)代替調達に要する利率にも大企業のプライムレートから消費者信用の金利まで幅がある。このため、変動制を採用する場合、指標とするものを定めるのが困難で、結局は、様々なバリエーションの中庸と評価しうる水準にせざるをえない。そうすると、煩雑な計算を採用してまで、直近の実情に迫る実益は見いだせない。

このほか、現行法では、法定利率は、期限未到来の無利息金銭債権の現在価値を算定する際の間接利息として準用されている(民事執行法88条2項、破産法99条1項2号)が、準用場面での妥当性を理由に法定利率の見直しを議論するのは本末転倒である。(堂島有志)

- 利率の変動制については、次のような点が問題になり、煩瑣にすぎ、予見可能性を損ない、法律関係を不安定にする、訴訟手続や執行手続に変更や影響が及ぶ事項であり、訴訟手続や執行手続を含む各実務に甚大な混乱を及ぼすおそれがあるなどとして、大半は変動制への見直しに反対する意見であった。なお、仮に変動制に見直す場合には、実務上の混乱が生じるのが明らかであるため、明確な運用基準等を設定すべきであるとの意見があった。

- ① 現在法律において明確に法定利率が規定されていることを前提に、中間利息控除等も含めた訴訟実務や執行実務が運用され、損害保険業務等の分野で

も同様であるところ、これに変動利率制を導入することは、多方面に多大な影響を与えて極めて大きな混乱が生じることが強く懸念される。

- ② 仮に現行の年5分という利率が高いというのであれば、国会で妥当な利率について議論した上で妥当な利率を法改正によって定めれば足り、利率を変更する際に法改正を要することは、民法の法定利率が我が国の私法・公法を含めた法制度の根幹に関わる問題であって、国民的コンセンサスが必要な事柄であり、法的安定性や予測可能性への配慮も要する以上、やむを得ないものであり、政省令への委任に適する事項ではない。
- ③ 仮に変動利率制を採用した場合、継続的不法行為の取扱い等も問題となり、適用される利率を一定の時点を基準に固定させるのであれば、訴訟においても基準時をどこに設定するか等を巡って無用な争点が増えることになり、訴訟が遅延するおそれがある上、訴訟手続においても、請求の趣旨や判決主文、和解調書等の債務名義の文言などが極めて煩瑣なものとなる（なお、公正証書の場合、これが執行証書となるためには、金額の一定性が要求されていること（民事執行法22条5号）に留意する必要がある。）。仮に、利息又は遅延損害金の発生する始期を基準とするときには、訴訟実務においては、始期が不明確であるために、発生が確実な時点からの一部請求にとどめる場合が少なくないことから、この場合の利率の扱いをどうすべきかなどの問題についても検討を要する。このように、訴訟実務や執行実務の多大な支障が想定される。
- ④ 利率を一定期間（例えば1年）ごとに変動させる場合には、利息や遅延損害金の計算が煩瑣なものとなり、このような計算を多用する執行実務に大きな負担を生ずるおそれがある。（最高裁）
- 利率の変動制を採用することには反対する。ただし、現行の年5分から市場金利に近い利率へ固定利率を改正すべきである。

現行の年5分は、市場金利と大きく乖離しているので、変更する必要性はある。

しかし、仮に、頻繁に利率を変動させることになると、金利の計算関係が複雑になるので、固定利率とするべきである。利息については、市場金利に近い利率にするのが関係当事者の公平に資するので、現在の金利情勢に鑑みて是正すべきである。

固定利率にしつつ、あまりにも市場金利の情勢と乖離する場合は、法定利率の見直し（改正）を柔軟に行えばよい。（仙台弁）
- 法定利率として利率の変動制を採用することについては、連動させる指標の如何によっては市場金利との連動性が実現されないおそれや、制度設計がい

たずらに複雑化するおそれがあることから、慎重に検討すべきである。特に、連動させる指標として基準貸付利率（旧公定歩合）を採用することは、同利率と市場金利との関連性が否定されている以上、基本的に相当でないと考えられる。

仮に、民法において利率の変動制を実施する場合であっても、利息制限法などの金利規制について利率の変動制を採用すべきではなく、民法上の法定利率に上限を設けるなどの方法により対応すべきである。

仮に、民法において利率の変動制を実施する場合、利率の変動周期は1年、変動単位は1%程度とすることが適当であり、その他の制度設計についても、実務上の便宜を考慮して可能な限り簡便なものとするべきである。

法定利率に関する法制上の規定方法については、利率の変動制を採用するか否かを問わず、法律自体に利率またはその算定方法を規定すべきであり、政令や省令に委任すべきではない。（弁護士）

- 変動制に移行する必要は高くないと考える。変動制は煩瑣であり、シンプルなままでよい。（弁護士）
- 極めて公平に反する場合には二分の一とするなど、あるいは裁判所が利率を決めることができるなどが考えられるが、画一性の要請に反する。必要ならば特別法で法定利息を暫定的に変更するなどが適当ではないか。（弁護士）
- 変動利率の採用は、一般の民法の規定としては複雑で分かりにくい嫌いがあり、また、商事法定利息との整合性の問題もあることから、多少の乖離の問題があっても、基本的には固定金利を維持する方向で検討するべきであり、変動制への配慮は、当事者の合意により異なる定めを置くことも可能であることを条文上明記すれば足りるのではないか。（会社員）
- 不同意。個別具体的な局面に応じて、当事者の合意のもとに固定・変動利率を約定すれば足り、実際にそのように行われている。変動金利を適用するためには、個別具体の事例を列挙するほか、どの時点のどのような変動金利を適用するか、また当該レートを取得できない場合についても個別に規定を置く必要があり、民法典に規定を置く意義を認めない。（会社員）
- 金銭消費貸借契約など多くの契約においては、当事者の合意により利率が定められるので、法定利率についてあえて変動利率という複雑な方法を導入する必要はない。

確かに年5%というのは現在の金利水準からみれば非常に高いようにみえるが、それはむしろ現在の市場金利がデフレ等の要因により低すぎるといふべきであって、現在の法定利率の定めが不当であるということには必ずしもならない。（弁護士）

- 法定利率の定め方を、固定方式から変動方式に移行するものとする提案に反対する。

市場の金利変動に対応し、市場金利と連動すること自体に利点が見出せない。

法定金利が機能する場面を考えた場合、①契約に基づく場合は、基本的に合意があり、利息は払うけれども、利率の定めをしないという例はほとんどないので、定めをすれば全て解決する問題である。②現実的に機能しているのは、遅延損害金の利率（現民法第419条第1項）、あるいは不当利得における悪意の受益者が付すべき利息の利率等当事者で合意ができない場面で機能している。専らそこで機能する。

従って、仮に変動制を採用するとしたら、何らかの金利指標を基に一定の間隔で見直すというようなことになると予測されるが、この間隔が、1年ということであれば、国会は年1回以上開かれており、立法府が正常に機能している限り、このような年単位のスパンであれば、民法第404条の固定利率を改正すればよい。

そうであれば、変動制を採用するのであれば1年の内に何回か変動させるようなことを想定しているのであろうか、しかしこれでは非常に煩雑になる。変動制にすることによるコストは必ず増大する。そのコストを掛けるほどのメリットはない。（司法書士）

- 改定すべき理由があるとは思えない（個人）

(2) 金銭債務の遅延損害金を算定する利率について

仮に法定利率を利率の変動制とした場合における金銭債務の遅延損害金を算定する利率に関して、法定利率に一定の数値の加算等をしたものにすべきであるという考え方については、金銭債務の遅延損害金について制裁的要素を導入することになり得る点を肯定的に捉える意見と否定的に捉える意見があったほか、金銭債権の発生原因によって制裁的要素が妥当しやすいものとしづらいものがあるという意見や、制裁的要素の導入に否定的な立場から、法定利率を超える損害については金銭債務における利息超過損害の損害賠償を認めることで対処すべきであるという意見等があった。このような意見を踏まえて、金銭債務の遅延損害金を算定する利率を法定利率よりも高くすることの当否について、金銭債務の発生原因の違いや金銭債務において利息超過損害の賠償を認めるかという点（後記第3、6(2)）との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第1、6（関連論点）1 [9頁]】

【意見】

- 金銭債務における遅延損害金の算定に適用される利率を法定利率よりも高い利率とすべきであるという考え方には、あえて履行遅滞を選ぶ債務者が生じることを防止する観点から、賛成である。

法定利率に一定の加算をする方法は、慎重に検討すべきである。但し、このようにする場合は、法定利率に対する加算等は過度に制裁的な利率にすべきではなく、また、金銭債務の不履行により実損害が生じたことを立証した場合はその損害に対する賠償も請求することができるものとすべきである。(東弁)

- 金銭債権の不履行時に適用される遅延損害金の利率については、法定利率に一定の加算をし、法定利率より高い利率とすべきである。

当事者が遅延損害金の利率を決定していない場合における遅延損害金の率であるが、ペナルティ的要素があることを勘案されれば、法定利率よりも利率を上げるべきである。例えば、+2%程度とすれば、年5%程度となる。不法行為、不当利得、債務不履行による損害賠償の利率についても、同様の利率となる。(福岡弁)

- 金銭債務の支払いを促す手段として法定利率に一定の数値を加算する方式の意義を認める。(不動協)

- 何らかの制度改正によって法定利率が市場金利に近似することを前提にするならば、遅延損害金を算定する利率(以下「遅延利率」という。)を法定利率より少し高めに設定する制度設計は、検討に値する。

法定利率と市場金利との乖離を小さくする何らかの法改正(前述)があることを前提にすると、もしも遅延利率が法定利率と同率であるならば、遅延損害金を支払う経済負担が資金の調達費用と同程度になるため、債務不履行の抑制にならないという問題がある。これに対して、遅延利率を法定利率よりも高めに定めることは、債務不履行への制裁・抑止という目的から合目的的であり、また、両者の利率間に段差を設けることは、契約実務における法感覚に照らしても違和感がないところであろうと考える。

一方、各種の立法例では、遅延利率を14.6%とする例が一般的になっており(消費者契約法9条、中小企業倒産防止共済法10条、10条の2、16条、石炭鉱業構造調整臨時措置法36条の9、賃金の支払確保等に関する法律6条、建設業法24条の5)、各種の契約書でも、同程度の遅延利率が約定されている事例が少なくないと察するが、民法上の任意法規としての遅延利率としては、そのような高率の遅延利率を想定すべきではない。

また、保証人にとって遅延損害金の弁済負担が過大になるという問題が発生するが、その問題には別途の手当てを要する。なお、問題が大きいのはむしろ

約定遅延利率であろう。

そのような前提に立って、限られた範囲ではあるが、遅延利率を法定利率よりも少し高めに設定する法制であるならば検討に値する。(兵庫県弁)

- 金銭債務の遅延損害金を算定する利率を法定利率よりも高くすることに賛成である。

市場金利が法定利率を上回った場合には、債務者は、弁済資金を調達するために融資を受けるよりは、債務の履行を遅滞した方が有利となり、債務の支払遅延を招くおそれがある。(大阪弁)

- 遅延損害金の算定に適用される利率を、法定利率より高く設定することに賛成である。

現在実務で、年5分という、市中金利よりかなり高い遅延損害金の存在が、早期の支払による解決を促進する機能を有すると感じさせられる場面は少ないため(和解勧告時の裁判官の発言など)。紛争の早期解決促進の観点からは、遅く支払う方が得だという感覚を債務者側に持たせるべきではない。(横浜弁)

- 金銭債務の遅延損害金について法定利率より高率とすることに賛成する。ただし、過度に制裁的な高率とすべきでなく、現行の年5%とするべきである。

債務不履行に対するペナルティとして法定利率より高率な額を定めることで債務者に履行へのインセンティブを与えることとなる。ただ、過度に制裁的な高率とすることは、契約締結時に経済的に弱い立場にある当事者に酷な結果となるので、過度に高率とすべきでない。(仙台弁)

- 金銭債務の遅延損害金について法定利率より高率とすることに賛成が多い。ただし、過度に制裁的な高率とすべきでない。

債務不履行に対するペナルティとして法定利率より高率な額を定めることで債務者に履行へのインセンティブを与えることとなる。ただ、過度に制裁的な高率とすることは、契約締結時に経済的に弱い立場にある当事者に酷な結果となるので、過度に高率とすべきでないとの意見がある。

これに対し、その様なインセンティブを望む場合、契約で合意することで充分であるし、法定利率を高額化することで、権利の不存在を争うものが争いにくくなるという指摘もある。さらに利息制限法との調整も考えるべきである。

また、金銭債務について法定利率又は約定利率を超える損害が生じたときに超える部分を請求できることとする立法をするか否かとの関連も考えるべきである。超える額の請求をできるときは、不要であるという考えもある。(日弁連)

- 遅延損害金を算定する利率に一定の数値を加算することについては、いかなる根拠に基づいて加算するのか、実際の適用場面において不当な結果が生じる

おそれがないかどうか、慎重に、更に検討すべきである。(山口県弁)

- 世界的に見て遅延損害金は高い率に設定されているものであり、日本だけが異様に低い遅延損害金を設定することは、国際取引の重要性を考えるとありえない。(会社員)
- 本当に支払われなければ遅延損害金を考えても無駄。お金を借りても利息は付くので、普通の銀行と同じように10%程度は付けて、債務者に責任の所在を明らかにさせる(金融機関で年5%の利息では借りられない)。(会社員)
- 現実の契約上の遅延損害金の利率に鑑みると、デフォルト・ルールとして、一定の上乗せはあってもよいと思う。ただし、14.6%とするのは高すぎる。せいぜい8%程度ではないか。(弁護士)
- 仮に変動利率制を採用する場合、遅延損害金の計算は基準利率に一定の割合を加算するといった方法で対処すべきであり、利息超過損害の賠償を認めるべきではない。

金銭債務の遅延損害金については、低すぎると意図的な債務不履行を助長するおそれもあることから、債務不履行に対する制裁的要素を加味して、基準利率に一定の割合を加算した利率(例えば、前述のように基準利率に年4%を加算した利率)とすべきである。

これに対し、利息超過損害の損害賠償請求を認める考え方は、金銭債務の損害賠償請求にあたり、個別の事案毎に具体的な損害を逐一主張立証しなければならず、民事事件のほぼ全般にわたって紛争解決の大幅な長期化と実務の混乱を招くおそれが高いこと、悪質な貸金業者等により事実上利息制限法の上限利率を超える遅延損害金の請求が行われ、消費者や中小事業者等が深刻な被害を受けるおそれが高いことから、到底賛成できない。

遅延損害金の制裁的要素を否定する立場が、利息超過損害の賠償を認める考え方につながるのであれば、このような考え方は実務上到底是認し得ないものであり、以後検討の対象とすべきではない。(弁護士)

- 交通事故に関する賠償金算定の間接利息控除等にも大きくかかわる論点であるので、現代的な改訂の必要性はきわめて高く、改正の最優先事項である(個人)
- 特に不法行為による損害賠償債務の遅延損害金については、非常に高額になりやすいため、遅延損害金の制裁的要素を加味するにせよ、遅延損害金を算定する利率を法定利率よりも高い利率にすべきとの指摘については、慎重に検討すべきだと考える。(日大民研・商研)
- 金銭債務の遅延損害金に制裁的要素を導入するのは相当でなく、金銭債務の遅延損害金につき法定利率に一定の数値を加算等することは反対。(経営法曹会)

議)

- 損害金利にペナルティという観念を入れると、現実には払えない人にとって過酷な損害金利がつき、正当な争いができなくなる可能性があるため、反対。(金沢弁消費者委)

- 金銭債務の遅延損害金を算定する利率を法定利率よりも高くすることには反対である。

遅延損害金について一律に懲罰的要素を持ち込むことは困難であるし、発生原因によって区別するのも煩雑に過ぎる。法定利率と同率とする現在の実務でも特段の問題は生じていない。実務上は遅延損害金を除いた金額をベースとした和解がなされることも多いところ、遅延損害金が高額になり過ぎると和解が困難になり、紛争が長期化する懸念もある。(広島弁)

- 法定利率によるべきである。金銭債務の損害金について、市場金利を法定利率に反映して変動させた場合に、延滞をしても債務者は特段、不利益が生じないとのモラルハザードを招くとの見地から主張されているものであるが、市場金利を反映させて法定利率を定める場合には、この種の不都合が生じるとまでは想定されないと考えられる。

なお、実際の判決においては、口頭弁論終結時までの賠償金等については、事前に延滞期間が含まれる一覧表を一般的に作成しておいて、これを判決する方法により、将来分については×××によって○○○が定める法定利率による損害金の支払を命じるような形態で処理されることになる。(札幌弁)

- 遅延損害金の利率について、制裁的要素を考慮して、法定利率(金銭債権の補充推定利率)よりも高くすることには反対である。

遅延損害金と法定利率に差がないことによる不都合は顕著でない。むしろ、遅延損害金に制裁的要素を持ち込むことに不都合な場面(連鎖的な資金不足や貧困による不履行に、法や国家が制裁金利で鞭打つことを是認することになる。)は容易に想定され、その線引きを予め法律で定めることには無理がある。(堂島有志)

- 前提となっている変動金利とすることは実務に多大な混乱をもたらすとの意見が大半であった。その上で、仮に検討するとしても、遅延損害金に制裁的要素を考慮することについては、遅滞が常に制裁の対象となるほど非難性のあるものとは限らず、実務上混乱を招くおそれがあるとする意見や、遅延損害金が高額になることによって和解が困難となるのではないかと、原告側に審理促進のメリットがなくなることなどから訴訟が遅延するのではないかなどの懸念を示す意見が多かった。(最高裁)

- 金銭債務の遅延損害金を算定する利率を法定利率よりも高くする考え方に對

しては、強く反対する。

金銭債務の遅延損害金を算定する利率を法定利率よりも高くする考え方に対しては、慎重な姿勢を取るものとして次のような指摘がある。

- ・我が国では損害賠償について、一般に懲罰的賠償という考え方は採用されておらず、基本的には填補賠償とされているところ、遅延損害金についてのみ懲罰的要素を盛り込むことは妥当ではないという指摘である。
 - ・また、法定利率に一定の加算をした結果、遅延損害金の割合が市中金利より高くなると、意図的に債権の帰属に争いを生じさせ、遅延損害金を儲けるようなモラルハザードの問題が生じかねないという指摘もある。(全銀協)
- 金銭債務の遅延損害金を算定する利率を法定利率よりも高くする規定を設けることには反対である。金銭債務の存否や数学に争いがある場合に、十分な交渉や訴訟による主張立証により事実及び権利関係を明らかにする必要がある、それをすることなく安易に債権者の請求に応じることが出来ない場合も多く、このような場合に、「制裁」を課する必要はなく、単なる債務不履行に一律に「制裁」を持ち込む必要はない。(森・濱田松本有志)
- 法定利率を利率の変動制にした場合における金銭債務の遅延損害金を算定する利率に関して、法定利率に一定の数値を加算するなどしたものにする旨の規定を設ける考え方については、金銭債務の不履行にだけ一般的に制裁的要素を持ち込む理由が不明確であり、反対である。(広大有志)
- 懲罰的利率を設定すべきではないとの立場に賛成。(弁護士)
- 法定利率の適用が問題となるのは不法行為などの場合が主であり、法定利率のほかに遅延損害金の利率を民法で定める必要性は乏しいと考えられる。
- 契約に基づく債権の場合は、必要に応じて当事者間の合意により通常利率のほかに遅延損害金の利率を定めることができるのであり、契約当事者が通常利率のほかに特に遅延損害金の利率を定めなかった場合には、「通常利率＝遅延損害金の利率」となるのが当事者の意思であると考えればよく、民法においてあえて遅延損害金の利率を定める必要はない。(弁護士)
- 法定利率を利率の変動制にした場合における金銭債務の遅延損害金を算定する利率に関して、法定利率に一定の数値を加算するなどしたものにする旨の規定を設ける考え方に反対する、遅延損害金にだけ懲罰的損害賠償を採用することになるばかりか、遅延損害金による利殖を目的とした紛争の長期化・訴訟遅延等が生ずるおそれがある上、法定利率と同率とする現在の実務に問題は生じていないからである。

不法行為による損害賠償債務の遅延損害金には制裁的要素があると考え得るが、善意無過失の場合の不当利得返還債務の遅延損害金に制裁的要素があると

考えることは困難であり、債権総則に置かれる規定の適用範囲の広さを考えると難しい問題がある。(弁護士)

- 法定利率のままよい。不可抗力免責を認めず、(法定)利率の範囲は確実に取れるとする代わりに、(法定)利率以上はとれないというバーター的な価値判断自体は、一定の合理性を有する。利率以上の損害賠償請求を認めるのであれば、少なくともその部分については債務者の帰責事由を要求すべきではないか。(大学教員)
- 制裁的要素として上乗せ金利を導入すれば、債権者が実損害以上の賠償を得られ、いわゆる焼け太りとなる。当事者間で合意した場合は格別、一般的ルールとしては不要。(個人)
- 改定すべき理由はあるとは思えない。(個人)

(3) 中間利息控除について

将来取得されるはずの純利益の損害賠償の支払が、現在の一時点において行われる場合には、支払時から将来取得されるべき時点までの運用益を控除する必要がある(中間利息控除)とされている。この中間利息控除に関して、判例が、控除すべき運用益の計算に法定利率を用いるべきであるとしている点については、その合理性に疑問を呈し、見直しを検討すべきであるという意見が複数あったが、具体的な検討の在り方については、中間利息控除だけでなく賠償額の算定方法全体の問題と捉えるべきであるという意見や、将来の請求権の現在価額への換算という問題との関係にも留意する必要があるという意見等があり、また、現時点において立法により一定の結論を採用することに対して慎重な意見があった。このような意見をも踏まえて、中間利息控除及び賠償額の算定方法の在り方を立法的に見直すことの当否について、将来の請求権の現在価額への換算という問題との関係や、取引実務及び裁判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。

【部会資料19-2第1, 6(関連論点)2[10頁]】

【意見】

- 現時点では、長期間にわたる利率変動を平準化したもの(例えば、基準金利の過去40年分の平均)を別に法定しておき、中間利息控除を行う場合にはこれによるものとすべきであるという考え方に賛成である。現在の金利が法定利率より大幅に低いことが原因で中間利息控除が被害者に酷になる不合理な結果を招いていることについては是正が急務であり、激変緩和措置が検討されるべきであるとしても、早期に立法による解決が図られるべきである。
この点、将来の予測が困難であることを前提としながらも、過去の長期間にわ

たる変動を前提とした数値を参照し、長期間の利息控除における不合理性を可及的に緩和しようとする考え方を基礎として、検討すべきである。(東弁)

- 将来取得されるはずの純利益の損害賠償に係る中間利息控除の計算方法については、法的安定性、事案相互間の公平確保のため、明文規定を設けるとともに、妥当な計算方法を検討すべきである。(森・濱田松本有志)
- 市場金利が法定利率より低金利で推移している近年において、法定利率を用いることとなれば、市場金利より大きな利率で損害額を控除することとなり、適切な運用益の控除を実現できず不合理であるから、中間利息控除に用いる利率を控除に適したものとすることに賛成。(金沢弁消費者委)
- 法定利率が見直されるのであれば中間利息控除の問題も再検討が避けられない。公平感の問題や事故時の利率で中間利息控除をすることが適切かといった問題があり、中間利息控除に用いる利率は法定利率とは別に定めざるを得ないが、この点の変更は、不法行為に与える影響が大きく、専門的かつ慎重な検討が必要だから、拙速な結論は躊躇される。人身損害における損害賠償額の算定方法は、裁判実務により精緻に組み上げられてきた裁判実務が尊重されるべきであり、現在の算定方法を前提とした保険制度への影響についても慎重に検討すべき。(経営法曹会議)
- いわゆる交通事故等における中間利息控除の問題に関しては、現民法第404条の規定によるのではなく、実質利率を考慮した別の規定を置くことを検討すべきである。

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

しかしながら、上記の利率はいわゆる名目利率であり、その他の事情を考慮せず一律にこれを控除する計算方法は現実的ではない。というのも控除後の金員が、名目利率の分だけ増殖し、逸失利益の分まで回復することは実質的にあり得ないからである。

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

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

- 法定利率によるべきである。

中間利息を控除する場合は、主に交通事故等の損害賠償の場面において、逸失

利益、将来の介護費について一時払いを受ける結果、利益や費用が現在化するまでの間の運用益を排除するために行われるものであり、被害者保護や被害者が受領した賠償金を市場金利で運用することが期待できないことを考慮すると、市場金利を参照して定められる法定利率を適用することは疑問である。

しかしながら、現に、中間利息の控除が法定利率によるとの判例法が確立されており、法的安定性のためには、法定利率によって中間利息控除を行うことに合理性があると考えられる。

実際の中間利息の控除方法は、例えば、中間利息の控除の期間が10年であれば、過去10年間の法定利息の率を単純平均して算出された率で行われることになると解される。(札幌弁)

- 少なくとも、市場金利と乖離している法定利率5%を用いて中間利息控除の計算をする現在の解釈運用では、逸失利益の算定に不十分さが生じるので、そこに法制上の改善を要する問題点があると認識する。

他方、制度設計に当たっては、損害賠償額算定実務の安定及び円滑も配慮されるべきである。

改善策について、いろいろな考え方がありうるとしても、本来的には、不法行為の領域における賠償額全体の問題として検討されるべきであり、現在、中途半端に不法行為法に手を出すことは慎むべきである。(兵庫弁)

- 中間利息控除を計算する場合の割戻の利率については、法定利率を用いるべきである。中間利息控除の場合の割戻の利率であるが、債権者(例・不法行為の被害者)が賠償金を即時に受領しておれば運用できたはずの利率を適用すべきである。そう考えると、変動制にせざるを得ないと思われる。

また、その利率は、法定利率と同一ということによいと思われる。(福岡弁)

- 法定利率が変動制となることによって問題が解消可能ではないか。(不動協)
- 中間利息控除については、法定利率の変動制への見直しに関する論点の中ではなく、個別論点として検討・整理されるべきであると考えられる。

中間利息控除における利率適用は、将来の損害賠償請求額を現在価値に換算するための将来運用利率の予測の問題であり、現在の利息債権額の算定について市場金利に合わせようとする法定利率の見直しの考え方とは、全く性質の異なるものであって、必ずしもこれに関連付けるべきものではないと考える。

また、損害賠償額算定の現行実務は、被害者間の公平の確保や損害額の予測可能性等の観点から踏まえ、中間利息控除のみならず様々な賠償額算定要因が複合的に関連して成り立っている。

したがって、法定利率の見直しがなされ、変動利率制が導入された場合は、中間利息控除に関して法定利率を用いるべきであるとしている現行判例を必ず

しも前提とせず、不法行為法の立法的議論および損害賠償額算定実務上の観点を踏まえた検討が必要であると考え。

なお、共済事業においては、中間利息控除は、公的共済である自賠責共済のほか自動車共済等の賠償責任共済の共済金支払いに直接関連しており、見直しの内容次第で、利用者利益への影響（共済掛金の引き上げ等）や共済掛金算定の困難性による制度の不安定化が懸念される。（共済協会）

- 死亡・後遺障害の逸失利益等の算定においては、これまでの裁判や各種研究を通じて統一的な処理に至っており、中間利息控除の利率のみを取り出して検討することは適切ではなく、本来的には、不法行為の領域で賠償額全体の問題として検討されるべきである。

中間利息控除に係る利率は、本来適用が予定される利息債権に係る利率とは性質が異なるものであり、法定利率が変動方式となる場合であっても、中間利息控除に係る利率は、被害者間の公平性、損害の予測可能性の観点から安定的な運用とされることが望ましく、不法行為の領域での整理がなされるまでの間、現行実務（中間利息控除にあたって5%のライブニッツ係数の適用）が維持されるべきである。

変動利率制への見直しにおいても、個別具体的な場面ごとに適切な利率を定めることを検討すべきという意見もあるところ、中間利息控除に適用されるべき利率については、損害賠償額の算定という個別の場面において、①将来分の運用分を現在価値に引きなおすというフィクションの中で適用される、②被害者の年齢等の個別事情により利息控除される期間が短期間のケースから20年ないし30年といった長期間にわたるケースまで様々なケースがあるといった特性をもっており、賠償額の算定方法全体の問題に関わることから、中間利息控除に係る適用利率としていずれが妥当か（固定とするのか変動とするのか、変動させるとすればどのようなサイクルで見直すのか）という検討は不法行為の規律検討の中で整理されるべきである。

現行の裁判実務において、中間利息控除に係る利率は民法の法定利率を適用している（平成17年判例）ところ、債権法改正の検討において法定利率が変動利率制に見直しとなる一方で中間利息控除の利率に関する検討が単に先送りされた格好となる場合には、損害賠償の実務に大きな混乱が生じると考えられる。そのような事態が生じることを防止するため、中間利息控除に関する整理がなされるまでの間、裁判実務において現行実務が維持されることの方角づけをするため、例えば部会の場で本点に関するコンセンサスを得るなど、何らかの適切な措置を講じていただくよう要望する。（損保協会）

- 移行期間等の設定や定期金賠償に関する規定を設けることの是非にも留意し

て慎重に検討すべき。

現在の損害保険等の実務に与える影響が極めて大きく、改正の前後における不公平や混乱が生じる可能性がある。(広島弁)

- 中間利息控除額を法定利率に基づきすることは、とくに不法行為の被害者に対して酷であることから、法定金利とは異なる基準値を設けるべきであるが、この問題は不法行為法の見直しとして議論すべき問題であり、あえてここで論点とするべきではない。(親和会)

- 中間利息控除について、取引実務及び裁判実務に与える影響等に留意する必要があるが、立法的に見直すことが妥当である。

損害額の算定において5パーセントの利率で中間利息控除をするという現在の実務に合理性がないことから、これを法定利率の問題として議論するか否かも含めて、適切な立法的解決の在り方を議論する必要がある。(大阪弁)

- 中間利息控除のための利率について、それ適した一定の利率を定めることに賛成の意見が多いが、同時に、損害賠償の計算の仕方自体を見直すべきであるという意見もあった。

現在の損害賠償の計算方法を前提とした場合、生命侵害の中間利息は、被害者保護の観点から、中間利息控除に適した長期の法定利率(例えば過去30年から40年の平均)を定めるべきであるという意見が多かった。

ただ、現在のような損害賠償の計算方法が妥当か否かについて検討すべきであるという意見もあった。(日弁連)

- 通常の法定利率とは異なる中間利息控除のための法定利率を定めるべきである。ただし、過去の「公定歩合」の平均値の使用には賛成しかねる。

法定利率を変動させるとするならば、現行年5%との法定利率が、高金利の時代も含む長い目で見れば、それほど不合理な数字ではないとの説明は当てはまらなくなるので、別途合理的な長期の法定利率を定めて、算定をより合理化すべきである。

その場合、公定歩合は、現在日銀の政策金利ではないし、私人による運用益の利回りとは性質が異なることから、短期法定利率で使うべき指標(短期プライムレート、短期国庫証券平均落札利回り等)の過去30年の平均値を参考に、1年に1回省令で見直すなどすればよいのではないかと(ただし、適用される長期法定利率は、支払時のものでなく、債権発生時のものとしないと、当事者が損得を考慮して支払い時期を操作する余地を残し、処理の統一性・被害者相互間の公平等が確保されない。)(横浜弁)

- 中間利息控除は、本来的には法定利率の問題ではなく賠償額の算定方法の問題であるが、不法行為による損害賠償だけでなく、安全配慮義務の不履行や医療過

誤の事案等、債務不履行においても問題となるのだから、不法行為法の議論に全て委ねることなく、さらに検討すべきである。（広大有志）

- 現実の運用可能性のことを考えると、裁判所の裁量により削減することを認めてもよいと考える。（弁護士）
- 中間利息控除については、現在の継続的な低金利情勢を踏まえ、判例法理に一定の修正を加える方向で、なお検討すべきである。ただし、検討委員会試案の「過去30年間（又は40年間）における公定歩合の平均」とする考え方には、強く反対する。

現在の判例は、中間利息の控除にあたり運用益の計算に法定利率を用いるべきであるとしているが、これは基準の明確性及び運用の統一性を理由とするものであり、現在の低金利時代に年5%という法外な利率で運用益を計算することの現実的妥当性を積極的に認めているものではない。

法定利率につき変動利率制を導入し、法定利率と市場金利との連動を図ることを前提とするならば、遅延損害金のように制裁的趣旨の当てはまらない中間利息の控除については、基準金利からの加算は行わないものとするといった措置を行うことが必要と考えられる。

もっとも、このような問題は中間利息の控除にとどまらず、賠償額の算定方法全体に対して妥当し得るものであり、取引実務や裁判実務にも大きな影響を与えることから、今後更なる検討が必要である。

なお、検討委員会試案ではこの問題に関し、中間利息の控除には過去30年間ないし40年間における公定歩合の平均を用いるべき旨を提案しているが、前述のとおり公定歩合は既に廃止されたものであり、これに代わる基準貸付利率は市場金利の動向を示す指標として妥当でないほか、実務上将来利益等の算定場面において、将来40年分にもわたる逸失利益が問題になるケースはむしろ例外的であり、実際にはせいぜい5年分ないし10年分程度の金額が問題になるケースの方が圧倒的に多い。

そのような逸失利益等の算定において、一律に過去30年間ないし40年間の公定歩合の平均を用いるという考え方は、その実質的論拠が不明であり、実務的にも極めて合理性が乏しいものであり、到底賛成できない。

また、過去30年間ないし40年間においては、前述のとおり公定歩合の数値のみならずその性質も大きく変化しており、現在では公定歩合そのものが廃止されていることから、「過去30年間ないし40年間における公定歩合の平均」という指標を用いることは不可能であることにも注意すべきであろう。（弁護士）

- 立法論的には中間利息を控除しなければならないという理屈はない。損害額の算定の問題であり、一切を考慮して損害額を出せば良いのであって、中間利

息を法定利率で控除するというドグマを採用する必要はない。(会社員)

- 中間利息控除の問題は、本来損害額の算定に関するものであり、これを法定利率の問題として議論することに合理性はない。

しかし、損害額の算定において5パーセントの利率で中間利息控除をするという現在の実務からすれば、法定利率の見直しに当たっては、賠償額の算定における中間利息控除の問題についても合理的な具体的解決策を示さないと大きな混乱をもたらすおそれがある。

賠償額の算定実務は、中間利息控除だけでなく様々な要素を考慮した上で成り立っているため、その中から中間利息控除だけを取り出して見直すことは適切ではなく、賠償額の算定方法全体を総合的に検討できる場で議論すべきである。また、中間利息控除に用いる利率を下げた場合には、保険金支払額が急激に増加し、ひいては保険料の高騰につながるおそれもあるため、これを見直す場合には十分な激変緩和措置や移行期間等を設ける必要がある。(弁護士)

- 交通事故に関する賠償金算定の中間利息控除等にも大きくかかわる論点であるので、現代的な改訂の必要性はきわめて高く、改正の最優先事項である(個人)
- 以下のような観点から、実務への影響を考慮して慎重に検討されたいという意見が大半であった。

中間利息控除全体については、将来取得される額が確定する執行・破産の場合と、人身損害の逸失利益のような損害賠償の場合とが同列に議論されるべきものでないことに留意して検討すべきである。前者の場合は、理論的に中間利息控除をする必要があるが、後者の場合は、あくまで、損害の公平な分担の見地から適正な損害額を算定する過程の中で、中間利息控除の手法を採り入れているというのに過ぎないものである。

すなわち、人身損害に関する中間利息控除については、定期金によって損害賠償が行われることが本筋であるといえるところ、現状で、被害者が定期金賠償を求めることはまれで、大多数が中間利息を控除した一括払による支払を求めていることからすれば、平均余命という概括的な基準を採用し、医療技術の将来の進歩の可能性は捨象し、介護保険制度等の諸制度の将来の存続可能性が保障されていないことなどを踏まえて中間利息控除をして相当な損害賠償額を算定していることが、被害者側にとって不利益な扱いになっていないともいえる。

現行と異なる利率により中間利息控除の方法を定める場合、採用される利率によって、算定される損害額が現状と大きく異なることになるが、この差が法改正によって発生することについて、合理的根拠を見出すことは困難ではないか。

そもそも、予想し難い将来について現時点で一定の金銭的判断をするという性

質の問題である以上、その判断は一律均等に行うのが公平であるし、中間利息控除は損害賠償実務や損害保険実務に多大な影響を及ぼすことから、簡易に適用できるものでなければならないことも考慮されるべきである。（最高裁）

- 将来の運用益を現時点で予測することはそもそも不可能であり、それを立法によって一律の基準を定めることは困難であろうし、そもそも、中間利息の控除の問題は、損害賠償額の算定の問題であり、裁判所の認定に委ねるべきものであるから、立法によって一定の結論を採用することは相当でないと考える。（山口県弁）
- 判例の積み重ねによって形成された実務運用を変更すべきではない。
本来的には賠償額の算定方法の問題であるが、判例実務の運用に委ねるべき問題である。
現行法下の判例法理は、判例実務の積み重ねによって、形成されたものであるが、その結果について不当とする評価にコンセンサスが得られているわけではない。にもかかわらず、結果の妥当性についての価値観の相違によって（コンセンサスなしに）判例法理の変更を論じるのは相当でない。（堂島有志）
- 現在の市場金利の水準に合わせた法定利率に基づいて中間利息を控除することは問題である。また、立法により解決される問題ではなく、そもそも事実認定により解決されるべき問題である。（仙台弁）
- この問題は、本来的には損害賠償の算定方法の問題であるが、現時点では判例や実務上の解釈・運用に委ねられている逸失利益の算定方法について、立法で一定の枠組みを設けることになるため、特に不法行為に与える影響の大きさには慎重になる必要がある。（日大民研・商研）
- これが確実により公平という案がなければ見直すべきではない。（弁護士）
- 中間利息控除は、将来の請求権の現在価額への換算という必然的にフィクションを伴う問題に関わる（そもそもセンサスどおりの収入を得られるか分からないし、年金制度が今後どうなるかも分からない）。そのフィクションの中で、いかにして現実に近い価額を算定するかという観点からは、法定利率を変動制にしたうえで、法定利率を中間利息控除に用いるということにより基本的には考える。しかし、見直しの可能性を留保した定期金方式の採用なども考えられるところであり、執行法とも関わるので、今回の条文化は見送るべき。（大学教員）
- 改定すべき理由はあるとは思えない。（個人）

(4) 利息の定義

利息の定義を明文化するという考え方に関しては、法定利率が用いられる場面の特性に応じて個別に適切な利率を定めることを検討すべきであるという立場（前記(1)参照）から、法定利率が適用されるべき「利息」の意味・内容を明らかにすべきであるという意見があった。そこで、利息の定義規定を設けることの当否について、法定利率の在り方に関する各論点（前記(1)から(3)まで）との関連性や民法上利息が多義的に用いられている点に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第1, 6（関連論点）3 [11頁]】

【意見】

- 賛成である。（日大民研・商研）
- 利息の定義規定を設けることに賛成する。多義的に使われる「利息」という言葉について、明確にするべきである。（東弁）
- 利息の定義を明文化することには賛成する。

利息の定義を明文で定めるに際しては、利息制限法その他利息を規制する法令において利息とみなされる金銭の範囲について合理的な内容となるよう検討し、全体として合理的な利息の定義を設けて欲しい。（貸金業協）

- 改正提案に対する意見として、まず、利息制限法・出資法における「みなし利息」という定義には問題が存在するため、まず民法において利息そのものの定義を明文化し、併せて、利息制限法・出資法におけるみなし利息の定義を見直すべきである。

また、みなし利息の定義を見直す際には、上記の指摘も踏まえ、真に規制すべき対象の明確化や、規制の対象としないセーフハーバーを規定する等高度化する金融取引の実情に適切に対応した利息制限法・出資法の現代化を含む立法措置も併せて検討されるべきである。

検討上の留意点として、以下のような指摘がある。

- ・現在、利息そのものに対する法律上の定義規定はみられず、利息制限法および出資法で「みなし利息」という定義が設けられているだけに留まる。そこでは、およそ利息とはほど遠いものまで利息とみなされており、範囲が不明確であるため改正の必要があるという指摘がある。
- ・改正が必要である理由としては、法規制の対象となる「金銭の貸付を行う者がその貸付に関し受ける金銭」（みなし利息）の解釈が不明確である点、みなし利息の計算方法が明らかではない点が問題としてあげられる。
- ・第1の点については、顧客に対して高度で多種多様な金融商品、総合的な金融サービスを提供している銀行にあっては、様々な事務や調査・助言の対価を取

受する中で、金銭貸付の対価とは別個であるが当該貸付と近接するサービスの対価を収受する場合もあり、そうした取引にあつては、みなし利息に該当するリスクを常に懸念する必要がある。

- ・そのような貸付の対価とは別個の対価を得て行う高度な金融取引について、みなし利息に該当する可能性が払拭できないことから、高度な金融取引の開発が阻害されかねないという指摘がある。
 - ・第2の点については、銀行取引では、日々変動する複数の債権に対して包括的に根抵当権を設定する等の場合があるが、その担保権設定に要する費用が「みなし利息」に該当するとされた場合に、どの債権に対する利息と見るのか、対応する元本額はどうか、担保権の設定は行ったが未だ貸付が実行されない場合はどうかといった問題がある。
 - ・こうした場合の利息の計算方法如何によっては、金融商品の設計に大きな制約が課されることになりかねないという懸念が指摘されている。(全銀協)
- 利息の定義の明文化に賛成である。分かりやすい民法の実現に資する。

また、上述のとおり、遅延損害金の利率を別途定めることにするならば、利息と遅延損害金の違いを定義上明確にしておくべきである。(横浜弁)
 - 利息の定義を置くことに賛成の意見が多い。

利息は多義的に用いられており、あえて民法に定義を定める必要はないという意見もあったが、法定利率が適用される場面の利息について定義を設け、条文の文言を明確にすることについて賛成の意見が多かった。(日弁連)
 - 利息の定義規定を設けることに賛成する。なお、現行民法で遅延損害金としての実質を持つ「利息」の規定(民法575条2項等)を遅延損害金と表記し、表現上の統一を図るべきである。

区別できるものについては、その区別を明確にしておく必要がある。(仙台弁)
 - 利息の定義を明文化することには賛成する。

ただし、金銭消費貸借については、利息制限法、出資法上のみなし利息規制の適用があることから、民法において、法定利率が適用されるべき「利息」についてのみ定義を設けるだけでは不十分であり、かえって混乱が生じるおそれもある。そこで、利息制限法、出資法におけるみなし利息の範囲についても検討、整理をした上で、利息についての定義を設けて欲しい。(消費者金融協)
 - 金銭債権の利息、遅延損害金の定義を明文化すべきである。(福岡弁)
 - 民法上、「利息」の語が、遅延損害金を含むかどうかなど多義的に用いられているので、「利息」の定義を明らかにすることは必要である。法制上も、同一用語を異なった意義に用いないのが望ましい。関連して付言すると、「法定利息」(442条2項)と「利息」の語の使用も一貫していない。また、「利息」の語

は、債権法以外の領域においても使用されているから（特に担保物権法）、民法全体を視野に入れて検討する必要がある。（兵庫県弁）

- 利息の定義は大切である。利息は元本使用の対価なので、「実際に利用することが可能な元本の額」及び年に換算した「実際の利用期間」及び「実質年率」によって利息を算出する、とする規定を民法にも定めてほしい。（利限引下会議、個人）
- 利率の認識の違いによる債務者の錯誤を悪用する貸主が生じないために、利息を定義付ける必要がある。（43対策，司法書士，弁護士）
- 法定利率が適用されるべき「利息」の意味・内容を検討すべきである。（弁護士）
- 交通事故に関する賠償金算定の中間利息控除等にも大きくかかわる論点であるので、現代的な改訂の必要性はきわめて高く、改正の最優先事項である（個人）
- 元本利用の対価という点を明確にすることは好ましいと考える。（弁護士）
- 整理を検討することには反対しないが、法律に定義がない現行法の下でも、格別の混乱は生じていないと考える。（堂島有志）
- 利息の定義を置く必要性はないが、適切な定義であれば、定義規定を設けることに異議はない。

「利息」という用語は、一般社会において広く用いられており、改めて定義する必要性がない。また、法定利率が用いられる場面の特性に応じて個別に適切な利率を定める場合には、法定利率が適用されるべき「利息」の意味・内容が多義的となるため、適切な利息の定義を設けることは困難である。（大阪弁）

- 定義規定を設けるとかえって概念に混乱を招くおそれを指摘する意見，規定を設ける実益が乏しいとする意見など規定を設けることに消極的な意見が多かったが，定義規定を置くことに賛成する意見もあった。（最高裁）
- 基本的な法律概念でありながら定義規定のおかれていない用語は，利息に限らない中，利息についてのみわざわざ定義規定を設ける必要があるような解釈上の争いがある訳でもないから，民法全体のバランスを考えると，利息の定義規定を設けるべきではない。（親和会）
- 明文化の必要はない。現行法で特段の不都合はない。（広島弁）
- 不要である。（札幌弁）
- 今後も検討を続けること自体を妨げる趣旨ではないが，一義的な「利息」の定義規定を設けることは，実際には困難ではないかと思われる。

「利息」の定義については，民法（債権法）改正検討委員会が規定を設けるべき旨の方針を示しているが，その内容について具体的提案は示されていない。検

討委員会内部における議論の詳細は不明であるものの、「利息」の定義については、現行民法上「利息」の用語が多義的に用いられていることにも関連して、学説上もかなりの混乱があるものと推察される。

また、民法における「利息」の定義は、利息制限法や貸金業法における利息制限規定の解釈にも影響する可能性が大きいところ、これらの規定を参照にしても、問題となる論点はかなり多いと考えられる。例えば

- ① 遅延損害金を「利息」に含めるか、それとも含めないものとするか。
- ② 対象を「金銭を目的とする消費貸借」に限定するか否か。仮に限定しないときは、金銭を目的とする消費貸借とそれ以外の場合とで、別途の考慮を必要とするか否か。
- ③ 利息制限法の規定する元本天引き（2条）、やみなし利息（3条、6条）の取扱いをどうするか（出資法5条の4も参照）。
- ④ 手形の割引、売渡担保その他これらに類する方法によって金銭を交付する契約（貸金業法42条参照）の取扱いをどうするか。

といった論点が問題となり、「利息」の定義規定に関する結論の如何によっては、利息制限法や貸金業法、出資法の改正も必要になる可能性がある。

むろん、現行法上見解の一致を見ていない「利息」の定義について一義的な結論を示すことができるのであればそれに越したことはないが、結論を出せる見通しがないのであれば、「利息」の定義規定を設けることに拘泥するのはむしろ得策ではないと思われる。（弁護士）

- 不同意。民法典以外にも「利息」の用語例はあるが、それと平仄があうように措置されるなら格別、一般名詞として用いられている用語を定義することは、却って混乱を招く恐れがあることから同意しない。事実多義的に使われていること自体が、一義的な定義が困難または不可能であることの証左ではないか。（会社員）

- 不要と考える。（弁護士）
- 改定すべき理由があるとは思えない。（個人）

6 選択債権（民法第406条から第411条まで）

選択債権に関しては、現行法に第三者の選択の意思表示の撤回に関する規定がないことから、第三者による選択の意思表示は、債権者及び債務者の承諾を得なければ撤回することができない旨の規定を設けることの当否について、更に検討してはどうか。また、選択の遡及効の制限を定める民法第411条ただし書は、適用される場面がなく、削除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。

【意見】

- 第三者による選択の意思表示は、債権者及び債務者の承諾を得なければ撤回することができない旨の規定を設けることにつき、法律関係の明確化に資するから、賛成する。

民法第411条ただし書は、適用される場面がなく、削除すべきであるという考え方に賛成する。不動産の二重譲渡において対抗要件を具備していない譲受人双方の優先関係について第一譲受人を優先させるとする見解はそれほど有力ではないと思われ、物権変動理論への影響を考慮しても、削除して良いと考える。(東弁)

- 賛成である。(日大民研・商研)
- 選択債権については、①第三者が選択権を行使した場合(民法第409条第1項)における選択の意思表示の撤回の要件が条文上明らかでない②選択の遡及効の制限を定める民法第411条ただし書は削除して単に対抗要件具備の問題として処理すればよい、等の提案があるが、このほかにも、種類債権との異同などの観点から、選択債権の規定については全般的に見直すべきである。(親和会)
- 第三者による選択の意思表示は、債権者及び債務者の承諾を得なければ撤回できない旨の規定を設けることにつき、賛成する。当事者保護の観点から、上記規定を設けるべきである。

また、民法第411条ただし書の削除につき、賛成する。適用場面がないため、削除すべきである。(札幌弁)

- 第三者による選択の意思表示は債権者および債務者の承諾を得なければ撤回できないとする規定を置くべきである。また、選択の遡及効の制限を定める民法第411条ただし書の規定を削除すべきである。(大学教員)
- 通説的見解に従い、第三者による選択の意思表示は、債権者及び債務者の承諾を得なければ撤回することができない旨の規定を設けることは、法律関係を明確にする点に意義がある。

民法第411条ただし書は、適用されるべき場面がなく無用の規定であるから、削除するのが妥当である。不動産の二重譲渡において対抗要件を具備していない譲受人双方の優先関係について第一譲受人を優先させるとする見解はそれほど有力ではないと思われ、物権変動理論への影響を考慮しても、削除して良いと考える。(弁護士)

- 提案に賛成。(大学教員)

- 第三者による選択の意思表示は債権者及び債務者の承諾を得なければ撤回できない旨の規定を設けることについては、当事者保護の観点から、賛成である。
民法第411条ただし書については、削除してもしなくても問題がなく、削除に反対しないが削除しなくても何ら支障がないなら削除しなくても良いという意見があった。(日弁連)
- 第三者による選択の意思表示は、債権者及び債務者の承諾を得なければ撤回することができない旨の規定を設けることに反対はしない。選択権の行使により一旦債権(契約)の目的が決定されたのであるところ、撤回はその内容を変更する効果を有するから、利害関係人である債権者債務者の承諾を得る必要がある。なお、ここにいう第三者の定義は、契約当事者以外の者とした方がよいのではないか。選択債権の規定の配置にも関連する問題である。
民法411条ただし書の削除には反対しない。必要性が全くない条文については維持する必要がない。(仙台弁)
- 第三者が選択権を行使した場合における選択の意思表示の撤回の要件を条文上明らかにすることに賛成である。利害関係を有する債権者及び債務者の承諾を得た場合には、第三者の選択の意思表示の撤回を認めても不都合はない。
選択の遡及効の制限を定める民法411条ただし書を削除する必要はない。二重譲渡事案において譲受人双方が対抗要件を具備していない場面では、同条ただし書が機能することがありうる以上、削除する必要性がない。(大阪弁)
- 第三者による選択の意思表示は債権者及び債務者の承諾がなければ撤回することができないという考え方に異論はないが、この考え方を明文化する必要はない。
民法411条ただし書は、削除すべきである。(福岡弁)
- 債権者及び債務者の承諾が得られたときのみでなく、承諾がなくてもその当事者の利益を害しないとの要件を満たせば撤回(ないし変更)を認めてもよい。第三者による選択の意思表示の撤回の要件を定めるべき強い要請のある場面を想定しづらいので、要件を明文化すべき強い要請は感じないが、債権者債務者間で撤回を承諾するかどうか食い違ったとき、要件が定められていれば、より分かりやすいだろうとは言えるので、要件を明文化することに反対しない。
その場合は、債務者からの特定の変更権を参考に、債権者・債務者双方の承諾がなくても、承諾しない当事者の利益を害しないのであれば、などの要件下では、撤回(ないし変更)を認めても差し支えないと思われる。
第411条ただし書は、削除でも維持でもどちらでもよい。削除のデメリットは特段想起できないが、同条項があることによる不都合も感じない。(横浜弁)
- 金融実務においては、任意債権(本来の給付は定まっているが、債権者又は債務者において一定の異なる給付を選択することも可能な債権)とみられる債権はしば

しば見受けられる。

例えば、劣後債には配当ストッパー条項(発行者は、任意に又は一定の要件の下で利払いを停止することができ、利払いを停止する場合には、当該劣後債よりも劣後する証券(例えば、株式や、あるいは、当該劣後債を優先株と同様の商品性とする場合には普通株)について配当等を行ってはならないとの不作為義務を負う旨の条項)が付されることがあるが、この場合の利息債権は、債務者に代用権のある任意債権(又は債務者に予約完結権のある代物弁済契約の一方の予約付債権)の一種であると説明されることがある。

しかしながら、現行法には、任意債権に類似する選択債権の規定はあるが(民法第406条以下)、任意債権の規定はない。そのため、任意債権を用いた取引を行おうとする場合、現行法上、①任意債権それ自体が認められるのか否か、②認められるとするどのような範囲で認められるか、③任意債権とされた場合はどのような規律の適用を受けるのか、④選択債権に関する民法の各規定が類推適用されるのか否か、⑤代物弁済予約付債権との関係をどう理解すればよいのか(特に債権者に代用権がある場合に非典型担保としての代物弁済予約との関係をどう理解するか)、といった点が必ずしも明確ではなく、実務上は法的リスクとして認識せざるを得ない(例えば、④については、現行法上、任意債権について、本来の目的である給付が履行不能となった場合には、選択債権に関する民法第410条第1項とは異なり、任意債権全体が消滅し他の給付の履行は請求できないと一般に考えられてはいる。

しかしながら、明文の根拠がないため、これに反する定めを置くことの可否は不明であり、その一方で、民法第410条第1項の類推適用の可能性も否定することはできない。)。そこで、任意債権についても上記①ないし⑤の点について要件及び効果を明文化することが望ましい。(西村あさひ有志)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 検討することに問題はないと考える。(兵庫県弁)
- 変更の必要はない。現行法で特段の不都合はない。(広島弁)
- 不同意。第411条ただし書の適用される局面がないと断じているが、遡及効を持つ規定である以上、第三者の権利を害するように行使することが十分可能であるため、規定を廃する意義を認めない。(会社員・会社員)
- 選択債権は、金融のデリバティブ取引のオプション取引に深くかかわるものである。遡及効の規定はデリバティブ取引に不安定さを与えるものである。例えば、デリバティブ取引では時価評価を行い、担保金の受け渡しを行うものであるが、遡及的に選択が行われたとすると、それまでの担保金の受け渡しが根拠を失いかねない。遡及効を制限する条項は維持すべきである。(会社員)
- 現行法維持で問題ないため、論点として取り上げるべきではない。(弁護士、弁

護士)

- 利用少なくわざわざ細かい規定を作る段階ではない。第三者の選択の撤回は不要。止むを得ない場合は409条2項がある。撤回を債権者債務者の双方の承諾は難しい。(弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

第2 履行請求権等

【意見】

- 強制履行請求権のみを規定したことが、かつては不明確な状況を生み出し、債務不履行の効果として損害賠償だけを記述する見解や、履行請求権の要件として415条の帰責事由に着目するかのような見解があった。今日それはなくなっているから、一部の委員意見のように規定しなくとも解釈上当然の事理である、としても問題はあるまい。しかし、現414条を存置するならば、手続法の色合いが濃い規定が「債権の効力」に関する民法=実体法のトップに出てくるし、また、履行請求権の限界、不完全履行における追完請求権(審議の過程で抽象的な規定しか設けられず意義が乏しいとの意見が出たそうだが、その考え方の当否も検討を望む)、売買の代物請求権、請負の瑕疵修補請求権などを引き連れている先頭車がないのもおかしい。反対説にいわゆる“実務”が何をさすのかよくは分からない(ドイツでも履行請求権を定める条文は「アピールする力のない理論の規定だ」といわれたりする)が、訴訟や判例がなくても法典としての形・体裁を整えることは意義があろう。過去において570条の責任の内容が準用される566条の解除と損害賠償以外に及びうるかの解釈でなかなか明確な肯定を得がたかった(とりわけ代物請求権という言葉が、いつごろから、そしてどの程度のものとして用いられてきたかを想起されたい)のも、この問題での冒頭規定がなかったか、明瞭でなかったことと無関係ではないと思う。審議会で現行の債権総則と債権各則をまたぐ巨視的議論が行われるのを期待している。(大学教員)

1 請求力等に関する明文規定の要否

一般に、債権者には請求力(債権者が債務者に任意に履行せよと請求できる権能)、給付保持力(債務者がした給付を適法に保持できる権能)、訴求力(債権者が債務者に対し訴えによって履行を請求することができる権能)、執行力・強制力(給付判決が確定しても債務者が任意に履行しない場合において、強制執行手続をとることにより、国家機関の手によって債権の内容を実現できる権能)が認められるとされる(以下、債権者に認めら

れるこれらの権能を合わせて「履行請求権」ともいう。)。これらのうち、民法には履行の強制に関する規定（同法第414条）が設けられているが、これとは別に、債権者が債務者に対して任意の履行を請求することができる旨の規定を設けるなど、債権者には請求力や訴求力等の基本的権能が認められることを確認する趣旨の明文規定を置く方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第1, 2 [1頁]】

【意見】

- 債権者の基本的権能の明文化に賛成する。債権者の基本的権能が明確となり、分かりやすい民法の実現に資する。（東弁）
- いわば当然のこととして認められている事項についても、わかりやすい民法とするために明文化すべきである。（親和会）
- 明文規定を置くことには反対。414条1項との関係で、任意の履行請求が可能であるとの条文が必要であるとは思えない。このような明文がなくとも、実務上、債権者は履行を請求しており、不都合はない。

社会的な紛争は、債権に任意の履行請求力があるか否かが問題になるのではなく、契約の有効性などについて紛争がある等、債権の有無や内容が問題になるのである。このような明文を置くことは、債権の有無や内容が問題となるような場合にも、単に履行を請求し続けるといった事態も惹起しかねず、却って混乱を生じるおそれがある。

債務が履行されない場合に、金銭賠償でなく債務自体の履行を請求することができるということを明らかにするという趣旨で明文を置くのであれば、その意味を明らかにする限度では意味があるとしても、債権者の基本的権能が認められることを確認する趣旨の明文規定は必要ない。（広島弁）
- 債権者に請求力や訴求力等の権能があることについて規定を置くべきである。

上記は債権者に認められる基本的な権能であるにもかかわらず、現民法には履行の強制に関する民法第414条のみしか規定がなく、不十分であると考えられるためである。（日司連）
- 請求力等に関する明文規定を設けることにつき、賛成する。一般的な考え方であり、分かりやすい民法の実現に資するものである。（札幌弁）
- 履行請求権に関しては、明文化に賛成したい。（「改正を考える」研）
- 債権の基本的効力（給付保持力、履行請求力、訴求力、強制力）のすべてについて、以下のとおり、民法に明記すべきである。
 - ① 債権者は、債務者に対して、「当事者の合意・合意の趣旨」が強行法規または公序良俗に反しない限りにおいて、債務の履行を求めることができる。

② 債務者が債務を履行しない場合、債権者は、民事訴訟法その他の法令に基づき、裁判所を通して、その履行を求めることができる。

例えば、AがBに対して不動産を売却する契約を締結したとする。この場合、BはAに対して、不動産の引渡しを請求することができ（履行請求力）、引渡しを受けたときは、この不動産についてAから取り戻されることはない（給付保持力）。Aが任意に引渡しをしないときは、民事訴訟を提訴して引渡しを求めることができ（訴求力）、国家権力を用いて引渡しを強制的に履行させることができる（強制力）。

債権には、原則として、この効力のすべてがあることを実体法の基本法である民法に明示すべきであろう。

履行請求力について、「当事者の合意」のみならず、当事者が契約締結によって追及した目的（「合意の趣旨」）が、強行法規や公序良俗に反する場合には、効力が発生しないことも明記すべきであろう。

なお、訴求力や強制力のない債務（例 自然債務）も観念しうるが、明記すれば、悪用されるおそれもあり、わざわざ民法に明記する必要はないであろう。

訴求力についても、明記しておくべきであろう。（福岡弁）

- 請求力、給付保持力、訴求力がある旨の規定を設けるべきである。

実務的には、法律にこれらの明文の定めがないことの不都合は感じられない（したがって学理的な関心と思われる）が、初学者の習得しやすさ、ひいては国民へのわかりやすさの観点から、規定があった方が望ましい。（堂島有志）

- 債権者が債務者に対して任意の履行を請求することができる旨の規定を設けるなど、債権者には請求力や訴求力等の基本的権能が認められることを確認する趣旨の明文規定を置くべきである。（広大有志）
- 明文規定を置くことに賛成である。わかりやすい民法という観点からは賛成できる。（仙台弁）
- 賛成である。実務上の意義はともかく、学理上の意義はある。（日大民研・商研）
- その方向で検討することは相当である。

基本的な原理・原則を明記することによって、分かりやすい民法典にする方向性は賛成する。（兵庫県弁）

- 債権者には請求力や訴求力等の基本的権能が認められることを確認する趣旨の明文規定を置くことについて、賛成意見が強い。

債権者の基本的権能である請求力や訴求力等に関する明文で規定を設けることは、分かりやすい民法の実現に資するとして、賛成する意見が強かった。（日弁連）

- 債権者が、債務者に対して任意の履行を請求できること（請求力）や、訴えに

よって履行を請求することができること（訴求力）などの基本的な権能を有していることを確認する旨の明文規定を置くという考え方に賛成する。このことは、国民一般への分かりやすさに有益である。

債権の内容等によっては債権者に請求力が認められても強制力が認められない場合があることを踏まえて、請求力等に関する規定は、履行の強制に関する規定（民法第414条）とは区別して設けるべきである。（弁護士・弁護士）

- 明文規定を設ける方向に賛成。（大学教員）
- 債権者には履行請求権がある旨の規定を第414条とは別に設けるべきである。この規定を設けることによって債権者の権利が明確になると考える。（大学教員）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 履行請求権の明文化については、従前の考え方に変更を加えるものではなく、特に反対しない。（大阪弁）
- 明文化に反対ではないが、民法全体の構成における位置付けを考慮しながら検討すべきである。

一般に債権に請求力、給付保持力、訴求力、執行力・強制力が認められるということに異論はないが、これらは必ずしも、債権特有のものではなく、物権的請求権でも問題となるところである。

今まで異論がなく、また、当然のことと一般にも考えられていることについて、明文の規定を設ける必要があるかどうかは、債権編だけにそのような類の規定が設けられることによる民法全体の調和についても考慮が必要である。債権編だけが膨大な条文に膨れ上がることが好ましいこととは思われない。

その他の部分についても改正を前提としているのかもしれないが、今後の更なる改正により類似の条文を物権編や総則にも設けるとすれば、民法全体が一般の国民にとって参照が困難となるような大部にならないか懸念される。（横浜弁）

- 特に必要ない。バランスよく導入が可能な事情があればあってもよい。（弁護士）
- 「社会通念」「契約の趣旨」という一般的・抽象的基準ではなくて、より具体的に規定することが望ましいのではないか。この点については、ドイツ民法275条を参考とすべきではないか。（大学教員）
- 請求力や訴求力等の確認規定は不要である。実務上の必要性はほとんどない。また、細かく定義規定を設けることにより、かえって分かりにくくなり、条文数もいたずらに増えることになる。（愛知県弁）
- 不同意。不履行の場合にこれを満足させる措置が既に実体法・手続法ともに措置されていることから、ことさらに確認規定を置く意義を認めない。詳細な規定がないから権能がないという解釈を呼ぶおそれもあり、やはり認めがたい。（会社

員)

- 正直、学者の方の間のみで通用する「分りやすさ」の議論に陥っている感がある。ユーザーのみとしては、一般抽象的な概念をいくら並べたところで、それが紛争解決に関する指針に足りうる実体的な意味を持たないのであれば無益な規定に過ぎず、必要な条文を探す支障になるだけである。紛争解決指針としてこの規定が必要であるのかという観点での要否の検討を希望する。(会社員)
- 任意の履行を請求する権利など、無意味である。(会社員)
- 任意の履行は、法律問題ではないと考える。ほとんどの事例は法律によらずに解決されるのであり、それを認識すべきであって、改正すべき理由があるとは思えない。(個人)

2 民法第414条（履行の強制）の取扱い

履行の強制に関する規定（民法第414条）については、債権者に認められる実体法上の権能を定めた規定であるとする見解と執行方法を定めた手続法的規定であるとする見解があるなど、規定の意義が不明確であるという指摘がある。そこで、履行の強制に関する規定のうち、実体法的規定は民法に置き、手続法的規定は民事執行法等に置くべきであるという方針を確認した上で、同条各項の規定のうち、手続法的規定として民法から削除すべきものの有無等について、更に検討してはどうか。

その際、実体法的規定か手続法的規定かの区別が困難なものについては、手続法において必要な規定を設けることを妨げない形で、実体法と手続法を架橋するような一般的・総則的な規定を民法に置くことについて、更に検討してはどうか。また、そのような一般的・総則的な規定の具体例として、民法に執行方法の一覧規定を置くことについても、更に検討してはどうか。

なお、履行の強制に関する規定の民法上の配置については、引き続き債権編に置く方向で、検討してはどうか。

【部会資料5-2第1, 2 [1頁], 同(関連論点) [5頁]】

【意見】

- 「分かりやすい民法」の実現に資するから、履行の強制に関する規定のうち、実体法的規定を民法に、手続法的規定を民事執行法に置くことに賛成する。ただし、実体法上の権能を定めた規定であるか、執行方法についての手続法的規定であるかについては、今後慎重に検討すべきである。

実体法的規定か否かが区別困難なものについて、実体法と手続法を架橋するような一般的・総則的な規定を民法に置くことについて、「分かりやすい民法」の観

点から、趣旨には賛成する。

履行の強制に関する規定については、現行法で問題がなく、あえて配置を変えることで混乱を招く理由はないから、従来どおり「第3編債権」に置くべきである。(東弁)

- 履行の強制に関する規定のうち手続法的規定として民法から削除すべきものの有無の検討につき、手続法的規定を削除すべきとする考えに反対。民法において、債権に執行力があることを総論として規定する意義はある。

実体法と手続法を架橋するような一般的・総則的な規定を民法に置くことについて、賛成する。実体法上の権利が最終的に強制執行手続によって実現されることを簡単に説明するのであれば、分かりやすい民法の趣旨に合致する。

一般的・総則的な規定の具体例として、民法に執行方法の一覧規定を設けることについて、反対する。具体的な執行方法は、執行法で規定すべきである。

履行の強制に関する規定を、民法の債権編に置くことについて、賛成する。現行民法の配置から配置を変更する必要はない。但し、物権的請求権への適用についても検討すべき。(愛知県弁)

- 現行民法414条の規定は、文言上は公法上の請求権を規定しているようにみえるため、私法上の履行請求権を明文化することに伴い、民事執行法への移設を検討すべきである。(親和会)

- 履行の強制に関する規定を手続法的規定として民法から削除することにつき、賛成する。しかし、いかなる規定を削除するかは、慎重に検討すべきである。続法的規定を民法から削除すること自体は合理的と思料する。しかし、実体法的規定と手続法規定を区別できるのか疑問があり、同規定のうちいかなるものを削除するかは慎重な検討を要するものと思料する。

一般的・総則的な規定、及び民法の執行方法の一覧規定を置くことにつき、賛成する。分かりやすい民法の実現に資するものである。

履行の強制に関する規定を債権編に置くことにつき、賛成する。現行法との連続性の確保に資するものである。(札幌弁)

- 強制履行の規定については、強制履行が可能であるとする規定(現行第414条第1項)については民法に残し、第2項、第3項は民事執行と併せて規定すべきではないか。第4項はなくても良いと解する。(「改正を考える」研)

- 履行の強制に関して、債務者が債務を履行しない場合、債権者は、民事執行法その他の法令に基づき、裁判所を通して、その強制履行を求めることができる。ただし、債務の性質がこれを許さない場合は、この限りではない旨の明文の規定を設けるべきである。

債権の効力として強制力があることは、実体法に明記しておくべきである。強

制履行は裁判所を通じて行うことを明記することによって、不当な自力救済を抑制する効果も見込める。

強制力について、非金銭債権（引渡義務、代替的作為義務、不代替的作為義務、不作為義務）、金銭債権によって、強制執行の要件・方法は異なるが、そのすべてを民法に記載する必要はなく、強制履行が可能であること、手続などは別の法律で規定すること程度を規定すればよいであろう。（福岡弁）

- 債務の性質が許さない場合を除き、債権の内容の強制的実現（債務者の意思にかかわらず実現すること）を裁判所（国家機関）に求めることができる旨の規定（第414条1項に相当）を置くとともに、債権の内容に応じた執行方法に関する一覧規定を設けるべきである。現民法414条があるのにこれを削除すると、英米法のように、不履行に対し損害賠償しか請求できない方針に変更したとの誤解を与えかねないから、避けるべきである。

また、民事執行法に詳細な手続規定があるが、債権の内容ごとにどのような強制ができるのか、一覧性に欠けているので、414条の用語を民事執行法とそろえたうえで、基本的な方法を一覧できるようにすべきである

規定の位置は414条と同じく債権総則とすべきである。

物権的請求権の性質に応じた執行方法の検討に立ち入らない以上、現在、債権総則に置かれた民法414条で大きな支障が生じていないので、同じ位置づけでの改正にとどめるのが相当。後日、物権的請求権に応じた執行方法の検討をする際、規定位置について再検討すればよい。（堂島有志）

- 実体的権利の規定と強制執行の規定を整理し、民法には実体的規定を置き、民事執行法には、強制執行上の手続的規定を置き、見通しを良くする方向で検討を加えることは賛成である。

現在の規定は、言葉づかいを含めて手続法（民事執行法等）とのリンクが必ずしも良くないので、民法と特別法との間の連携を見やすくすることが望ましい。（兵庫弁）

- 履行の強制に関する規定のうち、実体法的規定は民法に置き、手続的規定は民事執行法等に置くべきという方針には賛成する。当然のことであり、異論はない。

民法第414条各項の規定のうち、手続的規定として民法から削除すべきものの有無については、現行法上特に支障が生じているかという観点もふまえて、十分に検討すべきである。多様な意見があり得るところであり、十分に検討すべきである。もっとも、現状、民法第414条各項の規定により支障が生じているかどうかという観点も踏まえるべきである。

実体法的規定か手続法的規定かの区別が困難なものについては、手続法において必要な規定を設けることを妨げない形で、実体法と手続法を架橋するような一

般的・総則的な規定を民法に置くことには賛成する。民法にかかる一般的・総則的な規定を置くことは、わかりやすい民法という観点に沿うものであり、望ましい。

履行の強制に関する規定の民法上の配置については、引き続き債権編に置く方向に反対しない。多様な意見があるところであるが、必要に応じて物権編に規定を置いたり、準用することで対応できるため、債権編に置く方向に反対しない。(大阪弁)

- 賛成である。具体的には、民法第414条をそのまま存置し、必要に応じ架橋規定・一覧規定を設ければ足りる。配置も債権編でよい。

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

ただ、両法で使用する文言を同一にしたり、民事執行法において「民法●●条の●●…」と規定するなど、規定ぶりを明確に整理すべきである。

また、前記第2の1の指摘する一覧規定を設けた場合の弊害については、それほど心配する必要はない。平成23年の非訟事件手続法の改正についても、整備法で会社法を改正しており、同様の手法で民法を改正すればよい。(日大民研・商研)

- 実体法的規定は民法に置き、手続法的規定は民事執行法等に置くべきであるという方針については反対しない。実体法と手続法との区別が必要であることは認める。また、わかりやすい民法という観点からは、債権の効力の基本的部分について条文化することは望ましい。

ただし、現行民法上、不都合の生じていない規定について、あえて削除する必要はない。現行民法に規定されている条項については、いずれも存置すべきである。

実体法と手続法を架橋するような一般的・総則的な規定を民法に規定することに反対はしない。執行方法の一覧規定を民法に置くことについても、反対はしない。(仙台弁)

- 提案にあるような、実体法規定と手続法規定の区別、民法への一覧規定の設定に賛成。(大学教員)
- 履行の強制の問題は、一部で指摘されているように、物権的請求権についても問題となることから、規定の位置として債権編に置くことが適切かどうかは異論

の余地もありうるところであるが、これまでの議論で、とくに違和感がなく受け入れられてきたところであり、引き続き債権編に規定を置くことが適切である。もともと、これは、債権一般に共通する問題であることから、債権総則と各則の規定の再編成をどう考えるかによって、その位置づけをどうするかという問題は残されている。

なお、物権の場合は、その性質上、物権の実現のために履行強制が前提となるところ、債権の場合には、国によって履行強制という救済手段が自明であるとはいえないことから、履行強制が可能であるという趣旨を確認することに重要な意義があると考えられる。(大学教員)

- 履行の強制に関する規定（民法第414条）のうち、実体法的規定は民法に置き、手続法的規定は民事執行法等に置くべきである

債権の強制力と物権的請求権において現実的履行の強制ができることとは性格が異なる。債権編に規定を置いた上で、別途、必要に応じて、物権編に規定を置くことや、それらの規定を一般化・抽象化した規定を総則に置くことが検討されればよいと考える。(弁護士)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 履行の強制に関する規定のうち、実体法的規定は民法に置き、手続法的規定は民事執行法に置くべきであるとの基本方針のもとに検討することは原則としては賛成するが、現行条文414条を民法から削除する必要はない。原則論としては、実体法と手続法の区別がされていることが望ましいが、現行414条は架橋的側面のものであり、削除の必要はない。

区別が困難なものについて、一般的・総則的な規定を民法に置くことについては、一般的・総則的な規定になるかどうかはともかく、民法に規定を置くことには賛成する。実体法的側面と手続法的側面を持つことは否定できず、このような内容を持つ規定については、民法にも条文を置くべきである。

民法に執行方法の一覧規定を置くことには反対。執行方法によって実体的権利の内容が決まるのではなく、実体的権利の実現のために執行方法が考えられるのであるから、一覧表を置くとすれば民事執行法等に置くべきである。

履行の強制に関する規定の配置については、債権編に置く方向に限らず、物権的請求権等も視野に入れて検討すべきである。物権的請求権にも共通の問題である。(広島弁)

- 実体法的規定は民法に置き、手続法的規定は民事執行法等に置くべきであるという方針、及び、実体法的規定か手続法的規定かの区別が困難なものにつき、手続法において必要な規定を設けることを妨げない形で、実体法と手続法を架橋するような一般的・総則的な規定を民法に置くことについては、賛成である。実体

法的規定は民法に置き、手続法的規定は民事執行法等に置くべきであるという方針に異論はない。また、性質の区別が困難な規定があるところ、基本法たる民法において、手続法へと架橋するような一般的規定が設けられることには、国民への法的手段の告知という点で意義があると考えられる。

一般的・総則的な規定の具体例として、民法に執行方法の一覧規定を置くことについては、反対である。民法に執行方法の一覧規定を置くことについては、強制執行の具体的方法及び要件等を一覧できる規定を併せて置くことまで考えられているとのことであり、そのような規定を民法に置く必要性に疑問がある。のみならず、新たな執行方法が検討される場合に執行法の改正を困難にするという弊害も考えられ、反対である。履行の強制に関する規定の民法上の配置については、必ずしも債権編に置くことを前提にせず、具体的な規定の内容を考慮しながら、最善の配置を決定すべきである。配置については、必ずしも債権に限定される内容でなく、債権編でよいのかという点も今後の検討の余地が残されるべきである。物権編にも若干異なる規定を置き、総則にさらに抽象的な規定を置くという論議も出されているが、民法典全体で膨大な規定にならないか心配される。債権編にとらわれずにあるべき内容を考慮した上で、最善の配置を決定するというのがあるべき方向性と思われる。（横浜弁）

- 履行の強制に関する規定（民法第414条）の一部又は全部を手続法的規定として民法から削除することについては、反対意見が強い。履行の強制に関する規定（民法第414条）は、実体法的性格を完全に否定できず、手続的規定のみを区別して整理することは困難であるし、分かりやすさの観点からは手続法的規定が民法に存在することにも一定の意義があるとして、規定の一部又は全部を削除することには反対する意見が強かった。

実体法と手続法を架橋するような一般的・総則的な規定を民法に置くことについては、分かり易い民法に資するとして、賛成意見が強い。

民法に執行方法の一覧規定を置くことについては、更に慎重に検討すべきである。分かりやすい民法の実現に資するとして賛成する意見がある一方で、一覧規定の存在が民事執行法等の改正の支障となることを懸念する意見もあった。

履行の強制に関する規定を債権編に置くことについては、賛成意見が強い。ただし、履行の強制に関する規定は、契約債権のみならず、物権的請求権や法定債権にも共通する問題であることに留意すべきとの指摘もあった。（日弁連）

- 不同意。履行を強制できるという債権の基本的な権能を規定する都合上、実体法的な側面と手続法的な側面を峻別することにそもそも無理がある。手続法は、民事訴訟法をはじめとする諸法令で詳細が規律されることを当初から予定され、事実その通りに運用されている。その点で、両方の側面を持つから規定の意義を

疑う見識もその意義を認めない。(会社員)

- 現状で差し支えない。民訴的であることにこだわる必要はない。(弁護士)
- 現行の民法第414条のような規定を民法に存置することに特に問題があるとは思われない。

また、この問題は民事訴訟法および民事執行法にかかわっており、民法改正の議論だけで決着がつくわけでもない。

特に問題が生じているのでなければ、現行の規定のままでよいと考えられる。

(弁護士)

- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

3 履行請求権の限界

一般に、債務の履行が不能になった場合等、履行請求権の行使には限界があるとされていることから、そのことを確認する明文規定を設けるべきであるという考え方がある。この考え方に関しては、その限界の具体的な判断基準の在り方について、「社会通念」を基準としつつ、「契約の趣旨」がそれと異なる場合には「契約の趣旨」によると考えれば良いという意見や、「社会通念」も「契約の趣旨」に照らして規範的に評価されるものであり、「契約の趣旨」の中に「社会通念」という要素が組み込まれているという意見等、多様な意見があった。履行請求権の限界に関しては、これらの意見を踏まえて、「社会通念」という基準と「契約の趣旨」という基準との関係に留意しつつ、規定の要否や具体的な判断基準の在り方等について、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第1, 4 [9頁],
同(関連論点)1 [13頁], 同(関連論点)2 [13頁]】

【意見】

- 履行請求権の限界に関する規定を置くことに賛成である。(広大有志)
- 賛成である。実務上の意義はともかく、学理上の意義はある。
判断基準については、「社会通念又は契約の趣旨」とすれば足りる。もとよりここでいう「又は」は法制執務上のいわゆる「およびまたは」の用法であって、両者を同時に考慮することを排斥する趣旨ではない。(日大民研・商研)
- 履行請求権の行使の限界を確認する明文規定を設けることにつき、賛成する。
しかし、限界の具体的な判断基準のあり方につき、慎重に検討すべきである。
履行請求権の行使の限界を確認する明文規定を設けることは、分かりやすい民法の実現に資するものである。しかし、限界の具体的な判断基準のあり方については、判例・学説で争いがあること、明文化により柔軟で合理的な判断に支障が生じないように配慮する必要があること等から、慎重に検討すべきである。(札幌弁)

- 検討すること自体は賛成する。
債権債務関係の基本的ルールについて条文上明確にすることは望ましいことである。(兵庫県弁)
- 履行不能となったときは履行請求権が消滅することは、いわば当然のこととして認められているが、わかりやすい民法とするために明文化すべきである。
その際には、よりわかりやすくするために、履行請求権が填補賠償請求権に転化する要件(債務転形論)等についても合わせて明記すべきである。具体的には、①履行請求権は履行不能により填補賠償請求権に転化すること、②ただし債権者の責めに帰すべき事由によって履行不能となったときは填補賠償請求権が発生しないこと、③この場合において債務者に利益が生じたときは債権者に代償請求権が発生すること、を一連で明文化すべきである。
なお、民法の任意規定が契約による定めがないときの雛形としての機能を果たしていることを前提とすると、履行請求権の限界を契約内在的基準によって判断することは「認定できない契約者の特別な意思をあえて認定する」というアプローチであり、循環論に陥っている。また、契約以外の原因により発生した債権の扱いが不明確になる。したがって、契約外在的基準＝「社会通念上」不能といえる場合を履行不能とすべきである。そして、履行不能と判断される状況は、物理的不能、社会的不能、債務者の能力的不能など、様々な場合が想定され、条文化に馴染まない事項と考えられるため、具体的規定は設けず、事例ごとに判断すべきである。(親和会)
- 履行請求権の限界については、不能を存置した上で、履行請求権の限界事由を明文化する方向を支持する。(「改正を考える」研)
- 履行請求権の限界に関して、以下の内容の明文の規定を設けるべきである。
 - ① 債務者が債務の履行をすることができない場合には、債権者は債務者に対して、債務の履行を求めることができない。
 - ② 債務の履行をすることができないか否かは、まず、「当事者の合意・合意の趣旨」から判断し、これも不明であれば、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などに基づき、「社会通念」によって判断する。
上記①について。履行請求の限界事由であるが、紛争類型で考えると、債務者が履行不能であるとして履行を拒絶しているのに対して、債権者は履行可能であるとして履行を求める場合などに、履行請求権の限界が問題となってくる。この場合、履行不能の原因が、物理的なものか、法律的なものか、経済的なものか、主観的なものは重要ではなく、重要なのは、履行が不能なのかそれとも可能なかである。そうすると、履行請求権の限界については、上記のとおり、履行することができないという程度の記載でよいと思われる。

上記②について。履行請求権の限界判断基準であるが

- ① まずは、「当事者の合意」であろう。上記例で考えると、A B間の賃貸借契約において、建物の屋根・壁が壊れた場合には履行不能とする、修繕費用に〇〇円以上要する場合には履行不能とするなどの合意があれば、履行不能か否かはこの合意に基づいて判断することになる。
 - ② つぎに、「当事者の合意」が不明であれば、「合意の趣旨」により考えることになる。当事者の合意内容を可能な限り探求すべきと考えられるからである。
 - ③ しかし、「合意の趣旨」も明確でない場合も多いであろう。その場合、種々の要素を勘案して、最終的には、「社会通念」によって判断する、ということになろう。(福岡弁)
- 履行請求権の限界に関する規定を置く方向で検討すべきである。
- 履行請求権の限界の判断基準については、「契約の趣旨」と「社会通念」とを総合的に考慮できるものとする方向で検討すべきである。履行請求権の限界に関する規定を置くにあたっては、具体例を示すなどして、規定のあり方を工夫すべきである。
- 履行請求権に限界があること、その判断基準として、契約の趣旨という契約内在的基準と社会通念という契約外在的基準の2つがあることは、おおむね争いがないところである。そのため、これらを総合的に考慮しつつ、履行請求権の限界に関する規定を置く方向で検討すべきであると考えられる。しかし、この基準は余りに抽象的に過ぎるため、規定のありようによっては、かえって国民の利用に資さないものとなりかねないので、具体例を示すなどして、規定のあり方を工夫すべきであると考えられる。(日司連)
- 明文規定を設ける場合であっても、社会通念を基準としつつ、契約の趣旨が社会通念と異なる場合には契約の趣旨による、とすべきである。これに加え、具体的な判断基準を定めるなど予見可能性の高いものとすべきである。
- 債務の履行が不能となった場合に履行請求権が損害賠償請求権に転化するところ、履行請求権の限界について現行法は具体的な規定を置いていない。『社会通念上の判断か』『契約趣旨に照らしての判断か』は必ずしも二者択一ではなく、現行の取扱いや契約実務を勘案した場合、社会通念を基準としつつ、契約の趣旨が社会通念と異なる場合には契約の趣旨を優先する、とすべきである。
- また、予見可能性を高めるために、具体的な判断基準を設けるべきである。(損保協会)
- 履行請求権の限界については、具体的判断基準の在り方等について、更に検討すべきである。具体的判断基準の在り方としては、「社会通念」も「契約の趣旨」に照らして規範的に評価されるものであるという観点から、「契約の趣旨」によ

ると考えるべきである。

民法第415条後段に関して、いったん合意に至った契約の拘束力を認めるのであれば、債務を履行できない債務者よりも、債務不履行により損害を被るであろう債権者の保護を図るべきであり、債権者に履行請求権と填補賠償請求権の行使の選択権を与えることが妥当であると考えられる。

債権者の保護の観点からは、一般的な「社会通念」ではなく、当該債権者及び債務者の合意内容である「契約の趣旨」に照らして判断することが望ましい。取引実務においては、取引当事者の合意内容である「契約の趣旨」が慣習・社会通念等に優先されることを前提としており、かかる一般的規範の方が弾力的運用を可能ならしめることから、「契約の趣旨」を履行請求権の限界に関する具体的な判断基準とした場合であっても契約実務への負担が過重になるおそれは少ないものと考えられる。（法友会）

- 裁判実務で確立されたところを反映するため、物理的に不能な場合のほか、契約の趣旨と社会通念に照らし、履行を請求することができないと認められる場合を限界とすべきである。（堂島有志）

- 履行請求権の限界があることを条文上明確にすることについては、特に反対しない。履行請求権の限界があることを明文化することは、現在の実務に変更をもたらすものではなく、特に反対しない。

履行請求権の限界の具体的な判断基準については、「社会通念」によるか、「契約の趣旨」によるか、二者択一ではないと考える。従前、「社会通念」との基準が用いられていた場合でも、当該契約の内容・性質に照らして判断されていたはずであり、他方、「契約の趣旨」との基準を用いた場合であっても、社会通念という要素が組み込まれているものと考えられる。

なお、仮に、「契約の趣旨」との基準を採用した場合、「契約の趣旨」の判断要素として、いかなる事情を含めるかにつき、慎重に検討すべきである。（大阪弁）

- 履行請求権の行使には限界があることを確認する明文規定を設けることには特段反対しないが、具体的な判断基準の在り方については、契約総則ではなく、債権総則の規定であるということを念頭に置きながら、検討すべきであり、「契約によって生じる債権のみならず、契約とは無関係に生じる法定債権にも当てはめられる基準であること」を留意すべき要素の一つに加えるべきである。履行請求権の限界は、契約から生じる債権において主に問題とされるが、事務管理等、法定債権においても問題となりうる。「契約の趣旨」ではそのような法定債権の履行請求権の限界を明確に画するものにならないと考えられる。

これまでは、「社会通念」ないしは「社会の取引観念」が基準とされており、これは契約外在的な基準とされていたが、「契約の趣旨」という契約内在的な基準を

導入することによる実務への影響を慎重に考慮すべきである。「社会通念」と「契約の趣旨」との基準は概ね一致することが多いだろうが、「社会通念」と「契約の趣旨」の同質性を強調する意見のみならず、それとは違う意見（「社会通念」は契約外在的基準である一方、「契約の趣旨」は契約内在的な基準であり異質なものである）も存在するので、「履行不能」概念について「社会通念」に委ね、契約に定めることをしていないこれまでの取引実務に、「契約の趣旨」を取り込むことでのような変化をもたらすかを慎重に考慮すべきである。（横浜弁）

- 履行請求権の限界を確認する明文規定の要否や具体的な判断基準の在り方等については、更に慎重に検討すべきである。

履行請求権に限界があることを確認する明文規定を設けるべきとの考え方については、分かりやすい民法の実現に資するとして賛成する意見があった。他方、債務の履行が不能になったと判断される状況には、物理的不能、社会的不能、法律的不能など様々な場面が想定されるので、条文化に馴染まないとして、反対する意見もあった。また、履行請求権の限界の具体的な判断基準の在り方については、「契約の趣旨」という基準が、契約以外の原因により発生した債権に関しては意味をなさないことに留意すべきとの指摘もあった。（日弁連）

- 履行請求権の行使の限界を確認する明文規定を設けることに、反対はしない。ただし、限界の具体的な判断基準については、「社会通念」「契約の趣旨」といった二者択一にとらわれず、慎重に検討されるべきである。

履行請求権の行使に限界があることは判例上も明らかであり、明文化に反対する理由はない。もっとも、限界の具体的な判断基準については、あたかも契約の趣旨に照らして考えるという説と社会通念に照らして考える説とが相対立するかのような説明がなされているが、そのようなことはない（例えば、「当事者の属性」）。したがって、明文化に当たっては、どちらかの説をとる、という考え方によることなく、明文化すべきである。（仙台弁）

- 具体的な履行請求権の限界については、基準の明確性に留意しつつ、慎重に検討すべきである。具体的な履行請求権の限界については、債務不履行による損害賠償等の重要な規定との関係もあることから、基準の明確性を確保する必要がある。（東弁）

- 履行義務の範囲がどこまで及ぶかという問題と、履行義務を負っていたにもかかわらず、履行義務を免れる（債権者からすると履行請求ができない）問題をどのように切り分けて考えていくかについても、検討が必要ではないか。（大学教員）

- 履行請求権に限界があることの明文規定を置く必要はない。履行請求権の限界について、明確な規定を設けることは困難であり、個別の事情の中で判断がなされるべきである。（愛知県弁）

- 期間を経て履行の完全性が議論されるようなケースがある（例：土壌汚染問題）が、この場合、「社会通念」が契約時の社会通念なのか、長期間を経た後の社会通念なのか曖昧になるリスクがあるので、「社会通念」を判断基準として持ち込むことには賛成できない。（不動協）
- 履行請求権の限界について明文化する必要はない。仮に、履行請求権の限界の判断基準を検討する場合は、社会通念を判断基準とする方向で検討すべきである。履行を強制し得ない場合があるという意味で、履行請求権の限界があることは否定できないが、このような限界について明文で一定の判断基準を示すことは困難である。

仮に限界の判断基準を考慮するとすれば、個々の契約の趣旨ではなく、客観的な観点である社会通念を判断基準とすべきである。（広島弁）
- 以下のような理由から、規定を置くことについては反対の意見が多く、特に基準を「契約の趣旨」とすることは問題が大きいとの意見が多かった。

履行請求権行使の限界の判断基準については、基本的には「社会通念」を基礎に置くのが従来の実務に親和的なように思われる。「契約の趣旨」という用語を規定上使用したとき、これが、例えば、契約書の文言に過度にとらわれるように解されてしまうと、事案に応じた適切な紛争処理の支障となる場面が招来される懸念もある。「契約の趣旨に照らして」の意味が、「期待不可能が客観的に合理的であることを要する」旨を意味すると説明されているが、文言上必ずしも明らかではないし、現時点で実務の在り方に変更をもたらす必要はあるのか、改正により実務上不都合が生じないかなどについて、慎重に配慮すべきである。

また、「契約の趣旨に照らして」とすると法定債権に妥当しないことについても留意すべきと思われる。（最高裁）
- 取引実務においては「社会通念」という基準と「契約の趣旨」という基準を総合的に考えているため、「契約の趣旨」という判断基準を強調すると契約実務への負担が過重になるおそれがあり、慎重な検討が必要である。（弁護士）
- 従来、履行不能が主に議論されてきたのは、債権者の履行不能に基づく損害賠償請求・解除や債権者の反対債務の消長（危険負担）が問題となる局面である。履行請求からの債務者の解放の局面をこれらの問題とパラレルに考えることはできないように思われる。『可能』との判断のもとに履行請求（強制履行）をする債権者に対して、債務者の側から履行の意思なきことを理由として『不能』を主張することは許されないというべきである」という学説もある。容易に債務者の履行請求からの解放を認めることにならないように留意して、明文化の要否・要件を検討してほしい。（弁護士）
- 一般抽象概念の確認的な規定に過ぎず、しかも法律によらず常識的に理解でき

るような事柄を、わざわざ立法化しなければならないのかという感がある。民法を紛争の解決指針として用いるユーザーにとって有益な規定であるのかという観点からの要否の検討を希望する。(会社員)

- 不同意。履行が不能になった場合、損害賠償請求に転化することで債権が満足されうると理解していることから、請求権の限界を規定することで債権の外延を規律する意義を認めない。(会社員)
- 不要と考える。(弁護士)
- 周知のように、ドイツ民法241条には当初、履行請求権を認める規定(現在の1項)しかなかった。債権関係の各当事者が他方当事者の権利・利益等に配慮する義務を負うとの同条新2項は、公的注記によれば、97年7月EC指針9条から持ってきたが、わが改正作業において最初の委員会案を一見したとき以来、履行請求権に対する抑止的対処が若干あるのではと感じてきた。典型的にみてどういふ債権者がどのような債務者に対して履行請求権を行使する場合なのか、といった“主体”論と絡めて、問題の関連ないし立体化が十分考慮された議論を今一度行われるのを待望する。債務者の追完権(中間論点整理第8,1)や買主の権利の競合(中間論点整理第39,1(5))もそれに属しており、前者と債権者の緊張関係をどうみるかに関しては、もっと突っ込んだ議論が実際界の意見も聴取して検討されるべきではなかろうか。ド民旧241条は、他国の学者からドイツ人に特有な権利観などと評されたこともあるが、別の見方もありえよう。(大学教員)
- 現行法から離れず、履行請求権の限界についての私法一般のデフォルトルールとして、履行不能を定めただうえで、個別契約の趣旨からによりそれ以外の事由について限界を認めてよいとすることによい。契約の趣旨と社会通念を並列させることに対しては、契約の趣旨から離れた「社会通念」なるものが独り歩きするおそれがあるので反対。(大学教員)
- 履行不能以外に請求の限界を考えるべきではない。(会社員)
- 「社会通念」は基準として意味がない。そのような基準を入れるのは改悪であり、少なくとも、現在の規定のままのほうがましである。(個人)

4 追完請求権

(1) 追完請求権に関する一般的規定の要否

一般に、債務者が不完全な履行をした場合には、債権者に追完請求権が認められるとされることから、そのことを確認する一般的・総則的な規定を設けるべきであるという考え方がある。この考え方については、追完方法の多様性等に鑑みると抽象的な規定を設けることしかできず意義が乏しいのではないかという意見や、抽象的な規定

であっても無名契約の追完請求権の根拠になるなどの意義があるとする意見があったことを踏まえて、不完全履行により債権者に認められる権利を個別的・具体的に定める契約各則の規定の検討状況（後記第39，1等）に留意しつつ，有意な規定を置けるかどうかという観点から，更に検討してはどうか。また，追完請求権の要件となる「債務の不完全な履行」の具体的な内容について，代物請求権が認められる具体的な場面の検討と併せて，更に検討してはどうか。

【部会資料5－2第1，3〔7頁〕】

【意見】

- 請負契約においてはすでに瑕疵修補請求権の定めがあるところ，本規定は債務の履行における軽微な瑕疵については修補という形で補完することを認めることで，仕事を一からやり直すことによる無駄を削減する効果があり，経済的合理性に資するものである。したがって，瑕疵修補請求権を不特定物売買契約や不特定物賃貸借契約にも拡張する形で，追完請求権を明文化すべきである。（親和会）
- 債務者が不完全な履行をした場合に，債権者に追完請求権が認められることを確認する一般的/総則的な規定を明文化することに賛成する。

現実の取引においては，債務者が不完全な履行をした場合に，当事者が選択する具体的な解決策として「追完」が選ばれることが多いことに鑑みると，契約中に追完についての特段の合意がなく，また，不完全履行時の対応について，当事者が合意できない場合に備えて，民法上，一般的/総則的な規定を明文化することは望ましいと考える。（電情産協）
- 追完請求権を認められることを確認する規定を設ける方向で検討することに賛成する。債務の履行が全くない場合と比べて，不完全な債務の履行があった場合に，債権者は何をどのように請求できるかについては，わかりにくい面があるので，その指針となるような規程を置くことができるかどうかは検討に値する。

「債務の不完全な履行」の具体的な内容自体の問題ではなく，どのような追完請求権が認められるかとの関連において検討すべきである。「債務の不完全な履行」の内容は，そもそも当該債務の完全な履行(どのような履行があれば完全であるかという問題もあるが)がなされないときであって，多種多様であるから具体的内容を一般化した規定を設けることは困難である。

代物請求権のみでなく，どのような不完全な履行の場合にどのような追完請求権が認められるかという関連において検討すべきである。（広島弁）
- 追完請求の一般規定，追完請求権の限界事由の明文化にも賛成する。併せて，

契約各則に追完請求，追完請求権の限界に関する個別規定を設けることも検討すべきと解する。（「改正を考える」研）

- 追完請求権に関する一般的・総則的な規定を置くことに賛成である。（広大有志）

- 債務の履行が不完全な場合，債権者は債務者に対して，追完請求権を有する旨の明文の規定を設けるべきである。

特定物に瑕疵がある場合も不完全履行の一種と考えて，追完請求権を否定すべきではない。追完請求権が否定されるような事例は，「当事者の合意・合意の趣旨」によって追完請求権が排除されている場合と考えてよい。

次に不特定物の場合についても，現行法の解釈は，買主が瑕疵の存在を知って履行として認容して受領するまでは，不完全履行であり追完請求権があるが，瑕疵の存在を知って履行として認容して受領した以降は，追完請求権がなくなり，瑕疵担保責任に集約される（損害賠償請求と契約の目的を達成できないときの解除のみ），というものである。しかしながら，瑕疵担保請求を上記のとおり考えると，不特定物の場合について，瑕疵の存在を知って履行として認容して受領したか否かで場合を分ける必要はなく，特定物の場合と同様に，追完請求を認めるべきである。（福岡弁）

- 追完請求権に関する一般的規定を明記するという考え方に賛成である。わかりやすい民法の観点から，一般に認められている考え方は基本的に明文化すべきである。（三菱電機）

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

前記第2の1の履行請求権の一態様と考えられる。

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

- 明文化することに反対まではしない。追完請求権が一般的に認められることは確かであり，その意味で明文化できるものであれば，明文化に反対する理由はない。（仙台弁）

- 規定を設けることに反対はしない。判例上，追完請求権が認められており，分かりやすい民法の趣旨から規定を設けることには反対はしない。しかし，追完請求権の内容は様々であり，規定を設けるとしても，一般的・総則的内容にすべきである。（愛知県弁）

- 追完請求権については，規定が不明確な場合には国民の間に混乱が生じる危険性があることに留意しながら慎重に検討すべきである。不完全履行があった

場合の追完請求権の規定を置くことについては肯定論がある。しかし、追完請求の中身は、契約内容によって千差万別であり、規定が不明確である場合は国民の間に混乱が生じる危険性がある。(東弁)

- 追完請求権に関する一般的規定を設ける場合には、競合する瑕疵担保責任に関する規律との合理的な使い分けがなされるよう整合性を図る必要がある。

また、例えば情報システムの開発委託契約のような無体物を目的とする請負契約等については、注文者と請負人との双方において、履行の完成を確認することが困難であることから、不完全履行と認められた場合にも追完権を認め、損害賠償請求に先立って追完請求を行うことを規定し、不完全履行による損害の軽減を図ることに意義がある。(情サ産協)

- 債務者の追完権を認めることによって、解除が認められるかどうか等中小企業の契約関係が複雑化しないか検討をして頂きたい。(全中)
- 追完請求権に関する一般的規定を設けることにつき、慎重に検討すべきである。追完請求権に関する有意な規定を設けることができるかについては見解が分かれているところである。(札幌弁)
- そもそも、追完について規定を設けるべきか疑問なしとしないとの意見があった。(北海学園大民研)

- 追完方法が広く選べるようになることで、事業者側においても、相手方・内容に合わせた提案が広く選択できるようになるメリットはあるものの、例えば住宅分譲事業においては、アフターサービス(補修対応)が広く定着していることから、減額等の金銭解決の手段を選べるようになることで、事業者への負担の増加、双方が納得できる手段に合意するまでの時間の増加等が懸念される。

追完請求権が導入される場合は、迅速な解決のため、各追完手段の適用順位や優先順位を約定することが効果的だと思われるが、それに伴う契約書面への対応等、実務上の影響が懸念される。

「債務の不完全な履行」に当たる場合の定義、追完方法に関する選択をどこまで認めるか(例えば、修補か代物か等)、追完に過大な費用を要する場合には制限を加える(金銭賠償を原則とする等)必要があることに留意すべきである。(不動協)

- 「有意な規定を置けるかどうかという観点」の検討をするにあたっては、以下の理由から中小企業取引の実情をよく調査し内容に反映させるべきである。

理由としては、中小企業では、下請けでなくても取引先から下請法4条の禁止行為に類似した対応を受けることがある。また、追完請求権を民法で条文による制度化し広く使われることになると、中小企業が履行に関してさまざまなクレームを言われる余地をつくることになり、中小企業はそうしたクレームに対抗する

知識や相談する専門家がコスト・人材・ノウハウ面から乏しいのが実情であり、情報・交渉力に勝る者には利益になっても、中小企業の取引円滑化につながらないおそれが高い。

なお、平成22年6月18日閣議決定された「中小企業憲章」は、「政府が中核となり、国の総力を挙げて、中小企業の持つ個性や可能性を存分に伸ばし、自立する中小企業を励まし、困っている中小企業を支え、そして、どんな問題も中小企業の立場で考えていく。これにより、中小企業が光り輝き、もって、安定的で活力ある経済と豊かな国民生活が実現されるよう、ここに中小企業憲章を定める。」としているが、意見整理の文言の中に現れた「中小企業」はわずか2箇所である。

また、同憲章では「八．中小企業への影響を考慮し政策を総合的に進め、政策評価に中小企業の声を生かす」とされていることから、民法改正においても、審議会において中小企業の声を直接聞き、中小企業の立場で取引への影響を検討し盛り込む必要がある。(都民銀行)

○ 追完請求権については、原則として契約各則に規定することと定めるのがよいと考えるが、一般的総則的に規定する場合には、次の大枠の定めにとどめるべきである。

- ① 不完全な履行を受けた債権者が、追完の請求をできること。
- ② 追完方法は原則として債権者が選択できること。
- ③ 債権者の選択する追完方法の歯止めは、相互に矛盾重複した態様の請求ができないことと信義則による制約があること。

不完全履行には多様な態様が想定されるので、債務の不完全な履行の内容を定めること、さらには抽象的に追完請求の方法を列挙することには無理がある。したがって、総則的に規定するとしても、上記の大枠の規定にとどめざるをえない。追完方法相互の優先順位などを個別に規定すると煩雑で柔軟性（個別的妥当性）に欠けたものとなりかねないから、解釈（最終的には裁判所の判断）に委ねるべきである。(堂島有志)

○ 次のような理由から、慎重に検討されたいとの意見が多かった。

追完請求権の多様性から、抽象的な規定とならざるを得ないし、具体的な追完方法の如何を巡って紛争が尖鋭化するおそれがある上、特に専門的知見を要する事案等については、合理的な追完方法の認定判断のために訴訟が遅延化するおそれがある。また、履行請求権と追完請求権との関係（請求権としての同一性、代物請求権の位置付け、本旨弁済との関係等）を整理しておくことが必要と思われる。(最高裁)

○ 弊害が生じないように合理的に追完請求権を規定することには困難があり、

慎重な配慮が必要である。

追完請求権については、①単純な履行不足があった場合において、その不足部分について本来の態様の履行を求める履行請求権が観念できるほか、②瑕疵ある履行がなされた場合において本来の履行付態様とは異なった履行態様（修補・代物給付・再履行）の追完を請求しうる追加請求権が観念できるであろう。①については、履行請求権そのもの（あるいは履行請求権のコロラリー）として理解できるので問題は少ないが、②については、場合によっては、債務者が本来負担していた債務（債務者が意識的に引き受けていた履行負担）とは履行態様が異なることによって予想外の負担が発生することがありうる。弊害が生じないように合理的に追完請求権を規定することには困難があり、慎重な配慮が必要である。

なお、経済社会では瑕疵ある給付をした債務者が任意に修補や代物給付に応じることによって円満な解決がなされる例が多いと考えられるが、それは、追完請求権の規定がなくても実施されうることである。問題は、当事者間の信頼関係が消失している状況において、追完による解決を望まない債務者に対して追完を強制できるかどうかであり、裁判規範としての追完請求権をあえて立法化すべきであるかどうかという問題であるが、そのような社会的需要はなく、法律実務における需要もないという意見もあった。（兵庫県弁）

- 追完請求権を条文上明確にすることについて、特に反対しないが、本質的に同一である無履行の場合にかかる規定とは整合性を図るべきである。追完請求権の明文化については、従前の考え方に変更を加えるものではなく、特に反対しない。

追完請求権を明文化する場合には、追完請求権の適用範囲を画する「不完全な履行」の定義規定の要否（内容）を検討しておく必要がある。無履行の場合と不完全な履行の場合とで区別して取り扱う場合には、「不完全な債務の履行」が追完請求権の適用範囲を画するため、その定義規定について、十分検討しておくなければならない。（大阪弁）

- 不完全履行に対して追完請求権が認められることに異論はないが、一般的・総則的規定を設けるべきかどうかについては慎重に考慮すべきである。

追完請求権の要件、内容は、契約類型によって大きく異なり、有意義な一般的・総則的規定が設けられるのか疑問が残る。（横浜弁）

- 通常は、追完が最も容易な「完全な履行」の達成手段であり、本来の債務の履行という元々の姿の実現という意味では、紛争解決の方法としても優れている。

しかし、紛争解決の方法としてはいくつもの選択肢が存在し、紛争当事者は最も優れた解決方法を模索することが実態なので、追完請求権を一般ルールとして

盛り込んでおくことが、そういった当事者間での紛争解決に資するものであるかどうか、より慎重な検討が必要ではないかと考える。例えば、債務者側に債務不履行に基づく解除や損害賠償請求を受けることを避けることを可能にさせ、かつ、当初の契約内容を実現することによって社会的な効用をもたらそうとするのであれば、債務者側にも「追完権」を認めてはという考え方も存在すると考えるし、追完請求権の行使が当事者が予想していなかった費用を要する結果をもたらす場合には必ずしも債務不履行状態の解消を追完によって補うことに正義があるのかという課題もまた考慮しなければならないと思われる。このように追完請求権の限界事由について考察せざるを得ないことは、追完請求権を原則論として採用することの困難さを示しているのではないかと思われ、これらの点を含めて継続的な議論が行われることが必要ではないかと考える。

そのため、仮に追完請求権を原則論として採用するのであれば、一般的に認められるとする追完請求権の法としての成熟度をどのように測ったのかという基準を明示するというプロセスをとっていく必要があると考える。（ヤフー）

- 一般的な追完請求権を認めた結果として、債務者が自己の債務の範囲について予測可能性を失うこととならないように留意する必要がある。（長島・大野・常松有志）
- 追完請求権を確認する一般的・総則的な規定を設けることについては、裁判規範として有意な規定を置けるかどうかという点などに留意して、慎重に検討すべきである。

追完請求権を確認する一般的・総則的な規定を設けることについては、分かりやすい民法の実現に資するとして賛成する意見があった。他方、追完方法は、契約類型や当事者の関係で千差万別であって、裁判規範として意味のある要件・効果を定めることは困難であるとして反対する意見もあった。また、要件となる「不完全な債務の履行」の具体的な内容や、履行請求権と追完請求権の実質的な違いの有無について明確にならなければ、解釈に混乱が生じるおそれがあるとの指摘もあった。

仮に追完請求権を確認する規定を設ける場合には、その要件となる「不完全な債務の履行」の具体的な内容について、更に慎重に検討すべきである。（日弁連）

- 各典型契約の中で、追完請求権を認めるとすると、その前提となる枠組みを履行請求権の一環として示すことが適切であると考えられる。その際、物の引渡義務の場合だけでなく、役務提供型の債務の場合を意識した議論が必要である。（大学教員）
- 第414条からも導ける。（弁護士）
- 追完請求権に関する一般的・総則的な規定を置くことは検討に値するが、追

完方法の多様性等に鑑みると有意な規定を置くことは困難ではないかという疑問である。

瑕疵修補請求権の規定は既に民法上に存在しているから(民法第634条第1項等), まずは契約各則において必要な規定を検討し, それを一般的総則的な規定としてまとめられるか検討することが望ましいと考える。(弁護士)

- 追完の可否や方法について疑義を生ずる場合について規定を設けるのは構わないが, 一般規定としては不要。これを定めるのであれば, 履行遅滞の場合にも追完請求権を定めるべきことにならないか。むしろ, 先に給付として引き渡された物の返還と追完としての物の引き渡しの関係などの規定が契約各則で必要。(大学教員)
- 抽象的な規定を設ける意義が乏しいというのは中間論点整理で示されたとおり。改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

(2) 追完方法が複数ある場合の選択権

現行法には, 当事者双方が具体的な追完方法について異なる主張をした場合に, これを解決するための規定がないため, 追完方法が複数ある場合の選択権の所在に関する規定を設けることを検討すべきであるという意見があったことを踏まえて, そのような規定の要否について, 追完権に関する検討状況(後記第8, 1等)や不完全履行により債権者に認められる権利を個別・具体的に定める契約各則の規定の検討状況(後記第39, 1(5)等)を踏まえつつ, 検討してはどうか。

【意見】

- 追完方法が複数ある場合の解決に関する規定を設ける方向で検討することには賛成する。

追完方法について, 協議が整わないこともあるので, その解決指針となる規定を置くことができるかどうかは検討に値する。(広島弁)
- 検討することに賛成である。

追完請求権を定める場合, 複数の追完方法について選択の基準を定める規定は必要である。もっとも, 多種多様な追完方法について, 総則的に定める債権総論の位置付けにおいて十分な規定ができるのか疑問である。(横浜弁)
- 賛成である。(日大民研・商研)
- 各種の追完方法の優劣ないし調整規定については, 追完請求権の一般規定を設けた場合, そこから導かれる追完方法が多様であることが予測されることから, 一般規定における調整については解釈に委ねざるを得ない面もあるのでは

ないか。（「改正を考える」研）

- 追完方法が複数ある場合の合理的な選択が可能となるように、一方当事者に選択権を認めるよりは、結果として契約当事者双方の経済的損害の軽減につながる追完方法（修補に過大な費用を要する場合には経済的損害の拡大につながることを前提としている。）が選択できるような規律を慎重に検討することを望みたい。（情サ産協）
- 追完方法が複数ある場合の選択権の規定を設けることに賛成である。売買契約の場合では、通常は買主の方が売主と比して優位な立場に置かれているところ、その買主に追完方法の選択を委ねると、交渉力の格差ゆえに売主が一方的に不利益な負担を余儀なくされるおそれがあることから、売主に選択の権利を付与する規定とすべきである。（三菱電機）
- 追完請求権を明文化する際には、追完方法が複数ある場合の選択権については、契約に特段の定めがある場合を除き、債権者の選択に委ねることが基本的には妥当であるとする。（電情産協）
- 追完方法は原則として債権者が選択できるとすべきである。

不完全な履行を受けた債権者とこれをした債務者の間では、原則として不完全な履行を受けた側に、本来の債権内容の実現方法を選択させるのが相当である。（堂島有志）
- 追完方法が複数ある場合の選択権の所在に関する規定については、追完権および契約各則の規定の検討状況を踏まえて、検討すべきであるが、その前提として、各方法による追完の可否の判断については、債権者視点と債務者視点というズレが生じないような基準を定立（規定）すべきである。

追完権は、追完の内容を債務者が主導的に決定する機能を有するものと考えられるため、追完権を認めるのであれば、追完方法の選択権も債務者に認められるものと思われる。また、契約各則において、債権者に自由な選択を認めるなどの規定を設けることも考えられる。したがって、これらの検討状況を踏まえなければ、追完方法が複数ある場合の選択権の所在に関する規定の要否を検討することは困難である。

ところで、追完に関する一連の規定については、債権者の視点から追完が不可能と考える場面でも債務者の視点から追完可能と考える場面や、逆に債務者の視点から追完の不可能と考える場面でも債権者の視点から追完可能と考える場面を想定することも考えられるが、債権者視点と債務者視点というズレを前提とした規定は実務的に混乱を招くおそれがあるため、債権者視点と債務者視点とがズレないように規定にすべきである。（大阪弁）
- 追完請求権、追完権を具体的に定めるのであれば、選択権の所在に関する規

定を設けることには反対はしない。

ただし、債権者の権利行使を不当に妨げる結果にならないよう、規定の内容については慎重に検討されるべきである。

追完請求権、追完権を具体的に定めるのであれば、当然問題となるため必要な規定である。

もともと、損害賠償請求権や解除権行使の要件にもよるが、追完請求権を行使しなければ損害賠償請求権や解除権行使ができない形にすると債権者に過度の負担をかけることになり妥当ではない。(仙台弁)

- 追完方法に係る選択権の所在に関する規定を設ける場合には、当該規定が任意規定であることを明らかにすべきである。(長島・大野・常松有志)
- 債権者が考える追完方法と債務者が行った追完方法が異なり、それが訴訟で争われる場合には、最終的には債務者が行った追完方法が契約の趣旨目的や社会通念に照らし債務の本旨の履行として妥当なものといえるかを判断すれば足りるのであって、追完方法の選択権を観念する必要はないのではないかとの意見や、追完方法の選択権を規定する場合には、追完権との関係、他の救済手段(損害賠償、解除)との関係が複雑化するとの意見があった。(最高裁)
- 慎重に検討すべきである。規定が不明確であった場合等、国民の間に混乱が生じる危険がある。(東弁)
- 慎重な検討が必要である。

契約当事者間において追完方法(修補か代物給付か)の選択についての争いが発生することも考えられるが、要件・効果(どのような事実があればどの追完請求権が発生するのか。)の整理は容易でない。さらに、追完請求権は、もっぱら「与える債務」(主として工業製品の売買における引渡債務)を念頭において論議がなされている可能性もあるが、与える債務には様々な目的物があるうえに、物の給付を目的としない行為債務も多様に存在するのであるから、そのような広がり視野に入れて追完請求権の要件・効果を検討することが必要であるところ、弊害が生じないように合理的に整理することが困難であることを踏まえ、慎重な検討が必要である。(兵庫県弁)

- 追完請求権の選択権に関する規定を設けることに反対する。追完請求権の内容は様々であり、条文で債権者に追完方法の選択権を認めることになれば、実務上混乱を生じることになる。(愛知県弁)
- 追完方法が複数ある場合の選択権に関する規定を設けることにつき、反対する。追完方法には契約類型に応じた多様なものがあり、選択権に関する規定を設けることによって、これまで確保されていた柔軟かつ妥当な解決が阻害されるおそれがあると思料する。(札幌弁)

- 追完方法が複数ある場合、選択権の行使を債権者又は債務者のいずれの当事者が行うかについて明文の規定は不要である。

修補の方法は、目的物の種類、瑕疵の程度、修補の方法についての慣習等の個別的・具体的事実関係によって決まるのであり、債権者又は債務者のいずれが選択権を有するかについて、明文化することになじまない。(福岡弁)

- 仮に追完請求権を確認する一般的・総則的規定を設ける場合であっても、追完方法の選択権の所在に関する規定を設けることについては反対意見が強い。

追完方法は契約類型や当事者の関係で千差万別であるところ、一律に選択権の所在に関する規定が設けられれば、事案に即した適切・妥当な解決が阻害されるおそれがあるなどとして、反対する意見が強かった。(日弁連)

- 細かすぎるので不要。第406条から第411条の準用はどうか。(弁護士)
- 現行法には追完方法が複数ある場合における追完方法の選択権の所在に関する規定が存在しないところ、この点に関する明文規定は不要と考える。(弁護士)
- 一般規定を設けることができるかどうか疑問。各則の検討状況による。(大学教授)
- 当事者の主張が異なる場合には、契約等にさかのぼって判断すべきであり、改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

(3) 追完請求権の限界事由

追完請求権の限界事由としては、例えば、瑕疵修補請求権について修補に過分の費用を要することを限界事由として規定する場合などがあるところ、この点については、追完方法の多様性や損害賠償請求に先立って追完請求をしなければならないとするものの債権者への負担等の事情を考慮して検討すべきであるという意見があった。そこで、追完請求権に特有の限界事由を定めるべきであるという考え方の採否については、以上の意見を踏まえて、追完権に関する検討状況(後記第8, 1等)及び不完全履行の際に債権者に認められる権利を個別的・具体的に定める契約各則の規定の検討状況(後記第39, 1(5)等)との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第1, 4(関連論点)3 [14頁]】

【意見】

- 限界事由の設定は必須であり、なおかつ瑕疵担保責任に関する規律との整合性を図る必要がある。(情サ産協)

- 追完請求権を立法化するとの立場を採るかぎり、その限界事由を明確化することは必要なことである。(兵庫県弁)
- 追完方法が債務者にとって不合理に過大な負担となる場合、追完請求権に特有の限界事由に該当するとして追完請求権が制約される旨の規定も合わせて設けていただきたいと考える。(電情産協)
- 追完請求権に特有の限界事由として、瑕疵が軽微であるにもかかわらず、修補に過分の費用を要する場合とする明文の規定を設けるべきである。
 例えば、AがBから建物の建築を請け負った場合で考えると、資材が高騰し請負代金では到底経費を賄いきれない場合であっても、Aの家屋を建築するという債務が履行不能となることはまずないであろう。しかし、Aが建物を建築してBに引き渡したが、当該建物の瑕疵がある場合の瑕疵修補の限界については、Aがすでに債務を履行していることを考えると、別途考慮すべきである。この場合の考慮要素としては、瑕疵が軽微か否か(通常の使用に耐えうるか)、費用が過分か否かであろう。(福岡弁)
- 賛成である。(日大民研・商研)
- 履行請求権の限界事由を追完請求権にそのまま適用する考え方を採用する方が分かりやすく妥当である。
 なお、追完請求権の限界事由についても、履行請求権と同様、仮に「契約の趣旨」との基準を採用した場合、「契約の趣旨」の判断要素として、いかなる事情を含めるかにつき、慎重に検討すべきである。
 追完請求権は不完全履行の場面における履行請求権の具体化であり、両者は本質的に同一であると考えれば、履行請求権の限界事由を追完請求権にそのまま適用する方が分かりやすく妥当であり、追完請求権に特有の限界事由を定めるべきであるという考え方の着目する追完請求権の多様性については、具体的事案における限界事由の解釈、または、典型契約に規定された個別の請求権の特質に応じて、個別に規定することにより、対応可能であると思料する。(大阪弁)
- (債権者の選択する方法による) 追完請求権の限界は、相互に矛盾重複した態様の請求ができないことと信義則による制約があることにとどめるべきである。
 多様な態様の不完全履行に多様な追完方法がありえるところ、追完方法相互の優先順位などを個別に規定すると煩雑になることが避けられないし、柔軟性(個別的妥当性)に欠けたものとなりかねないから、最低限の歯止めだけ明記し、あとは解釈(最終的には裁判所の判断)に委ねるべきである。(堂島有志)
- 項目文中に「損害賠償請求に先立って追完請求をしなければならないとすること…」という表現がある。追完請求権に関する規定をおくことには賛成であ

るが、追完請求権を行使した後でなければ損害賠償請求ができないという制度設計には反対。(オリックス)

- 追完請求権の限界事由について明文化することに反対はしない。多様な追完請求権を行使することによる不都合を回避する規定を設ける必要性はある。但し、具体的に限界事由を明文化すること難しいと思われ、信義則等の一般規定による解決も検討すべきである。(愛知県弁)

- 慎重に検討すべきである。規定が複雑である場合等、国民の間に混乱が生じる危険がある。(東弁)

- 追完請求権に関する一般的・総則的な規定を置くにあたっては、多様な追完方法が存在することを念頭に置いた上で、具体的な規定案を挙げるなどしてわかりやすい形で広く国民に賛否を問うべきである。

債務が完全に履行されないときに、債権者が追完請求できることについてはおおむね争いがないところであるが、これを規定に落とし込む場合における最大の問題は、追完の方法が契約類型によって、あまりに多種多様であることである。

追完方法を漏れなく包含した一般的・総則的な規定を置くことは、決して容易ではない。債権者に追完請求権が認められる程度の抽象的規定にとどまるのであれば、契約各論に必要な具体的規定を整備した方が、紛争解決に資する面があるし、逆に、実効性のある一般的・総則的規定を設けようとするれば、条文が複雑精緻になりすぎ、取引実務において大きな混乱を招く危険性もある。具体的な規定案を挙げるなどして、わかりやすい形で広く国民に賛否を問うなどすることを検討すべきである。(日司連)

- 仮に追完請求権を確認する一般的・総則的規定を設ける場合であっても、追完請求権に特有の限界事由を定めることについては反対意見が強い。

追完請求権が履行請求権の一態様であると解すれば特有の限界事由を規定する理論的根拠が乏しいこと、契約類型により利益状況が大きく異なるため限界事由を一律に規定することは困難であることなどから、反対する意見が強かった。

(日弁連)

- 慎重に検討すべきである。

追完請求権の限界事由は、一般の履行請求権の限界とは異なる配慮が求められるものの、そのために特別の規定が必要か否かは、一般の履行請求権の限界の規定の仕方、また、各則での対応の可否なども考慮して、検討されるべきである。

なお、検討にあたっては、損害賠償請求に先立って追完請求をしなければならないとする考え方の採用を既定の事項とすべきではない。(横浜弁)

- 信義則の適用又は契約各則の個別規定で対応すべきとの意見があった。(最高裁)

- 瑕疵担保責任の規定には除斥期間の定めがあるため、期限内においては瑕疵修補請求権の行使のための瑕疵の特定及び修補内容の確定が十分にできないケースがあり得る。この場合、判例上、請求内容をある程度合理的に記述して請求することによって瑕疵修補請求権の保存が可能とする規定を検討して頂きたい。(不動協)
- 履行請求権の限界事由と追完請求権の限界事由については、考慮すべき事情が異なりうることから、追完請求権について一定の限界があることを総論的に示した上で、個別の契約類型において、必要に応じて具体化することが適切である。(大学教員)
- 追完請求権は履行請求権の一態様であるから、独自の規定を設ける必要はない。(親和会)
- 追完請求権に特有の限界事由を定めることについては必要がない。
「履行請求権の限界」について明文化の必要はないが、「履行請求権の限界」は、債権者が履行を請求しえない場合(限界)があるとの観点から議論されており、履行請求権の限界は社会通念を基準とすべきである。
追完請求権について特有の問題があるとは思えない。修補に過大な費用を要するといった事情は、追完請求権の場合には生じるが、履行請求権には発生しない事情であるものの、履行請求権の場合でも、何らかの事情で履行には過大な費用を要することとなった場合に、どうするかという類似の問題であり、特に追完請求権の限界に特有の問題ではない。
債権者が損害賠償請求に先立ってまず追完請求しなければならないことによる債権者の負担を軽減する観点からの検討は、債権者の選択件の問題の一つとしてとらえるべきもので、特有の限界事由として検討するべきものではない。(広島弁)
- 追完請求権一般に独自の限界事由を定めることには反対する
追完請求権は履行請求権の一態様であり、独自の規定を設ける必要性が乏しい。
履行請求権の行使の限界についてどのような見解を採るとしても、追完請求権の限界を包摂することは可能である。
また、そもそも追完請求権は契約内容によって様々な請求が想定されるから、その限界は契約各論においてそれぞれ規定されるべきである。(仙台弁)
- 追完請求権に特有の限界事由を定めるべきであるという考え方の採否につき、反対する。追完方法には契約類型に応じた多様なものがあり、限界事由に関する規定を設けることによって、これまで確保されていた柔軟かつ妥当な解決が阻害されるおそれがあると思料する。(札幌弁)
- 債務者が負う追完義務の内容が多様であることから、履行請求権の限界事由

とは異なる追完請求権に特有の限界事由が生じる余地はあるが、明文化の必要性について疑問がある。(弁護士)

- 方法や内容に疑義のありうる場合に備えて各契約類型で定めを置くことはいとしても、債権総論の問題としては、これは履行請求権の限界そのものではないか？(大学教員)
- 細かすぎるので不要。(弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

第3 債務不履行による損害賠償

【意見】

- 基本的な考え方として、「過失責任主義」(損害賠償請求権の発生要件)と「相当因果関係説」(損害賠償請求権の効果)は、伝統に裏付けられた原理原則であり、これらの変更については慎重な態度を取るべきである。これらの変更をすれば、不法行為法との連続性が失われるため、不法行為法についても見直しを図るべきであるが、これは議論の時間が限られている中では現実的な選択とは考えがたい。(親和会)
- 検討委員会や民法(債権関係)部会で議論されている改正提案の方向性を見ると、現行法の簡潔な規定に対して、複雑で専門家にとってすら分かりにくい規定になるものであって、「国民に分かりやすく、使いやすい」ものとする趣旨にそぐわない。こうした改正全体について反対する。
そもそも国民生活の基本法である民法を「国際的潮流」にあわせる必要はない。国際的潮流にあわせることは、国際取引における企業法務には正当化の根拠となりうるが、一般法そして国内法である民法の改正根拠とすべきではない(国際的潮流とか比較法とかに迎合的な学者の意見は根本的な発想・思想が誤っている場合が少なくないので、慎重に取り扱うべきであって、そうした者たちによって提案・唱導された改正提案をたたき台としても元にした検討をすべきではない—たたき台とした時点で特に反対意見がなければ通ってしまう危険をはらむことになる)。(大学教員)

1 「債務の本旨に従った履行をしないとき」の具体化・明確化（民法第415条）

(1) 履行不能による填補賠償における不履行態様の要件（民法第415条後段）

履行請求権の限界事由（前記第2，3）との関連性に留意しつつ、「履行をすることができなくなったとき」という要件（民法第415条後段）の具体的内容として、物理的に履行が不能な場合のほか、履行が不能であると法的に評価される場合も含まれるとする判例法理を明文化する方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第2，2(1) [21頁]】

【意見】

- 物理的のみならず法的な履行不能についても明文化することには賛成する。但し、「法的な履行不能」の表現については慎重に検討すべきである。判例法理を明文化することは賛成であるが、履行が不能であると法的に評価される場合というのは、結論であって判断基準ではないことから、判断基準を分かりやすく規定すべきである。（東弁）
- 判例法理の明文化の方向には賛成する。履行不能による填補賠償と履行請求権の関係、履行請求権の限界については、議論のあるところであり、慎重に検討すべきであるが、本件判例法理については、明確化することが妥当と考える。（愛知県弁）
- 「履行をすることができなくなったとき」という要件（民法第415条後段）の具体的内容として、物理的に履行が不能な場合のほか、履行が不能であると法的に評価される場合も含まれるとする判例法理を明文化すべきである。
当事者の合理的意思からすれば、例えば、目的物が滅失してしまった場合と、二重譲渡によって結果的に履行を受けることができなくなった場合のいずれにおいても、契約に基づいた履行を受けることができなくなったという点について差異はなく、履行が不能であると法的に評価される場合も含めるべきである。（日司連）
- 賛成する。判例法理であり、分かりやすい民法の実現に資するものである。（札幌弁）
- 要件を整理すること自体は必要なことであり、賛成である。（兵庫県弁）
- 履行不能の具体的内容として、物理的な履行不能に限らず法的に不能と評価される場合を含むという判例法理を明文化することに賛成である。
法的評価による履行不能を填補賠償の対象に含めることについて特段の不都合はない。（法友会）

- 履行が物理的に不能な場合のほか、物理的には可能でも履行が法的に不可能になったと評価できる場合にも、填補賠償の請求をすることができることを明記した方がよい。

確定した判例法理であり、明文化した方が分かりやすい。（堂島有志）

- 判例上の不能概念を明確にすることは分かりやすい民法の理念に適うものであり、賛成である。（大阪弁）

- 履行不能の内容につき明確化することにつき賛成である。

現行法下における判例法理及び伝統的な理解に基づくものであり、特に異論はない。（横浜弁）

- この点につき、特段の異論はない。（日大民研・商研）

- 民法を分かりやすくするという観点から、物理的に不能な場合のほか、履行が不能であると法的に評価される場合も含まれるとする判例法理を明文化することに賛成する。

確立した解釈論、判例法理であるかの吟味が必要である。分かりやすく規定を心掛けるべきである。分かりやすい民法の理念に沿うことから、判例上の不能概念を明確化することは賛成である。（日弁連消費者委有志）

- 中間的な論点整理の方向に賛成。（大学教員）

- 基本的には賛成する。その場合、規定の表現については慎重に検討すべきである。

ただし、条文化に馴染まない、あるいはその必要性がない旨の反対意見がある。

判例法理を明文化することは賛成であるが、履行が不能であると法的に評価される場合を分かりやすく規定することが重要である。（日弁連）

- 債務不履行による損害賠償の要件を具体化・明確化すること自体に異論はないが、債権者の損害賠償請求権を現状以上に制限することにならないよう配慮すべきであるという指摘がある。（全銀協）

- 検討することに異論はなかった。（最高裁）

- 物理的に履行が不能の場合のほか、履行が不能であると法的に評価される場合も含まれるとする判例法理を明文化する方向で検討することに反対しない。現行法文のままでも、履行が不能であると法的に評価される場合も含むと解釈でき、特に不都合はないが、明文化することで疑義がなくなるなら、反対はしない。（広島弁）

- 明文化することに反対はしない。ただし、内容については慎重に検討されるべきである。

わかりやすい民法という観点からは明文化が望ましいが、判例法理の明文化が可能かどうかという点については、疑問が残る。また、現在の判例法理が変更さ

れたかのように誤解されるような条文になってはならない。(仙台弁)

- 履行不能の具体的内容は条文化に馴染まない事項と考えられるため、具体的規定は設けず、事例ごとに判断すべきである。(親和会)
- 履行が法的に不能となった場合も履行不能に該当することに異論はないが、その旨の明文化は不要である。

法律的事由による履行障害も履行不能と考えられていることは事実である。

ここでの問題は、例えば、債務者による債務の履行に関して物理的又は法律上障害がある場合には、債権者は債務者に対して、債務の履行を求めることができない、といった明文を設けるか否かである。履行不能の事由としては、物理的なもの、法律的なもの以外にも、経済的なもの、主観的なものが考えられる。このようななかで、法律的事由のみをことさら明文化する必要があるとは認め難い。(福岡弁)

- 当然のことであり、争いもなく、規定を設ける必要はない。(北海学園大民研)
- 裁判所が行うのは全て法的評価であり、「履行が不能である」と「履行が不能であると法的に評価される」とは裁判所にとっては全く等価である。このため、改めて不能の理由を拡張するような規定は追加すべきではない。(会社員)
- 「履行をすることができなくなったとき」という要件の解釈として扱えば足りる。要件の解釈が法的評価の問題であることは当然である。(弁護士)
- 不同意。明確化を志向して具体的な記述を導入することにより、その文言自体の解釈が分かれたり、名分の要件に該当しない場合の処理についてなお不確実性が残る。現行の文言による解釈が確立していると認識しているのであれば、ことさらに改変する意義を認めない。(会社員)
- 「履行をすることができなくなったとき」(民法第415条後段)の体的内容に関する判例法理を明文化する方向で検討することについては、慎重に検討すべきである。現行規定について不都合は感じない。(弁護士)
- 「履行が不能と法的に評価される」という意味が不明であり、抽象的で基準として意味がないので、このような基準を入れるのは改悪と考える。本当に履行不能に物理的不能以外が含まれるのかどうかをまずは考えるべきである。そして、物理的不能以外は、履行不能に含まれないという結論が正しいと考える。改定は、改悪であるばかりでなく、誤った認識によるものである。(個人)

(2) 履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の手続的要件

履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の要件として解除が必要か否かは、

現行法上不明確であるが、この点に関しては、解除することなく履行請求権と填補賠償請求権を選択的に行使できるようにすることが望ましいという考え方がある。このような考え方にに基づき、履行遅滞に陥った債務者に対して、相当期間を定めて催告をしても履行がない場合（民法第541条参照）等には、債権者は、契約の解除をしなくても、填補賠償の請求をすることができるものとしてはどうか。

【部会資料5-2第2, 2(2) [22頁]】

【意見】

- 中間的な論点整理の方向に賛成する。判例法理の明文化であり、「分かりやすい民法」の実現に資する。ただし、消費者契約法9条の規定が適用されなくなることはないよう、手当をすべきである。（東弁）
- 契約の解除不要説に賛成する。
債権者にメリットがある一方、債務者に不当なデメリットはない（すでに履行遅滞であるため）。現在の判例法理であり、明文化をすることに不都合はない。
ただし、追完請求権について具体的に条文化する場合には、填補賠償とどのような関係に立つのか明らかにする必要がある。（仙台弁）
- 賛成する。異論ないわけではないが、判例・通説の認めているところであり賛成する。（愛知県弁）
- 履行遅滞に陥った債務者に対して、相当期間を定めて催告をしても履行がない場合（民法第541条）等には、債権者は、契約の解除をしなくても、填補賠償の請求をすることができるものとするべきである。
継続的売買契約において、契約関係を維持したまま填補賠償を求める必要性があり、解除しなければ填補賠償請求ができないというのでは妥当ではない。このような取引の実態からみても、意見のとおりとすべきである。（日司連）
- 相当期間を定めて催告をしても履行がない場合等には、債権者は解除をしなくても、填補賠償の請求をすることができるものとすることに賛成する。
継続的契約関係における債権者の選択の便宜があり、債務者にとっても特段不都合はない。（広島弁）
- 契約の解除は不要とすべきである。
契約解除を要求するのは相当でない。契約解除による対応が観念できない事例（たとえば、賃貸借契約が終了した際、賃借人が原状回復義務を履行しないで退去した場合における填補賠償の問題）もある。（兵庫県弁）
- 賛成する。判例法理であり、分かりやすい民法の実現に資するものである。（札幌弁）

- 履行遅滞に陥った債務者に対して、契約解除することなく填補賠償請求をすることができる旨の明文の規定を設けるべきである。

当事者として、契約の履行を求めるか、契約を解除しててん補賠償を請求するかのおいずれか一方の選択肢しか付与されないと考える必要はないであろう。第一次的には履行を求めつつ、第二次的には填補賠償を求めるという二つの選択肢を付与してもよいと思われる。（福岡弁）

- 債権者は、契約の解除をしなくても、填補賠償の請求をすることができるものとするに賛成である。

履行遅滞には陥っているが、債務者に対して最終的に債務を履行させる必要がある場合もあり、その場合には履行遅滞による損害の賠償を請求しつつ、契約を維持する必要がある（実務上は、対価の支払いを減額させることで対応することが多い）。また、企業間取引において多用される継続的な取引（基本契約に基づく複数の個別契約を行う場合）や、長期売買契約（履行期が複数ある単一の契約）においては、個別の取引や1回の取引が遅滞に陥った場合であっても、契約を維持するメリットはあるため、解除せず、損害賠償により解決することが一般的である。（法友会）

- 解除までは不要で、相当期間を定めて催告し、その期間が経過すれば、填補賠償の請求ができることにすべきである（履行請求権と填補賠償請求権が併存してよい）。

継続的契約の場合、交換の場合等債権者に解除しない選択を認める必要がある。（堂島有志）

- 履行請求権と填補賠償請求権の併存を認めることに賛成である。

なお、履行請求権と填補賠償請求権の併存を認める場合には、①履行請求権と填補賠償請求権の併存を認める場合は別個の訴訟物になるがその請求相互の関係はどうなるか、②訴訟において、両請求権を請求する場合請求の趣旨、請求認容の場合の主文、その後の執行手続はどのようになるのか、③物の引渡請求を執行し権利を実現した後、金銭賠償を執行した場合の対応方法はどうするのか（請求異議で争うのか）などについて、留意してさらなる検討をすべできある。

併存を認めることは、実務を変更するものであるが、債務転形論は、もっぱら学理的対立の問題であると認識しており、実務としては、両方言えたほうがむしろ便利であるから、履行請求権と填補賠償請求権が併存するほうがよいと考える。

なお、履行請求権と填補賠償請求権の併存を認める場合には、次のような問題点についての議論と検討が必要になるので、その点、留意すべきである。すなわち、①履行請求権と填補賠償請求権の併存を認める場合は別個の訴訟物になるがその請求相互の関係はどうなるか、②訴訟において、両請求権を請求する場合請

求の趣旨，請求認容の場合の主文，その後の執行手続はどのようになるのか，③物の引渡請求を執行し権利を実現した後，金銭賠償を執行した場合の対応方法はどうか（請求異議で争うのか）などについての議論が必要であろう。（大阪弁）

- 債権者は，契約の解除をしなくても，填補賠償を請求することができることに賛成する。

債務者の債務不履行という事実が明らかであるならば，填補賠償の手続的要件として「契約の解除」を求めることは被害者ともいえる債権者に過度の負担を強いることにならないか懸念する指摘がある。（全銀協）

- 履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の要件として解除を要しないとすることにつき，賛成である。

基本契約に基づく一連の個別取引に関する履行遅滞の場合など，契約の解除まではせずに填補賠償を請求する必要がある場合もある。

債権者としては，履行請求権と損害賠償請求権とが並存して選択的に行使できる方が，遅滞に陥った契約関係の処理を機動的にでき有利である。債務者としては，一旦，履行遅滞に陥ったとしても催告後相当期間が経過するまでに履行すれば並存を免れることができるのであるから，そうしなかった以上，そのような不利益を課されたとしてもやむをえないというべきである。（横浜弁）

- 現行法制の問題点として，填補賠償の要件として解除が必要か否か不明確な法制の下では，債務の履行遅滞があった場合で，一部解除が可能かどうか不明確な場合には，契約の全部解除をしないと填補賠償を請求できないということになりかねず，長期的継続的關係を重視する取引の実態とあわない。

履行遅滞があった場合に，解除することなく，催告により填補賠償を請求することができることに賛成である。

今後の検討課題として，催告の趣旨が，全部解除か，一部解除か，あるいは填補賠償を求めるものか不明確だと，催告の趣旨をめぐる紛争となり，双方に予期しない不利益を招くので，催告の内容を明確化させる規定振りを検討すべきである。（産業組織課）

- この点につき，特段の異論はない。（日大民研・商研）
- 近時の契約実務においては，債務不履行に基づく損害賠償と解除を別個のものとして規定し，契約を解除することなく填補賠償請求をすることを認めるのが通常である。これは，近時の契約においては多数の権利義務が規定されることが多く，他方で，契約の解除については契約全体の解除を問題とするのが通常であることから，契約を解除するまでには至らないものの，義務違反による填補賠償については請求するという場面がしばしば発生することによる。かかる実務を踏ま

え、契約を解除することなく填補賠償請求をすることができることを明確化すべきである。（長島・大野・常松有志）

- 判例法理の明文化であり、「分かりやすい民法」の実現に資することから、賛成する。ただし、履行遅滞にとどまる場合には履行請求権が存続し、填補賠償請求権は発生しないこととすべきである旨の反対意見がある。（日弁連）
- 債務者の履行拒絶意思を明確にする観点、及び、継続的契約関係にある債権者の便宜のため、相当期間を定めた催告をしても債務者が履行しない場合に填補賠償請求を債権者に認めることに賛成する。

履行請求と填補賠償請求の併存を認めることに賛成であり、契約の解除は必要ないと考える。（日弁連消費者委有志）

- 履行遅滞に陥った債務者に対して、相当期間を定めて催告しても履行がない場合等には、債権者は契約を解除しなくても填補賠償を得ることができるように明文化すべきである。（大学教員）
- 中間論点整理の方向に賛成。（大学教員）
- 履行遅滞に陥った債務者に対して、相当期間を定めて催告をしても履行がない場合等には、債権者は契約の解除をしなくても、填補賠償の請求をすることができる方向で検討すべきである。（会社員）
- 填補賠償の要件を明確化することに賛成である。履行遅滞に陥った債務者に対して、相当期間を定めて催告をしても履行がない場合（民法第541条参照）等には、債権者は、契約の解除をしなくても、填補賠償の請求をすることができることを明文化することに賛成である。

填補賠償については学理的に難解な論争もあり、実務に明確な指針を示すため、要件の明確化が求められる。債権者と債務者との利益を衡量し、原則として催告を要求するとともに、催告に応じなければ解除手続を踏むことなく填補賠償を認めるのが相当である。（弁護士）

- 履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の要件として契約の解除を不要とする考え方に賛成する。

継続的契約関係においては、契約関係を維持しつつ、履行遅滞に陥った履行期限到来分について填補賠償を請求したい場面があることや、履行請求権と填補賠償請求権の併存を認めることは債権者にとって選択の便宜があるし、債務者にとっても特段の不都合はないことなどが理由である。（弁護士）

- 片務的な債務の不履行（たとえば、贈与者の債務不履行）については、受贈者は自ら免れるべき義務がなく、契約を解除せずに填補賠償を請求することに意味があるのではないか。

また、実際の例としてはあまり生じないが、交換契約において、契約を維持し

つつ（したがって、自己の所有物を相手方に移転する義務を履行しつつ）、相手方の債務については履行に代わる金銭賠償を求めるという救済手段を認めてもいいのではないか。（大学教員）

- 解除不要説が通説であり、実務上当然のことであるから、特に規定を設ける必要はない。（北海学園大民研）
- 検討することに異論はなかったが、填補賠償と履行請求の関係（併存の有無や選択の時期、解除との関係、訴訟物の捉え方など）を整理する必要があるとの意見があった。（最高裁）
- 填補賠償請求権は履行不能により履行請求権が消滅することで発生する（債務転形論）という考え方が一連の最高裁判例等の前提と考えられ、また民法の理解としてもわかりやすいため、裏返しとして履行遅滞に留まる場合には履行請求権が存続し、填補賠償請求権は発生しないこととすべきである。「契約解除により填補賠償請求権が発生する」という考え方は契約解除の効果として発生する原状回復請求権と填補賠償請求権を混同するものであり、また「契約解除をしなくても填補賠償請求権が発生する」という考え方は履行請求権と填補賠償請求権が並立する点で債務転形論と相容れず、いずれも相当でない。なお、前に述べた判例等で認められている「執行不能の場合に備えた填補賠償請求」については、別途民事訴訟法の改正によって解決すべきものと思料する。（親和会）
- 第412条の変更は不要。（弁護士）
- 改定すべき理由があるとは思えない。（個人）

(3) 不確定期限付債務における履行遅滞の要件（民法第412条）

学説上確立した法理を明文化する観点から、不確定期限付債務における履行遅滞の要件としては、債務者が期限の到来を知ったこと（民法第412条第2項）のほか、債権者が期限到来の事実を通知し、これが債務者に到達することをもって足りるものとしてはどうか。

また、不法行為による損害賠償債務は、損害の発生と同時に遅滞に陥るとする判例法理の当否やその明文化の要否等について、検討してはどうか。

【部会資料5-2第2, 2(3) [24頁]】

【意見】

- いずれも明文化に賛成する。
確立した判例法理・学説の明文化は、わかりやすい民法に資する。（仙台弁）
- 基本的に賛成する。いずれも、確定した解釈や判例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。（東弁）

- 不確定期限付債務における履行遅滞の要件につき、賛成する。学説上確立した法理であり、分かりやすい民法の実現に資するものである。

不法行為による損害賠償債務につき、判例法理を明文化することに賛成する。判例法理であり、分かりやすい民法の実現に資するものである。(札幌弁)

- 不確定期限付債務の履行遅滞について、債務者が期限到来を知らなくても、債権者が期限到来の事実を通知し、それが債務者に到達すれば遅滞の責任を負うものとするべき点に賛成である。学説上確立した法理であるうえ、その内容も合理的であり、実務の混乱もないと予想されるため、債務者が期限到来を知らなくても、債権者が期限到来の事実を通知し、それが債務者に到達すれば遅滞の責任を負うものとするべき点に異議はない。

不法行為については期限の定めのない債務であるところ、損害の発生と同時に遅滞に陥るといのが明らかに確立した判例実務であるが、確立している判例上のルールを明確にすべきという観点から、これを明文化すべきである。

不法行為による損害賠償債務の遅滞時期は、損害の発生と同時に遅滞に陥るといのが明らかに確立した判例実務であり、これを変更すべき要請は実務上皆無である。判例法理の明確化という観点からすると、これを明文化するのが筋である。(大阪弁)

- この点につき、特段の異論はない。(日大民研・商研)

- 債務者が期限の到来を知った時(民法第412条第2項)または、債権者が期限到来の事実を通知し、これが債務者に到達した時と明記すべきである。

不法行為による損害賠償債務は、損害発生と同時に遅滞に陥ることも明記すべきである。

確定した判例と通説を明記することに賛成する。(堂島有志)

- 不確定期限付債務における履行遅滞の要件としては、債務者が期限の到来を知ったこと(民法第412条第2項)のほか、債権者が期限到来の事実を通知し、これが債務者に到達することをもって足りるものとするべきである。後段については、特に意見なし。

期限を定めない債務の履行遅滞の要件については、債務者の主観を問わず「履行の請求を受けた時」からとされていることとの対比からすれば、不確定期限付債務についても意見のとおりとするべきである。(日司連)

- 不確定期限付債務に関して、債権者が債務者に期限到来の事実を通知することによって、債務者が遅滞に陥る旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)

- 不確定期限付債務における履行遅滞の要件として、債権者が期限到来の事実を通知し、これが債務者に到達することをもって足りることに賛成する。

債権者による通知と債務者への到達により履行遅滞となるという考え方は、債

務者に対して一方的に不利益を被らせるものではなく、契約行為が円滑に行われることにも繋がり、ひいては債権者・債務者間の適切な契約の履行を可能とするという指摘がある。（全銀協）

○ いずれも確定した解釈や判例を明文化することにより、「分かりやすい民法」の実現に資することから、賛成する。ただし、債権者が期限の到来を通知し、それが債務者に到達したときは、「債務者が履行期の到来を知ったとき」と同視すれば足りるとして反対する意見もある。（日弁連）

○ 提案の前段は賛成する。債権者が期限の到来の事実を通知し、これが債務者に到達することをもって足りるものとするので、学説上異論のないところである。

不法行為については、慎重に検討すべきである。不法行為による損害賠償については、不法行為法理全体のなかで十分検討されるべきものとする。（愛知県弁）

○ 期限到来の事実を通知し、これが債務者に到達することをもって足りるものとすることに賛成する。債務者に到達しているにも係わらず「知らない」という場合、遅滞に陥るとしてよい。

不法行為による損害賠償債務は、損害の発生と同時に遅滞に陥るとする判例法理の当否と明文化の要否について検討することに賛成する。判例法理では、不法行為による損害賠償債務は催告を待たずに損害発生と同時に遅滞に陥るとされている。不法行為時から治療費や弁護士費用等の損害が発生することはわかっており、支払時期が不法行為時でないものについては中間利息控除による調整がはかられるとしても、明らかに不法行為時より後に支払をすることになる費用についてまで、不法行為時から遅滞に陥る(仮に加害者が直接に治療費を病院に支払っても、不法行為時から支払までの間の遅延損害金も支払わなければならないことになるか、中間利息控除すれば結局遅延損害金の発生始期は支払期からとなる)とすることには疑問もあり、検討すべきである。（広島弁）

○ 不確定期限付債務における履行遅滞の要件について、債権者が期限到来の事実を通知し、これが債務者に到達することをもって足りるものとすることに賛成である。

不法行為による損害賠償債務は損害の発生と同時に遅滞に陥るとする判例法理を明文化することについては、慎重に検討すべきである。

期限を定めない債務について債権者が期限到来の事実を債務者に通知する場合（民法第412条第3項）と実質的に効果は同じであり、また、債権者から通知を受けることにより期限の到来を知ることになるので、民法第412条第2項に本要件を追加することについて問題はないと考えられる。

一方、不法行為による損害賠償債務の遅滞については、慎重に検討されるべきと考える。不法行為成立の判断が困難な場合も多く、不法行為者が、不法行為時において当然に損害の発生、被害者の所在等を把握することができない場合も想定されることから、不法行為における一事例での判断を明文化することには反対である。(法友会)

- 中間論点整理の前段について相手方当事者に対して通知書を到達させても相手方がこれを了知しないことがあるというように、「通知」と「了知」がイコールでないことから発生する問題があるが、その点は、これ以外のいろいろな場面でも問題になりうることである。そこで、「通知による悪意の擬制の可否」というように問題を多少一般化して検討するのはどうだろうか。

中間論点整理の後段について不法行為による損害賠償制度の中で遅延損害金の問題のみを取り上げてここで中途半端に論ずべきではない。中間利息控除の問題などととも広く総合的に検討すべき問題である。(兵庫県弁)

- 不法行為による損害賠償債務が、損害の発生と同時に遅滞に陥る点については、加害者が知りえない状況等が考えられ、かかる判例法理では酷な場面も想定できるのではないかとの指摘があった。また、法定利率が年5分であり、実社会と比べて高すぎるという問題とも関係するのではないかとの指摘があった。そのため、検討が必要である。(パブコメWG)
- 債務者が期限の到来を知ったことのほかに、債権者が期限到来の事実を通知し、これが債務者に到達することをもって足りることを明文化してよいと考える。第412条第3項との均衡から明確にするためにその規定を設けるべきである。また、不法行為による損害賠償債務は損害の発生と同時に遅滞に陥ることを明文化すべきである。(大学教員)
- 不確定期限付債務における履行遅滞の要件として、債務者が期限の到来を知ったこと(民法第412条第2項)のほか、債権者が期限到来の事実を通知し、これが債務者に到達することをもって足りるとすることについて、学説上確立した法理を条文化することは理解できる。なお、不法行為による損害賠償債務の履行遅滞の要件に関し、判例が、損害の発生と同時に何らの催告を要することなく遅滞に陥るとしている点についても検討する必要がある。(弁護士)
- 債権者が期限の到来を債務者に通知し、債務者に到来したことをもって足りるとする規定については賛成。不法行為については、現在の判例法理に従った明文化に賛成。(大学教員)
- 不確定期限付債務及び不法行為による損害賠償債務のいずれについても、明文化に賛成である。履行遅滞の時期を明確化することは、分かり易さという点で望ましい。(弁護士)

- 判例を条文化することに賛成である。

債務者が期限到来を知らなくても、債権者が期限到来の事実を通知し、それが債務者に到達すれば遅滞の責任を負うものとする点に異議はない。不法行為の損害の発生と同時に遅滞に陥るとの判例法理を明文化すべきである。(日弁連消費者委有志)

- 債権者が期限の到来を通知し、債務者に到達したときは「債務者が履行期の到来を知ったとき」と同視すれば足り、わざわざ債権者が通知した場合を特則で定める必要性は認められない。(親和会)

- 不法行為による損害賠償債務が遅滞に陥る時点については、実務上確立していること、さらにこれを変更する現実的必要性に乏しいことから、変える必要はない。ただし、債権総則で現状から変更するならば、不法行為について明文化する意義はあるとの意見があった。(北海学園大民研)

- 不法行為に関わる損害賠償債務の遅滞時期は不法行為の固有の問題であり、不法行為に関わる全体論議の中で整理されるべきであり、今次の改正における明文化には反対する。仮に明文化される場合には、一律に損害発生時とするのではなく、損害賠償請求時とすべき場合もあわせて検討、規律されるべきである。

不法行為に関わる損害賠償においては、加害者が直ちに賠償しようとしても損害の有無が明確でない類型、損害額が不明である類型など、個別の類型によっては事故発生時から遅滞に陥るとすることが適当でないと考えられる類型もありうる。様々な類型がある中で、一律に判例法理のように規律することが妥当かは疑問があり、一義的には不法行為に関わる全体論議の中で整理されるべきである。仮に今次の検討で規律化を図るのであれば、一律に損害発生時とするのではなく、損害賠償請求時とすべき場合もあわせて検討、規律されるべきである。(損保協会)

- 検討することに異論はなかったが、不法行為による損害賠償債務の履行遅滞に関する判例法理を変更することについては、これまで運用されてきた実務に与える影響が大きいこと、損害賠償がやむを得ず遅れた場合に被害者に酷な結果になりうることなどから反対する意見、不法行為法の理論的な問題に関連する事項であり、慎重な検討が必要であるとする意見があった。(最高裁)

- 内容について反対するものではないが、条文化の必要があるか、条文化するとしても、必要な場合が網羅されているか慎重に検討すべきである。

「債権者が期限の到来を通知し、債務者に到達したとき」が、「債務者が履行期の到来を知ったとき」と同視されることに異論はない。

しかし、不確定期限には、「Aの死亡後1か年内に」などと、必ずしも「期限

の到来」の通知にはなじまないものもある。この場合、遅滞を生じるには、債務者がその終末の経過を知ることでも足り、債務者がAの死亡を知ってから1年後に期限が来るわけではない。債権者がAの死亡後1年の経過前に「Aが死亡したこと」を通知し、その通知が債務者に達すれば、Aの死亡後1年の経過をもって遅滞が生じると解されるところ、条文上、「期限の到来の通知」だけ明記されるなら、「期限の起点となる事実の通知」の場合がどのように扱われるのか、期限が到来した後に通知しなければならないのかなどと、かえって疑問や混乱を生じさせる。

国民に分かりやすい民法とはどのようなものかという総論的な問題と関係するところであるが、裁判上問題ともされていないように思える事項につき、条文化する必要があるかどうかについては、慎重な検討が必要である。（横浜弁）

- 「到達」に直すとすると、現在は到達の解釈が厄介だという問題があることに注意を要する。（翻訳・出版関係）
- 通知→到達・・・具体的であるが細かすぎるので不要。（弁護士）
- 改定すべき理由があるとは思えない。（個人）

(4) 履行期前の履行拒絶

債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶すること（履行期前の履行拒絶）を填補賠償請求権の発生原因の一つとすることに関しては、契約上の履行期に先立つ履行請求を認めることに類似し、債権者に契約上予定された以上の利益を与えることになるのではないかとの意見がある一方で、履行期前の履行不能による填補賠償請求が認められる以上、履行期前の履行拒絶による填補賠償請求も認めてよいなどという意見があった。また、効果として、反対債務の先履行義務の消滅を認めるべきであるという意見もあった。これらの意見を踏まえて、債権者に不当な利益を与えるおそれに留意しつつ、履行期前の履行拒絶により填補賠償が認められるための具体的な要件の在り方や、填補賠償及び後記の解除（後記第5，1(3)参照）以外の効果の在り方について、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第2，2(4) [25頁]】

【意見】

- 填補賠償の成立要件の一類型として、「履行拒絶」による填補賠償請求の発生を認めることは、債権者の利益（契約関係の早期確定、債権者の便宜等）に資するものであり、賛成である。（大阪弁）
- 履行期前の履行拒絶を填補賠償請求権の発生原因の一つとする案に賛成であ

る。(広大有志)

- 履行期前の履行拒絶を填補賠償請求権の発生原因の一つとすることに賛成である。(長島・大野・常松有志)
- 履行期前の填補賠償等の在り方等の慎重な議論の結果を踏まえ、明確化する方向に賛成する。一般に承認されている事項であり、明確化することが望ましいものとする。(愛知県弁)
- 履行期前の履行拒絶について、債権者に損害賠償請求権を認めることは検討に値する。

日本民法では、欧米の民事法制と異なり、債務者が履行期前に履行拒絶をした場合にそれ自体を契約違反として処理する制度がないが、履行期前の履行拒絶を受けた債権者に、先履行義務の拒絶、填補賠償請求権、契約解除権などの救済手段を認めるべきことは理解できる。なお、履行期前に発生する填補賠償請求権については、中間利息控除等の金額面の調整は必要なのであろう。(兵庫県弁)

- 履行期前の履行拒絶により填補賠償が認められるための具体的な要件のあり方や効果について検討することに賛成。債務者が履行拒絶し、任意に履行する可能性がない場合に、履行期までの間、債権者に填補賠償請求を待たせる必要はない。ただし、どのような場合が終局的・確定的な履行拒絶といえるのか、という判断基準も慎重に検討すべきである。(広島弁)
- 履行拒絶を填補賠償請求権の成立要件の一つとして規定することに異論はない。一方、「履行を終局的・確定的に拒絶」と認定する要件、履行請求権の是非、「終局的・確定的」と認定できない場合の効果など、さらなる検討が必要と考えられる。

双務契約において、後履行義務者が確定的に履行拒絶の意思表示をしたときに、後履行義務者の履行期を待たないと先履行義務者に損害賠償請求権が認められないのは先履行義務者にとっては不合理であり、「履行拒絶」に関わる填補賠償請求権の規定を置くことの方角性については異論ないと考えられるが、「終局的・確定的」とはいかなる場合を言うのか、履行請求権を認める場合と認めない場合の要件についてさらなる検討が必要と考えられる。(法友会)

- 履行期前に債務者が確定的に履行拒絶をした場合、債権者に填補賠償請求権を認めるべきである(履行請求権と併存)。ただし、効果において、中間利息の控除か、反対債務の期限の利益放棄を要する等の調整が必要である。

早期に取引関係を処理したいニーズにこたえる必要がある。ただし、弁済期の前倒しによって当初契約した以上の利益を与えることにならないよう、効果を調整する必要がある。(堂島有志)

- 現行法制の問題点として、履行期前の履行拒絶があった場合に解除及び填補賠償の請求ができないという現行法制は、履行期まで両当事者を契約に拘束させる不合理なものであり、経済社会情勢の変動に柔軟に対応して双方の損害を最小化しようとする取引の実態ともあわない。

履行期前に履行拒絶があった場合には、解除及び填補賠償を請求できるものとするに賛成である。履行の拒絶を受けた債権者は、すみやかに解除・填補賠償に移り、双方の損害を最小化すべきである。

今後の検討課題として、契約の条件の変更を求める旨の申し入れが、履行の確定的な拒絶と受け取られ、解除・填補賠償を請求されるのは、条件変更の交渉を困難にさせるおそれがあるため、確定的な拒絶意思を確認するための催告などの手続を検討すべきである。(産業組織課)

- 履行期前でも、履行拒否により損害が発生するのであるから、賠償請求は認められるべきである。(会社員)
- 確定的な履行拒絶については、履行期の前後いずれについても論点とすべきである。

確定的な履行拒絶を填補賠償請求権の発生原因とすることに賛成である。債務者が履行を確定的に拒絶した場合には、債務者の契約利益を考慮する必要はない。

確定的な履行拒絶については、履行期の前後を問わず、解除を経なくても填補賠償をなしうるものとするのが相当であるが、拒絶の終局性、明白性を要件とすべきである。債務者自身が確定的に履行拒絶をしているのであるから、履行を求めることは無意味であり、解除を求める実質的根拠もない。

履行期前については、履行期において履行されないことの確実性、明白性をさらに要件として付加すべきである。履行期前についても、債務者が確定的に履行拒絶をし、履行期において履行されないことが明らかである場合にまで、特定履行請求権に拘束されるとするのは相当でない。履行期前の履行不能との関係においても、履行期を待たずに填補賠償を認めてよい。(弁護士)

- 履行拒絶による填補賠償請求の発生を認めることは、債権者の(契約関係の早期確定等)利益に資するものであり賛成する。効果に関連して、履行期前に債務者が履行を拒絶したとしても、反対債務の履行を提供せずして責を免れるとするのは、弁済の提供(民法第492条)の効果との関係で問題があるのではないか。(日弁連消費者委有志)
- 履行期前の履行拒絶を填補賠償請求権の発生原因の一つとすることについて、履行不能に至らない履行拒絶の事案について履行請求権と填補賠償請求権の併存を認めることには意味があるからである。なお、弁済期の前倒しを認めることに類似し、債権者に契約上予定された利益以上の利益を与えることになり得

る点については、中間利息控除による方法や反対債務がある場合にはその期限の利益を放棄させる方法等により調整することが可能である。(弁護士)

- 履行期前の履行拒絶による填補賠償請求が認められることに反対はしない。ただし、要件(規定の内容)については、慎重に検討されるべき。

債権者にメリットがある一方、債務者に特段不利益はない。もっとも、履行期前の解除に比べて、解除者が不当な利益を受けることはあってはならない。また、「履行拒絶」があったとする手続(催告の要否)についても定める必要がある(事実認定・立証上の問題も生じうる。)(仙台弁)

- 填補賠償が認められる履行期前の履行拒絶の要件については、履行拒絶の認定が困難であることに留意して慎重に検討すべきである。終局的・確定的に履行拒絶したことの認定が難しく、規定することによる弊害が予想される。(東弁)

- 「履行期前の履行拒絶により填補賠償が認められるための具体的な要件の在り方や、填補賠償及び後記の解除(後記第5, 1(3)参照)以外の効果の在り方」の検討においては、情報や交渉力が劣位にある債務者である中小企業が「拒絶」したとして不利益をこうむることがないようにする観点を加える必要がある。

債務の履行を終局的・確定的に拒絶された場合には、相手方の履行を期待できないのであるから、履行期前であっても、損害賠償請求ができるというのは市民感覚に合致する。

また、拒絶があった場合に、事業・業務を継続するためには新たな取引先を探す必要があることから、履行期前であっても損害賠償請求を行い、新たな取引により事業・当該業務を継続することが、債権者である中小企業の取引の円滑化につながる。

しかし、債務者である中小企業が「拒絶」をしたとして不利益をこうむることがないようにする観点から要件を検討する必要がある。(都民銀行)

- 情報システムの開発委託契約等では、注文者側による業務要件の提示が不十分である場合など、注文者側の事情で履行を停止せざるを得ない場合があるが、この場合に履行拒絶と取扱われることは請負人の本意ではない場合がある。また、注文者側の業務要件が曖昧なまま契約が締結され、業務遂行過程で次第に業務要件が明らかになってみると、請負人からは、当初の契約内容に含まれる報酬及び期限での履行は不可能であることを注文主に告げざるを得ない場合も多い。このような事実を単に告げただけで、それをもって終局的かつ確定的な履行拒絶と受け止められ、注文者からの損害賠償の請求が行われると、請負人にとっては不当に不利益を被ることが懸念される。(情サ産協)

- 中小企業が契約条件の変更交渉等新たな負担を負うことのないよう、契約関係から離脱・清算ができることを明確にするための解除手続きについて明記し

て頂きたい。(全中)

- 履行期前の履行拒絶により填補賠償を認める場合、どのような場合に債務者が履行拒絶したとみなすのかを記載する方が良いのではないかと指摘があった。(パブコメWG)

- 履行期前の履行拒絶に関する要件及び効果のあり方につき、慎重な検討を要する。

履行期前の履行拒絶に関する要件及び効果のあり方につき、必ずしも見解が一致しているわけではないため、慎重な検討が必要である。(札幌弁)

- 慎重に検討すべきである。

終局的・確定的に履行拒絶したことの認定が難しく、規定することによる弊害が予想されるとの意見がある一方で、債権者の利益(契約関係の早期確定、債権者の便宜等)に資するものであることなどから、明文化すべきとの意見がある。(日弁連)

- 解除権の付与以外にこれを債務不履行とする必要があるのか疑問の声があった。また、損害軽減義務との関係を十分に考慮すべきとの意見があった。(北海学園大民研)

- 履行期前に債務の履行の終局的・確定的拒絶がなされた場合において、填補賠償請求が可能である事例が存在することに異論はないが、この考え方を明文化する必要はない。

債務者が履行期前において明確に履行を拒絶した場合を債務不履行の一類型とすることも可能ではあるが、わざわざ明文の規定を置く必要があるとは思えない。(福岡弁)

- 履行期前の履行拒絶制度については、「終局的・確定的」な拒絶という語が多義的であり、適用の有無に疑義が生じ、紛争が惹起される可能性があることを懸念する意見が複数あった。

また、履行期前の拒絶に対しては、履行期前の填補賠償請求を認めることは、債権者に契約上予定された利益以上の利益を与えることになるという意見、履行拒絶による填補賠償と履行請求権との関係を整理することが必要であるとする意見があった。(最高裁)

- 填補賠償を認めることに反対である。解除権の発生のほか、反対債務の先履行義務の消滅の効果を認めることには賛成するが、その要件については、慎重に考慮すべきである。

履行期前の拒絶にどのような法的効果を持たせるかについて、はっきりとしたコンセンサスがない現状において、填補賠償まで認めるのは行き過ぎである。これまでも履行期前の拒絶に填補賠償を認めた裁判例は見当たらない。

履行期前に拒絶があったとしても、履行期までに態度を変化させる可能性もある。その場合、履行期において履行がなされるのであれば、債権者に不利益はない。履行期を定めた以上は、それまで期限の利益が債務者に与えられているのであり、債権者としてはそれを尊重すべきと考えられる。

ビジネスとして早期に取引関係を処理することに実益があるとの指摘があるが、反対債務の先履行義務の消滅や解除などによる対応が考えられ、填補賠償まで認めるべき理由とはならない。

履行期前に「終局的・確定的に」拒絶したかどうかの認定は困難であり、履行期前の拒絶に填補賠償までの効果を持たせるなら、履行期前に「終局的・確定的に」拒絶があったかどうかについて無用な紛争を生じさせるとの弊害が懸念される。(横浜弁)

- 履行拒絶の扱いは明文化すべきであるが、これを債務不履行として扱うのではなく、「不安の抗弁」を明文化し、履行拒絶は不安の抗弁が認められる一態様として扱うべきである。一度は履行を拒絶しても状況の変化により履行期までに拒絶を撤回することはあり得、撤回を認めた方が紛争の私的解決に資することは明らかであるから、履行期経過までは履行拒絶を債務不履行として扱うべきでない。(親和会)
- 必要があるか。契約不履行宣言を認めるのか？(弁護士)
- 債務者の翻意可能性はなお存在するのであるから、先履行義務の消滅程度の効果で十分。かえって、口頭の提供で十分とされる予めの履行拒絶との区別など、困難な境界付け問題が生じる。(大学教員)
- 改定すべき理由があるとは思えない(個人)。

(5) 追完の遅滞及び不能による損害賠償

追完請求を受けた債務者が追完を遅滞した場合や追完が不能であった場合における追完に代わる損害賠償の要件については、追完方法の多様性等を考慮した適切な要件設定等が可能かどうかという観点から、契約各則における担保責任の検討と併せて、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第2, 2(5) [26頁]

【意見】

- 追完の遅滞や不能によって損害賠償請求権が発生することを明文化すべきである。(福岡弁)
- 仮に追完請求権を履行請求権とは区別される権利として明記するのであれば、追完請求権独自の填補賠償請求権について検討する必要があるだろう。

「本来の履行請求権」の債務不履行に一元化されない「追完請求権」の債務不履行という事態を認める限り、追完請求権独自の填補賠償請求権について検討する必要がある。(兵庫県弁)

- 追完の遅滞や不能による損害賠償の要件の規定を設ける必要性は少ないが、確認的に「追完遅滞や追完不能による損害賠償の要件は、履行遅滞や履行不能に準ずる」といった趣旨の規定を置くことも考えられる。

「追完」しようとしていること自体が、既に不完全な履行による債務不履行状態にあることを意味し、その債務不履行の治癒(=追完)が遅滞又は不能になるということも、債務不履行状態にあることに変わりはないため、敢えて、「追完」に関する規定を置く必要性は少ないと考えられる。

なお、諸外国の民法には「追完」に関する規定が置かれている例は多く、グローバル化への対応という観点から、「追完遅滞や追完不能による損害賠償の要件は、履行遅滞や履行不能に準ずる」旨の明文規定を確認的に置いてもよいのではないかという考えもある。(法友会)

- 追完請求権と追完に代わる損害賠償請求については、債務者の契約利益と債権者の利益を調整した適切な規律が可能であれば明文化が望ましい。条文化が可能か否かについての結論は有していないが、履行障害における重要論点と位置付けて検討をすべきである。(弁護士・沖縄弁)
- 追完方法の多様性の問題、瑕疵担保責任との関係の問題等関連する問題が多く、慎重に検討されるべきである。(愛知県弁)
- 追完請求を受けた債務者が追完を遅滞した場合や追完が不能であった場合における追完に代わる損害賠償については、従来の、追完の可否に応じて履行遅滞や履行不能による損害賠償の要件に準じるといった不完全履行の問題として理解すれば足りるのではないか。(パブコメWG)
- 追完の遅滞及び不能の場合の、損害賠償の要件については検討に値するが、適切な要件設定等が可能かという観点から、規定をおかないことも含めて検討すべきである。

追完方法について債権債務者間の協議が長引いた場合、いつから遅滞になるのか、どの方法について追完の不能と判断するのか、不完全な履行がなされていることとの関係から損害賠償の範囲など、様々な問題があり、指針となるものについて検討しておくべきと考えられる。しかし、検討の結果、規定が煩雑でわかりにくくなる場合は規定をおかないという結論に至ってもやむを得ない。(広島弁)

- 追完の遅滞や不能による損害賠償の要件の規定を置くことについては、慎重に検討するべきである。上記第2の4の通り、追完自体について多様性があることから、国民に混乱を与える危険性がある。一般の債務不履行で対応できな

いかどうかや、契約各則の担保責任との関係について留意しつつ慎重に検討するべきである。(東弁)

○ 追完の遅滞・不能による損害賠償の要件を明文化することに特に反対はしないが、明文化する場合には、規定が複雑にならないよう注意が必要である。(大阪弁)

○ 前提となる追完請求権を認めることに慎重な意見があったほか、仮に規定を置くのであれば、追完請求権と履行請求権との関係を明確にした上で、要件効果を明確にし、他の規定との間で混乱が生じないようなものにされたいとの意見があった。(最高裁)

○ 総則に規定することは見送るべきである。

追完方法の多様性から要件設定が困難であるし、細かな規定が増えると却ってわかりにくくなることが懸念される。少なくとも、総則にはなじまない。各則でも書けない部分は、解釈によって対処できる(現行法に規定はないが不都合は生じていない)。(堂島有志)

○ 追完に代わる損害賠償について、債権の総則において一般的・総則的規定を設けるべきかどうか、履行に代わる損害賠償請求権の異同に鑑みて独自の規定を設ける必要性も考慮しながら慎重に考慮すべきである。

追完請求権自体についてさえ、要件、内容について一般的・総則的規定を設けることが可能かどうか疑問であり、それに代わる損害賠償であれば、なおのことそういえる。

追完に代わる損害賠償請求権については、履行に代わる填補賠償請求権との相違も明らかでなく、このために独自の損害賠償に関する規定を設ける必要性があるのかもはっきりしない。このような事項について規定を設けるとすると、一般国民には区別のつきにくい多くの規定が列挙されることになり、かえって規定の明確性を損なうことにならないか危惧される。(横浜弁)

○ 追完請求権は履行請求権の一態様であるから、独自の規定を設ける必要はない。(親和会)

○ 本研究会においては、債務不履行に関するいわゆる三分類説(履行遅滞、履行不能、不完全履行)を維持し、瑕疵担保責任につき法定責任説に立つことをもって妥当と考える立場が多数を占め、この点を踏まえて慎重な検討がなされることが望ましいという意見が多かった。(日大民研・商研)

○ 慎重に検討すべきである。

追完自体について多様性があることから、国民に混乱を与える危険性があるとの意見がある一方で、「分かりやすい民法」の実現に資するとして賛成する意見がある。(日弁連)

○ 反対はしないが規定が複雑にならないようにすべきである。(日弁連消費者委)

有志)

- 反対する。これ以上の検討は不要である。
規定の必要性に疑問がある。すなわち、追完が必要な場合というのはすでに履行遅滞に陥っている場合であるので、履行遅滞・履行不能で十分である。(仙台弁)
- 反対する。追完のあり方には契約類型に応じた多様なものがあり、これに関して明文の規定を設けることは適切ではないと思料する。(札幌弁)
- 追完請求を受けた債務者が追完を遅滞した場合や追完が不能であった場合における追完に代わる損害賠償の要件を定める規定は不要と考える、適切な要件設定は、追完方法の多様性から困難と思われる上、履行に代わる填補賠償請求権との相違も不明確であり、履行された目的物の返還義務やその使用利益の返還義務等の細則が増えて規定の明確性を損なうおそれがあるからである。(弁護士)
- 履行遅滞，不能に準じればよい。(弁護士)
- 売買等の箇所で定めるのは可能としても、一般規定として定めるのは難しいのではないか。(大学教員)
- 改定すべき理由があるとは思えない(個人)。

(6) 民法第415条前段の取扱い

前記(1)から(5)までのように債務不履行による損害賠償の要件の具体化・明確化を図ることとした場合であっても、「債務の本旨に従った履行をしないとき」(民法第415条前段)のような包括的な要件は維持するものとしてはどうか。
【部会資料5-2第2, 2(6) [27頁]】

【意見】

- 賛成する。
個別具体的な不履行事案を処理するに当たり、当該不履行態様に対応した債務不履行の規定が存在しないという事態の発生を防ぐため、包括的规定は必要であろう。ただし、「本旨」という語は語義が曖昧なので再検討の必要があるのではないかとの意見もあった。(兵庫県弁)
- 中間的な論点整理の方向に賛成する。想定し得ない事態も生じ得る。(東弁)
- 維持する方向に賛成する。民法第415条前段が「過失責任主義」と結び付けて考えられてきたという主張もあろうが、債務不履行学説に議論がある中で、包括的要件は維持しておくことが妥当と思料する。(愛知県弁)
- 債務の本旨に従った履行をしないとき(民法第415条前段)の要件は、実

務に定着した要件であり，これをなくすことはかえって法的安定性を害することになりかねず，維持すべき要件である。（パブコメWG）

- 債務不履行による損害賠償の要件の具体化・明確化を図ることとした場合であっても、「債務の本旨に従った履行をしないとき」（民法第415条前段）のような包括的な要件は維持するものとすべきである。債務不履行のすべての類型を網羅しているわけではないこと及び債務不履行に基づく損害賠償請求の基本的な考え方を明らかにするという観点からは，かかる包括的な要件を維持する実益がある。（日司連）
- 「債務の本旨に従った履行をしないとき」のような包括的な要件を維持することに賛成。「債務の本旨に従った履行をしないとき」の具体的な態様や損害賠償の要件などを検討して明文化するか否かはともかく，明文化する場合でも，検討の対象は「債務の本旨に従った履行をしないとき」であり，包括的な要件が維持されている方が，不履行の態様をカバーできる。（広島弁）
- 賛成する。不測の事態に備えるために，包括的な規定を設けることが適切と思料する。（札幌弁）
- 特に異論はない。（北海学園大民研）
- 債務不履行による損害賠償の要件として，債務の本旨に従った履行をしないときという包括的な規定を民法に存置すべきである。（福岡弁）
- 現実の債務不履行の態様は多種多様であり，いずれかの態様への分類が困難なケースが発生することも想定されるため，包括的な要件を維持することに賛成である。（三菱電機）
- 「債務の本旨に従った履行をしないとき」（民法第415条前段）のような包括的な要件は維持する」ことに賛成する。また検討に当たっては，中小企業における外部委託などの今日的契約の実情について調査する必要がある。

民法の損害賠償は取引・業務・契約の複雑化に伴い，必ずしも契約書内容検討を十分にすることができないことが多い中小企業の最後のよりどころとしての存在意義が大きい。そこで，さまざまなケースに対応するために損害賠償請求を現行法と変えることはせず，現行法の「本旨に従った履行をしない」を維持するのがよいと考える。

今日の取引・業務・契約実務では，メーカーに限らず，事務部門，営業部門でも，コストやマンパワーの観点からオープンイノベーションとして，業務を「外部委託」「アウトソーシング」することが多い。

外部委託の特色としては，業務の仕様・運用の一部または全部を受託先が行うことが多く，委託者には業務の仕様・運用方法の詳細がわからず，いわゆるブラックボックス化するおそれが高い。

こうした外部委託における損害賠償では、受託者による完全な履行であるか否かがトラブルとなった場合に、ブラックボックス化の弊害により、委託者側には反論材料が不足し、立証が困難である場合が多い。

特に情報や交渉力が十分でないことが多い中小企業が、当事者双方が想定できない損害が発生した場合にも対応できるように、損害賠償の要件は現行法の包括的な規定を維持し、対応を変えないですむことが、取引の安全につながる。(都民銀行)

- 民法第415条前段の「債務の本旨に従った履行をしないとき」という要件を維持することに賛成であり、中間的な論点整理第3, 1(1)ないし(5)のように損害賠償の要件を細分化して規定することは反対である。現行の「債務の本旨に従った履行をしないとき」という要件で実務上特段の不都合は生じておらず、むしろ多様な事態に柔軟に対処するという利点を有していて、この要件を細分化すると、紛争解決基準として硬直的になる危険がある。(一弁)

- 債務不履行3類型に関する規定を置いた上で、これらの類型に該当しない債務不履行態様に対応させるための包括的規定を置くことに賛成である。

現行の典型的な債務不履行の3類型「履行遅滞」「履行不能」「不完全履行」という分類について、類型別に損害賠償の効果が異なるのであれば、類型別に規定を設けることに異論はない。また、これらの類型でカバーできない不履行態様をカバーするため「債務の本旨に従った履行をしないとき」といった包括的な規定を置くことに賛成である。(法友会)

- 包括的な要件を維持すべきである。

多様な不履行の事態に対応しうる包括条項はなお必要である。(堂島有志)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)

- 包括的要件を維持することに賛成である。(大阪弁)

- 「債務の本旨に従った履行をしないとき」という包括的な要件を維持することに賛成である。

債務不履行の構成につき、一元説、二分説、三分説など分かれているが、現在においては、いずれも415条の「債務の本旨に従った履行をしないとき」という債務不履行の包括的概念があることについて、大きな争いはない。

包括的規定を残すことにより、多様な状況下で生じうる不履行に対応する規定が存在しないという事態を防ぐことができる。(横浜弁)

- 包括的要件は維持すべきである。無限のバリエーションの存在する種々の債務について一切の例外なく適用できる要件を定立することは不可能と考えられるから、適切な解釈指針を与えることの出来る包括的規定を維持すべきである。

(森・濱田松本有志)

- 現行のとおり，包括的規定を維持することで特段の問題がない。（親和会）
- 包括的な要件の維持に賛成する。隙間を埋める条項があった方がよい。（仙台弁）
- 想定し得ない事態も生じ得ることから，包括的規定を維持することに賛成する。ただし，現行規定を維持することで特段の問題がないとして反対する意見もある。（日弁連）
- 「債務の本旨に従った履行をしないとき」という要件に関しては，解釈論が実務に定着しているため，同要件のみを規定することで足りる。なお，本研究会では，債務不履行に関するいわゆる三分類説（前記第3の1(5)）は，わかりやすさという点，これまでの議論との整合性を維持すべき点からいって妥当とする立場が多数であり，かかる三分類説を維持すべきと考えている。改正にあたっては，この点を留意して検討されたい。（日大民研・商研）
- 「債務の本旨に従った履行をしないとき」との現行法維持でよい。填補賠償の要件を明確化することと何ら矛盾するものではない。（弁護士）
- 従来の規定を残すべき。ただし，「債務者がその責めに帰すべき事由によって債務の本旨に従った履行をしないとき，または履行をすることができなくなったときは・・・」となろう。（弁護士）
- 「債務の本旨に従った履行をしないとき」という包括的な要件を維持すべきである。（大学教員）
- 債務不履行の要件の具体化・明確化を図ることとした場合であっても，「債務の本旨に従った履行をしないとき」（民法第415条前段）のような包括的な要件を維持することに賛成する。（弁護士）
- 契約上の債務は，多種多様であるから，不履行を漏れなく規定するために包括的規定は維持すべきである。（日弁連消費者委有志）
- 総則として包括的規定を維持すべき。（大学教員）
- 現415条前段よりもよい規定があるとは思えない。改定すべき理由があるとは思えない。（個人）

2 「債務者の責めに帰すべき事由」について（民法第415条後段）

(1) 「債務者の責めに帰すべき事由」の適用範囲

「債務者の責めに帰すべき事由」という要件が民法第415条後段にのみ置かれている点に関して，同条後段が規定する履行不能とそれ以外の債務不履行を区別せず，統一的な免責の要件を定める方向で，更に検討してはどうか。

【部会資料5－2第2，3(1) [28頁]】

【意見】

- 統一的な免責の要件を定める方向で、更に検討したら良い。
債務不履行に基づく損害賠償の制度における「債務者の責めに帰すべき事由」については、条文・解釈・運用が整合しないなどの混乱が指摘されており、条文・解釈・運用が一貫し、分かりやすい形になるよう改善を検討したら良い。
(兵庫県弁)
- 賛成する。判例法理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。(東弁)
- 債務不履行全般に「債務者の責めに帰すべき事由」が必要であることを明文化することに賛成する。判例法理の明文化は、わかりやすい民法に資する。(仙台弁)
- 統一的な免責の要件を定める方向に、賛成である。免責要件そのものとしては(具体的に認めるか否かは別として)、債務不履行の類型により区別しないことが伝統的な判例実務の理解である。(愛知県弁)
- 「債務者の責めに帰すべき事由」について履行不能とそれ以外の債務不履行を区別せず、統一的な免責の要件を定める方向で検討することに賛成。
免責の要件としては、履行不能とそれ以外の債務不履行について区別する必要はない。(広島弁)
- 賛成する。分かりやすい民法の実現に資するものである。(札幌弁)
- 「債務不履行」要件に関しては、不履行類型をどうみることが問題とされる。不履行の一元化や契約義務構造に即して債務不履行を判断する見解、不履行類型の拡張を志向する見解などが主張され、裁判例において同様の傾向もみられ、今日、遅滞・不能・不完全履行の三分類に立脚することは通用の理解ではなくなっている。このような動向からは、本旨不履行という包括的定式を採用する現行民法第415条の下では、従来の三分類は維持し得ない。そして、債務不履行が債務履行の完全な反対概念になったとの認識に立てば、債務不履行を履行がない場合と不完全な履行をした場合に分けることなく、「債務の本旨に従った履行をしない」というメルクマールで統一的に捉える方向へ向かう。したがって、損害賠償の可否を判断するに際して重要となるのは、単なる遅滞・不能などの存否を探ることではなく、債務者が「債務の本旨」に従ったかどうかを判断することになる。問題は、本旨不履行の判断基準をどのように捉えるかであり、また、遅滞・不能などの個別の不履行類型に関する規定を併存させることも考えられる。
以上の議論状況を前提にすると、法制審での審議にみられるように、「債務不履行」要件の包括的・統一的概念を設定するとともに、特定の不履行類型(遅

滞、不能、期前拒絶)に該当する個別規定を予定する方向は妥当だといえる。しかし、前述した諸問題に関しては現行民法第415条においても解決可能であり、現時点で、同条を改正すべき状況には至っていない。「改正を考える」研)

○ 民法第415条前段の債務不履行に関しても、「債務者の責めに帰すべき事由」という要件を明記すべきである。(福岡弁)

○ 「債務者の責めに帰すべき事由」の適用範囲についての判例の考え方を要件として明文化すべきである。わかりやすい民法の観点から、判例法理は基本的に明文化すべきである。(三菱電機)

○ 第415条後段が規定する履行不能とそれ以外の債務不履行を区別せず、統一的な免責の要件を定める方向で検討することに賛成である。

履行不能とそれ以外の債務の不履行を異なる扱いをする積極的な理由が乏しい。判例は、履行不能に限らず、金銭債務を除く債務の不履行全般に債務者の帰責事由が必要であるとしているとされ、実務においてもそのような扱いが受け入れられ定着しているといえる。(法友全期)

○ 「債務者の責めに帰すべき事由」という免責要件について、履行不能のみならず、それ以外の債務不履行も含めた統一的な免責の要件とすることに賛成する。履行不能以外の債務不履行についても、免責要件が適用されると解するのが合理的であり、現実の取引社会でもそのように解されている。(一弁)

○ 債務不履行全般に関し、「債務者の責めに帰すべき事由」が必要であることを条文上明らかにすることについては賛成である。

契約の拘束力を尊重する観点からは、「債務不履行」の場合には、基本的に「債務者の責めに帰すべき事由」があるため、そのことを確認的に規定することについては異論はない。(法友会)

○ 債務不履行による損害賠償全般の統一的な免責要件を定めるべきである。免責事由につき履行不能を特別扱いする理由は認められない。(堂島有志)

○ 検討することに異論はなかった。(最高裁)

○ 判例法理の明文化の観点から、統一的な免責の要件を明文化する方向に賛成である。(大阪弁)

○ 統一的な免責の要件を定めることに賛成である。

現行法は、「債務者の責めに帰すべき事由」を415条後段のみに規定し、前段には規定していないが、解釈によって統一的に理解されている。

法律上の規定は、「債務者の責めに帰すべき事由」が債務不履行責任の発生要件であるかのように規定されているが、「債務者の責めに帰すべきでない事由」を債務者の免責事由と解すべきことに異論はない。

以上は、条文からは理解できない解釈であり、条文化する必要がある。（横浜弁）

- わかりやすい民法とするために、本要件が415条前段にも適用され、また債務者に「債務者の責めに帰すべき事由がないこと」の主張立証責任があることがわかるよう書き換えるべきである。（親和会）
- 本研究会においては、この点につき、特段の異論はみられなかった。なお、本研究会は、債務不履行の三分類説を維持すべきと考えている。改正にあたっては、この点を留意して検討されたい。（日大民研・商研）
- 判例法理を明文化することにより、「分かりやすい民法」の実現に資することから、賛成する。ただし、現行法のままで良いとして反対する意見もある。（日弁連）
- 「履行不能とそれ以外の債務不履行を区別せず、統一的な免責の要件を定める方向」で検討すべきである。「債務者の責めに帰すべき事由」が維持されることを前提とすれば、「履行不能とそれ以外の債務不履行を区別せず、統一的な免責の要件を定める方向」で検討することは、条文の文言を確立した判例法理と一致させるものであり、賛成である。（大学教員）
- 賛成。（大学教員）
- 債務者の抗弁事由について、民法第415条後段に限定されないことに異論はない。（弁護士）
- 統一的な免責の要件を定める方向で検討すべきである。（会社員）
- 責めに帰すべき事由が前段にもかかるように書き直すことに賛成。（弁護士）
- 債務者の責めに帰すべき事由という要件は、履行不能とそれ以外の債務不履行を区別せずに統一的に定めるべきである。（大学教員）
- 「債務者の責めに帰すべき事由」（民法第415条後段）について、後記(2)に示したとおりその内容の理解や表現の適否については議論があったが、同条後段が規定する履行不能とそれ以外の債務不履行を区別せず、統一的な免責の要件を定めることに賛成する。（弁護士）
- 免責要件を、前段・後段を通じて統一することは適切である。（大学教員）
- 民法第415条後段が規定する履行不能とそれ以外の債務不履行を区別せず、統一的な免責の要件を定める方向に賛成である。（日弁連消費者委有志）
- 債務者が故意で債務を履行しない場合は、免責するべきではないため、「統一的な免責要件」を考えるべきではない。（会社員）
- 「債務者の責めに帰すべき事由」が415条後段にのみ置かれているのは、その理由があるからで、まずは、それをよく考えるべきである。免責要件の統一は、論外と考える。（個人）

(2) 「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方

「債務者の責めに帰すべき事由」の意味は、条文上必ずしも明らかではないが、伝統的には、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義（故意・過失がない場合には責任を負わないとする考え方）に求め、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味を、故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由と解する見解が通説とされてきた。これに対し、判例は、必ずしもこのような帰責根拠・判断基準を採用しているわけではなく、また、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味を、契約から切り離された債務者の不注意と解しているわけでもないという理解が示されている。このような立場から、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味も、帰責根拠を契約の拘束力に求めることを前提として検討すべきであるとの見解が提示された。他方で、帰責根拠を契約の拘束力のみを求めることについては、それが取引実務に与える悪影響を懸念する意見もあった。これに対しては、ここでいう「契約」が、契約書の記載内容を意味するのではなく、当事者間の合意内容を、当該合意に関する諸事情を考慮して規範的に評価することにより導かれるものであるとの指摘があった。

以上の議論を踏まえ、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を契約の拘束力に求めることが妥当かという点や、仮に帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合には、損害賠償責任からの免責の処理はどのようにされることが適切かという点について、判例の立場との整合性、取引実務に与える影響、債務の種類による差異の有無等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

その上で、「債務者の責めに帰すべき事由」という文言については、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠との関係で、この文言をどのように理解すべきかという検討を踏まえ、他の文言に置き換える必要があるかどうか、また、それが適切かどうかという観点から、更に検討してはどうか。その際、文言の変更が取引実務や裁判実務に与える影響、民法における法定債権の規定に与える影響、その他の法令の規定に与える影響等に留意しながら、検討してはどうか。

【部会資料5－2第2，3(2) [28頁]】

【意見】

- 債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠は立法ではなく解釈に委ねるべきである。「債務者の責めに帰すべき事由」については、契約において引き受けたという見解が妥当と考えるが、適切な文言があればそれに委ねるべきである。

帰責根拠につき、過失責任主義を放棄すること、及び契約の拘束力に求めることについて、必ずしも見解の一致があるわけではないため、明文化するものでは

なく、これを解釈に委ねることが相当である。また、規定の在り方については、「契約において引き受けたか否か」とすることが妥当といえるが、より適切な文言があればそれに委ねるべきである。(札幌弁)

○ 債務者の免責事由に関して、以下の内容を明記すべきである。

- ① 免責事由については、まず、「当事者の合意・合意の趣旨」により判断するが、これが不明な場合、債務者に対して、債務不履行を引き起こした事象が発生しないような措置を取ることを合理的に期待できないとき、又は当該事象が発生した場合に債務不履行とならないような措置を取ることを合理的に期待できないときに、免責を認める。
- ② 合理的に期待できるか否かは、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などに基づき判断する。

売買、賃貸借等のいわゆる「与える債務」について履行遅滞、履行不能といった不履行が発生した場合であっても、債務者に帰責事由がなければ債務者は債務不履行責任を問われることはない。しかしながら、与える債務について債務者に帰責事由なしとして免責が認められた事例はほとんどない。これは、いったん契約した以上債務者としては、なんとしても履行する義務があり、不履行があれば原則として帰責事由あり、と判断されるからである。

しかしながら、債務不履行事由が存しても、債務者が免責される場合があることも事実である。例えば、AがBに対して建物を売却する契約を締結していた場合に、建物が火災により滅失した事例で考えると、第一に、「当事者の合意・合意の趣旨」から判断して、免責事由を定めておければ、これによって免責されるか否かが判断される。上記例で考えると、債務不履行が第三者又は天災によって発生した場合には債務者は債務不履行責任を免れる旨の免責事由の定めがあれば、火災が放火又は落雷による場合であれば、Aは損害賠償責任を免れるであろう。

第二に、「当事者の合意・合意の趣旨」が不明の場合であるが、債務者が履行義務を負っていることから考えると、簡単に免責を認めることは相当ではなく、債務不履行を引き起こした事象が発生しないような措置を採ること、又はそのような事象が発生しても債務不履行にまで至らないような措置を採ることについて、債務者に合理的に期待できない場合に、免責を認めるべきである。上記例で考えると、債務不履行を引き起こした火災が放火又は落雷であったとすると、放火又は落雷を阻止するための対応を取ることを売主Aに合理的に期待することはできないため、原則として免責される。しかし、放火又は落雷があった場合にも、早期に発見して、建物が滅失しないような対応策を講じることがAに期待できたのにこれをしなかったのであれば、免責されないことにな

ろう。

合理的に期待できるか否かは、法律行為の種類・内容（例 落雷が多い地域か否か）、当事者の業態・地位（例 Aが不動産業者か個人か）、契約締結に至る経緯などにに基づき判断することになる。

なお、医師の診療行為、使用者の安全配慮義務、取締役の職務執行などの「なす債務」については、契約の履行過程において、債務者が一定の行為をしておれば（あるいはしなれば）債務不履行は発生していなかったかもしれないが、そのような行為をすることを債務者に合理的に期待できないような事例においては債務者の責任が認められていないようである。しかしながら、これらの事案で債務者が責任を負わないのは、そもそも債務不履行に該当しないからであり、債務不履行には該当するが免責事由が存するので免責される、という場合ではなく、ここで論ずべき争点ではない。（福岡弁）

- 契約の拘束力を帰責根拠とする考え方によるべきであり、「債務者の責めに帰すべき事由」という文言を維持するのではなく、この考え方を適切に表現する文言を検討していくべきである。（広大有志）
- 債務者の責めに帰すべき事由の根拠は、契約の拘束力である。契約とは契約書の記載内容ではなく契約当事者の合意内容を当該合意に関する諸事情を考慮して規範的に評価されたものと考えてよいと思う。ただし弱者保護のために公平の法理等を導入すべきであろう。したがって、このような意味での「債務者の責めに帰すべき事由」の文言を維持してよいと考える。債務者の責めに帰すべからざる事由が免責要件となり、不可抗力を意味する。国連国際物品売買条約第79条やユニドロワ国際商事契約原則第7.1.7条のような規定を斟酌して、不可抗力免責の要件を具体化すべきである。（大学教員）
- 本規定が過失責任主義によるものでないことは、過失責任主義の規定と比較すれば明らかである。解釈の基本は、「同じ文言は同じ意味、違う文言は違う意味」である。過失責任ではないことを明記するのであれば、確認規定として、疑義をなくすということから、賛同できる。（個人）
- ユニドロワ原則の該当条文を参考にすべき。責めに帰すべき事由・故意過失・引き受けなかった事由とは別の表現として検討に値する規定である。（弁護士）
- 債務不履行における「債務者の責めに帰すべき事由」の要否・内容について、現行法を見直すこと自体は否定しないが、具体的な規定のあり方について意見の集約には至らず。ただし、少なくとも、「契約において債務者が引き受けなかった事由により債務不履行が生じたときには、債務者は損害賠償責任を負わない」とすることは反対である。

「帰責事由」（責めに帰すべき事由）という表現は、判例・実務に定着してい

るものの、履行遅滞類型において帰責事由が存しないことを理由に免責を認めた事例はあまり見受けられない。また、医療過誤のような手段債務の類型では、「債務の不完全履行」の存否と「帰責事由」の存否が渾然一体になって認定判断されることになる（たとえば、最高裁平成7年4月25日判決・民集49巻4号1163頁。医師の説明義務の事例）。このように、帰責事由の要否及びその内容について現在の解釈論がやや錯綜しており、説明のしにくさが発生していることは否定しない。

もっとも、これを「契約において債務者が引き受けていなかった事由」と表現することは、債務の確定の問題との混同が生じること、「想定されるいろんなリスクを契約書に書き込んでおくことによって免責の可否が判定される。」との理解・運用を招きやすいこと等の問題があり、当事者が主観的に想定しておらず契約書にも記載がない事項が生じた場合の処理において、フィクションを伴った判断（「当事者は引き受けていた」、「引き受けていない」という判断）が必要になるので、相当でない。（兵庫県弁）

- 中間論点整理においては、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味につき、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を契約の拘束力に求めるという立場の妥当性等について更に検討してはどうかとの提案がされている。そして、規定の在り方について、「債務者の責めに帰すべき事由」という文言を「他の文言に置き換える」ことの要否及び適否について検討してはどうかとの提案がなされている。議事の概況等から、かかる「他の文言に置き換える」とは、帰責根拠を契約の拘束力に求めるという立場を前提とした「契約において債務者が引き受けていなかった事由」なる文言への変更を主に指しているものと解される。

「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という文言について、ソフトウェア業界では、当該文言の規定がおかれることにより、「契約書の記載の不足等により、予想外の免責がされないか」といった危惧が存在する。そのため、例えば契約上どのように記載すれば、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」があるとして免責されるのかについて立案担当者がおよそ予測しないような検討を行い、過剰なリスクヘッジ条項を設ける等、実務上の混乱が生じることにもなりかねないと危惧している。

このような懸念に対しては、契約書の記載内容は、社会的な基準を踏まえて規範的に評価されるから、記載内容そのものが過度に重視されることにはならない旨の指摘もある。しかし、そのような理解をした場合には逆に、ソフトウェア開発の場面等で契約内容についての適切な「規範的な評価」を得るための手段として、契約書の他に多数の説明資料や確認書面を準備するなどの手続が実務慣行となる可能性も考えられる。そうすると、合意すべき事項が複雑にな

るほど作業量も増え、ソフトウェア事業者のみならずユーザーに対してもかなりのストレスを与える場合が生じてくることが考えられる。

したがって、このような「契約において債務者が引き受けていなかった事由」なる文言の規定は設けるべきではない。

中間論点整理に当たる議事においても、現在の「債務者の責めに帰すべき事由」との文言を維持すべきとの意見が複数あったのみならず、文言の変更に積極的な意見の中でも、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という文言の採用に消極的な意見が多く、また免責される具体例を挙げながら要件を検討すべきという議論があった。このような状況をも踏まえ、仮に現在の文言「債務者の責めに帰すべき事由」の変更を検討するとしても、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」なる文言に固執することなく、より明確な実務的指針を与える形での文言の変更を検討すべきと考える。(ソフトウェア協)

- 条文の見直しにより、契約書作成能力の弱い中小企業が、契約作成上の新たな負担増、不当な条件の押付けの発生など中小企業の取引実態に悪影響がないように検討して頂きたい。(全中)
- 債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を、契約の拘束力に求めることは、取引実務に合致し、妥当であるが、「債務者の責めに帰すべき事由」の文言を他の文言に置き換えることについては、当事者の力関係の差によっては不合理的結果をもたらす場合があるから、慎重に検討すべきである。(大司書)
- 「債務者の責めに帰すべき事由」の規定のあり方を、「契約の拘束力」の概念を中心に再構成する考え方(例えば、損害賠償の免責事由を、債務者が契約で引き受けたリスクか否かとする考え方)へと改める場合においては、契約書の不存在や契約内容の不備・不当の場合にどのようなルールが適用されるか(例えば、「公正妥当な取引慣行」など)、その理由を含め十分に検討し、国民が理解できるように、条文上の制度設計を検討されたい。

債権者と債務者とが合意した契約の内容が、債務不履行責任の根拠とされるのは当然である。しかし、例えば、損害賠償の免責事由についてとにかく契約でリスクを引き受けなければ、責任を負わずに済むことになり、契約が締結されたときの債権者と債務者の立場の強弱が反映され不当な結果になると批判されているところである。このような現象は、建設業界にも広く見られるところである。例えば、公共工事標準請負契約約款の条項を、一部の発注者において自己の有利に改変して入札契約に用いる事例は、古くから指摘されている。

他方、我が国の契約実務では、そもそも、民法同様に契約書はシンプルなもので十分として、いわゆる「誠実協議条項」が広く普及している。

契約の成立の方法、過程は多様であり、「契約の拘束力」の概念を重視して民法が見直された場合でも、このような条項を持つ契約では、「契約で債権者がリスクを引き受けていないのだから、債務者が全てリスクを負担する」ことになるか疑問がある。

我が国の産業界等の契約実務では、これまでの商慣習の反面として、詳細な紛争解決基準を契約上で用意するという法的技術やノウハウが十分に発展しているとは言えないのが実状であり、この実情を踏まえたルール作成が必要である。

「契約不適合」という瑕疵の定義を導入する場合にも、同様な配慮が必要である。(建設適取協)

- 合意に従って権利義務が生じ、契約上の権利義務を履行しない場合に債務不履行となるという考え方は、国際取引の実務感覚には合致し、改正提案に反対すべきものではない。実務上無過失免責が想定されないような契約条項（たとえば demurrage）について、過失を入れて解釈してしまう人もいるということを見ると、合意を重視する方向の改正提案は望ましいとの意見もあった。また、経済界の一部からでている「過失責任主義」を放棄することへの批判については、その理解の当否はさておき、ウィーン売買条約（CISG）により、日本法上も無過失責任の考え方がすでに入ってきているとの指摘があった。(国際取引有志)
- 債務不履行による損害賠償責任の根拠を契約の拘束力に求めるか否かにかかわらず、損害賠償の要件の文言の変更を検討する場合には、過度に契約文言を重視する方向に実務を誘導し、交渉力の弱い契約当事者に不当に有利な結果をもたらさないよう、慎重に配慮する必要がある。(森・濱田松本有志)
- 「債務者の責めに帰すべき事由」という文言について他の文言に置き換える場合には、契約書において免責事項を詳細に定めておけば債務不履行責任による損害賠償責任から免れることができるとの誤解が生じることがないように十分考慮すべきである。

1 帰責の根拠

債務者の帰責事由は、債務不履行による損害賠償請求権の発生要件の一つである。帰責事由とは「故意・過失又は信義それと同視すべき事由」とされており、帰責事由をこのようにとらえることの根拠として、伝統的立場は、行動自由の保障の原則である「過失責任の原則（債務者の行動の自由を保障するという観点から損害帰責の当否を問い、債務者の故意・過失又はこれと同視すべき事由がない場合に損害帰責を認めたのでは債務者の行動の自由を保護できない）」を基礎としている。

一方、帰責の根拠を「過失責任の原則」とする伝統的立場を批判する最近の契約責任法学は、帰責の根拠を「契約の拘束力（債務者は契約により、債権者に対し債務を負担するという拘束を引き受けている）」とする。すなわち、「債務者が契約で義務づけられたことを守らなかった」ことを理由に、債権者に生じた損害を債務者に帰責することを正当化する。

現民法の条文上は、「過失責任の原則」を帰責の根拠としている。しかし、実務においては、故意・過失又はこれと同視すべき事由の有無によって帰責事由を判断してきたのではなく、契約類型や債務の性質により契約ごとに柔軟に契約当事者が合意した内容によって帰責事由を判断してきたのである。すなわち、実務の場面では既に「過失責任の原則」は相対化されており、「契約の拘束力」を帰責の根拠としているのが現状である。

そこで、条文と実務との間の食い違いを解消するために、条文を改正すべきとの動きがあるが、このような改正をすることについて異存はない。

2 免責事由の規定について

次に、「いかなる場合において債務者は債務不履行責任を免れることができるか」であるが、「契約の拘束力」を帰責の根拠に据えた場合、その債務不履行をもたらす原因となった事態（不履行原因）が契約において想定されず、かつ、想定されるべきものでもなかったときには、債務不履行による損害を債務者に負担させることは、契約の拘束力から正当化できないとし、このような場合には、債務者は損害賠償責任を免れることができるとする。

そこで、免責事由をどのように規定するかが問題となるが、免責事由を「契約により債務者にリスク分配されなかった事由か否か」というようにとらえ、具体的には「契約において引き受けていなかった事由」と規定すべき、という提案がなされている。このような提案の趣旨としては、「引き受けていなかった事由」とは、規範的な概念であるとし、免責されるか否かは、リスク分配について契約書に定められているか否かによるのではなく、あくまで当事者の契約の趣旨や解釈によると説明されている。

しかし、そうは言っても、免責事由を「契約において引き受けていなかった事由」と規定するとなると、契約書において免責事項を詳細に定めておけば債務不履行責任による損害賠償責任から免れることができるとの誤解を与えるのではないかと懸念される。

こうした誤解から、非対称当事者間の契約においては、より強い立場の当事者が詳細に定めておいた免責事項により損害賠償責任から免れることができるという事態が生じかねない。非対称当事者間における契約が多い取引実情をかんがみると、情報や交渉力に劣る契約当事者が不履行リスクをこうむること

になるであろう。このようなことは弱者保護の観点からは到底看過することはできない。

したがって、免責事由を規定するに当たっては、上記のような誤解が生じるようなことがないように十分考慮すべきである。(青司協)

- 条文上は、履行不能以外の債務不履行による損害賠償につき帰責事由は要件とされていない。従来の通説は故意・過失を要件としている。取引実務上は、不注意な心理状態という意味での主観的過失は考慮しないが、損害発生を予見・防止すべき具体的な行為義務違反という客観的過失については必要と考えている。

取引実態と整合化させるべく、債務不履行による損害賠償の帰責事由を条文上も明確化することは紛争の未然防止に資するので賛成である。

取引の実務では客観的過失については必要と考えており、このような実態と異なる規定振りを検討すべきである。(産業組織課)

- 「債務者の責めに帰すべき事由」という文言の検討において、「債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠との関係で、他の文言に置き換える必要があるかどうか、また、それが適当かどうかという観点」を重視することについては、強く反対する。むしろ、「国民に分かりやすい民法の実現」及び「格差拡大への対応」という改正目的及びこれとの整合性という観点を重視するのが妥当である。

免責文言としては、現行法の「責めに帰すべき事由」の文言を基本としつつ、「不可抗力、債権者又は第三者の行為」などの免責事由の例示を法文に加える方向で、今後検討するのが妥当である。

これに対し、「契約により引き受けていない事由」を免責文言とする旨の見解、さらには、これを基本としつつ「不可抗力、債権者又は第三者の行為」などの例示を加える見解があるが、これらについては、「引き受け」という文言が曖昧で分かりにくく、劣位者に過剰な免責条項を容認する傾向が生じることなどから、強く反対する。(東弁、日弁連)

- 学理的に、過失責任主義を放棄し、「契約の拘束力」に帰責原理を求めることに異議はない。帰責原理（帰責根拠）に関する対立はもっぱら学理上の問題であるが、契約の拘束力を重視することは理念的にはよく理解できるところであり、債務不履行による損害賠償責任の根拠を「契約の拘束力」から説明すること自体には特に反対しない。

免責事由を定める文言については、現行法の「責めに帰すべき事由」で足りる、または以下のように、その判断基準を明示すべきである。

- ・ 契約において債務者に免責事由が認められる場合、又は契約において債務不

履行の原因を想定し、これによる結果を債務者の負担としない旨の当事者間の合意がある場合には、債務者は債務不履行による損害賠償責任を負わない。

- ・免責事由とは、契約におい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。
- ・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、当該契約当事者の属性、当該契約の目的、性質、内容および対価性、ならびに当事者が契約締結に至った事情等を総合考慮して判断する。

前記のとおり、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を「契約の拘束力」から説明すること自体には特に反対しないが、現行民法における免責事由として規定される「責めに帰すべき事由」の文言を変更することは、帰責原理についての原理的学理的転換だけでなく、あたかも従来 of 裁判実務上馴染まれてきた「責めに帰すべき事由」の内容およびその判断基準についてまで変更するがごとき誤ったメッセージを与えてしまう危惧が払しょくできない。

したがって、債務不履行による損害賠償における免責事由の文言は、裁判実務上馴染まれてきた現行民法における「責めに帰すべき事由」で足りるといふべきである。

他方、「責めに帰すべき事由」という文言では、分かりやすい民法の観点から問題があるというのであれば、免責事由の要件該当性が、債務不履行の原因の内容および性質、当該契約当事者の属性、当該契約の目的、性質、内容および対価性、ならびに当事者が契約締結に至った事情等を総合考慮して規範的に評価されるべきものであることを明確にする必要があると言える。

そこで、分かりやすい民法の観点から、損害賠償責任における新たな免責事由の内容と判断基準を明確にするため、「定義規定」と「評価の基準」を組み合わせた条項として、上記のような提案をするものである。

なお、文言として、「契約において引き受けていない事由」を免責文言とする見解があるが、以下の点より、反対である。

「債務者が引き受けていない事由」という文言では、その具体的内容が一義的に明らかであるとは言い難い。また、債務者が引き受けるか否かは債務不履行の原因ではなくその結果であるのであるから（原因については当事者において予想していたが、その結果の引き受けについてまでの合意が認められない場合もある）、債務不履行の原因を引き受けたか否かという点のみを問題とするような「債務者が引き受けていない事由」という文言は適切とはいえない。

さらに、免責事由は規範的評価を伴う規範的要件であるにもかかわらず、「契約において債務者が引き受けていない事由」という文言では、規範的評価を伴わない事実であるかのような誤解を与える。すなわち、損害賠償の免責事由は、

債務不履行をもたらした事態（不履行原因）が契約において想定されず、かつ、想定されるべきものでもなかったときには、債務不履行による損失を債務者に負担させることが契約の拘束力から正当化できないために、その免責を認めるものである。ここにおいては、事実として不履行原因を想定していたかだけでなく、想定されるべきものでもなかったか否かという規範的評価を伴う判断が問題とされる。しかるに、単に「債務者が引き受けていない事由」とすると、評価を伴うものではなく事実として引き受けたか否かだけがその判断対象となる恐れがあり、必ずしも適切な表現とは言えないものと言わざるを得ない。想定されるべきものであったか否かは、債務不履行の原因の内容および性質、当該契約当事者の属性、当該契約の目的、性質、内容および対価性、ならびに当事者が契約締結に至った事情等を総合考慮して規範的に評価されるべきものであることを明確にする必要があるといえよう。

「債務者が引き受けていない事由」という文言に変更したとしても、従来の裁判実務における「責めに帰すべき事由」としての免責事由の内容およびその判断基準に何らの変更を加えるものではないと説明する論者もいる。しかしながら、「債務者が引き受けていなかった事由」という文言に変更することは、帰責原理についての原理的学理的転換だけでなく、あたかも従来の裁判実務上馴染まれてきた「責めに帰すべき事由」の内容およびその判断基準についてまで変更するがごとき誤ったメッセージを与えてしまう危惧が払しょくできない。

他の留意事項について、弱者保護の観点から、対等当事者が一般的とはいえない現実に鑑みて、その弱者保護のルール、具体的には不当条項排除のルールを確立することを忘れてはならない。また、現行の消費者保護関連法、会社法、商法など他の法分野における契約責任の内容との整合性に十分留意すべきである。

契約の拘束力を重視することは理念的にはよく理解できるところであるが、事業者・消費者間の取引だけでなく、事業者間取引においても、実質的力関係は対等でなくむしろ大きな隔たりがある契約事例が多い現実からすると、契約の拘束力を重視することによる弊害、すなわち、免責または履行保証に関する不当条項（不当な債務限定または拡大条項や責任限定または拡大条項）の合意事例が生じることが予想される。

現行法下においても、不当な特約条項に対しては、公序良俗違反、信義則違反、消費者契約法による不当条項規制等によって、その有効性を吟味してきたものであるが、民法が契約の拘束力を重視する立場を明確するのであれば、これに伴う弊害に対しても、さらに不当条項を排除するルールをより充実させる必要があるだろう。

たとえば、不当条項リストに不当な免責または履行保証ルールを排除するための条項例を十分に吟味して追加していく必要があるし、また、約款規制を柔軟に解釈するなど、当事者の地位（力関係）に優劣がある現状に配慮した条項または解釈の充実を図るべきである。

また、消費者保護関連法、会社法、商法その他の法分野において、契約責任が「契約の拘束力」から説明される場合の法文文言や結果の妥当性、整合性などについて、慎重に検討すべきであろう。（大阪弁）

- 「契約で合意したことは守るのが原則であり、契約の解釈により確定した内容を満たさない場合には債務不履行と構成した上で、免責の可能性を検討する」という考え方は実務に沿ったものといえ、賛成である。

文言については、納得感を得やすいものとすべきであり、「債務者の責めに帰すべき事由」を維持するべきである。

企業実務においては、契約は合意した以上守らなければならないという性質のものであるという認識があるため、債務不履行の場合の損害賠償責任の根拠を契約の拘束力と解釈することに違和感はない。

実際「債務者の責めに帰すべき事由」の有無については、いわゆる「過失」の有無で判断するわけではなく、契約に即していずれの当事者の義務か、債務の内容を確定した上で、義務違反に該当するか否か、という観点から判断している。契約によっては、いずれの当事者の義務か分かりにくい場合があるが、その場合でも、契約の趣旨から、いずれが負担すべき義務かという検討を行い、契約の解釈上、当該債務不履行の原因が債務者のコントロール可能なものであったか否か、コントロールすべき、またはリスク負担すべきであったか否かという観点から判断しているため、規定の意味が不明ということはなく、文言を変更する必要もない。

仮に明確化を図るといっているのであれば、契約の合理的解釈を行う際に検討すべき項目を挙げるという方法が考えられるが、そもそも複雑化した契約社会における契約の「債務」の多様性に鑑みると「債務者の責めに帰すべき事由」の判定も多様であり、現実の実務や裁判においては、条文に挙げられた項目に限らず、あらゆる背景事情も含めて解釈され、個別の対応が必要となるため、一般的な規定に落とし込むことが可能か疑問である。

仮に可能であるとしても例示列举にとどめることが妥当と考える。

いずれにしても、これまでの実務と大きく外れるものではないし、判例の蓄積により一定の方向が定まることも現状と変わりがなく、敢えて「債務者の責めに帰すべき事由」という文言を変更する必要はない。

なお、必ずしも、契約締結時に当事者がリスクの洗出しを行わない場合、さ

らにリスクの分配や引受けが行われない場合もあり得るとして、紛争時の契約の解釈として「リスクの引受け」という概念を持ち出すと、両当事者とも引き受けてはいないと主張することが考えられ、紛争の解決基準としての役割に乏しいという考えから、従来の帰責事由概念を維持すべきとの意見もあった。(法友会)

- 契約債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義に求めるべきか、契約の拘束力に求めるべきかという問題の立て方は、重大な論理的誤りを含んでいると考えられる。

故意または過失により債務不履行に陥った場合には損害賠償義務を負う（あるいは故意または過失がなければ損害賠償義務を負わない）という規範を定立する場合、それが任意規定ないし任意規範であることには争いが無い（大判大正5年1月29日民録22輯200頁。また消費者契約法第8条第2号はこのことを当然の前提とする）。すなわち契約の解釈の結果として、この任意規範と同一あるいは異なる当事者間の契約規範（1）が確定された場合、例外的にその効力が否定される場合を除き、この契約規範に基づき損害賠償義務その他の債務不履行責任が発生することになる。

したがって、過失責任主義のもとでも、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠がまず契約当事者間の契約規範ひいては契約の拘束力に求められるべきことは、それが信義則・公序良俗といった一般条項や個別の強行法規に反しない限り、当然のことであり、両者は相容れない関係にはない（2）。

これに対して、過失責任主義に代えて、契約の拘束力に債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を求めるべきであるという議論がなされるとすると、これは債務不履行の効果について当事者間で形成された契約規範が存在しない場合（あるいはその効力を認め得ない場合）に、まさにその契約規範に基づいて債務不履行責任の内容を決するべきだという議論をしていることになる（3）。

このように考えると、仮に過失を債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠でないとするとしても、それに代わる任意規範の定立が不可欠であろう。過失という一般概念によるのではなく、個別の契約において当事者に何をすることが求められるかという視点に立つ以上、個々の契約類型について任意規定を置くべきことになろうが、すべての契約を典型契約で網羅することは不可能である以上、契約一般についての任意規定も置く必要がある。その際、現在の客観化された過失理解の下では、このような任意規定の内容が、どれほど過失判断の基準と異なるものとなりうるかは疑問に思われる。

仮に、過失責任主義を否定し契約の拘束力に債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を求めつつも、個別具体的な任意規定を置かないとすれば、契約の

解釈という、契約の効果をめぐる判断の一段階に、過剰な負荷がかかる可能性が高い。裁判実務においては、債務不履行責任の帰責根拠の判断が、「当事者意思」あるいは「合理的意思」というある種のブラックボックスの中で行われ、予測可能性や反論可能性を害し、ひいては法理論の発展にも悪影響を及ぼすことが危惧される。

今後の検討課題として指摘されている諸点については基本的には異論はないが、過失責任主義を明示的に排除するのであれば、それに代わる任意法規のあり方を十分にご検討いただきたい。(大学教員)

- 債務不履行の帰責根拠として、「契約の拘束力」にそれを求める考え方には異論はないが、条文の文言としては、現行法の「責めに帰すべき事由」を維持することが妥当と考える。裁判実務上、「債務者の責めに帰すべき事由」は、過失責任主義を根拠とした要件としては機能しておらず、いわゆる結果債務の債務不履行について過失の有無を問題とする発想は希薄である。他方、いわゆる手段債務においては、契約に基づき定まる行為義務違反が問題とされるところ、これは客観的過失そのものといえるが、過失を帰責根拠とする部分は存在する。具体的な規定のありかたについては、「不可抗力」「契約により引き受けていない事由」等の提案もあるが、旧来「不可抗力」は非常に限定された狭い概念でとらえられているし、「契約により引き受けていない事由」というのも曖昧で、契約書の文言が過度に意識される懸念がある。現行法の「責に帰すべき事由」が実務上定着しているものであることから、その実務を維持するという意味で用語を変更することには慎重であるべきである。(愛知県弁)
- 「債務者の責めに帰すべき事由」との文言を変更すべきではない。

債務不履行による損害賠償は、労働契約分野では安全配慮義務違反による損害賠償として判例法理により独自に発展してきた。この法理は「債務者の責めに帰すべき事由」という文言を前提として展開されてきた。この法律の文言を「契約において債務者が引き受けた事由」に変更することになれば、従来の判例法理や解釈との連続性が切断される危険がある。労働者は使用者に対して情報も交渉力も弱い立場におかれている。このような雇用契約においては使用者の優越的地位の下で当事者の合意の名により、債務者（使用者）が負う安全配慮義務が否定されたり緩和されたりする危険がある。労働契約法5条が強行法規であることから、当事者の安全配慮義務を全て免除するような合意は無効となるであろう。しかし、安全配慮義務の内容を特定するような合意をして、一部の安全配慮義務を免除するような雇用契約を締結した場合には、上記の新たな法文に改正された場合には、当事者が合意したとして有効とされる恐れがある。信義則上、使用者等の労務受領者に、労務提供者の生命・健康をまもるよ

う配慮すべき義務が安全配慮義務の中核であり、これが当事者の合意により緩和されることは認められるべきではない。

また、「契約において債務者が引き受けた事由」との文言では、使用者が「契約時点では危険が予測できず、そのようなリスクを引き受けていない」との新たな免責を主張する根拠にもなる。現行法では、契約締結時点に限らず、契約履行過程においても、「故意・過失又は信義則上これと同視できる事由」がある場合には使用者は安全配慮義務を免れることはできない。他方、「契約において債務者が引き受けた」という文言では、契約締結時点での予測可能性に限定することになり、使用者に新たな安全配慮義務の免責主張を許すことになる。このような文言への改正には反対である。

現状の「債務者の責めに帰すべき事由」を維持すべきである。(労働弁護団)

- 債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を契約の拘束力に求めることは、契約書において「引き受けていない」事項のすべてを規定する必要があることとされかねず、極めて煩雑になってしまう。また、契約における交渉力がものをいうことになりかねず、消費者の利益にもならない。これに対し、規範的に解釈するために契約書の記載が必ずしも重視されるわけではないという意見もあるが、これでは裁判所で判断されることが前提になってしまい、妥当ではない。やはり、実務上は契約書の記載が重視されることにならざるを得ない。

また、「債務者の責めに帰すべき事由」という文言を他の文言に置き換えることも、現状特段の支障があるとは考えられないことから、これに反対である。(パブコメWG)

- 「責めに帰すべき事由」という文言を変更することに反対である。帰責根拠を契約の拘束力に求めることは反対しないが、「責めに帰すべき事由」は、学説・実務において必ずしもドイツ型の過失責任主義を指すものとして用いられていない。また、「責めに帰すべき事由」という文言を用いている民法全体、又は諸法への影響を考慮すべきである。結果債務・手段債務二分論といった、債務の種類に応じた際に十分留意し、差異を踏まえた検討をすべき。(経営法曹会議)
- 「契約により債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債務者は損害賠償責任を負わない」とする案では、債権者としては、想定される事由を全て契約に規定した上で、更に「天変地異を除いた全ての事由を引き受ける」というような包括条項を規定することとなる。その結果、当該包括条項の有効性を巡って判例が確立するまで、不安定な状態が続くこととなるため反対である。(農中)
- 債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を契約の拘束力に求めることには反対である。

「債務者の責めに帰すべき事由」の文言を維持すべきで、他の文言に置き換えることにも反対である。

債務不履行による損害賠償義務について、「債務者の責めに帰すべき事由」がなければ損害賠償責任から免責されるという点で、わかりやすく定着している。

「債務者の責めに帰すべき事由」の具体的な内容は、契約関係にない当事者間の不法行為における故意・過失とは、異なるとしても、債務者が債務不履行による損害賠償義務を負う場合の、一般的な要件として「債務者の責めに帰すべき事由」という文言が最もわかりやすい。(広島弁)

○ 文言については、現行法のままで維持すべきである。特に「契約で引き受けた事由」というような文言の場合には、「契約に何を書き込むか」が過度に重視されることにはならないか、という懸念がある。また、帰責根拠を「契約の拘束力」ないしは「合意」に求めることは、それらがあくまで回顧的であり、かつその判断自体も、債務者の有責性や信義則、慣習、約定、契約を取り巻く文脈等によって複合的に決定されるものであるから、帰責根拠があたかも一元的に決まるような規定はミスリーディングであるという意見があった。(北海学園大民研)

○ 「帰責事由」に関しては、これを過失責任主義に基づく概念とみる理解が定着し、今日、それを主観的に捉えるのではなく、不法行為責任と同様に行為義務違反として客観的に捉えられているが、過失が債務者の責任を基礎づける唯一の原理ではないとの主張も有力である。このような状況において、法制審においては、損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義ではなく契約の拘束力に求める主張がみられるが、これに対しては、現時点では以下の通り反対である。

第1は、帰責事由概念は、学説においては勿論実務界においても広く定着しており、これまで別段の不都合は表明されていない。第2は、帰責根拠を契約の拘束力に求めるとき、債務不履行の存在が認められても、債務者が契約で想定したリスクを超えていることを証明すれば免責される。この場合、債務不履行の有無(債務の内容)と免責事由の内容判断は、契約の解釈を通してどのように振り分けることになるのかが明確ではない。

第3は、帰責根拠を契約の拘束力、すなわち「履行すると約束したのに履行しなかった」ということに求めるとき、それは「債務者の責めに帰すべき事由があった」との判断とどの点で異なるのかが明確ではない。同様に、伝統的通説・判例が免責要件とする帰責事由の不存在(非帰責事由)と、契約の拘束力に立脚する場合の「契約において債務者が引き受けていなかった事由」(免責事由)の異同も明確ではない。第4は、契約責任を過失責任主義から解放し、契約内容に即して判断するとき、過失責任たる不法行為責任との限界基準をどの

ように解するかが明確ではない（そもそも議論がみられない）。この点は、過失の有無により責任内容を決する諸規定の処遇にも関わるが、帰責根拠を契約の拘束力に求める見解は、過失責任主義を排除しつつも、債務不履行による損害賠償をあくまで責任法理として不法行為による場合と統一的に捉える結果浮上する問題である。第5は、その他、法制審は、契約交渉段階の責任や保護義務違反なども契約規範の規律対象とするが、それらの場面での「契約の拘束力」の発生根拠はどこに求められ、不法行為規範との関係をどう考えるかが不明である。また、契約当事者間にあっては行動の自由の保障はあり得ないから、過失責任主義は妥当しないことが度々強調されるが、当事者が契約債務関係において負担した義務（債務）を前提とした「行動の自由」は観念できないのか、など検討される必要がある。

法律改正に際しては、これまでの理論的到達点を検証しその問題性を明らかにすることが当然の出発点とされるべきはずであるが、法制審に至る一連の動向からはそのようなスタイルは見受けられず、現時点において改正すべき理由は見出し難い。（「改正を考える」研）

- 「契約の拘束力」とは、社会的基準を踏まえて規範的に解釈されるものとしているが、「契約の拘束力」という概念が強調されると、契約書上に自己に有利なあらゆることを書き込むとの実務を助長するおそれがある。例えば、PFIやプロジェクトファイナンスなどのシ・ローン契約書の条項が非常に詳細になり契約書の分量が分厚くなるおそれがある。

そうすると、契約交渉にかかるコスト・手間が増える。具体的には、無用な駆引き、譲歩を見越して高めの条項から提示するあるいは契約書条項に罫となるものがないか仔細に点検するなどの対応が助長され、円滑な金融取引や健全な取引風土を阻害するおそれがある。また、当事者の交渉力や契約書作成能力の格差の結果、中小企業者や立場の弱い事業者が一層不利になるおそれがあると考えられる。

実務に馴染んだ「債務者の責に帰すべき事由」との規範を維持し、個別紛争に際しては、信義則や判例法理を駆使して柔軟な解決を図るのが良いと考える。

（全信協）

- 中間論点整理では、損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義に求めるのではなく、契約の拘束力に求める考え方が提示されている。

しかしながら、そのような考え方によった場合、契約の拘束力がどの部分に及ぶかについての判断は結局契約の文言を中心に検討せざるを得ないと考えられるところ、大企業と中小企業間の取引においては、中小企業は大企業の作成した契約書をそのまま契約内容として了承せざるを得ない場合が多い。すなわ

ち、中小企業は、法務部門が充実しておらず、必ずしも顧問弁護士を抱えているわけではないために、法的知識に乏しく、契約書の内容を十分に検討する能力に劣ることが多い。仮にそのような能力を備えていたとしても、大企業との力関係により、提示された契約書に修正を求めることはなかなか困難である。結局大企業の立場から周到に作成された契約書により、中小企業の責任の範囲が詳細に規定されてしまい、中小企業が現在よりも一層不利な立場におかれるのではないかという懸念が払拭できない（特に「契約によって引き受けたか否か」を契約の拘束力の及ぶ範囲に関する判断基準とする考え方を取る場合、上記の懸念は一層明確となる。）。

契約の拘束力は契約書の文言のみで解釈されるのではなく、当事者の合意内容が規範的に評価されるとの指摘もあるが、文言が詳細に規定されている場合、それを離れた規範的な解釈というのが果たして成り立つのかどうか疑問がある。また、その場合の規範的判断というのは何を基準に判断がなされるかも不明である。

このように中小企業の立場からすると損害賠償責任の根拠を契約の拘束力に求める考え方には大きな不安があり、「債務者の責めに帰すべき事由」を損害賠償責任の根拠とする現在の規定を変更すべきではない。（東京同友会）

- 「債務者の責に帰すべき事由」については、文言を変更すべきではない。

「債務者の責に帰すべき事由」については、その意味するところは条文上、必ずしも明らかになっていない。他方で、この概念について、実務上、特段の不都合が生じているものでもなく、むしろ、新たな文言を導入した場合に混乱を生じる懸念がある。

契約責任主義への転換は、契約交渉の力関係が責任の存否の判断に影響を与える懸念があり適切ではない。

契約の拘束力を帰責根拠とすることが民法上で規律された場合、契約書の見直しや再締結が必要になるなど実務において甚大な負担が発生することが想定される。（損保協会）

- 債務不履行に関する過失責任主義を見直し、解約の拘束力を重視した規程（契約で引き受けたかどうか）に改めることとすると、契約書にあらゆる項目を盛り込むこととなり、契約書や重要事項説明等の長文化・複雑化によって、かえって消費者にわかりづらくなるのではないか。昨今、不動産に係る法改正等が頻繁に行われており、現状においても既に消費者への説明事項が膨大となっている。

契約書に書きさえすればいいという風潮をもたらし、知識を持っている者と持っていない者との格差が拡大するのではないか。（全宅連）

- 債務不履行における「債務者の責めに帰すべき事由」という文言を他の文言に置き換えるという提案がなされているが、実務においては、この「債務者の責めに帰すべき事由」という文言が既に深く定着しており、裁判外の自主的な紛争解決の指針としても重要な役割を果たしている。このように、文言の変更によつてすら、従来の実務運用に大きな影響が生じることも懸念されることから、新たな規律の明文化については慎重に検討する必要がある。（経団連）
- 帰責根拠を契約の拘束力に求める考え方への転換は売買契約書の規定の大幅な見直し等不動産取引実務への影響は多大であり、慎重な検討をお願いしたい。
なす債務について債務者の帰責事由を債務不履行の要件としないことについてはまだしも、不作為を求める債務について債務者の帰責事由なく債務不履行責任が認められるのは過酷すぎないか（例：守秘義務契約上の秘密保持義務）。
「債務者の責めに帰すべき事由」は、債務不履行時における要件だけでなく、実務上、契約交渉段階において、当事者のいずれがリスクを負うべきかを決定する際の判断要素としても広く受け入れられており、要件の削除、文言の変更については賛成できない。（不動協）
- 債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を契約の拘束力に求めることは反対である。「債務者の責めに帰すべき事由」という要件について、実務における議論状況や運用は安定しており、同要件を改正する必要性がない。
「債務者の責めに帰すべき事由」を損害賠償の要件とすることは、社会一般の規範的な感覚に適合的であり、損害賠償の帰責法理として一般国民にとって理解しやすいものである。
契約書に損害賠償に関する定めを詳細に規定することによって、当事者の事実上の地位の優劣が固定化され、債務者に酷な事態が生じるおそれがある。これに対し、契約の拘束力というときの「契約」とは契約書の記載内容を意味するのではなく、当事者の合意内容を当該合意に関する諸事情を考慮して規範的に評価することにより導かれるものであるとの指摘がある。しかし、契約書にどう書いてあるのかということが契約の拘束力を規範的に評価するうえで重要な要素となることは否定できないであろう。結局、契約を「規範的に評価する」といったところで、契約書の記載内容が契約の拘束力を判断するうえで重視されることに変わりはない。仮に、契約の拘束力に帰責の根拠を求める立場が採用された場合には、契約実務上、契約書の内容が詳細化する傾向が生じることは避けられない動きであるから、当事者間の事実上の地位の優劣が固定化され、債務者に酷な事態が生じるおそれは否定できないというべきである。
仮に帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合、損害賠償責任からの免責の処理はどのようにされることが適切かという点について、判例の立場との整合性、取引

実務に与える影響、債務の種類による差異の有無に留意してさらに検討してはどうかとの点について、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」を免責の要件とすることは反対である。

「契約において債務者が引き受けていなかった事由」の意味が不明確であるし、引き受けの対象について債務不履行原因が発生するリスクと解釈することは困難である。そのため、判例の立場との整合性、取引実務に与える影響が不透明であり、法的安定性を害する可能性がある。従来、不可抗力によるものとして免責されてきたケースであっても契約の解釈によっては免責されないこととなる可能性もある。

債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を契約の拘束力に求め、「契約において債務者が引き受けていなかった」場合に免責されるとの立場を採った場合、当事者の事実上の地位の優劣を反映し、債務者が引き受けるものとして広汎な非免責事由を掲げる契約書が作成されることが予想される。また、少なくとも契約書作成実務に免責事由の詳細化の傾向が生じることは避けられない。そして、そのような傾向が固定化することも容易に想像される場所である。契約書の記載内容を規範的に評価するといっても、長期的には契約書の記載文言が重視される傾向が強まることは明らかであり、当事者の事実上の地位の優劣が固定化され、債務者に酷な事態が生じる危険がある。(法友全期)

- 「債務者の責めに帰すべき事由」という文言を維持することに賛成であり、他の文言に置き換えるべきではない。債務不履行責任の根拠が契約の拘束力に求められ、その契約規範の内容が、契約書の記載だけでなく、規範的な評価によって決まる、という意見自体は首肯できるが、契約によるリスク分配を強調すると、契約書の記載などが過度に重視されるような誤解を与え、かえって取引社会が混乱するおそれがある。(一弁)
- 契約の拘束力を帰責根拠とする(過失責任主義によらない)ことに反対しないが、「契約により引き受けてない事由」よりは、「債務者の責めに帰すべき事由」を免責事由とする方がよい。

契約において引き受けてない事由では、規範的評価の要素がある面を十分に反映しがたい。従来判例が責めに帰すべき事由という文言のもとで、債務不履行責任から解放するか否かを検討する判断を蓄積しているにもかかわらず、別の免責要件の表現に変更して、判例実務の積み重ねとの連続性を断ち切ると、実務を混乱させる弊害が予想される。

また、法定債権の債務不履行にも共通の免責事由で対応しうる点でも、優れている。(堂島有志)

- 次のような理由から、債務不履行の従来一般原則との整合性を損ない、実

務に甚大な混乱を及ぼすおそれがあり、全体として消極あるいは慎重な検討を要するとの意見が多かった。

前段（債務不履行に基づく損害賠償責任の帰責根拠）については、従来の実務では、過失責任主義に基づく判断枠組みが定着しているが、これを大きく変動させることは、実務に相当大きな混乱が生ずることを避けられず、このような弊害があるにもかかわらず、現時点でこれまでの判断枠組みを改める必要があるか、慎重な検討をすべきである。

後段（「債務者の責めに帰すべき事由」の文言）については、裁判実務においては、この文言により、事案に応じた適正妥当な帰結を導いてきた。

これに代わり、「債務者が引き受けていない事由」という文言を用いることは、「引き受けていない事由」の意味や性質が不明確であり、裁判における適用の場面で問題があると思われる。すなわち、「引き受けていない事由」という文言は、例えば、引受けの「意思表示」の存否を問題とするかのようにも読めるが、これでは契約時の事情（特に、契約書の文言）のみに引きずられて判断が形式化し、責任の範囲が不当に広げられたり、逆に狭められたりするおそれがあり、事案に応じた適切な解決が阻害される懸念がある。また、「契約において」という要件設定についても、上記同様、債務不履行の成否の判断が契約時の事情に過度に引きずられかねない懸念がある。さらに、上記のような要件では、債務者の結果回避に向けた努力を一切考慮し得ないことになりかねない。

「契約により引き受けていない事由」を免責事由とする考え方については、これまでの裁判実務の在り方の変更を意図するものではないと説明されるが、法改正により従来の実務に一定の変容が生じるおそれがある。（最高裁）

- 「責めに帰すべき事由」という文言を維持すべきである。帰責根拠を過失責任主義から転換することは慎重に検討すべきである。

契約関係にある当事者の債務不履行を考慮する際に、契約の拘束力を考慮すべきことに異論はない。しかし、そのことが、契約の拘束力が債務不履行における唯一の帰責根拠であり、免責の基準となるという結論に直結するわけではない。

これまで「無過失」は規範的要件とされ、評価根拠事実及び評価障害事実の総合考量によって評価されていた。その際の考慮対象としては、契約の拘束力の範囲を画する事実、不履行が生じた原因がその範囲の内外かを根拠付ける事実だけではない。履行に向けて債務者の払った努力、取りうる代替措置の有無、履行期及びその前後における状況、など諸事実が総合的に主張、立証されていた。

すなわち、契約の拘束下にある当事者の立場として合理的に期待されることを果たしたか否かが検討されてきたといえる。契約から切り離された過失責任ではなく、契約の拘束力を前提としているが、その評価は規範的なものである。

「ここでいう『契約』が、契約書の記載内容を意味するのではなく、当事者間の合意内容を、当該合意に関する諸事情を考慮して規範的に評価することにより導かれるものである」との意見がある。しかし、このような理解は「契約の解釈」に過剰な負担を課すものである上、実務上の扱いにそぐわない。契約書が作成されている場合、通常取引通念によれば、契約の解釈はまず契約書の文言が基準とされる。補充的解釈、修正的解釈がなされることがあるが、第一に考慮されるのは、表示行為の意味を明らかにする狭義の契約解釈である。

一般国民にとっては、「契約」という言葉を「規範的に評価することにより導かれるもの」と理解すること自体困難であるが、加えて、「契約を規範的に評価することにより導かれるもの」の拘束の内外という判断は到底無理と思われる。むしろ、「責めに帰すべき事由」の有無であれば、経験則から直観的に判断でき、容易である。

裁判所の判断においても、契約文言の解釈が重視されており、不当条項規制などにかからなければ、不合理なものであっても拘束力が認められることは多々ある。裁判所が契約を「規範的に評価する」という保証はまったくなく、むしろその逆のことがしばしば生じている。

条文上「債務者の責めに帰すべき事由」という文言は、民法制定後110年以上にわたり用いられ、その下で債務不履行責任が考慮されてきた。また、「過失」という文言もそれと同様の長い期間にわたり、解釈上当然の前提として考えられてきた。これらの枠組みについて、何ら不都合は生じておらず、現在までの判例の集積はこれらの枠組みの下でのものである。文言の変更により、これまでと判断の連続性が保たれるという保証はまったくなく、むしろ何かしらの影響が生じると見るのが道理である。

契約の拘束力を帰責根拠とし、「契約により引き受けていない事由」を免責する考え方では、契約書自体には記載がない場合の安全配慮義務のような付随義務について、免責される危険がある。また、安全配慮義務違反時点では予見可能であった事柄であっても、契約締結時点では予見不可能であったことを理由に、「契約により引き受けていない事由」であるとして、免責される危険がある。

法定債権についても規律する規定として、「契約の拘束力」を根拠にするより、過失責任主義の方がより適合する。(横浜弁)

- 「責めに帰すべき事由」という文言を他の文言に置き換えることは、実務に無用の混乱をもたらすおそれがあることから、反対である。(チェーンストア協)
- 「債務者の責めに帰すべき事由」という表現は広く定着しており、これを変更することは無用の混乱を招きかねない。実際、すでに「契約で引き受けなかった事由」という文言に対しては多くの批判の声があげられている。仮に論点

とする場合であっても、実務側の従来からの理解を踏襲し、本条項は「過失責任主義」を拡大（履行補助者の過失に関する伝統的通説など）したものと定義づけるべきである。民法の任意規定が契約による定めがないときの雛形としての機能を果たしているのに対し、「契約の拘束力」説はその雛形機能を放棄することにつながりかねないから、採用すべきでない。（親和会）

- 債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を契約の拘束力に求めることは妥当でない。「債務者の責めに帰すべき事由」という文言は、現行のまま維持されるべきである。

現行の民法の文言を前提に判例・実務が形成されており、文言の変更はこうした判例・実務を変更させるものであるとの誤解を生じさせ、裁判実務への無用の影響が大きく懸念される。逆に、実務に影響がでないのであれば、無用の混乱を生じさせるだけである。（仙台弁）

- 債務不履行責任の発生要件につき、労務供給に関連する使用者等の不法行為責任又は債務不履行責任に基づく、労働者等の損害賠償請求権について、使用者等が債務不履行責任を負う範囲の限縮という形で、現行法上の権利を後退させる可能性がある。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）
- 本研究会は、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義（故意・過失がない場合には責任を負わないとする考え方）に求め、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味を、故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由と解する伝統的な見解が、実務において定着しているところから、妥当であり、今更これを変更する必要を認めないものと考えている。契約の拘束力に求める見解をベースにすること自体が妥当ではない。改正にあたっては、わが国の実務から遊離し、いたずらに新奇な考えに依拠するべきではあるまい。（日大民研・商研）
- 契約の拘束力に置き換えることに反対。責めに帰すべき事由は過失責任を含みつつ、契約の拘束力をも加味して評価し得る広い概念と捉えることができる。（弁護士）
- 人間像を「市民＝平均人＝抽象的理性人」という基盤を維持する以上、意思主義と表裏一体をなす過失責任主義は維持すべきであり、契約上の個別の損害の分配は、危険負担をアップデートして解決できるはずである。（弁護士）
- 「債務者の責めに帰すべき事由」という文言を始め、民法の基本的な概念を変更することには反対する。実務的な必要性を感じておらず、これまえ裁判例も集積された安定的な概念であって、社会に定着している。この基本的な概念の変更が社会に混乱をもたらすことは容易に想像でき、今の日本に必要ではな

い。(弁護士)

- 債務不履行の帰責根拠を、契約の拘束力や債務者の引き受けた事由に求めることは、民法債権法に消費者契約法を含めたり、格差是正の理念を導入したりする場合には反対である。

債務不履行の帰責根拠を、契約の拘束力や債務者の引き受けた事由に求めることは、一見、私的自治、契約自由の原則と親和性を持つかのようである。

しかし、民法債権法に消費者契約法の規定が盛り込まれたり、格差是正の理念が導入されると同時にこのような改正がなされれば、契約が過度に規範的に解釈され、債務者が現実には何を引き受けたかではなく、実際には明示的に引き受けなかった事由も含めて、引き受けるべきであった、という理由で責任を負わされ、私的自治・契約自由の原則が有名無実となってしまう恐れがある。(弁護士)

- 「債務者の責めに帰すべき事由」という文言で特に不都合が生じているのであれば、変更する必要はないのではないか。

「契約により引き受けていない事由」という文言では、何が契約により引き受けている事由で何がそうでないのかについて紛争が生じているケースでは、決め手にはならず、結局、契約の解釈によってどのような事由が契約上債務者により引き受けられていないのかを探求する必要がある。

むしろ、「債務者の責めに帰すべき事由」という表現の方が柔軟な解釈の余地がある。(弁護士)

- 従来 of 学説による定式の当否は別として、債務者はその債務を履行するのが原則であり、履行をしなかったにかかわらず損害賠償責任を負わないためには、それを正当化する特別の事情(免責事由)が存在する必要があるという考え方は支持すべきである。しかし、それを前提として、「債務者の責めに帰すべき事由」を別の文言に置き換える必要があるかどうかは別個の問題であり、むしろ裁判実務の現状からすると、これを維持することが無用な混乱を避けることになるのではないか。(大学教員)

- 判例・実務は必ずしも過失責任主義(故意・過失がない場合には責任を負わないという考え方)を採用しておらず、判例は「債務者の責めに帰すべき事由」の意味を契約から切り離された債務者の不注意とは解していないと思われる。

「債務者の責めに帰すべき事由」という文言は、社会規範的な感覚に適合しており、社会における紛争の自主的解決能力を維持している面があるから、この文言を維持すべきである。帰責根拠を「契約の拘束力」に求める立場からは、債務不履行の免責文言について「契約において引き受けていない事由」とする意見がある。しかし、「債務者の責めに帰すべき事由」という文言は実務に定着してお

り、これを実質的に変更する必要は認められない。なお、「債務者の責めに帰すべき事由」を基本としつつ、例示を加えることには一定の合理性があり、今後の検討課題である。なお、帰責事由に関する検討を通じて、債権者が債務不履行を主張立証し、債務者が帰責事由のないことを主張立証するという関係を明確にする必要がある。(弁護士)

- 現在の文言でよい。判例のいう帰責事由が「契約の当事者として払うべき注意を払わなかったこと」とされ、契約から切り離された不注意を意味しているわけではないのはその通りとしても、現在判例が認めているものをすべて「契約で引き受けた事由」などの文言によってとらえきるのは難しいと思われる。すでに学問上も客観的過失という概念が定着しているのであり、適切な文言が設定できないのであれば、現在の文言のままでよいのではないか。(大学教員)
- 現民法の解釈として、「債務者の責めに帰すことのできない事由」は実体法上の免責事由を示すものと理解できる。実体法上の免責事由であることを示すために「債務者の責めに帰すべき事由」というワーディングは適切でなく、「債務者の責めに帰すことのできない事由」や「債務者の責めに帰し得ない事由」とすることが相当である。(弁護士)
- 「契約により引き受けていない事由」に置き換えることは適切でないと思われる。
 - (a) これによって、契約責任の無過失責任化を目指すものである場合には、次の点で疑問がある。
 - ① 部会資料に紹介されているような判例を説明するために「契約により引き受けていない事由」という文言に置き換えることは必ずしも必要ではない。これらの判例は「債務者の責めに帰すべき事由」によっても十分に説明しうる。
 - ② この提案は判例・実務が必ずしも過失責任主義を採用していないという評価・認識を前提とするが、そもそもこのような評価・認識の正当性についてもっと詳細に検討する必要があるのではないか。帰責事由がなければ責任を負わないというのが一般人の感覚であって、無過失責任化はこのような社会的実態と乖離するのではないか。
 - ③ この提案は、すでに指摘されているように(補足説明27頁)、債務不履行の存在ないしはその前提としての債務内容の確定との混同が生ずる恐れがあるのではないか。
 - ④ このような無過失責任化が国際的潮流であるとはいえないのではないか。少なくともドイツ民法典は過失責任主義を明確に採用している(ドイツ民法276条1項)。

また、たとえ無過失責任化が国際的潮流であるとしても、これをわが国に導入するに際しては取引社会の実態を踏まえた十分な検討が必要ではないか。

- ⑤ 仮にこの提案による場合でも、「契約による引受け」を唯一の基準とすることにならないのではないか。明示的な合意が存在せず、また契約の趣旨から責任の範囲が明らかとならない場合も存在するのではないか。そうだとすると、少なくとも受け皿規定が必要ではないか。この点では、前記のドイツ民法276条1項が参考となろう。

この提案が契約責任の無過失責任化ではなくて、従来の帰責事由の内容を実質的に変えない判断枠組みを維持したものだとする場合には、あえて「契約により引き受けていない事由」という文言に変更する必要は全く無い。「帰責事由」を維持しながら、これを免責事由として位置づけることで足りる。

「帰責事由」は「債務者の故意・過失および信義則上これと同視すべき事由」とし、過失については客観的過失概念すなわち善管注意義務違反とする従来の見解を維持するのが妥当ではないか。(大学教員)

- 一般の取引当事者は「債務者が引き受けていなかった事由」を約定しないことが多く、多くの場合、この文言については、擬制的な認定とならざるを得ず、法的判断基準としての機能を持たない。悪質業者等は、この文言があることを利用して、免責を図ろうとすることが懸念される。(大学教員)
- 「債務者の責めに帰すべき事由」という文言の変更については、慎重に検討すべきである。なお、帰責根拠を契約の拘束力に求めるという理論については、一般論として採用すべきではない。

現行の裁判実務や取引実務は、契約上の債務不履行責任のほか法定責任の場合も含めて、上記「債務者の責めに帰すべき事由」という文言を基礎としている。

もっとも、上記文言の意味は必ずしも明確ではなく、損害賠償責任の範囲について普遍的かつ一般市民にも分かりやすい考え方を採用した上で、その考え方を反映した文言に改めるというのであれば文言の置き換えにも意味はあるが、文言の基礎となる基本的な考え方について見解の一致が見られないのであれば、文言のみを改めても規定の意味が分かりやすくなるわけではなく、実務に無用の混乱をもたらす結果しか生まないことから、現行法の文言自体は基本的に維持すべきである。

ところで、この問題については、現在のところ現在学者有志によって「帰責根拠を契約の拘束力に求める」という考え方(以下「契約拘束力説」と呼ぶ)が提唱されているが、このような考え方は、弁護士会内部における議論でも特

に批判や異論が続出したところである。

すなわち、契約拘束力説の考え方を体現したとされる「契約において引き受けていない事由」という免責要件の文言については、これを素直に読めば、民法上の不当条項等に該当しない限り契約書の免責条項によって全てが決まってしまうことになりかねず、契約書の作成にあたり交渉力等の劣る消費者や中小事業者等の権利利益が不当に制限される結果になるのではないかと、いうものである。

このような批判に対しては、「契約」が契約書の記載内容を意味するのではなく、当事者間の合意内容を、当該合意に関する諸事情を考慮して規範的に評価することにより導かれるものであるという指摘があったようであるが、その意味するところは全く不明確である。

これを楽観的に解釈すれば、契約拘束力説は従来 of 過失責任主義と異なる理論的根拠を採用するものの、具体的な事案における結論は従来 of 判例実務と特に異ならないようにする意図であるとも読めるが、一方で理論的根拠が異なる以上従来 of 実務とは全く異なる判断枠組みを要求しているようにも読めることから、その具体的に意味するところは法律の専門家にとっても不可解であり、ましてや一般の市民にとっては、そもそも「規範的评价」とはどのような評価をいうのかさっぱり分からないなどという者が圧倒的多数であろう。

このように、契約拘束力説の考え方は、その解釈次第では契約書の文言が全てを決する「弱肉強食の民法」になりかねず、そうでなくても具体的な判断基準が極めて不明確であることから、一般市民のための「分かりやすい民法」という理念から最もかけ離れたものであり、立法論としては絶対に採用すべきではない。(弁護士)

- 債務不履行を理由とする損害賠償請求における免責事由(帰責事由)については種々議論が発生している。最近の契約責任法学の考え方に立脚し、免責事由を契約内容との関連において定義づけようとする見解が学説上も有力であり、今後の審議においても有力な選択肢になると察せられる。しかし、事務管理や不当利得では、金銭債務以外の債務が契約によらずして発生するが、この場合は、「契約」に関連づけて免責事由を概念規定することができない。

そうすると、債務不履行を理由とする損害賠償請求における免責事由について、契約債権におけるそれと法定債権におけるそれを分離した二元的な法制にすべきということになる。この点、部会資料19に若干の言及はあるが、議論がなされていない。現行法制を維持するのであれば別であるが、そうでないかぎり、この点の立法的手当は必要なはずであり、正面からの議論が必要なはずである。(弁護士)

- 「債務者の責めに帰すべき事由」という文言の置き換えが検討されているが、「債務者の責めに帰すべき事由」を維持する考え方を採用すべきである。
 実務に混乱をもたらしていない学説上の争いを、立法的に解決すべきではない。仮に実務上の必要があるために条文の文言を変更する場合も、学説上の争いがあるのであれば、いずれかの学説の採用を決定的にし、ほかの学説の存在を許さなくするような文言にすべきではなく、いずれの学説をも許容する文言が望ましい。(大学教員)
- 債務不履行に基づく損害賠償責任の帰責根拠を契約の拘束力に求める見解は、学説上も少数にとどまる考えであるし、何よりも法曹実務及び市民社会の実務に深刻な混乱をもたらすものであるので、この考え方を前提とする改正については直ちに検討を打ち切るべきである。このような変更の必要は全く認められない。「債務者の責めに帰すべき事由」という要件で法曹実務も市民社会実務も何ら問題なく動いている。(弁護士)
- 「債務者の責めに帰すべき事由」は、学者がどのように整理をしたかは別論として、トラブルの解決の場面では、その文言の通りの意味で、両社の紛争の解釈指針となっている側面がある。これは、必ずしも契約書に記載された条項だけに限らず、契約時から履行時に至る全事情を考慮するのが通常であり、もし契約書の拘束力のみを考慮することを意味するのであれば、実務に悪影響を与える可能性があるため、避けるべきである。
 また、少なくとも法律の実務家の間では、この文言は共通のプロトコルとして広く浸透しているという事実を考慮するべきである。どのような文言を用いようと、あくまで抽象的概念であることから逃れられない以上、既に浸透しているこの文言を敢えて変更しようとする積極的な理由が思い浮かばない。(会社員)
- 不同意。文言を変更することで解釈にブレが生じないとの確信に至るものでなければ、徒に文言を改変する事には同意しない。(会社員)
- 債務不履行責任の要件に関する条文を「債務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である。
 - ① デフォルト・ルールとしては、賠償責任を肯定するために、帰責事由が必要という仕組みが合理的である。責任を加重・軽減するならば特約を結べば足り、そのこと自体が否定されない以上、特に変更する必要はない。
 - ② デフォルト・ルールを明示しておかないと、消費者契約法第8条第1号・第2号の提供にも困難が生じてしまい妥当ではない。また、商法第577条や同法第594条等との整合性を維持する必要性もある。
 - ③ なお、「契約により引き受けていない事由」に置き換える用途の提案があ

るが、これではデフォルト・ルールが不明確になってしまい妥当ではない。しかも、引き受けるか否かの対象はリスクなのであって「事由」ではないので、用語としても不適切である。(弁護士)

- 債務不履行責任の要件に関する条文を「債務者の責めに帰すべき事由」という文言から変更することには反対である。
 - ① 債務不履行責任の帰責原理を過失責任主義に求めるか、契約の拘束力に求めるかという理論的な問題は、債務不履行責任の免責要件や条文の文言をどのように定めるべきかという問題に論理的に直結しない。
 - ② 債務不履行責任の要件を「債務者の責めに帰すべき事由」から変更する実務的な必要性は全く無い。むしろ「債務者の責めに帰すべき事由」という債務不履行の要件は、契約書、ガイドライン、条例など社会で広く使われて定着しており、裁判例も積み上げられた安定的な概念である。
 - ③ 債務不履行責任の免責要件に関する文言を「契約により引き受けられていない事由」と変更することには反対である。契約書でいかようにも免責要件を定められるかのような誤解を招く文言であるのみならず、概念変更はその内容が裁判例等で定着するまでに無用な社会の混乱を招く。(日弁連消費者委有志)
- 債務不履行の要件としての「債務者の責めに帰すべき事由(帰責事由)」については多くの判例が積み重ねられて、実務においても確立した運用がされており、改正により変更されるべきではない。検討委員会の改正提案のような「契約により引き受けていなかった事由」(で免責)という新しい概念(要件)に改正変更することは、そのこと自体が実務に混乱を招き、不必要に契約書の記載事項を増加させるなどの弊害が生じることは必定であって、認めることができない。現行法を変えて新しい概念を導入する必要もなく、導入されれば一定の期間は混乱を招くことになることは確実であるように思われる(「契約により引き受けていなかった事由」「引き受けていた事由」の概念もいままで以上に不明確であって、国民には分かりにくくなっている)。

そもそも契約的正義(契約遵守)の貫徹は、日本人の国民性からいって妥当ではなく、契約によって規定すればそれが規範として重視され、絶対に遵守されるべきだという考え方は契約社会となった現在においても少なくとも日本には馴染まないものである(すでに英米、特にアメリカにおいてもそうした契約の拘束力重視の考え方には異論が増えてきていることが指摘されている)。契約重視の考え方は契約法の専門家には自明かもしれないが、日本の伝統的な法文化(国民性の一面)への考慮をする必要がある。契約で何を決めたかということよりも、社会通念や公平を背景とした「過失」(責めに帰す

べき事由)の要件の考え方は日本国民には馴染むもの(馴染んできた考え方)であるといえ、わざわざこれを改正変更すべきではない。「責めに帰すべき」場合に責任を負わせるというのは日本人にとって正しい倫理観を示しているが、約束(契約)した以上は何が何でも守らせるべきであるというような考え方(契約的正義)は日本社会の規範として浸透した考え方ではなく、そうした考え方が支配的になる社会に誘導する結果は、西歐的価値観においては正しいようにみえても、私見によれば、日本の良き国民性を破壊するものであって、すべきではない(「民法出でて忠孝滅ぶ」の視点)。契約を無視していいというわけではない(長年の現行法によって制度的なバランスが現在とれている)が、ある意味で契約にとらわれない、契約以上の公平さや道徳性を重視した社会が日本の独自性である(あった)とも思われる。

少なくとも相当に慎重な議論が必要であり、今回の改正で早急に実現されるべきものではない。(大学教員)

(3) 債務者の帰責事由による履行遅滞後の債務者の帰責事由によらない履行不能の処理

債務者の帰責事由による履行遅滞の後に、債務者の帰責事由によらない履行不能が生じた場合でも、履行遅滞に陥ったがために当該履行不能が生じたという関係が認められる限り、填補賠償請求が認められるとする判例法理を明文化するものとしてはどうか。

【部会資料5-2第2, 3(3) [34頁]】

【意見】

- 検討することに賛成である。確立した合理的な判例法理を明文化することは是認する。(兵庫県弁)
- 賛成する。判例法理の明文化であり、「分かりやすい民法」の実現に資する。(東弁)
- 明文化に、賛成である。異論のない判例法理であり、明文化が妥当である。(愛知県弁)
- 賛成する。判例法理であり、分かりやすい民法の実現に資するものである。(札幌弁)
- 履行遅滞に陥ったがために当該履行不能が生じたという関係が認められる限り、填補賠償が認められるとする判例法理を明文化することに賛成。判例法理の当否に特に問題はなく、また明文化による混乱もないと思われる。(広島弁)
- 債務者の帰責事由による履行遅滞の後債務者の帰責事由によらない履行不能

が生じた場合であっても、原則として填補賠償が認められることを明文化すべきである。(福岡弁)

- 賛成する。判例法理の明文化であり、わかりやすい民法に資する。(仙台弁)
- 債務者の帰責事由による履行遅滞の後に、債務者の帰責事由によらない履行不能が生じた場合でも、履行遅滞に陥ったがために当該履行不能が生じたという関係が認められる限り、填補賠償請求が認められるとする判例法理を明文化することに賛成である。わかりやすい民法の観点から、判例法理は基本的に明文化すべきである。(三菱電機)

- 債務者の帰責事由による履行遅滞の後に、債務者の帰責事由によらない履行不能が生じた場合でも、履行遅滞に陥ったがために当該履行不能が生じたという関係が認められる限り、填補賠償請求が認められるとする判例法理を明文化するものとしてはどうかとの点については、賛成する。

確立した判例実務を明文化するものであって、望ましい改正提案である。(法友全期)

- 中間論点整理の考え方に特段の異論はない。

債務者の帰責事由による履行遅滞後に履行不能となった場合には、原則として、当該履行遅滞により、債務者が遅滞したことに伴うリスクは負担すべきであると考えられる。

また、既に定着した判例法理として、実務においても、上記の考え方により処理をすることが一般的であるため、明文化することについても、特段の異論はない。(法友会)

- 債務者の責めに帰すべき事由に基づく履行遅滞後に、履行不能となった場合には、履行不能について債務者の責めに帰すべき事由が認められない場合であっても、履行遅滞になったために不能が生じたという関係が認められる限り、履行不能による填補賠償義務を負うとすべきである。

確定した判例法理であるから明記すべきである。(堂島有志)

- 検討することに異論はなく、検討に当たっては、判例法理を踏まえた要件効果とされたいとの意見があった。(最高裁)

- 確立した判例法理を明文化するものであり賛成である。(大阪弁)

- 基本的に賛成であるが、債務者の帰責事由による履行遅滞の状態にある間に履行不能となった場合、債務者の帰責事由によらない場合でも、債務者は損害賠償責任を負うのを原則とし、債務者において、遅滞がなかったとしてもなおも損害が発生したであろうことを証明した場合には責任を負わないとすべきである。

大審院の判例ではあるが、帰責事由のある履行遅滞中に履行不能となった場

合において、履行不能には帰責性が認められないとしても、債務者は損害賠償責任を負うとしている。

他方、帰責事由のある履行遅滞中に履行不能となった場合でも、債務者において遅滞しなくてもなお損害が発生したであろうことを証明したときには、責任は生じないとする裁判例がある。

以上の理解は必ずしも論理必然ではなく、また立証責任の分配について別論もありうると思われるところであり、明文により規定しておく必要がある。

上記論点整理中の「履行遅滞に陥ったがために当該履行不能が生じたという関係が認められる」との表現は、立証責任の分配の観点からは疑問があるが、同趣旨を述べるものと理解される。(横浜弁)

- 履行遅滞とその後の履行不能との間に因果関係が認められるならば、履行不能につき債務者に帰責事由があるものと考えらるべきであるから、特則は不要である。(もし仮に履行遅滞とその後の履行不能との間に因果関係が認められない場合にも債務者に損害賠償責任を負わせる趣旨であれば、債務者に対してあまりに酷であり、不当である。)(親和会)
- 確定した判例法理を明文化すべきである。(広大有志)
- この点につき、特段の異論はない。(日大民研・商研)
- 判例法理の明文化であり、「分かりやすい民法」の実現に資するから、賛成する。ただし、履行遅滞とその後の履行不能との間に因果関係があるなら、帰責事由もあると考えらるべきであって、特則は不要である旨の反対意見がある。(日弁連)
- 債務者の帰責事由による履行遅滞後の債務者の帰責事由によらない履行不能の処理に関する判例法理を明文化することに賛成する。(弁護士)
- 賛成。(大学教員)
- 条文上わかりやすくするのが望ましく、賛成である。(弁護士)
- 判例法理を明文化する方向で、検討がなされるべきである。(会社員)
- 解釈で対応可能であるが、明文の規定を設けても条文は煩瑣とはならないと思うので、明文化することに異議はない。(弁護士)
- 履行遅滞に陥ったがために当該履行不能が生じたという関係が認められる限り、填補賠償請求が認められるとする判例法理の明文化に賛成する。(日弁連消費者委有志)
- 明文の規定でその趣旨を示すことが適切である。(大学教員)
- 債務者の帰責事由による履行遅滞後の債務者の帰責事由によらない履行不能の処理に関する判例法理を明文化して差し支えないと思う。(大学教員)
- 明文化の必要はない。(北海学園大民研)

- 解釈論で対応できる範囲の問題であり，明文化する必要はない。（弁護士）
- 「債務者の帰責事由による履行遅滞後の債務者の帰責事由によらない履行不能」とされているものは，履行遅滞がなければ，履行不能になることはなかったのだから，単に「債務者の帰責事由による履行不能」であると，事実として，認定すべきことであって，改定の必要があるとは思えない。（個人）

3 損害賠償の範囲（民法第416条）

(1) 損害賠償の範囲に関する規定の在り方

損害賠償の範囲を規定する民法第416条については，その文言から損害賠償の範囲に関する具体的な規範を読み取りづらいため，規定を明確にすべきであるという意見があることを踏まえて，判例・裁判実務の考え方，相当因果関係説，保護範囲説・契約利益説等から導かれる具体的準則の異同を整理しつつ，損害賠償の範囲を画する規律の明確化の可否について，更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第2，4(1) [34頁]】

【意見】

- 中小企業の取引実務に指針を与えるような条文規定として頂きたい。（全中）
- 損害賠償の範囲を画する規律の明確化をはかるべきである。（広大有志）
- 損害賠償の範囲を画する規律の明確化にあたっては，原則的には，予見可能性ルールを中心とした見解が望ましい。ただし，予見可能であればあらゆる拡大損害を損害賠償の範囲に含める結果となることは妥当ではなく，一定の制限を行うべきである。

(1) 企業実務の感覚からは，「予見可能性ルール」の採用自体に違和感はない。

実務上の損害賠償の範囲の確定方法は，「相当因果関係」の有無で検討するというよりも，当該損害が通常生じるか否か，また，生じる可能性があると認識していたか否かによって判断することが企業実務としては一般的である。これは，直接損害のみを賠償範囲とするのでは債権者の保護が不十分であることから，予見可能な損害についても賠償すべきとの判断である。

もっとも，予見可能な損害であればあらゆる間接損害，拡大損害まで賠償すべき義務を負わせるということでは，債務者に過大な責任を負わせることになるため，その場面においては，どこまでの損害を賠償させることが相当なのか，という観点から一定の制限を設ける必要がある。

(2) 企業実務においては，売買契約書等の契約書の作成・交渉の場面において，「直接損害」「間接損害」「通常損害」「特別損害」「機会損失・逸失利益」などの日本民法下での損害概念，諸外国の法律の下での損害概念等が混在して

使用されており、当事者の理解や有事の際の法的解決の予測において、極めて見通しの悪い状況となっている。

今回の民法の改正において、見通しのよい準則を立てるべきである。(法友会)

- 損害賠償の範囲を画する規律を明確化することに賛成する。(損保協会)
- 損害賠償の範囲を画する規律を明確化する場合は、いずれの考え方から整理するにせよ、やみくもに賠償の範囲が拡大しないよう一定の歯止めを設けた規定とするべきである。(三菱電機)
- 特に立法案は形成されなかったが、損害賠償の範囲を画する規律の明確化を図る方向で更に検討することには意義があり賛成する。(兵庫県弁)
- 不法行為における損害賠償の範囲に関する新設規定を設けることを検討すべき債務不履行に関する損害賠償の範囲について契約責任を根拠とするようになると、もはや不法行為に類推適用すべきではないと考えられる。そうすると、不法行為については独自の賠償範囲論が必要になるが、今回の改正では明文規定を設けるべきかどうか検討すべき。

ここでも、ユニドロワ原則の該当条文を参考にすべき。その表現は参考にすることに値する。(弁護士)

- 民法第416条の文言からは、損害賠償の範囲に関する具体的な規範を読み取りづらいから、規定を明確にすべきである。その際には、判例の考え方に基づく整理も加味して、通常損害の判断において、契約締結時の予見可能性を中心にしつつ、損害軽減義務の発想を用いた規範的判断をし、特別損害の判断において、不履行時の債務者の予見可能性に基づく損害を判断するという枠組みによるのが妥当である。(弁護士)
- この問題についても規律の明確化すなわち「国民に分かりやすい民法の実現」にとどまらず、「格差拡大への対応（ないし劣位者の保護）」という改正目的との整合性を最も重要な観点として今後検討するのが妥当である。

損害賠償の範囲の規定については、端的に現行民法416条の文言を前提として、判例法理をもとに一部訂正・補充する方向で今後検討することに賛成する。

これに対し、「予見可能ルールを原則とする考え方」がある。確かに、「予見可能ルール」は、当事者の予見可能な範囲の損害を賠償させるという考え方であって、それ自体は相当因果関係概念（416条1項ではない）よりも分かりやすいが、交渉力等の優位者が、契約書の中に、相手方である劣位者の予見可能性を拡大させるための文言（優位者にとっての「契約の目的」や「目的物の使用予定」の詳細など）を入れる事態が多くなり、そのために契約書のこのような記載によって損害賠償の範囲が拡大してしまい、劣位者に不利益となるお

それがあると思料するから、強く反対する。(東弁)

- 損害賠償の範囲を画する規律の明確化することに反対はしない。ただし、明確化する規定の内容については慎重に検討すべき。

現在の実務で特段問題はない。現行の実務を変更する必要性は乏しい。

なお、「予見可能性ルール」を重視することは、契約書に「予見」の内容を詳細に記載することにより、損害賠償の対象とされ、消費者に不利になることが懸念される。(仙台弁)

- 基本的に、現行民法416条第1項及び第2項の規定を変更することについては慎重に検討されるべきであり、現在の判例の枠組みの範囲で規定を整備すべきである。法制審議会でも議論が錯綜しているが、損害賠償の範囲に関する学説による結論の差異は明らかでない。裁判実務上、現行民法416条の枠組みで「相当性」の判断のなかで損害賠償の範囲を確定しており、その実務に特に不都合はないものとする。したがって、現行民法416条の枠組みを維持したうえで、現在の判例ルールを明確化し法的安定性を高めるために必要な範囲で、明文化を図るべきであるとする。(愛知県弁)

- 相当因果関係説を予見可能性の問題としてとらえる議論と考えられるが、現状で何がいけないのか不明である。この点を確認する必要がある。なお、不法行為責任の特則である「原子力損害賠償に関する法律」に関するものであるが、福島原発事故に関して原子力損害賠償紛争審査会の公表している指針を見る限り、相当因果関係による判断は有効に機能しているものと思われる。(パブコメWG)

- 債務不履行による損害賠償の範囲については、従来の通常損害・特別損害概念を判断基準とする相当因果関係ルールを維持すべきである。

現民法は債務不履行による損害を通常損害と特別損害に区別し、特別損害については当事者(判例・通説では債務者)が予見し又は予見すべきであったときのみ損害賠償を請求することができるとしている。これを立証責任の要否という側面からみると通常損害は債権者の立証を要せずに、特別損害は債務者の予見・予見可能性を債権者が立証したときに損害賠償を請求できるとされている。

これに対して、現在検討されている改正提案の一つに、損害につき通常・特別という区別をせずに、契約締結時は両当事者、契約締結後は債務者が予見し又は予見すべきであった損害を損害賠償の範囲とする、いわゆる「予見可能性ルール」を採用するというものがある。

上記の提案の理由としては、以下のようなことが述べられている。まず沿革として現民法第416条はもともと予見可能性ルールを念頭において立法されたものであった。

しかしドイツ民法学の学説継受により相当因果関係(すべての事実的因果関係では広くなりすぎるので「相当性」という絞りをかけた、いわゆる「相当因果関係ルール」)の概念が導入され、同第416条は予見可能性ルールではなく、相当因果関係ルールをもとに解釈され運用されてきた。そのような経緯をふまえ立法当初の趣旨に戻り予見可能性ルールをとるべきとする。すなわち契約当事者は損害リスクを考慮し契約を合意するに至っているわけであるから、そのルールに従って単純に予見し又は予見すべきであった損害について債務者が負担すべきであるとする。

しかし、当事者の予見・予見可能性のみを基準として損害賠償の範囲を確定することにつき必ずしも問題がないとは言い切れない。そもそも予見可能性ルールは、前述のとおり両当事者がそれぞれ損害リスクを考慮した上で、契約を締結するということを念頭においているが、リスクを予見する能力には、当事者の地位や属性によって格差が存在する。そうすると、契約の締結に際して、一方当事者について損害を予見していたと認定されるような契約条項が定められ、それに基づきありとあらゆる損害が請求できるという事態も想定され、その結果契約の公正という観点から不均衡な結果がもたらされるおそれがある。

また、予見可能性ルールに基づき損害賠償の範囲を定めるとすると、その範囲は「予見可能性」さえあれば事実的因果関係すべてにおいて理論上際限なく広がってしまうこととなり、実務に多大な影響を及ぼすことが予想される。

さらに、予見可能性ルールを採用する上で、予見の対象は「損害」と提案されている(現民法では、特別損害についての予見の対象は「特別の事情」である)。しかし、「損害」という語は、損害そのものの事実なのか、その損害の金銭的価値なのか、またそれらに損害が発生した事情も含めたものなのかなど、多元的な要素を含むものであり、予見の対象を「事情」とした場合に比べ、解釈にゆだねられる部分が多くなることが懸念される。さらに「予見すべきであった」という予見可能性について認定するときには、その損害を当事者が「予見すべきであったのか、予見すべきであったとまではいえないのか」という境界線上についての価値判断も必要となる。

両当事者の衡平に資するためには、前述の損害、予見可能性について総合的に勘案して損害賠償の範囲を判断すべきであることはいうまでもない。現裁判実務においては、その判断に当たり「相当性」の概念を利用して妥当な解決が導かれている。個々の契約類型(当事者、契約の目的物、契約態様等)は多岐にわたるものであるから、損害賠償の範囲を考慮するに当たっては、まず通常損害・特別損害の枠組みを判断基準とし、その上で特別損害についての予見可能性につき相当性の概念を用いて解釈において個々の事案に柔軟に対応するのが望ましいと

考える。

長期間にわたり蓄積されてきた通常損害・特別損害の基準を捨て、あえてルールを変更することにより現在の安定した実務に混乱を招くような事態は避けるべきである。よって損害賠償の範囲については、従来の通常損害・特別損害概念を判断基準とする相当因果関係ルールを維持すべきである。(青司連)

- 損害賠償の範囲を画する規律の明確化の可否について検討することには賛成する。

損害賠償の範囲を通常損害で画した上で、特別損害の賠償義務の有無を検討する枠組みは、理解しやすく、基本的にはこの枠組みを前提として検討すべきである。

損害賠償の範囲を画する規律について、予見可能性を基本とすることには反対である。

「通常生ずべき損害」という文言は、契約当事者の経験・知識・能力などの格差には直接的には左右されず、債権者・債務者双方当事者にとって公平な損害分担を画する概念としてわかりやすく、実務的にも定着している。(広島弁)

- 損害賠償の範囲を画する規律の明確化の可否につき、現行法どおりの理解及び文言を維持することに賛成する。損害賠償の範囲についてはいわゆる相当因果関係説の理解が実務では定着していると思われ、あえてこれを変更する必要性は見いだされないことから、現行法どおりの理解及び文言を維持するのが妥当と思料する。(札幌弁)

- 現行、特別損害は、予見可能性を要件とするために、例えば、システム開発に際してベンダーは、顧客とシステムの仕様について詳細に打合わせをしながら開発を進めるため顧客側の事情を詳しく知ることとなり、その結果顧客側の事情を知れば知るほどに事故に対して予見可能性があったとされ特別損害の賠償責任を負うことになりやすいとの理解から、ベンダー側から提示する契約書ひな形には、通常・直接・現実の損害のみを賠償対象とし、特別損害はじめ間接損害・逸失利益などを損害賠償の対象から除外し、損害賠償をする場合でも、損害賠償予定金額を契約金額までに制限するなどの免責規定をあらかじめ設ける実務がなされている。

そして、超一流のベンダーほど契約書交渉をしてもかかる免責条項の修正に応じないのが通常であり、顧客側としても当該ベンダーに顧客の重要なシステムを依存している場合は、今後の協力関係維持の必要性から無用な軋轢をおそれ、やむを得ずかかる不利益な免責条項でも応諾せざるを得ないのが実情である。

このように、事業者間ではあっても、当事者間の立場から交渉力格差が大きくある場合があるということを考慮して、適正なリスク配分および負担という観点

から、規律を整理していただければありがたい。(会社員)

- まず、第416条の改正については、判例との整合性が解決されなければならない。判例では不法行為に基づく損害賠償にも第416条は準用されることになっているが、これを踏襲するのであれば、今回の改正において、不法行為の事例も想定する必要があるだろう。しかし、法制審議会での論点において示された各案では、債務の発生をさらに具体的に契約として示しており、不法行為の事例への配慮は見られない。今回の改正は不法行為法にまで及ばないが、損害賠償に関する規定では、不法行為法との関係のある程度明確にしておいた方がよいのではないか。少なくとも、第416条の準用を維持するのか否かは明らかにすべきだと考える。これは損害賠償の範囲確定を一元化するのか債務不履行の場合と不法行為の場合で分ける二元的構造にするのか、という問題でもある。この点を不明確にしておくと、従来の判例法理との関係が裁判上問題になり得るであろう。予期される紛争を未然に防ぐために、事前にこの問題を解決しておく必要があると考えられる。(「改正を考える」研)
- 同条の通常損害・特別損害の枠組みは、分かりやすく、立証もしやすい上、客観的基準であって公平感があるなどの理由から、維持する方向で検討すべきである。なお、他の方法について検討することを一概に否定するものではないが、他の学説を採用したところで損害賠償の範囲が分かりやすいものになるかといえば疑義があり、もし見直すのであれば、原則、判例・裁判実務に従った、既存の運用と齟齬をきたさない運用を目指すべきである。(会社員)
- 予見可能性ルールを明文化すべきである。具体的には以下のとおり。
 - ① 債務不履行によって発生した損害のうち、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。
 - ② 予見可能性の有無・程度については、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判断する。

契約の当事者は「契約の内容・契約の趣旨」に従って履行がなされることを期待し、さらには、履行に大きく依存していることがある。しかしながら、これらの期待や依存のすべてが賠償の範囲ではないことは明らかであり、どの範囲に限定すべきかが問題となる。

例えば、AがBに対して建物を売却する契約を締結していた場合に、Aの失火によって建物が焼失した(履行不能となった)とする。この場合のAが負担する賠償の範囲について、現実に予見できた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が、予見可能性のない損害は賠償の範囲から外す、とするのが当事者の公平に合致するであろう。具体的に

検討すると、Bが自宅として購入する場合であったとすれば、Bに現実に発生する損害としては、建物そのもの、従前居住していたアパートを解約しており新たなアパートに入居しなければならない場合の費用、引越のキャンセル料などが考えられる。Bが不動産業者で転売を予定していた場合にBに現実に発生する損害としては、転売による得べかりし利益、転売先に支払わなければならない違約金などが考えられる。これらの損害のうち予見可能性のあったものが賠償の範囲となる。

現在の裁判実務も、予見可能性ルールに従って判断していると思われる。裁判例のなかには、「相当」という用語を用いて、賠償の範囲を妥当な範囲に限定する努力をしているものもある。また、賃借人に現実に発生した約4年分の営業利益を損害とした原審の判断を取り消している判例があるが、賃借人は別の営業拠点を探すのが通常であることを考えると、長期間に及ぶ営業利益の発生について賃借人は予見できないとする考え方によっているとも考えられる。

予見可能性の有無については、法律行為の種類・内容（例 収益物件か否か）、当事者の業態・地位（例・買主が個人か不動産業者か）、契約締結に至る経緯（例・買主による使用目的などの説明内容）、不履行の態様（例・契約直後か履行期直前か）などを勘案して判断するとすべきである。（福岡弁）

- 適切な要件設定が可能であるとは思われないので、予見の主体、時期、予見の対象等を含め、規定を設けることには反対である。（北海学園大民研）
- 民法第416条において「損害」とはどのようなレベルの事実ないし金銭的差額を指すのか、それが不法行為における議論とうまくかみ合っているのか、また金銭的評価の問題を損害賠償の範囲そのものとは切り離すとする近時の有力な考え方による場合に、金銭的評価自体をどのように行うかについてのルールをどのように考えるか等について、物の引渡債務の不履行の場合以外の種々の不履行類型を合わせて考慮に入れながら検討することが必要である。

それと同時に、従前の判例・学説において用いられてきた履行利益・信託利益という概念が、民法第416条とどのような関係にあるのかについても、明確にする必要があるのではないか。（大学教員）

- 損害賠償の範囲を画する規律の明文化の可否について、更に検討することについて賛成する。ただし、結論としては、判例・裁判実務の考え方であると解される準則を明文化するにとどめるべきである。例えば、1項については、「債務の不履行に関する損害賠償の請求は、その債務の不履行によって現実に生じた損害のうち、通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。」とし、2項については、「特別の事情によって生じた損害であっても、債務者が債務の不履行が生じるまでに、その事情を予見し、又は予見することができたときは、

債権者は、前項の損害賠償を請求することができる。」と定めることが考えられる。

民法第416条の文言から損害賠償の範囲に関する具体的規範を読み取りづらいため、規範を明確にすべきであるという意見があるが、これは民法を国民一般にとって分かりやすいものとするという債権法改正の必要性に沿っているから、損害賠償の範囲を画する規律の明文化の可否を検討することには賛成する。ただし、判例・実務の考え方は、第416条1項は、相当因果関係の原則について定めたものであり、2項は、その基礎となる特別事情の範囲を示すものであると解釈するものであるところ、実務上、そのような解釈による運用に不都合は生じていないのであるから、この判例・実務の考え方は、維持されるべきである。
(法友全期)

- 「通常生ずべき損害」という要件を維持することに賛成であり、これを変更することには反対である。「通常生ずべき損害」は、種々の要素を柔軟に取り込み、公平妥当な判断を可能とする要件として機能しているが、予見可能性のみで賠償範囲を画すると、損害賠償の範囲が過度に広がる場合がある。(一弁)
- 契約締結時に、その種の契約をした者なら予見可能な(通常生ずべき)損害を基本とし、不履行時に債務者が予見可能であった事情から通常生ずべき損害も賠償範囲に加える枠組みを明記すべきである。

裁判実務で積み重ねられた運用を、わかりやすく条文化することに徹すべきである。

契約締結時に予見可能でなかった損失であっても、契約締結後に債務者が予見すべきであったものについては、契約締結によって契約利益の実現を保障した以上、債務者は誠実に行動すべきであるとの規範を介して、賠償範囲に加えることが正当化される。(堂島有志)

- 次のような理由から、現行法の枠組みの下で安定した運用がされているところであり、これを変更しなければならない事情があるのか疑問を呈する意見や、長年継続してきた枠組みを変更することにより取引実務に影響が生じるのではないかとの懸念を示す意見が多かった。

従来の実務では、相当因果関係の判断を弾力的に行うことで、裁判所が事案ごとに債務者の賠償すべき損害の範囲を画し、適切な解決を導いてきたところがある。検討に当たっては、損害認定が硬化化されないよう、慎重に配慮されたい。

また、不法行為に基づく損害賠償の範囲においても、民法第416条が類推適用されている(大判大15年5月22日民集5巻6号386頁等参照)ことや、裁判においては、債務不履行に基づく損害賠償請求は、不法行為に基づく損害賠償請求と選択的に主張されることが少なくないことからすると、不法行為に基づ

く損害賠償の範囲への影響も意識する必要がある。(最高裁)

- 規律の明確化は賛成であるが、取引実務や裁判実務に与える影響に十分に留意すべきである。

今日に至るまで、判例・実務において、損害賠償の範囲はいわゆる「相当因果関係論」を基礎として判断されており、現在の実務の判断手法として通常損害と特別損害という枠組みで安定している。

したがって、諸説から導かれる具体的準則が、判例・裁判実務と異なる結論とならないかを慎重に見極める必要がある。

また、例えば、契約締結に至った背景事情や交渉過程などから規範的に捉えるという意味で「予見」という文言を使うのは、「予見」という文言から形式的に理解される意味からすると判りにくい。そうすると、むしろ「相当性」という文言の方が理解し易いとも考えられる。(大阪弁)

- 民法第416条に規定されている「当事者」の考え方や「通常生ずべき損害」、「特別の事情によって生じた損害」という、これまでの判例等で内容が確定しているものを具体的に規定すること自体に異論はないが、判例等で示された考え方やこれまでの実務にそぐわないものとならないよう配慮すべきであるという指摘がある。(全銀協)

- 規律の明確化を図ることには賛成であるが、現行法の枠組みを変更することについては、反対である。

現行の416条の規定は、損害賠償の範囲に関する基本的な枠組みが示しているものの、条文から読み取れない部分について解釈や判例による補充が多数なされており、それらを明確化する必要性は大きいと考えられる。

現行法の枠組みである通常損害と特別損害の区別は、一般国民にとっても理解しやすいものであるのみならず、立証責任の分配の観点からも合理性を有する。長年実務に定着したこの考えを根本から変更するほどの具体的必要性はない。(横浜弁)

- 民法第416条の文言から離れる形で判例及び理論(相当因果関係説等)が形成されている一方で、実務では相当因果関係を意識しつつも、売買金額・取引額も考慮した上で、損害賠償額を契約当事者の交渉により決めており、いずれも条文の規定ぶりとはかけ離れたものとなっている。このため、条文の規定が実務に指針を与えていない。

相当因果関係ルールが条文から直ちに読み取れないことや「相当因果関係」が具体的に何を意味するのか明確でないことは確か。

その上で、当事者の予見を問題とするのであれば、予見時を契約締結時と債務不履行時のいずれにするか、予見主体を債務者だけにするか両当事者にするか等

について、経済学的な観点に加えて、実務の損害負担の考え方も踏まえて、引き続き慎重に検討することが必要であるため、判断を留保する。

経済学的に効率的な損害賠償ルールは何であるかの検証に加え、実務における損害負担の処理に係る実態の検証も踏まえた上で、ポスト相当因果関係ルールの策定に入るべきである。(産業組織課)

- 損害賠償の範囲を画する概念としての予見の主体、時期及び対象等並びに各種の修正準則の検討に当たっては、内容の合理性を確保することもさることながら、従前の取引実務に比して過度の負担を契約当事者に課すことのないよう、配慮する必要がある。(森・濱田松本有志)
- 条文上の予見可能性ルールと実務上の相当因果関係ルールに乖離があるため、実務を尊重する方向で規定のあり方を見直すべきである。相当因果関係ルールは判断を裁判所に丸投げするのに等しいとの批判はあるが、損害賠償請求の紛争は裁判所が判断を示すことにより解決に至ることも多い点を重視すべきである。また、いわゆるウィーン売買条約では予見可能性ルールが取り入れられているが、同条約は、国際取引、商事取引あるいは売買といったものを想定したものであり、いわば外人向けのルールといえることから、予見の内容にばらつきが生じやすい取引の素人を対象とした民法に適したルールとはいえない。たとえば、債務者に帰責させる損害は、通常事情および履行期において債務者が予見可能な特別事情を基に相当因果関係のある範囲に限定し、債務者に故意または重過失があった場合には事実的因果関係のある損害についてすべて帰責させる、といった方向での改正を検討すべきである。(親和会)
- 「判例・裁判実務の考え方、相当因果関係説、保護範囲説・契約利益説等から導かれる具体的準則の異同を整理しつつ、損害賠償の範囲を画する規律の明確化の可否について、更に検討」という、『中間論点整理』の立場に賛成する。慎重に精査されたい。(日大民研・商研)
- 損害賠償の範囲について検討することには賛成するが、端的に現行民法416条の文面を前提として、判例法理をもとに一部訂正・補充する方向の意見が強い。

まず、民法第416条第1項の「通常生ずべき損害」という文言それ自体は「他の同種事例において通常認められる範囲の損害」という意味として国民に理解されており、「分かりやすい」概念で実務でも定着している旨の意見が有力である。

また、「通常生ずべき損害の賠償」という原則自体は、損害賠償の範囲について公平に処理する原則であって、「格差拡大の危険性」も存しないと考える。

したがって、今後とも、これを損害賠償のルールの原則とする方向で検討するのが妥当である。

ただし、同条2項においては、予見の主体や時期などについての明文規定がないので、これを補うための一部改正は「国民に分かりやすくする」ために必要である。

これに対し、「予見可能ルール」の考え方は、契約当事者の予見可能な範囲の損害を賠償させることを原則とするという考え方で、それ自体は「相当因果関係概念」（第416条の文言ではない）よりも「分かりやすい」ことは否定できない。

しかし、「通常生ずべき損害の賠償」ではなく、「予見可能な範囲の損害の賠償」の原則に立って、契約書を作成するようになれば、交渉力等の優位者が、契約書の中に、相手方である劣位者の予見可能性を拡大させるための文言（優位者にとっての「契約の目的」や「目的地の使用予定」の詳細など）を入れることを容認する傾向が強くなり、そのために契約書のこのような記載によって損害賠償の範囲が拡大してしまい、劣位者に不利益となるおそれがある。

したがって、予見可能ルールは、「格差による不利益を発生させるおそれ」があるので、その採用には慎重であるべきである。（日弁連）

- 履行障害の重要論点として位置付けて検討することに賛成である。現行民法第416条は、英国のハドレールールを参考に起草されたものだが、完全賠償制度の条文を持つドイツ旧民法下の学説を継受して伝統的学説が形成され、同条に関する議論は混乱を極めている。検討が必要である。

〔改正提案〕

（損害賠償の範囲）

- 1 契約上の債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることを目的とする。
 - 2 特別の損害であっても、次の損害については、債権者はその賠償を請求することができる。
 - ① 契約締結時に債権者が債務不履行の結果として予見し、又は予見すべきであった損害
 - ② 契約締結後、債務不履行が生じるまでに、債務者が予見し、又は予見すべきであった損害で、債務者がこれを回避するための合理的措置を講じなかったもの（弁護士）
- 第416条それ自体がそれほど不明確であるとは思わないが、判例法理を取り込む形で、より明確かつ操作しやすい規定にするのであれば賛成。（大学教員）
 - 実務に定着している相当因果関係説を踏まえた規定を整備すべきである。また、悪質商法を抑止する観点から、一定の要件のもとに、懲罰的賠償請求を制度化すべきである。（日弁連消費者委有志）

- 現行規定でよい。内部で議論が分かれるような問題に深入りせず、明確な解釈論が固まるまで待つべきと考える。(弁護士)
- 損害賠償の範囲は制限賠償主義の観点から考えるべきである。フランス民法の予見可能性ルールを導入した旧民法の規定を維持しつつイギリスの判例法理を採り入れて起草された趣旨を尊重すべきである。このことを踏まえながらも、予見可能性ルールを明文化すべきであろう。(大学教員)
- 検討することは賛成であるが、その際現行規範を確定判例によりわかりやすく補正する方向で検討すべきである。
 - 1 現行416条の問題点
 - (1) 通常事情に基づく、通常損害について1項が規定していないのか明確でないし、この場合予見可能性を要するのかも明らかでない。
 - (2) 「相当」との文言がないのに、判例通説が相当因果関係説をとるのはわかりにくい。
 - (3) 第2項の特別の事情に基づく損害について、予見の対象を事情としつつ、いかなる損害が、特別の事情に基づく損害になるのかが明確でない。
 - 2 各説の問題点
 - (1) 第416条をめぐる相当因果関係説は条文の文言から大きく離れておりわかりにくいし、条文の沿革からも支持しにくい。
 - (2) ついで契約利益説や保護範囲説(本来は不法行為の損害賠償の範囲を画する理論でありここであげるのは適切でない)は事実的因果関係、法的因果関係、金銭的評価を分ける考え方と整合的であるところ現行法での損害のとらえ方が具体的損害を問題にしている(差額説)ことと不調和である。契約利益説と調和的である損害事実説をとるなら損害はあくまで抽象的でなければならず、その損害賠償の範囲を定めるのに抽象的な損害概念を採用することになるが果たして裁判規範として役に立つであろうか?やはり損害賠償の範囲は金銭的評価を含む具体的損害が定められる必要がある。
 - 3 よって、いずれの説にも問題があり、現行416条を確定判例により補正するのがもっとも適切である。(弁護士)
- 判例上法理としては確立している相当因果関係論の判断枠組みを変更する実益がどの程度あるか疑わしい。長年続いてきた実務はよほどのこと(不利益を大きく上回る実益)がない限り、変更すべきではない。実務を混乱させる危険をもったまま、国際的傾向にあわせるべきではない。

また、現行法の解釈と異なり、予見の対象を「損害」とし、予見可能性の時期を「契約締結時」とすることにも反対である。日本人の国民性・文化からみて、契約締結時に限定した合理的な判断ではなく、事後の事情を含めた協調的な協力

関係（法的には信義則の適用ということになるが）の下、「債務不履行時」までに予見可能な「事情」を考慮して、相手方に迷惑をかけない行動を要請するほうが日本人にとっては妥当であり、自分の契約違反（債務不履行）によって人に迷惑をかけない、かけた場合にはその時点で予想ができる賠償をすべきであるという道徳的倫理観を維持醸成するという観点からも、予見の対象を「事情」として、予見可能性の時期を「債務不履行時」とする現行法解釈の考え方が妥当であると思われる。（大学教員）

- 改定すべき理由があるとは思えない。（個人）
- 悪質な者だと過剰に請求する場合もある。継続的な審議が必要。（会社員）

(2) 予見の主体及び時期等（民法第416条第2項）

損害賠償の範囲を画する基準として当事者の予見を問題とする立場（民法第416条第2項等）においては、予見の主体と時期が問題となるが、民法の条文上はその点が不明確である。

まず、予見の主体については、債務者とする裁判実務の考え方と両当事者とする考え方のほか、契約当事者の属性に応じた規定を設けるべきであるという意見があったことを踏まえて、前記(1)の検討と併せて、更に検討してはどうか。また、予見の時期については、不履行時とする裁判実務の考え方と契約締結時を基本とする考え方等について、損害の不当な拡大を防止する必要性に留意しつつ、前記(1)の検討と併せて、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第2, 4(2) [40頁]】

【意見】

- 当事者にとっての予測可能性を高める観点からは、予見の主体は「両当事者」であるべきであり、時期及び対象については、原則として「契約時」に予見しうる「損害」とすべきである。

損害賠償の範囲を画する規律の明確化によって、当事者にとって予測可能性が高まることが重要である。規律自体の明確化の観点からは、予見の対象を「事情」とするのは不明確となるおそれがあり、また、予見の主体および時期は「契約時」に「双方の当事者」にとって予見されていることが望ましいと考えられる。（損保協会）
- 予見の主体及び時期については、両当事者の契約締結時点における予見を基準とすべきである。契約締結後の予見可能性を考慮すると、契約締結後に当事者の置かれた状況が変化した場合でも損害賠償の範囲に含まれてしまうため、

相当でないと考える。

なお、契約締結時を基準にする考え方を採用する場合には、契約に基づかない債務の扱いについても慎重な検討がなされるべきである。(三菱電機)

- 検討すること自体は必要である。(兵庫県弁)
- 予見の主体は債務者、予見の時期は不履行時とすべきである。実務上、現行の裁判実務を変更すべき要請はなく、新たな変更は混乱を招くから、判例の立場を変更すべきでない。(経営法曹会議)
- 予見の主体を債務者のみとし、予見の時期を「不履行時」とする判例実務を明文化する方向で検討すべきである。裁判実務の考え方は、債務者が不履行時に「特別事情」を予見していた場合は、それによって生じた損害についても賠償をすべきである旨を明らかにするものであり、妥当かつ安定した考え方である。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。(東弁)
- 明文化には賛成する。明文化にあたってその内容は判例実務に基づくべき。
わかりやすい民法、という観点から明文化に反対はしないが、現在の裁判実務を変更する実務的必要性はない。(仙台弁)
- 現在の判例法理を明文化する方向で検討すべきである。現在の判例の考え方に不都合はなく、判例ルールを明文化の範囲で改正検討するべきである。(愛知県弁)
- 予見の主体については債務者、予見の時期は不履行時とする判例実務を明文化する方向で検討すべきである。

予見の主体を双方当事者としたり、契約時とすることは、損害賠償の範囲を画する規定のあり方そのものをかえるものであり、前記3(1)のとおり賛成できない。(広島弁)

- 予見の主体につき債務者とし、予見の時期につき不履行時とすべきである。判例法理であり、分かりやすい民法の実現に資するものである。(札幌弁)
- 予見の主体に関しては債務者、予見の時期に関しては不履行時まで、として明文化すべきである。

損害賠償の範囲について予見可能性ルールを適用するとした場合、予見の主体と予見の時期をどのように考えればよいのかが問題となる。例えば、AがBに対して建物を売却する契約を締結したところ、契約締結時点においては、Bは建物を自己使用する予定であったが、その後予定が変わり、AB間の売買価格の倍以上の価格で建物をCに転売する契約を締結し、その旨Aに通知し、その後、履行期までの間に、Aの失火によって建物が焼失した(履行不能となった)とする。債務者Aは、契約に定められたとおり履行する義務を負うのであるから、契約締結後の契約の履行過程において債務者が知り得た事情も加えて、

予見可能性を判断したとしても、債務者に酷とはいえないであろう。(福岡弁)

- 契約時点で予見可能な範囲に限定するのが不当な損害の拡大を回避する趣旨から合理的と考えられる。(不動協)

- 予見の主体及び時期について、更に検討することについて賛成する。また、予見の時期の検討にあたって、損害の不当な拡大を防止する必要性に留意するという点についても賛成する。ただし、結論としては、予見の主体は、債務者、予見の時期は、債務不履行時という現行実務の解釈を維持すべきである。

確かに、現行民法の条文上、予見の主体及び時期は不明確であるから、この点の明文化を検討すべきである。しかし、現行実務上、予見の主体は、債務者、予見の時期は、債務不履行時と解されており、この解釈に基づく運用に不都合は生じていないのであるから、現行実務の当該解釈は維持されるべきである。なお、予見の時期について、契約締結時を原則とする考え方もあるが、当事者が契約締結時にあらゆるリスクを想定することは困難であり、この考え方には反対である。(法友全期)

- 予見の主体を当事者としたり、予見の時期を契約当時に限定したりするなど、予見の主体・時期・対象等について過度に限定・細分化することは避けるという方向で、慎重に検討すべきである。予見の内容を細分化せずに、規範的な解釈が可能な要件立てをすべきである。(一弁)

- 条文上予見の主体及び時期を明確にすることについては、予見の主体を「両当事者」とし、予見の時期を「契約締結時」とする考え方を前提とし、契約締結後に債務者が予見し、又は予見し得た特別事情(損害)のうち、債務者が損害回避の合理的措置をとらなかったものを損害賠償の範囲に加えるべきとする考え方が、企業法務の実務の立場を最も近く反映し、望ましい。

予見の主体は、「両当事者」というのが企業実務の感覚である。また、予見の時期を「契約締結時」とする考え方を前提とし、契約締結後に債務者が予見し、又は予見し得た特別事情(損害)のうち、債務者が損害回避の合理的措置をとらなかったものを損害賠償の範囲に加えるべきとする考え方が、企業実務の感覚に最も近いと考えられる。但し、債務不履行時の損害の賠償は、契約締結時に行ったその時点でのリスクと損得関係の経済判断の結果を原則として反映するものであり、その後発生した事情を反映する考え方によって、債務不履行時の損害賠償が過度に又は懲罰的に拡大することのないように配慮する必要がある。(法友会)

- 特別な事情については、債務者を予見の主体とし、不履行時でよい。その事情も加えつつ、通常生じる損害とする(相当性の縛りをつける)ことによって、裁判所の総合的考慮による歯止めが可能であるから、裁判実務の明文化で問題

はない。(堂島有志)

- 現行の枠組みの下で安定した運用がされているところであって、これに変更を加えることに疑問があるとの意見が多かった。また、判例法理の明確化に留めるのが適当とする意見、契約締結後の事情について「合理的な措置」を要求するとの考え方については「合理的な措置」の用語の内容が不明確であるとする意見、当事者の属性に応じて規定を設けることが煩瑣となることを危惧する意見、法定債権も念頭に置く必要があるとする意見があった。(最高裁)

- 予見の主体は、債務者とする裁判実務の考え方に賛成する。また、契約当事者の属性に応じた規定を設ける必要はない。

予見の主体について、両当事者の予見を必要とすると、賠償の範囲が狭くなる可能性があり問題である。例えば、事業者と消費者との契約において、保有する情報量の差によって事業者(債務者)は契約時に予見可能であっても、消費者(債権者)は予見可能でなかったこともありうる。そのような場合で事業者が債務不履行したときには、事業者に予見可であった損害であっても、賠償が認められない結果となってしまう。

また、契約当事者の属性に応じた規定を設ける考え方にも留意するという点は、上記例を踏まえたものであると考えられるが、当事者の属性に応じた規定をわざわざ設ける必要は必ずしもなく、予見の主体を債務者とする裁判実務の考え方を採用するという点で不都合性は解決できる。

予見の時期について、契約締結時とする考え方に加えて、契約締結後に債務者が予見し、又は予見し得た特別損害のうち、債務者が損害回避の合理的措置をとらなかったものを損害賠償の範囲に加えるべきとする考え方に賛成する。

契約締結後に債務者が予見可能であった特別損害も損害賠償の範囲に加えるべきであるが、契約締結時には予想し得ない巨額の賠償義務を負うことも懸念されるため、何らかの合理的制約を設けるべきである。この点、不当条項規制が実際に機能するように定められなければならない。対等な力関係にない当事者間において、損害を予見させるべく、契約書中に債権者に想定されるあらゆる損害が記載され、それが損害賠償の対象とされることが懸念される。(大阪弁)

- 現状、どの場面において予見可能とするのかが明らかではないので、予見の主体や時期について条文に盛り込んだ方が望ましいと考えるが、すでに判例等で示された考え方やこれまでの実務にそぐわないものにならないよう配慮すべきであるという指摘がある。(全銀協)

- 予見の主体は「債務者」、予見の時期は「不履行」時とする裁判実務の考え方によるべきである。

これまでの判例実務は、異論なくそれぞれ「債務者」「不履行時」であり、特

段の不都合は生じていない。その結果として損害が不当に拡大している事例も見当たらない。

「両当事者」「契約締結時」を基本としつつ、契約締結後に債務者が予見し、又は予見し得べき特別な事情（損害）を一定の範囲で加えるべきとする考え方もあるが、あまりに煩雑であり、到底一般国民に分かりやすいものとはいえない。

契約以外の発生原因による債権については、債権発生時よりも不履行時の方が妥当であり、法定債権についても規律する規定として不履行時とすべきである。

（横浜弁）

- 判例・裁判実務の考え方、相当因果関係説、保護範囲説・契約利益説等から導かれる具体的準則の異同を整理しつつ、慎重に精査されたい。（日大民研・商研）

- 不履行時における債務者の予見可能性を問題とする裁判実務で特段不都合は生じておらず、変更の必要性はないと考える。（長島・大野・常松有志）

- 予見の主体を債務者のみとし、予見の時期を「不履行時」とする判例実務を明文化する方向での意見が強い。

裁判実務の考え方は、債務者が不履行時に「特別事情」を予見していた場合は、それによって生じた損害についても賠償をすべきである旨を明らかにするもので、分かりやすい。（日弁連）

- 予見の時期・主体について条文上明確化する方向で検討することに賛成である。損害の不当な拡大を防止する必要性に留意することに賛成である。

予見の主体は債務者とするのが相当である。両当事者とする見解にも相応の根拠が認められるが、債務者が予見し又は予見すべきであったのであれば、そのリスクを債務者に負わせても不当ではない。

予見の時期については契約締結時を基本とするのが相当であるが、不履行時まで予見又は予見すべきであった損害についても損害の不当な拡大とならない範囲（契約締結後、債務不履行が生じるまでに、債務者が予見し、又は予見すべきであった損害であって、債務者がこれを回避するための合理的な措置を講じなかったもの）で賠償の範囲に取り込むのが相当である。機会主義的行動は抑制する必要があるが、契約締結時に予見し得なかつたリスクを債務者に無条件に負わせることは、契約締結時のリスク分配を余りにも無視しすぎであり、債務者に酷になる。（弁護士）

- 現行規定でよい。内部で議論が分かれるような問題に深入りせず、明確な解釈論が固まるまで俟つべきと考える。（弁護士）

- 予見の主体は債務者で、原則として契約締結時を基準とすべきである。しかし、契約締結後に債務者が予見しまたは予見し得た損害のうち、債務者が損害回避

の合理的措置をとらなかったものを損害賠償の範囲に加えるべきである。(大学教員)

- この問題は事案に応じて柔軟な処理が必要であり、条文で具体的かつ網羅的に規定するのは困難であり、また、条文で細かい点まで定めてしまうと、かえって柔軟な処理ができにくくなる。(弁護士)
- 不履行時における債務者の予見可能性を問題とすることで安定的に運用されている裁判実務に問題はないと考える。(弁護士)
- 私法一般についてのデフォルトルールとしては、主体は債務者、時期は不履行時でよい。(大学教員)
- 判例・裁判実務に従った、既存の運用と齟齬をきたさない運用を目指すべきである。(会社員)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

(3) 予見の対象 (民法第416条第2項)

予見の対象を「事情」とするか「損害」とするか、「損害」とする場合には損害額まで含むのかという問題は、損害賠償の範囲について予見可能性を基準とする規範を採用することの当否と関連することを踏まえて議論すべきであるという意見や、予見の対象の捉え方によっては損害賠償の範囲(前記(1)等)と損害額の算定(後記(5))のいずれが問題になるかが左右される可能性があるという点に留意する必要があるとの意見があった。そこで、これらの意見に留意した上で、予見の対象について、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第2, 4(2)(関連論点)1 [42頁]】

【意見】

- 「損害」を予見の対象とすべき。何をもって「事情」とするかも問題もあり、「事情」を予見対象とする条文は、曖昧に過ぎ法的予見可能性を欠く。改正するのであれば直截に「損害」とすべき。(経営法曹会議)
- 予見の対象に関しては損害として明文化すべきである。
事情も損害も紙一重であろうが、法文上は端的に予見の対象は損害としておくべきであろう。(福岡弁)
- 予見の対象は「損害」とする考え方に賛成する。
「損害」と事情の区別は容易でなく、また「事情」とした場合には損害賠償の範囲が拡大しやすくなる可能性がある。(大阪弁)
- 予見の対象としては、「事情」というよりも、生じ得る「損害」とすべきである。

企業は常に債務不履行時に発生する「損害」を前提とした損害賠償義務を念頭に判断を行っており、「事情」を前提としていないためである。また、実際にはどうなるのか不明であるが、「事情」を予見の対象とした場合、「損害」を予見の対象とする場合と比べて、損害賠償の範囲の射程に入る損害が不明確に拡大するのではないかという懸念がある。(法友会)

- 予見の対象を「損害」と明確化することに賛成する。(弁護士)
- 予見の対象は損害であるので、民法第416条第2項の「事情」を「損害」に改めるべきである。(大学教員)
- 検討すること自体は必要である。(兵庫県弁)
- 慎重に検討すべきである。予見可能性としては、「損害」がより明確とは考えるが、現行の規定及び実務は「事情」であり、現在の判例実務への影響を慎重に検討するべきものとする。(愛知県弁)
- 予見の対象を「事情」とするか「損害」とするかについては、現行条文の文言どおり「事情」とすることを一応の前提としたうえで、他の点との整合性の議論を尽くすべきである。債務者が不履行時に特別の「事情」を予見した場合に、その事情から通常生ずる損害(契約時点からみれば特別の損害)の賠償義務を負うことになることを考えることが損害の範囲を画する規律としてわかりやすい。(広島弁)
- 現行法の規定を維持する方向で検討すべきである。予見対象を事情とするか損害とするかの議論の実質は、議論が錯綜しており、筋道だった整理がなく、現行法の規定を変更するまでの必要は認められず、維持するのが妥当である。(東弁)
- 予見の対象を「事情」とすべきである。いわゆる相当因果関係説を前提とするならば、予見の対象は「事情」と理解するのが適合的と思料する。(札幌弁)
- 予見の対象について、更に検討することについて賛成する。ただし、結論としては、予見の対象は、「事情」とすべきである。

予見の対象を「事情」とするか「損害」とするか、「損害」とする場合には損害額まで含むのかという問題は、損害賠償の範囲について予見可能性を基準とする規範(契約に基づくリスク分配という考え方)を採用することの当否と関連する問題である。まず、契約に基づくリスク分配という考え方自体、取引の実態にそぐわないから、採用すべきではない。契約締結時に、当事者があらゆるリスクを想定していることは稀である。そして、契約に基づくリスク分配という考え方を採用した場合は、その帰結として予見の対象は「損害」となると考えられるが、どの程度具体的な「損害」の予見を要求するかによって賠償範囲が異なることからも、「損害」という概念は「事情」という概念に比べて不明確と

言える。なお、現行実務においては、通常損害と特別損害を区別するにあたり、その債権の発生原因である契約の類型によって決せられ、その際に、①当事者の属性・立場・関係、②目的物の種類・性質、③社会経済状況などの要素を考慮しているが、その考慮に当たって、「事情」を斟酌している。したがって、仮に、予見の対象を「損害」にしたとしても、特別損害が問題となる場合をはじめとして、「事情」についての予見可能性を斟酌すべき場合が少なくないと思われる。また、「損害」を予見の対象とすれば、想定されるあらゆる損害が契約書中に記載され、契約の当事者が対等な力関係がない場合に不公平な結果が生じるおそれもある。現行実務を維持し、「事情」を予見の対象とする方が、損害賠償の範囲についての予測可能性を保障することができ、妥当であると考えられる。(法友全期)

- 現行法の文言と裁判実務を基本的に維持するため、予見の対象は事情でよい。実際上は、事情を予見の対象としても、相当性を被せることで、損害を予見の対象とすることと大差ないと思われる。逆に、損害を予見の対象にすると、損害額の予見まで要求するとの誤解を招く懸念がある。(堂島有志)
- 現行の枠組みの下で安定した運用がされているところであって、これに変更を加えることに疑問があるとの意見があった。(最高裁)
- 予見の対象は「事情」とすべきである。これまでの判例実務は、現行民法の文言どおりに「事情」と解してきており、それで不都合はない。「事情」と「損害」の区別は必ずしも容易ではないゆえ、直接「損害」と規定する方が明確となるとの意見があるが、「損害」といっても「差額」か「事実」かなどの争いがある。「損害」とすれば明確になるというわけではなく、むしろ損害を生じさせた「特別の事情」を予見できたかどうかを判断する方が簡明である。(横浜弁)
- 条文上の予見可能性ルールは実務上の相当因果関係ルールと乖離しているため、予見可能性ルールの存続を前提とした検討はすべきでない。(親和会)
- 予見可能性を基準とする規範は採用すべきではない。予見の対象は、現行法の「事情」を変更すべきではない。予見の主体は債務者、予見の時期は不履行時、という現行の判例法理を明文化する方向であれば反対はしない。しかし、そうでないのであれば、現在のルールを変更する実務的必要性がない。(仙台弁)
- 「判例・裁判実務の考え方、相当因果関係説、保護範囲説・契約利益説等から導かれる具体的準則の異同を整理しつつ」、慎重に精査されたい。(日大民研・商研)
- 慎重に検討すべきである。

現行法は文言上、予見の対象は事情であることは明らかであり、予見の対象を損害とする考え方については中間論点整理第3、3(1)(2)の考え方と整合的ではなく慎重であるべきである。なお、以上の3(1)から(3)については部会においてはそれぞれの関係についての説明が不十分との指摘もあり、議論が尽くされているとは言えない

また、損害のとらえ方である差額説(判例)と事実説との関連も検討が必要である。「通常損害、特別損害という区別と事実説との間にはある種の不整合ないし緊張関係があるのではないかと思われる」と指摘する学説がある。(日弁連)

- 現行規定でよい。内部で議論が分かれるような問題に深入りせず、明確な解釈論が固まるまで俟つべきと考える。(弁護士)
- 予見の対象をどのように捉えるかによって損害賠償の範囲の問題と損害額の算定の問題のいずれが問題となるかが左右される可能性があるという点に留意する必要がある。(弁護士)
- 事情でよいと考えるが、賠償範囲の問題ととらえるか額の算定基準時の問題ととらえるかで矛盾を生じないように注意すべき。(大学教員)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

(4) 故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則の要否

債務不履行につき故意・重過失がある場合には全ての損害を賠償しなければならないとするなどの故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則の要否については、これを不要とする意見、要件を背信的悪意や害意等に限定する必要性を指摘する意見、損害賠償の範囲に関する予見の時期を契約締結時とした場合(前記(2)参照)には特則を設ける意義があるという意見等があった。これらを踏まえて、上記特則の要否や具体的要件の在り方について、損害賠償の範囲に関する議論との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第2、4(2)(関連論点)2 [42頁]】

【意見】

- 中間論点整理に挙げられた意見につき、特に異論はない。(北海学園大民研)
- 故意・重過失の場合は全ての損害を賠償しなければならないとの特則を設けることは、重過失の有無を争う余地があることとなり、上記のような免責条項に対抗するための一つの有効な方法であり、歓迎すべき方向と思う(会社員)
- 関連論点を含めて意見集約に至らなかったが、更に検討することは必要である。(兵庫県弁)
- 故意・重過失がある場合についての損害賠償については、慎重に検討すべき

である。故意・重過失がある場合については、損害賠償の範囲を区別して検討することに合理性があるとは考えるが、賠償範囲が拡大しすぎないように、賠償範囲（予見可能性等）の議論全体のなかで慎重に検討されるべきである。（愛知県弁）

- 故意・重過失による不履行とは何かの問題であり、それ自体が不法行為を構成するようなものに対象を限定しないと実務上の影響が大きいので、特則を設けることについては慎重であるべきである。（会社員）
- 故意や重過失に限定せず、過失も同等とする。過失と重過失は、裁判所の判決によっても違いが出る場合があるが、代理人弁護士の知識や力量により、重過失でも過失に留める場合があるので、”故意や過失”と改めてはどうか。（会社員）
- 故意・重過失の場合の特則を設けないことに賛成する。故意・重過失の場合の特則を設けなくても、損害賠償の範囲に関するルールにより適切に対処できる。

背信的悪意や害意の場合の特則については趣旨には賛成であるが、具体的要件の明確さに留意しつつ、慎重に検討すべきである。背信的悪意や害意については、故意・過失とは異なり一般用語としては使用されておらず、国民にとってはその意味が必ずしも明確ではないという問題があるので、これを明確にする方向で慎重に検討すべきである。（東弁）

- 「債務不履行につき故意・重過失がある場合には全ての損害を賠償しなければならない」といった規定の創設に反対する。

『全て』の損害を賠償しなければならないとすると、履行補助者を使用する事業者にとって過大なリスクとなるため、相当因果関係理論等による一定の限定を維持すべきであると考ええる。警備業界においては、他の業種と比較して警備員の故意による債務不履行が起こる可能性が高い環境があると考えられることから、警備員の故意が即警備業者の故意又は重過失とされる事態を懸念している。

「重過失」と「過失」の分水嶺が明確ではないことから、重過失を根拠に損害賠償を請求されるケースが多くなることが考えられ、さらにその損害賠償額が予測不可能となると企業活動を大きく阻害すると思われる。（全警協）

- 特則は不要である。「全ての損害」の内容が不明確である。現在のルールで対応可能と考えられる。（仙台弁）
- 故意・重過失の意義にもよるが、不履行者の主観的要素は、予見および予見可能性という、損害賠償の範囲を画する基準に解消できるので、ことさら特則を設ける必要はないのではないか。

特則を設けることにより、過度に懲罰的な賠償義務を課すことになってしまわ

ないかを危惧する。(オリックス)

- 「故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲」について、故意・重過失がある場合には全ての損害を賠償しなければならないとするなどの特則の要否が検討されているが、かかる特則を設けることに反対する。

例えば、ITシステムの開発においてはバグが内在することは不可避であり、現実の取引は、費用及び時間の制約に服することから、IT事業者は、契約締結前の段階において、故意・重過失による債務不履行と評価しうるバグ等を含めてリスク評価を行い、損害賠償の範囲に限定を加えるなどして、一定のリスクコントロールを行っている。そして、そのような契約実務は、広く世の中に受入られていると理解している。

また、このような特則が盛り込まれれば、損害発生の原因となった債務不履行が「重過失」によるものか否かが争われるケースが頻発し、紛争解決コストが増大することが考えられる。この場合、当該コストは最終的には商品・サービスの価格に転嫁されることになるため、結果として、わが国のIT・家電業界をはじめとする産業界の競争力を阻害することに繋がる。

従って、かかる特則を設けることに反対する。(電情産協)

- 懲罰的損害賠償の議論としてであれば、ともかく、そうでなければ、故意・重過失による債務不履行の損害額の範囲の問題として特則を設ける必要はない。

特則を設けるとすれば、損害賠償の範囲を拡大する方向と考えられるが、何に対する故意、重過失があれば賠償すべき損害の範囲を通常損害より拡大する根拠となるのか不明である。(広島弁)

- 損害賠償の範囲の特則につき、不要である。故意・重過失に関する特則を設けなくても、損害賠償の範囲に関する規律により適切な損害賠償が認められると思料する。(札幌弁)

- 不履行につき故意又は重過失がある場合に賠償の範囲が拡大する事例が存することに異論はないが、損害賠償の範囲に関して例外規定を設ける必要はない。

例えば、AがBに対して建物を売却する契約を締結していた場合に、Aが故意に家屋に放火したとする。Aの帰責性が重大であることを勘案して、Aの賠償の範囲を予見可能性のある損害以上に拡大すべきか否かであるが、不法行為においても、加害者に故意・重過失がある場合、それだけの理由で損害賠償の範囲を拡大することはなされていない。債務不履行の場合にだけ、賠償の範囲を拡大する必要はないであろう。(福岡弁)

- 故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則の導入に反対する。債務不履行に関する損害分担は債権者・債務者の相対的な関係で決められるべきであり、債務者のみの主観的事情をもって全額賠償とするのは適切で

はない。

故意・重過失の認定は一般的には難しく、損害賠償の実務において、当該概念の導入により却って混乱することが懸念される。(損保協会)

- 債務不履行につき故意・重過失がある場合には全ての損害を賠償しなければならないとするなどの故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則を設けることに反対である。

取引実務は既存の規定・考え方に基づき処理されており、これについて特段の支障はない。

また、「全ての損害」の定義が不明であるが、条件関係のようなものを想定しているのであれば、あまりにその範囲が拡大するおそれがあり、不合理である。予見可能性や相当因果関係といった合理的な制限がかからないことは、たとえ債権者の損害軽減義務を考慮したとしても、妥当ではない。

さらに、取引実務において、例えば生産能力の限界に達していても新規受注は納期遅延を引き起こすことが明らかであっても供給責任の観点や相手方の強い求めから受注せざるを得ない状況や、表明保証に関して、極秘裏のプロジェクトゆえ経営トップと現場で十分な情報交換が出来ない場面において、経営トップは認識していない事項について、「〇〇はない」と表明保証したが、現場は「〇〇がある」ことを認識していたので、会社として表明保証違反を起こしてしまうことは少なからず起こり得、当該特則は実務にそぐわない。

また、背信的悪意や害意のような要件設定を検討する必要があるとの意見については、これらの定義の明確化は困難という課題もある。(三菱電機)

- 更に検討することには賛成するが、特則は不要であると考える。

特則を設けなくても、故意・重過失による債務不履行については、債務者が債務の不履行が生じるまでに、特別の事情を予見し、又は予見することができた場合にあたると評価でき、前記損害賠償の範囲に関するルールにより、処理できる。(法友全期)

- 故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲を全損害とする特則は、不要である。債務不履行の悪質性が強い場合でも、全ての損害につき賠償責任を負わせることは余りに過酷である。特に、単なる不履行事実の認識としての「故意・重過失」を要件とする場合、社会に与える混乱は計り知れない。「害意等」に限定しても、要件があいまいに過ぎる。不法行為においてすらかかる規定がないこととの整合性も疑問である。(一弁)

- 故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則規定は不要である。

故意・重過失がある場合でも、予見可能性の範囲で対応可能であり、故意・重

過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則規定は不要である。また、仮に何らかの特則規定を検討する場合においては、契約に基づく当事者間の関係における債務不履行時の損害賠償を、過度に懲罰的に捉えることのないように留意する必要がある。(法友会)

- 不履行についての単なる故意や重過失というだけで、賠償範囲を変えることには反対。仮に、設ける場合は、害意をもってする意図的不履行のような限定が必要である。

単なる故意や重過失による不履行だけで賠償範囲が大きくなると規定すると、手元不如意による不払いまで賠償範囲が広がるなど、弊害が大きい。(堂島有志)

- 重過失や故意による不履行の意義が必ずしも明確ではないため、裁判実務に無用の混乱を生じさせるおそれがあるとの意見が多数あった。

また、提案のような特則を設けた場合、故意・重過失による損害賠償の場合に賠償範囲が無限定に広がり、不当な結論に至る可能性があるとの意見が複数あった。

さらに、故意(重過失)がある場合に、相当因果関係のない損害についてまで賠償させるというのは、一種の懲罰賠償であり、民事・刑事の責任を峻別する立場から懲罰的賠償を否定してきた我が国の基本的考え方と整合しないのではないかとの意見が複数あった。(最高裁)

- 予見の時期について、不履行につき故意又は重過失がある場合でも、損害賠償の範囲に関するルールにより適切に処理できるため、例外規定は不要である。

故意又は重過失の場合でも、予見することさえできなかった損害について責任を負わせるのは酷である。(大阪弁)

- 特則を設けることには慎重な検討を要する。

債務不履行につき故意または重過失がある場合でも、損害賠償の範囲に関するルールにより適切に処理できるため、例外規定は不要とする考え方に賛成する。

仮に故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則を検討するとしても、その場合の「故意」は、「事実の認識」とは異なり、意図的に履行せず相手の損害を拡大させることや、当該行為自体が不法行為を構成するようなものであるべきで、そうでない場合には、実務上かなり影響が出る可能性がある。

仮に特則を設ける場合でも、故意という言葉ではなく、背信的悪意や害意等の表現にすべきである。(全銀協)

- 債務不履行責任における特則の必要性について慎重に検討すべきである。

あるべき被害者保護の観点から、現行法の枠組みを超えた特則が必要か否かを検討することには価値がある。

しかしながら、債務不履行についての「故意」とはどのような場合をいうのか

明らかではなく、これまでの通説的な理解のとおり、「債務不履行を生ずべきことを知って、あえて何事かをすること、又は何もしないでいること」と解するのであれば、債務不履行の相当部分がこれに含まれることになる。このような広範囲な特則の必要性は大変に疑わしい。

背信的悪意や害意等に要件を限定する考えについては考慮の対象となりうるが、それ自体不法行為を構成するような場合ともいえ、債務不履行責任としての特則という位置づけが良いのか検討すべきである。むしろ、不法行為責任としての特則としての位置づけが適当なのであれば、不法行為法の改正は今回の改正検討の対象外とされているという理由だけで無理に債権法改正の対象に入れ込むべきではない。

予見時期は、「不履行時」とすべきであり、特則を設ける必要性とはならない。契約下という密接な関係にある債務者が不履行時に予見不能な事情から生じた損害についてさらに賠償をさせる必要がある事例がどれほどあるのか慎重に考慮されるべきである。(横浜弁)

- 社会通念に照らし、故意・重過失の場合には賠償範囲を加重することを検討すべきである。具体的には、故意・重過失の場合には条件的因果関係のある損害についてすべて帰責させ、軽過失の場合は相当因果関係の範囲に縮減する、といった方向での改正を検討すべきである。(親和会)
- 特則は不要である。(広大有志)
- この点については、商法第581条などの規定を参考に、慎重に精査されたい。(日大民研・商研)
- 取引実務における債務不履行は、ある作為又は不作為が債務不履行に該当することを認識しながら、経済合理性の観点から当該作為又は不作為を選択する場合(すなわち故意の場合)もあり、かかる場合における損害賠償の範囲を拡大させることは取引実務に悪影響を及ぼす虞が大きく、適切ではない。また、背信的悪意や害意を要件とすることについても、取引の場面においてどのような場合に背信的悪意や害意が認められるのかが明らかではなく、債務者の予測可能性を奪う虞があり適切ではない。

仮に何らかの特則を設けるとした場合、「全ての損害」について適切な範囲設定について慎重に検討する必要がある。(長島・大野・常松有志)

- 故意・重過失の場合の特則を設けないことに賛成する意見が強い。また、背信的悪意や害意の場合の特則については趣旨には賛成であるが、「分かりやすさ」との関係で問題があるので、慎重に検討すべきである。

故意・重過失の場合の特則を設けなくても、損害賠償の範囲に関するルールにより適切に対処できる。

また、背信的悪意や害意については、故意・過失とは異なり一般用語としては使用されておらず、国民にとってはその意味が必ずしも明確ではないという問題があるので、これを明確にする方向で慎重に検討すべきである。(日弁連)

- 不法行為、慰謝料などで調整できる。(弁護士)
- 故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則を設けることに反対する。「故意の債務不履行」にも、単に履行期の到来を知らずながら履行しない場合もあれば、履行の過程で意図的に債権者の財産・身体・生命に危害を加える場合もある。前者の場合に、両当事者が損害賠償の範囲の制限に合意したのにそれを一般的に無効にする必要はないし、後者の場合については、個々のケースごとに信義則等で対応すれば足りる。

英米法においては、債務者は、債権者の損害さえ賠償すれば、債務を履行せずにより有利な取引を行なえるという、いわゆる **freedom of breach** の考え方が一般的に認められている。これは、判決において損害賠償が1次的な救済とされると共に、契約関係については懲罰的賠償は適用されず、違約罰の合意も無効とされ、損害賠償の額も低廉に抑えられることで、制度的に担保されている。ある目的物を100円で売るという契約を破り、他の買主に1000円で売り、元の買主にも低廉な損害賠償をすることで、財貨の移転が社会全体で最適化されると考えるのである。元の買主も、自分は100円しか支払えないので、目的物が入手できなくても仕方がない、100円で買えた場合の得べかりし利益が填補賠償されるのであれば損はない、と納得するのであろう。

これに対し、日本法においては、判決で特定履行が命じられ、違約罰の規定も公序良俗に反しなければ有効と解され、**freedom of breach** が広く一般的に認められているとはいえない。英米法系の企業が、そのような日本においてビジネスをしようとするときに、故意の債務不履行の責任を損害賠償に限定し、損害賠償の額についても上限を設け、当事者間の合意によって **freedom of breach** の効果を実現しようとするのは、企業としてはごく自然な行動であり、強行法規によって一律に無効にするほど悪質なものではない。相手方の日本企業も、不履行の場合には一定額の損害賠償金しか得られないことを十分に承知の上で、それでも当該英米法系企業の提供する製品・サービスを受けたい、というビジネス上の判断をすることは多々ある。ところが、そのような責任制限の合意が一律に無効ということになれば、自己の債務不履行によりどれだけの責任を負うか予見が困難になり、かかるリスクを嫌う英米法系企業が日本市場に参入することを回避する結果、相手方の日本企業は求めている製品・サービスの提供を受けられないことにもなりかねない。(弁護士)

- 不履行につき重過失と軽過失の区別は簡単ではないので、比較的区別できる

不履行に対する故意の場合だけすべての損害を債務者に損害賠償をさせるべきである。(大学教員)

- 故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則を設ける考え方に対して、故意による不履行とは何かが問題であり、対象を限定しないと実務上の影響が大きいため反対する。(弁護士)
- 不同意。故意に損害を発生させた場合の賠償範囲を「全ての損害」と規律することで、意図的に起こす損害による負担が確定できなくなるのではないか。したがって予見可能性を欠くことから、特例の設置には同意しない。(会社員)
- 特則は不要である。(弁護士)
- 改定する理由があるとは思えない。特則は不要。(個人)
- 故意の場合に全損害の賠償を認めると、「全損害」の範囲を区切る基準が問題になるが、これは困難ではないか。区別そのものは首肯できるが、操作可能な基準を提示できないのであれば、無理に特則を定めなくてよい。(大学教員)

(5) 損害額の算定基準時の原則規定及び損害額の算定ルールについて

損害額の算定に関する各種の判例法理の明文化については、これらの判例に基づいて物の価額を賠償する場合を想定した一般原則を置くことが妥当かどうかという観点から、損害賠償の範囲に関する問題や債務不履行解除の要件の問題等との関連性を整理しつつ、更に検討してはどうか。

この検討と関連して、物の引渡債務以外の債務に関する損害賠償の範囲や損害額の算定の規定の要否、履行期前の履行不能や履行拒絶に基づく填補賠償請求における損害額の算定の規定の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第2, 4(3) [43頁], (4) [47頁], (5) [49頁],
同(関連論点) [51頁]】

【意見】

- 損害額の算定基準については、損害賠償の範囲とは別で、損害の金銭的評価の問題としたうえで、填補賠償請求における損害額の算定基準について、填補賠償請求権が発生した時点とする旨の明文の規定を設けるべきである。

不履行後に価格が高騰した場合、いったんは高騰したがその後下落した場合、契約上の債務の履行を求めるとともに執行不能の場合の填補賠償請求を請求する場合についても、一定のルールが存在していることに異論はないが、この考え方を明文化する必要はない。

被不履行者が第三者と取引関係に立っている場合における損害額の算定について明文の規定を設けるべきではない。

まず、損害賠償の範囲と賠償範囲とされた損害の算定基準時は、分けて考えてよいと思われる。

その上で、損害の算定基準時であるが、まず、てん補賠償請求権が発生した時点を原則とすべきであろう。

次に、不履行後に契約の目的である物・権利の価額が上昇した場合、高騰した後に下落した場合、契約の履行を求めつつ執行不能の場合てん補賠償請求を求めるといった場合について、一定のルールが判例上確立している。しかしながら、ここまで明文化する必要はないであろう。（福岡弁）

- 判例法理の結論を重視しながら、検討することは賛成である。（兵庫県弁）
- 損害額の算定基準時の問題を損害賠償の範囲の問題と位置づける判例の立場を法文化する方向性で検討すべきである。さらに、具体的な算定基準時についても、確立した判例の立場を法文化する方向性で検討すべきである。判例法理の法文化により具体的な算定基準時を明らかにすることができ、「分かりやすい民法」の実現に繋がる。（東弁）

- 損害額の算定基準時の問題を損害賠償の範囲の問題と位置づける判例の立場を法文化する方向性で検討すべきである。さらに、具体的な算定基準時についても、確立した判例の立場を法文化する方向性で検討すべきである。

判例法理の法文化により具体的な算定基準時を明らかにすることができ「分かりやすい民法の実現」に繋がる。（日弁連）

- 損害額の算定に関する判例法理の明文化について、損害賠償の範囲に関する問題等との関連を整理しつつ、損害額の算定に関する判例法理を明文化することは、賛成である。損害額の算定期間につき、債権者が複数の時点から有利なものを選択できるという考え方については慎重に検討すべきである。

損害額の算定についての具体的な規定は民法に置かれておらず、明文により準則を明確化しておく必要性は高い。

算定の基準時の問題（いつの価格によるべきか）は、損害の範囲の問題（転売によるうべかりし利益を認めるべきか）とも深く関係しており、関連性を整理しつつ検討する必要がある。

当該論点については、損害論について基盤とする理論的な対立の他、判例法理に統一的な基準は見出せるかどうかについての理解の違いもある。単なる理論上の理由によるのではなく、判例法理を検討した上で、具体的に不都合があるのかわからないのか、不都合があるとしたとした場合、どのような形で修正を図るかを検討すべきである。

損害額の算定については、これまで合理的な算定方法があるという前提で実務は考えられてきた。これを債権者の選択にゆだねるとすることは、「損害」につ

いての考え方を根本から変えるものである。そうする必要性があるのか、債権者の自由な選択を認めることによって不合理な結論が生じる可能性はないのか、などを慎重に検討されるべきである。

物の引渡債務以外の債務に関する損害賠償の範囲や損害額の算定の規定及び履行期前の履行不能等に基づく填補賠償請求における損害額の算定の規定の要否について、更に慎重に検討すべきである。損害額の算定について物の引渡債務が中心的な論題とされており、それ以外の債務の損害賠償の範囲や損害額の算定について必ずしも十分論議されてきたとはいえない。物の引渡債務の論議を適用できるか否か、適用した場合にどのような不都合が生じ、どのように修正を図るべきかについての論議を深めることには意義がある。

履行期前の履行不能の場合について、判例法理をそのまま当てはめると不都合な場合があるということであるが、本当にそういえるのか議論することには意義がある。具体例として挙げられているのは、(ア) 履行期前の履行不能時には価格が契約時から下落していたが、その後履行期には契約時の価格に戻っていた場合に、将来価格が再上昇することについて債務者に予見できなかったとき、(イ) 履行期前の履行不能時には価格が上昇していたが、履行期には契約時の価格に戻っていた場合とされている。しかし、(イ) の場合、債権者において、履行期前の履行不能及びその時点での上昇価格の立証に成功したということであり、他方、債務者としては、価格上昇が続く中、自己に帰責事由ある仕方でも目的物の引渡義務を履行不能に陥らせたということであるから、上昇価格における賠償が認められてもやむを得ないと考えられる。実際、履行期前であっても履行不能に陥ったことが判明した時点で、債権者において即座に高騰した価格で代替物の確保を余儀なくされる場合もあり、上昇価格における賠償を認めることに合理性があるともいえる。(横浜弁)

- 現在の判例実務を維持することをベースとして、明確化を図るべき。理論的に錯綜する問題との関連もあり、判例法理に影響を与えないよう配慮されるべきであると考えられる。(愛知県弁)
- 物の価額を賠償する場合の損害額の算定期間について、判例をもとに法文化する方向で検討すべきである。

物の引渡債務以外の債務に関する損害額の算定期間などについても、検討することに賛成する。履行期前の履行拒絶に基づく、填補賠償を認める場合についても、検討には値するが、特に規定を設ける必要の有無も検討すべきである。(広島弁)

- 損害額の算定に関する各種の判例法理の明文化につき、賛成する。判例法理であり、分かりやすい民法の実現に資するものである。(札幌弁)

- 損害額の算定基準時の原則規定及び損害額の算定ルールについて、確定された判例法理を明らかにするため、それを明文化することには賛成であるが、判例法理が確立していない範囲へ影響が及ばないように検討すべきである。
物という金銭評価が可能なものについての損害であれば、判例法理が確立されている場面があることを鑑みると、対象とされた場面に関して、明文化することに特に異論はない。（法友会）
- ぜひとも明文化の方向で検討していただきたい。（大学教員）
- 結論は留保するが、重要論点として検討すべきである。条文上明確にすることが可能であれば望ましい。（弁護士）
- カズイスティックなものであれば、規定を設けるべきではない。（北海学園大民研）
- 損害額算定のために新たな規定を置くのであれば、民事訴訟法第248条（以下、民訴法第248条）との関係が問われてくる。民訴法第248条については、損害額算定における裁判所の裁量的評価を示したものであるとする見解もあるため、この規定は、損害額算定の基準時の問題と関連を有する。従来、算定の基準時は第416条の中で処理され、損害賠償の範囲の問題として位置付けられていたが、今回の改正において独立の規定を置くのであれば、「範囲の確定」と「額の算定」が別個に規定されることになるため、賠償額算定の問題が民法の条文に現れることになる。とりわけ、損害額算定を裁判官の裁量と位置付けたうえで、基準時の問題は第416条の「損害賠償の範囲」とは別ものと解する学説では、民訴法248条は重要な意味をもつ。そこで本改正に当たっては、民訴法248条との関係を明らかにする必要がある。（「改正を考える」研）
- 判例・実務の明文化に反対はしない。ただし、明文化の可否・内容については慎重に検討すべき。
わかりやすい民法を実現する、という観点からは反対できないことではあるが、それに拘泥し、理論的明快性だけを追求しはじめれば学理上の争いが展開されるだけになりかねない。（仙台弁）
- 更に検討することについては賛成するが、明文化すべきではない。
判例の蓄積は一定程度あるものの、明文化は、具体的事案に即した柔軟な処理を困難にするおそれがある。（法友全期）
- 物の価額を賠償する場合を想定した一般規定を置くこと、引渡債務以外の債務に関する損害賠償の範囲や損害額の算定の規定、あるいは履行期前の履行不能や履行拒絶に基づく填補賠償における損害額の算定の規定を設けることには、いずれも反対である。判例は、必ずしも一貫性があるとはみえない枠組み

の中で債務者の予見可能性以外の事情も考慮して妥当な結論を導こうとしており、判例の事案には特殊なものも少なくない。したがって、判例のルールを条文文言に適切に表現できるが疑問であるし、そもそもあえて条文化する必要性も感じられない。判例の蓄積に乏しい引渡債務以外の領域についてはなおさらである。（一弁）

- 損害額算定の基準時や算定ルールについては、複雑な規定をせずに、裁判官の裁量にゆだねるのが相当である。

物の引渡しに特化したルールに偏るべきではない。

裁判実務から必ずしも一律のルールが導けるわけではない。事案ごとの事情を考慮して、算定しているのが実情ではないか。

細かな規定が複雑に入り組むと、かえって全体がわかりにくくなるのではないか。（堂島有志）

- 現行の枠組みの下で安定した運用がされているところであって、これに変更を加えることに疑問があるし、全ての事案を包摂する条文はおよそ困難であるとの意見が多かった。

また、損害額の算定基準時の原則規定を設けることについては、個別事案に応じた適正妥当な解決を阻害するのではないか、裁判実務において実際に適用可能なものとなり得ないのではないかとの観点から、慎重な検討を要するとの意見があった。（最高裁）

- 損害額の算定基準時に関する原則規定及び損害額の算定ルールを設けることは、反対である。

賠償されるべき損害の範囲の問題と損害額の算定の問題は、必ずしも敢然と分けることができない。そのため、損害額の算定基準に関する原則規定を定めるとすると、両者を敢然と分けることができないこといかにどのように踏み込んで規定することができるのか、技術的に可能なのか疑問である。

また、特定の事案の特定の解決に関する古い判例をもとに、すべての紛争に適用できる共通のルールを定めることが果たしてできるのか、疑問である。

算定ルールを設けるとなると、相当細かな準則となるが、かかる細かな準則を条文として定めるべきではなく、解釈に委ねるべきである。

物の引渡債務以外の債務に関する損害賠償の範囲や損害額の算定の規定を設けることは、反対である。上記に加え、物の引渡債務以外の債務に関する損害賠償の範囲や損害額の算定については、判例法理が確立しているとまではいえない。

履行期前の履行不能や履行拒絶に基づく填補賠償請求における損害額の算定の規定を設けることは、反対である。判例法理を明文化した場合、i 履行期前の履行不能時には価格が契約時から下落していたが、その後履行期には契約時の価

格に戻っていた場合、将来価格が再上昇することについて債務者に予見できなかったときは、履行時の価格での損害賠償を認めない結果となったり、ii 逆に、履行期前の履行不能時には価格が上昇していたが、履行期には契約時の価格に戻っていたような場合には、一時的上昇時の価格で損害賠償の請求ができることになってしまうとといった懸念から、さらに、履行期前の履行不能や履行拒絶に基づく填補賠償請求における損害額の算定の規定の必要性があることには、首肯できる。

しかしながら、かかる懸念が生じるのは、結局は、損害額の算定についてある準則を定めた場合、一つの場面では成り立つが、他の場面では不適切な結果が生じることがあり得ることを意味するものにほかならない。このような懸念が他の場面でも生じる可能性がある以上、損害額の算定の規定をすることそのものに反対である。（大阪弁）

- 損害額の金額評価方法を安定させるために、損害額の算定基準時については、損害の金額評価の一要素として規定を定めるべきである。また、損害額の金額評価方法（原則規定）については、目的物の填補賠償額、遅延損害賠償額およびこれ以外の損害の額を分けて考えるべきである。たとえば

- ① 目的物の填補賠償額は、履行期の目的物の価値を基準とし、さらに履行期から支払い済までの法定利息分を加算

- ② 遅延損害賠償額は、履行期の目的物の価値に履行期から支払い済までの法定利息分を乗じたもの

- ③ これ以外の損害の額は、実費を基準とし、さらに損害発生時から支払い済までの法定利息分を加算

といった形での規定を設けることが考えられる。

一方、履行期以降目的物の価値が変化した場合の処理については、条文が複雑化することから規定は設けず、事例毎に裁判所の判断に委ねるべきである。（親和会）

- 「判例・裁判実務の考え方、相当因果関係説、保護範囲説・契約利益説等から導かれる具体的準則の異同を整理しつつ」、慎重に精査されたい。（日大民研・商研）

- 損害は物に対してのみ生じるものではなく、逸失利益のように物以外に対する損害も考えられる。限定した範囲で適用される一般規則を設けることは、却って誤解を招くことから同意しない。（会社員）

- 時期尚早。解釈論を固めるべき。（弁護士）

- 損害賠償の基準時に関するルールは不要である。この基準時は、損害賠償の範囲に関するルールに包摂させるものではなく、裁判官が決定すべき事項であ

る。(大学教員)

- 予見の対象の捉え方によって損害賠償の範囲と損害額の算定とのいずれが問題となるかが左右される場合がある点に留意する必要がある。

損害額の算定基準時の原則規定及び損害額の算定ルールについては、判例は古いものであり、特定の事案の解決を示したものであるため、これに基づき一般的な規定を設けることには疑問がある。(弁護士)

- 損害額の算定については、その損害に応じて、適切な方法で、算定するしかないと考える。物であっても、市場に販売物として流通している場合、市場に主にリース物件として流通している場合、市場に流通していない場合など、事案によって異なる方法を取らざるを得ないと考える。物の引渡債務以外の債務に関する損害賠償の範囲も、同じであり、物の引渡と異なるものではない。また、債務不履行のみの問題でもない。改定すべきではないと考える。(個人)

4 過失相殺(民法第418条)

(1) 要件

過失相殺の適用範囲(民法第418条)については、債務不履行の発生について過失がある場合だけではなく、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用されるという判例・学説の解釈を踏まえ、これを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

その際、具体的な規定内容に関して、例えば、債権者が債務不履行の発生や損害の発生・拡大を防ぐために合理的な措置を講じたか否かという規範を定立するなど、債権者の損害軽減義務の発想を導入するという考え方については、これに肯定的な意見と債権者に過度の負担を課すおそれがあるなどの理由から否定的な意見があった。そこで、これらの意見を踏まえ、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠に関する議論(前記第3, 2(2))及び不法行為における過失相殺(民法第722条第2項)に関する議論との関連性や、損害賠償責任の減輕事由として具体的にどのような事情を考慮できるものとするべきかという観点に留意しつつ、この考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、債務者の故意・重過失による債務不履行の場合に過失相殺を制限する法理の要否や、債権者は債務者に対して損害の発生又は拡大を防止するために要した費用を合理的な範囲内で請求できる旨の規定の要否についても、検討してはどうか。

【部会資料5-2第2, 5(1) [51頁]】

【意見】

- 損害の発生や拡大について、債権者に過失がある場合の過失相殺を明文化することは特に反対しない。現在の判例法理も「債務不履行の発生に関する過失」に限っていない。

損害軽減義務の導入について、特に反対しない。リスクの公平な分配として、債権者にもこのような義務を負わせるべき。過度の負担になるかどうかは個別の事案に応じて損害の公平な分担を考える上で配慮されることであって、損害軽減義務のあることを明示することの支障にはならない。

故意・重過失による債務不履行の場合に過失相殺を制限する法理は反対である。債務者側の事情のみで一律に過失相殺が制約されることは均衡を失し、損害の公平な分担に照らして反対。また、損害の発生又は拡大を防止するのに要した費用を債権者が債務者に請求できるものとする 것도反対。相当因果関係内の損害として認定することによって適切・公平な解決が可能。(経営法曹会議)

- 過失相殺の適用範囲の明確化には賛成だが、損害軽減義務の発想が導入される際は、独立した義務として規定するのではなく、過失相殺における考慮要素としての位置づけが明確にされるべきである。

また、「損害軽減義務の発想」には賛成するところであるが、債権者側の行為を法令上「義務」とすると、実務上の影響が大きいため、文言については慎重に検討すべきである。

債権者側の過失の明確化として損害軽減義務が導入されるとしても、現行の判例・学説が認める過失相殺の範囲を超えないことを前提とすべきである。(損保協会)

- 債務不履行の発生について過失がある場合だけではなく、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも、過失相殺が適用されることを条文上明確することに賛成である。わかりやすい民法の観点から、一般に認められている判例・学説の解釈は基本的に明文化するべきである。また、その前提としてある債権者の損害軽減義務の考え方に賛成である。(三菱電機)

- 過失相殺について、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用されることを明文化することには賛成するが、その規定内容については、慎重に検討されるべきである。

債権者の損害軽減義務の考え方や、不法行為における過失相殺に関する議論との関連性、債務者の故意・重過失の場合の考慮等、議論も錯綜するものであり、慎重に検討されるべきと考える。(愛知県弁)

- 「分かりやすい民法」の実現のため、現行の判例・学説の立場（不履行の発生のみならず、損害の発生や損害の拡大についての過失も考慮する）を明文化する方向で検討すべきである。

損害軽減義務という考え方については反対する。現行の過失相殺規定は十分に調整的な機能を果たしており、かつ損害軽減義務という債権者側の作為的な義務とそれに基づく軽減要素のみでこれに代替できないのではないかとの疑問があるばかりか、債権者の加重負担を招く恐れがある。

債務者に故意・重過失がある場合に過失相殺を制限することを明文化する方向性に賛成する。債務者に故意・重過失がある場合の例外については、公平の観点から見て合理性がある。

債権者が債務者に対して損害の発生または拡大を防止するために要した費用を合理的な範囲で請求できる旨の規定を置くことについては、請求できる「合理的な範囲」の明確さに留意しつつ慎重に検討すべきである。(東弁)

- 慎重に検討すべきである。

過失相殺は、債務不履行の発生について過失がある場合だけではなく、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用されるという判例・学説の解釈を立法化することは検討に値する。

他方、「損害軽減義務」の発想に基づいた明文の規定を設けることには、弊害が伴うおそれがあり、信義則、権利濫用、相当因果関係などの既存の法理によっても妥当な処理が可能であるから、消極的に考える。(兵庫県弁)

- 損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも過失相殺が適用されることが明確になることによって、情報システム開発契約の不履行等又は情報漏えい等をめぐる幅広い事案の損害賠償の請求において、債権者が損害軽減のために合理的な努力を促す効果が生じることが期待できるため、明文化に賛同したい。(情サ産協)

- 過失相殺の適用について、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用されることを明文化する方向で検討することに賛成する。判例・学説の考え方であるし、債権債務者間の公平の観点からも、肯定できる。

債権者の損害軽減義務の発想を導入して明文化することは、反対。過失相殺の適用という場合に債権者の「過失」ととらえれば、債権者に何らかの義務があることが前提であるように見えるが、過失相殺の損害の公平な分配という調整機能は、必ずしも債権者の「損害軽減義務」違反の場合にのみ機能するものともいえない。

債務者の故意・重過失がある場合に過失相殺を制限する法理については、債務不履行の過失相殺を必要的減免から任意的減免に改めるのであれば、明文化は不要である。債務者の悪質性が大きい場合に、公平の観点からみて過失相殺を制限するという考え方自体には異議はない。しかし、この場合の債務者の故意・重過失とは何に対する故意・重過失であるのかがはっきりしないし、悪質性について別の要件も考えられる。また、仮に債務者に故意・重過失があるとしても、債権

者側の過失の程度も大きいこともありうる。要するに、債権者・債務者間の公平の観点ということであれば、過失相殺の適用を任意的減免に改め、具体的事例に応じて判断できるようにすることで足りる。

債権者が、損害の発生又は拡大を防止するために要した費用を合理的な範囲内で請求できる規定を置くことについて、検討することには賛成するが、規定の文言についてはその範囲が明確となり、また債務者に過大にならないよう慎重にすべきである。債権者の出費により損害の発生・拡大が防止された場合の費用を、一定の場合に損害賠償請求できることを否定するものではないが、通常損害の範囲の問題として判断すれば良く、別に明文を設ける必要はない。(広島弁)

- 損害の公平な分担という意味における「過失相殺」の概念は、現在の判例・学説にて解釈されている範囲の内容で維持すべきである。条文の文言の詳細については、債務不履行概念との関連で調整・決定するのが望ましい。

もっとも、債権者の損害軽減義務というような債権者側がとるべき措置を法令上の「義務」とすることについては慎重に検討すべきである。債権者が合理的な措置を講じていれば、債務不履行による損害の発生及び拡大を防ぐことができたときという趣旨に改めること自体は賛成である。

「過失相殺」につき、現状と同様の解釈が維持されるのであれば、その具体的な文言がいずれになるかという点によって、企業法務に与える影響は少ないと考えられる。ゆえに、改正の議論にあたっては、損害の公平な分担という「過失相殺」の趣旨に則り、現状の判例・学説にて解釈に沿ったものを、同一法典内の他の用語と整合性等を考慮しつつ検討すべきである。

損害軽減義務について、現行法上では、例外的場面において信義則上の義務が生じる場面があり得るとされているが、一般的な「義務」とまで法令上規定してしまうことには疑問がある。本来債務者が賠償すべき損害につき、債権者が合理的な措置を講じるべき場面があり、それを過失相殺の対象とするという内容自体に異論はないが、それを「義務」と位置づけてしまうと、柔軟性を欠くのではないか。債権者側の企業としては、防止費用請求権との関連で、どの程度までであれば損害発生・拡大を防止すべき行動にでるべきなのか、判断に窮する場面が生じるのではないかと懸念するからである。

債務者の故意・重過失による債務不履行の場合に過失相殺を制限する法理の要否については、検討するのはよいが、実務の硬直的な運用を妨げる懸念があるので、規定すべきではない。また、損害の発生・拡大に関する防止費用の請求権の規定を設けること自体には賛成である。但し、一定の制限・指標等を設けるべきである。

債務者の故意・重過失による債務不履行の場合に過失相殺を制限する法理の要

否については、検討するとしても、債務者の故意・重過失があれば過失相殺が認められないというのは、実務の硬直的な運用を妨げる懸念があるので、そのような内容であれば規定すべきではない。

本来債務者が負担すべき損害であることからして、それを債権者がその費用負担において当該損害の軽減をしたということからすれば、その損害軽減に際し債権者の負担した費用は、それが合理的な範囲内の額である限り、請求することは合理的と考える。

したがって、損害を軽減させるために要した費用について、終局的に債務者に負担させるため、防止費用の請求権を規定することには賛成である。但し、軽減された損害額と損害を軽減させるために要した費用の合計が当初の損害額を超過した場合等は、債務者は当初の損害額以上の損害賠償を行うことになり、債権者がどのような損害軽減／拡大防止を行うかについて制限できないのでは、債権者が必要以上の費用をかけることもあり得、結果として不合理になる可能性があるため、一定の制限は行うべきと考える。

具体的な防止費用の請求権の規定については、損害軽減義務が併せて規定されるのであればそれと関連させた上で一定の指標が示されると、企業法務としては意思決定が行いやすく非常に助かる。例えば、損害軽減のために過剰な費用がかかることが見込まれる場合には損害軽減義務の履行が免責されることや、当該防止費用が過剰又は合理的と判断され得る考慮要素の列挙などが考えられる。(法友会)

- 債務不履行の発生、損害の発生・拡大に関して、債権者に過失がある場合、損害賠償額を軽減することができる旨明文化すべきである。

債権者は、債務者に対し、損害の発生又は拡大を防止するのに要した費用を合理的な範囲で請求できるという規定を設けるべきではない。

意見のとおり、過失相殺の対象について明記する程度にとどめるべきである。例えば、AがBに対して家屋を売却する契約を締結したところ、Bは、履行期に引渡しがなされるものと考えて、履行期直前にアパートを引き払ってホテルに宿泊していたところ、Aの履行が遅れたため、ホテルからBの実家に引越し、ホテル代を削減したとする。この場合の引越費用を請求できるとする明文の規定を設けるべきか否かであるが、損害賠償の範囲として認められる場合が多いと思われるので、あえて明文化する必要性はないであろう。(福岡弁)

- 明確化に反対はしない。損害軽減義務の明文化には反対する。

明確化は、わかりやすい民法に資する。もっとも、現行の判例・実務を変更しないことを適切に表現できる文言が見つからない場合、実務に無用の混乱を招く。

損害軽減義務のみをあえて取り上げる理由がない。(仙台弁)

- 過失相殺の適用範囲について、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用されるという解釈の明文化につき、賛成する。

債務不履行責任において過失責任主義を前提とするならば、債権者の損害軽減義務の発想を導入する考え方につき、反対する。現行の過失相殺の解釈によっても妥当な解決ははかられており、これと結論が異なる可能性のある損害軽減義務の発想を導入することは必要がないばかりか、不適切と思料する。

債務者の故意・重過失の場合に過失相殺を制限する法理の要否につき、賛成する。過失相殺における損害の公平な分担の趣旨からすると、債務者に故意・重過失がある場合に、その適用を制限することが合理的と思料する。

債権者の損害発生・拡大防止に要した費用の請求規定の要否につき、反対する。現行法の解釈と異なり、債務者において不測かつ過大な負担が発生する可能性があるため、現時点では導入すべきではないと思料する。(札幌弁)

- 債務不履行の発生について過失がある場合だけではなく、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用されるという判例・学説の解釈を踏まえ、これを条文上明確にする方向に賛成。

損害軽減義務を条文上明確にすることに反対。損害軽減義務は、用語の意味内容について一義的な理解があるものではないと考えられ、この用語を用いることによって混乱が生じることが強く懸念される。

「債務者の故意・重過失による債務不履行の場合に過失相殺を制限する法理」の明文化については、結論は留保するが、慎重に検討する必要がある。公平の観点から債務者の故意・重過失をしん酌すべきであるが、現行法下でも過失相殺の有無や過失割合においてしん酌されているものと考えられ、明文化によってかえって硬直化することが懸念される。

債権者が債務者に対して損害の発生又は拡大を防止するために要した費用を合理的な範囲内で請求できる旨の規定の要否については、結論は留保するが、慎重に検討する必要がある。「合理的な範囲」の判断が困難である。(弁護士)

- 債権者の損害軽減義務の観点から明文化すべきで、「過失」の文言は削除すべきである。また、債権者が債務者に対して損害の発生または拡大を防止するために要した合理的な費用を合理的な範囲で請求できる規定を設けるべきである。

(大学教員)

- 債務不履行の発生について過失がある場合だけではなく、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用されるという判例の解釈を踏まえ、また、当該解釈は事業者間のトラブル時の迅速な対応においても必要であることから、これを条文上明確にする方向で検討すべきである。また、債権者の損害軽減義務の明文化についても、債権者の合理的な努力の範囲内で等の一定

の歯止めをかけつつ、明文化を図る方向で検討するべきである。(会社員)

○ 損害の発生・拡大の防止は、本来債務者が行うべきであり、その意味でも損害の発生・拡大の防止に要した費用を本来負担すべき債務者に求償することができるとするのは合理性がある。(個人)

○ 債権者の損害軽減義務について債権者が講じることを期待される合理的な措置の程度・内容は、債権者の属性に応じて軽減できるように規定すべきである。

損害が軽減できるかは、債権者の属性によるところが大きいので、このような実質的判断を排除し、債権者の属性を捨象して一般的、抽象的に「債権者の損害賠償軽減義務」を課すというのであれば反対である。(弁護士、弁護士)

○ 消費者と事業者との契約の中で、消費者には損害の発生や拡大を防ぐために講じるべき手段を知らなかったりもたなかったりまたは事業者によって阻害されたりする場合があると思われる。

「債権者が債務不履行の発生や損害の発生・拡大を防ぐために合理的な措置を講じたか否かという規範を定立」してしまう事により事業者側がその規定をうまく利用し法を抜け道として悪用することが考えられると思われます。(消費生活相談員)

○ 債権者が消費者の場合、債務不履行があった場合に債権者(消費者)に責任軽減義務を負わせることには反対である。消費者は、債務不履行の発生や、損害の発生、その拡大を防ぐために、具体的にどのような手配をしたらよいのかわからないことが通常であり、消費者に債務不履行の責任軽減義務を課するのは過度の義務を負わせることになり、バランスを失うと考える。(消費生活相談員)

○ 「債権者の損害軽減義務の発想を導入するという考え方」については、債権者に過度な負担を課すおそれがある。

中間論点整理10頁には、「債権者が債務不履行の発生や損害の発生・拡大を防ぐために合理的な措置を講じたか否かという規範を定立するなど、債権者の損害軽減義務の発想を導入するという考え方」が示されている。

取引所金融商品市場における金融商品の売買等の受託に関して、顧客と証券会社との間の契約である受託契約準則によれば、顧客が委託売買の決済を履行しない場合に、金融商品取引業者は当該売買を決済するため顧客の計算において反対売買をすることができるかとされているが、実務においては顧客に債務履行の意思の有無を確認するなど個別の事情を勘案するケースもある。

しかし、本規定が導入されると、処分権者である金融商品取引業者は価格が変動する金融商品の処分時期を選択して損害を軽減すべき義務を負うと解釈される可能性がある。そこで、不履行顧客にとって不利な価格で反対売買がなされ損

害が生じることによる訴訟リスクを避けるため、金融商品取引業者は、顧客の個別事情に配慮することなく受託契約準則に基づいて形式的に対応せざるを得ないケースが増加すると考えられる。結果として、一方的かつ画一的な対応を行わざるを得ないことによりかえって金融商品取引業者の選択の幅を狭め、結果、顧客保護に繋がらなくなる恐れがある。(日証協)

- 損害の発生や拡大に債権者に過失がある場合に適用するということを条文上明確にすることは反対する。

損害の発生や拡大に労働者側に過失がある場合に適用されることになれば、安全配慮義務違反によって障害を受けた労働者の請求が制限されることになる。労働災害で苦しむ労働者は知識や情報を入手することは困難であり、その結果、損害の発生と拡大をしないように合理的に行動できるとは限らない。したがって、このような場合まで、過失相殺を拡大することには反対である。(労働弁護団)

- 過失相殺の適用範囲について、損害軽減義務の発送を取り入れることには反対である。「損害軽減義務」という発想は、一方において債権者に高度の義務があることを前提としているようにみえるため、債権者に過度の負担を課す解釈がされるおそれがある。また、債権者の義務とはいえないような要素を取り込みにくくなるため、解釈が硬直化する懸念がある。

債務者の故意・重過失がある場合の過失相殺の制限については、債務者に過酷な負担を課すおそれがある上、不法行為とのバランスも問題となる。「故意・重過失」という要件のみで過失相殺を制限すべき場合を切り出すことができるか疑問があり、かえって判断の硬直化を招くおそれがある。過失相殺のしん酌の要否を「任意的」とした上で、裁判所の裁量に委ねれば十分である。

債権者が債務者に対して損害の発生又は拡大を防止するために要した費用を合理的な範囲で請求することについては、損害の範囲ないし因果関係の問題として規律すべきである。(一弁)

- 債権者が損害の発生または拡大に寄与した場合、裁判所は、損害賠償の責任及び額の算定においてこれを考慮することができる旨の規定にすべきである。

債務不履行が債権者の責めに帰すべき事由によって発生した場合は、そもそも債務者が免責されてしかるべきである。

損害の発生と拡大に関しての寄与を問題とすることを明記すべきである。

損害軽減義務という債権者の作為に焦点を合わせた規定よりも、寄与とすることによって、債務者の不履行態様や帰責性と総合考慮して調整することが可能になる。(なお、過失概念が混乱することを回避し、債務不履行の帰責根拠を過失責任主義に求めないことも整合しうる。)

債務者の故意・重過失による債務不履行の場合に過失相殺を制限する法理を検

討すべきかについては、過失相殺の効果を任意的減免にとどめる規定にすることによって、裁判所が事案ごとに裁量的に判断しうるとすることで足りる。

損害の発生と拡大についての債権者の寄与を問題とする以上、不履行についての故意重過失だけで、常に、債権者側の寄与の考慮を否定するよりは、総合的な利益調整に委ねる方が柔軟で適切な結果を導くことができる。

債権者は、債務者に対し、損害の発生又は拡大を防止するために要した費用を合理的な範囲内で請求できる旨の規定を設けることについて、問題ないと考える。

従来 of 損害論では、費用賠償は当然には帰結されなかったことに加え、任意的とはいえ、債権者側の対応が責任ないし額の算定において考慮される規定を設ける以上、債権者が対応に要した費用が債務者に転嫁されることは明記してしかるべきである。(堂島有志)

- 過失相殺は、公平の観念や信義則の発現であり、これを「過失」相殺と呼んでいたのではないか。事案に応じた柔軟な結論を導く上で、過失相殺規定が重要な役割を果たしてきたことに鑑みると、過失相殺について硬直的な要件が規定されることは望ましくないとの意見があった。

また、損害軽減義務の考え方については、その理論的根拠を明文化することによって、かえって事案に応じた柔軟な運用ができなくなることに配慮すべきとの意見が多く、また、債権者に作為義務を設定した上で、損害の発生及び拡大の防止と上記作為義務違反との間の因果関係を要求するものとも捉えられかねず、過失相殺が可能となるケースが相当限定されるのではないかと考えられる上、「通常生ずべき損害」に当たるか否かの判断とも重複することになるのではないかと考えられ、慎重な検討が必要であるとの意見があった。

さらに、現在の実務では、債務者に重過失がある場合でも債権者にも落ち度があれば、それらを総合的に考えて適切な損害額を算定しているように思われるが、債務者に重過失がある場合を故意がある場合と同列に扱うことになれば、このような適切な損害額の算定(損害の公平な分担)に支障を来す懸念があるとの意見があった。(最高裁)

- 過失相殺の適用範囲について条文上明確にすることに賛成である。過失相殺の規定は、判例や学説は、債務不履行の発生について過失がある場合だけではなく、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用されるとしており妥当であるが、現行民法第418条からは読み取りがたいことから、明確にすることに賛成である。

具体的にどのような事情、要因を考慮すべきかという観点から「債権者の損害軽減義務の発想」の意義と内容を更に検討することについては賛成する。従来においても債権関係における信義則を介在させて、過失相殺における債権者の義

務違反を認めてきたことから、「損害軽減義務」という考え方自体に、理論的な支障はない。したがって、具体的にどのような事情、要因が過失相殺の対象となるのかを検討することには賛成である。しかしながら、ここで問題となっている「義務」は、帰責原因としての「義務」とは異なる余地がある。また、実務上、債権者の「義務」として明確に意識して判断されていない場合もあり、「損害軽減義務」と明記することは、相応する債権者の作為義務が観念されるのか等、実務上、混乱を生ずるおそれが否定できないことから、「損害軽減義務」論が一人歩きしないよう留意して議論を進めるべきである。

債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠との関係を検討し、債務不履行責任における過失相殺の位置づけを明確にすることに賛成である。債務不履行における帰責原因を過失ではなく、契約におけるリスク分配と捉える場合、過失相殺は、契約におけるリスク分配の具体化規定となるのか、契約におけるリスク分配とは異なる免責規定と位置づけられるのかを明確にする必要がある。

不法行為における過失相殺（民法第722条第2項）との関係を、その制度趣旨に遡って検討することは賛成である。特に、請求権競合事案について、法的構成により影響を受けることのないように慎重に検討する必要がある。実務上、損害賠償請求権について、同じ事件を、債務不履行を請求原因として構成する場合と、不法行為を請求原因として構成する場合があります（請求権競合）。債権法における過失相殺の指導原理が損害軽減義務となる場合、法的構成により影響を受けないかを慎重に検討する必要がある。

債務者の故意・重過失による債務不履行の場合に過失相殺を制限する法理の要否について、特に意見はない。具体的な事案において検討を要する場合はあることは否定できないので、議論することは反対しない。ただし、具体的にどのような事案が想定されるのか、その適切な解決のために当該法理を明文化する必要があるのかについては慎重に検討する必要がある。

損害軽減義務の履行に要した費用の請求について検討することは賛成である。特に、本体となる債務不履行請求権と当該費用の請求権の相互関係（訴訟物が異なるのか。）及び「合理的な範囲内」は実際の出捐額に対し賠償額の制限事由として機能する場合もあることを留意して検討すべきと考える。

現行法においても当該費用が債務不履行と相当因果関係の範囲にある場合には請求は可能であると思われる。規定としての明文化を検討する場合には、現行法でも認められる請求権を明らかにする趣旨か、債権者に債務不履行に基づく損害賠償請求権とは別に、新たな費用償還請求権を認める趣旨かを意識して検討する必要がある。

また、「合理的な範囲内」は、債務者にとっては費用償還の上限を画する基準

として機能するが、債権者には相当因果関係のある出捐について賠償額の制限事由として機能することはないかも留意して検討する必要がある。(大阪弁)

- 信義則上、債権者の側でも損害の拡大に寄与した過失があれば、それを過失相殺の枠組みで考慮する現行実務は、紛争解決上、非常に有益な手段であるとして肯定的に捉えるが、改めて債権者の義務として規定することは慎重に考えるべきである。

例えば、株式担保やデリバティブ取引を考えると、株価、外国為替相場等により価格変動性のある担保の処分や取引の解約には、時期、価格等の問題が必然的に伴う。仮に債権者の損害軽減義務を認めると、債権者が処分等をすべき時期を慎重に判断する必要がある。しかし、担保処分、取引相場の確定に当たっては、事務手続き、回収の可能性の見極め等、諸般の事情を考慮しており、必ずしも債務者の損害の極小化だけを念頭において判断できるわけではなく、そもそも将来どのように取引相場が変動するのかは分からない。

なお、海外では判例の蓄積はあるとしても、国内では判断基準が確立されていると言えるほど判例の蓄積はないと考えられるという指摘がある。

次に、ローンの返済を例にすると、銀行実務上、口座引落とし処理には返済額以上の残高を置くことを求めているが、残高分だけでも引落とせば損害が差額分に留まることから、そのような措置を講ずるべきという指摘を受けることが考えられる。銀行実務以外でも、例えば腐敗する食品、流行がすぐ廃れて価値がなくなる物の売買のような金銭債務以外について、不完全履行として受領拒否する場合における債権者にも同様のことが考えられる。本来であれば、本旨弁済ではないとして債権者が受領を拒絶できるはずの不完全履行について、受領を事実上強制することにならないか懸念されるという指摘がある。(全銀協)

- 過失相殺の適用範囲につき、判例・学説の解釈を条文上明確にすることについて賛成である。過失相殺の適用範囲につき条文からは明らかでないところ、判例・学説が異論なく受け入れているところであり、明文化に賛成である。

債権者の損害軽減義務の発想を導入するという考え方について反対である。現行の418条を損害軽減義務の根拠とする見解があることはそのとおりであるが、過失相殺においてその義務を過度に強調することに対する慎重論もあり、両者を同質のものと理解することはできない。損害額の減免が認められるかどうかは、債務者側の故意・過失の重大性ととの相関関係において判断されるべきものであり、それとは切り離された債権者側の義務違反を基準とする考えには反対である。

債務者の故意・重過失による債務不履行の場合に過失相殺を制限する法理の要否について、慎重に検討すべきである。債務不履行につき債務者に故意・重過失

が認められるような場合に、過失相殺が適用されるべき実務上の要請の有無について、更なる検討が必要である。

債権者は債務者に対して損害の発生又は拡大を防止するために要した費用を合理的な範囲内で請求できる旨の規定の要否について、慎重に検討すべきである。

債権者が損害発生・拡大防止のために支出した費用は、事務管理の規定により対応できるとの指摘もあり、規定の必要性について慎重に検討すべきである。債権者に損害軽減義務を課すことにならない方法において規定が可能であれば、事務管理の特則化することに意義があるといえるのかもしれないが、費用として認められる「合理的な」範囲について明確な規定ができるのかの検討が必要である。

(横浜弁)

- 過失相殺の規定は「債務者の責めに帰すべき事由」の規定の意味と対になるものであり、「債務者の責めに帰すべき事由」の規定と同様、これを改正すれば無用の混乱を引き起こしかねない。なお、従来からの過失相殺の理解は債務不履行の原因に対する債権者の帰責度合であり、必ずしも「債権者の損害発生・拡大防止義務」とは同視できない。また、損害の発生・拡大に関する防止費用の請求権の規定は、事務管理の規定があれば足りる。(親和会)
- 本研究会においては、判例・学説が認める過失相殺の適用範囲を条文上明確にするということ自体には、特段の異論がなかったが、「損害軽減義務」のような新しい概念を、直ちに条文化することについては、意見の統一をみるに至らなかった。

本研究会の議論において、過失相殺の適用範囲（民法第418条）については、債務不履行の発生について過失がある場合だけではなく、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用されるという判例・学説の解釈を踏まえ、これを条文上明確にする方向で、更に検討することは賛成であるが、その際に、次の点が検討されなければならないとする意見もあった。

第1に、債権者が債務不履行の発生や損害の発生・拡大を防ぐために合理的な措置を講じたか否かという規範を定立するなど、債権者の損害軽減義務の発想を導入するという考え方（損害軽減義務）の適否である。現行民法第418条のもとでは、債権者の過失が問題となる場面として、①債務不履行の発生について債権者に過失がある場合、②損害の発生に債権者の過失がある場合、および、③損害の拡大に債権者の過失がある場合があるとされ、それぞれの場合に民法第418条が適用されると解されてきたが、同条の文言では、①については明確であるものの、②および③については、必ずしも明確ではない。そのため、②③の場合を具体化して、損害軽減義務の観点から、「債権者が合理的な措置を講じていればその発生または拡大を防ぐことができたとき」とすることは、これまで曖昧であっ

た条文上の文言を明確化する点でそれなりの意味を有するが、そもそも債権者に損害軽減義務を課すことの当否が問われなければならない。債権者の義務性を強調することにより、債権者が損害軽減のみの観点から担保の早期処分を迫られたり、不完全履行の受領を事実上強制されたりするなど、債権者に過度の負担を課すことにもなりかねない。過失相殺には債権者・債務者双方の利益を調整する機能があるが、債権者側の作為義務的要素のみを規定することでその機能が損なわれないか、過失相殺の法理の濫用ないし悪用のおそれはないかなど、文言の表現も含めて、慎重な検討を要する。

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

- 現行の判例・学説の立場（不履行の発生のみならず、損害の発生や損害の拡大についての過失も考慮する）を明文化する方向で検討すべきである。

損害軽減義務という考え方については反対である。損害軽減義務という考え方が提唱されているが、現行の過失相殺規定は十分に調整的な機能を果たしており、かつ損害軽減義務という債権者側の作為的な義務とそれに基づく軽減要素のみでこれに代替できないのではないかとの疑問がある。そればかりか、債権者の加重負担を招く恐れがある。

債務者に故意・重過失がある場合に過失相殺を制限することを明文化する方向性に賛成である。公平の観点から見て合理性がある

債権者が債務者に対して損害の発生または拡大を防止するために要した費用を合理的な範囲で請求できる旨の規定を置くことについては、「合理的な範囲」の内容を明確化することが困難であり、慎重に検討すべきである。（日弁連）

- 債権者の損害軽減義務の導入に反対する。

債権者は、損害を拡大させるようなことを敢えてすべきでないことは当然であるものの、損害軽減だけを考慮して行動を決定することもできないのであり、損害軽減を義務として規定すれば、事業者及び顧客側、特に消費者にとっても過大な負担となることが考えられる。（全警協）

- 債務者の故意・重過失の場合の過失相殺の制限については、賛成であるが、硬直的な規定にならないよう留意すべきである。その他については、特に明文化等の必要はない。（北海学園大民研）

- 債権者の損害軽減義務を認め、それを過失相殺の判断要素とすることについて

ては反対する。

少なくとも、説明義務違反、誤導や不実表示、断定的判断の提供など、債権者の落ち度を誘発する事情が認められる場合には、過失相殺を口実に、債権者側の損害軽減を行うべきではなく、その判断に際しては、取引の性質、損害軽減、回避に向けた債務者側の関与の存否、程度、債権者側の知識、経験、理解、判断能力等の属性が考慮されなければならない。

債権者は、債務者に対し、損害の発生又は拡大防止に要した費用を合理的な範囲内で請求できるとの規定を置くことは慎重にすべきである。

消費者被害事件、とりわけ投資被害等金融サービス被害事件においては不法行為構成・債務不履行構成を問わず、事業者の損害賠償責任が認められたとしても、自己責任や消費者のささいな「落ち度」を指摘して大幅な過失相殺がなされる場合が多いが、これでは、被害回復を妨げるとともに事業者の「やり得」を許してしまう。フランチャイズ事件や過労死・過労自殺等でも同様である。「損害軽減義務」を正面から規定すると、被害者たる債権者の自己責任論がより強調され、現在よりも更に安易な「過失相殺」がなされる懸念がある。消費者・労働者など当事者間の格差を前提に安易な過失相殺がなされないための歯止めを考える必要がある。(弁護士)

- 債権者の損害軽減義務を認め、それを過失相殺の判断要素とすることについては反対する。

少なくとも、説明義務違反、誤導や不実表示、断定的判断の提供など、債権者の落ち度を誘発する事情が認められる場合には、過失相殺を口実に、債権者側の損害軽減を行うべきではなく、その判断に際しては、取引の性質、損害軽減、回避に向けた債務者側の関与の存否、程度、債権者側の知識、経験、理解、判断能力等の属性が考慮されなければならない。

債権者は、債務者に対し、損害の発生又は拡大防止に要した費用を合理的な範囲内で請求できるとの規定を置くことは慎重にすべきである。

消費者被害事件、とりわけ投資被害等金融サービス被害事件においては不法行為構成・債務不履行構成を問わず、事業者の損害賠償責任が認められたとしても、自己責任や消費者のささいな「落ち度」を指摘して大幅な過失相殺がなされる場合が多い。

安易な過失相殺は、被害回復を妨げるとともに事業者の「やり得」を許してしまう。

同様のことはフランチャイズ事件や過労死・過労自殺等でも同様である。事業者が義務違反行為をして被害を発生させた以上はその損害は全て負担すべきである。

現在の「損害の公平な分担」という考え方のもとでは、それでも事業者と消費者の格差や事業者側の故意・過失の程度・行為態様を踏まえた判断はなされているが、「損害軽減義務」を正面から規定すると、被害者たる債権者の自己責任論がより強調され、現在よりも更に安易な「過失相殺」がなされる懸念がある。消費者・労働者など当事者間の格差を前提に安易な過失相殺がなされないための歯止めを考える必要がある。なお過失相殺を「必要的」減免から「任意的」軽減とする点は賛成である。(日弁連消費者委有志)

- 「債権者の過失により損害が拡大した場合も同様とする。」を追加。(弁護士)
- 損害軽減義務は、それに違反したことを理由として債権者が債務者に対して損害賠償義務を負うというよりは、債権者がそれに違反した場合に拡大した損害について債務者に賠償請求できないという性質のものであり、(損害軽減義務に言及した判例が既に存在することを考慮すると)あえて明文の規定を設ける必要があるかどうか要検討である。(弁護士)

- 判例が認める過失相殺の適用範囲を条文上明確にすることに賛成する。

「損害軽減義務の発想を導入する観点」から検討するという方向性については反対する。債権者が損害軽減のみの観点から担保の早期処分を迫られたり、不完全履行の受領を事実上強制されたりするなど、債権者に過度の負担を課すことになり得るからである。

債権者は、債務者に対し、損害の発生又は拡大を防止するために要した費用を合理的な範囲内で請求できる旨の規定を設けることは検討に値する。(弁護士)

- 私法一般のデフォルトルールとして損害軽減義務を認めることは、適切な代替取引の判断など、債権者に過度の負担を貸すものであり、反対。不法行為との関係もあり、被害者の素因の取り扱いについても検討すべき。(大学教員)
- 損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用があるという考え方自体が誤りである。この考え方は、解釈ではなく、誤った解釈により、法律を改定する愚行をすべきではない。(個人)

(2) 効果

過失相殺の効果は必要的減免とされている(民法第418条)が、これを任意的軽減に改めるべきかについて、要件に関する議論(前記(1))と併せて、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第2, 5(2) [55頁]】

【意見】

- 賛成である。

債務不履行における過失相殺と不法行為における過失相殺の要件効果を一致させることは好ましい。(兵庫県弁)

- 任意的減軽とすることに賛成する。通説の明文化であり、あえて反対する理由がない。(仙台弁)
- 不法行為における過失相殺規定(任意的軽減)との均衡から不法行為と同様に任意的軽減に改めるのが妥当である。(東弁)
- 任意的減免とすることに賛成。要件の整理の仕方とのバランスではあるが、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用されるとする一方で、効果として、必要的に限定することは弾力性に欠けるものとする。(愛知県弁)
- 過失相殺の適用について、任意的軽減にあらためることに賛成する。当事者間の公平の観点からすれば、過失相殺は適用されるべきでないと考えられるケースがあり、任意的減免にあらためて、具体的事案に応じた解決ができるようにすべきである。(広島弁)
- 過失相殺の効果を任意的軽減に改めることにつき、賛成する。不法行為における過失相殺との均衡を確保するのが相当と思料する。(札幌弁)
- 任意的軽減に改めてもよいと考える。(北海学園大民研)
- 過失相殺の効果に関して、現行法の必要的減免を改めて、任意的減免として明文化すべきである。(福岡弁)
- 任意的減軽とすることに賛成する。

前述のとおり、過失相殺(損害軽減義務)は、被害回復を妨げ、加害者の「やり得」を許す結果となる場合がある。不法行為と同様に任意的軽減に留めるべきである。(日弁連消費者委有志)

- 不法行為に関する民法第722条第2項の規定との不均衡を是正する観点からも、任意的減軽とすべきである。(三菱電機)
- 過失相殺の効果を「必要的」から「任意的」とすることに賛成である。任意的しん酌として過失相殺の損害調整機能を最大限尊重すべきである。

「減免」を「軽減」とすることについては、不法行為との平仄等から賛成する意見がある一方、責任免除の可能性を排除すべきでないことから反対(任意的減免とすべき)との意見もあった。(一弁)

- 民法第418条の効果を必要的減免から任意的減軽に改めることが望ましいという考え方については、「任意的減軽」で十分と考えるべきである。

実務上、必ずしもその都度債権者側の過失等を考慮するというような対応はしていない。また、債務不履行に陥った債務者に対し、責任の免除までを認める必要性は、実務上考えにくい。ゆえに、裁判上の判断の場合にも、「任意的」

減軽で十分であると考える。

過失の立証責任の分担については、債務者が債権者側の過失の立証責任を負うことは不法行為と変わらず、特に違和感はない。(法友会)

- 任意的減免とすることに賛成。債務者の故意重過失による不履行の場合に、債権者の寄与を斟酌するか否かを事案ごとに柔軟に決められるようにするため、任意的とすることが整合的である。(堂島有志)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 過失相殺の効果を任意的減軽とすることに賛成である。責任免除については、本来、帰責性の判断にて行われることであり、賠償額の減額事由の判断である過失相殺になじまないことは従来から指摘されており賛成である。また、事案の柔軟な解決を図ることが可能となることから、任意的減軽と規定することにも賛成である。(大阪弁)
- 任意的減軽に改めることに賛成である。

不法行為責任における過失相殺の規定との不整合につき、立法的な批判があったことはそのとおりである。

実務上も全額の免責が認められることはまれである上、そのような場合はそもそも債務者側の過失がないとされていたと思われ、債務不履行の帰責事由が維持されるのであれば影響もないと考えられる。

必要的斟酌を任意的なものに変更することについても、過失がありながら減額を認めるべきでないという場合は、そもそも債権者側の過失はないとされていたと考えられ、実務への影響はないと思われる。(横浜弁)

- 統一かつ柔軟な扱いを可能とするために、不法行為の場合と共通化した方が望ましい。(親和会)
- 本研究会においては、この点につき、過失相殺につき、債務不履行の場合と不法行為の場合につき、統一が図られるべきという意見があったほかは、特段の意見はみられなかった。

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

- 賛成する。不法行為における過失相殺規定(任意的軽減)との均衡から不法行為と同様に任意的軽減に改めるのが妥当である。(日弁連)
- 不法行為の場合と同様に、任意的軽減に改めるべきである。(大学教員)
- 消費者が債権者であった場合債務不履行があった場合、消費者に責任軽減義

務を負わせることは反対である。消費者は通常債務不履行について、どのような事か、また損害が発生する事やその対処方法など良く解っていない。消費者に責任軽減義務を負わせることは重すぎると思う。(個人)

- 過失相殺の効果を必要的減免から任意的軽減に改めることに賛成する。(弁護士)
- 任意的軽減とすることに賛成する。
過失相殺(損害軽減義務)は、被害回復を妨げ、加害者の「やり得」を許す結果となる場合がある。不法行為と同様に任意的軽減に留めるべきである。(弁護士)
- 任意的軽減とすることに賛成である。不法行為との均衡及び事案の柔軟な解決という点から、任意的軽減とするのが相当である。(弁護士)
- 必要的減免とする合理的な理由に乏しいと思われ、任意的軽減とする方向で検討するべきである。(会社員)
- 不法行為との相違をなくす方向で検討すべき。(大学教員)
- 任意的軽減に改めるのは、損害の公平な分担という過失相殺の理念に反するおそれがあり、反対(経営法曹会議)。
- なぜ任意的減免なのか?不法行為では完全賠償の前提があるための任意減免であろう。変更不要。(弁護士)
- 法律は、権利と義務を定めるものであるもので、裁判官の任意規定判断などということは、もともとあり得ず、発想が根本的に誤っている。絶対に、このような改定をしてはならないと考える。(個人)

5 損益相殺

裁判実務上、債務不履行により債権者が利益を得た場合には、その利益の額を賠償されるべき損害額から控除すること(損益相殺)が行われており、これを明文化するものとしてはどうか。

【部会資料5-2第2, 6 [56頁]】

【意見】

- 定着した判例法理を動かさない配慮をしつつ条文化するかぎり、賛同できる。(兵庫県弁)
- 賛成する。わかりやすい民法に資する。(仙台弁)
- 損益相殺の明文化に賛成する。確立した裁判実務を明文化することで、「分かりやすい民法」の実現に資する。(東弁)
- 明文化に賛成する。裁判実務上認めているものであり、柔軟に事案解決の妥当

性を図るうえからも明文化に賛成する。(愛知県弁)

○ 損益相殺の考え方を明示することにより、損害賠償請求によって填補が期待できる金額が明瞭になることから、明文化に賛同したい。(情サ産協)

○ 損益相殺について明文化することに賛成する。

裁判実務で行われており、損益相殺を行うことに、不都合もない。

損益相殺の対象とされる利益は何かということが実務的には問題であり、明文化にあたり、その基準についても明文化するとすれば、慎重な検討を要する。(広島弁)

○ 賛成する。判例法理であり、分かりやすい民法の実現に資するものである。(札幌弁)

○ 損益相殺を明文化すべきである。(福岡弁)

○ わかりやすい民法という観点から、裁判実務における損益相殺は明文化されるべきである。(三菱電機)

○ 損益相殺を明文化することに賛成であるが、債権者と債務者との間の損害調整機能を損なわないように債権者が得た利益をしん酌することが裁量的である点を明確にする等、慎重に条文の文言を検討すべきである。(一弁)

○ 損益相殺に関する規定を明文化すべきである。

損益相殺は、債務不履行による損害賠償の損害額を決する重要な法理である。裁判実務上、債務不履行により債権者が利益を得た場合、その利益の額を賠償されるべき損害額から控除すること(損益相殺)が異論なく行われているものの、企業法務の現場では損害賠償の請求を含む紛争を裁判に至らない形で解決することが通常の紛争処理であり、このような当事者間による紛争処理の現実を踏まえた場合、裁判実務上採用されている本件のような重要な規範については明文化の上、法文により指し示すことが望ましい。

企業法務における紛争解決の現場においては、「売主と買主の立場の違い」等の当事者の力関係が大きな影響を及ぼすことが多い中、損害賠償請求額の妥当性の争いがある際において、(債権者が優位な関係にある場合において特に)債権者側から債務者に対して損害額の根拠、明細について十分な情報が提供されない場面が見受けられる。このような場面において、裁判実務上採用されている損益相殺の法理を明文化することは、当事者間で合理的で妥当な損害賠償額の決定をするプロセスを促すことに資すると思われ、有用である。(法友会)

○ 損益相殺の明文化が望ましい。確定した裁判実務であるから明文化してわかりやすくするのが相当である。(堂島有志)

○ 損益相殺を明文化することに賛成である。現在の裁判実務では異論なく認められていることから、その実定法上の根拠を明確にする明文化には賛成である。(大

阪弁)

- 基本的に賛成であるが、損益相殺が認められるべき範囲については、慎重に考慮すべきである。

現行民法の条文にはないものの、公平の観点から損益相殺が認められることに異論はなく、国民に分かりやすい民法との観点から、このような重要な条項の明文化には賛成である。

問題は、どのような利益を控除すべきかということであり、判例等で「損害発生と同一の原因による利益」、「賠償原因と相当因果関係に立つ利益」などの一応の基準が示されているが、必ずしも明確とは言い難い上、最高裁判例においても、相当数の少数意見も出されているところで、統一された理解が存在するとは言い難い状況である。

消費者取引、とりわけ詐欺的取引における対象商品の価値につき、特段の事情のない限り、損益相殺されるべきでないとの意見もあり、損益相殺が認められるべき範囲については、なお慎重な考慮が必要である。(横浜弁)

- 当然のこととして認められている事項であっても、わかりやすい民法とするために明文化すべきである。(親和会)
- 本研究会においては、この点につき、特段の異論はみられなかった。(日大民研・商研)
- 国民に分かりやすい民法の実現に資するとして、賛成する意見が強い。(日弁連)
- 明文化に賛成。第418条に2項を置くことで実現も容易であろう。(弁護士)
- 損益相殺に関する規定を設けるべきである。(大学教員)
- 裁判実務上、債務不履行により債権者が利益を得た場合、その利益の額を賠償されるべき損害額から控除するという損益相殺が異論なく行われているから、これを明文化することに賛成する。(弁護士)
- 明文化に賛成。(大学教員)
- 損益相殺の規定を明文化する方向で検討するべきである。(会社員)
- 単純な差引計算ではなく、損益相殺を行なうことが衡平かという価値判断が介在しているというべきであり、この点を反映した規定とすべきだが、そのような一般条項的な規定であれば、規定を設ける必要はない。(北海学園大民研)
- 債権者が利益を得ても損益相殺をしないのが相当である場合があるなど様々な事案があり、現在判例がそれらを網羅的にカバーしていないため、今後新たな事象も生じうることを考えれば、現時点で条文化することに疑問があるとする意見や、そのような観点から要件や効果の定め方について懸念を述べる意見があった。(最高裁)
- 消費者取引、とりわけ詐欺的取引における対象商品の価値については、換価が

容易に可能であるなどの特段の事情がない限り、損益相殺されるべきではない。

詐欺的取引の対象とされる商品は、概して価値が存しないか、一般の需要がないために換価が容易でないものが少なくない。原野商法における「山林・原野」がその典型である。また不要・不急の商品を押しつけられる場合もある。この場合に、安易な損益相殺がなされれば、過失相殺を正当化する理由が存しない場合でも、実質上、それに等しい扱いがなされることになり、被害者消費者の損害回復を不可能であるか、困難ならしめることになる。

また、詐欺的取引では、対象商品は、いわば詐欺・不法行為の道具として用いられるものであり、不法原因給付の実質を持つ。たとえそれが適正な価値で評価されるにしろ、その利得を事業者に得させる必要がないことは、貸し金における暴利取得の手段とされた貸付金員の返還を認めないこととパラレルに考えるべきである。(日弁連消費者委有志)

- いわゆる損益相殺は、損害額の算定に過ぎず、明文化する必要はないし、すべきでもないと考える。仮に明文化するのであれば、損害額の算定方法として規定すべき。そうしないと、保険代位を、「損益相殺的調整」というような、誤った判決をまた生み出す原因となる。改定に反対する。(個人)

6 金銭債務の特則（民法第419条）

(1) 要件の特則：不可抗力免責について

金銭債務の不履行について不可抗力免責を否定する民法第419条第3項の合理性に疑問を呈し、一定の免責の余地を認めるべきであるとする考え方に関しては、同項を削除して債務不履行の一般則による免責を認めるという意見や、金銭債務の特則を残した上で不可抗力免責のみを認めるという意見等があることを踏まえて、免責を認めることの可否及び免責を認める場合の具体的な要件の在り方について、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第2, 7(1) [56頁]】

【意見】

- 金銭債務の不履行について、債務不履行の一般則による免責を認めることに賛成する。効果の特則とのバランス論の意味はあるが、免責事由に関して、金銭債権に特則を置く合理性はないものとする。(愛知県弁)
- 二重ローンの問題もあるところ、東日本大震災のように極めてまれな場合には特別法でカバーすべきであるとも考えられる一方で、現状の特別法は不十分な点もあるから（リース債権を除外していないことなど）、特別法により解決されないことも想定されるため、これらの現状を踏まえて見直しを検討すべき

ではないか。不可抗力免責を認めた上でさらなる要件を検討することや、不可抗力とは何かを検討することも必要ではないか。(パブコメWG)

- 金銭債務の不履行について、不可抗力免責を認めることに賛成する。

不可抗力免責を認めないとするものの積極的な理由は見当たらない。しかしながら、金銭の高度の通用性に鑑みると債務不履行の一般原則による抗弁までを原則的に認める必要は少なく、かえって債務者から種々抗弁が予想され、訴訟手続の負担の増大が懸念されることから妥当ではなく、不可抗力に限って免責を認めるのが相当である。

抗弁事由については、履行期から免責を受ける期間内の継続について、債務者が主張証明責任を負うものと考えらるべきである。

債務不履行の一般原則による抗弁を認めることは金銭債務の特性から妥当ではなく、不可抗力に限って抗弁となるものと考えらるべきである。具体的には、債務者は不可抗力の事実について評価根拠事実の主張立証を、債権者は再抗弁として不可抗力の事実について評価障害事実を主張立証することになると考える。

また、履行期での不可抗力が立証されれば、その後は不可抗力の継続が推認され、不可抗力の消滅が再抗弁となるのか、履行期から免責を受ける期間内の不可抗力の継続が抗弁の主張立証責任になるのかも問題となるが、履行期経過後の免責が例外であることから当該期間中に不可抗力が継続していることを証明課題とするのが適切である。(大阪弁)

- 金銭債務の不履行について、不可抗力免責を認める余地があることには異論はないが、具体的な規定の在り方につき、単に民法第419条第3項を削除するという方法を採用することについては、慎重に検討すべきである。金銭債務の不履行についても不可抗力免責を認める余地があると考えらるが、単に民法第419条第3項を削除した場合、免責の範囲が広くなり過ぎることが懸念される。(日司連)

- 金銭債務についても、免責を認める余地を与えるべきである。

不可抗力が明らかな場合(東日本大震災のように日本全体が大混乱に陥り、銀行の機能停止により銀行振込が不可能になった場合等)にまで、不可抗力免責を認めないことは債務者を不当に不利な立場におくものであり常識に反する。(仙台弁)

- 金銭債務の不履行については、金銭債務の特則を残した上で大規模災害発生時等一定の場合における損害賠償の免責を認める方向で検討を続けるべきである。

金銭債務の不履行について不可抗力免責が否定されてきた理由は、金銭は代替性が高く利息を払えば得ることが容易であるという、その融通性に基づくものと

解されている。しかし、大地震や戦争などの非常事態により金銭の調達が困難になった場合に、他から直ちにそれを調達できるかと言えば、現実には不可能な場合も存在する。現代社会において他から金銭を調達するということは、金融機関等から融資を受けることであり、個々の信用状態や経済環境によっては、審査の結果融資が受けられないという事態も容易に発生しうるからである。

本年3月11日に発生した東日本大震災において、被災地では津波で家財道具や事業資産の全てが流失するなどし、不可抗力により債務の履行が不可能となった事例も多数生じている。全国銀行協会でも震災後直ちに、企業が資金決済に使う手形が不渡りになった場合でも、3月11日付から当分の間は不渡りの扱いにしないなどの特別措置を発動したところである。また過去の阪神・淡路大震災の際にも、手形の不渡り処分を猶予する取扱いがされ、租税の徴収猶予処置がとられるなど、一律に現民法第419条第3項が適用されることによる弊害に対して時限立法などによる対処がなされてきた。

このような大規模災害等の特殊な場合にまで、免責を否定し、金銭債権においてのみその絶対性を貫くことは合理性に欠ける。よって、大規模災害発生時等一定の場合には、免責を認める方向で検討を続けるべきである。また、免責が認められる場合の定義としては、大地震、津波、噴火、洪水等の自然災害や戦争、暴動、内乱、革命等の人為的事象などに限定することにより、免責される範囲を明確にすべきである。(青司連)

- 大規模震災、戦争等、特に限定した不可抗力の場合に限って、免責を認めるべきである。

債務不履行の一般原則と同等の規律に委ねると免責の範囲が広くなりすぎる。また、落雷等天災一般による免責でも広すぎる。大規模震災、戦争等により、交通のみならず通信手段まで途絶した(振込決済もできない)場合に限り、免責を認めるのが相当である。

不可抗力免責が認められる場合でも、法定利息相当分の不当利得返還請求を認めるかにつき、肯定する。金銭債務の場合、天災等によって履行期に履行ができないとしても、誠実な債務者は決済資金を用意しているはずなので、法定利息相当分に限っては、不当利得を認めるのが公平。

なお、免責と規定しながら法定利息分の不当利得を認めると、結局遅延賠償を認める(免責しない)帰結に近似するが、法定利息よりも高い約定遅延損害金を排斥して、一律の基準による不当利得だけ認めることは十分合理性が認められる。(堂島有志)

- 金銭債務の不履行について、免責を認めることの可否及び免責を認める場合の具体的な要件のあり方について検討することに賛成。金銭債務についても、

何らかの免責を認めるべき場合はあるから、その要件について検討すべきである。(広島弁)

- 特定の通貨による支払い義務のある金銭債務について、当該通貨の流通状況が悪化した場合には、不可抗力免責を認める余地があるのではないか。(不動協)
- 免責を認める方向で検討することに賛成である。なお、実務上問題となる可能性が高い金融機関のシステム障害については、債務者の取引銀行のみに生じたシステム障害と、より広い範囲で発生したシステム障害の双方について、どのような取り扱いとすべきか慎重に検討する必要がある。(長島・大野・常松有志)
- 不可抗力免責を認める見解と、そうではない見解の両論があるので慎重に検討すべきである。

一方で現行法を支持する意見があり、他方で債務者が大震災に遭った場合などの場合に金銭債務について不可抗力免責を認めるべきである、との両論がある。(日弁連)

- 金銭債務の不履行について一般則による免責を認めることには賛成できない。不可抗力免責を認める方向で検討する場合には、取引の混乱を招かないために、不可抗力の意義が明確に定義されることが必要であり、かつ、その際、免責されるべき不可抗力の範囲については、大震災や大洪水など、債務者の主張や個別的事実確認がなされなくても客観的かつ類型的に不可抗力による不履行と認識できる範囲に限定されることが適切である。(クレカ協)
- 金銭債務の不履行にも免責があり得ることは理解するが、免責の抗弁の範囲は限定的に解すべきである。

金銭債務の不履行を一般の損害賠償ルールに委ねると、免責の範囲が拡大するおそれがあり、民法第419条第3項を単純に削除することは問題である。

本規定を改正するのであれば、むしろ、「不可抗力の場合だけは抗弁できる」という趣旨を明文で残す考え方を検討すべきである。

金銭債権の債権者からすると、現状維持が好ましいと考えるが、天災のようなときにまで抗弁を認めないのは債務者にとって酷であるという指摘は否定し得ない。極めて甚大な災害が生じたとき等には免責を認めてもよいと考えられる。

また、不可抗力がどのような事態を指すのか明らかにする必要があると考える。特に、実務的には、不可抗力の時期(特に終期)の基準が重要である。

例えば、コンピュータのシステムダウンのケースであれば、復旧した時が不可抗力の終了時として考えやすいが、大震災のようなケースではいつまでが不可抗力といえるのか不明である。(全銀協)

- 不可抗力により履行遅滞となった金銭債務は、他の債権と同様に遅延損害賠

償の免責を認めるべきである。一方、金銭債務については履行不能となることは認めず、金銭債務の免責は破産手続によるべきである。(親和会)

- 民法第419条第3項を削除して、金銭債務の不履行についても債務不履行の一般則による免責を認めるという考え方に賛成する。

大地震等の天災や送金システムの事故により、金銭債務の債務者の帰責なく金銭債務の履行ができないことがある。この場合に、他の債務の不履行と区別して、金銭債務のみに特化した絶対的な無過失責任を認めることの正当化は困難であると思われる。

また、金銭債務についても一定の場合には免責されるというような規定は、消費者契約等でも多く規定されているところだから、少なくとも不可抗力や契約において引き受けていなかった事由による金銭債務の履行遅滞を免責させる規定が消費者契約における不当条項に該当しないことが明らかになれば、予見可能性の観点からも望ましいといえる。(ヤフー)

- 本研究会においては、金銭債務の不履行についても、ドイツ民法のように債務不履行の一般原則によって要件を考えるべきであり、責めに帰すべき事由を要求し、不可抗力については免責されるという形で規定すべきとの見解が多数を占めたが、利息が生じるのは不当利得の考えによるのであるから、責めに帰すべき事由は必要ではないとの見解も強く主張された。(日大民研・商研)
- 中間論点整理では、金銭債務の不履行について免責を認めることの可否及び免責を認める場合の具体的な要件の在り方について検討してはどうかとされている。具体的には、民法第419条第3項を削除して債務不履行の一般則による免責の余地を認めることが望ましいという意見や、不可抗力免責のみを認めてはどうかとの意見が議論されている。

この点、金融実務の観点からは、民法第419条第3項を削除して債務不履行の一般則による免責の余地を認めるとの見解は、免責が認められる場面が広すぎ、妥当でないと考える。

仮に免責を広げる場合、例えば、金銭は準備できているものの震災等により決済手段が失われたような限定された場面に限って免責を認めることが考えられる(これまでも、民法第419条第3項については、金銭債務の目的物(金銭の準備ができなかったこと)については不可抗力をもって抗弁となし得ないが、目的物以外の点(準備した金銭をもって履行することができなかったこと)については不可抗力をもって抗弁となし得るとする見解もあることが指摘されている。また、このような免責を認める場合であっても、立証責任の分配について「金銭を準備したことを債務者が立証した場合には免責される」こととするなど、取引実務に影響がないか、濫用的な免責の主張によって金融実務に障害が生じることが

ないか、十分な検討がなされるべきである。(西村あさひ有志)

- 金銭債務の不可抗力免責の可否等につき、不可抗力を要件として免責を認めるべきである。震災等の不可抗力が発生した場合であれば、金銭債務について金銭以外の債務と同様の規律を設けることが適切と思料する。(札幌弁)
- 検討すること自体には反対しない。(北海学園大民研)
- 「金銭債務の不可抗力による免責を認めない」とした民法419条3項を削除してほしい。(利限引下会議, 個人)
- 不可抗力免責を否定する民法第419条第3項を削除すべきである。金銭債務でも不可抗力免責は認められるべきであり、特に貸す側に説明義務違反がある場合など、一律に免責を認めないのは不合理である。(43対策, 司法書士)
- 不可抗力免責を認めるかどうかについては今後慎重に検討すべきである。一方で現行法を支持する意見があり、他方で債務者が大震災等に遭った場合などの場合に金銭債務について不可抗力免責を認めるべきである、との両論がある。(東弁)
- 例えば、全銀システムが長期間停止した場合や預金封鎖が行われた場合等の社会全体が影響を被り代替性が失われる場合にまで債務者に遅滞の免責を認めないのは債務者に酷である。このような通常想定する必要がない事象が起こった場合には、一定の限度内で例外的に債務者に免責を認め、債権者が被った負担につき当該事象の原因を作った者に不法行為責任を負わせる旨の規定も必要ではないか。(個人)
- 民法第419条第3項を削除して、債務不履行による一般則による免責を認めるべきである。(大学教員)
- 削除を検討すべき。

事例として、塩釜市は、3月11日の震災で、すべての金融機関が津波で被災した。塩釜中心部は、平な部分が少なく、海沿いの狭いところに主な商業施設が集中している。そのため、すべての金融機関が送金業務はもちろん通常業務すらしばらくの間行えなかった。その結果、3月末の支払期限が来ても債務者はそれまでのように振り込みで返済をすることが出来なくなった。また、郵便局も被災しているから現金書留も使えず、電車も動かなくなり、ガソリンもなかったことから、車で仙台に来て振り込むこともできなくなっていた。

このように、まれな事態において、非常に過酷な結果を引き起こすことになる規定であり、削除すべき。削除しても実際上の影響はないと考える。むしろ、この規定を削除した上で、金銭債務不履行時にも、利息以外の賠償請求を認めるなどの対応を取るべき。(弁護士)
- 金銭債務の特則を残した上で不可抗力免責のみを認めるのが相当である。不

可抗力リスクまで債務者が負うのは相当でないが、一般原則によると紛争が頻発するおそれがある。(弁護士)

- 金銭債務について、一般の債務不履行と免責事由を区別する必要性は存在しないのではないか。金銭債務の性質から、免責事由が認められる場合が事実上はきわめて例外的なものにとどまるにすぎないのではないか。(大学教員)
- 民法第419条第3項を削除し、債務不履行の一般則による免責の余地を認めることが望ましい(不可抗力による免責条項は、取引実務における契約書等にも通常含まれていることの多い条項であり、対象が広いから影響が大きいとは言い難いのではないか)(会社員)
- 不可抗力に限って免責を認めるべきである。

「不可抗力が生じたとしても、金銭の調達自体は可能である」とは言い切れない(大地震など)。(日弁連消費者委有志)

- 一般論としては、金銭債務についても不可抗力免責を認める方向で検討することに賛成するが、具体的な要件については債務不履行免責一般の要件との関係も考慮して、さらに検討すべきである

金銭債務の不履行について、不可抗力免責をも認めない現行法の考え方には、理論的にも疑問の余地があるほか、先の阪神・淡路大震災等においても被災者救済の障害になるなどの問題点が指摘されており、今次の東日本大震災では、震災により金銭債務の履行が不可能となった被災者の多くが多重債務に陥るものと予想され、その社会的悪影響は極めて深刻である。

よって、今次の民法改正においては、金銭債務について少なくとも不可抗力による免責は認めるべきであると考えられるが、具体的な免責要件の定め方としては、金銭債務に関する特則を維持するという考え方のほか、金銭に限らず物の引渡債務については不可抗力免責のみを認めるといった考え方などもあり得るので、債務不履行免責の一般原則に関する議論の結果を踏まえて、改めて検討すべきである。(弁護士)

- 不可抗力に限って免責を認めるべきである。「不可抗力が生じたとしても、金銭の調達自体は可能である」とは言い切れない(大地震など)。(弁護士)
- 以下の理由により、不可抗力免責の導入は慎重な検討が必要であると考えられる。
 - ① 現行の民法では、金銭債務は代替可能性が高いことから履行不能の概念が設けられていなかったとされているところ、その前提条件は、変わっていないこと
 - ② 不可抗力が発生するまでの費用を債権者が負担していることも考慮するならば、不可抗力免責だから債権者を害して良いということを直ちに導くべきではないこと

- ③ 現状でも、債務者の個別の事情に応じて、債権者（特に金融機関）が一部免責や全部免責を行っている場面もあり（阪神淡路大震災の場合や、東日本大震災の場合など）、現実的な支障は生じていないにもかかわらず、一般法である民法で一律に定めるべきではないと解されること
- ④ 個人、法人を問わず、債務者による濫用の恐れがあり、債権者としての正当な利益が害されるおそれもあること
- 慎重な検討の結果、不可抗力免責を導入すると判断された場合であっても、「不可抗力」の内容を客観的かつ類型的な事由（例えば、大規模な天災など）に限定することとして頂きたい。（消費者金融協）
- 現行法を改めて不可抗力免責を認める場合には、厳格な要件を設定すべきである。
- 金銭債務の不可抗力免責の範囲が明らかでないとして、不可抗力に名を借りた支払拒絶等を発生させる可能性がある。
- そこで、仮に不可抗力免責を否定する現行法を改めて、不可抗力免責を認める場合には、例えば、阪神淡路大震災や東日本大震災のような大災害が起こったときに限定するべく、「物理的・客観的に支払をすることが不可能である場合」などといったように厳格な要件を設定すべきである。（サービサー協）
- 慎重な検討を行うべきである。
- 金銭債務の不履行自体に対して、不可抗力免責を認め、当該不可抗力事項が消滅するまでの間の支払の停止（Suspend）を認めること自体には賛成である。しかし、当該支払の停止をしていた期間に関する債務不履行による損害賠償は、債権者及び債務者間の利益調整のため、債務者が得た利得の限度において認めるべきと思料する。特に、履行を行わなかった期間に債務者に当該債務額に対する金利が発生する（予定以上の果実を得ることになる）ことと、債権者において当該支払停止期間に当該債務額に相当する金額を運用できないこと又は第三者から調達する必要が生じること等に鑑みると、何らの損害賠償をさせないことは不当に債権者を害することになり得るため反対である。
- その意味において、金銭債務の不履行に対する損害賠償請求に関する不可抗力免責の否定（民法第419条第3項はまさに損害賠償について定めた規定）は、国際的にも一般的な取扱いであり、これを日本のみ変える必要があるのか疑問である。免責をする必要がある場合は個別の案件ごとに債権者がその権利を行使しなければ良いだけである。
- 上記の理解により、具体的な要件の在り方についての更なる検討を進めることは賛成である。（法友会）
- 反対である。

市場金利から乖離している現在の法定利率の調整の問題については、別途検討を要することは否定しないが、免責に関する法的構造を変更する必要はない。(兵庫県弁)

- 金銭債務の特質に照らして、民法第419条第3項には合理性があるから、この変更については反対。(経営法曹会議)

- 金銭債務に関して不可抗力による免責を認めるべきではない。

金銭債務の場合、不可抗力による非免責と引き換えに、損害賠償の範囲の限定が規定されており、この規定を現時点で変更する必要性はほとんどないと思われる。仮に、履行遅滞による損害賠償(遅延損害金)の請求及び金銭債務の不履行による契約解除においても帰責事由が必要であるとすれば、抗弁が多数出されるおそれがあり、実務的に混乱が生じかねない。(福岡弁)

- 金銭債務の不履行について一般則による免責を認めることについては賛成できず、不可抗力免責を認めることについては、慎重な検討が必要である。

現行民法では、金銭債務は代替可能性が高いことから履行不能を観念できないとされているところ、その前提条件自体が変化しているわけではない。

提案されている内容が、支払資金の準備はできたがこれを提供する手段が準備できなかったことについて不可抗力がある場合に限って遅滞の責を免れさせることを内容とする場合であっても、例えば不可抗力により債務者の支払が遅延しこれによって債権者の資金繰りに支障を生じた場合に、これによって債権者がその債務の支払をできなかったとしても不可抗力による免責を受けることはできないことになる。類型的に債権者の損失負担能力が大きいわけではないため、既に定着したルールをあえて変更する必要があるか、慎重に判断すべきである。

提案内容が、不可抗力により支払資金の準備ができなかった場合に免責することまで包含する趣旨である場合、現行民法が制定された当時とは異なり、債務者の支払能力が欠乏した場合、法的倒産手続によって債務の減免を受けることができるのであり、このような倒産法制によって処理をした方が、より公平適正な取扱が期待できる。

仮に不可抗力免責を認める場合であっても、不可抗力の意義が明確に定義されることが必要であり、かつその際、免責されるべき不可抗力の範囲については、大震災や大洪水など、客観的かつ類型的に不可抗力による不履行と認識できる範囲に限定されることが適切である。

不可抗力の内容が明確に定められなければ、かえって不可抗力に該当するか否かについて紛争を生じることになりやすい。

不可抗力について、客観的類型的な事由であって債務者の個別的な主張によらなくても債権者においてその事由の存在が明らかになるものによらなければ、不

不可抗力免責の対象であるか否かについて紛争が生じやすくなるだけでなく、一部債権者との関係でのみ不可抗力免責が認められるなど、不可抗力を事由として偏頗的な弁済がなされる懸念がある。（貸金業協）

- 民法第419条第3項は維持されるべきである。

金銭債務不履行の免責を認めるとしても不可抗力免責に留めるべきである。

金銭債務に一般則による免責を導入した場合には、免責範囲が不当に拡大すること及び実務への影響が懸念される。

一方で、金融機関のシステムトラブルによる着金不能等、一定の事由においては要件を具体的に定めることにより、不可抗力免責を認める余地はあると思われる。（損保協会）

- 現行法は、不可抗力免責を認めない代わりに遅延損害金を超える損害を認めないことでバランスを保っているのであって、現時点でこれを改正すべき不都合は生じていないとする意見、規定を設けず個別の立法で対応するのが相当とする意見、濫用的主張や安易な主張がされないよう厳格にするのが相当とする意見があった。（最高裁）

- 金銭債務について免責の余地を認めることとなれば、免責の要件の有無を巡って紛争が発生するおそれがある。また、甚大な災害の場合は、災害対策基本法第109条に定める緊急措置の制度があり、實際上、金銭債務に免責を認めなければならないような事態は想定し難い。よって、金銭債務に免責を認めることについては、慎重に、更に検討すべきである。なお、現在、金銭債務の支払を命じる判決においては、ほぼ全ての事例において付帯請求として遅延損害金の支払が認められているが、金銭債務についての免責を認めた場合にかかる実務に影響を与えることがないかどうかとも検討されるべきである。（山口県弁）

- 免責を認めるとした場合の要件（一般の免責事由によるべきか、あるいは不可抗力の場合のみ認めるか）のみならず、免責が認められるとする範囲（約定利率による遅延損害金だけでなく、法定利息までも免責を認めるのか）も考慮の対象となり、法定利率の規定の検討状況も踏まえて、慎重に考慮すべきである。

金銭債権につき不可抗力をすら排除している現行民法について、立法例として特異であり、その当否について疑問が呈されてきたことはそのとおりである。

しかしながら、当該論点は利息超過損害の賠償を認めないこととのバランスもある上、すでに実務に定着している。金銭債務の債務不履行は実務において重大な位置を占めるところ、改正するとした場合に与える影響の大きさに鑑みて、その必要性につき慎重に判断すべきである。

免責を認めるとした場合も、その要件（一般の免責事由によるべきか、あるいは

は不可抗力の場合のみ認めるか)のみならず、免責が認められるとする範囲(約定利率による遅延損害金だけでなく、法定利息までも免責を認めるのか)も考慮の対象となる。現在併せて検討されている法定利率の定め方を合理的なものにできれば、法定利息までの免責は認めないことにも十分な合理性があるといえ、関連性に留意しながら検討されるべきである。(横浜弁)

- 金銭債務の不履行について、一般則による免責を認めることについては賛成できない。

不可抗力免責を認める方向で検討する場合には、不可抗力の意義が明確に定義されることが必要であり、かつその際、免責されるべき不可抗力の範囲については、大震災や大洪水など、債務者の主張や個別的事実確認がなされなくとも客観的かつ類型的に不可抗力による不履行と認識できる範囲に限定されることが適切である。

顧客からの不可抗力である旨の申し出に対して、都度その申出事実を調査し、可否を判断していくことは實際上極めて困難であり、不可抗力の範囲が明確化されるとともに、その範囲についても不可抗力該当性が容易に判別できるようなものに限定されなければ、取引において著しい混乱を生じさせるおそれがある。

仮に、個別対応が求められた場合には、例えば貸金業法では、個人である債務者との貸付けに係る契約に基づく貸付けの債権について、支払いの有無等に関し、指定信用情報機関に対して所定事項を直ちに(遅くとも翌日の通常の営業時間の開始前までに)登録することが義務づけられているところ、類型的判断が困難な事実まで不可抗力とされた場合には、不可抗力によって支払いができなかった場合に、直ちに、その旨を含めて登録すること又は支払い遅延の事実を登録しないとの判断をすることは著しく困難である。

また、割賦販売法においても、顧客との取引状況について遅滞なく指定信用情報機関に登録が義務付けられているところであるが、当該登録を行うべき時期までに不可抗力の有無を判断することは容易ではない。

これらの法令に基づき、指定信用情報機関に対して支払遅延の事実を登録した後に、不可抗力によってその登録内容が変更されるようなことがあった場合、不可抗力によって免責となった取引に留まらない範囲で混乱が生じる懸念が存在する。(全信販協)

- 免責を認める必要性如何。安易に例外を導入すると取引のルールに影響が大きいであろう。変更不要。(弁護士)
- 民法第419条第2項の規定があるからといって、金銭債務の不履行の場合の損害賠償の上限を一律に約定または法定の利率にしてよいということにはならない。

たとえば、企業買収の際の対象会社の株式購入代金（巨額の資金）を融資により調達しようとしている場合において、貸付人となるべき当事者が（諾成的）金銭消費貸借契約に違反して融資を実行しなかった場合、借入人（株式の買主）が巨額の資金をすぐに提供してくれる他の貸し手を探索するのは事実上不可能であり、その結果、株式の購入代金を支払うことができなくなり、多額の違約金を売主に対して支払わなければならないことがある。そのような場合に、貸付人が貸付金の用途を知っており、契約に違反して貸付を実行しなかったら借入人が多大な損害を被るであろうことを認識していたときにまで、貸付人の損害賠償義務が法定利率に限定されると解するのは合理性に欠ける。（弁護士）

- 金銭債務についても免責を認める余地はある。金銭債務の免責を債務不履行の一般則に委ねると免責の範囲が広くなりすぎて実務に与える影響が大きいため、例えば、不可抗力免責のみを認めるなどの規定方法も検討すべきである。（弁護士）
- 債務者を免責するとすれば、債権者の利益がどうなるのか、ということを考えれば、論点整理のような免責の発想がなされるはずがない。免責は否定されればよく、改定すべきではないと考える。（個人）
- 不可抗力免責を認めず、利息分は必ず払わなければならないとする代わりに、損害賠償の範囲を利息の範囲に限るというバーター的な扱いは、それなりに合理性があると思う。（大学教員）
- 不可抗力の定義にもよるが、支払いが困難になった借入人から、例えば、集中豪雨などの自然災害による被災などに関して不可抗力の主張が安易に惹起されるならば、金銭貸借の基本ルールを揺るがし実務が混乱するおそれがある。
現行の特則を維持したうえで、大震災などの非常時には、政府が特例措置を発動することで対応すべきものと思う。（会社員）
- 不同意。金銭債務については、資力があるかぎり履行されるという期待があるところ、免責を導入することによりその期待が大きく損なわれる。資力がない場合には法的整理に関する規律が既に確立している。さらに部会資料で例として挙げられているように、天災事変といった事象を免責対象とするなら、特例法で対応すべき事象であると考えてるので、民法典に免責規定を置くことには同意しない。（会社員）

(2) 効果の特則：利息超過損害の賠償について

金銭債務の不履行における利息超過損害の賠償請求を一般的に否定する判例法理の合理性を疑問視し、利息超過損害の賠償請求が認められることを条文上明記すべきであるという考え方に関しては、消費者や中小企業等が債務者である事
--

案において債務者に過重な責任が生ずるおそれがあるとの指摘があったが、他方で、上記の考え方を支持する立場から、債務不履行による損害賠償の一般法理が適用されるため、損害賠償の範囲が無制限に拡張するわけではないとの指摘があった。これらの意見を踏まえて、利息超過損害の賠償請求を認める考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第2, 7(2) [58頁]】

【意見】

- 裁判実務では、不法行為責任によって弁護士費用などの賠償が認められる場合があり、金銭の運用による逸失利益なども、不履行に陥った原因、金銭債務と資金使途との関連性の強弱及び債権者と債務者との関係などを考慮し、債権者の資金使途と当該金銭債務に一定の牽連関係がある場合には、賠償の範囲に含めるのが妥当な場合がある。したがって、金銭債務の不履行による利息超過損害を一律に否定すべきではない。ただし、これを肯定するとしても、通常の債務不履行の要件に、例えば悪意又は害意といった要件を追加するなどして、一定の限定を付すべきである。(一弁)

- 利息超過損害の賠償請求を認めることについては慎重に検討されるべきである。規定化されるとしても要件は厳格であるべきである。

利息超過損害の賠償請求が認められた場合、立場の弱い者が結果として過重な賠償責任を負うことになりかねない。また、要件が不明確であると無用のトラブルを惹起しかねない。規定化されるとしても、厳格かつ明確な要件の設定などにより、交渉弱者保護に配慮した規定が策定されるべきである。(損保協会)

- 検討すること自体には反対しない。(北海学園大民研)
- 利息超過損害の賠償の是非について意見はないが、賠償請求を認める規定とするにしても、民法416条に基づき合理的な範囲の賠償に制限される規定となるよう、検討されるべきである。(三菱電機)
- 一律に利息超過損害の賠償を否定する理由も特段ないと考えられ、賛成である。

現実に、当該金銭債務の不履行により、同じ金額を他から調達するために法定利率又は約定利率以上の費用を要した場合等は、利息超過損害を認めることも不合理ではないと考える。さらに、債権者が利息損害以外の損害の主張・立証に成功したならば賠償を認めてよいとの考え方に立脚すれば、不合理な損害額になる可能性は低いと考えられ、適切であると考ええる。(法友会)

- 利息超過損害の賠償についての特則は維持したうえで、利息超過損害の賠償の要件について、慎重に検討するべきである。金銭債権の債務不履行を一般則

にゆだねると、損害賠償範囲が格段に拡大し、損害に関する紛争が無用に増大する懸念があるものとする。（愛知県弁）

- 利息超過損害の賠償を明文で認めることについては、それによる訴訟の長期化を招くことがないか、損害賠償の一般法理を何らの調整なく金銭債務にも適用してよいかなどを含め、実務に与える影響に配慮の上、慎重に検討すべきである。（森・濱田松本有志）
- 現行の民法419条1項にはただし書きとして利息超過損害の請求も妨げない旨規定すべきである。こうすることにより、とくに悪質な債務者に対しては訴訟費用の賠償も認めることが可能となる。（親和会）
- 債務不履行者が不当な利益を保持することを防止するためにも、利息超過損害についても債務不履行の一般原則により処理するとの考えからこれを認めるべきである。損害が過大なものになる恐れがあるのとの考えに対しては損害賠償の範囲の解釈論で適切に処理できる。ここにいう利息と損害賠償の関係はどういう関係にあるのかなど更なる検討が必要である（遅延利息は損害賠償の問題ではないのではないかなど）との見解もあった。遅延利息を現在の基準利率に数パーセント上乘せする形で遅延利息を規定することにより、この問題はほとんど解決されるが、それのみでは処理できない問題が残るので、利息超過損害の賠償についても規定すべきである。（日大民研・商研）
- 利息超過損害賠償請求を認めることには原則として反対する意見が強い。
利息を超える損害として、債権取立費用などが入る危険があり、消費者その他の社会的・経済的弱者保護に反する。ただし、認めるべき場合がないとは言えずその場合は極めて例外的に害意、悪意の要件を追加して限定的に認める事もあり得る。（日弁連）
- 金銭債務の不履行における利息超過損害の賠償請求を認めることには賛成できない。また、仮にこれを認める場合には、その意義が明確に定義されることが必要であり、かつその範囲についても客観的かつ類型的な範囲に限定されることが適切である。

クレジット会社は多くの顧客を相手に少額かつ大量の取引を日常的に行っているところ、そのためにはシステムによる定型処理が不可欠であって、クレジット取引を成り立たせる基盤となっている。すなわち、このようなシステムによる定型化された処理は、単に取引のための事務処理コスト等を低廉にするということを超えて、社会における決済インフラとして重要な意義を有しているクレジット取引を成り立たせるための不可欠な要素である。

このような定型処理の観点からは、金銭債務の不履行における利息超過損害の賠償請求を一般的に否定する現行の判例法理は合理的なものであり、仮に超過損

害の賠償請求を認める場合であっても、その範囲について客観的かつ類型的な範囲とされることが適切である。（全信販協）

- 金銭債務の不履行における利息超過損害の賠償請求を認めるべきとの見解について、一部の団体・識者から実務上の必要性についての疑問等が呈されているものの、実務上の要請があることに配慮いただきたい。

金銭債務不履行による損害は遅延損害利率等において織り込むことが可能との意見もあるが、遅延利息という形式に限定する理由はない。金銭債務不履行による債権回収費用は端的に、債権回収の実費請求が認められるのが簡便で、実務上期待される。確かに、金銭債務不履行について遅延損害利息のみを定めるケースもあるが、ローン契約（特に、シンジケート・ローンやストラクチャード・ファイナンスなど、本格的なローン契約）においては、遅延利息の規定とは別に、債権者の債権取立て等の費用も含む諸費用負担を借入人とする規定が設けられるのが通常である（例 日本ローン債権市場協会(JSLA)平成13年12月「リボルビング・クレジット・ファシリティ契約書」14条、17条。同平成15年3月「タームローン契約書」11条、13条）。このような規定は、現在の判例法のもとではデフォルト後には機能せず、デフォルト後の債権回収費用は遅延利率に織り込んで定めざるをえないが、回収費用の正確な予想も容易でないこと等に鑑みれば、端的に債権回収費用にかかる損害賠償請求が認められることが実務上期待される。

また、金銭債務不履行による逸失利益（例えば、債務履行された金銭により投資することで得られたはずの利益の損失）については、金銭は他からの調達が可能であることを理由に利息超過損害を認める必要はない等の意見があるが、現実的には他からの資金調達には相応の時間を要し、その間に取引機会を失うことは実務上、珍しくなく、実態に反する。逸失利益の賠償請求の当否は、損害賠償の範囲に関する一般ルールの中で検討されるべきであり、金銭債務であることのみを理由に利息超過分を賠償対象から除外することは、実務上適当でない。（弁護士）

- 世界的に見て利息超過損害の賠償請求は認められており、日本だけがこれを認めないことは、国際取引の重要性を考えるとありえない。（会社員）
- 貸金債務の不履行の場合、債権者である貸主は遅延賠償について合意をしているのが一般であるが、そのような合意がない場合には、法定利息が通常損害に当たり、例外的な事情がないかぎり、それを越えた損害賠償請求を認める必要はない。しかし、これは、民法第416条の一般原則から導きうる。

これに対して、同じ金銭債務の不履行であっても、売買代金債務の不履行により、売主が契約を解除せざるを得ない場合には、単に利息損害を超える損害

が発生することが通常である。これについて、一般原則の適用を排除して法定利息の限度を超えた損害賠償請求ができないとすることの合理性には疑問が強い。(大学教員)

- 金銭債務の債務不履行責任の成立要件と金銭債務以外の債務不履行責任の要件は同じであるとするべきなので、金銭債務の債務不履行責任の効果も金銭債務以外の債務不履行責任の効果と同じである。したがって、債務不履行の損害賠償の範囲の個所で扱えばよいので、特別規定を設ける必要はない。(大学教員)
- 民法第419条第2項の規定があるからといって、金銭債務の不履行の場合の損害賠償の上限を一律に約定または法定の利率にしてよいということにはならない。たとえば、企業買収の際の対象会社の株式購入代金(巨額の資金)を融資により調達しようとしている場合において、貸付人となるべき当事者が(諾成的)金銭消費貸借契約に違反して融資を実行しなかった場合、借入人(株式の買主)が巨額の資金をすぐに提供してくれる他の貸し手を探索するのは事実上不可能であり、その結果、株式の購入代金を支払うことができなくなり、多額の違約金を売主に対して支払わなければならないことがある。そのような場合に、貸付人が貸付金の用途を知っており、契約に違反して貸付を実行しなかったら借入人が多大な損害を被るであろうことを認識していたときにまで、貸付人の損害賠償義務が法定利率に限定されると解するのは合理性に欠ける。(弁護士)
- 金銭債務の不履行において利息超過損害の賠償請求を認めることに賛成する。なお、利息超過損害の賠償請求を認めた場合でも、債務不履行による損害賠償の一般法理が適用されるため、賠償範囲が無制限に拡張されるわけではない。(弁護士)
- 利息超過の損害を認める考え方については賛成できない。仮に認める場合があるとしても限定的にすべきである。

利息超過損害を一律に否定することは債権者の保護に欠ける面もあるが、取立費用等も請求できることにつながり、損害賠償の一般法理では拡大を防止できない。(広島弁)
- 現行法下で支障があるのか、改正の必要性があるのかについては、疑問があるとして、次のような点から改正に慎重な意見が多かった。

金銭債務の利息超過損害の賠償を認めるとすると、例えば、債権取立費用、他の金銭債務を履行できなくなったことにより負担する損害賠償債務、その金銭を用いる事業ができなかったことによる逸失利益、金銭債務が履行されなかったことにより債権者が倒産した場合の倒産に係る損害など、多種多様で相当な広がりを持つ損害が考えられる。金銭債務の履行遅滞は日常的に存在するも

のであるから、その賠償範囲に関する紛争が劇的に増加することも考えられる。

また、金銭債務の利息超過損害賠償を認めることによる訴訟の長期化が懸念される他、範囲認定について実務に混乱が生じることが懸念される。さらに、弱者にとって酷な結果になる可能性もあり得る。(最高裁)

- 反対する。利息超過損害の賠償を認めると、当事者間に当該費用負担について約定がない場合においても、金銭債権において取立て費用等を債務者に請求できるという考え方になるが、現在そこまでの社会的需要がなく、弊害が大きい。(兵庫県弁)
- 利息超過損害の賠償は、当事者間に合意がある場合に限り認めれば足り、民法の規定で利息超過損害の賠償を認める必要性はないし、利息超過損害の賠償を否定する判例法理を変更すれば、実務上大きな混乱をもたらすおそれが高い。したがって、利息超過損害の賠償を認めることに反対。(経営法曹会議)
- 利息超過損害賠償請求を認めるべきではない。利息を超える損害として、債権取立費用などが入る危険があり、消費者その他の社会的・経済的弱者保護に反する。(東弁)
- 利息超過損害の賠償請求が認められることを条文上明記すべきであるという考え方に関しては、利息制限法の趣旨を没却する可能性が考えられるため、強く反対である。利息超過損害の賠償請求については、別途不法行為に基づく損害賠償請求として考えるべきである。(パブコメWG)
- 金銭債務の不履行における利息超過損害の賠償請求については、慎重に検討すべきである。利息超過損害に含まれる費用は多種多様であり、債権の取立費用等、消費者、個人事業者あるいは中小企業に過重な負担を負わせることになりかねない上、濫訴的な請求が増加する懸念がある。

さらに、事案によっては、利息制限法所定利率の潜脱にもなりかねない。(日司連)

- 金銭債務の不履行における損害賠償の範囲について、利息超過損害の賠償請求を認めるべきではなく、現民法第419条第1項の規定を維持すべきである。

1 金銭債務の不履行と利息超過損害の賠償

- (1) 現民法の定める金銭債務の特則は、その効果として、実損害が遅延利息を超過する場合にも、その賠償を求めることができないものと解されてきた。その理由としては①金銭は利息を支払えば容易に調達できること、②損害額の証明が困難であることがその理由とされてきた。これに対して、学説上は債権者が実損害を主張・立証することにより利息超過損害の賠償を認める見解が一般的であり、その根拠としては、特別損害の証明ができれば認められてよい(民法第416条第2項)とするものや、信義則を用いて

修正を図ろうとするものが存在する。

- (2) そこで、民法第419条第1項について、一律に利息超過損害の賠償を否定するのではなく、金銭債務の不履行について利息超過損害の賠償を認めるべきではないかとの問題提起がされている。利息超過損害の損害額が多額に及ぶ事案があることや、損害の立証が容易な事案についてまで、一律に利息超過損害の賠償を否定することは、債権者の保護として不十分であるというのが、その理由である。
- (3) 確かに、賠償額に上限を画するのは金銭債務の不履行につき民法第419条第2項後段で無過失責任を採用したこととの均衡を図ったものであると理解する見解もあり、金銭債務について無過失責任主義をとらず、債務不履行の一般原則に従って免責を認めれば、損害賠償の範囲についても、債権者が利息損害以外の損害の主張・立証に成功した場合には、実損害の賠償を認めてよいとする考え方には、一定の妥当性がある。
- (4) しかし、第419条は任意規定であるというのが伝統的な理解であり、債権者は、約定の利率や損害賠償の予定額を合意しておくことにより、自らのリスクを回避することも十分可能であるから、現民法を改正して利息超過損害を認めることにより、今以上に手厚く債権者を保護する必要は感じられない。また、債権者には債務不履行により利息超過損害が多額に及ぶ場合には、不法行為構成によりその損害の賠償を請求し救済を受けることも可能である。これに対して、消費者・中小事業者など一般的に交渉力・情報収集能力に格差のある経済的弱者においては、利息超過損害を認める改正の影響は甚大である。

2 消費者・中小事業者等に与える影響

- (1) 利息超過損害の内容として一般的に想定されるのは、①訴訟費用、取立費用、弁護士費用、②貨幣価値低下を理由とする損害賠償、③外国為替のレート差損、④運用利益の喪失、⑤借入費用の増大、⑥弁済されなかったことによる倒産など、多様である。これらの損害のうち、利息超過損害の請求が認められると、特に消費者・中小事業者等に与える影響が大きい懸念されるのは、①の訴訟費用、取立費用、弁護士費用である。
- (2) 平成21年度の司法統計によれば、全国の簡易裁判所において、代理人のつかない貸金等の金銭請求事件の既済事件数は38万9577件にも上っており（平成21年度司法統計民事・行政事件編第13表）、このうちの多くは業者事件と呼ばれる、貸金業者、信販会社等が消費者等に対して訴訟上の請求をなすものと考えられる。また、特定調停事件の既済事件数も6万0984件に上っている（平成21年度司法統計民事・行政事件編第79表）。

これらの消費者事件においては、仮に消費者と事業者の間に分割払などの訴訟上の和解等が成立する場合にも、消費者は和解成立日あるいは調停成立日までの遅延損害金については当然負担することになる。その遅延損害金は、法定利率よりはるかに高率の約定がなされているのが通常である。ここに、利息超過損害として、訴訟費用、取立費用、運用利益などがさらに加わることになれば、結果的に利息制限法第4条に定める賠償額予定の制限を超過する遅延損害金の支払を強制される可能性もある。

- (3) また、弁護士費用を利息超過損害として認めることは、片面的敗訴者負担を認めることに等しい。平成16年の司法制度改革において、弁護士報酬の敗訴者負担制度が、国会に法案として提出されたが、国民の強い反対により廃案となった。その際の議論の中でも、訴訟当事者間には、証拠や情報の偏在、証拠収集能力や情報収集能力の優劣があり、資力の格差等々紛争対応能力における実質的不公平が存在し、経済的弱者にとっては弁護士報酬敗訴者負担の影響が大きいとの指摘がされていた。上記の理は、片面的とはいえ、弁護士費用が利息超過損害として認められる場合についても等しく妥当するものである。
- (4) そもそも、弁護士費用については、他の利息超過損害と異なり、「紛争解決のための司法手続のコスト負担の問題」であるとして、運用利益の喪失や借入費用の増大といった債務不履行による損害と一律に扱うのは適当ではないとする見解もある。この見解によれば、弁護士費用などの紛争処理費用は、金銭債務の不履行の場合についてのみ検討すべきではなく、債務不履行と弁護士費用という全体の枠組みの中で考えられるべき問題ということになるが、弁護士費用の負担について紛争処理費用という観点からの検討は今のところなされていない。これらの検討を欠いたまま、一律に利息超過損害としてこれを認めるのは適当ではない。
- (5) さらに、利息超過損害の請求を認めると、今まで以上に訴訟等が増加し、濫訴の弊害を生じかねないことも懸念される。また、訴訟上のみならず訴訟外においても、利息超過損害の請求が交渉における不当な圧力手段として用いられる危険性もある。
- (6) 以上のとおりであるから、金銭債務の不履行における損害賠償の範囲について、現在の実務を大きく変えることになる利息超過損害の賠償を認めるべきではなく、現民法第419条第1項の規定を維持すべきである。なお、要件の特則との関係では、大規模災害の発生等、一定の場合に限定して免責を認める趣旨であり、不履行事由が第三者の行為による場合などには、なお不履行者は無過失責任を負わなければならないから、利息超過損害の否定には

現在も合理性があると考える（青司協）

- 利息超過損害の賠償請求を認める考え方につき、反対する。利息超過損害の賠償請求を認めると、債権取立費用や弁護士費用も損害として認められることとなり、特に消費者等の社会的弱者について過大な負担が生ずることとなる。現行法の規律が大きく変更される結果になるところ、かかる必要性は見いだされないと思料する。（札幌弁）
- 金銭債務の不履行に関して遅延損害金を超える賠償を認めるべきではない。
金銭債務の場合、不可抗力による非免責と引き換えに、損害賠償の範囲の限定が規定されており、この規定を現時点で変更する必要性はほとんどないと思われる。遅延損害金を超える賠償といっても、債権の取立費用（督促の郵便代、弁護士報酬）から、弁済金でもって購入予定の資産を購入できなかったことによる得べかりし利益、弁済予定の負債を弁済できなかったことによる倒産等様々なものがありうる。これらの損害のなかから、定型的な損害を抽出することは困難であろう。賠償範囲を拡大したければ、適切な損害賠償の予定（民法第420条）を定めることによって対応すべきである。（福岡弁）
- 利息超過損害の賠償を認めることに反対である。
債権者が他からの資金調達コストを請求することができるとなると、債務者は約定利息以上の過大な責任を負わされることになり不当である。特に消費者契約の場合には、過大な賠償責任を負わされる危険性がある（事業者から消費者に対する金銭債権請求がなされる際に、運用逸失利益・債権取立費用・弁護士費用など過大な賠償責任を負わされる危険性がある）。また、弁護士費用の敗訴者負担制度につながる懸念もある。（日弁連消費者委有志）
- 利息を超過する損害を認めないでほしい。（利限引下会議，個人）
- 利息超過賠償の損害を認めないことを求める。支払えなくなった者に更に絶望を強いるような高金利の制裁を課すことは、社会的に悪影響しかない。（43対策，司法書士，弁護士）
- 利息超過損害の賠償は否定すべきである。弁護士費用の敗訴者負担制度にもつながる懸念があり、消費者等弱者に過大な賠償負担が生じかねない。（堂島有志）
- 利息超過損害の賠償請求の当否を検討することについては反対しない。しかしながら、利息超過損害の賠償請求を認めることは反対である。
利息超過損害の賠償請求を認める考え方は、現在の判例及び運用を変更するものである。対等当事者間の取引ではない場合に、消費者等の弱い立場の者に対してまでこれを適用することには反対である。また、利息超過損害を認めるべき社会的事実が成熟しているかも疑問であり、導入された場合、実務的に大きな混乱

が予想される。その必要性について本邦における立法事実を含めて慎重な検討を行う必要がある。

また、損害軽減義務による過失相殺と利息超過損害の賠償請求が認められる場合、本体の請求に付随して取立費用等の利息超過損害の請求がなされ、その取立費用は合理的な措置ではない、または費用として合理的な範囲を超えるものであるとして、利息超過損害の請求に対する抗弁として損害軽減義務による過失相殺の主張がされる場合が想定される。これらの主張、抗弁について逐一、主張立証、審理、判断を要するとなると当事者及び裁判所の負担が大きくなり、訴訟遅延を招くおそれも懸念され、実際にも需要があるのか疑問である。

仮に、利息超過損害の賠償請求を認める場合であっても、利息超過損害として請求可能な損害の類型化とその要件を明確にし、十分な周知期間を設ける必要がある。

金銭債務の特則として議論されているが、利息超過損害として例示されているものに、契約関係の他の訴訟類型では、実務的に消極的である項目（例えば、弁護士費用）があげられている。金銭債務にて「損害」と認めるのであれば、他の紛争類型でも同様に「損害」と認められることになる。また、現在の実務においては、不法行為訴訟、医療過誤訴訟、労働災害訴訟では、現在でも弁士費用は損害項目として認容されているが、請求額の一定割合であり、全額ではない場合があるが、これらの訴訟類型においても全額が損害として認められる余地がでてくる。

ここでの「損害」の議論が、金銭債務に留まらず、その影響が広範に及ぶことが予想される。実務への波及効果を考慮した場合、拙速に、実務的不都合が生じていない超過利息損害をあえて認める必要性は薄弱である。（大阪弁）

- 民法上、特に上限の定めもなく利息超過損害の賠償が認められると、債務者が過大なリスクを抱えることになるため、金銭債務の不履行について利息超過損害の賠償を認めることには反対する。

例えば、相続預金について相続人およびその相続分が明らかになるまでの間、その払戻しを停止していた場合等において、「預金払戻がされなかったため取引機会を喪失した」等として、銀行に対して債務不履行による損害賠償請求がなされる可能性がある。

金銭債務は、経済活動における最も典型的な債務であり、大量かつ反復的に取扱うことが想定されているという特殊性に鑑みれば、金銭債務の不履行について個別に利息超過損害を認定して賠償を認めることは著しく経済合理性に反すると考えられる。（全銀協）

- 本来、債務不履行によって損害を被った債権者は不履行と因果関係のある損

害を填補されるのが当然である。他方で、金銭の用途は多様でその損害の判断は困難であるし、金銭債務の不履行と利息超過損害との因果関係を認めるのは一般に困難であると考えられる。このような状況の下で、なお利息超過損害の賠償を認める必要があるのか、更に検討すべきである。（山口県弁）

- 反対する。過大な責任が生じるおそれがある。必要性に乏しい。（仙台弁）
- 利息超過損害の賠償請求を認めることに反対である。

金銭債務につき債権者は損害を証明せず少なくとも法定利息を受け取ることができ、損害を立証しても法定利率あるいは約定利率以上の賠償をしてもらえないことはそれとのバランスとなっている。

金銭は、その用途が様々であり、その結果も大変に差異があるため、裁判所が実際の損害額を認定することには多大な困難が伴う上、論争を招くという立法当時の事情は現在においても全く変わっていない。

実損を請求したいという要望があることはそのとおりであるが、現行制度ゆえに無用な紛争を回避し、和解などの紛争解決が容易になっているという側面がある。約定利率を適正に定めておくことで回避できる問題であり、不都合も限定的なものといえる。

起草者以来の伝統的な考え方である上、最高裁判例によって実務に強く定着している。（横浜弁）

- 必要ない。（弁護士）
- 現行法の実質的規律を維持すべきであり、利息超過損害の賠償を認める考え方には強く反対する。

金銭債務の不履行における利息超過損害の賠償請求を認めるという考え方は、現行実務に比し、特に消費者や中小企業等に対して過重な責任が生じるおそれがあるほか、当該規定を根拠として、悪質な金融業者等が利息制限法等による金利規制の潜脱を行うことや、あるいは裁判外で不当な「利息超過損害」の取立を行うなどの濫用も懸念される。

理論的にも、法定利息分（約定利息が法定利息を超えるときは約定利息分）の遅延損害金については損害の証明を要しないとされている現行民法419条2項の規律は、金銭債権に関する紛争の迅速な処理を図ったものと理解されており、債務者は実際の損害が発生していないことを立証しても法定利息の支払いを免れることはできないが、債権者はそれ以上の損害を立証しても法定利息を超える損害の賠償を請求できないものとするすることで、両者の利益の調和が図られているのである。

然るに、民法第419条2項の規律を実質的に維持した上で、これを超える損害の立証があった場合には当該超過損害の賠償をも認めるという規律を採用

した場合には、金銭債権について当事者間の利益の均衡を失し、あまりにも債権者にとって一方的に有利な規律となってしまうことから、一般論として利息超過損害の賠償を否定する現在の判例法理には合理的な理由があり、これが特段不合理であるとの批判は当たらない。(弁護士)

- 利息超過損害の賠償を認めることに反対である。債権者が他からの資金調達コストを請求することができるとなると、債務者は約定利息以上の過大な責任を負わされることになり不当である。特に消費者契約の場合には、過大な賠償責任を負わされる危険性がある(事業者から消費者に対する金銭債権請求がなされる際に、運用逸失利益・債権取立費用・弁護士費用など過大な賠償責任を負わされる危険性がある)。また、弁護士費用の敗訴者負担制度につながる懸念もある。(弁護士)
- 利息超過損害の賠償請求が認められることを条文上明記することに反対である。消費者等が過酷な賠償請求にさらされることが懸念され、弊害が大きい。また、遅延賠償の利率や違約金の定め等による解決も可能である。(弁護士)
- 消費者や中小企業といった、経済法の発想を持ち込むべきではなく、改定すべきではない。(個人)
- 不可抗力免責を認めず、利息分は必ず払わなければならないとする代わりに、損害賠償の範囲を利息の範囲に限るというバーター的な扱いは、それなりに合理性があると考えられる。(大学教員)

7 債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定の要否

債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定の要否について、不当条項規制(後記第31)との関係や担保責任を負わない旨の特約(民法第572条)との関係に留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

- 契約当事者の力関係の違いに基づいて、一方当事者にのみ有利な免責条項が盛り込まれるような事態に対して一定の制限を設けるべきである。(仙台弁)
- 債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定を設けることには、「格差拡大への対応」に資するから、賛成する。今後、具体的な規定内容について更に検討すべきである。但し、不当条項と同様に主として事後救済措置であるので、これによって格差問題がすべて解消されるものではない。(東弁)
- 債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定の要否について検討することに賛成する。契約当事者の力関係の違いに基づいて、一方に有利な条項が定められる場合の規制は必要であるから、同趣旨の不当条項規制、担保責任を負わない

旨の特約との整合性をふまえて、検討すべきである。(広島弁)

- 債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定の要否につき、賛成する。情報力及び交渉力に乏しい者を保護する必要があると思料する。(札幌弁)
- 債務不履行があっても債務者は一切責任を負担しない旨の合意は、債務者に故意又は重過失がある場合には、効力を生じない旨の規定を設けるべきである。債務不履行に関しても、民法第572条と同趣旨の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 検討することに異存はない。(兵庫県弁)
- 不当条項規制との関係や担保責任を負わない旨の特約(民法第572条)との関係に留意しつつ、引き続き検討されたい。なお、当該特約が、不法行為においても適用されるかについても、議論されたい。(日大民研・商研)
- 検討することに賛成である。

ユニドロワ国際商事契約原則第7.1.6条では、不履行による当事者の責任を制限もしくは排除する条項、または、相手方が合理的に期待したものと実質的に異なる履行をすることを当事者に許す条項は、契約の目的を考慮し、それを主張することが著しく不公正であるときは、これを主張できないとある。契約当事者の力関係の違いに基づいて一方当事者にのみ有利な免責条項が盛り込まれるような事態に対して一定の制限法理を設けるべきという考え方には賛成である。

ただし、価格等との兼ね合いの問題もあるため、一律に規律することには慎重であるべきとの意見もあった。(法友会)

- 対等当事者間による契約が一般的とはいえ現実には鑑みて、弱者保護の観点から、その弱者保護のルール、具体的には一方当事者のみに有利な免責条項の効力を制限するような不当条項排除のルールを確立すべきである。また、免責条項だけではなく、履行保証に関する不当条項についても同様の排除ルールを確立すべきである。

契約実務の実態においては、事業者・消費者間の取引だけでなく、事業者間取引においても、実質的力関係は対等でなくむしろ大きな隔たりがある契約事例が多い。このようなケースの中には、一方当事者のみに有利な免責条項や履行保証に関する不当条項(不当な債務限定または拡大条項や責任限定または拡大条項)の合意事例が存在する。

現行法下においても、不当な特約条項に対しては、公序良俗違反、信義則違反、消費者契約法による不当条項規制等によって、その有効性を吟味してきたものであるが、このような契約実務の実態に鑑み、規定の場所や方法はともかく、債務不履行責任についての不当な免責条項あるいは不当な履行保証条項などの効力を排除するルールをより充実させる必要があるだろう。

特に、民法が契約の拘束力を重視する立場を明確するのであれば、その必要性はより一層高まるものである。(大阪弁)

- 賛成である。免責条項の効力を制限する規定を置くことが「劣位者保護」に資する。不当条項規制や瑕疵担保免除特約のいずれにおいても規定すべきである。(日弁連)
- 消費者契約あるいは約款かどうかを問わず、故意の場合の損害賠償責任を免責する条項の効果を否定する定めを置くことは検討されてよい。(大学教員)
- 不当条項規制を設けるならば、この一部として債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定を設けるべきである。不当条項規制を設けないならば、債務不履行責任の個所に債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定を設けるべきである。(大学教員)
- 検討することに賛成である。契約当事者の力関係などにより劣位者が不当に不利益を押し付けられるべきでない。(弁護士)
- 賠償する損害の種類や金額を制限した契約をやむを得ず受け入れる場合があることから、適正なリスク負担、当事者間の格差是正および不当条項規制などの観点から、免責条項を制限する規律を制定することは歓迎すべき方向と思う。(会社員)
- 債務不履行責任の免除条項の効力を制限する規定は、不当条項規制の一つとして検討することに賛成する。(弁護士)
- 債務不履行責任の免除条項の効力を制限する規定は、不当条項規制の一つとして検討することに賛成する。(日弁連消費者委有志)
- 契約当事者の力関係の違いに基づいて一方当事者のみに有利な免責条項が盛り込まれる実態があることを踏まえて、債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定を設けるべきことは検討に値する、不当条項規制(後記第31)との関係や担保責任を負わない旨の特約(民法第572条)との関係に留意しつつ、検討する必要がある。(弁護士)
- 慎重に検討すべきである。消費者、約款論とも関連する問題でもあり、一般取引実態にも大きな影響を与えるものであり、慎重に検討されるべきものとする。(愛知県弁)
- 約款、消費者契約の不当条項規制に委ねることで足りると考える。(堂島有志)
- 検討することに異論はなかったが、信義則や公序良俗等の一般的規定で足りるのではないかとの意見があった。(最高裁)
- 故意・重過失による責任の免責・制限条項を制限するなど、当事者の力関係に依存しない事項については民法で規定すべきであるが、当事者の力関係に基づく一方的な条項の排除は、消費者契約法などで規定するか、一般条項に留めるべき

である。(親和会)

- 債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定を設ける場合には、硬直的な規制とならないよう、規定の位置づけ及び文言については慎重に検討すべきである。(森・濱田松本有志)
- 債務不履行責任の免責条項の効力を制限する規定は設けるべきではない。契約自由の原則からも、免責条項の効力は不当条項規制等の強行規定によって制限される範囲以外においては認められるという帰結を導くことができるため、分かりやすい民法という観点からも、いたずらに条項を設けるべきではない。(三菱電機)
- 一方の契約当事者が他方に対して著しく優越的な関係にある場合を除いては、当事者間の特約を認めてもよいのではないか。(不動協)
- 検討することに賛成であるが、基本的に不当条項規制の問題と考えられる。

契約当事者の力関係の違いに基づいて一方当事者のみに有利な免責条項が盛り込まれる実態があることはそのとおりである。

このような状況は、特に約款や付合契約において生じるところであり、本来的には不当条項規制の問題である。免責条項の効力のみについて断片的な規制を置くよりは、契約全体において横断的な規制が必要であり、不当条項規制において検討されるべき問題である。(横浜弁)

- 取引ごとに考慮すべき多様な要素が存在するので、民法のような一般的な取引全てに適用される法律において、一律に債務不履行責任の免責条項の効力を制限することは妥当ではない。

個別のサービスにおいても、どのような契約条件で商品・サービスを提供するかは、そのビジネスモデルと密接不可分の関係にあつて、単に契約条件だけではなく商品・サービスの価格や品質等とも密接に関連する。このことは新たなサービスを始める際にとりわけ問題となることであつて、従来想定していなかったような問題が出てくることもあり、契約内容を自由に設計できるようにする必要がある。

特に今日においては、中学生や高校生がインターネット上でアプリケーション等を提供することも多く、そのようなアプリケーション等に不具合があつた場合に責任を免れないとすることは中学生や高校生にとつても酷な結果となるし、萎縮効果によってイノベーションが阻害されることになりかねない。(ヤフー)

- 消費者契約法などの特別法において規定するのであれば格別、民法上の一般規定として規定することには反対である。(長島・大野・常松有志)
- 第572条があり、さらには消費者契約法で対応できる。(弁護士)
- 「契約当事者の力関係」は単に当事者の事業規模の大小だけでなく、選択可能性等を加味した「どちらがより当該契約を締結したいと考えているか」が大きく

影響する。これに対応する立法として独占禁止法等があるので、「契約当事者の力関係」を考える際には、これらの法律との関係にも留意する必要がある。(個人)

- 事業者取引においては、中古の機械・工場設備の売買取引等において、売主側の債務不履行責任の完全免責を前提に取引せざるを得ない場面などが存在する。これらの場合における取引が当事者間の合意にもかかわらず、民法によって阻害されることのないよう、免責条項の効力を制限する規定は含めない方向で検討されるべきである。(会社員)
- 一般条項はすでにあり、それよりも適切な規定ができるとは思えない。弱者保護は、別のシステムで行うべきである。改定すべきではないと考える。(個人)

第4 賠償額の予定（民法第420条、第421条）

1 予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所がその額を減額することができる旨を明文化するという考え方に関しては、公序良俗（民法第90条）等の一般条項に委ねるほうが柔軟な解決が可能となり望ましいなどとする否定的な意見がある一方で、一般条項の具体化として規定する意義があること、公序良俗違反による賠償額の減額を認める裁判例があるところ、裁判所による額の増減を否定する同法第420条第1項後段の存在がそのような裁判所による救済法理の適用を抑制し、裁判外の紛争解決にも悪影響を与えているおそれがあること、賠償額の予定を禁止する労働基準法が適用されない労働契約において労働者保護を図る必要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。これらを踏まえて、予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所がその額を減額することができる旨を明文化するか否かについて、不当条項規制（後記第31）及び一部無効の効力（後記第32、2(1)）に関する議論との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

予定された賠償額の裁判所による減額を認める旨の規定を設ける場合には、要件として、予定された賠償額と実損額との比較だけでなく、賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を総合考慮できるものとするべきであるという意見等を踏まえて、具体的な要件の在り方について、更に検討してはどうか。

また、効果については、合理的な額までの減額を認める考え方のほか、著しく過大な部分のみを無効とするべきであるという意見があるが、後者については「著しく過大な部分」を特定した上での改訂が裁判所に可能か疑問であるとの指摘もある。これらの意見を踏まえて、効果について、更に検討してはどうか。

2 予定された賠償額が不当に過小であった場合において、不当に過大であった場合と同様の規定を設けることの当否については、上記1と同様に消極的な意見と積極的な意見があるところ、他に、過小な賠償額の予定は、減免責条項の実質を持つな

ど過大な賠償額の予定とは問題状況が異なるので区別して検討すべきであるとの意見があった。この立場から、予定された賠償額が不当に過小であった場合には、賠償額の予定を全部無効にした上で、賠償額算定の一般則の適用に委ねるべきであるという意見があったが、これに対しては、過大な場合も過小な場合も必要な規定は同じになるのではないかという意見があった。これらを踏まえて、予定された賠償額が不当に過大であった場合と不当に過小であった場合とで規律を異にすべきか否かという点について、不当条項規制（後記第3 1）及び一部無効の効力（後記第3 2， 2(1)）に関する議論との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

- 3 債務者に帰責事由がない場合その他免責の事由がある場合でも賠償額の予定に基づく損害賠償請求が認められるかという点や、賠償額の予定に基づく損害賠償請求に関して過失相殺が認められるかという点について、検討してはどうか。

【部会資料19-2第4 [33頁]】

【意見】

- 中間論点整理の本文1について、予定された賠償額が不当に過大であった場合について、裁判所がその額を減額することができる旨を明文化すべきである。個別に90条等によって処理することで足りるとする意見もあるが、予定された損害賠償額の裁判所による増減を否定する現行420条第1項後段が存在していることが、救済すべき不当な損害賠償額の予定があったとしても、実務が必要以上に抑制的にならざるを得ない原因となっているものと考えられるから、現行420条第1項後段は削除し、裁判所による減額が可能である旨の明文規定を設けるべきである。関連する論点として、法律行為に含まれる特定の条項の一部無効の効力（後述第3 2， 2(1)）があるところ、当該論点については、後記のとおり、原則としてその一部のみを無効とすべきと考える。本論点においても、これと同様に考え、損害賠償額の予定全部を無効とするまでの必要はなく、その一部を無効とする（減額する）ことで足りる。

減額を認める場合の要件について、予定された賠償額と実損額との比較だけでなく、賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を総合考慮できるものとすべきである。将来の損害賠償額を予め定めておくことは、将来の紛争負担を軽減するという目的の外にも、実損害を上回る損害賠償額を予定することで契約の拘束力を高める目的など、当該取引の実情や慣行に応じて、多種多様な目的の下になされている。

よって、予定された賠償額が不当に過大であるか否かを判断するにあたっては、単に実損害との比較をするだけでなく、賠償額の予定がされた経緯等の様々な事情を総合考慮すべきである。

減額を認める場合の効果について、合理的な額までの減額を認めるとすべきである。そもそも損害賠償額の予定は、将来の紛争負担の軽減等の目的のために、将来的に明らかとなる実損害額とは異なることを当然の前提とした上でなすものである。よって、「著しく過大な部分」を明確に特定して減額するまでに厳密性を求めるのではなく、「この程度であれば合理的」と判断される限度までの減額を認めることで足りる。

中間論点整理の本文2について、予定された賠償額が不当に過大であった場合と不当に過小であった場合とで規律を異にすべきではなく、第1項と同様に、合理的な額までの増額を認めるとすべきである。過小な賠償額の予定は、減免責条項の実質を持つことはそのとおりであるが、過小な賠償額の予定を押しつけられてしまった側の立場からすれば、過大な賠償額の予定をされてしまった側の立場と比較して、そこに存在する問題状況が異なるものではない。

中間論点整理の本文3について、債務者に帰責事由がない場合その他免責の事由がある場合には、賠償額の予定に基づく損害賠償請求は認められないとすべきである。損害賠償額の予定は、あくまで、損害の発生とその額以外の損害賠償請求権を基礎付ける要件がすべて充たされた場合に効力を有するものと理解すべきである。

賠償額の予定に基づく損害賠償請求に関して過失相殺が認められるものとすべきである。

損害賠償額の予定をしたからといって、過失相殺を排除する趣旨とまでは言えない。(横浜弁)

- 本研究会においては、予定された損害賠償額が過大なものであるときは裁判所が減額することができるとの規定を設けるべきとの見解が多数を占めたが、減額にあたってはどの程度過大なものとなっていたかという額の問題だけでなく当事者の属性や賠償額の予定がなされた経緯などを考慮することになるので、民法第90条などの一般条項によって適切に処理できるのであえて規定を設ける必要はないとの見解もあった。規定を設ける際には一部無効、契約改定等の関係等についても配慮すべきである。(日大民研・商研)
- 予定された賠償額が不当に過大であった場合に、過大な部分を無効とする規定を置くことに賛成の意見が多い。予定された賠償額の裁判所による減額を認める旨の規定を設ける場合には、要件として、予定された賠償額と実損害額との比較だけでなく、賠償額の予定がなされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を総合考慮できるものとすべきであるという考え方に賛成である。

債務者にとって、多額の損害賠償の予定は、契約を履行するインセンティブになること、「法と経済学」の立場からは、損害賠償額の予定があることで当事者は損害賠償を支払って債務を不履行するか否か行動を決することができる事から裁判所

に増減を認めることに否定的となる。この立場から損害賠償の予定について裁判所の増減を否定する現行法は合理的であり、改正の必要がないと言える。

しかし、契約の一方当事者が、充分利害を計算できない消費者である場合、消費者側の債務不履行について過大な損害賠償の予定を定める条項は、消費者を害するので何らかの規制をすべきである。（なお、約款作成者が自己に過大な損害賠償の予定を定めた場合は、無効とする必要はない。）。

規制の方法としては、予定された損害賠償額と実損額との比較だけでなく、賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を総合考慮できるものとした上で、

- ① 裁判所が損害賠償を減額できると定める方法
 - ② 著しく過大な場合は、著しく過大な部分のみ無効とする（できるだけ契約当事者の意思を尊重するため全部無効ではなく一部無効とする。）方法
 - ③ 過大な場合に全部無効として損害賠償の一般原則に委ねる方法
- が考えられる。

①の方法については、裁判所にフリーハンドの契約改訂権限を与えるのと同じく、私的自治の原則に反すると考えられる。②及び③に対しては、公序良俗の具体化に過ぎないから、現行第420条第1項ただし書の削除だけで良いという考えも主張されている。

しかし、公序良俗を具体化した定めを設けることは、予測可能性を高めること、適用要件を緩やかに定めることができるというメリットがある。

②か③かは、公序良俗違反の場合に当該条項全体を無効とするか、一部無効とするかと言うこととも整合的に考える必要がある。著しく過大な場合に全部無効とし、損害賠償の算定の一般原則によるとすると、少し過大な場合より債権者に不利となる。当事者の合意を前提に考えると一部無効（著しく過大な部分のみ無効）とすることが考えられる。

これらの要素を考慮しながらどのような条文にするかについては慎重に検討する必要がある。

予定された賠償額が不当に過小な場合は、当該損害賠償の予定を無効とすることに賛成が多かった。

コンピュータのソフトの作成納入契約、保守契約など料金は安い、ひとたび不完全履行で損害が発生すると損害が莫大になる場合、損害賠償額を料金の1年分に限定するなど低額な損害賠償の予定がなされることがある。この効力を認めないと料金を高額にしないと契約できなくなるという点で、低額の損害賠償の予定に合理性がないとは言えない。

以上のように考えると損害賠償の予定について裁判所の増額を否定する現行法は

合理的であり、改正の必要がないと言える。

しかし、契約の一方当事者が、充分利害を計算できない消費者である場合、事業者側の債務不履行について過小な損害賠償の予定を定める条項は、消費者を害するので何らかの規制をすべきである。特に、過小な損害賠償の予定の定めは、免責条項とほぼ同じ機能を営むので、免責条項と整合的に定める必要がある。同様に、事業者間取引でも、経済力に差がある場合、業界団体の標準約款がある場合、寡占状態な場合、高度の技術を要する場合などは、事業者・消費者契約と同様に規制する必要がある（なお、約款作成者が、相手方に過小な損害賠償の予定を定めた場合は、無効とする必要はない。）。

規制の方法としては、予定された損害賠償額と実損額との比較だけでなく、賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を総合考慮できるものとした上で

- ① 裁判所が損害賠償を増額できると定める方法
 - ② 著しく過小な場合は、全部無効とし、損害賠償の一般原則に委ねる方法
 - ③ 著しく過小な場合は、著しく過小な部分のみを無効とし、裁判所が著しく過小でないと考ええる部分まで増額できるとする方法
- が考えられる。

①の方法については、裁判所にフリーハンドの契約改訂権限を与えるのと同じく、私的自治の原則に反すると考えられる。

③の過小な部分のみを無効とし、裁判所が、過小でない考えるところまで増額できると考えることも可能である。これは、当事者が合意をしていたことを尊重するもので、損害賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を考慮して裁判所が、著しく過小でないと考えるところまで増額を認める者で、①と結論に差はないと思われるが、基本的考え方が異なるといえる。②は、公序良俗違反で全部無効とするのと同じである。その後の処理で、全く損害賠償額の予定をしたことを考慮しないので、著しく過小ではないが、無効とならない程度の過小な合意をしたときとの差が著しいといえる。

なお、立法に際して、過大なときと過小なときの取り扱いを同じにする必要はなく、過大なときは一部無効、過小なときは全部無効であってもかまわない。

債務者に帰責事由がない場合その他免責の事由がある場合にも賠償額の予定に基づく損害賠償請求が認められるか、賠償額の予定に基づく損害賠償請求に関して過失相殺が認められるかについては慎重に検討すべきである。

損害賠償の予定がある場合に、債務者に帰責事由がなければ損害賠償義務がないか、債権者に過失がある場合に過失相殺が認められるかは、損害賠償の予定を定めた趣旨によっても異なるので、任意規定としてもいずれをデフォルトルールとする

か決定することは困難であり、慎重に検討すべきである。（日弁連）

- 賠償額の予定が、当該取引の性質を考慮すると合理性を欠き、かつ、実損害と比べて著しく過大な場合には、裁判所が合理的な額に減額することができる又は合理的な範囲を超える部分につき無効となる旨の規定を置くことには賛成である。賠償額の予定のうち過大な賠償について、民法第90条や暴利行為等の一般条項に基づき不当な賠償額の予定を排除している現在の実務を明文化するものであり、賛成である。なお、具体的な事案において、賠償額の予定条項そのものを無効とすべき事態もありうることから、賠償額の予定は、賠償額予定条項を設けることについては合理性があるが、その額が過大である場合が射程であり、条項を設けること自体の適法性について一般条項を排斥するものではないことを明確にする必要がある。

要件の検討にあたっては、賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を総合考慮できるものとすべきである。一般条項の適用の裁判例の集積による規範の条文化であり、柔軟な解決を可能にすることから考慮すべき事情を例示列挙のうえ総合考慮可能とすることが望ましい。

また、「不当に過大」であることの主張立証責任の配分はどう考えるかは重要な問題となる。債務者に、債権者に生じた実損害の立証責任を負わせることは、過大な賠償額の予定は、社会的強者が社会的弱者に強いるケースが多く見られるところ、社会的弱者にそのような立証が可能なのかは疑問である。訴訟手続における当該取引の性質や同種取引からの事実上の推定の活用や当事者照会等の証拠開示制度の充実が重要となることにも留意して検討されるべきである。

過大部分を一部無効として、損害賠償額を合理的な範囲に制限するべきである。

裁判所の裁量による減額と規定する場合、裁量判断の妥当性の検証及び反論可能性が確保されるのかの問題がありうる。また、裁判所による減額となると、訴訟提起を行わない限り、債権者が減額交渉に応じない可能性がある。訴訟提起前の当事者間での賠償額の予定の減額交渉の根拠条文としての利用も視野にいれると、過大部分が無効であることを明記すべきである。

過小な損害賠償額の予定に関しては、特に規定を設ける必要はないと考える。

過少な賠償額の予定については、「損害賠償責任の減免責を認める条項としての実質を有するため、過大な賠償額の予定とは異なる経済的機能を果たすことがあり、減免責条項と同様に、契約全体との関係で効力を考える必要がある。」、「過大な賠償額の予定に関する規律と同列に扱うべきではな」との指摘がなされている。この点については首肯しうるものであり、過大な賠償額の予定の場合と考慮すべき要素が異なると思われる。

また、過大な賠償額の予定と異なり、裁判所による裁量増額を認めることは、当事者の予測可能性、当事者自治の観点から望ましくない。さらに、裁判所の裁量と

して規定せず、合理性を欠く過小部分を無効と規定しても、賠償されるべき額（増額部分）が確定することはなく問題の解決とならない。したがって、暴利行為、公序良俗、不当条項等の一般条項に基づき、当該規定の有効性の判断を行い、無効と判断された場合には、債務不履行の一般原則に基づき損害額を決するのが相当である。

帰責事由の不存在、免責事由と損害賠償額の予定との関係を検討することに反対しない。債務者が当該事由がある場合、債務不履行責任を負わないこととなる根拠との関係で、具体的に検討する必要がある。これらの論議と整理がなされた上で検討することに異論はない。

損害賠償額の予定と過失相殺について、検討することに反対しない。過失相殺の制度趣旨とその論拠如何により、検討の視点が異なってくる場合があると思われる。過失相殺の議論の整理がなされた上で検討することに異論はない。（大阪弁）

- 損害賠償の予定が債権者に発生する損害と対比して著しく高額の場合、損害賠償の予定の一部又は全部は公序良俗に反するものとして無効となる旨の規定を設けるべきである。

損害賠償の予定が債権者に発生する損害と対比して著しく低額の場合、損害賠償の予定のうち、予定額を超える部分を超えて損害賠償請求をすることができない旨の定めは公序良俗に反するものとして無効となる旨の規定を設けるべきである。

損害賠償の予定が債権者に発生する損害（現実に発生し又は発生すると合理的に見積もることができる損害）に対比して著しく高額である場合、裁判例は相当と認める額を超える部分を公序良俗違反として無効としている（判例 i ii iii v）。ただ、条文に裁判所が相当と認める額を超える部分を無効とする旨記載することは相当でないため、一部は無効となる旨の記載となる。また、この趣旨の規定を置くことによって、過大な損害賠償の予定の合意がなされることを回避できる可能性がある。

逆に、損害賠償の予定が債権者に発生する損害に対比して著しく低額である場合も想定できるが、これに対しては、予定額を超えて損害賠償を請求することができない合意を公序良俗により無効とすればよい。（福岡弁）

- 賠償額の予定が、当該取引の性質を考慮すると合理性を欠き、かつ、実損害と比べて著しく過大な場合には、裁判所が合理的な額に減額することができる又は合理的な範囲を超える部分につき無効となる旨の規定を置くことに賛成する。

ただし、裁判所の裁量減額として規定するか、過大部分を無効とする規定とするかは検討を要する。

また、過大か否かの判断の基礎となる「債権者に生じた損害」の主張立証責任については、債務者にとって債権者に生じた損害を把握することは困難であることから、訴訟手続においては当該取引の性質や同種取引からの事実上の推定の活用や当

事者照会等の証拠開示制度の充実が重要な問題とある。

なお、賠償額の予定は、賠償額予定条項を設けることについては合理性があるが、その額が過大である場合が射程であり、条項を設けること自体の適法性について一般条項を排斥するものではないことを明記することが望ましい。

理由は以下のとおりである。賠償額の予定のうち過大な賠償について賠償額の減額を認めることは、民法90条や暴利行為等の一般条項に基づき不当な賠償額の予定を排除している現在の実務を明文化するものであり、異論はない。

ただし、裁判所による合理的な額までの減額とされているが、裁判所の裁量による減額と規定する場合、裁量判断の妥当性の検証及び反論可能性が確保されるのかの問題がありうる。訴訟提起前の当事者間での賠償額の予定の減額交渉の根拠条文としての利用も視野にいれると、過大部分が無効であることを明記することも検討されるべきである。

過大な賠償額は、それそのものを認めることができないとしても、当事者間でそのような条項を定めた趣旨やそのほかの社会的要因を考慮し、必ずしも実損害額でない、合理的な金額を定める必要性がある場面も想定されるので、単に過大部分を無効とするのではなく、裁判所の裁量の余地を入れる必要がある。ただし、その判断要素は、単に金額の問題ではなく、も考慮せざるをえない。

ただし、次に、具体的な事案においては、賠償額の予定条項自体そのものを無効とすべき事態もありうる。条項を設けること自体の適法性について一般条項を排斥するものではないことを明記することが望ましい。

「債権者に生じた損害に比して過大」とあるが、この主張立証責任の配分はどう考えるかは重要な問題となろう。

過少な賠償額の予定については、損害賠償責任の減免責を認める条項としての実質を有するため、過大な賠償額の予定とは異なる経済的機能を果たすことがあり、減免責条項と同様に契約全体との関係で効力を考える必要がある。過大な賠償額の予定と異なり、裁判所による裁量増額を認めることは、当事者の予測可能性、当事者自治の観点から望ましくない。

したがって、暴利行為、公序良俗、不当条項等の一般条項に基づき、当該規定の有効性の判断を行い、無効と判断された場合には、債務不履行の一般原則に基づき損害額を決するのが相当である。

以上のことから、賠償額の予定の条項においては、過小な賠償額の予定を規定する必要は低い。(仙台弁)

- 予定された賠償額が不当に過大な場合、当該条項を無効にして一般原則に委ねるのが良い。裁判所が合理的な額まで減額できることにする制度には反対する。

予定された賠償額が不当に過小な場合も、当該条項を無効にして一般原則に委ね

るのが良い。裁判所が合理的な額まで増額できることにする制度には反対する。

個々の契約における「損害賠償額の予定」の趣旨が何であるかは、最終的には個々の契約の趣旨等から合理的に判断するほかないが、通常、損害額（損害及び金額評価）を擬制し、その主張立証を要しないとす合意と理解できるので、債務不履行（に基づく損害賠償請求権）の要件（損害の要件を除く。）に該当することを前提にして、その賠償額について約定したものと解すべきであるから、免責事由の立証があれば免責されることを原則とすべきである。

過失相殺や損益相殺に関する規律を設けることは検討の余地がある。（兵庫県弁）

- 予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所がその額を減額することができる旨を明文化するという考え方に賛成である。賠償額の予定は、日常的に用いられることが多いため、規定を特に明示することで不当な契約条項を抑制する効果があると期待できる。また、現在の裁判実務においても損害賠償額の予定に関する特約が公序良俗違反で無効とされているのであるから、90条の適用がありうることを明確化するためにも、賠償額の予定に関し、裁判所が介入できる旨を明文化する必要がある。

要件について、予定された賠償額と実損額との比較だけでなく、賠償額の予定がされた経緯や当事者の属性等の様々な要素を総合考慮できるものとする考え方に賛成である。従来から90条の適用においては、そのような考慮がなされていた。

効果については、中間的な論点整理に指摘された考え方のいずれにも反対し、賠償額の予定の条項全部を無効とするべきである。予定額の一部のみ無効とする考え方では、逆に限界ぎりぎりまでは賠償額の予定の条項が有効となり、実損額に比してかなり高額な賠償額が認められてしまう懸念があり、妥当ではないと考える。本条項の要件を、実損額だけでなく、賠償額の予定がされた経緯、当事者の属性等を総合考慮するものとした場合、それらの要素を検討したうえで、公序良俗に反していると認定されたことと均衡する効果が導かれるべきであるから、全部無効にするべきである。

過小の場合についても、不当に過大であった場合と同様に、明文化をしたうえで、要件については様々な要素を総合考慮できるものとし、効果については条項全部の無効とするべきである。不当に過大であった場合について記載した理由の考え方からすれば、過大の場合と過小の場合とを区別する必要はない。

債務者に帰責事由がない場合その他免責の事由がある場合でも賠償額の予定に基づく損害賠償請求が認められるという立場に対し、反対である。債務者に帰責事由がない場合その他免責の事由がある場合においては、債務不履行が成立しないのであるから、債務不履行を前提とする賠償額の予定に基づく損害賠償請求は認められないのが現行実務の立場であり、これを変更する必要は認められない。

賠償額の予定に基づく損害賠償請求に関して過失相殺が認められるという立場に対し、賛成する。下級審判決では過失相殺による減額を認めるものも少なくないものであるから、現行実務の立場を明確にするものである。(東弁)

- 賠償額の予定が、当該取引の性質を考慮すると合理性を欠き、かつ実損害と比べて著しく過大又は過小だった場合には、これを無効とする規定を置くべきとの考え方に賛成する。裁判所が賠償額を改訂できるとの考え方は、私的自治の介入になりかねないという点で疑問があり、効果として過大又は過小な部分の無効を認めることで足りる。(金沢弁消費者委)

- 1について、予定された賠償額が過大であった場合に裁判所が減額できることを明文化することには賛成であるが、その要件・効果については慎重に検討すべきである。

予定された賠償額が過大であった場合は一般条項で対応する考え方もあるが、一般条項そのものでは適用に抑制的となることから、一般条項の具体化として明文化に賛成する。

ただし、その要件・効果については、議論のあるところであり、慎重に検討すべきものとする。

2について、予定された賠償額が不当に過小であった場合については、債務不履行責任の免責条項の制限との関係に配慮しつつ、慎重に検討すべきである。

過小な賠償額の予定は、減免責条項との関連があり、過大な賠償額の予定とは区別して慎重に検討されるべきである。

3について、規定化の影響を慎重に検討すべきである。

過失相殺は認めるのが、判例・通説とされ、帰責事由がない場合の免責も一般論としては認められるものとするが、規定化の実務に与える影響については慎重な検討が必要であるものとする。(愛知県弁)

- 提案1及び2について、予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所がその額を減額することができる旨を明文化する方向で検討すべきである。

その場合の効果に関する解釈基準は、①予定された賠償額が不当に過大である場合には、信義則や公序良俗の規定により、②予定された賠償額が不当に過小である場合には、不当条項規制の規定に委ねる方向で検討すべきである。

民法第420条第1項後段は当事者が契約において損害賠償額の予定をした場合、裁判所はその額を増減できない旨規定しているが、判例は公序良俗違反を原因に、予定された損害賠償額の減額を行っているところである。当事者が損害賠償額の予定をしたものの、その条項が契約時の状況に照らし不当であり、その効力を維持することが妥当ではない場合には、契約当事者を当該条項から解放することは一定の合理性があるといえる。

また、賠償額の増減に関する具体的な基準は、当該予定された賠償額や契約締結時、契約締結後の事情に影響を受けるため、その妥当性を一律に判断することは困難である。(日司連)

- 賠償額の予定が過大である場合には、裁判所が相当な損害まで賠償額を減額することができる、と定めてほしい。(利限引下会議, 弁護士, 個人),
- 単なる公序良俗規範の適用ではなく、ある程度具体的な要件効果を定められるのなら、規定を設けた方がよい。効果については全部無効でよいのではないか。というのは、約款や消費者契約という特殊な場面ではなく、一般法の分野の規定である以上、要件の中には、交渉力の濫用等のある程度厳しい要件が入ることになると思われる。そのような場合に、帰責事由の存否や実際の損害の発生を証明を要せずに、「相当な額」あるいは「著しくない額」の取得を認めるべき理由はないのではないか。(大学教員)
- 賠償予定額が不当に過小である場合に、裁判所が増額できるとの規律が明文化されるならば、例えば、第3. 3(1)のような、損害賠償する損害の種類や金額を制限した契約をやむを得ず受け入れる場合でも、事後的に、裁判で適正なリスクの分担について争う余地ができることとなり、歓迎すべき方向と思う。(会社員)
- 「賠償額が著しく不当である場合には、裁判所が算定し直すことができる。その際は、過失相殺も考慮される。」としたらどうか。(弁護士)
- 予定された賠償額が過大であった場合に裁判所による賠償額の減額を認めることについては、信義則の具体化ではあるが、判例を参考に適切な表現が工夫できるのであれば明文化することは有益である。

裁判所は予定賠償額を増減することができないとする民法第420条第1項後段が存在することによって、裁判所が公序良俗違反として過大な賠償額の予定を無効とすることや、当事者が裁判外の交渉において同様の予定についての無効主張をすることが抑制されているおそれがある同項後段を削除し、過大な賠償額の予定を無効にする余地を認めることに賛成である。

ただし、裁判所に裁量的な改訂権を認めることには違和感があり、著しく過大または過小な部分のみを公序良俗違反として無効とすべきである。

あえて過大な賠償額の予定を設ける場合も過小な賠償額の予定を設ける場合も合理的な理由がある場合があり、いずれも不当な部分の効力のみを否定すれば足りるし、また、賠償額の立証が困難な場合においては賠償額に関する立証責任を転換することを意図して賠償額の予定をする事例もあり、その場合、過大か過小かは問題とならないのだから、過大な場合と過小な場合とで定めるべき規律はそれほど異ならないからである。

なお、不当条項規制(後記第31)や一部無効(後記第32, 2(1))に関する規

定との異同や、仮にこれらの規定と異なる内容を定める場合にはその必要性について、十分検討する必要がある。（弁護士）

- 中間論点整理の1について、現行法の規定を修正し、予定された賠償額が同種または類似の契約について通常生じ得る損害額、当事者の属性その他の事情を考慮して不当に過大であると認められるときは、裁判所が合理的な額まで減額することができる旨の明文規定を設けるべきである。

現行民法第420条1項後段の規定は、公序良俗違反による減額を認める判例により実質的に修正されており、文言上は裁判所による減額の余地を一切認めないかのように読める現行法の規定は一般市民に誤解を招くおそれもあることから、少なくとも現行実務を反映した適切な文言に修正されるべきである。

なお、減額の効果について「著しく過大な部分のみを無効にする」という考え方については、利息制限法や消費者契約法の利率規制のように上限が法律上明示されている場面であればともかく、このような一般規定において「著しく過大な部分」を特定することは実務上極めて困難である上に、不当に過大な賠償額の予定を奨励するような規定は立法政策上も望ましくないことから、賛成できない。

中間論点整理の2について、予定された賠償額が不当に過小であった場合については、過大であった場合とは別個の問題であり、特に明文の規定を設ける必要は無い。

まず、予定された賠償額が過小であった場合は、以下の点で過大であった場合と問題状況が異なるため、区別して検討すべきである。

- ① 過大の場合と異なり、予定の内容が狭義の「損害賠償額の予定」（予定された金額が損害額とみなされ、それ以上の損害賠償請求を一切排斥するもの）であるか、それとも「違約罰」（債務不履行に対する制裁であり、それ以上の損害がある場合には別途損害賠償を請求することを妨げない）であるかが問題となる。実務上は、あまりにも過小な金額の予定は違約罰の定めであると認定することにより、問題自体を回避することも可能である。
- ② 過大の場合と異なり、過小な損害賠償額の予定（狭義の予定）は、実質的には損害賠償責任を制限するものであるため、一般的な減免責条項の効力を定める不当条項規制のあり方との整合性を維持する必要がある。

以上を踏まえた上で、損害賠償額の予定が「過小」であるか否かは、そもそも当該損害賠償について免責条項の効力が認められるか否かを判断しなければならず、過大の場合と比べて不当条項一般との関連性が高いことから、この問題は不当条項規制のあり方に委ねればよく、過大な場合と対比するような形で明文の規定を置く必要は無いと考えられる。

本文3について、損害賠償一般の問題及び不当条項規制との整合性に留意しつつ、

慎重に検討すべきである。

検討自体を妨げる趣旨ではないが、前者の問題は、損害賠償額の予定が定められている場合に、債務不履行を原因とする免責事由を強行規定として適用すべきか否かという問題と重なり、後者の問題は、同じく過失相殺を強行規定として適用すべきか否かという問題と重なるため、いずれも損害賠償に関する特約の効力に関する問題として整理した上で、不当条項規制のあり方との関連性にも留意して検討すべきであり、賠償額の予定に固有の問題として検討するのは問題があると思われる。

(弁護士)

- 賠償額の予定が実損害に比して過大である場合、裁判所は、合理的な額まで減額することができる旨の規定を置くべきであるという考え方や、賠償額の予定が、当該取引の性質を考慮すると合理性を欠き、かつ、実損害と比べて著しく過大であった場合には、これを無効とする旨の規定を置くべきであるという考え方に賛成である(ただし、「過小」であったときの無効化には消極)。

賠償額の予定につき、公序良俗違反を基礎に制限する旨の規定(裁判所による裁量減額や無効規定)をおくことには原則的には賛成である。但し、裁判所による減額の要否、内容の判断は、当事者間の知識・情報や経験の格差、交渉力の格差に配慮してなされねばならないことに留意すべきであり、要件上も、裁判所の判断に際しての考慮事情を明記すべきではないか。もっとも、消費者契約法9条は平均的損害を超える賠償や14.6%を超える遅延損害金を無効としている。この規定との整合性に配慮すべきである。つまり民法典の不当条項規定にどのようなものを設けるのかという議論との整合性に配慮すべきである。(弁護士)

- 賠償額の予定につき、公序良俗違反を基礎に制限する旨の規定(裁判所による裁量減額や無効規定)をおくことには原則的には賛成である。

ただし、裁判所による減額の要否、内容の判断は、当事者間の知識・情報や経験の格差、交渉力の格差に配慮してなされねばならないことに留意すべきであり、要件上も、裁判所の判断に際しての考慮事情を明記すべきではないか。

もっとも、消費者契約法第9条は平均的損害を超える賠償や14.6%を超える遅延損害金を無効としている。この規定との整合性に配慮すべきである。つまり民法典の不当条項規定にどのようなものを設けるのかという議論との整合性に配慮すべきである。(日弁連消費者委有志)

- 予定された賠償額が不当に過大であることが明らかな場合に民法第420条第1後段の効力が及ばないように改正することは反対しない。

ただし、業として貸付けを行う金融機関は、利息制限法、出資法上の上限金利規制を遵守して業務を行っており、賠償額の予定も、これらの法律の範囲内で約定している。このような場合には、予定された賠償額が不当に過大であるとされる可能

性はないと考えられることから、この点が明確になるような配慮をした上で、検討を進めて頂きたい。(消費者金融協)

- 民法第420条第1項後段を削除することには賛成であるが、裁判所が額を減額することができる旨を明文化することには反対である。

民法第420条第1項後段が公序良俗等の一般条項による裁判所の救済法理の適用を抑制しているとするれば、同部分を削除することには賛成である。しかし、裁判所による改訂権等を明文化すると、同条が果たしていた紛争予防機能が弱まるおそれがある。民法第420条第1項後段を削除した上で、一般条項に委ねることで足りる。(広島弁)

- 中間論点整理の1につき、予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所がその額を減額することができる旨を明文化するべきかにつき、賛成する。ただし、その要件、効果についての明文化までは不要である。

予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所がその額を減額することができるとするのが、公序良俗による当事者間の公平の確保の視点や、労基法による経済的弱者保護の観点からも妥当であるため、これを明文化すべきである。しかし、その要件、効果の明文化については、検討対象となる事情は様々なものがあるため、これを限定的に明示することはかえって硬直的な処理に結びつくおそれがある。このため、柔軟かつ妥当な解決をはかるためにも、明文化には反対する。

中間論点整理の2につき、1と同様の規定を設けることに賛成する。1との均衡、及び1で述べた理由から、逆の場面においても裁判所の関与により柔軟かつ妥当な解決をはかるべきである。

中間論点整理の3につき、賠償額の予定に関する約定の解釈の問題であり、検討不要と考える。賠償額の予定における過失の位置づけについては、通常当事者間における約定の解釈によって解決されるべきものであり、民法において一般的な方向付けを明示することは妥当ではない。(札幌弁)

- 予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所がその額を減額することができる旨を明文化するという考え方について、420条1項後段の拘束力を弱めるのであれば、同条項を削除することで足り、これを超えて裁判所が減額することができることをあえて明文化しなくとも、賠償額予定契約の合理的意思解釈によるか、公序良俗・不当条項などの一般規定に委ねれば足りる。

予定された賠償額が不当に過小であった場合において、不当に過大であった場合と同様の規定を設けることについて、前項と同様、420条1項後段の拘束力を弱めるのであれば、同条項を削除することで足り、これを超えて裁判所が増額することができることをあえて明文化しなくとも、賠償額予定契約の合理的意思解釈によるか、公序良俗・不当条項などの一般規定に委ねれば足りる。

債務者に帰責事由がない場合その他免責の事由がある場合でも賠償額の予定に基づく損害賠償請求が認められるかという点や、賠償額の予定に基づく損害賠償請求に関して過失相殺が認められるかという点について、これらの点も、あえて明文化しなくとも、賠償額予定契約の合理的意思表示によるか、公序良俗・不当条項などの一般規定に委ねれば足りる。（親和会）

- 賠償額の予定は、契約の拘束力を高める役割、契約違反に対する抑止の役割という重要な役割を果たしている。そしてそれは、かかる役割を果たしうるのであろう金額を当事者双方が交渉の上合意して決められているものである。にもかかわらず、裁判所による減額（及び増額）ができることが明文化されると、かかる役割が弱まるおそれがあるとともに、当事者間の予測可能性も害されるおそれがあるのではないか。従って、仮に明文化する場合でも、減額可能な場面が限定されるように規定されるべき。（オリックス）
- 損害賠償の上限額を定める規定に関しては、お互いのリスクの見える化という積極的な側面もあることから、不当条項規制などにより民法が強制的に介入するべきではない。一方で、一定の事由に該当した場合に、実損害の発生の有無に関係なく一定の金額を違約金として徴収する（そして、別途実損害に基づく損害賠償請求も可能とする）旨の規定に関しては、徴収する金額に合理性を欠き、交渉上の地位の強さを利用した公平さを欠くものであることから、当該違約金条項は無効とする方向で検討がなされるべきである。（会社員）
- 不同意。何を以て不当と判断するかまたその効果をどの程度とするかについて、個々の事案に応じて裁判所の判断に委ねる前提であれば、既に公序良俗による解決が可能であるので、ことさらに明文化する意義を認めない。（会社員）
- 予定された賠償額が不当に過大であることが明らかな場合に民法第420条第1項後段の効力が及ばないように改正することについては反対するものではない。但し、不当に過大であることを判断する要件については、実損額を超えているからと行って直ちに過大と判断することがないようにしていただきたい。また、利息制限法などに見られるように、法令によって賠償額が規律されている場合に、その範囲内で賠償額を予定している限りにおいて、過大な賠償額とされることがないように、明確にしていきたい。（貸金業協）
- 予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所がその額を減額することができる旨の明確化には賛成であるが、その旨そのままの明文規定を設けるよりも、民法第420条第1項後段を削除することで、公序良俗等による制限が及ぶことを明確化すべきである。民法第420条第1項後段を残すとしても、「公序良俗に反しない限り」裁判所は増減できないことが明らかな規定とすることが望ましい。

なお、本論点の「不当に」とは、生じた結果（損害）を鑑みてのものか、予定賠

償額と実損額の差をもってのものか、契約の背景を勘案してのものか、判然としな
いため、その点についても明らかにするよう検討されるべきである。(三菱電機)

- 損害賠償額が、不当に過大である場合には、従来通り公序良俗違反という一般規定を適用すれば十分であり、これを超えて、裁判所が後見的に関与し、減額できると規定することは、損害賠償額の予定の確実性に関する予測可能性が減少し、通常
の取引に支障を与えることが懸念される。(不動産証券化協)
- フランチャイズ契約では、ノウハウ等の守秘義務や競業禁止など、実損害額の証明が難しい場合が少なからず発生することから、損害額の予定を規定する必要性は大きく、実際、多くの契約書ではその旨の規定を置いている。

中間論点整理では「予定された賠償額と実損額との比較だけではなく」さまざまな事情を考慮するとあることから、出発点は実損額だと考えられているとするとフランチャイズ契約の特徴に対応できないと考える。

仮に裁判所による減額制度を導入するとしても、減額の対象となるのは、『違反行為の抑止に必要な限度を超えることが明らかな場合』とすべきである。(フランチャイズ協)

- 不動産取引においては、売買契約において違約金を売買金額の20%と定める例が非常に多い。トラブル発生時も取引条件を簡素化し、容易に解決に導けることに着目すれば、円滑な不動産取引を行うための業界慣行として、損害賠償の予約としての違約金条項の有効性を引続き認めて頂きたい。

損害賠償の予定に対し、裁判所が後見的に関与できるという規定を設けることには賛成できない。不当に過大である場合には、従来通り公序良俗違反という一般規定を適用すれば十分であり、これを超えて、裁判所が減額できると規定することは、損害賠償額の予定の確実性に関する予測可能性が減少し、通常
の取引に支障を与えることが懸念される(また、ノンリコースローンなどの資金調達に制約が出る
ことが予想される。)(不動協)

- 「予定された賠償額が不当に過大であった場合と不当に過小であった場合とで規律を異にすべきか否かという点」の検討にあたっては、中間論点整理第3・3、第47、第50との関連性と合わせて検討する必要がある。

過小な賠償額の予定は、外部委託等で、報酬額に限定するなどの方法で多く使われており、中小企業の契約締結判断における重大な要素となることが多い。

特に長期的契約では、当事者双方が将来発生する事態を十分予想できないまま契約締結をする場合が多く、やむなくあいまいな別途協議条項に期待を寄せることが多いと思われる。(都民銀行)

- 賠償額の予定が過大である場合には、裁判所が相当な損害まで賠償額を減額することができる
と定めてほしい。(43対策, 司法書士)

- 420条1項後段は削除すべきである。予定された賠償額が「著しく過大」「著しく過小」となるのは、実損害額との差だけでなく、当事者の属性・対等性、当該条項が合意された経緯、契約全体のなかで占める意味などの事情を考慮して、不当性を判断する。まず、420条1項後段は、予定賠償額を無効とすることを抑制しかねないので、削除が相当である。

著しく過大、著しく過小は、契約自由を尊重しつつ、信義則や公序良俗違反を理由とした修正であるから、契約に関する全事情を総合した判断によるべきである。

予定された賠償額が「著しく過大な場合」、著しく過大な限度で無効とし、合理的と認められる限度で効果が認められる（債務者が実損害を立証して、超えると争っても、実損害までは下がらない）。これに対し、予定された賠償額が「著しく過小な場合」、実損害が証明されれば、実損害と予定された賠償額（著しく過小な額）との差額を放棄したことが無効となり、実損害を請求できることを明記すべきである。過大な条項では著しさを是正すれば足りるのに対し、過小は実損害の填補回復を保障しなければ、衡平を回復できない。

免責事由ある場合の賠償額予定の排除は、約款・消費者契約における不当条項規制で対処すべきであり、過失相殺の摘要いかんは、過失相殺の効果を任意的斟酌とするなかで運用によって対処すべきである。前半は不当条項、不意打ち条項の処理に委ねるのが相当であり、後半は過失相殺の効果で個別的妥当性を量るのが相当である。（堂島有志）

- 規定を設けることによりかえって紛争を惹起させたり、濫用されるおそれがあるなどとして、規定を設けることに反対の意見が多かった。

また、適切な賠償額を巡って新たな紛争が生じることを懸念する意見、賠償額の予定を裁判所が容易に変更できるようにすることの妥当性に対する疑問を呈する意見があった。なお、消費者契約等格差のある当事者間で濫用的に用いられる賠償額の予定に関する条項の効力を抑制する必要があるとの指摘もあったが、その抑制については消費者契約法等の規定で対応すれば足りるとの意見があった。

さらに、予定された賠償額が不当に過小であった場合については、基本的には免責条項であり、その濫用の危険性は低く、免責条項によって保護される側の要保護性も高いため、規定を設けることに消極の意見が多かった。（最高裁）

- 民法第90条に委ねる方がよい。

予定された賠償額が不当に過大であった場合に裁判所がその額を減額することができる旨を明文化するという提案が、民法第90条では減額等できない場合にも減額等をできるようにするという創設的な規定を設けることを趣旨とするならば、その根拠が問題になると考えられる。逆に、民法第90条の具体化にすぎないのであれば、民法第90条の規律で足り、敢えて規定を設ける必要があるのか疑問であ

る。個別に規定を設けることにより、民法第90条の一般条項としての性格が見えにくくなることも考慮すべきである。

さらに、賠償額の予定が多いか少ないかという点については、契約全体に照らして判断されるべきであると考え。単純に賠償額の予定の条項を取り出して実損額と比較して判断するという枠組みは必ずしも妥当ではないと考える。（全銀協）

- 予定された賠償額が不当に過大な場合に裁判所がその額を減額することができる旨を明文化することには反対である。

同様に、予定された賠償額が不当に過小な場合の規定を明文化することには反対である。

債務者に帰責事由がない場合その他免責の事由がある場合でも賠償額の予定に基づく損害賠償請求が認められるかという点や、賠償額の予定に基づく損害賠償請求に関して過失相殺が認められるかという点について、検討することには賛成である。

予定された賠償額の予定が不当に過大である場合に、その不当に過大な部分のみ裁判所が減額することは、当事者の合意を不当に過大なものについて無効とするものであり、消費者契約法第9条を一般ルール化するものであると考えられるが、個別事案毎の柔軟な解決が可能となる公序良俗違反（民法第90条）で対処すべきものであり、敢えて規定を設ける必要はないと考える。

他方、予定された賠償額の予定が不当に過小である場合に、その不当に過小な部分について増額することは、裁判所に、過小な賠償額の予定について、裁判所が合理的と考える額にまで増額する権限を与えることになり、当事者の私的自治への過度な介入になるので反対である。不当な部分の効力のみ否定するといった考えもあるが、やはり公序良俗違反により対処可能である。

その他、いずれの場合についても、消費者契約については上記の消費者契約法第9条や消費者契約に不当条項規制を及ぼす場合の同規制以外にさらに規定を設ける必要があるのか、事業者間の契約に優越的地位の濫用といった規制を超えて規定を設ける必要があるのか、明文でそのような規定を設けることにより賠償額の予定に関し紛争が増加することが想定されるが法的安定性が害される可能性があるのではないかといった点に疑問がある（もし検討を進めるのであれば、実社会において損害賠償額の予定がどのような場合に利用されていて、どのような弊害があるかの立法事実をまず把握すべきであろう。）。

債務者に帰責事由がない場合その他免責の事由がある場合でも賠償額の予定に基づく損害賠償請求が認められるかという点や、賠償額の予定に基づく損害賠償請求に関して過失相殺が認められるかという点については、実務上あまり検討されて来なかった問題であり、検討をすることには特に異論はない。（二弁）

- 民法第420条第1項後段を削除することについて特に異論はないが、「予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所が減額をすることができる」旨の規定を置くことには反対する。予測可能性、紛争の予防等の観点から、合意を尊重すべきであり、「過大」というだけで賠償額の効力を否定するのは相当でない。公序良俗等により賠償額の予定の効力を否定すべき場合はあるが、それは様々な事情を考慮した上での判断であり、一般条項と別に類型化できるものではない。

同様の理由から、予定された賠償額が不当に過小であった場合に、裁判所がその額を増額することができる旨の規定を置くことにも反対する。

単なる賠償額の予定は、債務者に免責事由がある場合にまで当該賠償額の予定に基づく損害賠償請求を認めるものではないことを前提とすべきである。

賠償額の予定に基づく損害賠償請求についても、過失相殺が認められることを前提とすべきである。（森・濱田松本有志）

- 予定された賠償額が不当に過大であった場合に、裁判所がその額を減額することができる旨を、不当条項規制及び一部無効の効力に関する議論との関連性に留意しながら、明文化するべきである。（広大有志）
- 公序良俗等の一般条項に委ねるべきであり、消費者保護、労働者保護といった観点からの制限については、消費者契約法、労働契約法といった特別法において規定すべき事項と考える。（長島・大野・常松有志）
- 「不当」といった主観的概念を法律に持ち込むべきでない。保険などのリスクヘッジを債権者・債務者のどちらがどのようなかたちで行うのかということは、当事者が決めればよいことであり、改正の必要はないと考える。（個人）

第5 契約の解除

1 債務不履行解除の要件としての不履行態様等に関する規定の整序（民法第541条から第543条まで）

(1) 催告解除（民法第541条）及び無催告解除（民法第542条、第543条）の要件及び両者の関係等の見直しの要否

ア 催告解除（民法第541条）

- ① 債務不履行解除制度全般における催告解除の位置付けに関しては、催告解除が実務上原則的な解除手段となっていることや、できるだけ契約関係を尊重するという観点などを理由に、現行法と同様、催告解除を原則とし、催告解除と無催告解除を別個に規定すべきであるという意見がある一方で、催告後相当期間が経過することで、無催告解除を正当化すると同等の不履行の重大性が基礎づけられると考えれば、両者の要件を統一化する

ことも理論上可能である旨の意見等があった。これらの意見を踏まえて、催告解除の位置付けについて、催告が取引実務において有する機能、催告解除の正当化根拠と無催告解除の正当化根拠との異同等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

- ② 判例が付随的義務等の軽微な義務違反の場合には、解除の効力を否定していることを踏まえて、この判例法理の趣旨を明文化する方向で、更に検討してはどうか。
- ③ 前記②の判例法理の趣旨を明文化する場合の具体的な要件に関しては、不履行の内容によるものとする考え方と債務の種類によるものとする考え方があることについて、いずれの考え方においても不履行の内容や債務の種類等の様々な事情を総合考慮することに違いはなく、明文化するに当たっての視点の違いにすぎないとの意見があった。また、具体的な要件の規定ぶりに関しては、軽微な不履行を除くとする意見、重大な不履行とする意見、本質的な不履行とする意見、契約をした目的を達することができないこととする意見等があった。これらを踏まえて、前記②の判例法理の趣旨を明文化する場合における具体的な要件の在り方について、要件の具体性・明確性の程度が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。
- ④ 前記②における解除を否定する要件の主張立証責任に関しては、解除を争う者が軽微な義務違反であることの主張立証責任を負うものとするべきであるとの意見があった一方で、前記②の判例法理からすれば、解除する者が自己の解除権を根拠付けるため軽微な義務違反でないことを主張立証すべきこととなるという意見もあった。また、事業者間の契約か否かで主張立証責任の在り方を変えるという考え方（例えば、事業者間契約でない場合は解除する者が重大な不履行であることの主張立証責任を負うものとする一方、事業者間契約においては、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、重大な契約違反に当たらないことを債務者が立証した場合にのみ解除が否定されるとすること。後記第62、3(1)①)については、消極的な意見があったが、今後も検討を継続すべきであるという意見もあった。そこで、これらの意見を踏まえて、前記②の判例法理を明文化する際の主張立証責任の在り方について、更に検討してはどうか。

【意見】

- 現行法と同様、催告解除を原則とし、催告解除と無催告解除を別個に規定すべきであるという意見に賛成である。実務家としては、何よりも「解除でき

る場合」が行為規範として明確であることが望ましく、特に手続的に明確なものであるべきである。その意味で、手続的に明確な催告解除制度は、実務上も便宜であり、安定的に利用されているところである。したがって、催告解除制度は断固として存続させるべきであり、解除制度の原則的類型と位置付けるべきである。

付随的義務等の軽微な義務違反の場合には、解除の効力を否定する判例法理の趣旨を明文化することに賛成である。付随的義務等の軽微な義務違反の場合に、解除の効力が否定されることは確立した判例法理であるため、これを明文化することには賛成である。ただし、具体的な要件などの内容については後述のとおりである。

付随的義務等の軽微な義務違反の場合には、解除の効力を否定する判例法理の趣旨を明文化することに賛成である。

付随的義務等の軽微な義務違反の場合に、解除の効力が否定されることは確立した判例法理であるため、これを明文化することには賛成である。ただし、具体的な要件などの内容については後述のとおりである。

付随的義務違反事例などの判例法理を明文化する具体的な要件についての考慮要素としては、不履行の内容や債務の種類に限らず様々な事情を総合考慮するものであるという考え方に賛成であり、このような総合考慮が可能な要件の定立をすべきである。

付随的義務違反事例などの判例法理においては、契約の解除が認められるか否かは一義的に判断されるものではなく、当該債務の性質や目的、不履行の態様その他諸事情を総合考慮して、その解除の可否が判断されている。換言すれば、解除が認められるか否かの判断のその実体は、規範的評価を伴ってなされているものであり、規範的要件であるといえる。

したがって、付随的義務の不履行にすぎない場合には特段の事情のない限り契約解除ができないという判例法理の要件定立にあたっては、この判断が、不履行の内容や債務の種類に限らず様々な事情を総合考慮する、すなわち規範的要件であることを前提にした要件の定立をすべきである。

手続的に明確であるべきとの観点から、催告解除制度においては、原則として催告後相当期間が経過すれば、その不履行の重大性などを立証せずとも、解除権の発生が基礎づけられるべきである。

そして、「付随的義務の不履行にすぎない場合には、特段の事情のない限り、解除することはできない。」という判例法理を明文化するについては、その該当性判断には、様々な事情を総合考慮せざるを得ない規範的評価を伴うものであるから、その予測可能性を確保する観点から、その該当性判断要素を例示列

挙すべきである。

たとえば、以下のような規定を提案する。

(催告解除要件)

- 1 当事者の一方が債務の履行を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には、相手方は契約の解除をすることができる。

(催告解除の障害事由とその判断要素)

- 2 前項の不履行が、契約の目的、不履行債務の性質、内容及び契約における重要性、債務者の追完可能性、契約締結の経緯、不履行の態様、不履行に至った当事者の帰責性、不履行の背信性並びに不履行後の債務者の態様その他事情に照らし、契約をなした主たる目的の達成に必須的でない義務の軽微な不履行にすぎないなど、不履行によっても契約を維持すべき正当な期待が失われていない場合には、相手方は契約の解除をすることができない。

(1) 催告解除の基本原則（立証責任）

手続的に明確で安定した解除制度として催告解除制度を構築する観点からは、原則として催告後相当期間が経過すれば、解除権の発生が基礎づけられるべきであり、当該解除が付随的義務違反等の軽微な義務違反にすぎない場合における解除の効力否定は、抗弁事由として履行者において主張立証責任を負わすべきであると考えられる。

この点、付随的義務違反に関する判例法理においては、「要素たる債務の不履行」「目的が達成できない」ことが解除権者によって主張立証すべきこととされているとの指摘があるが、現在の契約、特に複合的な非典型契約においては、何が「要素たる債務」あるいは「主たる目的」であるか否かは、必ずしも一義的に明らかであるとは言い難い。したがって、このような契約の解消場面を念頭に置いた場合、やはり、解約解消のための規範的要件該当性の判断リスクは、契約不履行者に負わすべきであり、不履行者において、「解除の障害事由」の主張立証責任を負わすべきであると考えることが正当である。

(2) 規範的要件であること（判断要素の明示）

前述のとおり、付随的義務違反事例等の解除を否定する要件は規範的要件であるのであるから「重大な不履行」、「目的不達成」「軽微な不履行」などと呼ぶかはその「用語」の問題にすぎず、その評価要素を明示することが「分かりやすい民法」の理念に資するものといえる。すなわち、契約当事者の行為規範及び裁判規範としての予測可能性を高める観点から、規範的要件である解除要件をできる限り視覚化するのが妥当である。

そこで、規範的要件の判断要素となる様々な事情を、「契約の目的、不履行債務の性質、内容及び契約における重要性、債務者の追完可能性、契約締結の経緯、不履行の態様、不履行に至った当事者の帰責性、不履行の背信性並びに不履行後の債務者の態様その他事情」のように例示列挙することが妥当である。

手続的に明確で安定した解除制度として催告解除制度を構築する観点からは、原則として催告後相当期間が経過すれば、解除権の発生が基礎づけられるべきであり、当該解除が付随的義務違反等の軽微な義務違反にすぎない場合における解除の効力否定は、抗弁事由として、不履行者において主張立証責任を負わすべきである。

前述のとおり、手続的に明確で安定した解除制度として催告解除制度を構築する観点からは、原則として催告後相当期間が経過すれば、解除権の発生が基礎づけられるべきであり、当該解除が付随的義務違反等の軽微な義務違反にすぎない場合における解除の効力否定は、抗弁事由として履行者において主張立証責任を負わすべきであると考えられる。

また、付随的義務違反に関する判例法理においては、「要素たる債務の不履行」「目的が達成できない」ことが解除権者によって主張立証すべきこととされているとの指摘があるが、現在の契約、特に複合的な非典型契約においては、何が「要素たる債務」あるいは「主たる目的」であるか否かは、必ずしも一義的に明らかであるとは言い難い。したがって、このような契約の解消場面を念頭に置いた場合、やはり、解約解消のための規範的要件該当性の判断リスクは、契約不履行者に負わすべきであり、不履行者において、「解除の障害事由」の主張立証責任を負わすべきであると考えることが正当である。

さらに、この要請は、事業者間取引にのみ要請されるべきものではなく、催告解除制度一般に要請されるものであるといえる。(大阪弁)

- 解除の要件は以下のように整理するべきである
 - 1 債務者に債務不履行がある場合、債権者は、債務者に対して催告しても履行されない場合には解除できる。ただし、軽微な不履行の場合はこの限りではない。
 - 2 履行や追完が不可能な場合、あるいは履行・追完をしても契約の目的が達成できない場合は催告をすることなく、解除することができる。
- 中間論点整理本文の①から⑦への回答は次のようになる。
- ①：解除を否定する要件について、不履行の程度によるべき
 - ②：「軽微な不履行」概念によるべき

- ③：解除を否定する要件の主張立証責任は債務者
- ④：無催告解除は、不履行の程度ではなく、履行がなされても契約の目的を達成できない場合とするべき。結果、重大・普通・軽微の3段階構造ではなく、普通・軽微の2段階構造となる。
- ⑤：不履行後の債務者の対応等を考慮することができるはずべき
- ⑥：催告解除を原則とするべき
- ⑦：帰責事由は不要

「債務不履行がある場合には、催告のうえで契約は解除できる」という原則をおいたうえで、例外を設けるといって建て付けがこれまでの実務慣行になじむし、わかりやすく、公平であるといえる。

そこで、原則を催告解除におき、「軽微な不履行」の場合には解除できないものとし、「軽微な不履行」であり解除はできないことの立証責任も債務者におくべきである。また、催告解除を原則とし、履行・追完が不可能で意味がない場合や、契約の目的が達成できない場合には催告をしても意味がない場合には例外的に無催告で解除できると解するのがわかりやすい。重大な不履行があっても履行・追完が可能であれば催告を要求することは酷ではないし（履行されて解除ができなくなっても損害賠償は可能である）、不履行の程度で催告の要否を決めるのは公平とはいえないし（そもそも別の次元の問題ではないか）、重大不履行概念を用いると3段階の構造になり得てわかりにくい。

⑤に関して、不履行後の債務者の対応等を解除の可否に考慮できるとした方が、契約は一定の信頼関係に基づくものが多いことからすると、理屈はさておき、市民感覚になじむといえる。（堂島有志）

- 現行法と同様、催告解除を原則とし、催告解除と無催告解除を別個に規定すべきであるという意見に賛成する。

民法は、裁判上の紛争解決のための判断基準にとどまらない。日々刻々と流れる取引関係を規律するものである。解除が認められるか、認められないか、債権者が解除をする段階で明確に判断できる要件で認められるべきである。催告解除はこの点、解除権発生の要件として明確であり、実務上ひろく用いられている。また、債務者に義務の履行を促して出来る限り契約目的の達成を実現するため、催告解除をする取扱いが実務上確立している。かかる実務上の運用を重視すべきである。

解除を契約関係からの速やかな離脱方法として、機能させようという考え方が、債務不履行、解除における「債務者の帰責事由」を廃止し、「重大な不履行」要件を用いようとする立場から提案されている。この立場から、催告後相当期間が経過することで、無催告解除を正当化すると同等の不履行の重大性

が基礎づけられると考えれば、両者の要件を統一化できる、との考え方が提唱されており、法理論上は、論理が一貫しており、傾聴に値する部分がある。しかし、上述のように、民法は裁判上の判断基準でなく、日々刻々と流れる取引関係を規律するものである。債権者が解除権を行使しようとした時点の同人の予見可能性の点から、要件が明確な催告解除が活用されることは容易に予測される。ゆえに、「債務者の帰責事由」の廃止の帰趨にかかわらず、催告解除を原則とする実務的運用が変わるとは考え難い。

無催告解除が、①定期行為についての無催告解除規定（法542条）、②履行不能（法543条）、③および判例学説上、社会通念にてらし、本旨履行が期待不可能と見られる場合のように催告自体無意味であるときに認められるとされてきたのは、債権者が解除権を行使しようとした時点の同人の予見可能性の点で問題がないからである。すなわち、これまでの判例・実務は無催告解除を催告解除の例外として取り扱っており、その考え方は今後も変更する必要性がないものとする。

付随的義務等の軽微な義務違反の場合に解除の効力を否定する判例法理の趣旨を明文化することに賛成である。改正の趣旨（分かりやすい民法）に適合する。

判例法理の趣旨を明文化する場合の具体的な要件に関しては、付随義務違反等の場合に限り解除を排除するとの一般的抽象的な規定とするべきで、詳細かつ具体的な要件を明文化することには反対する。判例法理は、不履行の内容や債務の種類等の様々な事情を総合考慮している。そして、契約類型、ひいては債務の内容は千差万別であり、総合考慮の対象足りうる要素は多岐に渡る。具体的詳細な要件による類型化を行うより、付随義務違反につき、解除を認めないとの一般的抽象的な規定にする（たとえば「軽微な」との文言にとどめる）ことが、条文自体の分かりやすさにつながると考える。

解除を否定する要件の主張立証責任に関しては、（事業者間契約か否かに関係なく、）債務者の抗弁と位置付けるべきであるという考えに賛成する。裁判実務において、事業者間契約か否かに関係なく、付随的義務の違反であることは抗弁と位置づけられており、変更すべき必要性は認められない。催告解除の要件事実が明確であることが実務上の要請として重要であり、それゆえこれまで催告解除が活用されてきた。「付随義務違反ではないこと」＝「債務の要素の不履行」、あるいは「重大な不履行」が存在する事まで債権者の主張立証責任とすることは、こうした催告解除の要件の明確性を害する。例外たる付随義務違反による解除を認めない場合は従来とおり債務者の抗弁とするべきである。（愛知県弁）

○ 現行法が催告解除の原則を取っていること、及びそれ自体は「催告における相当な期間内に債務の本旨に従った履行がなされない場合は解除権が発生する」という点を明記すべきである。また、催告解除を原則とした場合でも、付随的義務違反や軽微な一部不能の場合に例外的に解除を否定することは正当であるので、この点を明示すべきである。これに対し、「重大な不履行」を解除の要件とする考え方については、基準が分かりにくいこと及び「格差による被害を生じさせる危険性がある」ことから反対である。

まず、現行法における催告解除は、「契約の拘束力を維持すべき」という大原則のもとで「催告における相当期間内の本旨債務不履行」という極めて明確な要件のもとに解除という拘束力解消の制度を認めたものであって、「国民に分かりやすい」制度であり、今回の民法改正の目的とも一致する。

また、催告解除が原則とされる理由は契約の拘束力にあるのであるから、債務の本旨とは関連性のない付随的義務の違反の場合は拘束力を維持すべきであって、解除を否定すべきである。

催告解除と無催告解除の要件を統一化することは、必ずしも必要ではない。統一的にするため、「重大な不履行」を要件とする考え方については、「何が重大か」が非常に不明確であって国民に分かりにくい。また、催告解除の場合、履行の催告が解除の前提としてあるので、関連性のない付随義務違反の場合以外にも解除権を制限するかのような条文の体裁をとる必要は無い。

のみならず、重大な不履行を解除の要件とした場合、論者の意図とは別に、「交渉力等における優位者」が契約書において「重大な不履行の例示」を詳細に規定し、これにより解除が容易になるようにする傾向が生じる危険がある（あるいは、その逆の危険もある）。そうすると「劣位者」は、些細な事由であって契約を解除されてしまう（その逆もある）ことにより不利益を受ける危険性がある。

「重大な不履行」を要件とする見解は、国民に分かりにくく、かつ「格差による不利益を発生させる危険性」がある点で「民法改正の二つの目的に必ずしもそぐわない」ので反対である。

付随的義務違反や軽微な一部不能の場合に解除を否定することは正当であるので、この点を明示すべきである。催告解除が原則とされる理由は契約の拘束力にあるのであるから、債務の本旨とは関連性のない付随的義務の違反の場合は拘束力を維持すべきであって、解除を否定すべきである。

判例法理の趣旨を明文化する場合の具体的な要件に関して不履行の内容によるものとする考え方と債務の種類によるものとする考え方については、いずれの考え方においても、明文化するに当たっての視点の違いにすぎないと

の意見に賛成である。

具体的な要件の規定ぶりに関しては、契約をした目的を達することができないこととする意見を基本に考えるべきである。解除するかどうかの判断に当たっては、債務不履行により契約の目的を達成できるかどうかを最も重要であることから、この点を基準に解除の要件が考えられるべきである。また、具体的な要件の規定ぶりに関して、「重大な不履行」とする考えには反対である。かかる要件は、一般に解除が限定的な場合にしか認められないとの印象を持たれかねず、実務上混乱を招くおそれがあると同時に、「重大な」との要件設定は解除の可否を裁量的判断に委ねることとなり、債権者の予見可能性を害するからである。

解除を争う者が軽微な義務違反であることの主張立証責任を負うものとするべきである。主体を区別せず、債務を履行していない者に立証責任を負担させることが公平と考えられる。(仙台弁)

- 催告解除を原則型として規定しつつ、例外規定として、無催告解除ができる場合を規定するのがよい。従前の法制との関係から見て断絶感がなく理解・運用がしやすいからである。なお、解除における催告制度は、解除権行使が重大な効果もたらすことにかんがみ、不履行者に翻意・再考の機会を与える手続保障としての意味があり、併せて、債務の履行に関し当事者間に誤解や意見相違が潜在している場合に、これを顕在化させて交渉を促進させるという機能もある。単に、催告に従わないことが契約違反の重大性を根拠づけるという位置づけではない。

「付随的義務」という概念を用いて振り分けることは適切でないと考えますが、「軽微な義務違反」の場合には解除することが出来ないと言う趣旨の判例法理は、法文上明らかにしたほうがよいと考える。

「不履行の重大性」を解除権の要件事実とするのではなく、「不履行の軽微性」を債務者の抗弁（阻却規範）とすべきである。

「不履行の重大性」を解除権の要件事実とするという趣旨が、それが「不履行事実」（本旨不履行）とは別個独立の事実（主張立証事項）を構成するとの前提であるかぎり、従来の判例実務にない主張証明の負担を債権者に課すことになるどころ、実務に断絶を作ってそのように改正すべき必要性がない。もっとも、「不履行の軽微性」を債務者の抗弁（阻却規範）とするとの見解でも、債権者の主張する不履行事実自体を評価すると、「軽微な不履行」であるならば、「せりあがり」によって主張自体失当となる。なお、解除の要件に関しては、売買の瑕疵担保責任、賃貸借の債務不履行（無断転貸を含む。）など、それぞれの各則に相応しい特則を設けることがありうることは言うまでもな

い。(兵庫県弁)

- 現行法と同様、催告解除を原則とし、催告解除と無催告解除を別個に規定すべきであるという意見に賛成である。

現行法と同様に催告解除を原則とすべきである。現行法の法体系を変更すべき立法事実は認められない。

取引実務上、解除権発生の明確性を手続的に確保するとともに、債務者に義務の履行を促して出来る限り契約目的の達成を実現するため、催告をし相当期間経過後に解除権を行使する取扱いが確立している。かかる実務上の運用を重視すべきである。

催告解除の原則を設けないとする考えを採用した場合、解除の要件について「重大な不履行」とか「契約の目的を達成できない」等の要件設定を検討する方向に働くものと思われる。しかし、かかる要件設定は解除の可否を裁量的判断に委ねることとなり、債権者の予見可能性を害するとともに、契約が商取引の場合には商取引処理の簡易迅速性にも反し、実務上混乱を招くおそれがあると考えられる。

解除の本質は、債務不履行という契約違反がある場合にはその契約の拘束力からの解放を認めるべきであるという点にあるとすれば、本来催告は不要とも考えられるが、解除の本質をこのように考えたとしても解除による影響の重大性（当事者が締結した契約を白紙に戻してしまうものである。）を考慮して、法政策的観点から催告解除を原則とすべきである。

解除の前提条件として催告が要求される趣旨は、「履行を遅滞している債務者に履行を促し、最後の履行の機会を与えるため」であり、解除による影響の重大性を考慮して法政策的観点から催告を要求したものと考えるべきである。催告にもかかわらず履行がされないことを、重大な不履行ないし信頼関係破壊と評価する趣旨ではない。

他方、無催告解除は、「義務違反の態様により、催告をするも、債務者の義務の履行が、社会通念上、殆んど期待不可能と見られる場合のごとく催告自体無意味であるときは、無催告の解除が許されてしかるべき」との理由に基づくものであり、催告解除と無催告解除の正当化根拠を同質と考える理由・必要はない。

判例が付随的義務等の軽微な義務違反の場合には、解除の効力を否定していることを踏まえて、この判例法理の趣旨を明文化することに賛成である。

判例法理の趣旨を明文化する場合の具体的な要件に関しては、不履行の内容や債務の種類等の様々な事情を総合考慮する要件の定立が妥当であるとの考えに賛成意見が強い。

また、具体的な要件の規定ぶりに関して、「重大な不履行」とする考えには反対である。かかる要件は、一般に解除が限定的な場合にしか認められないとの印象を持たれかねず、実務上混乱を招くおそれがあるとともに、「重大な」との要件設定は解除の可否を裁量的判断に委ねることとなり、債権者の予見可能性を害するからである。

判例法理の枠組みに従い、催告をしたにも拘わらず債務の履行をしない場合には原則として解除ができることとし、付随義務違反等の場合に限り解除を排除する規律を明文化すべきと考える。

判例法理からずれば、不履行の内容や債務の種類等の様々な事情を総合考慮する要件の定立が妥当である。

分かりやすい民法を実現するために、判例法理を明文化するとの改正目的に照らせば、「付随的義務の不履行の場合には、特段の事情の存しない限り、相手方は当該契約を解除することができない」との判例法理の枠組みに従い明文化するのが適当である。すなわち、判例法理は付随的義務の違反等の場合に限定して契約の解除を否定するという規律として機能しているので、催告をしたにもかかわらず債務の履行をしない場合には原則として解除ができることとし、付随義務違反等の限定的な場合に解除を排除する規律を明文化するのが裁判実務との整合性に資すると考える。

判例法理は、債務不履行において原則として解除が認められるものの、付随的義務の場合は例外とする法理であり、取引実務上もかかる枠組みに従った実務対応を行っている。かかる法構造を変更する改正は、取引実務に混乱を招来するおそれがあり適当ではない。かかる観点からは、解除権の発生を基礎付ける不履行について、重大な不履行とする意見、本質的な不履行とする意見、不履行により契約をした目的を達することができないこととする意見は、いずれも原則・例外の関係を変更し、取引実務に混乱を招来するおそれがあり、妥当ではない。

解除を否定する要件の主張立証責任に関しては、(事業者間契約か否かに関係なく、)債務者の抗弁と位置付けるべきであるという考えに賛成である。具体的には、解除を否定する債務者が、付随的義務にあたる抗弁を主張し、これに対し、債権者が、特段の事情を主張することになる。

裁判実務において、事業者間契約か否かに関係なく、付随的義務の違反であることは抗弁と位置づけられている。かかる実務を変更すべき必要性(立法事実)は認められず、また、変更した場合には取引実務への混乱を招来するおそれがある。

なお、前記③で述べるとおり、付随的義務にあたる抗弁を「重大な契

約違反に当たらないこと」として構成することには反対である。(日弁連)

- 近時の契約実務においては、単一の契約中に各種の債務が規定されることが多いが、各債務の不履行が当事者にどのような影響を与えるか、当事者がどの債務を重視し、どの債務を重視しないのかはケースバイケースであり、各債務に係る様々な態様の不履行を、重大な不履行と軽微な不履行に適切に区別することができるのかは疑問である。また、解除する当事者が重大な不履行であること又は軽微な不履行ではないことの立証責任を負うとすることについては、解除権に対する過度の制限となる虞があり、妥当ではないと考える。

仮に、解除の要件を「重大な不履行」等に限定する規定を設けるとした場合、当該規定を強行規定とするか任意規定とするかについては慎重な検討を要すると考えられる。強行規定とすることについては、当事者の予測可能性を奪うこととなるため反対である。(長島・大野・常松有志)

- 催告解除制度を原則とし、無催告解除をその例外とすること、及び催告解除と無催告解除を別個に規定することに賛成する。これに対し、解除の正当化根拠及び要件を「重大な不履行」に求める考え方(以下「重大不履行解除論」という)があるが、「何が重大か」が不明確であり、結局契約書の文言が重視されるなど「国民にわかりにくく」「格差拡大のおそれがある」から、強く反対する。

催告解除原則に立ちつつ、付随的義務違反等の場合に解除の効力を否定する判例法理を明文化する方向には、「国民に分かりやすい民法」につながるから、賛成する。

上記の判例法理を明文化する場合には、催告解除の原則を前提に、「但し、債務の本旨に関連性のない義務の不履行又は軽微な一部不能の場合は解除ができない」などの規定を置く(一部改正)方向で検討するのが妥当であると思料する。

上記の判例法理を明文化する場合には、解除を否定する要件の主張立証責任を債務者に課す方向で検討するのが妥当である。(東弁)

- 事業者間の契約において、債務不履行に基づく催告解除等の要件を一般原則と比べて緩和する規定を設けるべきであるとの考え方については、具体的な必要性と合理性を十分に検討する必要がある。(金沢弁消費者委)
- 解除の要件につき、主張立証責任を明確にすることには賛成であるが、「解除権者が自己の解除権を根拠付けるため軽微な義務違反でないことを主張立証すべき」という意見については、相手方に義務違反を行われた解除権者がそのような負担を強いられることになり不当ではないか。また、違反があっても

解除が認められないことを規定する場合には、解除が不当に制限されないように慎重に検討頂きたい。(オリックス)

- 現行法と同様、催告解除を原則とし、催告解除と無催告解除を別個に規定すべきである。

また、判例が付随的義務等の軽微な義務違反の場合に解除の効力を否定していることを踏まえて、この判例法理の趣旨を明文化することは賛成である。ただし、軽微な義務違反とは何かを定義することは反対である。(パプコメWG)

- 催告解除を原則とし、催告解除と無催告解除を別個に規定する方向で検討すべきである。催告解除の場合の「催告解除相当期間経過」と無催告解除の場合の「不履行の重大性」というそれぞれの要件を統一化する必要性は、実務上ほとんど感じられない。

付随的義務等の軽微な義務違反の場合には解除できないという判例法理を明文化すべきである。確立した判例法理の明文化であり、この明文化による実務上の弊害も、特段考えられないものと思われる。

上記の判例法理の趣旨を明文化する場合の具体的な要件に関しては、「重大な不履行」等の不履行の内容による方向で検討すべきである。判例法理は、付随義務か否かという形式上の債務の分類ではなく、当該不履行の程度を斟酌したうえで解除の成否を判断している。契約当事者の合理的意思の観点からも、かかる判断は妥当であり、不履行の内容により考えるべきである。なお具体的な要件については、賃料不払いに基づく場合の信託関係破壊解除や民法第566条第1項の他人物売買契約の目的を達し得ない場合等の判例実務等も踏まえて検討すべきである。

債務不履行解除を否定する要件の主張立証責任は、現在の裁判実務を維持し、抗弁として、債務者に主張立証責任を負わせる方向で検討すべきである。債務不履行の事実が存在する以上、債権者としては、債務不履行の事実の主張で足り、債務者側において「契約の解除をするほどの不履行ではない」との主張立証を行わせることが主張立証責任の分配の基本原則である公平の観点からも妥当であるところ、以上の見解が裁判実務一般の考え方であって、実務上も特段の支障もなく行われていることからすれば、これを修正すべき理由は見当たらない。(日司連)

- 履行遅滞、履行不能及び不完全履行における債務不履行解除の要件を、「重大な不履行（義務違反）」に一元化することについては慎重に検討すべきである。

債務不履行解除の要件としては、現民法第541条、同第542条、及び同第543条の規律を維持すべきである。

債務不履行解除の要件を「重大な不履行（義務違反）」に一元化するという考え方は、これまでの伝統的な契約責任論から脱却し、帰責事由等の債務者側からの主観的要件ではなく、債権者からの視点で解除の当否・限界を定めるものとして、「重大な不履行（義務違反）」という包括的な要件を置いて、解除の要件をとらえ直そうとするものである。

このような要件を置くことによって、付随的義務等の義務違反しか認められない場合には不履行であっても解除できないという一群の判例法理や、無催告解除が認められる場合についても、すべて一元的に条文に取り込むことができるという。

一方、実務において催告解除をなす場合、上記の判例法理に当たるケースを除いては、現民法第541条に従った催告をなし、それに対する当事者の対応状況をふまえて解除の意思表示をするのが通常である。また、無催告解除をする場合は、現民法第542条又は第543条所定の要件に合致するか否か、あるいは当事者の合意違反の有無と程度が、個々の契約類型において無催告解除を認める判例法理と合致しているか否かをあらかじめ判定した上、解除の意思表示をするのが通常である。

そうすると、催告解除において実務的に問題となるのは、催告から解除に至るまでの各手続実行の有無とそれに対する両当事者の対応といった極めて手続的な側面であるが、無催告解除において問題となるのは、当事者の合意内容、及びその違反の有無と程度といった実体的な側面であるから、理論的にはともかく、催告解除と無催告解除の間には、実務的には大きな差異がある。

このような差異のある手続の要件を、「重大な不履行（義務違反）」といった規範要件に一元化しても、実務上のメリットが生じる事態はおおよそ考えにくく、かえって、一元化によって条文内で理論的整合性を図る必要性が生じることから、現民法に比して複雑で利用しにくい条文になることが懸念される。

よって、債務不履行解除の要件を「重大な不履行（義務違反）」に一元化するという考え方には、賛同できない。

次に、債務不履行解除における条文形式として、どのようなものがふさわしいかが問題となる。

この点、実務においては、契約を解除するに当たっては現民法第541条所定の催告をすることが多い。

その理由は、催告においては相手方当事者に履行すべき債務を指示した上、その履行を促すことを内容としなければならないこととの関係上、催告をなすことによって、相手方当事者との交渉や相手方当事者による追完を促すことができ、紛争拡大防止と契約関係の安定化に資する側面があるためである。また

当事者間においても、契約解消という重大な結果を生じる上であらかじめせざるを得ない手続として、催告はおおむね受け入れられているところである。

よって、債務不履行解除の要件としては現民法どおり現民法第541条の催告解除を原則とし、例外として、定期行為の履行遅滞における特則（現民法第542条）及び履行不能における無催告解除（現民法第543条）と同一の規律を維持すべきである。（青司協）

- 催告解除の位置づけについては、催告解除を原則とし、催告解除と無催告解除を別に規定する方向で検討すべきである。不履行があった場合に、催告のうえ、解除することは実務上定着している。

催告解除には、債務者に履行を促して契約の目的を達する効果がある。またいずれ解除せざるを得ないとしても、どういう理由で債務不履行になっているのか債権者には必ずしも判然としない状態の中で、画一的に解除に至ることができる方法としても、利用しやすい。よって催告解除を原則とすべきである。

付随的義務等の軽微な義務違反の場合に解除の効力を否定する判例法理の趣旨を明文化する方向に賛成する。解除の効力が否定されている判例の趣旨を明文化しておくことは、法文により指針を示すことになり、またこの法理について明文化による弊害も特に考えられない。判例法理の明文化にあたっては、付随的義務の不履行の場合は特段の事情が存しない限り解除できないという判例の表現によるべきである。

主張立証責任は、解除を否定する債務者の抗弁事由とする方向で検討すべきである。裁判実務でも、解除の効果を否定する側の抗弁事由とすることが定着しており、これを変更する必要はない。

事業者概念に含まれるものであっても営利行為を目的とする商人とは異なり消費者に近い者もいるのであり、そうした者についてまで解除を広く認める必要性があるのか疑問がある。また、解除の意思表示をしたとしても何が「重大な契約違反」に該当するのか必ずしも明確ではなく争いになる可能性はあるのであり、簡易に契約内容を整理しうることとなるのか疑問はある。（広島弁）

- 催告解除と無催告解除とを別個に規定すべきであるという意見につき、賛成する。催告解除は原則であって、無催告解除は例外的な位置づけとするのが一般的な理解である。また、両者の正当化根拠は必ずしも同一ではないことから、別個に規定するのが相当と思料する。

判例法理の趣旨を明文化することにつき、賛成する。

具体的な要件及びその規定ぶりについては、慎重に検討をすべきである。軽微な義務違反の場合に解除の効力が否定される判例法理について、解除の効力が否定される場面か否かは、不履行の程度、債務の分類等の総合考慮に

よって判断されるべきであると思料する。このため、不履行の程度、債務の分類の二者択一によって検討をすることには、慎重であるべきである。

解除を否定する要件の主張立証責任につき、債務者の抗弁と位置づける意見につき、賛成する。事業者間の契約か否かで区別するという考え方につき、反対する。

裁判実務によれば、解除の効力を否定することによって利益のある債務者が主張立証責任を負担すべきである。事業者間の契約か否かで主張立証責任の所在を変更することは、現行の裁判実務に沿うものではないこと、及び事業者にも多種多様な類型があることからすると、妥当とはいえないと思料する。(札幌弁)

- 催告解除は、契約尊重の観点と契約からの離脱という観点の2つの要請を満たすものとして現行法では解除の原則規定となっている。その一方で、重大な契約の不履行に要件を統一して、催告解除をその一類型と考えるものがある。検討委員会試案は、両者並存の立場を採用しているが、後者の立場を前提としており、催告解除を一亜種と考えている。後者の立場は契約の尊重よりも契約の離脱の方により重点を置いているものなので、両者の関係をどのように位置づけるかについては、さらに検討が必要であると考えられる。

(北海学園大民研)

- 催告解除が原則であることを前提として、明文化すべきである。債務者に不履行があっても、可能な限り契約に基づく履行をさせるべきであろうから、解除に際して、債権者から催告することを原則とすべきであり、この原則を明文化すべきである。

ただし、履行不能の場合、履行遅滞でも定期行為の場合、不完全履行でも追完不能の場合には、催告をしても無意味であるから、催告は不要である。

軽微な義務違反の場合に解除の効力を否定する趣旨を明文化すべきである。

義務違反が軽微か否かについては、契約の要素たる債務の不履行か否かによって区分することを前提として、明文化すべきである。

契約の解除を主張する当事者において、相手方の不履行が契約の要素たる債務の不履行に該当することを主張・立証することを明文化すべきである。

相手方当事者の不履行が契約の要素たる債務の不履行に該当するか否かについては、契約解除の効果を主張する当事者が主張・立証すべきである。

事業者間の契約における特則は商法に置くべきであり、民法に規定を設けるべきではない。(福岡弁)

- 「重大な不履行」の定義が問題となる。例えば、シ・ローン契約書で何が「重要な不履行」に当たるかを詳細に定義することとなるおそれがある。(全信協)

- 重大な債務の不履行の場合には催告を不要とする考え方が示唆されている。

しかしながら不履行が重大か否かは評価がからむ問題であり、それゆえ契約書に重大事由として列挙して記載することにより、些細な不履行が重大な不履行として催告を要せずに解除事由となってしまう可能性が捨てきれない（この意味で「重大な不履行」を解除要件とする立場では付随的義務違反等の軽微な義務違反について解除の効力を否定する判例法理を取り入れても、かかる問題については妥当な解決を図り難い。）。ここには現行民法415条の「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方の個所において指摘したのと同様の大企業と中小企業の関係から中小企業に生ずる可能性がある不利益の問題がある。

また重大な不履行かどうかの判断は特に法的知識に乏しい中小企業にとっては容易でなく、不履行の重大性を巡って後に争いになる可能性もある。このような無用な紛争を避け、また中小企業にも不利益が生じないためには現行の催告解除を維持することが望ましく、重大な不履行を理由とする無催告解除の制度は導入すべきではない。（東京同友会）

- 「軽微な不履行を除く」ないし「重大な不履行」といった概念の導入には反対する。仮に明文化するとしても、「軽微な不履行を除く」ないし「重大な不履行」といった抽象的な要件ではなく、要件の具体化・明確化が図られるべきである。

解除権の発生要件や催告の要否が「軽微な不履行を除く」ないし「重大な不履行」といった抽象概念に委ねられることで、各々の事象が「契約の重大な不履行」に該当するかを判断する必要があり、手続きの迅速性および債務者の予見可能性が損なわれるなど実務が大きく混乱することが懸念される。（損保協会）

- 付随的義務等の軽微な義務違反の場合には解除の効力が否定されるという判例法理は、実務において一般的な考え方であり、わかりやすい民法という観点からも条文上明記されるべきである。（三菱電機）
- 提案では、「軽微な義務違反」では不履行解除ができないこととすべきではないかとされている。その理由として、「現在の判例もすでにそのように考えているから」、というものであるが、それは土地の売買など、商取引とは無関係の事案に関するものである。

フランチャイズ契約の場合、通常は、契約の中で、契約上の義務に違反した場合（あるいは、当該条項に列挙された義務に違反した場合）には解約ができるという規定が置かれている（重大な義務違反の場合には即時に解約できるとしていることも多い。）。これに提案をあてはめて、契約上の義務の違反であつ

ても、違反の程度が大きくなければ解約できない、と解釈されると解約条項の発動は著しく制限され、結果的にフランチャイズチェーンの規律が大きく緩むことにつながりかねない。

従って、契約で解約条項を定めている場合には、そこに規定された解約事由は、『軽微な義務違反』にあたらぬものと明記することを具申する。(フランチャイズ協)

- 現在の通り、催告解除を原則とするのが望ましい。(不動協)
- 催告解除を原則とし催告解除と無催告解除を別個に規定することについて、賛成する。なお、例えば「契約の重大な不履行」という概念を催告解除と無催告解除の統一的要件として定立することについて、反対する。

債務不履行による解除を考える場合、債務不履行の内容や態様に関わらず可能な限りまず催告をすることが多い。その理由は、債務者の翻意を期待することのほか、機械的で分かり易い手続をとることで解除手続をより確実に進めるためである。このように、催告解除は、その機能と内容に鑑みて実務上使いやすい原則的な解除手続の手段となっており、催告解除を廃止する立法事実もない。よって、催告解除を原則とし催告解除と無催告解除を別個に規定するべきである。

なお、法制審議会において、「(契約の) 重大な不履行 (義務違反)」という概念を用いて催告解除と無催告解除の要件を統一する意見も出されているが、「契約の重大な不履行」という概念は不明確で予測可能性に欠けるので、この概念を要件とすることには反対である。

付随的義務等の軽微な義務違反の場合など、解除権の発生を制約する判例法理の趣旨を明文化する方向で検討することについて、賛成する。

付随的義務等の軽微な義務違反の場合など解除権の発生を制約する判例法理について、統一的指標を定立して明文化することは、国民の予測可能性を確保し法の行為規範性を機能させるものと言えるので賛成である。

この判例法理の趣旨を明文化する場合の具体的要件について、その債務不履行により契約目的を達成できるか否かを基準としたものを検討すべきである。

前記判例法理は、究極的にはどのような場合に解除権を発生させるのが公平といえるかという見方によるものと言えるが、解除が認められる理由を翻って考えると、契約は一定の目的を達する為に締結するものであり、債権者が契約を解除するのは契約の目的が達成できないことにあると言える。債務の性質との関係で言えば、契約目的の達成に必要な不可欠なものが要素たる債務、必要不可欠とは言えない債務が付随的債務とも解釈できる。そこで、前記判例法理の趣旨を明文化する場合の具体的要件については、その債務不履行により契約目

的を達成できるか否かを基準としたものを定立すべきと考える。

この点、法制審議会において、その統一的指標として「(契約の) 重大な不履行(義務違反)」を定立する意見があるが、前記のとおり予測可能性を損なう当該概念を要件とすることには反対である。

判例法理を明文化する際の主張立証責任の在り方について、解除を争う者に解除権の発生を否定する要件の主張立証責任を負わせる方向で検討すべきである。

判例法理は、解除を例外的に制約するものと解釈できるし、実質的にも、催告により追完利益を保証されているにも関わらず履行しなかった債務者に解除を否定する要件の主張立証責任を負わせるのが公平と言える。よって、解除を争う者(債務者)に解除権の発生を否定する要件の主張立証を負わせる方向で検討すべきと考える。なお、事業者間契約を区別して、主張立証責任について異なる検討をする理由はない。(法友全期)

- 催告解除を原則形態として残し、催告解除と無催告解除とを別個に規定することに賛成である。催告解除は、履行遅滞型の債務不履行を中心に、相手方との契約を迅速に解消し、市場において新たな契約の相手方を探索する可能としており、解除の原則形態として維持すべきである。(一弁)
- 解除の要件として、催告解除の規定を維持しつつ、必要であれば、催告要件に関する規定の見直しを行う方向で検討すべきである。

軽微な一部不能における解除権の行使の制限について、解除権を行使する当事者は債務不履行の事実のみ主張立証すればよく、債務不履行をなした当事者に債務不履行が軽微なものであることに関する主張立証責任を負わせることとするなど、主張立証責任の所在を明らかにすべきである。

- (1) 現行法との連続性、及び実務上も催告をしてから解除を行うことが一般的な運用になっていることから、催告に関する規定を置くべきである。また、無催告解除の規定は、原則たる催告解除の例外を定めるものという位置付けの規定と捉え、①「重大な不履行(義務違反)」であって、契約の目的を達成できない場合や、②「重大な不履行(義務違反)」であって、相手方による債務の履行が期待できない場合等、催告をする意味がない場合等に限定して、例外的に無催告解除が認められる要件を定めるべきである。
- (2) 債務不履行があった場合、重大な不履行とまで言えなくても信頼関係が破壊されたような際には解除を認めることが合理的であることがある。事業者間の契約においては、一方当事者に債務不履行があった場合であっても解除を裁判上で争うのはごく一部のケースのみであり、「契約終了の覚書」等を両当事者間で締結することによって契約を終了させる形式を採ったり、契約

内容を変更する契約を締結したりすることが多い。裁判上争えば解除が認められることを念頭に置いてこの交渉が行われることもあるが、主張立証責任の所在をあいまいにしたまま解除の要件を厳格にすることによって、紛争の解決が長引くおそれもある。また、判例は、付随的義務等の義務違反の場合には解除の効力を否定しているものの、「重大な不履行」に限定しているわけではないため、「付随的義務違反の場合には解除できない」とする方が整合的である。(法友会)

- 中間論点整理ア①(催告解除と無催告解除の規律)については、現状では、契約解除は催告解除の方法によるのが定着しており、これが大きく変わることになれば、従来どおりであれば催告を経て初めて解除できたような場合であるのに、催告を受けることなく突然解除されて、混乱を招くといった事態が頻発しかねないとの意見、「催告解除と無催告解除の要件を統一化することも理論上可能である旨の意見」については、必ずしもその内容は明らかではないが、現状の契約解除の方法が変更されることとなるのかといった点も含め、上記のような事態が招来されぬよう配慮すべきであるとの意見があった。

また、中間論点整理ア②ないし④及びイについては、「重大な不履行」では内容が不明確であるし、「本質的な不履行」や「契約をした目的を達することができないこと」では判例法理によれば解除が相当な場合も解除できなくなるとの不都合が生じるので、いずれにしても個々の事案に応じた解決が阻害されないような要件となるよう、さらには主張立証責任がどうなるか明らかになるよう、検討されたいとする意見があった。(最高裁)

- 現行法と同様、催告解除を原則とし、催告解除と無催告解除を別個に規定すべきである。

この点の改正を必要とする立法事実は認められず、また、多くの取引分野において、取引実務上、解除権発生の明確性を確保するため、催告をし相当期間経過後に解除権を行使する取扱いが確立している。かかる実務上の運用を重視すべきである。

法政策的見地・解除の正当化根拠からみるに、解除の本質は、債務不履行という契約違反がある場合にはその契約の拘束力からの解放を認めるべきであるという点にあるとすれば、本来催告は不要とも考えられるが、解除の本質をこのように考えたとしても解除による影響の重大性を考慮して法政策的観点から催告解除を原則とすべきである。

この点、解除の前提条件として催告が要求される趣旨は、「履行を遅滞している債務者に履行を促し、最後の履行の機会を与えるため」であり、解除による影響の重大性を考慮して法政策的観点から催告を要求したのと同じと考えるべ

きである。他方、無催告解除は、「義務違反の態様により、催告をするも、債務者の義務の履行が、社会通念上、殆んど期待不可能と見られる場合のごとく催告自体無意味であるときは、無催告の解除が許されてしかるべき」との理由に基づくものであり、催告解除と無催告解除の正当化根拠を同質と考える理由・必要はない。

付随的義務等の軽微な義務違反の場合には、解除の効力を否定する判例法理の趣旨を明文化することに賛成である。

この判例法理の趣旨を明文化する場合の具体的な要件に関しては、不履行の内容や債務の種類等の様々な事情を総合考慮する要件の定立が妥当である。

また、具体的な要件の規定ぶりに関して、重大な不履行とする考えには反対である。かかる要件は、一般に解除が限定的な場合にしか認められないとの印象を持たれかねず、実務上混乱を招くおそれがあるからである。

判例法理の枠組みに従い、催告をしたにも拘わらず債務の履行をしない場合には原則として解除ができることとし、付随的義務違反等の限定的な場合に解除を排除する規律を明文化すべきと考える。

判例によれば、解除について、債務の種類だけで判断されるのではなく、特段の事情等が考慮される。このような判例法理からすれば、不履行の内容や債務の種類等の様々な事情を総合考慮する要件の定立が妥当である。

分かりやすい民法を実現するために、判例法理を明文化すると改正目的に照らせば、「付随的義務の不履行の場合には、特段の事情の存しない限り、相手方は当該契約を解除することができない」との判例法理の枠組みに従い明文化するのが適当である。すなわち、判例法理は付随的義務の違反等の場合に限定して契約の解除を否定するという規律として機能しているので、催告をしたにも拘わらず債務の履行をしない場合には原則として解除ができることとし、付随的義務違反等の限定的な場合に解除を排除する規律を明文化するのが裁判実務との整合性に資すると考える。

判例法理は、「付随的義務の不履行の場合には、特段の事情の存しない限り、相手方は当該契約を解除することができない」とし、債務不履行において原則として解除が認められるものの、付随的義務の場合は例外とする法理であり、取引実務上もかかる枠組みに従った対応を行っている。かかる法構造を変更する改正は、取引実務に混乱を招来するおそれがあり適当ではない。かかる観点からは、解除権の発生を基礎付ける不履行について、重大な不履行とする意見、本質的な不履行とする意見、不履行により契約をした目的を達することができないこととする意見は、いずれも原則・例外の関係を変更し、取引実務に混乱を招来するおそれがあり、妥当ではない。特に、『「重大な』

不履行」という表現は、一般に、解除が限定的な場合にしか認められないとの印象を持たれかねず、実務上混乱を招くおそれがある。

解除を否定する要件の主張立証責任に関しては、債務者の抗弁と位置付けるべきである。具体的には、解除を否定する債務者が、付随的義務にあたるとの抗弁を主張し、これに対し、債権者が、特段の事情を主張する法構造とすべきである。

裁判実務において、付随的義務の違反であることは抗弁と位置づけられている。かかる実務を変更すべき必要性（立法事実）は認められず、また、変更した場合には取引実務への混乱を招来するおそれがある。

事業者間契約以外の契約においても、迅速性や解除の可否の予測可能性は重要であり、事業者間契約とそれ以外とで解除の要件の立証責任を異にする合理性はない。（二弁）

- 債務不履行解除制度全般における催告解除の位置付けについては、催告を要する解除類型を維持し、催告解除と無催告解除を別個に規定すべきである。現行法の規定及び現在の実務的取扱いを変更すべき理由（立法事実）はない。

履行遅滞は、履行不能とは異なり、未だ完全な履行が観念できる場面であるから、債務者に対して履行を促しその機会を与えるべきであり、そのことが債権者にとってそれほどの負担になるとは思われない。

催告後相当期間が経過することで、無催告解除を正当化すると同等の不履行の重大性が基礎づけられるから、あえて催告解除を規定する必要がないという議論もあるが、要件の明確性・法的安定性の見地からすれば、すべてを規範的な要件に委ねてしまうのではなく、催告が有効な場面（特に履行遅滞の場面）では催告が必要と明記すべきである。

付随的義務等の軽微な義務違反の場合には解除の効力を否定する判例法理の趣旨を、明文化すべきである。具体的な要件については、「契約をした目的を達することができない」との文言によって、解除の可否に限定を加える判例法理の趣旨を明文化すべきである。「軽微な不履行」「重大な不履行」という文言は、いずれも評価を含む表現で一義的ではなく、明確性に欠ける。あたかも「普通の不履行」という概念類型が存在するような誤解を生むおそれもある。「契約をした目的を達することができない」という文言は、現行法における566条にも見られる文言であり、現行法との連続性・親和性が高い。「契約をした目的を達することができない」という文言にしても、必ずしも一義的に明確とは云えないかもしれないが、解除を正当化する趣旨に立ち戻った、最も本質的な規範定立である。

解除を否定する要件の主張立証責任について、解除を争う者が軽微な義務違

反であることの主張立証責任を負うとすべきである。有効に成立した債務は本来、履行されるのが当然であるから、その不履行が解除事由に該当しないという特段の事情は、解除される側に主張・立証させるべきである。

事業者間の契約か否かで主張立証責任の在り方を変えるという考え方について、反対である。そもそも契約一般において催告を要する解除類型を維持すべきであり、これを事業者間契約に限った特則と位置づけるべきでない。上記ア①の意見並びに各理由は、事業者間契約のみならず契約一般に妥当する。(横浜弁)

- 実務では催告解除が原則となっており、無催告解除の可否を問題とすべき取引の実態がない。付随義務等の軽微な義務違反による解除の可否が問題となっている実態もない。

取引実務上は、重大な契約違反の場合等に無催告解除を認める条項を置いているため、取引実態と整合化させることは差し支えない。

付随義務等の軽微な義務違反による解除の可否についても、問題とすべき取引の実態はないが、催告解除できる場合から軽微な義務違反を除くというように判例を明文化し、取引の実態と整合化させることは差し支えない。(産業組織課)

- 事業者間契約か否かで催告解除の要件の主張立証責任を異にすることに反対する。解除についての予見可能性の要請は事業者間契約か否かにかかわるものではない。予見可能性の確保は、立証責任の分配によってではなく、一般的な解除要件の明確化によって図られるべきである。(森・濱田松本有志)
- 「重大な不履行」といった限定文言は「重大な」の意義について理解がばらつくなどの問題がある。具体的な事案に応じて「権利濫用の法理」などにより軽微な義務違反による解除権行使を否定すれば足りるし、継続的契約については信託関係不破壊」の場合は契約が解除できないことを明文化すれば足りる。(親和会)
- 催告解除を原則とすべきである。「契約は守られるべし」からは解除権者が解除原因を立証する。市民に対する行動指針としては、軽微な不履行では解除できない点につき、判決を基に明文化すべきである。(広大有志)
- 債務不履行に関するいわゆる三分類説を維持すべきであり、それに従った解除制度を維持すべきである。解除するには責めに帰すべき事由を必要とすべきである。「契約の重要な不履行」という要件によったとしても従来の具体的な内容と異なることはないし、契約の重要な不履行という要件があまりにも大きな意味をもつことになりそれにあたるか否かが問題となり、それを回避するために催告解除も維持すると従来のままでよいのではないかとの見解が多数を

占めたが、契約解除を契約からの解放制度として捉えることに賛成する見解もあった。(日大民研・商研)

- これまで、履行遅滞を理由とする解除や履行不能を理由とする解除における「債務」は、契約上の主たる債務を念頭に置いて議論されてきたと考えられるが、例えば、契約当事者が負う複数の債務の一つが履行不能となったり、履行遅滞となった場合に、その債務不履行を理由として契約そのものを解除することができるかどうか問題となりうる。したがって、一定の債務について本旨に従った債務の履行がなされていない場合に、契約を解除することができるかどうかは、不履行の相手方である債権者が契約関係からの拘束を免れることができることを正当化する事情があるかどうか、また、履行をしていない債務者が契約を解除されてもやむを得ないと考えられる事情があるかどうかを総合的に判断する必要がある。この意味において、契約解除の要件として、たとえば債務の不履行が重大な契約違反に当たるというような統一的要件を立てることには合理的な理由がある。

しかし、とりわけ契約上の中心的な債務の不履行については、その履行不能や、相当の期間を定めた履行の催告があったにもかかわらずその期間内に履行がなかった場合には、契約の解除が認められるのが原則というべきであり、例外的な場合にのみ契約の解除が認められるかのような表現や要件の設定の仕方を避けるべきである。論点整理で一つの可能性として示唆されている契約の目的達成不能という要件は、この観点からすると、限定的にすぎるとはいえないか。(大学教員)

- 理論上どのようにとらえるにせよ、催告解除の規定は設けるべき。実際に存在する規範を明文化することも今回の改正の必要性のひとつのほうである。付随的義務違反の場合の解除の排除については、できれば明文規定を設けるべき。義務の区分については、本質的か否か、あるいは、契約目的を達成できないほどか否かといったものが正当と考える。主張立証責任については、検討することは構わないが、事業者間のルールは商法総則の問題ではないか。一般法のレベルとしては、解除を主張する者が、本質的義務違反ないし契約目的の達成不可能を主張し、立証すべき。一般ルールの部分を変える必要はないと思われる。(大学教員)
- 「契約の重大な不履行」という要件は適切ではないのではないかと。これに代えて、催告解除を原則として規定してはどうか。また、付随的義務の不履行による解除は別個に規定してはどうか。

「契約の重大な不履行」という文言は内容的に不明確であり、これに該当するか否かを解除権者が判断することは難しいのではないかと。これは解除権

者に過大な負担を強いることにならないか。

催告解除の場合に、催告期間内に履行がなければ、当然に解除権が発生するものと規定すべきではないか。基本方針[3.1.1.77]の2項では、「催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたる時は」とされているが、これは屋上屋を重ねるものではないか。

催告期間の徒過により当然に解除権が生ずるものと規定すれば、「契約の重大な不履行」を解除権発生要件として用いる必要はなくなるのではないか。さらに、検討委員会試案のように、事業者間契約であるか否かによる区別も不要となろう。

補足説明39頁アにあるように、催告解除を原則とし、催告不要な場合を例外として規定するほうが妥当ではないか。

付随的な義務の不履行による解除については、本来的な給付義務の不履行による解除とは別個に規定すべきではないか。付随的な義務の不履行の場合には、本来的な給付義務の不履行とは異なり、直ちに債権者に契約への拘束を期待することができなくなるとは言えないからである。(大学教員)

- 現行法と同様、催告解除を原則とすべきである。契約の解除によって一方当事者に不利益を課する前提としては、予測可能性の観点から、債務の履行の機会を与える催告という明確な手続を経ることを原則とすべきである。特に消費者と事業者間の継続的取引の場合、預金口座からの自動引落のように消費者が日常意識していない支払方法による取引も多いところ、催告による履行の機会を与えられないまま契約解除が認められるとすると、消費者が予期しない不当な不利益を被るおそれがある。また、無催告解除や当然解除を広範に認める特約は消費者に一方的に不利益となる不当条項と解すべき場合が多く、消費者契約法第10条を適用する前提として催告解除が原則である旨の明確な規定が必要である。

給付に関わらない付随義務違反であっても、それが契約の目的達成に重要である場合には解除が認められるべきである。例えば建物建築請負契約において建築途中の注文主からの仕様変更等の希望に対し請負人は注文主と十分協議を行うべき付随義務があるというべきところ、これに対して請負人が誠実な対応を怠る場合など、給付に関わらない付随義務違反であっても契約の拘束力から開放すべき場合がある。

消費者契約の場合は主張立証責任の在り方を変えることを検討すべきである。

消費者が契約の解除を望む場合に、事業者の付随義務違反が軽微な義務違反でないことという規範的要素を有する事項につき主張立証責任があるとす

ることは、消費者にとって加重的負担となり消費者の権利行使が実質的に妨げられるおそれがある。

一方、事業者が契約を解除する場面及び契約の解除を否定する場面においては、事業者は、当該取引を反復・継続して行っており消費者とは格段の経験や情報の格差があることから、主張立証責任を負うこととしても公平を害するものといえない。（日弁連消費者委有志）

- 現行法と異なるやり方があり得る、というだけの理由で改正すべきではない。（弁護士）
- 債務不履行解除制度全般における催告解除の位置付けに関しては、現行法と同様、催告解除を原則とした上で、催告解除の要件と無催告解除の要件を別個に規定すべきである。取引実務上、解除権発生の明確性を確保するため、催告をし相当期間経過後に解除権を行使する取扱いが確立している。催告解除を正当化する根拠について、催告後相当期間の経過により信頼関係が破壊され契約の目的が達成できなくなるとの考え方が妥当である。

付随的義務等の義務違反の場合において解除を否定する判例法理の趣旨を明文化する方向で、解除が認められる場面を適切に規律することが妥当であり、具体的な要件の規定ぶりとしては、軽微な不履行を除くことが良い。この場合、判例法理の考え方からすると、解除を主張する者が相手の債務不履行が軽微なものでないことを主張立証すべきこととなる。軽微な不履行を要件とする場合に斟酌される事情としては、契約の趣旨に照らして契約に拘束することを正当化できないか否かを判断することになるから、不履行後の対応も含まれる。（弁護士）

- 本文の①について、催告解除と無催告解除は、現行法どおり別個の制度として維持すべきである。

催告解除は、現在の実務上原則的な解除手段であって、無催告解除はあくまで例外的な手段として理解されていることから、法改正にあたっては、このような実務の現状を十分考慮する必要がある。

これに対し、催告解除と無催告解除の要件を統一化するという考え方は、ウーン売買条約などでも採用されておらず、比較法的にもあまり一般的ではないと思われるほか、取引実務における「催告」の位置づけが不明確となり、催告の実質的意義を合理的に説明することが困難となることから、立法論としては採用すべきではない。

本文の②について、賛成する。法律の専門家でない一般市民や外国人が現行民法の条文を読んだ場合、軽微な事項に関するものであっても履行遅滞さえあれば催告解除が可能であると誤解されるおそれも高いことから、わが国の実質

的法規範を条文上明記する必要がある。

本文の③について、解除の要件については、催告解除の場合と無催告解除の場合を分けて考えるべきであり、無催告解除の要件には「重大な不履行」を用いても差し支えないが、催告解除の要件としては、あくまで当事者間の信頼関係を破壊する程度に至らない軽微な不履行を除くにとどめるべきである。

解除の要件として、債務不履行の内容や債務の性質などを総合的に考慮すべきことに特段の異論はないが、具体的な要件の定め方を検討するにあたっては、現行実務との連続性等を十分に考慮すべきである。

すなわち、現行民法で無催告解除が認められているのは「履行不能」（民法第543条）の場合であり、これには物理的不能の場合のみならず社会通念上の履行不能と評価される場合も含むと解されており、かつ実務上はかなり例外的な手段と位置づけられていること、ウィーン売買条約で一定の付加期間（わが国の催告に相当するもの）を設けることなく契約の解除が認められる要件として、契約の重大な（英文ではfundamental）不履行という表現が用いられていることを考慮すれば、無催告解除の要件としては、現行法の「履行不能」という文言に代えて、「重大な不履行」という文言を使用しても特に差し支えないと考えられる。

しかし、催告解除については、実務上相当の期間を定めて催告した後であれば、債務不履行を理由とする解除はあくまで認められるのが原則であると理解されており、催告解除の場合にまで「重大な不履行」が必要という考え方が採用された場合には、実務上解除事由の立証が極めて困難なものとなってしまう、ひいては債務不履行を理由とする契約の解除そのものが極めて困難なものになってしまうおそれがある。

ウィーン売買条約では、第49条に買主の、第64条に売主の解除権が規定されているが、それぞれ「重大な契約違反となる場合」という一般的要件のほか、付加期間内に一定の義務を履行しなかった場合という要件（この場合「重大な契約違反」であるか否かは問題とされない）が定められており、同条約との整合性を考慮しても、債務不履行を理由とする催告解除はあくまで認められるのが原則であって、催告解除すらも認められないのは例外的な場合であるという現行法上の考え方は、基本的に維持すべきである。

そして、現行法下における判例及び実務の考え方を最も的確に反映しているのは、当事者間の信頼関係を破壊するに至らない軽微な不履行を除くという考え方であり、基本的にはこの考え方を中心に規定のあり方を検討すべきである。

本文の④につき、解除の原因となる債務不履行の軽微性は法的評価の問題であり、主張立証責任のあり方について細かく論じる必要は無いのではないかと。

本文の③の論点について、仮に軽微な不履行を除くという考え方を採用したとしても、債務不履行による解除を主張する側は、相手方による債務不履行の態様やその経過を具体的に主張立証していく必要がある。

そして、その債務不履行が軽微であるか否かが実質的な争点となった場合であっても、結果的に軽微な債務不履行と判断されるか否かは、契約の性質、債務不履行の内容や態様その他の具体的事情に照らして総合的に考慮されるのであって、要件事実論として考えても、せいぜい解除を主張する側の主張事実が解除要件の「評価根拠事実」であり、解除の効力を争う側の主張事実が解除要件の「評価障害事実」であると整理できるに過ぎないことから、このような要件について、訴訟法上の主張立証責任がいずれにあるかを議論するのは、それ自体あまり有益なことではないと思われる。

また、このように解除要件の主張立証責任自体がさしたる意味を持たない以上、事業者間契約について主張立証責任の所在を変えるような特則を設けることに意味はないと考えられる（そもそも、このような事項について事業者間契約とそうでない契約について差異を設ける合理性もかなり疑わしい）。（弁護士）

○・定期行為における解除

契約における履行期の合意が定期行為としての意味を持つかどうかは、契約解釈の問題であるが、このような合意があったことを証明した債権者は、解除権を行使できると考えるべきであり、これについては、特別の規定を設けておくことにも意味があるように思われる。ドイツ民法の解釈として、定期行為の解除は法定解除ではなく、約定解除権の推定規定であると解されていることが参考となる。

・無催告解除の可能性の承認

現行民法は、履行不能及び定期行為の場合を例外として、催告解除を想定し、ただ各契約類型において、例外を認めるという規定の仕方となっている。しかし、例えば、主たる給付の不完全履行の結果、いわゆる拡大損害が生じたような場合に、主たる給付の追完が論理的には可能であるとしても、債権者がその契約関係を解消したいと考えることには合理的な理由がある。また、例えば請負契約において、目的物の修補が物理的には可能であっても、請負人に対して履行の追完を求めることが常に必要かどうかは事情によると考えられる。(1)にしたがって設定されるべき統一的要件は、これらの場合に、無催告解除も可能であることを包含しうるものといえる。これを前提とした場合、個々の契約類型において認められる解除の要件と、統一化された解除権の一般的要件との再整理が必要である。（大学教員）

- 不同意。具体的に何を検討したいのかが読み取れないが、具体的な取引に深くかかわる条項であることから、理論を統一するために法文を改変することには何ら意義を認めない。（会社員）
- 状況の異なる場合を安易に用語を統一して統合するかのようにならないように留意する必要があると思う。（弁護士）
- 解除は、不履行者（債務者）に対する制裁の制度ではなく、被不履行者（債権者）を契約の拘束力から解放することを目的とする制度として理解すべきであり、この点で催告解除と無催告解除で違いはない。

債務不履行が、契約の目的達成にとって重要な影響を持つものでない場合には、解除は正当化されないものとすべきである。

債務者の、正当な追完利益の期待を保護しなければならないことは、催告解除と無催告解除とで違いはない。追完機会の保障は、催告という要件に取り込むのが相当である。

解除の正当化根拠は、不履行者の追完利益を奪っても、被不履行者の契約の拘束力から解放することが正当化される場合に、解除が認められるものと理解する。解除の正当化根拠は、催告解除と無催告解除とで異なるものではない。

「債務」という要件について条文上限定を付すことについては賛成である。主張立証責任としては、解除者が不履行にかかる債務が「要素たる債務」であることを主張立証し、解除を争う側が「契約の本質的不履行とは認められない事情」を主張立証するという構造が適当である。事業者間の特則は不要である。

重大不履行という理論について論争を呼んでいるようであるが、あまり「重大不履行」とらわれた議論をする必要はなく、かえって有害なものとなっている印象を受ける。解除の正当化根拠から要件を素直に議論すべきであり、その上で重大不履行という理論が必要であればそのように議論すればいいし、要件として「重大な不履行」が条文上必要であればそのように議論すればいい。

『「重大不履行解除」という理論との関係でどのように位置付けられるのか』

『「重大不履行解除」というのがけしからん。』ということが飛び交っていても、傍から見て議論がかみ合っているとは全く思えない。誰が犯人か知らないが、債務不履行解除の要件として、整理された議論がなされているとは全く思えないというのが率直な認識である。仕切り直した議論が必要である。（弁護士）

- 解除権発生要件については、解除についての予測可能性の観点から、「契約当事者の一方に契約の重大な不履行があるとき」などという抽象的、不明確な規定を設けるべきではない。

また、催告解除について、現行法よりも解除権の要件を加重する規定をおくべきではない。仮に規定をおくとしても、いかなる場合であれば要件を満たす

のかについて明確な基準を与えるのでなければ、予測可能性が害されるため、反対である。(弁護士，弁護士)

- 論点整理を拝見したが改定すべき理由があるとは思えない。とりわけ、立証責任は、実体法で考えるべきことではない。(個人)
- 「重大な不履行」という評価要件を設けると、一義的な判断が困難であるだけに、裁判外での当事者の協議による紛争解決が困難となる。当事者の自律的解決を困難にする要件の導入は望ましくない。(大学教員)

イ 無催告解除（民法第542条，第543条）

無催告解除が認められる要件の在り方については、定期行為の遅滞（民法第542条）や履行不能（同法第543条）等，催告が無意味である場合とする意見，不履行の程度に着目し，重大な不履行がある場合とする意見，主たる債務の不履行があり，契約の目的を達成することができない場合とする意見等があったことを踏まえて，更に検討してはどうか。

【意見】

- 判例法理を整理し分かりやすく条文化するという方向性にて無催告解除ができる場合を明文化することは賛成である。(兵庫県弁)
- 軽微な違反の場合に契約の解除できないことを明確にして頂きたい。(全中)
- 催告解除を原則とする立場に立って、「催告が無意味である場合」及び「債務の不履行によって契約の目的を達成することができない場合」に限り，無催告解除を例外的に認める方向で検討するのが妥当である。
また，無催告解除ができる場合をこのように限定するだけでなく，さらに無催告解除の要件について強行法規化するのが妥当であると思料する。(東弁)
- 無催告解除が認められる要件の在り方については，定期行為の遅滞（民法第542条）や履行不能（同法第543条）等，催告が無意味である場合とする意見に賛成である。無催告解除が，①定期行為（法542条），②履行不能（法543条），③および判例学説上，社会通念として，本旨履行が期待不可能と見られる場合のように催告自体無意味であるときに認められる，とされてきたのは，債権者が解除権を行使しようとした時点の同人の予見可能性の点で問題がないからである。こうした場合にのみ限定して無催告解除を認める事が適切であると考え。(愛知県弁)
- 無催告解除が認められる要件については，現行どおり，定期行為による遅

滞や履行不能のように、催告しても意味がないような場合は、無催告解除が認められるとする方向で検討すべきである。

なお、提案の要件の在り方については、不動産賃貸借契約にみられる信頼関係破壊の法理における判例法理の観点も踏まえて検討すべきである。

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

なお、不動産賃貸借契約について、判例は催告解除を原則とするものの、いわゆる信頼関係破壊の法理によって、例外的に無催告解除を認めている。

この場合、判例は、賃借人保護の観点から、各事案における義務違反が惹起された原因、動機、態様、程度、両当事者の関係、催告後の事情等、様々な観点から信頼関係破壊の具体的判断基準を示した上で判断している。

したがって、無催告解除の要件の在り方については、不動産賃貸借契約にみられる信頼関係破壊の法理についても留意したうえで、従来の判例法理に現れる賃借人保護が後退することのないよう検討すべきである。(日司連)

- 「催告することに意味がない」とすべきであるとする意見に賛成する。解除するかどうかの判断に当たり、「重大な不履行」を解除の要件とする考え方については、基準が分かりにくいことから反対である。「契約の目的を達成することができあに場合」は、催告解除と無催告解除を分ける基準として機能するかどうか疑問である。結局、「催告することに意味がない」とすべきである。(仙台弁)
- 無催告解除が認められる要件は、定期行為の遅滞や履行不能等、催告が無意味である場合とする考えに賛成する。

催告解除を原則とし、催告が無意味な場合に無催告解除ができるとする枠組みを変えて、重大な不履行といった概念で解除の要件を画することは、実務に混乱をもたらすうえ、「重大な不履行」の概念もわかりにくい。(広島弁)
- 催告が無意味である場合とする意見につき、賛成する。催告解除が原則であるところ、無催告解除が正当なものとされるには、当該催告が無意味である場合に限られると思料する。(札幌弁)
- 催告自体が無意味な場合には無催告解除が可能であることを明文化すべきである。履行不能の場合、履行遅滞でも定期行為の場合、不完全履行でも追完不能の場合には、催告をしても無意味であり、このような場合において催告は不要である。この趣旨を明文化すべきである。(福岡弁)
- 判例は賃貸借においても無催告解除を認めることを踏まえ、条文内容が検

討されるべきではないか。

また、賃貸借等継続的契約関係に係る信頼関係破壊の法理との整合性をふまえ、現状以上に解除が制約されないようにする必要がある。一方、信頼関係破壊として評価する要素などが明示できるのであれば、より要件の明確化を図ることも検討すべきではないか。(全宅連)

- 無催告解除が認められる要件について、定期行為の遅滞(民法第542条)及び履行不能(同法第543条)という催告が無意味である場合を基本として検討すべきである。その上で、例外的に軽微な一部不能の場合に解除権の発生を制約する要件について、その一部履行不能により契約の目的が達成できるか否かを基準としたものを定立する方向で検討すべきである。

解除手続の分類で考えると例外となる無催告解除の要件については、催告が無意味である定期行為の遅滞及び履行不能の場合を基本として検討すべきである。この点、軽微な一部不能の場合は公平の観点から解除を制約する必要があるが、その要件については催告解除の解除権発生の制約の場合と同様の理由により、その一部履行不能により契約の目的が達成できるか否かを基準としたものを定立する方向で検討すべきである。

なお、「重大な不履行」をその要件として採用することについて、前記催告解除に関する意見と同様の理由により反対する。

また、継続的契約における信頼関係破壊の法理に基づく無催告解除の判例法理については、信頼関係の成立を前提とする継続的契約関係に関するものであり、いわゆる交換型契約とは本質的に異なるものと言え、その効果においても遡及効を認めず将来効に止まると解されるものである。よって、継続的契約に関する解除は一般の解除規定とは別に要件を設けることを検討すべきである。(法友全期)

- 無催告解除は、追完の機会も与えられないまま、契約の終了という重大な効果をもたらすので、予見可能性の確保が必要不可欠であり、例えば「重大」といったあいまいな一般的基準を設けるのではなく、契約類型などに応じてその具体的内容や程度を書き分けるなど、予見可能性を高める必要がある。(一弁)

- 無催告解除は、催告が無意味である、すなわち、債務者に履行の機会を与えることが無価値であると規範的に評価できる場合に認めるべきである。

その観点から、現行民法542条による定期行為の無催告解除類型は、現状とおりに維持すべしである。他方、これ以外にも、債務者に履行の機会を与えることが無価値であると規範的に評価できる場合にも無催告解除を認めるべきである。

そして、その該当性判断には、様々な事情を総合考慮せざるを得ない規範的評価を伴うものであるから、その予測可能性を確保する観点から、その該当性判断要素を例示列挙すべきである。

たとえば、以下のような規定を提案する。

(無催告解除①—定期行為の無催告解除)

- 1 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達成することができない場合において、当事者の一方が債務の履行をしないでその時期を経過したときは、相手方は直ちにその契約を解除することができる。

(無催告解除②—正当事由による無催告解除)

- 2 当事者の一方が債務の履行をしない場合において、その契約の目的、不履行債務の性質、内容及び契約における重要性、債務者の追完可能性、契約締結の経緯、不履行の態様、不履行に至った当事者の帰責性、不履行の背信性並びに不履行後の債務者の態様その他事情に照らし、不履行によって契約を維持すべき正当な期待が著しく失われるなど契約を解消すべき正当事由が存する場合には、相手方は直ちにその契約を解除することができる。

契約内容はやはり当初の内容どおりに貫徹されることが重要であり、無催告解除がなされると、債務者にとっては債務不履行が発生した後とはいえ履行の機会一切なしに契約からの離脱を強制されるものであるから、その受ける不利益には配慮すべきであると考えられる。他方、解除権者からすれば、催告解除という手続的に明確な契約解除制度がある以上は、無催告解除を行うべき場合というは、直ちに契約を解消すべき例外的事由が存在する場合に限定したとしても、債務者の受ける不利益に比較すればやむを得ないといえよう。

このように、手続的に明確な催告解除を解除制度の原則的類型と位置付ける観点からすると、無催告解除は、まさに催告が無意味である、すなわち、債務者に履行の機会を与えることが無価値であると規範的に評価できる場合に認められる例外的類型と位置付けるべきである。

また、その該当性判断には、様々な事情を総合考慮せざるを得ない規範的評価を伴うものであるから、その予測可能性を確保する観点から、その該当性判断要素を例示列挙すべきである。(大阪弁)

- 無催告解除が認められる要件の在り方については、定期行為の遅滞（民法第542条）や履行不能（同法第543条）等、催告が無意味である場合とすべきである。

解除による影響の重大性を考慮して法政策的観点から催告解除を原則とす

べきところ、無催告解除の正当化根拠は、「義務違反の態様により、催告をするも、債務者の義務の履行が、社会通念上、殆んど期待不可能と見られる場合のごとく催告自体無意味であるときは、無催告の解除が許されてしかるべき」との理由に基づくものと考えらるべきである。(二弁)

- 無催告解除が認められる要件の在り方については、契約の目的を達成することができない場合を要件とすべきである。ただし、「主たる債務の不履行があり」、契約の目的を達成することができない場合と限定すべきではない。

無催告解除が認められる要件の在り方について、催告が無意味である場合とする意見がある。定期行為の遅滞や履行不能において催告が無意味であるのはその通りであるが、それはすなわち催告をしたところで「契約の目的を達成することができない」から無意味であると整理すべきであるから、「契約の目的を達成することができない場合」という要件を定めることで足りる。

無催告解除が認められる要件の在り方について、重大な不履行がある場合とする意見もあるが、「重大な」という要件は一義的に明確とは云えない。本論点整理案における「契約の目的を達成することができない場合」に無催告解除を認めるべきという意見には、さらにそれが「主たる債務の不履行」がある場合に限るという限定が付されているが、主か従かという債務の種類で考えるならば、従たる付随的な債務であっても、それが履行されないことによって契約目的を達成できないのであれば、解除は可能とすべきである。したがって、このような限定は必要ではないと考える。(横浜弁)

- 無催告解除を認める「重大な契約違反」が何を指すべきかについて実際には争いとなる。条文化に当たりこの概念が拡大し、又は縮小することで、実務を二重に複雑化させないような規定振りを検討すべきである。(産業組織課)
- 無催告解除が認められる場面を現行よりも狭くすべきでない。取引先の経営者の連絡先が不明な場合等、無催告解除が一定の機能を果たしており、「重大な不履行」等により解除を限定するのは相当でない。(チェーンストア協)
- 無催告解除が認められる要件の在り方については、定期行為の遅滞（民法第542条）や履行不能（同法第543条）等、催告が無意味である場合とする考えに賛成である。

解除による影響の重大性を考慮して法政策的観点から催告解除を原則とすべきところ、無催告解除の正当化根拠は、「義務違反の態様により、催告をするも、債務者の義務の履行が、社会通念上、殆んど期待不可能と見られる場合のごとく催告自体無意味であるときは、無催告の解除が許されてしかるべき」との理由に基づくものと考えられるべきである。(日弁連)

- 催告を認めることが不履行者の追完利益という点から無意味な場合、被不履行者と不履行者の利益を考量して催告を求めることが不相当な場合には、催告要件は不要とすべきである。(弁護士)
- 無催告解除の要件については、現行法上認められている履行不能や定期行為の遅滞は当然に認められるものとすべきであるが、一般規定としては「重大な不履行」でも差し支えない。
 現行法上の履行不能や定期行為の遅滞を包摂する概念として、無催告解除の要件に関する一般規定を設けるとしても、実際に適用されるのはかなり例外的な場面であり、また上記「催告が無意味である場合」「重大な不履行がある場合」「契約の目的を達成することができない場合」のいずれを採用したとしても、具体的結論に大きな差異が生じるとは思われない。ウィーン売買条約では「重大な契約違反」という文言が使われているので、それに準じた文言で良いのではないか。(弁護士)
- 無催告解除については、実務における安定的運用を考えると、あまりに評価の余地の大きな要件は適さない。(大学教員)
- 無催告解除が認められる要件としては、不履行の程度によらずに、定期行為の遅滞や履行不能等のように催告が無意味な場合とし、民法第542条及び第543条のように、無催告解除が認められる場合を例示列举することで足りると考える。なお、催告が無意味な場合という要件についても、履行不能の場合等、催告をする意味が客観的に認められない場合に限らず、両当事者の公平という観点から催告による履行の機会を与える必要がないと認められる場合を含むと理解するのが妥当である。(弁護士)

ウ その他

- ① 前記ア及びイの各論点において不履行の程度を問題とする場合、その判断に際して不履行後の債務者の対応等を考慮することができるものとするべきか否かについては、契約の趣旨に照らして契約に拘束することを正当化できるか否かを判断基準とする観点から、不履行後の対応等も含めてよいという意見と、不履行後の対応によって本来解除できないものが解除できるようになることは不適切であるから、これを含めるべきではないという意見があったことを踏まえて、更に検討してはどうか。
- ② 解除が債務者に不利益をもたらす得ることに鑑みて、解除の要件設定においては、債務者にそのような不利益を甘受すべき事情があるか否かを考慮できるようにすべきであるという意見があり、これに関して、契約目的不達成や重大不履行等の要件の判断において、そのような事情を考慮でき

るという意見や、それでは不十分な場合があり得るという意見があった。これらの意見を踏まえて、解除により債務者が被る不利益を考慮できる要件設定の在り方について、「債務者の責めに帰することができない事由」を解除の障害事由とすることの要否（後記2）と併せて、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第3, 2(1) [62頁], (2) [72頁]】

【意見】

- 相当な催告期間内における債務者の対応（不履行後の対応）を考慮することについては、賛成する。

債務者に解除の不利益を甘受すべき事情があることを解除要件とすること及びその場合の要件として「債務者の責めに帰すべき事由」を要求することについては、賛成する。（東弁）

- 解除の要件として不履行の程度を問題とする場合、債務者の不履行後の対応等を考慮して検討することについて、そもそも債務不履行の程度に係る概念を解除要件として定立すべきではないと考える。ただし、債務者の不履行後の対応は、催告解除の場面で催告後相当期間内における債務者の態度として考慮する余地がある。

解除の要件設定において、解除により債務者が被る不利益を考慮できる要件設定を「債務者の責めに帰することができない事由」を解除の障害事由とすることの要否と併せて検討することについて、賛成する。

解除は、債務者から契約利益を奪い不利益を与えるものであるから、解除の要件設定にはそのような不利益を甘受すべき事情があるか否かを考慮できるようにすべきであり、現行法又は解釈上要求される「債務者の責めに帰することができない事由」を解除の障害要件とすることの要否と併せて検討すべきである。（法友全期）

- 不履行後の債務者の対応を考慮することができるものとすべきか否かについては、前記ア、イでの意見を前提とすれば、催告が無意味である場合に無催告で解除したにも係わらず、しかも付随的義務等の軽微な義務違反という理由で解除を制限することができる場合にも該当しないとすれば、不履行後の債務者の対応を考慮できる余地はほとんどないと思われる。

催告手続を経て催告期間内に履行できず、解除になった場合であれば、催告期間にわずかに遅れただけで履行ができるにも係わらず、債権者がこれに応じないというような場合に、不履行後の債務者の対応を考慮できるものとするには賛成する。

あるいは、不履行が付随的義務等の違反である場合に、「軽微な義務違反」であるかを判断する場合に、債務者の不履行後の対応により軽微な義務違反と判断される可能性についても賛成する。

解除により債務者が被る不利益を考慮できる要件を設定することについては、前記①と同様に催告が無意味である場合に無催告で解除したにも係わらず、しかも付随的義務等の軽微な義務違反という理由で解除を制限することができる場合にも該当しないとすれば、債務者の不利益を考慮できる余地はほとんどないと思われる。

催告手続を経て催告期間内に履行できず、解除になった場合であれば、催告期間にわずかに遅れただけで履行ができたにもかかわらず、債権者がこれに応じないというような場合には、考慮できる余地はあるが、不履行後の債務者の対応と合わせて考慮すべきである。

不履行後の債務者の対応や、債務者の被る不利益を考慮することは、否定はしないが、催告解除を原則とする考え方に立つ限り、解除の効果を否定する要素としては、限定的に考えるべきである。(広島弁)

○ 不履行後の債務者の対応等を考慮する考え方に賛成である。

前述のとおり、解除要件の該当性判断は規範的評価を伴うものであり、不履行後の債務者の対応もその一要素として考慮すべきであり、これを排除する理由は見当たらない。

債務者において不利益を甘受すべき事情があるか否かを考慮できるようにすべきであるという考え方に賛成であり、解除要件の規範的判断の要素として、これを取り入れるべきである。

前述のとおり、解除要件の該当性判断は規範的評価を伴うものであり、債務者において不利益を甘受すべき事情があるか否かという要素も判断要素として取り入れる必要がある。

なお、解除要件が規範的要件であるにもかかわらず、常に債務者の帰責性を独立の要件として要求することは、結果妥当性のある柔軟な解決を導くことを阻害することとなるという懸念があると考えられ、債務者の帰責性は解除要件該当性の一判断要素(判断因子)として、勘案することで柔軟な解決を図るべきである。(大阪弁)

○ 不履行後の対応等も含めてよいとの意見に賛成する。契約の趣旨に照らして契約に拘束することを正当化できるか否かを判断基準とする観点からは、不履行後の対応等も含めてよいと思われる。

解除が債務者に不利益をもたらすことに鑑みて、解除の要件設定においては、債務者にそのような不利益を甘受すべき事情があるか否かを考慮できる

ようにすべきであるという意見に賛成する。

後述のように、「債務者の責めに帰することができない事由」（帰責事由）を解除の障害事由として考えるべきである。（愛知県弁）

- 不履行の程度を問題とする場合、不履行後の債務者の対応等を考慮することができるか否かにつき、賛成する。

解除の要件において、債務者にそのような不利益を甘受すべき事情があるか否かにつき、賛成する。

契約解除の正当性を検討するにあたって、かかる事情も総合考慮に含まれることが妥当と思料する。（札幌弁）

- 契約解除が認められるか否かの判断要素として、不履行後の債務者の対応も考慮すべきである、という考え方に異論はないが、その旨の明文の規定を設ける必要はない。

契約解除が認められるか否かの判断要素として、契約解除によって債務者が被る不利益も考慮すべきである、という考え方に異論はないが、一定の場合（債務者に帰責事由がなく、かつ、解除によって債務者が大きな不利益を被る場合）を除き、その旨の明文の規定を設ける必要はない。なお、3に記載したような、債務者に帰責事由がなく、しかも、解除によって債務者が大きな不利益を被る場合の例外規定は設けるべきである。（福岡弁）

- 不履行後の態様を考慮することができるとの意見には反対である。一旦解除ができるほどの不履行が発生していながら、その後の債務者の行為・態度によっては解除ができなくなることをみとめるのは、当事者間の関係を不安定にし、将来の予測可能性が奪われかねない。

解除の要件設定においては、債務者にそのような不利益を甘受すべき事情があるか否かを考慮できるようにすべきであり、「債務者の責めに帰することができない事由」を解除の障害事由とすることに賛成である。解除は、「契約関係解消を主たる目的とする制度」であるが、契約の拘束力を最大限に維持するという立場及び債務者に重大な不利益を与えるという観点からは、立法政策として債務者に本旨債務の不履行があるだけでなく、更に「責めに帰すべき事由」がある場合に限り解除できるとすべきである。

主張立証責任の上では、債務不履行のある者に立証責任を負わせ「債務者の責めに帰することができない事由」を債務者が立証した場合には、解除が制限されると構成するのが公平と考えられる。（仙台弁）

- 解除の要件において不履行の程度を問題とする場合には、不履行後の対応等も含めてよいと考える。

契約の趣旨に照らして契約に拘束することを正当化できるか否かを判断基

準とする観点からは、不履行後の対応等も含めてよいと思われる。

解除の要件においては、債務者にそのような不利益を甘受すべき事情があるか否かを考慮できるようにすべきである。（二弁）

- 解除の可否にあたって、不履行後の債務者の対応等を考慮要素とすべきではない。解除事由は本来、債務不履行が生じた時点で発生しているはずであるところ、事後的な事情によってこれを遡及的に消滅させることになるのは、法的安定性を害する。有効に成立した債務は本来履行すべきであり、債務者側の「事後の」対応まで考慮することは債務者保護に傾きすぎており、契約からの解放という債権者側の利益をあまりに害する。

なお、本論点が問題として提起されていることは、契約解除の場面において、債権者側の契約からの解放という利益だけではなく、契約を解除される債務者側の不利益にも配慮すべきであるという価値判断の現れである。そして、現行法においてかような利益調整を果たしてきたのが、後出の帰責事由に他ならないのであるから、端的に、解除の要件として帰責事由が必要と云うべきである。

解除の要件設定において、債務者にそのような不利益を甘受すべき事情があるか否かを考慮できるようにすべきとの考え方について、その価値判断自体は正当であるが、それは基本的には、後出の「債務者の責めに帰することができない事由」に包含されるべき問題であって、帰責事由を不要とすることを前提に問題点とすべきではない。本論点が問題として提起されていることは、契約解除の場面において、債権者側の契約からの解放という利益だけではなく、契約を解除される債務者側の不利益にも配慮すべきであるという価値判断の現れである。そして、現行法においてかような利益調整を果たしてきたのが、後出の帰責事由に他ならない。したがって、このような利益調整を行うためにも、帰責事由を要件として存置すべきである。（横浜弁）

- 解除の要件設定に当たっては、債務者が解除に伴う不利益を甘受すべき事情があるか否かを考慮できる余地を残すべきである。（森・濱田松本有志）
- 不履行後の対応等も含めてよいという考えに賛成意見が強い。契約の趣旨に照らして契約に拘束することを正当化できるか否かを判断基準とする観点からは、不履行後の対応等も含めてよいと思われる。

解除の要件においては、債務者にそのような不利益を甘受すべき事情があるか否かを考慮できるようにすべきであるという考えに賛成意見が強い。（日弁連）

- 中間論点整理の本文の①について、このような問題は解釈に委ねれば足り、特に明文の規定を置く必要は無い。

特に継続的契約については、そもそも債務者の対応が不履行前のものか不履

行後のものか判別し難い場合も多い。債務不履行による解除の有効性を判断するにあたっては、債務の履行に関する債務者の対応や態度は重要な判断要素であって、これを（不履行後の対応であるという一事をもって）考慮要素から除外すべき合理的理由はないほか、このようにほとんど学者しか関心を持たないような論点について、わざわざ明文の規定を置く必要性も認められない。

中間論点整理の本文の②について、解除の要件として、当事者の帰責性を特に要求する必要は無い。

解除の基本的効果は、契約の当事者双方が契約に基づく債務の履行を請求できなくなるというものであって、債務者の損害賠償責任等とは本質的に別の問題である。また、現行民法でも定期行為の履行遅滞（民法第542条）による解除では条文上債務者の帰責性を要求しておらず、これによる実務上の不都合も特段聞いたことはない。

もっとも、主として債務者の対応により債務不履行が生じたような場合には、解除の可否にあたり債務者側の事情を十分考慮すべきことは勿論であるが、債務者の対応如何を問わず、既に契約の目的を達成できないことが明らかである場合には、これに加えて債務者の帰責事由を考慮する余地はないのではないかと。（弁護士）

- 不履行後の態様を条文に明記することには反対であるが、判断の一要素となることを否定するものではない。

帰責事由を要件とすべきではない。解除は、被不履行者を契約の拘束力から解放するための制度であり、債務者に帰責事由がない場合に拘束を免れないとすべきではない。そもそも帰責事由を要件とする現行法のもとで、帰責事由の存否によって利害調整が図られているという実態は存しない。債務者の契約（追完）利益への配慮が必要であることは当然であるが、催告（相当期間の催告という要件は極めて規範的である。）や、本質的な不履行と言えるか否かという要件でその配慮をすべきである。（弁護士）

(2) 不完全履行による解除

不完全履行と解除の関係について、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて規定を整備するという考え方の当否については、債務不履行解除の原則的規定の在り方（前記(1)）や売買等における担保責任の規定（後記第39等）の在り方と併せて、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第3, 2(3) [73頁]】

【意見】

- 完全履行による解除についての規律を検討することは相当である。(兵庫県弁)
- 不完全履行については規定を設けること、その場合は追完可能な場合は履行遅滞に、追完不能な場合は履行不能に準じて規定を整備する方向で検討すべきである。整理として合理的であり、これを明示することは「分かりやすい民法」の実現に資する。(東弁)
- 不完全履行と解除の関係について、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて規定を整備するという考え方に賛成である。分かりやすい民法の実現に資する。(愛知県弁)
- 不完全履行と解除の関係について、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて規定を整備することに賛成する。

履行遅滞と履行不能に準じた状況になっているから、解除について、これに準じた規律をすることがわかりやすい。(広島弁)
- 不完全履行と解除の関係について規定を整備するという考え方につき、賛成する。分かりやすい民法の実現に資するものである。(札幌弁)
- 不完全履行による解除は、追完の可否によって催告解除か無催告解除になるが、追完可能であっても、重大な契約の不履行であれば、無催告解除が認められる。しかし、これは催告解除を遅滞の場合に限定するC I S G 49条1項b号と異なる。この点に関しての正当化根拠をさらに検討すべきと考えられる。(北海学園大民研)
- 追完可能な不完全履行については解除前に催告すべきであるが、追完不能な不完全履行については無催告解除が可能である、という考え方を明文化すべきである。

不完全履行による解除についても催告解除が原則であり、この考え方は明文化すべきである。

しかし、追完不能な場合には、例外として無催告解除が可能であり、この考え方についても、明文化すべきである。(福岡弁)
- わかりやすい民法という観点から、不完全履行と解除の関係について、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて規定を整備するという考え方に賛成である。(三菱電機)
- 不完全履行について、追完可能な場合は遅滞に準じ、追完不能の場合は不能に準じて規定を整備する方向で検討すべきである。

債務不履行の態様に関する伝統的理解は、履行不能、履行遅滞及び不完全履行

の3類型に分類し、不完全履行については、追完可能な場合は履行遅滞に、追完不能の場合は履行不能にそれぞれ準じて考えるというものである。債務不履行を理由とする一般の契約に共通な法定解除の要件については、催告が考えられる履行遅滞と催告無用の履行不能に分けて定立することが分かり易く、実務の一般的考え方にも合致していると言える。(法友全期)

- 追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追加不能な不完全履行については履行不能に準じて扱うという方針を維持する方向で条文を整序するべきである。

伝統的理論を踏襲するものであり、又、企業活動上の課題も見受けられない。
(法友会)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 不完全履行と解除の関係について、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて規定を整備するという考え方に反対はしない。

なお、債務の追完可能性は、催告解除及び無催告解除における解除要件の該当性判断の一要素として考慮すべきである。また、担保責任における処理の帰趨と平仄を合わせた規定とすべきである。

不完全履行と解除の関係について、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて規定を整備するという考え方に特に反対はしない。

ただ、不完全不履行も債務不履行の一種であり、その追完可能性の程度によって、催告解除及び無催告解除における判断要素の一つとなるといえる。また、担保責任における処理の帰趨とも平仄を合わせる必要がある点に留意すべきである。(大阪弁)

- 不完全履行と解除の関係について、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて規定を整備するという考え方に賛成である。(二弁)
- 追完可能な不完全履行は履行遅滞に、追完不能な不完全履行は履行不能に準じて規定を整備すべきである。従来からの判例・学説の理解に沿うものである。(横浜弁)
- 追完遅滞、追完不能の場合は、それぞれ履行遅滞、履行不能の場合と同視すれば足り、わざわざ別個の条文を設ける必要はない。(親和会)
- 遅滞か不能に還元でき、瑕疵担保のみが独自の問題ならば、瑕疵担保の箇所て解除を規定すればよい。(広大有志)
- 追完可能か否かにより区別して考えてきた従来の考えを維持する方向で検討

すべきである。(日大民研・商研)

- 不完全履行と解除の関係について、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて規定を整備するという考え方に賛成である。(日弁連)
- 不完全履行についても規定を設けること、その場合は追完可能な場合は履行遅滞に、追完不能な場合は履行不能に準じて規定を整備する方向性を明記すべきである。

不完全履行という概念を明確にして法的効果を規定することは、わかりやすい民法の実現に資する。(仙台弁)
- 役務提供契約の場合も考慮に入れて、適切な要件設定を検討すべき。(大学教授)
- 更に検討することに賛成である。(弁護士)
- 不同意。追完の可否についての立証と、履行遅滞・履行不能の立証とは重複が生じると考えられることから、ことさらに明文化する意義を認めない。(会社員)
- 現行法と変わらず、ただ条文が煩雑になるだけではないか。(弁護士)
- 不完全履行と解除の関係についての一般的規定について、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて扱うという方針により条文を整序するのが妥当である。(弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

(3) 履行期前の履行拒絶による解除

不完全履行と解除の関係について、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて規定を整備するという考え方の当否については、債務不履行解除の原則的規定の在り方(前記(1))や売買等における担保責任の規定(後記第39等)の在り方と併せて、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第3, 2(3) [73頁]】

【意見】

- 履行期前の履行拒絶を解除権の発生原因とすべきである。履行拒絶の意思が明確な場合、契約解除における解除される側の不利益を考慮する必要はなく、解除者が早期に契約関係から離脱できる手段を創設すべきである。履行期前の履行拒絶によって填補賠償まで認めるのは行き過ぎであるとする。
- その場合の具体的な要件については、催告は不要、契約目的不達成の要件は

必要と考える。相手方が確定的に履行を拒絶している以上、(実務的な念押しとして催告するか否かは別として) 催告を要件として規定する必要はない。解除の前提条件は、すべからく契約目的の不達成があることと理解することが、理論的に一貫する。(横浜弁)

- 不履行以前の解除なので規定しても良いが、規定に際しては催告は入れるべきである。(広大有志)
- 債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶したこと(履行期前の履行拒絶)を解除権の成立要件の一つとすることについては、契約の拘束からの解放を認めるべき事情が認められるとして、これに賛成する意見が多い。もともと、履行期前の解除を認めるという効果の重大さに照らせば、「終局的・確定的に拒絶」との要件は慎重に認定すべきであり、かかる見地からは、具体的な要件に関しては催告の要否を検討すべきと考える。(日弁連)
- 履行拒絶を解除権成立の要件の一つとして規定することに賛成である。ただし、履行拒絶により契約の目的を達成できないものであること等、拒絶の程度基準を明確にすべきである。債務者が拒絶の意思を明らかにしているのであれば債権者を契約に拘束させるのは酷であるし、債務者を保護する必要性に乏しい。但し、拒絶の有無の判断が難しいとの指摘があるので、基準を明確かつ重大なものに限定すべきである。(仙台弁)
- 趣旨には賛成であり、検討すべきである。履行期前でも債務者が債務の履行を終局的・確定的に拒絶した場合に債権者の解除権が発生する制度は是認できるので、その方向で検討すべきである。(兵庫県弁)
- 履行期前の履行拒絶を解除権の発生原因とすることに賛成する。ただし、債務者の拒絶が、終局的・確定的なものであるか否かについての判断が明確になるよう検討すべきである。債務者が任意に履行する可能性がないにも拘わらず、解除を認めず、債権者を契約関係に拘束する意味はない。しかし、債務者の真意を確認する必要がある。(広島弁)
- 履行期前の履行拒絶を解除権の成立要件の一つとすることにつき、賛成する。分かりやすい民法の実現に資するものである。(札幌弁)
- 履行期前に終局的・確定的な履行拒絶があった場合、相手方の解除を認めるべきである。
 - (1) 履行期前であっても、債務の履行が受けられないことが確定的であれば、当該契約の拘束力から解放できることを認めるべきである。なぜなら、企業間取

引においては、ある一定の期限までに一定の目的を成し遂げることが求められていることが多く、履行期に給付が得られないことが終局的・確定的に判明している場合には、次の代替手段の検討・実施するというような迅速な対応が必要となるからである。その際、当該契約を解消できるかどうか不明であったり、契約解消につき相手方と揉めたりすると、次の行動に出ることにつき躊躇せざるを得ず、迅速性を欠き、実務上の支障が出る。また、履行期において相手方に債務不履行が発生しなければ解除できないと解するのは、企業間取引の迅速性を損なうため、ナンセンスであると考えられる。

(2) 従来の規定（履行遅滞・履行不能）の解釈により履行拒絶の場合も解除できると考えることも可能だが、明文の規定を置くことにより、解除の可否の判断が双方当事者にとって明確となり、交渉の際の助けとなると思われる。

(3) 手続要件として催告手続を要求するかという点に関しては、履行期前の履行拒絶であればそもそも履行期ではないので、通常どおりの催告手続を要求する必要はないと考えるが、被解除者に対する不意打ちを避ける観点から、解除者に対し履行拒絶の終局性・確定性につき何らかの立証が要求されるべきと考える。（法友会）

○ 履行拒絶をされた際に契約関係を早期に解消できることは実務上も有益と考えるため、履行期前の履行拒絶を解除権の発生原因とすることに賛成である。一方当事者が「終局的・確定的な履行拒絶があった」と一方的に主張して契約を解除し、他方当事者が不利益を被る事態が発生しないよう、何をして「終局的・確定的」な履行拒絶とするのか、条文上明確にすべきである。（三菱電機）

○ 現行法制の問題点として、履行期前の履行拒絶があった場合に解除及び填補賠償の請求ができないという現行法制は、履行期まで両当事者を契約に拘束させる不合理なものであり、経済社会情勢の変動に柔軟に対応して双方の損害を最小化しようとする取引の実態ともあわない。

履行期前に履行拒絶があった場合には、解除及び填補賠償を請求できるものとすることに賛成である。履行の拒絶を受けた債権者は、すみやかに解除・填補賠償に移り、双方の損害を最小化すべきである。

今後の検討課題として、契約の条件の変更を求める旨の申し入れが、履行の確定的な拒絶と受け取られ、解除・填補賠償を請求されるのは、条件変更の交渉を困難にさせるおそれがあるため、確定的な拒絶意思を確認するための催告などの手続を検討すべきである。（産業組織課）

○ 債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶した場合には、契約を維持すべき要請はないため解除権の発生原因の一つとすることに賛成である。なお、催告解除とするか無催告解除とするかのいずれにおいても、履行期前に

債務の履行を終局的・確定的に拒絶した債務者の態度その他事情を、その解除場面において規範的に判断すれば足りるものであると考える。(大阪弁)

- 履行期前であっても拒絶の意思が明確な場合には、解除を認めるべきであり、明文化することでよい。ただし、催告を要件とするべきである。

明確な履行拒絶があった場合にまで、債務者を契約の拘束力下においておく必要はない。また、上記の催告解除を原則とする債務不履行解除の建て付けからは、履行期前の解除権は規定がなければ発生しないとも思われ、明文があった方がよい。

また、法的に履行は可能なのであり、催告的なものは必要とするべき。催告はさしたる手間でもなく、解除をしようとする者に一定の期間を待たせることも不当ではない。(堂島有志)

- 解除の要件として、履行拒絶が重大な契約の不履行に匹敵するものか、催告を必要とするものかについての検討が必要であると考えられる。実務家からは、催告を要件とする方が、運用上穏当であるとの意見が多かった。(北海学園大民研)

- 債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶したこと(履行期前の履行拒絶)を解除権の成立要件の一つとすることについては、特に異論はない。

もっとも、履行期前の解除を認めるという効果の重大さに照らせば、「終局的・確定的に拒絶」との要件は慎重に認定すべきであり、かかる見地からは、具体的な要件に関しては催告の要否を検討すべきと考える。(二弁)

- 履行期前の履行拒絶を解除原因とすることに賛成である。履行期前に履行拒絶した場合、債権者の代替取引の必要性があり、これを解除原因とすべきである。

〔改正提案〕

履行期前においても、当事者の一方につき、次の事由があり、そのために契約をした目的を達成することができないことが明らかであるときは、相手方は、契約の解除をすることができる。

- ① 債務を履行することができないとき

- ② 真意かつ終局的に、債務の履行を明確に拒絶したとき(弁護士)

- 解除と損害賠償を切り離すのであれば、履行期における履行が期待できないことが判明した時点で、取引からの離脱の余地を認めてよい。(大学教員)

- 履行期前の履行拒絶を解除権の発生原因として明文化することに賛成する。

履行期前であっても拒絶の意思が明確な場合には、必ずしも履行期まで拘束しておく必要はないからである。(弁護士)

- 履行期前の確定的な履行拒絶が一般要件の下で解除権発生を根拠づける場合があると解することは正当であるが、それが常に解除原因となるという趣旨なのか、解除原因となりうるとする趣旨なのかを明らかにする必要がある。また、前者であるとする、それは一種の注意的規定なのか、あるいは（重大な不履行を統一要件とした場合に）、重大な不履行があるものとみなすという趣旨なのか。この場合だけをとくに具体的に規定するのか、あるいは履行遅滞や履行不能についても、例示するのか、規定の仕方を含めて検討が必要である。

また、受領義務の考え方にもよるが、履行期前の確定的な受領拒絶も解除原因となるかどうか、検討の必要があるのではないか。（大学教員）

- 履行拒絶を解除権成立の要件の一つとして規定することについては、慎重に検討すべきである。終局的・確定的に債務の履行を拒絶したか否かの判断が難しく、規定することによる混乱が生じる危険がある。（東弁）
- 情報システムの開発委託契約等では、注文者側による業務要件の提示が不十分である場合など、注文者側の事情で履行を停止せざるを得ない場合があるが、この場合に履行拒絶と扱われることは請負人の本意ではない場合がある。また、注文者側の業務要件が曖昧なまま契約が締結され、業務遂行過程で次第に業務要件が明らかになってみると、請負人からは、当初の契約内容に含まれる報酬及び期限での履行は不可能であることを注文主に告げざるを得ない場合も多い。このような事実を単に告げただけで、それをもって終局的かつ確定的な履行拒絶と受け止められ、注文者からの契約解除が行われると、請負人にとっては不当に不利益を被ることが懸念される。（情サ産協）
- 履行期前に債務の履行の終局的・確定的拒絶がなされた場合において、契約解除が可能である事例が存在することに異論はないが、この考え方を明文化する必要はない。（福岡弁）
- 債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶したことを解除権の発生原因の一つとしその要件を定立することについて、その検討は慎重にすべきである。

債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶した場合について、解除を認める裁判例があり、実質的にもこれを認めるのが公平と言える場面も考えられるが、「債務の履行を終局的・確定的に拒絶した」と判断されるのは極めて限定的であると考えられるし、当該解除権を明文で認めるとその濫用の危険等により実務が混乱するおそれがある。（法友全期）
- 履行期前の履行拒絶制度については、「終局的・確定的」な拒絶という語が多義的であり、適用の有無に疑義が生じ、紛争が惹起される可能性があることを懸念する意見が多かった。

なお、履行期前に履行拒絶があった場合には、解除できるとすべきとする意見がある一方で、明文化の必要性や履行拒絶の具体的内容についてはなお十分に検討すべきであるとの意見があった。(最高裁)

- 履行拒絶による解除権の発生要件として、催告や履行拒絶している債務の重要性を要件とすることを検討すべきである。

終局的・確定的に債務の履行を拒絶したか否かを判断することは困難であることが多い。特に一般消費者の場合、常に契約を意識して行動しているわけではなく、必ずしも法的知識が十分とはいえないことから、契約締結後、一定の事情から必ずしも確定的な意思のないまま債務の履行を躊躇するような行動をすることもあることから、これをもって、直ちに事業者からの解除が許されることとなると不測の不利益を被るおそれがある。

また、履行拒絶している債務の当該契約における重要性にかかわらず、一律に解除が可能とすることは、本来の意思に著しく反する結果がもたらさせる危険性がある。

したがって、再考の機会を与える催告という手続を必要とするとともに、履行拒絶している債務の重要性を要件として明示することなどにより、不測の不利益が生じないようにすべきである。(日弁連消費者委有志)

- 債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶したこと(履行期前の履行拒絶)を解除権の成立要件の一つとすることについて、反対する。

履行期前の解除を認めるという効果の重大さに照らせば、「終局的・確定的に拒絶」との要件は慎重に認定すべきであり、かかる見地からは、具体的な要件に関しては催告の要否を検討すべきである。そうだとすれば、催告解除により解除することと実質的に差異がなく、規定を設ける実益がない。(愛知県弁)

- 履行拒絶時は「不安の抗弁」を認めれば足りる。債務者が気が変わることもあり得、その場合には履行期経過までは履行を認めた方が紛争の私的解決に資するため、債務不履行として扱うべきでない。(親和会)
- 催告しても意味がない場合に直ちに解除できるかを「契約の重大な不履行」に当たるか否かの解釈によるのではなく、従来の解釈論で十分解決できる。かりに、「契約の重要な不履行」という要件を設けるのであれば、翻意の可能性や「契約の重大な不履行」に当たるか否かがはっきりしない場合に備えて催告解除も残しておくべきである。(日大民研・商研)
- 導入に反対。契約の拘束力に反する。(弁護士)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

(4) 債務不履行解除の包括的規定の要否

前記(1)から(3)までのように債務不履行解除の要件の具体化・明確化を図ることとした場合であっても、「債務を履行しない場合」(民法第541条)という包括的な要件は維持するものとしてはどうか。

【部会資料5-2第3, 2(5) [76頁]】

【意見】

- 特に反対しない。包括的規定を維持することについて反対する理由はない。(兵庫県弁)
- 賛成である。包括的要件がなければ、解除原因のすべてを網羅できない。(東弁)
- 「債務を履行しない場合」(民法第541条)という包括的な要件は維持するという考え方に賛成である。現行法に変更を加える必要性は認められない。(愛知県弁)
- 解除の要件の具体化・明確化を図ることとした場合であっても、「債務を履行しない場合」(民法第541条)という包括的要件を維持すべきである。
債務不履行の態様について必ずしも明確に分類できない場合もあり、包括的要件を維持することは必要である。
また、実務上也広く定着している要件であり、主張立証責任原理である公平の観点からも、これを要件事実として、債務者に履行につき出張立証責任があると認めていることに鑑みても、提案のとおり要件は維持すべきである。(日司連)
- 債務を履行しない場合という包括的な要件を維持することに賛成である。債務を履行しない態様には様々なものがあり、また解除権発生の要件も複数あるとしても、債務を履行しない場合という前提にたっているという枠組みを変える必要はない。(広島弁)
- 賛成する。不測の事態に備えるために、包括的な規定を設けることが適切と思料する。(札幌弁)
- 債務者が債務を履行しない場合には、債権者は催告して契約を解除することができる、という考え方を明文化すべきである。(福岡弁)
- 現実の不履行の態様は多種多様であり、いずれかの態様への分類が困難なケースが発生することも想定されるため、包括的規定を維持することに賛成である。(三菱電機)
- 「債務を履行しない場合」(民法第541条)という包括的要件を維持することについて、賛成する。
履行遅滞と履行不能という分類を原則としてそれぞれ債務不履行解除の要件

の具体化・明確化を図り、不完全履行についても追完可能性によりそれぞれに準じるものとしても、なお、いずれにも分類できない態様の債務不履行が考えられるところ、このような債務不履行も適用できる包括的要件を定立しておく必要がある。現行法は「債務を履行しない場合」を定立しているところ、その表現は端的で分かり易く、また、この要件を変更する理由もない。(法友全期)

- 民法第541条のような包括的規定を設ける方向で検討することに賛成である。(なお、特定の不履行態様にのみ妥当する準則が認められるときには、それぞれの局面で特定の不履行態様に妥当する下位準則を立て、それに従った処理を行うことを否定するものではない。)
- (1) 企業実務において考えられる不履行態様は多種多様なものがあり、すべての不履行態様を包摂するのは困難である(例えば、履行拒絶事例)。
- (2) 物の引渡し以外の債務者の行為を目的とする債務の不完全履行については、履行遅滞か履行不能に二者択一的に分類することが困難な場合が少なくない。(法友会)
- 包括的規定は必要である。履行不能、履行遅滞という分類をしない立場から、包括的規定は必要である。(堂島有志)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 包括的要件を維持することに賛成である。
包括的要件を改正すべき特段の必要は認められない。(大阪弁)
- 「債務を履行しない場合」(民法第541条)という包括的な要件は維持するという考え方に賛成である。(二弁)
- 「債務を履行しない場合」という包括的な要件は維持すべきである。現行法の規定を変更すべき理由(立法事実)はない。(横浜弁)
- 現状、包括的規定の存在による具体的な問題は発生していないため、現状を維持すべきである。(親和会)
- 第541条に相当する包括規定の維持には賛成である。(広大有志)
- 「債務を履行しない場合」という包括的な要件の設定は、債務不履行に関するいわゆる三分類説の区別を考えないものであり、このように統一しても要件に関し実質的には従来の三分類説のそれを考えることになる。催告解除を残すのであれば包括的な規定にしても大きな問題は生じないが、遅滞・不完全履行の場合の債務者の追完利益の保障をどう考えるか問題が残る。「契約の重大な不履行」という要件の機能が大きくなりすぎるので、要件の明確化を図るという意味で従来の三分類説を維持すべきである。(日大民研・商研)
- 「債務を履行しない場合」(民法第541条)という包括的な要件は維持するという考え方に賛成である。現行法に変更を加える必要性(立法事実)は認めら

れない。(日弁連)

- 賛成である。不履行の態様に対応した規定が存在しないという事態を回避できる。(仙台弁)
- 状況の異なる場合につき、安易に用語を統一して統合するかのようにならないように留意する必要があると思う。(弁護士)
- 現行規定をできるだけ維持すべき。(弁護士)
- 「債務を履行しない場合」という包括的な要件を維持すべきである。(大学教員)
- 包括的な要件を維持することは適切であると考えているが、個別的な不履行の類型を掲げるかどうか、また、どういう趣旨で掲げるかについて検討の必要がある。(大学教員)
- 「債務を履行しない場合」(民法第541条)という包括的な要件は維持すべきである。(弁護士)
- 基本的には賛成だが、履行期前の履行拒絶による解除と整合的になるように工夫が必要。(大学教員)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

2 「債務者の責めに帰することができない事由」の要否(民法第543条)

解除は不履行をした債務者への制裁ではなく、その相手方を契約の拘束力から解放することを目的とする制度であると理解すべきであり、また、裁判例においても帰責事由という要件は重要な機能を営んでいないなどとして、解除の要件としての債務者の帰責事由を不要とする考え方がある。このような考え方については、これに理解を示す意見があった一方、現行法との連続性を確保することの意義、危険負担制度を維持する必要性、債務者が解除に伴う不利益を甘受すべき事情を考慮できる要件設定の必要性等の観点から否定的な意見があった。そこで、これらの意見を踏まえて、上記の考え方の当否について、催告解除及び無催告解除の要件となる不履行態様等の見直しに関する議論(前記1(1))との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第3, 3 [77頁]】

【意見】

- 催告解除を原則とするとの前提のもとで、解除に帰責事由を不要とすることに賛成する。(兵庫県弁)
- 解除の要件としての債務者の帰責事由を不要とする方向で検討すべきである。実務において、契約の解除に際して帰責事由の有無が争点となるケースは多く

なく、むしろその不履行の内容が問題となることが多いこと、解除の効果が原則として、原状回復に限られていることに鑑みると、解除は不履行をした債務者への制裁ではなく、その相手方を契約の拘束力から解放することを目的とする制度であると解されることからすれば、帰責事由については不要とする方向で検討すべきである。

なお、この場合、解除と危険負担の要件の重複が懸念されるが、両者については別の機能があるから、危険負担制度を維持するか否かについては別に検討すべきである。(日司連)

- 既に債務不履行の段階で帰責事由が考慮され、危険負担との一本化が望ましいため、解除で改めて要件とする必要はないと考える。(広大有志)
- 解除の要件としての債務者の帰責事由を不要とする考え方につき、賛成する。解除は契約の拘束力から開放することを目的とする制度であるため、これを不要とすべきである。(札幌弁)
- 債務者の帰責性を解除の独立の要件として要求することには消極であり、解除要件の規範的判断の要素として、これを取り入れるべきである。

解除要件が規範的要件であるにもかかわらず、常に債務者の帰責性を独立の要件として要求することは、結果妥当性のある柔軟な解決を導くことを阻害することとなるという懸念があると考えられ、債務者の帰責性は解除要件該当性の一判断要素(判断因子)として、勘案することで柔軟な解決を図るべきである。(大阪弁)

- 債務者に帰責事由がなくても契約解除が可能であるという考え方を明文化すべきである。

ただし、債務者に帰責事由なく、履行遅滞又は追完可能な不完全履行となった場合で、履行又は追完が遅れることによって債権者が被る損害がわずかであるのに対して、契約解除によって債務者が重大な損失を被るときは、債務者による履行又は追完が可能な期間を催告期間として確保したうえでなければ、契約解除できない、という考え方についても明文化すべきである。

契約の解除は、債務者の債務不履行に遭遇した債権者を契約の拘束から解放するための制度であり、そもそも、契約の解除に際して、債務者に帰責事由は不要と考えるべきである。

また、判例において、債務者に帰責事由なしと判断された事例は極めて少ない。すなわち、ほとんどの事例において債務者に帰責事由ありと認定されている。

したがって、上記意見のような考え方をとって、実務に影響はないと思われる。

そこで、問題となるのは、催告期間内に履行はできないが、少し過ぎれば履行

が可能という場合である。例えば、建物の建築を請け負った請負人が建物を半分程度完成した時点で、不可抗力により建物が滅失したため履行期には間に合わないが、突貫工事でやれば1ヶ月程度の遅れで完成するような場合、基本契約を締結して、大手企業に商品の供給をしていた零細企業が、不可抗力により商品の製造ができずに履行日に間に合わなかったが、努力すれば数日遅れで納品できるような場合である。

このような場合に、債権者において履行が遅れることによる不利益がわずかであるのに対して、帰責事由なく、債務不履行となってしまうことによって契約が解除され、大きな不利益を被る債務者を保護するため、長めの催告期間を認める制度とすべきである。

判例の中には、一見履行不能であるかに見える事案についても、履行遅滞であるとして、解除を否定し、債務者を救済するものが散見されるのも同趣旨であろう。(福岡弁)

- 債務者の帰責事由を要件から外す場合も、危険負担を考慮した公平性及び債務者が解除に伴う不利益を甘受すべき事情を考慮するのが妥当であると考え。

不動産賃貸借契約では、テナントが付随義務違反を重複し、または度重ねることで信頼関係が破壊され解除が許容される場合もあることから、単に「付随義務違反などの軽微な義務違反の場合は解除できない」とすべきでなく、慎重な検討をお願いしたい。(不動協)

- 解除の主観的要件について、債務者の帰責事由を不要とする考え方に原則的には賛成であるが、安易に解除の要件が具備されてしまうことのないよう、解除の客観的要件について検討すべきである。

実務上、債務不履行が生じた場合に、故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由の有無といったことを特に問題視することはなく、債務が履行されていないという事実のみで解除権が行使されている。

ただし、あまりにも些細な債務不履行で解除されてしまうというのでは、せっかく結んだ契約を無駄にすることになりかねないという懸念もある。

解除について、債務を履行できなかった者に対する制裁ではなく、客観的な要件としての、契約当事者間のリスク配分の問題と割り切るのであれば、制度として主観的要件である「債務者の責めに帰することができない事由」の要件はなくてもかまわないが、全体として安易に解除の要件が具備されてしまうことのないよう適切なバランスを検討すべきである。

なお、企業間取引の契約書において、不可抗力事態が発生し契約の履行が遅滞する事態となった場合においても、一定期間が経過するまでは契約の解除ができない旨を定めることが多く、不可抗力事態発生による解除が解除制度の中に含ま

れる場合には、このような実情も踏まえ、解除の要件について検討すべきである。
(法友会)

- 解除の要件として帰責事由は不要である。

解除は債務者に対する制裁ではなく、契約の拘束力から離脱させることを目的とした制度であると解すべき。

危険負担を存置すべきかどうかの問題は別にして、債務者の帰責事由の有無によって、危険負担と棲み分けるという整理にも合理性があるとは思われない。

債権者の側にたってみると、債務不履行があった場合に契約の拘束力から離脱したいと考えた場合に、債務不履行について債務者に帰責性があるか否かは関係なく、自己の債権が履行されない以上、解除によって債務を免れたいという債権者の期待を保護する必要性は高い。

債務者にとっても、帰責事由がなければ損害賠償責任は負わないといえ、不都合の程度が大きいとまではいえない。(堂島有志)

- 「債務者の責めに帰すことができない事由」を要件とすべきでない。

帰責事由は原理的にも要求されるものではなく、実務的にも利害調整を果たす要件として機能していない。(弁護士)

- 不要。(会社員)

- 改定すべき理由があるとは思えない。法律の文言に合致しない「理解」にもとづいて、法律を無視したり、改定すべきではないと考える。(個人)

- 債務者に不利益を与えない要件設定は必要だが、基本的には、帰責事由は不要と考える。(大学教員)

- 今日有力になっている考え方に従い、契約解除については、債務者の帰責事由を要件とする必要はないとすることが適切であると考え。(大学教員)

- デフォルト・ルールとしては、どちらもありうると考えるが、契約の拘束力からの解放という観点からは、帰責事由はなくてもよいと考える。ただし、帰責事由のない場合の相手方に過酷となる場合がありうるとも考えられるので、その点には配慮は必要のように思う。(弁護士)

- 解除の要件として、債務者に「責めに帰すべき事由があること」を要求することに賛成する。

確かに、解除は、当事者間の「契約関係の解消」を主たる目的とする制度であって「制裁」を主たる目的とはしていない。しかし、まず解除自体が「契約の拘束力」という大原則に対する例外であって、解除の要件をできる限り限定するのが妥当である。

のみならず、解除によって債務者が重大な不利益を受けることから、債務者に

かかる不利益を甘受すべき事情として「責めに帰すべき事由がある」ことを要求するのが妥当であると思料する。(東弁)

- 解除の要件としての債務者の帰責事由は必要である。

解除を、契約からの解放を目的とする制度と捉え、「重大な不履行」があった場合に解除を認めるべきであるとの考え方は、現行法の危険負担制度と解除制度の双方をカバーする制度として解除制度を用いようとして考えている。

しかし、現行法は、債務者に帰責事由なく履行不能となった場合に反対債務が自然消滅する規律を採用する危険負担と、債務者に帰責事由がある場合に債権者に填補賠償請求をするか契約を解除するか否かの選択権を与える解除とを棲み分けるといって制度設計を採用しており、かかる制度設計はわかりやすい。

裁判実務上、債務者の帰責事由とは、主観的な意味での過失責任主義の要件ではなく、債務者の支配可能性がある領域内で生じた不履行かどうかという客観的な要件である。これは、過失が主観要件であったとしても、事実認定にあたっては、客観的、ないし外在的事実から認定せざるを得ない事からむしろ当然の帰結である。それゆえ、結果発生についての「支配可能性」の有無の要件である帰責事由を「不可抗力」とよぶか「契約によって引き受けた事由」「重大な不履行」というかは、言葉の問題にすぎないともいえる。しかしながら、「不可抗力」とよぶか「契約によって引き受けた事由」「重大な不履行」といった言葉の曖昧さ、多義性があることは否定できない。

以上の点から、現行法の枠組みを変更する必要性と意義は乏しく、解除に帰責事由を必要とすることは維持されるべきであると考えられる。(愛知県弁)

- 解除の要件として、「債務者の帰責事由」を不要とすることには賛成できない。

債務者に帰責性がない場合でも、債務が履行されない状態について、債権者は契約関係から解放されるのか、その場合、相互の債権債務はどうなるかなど、何らかの法的解決手続は必要である。しかし、この場合は、危険負担など別の制度による規律によるべきで、債務不履行解除の制度としては、現行法の法体系を維持すべきである。(広島弁)

- 不可抗力の場合に債務の自動消滅を認める危険負担類似の制度は、解除とは利用目的が異なると思われ別にあつた方がよいとする立場から、「債務者の責に帰することができない事由」という言葉が適切かはともかく、債務不履行解除の要件に絞りをかけ、不可抗力免責等の場合は契約解除の対象としない(債務が自動消滅する)とするのが実務感覚に合致するのではないかという意見があった。なお、危険負担(類似の)制度の要否については意見がわかれた。(国際取引有志)

- 改正提案では、解除の要件として債務者の帰責事由が必要とされていない。

たしかに裁判上債務者の帰責事由が重要視されているといえないが、実際の実務では解除の要件として帰責事由の要否が一つのメルクマールとて役割を果たしているとの実務家からの意見もあるので、帰責事由を不要とする理由をさらに検討してはどうかと考えられる。(北海学園大民研)

- 解除の要件として「債務者の責めに帰することができない事由」を採用する方向で検討すべきである。

解除について、債務不履行による損害賠償請求などとは異なり債務者に対する制裁ではなく契約の拘束からの解放という意義で捉えたと、その理論的帰結として帰責事由を不要とする考え方が導き易くなるし、実際の裁判例において帰責事由の要件は機能していないという指摘もある。しかし、非難可能性のない債務者から契約利益を奪うことは公平性を欠くと言え、その意味では解除についても制裁的意味合いを否定できない。また、裁判例を見ても、帰責事由の要件を完全に排除しているとは言い切れないものがある(最判昭和57・7・1判タ477号88頁)。定立した要件では処理できない解除の不当性を仕切る要件として、帰責事由を残す意義は認められ、具体的には、責めに帰することを端的に表現した現行法の「債務者の責めに帰することができない事由」を採用する方向で検討すべきである。(法友全期)

- 解除の要件として「債務者の責めに帰すことのできない事由」を必要とし、また、解除と危険負担とを併存させることに賛成である。ある債務が債務者の責めに帰すべからざる事由によって履行不能となった場合に、反対債務の債務者が解除の意思表示を要するとするのは、過度の負担となる。例えば、労働契約のように継続的給付を内容とする契約において、震災などによる休業のように一定期間の給付の提供ができなくなった場合に、相手方が解除によってしか債務(賃金支払義務)を免れないというのは、現実的でない(ビルメンテナンス契約等も同様)。したがって、危険負担制度は、解除制度と併存させて維持すべきである。(一弁)

- 次のように、債務不履行の従来的一般原則との整合性を損ない、実務に甚大な混乱を及ぼすおそれがあるとの観点から、現行の枠組みどおり帰責事由を必要とするのが相当であるという意見が大勢を占めた。

従来は、「履行不能」については民法543条ただし書により帰責事由が解除権の成立要件と解され、「履行遅滞」についても同様に解してきた。これに対し、帰責事由を不要とする提案によれば、債務者側の事情を一切考慮できなくなる可能性があるが、事案によっては債務者側の事情を考慮しなければ適正妥当な解決が害される場合もあり得ると考える。

また、解除はできるが損害賠償はできないという場合が生じることが考えられ、

従前と異なる結論になる事態がありうるが、実務上混乱が生じるおそれが懸念される。(最高裁)

- 解除の要件としての債務者の帰責事由を不要とする考え方に反対である。

現行法の法体系を変更すべき立法事実は認められない。

解除は、債務者に重大な不利益を与える制度であるから、債務者が解除に伴う不利益を甘受すべき事情を考慮する必要があるところ、その考慮において、帰責性の要件が一定の役割を果たしているというべきである。この点、裁判例において帰責事由という要件が重要な機能を果たしていないという指摘があるが、債務者に帰責事由がないとして解除を否定したケースは皆無ではなく、要件として機能していないと言い切ってよいか疑問である。また、債務者が解除に伴う不利益を甘受すべき事情を考慮できる要件として、「重大な不履行」といった要件を設ける考えが示されているが、反対である。

危険負担制度を維持すべきであるところ、危険負担との棲み分けの観点において解除に帰責事由を必要とする現行法の規律は意義があるというべきである。すなわち、現行法は、債務者の帰責性の有無を基準として、債権者の解除の意思表示により反対債務を消滅させる解除制度と、当然に反対債務が消滅する危険負担制度を棲み分けるという制度設計を採用しているが、かかる制度設計はわかりやすく、特段不都合な点は認められない。

この点、解除の要件として債務者の帰責事由を不要とした上で、解除制度と危険負担制度を併存させる考え方もあるが、制度を複雑化させる一方で、メリットは乏しいと思われ、賛成することはできない。

解除が不履行をした債務者への制裁ではなく、その相手方を契約の拘束力から解放することを目的とする制度であると理解するとしても、そのことから直ちに解除に帰責事由が不要とする結論を導くべき必然性はない。(二弁)

- 解除の要件としての「債務者の責めに帰することができない事由」は必要である。

契約解除という局面を正確に捉えるためには、債権者を契約による拘束から解放するという側面とともに、契約を解除される債務者に不利益を強いるという側面の両者から利益調整しなければならない。

かような問題意識は、「解除の可否において不履行の程度を問題とする場合、その判断に際して不履行後の債務者の対応等を考慮することができるものか」という論点、「解除が債務者に不利益をもたらす得ることに鑑みて、解除の要件設定においては、債務者にそのような不利益を甘受すべき事情があるか否かを考慮できるようにすべきか」という論点にも現れている。

すなわち、契約解除において帰責事由を不要としても、上記の問題意識が残存

するために、新たな論点として上記の論点を設定することになる。

そうだとすれば、現行法下においてかような利益調整を図るための要件として存在していた債務者の帰責事由という判断要素を存置することが、現行法との連続性という観点からしても素直である。

損害賠償における帰責事由の要否の問題と統一的に考えるべきである。(横浜弁)

- 従来通説は解除に帰責事由を要するとするが、裁判例は、不可抗力の事案でも解除を認めている。もっとも、取引の実務では、帰責事由の有無を意識せず解除しており、帰責事由がない場合に解除できるか否かはただちには問題となっていない。

問題とすべき取引の実態がなく、制度変更のベネフィットとコストの比較ができないので、判断を留保する。

債務者に帰責事由のない履行不能を、危険負担による処理ではなく、解除に一元化することのベネフィット(例えば、全部滅失の場合にあえて解除せずに反対債務を生かしておいて代償請求したり、一部損傷の場合に代金当然減額だけでなく修補請求等の別のオプションも選択できる)が、債権者に新たに解除の意思表示をさせることのコストを上回るものであることを明らかにして、制度変更について国民の理解が得られるようにすべきである。(産業組織課)

- 解除権は権利の性質(行使するか否か権利者が選択できる)を有することから、権利付与の根拠として相手方の帰責性を要件とすべきである。不可抗力による履行遅滞の場合、債務者の契約存続に対する期待と債権者の契約からの解放に対する期待のいずれを重視すべきかが結論の差異につながるものと考えられるが、債権者の期待を重視するのは商取引法の発想であり(商法525条(定期行為の履行遅滞による当然解除)参照)、これを安易に民法の世界にまで拡張すべきでない。従前どおり、不可抗力による履行遅滞の場合は解除権は発生せず(ただし履行遅滞ではなく履行不能に至った場合は危険負担の規定により自動的に契約消滅と同様の効果が生じる)、債務者の責めに帰すべき事由による債務不履行の場合は債権者に解除権が生じる(=債権者は契約を消滅させるかさせないか選択権が生じる)、という区分があった方が、債務者の責任が明確化する点からも良い。(親和会)

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

- 解除の要件としての債務者の帰責事由を不要とする考え方には反対意見が強い。

現行法と同様に解除の要件として債務者の帰責事由を維持すべきである。現行法の法体系を変更すべき立法事実は認められない。解除は、債務者に重大な不利益を与える制度であるから、債務者が解除に伴う不利益を甘受すべき事情を考慮する必要があるところ、その考慮において、帰責性の要件が一定の役割を果たしているというべきである。この点、裁判例において帰責事由という要件が重要な機能を果たしていないという指摘があるが、最高裁レベルでも債務者に帰責事由がないとして解除を否定したケースは皆無ではなく、要件として機能していないと言い切ってしまうか疑問である。また、債務者が解除に伴う不利益を甘受すべき事情を考慮できる要件として、「重大な不履行」といった要件を設ける考えが示されているが、反対である。

中間的な論点整理の第6（危険負担）で述べるように危険負担制度を維持すべきであるところ、危険負担との棲み分けの観点において解除に帰責事由を必要とする現行法の規律は意義があるというべきである。すなわち、現行法は、【債務者の帰責性の有無を基準として、債権者の解除の意思表示により反対債務を消滅させる解除制度と、当然に反対債務が消滅する危険負担制度を棲み分けるという制度設計】を採用しているが、かかる制度設計は分かりやすく、特段不都合な点は認められない。この点、解除の要件として債務者の帰責事由を不要とした上で、解除制度と危険負担制度を併存させる考え方もあるが、制度を複雑化させる一方で、メリットは乏しいと思われ、賛成することはできない。

解除が不履行をした債務者への制裁ではなく、その相手方を契約の拘束力から解放することを目的とする制度であると理解するとしても、そのことから直ちに解除に帰責事由が不要とする結論を導くべき必然性はない。（日弁連）

- 解除の要件において、債務者の「帰責性」を要求する見解に賛成である。

解除は、「契約関係解消を主たる目的とする制度」であるが、契約の拘束力を最大限に維持するという立場及び債務者に重大な不利益を与えるという観点からは、立法政策として債務者に本旨債務の不履行があるだけではなく、更に「責めに帰すべき事由」がある場合に限り解除できるとすべきである。（仙台弁）

- 解除について過失の有無が実質的に問題とされた裁判例は基本的にないが、「債務者の責めに帰することができない事由」（帰責事由）という要件を維持すべきである。

債務者は帰責事由があるからこそ解除に伴う不利益を甘受できるのであり、帰責事由には紛争予防機能があるという点を評価すべきである。

危険負担制度を維持すべきである解除における帰責事由を維持すべきである

現行法との連続性を重視する観点から制度自体を大きく変えることに反対する。
(弁護士)

- 解除につき債務者の帰責性を要件とする必要は無いと考えるが、危険負担制度を維持すべきだとする立場から、履行不能による解除については、例外的に帰責事由の存在を要件とすべきである。(大学教員)
- 債務者の責めに帰すべき事由の根拠を契約の拘束力に置かならば、「債務者の責めに帰することができない事由」を維持してもよい。しかし、債務者の責めに帰すべき事由の根拠を過失責任主義に置かならば、「債務者の責めに帰することができない事由」は不要である。(大学教員)
- 現行法のままでよい。実務的な要請に基づかない単なる学問的な興味に基づく変更は、無用な混乱を招くだけであり、慎むべきである。(弁護士)
- 現行法との連続性を確保することの意義、危険負担制度を維持する必要性、債務者が解除に伴う不利益を甘受すべき事情を考慮できる要件設定の必要性等の観点から、解除の要件として債務者の帰責事由は必要という方向で検討されるべきである。(会社員)
- 現行法で差し支えない。(弁護士)

3 債務不履行解除の効果（民法第545条）

(1) 解除による履行請求権の帰すう

解除の効果の法的性質論にかかわらず、解除の基本的効果として、契約当事者は、契約の解除により、いずれも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くものとしてはどうか。

また、解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上の定め（例えば、秘密保持義務の定め等）には影響を及ぼさない旨の規定を置くことについて、検討してはどうか。

【部会資料5-2第3, 4(1) [80頁], 同(関連論点) [85頁]】

【意見】

- 前段については反対しない。後段については技術的に困難があることに留意すべきである。

前段については、当然の事理を明文化するものであり、反対しない。

後段については、「紛争処理に関する規定」とか「守秘義務に関する規定」というように何らかの条項を典型的に切り出して特別な規律を設けることには無理があり、過不足なく規律を設けることには技術的な困難がある。弊害を避けようと思えば、当たり障りのない抽象的な規定（あるいは、意思解釈の指針を

述べるにとどまる規定) にするほかない。(兵庫県弁)

- 解除の基本的効果を条文上明確にする観点から、契約当事者は、契約の解除により、いずれも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くことに賛成である。

契約の解除が、解除後に適用されるべき契約上の定めには影響を及ぼさない旨の規定を置くことについては、当事者が契約において盛り込むことに委ねるべきであるため、反対である。

なお、解除の基本的効果のみならず、「解約」の基本的効果にも触れ、「解除」と「解約の」差異を条文上明記した方が、分かりやすい民法と言う観点からも望ましいと考えるため、検討いただきたい。(三菱電機)

- 中間論点整理の前段は争いがない内容であり、これを明示することは「分かりやすい民法」に資する。後段については契約の解除が紛争処理に関する契約上の定め等に影響を及ぼさないことを注意的に規定するのも、解除の法的効果を明確にする点において意味はあると考えられる。(東弁)

- 解除の効果の法的性質論にかかわらず、解除の基本的効果として、契約当事者は、契約の解除により、いずれも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くことについて、賛成する。

解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上の定め(例えば、秘密保持義務の定め等)には影響を及ぼさない旨の規定を置くことについて、賛成する。

以上は、分かりやすい民法の実現に資すると思料する。(愛知県弁)

- 解除の効果の法的性質論に関わらず、解除の基本的効果として、契約当事者は契約の解除により、いずれも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くべきである。

また、解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上のいかなる定めにも影響を及ぼさない旨の規定を置く方向で検討すべきである。

契約解除は、国民の社会生活上の取引に密接に関連する重要な債権債務関係の規律であるので、契約解除の基本的効力については、条文上明確であることが望ましい。また、後者も、契約解除が種々の紛争処理に関する契約上の定めや、解除後に適用されるべき契約上の定めには影響を及ぼさない旨の規定を置くことは、解除後の紛争予防の観点からも、解除後の法的効果を明確にする上でも有益である。(日司連)

- 契約の解除により、いずれも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くことに賛成しない。

解除は、解除後に適用されるべき契約上の定めには影響を及ぼさない旨の規定

を置くことには賛成しない。

規定を置くまでもなく、当然のことであるし、実務においてこれらの規定がないことにおいて、混乱が生じているとも思えないから、規定を置いて条文数を多くする必要はないと考える。

分かり易い民法を目指して、当然のことまで規定することは、却って、条文数が多くなり、全体としてわかりにくくなる。また、何でも明文化していこうとすればきりが無い。(広島弁)

- いずれの規定も置くことにつき、賛成する。一般的な考え方であり、分かりやすい民法の実現に資するものである。(札幌弁)
- 解除の基本的効果として、履行の請求ができなくなる旨の明文の規定を設けるべきである。

契約条項の一部について、契約解除されたとしても効力が喪失しないものがあるという考え方に異論はないが、この考え方を明文化する必要はない。(福岡弁)

- 解除の効果が及ばない定めがある旨の規定を設けることには賛成できない。さまざまな契約のあらゆる定めについて存続か否かを規定することは現実として困難である中で、あえてそのような規定を設けることが、かえって紛争を増やす(今までは契約で定めればよかったところ、民法の規定に入っていない定めについて存続させることについて交渉する手間が増え、逆に個別の特約をしていなければ存続しないという不都合が出てきてしまう。)のではないか。(不動協)
- 解除の基本的効果として、契約当事者は、契約の解除により、いずれも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くことに賛成である。また、解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上の定めには影響を及ぼさない旨の規定を置くことにも賛成である。

解除の本体的な効力であり、条文上も明確であることが望ましい。(法友会)

- 解除の効果として履行の請求ができなくなる旨の規定をおくことには賛成である。当然のことであるし、特に問題はない。

解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上の定めには影響を及ぼさない旨の規定を置くことに反対しない。規定はなくても解釈上導き得る(規定のない現行法でもどのように扱われている)が、国民一般のわかりやすさという点では、この程度の規定は置いてもよい。(堂島有志)

- 検討することに異論はなかったが、仮に規定を置く場合には、要件効果を明確にし、他の規定との間で混乱が生じないように配慮されたいとの意見があった。(最高裁)

- 解除の効果の法的性質論にかかわらず、解除の基本的効果として、契約当事

者は、契約の解除により、いずれも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くこと、また、解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上の定め（例えば、秘密保持義務の定め等）には影響を及ぼさない旨の規定を置くことに賛成である。（大阪弁）

- 契約の解除により、いずれの当事者も履行の請求ができなくなる旨の規定を置くこと、また、解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上の定め（例えば、秘密保持義務の定め等）には影響を及ぼさない旨の規定を置くことについて、いずれも賛成である。

なお、遡及効のある解除とない解除を明確にすべきとの意見があった。（二弁）

- そもそも履行請求権の明文化について、明文化に反対ではないが、民法全体の構成における位置付けを考慮しながら検討すべきである旨の意見を述べるところであるが、仮に履行請求権を明文化したとするならば、解除の基本的効果として、契約当事者は、契約の解除により、いずれも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くことに賛成である。第2、1において述べたとおり、履行請求権の明文化にあたっては、債権編だけに詳細な規定が設けられることによる民法全体の調和について、考慮する必要がある。

もっとも、仮に履行請求権を明文化するのであれば、解除によって履行請求権がどのように帰結されるかについても明文化することが、分かりやすい民法の実現に資すると考える。

解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上の定め（例えば、秘密保持義務の定め等）には影響を及ぼさない旨の規定を置くことに賛成である。仮に解除の基本的効果として、契約当事者は、契約の解除により、いずれも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くとすれば、契約に基づく合意内容のあらゆる請求権が行使しえなくなるとの文理解釈を生む余地が出来てしまうので、上記のような規定を予め設けておくべきである。（横浜弁）

- いわば当然のこととして認められている事項についても、わかりやすい民法とするために明文化すべきである。（親和会）
- 賛成である。解除の法的効果を明確にする点において有益である。（仙台弁）
- 契約という社会実態が在ったことから、原状回復義務に変容とした上で、履行拒絶とする方が市民に分かり易く、その後の秘密保持義務なども説得的に導くことができる。（広大有志）
- 履行請求できなくなるが、直接効果説、間接効果説、折衷説のどれによるのかを明確にしておくことが望ましい。解除後は、紛争処理に関する契約上の定め、その他解除に適用されるべき契約上の定めについて影響を及ぼさない旨の規定を設けなくても解釈論によって十分対応できるが、規定を置くことに異論はない。

(日大民研・商研)

- 契約中のある規定が、当該契約の解除後に適用されるべきか否かは基本的に契約の解釈の問題であり、例えば、秘密保持義務の定めについても、契約の解除後に適用されるべきか、適用されるとしてどの程度の期間適用されるのかは、ケースバイケースである。一定の種類の規定を当然に契約解除後にも存続させることは、当事者の合理的な意思に必ずしも合致しない虞があり、妥当ではないと考えられる。(長島・大野・常松有志)

- 契約の解除により、いずれの当事者も履行の請求ができなくなる旨の規定を置くこと、また、解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上の定め(例えば、秘密保持義務の定め等)には影響を及ぼさない旨の規定を置くことについて、いずれも賛成である。

なお、遡及効のある解除とない解除を明確にすべきとの意見があった。(日弁連)

- いずれも賛成。(大学教員)

- 解除の基本的効果を規定することは適切である。

契約の効力が一定の範囲で存続することを認める規定を置く場合に、例えば担保がどうなるか、保証人の責任がどうなるか等も問題となりうるが、論点整理で示された問題に限定することがどのように正当化されるか。(大学教員)

- 解除の基本的効果として、契約当事者は、契約の解除により、いずれも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くことは、国民一般への分かりやすさに有益である。

その場合は、解除は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解除後に適用されるべき契約上のいかなる定めにも影響を及ぼさない旨の規定を置くべきではないか個人情報保護義務や秘密保持義務等については解除をしても履行を請求できると理解されているからである。(弁護士)

- 遡及的消滅の効果は単純明快であり、原則をそこに置いてむしろ例外を規定することが適当ではないか。(弁護士)

- 契約解除の効果として、契約当事者はいずれも履行の請求ができないことを明文化すべきである。また、紛争処理に関する契約上の定めや、秘密保持義務等の契約の解除後に適用される契約上の定めに影響を及ぼさない旨の規定を置くことが望ましい。前者は契約の解除が紛争そのものであり、後者は契約の存続中に知り得た秘密保持は契約解除以外の契約の終了の際に認められているので、同様に考えるべきであるからである。

契約解除の効果を規定するに際して、判例・学説のいずれを採用するのかを明らかにしなくてもよい。(大学教員)

- 不同意。どのように規定しても、類推適用を認める場合が出ると考えられるため、影響を及ぼさない範囲を個別に列挙することには意義を認めない。もっとも、抽象的な要件として規定することが可能であれば、意義があると思われる。(会社員)
- 契約の解除の効果として、将来的に履行の請求ができなくなることは当然であり、規定を置く必要はないと考える。解除の効果は原状回復であり、契約自体がさかのぼって無効になるわけではないことも明らかである。紛争処理に関する定めがどうなるのかといったことは、特約レベルのことであり、民法に規定する必要はなく、また、規定すべきではないと考える。(個人)

(2) 解除による原状回復義務の範囲（民法第545条第2項）

解除による原状回復義務に関し、金銭以外の返還義務についても果実や使用利益等を付さなければならないとする判例・学説の法理を条文に反映させる方向で、具体的な規定内容について、更に検討してはどうか。

その際、①解除が将来に向かってのみ効力を生ずる場合における原状回復義務の規定の要否、②原状回復義務の目的の価値が時間の経過により減少した場合の処理の在り方及び規定の要否、③解除原因となった不履行の態様、債務者の主観的要素、不履行が生じた経緯等に応じて原状回復義務の範囲を調整する処理の在り方及び規定の要否、④不履行の原因に対する両当事者の寄与の程度等に応じて原状回復の負担を両当事者に分配する処理を可能とする規定の要否、⑤なす債務の原状回復義務の内容及び規定の要否、⑥履行請求権の限界事由の問題（前記第2，3）等と関連して原状回復義務の限界事由についての規定の要否、⑦消費者が原状回復義務を負う場合の特則の要否といった点についても、併せて検討してはどうか。

【部会資料5-2第3，4(2) [86頁]】

【意見】

- 検討したら良い。
個々の論点について特段の意見は形成されなかったが、規律の合理化・明確化をめざして検討を加えること自体は必要有益である。(兵庫県弁)
- 判例は利息・果実・使用利益の返還について認めているので、これについて規定することに問題はないが、本研究会においては、不当利得との関係について検討する必要があるとの意見が主張された。①将来に向かってのみ効力を生じる場合の原状回復については、解釈論でも対応できるが、規定を設ける必要がある。②原状回復の目的物の価値が時間の経過により減少する場合に関して

は一般原則によって処理すべきである。③解除原因となった不履行の態様、債務者の主観的要素、不履行が生じた経緯や、④不履行の現任に対する両当事者の寄与に応じて原状回復の負担を調整することは、要件で帰責事由との関係や損害賠償で調整できないかなお検討を要する。(日大民研・商研)

- 民法第545条第2項を削除し、契約の解除に委ねるべきとの考えには反対意見が強い。解除による原状回復義務に関し、金銭以外の返還義務についても果実や使用利益等を付さなければならないとする判例・学説の法理を条文に反映させる方向で、具体的な規定内容について、更に検討すべきである。

もっとも、各論の検討にあたっては、規定が複雑になるとかえって分かりにくい民法となることにも留意すべきである。(日弁連)

- 金銭以外の返還義務について、判例で認められている果実や使用利益の返還義務を規定する方向を明示すべきである。①から⑦については、いずれも明文化には反対しない。判例法理の法文化であり「分かりやすい民法」の実現に資する。ただし、規定が複雑になりすぎると、かえってわかりにくくなる懸念がある。(仙台弁)

- 金銭以外の返還義務について、判例で認められている果実や使用利益の返還義務を規定する方向を明示すべきである。中間的な論点整理の①から⑦については、以下のとおり。

- ① 将来効のみが認められる場合には、原状回復義務が否定されることを明文化することに賛成する。

- ② 時間経過によって価値が減少する場合の規定を設けることに賛成する。③これに対し、「現行民法の545条2項を削除し、原状回復の範囲は契約の解釈に委ねるべきである」との考え方については、反対する。これでは国民にとって原状回復義務の範囲が不明確なばかりか、社会的弱者などの一方当事者に不利益な結論が押しつけられてしまう危険がある。

- ④ 不履行の原因に対する両当事者の寄与の程度を考慮する規定を置くことに賛成する。

- ⑤ なす債務の原状回復義務の規定等を設けることについても、賛成するが、「なす債務」とは何かという観点から、規定内容は慎重に検討すべきである。

- ⑥ 原状回復義務の限界事由についての規定を置くことについては、履行請求権の限界事由を踏まえて慎重に検討すべきである。

- ⑦ 消費者が原状回復義務を負う場合の特則については、消費者契約法で規定すべきである。(東弁)

- 解除による原状回復義務に関し、金銭以外の返還義務についても果実や使用利益等を付さなければならないとする判例・学説の法理を条文に反映させる方

向で、具体的な規定内容について、更に検討すべきである。

もっとも、規定が複雑になり、却って分かりにくい民法となることにも留意すべきである。

なお、解除による原状回復義務については、不当利得の規定との整合性も検討が必要と考えるが、不当利得の学説において類型化が進んでいることから、規定が複雑になるおそれがある。

整理をすることは、分かりやすい民法の実現に資すると思料する。(愛知県弁)

- 金銭以外の返還義務について果実や使用利益等を付さなければならないという判例・学説の法理を条文に反映させることに賛成。現行法第545条第2項は金銭債務についてのみ利息を付すことを定めているが、使用利益等も返還すべきことは大審院以来の判例であり、これについても明文化するということがバランスがよい。

その余については解釈に委ねるということでよい。その他については現時点でコンセンサスが得られるともいえず、規定がないことで大きな不都合が生じているということでもないのであれば、今後の解釈に委ねるということでよい。(堂島有志)

- 金銭以外の返還義務についても果実や使用利益等を付さなければならないとする判例法理を反映させる方向で検討することには賛成。

ただし、あまりに煩雑な規定となる場合には、ある程度包括的な規定とし、解釈や判例の蓄積に委ねるべきである。

金銭以外にも果実・使用利益を付さねばならないケースのあることは肯定できる。しかし、解除に至ったとはいえ、解除までに相当期間が経過しているケースや解除の原因によっては、原状回復を厳格に求めることは酷であったり、公平とはいえないこともありうるから、①～⑦を考慮して慎重な検討をすべきである。

考慮の要素が多く、網羅的に規定することが困難であり、煩雑な規定となる場合は、却って、わかりにくくなるので、包括的な規定となることもやむを得ない。

(広島弁)

- 解除による原状回復義務に関し、金銭以外の返還義務についても果実や使用利益等を付さなければならないとする判例・学説の法理を条文に反映させることに賛成である。その際には、上記指摘の各論点に十分留意して慎重に検討すべきである。(大阪弁)
- 解除による原状回復義務に関し、金銭以外の返還義務についても果実や使用利益等を付さなければならないとする判例・学説の法理を条文に反映させる方向に異論はない。

もっとも、各論の検討にあたっては、規定が複雑になると却って分かりにく

い民法となることにも留意すべきである。(二弁)

- 解除による原状回復義務に関し、金銭以外の返還義務についても果実や使用利益等を付さなければならないとする判例・学説の法理を条文に反映させることに賛成である。

解除が将来に向かってのみ効力を生ずる場合における原状回復義務について規定を設けることに賛成である。

原状回復義務の目的の価値が時間の経過により減少した場合の処理について原状回復義務の範囲の問題として処理すべきであり、規定は直ちには必要ではないと考える。契約が解除されて原状回復義務が発生した時点において、目的の価値が時間の経過によって減少していることは、どのような場合でも通常起こることが想定されることであって、目的物滅失・損傷の場合という例外的事例と同列に議論することは難しいと思われる。

したがって、仮にここで論じられている経年劣化による減価部分を考慮するのであれば、原状回復義務の範囲内において議論されるべきである。また、経年劣化による減価部分というのは、使用利益という概念と重なる部分が大いのではないと思われる。このような観点から、さらに慎重に議論した上で、解釈論に委ねるか立法化を目指すのかを決すべきである。

解除原因となった不履行の態様、債務者の主観的要素、不履行が生じた経緯等に応じて原状回復義務の範囲を調整する処理について、基本的には、解除原因となった不履行の態様、債務者の主観的要素、不履行が生じた経緯等を考慮すべきではなく、この点に関する規定は、現時点では要しないと考える。ここで述べられているような事情は、従来であれば、債務不履行解除の可否における帰責事由の中で検討されていた事情である。ここでなされている問題提起は、そもそもが帰責事由不要論を前提とした発想(帰責事由不要論を採用した場合の不都合性の再調整)から始まっていると思われ、慎重な検討を要する。これに対し、債務不履行解除の可否における帰責事由を必要とした場合は、このような解除される側の事情も考慮すべき事案に関しては、そもそも解除が否定され原状回復義務が生じないか、あるいは解除が認められても過失相殺の余地が残るので、具体的妥当性を有する解決が可能であり、なおかつ、通常はそれで十分である。・これ以上にさらに細分化された具体的妥当性を実現するために、個別具体的な事情を原状回復義務の範囲という議論に持ち込むことについては、余りにも個別具体的解決の方向に傾きすぎ、場合によっては、予測可能性・法的安定性を害するおそれもあると思われる。将来的な議論の対象とするという方向性について否定的であるわけではないが、どのような場合に、どのような種類の原状回復義務を、どのような範囲でどの程度認める(あるいは制限する)かなど、非常に複雑かつ難解な

問題を生じてくると思われるので、全体との関係や時間的問題を考慮しながら、慎重になされるべきである。

不履行の原因に対する両当事者の寄与の程度等に応じて原状回復の負担を両当事者に分配する処理を可能とする規定については、現時点では要しないと考える。この点についての意見も、上記③同様であり、すなわち、第一次的には帰責事由の要否の議論で検討されるべき問題であり、次には、余りにも個別具体的妥当性のベクトルが強過ぎて、非常に複雑かつ難解な問題を生じるとと思われるので、慎重な検討がなされるべきである。

なす債務の原状回復義務についての内容については、なした部分の排除義務として現れるものと考え、これに関する特別の規定は不要である。

ただし、物理的原状回復に過分の費用を要する場合等の例外規定を置くことについては積極的に検討すべきであり、この例外規定を置くのであれば、その前提としてなす債務の原状回復義務についての規定を置くべきである。契約解除に伴う原状回復義務は、単に金銭の返還ないし原状回復に相当する金銭の返還だけではなく、賃貸借契約終了に伴う原状回復義務と同様に、物理的な意味での原状回復を当然に含むものと理解すべきである。

なす債務の原状回復義務における物理的な意味での原状回復が、不可能であるか金銭面から事実上不可能である場合について、信託法40条の規定を参考にして、妥当な立法的手当を図るという意見は、傾聴に値する。

履行請求権の限界事由の問題等と関連して原状回復義務の限界事由について規定することの要否について原状回復義務に対応する原状回復請求権は、履行請求権の裏返しであり、基本的に並行して考えるべきものである。よって、履行請求権を明文化し、その限界を明記するのであれば、これと並列に、原状回復請求権の限界についても明らかにすべきであり、その方法としては、履行請求権の限界に関する条項を準用することで足りると考える。

一点注意を要することは、ここで述べることは、履行請求権と原状回復請求権とを並列的に理解すべきということであって、履行請求権の限界ないし原状回復請求権の限界如何に関する議論での立場・考え方については、全く無色透明であることである。

すなわち、履行請求権の限界については、第2、3でも述べたとおり、基本的には「社会通念」を基準に判断すべきであって、「契約の趣旨」という契約内在的な基準を導入することによる実務への影響を慎重に考慮すべきであるところ、原状回復請求権の限界についても同様である。

この点、議事録及び議事の概況の記載では、履行請求権の限界事由の問題等と関連して原状回復義務の限界事由について規定することを要とした場合は、

自動的に、後記の原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理の問題に影響が出るかのような記載が見受けられるところ、これは主に、履行請求権の限界の問題を含め、契約法全体にわたって、「契約の趣旨」という契約内在的な事情を中心に位置付け、契約の解除・損害賠償義務における帰責事由を不要とし、危険負担制度を不要とする考え方を念頭に置いた議論であると思われる。この点について、今後の議論での誤導のないよう、注意を要する。履行請求権の限界に関する条項を準用する方向で検討すべきである。

消費者が原状回復義務を負う場合の特則の要否について、現時点では要しないと考える。法制審部会の議事録を見る限り、消費者が原状回復義務を負う場合の特則の要否は、1)の論点についてこれを契約の解釈に委ねるとした場合を前提とした懸念と思われるところ、1)のとおり、そのような見解を支持するものではないので、これからの議論の推移にもよるが、現時点では、特則の制定までは不要と考える。(横浜弁)

- 解除による原状回復義務に関し、具体的な内容を定めた詳細規定は不要である。

原状回復義務の内容を決定するに当たっては、個別具体的な様々な事情を勘案してはじめて決せられるべきである。(法友会)

- 検討することに異論はなかったが、原状回復の範囲については、様々な考慮要素が含まれ得ることから、解釈に委ねるか規定文言を工夫するかして、柔軟な解決が図られるように配慮されたいとの意見、詳細な規定を置くと事案の解決が硬直的になることが懸念されるところの意見があった。(最高裁)
- 判例・学説の法理を条文に反映させることにつき、賛成する。もっとも、中間論点整理本文の①～⑦につき、慎重な検討を要する。これらの各論について、民法で明文化すべき内容かどうかは疑問があり、解釈に委ねた方が適切なものと思料する。(札幌弁)
- 金銭債務以外の返還義務も肯定する判例・学説を条文に反映させるのは良いが、具体的に何を返還するのかを例示列挙するなどの検討が必要ではないか。(北海学園大民研)
- 具体的内容を規定する場合、目的物の減価分の返還を求めるならば、契約の消滅ではなく変容とした方が、目的物使用の根拠が提示でき適切と考える。(広大有志)
- 契約解除による原状回復義務に関し、以下のような具体的内容を明文化すべきである。分かりやすい民法という観点から、原状回復の内容を明確化すべきである。
 - ① 物の引渡しを受けた当事者は、引渡しを受けた当該物を返還する。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、その滅失等が受領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。

- ② この保管義務の程度（善管注意義務又は自己の財産に対するのと同じの注意義務）については、解除の原因、当事者の業態・地位等の具体的状況から判断する。
- ③ 物以外の利得の給付を受けた当事者は、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。
- ④ 上記の返還義務は、損害賠償の請求を妨げない。

条文の具体的内容について、検討すると以下のとおりである。

まず、解除原因を有する者が保管中に目的物が滅失等した場合について。例えば、AがBに対して商品αを売却し引き渡したが、Bが売買代金を支払わないため、Aが契約を解除し、その後、Bのもとでαが滅失したとする。この場合、保管義務違反がないにもかかわらずBに価額返還義務を負担させるのは酷である。なお、Bが負担する保管義務の程度が善管注意義務又は自己の財産に対するのと同じの注意義務のいずれかであるが、種々の要素を勘案して決定されると解されるどころ、Bの不履行によって解除されている以上、Bは、原則として、善管注意義務を負うものと思われる。

次に、解除原因のない者が保管中に目的物が滅失等した場合について。例えば、AがBに対して商品αを売却し引き渡したが、契約上αのメンテナンスをすることとされていたAが、これをしないため、Bが契約を解除し、その後、Bのもとでαが滅失したとする。この場合も同様であって、保管義務違反のないBに価額返還義務を負担させるべきではないであろう。Bに課せられる保管義務の程度についても、種々の要素を勘案して決定されることになろうが、Aの不履行によって解除されている以上、Bは、原則として、自己の財産に対するのと同じの注意義務を負うものと思われる（Bが消費者であるような場合は、特にそうであろう）。（福岡弁）

- 金銭以外の返還義務についても果実や使用利益等を付さなければならないとする判例・学説の法理を条文に反映させる場合には、消費者が原状回復義務を負う場合の特則を定めるべきである。

商品の使用利益や時的減価を適正・公平に評価することは極めて困難であることが多く、その返還義務の範囲につき条文に規定する場合に単に解釈に委ねることとすると、消費者に不利益な結論を押しつけられるおそれがある。

例えば商品は、いったん消費者が受領しただけで中古品として市場価値が著しく減少するのが一般的であることから、事業者による減価の主張を安易に認

めることは、消費者による解除の目的が達せられなくなるとともに、事業者による「押しつけられた利得」や「やり得」を許す結果となる場合もあり、不当である。

事業者と消費者との交渉力の格差に鑑み、特商法におけるクーリングオフ規定を参考に消費者契約の場合の特則を定めることにより、解除後の処理の予測可能性を高め、消費者の権利が不当に妨げられないように配慮すべきである。

(日弁連消費者委有志)

- 中間的な論点整理のような検討を進めるべきと考えるが、あわせて、解除と告知についても別々の規定を置く方向で検討すべき。(大学教員)
- 一般論として、債務不履行解除の効果と約定解除の効果を統一的に規定することが適切かどうかをまず議論する必要があるのではないか。現行規定は、民法第540条が法定解除と約定解除の双方を含み、解除の効果も、共通するルールとして定められているように見える。これに対し、改正における議論の主眼は債務不履行解除にあり、約定解除の場合にどう考えるかという視点が十分に考慮されていないのではないか。(大学教員)
- 原状回復義務を個別具体的に規定すると煩雑になる。(弁護士)
- 金銭以外の返還義務についても果実または使用利益を付さなければならないとする規定を設けるべきである。(大学教員)
- 解除により金銭を返還する際には、受領時からの利息を付さなければならないと規定する民法第545条第2項を例示とし、金銭以外の返還義務についても果実や使用利益を付さなければならないとする判例の法理を条文に反映させることに賛成する。(弁護士)
- 現行の規定で十分であり、判例や学説が正しいかどうかを論ずべき問題であって、改定の必要はない。とりわけ、民法において、消費者の特則を考えるべきではない。(個人)

(3) 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理

原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める規定の要否については、この場合にも履行請求権の限界事由に関する規定が適用ないし準用されるとする立場との整合性、目的物が滅失・損傷した場合に限らず転売された場合等を含めた規定の要否、目的物の原状回復に代わる価額返還義務を反対給付の価額の限度で認める考え方の適否等の検討を通じて、有用性のある規定を置けるか否かについて、無効な契約に基づいて給付された場合における返還義務の範囲に関する論点(後記第32, 3(2))との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第3, 4(3) [87頁]】

【意見】

- 更に検討をしたら良い。(兵庫県弁)
- 規定を設ける方向には反対しない。頻繁ではないが日常の場面で発生しうるケースであり、ルールを定めておくべきである。(仙台弁)
- これについての規定を設ける方向で検討すべきである。規律を明確化することは「分かりやすい民法」の実現に資する。(東弁)
- 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める規定の要否について規定を整備することには賛成である。その際には指摘されている各点についての整合性等を慎重に検討すべきである。

規定が複雑にならないように留意しつつ、規定を整備できるのであれば、分かりやすい民法の観点からは賛成である。(大阪弁)
- 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める規定の要否については、分かりやすい民法の実現に資するから、規定を整備することに賛成するが、規定が複雑になると却って分かりにくい民法となることにも留意すべきである。(愛知県弁)
- 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める規定の要否については、規定を整備することに賛成する意見が多い。

もっとも、各論の検討にあたっては、規定が複雑になると却って分かりにくい民法となることにも留意すべきである。(日弁連)
- 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める規定の要否及び規定のあり方について検討することに賛成する。

原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の解決指針があることが望まれるが、履行請求や債務不履行による損害賠償との整合性、解除以外の原因による原状回復の場合の処理などとの整合性、解除による原状回復についての特有の事情などを整理して、わかりやすい規定ができるよう検討すべきである。(広島弁)
- 慎重な検討をすべきである。民法で明文化すべき内容かどうかは疑問があり、また必ずしも意見が一致していない事項であるため、慎重な検討をすべきである。(札幌弁)
- 目的物が滅失・損傷した場合の価額返還の範囲について、契約上の対価をその上限とできるか否かをさら検討する必要があるのではないか。(北海学園大民研)
- 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める規定を設けることに賛成である。もっとも、賃貸借契約のように所有権移転を目的としない契約においては、目的物滅失の危険は、常に所有者が負担すべきであるから、所有権

の設定・移転を目的とする契約に限って適用される規定にすべきである。(三菱電機)

○ 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める規定の要否について、適用場面が極めて例外的であること等を理由に消極的な意見があるが、不動産事業においては、調査のために改変を加えた土地や解体した既存建物の原状回復が問題となることがあるので、原状回復が著しく困難な場合や過大な費用を要する場合においては原状回復に代わる価額返還義務を認める等の規定を検討することは有用である。(不動協)

○ 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理についての規定を設けることは望ましい。なお、規定を設ける場合は、解除に関する両当事者がいなくなる義務を負担するの点について、両当事者のバランスを考慮すべきである。(法友会)

○ 賛成。(大学教員)

○ 明文をおかずに解釈に委ねるということでよい。

適用されることに意味があるのは、解除後原状回復義務履行前に、保管者の故意・過失によらずに滅失・損傷した場合であり(過失があれば損害賠償で処理可能)、適用場面は相当限られると思われる。

どのような規定をおくかもコンセンサスが得られていない状況であることから、細かな規定をおくよりも、解釈に委ねる方がかえって柔軟な解決が得られる。

(堂島有志)

○ 検討することに異論はなかった。(最高裁)

○ 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める規定の要否については、規定を整備することに特に異論はない。

もっとも、各論の検討にあたっては、規定が複雑になると却って分かりにくい民法となることにも留意すべきである。(二弁)

○ 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める規定の要否について、継続して慎重に検討されるべきである。契約解除後の法律関係は、契約解除前の法律関係の裏返しと捉えることができるから、危険負担の536条と同様に取り扱うことが、理論的に一貫する。しかし、このように解した場合、解除の原因が両当事者間の対価的不均衡にあった場合などにおいては、解除権者は、目的物の滅失によって、目的物の価値を上回る自らの給付部分の原状回復請求権も消滅してしまい、解除権者に酷な結論となってしまう。

他方、目的物が滅失した場合の原状回復義務は、価額返還義務として存続するものと考えられる見解もある。確かに、このように解すれば、危険負担類似の法律構成で処理しようとする場合の上記不都合を回避することは出来る。しかし、目的

物が原状回復請求権者の責めに帰すべき事由によって滅失した場合を考えると、原状回復義務が価格返還義務としてなお存続する帰結に至り、滅失に何の帰責性もない原状回復義務者に酷な結論になってしまう。

これに対し、上記危険負担類似の法律構成によれば、原状回復義務も消滅する帰結となり、公平な結論を導くことができる。

このように、現在提案されているいずれの立場に立ったとしても、設定される場面によって、理論的帰結の妥当性・公平性が逆転しうる。よって、原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める規定を設けるとするならば、現在提案されている以外の法律構成も含め、多様な可能性を模索した上で、真に理論的かつ妥当な法律構成を見極めなければならないと思われるため、今後も継続してさらに慎重な検討を行うことが必要である。

原状回復の目的物が滅失・損傷した場合にも履行請求権の限界事由に関する規定が適用ないし準用されとする立場との整合性について、契約の解除・損害賠償義務における帰責事由を不要とし、危険負担制度を不要とする考え方を念頭に置いた場合の議論と思われる。そのような整合性の問題は、主に、履行請求権の限界の問題を含め、契約法全体にわたって、「契約の趣旨」という契約内在的な事情を中心に位置付け、契約の解除・損害賠償義務における帰責事由を不要とし、危険負担制度を不要とする考え方を念頭に置いた議論と思われる。

目的物が滅失・損傷した場合に限らず転売された場合等を含めた規定の要否について、仮に原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める適切な規定が設けられたとするならば、必要と考える。利害関係を有する第三者としての転得者の立場に配慮する必要があるから、仮に原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理を定める適切な規定が設けられたとするならば、転得者がいる場合の処理に関する規定も必要である。

目的物の原状回復に代わる価額返還義務を反対給付の価額の限度で認める考え方について、目的物が原状回復請求権者の責めに帰すべき事由によって滅失した場合などにおいて適当な結論を導くことが難しいものと思われる。目的物が原状回復請求権者の責めに帰すべき事由によって滅失した場合を考えると、原状回復義務が価格返還義務としてなお存続する帰結に至り、滅失に何の帰責性もない原状回復義務者に酷な結論になってしまうなど、適当な結論を導くことが難しいものと思われる。(横浜弁)

- 解除権行使の効果は、売買、賃貸借、請負といった代表的な類型でもそれぞれ異なり、同じ類型でも状況によって内容が異なる（たとえば、請負契約で発注者が供給した材料を用いて受注者が製品を製作している最中に契約が解除された場合、誰にどのような義務が生じるのか、解除事由や仕事の進行状況によってそ

の内容は異なる)。このような状況において、解除による原状回復義務の範囲について明文で定めることは困難が予想されるため、現状の規定をとりあえず維持すべきである。なお、解除の効果について契約内在的基準を定めることは前に述べたとおり「認定できない契約者の特別な意思をあえて認定する」というアプローチであり、循環論に陥っているため、不相当である。(親和会)

- 目的物の瑕疵による消滅は売主が危険を引き受けるべきであり、その際の目的物に相当する価値の返還は不要とすべきである。(広大有志)
- 取消・無効をも含めて巻戻しの清算に関する処理規定を明確にする必要がある。危険負担制度をなくすとした場合特にそうなる。帰責事由がない場合、危険負担によるのか、債務独立説によるのかなどさらに検討を要する。(日大民研・商研)
- 消費者が原状回復義務を負う場合の特則を定めるべきである。
当該取引を反復・継続して行っている事業者と消費者との間には、リスクの負担能力において著しい格差があることに照らすと、消費者が原状回復義務を負う場合に目的物が滅失・損傷した場合のリスクを事業者間の取引と同様とすることはリスク負担能力の乏しい消費者にとって酷な結論となる。(日弁連消費者委有志)
- 適切な条文化が可能であれば。現状でも対応可能。(弁護士)
- 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理について、新規規定を設けることに反対する。現実的な適用場面が極めて例外的であり、信義則等の解釈に委ねるべきだからである。(弁護士)
- 目的物の滅失・損傷は、物の給付を内容とする契約に特有の問題であるが、具体的な効果を考える場合には、役務提供型契約の不履行についても考慮する必要がある。これらを含めた一般的なルールを確立することが現状では困難であるとすれば、これまでと同様に、原状回復義務を一般的に規定することにとどめて、原状回復義務の具体的内容をどのように確定するかについて、条文で明らかにすることを断念するというのも一つの選択肢ではないか。この点は、論点整理にも指摘されているように、法律行為の無効・取消しの効果をどのように規定するかと密接に関連するが、この点についての意見は、その箇所で述べたとおりである。(大学教員)
- 原状回復債務の問題と考えれば足りる。特別の規定を置くべきではない。(個人)

4 解除権者の行為等による解除権の消滅（民法第548条）

解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合でも解除権は消滅すると規定する民法第548条に関しては、解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合には解除権は消滅しないものとすべきであるという考え方がある。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5-2第3, 5 [89頁]】

【意見】

- 賛成する。契約の履行として目的物の引渡しを受けた者は、目的物を加工・改造するのは自由であり、解除原因を後で知ったことにより解除権が消滅するのは酷である。（東弁）
- 解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合には解除権は消滅しないものとすべきであるという考え方に賛成である。
分かりやすい民法の実現に資すると思料する。（愛知県弁）
- 加工又は改造により解除権が消滅する場面を適切に制限する方向で検討すべきである。
買主が商品の全部又は一部を通常取引方法により売却し、又は、通常用法により消費若しくは変形改造した場合であって、かつ、それが不適合を発見し、若しくは発見すべきより前に行われた状況においては、買主による解除権を認める方が正当であり、公平に資する。BtoC ビジネスの場合に、消費者保護的見地から、品質の悪い製品を知らずに消費した消費者が解除権を失うことは妥当ではない。（法友会）
- 賛成する。一般的な考え方であり、分かりやすい民法の実現に資するものである。（札幌弁）
- 解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合には解除権は消滅しないものとすべきであるという考え方に賛成である。（二弁）
- 解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合、解除権は消滅しないものとすべきである。
契約に基づく債務の履行として引渡しを受けた者は、当然に目的物の加工・改造ができるにもかかわらず、それによって将来の契約解除権が消滅してしまうのでは、解除権者に酷である。（横浜弁）
- 解除権が知らず知らずのうちに消滅することを認める現行の条文は債権者保護に欠ける。解除権が消滅するのは債権者が解除権放棄の意思表示をした場合か、債務者が損害賠償を含めて追完した場合に限定すべきである。（親和会）

- 瑕疵などによる解除権を知らない場合でも、市民が安心して行動できるように規定を設けるべきである。(広大有志)
- 解除権者が解除権の存在を知らずに契約目的物を加工または改造した場合、解除権は消滅しないとすべきである(契約に照らし解除権者の負う義務違反によらない場合には解除権はなくなる)。 (日大民研・商研)
- 解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合には解除権は消滅しないものとすべきであるという考え方に賛成である。(日弁連)
- 解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合には解除権は消滅しないことに賛成。
解除権を知らずに加工・改造することを責める理由もなく、解除権者の保護のためには解除権を消滅させるべきではない。(堂島有志)
- 解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合には解除権は消滅しないものとすべきであるという考え方に賛成である。契約の履行として目的物の引渡しを受けた者は、当該目的物を自己の物として自由に加工・製造できるにもかかわらず、その後解除原因の存在を初めて知った場合に解除権を消滅させることは、解除権者に酷である。(三菱電機)
- 加工又は改造により解除権が消滅する場面を限定する方向で規定を整備すべきである。解除権の存在を知らずに加工等をした場合にまで解除ができなくなるのは酷である(もっとも、ここでいう「解除権の存在を知らず」がどのような場面を指すのか基準を明確にすべきである)。(仙台弁)
- 解除権者が解除権を知らずに契約の目的物を加工または改造した場合には、解除権が消滅しないと改めるべきである。(大学教員)
- 民法第548条について、解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合には解除権は消滅しないものとするに賛成する。(弁護士)
- 見直しはありうるが、債務者に不利益を与えない要件設定が必要。(大学教員)
- 解除権者が契約の目的物を加工・改造したというだけで解除権を喪失することはない、という考え方に異論はないが、この考え方を明文化する必要はない。(福岡弁)
- 民法548条の規律を見直す必要があることは理解するが、「解除権の存在」に対する知不知を基準にして解除権の消長を定めることは慎重に検討していただきたい。

契約の履行として目的物の引渡しを受けた当事者には、その目的物について保管の義務がないのに、民法548条は、その「過失」等による損傷等を問題にしており、しかも、解除権の消滅という重大な効果を発生させることもあって、合理

性に欠ける規定である。この規律を見直すこと自体には賛成する。しかし、「解除権の存在」に対する知不知によって解除権の消長を定める規律が合理的に設計可能であるのかについては、疑問があるので、慎重に検討していただきたい。(兵庫県弁)

- 解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合に解除権は消滅しないものとするものの当否については、この場合の原状回復義務の内容を十分に考慮して検討すべきである。

現行の法文を逆にする大きな変更であり、慎重な検討が必要である。

第548条1項前段では、解除権を有する者の行為によって・・返還することができなくなったときは解除権は消滅することになっている。「返還することができなくなったとき」の具体的な内容によっては、加工又は改造によって他の種類の物に変えたときは解除権が消滅しないという改正案との整合性があるのか疑問が残る。

解除権者に帰責性がないのに解除権が消滅することについて解除権者に酷であるとはいえ、解除権が消滅した場合でも、相手方に対し債務不履行による損害賠償請求は可能なのであって、どれほど酷であるのかの比較もなされるべきである。

解除権が消滅しない場合、目的物は加工又は改造されており、何を原状回復することになるのかも十分検討のうえで結論を考えるべきである。(広島弁)

- 検討することに異論はなかったが、加工等をした場合に解除権が消滅しないとする規定の要否については、解除した後の処理(原状回復義務の内容や範囲、改造による価値の増加があった場合など)についても、適切な処理ができるのかも含めて、検討すべきではないかとの意見があった。(最高裁)

- 民法548条を変容し、解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合には解除権は消滅しないことに特に反対しない。

本来、契約の履行として目的物の引渡を受けた者は、当該目的物を自己のものとして自由に加工・改造できるのであるから、その後解除原因の存在を初めて知った場合に解除権が消滅することは、解除権者に酷であることは首肯できる。

(大阪弁)

- 現行規定で足りる。(弁護士)
- 「解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合には解除権は消滅しない」という根拠はない。実定法解釈として誤っていることは明らかだし、立法政策論としても妥当ではない。検討の余地はないと考える。(個人)
- 不同意。現行の規律と正反対の規律をわざわざ置く意義を認めない。解除権者に酷であるから規律を変えらなければ、相手方当事者にそのリスクが転嫁される

だけであり、何の解決にもならない。(会社員)

5 複数契約の解除

同一当事者間の複数の契約のうち一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認めた判例（最判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁）を踏まえて、一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除に関する規定を新たに設けるべきであるという考え方に関しては、これを支持する意見と適切な要件設定が困難であるなどとして反対する意見があった。また、仮に明文化する場合における具体的な要件設定に関しては、複数契約が同一当事者間で締結された場合に限らず、異なる当事者間で締結された場合も規律することを検討すべきであるという意見があったのに対し、複数契約の解除を広く認めることが取引実務に与える影響を懸念する意見もあった。これらを踏まえて、適切な要件設定か可能か否かという点並びに複数の法律行為の無効に関する論点（後記第32、2(3)）及び抗弁の接続に関する論点（後記第44、5）との整合性に留意しつつ、一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認める規定を設けるという考え方の採否について、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第3、6 [90頁]】

【意見】

- 複数契約における一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除に関する規定を置くことについては、前向きに検討すべきである。

複数契約全体の解除を認めるべき事例は実務上存し、判例を踏まえ規定を整備することには賛成できる。

また、解除権は、契約にとって本質的障害が生じたときに当事者を契約の拘束から解放する手段であると把握され、債務者の故意過失を要件とするものではないと考えられている。このように考えると、相互に密接に関連づけられた複数の契約の一方について債務不履行があれば、他方の契約にとっての前提が欠け本質的障害が生じることが考えられ、その際、他方の契約について債務者に帰責事由があったかどうかを問う必要はないものであり、複数契約における一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除については、理論的にも導入に支障が小さくなっているといえる。(兵庫県弁)

- 複数契約の解除の明文規定を設けるべきである。相互に密接に関連した契約である場合、一方だけでは意味がないことは多く、解除を認めるべきである。最高裁もこれを認めている。

要件については、複数の法律行為の無効の場合と統一させるべきであるが、一方

だけでは「契約の目的を達成できない」こととするべきである。「契約の目的が達成できない場合」という要件の方が、解除（無効）の可否を考えるうえで適切である。なお、複数の法律行為の無効のところで提案された、「当該法律行為が無効であるとすれば、当事者がこれと密接に関連する他の法律行為をしなかったであろうと合理的に考えられるとき」という要件は、主観面に着目しすぎており、客観的判断になじまない。

同一当事者間に限らず、複数当事者間の場合でも解除を認めるべきである。解除をしたいと考える者にとっては、契約の相手方が同一かどうかは関係ない。相手方複数の相互に密接に関連した契約の場合、相手方相互も提携関係にあるなど密接に関連した関係にあることが多く、片方に解除原因が生じた場合に、他方の契約を解除されてもある程度やむを得ない。（堂島有志）

- 複数契約の解除を認める規定を設けるという考え方には賛成である。但し、抽象的な判断基準を設けると、かえって実務において混乱を来すおそれがあるため、明確な要件を基準として設定することができない限り、規定するべきではない。（三菱電機）

- 方向性は賛成するが、複数の契約の解除が認められる基準の明確化が必要である。

判例でも採用されている考え方であり方向的には相当であるが、複数契約の関連性についての基準が分からないと混乱のおそれがある。（仙台弁）

- 一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除に関する規定を新たに設けるべきである。契約解除が認められる最も本質的な規範は、「契約をした目的を達することができない」ことであると考えている。催告解除であれ無催告解除であれ、債務不履行の態様が如何なる態様であれ、およそ「契約をした目的を達することができない」から、契約を解除することが可能となるし、また、可能とすべきである。

このような考え方からすれば、複数の契約に分かれていても、あるいはさらに契約当事者が複数であったとしても、契約相互の間に密接な関連性が認められれば、1つの契約における債務不履行が、密接関連性を有する契約全体の「契約をした目的を達することができない」事態を招く場合は、契約全体の解除を認めるべきである。

ある法律行為が無効である場合に他の法律行為が無効になることがあるか否かについても、その旨を条文上明記すべきと考えており、この論点との平仄も合う。いわゆる抗弁の接続の問題についても、これを民法に規定する方向で検討すべきであると考えており、このような考え方との平仄も合う。

明文化する場合における具体的な要件設定に関しては、複数契約が同一当事者間

で締結された場合に限らず、異なる当事者間で締結された場合も規律することを検討すべきである。上記のとおり、契約解除における最も本質的な規範は「契約をした目的を達することができない」ことであると考えれば、契約当事者が複数であったとしても、契約相互の間に密接な関連性が認められれば、1つの契約における債務不履行が、密接関連性を有する契約全体の「契約をした目的を達することができない」事態を招く場合は、契約全体の解除を認めるべきと考えられる。

現実社会においても、複数の当事者にまたがる複数の契約が、相互に有機的に一体となってひとつのプロジェクトをなしていることは極めて多く、社会経済の多様化・複雑化に応じて、契約関係も益々多様化・複雑化することが見込まれる。とすれば、このような場面における契約解除の可否について、私法の一般原則たるべき民法において新たに定めておくことは、非常に重要で社会的意義がある。

ただし、解除が可能となる範囲が不当に広くなり過ぎ、実務的混乱を生むことがないように、条文化にあたっての要件定立は、十分に慎重に検討されるべきである。
(横浜弁)

- 判例の考え方を踏まえ、適切な要件設定が可能かどうか、今後さらに検討すべきである。判例の考え方を明文化することに異論はないが、要件次第では、取引実務に影響を与える可能性がある。(東弁)
- 仮に要件が設定できたとしても、該当するか否かは不明確であるが、市民の行動指針に有益と考える。(広大有志)
- 密接関連性ある複数契約は1つの契約の不履行をもって、他方契約の解除もなし得る場合があるとの規定を置くことにつき積極的に検討すべきである。その際弱者保護消費者保護の観点の規定を置くことに留意し、抗弁の接続とも整合性を持つように検討すべきである。

複数契約に一定の密接関連性ある場合には、一方契約の不履行をもって他方解除の原因となす余地があることも規定することに必要性がある。ただ、消費者保護の観点を特別法で手当をするのかを含め、積極的に検討する必要がある。(大阪弁)

- 情報サービス取引の特性に照らし、追完可能性のあるものについては、「契約の重大な不履行」には該当しないことを明確化する必要がある。また、情報システムの構築に関する多段階契約については、密接関連性の有無にかかわらず、複数契約には該当せず、契約解除の対象とはならないことを明確にしたい。(情サ産協)
- 複数の契約が同時になされそのうちの一部の契約に不履行がある場合、原則として、不履行のある契約のみ解除することができることとし、ただし、複数の契約が不可分であり、当事者が一部の契約のみであれば複数の契約をしなかったであろうと合理的に考えられる場合は、不履行のない契約についても解除することができることとすべきである。(福岡弁)

- 複数の当事者における複数の契約につき、ある契約が債務不履行により解除となる場合、各契約の目的が相互に密接に関連付けられ、社会通念上、他の契約が履行されるだけでは契約を締結した目的が全体としては達成されない場合、他方の契約についても法定解除が認められる規定を置く方向で検討すべきである。

上記の密接性要件・目的不達成要件については、不測の損害や取引の安全性の阻害に配慮すべきである。

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

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

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

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

判例は、同一当事者間における複数契約において、①同一当事者間の債権債務関係であること、②各契約の目的が相互に密接に関連付けられること、③社会通念上、いずれかの契約が履行されるだけでは契約を締結した目的が全体としては達成されないこと、④一方の契約に債務不履行があることを要件として、双方の契約の解除を認めているところである。

なお、特別法に目を向けると、消費者契約法は複数当事者間における契約が双方取消しとなる場合の規定を置き、割賦販売法等においては、取消規定に加え、クレジット契約及び販売契約が連動してクーリング・オフされる規定をも置いている。

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

したがって、複数契約の無効同様、複数契約の解除についても民法において規

定を置くべきである。ただし、解除については、無効とは異なり、複数契約の解除を認めた判例は同一当事者間の場合に限られるため、その規定については同一当事者間に限られるべきか、複数当事者間における場合も射程内とすべきか、といった問題がある。

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

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

以上のとおり、複数契約の解除についても複数契約の無効同様、同一当事者間限定される理由はなく、むしろ前述した契約被害の実態等からすれば、複数当事者における場合も含めた規定を置くのが妥当である。

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

- 一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除に関する規定を新たに設ける方向で検討すべきである。現代社会においては、複数の契約からなる取引によって、全体として一つの契約目的を達成しようという場合が多く見受けられる。これらの法律行為は、密接に関連しまた相互に依存しあう関係となっているため、複数の契約のうち一つの契約が解除されてしまうと、そもそも契約の目的自体が達成できない場合がある。このような場合に、他方の契約の拘束力から当事者を解放するための規定を置くことは、当事者間における円滑かつ実効性ある取引に、十分資するものである。

よって、法律行為相互間の密接関連性や相互依存性、及び社会的必要性をかんがみ、一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除に関する規定を新たに設ける方向で検討すべきである。

要件設定に関しては、同一当事者間のみならず異なる当事者間についても規律の対象とすることを検討すべきであるが、解除の対象となる契約の範囲が拡大し取引の安全を害することのないよう、適用範囲や要件を明確にすることに留意すべきである。

(1) 規律の対象となる当事者について

最判平成8年11月12日は、同一当事者間の複数契約に関する事案であった

が、複数の契約が相互に密接に関連しておりいずれか一方のみの履行では契約を締結した目的が達成されないという場合、契約間の相互依存性から他方の契約も消滅させることが公平にかなうのは、同一当事者間における複数契約関係に限られるものではない。むしろ現代社会においては、ある一つの目的達成のために、異なる当事者間において複数契約が締結されることも決して少なくなく、このような場合に一律に複数契約の解除をなしえないとするのは、およそ妥当ではない。実際、下級審裁判例においては、異なる当事者間であっても解除を認めようとする裁判例が存在している。

よって異なる当事者間で締結された複数契約についても、規律の対象とすべきである。

(2) 要件設定において考慮されるべき要素

そもそも、私的自治の原則による限り、異なる当事者間における複数の契約はそれぞれ別々に解釈され、一の契約が解除されたとしても、他方の契約は影響を受けないのが原則である。複数契約からなる取引と言うだけで、一の契約の解除の効果が他方の契約に波及することとなれば、他方契約の当事者にとっては不意打ちとなり、取引の動的安全に欠けることになる。

そこで、複数契約の解除に関する要件を設定するに当たっては、できるだけその要件を具体的かつ明確に定める必要がある。

たとえば、解除原因については、債務不履行解除等、法定解除権の行使による場合に限定することも検討すべきである。合意解除についてまで適用を認めると、他方契約の当事者の地位が極めて不安定になるおそれが生じるからである。

さらに、具体的な要件設定にあたり、契約相互間の密接関連性・契約目的の達成等の客観的要件という判例の規律に加え、当事者間の合意や、契約締結時の密接関連性についての認識（予見可能性）並びに解除原因についての当事者の認識（予見可能性）などの主観的要件によって、適用範囲を限定することも検討すべきである。

また、複数契約の解除に関する規律を民法に設けるに当たっては、問題状況が共通する複数の法律行為の無効や抗弁の接続に関する規定と、連続性・整合性をとることにも留意すべきである。同種の取引について要件や効果が重複あるいは抵触する条文や法令を置くことにより、その優劣や解釈をめぐって将来の紛争を引き起こしかねないからである。変化の激しい社会において、なるべく多くの取引類型に対応しうるよう規律するのも、基本法である民法の役割の一つである。

（青司協）

- 一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除に関する規定を新たに設けるべきであるという考え方に関しては、これを支持する意見に賛成が多い。

もつとも、要件の設定にあたっては、要件が曖昧な場合に解除の主張が際限なく広がっていくおそれがある等取引実務に与える影響に留意して慎重に行うべきである。

特に、異なる当事者間で締結された場合については、解除の主張を受ける相手方の保護の観点から適切な要件設定を検討すべきである（例えば、複数契約の間の密接関連性や契約締結目的への不可欠性といった要件に加え、相手方が契約の解除による不利益を甘受することを相当とする事情を要求する等、相手方の保護にも留意すべきである。）。（日弁連）

- 一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認める規定を設けるといふ考え方につき、賛成する。ただし、その要件設定については、なお慎重に検討をする必要がある。

判例のある事項であり、分かりやすい民法の実現に資するものである。ただし、複数契約については、複数の類型があることから、複数契約の定義ないし概念を整理した上で、解除される根拠を踏まえ、要件設定について慎重な検討が必要である。（札幌弁）

- 同一当事者間に限定せず、当事者を異にする複数契約を含めて複数契約全体の解除に関する規定を置くべきである。なお、あくまで両契約の締結過程・履行上の一体性や密接関連性を要件とすべきであり、契約当事者の合意を要件とすべきではない。

社会的分業・専門化などの進展により、一つの目的を達するために複数契約を取り結ぶことが少なくないが、同一目的を達する場合には、複数契約は原則として、一括して解除できるように扱うのが合理的である。（弁護士）

- 適切な要件設定はかなり困難と思われるが、複数契約の解除を認めるべき場合があるのはたしかであるので、できる限りの検討はすべき。（大学教員）
- 同一当事者間に限定せず、当事者を異にする複数契約を含めて複数契約全体の解除に関する規定を置くべきである。

なお、あくまで両契約の締結過程・履行上の一体性や密接関連性を要件とすべきであり、契約当事者の合意を要件とすべきではない。

現代社会においては、たとえば、①屋内プール付きスポーツクラブ会員権が付加されたリゾートマンション、②ゴルフ場にリゾートホテルが付加されたゴルフ会員権、③医療機関と提携した高齢者専用賃貸住宅等、さまざまな付加価値付きの商品が開発され、市場に出回っている。このような付加価値商品の提供は、必然的に複合契約とならざるを得ないものであり、このような現代的な問題についても適切な立法的手当てをすることが、国民にとってわかりやすい民法となる。

最高裁判例を踏まえて、複数契約における一つの契約の不履行に基づく複数契

約全体の解除に関する規定を新設するべきである。

なお、この場合、同一当事者間に限定せず、当事者を異にする複数契約を含めた規律とすべきである。

まず、複数契約の目的が相互に密接に関連付けられる場合においては、その商品・役務の提供主体（契約当事者）は、必ずしも同一当事者であるとは限らない。むしろ異なる当事者がそれぞれ得意とする分野の商品・役務を持ち寄って、ハイブリッド商品として市場に提供することのほうが多いと思われる。

また、信用購入あっせん（クレジット）など融資一体型販売や業務提供誘因販売取引等においては、三者間（さらには四者間）において密接関連する契約がなされる場合がある。改正割賦販売法では一定の場合にクレジット契約と売買契約の取消・解除の効力の連動が定められるに至っている。

このように当事者を異にする複数契約においても、その密接関連性から契約解除を認めるべき場合が多い。

また、複数契約の解除につき、同一当事者であることを要件とした場合には、当事者を複数化しさえすれば容易に複数契約の解除規定を脱法しうることになる。

さらに、上記最高裁判決の射程が、同一当事者間で締結された複数契約についてだけでなく、複数当事者間で締結された複数契約についても及ぶものであることが学説上も指摘されている。

なお、上記最高裁判決は、甲契約、乙契約という言葉を用いて、一般的抽象的な命題を定立しており、複数契約が異なる当事者間で締結された場合の解除に関する立法に等しく当てはまる内容を有している。

なお、複数契約の解除の要件としては、特に消費者が一方当事者の場合は、契約締結過程における経験・情報・交渉力の格差により不利益な合意を押しつけられる危険性があることから、契約当事者の合意を要件とすべきではなく、あくまで両契約の締結過程・履行上の一体性や密接関連性を要件とすべきである。（日弁連消費者委有志）

- 一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除に関する規定を新たに設けるべきであるという考え方については、反対する。適切な要件設定が困難だからである。（愛知県弁）
- 最高裁判例の基準を拡張し、同一当事者間のみならず異なる当事者間で締結された場合も規律することについては、多種多様な取引に基づき多種多様な契約が存在するなかで、実務に思わぬ影響を与えるおそれがあるのではないかと危惧する。（オリックス）
- 複数契約の解除及び複数の法律行為の無効の規定を民法に設けることには、反対である。

前払式支払手段は現金に代わる決済手段として幅広く利用されているところ、前払式支払手段に関する取引も金融取引の一種であり、その取引が売買契約等の原因関係の解除又は無効の影響を受けないことによって初めて前払式支払手段が安定的な決済手段として機能できることになる。

しかしながら、複数契約の解除及び複数の法律行為の無効の規定が民法に設けられ、前払式支払手段にもかかる規定が一律に適用される場合には、売買契約等の原因関係の解除又は無効が前払式支払手段に関する取引の効力を失わせる可能性が生じ、ひいては前払式支払手段の決済手段としての安定性及び実効性を阻害する可能性が生じることとなる。

また、前払式支払手段の利用は少額かつ多数となることが一般的であるところ、その全ての前払式支払手段について原因関係の解除又は無効に関する対応を要することになる場合、前払式支払手段発行者が実務上許容できる限度を超える過大なコストが生じることも容易に想定される。

以上より、複数契約の解除及び複数の法律行為の無効の規定を民法に設けることには、反対である。

なお、資金移動取引の観点からも、売買契約等の決済手段として資金移動取引が利用される場合には、複数契約の解除及び複数の法律行為の無効の規定に基づき、売買契約等の解除又は無効の影響が資金移動取引に及ぶことも想定されることから、複数契約の解除及び複数の法律行為の無効の規定を民法に設けることには反対である。(決済協)

- 契約当事者において複数の契約関係を相互に関連付けたい場合には、通常、契約書においてA契約が解除される場合は当然にB契約も解除される旨の条項（いわゆるクロスデフォルト条項）を定めるのが実務の運用である。

また、複数の契約を解除する場合の要件定義が明確にされなければ、関係当事者（複数の契約が関係することから多数になる場合も想定される。）における法律関係が不安定になりかねない。

さらに、金融取引のうち融資を行うケースでは、債務者側の何らかの資金ニーズがあるところ、この資金ニーズの原因となる取引関係についても金融機関側で解除原因の有無など法的瑕疵等の確認等を経なければ契約できない場面も想定され、金融機能が著しく阻害されることが考えられる。

これらの点からすれば、複数契約の解除を明文で認めることには反対であり、仮に明文規定を置くとしても、任意規定とする方向で検討を進めていただきたい。

(消費者金融協)

- 「一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除に関する規定を新たに設けるべきであるという考え方」については、金融商品取引の安定性に支障をきたす

おそれがある。

金融商品取引においては保有する金融商品を売却し、その売却代金で他の金融商品を買付ける、といった取引は日常頻繁に行われる。このような場合にも一方の取引が解除されたり無効とされたりすると、他方の取引も解除されたり無効とされたりすることがありえるとすれば、取引の安定性に支障をきたすおそれがあるのではないか。

なお、この一連の取引が一個の契約だと評価されるとしても、その一部である一方の取引に解除原因や無効原因がある場合に他方の取引にも影響が及び契約全部が解除されたり無効とされたりすれば、同様の問題があると考えられる。(日証協)

- 一つの契約の不履行に基づく同一当事者間の複数契約全体の解除に関する規定を新たに設けることに関しては、反対する。

同一の当事者間で締結された「密接な関連性」を有する複数契約が存在し、当事者がかかる複数の契約全体を通じて達成しようとする目的を有する場合において、一部の契約に解除原因がありこれが解除された場合でも、必ずしも、他の契約を存続させることが無意味となるわけではなく、他の契約を存続させる必要性が高く、そうすることがかえって、当事者の利益に適う場合があることを理解いただきたいと考える。

例えば、システム開発委託においては、各開発工程の作業内容、受託者の受託範囲およびその法的性質の明確化等のために、企画→要件定義→システム外部設計→システム内部設計→プログラミング・構築→テスト→移行→運用・保守というように一連の工程を細分化し、工程ごとに独立した個別契約を同一当事者間で締結している。これらの個別契約は、一連のシステム開発工程を細分化したものであるため、「密接な関連性」を有するとも言い得るのではないかと考えられるが、ある工程（工程A）が完了した後は、それ以降の工程（工程B）について工程Aを受託していた者とは別の者が受託して遂行することも不可能ではない。従って、工程Bにかかる個別契約において債務不履行等の解除原因が生じて当該個別契約が解除された場合においても、工程Aにかかる個別契約を解除すべき合理的理由はなく、むしろ、これにより完了していた工程Aの成果が工程Aにかかる個別契約の解除によって利用できなくなることによる社会的不利益が極めて大きい場合が多いという実態がある。かかる場合にまである一つの契約について債務不履行があったからといって常に複数契約の解除を認めることは、当事者間で何ら問題なく行われ、世の中に広く受け入れられてきた実務の実態に合致しない上、そもそも、当事者間の公平に反し、妥当ではないと考える。

なお、複数契約全体の解除を認めた裁判例は、具体的な事案の解決としては適

切なものであったと評価しうるとしても、あくまで特定の状況下における個別具体的な事案を前提とした判断であると考えられる。それにもかかわらず、同一当事者間の複数契約全体の解除について規定を置くとすれば、我が国の既存の取引活動を混乱させ、弊害の方が大きいと言わざるを得ない。(電情産協)

- 一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認めること、特に異なる当事者間で締結された複数契約の解除を認めることについては、これが強行法規とされる場合には反対である。

契約当事者において複数の契約関係を相互に関連付けたい場合には、いわゆるクロスデフォルト条項などで相互に関連づける合意をすれば足りるのであり、このような合意がない場合に複数契約が関連づけられることは、当事者の法律関係を不安定にすることになりかねない。

また、金融取引のうち融資を行うケースでは、債務者側に何らかの資金ニーズがあるところ、仮に、ある契約の不履行に基づいて異なる当事者間の複数契約の解除が認められることとなった場合には、①貸主は、不測の損害を避けるために、自己が当事者ではない融資の原因となる取引関係について解除原因の有無などを確認しなければ貸付けの契約を締結できないことになる、②仮に契約締結後、他の契約に解除事由が生じたことにより、貸主が当事者である契約について解除事由が生じた場合、貸主は、貸付けに係る契約の拘束力から逃れることができない一方、その解除事由を解消することもできないため、取引の安定性が害されるだけでなく、過度な負担を甘受しなければならないことになり金融機能が著しく阻害されることになる。(貸金業協)

- 一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除に関する規定を新たに設けることについては、賛成しない。

複数の契約が密接に関連するケースでは、多くの場合は、基本契約と個別契約になっていたり、複数の契約の解除の条項に、関連の契約も解除される旨を相互に記載していることが多い。

規定を新たに設けることは、このような条項がない場合にまで、不用意に広がるおそれがある。密接に関連している場合、それぞれの契約について解除事由(不履行)が発生していて個別に解除できることも多く、特に一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認める規定を設ける必要はない。(広島弁)

- 判例で認められており、学説上も支持されているが、要件である密接関連性の内容については判例・学説ともに蓄積が十分でないので、立法化するのは時期尚早ではないか。また、立法するにしても、コーズの思考を採用することになり、その場合には民法典全体の理論的整除が必要となるため、それを可能にするほどの総論的議論が熟しているのか。(北海学園大民研)

- 適切な要件設定が困難であると思われ、また、異なる当事者間で締結された場合も規律するに至れば、解除可能な範囲が現行よりも広がりすぎ、取引実務に与える弊害が大きいことから、これらの規律は設けない方向で検討されるべきである。(会社員)
- 不同意。必要であれば当事者間の合意で決すれば足りる。また要件を規定しきれない認識のもとではなおさら、明文化する意義を認めない。(会社員)
- 2つの関連する契約については、一方が解除された場合には、他方の解除事由となる旨規定することが許容されるべきである。(例：オフィスの賃貸借契約に付随して駐車場の賃貸借契約を関連付ける場合、住宅貸室の賃貸借契約に付随してトランクルームの賃貸借契約を関連付ける場合等) (不動産協)
- 一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認める規定を設けることについては、反対である。

本規定が設けられると債権譲渡の譲受人が債権を譲り受ける際、当該債権と関連する契約の有無及び当該契約の解除原因などを確認する作業が必要となるが一度に大量の債権を譲り受ける場合には、このような作業を行うことは現実的ではない。

また、本規定が設けられると債権譲渡の譲受人が譲り受けた債権の発生原因となる契約自体に解除原因が無い場合であっても、関連する他の契約に解除原因があるときには、当該他の契約の当事者とならない債権譲渡の譲受人自身は当該解除原因の解消が困難であるにもかかわらず、譲受債権が解除により消滅することになり、不測の影響をうけるおそれがある。

したがって、本規定を設けることについては、反対である。

なお、中間論点整理で引用されている最高裁判例は、あくまで個別事案に対する判断を示した事例判決にすぎないため、一般化された判例法理であるかのように取り扱うのは避けるべきである。(サービサー協)

- 一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認める規定を設けるといふ考え方に反対する。

これを認めたとされる判例は特殊な案件に関するもので、これだけを根拠として複数契約の解除の是非を論じるべきではない。また、被解除者にとって非常に酷な規定であると考えられる。

なお、金融商品取引で見ると、第一取引が行われ、これをリスクヘッジするための第二取引が行われたが、第一取引に解除原因が存在するため第一取引に係る契約が解除されると、第二取引の目的も達成し得なくなるため第二取引の契約も解除することができる、という事例が想定される。また、第一取引と第二取引とが同時に行われる場合のみならず、当初第一取引のみを行ったところ損失が生じる見込みと

なったことを受けてリスクヘッジのため第二取引を行ったという場合もこの提案の射程に入るのかという問題がある。(法友会)

- 解除の範囲を複数契約全体に広げることについては、以下の理由から懸念を示す意見が多かった。

複数契約解除の可否が紛争となる事態がどの程度生じており、またどのような契約において生じているかなどを踏まえて、明文化の要否を検討すべきではないか。

また、指摘されている判例の事案はかなり特殊なものであるから、これを一般化することは困難ではないか。

明文化するとしても、濫用や混乱の生じないような明確な要件設定は困難である。(最高裁)

- 一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認めること、特に異なる当事者間で締結された複数契約全体の解除を認める規定を設けることについて検討することには反対である。このような規定を設けた場合、クレジットカード取引に混乱をもたらすおそれ大きい。(クレカ協)

- 1つの契約の不履行にもとづいて複数契約全体の解除を認める規定を設けることに強く反対する。特に、複数契約の当事者が異なる場合について規定を設けるべきではない。

複数契約の解除について民法に規定を設けたとしても、契約の定めなく他の契約を解除することが可能かどうかを実際に判断する場合には困難が伴うのではないかという懸念の指摘がある。

判例では複数契約の解除を認めたものがあるものの、事例判決との解釈もあり、その要件が明確になるまでの判例の蓄積があるとは認められない。要件が曖昧なまま民法に一般化された規律を明記することによって、実務に混乱が生じることが懸念される。

原則として、契約の解除事由は契約毎に判断されるものであるところ、例外となる規定を設ける場合にはその要件を適切に規定できるかという点は、慎重な検討が必要である。特に複数契約の当事者が異なる場合には、同一当事者間に関して判断された判例法理の明確化を超えると考えられ、相手方の保護が希薄になるおそれがある。(全銀協)

- 複数契約全体の解除を認める要件について、裁量的な判断が可能となれば、予測可能性が害されるおそれがある。また、そもそも同時に複数契約を締結するのは事業者対事業者である場合が多いため、複数契約の解除に関する規定は不要であるとの意見があった。

他方、提携ローンなど、異なる当事者間で締結されているものの一体と評価しう

る複数契約も存在するため、消費者保護の観点から、複数契約全体の解除に関する規定の創設を積極的に検討していくべきとの意見もあった。もっとも、規定を創設する場合、要件が曖昧では解除の主張が際限なく広がっていくおそれがある等取引実務に与える影響に留意して慎重に行うべきである。特に、異なる当事者間で締結された場合については、解除の主張を受ける相手方の保護の観点から適切な要件設定を検討すべきである（例えば、複数契約の間の密接関連性や契約締結目的への不可欠性といった要件に加え、相手方が契約の解除による不利益を甘受することを相当とする事情を要求する等、相手方の保護にも留意すべきである。）。（二弁）

- 一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認めること、特に異なる当事者間で締結された複数契約全体の解除を認める規定を設けることについて検討することには反対である。

あっせん型のクレジット取引は、売買契約や役務提供契約を購入者等と販売業者等の間で、立替払契約その他のクレジットの利用に係る契約を購入者等とクレジット会社との間で締結する。また、加盟店契約その他の契約を販売業者等とクレジット会社との間で締結する。

もしこのような、異なる当事者間における複数の契約を活用する取引において、ある契約の不履行により複数契約全体の解除が認められると、クレジット会社から独立した事業者であり、クレジット会社が行為を支配していない販売業者等の行によって、クレジットの利用に係る契約も解除され、既払分も含めて返金を行わなければならないことになる。解除事由があっても解除権行使がされるか否かわからない一方、解除事由がある契約の当事者ではない者については、自ら解除事由を除去する対応をとることが容易ではないことなどに鑑みると、クレジット会社はいつ契約が解除になるか分からない状態におかれ安定した取引を行うことが出来なくなってしまう。

割賦販売法においては、抗弁の接続が定められているが、これは、あくまで一定の要件のもとに、創設的に認められているものであり（判例）、しかも、これから弁済期の到来する債権に対して支払いの停止を認めているものである。それを、民法で契約の解除という強い効力を認めることは適当でなく、特に、これが割賦販売法の対象とならない翌月1回払いについても適用されるようなことがあれば、クレジット取引に混乱をもたらす危険が大きい。（全信販協）

- 一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除に関する規定を設ける必要はない。結局抽象的な要件設定しかできず、具体的な要件を定めようとすればかえって柔軟な解決が阻害されるおそれがある。（森・濱田松本有志）
- 複数契約の解除権が発生することを認めるのであれば、それはそもそも「複数」契約と呼んでよいものか疑わしい。もし仮に本論点を議論するのであれば、まず

は契約の数をどう考えるか整理をすべきである。(親和会)

- 一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認める規定は、要件設定が困難であり認めるべきではない。この問題は、無効・取消についてもいえるので、もし規定するとした場合、それらとの関係も含めて検討すべきである。(日大民研・商研)
- 複数契約全体の解除に関する規定を設けることに反対である。現実の取引実務においては相互に関連する複数の契約が締結されることが多いが、ある契約の解除が他の契約に影響を及ぼすべきか否か、影響を及ぼすとしてどのような影響を及ぼすべきか(他の契約を当然に解除させるのか、いずれかの当事者に解除権を発生させるのか等)はケースバイケースであり、民法で一般的な規律を定めることは妥当ではないと考える。

個別具体的な事情の下で、複数契約全体の解除を認めるべき場合には、判例法理を援用することにより個別に救済を図れば足りるものと思われる。(長島・大野・常松有志)

- 判例があるからといって、それを全て条文化する必要はない。稀なケースであり条文は不要。(弁護士)
- 複数契約の解除が問題になりうる状況は千差万別であり、統一的な規定を設けるのは困難である。仮に、類型化するにしても、限度があり、網羅的な規定は難しい。(弁護士)
- 同一当事者間の複数の契約について、そのうちの1つの契約の不履行に基づき複数の契約全体の解除を認めた判例を明文化することについては、未だ判例の集積が不十分であり、複数契約間の密接関連性等の曖昧な要件を明文化することには疑問がある。(弁護士)
- 複数の契約のうちの1つの契約か、一体の契約の一部か、というのは、評価の問題、事実認定の問題であって、規定を置くべきではなく、改定すべきではない。(個人)

6 労働契約における解除の意思表示の撤回に関する特則の要否

労働契約においては、労働者が解除の意思表示をした場合であっても、一定の期間が経過するまでの間、その意思表示を撤回することができるとの規定を検討すべきであるという考え方については、労働政策的観点からの検討が必要であり当部会において取り上げることは適当でないという意見があったことから、本論点を当部会において取り上げることが適切か否かという点も含めて、その規定の要否について、検討してはどうか。

【意見】

- 労働契約においては、労働者が解除の意思表示をした場合であっても、一定の期間が経過するまでの間、その意思表示を撤回することができるとの規定に賛成である（当部会で検討すべきかどうかについては意見を述べない）。

労働者が解除の意思表示をする場合に中には、使用者側の不当な対応が背景にある場合も予想されることから、労働者に熟慮の機会を与えることによりその地位を強めるのが相当と考えられる。（仙台弁）
- 一定の期間撤回ができるという特則をおくことには反対しないが、ごく短期間（せいぜい3日程度か）にするべきである。

一時の感情によって辞表を提出することはしばしばあるし、会社にとって望ましくない従業員を辞めるように仕向けたことによって、一時の感情で辞表を提出した場合など、撤回を認める必要性はある。

もっとも、撤回が可能な期間、使用者側としては次の雇用の確保、配置転換等事実上動けない。使用者側の安定性確保のためには、一時の感情によるものであれば、短期間で心変わりをすると思われ、無条件での撤回はごく短期間とするべきである。使用者側に不当性があるような場合は、法律行為の一般条項などで対応できるので、無条件の撤回はごく短期間でよいと思われる。（堂島有志）
- 労働政策的観点についての議論は必要とするが、民法上で、労働契約の解除を申し出たとしても一定期間はその意思表示が撤回できる旨の規定を設けるべきと考える。

どのような状況であれ、労使の関係は、使用者側の裁量が大きく、労働者が不十分な情報提供のもとで、あるいは使用者による高圧的対応によって、労働契約の解除を強いられることを想定すべきで、この関係は変わらないのであって、民法で規定することを積極的に議論すべきである。（団体職員）
- 検討することに異論はない。

なお、改正の要否、要件、手続等の検討にあたっては、労使間の利害の調整は適切に図る必要がある。（二弁）
- 労働契約の解除について意思表示の撤回に特則を設けることは反対。使用者の承諾後は撤回不可とする判例法理が確立しており、あえて異なる立法をする必要はない。この問題を仮に検討するのであれば、公労使三者による労働政策審議会において検討すべき。（経営法曹会議）
- 趣旨は賛成するが、労働契約法その他の特別法に置くべきである。労働契約における上記特則は重要な意義を有するものの、将来において時期に応じた迅速柔軟な法改正をできることの方が労働者保護に資するので、労働契約法その他の特別法に置くべきである。（東弁）

- 本論点を債権法改正において取り上げることは適切ではない。労働政策的観点から厚生労働省の労働政策審議会において検討することが適切である。(愛知県弁)
- 労働契約における解除の意思表示の撤回に関する特則は特別法において規定する方向で検討すべきである。
 仮に民法に規定する場合、労働契約においては、労働者が解除の意思表示をした場合、一定の期間が経過するまでの間、その意思表示を撤回することができるものとする規定を置く方向で検討すべきである。
 労働契約における解除の意思表示の撤回に関する特則は、労働政策的観点からの検討も必要であるため、特別法において規定を置くことが妥当であると考えられる。
 仮に民法に規定する場合、労使の力関係により、労働者が真意ではない労働契約終了の意思表示をするケースが多く生じており、このような労働者を保護する必要性が高いと考えられる。(日司連)
- 債権法改正において、労働契約における解除の意思表示の撤回に関する特則の要否を検討することは適切ではない。
 労働者の解除(退職)の意思表示については、冷静な判断、真意に基づく意思表示か否かという問題があることは認められるが、労働関係法理の問題であり、民法において条項を規定しなくても、労働法の分野で検討すべきである。(広島弁)
- そのような問題点が存在することは認めるが、労働契約法制に関する問題であるから、今回は検討対象として取り上げないのが相当である。(兵庫県弁)
- 労働契約における解除の意思表示の撤回に関する特則につき、論点として取り上げるべきではない。
 労働政策的観点からの判断が重要であるため、本改正で取り上げることは不適切と思料する。(札幌弁)
- これはクーリングオフの規定に他ならないので、消費者法との関係に留意すべきではないか。(北海学園大民研)
- 労働者が労働契約を解消する意思表示をした場合において、その意思表示が撤回できる事例があることに異論はないが、この考え方を明文化する必要はない。
 労働契約に関しては、基本的規定以外は労働契約法に規定を設けるべきであって、民法に労働契約に関する詳細な規定を設けるべきではない。(福岡弁)
- 労働者が労働契約の解除の意思表示をし、相手方(使用者)が承諾した後は撤回不可とする判例法理と異なる立法をする必要はないのではないかとする意見や、基本的に労働法分野で検討する問題であるとの意見があった。(最高裁)
- 論点を取り扱うことが適切かどうかも含めて、規定の要否に付き検討すべき。
 労働契約において労働者が一時的な感情に流され不用意に契約解除の意思表示

をする事例の救済の必要があるかどうかは、労働政策的観点の問題である。仮に保護の必要性があるとしても、債権法に一般化して規定する必要は無い。意思表示や契約の一般原則でも救済しうる。(大阪弁)

- 労働契約においては、労働者が解除の意思表示をした場合であっても、一定の期間が経過するまでの間、その意思表示を撤回することができるとの規定については、民法において規定する必要はないと考える。

このような問題が生じていることを否定するものではないが、直情的・短絡的に意思表示をしてしまった場合の直後の撤回の可否を問題とするならば、何も労働契約に限って生じる問題ではなく、意思表示一般の議論の中で論じるべきものである。

労働契約の場において特に問題となっているという実態があるのであれば、労働政策的な観点からの検討を十分に経た上で、最終的には労働法の範疇において実現すべきものと思われる。(横浜弁)

- 労働契約における解除の意思表示の撤回に関する特則を設けることに反対する。個別事案においては意思表示の一般原則で解決されており、画一的解決になじまない。一律に労働者の意思表示につき撤回を認める制度を導入すると、実務が混乱・停滞する。本論点は労働政策審議会等で議論されるべきである。(森・濱田松本有志)

- 労働法において規定すべきであって民法において規定すべきでない。(親和会)
- 雇用において規定すべきである。(親和会)
- 労働契約における解除については、民法ではなく労働法において規定を設けるべきである。(日大民研・商研)

- 本論点を当部会において取り上げることは適切ではないとの意見が強い。

改正の要否,要件, 手続等の検討にあたっては,労使間の利害の調整が必要であるから,公労使の三者によって構成される厚生労働省の労働政策審議会において検討することが適切である。(日弁連)

- 労働法の特則としてそちらで対応。(弁護士)
- 労働契約の分野の多くは労働法により規定されており、民法において労働契約に関してあまり立ち入った規定を設けない方がよいと考えられる。(弁護士)
- 民法第540条第2項が解除の意思表示の撤回を認めていないことに関して、労働契約において、一定の期間が経過するまでの間、解除の意思表示を撤回することができるものとするものを検討すべきであるという新たな問題提起もあるが、ここまでの規定は必要ないと考える。(弁護士)
- 経済法や労働法の特則を民法に置くべきではないと考える。なお、労働者のみが解除の撤回をできるとする正当な論拠はない。(個人)

- 労働契約法において定めれば足りると考える。(弁護士)

第6 危険負担（民法第534条から第536条まで）

【意見】

- 危険負担制度と解除制度の関係を議論するにあたっては、まずは履行不能となった場合の填補賠償請求権の発生要件、とくに不可抗力により履行不能となった場合に履行請求権の填補賠償請求権への転化を認めるかについて整理をすべきである。これを認めるならば、危険負担制度の趣旨は「履行不能となった債権が契約上生じたものである場合は、簡便な方法として契約が消滅する形で処理する特則を定めたものである」といった理解ができるし、これを認めないならば「履行不能となった債権が契約上生じたものである場合は、責めを負うべき事由のない債権者にとって自らの履行請求権だけが消滅してしまうのは酷であるため、契約の消滅を認めたものである」という理解となる。民法のわかりやすさを考えれば、「履行請求権の限界」の箇所で論じたとおり、不可抗力により履行不能となった場合には填補賠償請求権への転化を認める立場をとるべきであり、そうすると危険負担制度の趣旨は「債権者保護」ではなく「簡便な処理」にあることとなるから、解除権付与という形に変更するのは債権者の保護に厚すぎ且つ処理が複雑となる（親和会）

1 債務不履行解除と危険負担との関係

債務不履行解除の要件につき債務者の帰責事由を不要とした場合（前記第5、2）には、履行不能の場面において解除制度と危険負担制度の適用範囲が重複するという問題が生ずるところ、この問題の処理については、解除制度に一元化すべきであるという意見や解除制度と危険負担制度を併存させるべきであるという意見等があった。解除一元化案は、履行不能と思われる場面では帰責事由の有無に立ち入ることなく原則的に催告解除を行う実務に適合的である上、現実の取引実務・裁判実務では危険負担制度がほとんど機能を果たしておらず、同一の目的を有する制度を併存させる意義が乏しいこと、反対債務からの解放を当事者の意思に委ねる方が私的自治の要請にかなう、法律関係の明確化に資すること、債権者が反対債務の履行に利益を有する場合や不能となった債権につき代償請求権を有する場合等、債権者が契約関係の維持に利益を有する場面があることなどを理由とし、他方、解除・危険負担併存案は、履行不能の場合には反対債務が自然消滅すると考えるのが常識的な場面が多いこと、常に解除の意思表示を必要とすることが債権者に不利益となる場合があり得ることなどを理由とする。

そこで、この問題の処理に伴う様々な課題（例えば、仮に解除制度に一元化した

場合においては、危険負担の発想に基づく特則が必要な場面の整理、継続的な契約で一時的な履行不能が生じた場合における利益調整規定等の要否、解除権の存続に関する催告権や解除権消滅事由の規定の見直しの要否等。仮に解除制度と危険負担制度を併存させる場合においては、契約の終了という同一の目的・機能を有する制度を併存させる必要性と弊害の有無等)の検討を踏まえて、解除制度と危険負担制度の適用範囲が重複する場面の処理について、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第4, 3 [100頁]】

【意見】

- 危険負担制度の必要性については意見が分かれた。危険負担制度は現実には役にたっておらず（実務での危険の負担というインコタームズで扱われているような商品の滅失毀損の損害を誰が負担するかという問題である）、なくしてもよいかもしいとの意見があった。ただ、その場合でも、分割履行契約における不可抗力事由に基づく供給不能の場合など、反対債務が自動的に消滅するという危険負担に類似の制度設計が望ましい場合も考えられる。また、解除制度に一元化することにより、法律の素人に解除通知を出させることになるため、解除の意思表示を失念していた場合等への対応についても確認する必要があるとの指摘もあった。きめ細やかな手当てが必要と思われる。さらに、改正提案の前提としている事実認識に対する疑問が提起された。曖昧で現実的でない事例をベースに危険負担制度の必要性を議論しているのだとすれば、危うさを感じる。(国際取引有志)
- 危険負担の制度を存置したまま、重大不履行解除の制度を導入する場合は、両者の適用関係が交錯して、法制的に説明が難しい事態となることが危惧される。
(大学教員, 大学教員, 大学教員, 大学教員, 大学教員, 大学教員)
- 危険負担制度を廃止し、解除制度のみによって処理する考え方を明文化すべきである。

そもそも、履行不能となった事案において、債務者に帰責事由なしと判断された事例は判例上ほとんどなく、ほとんど実例のない事例に適用する特別の法理(危険負担)を明文で規律する必要性はないであろう。

また、解除手続を経ることによって権利関係が明確化されるというメリットもある。

さらに、レアケースかもしれないが、反対債権を有する債権者の履行又は解除の選択権を重視すべき場合があると思われる。例えば、交換契約で、固定資産税の負担が大きい反面売却が困難な不動産や市場価値は低いが高年会費が高いゴルフ会員権を反対給付としていた場合、反対債権を有する債権者に、契約解除するか履行を求めるかの選択肢を付与すべきように思われる。そうすると、解除一元化

モデルが相当ということ結論になる。(福岡弁)

- 債務不履行解除の帰責事由を不要とした場合であっても、対価危険負担制度は併存させるべきであるとの意見が強かった。

解除権発生に帰責事由が不要であるとした場合でも、解除制度と対価危険負担との間には、必ずしも、両立不能な制度矛盾・評価矛盾が生じるわけではなく、危険負担制度を存置する意義もある。危険負担廃止論に立つときも、「全部又は一部の履行不能が発生しつつも解除権を行使しなかった場合に反対債権の消長がどうなるのか。」という問いに対する答えは用意されていなければならない。危険負担廃止論は、解除権が発生しているのに解除権の行使をしない場合、反対給付(代金債権)は減免されずに履行請求可能な状態で存続すると考えており、買主としては、そのようにして等価的不均衡に陥った契約から離脱したければ契約を解除したら良いと考えるようである(ただし、代金減額請求権の活用の余地が考えられるが、ここでは省略)。

しかし、不履行の軽微性(重大性がないこと)ゆえに解除権が発生しないこともあるし、大震災により解除権の行使が事実上できない場合もありうる。仮に解除が可能であっても、買主が契約の存続を望み、解除権を行使しないケースが十分想定できる。特に、履行不能が部分的である場合、あるいは履行不能が一時的な場合が好例である。この場合、反対債権は消滅しない。(=完全履行を求めうる。)という解決は合理的でない。(兵庫県弁)

- 解除一元化に反対。当事者双方の責めに帰することができない事由により労務提供が不可能となった場合の賃金請求権の帰趨については諸説あるが、民法第536条第1項により賃金債権が消滅するという見解に立つ場合、同条が廃止されると、賃金債権を消滅させるには使用者側から解除を要することになりかねず煩雑に過ぎる。また、労働契約全体の解除は解雇の意思表示にほかならず、民法628条、労働契約法等解雇の根拠条文に委ねられる問題であって、解除制度との関係が複雑になる。また、解除一元化の前提である解除に帰責事由を不要とする考え方にも反対(経営法曹会議)。
- 基準の分かりやすさ及び「劣位者保護」の観点からは、危険負担制度を存置し、かつ支配可能性の移転前には債務者主義を適用するという方向性を明示すべきである。解除と危険負担の機能の重複を避けるという観点等から、解除に一元化して危険負担制度を廃止すべきであるとの見解は、基準として分かりにくいこと及び「劣位者保護」に必ずしもそぐわないので反対である。

危険負担の債務者主義は、双務契約において「目的物の引渡等がなされる以前に、債務者に責めに帰すべき事由がないのに目的物が滅失等して履行不能になり債務が消滅した場合、対立する債務も当然に消滅する」というものであって、一般の国

民感覚に合致し分かりやすい。そこで、「分かりやすい民法実現」のためには、危険負担制度を存置し、上記のような債務者主義を基本とした規定を置くべきである。

これに対し、解除一元論では、「帰責事由無くして一方の債務履行が不能になり債務が消滅した場合にも、さらに解除しなければ契約関係が終了しない」とするので、国民に分かりにくいと思料される。

のみならず、一方の債務が消滅したのに他方の債務については解除しなければ責任を免れないとすると、解除の仕方も知らない一般市民、消費者や零細事業者などの劣位者にとっては極めて煩わしく、かつ同人らについて解除通知未到達の危険も発生する。それ故、解除一元論は「劣位者保護」にもとる可能性があるもので、その旨を明示すべきである。

危険負担の制度は、東日本大震災などのような激甚災害が発生したときには、使用する機会はむしろ増える。

解除の意思表示を必要とすると、相手方が行方不明など意思表示の伝達が困難な場合などにいつまでも契約が終了しないことがあり得る。危険負担制度のほうがむしろメリットがある。(仙台弁)

- 債務不履行解除において帰責事由を必要とする前提に立って、危険負担制度を存置する考え方に賛成する。

これに対し、帰責事由を不要とする前提に立って、危険負担制度を廃止し解除一元論を採用する考え方があるが、解除一元論は「国民に分かりにくく」、解除のしかたを知らない一般市民ないし消費者や中小零細事業者などの劣位者にとって、特段の事情もないのに解除を求められることになって極めて煩わしく、公示送達も知らないことも考えられるから、これについては強く反対する。東日本大震災でも、法律相談レベルだが、危険負担法理が十分機能している。(東弁)

- 解除一元化案を採用して危険負担制度を廃止することについては、反対する。

帰責事由なく履行不能に陥った場合に反対債務は自然に消滅すると考えることが一般常識的感覚であり、解除の意思表示をしない場合が想定され、解除制度に一元化すると債務者が不測の不利益を被る懸念があること、解除の意思表示を相手方に到達させることが困難な場合も少なからず存在し債権者の負担となる可能性があることなどから、危険負担制度を廃止することについては反対する。(愛知県弁)

- 危険負担という概念は実務上定着しており、危険負担という概念をなくすことについては慎重な検討をお願いしたい。(オリックス)

- 帰責事由を不要とする考え方には反対である。「債務者の責めに帰することができない事由」という要件自体が機能していないとは断言できない。また、わかりづらいとされる危険負担の概念をなくすことを意図しているかもしれないが、危

危険負担では原則として債務者主義により当然に契約関係から解放されていたにもかかわらず、解除をしなければ解放されないという形にすることが、果たしてわかりやすい民法であるといえるのか疑問である。そのため、簡単な問題ではなく、検討する必要がある。(パブコメWG)

- 解除及び危険負担は併存させる方向で検討すべきである。

履行不能の場合には反対債務が自然消滅すると考えるのが常識的な場面が多いこと、常に解除の意思表示を必要とすることが債権者に不利益となる場合があり得ることからである。(日司連)

- 債務不履行解除の要件につき債務者の帰責事由を不要とした場合においても、現民法第536条の規律は併存する方向で検討すべきである。

危険負担制度と解除制度との調整の是非とその在り方を検討することについては賛同できる。

そうすると、解除制度と危険負担制度の適用範囲をどのように調整すべきかが問題となる。この点、理論的には両制度を併存させる必要性が薄いため、どちらかの制度を廃止して一元化すべきという考え方がある。

この考え方によれば、危険負担制度を廃止して解除制度に一元化した場合、一方の債務が履行できなくなった場合においても、他方の債務からの解放は解除の意思表示によることになる。しかし、実務上、解除の意思表示が相手方に到達しない事態は頻繁に起こるところであり、このような場合には、相手方から債務の履行が受けられないにもかかわらず、解除効が発生しない自らの債務についてはなお履行義務を負い続けるという結果が常に生じることになる。対価関係の失われた双務契約に当事者が拘束される事態は、およそ公平の見地から妥当であるとは言い難い。

かといって、履行不能の局面において解除を排して危険負担に一元化してしまうのは、債務が履行不能に陥ったか否かについては必ずしも一義的に明らかになる場合ばかりではないという実務をかんがみれば、いつ契約関係が自動消滅したのか分からないということになってしまい、かえって法的安定性を害する懸念がある。

一方、実務においては、双務契約の両当事者において帰責事由なく一方の債務が履行できなくなった場合に他方債務が当然に消失することを定めた現民法第536条1項は、契約当事者における合理的期待におおむね添う上、双務契約における対価関係を保ちながら簡明かつ画一的な処理ができるという利点があるため、特段の不満なく実務に受け入れられている現状がある。そうすると、理論的にはさておき、解除制度と危険負担制度を併存させたところで、それによって実務が滞る事態は容易に想像し難い。

よって、解除制度と危険負担制度のどちらかに一元化するだけの立法事実は、いまだ集積されていないのではないのかという懸念がぬぐえず、解除の要件として債務者の帰責事由を不要とする立場を採用した場合であっても、現民法第536条は維持されるべきと考える。(青司協)

○ 解除制度と危険負担制度の併存を前提として、解除制度と危険負担制度の関係について検討すべきである。帰責事由がなく、履行不能に陥った場合、解除制度によらずに反対債務が消滅するという危険負担制度は必要であり、廃止すべきではない。(広島弁)

○ 債務不履行解除と危険負担との関係は、解除制度と危険負担制度を併存させるべきであるという意見につき、賛成する。

帰責事由なく履行不能に陥った場合、反対債務は自然消滅すると考えるのが常識的であり、また常に(または原則として)解除の意思表示を要求することは通常人に馴染まないことから、両制度を併存させることが妥当と思料する。(札幌弁)

○ 検討委員会試案では、解除一元論を採用しており、履行の不能の場合であっても反対債務が自然消滅せず、意思表示が必要となる。常に意思表示を求めるよりも、自然消滅とするのが従来の常識的な判断でないか。解除一元論にこだわらずに、並存案の再検討も必要ではないか。(北海学園大民研)

○ 債務不履行解除の要件について債務者の帰責事由を不要とするか否かにかかわらず、危険負担制度は存続させるべきであり、危険負担制度の廃止(解除制度への一元化)については、今後検討の対象とすべきではない。

仮に、今次の民法改正において、危険負担制度の廃止を強行するというのであれば、当職としては今次の民法改正そのものに強く反対する。

仮に、解除権の要件として債務者の帰責事由を要求しないものとする場合であっても、①帰責事由なく履行不能に陥った場合、反対債務は自然消滅するというのが常識的な考え方であること、②実社会の全ての人が契約に対して意識的に行動しているわけではなく、契約終了を当事者による解除の意思表示にかからせず自然消滅させることが望ましい場面があること、③危険負担は不可抗力により債務が消滅した場合に反対債務を消滅させる制度であるのに対し、解除は一方当事者が重大な契約違反をした場合に契約を維持できないとして反対債務を消滅させるものであり制度趣旨が異なるため、なお両者を併存させる意義があること、④ウィーン売買条約にも「危険の移転」というわが国の危険負担に相当する規定があり、比較法的に考察しても両者の併存は不自然な考え方ではないことから、危険負担制度はなお存続させるべきである。

これに対し、一部学者によって提唱されている「解除一元化案」は、仮に解除権の要件として債務者の帰責事由を要求しないものとする場合、解除と危険負担

は適用範囲が重複することから危険負担制度を廃止すべきという考え方であるが、このような考え方を採用している検討委員会試案でさえ、危険負担制度を廃止することへの代替措置として、契約各論で危険負担的発想に基づく規定を複数設けることを提案しており、このような提案が必要になること自体、既に解除一元化モデルが論理的に破綻していることの証左である。

中間論点整理本文の説明によれば、「解除一元化案は、履行不能と思われる場面では帰責事由の有無に立ち入ることなく原則的に催告解除を行う実務に適合的である」と説明されているところ、確かに弁護士等の関与する現行実務においては、実際に履行不能と思われる場面が生じた際、債務者に帰責事由が存するか否かは不明であることが多いことから、とりあえず解除の意思表示を行う場合が多いといえるが、弁護士等が関与しない実務の現場においてもそうであるとはいえないほか、そもそも上記のような実務上の取扱いは、裁判上債務者の帰責事由が認められるか否か不明である場合の保険的な措置であり、危険負担制度自体の存在意義を否定する趣旨ではない。

また、同説明では「現実の取引実務・裁判実務では危険負担制度がほとんど機能を果たしておらず、同一の目的を有する制度を併存させる意義が乏しい」と書かれているが、契約書等では危険負担ないし危険の移転に関する条項が設けられることも多く、現実の取引実務において危険負担制度がほとんど機能を果たしていないなどとする認識は明らかな事実誤認である。

さらに、「反対債務からの解放を当事者の意思に委ねる方が私的自治の要請にかなない、法律関係の明確化に資する」というのは学者が勝手にこじつけた議論であり、現行法の危険負担に関する規定が私的自治の要請に沿わないなどという指摘は、少なくとも実務界では聞いたことがないほか、「債権者が反対債務の履行に利益を有する場合や不能となった債権につき代償請求権を有する場合等、債権者が契約関係の維持に利益を有する場面がある」という議論は、危険負担の適用範囲を意図的かつ不当に広く解釈した机上の空論に過ぎないことから、いずれも採るに値しない。

既に、危険負担制度の廃止については、当職のみならず多くの実務家から反対意見が表明されており、学者の間でさえも慎重意見があると聞いているが、このような状況にもかかわらず仮に危険負担制度の廃止が強行されるのであれば、今次の民法改正は実務の需要を無視して、市民生活の基本法たる民法の規定を学者による机上の空論の玩具とし、もって実務に混乱をもたらすことを主たる目的にしていると判断せざるを得ないことから、もはや当職としては今次の民法改正そのものに強く反対する立場に転向せざるを得ないことになる。(弁護士)

○ 不同意。危険負担の発想に基づく特則が必要な場合がありうると認識している

のであれば、あえて一元化する意味はない。(会社員)

- 危険負担の制度を廃止することについては、賛成できない。危険負担の制度は既にわが国において定着している制度である。また、賃貸借契約、雇用契約、さらには継続的供給契約（継続的売買）においては、解除の問題とは別に危険負担を問題にしなくてはならない。売買契約（単発型）についてのみ危険負担の問題を解除権行使の限界の問題に還元することは、制度として理解しにくい。また、解除に帰責事由を不要とすると（第3，2），解除と危険負担との適用範囲が重複する部分が生ずるが（第4，1），より要件の厳しい制度に合わせるのは合理的でない。

(弁護士)

- 債務不履行解除の要件につき債務者の帰責事由を不要とすることを前提として危険負担制度を廃止し解除制度に一元化すべきであるという意見が指摘されている。

しかし、債務不履行の要件として帰責事由が必要であるという考え方は維持されるべきである。

また、現行では危険負担で処理される場合も解除に一元化するとすると、債権者が反対債務を消滅させるためには債務者に対して解除の通知をしなければならなくなる。これまでは一方の債務が消滅すれば当然に反対債務も消滅しており、相手方に対する通知が不要だったのであるから、中小企業にとってはそれだけで負担が増すことになるし、法的に有効な解除の通知をすることに気を配らなければならないことになる。このような負担の増加は人材と法的知識の少ない中小企業にとっては必ずしも小さくないと考えられる。

さらに中間論点整理では危険負担の制度が現実の実務上機能を果たしていないかのような記載があるが、むしろ上記のとおり危険負担制度は通知が不要な簡便な債務の消滅制度として十分に機能しているのであり、その点に関する裁判が少ないとすれば、それはむしろうまく機能をしていることの裏返しである。今回の東日本大震災でも有効に機能しているとの指摘もある。解除制度に一本化することにより解除の有効性という不要な争点が生じることを懸念する。

従って危険負担制度を廃止し、解除に一本化することについては極めて慎重になるべきである。(東京同友会)

- 契約当事者の責めによらない事由により目的物を引き渡すことができない場合、履行不能の場面だけでなく、履行遅滞の場面もあることから、一律的に解除事由に該当しないよう慎重な検討をお願いしたい。

不動産売買契約の実務においては、債務者主義をとっており、(今回の大震災においても同様だが) 目的物が損傷した場合、修復して引渡すこととしているが、

引渡し日直近で損傷等した場合、修復に一定の期間を要する。この場合、約定された引渡し日に目的物を引き渡すことができず、重大な債務不履行と解され解除ができるとされ取引の公平性に欠ける場合が生じることが懸念される。(不動協)

- 解除について一般的要件を立てて、履行不能の場合を含めて債務者の帰責事由の有無を問わず債権者が解除できるとする立場を採ることになると、危険負担制度を廃止することが適切かつ必要である。解除による契約関係の解消は、契約の存続・消滅を解除権者である債権者の意思に委ねるとするものであり、自動的な契約関係の解消を帰結しうる危険負担制度とは矛盾する。

この点について、無効と取消しの場合の二重効との関係が問題となりうるが、二重効の議論において争点となっているのは、とりわけ詐欺と錯誤、制限行為能力と意思無能力の関係であり、これらにおいては、複数の救済手段を有する者がそのいずれを行使するかを選択の問題である。このような場合に、無効も取消しも一つの事実の法的評価にすぎず、無効な法律行為も取消可能であるという論理が承認されてきた。

しかし、解除と危険負担の関係はこれと同視することができない。危険負担は、単に債権者によってのみ主張される救済手段ではなく、履行不能によって生ずる客観的効果であり、債務者からもその効果を援用することを排除できないからである。民法改正に当たって、矛盾する法律効果を併存させる制度を容認することは適切でないと考える。(大学教員)

- 解除制度と危険負担制度の適用範囲が重複する場面の処理に関し、更に検討することについて、必要ないと考える。

履行不能解除の要件として債務者の帰責事由を排除するべきではないので、債務者の帰責事由を排除する考えを前提とした場合に生じる履行不能解除と危険負担の適用領域の重複の問題を検討する必要はない。

この点、仮に上記のような履行不能解除と危険負担の適用領域の重複の問題が生じることを前提として、念の為此の点を検討した場合、危険負担制度と解除制度は併存させるべきである。理由は以下のとおりである。

- 1 解除制度に一元化した場合は以下の問題が生じるので、一元化するべきではない。

- (1) 被不履行者が契約の拘束力から解放される為には、常に解除の意思表示を要することになる。しかし、例えば債務者が行方不明の場合には、公示による意思表示(民法96条)等を余儀なくされる。先般の東日本大震災のような大災害により引渡前の売買の目的物が滅失し、売主が行方不明になっている時などにも、このような解除の意思表示をしなくてはならないことは、買主にとって負担に過ぎる。解除は理念的には無方式の一方的意思表示であるが、実務上は

上記のような不都合が想定され、国民に不便を強いることとなる。

解除権者が解除の意思表示をしない限り契約の拘束力から解放されないとするのは、かえって法的安定性を害することになる。この点、解除権の期間制限、債務者への催告権の付与、信義則や権利濫用法理の適用などで解除権を制限すれば良いという反論もあるが、そのような制限規定を設けてまで解除制度に一元化するメリットがあるのか不明確であるし、信義則や権利濫用などの一般条項の適用を期待することを前提とした改正は、「国民にとってわかりやすい民法」の達成に資するものではない。

- (2) また、解除一元化論者は、履行不能の場合に帰責事由の有無に立ち入らず、原則的に催告解除を行う実務に適合的であるとするが、法律上は解除権を有するものであってもこれを自覚しておらず、解除権行使のないまま事実上契約関係が終了している場合も多いと思われるところ、上記論拠に係る立法事実があるかは明らかでない。

2 解除制度と危険負担制度を併存することには、以下のとおり問題がない。

- (1) 併存させる考え方に対しては、危険負担制度が事実上機能する場面がなく存置させることには意味がないという批判がある。しかし、少なくとも、実生活上危険負担法理により解決されている紛争は多々ある。例えば労働契約や役務提供契約のごとき継続的契約では、一方当事者の債務が履行不能になったからといって、契約解除だけで法律関係を整理できるものではなく、危険負担制度による解決を必要とする場合がある。

また、継続的契約以外でも、一部不能や一時的不能などの場合に、不能部分だけを危険負担法理で処理し、残りの部分は契約を維持することが適切な場合もある。

以上のとおり、危険負担制度には解除制度では担えない機能があるところ、これを存置して当事者の選択権を維持することが、私的自治にも適合し使いやすい民法となると言える。

この点、危険負担法理での処理が適切な問題については特則を設ければよいという意見もあるが、解除一元化を基本として契約類型ごとの特則により処理することは制度を複雑化するものであり、「国民にとってわかりやすい民法」に資するとは思われない。

- (2) また、解除制度と危険負担制度を併存させることについては、論理的整合性がないという批判もある。しかし、前記のとおり併存させる実務上の要請があり、解除に一元化することには問題があるのだから、論理的整合性を理由に解除に一元化することは問題である。例えば、ドイツ民法も危険負担規定の中に解除権の定めを置いており（ドイツ民法第326条1項、5項）、諸外

国の立法を見ても併存させる必要性が伺われる。(法友全期)

○ 解除制度と危険負担制度を併存させ、被不履行当事者に自由な選択権を認めるべきである。

(1) 企業実務においては、一方債務が消滅すれば他方債務も当然に消滅するという考え方に違和感はなく、危険負担制度を否定する理由が存在しない。契約実務を混乱させないという観点からも、現行の危険負担制度は存続させるべきと考える。

(2) また、解除制度との併存の在り方としては、そもそも危険負担制度により債権債務が消滅している、即ち終了している契約を、被不履行当事者の解除の意思表示により再度終了させることができるという論理的矛盾は孕んでいるものの、本来期待していた給付を受けることができなくなった被不履行当事者に選択権を与えることを評価するという観点から、解除制度と危険負担制度を併存させ、被不履行当事者に自由な選択権を認めるべきである。(法友会)

○ 危険負担と債務不履行解除を単純に併存するべきである。

一方の債務が帰責事由なく履行不能になった場合、反対債務も消滅するというのが市民感覚になじむ。反対債務を免れるためには解除通知が必要というのは、債権者に負担である。

解除と危険負担は制度の趣旨、効果は異なる。重複しておく必然性がないとはいえない。

一部不能や付随契約の不能等、解除ができない場合があり得るから、危険負担制度によって当然に反対債務が消滅することのメリットはある。(堂島有志)

○ 危険負担の従来的一般原則との整合性を損ない、これを前提に組み立てられている実務のリスク分配に波及効を及ぼすおそれがあるとして、以下のような理由で解除一元化に反対し、条文化に慎重な検討を要するとの意見が大勢を占めた。

催告、債務者の帰責事由の要否などの債務不履行解除の要件をどのように規定するかが先決である。また、債務不履行解除の要件を現行民法よりも緩めたとしても、解除権は、不可分性によりその行使が制限されることがある(民法第544条)とともに、消滅時効により消滅し、相手方の催告により消滅し(民法第547条)、長期間にわたってこれを行使せず、その行使が信義誠実に反する特段の事由がある場合には、同行使は許されない(最判昭和30年11月22日民集9巻12号1781頁)とされるところであり、必ずしも危険負担と要件を同じくするものではない。解除に一元化すると、債務の一時的不能や一部不能の場合に、反対給付の減額を認めることによって当事者間の利益考量を図るといった柔軟な処理ができず、一部不能等が「契約の重大な不履行」に該当するか否かにより、反対債務を全部免れるか全部給付を余儀なくされるかが定まるというオール・オ

ア・ナッシング的な解決になり、柔軟な解決が図られない可能性があることに留意しつつ検討する必要がある。また、常に解除の意思表示をすることが煩瑣となる場合があることが懸念される。(最高裁)

- 危険負担を残す方向で、検討するべきである。

労働法分野や賃貸借のような継続的契約を念頭に置くと、「労働組合の争議行為により他の労働者が一時就労し得なくなった場合の賃金請求権の帰趨」「賃貸借契約後の帰責事由のない目的物損傷の場合の賃料請求権」のように、契約解除というアクションを介さず当然にある期間の反対債務が消滅したとする構成を取ることが便宜で必要性な場面が存在するからである。危険負担制度自体をなくしてしまうと、明確であるが、労働分野や賃貸借にのみ特殊な処理をなす必要が生じる(総論廃止各論で残す処理となる)が、これは制度設計として上手な設計ではなく慎重になるべきである。よって、危険負担の法理は併存させるべきものである。

その併存のさせ方如何(単純併存か危険負担一元化等)については、契約の終了の問題をも踏まえてさらに検討するべきである。(大阪弁)

- そもそも債務不履行解除の要件につき帰責事由を不要とすべきではなく、これを不要とすることを前提として検討することに反対する。なお仮に、帰責事由を不要とすべきとした場合も、解除一元化案を採用することについては、反対する。

帰責事由なく履行不能になった場合、反対債務は自然に消滅すると考えることが一般常識的感覚であるし、実社会の全ての人が契約に対して意識的に行動しているわけではなく、契約終了を当事者による解除の意思表示にかからせずに自然消滅させることが望ましい場面もある。また、仮に解除一元化案を採用した場合、消費者等において、反対債務が当然に消滅したと理解して解除の意思表示をせず、その結果、不測の不利益を被る懸念もある。さらに、東日本大震災のような大災害が生じた場合や、相手方が行方不明になった場合には、解除の意思表示を相手方に到達させること自体が困難となって、当事者に過大な負担を課すおそれもある。(二弁)

- 現行の危険負担規定は、特に契約金額が億円単位に及ぶことが珍しくない建設請負契約においては、請負人が多額の損失を蒙る結果となるものであり、実務におけるスタンダードな約款(「公共工事標準請負契約約款」「民間(旧四会)連合協定工事請負契約約款)」では、一定割合や前提条件次第で注文者負担に転換している。しかしながら、いずれの負担とするにしても、負担者の蒙る経済損失が非常に多額に及ぶため、リスク配分上、明らかに衡平を欠いている感は否めず、また、近時の様々な新しい発注形態(PFI・SPC等)においては、建設請負に関するリスクは請負人とするリスク分担のスキームとされることが通常であり、約款条項が修正・削除され民法規定(請負人負担)に戻される場合も少なくない。

したがって、リスク配分上の適正を欠く危険負担規定は存置せず、解除一元論に再整備すべきである。そして、その際、危険負担の発想に基づく特則が必要な場面の整理として、「民間（旧四会）連合協定工事請負契約約款」の考え方（重大な損害と認められ、請負者が善良な管理者としての注意をしたと認められるものは注文者負担とし保険等の填補分は控除）に基づく規定を設けるべきである。（日建連）

- 解除制度と危険負担制度は実務上別個の意義を持つ制度として併存させることを前提に更に検討すべきである。

危険負担制度と（履行不能）解除は、同じ場面を対象とするものであり、機能的にも反対債務の消滅を基礎づけるという点でまったく同じであり、本来、両者は要件を異にしてはならないとの考えがあるが、同一の目的・機能を有する制度という認識自体が問われるべきである。学問上はともかく、実務的に両者はそれぞれ別個の意義を有し、別個の適用範囲を持つものである。

具体的にいえば、履行不能の原因が債権者にとって明らかでないときは、まず催告解除がなされることはそのとおりであるが、債務者に帰責事由のない履行不能であることが明らかである場合は、解除することなく、危険負担の問題として処理されてきた。このように、危険負担は、債務者に帰責事由のない履行不能の場合に、反対債権がどうなるかということを経律する制度として、契約解除とは別個の意義を有している。

現実の取引実務・裁判実務では危険負担制度がほとんど機能を果たしていないとの指摘もあるが、頻度は高くないものの大規模な自然災害等、大量に契約関係が処理されるべき場合もある。このような場合に、解除の意思表示を求めるのは無意味であるばかりか、行方不明者など意思表示の到達に問題がある場合も多く、加重的な負担となる。

解除一元化の考え方からも、解除時期を制限する根拠として「危険の移転」という考え方は残る（国際物品売買契約に関する国際連合条約66条以下）。そして、「危険の移転」後の滅失・毀損については、売主の義務に当たらず、買主は契約を解除できないとするようである。しかしながら、国際物品売買契約とは異なり、国内の不動産売買などにおいては、売主の義務が漸次に多層的に行われることがままある。このような場合において、売主に帰責事由のない滅失・毀損についていつ危険が移転したと考えるかという問題と、売主としてどこまでの義務を果たすべきかという問題とは分けて考えるべきである。具体的には、滅失・毀損について売主に帰責事由がない場合には、引渡前の買主の代金支払いなどによって危険が移転したと見るべきときであっても、売主に帰責事由がある場合には、売主の帰責事由による履行不能として、なお解除を認めるべき場合が考えられる。こ

のように「危険の移転」は履行不能につき債務者の帰責事由のある場合とない場合について分けて考えるべきである。

一般国民の観点からも、不可抗力などにより履行不能が生じた際に反対債権がどうなるのかと考えるのが自然であり、解除制度とは別個に法律で規定されているというのが常識的な理解になじむものである。(横浜弁)

- 従前どおり、債務不履行が不可抗力による場合は解除権は発生せず(ただし履行不能に至った場合は危険負担の規定により自動的に契約消滅と同様の効果が生じる)、債務不履行が債務者の責めに帰すべき事由による場合は債権者に解除権が生じる(=債権者は契約を消滅させるかさせないか選択権が生じる)、という区分があった方が、債務者の帰責事由があることにより債権者に契約継続か消滅の選択権が生じる、という形で債務者の責任が明確化して良い。(親和会)
- 危険負担は、不可抗力で債務が消滅した場合に反対債務を消滅させるものであり、解除は、片方が重大な契約違反をした場合に契約を維持できないとして反対債務を消滅させるものであるから、両制度は趣旨が異なり、適用範囲もそれぞれ異なることから、併存させてよい。(日大民研・商研)
- 解除一元化案を採用して危険負担制度を廃止することについては、反対意見が強い。

帰責事由なく履行不能に陥った場合に反対債務は自然に消滅すると考えることが一般常識的感覚であること、消費者等において反対債務が当然に消滅したと理解して不測の不利益を被る懸念があること、解除の意思表示を相手方に到達させることが困難な場合も少なからず存在し債権者の負担となる可能性があることなどから、危険負担制度を廃止することについては反対する意見が強かった。また、東日本大震災後の法律関係の処理においても、実際に、危険負担制度が重要な役割を果たしているとの指摘もあった。(日弁連)

- 震災を通じて提起されうる問題として、中間論点整理では、後発的不能による債務消滅と危険負担の制度を廃止することにより、契約規範からの離脱は解除に一元化する方向性が有力な選択肢として提起されている。しかし、甚大な自然災害の発生により債務履行の可否の判断等を含む契約管理が不可能になり、当事者による解除の意思表示もできない場合が想定されうる。このような可能性も踏まえ、仮に後発的不能による債務消滅の考え方を採用しないとしても、何らかの客観的事実を根拠に当事者の意思表示を待つことなく契約規範の効力を否定する制度が必要とならないか、またいかなる場合にそのような場面を認めるべきか、さらに詳細な検討の必要があるのではないか。(大学教員, 大学教員, 大学教員, 大学教員, 大学教員, 大学教員, 大学教員, 大学教員)
- 解除一元化案に反対。危険負担概念は有用であり解除と並存すべき。両論対立

なら現行法に落ち着くべきであろう。(弁護士)

- 債務者の責めに帰すべき事由の根拠を契約の拘束力に置かならば、「債務者の責めに帰することができない事由」を維持してもよいので、債務不履行解除と危険負担との区別が可能であると言ってよい。しかし、債務者の責めに帰すべき事由の根拠を契約の拘束力に置き「債務者の責めに帰することができない事由」を維持する場合でも、債務不履行解除と危険負担の関係が問われることになる。さらに、債務者の責めに帰すべき事由の根拠を過失責任主義に置かならば、「債務者の責めに帰することができない事由」は不要である。したがって、同様に、債務不履行解除と危険負担の関係が問われることになる。

このような債務不履行解除と危険負担の関係が問われる場合に、債務の一時的不能または一部不能における対価の減額だけを可能にすること、賃貸借契約のような継続的契約において当然消滅を認めることが適切な場合があること、消費者等において反対債務が当然消滅したと考える契約の解除をしない場合があることなどを理由にして、原則として契約の解除を優先させるが、例外的に危険負担を併存させることが望ましい。(大学教員)

- 解除一元化という主張があるが、危険負担制度は維持すべきである。その理由は、帰責事由なく履行不能に陥った場合、反対債務は自然消滅するのが常識的であり、既に危険負担の発想になじんでいること、実社会の全ての人が契約に対して意識的に行動しているわけではなく、契約終了を当事者による解除の意思表示にかからせずに自然消滅させることが望ましい場面があることから求められる。(弁護士)

- 改定することにより課題が生じるのであれば、現行法が適切で、改定すべきではないと考える。(個人)

- たしかに多くの場合は解除が行われるだろうが、実体法のルールとして、解除が行われないままになった場合に、どのような法律関係になっているのかを定めることは必要。その意味で併存案でよい。(大学教員)

- 今年度及び次年度は、震災関連(事後処理を含む)の枠組みや特別法立法に予算や英知を結集すべきで、民法(債権関係)改正は今やるべきこととは全く思えず、加えて、危険負担や債務不履行の構成を数年先に全面改正するとなると、国民の争いが多数顕在化した中で混乱を招くであろうことは素人でも分かること(紛争解決機能を不安定にするだけ)。(弁護士)

- 債務の当然の消滅を認め、危険負担により処理するのが妥当ではないか。

このような場合にまで、解除の意思表示を必要とすることは買主に不当な負担を強いることになると思われる。(大学教員)

- 現行法のままでよい。実務的な要請に基づかない単なる学問的な興味に基づく

変更は、無用な混乱を招くだけであり、慎むべきである。(弁護士)

- 解除制度に一元化すると、債権者の反対債務は当然には消滅せず解除の意思表示が必要となる。しかし、例えば、事業側に帰責事由がなくて約束したサービスを提供できないときに、契約を終了させるために、相手方である個人顧客や消費者から解除の通知が必要となると、自発的に全員から解除の通知が来ることはあり得ないので、事業者の方から解除通知を依頼して集めるとの事務が予想される。そうすると、事業者側および個人顧客や消費者側双方に過分の事務負担を強いることとなる。

かかる場面を想定し、現行の危険負担制度を残す方がよいと思う。(会社員)

- 取引実務上は、債務不履行解除と危険負担は別個のものとして取り扱われ、また、債務不履行解除において、債務者側の帰責事由を要するという理解に基づいた運用がなされているが、特段大きな問題は生じていないと思われる。こうした中で、従前の取引実務の運用を変更してまで解除一元化を主張しなければならない実益に関しては疑問を感じざるを得ず、もし学説の採否の問題に過ぎないのであれば、従前の実務を変更しない方向で検討されるべきである。(会社員)

- 危険負担制度は維持すべきである。

特に一般消費者においては、事業者の債務が履行不能となった場合は、帰責事由の有無にかかわらず、反対債務は自然に消滅するものと理解するが常識的かつ一般的であり、また、全ての者が契約に対して意識的に行動しているわけではないため、積極的に解除の意思表示を行うことまでを求めるのは困難である。

また、消費者と事業者との交渉力、情報及び法的知識の格差により、消費者の解除の意思表示を妨げる事業者の行為が行われるなど、事実上、解除の意思表示が困難となる場面も想定される。

さらに、実際の消費者紛争においては、解除の相手方の所在が不明な場合など、解除の意思表示を到達させることが不可能なケースも多い。

したがって、必ず解除の意思表示を必要とすることは不測の不利益を被るおそれがあり、解除の意思表示がなくても契約の拘束力からの開放を認める余地を残すべきである。(日弁連消費者委有志)

2 民法第536条第2項の取扱い等

債務不履行解除と危険負担との関係（前記1）の見直しの結論にかかわらず、民法第536条第2項の実質的な規律内容（債権者の帰責事由により債務が履行不能となった場合には、反対債務は消滅しないという規律内容）は維持するものとしてはどうか。その上で、この規律を一般的な通則として置くか、各種の契約類型の特性に応じた個別規定として置くかなどといった具

体的な規定方法や規定内容について、契約各則における議論及び受領遅滞との関係（後記第7，1）を踏まえて、更に検討してはどうか。

また、民法第535条及び第547条の見直しについては、債務不履行解除と危険負担の関係の見直し（前記1）と併せて、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第4，3（関連論点）1から同（関連論点）3まで〔102頁から103頁まで〕】

【意見】

- 民法536条2項の規律内容を残す方向で検討すべきである。これは、合理性がある規律である。（兵庫県弁）
- 第536条第2項の規定を存置すべきである。ただし、同項を存置しながらも「責めに帰すべき事由」という文言を「義務違反」という文言に変更することには反対する。現行法通り、この規律を一般的な通則として置くべきである。さらに、各種の契約類型の特性に応じた個別規定として置く必要があるか否かについて検討すべきである。

民法535条は合理性に欠けるから、同条の規定の見直しをすることを明示すべきである。

民法547条は、危険負担の規定を存置する立場からは見直しの必要がないから、規定内容を存置することを明示すべきである。（東弁）

- 民法第536条第2項の実質的な規律内容を維持することについて、賛成する。民法第536条第2項は、労働事件等において重要な役割を有している。また、仮に解除一元化案を採用するとしても、債権者の帰責事由により債務が履行不能となった場合には解除を制限するなどの手当が必要となるため、いずれにせよ民法第536条2項の実質的な規律内容を維持する必要があると考えられる。

民法第536条第2項の実質的な規律内容を維持する場合の具体的な規定方法や規定内容について、債務不履行解除と危険負担の関係の見直しの結果を踏まえて、更に慎重に検討すべきである。同条についての具体的な規定方法や規定内容については、債務不履行解除と危険負担との関係の見直しの結果に大きく影響されるので、これを踏まえて、更に慎重に検討すべきであるが、現行法における解除と危険負担の関係が維持されるべきであると考えられる。

民法第535条を見直すことについては、賛成する。民法第535条は、停止条件付双務契約において、契約の目的物が滅失した場合には債務者主義が適用され、損傷した場合には債権者主義が適用されることを定めているが、滅失と損傷の境界が不明確であるにもかかわらず、正反対の処理がなされる合理的理由は乏しい。

民法第547条の見直しについては、債務不履行解除と危険負担の関係の見直しの結果を踏まえて、更に慎重に検討すべきである。民法第547条の見直しについては、債務不履行解除と危険負担との関係の見直しの結果に大きく影響されるので、これを踏まえて、更に慎重に検討する必要があると考えられるが、現行法における解除と危険負担の関係が維持されるべきであると考えられる。(愛知県弁)

- 民法第536条第2項の実質的な規律内容（債権者の帰責事由により債務が履行不能となった場合には、反対債務は消滅しないという規律内容）は維持することに賛成である。規律の仕方は、一般的な通則として置くことで足りると考える。

契約当事者間の公平に資するので、廃止する必要はない。具体的な適用場面を想像するに、契約ごとに個別に規定するまでの必要性は乏しいと思われる。(仙台弁)

- 債務不履行解除と危険負担との関係の見直しの結論にかかわらず、民法第536条第2項の実質的な規律内容は維持し、一般的な通則として置く方法で検討すべきである。

民法第536条第2項は、労働契約に基づく債務の供給が債権者の責めに帰すべき事由によってできない場合に、反対債権の給付を請求する根拠となるので、その実質的な規律内容は維持されなければならない。また、当該規律が適用される局面は民法上の雇用に限らず、請負や委任であっても適用されることが想定されるのであるから、この規律は一般的な通則として置くべきである。(日司連)

- 現民法第536条第2項の実質的な規律内容を維持することに賛成する。現民法第536条第2項は、例えば、解雇、休業等の労働紛争における賃金請求権の帰すうを決する理論的根拠として、労働者保護の見地から極めて重要な機能を果たしている。この点、民法第536条第2項の実質的な規律内容を維持しようとする上記提案は、おおむね賛同できるものである。

現民法第536条2項の「債権者の責に帰すべき事由」要件を他の要件に置き換える場合には、現民法第536条第2項の適用を主張する側に現行以上の主張立証責任が加重されることのないよう配慮すべきである。ただし、民法第536条第2項の実質的な規律内容を維持するに当たっても、信義則に由来する債権者の信義誠実行動の義務違反等、現民法第536条第2項に新たな規範要件が加重されることとなれば、要件該当性をめぐって当事者間において無用の紛争を招きかねない上、債務不履行を自ら招いた債権者に対する制裁としての機能が弱まり、ひいては、労働紛争における労働者保護が後退する事態を招きかねない。

本意見は、全体として現民法第536条の維持を求めるものであるが、とりわけ現民法第536条2項の規定のありようについては、上記の問題をふまえ、なお慎重に検討されることを強く望むものである。(青司協)

- 民法第536条第2項を維持すべきである。民法536条2項の趣旨を維持す

べき点に異論はない。現行民法536条2項の考え方を維持して、帰責事由を有する当事者からの解除はできないこととすべきである。

民法第535条及び第547条は削除すべきである。(福岡弁)

○ 第536条第1項を廃止し2項を存続すると、従来よりも射程距離が広がり、すべての契約類型に適用されることになる。この規定を契約の一般的な通則とするか否かについてさらなる検討が必要ではないか。(北海学園大民研)

○ 第536条2項の実質的な規律内容を維持することに賛成する。第536条2項は労働事件等において重要な役割を果たしており、維持することが必要である。

第536条の規律の具体的な規定方法や規定内容について、債務不履行解除と危険負担は併存させることを前提に検討すべきである。

第535条については、見直しの方向で検討すべきである。滅失の場合と毀損の場合で、逆の結論となっている。滅失の場合、全く目的物が債権者に引き渡されず、毀損の場合は毀損した目的物が一応は引き渡されるという違いはあるとしても、瑕疵担保責任の場合の債権者の権利と比べて、合理的な区別とは言い難い。

第547条の見直しについては、危険負担制度と解除制度の併存を前提とすれば、見直しの必要はない。(広島弁)

○ 民法第536条第2項の実質的な規律内容を維持することにつき、賛成する。ただし、具体的な規定方法や規定内容は、慎重な検討が必要である。民法第536条第2項は、労働事件等において重要な役割果たしており、これを維持することが現行法との連続及び妥当な解決の観点から、妥当と思料する。

民法第535条、第547条の見直しにつき、慎重な検討が必要である。ただし、解除制度と危険負担制度との関係を踏まえて、具体的な規定方法や規定内容を検討する必要がある(民法第535条、第547条の議論も同様である)。(札幌弁)

○ 講学上の視点に基づく改正事項は必要最低限にとどめるべきである。(会社員)

○ 民法536条第2項の実質的な規律内容を維持することについて、賛成する。具体的な規定方法や規定内容について、更に検討することに賛成する。

民法第535条及び第547条の見直しに関し検討することについて、賛成する。但し535条の規定(要件効果)については、内容を整理して慎重に検討するべきである。

民法536条第2項の規律内容は公平かつ合理的であり、維持するべきである(解除一元化論をとっても、同条項の規律内容を維持することには賛成する意見がある)。なお、履行不能解除について債務者の帰責事由の要件を排除すると考える場合、現行民法536条2項の要件である「債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったとき」という要件が、「契約の重大な不履行」

が「受領義務その他信義に従い誠実に行動する義務」に違反したか、という要件に変更されることが想定されるが、既述のとおり帰責事由の要件には十分な合理性が認められ、これを変更する必要はない。

民法535条と547条の見直しについては、危険負担制度、解除制度の改正の帰趨によるところがある。民法535条については、これは危険負担の規定か否かという問題があり、これを危険負担の規定であるとした場合でも、3項は注意規定にとどまると解されていること、1項と2項について目的物が滅失したか損傷したかという不明確な境界により結論を全く異にするのは不合理と言えることなど、問題が混在している。よって、検討の際には、条文に定める要件効果について整理が必要と考える。(法友全期)

- 民法第536条第2項の実質的な規律内容を維持することに賛成する。

民法第536条第2項の規定は公正であるため、維持することに賛成する。なお、企業実務においては、契約の特性に応じたリスク配分を個々の契約ごとに定めているケースが多いので、民法では一般的通則としての規定があれば足りるものと考えられる。

また、民法第535条及び第547条の見直しについては、前記1の見直しに併せて、本規定が他の規定と整合を欠くことがないように検討すべきである。(法友会)

- 現行民法第536条第2項の規定は維持すべきである。第536条第2項の規律は合理的であり、危険負担制度を維持する以上当然に残すべきである。

第536条第2項は一般的な通則としておき、契約各論では必要に応じて特則をおくべきである。第536条第2項は一般的な通則として合理的であり、各種の契約においてさらに特則が必要であればそこで規定すれば足りる。

第535条は削除すべきである。第535条は、第1項で「滅失」の場合、第2項で「損傷」の場合と分けて規定しているが、滅失と損傷で規律をわけることに合理性はない。第534条の債権者主義を修正することを前提に、特段停止条件付双務契約の特則を設ける必要はなく、削除するというだけでよい。

第547条は維持するというだけでよい。第547条は元々合理性のある規律であり、解除も危険負担も単純に併存して残す以上、維持するのが当然。(堂島有志)

- 現行法を維持するのが相当との意見があった。(最高裁)

- 民法第536条2項が規定する規律内容は維持することに賛成する。

同項は労働事件に於いて重要な役割を有しており同項により契約が維持され賃金請求権が認められると労働者は社会保険や労働保険上の地位を維持できる上労働基準法上の各種救済を受けられる等の利点があるのに対し、解除による損害賠償請求の処理だと解雇の金銭的解決を認め促進することにつながる虞がある。

第535条、第547条の見直しについては引き続き検討すべきである。債務不

履行解除と危険負担との関係の見直しの結果に影響を受ける問題であり、引き続き検討すべきである。(大阪弁)

- 民法第536条第2項の実質的な規律内容を維持することについて、賛成する。民法第536条第2項は、労働事件等において重要な役割を有しているし、また、仮に解除一元化案を採用するとしても、債権者の帰責事由により債務が履行不能となった場合には解除を制限するなどの手当が必要となるため、いずれにせよ民法第536条2項の実質的な規律内容を維持する必要がある。

民法第536条第2項の実質的な規律内容を維持する場合の具体的な規定方法や規定内容について、債務不履行解除と危険負担の関係の見直しの結果を踏まえて、更に慎重に検討すべきである。具体的な規定方法や規定内容については、債務不履行解除と危険負担との関係の見直しの結果次第であるので、これを踏まえて、更に慎重に検討すべきである。

民法第535条を見直すことについては、賛成する。民法第547条の見直しについては、債務不履行解除と危険負担の関係の見直しの結果を踏まえて、更に慎重に検討すべきである。民法第535条は、停止条件付双務契約において、契約の目的物が滅失した場合には債務者主義が適用され、損傷した場合には債権者主義が適用されることとしているが、滅失と損傷の境界が不明確であるにもかかわらず、正反対の処理がなされる合理的理由は乏しい。

民法第547条の見直しについては、債務不履行解除と危険負担との関係の見直しの結果次第であるので、これを踏まえて、更に慎重に検討すべきである。(二弁)

- 第536条2項の規定を維持することに賛成である。第536条2項の規定(債権者の帰責事由により債務が履行不能となった場合には、反対債務は消滅しない)には合理性がある。

第536条2項の規定は、継続的契約において債務の一時的不能や一部不能がある事案において、債権者が対価の減額は望んでも契約の解消は望まない場合の処理や、一時帰休や労働組合のストライキによって非労働組合員が労務の提供をできない場合の賃金請求などの場面において、合理的解決をはかるための根拠規定として機能している。

第535条の規定を見直すことに賛成である。535条の規定については、滅失の場合(1項)と毀損の場合(2項)の場合で結論を全く異にしているところ、滅失と毀損の区別はときに明瞭ではなく、また、原始的不能につき瑕疵担保責任が認められることとの不均衡も指摘されており、見直しを図る必要がある。

第547条の規定を見直すことには反対である。第547条(債務者の催告による解除権消滅)の見直しについては、危険負担制度を廃止し、解除一元化モデルを

採用する場合に問題となるところ、危険負担制度を維持すべきであるから、見直しは不要である。(横浜弁)

- 債権者の責めに帰すべき事由によって履行不能となったときは填補賠償請求権が発生しないこと、この場合において債務者に利益が生じたときは債権者に代償請求権が発生すること、を明文化すべきである。また534条を廃止すれば、535条の存続意義もないものと考えられる。(親和会)
- 民法第536条第2項については、同規定の規律する内容を存置することに賛成する。民法第535条については、滅失と損傷との場合で正反対の処理をする合理的理由を見出し難いので、規律を見直すべきだと考える。(日大民研・商研)
- 民法第536条第2項の実質的な規律内容を維持することについて、賛成する。民法第536条第2項は、労働事件等において重要な役割を有しているし、また、仮に解除一元化案を採用するとしても、債権者の帰責事由により債務が履行不能となった場合には解除を制限するなどの手当が必要となるため、いずれにせよ民法第536条第2項の実質的な規律内容を維持する必要があると考えられる。

民法第536条第2項の実質的な規律内容を維持する場合の具体的な規定方法や規定内容について、債務不履行解除と危険負担の関係の見直しの結果を踏まえて、更に慎重に検討すべきである。具体的な規定方法や規定内容については、債務不履行解除と危険負担との関係の見直しの結果に大きく影響されるので、これを踏まえて、更に慎重に検討すべきである。

民法第535条を見直すことについては、賛成意見が強い。民法第547条の見直しについては、債務不履行解除と危険負担の関係の見直しの結果を踏まえて、更に慎重に検討すべきである。民法第535条は、停止条件付双務契約において、契約の目的物が滅失した場合には債務者主義が適用され、損傷した場合には債権者主義が適用されることを定めているが、滅失と損傷の境界が不明確であるにもかかわらず、正反対の処理がなされる合理的理由は乏しいとして、同条を見直すことについて賛成する意見が強い。

民法第547条の見直しについては、債務不履行解除と危険負担との関係の見直しの結果に大きく影響されるので、これを踏まえて、更に慎重に検討する必要があると考えられる。(日弁連)

- 現行規定でよい。(弁護士)
- 民法第536条第2項の規律内容は維持されるべきである。ただし、「反対給付を受ける権利を失わない」の文言を「反対給付を請求することができる」に改めるべきである。

民法第535条の滅失と損傷の不均衡をなくし、債務者主義に統一すべきである。民法第547条の規律内容は維持してよいが、但書を置いて信義則または権利濫用

により解除権を消滅させない場合を例外として明記する方法がある。(大学教員)

- 改定することにより課題が生じるのであれば、現行法が適切で、改定すべきではないと考える。(個人)
- 個別契約類型によっては疑義もありうるところであるので、一般規定、特別規定ともに設けるべき。(大学教員)
- 民法第536条第2項の実質的規律を維持することには賛成するが、同項の「責めに帰すべき事由」という文言を「義務違反」という文言に置き換えることには反対する。「責めに帰すべき事由」と「義務違反」は全く異なる概念であり、このような改正は単なる文言の書き換えでは済まない。また、仮に「義務違反」という用語を採用すれば、民法第536条第2項の適用範囲が不当に狭くなってしまいうおそれがあり、到底妥当とはいえない。

民法第535条の見直しについては、民法第534条の見直しの方向性と併せて検討すべきである。民法第535条の規定は、停止条件付双務契約に関する第534条の特則を定めるものであるから、第534条の見直しから独立した論点として検討するのは妥当ではなく、同条の見直しと併せて検討すべきである。

民法第547条については、現行法の規律を維持すべきである。民法第547条(相手方の催告権)の規定については、その見直しを要する旨の立法提言も特になく(検討委員会試案も同条の規定は維持すべきものとしている)、同条の規定を改正すべき実務上の必要性も特になく、現行法の規律を維持すべきである。(弁護士)

- 民法第536条第2項の規律内容を維持することに特に異論はない。(日弁連消費者委有志)
- 実質論として、債権者の帰責事由による履行不能を理由とする解除が認められず、債権者は反対債務を免れないとする結論を維持することは適切である。危険負担制度を廃止する考え方に立つと、具体的には、当該債権者は、自己の帰責事由に基づく履行不能を理由として解除することができないということになるのではないか。この場合に、債務者の「帰責事由」概念をどう考えるかとも関連して、債権者に帰責事由ある履行不能とは何を意味するかについても、検討が必要となる。(大学教員)

3 債権者主義(民法第534条第1項)における危険の移転時期の見直し

特定物の物権の設定又は移転を目的とする双務契約において、契約当事者の帰責事由によることなく目的物が滅失又は損傷した場合、その滅失又は損傷の負担を債権者に負わせる旨を定めている民法第534条第1項については、債権者が負担を負う時期(危険の移転時期)が契約締結時と読めることに対する批判が強いことか

ら、危険の移転時期を目的物引渡時等と明記するなど適切な見直しを行う方向で、更に検討してはどうか。その上で、具体的な危険の移転時期について、解除の要件につき債務者の帰責事由を不要とした場合（前記第5，2）における売買契約の解除権行使の限界に関する規定の論点（後記第40，4(2)）との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料5－2第4，2 [93頁]】

【意見】

- 危険の移転時期は、契約締結時と読めるところ、不動産の売買、特に借地権付建物あるいは土地付建物の売買については、目的物引渡時と明記されることは、これまでの紛争例や批判などから、見直す意義は高い。記入登記だけをもって危険が移転することは、債務者の帰責事由を要しないとする規定と債権者の地位とのバランスから、不動産取引の実情にそぐわないし、そもそも危険の移転時期が契約時点と考えることについて合理性があるという理解は多くなかったのではないか。（兵庫鑑定士協）
- 上記の主義の適用範囲を制限する方向性に賛成する。さらに、支配可能性の移転した時（引渡時または登記移転時）からとする方向で検討すべきである。現在においては債権者主義の適用を制限する立場が支配的であり、現行法の規定をその方向で改正すべきである。但し、危険の移転時期については、支配可能性の移転時とする説と、実質的に履行が終了した時期とする説とがあるが、移転時期の明確性すなわち「国民にとっての分かりやすさ」及び公平さから見て、目的物の引渡時、登記移転時に限定する方向で明示すべきである。なお、解除権行使との関係については、解除の要件として帰責事由を要求するべきであるので、適用範囲が明確に区別され何ら問題はない。（東弁）
- 民法第534条1項の危険の移転時期について、適切な見直しを行うことについて、賛成する。民法第534条1項を文言どおりに解すると、危険の移転時期が契約締結時となって、当事者間の公平を欠く結論となる場合があるため、同項を見直すことに賛成する。危険の移転時期については、当事者間の公平の観点から、目的物に対する支配可能性を有する者がその滅失・損傷のリスクを負担すべきであるとして、目的物の支配可能性の移転時期とする考え方に賛成する。

仮に解除の帰責事由を不要とした場合には、具体的な危険の移転時期について、売買契約の解除権行使の限界に関する規定の論点との整合性に留意して、更に慎重に検討すべきである。仮に解除の帰責事由を不要とし、かつ、危険負担制度を維持する場合には、危険の移転時期と売買契約の解除権行使の限界とを整合させる必要があると考える。（愛知県弁）

- 現民法第534条は削除する方向で検討すべきである。

双務契約上、一方の債務が滅失したにもかかわらず、他方の債務が存続している状態を作り出すことは、双務契約の当事者における合理的期待にも反しており不合理である上、法的にも当事者が不安定な立場におかれるから、極力、認めるべきではないことは他論をまたないところである。特に、現民法第534条の適用範囲は広すぎ、双務契約上の一方の債務が滅失したにもかかわらず、他方の債務が存続する状態が広く作り出されてしまうという弊害を生んでいるという指摘があり、現民法第534条の適用範囲に制限を加えることに異論はない。

そうすると、次に、現民法第534条の適用範囲を具体的にどのように制限するかが問題となる。

この点、目的物の支配可能性が移転した時に危険が債権者に移転するとして、そのことを条文化するという案があるほか、目的物が滅失又は損傷した債務について、その時点で履行が終了していたか否かを実質的に判断するという考え方や、及び現行法を維持する考え方のもとで条文を整備するという案が、そ上にのぼっている。

しかし、特定物の売買契約の実務においては、特約を定めるなどして債権者主義の適用による弊害を排除し、公平かつ妥当な解決を図っていることがほとんどである。そのため、特定物の売買契約において、現民法第534条そのものが機能する場面はほとんどない状況にある。仮に、理論的な整合性に配慮しながら危険の移転時期等について条文を定めるとしても、そもそも実務における適用可能性がほとんど失われてしまっている以上、そこにあえて適用範囲を限定した債権者主義を定める条文を置く実益は、既に失われていると言わざるを得ない。また後記2のとおり、現民法第536条の債務者主義に関する条文が存置されるのであれば、現民法第534条を削除することによって、双務契約当事者間における公平を欠いて実務上の混乱を来す事態も、容易に想定し難いところである。

よって、現民法第534条の存在意義は既になく、削除すべきである。(青司協)

- 第534条1項については、危険の移転時期を目的物の支払可能性の移転時期とする方向で検討すべきである。

危険の移転時期が契約締結時とすると、目的物に対する支配可能性がない時期でも、債権者が滅失・損傷のリスクを負担することになるが、双方に帰責性がない場合の公平観点からすると、支配可能性の移転時期とすべきである。(広島弁)

- 危険の移転時期を目的物引渡し時等と明示するなど適切な見直しを行うことにつき、賛成する。

売買契約の解除権行使の限界に関する規定の論点との整合性につき、慎重な検討が必要である。

危険の移転時期を目的物引渡し時とすることが、危険の公平な分担の観点から妥当と思料する。

危険の移転時期は、解除制度等の解釈と整合的である必要があるため、慎重に検討されるべきである。(札幌弁)

- 債権者主義の妥当範囲を制限する方向で検討するのが相当である。

この点は、従来から学説においても債権者主義を制限する方向での解釈論が説かれていたところであり、債権者主義の制限の方向自体は大方の賛同が得られることであるから、その方向にて検討するのが妥当である。(兵庫弁)

- 解除に一元化すると、危険の移転時期も重大な契約の不履行が生じたときに統一されることになる。しかし、統一しても、具体的な危険の移転時期の問題は解釈によることになる。従来からの534条1項の債権者が危険を負う時期が契約時と読めることへの批判に 대응するものとして、危険の移転時期を目的物引渡し時など明記するなどの検討が必要ではないか。(北海学園大民研)

- 民法第534条1項の規定を改め、危険の移転時期を目的物の引渡し又は移転登記のいずれかがなされた時とする旨の明文の規定を設けるべきである。

多くの契約書では、引渡前の滅失・損傷の危険はAが負うこととしているのが通常である。

危険の移転時期は、Bが現実に目的物を支配したときとすべきであり、引渡し又は登記のいずれか先になされた方であろう。(福岡弁)

- 債権者主義の適用範囲を見直し、危険の移転時期を「引渡し時」と規定することが望ましい。実務においては、特定物・不特定物を問わず契約において危険の移転時期を「引渡し時」とすることが一般的である。(三菱電機)
- 危険の移転時期を目的物引渡し時とする旨のデフォルト・ルールを設けることにつき、賛成する。不動産売買の取引実務においては契約で特約を設けることにより、特定物にかかる民法第534条第1項の債権者主義を排除するケースが一般的である。したがって、現行民法の規定と一般的な取引慣行との乖離を是正すべきであると考えられる。(不動産証券化協)

- 危険の移転時期を目的物引渡し時とする旨のデフォルト・ルール（紛争解決の最後の砦となる規定）を設けることに賛成である。なお、不動産の売買における一般的な実務は、物件の引渡しと同時に移転登記申請を行い、登記完了は後日となるのが通常であり、危険の移転時は登記移転時ではなく引渡し時にするべきである。

特定物の物権の設定又は移転を目的とする双務契約において、債権者が負担を負う時期（危険の移転時期）を目的物の引渡し時とすることは、契約締結時より取引実務への適合性が高い。尚、不動産売買において、登記移転を危険の移転時期とする議論があったようであるが、登記の移転は対抗要件の具備に過ぎないこと、

また実務上も目的物の引渡数日後に登記が移転される場合が通常であることに鑑みると違和感があり、採用すべきではないと考える。(不動協)

- 民法第534条第1項における危険の移転時期を明記するなどの見直しをすることについて、賛成する。なお、危険の移転時期は目的物の支配可能性移転時期とするべきである。

危険負担における債権者主義を無制限に適用することについてはかねてから批判のあったところであり、危険移転時期を定めてこれを制限することには合理性がある。

また、危険の移転時期について、危険を負担する者は目的物についての利益ではなく支配を収めたのが誰かという見地から検討するのが公平であるから、支配可能性移転時期とするべきである。この点、債権者主義の適用範囲を目的物の支配可能性が移転した時からとする考え方については、処理が硬直化して具体的妥当性に欠ける場合があるという批判もあるが、この点については特約等による修正が可能であり、結論の妥当性は図れると考える。

なお、民法534条を廃止し、目的物が滅失又は損傷した債務について、その時点で履行が終了していたか否かを実質的に判断する見解もあるが、要件が抽象的に過ぎ、危険の移転時期の判断が不明確であることから、法的安定性に欠けると考える。(法友全期)

- 債権者主義の適用範囲を目的物の支配可能性が移転した時からとする見直しに賛成する。

(1) 債権者が目的物を受領していないにもかかわらず債務を負うというのは債権者にとって酷であるため、企業実務においては契約で特約を設けることにより、特定物に係る民法第534条第1項の債権者主義を排除するケースがほとんどである。したがって、債権者主義の適用範囲を限定することは、現行民法の規定と一般的な取引慣行との乖離を是正する意味で有意義であると考えられる。

(2) また、危険の移転の時期については、画一的に移転の時期を定めることで個別具体的な事情により移転の時期を判断する手間を排除できるため、債権者主義の適用範囲を目的物の支配可能性が移転した時からとする見直しに賛成する。(法友会)

- 債権者主義の適用範囲を限定することに賛成である。

危険の移転時期としては(売買契約の解除権行使の限界時期としては)、引渡し時点とし、不動産については引渡ししないしは移転登記の早い方とするべきである。

現行民法第534条第1項の債権者主義が不当であることは言うまでもない。

危険の移転時期(解除権行使の限界時期)としては、目的物の支配可能性を基準とするべきである。不動産については移転登記によって支配可能性が移転して

いると評価しうる。(堂島有志)

- 検討することに異論はなかったが、危険の移転時期を目的物引渡時等とすることに関しては、不動産について引渡し、登記の移転、代金支払のいずれを基準にするのか、引渡しを観念できない無体物(知的財産権等)についてどのような基準を設けるのかなどの問題があるとする意見があった。(最高裁)
- 危険移転時期を目的物の支配可能性が移転したときからとする考え方とする方向で検討すべきことに賛成である。

債権者主義は適用を制限する(危険移転時期を合理的な範囲に遅らせる)べきであると考え。(大阪弁)

- 民法第534条1項の危険の移転時期について、適切な見直しを行うことについて、賛成する。民法第534条1項を文言どおりに解すると、例えば売買契約において、契約当事者の帰責事由によることなく目的物が滅失した場合、買主が目的物を全く手にしていなかった場合であっても、代金全額を支払う必要が生じるなど、買主に過大な不利益が生じる場合がある。契約当事者間の公平の観点からは、目的物に対する支配可能性を有する者がその滅失・損傷のリスクを負担するべきである。

仮に解除の帰責事由を不要とした場合には、具体的な危険の移転時期について、売買契約の解除権行使の限界に関する規定の論点との整合性に留意して、更に慎重に検討すべきである。仮に解除の帰責事由を不要とし、かつ、危険負担制度を維持する場合には、危険の移転時期と売買契約の解除権行使の限界とを整合させる必要があると思われる。(二弁)

- 危険の移転時期を目的物引渡時等「支配可能性の移転した時」と明記するなど適切な見直しを行うことに賛成である。

第534条1項の債権者主義については、立法的な批判が強い上、しばしば起こりうる問題であり、適切な見直しが図られるべきである。(横浜弁)

- 危険の移転時期についての見直しをすることが望ましいが、見直しに当たっては、当事者の意思解釈を歪め、実務を硬直化させることのないような配慮が必要である。(森・濱田松本有志)

- 債権者主義の規定は批判が多いため、全面的になくすことを検討すべきである。(親和会)

- 危険負担制度を維持することを前提とし、債権者主義の適用範囲を目的物の支配可能性が移転した時からとする考え方が妥当と考える。目的物を何ら支配していないのに危険が移転するというは一般常識的感覚に合致しないので、支配可能性の移転によって危険が移転するというように適用範囲を制限すべきである。移転の時期は、引渡もしくは登記の移転を基準とするのが、一般市民の感覚に適合

的でわかりやすい。(日大民研・商研)

- 民法第534条1項の危険の移転時期について、適切な見直しを行うことについて、賛成する。民法第534条1項を文言どおりに解すると、危険の移転時期が契約締結時となって、当事者間の公平を欠く結論となる場合があるため、同項を見直すことに賛成する。危険の移転時期については、当事者間の公平の観点から、目的物に対する支配可能性を有する者がその滅失・損傷のリスクを負担すべきであるとして、目的物の支配可能性の移転時期とする考え方に賛成する意見が強い。

仮に解除の帰責事由を不要とした場合には、具体的な危険の移転時期について、売買契約の解除権行使の限界に関する規定の論点との整合性に留意して、更に慎重に検討すべきである。

仮に解除の帰責事由を不要とし、かつ、危険負担制度を維持する場合には、危険の移転時期と売買契約の解除権行使の限界とを整合させる必要があると考えられる。(日弁連)

- 債権者主義の適用範囲を制限する方向性に賛成する。さらに、支配可能性の移転した時(引渡時または登記移転時)からとする方向性を明示すべきである。

現在においては債権者主義の適用を制限する立場が支配的であり、現行法の規定をその方向で改正すべきである。ただし、危険の移転時期については、移転時期の明確性及び公平さから見て、目的物の引渡時、登記移転時に限定する方向で明示すべきである。(仙台弁)

- 帰責がないのでどちらにリスクを負わせても不公平感が残る。引渡主義に支持が多いので改正も一案であるが、それほど根本的な解決ではないという認識が必要であろう。(弁護士)

- 現行規定を見直して、債権者主義の適用範囲を目的物の支配可能性が移転した時期とすべきである。この時期を引渡時、登記移転時、代金支払時のいずれにするのかは解釈論に委ねればよいと考える。(大学教員)

- 特定物に関する債権者主義(534条1項)については実務的にも批判が強いところであるから、債権者が負担を負う時期(危険の移転時期)を遅らせることで、危険の移転時期を合理的な時期に見直す方向で検討すべきである。(弁護士)

- 契約当事者の帰責事由によることなく目的物が滅失・損傷した場合には、どちらにも責任がないのであるから、実は、適切な規定というのではなく、リスクヘッジをどうするのかという当事者で決める問題ではないか。したがって、民法では、簡素かつ明確に定めることが重要であり、その内容はあまりこだわる必要はないと考えるので、改定不要と考える。ただし、あえて改定するなら、他の規定との整合性を考えるべきだが、そうした検討が十分なされていないことを懸念する。

(個人)

- これはぜひとも検討すべき。(大学教員)
- 危険の移転時期を目的物引渡時等と明記するなど適切な見直しを行う方向で検討すべきという方向性に賛成である。(会社員)
- 民法第534条の適用範囲を限定する方向で検討することに賛成する。

現行民法第534条については実務上も妥当性が乏しく、ほとんどの場合契約による修正の対象となっていることから、デフォルト・ルールとしても実務上妥当性のある規律となるよう、その適用範囲を限定する必要がある。

危険の移転時期に関する具体的な規律は、ウィーン売買条約第67条ないし第69条の規定などを参考に、必要な規定を整備する方向で検討すべきであり、例えば以下のように改めることが考えられる。

- ・ 特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において、目的物に関する危険が債権者に移転した後、その物が債務者の責めに帰すことのできない事由により滅失し、又は毀損したときは、その滅失又は毀損は、債権者の負担に帰するものとする。
- ・ 次に掲げる事由があるときは、その物に関する危険が債権者に移転したものとす。
 - ① 双務契約が目的物の運送を伴う場合であって、債務者が特定の場所において目的物を交付する義務を負わないときは、債務者が目的物を最初の運送人に交付したとき。
 - ② 双務契約が目的物の運送を伴う場合であって、債務者が特定の場所において目的物を運送人に交付する義務を負うときは、債務者がその場所において目的物を運送人に交付したとき。
 - ③ 運送中の物を契約の目的物とするときは、契約を締結したとき。ただし、契約又は慣習により、運送契約を証する書類を発行した運送人に目的物が交付されたときから債権者が危険を引き受けるべきときは、当該運送人に目的物が交付されたとき。
 - ④ 上記のいずれにも該当しないときは、債権者が目的物を受け取ったとき又は債権者が目的物を期限までに受け取らない場合であって、目的物の処分が債権者に委ねられていることを債権者が知ったとき(目的物が債務者の事務所にあるときを除く)。
- ・ 危険の移転時期については、当事者の合意により上記と異なる定めをすることができるものとする。ただし、上記④に掲げるときに、なお債務者が危険を負担する旨の定めをすることはできないものとする。
- ・ 民法第534条第2項については、基本的に現行法の趣旨を維持するものとする。

る。

・民法第535条は廃止するものとする。(弁護士)

- 危険の移転時期は原則として占有移転時（通常は現実の引渡しの時）をした時とすることを提唱する。そうする意義としては権利「実現」とともに危険も負担することになることや、債務不履行解除との関係で問題が生じないことが挙げられる。登記でなく引渡しを基準とする意義としては、天災等によるものか占有者の過失によるものかの立証が困難であっても問題が生じないことが挙げられる。

ただし、不動産で占有移転時が明確でない場合は、移転の登記の日の24時が占有移転時であると推定することを提唱する。例えば、更地を売買する場合は占有移転時など明確ではないのだから、他に明確な基準としては登記移転時が適切と考えられる。なお、例えば0時や12時でなく24時とするのは、更地を売って二重売りを狙ってわざと登記移転を怠っていた売主が天変地異のニュースを聞いて慌てて登記移転して責任逃れを図るのを防ぐためである。簡易の引渡しの場合は買主がリフォームするかもしれないことを考えて登記移転時ではなく占有移転時（この場合は契約成立時）とするのが適切だし、売買当事者間では登記はなくても権利を主張できることを考慮しても登記は基準にすべきでない。ただ、契約成立時が不明確であれば他の明確な基準としては登記移転時以外考えようもない。多少問題があるとすれば占有改定や指図による占有移転だが、当事者間の権利には登記は不要なのだからやはり占有移転時を基準にすべきだと思う。もっとも指図による占有改定の場合は占有移転時は立証困難だが。(翻訳・出版関係)

- 危険の移転時期に関し、第534条の債権者主義を制限する方向で修正することに賛成である。この点についての具体的な議論こそが重要である。引渡し、登記移転のいずれかがあれば危険の移転を原則として認めるべきである。代金支払の支払だけでは危険の移転は認めるべきでない。

現行民法の危険負担における債権者主義の妥当範囲（534条1項の修正）については、従来からその合理性に疑問がある。目的物が滅失したにもかかわらず、反対債務である代金債務を存続させることは公平とはいいがたい。代金を前払いしている場合も、この点では同じである。基本的には、買主が目的物の現実的な支配をおさめた段階（正確にはおさめえた段階）で危険が移転するとすべきである。

危険の移転の問題は、非常に例外的な事象ではあるが、災害等の場合には必ず問題となりうる事柄であり、その場合には、危険の移転の有無によって当事者間の利害に大きく影響を及ぼすのであり、現実の取引実務の扱いや当事者間の公平などの観点から、十分な検討が必要である。なお、危険の移転に関する規定は任意規定であるが、具体的な合意を定めなかった場合におけるデフォルト・ルール

を明示することには十分に意味がある。(弁護士)

- 債権者が負担を負う時期を遅らせることで、危険の移転時期を合理的に見直す方向で検討することに賛成である。

なお、見直しにあたっては、消費者契約の特則を設けることを検討すべきである。

条文を文言どおりに解すると、商品を全く手にしておらず、自己の支配下にあるとはいえない場合であっても代金全額の支払義務が残るなど、明らかに公平を害する不合理な結果となる場合がある。

なお、消費者契約においては、当該取引を反復・継続して行っている事業者と消費者との間には、リスクの負担能力において著しい格差があることから、事業者間の取引とは異なる規律を設ける必要性が高い。(日弁連消費者委有志)

- 議論の前提として、民法第534条は特定物売買における目的物の滅失・損傷の場合に関する規定であるが、物理的な滅失・損傷以外の事情による特定物引渡債務の履行不能をどう考えるかについても検討が必要となるのではないかと。

また、目的物の全部滅失の場合に限らず、一部滅失の場合の効果についても検討するほか、損傷の場合に、修補不可能な損傷と修補可能な損傷の場合の双方がありうると考えられるが、後者については、債務者の履行義務との関係を整理する必要がある。(大学教員)

第7 受領遅滞(民法第413条)

1 効果の具体化・明確化

受領遅滞及びその前提となる弁済の提供のそれぞれの具体的な効果が条文上不明確であるという問題が指摘されていることを踏まえて、受領遅滞の具体的な効果について、弁済の提供の規定の見直し(後記第17, 8(1))と整合性を図りつつ、条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

その際、受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益の喪失を認める必要があるか否かという点について、履行期前の履行拒絶の効果(前記第3, 1(4)及び第5, 1(3))及び民法第536条第2項の取扱い(前記第6, 2)の論点と関連して、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第5, 2 [104頁]】

【意見】

- 受領遅滞を条文上明記する方向は是認できる。しかし、反対債務の期限の利益の喪失までも規定すべきでない。

民法413条の文言は、簡単すぎて趣旨が明らかでないので、内容を明記する

方向で検討するのは良い。しかしながら、反対債務の期限の利益の喪失事由になることをデフォルト・ルールとして規定する必要性はなく、そのような社会的需要があるかどうか不明である。(兵庫県弁)

- 判例・学説が認める受領遅滞の効果(同時履行抗弁権消滅、特定物引渡の注意義務軽減、増加費用の負担、目的物滅失等の場合の危険移転)を法文化することに賛成する。効果が明文化されることは、「分かりやすい民法」の実現に資する。

受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益の喪失を認めることに対しては、慎重に検討すべきである。就労拒否事案を念頭において、受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益の喪失を認める必要があるという考え方については、現行実務では専ら民法第536条第2項によって処理されており、それで問題がないのであるから、受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益の喪失を認める必要性に乏しい。

また、労働契約の場面をこえて、受領遅滞の場合に一律に反対債務の期限の利益を喪失させると、継続的契約の場合など、債権者側に大きな不利益が生じるおそれがある。(東弁)

- 判例法理の明確化には賛成である。労働契約に関して特別な考慮を要する場合には、労働法に特則をおくことによって対処すべきと考える。(広大有志)
- 受領遅滞の具体的な効果について、弁済の提供の規定の見直し(後記第17, 8(1))と整合性を図りつつ、条文上明確にすることにつき、更に検討することで差し支えない。分かり易い民法という観点から、ある程度積極的に検討してよい。

受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益の喪失を認める必要があるか否かという点について、履行期前の履行拒絶の効果(前記第3, 1(4)及び第5, 1(3))及び民法第536条第2項の取扱い(前記第6, 2)の論点と関連して、慎重に検討すべき。労働契約における使用者による就労拒否事案以外の事案での必要性にも十分に注意を払い、過度の効果を与えることとないよう、また、他の論点とのバランスを十分に考慮しつつ、慎重に検討すべきである。(愛知県弁)

- 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、経済産業省「情報システムの信頼性向上のための取引慣行・契約に関する研究会」報告書—モデル取引・契約書<第一版>(2007年4月)(以下「METIモデル契約」という。)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)

- 要件効果を条文上明確にすることは賛成する。

受領遅滞の効果として、反対債務の期限の利益の喪失を認める必要に関しては、労働問題については、期限の利益の喪失を認めるべき場面はあるが、出来高払い、後払いの契約等、必ずしも期限の利益を喪失させることが妥当でない場合もあるので、慎重に検討すべきである。

判例・学説上争いなく認められているものについては、その具体的な内容を明確化することはわかりやすい民法に資する。(仙台弁)

- 受領遅滞の効果を明文化して明確にすること、またその際に弁済の提供の規定の見直しと整合性を図ることについては賛成である。

具体的には、判例・通説で解釈上認められている効果を明文化すべきである。

ただし、受領遅滞でなく弁済の提供の効果として考えるにせよ、効果として債権者の同時履行の抗弁権の消滅を明文化することについては慎重な検討を要する。判例・通説は、現実に履行されるまでは、同時履行の抗弁権の行使は可能であり、引換給付判決が認められると解する。その理由につき、例えば、一方の当事者は、履行の提供をしてもその債務を免れるものではないから、両債務の履行上の牽連関係はなお存続し、他方の当事者は、なお同時履行の抗弁を主張し得ると解する方が、むしろ公平に適すると説明する学説があり、通説とされる。一方、債権者の同時履行の抗弁権の消滅を明文化することについては、未だ有力説にとどまっている。

受領遅滞の効果として、反対債務の期限の利益喪失を認めることについては、同時履行の抗弁権の消滅を明文化するか否かについてと同様に、慎重な検討を要する。とりわけ、(議事の概況等)において労働契約における使用者における就労拒否事案を念頭において整理されているように、この問題は、労働法上の重要問題にきわめて大きな影響を与える問題であるから、労働政策審議会における法形成プロセスを経ることなく、改正を検討することには極めて慎重な配慮が必要である。反対債務の期限の利益の喪失を認めることは、債務の履行を受けることなく反対債務の履行を強いられることとなり、その点で同時履行の抗弁権の消滅を認めることと同じことになる。

また、この問題は、受領遅滞、危険負担、準委任に代わる役務提供契約におけ

る役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権の問題、履行期前の履行拒絶の問題、「責めに帰すべき事由」概念を維持するか否か、など複数の検討課題にわたるだけでなく、平均賃金の60%を補償している労働基準法26条の存在とそれに関する現在の判例法理、使用者側からの就労拒否事案に関する現在の判例法理による結論を変更する可能性が出てくるのか否か、就労請求権をめぐる労使間の厳しい対立や就労請求権に関する現在の判例法理への理解などを踏まえて検討すべき問題であり、それゆえに、労働問題に関する法形成プロセスへの極めて慎重な配慮が必要な問題である。

とりわけ、現在の使用者側からの就労拒否事案に関する現在の判例法理による結論を変更したり、あるいはその問題について大きな影響を及ぼすことになりかねない方向でこれらの問題を検討することは、労働政策審議会による議論を経ることなく、労働法上の重要な問題に関する判例法理を変更することになりかねないので反対である。

また、受領義務といった義務概念を持ち出して受領遅滞、危険負担、準委任に代わる役務提供契約における役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権の問題を規律する方向でこれらの問題を検討することも、就労請求権の問題に与える影響が大きすぎ反対である。

なお、使用者側からの就労拒否事案に関する民法上の問題は、事案に応じた柔軟性ある解決枠組みを用意すべき問題であるから、「社会通念をもって不能か否かを判断する判断枠組み」「責めに帰すべき事由」概念といった柔軟性を確保しうる判断枠組みや概念を放棄することには慎重であるべきと思料する。(大阪弁)

- 従来の判例法理で認められている効果の明文化は反対しないが、反対債務の期限の喪失を認めるべきとの提案は、労働紛争において使用者が労務の受領を拒否した場合に賃金請求権の期限の利益を喪失させる等の新たな効果を生じさせるものであり反対。受領義務はあくまで信義則上の義務であり、その本質は債務不履行と異なるから、反対債務の期限の利益の喪失という過度の効果を認めることは理論的にも正当化できない(経営法曹会議)。

- 受領遅滞の効果のうち、判例・学説上争いなく認められているものの具体的な内容を、条文化すべきである。

受領遅滞の効果のうち、判例・学説上争いなく認められているものについては明文の規定がなく、当事者の予見可能性という観点からも、明文の規定を置くべきである。(日司連)

- 受領遅滞の具体的な効果について、条文上明確にする方向で検討することに賛成する。

受領遅滞の効果として、反対債務の期限の利益の喪失を認めることについては

反対。

受領遅滞は、実務上も発生することがあり、判例・学説において確立しているものについては、条文化することに賛成する。

受領遅滞と反対債務の期限の利益の喪失には必ずしも理論的關係はない。受領遅滞が、そもそも反対債務を履行する意思がないことから生じているのであれば、履行期前の履行拒絶の問題として扱うべきである。

受領遅滞の理由にも様々であるとすれば、期限の利益を喪失させることは債権者の不利益が過大である。(広島弁)

- 受領遅滞の効果のうち争いなく認められているものを条文上明確に規定することにつき、賛成する。反対債務の期限の利益喪失を認める必要があるか否かにつき、反対する。受領遅滞の効果として、反対債務の期限の利益喪失を殊更に認める必要性は見いだされないと思料する。(札幌弁)
- 弁済の提供及び受領遅滞の効果を明文化すべきである。

受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益喪失を認めるべき事例があることに異論はないが、この考え方を明文化する必要はない。(福岡弁)
- わかりやすい民法の観点から、判例・学説上認められている受領遅滞の具体的な効果については明文化されるべきである。(三菱電機)
- 受領遅滞の具体的な効果を条文上明確にすることについて、賛成する。

(就労拒否事案等を念頭において) 受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益の喪失を認めることについては、慎重に検討すべきである。

受領遅滞の具体的な効果の中でも、現行実務の解釈・運用が確立している部分(債権者の同時履行の抗弁権の消滅、特定物の引き渡しの場合における注意義務の軽減、増加費用の債権者負担、目的物滅失等の場合の危険の移転)を、規定上明らかにすることは、国民一般にわかりやすい民法にするという、本改正の趣旨に合致するものである。

その際、受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益の喪失を認める必要があるか否かという点について、例えば民法536条2項は存置するべきであると考えるところ、同条項等の解釈論により公平妥当な結論は導きだせることから、この点については慎重に検討すべきである。(法友全期)

- 「履行期前の履行拒絶の効果(前記第3, 1(4)及び第5, 1(3))及び民法第536条第2項の取扱い(前記第6, 2)の論点と関連して」について検討するにあたっては、弊害の有無等についての中小企業における実情を調査し、追完請求権(第2・4)、事情変更の原則(第57)、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。

理由としては、中小企業では、下請けでなくても、下請法4条1項1号類似の

行為を受けることがあることによる。(都民銀行)

○ 受領遅滞を債務不履行(契約上の義務違反)一般の中で特別に扱う必要はない。国際取引でよくみられる例は、**FOB**取引で船積時期になっても買主が船舶を手配しないという状況だが、このような受領遅滞と解されない可能性のある遅滞も受領遅滞と区別する理由はなく、単純に債務不履行として催告解除や代替取引ができるようにした方がよい。(国際取引有志)

○ 受領遅滞の効果のうち判例等で争いのないものを明文化することに賛成する。判例でも認められ争いのないものを明文化することには問題はない。具体的には、履行のための増加費用の債権者負担、債務者の保管義務の程度の軽減、危険の債権者への移転は認められてよい。

労働契約の場合は別としても、受領遅滞一般の効果として、反対債務の期限の利益を喪失させることまでは認めるべきではない。債務者としても期限までは反対債務の履行を受けられないことを前提としているし、帰責性のない受領遅滞でも受領遅滞の効果は生じることからすると受領遅滞の制裁としても債権者に酷に過ぎるので、受領遅滞一般の効果としては反対債務の期限の利益の喪失までは認めるべきではない。(堂島有志)

○ 検討することに異論はなかった。(最高裁)

○ 受領遅滞の効果のうち判例・学説上争いなく認められているものについて、その具体的な内容を条文上明確に規定することについて、賛成する。受領遅滞は、基本的な法律関係である上、実務においても頻繁に問題になるものなので、これを条文上明確に規定することが望ましい。

受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益の喪失を認める考え方について、更に慎重に検討すべきである。受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益を喪失させることが公平にかなうとして賛成する意見があった。他方、反対債務が期限どおりに履行される見込みがあっても受領遅滞により直ちに期限の利益を喪失するとすれば、受領遅滞をした債権者の不利益が過大となって、かえって契約当事者間の公平を欠くとして、反対する意見もあった。(二弁)

○ 受領遅滞の具体的な効果の明文化について、弁済の提供の規定の見直しと整合性を図りつつ、条文上明確にする方向で、更に検討することに賛成である。現行法上、「弁済の提供」と「受領遅滞」のそれぞれの固有の効果及び両者の関係が不明瞭であり、明確化を図る必要がある。通説とされる法定責任説からは、受領遅滞の効果は弁済の提供の効果ともいえるとされている一方で、危険負担につき債務者主義の特約のある特定物の引渡債務で、取立債務の場合には、それぞれの効果発生時期が若干ずれるとの指摘もある。このように法的責任説にも不明確な点があり、両者の整合性を図りつつ、条文上明確にする必要がある。

受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益の喪失を認める必要性について、履行期前の履行拒絶の効果及び536条2項の取扱いの論点と関連して、更に検討することに賛成であるが、それぞれ別個の制度であり、それぞれの適用範囲が明確になるようにすべきである。

労働契約における使用者による就労拒否事案を念頭において、受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益の喪失を認めることを検討すべきであるとの指摘があり、この問題につき妥当な結論が引き出されるよう関係規定を整備すべきであることに異論はない。

しかしながら、「受領遅滞」と「危険負担」は本来別個の制度のはずであり、そのメルクマールは「履行が可能であるか否か」のはずである。隣接し関係する論点ではあるものの、その切り分けを明瞭なものとする必要がある。

債務者の支配領域に属する事由に基づく不能を「履行不能」、債権者の支配領域に属する事由に基づく不能を「受領不能」とする「領域説」もあるが、「履行が可能か不能か」すら微妙な判断となる場合があるところ、その支配領域が債務者側か債権者側かなどは区別がさらに困難となる。さらに、医師が手術のための準備を整えていたところ、その前に患者が死亡して手術できなくなったという事例を考えてみるならば、明らかに債務者側の支配領域に属すると思われるが、この場合に医師に報酬請求権を認めるという結論は考えられない。労働契約上の問題は、労働法の固有の特徴に基づくものといえ、雇用契約という契約各論において解決されるべき問題である。(横浜弁)

- 受領遅滞の効果として、一般的に反対債務の期限の喪失を認めることには反対する。受領遅滞があった場合にどのような効果を認めるかについては個々の契約ごとにその契約の趣旨を踏まえて検討すべきである。(森・濱田松本有志)
- 現在の条文はあまりに抽象的であるため、「債権者の責めに帰すべき事由」の一つとなるということを具体的に記載すべきである。(親和会)
- 受領遅滞を、より広い基盤である「債権者の協力義務」との関係で位置づけることも可能であり、役務型契約との関係では、そのような位置づけが必要であろうと考えるが、ここでは、伝統的に受領遅滞の問題である債務者の給付の債権者による受領について意見を述べる。

受領遅滞の効果を、改正にあたっては、効果に関する規定をどこに置くか及びそれらの諸規定を受領遅滞の規定として同じところに置くかは別として、具体化・明確化すべきである。後掲の論点2で述べるように、債権一般について債権者の受領義務は認めないので、受領遅滞の効果として、損害賠償請求権と解除権は発生しない。

受領遅滞の要件である弁済の提供の効果として、あるいは、受領遅滞そのものの

効果として論じられてきたのは、債務者の債務不履行責任からの免責、同時履行の抗弁権の消滅、特定物債務の債務者の注意義務の軽減、弁済に関する増加費用の債権者負担、目的物滅失等の場合の危険の移転等である。

債務者の債務不履行責任からの免責は、改正民法で「債権者の作為、不作為によって生じた不履行に関する規定」に組み替えられるべき「弁済の提供」制度の効果であるとしたい。

同時履行の抗弁権を消滅させる履行の提供については、533条で「相手方がその債務の履行を提供するまでは」、履行拒絶できると制度設計されたので、履行を提供すると同時履行の抗弁権が消滅するのである。この消滅を、弁済の提供の効果と見る必要はない。

その他の効果は、特定物債権（第400条）、弁済の費用（第485条）、危険負担（第536条第2項：受領遅滞による危険の移転を定めた現行民法規定はないが、このことを現行民法上で導き出さなければならないのならば、同条同項が根拠条文とされている）といったそれぞれの制度の内部で規定されればよく、ことさら、受領遅滞の効果としてまとめて規定する必要はない。仮に危険負担という制度がなくなるのならば、536条2項という規定もなくなるので、受領遅滞による危険の移転を本来的に定めた規定を設ける必要である。

特定物債務の債務者の注意義務の軽減、弁済に関する増加費用の債権者負担、目的物滅失等の場合の危険の移転といった効果が発生させる受領遅滞は、債権者の帰責事由を、要件とはしないと考えたい。それは、これまでの判例及び受領遅滞制度のある外国法に倣い、弁済の提供をしている債務者を帰責事由なくして受領しない債権者よりも保護に値すると判断するからである。（ドイツ民法研有志）

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

受領遅滞の効果について、反対債務の期限の利益の喪失を規定することについては消極である。受領拒絶の理由も様々であり、債務の本旨に従って履行の提供か否かが争点になる場合も少なくないのであり、受領拒絶を直ちに制裁の対象として良いかは個別的な判断が必要であり、実務の運用に委ねる方が適切ではないか。（日大民研・商研）

- 受領遅滞の効果のうち判例・学説上争いなく認められているものについて、その具体的な内容を条文上明確に規定することについて、賛成意見が強い。受領遅滞は、基本的な法律関係である上、実務においても頻繁に問題になるものなので、これを条文上明確に規定することが望ましいとして、賛成する意見が強かった。

受領遅滞の効果として反対債務の期限の利益の喪失を認める考え方について、反対意見が強い。

反対債務が期限どおりに履行される見込みがあっても、受領遅滞に陥れば直ちに期限の利益を喪失するとすれば、受領遅滞をした債権者の不利益が過大となって、契約当事者間の公平を欠く懸念があるとして、反対する意見が強かった。(日弁連)

- 弁済提供との関係(法定責任か債務不履行責任か)も含めて、ぜひとも規定を設けていただきたい。(大学教員)
- 受領遅滞については、履行の提供を必要とすることが事態を複雑化させている。債権者が受領を拒否し、受領を遅らせた場合は、履行の提供の有無にかかわらず、受領遅滞とすべきである。(会社員)
- 悪質な業者が増えている現状を考えると、受領義務を認め受領強制を法的に認めることは弊害が大きいため、受領遅滞の場合に債権者に一般的な受領義務を認めるべきではない。例外的に、個別の契約・取引において信義則から受領義務を認めることで対応するのがよい。日本人は一般的に法的な紛争に巻き込まれること、ここでは損害賠償請求をされることを異常に恐れる傾向があり、自分に落ち度がなければ、不正に対して合理的に対応できるはずであるなどと想定すべきではない。悪質な業者からの受領強制の契機にされる立法は望ましくない。(大学教員)
- できれば望ましいと考える。(弁護士)
- 債務者の債務不履行責任の不発生と債権者の同時履行の抗弁権の消滅は弁済の提供の効果である。他方で、特定物の引渡しの場合の注意義務の軽減、増加費用の債権者負担、目的物の滅失等の危険の移転、反対債務の期限の利益の喪失は受領遅滞の効果として明文化すべきである。(大学教員)
- 効果の具体化について判例を明文化することには合理性がある。(弁護士)
- 民法を読めば明白だが、債務者に帰責が生じる、という明確な効果がある。他の規定とあわせて、意味を持つ規定である。改定は不要で、改悪になる可能性が高いと考える。(個人)

2 損害賠償請求及び解除の可否

受領遅滞の効果として、債権者が合意あるいは信義則等に基づき受領義務を負う場合において受領義務違反があったときには、債務者に損害賠償請求権や解除権が認められる旨の規定を置くべきか否かについて、規定を置くことの実務上の必要性や弊害の有無等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、合意に基づく受領強制の規定を置くべきか否かという点について、受領遅滞の要件・効果の検討と併せて、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第5, 3 [107頁]】

【意見】

- 受領遅滞の効果として損害賠償や解除ができることを明文化すべきか否かについては、相対立する意見があるので、さらに検討すべきである。

合意に基づく受領強制については、慎重に検討すべきである。受領することの内容とした契約上の合意があるときには、債権者に対して受領を求めることのできる債務者の地位が契約により保障されているのだから、あえて明文化をする必要はない。また、直接強制により債権者に受領させるためには、執行法の改正が必要であり、債権者に保管場所等がない場合には、結局のところ直接強制によっても受領強制を実現できないから、明文化は困難であると思われる。受領強制を明文化する考え方によれば、供託が現実の問題となり得ないような場合には、受領強制を認める意味があるとするが、債務者は換価競売、間接強制などの方法も取りうる。(東弁)

- 受領遅滞の効果として、損害賠償請求権や解除権が認められる旨の規定を置くべきか否かにつき、賛成する。ただし、受領義務の発生根拠を整理する必要がある。損害賠償請求権及び解除権は判例でも認められているところである。ただし、信義則上の受領義務を負う場合は必ずしも明らかではないため、これを整理した上で、その効果を慎重に検討すべきである。

合意に基づく受領強制の規定を置くべきか否かにつき、反対する。合意に基づく受領強制の規定を設ける必要性は見いだされないと思料する。(札幌弁)

- 上記の理由から規定をおく必要はない。例えば、FOB 契約で相場が暴落している中で買主が船舶の指定をしない場合など、遅滞が重大な契約違反にあたる場合には、解除や代替取引により転売損を少なくする必要がある。国際取引では転売することが通常で受領について特定履行に頼ることはなく、受領強制は実際の必要はない。もっとも、受領遅滞に関して契約解除権の発生を認める規定においても「実務に無用な混乱を生じさせるおそれ」はない。(国際取引有志)

- 判例法理として形成された信義則上の受領義務を明文化する考えに賛成である。(広大有志)

- 受領遅滞の効果の明確化という改正の方向性は有用と思われる。効果の明確化に関していえば、債権総論レベルでの効果の明確化だけでなく、典型契約ごと、あるいは財産権移転型契約、財産権利用型契約、役務提供契約といったレベルでの効果の個別化・明確化の可能性も検討する必要があるように思われる。また、同様に各レベルでの要件の明確化も検討する必要があるように思われる。

他方、受領遅滞の効果として具体的にどういった効果が認められるかについては、慎重な判断を要するように思われる。判例・学説が受領遅滞が生じる場面に認めてきた、特定物の引渡しの場合の注意義務の軽減、増加費用の債権者負担、

目的物滅失等の場合の危険の移転等の効果を、受領遅滞の効果として債権総論レベルで明確化することは有用だと思われる（とりわけ危険負担制度を解除制度に解消する場合には）。しかし、受領遅滞を理由とする損害賠償や解除の可否については、判例は債権者に受領義務が認められる場合にその違反に基づいて損害賠償および解除を認めているが、これは、厳密に言えば、債務不履行の効果であり、受領遅滞の効果ではない。受領遅滞の効果として、損害賠償および解除を認めるのであれば、受領遅滞を債務不履行とは異なる固有の制度として確立させ、その制度を損害賠償原因・法定解除原因として承認するか、受領遅滞を固有の制度としては認めず、受領遅滞の場面で生じる諸効果を束ね整理するための概念と位置づけ、受領遅滞の名の下に各種の制度から発生する諸効果をカタログ化するしかないように思われる。この点に慎重な判断が要求され、また、いずれの態度をとるにしても、典型契約等のレベルでの効果の個別化・明確化を検討する場合には、契約当事者間の利益衡量を慎重に行い、それに基づいて最適な効果と要件を設定しなければならないように思われる。

合意に基づく受領強制については、典型例としてどのようなものが考えられるかを明らかにした上で、その要否を検討すべきように思われる。（「改正を考える」研）

- 受領遅滞の効果として、債権者が合意あるいは信義則等に基づき受領義務を負う場合において受領義務違反があったときには、債務者に損害賠償請求権や解除権が認められる旨の規定を置くことにつき、更に検討することで差し支えない。目的物の保管費用が高額となる場合や目的物が腐敗しやすい物で早急に処分しなければ物の価値が失われるような場合には契約を解除して処分を認める必要性が高く、また、分かり易い民法という観点から、判例を明文化する方向で更に検討すべきである。

合意に基づく受領強制の規定を置くべきか否かという点につき、更に検討することで差し支えない。規定を置く必要性について慎重に検討しつつ、規定をおくことにつき特に問題はないと考える。（愛知県弁）

- 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）
- 受領義務違反があった場合に、債務者に損害賠償請求権や解除を認める旨の規定を置くことについては、検討に値するが、規定の要否と内容は慎重に検討すべきである。

債権者が受領しないことによる保管費用の増大など、債務者に損害が発生するなどの問題があることは認められる。このような場合、いずれは代金不払いなどの相手方の債務不履行により解除して損害賠償請求が可能となることも多いと思われる。実務上、受領遅滞自体からの解除権発生、損害賠償請求の必要があるケースは限られていると思われる。

合意に基づく受領強制の規定を設けることについては、反対。明文化に伴う弊害など、慎重に検討すべきである。仮に受領義務について、明文化するとしても、受領することを合意していたか否かで区別する問題でもないし、受領を強制することも困難であるうえ、実益も乏しい。（広島弁）

- 債権一般の効力として「債権者の受領義務」を認める方向ではなく、契約内容に応じて、合意あるいは信義則等に基づき、個別に受領義務を観念するという前提に立ったうえで、受領義務の違反があった場合に損害賠償請求権や解除権を認める方向で検討することならば、賛同できる。（兵庫県弁）
- 受領遅滞があっても債権者は契約解除及び損害賠償請求をすることはできないが、「契約の内容・契約の趣旨」により債務者が受領義務を負担しているものと判断される場合はこの限りではないという趣旨の明文の規定を設けるべきである。

一定の合意があれば受領の強制が認められるという考え方に異論はないが、この考え方を明文化する必要はない。（福岡弁）

- 債権者と債務者との公平性の観点及び買主や発注者が受領義務を負う旨の規定を設けることに賛成する立場から、同義務違反があった場合には債務者に損害賠償請求権や解除権が生じる旨の規定を設けるべきである。（三菱電機）
- 単一の不動産について複数の権利者が存在するケースにおいて、全体の管理を行っているプロパティマネジメント（PM）業者が賃料等の配分を行う際に、一部の権利者が受領遅滞するケースがあり得る。この場合、解除権等の強い権限が債務者（PM業者）側に与えられれば、供託による責任回避等の煩雑な行為を行わずとも、正常に受領して貰えるように圧力をかける手段が持てる効果が期待できる。（不動産協）
- 受領遅滞の効果として、債権者に受領義務違反があったときに、債務者に損害賠償請求権や解除権が認められる旨の規定を置くことについて、さらに慎重に検討すべきである。現行民法は、受領遅滞の効果として、「遅滞の責任を負う」とだけ規定し（民法第413条）、その責任の具体的内容が明らかとなっていない。

受領遅滞の効果に関し、受領遅滞の法的性質をめぐって債務不履行説と法定責任説が対立しており、このうち債務不履行説は、債権者の受領義務違反を理由とする債務者の損害賠償請求権・契約解除権を認め、他方、法定責任説は、債権者

は権利を有するだけで義務を負うわけではないとして損害賠償請求権・契約解除権を認めない。もっとも法定責任説の立場にあっても、契約内容や信義則を根拠として例外的に受領義務違反を理由とする損害賠償請求権・契約解除権を認めるものとされ、判例・現行実務もこの見解を採るものとされる。

判例の立場を明文化するという限度において、債権者の受領義務違反があったときに、債務者に損害賠償請求権や解除権が認められる旨を規定上明らかにするという考え方もあるが、他方、債権者は権利を有するだけで義務を負うわけではないのが原則であることを重視して、これらの規定を置かないという考え方も一定の評価ができるので、国民一般にわかりやすい民法にするという本改正の趣旨に立ち返って、更に慎重に検討すべきである。

合意に基づく受領強制の規定を置くことについて、反対する。

債権者が履行を受領することを契約上合意しているのであれば、債務者は、債権者に対して、受領を求める契約上の地位が保障されおり、受領強制を新設する実益に乏しい。

また、「契約において債権者が履行を受領することを合意していたとき」についてだけ受領強制を認める規定を置くこととすると、信義則上受領義務が認められるような場合でも、合意がなければ受領強制は認められないとされるなど、結論の妥当性を欠く危険がある。

合意の有無を基準として受領強制を認める意義が明らかでなく、現在のところその議論は十分に成熟していないと考える。(法友全期)

- 債権者が合意あるいは信義則等に基づき受領義務を負う場合において受領義務違反があったときには、債務者に損害賠償請求権や解除権が認められる旨の規定を置くべきである。受領遅滞の当然の効果としてではなく、債権者の受領義務を個別に観念した上で、その違反の効果として解除権及び損害賠償請求権の発生を認めることは、現行民法を前提にした判例の考え方にも合致している。

契約によって受領義務を負う場合に受領強制を認める規定をおくべきである。また、法律上の義務として受領義務を負う場合（目的物の受領義務、対抗要件を具備させる義務など）についても、受領強制できる場面として定めるべきである。契約上受領義務を定めた場合、債権者は契約上の義務として受領義務を引き受けたことになるから、債務者の側から、「債権者」としてその履行を求めることもできるはずである。

ただし、債権者が受領義務を引き受けている以上は、他の契約上の義務と同様、その義務を強制的に実現できることにすべき（別段の取扱いにする必要はないし、特注品等どうしても引き取ってもらいたい場合もありうる。）。

なお、法律上受領義務を負う場合についても、その発生原因となる契約を結ん

だ時点で、当該義務を引き受けたと言えるから、契約上の義務と叫ぶのでは
ないか。(堂島有志)

- 債権者が信義則上の受領義務を負う場合があることは認められるものの、それ
を受領遅滞の具体的な効果として明文化するとき、その文言は抽象的なものとな
らざるを得ず、主張立証すべき内容や判断の実質的な指針になりにくい上、これ
に基づく無理な主張が頻発するなど実務的に無用な混乱を招くおそれがあるとの
意見があった。

また、仮に条文化するのであれば、要件や損害賠償の範囲を明確にするととも
に、判例法理を維持することに十分配慮すべきであるとの意見があった。(最高裁)

- 受領義務違反を要件に掲げて明文化する場合には、いかなる場合に、受領義務
が認められるのかを併せて明文化すべきである。受領義務違反があったときに損
害賠償請求権や解除義務が認められるという形で明文化するのであれば、受領遅
滞の効果というよりは端的に受領義務違反の効果と考えられる。いかなる場合が
受領義務違反に該当するかを明文化しなければ、いかなる場合に損害賠償請求及
び解除が認められるかが、結局、条文上明らかとならない。

合意に基づく受領強制については、強制執行の方法を見越した慎重な議論が必
要である。受領強制を認めることにより具体的に何を認めようとしているのが
明らかでない。契約において債権者が履行を受領することを合意していた場合、
受領しないことにより生ずる損害については、履行遅滞を理由に損害賠償請求が
可能と思われる。にもかかわらず、債権者に受領を強制させる場面がどのような
場面なのか不明である。

強制執行の方法を考えるに、直接強制は非現実的である。

次に、代替執行によることが考えられるが、受領遅滞の場合、相手方の占有下
に物はないわけであるから、自ら倉庫等に保管してその費用を、履行遅滞を理由
とした損害賠償請求として行えばすむように思える。

最後に、間接強制についても、債権者が受領しないことにより損害が拡大し
すぎるような場合には、契約の拘束力から脱するため、通常、解除の手段が取られ
ると考えられる。逆にいえば、解除をしないのに、間接強制まで請求する場面
の想定が困難ではないか。

また、仮に解除せず契約継続を選択した場合、例えば売買代金請求と受領義務
違反に基づく倉庫料の損害賠償請求をしながら、執行の場面ではさらに「受領せ
よ」との債務名義に基づき、間接強制金も買主に請求できるようになるというこ
とか不明である。(大阪弁)

- 受領義務違反の場合の損害賠償請求や解除権を認める規定を置く考え方に賛成
する。

輸入貨物や船舶等引き取られないと高額な保管費用がかかるケース、ないしは腐る、廃れるものについて契約を解除して処分しないと価値がなくなり費用がかさむケースもあり、受領遅滞の効果として損害賠償や解除が必要となる場面がある。

その他、規定を設けることが望ましいケースとして、誠実な債務者に対して債権者が行方不明となっているケース、担保権者の二次納税義務が生じるケース等が指摘されている。(全銀協)

- 効果として、損害賠償や解除ができることを明文化すべきである。

債権者にも信義則に基づいて受領義務があることはほぼ争いはない。受領遅滞により債務者が損害を負う場合は、実際に想定できる。(仙台弁)

- 受領遅滞の効果として、一定の場合に債務者に損害賠償請求権や解除権が認められる旨の規定を置くことについて、基本的に賛成であるが、債権者の受領義務が認められる範囲の明確化が必要である。受領遅滞の法的構成に争いはあるものの、最高裁判例にあるように、受領遅滞の効果として損害賠償請求権が認められるべき場合があることには争いが無い。解除についても、やはり契約関係からの離脱が認められるべき場合が想定される(特段の事情を留保している判例もある)。現行法では、そのような効果が認められるかが明文上ははっきりせず、債権者が受領義務を負う場合があること及び受領義務違反があったときには債務者に損害賠償請求権や解除権が認められることを明文化することには意義がある。

ただし、債権者の受領義務が認められる範囲を明確にしないまま、受領遅滞の効果として債務者の損害賠償請求権や解除権を明文化すると、かえって受領義務に関する濫用的主張がなされるなどの弊害が生じかねない。

合意に基づく受領強制の規定を置くべきか否かについて、慎重に検討すべきである。合意に基づき債権者に受領義務が発生する場合があることに異論はないが、「受領強制」の意義、効果がはっきりしない。また、要件についても慎重に検討すべきである。(横浜弁)

- 損害賠償請求及び解除は、債権者による受領が契約上の債務(引取り債務)であると解釈される場合には、認められるべきである。債権者による給付の受領が観念できるすべての場合に、受領されないことを理由に、損害賠償請求と解除を認める必要はない。債権者が受領する給付の対価的給付について、債権者が債務者として履行義務を負っており、その債務不履行をもって解決できることがあり、また、増加弁済費用以外に損害がない場合もあり、さらに、弁済の供託で対処できることがあるからである。当事者において給付の受領を義務とする関係が形成されているかが問題である。だからといって、契約の解釈という一般的な問題に任せて規定を何も置かないのではなく、改正民法では、いかなる場合に、給付の

受領が契約上の債務と認定できるかの規定を置くべきであろう。例えば、引取り債務が認定される基準についての以下のような条文を、「債務不履行による損害賠償」のところに置くことも検討してみてもどうか（債権一般について問題となる「受領義務」という語の代わりに、契約類型毎あるいは個別契約毎に問題となる「引取り債務」という語に置き換えて表現した）。

「1項： 債権者が引取り債務を負う場合には、債務不履行に基づく損害賠償請求権の規定を基準に、債務者は、給付が引取られなかったことにより発生した損害の賠償を債権者に請求することができる。また、債務者は、債権者が引取り債務を負うにもかかわらず引き取らない場合、法定解除権の規定を基準に、契約を解除することができる。

2項： 契約両当事者にとって契約締結時に、債権者による給付引取りについて債務者が反対給付を受ける以上の利益を有していることが認識可能であった場合には、引取り債務を発生させる合意があったと推定される。」

上記の2項については、代替案として「契約両当事者にとって契約締結時に、引取りのないことが債務者に重大な損害を与えることが認識可能であった場合には、引取り債務を発生させる合意があったと推定される」という表現も可能であろう。この代替案は、有償契約だけでなく無償契約から引取り債務を導き出すときにも使える表現である。（ドイツ民法研有志）

- 債権者が合意または信義則等によって受領義務を負担する場合に、この受領義務に違反したならば債務者は契約の解除や損害賠償を請求できる規定を設けるべきである。当事者間で受領を合意していれば、受領強制できる規定を設けてもよい。（大学教員）
- 国際取引では受領遅滞は債務不履行となっていることも踏まえて、国内の一般法ルールとしても債務不履行にすべきかどうか、検討していただきたい。（大学教員）
- 労働契約の分野では就労請求権を否定する判例法理が確立しており、受領遅滞の効果として損害賠償、解除を認めることは反対。合意や信義則という要件も予測可能性に乏しく法的安定性を欠く。（経営法曹会議）
- 受領遅滞は一般的な履行遅滞とは異なる性質のものとして考えるのが従来の判例の扱いであり、今後とも受領遅滞のみを以て損害賠償請求や解除権の発生を認めるべきでない。受領強制、損害賠償請求および解除権の発生は、特別な受領義務の合意があった場合や、契約各論において受領義務が定められた場合に認めれば足りる。また合意があれば権利義務が発生するのは一般的な話であり、とくに受領強制についてのみ明文化する必要性はなく、バランス感に欠ける。（親和会）
- 受領遅滞の効果として、債権者に受領義務違反があったときには、債務者に損

害賠償請求権や解除権が認められる旨の規定を置くことについては、更に慎重に検討すべきである。受領義務違反に基づく損害賠償請求権や解除権は、判例も認めるところと解されることから、これを明文化することに賛成する意見があった。

他方、判例は「特段の事由」がある場合に限り受領義務を認めているものと解され、このような限定的な場面について明文で規律する必要性について疑問があり、かえって受領義務に関する濫用的主張等がなされる弊害の懸念もあるとして反対する意見もあった。

合意に基づく受領強制の規定を置くことについては、反対する。受領強制の執行方法として直接強制は困難であると考えられるところ、債務者が、契約の解除や損害賠償請求ではなく、代替執行・間接強制の方法により受領を強制するメリットは乏しいと考えられ、規定の必要性に疑問がある。(二弁)

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

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

- 受領遅滞の効果として、債権者に受領義務違反があったときには、債務者に損害賠償請求権や解除権が認められる旨の規定を置くことについては、更に慎重に検討すべきである。受領義務違反に基づく損害賠償請求権や解除権は、判例も認めるところと解されることから、これを明文化することに賛成する意見があった。

他方、判例は「特段の事由」がある場合に限り受領義務を認めているものと解され、このような限定的な場面について明文で規律する必要性について疑問があり、かえって受領義務に関する濫用的主張等がなされる弊害の懸念もあるとして反対する意見もあった。

合意に基づく受領強制の規定を置くことについて、反対意見が強い。受領強制の執行方法として直接強制は困難であると考えられるところ、債務者が、契約の解除や損害賠償請求ではなく、代替執行・間接強制の方法により受領を強制するメリットは乏しいと考えられるので、合意に基づく受領強制については、規定の必要性に疑問があるとして、反対する意見が強かった。(日弁連)

- 実務の混乱が具体的に不明。(弁護士)
- 債権者が信義則上の受領義務を負う場合もあるが、その場面設定は未だ十分に明確となっていないから、実務に無用の混乱を生じさせないよう配慮し、受領義務は明文化しない方向で検討すべきである。(弁護士)
- 債権者が法的な受領義務を負う場合には、その義務違反をすれば、当然、不履行責任を負うこととなる。規定を置く必要はないし、置くべきではないと考える。(個人)

- 「合意に基づく受領強制」とは意味不明である。(会社員)
- 債権者が信義則上の受領義務を負う場合は考えられなくはないが、受領義務違反の際に債務者に解除権を認めるまでになればさすがに行き過ぎであり、取引実務に無用な混乱を生じさせることを懸念する。(会社員)

第8 債務不履行に関連する新規規定

1 追完権

債務者の追完権を認める規定を設けるかどうかについては、追完権により主張できる内容や追完権が必要となる場面を具体的に明らかにしつつ、追完権が債務者の追完利益を保護する制度として適切か否かという観点及び他の制度(例えば、催告解除の催告要件等)によって債務者の追完利益を十分に確保することができるか否かという観点から、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第6, 1 [109頁]】

【意見】

- わかりやすい民法とするために、「解除権の消滅」の箇所に明文化すべきである。その条文はあまり複雑化せず、「債務者が、解除権を有する債権者に対して債務不履行に基づく損害賠償を含めて弁済を提供したときは、解除権は消滅する。」とすべきである。(親和会)
- 債権者の不利益とならない限りで、債務者の追完権を認める規定を設ける方向で検討すべきである。(広大有志)
- 少なくとも無体物を目的とする請負契約等については、注文者と請負人との双方において、履行の完成を確認することが困難であることから、不完全履行と認められた場合にも追完権を認め、損害賠償請求に先立って追完請求を行うことを規定し、不完全履行による損害の軽減を図ることに意義がある。(情サ産協)
- 債務者の追完権を認めることによって、解除が認められるかどうか等中小企業の契約関係が複雑化しないか検討をして頂きたい。(全中)
- 債務者の追完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。不完全な履行がされた場合、債権者が求める追完と債務者が望む追完の内容が異なることは少なくなく、また、追完の内容や方法には様々なものがある。そうすると、これらを全て包含する形で権利内容を一義に定めることは極めて困難である上、あえて追完権の規定を置いたとしても、当初の契約履行を期待する債権者に不利益が生じるおそれは払拭できず、実務上大きな混乱が生じる可能性がある。

さらに、追完権と債権者の損害賠償請求権や解除権等との関係が必ずしも明確

ではない上、必要となる具体的場面についても判然としない。仮に、債務者に追完利益を認める場合があったとしても、それは損害軽減義務や信義則によって調整することが可能であると考える。(日司連)

- 貿易実務で追完が問題になるケースは、複雑な機械の取引で約定性能を発揮しない場合くらいか。(一般論としてはC I S Gと調和的な規定に改めることは好ましいと考えるが、) 追完権については、その内容が曖昧で、債務不履行に基づく救済が阻害、制限されることで債務不履行を行った者を不当に保護するおそれがあるため、慎重な検討を要するとの意見があった。(国際取引有志)
- 現行法の下では、債権者は履行不能の場合及び定期行為の場合を除いて、催告を経て解除権を行使することができると思われてきたことから、債務者の追完権を独立の権利として観念する必要に乏しかった。債権者が催告をする前に、あるいは催告により設定された相当期間の間に本旨履行をすれば、それによって債務不履行を理由とする解除権は発生しないと考えられたからである。また、履行遅滞によってすでに損害が発生している場合には、事後的に追完がなされても、損害賠償義務そのものが消滅するわけではなく、したがって追完権を語る余地もなかったといえる。

改正に際して、無催告解除の可能性を認める場合に、解除権と追完権の関係を整理することが必要となるが、解除権発生の要件が充たされているかぎりには、追完権が認められないとすれば、そのかぎりで権利として追完できるということの意味は乏しい。

考慮の余地があるのは以下のような場合ではないか。たとえば、不完全な給付ではあるが、債権者がその給付を履行として認容した上で、給付の不十分な部分を理由として損害賠償請求や対価の減額請求権を行使できるとすれば、これに対して、債務者が完全な履行を行うことにより、そのような権利行使を阻止することができるかどうかである。売買において問題となる追完権は、このような場合であると解されるが、これは、債務の不完全な履行について一般的に問題となりうるのではないか。(大学教員)

- 重要ではないが明記も可能か。(弁護士)
- 債権者が債務不履行により認められる権利を行使しないこと、債務者が不合理に遅滞しないこと、治癒の方法および時期についての提案を示した通知をすること、債権者に対して不合理な不便または債権者の支出した費用について債務者から償還を受けることについて不安を生じさせないこと、債務者の費用負担によること、治癒が当該状況のもとにおいて適切であること、債権者が治癒を拒む正当な利益を有しないこと、治癒が速やかになされることを条件として、債務者に追完権を認め明文化すべきである。追完権は裁判外の紛争解決における規範として

有効である。

追完権の適用範囲は、無履行の場合には債権者に履行請求権があり債務者が履行すべき内容は決まっているので、不完全履行の場合だけでよい。(大学教員)

- 追完権を認め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。

債務者の追完利益は認められるものの、追完権を認める場合、債権者の権利との関係で規定が複雑化するおそれが大きく、また、実務上の必要性についても十分に検証する必要がある。また、議事概況にもあるとおり、追完権が必要となる場面については、その前提により、必要性の有無が左右され得ることから、慎重かつ十分な議論が必要である。(愛知県弁)

- 追完権は、あえて明文化しない方が良く考える。

取引社会の実情としては、給付物に瑕疵がある場合、売主が任意に追完することによって解決する例は多い。しかし、追完権を認めると、正面から権利として認めることになるが、その要件・効果の設計がかなり複雑になる。むしろ、「債務者が誠実に追完を申し出ている状況において、債権者がこれを強いて退けて解除権を行使し、あるいは損害賠償を請求した場合、これがどこまで認められるか。」という問題として解決することは可能である。債権者にとっての「追完の容認」を間接的な義務にとどめておいたら良い。(兵庫県弁)

- 債務不履行をした債務者に追完権を認める必要はなく、特に信頼関係を基本とする継続的契約において、信頼を裏切られた債権者が、債務者の追完を受け入れなければならない理由はない。追完による解決が妥当する場面はあるが、それは多種多様な利益考慮の結果であり、実定法のルールとして設定する必要性や可能性は疑問。(経営法曹会議)

- 追完権（債務不履行に陥った債務者が行う履行あるいは追完が、債務不履行により債権者に認められた損害賠償請求権等に優先し、それら損害賠償請求権等の効力を停止させる権利）の規定を設けることについては、反対する。肯定論もあるが、追完の内容や方法は様々なパターンがあるので国民に混乱が生じること、追完権を認めると無用の紛争が多発する危険があること、とりわけ催告解除においては催告により既に債務者の追完の利益の保護を図っているので、更なる追完権行使は認めるべきではない。また、解除権の行使や損害賠償請求権の行使が不適當である場合は追完権などの概念を持ち出すまでもなく別の理屈で対処できることから追完権は不要である。(東弁)

- 追完権を認めることには反対する。債権者の利益は、解除において基本的に催告が必要であることでバランスがとれていると思われる。解除権の行使、損害賠償請求権の行使が不適當である場合は、追完権を持ち出すことなく別の理屈で対処できる。(仙台弁)

- 追完権を認める規定を設けることには賛成しない。

債務者にとっては、追完の利益があることは否定できないが、債務者に追完の意思と能力があれば、実務の通常は任意の交渉で解決できている。

債権者が追完を拒絶し、解除や損害賠償を求めているときに、債務不履行をした債務者の追完の利益を優先させるような規定を設けることまでは必要がない。
(広島弁)

- 債務者の追完権を認める規定を設けるかどうかにつき、反対する。追完方法には契約類型に応じた多様なものがあり、これを明文化することは不適切と思料する。(札幌弁)

- 債務者の追完権を明文化すべきではない。追完権が問題となる場面は他の法理で解決可能である。(福岡弁)

- 債務者の追完権を認める規定を設けるべきではない。損害賠償については債権者の損害軽減義務によって、契約解除については債権者側の解除要件の厳格化といった他の制度(論点)によって、債務者の追完利益の確保はある程度図れるものと考えられることから、あえて条項を設ける必要はないと考える。(三菱電機)

- 債務者に追完権を認める規定を設けることについては、反対である。

債務者が債務不履行に陥った債務の追完をした場合に、解除権の行使を免れて反対給付を受けたり、損害賠償義務の全部又は一部を免れたりする利益(又は地位)があること自体は否定しないが、これらを債務の本旨に従った履行をしなかった債務者の「権利」として認めることについては、強い違和感を覚えるため、追完権を認めることについて反対である。とりわけ、追完の内容及び方法は様々であると考えられるため、債権者が意図しない追完内容及び方法を受け入れざるを得ないかのような強い権利を債務者に認めるべきではない。

また、追完権が必要になると思われる各場面(解除、損害賠償又は追完請求権)においては、当該制度の各要件又は信義則による適切な調整が可能であると思われるため、あえて追完権に関する規定をおく必要はない。

しかも、追完の内容及び方法が様々であると考えられることからすると、仮に追完権を実定法上の権利として規定しても、裁判規範として機能しないことも懸念される。

したがって、追完権を認める規定を設けることについては、反対である。(法友全期)

- 債務者の追完権を認める範囲の検討に当たっては、金融商品取引の実務に十分配慮して欲しい。

金融商品取引所の受託契約準則によれば、顧客が委託売買の決済を履行しない場合に、金融商品取引業者は当該売買を決済するため顧客の計算において反対売

買をすることができ、これにより金融商品取引業者に損害が発生した場合にはさらに顧客の有価証券を処分してその賠償に充当できる。これは金融商品取引業者の権利であるが、追完権により対抗されるとすると、価格変動の激しい有価証券取引に関し簡易・迅速な決済不履行の措置を定めた趣旨を損なうおそれがある。

債務不履行をしてもなお債務者に追完権があり各種の効果が付与されるとすれば、契約において合意した履行期の意義が希薄になり、契約の拘束力を弱めることになるのではないか。(日証協)

- 債務不履行をなした者に固有の権利を付与する規定を設けることには反対である。

債務不履行をなした側の当事者（債務者）に対して固有の権利を付与する規定を設けて救済することの妥当性については疑問が残る。

加えて、現行制度においても、債務者の追完利益の一定の確保は図れるものと考えられることから、あえて条項を設ける必要はないと考える。(法友会)

- 追完権の規定は不要と考える。

追完権の作用として主張される3つの場面で検討する。

解除については、催告解除を原則とすることによって、対処しうる。

填補賠償と履行請求の併存を認めるが、①履行遅滞の場合に填補賠償を認める手続要件として、催告し相当期間の経過を要求するから、追完権まで必要としない（催告に応じて履行する機会がある）。②履行拒絶の場合には、確定的に拒絶をする債務者に追完権を認めて保護する必要はない。

追完請求権において追完方法の選択を原則として債権者に委ねるけれども、信義則上の制約を課すことにすれば、追完権までは不要である。(堂島有志)

- 債務を履行しない債務者に権利を認めることで法律関係がいたずらに複雑になり、紛争を拡大させる懸念、債務者の適切な追完がなされるかを巡り紛争が長期化する懸念があるとの意見があった。また、具体的な追完方法の如何を巡って紛争が尖鋭化するおそれがあり、合理的な追完方法を認定、判断するために紛争が長期化することも懸念されるとの意見があった。

また、解除、損害賠償あるいは一般規定といった他の制度の要件判断に吸収されるのではないかと意見や他の制度との整合性について慎重に検討する必要があるとの意見があった。(最高裁)

- 追完権の規定（新設）については、具体的事案において、追完権行使の機能場面を想定したうえで、無用に新たな争点を作成することにならないかなど、実務に混乱を招かないか、慎重に検討されなければならない。

追完権の新設を検討する前提として、そもそも現行法下において債務者の固有の権利としての追完権を認めるべき立法事実が存しているのか、検証すべきであ

る。また、追完権及びその周辺規定が「裁判規範」として有効に機能するかという観点からの検討も必須である（なお、裁判外の紛争解決に係る規範としての機能を考えるのであれば、債務者の固有の権利としての追完権まで認める必要はない）。

債務者の利益については、追完権を認めなくとも、催告後の相当期間の評価や債権者の損害軽減義務等によっても図り得るのであって、追完を望まない債権者の意思を排してまで、一旦債務不履行に陥った債務者に、固有の権利（追完権）を認めることが、真に当事者間の利益調整の均衡を図ることに繋がるのか疑問であると言わざるを得ない。

また、追完権として規定するのではなく、追完請求権（追完に代わる損害賠償）の要件や解除に関する要件（不履行の重大性）において、債務者の利益を考慮して規定・解釈する方法についても、検討すべきである。

無履行の場合と不完全な履行の場合とで区別する場合には、特に「不完全な債務の履行」の意義を慎重に検討しておく必要がある。無履行の場合と不完全な履行の場合とで区別する取扱いに関しては、「不完全な債務の履行」の意義を「債務者による無履行（全部不能及び全部遅滞）以外の不履行態様全般（債務者による何らかの履行がされた場合）」と解するのであれば（追完権を得るためだけに、債務者が本来の約定どおりの履行をせずに、とりあえず何らかの履行を行うことも考えられる）、無履行の場合と不完全な履行の場合とで区別する理由は見出し難い。また、無履行の場合と不完全な履行の場合とで区別した場合、不完全か否か（履行の有無）が争点となる可能性も存する。

追完権を認めることには消極的であるが、仮に追完権を認めるとしても、債権者視点と債務者視点というズレを招来するような要件を定立（規定）すべきではない。追完権を認める具体的要件を定めるにあたっては、債権者の視点から追完請求の期待不可能と考える場面でも債務者の視点から追完可能と考える場面を想定することが考えられるが、債権者視点と債務者視点というズレを前提とした規定は実務的に混乱を招くおそれがある。むしろ、追完権として規定するのではなく、追完請求権（追完に代わる損害賠償）に関する要件について、債務者の利益を考慮して整理・規定し、同要件の具備如何により決すべきである。

仮に債務者の追完権を認めるにしても、解除権に追完権が優先するように規律することには、極めて慎重でなければならず、具体的事案において、追完権行使の機能場面を想定したうえで、実務への影響を踏まえ、十分に検討されなければならない。債務者の追完権を認めるにしても、債権者の解除権に劣後するのであれば、追完権を認める意義は低く、他方、債権者の解除権に優越するとすれば、債権者の解除権を不当に制限することにもなりかねない。（大阪弁）

- 債務者に追完権を認める規定を設けることについては、反対する。

債務不履行をした債務者に追完権を付与し、追完に関するイニシアティブを与えることには疑問があるし、追完の場面は多種多様であるので、信義則等により柔軟に当事者間の利益の調整の方が適切である。

追完権が必要となる場面として、①解除を封じる場面、②損害賠償請求を封じる場面、③追完請求権の行使に対抗する場面が考えられている。

しかし、①については、催告制度により債務者の追完利益を保護することができる。また、②について、履行請求権と填補賠償請求権の併存を認める制度を採用する場合には債務者の追完利益を保障する必要性が生じうるが、これも填補賠償請求権の要件において追完可能性を考慮する方法も考えられる。③については、そもそも、債務不履行をした債務者に、追完請求権に対抗する権能を与える必要があるか疑問がある。(二弁)

- 追完権を認める規定を設けることに反対である。

追完方法の多様性ゆえ、債権者の追完請求権の要件、内容につき一般的な規定を設けることすら困難であるという意見がある中、債務者の追完権の要件、内容につき明文の規定で規律するのは現実的ではない。

仮に債務者に債権者に優先する追完権を認めるとすると、債権者に認められる権利との優先関係を定める規律が必要となり、制度が煩雑になりすぎる。

債務不履行に陥っている債務者に対し債権者に優先する追完権（追完利益）を認める必要性はない。債権者からの解除権、損害賠償請求権、追完請求権の行使に対して債務者を保護する必要性が考えられる場面があるのはそのとおりであるが、それぞれの制度の要件論において考慮すべき問題である。

債権者の権利行使が濫用的であり、債務者に過大な負担を生じさせている場合には、債権者の権利行使を一般条項によって制限すれば足りる。(横浜弁)

- 追完権を明文化することに反対する。債務者に正当な追完の利益が認められるケースでは、多くの場合、債務の本旨に従った履行の範囲の解釈によって解決可能と思われる。追完権を明文で認めた場合、追完が認められる期間に関する基準を明確にする必要があることに加え、債権者の催告解除や、数量指示売買における数量不足の場合の代金減額請求権との優先関係についての整理が必要となる。

仮に何らかの形で追完権を規定するとしても、追完方法が複数ある場合の選択権や追完請求権の限界事由との関係も含め、債権者による債権管理実務への影響（履行期に弁済がなかった場合、直ちに催告をしなければ債権者の権利が封じられるというような負担が生じないことなど）に十分配慮した上で検討されたい。

(森・濱田松本有志)

- 事業者間の契約では迅速性が要求される場合が多く、債務者による追完を待た

なければならないとすると機会損失により得られるはずの利益が得られないことになる

また、追完権を規定すると債務不履行責任との関係が煩雑になり無用な紛争が生じるおそれもある。債務不履行について、過失責任主義を維持するにしろ、契約の拘束力を根拠にする考え方に変更するにしろ、債務不履行の発生段階における債権者と債務者の適切なバランスを検討し、債務不履行の要件を規定することが簡便でわかりやすいものとする。

そのため、債務不履行をした債務者を法的に救済する追完権は民法の中に規定すべきではないと考える。(ヤフー)

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

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

(日大民研・商研)

- 債務者に追完権を認める規定を設けることについては、反対意見が強い。

債務不履行をした債務者に追完権を付与し、追完に関するイニシアティブを与えることには疑問があるし、追完の場面は多種多様であるので、信義則等により柔軟に当事者間の利益の調整の方が適切であると考えられるとして、追完権を認める規定を設けることについては、反対する意見が強かった。

追完権が必要となる場面として、①解除を封じる場面、②損害賠償請求を封じる場面、③追完請求権の行使に対抗する場面が考えられている。

しかし、①については、催告制度により債務者の追完利益を保護することができる。また、②について、履行請求権と填補賠償請求権の併存を認める制度を採用する場合には債務者の追完利益を保障する必要性が生じうるが、これも填補賠償請求権の要件において追完可能性を考慮できるよう整理する方法も考えられる。③については、そもそも、債務不履行をした債務者に、追完請求権に対抗する権能を与える必要があるか疑問がある、との指摘もあった。

他方、追完権を規定することは、分かりやすい民法の実現に資するとして、賛成する意見もあった。(日弁連)

- 民法には原則的規定を置けば十分であり、原則的規定のみを置くべきと考える。追完権について、具体的に意味があり、かつ、あらゆる債権債務に適合的な規定を置けるとは思えず、改悪になる可能性が高いと考えるから、改定には反対であ

る。(個人)

- 追完権を認めるということは、債権者のその他の救済よりも追完が優先することを意味する。無催告解除についての規定を設ける可能性があることを考えると、瑕疵担保の場合には特別の規定を設けるとしても、追完の「権利」を一般的に認める必要はない。(大学教員)
- 債務者の追完権に関する規定は不要である。

債務者の追完利益は、解除における催告制度等によって吸収される問題であり、また債務不履行をした債務者に対し、救済方法を選択する法的な権利まで与える必要まではないと考えられる。

なお、追完権に肯定的な意見の中には、比較法的に追完権は取引実務上の必要性に基づき定められたものであり、裁判外の紛争解決における規範としての必要性も含めて、日本においても同様の必要性が認められるのではないかというものもあるようだが、少なくともわが国の実務では、追完権の規定が必要であるという認識は一般的でない。

ただでさえ、解除権の要件として債務の「重大な不履行」を要求する立法提案がなされ、これに対し解除権の発生原因に関する主張立証が困難になるといった懸念が示されているのに、これに加えて解除権や損害賠償請求権を封じる手段として債務者の追完権といった規定を置くことは、いたずらにわが国の取引実務を混乱させるだけであり、到底賛成できない。(弁護士)

2 第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任

債務を履行するために債務者が使用する第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任に関しては、第三者を類型化して各類型に応じた要件を規定する考え方や、類型化による要件設定をせず、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決する考え方等を踏まえて、どのような規律が適切かについて、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第6, 2 [112頁]】

【意見】

- 上記責任について明文化する方向性に賛成するが、その在り方については、債務者が使用する第三者を類型化して分類して要件を規定する考え方と、類型化による要件設定をせず第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決する考え方との二つの意見が対立しており、さらに検討すべきである。「類型化を不要とする考え方では、消費者の側に不利となる危険がある」という趣旨の意見がある一方で、「類型化を規定すると取引の度に相手方の権限を確認

したり、責任の分担を契約に落とし込む必要性が出てきたりして実務を混乱させる危険がある」という趣旨の意見があり、さらに検討する必要性がある。(東弁)

- 第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取りこんだかによって決める考え方について、賛成する意見が強かった。

債務者が第三者を使用する態様は千差万別であり類型化は困難であるとして、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決める考え方に賛成する意見が強かった。もっとも、この考え方は、契約によって責任の範囲が定まるという当然のことをいうものに過ぎず、有意な規定を設けることができるのか疑問があるとの指摘もあった。(日弁連)

- 賛成である。

いわゆる「履行補助者の過失」が債務者自身の責任と同視される場合があることに異論はない。

具体的な要件については、これまで判例が認めてきた具体的事例の集積を基盤に鼎立されるべきであるが、類型化の困難性や消費者契約における消費者保護の観点等、考慮すべき点があり、更に検討すべきである。(横浜弁)

- 「過失責任主義」の拡大の一態様として、履行補助者に関する伝統的通説を念頭において明文化すべきである。(親和会)
- 当事者に代わって債務を履行した第三者の行為に関して、当事者も責任を負う。ただし、当事者に責任を負担させることが相当でないと判断された場合を除く旨の明文の規定を設けるべきである。

当事者の使用人、当事者と密接な関係にある者の行為に関して当事者が責任を負担することについては、ほとんど異論がないであろうし、この点は明文化するまでもない。

問題となるのは、当事者からある程度独立した地位にある第三者の行為について、当事者が責任を負担するかどうかである。例えば、売主が委託した不動産業者、買主が委託した弁護士の義務違反により、相手方当事者が損害を被った場合に、当事者に責任を負担させてもよいかどうかである。まず、当事者の指示によりなされた場合は、当事者が責任を負担することは当然と思われる(民法716条参照)。つぎに、これらの者が当事者の指示に基づかずに行った場合であるが、リスクの配分という観点から考えると、原則として当事者に責任を負担させても問題ないと思われる。ただし、当事者の責任を否定する必要がある事例が出てくる可能性がないというわけではないであろう。したがって、但書を入れている。(福岡弁)

- 債務を履行するために債務者が使用する第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任の有無に係る規定を置くことについては、特に反対しない。

類型化による要件設定をせず、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決める考え方が妥当であると思料する。

なお、本検討の前提として、債務の履行についての自己執行原則を維持するか否かについても検討しておく必要がある。債務者の責任を認める要件については、第三者を類型化して分類することは容易ではなく、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決める考え方が妥当であると思料する。

また、本検討の前提として、今日の取引実態に照らして、自己執行原則に係る原則と例外を逆転させる必要があるか、立法事実の有無を踏まえて、検討しておく必要がある。その検討にあたっては、一般取引と商取引とを区別して考えるべきである。
(大阪弁)

- 類型化による要件設定をせず、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決める考え方に賛成する。

本論点は、不法行為の使用者責任との対比から検討されるものと認識しているが、例えば、銀行員が取引先の車を破損させた場合と、金銭消費貸借で貸出実行日を誤り当該日に入金漏れが発生した場合を同列に考えることは適当ではない。法人は必ず職務代行者により取引を行うが、それは契約を履行する者の責任として選任するものであり、また、取引先においても同様の対応をしていると考えている。仮に、債務を履行するために債務者が使用する第三者について細かく場合分けした条項が設けられると、取引毎に相手方の権限を確認することになり、かえって実務を混乱させると考える。

第三者を利用することが予め想定されている場合は、実務上、類型化による要件設定をせず、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決める考え方と同じ運用がされている。例えば、不動産ノンリコースローンを含むアセットファイナンスにおいて、債務者がSPCとなるものの、元利金の支払い、各種コバナンツの対応を含むSPCの管理、事業の遂行等をアセットマネージャー等の事業者が行い、当該事業者が実質的には債務者と同等の役割を果たす例がある。

SPCの代理人または業務受託者として事業者の行うべき役割や責任等については、プロジェクト契約と呼ばれる関連契約において、詳細に規定を設けていることが一般的である。

このように、第三者を類型化して各類型に応じた要件を規定する考え方を採用するかどうかは、類型化が実務に与える影響を踏まえて慎重に検討する必要がある。
(全銀協)

- 規定を置く方向で検討することには反対しない。

過不足のない規定を置くことができるならば、それは良いことであるが、類型化・要件化には困難が伴うことが予想される。具体的な規定のあり方については

特段の意見形成に至らなかった。(兵庫県弁)

○ 理論的には、第三者の行為による責任をどれだけ債務の内容に取り込んだかで判断すべきと考えるが、条文を設けるにあたっては、第三者の内容を類型化した規定と「その他、第三者の行為を債務の内容に取り込んでいる場合」などの規定を設けて、規範の明確化に努めるべき。(大学教員)

○ 具体的な規定のあり方については、第三者を類型化して各類型に応じた要件を規定する方向性を中心に、なお検討すべきである。

この点については検討が不十分であるため結論を示すことは差し控えるが、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決するという考え方は、契約書に免責条項等が設けられれば結局それが全てを決するといった結論になりかねないことから、ある程度抽象的・概括的にはあっても、第三者を類型化して各類型に応じた要件を定めることを検討すべきである。(弁護士)

○ 債務者が債務を履行するために使用する第三者の行為によって債務不履行が生じた場合には、債務者は債務不履行の責任を負うとする規定を設けるべきである。どんな場合に債務不履行の責任が債務者に発生するのかは、解釈論に委ねれば足りる。(大学教員)

○ 債務を履行するために債務者が使用する第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任の有無に関する規定として、適切な類型化は困難であり、各類型への該当性をめぐって紛争が生じ得る。

類型化による要件設定をせず、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決する方向で検討すべきと考える。(弁護士)

○ 基本的に、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決する考え方に賛成するが、特則の必要性も含め更に検討すべきである。

類型化による要件設定では、適切な類型化が困難であり、更に類型該当性の判断においても紛争が予想される。他方、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決する考え方にも消費者保護等の特則の必要性等検討すべき点があり、更に検討する必要がある。(愛知県弁)

○ 債務者が使用する第三者との関わりに応じて、責任の内容・範囲が異なってくるとの考え方に賛同できる。例えば、情報システムの開発委託契約等においては、目的物であるソフトウェアの納品のために利用した搬送業者による納品物の紛失等と開発作業の下請負人における作業遅延による履行遅滞とに責任の差異があるものと考えられるからである。しかし、あらゆるケースを想定して類型化による要件設定を行うことは困難であると思われる。(情サ産協)

○ 第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任を認めることを明文化すること自体に反対するものではないが、実務が混乱しないように、

その要件については慎重な検討をするべきである。

債務者が使用する第三者の行為によって債務不履行が生じた場面において、債務者に責任を認めるべき場合があることに異論はない。

もっとも、債務者が第三者を使用する態様は様々であるため、第三者を類型化して各類型に応じた要件を適切に規定することは困難である。

また、第三者の行為による責任を債務の内容に取り込んだか否かにより決するという考え方についても、契約によって責任の範囲が定まるという当然のことを規定したにすぎないように思われるし、第三者の行為による債務不履行責任を負うか否か、責任を負うとした場合の責任又は損害の範囲などについて契約に落とし込む作業が発生し、実務が混乱する可能性もある。

したがって、明文化について反対するものではないが、実務が混乱しないように、その要件については慎重に検討をするべきである。(法友全期)

- 第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任について新たな規定を設ける必要はない。

債務者が債務を履行する方法として第三者を使用した場合、基本的に債務者の責任として考えれば足りる。第三者の類型化や類型に応じた債務者の責任内容を規定することは困難であるし、基本的に債務者の責任と考えても債務者に酷ではない。(広島弁)

- 第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任に関する規律につき、これを設けることに反対する。

第三者の類型化は困難であるし、かかる類型化による要件設定をしない場合には寧ろ解釈に委ねた方が妥当な結論になるものと思料する。(札幌弁)

- 特段の手当ては不要である。

過失責任主義に固執しなければ、契約の趣旨と社会通念に照らして、帰責性を判断するという一般法理で賄うことができる。(堂島有志)

- 類型化によって、かえって要件が不明確になったり、柔軟な判断ができなくなったりしないよう、配慮されたいとの意見があった。(最高裁)

- 第三者を類型化して各類型に応じた要件を規定する考え方については、反対する。第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取りこんだかによって決する考え方についても、慎重に検討すべきである。

債務者が第三者を使用する態様は千差万別であり類型化は困難であるから、第三者を類型化して要件を規定することには反対する。他方、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決する考え方についても、契約によって責任の範囲が定まるという当然のことをいうものに過ぎず、有意な規定を設けることができるのか疑問がある。(二弁)

- なお検討を要する。第三者を類型化して規定する考え方は問題があるが、第三者の行為をどこまで債務の内容に取り込んでいたかを問題にする案に従った明文化も困難であろうと思われる。現状のままでどのような不都合があるのか、新たに規定を設ける必要があるのかという点も含めて、今後も検討を要する。(日大民研・商研)
- 第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任について、明文化する方向に賛成する。ただし、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決する考え方を採用することについては慎重に検討すべきである。

かかる場合の債務者の責任を明確にすることは、わかりやすい民法に資する。ただし、第三者の行為による責任を債務の内容に取り込んだり除外することを契約当事者の合意によってすべて決することができるとなると、交渉力において優位にある者が劣位の者に対し不当に責任を押しついたり、自己の責任を不当に免れるような信義則上許容できない事態が生じうる。第三者の行為による債務不履行における賠償責任の有無という問題が契約解釈によってある程度決定される問題であるとしても、これを契約自由の原則のみで規律するのではなく、信義則等による一定の歯止めをかけるべきである。(仙台弁)
- 類型化して要件を規定する案が示されているが、類型化といっても、様々なケースを網羅的に規定するのは困難である。(弁護士)
- 不同意。形式的には第三者であっても、支配関係などの点で債務者と同一視できる場合や、そもそも第三者による履行を容認しない場合等、履行補助者・代行者といった類型だけでは律しきれないのではないか。また債務の内容や範囲に関する認定にかからしめるのであれば、ことさらに規律を設ける必要もないのではないか。(会社員)
- 履行義務を負っている債務者が、どのような方法によってその債務を履行するかは、債務者自身の選択に委ねられているといえるが、不履行が生じた以上は、債務者は原則としてその責任を負うのであるから、それが第三者の行為に由来するかどうかは重要ではなく、結局のところ、第三者の行為であったことを理由として債務者に免責事由が認められるかどうかの問題となるにすぎない。したがって、どういう場合に免責が認められるかという観点から規定を置く余地はあるとしても、第三者の行為であることに独立の意味を与える規定は、かえって債務者の責任の構造を不透明にするのではないか。(大学教員)
- 民法には原則的規定を置けば十分であり、原則的規定のみを置くべきと考える。第三者行為について、具体的に意味があり、かつ、あらゆる債権債務に適合的な規定を置けるとは思えず、改悪になる可能性が高いと考える。改定には反対。(個人)

- 類型化困難に同感。責めに帰すべき事由の内部で対応可能。（弁護士）

3 代償請求権

判例が認める代償請求権の明文化の要否及び明文化する場合の適用範囲等については、債務不履行により債権者に認められる填補賠償請求権等との関係や、契約類型に応じた代償請求権の規定の必要性等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料5-2第6, 3 [115頁]】

【意見】

- このような制度が存在することを示す意味から、明文による規定をおくべきである。（広大有志）
- 代償請求権の明文化自体について賛成する。

履行不能が発生した場合における債権者の権利の明確化につながることから、明文化自体について賛成する。

また、適用範囲に関しては、履行不能に基づく填補賠償請求権の制度が存在するため、代償請求権は補充的であるべきであり、損害賠償請求権等その他の方法が無い場合に限って認められるとする案に賛成する。なお、双務契約に限定する理由も無いと思われるため、同C案の採否に当たっては慎重な検討が必要のように思われる。（法友全期）
- 判例が認める代償請求権の明文化について、賛成である。現行民法の明文にはないところ、しばしば実際に問題が生じるところであり、国民に分かりやすい民法との観点から、明文化すべきである。

その適用範囲等について、債務不履行により債権者に填補賠償請求権等が認められる場合においても代償請求権を認める（債務者の帰責事由の有無を問わない）とする考えに賛成である。これを認めた最高裁判例の事例において、原審判決は「履行不能につき債務者の責に帰すべき事由の存しない限り」との限定を付していたところ、上記判例はそのような限定を付していない。

不動産の二重譲渡により履行不能となった第一譲受人との関係で、譲渡人が第二譲受人から受領する代金に対し、「履行不能により受けた損害を限度として」代償請求権を認めるとしても、特段の不都合は考えられない。また、この場合、第一譲受人は実際に既払代金の返還や損害賠償を受けられないこともしばしばであるから、債権者に填補賠償請求権等が認められるとしても、代償請求権を認めることに意義がある。（横浜弁）
- 「履行請求権の限界」の箇所で述べたとおり、履行請求権は履行不能により填補賠償請求権に転化すること、ただし債権者の責めに帰すべき事由によって履行

不能となったときは填補賠償請求権が発生しないこと、この場合において債務者に利益が生じたときは債権者に代償請求権が発生すること、を一連で明文化すべきである。(親和会)

- 条文化して明文化すること、その適用範囲について指摘の事項を留意して検討することに賛成する。

理論的にも、実務上も、代償請求権が認められることについては、異論はないと思われるところ、条文とし明文化することに賛成である。ただし、条文化にあたっては、代償の移転義務の遅滞時期や、反対給付との関係などの議論を整理して行う必要がある。(大阪弁)

- 代償請求権の規定を明文化することに賛成する。判例が認めているところであり、その条文化はわかりやすい民法に資する。(仙台弁)
- 代償請求権を明文化すべきである。また、代償請求の対象となる利益は、履行の目的物の変形物であるため、広く代償請求を認めてよいと思われる。(福岡弁)
- 代償請求権の明文化に賛成する。なお、明文化に際しては、様々な権利者間の優劣・配分、代償請求権の民法全体の中での位置づけ、危険負担等の他の規定との整理もされるべきである。

代償請求権が明文化されることによって、目的物に係る権利が競合した場合における権利の優劣関係を明確にすることが期待できる。ただし、これらの効果を実現するためには、現在判例法理においても明確になっていない適用要件等が明らかになることが必要であり、その点に配慮した規定化をお願いしたい。(損保協会)

- わかりやすい民法という観点から、判例が認める代償請求権の明文化については賛成である。(三菱電機)
- 認めることに異議はない。なお、危険負担の制度を優先させる場合には、代償請求を行うときは、対価相当額を負担することを条件に認めることとなろう。(弁護士)
- 双務契約の場合に限らず、債務の履行が(債務者の帰責事由なくして、あるいは帰責事由に基づいて)実現不能となったことにより、債務者がそれに代わる利益を得ている場合に、債権者が代償請求権を取得するという考え方を条文で示すことが適切であると考え。(大学教員)
- 明文化の方向で検討すべき。(大学教員)
- 代償請求権に関する規定について、ドイツ民法第285条のような規定を設けるべきである。(大学教員)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 代償請求権の明文化には賛成するが、更に十分に検討すべきである。

判例の明文化は、わかりやすい民法の方向性に合致するものであり積極的に考

えるべきであるが、填補請求権等との関係を十分に留意し更に検討を進めるべきである。(愛知県弁)

- 規定を置くこと自体には、特に反対しない。

判例通説は代償請求権を承認しており、実務上も用いられていることから、明文の規定を設けた方が良い。(兵庫県弁)

- 代償請求権については、この法理が妥当する場面等につき不明な点があり、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 代償請求権の明文化については、検討には値するが、無理に明文化する必要はない。代償の範囲や請求方法など、実務や議論が成熟しておらず、明文化については、慎重な検討を要するものである。(広島弁)
- 代償請求権の明文化の要否等につき、慎重に検討すべきである。代償請求権の裁判例及び実務で問題となる事案が必ずしも多くなく、また契約類型に応じた代償請求の整理が可能かは疑問なしとしないため、慎重に検討をすべきである。(札幌弁)
- 代償請求権の明文化については、更に慎重に検討すべきである。

代償請求権の明文化については、判例において認められていることから、賛成する意見があった。他方、代償請求権に関する抽象的な規定のみを置いた場合には目的物の代償と認められる利益の範囲が不明確となり実務上の混乱が生ずるおそれがある、代償請求権の裁判例は上記最判以降に1件も報告されておらず、明文化の必要性にも疑問があるなどとして、明文化に反対する意見もあった。(二弁)
- 代償請求権は、特に必要ではない。

認めるのが通説と言われるが、判例がほとんどなく、明文がなくとも不都合はないと考えられる。(堂島有志)
- 本研究会においては、代償請求権の規定を設けること自体に、積極的な反対意見はなかった。ただ特定物売買に関する危険負担の債権者主義を撤廃した上で、なお、代償請求権の規定を必要とする場面がどの程度あるのかについては、なお検討を要する。(日大民研・商研)
- 代償請求権の明文化については、更に慎重に検討すべきである。

代償請求権の明文化については、最高裁判例において認められていることから、賛成する意見があった。他方、代償請求権に関する抽象的な規定のみを置いた場合には目的物の代償と認められる利益の範囲が不明確となり実務上の混乱が生ずるおそれがある、代償請求権の裁判例は上記最判以降に1件も報告されておらず、明文化の必要性にも疑問があるなどとして、明文化に反対する意見もあった。(日弁連)
- その明文化の要否及び適用範囲については、更に検討すべきである。

代償請求権は、判例上認められている権利ではあるが、目的物の代償と認められる利益が担保に供されている場合における代償請求権との優劣関係等の不明確な問題が残り実務を混乱させるおそれがあるといった問題があるほか、填補賠償請求権との関係その他債権法全体における位置づけの検討、契約類型ごとの検討などを行う必要があり、少なくともこれを明文化する方向で結論を示すのは時期尚早である（個人的には、特に明文化の必要性があるとは思われない）。（弁護士）

- 第536条第2項の類推適用でよい。（弁護士）
- 代償請求権の明文化について、疑問を呈するものである。

その理由は、新設を提案されている代償請求権規定は、当事者意思を推定する作用を有する任意規定であるところ、それに相当する当事者意思は、——判例を検討する限り——、一般的にわが国に存在するとは判断できず、したがって、むしろ、個々の事案においてそれに相当する当事者意思の存在を主張する者が、その存在を立証すべきと考えられるからである。（大学教員）

- 抽象的な代償請求権だけを規定することに反対する。目的物の代償と認められる利益が担保に供されている場合における代償請求権との優劣関係等の不明確な問題が残り、実務を混乱させるおそれがあるからである。（弁護士）
- 民法には原則的規定を置けば十分であり、原則的規定のみを置くべきと考える。代償請求について、具体的に意味があり、かつ、あらゆる債権債務に適合的な規定を置けるとは思えず、改悪になる可能性が高いと考える。改定には反対である。判例についても、既存の民法の規定によって解決ができなかったのか、まずはそれを検証すべきあり、すべて既存の民法の規定によって解決できたと考える。（個人）

第9 債権者代位権

【意見】

- 債権者代位権について、以下の1から7までのとおり提案する。（大阪弁）
 - （「本来型の債権者代位権」と「転用型の債権者代位権」の区別）
 - 1 本来型と転用型の債権者代位権は、それぞれ区別した規定を設ける。
 - （本来型の債権者代位権の在り方）
 - 2 (1) 本来型の債権者代位権は、民事執行・保全制度を補完するための責任財産保全制度として維持する。
 - (2) いわゆる事実上の優先弁済機能については否定する。
 - （本来型の債権者代位権の制度設計）
 - 3 (1) 代位債権者は、債務者による受領が期待できるか否かを問わず、第三債務者

に対して金銭等の直接給付を請求することはできるが、その金銭等の債務者への返還債務と被保全債権との相殺は禁止するものとし、被保全債権の回収のためには、自己を第三債務者とする差押えを要するものとする。

(2) 代位債権者は、被保全債権の債権額の範囲にとどまらず、被代位権利を行使することができるものとする。ただし、代位債権者が第三債務者に対して金銭の直接給付を請求できるのは、被保全債権の債権額の範囲に限る。

(3) 無資力要件を緩和し、文字どおり、「債権者が、自己の債権を保全するために必要であるとき」債権者代位権の行使であるものとする。

(転用型の債権者代位権の在り方)

4 (1) 転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けるべきである。

(2) 転用要件は、不可欠性、必要性、補充性により要件化すべきである。

(3) 不相当であるときを除き、代位債権者は、第三債務者に対し、直接金銭その他の物の引渡しを求めることができるものとする。

(要件・効果等に関する規定の明確化等)

5 (1) 債権者は、その債権の期限が到来しない間は、債権者代位権を行使できないものとする。ただし、保存行為は、その限りでないものとする（なお、裁判上の代位制度は廃止する）。被保全債権が強制執行により実現することができないものであるとき、被代位権利が、債務者の一身に専属する権利であるときや差押えを禁じられた権利であるときも債権者代位権を行使できないものとする。

(2) 債権者代位権を行使するときは、その旨を債務者に通知しなければならないものとする。ただし、裁判上の行為として債権者代位権を行使する場合はこの限りでないものとする。債権者が通知義務を履行しない場合は、第三債務者は、代位請求にかかる履行を拒絶できるものとする。

(3) 債権者代位権の行使によって、債務者の処分権限は何ら制限されない。債務者に通知がなされた場合も同様である（債務者の処分制限効ないし第三債務者の弁済禁止効は、債権差押えないし仮差押えによって達成されるべきである）。

(4) 代位債権者に善管注意義務を課す明文規定は不要である。

(5) 代位債権者が債権者代位権の行使のために必要な費用を支出したときはその費用の償還を請求できるものとし、当該請求権に一般の先取特権を付与するものとする。

(第三債務者の地位)

6 (1) 第三債務者は、代位債権者に対し、債務者及び代位債権者に対して有している抗弁を主張できるものとする。

(2) 債権者代位権が行使された場合でも、供託原因を拡張する必要はない（第三債務者は債務者に対して弁済することを何ら妨げられず、判断リスクは生じない）。

(3) 複数の代位債権者による請求が競合した場合、第三債務者はそのうちの一人に対して履行をすれば債務を免れるものとする（債務者に対して履行しても債務を免れる）。

（債権者代位訴訟）

7 (1) 債権者代位訴訟について特別な手続規定を設けるものとする。

(2) 代位債権者による債務者への訴訟告知を要するものとする。

(3) 訴訟告知等により、債務者の処分制限効も第三債務者の弁済禁止効も生じないものとする（債権者代位訴訟は主として被代位権利の時効中断のために提起されるものであり、第三債務者の弁済禁止効を得るためには別途債権仮差押えをすべきである）。

(4) 債権者代位訴訟が提起された後に被代位権利が差押えられた場合は、現行判例と同様、債権者代位訴訟と取立訴訟を併合審理し、これらをともに認容できるものとし、強制執行、取立ての場面で差押えを優先させるものとする。

(5) 債務者または他の債権者は、債権者代位訴訟に訴訟参加できるものとする。

(6) 裁判上の代位制度は廃止する。 以上

- 中間論点整理では、本来型の債権者代位権を廃止するのではなく、存続させる方向で更に検討してはどうかとなっている。債権者代位権の機能には、取消権・解除権・相殺権・時効援用権の代位行使など、民事執行・保全制度では代替しえない機能があることにほとんど異論はない。このような機能は本来型の債権者代位権制度を廃止してしまうと、すべて失われてしまうのであるから、廃止が問題となるのは直ちに債権回収機能を有する代位権行使であるはずである。ところが、債権回収機能を有する代位権行使には、金銭債権を被保全債権としながらも、保全の必要性として無資力要件を必要としない類型のものもある。この類型には、他の方法では代替しえないものや費用対効果の観点から強制執行・保全制度によるインセンティブが生じないものもある。そのような場合には、債務者に対して形式的な手続保障があまり意味を有しないことも多く、むしろ、第三者が不当な損失のおそれを被ることを防ぐための手続を設けた上で、債権回収機能を有する債権者代位権行使を認めていいのではないか。そうしないと、債務者や第三債務者にかえって無駄な手続コストを負担させることになる。事実上の優先弁済という債権回収機能を否定するのであれば、供託制度の充実等を前提として、民事執行・保全法の規定を整えることが不可欠となる。民法の枠内だけで責任財産保全のための制度を設けることには限界がある。どの法律でそのような裁判外手続を定めるのかが難しい問題となるが、方法を間違えば、債権者代位権は使われないことになろう。コストをかけない限り、債権者の介入がなされないことが明確になってしまうと、逆にかえって執行妨害に該当するような財産隠匿行為を助長する法改正になってしまわないか。そうだとす

れば、最も悪用の余地が少なく、事実上の優先弁済機能を制限しうるような具体的なアイデアを慎重に検討すべきであって、拙速は避けるべきであろう。（「改正を考える」研）

- 銀行は、債権者代位権について、債権者・債務者の両立場から関連する。債権者の立場では、本制度は債権回収の手段として期待される。実務では、債権者代位権のみを利用して債権回収を行うことは多くはないものの、転用型の利用は種々の局面で着目される。他方、第三債務者（預金債務者）として行使される場面に立たされることがあり、この場合は実務上対応に苦慮するという指摘もある。債権者としての立場においては、実際には債権者代位権の利用には至らない場合であっても、親族企業に対する債権回収をしない債務者について回収を促す等、債権者代位権という実体法上の権利にもとづいて交渉を行うことができるという指摘がある。債務者の財産の保全の制度としての債権者代位権について検討するに当たっては、現行法よりも利用しやすい制度とすることには賛成であるが、実際の行使を阻害するような要因を作る改正は行われるべきではないという指摘がある。債権者代位権に優先的な債権回収機能を認める観点からは、債権者に対して、代位権行使において他の債権者との関係で倒産手続における管財人のような立場を求める考え方には否定的である。したがって、債権者代位権における事実上の優先弁済の機能の否定には反対であり、債務者への通知義務等にも反対の立場を採ることとなる。また、債権者代位権は、登記の代位申請等にみられる権利の醸成機能を有しているという指摘がある。実際に銀行実務においても、相続人が相続財産（不動産）の相続登記を行わない場合に、差押えまたは担保物件の競売を目的とした代位登記を行う事例がある。したがって、債権者代位権の検討に当たっては、このような実務や新たな権利の醸成機能を制限するような影響を及ぼすことがないよう配慮すべきである。債務者として債権者代位権を行使された場合には、本当に代位権が存在するのか否か疑わしい場面も存在し得る。そのような場合では第三債務者の保護を図る必要があり、供託原因の拡張等、第三債務者の保護の必要性に配慮した検討を望む。債権者代位権の各論点について改正の検討をするに当たっては、以上の点に配慮した検討を望む。（全銀協）

1 「本来型の債権者代位権」と「転用型の債権者代位権」の区別

債権者代位権については、本来的には債務者の責任財産の保全のための制度であると理解するのが一般的であると言われている（本来型の債権者代位権）ものの、現実には、責任財産の保全とは無関係に、非金銭債権（特定債権）の内容を実現するための手段としても用いられている（転用型の債権者代位権）。

本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権とでは、想定される適用場面が異

なることから、必要に応じて両者を区別した規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 1 (関連論点) [2頁]】

【意見】

- 転用型の債権者代位権を明文化すること自体は反対しない。明文化するにあたって、転用型の要件をどのように定めるかが重要である。(大阪弁)
- 性格が異なり要件も異なるから区別をすることが必要である。(弁護士)
- 検討することに賛成である。確立した合理的な判例法理を明文化することは是認する。(兵庫県弁)
- 両者を区別する規定を設けるべきという点には賛成だが、すでに確立したものについては、別途規定を設けるなり、より要件効果を整備した規定を作るなりしたほうがよい。(大学教員)
- 両者は想定される適用場面が異なるとして、区別した規定を設けることについて賛成する意見が強い。もっとも、過不足のない転用型要件を設けることは困難であるとし、翻って区別した規定を設けること自体にも慎重な立場をとる意見があった。(日弁連)
- 賛成する。本来型と転用型は想定される適用場面が異なる。(東弁)
- 区別した規定を設けることに反対はしない。本来の趣旨である責任財産の保全を目的とする「本来型」と、責任財産の保全とは無関係の「転用型」とでは、適用場面が異なる。適用場面が異なることに応じて、要件を明確化すべきである。(仙台弁)
- 債権者代位権について、本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権の2類型を設け、両者を区別した規定を定めることに賛成する。転用型については、実務上、例えば、ライセンス取引において、ある特許に関する独占的通常実施権を付与された者、ある著作物について独占的な利用権を許諾された者等が、当該独占的権利を侵害している第三者に対して差止請求をする法的根拠になると考えられてきたなどの実態がある。このような実務の実態及び転用型が従前果たしてきた意義を踏まえて、転用型を本来型と区別した上で、積極的に民法上、取り込んでいくことは有意義であると考え。例えば、ライセンサーである著作権者が海賊版の販売等の第三者による当該著作権の侵害行為を放置し、自ら権利行使を行わない状況においても、独占的ライセンシーが当該第三者に対しその侵害行為について差止請求を行う術を確保する必要がある。(電情産協)
- 債務者の責任財産の保全を目的とする本来型の債権者代位権と、かかる目的を持たない非金銭債権保全のための転用型の債権者代位権が要件と効果を異にす

ることは当然であり、両者を区別する必要がある。(札幌弁)

- 両者を区別した規定を設けることに賛成である。(滋賀県司書・勉強会、広大有志)
- 転用型の債権者代位権は、判例によって、既存の制度では対応できない事象について受け皿となる制度として認められており、その安定した判例法理を明文化し、本来型の債権者代位権と区別した規定を設けることに、賛成である。(法友会)
- 本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権を区別し、それぞれについて法律関係を明確にすることに賛成である。(日大民研・商研)
- 本来型債権者代位権の規定とは別個に、転用型の債権者代位権の規定を必要に応じて設けるとの意見には賛成である。債権者代位権の権利生成機能を維持する観点から、転用型の一般的根拠規定を設けることには意義がある。個別の転用型事例について個別の規定を設けること自体は、行使要件の明確化等の意義があると思われる。ただし、「確立した」転用事例と評価しうるか議論の分かれる類型も存在し、その点については慎重な検討が必要であろう。(法友全期)
- 本来型と転用型を区別した規定を設けることに賛成である。別々の機能を果たしているから、わかりやすく区別して規定すべきである。(堂島有志)
- 本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権とを必要に応じて区別して明文化すべきである。(福岡弁)
- 本来型と転用型を区別するというのであれば、このような立法の仕方も致し方ない方法かと思う。ただし、その際に本来型の規定を軽視されないようお願いする。(大学教員)
- 特定債権の内容を実現するために判例上認められてきた「転用型」は、責任財産保全のための制度である「本来型」とはそもそもの趣旨・適用場面が異なるため、制度のあり方について個別に検討することに合理性がある。(親和会)
- 本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権とでは、想定される適用場面が異なることから、両者を区別して、それぞれの制度の在り方を個別に検討していくべきである。(弁護士)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権とを区別し、それぞれの制度のあり方を個別に検討していくことに賛成である。(二弁)
- 両者を区別して、それぞれの制度の在り方について個別に検討していくことに異存はない。ただし、「転用型」というワーディングの妥当性は検討を要する。(横浜弁)
- 必要に応じて両者を区別した規定を設ける方向で検討することに賛成する。本

来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権とでは、想定される適用場面が異なることから、両者を区別して検討する必要がある。(愛知県弁)

- 本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権を区別しない方向で検討すべきである。本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権では確かに制度趣旨が異なるものの、これを民法において区別する場合には本来型の債権者代位権と民事保全制度との矛盾がよりフォーカスされる。本来型の債権者代位制度に関しては、その利用方法によっては民事保全制度の根幹にかかわる事も想定されるが、転用型の債権者代位制度の理論基盤として、または現行の民事保全制度で補えない、あるいは代替できない機能が指摘されていることをふまえると、現行法を大きく変えない方向で検討がなされるべきと考える。(東京青司協)
- 規定を区別する必要性は大きくない。「本来型の債権者代位権」は債務者の責任財産の保全の制度であると言っても、破産申立という重い手続きではなく、個々の債権者の債権の効果として、一定の要件のもとに債権の実現に向けて行使することを期待しているものである。このように考えると、「本来型の債権者代位権」と「転用型の債権者代位権」は、無資力要件の要否等の違いがあっても「個々の債権者の債権の効果として、一定の要件のもとに債権の実現に向けて行使する」権利であることは共通である。(広島弁)
- 民法の規定をみるかぎり、「転用型」といわれているものが、民法の規定に適合的である。その派生として、「本来型」といわれる使い方もされているととらえるべきである。すなわち、「転用型」をベースに考え、「本来型」は、問題があるかどうか、という観点で確認すればよいと考える。いずれにしても、両者を区別する必要があるとは思えない。(個人)
- 転用型はいわば類推適用のようなケースであるから、類推適用してもよいといった一般規定を設けることは不適當である。(弁護士)
- そもそも適用場面ごとに規定を分ける必然性を認めない。(会社員)
- ここで言う「本来型」は、とうてい債権者代位の本来の姿ではない。債権者代位の本来の姿は、総債権者の利益のために、債務者に代わって財産の保全を行うことである。このため、ここで言う「本来型」は「回収型」とでも言い換えるべきである。(会社員)

2 本来型の債権者代位権の在り方

(1) 本来型の債権者代位権制度の必要性

判例は、代位債権者が、第三債務者に対して、被代位権利の目的物である金銭を直接自己に引き渡すよう請求することを認めており、これによれば、代位債権者は、受領した金銭の債務者への返還債務と被保全債権とを相殺することによ

り、債務名義を取得することなく、債務者の有する債権を差し押さえる場合よりも簡便に、債権回収を図ることができる（こうした事態は「事実上の優先弁済」とも言われている。）。これに対しては、債務者の責任財産を保全するための制度として民事保全制度（仮差押制度）を有し、債権回収のための制度として民事執行制度（強制執行制度）を有する我が国の法制の下において、本来型の債権者代位権制度を存続させることの必要性に疑問を示す見解もあるが、本来型の債権者代位権には、民事執行・保全制度では代替することのできない機能があることから、これを存続させる方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 2(1) [2頁]】

【意見】

- 本来型の債権者代位権は、民事執行・保全制度を補完するための責任財産保全制度として維持することに賛成である。（大阪弁）
- 本来型の債権者代位制度については、民事執行・保全制度を有するとしてもなお必要性があるため、残すべきである。この点については、完備された民事執行・保全制度を有する我が国の法制の下において、本来型の債権者代位制度を存在させる必要性はないのではないかとの見解がある。しかし、実際には、債権者取消権と同じような形で債権者代位権を使う場合がある。例えば、債務者が第三債務者に金銭を贈与したり、不動産を売買したりすれば、債権者取消権の問題となるが、債務者が第三債務者に金銭を貸し付けるが回収しない場合や、不動産を売買しておきながら売買代金を回収しない場合には、債権者代位権の問題が生じる。すなわち、債権者は、債務者が第三債務者に持っている権利を被保全権利として、第三債務者にある財産を仮差押えする、すなわち、債権者代位権の被代位債権を被保全債権として保全手続として用いることが、実務では相当程度行われている。債権者代位権の本来型がなくなれば、このような保全ができず、不都合が生じる。また、債権者代位権は、振り込め詐欺の救済の際に利用された制度であり、今後も、特別立法の適用がない単純な誤振込みの場合に利用できる。（兵庫県弁）
- 「給料その他債務者と使用人との間の雇用関係に基づいて生じた債権」は、先取特権（民法第308条）という特殊な担保権を有し、企業等の有する一般財産について優先弁済を受ける権利を有するところ、中間論点整理においては、企業の一般財産の流出を促進し、また、不当に流出した一般財産の取戻を困難とし、企業破綻時における労働債権確保を困難とする提案が少なからず含まれている。また、企業破綻時に親会社や経営者個人に労働債権の弁済を行わせるのを困難とする提案も含まれている。この点本来型債権者代位権制度は、債権

者代位権に基づく第三債務者に対する権利行使の通知により現状を固定し、第三債務者が偏波弁済するのを防ぐという機能を有しており、貸金債権の保全という場面において重要な役割を果たしている。本来型債権者代位権制度を廃止することにより、倒産時の企業財産の散逸防止策が否定される場合、このような方向での法改正には賛成できない。(連合)

- 消費者保護や少額債権者の簡易な救済手段として利用されている現状から、制度自体を廃止する必要性はない。少額の債権者に対し、あくまでも時間と費用をかけて債務名義を取得したうえで、債権執行により回収を図ることを求めるのは酷な場合があり、本制度の存在意義はある。何らかの理由で債務名義を取得することが困難な場合に、権利を実現するための手段として本制度が利用され、妥当な結論を導いてきた歴史があり(振り込め詐欺の被害者救済など)、今後も、消費者保護のための法整備が不十分な分野等において、本制度が重要な役割を果たすことは十分考えられる。(親和会)
- 伝統的な民法の制度であり、安易に廃止するべきではない。(弁護士)
- 本来型の債権者代位権には、民事執行・保全制度では代替することのできない機能があることから、これを存続させる方向で検討するべきである。(会社員)
- 本来型の債権者代位権を被保全権利として第三債務者の下に移転した財産を仮に差し押さえることや、形成権の代位行使、被代位権利の時効の中断等については民事執行・保全制度では代替できないから、本来型を残す必要性がある。(弁護士)
- 実務において、債権者代位権を被保全権利として、第三債務者の下に移転した財産を仮に差し押さえることができるが、これは民事執行・保全制度では代替することのできない機能の一例であるばかりでなく、自己の債権回収に非協力的で、財産の隠匿を図ろうとする債務者への有効な対抗策とされていることも事実である。したがって、いわゆる本来型の債権者代位権については、独自の存在意義があることや、簡易簡便な制度としての必要性も確認した上で、その存続を認める方向で検討していただきたい。(預保)
- 本来型の債権者代位制度を存続させることに賛成する。民事執行制度及び民事保全制度が存在すること、第三債務者への影響が大きいことから、制度の必要性について更に検討がなされるべきである。ただし、形成権の代位行使や代位権の代位行使など他の制度で対応できないケースも存在するので、廃止には慎重な検討が必要となる。(仙台弁)
- 債権者代位権の典型的な行使方法がいわゆる本来型であったことを考慮するならば、この権利(訴権)の本質を明らかにするためにも本来型についての

規定は必要ではないか。この問題と関連して、本来型の行使の効力を直接的に代位債権者に及ぶとする直接訴権（請求権）という制度があり、契約各論で導入が検討されているようであるが、この直接訴権の根拠規定を代位権の冒頭に置くことを検討していただきたい。同様の発想はフランス民法の改正案のカタラ草案にも見受けられるものだからである。（大学教員）

- 本来型債権者代位権の規定は、存続させるべきである。たしかに、民事執行法、民事保全法による債権回収制度は充実したものとなっているが、完備されているとは言い難い。例えば振り込め詐欺事例という例外的事例について、簡便な回収制度を存続させておく意味はある。債権者代位権の制度趣旨につき「一般責任財産の保全」に限定し、事実上の優先弁済機能を否定するだけの立法事実の変化は見られない。債権者代位権の制度趣旨としては、これまで裁判実務が認めてきた「代位債権者のための責任財産保全制度」と位置づけ、むしろ債権者代位権の債権回収機能を積極的に評価すべきである。（法友全期）
- 本来型の債権者代位権を存続させることに賛成である。①民事執行に比べ債務名義を要せず、民事保全に比べ担保を立てないで権利行使ができる点、②裁判外の権利行使ができる（第三債務者との任意の交渉の足がかりとなりえる）点、③形成権の行使や時効中断など執行保全では代替できない場面で利用できる点、④第三債務者の権利を被保全債権にした保全ができる点などのメリットがあるから、存続すべきである。（堂島有志）
- 本来型債権者代位権制度は残置すべきである。債権者代位権制度によれば、民事執行法、民事保全法ではカバーできない権利行使が可能となる。本来型債権者代位権制度が裁判外で行使される場面は、代位債権者が債務者の権利を行使することに関して、無資力となった債務者が無関心であり、かつ、第三債務者の協力が得られる場合が大半である。したがって、債務者、第三債務者の権利が擁護されないという事態は想定できない。このような場合に、債権者代位権制度を認めたとしても、債務者や第三債務者に不利益はないはずである。（福岡弁）
- 本来型の債権者代位権を存続させる方向で検討することに賛成である。本来型の債権者代位権は、新たな法理を生成していくための基礎となる権利として存在意義があり、また、形成権の代位行使や被代位権利の時効の中断等については、民事執行・民事保全制度では代替できないことから、これを存続させるべきと考える。（二弁）
- 本来型の債権者代位権を存続させる方向に賛成である。現行民事執行・保全法では、対応不可能なものがあり（債務者が有する取消権、解除権、時効援用権、登記請求権、登記申請権等の代位行使、債務者の権利の保存行為（時効

- の中断, 対抗要件具備, 破産債権届出等), 第三債務者名義の資産の仮差押え, いわゆる代位の代位など), 債権者代位権を存置する必要性が大きい。(横浜弁)
- 本来型の債権者代位権を存続させるべきである。債権者が, 債務者所有の不動産につき強制執行あるいは担保権実行をするに当たり, 登記名義が債務者名義でない場合, 債権者は, 債務者の有する不動産登記申請権を代位行使して債務者名義とした上で強制執行あるいは担保権実行をするというのが実務である。仮に, 本来型の債権者代位権が廃止されると, 代位による登記申請の根拠となる民法上の規定がなくなることとなり, 実務に混乱をきたしかねない。(青司協)
 - 本来的には, 債務者の責任財産の保全は民事保全, これに対する強制執行は民事執行によるべきものではあるが, 問題となる全てのケースにおいて民事執行, 民事保全でカバーできるかについては疑問があり, かかる保障がない以上, これらを補完する制度として, 本来型の債権者代位権を存続させる必要がある。(札幌弁)
 - 本来型の債権者代位権を存続させるべきである。本来型の債権者代位権には, 債務者の有する取消権, 解除権, 時効援用権, 登記請求権, 登記申請権の代位行使など, 現行の民事執行・民事保全制度では代替することのできない機能があると考えられる。(日司連)
 - 本来型の債権者代位権は必要である。本来型の債権者代位権には民事保全制度や民事執行制度では代替できない機能がある。債権に対する差押えや保全を行う場合には差押え対象の特定の段階で多大な困難が生じているものであり, この点の不備を債権者代位権制度の運用で補っているという実体がある。債権者代位訴訟の場合は, 訴え提起の段階における被代位債権の特定はある程度緩和され, 判決時までの訴訟活動の中で特定されるということが期待できる。また, 債権者代位権制度は, 債務超過に陥っている債務者が所在不明となったり財産保全に無関心となったりした場合に, 債権者が第三債務者に対して直接交渉する立場の法的地位を付与するものであり, 被保全債権の有無等について争いが無く債務名義の取得を要求するまでもない事案などにとっては, 有益な制度である。債務者の関与の機会の保障や第三債務者が不利益な地位とならない配慮は必要ではあるが, 制度自体の果たしている役割を考えると本来型の債権者代位権を廃止することは妥当でない。(広島弁)
 - 民事執行・保全制度で代替できないケースがあること, また, それらケースについて安定的に機能できる代替の手当てを用意できるか不安であること等から, 本来型の債権者代位権を存続させることに異論はなかった。なお, 裁判外で債権者が直接第三者と交渉する基礎となる法的地位を確保するためにも

必要である、消費者保護や少額債権者の簡易な救済手段として利用されている等の指摘もあった。(日弁連)

- 本来型の債権者代位権を存続することについては賛成である。実務上は、本来型の債権者代位権が、形成権の代位行使や被代位債権の時効中断などの機能を果たしているほか、少なくとも債権回収交渉の手段として機能したり、あるいは振り込め詐欺の救済理論として使われたように簡易の救済手段として機能している。とりわけ中小零細事業者などの少額債権者にとって、事実上の優先弁済機能は、債権回収における「劣位者の保護」の役割を果たしている。(東弁)
- 民事執行・保全制度で代替できない部分について存続させることには反対しないが、批判的見解には看過できない正当性があり、簡易な金銭債権回収手段とすることのないようにすべきである。(弁護士)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 本来型の債権者代位権を存続させる方向で検討することに賛成する。本来型の債権者代位権を被保全権利として第三債務者の下に移転した財産を仮に差し押さえることや、形成権の代位行使、被代位権利の時効の中断等については民事執行・保全制度では代替できないことから存続が望ましい。(愛知県弁)
- 民事執行・民事保全法上の制度が、債権者代位権のすべての機能を代替できるわけではないため、本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)を認めないことを前提に、本来型の債権者代位権を存続させるべきであるとの意見がある一方、本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)を従来どおり認めた上で、本来型の債権者代位権を存続させるべきであるとの意見があった。(日大民研・商研)
- 債権者代位権を活用して債権の回収・保全を図るケースは実務上極めて稀ではあることは確か。また、債権者代位権を行使された第三債務者の立場からは、債務者無資力の要件が満たされているのか判断できないという問題もある。しかし、取引先との信頼関係が破壊されていない平時において、債権者代位権を「抜かざるの宝刀」として交渉材料に使いつつ債務者の弁済を促しているという指摘や、銀行が雲隠れした債務者の売掛債権を代位行使する場合があるという指摘もあり、かかる実務上の意義や民事執行・保全制度の使い勝手も踏まえて判断することが必要。(産業組織課)
- 債務者が債権を行使しない場合に、債権者が代わってそれを債務者のために行行使することは必要であると思われる。しかし、その後、債務者への引渡し義務と、自分の債権を相殺して偏頗的弁済を受けようとすることは、債権者平等の原則に反する。このような相殺は詐害行為として取り消されるべきものであ

る。(会社員)

(2) 債権回収機能(事実上の優先弁済)の当否

本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)に関しては、責任財産の保全という制度の目的を逸脱するものであるなどとして、これを許容すべきではないとする意見がある一方で、これを否定することに慎重な意見もあることから、これらを踏まえて、その見直しの要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 2(2) [7頁]】

【意見】

- 本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)に関しては見直しの要否について検討することに賛成する。債権回収機能(事実上の優先弁済)は、責任財産の保全という制度の目的を逸脱するものであり、少なくとも何らかの制限を設けることが望ましい。(愛知県弁)
- 事実上の優先弁済機能を否定することに賛成する。(大阪弁)
- 事実上の優先弁済は許容されるべきではない。(弁護士)
- 見直しをすることに反対しない。事実上の優先弁済機能については、責任財産の保全という制度の目的を逸脱しているといわざるを得ないが、債権者代位制度は執行・保全制度を補完する意義もあることから、同機能を全く否定するべきでもない。(仙台弁)
- 債権者代位の制度を民事執行、民事保全を補完するものと位置付ける以上、民事執行、民事保全には認められず、裁判外での行使が可能である債権者代位権に事実上の優先弁済の効果を認めることは背理であることから、事実上の優先弁済項は否定されるべきである。このように解する場合、代位債権者に代位の状況について、他の債権者に対する情報開示義務を認めるべきである。(札幌弁)
- 事実上の優先弁済は、認めない改正をすべきである。本来の権利行使の方法である執行よりも簡易で強力な権利実現機能があるのは行き過ぎで、責任財産保全の枠内に収めるべきである。これによって、代位権行使のインセンティブが小さくなるとしても、本来の趣旨に戻すにすぎず、問題にする必要はない。(堂島有志)
- 現在の解釈で認められている事実上の優先弁済制度は廃止すべきである。現行法の解釈として、代位債権者に事実上の優先弁済制度が認められている。たしかに、裁判外における債権者代位権の行使は、債務者の無関心と第三債務者

の協力なしには成立しないものではあるが、債務名義を有しない代位債権者にこのような強力な権利を付与してよいか疑問である。やむを得ず債権者が受領するとしても、これは債務者のために一時的に預託を受けているものとして、供託することを原則とすべきであろう（義務的供託として、国税徴収法 159 条 10 項は参考になる）。債権者代位権制度が債務者の責任財産保全のための制度となり、代位債権者の利益のために利用されることがなくなった場合、自己の利益を図りたい債権者は、仮差押え、差押え等の手続を取ることとなる。（福岡弁）

- 債権者代位権を行使した後、債務者への引渡し義務と、自分の債権を相殺して偏頗的弁済を受けようとすることは、債権者平等の原則に反する。このような相殺は詐害行為として取り消されるべきものである。（会社員）
- 本来型の有する事実上の優先弁済的効力はこれを否定すべきであり、直接訴権（請求権）が代位権に代わってその効力を担うべきだと考える。このような考え方は、フランス法の解釈論とも一致するところである。（大学教員）
- 債権回収機能（事実上の優先弁済）の見直しの要否について、更に検討することに賛成である。債務名義を有しない債権者に、民事執行・民事保全手続によらずに事実上の優先弁済を認める必要があるか、公平に反するのではないかという疑問がある。また、実務において事実上の優先弁済機能がどの程度果たされているかについては必ずしも明らかではない。しかし、他方で、事実上の相殺を否定したならば、債権者にとって、債権者代位権を行使する動機付け（インセンティブ）が失われ、本来型の債権者代位権が事実上機能しなくなる可能性が高いという懸念もある。本来型の債権者代位権がどのような場面で使われ、事実上の優先弁済が行われているのか、実態を明らかにした上で、債権者代位権の行使によって債務者の財産管理権に介入することがどの程度許容されるのかという点にも配慮しつつ、その見直しの当否について更に検討すべきである。（二弁）
- 債権回収機能（事実上の優先弁済）については、被代位権利について調査を行うなどの努力をした代位債権者は報われるべきであることなどから、これを否定することに慎重な、行き過ぎた債権回収も妥当ではないので、何らかの制限を設けることは検討に値する。（弁護士）
- 預金保険機構及び株式会社整理回収機構（以下「RCC」という。）は、財産隠匿行為を行っている反社会的勢力等の悪質債務者からの回収に当たり、債権者代位権を活用している。こうした預金保険機構・RCC による回収の促進は、金融機関の破綻処理費用の最小化に資するものであるといえる。したがって、債権者代位権の事実上の優先弁済機能の否定又は制限については、責任財

産の保全という、債権者代位権制度の本来の趣旨からの検討を要することからであるとしても、預金保険機構やRCCのような、預金者（いわば国民）に対して一定の責務を負う機関の果たす役割等をも考慮した上で、慎重にご議論いただくことが望ましい。（預保）

- 事実上の優先弁済を認めることと、その際に必要な要件を整理する方向でさらに検討を進めていただきたい。その際、無資力要件が求められる点や債務名義によらず事実上優先弁済が受けられる点など明文がない点については、明文規定を設ける方向で検討を進めていただきたい。自ら積極的に権利を行使する債権者とそうでない他の債権者とを比較した場合に、前者が債権の回収において優先する結果となることは必ずしも不合理とは言えない。また既に確立した要件が明確化されることは、無用の混乱を防ぐ上で有益である。（貸金業協）
- 本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）については、これを否定すべきとする意見と否定する必要はないとの意見に分かれた。債権回収機能を否定すべきとする意見は、民事執行制度とは別に、代位債権者（一般債権者）に債務名義なくして事実上の優先弁済を認める合理性はなく、債務者の換価対象財産が債権である場合にのみ、民事執行制度とは別に特別な債権実現ルートを置くのであれば、その合理性について明確な根拠が必要であるとしている。これに対し、債権回収機能を否定することに慎重な意見は、仮差押え等の手段を利用するためには担保が要求されなど費用の負担を強いられ、また債権回収機能を認めることによって具体的な弊害は生じていないのであるから、債権回収機能を否定する必要はないとしている。（日大民研・商研）
- 現状のような事実上の優先弁済については抑制的に考えるとしても、①金額を制限する、②直接給付を求められる場合を限定する、③相殺できない期間を設ける等の何らかのインセンティブを与えるべきである。確かに、事実上の優先弁済を認める現状が債務者の責任財産の保全という債権者代位権の本来の制度趣旨からかけ離れていることは否めず、見直しが必要かもしれないが、債権者が時間や労力をかけて総債権者のために権利を行使することからすれば、何らかのインセンティブは残すべきである。（兵庫県弁）
- 債権者取消権との釣り合いを考慮して論じることが適当。（弁護士）
- 事実上の優先弁済を否定することについては慎重に検討すべきである。代位債権者は、専ら自らの債権回収手段として債権者代位権を利用している。債権回収手段としての債権者代位権は実務として定着しており、努力したものにインセンティブ（優先弁済）を与えることは、特段不合理ではない。また、振り込め詐欺の被害者が、振り込んだ口座名義人に対する不当利得返還請求権を被保全債権として、口座名義人が銀行に対して有する預金払戻請求権を代位行使

することを認めた裁判例(東京地裁平成17年3月30日)があるが、これは、消費者被害救済に債権者代位権が役立った事件である。今後も起こりうる新たな消費者被害に対し、債権者代位権を解決(被害救済)の一手段として利用すべく、事実上の優先弁済効は残すべきである。(青司協)

- 債権者代位権行使のインセンティブの確保、労働債権や少額債権の救済事例、消費者保護事例があること、これまでも具体的な弊害事例は知られていないこと等を根拠に、事実上の優先弁済を全面的に否定することについては、懸念を示す意見が強かった。他方、実務上も債権回収のためには執行・保全制度を利用するのが一般的であることから、事実上の優先弁済を一定程度制限することについては、理解を示す意見が強かった。なお、事実上の優先弁済を一切制限すべきでないとする意見や、これと反対に、事実上の優先弁済を全面的に否定することに賛成する意見もあった。(日弁連)
- 債権者代位権の事実上の優先弁済機能を一定の債権額の範囲内で肯定する方向で検討するのが妥当である。代位債権者への金銭の直接給付を肯定しつつ、その金銭の債務者への返還債務と被保全債権との相殺を禁止する考え方を貫くと、少額債権者が債権回収を行うには、債務者の代位債権者に対する金銭引渡請求権を差し押さえる以外に方法はなく、その場合は他の大口の債権者が配当加入して来ることにより、少額債権者の債権回収が事実上困難になり、かかる者の保護にもとる結果になりかねないと思料する。(東弁)
- 反対する。責任財産の保全は、債権者に対する弁済を確保することが目的の一つであり、債務者を利することだけが目的ではない。また債権者が自らの権利を保全するために取った行動である以上、これが否定される理由はないと考える。(会社員)
- 現状では事実上の優先弁済効を認めることが債権回収の動機付けになっており、債権回収に勤勉な債権者が他の債権者に結果的に優先することは必ずしも不合理とは言えない。そこで、事実上の優先弁済を認めることと、その際に必要な要件を整理する方向でさらに検討を進めていただきたい。なお、無資力要件が求められる点や債務名義によらず事実上優先弁済が受けられる点など明文がない点については、明文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)
- 本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)については存続させるべきである。債権回収の局面において複数債権者が存在する場合、債務者に誠意が見られない場合等、債務者が有する権利を調査し、回収を図る場合がある。この場合、調査に尽力した債権者が報われるべきである。(全信保連)

- 債権者代位権の債権回収機能（事実上の優先弁済）については、現行法下の判例の通り認めるべきである。被代位債権が金銭債権である場合に、債務者に対する給付しか請求できないとすれば、債務者による費消・隠匿のおそれがあり、あるいはそもそも債務者が所在不明等の場合もあり得ることから、代位債権者が自己への直接給付を請求できるとすることには一定の合理性がある。實際上、代位債権者による事実上の優先弁済を否定しなければならないような事態はみられないし、第三債務者が訴訟外で債権者への直接給付に応じるのは、債務者が廃業しており権利を行使する意欲がない場合等に限られるから、債権回収機能が認められる場面は広範ではない。むしろ、そのような場合に敢えて債務名義の取得を強制することは、小額債権者の債権回収を困難にする。他方、第三債務者が訴訟外で債権者への直接給付に応じない場合には、債権者としては、債権者代位訴訟ではなく、仮差押え、債務者への訴訟提起、強制執行という手続を採るのが通常であるから、民事執行・民事保全の制度との関係を殊更に問題視する必要はない。（森・濱田松本有志）
- 債権者としての立場からは、債権回収のための方法が一つ減るということは望ましくない。確かに現状において債権者代位権は、無資力要件の証明が困難を伴うこと、債務名義がない場合の債権保全の手段としては民事保全制度があることから、企業実務においてあまり利用されていないのが実情ではあるが、事実上の優先弁済が否定されればより利用されなくなる方向に進むと考えられ、そのような改正は行うべきではない。債権保全の努力をした債権者が優先的に債権回収を行うことは、被保全債権の存在や債務者の無資力等の要件について債務者に主張の機会を与えた上であれば認められるべきであり、債務者に対する通知・訴訟告知の規定を設けた上で、事実上の優先弁済を認めることが望ましい。（法友会）
- 債権回収機能に対して具体的な弊害は指摘されていないことや、被代位権利について調査を行うなどの努力をした代位債権者は報われるべきであることから、従前どおり、債権回収機能を認める方向で検討すべきである。（会社員）
- 権利保全に勤勉であった者に、判例・実務で認められた限度で、事実上の優先弁済を容認するのが相当であるとの意見が大勢を占めた。（最高裁）
- 事実上の優先弁済機能を否定するような法改正を行うべきではない。現状でも、債権者代位権による事実上の優先弁済機能について具体的な弊害が指摘されているわけではなく、この機能を否定すれば、債権者代位権を行使する実務上のメリットが失われてしまうおそれがある。仮に、行き過ぎた債権回収機能を制限する必要があるというのであれば、債権者代位権に特有のものではなく、

一般的な相殺制限等の問題として検討すべきであり、そうでなければ他の手続との均衡を失うおそれがある。（弁護士）

- 債権回収機能を否定する方向での見直しをする必要はない。債権者代位権の制度趣旨につき「一般責任財産の保全」に限定し、事実上の優先弁済機能を否定するだけの立法事実の変化は見られない。債権者代位権の制度趣旨としては、これまで裁判実務が認めてきた「代位債権者のための責任財産保全制度」と位置づけ、むしろ債権者代位権の債権回収機能を積極的に評価すべきである。率先して「火中の栗を拾う」代位債権者に対し、事実上の優先弁済を受けさせることは、むしろ衡平に適する。（法友全期）
- 主として代位権行使のインセンティブ確保の要請から、事実上の優先弁済を否定することについて反対論が根強い。そもそも保全・執行法自体の実務上の使い勝手がよいとは言えない（優先主義的配慮が薄すぎる。債権執行時の転付命令の場合、債権者は、第三債務者の無資力のリスクを負うが、債権者代位権だとそれを負わないで済む。裁判実務において、（仮）差押債権の特定として、裁判所は極めて詳細な情報を要求しているところ、そのような特定が困難なものであっても、債権者代位権訴訟を提起することにより、債権内容が明らかになっていくことが機能としては重要であることなど）。しかし、事実上の優先弁済を許容することについて、なくなると行使のインセンティブが沸かなくなるという以上には、理論的に説得力ある根拠は見出しづらい。債務名義もなしに他人の財産管理権への介入が正当化されるのは、責任財産の保全という趣旨だからこそであって、同趣旨からは、事実上の優先弁済を肯定することは理論的でないことは否定できない。したがって、事実上の優先弁済を制限しつつ、行使のインセンティブに十分配慮した要件・効果を設定すべきである。（横浜弁）
- 債権者代位権を実務上存置させる必要性ありとなった場合、その必要性を支持する意見の大多数が「頑張った債権者が報われるべき」ということを根拠にしていると考えられることから、事実上の優先弁済機能を否定すべきではない。事実上の優先弁済機能を否定して債権者代位権を存置させる必要性は乏しい。（産業組織課）
- 現在、金銭債権の優先回収の手段として機能しており、これを廃止すると、債権者代位権の存在意義が著しく損なわれる。自らの権利の保全のために他の債権者に先んじて代位権を行使した債権者が保護されることはむしろ公平であり、現状の実務においても、とくに相殺による回収が不当な結論を招くとは実感されていない。実際にはほとんどすべての事案が訴訟になり、被保全債権の存否が厳格に審理されることから、債務名義なしに訴訟外で優先回収できる

ことへの批判もあたらぬ。被保全債権と被代位権利との関連性から、他の債権者との平等を貫くと債権者にとって酷な場合が考えられ、このような債権者を保護するために個別の救済制度（第三債務者に対する直接請求権類似の制度など）を設けるとしても、個別の手当てでは、優先回収を認めるべきすべての類型をカバーすることは困難である。（親和会）

- 事実上の優先弁済を否定すべきではない。債権者にとって事実上の優先弁済を受けることを一切認めないという制度とすると、制度を利用しようとするインセンティブが失われ、制度として存続させる意味はなくなってしまう。債権を回収するために努力をした債権者が、努力をしない債権者よりも債権回収する機会が相当な範囲で増加することは認められてしかるべきである。ただ、公平の立場より担保権等の優先弁済権や債務名義を有していない債権者の権利行使は、過剰に保護されるべきではないという見地より制限が加えられることが妥当である。（広島弁）
- 直接自己に引き渡すよう請求することを認めるという解釈が正しいかどうか、立法政策論として直接引渡しを認めるべきかどうかを論ずべきであり、それをせずに、優先弁済について論じても意味がない。優先弁済効力は結果的に生じるものであり、目的ではないことに留意が必要である。結果として、そのような効力が発生することに、見のがしがたい大きな問題があるのかどうか、という観点にとどめるべきである。なお、立法政策論としては、積極的に債権者代位権を行使した者に優先弁済を認めるという判断もありえると考え。（個人）

3 本来型の債権者代位権の制度設計

(1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する方法

仮に本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する場合（前記2(2)参照）には、そのための具体的な方法（仕組み）が問題となる。これについては、代位債権者が第三債務者に対して金銭の直接給付を請求することを否定又は制限するという方法や、代位債権者への金銭の直接給付を肯定しつつ、その金銭の債務者への返還債務と被保全債権との相殺を禁止する方法などを対象として、更に検討してはどうか。

また、被代位権利が金銭以外の物の引渡しを求めるものである場合にも、代位債権者への直接給付の可否と、直接給付を認める場合の要件が問題となるが、これについても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 3(1) [8頁], 同(関連論点) [9頁]】

【意見】

- 代位債権者が第三債務者に対して金銭の直接給付を請求することを肯定しつつ、その金銭の債務者への返還債務と被保全債権とを相殺することを禁止すべきである。代位債権者が第三債務者に対して直接給付を請求できる金銭は、被保全債権の債権額の範囲に限定すべきである。代位債権者が管理できる（直接給付を請求できる）ものとし、債務者による受領が期待できるか否かを問わないこととするのが妥当である。（大阪弁）
- 代位債権者への直接給付を認め、かつ相殺を制限することが相当である。（弁護士）
- 銀行などが優先的に弁済を受けるのは問題がある。銀行が破たん状態になれば国民の税金から支払われるのに、消費者は銀行などが取った後にしか回収できないのは、如何なものか。（会社員）
- 金銭の債務者への返還債務と被保全債権との相殺を一定程度制限する方法などを検討することに賛成である。債権回収機能を制限するためには、相殺等を制限すれば足りる。直接給付の請求を否定する見解では、責任財産保全という目的自体が達成できない場合がある。（仙台弁）
- 債権者取消権でこれを認めるとすればどうか。債権者代位権においてもモティベーションを与える必要はある程度あるのではないか。（弁護士）
- 債権者代位権を行使した後、債務者への引渡し義務と、自分の債権を相殺して偏頗的弁済を受けようとすることは、債権者平等の原則に反する。このような相殺は詐害行為として取り消されるべきものである。（会社員）
- 代位債権者が第三債務者から受領した金銭の債務者への返還債務と被保全債権との相殺を一定期間内は禁止することには、一定の合理性がある。（弁護士）
- 債権者代位権の行使によって回収すべき財産は、まず、代位債権者の債権の充當に優先されるように規定させるべきである。また、代位債権者が自己の債権額以上の金員を受領してしまわないために、第三債務者に対して代位債権者への直接交付を請求するのではなく、供託すること求める制度にする仕組みを作るべきである。（大司書）
- 代位債権者に被代位権利の目的物である金銭の受領を認めつつ、相殺のみを禁じる場合、債務者は代位債権者に対して、不当利得返還請求権を有することになるが、債務者がこの権利を行使しない場合、別の債権者が代位債権者として権利行使をすることが考えられ、債権者代位が延々と続く可能性がある。また、代位債権者が受領した金銭にかかる不当利得返還請求権は利息が付くと考えられるため（民法705条）、代位債権者がかえって損失を被る可能性がある

る。債務者の債権者が代位債権者のみである場合には、相殺を認めない理由はない。相殺を禁止した場合、債務者が代位債権者に対して有する不当利得返還請求権に対する差押えも可能になると考えられる。そうすると、代位債権者以外の債権者が、当該不当利得返還請求権を差し押さえて取立訴訟や転付命令によって回収することが可能となるが、結局、債権者に債務名義がない限り回収できない結果となるため、債権者代位制度を存続させる意味がなくなる。最終的に差押えをしなければならないとするのであれば、そもそも債権者代位をせず、債務者が第三債務者に対して有する債権を最初から差し押さえればよいのであるから、代位の制度が無意味になる。金銭を受領した代位債権者が破産した場合には、債務者は破産債権者として不当利得返還請求権を権利行使することになるが、相殺が禁じられることとなるため、債務者にとっても不都合が生じる。(預保)

- 金銭の債務者への返還債務と被保全債権との相殺を禁止する方法を検討するべきである。(広大有志)
- 本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)を否定すべきとする立場に立った場合、代位債権者への金銭の交付を認めるが、相殺を禁止する方向で検討するのが望ましい。被代位権利が金銭以外の物の引渡しを求めるものである場合には、債務者による受領が期待できないときに限り、代位債権者への直接給付を認めるべきとの指摘がなされており、この点についても更に検討すべきである。(日大民研・商研)
- 仮に規制を設けるのであれば、相殺権一般の問題として、その制限される範囲を検討すべきであり、金銭の直接給付請求を否定ないし制限する方向性には反対する。金銭の直接給付請求が否定される場合、債権者代位権は実務上全く役に立たない制度となってしまうおそれがあるほか、代位登記請求など、問題なく直接請求が認められる他の事例との均衡も失することになる。(弁護士)
- 金銭の場合、直接給付は認めるが、相殺を禁止し、代位債権者の債務者に対する支払義務を明記し、これに対する強制執行(差押え)を要することとすべきである。金銭以外の物の引渡請求権の場合、債務者への給付を原則とするが、債務者に受領を期待できないときは代位債権者への給付を認める。金銭の場合、代位債権者が直接給付を受けておくことは、債権回収の準備段階で確実な財産保全を与えることとなり、回収促進に資する。また、裁判外の行使において、代位債権者が第三債務者と交渉する足掛かりを与えるうえでも直接給付を求められようにする必要がある。事実上の優先弁済を禁止する方法として、一定期間の相殺禁止にとどめる方法がありえるが、執行保全制度の補完という位置づけを超える強力な権限を与えるのは行き過ぎである。また、債務者による相

殺を認める方法については、あえて債務者側からの相殺を認める必要性は認められない。物の引渡請求では、権利実現の準備行為としては、債務者への引渡しを原則とすべきである。(堂島有志)

- 以下①から③を明文化するべきである。①代位債権者は、第三債務者に対し、被代位権利の目的物について、債務者に給付するよう求めることができる。ただし、債務者が給付を受けた物を費消・隠匿するおそれがある場合には、供託又は代位債権者への給付を求めることができる。②代位債権者は、給付を受けた物を供託することができる。他の債権者は、代位債権者に対して、給付を受けた物を供託するよう請求することができる。③代位債権者は、自己が給付を受けた物・権利の債務者への返還請求権と代位債権者の債務者に対する請求権とを相殺することはできない。被代位権利が金銭以外の物の引渡しを求める権利である場合も、同様に扱うべきである。(福岡弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 前半部分、後半部分いずれについても、検討することに賛成である。但し、現状のような事実上の優先弁済については抑制的に考えるとしても、①金額を制限する、②直接給付を求められる場合を限定する、③相殺できない期間を設ける等の何らかのインセンティブを与えるべきである。確かに、事実上の優先弁済を認める現状が債務者の責任財産の保全という債権者代位権の本来の制度趣旨からかけ離れていることは否めず、見直しが必要かもしれないが、債権者が時間や労力をかけて総債権者のために権利を行使することからすれば、何らかのインセンティブは残すべきである。(兵庫県弁)
- 代位債権者への直接給付を肯定しつつ、相殺を制限(一定期間経過後のみ相殺可能)する方法を検討すべきである。債務者が受領しなかったり、受領して費消・隠匿してしまえば、債権者代位権を行使する意義がなくなる。直接給付が認められる範囲(金額)については、直接給付を受けた債権者は、債務者に対する返還義務を負うのであるし、善管注意義務も負うとされるなら、自己の債権を超える部分の直接受領を認めてもよいのではないかと考える。他の債権者にも執行への参加の可能性付与し、一定程度の平等主義をはかるべき。第三債務者に供託義務を課すのは、第三債務者の負担となり、妥当ではないが、第三債務者にリスク回避の道を与えて負担を軽減するため、供託が可能としておくべきである。(横浜弁)
- 代位債権者が第三債務者に対して金銭の直接給付を請求することを否定又は制限するという方法や、代位債権者への金銭の直接給付を肯定しつつ、その金銭の債務者への返還債務と被保全債権との相殺を禁止する方法などを対象として検討することに賛成する。債権回収機能(事実上の優先弁済)は、責任

財産の保全という制度の目的を逸脱するものであり、何らかの制限を設けることが望ましい。被代位権利が金銭以外の物の引渡しを求めるものである場合にも、代位債権者への直接給付の可否と、直接給付を認める場合の要件についても検討することに反対する。金銭以外の物の引渡しを求めるものである場合には、債権回収機能（事実上の優先弁済）はない。（愛知県弁）

- 優先弁済効を否定する方法としては、債権者による金銭の代位受領を認める一方で、被保全債権との相殺を禁止し、債権者が被保全債権の満足を得ようとするのであれば、改めて、債務名義に基づく強制執行を行うべきである。（札幌弁）
- 詐害行為取消権の場合と同様に一定期間の相殺禁止という方法で制限する方法が妥当である。債権者が第三債務者より直接交付を受けた時点より一定期間は相殺を禁止し、債務者の債権者に対する返還請求権について差押が行えるようにすることは、詐害行為取消の場合と同様の取扱が検討されるべきである。（広島弁）
- 債務者が受領拒否する場合の実効性確保の観点、債務者責任財産に属する金銭等を第三債務者ではなく債権者に管理させておくことが強制執行の準備に資する点などから、債権者による直接給付を肯定する意見が強く、相殺を禁止又は制限することにより事実上の優先弁済を禁止又は制限すべきものとする意見が強かった。なお、供託請求や供託権を認めるべきとする意見もあった。被代位権利が金銭以外の物の引渡しを求める権利である場合でも、同様の見地から、債権者による直接給付を肯定し、直接給付を認める要件を限定する必要はないとする意見が強かった。（日弁連）
- 原則的には相殺を禁止しつつ、一定額の債権の範囲内では相殺が可能とする旨の規定を設ける方向で検討すべきである。相殺の禁止を貫くと、少額債権者が債権回収を行うには、債務者の代位債権者に対する金銭引渡請求権を差し押さえる以外に方法はなく、その場合は他の大口の債権者が配当加入して来ることにより、少額債権者の債権回収は事実上困難になり、かかる者の保護にもとる結果となりかねない。また、金銭以外の物の引き渡しを求める場合は、債務者がこれを受領しない危険性があるので、代位債権者への直接給付を認めるのが妥当である。（東弁）
- 事実上の優先弁済を否定又は制限することに消極的な意見が多かった。代位債権者への金銭の直接給付を否定すると、債務者が受領しない場合に第三債務者に対して直接取り立てる手段がなくなり、債権者代位制度の目的を達成できなくなるおそれがあるのではないか。また、請求の趣旨を「債務者に対して支払え。」とするのであれば、債務者が受領しない場合には、債権者は、債務者

に代位して手続費用をかけて強制執行の申立てを行い、さらに債務者に対する金銭債権に基づいて債務者の有する配当金交付請求権に対して強制執行等を行うことになるなど、負担が重くなるのではないか。代位債権者への金銭の直接給付を制限する場合に、直接給付が認められるのを債務者による受領が期待できない場合に限定するとなると、基準が不明確である。訴訟外で債権者代位権を行使する場合は、第三債務者に判断困難という負担を負わせることになり、訴訟において債権者代位権を行使する場合は、その点が争点となり、紛争が長期化するおそれがある。制限される事由がないとして直接給付を求める訴えを提起したが、制限される事由があるとの判断に至った場合の処理についても検討が必要である。さらに、制限される事由があると判断して直接給付を認めなかったが、実際に債務者が受領しなかった場合には、代位債権者への直接給付を否定する場合と同じ問題が生じる。直接給付を肯定しつつ相殺を禁止する方法については、手続の負担が重くなることに加えて、代位債権者が第三債務者から給付を受けた直後に強制執行を申し立て、転付命令を得たりすれば、他の債権者は配当に加わることができなくなるから、相殺を禁止したとしても、事実上の優先弁済効を否定する効果としての実効性はあまりないという問題がある。また、相殺を禁止する場合、債務者の代位債権者に対する返還請求権の行使において、代位債権者は被保全債権の存在に関する何等の抗弁を主張できないとするのかなどについても検討する必要はないか。なお、倒産手続において、代位債権者による供託が認められるのであれば、債務者が倒産した場合に管財人が供託物を取得できるようにするのか、また、一定の期間相殺を禁止するのであれば、その間に代位債権者が破産した場合の規律をどうするのかなどについても、併せて検討する必要がある。(最高裁)

- 従前どおり、債権回収機能を認める方向で検討するべきであることから、この議論は不要である。(会社員)
- 債権者代位権の債権回収機能をそもそも否定又は制限する必要がない以上、検討する必要がない。代位債権者への直接給付についても、現行法における実務の運用どおり、原則として認めるべきである。(法友全期)
- 債権回収機能(事実上の優先弁済)を否定する必要を認めない。(会社員)

(2) 被代位権利を行使できる範囲

判例は、代位債権者が本来型の債権者代位権に基づいて金銭債権を代位行使する場合において、被代位権利を行使し得るのは、被保全債権の債権額の範囲に限られるとしているが、仮に本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)を否定又は制限する場合(前記2(2)参照)には、この判例と異な

り、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに被代位権利の行使ができるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 3(2) [10頁]】

【意見】

- 被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに被代位権利を行使できるものとすべきである。ただし、代位債権者へ直接交付を求めることができるのは、被保全債権の債権額の範囲に限定すべきである。(大阪弁)
- 債権回収機能を否定または制限する場合には、判例と異なり、被代位権利の全部の行使を認めるべきである。(広大有志)
- 現状のような事実上の優先弁済を否定するならば、被担保債権の債権額の範囲にとどまらずに被代位権利の行使ができるものとするのは整合的である。反対に、これまでどおりに事実上の優先減殺を肯定するのであれば、被担保債権の債権額の範囲に限定するのが整合的である。(兵庫県弁)
- 本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)を否定する場合には、被保全債権の債権額によって代位権行使の範囲を制限すべき理由はないものと思われる。(日大民研・商研)
- 代位債権者は、原則として被保全債権の範囲を超えて権利を行使することができるが、第三債務者に対して、自己へ金銭の引渡しを求める場合には、代位債権者の債権額の範囲に限るとすべき旨を明文すべきである。(福岡弁)
- 被保全債権の債権額の範囲にとどまらない行使ができるとする方向に賛成である。責任財産の保全という目的を重視し、債権回収機能の制限を実現できるのであれば、必ずしも行使の範囲を制限する必要はなくなる。しかし、代位債権者が受領した金銭を費消するおそれなど、被保全債権を超過した部分についての手当が必要である。(仙台弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 被保全債権の債権額の範囲にとどめる必要はなく、その旨明文化すべきである。原則論として相殺による事実上の優先弁済機能を制限して、他の債権者の競合の余地があるので行使できる範囲は広くてよい。弊害ない限り、要件・効果は解釈にゆだねずなるべく明確にすべきである。(横浜弁)
- 本来型の債権者代位制度において事実上の優先弁済効を否定するのであれば、被代位権利を行使し得る範囲を、被保全債権の債権額の範囲に限定する必要はない。(札幌弁)
- 事実上の優先弁済を否定又は制限する場合、被保全債権の債権額の範囲での代位権行使では、回収額に不足を来たす可能性があるから、被保全債権の債権

額の制限を撤廃すべきものとする意見が強かった。もともと、事実上の優先弁済を完全に否定しないのであれば、被保全債権の債権額の制限も残すべきであるとの意見もあった。なお、事実上の優先弁済を維持すべきとする立場からは、被保全債権の債権額の制限も維持すべきとの意見であった。（日弁連）

- 被保全債権の債権額の範囲に限定することが相当である。（弁護士）
- 事実上の優先回収機能を認める前提では、現在の判例の基準（被保全債権の債権額の範囲に限る）が妥当である。ただし、要件・効果に関する規定の明確化の観点から、明文化することについては異論がない。（親和会）
- 特に必要がなければ現行どおりで。（弁護士）
- 被代位権利の行使は被保全債権の債権額の範囲にとどまるとすべきである。（弁護士）
- 不同意。被担保債権の範囲に限定しない論拠に合理性を認めない。債務者の責任財産を保全する趣旨に即しているとしても、債権者が無制限に債務者の権利を行使することを認める必然性がない。（会社員）
- 被保全債権の債権額の範囲を超えた金銭の直接給付を認めるとしたときの理論的根拠に対する疑問や、範囲内部分と範囲外部分の処理方法に関する権利関係の複雑化のおそれ、範囲外部分の保管の根拠の有無、代位債権者の下での費消のおそれなどを含めた債権者代位制度の濫用への危惧などについての意見、少額の債権者に不均衡に巨額な被代位権利を行使させることは不相当との意見などがあった。（最高裁）
- 現行法どおり、代位権を行使できるのは被保全債権の債権額の範囲内にとどまるものとすべきであり、被保全債権の範囲を超えて被代理権利の行使を認めるものとする立法提案には、強く反対する。代位債権者は、自らの利益を保全する範囲内（被保全債権の債権額の範囲内）を超えて代位権行使を認めるべき理論的根拠も実質的必要性もない。また、このような代位権行使を認めた場合、代位債権者が受領した金銭を費消してしまった場合の処理、または費消するおそれがある場合における債務者等の対抗手段を用意する必要性が生じるなど、現行法下にはない様々な問題を引き起こすおそれがある。（弁護士）
- 被代位債権を行使できる範囲の限定に関する判例法理による運用を改める規定を新設する必要はない。債権者代位権の事実上の優先弁済機能を積極的に評価するとしても、第三者の権利を代位行使するというのが例外的事情である以上、一定の限界を設けるべきであり、その意味で判例法理は妥当と考えられる。（法友全期）
- 被保全債権の債権額（担保付債権の場合、不足額部分）の範囲内とすべきである。事実上の優先弁済を否定するとはいえ、他の債権者の存否や権利行使の

可能性を確認することは要件でもなければ確認する術もない以上、債務者の財産行使の自由に対する介入は最小限にとどめるべきである。（堂島有志）

- 被保全債権の債権額の範囲内という運用でよい。「本来型の債権者代位権」を債務者の責任財産の保全の制度と考え、被保全債権額を超えて行使できるとすることには危険性を感じる。現実の債権者の行動やインセンティブは、債権者申立による破産手続き開始決定の事件数が著しく低いことから理解できるように、債権者は債務者の責任財産の保全及び公平の分配を目指して行動するのではなく、個々の債権の実現あるいは債権者の固有の利益を目指して行動しているものである。債権者が、被保全債権額を超えて債権者代位権を行使できるとすれば、債権者の固有の利益の実現のために嫌がらせ等の目的のために利用されるという弊害の危険の方が気になる。（広島弁）
- 被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに被代位権利の行使ができることについては、反対する。これを肯定する意見もあるが、そうすると代位債権者が過大な直接給付を受けてこれを費消する危険があり、その場合の処理や費消の危険がある場合の対抗手段の必要性など様々な問題が生じる危険性がある。（東弁）
- 判例と異なり、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに被代位権利の行使ができるものとするかどうかについて検討することに反対する。被保全債権の債権額の範囲を越えて被代位権利を行使した代位債権者が、受領した金銭を費消してしまうことが危惧される。（愛知県弁）
- 従前どおり、債権回収機能を認める方向で検討するべきであることから、この議論は不要である。（会社員）

(3) 保全の必要性（無資力要件）

本来型の債権者代位権の行使要件に関して、判例・通説は、民法第423条第1項本文の「自己の債権を保全するため」（保全の必要性）とは、債務者の資力がその債務の全てを弁済するのに十分ではないこと（無資力）をいうと解しており、この無資力要件を条文上も具体的に明記すべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、債務者の無資力を要求するのは厳格に過ぎ、保全の必要性という柔軟な要件を維持すべきであるなどの意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

また、これに関連して、債務者名義でない債務者所有の不動産を差し押さえるために登記申請権を代位行使する場合に債務者の無資力を要件としないなど特別の取扱いをすべきであるかどうかについて、近時の判例で一定の場合に代位登記を要せず執行手続内で処理する可能性が開かれたことを指摘する意見がある

ことなども踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 3(3) [10頁], (4) [12頁]】

【意見】

- 要件・効果に関する規定の明確化の観点から、明文化することについては異論がない。(親和会)
- 理念的に無資力要件は必要であろう。債権者の著しい不利益などを加えるかどうか検討の余地がある。(弁護士)
- 無資力要件の明文化に賛成する。債務者の有する保険契約に係る代位解除権の行使等、実務において適用されるケースがあり、要件が明確化されることは保険実務に資すると考えられる。(損保協会)
- 無資力要件を条文上も具体的に明記すべきである。(広大有志)
- 本来型と転用型を区別して規定する場合、本来型について無資力要件を具体的に規定して、明確化を図った方がよい。登記申請権の代位行使など、特別の扱いが要請される場面については、不動産登記法に規定を置く、もしくは執行手続内での手当てをするなど、手当ての仕方をさらに検討する必要がある。(仙台弁)
- 判例の考え方でよい。(広島弁)
- 無資力要件を要求すべきであり、かつ、その旨の規定を置くべきである。無資力の内容としては、「債務超過」(破産法16条1項)と同義と解してよいが、第三者の権利の代位行使という重要な効果をもたらすため、なお慎重な検討を要する。登記申請権の代位行使についても、債権者代位権で対応するとの前提の下に、無資力要件を不要とする扱いをすべきである。この点に関連し、不動産に対する強制執行を行うための登記申請権の代位行使は債権者代位権ではなく執行手続の中で対応するという意見があるが、反対である。一定の場合に債務者に対する債務名義に基づいて、代位登記を要せず第三者名義の不動産を差押えうることを認めた最判平成22年6月29日は、債務者が権利能力なき社団であり、不動産の登記名義が当該社団以外の第三者になっているという特殊事例であって、一般化すべきではない。登記申請権の代位行使は、債務者名義でない債務者所有の不動産を差し押さえる前提として行われているが、不動産の強制執行手続に債務者の無資力が要求されていないことから、無資力要件を要求すると、債務者が無資力でなくても開始できるはずの強制執行手続が、債務者が無資力でないために開始できなくなるという制度的齟齬が生じてしまうからである。(法友全期)

- 本来型の債権者代位権の行使要件については、債務者の資力がその債務のすべて全てを弁済するのに十分ではないこと（無資力）を要件として明記すべきである。また、保存行為についても無資力を要件とすべきである。債務者の財産行使の自由に介入することを正当化する要件なので、明確に定める必要がある。不動産を差し押さえるために登記申請権を代位行使する場合には、債務者の無資力を要件としないことを明記すべきである。民事執行法が、差押目的不動産が債務名義の名宛人である債務者の所有に属することを、登記によって決することとしているため、登記申請権の代位行使が必要となる。債務者が無資力でなくとも開始できるはずの差押えが、債務者が無資力でないため開始できないという事態は解消する必要がある。なお、最判平成22年6月29日の射程は極めて限定されたものと解され、その取扱いが広く及ぼされるとは考えられない。（堂島有志）
- 債務者に代位債権者の債権を弁済する資力がない場合、債務者が代位の対象となる行為を自らしめないことによって代位債権者の債権を弁済する資力がなくなる場合に債権者代位権の行使が可能である旨の明文の規定を設けるべきである。不動産に対する強制執行を行なうために登記申請権を代位行使する場合には、債務者の無資力を要件としない旨の明文の規定を設けるべきである。（福岡弁）
- 債権者が債務者の財産に干渉できるとすることの根拠と限度についての慎重な配慮の中で、本来型の債権者代位権の行使要件における無資力の要件を緩和することは検討されて良い。そもそも、「無資力」という要件によって本来型の債権者代位権の成否をふるい分ける規律が果たして妥当であるかという問題がある。無資力要件は、一面では狭すぎ、一面では広すぎる可能性がある。債権者代位権の機能としては、「責任財産の保全」だけでなく、「代位債権者の満足」があるが、特に後者に焦点を当てるときは、無資力では狭すぎる可能性がある。他方、「無資力」は、語義が定かでなく、定義規定もない。「債務超過」と同義であると解する説もあるが、債務超過でありながらキャッシュフロー的には問題がない個人や法人は、この世にいくらでも存在するので、債務超過のみで債務者の財産に干渉することは正当化できないのではないかという疑義も生じる。そこで、仮に必要性の要件を「債務超過+ α 」と解するならば、その α は何であるかという問題が生じる。このように、検討すべき問題点があるので、債務者の財産に干渉することが何故・どこまで正当化されるのかについての慎重な配慮の中で、本来型の債権者代位権の行使要件における無資力の要件を緩和することは、検討されて良い。（兵庫弁）
- 保全の必要性に代わり無資力要件を規定するとした場合でも、不動産登記申

請権の代位行使の場合には債務者の無資力を要しないと規定すべきある。現在の不動産登記実務上、不動産登記申請権の代位行使の場面においては、申請者たる代位債権者は代位原因証明情報を添付して（不動産登記令第7条第1項第3号）行い、登記官は、当該不動産の登記記録、登記申請書及びその添付情報等の資料に基づき、適法な申請か否かを審査しているが、当該審査は、債務者の資力の有無ではなく、保全の必要性の有無を、例えば、執行裁判所が発行する強制執行申立受理証明によって審査している。このような実務は、不動産登記申請権が非金銭債権であること、不動産登記法において登記官の審査権限が形式的であること、大量の不動産登記事件を効率的に処理する必要性があること、債権者が代位行使する登記申請権が相続や登記名義人住所変更など実現されてしかるべき登記であること、等々からみて特段不合理ではないと考えられる。もちろんかかる取り扱いによって実務上の不利益も生じていない。仮に、新たに無資力要件を課すとなると、形式的審査権しか持たない不動産登記官の審査権限や不動産登記の法的位置づけを根本から見直さざるをえず、理論及び実務の両面においてあらぬ混乱をきたしかねない。（青司協）

- 条文上「債務者の無資力」を具体的に明示することとなった場合は、本来型の登記申請権の代位行使については、債務者の無資力を要件としないなどの特別の取扱いを明文化するのが妥当であると考えられる。現行の不動産登記制度の実務においては、登記申請権を代位行使する場合には、申請人である代位債権者は、添付情報として代位原因証明情報を提供しなければならないとされているが（不動産登記令第7条第1項第3号）、その具体的な内容については、基本的に、例えば、売買契約書、金銭消費貸借契約書のように、債権の存在することを確認できる情報であれば足りると解されており、さらに債務者が無資力であることを確認できる情報の提供までは求められていない。また、実務においては、代位原因証明情報の審査を通じて、「自己の債権を保全するため」という保全の必要性の要件に対する一定の配慮がされており、適切な運用がされていると考えられる。（日司連）
- 行使要件の具体的な内容については、更に検討すべきである。債務者名義でない債務者所有の不動産を差し押さえる場合に債務者の無資力を要件としないことには賛成である。差押登記の方法として、登記申請権の代位行使とするか、別の方法とするかは、更に検討すべきである。（二弁）
- 債務者の財産状態に関する要件としては、無資力要件を緩和し、保全の必要性の要件で足りるものと解すべきである。具体的には、「債権者が、自己の債権を保全するために必要であるとき」と規定することが考えられる。登記申請権の代位行使要件のみ特別扱いするのではなく、一般ルールとして無資力要

件を緩和し、保全の必要性の要件で判断すべきである。(大阪弁)

- 債務者名義なしに債務者の財産管理権に干渉することを正当化するためには、一定の要件は必要であるが、債務者が無資力であればよいのが原則である。そして、被保全債権が金銭債権であっても、被代位権利の時効の中断をする場合などについては、無資力要件を不要とすることも考えられる。債務者名義でない債務者所有の不動産に対する強制執行を行うために登記申請権を代位行使する場合について、債務者の無資力を要件としないなど特別の取扱いをすべきかについては最判平成22年6月29日を参考に、登記申請権の代位行使を要せずして債務者名義でない債務者所有の不動産に対する強制執行を可能とする手法と対比しながら検討する余地がある。(弁護士)
- 無資力要件を法文化すべきとする意見と、保全の必要性を要件とすれば足りるとする意見が対立している。登記申請権の代位行使については、無資力要件の議論が決着するのを待って理論構成をするべきである。(東弁)
- 「債権を保全するため」の文言維持でよい。保存行為、執行の前提としての介入にとどまるものであり、その必要性で足りるものとする。債務者名義ではない債務者所有の不動産の差押えは、実務的に極めて重要な問題であり、不動産登記法や執行法との関係も含めて、十分な検討をすべきである。とりわけ登記については、民法ではなく、不動産登記法において規定を設けることも含めて検討すべきである。(弁護士)
- 「保全の必要性」と「無資力」は異なる概念であり、保全の必要性の範囲で債権者代位権を行えば良いのであって、無資力という基準は全く不要であると思われる。(会社員)
- 「自己の債権を保全するため」という現行法の文言を維持すべきであり、無資力を要件として明記することに反対する。保全の必要性は、債務者の財産管理権に対する干渉の度合いを相関的に捉えるべきであり、一律の要件を定めるべきではない。金銭債権を被代位債権として代位行使して直接給付を求める場合等においては、「自己の債権を保全するため」との文言は、柔軟な解釈が可能であるから、これを維持すべきである。(森・濱田松本有志)
- 本来型の債権者代位権の存在意義を債務者の責任財産の保全に求め、本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)を否定する場合には、代位債権者による債務者の財産関係への介入の度合いはそれ程大きいとはいえず、無資力要件を条文上明記する必要はないものと思われる。むしろ、民事保全法第20条第1項の保全の必要性の要件と同じでよいのかについて、更に検討すべきである。債務者名義でない債務者所有の不動産を差し押さえようとする債権者が、その前提として債務者の登記申請権を代位行使する場合につ

いては、債権者代位権における無資力要件の問題として議論するよりも、民事執行規則第23条第1号の類推適用を認める最判平成22年6月29日、民事執行法第23条第3項の類推適用を主張する学説上の有力説等を参考に、執行法上の問題として強制執行を可能とする手法について議論するのが望ましい。

(日大民研・商研)

- 現行の枠組みでよいとの意見が大勢を占めた。登記申請権の代位行使（いわゆる代位登記）は、登記申請権が公法上の請求権としての性質を有していることから、基本的には不動産登記法上の問題であり、民法上の債権者代位権における議論がそのまま妥当するものではないと考える。したがって、民法上無資力要件が要求されるとしても、代位登記の場合は、受理証明をもって代位原因証明情報として扱われるという現在の運用が維持されるべきではないか。なお、最判平成22年6月29日は、法人格なき社団に対する民事執行としてその代表者個人名義で登記された不動産に対する強制執行を求める場合に関する判断であって、その射程については慎重に検討されるべきではないか。代位登記を要せずに強制執行を可能とすることについては、執行債務者を異にして差押えが競合する可能性があり、滞納処分との調整上も困難な問題が生じるなど、執行手続に混乱を来すおそれがある。（最高裁）
- 無資力要件を条文上明示すべきではない。不動産の登記申請権のみならず、形成権の代位行使や被保全債権の時効中断といった場面でも、無資力要件が問題にならない行為類型があり得るため、一般論として無資力要件を条文上明記することには問題がある。（弁護士）
- 無資力要件よりもさらに広げて、「保全の必要性」でよい。責任財産保全の趣旨からは、要件は緩くてよいはずであるし、相殺による事実上の優先弁済機能を制限することとのバランスや、インセンティブ確保の必要性の観点からは、要件は一定程度緩めるべきである。不動産に対する強制執行を行うために登記申請権を代位行使する場合には、無資力を要件としないとの特別の扱いすることに賛成である。債権者代位権は、債務者が本来行使しうる権利を行使しない場合に代わりに行使するもので、いわばあるべき姿を実現するものであり、詐害行為取消権に比べて債務者の財産管理権への介入の度合いが小さいし、受益者もまた、債権者の1人であることも多いので、問題ない。（横浜弁）
- 保全の必要性のような柔軟な要件を維持する方向で検討すべきである。また、債務者名義でない債務者所有の不動産を差押える場合に、代位による移転登記を経ずに執行手続内で処理する方法を一般的な議論の前提とせずに検討すべきである。不動産登記においては、現在の権利関係の正確性のみならず、時系列に沿った権利関係の公示が実務において求められており、現在の登記実務と

異なる取り扱いについては慎重に検討されるべきである。債務者でない登記名義人からの代位登記を経ずに競売による移転がなされることは、現在の実務とは異なる取扱であり、その必要性や有効性、取扱を変更することによる支障などに注意を払っていく検討する必要がある。言及のある判例は権利能力なき社团といった最近まで不動産の名義を取得する際に特殊な登記を用いざるを得ないケースであり、登記方法が複数あったため第三者にとって真正な登記名義を確定しにくいという特殊な要素があった場合である。また、不動産の登記名義を戻す必要性は債務者の資力の有無により一概に決定するには馴染まない状況が多く、無資力要件を条文化した場合には不都合を生じるため、保全の必要性といった柔軟に解釈できる要件を維持する方向で検討すべきと考える。仮に、無資力要件を条文化する場合には、不動産登記において要件とならない様な特則を設けるなどの方法が検討される必要がある。(東京青司協)

- 本来型の債権者代位制度において事実上の優先弁済効を否定し、民事執行・保全制度を保管するものと位置付けるのであれば、民事執行・保全制度において無資力要件が要求されない以上、本来型の債権者代位制度においても無資力要件までは不要とすべきであり、現行法の文言のとおり保全の必要性で足りるとすべきである。登記申請権の代位行使の場面においても同様に理解すべきである。(札幌弁)
- 事実上の優先弁済を否定又は制限することに賛成する立場から、無資力の場合に限定せずに責任財産保全が認められるべきであること、民事執行・保全制度では無資力要件が要求されない以上、その補完制度として十分に機能するためには無資力要件が課されるべきでないこと等を根拠に、保全の必要性の要件を維持すべきであるという意見が強かった。登記申請権を代位行使する場合に、債務者の無資力を要件としないこと自体に異論はなかったが、債権者代位権の要件として特別扱いすることについては、慎重意見が多く、不動産登記法で対応すべきものとする意見、債権保全の必要性の要件で統一すべきものとする意見などがあった。(日弁連)
- 無資力要件を具体的に明記すべきであるという考え方について、債務者の無資力を要求するのは厳格に過ぎ、保全の必要性という柔軟な要件を維持すべきであるなどの意見があることも踏まえて検討することに反対する。判例法理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。債務名義なしに債務者の財産管理権に干渉することを正当化するためには、債務者の無資力を要求することが望ましい。債務者名義でない債務者所有の不動産を差し押さえるために登記申請権を代位行使する場合に債務者の無資力を要件としないなど特別の取扱いをすべきであるかどうかについて、近時の判例で一定の場合に代

位登記を要せず執行手続内で処理する可能性が開かれたことを指摘する意見があることなども踏まえて検討することに賛成する。民事執行手続において債務者名義でない債務者所有の不動産に対する強制執行を可能とするような手当てをすることが望ましい。(愛知県弁)

- 例えば、債務者の両親所有の物件に関しては、将来、債務者が相続する場合があるので、法務局等で、両親の財産を差し押さえできる制度が必要。(会社員)

4 転用型の債権者代位権の在り方

【意見】

- 実務的に確立した債権者代位権の転用例について、転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けることに賛成するが、一般的な転用の要件を明文化する場合には、前述した、ライセンス取引における独占的通常実施権による特許権者の差止請求権の行使など、確立した債権者代位権の転用例や産業界の転用型の発展に対する要望を十分に考慮した上で、現在の実務が否定されないように具体的な要件を検討すべきであるとする。(電情産協)

(1) 根拠規定の在り方

転用型の債権者代位権について、本来型の債権者代位権とは別に規定を設ける場合(前記1参照)には、その根拠規定の在り方について、確立した債権者代位権の転用例についてそれぞれの固有領域で個別に規定を設ける方法や、転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設ける方法などを対象として、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 4(1) [15頁]】

【意見】

- 確立した債権者代位権の転用例についてそれぞれの固有領域で個別に規定を設けることには賛成である。転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けることにも賛成である。なお、安易な利用は認めるべきでないとしても、新たな消費者被害等について債権者代位権を行使することで被害を救済してきたことについては、積極的・肯定的に評価されるべきものであり、余りにも硬直な規定とはすべきでない。(弁護士)
- 転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設ける方向で検討すべきである。確立した債権者代位権の転用例についてそれぞれの固有領域で個別に規定

を設ける方法の場合、すべてを網羅することができない可能性がある。(兵庫県弁)

- 本来型とは趣旨・適用場面が異なる転用型については、本来型とは別個の制度として明文の根拠を与えることが合理的である。(親和会)
- 「本来型」と「転用型」は適用場面及び要件が異なるため、区別を明確化した方がよい。ただし、個別規定の整備は困難なおそれがあり、一般的な根拠規定については転用の要件を詳しく検討する必要がある。(仙台弁)
- 確立した債権者代位権の転用例については、それぞれの固有領域で個別に規定を設けるべきである。なお、不動産登記申請権及び登記請求権の代位行使の場合は、無資力要件が不要である事を規定すべきである。(滋賀県司書・勉強会)
- 転用型についての根拠規定を設けることに賛成である。(広大有志)
- 一般的な根拠規定を設けるほか、確立した債権者代位権の転用例については、それぞれの固有領域で別途明文の規定を置くべきである。一般的な根拠規定は、新たな法理を生成していくための基礎として必要であるが、一般規定は適用要件が抽象的で分かりにくいものとなることから、判例上確立した転用例については、一般規定とは別に明文の規定を設けた方が分かりやすいと思われる。(弁護士)
- 債権者が債務者に対して移転登記請求権、妨害排除請求権その他の金銭債権以外の債権を有する場合には、債権者は、その債権の権利を確保するために必要な範囲で、債務者の資力のいかんを問わず、債務者が第三債務者に対して有する債権を代位行使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)
- 確立した債権者代位権の転用例についてそれぞれの固有領域で個別に規定を設けることに異論はない。転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けることにも、将来的に新たな転用が必要となった場合の根拠規定としての意味があることから、基本的に賛成である。(二弁)
- 転用型の債権者代位権に明文の根拠を与えるべきである。法生成機能を正面から認めることに意義がある。債権者代位権制度を残しつつも、必要な法理は発展させるべきある。「転用を特殊な例外的処理ととらえるのではなく、債権者代位権の一類型として正面から肯定する以上、不可欠性・必要性・補充性という要件を課すことは困難であり、そうである以上、実際に転用の範囲が拡大することは否定できないように思われる」との指摘もあるが、明文化すると限定的な要件を課すことが困難というのは疑問である。明文化に際し、要件をふさわしく設定すればよいのではないか。(横浜弁)

- 根拠規定の在り方について、確立した債権者代位権の転用例についてそれぞれの固有領域で個別に規定を設ける方法や、転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設ける方法などを検討することに賛成する。(愛知県弁)
- 転用型の債権者代位権を明文化することには賛成である。明文化の方法としては、転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設ける方向で検討すべきである。(大阪弁)
- 新たな法理を生成していくための基礎となるものとして転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けるべきである。(弁護士)
- 新しい法律問題について過渡的段階での解釈による展開可能性を開くためには一般的要件が必要であるとして、一般規定を設けることに異論はなかった。なお、一般規定を設けるのみならず、安定的な運用がなされている分野は、それぞれ個別規定も設けるべきものとする意見もあった。(日弁連)
- 転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けることに賛成する。(東弁)
- 転用型の債権者代位権については、一般的な根拠規定を設ける方向で検討するのが望ましい。(日大民研・商研)
- 転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けるべきである。債権者代位権の権利生成機能を維持する観点から、転用型の一般的な根拠規定を設けることには意義がある。確立した転用事例について個別の規定を設ける方向性については反対しないが、転用型事例として確立しているか否かについては慎重に検討すべきである。個別の転用型事例について個別の規定を設けること自体は、行使要件の明確化等の意義があると思われる。(法友全期)
- 転用型を本来型とは分けた一般的な根拠規定で明記すべきである。確立した判例法理の明文化という意味で、転用型は明記すべきである。その規定方法としては、個別に規定するのは容易でなく、また今後生じ得る新たな法的問題にも解釈によって対応することができる余地を残すため、一般的な根拠規定とすべきである。(堂島有志)
- 転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けるべきである。今後、現在認められている登記請求権等以外の理由で、新たに債権者代位権を認めなくては不都合な場面が生じる可能性がある。その時に備え、基本法たる民法に転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けておくべきである。(青司協)
- 転用型の債権者代位制度について、個別領域ごとに個別の要件を設定すべきという見解もあるが、これらを網羅的に設定することは困難であり、また、転用型の債権者代位権による法律構成が、現に法創造的機能を果たし、将来的も当該機能を果たすことが期待される以上、一般的な根拠規定を設けることが適切といえる。(札幌弁)

- 想定されていない新たな転用例も想起されることからすれば、確立した債権者代位権の転用例についてそれぞれの固有領域で個別に規定を置くのではなく、一般的な根拠となる規定とすべきである。(日司連)
- 転用型(登記請求権保全のための転用, 不動産賃借権保全のための転用など)も現状の実務で利用されているため、これを阻害する方向での検討とならないように、転用型の規定の在り方を検討すべきである。(サービサー協会)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 転用型について別に規定を設ける必要性が大きいとは考えていない。(広島弁)
- 転用の根拠規定は不要と考える。(弁護士)
- 別途の根拠規定が必要であるとは思えない。保全の必要があれば、債務者の無資力に関係なく、債務者の権利を代位行使するというのが現状の条文であり、そのままが良い。(会社員)

(2) 一般的な転用の要件

仮に転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設ける場合(前記(1)参照)には、様々な転用事例に通ずる一般的な転用の要件が問題となるが、これについては、「債権者が民法四二三条により債務者の権利を代位行使するには、その権利の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利が保全されるという関係」が必要であるとした判例を参考にしつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 4(2) [19頁]】

【意見】

- 判例(最判昭和38年4月23日)が示す「債権者が民法423条により債務者の権利を代位行使するには、その権利の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利が保全されるという関係」という要件を明文化することには合理性がある。(弁護士)
- 転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けた上で、判例が示す要件(「債権者が民法第423条により債務者の権利を代位行使するには、その利益によって債権者の権利が保全される関係」が必要)を明文化する方向で検討すべきである。判例が示す要件であれば、これまで判例・実務上認められてきた転用型を全てカバーすることができ、かつ、新たな事例に対しても適用可能であるから、必要十分である。(森・濱田松本有志)
- 「権利の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利

が保全されるという関係」が必要であるとした判例を参考に、一般的な転用の要件を検討することに反対しない。「転用型」が適切な範囲において認められるように、要件を検討すべきである。(仙台弁)

- 判例の要件を明文化する方向で検討すべきである。一般的な転用の要件として提案されている、「債務者に属する当該権利を行使することを当該債権者が債務者に対して求めることができる場合において、債務者が当該権利を行使しないことによって、債権者の当該債権の実現が妨げられているとき」という要件は厳格に過ぎ、「保全される権利と代位行使される権利との間に関連性があるとき」という要件は緩やかに過ぎることから、立法論としてはいずれも採用すべきではなく、判例を参考に要件を明確化する方向で検討すべきである。(弁護士)
- 判例が示した要件を明文化することに賛成する。(東弁)
- 転用型の債権者代位権の要件が厳格に定められることによって、権利の生成機能が果たせなくなることは避ける必要があり、判例を明文化する方向を中心に検討されるべきである。この点について、他に適切な手段がないという補充性を要件とすべきとの考え方があるが、既存の制度で対応できない事象について判例による法形成が行われてきたという経緯も踏まえ、その適用を狭めるような要件を規定すべきでないとする。(法友会)
- 検討することに賛成する。転用が認められる事例を抽出して、どのような要件をたてるのか検討していくべきである。(兵庫県弁)
- 検討をすることには賛成である。「債権者が民法四二三条により債務者の権利を代位行使するには、その権利の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利が保全されるという関係」が必要であることはそのとおりであるが、そのような関係があれば十分とはいえないであろう。(弁護士)
- 様々な転用事例に通ずる一般的な要件をいかに定めるかについては、十分な議論が必要である。(親和会)
- 検討することに異論はなかったが、参照として挙げられている判例は、ある意味特殊な事例であるため、この判例の規律である債務者が得る利益と債権者の権利の保全との強い関連性を要求することは、必要以上に代位行使を狭く限定するおそれがあるのではないかと懸念する意見があった。(最高裁)
- 判例を参考にしつつ、更に検討することに賛成である。転用型の要件を厳格に規定すると、例えば、振り込み詐欺における被害者救済の事例のように、立法的解決が図られるまでの間、債権者代位権によって解決するといった方法を取る余地が限定される等、債権者代位権が行使できる場面が狭められる。転用

型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設ける場合、ある程度柔軟な運用が可能になるような要件とすべきである。(二弁)

- 不可欠性、必要性、補充性による要件化が妥当である。(大阪弁)
- 仮に、転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設ける場合でも、不動産登記申請権及び登記請求権の代位行使の場合は、無資力要件が不要であることを規定すべきである。(滋賀県司書・勉強会)
- 判例(最判昭和38年4月23日)が示す要件を参考にしつつ、被保全債権の実現に債務者による被代位権利の行使が欠くことができないものであるといった不可欠性や、他に適切な手段がないといった必要性・補充性等を要件として要求すべきか否かについても更に検討するのが望ましい。(日大民研・商研)
- 転用事例の一般的要件としては、ほかに適切な手段がないという意味での補充性要件により限定する方向で検討し、「債務者の権利の行使が、債権者の権利行使を実現するため、やむを得ない場合」との要件を設けるべきである。最判昭和38年4月23日において示された要件を明文化することも考えうるが、これを明文規定として適切な形とすることには実際上の困難が伴うものと思われる。適用範囲を適切に限定するためには、補充性を転用の要件とするのが相当である。(法友全期)
- 債務者に属する被代位権利を行使することを代位債権者が債務者に対して求めることができる場合において、債務者が被代位権利を行使しないことによって、代位債権者の被保全権利の実現が妨げられているときには、保全の必要性を絞る要件として、利益の享受というより、明確な関連性を示す必要がある。(堂島有志)
- 債権者が債務者に対して移転登記請求権、妨害排除請求権その他の金銭債権以外の債権を有する場合には、債権者は、その債権の権利を確保するために必要な範囲で、債務者の資力のいかんを問わず、債務者が第三債務者に対して有する債権を代位行使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)
- 比較的緩やかな要件とすべきである。他人の財産管理権への介入の正当化の理由として、補充性・不可欠性までも必要かは疑問であり、利害関係・関連性や必要性があれば、認めてよいのではないか。たとえば、「債権者の有する債権が、債務者の権利(特定の財産)の形成の原因となる等、当該権利(特定の財産)を当該権利者の優先的な責任財産とすることが相当であると認められる場合」などの関連性があればよいのではないか。こういった場面は、補充性・不可欠性とはあまり関係ないと思われる。①債務者に属する当該権利を行使す

ることを当該債権者が債務者に対して求めることができる場合において、②債務者が当該権利を行使しないことによって、債権者の当該債権の実現が妨げられているときとの提案があり、これについてなお要件が緩やかにすぎるとの指摘もあるとされているが、実務家からは、逆に狭すぎるとの意見が多い。この要件では、最高裁昭 50.3.6 のケースや振り込め詐欺ケースは救済できないとの見解が多数である。①を割愛して、②だけにすることも検討に値する。(横浜弁)

- 不可欠性や必要性・補充性を要件とすべきであるとの見解もあるが、判例においても関連性の要件については比較的厳格に解釈されており、転用型の債権者代位権を認めることの弊害も特に認められていないことから、関連性の要件で十分であるというべきである。(札幌弁)
- 検討委員会試案の要件は厳格に過ぎ、振込め詐欺事案などが除外されてしまうとして反対する意見が強く、その他これまで判例が転用を認めた事案が除外されるべきではないという意見が強かった。(日弁連)
- 転用型の登記申請権の代位行使については、補充性を要件としない方向で検討すべきである。転用型の債権者代位権の行使について一般的な根拠規定を設けるに際し、何らかの制限的な要件を設けるべきであるという考え方について反対するものではない。しかし、債権者代位権の転用を広く認めることによる弊害を防ぐという観点については、登記申請権の代位行使により実行される登記は、もともと実現されてしかるべき登記であり、債務者に格別な不利益を与えるものではなく、また、実務上、代位原因証明情報の審査を通じて適切な運用がされていることから、登記申請権の代位行使について、補充性のような限定的な要件をさらに求める必要はないと考える。また、補充性を要件とすることについては、これにより実体法上の権利変動の過程を登記に正確に反映させるという不動産登記制度の要請に反する議論に結びつくのではないかという懸念がある。(日司連)
- 判例理論は漠然としすぎて条文化は無理と見得る。(弁護士)
- 一般的な転用の要件については、「債権者が民法四二三条により債務者の権利を代位行使するには、その権利の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利が保全されるという関係」が必要であるとした判例を参考にしつつ検討することに反対する。転用の要件を検討する必要はあるが、判例の要件ではわかりにくい。(愛知県弁)

(3) 代位債権者への直接給付の可否及びその要件

転用型の債権者代位権においても、被代位権利が金銭その他の物の引渡しを求

めるものである場合には、代位債権者への直接給付の可否と、直接給付を認める場合の要件とが問題となる（前記3(1)参照）が、これについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 4(2)（関連論点）[21頁]】

【意見】

- 直接給付を認め、その消極的要件として不相当であるときを定めることに賛成する。（大阪弁）
- 一定の要件のもとに直接給付自体は認められるべきである。（弁護士）
- 直接給付があっても、それは債務者に引き渡す義務が伴うものである。その引渡し義務と、自らの債権を相殺することは可能であるが、それが偏頗的弁済に該当すれば、その相殺は詐害行為取消権の対象となる。（会社員）
- 転用型の債権者代位権においても、代位債権者への直接の引渡しを認める方向で検討をするべきである。転用型の債権者代位権は、債務者の責任財産保全とは無関係に、非金銭債権（特定債権）の内容を実現するための手段として用いられることからすると、代位債権者への直接の給付も認められるべきである。（サービサー協会）
- 転用型の債権者代位権は、非金銭債権（特定債権）の内容を実現するための手段として用いられるのであるから、被代位権利の目的物を代位債権者に直接給付することを認めてよく、代位債権者への直接給付を認めることを原則とし、直接給付を認めない場合について更に検討するのが望ましい。（日大民研・商研）
- 代位債権者への直接給付については、前述のとおり本来型においても特に制限を設けるべきではないが、本来型と異なり事実上の優先弁済機能が問題とならない転用型の場合、直接請求を制限すべき理由は見出せない。（弁護士）
- 代位債権者への直接給付を原則として認めつつ、それが不相当であるときには、直接給付を認めないとの条項を置くべきと考える。転用型の債権者代位権は、債務者の責任財産の保全とは無関係に、特定債権の内容を実現するための手段として用いられるものであるから、被代位権利の目的物を代位債権者に直接給付することを認めても弊害はない。ただ、将来的に如何なる場面において債権者代位権の転用が必要となるかは定かでないため、例外条項も入れるべきである。なお、「不相当であるとき」という要件はあいまいであるとの批判もあり得ようが、その点は判例の集積を待つほかない。（法友全期）
- 転用型では、直接給付を原則とし、例外的に、債務者への給付を要する場合を定める。例外は、債務者が無資力の場合、債務者が代位債権者に対して抗弁

を有する場合、その他不相当な場合とする。転用型の場合、保全の必要性の要件によって、直接給付が必要な場合に絞られているから、例外的に除外する場合を検討するのが相当である。(堂島有志)

- 直接給付を可能とし、相当性要件は課すべきである。「相当性」の要件は、たしかに要件としての明確性を欠くが、法生成機能からは、本質的に、どのような場面となるか予測して具体的要件が設定できないことは仕方ないと言わざるを得ない。不明確だからといって相当性要件をなくしてしまうことで、すべて代位債権者に直接給付されるとすることによる弊害が生じる懸念がないとはいえない。将来に向かって法生成機能を期待するのであれば、むしろ相当性要件は積極的に必要とすべきと言える。(横浜弁)
- 「転用型」において、必要な場面に応じて直接給付を認めるようにすべきであり、それ以外の場合には柔軟に対処できるよう、要件の設定を慎重に検討すべきである。「転用型」は特定債権の実現を目的とするため、直接給付を認める必要がある場面が多いとみられるが、他に「転用型」の事案が新しく出てくることが考えられるため、要件の設定の仕方については、慎重に検討すべきである。(仙台弁)
- 代位債権者への直接給付を否定することは妥当でない。債務者が権利行使をしていない債権について代位行使するのであるから、債務者が受領しない場合もあり得るので、代位債権者が第三債務者に対して金銭の直接給付を請求できるとする制度としなければ、実効性が確保できない。債権者代位権行使は、債務超過に陥った債務者が責任財産の確保へ不熱心であることにより債権者が代位行使する場合が想定されている。債権者代位権行使を知った債務者が自らに引渡請求できるとすれば、債権者代位権行使という手間をかけ、代位訴訟という大きな負担をかけても、債務者が自ら受領した後費消し責任財産を減少させる行為を止めることが困難となり、妥当でない。なお、直接給付を認めるための要件について検討することは賛成するが、債務者に対する通知とすることが妥当と思われる。(広島弁)
- 転用型の債権者代位権の実効性確保のためには直接給付が認められるべきであり、弊害排除のため相当性要件が設けられるべきであるとする意見が強かった。(日弁連)
- 転用型は非金銭債権の内容実現の手段であるから直接給付を認めるべきである。(東弁)
- 本来型とは異なる制度とする以上、直接給付を認めることが相当な場合について要件を検討することが必要である。(親和会)
- 検討することに異論はなかったが、直接給付を認めないと、債務者が受領し

ない場合に、債権者が必要以上の手続を要することになって負担が重くなることを懸念する意見があった。(最高裁)

- 特に異論はない。(二弁)
- 検討することには賛成する。(兵庫県弁)
- 転用型の債権者代位権においても、被代位権利が金銭その他の物の引渡しを求める場合に問題となる代位債権者への直接給付の可否と、直接給付を求める場合の要件について検討することに賛成する。本来型の債権者代位権と同様に何らかの制限を設けることが望ましい。(愛知県弁)
- 詐害行為取消権に準じるべき。(弁護士)
- 転用の要件としての関連性が特に高度に認められ、債権者が代位して受領する目的物が債務者の責任財産を構成する余地がないような場合に限定して、代位債権者への直接給付を認めるべきである。直接給付を認めることによる弊害を回避するため相当な要件を設定すべきである。この点、昭和51年の自賠責法改正による被害者直接請求が認められるまでの間、行われていた被害者による加害者の自賠責保険請求の代位行使が参考になると考える。(札幌弁)
- 代位債権者が、被代位権利の目的物を自己に直接交付することを求めることができる場合があることに異論はないが、この考え方を明文化する必要はない。(福岡弁)
- 直接給付を否定するものではないが、登記請求権の代位行使に当たっては、原則認められていない中間省略登記の代替的手段に利用されないよう配慮した規定をすべきである。直接給付を認めるとした場合、甲から乙、乙から丙と不動産が転々譲渡された場合に、丙が債権者代位権を行使し、甲から直接丙に所有権を移転するいわゆる中間省略登記を認めることになりかねない。中間省略登記については、権利変動の過程をできるだけ正確に公示するという不動産登記制度の要請から、判決による等の場合を除き原則認められていないのでこの点十分に配慮されたい。(青司協)

5 要件・効果等に関する規定の明確化等

【意見】

- 判例上確立している要件・効果については可能な限り明文化するのが望ましく、見解の対立がある要件・効果については、一定の立場に立って明文化するのがそもそも妥当なのか、十分に検討する必要がある。(親和会)

(1) 被保全債権，被代位権利に関する要件

被保全債権に関する要件について，被保全債権の履行期が未到来の場合（民法第423条第2項）のほか，被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず，強制執行により実現することもできないものである場合にも，債権者代位権を行使することができないものとする方向で，更に検討してはどうか。

また，被代位権利に関する要件について，債務者の一身に専属する権利（同条第1項ただし書）のほか，差押えが禁止された権利についても，その代位行使は許されないものとする方向で，更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1，5(1) [21頁]】

【意見】

- 裁判上の代位制度を廃止して，被保全債権の履行期が未到来の場合に保存行為を除いて債権者代位権を行使することができないものとするには賛成する。もっとも，被保全債権の履行期が未到来の場合の保存行為については代位権行使を認めるものとするべきである。被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず，強制執行により実現することもできないものである場合に債権者代位権を行使することができないものとするに賛成する。被代位権利に関する要件について，債務者の一身専属権利，差押禁止権利について代位行使を許さないことに賛成する。（大阪弁）
- 特に反対しない。現行実務と整合的である。（兵庫県弁）
- いずれについても，許されないことを明文化する方向で検討することに賛成である。（弁護士）
- いずれも反対しない。特段不合理な点は認められない。（法友全期）
- いずれも賛成である。（堂島有志）
- 被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず，強制執行により実現することもできないものである場合に，債権者代位権を行使できないものとするに賛成する。責任財産を保全して，被保全債権を実現するという趣旨が妥当しなくなる。差押えが禁止された権利については，それによって得られる財産を債務者に取得させるべきである。差押えが禁止された権利について代位行使が許されないとする方向で検討することに賛成する。（仙台弁）
- 被保全債権の要件の明文化に賛成である。除外されるものとして，履行期未到来のもの及び訴えをもって履行を請求することができず，強制執行により実現することもできない債権を規定することに賛成である。また，被代位債権に関する要件について，債務者の一身に専属する権利，差押禁止権利を除外することの明文化に賛成である。これらの要件が欠ければ，他人の財産管理権に，

強制執行の準備として介入することの正当化は困難である。(横浜弁)

- 被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず、強制執行により実現することもできないものである場合にも、債権者代位権を行使することができないものとする方向で検討することに賛成する。債務名義なしに債務者の財産管理権に干渉するものであり、被保全債権につき強制執行により実現できるものである必要がある。被代位権利が、差押えが禁止された債権についても、その代位行使は許されないものとする方向で検討することに賛成する。責任財産の保全という制度の目的から、民事執行で差押えが可能な範囲に限定される必要がある。(愛知県弁)
- いずれも賛成する。いずれも一般的な理解に沿うものである。(札幌弁)
- 被保全債権の履行期が未到来の場合、被保全債権が強制執行により実現することもできないものである場合に、債権者代位権を行使することができないものとする方向で検討することに賛成する。(広島弁)
- 被保全債権の履行期が未到来の場合、被保全債権が、強制執行により実現することもできないものである場合に、債権者代位権を行使することができないものとする方向で検討することに賛成する。被代位権利が、一身専属的権利である場合、差押え禁止権利である場合に、その代位行使が許されないものとする方向で検討することに賛成する。(日弁連)
- 賛成する。いずれも合理性がある。(東弁)
- 被保全債権及び被代位権利に関する要件について、本提案のような方向で検討することにつき特に異論はない。(日大民研・商研)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 債権者代位権は廃止案も出されており、利用頻度も低い。廃止せずに残すとして、そのような制度のために詳細な規定を積み上げて制度をさらに複雑にすることは疑問である。できるだけ現行規定を生かすことが望ましい。(弁護士)
- 代位権行使を禁止する理由が分からない。弁済期が来ていないのであれば、代位行使後の引渡し債務と自らの債権を相殺することはできないため、現実の引渡しが行われ、債務者や他の債権者にとって損はない。(会社員)
- 被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず、又は強制執行により実現することができないものである場合に、債権者代位権を行使することができないことに異論はないが、この考え方を明文する必要はない。訴求力や強制力のない債務(例 自然債務)も観念しうるが、明記すれば悪用されるおそれもあり、わざわざ民法に明記する必要はない。被保全権利が差押えを禁止された権利である場合に債権者代位権が行使できない旨を明文化すべきである。

(福岡弁)

- 優先弁済効力は、目的ではなく、結果的に生じる効果であるので、手続法的側面は、看過しがたい問題があるかどうかという観点から検討すれば足りる。また、自己への直接引渡を前提として考えるべきではない。立法政策論としては、まず、現行民法が、一身専属権のみ特例を設けているのはなぜかということを考えるべきである。改定すべき理由があるとは思えない。(個人)

(2) 債務者への通知の要否

債務者に被保全債権の存否等について争う機会を与えるとともに、債務者自身による被代位権利の行使の機会を確保するために、債権者代位権を行使するための要件として、債務者への通知を要求するかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に債務者への通知を要求する場合には、通知の時期や通知義務違反の効果についても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 5(2) [22頁]】

【意見】

- 債権者代位権を行使するための要件として、債務者への通知を要求するかどうかについて検討することに賛成する。債務者に被保全債権の存否等について争う機会を与えるとともに、債務者自身による被代位権利の行使の機会を確保する必要がある。仮に債務者への通知を要求する場合には、通知の時期や通知義務違反の効果についても検討することに賛成する。仮に債務者への通知を要求する場合には、通知の時期や通知義務違反の効果を明文化する必要がある。(愛知県弁)
- 通知を要求するかどうかについて検討することに賛成である。(弁護士)
- 特に異論はない。債権者代位権の行使は、債務者の財産管理権に対する介入であり、債務者の立場に配慮すべきという理由は理解できる。ただし、債務者への事前の通知を債権者に要求すると、債務者による資産隠匿・費消を誘発しかねない場合もあり得る。予め通知したのでは債権者代位権の行使目的を達成できなくなるような場合には、事後の通知で足りるとすべきである。(二弁)
- 裁判外で債権者代位権を行使する場合は通知義務を課するのが妥当であるが、裁判上の行為として代位権を行使する場合には、債務者に対する通知を要しないものとするべきである。通知義務の不履行の効果としては、第三債務者が代位債権者に対し代位請求にかかる履行を拒絶できることに留めるべきである。(大阪弁)

- 債務者が悪意の場合は必要ないが、悪質な者が、債権がなくても取り立てることが考えられるので、通知は考える必要がある。(会社員)
- 裁判上の行使の場合には事前通知を不要とするべきである。無視力の債務者の責任財産を保全する場面において、債権者の動きが債務者に察知されると、逆にこれに対する防御手段を執られてしまうことが多く、債権者代位権行使の実効性が確保されないことが考えられる。もっとも、裁判外での行使については、債権者代位権の濫用的行使も考えられるし、実際においても、第三債務者が債務者への確認なしに裁判外での代位行使に応じることは異例であるから、裁判外では代位権行使について事前通知を要件としても不当とはいえない。(弁護士、弁護士)
- 債務者の保護のために、事前通知を要求すべきである。ただし、事前通知を要すると債権者の権利行使を害する等の不都合が生じる場合は、例外的に事前通知を不要とする旨の規定を置くべきである。例えば債権者が債務者の所有する不動産へ仮差押手続きを行うため、前所有者から債務者への所有権移転登記手続を代位行使するような場合に、事前通知を債権者に求めると、執行前に財産を隠匿される等、保全の目的を達成することが困難になる可能性が少なからずあり、民事保全法上の「債務者への密行性」の趣旨に反する結果となる場合が出てくる。(滋賀県司書・勉強会)
- 債務者への通知の効果を見直すことは賛成するものの、事前に通知を行うことで財産隠匿のおそれがある場合などには事後の通知で許されるとすることや、通知懈怠の場合の効果を明確に規定することにも留意して、慎重な検討を進めていただきたい。(消費者金融協、貸金業協)
- 債務者が行方不明である場合等について代位債権者に過度な負担を強いることがない限り、債務者への通知を要求することには賛成する。債務者に代位行使を争う機会や自ら権利行使する機会を与えるために、債権者から債務者への通知を要求することは有意義である。密行性が要求されるような事案では、民事保全制度を利用すべきである。もっとも、債務者が行方不明等の場合にまで公示(現行民法98条)等による通知を要求することは過度な負担となることから、この点に配慮すべきである。(森・濱田松本有志)
- 債務者に債権者代位権行使の通知や訴訟告知を行うことにより債権の存在や無資力要件について主張する機会を与えるべきである。ただし、事前に通知を行った場合に財産隠匿のおそれがある場合などには事後の通知で許されるとすべきであり、また、通知義務違反の効果も明確に規定すべきである。(法友会)
- 債務者が知らない間に債権者が代位権を行使し、債務者の財産管理権への介

入がなされることは妥当ではなく、裁判外における債権者代位権の濫用的行使に対する防止策として、債権者が代位権を行使するには債務者への通知を要求する方向で検討するのが望ましい。ただし、債務者が所在不明であるなど、債務者への通知が困難である場合につき、通知義務の例外を設けるか否かについても検討する必要がある。通知義務に違反した場合の効果として、代位権行使の効果を否定することなどが考えられるが、この点については更に検討する必要がある。(日大民研・商研)

- 債務者の権利行使の機会を保障するため、原則として通知を行使要件とする。例外的に、債務者が所在不明の場合、債務者が権利行使する意思がないことを確定的に表明している場合、被代位権利の内容に照らし事前に通知しないことに正当な理由がある場合は通知不要とする。通知をしたこと、又は例外に該当することについて、代位債権者に立証責任を負わせることとすべきである。通知から権利行使までの間隔は、1週間等の短期間でよい。通知の効果として、債務者の処分権限に制限を生じさせないことに賛成(後述)なので、通知と権利行使の間隔は短いもので足りる。(堂島有志)
- 債務者の所在不明等、通知を不要としても債務者に格別不利益に生じない場合を除き、原則として事前の通知を要するが、事前通知することによって被代位権利について毀滅行為が行なわれるおそれがあるときは、事後遅滞なく行なう通知で足りると考えられる。代位行使は、被代位権利の処分を制限するものである以上、債務者に対する通知なくしてかかる効果を生じさせることは、適当ではない。(札幌弁)
- 債務者への通知の義務づけを行う方向については賛成するが、債務者が行方不明の場合、緊急性のある場合、密行性が要請される場合(債務者が第三債務者と通謀して財産隠匿をする危険がある)など不都合もあるので、限定的に認める方向で検討すべきである。通知の時期や通知義務違反の効果についても検討すべきである。(東弁)
- 債権者による所有権移転登記・抵当権設定登記・抵当権抹消登記など登記請求権の行使が行われたとしても、そのことが債務者の財産管理権への不当な介入がなされたことにはならないので登記請求権の行使を行う場合には、事前通知ではなく事後通知とすることで足りるとする方向で更に検討してはどうか。(司法書士)
- 債権者代位権を行使するための要件として債務者への通知を要求することにも合理性はあるが、債務者が行方不明の場合に通知を公示する必要が生じ、手続の簡便性が損なわれてしまうことを危惧する。(弁護士)
- 検討することに異論はなかったが、通知の時期や通知義務に例外を設けると、

例外に当たるのか否かの判断間違いにより、代位権行使の効力が後で覆るおそれがあり、法律関係が不安定になることや、例外に該当するか否かを巡る紛争により、訴訟が長期化することを危惧する意見があった。(最高裁)

- 通知は(可能なら)すべきだが、「事前」とすべきではない。また、訴訟上の代位権行使の場合には、債務者に訴訟告知するとされるなら、通知を不要としてよいのではないか。通知を要求する趣旨として、債務者自身による被代位債権の行使の機会を確保することとする点については、仮に通知に処分禁止効を与えるのであれば不整合となり、同趣旨を支持すべきかは検討を要する。事前の通知は、代位権行使の実効性を減殺するおそれが高く、実務家として抵抗が強いところである。通知は、代位債権者の選択により、事前でも事後でもよいとすることも考えられる。(横浜弁)
- 不動産登記申請権及び登記請求権の代位行使の場合には、債務者への「事前通知」は要しないとすべきである。強制執行の準備として不動産登記申請権の代位行使をする場合、債務者への事前通知を行使要件とすると、執行の機動性を欠くことになる上、事前通知を契機として債務者から妨害を受けるおそれがある。さらに債務者の行方不明や通知の受領拒否の場合、登記申請を行う代位債権者に過度の負担を与えることになる。また、不動産が転々譲渡された場合等における登記請求権の代位行使の場合、訴訟等で転々譲渡された実体関係が確定していることを前提として行うのが通常であるから、登記の時点で債務者へ事前通知する意味は乏しい。なお現在の実務では、債権者代位により登記が実行された場合、完了後に登記所から債務者へ通知がされる扱いである(不動産登記規則第183条1項2号)。(青司協)
- 債権者代位権を行使することの要件として「債務者への通知」を設定することは反対である。債権者代位権行使を事前に債務者に通知するとすれば、債務者と第三債務者との間においてその財産を隠蔽されてしまう等の弊害は容易に予想されるものである。債権者代位権の行使が、第三債務者から債務者に対して履行されることを想定し債務者の財産を保全するだけの効果しかない場合においては、債務者にとって不利益はないのであるから、債務者への通知について配慮する必要性は少ない。これに対して、債権者が第三債務者に対して直接給付を求めて債権者代位権を行使する場合は、利害関係を最も有している債務者に対して手続き関与の機会を補償する必要がある。代位債権者への直接給付を求めるための要件として、債務者に通知し、債務者の処分権を喪失させておかなければならないという制度として組み立てることが妥当である。(広島弁)
- 債務者に対する通知を義務付けること自体には反対しない。ただし、事前の

通知を義務的とすることには反対である。また、債権者代位訴訟を提起の上訴告知を経ている場合には、事後の通知を重ねて要求することまでは不要とすべきである。事前の通知を受領した債務者による債権放棄等の財産隠匿又は毀損行為を誘発する危険性が高い。もっとも、債権者代位権行使の事実を債務者が何ら知らないままとなる事態が生ずることは相当ではなく、事後の通知は必要とすべきである。なお、債権者代位訴訟が提起され、訴訟告知がなされているのであれば、重ねて事後の通知を要求する必要はない。通知義務違反の効果については、通知を懈怠したことにより債務者に生じた損害の賠償義務を認めることにとどめるべきであり、債権者代位権の行使自体を無効とするべきではない。代位債権者が債務者に対する事後通知を怠ったからといって、債権者代位権行使に応じ弁済した第三債務者に再度の弁済の労をとらせることは相当ではない。(法友全期)

- 自己の債権を保全するために必要があるときに認められるものであるから、通知が必要とは思えない。(個人)
- 異論多く、あえて取り組むべきではない。(弁護士)
- 債権者代位権を行使するための要件として、債務者への通知は不要である。債権者代位権の行使要件として債務者への通知を要求すると、財産隠匿のおそれなど債権者代位権の円滑な行使が阻害される可能性が生じる。(サービサー協会)
- 債権者代位を行使するための要件として、債務者への通知を要求することには反対である。預金保険機構及び株式会社整理回収機構(以下「RCC」という。)は、財産隠匿行為を行っている反社会的勢力等の悪質債権者からの回収に当たり、債権者代位権を活用しているが、債務者への通知を債権者代位権の行使要件とすることは、こうした預金保険機構・RCCによる回収業務を阻害することになるため、反対である。(預保)
- 債務者への通知を一律に要求することには反対である。債務者への通知の効果との関係を含めて慎重に検討する必要がある。(兵庫県弁)
- 債務者への通知を債権者代位権行使の要件とすべきではない。債権者代位制度は、債務者に帰属する権利を無資力の債務者が行使しないため、債権者が債務者に代わって権利行使する制度であり、権利行使しない債務者が非難されるべきである。(福岡弁)
- 登記申請権の代位行使については、債務者への通知を要件としないとする方向で検討すべきである。登記申請権の代位行使により実行される登記は、もともと実現されてしかるべき登記であり、債務者に格別な不利益を与えるものではなく、また、実務においては、代位原因証明情報の審査を通じて、保全の必

要性に対する一定の配慮がされていると考えられることから、登記の申請を契機として債務者に被保全債権の存否等について争う機会を与える必要はないと考える。また、債務者自身による被代位権利の行使の機会を確保するという点については、通知を受けた債務者のとるべき選択肢としては、自ら登記を申請するか、しないかのいずれかであると考えられる。しかし、通知を受けた債務者が自ら登記を申請することは、(手続の手間、費用の負担が増えるだけで)何らメリットがなく、期待できないと考える。なお、現行の不動産登記制度の実務においては、登記官は、登記申請権の代位行使に基づく登記を完了した場合には、債務者に対し、登記が完了した旨を通知しなければならないことになっている(不動産登記規則第183条第1項第2号)。(日司連)

- 保全行為には緊急性、密行性が要求される場所、債務者が行方不明の場合や債務者が通知を受けて資産を隠匿する場合などを懸念して、通知義務付けに反対する意見や通知義務付けの要件について慎重に検討すべきものとする意見が多かった。また、事前通知については、密行性の観点から、特に慎重に検討すべきものとする意見が多かった。なお、実務上、第三債務者が裁判外で債務者の意思確認なしに債権者代位権の行使に任意に応じるケースは極めて稀であるとし、裁判外での債権者代位権行使について通知義務を課すことに理解を示す意見もあった。(日弁連)
- 債務者への通知を要求することについては、反対である。債務者の地位に配慮する必要があると思われるが、手続きの簡便さを損なうことや密行性が要請される場合についての検討をすべきである。(仙台弁)

(3) 債務者への通知の効果

判例は、代位債権者の権利行使について通知を受けた債務者は、もはや独自の訴えの提起はできず、また権利の処分もできないとしているが、裁判外の通知によって債務者の処分権限が制限されることに対しては、債務者や第三債務者の地位が不安定になるなどの指摘があることから、債務者への通知によって債務者の処分権の制限が生ずることはないとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 5(2)(関連論点)[24頁]】

【意見】

- 通知の効果について、通知がなされたときは、債務者の被代位権利に対する処分が制限されるとすべきである。通知がなされた場合、債務者による財産の隠匿回避のために、処分権の制限は必要である。(札幌弁)

- 債務者への通知によって、債務者の処分効の制限がされることに賛成である。ただし、通知を受けた債務者から、同通知に対する異議申立の制度をつくり、債務者の処分効の回復手続きの規定を作ることが妥当と思われる。具体的には、債権者代位権行使について債権者から債務者に対して通知をすることによって債務者は当該債権の処分権限を失い、債権者は第三債務者に対して自らに対して履行を求めることができるが、債務者が一定期間内に異議を述べた時は債権者がさらに一定期間内に債務者を相手とする訴訟を提起（つまり、第三債務者を被告とした債権者代位訴訟のみならず、債務者を被告とした訴訟提起も必要となる）しなければ債務者に対する処分制限効は消滅し債務者の処分権は復活するという制度は如何であろうか。債務者が、債権者からの通知に対して異議を述べなければ、債権者から直接給付を求められた第三債務者は債務者に対して通知を受けているか聞き、通知を受けていないときは、第三債務者は債務者に対して支払っても良いことになる。債務者が、債権者からの通知に対して異議を述べたときは、債権者は債務者及び第三債務者を相手に訴訟提起することになる。（広島弁）
- 債務者への通知がなされた場合には、被代位債権について債務者の処分権制限が生ずるものとするべきである。債務者に対する事前通知を義務付けるべきではないが、通知をなした場合には、債権者代位権の実効性を確保するため、債務者による処分を制限するのが相当であり、判例の考え方によるべきである。債務者は債権者代位権を行使されるような状況にある以上、その管理処分権が制限されることは甘受すべきである。（法友全期）
- 債権者の債務者への通知（又は債務者の了知）に処分制限効を認める旨の明文の規定を設けるべきである。代位債権者は、債務者に代わって権利を行使するのであるから、理論的には、債務者自らが権利行使する場合と代位債権者が行使する場合とで行使の結果に相違はないはずであり、代位権が行使された以上は、債務者自身の権利行使を認める必要性は本来的にはない。ただ、債権者代位権が行使される際に、代位債権者から債務者に対する通知は要件とされていないので、債務者が債権者代位権の権利行使を知らずに自ら権利行使する事態も想定される。また、代位行使の対象となされている権利を第三者に譲渡するおそれもある。このような二重の権利行使を避けるため、代位債権者から債務者へ通知した以降は債務者の権利行使が制限される、と考えるべきである（非訟事件手続法 76 条 2 項類推）。（福岡弁）
- 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。なお、債務者へ通知した場合には、無資力要件が緩和されるなどの配慮を行うことは検討に値するのではないか。債務者へ通知

したにもかかわらず、債務者の処分権が制限されないとすると、財産を隠匿されてしまう可能性が否定できない。他方、債務者の処分権が一律に制限されることも行き過ぎの感が否めない。ただ、代位債権者が、債務者へ通知した場合には、一定の優遇をする、具体的には、無資力要件を緩和するなどの配慮を行うことは検討に値するのではないか。(兵庫県弁)

- 債務者への通知によっては、債務者の処分権の制限は生じないものとするべきである。(大阪弁)
- 債務者への通知によっても、債務者の処分権限の制限が生ずることはないとするには、反対である。仮に通知義務を規定する場合、債務者への通知によって債務者の処分権限を制限できないとすると、債務者による悪意の代位権の行使妨害(被代位権利の譲渡など)も想定され、債権回収に支障が生じる可能性がある。(サービサー協会)
- 債務者が債権者から代位権行使の通知を受けるか、または債権者の代位権行使を了知したときは、債務者独自の権利行使・処分はできないものとされているが(大判昭和14年5月6日)、債務者が債権者の代位権行使を知ったとしても、訴訟外での行使の場合には、債務者にそれを争う不服申立ての方法が用意されていない。したがって、通知や了知によって債務者の権利行使を遮断すべきではないと思われる。通知等による債務者の権利行使を制限するのであれば、同時に債務者に対する不服申立手段の確保についても検討すべきである。(日大民研・商研)
- 債権者代位権が裁判上行使され、債務者がその旨の通知を受けた場合に限り、債務者による処分権の制限が生じるものとするべきであり、またそのような場合には、債務者による訴訟参加を可能とする制度も併せ検討すべきである。単なる裁判外の通知のみにより債務者の処分権を制限するのは明らかに不当と思われるが、債権者代位権が裁判上行使された場合には、判決の競合や矛盾を防止する観点から債務者による処分権の制限を認める必要がある。(弁護士)
- 裁判外の代位行使の通知によって債務者の処分権限は制限されないこととするべきである。代位訴訟の提起について訴訟告知を受けた場合には、債務者が別訴を提起することはできないこととするべきである。単なる裁判外の代位行使の通知によって、債務者による権利行使や第三債務者の履行に実体法上の制限が及ぶことにすると、債務者や第三債務者の地位を著しく不安定にし、行き過ぎである。(堂島有志)
- 債務者への通知によって債務者の処分権の制限が生ずることはないという方向で検討すべきである。司法判断を経ない通知に処分禁止効を与えることには疑問があり、債務者への通知によって債務者の処分権の制限が生ずることは

ないという方向で検討すべきである。(二弁)

- 債務者の処分権の制限が生じないという方向で検討すべきである。裁判外の通知に強い効果を認めると、債務者の地位が不安定となるし、第三債務者への影響も大きいので、債務者に自由な処分を許すことについての弊害については保全手続きなどで対応すべきである。(仙台弁)
- 裁判外の通知に、処分禁止効をもたせるべきではない。被保全債権の存否等について争いの余地があっても、債権者が、裁判外で通知しただけで、重大な効果が生ずることになると、濫用が危惧される。裁判外の通知と、裁判段階の通知もしくは訴訟告知とでは、かかる手間の違いから濫用のおそれの程度に大きな差異があり、効果に差異があっても不合理ではない。通知の処分制限効を否定すると、現行判例(大判昭14.5.16)における通知の効果を後退させることになるが、立法論として同判例を採用すべき正当性があるかは疑問である。実際、通知にそれほどの効力があることを前提に実務が運用されているとは思われない。もし処分制限効を与えるのであれば、その違反の効果はどう設定するかも十分検討されるべきである。(横浜弁)
- 裁判外の通知によって債務者の処分権が制限されることは不当である。(愛知県弁)
- 債務者の処分権制限は、財産の隠匿回避のために必要であるという意見があったが、他方で、濫用が危惧されるとして処分権制限に反対する意見もあった。また、債権者代位制度を、民事執行・保全制度の補完制度に位置付ける立場から、債務者の処分制限効、第三者弁済禁止効は、執行・保全制度により実現すべきであるとして、債権者代位権としては、債務者の処分権を制限すべきでないとする意見もあった。(日弁連)
- 債務者への通知によって債務者の処分権の制限は生じないとするべきである。裁判上の行使は格別、代位権者が裁判外で通知するだけで処分権が制限されるのは妥当でない。(東弁)
- 単なる通知によって処分禁止効が生じるということには絶対的に反対である。(弁護士)

(4) 善良な管理者の注意義務

代位債権者は債権者代位権の行使に当たって債務者に対し善良な管理者の注意義務を負うものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 5(3) [24頁]】

【意見】

- 代位債権者が債務者に対して債権者代位権行使につき善良な管理者としての注意義務を負担することには反対しない。代位債権者は他人である債務者の権利を代わって行使するものであり、債務者との関係で一定程度の注意義務を負担すべきことはやむをえない。(法友全期)
- 他人の権利(被代位権利)を行使し、場合によっては直接給付を受けることができる以上、受任者が負うのと同様の高度の注意義務を負わせるべきである。(堂島有志)
- 善良な管理者の注意義務を負うことについて、賛成する。他人である債務者の権利を行使するので、善良な管理者の注意義務を負うべきである。法的根拠については更に検討すべきである。(仙台弁)
- 代位債権者は債権者代位の行使に当たって、他人の権利を行使する以上、債務者に対して善管注意義務を負う旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 債権者代位権を行使する債権者は、一般責任財産保全型であれ、転用型であれ、債務者の権利を代位行使するものであるから、代位債権者が善管注意義務を負うべきである。(二弁)
- 債務者(委任者)に対する、受任者としての善管注意義務と明示されるなら、明文化されることに特段反対しない。代位債権者への直接給付を正当化する根拠としての必要性は理解できるものの、有償で管財業務にあたる破産管財人が債権者らに対して負う責任のような重いものになるのは違和感がある。不履行をしている債務者に対する義務として設定される善管注意義務と、他債権者に対する義務として設定される善管注意義務とでは、同じ「善管注意義務」でも、その具体的内容について差異があると考えられるので、善管注意義務を負う相手を明示すべきである。(横浜弁)
- 代位債権者は他人である債務者の権利を代位行使するのであるから債務者に対し善良な管理者の注意義務を負うのが合理的である。(愛知県弁)
- 債務者による処分権の制限を認める等の効果に鑑みれば、代位債権者に善管注意義務を課すべきといえる。(札幌弁)
- 検討することに賛成である。(弁護士)
- 判例(大判昭和15年3月15日)は、代位債権者が債権者代位権の行使に当たって、善良な管理者の注意義務を負うものとしている。その法律構成については、債務者と代位債権者との関係を一種の法定委任関係であるとする見解が多数であるが、債務者と代位債権者の関係を事務管理としてとらえる見解もある。これらの見解をふまえて、代位債権者が善管注意義務を負うことを明らかにする方向で更に検討すべきである。なお、代位債権者は善管注意義務の他

に、忠実義務も負うべきであるとの意見もあった。(日大民研・商研)

- 代位債権者は他人である債務者の権利を代位行使するのであるから、債務者との関係で善管注意義務を負うが、明文化の必要性には疑問がある。(弁護士)
- 検討することに異論はなかったが、事例の集積がないところ、条文を明記すれば、それを根拠に裁判において様々な主張がされることが想定されるので、どのような場合に義務違反の問題が生じ、違反によってどのような効果が生じるのかを明らかにして、実務に混乱がないように配慮されたいとの意見があった。(最高裁)
- 具体的にどのような場合にどのような責任を負うものとなるのか問題点を明らかにした上で、慎重に検討すべきである。代位債権者は自己のために権利行使をしているのであり、敢えて債務者に対し善管注意義務を負わせるべき理由がいまいち理解できない。債権者代位権による事実上の優先弁済機能を認めず、代位債権者に破産管財人のような役割を担わせる制度設計を考えるのであればともかく、事実上の優先弁済機能を認めている現状を概ね維持するのであれば、このような規定は不要ではないか。(弁護士)
- 代位債権者に善管注意義務を課すことについては、代位債権者に過大な負担を迫らせる可能性があることに留意しつつ慎重に検討すべきである。代位債権者と債務者との間には緊張関係があることが多く、善管注意義務の根拠となる委任類似の関係があるとは言い難い。債務者に対する善管注意義務を負わせると、代位した債権の行使方法の如何によっては、無資力に陥っており、かつ、本来の債務の履行ができない債務者の側から、損害賠償の請求がなされうるなど、代位債権者に過大な負担を負わせる可能性がある。(東弁)
- 慎重に検討すべきである。(兵庫県弁)
- 代位債権者が債権者代位権の行使にあたって一般的に善管注意義務を負うものとは考えられず、一般的なかたちでの明文化には慎重な検討を要する。(大阪弁)
- 何も権利行使していない債権者との関係で善良な管理者の注意義務を認めることには反対である。債権者代位権制度は、破産管財人による財産保全及び財産管理という重い手続きではなく、個々の債権者の債権の効果として、債権の実現に向けて行使することを期待している制度である。債権者代位権を行使する債権者に対して、破産管財人と同様に他の債権者との関係で善管注意義務を課すことは、現実に債権者代位権を行使することができない制度とすることに等しいものであり妥当でない。(広島弁)
- 代位債権者について債務者に対する善管注意義務を課すことに賛成する意見が強かったが、債権者代位訴訟が担当者のための法定訴訟担当と理解されて

いることとの関係の整理の必要性を指摘する意見や、代位債権者を萎縮させ使いにくい制度となることに対する懸念から消極的な意見も見られた。(日弁連)

- 債権者代位権は、物品の管理ではなく、権利の行使についての規定である。権利の行使について、善良なる管理者の注意義務、ということが発想すること自体、まったく意味不明で、理解できない。(個人)

(5) 費用償還請求権

代位債権者は、債権者代位権の行使のために必要な費用を支出した場合には、債務者に対してその費用の償還を請求できるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮にこの費用償還請求権を条文上も明らかにする場合には、これについて共益費用に関する一般の先取特権が付与されることを条文上も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7-2第1, 5(4) [25頁]】

【意見】

- 費用償還請求権を明文化し、これについて一般先取特権を認めることに賛成する。(大阪弁)
- 費用償還請求を明文化し、かつ共益費用に関する一般の先取特権を認めることに賛成。(堂島有志)
- 本来型について費用償還請求を可能とする方向で検討することに賛成である。共益費用に関する一般の先取特権が付与されることを条文上明らかにすることについては、総債権者の利益になる場合に限定する形式で定めるのであれば賛成である。本来型の趣旨である責任財産の保全という意味では、総債権者の利益のためといえるので、費用償還は認めてよいと思われる。ただし、転用型は必ずしも総債権者の利益のためになるわけではないので、共益費用に関する一般の先取特権の付与が適切な範囲になるよう、要件を慎重に検討すべきである。(仙台弁)
- 代位債権者に費用償還請求権を付与し、この費用償還請求権については共益費用に関する一般先取特権が付与される旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 責任財産の保全のために必要な費用であり、償還請求権を認めることが望ましい。共益費用に関する一般先取特権が付与されることを明文化することは、分かりやすい民法の実現に資する。(愛知県弁)
- 代位債権者に善管注意義務を課す以上、費用償還請求権を認めるべきである

し、これに一般先取特権を付与することが妥当である。(札幌弁)

- 特に異論はない。(二弁)
- 費用償還請求権の明文化及び共益費用に関する一般先取特権の付与の明文化に、特段異議はない。(横浜弁)
- 代位債権者の費用償還請求権は、代位債権者の善管注意義務の法律構成に関わることから、代位債権者の善管注意義務と合わせて検討するのが望ましい。なお、費用償還請求権についての一般先取特権の付与については、代位債権者が債権者代位権行使のために支出した費用が共益性を有するか否かに左右され、本来型の債権者代位権の存在意義についての考え方にも関わるから、その点について更に検討する必要があると思われる。(日大民研・商研)
- 費用償還請求権を認めること及び一般先取特権付与には、一定の限定を付す方向で更に検討すべきである。(東弁)
- 善管注意義務が認められるなら当然であるなどとして、費用償還請求権の明文化に賛成する意見が強かった。もっとも、債務者と代位債権者との法律関係に基づき解釈上認められれば十分であるとして反対する意見もあった。費用償還請求権が認められる場合に、これに一般の先取特権を付与することには異論がなかった。(日弁連)
- 事実上の優先弁済を否定するのであれば、費用償還請求権を認め、事実上の優先弁済を肯定するのであれば、費用償還請求権を認めないのが整合的である。(兵庫県弁)
- 債権回収機能を否定あるいは制限するのであれば、代位債権者が事実上の優先弁済を受けたか否か、破産手続に移行したか否か、といった状況に応じて費用償還請求権を認めるかどうかを検討すべきである。債権者代位権において債権回収機能を否定(または相殺禁止期間の設定により結果的に否定された場合も含む)するのであれば、個別の債権者代位権の行使は全債権者の債権回収の担保となる責任財産の保全(回復)という性質を有するものとなる。そのために要した費用を代位債権者の負担とすべきではなく債務者あるいは回収した逸出財産から最優先で費用償還請求権による回収を認めるべきである。この費用には訴訟費用にとどまらず、そのための弁護士費用もまた費用償還請求権の対象とすべきである。また、債権者代位訴訟提起後破産手続が開始され、破産管財人が同訴訟を受継した場合なども、それまでに要した費用は全債権者の責任財産の保全に寄与するものであるから、費用償還請求権の対象になることを認めるべきである。一方で、債権者代位権行使により、相殺禁止期間中も他の債権者からの権利行使もなく代位債権者が事実上の優先弁済を受けたときは、全債権者の責任財産保全に繋がるものではないから、費用償還請求権を肯定す

る必要はない。(広島弁)

- 費用償還請求権については、請求できる範囲が不明確であるとの意見、債権者代位権の行使によって債務者自身が経済的利益を受けられるわけではないため、費用償還請求を認めることの衡平さを検討する必要があるのではないかとする意見があった。先取特権を付与することについては、その対象となっているかどうかは、執行手続において判断することが多いと思われるところ、その範囲が一義的に明確でなければ、執行手続において先取特権が存在することを判断することは非常に困難であり、執行機関を権利判定機関から分離し、執行手続に専念させることにした趣旨に反し、執行手続の迅速な進行を妨げることになるとして、反対する意見があった。(最高裁)
- 費用償還請求権を認めることには反対する。事実上の優先弁済機能を維持することを前提とした場合、債権者代位権を行使するための費用は、要するに債権回収費用の一環であるに過ぎず、このような請求を認めることは、金銭債権について利息超過損害の賠償請求を認めることにつながりかねない。(弁護士)
- 代位債権者の債務者に対する費用償還請求について、条文をもって明らかにする必要はない。費用償還請求権及びこれを肯定する場合の先取特権の付与は、代位債権者が総債権者のために被代位債権を行使する限度にとどめ、事実上の債権回収機能を否定することを前提にしているものと思われる。債権者代位における債権回収機能を肯定する以上、個別の債権回収における費用の負担の問題として考えれば足り、あえて、費用償還及びこれに関し優先権を設定するような明文規定を置く必要はない。(法友全期)
- 費用償還請求権を認める必要はない。(弁護士)
- 債権者代位権は、物品の管理ではなく、権利の行使についての規定である。権利の行使について、費用償還、ということを発想すること自体、まったく意味不明で、理解できない。(個人)

6 第三債務者の地位

【意見】

- 抗弁の対抗など、判例上確立しているものは可能な限り明文化するのが望ましく、見解の対立がある争点については、一定の立場に立って明文化するのがそもそも妥当なのか、十分に検討する必要がある。(親和会)

(1) 抗弁の対抗

判例・通説は、第三債務者が債務者に対して有している抗弁を代位債権者に対

しても主張することができるとしている。そこで、これを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

また、第三債務者が代位債権者自身に対して有する固有の抗弁を主張することの可否については、これを条文上も明らかにするかどうかも含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 6(1) [26頁], 同(関連論点) [27頁]】

【意見】

- 第三債務者が債務者に対して有している抗弁を代位債権者に主張できる旨明文化することにつき賛成する。第三債務者が代位債権者に対して有する抗弁を主張できる旨明文化することにつき賛成する。(大阪弁)
- 第三債務者が債務者に対して有する抗弁を主張できることは当然であり条文に明記することに異議はない。第三債務者が代位債権者自身に対して有する固有の抗弁を主張することの可否について、結論は留保するが、検討することに賛成である。(弁護士)
- いずれも賛成する。代位債権者による権利行使が行われた場合であっても、これに対する第三債務者の主張が制限される謂れはなく、この点に関し判例及び学説上も争いはないため、確認的に明文の規定を置いても特に実害はないと思われる。(弁護士)
- 第三債務者が債務者に対し有する抗弁を、代位債権者に主張することにつき条文上明らかにすることに賛成である。第三債務者が、代位債権者による債権の代位行使という自らの関知しない事情により、債務者に対し主張することができた抗弁を対抗できなくなるという不利な立場に置かれるべきではない。また、判例、通説も認めているところであって、特段不合理な点はない。第三債務者が代位債権者に対し有する固有抗弁主張を認め、かつ、これを明文化する方向で検討することに賛成である。代位債権者への直接給付を原則として認め、これが実質的には代位債権者が第三債務者に対する直接請求となることからすれば、この場合、第三債務者が代位債権者に対し有する抗弁を主張し得ることには合理性がある。また、これを明文化することについては、明確性の観点から妥当である。(法友全期)
- 第三債務者が債務者に有している抗弁を代位債権者に対しても主張することができることを、条文上も明らかにすることについて特段異議はない。第三債務者が代位債権者自身に対して有する固有の抗弁を主張することの可否の明文化についても特段異議はない。第三債務者からは相殺可能となつて、責任財産保全の趣旨が貫徹されないものの、代位債権者への直接給付を認める以上

は、これを認めるべきである。(横浜弁)

- いずれも賛成する。いずれも一般的な理解に沿うものであり、分かりやすい民法の実現に資する。(札幌弁)
- 第三債務者が債務者に対して有している抗弁を代位債権者に対しても主張できるとすることに賛成する。第三債務者は、債権者代位権行使によって不利益な立場におかれる理由はなく、第三債務者が債務者に対して有している抗弁権を主張できることは当然である。第三債務者が代位債権者に対して有している固有の抗弁を主張することができることに賛成する。(広島弁)
- 第三債務者が債務者に対して有している抗弁を代位債権者に対しても主張できるとすることに賛成する。第三債務者が代位債権者に対して有している固有の抗弁を主張することができることに賛成する。(日弁連)
- あえて規定を設けるか否かは別として、第三債務者が代位債権者自身に対して有する固有の抗弁を主張することの可否については、これを許容する見解もあることから、この点について更に検討するのが望ましい。(日大民研・商研)
- 第三債務者が債務者に対して有している抗弁を代位債権者に対しても主張することができることを条文上明らかにする方向で検討することに賛成する。判例法理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。第三債務者が代位債権者自身に対して有する固有の抗弁を主張することの可否については、これを条文上も明らかにするかどうかも含めて検討することに賛成する。転用型については、固有の抗弁を主張することを認める必要があり得る。(愛知県弁)
- 第三債務者が債務者に対して有している抗弁を、代位債権者に対しても主張できる方向で検討すべきである。第三債務者の固有の抗弁を主張することができる方向で検討すべきである。(東弁)
- 第三債務者の債務者に対する抗弁を代位債権者に対して主張できると明文化することについては賛成する。確立した判例法理の明文化という意味で明記すべきである。第三債務者が代位債権者に対する抗弁を主張できることについては、明文化に反対する。本来型について執行準備のための責任財産保全の制度に純化させる立場に立つことから、代位債権者に対する抗弁の主張は相当でない。転用型の場合、直接請求権的なものについては認めてよいが、そうでない場合には認めるべきでない。新たに生成する権利の受け皿という意味では多様なものが生じ得るので、規定として、主張できる・できないと明記するのは相当でなく、解釈に委ねるべきである。(堂島有志)
- 第三債務者が債務者に対して有している抗弁を代位債権者に対して主張できることを明文化する方向に賛成する。第三債務者が代位債権者自身に対して

有する固有の抗弁を主張することができるとする見解に反対する。判例の考え通りの明文化である。(仙台弁)

- 前段部分は、賛成であるが、後段部分は、消極的な方向で検討すべきである。後段部分について、第三債務者が代位債権者自身に対して有する固有の抗弁が認められるというのは、特に事実上の優先弁済を認めない場合には、整合性が保てない。(兵庫県弁)
- 第三債務者が債務者に対して有する抗弁を代位債権者に対して主張することができるという考え方に異論はないが、債権者代位権制度が債務者の権利を行使するものであることから明白であり、あえて明文化する必要はない。第三債務者が代位債権者に対して有する抗弁を主張することができない旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 判例・通説に合致するものであり、債務者に対する抗弁の対抗を明文化することに賛成である。第三債務者が代位債権者自身に対して有する固有の抗弁は、被代位債権とは関連しないものであり、債権者代位の機能の点にも関連するものであるから、慎重に検討すべきである。(二弁)
- 現行の債権者代位訴訟の構造を前提とすると、被代位債権と代位適格を基礎付ける代位債権は別個であって、第三債務者と代位債権者の権利義務関係は関係しないのではないかと、固有の抗弁を主張できるとすることについては、そもそも債権者代位訴訟の構造と整合するか疑問である上、当該抗弁が相殺の抗弁など法律関係を形成するようなものである場合には、その抗弁の主張にいかなる効果を付与するかによって、実体法上、無用の混乱を招く危険がある上、その抗弁が認められて敗訴となった場合の既判力についても問題が生じるとの意見が多かった。(最高裁)
- 債権者は債務者に代位して権利を行使するのであるから、抗弁できるのは当然である。改定の必要はない。代位ということは、抗弁だけでなく、さまざまな場面で前提となるから、抗弁のみについて規定を置くことはかえって誤解を招くおそれがある。(個人)

(2) 供託原因の拡張

被代位権利の目的物を引き渡す義務を負う第三債務者の負担を軽減する観点から、訴訟外で債権者代位権が行使された場合などの一定の場合にも供託が可能となるように、その供託原因を拡張するかどうかについて、代位債権者や債務者の利益にも配慮しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 6(2) [27頁]】

【意見】

- 供託原因の拡張について賛成する。また、その際には、正当な債権者代位権行使の場合のみならず、単に自称代位債権者から請求があった場合や、複数の債権者から代位行使による請求を受けた場合にも第三債務者の判断で供託が選択できるよう制度設計すべきである。正当な代位権が行使される場面のみに限ったのでは、第三債務者の負担軽減策としては機能しないため、単に請求があったことのみをもって供託という選択肢を選べるようにしていただきたい。(損保協会)
- 賛成である。(兵庫県弁、弁護士)
- 供託原因の拡張については賛成する。第三債務者保護の方策として、現実に機能するように要件設定の在り方など慎重に検討すべきである。(仙台弁)
- 第三債務者保護の観点から、訴訟外で債権者代位権が行使された場合には、供託を認めるべきである。そもそも第三債務者と代位債権者とは直接の債権債務関係にないのであるから、代位債権者側の理由で第三債務者に過重な負担を負わせるべきではない。債権の強制執行の場合に第三債務者には供託が認められるが、比較して考えても債権者代位権行使の場面で供託を認めてもよい。仮に供託された場合、代位債権者が還付請求を受けるには、債務者の承諾書または確定判決等の還付を受ける権利を有することを証する書面が必要であり、簡単に優先弁済を受けられないことになるが、もとより供託されており債権は保全されているから、その程度の負担は代位債権者としても受忍すべきである。また、供託関連法規を整備することにより、債権者代位を供託原因として供託した場合には、代位債権者を証する何らかの書面を提示して払い渡しができる様にする等の簡易な払い渡し手続きを設けることにより、前記代位債権者の負担は軽減され得る。(青司協)
- 供託原因の拡張に賛成する。第三債務者の保護の見地より権利者を債権者又は債務者とする弁済供託を許容してもよいと考える。これに対して債権者(と称する者)の通知だけをもって供託を認めるのは債務者に不利益であるとの指摘もあるが、通知による処分権限の制限を認める以上供託を認めても新たな不利益は債務者に生じないと考える。(札幌弁)
- 供託原因を拡張することには賛成する。なお、供託原因を拡張することは、第三債務者の保護の見地より検討すべきであるが、その場合には、債権者代位訴訟により代位債権者への直接給付を認める判決が出されたときは供託金の還付請求できることも認められる必要がある。(広島弁)
- 第三債務者の地位の安定化を図るために供託原因を拡張すべきものとする意見が強かった。もっとも、単に代位請求があれば供託できるというのは行き過ぎであるという意見や、債務者の処分制限効、第三債務者の弁済禁止効を認

めない前提では、第三債務者は債務者へ弁済が可能であるし、要件を満たせば弁済供託も可能であるから、供託原因を拡張する必要はないという意見もあった。(日弁連)

- 訴訟外で債権者代位権が行使された場合に、第三債務者が供託できる旨の明文の規定を設けるべきである。債権者代位制度が債務者の責任財産の保全にあるとすれば、代位債権者が第三債務者に対して権利行使した場合に、第三債務者が供託することは望ましい事態と思われる。(福岡弁)
- 第三債務者の供託は広く認めるべきである。正当な代位権行使の場合に限るとするのは、第三債務者に判断リスクを負わせることになり、不適当である。第三債務者に確実な免責を得うる履行方法を確知させる要請は大きい。他方で、代位債権者に不履行をしている債務者の保護の要請はさほど強いとは言えないが、単に代位債権者(と称する者)からの請求があったとの一事をもって供託を認めるとすれば、債務者にとって不当な不利益となるおそれがあるため、債務者からも代位債権者に対して代位行使の不当性を争って、供託金還付請求を受けられる方策を設定すべきではないか。(横浜弁)
- 特に異論はない。第三債務者は、被保全債権の有無等を判断するための情報を持っておらず、第三債務者の負担を軽減する観点から、一定の場合に供託を認める必要性はある。他方、代位債権者からの請求があったことのみをもって供託を認めるとすると、債務者に不利益を負わせることとなるため、正当な債権者代位権の行使であると信ずべき合理的な理由があるときには供託をすることができる等、代位債権者や債務者の利益に配慮しつつ、更に検討すべきである。(二弁)
- 供託原因を拡張する方向性には賛成するが、具体的な供託原因については、単に代位請求があれば供託できるというのは行き過ぎであるとの意見もあり、過度に広くならないよう更に検討すべきである。(東弁)
- 代位債権者と名乗る者からの請求があったことのみをもって供託を認めることになれば、債務者に不当な不利益を負わせることになるが、明文化の必要性には疑問がある。(弁護士)
- 訴訟外で代位権行使をされた場合、複数の代位債権者から請求を受けた場合に第三債務者が供託をできることを明記すべきである。不安定な地位に置かれる第三債務者の負担を軽減するため。(堂島有志)
- 供託原因を拡張することは、第三債務者の負担軽減につながるが、債権者代位権行使の要件を満たすかどうかを問わず、代位債権者からの請求を受けることのみで供託を認めることは、債務者に不当な不利益を負わせることになりかねないとの指摘があり、また裁判外で債権者代位権が行使された場合に第三債

債務者の債務者に対する弁済が禁止されないとの立場に立てば、第三債務者は債務者に弁済すればよいのであるから、そのような供託を認めることの必要性については、の債務者による処分の制限の問題と合わせて検討する必要がある。

(日大民研・商研)

- 検討することに異論はなかったが、代位債権者が正当な権利者であるかどうか不明であるときは、第三債務者は債権者に弁済をすればよいことからすると、供託原因を拡張する必要性については、慎重に検討する必要があるとの意見があった。(最高裁)
- 債権者代位権が行使された場合にも供託が可能となるように供託原因を拡張すべきであるが、その具体的範囲についてはなお検討が必要である。現行法では、代位債権者が現れたというだけでは供託原因にならないことから、第三債務者保護の観点から供託原因の拡張は必要と考えられる。ただし、代位債権者と名乗る者からの請求があったことのみをもって供託を認めるのは行き過ぎとも考えられるため、債権者代位訴訟が提起され、紛争の状況に照らし受訴裁判所が相当と認めた場合にのみ供託を認めるものとするなど、その具体的範囲についてはなお慎重な検討が必要である。(弁護士)
- 供託原因を拡張することについて、更に検討すべきである。供託を認めた場合、代位債権者が供託還付を受けるためには、被保全債権及び被代位債権のいずれもが訴訟により確定しなければならないが、その一方で、処分制限、特に弁済制限がされた場合は、債務から逃れられない)の負担軽減という利点もある。(法友全期)
- 供託原因を拡張するかどうかについて検討することに反対する。代位債権者と名乗る者からの請求があったことのみをもって供託を認めることになれば、債務者に不当な不利益を負わせることになる。(愛知県弁)
- 供託原因を拡張すべき理由はない。(大阪弁)
- 代位して権利を行使することは明白になっているので、不要な規定である。改定する必要はない。(個人)
- 既に「債権者不確知」は弁済事由となっており、変更する必要はない。(会社員)

(3) 複数の代位債権者による請求の競合

複数の代位債権者に対して金銭その他の物を交付することを命ずる判決が確定した場合には、第三債務者はそのうちの一人に対して履行をすれば債務を免れるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 6(3) [28頁]】

【意見】

- 第三債務者がいずれかの債権者に目的物を交付することで債務を免れるとすることに賛成する。(大阪弁)
- 賛成するが、第三債務者には供託するという方法も残すべきである。(兵庫県弁)
- 複数の代位債権者による裁判上の請求が競合する可能性はあり得るので、第三債務者による免責の要件を定めることは必要と考えられる。(弁護士)
- 賛成する。(堂島有志)
- 複数の代位債権者に対して金銭等を交付することを命じる判決が確定した場合、第三債務者はそのいずれの代位債権者に弁済すれば債務を免れる旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 複数の代位債権者に対して金銭その他の物を交付することを命ずる判決が確定した場合には、第三債務者はそのうち一人に対して履行をすれば債務を免れるものとするかどうかについて検討することに賛成する。第三債務者の負担を軽減する必要がある。(愛知県弁)
- 賛成する。一般的な理解であり、事実上の優先弁済を認めないのであれば肯定して構わないと考える。(札幌弁)
- 第三債務者は一人に履行すれば債務を免れるとする考えに反対しない。裁判例の考えに従っているが、調整規定を設けるかどうかについては、今後の検討に任せる。(仙台弁)
- 複数の代位債権者による請求の競合時に、第三債務者は一人に対して履行をすれば足りるとすることに、賛成する意見が強い。もっとも、かかる場合は供託を義務付けるべきであるという意見もあった。(日弁連)
- 請求競合の場合に「第三債務者は判決が確定した代位債権者の一人に対して履行をすれば債務を免れる」旨の規定を置く方向で検討すべきである。(東弁)
- 検討することに異論はなかったが、複数の判決が確定すれば供託を義務付けられるのではないかとする意見、訴訟が競合した場合の処理を検討する必要性があるとする意見があった。(最高裁)
- 複数代位債権者に対し、給付を命ずる判決が確定した場合について、第三債務者がそのうち一名に対し履行すれば足りるとすることについて更に検討することに賛成である。判例によれば、複数の代位債権者が競合し、それぞれの代位債権者につきその請求をともに認容した場合、第三債務者はいずれかの代位債権者に支払えば、その支払額に見合った債務は消滅するとしており、これによれば、認容判決が確定した場合には、第三債務者がいずれかの代位債権者

に対し履行すれば足りることになる。第三債務者としては、判決の確定により、債権者が明らかとなるので、確定したいずれの代位債権者に対し弁済しても、その額に見合った債務から解放されることに不合理な点はない。また、これにより代位債権者のための責任財産は保全されるのであるから、第三債務者に対しては、それ以上に、代位債権者間での給付の調整などの負担を課すべきではない。(法友全期)

- 特に異論はない。(二弁)
- 第三債務者の供託を義務づけるべきである。競合している場合は、債権者間の平等への配慮の要請が増すといえる。(横浜弁)
- 債権者代位訴訟の訴訟物は、被代位債権に基づく請求権であり、他の債権者は債権者代位訴訟に当事者として訴訟参加できる制度とすべきである。複数の代位債権者が当事者となって、複数の債権者に対し請求を認容する判決がなされた場合、平等分配が望ましく、供託を義務づけることが簡便である。(広島弁)
- 債権者代位訴訟が提起された場合、他の債権者が同一の被代位権利について別訴を提起することは二重起訴の禁止(民事訴訟法第142条)に抵触して許されないと解されているので、他の債権者がとり得る手段は訴訟参加である。訴訟参加の形態として、他の債権者は共同訴訟参加(民事訴訟法第52条)をすることができるかと解されている。また、共同訴訟参加の他に、独立当事者参加(民事訴訟法第47条)を認めた裁判例(東京高判昭和52年4月18日)もあり、この裁判例を参考にして、複数の代位債権者に対して金銭その他の者を交付することを命ずる判決が確定した場合に、第三債務者がそのうちの一人に対して履行をすれば債務を免れるものとすべきか否かについて検討することが提案されている。しかし、本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)を否定する場合には、もはや他の債権者による独立当事者参加を認める余地はないとも考えられることから、本提案については本来型の債権者代位権における債権回収機能の当否の問題と合わせて検討すべきであると思われる。(日大民研・商研)
- まず直接自己に引き渡すよう請求することを認めるという解釈が正しいかどうか、立法政策論として直接引渡しを認めるべきかどうかを論ずべきである。いずれにしても、代位して権利を行使することは明白になっているから、履行により債務を免れることは当然である。改定の必要はない。(個人)
- そもそも、同一の債権について、複数の権利者が確定判決で権利を主張するという事態が考えられないものである。再審などで解決すべき問題であり、特別規定を民法に入れる必要性はない。(会社員)

7 債権者代位訴訟

【意見】

- 現行法は、債権者代位訴訟についての規定を置いておらず、判例・解釈がこれを補っている状況にあるところ、必要な範囲で規定を設ける必要があるのか、十分に検討する必要がある。(親和会)

(1) 規定の要否

債権者代位訴訟についての特別な手続規定の要否については、民法と手続法との役割分担に留意しつつ、前記6までの検討結果に応じて必要な規定を新たに設ける方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 7 [29頁]】

【意見】

- 債権者代位訴訟に関する規定を置くことに賛成である。ただし、民法・民事訴訟法にどのように規定を振り分けるかについては更に検討が必要である。(仙台弁)
- 代位訴訟について特別な規定を設けることに賛成する。(大阪弁, 弁護士, 兵庫県弁, 福岡弁, 二弁, 横浜弁)
- 賛成する。手続規定については、明文化が望ましい。(札幌弁)
- 規定を設けることについて異論はない。訴訟告知の義務化や他の債権者の訴訟参加の方法等、通常訴訟とは異なる制度を考えるのであれば、新たな規定を設けることは理由がある。(広島弁)
- 債権者代位訴訟について現行法のように規定を設けずすべて解釈に委ねるのは見通しが悪いことから、手続規定を新たに設けることに異論はなかった。(日弁連)
- 特別な手続規定を設ける方向で検討すべきである。代位訴訟は三者の権利が交錯する特殊な訴訟であり、特別な手続規定を置く必要がある。(東弁)
- 特に異論はない。(弁護士)
- 債権者代位訴訟について、検討結果に応じて必要な特別な手続規定を置くことに賛成である。債権者代位訴訟は、代位債権者が債務者に代わって第三債務者に対し訴訟を提起するものであるところ、代わって権利を行使される立場にある債務者の手続保障等を考慮すべき必要がある訴訟類型であり、その特殊性に応じ必要な規定を明文で定めることは有益である。(法友全期)

- 民法と手続法との役割には留保しつつ、債権者代位訴訟についての特別な手続規定を検討することに賛成する。代位債権者、債務者、第三債務者の立場を考慮した具体的な手続規定が必要である。(愛知県弁)
- 法定訴訟担当とされる会社法上の責任追及等の訴え(株主代表訴訟・会社法第847条以下)等を参考に、債権者代位訴訟についても特別な手続規定を設けることに賛成である。なお、特別な手続規定については、これを民法に設けるべきであるとの意見と民事訴訟法に設けるべきであるとの意見に分かれた。(日大民研・商研)
- 検討することに異論はなかったが、規定を置くとしても手続法に委ねるのが相当とする意見や、転用型の債権者代位訴訟において、債務者が破産した場合の規律を検討する必要があるとする意見があった。(最高裁)
- 代位訴訟について、特別な規定を設けることに賛成する。規定の位置は、原則として民事訴訟法が相当と考えるが、実体法上の権利の制限などについては民法に置くべきである。(堂島有志)
- 債権者代位訴訟についての特別な手続規定を設けるとしても、民事訴訟法等の手続法に設けるべきである。(弁護士)
- 債権者代位は、まさに、債権者に代位して権利を行使するもので、特別な手続規定が必要ない。改定は不要である。(個人)

(2) 債権者代位訴訟における債務者の関与

債権者代位訴訟についての規定を設ける場合(前記(1)参照)には、債務者に対する手続保障の観点から、代位債権者による債務者への訴訟告知を要するものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 7(1) [30頁]】

【意見】

- 訴訟告知を要求することに賛成する。(大阪弁, 弁護士, 兵庫県弁)
- 代位債権者による債務者への訴訟告知の要否については、会社法第849条と同様の規律を設ける方向で立法的解決を図るべきである。(弁護士)
- 訴訟告知を要することについて賛成する。判決の効力が及ぶ(民事訴訟法115条1項2号)ことからすると、債務者の手続保障を図る必要がある。(仙台弁)
- 会社法第849条の例を参考に、債務者の手続保障という観点から債務者への訴訟告知及び債務者の訴訟参加に関する規定を整備すべきである。(弁護士)
- 債務者に対する訴訟告知を要するものとすることに賛成である。債権者代位

訴訟において判決の効力を受ける立場にある債務者の手続保障を図る必要性がある。(法友全期)

- 債権者代位訴訟についての規定を設ける場合、債務者への訴訟告知を明文化することに賛成する。(二弁)
- 債務者への訴訟告知の義務付けに賛成である。債務者に代位訴訟に関与する機会を与えるべきである。代位債権者と第三債務者とだけでは、訴訟上の和解が本来行われ得るのかについても疑問がある。(横浜弁)
- 訴訟告知を要するものとするに賛成する。紛争の一次的解決が図れること、訴訟告知をすることについて代位債権者にとって負担はないこと等に基づく。(札幌弁)
- 債務者の手続保証の観点から債権者代位訴訟においては訴訟告知の義務づけが望ましい。なお非訟事件手続法76条と同様、訴訟告知について職権で行うことも検討すべきである。債務者に対する訴訟告知の効果として、債務者の処分効の制限がされる関係になることを考えれば、職権での手続保証が妥当と思われる。(広島弁)
- 債務者の手続保障の観点から、訴訟告知を義務付けることに賛成する意見が強かった。もっとも、株主代表訴訟や取立訴訟等、同じく法定訴訟担当とされる訴訟類型との関係に留意しつつさらに慎重に検討すべきとする意見もあった。(日弁連)
- 債務者への訴訟告知を必要とする方向で検討すべきである。(東弁)
- 債権者代位訴訟に関与する機会が保障されていない場合に、債務者にその判決の効力を及ぼすことは手続保障の観点から問題であることが指摘されており、債務者への判決効の拡張については、代位債権者から債務者への訴訟告知を要求する方向で検討すべきである。(日大民研・商研)
- 代位債権者による債務者への訴訟告知を要するものとするかどうかについて検討することに賛成する。債務者の手続保障を図る必要がある。(愛知県弁)
- 代位行使される債務者の手続保障のため、遅滞なく訴訟告知を要すると民訴法に規定すべきである。(堂島有志)
- 代位債権者にとっては、わざわざ代位訴訟を提起している状況で、あえて代位債権者から債務者に告知しなければならない義務を負うのは負担になると思われ、慎重な検討を要する。特に、この場合、債務者は無資力であり、個人の場合行方不明になっている場合も想定されうることからすれば、必ずしも会社法849条と同様に論じることはできないのではないか。(オリックス)
- 債権者代位訴訟の債務者は、無資力であるなどの理由から、所在不明であったり訴訟追行に関心のなかつたりする可能性があり、その結果、訴訟告知書の

送達等のために、訴訟手続が停滞したりコストがかかったりすることについて懸念を述べる意見、訴訟告知を巡る手続の瑕疵が訴訟手続に及ぼす影響について懸念を述べる意見があった。(最高裁)

- 債権者代位訴訟が提訴された場合に債務者に訴訟告知を義務付けるべきではない。債権者代位権制度は、債務者に帰属する権利を無資力の債務者が行使しないため、債権者が債務者に代わって権利行使する制度であり、権利行使しない債務者を訴訟に引き込む必要はない。むしろ、熱心な債務者であれば、共同訴訟的補助参加又は独立当事者参加などの手続を自ら取るはずである。(福岡弁)
- 判決の効力が債務者に及ぶかどうか、ということを中心に検討すべきである。債務者の関与のための規定を置く必要があるとは思えない。改定は不要である。(個人)

(3) 債務者による処分の制限

債権者代位訴訟についての規定を設ける場合(前記(1)参照)には、債権者代位訴訟の提起が徒労になることを防ぐ観点から、債務者が前記(2)の訴訟告知を受けたとき等に、その後の債務者による被代位権利の行使やその他の処分を制限するものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に債務者による被代位権利の処分を制限する場合には、第三債務者による弁済をも禁止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7-2第1, 7(2) [31頁]】

【意見】

- 訴訟告知がなされた場合、債務者による被代位債権行使その他の処分は制限すべきである。債権者代位権行使の実効性を確保するため裁判外の事前通知に処分制限効を認める以上、債権者代位訴訟における訴訟告知にも同様の効力を認め、債権者代位訴訟の実効性を確保すべきである。訴訟告知がなされた場合、第三債務者の債務者に対する弁済は制限すべきである。債権者代位において、代位債権者による個別債権回収を許容すべきであるところ、債権者代位訴訟の実効性を確保するためには、第三債務者の債務者に対する弁済を制限するのが相当である。ただし、第三債務者の負担が過剰とならないよう、供託等により第三債務者が自身の債務を免れる方策を講じるべきである。(法友全期)
- 処分制限効を設けることに賛成である。また、裁判上の代位権行使のときには、弁済の禁止に賛成である。訴訟段階になれば、裁判外の行使よりも濫用の懸念は減るので、債務者への訴訟告知に、裁判外の代位権行使における通知

- よりも強い効果を付与してもよいと思われる。弁済禁止の範囲については、責任財産保全の趣旨からすると、論理的に全額弁済禁止でも合理的といえようが、代位債権者の被保全債権額を超えて弁済禁止とするのは、第三債務者への制限力が強すぎるとの感も拭えない。第三債務者の保護の要請は、債務者の保護の要請よりも強くあるべきで、慎重に検討すべき。(横浜弁)
- 債権者代位訴訟の訴訟物は代位債権に基づく請求権であり、債権者代位訴訟の提起が徒労なることを防ぐために債務者に対する処分制限効を認める必要がある。(広島弁)
 - 債務者が訴訟告知を受けたときに、債務者の処分を制限する方向で検討することに異論はない。第三者による弁済をも禁止するかどうかについて、更に検討することに異論はない。(二弁)
 - 少なくとも、債権者代位訴訟が提起された後は、代位債権者から債務者への訴訟告知を要件としつつ、債務者による権利の処分は制限されるものとしてよいと思われる。なお、第三債務者の債務者に対する弁済をも禁止すべきか否かについては、第三債務者の地位を不安定にするとの観点から、これを禁止すべきではないとの考え方があり、仮に第三債務者による弁済を禁止する場合には、民事執行法第156条第1項を参考にして、第三債務者に供託する権利を付与することについても検討するのが望ましい。(日大民研・商研)
 - 債務者が訴訟告知を受けたときには、その後の債務者による権利行使を制限することに賛成する。債権者代位権が裁判上行使された場合には、判決の競合や矛盾を防止する観点から債務者による処分権の制限を認める必要がある。また、債務者への通知により債務者独自の処分権が否定される場合には、債務者に対する手続保障の観点から、債務者による訴訟参加を認める必要がある。なお、第三債務者による処分の制限は、民事執行ないし民事保全の制度によって行われるべきであり、民法上の制度として規定を設けるのは相当でない。(弁護士)
 - 民法に、訴訟告知を受けると、債務者は代位債権者の権利行使と独立して、別途被代位権利を行使することも処分行為をすることもできないことを規定すべきである。訴訟まで提起した代位債権者の権利行使を徒労に終わらせないため、債務者の行為に、この程度の制限が生じるのはやむを得ない。第三債務者の履行には制限を加えるべきでない。第三債務者の行為にまで制限を加えることを正当化する根拠に欠ける。(堂島有志)
 - 債務者に対する訴訟告知に債務者による被代位権利の行使等を制限する効果を付与すべきではない。債務者への通知(又は債務者の了知)がなされた場合に、第三債務者も債務者に対して弁済できなくなる旨の明文の規定を設ける

べきである。(福岡弁)

- 検討することに異論はなかったが、制限する場合の、代位債権者による申立てや疎明、受訴裁判所の決定手続、立担保等の要否について、民事保全等の制度との均衡に留意して検討する必要について言及する意見、仮差押えの制度を利用できるので、弁済を禁止する必要はなく、仮に相殺についても禁止する趣旨であれば、過度に債権者を保護することにならないかとの疑問を呈する意見があった。(最高裁)
- 債権が仮に差し押さえられた場合であっても、債務者は第三債務者に対して訴訟を提起して、給付判決を求めることができるとされているのに、債権者代位権が行使された場合には、債務者は訴訟の提起すらできなくなってしまうというのは、バランスが悪い。民事執行・保全制度との制度間のバランスに留意した制度設計をするべきである。(弁護士)
- 債務者による処分の制限を設けること及び第三債務者による弁済を禁止することについては慎重に検討すべきである。債権者代位訴訟が徒労となることは防ぐべきであるが、保全制度で担保が要求されている場面と比較して過大な効果を与えることにならないよう検討すべきである。第三債務者による弁済の禁止は、第三債務者の地位を不安定にする。(仙台弁)
- 前段・後段については、いずれも慎重に検討すべきである。債務者へ訴訟告知したにもかかわらず、債務者の処分権が制限されないとすると、訴訟が無意味になる可能性が否定できない。他方、債務者の処分権が一律に制限されることも行き過ぎの感が否めない。ただ、訴訟告知の結果として、債務者の処分が制限されることについては、うまく説明ができないし、そもそも、第三債務者の弁済禁止効については、仮差押えで対応すべきことである。(兵庫県弁)
- 慎重に検討をすべきである。被代位権利について民事執行法第156条に又は同条2項の供託がなされたり、取立訴訟が提起されて、その訴状が第三者債務者に送達されたときは、代位訴訟は中止すると考えるべきであるが、解釈に委ねてさしつかえない問題であり、特に明文で定める必要までは存しないと考える。債権者代位権が民事保全、民事執行の補完たる機能を有するにすぎないことに加え、意見の趣旨記載の場合は、代位債権者は配当さえ受け入れないのであるから、かかる場合の代位訴訟の遂行を認める必要はなく、供給による配当の不実施や取立訴訟の取下げを待つ以外ないと考えられる。(札幌弁)
- 債務者に対する処分制限効、第三債務者に対する弁済禁止効を認めるかどうかについては、訴訟告知のみによってかかる債務者の権利制限が正当化できるかという観点を重視して、さらに慎重に検討すべきである。(日弁連)
- 債務者による処分の制限及びこれを前提とする第三債務者による弁済の禁

止については、差押とのバランスや、供託の可能性に留意しつつ、更に検討すべきである。代位訴訟の提起後は、訴訟前の通知と異なり、濫用の危険は少ない一方で、このような場合にまで債務者による被代位権利の行使に制限を加えない場合、代位訴訟の実効性を著しく減殺することになる。(東弁)

- 債務者の処分も制限せず、また第三債務者の弁済禁止効も発生させないのが妥当である。(大阪弁)
- 訴訟告知により債務者の処分禁止効を生じるとすることには反対である。第三債務者に弁済禁止効が生じるとすることには反対である。(弁護士)
- いずれも反対する。債務者による処分の制限及び第三債務者による弁済の禁止は、民事執行・保全制度によるべきである。(愛知県弁)
- もはや債権者代位権の範疇を超えている。個人の財産権の侵害であるということ認識すべきである。手続法の問題である。民法にこのような規定は置いてはならない。(個人)

(4) 債権者代位訴訟が提起された後に被代位権利が差し押えられた場合の処理

判例は、債権者代位訴訟が提起された後に、他の債権者が被代位権利を差し押さえて支払を求める訴え(取立訴訟)を提起したとしても、代位債権者の債権者代位権行使の権限が失われるものではなく、裁判所は代位債権者と他の債権者の請求を併合審理し、これらを共に認容することができるとする。

しかし、債権者代位訴訟についての規定を設ける場合(前記(1)参照)には、債権者代位権の行使によって保全された責任財産からの満足は究極的には強制執行によって実現されることを重視して、債権者代位訴訟が提起された後に被代位権利が差し押さえられたときには、差押えを優先させるものとする方向で、更に検討してはどうか。

また、これに関連して、被代位権利が差し押さえられた場合の債権者代位訴訟の帰すうについても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 7(3) [33頁], 同(関連論点) [34頁]】【部会資料7-2第1, 3(3) [10頁], (4) [12頁]】

【意見】

- 債権者代位訴訟を強制執行までの中間的段階に位置づける考え方の下では、差押えがされ強制執行が行われる場合には、むしろそれを優先するのが自然であり、代位債権者も強制執行においてその権利を行使すべきであると思われる。債権者代位訴訟の提起後に被代位債権が差し押さえられた場合に、差押えを優

先するとの立場に立てば、債権者代位訴訟を中止とするか、あるいは中断させるかについての検討を要するが、強制執行の推移を見守るという趣旨からは中止とするのが適切であると思われる。(日大民研・商研)

- 本来型の債権者代位を執行準備のための責任財産保全の制度に純化させる以上、差押えを優先すべきである。具体的には、被代位権利が差し押さえられた場合、代位訴訟は中断し、取立権が発生した時点で代位訴訟は棄却すべきである。(堂島有志)
- 債権者代位権制度が債務者の責任財産の保全、すなわち、強制執行の準備であるとするれば、代位訴訟の訴訟物たる権利が差し押さえられたら、差押債権者の方が優先すると考えるべきである。代位訴訟と取立訴訟が係属した場合、代位訴訟の手続を中断しておくべきである旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 差押えを優先させるものとする方向で、更に検討することに異論はない。(二弁)
- 差押を優先させるものとすることに賛成である。債務名義を獲得して正規の強制執行手段で差押をした債権者が、債務名義のない代位債権者に劣後するのは不合理である。被代位権利が差し押さえられた場合の債権者代位訴訟は、中止することができるべきである。先行する債権者代位訴訟の代位権者は、差押債権者と利害対立の関係にあるから、自ら苦勞して提起した訴訟の成果を差押債権者が受継することを望むとは思えず、受継される前に取り下げることがほとんどとなると見込まれる。その場合差押えが完遂されなかった場合の再開も不可となって、訴訟経済上むしろ損失となる。ただ、代位債権者自身も(債務名義を取得して)差押を競合させた場合には、取立訴訟に共同訴訟人として原告に参加することがありうる(民事執行法157条1項)ところ、これにより代位債権者自身が取立訴訟に参加する場合もしくは代位債権者も配当要求していて取立訴訟の恩恵を受けうる場合には、先行していた代位訴訟を受継させてもいいのではないか。(横浜弁)
- 差押えを優先させるものとする方向で検討することに賛成する。債権者代位権の行使の目的は、責任財産の保全であり、保全された責任財産からの満足は究極的には強制執行によって実現されることから、差押えを優先させるのが合理的である。被代位権利が差し押さえられた場合の債権者代位訴訟の帰すうについても検討することに賛成する。差押えが解除されるまで進行を認めないか、差押えが解除されることを停止条件とする給付判決をする方法が望ましい。(愛知県弁)
- 差押が代位訴訟よりも優先すると考えるべきである。差押が先行するときは、

差押により債務者の権利行使及び処分権は制約される為、債権者代位権によって債務者の権利を代位行使することはできない。これに対し、代位訴訟は継続中であっても差押は可能である。強制執行が開始されたら、代位債権者も（代位権を行使する被保全債権に債務名義を有していれば）強制執行により権利を行使すべきである。（広島弁）

- 結論は留保するが、検討することには賛成である。（弁護士）
- 債権者代位訴訟の提起後に被代位権利が差し押さえられた場合の債権者代位訴訟の帰すうに関しては、給付訴訟の提起後に訴訟物たる債権が差し押さえられた場合であってもその給付訴訟は中止も中断もしないと解されていることとの整合性に留意して制度設計をする必要がある。（弁護士）
- 差押えを優先する方向及び代位訴訟の帰趨については、慎重に検討すべきである。判例との整合性を考慮すべきである。差押えを優先する場合、代位訴訟の帰趨を決定する方法については、執行手続内で調整するなど多様な方法があるため、検討が必要である。（仙台弁）
- 差押えを債権者代位訴訟に優先させる方向での改正を検討する場合、現在の裁判実務（最判昭和45年6月2日）と異なる裁判手続を要することとなるため、実務に及ぼす影響を懸念する意見があった。なお、仮に検討を行う場合には、債権者代位訴訟の帰趨については、中止とする提案と中断とする提案が示されているが、前者（中止とする提案）については、強制執行が実現した後の訴訟の終局をどうするか、後者（中断とする提案）については、差押債権者が債権者代位訴訟を当然に受継するものとするか、受継後の訴訟の性質は取立訴訟となるのか等の点の検討も必要であるとする意見があった。また、差押えの事実が受訴裁判所に認識されないまま債権者代位訴訟が進行することを防ぐための手当についても検討する必要があるとの意見もあった。（最高裁）
- 債権者代位訴訟の進行を認めないものとする考え方には反対する。現行法上、給付訴訟の提起後に訴訟物たる債権が差し押さえられた場合であっても、他の債権者によって被代位権利が差し押さえられたからといって、債権者代位訴訟の中止ないし中断事由となるわけではない。このような考え方に基づく判例法理を、債権者代位権の場合にのみ変更しようというのであれば、差押との場合と明らかに均衡を失うので、民事訴訟法における中断ないし中止事由そのものを見直す必要があるところ、そこまでの見直しを行う実務上の必要性は特にないほか、民事訴訟手続にまで踏み込んだ改正を行うには、現在の検討体制はあまりにも不十分である。（弁護士）
- 慎重に検討をすべきである。判例の処理を変更することが適切かについて、なお検討が必要である。（札幌弁）

- 前段について、現行判例も考慮に値すると考える（併合審理の上、ともに認容できるが、執行の場面では差押債権者が優先する）。後段について、判例の立場では、差押えの申立ての取下げにまつわる問題が回避できるし、実務上特段の不都合はないと考える。（兵庫県弁）
- 債権の回収の場面で差押債権者が優先すべきものとするについては異論を見なかったが、判例の立場では、差押えの申立ての取下げ等にまつわる問題も回避できるし、また、債務者による給付訴訟の係属中に訴訟物たる債権が差押えられた場合の取扱いとの整合性の観点からも、判例の立場が支持されるべきであるとの指摘があった（日弁連）
- 差押えを優先することには反対であり、判例の処理を維持すべきである。代位債権者の訴訟提起は、自己の債権保全ないし実現のため債務者に属する債権を取り立てる点において、実質上、差押えをした債権者が取立訴訟を提起しているのと同様である。また、代位債権者による債権回収を否定すべきではなく、責任財産からの満足につき差押えに基づく強制執行手続による実現を重視することは相当ではない。（法友全期）
- 債権者代位訴訟と取立訴訟を併合審理し、これらをともに認容できるものとする判例法理を明文化すべきである。債権者代位訴訟と取立訴訟がともに認容された場合に、強制執行、取立ての場面で差押えを優先させることには賛成する。（大阪弁）
- 債権者代位権は、あくまでも、権利を行使するものであり、自己への引渡しや、優先弁済は、結果の問題であるから、差押えがされても、債権者代位権による権利行使は認められる。（個人）
- 現行の実務通り、代位訴訟も併存させる方向で、更に検討すべきである。差押えの取下げの可能性もあるので、差押えがあった場合でも代位訴訟と併存させ、最終的に競合した場合の調整方法（執行段階における調整等）を検討すべきである。（東弁）

(5) 訴訟参加

債権者代位訴訟についての規定を設ける場合（前記(1)参照）には、債務者が債権者代位訴訟に訴訟参加することができることや、他の債権者が債権者代位訴訟に訴訟参加することができることを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 7(4) [34頁]】

【意見】

- 債務者または他の債権者が債権者代位訴訟に訴訟参加できることを明文化することに賛成する。(大阪弁, 弁護士, 兵庫県弁, 横浜弁, 東弁, 日弁連)
- 債務者や他の債権者が債権者代位訴訟に訴訟参加することができることを条文上も明らかにすることには, 一定の合理性がある。(弁護士)
- 訴訟参加できることを条文上明らかにすることについて賛成する。訴訟参加が一定の場合に認められることに争いはない。ただし, 訴訟参加の形態については, 民法に規定すべきかどうかも含めて慎重に検討すべきである。(仙台弁)
- 債務者, 他の債権者が債権者代位訴訟に訴訟参加できることについては争いがなく, この点につき条文上も明らかにする方向で検討するのが望ましい。他の債権者が後から債権者代位権を行使したいと考える場合に取得手段は, 共同訴訟参加の他に, 独立当事者参加を認めた裁判例(東京高判昭和 52 年 4 月 18 日)もあるが, 本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)を否定する場合には, 他の債権者による独立当事者参加を認める余地はないとも考えられることから, この点については更に検討を要するものと思われる。(日大民研・商研)
- 基本的に賛成する。債務者や他の債権者による訴訟参加の規定は必要であるが, その具体的規定のあり方については細部まで検討する必要がある。(弁護士)
- 債務者による債権者代位訴訟への訴訟参加及び他の債権者による訴訟参加を認め, そのことを明文化することに賛成である。関係者の手続保障の観点からみて必要である。債権者代位訴訟は, 代位債権者が債務者に代わって第三債務者に対し訴訟を提起するものであるところ, 代わって権利を行使される立場にある債務者の手続保障等を考慮すべき必要がある訴訟類型であり, その特殊性に応じ必要な規定を明文で定めることは有益である。(法友全期)
- 賛成する。なお, 代位訴訟が複数係属した場合, 第三債務者が併合審理を求めることができることも民訴法に規定すべきである。債務者, 他の債権者の手続保障と審理の無駄を省き, 矛盾のない判決を導く必要がある。第三債務者の負担軽減のためにも必要である。(堂島有志)
- 債務者が債権者代位訴訟に訴訟参加することや, 他の債権者が債権者代位訴訟に訴訟参加することができることを条文上も明らかにする方向で検討することに賛成する。債務者及び他の債権者の手続保障を図る必要がある。(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)
- 債務者や債務者に対する他の債権者が, 債権者代位訴訟に当事者として訴訟参加できることを明文化することに賛成。債権者代位訴訟の訴訟物に対して,

他の債権者も当事者として訴訟提起できる立場であるから、当事者としての訴訟参加が認められるべきである。(広島弁)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 訴訟参加は、手続法の規定で十分である。改定する必要はない。(個人)
- 債務者や他の債権者が訴訟に参加できるという考え方に異論はないが、この考え方を明文化する必要はない。(福岡弁)

8 裁判上の代位（民法第423条第2項本文）

裁判上の代位の制度（民法第423条第2項本文）を廃止するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第1, 8 [38頁]】

【意見】

- 裁判上の代位の制度を廃止する方向で検討してよい。(大阪弁, 弁護士, 福岡弁)
- 「裁判上の代位」という制度については、423条2項本文と、それを手続法の側面から支える非訟事件手続法の規定は双方とももはや必要ではないと考えられる。(大学教員)
- 裁判上の代位の制度の廃止については、反対しない。利用例が乏しく、被保全債権の履行期が未到来の場合の対応について不都合は必ずしも存在しない。(仙台弁)
- 裁判上の代位の制度（民法第423条第2項本文）を廃止することについて、特に異論はない。(日大民研・商研)
- 裁判上の代位の制度の廃止には反対しない。現行法において利用実績に乏しく、また、被保全債権の弁済期が未到来の場合であっても債権者代位訴訟の提起は可能とされているため、制度を存置する必要がない。(法友全期)
- 廃止に賛成する。利用実績がなく、廃止しても不都合はないと考えられる。(堂島有志)
- 廃止することに賛成である。現存するものの廃止（ありうる選択肢の減少）には抵抗があるものの、実際有用に使われているという実例は見当たらず、さほどの弊害も考えにくい。(横浜弁)
- 廃止する方向で検討すべきである。存在意義及び利用例とも乏しい。(東弁)
- 特に異論はない。(二弁, 最高裁)
- 廃止することの不都合、現実の利用状況等を十分に検討して、廃止の妥当性に

ついて議論する意義はある。(親和会)

- 利用実績がないことから、賛成する意見が強いが、敢えて廃止する必要もないとして反対する意見もあった。(日弁連)
- 利用例が乏しいことだけでは廃止すべき理由にならないので、あえて廃止する必要はない。(兵庫県弁)
- 裁判上の代位制度の廃止について、反対する。あえて廃止する必要もないといえる。(札幌弁)
- 廃止すべき如何なる重要な理由があるのか疑問。(弁護士)
- 裁判上の代位の制度については、債権者代位権の制度設計一般の問題として、さらに検討すべきである。裁判上の代位(民法第423条第2項本文)については、その利用例がほとんど見られないことから廃止が提案されているが、現行民法上裁判上の代位の要件として規定されている、保存行為や履行期未到来の債権による代位請求権を認めるかという問題は、債権者代位権全体の制度設計と関わってくることから、これと併せて検討すべきである(ただし、裁判上の代位の制度を積極的に維持すべきとする趣旨ではない)。(弁護士)
- 現行法を改正する理由はない。(個人)
- 裁判上の代位の制度を廃止するかどうかについて検討することに賛成する。利用されていない制度であり、廃止してもよい。(愛知県弁)

第10 詐害行為取消権

【意見】

- 詐害行為取消権について、以下の1から4までのとおり提案する。(大阪弁)
(詐害行為取消権の法的性質及び詐害行為取消訴訟の在り方)
- 1 (1) 責任説を採用せず、逸出財産を債務者に返還させることを原則とする判例法理(折衷説)を基本として、問題点を個別的に克服していく方向で検討するものとする。
- (2) 詐害行為取消訴訟においては債務者をも被告とするものとする。債務者に対する給付訴訟の併合提起は義務付けないものとする。
- (3) 詐害行為取消訴訟が競合した場合の強制併合等の手当は不要である。なお、詐害行為取消訴訟の認容判決の効力はすべての債権者に及ぶものの棄却判決については訴訟当事者間のみ及びべきである。また、そもそも債権者が自己に対して直接引渡しを求めることを認めるべきでないから、直接引渡が競合した場合の規律も不要である。
(要件に関する規定の見直し)
- 2 (1) ア 被保全債権が、詐害行為よりも後に発生したものであるとき、または、強制執行により実現することができないものであるときは、詐害行為取消権を行使することができないものとする。
イ 無資力要件については、現行法と同様、「債権者を害することを知ってした行為」との条文を維持するものとする。
- (2) ア 詐害行為取消権の要件については、否認権と同様、対象行為を類型化して規定するものとし、現行民法424条1項本文に相当する一般的な要件を定める場合は、類型化した要件を定める規定との関係が不明瞭にならないよう留意するものとする。なお、対象行為は「法律行為」から「行為」に改めるものとする。
イ(ア) 相当価格処分行為については、否認権と同様の要件を設けるものとする。
(イ) 同時交換的行為については、相当価格処分行為の要件のもと取り消すことができるものとする。
(ウ) 無償行為の取消要件については、支払停止の概念を導入し、否認権と同様の要件を設けるものとする。また取消しの効果についても、無償否認の効果と同様の特則を設けるものとする。
ウ(ア) 債務消滅行為については偏頗行為否認の要件と同様の要件を設けるものとする。
(イ) 既存債務に対する担保供与行為についても、偏頗行為否認の要件と同様の

要件を設けるものとする。

エ 対抗要件具備行為は、詐害行為取消しの対象外とするものとする。

- (3) 転得者に対する詐害行為取消権の要件として、受益者及びすべての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求することで足りるものとし、いわゆる二重の悪意を要求しないものとする。倒産法上の転得者に対する否認要件もこれに整合させて改正するものとする。転得者が無償行為によって転得した場合につき、否認権と同様の特則を設けるものとする。
- (4) 破産管財人が詐害行為取消訴訟のまま手続を続行できるような制度を設けないこととする（いわゆる逆転現象は生じないようにすることからかかる制度の必要がない）。

(効果に関する規定の見直し)

- 3 (1) 取消債権者が、受益者または転得者に対して金銭等の直接交付を求めることを禁止し、受益者等から金銭を回復する場合に認められていたいわゆる事実上の優先弁済は否定するものとする。回復する財産の種類を問わず、取消債権者は、受益者等に対し、債務者の行為によって逸出した財産等を、債務者に返還するよう請求するものとし、回復財産が不動産の場合は債務者名義に回復した不動産を差押える方法によって、また、不動産以外の財産である場合は債務者の受益者等に対する請求権を差押える方法によって被保全債権の回収を図るものとする。
- (2) 取消債権者は、被保全債権の債権額の範囲にとどまらず、詐害行為を取り消すことができるものとする。
- (3) 逸出財産の種類ごとに具体的な回復方法の規定を設けるものとする。また、現物返還を原則とし、例外的に価額賠償を認めるものとする。価額の算定基準時については解釈に委ね、明文規定を設けないものとする。
- (4) 取消債権者が詐害行為取消権の行使のために必要な費用を支出したときはその費用の償還を請求できるものとし、当該請求権に一般の先取特権を付与するものとする。
- (5) ア 債務消滅行為が取り消されたときは、受益者の債権が復活するものとする。
イ 否認権との整合を図り、受益者の反対給付に関する優先的な価額償還請求権を認め、債務者の隠匿等処分意思につき悪意の場合の例外を定めるものとする。受益者の価額償還請求権と取消債権者の費用償還請求権の優劣については、後者を優先させるものとする。
ウ 転得者が前者に対してした反対給付の価額を優先的に回収できるよう手当てするものとする。

(詐害行為取消権の行使期間（民法第426条））

4 詐害行為取消権の行使期間については、知ったときから 2 年、行為時から 20 年という現行法の規律を維持するものとする。 以上

- 詐害行為取消権の法的性質については、逸出財産を受益者・転得者の手元に置いたまま債務者の責任財産として取り扱うとする責任説を前提に、関係する現行法の諸制度を見直していく方向性で検討すべきである。その際、詐害行為取消の効果ですべての債権者に及ぼすことは、断念すべきである。取消債権者にのみ効果が及ばば足りる。すべての債権者のための制度と位置づけた場合、取消債権者が、他にどれだけの債権者がいるのかを知ることは困難であるのに、かかる他の債権者の利益にも配慮した訴訟追行しなければならないとすることは酷である。否認権と同じ性質にしなければ整合性が取れないとも思われない。詐害行為取消権の効果については、詐害行為取消の結果として債務者に財産を返還した受益者・転得者が、前主に対する反対給付について、取消債権者や他の債務者に優先して、その反対給付の返還またはその価額の償還を請求することができるとすべきか否かが問題提起されている。しかし、詐害行為取消権の本質は不法行為であり、加害者ともいえる受益者・転得者を優先させるのはもってのほかであり、取消債権者と平等に扱うことすら妥当でない。否認権同様、債権回収場面での規制緩和を重視したためであろうが、民法改正にかかる政策を反映させることには慎重であってほしい。（「改正を考える」研）
- 倒産手続開始前における債権者平等原則は、自由競争原理の下で、全ての債権者に等しく債権回収手段が与えられていることを本質とすべきであり、全ての債権者が按分弁済を受けられるという結果の平等までの保障するものではないと解すべきである（債務者が経済的破綻状態に陥り自由競争原理の適用を否定すべき事態にまで立ち至った局面については倒産法の規律に従った処理に委ねることで規律の適用場面を棲み分ければ足り、倒産手続開始前の段階においてまで自由競争原理を覆す規律を妥当させるのは手続・制度間の役割・機能分担を曖昧にする。）。民法上の詐害行為取消権は、債務者の逸出財産を取り戻して責任財産を保全するという点では、倒産法上の否認権と制度趣旨が共通している。しかし、本来的に総債権者のために権利を行使すべき管財人とは異なり、一債権者は自らの債権回収のために行動するのが現実であり、また、一債権者が総債権者のために権利行使することまでを要求する制度では債権者に詐害行為取消権行使のインセンティブが弱められ実務的に機能しにくい制度となることが懸念される。自由競争原理が妥当すべき倒産手続開始前の段階においては、取消しによって回復された財産が総債権者のために平等に分配されることまで制度趣旨に含めるべきではない。（森・濱田松本有志）
- 私的自治の原則に拠って立つ平時における債権回収については、勤勉な債権者が多くを回収できる制度が採られることが望ましく、改正に当たってはこのような観

点が重視されるべきであるという見解がある。改正に当たり、詐害行為取消権を総債権者のために責任財産を保全する制度と明確に位置づけ、平等主義的な考え方が強い制度とする場合には、取消権者に課される手続面その他の制約が強くなり、取消権行使のハードルが高くなることによって、詐害行為取消権が現実には使われない制度となってしまうことへの懸念も示されている。また、債権者への平等な分配が図られるのであれば、債務名義を持たない債権者も回復財産からの配当を受けることができる手続きを設ける必要等が生じるが、このような手続きを民法に設けることが現実的でないという指摘もある。債権者の平等を図るための仕組みは倒産法に委ねるものとし、詐害行為取消権は平時における責任財産保全の制度と位置付けたうえで、一定の場合には優先的な債権回収の機能も認めることが望ましいとする立場が有力である。（全銀協）

1 詐害行為取消権の法的性質及び詐害行為取消訴訟の在り方

【意見】

- 詐害行為取消権の効果は取消であることは明白であり、別の制度で行うことである。（個人）

(1) 債務者の責任財産の回復の方法

判例は、詐害行為取消権を、債務者の詐害行為を取り消し、かつ、これを根拠として逸出した財産の取戻しを請求する制度（折衷説）として把握しているとされ、取消しの効果は、取消債権者と受益者・転得者との間で相対的に生じ、債務者には及ばないとする（相対的取消し）。これに対しては、債務者の下に逸出財産が回復され、債務者の下で強制執行が行われることを理論的に説明することができないなどの問題点が指摘されており、学説上は、責任財産を保全するためには、逸出財産を受益者・転得者から現実に取り戻すまでの必要はなく、受益者・転得者の手元に置いたまま、債務者の責任財産として取り扱うべきとする見解（責任説）も有力に主張されている。

詐害行為取消権の規定の見直しに当たっては、このような学説の問題意識も踏まえつつ、まずは判例法理（折衷説）の問題点を個別的に克服していく方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 2(1) [42頁]】

【意見】

- 責任説を採用せず、逸出財産を債務者に返還させることを原則とする判例法

- 理（折衷説）を基本として、問題点を個別的に克服していく方向に賛成する。
（大阪弁）
- 詐害行為取消権の法的性質については、いわゆる折衷説が確立した判例であり、従来の実務との連続性の観点からは、基本的には現在の判例法理の立場を前提としたうえで、個別の理論的・実務的問題点を克服するという方向で検討することが望ましい。（親和会）
 - 詐害行為取消権の法的性質に関しては、逸失財産を債務者に返還させることを原則とする判例法理論（折衷説）を前提としつつ、個別的に理論的又は実務的な問題点を克服していく方向で検討すべきである。現行実務と整合的である。
（兵庫県弁）
 - 判例法理の問題点を個別的に克服する方向で検討することに特に異議はなし。また、現行の折衷説に基づく実務において、事実上の優先弁済効が生じることが問題とも考えられるが、債権者が、自ら権利行使をした結果に基づいてその利益を享受している以上、一概にかかる利益を否定する必要はないとも考えられる。（パブコメWG）
 - 判例法理（折衷説）の問題点を個別的に克服していく方向で検討することに賛成する。従前の実務（折衷説）との連続性・整合性を保ちつつ、個別に問題点を克服することが最も合理的である。責任説については、理念としては理解できなくはないが、現行の民事諸法制とはなじみにくい上、これを現実に制度化するには立法技術的にも相当な困難が伴うものと思われる。（仙台弁）
 - 折衷説の改良と条文化に賛成。（弁護士）
 - 判例法理の問題点を個別的に克服していく方向で検討すべきである。現在の実務との連続性を重視すべきである。（広島弁）
 - 現行実務との連続性や否認権との整合性を理由に、判例法理（折衷説）を前提とすべきものとする意見が、圧倒的に多かった。もっとも、取消債権者が詐害行為取消権を行使して逸出財産から被保全債権の全額を回収した後に余剰を生じる場合には、当事者意思の尊重の見地から、当該余剰金は債務者ではなく受益者に帰属させるべきであるとして、いわゆる責任説が支持されるべきとの指摘もあった。（日弁連）
 - 判例を明確化する方向での議論を希望する。（会社員）
 - 判例法理（折衷説）の問題点を個別的に克服していく方向で、更に検討することに賛成する。しかしながら、そもそも詐害行為取消権については、個別具体的な事例において、詐害行為取消権を行使する者には、総債権者のために行っているという意識はまったくないのが実情であり、行動経済学的な観点から、権利行使を動機づけるために、総債権者のための制度とは考えるべきでな

く、各債権者のための制度と考え直すところから、更に検討すべきである。(法友全期)

- 判例実務の積み重ねによって形成された法理を維持しつつ、その延長で必要な見直しをする方が、混乱を招かず相当である。(堂島有志)
- 詐害行為取消権の規定の見直しについては、折衷説(判例法理)に従って検討すべきである。実態に最も合致するのは、折衷説である。(福岡弁)
- 判例法理(折衷説)の問題点を個別的に克服していく方向で、更に検討することに賛成である。実務的な観点からは、責任説では、受益者の下で必ず強制執行をしなければならないこととなり、現行実務における詐害行為取消権の利用の実態との連続性がないこと、詐害行為取消訴訟が破産手続に入り、否認訴訟となった場合の整合性・連続性等の問題がある。判例の折衷説は、事実上の優先弁済が認められること、取消しの効果が債務者に及ばないとする(相対的取消し)一方で、逸出財産が不動産の場合に登記名義が債務者に戻ることや、返還された不動産に対して債務者の責任財産として強制執行が可能となることを説明できないことといった理論的な問題点がある。しかしながら、判例に基本的に依拠することで従前の実務との整合性を図ることができるというメリットは大きい。(二弁)
- 判例法理(折衷説)を前提に、その問題点を個別的に克服していく方向で検討することに賛成である。責任説の考え方によれば、取引の安全をはかりつつ判例法理(折衷説)の理論的問題点を克服できるが、別の問題点を抱えるし、倒産手続・否認権との接合が困難である。判例法理を前提とすることにより現行法(実務)との連続性を相当程度確保しうる。(横浜弁)
- 詐害行為取消権の規定の見直しに当たって、判例法理(折衷説)を前提に、その問題点を個別的に克服していく方向で検討することに賛成する。現行の判例法理を変更する合理的な必要性は認められず、判例法理を変更した場合、実務上の混乱が生じることとなる。(愛知県弁)
- 逸出財産を債務者に返還させることを原則とする判例の折衷説の立場を前提としつつ、個別的に、その問題点を克服していく方向性で検討するのが相当であると思料する。ただし、目的物の返還先については、注意が必要である。(沖縄弁)
- 責任説を採用せず、判例法理(折衷説)を前提として、その問題点を個別的に克服していく方向で検討することに賛成する。判例法理(折衷説)を前提としても理論的な問題点に対処することも可能である以上、敢えて現行法下での実務を変更する責任説へ転換する必要性はないと考える。(森・濱田松本有志)
- 責任説の問題提起を踏まえつつ、判例法理(折衷説)の問題点を個別的に克

服してゆく方向で検討を続けてゆくという方針については、抽象的には異論はない。債権回収という目的に沿って、取消債権者、債務者、受益者あるいは転得者間の利害調整をどう図るのが公平かつ妥当かを、詐害行為の類型毎に検討して、責任財産の回復方法、取消の範囲等について、具体的に決定すべきである。破産否認権との整合性、特に均質化を図るという方針に基づいて判例法理（折衷説）の問題点を個別的に克服してゆくという考え方は疑問である。（大学教員）

- 判例法理（折衷説）の問題点を個別的に克服する方向が妥当である。（広大有志）
- 責任説を含め、さらに検討すべきである。責任説は、物権的な回復を求める判例法理（折衷説）に比べ、受益者等との利益調整が容易であり、また、債権回収にあたっては強制執行制度を直截に利用することができ、債権者間の平等弁済を図りうるという利点もある。判例法理（折衷説）の問題点を個別的に克服する方向でのみ検討し、責任説の検討を抜きにすると、十分な議論がなされないことになる。なお、責任説に対しては、破産手続等に移行した場合に手続法上の問題が生じるとの指摘や、債権の回収を強制執行手続に委ねることに対する危惧感などが指摘されており、詐害行為取消制度を機能的に運用するにはいかなる手当をすべきかという問題意識を踏まえたうえで、さらに検討すべきである。（東弁）
- 検討することに異論はなかったが、詐害行為取消訴訟の裁判実務に支障が生じないように、訴訟的観点（判決効や訴訟物など）からも十分な検討がされるべきとの意見が多かった。（最高裁）
- 判例の採る折衷説により、また、取消の効果は債務者と受益者間においても生じるものとし、反対給付の返還等これによる不都合は個別の処理を行うべきである。現在の実務との連続性や否認権との整合性をはかる必要がある。（札幌弁）
- 受益者の手中にある受益者の所有物を強制的に換価する方法は、受益者に対する債務名義をもってする強制執行以外のなにものでもない。日本の詐害行為取消権の行使方法も、いわゆる執行受忍の訴えであることを正面から認めるべきではないか。執行忍容（受忍）訴訟の当否を検討されるときに責任説的な根拠付けは、もはや不要である。（大学教員）
- 取消債権者と受益者・転得者との間で詐害行為の取消しの判決がなされた場合には、その判決の効力が債務者にも及ぶべく何らかの方策が講じられることを前提とすべきである。（弁護士）
- 詐害行為取消権は、債権者平等の原則を貫徹して、一般債権者の債権の引当

となる責任財産保全制度としての機能を全うする規定とし、その法的性質を責任説に立脚しつつ、既判力及び判決効の拡張の範囲・方法について民事訴訟法及び民事執行法との接続の問題も考慮しながら、その要件及び効果を条文上明確化されたい。詐害行為取消権の要件は、倒産法上の否認権の要件等の整合性を考慮し、債務者側の客観的、主観的要件について取消しの対象行為の範囲を抑制的に認める立場を支持し、規定を明確化するとの立場を支持する。(大司書)

- 責任説の立場を前提として、取消債権者等の受益者の固有債権者に対する優先的効力を確保するとともに、責任法的無効の効果として、債務者の総債権者（詐害行為時まで発生した債権に限る）のために、共同の先取特権の発生を認めるのが妥当である。債務者の責任財産の回復方法は、債務者への現実の返還ではなく、受益者の所属財産のまま、詐害行為取消訴訟の確定判決または和解調書を「先取特権の存在を証する文書」（民事執行法181条1項4号等）として、担保執行手続により、実現することが可能となる。それにより、従来、責任説に対する手続上の難点とされた強制執行忍容訴訟の可否を論じる必要がなくなるとともに、取消しの範囲を全部取消しにしても、残余財産を受益者に帰属させることができ、取引の安全に対する影響を最小限にとどめることができる。また、担保執行手続によることにより、価額賠償について、債権的に構成する必要がなく、相殺による事実上の優先弁済を回避できるとともに、担保執行の配当要求から漏れてしまった債権者との間の平等は、不当利得返還請求により調整することが可能となる。(ドイツ民法研有志)
- 詐害行為取消権の法的性質について、責任説を根拠にもし得ると考える。ただ、責任説を根拠とする際には、責任訴訟の観点を民事訴訟法においてどのように解決すべきかとの問題が残ってしまう。また、私的整理の場面においては、詐害行為取消権が実質的には倒産法における否認権の役割を果たすことになることから、責任説の採用には慎重になる必要があるだろう。(日大民研・商研)
- 取消しの効果が債務者に及ばないというのは、誤った考え方である。(会社員)
- 詐害行為取消権を取消債権者が自己の利益のために行使する制度として位置付け、倒産法制とは切り離して制度を構築すべきであるから、責任説を採用することを肯定すべきである。(弁護士)
- 検討の対象とすべきではない。折衷説（相対的取消説）や責任説といった学説の対立は、その理論が実際における条文のあり方と直結するものではなく、このような事項を検討の対象としても、具体的な制度設計のあり方に関する議論に混乱を来すだけである。(弁護士)

- 債務者の財産は国家の管理下に置き、見張るしか方法はないと思われる。(会社員)

(2) 詐害行為取消訴訟における債務者の地位

取消しの効力が債務者に及ばないこと(相対的取消し)に起因する理論的問題点(前記(1)参照)を克服するために、詐害行為取消訴訟において、受益者又は転得者のみならず債務者をも被告とするか、又は債務者に対する訴訟告知を要するものとするなどして、取消しの効力が債務者にも及ぶようにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に債務者をも被告とする場合には、債務者に対する給付訴訟の併合提起を義務付けるかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 2(2) [45頁], 同(関連論点) 1 [46頁]】

【意見】

- 被告とするのが妥当。否認の場合の破産者とは異なる。(弁護士)
- 単に訴訟告知を要するにとどまらず、債務者をも被告とすること、及び債務者に対する給付訴訟の併合提起を義務付ける方向で検討することに賛成である。債務者を被告とし、債務者に対して手続保障の機会を与えることが望ましい。また、債権の有無や債務者の経済状態などの要件の判断のため、債務者を巻き込む必要性も認められる。債務者に対する債務名義獲得を可能とすれば、紛争の一回的解決にも資すると思われる。(二弁)
- 債務者を被告とし、取消しの効力が債務者にも及ぶようにすることに賛成である。そうすれば相対的取消の問題点を解決できる。債務者の訴訟引き延ばしや虚偽陳述等妨害的訴訟活動は訴訟運営の問題であるから、反対の理由にはならない。債務者に対する給付訴訟の併合提起を義務付けることには反対である。私的整理等の場面で詐害行為取消権を利用する場合など、必ずしもその後民事執行へ進むことが想定されていない場合もありうる。給付訴訟のみが上訴審に係属している状態で詐害行為取消訴訟を併合提起することは困難である。基本的に債務名義がなければ債権回収がはかれないという制度設計にすれば、義務づけられなくても通常併合提起するであろうから、實際上、訴訟経済の問題は生じない。(横浜弁)
- 債務者を被告に加えるか、又は訴訟告知を要するものとすることに賛成する。相対的取消の問題点を克服できる。債務者に対する給付訴訟の併合提起を義務付けるについては、併合提起については債権者の選択に委ねれば足り反対する。(愛知県弁)

- 取消しの効果が債務者に及ぶ、あるいは及ばせられる方策が採られる方向で検討すべきである。また、取消しにより債務者の元に戻ってきた財産は全くの債務者の自由財産ではなく、処分するには一定の期間を経て取消権者に差押え等の機会を保障する、あるいは取消権者の同意を要する等の一定の制限を設ける必要があると考える。(東京青司協)
- 債務者を共同被告とさせ、併せて債務者に対する債務名義に対する給付訴訟も行うべきである。相対的取消による弊害を一時的に解決できる。他方で、債権者において過度の負担とはならない。(札幌弁)
- 前段については、検討することに賛成する。後段については、検討することに反対する。給付請求権については、債務名義を先行取得したい債権者の保護や、先行提起の給付訴訟が上訴審に係属している場合の併合困難の観点から義務付けには反対である。優先弁済機能を否定し、債務者を被告にすべきものとするれば、債務名義のない債権者は通常、給付訴訟を併合提起するのであり、それで足りるのではないか。(兵庫県弁)
- 債務者を被告ないし訴訟告知の対象とすることで、債務者の権利保護を図りながら、相対的無効の問題を解決でき、賛成する。他方で、債務者を取消訴訟の被告ないし訴訟告知の対象とすれば相対的無効の問題を解決することは可能であるから、給付訴訟の併合提起までを義務付ける必要はない。(広島弁)
- 詐害行為取消訴訟においては、受益者・転得者のみならず、債務者も被告とし、取消しの効果を債務者にも及ぼすべきである。詐害行為取消制度の目的は、債務者の責任財産の保全にあり、また、債務者は、詐害行為を行った当事者でもある。このような債務者を、詐害行為取消訴訟の相手方から外す理由はなく、債務者に対しても取消しの効果を及ぼすべきである。そうすることによって、判例法理の理論的問題点も克服することができる。(沖縄弁)
- 詐害行為取消訴訟において債務者をも被告とすることを義務付ける方向で検討することに賛成する。債務者を被告とすることにより、取消しの効力が債務者にも及ぶこととなり、折衷説の問題点を克服できる。債務者の手続保障に資するし、受益者の防御にも有益な場合があり得る。(森・濱田松本有志)
- 詐害行為取消訴訟において、被保全債権の存在や債務者の主観的要件の充足が受益者や転得者とは無関係な債務者に関する事柄である以上、債務者をも被告とする方が、被告側の防御にとっても良いのではないか。(日大民研・商研)
- 相対的取消しの問題点を解決できること、被告とすることにそれほど負担がないことから、債務者を被告とすることを義務付けることに賛成する意見が強かった。債務者に対する給付訴訟の併合提起の義務付けについては、給付請求権について債務名義を先行取得したい債権者の保護、先行提起の給付訴訟が上

- 訴審に係属する場合の詐害行為取消訴訟の併合提起の困難などを理由に、反対する意見が強かった。(日弁連)
- 詐害行為取消訴訟において、債務者をも被告とすることに賛成するが、債務者に対する給付訴訟の併合提起を義務付けることについては、反対する。(大阪弁)
 - 債務者も被告とすべきであるが、債務者に対する給付訴訟の併合提起を義務付けることまでは必要がない。債務者にも取消の効果を及ぼした方が合理的であるから、手続保障のため当事者にする必要がある。併合提起の義務付けについては、既に債務名義を有している場合もあろうし、債権者の選択に委ねることと問題がない。(堂島有志)
 - 詐害行為取消訴訟において債務者を被告に加えなければならない旨の明文の規定を設けるべきである。詐害行為をした張本人である債務者を蚊帳の外に置くことは不当であり、債務者は常に被告とし、詐害行為訴訟の効力を及ぼすべきである。詐害行為取消訴訟と併合して債務者に対する給付訴訟の提訴を義務付けるべきではない。(福岡弁)
 - 取消の相対効には理論的な問題点が指摘されているところであり、折衷説に立ったうえで、問題点を克服する方法の一つとして、債務者にも取消の効果が及ぶとすることの可否については、十分検討する意義がある。債務者に対する給付訴訟と併合する場合の規律についても十分に議論・検討する必要がある。(親和会)
 - 債務者の手続保障や、債務者の経済状況を把握するためにも、債務者を共同被告とすることないし債務者に訴訟告知することについて検討することに異論はない。むしろ、債務者の当事者的関与がないところで債務者の詐害行為性を判断されることの方が、違和感があるとの指摘もあった。(パブコメWG)
 - 債務者を共同被告とすることにより相対的取消の理論的問題点を克服できるという点については検討に値する。ただし、債務者が死亡していたような場合などに債権者の負担が過大になるおそれもある。また、詐害行為取消訴訟が競合するという問題も発生することから、この点にも留意し慎重に検討すべきである。給付訴訟の併合提起を義務付けることについては、取消判決と給付判決との判決内容の合一性確保の要請は首肯しうるが、債権者としては、別途給付判決のみを取得したい場合もありうること、詐害行為取消のみならず債務名義を取得するか否かは原則として債権者の判断にゆだねられるべきことからすれば、やはり慎重に検討すべきである。(仙台弁)
 - 債務者に対しては、被告とすべきか、訴訟告知で足りるか等については、さらに検討すべきである。判例法理(折衷説)を修正し、債務者を被告とすべき

- との意見があるが、責任説によれば必ずしも債務者を被告とすることは要請されない。さらには、否認訴訟において破産者を被告とすることは義務づけられておらず、詐害行為取消訴訟で債務者をも被告とすることを義務づけるのであれば、否認権との整合性が確保できなくなる旨の意見がある。(東弁)
- 取消債権者と受益者・転得者との間で詐害行為の取消しの判決がなされた場合には、その判決の効力が債務者にも及ぶように何らかの方策を講じる必要がある。ただ、常に債務者を訴訟当事者(被告)に加えるべきものとするのは(債務者が所在不明の場合に支障が生じるため)妥当ではない。別の方策も用意すべきである。(弁護士)
 - 詐害行為取消訴訟において必ずしも債務者を被告としなければならないものではなく、例えば、債務者に対する訴訟告知を義務付けることでも足りる。(弁護士)
 - 債務者に被告適格を認める必要は全くない。ただし、債務者に当該行為が詐害性のないものであることを主張する機会を与え、かつ、詐害行為取消訴訟の判決理由中の判断を債務者に対抗せしめるために、債務者には参加的効力を及ぼせば十分であると考えられる。したがって、債務者には訴訟告知をする必要があるという案には賛成する。これに対して債務者に対する給付訴訟の提起は全く必要ないと考える。(大学教員)
 - 取消債権者が債務者に対する債務名義をまだ得ていない場合には、債務者に対する給付訴訟の併合提起は原則として合理的であるが、義務付ける必要はない。また、相対的取消の考え方では、債務者の下に回復された財産に対して、取消債権者が強制執行を行えることにつき理論的に説明できないから、絶対的取消、固有必要的共同訴訟にすべしという議論は本末転倒の議論であって、むしろ、そのことから生ずる弊害の方がより大である。立法論としては、責任訴訟を認めればそれですむことであるし、それが認められないとしても、現行判例法理(最三判平 22・6・29)のほうが効果論上も実務上も妥当である。(大学教員)
 - 詐害行為取消権の行使は、現行法の下では訴訟当事者とされていない債務者にも事実上の影響を及ぼすものであることから、債務者への手続保障という実質的な観点に照らし、債務者が訴訟当事者となっていない場合に、債務者への訴訟告知を義務づけることが相当であると考えられる。また、債務者に対する給付訴訟の併合提起については、これを必要と考えるか否かは債権者の処分権に属する問題であり、併合提起を義務づける論理的必然性はなく、債務者をも被告とする必要はない。(弁護士)
 - 現実に取り消しの効果は債務者にも及んでおり、そうであれば、債務者に手続

保障を図ることも必要であるという考えも理解できるが、一方で、債務者が行方不明となって訴状の送達に支障が生じる等、取消債権者にとって負担が増え、詐害行為取消権の行使に支障が生じるようであれば、その負担について慎重に検証されるべきと考える。(法友会)

- 責任法的取消の効果として、債務者の総債権者（詐害行為時まで発生した債権に限る）のために、共同の一般先取特権の発生を認める見地からは、詐害行為取消訴訟において、債務者に被告適格を認める必要性はないと考える。相対的無効論の理論的欠陥を是正するため、債務者に被告適格を認めて、判決効を及ぼすと、残余財産が債務者に帰属するなど、取消の効果が目적을超過して不必要に過大であり取引の安全を害するとともに、目的を達するのに適合していないより大きな欠陥を招来することになりかねない。(ドイツ民法研有志)
- 現在の実務において、債務者を被告としないことによる格別の不都合は感じられないところであり、債務者を被告とすることには、以下のとおり様々な問題が生じることが考えられるから、理論的問題点を克服する目的で債務者を被告とすることには、より慎重な検討が必要であるとの意見が多かった。債務者を詐害行為取消訴訟の被告とすることについては、債務者から受益者への不動産譲渡等の外観が存在する場合、当該譲渡等が仮想のものか真実のものを判断することは容易ではないため、a 当該譲渡等が無効である旨主張して債務者に代位する所有権移転登記の抹消登記手続請求等と、b 当該譲渡等が有効であることを前提とする詐害行為取消請求とを選択的あるいは予備的に併合して提起するというのが従前の実務で多く見られた訴訟形態であったところ、詐害行為取消訴訟において債務者をも被告とすることを要した場合、訴えの主観的予備的併合が不合法である旨判示した最二小判昭和43年3月8日に照らし、従前の実務における訴訟形態が制約を受けることになると思われるが、従前の訴訟形態で訴え提起に特段の問題があるとは考えられていないことを勘案すれば、このような実務に支障が生ずるおそれがある改正は相当ではない。また、債務者を被告とすることを義務付けた場合、詐害行為取消訴訟の性格についてどのように考えるべきか不明である。仮に、固有必要的共同訴訟になるとするのであれば、債務者の所在確認が必要となり、所在不明の場合の公示送達手続が必要となり、負担が重くならないか。期日欠席の場合は、受益者（又は転得者）の自白や認諾も効力を生じなくなり、取消債権者は全ての事実について立証することが必要になるなど、裁判所のみならず、訴訟当事者にとっても訴訟手続が過重なものとならないか。その他、請求の趣旨、訴訟物、債務者が破産した場合の訴訟の規律（破産管財人が否認訴訟として承継するのかなど）、債務者への訴訟告知を要するとするのであれば、その効果なども検討しておく必

要がある。給付訴訟の義務付けについては、債務名義を取得するか否か、いつ取得するかは債権者が判断すべきことであり、法律で給付訴訟をあえて義務付ける必要があるのかについても留意しつつ検討する必要がある。少なくとも、取消債権者が既に債務者に対する債務名義を取得している場合には、改めて給付訴訟を提起する必要はないし、仮に債務名義が存在する場合には併合提起を義務付けないものとしても、債務名義には様々な種類があり、その有効性の判断が必ずしも容易ではない場合もあることから、併合提起要件の充足の有無を巡って無用な争いが生じ、かえって訴訟経済に反する結果ともなりかねない。また、債務者に対する給付訴訟の提起を義務付けた場合には、当該給付訴訟の併合提起を詐害行為取消訴訟の訴訟要件とすることになると思われるが、このような特殊な訴訟要件（他の者に対する別の請求に係る訴えの併合提起）を定めた例は他に見られないし、土地管轄や移送の可否、弁論分離の可否や一部の者に対する判決の可否、矛盾する判断の可否、上訴時の取扱い等の様々な点について慎重な検討が必要となり、従来の実務に特段の問題があるとは考えられていないことも勘案すれば、改正の必要性は乏しい。（最高裁）

- 詐害行為取消訴訟において、受益者又は転得者のみならず債務者をも被告とすること、債務者に対する訴訟告知を要するものとするなどして、取消しの効力が債務者にも及ぶようにすることについては反対する。債務者を被告とする場合や訴訟告知を要とした場合、すでに債務者に資力がなく、まったく連絡がとれなくなっていることがあり、このようなときには、公示送達が必要となることがあり、迅速に責任財産を保全することができなくなる。また、被告となった債務者の事由による中止や中断により訴訟の進行が停止する可能性がある。（法友全期）
- 不同意。債務者を詐害行為取消訴訟の被告とすることについては、特段メリットを認めない。被保全債権の存在や債務者の主観的要件の充足に関する防御を期待できることがメリットとされているが、詐害行為を実行した債務者が、取消債権者の利益に叶うような防御を期待できると期待することには無理がある。むしろ受益者・転得者にとってメリットとなりうるだけであり、取消債権者には負担とリスクのみが増加する結果となるためである。（会社員）

(3) 詐害行為取消訴訟が競合した場合の処理

仮に取消しの効力が債務者にも及ぶものとする場合（前記(2)参照）には、同一の詐害行為の取消しを求める複数の詐害行為取消訴訟が提起された際に、どのようにして判決内容の合一性を確保するかや、複数の債権者がそれぞれ自己に対して逸出財産の引渡しを求めたときの規律の在り方等について、更に検討しては
--

どうか。

【部会資料 7-2 第 2, 2(2) (関連論点) 2 [47 頁]】

【意見】

- 他の債権者は、既存の詐害行為取消訴訟に対し、共同訴訟参加（民事訴訟法 52 条 1 項）をすべきであり、後訴が別訴として提起された場合には、弁論の併合が可能であれば、却下に代えて弁論の併合を行うことが望ましい。参加後の共同訴訟の形態としては、類似必要的共同訴訟に属するものと解すべきである。（ドイツ民法研有志）
- 検討することに反対はしない。複数の詐害行為取消訴訟が提起された際には、できる限り判決内容の合一性を確保することが望ましい。ただし、債権者や裁判所は他の詐害行為取消訴訟の存在を把握することが困難な場合もあるため、現実的にかような手当てを行うことに困難性を伴うという問題もあると思われる。（仙台弁）
- 複数の詐害行為取消訴訟が提起された場合、併合されるべきものとし、併合されたときは、必要的に合一審判が保障されるものとすべきである。（この種の規定は民訴法に置くべきである。）取消の効果が債務者にも及ぶことを認める以上、複数の取消訴訟は、債務者に対する効力を共通の審理対象とする以上、合一審判を保障するのが望ましい。同じ行為を対象とする複数の取消訴訟は、複数の債権者から提起されることになるが、同じ逸失財産を債務者に回復して、債務の引当とすることを目的とするから、債権者にとっては、一番早く（勝訴）確定する可能性のある訴訟手続を知り、これに関与できることが望ましい。債務者、受益者・転得者は何回も応訴させられる重複を避けたいはず。これは、行政事件の取消訴訟、会社訴訟（総会決議取消訴訟）と共通の利害状況であるから、訴訟手続上も同様の処置が相当である。なお、専属管轄、弁論主義の制約なども検討すべきであると考え。（堂島有志）
- 共同訴訟、訴訟参加に準じる。効果につき優先順位をつける必要があると考える。（弁護士）
- 仮に債務者にも詐害行為取消訴訟の被告適格を認めた場合、競合する取消訴訟について合一確定の要請があるか、あるとして合一確定を確保するためにいかに規律すべきかについて十分に議論・検討する必要がある。（親和会）
- 債務者も詐害行為取消訴訟の被告とする見解をとれば、責任財産の保全という詐害行為取消制度の趣旨からも、詐害行為取消訴訟が競合した場合には、判決を合一に確定させる必要があるのではないか。その際、複数の債権者がそれぞれ自己に対して逸出財産の引渡しを求めた場合にどうするのかなど判決の

合一性確保のための問題が生じるため、更なる検討が必要であろう。(日大民研・商研)

- 特に異論はない。(二弁)
- 詐害行為取消訴訟が競合した場合の処理について更に検討することに賛成する。分かりやすい民法とするため、規律の明確化を図るのが望ましい。(愛知県弁)
- 判決内容の合一性の確保や、複数の債権者がそれぞれ自己に対して逸出財産の引渡を求めたときの規律の在り方については、さらに検討すべきである。判例法理(折衷説)を個別に修正しようとするれば、複数の取消債権者が同一の詐害行為を取り消そうとする場合に、合一確定の要請が生ずる場合があることは否定することができないため、その対象、手段・方法、時期等のほか、かかる法制の創設がもたらす実際上の効果について、慎重な検討が必要である。(東弁)
- 検討することに賛成する。このような事案の場合には、判決内容は合一性であることが望ましい。また、複数の債権者の請求が認められた場合、規律がなければ、その後の対応が困難となる。(兵庫県弁)
- これは従来提起されなかった重要な問題だと考える。ただし、この問題は民法 425 条が詐害行為取消判決の効力の他の債権者に対する拡張を意味するという、425 条論を踏まえることによって正確に議論できる問題ではないか。(大学教員)
- 検討することに異論はなかったが、以下のような種々の問題提起がなされた。判決内容の合一性を確保する方法として、強制併合の方法を採用するという考え方については、同一の詐害行為の取消しを求める他の詐害行為取消訴訟の存在を確かめる方法や、土地管轄や審級が異なる場合の併合方法について検討する必要がある。また、ある取消権者が提起した詐害行為取消訴訟の判決が確定した後に、別の取消債権者が同一の行為を対象とする詐害行為取消訴訟を提起した場合に、判決内容の合一性を確保する方法についても検討する必要がある。後訴の提起は可能か、前訴が棄却判決の場合、敗訴原告たる債権者は後訴の認容判決に基づく執行手続に参加することができるのか、といった問題も生じ得る。原告たる取消債権者以外の債権者にも詐害行為取消判決の効力が及ぶと構成する場合の「効力」とは、いかなる効力を意味するのか、既判力・執行力との関係はいかなるものになるのかについて検討する必要がある。なお、同一の詐害行為の取消しを請求する訴訟については、常に判決の合一確定の要請が生じるとする考え方には疑問がある。取消債権者の被保全債権の存否又はその発生時期に争いがある場合には、判決内容の合一性を確保する特段の意味はない

- と思われる。詐害行為取消訴訟における審理の対象は詐害行為の有無だけではないから、判決内容の合一性を確保する手段を検討するに当たっては、合一確定がいかなる場合に必要となるのかについても検討する必要がある。(最高裁)
- 検討すること自体には反対しないが、積極的に明文の規定を設けるべき問題とは思われない。請求権の競合は、別に詐害行為取消権のみに関して起こるものではなく、債権の差押えや債権譲渡との競合といった分野でも生じ得る問題である。仮に、詐害行為取消権の競合についてのみ規定を設けたところで、それによって常に判決内容の合一性を確保できるわけではないと思われるが、他の競合問題にまで踏み込んで検討しても、問題がさらに複雑化した末に、結局は民事訴訟法や民事執行法の見直しと平仄を合わせて検討すべきという結論になるだけで、結局徒労に終わるのではないか。(弁護士)
 - 判決内容の合一性を確保するため、強制併合の手当をすることには反対である。なるべく併合審理することが望ましいが、同一の詐害行為につき他に取消訴訟が提起されていることを裁判所や債権者が全て把握できるのか疑問である。複数の債権者がそれぞれ自己に対して逸出財産の引渡しを求めたときは、公平の観点から受益者に供託を義務付けるべきである。(横浜弁)
 - 不同意。「逆転現象」の発生を問題認識として挙げているが、これは倒産法上の類型が不十分なことに起因するだけであって、整合性の要否はさておき、これと整合させるに民法を改変するのは本末転倒と考える。(会社員)
 - 強制併合については賛成しかねる。各債権者が、自己に対しての目的物の引渡しを求めた場合には、供託するほかないと思われる。強制併合については、異なる裁判所で審理をしていた場合、どちらの裁判所に併合するかなどの新たな問題が生じることにもなる。(沖縄弁)
 - これは個別修正説をとる結果生ずる問題である。併合された場合、事実上の判断が統一されることのみで十分で、訴訟物は別個であるから、必ずしも判決が合一的に確定される必要はない。(大学教員)
 - 複数の取消債権者が同一の詐害行為の取消しを請求する場合であっても、判決が合一に確定する必要はない。債権者の誰かが勝訴すれば、その既判力は債務者に及ぶことになる。(福岡弁)
 - 取消しの効力を債務者にも及ぶものとするに反対するので、反対である。債務者を被告とする場合や訴訟告知を要とした場合、すでに債務者に資力がなく、まったく連絡がとれなくなっていることがあり、このようなときには、公示送達が必要となることがあり、迅速に責任財産を保全することができなくなる。また、被告となった債務者の事由による中止や中断により訴訟の進行が停止する可能性がある。(法友全期)

- 取消しの効力はすべての債権者に及ぶものとし、取消訴訟の棄却判決については訴訟当事者間のみ効力が及ぶものとするれば足り、強制併合等の手当は不要である。なお、そもそも債権者が自己に対して直接引渡しを求めることを認めるべきでないから、複数の債権者がそれぞれ自己に対して逸出財産の引渡しを求めた場合の規律を設ける必要はない。(大阪弁)
- 形成訴訟の性質上、1件でも取消判決が確定することによって、取消の効果が生じると解され、先行している別件の取消訴訟の敗訴等の影響は受けないとすべきである。また、複数の債権者に対して受益者が返還義務を負った場合、その内の一人の債権者に返還を行えば足りるとすべきである。強制的に訴訟併合をすることは現実的に困難な状況があるとともに、そこまでする必要性も認められない。(札幌弁)
- 併合を強制することには反対である。他の取消訴訟の存在を把握することは事実上困難である。複数債権者がそれぞれ自己に対して逸失財産の引渡しを求めた場合の規律については、効果の問題と合わせて議論すべき問題である。(広島弁)
- 同一の詐害行為に他の取消訴訟が提起されていることを把握するのは困難であること、棄却判決に第三者効を認めず、確定した取消判決を前提とした債務者財産の執行手続にすべての債権者が加入できるものとするならば不都合はないことなどを理由に、強制併合の手当てを施すことに反対する意見が強かった。(日弁連)
- 債権者が逸出財産の引渡しを求めることができるのは、詐害行為取消権の効果ではなく、債権者代位権の効果である。このため、複数の債権者が逸出財産の引渡しを求めた場合については、債権者代位権の問題として捉えるべきであり、同一債権について複数の債権者が債権者代位権を行使した場合の問題であり、詐害行為取消権とは区別して整理されるべきである。(会社員)

2 要件に関する規定の見直し

(1) 要件に関する規定の明確化等

【意見】

- 「給料その他債務者と使用人との間の雇用関係に基づいて生じた債権」は、先取特権(民法第308条)という特殊な担保権を有し、企業等の有する一般財産について優先弁済を受ける権利を有するところ、中間論点整理においては、企業の一般財産の流出を促進し、また、不当に流出した一般財産の取戻を困難とし、企業破綻時における労働債権確保を困難とする提案が少なからず含まれている。また、企業破綻時に親会社や経営者個人に労働債権の弁済を行わせる

のを困難とする提案も含まれている。要件に関する規定を破産法上の取戻権に揃えると、詐害行為取消権の行使要件が限定され、倒産前に散逸した企業財産の取戻の困難化がもたらされるおそれがある。このような方向での法改正には賛成できない。(連合)

- 詐害行為取消権の効果は取消であることは明白である。財産の取戻しは、別の制度で行うことである(例えば、売買の取消しがされれば、債務者は受益者に対して不当利得返還請求権により財産の取戻しを求めることができ、債務者がその権利を行使しない場合には、債権者が債権者代位権により代位行使できることとなる)。正しい民法解釈を前提とすれば、改定は不要である。被保全債権については、「債権者を害する」か否かによって判断すれば足りる。(個人)
- 判例上確立している要件については可能な限り明文化するのが望ましく、見解の対立がある要件については、一定の立場に立って明文化するのがそもそも妥当なのか、十分に検討する必要がある。(親和会)
- 近時論点となっている濫用的会社分割で、分割会社の債権者が争う手段として、債権者取消権は有用である。これに限らず、破産以前の場面で利用できる一般法理として残すべきであると思う。(会社員)

ア 被保全債権に関する要件

被保全債権に関する要件について、判例と同様に、詐害行為よりも前に発生していることを要するものとするかどうかについて、詐害行為取消しの効果(後記3(2)参照)との関係にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず、強制執行により実現することもできないものである場合には、詐害行為取消権を行使することができないものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(1)ア [48頁]】

【意見】

- 被保全債権が、詐害行為よりも前に発生していることを要するものとすることに賛成する。被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず、強制執行により実現することもできないものである場合には、詐害行為取消権を行使することができないものとすることに賛成する。(大阪弁)
- 詐害行為よりも後に債務者に対する債権を取得した者は、詐害行為を前提として取引関係に入っているのであるから、保護に値しないとして、被保全債権に関する要件について、詐害行為よりも前に発生していることを要求することに賛成する。(弁護士)

- 賛成する。従前の判例・実務の考えにも整合するし、原則として詐害行為よりも後に債権を取得したものは、詐害行為後の状況を前提として取引関係に入っているのであるから取消権行使を認める必要はない。但し、継続的契約の場合のように、被保全債権自体は詐害行為後に発生していたとしても、契約関係自体は詐害行為前から継続していたような場合には、詐害行為前に債権を取得したものと同様の法的地位を与えてもよいのではないかと考えられる。また、被保全債権が強制力を場合には、そもそも逸出財産を取り戻してもそこから強制執行による債権の満足を受けうることはできないのであるから、取消権の行使を認める必要はない。(仙台弁)
- 現に発生している債権を有しているからこそ、債務者の行為によって害されるのであるから、詐害行為時に発生していることを被保全債権の要件とすることは正当である。詐害行為取消権が強制執行の準備段階としての責任財産の保全を目的とし、債務者への財産管理への介入を認めるものであることから、強制力を求めるのが妥当である。(沖縄弁)
- 現行の実務を支持する、又は詐害行為取消権の行使を活性化する方向での明確化には賛成である。これに対し、現行の実務に負担を課す、又は詐害行為取消権の行使を制限する方向での明確化には反対である。(法友会)
- 取消対象行為があった時点における債権者を害することを知ってした行為が対象なのであるから、やはり、被保全債権は詐害行為よりも前に発生していることが必要なのではないか。詐害行為後に取得した債権であっても、その発生原因が詐害行為前であれば被保全債権となるのではないかと考える(破産債権の定義(破産法第2条第5項)参照)。(日大民研・商研)
- 賛成する。判例の明文化であるので、市民にわかりやすい民法を実現することになる。(法友全期)
- 被保全債権は、詐害行為より前に発生しており、強制力を有するものであることを要件とすべきである。発生時期については、判例通説が詐害行為より前であることを要件としており、強制執行の準備行為に位置付ける立場でも、取り消して回復をはかるイニシアティブをとるには、これを維持すべきである。強制力については、強制執行の準備行為に位置付ける立場から、これを要することになる。(堂島有志)
- 被保全債権の要件として、詐害行為よりも前に発生していることを明文化する方向で検討することに賛成する。また、被保全債権が強制力を欠く場合に、詐害行為を行使できないこととすることに異論はない。ただし、労働債権のように継続して発生し続ける債権を解釈等により被保全権利とする余地は残すべきと思われる。(二弁)

- 被保全債権に関する要件として、詐害行為よりも前に発生していることを要するものとする事、及び、被保全債権が訴えをもって履行を請求することができず、強制執行により実現することもできないものである場合には、詐害行為取消権を行使することができないものとする事については、判例で認められている（最判平 9.2.25）ことから、いずれも賛成である。（横浜弁）
- 詐害行為よりも前に発生していることを要するものとする事に賛成する。被保全債権が強制力を欠く場合には詐害行為取消権を行使できないものとする事に賛成する。（愛知県弁）
- いずれも、賛成する。いずれも、一般的な理解に沿うものである。（札幌弁）
- 被保全債権が詐害行為よりも前に発生していることを要件とする旨を明文化することに賛成である。判例法理の明文化であり、要件がより明確になる。（広島弁）
- 被保全債権に関する要件として、詐害行為よりも前に発生していることを要するものとする事、被保全債権が強制力を欠く場合には詐害行為取消権を行使できないものとする事について、賛成する。（日弁連）
- 被保全債権の要件として、詐害行為よりも前に発生している事、及び被保全債権が強制力を欠く場合には、詐害行為取消権を行使することができない事を法文化する方向で検討すべきである。（東弁）
- 判例を明文化する方向での検討であるならば、検討することに賛成する。（兵庫県弁）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 保全の必要性という観点に照らせば、被保全債権は原則として詐害行為よりも前に発生していることを要するものと解すべきであるが、判例には詐害行為後に発生した遅延損害金についても被保全債権となる余地を認めたもの（最判平成8年2月8日）や、詐害行為前に具体的に発生していた被保全債権の大部分が詐害行為取消訴訟の係属中に弁済されるなどして、未発生債権（将来具体的に発生すべき婚姻費用支払請求権等）や詐害行為後に発生する遅延損害金のみが残されたような場合に、なお詐害行為取消権の被保全債権としての適格性が肯定されるとしたもの（最判昭和46年9月21日）もあることから、仮にこの点に関する判例法理を明文化する場合には、このような例外も認められる事に十分留意すべきである。被保全債権が強制力を欠くものである場合には、当該債権の保全を認める法律上の必要性が認められないのは当然のことであり、判例（最判平成9年2月25日）も詐害行為取消権を行使できないことを認めている。（弁護士）

- 詐害行為時までには、債権を取得した債権者に限定するのを原則とすべきである。しかし、将来の動産や債権を含む集合動産や集合債権が譲渡された場合には、将来の動産や債権が現実には発生する前に、取引関係に入った詐害行為後の債権者も、詐害行為により害される債権者であるといえ、特則を設ける必要がある。そこで、将来の財産権が譲渡された場合には、例外として、一定の要件の下、詐害行為の後に債権を取得した債権者も含む方向でさらに検討してはどうか。(ドイツ民法研有志)
- 被保全債権は詐害行為より前に発生したものでなければならない旨の明文の規定を設けるべきである。被保全債権が強制力を欠く場合には詐害行為取消権を行使することができないという考え方に異論はないが、この考え方を明文化する必要はない。訴求力や強制力のない債務(例 自然債務)も観念しうが、明記すれば悪用されるおそれもあり、わざわざ民法に明記する必要はない(福岡弁)
- 判例と同様の扱いが妥当であるが、明文化は不要。(弁護士)
- 判例法理で可。「また、…」以下も検討の必要なし。受益者に与える影響からみると、判例より責任説がベター。(大学教員)

イ 無資力要件

「債権者を害することを知ってした法律行為」(民法第424条第1項本文)の「債権者を害する」とは、債務者の行為によって債務者の責任財産が減少して不足を来すおそれがあることをいうと解されている(無資力要件)。そこで、この無資力要件を条文上も具体的に明記するかどうかや、明記する場合の具体的な内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(1)イ [49頁]】

【意見】

- 債務者に取消債権者の債権を弁済する資力がない場合、債務者が詐害行為によって取消債権者の債権を弁済する資力がなくなる場合に、詐害行為取消権の行使が可能である旨の明文の規定を設けるべきである。詐害行為取消制度は債務者の責任財産の保全のための制度ではあるが、破産手続のように厳格なものではないので、債務超過、支払不能といった概念を用いる必要はない。(福岡弁)
- 無資力要件自体は、従前から判例上認められてきた要件であり、これを明文化すること自体には意味があると思われる。但し、この無資力要件の具体的な内容については、破産法上の否認との整合性にも留意し、無資力の意義に

つき支払不能とすることも含め（この場合、債権者の立証負担の観点から、債務超過を支払不能推定事由として位置づけることも考えられる）、慎重に検討すべきである。（仙台弁）

- 無資力要件を条文上明記することに異論はない。具体的な規定の内容については、更に検討すべきである。倒産手続が開始される以前においては、一旦支払不能状態になってもそれが解消することもあり得ること、「無資力」や「債務超過」と比べて認定が困難であることから、支払不能概念の導入については慎重に検討すべきである。（二弁）
- 無資力要件を条文に明示することには賛成する。ただし、「無資力」の具体的内容については、債務超過でなくても実質的に支払不能と判断される場合には詐害行為取消権が認められるべきである。（横浜弁）
- 「債権者の責任財産が減少して不足を来たすおそれがあること」を明記すべきである。否認権の場合の無資力要件、即ち、「債権者を害することを知っていた場合」を要件することは、厳格に過ぎ、破産手続のように十分な情報を得られることが期待できない詐害行為の場面においては、「おそれ」で足りるとすべきである。（札幌弁）
- 明文化の方向に賛成である。（広島弁）
- 分かりやすい民法の実現に資することなどを理由に、無資力要件を明文化することについて賛成する意見が強かった。もっとも、無資力要件の内容については、債務超過に限定することに反対する意見が強く、支払不能の場合を含めるべきとの指摘も多かったが、民法に支払不能概念を導入することに慎重な意見も見られた。なお、無資力要件は債務超過に限定されるべきではないとの立場から、現行民法や、倒産法上の詐害行為否認の場合と同様、「債権者を害することを知ってした行為」の解釈に委ねれば十分であるとして、明文化に反対する意見もあった。（日弁連）
- 「分かりやすい民法」の実現に資するので、無資力要件を明文化するという方向で検討すべきである。しかし、無資力は、債務超過や、支払不能のいずれとも異なる概念である。また、『債権者を害する』について、判例は資力に関する要素と悪意や取消の必要性など種々の要素を相関的に考慮しているのであるから、単に無資力要件のみを取り出して明文化するとそれが一人歩きするおそれがある。さらに、無資力要件を明文化する場合、倒産法との整合性への配慮が必要であるという問題点があり、また、倒産法において債務超過概念の立証は必ずしも容易なものではないため、無資力要件の定義によっては取消債権者に不当に重い立証上の負担を課すことにもなりかねないという問題点もある。特に「債権者を害する」という要件と無資力要件は異

なることを念頭に置いたうえで、さらに検討すべきである。(東弁)

- 無資力要件を明示すべきである。その内容としては、「支払不能」と同内容とすべきと考える。詐害行為取消権は、責任財産の保全のための制度であるから、無資力要件が求められることは当然である。また、現行法の「債権者を害する」という文言は、具体性に乏しく、一般市民にとってはどういった場合が債権者を害することになるのか判然としないと思われるため、明示すべきと考える。また、その内容を「支払不能」と同内容とするのは、倒産法との整合性からである。(沖縄弁)
- いわゆる無資力要件を明文化することには賛成するが、無資力要件と倒産法上の概念(支払不能、債務超過)との関係については、慎重に検討すべきである。実務上、一時的に債務超過に陥っているものの、各履行期における債務の弁済は可能という債務者(企業)が多数存在している。そのような債務者について詐害行為取消権の行使を認めることは債務者の経済活動への過度な介入となるから、債務超過を要件とすべきではない。他方、厳密な債務超過が立証されない場合でも、支払不能・支払停止等が立証されれば、詐害行為取消権を認める場合もあり得る。(森・濱田松本有志)
- 無資力要件を条文上も具体的に明記すべきである。(広大有志)
- 「債権者を害する」の内容は解釈に委ねられていたため、債務超過状態にあることを明示することには意義がある。ただし、債務超過という要件に関して、清算価値で考えるのか、継続企業価値で考えるのか、更なる検討を要するだろう。さらに、債務超過を考える際の負債について、負債の弁済期が来るまでには財産状態が回復するかもしれなかったのに、その時点での詐害行為を取り消す必要があるのかが問題となる。このように「債務超過」の定義には様々の解釈が存在し得るところ、その解釈を限定してしまうよう形で明示してしまうことには慎重になるべきであり、無資力要件の明文化には今度更なる検討が必要であると思われる。(日大民研・商研)
- 検討することに賛成する。なお、無資力要件の内容については、慎重に検討する必要がある。(兵庫県弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 無資力要件の明文化については、その内容について慎重に検討すべきである。具体的な内容によっては、現行の判例実務よりも詐害行為取消権の範囲が狭められることとなる。(愛知県弁)
- 「債権者を害することを知ってした行為」という総論的な規定を残したままで、判例で類型化されたものに限り明文化するのであれば、賛成する。判例の明文化であるので、市民にわかりやすい民法を実現することになる。他

方で、「詐害行為取消権」は、債権の対外的な効力が、債務者以外に及ぶ例外的な場合であり、どのような場合に及ぼせるのかという価値判断に基づいて、その外延が決まるべきであり、個別具体的な事案を通じて、調整が行われるべきである。なお、破産法上の否認権とは、連続的に考えることは不要であり、否認権として類型化されているものに限定されるべきではない。(法友全期)

- 無資力要件と倒産法上の支払不能基準との関係についても検討すべきである。(弁護士)
- 実務においては、延滞した債務者が、破産や民事再生など法的整理に至らないケースや至るまでに長期間を要しているケースの方が多く、そうした状況下で詐害行為をはたらく悪質な債務者も存在する。現行法の本制度は、そうした不当な行為の「抑止力」としても機能してきたことから、無資力要件化には慎重な検討が必要である。(名商)
- 無資力要件については、既に判例により求められている要件であり、これを明記することについては実務に特段の影響があるとは思われないが、実務上は、取消債権者にとってこの無資力要件の立証が困難なこともあり、詐害行為取消権があまり利用されていないと思われるので、取消債権者の立場からは、要件の緩和等が望まれる。倒産法における否認権の要件との整合性について、この不整合により実務界において現実に不都合が生じているのか否かという観点より判断するのが適切と考える。(法友会)
- 無資力要件の表現として、「債権者を害することを知ってした行為」という表現を維持することで十分であると考えられる。(大阪弁)
- 現行規定で足りる。(弁護士)
- 「債権者を害する」と「無資力」は異なる概念であり、無資力でなくても債権者を害することはあるのであるから、無資力要件を条文化すべきではない。(会社員)
- 当然の前提なので、明文不要と考えるが、債務消滅行為に関しては支払不能概念の採用も検討の余地あり。(大学教員)
- 債務消滅行為については、支払不能概念の採用を検討してみてもどうか。(ドイツ民法研有志)
- 現行法の「債権者を害する」という文言が、債務者の無資力を要件として含む趣旨であることは明らかであり、これに加えて無資力要件を条文上明示する必要はない。仮に、無資力要件に関する上記のような解釈(債務者の行為によって債務者の責任財産が減少して不足を来すおそれがあること)を明文化する場合、さらには「責任財産」という用語の定義も必要とされる可能性もあり、いたずらに条文の簡潔性を損なう結果となるおそれがある。また、

仮に無資力要件の内容として、破産法の支払不能や債務超過ないしこれらに類する要件が書き込まれた場合には、現行法上の無資力概念は上記のいずれとも異なるものであるため、取消債権者の立証責任が不当に重いものになるなど、実務上の弊害が生じる懸念もある。(弁護士)

- 計数的な債務超過を明記することに反対である。無資力要件といっても、詐害行為の場合、債権者代位と異なり、計数的な債務超過ではなく、債務者の信用等も考慮した概念とされてきたこと、対象行為の類型によって内容が変わりうることから、現行法の文言を維持すべきである。(堂島有志)

(2) 取消しの対象

【意見】

- 取消しの対象について、破産法上の取戻権に揃えると、詐害行為取消権の行使要件が限定され、倒産前に散逸した企業財産の取戻しの困難化がもたらされるおそれがある。このような方向での法改正には賛成できない。(連合)
- 現行民法では要件が明確ではなかった本旨弁済、相当価格での売却、無償行為等について要件が明確化されることは、破産法上の否認権(破産法162条：偏頗行為の否認)との整合性をとるうえで取消対象行為ごとに類型化を図ることは望ましいと考える。金銭の交付を受けた場合の相殺の制限については責任財産保全(債務者への財産回復)を貫く立場からは、従来認められていた事実上の優先弁済が害されることになり、取消訴訟提起のインセンティブがなくなるのではないかと懸念されるので反対である。(農中)
- 判例法理をまとめる方向で、詐害行為取消の対象となる行為を類型化し、整理することには異論はない。もっとも、詐害行為取消権の制度と否認権制度の体系的整合性ないし連続性を図るがゆえに、詐害行為取消権の行使場面が硬直化することのないよう配慮していただきたい。また、偏頗行為に対しては、否認権制度との体系的整合性を図る観点からは、債務者の支払不能を要件として設定することも考えうるが、詐害行為取消権が法的倒産手続の前段階で機能することからすれば、債権者において、債務者が支払不能状態にあるかの判断がつきにくく、また、仮に支払不能状態に陥ったとしても、その後回復することも想定されるという問題点があることにも留意した上で検討していただきたい。(預保)

ア 取消しの対象の類型化と一般的な要件を定める規定の要否

詐害行為取消権の要件については、民法第424条第1項本文は、「債権者

を害することを知ってした法律行為」という概括的な規定を置くのみであるが、取消しの対象となる行為の類型ごとに判例法理が形成されてきたことや、平成16年の破産法等の改正により倒産法上の否認権の要件が類型ごとに整理されたことなどを踏まえて、取消しの対象となる行為を類型化（後記イからエまで参照）して要件に関する規定を整理すべきであるとの意見がある。そこで、詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理するかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に詐害行為取消権の要件を類型化されたものに改める場合であっても、詐害行為取消しの一般的な要件を定める規定（民法第424条第1項本文に相当するもの）を維持するかどうかについて、更に検討してはどうか。そして、一般的な要件を定める規定を維持する場合には、法律行為以外の行為も一定の範囲で取消しの対象になると解されていることから、「法律行為」という文言を改める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(2) [50頁], 同(関連論点)1 [54頁],
同(関連論点)2 [54頁]】

【意見】

- 類型化による成立要件の明確化賛成。その場合でも、相関判断に関する明文の規定も含め、一般的要件の規定は定めておくのがベター。取消対象は「法律行為」に限定せず、「法律的行為」（例えば馴染い訴訟の取消など）も含むのがベター。（大学教員）
- 前段・後段（後段のうちの2論点についても）いずれについても、前向きに検討することに賛成する。（兵庫県弁）
- 取消しの対象の類型化をするとともに、責任的取消に関する一般的要件を定める総則規定を定めるべきである。（ドイツ民法研有志）
- 詐害行為取消の対象を類型化して整理することで、適用範囲がより明確になり、予測可能性も高まる。類型化して整理することで、おおむね詐害行為取消の対象となるべき行為は網羅されるものと思われるが、個別類型に当てはまらない場合があり得ないとは言い切れないことからすれば、一般的要件を定める規定を維持することに反対はしない。（仙台弁）
- 詐害行為取消権の要件を、判例法理や平成16年の破産法等の改正を踏まえて、類型化して整理することは有用である。特に不動産等の財産を相当価格で処分する行為（相当価格処分行為）に関しては、改正破産法で、破産者が隠匿処分をする具体的なおそれ、破産者の隠匿意思、受益者の認識等が要件とされ、不動産の適切な流通を萎縮させることのないよう対応されている。

詐害行為取消権においても、同様の要件を課して成立範囲を制限することは有用かつ合理的である。(不動協)

- 取消しの対象となる行為の類型化を検討することには賛成するが、仮に類型化を試みる場合でも、一般的な要件を定める規定は維持するものとするべきである。詐害行為取消権の要件については、否認権との整合性を考慮する必要があるところ、これを実現するためには詐害行為取消権自体の要件も否認権の規定に倣い、一定の類型化を行う必要があると考えられる。もっとも、仮に類型化を行う場合でも、過大な代物弁済や離婚時における過大な財産分与、さらに最近では詐害的会社分割など、類型化された規定だけでは対処できない適用場面もあり得ることから、一般的な規定はなお維持すべきである。詐害行為取消権の一般的な要件(民法第424条第1項本文)を維持する場合、その「法律行為」という文言を「行為」に改めることには、賛成する。現行実務上も、取消しの対象が厳格な意味での「法律行為」に限定されているわけではない(債務の弁済といった準法律行為も取消しの対象に含まれる)。ただし、「法律行為」という文言は民法典の他の部分でも頻繁に用いられていることから、どのような場面で「法律行為」という文言を用い、どのような場面で単に「行為」という文言を用いるものとするかについては、法律行為の定義規定を置くか否かにかかわらず、一定のルールを決めておくべきではないか。(弁護士)
- 取消対象毎に類型化して規定を整備することには反対しないが、判例法理がある程度確立されており、特段混乱なく運用されていることから、その範囲内での類型化に止めるべきである。制度全体の見通しがよくなるし、特段の問題もないから、取消しの一般的な要件を定める規定を維持する方向で検討すべきである。取消しの一般的な要件を定める規定を維持する場合、現行法においても「法律行為」は確立された判例法理によって広く捉えられており、倒産法上の否認権の規定においても「行為」とされていることとの平仄から、「法律行為」を「行為」と改める方向で検討すべきである。(法友全期)
- 否認権の規定と整合するよう、対象行為ごとに類型化した要件規定をすべきである。一般的な要件を定める規定を維持する。個別的な規定を設けることとしても、一般的な要件を定める規定があった方が、主観的・客観的要件を有機的・総合的に判断するという枠組みを維持することができ、有益である。法律行為の文言は、行為に改めるべきである。現行法上も、法律行為のみならず、債務の弁済、債務の承認、債権譲渡の通知、承諾のような準法律行為も取消の対象となると解されている。また、否認権の規定でも、取消の対象は「行為」とされている。(堂島有志)

- 詐害行為取消権の要件について、取消しの対象となる行為ごとに類型化して明文化すべきである。倒産法の否認権の要件・効果で有用な部分は取り入れるべきであるが、詐害行為取消権の一般的な要件を定める規定を維持すべきである。詐害行為取消権の対象について、法律行為から行為と改めるべきである。(福岡弁)
- 取消しの対象の類型については異論はない。一般的な要件を定める規定については、維持する場合には、「法律行為」という文言を改める方向で検討することに異論はない。一般的な要件を定める規定の維持について、制度全体としての方向性を示す、新たな取消対象についての基礎となる権利を定める必要があるという点から、維持するとの見解もある。しかし、他方で、一般的な要件を定める規定を維持した場合、類型化した取消しの対象以外の場合であっても、一般的な要件により取消しの対象となる可能性が生じ、取消対象の類型化によって取引相手の予測可能性を確保するとの趣旨を減殺するおそれもあることから、一般的な要件を定める規定を維持すべきか否かについては、慎重に検討すべきである。(二弁)
- 詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理することに賛成である。要件を類型化することによりルールが明確になり、分かりやすい民法の実現に資する。その場合であっても、個別類型に当てはまらないものがありうるので、詐害行為取消しの一般的な要件を定める規定(424条第1項本文に相当するもの)を維持することに賛成である。(横浜弁)
- 取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理することに賛成する。詐害行為取消権に関する規律を明確化し、分かりやすい民法の実現に資する。一般的な要件を定める規定を維持することに賛成する。現行法の下で詐害行為取消しの対象となる行為を、個別類型で全て網羅するのは困難であると考えられる。「法律行為」という文言を改めることに賛成する。弁済等の事実行為も詐害行為取消権の対象とされている。(愛知県弁)
- 銀行実務の観点からは、詐害的な実態をもつ行為であれば、会社分割や財産分与等についても取消しの対象とできることが望ましいという指摘がある。「法律行為」を「行為」と改める提案については、取消しの対象が講学上の「法律行為」に限定されるという形式的な理由のみをもって、詐害的な実態を有する行為を取り消せないという事態は望ましくないと考えられ、当該提案には賛成する。(全銀協)
- いずれも、賛成する。詐害行為取消制度のルールの明確化に資する。また、一般的に類型化するには相応しい場面に対応するために、一般的な要件を設け

ることが妥当である。(札幌弁)

- 取消しの対象を類型化して要件を整理することには賛成である。現在の判例法理に沿うものであり、明文化によって要件が明確になる。(広島弁)
- 詐害行為取消権に関するルール明確化に資するとして、行為ごとに類型化して要件を整理することに異論はなかった。要件を類型化されたものに改めることを前提としても、個別類型に当てはまらないものがありうること、制度全体の見通しが良くなることから、一般的な要件を定める規定を維持することに賛成する意見が強かった。もっとも、否認権に準じた偏頗行為否認類型の取消要件を設けるべきとする立場から、一般的な要件を設ける場合に個別類型の取消要件との関係に留意すべきであるという指摘もあった。(日弁連)
- 検討の方向性に賛成する。取消対象ごとに類型化して要件を規定すること、及び「法律行為」の文言を改める方が、「分かりやすい民法」の実現に資する。また、詐害行為取消権の一般的な要件を定める規定(民法第424条第1項本文に相当するもの)を維持することに特段の問題もない。(東弁)
- 一般的な要件を定めることには反対しないが、個別要件を定める規定との関係が不明瞭とならないよう留意が必要である。「法律行為」という文言を「行為」に改めることに賛成する。(大阪弁)
- 民法の規定はシンプルであるべきであり、包括的であるべき。また、現行法の規定を複雑にする改定はすべきではない。また、法律行為以外の行為を取消の対象となると考えるべきではない。法律を改定するのではなく、誤った解釈を改めるべき。改定に反対である。(個人)
- 一般的な要件を定める規定を設けたほうが良い。否認権規定のようにできる場合を定める形ではなく、一般的な規定を設けて個別的に除外規定を設ける場合、詐害行為取消ができる場合に関して解釈の余地を残すこととなり、個別類型に当てはまらないものを拾うことが可能となる。但し、実際の規定の定め方においては、否認権規定との調合性、個別要件との関係に留意すべきは当然である。(沖縄弁)
- 社会状況の変化等により新たな類型が発生する可能性があることなどから、一般的な定めを置くことも必要とする意見が多かった。(最高裁)
- 条文構成上、一般的な要件を定める有益性については、十分に議論されたうえで結論が出されることが望ましい。(親和会)
- 倒産法における否認権との関係において、逆転現象が起こってしまっているのは回避しなければならないと考える。現行倒産法の否認権に関する要件・効果等を踏まえて更なる検討をすべきである。(日大民研・商研)
- 濫用的会社分割に対する有効な手段として債権者取消権が機能するよう、

会社分割にも適用されること、およびその適用要件が整備されることを期待する。(オリックス)

- 細目化すれば破産法との摺りあわせが難しいので、判例に準じて若干の例示を出す程度でよい。(弁護士)
- 詐害行為取消権の私的整理における活用を重視する立場からは、詐害行為取消権の要件を否認権の要件と等質化させるまでの必要はないと考える。詐害行為取消しの一般的な要件を定める規定(民法第424条第1項本文に相当するもの)を維持するのが妥当である。なお、民法の文言を改めた結果として会社分割が詐害行為取消権の対象外となることは避ける必要があり、その限度で会社分割も意識すべきである。(弁護士)
- 条文数も限られており、沿革的にも統一的要件の下で運用されてきた詐害行為取消(破産外取消)の要件を細分化して破産法に適合させる必要制はないと思われる。(大学教員)
- 一般的規定を設ける意味は、現行民法との連続性を重視したものであるが、そのために規定が複雑になるよりは、破産法の否認権と同様に個別に規定していく方がわかりやすい。また、実務において、詐害行為取消権が用いられる場面は、破産するかどうかという局面であることが多いから、要件のみならず、規定の仕方についても、破産法に合わせる方がわかりやすいと考える。(学生)

イ 財産減少行為

【意見】

- 改定に反対。民法の規定はシンプルであるべきであり、包括的であるべき。ただし、破産法制の手續に入っていない以上、相当価格処分や同時交換的行為が詐害行為になるとは思えない。詐害行為取消権の主眼は取消しであり、平等弁済の実現は、破産法制で達成すべき問題。(個人)
- 判例上確立している要件については可能な限りそのまま明文化するのが望ましいが、改正破産法上の否認権の要件と不均衡が生じる場合には、整合性に配慮して判例の要件に一定の修正を加えるべきか、十分に議論する必要がある。(親和会)

(7) 相当価格処分行為

判例は、不動産等の財産を相当価格で処分する行為(相当価格処分行為)について、債権者に対する共同担保としての価値の高い不動産を消費、隠
--

匿しやすい金銭に換えることは、債権者に対する共同担保を実質的に減少させることになるとして、詐害行為に該当し得るとしている。これに対し、破産法は、相当の対価を得てした財産の処分行為の否認について、破産者が隠匿等の処分をする具体的なおそれ、破産者の隠匿等の処分をする意思、受益者の認識をその要件とするなどの規定を置き（同法第161条第1項）、否認の要件を明確にするとともに、その成立範囲を限定している。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、相当価格処分行為の取消しの要件として、相当価格処分行為の否認と同様の要件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7-2第2, 3(2)ウ [59頁]】

【意見】

- 否認と同様の要件を設けることについて、賛成する。（大阪弁）
- 不動産等にかかる相当価格処分行為の取消しにつき、破産法と同様に、要件を明確化し、取消しの成立範囲を限定する旨の意見に賛成する。（不動産証券化協）
- 前向きに検討することに賛成する。（兵庫県弁）
- 可能な限り、破産法第161条第1項と整合的な取扱いがされるようになるのが望ましい。（弁護士）
- 債務消滅行為と同様、否認権との整合性を保ちつつ、詐害行為とすべきと考える。（沖縄弁）
- 否認権と同様の要件を明文化することにより、要件の厳格化・明確化を図るべきである。債務者が不動産等を相当価格で換価処分する行為のみをもって原則として詐害行為に該当することは、取引相手の予測可能性を害し、結果として経済的危機状態にある債務者による経済活動を一層困難ならしめるから、妥当でない。（森・濱田松本有志）
- 当事者の予測可能性を更に高めるため、破産法の否認権に関する規律と民法の詐害行為取消権に関する規律を整合させるべきと考える。（長島・大野・常松有志）
- 基本的には、詐害行為取消権の要件を類型化するのであれば、個々の要件は倒産法上の否認権に整合させる必要があると考える。（日大民研・商研）
- 過去の判例を修正し、破産法と同様、不動産等の財産に関する相当価格処分行為については取消しの成立範囲を限定すべきとした提案に賛成である。（不動協）

- 相当価格処分行為の取消しの要件として否認と同様の要件を設けることに反対しない。相当価格処分行為については、比較的詐害性が低い行為類型であり、破産法の規律と同様に取消の対象となる行為に一定の限定を付することが合理的であるし、否認・取消ルールを統一化することで取引相手方の予測可能性も高まり、取引の安全の確保にも資すると思われる。なお、取消債権者は、破産者に関する各種資料を把握している破産管財人とは異なり、債務者や受益者に関して把握できる事情は限定されているため、否認と同様の要件を立証することは破産管財人よりも困難であり、取消債権者の立証負担が過大となることを懸念する意見もあった。(仙台弁)
- 相当価格処分行為の取消しの要件として、否認権と同様の要件を設けることに賛成する。既に詐害行為取消権に関する近時の判例は、詐害行為取消権の要件についても改正破産法の趣旨を考慮すべきであるとしていることから、判例法理の考え方を明文化するものとして、規定の透明性向上にも資すると考えられる。(弁護士)
- 相当の対価を得てした財産の処分行為について、債務者が隠匿等の処分をする具体的なおそれ、債務者の隠匿等の処分をする意思、受益者の認識をその要件とするなど倒産法上の否認権の要件と整合させた明文規定を設けるべき。(堂島有志)
- 相当価格処分行為に関して、破産法161条1項と同一の要件を明文化すべきである。相当価格処分行為については、不当な目的をもってなされる場合を除き、詐害行為に該当しないと考えるべきである。判例においても、相当価格での資産処分であっても、特定の債権者に優先弁済を受けさせる目的でなされる場合は詐害行為に該当するとしつつ、資金調達、担保権者に対する弁済など正当な目的のためになされる場合は詐害行為に該当しない、とされている。判例は、不当な目的をもってする処分が詐害行為に該当し、それ以外の相当価格処分行為は詐害行為に該当しない、との判断をしているという見方もできる。(福岡弁)
- 相当価格処分行為の否認と同様の要件を設けることに賛成である。相当の対価を得て行った財産の処分行為の否認についての規定(破産法第161条)は、経済的危機に瀕した債務者が財産を換価して経済的再生を図ることを容易にし、また、不動産等の処分による資金調達のリスクを除去することを企図するものであるが、これと同様の規定が詐害行為取消権においても設けられなければ、その企図は完全には実現されない。(二弁)
- 否認権と同様の要件を設けることに賛成である。相当価格処分行為に関する否認の要件の見直しにおける政策的考慮は、詐害行為取消権において

も取り入れられなければ、その企図は完全には実現されない。詐害行為取消権の要件は否認権の要件と一致させるのがわかりやすく、予測可能性、法的安定性も高まる。(横浜弁)

- 相当価格処分行為の取消しの要件として、相当価格処分行為の否認と同様の要件を設けることに賛成する。要件の明確化により、相手方の予測可能性が確保される。(愛知県弁)
- 相当価格処分行為の要件を否認と同様にすることにつき、賛成する。破産法の否認権と同様の規律を民法においても設定することによって、倒産法における立法趣旨を実現することができる。(札幌弁)
- 否認権の要件と整合させることに賛成である。相手方の予測可能性を確保するという倒産法の立法趣旨との整合性を図る必要性がある。(広島弁)
- 倒産法における政策的意図を実現するために必要であるとして、否認要件と同様の要件を設けることに異論はなかった。(日弁連)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 効果は別として、要件については、破産法の否認権との整合性の要否につき、慎重に検討する必要がある。経済的価値観の変遷を理由に、判例法理を明文化する場合には、破産法等の否認権の規定も平仄を合わせて改正することも検討してはどうか。(ドイツ民法研有志)
- 相当価格処分行為が詐害行為に該当するかどうかは、ケースによって異なるので、様々な事情を考慮して妥当な結論を導けるような規定とするべきである。不動産等を浪費・隠匿しやすい金銭に換えることは、経済実質的にみて責任財産の減少を図る行為と評価すべき場合もあるから、一定の場合に詐害行為取消しの対象とすることは必要である。他方で、相当価格処分行為は、責任財産の額に変化をもたらすものではないし、経済的危機に瀕した債務者が財産を換価して経済的再生を図ることを萎縮させるべきではないから、詐害行為の成立はある程度限定すべきである。(東弁)
- 制度目的の差から見て判例法理で可。否認権にあわせる必要なし。条文が長くなるが、弁済その他有用の資に当てる目的で譲渡しかつ実際にその目的に当てた場合には取消しえない旨の規定を設けることは検討に値する。(大学教員)
- 類型化することには反対しないが、否認と同様の要件を設けるべきではない。不動産を浪費・隠匿しやすい金銭に換えることは、経済実質的にみて責任財産の減少を図る行為と評価すべき場合もあるから、一定の場合には詐害行為取消しの対象とすることは必要である。他方で、相当価格処分行為は、責任財産の額に変化をもたらすものではないし、経済的危機に瀕

した債務者が財産を換価して経済的再生を図ることを萎縮させるべきではないから、詐害行為の成立はある程度限定的に考えるべきであるし、その要件も明確にすべきである。しかし、詐害行為取消権と否認権行使は、責任財産の保全という目的は共通するが、その適用場面・役割も異なるから、否認と同様の要件を設けるべきではない。民法の詐害行為取消しでは、事案に応じた柔軟な解決ができるようにすべきである。(法友全期)

(イ) 同時交換的行為

判例は、担保を供与して新たに借入れをする場合等のいわゆる同時交換的行為について、借入れの目的・動機及び担保目的物の価格に照らして妥当なものであれば詐害行為には当たらないとしている。これに対し、破産法は、同時交換的行為を偏頗行為否認の対象から除外している(同法第162条第1項柱書の括弧書部分)が、担保権の設定が融資に係る契約と同時に、又はこれに先行してされている場合には、経済的には、担保権の目的物を売却して資金調達をした場合と同様の実態を有すると考えられることから、相当価格処分行為の否認(同法第161条参照)と同様の要件の下で否認することができるかと解されている。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合(前記ア参照)には、同時交換的行為の取消しの要件として、相当価格処分行為の否認と同様の要件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7-2第2, 3(2)エ [60頁]】

【意見】

- 相当価格処分行為の要件のもとで取り消すことができる扱いとすることに異存はない。条文上の表現方法に関しては、倒産法と同様、偏頗行為類型の取消対象行為を既存の債務についてされたものに限定する体裁の規定を置くことが考えられる。(大阪弁)
- 債務消滅行為と同様、否認権との整合性を保ちつつ、詐害行為とすべきと考える。(沖縄弁)
- 同時交換的行為は、経済的には相当価格処分行為と同様の実態を有することから、相当価格処分行為と同様の要件を設けることが合理的である。(仙台弁)
- 同時交換的行為について、否認権と同様の要件を定めることに賛成する。同時交換的行為は、相当価格処分行為と同視できるから、相当価格処分行

為を同じ要件を定めるべきである。(森・濱田松本有志)

- 同時交換的行為については、適正価格による売買と同様の要件の下で詐害行為取消しの対象となることにつき、明文規定を設けるべきである。(ドイツ民法研有志)
- 前向きに検討することに賛成する。(兵庫県弁)
- 同時交換的行為についても、破産法の否認権に関する規律と民法の詐害行為取消権に関する規律を整合させるべきと考える。(長島・大野・常松有志)
- 基本的には、詐害行為取消権の要件を類型化するのであれば、個々の要件は倒産法上の否認権に整合させる必要があると考える。(日大民研・商研)
- 相当価格処分行為と同様の要件を明文化すべき。同時交換的行為についても相当価格処分行為と同様の規律が妥当するというのが破産法の解釈であり、明文化した方が分かりやすく、望ましい。(堂島有志)
- 同時交換的行為に関して、相当価格処分行為の否認と同等の要件を明文化すべきである。同時交換的行為は、借入れと担保の提供を分離してみると、担保の提供については詐害行為に該当するおそれがある。しかしながら、事業用又は生活用として新たな資金調達が必要となる場合があり、そのために担保を提供することが詐害故意に該当するおそれがあるとすれば、債務者の再建を阻害するおそれがある。したがって、同時交換的行為は、詐害行為に該当しないと考えるべきである。(福岡弁)
- 相当価格処分行為の否認と同様の要件を設けることに賛成である。(二弁)
- 否認権と同様の要件を設けることに賛成である。相当価格処分行為に関する否認の要件の見直しにおける政策的考慮は、詐害行為取消権においても取り入れられなければ、その企図は完全には実現されない。詐害行為取消権の要件は否認権の要件と一致させるのがわかりやすく、予測可能性、法的安定性も高まる。(横浜弁)
- 同時交換的行為の取消しの要件として、相当価格処分行為の否認と同様の要件を設けることに賛成する。同時交換的行為は、相当価格処分行為と同様の実態を有する。(愛知県弁)
- 同時交換的行為の要件を否認と同様にするにつき、賛成する。破産法の否認権と同様の規律を民法においても設定することによって、倒産法における立法趣旨を実現することができる。(札幌弁)
- 相当価格処分行為の否認と同様の要件を設けることに賛成である。担保

権の設定が融資にかかる契約と同時か、またはこれに先行して行われている場合は、相当価格処分行為と同様の問題がある。(広島弁)

- 取引の相手方に不測の損害を与えるべきではないとして、判例よりも限定された、否認権における相当価格処分行為と同様の要件とすることに賛成する意見が強かった。もっとも、条文上の表現方法に関しては、倒産法と同様、偏頗行為類型の取消対象行為を既存の債務についてされたものに限定する体裁の規定を置くことで足りるとする指摘もあった。(日弁連)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 同時交換的行為が詐害行為に該当するかどうかは、ケースによって異なるので、様々な事情を考慮して妥当な結論を導けるような規定とするべきである。同時交換的行為は、新規資金の調達と引換えでの担保提供等であって、債務者の経済的再生を図ることを萎縮させるべきではないから、詐害行為の成立はある程度限定すべきである。もっとも、同時交換的行為であっても、実質的にみて債権者を害する行為であると評価すべき場合もあるから、一定の場合に詐害行為取消しの対象とすることも必要である。(東弁)
- 同時交換的行為については、基本的に破産法と同様の取扱いとすべきであり、特に明文の規定を設けるべきではない。否認権との整合性を維持するのであれば、同時交換的行為について敢えて民法に明文の規定を設ける必要性は乏しいほか、仮に明文の規定を設けた場合には、その影響で破産法第161条の否認にも同時交換的行為が含まれないと解釈されるおそれが生じるなど、破産法の解釈・運用にも影響を与える可能性がある。(弁護士)
- 類型化することには反対しないが、否認と同様の要件を設けるべきではない。同時交換的行為は、新規の資金調達との引換えでの担保提供等であって、債務者の経済的再生の観点から、詐害行為の対象とすることは限定すべきである。しかし、同時交換的行為でも、実質的に見て、債権者を害する場合はありうるから一定の場合に詐害行為の対象とすることも必要である。もっとも、詐害行為取消権と否認権行使は、その適用場面・役割も異なるから、否認と同様の要件を設けるべきではない。民法の詐害行為取消しでは、事案に応じた柔軟な解決ができるようにすべきである。(法友全期)
- 制度目的の差から見て判例法理で可。否認権にあわせる必要なし。条文が長くなるが、弁済その他有用の資に当てる目的で同時交換的行為をしかつ実際にその目的に当てた場合には取消しえない旨の規定を設けることは

検討に値する。(大学教員)

(ウ) 無償行為

財産を無償で譲渡したり、無償と同視できるほどの低廉な価格で売却したり、債務を免除したり、債務負担行為を対価なく行ったりする行為（無償行為）については、債務者が「債権者を害することを知って」おり（民法第424条第1項本文）、かつ、受益者が「債権者を害すべき事実」を知っている（同項ただし書）場合には、詐害行為に該当すると解されている。これに対し、破産法は、破産者が支払の停止又は破産手続開始の申立てがあった後又はその前6か月以内にした無償行為及びこれと同視すべき有償行為については、破産者・受益者の主観を問わず、否認（無償否認）の対象となると規定している（同法第160条第3項）。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、無償行為の取消しの要件として、無償否認の要件と同様の要件を設けるかどうかについて、無償否認の要件とは異なり受益者の主観的要件のみを不要とすべきであるとする考え方が示されていることや、時期的な限定を民法に取り込むことの是非が論じられていることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、無償行為の取消しについて受益者の主観を問わない要件を設ける場合には、取消しの効果についても、無償否認の効果（同法第167条第2項）と同様の特則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7-2第2, 3(2)オ [61頁], 同(関連論点) [62頁]】

【意見】

- 無償行為の取消要件について、支払停止の概念を導入し、否認権の要件と完全に整合させることに賛成する。無償行為の取消しの効果について、無償否認の効果と同様の特則を設けることに賛成する。(大阪弁)
- 否認権と同じく、無償行為を詐害行為取消権の対象にするべきであると考え。無償行為の受益者は対価を負担していないため、保護する必要性は低く、その利益は総債権者のもとにあるべきである。債務者の主観的要件は必要との考え方もあるが、無償行為を行った者の保護を図る必要性は低く、不要であると考え。(沖縄弁)
- 無償行為の取消しの要件として、無償否認の要件と同様の要件を設けることに賛成する。但し、支払停止等が詐害行為取消の要件としてそのまま妥当するかどうかについては、更に検討する必要がある。受益者の主観を

問わない要件を設ける場合に、無償否認の効果（破産法第167条第2項）と同様の特則を設けることに賛成する。（愛知県弁）

- 前段・後段いずれについても、無償行為の特質に配慮しつつ、前向きに検討することに賛成する。（兵庫県弁）
- 基本的に、取消しの効果の点も含め、破産法上の無償否認と同様の規定を設けることに賛成する。危機時期における無償行為は詐害性が典型的に高く、否認と同様、原則として詐害行為取消しの対象とすることには合理性が認められる。その場合、効果についても、無償否認の場合と同様に定めるのが合理的である。但し、時期的な限定については、いまだ法的倒産処理に至っていない段階において支払停止概念を取り込むことには無理があることに加え、取消の対象となる無償行為がなされた時点においていわゆる無資力要件が必要とされていることから、取消の対象が無限定に拡大する懸念もなく、設ける必要はない。（仙台弁）
- 無償行為の要件を否認と同様にすることにつき、賛成する。破産法の否認権と同様の規律を民法においても設定することによって、倒産法における立法趣旨を実現することができる。（札幌弁）
- 賛成する。特別な類型として扱う無償行為は、無償否認同様受益者保護の必要性が低い。ただし、支払い停止の6ヶ月前以前の無償行為について、一般的な要件による取消の可否は解釈運用の余地を残すべきである。取消の効果は、無償否認同様、受益者が善意の場合には現存利益の返還に限るべきである。悪意がなくとも全て返還義務を負うのは酷である。（堂島有志）
- 無償行為は典型的に詐害性が高いこと、否認権の要件と完全に整合されるのが妥当であることなどを指摘して、債務者・受益者双方の主観的要件を不要とすべきとの考え方に賛成する意見が強かった。受益者の主観的要件を不要とする場合には、善意の受益者保護の観点から、その返還すべき範囲を限定することについて異論はなかった。（日弁連）
- 無償行為及びこれと同視すべき有償行為に関する詐害行為取消権の規定の在り方については、さらに検討すべきである。ただし、無償否認の規定との整合性を図る意見があるが、このような規定を設ける場合には、民法に支払停止概念を設ける必要があり、疑問がある。（東弁）
- 形式的に改正破産法上の否認権の要件と逆転現象が生じているわけではないが、両規定のバランスに配慮して判例の要件に一定の修正を加えるべきか議論する意義はある。（親和会）
- 無償行為の取消しの要件については、まず、支払の停止の前6か月以内という時期的な限定を設けることに不都合がないかどうか、検討すべきで

ある。この点に不都合がなければ、無償否認の要件と同様の要件及び効果の特則を設けることには、特に異論はない。(二弁)

- 日常的あるいは慣習的贈与を除くことの明文化、債務者・受益者さらには転得者の主観的要件を不要とすることも一案。(大学教員)
- 無償行為について、次のとおり明文規定を設けるべきである。「債務者が支払の停止があった後(当該行為によりこの状態となる場合を含む。)又はその前六月以内にした詐害行為であって、無償行為又はこれと同視すべき有償行為については、債権者は、責任財産としての適格性を保全するために詐害行為の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、日常的な贈与として行われた少額の給付はこの限りでない。」(ドイツ民法研有志)
- 破産法第160条第3項は、支払停止があった後、またその前6か月以内にした無償行為等を否認の対象としているところ、債務超過が詐害行為取消しの要件とされた場合、これが無償行為の取消しにも当てはまるので、債務超過に陥った後かつ支払停止より6月を越えて前にされた無償行為については、詐害行為取消しでは取り消せるが、無償否認の対象とはならない。やはり詐害行為取消しの要件に関しても、何らかの時期的な制限が必要であると考えられる。(日大民研・商研)
- 検討することに異論はなかったが、時期的な限定を民法に取り込むことについては、特に慎重な検討を要するとの意見があった。(最高裁)
- 無償行為の取消しの要件として、無償否認の要件と同様の要件を設けるかどうかについては、6か月という時期的要件を民法に取り込むことに問題があると考えられる。とくに、破産と異なり平常時であることから、時期的要件の基準日を明確化することは困難と考えられる。ただ、無償行為についてはその詐害性は他の類型より大きいと考えられるため、その点には配慮も必要ではとの指摘もあった。(パブコメWG)
- 支払停止という基準を民法に取り込んでまで無償否認の要件と同様の要件を設けることには疑問がある。(弁護士)
- 無償行為について、否認権と同様の要件を設けることに反対する。倒産法上は、一定の要件の下で管財人の立場の負担を軽減し、無償行為を画一的に否認することに合理性があるが、平時においては、個別の行為について詐害行為取消権の一般的要件を満たすかどうかを判断すれば足りると考える。(森・濱田松本有志)
- 無償行為に関する規定は不要である。破産法等の無償行為に関する規定を民法に設ける場合には、民法にも支払停止(正確には支払いの停止又は破産手続開始の申立て)概念を設ける必要があるところ、このような債務

者の倒産を前提とした規定を民法に設けることは、その性質にそぐわないのではないか。(弁護士)

- 類型化することには反対しないが、否認と同様の要件を設けるべきではない。受益者の主観的要件を不要とすべきではない。詐害行為取消制度は、私的自治の妥当する平時の問題であるから、無償行為について取消しという強度の介入を正当化するためには、債務者・受益者双方の主観的態様として、少なくとも債権者を害する事実を知っていることが必要と考える。(法友全期)
- 無償行為に関して、破産法160条3項と同様の要件を定めるべきではない。たしかに、破産手続が開始された場合であれば、一律な処理が必要であろうが、市民生活は、寄付、贈与などの無償行為が頻繁に行われており、民法のレベルでは一律な処理は要求されていないと考えるべきである。したがって、無償行為であっても、債務者の悪意と受益者の悪意の要件が具備されて詐害行為が成立すると考えるべきであろう。仮に、破産法と同一の要件で無償行為について詐害行為が成立する旨の規定を設けたと仮定すれば、取消しの効果も破産法と同様の内容とすべきである。(福岡弁)
- 無償行為についての要件は、現行民法の規律を維持すべきである。善意の受益者は、当該財産の譲受けが後日取り消される可能性を認識することなく、その財産の存在を前提に生活設計を立て事業を展開していくのであって、無償行為といえども後日これを取り消しうるとすることはその保護に欠ける。仮に受益者の主観的要件を不要とした場合、破産法の無償否認と同様の特則を設け、善意の受益者保護との調和として、その返還すべき範囲を限定するのが妥当である。(横浜弁)
- 無償否認の要件と同様の要件を設けることに反対である。善意の受益者の信頼を保護する必要もある。現行民法の規制を維持すべきである。(広島弁)

ウ 偏頗行為

【意見】

- 倒産法上の否認権の対象範囲と詐害行為取消権の対象範囲の整合性を図るという考え方はあり得る。しかし、弁済行為や担保供与行為を詐害行為取消権の対象外とする考え方については、交渉ツールとして詐害行為取消権を使うニーズが依然としてある上、債務者を倒産に必要以上に追いやる誘因を与えるおそれもあることから、賛成できない。(産業組織課)

- 破産法制の手續に入っていない以上、一部債権者への弁済、担保供与行為が詐害行為になるとは思えない。また、取消しの対象は法律行為である。詐害行為取消権の主眼は取消しであり、平等弁済の実現は、破産法制で達成すべき問題。(個人)
- 判例上確立している要件については可能な限りそのまま明文化するのが望ましいが、改正破産法上の否認権の要件と整合しない場合には、整合性に配慮して判例の要件に一定の修正を加えるべきか、十分に議論する必要がある。また、見解の対立がある要件については、一定の立場に立って明文化するのがそもそも妥当なのか、十分に検討する必要がある。(親和会)
- 現在の判例法理を前提とすると、危機に陥った事業者等への融資にもとづく担保設定や、継続支援を前提とした既存貸付の弁済等の債務消滅行為が詐害行為取消権の対象となる可能性があり、銀行がこれらの支援行為に二の足を踏む事態が生じ得る。破産法同様に対象行為を明確化する方向での改正が望ましいという見解がある一方で、取消対象となる偏頗行為を類型化し、一律の要件を設けた場合には、一般債権者を害することが明白な債務者の親族等への弁済行為や、詐害的な会社分割を取消対象として捕捉できなくなることへの懸念も示されており、このような実務上の懸念にも配慮した要件の設定が望まれる。なお、詐害行為取消権を債権者の平等を図るための制度と位置付けることが適切でないとする以上は、破産法において債権者の平等を図るべき場合を画する基準として導入された支払不能要件を採用するのは適当ではないという指摘もある。また、弁済は原則として詐害行為取消権の対象とならないようにすべきとする立場が有力である。もっとも、近親者への悪質な弁済等一定の行為は取消しの対象として捕捉する必要がある。偏頗行為を一律に対象外とするのではなく、要件を明確化したうえで悪質な偏頗行為は取消対象とすることが望ましいという見解もある。偏頗行為の取消しについては、これらを調和させた要件設定がされることを望む。このような背景から、具体的な要件設定については、債務消滅行為や担保の設定が債務者にとって義務的なものか否かという点や、債務者や受益者の主観面における悪性に着目して取消対象を画するという考え方も示されている。もっとも、非義務的行為であって「特定の債権者と通謀」して行った弁済等を取り消しの対象とする考え方については、「特定」の銀行と債務者が話し合って担保提供を行うような場合が「通謀」に該当するとされる可能性があるが、このような行為を取り消しの対象とするのは適切でなく、「害意」といったより悪性が高い要件で限界を画すべきという見解がある。(全銀協)
- 偏頗行為が取り消されるという意識が、事実上偏頗行為を防止していると

いう意味があること、近時問題となっている詐害的会社分割が偏頗行為の要素を含んでいることを考慮すると、偏頗行為を全て詐害行為取消権の対象から除外することは妥当でない。もっとも、偏頗行為を詐害行為取消権の対象とすると、破産法との整合性を考慮する必要があるが、逆転現象が生じないようにするためには、民法に支払不能概念を導入し、破産法の偏頗行為否認の要件とほぼ同様の要件にするのが妥当である。(学生)

- そもそも詐害行為と偏波行為とを峻別して規定することは、ドイツ法の改正(破産外取消法の改正)を見ても、全く存在しないものである。このような立法案には無理があるように思う。(大学教員)
- 倒産法の規律が適用されるまでの間は、原則として早い者勝ちが許されるべきであるから、偏頗行為を詐害行為取消権の対象から外すべきである。詐害行為取消の対象を無資力状態における純財産減少行為に限定することにより、いわゆる「遅い者勝ち」の問題も解消される(2番目が1番目をひっくり返すのではない)。仮に、倒産法の規律が適用される前も無資力状態においては債権者平等に一定程度配慮すべきだとしても、特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務偏頗行為に限り、詐害行為取消の対象とすべきであるとの考え方にとどめるべきである。担保権者に対する担保目的物による代物弁済(又は担保目的物の売却代金をもってする弁済)については、担保目的物の価値が被担保債権額を上回らない場合は、債権者を害することがなく、否認の対象とならないと解されており(最判昭和39年6月26日、最判昭和41年4月14日、最判昭和53年5月25日など)、かかる判例法理を、民法の詐害行為取消権に関する規律として明文化することを検討してはどうか。(長島・大野・常松有志)

(7) 債務消滅行為

判例は、債務消滅行為のうち一部の債権者への弁済について、特定の債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもって弁済したような場合には詐害行為となるとし、また、一部の債権者への代物弁済についても、目的物の価格にかかわらず、債務者に、他の債権者を害することを知りながら特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させるような詐害の意思があれば、詐害行為となるとしている。これに対し、平成16年の破産法等の改正により、いわゆる偏頗行為否認の時期的要件として支払不能概念が採用されたこと等に伴い、支払不能等になる以前に行われた一部の債権者への弁済は、倒産法上の否認の対象から除外されることになった。このため、債務消滅行為に関しては、平時における詐害行為取消権の方が否認権よ

りも取消しの対象行為の範囲が広い場面があるといった現象（逆転現象）が生じている。

こうした逆転現象が生じていることへの対応策として、①債権者平等は倒産手続において実現することとして、債務消滅行為については詐害行為取消しの対象から除外すべきであるとの考え方や、②倒産手続に至らない平時においても一定の要件の下で債権者平等は実現されるべきであるとして、特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務的な債務消滅行為に限り、詐害行為取消しの対象とすべきであるとの考え方、③偏頗行為否認の要件（破産法第162条）と同様の要件を設けるべきであるとの考え方が示されているほか、④判例法理を明文化すべきであるとの考え方も示されている。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、債務消滅行為の取消しの具体的な要件について、以上の考え方などを対象として、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(2)ア [55頁], 同(関連論点) [57頁]】

【意見】

- 検討することに異論はなかったが、個別事案の悪質性の程度にかかわらず、一律に詐害行為取消権の対象から除外するとの考えの妥当性に疑問を呈する意見、弁済は原則として詐害行為とならず、債務者が一債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもって弁済した場合についてのみ詐害行為となるという規律を提案する意見、支払不能の判断が困難であることから、詐害行為取消訴訟に支払不能概念を採り入れることを懸念する意見があった。（最高裁）
- ①に賛成である。債権者にとっては、期限が到来していなくとも、期限に支払われないことが債権者にとって明らかになっている以上は、回収を図ろうとするのは当然であるし、債務者と通謀してでも自己の債権を回収するのである。後れて詐害行為取消権を行使することにより自分の債権を保全又は回収しようとする債権者が現れ、もし、その後者の債権回収が実現されるのであれば、債権者として当たり前のことをした者の苦労が水の泡となり、これは不合理である。（法友会）
- 厳格な要件を明確に定め、詐害性の強い行為に限って取消の対象とすべきである。とりわけ債務消滅行為に関しては、詐害性の強い非義務的行為のほか、本旨弁済についても取消の対象となる余地を残すべきであるが、

その対象は著しく正義・公正に反する行為に限定すべきである。①倒産手続開始前においては、自由競争原理の下、勤勉な債権者による債権回収行為が否定されるべきではない（債務者が経済的破綻状態に陥り自由競争原理の適用を否定すべき事態にまで立ち至った局面については倒産法の規律に従った処理に委ねることで規律の適用場面を棲み分ければ足り、倒産手続開始前の段階においてまで自由競争原理を覆す規律を妥当させるのは手続・制度間の役割・機能分担を曖昧にする。）。したがって、法的倒産手続の下で管財人が平等な按分弁済を目的として行使する否認権よりも、詐害行為取消の対象は更に限定されるべきである。（森・濱田松本有志）

- 一部債権者への弁済であっても、それが本旨弁済である限り詐害行為取消権の対象とならない方向で検討することに賛成である。資力の欠乏により支払が困難となった債務者であっても、公共料金の決済などにも用いられる実情に鑑みれば、このような弁済を有効なものとして扱う必要性妥当性が認められる。（クレ協，全信販協）
- 逆転現象の対応策として挙げられる考え方として、①債権者平等は倒産手続において実現することとして、債務消滅行為については詐害行為取消の対象から除外すべきであるとの考え方については、実務においては、倒産状態であっても必ずしも倒産手続が開始されるとは限られず、債務者の財産が事実上散逸してしまう事例も見られることから、債権者平等は倒産手続で実現すればよいと割り切ることは慎重であるべきである。次に、②倒産手続に至らない平時においても一定の要件の下で債権者平等は実現されるべきであるとして、特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務的な債務消滅行為に限り、詐害行為取消の対象とすべきであるとの考え方については、金融機関と再建可能性のある債務者との協議が通謀に当たり得るのであれば、債務者の再建が阻害されることになるので、詐害行為取消の対象とするのは特に悪質性の高い通謀があるものだけにすべきであるとの意見や、逆転現象を解消するためには支払不能を基準時とするべきであるとの意見がある。③の考え方よりは、②の方が要件としては明確である。さらに、③偏頗行為否認の要件（破産法第162条）と同様の要件を設けるべきであるとの考え方については、支払不能に陥っても回復する可能性があることから、支払不能を基準時とすることは困難との意見もある。なお、④判例法理を明文化すべきであるとの考え方について特段の意見はなかった。（パブコメWG）
- ②の考え方を中心に検討すべきである。破産法等の偏頗行為否認は、債

務者の倒産を前提とした規定であり、平時における債権者平等の考え方を全く排斥する趣旨ではないと考えられる。また、債務者が倒産していない平時であっても、悪質な抜け駆け的債権回収行為等には一定の制約を加える必要があることから、債務者の義務に属せず、又はその時期が債務者の義務に属しない行為であって、受益者がその行為の当時、他の債権者を害することを知っていたものについては、取消権の対象とすることを検討すべきである。(弁護士)

- ②に賛成する。ただし、③に賛成するとの意見も少なからず存在した。詐害行為取消権が責任財産保全の制度であるとするならば、原則として、債務者の責任財産を減少させない一部の債権者への弁済を詐害行為取消権の対象とする必要はない。しかし、債務者が特定の債権者と通謀し、かつ、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる目的で義務に属しない行為をした場合にまで詐害行為取消権の対象とならないとすることは、著しく公平に反する。(一弁)
- 倒産状態であっても必ずしも倒産手続が開始されるとは限らないことから、債権者平等は倒産手続で実現すればよいと割り切ることに反対する。偏頗行為を詐害行為取消の対象に取り込みつつ、通謀という要件を設けることにより、一定の要件の下で平時における債権者平等を図りながらも、可及的に逆転現象を解消するものとして評価することができる。その際、金融機関と再建可能性のある債務者との協議が通謀に当たり得るのであれば、債務者の再建が阻害されることになるので、詐害行為取消の対象とするのは特に悪質性の高い通謀があるものだけにすべきである。(弁護士)
- ②又は③の方向で検討すべきである。②は、偏頗行為の取消しの範囲を非義務的な債務消滅行為に限定する点で現行法(判例)よりも逆転現象が生じる場合は限定されている。また、③のように支払不能を基準とすることによる問題を回避することもできる。もっとも、逆転現象が完全に解消されてはおらず、その当否について更に検討する必要がある。③は、逆転現象を解消できるため、法的安定性・予測可能性の点で優れている。もっとも、詐害行為取消権が行使される場面では倒産手続が開始されていないため、債務者が一旦は支払不能に陥っても回復する可能性はあるところ、支払不能後の偏頗弁済を取消の対象とすると支払不能後に取引先への弁済・新規納入という取引を継続して事業の回復を図ることが困難になるのではないかという懸念がある。この点について、更に検討する必要がある。(二弁)

- ③に賛成である。②や④の考え方は、①よりは債権者平等に対する一定の配慮はなされているが、その結果、逆転現象が生じることは避けられない。また、逆転現象を避けるため破産管財人が一定の場合に詐害行為取消権を行使しうるように手当するというやり方もありうるが、弁済の法的安定性を確保するという新破産法の政策的判断を尊重し、破産法との連続性・整合性を重視するならば、管財人に詐害行為取消権の行使を認めることは新破産法が偏頗行為否認に時期的要件を設けた趣旨を没却することになりかねず、妥当でない。③の考え方によれば、逆転現象を生じさせることなく、本旨弁済の名の下での身内や懇意の債権者への弁済（非義務行為であることの立証は容易でないと思われる）、暴力を用いた取立のような悪辣なやり方での債権回収等の是正が可能となり、実質的公平をはかりうる点で妥当である。詐害行為取消権の要件は否認権の要件と一致させるのがわかりやすく、予測可能性、法的安定性も高まる。本旨弁済の取消可能性を否定してしまうと、抜け駆け的回収の歯止めがなくなって、偏頗行為を助長する結果となり、ひいては私的整理等も困難となりかねない。（横浜弁）
- ③案の方向で、前向きに検討することに賛成する。民法上の詐害行為取消権の要件と破産法上の否認権の要件との整合性を図るべきである。債務消滅行為のうち一部の債権者への弁済について、債権者平等が強調されるべき局面で機能する破産法上の否認権よりも、民法の詐害行為取消権の方が取消対象行為が広い場面があるとの逆転現象が生じるのは妥当でない。（兵庫県弁）
- 偏頗行為類型の行為について、偏頗行為否認の要件（破産法 162 条）と同様の要件を設けるべきであるという考え方（③）に賛成する。なお、倒産法上の偏頗行為否認の要件に相当する要件（時期的要件）を具備し、さらに通謀等の主観的要件をも満たした場合のみに、債務弁済行為を取り消しうるとする選択肢（近親者等への弁済の場合、支払不能・支払停止のほか、通謀等の事実も推定されるものとしてよい）も考えられる。（大阪弁）
- 否認類型との整合性を保ちつつ、一定の偏頗類型を詐害行為とすることが望ましい。倒産法上の否認権の要件との整合性に留意しなければならない。しかしながら、偏頗弁済を詐害行為としない場合、債権者は破産申立をしなければ、偏頗弁済を問題にすることができないが、現行の債権者破産の申立のハードルはかなり高い。詐害行為取消権は、実際に行使されなくとも、債権者が行為をするにあたって、詐害行為取消の対象となるのか否かを検討して判断することになり、いわば行為規範として機能しているため、偏頗弁済をおよそ詐害行為の対象外とすべきではない。また、破産

法の否認権制度の側の要件の見直しも検討の余地があると思われる。(沖縄弁)

- 詐害行為取消権の簡易破産的機能や破産手続への架橋機能を重視して、支払不能時における偏頗行為に対する詐害行為取消権の行使を認めることが適当であるというべきであろう。なお、判例法理である「債務超過+通謀的害意」の内実は、支払不能の認識に等しいことを認めれば、判例法理を明文化しても、逆転現象はほぼ生じない。ただし、主観的要件である通謀的害意の内実が不明確であるために、立証が困難となり、内部者への弁済についても、取消しが否定されかねない点に問題がある。そこで、判例法理を明文化する場合には、「相手方が、債務者の支払不能および当該行為が債権者を害することを知っていた場合には、通謀的害意があったものと推定する」旨の推定規定を設けることを検討してはどうか。(ドイツ民法研有志)
- 倒産法上の否認権の要件と整合させた上で、さらに通謀等の要件を課すべき。偏頗弁済を詐害行為取消しの対象から除外して倒産手続の中で規律するだけでは、事実上倒産状態にある債務者の行為を制限することができず、妥当でない。本旨弁済等の債務消滅行為を支払不能という時的範囲によって画することで、詐害行為取消しの成否に対する予測可能性の判断が容易になり、取引の安全と偏頗弁済への抑止力となる。もっとも、支払不能後の本旨弁済がすべて取消されるおそれがあるとすれば、私的整理の場面で取引債権者に対する弁済が困難になるおそれがある。したがって、支払不能後の弁済であっても、特定の債権者と通謀した場合に限定すべきである。(堂島有志)
- 原則的には、破産法と同一の要件によるべきである。ただし、特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務的な債務消滅行為と、過大な代物弁済に限っては、詐害行為の対象とすべきである。過大な代物弁済は財産減少行為でもあるのであるから、詐害行為の対象となる。また、通謀等の要件を付しているとはいえ、破産法上否認の対象ではない弁済を詐害行為取消の対象に加えるのは、偏頗性の色彩が極めて濃い行為であり、また、倒産案件の全てが破産等法的手続に依らずして放置等なされている状況の下では、モラル上問題がある当該行為を詐害の対象外として容認することは許されないと考えるからである。(札幌弁)
- 倒産手続をせずに事実上破綻廃業するケースが多いこと、債権者による倒産申立てが現実的に困難であること、偏頗行為が詐害行為取消しの対象

外となれば偏頗行為を助長し、さらには倒産手続の自己申立ての回避を助長する結果を招く可能性があること、さらには私的整理にも悪影響を及ぼすことなどを指摘し、債務消滅行為を詐害行為取消しから除外する考え方について、反対する意見が強かった。また、いわゆる逆転現象は合理的ではないとして否認権要件との整合性をできる限り図るべきとする意見が強く、民法に支払不能概念を導入し、否認権要件と完全に一致させるべきとする考え方も少なくなかったが、倒産外の制度としては詐害意思を重視するのが適切であり、逆転現象も事実上生じないとして判例法理の明文化を支持する考え方も有力であった。(日弁連)

- 類型化するとした場合、②説又は④説の方向で検討すべきである。倒産法上の否認と同様の要件を設けるべきではない。債務消滅行為は、計算上、財産状態の悪化をもたらさないから、原則、詐害行為の対象とすべきではない。しかし、平時においても悪質性の高い抜け駆け的な債権回収行為を掣肘する必要がある。そこで、判例の通謀等を要件に加えるべきである。これによって一定範囲で逆転現象は解消しうる。もっとも、詐害行為取消権と否認権行使は、その適用場面・役割も異なるから、否認と同様の要件を設けるべきではない。民法の詐害行為取消しでは、事案に応じた柔軟な解決ができるようにすべきである。(法友全期)
- 債務消滅行為を取消対象から除外する見解や、否認権の要件と統一する見解には反対である。債務消滅行為を取消対象から除外してしまうと、一部の債権者と通謀して行う悪質な偏頗弁済について取消ができなくなってしまう。また、偏頗弁済を全面的に取消権の対象から除外してしまうと、法的手続に入る前の事実上の偏頗弁済抑止効果が期待できなくなってしまうという問題もある。また、破産法の偏頗行為否認の要件と統一する見解は、主観的要件が支払不能に対する悪意のみで足りるため、通謀を要求する判例法理よりも取消の要件を緩和することになり、債務者の経済活動の自由を過度に阻害してしまうのではないかという懸念がある。判例法理は、理論的には逆転現象が生じる可能性を否定できないものの、「通謀」及び「詐害意思」の要件が設けられており、最判昭和33.9.26にみられるように、これらの要件は極めて厳格に適用されている。したがって、これらの要件を充足しているにもかかわらず支払不能に至っていないという状況はあまり考えられず、逆転現象は事実上問題にならないと思われる。通謀による悪質な偏頗弁済に限って取消の対象とする判例法理は、平時における規制として適当であると思われるから、判例法理の明文化に賛成する。但し、逆転現象の解消を徹底する観点から、判例法理に支払不能の要件を

付加する見解も合わせて検討されるべきと考える。具体的には、ただし書で取消対象から支払不能以前の行為を除外するなどの方法が考えられる。

(広島弁)

- ②説又は上記④説を中心に要件を検討すべきである。悪質性の高い抜け駆け的債権回収行為については詐害行為取消の対象とすべきところ、そのような行為を取消しうるものと評価するかについて、債務者と特定債権者との通謀、非義務的行為という要件を設ける②説には、合理性がある。また、判例（最判昭和33年9月26日）は、弁済期の到来した債務の弁済（いわゆる本旨弁済）の事例について、「右弁済は、原則として詐害行為とならず、唯、債務者が一債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもって弁済したような場合にのみ詐害行為となるにすぎないと解するを相当とする」と判示しており、本旨弁済であっても悪質性の高い抜け駆け的行為と評価すべき場合もありうるから、④説のように判例法理を明文化する考え方にも合理性がある。（東弁）
- 制度目的の差から見て判例法理で可。否認権にあわせる必要なし。（大学教員）
- ④の考え方によるべきである。債務者が特定の債権者と通謀し、特定の債権者だけに優先的に債権の満足を得させ又は他の債権者を害する意思をもって行った債務消滅行為（弁済、代物弁済）は詐害行為の対象となる旨の明文の規定を設けるべきである。まず、債務者が無資力となっても常に破産手続が開始されるわけではなく、民法の詐害行為取消権と破産法の否認権との調和を考える必要性は高くなく、異なる要件を定めておく方法でもかまわないのではないかと思われる。つぎに、逆転現象であるが、債務者の無資力が支払不能と一致すれば逆転現象は起きない。無資力の定義は、債務者に取消債権者の債権を弁済する資力がない場合又は詐害行為によって取消債権者の債権を弁済する資力がなくなる場合であるから、ほぼ支払不能と同一であろう。さらに、債権者平等の原則は倒産手続においてのみ実現すべきとの考え方に従えば、破産手続に進まない倒産事例において、特定の債権者に対する弁済のみを行ったとしても、詐害行為に該当しないことになる。（福岡弁）
- ④判例法理を明文化する方向で検討することに賛成する。法的倒産手続に至らない段階においても、一定の場合には債権者平等がはかられるべきであるから、偏頗行為を詐害行為取消の対象から除外することは相当ではない。そして、偏頗行為が詐害行為取消の対象となるためには偏頗行為時にも無資力要件が必要と解されることに鑑みると、いわゆる逆転現象が生

じる場面はそれほど多いとは思われないこと、取消の対象を非義務的行為に限定することは私的整理の場面等を考慮するといささか狭きに失しと思われること等からすれば、従前の判例法理を明文化する方向で検討すべきである。(仙台弁)

- 判例法理を明文化すべきであるとの考え方(④)に賛成する。現行の判例実務を変更する合理的な必要性は認められない。(愛知県弁)
- 判例は原則として債務消滅行為は詐害行為取消の対象にならないとするものの、例外的に取消可能性を認めていた。しかし、この例外的な取消可能性も、支払不能前の特定の債権者への債務消滅行為が否認権の対象から除外されたため、ここにも逆転現象が生じてしまっている。にもかかわらず、検討委員会試案では、どの案も詐害行為取消の対象から本旨弁済を一切除外している。おそらく、債権者平等の確保のために債務消滅行為の効力を覆したければ、倒産手続を開始して否認権を行為すべきであるとの趣旨からであろうと思われる。この趣旨自体は理解できるが、倒産手続でも、特別清算と個人再生は否認権の制度を有しておらず、債務者自身がこれらの手続を開始してしまうと、もはや債権者は破産を申し立てられなくなるので、否認による債権者平等の確保ができなくなる。たとえ債務消滅行為を詐害行為取消の対象としたとしても、倒産手続類似の制度を構築する必然性はないと思われるため、ある程度はやはり否認制度と整合性を図る必要があると考える。(日大民研・商研)
- 支払われての債務消滅なら良いが、サラリーマンが時効成立で損害金を回収できなくなれば、本当に人生を投げ出したい気分になる。損害金を回収できないことで決まってしまうのは考えていただきたい。(会社員)

(イ) 既存債務に対する担保供与行為

判例は、一部の債権者に対する既存債務についての担保の供与は、その債権者に優先弁済を得させ、他の債権者を害することになるので、詐害行為に該当し得るとしている。これに対し、平成16年の破産法等の改正により、いわゆる偏頗行為否認の時期的要件として支払不能概念が採用されたこと等に伴い、支払不能等になる以前に行われた一部の債権者に対する既存債務についての担保の供与は、倒産法上の否認の対象から除外されることになった。このため、既存債務に対する担保供与行為に関しては、平時における詐害行為取消権の方が否認権よりも取消の対象行為の範囲が広い場面があるといった現象(逆転現象)が生じている。

こうした逆転現象が生じていることへの対応策として、①債権者平等は倒

産手続において実現することとして、既存債務に対する担保供与行為については詐害行為取消しの対象から除外すべきであるとの考え方や、②倒産手続に至らない平時においても一定の要件の下で債権者平等は実現されるべきであるとして、特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務的な既存債務に対する担保供与行為に限り、詐害行為取消しの対象とすべきであるとの案、③偏頗行為否認の要件(破産法第162条)と同様の要件を設けるべきであるとの考え方が示されているほか、④判例法理を明文化すべきであるとの考え方も示されている。

仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為ごとに類型化して整理する場合(前記ア参照)には、既存債務に対する担保供与行為の取消しの具体的な要件について、以上の考え方などを対象として、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(2)イ [57頁]】

【意見】

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- ①案を支持する。債権者にとっては、その債権を回収するために担保の供与をさせるのは当たり前のことである。後れて詐害行為取消権を行使することにより自分の債権を保全又は回収しようとする債権者が現れ、もし、その後者の債権回収が実現されるのであれば、債権者として当たり前のことをした者の苦勞が水の泡となり、これは不合理である。(法友会)
- 詐害行為取消しの対象とするのは特に悪質性の高い通謀があるものだけにすべきである。(弁護士)
- 厳格な要件を明確に定め、詐害性の強い行為に限って取消の対象とすべきである。偏波弁済・担保供与行為については詐害行為取消権の対象から一切除外すべきとの見解もある。しかし、一部の非義務的な行為のほか、例えば親族に対する借入債務の弁済など、本旨弁済であっても、それを認めて債務者の責任財産を減少させることが著しく正義・公正に反する場合も想定される。そのような場合に限っては、債権者に法的倒産手続の債権者申立を強いるまでもなく、詐害行為取消権の行使による責任財産の回復を認めるべきである。(森・濱田松本有志)
- 民法に支払不能概念を導入し、倒産法上の偏頗行為否認類型の要件と整合させて詐害行為取消権の対象とする明文規定を設けるべきである。倒産法上の偏頗行為否認の要件に相当する要件を具備し、さらに通謀等の要件をもみたした場合にのみ取消し対象となるとの考え方も考慮に値する。(大

阪弁)

- 債務消滅行為と同様、否認権との整合性を保ちつつ、詐害行為とすべきと考える。(沖繩弁)
- 債務消滅行為と同じく、②の考え方を中心に検討すべきである。(弁護士)
- 債務消滅行為と同じく、②又は③の方向で検討すべきある。(二弁)
- 債務消滅行為と同様②乃至④を中心に要件を検討すべきである。(東弁)
- 類型化するとした場合、②説又は④説の方向で検討すべきである。倒産法上の否認と同様の要件を設けるべきではない。既存債務に対する担保供与行為も、担保権者に清算義務がある限り、計算上財産状態の悪化をもたらさないから、原則、詐害行為との対象とすべきではない。しかし、平時においても悪質性の高い抜け駆け的な債権回収行為を掣肘する必要がある。そこで、判例の通謀等を要件に加えるべきである。もともと、詐害行為取消権と否認権行使は、その適用場面・役割も異なるから、否認と同様の要件を設けるべきではない。民法の詐害行為取消しでは、事案に応じた柔軟な解決ができるようにすべきである。(法友全期)
- 債務消滅行為と同じく、倒産法上の否認権の要件と整合させた上で、さらに通謀等の要件を課すべき。(堂島有志)
- 債務消滅行為と同じく、③に賛成である。(横浜弁)
- ③案の方向で前向きに検討すべきである。逆転現象が生じる問題があるため、要件の整合性を図るべきである。詐害行為取消権と否認権との逆転現象が生じたままとすることは不適當である。(兵庫県弁)
- 支払不能を条件に肯定するか、判例法理を明文化すべきである。(ドイツ民法研有志)
- 倒産手続をせずに事実上破綻廃業するケースが多いこと、債権者による倒産申立てが現実的に困難であること、偏頗行為が詐害行為取消しの対象外となれば偏頗行為を助長し、さらには倒産手続の自己申立ての回避を助長する結果を招く可能性があること、さらには私的整理にも悪影響を及ぼすことなどを指摘し、債務消滅行為を詐害行為取消しから除外する考え方について、反対する意見が強かった。また、いわゆる逆転現象は合理的ではないとして否認権要件との整合性をできる限り図るべきとする意見が強く、民法に支払不能概念を導入し、否認権要件と完全に一致させるべきとする考え方も少なくなかったが、倒産外の制度としては詐害意思を重視するのが適切であり、逆転現象も事実上生じないとして判例法理の明文化を支持する考え方も有力であった。(日弁連)
- 制度目的の差から見て判例法理で可。否認権にあわせる必要なし。逆転

現象は制度の差から見て気にする必要なし。(大学教員)

- ④の考え方によるべきである。債務者が事業の継続その他正当な目的のために、合理的な範囲で行った既存債務に対する担保提供行為は詐害行為の対象とならない旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 既存債務に対する担保供与行為の取消しの要件として、債務消滅行為の取消しと同様の要件(④)を設けるべきである。既存債務に対する担保供与行為は、経済的には債務消滅行為とほぼ同様の実態を有すると考えられることから、債務消滅行為と同様の要件を設けることが合理的である。
- 判例法理を明文化すべきであるとの考え方(④)に賛成する。(愛知県弁)
- 原則的には、破産法と同一の要件によるべきである。ただし、特定の債権者と通謀し、その債権者だけに優先的に債権の満足を得させる意図で行った非義務的な担保供与行為は詐害行為取消の対象とすべきである。通謀等の要件を付しているとはいえ、破産法上否認の対象ではない担保供与行為を詐害行為取消の対象に加えるのは、偏頗性の色彩が極めて濃い行為であり、また、倒産案件の全てが破産等法的手続に依らずして放置等なされている状況の下では、モラル上問題がある当該行為を詐害の対象外として容認することは許されないと考えるからである。(札幌弁)
- 判例法理の明文化に賛成するが、判例法理に支払不能の要件を付加する見解も合わせて検討されるべきである。平時の規制としては、支払不能についての認識ではなく詐害意思があることを重視することが適当であるし、詐害意思を要求する限り逆転現象も事実上は問題にならないと思われる。但し、逆転現象の解消を徹底する観点から、判例法理に支払不能の要件を付加する見解も合わせて検討されるべきと考える。具体的には、ただし書で取消対象から支払不能以前の行為を除外するなどの方法が考えられる。(広島弁)
- なぜそれを逆転現象というのであろうか。破産手続き中でも、破産開始決定前に起きた詐害行為に対する詐害行為取消権は行使できると考える。(会社員)

エ 対抗要件具備行為

判例は、対抗要件具備行為のみに対する詐害行為取消権の行使を認めることは相当ではないとしている。これに対し、破産法は、支払の停止等があった後にされた一定の対抗要件具備行為について、権利移転行為とは別に否認の対象となる旨を規定している(同法第164条)。

そこで、仮に詐害行為取消権の要件に関する規定を取消しの対象となる行為

ごとに類型化して整理する場合（前記ア参照）には、対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象とするかどうかや、これを対象とする場合に対抗要件具備行為の否認と同様の要件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7-2第2, 3(2)カ [63頁]】

【意見】

- 否認権と同じく、一定の場合に対抗要件具備行為を詐害行為取消権の対象とするべきである。債権者平等のための制度と考える以上、支払停止や支払不能の概念を導入しても構わない。（沖繩弁）
- 判例法理と異なり、一定の場合には債務消滅行為に関する判例法理と同様詐害行為になりうる旨の明文の規定を設けるのがベター。（大学教員）
- 対抗要件具備は、義務の履行として、債務消滅行為に対する取消しと同じ要件のもと、取消しを肯定すれば足りるとも考えら得るが、従来の判例を変更したことを明示するため、明文の規定を設けることが望ましい。（ドイツ民法研有志）
- 見解の対立がある要件については、一定の立場に立って明文化するのがそもそも妥当なのか、十分に検討する必要がある。（親和会）
- 前向きに検討することに賛成する。（兵庫県弁）
- 対抗要件否認の位置付けについては、倒産法的にもまだ議論がなされているため、民法に対する明確な示唆が出来ない状況にあると思われる。時期的要件を中心に、今後も更なる検討が必要であろう。（日大民研・商研）
- 検討することに異論はなかったが、倒産手続ではなく、今後どのような権利変動等があるか分からない状況において、実体的権利変動を取り消すことができないときに、対抗要件のみ否認することについての、権利関係が複雑化することを懸念する意見があった。（最高裁）
- 対抗要件具備行為に関し、破産法と同様の規定を設ける必要はないが、一般論として対抗要件具備行為が取消しの対象とならないものとしてよいか、さらに検討する余地はあるのではないか。破産法の対抗要件具備行為に関する規定は、支払停止後にした対抗要件具備行為のうち一定のものを対象としているところ、民法に支払停止概念を設けることはその性質にそぐわないと考えられる。もっとも、取り消すべき対抗要件具備行為はあってもその原因行為の存在及び内容について立証の困難が伴うこともあり得ることから、民法でも対抗要件具備行為一般について、取消権の対象とすべきか否か検討する余地はあると考えられる。（弁護士）
- 対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象とする必要があるか、慎重に検

討すべきである。破産においては、対抗要件具備行為が否認されれば、破産管財人が対抗問題上の第三者にあたることから当該財産を破産財団所属財産とすることができるが、詐害行為取消しの場合には、対抗要件具備行為を取り消しても権利変動は依然として有効であり、当該財産が当然に債務者に帰属することにはならないので、詐害行為取消しを認める必要性に劣る。もともと、対抗要件具備行為を取り消した上で、債務者名義に復帰した財産を債権者が差し押さえた場合には、差押債権者は対抗問題上の第三者にあたるので、相手方は権利変動を差押債権者に対抗することができず、差押債権者は当該財産から回収を図ることができる。従って、詐害行為取消しを認める必要性が全くないとは言えない。対抗要件具備行為の取消しを認める必要性が上記のとおりそれほど高くないことや、対抗要件具備行為の否認と同様の要件を設ける場合には支払の停止という基準を用いる必要があることなどを考慮した上で、対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象とする必要があるのか、慎重に検討すべきである。(二弁)

- 対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象とすることについては慎重に検討すべきである。法的倒産手続きに至らない段階において、現行法上は認められていない対抗要件具備行為についてまで取消しの対象として認める必要性や実益があるか、疑問なしとしないし、否認の要件である支払停止概念を導入することも困難である。なお、取消債権者は破産管財人と比較しても債務者や受益者に関する事情を把握することが困難であるため、原因行為の取消の立証が困難な場合等もありえ、対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象とする意義は認められるとの意見もあった。(仙台弁)
- 対抗要件具備行為を詐害行為取消の対象とするかについては、判例の考え方を支持する考え方もある一方で、対抗要件具備行為に対する取消を認める実益があるとする考え方(詐害行為取消権の行使を受けた債務者が、あたかも過去に権利変動行為があったかのように偽装して、それを原因とする対抗要件具備行為を行う場合、判例の考え方では、取消債権者において偽装された権利変動行為を覆すことは困難である。)もあるので、さらに検討すべきである。また、対抗要件を対象とする場合、対抗要件具備行為の否認と同様に支払停止の概念を設けるかどうか、支払停止の前後等を問題にせず、民法独自の立場で明文の規定を設ける場合、破産法等の否認権より取消権の対象範囲が広がる現象(逆転現象)を生じさせる結果となるため、破産法と同様の要件を設けるべきかどうかについては、慎重に検討する必要がある。(東弁)
- 対抗要件具備行為は、詐害行為取消しの対象外とすべきものとする。

(大阪)

弁)

- 破産法制の手續に入っていない以上、対抗要件具備行為が詐害行為になるとは思えない。対抗要件の具備は、債務の履行（弁済）と切り離して検討する必要があるとは思えない。詐害行為取消権の主眼は取消しであり、平等弁済の実現は、破産法制で達成すべき問題。（個人）
- 対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象にすることの意味が見出せないから、立法化に反対する。（弁護士）
- 対抗要件具備行為を詐害行為取消権の対象とする明文を設けることに反対する。倒産法においては、設定・移転・変更が生じた権利について、破産債権者・管財人との間で対抗問題が生じ、対抗要件を具備していなければ当該権利は破産財団や債務者に属することになるから、対抗要件具備行為について一定の要件の下で否認権行使の対象とする意義が大きい。しかし、倒産手續開始前においては、権利の設定・移転・変更行為そのものを問題にすれば足りる場合がほとんどと思われ、対抗要件具備行為のみを取り消すべき必要性は乏しく、敢えてこれについての条項を設ける合理性はない。（森・濱田松本有志）
- 詐害行為取消権の対象から外すべきである。仮に対象にするとしても、少なくとも、元となる行為が偏頗行為である場合の対抗要件具備行為は外すべきである。（長島・大野・常松有志）
- 対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象としない方向で検討すべきである。詐害行為取消権においても、否認権の規定と同様に、対抗要件具備行為についての特則を設けることも考えられるが、その場合、逆転現象を防ぐためにも、否認権と同様に、支払停止等やそれについての主観的要件を設けることが必要となり、倒産手續開始前の段階を問題とする詐害行為取消において、支払停止概念を問題とすることは困難であるから、対抗要件具備行為を詐害行為の対象とすべきではない。（法友全期）
- 対抗要件具備行為を詐害行為取消の対象とする必要はない。判例は、詐害行為取消権の対象となるのは債務者の財産減少を目的とする行為であって、対抗要件具備行為は権利変動そのものの効果を生じさせるものではなく、取消権の行使を認めないとしている（最判昭和 55 年 1 月 24 日）。倒産法上は対抗要件具備行為が否認される場合があるが、債権者平等が強調されるべき局面であり、あえてその要件を取消権に取り込む必要性に乏しい。（堂島有志）
- 対抗要件具備行為自体を詐害行為取消権の対象とすべきではない。破産手續が開始した場合に適用される法制度と民法の制度を一致させる必要はない。破産手續が開始した場合には、債務者の資産全体に差押えの効果が生じるた

め、対抗要件を具備していない者が不利益を受けても仕方がないが、債務者が無資力となっただけの状態をこれを契機として破産手続開始とほぼ同様の効果が生じるとするのは、ゆきすぎであろう（福岡弁）

- 対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象とすることに反対である。判例は対象外としており、それで特に不都合は生じていない。（横浜弁）
- 対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象とすることに反対する。現行の判例実務を変更する合理的な必要性は認められない。（愛知県弁）
- 対抗要件具備行為を取消しの対象とする旨の提案には反対する。（全銀協）
- 反対する。責任財産の保全を目的とする詐害行為取消制度において、特に対抗要件のみを取消の対象とする理由が見当たらない。（札幌弁）
- 対抗要件具備行為を取消の対象とすることに反対である。民法は平時の規制であるから、対抗要件具備行為についてまで取消の対象としなければならない必要性はないと思われる。取消は原因行為について認めれば足りる。現行の判例法理を維持すべきである。（広島弁）
- 現行判例も対象外としていること、特殊な行為類型であること等を指摘して、対抗要件具備行為を詐害行為取消しの対象とすることについて反対する意見が強かった。もっとも、否認権と同様の要件で、詐害行為取消しの対象とすべきとする意見もあった。（日弁連）

(3) 転得者に対する詐害行為取消権の要件

判例は、「債権者を害すべき事実」について、受益者が善意であっても、転得者が悪意であれば、転得者に対する詐害行為取消権は認められるとしている。これに対し、転得者に対する否認について規定する破産法第170条第1項は、転得者が転得の当時それぞれその前者に対する否認の原因があることを知っていることを要する（同項第1号）としつつ、転得者が破産者の内部者である場合には、その前者に対する否認の原因についての悪意を推定することとし（同項第2号）、また、転得者が無償行為又はこれと同視すべき有償行為によって転得した場合には、転得者の悪意を要件とせず、それぞれその前者に対して否認の原因があれば足りる（同項第3号）としている。この結果、債権者平等が強調されるべき局面で機能する否認権よりも平時における詐害行為取消権の方が、取消しの対象行為の範囲が広い場面があるという現象（逆転現象）が生じている。

そこで、転得者に対する詐害行為取消権の要件として、転得者に対する否認と同様の要件を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。その際、否認権の規定のように前者に対する否認の原因があることについての悪意を要求する（この場合には、前者の主観的要件についても悪意であることが要求される。）

のではなく、受益者及び全ての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求することで足りるとするかどうかや、転得者が無償行為によって転得した場合の特則の要否についても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(2)キ [64頁], 同(関連論点) [66頁]】

【意見】

- 転得者に対する詐害行為取消権の要件として、転得者に対する否認と同様の要件を設けるものとし、その際、受益者及びすべての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求することで足りるものとする（倒産法上の転得者に対する否認の要件もこれに整合させて改正することを前提とする。）ことに、賛成する。転得者が無償行為によって転得した場合の特則を設けることに、賛成する。（大阪弁）
- 転得者に対する詐害行為取消権の要件として、転得者に対する否認と同様の要件を設けることに反対する。現行の判例実務を変更する合理的な必要性は認められない。（愛知県弁）
- 転得者に対する要件について、否認権のそれと同様のものとすることに賛成する。破産法の否認権と同様の規律を民法においても設定することによって、倒産法における立法趣旨を実現することができる。（札幌弁）
- 否認権の要件と整合させることに賛成である。逆転現象は解消されるべきであるし、取引の安全確保の観点からも、善意者が登場して以降の転得者についてまで取消を認めるべきでない。（広島弁）
- 前向きに検討することに賛成する。（兵庫県弁）
- 逆転現象は適切でないことから、転得者に対する詐害行為取消権の要件を否認権の要件と整合させることにつき異論はなかった。転得者に対する詐害行為取消権及び否認権の要件としては、現行倒産法における否認要件が厳格に過ぎるとして、受益者及びすべての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求することで足りるとすることに、賛成する意見が強かった。また、転得者が無償行為によって転得した場合に、否認の場合と同様の特則を設けることに賛成する意見が強かった。（日弁連）
- 肯定する見解(判例)と、否認権との整合性から破産法170条と同様の要件を設けるべきであるとの見解に分かれており、さらに検討すべきである。（東弁）
- 他の検討事項と同様に、やはり逆転現象が生じている以上、この点においても倒産法との整合性を図る必要がある。要件については、破産法と同様に規定することが良いと思うが、破産法のように前者の主観的要件についての悪意

も要件に含めてしまうと、転得者に対する詐害行為取消権が適用される場面が制限されてしまうおそれもあるため、要件については更なる検討を要すると考える。(日大民研・商研)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 絶対的構成に立ちつつ、悪意の転得者が善意の藁人形を介在させた場合には、例外として、受益者が善意であっても、債権者は、悪意の転得者に対し、詐害行為取消権を行使することを認めるとともに、この場合には、悪意の転得者が善意の前主に対して、担保責任を追及することを制限するのが妥当である。なお、倒産否認の規定を詐害行為取消権に合わせる方向で改正を検討してはどうか。(ドイツ民法研有志)
- 否認権の要件に整合させるが、受益者及びすべての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求することで足りる。前者の主観的要件まで転得者の悪意を要求することは、厳格にすぎる。むしろ否認権の要件を見直すべきである。(堂島有志)
- 受益者、転得者の善意、悪意は、それぞれ個別的に判断すればよく、前者が善意であっても、悪意の転得者に対して詐害行為取消権を行使することができる旨の明文の規定を設けるべきである。仮に、転得者が無償行為によって転得した場合に転得者の主観にかかわらず詐害行為取消権の行使を可能とする結論を取ったと仮定すれば、取消しの効果も破産法と同様の内容とすべきである。(福岡弁)
- 転得者に対する詐害行為取消権の要件として、受益者及び全ての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意を要求する方向で検討することに賛成する。破産法第170条第1項は、転得者が転得の当時それぞれその前者に対する否認の原因があることを知っていることを要する(いわゆる二重の悪意の要件)としているが、これに対しては批判が多く、むしろ現行の詐害行為取消権に関する判例の方が問題点が少ないと思われる。破産法第170条第1項に相当する要件を設けるとしても、上記の問題点を解決すべく、受益者及び全ての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求することで足りるとすべきである。なお、転得者に対する詐害行為取消権の要件を検討するにあたっては、破産法の転得者に対する否認権の行使の要件についてもあわせて見直すべきである。(二弁)
- 転得者に対する詐害行為取消権の要件を否認権の要件とできるだけ整合させることに賛成である。具体的な要件としては、受益者及び全ての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求することで足りるとすることに賛成する。要件として前者の主観的要件についても悪意であることまで

要求すると、転得者に対する詐害行為取消権が機能しなくなるおそれがある。転得者が無償行為によって転得した場合の特則を設けることに賛成である。

(横浜弁)

- 転得者に対する詐害行為取消権の要件は明確とは言い難い。例えば、不動産流動化における不動産の買主による資金調達の場合において、買主に対し資金を提供し、担保権の設定を受ける者(レンダー)は、売主との関係において「転得者」に該当することから、不動産流動化実務においては、いかなる要件の下で転得者に対する詐害行為取消権が行使されうるのかが重要な問題となる。この点については、破産法の否認権に関する規律と民法の詐害行為取消権に関する規律を整合させるなど、詐害行為取消権の要件を明確化することが必要と思われる。(長島・大野・常松有志)
- 判例上確立している要件については可能な限りそのまま明文化するのが望ましいが、改正破産法上の否認権の要件と整合しない場合には、整合性に配慮して判例の要件に一定の修正を加えるべきか、十分に議論する必要がある。また、見解の対立がある要件については、一定の立場に立って明文化するのがそもそも妥当なのか、十分に検討する必要がある。(親和会)
- 判例の線での明文化が妥当。(弁護士)
- 詐害行為取消権の見直しに当たっては、受益者及び全ての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることを要求し、それで足りる。(弁護士)
- 受益者及び全ての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であるところを必要とし、それで足りるというべきである。破産法170条のように二重の悪意を要求することに合理性はない。否認権の対象より詐害行為取消権の対象の方が広がってしまうという問題はあるが、民法の改正は民法の改正として行わないと、不合理な規定が固定化するおそれがある。(沖繩弁)
- 受益者が善意であっても、転得者が悪意の場合には、転得者に対する詐害行為取消権の行使が認められるとする判例法理(いわゆる相対的構成)には妥当性がある。破産否認権との制度目的の差異からして、整合化・均一化の必要はない。少なくとも詐害行為取消権の場合には、「相対的構成」をとる判例法理には実務上合理性があり、ここでも、否認権と異なっても(逆転現象は)背理とはいえない。なお、転得者が無償行為によって転得した場合には、転得者の悪意は不要としてよかろう。しかし、仮に責任説を採用する場合には、取消しの効果が責任的取消しの限度で絶対効となるので、転得者が悪意でも、受益者が善意であれば取消権の行使は認められない(絶対的構成)とするのが整合的であるが、この点をどう考えるべきか、検討の必要がある。(大学教員)
- 転得者に対する詐害行為取消権の行使要件は、破産法第170条に整合させ

るのではなく、判例法理を基礎にその明文化を図るべきである。転得者に対する取消権の行使について、このような方向性で民法に規定を設けるのであれば、否認権に関する破産法第170条の規定も、同様の趣旨に改める必要がある。

(弁護士)

- 転得者に対する詐害行為取消権の行使要件が限定されると、倒産前に散逸した企業財産の取戻の困難化がもたらされるおそれがある。このような方向での法改正には賛成できない。(連合)
- 判例理論と同様に、受益者が善意であっても、転得者が悪意であれば、転得者に対する詐害行為取消を認めるべきであり、転得者に対する否認と同様の要件を設けることには反対である。仮に否認と同様の要件を設ける場合には、転得者が悪意であっても、善意の受益者を介在させる等の方法で詐害行為取消の潜脱を行うことが可能となりえ、不都合である。仮に、善意の受益者が介在している事案で詐害行為取消を認めたとしても、悪意の転得者は、反対給付について善意の受益者ではなく債務者に対して不当利得返還請求権を行使することになると考えられることから、善意の受益者には影響がなく、取引の安全を害する懸念もない。(仙台弁)
- 現行法の規定を複雑にする改定はすべきではない。詐害行為取消権の主眼は取消しであり、破産法制とは、明確に異なる。(個人)
- 転得者に対する否認と同様の要件を設けるべきではない。転得者に対する詐害行為取消権の要件及び転得者が無償行為によって転得した場合の特則の要否については、更に検討すべきである。破産法170条1項は、転得者が前者の主観的要件についても悪意であることをも要件とするものと理解されており、それでは要件として厳格に過ぎる。詐害行為取消権と否認権行使は、その適用場面・役割も異なるから、民法の詐害行為取消しでは、事案に応じた柔軟な解決ができるようにすべきである。なお、転得者に対する詐害行為取消権の要件については、受益者及びすべての転得者が「債権者を害すべき事実」について悪意であることで足りるとする考え方もあるが、判例法理(折衷説)における、取消しの効果は、被告となった転得者との間で相対的に生じるとすることとの整合性が問題となり、なお検討を要する。(法友全期)

(4) 詐害行為取消訴訟の受継

破産法第45条は、破産債権者又は財団債権者が提起した詐害行為取消訴訟が破産手続開始当時に係属する場合における破産管財人による訴訟手続の受継について規定している。仮に否認権よりも詐害行為取消権の方が取消しの対象行為の範囲が広い場面があるという現象(逆転現象)が解消されない場合(前記(2))

ウ(ア)(イ)、(3)参照)には、受継される詐害行為取消訴訟に否認訴訟の対象とはならないものが残ることから、このような訴訟は破産管財人が詐害行為取消訴訟のまま手続を続行できるとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 3(2)ク [66頁]】

【意見】

- 破産管財人が詐害行為取消訴訟として続行できるというべきである。破産管財人が否認権を行使できない部分について詐害行為取消権を行使できてしまい、破産法の趣旨を超えてしまうことになるが、民法の方が後法として合理的な規定を設けたと考える以上、問題ない。(沖繩弁)
- 詐害行為取消訴訟の受継の制度を存続し、破産管財人が詐害行為取消訴訟のまま手続を続行できるとすることに賛成する。例外的にいわゆる逆転現象が発生する場合(例えば、善意の受益者が介在する転得者に対する詐害行為取消訴訟等)には、詐害行為取消訴訟の独自の存在意義があり、破産管財人に取消訴訟の続行を認めることにも意義がある。(仙台弁)
- 逆転現象は解消されるべきではあるが、仮に現象が残るとすれば破産管財人が詐害行為訴訟のまま手続を続行できる方向で検討すべきである。実務的には適当である。(兵庫県弁)
- 破産管財人に逆転現象対応のための規定を設ける必要があるのなら、そうすれば良からう。(大学教員)
- 本旨弁済に対する詐害行為取消しについても、支払不能以後を要件とするなど、詐害行為取消権と否認権の要件において、いわゆる逆転現象が実質的に生じないように措置を講じれば、特別の問題は生じない。本旨弁済に対する詐害行為取消訴訟の係属中に、破産手続が開始された場合には、破産管財人により、いわゆる危機否認として受継されれば問題はない。(ドイツ民法研有志)
- 逆転現象が解消されない場合には、破産管財人が詐害行為取消訴訟の受継ができる旨の規定を置く方向で検討すべきである。(東弁)
- 破産管財人による詐害行為取消訴訟の受継について、規定を置く方向で検討すべきである。特に偏頗行為については、詐害行為取消権の方が取消しの対象範囲は広がる可能性があることから、破産管財人による詐害行為取消訴訟の受継に関する規定も整備する必要がある。(弁護士)
- 逆転現象が解消されない場合に、破産管財人が詐害行為取消訴訟として手続を受継できるとする方向で検討すべきである。破産債権者に詐害行為取消訴訟を続行させることとの対比において、破産手続が開始された以上、責任財産の回復は、破産財団の増殖に置き換えられ、その目的は破産管財人の否認権行使によって実現されるのが適当であることから、倒産処理手続が進行していなが

- ら、なお取消債権者が詐害行為取消権を行使し続けられるとするのは、理論的に困難である。また、破産管財人が受継することに必要性・合理性もある。(法友全期)
- 逆転現象が解消されない場合には、破産管財人が詐害行為取消訴訟のまま手続を続行できることとすべきである。詐害行為取消権で保護されるべき責任財産があるならば、破産手続に移行したとしても詐害行為取消訴訟を維持すべきである。(堂島有志)
 - 受継される詐害行為取消訴訟に否認訴訟の対象とならないものがあつた場合、破産管財人は詐害行為取消の要件のもとで取消訴訟を承継することができる旨の明文の規定を設けるべきである。受継できないとすれば、あまりにも不都合な結果をもたらすからである。破産手続開始前に詐害行為取消訴訟が提訴されていなければ、否認権の要件に該当する場合にのみ否認できるにすぎない。(福岡弁)
 - 特に異論はない。詐害行為取消訴訟の受継については、そもそも否認権行使より詐害行為取消権の行使の方が範囲が広いといった逆転現象が生じない制度設計が望ましい。否認権に切り替えられない詐害行為取消権の行使について、取消債権者がそのまま維持できるとすれば、倒産手続との関係で法律関係が複雑化するおそれがあるため、破産管財人が詐害行為取消訴訟として手続を続行できるようにすべきである。(二弁)
 - 破産管財人が詐害行為取消訴訟のまま手続を続行できるとすることに賛成する。破産管財人による受継を否定すべき合理的な理由はない。(愛知県弁)
 - 検討することに異論はなかった。(最高裁)
 - 見解の対立がある要件については、一定の立場に立って明文化するのがそもそも妥当なのか、十分に検討する必要がある。(親和会)
 - 破産管財人が否認の対象行為とならない詐害行為取消訴訟をそのまま続行できるとすることには若干の疑問がある。ただ、もはや個別の取消債権者は破産手続が開始されると破産債権者となり、個別的権利行使ができなくなることから、破産管財人も取消債権者も続行できない財産関係の訴訟が存在してしまうのもおかしい。やはり否認制度との整合性を図る必要がある。(日大民研・商研)
 - 破産法の否認権と詐害行為取消権の要件を同様のものにすることでいわゆる逆転現象を解消することができた場合には、破産管財人への受継を認める必要はないが、その現象が残る場合にはこれを認める必要がある。(札幌弁)
 - 民法改正で検討する必要はない。受継の規定を設けるかどうかは倒産法の問題である。(広島弁)

- そもそも逆転現象が生じないようにすべきであるとして、破産管財人による受継の制度を設ける必要はないという意見が強かった。なお、逆転現象が残る場合には、破産管財人が受継するのが適当であり、また、否認の訴えに変更できる場合もあるとの意見があった。(日弁連)
- 受継制度を設ける必要はない。(大阪弁)
- この論点は、民法の改正ではなく、破産法の問題。ただし、現行破産法を見ても、破産管財人が詐害行為取消訴訟のまま続行できると定められている。改定は不要。(個人)
- 破産法の側の問題であり、判例に委ねることが妥当。(弁護士)
- 反対である。(そもそも逆転現象が生じないように詐害行為取消権の要件を定めるべきである。)新破産法の政策的判断を尊重し、破産法との連続性・整合性を重視するならば、管財人に詐害行為取消権の行使を認めることは、新破産法が偏頗行為否認に時期的要件を設けるなど否認権の対象範囲を定めた趣旨を没却することになりかねず、妥当でない。(横浜弁)

3 効果に関する規定の見直し

【意見】

- 債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限するなど、詐害行為取消権の効果を限定することは、倒産前に散逸した企業財産の取戻しの困難化をもたらすおそれがあり、このような方向での法改正には賛成できない。(連合)
- 預金保険機構及びRCCは、反社会的勢力等の悪質債務者からの回収に積極的に当たっており、その際、債権者代位権のみならず、詐害行為取消権も有効な手段として用いられているところである。したがって、債権者代位権の事実上の優先弁済機能の否定又は制限と同様、預金保険機構やRCCのような、預金者（いわば国民）に対して一定の責務を負う機関の果たす役割等をも考慮した上で、慎重にご議論いただくことが望ましい。(預保)

(1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否

判例は、取消債権者が、受益者又は転得者に対して、返還すべき金銭を直接自己に引き渡すよう請求することを認めており、これによれば、取消債権者は、受領した金銭の債務者への返還債務と被保全債権とを相殺することにより、受益者その他の債権者に事実上優先して、自己の債権回収を図ることができることになる。

このような債権回収機能（事実上の優先弁済）に関しては、民法第425条の

「すべての債権者の利益のため」との文言に反し、本来の制度趣旨を逸脱するものであるとの指摘や、債権回収に先に着手した受益者が遅れて着手した取消債権者に劣後するという結論には合理性がないといった指摘がある。これらを踏まえて、上記の債権回収機能を否定又は制限するかどうかについて、責任財産の保全という制度趣旨との関係のほか、詐害行為取消権の行使の動機付けという観点などに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、仮に詐害行為取消権における債権回収機能を否定又は制限する場合には、そのための具体的な方法（仕組み）について、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 4(1) [70頁], (2) [72頁], 同(関連論点) [74頁]】【部会資料7-2第1, 8 [38頁]】

【意見】

- 事実上の優先弁済を否定し、取消債権者が、受益者ないし転得者に対して金銭等の直接交付を求めることを禁止すべである。取消債権者は、受益者等に対し、債務者の行為によって債務者から逸出した財産を、債務者に返還するよう請求することとすべきである。逸出財産の回復・換価は、債権執行手続によるべきである。債務者に対する他の債権者は、強制執行一般のルールにより、当該債権執行手続に加入することができるものとすべきである。認容判決を得た取消債権者がスムーズに債権執行手続に入ることができるよう、周辺制度の整備を検討すべきである。(大阪弁)
- 事実上の優先弁済機能は否定すべきである。その具体的な方法としては、相殺禁止が適切である。相殺による事実上の優先弁済を認めることは本来の制度趣旨に違反すること、詐害行為取消訴訟の被告に加えた場合、訴訟終結時に債権者は債務者に対する債務名義をもって強制執行しなければならないと解しても、格別、負担が生じるとは考えられないこと、詐害行為取消訴訟を提起した債権者以外の債権者が配当さえ受けられないとの結果は是認し難いことに基づく。(札幌弁)
- 取消債権者に対する債権回収機能を一定程度制限する方向で検討することに賛成する。取消債権者に事実上の優先弁済を全面的に認めることは、逸出した責任財産の回復という第一次的な制度趣旨と合致するものとは言えない。ただし、債権回収機能を完全に否定してしまうと、訴訟を提起してそれなりの労力をかけてまで取消権を行使する動機付けが失われるし、管財人が行使する否認権とは異なり、詐害行為取消権を行使する債権者は多かれ少なかれ自己の債権の回収を目的として取消権を行使しているという現実に鑑みれば、現在よりも事実上の優先弁済を受けられる場面を少なくしたり、相殺による回収を一定

程度制限する等、債権回収機能を一定程度制限するにとどめることが穏当であると思われる。(仙台弁)

- 事実上の優先弁済を制限することに賛成である。他人の財産管理権への介入が正当化されるのは、責任財産の保全という趣旨にあり、同趣旨から事実上の優先弁済を肯定することは理論的とはいえない。受益者も債権者である場合には、一番に債権回収をはかった熱心な債権者(受益者)が、遅れて債権回収に着手した(詐害行為取消権を行使した)取消債権者に劣後することになり不合理である。金銭の取り戻しの場合にのみ債務名義なしで無制限に債権回収がはかれるというのはバランスを失する。インセンティブの点でも、債務名義の取得は、詐害行為取消訴訟と同時に債務者に対し訴訟提起すればよいので過度の負担とはいえないとも考えられるし、債務名義さえ取得しておけば、詐害行為取消訴訟で勝訴した後、直ちに債権執行すればよく、その場合に他の債権者が配当加入するのは決して容易ではないことを考えると、実際には大半のケースにおいて取消債権者は事実上優先弁済を受けるのと同じ結果を得られるものと考えられる。そのための具体的な方法(仕組み)については、債務者の受領拒否や費消・隠匿があると行使の意義がなくなるので、取消債権者への金銭の直接給付を肯定しつつ、相殺を制限(一定期間経過後のみ相殺可能)すべきである。なお、訴訟上の和解で金銭支払による解決が認められるとしたら、事実上の優先弁済を制限した趣旨が潜脱されてしまうことになりかねないため、詐害行為取消訴訟における和解の性質や効力について、十分な検討をする必要がある。(横浜弁)
- 現行法の運用のような、事実上の優先弁済は認めない方向で考えるべきである。事実上の優先弁済を認めることは、債権者平等に反する結果を認めることとなる。事実上の優先弁済を否定したうえで、取消債権者も債権者の一人として取消しによる利益を得られるようにすべきである。(沖縄弁)
- 詐害行為取消権は、債務者の無資力状態を契機として、一般債権者の共同担保である責任財産を保全するために、責任法秩序を維持すべく衡平の観点から、認められるものである。かかる趣旨に照らせば、立法論においては、取消債権者に事実上の優先弁済を認める必要性和許容性は認められない。現在の判例理論及び多数説は、立法の不備により、遺憾ながら、その結論を甘受しているにすぎない。取消債権者に対するインセンティブは、合理的な弁護士費用も含めて、取消債権者に先取特権を付与することにより、確保すれば足りるはずである。責任法的無効の効果として、一般の先取特権の発生を認める見地からは、担保権の実行手続によることになるので、訴権説と同様に、価額賠償について、債権的に構成する必要がなく、相殺による事実上の優先弁済を回避できる。ま

た、責任法的無効の効果として、共同の一般の先取特権の発生を認めることにより、配当要求から漏れた他の債権者と取消債権者との間の平等の確保は、配当手続から漏れた担保権者と不当利得返還請求権の問題として、利害を調整することが可能となる。詐害行為取消権に基づく一般の先取特権者に含まれる債権者が、その主張の機会がなく、配当要求の機会がないまま配当等が終了した場合には、配当等に与った取消債権者等に対し、不当利得返還請求を認めるべきである。詐害行為がなかった場合の本来の配当率を超えて、配当を受けた取消債権者は、共同担保の準共有持分を超えている限りで、実質的には、一般債権者といえるからである。そのため、特別な手続を定めなくても、当事者の自助努力の範囲内で、支払不能時における債権者間の平等を確保することができ、詐害行為取消権に簡易破産機能を期待することができる。同様の理由により、詐害行為がなかった場合の本来の配当率を超えて、和解金を受領することにより、事実上の優先弁済を受けた取消債権者に対しても、不当利得の返還義務を認めることにより、和解による事実上の優先弁済を抑止することができる。もっとも、取消債権者において、詐害行為がなかった場合の本来の配当率につき、裁判外で弁済を受けることにより、詐害行為取消の訴えを取り下げることが、もちろん妨げられない。詐害行為取消権に簡易破産的機能が期待できることは、破産手続が意図的に回避されることを抑止することにもつながる。(ドイツ民法研有志)

- 民法 425 条は単純に債権者平等の原則をうたっているのではなく、原告債権者の背後に存在する他の債権者への詐害行為取消判決の効力の拡張を定めた規定だからである。そうだとすると優先弁済的効力を否定すべき結論となる。しかしそれだけでは議論は不十分であり、背後に存在する債権者の手続保障を含めた判決手続上の諸問題の検討が必要であると思う。(大学教員)
- 債権回収機能を否定または制限する場合には、判例と異なり、被代位権利の全部の行使を認めるべきである。(広大有志)
- 債権回収に先に着手した受益者が遅れて着手した取消債権者に劣後するという結論に合理性がないとして、事実上の優先弁済機能を否定又は制限することに賛成する意見が強かったが、事実上の優先弁済機能を一切否定するのは債権者のインセンティブ確保の観点から問題であり、制限に留めるべきであるという意見が多かった。また、少額債権について事実上の優先弁済機能を維持すべきとの指摘もあった。事実上の優先弁済機能を否定又は制限する具体的方法については、債権者への直接給付を認めた上で、相殺を制限すべきであるという意見が多かったが、この場面で直接給付を認めることが債権者のインセンティブ確保につながらないとして、逸出財産が不動産である場合と同様、強制執

行手続による回収が図られればよいとする意見もあった。(日弁連)

- 原則的には、詐害行為取消権について債権回収機能を制限するために、相殺を一定期間禁止すべきであるが、少額債権者（経済的余裕がない中小零細事業者等）保護の観点から一定の金額の範囲内で自由な相殺を許容し、その限度で同機能を認める方向で検討するのが妥当であると思料する。(東弁)
- 直接給付を認めるが、相殺禁止期間を設けることによって、事実上の優先弁済を制限すべきである。事実上の優先弁済を全面的に肯定することは、債務者の責任財産保全という詐害行為取消権の制度趣旨を逸脱するが、これを全面的に否定すると、詐害行為取消権を行使するインセンティブが失われてしまい、ひいては、詐害行為の抑止力も失われてしまう。このため、事実上の優先弁済を制限するのが相当である。債権者代位よりも詐害行為取消の方が、常に訴訟を要する手続上も、また、内容的にも権利を実現するのが困難なので、権利行使のインセンティブとして、一定期間経過後の相殺の余地を認めるのが相当である。取消債権者において、執行手続による方法か、あるいは相殺により回収する方法かのいずれかの選択を認めさせればよい。(堂島有志)
- 現在の解釈で認められているような事実上の優先弁済は廃止する方向で考えるべきである。そこで、①取消債権者は、受益者又は転得者に対し、詐害行為取消の対象となる物・権利について、債務者に返還するよう求めることができる。ただし、債務者が返還を受けた物・権利を費消・隠匿するおそれがある場合には、供託又は取消債権者への引渡しを求めることができる、②取消債権者は、引渡しを受けた金銭・物を供託することができる、③取消債権者は、取消の対象となる物・権利を受領してから2週間は、自己が引渡しを受けた物・権利の債務者への返還請求権と取消債権者の債務者に対する請求権とを相殺することはできない、との仕組みを提案する。(福岡弁)
- 債権回収機能を否定又は制限するかどうかについては、責任財産の保全という制度趣旨との関係のほか、詐害行為取消権の積極的な行使の動機付けの観点も踏まえて検討すべきである。自ら積極的に権利を行使した者とこれをしなかった者との間にはおのずと差があつてしかるべきである。また、先に債権回収に着手した者がより保護される結果になるとしても、詐害行為による財産散逸をできる限り早く是正することにつながり、結果として全ての債権者の利益につながるものである。(クレ協、全信販協)
- 債権回収機能（事実上の優先弁済）は、消費者被害救済の場面や労働債権の回収の場面で活用されていることや、取消債権者が裁判所に請求してまで詐害行為取消権を行使することへのインセンティブとなっていることから、否定すべきではないとの意見がある。一方、不動産は債務者の下に返るのに金銭は債

債権者に回収されるということへの違和感や、債権回収に先に着手した受益者が遅れて着手した取消債権者に劣後するということへの違和感もある。(パブコメWG)

- 事実上の優先弁済についてどうするかについては、偏頗行為を取消しの対象とした場合に生じる問題点も考慮し、パブリックコメントの結果等を踏まえて検討すべきである。事実上の優先弁済を否定した場合、債権者のインセンティブが減少し、詐害行為に対する歯止めが失われてしまう可能性がある。来型の債権者代位権の場合に比し、詐害行為取消権はより広く活用されていると思われる。インセンティブの確保については配慮すべき度合いが債権者代位権の場合に比して高いように思われる。ただし、偏頗行為を一定程度詐害行為取消の対象とする場合、優先弁済を認めると、最も債権回収に努力した債権者が後の債権者に遅れるという結果を招来してしまう。特に、偏頗行為の場合には、受益者の立場にも配慮する一定の措置が必要なように思われる。(二弁)
- 債権回収機能(事実上の優先弁済)は、詐害行為取消権を全ての債権者のための制度に位置付ける民法第425条の規律を所与の前提とする必然性はないとの見地から、詐害行為取消権を取消債権者が自己の権利を確保するための制度として捉えることにより、債権回収機能(事実上の優先弁済)を真正面から肯定することができるとの指摘にも一定の合理性はある。しかし、不動産は債務者の下に戻るのに金銭は債権者に回収されるということへの違和感や、債権回収に先に着手した受益者が遅れて着手した取消債権者に劣後することということへの違和感は無視できず、更に検討する必要がある。(弁護士)
- 詐害行為取消制度を、債務者の責任財産の保全のための制度であることを所与の前提とせず、取消債権者による個別の権利実現方法の1つとして捉える考え方について、検討すべきである。その際、詐害行為取消訴訟の提起又は判決をもって一種の個別執行の開始と捉えることも考えられる。(長島・大野・常松有志)
- 検討委員会試案によれば、取消債権者詐害行為取消訴訟の判決確定時から一定期間経過した後に、受領した金銭の債務者への返還債務と被保全債権とを相殺することを認める提案がある。確かに、一定期間を設けることで事実上の優先弁済を制限していることにはなるが、このような制限を設けることによって、費用等を自己負担しながらも詐害行為取消訴訟に挑もうとする取消債権者のインセンティブを減少させてしまうことにはならないか。事実上の優先弁済を制限するあまり、逆に詐害行為取消制度そのものの趣旨を没却させないように慎重に検討すべきだと考える。(日大民研・商研)
- 取消債権者が事実上の優先弁済を得ることの当否について、一切の優先弁済

を否定することには、反対である。ただし、現在の判例にしたがうと取消対象（不動産か金銭か）により結論が不均衡になることには疑問があり、何らかの解消策を検討すべきである。ただ、具体的な方法については意見形成には至らなかった。債権者代位権におけるのと同様、債権回収機能を全く否定してしまうと詐害行為取消権を行使するインセンティブが失われてしまう。ただ、不動産であれば、債務者の元に戻って、一定の範囲で、強制執行などを使って分配することになるにもかかわらず、金銭の場合は、取消債権者の元に戻って、優先弁済になることには違和感がある。特に、偏頗行為の場合、1番目に回収した人より2番目に回収しようとした人が優先される結果については、違和感を覚える。この点は、何らかの配慮が必要なのではないか。（兵庫県弁）

- 以下のような意見が多かった。取消債権者への金銭の直接給付を否定する方法については、債務者が受領を拒絶する場合、債権者代位権のように債務者に代位して強制執行の申立てをすることができるかどうか明らかでなく、詐害行為取消権の目的が達成できなくなってしまうおそれがある。取消債権者への金銭の直接給付を制限する方法については、仮に直接給付が認められ得る場合を債務者による受領が期待できない場合に限定するとなると、その基準は明確でなく、判断に困難を伴うおそれがある。しかも、その点が争点となり、紛争が長期化するおそれがある。また、制限される事由がないとして直接給付を求める訴えを提起したが、制限される事由があるとの判断に至った場合の処理についても検討が必要である。さらに、制限される事由があると判断して直接給付を認めなかったが、実際に債権者が受領しなかった場合には、取消債権者への直接給付を否定する場合と同じ問題が生じる。取消債権者への金銭の直接給付を認め、相殺を禁止する方法については、取消債権者が第三債務者から給付を受けた直後に強制執行を申し立て、転付命令を得たりすれば、他の債権者は配当に加わることができなくなるから、相殺を禁止したとしても、事実上の優先弁済効を否定する効果としての実効性はあまりないという問題がある。また、相殺を一定期間禁止する方法については、他の債権者の差押えに対し、相殺禁止期間の経過後に相殺ができることになると（相殺と差押えに関するいわゆる無制限説）、相殺禁止期間を設けた意味がなくなるという問題もある。判決で供託を命ずる方法については、民事執行法157条4項に基づく供託（執行供託）との関係について更に検討する必要がある。仮に、これが執行供託と同様の性質を有するものであるとした場合、供託時点で配当要求遮断効（民事執行法165条1号参照）は働くか、他の債権者はどのように権利執行すべきかなどといった点について、更に検討する必要がある。他方、仮に、これが執行供託とは異なる性質を有するものであるとした場合、取消債権者としては、

判決等の債務名義を得た上で、債務者が供託金について有する還付請求権を差し押さえて権利行使することになると思われるが、差し押えまでの間に債務者が還付を受けてしまえばそのような権利行使もできなくなる。このように、判決で供託を命じる方法を採用する場合、その性質及び供託後の手続規律について検討する必要がある。なお、倒産手続において、取消債権者による供託が認められるのであれば、債務者が破産した場合に管財人が供託物を取得できるようにするのか、また、一定期間相殺を禁止するのであれば、その間に取消債権者が破産した場合の規律をどのようにするかなどについても検討する必要がある。(最高裁)

- 事実上の優先弁済機能を否定すべきではない。詐害行為取消権による債権回収は、消費者被害救済の場面や労働債権の回収の場面で現に活用されているほか、仮に債権回収機能を否定すれば、詐害行為取消権は債権者破産のような制度となり、実務上の有用性はほとんどなくなってしまうことから、取消権の債権回収機能を否定するのは相当でない。また、偏頗行為を理由とする取消権の行使は、その行為が債務者の義務に属しないものであるなどの要件を満たした悪質なものに限られるのであるから、債権回収に先に着手した受益者が遅れて着手した取消債権者に劣後する結論に合理性がないなどとする指摘は当を得ていない（それでもなお合理性を問題にするのであれば、偏頗行為に対する取消権を認めるか否かという論点で問題にすべきであろう）。仮に制限するとしても、他の制度との整合性も考慮して、相殺制限一般の問題として検討するのが相当と考える。(弁護士)
- 事実上の優先弁済機能を否定又は制限することに反対する。詐害行為取消権を行使するに当たり、各詐害行為取消権者は、自己の債権にとっての責任財産保全を目的としている。そのため、民法 425 条の明文があるにもかかわらず、判例法理上、これが空文化されてきたのである。事実上の優先弁済機能を否定することは、詐害行為取消権者の詐害行為取消権行使のインセンティブを失わせるものであり、ひいては、詐害行為に対する抑止力としての機能を失わせるものである。また、そもそも事実上の優先弁済機能を否定または制限するに足るだけの立法事実は存在していない。(法友全期)
- 詐害行為取消権を、すべての債権者の利益のためのものではなく、債権者の権利行使手段の一つとして構成する方向で検討を進めていただきたい。事実上の優先弁済が債権者平等と矛盾する要素を持つものの、理念的な観点から詐害行為取消権が活用されにくい制度設計をすることは、かえって債務者の詐害行為を放置することにつながってしまう。また、強制執行の場合も申立て債権者及び配当要求をした者のみが配当に与えること、そもそも、法的倒産手続が開

始される前の段階であることなどを考えると、債権者平等が貫徹しないから問題があるとするのは妥当でない。(貸金業協)

- 詐害行為取消権を債権者の債権回収手段の一つとして構成する方向（事実上の優先弁済を認める方向）で検討を進めるべきである。現状の実務においては、債権者は、自らの債権の保全・回収のために、詐害行為取消権を行使するのが一般的である。(サービサー協会)
- 詐害行為取消制度が債務者の全債権者を巻き込んだものではないので、取消債権者に事実上の優先弁済が認められるのはやむを得ないのではないかと思われる。これを否定して全債権者間の公平な分配を図ろうとするのは、詐害行為取消制度のもとでは困難であろう。(弁護士)
- 債権回収機能を否定又は制限することに反対する。詐害行為取消権による責任財産保全の制度も、債権者による債権回収のための一手段として位置付けるべきであり、勤勉な債権者がその権利行使の結果として優先的に回収できることを否定する必要はない。判例において現行法第425条の規定にもかかわらず債権回収機能が認められ、それをインセンティブとして詐害行為取消権が行使されてきたことを重視すべきである。「債権回収に先に着手した受益者が、遅れて着手した取消債権者に劣後するのは不合理」との指摘もあるが、取消の対象となる債務消滅行為は、著しく正義・公正に反する行為に限られると解した場合、そのような行為を取り消すために詐害行為取消訴訟を提起して判決を得た債権者が受益者よりも優先することに不都合はない。詐害行為取消権を総債権者のための制度と位置づけ、債権回収機能を否定又は制限した場合、債権者において詐害行為取消権を行使するインセンティブが弱められ、制度自体が形骸化するおそれがあり、結果として、詐害行為取消権の抑止力が働かなくなって、無償行為等の詐害行為が横行する危険性もある。(森・濱田松本有志)
- 詐害行為取消しの効果として逸出財産の現実の取戻しを原則とする立場をとる場合には、債権回収機能を全く否定することには不賛成である。詐害行為取消権行使について原則として取消債権者の債権額による上限を設けている（ただし他に配当加入することが確実な債権者がいる場合には取消の範囲の拡張を許している）現在の判例法理を維持しつつ、詐害行為取消権のレベルにおいて要求される債権者平等原則の維持の限度において（簡易破産的機能は含むが破産手続そのものとは一線を画し）、債権回収機能（事実上の優先弁済）を制限し、一定期間の相殺禁止などの適切な規定を設けて、判例法理を修正するのが妥当である。(大学教員)
- 債権者は、自己の債権の保全・回収のみを目的として詐害行為取消権を行使するのが自然かつ一般的であり、この課題は、今回の法改正において、詐害行

為取消権をすべての債権者の利益のためのものではなく、債権者の利益のためのものとして構成し直すことで解決できる課題ではなかろうか。債務者の立場に立った場合でも、取消訴訟の被告となれば債権の存在、無資力等について争うことができるため、保護に欠けることはないと考える。また、受益者としても、詐害行為として取り消される要件が明確であれば優先弁済が認められるか否かは関知するところではないであろうから、やはり保護に欠けることはないのではなかろうか。(法友会)

- 債権回収機能（事実上の優先弁済）は、消費者被害救済の場面や労働債権の回収の場面で活用されていることや、取消債権者が裁判所に請求してまで詐害行為取消権を行使することへのインセンティブとなっていることから、否定しない方向で検討するべきである。(会社員)
- 不同意。「債権回収に先に着手した受益者」であっても、他の債権者を害する事実を知りながら弁済を受ける行為までも肯定することに合理性は無いものとする。むしろ、裁判所に請求してまで詐害行為取消権を行使するインセンティブとして、債権回収機能を肯定するべきと考える。(会社員)
- 現行の詐害行為取消権の制度を基本的には維持する方向で検討を進めていただきたい。債権者は、自己の債権の保全・回収のみを目的として詐害行為取消権を行使するのが自然かつ一般的なので、債権者の権利行使手段の一つとして構成する方向で検討を進めていただきたい。破産などの場合と比較すると事実上の優先弁済が債権者平等と矛盾することは否めないものの、詐害行為取消の使い勝手を悪くすることは、債務者の強制執行免脱を見逃すこととなりかねない。そもそも、通常の強制執行においても、申立債権者及び配当要求をした者のみが配当されることとなっており、強制執行に至る場合には事実上倒産状態にあることが常態なのだから、債権者平等（総債権者の利益）という観点を絶対視する必要は必ずしもないと考えられる。また、中小企業にあつては倒産状態でも法的倒産手続をとれない債務者の方が多く、そのような者が詐害的な行為を行うことを阻止するために、現行の制度は比較的うまく機能していると考えられる。(消費者金融協)
- 詐害行為権における債権回収機能（事実上の優先弁済）については存続させるべきである。離婚に伴い夫が妻に対し財産分与に仮託して不相当に過大な財産処分をした事例（東京地判平成16年10月25日）のような場合、詐害行為の発見及び主張立証に尽力した債権者が報われるべきである。(全信保連)
- 債権回収機能を否定又は制限することに反対する。債権回収機能は債権者のインセンティブとなっており、現行の判例法理が変更を要するほど不合理であるとはいえない。(愛知県弁)

- 詐害行為取消権による事実上の優先弁済の機能は維持されるべきであり、債権者間の平等は倒産手続において実現されるべきという立場が有力である。銀行実務からは、詐害行為取消権が責任財産の保全および債権回収の手段として現に果たしている機能を重視し、事実上の優先弁済の効力を認める現在の判例法理を評価する見解が多い。その理由として、(a)勤勉な債権者が利益を得ることが望ましいと考えられること、(b)事実上の優先弁済が否定されると、債務者の下に財産が回復された場合に一定の処分禁止効が生じなければ、債務者に財産の処分をされてしまうおそれがあり、取消権の行使と取り戻した財産への保全手続という迂遠な手続きとなること、(c)民法においては債権者全体の最終的な平等を確保するための手続的な仕組みがないため、逸出財産を単に債務者の手元に戻したとしても、債権者間の分配の問題は残ることになるが、債務者の手元に戻った財産について特定の債権者への弁済が行われた場合には、偏頗弁済は有効とする方向で検討することが望ましいことからすれば、結局は特定の債権者に対する優先的な弁済を認めることになるのであって、取消権者への事実上の優先弁済を禁止する実益に乏しいこと等があげられている。なお、優先的債権回収機能を認める場合には一般債権者を害するという批判もあり得るが、詐害行為取消訴訟が確定するまでは長期間を要するにも関わらず、これに参加する等の手段を講じなかった債権回収に消極的な債権者を保護する必要性はさほど高くないという指摘がある。(全銀協)
- コストその他の事情で、法的倒産手続きの利用が困難な場合も多く、このような場合、詐害行為取消権は不当な責任財産の逸失に対し、抑止的効果を含めて重要な機能を有している。ところが、事実上の優先弁済を否定した場合、詐害行為取消権を行使するインセンティブが大きく減殺され、結果として、詐害行為が横行することにもなりかねない。従って、事実上の優先弁済を認めるべき。(オリックス)
- 取消権者が優先的に執行手続に入れるようにすべき。425条に拘る見解もあり得るが、この点は制度改革の核心となるため、十分詰めて優先弁済を認める方向で改革することが適当と考える。(弁護士)
- 詐害行為取消権の効果は取消であることは明白。自己への引渡しは、別の制度によるもの。例えば、売買の取消しが無ければ、債務者は受益者に対して不当利得返還請求権により財産の取戻しを求めることができ、債務者がその権利を行使しない場合には、債権者が債権者代位権により代位行使できることとなる。正しい法解釈をすれば、何ら問題はないのであり、改定は不要。(個人)
- 現在、金銭債権の優先回収の手段として機能しており、これを廃止すると、詐害行為取消権の存在意義が著しく損なわれる。自らの権利の保全のために他

の債権者に先んじて取消権を行使した債権者が保護されることはむしろ公平であり、現状の実務においても、とくに相殺による回収が不当な結論を招くとは実感されていない。(親和会)

- 債権回収機能(事実上の優先弁済)を否定すべきでない。債権回収機能を否定してしまうと、詐害行為取消権を行使しうる状況にあっても、時間と費用をかけてまで訴訟において詐害行為取消権を行使するメリットがなくなり、その結果、詐害行為取消権は死文化してしまう可能性が高い。そうってしまうと、詐害行為取消権行使の可能性があることによる違法(不当)行為への抑止機能が働かなくなってしまうおそれがある。詐害行為取消権は債務者の責任財産保全のための制度ではあるが、債権回収機能を肯定したからといって直ちに責任財産保全という制度趣旨が否定されることにはならない(現在の判例も同様)。仮に制限するとしても、仮に債権回収機能を否定または制限するとしても、その際には詐害行為取消権行使にインセンティブを与えるような仕組み(例えば一定程度優先的に債権回収を認める、詐害行為取消権行使に要した費用を債務者等に負担させることなど)を持たせるべきである。(広島弁)
- 本来なら、国が債権を引き取ってもらえれば良いが、そうだと国も破たんするし、税金が使われることに納得できない国民も多いと思われる。取った金は、債務者(家族)が、生涯をかけてでも賠償責任を負う。(会社員)
- 詐害行為取消の後に、受益者に対し債権者が引渡しを求めることが出来るのは、債権者代位権の問題であり、債権者代位の中で検討されるべきである。また、債権者代位で受け取ったものの債務者への返還義務と、自己の債権を相殺して優先回収を行うことは、その相殺が偏頗的であれば、再び詐害行為取消権の対象になる。(会社員)

(2) 取消しの範囲

判例は、被保全債権の債権額が詐害行為の目的である財産の価額に満たず、かつ、その財産が可分である場合には、取消債権者は、その債権額の範囲でのみ取り消すことができるとしているが、仮に詐害行為取消権における債権回収機能(事実上の優先弁済)を否定又は制限する場合(前記(1)参照)には、判例のような制限を設ける合理的な理由が乏しくなることから、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに詐害行為を取り消せるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 4(3) [74頁]】

【意見】

- 被保全債権の債権額にとどまらずに詐害行為を取り消せるものとすることに賛成である。(大阪弁)
- 詐害行為取消権を全ての債権者のための制度に位置付ける民法第425条の規律を所与の前提とする必然性はないから、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに詐害行為を取り消せるのは、効果として過大であると考ええる。(弁護士)
- 被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに詐害行為を取り消せるものとすることに賛成する。逸出した責任財産の回復という第一次的な趣旨からの帰結。また、前述のとおり、事実上の優先弁済を一定程度制限する方向で検討すべきであり、その点からも被保全債権の債権額の範囲に限定する理由はない。なお、債権者が自己の債権額を超える金銭や動産を受領した場合、少なくとも超過部分については明らかに他の債権者の引き当てになるべきものになることから、供託を義務づけるなど、しかるべき手当てをすべきである。(仙台弁)
- 民法425条の意義を上記のように捉えるならば、取消の範囲は被保全債権額に限定される必要はなく、詐害行為の目的物全体に及び、かつ、それに限定されると解すべきと考えられる。(大学教員)
- 被保全債権の債権額の範囲にとどまらず、詐害行為全体を取り消させてよいと考える。詐害行為取消は総債権者のための制度であるし、事実上の優先弁済を否定する以上、限定する必要はない。限定しなくても、執行の段階で限定がかかるのであり、問題はない。(沖縄弁)
- 被保全債権額による制限がないが、過大な場合に一部取消とすることに、賛成する。責任財産の保全という制度趣旨からは、被保全債権の金額に限定される合理的な理由がない。また、被保全債権額以上に現金を回収した場合、債務者に返還することが必要となるが、供託することで足りる。(法友全期)
- 被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに詐害行為を取り消すことができることとすべきである。事実上の優先弁済を制限する以上、取消債権者の債権額に限定するのは不合理である。効果が重大すぎるという懸念については、受益者転得者の保護方法で対応すればよい。(堂島有志)
- 取消債権者は、被保全債権の債権額を超えて詐害行為を取り消すことができる。詐害行為取消権を文字どおり総債権者の利益のために行使する(民法425条)という制度設計とすれば、取消の範囲は、取消債権者の債権額の範囲に限られないはずである。ただし、受益者又は転得者に対して金銭の引渡しを求めることができる範囲は、取消債権者のもとの費消・隠匿のおそれがあるので、取消債権者の債権額の範囲に限る。(福岡弁)
- 特に異論はない。(二弁)

- 検討することには賛成する。債権回収機能（事実上の優先弁済）を肯定する場合には、債権額の範囲でのみしか取り消すことができないとするのが整合的である。（兵庫県弁）
- 被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに詐害行為を取り消せるものとすることに賛成である。他の債権者と競合する可能性を認める以上、被保全債権額の範囲に限るのは制度趣旨に反するし、行使のインセンティブを失わせることになりかねない。ただし、取消債権者が自己の債権額を超える部分を費消・隠匿するおそれを否定できないため、それを防止するための何らかの対処（例えば、直接給付を受けられるのは自己の被保全債権までに限るとするなど）が必要ではないかと考える。（横浜弁）
- 債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する場合には、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに詐害行為を取り消せるものとすることに賛成する。債権回収機能を否定又は制限する場合には、他の債権者と競合する可能性がある。（愛知県弁）
- 被保全債権の債権額の範囲にとどまらず詐害行為取消が可能とすることに賛成する。事実上の優先弁済機能を否定することに基づく。（札幌弁）
- 事実上の優先弁済を否定又は制限することを前提とすると、他の債権者と競合する可能性があることから、被保全債権額に限定されるべきではないとの意見に異論はなかった。なお、債権者への直接給付を認めることを前提に、自己の債権額を超える部分についての費消・隠匿のおそれへの対処の必要性を指摘する意見もあった。（日弁連）
- 取消しの範囲を全部取消と考えつつ、物権的絶対的無効を認めたのでは、残余財産が債務者に帰属することになり、目的の範囲を超えて、取引の安全が過度に害される。責任法的取消の効果として、総債権者（詐害行為時まで発生した債権に限る）のために、共同の一般先取特権の発生を認める見地からは、取消しの範囲は、取消債権者の債権額に限定する必要はなく、責任的取消の範囲で、全部取消しを認めることにより、共同担保を保全することができるとともに、残余財産は、受益者に帰属するので、取引の安全に対する影響を最小限にとどめることができ、判例の相対的取消理論の本来の趣旨を活かすことができる。（ドイツ民法研有志）
- 詐害行為取消権を全ての債権者のための制度に位置付ける民法第425条の規律を所与の前提とする必然性はないとの見地から、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに詐害行為を取り消せるのは、効果として過大であるとの意見もある。他方、詐害行為取消権を全ての債権者のための制度に位置付ける立場からは、他の債権者の存在を考慮すると、取消しの範囲を取消債権者の債権

額の範囲に限定するというのでは、過小となるおそれが生じるとして、受益者の保護等の仕組みを設けることを前提に、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに詐害行為を取り消せるようにするべきであるとの意見もある。(パブコメWG)

- 検討することに異論はなかったが、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに詐害行為全体を取り消せるものとした場合の、詐害行為取消訴訟の悪用を懸念する意見、少額の被保全債権で高額の行為が取り消されることアンバランスを懸念する意見、被保全債権の債権額の範囲内の部分と範囲外の部分との処理の相違による権利関係の複雑化を懸念する意見、範囲外の部分の給付を受ける理論的根拠や保持した金員の管理に関する問題を指摘する意見があった。(最高裁)
- 取消しは法律行為が対象であることは、明らか。改定は不要。(個人)
- 事実上の優先回収機能を認める以上、現在の判例の基準(被保全債権の債権額の範囲に限る)が妥当である。ただし、要件・効果に関する規定の明確化の観点から、明文化の可否について検討すべきことについては異論がない。(親和会)
- 取消債権の額の範囲とするべき。できるだけ単純明快な制度であるべきと考える。(弁護士)
- 被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに詐害行為を取り消せるとすることに反対する。詐害行為取消権が総債権者のための制度であるとの前提を否定し、債権回収機能を認める立場からは、債権額の範囲を超えて詐害行為の取り消しを認める必要はない。(森・濱田松本有志)
- 事実上の優先弁済機能を制限するあまりに、詐害行為取消訴訟を行おうとする取消債権者に対するインセンティブが減少し、詐害行為取消制度そのものが利用されなくなってしまう恐れが生じるのではないか。(日大民研・商研)
- 現行判例の立場を維持すべきであり、被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに詐害行為全体を取り消すことができるようにする旨の立法提案には、強く反対する。まず前提として、詐害行為取消権の債権回収機能を否定するような法改正は、実質的には詐害行為取消権を債権者破産の申立てに近いものとし、実務上ほとんど使い道のない制度となってしまうことから、それ自体賛成できない。仮に詐害行為全体を取り消す権限を与えた場合には、破産管財人のような立場の第三者が存在するわけではなく、債権者代位権の場合と同様、債権者が受け取った金銭を費消してしまうなどの問題が生じるおそれが高い。(弁護士)
- 全ての事案において被保全債権額を超える範囲まで詐害行為取消を認める

必要はない。詐害行為取消権が他人の財産権への介入を認めるものである以上謙抑的であるべきで、現在の判例理論を超えて必要以上（被保全債権額以上）の介入まで認める必要はない。また、被保全債権額を超える範囲まで取消を認めたとしても、破産管財人のような立場の第三者が存在するわけではなく、取消しした超過部分の取扱いを巡って問題が生ずると思われる。（広島弁）

- 被保全債権の範囲にとどまらずに詐害行為を取り消すことができることに反対する。事実上の優先弁済を認める場合はもとより、そうでない場合でも債権者の債権の範囲に限られないとすると、取消債権者が過大な直接給付を受けてこれを費消する危険があり、その場合の処理や費消の危険がある場合の対抗手段の必要性など様々な問題が生じうる危険性がある。（東弁）
- 詐害行為取消権の債権回収機能を否定又は制限することが、どうして取消しの範囲の制限を撤廃することにつながるものであるのか、検討委員会試案の考え方は理解しがたい。個別的強制執行の準備手続として責任財産の保全を図る制度趣旨からして、相対的取消としつつ、現物による取戻しを認める判例法理の下では、詐害行為の全部取消・逸出財産の全部取り戻しを認めることは、取消の相手方の保護に欠ける結果となること明白であるから、債権回収機能の肯定・否定あるいは制限の如何を問わず、取消しの範囲を制限する現行判例法理には合理性がある。これに対し取戻しを必要としない責任説によれば、全部取消を認めても相手方の保護に欠けることもなく、425条の趣旨にもかかなう。この点でも、詐害行為の絶対的取消、全部取消を認めることは、判例法理の修正ではなく、否定であり、制度目的から見て過剰あるいは不当というほかない。（大学教員）

(3) 逸出財産の回復方法

仮に、詐害行為取消権を、債務者の詐害行為を取り消し、かつ、これを根拠として逸出した財産の取戻しを請求する制度（折衷説）として把握する立場を採る場合（前記1(1)参照）には、逸出財産が登記・登録をすることができるものであるか、金銭その他の動産であるか、債権であるかなどに応じて、その具体的な回復方法の規定を設けるかどうかを、更に検討してはどうか。

また、判例は、逸出財産の返還方法について、現物返還を原則とし、それが不可能又は著しく困難である場合に価額賠償を認めていることから、仮に逸出財産の具体的な回復方法についての規定を設ける場合には、これを条文上も明らかにするかどうかについて、価額の算定基準時をどのように定めるかという問題にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 4(4) [75頁], ア[76頁],

【意見】

- 逸出財産の種類ごとに具体的な回復方法の規定を設けることに賛成する。現物返還を原則とし、例外的に価額賠償を認めることを明文化することに賛成する。(大阪弁)
- 逸失財産の回復方法について、逸失財産の種類に応じた具体的な規定を整備することに賛成する。規定の具体例としては、①登記・登録をすることができる財産については、受益者・転得者に対する登記・登録の抹消手続請求、債務者への登記・登録の移転手続請求ができるものとし、②金銭その他の動産については、取消債権者の自己に対する直接の引渡請求、債務者への返還、あるいは第三者機関への供託の請求を認めるものとし、③債権については、取消債権者の受益者・転得者に対する、第三債務者への債権譲渡取消しの通知請求を認める旨のとの定めを設けたうえで、これらの規定では対処できない事例が生じた場合に備え、④その他の財産については、裁判所において相当と認める方法による回復を認める、といった包括的条項を定めることを検討すべきである。(弁護士)
- 逸出財産の種類に応じた具体的な回復方法の規定を設けることに賛成する。また、現物返還を原則とし、それが不可能又は著しく困難である場合に価額賠償を認めることを明文化することに賛成する。規定が明確になる。(仙台弁)
- 判例法理を基本とし、個別に問題点を克服していく方向性に、賛成する。現在の判例法理に、とりわけ不合理な点はない。いわゆる責任説のように、債務者の責任財産の回復を強調しても、必ずしも結論において判例法理と異なる部分ばかりでなく、合致する部分も多いし、また、破産管財人等、適切な財産管理者がいない場合、取り消された法律行為をなした当事者である受益者や転得者が、債務者の財産を適切に管理することは期待できない。(法友全期)
- 判例法理等をふまえ、逸出財産が登記・登録をすることのできるものであるか、金銭その他の動産であるか、債権であるかなどに応じて、その具体的な回復方法の規定を設けるべきである。判例実務の取扱いをわかりやすく明文化すればよい。(堂島有志)
- 詐害行為取消の効果について、逸出財産の種類(金銭、不動産、債権など)に応じて明文化すべきである。(福岡弁)
- 判例の折衷説を前提としたうえで、逸失財産の種類に応じ、具体的な回復方法の規定を設けること、及び現物返還と価格賠償との関係を明文により明らかにすることに賛成する。(二弁)

- 前段・後段いずれも前向きに検討することに賛成する。(兵庫県弁)
- 逸出財産が何であるかに応じて、その具体的な回復方法の規定を設けることに賛成である。逸出財産の返還方法について、現物返還を原則とし、それが不可能又は著しく困難である場合に価額賠償を認めることを明文化することに賛成である。ただし、受益者が反対給付をしていた場合には、取消債権者や他の債権者に優先して、その反対給付の返還又はその価額の償還を請求することができるものとするのであれば、その場合には端的に差額償還請求も可能とすることも検討すべきである。(横浜弁)
- 逸出財産ごとに具体的な回復方法の規定を設けることに賛成する。逸出財産の返還方法について、現物返還を原則とし、それが不可能又は著しく困難である場合に価額賠償を認めることに賛成する。判例法理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。(愛知県弁)
- 具体的な回復方法の規定を設けることにつき、賛成する。具体的には、登記・登録をすることができる財産の場合は債務者に対する移転登記・登録を、金銭その他の動産の場合は債権者に対する引渡し(価格賠償を含む。)、債権の場合は債権譲渡通知によって行うべきものとする。逸出財産の返還方法を判例のとおり明文化することにつき、賛成する。(札幌弁)
- 逸出財産の具体的な回復方法を規定することや現在の価額賠償方法の明文化を行うことは賛成である。なお、取消債権者からすれば現物返還を求めることが最終的な目的ではなく金銭の回収が最終的な目的であるので、価額賠償という手段を柔軟に選択できるようにその要件をあまりに厳格化しすぎるべきではない。また、価額の算定基準時としては、詐害行為取消権が債務者の責任財産として把握されていた逸出財産を取り戻そうとするものであることから、逸出した時点すなわち詐害行為時を基準とすべきである。(広島弁)
- 規律の明確化の観点から、逸出財産ごとに具体的な回復方法の規定を設けること、現物返還を原則とする判例法理を明文化することに異論はなかった。(日弁連)
- 登記登録をすることができる財産については、取消債権者が、登記名義などを有している受益者等に、登記などの抹消手続や移転手続を請求できると条文上明らかにすべきである。金銭その他の動産については、取消債権者への返還、取り戻しは認めるべきではない。現物返還が原則だが、それは不可能または著しく困難である場合に限り価格賠償を認めるとの明文を設け、これまでの判例を明確化すべきである。(沖縄弁)
- 逸出財産の回復方法についての規定を設ける方向で検討すべきである。(東弁)

- 判例上確立している回復方法については可能な限り明文化するのが望ましく、見解の対立がある点については、一定の立場に立って明文化するのがそもそも妥当なのか、十分に検討する必要がある。(親和会)
- 条文は必ずしも必要ないが、判例が明確な部分は条文化が容易であればそれが望ましい。(弁護士)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 取消債権者に交付された財産について、信託法23条以下を参考に、取消債権者に交付された財産について、強制執行等を制限し、また取消債権者が破産しても破産財団に含まれないとする立法の手当てが必要である。なお、取消債権者は、事故の被保全債権を超える分は、返還乃至供託する義務があることから、忠実義務や公平義務を定めなくても、他の債権者を害するおそれはないと考えられる。ただし、固有財産との分別管理義務を定め、義務違反に対して賠償義務等の制裁規定も必要である。(学生)
- 仮に判例法理(折衷説)を維持するときには、逸出財産の回復方法につき、財産の種類に応じた具体的な回復方法の規定をおくことは検討に値するが、これまでの判例の積み重ねである程度解決できているから必要最低限度に押さえることが望ましい。価額賠償の算定基準、算定の時期についても同様である。(大学教員)
- 回復する財産が不動産、金銭その他の動産、債権と多岐にわたることを考慮すると、それぞれについて詳細に回復方法を明示することは難しいのではないか。取消しの効果として、債務者をも詐害行為取消訴訟の被告となし得るのであれば、少なくとも責任財産は債務者の下に回復することとなるため、具体的な財産の回復方法については、解釈に委ねる部分があってもよいのではないかと思われる。(日大民研・商研)
- 普通では財産を探し出すのも難しい現状があるのに、逸出財産の回復方法を考えるより、確実に財産を探し出せる制度を作り上げてほしい。(会社員)
- 会社法の改正でも議論されているところではあるが、詐害的な会社分割による債務逃れが増加していることから、債権者を保護するような条項を盛り込むことができないか検討すべきである。(会社員)
- 逸出財産の具体的な回復方法についてまで規定を設ける必要はない。(弁護士)
- 登記・登録のある物であっても、債務者への現実の取り戻しという方法は、もはや取り入れるべきではない。(大学教員)
- 責任説においては、詐害行為取消権における責任法的無効の結果として、受益者は、その所属財産について、他人の債務のための責任を負担することとな

り、一種の物上保証人的地位（物的有限責任）に立つことになる。この物上保証人的地位の内容及び物的有限責任を実現する手続の内容が問題となるが、強制執行忍容訴訟（責任訴訟）は不要であり、責任法的無効の効果として、取消債権者及び債務者の総債権者（詐害行為時まで発生した債権に限る）のために、法定担保物権（一般の先取特権）が発生するのを前提として、詐害行為取消訴訟に基づき、担保執行手続によるのが相当であると解する。（ドイツ民法研有志）

(4) 費用償還請求権

取消債権者が詐害行為取消権の行使のために必要な費用を支出した場合に、債務者に対してその費用の償還を請求できるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮にこの費用償還請求権を条文上も明らかにする場合には、これについて共益費用に関する一般の先取特権が付与されるかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 4(5) [80頁]】

【意見】

- 費用償還請求権について明文の規定をおくこと、及び共益費用についての一般の先取特権を付与することに賛成する。責任説の立場でもこの規定の明文化は望ましい。責任的取消しの限度で絶対効を認めるのであるから、この請求権の法的根拠は容易に説明可能である。（大学教員）
- 取消債権者に対するインセンティブを確保するために、合理的な弁護士費用も含めて、取消債権者に先取特権を付与することを条文に明記すべきと考える。（ドイツ民法研有志）
- 費用償還請求権を明文化し、優先性を認めることに賛成する。（大阪弁）
- 費用償還請求権を認めること、及び共益債権に関する一般の先取特権を付与することに賛成する。詐害行為取消権の効果として債権回収機能を一定程度制限する場合、詐害行為取消権は債権者共通の利益のために行使されるという側面が強くなるため、その費用の償還請求権を認めること、及びそれに一定の優先権を認めることには合理性が認められる。ただし、「費用」の中に弁護士費用も含めるかどうかについては、破産管財人とは異なり、詐害行為取消訴訟において弁護士は原則として総債権者の利益のためというよりは依頼者である債権者の利益のために職務を行う側面が強いこと、他の制度との整合性との兼ね合いもあり、慎重に検討すべきである。（仙台弁）

- 取消債権者が、他の債権者に先立って、詐害行為取消訴訟に関する費用償還請求権を有し、受益者の権利に優先するとすることに、賛成する。取消債権者にインセンティブを与える趣旨からは重要な規定である。もっとも、どのような費用が含まれるかによって、大きく意味が変わるため、手続法か実体法かはともかく、費用の具体的な内容まで定める必要がある。実質的に見ても、債務者の詐害行為が介在している以上、その債務者が負担してもやむを得ないと考える（この点、代位は必ずしもそうではない。）。（法友全期）
- 債務者に対して費用の償還を請求でき、共益費用に関する一般先取特権が付与されることとすべきである。他の債権者に対して費用の分担を請求するのは迂遠であり煩雑。債務者に請求する方法が端的であり、結論としても妥当である。（堂島有志）
- 取消債権者に費用償還請求権を付与し、この費用償還請求権については共益費用に関する一般先取特権が付与される旨の明文の規定を設けるべきである。（福岡弁）
- 検討することには賛成する。事実上の優先弁済を認める場合には、費用償還請求権を否定し、事実上の優先弁済を認めない場合には、費用償還請求権を肯定するのが、整合的である。（兵庫県弁）
- 取消債権者に費用償還請求権を認めること、及び、同請求権に一般の先取特権を付与することのいずれについても賛成である。詐害行為取消権行使のインセンティブを確保するためには、行使に必要な費用の償還請求権を認め、かつ、一定の優先権を付与するのが妥当である。ただし、これに弁護士費用を含めるべきか否かについては慎重な検討を要する。（横浜弁）
- 詐害行為自体が、債権者を害することを知って債務者が行った行為であり、当該行為が取消された場合には債権者の取消権の正当性が認められているものと考えられるから、詐害行為取消権の行使に要する費用は債務者が負担すべきものであること等を理由に、債務者に対する費用償還請求及び一般の先取特権の付与について歓迎する見解がある。また、詐害行為取消権を行使した債権者以外の債権者や税務当局が後から手続きに参加することがあり、この場合には後から参加した者に費用の一部を負担させる制度を設けるべきという見解もある。（全銀協）
- 費用償還請求権を認めることにつき、賛成する。これについて一般先取特権を付与することにつき、賛成する。インセンティブ確保の観点から、これらを認めることが適切である。（札幌弁）
- 債務者に対する費用償還請求権を条文上も明らかにすることに賛成する。詐害行為取消権の行使のために債権者が支出した費用は、債務者の詐害行為に起

因するものなので、債務者に負担させるのが合理的である。共益費用に関する一般の先取特権を付与することについては、慎重に検討すべきである。債権回収機能（事実上の優先弁済）を維持する場合、債権者の共同の利益のための費用とは必ずしもいえない。（愛知県弁）

- インセンティブ確保の観点から、取消債権者に一般先取特権者として費用償還請求権を認めることに異論はなかった。もっとも、対象たる費用の範囲、とりわけ弁護士費用が含まれるかどうかについては、慎重に検討すべきであるという意見があった。（日弁連）
- 費用償還請求権を認めること及び一般先取特権付与には、一定の限定を付す方向で、さらに検討すべきである。民法において個別回収的な側面を否定出来ないのであれば、倒産法制に従う必要性はない。また、費用の範囲によっては、個別回収的な側面のある制度であるにもかかわらず、債権者は回収費用まで他の債権者に優先して取れるということになり、バランスを失うとともに、インセンティブに問題が生じるおそれがある。（東弁）
- 債務者に対して費用の償還を請求できること詐害行為取消しの効果を楽しもうとする他の債権者に対して費用の分担を請求できることには検討に値する。（弁護士）
- 特に異論はない。費用償還（分担）の相手方について、詐害行為取消しの効果を楽しもうとする他の債権者とすることも検討されてよい。また、費用として合理的な弁護士費用が含まれる旨を明記してはどうか。（二弁）
- 詐害行為取消のために支出した費用については、共益費用として認めるべきである。事実上の優先弁済を否定し、総債権者のための取消となるからである。（沖縄弁）
- 見解の対立がある点については、一定の立場に立って明文化するのがそもそも妥当なのか、十分に検討する必要がある。（親和会）
- 検討することに異論はなかったが、前段については、請求できる範囲が不明確であるとの意見、詐害行為取消権の行使によって、経済的利益を受けるわけではない債務者に、取消債権者が支出費用の償還を請求することの衡平さの検討について言及する意見があった。後段の必要な費用について先取特権を付与することについては、その対象となっているかどうかは、執行手続において判断することが多いと思われるところ、その範囲が一義的に明確でなければ、執行手続において先取特権が存在することを判断することは非常に困難であり、執行機関を権利判定機関から分離し、執行手続に専念させることにした趣旨に反し、執行手続の迅速な進行を妨げることになるとして、反対する意見があった。（最高裁）

- 債権回収機能を否定あるいは制限するのであれば、取消債権者が事実上の優先弁済を受けたか否か、破産手続に移行したか否か、といった状況に応じて費用償還請求権を認めるかどうかを検討すべきである。詐害行為取消権において債権回収機能を否定（または相殺禁止期間の設定により結果的に否定された場合も含む）するのであれば、個別の詐害行為取消権の行使は全債権者の債権回収の担保となる責任財産の保全（回復）という性質を有するものとなる。そのために要した費用を取消債権者の負担とすべきではなく債務者あるいは回収した逸出財産から最優先で費用償還請求権による回収を認めるべきである。この費用には訴訟費用にとどまらず、弁護士費用もまた費用償還請求権の対象とすべきである。また、詐害行為取消訴訟提起後破産手続が開始され、破産管財人が同訴訟を受継した場合なども、それまでに要した費用は全債権者の責任財産の保全に寄与するものであるから、費用償還請求権の対象になることを認めるべきである。一方で、詐害行為取消権行使により、相殺禁止期間中も他の債権者からの権利行使もなく取消債権者が事実上の優先弁済を受けたときは、全債権者の責任財産保全に繋がるものではないから、費用償還請求権を肯定する必要はない。（広島弁）
- 費用償還請求権を認めるべきではなく、ましてやこれについて共益費用に関する一般の先取特権を認めるべきではない。詐害行為取消権について、事実上の優先弁済機能を維持することを前提とした場合、取消権を行使するための費用は、要するに債権回収費用の一環であるに過ぎず、このような請求を認めることは、金銭債権について利息超過損害の賠償請求を認めることにつながりかねない。（弁護士）
- 自己のためでもあるから、償還請求について定める必要はない。詐害行為取消権の主眼は取消しであり、平等弁済の実現である破産法制とは異なる。（個人）
- 優先弁済を受けた場合は不要。他の債権者が利益を受けた場合はこれらに按分請求。（弁護士）

(5) 受益者・転得者の地位

【意見】

- 判例上確立している回復方法については可能な限り明文化するのが望ましく、見解の対立がある点については、一定の立場に立って明文化するのがそもそも妥当なのか、十分に検討する必要がある。（親和会）

ア 債務消滅行為が取り消された場合の受益者の債権の復活

判例は、受益者が債務者から弁済又は代物弁済を受けた行為が取り消されたときに、受益者の債権が復活するとしていることから、仮に債務消滅行為を詐害行為取消権の対象とする場合（前記2(2)ウ(ア)参照）には、受益者の債権が復活する旨を条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 4(6)ア [82頁]】

【意見】

- 受益者の債権が復活する旨を条文上も明らかにすることに賛成する。判例法理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。(愛知県弁)
- 判例を明文化することに賛成する。(兵庫県弁, 札幌弁)
- 受益者の債権が復活する旨を条文上明記することに賛成する。判例により認められている上、当然の結論であり明文化することが相当である。(仙台弁)
- 取消後に受益者の債権が復活することについては賛成である。債務消滅行為が取消によりなくなるわけであるから、これに伴い受益者の債権も復活するとするのが整合的である。(広島弁)
- 受益者の債権が復活することを明文化することについて賛成する。判例と同様の考え方であり、公平にかなうとして、異論はなかった。(日弁連)
- 受益者の債権の復活を条文上明らかにすることに賛成する。(大阪弁, 東弁, 沖縄弁, ドイツ民法研有志)
- 必須ではないが、置くことに差し支えがなければ置いた方がよい。(弁護士)
- 破産法第169条も受益者の債権の復活を規定していることから、詐害行為取消権においても判例の見解が一般的に支持されていることをふまえて、受益者の債権の復活を明文化してはどうか。(日大民研・商研)
- 受益者の債権が復活することを条文上も明記すべきである。判例法理も認めている考え方であり、破産法第169条にも同趣旨の規定がある。(弁護士)
- 受益者の債権が復活することに、賛成する。公平の理念にかなう。また、取消しによる法律行為の遡及的消滅という効果に整合性がある。(法友全期)
- 明文化することに賛成する。判例実務上の取扱いを明文化してわかりやすくすべきである。(堂島有志)
- 債務消滅行為が取り消された場合、受益者の債権が復活する旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 受益者の債権が復活する旨を条文上明らかにすることに賛成である。もっ

とも、債権者たる受益者の債権は、本旨弁済等が取り消された時点で復活し、受益者はそこから債務名義取得に向けた手続（仮差押え、給付訴訟提起）をとることになるため、受益者は最初に債権回収に着手していながら、結果的に債権執行手続に加われず、取消債権者に劣後する立場に立たされる可能性が高い。本来、債権者たる受益者と取消債権者は平等の立場に立つべきであるから、この点について何らかの手当が必要である。（横浜弁）

- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 明文の規定で受益者の債権が復活することを認めることとした場合、この復活した債権は、民法 425 条にいう総債権の中に含まれ、取消債権者の為す強制執行に際して配当加入が許されるものとするかどうかとも検討しておく必要がある。内部者への弁済など、受益者の害意性が強い場合には配当加入を許さないとすることも考えうるからである。なお、取消債権者の被保全債権額が受益者の受けた弁済金額を下回るときは、判例法理では一部取消、一部復活となるであろうが故に、問題を簡明に解決するために、復活を許さず、取消債権者が現実に被保全債権の満足を受けた場合に、それによって債務者が債務を免れた範囲で債務者に対する不当利得返還請求を認めるに止めることも考えられうる。（大学教員）

イ 受益者の反対給付

取消債権者が詐害行為取消権を行使したことにより、受益者が債務者から取得した財産を返還した場合において、受益者は、その財産を取得した際に債務者に反対給付をしていたときであっても、直ちにその返還を求めることはできず、取消債権者が現実に被保全債権の満足を受けたときに限って、債務者に対して不当利得の返還を請求することができるにすぎないと解されている。しかし、破産法上は、受益者の反対給付については、原則として財団債権として扱われるとされており、これとの整合性を図る観点から、取り消された詐害行為において受益者が反対給付をしていた場合には、取消債権者や他の債権者に優先して、その反対給付の返還又はその価額の償還を請求することができるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に受益者に優先的な価額償還請求権を認める場合には、取消債権者の費用償還請求権（前記(4)参照）との優劣についても、更に検討してはどうか。

【部会資料 7-2 第 2, 4(6)イ [83 頁], 同 (関連論点) [86 頁]】

【意見】

- 受益者の反対給付の価額償還請求権を明記し、当該請求権の優先性、および、債務者の隠匿処分意思等の悪意の場合の例外について、明記すべきである。受益者の価額償還請求権と取消債権者の費用償還請求権の優劣については、後者を優先させるべきである。(大阪弁)
- 受益者に優先的な反対給付の返還又は価額償還請求権を認めることに賛成する。破産の場面における受益者の地位(原則として財団債権者)との均衡。但し、取消債権者の費用償還請求権は、共益費用的性質を有しているため、受益者の価額償還請求権よりも優先させるべきである。(仙台弁)
- 受益者が反対給付をしていた場合には、取消債権者や他の債権者に優先して、その反対給付返還または価格の償還を請求できるようにすべきである。受益者の財産で債務者財産が利得するのはおかしい。(沖縄弁)
- 前段・後段いずれについても前向きに検討することに賛成する。(兵庫県弁)
- 取消債権者や他の債権者に優先して、反対給付の返還又はその価額の償還を請求することができるものとすることに賛成である。債務者の責任財産が受益者の損失のもとに利得をするのはおかしいし、受益者は必ずしも悪性が高いわけではない。受益者の価額償還請求権と取消債権者の費用償還請求権との優劣については、後者を優先させるべきである。取消債権者が詐害行為取消権の行使に要した費用は共益費用であるから、悪意の受益者よりも保護すべきである。詐害行為取消権行使のインセンティブの確保の点からも、費用償還請求権を優先させるべきである。(横浜弁)
- 取消債権者や他の債権者に優先して、受益者の反対給付の返還又はその価額の償還を請求することができるものとすることに賛成する。詐害行為となるかどうかは受益者にとって必ずしも一義的に明確ではないことから、受益者に優先的な価額償還請求権等を認めることが取引の安全に資する。(愛知県弁)
- 受益者が反対給付の返還等を、優先的にできることにつき、賛成する。破産法上の規律が合理的である。取消債権者の費用償還請求権は、受益者の価額償還請求権より優先すべきと考える。取消債権者は悪意の受益者よりも保護されるべきである。(札幌弁)
- 倒産法の規律は合理的であるとして、優先的に受益者の反対給付の返還等をすることに異論はなかった。取消債権者の費用償還請求権は共益費用であり、悪意の受益者より保護されてしかるべきであるとして、これを優先させることに異論はなかった。(日弁連)
- 取り消された詐害行為において受益者が反対給付をしていた場合には、取消債権者や他の債権者に優先して、その反対給付の返還又はその価額の償還

を請求することができるが、取消債権者の費用償還請求権には劣後することを明文化すべきである。破産法上財団債権とされていることとの整合性を図る一方、取消債権者のインセンティブに対する配慮、受益者が悪意であることを考慮すると、取消債権者の費用償還請求権を優先させるのが妥当である。
(堂島有志)

- 取引の安全を保護するためにも、破産法第168条のように、債務者の隠匿の意思等についての受益者が悪意であった場合を除いて、受益者の反対給付を優先的に取り扱うよう明文化すべきではないか。(日大民研・商研)
- 受益者の反対給付については、破産法第168条と同趣旨の規定を設けることを検討すべきである。破産法の制度趣旨は、民法上の詐害行為取消権についても妥当すると考えられることから、相手方が悪意の場合に反対給付に関する権利を制限する同条第2項や、内部者について悪意の推定を認めた同条第3項の規定と併せて、民法にも同趣旨の規定を設けるのが相当である。なお、詐害行為取消権について事実上の優先弁済機能を維持する場合、取消債権者の費用償還請求権はそもそも認めるべきではないので、価額償還請求権との優劣関係を問題にする余地はない。(弁護士)
- 債権者間の公平を図る見地から、取り消された詐害行為において受益者が反対給付をしていた場合には、取消債権者や他の債権者に優先して、その反対給付の返還又はその価額の償還を請求することができるようにする方向で更に検討することに異論はない。(二弁)
- 検討することに異論はなかったが、受益者の反対給付について先取特権を付与することについては、担保権の存在を証する文書のみ提出により開始できる執行手続において、先取特権の判断は困難であることを理由に、反対する意見があった。(最高裁)
- 受益者の反対給付の価額の償還に関しては、受益者の予測可能性を担保するなどの政策判断から倒産法の改正がされたことに留意し、検討すべきである。(弁護士)
- さらに検討すべきである。破産法上受益者の反対給付については原則として財団債権として扱われていることとの整合性を図るために、何らかの優先権を認めるべきとの意見もあるが、判例の見解を支持する立場からは詐害行為に加担した受益者の反対給付について優先権を認めるべきではないとの意見もある。(東弁)
- 取り消された詐害行為において受益者が反対給付をしていた場合には、取消の効力が債務者にも及ぶものとする以上、受益者は給付を受けた財産を返還した後、直ちに債務者に対して自らが給付した財産につき返還を求めるこ

とができるとすべきであるが、取消債権者や他の債権者に優先して返還や価格賠償を請求することができるべきではない。破産法の財産減少行為の否認（破産法第160条）においては、一定の時期以降になされた財産減少行為について破産者ないし受益者の主観面を問題にすることなく否認権の行使を認めており、その反面として受益者の利益を保護することに合理性があるが、常に債務者の害意・受益者の悪意が要求される詐害行為取消権においては受益者を優先的に保護すべき合理性はない。（森・濱田松本有志）

- 個別的債権回収の準備手続きである詐害行為取消権の場合には、破産法上の処理と異なり、受益者の反対給付の返還又は価額返還請求権の優先的行使を認めないことが妥当と考える。受益者の取引安全の保護は、その主観的要件（善意）あるいは詐害行為成否の総合的相関的判断ではかり、取消が認められた以上、受益者には、取消債権者が現実に被保全債権の満足を受けた場合に、それによって債務者が債務を免れた範囲で債務者に対する不当利得返還請求を認めるに止めるのが妥当と考える。（大学教員）
- 受益者は、反対給付ではなく、求償権の行使が認められるにとどまり、取消債権者に劣後すると考えるべきである。（ドイツ民法研有志）
- 受益者が、他の債権者に優先して、受益者の反対給付の返還を請求できることに、反対する。詐害行為取消権の効果については、反対給付が履行された範囲では債務者の財産が実際に増加することから、その増加した財産の取戻しを認めることには、合理的な理由があるも、詐害行為時、すでに債務者は無資力であり、そのことにつき悪意である受益者に、先取特権等、他の一般債権者に優先する権利までを付与する理由がない。（法友全期）
- 詐害行為において受益者が反対給付をしていた場合には、取消債権者や他の債権者に優先して、その反対給付の返還を求めることにすべきではない。仮に、受益者の反対給付の返還請求を認めると仮定した場合に、受益者の価額償還請求権よりも取消債権者の費用償還請求権を優先する旨の明文の規定を設けるべきである。（福岡弁）
- 受益者は行為の詐害性について少なくとも悪意であるという要件を満たす者である。その者がたとえ有償で目的物を取得したにせよ、詐害行為取消訴訟内において反対給付についての償還請求を優先して肯定するなどということは、詐害行為取消権制度の趣旨に矛盾する考えであると思う。ここでも破産法との整合性が理由として挙げられているが、破産法と民法上の詐害行為取消権とは目的・要件・効果が著しく異なる制度であることを強調したいと思う。（大学教員）
- 受益者の反対給付について、取消債権者や他の債権者に優先してその反対

給付の返還や価額償還を認めるべきではない。仮にこれを認めるとしても取消債権者の費用償還請求権に優先させるべきではない。受益者の反対給付について取消債権者などに優先してその返還を認めることとすれば、時間と費用をかけて行った詐害行為取消権行使の成果を取消債権者が享受できなくなるばかりか、詐害行為に関わった受益者には取消債権者らに比して有利に取り扱うこととなり公平な結論とは言い難い。そもそも受益者も詐害行為を行わなければ他の債権者と同等の地位にあったに過ぎず、詐害行為を行ったがゆえに取消対象になった上でもさらに優先的な地位まで認める必要はない。実際に受益者の反対給付について優先させるとしても、どの範囲まで認めるべきなのか争いとなる可能性が高く、通常、詐害行為取消権手続でさえ相当の時間と費用を要するところ、こうした点まで争いとなったのではさらに詐害行為取消権が使いにくくなり、同権利が死文化するおそれもある。(広島弁)

- 詐害行為が取り消された場合には、債務者から受益者への請求も、受益者から債務者への請求も、いずれも、不当利得返還請求になる。(個人)
- 破産法の考え方が適当。優先的返還請求権は疑問である。(弁護士)

ウ 転得者の反対給付

取消債権者が詐害行為取消権を行使したことにより、転得者がその前者から取得した財産を返還した場合において、転得者は、その財産を取得した際に前者に反対給付をしていたときであっても、直ちにその返還を求めることはできず、取消債権者が現実に被保全債権の満足を受けたときに限って、債務者に対して不当利得の返還を請求することができるにすぎないと解されている。しかし、仮に受益者に優先的な価額償還請求権を認める場合には(前記イ参照)、これとの均衡を保つ観点から、転得者が前者に対してした反対給付の価額を優先的に回収できるよう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7-2第2, 4(6)ウ [86頁]】

【意見】

- 転得者が前者に対してした反対給付の価額を優先的に回収できるようにすることに賛成する。(大阪弁)
- 転得者が前者に対してした反対給付の価額を優先的に回収できるようにすることに賛成する。受益者に優先的に価額償還請求権を認めることとの均衡をはかるべきである。(仙台弁)
- 前向きに検討することに賛成する。(兵庫県弁)
- 転得者が反対給付をしていた場合には、取消債権者や他の債権者に優先し

て、その反対給付返還または価格の償還を請求できるようにすべきである。
転得者の財産で債務者財産が利得するのはおかしい。(沖繩弁)

- 転得者が前者に対してした反対給付の価額を優先的に回収できるようにすることに賛成である。債務者の責任財産が受益者の損失のもとに利得をするのはおかしいし、受益者は必ずしも悪性が高いわけではない。(横浜弁)
- 転得者が前者に対してした反対給付の価額を優先的に回収できるようにすることに賛成する。(愛知県弁, 札幌弁)
- 転得者が前者に対してした反対給付の価額を優先的に回収できるようにすることに賛成する。受益者の反対給付の保護の要請と異なるところはなく、異論はなかった。(日弁連)
- 特に異論はない。(二弁)
- 取引の安全を保護する趣旨から、善意の転得者の反対給付については保護すべきであると考え。ただ、転得者が前者に対してした出捐が、受益者が債務者にした出捐よりも大きい場合には、転得者の反対給付の価額そのものを債務者に請求することは妥当ではないため、その場合の調整については更なる検討が必要と考える。(日大民研・商研)
- 転得者については、受益者の反対給付の価格償還請求権を代位行使することができる旨を明文化すべきである。転得者の反対給付についても、受益者の権利を上限として保護するのが相当である。(堂島有志)
- さらに検討すべきである。破産法上受益者の反対給付については原則として財団債権として扱われていることとの整合性を図るために、何らかの優先権を認めるべきとの意見もあるが、判例の見解を支持する立場からは詐害行為に加担した受益者の反対給付について優先権を認めるべきではないとの意見もある。(東弁)
- 検討することに異論はなかった。ただし、担保権の存在を証する文書のみ提出により開始できる執行手続において先取特権の判断は困難であることから、転得者の反対給付について先取特権を付与することについては反対する意見があった。(最高裁)
- 基本的に、受益者による価額賠償請求権との均衡を考慮する必要はあるが、この問題は転得者に対する詐害行為取消の要件をどのように定めるかも関連するものであり、この問題は破産法改正時にも利益調整が困難であるとして立法化が見送られている経緯も踏まえ、なお検討すべきである。(弁護士)
- 転得者の反対給付の扱いについては、倒産法改正の際にも問題となったものの成案を得られなかったのであり、慎重に検討すべきである。(弁護士)
- 転得者は、反対給付について、受益者に不当利得返還請求権により取戻し

を求めることができ、受益者は債務者に対して不当利得返還請求権により取戻しを求めることができることとなる。(個人)

- 悪意である限り受益者と同等の扱いでよい。(弁護士)
- 詐害行為取消権の場合には、受益者の反対給付の返還又は価額返還請求権の優先的行使を認めないことが妥当と考えるので、同様の趣旨から、転得者の前主に対する反対給付の価額の優先回収を認める必要はないと考える。転得者には、取消債権者が現実には被保全債権の満足を受けた場合に、それによって債務者が債務を免れた範囲で債務者に対する不当利得返還請求を認めるに止めるのが妥当と考える。また受益者が悪意の場合には、受益者に対する追奪担保責任の追及も許されよう。また、いわゆる「相対的構成」をとり受益者が善意の場合でも転得者が悪意の場合には詐害行為取消を認めるとした場合には、善意の受益者に対する追奪担保責任の追及は許されない旨の規定を設けるのがベター。(大学教員)
- 転得者は、反対給付ではなく、求償権の行使が認められるにとどまり、取消債権者に劣後すると考えるべきである。(ドイツ民法研有志)
- 転得者が、他の債権者に優先して、反対給付の返還を請求できることに、反対する。詐害行為取消権の効果については、反対給付が履行された範囲では債務者の財産が実際に増加することから、その増加した財産の取戻しを認めることには、合理的な理由があるも、詐害行為時、すでに債務者は無資力であり、そのことにつき悪意である転得者に、先取特権等、他の一般債権者に優先する権利までを付与する理由がない。また、仮に、先取特権が発生するとした場合、特に、転得者の場合は、それが受益者に対する権利とすべきか、債務者に対する権利とすべきか等、誰に対する権利とするかは、一律に規律することが非常に困難である。(法友全期)
- 詐害行為において転得者が反対給付をしていた場合には、取消債権者や他の債権者に優先して、その反対給付の返還を求めることにすべきではない。(福岡弁)
- 転得者の反対給付についても優先的に回収させる必要はない。(広島弁)

4 詐害行為取消権の行使期間（民法第426条）

詐害行為取消権の行使期間については、消滅時効制度の見直し（後記第36参照）を踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料7-2第2, 5 [88頁]】

【意見】

- 詐害行為取消権を行使する場合、当該行為が詐害行為であることの主張立証のために相当の期間を有するため、実務的には2年では短すぎる。(全信保連)
- 詐害行為取消権の行使期間を短縮することに賛成する。行為から20年後に受益者・転得者に対して詐害行為取消権の要件の反証を求めることは酷であり、「行為の時から20年」との期間は長過ぎると考える。(森・濱田松本有志)
- 少なくとも、20年間の除斥期間について見直しをすることについては賛成する。20年間という期間は長きに失する。(仙台弁)
- 消滅時効の見直しを踏まえて見直すべきである。消滅時効制度における整合性の確保が適切である。(札幌弁)
- 消滅時効制度についての見直しの方向性を踏まえて、詐害行為取消権の行使期間について検討すること自体については賛成である。(大学教員)
- 債権時効の時効期間の審議を踏まえて、検討すべきである。(ドイツ民法研有志)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 特に異論はない。民法第426条の20年の行使期間というのは、法的安定性の観点から長すぎるように思われる。詐害行為取消権の行使期間について、消滅時効制度についての見直しとの権衡も考慮しつつ、改めて検討することに賛成である。(二弁)
- 消滅時効制度の見直しを踏まえて検討することに賛成である。(横浜弁)
- 検討することには賛成する。(兵庫県弁)
- 消滅時効制度の見直しを踏まえて、更に検討することに賛成する。消滅時効期間等との整合性を図るのが望ましい。(愛知県弁)
- 消滅時効制度の見直しを踏まえて見直すことに賛成する。(日弁連)
- 消滅時効制度の見直しを踏まえて検討すべきである。但し短期化には問題がある。(東弁)
- 行使期間について消滅時効制度の見直しをふまえて検討することは賛成であるが、過度に行使期間を短縮すべきでない。除斥期間とされる20年の期間については、法的安定性を確保すべくある程度短期化すべきことについては相当といえる。ただし、詐害行為自体が必ずしも目立った形で行われるものではないことに加えて、詐害行為と目される行為があったとしても訴訟提起に耐えうる証拠を収集するには相当の時間を要することもあるのであり、詐害行為取消権行使の機会を保障する観点から、短期消滅時効の2年間との現行規定についてまで短縮化する必要はない。(広島弁)
- 知ったときから2年、行為の時から10年とすべきである。知った時を起算点とする2年の時効については、現行法維持でとくに問題がない。取引安全の見地

からみて、20年という行使期間は長過ぎるから、10年にすべきである。(堂島有志)

- 消滅時効制度の見直しに応じて、同制度との整合性等の観点から、詐害行使取消権の行使期間について検討が必要な場合もありうる。(親和会)
- 倒産法改正の際に、否認権の行使期間を20年とするのは長過ぎるという指摘があったものの、詐害行為取消権の行使期間と差異を設けないとされたことから、短期化できなかったのであり、慎重に検討すべきである。(弁護士)
- 2年の時効、20年の除斥期間については、消滅時効制度との関連で改めて検討すべきである。(沖縄弁)
- 行使期間については、消滅時効制度についての見直しの方向性を踏まえながら、更なる検討が必要だと考える。破産法改正の際にも、否認権の行使期間20年が長すぎるとの指摘がありながら、詐害行為取消権の行使期間との関係で短期化できなかった経緯もあることから、行使期間は短期化する方向で検討すべきであろう。(日大民研・商研)
- 更に検討すべきであるが、現行法以上の短期化には問題がある。詐害行為取消権の行使期間は、原則として債権者が取消しの原因を知った時から2年間であり、これ以上の短期化は制度の実効性を損なうおそれがある。(弁護士)
- 時効制度の見直しを踏まえて検討すべき。但し、巻き戻しの規定が非常に複雑になり、関係当事者も多いため、ある程度、短い期間とすることに、賛成。民法は、取消しの原因を知った時から2年間、行為の時から20年を経過したときは、時効消滅とするが、前者は、取消債権者の主観を起算点とするもので、曖昧に過ぎるように考えられる。また、後者は、行為から20年であると、他の債権の除斥期間に比べても長く、債権者取消権の影響が大きいことに鑑みると、やや長過ぎるように考えられる。(法友全期)
- なるべく現行どおりを維持すべき。(弁護士)
- 現行法の規律を変更する必要はなく、知った時から2年、行為時から20年の行使期間を維持すべきである。(大阪弁)
- 特に改定する理由がない。(個人)
- 不同意。類型により行使期間が変化することは、債権の管理・行使に著しい障害を生じることから、徒に複雑にしたり細分化したりすることには同意しない。(会社員)
- 現行法を改正する必要性はない。消滅時効等の規定に不都合は見当たらない。(福岡弁)

第 1 1 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）

【意見】

- 多数当事者の債権及び債務に関する提案について、全体的には、ルールを明確化するという観点から望ましい提案が多いと思われるとの意見があった。（国際取引有志）

1 債務者が複数の場合

(1) 分割債務

分割債務について、別段の意思表示がなければ、各債務者は平等の割合で債務を負担することを規定する民法第 4 2 7 条は、内部関係（債務者間の関係）ではなく対外関係（債権者との関係）を定めたものと解されていることから、これを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料 8 - 2 第 1, 2(1) [4 頁]】

【意見】

- 明確化の方向に賛成である。（大阪弁，大学教員，兵庫県弁）
- 債権，債務の負担割合については，一般市民にわかりやすい民法とする観点から，対内関係と対外関係のいずれについて定めたものであるかを，条文ごとに明確にすべきである。（親和会）
- 条文上明らかにすることに反対はしない。（仙台弁）
- 分割債務について，対外関係を定めたものであることを規定することに，賛成する。効果が明確化される。（法友全期）
- 特段の意思表示がない場合，債権者にとって請求できる相手と債権の範囲が明確にするため，判例法理を明文化するほうがよい。（堂島有志）
- 民法 4 2 7 条が対外関係（債権者との関係）を規律した趣旨であることを明文化すべきである。（福岡弁）
- 特に異論はない。（二弁，横浜弁）
- 賛成する。対外的効力規定であることを明示した方が，「わかりやすい民法」という民法改正の目的に合致する。（愛知県弁，広大有志）
- 賛成する。分割債務の原則が，対外関係を定めたものと明記する方が分かり易く，望ましい。（札幌弁）
- 明文化することに賛成。民法 4 2 7 条の条文の文言から，債権者との関係（対外関係）を定めただけで，債務者間の関係は債務者間で決められることを読み

取ることができないから。(広島弁)

- 民法第427条は、内部関係ではなく対外関係を定めたものであることを条文上も明らかにすることについて、賛成意見が強い。(日弁連)
- 「別段の意思表示がなければ、各債務者は平等の割合で債務を負担する」旨の規定が対外関係(対債権者)の規定であることを法文化する方向性に賛成する。(東弁)
- 分割債務について、別段の意思表示がなければ、各債務者は平等の割合で条文の解釈が明文化されることは、分かりやすい民法を実現するために必要なことである。(弁護士)
- 分割債務となる要件を条文上も明確化する方向の改正が望ましいと考える。(長島・大野・常松有志)
- 賛成である。現行民法第427条は、単に平等である旨を規定するが、内部関係を自由に定め得ることが前提となっており、また、債権者がその点に悪意であるときは、対外的にも分割額は異なってくる。(日大民研・商研)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 内部関係に関し民法に他の規定がない以上、民法第427条を内部関係の規定ではないと定めるのは問題があるのではないか。(弁護士)
- 一の契約で債務者を複数とする場合、当事者の意思としては各債務者が債務の全額を負担することを想定している例が多いものと思われる。各債務者が平等の割合のみ負担する場合であれば、そもそも契約を分割する例が多いと考えられる。(個人)
- 内部関係が法律上の争いになるわけではないので、改定する必要はない。(個人)
- 相続人が被相続人の債務を相続した場合、各相続人が相続する債務は分割債務となる、との扱いを変更することには反対である。このような扱いは、最判S34.6.19以来、確立された判例であるところ、この判例を変更すべき立法事実は見あたらない。(弁護士、弁護士)
- あえて手を入れるまでの必要性はないと見る。多数当事者の債権債務関係については、議論の焦点に関して必ずしも共通の認識が形成されていないため、改正の対象に含めないことが望ましい。(弁護士)
- 民法432条は、対外関係を表したものでもないし、分割債務についての規定でもない。総則にあることから分かるように、分割債務、不可分債務、連帯債務に共通する規則であり、内部関係を規律するものである。分割債務においては、たまたま、内部関係が対外関係と一致するため、分割債務の対外関係を規律するものと誤解されているだけである。不可分債務、連帯債務の内部関

係を規律する条文はここであり、そう解釈しないと、不可分債務、連帯債務の内部関係の規則がなくなってしまう。(会社員)

- 不同意。内部関係を定めるにとどまるのであれば、わざわざ規定を置くまでもないことから、対外的な関係を定めたものと解されるのは当然であり、明文化する必要を認めない。(会社員)

(2) 連帯債務

ア 要件

(7) 意思表示による連帯債務（民法第432条）

民法第432条は、「数人が連帯債務を負担するとき」の効果を規定するのみで、連帯債務となるための要件を明記していないところ、連帯債務は、法律の規定によるほか、関係当事者の意思表示によっても成立すると解されていることから、これを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)ア [5頁]】

【意見】

- 賛成である。(大学教員, 兵庫県弁)
- 一般市民にわかりやすい民法とする観点からは、いかなる場合に連帯債務となるか(連帯債務となる場合の要件)について明確にすべきである。(親和会)
- 連帯債務が法律の規定のみならず意思表示によっても成立することが明文化されることは、わかりやすい民法を実現するために必要なことである。(弁護士)
- 条文上明らかにすることに反対はしない。(仙台弁)
- 連帯債務は、性質上、可分でありながら、債務者が連帯して債務を負うことについて特殊な原因が必要であると考えられるから、その発生原因を法定することは賛成である。実務では親子や夫婦で住宅ローンを組むような場面でなければ連帯債務を見ることはないとの指摘もあるが、連帯債務が法律の規定のみならず意思表示によっても成立することが明文化されることは、わかりやすい民法を実現するために必要なことである。(「改正を考える」研, 日大民研・商研)
- わかりやすい民法とするための明文化には、賛成である。(広大有志, 東弁)
- 賛成する。連帯債務の成立要件を明らかにすることは実質的意味があり、

明文化にそれほどテーマがかかるような問題でもない。(弁護士)

- 意思表示によっても、連帯債務となることを明らかにすることには、賛成する。ただし、連帯債務とする意思について書面によることを必要とすべきである。連帯債務の要件が明確化される。もっとも、保証契約の成立に書面によることが必要とされていることとのバランスや、後の紛争を防止するためにも、書面によるものとすべきである。(法友全期)
- 成立原因を明文化することについては賛成する。分かりやすい民法という趣旨から望ましい。(堂島有志)
- 関係当事者の意思表示によっても連帯債務関係が成立する旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 関係当事者の合意により連帯債務が成立することを明文化することに賛成である。現在の一般的な解釈を明文化するもので、分かりやすい民法の実現に資する。(横浜弁)
- 連帯債務を負う場合の要件を明確化することは分かりやすい民法の実現という改正目的にも合致するため賛成する。(愛知県弁)
- 賛成する。意思表示によって連帯債務が成立することを明記する方が分かり易く、望ましい。(札幌弁)
- 明文化することに賛成。親子や夫婦でないばあいでも、連帯債務を定めた例がある。このため、意思表示による連帯債務が生じることを明確する意義はあるから。(広島弁)
- 連帯債務は、法律の規定によるほか、関係当事者の意思表示によっても成立することを条文上も明らかにすることについて、賛成意見が強い。(日弁連)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 「債務者が共同で債務を負ったとき」とするなど、不明確な要件を定めることは妥当ではない。(弁護士, 弁護士)
- 連帯債務の発生原因についての明文化の必要性はないと考えるので、反対である。連帯債務の発生原因を明確にするのであれば、不真正連帯債務についても従前の解釈につき明文の規定を設けるべきかを検討すべきである。(大阪弁)
- 債務の発生は、連帯債務だけが特殊というわけではないので、改定は不要。なお、意思表示のみで連帯債務が発生するというのは不適切で、契約により発生するのが通常。ただし、懸賞広告といった契約以外の場合もあることは、通常の債務の発生と同じである。(個人)

(イ) 商法第511条第1項の一般ルール化

「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」ことを規定する商法第511条第1項を参考としつつ、民事の一般ルールとして、数人が一個の行為によって債務を負担した場合には広く連帯債務の成立を認めるものとするかどうかについて、事業に関するものに限定する要件の要否も含めて、さらに検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)ア(関連論点)[7頁]】

【意見】

- 国際取引には一般ルール化された方が使いやすいという意見があった。具体的な適用事例としては、ジョイントベンチャーなどが想定されるのだろうか。(国際取引有志)
- ルームシェアや夫婦で居住する場合等複数の者が入居する賃貸借において、賃料債務等が入居者全員の連帯債務となるよう、意思表示による連帯債務、商法511条の一般ルール化などについては、積極的に評価すべきではないか。(全宅連)
- 検討することに異論はなかったが、連帯債務の負担の重さを踏まえて安易に427条の例外を認めることを懸念する意見、「事業に関するもの」の限定により「事業性」についての紛争等を懸念する意見、民事取引の多様性から、無限定に一般化せず、一定の要件を定める方向で検討することを望む意見、いったん連帯債務とされたものが分割債務になるための要件の検討も提案する意見があった。(最高裁)
- 民事の一般ルールとして、数人が一個の行為によって債務を負担した場合には広く連帯債務の成立を認めるとするべきではなく、事業に関するものに限定するべきと考える。また、積極的に経済的利益を上げることを目的とする経済事業(営利的経済事業)を行う事業者数名が一個の行為によって、営利的事業に関して債務を負担した場合に限り、連帯債務の発生を認めるべきと考える。商法511条1項をそのまま民事の一般ルールとすることは、社会的に問題がないとはいえない。(弁護士)
- 商法第511条第1項の一般ルール化は、慎重に検討されるべきである。一般ルール化される場合であっても任意規定とすべきである。事業性のある行為を共同で行う場合が連帯債務とするのに最もふさわしいと考える。損害保険においては、一つの契約を数社が共同で引受け、各社がシェアに

応じて独立の責任を負う「共同保険」という制度が定着している。商法511条が民法で一般ルール化される場合でも、個別契約において分割債務負担が行えるように手当てしていただくよう要望する。(損保協会)

- 商法第511条第1項の一般ルール化の是非については、立法事実の有無をより慎重に検討する必要がある。理論的な整理の問題としてはともかく、商法第511条第1項を一般ルール化するべき実務上の必要性が十分に明らかにされていない。また、商行為に限らず、数人が一個の行為によって債務を負担した場合を原則として連帯債務をして取り扱うとなると、実務上却って取引当事者の合理的意思に反するケースが少なからず生じかねないようにも思われる。(森・濱田松本有志)
- 少なくとも、事業に関するものについては、法人・個人のいずれかを問わず、特段の意思表示がない限り、連帯債務とする方が、事業参加者の一般的な期待感に即するものと考えられる。(不動協)
- 商法第511条第1項は、債務者が事業者であり、かつ事業に関するものに限定するのであれば民法上の一般ルールとしてよいが、そうでない場合にまで広く連帯債務の成立を認めるべきではない。上記商法の規定を民事の一般ルールとすべきとする見解は、商法学者の間でもあまり支持されておらず、また同条の規定は連帯債務を認める範囲が広すぎることから、これを民法典に取り込むのであれば、連帯債務が成立する範囲を適切に限定する必要がある。検討委員会試案のように、組合債権について、組合員全員が事業者である場合にのみ連帯債務を認めるという考え方は、債務者に事業者とそうでない者が混在している場合に不合理な結論となることから、端的に、商法第511条第1項の規定に代えて、事業者が事業のために他の事業者と共同で債務を負担したときは、当該他の事業者と連帯して債務を負担したものと推定する旨の規定を設ければ足りる。(弁護士)
- 商法第511条第1項の一般ルール化については、慎重に検討すべきである。問題意識自体は理解できるが、民事取引における一般ルール化が妥当かについては、具体的事例の検討を行うなどさらに慎重に検討すべきである。(兵庫県弁)
- 民事の一般ルールとして、数人が一個の行為によって債務を負担した場合には広く連帯債務の成立を認めるものとするについては、慎重に検討すべきである。連帯債務として成立させるのであれば、当事者が個別合意をすれば足り、民事の一般ルールとして連帯債務の成立を広く認めることは、各債務者に過大な負担をかけることにもつながりかねない。当事者の意思に反して、連帯債務を負うことになるおそれも想定し得るためであ

る。(日司連)

- 民事取引一般のルールとすべき必要性があるのか疑問であり、反対である。(大阪弁)
- 事業に関するものに限定するのであれば、商法の規定でよく、民法に定める必要はないので、改定は不要。要するに、分割債務が原則か、連帯債務が原則かということであり、明確になっている。(個人)
- 規定の基礎である一般私人の意思推定の問題として、一個の行為か別個の行為かで、連帯か否かの意思を推定できるかどうか疑問がある。(大学教員)
- 商法511条1項を民法の一般ルール化すべき立法事実はない。(親和会)
- 最近の商法学者の間では、商法第511条第1項に関し、「取引の安全を図る必要性は商取引のみならず民事取引にも妥当することから、民事の一般ルールとすべきであるとの見解」は必ずしも支持を受けていないこともあり、立法化に反対する。(弁護士)
- 民法における契約に基づく連帯債務の成立と商法511条1項による連帯債務の成立の間には、相違点がいくつか存在する。この相違が埋まらない限り、今なお連帯債務の成立における民法と商法の違いは維持することが妥当であるように思われる。どこまで連帯債務の成立を認めることが妥当であるかは、実務を踏まえて判断する必要がある。(「改正を考える」研・日大民研・商研)
- 不同意。1個の行為によって債務負担した場合にすべて連帯債務と構成するのは、当事者の期待に反するものと考え。商法第511条第1項と同様の規律であればその限りではないが、商行為としての規律は既に存在することから、ことさらに民法に同じ規律を置いてより広範にする必要を認めない。(会社員)
- 商法第511条第1項を一般ルール化すること、ないし数人の者がその一人又は全員のために行為したことにより連帯債務となる趣旨の規定を設けるのは、反対する。商法511条は、共同の事業を行う等の商行為ゆえの規定であり、一般的には、商行為のような共同性は認められない。また、共同事業を抜きにして、「その一人又は数人のため」という規定は必ずしも明確ではない。(法友全期)
- 一個の行為によって債務を負担した場合に、連帯債務が成立しうることには認めるが、広く認めることには反対する。商行為の場合は、一応定義でくくられるが、一般ルール化した場合に「一個の行為」という概念に含ま

れる現象が幅広くなりすぎる可能性がある。「共同で債務を負ったとき」という要件を置くことの可否、表現については検討が必要。(堂島有志)

- 数人の者が一個の行為によって債務を負担した場合には連帯債務となる旨(商法511条1項と同趣旨の規定)を民法に規定すべきではない。連帯債務とする黙示の合意が認められるか否かは、契約の実態によって慎重に決定されるものであり、一個の行為か否かという形式的な事実によって判断されるものではないと思われるので、提案のような規定を民法に設ける必要はない。(福岡弁)
- 民事の一般ルールとすることには反対する。②事業に関するものに限定する場合であっても、慎重に検討すべきである。商法第511条第1項は、商取引の債務の履行を確実にし、取引の安全を図る趣旨であるところ、同趣旨は、民事一般にあてはまるものではない。他方、一般ルール化されれば、債務者に予期せぬ負担を課すおそれが大きい。したがって、民事の一般ルールとすることには反対する。また、事業に関するものに限定する場合であっても、同様の懸念があるので、慎重に検討すべきである。(二弁)
- 反対である。民事取引における当事者の通常の意味といえるか疑問であり、一般ルール化すれば債務者は予期せぬ過大な責任を負わされかねない。連帯債務にしたければ合意をすればよい。(横浜弁)
- 現状のままの商法と民法の住み分けで十分である。広く連帯債務を成立させ、債権者に利益を与えることは、民事取引における当事者の通常の意味に沿うといえるか疑問である。(愛知県弁)
- 反対する。連帯債務を民事の一般ルールとすることは、債務者にとって過度に不利益である。(札幌弁)
- 商法第511条第1項の民事の一般ルール化に反対である。民事関係において、数人が一個の行為によって債務を負担した場合の数人の関係、一個の行為の性質には種々のものがあり得る。商事関係の原則を私法の一般原則とする必要性も見当たらない。(仙台弁)
- 商法第511条第1項の一般ルール化に反対。各債務者に連帯債務を負わせることは各債務者が共同事業をするならばともかく、それ以外にも拡大することは債権者に利するだけである。(広島弁)
- 数人が一個の行為によって債務を負担した場合には広く連帯債務の成立を認めるものとするについて、反対意見が強い。事業性のある行為を共同で行う場合に限り連帯債務の成立を認めることに賛成する意見も一部にあるが、広く連帯債務の成立させることが、民事取引における当事者の通常の意味に沿うといえるか疑問であり、債務者にとって過度に不利益に

なることが懸念される。民事取引における当事者の通常の意味といえるか疑問である。(日弁連)

- 数人が1個の行為によって債務を負担した場合には広く連帯債務が成立する旨を規定することについては、反対する。これを肯定する意見もあるが、事業性のある行為を共同で行う場合に限る場合は格別、そうでない場合にも連帯債務が成立するとするのは範囲が広すぎ、一般国民に不利益である。(東弁)

イ 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等

民法は、連帯債務者の一人について生じた事由の効力が他の連帯債務者にも及ぶかという点について、相対的効力を原則としつつも（同法第440条）、多くの絶対的効力事由を定めている（同法第434条から第439条まで）。絶対的効力事由が多いことに対しては、債務者の無資力の危険を分散するという人的担保の機能を弱める方向に作用し、通常債権者の意思に反するのではないかという問題が指摘されていることや、共同不法行為者が負担する損害賠償債務（同法第719条）のように、絶対的効力事由に関する一部の規定が適用されないもの（不真正連帯債務）があるとされていること等を踏まえ、絶対的効力事由を見直すかどうかについて、債権者と連帯債務者との間の適切な利害調整に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)イ [8頁]】

【意見】

- これらの規定を整理することには賛成。絶対的効力事由があることは債権者の権利を強化する規定もあるし、減殺する規定もあり、効果の点ではバラバラになっているので、整理する必要がある。(広島弁)
- 基本的に賛成である。連帯債務者の一人について生じた事由の効力等に関する議論の在り方に対しては、法律行為ごとに債権者と連帯債務者との利害をどのように調整するかを考慮しながら議論すべきである。「改正を考える」研・日大民研・商研)
- 法律行為ごとに、債権者と連帯債権者との利害をどのように調整するかを議論すべきである。請求の絶対効は人的担保の機能を弱めることとは言えず、人的担保の機能を弱める方向に作用することが連帯債務の趣旨にそぐわないと考えることもできない。(札幌弁)
- 更に検討することについて異論はない。ただし、絶対的効力事由の見直しについては慎重に検討すべきである。また、不真正連帯債務については、そ

の重要性から、立法による明確化も積極的に検討すべきである。(二弁)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 連帯債務者についての絶対的効力事由については、法律行為ごとに債権者と連帯債務者との利害調整の適切を図るべく見直しの検討をさらに進めることに賛成する。(法友全期)
- 民法 434 条から 439 条にはいわゆる絶対的効力事由が定められているが、弁済、代物弁済のように当然に絶対的効力事由となるものも明記すべきであろう。法律の規定により連帯債務となる場合(不真正連帯債務、全部義務)に関して、民法 434 条から 439 条までについて適用のないものがあるが、その旨の明文の規定を設けるべきである。法律の規定により連帯債務となる場合(不真正連帯債務、全部義務と呼ばれる)には、請求に関する民法 434 条、免除に関する民法 437 条、混同に関する民法 438 条、時効に関する民法 439 条などの適用がない旨を明示すべきではないか。(福岡弁)
- 弁済(代物弁済や供託も)が絶対的効力事由とされることが成文化されていないのはおかしい。余りにも当然だから明記されていないのかもしれないが、民法 440 条の書き方から言って明記しないのはおかしい。不真正連帯債務について成文化すべきである。特に現在は著作権法 30 条 1 項 3 号のダウンロード違法化が実現しており、民事上はダウンロード側とアップロード側の不真正連帯債務と考えられ、また保険法 20 条も複数保険者の不真正連帯債務と改めたものと考えられるので、重要性は増してくると考えられる。(翻訳・出版関係)
- 連帯債務は実務上一定の意義を有しており、銀行は連帯債務の担保的効力を重視して与信管理を行っている。また、債務者に担保的効力を及ぼすことによる不利益も大きなものではない。したがって、履行の請求について相対的効力しか認めない旨の提案や、絶対的効力を有する場面を限定する旨の提案には反対する。また、連帯債務の担保的効力を強める方向の免除、更改、時効の完成について相対的効力とする旨の提案には賛成する。(全銀協)
- 連帯債務について、相対的効力事由を原則とする方向性でよいのか慎重な検討を要する。(大阪弁)
- 現行法が定める絶対的効力事由の見直しについては、そのことによって生じる影響を十分に考慮する必要がある。絶対的効力事由を絞り込む必要があるのかどうかを調査した上で、高度な必要性が認められない限りは、慎重に検討する必要がある。(兵庫県弁)
- 現行法下でもすでに、不真正連帯債務については、絶対的効力事由に関する一部の規定の適用がないと解されていることもあり、現行法よりも、一般

的に絶対的効力事由を絞り込むべき要請がどの程度あるのか疑問である。(日弁連)

- 現行民法の絶対的効力事由の規定の見直しについては、慎重に検討すべきである。一方で連帯債務の担保的効力を強めるために上記見直しを要求する意見があるが、他方で現行法を変更する必要がないとの意見もある。(東弁)
- 法律行為ごとに債権者と連帯債務者との利害をどのように調整するかを議論すべきであって、一律に連帯債務の担保的効力を強めるべきであるとの前提に立って議論をするのは妥当ではない。(弁護士)
- 連帯債務を議論する際には、連帯保証への影響についても検討する必要がある。(個人)
- この点に関する現民法の規律は、準用の有無等を含めて、市民にとって分かりやすい規律でないので、平易化するための工夫をすべきである。(広大有志)
- 仮に現行法の規律を維持する場合には、不真正連帯債務について明文の規定を設けるなどの措置を講じる必要があるため、債権者と連帯債務者との間の適切な利害調整に留意しつつ、見直しを行うべきである。(弁護士)
- 債権者と債務者との利害調整の観点から慎重に検討すべき。絶対的効力事由とするか、相対的効力事由とするかによって、債権者及び債務者の利益に大きく関わってくる。(堂島有志)
- 絶対的効力事由の見直しについては、人的担保機能の強化の要請の有無・程度、債権者と債務者との利益の均衡・調整に留意しつつ、個々の論点ごとに慎重に検討されるべきである。(仙台弁)
- 絶対的効力事由の見直しは、慎重に検討すべきである。現行法上、すでに、不真正連帯債務については絶対的効力事由に関する一部の規定が適用されないとされており、現行法よりも一般的に絶対的効力事由をどの程度制限すべき要請があるか疑問である。(横浜弁)
- すでに、意思に基づかない連帯債務(不真正連帯債務)については、絶対的効力事由に関する一部の規定の適用がないと解されているから、これ以上に絶対的効力を絞り込む必要があるのかについて疑問がある。(愛知県弁)
- 契約による連帯債務は特約で定めればよいので、契約によらない連帯債務を原則として考えるべき。共同不法行為は、その典型である。従来「されている」解釈に問題があり、民法自体は、改正する必要はない。(個人)

(7) 履行の請求(民法第434条)

連帯債務者の一人に対する履行の請求が絶対的効力事由とされているこ

と（民法第434条）に関しては、債権者の通常の意味に合致するとの評価がある一方で、請求を受けていない連帯債務者に不測の損害を与えることを避ける観点から、これを相対的効力事由とすべきであるとの考え方や、絶対的効力事由となる場面を限定すべきであるとの考え方が示されている。これらを踏まえて、履行の請求が絶対的効力事由とされていることの見直しの要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(ア) [12頁]】

【意見】

- 連帯債務者の一人に対する履行の請求については、相対的効力事由とする方向で検討すべきである。請求を受けていない連帯債務者に、不測の損害を与えるおそれがあると考ええる。なお、同条の規定を準用する連帯保証人に対する請求の効力も合わせて見直す必要があると考ええる。（日司連）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 基本的に絶対的効力を肯定すべきであるが、絶対的効力が生じる条件として一定の請求方法を要求するかどうか、さらに慎重に検討すべきである。連帯債務者の一人に請求する者の通常の意味からすると、絶対的効力を認めるのが実態に即している。また、請求を受けていない連帯債務者の守るべき利益というものがどれほど大きいものなのか不明確である。なお、連帯債務者間の関係性（共同関係の強弱など）に着目して絶対的効力の有無を個別に検討することは、あいまいな判断基準を持ち込むことになり兼ねず、法的安定性が害されるおそれがある。他方、請求を受けていない連帯債務者の利益にも一定程度考慮し、請求の方法につき、何らかの条件を要求することはさらに検討すべきである。（法友全期）
- 連帯債務者間に相互の信頼関係がある場合、絶対的効力とし、連帯債務者間に何らの関係もない場合、相対的効力とすべきである。複数の債務者に債務を負わせるという性質上、単独債務よりも債権の効力を強化するというのが当事者の意思と考えられる。ただ、連帯債務者間に何らの関係もなければ、不知の間に遅滞に陥ったり時効を中断されたりする債務者には酷な場合もありえる。（堂島有志）
- 原則は相対的効力とし、例外として絶対的効力を認める方向性が妥当である。（大阪弁）
- 債権者の通常の意味に照らせば、履行の請求は絶対的効力事由とすべきであるが、債務者間に利益共同関係がある場合に限って絶対的効力を認めるという考え方もあり得る。（「改正を考える」研，日大民研・商研）

- 慎重に検討すべきである。債権者にとっては、遅滞に陥らせたり、時効の中断をしたりするために、連帯債務者全員に請求をしなければならないとすると負担が大きい。他方、債務者にとっても、自らの意思により連帯債務を負担する場合には、絶対効を認めても、不当な負担を課すものとはいえない。したがって、履行の請求を絶対的効力としないという案は、慎重に検討すべきである。また、絶対的効力となる場面を限定すべきであるという案についても、要件に不明瞭な点が残れば、結局、債権者としては、連帯債務者全員に対し履行請求をするという対処をするか、当初から絶対効の特約を付すことになると考えられ、その意義は乏しいものとなる可能性が大きい。(二弁)
- 請求を受けていない連帯債務者を遅滞に陥らせることを不当とする意見もある一方、通常は、連帯債務者間に協働関係が存するのであって、履行の請求に絶対的効力があるとする現行法に相応の合理性が認められ、変更すべきでないとする意見もあるため、慎重に検討すべきである。(日弁連)
- 慎重に検討すべきである。履行の請求を絶対的効力事由から外さなければならない高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。また、連帯債務者間に密接な利益共同関係があるような場合に限って、履行の請求の絶対的効力を認めるとすることについても、基準として必ずしも明確ではなく、同じく慎重な検討が必要である。(兵庫県弁)
- 履行の請求が絶対的効力事由とされていることを見直すことについては慎重に検討されるべきである。連帯債務という性質上、連帯債務者としても履行の請求が絶対的効力事由となることについてやむをえない面があり、他の連帯債務者にとって「不測の損害」とまでは言えない。他方、現行の規律を変えた場合の実務の影響の大きさに鑑みれば、見直しの必要性が高いとは言えない。また、絶対的効力が認められる場面を限定するという考え方についても、基準が不明確で権利関係を不安定にするため妥当でない。(仙台弁)
- 履行の請求の絶対的効力の見直しについては、慎重に検討すべきである。一方で、現行法で不都合がない旨の意見があり、他方で「請求を受けていない他の債務者に請求の効力が生じるのは妥当でない」旨の意見がある(東弁)
- 連帯債務者に対する履行の請求に絶対効があるというのが一般の理解であるから、連帯債務者の一人に対する履行の請求に絶対効を認めないとすると、債権者が不測の損害を被ることがある。(親和会)
- 債務が相続されたが、相続人が不明な場合等、履行の請求が困難な場合

も少なくない。このような場合にも、履行の請求に相対的効力しか認めないときは、債権回収の実務に悪影響を及ぼしかねない。(オリックス)

- 債権者の通常の意味に合致すると思われることから、引き続き絶対的効力事由とすべきである。(会社員)
- 債権者の通常の意味に照らせば、履行の請求は絶対的効力事由とすべきである。(弁護士)
- 連帯債務者に対する履行の請求の効果が、他の連帯債務者に対して及ばないとする方向性の議論には、反対である。実務上、連帯債務者の一人が行方不明となっている場合などにおいて、他の連帯債務者に対する請求をもって時効中断を行い、債権の時効消滅を回避することがある。また、連帯債務者の一人に対する請求の効力が他の連帯債務者に及ばないことになる場合、現行実務に比べ、請求による期限の利益喪失の効力が制限されることになることから、期限の利益が「当然に」喪失する条項を使用する方向で対応せざるを得なくなる可能性も生じる。(サービサー協会)
- 連帯債務者の一人に対する履行の請求を絶対的効力事由から相対的効力事由に改めることに反対する。連帯債務者の一人に対する履行の請求を相対的効力事由とした場合には、金融機関等の債権管理の実務に重大な悪影響が生じかねないところ、そうしたリスクを冒してまで履行の請求を相対的効力事由に改めるべき立法事実が存するとは考えられない。また、連帯債務者間に一定の「利益共同関係」がある等、一定の要件を満たす場合に限って絶対効を認めるというルールは、どのような場合に絶対効が認められるかについて十分に明確な判断基準が示されない限り、当事者の予見可能性を害するおしれがあり、妥当でないと考える。(森・濱田松本有志)
- 各連帯債務者への履行請求が困難な場合にまで履行請求の時効中断の絶対効がないとすると、債権回収実務に影響を及ぼすこととなる。また、そもそも連帯債務は、主に共同での債務負担又は当事者の意思により発生するとされているので、履行請求を絶対効としても、これら債務者の意思に反したのではなく、酷とはいえないと考えられる。そうであれば債権の効力を弱める改正は避けるべきである。なお、共同関係に基づいて連帯債務となる場合においても、協働関係が認められない場合には、履行請求が相対効にとどまるとしても、「共同関係」「協働関係」の区別は妥当ではないと考える。(法友会)
- 現行法の規律を維持すべきである。履行の請求に絶対的効力を認める規律は、債権者の通常の意味に合致しており、特にこれを変更する必要性は認められない。また、仮に絶対的効力とはしない見解を採用した場合には、

本来必要がない場合にまで連帯債務者全員を被告とする必要が生じるなど実務上の弊害も無視できないので、賛成できない。(弁護士)

- 履行の請求を絶対的効力事由としている現行法を改めるべきではない。(福岡弁)
- 現行法維持でよいと考える。連帯債務の発生原因が満たされる場合には、1人の連帯債務者に請求すれば、そのことが他の連帯債務者に伝達されるのが通常と考えられ、絶対的効力事由としても当事者の通常の意味に反しない。(ただし、連帯保証については、別途検討すべきである。) 連帯債務の担保的機能を現行法より弱めるべき理由は特段見当たらない。(横浜弁)
- 連帯債務者間には協働関係が存するのが通常であって、債務者を不当に害し債権者に強力な権利を付与するものではないので、履行の請求に絶対的効力があるとする現行法に相応の合理性が認められ、変更すべきでない。(愛知県弁)
- 絶対的効力事由とすべきである。時効中断のために行方不明者を含め一律的に全員に対し訴訟提起等を行わなければならないと考えることは不都合である。(札幌弁)
- 絶対的効力事由として規定すべきである。連帯債務の意義を債権の強化にあるとすれば、1人の債務者に履行請求した効果が他の債務者に及ぶようにすべきであるから。ただ、意思表示による連帯債務の成立には、債権者に強い効果を与えるとの債務者の認識が必要である。(広島弁)

(イ) 債務の免除（民法第437条）

民法第437条は、連帯債務者の一人に対する債務の免除について、その連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力事由としているが、これを相対的効力事由とするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(i) [13頁]】

【意見】

- 相対的効力事由としても良いのではないか。他の債務者に対しては全額請求しようというのが通常の意味ではないか。そうでない場合には、別段の意思表示を求めることにすべし。(堂島有志)
- 債務の免除を相対的効力事由と改めるべきである。(福岡弁)
- 債務の免除の趣旨が、単にその連帯債務者に対しては請求しないという意思表示にすぎないのであれば、他の連帯債務者には何ら影響が及ぶことはなく（負担部分の限度での絶対的効力も生じない）、債権者は他の連帯

債務者に対して全額の請求をすることができる。債務免除の相対効といっても、債権者の意思次第で絶対効を生じさせることも可能であるから、債権の効力強化という目標を志向する解決でよいのであれば、原則は相対的事由と定めることに反対する理由はない。ただ、相対効の立場からは、別途、求償の問題が生じるので、この点に配慮が必要となる。相対効の立場を貫くのであれば、連帯債務者間の求償関係にも影響が及ばないのであるから、弁済をした他の連帯債務者は債務の免除を受けた連帯債務者に対しても求償することができるが、債務の免除を受けた連帯債務者は求償に応じたとしても、債権者に対して求償をすることはできないとの考え方のように徹底する必要がある。（「改正を考える」研，日大民研・商研）

- 相対的効力とする意義を認める。（不動協）
- 連帯債務者の一人に対する債務の免除を行う債権者の通常の意味を考慮した場合、連帯債務者の一人に対する債務の免除については、絶対効を見直すことも検討すべきである。（親和会）
- 検討することに異論はなかったが、相対効としたのでは債務免除の意味がないのではないかとする意見があった。（最高裁）
- 絶対効を維持すべきか否かについて慎重に検討すべきである。一方で、債務の免除の絶対効を認めないと求償が循環し不都合であるとの意見があり、他方で、債務の免除については、免除の意思内容によって絶対効（負担部分免除の意思ある場合）か相対効（単に当該債務者に請求しない旨の意思に過ぎない場合）かを分けるのが実際的であるとの意見がある。（東弁）
- 慎重に検討すべきである。求償の循環で不都合があるという意見もあるし、免除の意思内容によって絶対効果相対効果を分けるべきとの意見もあるため。（兵庫県弁）
- 相対的効力事由とすることは慎重に検討されるべきである。債権者の合理的意思には合致しないと思われるが、求償の循環を避ける必要がある以上、現行の規律についてはやむを得ない面がある。なお、求償の循環という問題はあるものの、債権回収上、債権者からは当該債務者に対してはこれ以上請求しないという意味での免除の実益はありえるので、一律に相対的効力事由にするのではなく、「免除」の効果を選択できるように、規律を明確化することが望ましいとの意見もあった。（仙台弁）
- 相対的効力とすると求償の循環が生じうるとの問題点が多々指摘されており、これを回避すべきであるとの意見が相対的に多い。（日弁連）
- 慎重に検討すべきである。現行法の求償の循環を避ける趣旨には一定の

合理性があると考えられること、また絶対的効力を認めないと連帯債務者の一部との和解が困難となる可能性があることから、慎重に検討すべきである。(二弁)

- 相対的効力事由とすることにはなお疑問が残る。相対的効力にとどまるとすると、他の連帯債務者が弁済した場合、免除を受けた連帯債務者は負担部分につき求償を受けることになる。このとき、求償に応じた連帯債務者が、債権者に対してその分をさらに求償できるとするのは債権者の意思に反する。他方、この場合に債権者に求償できないとすると、免除は「不訴求の合意」以上の意味を持たないことになってしまい、免除を受けた連帯債務者の期待を無視することになる。437条は任意規定であり、債権者が同条の規定するところと異なる意思に基づいて免除をしたときには、その意思に即して免除の意味と他の連帯債務者に対する影響を確定すればよい。絶対的効力事由とすると免除の相手方のみが負担部分を有していた場合などに債権者が思わぬ不利益を被るおそれがあるとの指摘があるが、この点は、債権者に対する関係では負担部分は平等であることを原則とし、それと異なる割合であることを連帯債務者が主張できるのは債権者がそのことを知ることができた場合に限る旨の規定を設けることで手当が可能である。(横浜弁)
- 基本的には、絶対的効力とする現行法を維持すべきである。ただし、求償の循環を防ぐ手立てを適切に講じることができれば、絶対的効力とする趣旨の免除とそうでない免除とをそれぞれ設け、債権者にいずれの趣旨による免除かを明示させることでその意思どおりの効果を付与するという改正も合理的かつ有用なものであると考える。なお、その場合には、債権者がいずれの趣旨による免除であるかを明示しない場合には絶対的効力としての免除とみなす(あるいは推定する)などの手当が必要であると考えられる。求償の循環による実務的弊害を避けなければならない。ただし、それを防ぐ手立てができるのであれば、ある程度柔軟に、債権者の意思を尊重した効果を付与することで使い勝手のよい制度とすることが見込まれる。(法友全期)
- 相対的効力にとどめるべきとの考え方に対しては、慎重な検討を要する。債務の免除、更改、時効の完成の3点については、現行法のとおりでよいと考える。(大阪弁)
- 求償の循環という実務的に面倒な事態を避けるために絶対的効力事由とすべきである。(会社員)
- 債権者の通常の意味に照らせば、履行の請求は絶対的効力事由とすべき

である。(弁護士)

- 求償の循環という煩雑性を避けるために現行の絶対的効力が維持されるべきである(相対的効力とすることに反対する)。連帯債務者に保険契約に係る被保険者と被保険者でない者が混在しており、被保険者でない者が債務の免除を受けた場合に、被保険者に保険給付を行った保険会社の請求権代位に影響がある。(損保協会)
- 債務の免除については、これを相対的効力事由とする場合には、求償の循環といった新たな問題が生じることから、これを絶対的効力事由として維持すべきであり、仮に相対的効力とする場合には、債務の免除を受けた連帯債務者に対する求償権の行使を認めない旨の規定を併せて設けるといった対応が必要である。(弁護士)
- 現行の絶対的効力を改めるべきでない。免除の絶対効を負担部分を超えた場合のみ認めた趣旨は簡易に決裁を行うためであって、これを相対効にした場合には、複雑な求償関係が生ずることとなる。(愛知県弁)
- 絶対的効力事由とすべきである。求償の循環を防ぐ必要がある。(札幌弁)
- 絶対的効力事由として規定すべきである。求償の循環を回避するため。ただし、債権者の通常の意味は免除ではなく、請求をしないとの意思表示である。そのため、免除と債権不行使と区別するために、免除の意義を明確にする必要がある。(広島弁)

(ウ) 更改(民法第435条)

民法第435条は、連帯債務者の一人と債権者との間に更改があったときに、全ての連帯債務者の利益のために債権が消滅するとしているが、これを相対的効力事由とするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(ウ) [16頁]】

【意見】

- 相対的効力とする意義を認める。(不動協)
- 相対的効力事由として良い。現民法でも、更改については、その認定は慎重にされるべきというのが通説となっており、認定される場合には、その内容についても同時に認定されることが多いと考えられるから、あまり問題となる場面は多くないと考えられるが、更改については、直接の相手方債務者に対してのみその効力を及ぼしたい(=他の債務者からは全額取りたい)というのが債権者の通常の意味ではないか。(堂島有志)

- 更改を相対的効力事由と改めるべきである。(福岡弁)
- 相対的効力事由にとどめるべきである。債権者の通常の意味に合致する。(横浜弁)
- 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。更改については、一種の代物弁済と捉えることができる場合もある(300万円を支払う債務を、車1台を引き渡す債務に更改する場合など)ことなどから、相対的効力とするかどうかについては、慎重に検討すべきである。(二弁)
- 現行の絶対的効力を改めて相対的効力にとどめるとすることは、慎重に検討すべきである。特段、現行法を変更すべき実務上の要請があるとは思われない。(日弁連)
- 絶対効を維持すべきか否かについて慎重に検討すべきである。更改を一種の代物弁済と捉えて絶対効を維持すべきとの意見があるが、相対効とすべきである旨の意見がある。(東弁)
- 免除の場合と実体関係が似ている面があり、免除と同様に考えるべきである。(法友全期)
- 相対的効力にとどめるべきとの考え方に対しては、慎重な検討を要する。債務の免除、更改、時効の完成の3点については、現行法のとおりでよいと考える。(大阪弁)
- 慎重に検討すべきである。連帯債務者の一人と債権者との間の更改について、絶対的効力を否定し、相対的効力にとどめなければならない高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。(兵庫県弁)
- 相対的効力事由とすることは慎重に検討されるべきである。債権者として連帯債務であることを維持したければ、全ての連帯債務者と合意すれば足り、現行の規律を変えるまでの必要はない。(仙台弁)
- 連帯債務者の一人との間で更改がなされた場合には、更改は債務の弁済と同じ効力があるとするのが当事者の通常の意味と考えられるので、連帯債務者の一人と債権者との間で更改がなされた場合の効力を絶対的効力とする現行法について改正の必要はない。(親和会)
- 絶対的効力事由とする現行の運用を変更すべき必要性はないように思われる。(会社員)
- 更改については、契約を延長するためにされることがあることや、一種の代物弁済と捉えることができることから、これを絶対的効力事由とすべきである。(弁護士)
- 更改は、契約を延長するためにされることがあることや、一種の代物弁

済と捉えることができるから、これを絶対的効力事由とすることにもそれなりの理由があるが、債務の免除を相対的効力事由とするのであれば、それとの均衡を保つ観点からも、更改についても相対的効力事由とすることも考えられる。（「改正を考える」研，日大民研・商研）

- 更改については、一種の代物弁済と捉えることもできることから、当事者が別段の意思表示をしない限り、絶対的効力事由とすべきである。（弁護士）
- 現行の規定のままでよい。現行法が当事者の意思に反するとは言えないし、本条は任意規定であるから、別段に特約をすればよい。（愛知県弁）
- 絶対的効力事由とすべきである。代物弁済等と同様の意義を有することも多く、求償の循環を防ぐ必要がある。（札幌弁）
- 更改は一種の代物弁済と捉えるべきであるから、絶対的効力事由とすべきである。（広島弁）

(I) 時効の完成（民法第439条）

民法第439条は、連帯債務者の一人について消滅時効が完成した場合に、その連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力を認めているが、これを相対的効力事由とするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(エ) [16頁]】

【意見】

- 連帯債務における時効の絶対効を相対効にするかどうかについて更に検討することが提案されているが、相対効が望ましいと考える。主たる債務者が高齢の場合に、最終償還時の年齢等の関係で後継者である子を連帯債務者とするケースがある。主たる債務者が死亡した場合は、引続き連帯債務者である子が返済を続けていくことになるが、連帯債務者となった子以外の相続人が主たる債務者の相続人として法定相続分で連帯債務者となるため、時効の絶対効による債権消滅を避ける特段の手続が必要である。（農中）
- 相対的効力とする意義を認める。（不動協）
- 時効の完成は相対的効力事由として規定すべきであり、時効の完成している連帯債務者に対する他の連帯債務者からの求償は制限すべきである。債権者として、資力のある連帯債務者のみならず、資力のない連帯債務者にも時効中断措置を講じておかなければならず、時効を絶対的効力事由とすることは、債権の効力を弱めるため。（広島弁）

- 連帯債務者の一人に対する消滅時効の完成を相対的効力事由と改めるべきである。そもそも連帯債務は複数の債務者の資力を総合して弁済の可能性を高める制度であり、債権者としては連帯債務者全員を相手に請求、提訴する義務はなく、一部の債務者に対する時効中断の措置を取らなかったことを責められるべきではない。(福岡弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 絶対効を維持すべきか否かについて慎重に検討すべきである。絶対効を認めないと求償が循環し不都合であるとの意見があるが、相対効とすべきである旨の意見がある。(東弁)
- 慎重に検討すべきである。現行法の求償の循環を避ける趣旨には一定の合理性があると考えられることから、慎重に検討すべきである。(二弁)
- 慎重に検討すべきである。連帯債務者の一人について消滅時効が完成した場合に、その連帯債務者の負担部分の限度で絶対的効力を認めている現行法を、あえて改正しなければならないほどの高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。なお、請求に絶対効を認めるならば、時効の完成についても絶対効を認めた方が整合性があるとの意見もある。(兵庫県弁)
- 連帯債務者の一人のために時効が完成した場合、現行法のもとでは、債権者は、資力のない連帯債務者に対しても時効中断の措置を講じなければならなくなるなど、不都合がある。連帯債務者の一人について時効が完成した場合の効力については、相対効に留め、連帯債務者間の求償関係を制限するなどの工夫によって当事者間の公平を図り、求償の循環を制限することなどを検討する必要がある。(親和会)
- 相対効の背景には、債権者としては、資力のある連帯債務者のみならず、資力のない連帯債務者にも時効中断の措置を講じておかなければ、後者の時効完成により、前者の債務も縮減するという思わぬ不利益を受けかねないことから、連帯債務の担保的機能を弱める方向に作用する絶対的効力事由をできる限り少なくするとの配慮が働いている。ただ、履行請求に関する議論において、連帯債務者間に密接な共同関係(協働関係)があるような場合に限って履行の請求に絶対的効力を認めるのであれば、時効の完成についても同様の観点から絶対的効力を認めることも考えられる。「改正を考える」研，日大民研・商研)
- 相対的効力事由とすることにはなお疑問が残る。債権者は自ら時効中断措置を怠ったことによる不利益を甘受すべきとも考えられる。相対的効力事由とした場合、求償の循環が生じてしまい、それを避けるために、求償

に応じた時効の完成している連帯債務者がさらに債権者に求償することを認めないこととするのは時効制度の存在意義に反する。また、時効の完成している連帯債務者への求償自体を制限すると、時効中断措置を怠った債権者が債権全額の満足を受け一方で、実際に弁済した連帯債務者が負担部分を超える額の負担を余儀なくされ、不公平である。(横浜弁)

- 相対的効力とすることに賛成する意見も一部にあるが、求償の循環が生じるとの問題点に懸念から、相対的効力にとどめるとすることに慎重な姿勢を示す意見が多い。(日弁連)
- 相対的効力事由とすることは慎重に検討されるべきである。求償の循環を避けるという実務的な要請がある以上、現行の規律を変えることは妥当でない。(仙台弁)
- 相対的効力にとどめるべきとの考え方に対しては、慎重な検討を要する。債務の免除、更改、時効の完成の3点については、現行法のとおりでよいと考える。(大阪弁)
- 求償の循環という実務的な面倒な事態を避けるため、絶対的効力事由とすべきである。(会社員、弁護士)
- 時効の完成については、これを相対的効力事由とすると求償の循環という問題が生じるため、絶対的効力事由として維持すべきである。(弁護士)
- 基本的には、絶対的効力とする現行法を維持すべきである。求償の循環による実務的弊害を避けなければならない。また、免除、更改と異なり、債権者の意思を反映させる箇所ではない。(法友全期)
- 現民法どおり、負担部分の限度で絶対的効力事由とすることでよい。時効完成した債務者の期待を保護すべきであると考えられる一方、時効中断を怠った債権者に、全額の請求を認めるべきではないとも考えられる。(堂島有志)
- 現行の絶対的効力を改めるべきでない。この規定がないと、時効が完成した当事者がいたとしても、全額を弁済した他の債務者から求償を受けることになり、結果的に時効の利益を受けることができなくなるし、これを求償で解決すると、事後的な法的関係が複雑となる。(愛知県弁)
- 絶対的効力事由とすべきである。求償の循環を防ぐ必要がある。(札幌弁)

(オ) 他の連帯債務者による相殺権の援用（民法第436条第2項）

判例は、民法第436条第2項の規定に基づき、連帯債務者が他の連帯債務者の有する債権を用いて相殺の意思表示をすることができるとしているが、これに対しては、連帯債務者の間では他人の債権を処分することができ

ることになり不当であるとの指摘がされている。

そこで、他の連帯債務者が相殺権を有する場合の取扱いについては、相殺権を有する連帯債務者の負担部分の範囲で他の連帯債務者は弁済を拒絶することができるとする案や、他の連帯債務者は弁済を拒絶することもできないとする案などを対象として、更に検討してはどうか。

【部会資料 8-2 第 1, 2(2)イ(オ) [18 頁]】【部会資料 7-2 第 1, 8 [38 頁]】

【意見】

- 相殺権を有する連帯債務者の負担部分の範囲で他の連帯債務者は弁済を拒絶することができるとする案（抗弁権説）に賛成である。（大阪弁）
- 相殺権を有する連帯債務者の負担部分の範囲で他の連帯債務者は弁済を拒絶することができること（抗弁権説）を明文化すべきである。相殺するかどうかは反対債権を有する連帯債務者の自由であり、他の連帯債務者による過剰な介入を許すべきでないし、抗弁権説でも他の連帯債務者の地位は十分に保護される。連帯債務者間の主観的共同結合関係に照らせば、反対債権を有する連帯債務者が存在する場合、その連帯債務者の相殺権を援用してその負担部分の範囲で返済を拒絶しうることに対する他の連帯債務者の期待は保護してもよい。（横浜弁）
- 相殺権を有する連帯債務者の負担部分の範囲で他の連帯債務者は弁済を拒絶することができるとの規律にする案に賛成である。弁済拒絶を認めることで、現行の規律の存在意義（求償の循環の回避及び債権者の無資力の危険から反対債権を有する連帯債務者の保護）は実現可能である。また、他の連帯債務者の利益保護のためには、弁済拒絶を認めれば足り、他人の債権を処分することになる「相殺」を認めることまでは必要ではない。（仙台弁）
- 抗弁説を支持する。連帯債務者といえども他人の債権を処分することができるとするのは、不当であるが、相対効であるとする、求償や反対債権の行使などの権利行使を行う必要があることになり、本条が目的とする簡易な決済を達することができない。（愛知県弁）
- 相殺権を有する連帯債務者の負担部分の割合で弁済を拒絶することができるとするべきである。他人の債権を処分することができることは妥当でない。他方、履行拒絶することもできないとすることは、求償権の行使の時点で不都合が生じる。（札幌弁）
- 相殺権の抗弁は弁済を拒絶することができるという抗弁権と捉えるべきである。債権者代位権が生じるような場面でないにもかかわらず、他の連帯債務者の財産処分権を侵害すべきでないため。（広島弁）

- 他の連帯債務者による相殺権の援用を廃止することに賛成。そもそも金額を支払うべき立場にあるのに、他人の権利を行使できるのは行き過ぎである。(堂島有志)
- 民法436条2項の規定は、削除すべきである。相殺を主張するか否かは当人の自由な判断によるものであり(例 当該債権が担保付債権で金利も高い場合)、他人から強制されるものではない。したがって、相殺できる反対債権を有しているという事実は、連帯債務の効力に影響を与えないと考えるべきである。(福岡弁)
- 慎重に検討すべきである。現行法の求償の循環を避ける趣旨には一定の合理性があると考えられることから、慎重に検討すべきである。(二弁)
- 他人の債権を処分することの不当性については理解を示して抗弁説を支持する意見もあるが、未だ議論が十分とは言えず、慎重な検討を求める意見が多い。(日弁連)
- 相殺権の援用については、他人の権利の処分を認めることには反対だが、連帯債務者の負担部分の範囲内で他の連帯債務者が弁済を拒絶する権利と構成することについては、慎重に検討すべきである。(東弁)
- 他人の債権を処分することができることになり不当であるとの意見に賛成。(不動協)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 連帯債務者が別の連帯債務者の有する債権を用いて相殺の意思表示をすることは、連帯債務者の間では他人の権利を処分することを容認するのみならず、反対債権を有する連帯債務者が債権者に対して当該連帯債務を含めた複数の債務を負っている場合には、いずれの債務を消滅させるかの選択権を有している他の連帯債務者の権利を害することにもなり、その不当性はさらに一層顕著なものとなる。ただ、相殺に絶対効を認めた趣旨が、求償の循環を回避し、反対債権を有する連帯債務者を債権者の無資力の危険から保護するという点にあるとするならば、履行拒絶抗弁説を一蹴してよいものかどうか、なお精緻な議論が求められる。「改正を考える」研、日大民研・商研)
- 他人の債権の処分ができることになるのは過大であるとの意見が強かったが、従来の判例の結論を変更することとなるため更なる検討が必要である。(兵庫県弁)
- 連帯債務者の一人が他の連帯債務者の有する債権を用いて相殺の意思表示ができること(判例、民法436条2項の援用)については、判例上も確立されており、改正の必要はない。(親和会)

- 現行法の規律を維持すべきである。仮に、連帯債務者が相殺権を理由に弁済を拒絶できるものとした場合、特に相殺権を有する他の連帯債務者が行方不明であるときなど、相殺をするか否かの確定的な意思表示も得られず、他の債務者からの弁済も受けられないといった不安定な立場に立たされることになりかねない。また、他の連帯債務者が弁済を拒絶することすらもできないという案は、具体的事情に照らし相殺を認めて然るべき事案まで救済されない結果にもなりかねないことから、これにも賛成できない。
(弁護士)
- 基本的には、絶対的効力とする現行法を維持すべきである。求償の循環による実務的弊害を避けなければならない。(法友全期)

(カ) 破産手続の開始（民法第441条）

民法第441条は、連帯債務者の全員又はそのうちの数人が破産手続開始の決定を受けたときに、債権者がその債権の全額について各破産財団の配当に加入することができるとしているが、全部の履行をする義務を負う者が数人ある場合の破産手続への参加については、破産法第104条第1項に規定が設けられており、実際に民法第441条が適用される場面は存在しないことから、これを削除する方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)イ(カ) [20頁]】

【意見】

- 削除する方向に賛成である。(大阪弁, 仙台弁, 会社員)
- 賛成する。実際に適用される余地のない規定を残しておいても無意味であり、また破産手続の詳細に立ち入った規定を民法典に置くことは困難かつ不適當である。(弁護士)
- 賛成である。特別法たる破産法104条1項が存在することにより、一般法たる民法441条が実際に適用される場面がなく、かつ、破産手続における債権者間の公平について特に民法で定めておく必要もないことからすれば、削除してよいと思われる。(兵庫県弁)
- 民法441条の規定は、削除すべきである。民法441条は、破産手続開始決定により、法律及び契約に定める連帯債務の効力が変更されることを定める規定ではなく、破産手続内での効力を定める規定であり、民法に規定を置くことになじまない。(福岡弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 削除することに賛成である。破産法で規定する方が適切である。(横浜弁,

堂島有志，愛知県弁)

- 削除すべきである。実際に適用される場面が存在しない。(札幌弁)
- 削除することに反対ではない。破産に関する規定を破産法に移すのであれば，他の条項も全て整理されたい。(広島弁)
- 破産法で規定すれば足りるとして，民法第441条の削除に賛成する意見が強い。(日弁連)
- 民法第441条の削除に賛成する。破産法104条1項により規律される。(東弁)
- 倒産法と民法との関係が分かりにくくなっているので民法第441条を削除するのが妥当である。(弁護士)
- 破産法104条1項は，破産債権となるのは本来の債権額全額ではなく，破産手続開始時の現存額と定めており，民法441条を制限している。この点，両者は内容を異にするのみならず，民法441条は実際には適用されることのない条文となっていることから，連帯債務者の破産については破産法において手当てするのが妥当である。(「改正を考える」研，日大民研・商研)
- 連帯債務者の全員またはそのうちの数人が破産手続開始の決定を受けたときに，債権者がその債権の全額について各破産財団の配当に加入することができるのと条項(民法441条)については，破産法104条1項が適用になる場面であって，民法の適用場面がないことから，削除について検討するのが適切である。(親和会)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 不同意。民法第441条の規定をうけて破産法の規律が整備されているとも考えられることから，ことさらに削除する必要性を認めない。(会社員)
- 同一内容の規定であり，残す理由もないが，あえて削除する理由もないので，改定する必要はない。(個人)

ウ 求償関係

(7) 一部弁済の場合の求償関係(民法第442条)

判例は，連帯債務者の一人が自己の負担部分に満たない弁済をした場合であっても，他の連帯債務者に対して割合としての負担部分に応じた求償をすることができるとしていることから，これを条文上も明らかにするかどうかについて，更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1，2(2)ウ(7) [23頁]】

【意見】

- 賛成する。明文化の方が分かり易く、望ましい。(札幌弁, 大阪弁, 仙台弁, 会社員, 日大民研・商研, 弁護士)
- 賛成である。国民一般にとってわかりやすい民法にするという改正の指針からすれば、判例が認めるとおり、連帯債務者の一人が自己の負担部分に満たない弁済をした場合であっても、他の連帯債務者に対して割合としての負担部分に応じた求償をすることができることを、条文上も明らかにすべきである。(兵庫県弁)
- 連帯債務者の一人が自己の負担部分に満たない弁済をした場合であっても、他の連帯債務者に対して割合としての負担部分に応じた求償をすることができるという方向で検討すべきである。負担部分に満たない弁済であっても、その弁済の効果は他の連帯債務者も受けるため、求償権を認める妥当性があると考え。(日司連)
- 連帯債務者の一人が自己の負担部分に満たない弁済をした場合であっても、他の連帯債務者に対して割合としての負担部分に応じた求償をすることができることを条文上明らかにすることについて、賛成する意見が強い。(日弁連)
- 判例理論を法文化することに賛成する。(東弁, 広島弁)
- 一部弁済の場合にも求償権が発生することを明文化すべきである。判例法理を分かりやすく明文化すべき。ただ、一部弁済による求償権は、債権者の権利(残債権の行使)に劣後する旨の規定を設けることも検討すべきである。(堂島有志)
- 連帯債務者の一人が一部弁済した場合に、その弁済額が負担部分に満たない場合であっても、他の連帯債務者に求償することができる旨の明文の規定を設けるべきである。不真正連帯債務の場合、求償ができるのは自己の負担部分を超える弁済したときである旨の明文の規定を設けるべきである。不真正連帯債務の場合は、負担割合を超えた弁済をしないと他の債務者に対して求償できない。(福岡弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 条文上明らかにすることについて賛成である。負担部分は割合であって固定した数額ではないので、一部弁済の場合でも割合に応じた求償権が認められるべきである。複数の債務者相互の無資力リスクの分配の点からも、一部弁済でも求償を認めるのが公平である。(横浜弁)
- 賛成する。判例を明文化し、負担部分に満たない弁済をした場合であっても明確に求償することができることを規定した方が、分かりやすい民法

の実現に資する。(愛知県弁)

- 現在の条文からは明確でないので、一般市民にわかりやすい民法という観点からは、条文化すべきかどうかについて論点として検討すべきである。
(親和会)
- 検討することに異論はなかったが、以下のような意見があった。不真正連帯債務については、判例(最判昭63年7月1日)上、「自己の負担割合を超えて」弁済した場合に、他の債務者の負担すべき部分について求償できるとされているが、共同不法行為者の債務など、債権者(被害者)保護の観点から現行法で不真正連帯債務として扱われている債務が連帯債務に取り込まれるとすると、債務者の一人から負担部分に満たない一部弁済がされた場合に、債権者(被害者)の債権と債務者(加害者)の求償権の競合の問題が生じることになって、結果的に債権者(被害者)の保護に欠けることにならないかという懸念がある。また、債務者Aが一部履行して債務者Bに求償した場合、Bは、Aの求償に応じて履行しても、債権者は、Aが履行した残りの部分全部を請求できるから、Bは、債権者に残部の弁済をした後、今度はAへの弁済と債権者への弁済の合計について、自己の負担部分を超える部分をAに求償できることになる。このように、権利関係が複雑になるし、その間の一方の資力の悪化のリスクを他方に負わせることになるので、妥当ではないから、自己の負担部分を超えて弁済したときのみ、他の債権者に求償できるものとすべきである。(最高裁)
- 連帯債務者が一部弁済を行った場合の求償権について、連帯債務者が自己の負担部分の範囲内で一部弁済をしたに留まる場合であっても、求償権を行使できるとするか否かに関わらず、主たる権が完済されるまでの間は、これらの求償権は主たる債権に劣後する旨の規定を設けることを望む。(全銀協)
- 民法442条ですでに明らかになっており、改定は不要。(個人)

(イ) 代物弁済又は更改の場合の求償関係(民法第442条)

連帯債務者の一人が、代物弁済や更改後の債務の履行をした場合に、他の連帯債務者に対して、出捐額を限度として、割合としての負担部分に応じた求償ができるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)ウ(ア)(関連論点)[24頁]】

【意見】

- 賛成する。弁済と同様の意義を有する。(札幌弁)

- 明確化の方向に賛成である。(大阪弁)
- 基本的に賛成である。(日大民研・商研)
- 出捐額を限度として、割合としての負担部分に応じた求償ができることに賛成である。(仙台弁)
- 賛成である。連帯債務者の一人が、代物弁済や更改後の債務を履行した場合、他の連帯債務者に対して、出資額を限度として、割合としての負担部分に応じた求償をすることができることに異論はなく、国民一般にとってわかりやすい民法にするという改正の指針からすれば、そのことを条文上明らかにすべきである。(兵庫県弁)
- 負担部分に応じた求償ができるものとするのが当然であり、特に異論はない。(弁護士)
- 代物弁済や更改後の債務履行の場合にも求償権が発生することを明文化すべきである。弁済の場合と同様とすべきことを明確化すべきである。(堂島有志)
- 代物弁済又は更改によって免責を受けた債務者が、代物弁済等により現実に債権者に交付した物等の価額が共同免責額を上回る場合には共同免責額、下回る場合には交付した物等の価額を基準とした求償をなしうる旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 賛成である。代物弁済や更改後の債務の履行における出捐額が共同免責額を下回ることが客観的に明らかな場合には、他の連帯債務者に対する求償は、出捐額を限度として割合としての負担部分に応じたものとするのが公平である。(横浜弁)
- 出捐額を限度にして割合としての負担部分に応じた求償ができることを明示すべきである。(広島弁)
- 法文化の検討について賛成する。(東弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 連帯債務者の一人が代物弁済や更改を行った場合の求償関係についても、一般市民にわかりやすい民法という観点からは、条文上明確化すべきであることから、論点として検討すべきである。(親和会)
- 賛成するが、引き続き議論すべきである。現行法の「自己の財産をもって共同の免責を得た」には、代物弁済、供託、更改、相殺、混同などが含まれると解釈されており、経済的出費を行った連帯債務者の一人に対して、出資額を限度として求償権を認めることには問題がないと思われるが、議論が未だ不十分であるため、慎重に検討すべきである。(愛知県弁)

- 連帯債務者の一人が、代物弁済や更改後の債務を履行した場合に、他の連帯債務者に対して、出捐額を限度として割合としての負担部分に応じた求償ができるとすることについて、慎重に検討すべきである。(日弁連)
- 民法442条で、すでに「その他自己の財産をもって共同の免責を得たとき」と定められており、改定は不要。(個人)

(ウ) 連帯債務者間の通知義務（民法第443条）

連帯債務者間の事前・事後の通知義務を規定する民法第443条に関して、他の連帯債務者の存在を認識できない場合にまでこれを要求するのは酷であるとの指摘があることから、他の連帯債務者の存在を認識できない場合には通知義務を課さないものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)ウ(イ) (関連論点) [26頁]】

【意見】

- 通知義務を課さない方向に賛成である。(大阪弁)
- 共同不法行為の場合など、他の連帯債務者の存在が認識しえない場合にまで、連帯債務者に対する他の連帯債務者への事前または事後の通知義務を課すのは適切でないから、他の連帯債務者の存在が認識しえない場合には、事前または事後の通知義務を課すべきではない。(親和会)
- 他の連帯債務者の存在を認識できない場合には、通知義務を課さないことに賛成である。他の連帯債務者の存在を認識できない場合には、通知自体不可能である。(仙台弁)
- 基本的に賛成である。(日大民研・商研)
- 他の連帯債務者の存在を認識できない場合には、仮に通知を要求するとしても公示催告といった手段を用いるしかないので、はじめから通知義務を課さないものとするのが合理的である。(弁護士)
- 他の連帯債務者の存在を認識できない場合には通知義務を課さないものとすることに賛成。他の連帯債務者の存在を知らない連帯債務者に通知義務を課すのは、不可能を強いるもので、酷。(堂島有志)
- 他の連帯債務者の存在を認識できない場合には通知を不要とする旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 他の連帯債務者の存在を認識できない場合には通知義務を課さないものとすることに賛成である。かかる場合に、通知義務を課すのは酷(無意

味)である。(横浜弁)

- 賛成する。他の連帯債務者の存在を認識できないのであれば、そもそも通知をすることは不可能であり、通知義務を課すことは不可能を強いることになる。(愛知県弁)
- 賛成する。他の連帯債務者の存在を認識できない場合にも通知を要求するのは酷である。(札幌弁)
- 通知が不可能な場合にまで通知義務を不要。不可能なことを強いるべきでないから。(広島弁)
- 他の連帯債務者の存在を認識できない場合には通知義務を課さないものとするについて、賛成する意見が強い。他の連帯債務者の存在を認識できないのであれば、通知義務を課すことは無意味である。(日弁連)
- 賛成する。合理的である。(東弁)
- 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。他の連帯債務者の存在を認識できない場合というのはあくまで例外的であり、現行法をあえて改正しなければならないほどの高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。(兵庫県弁)
- 通知に際し、通知先を認識できない場合の、一般の問題にすぎない。他の連帯債務者の存在を認識できない場合には、不利となったとも認識できないことから、現行民法のままでも問題はなく、改定は不要。(個人)

(I) 事前通知義務(民法第443条第1項)

民法第443条第1項は、求償権を行使しようとする連帯債務者に他の連帯債務者への事前の通知を義務付ける趣旨の規定であるが、これに対しては、連帯債務者は、履行期が到来すれば、直ちに弁済をしなければならない立場にあるのであるから、その際に事前通知を義務付けるのは相当ではないとの批判がある。そこで、この事前通知義務を廃止するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)ウ(i) [24頁]】

【意見】

- 事前通知義務の廃止の方向に賛成である。(大阪弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 事前通知義務を廃止することに賛成である。事前通知には、抗弁事由を有する他の連帯債務者にその主張の機会を与えるという機能はあるが、当該他の連帯債務者についてもすでに履行遅滞に陥っている以上、抗弁を主張

する機会を失ったとしてもやむを得ない。また、重複した弁済（債権者の詐欺）防止には、事後通知で足りる。ただし、単純に事前通知義務を廃止した場合には、連帯債務者双方が事後通知を怠った場合に、遅い者勝ちとなり、より勤勉な連帯債務者が不測の損害を被る可能性があるため、このケースについての権利関係について調整する規定を設けるべきである。（仙台弁）

- 事前通知義務は廃止してよい。ただ、433条2項（後に善意で弁済等した債務者が、当該弁済を有効であるとみなすことができる。）は残すべき。直ちに弁済をしなければならない立場の場合に、履行請求を受けたことにつき事前通知をすることは現実的でない。（堂島有志）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 事前及び事後の通知制度をいずれも廃止し、先に債務消滅させた弁済等を債務者間でも常に有効として求償関係を判断すべきである。現行法の制度は複雑であり、各連帯債務者はそれぞれ履行期が到来すれば直ちに支払わなければならない義務を負っていること、連帯債務者が多数の場合に通知を出すのは負担が大きいこと、二重弁済は債権者の対応で避けることができることなどから考えて、事前、事後の通知いずれも不要であり、先に債務を消滅させた債務者の行為を有効とする方法でよいと思われる。（福岡弁）
- 事前通知義務を廃止することについては、慎重に検討すべきである。他の連帯債務者の存在を認識できない場合には、事前通知義務を課すことは無意味であっても、それが認識できる場合まで、事前通知義務を排してよいかは、他の連帯債務者の利益の保護の要請も考慮すべきである。（横浜弁）
- 事前通知義務違反は、現行法でも債務者に過失がある場合に限定すべきであるとの解釈がある。また、本条は請求された場合だけでなく、連帯債務者の一人が進んで弁済をする場合も含むものと解釈されており、廃止については慎重に検討すべきである。（愛知県弁）
- 他の連帯債務者の存在を認識できない場合には、事前通知義務を課すことは無意味であるとする意見が強い。しかし、後の弁済者の保護の要請もあり、他の連帯債務者の存在を認識できる場合にまで事前通知義務を廃止すべきかについては、なお議論を要する。（日弁連）
- 求償権を行使しようとする連帯債務者に他の連帯債務者への事前の通知を義務づけている現行法を、あえて改正しなければならないほどの高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である（兵庫県弁）

- 慎重に検討すべきである。直ちに弁済しなければならぬのに通知を義務づけるべきではないとの意見もあるが、他の連帯債務者に、相殺等の抗弁権の主張の機会を与えるべきとの意見もある。(東弁)
- 二重弁済等の危険の負担を解決するために、民法は事前通知を取り入れたのであり、これを廃止した場合に、どのように解決するのか代案を示さない限り、廃止は考えられない。現行民法の整理は、少なくとも概ね妥当であり、改定する必要はない。(個人)
- 連帯債務者の他の連帯債務者に対する事前または事後の通知義務については、現在の法律、判例における取扱で問題はないと考えられる。(親和会)
- 事前通知制度の制度趣旨を考えれば、一定の条件のもとで制限することを考えることはあっても、現行法を改める必要はない。(日大民研・商研)
- 現行法を改める必要はない。通知が不可能な場合には通知義務を課さないのであれば、事前通知をすることは特段の負担ではないので現行のままですべて問題はないから。(広島弁)
- 反対する。他の連帯債務者が抗弁権を有している場合もあるので、事前通知を要するというのが合理的である。(札幌弁)
- 現行法の規律を維持すべきである。民法第443条第1項は、他の連帯債務者に通知をしないで債務を弁済し、他の連帯債務者が債権者に対抗できる事由を有していたのにその機会が奪われた場合等に関する規律であり、このような場合における事前通知義務が立法論として不相当であるとまではいえない。(弁護士)

(オ) 負担部分のある者が無資力である場合の求償関係(民法第444条前段)

判例は、負担部分のある連帯債務者が全て無資力である場合において、負担部分のない複数の連帯債務者のうちの一人が弁済等をしたときは、求償者と他の資力のある者の間で平等に負担をするとしていることから、これを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 2(2)ウ(ウ) [26頁]】

【意見】

- 明確化の方向に賛成である。(大阪弁, 仙台弁, 会社員, 日大民研・商研, 坂本隆一, 二弁)
- 負担部分のある連帯債務者がすべて無資力である場合において、負担部

分のない複数の連帯債務者のうちの一人が弁済等をしたときは、求償者と他の資力のある者の中で平等に負担することについては、判例上明らかであるが、一般市民にわかりやすい民法という観点からは条文上も明らかにすべきである。(親和会)

- 賛成である。国民一般にとってわかりやすい民法にするという改正の指針からすれば、判例が認めるとおり、負担部分のある連帯債務者がすべて無資力である場合において、負担部分のない複数の連帯債務者のうちの一人が弁済等をしたときは、求償者と他の資力のある者の中で平等に負担をするということを、条文上も明らかにすべきである。(兵庫県弁)
- 負担部分のある連帯債務者が無資力の場合、負担部分のない連帯債務者の一人が弁済等をしたときは、平等に負担すべきという明文を設けることに賛成。判例法理は衡平に適った相当なものであるから、わかりやすく明記すべきである。(堂島有志)
- 負担部分のある連帯債務者がすべて無資力である場合において、負担部分のない複数の連帯債務者のうち一人が弁済等をしたときは、求償者と他の資力ある者の中で平等に負担する旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 負担部分のある者がすべて無資力の場合、負担部分のない者のうち資力のある者の中で平等に負担する旨の規定を設けることに賛成である。(横浜弁)
- 賛成する。判例を条文化するものであり、通説もこの結論を認めるところであるから、分かりやすい民法を実現する目的にも合致する。(愛知県弁)
- 判例理論(求償者と他の資力のある者の中で平等に負担をする)を法文化することに賛成する。但し、簡潔に規定すべきである。(東弁)
- 賛成する。明文化する方が分かり易く、望ましい。(札幌弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 判例を明文化することには特に反対ではない。全ての判例を条文化できない以上、争いが多発するところに限って判例を条文化すべきである。本判例は重要な判例かは疑問である。(広島弁)
- 他人の債権を処分することの不当性については理解を示して抗弁説を支持する意見もあるが、未だ議論が十分とは言えず、慎重な検討を求める意見が多い。(日弁連)
- 民法444条ですでに明らかになっており、改定は不要。(個人)
- 国家の管理下に置き、資金管理をする。その中で、少しずつでも返済させることが必要。今は金銭の犯罪が多発しすぎている。(会社員)

(カ) 連帯の免除（民法第445条）

民法第445条は、連帯債務者の一人が連帯の免除を得た場合に、他の連帯債務者の中に無資力である者がいるときは、その無資力の者が弁済をすることのできない部分のうち連帯の免除を得た者が負担すべき部分は、債権者が負担すると規定するが、この規定に対しては、連帯の免除をした債権者には、連帯債務者の内部的な負担部分を引き受ける意思はないのが通常であるとして、削除すべきであるとの指摘がある。そこで、同条を削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8－2第1，2(2)ウ(エ) [27頁]】

【意見】

- 連帯債務者の一人が連帯の免除を得た場合に、他の連帯債務者の中に無資力である者がいるときは、その無資力の者が弁済をすることができない部分のうち連帯の免除を得た者が負担すべき部分は債権者が負担するとする規定（民法445条）については、債権者の意思に反することから、削除を含めて検討すべきである。（親和会）
- 連帯の免除は、実務でも見かけられず、言葉の意味も分かりにくいいため、民法445条は削除する方向で検討するべきである。（会社員，日大民研・商研）
- この規定は利用されていないから、削除を検討すべきである。（弁護士）
- 民法第445条を削除する考え方に賛成する。連帯の免除をした債権者が、連帯債務者の内部的な負担部分を引き受けるものとする現行規定は、債権者の通常の意味に反することから、削除すべきである。なお、同条の規定を削除する場合、連帯の免除によって他の連帯債務者の負担割合が実質的に重くなると解するのは妥当でないことから、同条の規定に代えて、連帯の免除を得た債務者であっても、他の無資力者が弁済できない部分のうち当該債務者が負担すべき部分については、他の連帯債務者の同意がない限り、その負担を免れることができない旨の規定を設けてはどうか。（弁護士）
- 連帯の免除について定めた規定を削除することに賛成。債権者としては、連帯の免除をしたとしても、他の債務者に対しては全額請求したいと考えるのが通常の意味であると思われるし、各債務者は、連帯債務を負担することによって、他の債務者が無資力になった場合のリスクを引き受けていたはずである。（堂島有志）

- 民法445条は、削除すべきである。(福岡弁, 二弁)
- 賛成する。連帯の免除をした債権者には、連帯債務者間の内部的な負担部分を引き受ける意思がないのが通常である。(東弁, 横浜弁, 札幌弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 連帯の免除の規定は残すべきであるが、連帯の免除をした債権者には連帯債務者の内部的な負担部分を引き受ける意思がないのが普通であるので、この部分は削除すべきである。連帯の免除を廃止することは、債務の免除しか法的効果が生じないことになってしまう。それは連帯の免除を望む債権者の選択肢をなくすことになるので、連帯の免除の規定は廃止すべきではない。(広島弁)
- 本条は、連帯債務者の全員ではなく、その一人または数人についてだけ連帯の免除をする(相対的連帯免除)を定めたものであり、そのような免除行為を行った債権者が、前条(444条)に規定されている内部関係の負担を負うことになるという結論が不当であるかどうかについては検討の余地があるため、削除は慎重に検討すべきである。(愛知県弁)
- そもそも「連帯の免除」という概念が必要かどうかを含めて、慎重に検討すべきである。連帯債務者の一人が連帯の免除を得た場合に、他の連帯債務者の中に無資力である者がいるときは、その無資力の者が弁済をすることのできない部分のうち連帯の免除を得た者が負担すべき部分は債権者が負担するとの現行法を、あえて改正しなければならないほどの高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。また、「連帯の免除」という概念は、一般国民にとってわかりにくい概念である。(兵庫県弁)
- 通常債権者の意思に反するとして、また、概念自体が分かりにくいとして、民法第445条の削除に賛成する意見もある一方で、削除しなくても例外を設けておけば足りるなどとして、削除に反対の意見も存する。(日弁連)
- 連帯の免除に関する規定を削除することには反対である。債権者と連帯債務者の1人の二者間で連帯の免除をするのであれば、債権者が求償の負担を負うことはやむを得ない。むしろ、この規定を削除することにより、他の連帯債務者が連帯の免除の負担を負う結果となることのほうが妥当ではない。(仙台弁)
- 連帯の免除の民法445条の削除については、反対である。(大阪弁)
- 意思の問題ではなく、公平の問題であるので、現行民法が妥当。(個人)

(キ) 負担割合の推定規定

連帯債務者間の求償に関する紛争を防止するため、連帯債務者間の負担割合についての推定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】

- 連帯債務者間の負担割合についての推定規定を設けることには賛成である。(大阪弁, 仙台弁, 東弁, 福岡弁, 二弁)
- 推定規定を設けることに賛成。連帯債務者間の求償の争いを防止するため。(広島弁)
- 推定規定を設けることに賛成。当事者間で定めていない場合も多いと考えられ、有用。(堂島有志)
- 推定規定を設けることに賛成である。分かりやすい民法の実現に資する。(横浜弁, 親和会)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁, 兵庫県弁)
- 現時点では、議論が十分でなく、検討を続けるべきである。(日弁連)
- 連帯保証との関係にも配慮する必要がある。(日大民研・商研)
- 連帯債務者間の負担割合については、民法第427条が適用されないという理解に基づけば別途規定を設ける必要があると考えられるものの、実質的な内容としては、結局民法第427条と同様の規律とせざるを得ないのではないか。(弁護士)
- 連帯債務者間の負担割合については、明確な定めがなく、推定規定を設け、その割合と異なる負担割合の合意をした場合には合意をした当事者が主張・立証するとすることは、紛争の防止にも役立ち適切であると考えられるため、議論を経たうえでの改正ならば賛成する。(愛知県弁)
- どのような場合でも広く適用できる具体的に意味のある推定規定は考えられない。無意味な抽象規定を置くのは混乱を招くだけであり、改定すべきではない。(個人)
- 民法427条に推定規定があるので、再度規定を作る必要はない。(会社員)
- 反対する。いかなる推定規定を置くべきかについての議論が煮詰まっておらず、個別的に検討せざるを得ない。(札幌弁)

(3) 不可分債務

仮に、連帯債務における絶対的効力事由を絞り込んだ結果として、不可分債務と連帯債務との間に効力の差異がなくなる場合には、不可分債務は専ら不可分給付を目的とし（性質上の不可分債務）、連帯債務は専ら可分給付を目的とするという整理をするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、その際には、不可分債務における債権の目的が不可分給付から可分給付となったときに、分割債務ではなく連帯債務となる旨の特約を認めるかどうかについても、併せて更に検討してはどうか。

【部会資料 8-2 第 1, 2(3) [28 頁], 同 (関連論点) [30 頁]】

【意見】

- 不可分債務は債権の目的が不可分である場合、連帯債務は可分給付を当事者の意思表示により連帯債務とする場合であることを前提として明文化すべきである。不可分債務と連帯債務の効力に関する相違点は、請求の絶対的効力以外にはなく、この差異については、不可分債務は債権の目的が物理的又は法律的に不可分という関係で結合しているだけで、複数の債務者間に人的関係のないためである、という説明が可能である。不可分給付であった目的が可分給付となった場合であっても、当事者が連帯債務とする合意があれば、分割債務ではなく、連帯債務となる旨の明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- なお慎重な検討を要する。(横浜弁)
- これまでの使用されてきた概念に変更を加える改正であるため、慎重に検討をすべきである。(愛知県弁)
- 複数の債務者が可分給付を負担する場合であっても、合意により当該債務を不可分とすることが認められているが、もともと債務者が一人であり、債権者が一人であるような場合にも、債権者と債務者の合意により当該債務を不可分債務とすることが認められると銀行実務上望ましいという指摘がある。(全銀協)
- 不可分債務と連帯債務との間に効力の差異がなくなるのであれば、不可分債務は性質上不可分債務に限るとの扱いをしてよい。不可分給付が後に可分給付に変わった場合には、原則とおり、可分債務になるとすべきである。不可分給付のため不可分給付にせざるを得ない場合しか、不可分債務を認めない以上、債権者側の担保のためという事情を考慮する必要はないから、不可分給付が可分給付に変わるならば、原則可分債務とすべきである。なお、予め可分給付に

- 変わる場合に連帯債務になるという合意をすることは認められる。(広島弁)
- 不可分債務と連帯債務との間に効力の差異が残る場合には、意思表示による不可分債務を認める実益がある。(弁護士, 日大民研・商研)
 - 不可分債務は専ら不可分給付を目的とし、連帯債務は専ら可分給付を目的とするという整理をすることや、不可分債務における債権の目的が不可分給付から可分給付になったときに、分割債務ではなく連帯債務となる旨の特約を認めることに賛成する意見もあるが、専ら理論上の問題であって解釈にゆだねるべきとするなど、慎重な姿勢の意見も存する。(日弁連)
 - 不可分債務の規定を変更する(性質上不可分に限る)ことについては、慎重に検討すべきである。連帯債務の絶対的効力事由を絞り込む場合は、不可分債務と連帯債務とで効力に差がなくなるので、不可分債務の規定を変更する(性質上不可分に限る)必要があるが、連帯債務の絶対効の絞り込みについては否定論があり、現時点では集約されていない。不可分債務における債権の目的が不可分給付から可分給付になったときに、分割債務ではなく連帯債務となる旨の特約を認めるか否かについても、慎重に検討すべきである。(東弁)
 - いずれも反対する。いずれも議論が煮詰まっておらず、解釈に委ねるべきである。(札幌弁)
 - あえて概念整理する必要はなく、反対である。(大阪弁)
 - 契約による連帯債務は特約で定めればよいので、契約によらない連帯債務を原則として考えるべき。共同不法行為は、その典型である。従来「されている」解釈に問題があり、民法自体は、改正する必要はない。(個人)
 - そもそも、連帯債務における絶対的効力事由を絞り込むことに賛成できないので、絞り込むことを前提とした検討には賛成できない。(兵庫県弁)
 - 前段・後段についてともに反対である。前段について、そもそも不可分債務と連帯債務との間に効力の差異がなくなる程度に連帯債務における絶対的効力事由を絞り込むことに反対である。また、仮にそのような整理をすることとなったとしても、後段の特約については、債権者と債務者(被相続人)との合意で、相続債務を不可分債務とできるとした場合に、他方で預金等の金銭債権が可分債権であることとの関係で相続人の保護に欠ける。(仙台弁)
 - 不可分債務と連帯債務との間に効力の差異がなくなる場合には、いずれかに制度を統合すべきであって、上記のような整理をすべきではない。民法典の簡潔性という観点に照らせば、実質的な効力の差異がないものはむしろ一つの制度に統合すべきであり、無理に両制度を並立させてその棲み分けを考える合理的理由は見当たらない。不可分債務における債権の目的が不可分給付から可分給付となったときに、分割債務ではなく連帯債務となる旨の特約を認めること

には、反対する。仮にこのような特約を認めれば、例えば住宅ローン債務には定型文言のようにこの特約が設けられ、債務者が一人である住宅ローンを複数の相続人が相続した場合には当然のように連帯債務となってしまう可能性が高く、社会的弱者の保護という観点から問題がある。(弁護士)

- 効力の差を残すべき。(堂島有志)
- 不可分債務と連帯債務は、効力を異にするというのが一般の感覚であり、それぞれの性質、効果については実務上定着しているので、不可分債務と連帯債務を債務の性質(可分給付か否かで分ける)という議論はすべきではない。また民法431条は、不可分債務が可分債務となったときに、各債務者はその負担部分についてのみ履行責任を負うことを定めるのみで、給付が分割できるようになった場合に、必ず分割債務となることを定めたものではない。給付が分割できるようになった場合に、必ず分割債務になることを前提に、当事者の意思表示を通じて連帯債務とすべきかどうかを論じる必要はない。(親和会)
- 「不可分債務と連帯債務との間に差異がなくなる」と仮定するのであれば、そもそも不可分債務と連帯債務を区別する必要がない。(会社員)

2 債権者が複数の場合

(1) 分割債権

分割債権について、別段の意思表示がなければ、各債権者は平等の割合で権利を有することを規定する民法第427条は、内部関係(債権者間の関係)ではなく対外関係(債務者との関係)を定めたものであると解されていることから、これを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 3(1) [30頁]】

【意見】

- 明確化の方向に賛成である。(大阪弁, 仙台弁, 二弁)
- 分割債権について、別段の意思表示がなければ、各債権者は平等の割合で権利を有すること(民法427条)が、内部関係(債権者間の関係)ではなく対外関係(債務者との関係)を定めたものであることを条文上も明確にすることは、一般人にとってわかりやすい民法にするという観点から好ましい。(親和会)
- 実務上、特に相続人が複数である場合の相続の場面において、分割債権となるかどうかは明確ではないことから、分割債権になるかどうかの基準を明確にすべきである。(弁護士)
- 賛成である。民法427条が、内部関係(債権者間の関係)ではなく対外関係(債務者との関係)を定めたものであると解することに異論はなく、国民一

般にとってわかりやすい民法にするという改正の指針からすれば、そのことを明文化すべきである。(兵庫県弁)

- 分割債権となる要件を条文上も明確化する方向の改正が望ましいと考える。(長島・大野・常松有志)
- 民法427条が対外関係(債務者との関係)を規律した趣旨であることを明文化すべきである。(福岡弁)
- 賛成である。分かりやすい民法の実現に資する。(横浜弁)
- 賛成する。分かりやすい民法の実現に資する改正であり、仮に分割債務で明文化するのであれば、分割債権の場合も明文化すべきである。(愛知県弁)
- 実務を混乱させる様々な判断があることから、規律の明確化を検討すべきである。(全銀協)
- 賛成する。明文化する方が分かり易く、望ましい。(札幌弁)
- 明文化することに賛成。民法427条の条文の文言から、債務者との関係(対外関係)を定めただけで、債権者間の関係は債権者間で決められることを読み取ることができないから。(広島弁)
- 分割債権について、別段の意思表示がなければ、各債権者は平等の割合で権利を有することを規定する民法427条は、内部関係ではなく体外関係を定めたものであることを条文上も明らかにすることについて、賛成する意見が強い。(日弁連)
- 対外関係の規定であることを法文化する方向性に賛成する。(東弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 特段の意思表示がない場合、分割債権者は対外的に平等の割合で債権を有する旨の規定を明文化すべきである。特段の意思表示がない場合、債権者にとって請求できる相手と債権の範囲を明確にするため、判例法理を明文化するほうがよい。(堂島有志)
- 現行民法第427条は、単に各債権者が平等の割合で権利を有する旨を規定するが、内部関係は自由に定められることは前提とされており、また、債務者が悪意であるときは、対外的にも分割額は異なってくる。その旨を明文化することには実益がある。また、実務上、特に相続人が複数である場合の相続の場面において、分割債権になるかどうかの基準を明確にすることも検討されるべきである。(日大民研・商研)
- 反対する。民法第427条を対外関係のみに関する規律とするのであれば、内部関係に関する規律を別途設ける必要があり、結局はそれも同様の規律とせざるを得ないのではないか。(弁護士)
- 民法432条は、対外関係を表したものでもないし、分割債務についての規

定でもない。総則にあることから分かるように、分割債務、不可分債務、連帯債務に共通する規則であり、内部関係を規律するものである。分割債務においては、たまたま、内部関係が対外関係と一致するため、分割債務の対外関係を規律するものと誤解されているだけである。不可分債務、連帯債務の内部関係を規律する条文はここであり、そう解釈しないと、不可分債務、連帯債務の内部関係の規則がなくなってしまう。(会社員)

- 内部関係が法律上の争いになるわけではないので、改定する必要はない。(個人)
- 不同意。内部関係を定めるにとどまるのであれば、わざわざ規定を置くまでもないことから、対外的な関係を定めたものと解されるのは当然であり、明文化する必要を認めない。(会社員)

(2) 不可分債権—不可分債権者の一人について生じた事由の効力（民法第429条第1項）

民法第429条第1項は、不可分債権者の一人と債務者との間に更改又は免除があった場合でも、他の不可分債権者は債務の全部の履行を請求することができるが、更改又は免除により債権を失った不可分債権者に分与すべき利益は、債務者に償還しなければならないことを規定する。この規定について、混同や代物弁済の場合にも類推適用されるとする見解があることから、不可分債権者の一人と債務者との間に混同や代物弁済が生じた場合にも適用される旨を明文化するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 3(2) [32頁]】

【意見】

- 混同や代物弁済が生じた場合にも適用する方向に賛成である。(大阪弁, 仙台弁, 日大民研・商研, 弁護士, 二弁, 福岡弁)
- 賛成する。混同, 代物弁済についても更改, 免除と法律関係は類似しており, 明文化する方が分かり易く, 望ましい。(札幌弁)
- 明文化することに賛成。混同・代物弁済につき類推するとの学説に争いがないのであるから。(広島弁)
- 不可分債権者の一人と債務者との間に混同や代物弁済が生じた場合にも民法429条第1項が適用される旨を明文化することに賛成。不可分債権者の一人と債務者との間に代物弁済合意があったとしても, それが他の不可分債権者に及ぶと考えるのは妥当ではない(不可分債権者側に不利な合意をすることもあり得る)。ただし, 代物弁済合意をした不可分債権者に対して二重払いする結

果になることも妥当ではないから、その分は債務者に償還されるべき。混同についても、不可分債権者のうち一人に生じた事由によって、他の不可分債権者が債務者に履行請求できなくなることは妥当ではない。それによって他の不可分債権者が望外の利益を得ることも妥当ではない（ただし、結局、債権者間の内部割合に従って分与すれば、債務者＝不可分債権者であるから、債権者に償還したのと同様の結果になる。）。(堂島有志)

- 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。混同があった場合には、求償の循環が生じないので429条1項の適用は疑問である。(横浜弁)
- 不可分債権者の1人と債務者との間に混同や代物弁済が生じた場合にも、民法429条第1項に適用される旨を明文化することは、慎重に検討すべきである。未だ議論が不十分であり、慎重に吟味すべきである。(愛知県弁)
- 議論の不十分さ・実務上の必要性の乏しさを指摘し、慎重な検討を求める意見もあるが、分かりやすい民法の実現に資するとして賛成する意見もある。(日弁連)
- 混同・代物弁済の場合にも民法429条と同旨の規定を置くか否かは、慎重に検討すべきである。混同の場合に同条の類推適用を認めた判例があるが、求償が循環する場合ではないので類推適用の必要はないとの反論がある。また代物弁済についても、同条の類推適用を認める見解があるが、そもそも代物弁済は絶対的効力事由とすべきである旨の反論がある。(東弁)
- 慎重に検討すべきである。民法429条1項は混同や代物弁済の場合にも類推適用されるとする見解がある一方、同見解に対しては、混同については、同項の存在意義とされる求償の循環の回避が問題となることはなく、同項を類推する必要はない、また、代物弁済については、債権者に満足を与える事由であるからそもそも絶対的効力事由とすべきであり、同項の類推の問題ではない、といった批判もあるところであり、同項が混同や代物弁済の場合にも類推適用されるとすることには異論もあるところであるから、慎重な検討が必要である。(兵庫県弁)
- 民法429条第1項は、明らかに、更改又は免除に限定している。混同や代物弁済に適用されるという誤った解釈を前提に考えるべきではないので、改定すべきではない。(個人)
- 混同や代物弁済の場合に適用する必要はない。(親和会)

(3) 連帯債権

民法には明文の規定は置かれていないものの、復代理人に対する本人と代理人

の権利（同法第107条第2項）や、転借人に対する貸貸人と転貸人の権利（同法第613条）について、連帯債権という概念を認める見解があることから、連帯債権に関する規定を新設するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第1, 3(3) [34頁], 同(関連論点) [35頁]】

【意見】

- 連帯債権に関する規定を新設する方向に賛成である。(大阪弁, 二弁, 東弁, 福岡弁)
- 規定を新設することに賛成。連帯債権をもって説明する必要がある場面があるから。(広島弁)
- 実務上の必要性の乏しさ等を指摘して、慎重な検討を求める意見もあるが、分かりやすい民法の実現に資する等として賛成する意見が強い。(日弁連)
- 賛成である。連帯債権は、いくつかの裁判例においてみられる。多くは、同一損害に対する複数人の損害賠償債権であるが、民法第613条第1項との関連で、貸貸人の転借人に対する賃料請求権と転貸人の転借人に対する賃料請求権との関係についても連帯債権となる。(日大民研・商研)
- 連帯債権に関する規定を新設することに賛成。存在が認められているものであるので、明確にすべき。(堂島有志)
- 賛成する。どの程度、必要な概念であるのかという問題点はあるが、規定化し、その有用性を試すことも、分かりやすい民法の実現に資するものと言える。(愛知県弁)
- 金融実務との関係では、連帯債権は、パラレル・デットと呼ばれるスキームにおける利用が注目されており、かかる観点からも、是非とも連帯債権の設定方法及び効果を明文化されたい。パラレル・デットとは、担保付シンジケート・ローン取引において、担保権が各貸付人に分属するのを回避し特定の者(担保エージェント)のみに帰属させるための方法の1つで、セキュリティー・トラストと異なり、担保エージェントが各ローン債権と同一内容の金銭債権を自ら有するものとし、当該金銭債権を被担保債権として担保権を設定する仕組みであり、実務的ニーズは高い。なお、連帯債権の設定方法について明文の規定を設けるに当たっては、当初から連帯債権を当事者全員の合意によって設定する場合だけでなく、既存の債権(例えば、パラレル・デットのスキームにおいては貸付人の有するローン債権)と連帯する新たな債権(例えば、パラレル・デットのスキームにおいては担保エージェントの有する被担保債権)を設定することができるよう留意されたい。かかる設定を可能とする方法としては、例えば、①債務者による新債権者に対する一方的債務負担の意思表示によって連帯債

権を設定できるとの規定を設けることや、②原債権者と新債権者との合意により連帯債権を設定し、指名債権の譲渡に準じた対抗要件具備の方法を設けることが考えられる。(西村あさひ有志)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 連帯債権の規定を新設することについては検討の必要がある。ただし、不可分債権か連帯債権かは、債権の性質や当事者の意思により定まるものであり、債権の目的が不可分給付か可分給付かで不可分債権と連帯債権を区別するという整理は適切でない。(親和会)
- 転貸借において、賃貸人と転貸人が転借人に対して連帯債権を有するとした場合、賃貸人転貸人間の賃貸借契約(例えば、マスターリース契約)と転貸人転借人関の契約(例えば、サブリース契約)の間には、必ずしも条件の同一性はなく(賃料・その他の費用の水準、敷金の定め、違約金の定め等)、また、対象物自体もサブリースの対象の範囲が狭い可能性がある。従って、必ずしも「連帯債権」を容易に観念できるとは限らないのではないか。(不動協)
- 連帯債権に関する規定を設けるべきではない。わざわざそのような概念を民法に設ける実質的意義がどこにあるのか不明である。そもそも、現行民法の起草時においては、当事者の合意により成立する場合を認めるか否かは格別、法律の規定により「連帯債権」が発生することはないという考え方が採用されており、今次の民法改正において特段そのような考え方を覆すべき立法事実が存在するとは言い難い。(弁護士)
- 実際の例はほとんどなく、あえて規定を設ける必要があるか疑問である。(横浜弁、兵庫県弁)
- 反対する。議論が煮詰まっておらず、解釈に委ねるべきである。(札幌弁)
- 規定を新設する必要はない。連帯債権概念を明文化する実務的要請があるのかどうか定かではない。(仙台弁)
- あえて条文にない抽象概念を認めて議論すべきではないので、現行民法解釈として、連帯債権という概念を考える必要はない。民法に規定がないのに、勝手に、連帯債権という概念を持ち出し、連帯債権という概念があるから、それを民法に盛り込むべきというのは、どう考えてもおかしな主張である。改定すべきではない。(個人)

3 その他(債権又は債務の合有又は総有)

債権又は債務について合有又は総有の関係が生じた場合に関する規定を新設するかどうかについて、検討してはどうか。
--

【意見】

- 連帯債権に関する明文の規定を新設することに賛成する。連帯債権に関する明文の規定を新設することは、単に既存の裁判例や学説上連帯債権として取り扱われてきたものに「一応」の法的基礎を与えるという消極的意義だけでなく、パラレル・デット (parallel debt) 等の新しい金融取引上の仕組みに裏付けを与え、その法的安定性を高めるという積極的な意義も存することから、連帯債権の要件・効果を改めて整理した上で、明文の規定を新設することが望ましいと考える。
(森・濱田松本有志)
- 分かりやすい民法という観点から規定を設けるべきである。(親和会)
- 検討することについては賛成する。(兵庫県弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 多数当事者の債権及び債務の規定の見直しにあたって、各規定の強行法規性の有無については、条文上明らかになるようにすべきである。合有又は総有の関係に関する規定については、実務上の必要性は明らかでない。強行法規性の有無は、分かりやすい民法の実現に資するため、条文上明らかにされることが望ましい。
(横浜弁)
- それぞれの規定を設ける方向性には賛成する。(東弁)
- 債権・債務の合有・総有についても検討の対象に加えるべきである。(弁護士)
- 検討すべき。存在が認められているものであるので、明確にすべき。(堂島有志)
- 規定の必要性があるかどうか、実務での状況等を踏まえて検討すべきである。
(愛知県弁)
- 信託法上、受託者が 2 人以上ある信託においては、信託財産は、その「合有」とするものとされ(信託法第 79 条)、潜在的な持分すらない点で、民法の講学上の概念としての「合有」(ないし組合共有)とは性質を異にする。したがって、仮に民法においていわゆる「合有」の規定を設ける場合には、信託法の解釈に影響を及ぼさないよう規定振りなどについて留意されたい。(西村あさひ有志)
- 現時点では議論が十分でなく検討を続けるべきである。各規定の強行法規性の有無については、分かりやすい民法という観点からは、明確化することが望ましい。(日弁連)
- 物権との議論も必要である。組合や権利能力なき社団の債権債務関係については、個別の対応で足りる。(日大民研・商研)
- 債権等の総有、合有が問題となるのは、物権法、相続法に関連していることを指摘し、債権法改正で取り上げることに疑問を呈する意見があった。(最高裁)
- いずれも、基本的には物権法で用いられる概念であることから、少なくとも債

権総則に規定を新設するなら物権法の共有についても同様の規定を設けるべきであり、債権関係についてのみ規定を設けることは均衡を欠く。また、権利能力なき社団に関する規定の明文化は、今次の民法改正で検討の対象に含まれておらず、権利能力なき社団について明文の規定を置かないのに、その財産関係についてのみ規定を設けるのは立法技術上困難ではないか。なお、組合財産に関する規定は、債権や債務の「合有」に関する規定ではなく、組合契約に関する規定とする方法もあり得ることを指摘しておく。(弁護士)

- 慎重に検討されたい。学説では債権債務の合有や総有につき議論されるが、実際に合有や総有で処理しなければ不都合があるかは不明であるから。(広島弁)
- 特段規定する必要はないので反対である。(大阪弁)
- 改定すべき理由はない。(個人)
- 不同意。民法第 249 条以下の規定が債権についても妥当すると整理するのであれば、特に規定を設ける意味合いはないと考える。(会社員)
- 反対する。議論が煮詰まっておらず、解釈に委ねるべきである。(札幌弁)
- 合有、総有の規定を新設する実務的要請があるのかどうか定かではないため、新設の必要はない。また、多数当事者の権利関係に関する規律を、任意規定とするのは、法律関係を複雑にし、法的知識が乏しい者の権利利益を損ないかねず、適切ではない。(仙台弁)

第12 保証債務

【意見】

- 保証制度の個人への適用については、原則として無効とし、実務上有用なものうち、弊害の少ないものについては、類型化して有効と明記し、それ以外に有用かつ弊害のないものがあるというのであれば、それが立証できた場合のみ有効とする一般条項を最後に追加すべきである。例)「消費者を保証人とする保証契約は次の各号に該当する場合を除き無効とする。①事業者が主債務者である債務についてその経営者が保証する場合②その他債権者が消費者を保証人としてすること必要性及び合理性があり、かつ、当該消費者の受ける利益がその不利益を明らかに超える場合」(弁護士)
- 自然人を保証人とする契約及び実質的に保証契約と同視しうる契約は、無効とするべきである。説明義務その他中間論点整理にまとめられた規定が施されても、情義的動機によって過剰な保証を求められた者はそれでも断りきれずに保証人になるのだから、そこを手当しなければ悲劇を避ける期待はほとんど得られない。このままの方向で保証の分野の改正議論が進行することは、立法事実というべき自然人保証の実態から目をそむけ、単に条文の整理をしたというだけにとどまることになりかねない。(司法書士)
- 保証については、まず、保証を禁止するかどうかといった論点を設定すべきである。そのような論点の提示のない中間論点整理は問題である。個人保証人の保証は禁止すべきである。幾ら説明責任を尽くそうとも、情宜に依拠している保証は、頼まれた者にとっては断りようがない。(弁護士)
- 保証被害の実態が明らかにされ、立法によるその保護の必要性が認識されており、そのためには自然人保証を廃止すべきとの意見が存在するにもかかわらず、中間論点整理には、自然人保証を廃止すべきかどうかについての論点が欠けている。これを論点に加えて、そもそも保証とは何なのか、保証は本当に必要なのか、必要な保証の形態があるとすればそれをどのように許容できるか、という方向で議論検討すべきである。(司法書士)
- ①保証契約締結時における保証債務の内容の説明義務、②保証債務の内容が保証人の能力に比較して過大とならないための比例原則、③代表者の保証において代表取締役を退任した場合など状況の変化に応じて保証契約から離脱する道を開けることなど、保証人保護のあり方については検討を行う必要がある。(親和会)
- 自然人の保証は廃止すべきである。保証被害の実態が明らかにされ、立法によるその保護の必要性が認識されており、そのためには自然人保証を廃止すべきとの意見が存在するにもかかわらず、中間論点整理には、自然人保証を廃止すべきかどうか

かについての論点が欠けている。これを論点に加えて、そもそも保証とは何なのか、保証は本当に必要なのか、を議論検討すべきである。金融機関が保証人をとるといふ構造は、金融機関（債権者）が、2本立ての債権の利益を享受していることに他ならない。金融機関は、一方で主債務者の金利収入を得ながら、もう片方で主債務者破綻時の損害金収入を当て込んでいる。これは2重取りともいふべき状況（損害金収入は保証会社が収受するが）である。危険負担を負うのを債権者としても、保証会社や保険会社の制度を利用することで、一定の危険回避・損害補償が可能である。債務者側から、「人質」として連帯保証人を抛出させることは、債権者側に著しく有利であって債務者側に何の利益もないから、到底放置すべきではない。（司法書士）

- 一口に保証といっても、多様な形態があることに留意すべきである。確かに、個人保証人が予想外の債務を負担して自己破産するというケースが続発することは避けなければならないが、保証人保護の観点だけで強行法規を多く設けると、銀行による保証や貿易金融の保証などにおいて、無用な事務負担が増える結果となり、円滑な金融を阻害する結果となる。また、各論点について保証人保護の観点から決めていくと、保証制度全体が重いものとなり、やはり円滑な金融を阻害することになりかねない。（経済法令・研究会）
- 事業者への個人保証（連帯保証も含む）について、当該事業の代表取締役等、当該事業に直接関与したもののする保証を除き、原則禁止とするべきである。また、仮に事業者への個人保証を認めるとしても、その場合には、過剰保証とならないよう、債権者には主債務者の返済能力を始めとした重要事項について、保証人に対する十分な説明義務を課すとともに、保証人の責任限度を定め、責任限度を超えた過剰な保証部分については、無効とするよう明文化すべきである。事業者への個人保証については、家族や知人等に依頼されることにより、何らの見返りを受けることなく保証契約を結ばされている場合が多く、また、根保証などの制度に対する無理解等も相まって、予測不可能な負担を強いられ、業者からの過酷な取り立てを受けたり、自己破産を余儀なくされるといった社会問題が深刻化していることは、昨今の商工ローン問題に代表されるような保証人被害の現状からも明らかである。また、保証人被害については、保証人が主債務者の返済能力を認識しうるすべもなく保証契約を締結させられていることに起因していたものであって、保証人の制度そのものの説明について金融機関にいくら説明義務を課したところでなくなるものではなく、これらの被害を根絶するためには、事業者への個人保障制度そのものを原則として禁止することが必要不可欠である。（弁護士、弁護士）
- 人的保証は廃止するべきと考える。保証人は、義理、人情、力関係等の人間関係を元に保証を引き受けている。保証は無償の行為であるのに、消費者相談では、と

くに借金の保証人になってしまった場合など、無償の行為の代償として生活の基盤さえ失ってしまう悲惨な実態が多数ある。それから考えれば、保証人という制度そのものが、社会的公平性及び妥当性を欠く制度と考えざるを得ない。保証人は、自身の財産の状況や債務についての判断が十分とは言えず、本来、保証する財力がない場合が多数ある。保証人は債権者、または主債務者から、保証内容について十分に説明を受け理解しているとは言えない場合も多数ある。同様に保証人は保証契約からの離脱についても知識がなく、保証制度についての情報提供も全く行われていない。賃貸住宅契約をする場合に、賃借人は賃貸人に対し、敷金を差し入れているだけでなく、連帯保証人を求められている。その上保証会社との契約まで強要され、これに応じないと住宅を借りることができない。三重の保証で賃貸人は守られ、賃借人は、様々な名目（更新料・礼金・敷引金など）のお金を奪われている。契約自由で、その内容が一方的であっても、書面の合意があれば有効ということでは、消費者は、奪われ続けるだけである。賃貸住宅契約の場合は敷金を預かることで必要十分と考える。（消費生活相談員）

- 個人保証は廃止すべきである。（弁護士）
- 連帯保証に限らず、個人保証（無償保証）は廃止を含めて抜本的に見直すべきである。この点についての論点整理における位置づけが低すぎる。債権者は相手方の信用性に関するリスクを第三者に無償で転嫁できる反面、保証人は保証契約で何もメリットを受けないにもかかわらずリスクだけ負担するような制度を活用してきたことには問題がある。実際の金融取引においては、保証人の信用よりも、保証人をとっていることにより債務者に責任ある債務の履行を期待するという側面があるとされるようであるが、そのような理解は、まさに「人質」的発想であって妥当ではない。銀行業・貸金業における制限化の傾向が顕著であるが、それ以外の契約（例えば、賃貸借契約）では不可欠という意見もあるが、敷金等の担保が提供されていることや、保険制度によるカバー、さらには、公的保証の充実という手段もありうる場所であり、決して廃止に向けた努力を怠るべきではない。（弁護士）
- 親戚や友人知人といった個人間でのいわゆる情誼的保証は、債権者に一方的利益を与え、その実体はいわば法的な人質ともいうことができ、周知のごとく保証人となった者に不幸（連鎖的破産等）を生んできたものであるが、今回の改正では思い切って、夫名義の住宅ローンや車のローンに妻が保証人になるなどのように債務者と保証人との利益が共通していない限りは、全面禁止（その脱法としての併存的債務引受等も含む）にしてもらいたい。（大学教員）
- 保証人保護の規制については、適用対象から保証人が法人である場合及び経営者保証の場合を除くべきである。また、債権者側に過大な負担となり、結果として与信そのものが過度に萎縮する事態とならないように慎重かつ十分な議論がなされる

べきである。(流動化・証券化協WG)

- 個人保証とは異なる性質を有する「機関保証」に関する規定を設けるべきかどうか検討がなされるべきである。また、信用保証協会が締結する約定書や保証委託契約においては、保証債務の履行、債権者の義務、求償の要件や範囲、その他信用保証協会の権利保全のために民法の定めとは異なる特約が幅広く規定されており、それらの特約の有効性を阻害するおそれのある検討部分があるとするならば、反対する。信用保証協会等の保証専門機関が行う保証は、①債務者の信用補完を第一義とし、債務の保証は第二義的意味しか有しないこと、②有償の委託を前提としていること、③履行が確実であること等、個人保証と比較して様々な性質を有する。また、中間論点整理に掲げられている論点の多くは個人保証人保護政策を前提としたものであり、機関保証には馴染みにくいものもある。(全信保連)
- 2004(平成 16)年の根保証の法改正においては、「保証人が法人であるものを除く」というかたちで、中小企業金融におけるいわゆる経営者保証人も個人に含む「個人保証人／法人保証人」という区分が導入された。これを維持するのか、それとも経営者保証人を「事業者」の側に入れて区分するのかにより、各規定において定められるべき内容が変わってくるであろうと考える。近年、中小企業金融については、経営者以外の第三者の保証は徴求されなくなってきたようであるが、今なお残されていると考えられる経営者による保証は、保証法制度を考える上では典型的なものとするべきではない。また、中小企業金融の実務が第三者保証を取らないという方向に変わってきたといっても、他の金融実務、他の保証を必要とするような取引の実務も同様に個人保証を取らなくなってきたとはいえない。保証制度の是非をめぐる議論(廃止論)もあるようであるが、わが国の社会ではさまざまな場面で保証が用いられており、個人による保証契約が無効とされた場合に、かえって、社会的によくはない影響が生じることも懸念される。保証もある程度の類型化は可能であるので、法改正にあたって個々に内容を検討することは可能であろうと思う。「議事の概況等」に、ときおり、個別契約で内容を決めればよい、というような意見が見られるが、個人が保証人となる保証契約の大多数においては、契約内容の確定に保証人が関与することは極めて困難であろうと想像できる。契約の標準を示すという民法の任意規定としての最低限の役割を放棄させるべきではない。さらには、保証契約の特色として備わる、債権者と保証人との圧倒的な力の差の存在に鑑み、保証人の利益に配慮した強行規定の導入も検討すべきである。(大学教員)
- 個人の保証を廃止する改正を求める。また、個人保証の全廃までの過渡的な規制が必要な場合、保証能力のない人(生活に必要な収入と生活に不可欠な不動産しか持っていない人)の保証を無効としてほしい。年収の3分の1をこえる金額に関する保証は無効としてほしい。すでに有効に契約した場合にも、年収の3分の1をこ

える金額に関する取立てを禁止してほしい。借主でさえ過剰貸付から守られている。保証人保護は一步進め、具体的な適合性の基準を定めたい。適合しない保証を無効としなければならない。保証人の給料・下請代金・取引先への売掛金の差押え、工場など生計維持に欠かすことのできない不動産及び居宅不動産からの回収を禁止してほしい。(43条対策, 弁護士, 弁護士, 個人, 個人, 個人, 個人, 個人, 個人, 弁護士, 司法書士, 個人)

- 改正民法の条項案として、次の第1項から第5項までを提言する。第1項貸付けにあたり、個人の保証を要求してはならない。第2項既に保証契約をした場合においても、保証に適合しない契約は無効とする。第3項保証人の適合性の判断は、厳格に行う。第4項保証人が生計を維持し子どもの教育をするなどに必要な収入があるのみで余剰の収入がない場合、および自宅ないし生活の維持に必要な不動産を所有するが、それを超える資産を有しない場合には保証人として適合しないものとする。第5項年収の3分の1をこえて保証人から取立ててはならない。(43条対策, 弁護士, 弁護士, 司法書士, 個人)
- 民法(債権関係)の改正に関する検討事項では、保証について、「個人の保証人が必ずしも想定していなかった多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たない」「自殺の大きな要因ともなっている連帯保証制度を廃止すべきであるなどの指摘もある」「平成16年の民法改正により一定の見直しが行われたところであるが、上記の問題意識を踏まえ、なお一層の保証人保護の拡充を求める意見がある」などと指摘されている。かかる問題意識、問題設定については、基本的には賛成できるところであり、今回の債権法改正においては、問題の多い保証について抜本的な改正を図るべきである。そして、現時点における論点整理としては、そもそもの「保証制度の要否」から議論をなすべきである。特に、自然人による保証は、個別保証であると根保証であると問わず、通常保証と連帯保証であると問わず、事業者信用であると消費者信用であると問わず、さらに、第三者保証であると代表者保証であると問わず、撤廃することを検討すべきである。(日弁連消費者委有志)
- 自然人保証(個人保証・消費者保証)を禁止すべきである。従来、保証はその情義性・未必性・無償性・軽率性などからトラブルの多い分野であり、過大な保証が原因で保証人が「生活破綻」「経済的破綻」に追い込まれ、「多重債務」「破産」などに至る事案は後を絶たない。中小零細事業者が保証人に迷惑をかけることを苦にして理由に自殺したり、生活破綻に追いやられた保証人が自殺するという事例もある。中小企業の再チャレンジの阻害要因ともなっている。また、保証人が、「保証意思を有していなかった」などと主張して紛争となることが多く、最近では、「保証債務の履行請求は信義に反するのではないか」という争いも増えており、裁判所も、公序

良俗や権利濫用などによる解決を図るケースが見受けられる(最判平成22年1月29日など)。このような自然人の保証人が惹起する弊害を勘案すると、債権者の保証人に対する説明義務や適時執行義務を明確にするより、将来債権譲渡担保等の保証に頼らない金融手段を設定し、また、事業者代表者の場合に主たる債務者である事業者と代表者の財産の混同を回避するというのであれば、詐害行為取消権の証明責任を転換するなどすれば足りるはずである。保証債務を自然人が負担するというのは、法的義務としては過大になりがちであり、かつ債権者にとっても債務者にとってもその予見可能性が乏しいものであって、不適當である。少なくとも自然人の保証制度を、その可否を含めて抜本的に見直すべきである。なお、賃貸保証についても、家主は敷金や家賃の設定により債権未回収のリスクを分散できること、保険制度や適切な機関保証制度により個人保証によらなくともリスクを分散できること、居住は市民の誰もが最低限の生活を営むために必ず確保されなければならないものであるところ、社会の孤立化・無縁化とともに、社会的・経済的弱者の居住確保が保証人要件のために困難となっており、保証人紹介ビジネスや「追い出し屋」被害を生む土壌となっている。賃貸においても個人保証・自然人保証は禁止されることが検討されるべきである。なお前近代的な身元保証は今般の民法改正に伴い禁止すべきである。(保証被害会議)

- 自然人を保証人とする契約、及び実質的に保証契約と同視しうる契約は、無効とするべきである。論点を整理すると、①情義的保証の救済、②過剰な保証の防止(特に保証人の生活破壊防止)、③錯誤を生まない説明義務の必要にまとめられる。中間論点整理においては、特に上記③に関する手当等について触れられているだけで、①及び②に関する対応は何らなされていない。部会では、保証人の自殺・破産、保証人に迷惑をかけられないとの動機に基づく主債務者の自殺などの社会問題を認識した上で保証人保護の必要性の議論が始まっているにもかかわらず、中間論点整理では構造的な対応策に言及されていない。ただ説明義務その他中間論点整理にまとめられた規定が施されても、情義的動機によって過剰な保証を求められた者はそれでも断りきれずに保証人になるのだから、そこを手当しなければ悲劇を避ける期待はほとんど得られない。なお、自然人保証を廃止すれば、自然人が保証業を営むことも禁止されるのかという点が問題になり得るが、契約内容を十分に把握していない者を保証人として紹介する詐欺的な保証人紹介ビジネスの被害が発生している現状をも鑑みれば、例外を設けずに自然人が保証人となる契約を廃止すべきである。この結果、いわゆる機関保証が実務界での保証契約の主流を占めることになるが、債権回収ノウハウを有する貸金業者等が機関保証業に参入し過酷な求償金の取立が行われる、といったことが想定される。よって、機関保証についても、悪質な保証人紹介ビジネスを防ぎ、自然人保証を廃止する趣旨を完徹するため、サービサーと

同様の認可制を導入し、行政による業界監視を強化すべきである。(青司協)

- 保証人保護をないがしろにすべきではないことは異論がない。銀行実務も、監督規制上の取扱いも含めて、特に個人保証への取扱いには慎重な対応を行っているところである。他方、保証制度は、債務者の信用補完という経済的機能の点から重要な制度であり、例外的な弊害事例への対処を民法の規律として導入する場合には、保証制度の目的やその経済的機能を害することがないように、慎重かつ多面的な検討が必要である。保証人保護を画一的ないし一般的に規定することによる保証の役割低下が実務に与える影響を見極めることなく、一方的に保証人保護を強化するという政策的判断を下すべきではないと考えられる。債務者と債権者(銀行)の関係は、債権者にとって重要な債務者の資力に関する情報については債務者が優位に立ち、常に債務者が銀行との関係で情報過少で弱い立場に立つというのは片面的な見方であることを注意すべきである。このような「情報の非対称性」の存在する市場に財務状況の悪い資金需要者が存在する場合は、銀行は債務者の資力を正確に把握できないことから、貸し倒れリスクを回避するために優良な資金需要者に対しても高金利を提示せざるを得ず、結果として優良な資金需要者が市場から存在しなくなり、資力に不安のある資金需要者のみが市場を構成することとなり、最終的には市場が消滅するということが経済学上、「逆選択の問題」として指摘されている。貸出取引における保証(経営者以外の第三者保証は特に顕著)は、保証できる程度に当該債務者の資力が優良であるという保証人の認識を示すものであるから、情報の非対称性を埋め、逆選択を回避する一つの手段となる。仮に保証制度を廃止または制限するような方向に進めば、「逆選択」が起こりやすい状況となり、貸出市場、特に財務諸表の開示が保障されない中小企業向けの貸出市場が緊縮することにもなりかねない。現行民法は貸金等根保証契約において、個人の中でも経営者や企業オーナーをどう考えるかという問題がある。保証人の属性により類型化し、規律の内容を分けるのであれば、保護が必要な類型の保証人保護のために詳細な規定を別途設けることは十分に検討に値するが、保証全体がそれに引きずられて重い制度になって円滑な企業金融に支障が出るとすると、保証の経済的機能を阻害する。これを解決するために、現行民法の個人保証関連規定ごと消費者法制に移す選択肢もあるという指摘もある。企業金融の保証の際には、経営者やオーナー等の内部関係者以外の第三者の個人保証を取ることは銀行としても原則抑制して対応している。他方、経営者の個人保証を廃止すべきかという点については、企業経営者を保証人とするのは経営責任を自覚してもらい、モラルハザードを防止するためという説明がされている。中小企業の財務諸表の信頼性が大きく向上していない点や、あるいは財産の社外流失等に係るコーポレートガバナンスの機能は有効かという点から見ると、会社債権者が現行の会社法ルートを通して経営者の個人責任ないしは法人格否認等の請求を

することに対する実務上のハードルの高さを考えれば、この説明はなお有効である。
(全銀協)

- 連帯保証を含む個人保証制度の存廃も含め、保証人保護の拡充の観点から、抜本的な議論を行うべきである。個人保証においては、人間関係から保証人になってしまい思わぬ債務を負わされ、経済的破綻を招く例が後を絶たない。多重債務の一因となり、自殺の原因にもなっている現状がある。したがって、個人保証について抜本的な検討が必要である。(東弁)
- 原則として保証契約は無効とすべきである。企業金融についての代表者の保証のみ例外として認めれば足りる。それ以外の保証にはおおよそ経済的合理性が認められない。保証による被害については今さら多言を要しないであろうが、保証制度がこのまま漫然と存置されると、商工ローンのような被害が今後もまた出続けることは明らかである。審議会は、単なる学問的な興味関心による立法ではなく、このような実務上の必要性に基づく立法にこそ真摯に取り組むべきである。(弁護士)

1 保証債務の成立

【意見】

- 保証人を保護するという観点から、保証契約の成立や効力を否定するような改正をすることには反対する。現在でも、「保証契約は、書面でしなければ、その効力を生じない。」(民法446条2項)とされ、その成立の場面において、保証人の保証意思の尊重という観点から一定の制約が課されており、保証人保護としては十分といえる。また、これ以上保証契約の成立や効力を制限する規定を設けることとなれば、取引実務上、新たなビジネスの機会が失われることになりかねない。(チェーンストア協)

(1) 主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立

債権者と保証人との間の契約(保証契約)のほか、主債務者と保証人との間の契約(保証引受契約)によっても、保証債務が成立することを認めるものとするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 2(1) [42頁]】

【意見】

- 債務者と保証人との間の契約(保証引受契約)によっても保証債務の成立を認めるべきである。保証引受契約においては、債務者が保証人に対して主張しうる抗弁をもって債権者に対抗できるとすべきである。機関保証や法人の代表

者による保証を除けば、債務者からの依頼がなければ、保証人が債権者との間で保証契約を締結することは少ないと思われ、実際には債務者と保証人との間の深い関係によって、保証契約が成立していることが多いことに鑑みても、債務者と保証人との間で契約関係を規律することは妥当であると考え。また、債務者と保証人との間の保証委託契約（保証引受契約）により保証契約の成立を認めた場合は、債務者が保証人に対して主張しうる抗弁をもって債権者に対抗できるとすることによって保証人の保護を図るべきである。（日司連）

- 保証引受契約による保証債務の成立を検討することに反対しない。保証を目的とする脱法的な併存的債務引受に対する対処としては、保証に関する保証人保護の規定を準用すれば足りる。他方、一般に、債務者の委託を受けて、保証契約が締結されていることを踏まえると、債務者と保証人との間の求償等の契約関係について、保証引受契約として、その内容を自覚的に定めることが望ましいとも考えられる。そこで、説明義務、情報提供義務、契約の様式、過大な保証の禁止等の保証人保護との関係を斟酌し、保証引受契約の導入について、更に検討することについては、反対しない。（仙台弁）
- 主債務者と保証人との間の契約によっても保証債務が成立することは認めるべきである。（金沢弁消費者委）
- 主債務者と保証人との間の契約（保証引受契約）によって保証債務が成立することを認めることに賛成である。保証社債・保証付電子記録債権について、債務者と保証人の間に保証引受契約が存在する場合、同契約の存在を債権者に表示した時点で、保証に係る債権者の権利が発生することを明確にすべきである。主債権の善意取得時に、保証引受契約に基づく保証の撤回・変更ができないことを明確にすべきである。保証引受契約（ただし、保証社債のように転々と流通することが予定されている債権にかかるものに限る。）によって債務を負担した保証人が、債務者との間の契約に基づき債務者に対して主張しうる抗弁をもって、全面的に債権者に対抗することができるとするのは適当ではなく、債権者に対抗することができる場合をなるべく限定的にすべきである。（流動化・証券化協WG）
- 保証引受契約による保証債務の成立を認めることは、銀行実務上一定のニーズがある。例えば、社債は一般的に無担保社債として発行されるため、信用補完の方法として、銀行による保証が利用されることがある。この場合、当初の社債発行時には債権者が不特定であり、主債務者である発行者と保証人たる銀行との間の契約により処理がされる。現在、債務者が発行する社債券のような有価証券では券面上で保証ができるような制度がなく、保証引受契約が認められるならば、当該契約を保証引受契約として構成することができる可能性がある

り、実務の安定につながると考えられる。また、特に券面の存在しない振替制度上の有価証券については、券面上の保証文言の記載が物理的にできない。このように転々流通することが予定されている新たな金融商品であって、従来の保証の規定では対応できないものが今後さらに創出される可能性がある。その際に、当該金融商品について、保証の設定時に債権者が確定していない場合であっても銀行が保証を提供することへのニーズはあり、金融のイノベーションを法的に支えるという意味で、保証引受契約による保証債務の成立を認める意義があるという指摘がある。また、このような実務ニーズを踏まえて、民法で当該契約自体の効力が否定されることや禁止されることがないように検討すべきという指摘がある。他方で、債務者が保証人として反社会的勢力を指定した場合には、債権者たる銀行が拒否できるか懸念する指摘もある。また、後述の債権者の保証人に対する説明義務や情報提供義務がどのような取扱いになるのか問題があるという点についても指摘がある。(全銀協)

- 債務者と保証人との保証引受契約によって保証債務を成立させる実務上の必要性が認められる一方、債務者と保証人との間の保証引受契約は第三者のためにする契約と実体が変わらないため、保証引受契約による保証債務の成立を認めたとしても、保証人が予想外の不利益を被るなどの実務上の不都合は認められない。(親和会)
- 保証人に対する説明義務及び情報提供義務を法的義務とすることを前提として、保証引受契約による保証の成立を認めるとの考え方に反対しない。仮に上記説明義務及び情報提供義務を法的義務としない場合、保証引受契約による保証債務は民法では規定すべきではない。保証引受契約の実務上の必要性に対しては、特別法で対応し、あるいは機関保証に限って保証引受契約による保証を認めるものとすべきである。(大阪弁)
- 第三者のためにする契約として、保証債務の成立を認めるのは構わない。(大学教員)
- 債権者と債務者・保証人の3者契約とし、二つの契約に牽連性を持たせるべき。(弁護士)
- 保証人の保護のため、債権者の保証人に対する説明義務等が不要とされる例外的な場合に限って有効とすべきである。むしろ、こうした債権者の関与しない保証債務の成立を認めることにより、保証契約において債権者の法的説明義務を明記しないというようなことがないようにして欲しい。(弁護士)
- 第三者のための契約として、又は、履行の引受契約として認めれば十分である。(弁護士)
- 主債務者と保証人との間で締結する保証引受契約によって、債権者にしては

突然見知らぬ人物が契約の当事者として登場することになる。この場合に、債権者は保証人に十分な資力があるか、保証人が反社会的勢力に該当していないか、といった債権者が主体的に保証契約を締結する場合に調査すべき事項の調査が行えない懸念が考えられる。そこで、保証引受契約による保証債務の成立のためには債権者の受益の意思表示を必要とすべきである。(消費者金融協)

- 債権者との関係でも保証債権債務関係が成立するためには、単に保証引受契約では足りず、債権者の受益の意思表示を必要とするべきであり、これを前提とする場合、第三者のためにする契約とは別個に保証引受契約を規定する実益があるか疑問がある。主債務者と保証人の間で締結する保証引受契約によって債権者との間で保証債権債務関係が成立することとすると、債権者にしては突然見知らぬ人物が契約の当事者として登場することになるが、これでは、例えば反社会的勢力との取引の遮断に支障が生じるおそれがある。債権者の意思によらず保証債権が成立することになると、債権者は、保証人が保証人として適切な者であるかを調査判断する機会が与えられないことになり、例えば保証人に資力が乏しい場合でも、法律上は保証債権を取得することになる。ここで、回収不能となった場合に、貸倒損失を所得税法又は法人税法上損金として扱う場合には、同法所定の要件を充足していることを確認し記録化しなければならないところ、保証債権を有している場合には、保証人についても同法所定の要件の充足を確認記録しなければならないことになる。このような場合を念頭に置くと、債権者の意思によらずして保証債権が成立することを一般的に認めることは、かえって債権者にとって負担を増大させることにもなりかねない。(貸金業協)
- 保証引受契約が導入されなくても実務上の不都合は生じない。保証を目的とする脱法的な併存的債務引受への対応ということであれば、併存的債務引受に保証人保護の規定を準用する方法もある。(弁護士)
- 仮に主債務者と保証人との間の契約(保証引受契約)を認めても、主債務者と保証人は密接な関係であることが多く、保証人が主債務者から頼まれたら断れないことも多いことから効果が上がらないと考える。現在も実質的には、まず主債務者が、保証人候補者に前もって保証人になることを依頼したうえで、債権者と保証人との間で保証契約が締結されることが多いと思われる。そのような現状を考えると、効果は薄いと思われる。(司法書士研修生)
- 保証引受契約により保証債務が成立するとした場合、債権者(貸主)側への対抗要件や、保証人の資力等が欠ける場合などに備え、債権者側の保証人差し替え請求権などについても議論する必要があるのではないかと。債務者が義務的保証人を立てなかった場合、もしくは、一旦は立てたが保証人の死亡等によつ

て新たに立てる必要があるにもかかわらず立てなかった場合の法的規律を入れたい（契約解除等）。貸主にとっては保証人が「いる」・「いない」は大問題である。（全宅連）

- 主債務者からの依頼に基づいた「第三者による弁済」との異同が分からない。（個人）
- 保証人保護規定を脱法するための併存的債務引受に保証人保護の規定を及ぼすという目的から保証引受契約を新設すべきとの考え方も理解できる面もあるが、市民生活において「保証引受契約」を導入する必要性はないこと、「保証引受契約」による保証人保護規定潜脱の危険がむしろ大きいこと、保証人保護規定の脱法のための併存的債務引受等については保証人保護規定を準用・類推することで対応ができることに鑑みれば、保証引受契約の新設については慎重に検討すべきである。もっとも、あくまで保証人保護の観点からの条文提案ということであれば、保証人保護規定の脱法を防止するために、その脱法となる併存的債務引受・連帯債務等については、保証人保護規定を準用するとの規定を設けることには賛成である。（保証被害会議）
- 検討することに異論はないが、第三者のためにする契約における第三者の受益の意思表示の要否の論点や、債務者及び引受人間の合意による併存的債務引受における債権者の承諾の要否の論点と原則的に平仄を合わせるべきである。ただし、下記にコメントする社債の保証引受契約の場合のように、仮に上記の論点について第三者の受益の意思表示および債権者の承諾が必要であることとしても、例外的な取扱いが必要となる場合があることに留意が必要である。保証引受契約は、発行済みの社債（いわゆるサムライ債等会社法上の「社債」に含まれないものも含む。）に事後的に保証を付する場合等に有用である。たとえば、社債発行後に発行会社の信用状態が悪化した場合、または発行会社が株式交換等により他の会社の完全子会社になった場合（もしくは会社分割等によりその事業を完全子会社に移転した場合）等に、社債権の保全のために、社債に保証を付けることその他の措置が必要になる場合がある。しかし、そのためには社債権者集会の決議が必要なところ、多くの場合において社債権者のアイデンティティが判明しないため、社債権者集会の決議を行うことは困難である。発行会社と保証会社との保証引受契約により（かつ、社債権者の承諾を必要とせずに）社債に保証を付することができれば、この問題を解決することができると考えられるのである。また、このような立法をしても、社債をめぐる法律関係の利害関係人の誰の利益も損なわれることはないと思われる。（長島・大野・常松有志）
- 保証契約の成立要件として、債権者の受益の意思表示を要するかどうかなど、

検討を必要とする。これは、第三者のためにする契約とも関連する問題である。また、保証を目的とする脱法的な併存的債務引受への対応ということであれば、併存的債務引受に保証人保護の規定を準用する方法もあるので、保証引受契約の規定を新設するメリットを明確にする必要がある。(日大民研・商研)

- 従前以上に情誼的理由による保証の増加を招く可能性を懸念し、かつ、そのことが保証契約締結の際における保証人保護の方策の強化(説明義務、情報提供義務)を検討することと整合するかという疑問を呈する意見、規定を設けるのであれば民法ではなく特別法で定めれば足りるのではないかとする意見、別途保証引受という契約類型を設けることにより、保証の範囲・内容について契約当事者と効果の帰属者が異なることに伴う問題が生じ、紛争が生じることを踏まえた検討が必要であるとする意見、保証契約について書面性が求められていることと、併存的債務引受において債権者の受益の意思表示が要求されていることとの均衡を図る必要があるとする意見があった。(最高裁)
- 実際の実務において保証引受契約という選択肢を増やす必要性がどこまであるのかについて、さらに分析した上で、その導入の是非を検討すべきである。仮に導入する場合、個人保証については、保証人保護の要請にどのように対応するかより慎重に検討すべきである。現在の実務において、保証引受契約が導入されていないことで実質的な不都合が生じているとは思われず、これを導入すべき現実的な必要性がどこまであるのか明らかではない。ところで、特に個人保証については、保証人の保護のため、保証契約の締結にあたっては債権者に説明義務を課す必要があるが、保証引受契約において主債務者に当該説明義務を負わせることは困難と思われる。仮に保証引受契約の導入を検討するに際しては、保証契約の場合に比して保証人の保護に欠けないか、説明義務条項の脱法として保証引受契約が利用されないかについても懸念があり、かような側面への対応が必要である。(二弁)
- 保証引受契約では、債務者が債権者の代わりに、保証の内容について説明することになる。債権者が行う場合よりも、説明義務違反が生じる可能性が高まる危険性が強い。これでは保証人保護の観点からも妥当ではない。また、実務において保証引受契約が導入されていないことで実務上の不都合が生じている場面が生じているとは思われず、保証引受契約を導入する必要性についてより慎重に検討すべきである。なお、実務的な必要性として、社債に保証(銀行保証)が付される場合や、電子記録債権に保証が付される場合については、債権者と保証人との間の契約によって保証債務が成立すると考える方が素直であるという点が指摘されている。(パブコメWG)
- 保証引受契約を認める必要があるかどうか具体的に検討すべきである。

保証引受契約が何らかの理由で事後的に無効とされたり、取り消されたりすると、保証引受契約に関与しない債権者が不測の不利益を被るおそれがある。このようなリスクがあるとすると、債権者があえて保証引受契約による保証を認めることは少ないとも思われるため、現実にこのような契約が行われるのかどうか疑問があり、かかる契約類型を取って設ける必要性があるのかどうか、議論する必要があると考える。(経済法令・研究会)

- 保証人保護の見地から、今以上に保証人への説明責任や主債務者の情報提供等が求められることが検討されているが、主債務者と保証人との保証引受契約の場合、誰が前記説明責任や情報提供義務を負うのか、実務的な視点からも検討が必要と考える(主債務者が責任等を負うのであれば、債権者は、主債務者による責任等の履行を管理しなければならない)。(農中)
- 主債務者と保証人との契約(保証引受契約)だけで保証債務が生じる旨を規定することについては、慎重に検討すべきである。一方で、併存的債務引受契約が債務者と引受人との間の契約のみで成立していることとの均衡から肯定する見解があるが、他方で、保証の情義性、無償性、引受ける際の軽率さを考えると保証引受契約を規定することの妥当性に疑問があり、また、反社会的勢力が保証人として入ってきて債務者に求償権を行使するということが起きやすくなるかという懸念も表明されており、意見が対立している。(東弁)
- 積極的な必要性があるかどうかは疑問である。導入する場合は、弊害がないように手当をするべきである。債権者の関与しないところで、保証引受契約をさせるという使われ方がなされ、その結果、情義的保証による被害が増加することが懸念される。(兵庫県弁)
- 実務上積極的な必要性があるとは考えていない。導入する場合は、弊害のないよう手当すべきである。主債務者に、金融業者が、保証人の押印を得るように言って、債権者の関与しないところで保証引受契約をさせるという使われ方がなされ、その結果、情義的保証による被害が増加することが懸念される。これまで、債権者から保証人に直接保証意思の確認がなされていないケースでは、保証否認で争い得たものが、保証引受契約だとできなくなり、保証人保護が後退する。契約成立の際の説明義務の内容が、説明義務者の属性により変わるとすると、一般市民たる主債務者に課される説明義務が、金融機関たる債権者の説明義務と同等のものとならないと予測され、結局、保証人が十分なリスク説明を受けずに契約締結してしまうことになりかねない。したがって、仮に保証引受契約を認める場合には、債権者による説明義務をなお課すことを検討すべきである。主債務者が、正確なリスク説明をすることは立場上期待できないことから、主債務者と保証人との間のやりとり(「決してご迷惑おかけしま

せん」など)が、保証引受契約の内容に取り込まれると主張して、保証人が争うパターンが増え、実務が混乱することが懸念される。消費貸借契約を諾成契約とした場合、資金繰りに窮した借主(主債務者)が、金銭交付前の段階で、保証人に対し十分な説明をすることなく次々に保証引受契約をするという事態が想定されるが、このような保証を認めるべきでない。(横浜弁)

- 主債務者と保証人との間の契約(保証引受契約)によっても保証債務が成立することを認めるものとするかどうか検討されているが、これには反対する。信用保証協会保証付融資において、原債権の保証人となる者は求償権の保証人を兼ねているのが一般的である。これは、原債権の保証人を保証委託契約に参加させ、当該保証人が金融機関に対して保証債務を履行したとしても、信用保証協会に対して求償できないようにするためである。信用保証協会は機関保証人であるが故に負担部分をゼロとしている。また、仮にこの求償に応じたとしても、その履行は信用保証協会と日本政策金融公庫との間における保険の保険事故とならないため、信用保証協会は保険金を受領することができない。保証引受契約を創設すれば、信用保証協会が予期していない第三者が保証人となり、信用保証協会が求償を受ける可能性が高まることとなる。(全信保連)
- 個人保証の場合の保証契約は、保証人保護を重視し、債権者、主債務者、保証人の三者間契約でないと保証の効力が生じないとすべきである。(滋賀県司書・勉強会)
- 「主債務者と保証人との間の契約(保証引受契約)によって、保証契約が成立するものとする」と明文で認めることや、保証の定義において「保証契約」と「保証引受契約」を並列的に規定するようなことについては、反対である。仮に、債務引受契約が脱法的に用いられることを規制するための規定を設けるとしても、「主債務者と引受人との間の契約(債務引受契約)によって、引受人が責任を負う場合にも、本法における保証契約に関する規制は適用される」、あるいは、「保証契約に対する本法の規制を免れるために、主債務者と引受人との間の契約(債務引受契約)を用いてはならない」などと明記する方法で足りる。「債権者の関与しない保証引受契約において、債権者に、保証人に対する法的説明義務を課すことは困難である」などの理由で、「保証契約においても、法的説明義務を明記しない」という結論を導くことは、反対である。(日弁連消費者委有志)
- 保証引受契約に基づく保証債務の成立を新たに認める必要性は乏しい。(広大有志)
- 保証人が責任を負うのは、あくまでも債権者に対してであって主債務者に対して追うのではない。その責任を自覚するためには、保証人となろうとする者

- が他ならぬ債権者と退治する機械を保持する必要がある。したがって、保証人となることのハードルを下げるべきではなく、主債務者と保証人との契約による保証債務の成立を認める規定をおくことには反対である。(弁護士、弁護士)
- 保証引受契約の明文化には反対する。保証契約は、保証人の主債務者に対する求償権の行使など、主債務者にも一定の負担を負わせるものであるから、主債務者の関与なしに保証契約が成立することを認めるべきではない。また、保証引受契約に関する規定を新設するメリットも、あまり説得力のあるものとはいえない。(弁護士)
 - 主債務者と保証人との間の契約だけで保証債務が生じる旨を規定することについては、反対である。併存的債務引受契約が債務者と引受人との間の契約のみで成立していることから、この場合にも保証人保護の趣旨を及ぼすために保証引受契約という類型を新設すべきとの見解もあるが、保証人保護という趣旨を及ぼすためであれば、保証契約における保証人保護の規定を併存的債務引受契約に準用ないし類推適用することで足りるのだから、保証引受契約という類型を新設する必要性がない。かえって、保証引受契約という類型を新設し、保証契約類似のメニューを増やすことによって、主債務者に懇願されて安易に保証を引き受ける事例が増加することが懸念され、本来の保証人保護という趣旨が全うされなくなる。更に言えば、反社会勢力等による保証引受契約の悪用により、主債務者が、保証債務を仮装的・形式的に履行した反社会勢力等であるところの保証人からの、苛烈な求償に悩まされる懸念さえある。(法友全期)
 - 保証引受契約による保証債務の成立は認めるべきではない。保証引受契約を認めると、債権者による保証人の保証意思確認の機会がなくなり、保証否認におけるいわゆる冒用事例について、保証人の保証意思の有無の判断に困難を伴うという弊害が生じる。実務上の必要性（有価証券としての券面が存在しない社債に付される（銀行）保証や、保証人の存在が記録上公示されたかたちでの流通が予定されている電子記録債権など）については、その必要性があるのであれば、特別法で立法化すれば足りる。(堂島有志)
 - 保証引受契約によって保証債務が成立することとすべきではない。仮に、このような形態による保証債務の成立を認めたとすれば、債権者が保証人に対して同意の意思表示をすることによって、債権者の権利が発生し、同意には請求も含むこととすると、債権者は保証人に対して確認をせず、保証債務の履行が必要な事態に陥って初めて債権者の権利が確定するというケースも容易に想定できる。この制度では、債権者は、保証時に意思を確認する必要がないことから、保証人の本人確認などを怠ることも懸念される。(福岡弁)
 - 保証債務が保証契約以外の法形式によって成立することを認める法制につ

いて、更に検討することについては、反対である。主債務者と保証人との間の保証引受契約により、保証債務が成立することを認めるべき立法事実が存在しない。更に、このような法形式を認めることで、債権者の説明義務の強化など保証契約成立時における保証人保護を図っても、主債務者と保証人間との契約であることから、これを潜脱するために利用されるものとなるおそれも指摘されている。(愛知県弁)

- 主債務者と保証人との間の契約によって、保証債務が成立することを認めるべきでない。保証人が責任を負うのは、あくまでも債権者に対してであって、主債務者に対して負うのではない。その責任を自覚するためには、保証人になろうとする者が他ならぬ債権者と対峙する機会を保持する必要がある。保証人になることのハードルを下げるべきではない。(青司協)
- 主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立に反対。保証契約締結に際して保証人の保護が叫ばれている中、主たる債務者と保証人との間で保証債務が成立することを認めれば、主たる債務者の甘言により保証債務が成立する機会を与えることになる。特殊の必要性がある場合は併存的債務引受行為として処理すべきである。(広島弁)
- 主債務者と保証人との間の保証引受契約により、保証債務が成立することを認めるべき立法事実が存在しない。さらに、このような法形式を認めることで、債権者の説明義務の強化など保証契約成立時における保証人保護を図っても、主債務者と保証人間との契約であることから、これを潜脱するために利用されるものとなるおそれも指摘されている。(日弁連)
- 反対する。あえて保証引受契約を認めるべき実益が乏しい上、保証人保護という点から考慮しても新たな保証類型を設けることも疑問である。(札幌弁)
- 契約による債務の成立は当事者間によるものであり、債権者なしで成立することは考えられない。改定すべきではない。(個人)
- 反対である。保証人が責任を負うのは、あくまでも債権者に対してであって、主債務者に対して負うのではない。その責任を自覚するためには、保証人になろうとする者が他ならぬ債権者と対峙する機会を保持する必要がある。保証人になることのハードルを下げるべきではない。(司法書士)
- 保証債務の成立を容易にする方向での変更は一切検討すべきではない。(弁護士)

(2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策

保証は、不動産等の物的担保の対象となる財産を持たない債務者が自己の信用を補う手段として、実務上重要な意義を有しているが、他方で、個人の保証人が

想定外の多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たないこともあって、より一層の保証人保護の拡充を求める意見がある。このような事情を踏まえ、保証契約締結の際における保証人保護を拡充する観点から、保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人がその知識や経験に照らして保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりするなどの方策を採用するかどうかについて、保証に限られない一般的な説明義務や情報提供義務（後記第23，2）との関係や、主債務者の信用情報に関する債権者の守秘義務などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、より具体的な提案として、一定額を超える保証契約の締結には保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことや、保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを要求すること、過大な保証の禁止を導入すること、事業者である債権者が上記の説明義務等に違反した場合において保証人が個人であるときは、保証人に取消権を与えることなどの方策が示されていることから、これらの方策の当否についても、検討してはどうか。

【部会資料8－2第2，2(2) [44頁]】

【意見】

- 保証契約の債権者につき、保証人に対する保証の意味及び保証契約や主債務者の資力に関する情報の内容に関する説明義務の規定を置く方向で検討すべきである。保証制度には、保証人が保証契約を締結することにより、主債務者の信用力を高め、経済活動を拡大させるという側面があるものの、対価のない保証契約を締結する保証人にとっては一般的にメリットがない制度であるといえ、保証人になった者の生活破綻や自殺といった保証被害の大きな要因となっており、社会問題ともなっている。また、保証人となる者は、深い人的関係のある主債務者から保証を頼まれると断りづらいケースも多く、このような保証人の保護を図るべきであると考ええる。債権者に関し、保証契約締結の際に、保証人に対して、保証の意味だけでなく、当該保証契約の内容や主債務者の資力に関する情報の説明を十分することを義務付ける規定を設けることにより、保証人が保証契約の締結に慎重となり、保証人の無理解による保証被害の防止に資することになる。なお、「主債務者が破綻状態にあるかどうか」は、保証人にとっては、動機の錯誤ともなり得る重大な関心事であり（東京高判平成17年8月10日）、仮に動機の錯誤が認められた場合、債権者も重大な利害関係を有することとなるのだから、取引の安定を図るためにも、これらの説明義務を課すことが相当であると考えられる。（日司連）

- ①債権者の保証人に対する説明義務、情報提供義務の規定を設けるべきである。これらの義務に違反については、これらの義務が尽くされれば、保証契約を締結しなかったであろう場合には、保証契約の取消しが認められるべきである。保証契約は、契約一般と比べると、とりわけ説明が重要となる取引類型であるので、一般規定だけでは不十分であり、改めて保証における説明義務、情報提供義務を規定する必要がある。②保証契約締結の際に、保証契約書における一定の重要部分（金額と一定の文言を含んだ保証意思、連帯保証や保証連帯の場合は、その意味の記載を含む）について保証人による手書きを要求し、保証契約書の写しの交付を義務付け、これらに違反した保証契約は無効とすべきである。形式的な要件を設定することで、その違反については取消が可能とすべきである。なお、身体障害などで自署できない場合（稀な事例ではあろうが）は、公証人による認証制度（宣誓認証、私署証書等の認証[目撃認証、面前認証]〈手数料は低廉、いずれも保証人本人が出頭する手続き〉あるいはそれに類した認証制度の創設）などの利用も考えられる。③過大な保証を禁止し、この明白な義務違反に対しては取消権を認めるべきである。②、③による取消権が付与される保証人を個人に限定する理由はない。零細企業が保証人となるケースは、商工ローンなどの相保証・共保証で見られ、その実体は、個人保証と径庭がなく、保証履行を求められた場合は、零細企業が連鎖倒産して、生計維持時の手段を失うとともに、取引先、従業員にも破たん被害が拡大する。（仙台弁）
- 保証人が保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務づけたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務づけたりすることについては、賛成である。また、この場合の債権者の義務については、これを法的義務とし、説明義務違反があったときは保証人に取消権を付与すべきである。保証料を受領して保証契約を締結する機関保証は格別、その他の保証契約においては、保証人が情実に流されて何らの反対給付を受けることなく、債務のみを負担するにもかかわらず、個人が自己の支払能力を超える保証をした結果、一般財産をすべて失うような事態が数多く生じている。このような実情からすれば、保証を認める場合であっても、保証人保護のための説明（保証責任の重大さや保証責任が追及された場合の効果等）や情報提供が十分なされるべきことは当然である。（兵庫県弁）
- 保証人になる者に対し、主たる債務者の資力状況についての説明させる必要がある。その説明がなかったか・不十分であったかのサンクションについては保証からの解放を認めるべきである。錯誤で処理するか・取消規定を設けるかは検討の必要がある。（広島弁）

- 債権者について、「保証人が他人の債務について責任を負わせられる」点につき説明義務がある旨の規定を設けること、及び主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務づける規定を設けること、のいずれの方向性も賛成する。一定額を超える保証契約の締結には、保証人に対して説明した内容を公正証書に残すこと、保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを要求すること、及び過大な保証の禁止を導入することは、いずれも賛成する。また、慎重な手続を確保するためのために、電磁的書面による保証は認めるべきでない。作成した書面については、保証人への交付を要求すべきである。事業者が、上記説明義務に違反した場合の保証人の取消権については、趣旨は賛成するが、特別法で規定する方向で検討すべきである。（東弁）
- 保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人がその知識や経験に照らして保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりするなどの方策を採用するとの考え方に賛成する。また一定額を超える保証契約の締結には保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことや、保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを要求すること、過大な保証の禁止を導入すること、事業者である債権者が上記の説明義務等に違反した場合において保証人が個人であるときは、保証人に取消権を与えることなどの方策を採用することに賛成する。なお、より詳細な具体的義務の内容としては、契約締結前の書面交付義務、保証意思確認義務、契約書面作成及び交付義務とすべきである。加えて、保証人の支払能力を超える保証契約締結を禁止し、これに違反した場合、保証人の支払能力を超えた与信部分について債権者は、その請求をできないものとすべきである。具体的には、フランス担保法改正草案2305条を参考とすべきである。参考：担保法改正草案 2305 条「非事業者として自然人により行われた保証は、その締結時において保証人の収入及び財産に対し明白に比例性を欠いていたことが明らかになったときは、請求された時点で保証人の収入及び財産が保証人にその債務を実現させることを許容する場合でない限り、減額され得る。」（大阪弁）
- 債権者に対し、保証人が保証の意味を理解するのに十分な説明をすることや、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けることを積極的に検討すべきである。（金沢弁消費者委）
- 個人の保証人の生活が破綻し自殺にまで及ぶという深刻な社会的事実があることを踏まえると、保証人保護のための制度を広く認めるべきである。保証契約締結時の説明義務を課すこと、主債務者の信用情報を開示させることについても賛成である。また、保証人保護の具体的な方法として、一定金額を超え

る保証契約の締結につき、公正証書を作成することを要求すること、保証契約書における重要な部分に保証人に手書要件を課すことについても賛成である。更に事業者である債権者が、個人の保証人に対して、上記義務に違反した場合に、保証人に取消権を与えるなどの法的効果を付与すべきである。(愛知県弁)

○ 債権者が保証契約を締結するときは、保証契約を締結する前に、保証人に対しその責任の内容について、書面を交付して説明する義務を負うとする規定を設けるべきである(以下、「説明義務」という)。債権者が保証契約を締結するときは、保証契約を締結する前に、主債務者の資力・返済能力に関する情報を公正証書により、保証人に提供する義務を負うとする規定を設けるべきである(以下「情報提供義務」という)。保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを成立要件とすべきである。これらの規定に違反した場合には、保証人において保証契約を取消することができるものとすべきである。保証引受契約により保証人が保証債務を負う場合を設けるなら、債権者の説明義務、情報提供義務の履行後、一定の期間内に限り、保証人が保証引受契約を取消することを認めるべきである。保証人の資力・返済能力に比して、過大な保証契約の締結を禁止すべきである。これについては、貸金業法における総量規制と同様の規制を具体的に講じるべきである。いわゆる機関保証においては、保証を業として行う者が専門的知見に基づき保証の引き受けを決するのであるから、敢えて債権者に対し、保証人に対する説明義務を課す必要性はないと考える。債権者は、主債務者との間で取引を行う場合、その相手方たる主債務者の信用情報、資金力、支払能力等について十分な調査を自ら行った上で、取引を開始するのが通常であるから、その収集した情報及び保証人となる者の責任とそのリスクについて、十分に説明すべきである。債権者が、取引の相手方たる主債務者の信用情報、資金力、支払能力について、十分な調査を行わずに、また、保証人に対する主債務者の情報提供、保証人としての責任及びそのリスクを説明せずに、債権回収不能のリスクを保証人に転嫁するがごとき保証契約を締結することは、禁止されるべきであり、債権者がこの規定に違反して、保証契約を締結した場合には、保証人においてこれの取消を認めることが、保証人に対する説明義務を十分に尽くす債権者の動機づけとなる。また、保証引受契約を設けるとするなら、債権者の誘導により、債務者と保証人間で保証引受契約を締結させ、債権者自らの保証人に対する説明義務、情報提供義務を免れるという脱法行為を防止するためには、保証引受契約においても同様の仕組みが必要である。この場合には、債権者が同意(受益)の意思を表示する時に、保証人に対する説明義務、主債務者の情報提供義務を課し、これに債権者が違反した場合に保証人の取消権を認めること、また、債権者の説明義務、情報提

- 供義務の履行後、一定期間内に限り保証人において保証引受契約を取消することができること（いわゆる、クーリング・オフ）とすべきである。（青司協）
- 賛成する。過大な保証の禁止を安全弁（一種の適合性原則）として設定するのもよいと考えるが、まず第一には、債権者から保証人への説明義務を充実させる方向で考えてはどうか。なお全体について、個人保証の問題は、主に保証の情誼性という特殊性に由来する問題であるので、一般的なルールとは別の特別ルールとして検討すべきであり、説明義務を、たとえば、一般的な説明義務の確認規定にとどめるといった考え方には反対。（大学教員）
 - 債権者の債務者の資力・返済能力についての取得情報を債務者に開示する義務を設定すべき。また、保証債務に上限を設定すべき。例えば、不履行時ににおける保証人の資産の3分の1など。（弁護士）
 - 仮に自然人保証が廃止されない場合には、次の①から⑥の規定を設けるべきである。①保証契約締結前に、債権者が保証人に対して責任の内容について書面を交付して説明する義務（説明義務）、②保証契約締結前に、債権者が保証人に対して主債務者の資力・返済能力に関する情報を公正証書により提供する義務（情報提供義務）、③保証契約書の一定の重要部分について、保証人の手書きを成立要件とする、④①乃至③の規定に違反した場合には、保証人は保証契約を取り消すことができる、⑤保証引受契約により保証人が保証債務を負う場合を設けるなら、債権者の説明義務、情報提供義務の履行後、一定の期間内に限り、保証人が保証引受契約を取消することができる、⑥保証人の資力・返済能力に比して、過大な保証契約の締結を禁止する。これについては、貸金業法における総量規制と同様の規制を具体的に講じるべきである。（司法書士）
 - 保証人の手書きを要求することや、書面様式化のほかに書面の「交付」も義務付けるなど、厳格な規制をすべきである。債権者による説明義務を課し、説明義務違反は契約取消原因となるとすべきである。主債務者の資力についての情報は、説明内容として必要とすべきである。過大な保証の禁止を導入すべきである。なお、説明義務の内容については、より踏み込んで、「保証契約・保証引受契約によって発生するリスクが、保証人にとって過大となるときは、以上に加えて、明確かつ詳細にどのような事態になるのかを説明し、その事態についての十分な理解を得させ、それを承知の上でなお保証をするのかを確認しなければならない。」「事態が急激に好転する特段の事情がなければ保証人に損失の発生することがほぼ確実であるような場合には、債権者又は債務者は、その客観的事実を保証人に明確に認識させなければならない。」等の内容も積極的に検討すべきである。（横浜弁）
 - 債権者につき、保証契約における保証人の責任の内容及び保証人に発生しう

る危険についての説明義務を規定すること及び主債務者の資力に関する情報を保証人に提供する義務を規定することのいずれも賛成する。更に、与信業者一般には、保証人に対する書面交付義務も設けるべきである。また、一定額を超える保証契約締結には説明内容を公正証書に残すこと、保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを要求すること及び過大な保証の禁止を導入することのいずれの方向性も賛成する。事業者である債権者が上記の説明義務等に違反した場合において保証人が個人であるときは、保証人に取消権を与える方向性には賛成する。ただし、保証人の取消権を民法に規定するかどうかは慎重に検討すべきである。細赴任取消権については、詐欺による取消権、交渉当事者の情報提供義務・説明義務違反による損害賠償請求権、約款規制などとの重複も指摘されるが、これらの制度は意思表示及び契約一般に関する規制である一方、保証人に対する説明義務等の趣旨は保証人保護にあり、その趣旨を異にするから、保証人はいずれも主張し得ると解釈できる。また、理論上の問題として、保証人の意思表示の瑕疵を要件とせず、説明義務等違反により直ちに取消又は無効を認めることができるかという疑問が提示されているが、他人の債務について責任を負わされるという保証契約の特殊性から、説明義務等が尽くされず、合理的な意思決定ができない状況の中でなされた意思表示には瑕疵があると説明することができる。ただし、事業者が債権者である場合について民法に規定することについては、慎重に検討すべきであり、他の法律で規定することも検討されるべきである。（法友全期）

- 保証契約締結の際に、債権者に対して、説明義務、情報提供義務を定め、その義務違反の効果として、無効、取り消し等の法的効果を定めるべきである。説明義務、情報提供義務について、法的効果を伴わない努力義務であれば、必ずしも保証人の保護が促されるとは限らない。保証人を保護するためには、端的に、かかる義務違反について無効、取り消し等の法的効果を定めるべきである。保証の情誼性、無償性、軽率性に照らせば、説明義務や情報提供義務は契約締結の際に債権者に求められる主要な義務であることから、保証における説明義務や情報提供義務は、一般的な説明義務や情報提供義務と比較して、特殊な類型として、効果についても単なる債務不履行責任とは別個の効果を定めることも可能ではないか。また、主債務者の信用情報に関する債権者の守秘義務については、通常は、主債務者において保証人を依頼するという形態が一般であることから、主債務者の黙示の同意があると解釈することや、保証人保護の観点から、主債務者の信用情報に関する保護の要請に優位すると考え、信用情報の開示が違法性を有しないと解釈することで対応できないか。（堂島有志）
- 保証契約締結の際の十分な説明、主債務者の資力に関する情報提供等の保証

人保護のための方策を明文化すべきである。説明義務については、すでに金融庁監督指針等で貸主の説明義務・意思確認義務が詳細に定められており、民法上の法的義務とすることに弊害はない。加えて、裁判例においても、保証協会に主たる債務者の状況につき錯誤があったとして保証契約の成立を否定した事例（東京高裁平成19年12月13日）や、保証人が主債務者の破産申立てによる期限の利益喪失を知らないまま、債権者との間で保証期間その他の保証条件を変更する合意をした場合に、当該合意が錯誤により無効とされた事例（大阪地裁平成21年7月29日）、融資の時点で短期間に倒産に至る破綻状態にある債務者のために締結した連帯保証契約には動機の錯誤があり債務者が破綻状態にないことを信じて連帯保証する旨の動機も表示されているとして連帯保証契約が要素の錯誤により無効とされた事例（東京高裁平成17年8月10日）等がある。これらの裁判例は、実際には説明義務違反や不実表示がなされた事例について、動機の錯誤論を利用して、保証契約を無効としている。とすれば、この場合に無効あるいは取消権を認めることに何ら不都合はない筈である。現行民法では保証は書面によることとされているが書面の交付までは求めている。保証人への書面の交付を要件とするとともに、保証の慎重な手続のためには電磁的書面による保証は禁止すべきである（一定以上の金額の保証より禁止することも考えられる）。保証人が情義性などから安易な保証契約に拘束されないために書面交付後相当期間における保証契約の撤回権（クーリングオフ）を認めるべきである。（福岡弁）

- 過大な保証が原因で保証人の生活破綻に陥ることが多数ある現状に鑑み、債権者による説明義務、主債務者の資力に関する情報提供義務の導入はもとより、それに違反した場合の取消権も認めるべきである。さらに、説明義務を尽くせば、過大な保証でもその有効性を認めるとすれば、保証人の保護は十分ではない。そこで、比例原則による規制、適合性の原則による保証契約の無効や撤回権などを認める必要がある。また、一定額を超える保証契約の締結については公正証書を作成すること、契約書の一定の重要部分について手書きを要求することについても賛成である。（弁護士）
- 消費生活相談の中で、様々契約の連帯保証人になってしまい、その責任の重さを知らず、自分にとって利益のない取引に巻き込まれる被害が増えている。住宅ローンの「親子リレーローン」は、過大な債務を本来1人では契約できなかったはずの過大な債務を追わせることになり、一方が債務不履行になった場合、共倒れどころか、一家離散という悲劇も生んでいる。融資を行った銀行や金融機関だけが守られるしくみとして、個人が保証する制度は廃止してほしいから、見直しには賛成である。（個人）

- ①保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人がその知識や経験に照らして保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりするなどの方策を採用することは賛成である。②一定額を超える保証契約の締結には保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことや、保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを要求すること、過大な保証の禁止を導入すること、事業者である債権者が上記の説明義務等に違反した場合において保証人が個人であるときは、保証人に取消権を与えることなどの方策を採用することは賛成である。③過大な保証の禁止義務に対する違反の効果としては、契約を無効とすべきである。④また、保証人の説明義務の前提として、保証人の知識・経験・財産の状況・契約の目的・意向等について当該保証契約をなすにふさわしいか否かを審査する適合性の原則を導入すべきである。そして、適合性原則に違反する保証契約は無効とすべきである。⑤さらに、保証人が情義性などから安易な保証契約に拘束されないために書面交付義務を課すとともに、書面交付後相当期間における保証契約の撤回権（クーリングオフ）を認めるべきである。（日弁連消費者委有志）
- 適合性の原則（金融商品取引法40条、貸金業法16条3項等参照）を導入すべきである。債権者に説明義務・情報提供義務を課し、義務違反には取消・解除権を認めるべきである。保証契約書の交付を要件とするとともに、保証契約書交付から相当期間における保証人の撤回権を認めるべきである。保証契約書については、重要事項について保証人が手書きすることを要件とするとともに、一定金額以上（例えば100万円以上）の保証契約については保証人本人が公証人のもとに出頭して作成する公正証書によることを要件とすべきである。保証人の支払能力を超える過大な保証契約を禁止すべきである（貸金業法13条及び13条の2参照）。（保証被害会議）
- 特に説明義務（将来の負担の可能性の程度などを含めて）や保証意思の確認（手書きの署名、公正証書など）を拡充すべきである。（弁護士）
- 保証人保護を重視した規定を設けることを保証制度の大前提に置くべき。その前提の下、保証契約の債権者につき、保証人に対する保証の意味、保証契約や主債務者の資力に関する情報の内容に関する説明及び金銭消費貸借契約等の契約関係書類の写しの交付、また保証人が実際に保証債務を履行することになった場合の債権者側の保証債務の回収方法や保証債務の返済方法等に関する説明を義務化する規定を設けるべき。過大な保証を禁止するため、保証契約を締結するに際して、保証人となる者の資力要件等を厳格化すべき。また、事業者である債権者が事前の説明義務等に違反した場合において保証人が個人

- であるときは、保証人に取消権を与えることについて賛成する。ただし、取消権の行使期間については、慎重な検討が必要と考える。(滋賀県司書・勉強会)
- 自身の業務で多重債務相談を受けているが、保証人は、自分自身の資産について判断したり十分な説明をうける前に、親族、義理、人情、当事者間の力関係などによって断り切れずに引き受け、借金の保証人になったことをきっかけとして自己破産に至るケースが多く見受けられる。債権者が保証人に対し、その知識や経験に照らして保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付け、違反した場合には保証人が個人である場合に取消権を与えることは賛成であるが、個人が保証する制度そのものを継続するののかについて、検討頂くことを要望する。個人が保証する制度は、廃止する方向で検討すべきと考える。(消費生活センター相談員)
 - 債権者に保証人が保証の意味を理解するのに十分な説明をする義務を課すことには賛成であるが、個人保証のみに限定した規定とすることも考慮すべきである。ただし、この義務について、(契約成立に際する説明義務をどのように取り扱うかとも関連するが、)違反の効果をどのようなものとするかについては、さらに検討を要する。他方で、代位弁済のリスクを熟知している信用保証協会等の機関保証人が行う保証の場合には、説明義務まで課すことは不要と考えられる。主債務者の資力に関する情報提供義務については、主債務者の信用情報に関する債権者の守秘義務などとの関係、提供すべき情報の範囲及びその正確性の担保を考慮し、慎重に検討すべきである。また、資力に関する情報としてどのような情報を要求し、その正確性を如何に担保するかといった技術的な問題もあり、慎重な検討を要する。説明内容の公正証書化については、その有用性は認めるが手続が煩雑であり現実的ではないと思われることから、慎重に検討すべきである。手書きによる重要部分の記入を検討することについては、個人保証の場合に限り、特に異論はない。一定の重要部分について手書きを要求することについては、記載した文言内容の解釈などをめぐり、逆に後の紛争を生じさせる契機にならないかといった懸念もある一方で、個人保証の場合には、保証名義の真正が担保されたり、保証人の真意がより明確になったりする等、一定の有用性が認められるとも思われる保証禁止の導入については、具体的な条項の規定が技術的に困難であることから、導入の是非は慎重に検討すべきである。保証契約等締結にあたって、さらに貸金業法や割賦販売法における過剰与信に対する規制を参考として、保証人の返済能力を調査する義務を課すことも考えられるが、保証契約全般に適用される規定として具体的な義務や返済能力をどのように定義するかは技術的に困難であり、導入の是非は慎重

- に検討すべきである。説明義務違反等の効果として取消又は無効を認めることについては、理論的問題、法律関係の不安定化が懸念される一方で、単なる努力義務にとどめることでは説明義務等の実効性を担保できるのか疑問があるため、慎重に検討すべきである。なお、当会の消費者問題対策委員会からは、個人保証については全面的に廃止すべきであるとの強い意見が出されている。説明義務等に違反した場合において取消し又は無効を認めることは、そもそも意思表示に瑕疵がないにもかかわらず説明義務違反のみを理由としてそのような効果を導くということで理論的な疑問がありうる。また、そのような効果を規定する場合、保証を巡る訴訟の増加など法律関係の不安定化を招来することもなりかねないといった懸念がある。一方で、単なる努力義務に留めてしまうと、敢えて説明義務等を課した実効性を担保できるのか疑問がある。(二弁)
- 保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人が保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりすることは、検討の必要がある。また、保証人保護の方策としては、消費者信用と事業者信用（その中でも第三者保証と経営者保証）を分けて、たとえば消費者信用における個人保証は禁止し、事業者信用における第三者保証を制限するなどのきめ細かな対応が必要である。また、期限の利益喪失約款により期限の利益を喪失させる前に、保証人に対する催告等の義務付けを行うべきである。(親和会)
 - 保証人保護の観点から、一定の説明の必要性は認めうるとしても、説明内容については保証の基本的枠組みと保証対象となる主債務の内容等にとどめるべきではないか。「保証人の知識等に照らし十分な説明」まで規定することは、一般法である民法で決めるべき問題ではなく、個々の取引ごとに個別特別法でそれぞれの保証人の責任の程度等に照らし「十分な説明」がきめられるべきである。また、説明書面の公正証書化や手書きを要求すること、保証人に取消権を与えることなどについては、取引上過度の負担を強いるものではないか。少なくとも賃貸借についてはそのような対応は非現実的である。(全宅連)
 - 保証に関する契約条項についても不当条項規制に服させるべきである。(広大有志)
 - 保証の意味に関する説明義務を規定することについては、保証人が個人である場合に限り、賛成である。主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを債権者が負うとすることは、債権者にとって過度の負担となりうるもので、反対である。より具体的な提案である、一定額を超える保証契約の締結には保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことや保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを要求することについては、これら

によるメリットが果たしてどこまであるのか不明であるので、反対である。過大な保証の禁止については、貸付人に対する業規制で取り締まるべき問題であり、民法に取り入れることは反対である。一定の場合に説明義務違反の場合の取消権を認めることについては、異論はないが、上述のとおり、そもそも債権者に説明義務が課されるのは、保証人が個人である場合に限られるべきである。（長島・大野・常松有志）

- 保証契約締結に際して、①契約文言の平易化、②情報提供義務、③保証人に対する過大な責任負担の禁止、を明文化することが検討されているが、いずれも努力義務にとどまるものとするには反対である。これらの規定が努力義務にとどまるとされる以上、裁判実務上は「努力義務に過ぎない。」として排斥されるおそれが高く、かえって保証人の保護を弱める危険性がある。したがって、債権者については、保証人に対する情報提供義務および過剰保証禁止義務を課すとともに、かかる義務に違反し、過剰な保証を行った場合については、保証契約そのものを無効とすべきである。（弁護士、弁護士）
- 保証制度が経済的弱者に与える悪影響を阻止するためには、個人保証人の責任を制限するなど、保証人保護の拡充を図る必要がある。保証契約締結の際、債権者に説明義務や情報提供義務を課すことについては、基本的に賛成する。特に、事業者でない個人が保証人となる場合には、保証の意味を十分に理解しないまま保証に同意してしまう例が後を絶たないことから、債権者に保証制度に関する説明義務や債務者の資力に関する情報提供義務を課すことが必要である。その際、保証を業とする者に対する説明義務等は、場合によってはこれを免除できるような規定振りにすることが望ましいと考えられる。一定額を超える保証契約の締結に、保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことや、保証契約書における一定の重要部分について保証人の手書きを要求することについては、基本的に反対する。ただし、電磁的記録に書面と同様の効力を認める現行民法の規定では、電磁的記録による保証契約の締結時における保証人の意思確認措置が不十分であることから、一定の意思確認措置を義務づけるべきである。説明の内容に関する記録は書面や電子取引等取引の実情に応じた多様な形態が許されるべきであり、公正証書や手書きといった特定の形態を強制することは、保証人保護の施策としての実効性にも疑問があるほか、取引の硬直化を招くことは明らかであるため、賛成できない。過大な保証の禁止を導入する考え方には、基本的に賛成する。特に個人の保証人は、保証契約によって経済的利益を受ける関係にはないことから、基本的には支払能力のある範囲内で保証債務を履行させればよく、保証債務の履行によって経済的破綻を強いられるような法制度は容認すべきでない。これに違反した保証については、裁判

所の判断により保証人の責任を縮減するといった制度を設けることが望ましい。事業者である債権者が説明義務等に違反した場合において保証人が個人であるときは、保証人に取消権を与える考え方には、基本的に賛成する。（弁護士）

- 保証の意味の説明に関しては、仮に説明を義務化する場合であっても、保証人の属性（個人保証か保証会社による保証か等）に応じて差異を設ける必要があると考える。また、主債務者の資力に関する情報提供義務には、債権者によって資力の判断に必要とする情報は異なっており、資力に関する情報を法で一律に定めるのは実務に馴染まず、経済取引活動に支障をきたすおそれがあり、資力の判断のために信用情報機関の情報を照会するが、当該情報を保証人に開示することは、個人情報保護法との関係でも問題があるため、賛成できない。（自動車リース連）
- とりわけ個人の保証人が、およそ支払うことが不可能であると考えられる多額の保証債務を負担することで、その生活が破綻し、自殺するという深刻な社会的事実があることを踏まえると、保証人保護のための制度を広く認めることは大賛成である。保証契約締結時の説明義務を課すこと、主債務者の信用情報を開示させることについても、賛成する。債権者に対して、主債務者の信用状態についての情報提供義務を課すことは現在の実務状況からしても、問題はない。また、保証人保護の具体的な方法として、一定金額を超える保証契約の締結につき、フランスの保証人保護の諸制度にならって公正証書を作成することを要求すること、保証契約書における重要な部分に保証人に手書要件を課すことについて賛成する。さらに事業者である債権者が、個人の保証人に対して、上記義務に違反した場合に、取消権を与えるなど、法的効果を付与すべきとの意見が多数である。（日弁連）
- 法人の債務の個人保証の問題について、保証人が想定外に多額の保証債務を負うことがないようにするための保証人保護の方策について、更に検討すべきである。なお、個人保証については、保証人にとって経済的利益がある場合のみ限定して認めるべきであるとの意見があった。（山口県弁）
- 個人保証人の保護強化は、従来の流れに則するものであり、また企業法務に携わる者としても、社会的公正の観点から、重視すべきものとして賛成である。しかしながら、「十分な説明」といってもどこまで説明を尽くせば十分になるのか不透明であり、要件が明確でないと、実務が安定しない。主債務者の資力に関する情報を債権者が保証人に提供することは、主債務者が個人であれば、個人情報情報を債権者に提供し、しかもそれを第三者に流すことを容認するかどうか判然とせず実効性のあるものとなるか不透明である。法人による保証及び主

債務者が法人である場合のその代表者（それと同視できる者を含む）による保証については、個人保証人の保護の問題とは別であり、そもそも、主債務者の資力に関する情報を提供する必要がなく、不必要なものについて債権者に新たな義務付けを強いるのは、経済活動を非効率にするので反対であり、現行維持を求める。なお、個人を取引先とする業界からは、主債務者の資力の情報を保証人に提供するよう債権者に義務付けること、保証の意味の説明を義務付けること、その他の保証人保護策のいずれにも反対であるとの意見が出されている。個人相手の場合、債権者でさえ、主債務者の資力を正確に把握していないからである。（法友会）

- 保証人保護の拡充の必要性を認識して、自然人保証人を原則廃止とする意見がある事も踏まえた上で検討するべきである。日本は従来家を単位として、その中で様々に各人が抱える問題を保障してきた社会であり、個人の自我の確立を志向する現代においてもその名残は欧米各国に比べて色濃く残っているものと考えられる。そうした状況の中で、保証を本来であれば利用すべきでないような場合にまで利用するなどによって、一般市民が保証人としての責任及びそのリスク等について考慮しないまま保証人となり、結果として生活の破綻に追い込まれる場合があり、自殺を引き起こす原因の一つとして見逃せない報告がなされている。この様な弊害の面をしっかりと認識したうえで慎重な検討がなされるべきである。（東京青司協）
- 保証人保護の必要は、どのような主債務のどのような保証であるか等で大きく異なる。従って、金融の円滑化に配慮しつつ、主債務の内容、保証条件等の個別の事情に応じて、保証人保護のため必要・合理的な制限・手続きになるよう細かな条件設定をすべきではないか。個人保証人保護の要件として、経営への関与を要件とする場合、個人の経営への関与の方法は様々であるため、代表者や株主などの形式的な基準のみでなく、実質的な関係を加味し、かつ、対象範囲が明確となる要件を慎重に検討いただきたい。保証人に対して、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供すべきとの意見もある。しかしながら、債権者は、基本的には決算書等の主債務者から提供された情報に依拠しており、かつ、主債務者の資力を調査できる機会・資料は限られていること、仮に、主債務者提供の情報を保証人に情報を提供したにもかかわらず、その情報が虚偽であった場合にまで、保証契約の効力を否定すれば、債権者に過大な調査義務（コスト・時間）が課されることになること、守秘義務と抵触することにもなりかねないことから、実務上対応可能な内容となるよう、慎重に検討いただきたい。（オリックス）
- 保証人に対する説明義務・情報提供義務については、基本的には賛成との意

見があった。しかし、義務違反の効果をどのようなものにするかについては慎重に検討すべきであることや、保証人の性質（個人又は事業者、保証協会等）に関わらず一律とすることの妥当性についても検討すべきであるとの指摘がある。特に後者についてであるが、保証人保護の論点は、弱い保証人を前提とした議論である。これに対し、例えば親会社保証やプロ保証などでは、必ずしも保証人保護の要請は働かないとの指摘があった。加えて、保証が有償か無償かによっても差異があるとの指摘もあり、これに関係して経済的合理性の観点から無償の保証契約を認める必要性がないのではとの指摘もあった。さらに、債権者が債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けることについては、その提供すべき情報の範囲がどこまで及ぶことになるか検討が必要である。また、保証人の方が債権者よりも主債務者とその関係が強く、より多くの情報を有している場面も想定されるため、必ずしも情報提供を義務化すべきではないのではないかと指摘もあった。さらに、金融機関には守秘義務があり、主債務者の同意を得なければ保証人に対して情報提供をできない事態も想定されるため、情報提供を義務化することによって主債務者の同意を得られない限り情報提供義務違反に直結することになりかねず、この点にも配慮が必要である。公正証書化や重要部分の手書化については、有用な場面はあるが、手続としては煩雑に過ぎる面もある。個人保証については手書きの導入の検討に異議はない。過大な保証の禁止については、これを検討することに異議はない。ただし、仮に違反の効果が取消し又は無効等として、保証契約の無効取消事由が増加することによる取引の安全性についての懸念がある。また、事業者保証と個人保証の違いにも留意すべきである。説明義務違反の効果については、意思表示に瑕疵がないにもかかわらず、説明義務違反のみを理由として取消し又は無効とすることは法律関係が不安定となるおそれがあり、慎重に検討すべきである。（パブコメWG）

- 保証契約締結の際、債権者に対して債務者の資力その他債務者の情報を保証人に通知する義務を課すことは、そうした義務を課す必要性や義務を課した場合の問題点を踏まえ、慎重に検討すべきである。債務者の資力等は契約締結後に変化するものであるから、保証契約締結時点における保証人の資力を通知することにどれほどの意味があるのか疑問である。むしろ、保証人が通知を受けた情報に引きずられ、その後の状況の変化を反映しない誤った認識を持ちかねないという問題がある。また、金融機関は、守秘義務を前提として、債務者から各種情報を提供されているが、情報提供義務の範囲が不明確な場合、守秘義務と情報提供義務の間で義務の抵触が生じるおそれがある。なお、保証の多くは、債務者からの保証委託に基づくものである。したがって、一般に債権者

よりも保証人の方が債務者と近い関係にあり、保証人は債務者から情報を得ることが可能であるし、現実には債権者より保証人の方が債務者の状況を詳しく把握している場合が多い。その意味でも、債権者に情報提供義務を課す必要性は乏しい。仮に債権者に対して説明義務を課すとしても、説明義務違反があった場合に、保証契約を無効としたり、保証人に取消権を与えたりする効果を与える提案は、債権者に与える影響が大きいことから慎重に検討すべきである。仮に説明義務を債権者に課すとした場合、説明義務違反の効果として保証を無効原因や取消原因とすると、債権者は完全に保証を失う結果となる。かかる効果まで認めることは、債権者の義務違反の程度と比較してバランスを欠くものと思われる。過大な保証の制限は、規定を設けるとしても努力義務にとどめるべきである。過大な保証といっても、「過大」か否かの線引きが極めて困難である。線引きが難しい中で、過大な保証の効力が否定されると、債権者が貸し出しに慎重になり、必要な金融を受けることができなくなるおそれがある。また、経営者保証の場合には、経営者個人の資力を超える保証となる場合が多いと考えられるが、責任を持った経営を確保し、また会社の資産と個人の資産の区分が必ずしも明確でないような中小企業等において債権の保全を図るといふ経営者保証の趣旨から、これを無効とすることは妥当でない。(経済法令・研究会)

- 保証契約締結の差異における保証人保護の方策については、実質において保証と類似の機能を果たすことができる他の契約とのバランスなども考慮して検討することが適切である。いわゆる好意保証について、合理的な保証人保護を図る必要性があることは認識しつつも、保証が信用補完の制度として活用されている現状に照らせば、保証契約締結についてのみ要件を厳格化することは、結果として、例えば条件付贈与契約、条件付債務引受契約など、他の契約形式によって実質的に保証と類似の効果を達成することをもたらすおそれもある。(弁護士)
- 保証人に対する説明義務や情報提供義務に関する規定を設ける場合の留意点として、保証を業とする者に対する説明とそうでない者に対する説明との違いや、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することが守秘義務に反することにならないかを検討する必要である。また、一定額を超える保証契約の締結には、保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことも検討されるべきである。(日大民研・商研)
- 検討することに異論はなかったが、次のような意見があった。条文化にあたっては、説明義務の具体的内容や説明義務を負担すべき者について、疑義が生じないように十分配慮すべきである。特に、説明義務違反の効果として保証契約

等の取消し・無効を認める場合は、説明義務の不履行を理由として保証契約の効力を争う事案が増えると予想されるから、要件の明確化には一層注意を払うべきである。説明義務・情報提供義務違反が保証契約の瑕疵をもたらすという仕組みを構想する場合、義務違反の結果もたらされる保証人の意思の瑕疵を問題とするのか、義務違反をした債権者に不利益を負わせて保証契約の適正化を意図するのか整理する必要があるのではないか。前者の場合、一般の契約締結における意思表示の瑕疵と異なる類型の瑕疵を設けることになり、意思の瑕疵を理由に無効、取消しの効果が生じるのであれば、他の契約類型とのバランスを失すと思われる。また、保証契約を含む複数の契約を同時に締結した場合には、契約類型によって意思表示の瑕疵の内容が異なることになり、不自然であると思われる。後者の場合、義務違反の基準を客観的に設けられるのであれば、事務的な処理にはなじむと考えられる。しかし、義務違反に基づく保証契約の瑕疵が問題にされるのは、主債務者に破産等のトラブルが生じた場合など、保証契約締結に伴う責任が顕在化したときであると考えられるが、説明義務あるいは情報提供義務が尽くされていれば保証契約が締結されていなかったであろうとの因果関係も明らかでないまま、その段階に至って瑕疵の主張を許すことは、意思表示の瑕疵なく保証契約を締結した保証人に、事態の推移をみて責任を免れる途を選ぶ機会を与えることになり、事案の適切な処理をもたらさないのではないかと考えられる。したがって、保証契約の適正化という目的で要件を設定するのであれば、事後規制的に裁判所が判断するのではなく、説明義務の履行の程度を問題とせず、形式的な要件を加重して、これを効力要件と結びつける事前規制型が適切ではないか。（最高裁）

- 平成16年改正の際の附帯決議に盛り込まれた保証人に対する説明や情報提供の義務付けの実現については、保証を業とする者に対する説明とそうでない者に対する説明との違いを踏まえた検討や、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することが守秘義務に反することにならないかの検討する必要である。また、保証契約書における一定の重要部分について保証人の手書きを要求すること、過大な保証の禁止を導入することなどは検討に値するが、保証人保護のための詳細な規定を設けると、制度全体が重くなってしまい、企業金融に支障が生じかねないことに留意する必要がある。（弁護士）
- 保証人である個人の保護を図るための各種方策を検討する場合も、個人事業主または中小法人の経営者本人の取り扱いは従来どおりとし、個人とは一線を画すべきである。保証人である個人の保護を図るための各種方策を講じる際に、個人事業主または中小法人の経営者本人の取り扱いが個人保証として区分された場合、現行の金融実務を阻害する要因となり結果的に必要な金融サービス

を個人事業主または中小法人が円滑に受けることの障害となることが懸念される。ゆえに慎重な検討が必要である。特に、損害保険会社が取扱っている保証保険・保証証券においては、物的担保を前提としない経営者本人（または関係者）の連帯保証を取り付ける場合があり、保証人である個人の保護を図った結果、継続的な保証の提供ができなくなる懸念がある。（損保協会）

- 保証人を保護することは、重要であり、何らかの方策を講じること自体に反対するものではないが、①提案内容の導入は実務上の事務処理に大きな負担となるおそれがあり、特に非対面で保証契約を締結しようとする場合に、実行可能性の観点で問題が顕在化しかねない。他方で、対面でなければ保証契約が成立しないとなると、保証が金融で果たしている役目を阻害することに繋がりがねない。②金融業においては、既に各種業法等で保証人に対する説明義務が課されているため、当該各種業法と民法で整合性やバランスが取れたものになるかが不明である。③保証人と主債務者とは人的な関係が密であることが多く、債権者が情報提供等を行うよりは、主債務者自らが行う方が効果的である。主債務者の資力に関する情報を債権者が保証人に提供することは、主債務者が個人であれば、個人情報や債権者に提供し、しかもそれを第三者に流すことを容認するかどうか判然しない。④どこまで説明を尽くせば十分になるのか不透明であり、要件が明確でないと法的安定性を欠く。⑤過大な保証の禁止について、「過大」を一律に定めることは、個人及び事業者の経済活動を阻害することになる。以上の①から⑤までのような懸念があるから慎重な検討をしていただきたい。また、保証人保護の方策を検討するに際しては、保証人が個人である場合と、保証人が業として保証を行う事業者である場合を分けて整理すべきである。業として保証を行う事業者はビジネス上のリスクとして勘案していることから、保証人の保護を目的とした保証人への説明義務や新たな書面の交付義務等は、不要である。個人の保証人と事業者たる保証人とを区別せずに、一律に新たな規制を課して業務量を増やすことは、債権者たる金融機関や保証会社の事務コストの増加を生み、最終的には債務者たる消費者の負担する借入金利や保証料として転嫁されかねない。そこで、保証人保護の方策の対象をどのように設定するかについて慎重な検討をしていただきたい。（消費者金融協）
- 一定額を超える保証契約の締結には保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことや過大な保証の禁止を導入すること等が検討されているが、少なくとも中小企業者向金融においてはこのような規定を設けないこととして欲しい。中小企業金融においては、法人と代表者が実質的に一体を成している場合が多いことから、経営責任を明確にするため代表者の個人保証を求めるのが一般的である。このような状況の下において、説明義務や情報提供義務を一般

化・要式行為化したり、公正証書の徴求や過大な保証を禁止する規定が設けられることとなれば、中小企業者に対する金融の円滑化に支障が生じる虞がある。

(全信保連)

- 保証人保護のための方策について検討するに際しては、保証が金融で果たしている役割を不当に阻害することがないように、かつ業法等により説明義務が課されていることを踏まえて慎重な検討を進めていただきたい。説明義務に違反した場合の保証契約の取消権の創設、過大な保証の禁止の導入については、特に慎重な検討が必要である。保証人の属性にかかわらず一律に保証人保護の方策を導入することについては賛成できない。民法が一般法である以上、保証業者が保証人となる場合も想定すべきであるところ、保証業者について保証人保護規定の適用があるとするのは合理性を欠く。(貸金業協)
- 保証人保護に関する方策については、債務者の信用を補う手段としての保証の重要性も踏まえた慎重な検討が必要であると考えられる。また、保証には多様な類型があり、それぞれ要保護性や保証人保護のための適切な方策が異なると考えられるところ、どのような類型を念頭において保証人保護のための制度を検討するのかを明確にする必要がある。さらに、保証人保護のための制度を創設する場合であっても、それを民法に設けることが適切かという点も検討対象とされるべきである。(TMI有志)
- 債権者に対して、保証人に対する説明義務を課すとしても、債権者は必ずしも法律に精通している人でない以上説明するにも限界がある。また同様に保証人も法律に精通している人とは限らない。保証契約締結に際し、明確な説明義務を課すならば、保証契約をする際の弁護士等法律専門職の同席や法律専門職からの説明義務を課すことが不可欠であり、違反した場合の罰則規定の定めも必要となると考える。そういったことが現実的にできるのか疑問が残る。(司法書士研修生)
- 保証契約の様式を厳格化する等の措置については、円滑な取引を妨げる恐れがある。(不動協)
- 法的義務を課することには反対である。努力義務にとどめるべきである。保証制度は、日本では広く利用されており、経済社会において重要な意義を有している。保証にも様々な場面があり、全ての債権者に対して、保証人が保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けていることは、保証制度全体が重くなり、過剰な法規制である。一方で、保証人保護の観点からは、説明が望ましいという要請があることも否定できない。そこで、法的義務ではなく、努力義務にとどめるのが相当である。公正証書に残すことや、保証人による手書きを要求することに反対である。過大な保証の禁止を導入することにつ

- いては賛成である。ただし、「過大な保証」の要件，定義，基準時を更に検討すべきである。（説明義務及び資力情報提供義務を課すること自体に反対であるから）違反の法的効果として保証人に取消権を与えることに反対である。（一弁）
- 保証債務はその補充性により主債務より重くなることはないため，主債務の契約締結の際に求められる程度の説明義務，情報提供義務を履行すれば足りるはずであり，保証契約に限った特別な説明義務や情報提供義務を課すべき理由はない。また，主債務者の資力は債権者も主債務者から開示された情報を主として自らの責任で判断しており，保証人も判断の材料について保証委託契約締結時に主債務者から直接得る機会がある。さらに，判断結果も営業上の秘密を利用した結果というべきであり，債権者に提供の義務を課すべきではない。（個人）
 - 次の理由から不同意。①検討対象となっている「保証引受契約」と説明責任との整合性が図れない。②保証人に対する説明義務を債権者に課すことは，確認書面を作成する手間を増やすだけであって，保証人の保護に何ら資するところがない。③主債務者の資力に関する情報は，主債務者しか知り得ない情報であって，その説明を債権者に課することは何ら合理性がない。④契約内容と公正証書との内容に齟齬があった場合に却って混乱を来す一方，全く同じ内容とするのであれば説明文書を作る意味がない⑤契約内容を手書きにすることで内容を理解したと擬制することに合理性がない。⑥一般論として何を以て「過大」とするのか，対法人・対個人・対事業者との関係で，要件定義に支障を来すことが容易に想像できる。（会社員）
 - 主債務者の資力に関する情報を保証人に提供する義務を債権者に課すことは，主債務者の態度次第では履行不可能な義務を課されることになりかねない。その結果，説明義務違反として保証債務が無効になったり取り消されるのであれば，企業金融に支障が出かねない。その他の保証人保護のための措置全般に関しても，制度全般が重くなったり，保証契約の無効事由が増加することによって取引の安全が害され，企業金融に支障が出ることから，これらの方策は不要という方向で議論すべきである。（会社員）
 - 国際取引にも適用されるとすれば，説明内容の公正証書化等の保証人保護の加重は，国際的な金融活動の妨げになると思われ，賛成できないとの意見があった。（国際取引有志）
 - そのようなことは，貸金業法で定めれば良いことである。（会社員）
 - 不確定要素を多く含む信用情報について，債権者が保証人に対して説明する場合，多分に債権者の主観的なものとならざるを得ないなかで説明の程度を決

定することは困難である。加えて、債権者、債務者・保証人間の守秘義務についての責任関係も整理されていない状況では対応は困難である。そもそも、債務者の資力に関する情報の提供は、債務者からの信義則に基づく説明が原則であり、債権者の努力義務規定とはいえ法定化するのは反対である。保証契約締結時に保証人の知識・経験に応じた説明の義務化、一定額を超える保証契約の締結については説明内容の公正証書化などが検討されているが、法定化には反対である。事務手続および検査マニュアル等の趣旨に従って充分説明をおこなっているところであるが、説明義務が法律で規定されるとそれを根拠に保証契約の成立を争われる可能性があるなど混乱が生じるおそれがある。保証契約は、法人が保証人になる例も多い。このため、消費者的な個人保証人を念頭において民法に一律の保証人保護方策を規定するのではなく、「消費者」に該当する保証人の保護策を「消費者保護」法制（特別法）で規定する構成が望ましいと考える。（農中）

- 説明義務や主債務者の資力に関する情報提供義務の規定化には強く反対する。なお、規定化の検討に当たっては、説明義務や情報提供義務の内容が保証制度のもつ経済的機能を害することなく、指摘される保証人保護に資するものとして具体化することが可能なのか、債権者が強い守秘義務を負っている場合に、当該守秘義務違反とならないような法的手当てが可能なのかという点について十分に検討される必要がある。現行の実務では、保証契約締結に当たっては、債務者の弁済不能とそれに伴う債権者から保証人への弁済請求等の事態を想定しつつ、保証意思の確認には十全の配慮を払っており、その過程で、保証人の属性に応じた説明を行っているところ、個人に限定するものであっても一律の説明義務を課すことには強い懸念の指摘がある。他方で、契約締結過程において信義則上説明義務が認められることは保証に限らず一般にあり得ることであるところ、個人保証の一部に見られる弊害事例に着目して、保証だけが特に明文で書面を要求する、あるいは説明義務を敢えて規定するというほど危険な取引類型なのか、冷静に議論する必要があるのではないかという指摘がある。そもそも、債権者に説明義務を課すことが、保証人保護として有効なのか、保証制度の経済的機能に着目したときに、それを支える規律として適当であるのかは、単に法理論から導かれるものではなく、実務における一般的な取扱状況を確認することや、規律導入に伴う保証制度の経済的影響の精緻な分析が示されたうえで、規律の選択が行われるべきであるという指摘もある。主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを債権者に義務付ける旨の提案については、実務的な観点から、現状、保証人から主債務者の業況や財務状況等について説明を求められた場合には、守秘義務の観点から、直接主債務者に

対して説明を求めてもらう等慎重に対応しており、守秘義務の観点も十分に考慮する必要があるという指摘がある。また、債務者と深い関係のある保証人が債権者よりも債務者の真の資力を熟知している場合において、どこまで説明が求められるのかという指摘もある。（全銀協）

- 反対する。保証人に対する説明義務の規定を設けることについては、個人対個人の契約の場合もあり、個人にも説明義務を負わせるのか、説明義務違反の場合の効力をどうするのか、という点で、困難な問題が生じる。むしろ、第三者の個人保証を禁止し（事業者に対する貸し付けについての経営者の個人保証については除く。）、機関保証を原則とすることを検討すべきである。（札幌弁）
- 過大な保証の禁止の導入等を一律に民法に規定することについては、賛成することができない。理由は、情義的な個人保証人の保護の必要性は認められる一方、企業間取引においては、代表者を保証人とすることが広く行われており、民法にこのような規定を設け、仮に保証の効果が無効になるとすると、企業間の契約において無効事由が増えて取引の安全を損なう恐れや、取引が萎縮してしまう恐れがあるからである。（産業組織課）
- いわゆる弱者保護の考え方を民法に入れるべきではない。いずれにしても、あらゆる保証契約に適用できる具体的な規定は考えられない。公序良俗の一般規定か、特別法による規定によるべき。（個人）
- そもそもが資力に限界のある個人を保証人とすることに問題がある。「保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人がその知識や経験に照らして保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付け」たとしても、保証人の悲劇は危険を感じながらも主債務者との義理・人情から保証人になるという場合が多いことを考えれば通り一遍の説明をしたからといって保証人の保護が図れるものではない。また「一定額を超える保証契約の締結には保証人に対して説明した内容を公正証書に残す」は、白紙委任状を取り公正証書を作成された零細事業者向け融資の保証人となった人たちの過去の被害経緯を全く無視した検討内容と考える。（消費生活相談員）

(3) 保証契約締結後の保証人保護の在り方

保証契約締結後の保証人保護を拡充する観点から、債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせたり、分割払の約定がある主債務について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えたりするなどの方策を採用するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 2(2) (関連論点) [46頁]】

【意見】

- 債権者に対して、主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせるとの考え方に賛成する。また分割払の約定がある主債務について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えたりするなどの方策を採用するとの考え方に賛成する。これらについて、より具体的には、保証契約締結後一定期間ごとの取引経過明細書の送付義務、主たる債務に履行遅滞が生じた場合の通知催告義務、また根保証契約についてはこれらに加え根保証契約締結後の信用供与に際しての主たる債務者に関する信用状態の通知義務も規定すべきである。なお、機関保証については必要があれば当事者間で別段の合意をすることも困難ではなく、かつ情報提供の必要がない場合もあると考えられることから、保証契約締結後の保証人保護の要請は、機関保証においては適用しない、もしくは特約により排除できることとすることが適当である。(大阪弁)
- ①債権者が債務者の返済状況を保証人に通知する規定、②延滞が生じた場合、あるいは、延滞が速やかに解消されない場合、当該事実を債権者が債務者に通知する規定を設けるべきであり、③分割払の約定がある主債務について、期限の利益を喪失させる場合には、保証人にも期限の利益を維持する機会を与えるための規定を設けるべきである。上記①または②の義務の違反の効果としては、一定範囲の利息や損害金を保証人に請求できないこととすべきである。また、主債務について期限の利益を喪失させる場合には、保証人に通知し期限の利益を維持する機会もしくは期限の利益を回復する機会を付与すべきである。保証人が債務者の返済状況を把握できないために、債権者から突然、期限の利益喪失により多額の保証債務の履行を求められることで、保証人の生活が破綻する事例が後を絶たないことから、保証人にとって想定外の事態を生じさせないためにも、債務者の返済状況を保証人が把握できるための規定を設ける必要がある。また、情誼に流された保証を防止する観点でも、当事者間に、保証契約成立時点に限らず、その後も、一定の緊張関係が明確に存在するのが適当である。具体的には、①債権者は一定期間内に一度は債務者の返済状況を保証人に通知すること(例えば、1年に1回、一定の時期に)、②分割払の約定がある主債務について、債務者の支払いが滞った後、速やかに保証人に通知するといった規定を設けるべきである(延滞の発生には、主債務者が口座入金を失念したなど、支払能力ではなく、事務処理上の過誤に基づくものもあり得る。制度設計としては、延滞発生後直ちに通知するか、1週間などの一定期間内に解消しない場合に通知するという選択はあり得る)。また、保証人との関係では、①の

義務違反については前回の通知から、②の義務違反については延滞発生から、新たな通知を行うまでの前の利息や損害金を請求できないもの（保証人との関係では、当該期間の利息等は発生しないものと看做すので、弁済金は、元本に充当される。その結果、以降、対主債務者債権残高と対保証人債権残高は異なってくる）とすることが適当である。更に、著しい通知懈怠を保証契約の解約告知事由とし、解約後は、保証人との関係では、利息や損害金を請求できない（解約後、解約時点での対保証人債権残高が弁済されれば、保証人の債務は消滅する）ものとすべきである。通知は、原則として、保証人の住所地宛に発信すれば足りるものとするのが相当である。（仙台弁）

- 債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせることや、保証人にも期限の利益を維持する機会を与えることなどについて、保証人保護の観点から、積極的に検討すべきである。（金沢弁消費者委）
- 仮に自然人保証が廃止されない場合には、賛成するが、これによっても、情義的な動機による過剰な保証についての解決は図れない。（司法書士）
- 保証人保護の観点から、債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせたり、分割払いの約定がある場合に期限の利益を喪失させる場合には、保証人にも期限の利益を維持できるような機会を与えるような規定を設けるべきである。ただし、債権者に多くの負担をかけるようなものは避けるべきである。（親和会）
- 主債務者の財務状況の報告義務を強行規定として定めると、実務と乖離する場面が生じ得るため、これらの措置は不要という方向で議論するべきである。（会社員）
- 主債務者が期限の利益を喪失する前に債権者から保証人に対する通知などがあれば、保証人が代位弁済して期限の利益を喪失させないことも可能となる。（弁護士）
- 履行状況の確認（不履行状況の通知）などが必要であると考ええる。（弁護士）
- 我が国と同じく、多くの人々が情実に流されて保証人となり財産を失う事例が問題となった韓国において成立した「保証人保護のための特別法」の規定を参考にすべきである。例えば、同法は、金融機関が債権者として保証契約を締結するときには債務者の同意を得てその債務関連信用情報を保証人に提示することにし、また、主債務者が3か月以上債務を履行しない場合等に債権者が保証人に通知することとするなど、保証人保護を図っている。我が国においても同様の規定を検討する必要がある。（兵庫県弁）
- 保証人が、保証債務の履行を請求される前に、そのリスクを出来るだけ軽減するための方策が検討されるべきである。そのため、債権者には保証人に対し

主債務者の返済状況を定期的に通知する義務を定めるとともに、返済が滞った場合の通知義務も定めるべきである。この点、主債務者の返済能力や返済状況についての情報提供義務については、主債務者の個人情報保護を理由に慎重論もあるが、保証により利益を得る主債務者の同意を取得することを前提とすれば個人情報保護は問題とはならない。その他、主債務者が倒産するなどして期限の利益を喪失した後に、保証人が多額の一括払いの請求を受けたところ、保証人が従前の約定通りの分割払いを申し出てもこれを拒絶され、自宅を差し押えられたなどの事例も散見される。保証の有するこのような問題が、主債務者が倒産や事業再生に着手することを踏みとどまらせているという側面も指摘されることから、分割払の約定がある主債務について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えるべきである。この点、主債務者同様の分割払いが許容されるならば、保証人が破綻を免れる場合も存するのに対し、従前通りの弁済を受けるのであれば債権者にも大きな不利益はない。さらに、共同保証人の弁済状況などを他の保証人が把握できない場合もあり、債権者にこれらの情報提供義務も課すべきである。（日弁連消費者委有志）

- 債権者が保証人に対して負う情報提供義務は保証契約締結時のみならず保証契約締結後も継続するものと理解すべきである。債権者から保証人に対して請求がなされる時点では、既に主債務者が返済を滞り、遅延損害金を含め巨額の負債を抱えている場合が多い。早期に保証人に自らの負担軽減を図る機会を与えるためには、債権者から積極的に主債務者の返済状況を通知する義務を課す必要がある。主債務者の返済状況や支払能力・信用状態の変動は債権者がよく知るところであり保証人がその都度問い合わせることは困難であるから、債権者に通知義務を課すべきである。なお企業間取引（保証人も企業である場合）において例外規定を定めることには反対はしない。銀行や貸金業者の融資では、長期の分割払いとされることが通常であるが、保証人に請求がなされる段階では既に期限の利益を喪失し、遅滞となり、一括払いをしなければならない状態であることがほとんどである。主債務者において分割弁済を要した取引については、個人保証人にとっても分割弁済でなければ返済困難な取引であることが通常であり、分割弁済であれば支払を行うことが可能であるが、一括弁済は到底困難であるということは少なくない。そこで保証人において期限の利益を維持する機会を付与すべきである。（保証被害会議）
- 主債務者が期限の利益を喪失する前に債権者から保証人に対する通知などがあれば、保証人が代位弁済して期限の利益を喪失させないことも可能となる。保証契約締結後の保証人保護のための方策を設けることも必要である。（日大

民研・商研)

- 分割払い債務や継続的取引における債務（例：賃借料の支払い）において、保証人に期限の利益を維持する機会を与えるのは有益であると考えられる。ただし、不動産事業においては、家賃保証会社が賃借人の連帯保証人を代行するケースや賃借人たる法人の個人オーナーが連帯保証するケース等があるが、これらは保証人保護が要請されている貸金保証と内容・実態が異なるものであり、一律に規制を課すことは妥当でないとする。保証人保護は貸金業法等の金融規制法で対応すべきとする。（不動協）
- 保証人が主債務者の返済状況を知らず、長期間経過してから時効完成間際に多額の遅延損害金とともに保証債務の履行を受けるという事例が散見されるので、債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせたり、分割払の約定がある主債務者について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えたりするなどの方策を採用することについては賛成である。（弁護士）
- 債権者に主債務者の返済状況を保証人に対して通知する義務を負わせること、及び分割払いの約定がある主債務者について期限の利益を喪失させる場合に保証人にも期限の利益を維持する機会を与えること、いずれも賛成する。いずれも保証人保護を実現するものである。（法友全期）
- 債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務や、分割払の約定がある主債務者について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えたりするなどの方策を採用することに賛成。保証人は、自らが関知しない主債務者の履行遅滞により期限の利益を喪失し、また、主債務者の経済的破綻により、突然、保証債務の履行を求められるという不安定な地位にある。こうした不安定な保証人を保護し、不意打ちによる予期せぬ不利益を避けるべく、主債務者の返済状況等についての報告義務や期限の利益を維持する機会を付与する規定を設けるべきである。（堂島有志）
- 債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせ、分割払いの約定がある主債務者について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えることを明文化することによって、契約成立後の保証人を保護すべきである。加えて、主催武者の返済が滞った場合の通知義務についても明文化し、さらに、保証人に対する催告と相当期間の経過を期限の利益喪失のための要件とすべきである。（福岡弁）
- 特に異論はない。保証人保護を拡充することに異論はなく、その観点から、主債務者の返済状況に関する通知義務を課したり、保証人にも期限の利益を維持する機会を与えたりするなどの方策を採用することにも特に異論はない。た

だし、前者については、主債務者の信用情報に関する債権者の守秘義務などとの関係を整理する必要がある。債権者と主債務者との間の契約で、主債務者の同意を取り付けることを義務化する方法が望ましいと思われる。（二弁）

- 契約締結後の保証人保護の方策はぜひとるべきである。債権者に対して、主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせること及び保証人にも期限の利益を維持する機会を与えることに賛成である。支払事故が起きたらすぐに知らせて、保証人に負担を最小限にする方策をとるチャンスを与えるべきである。フランスの1年に1回以上の通知義務は参考になる。なお、債権者がこれらの義務に違反した場合には、保証人に対し、期限の利益の喪失の主張や遅延損害金の請求ができない旨の規定を設けるべきである。また、請求額が多額になり、保証人の資力を超える場合には、債権者に分割受諾義務や一定額の免除義務を認めることも検討すべきである。（横浜弁）
- 債権者に主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせることに賛成する。また、保証人に期限の利益を維持する機会を与える等の方策を採用すべきである。保証契約締結後は、主債務者の返済が遅滞するなどの状況が生じて、初めて保証人に対する請求がなされることが殆どであり、個人保証の保証人は、突然保証責任が発生した事実を知ることになる。このような事態を避けるためにも、保証契約締結後の保証人保護の方策は必要であり、その方策としては、以下のものが考えられる。①主債務者の返済状況の通知の義務付け②主債務者が期限の利益を喪失する場合に、保証人が期限の利益を維持する機会を与える③保証人に対する請求の際に、個人の生活基盤を破壊するような履行請求を制限する。また、保証人が履行を迫られた後、保証人について、期限の利益を維持しても、債権者にとっては、当初の弁済がそのまま維持されるのであれば不利益も無いことから、このような制度を認める方向で検討すべきである。（愛知県弁）
- 仮に自然人保証が廃止されない場合を想定すれば賛成するが、これによっても、情義的な動機による過剰な保証についての解決は図れない。例えば、銀行等の金融機関の取引約款は、通常、一回でも約定の分割返済を怠った場合、請求によって期限の利益を喪失する旨の約定が規定されているが、銀行実務においては、約定の分割弁済を怠った場合でも、直ちに請求によって期限の利益を喪失させることはなく、数箇月の滞納の後、内容証明郵便により、一定の期日までに約定の分割返済がなければ期限の利益を喪失させる旨を主債務者に通知し、それでも約定の分割返済がなされない場合に、初めて期限の利益を喪失させる取扱をしている。この金融機関の取扱実務は、主債務者の便宜を考慮したものと考えられるが、この取扱を保証人に対する関係において、法的に規定

し、主債務者が約定の返済を怠った場合でも、直ちに期限の利益を喪失させるのではなく、保証人に対して、一定期間内に約定の分割弁済を維持する機会を与えることは、保証人の保護に留まらず、債権者の利益にも適うはずである。また、主債務者に破産、民事再生の開始決定など、法的に期限の利益を喪失する事由が生じた場合でも、保証人において分割返済の申出があった場合には、再度、期限の利益を付与し、分割返済を認める機会を付与すべきことは上述のとおりである。（青司協）

- 通知義務を負わせること、保証人にも期限の利益を維持する機会を与えること、いずれも賛成する。保証人保護のために認めるべきである。（札幌弁）
- 債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせたり、分割払いの約定がある主債務者について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えたりするなどの方策を採用する方向で検討すべきである。保証人は、主債務者の返済状況などによっては、保証人が早期に弁済をするなどの対応をした結果、保証人の負担が減少する場合もあるので、主債務者が一定期間返済を滞らせた場合などには債権者が保証人に通知することを要するとすべきである。このような義務を債権者に課したとしても、債権者にとって特段の不利益も生じないと考える。主債務者について期限の利益が喪失すると、保証債務の期限の利益も喪失するという現状においては、保証人が分割払いの申し出をしても、期限の利益喪失を理由に、債権者がこの申し出に応じようとしめないケースがあるなど、保証人にとっては極めて不安定な状況に置かれている。（日司連）
- 債権者に主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせることに賛成する。主債務者が期限の利益を喪失した後、相当経過後に、突如として保証人に一括請求される事例も散見され、かかる事例からすれば、保証人に対して主債務者の返済状況を通知することは合理的である。また、保証人に期限の利益を維持する機会を与える等の方策を採用すべきである。保証人について期限の利益を維持しても、債権者にとっては、当初の弁済がそのまま維持されるのであれば不利益も無いことから、このような制度を認める方向で検討すべきである。（日弁連）
- 保証契約締結後においても、債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせ、並びに分割払いの約定がある主債務者について期限の利益を喪失させる場合には、保証人にも期限の利益を維持する機会を与える制度を設ける方向で検討すべきである。債権者が保証人に対して保証債務の履行を求めるのは、主債務者の債務不履行等により期限の利益を喪失した後であることからすれば、債権者は、主債務者が期限の利益を喪失するに先立ち、返済

状況等を保証人に通知させることは、保証人の保護に資する。また、保証人に主債務者が有していた期限の利益を認めても、債権者は、当初のスケジュールに沿った弁済を受けられるのであるから、保証人に期限の利益を維持する機会を与えても問題はない。（東弁）

- 個人保証についてのみ賛成である。ただし、通知義務の発生要件、時期、法的効果について、更に慎重に検討すべきである。保証契約締結後に、債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせることは、個人保証において特に、保証人の保証債務履行の可能性の有無を知らしめ、場合によっては保証人から主債務者に働きかけて主債務者の返済を促す等保証人の保護に資するものである。しかし、返済状況の通知を債権者に課することは、多数の債務者をかかえる債権者にとって事務が複雑化し、過剰な負担を強いることになる。よって、個人保証に限るべきである。なお、保証債務の制限については、判例上、信義則あるいは権利濫用の法理によって、様々な事情を勘案し判断されているところである。（一弁）
- 債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせることは、債権者にとって過度の負担となりうる一方、保証人に与えるメリットもそれほど大きくないと思われるので、反対である。分割払の約定がある主債務者について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えることについては、債権者に過度の負担を与えることにはならず、保証人に与えるメリットは大きいと思われるので、賛成である。（長島・大野・常松有志）
- 保証契約時、主たる債務者の支払状況につきの報告を求めるか否かを定めるとの任意規定をもうけるべきである。保証人にはいつ保証債務を負担することになるかとの情報を得る必要があるから。（広島弁）
- 債権者に主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせることに賛成する意見があったが、他方、債権者にそのような通知義務を課す合理的な根拠がないとの意見もあった。通知義務違反の法的効果による実務上の影響に考慮しつつ、更に検討すべきである。（山口県弁）
- 保証人を保護することは、重要であり、何らかの方策を講じること自体に反対するものではないが、保証契約締結後に債権者が保証人に対して弁済状況に関する通知等を行わせるとした場合には、主債務者が個人であれば、個人情報等を債権者に提供することになり、しかもそれを主債務者が容認するかどうかは判然としない。主債務者の期限の利益を喪失させる場合に、保証人に期限の利益を維持する機会を与えることについても、一律に義務づけされてしまうと、保証会社が保証するような場合にまで、当該保証会社宛の通知等が必要となり

かねないが、このような手当は、業として保証を行う事業者には不要であると思われる。債権者は保証人の居所などを常に把握しておく必要があり、強行規定とした場合は債権者に過剰な義務を負わせることにもなりかねない。通知義務等の新たな規制をして債権者の業務量を増やすことは、債権者たる金融機関や保証会社の事務コストの増加を生み、最終的には債務者たる消費者の負担する借入金利や保証料として転嫁されかねない。（消費者金融協）

- 債権者に対し、債務の返済状況を保証人に通知する義務を課すことは、その必要性を慎重に検討するべきである。機関保証については通知の必要性があるとは思われないし、経営者保証、住宅ローンで同居の配偶者が保証する場合は、そもそも通知の必要がないことは明らかであるから、多くの場合に債権者に無意味な義務を課す結果となる（債権者の事務処理負担が無用が増えるだけの結果となる。それは、当然、金利にも反映されるはずである）。また、それ以外の場合でも、返済状況の通知を受けることを希望する保証人が現実にはどれほどいるのか疑問である。返済状況を知る必要があるときに、保証人が債権者に確認すれば足りるのであり、法律上の通知義務を課す必要性が乏しいと思われる。分割払債務の場合に、保証人に期限の利益を維持する機会を与えることについては、これを強行法規とすることには問題があるので、努力義務とする、または任意規定にとどめる方向で検討すべきである。金融実務上、仮に債務者が期限の利益を喪失したとしても、保証人が分割払を要請した場合、保証人の資力に応じて可能な限り分割弁済を認める扱いがなされており、法律上保証人に期限の利益を維持する機会を与える必要性は現実には大きくない。逆に機関保証の場合、期限の利益を維持する必要はなく、強行規定であるとする、こうした保証に関して余計な事務負担を課すことになる。（経済法令・研究会）
- 特に分割払いの個人補償の場合において、保証人は債務者が普通に支払ってくれればいいわけで、普通に支払っているときまで返済状況を逐一報告する義務を課す必要はないと考える。むしろ、債務者が支払えない場合の保証人の保護を厚くすることが重要だと思われる。保証制度を存続させる場合、連帯保証人であっても、催告の抗弁や検索の抗弁を主張できるようにすることや、債務者が期限の利益を喪失しても、保証人の期限の利益は原則喪失せず、債務者が分割払いをしていたのと同じ条件を引き継いで支払いをいけるような制度を作っていくことが有効ではないかと考える。（司法書士研修生）
- 保証契約締結後の保証人保護について検討する場合には、保証が金融で果たしている役割を不当に阻害することがないよう、かつ業法など他の法令の規律と矛盾することがないよう、慎重な検討が必要である。また、保証業者が保証人である場合には、保証人保護を定める必要はない。好意保証、無償保証の場

合において保証人を保護することが重要であることは認識しつつも、実務上の運用可能性に対する適切な配慮を欠いた保証人保護の方策を導入することは、実質的に保証制度を禁圧することにつながりかねない。およそ保証制度が主債務者の信用を補完し円滑な金融の途を確保する上で重要な機能を有しているものであることに鑑みれば、このような制度設計は妥当でない。（貸金業協）

- 保証人保護に関する方策については、債務者の信用を補う手段としての保証の重要性も踏まえた慎重な検討が必要であると考えられる。また、保証には多様な類型があり、それぞれ要保護性や保証人保護のための適切な方策が異なると考えられるところ、どのような類型を念頭において保証人保護のための制度を検討するのかを明確にする必要がある。さらに、保証人保護のための制度を創設する場合であっても、それを民法に設けることが適切かという点も検討対象とされるべきである。（TMI有志）
- 返済状況の報告は本来債務者が行うべきであると考えられるので、債権者の義務とするべきではなく、規定する場合には、保証人の求めに応じ債権者が主債務者の返済状況を報告することができる旨の規定とすべきである。さらに、当該報告は個人情報保護法や各種業法（守秘義務を定めている場合が多い）等よりも民法が優先適用される旨が明記されなければ債権者は法令違反リスクを常に負うことになるため、この点については更なる検討も必要となる。（個人）
- 検討することに異論はなかったが、民法に規定することが適切か十分検討する必要があるとする意見、保証契約成立後の保証人の保護方策の、債権者と主債務者との関係への影響、主債務者の経済活動への影響への留意が必要とする意見、債権者の加重負担を懸念する意見があった。（最高裁）
- 主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせることについては、慎重に検討すべきである。その趣旨は理解できるが、特に事業者が主債務者となっている根保証債務についてその返済状況を通知させることは、主債務者の財務状況そのものを保証人に報告させることになりかねず、制度として行き過ぎとなる感は否めないと思われる。主債務に分割払いの約定がある場合、保証人に期限の利益を維持する機会を与えることには賛成する。保証債務が保証人の経済的破綻を招くほど過大になるのは、その多くが分割払いの債務であることから、保証人に期限の利益を維持する機会を与える方策は、保証人保護の観点から有益であると考えられる。（弁護士）
- そのようなことは、貸金業法で定めれば良いことである。（会社員）
- 賃貸借における保証人の立場からは、保証の対象が賃料等債務である以上期限の利益等の問題は生じず、よって賃料等の支払状況を貸主が保証人に対し通

知しても、保証人の保護にはつながらないのではないか。この点は、保証人と借主との間の保証委託関係の中で対応すべき問題ではないか。（全宅連）

- 保証契約締結時に主債務者の資力に関する情報や保証契約締結後に主債務者の返済状況等を保証人に通知する義務を、債権者に負わせることが検討されているが、特に事業会社との融資取引の場合、主債務者の信用状況に関する情報を保証人や保証会社に通知することは、債権者の守秘義務を超える行為と想定される。また、通知対象となる情報の範囲が不明確で、金融機関が混乱すると思われることから、反対である。仮に、当該項目が改正されるのであれば、主債務者が債権者に対して自身の資力について虚偽の報告を行っていたため、債権者が保証人に対して誤った情報を通知してしまった場合については、債権者は免責され保証人は保証の責任を負うことを法定化すべきである。（農中）
- 主債務者の返済状況の通知義務については、個人情報保護の観点から問題があり、賛成できない。（自動車リース連）
- 反対である。金融実務においては、保証人は主債務者から委託を受けて保証を行うなど、債権者と保証人との間より、主債務者と保証人との間の方が密接な関係にあることが多いため、債権者が主債務者の情報を保証人に提供する義務を負担するのは実態にそぐわない。債権者が主債務者の返済状況を保証人に通知したり、期限の利益を維持する機会を保証人に付与したりすることは、保証付債権の管理及び回収に当たって過大な負担が生じる。よって、債権者に対して、主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせたり、分割払の約定がある主債務について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えたりする制度には反対である。（サービサー協会）
- 保証は様々な態様が考えられるところ、保証人保護策を画一的に導入することは、全ての保証人の有するニーズに合致するものではなく、かえって保証の経済的機能を損なうことになりかねない。保証契約締結後の保証人保護の方策についても、保証の取引類型が様々であり、実務上、銀行保証等の事業者による保証があることも考慮に入れて検討する必要がある。債権者による保証人への主債務者の返済状況に関する通知義務や、保証人に主債務の期限の利益を維持する機会を付与する規律を導入することの是非は、保証の取引類型によって異なるため、一律の規律導入が必要かどうかは慎重な検討が必要という指摘がある。さらに、債権者に対し主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を課しても、これに実務的に対応できる債権者はほとんどおらず、債権者が当該義務に対応したシステムを構築することは困難という指摘がある。銀行が保証人となるケースでは、本提案に対するニーズがあるのか、債権者においてそのような義務を果たすことが必要なのかという指摘がある。銀行が保証人となる

典型的なケースとしては、例えば、高速道路の通行料の運送業者等の一括払いに関して銀行が道路管理会社に保証する場合や、旅行会社の航空券の発行に関して国際航空運送協会（IATA）に保証する場合が考えられる。このようなケースで、高速道路管理会社やIATAがそれぞれの運送会社や旅行会社の財務の状況について、継続的に銀行に報告する等ということは想定されていない。この観点から、民法に規定を設けることは過重で意味がないという指摘がある。②上記①のとおり、本論点に関して提案されている保証契約締結後の保証人保護の方策については強く反対する。（全銀協）

- 保証契約締結前にこの連帯保証が長期に渡るものと理解していない個人が多いのは、その連帯保証契約自体、連帯保証人になんら関係のない、利益関係すらない契約である場合当然だと思う。消費者は、契約についての教育をいつ、どこで、受けていると言えるのか。連帯保証についての責任の重さを知る機会は、いつあるというのか。教育なくして、義務だけ課すような状況で、長期間、なんら関連のない連帯保証契約に縛られることで、連帯保証人の将来の可能性を阻んでいると言えないか。連帯保証債務からの離脱方法についての検討には前向きに賛成である。（個人）

(4) 保証に関する契約条項の効力を制限する規定の要否

事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項や保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項に関し、その効力を制限する規定の要否について、不当条項規制（後記第31）との関係に留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

- 効力を制限する規定を設けるべきである。（弁護士）
- 事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項や保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項に関し、その効力を制限する規定を設けることについては、賛成である。現状、事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項や保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項(約款)が一般的に多用されているが、これらは、「事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項」などとして、消費者契約法第8条1項等に違反するとさえ評価されるものもある。少なくとも、担保保存義務違反など、事業者たる債権者の落ち度があるにも関わらず、これを全面的、無制限に免除するような規定は無効とされるべきである。（日弁連消費者委有志）

- 担保保存義務免除条項等の効力の制限を検討することに賛成する。合理的な内容のものであっても、担保物の任意処分やリスクスケジュールに関し、保証人の納得が得られず、実務的に苦慮し、法的リスクを懸念することはあるにしても、担保保存に関する善良な管理者としての注意義務を、免除特約で消滅させることは、保証人の利益を蔑ろにする余りにも便宜的なものである。特に、個人的な貸借で、担保保存義務免除特約を締結する例は稀で、専ら金融機関が活用しているものと思われるが、法的なリスクは、司法手続きで、公明正大に解決されるべきもので、司法手続きを回避する制度設計は、社会のあり方として失当である。（仙台弁）
- 不当条項規制との関係に留意しつつ、保証に関する契約条項の効力を制限する規定を設けることに賛成する。いずれも保証人保護を実現するものである（法友全期）
- 事業者の保証人に対する担保保存義務を免除し、保証人の求償権を制限する条項について、これが不当条項に該当するとして効力を制限すべきである。（福岡弁）
- 契約条項の効力を制限する規定を設けることに賛成。保証人に対し主たる債務者の資力を説明させ、説明がなければ取消ができるという仕組みは必要である。ただ、これだけでは保証人の問題は解決しないのであるから、保証内容に関する規制を設けるべきである。（広島弁）
- 特に異論はない。（二弁）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁，兵庫弁）
- 保証人保護の見地から、これを検討することに賛成である。（横浜弁）
- 不当条項を規制する規定を民法に設ける場合には、消費者契約を対象とするブラックリストとして次の①②の条項を、グレーリストとして次の③の条項をそれぞれ掲げるべきである。①事業者が保証人に対し、保証期間又は限度額を一切定めない包括根保証をさせる条項，②事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項，③保証人が保証債務を履行した場合の、主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項（大阪弁）
- 本質的には不当条項規制の問題と考える。（大学教員）
- 事業者の担保保存義務を免除する条項及び求償権の範囲を制限する条項は不当条項として規制すべきである。なお、事業者の担保保存義務を免除する条項により、債権者が主債務者に対して柔軟な取引関係の見直しや経営支援が行えているところ、これが阻害されるという見方もあるようであるが、債権者は保証人の人的責任をそのままにしておきながら、主債務者の責任だけを軽減・免除するという考え方に立脚すべきではない（本来は、主債務者支援と同時に

保証人の負担軽減も図るべきである)。(保証被害会議)

- 現状、事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項や保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項(約款)が一般的に多用されているが、これらは「事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項」などとして消費者契約法8条1項等に違反するとさえ評価されるものもある。そこで、少なくとも、担保保存義務違反など、事業者たる債権者の落ち度があるにも関わらず、これを全面的、無制限に免除するような規定は無効とすべきである。(弁護士)
- 基本的に賛成するが、債権者の担保保存義務については、債権保全の目的に照らし一般的に合理的な行為であれば、責任を問われないものとすべきである。債権者の担保保存義務については、債務者の要請による担保の差し替えや一部解除もこれに抵触するおそれがあり、その全てを規制の対象にするのは円滑な取引に支障を来すという指摘がある。このような問題を回避するため、金融機関では実務上、保証人や物上保証人となる者に対し、担保保存義務を免除する旨の特約を事前に結んでいるというが、特に保証人等の保護という観点に照らし、このような特約の効力を無制限に認めるのは問題が大きい。そこで、債権保全の目的に照らし一般的に合理的なもの認められる行為については、債権者の担保保存義務は負わないものとし、併せて、保証人その他の代位者にとって、これより不利となる特約は無効である旨を条文上明記すべきである。(弁護士)
- 保証に関する契約条項の効力を制限する規定を設けることに賛成する。ただし、消費者又は事業者に関する特則を定める場合は、民法ではなく、特別法に規定すべきである。(東弁)
- 保証人の求償権の範囲を制限する規定等が多数用いられているが、この規定について、個人の場合には、消費者契約法の不当条項規制等との関係が問題となる場合があることは間違いなく、かかる場合について、これを制限することを検討すべきである。個人の保証人保護の観点から債権者の担保保持義務の免除規定や、求償権について検討すべきである。(日弁連)
- 事業者の保証人に対する担保保存義務の免除条項の効力を制限するのであれば、一定の手続を経れば適正な処分とみなす旨の規定を設けるべきである(あるいは処分価格についての指針を定めるべきである)。そのような手当てをしないと、債権者主導で任意売却を行った場合に、残債務の請求訴訟において当該任意売却の適切性が無駄に争点となる可能性がある。これに対して、保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の行使を一切認めないような特約の効力を制限することには一定の合理性があると思われるも

の、保証人の一部弁済があった場合に、保証人の求償権よりも債権者が優先される旨（もしくは全額の支払があるまで求償権を行使しない旨）の特約については、効力を制限する必要はないと考える。そもそも、保証人は、主債務者の債務の履行を担保するために保証契約を結んでいるため、保証人よりも債権者が優先されることに一定の合理性があり、一部弁済を行った保証人を債権者に優先させる必要性はないと考えられるからである。（消費者金融協）

- 担保保存義務を免除する条項について制限する場合には、担保保存義務違反の有無に関して無用の紛争を生じさせないように、免除が制限されることとなる担保保存義務の範囲内容を明確にすることが必要である。求償権の範囲を制限する条項の効力については、債権者の債権行使が保証人の求償権行使に優先する条項の効力を否定することのないよう、特に慎重な検討をすることが必要である。（貸金業協）
- 実務上、事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項や保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項の効力を制限することが考えられる。また、この問題は、消費者契約法における不当条項規制との関係に留意しつつ、検討する必要がある。（日大民研・商研）
- 保証人について、不当条項規制との関係に留意しつつ、保証人保護の観点から検討すべきである。保証人の求償権の範囲を制限する規定等が多数用いられているが、この規定について、個人の場合には、消費者契約法の不当条項規制等との関係が問題となる場合があることから、かかる場合について、これを制限することを検討すべきである。なお、事業者保証制度を利用した場合、保証事業者が個人保証を求めているが、保証事業者は保証手数料を得ているのであり、この場合の個人保証は禁止されるべきであるという意見があった。（愛知県弁）
- 担保保存義務免除特約や代位権不行使特約は銀行実務上一般的である。例えば、担保保存義務免除特約の意味は、継続的な銀行取引における債務者の営業活動上の利便性を図ること等とされており、判例上も有効と認められている（最判昭和48年3月1日）。本件について検討するに当たっては、特約の実務上の取扱いを踏まえ、その経済的機能に十分配慮する必要があるという指摘がある。他方、担保保存義務免除特約が一定の制限に服することは、判例（最判平成2年4月12日）もあり、実務上十分認識されている。そして、その制限のあり方は、信義則等により取引類型に応じた取扱いが可能と考えられ、規定化により一律の制限が導入されるとすれば実態にそぐわないのではないかという指摘もある。また、代位権不行使特約についても、一部代位の場面を想定して、債務者との継続的取引において債権管理上不利益を被らないよう手当て

するものであり、保証人の権利を著しく害するものではなく有効なものとして理解されているところ、これを制限することの取引上の影響を考慮すべきという指摘がある。上記特約について不当条項規制の対象とすることについては、当該特約が債務者との継続的取引の全体の中でその機能が認められているところ、個別条項のみに着目して不当条項規制により規律することは、実務のあり方との乖離が強く懸念されるという指摘がある。以上のとおり、担保保存義務免除特約や代位権不行使特約の効力を制限する等の規定化には強く反対する。また、不当条項規制の民法における規律のあり方については慎重に対応する必要がある、仮に不当条項規制が導入された場合でも当該特約等を不当条項規制の対象とすることには強く反対する。(全銀協)

- 各条項の効力を制限する規定は不要である。不当条項規制の問題において処理すべきである。(札幌弁)
- 事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項に関し、その効力を制限する規定の要否が検討されているが、そのような規定は設けないこととしたい。担保保存義務免除特約については、最判平成2年4月14日等によりその有効性に限界があることが認められている。金融実務上、担保の差し替えや解除を行う需要は多く、その多くは関係人の同意を得て行っているのであるが、保証人が行方不明の場合等同意を得ることが困難な場合もある。担保保存義務免除特約の有効性の限界については、個々に検討されるべきものであって、明文の規定を設けて一律に決すべき性質のものではない。(全信保連)
- 事業者の概念を民法に取り入れるべきではないから、特別法において検討がされるべきである。(親和会)
- 保証人保護の必要は、どのような主債務のどのような保証であるか等で大きく異なる。従って、金融の円滑化に配慮しつつ、主債務の内容、保証条件等の個別の事情に応じて、保証人保護のため必要・合理的な制限・手続になるよう細かな条件設定をすべきではないか。(オリックス)
- 事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項を制限することには反対である。民法504条の担保保存義務を見直し、法定代位者が免責されるのは、債権者が合理的な理由なく担保を喪失した場合に限定する方向で検討すべきである。民法に事業者・消費者概念を導入することには疑問がある。その点をさておいても、金融実務上、担保の差替えや一部解除は頻繁に行われており、債務者の資産を有効に活用する観点からも、その必要性は大きい。担保保存義務免除特約が否定されると、法定代位権者から、都度、個別に承諾を取らなくてはならなくなるが、承諾を得ないと担保の差替えや解除ができないということになると柔軟な対応が困難になり、ひいては円滑な金融を阻害する

ことになる。そもそも担保の差替えや一部解除は、債務者が、その必要により債権者に要請するものであり、その要請に応じた債権者に担保保存義務違反のリスクを負わせることは不当である。法定代位権者の保護は、債権者が合理的な理由なく担保を放棄した場合に、法定代位権者の免責を認めれば足りる。(経済法令・研究会)

- 無償の個人保証については、年収の3分の1以上の履行を一度に(1年)求めることは認めるべきではない。(弁護士)

2 保証債務の付従性・補充性

保証債務の内容(債務の目的又は態様)が主債務よりも重い場合には、その内容が主債務の限度に減縮されることを規定する民法第448条との関係で、保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばないことをも条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、そもそも保証債務の性質については、内容における付従性に関する民法第448条や、補充性に関する同法第452条、第453条といった規定はあるものの、その多くは解釈に委ねられていることから、これらに関する明文の規定を設けるかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 3 [46頁], 同(関連論点) [47頁]】

【意見】

- 保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばないことを条文上明記することに反対しない。付従性や随伴性に関する明文の規定を置くことに反対しない。但し、確定前の根保証における被保証債務が譲渡された場合の保証債務の随伴性については明文の規定により否定すべきである。(大阪弁)
- 明文の規定を設けることに賛成する。保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても保証債務には影響が及ばないことを条文上明確にすべきである。付従性や補充性に関する明文の規定を設けることは適切である。(仙台弁)
- 保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても保証債務には影響が及ばないことを、条文上も明らかにすべきである。付従性や随伴性に関する明文の規定を置くべきである。(金沢弁消費者委)
- 前段・後段いずれも賛成である。(兵庫県弁, 弁護士, 弁護士)
- 保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばないことを条文上明らかにすること、及び保証債務の付従性や補充性に関する明文規定を設けること、いずれも賛成する。保証債務の付従性及び補充性に関

する纏った明文規定を設けることは、保証人保護及び分かりやすい民法の実現に資するものである。(法友全期)

- 保証債務の付従性および補充性について明文の規定を設けるべきである。現行法上の解釈で判例・学説において争いなく認められているものであり、わかりやすい民法という改正法の基本原則からは、明文化すべきである。(堂島有志)
- 保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばない旨明文化、このほか、付従性や随伴性に関する明文の規定を置くべきである。(福岡弁)
- 明文の規定を設けることに賛成である。保証にかかる法律関係を明確化し、わかりやすい民法にするという観点から、保証債務の付従性及び補充性を明文化することは望ましいことである。(二弁)
- 保証人保護の見地から、付従性や補充性の明文化に賛成である。(横浜弁)
- 保証契約締結後に、主債務の内容が加重された場合に、保証債務に影響が及ばないことについて条文上明らかにすることについて賛成である。また保証債務の付従性や補充性に関する明文の規定を設けるべきである。契約締結後に主債務者の義務が加重された場合に、保証契約が加重されないことは当然であり、これを明らかにする規定を設けるべきである。同様に、付従性や補充性についても、明文の規定を設けるべきである。(愛知県弁)
- 仮に自然人保証が廃止されない場合を想定すると、保証債務の付従性・補充性に関する内容につき明文化すべきであるが、これによっても情義的な動機による過剰な保証の問題についての解決は図れない。(青司協)
- いずれも賛成する。明文化する方が分かり易く、望ましい。(札幌弁)
- 保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばないことを条文上も明らかにする方向で検討すべきである。(日司連)
- 規定を設けることに賛成。(広島弁)
- 契約締結後に主債務者の義務が加重された場合に、保証契約が加重されないことは当然であり、これを明らかにする規定を設けるべきである。同様に、付従性や補充性についても、明文の規定を設けるべきである。(日弁連)
- 保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばない旨を法文化する方向で検討すべきである。保証債務の付従性や補充性に関する明文の規定を置く方向で検討すべきである。(東弁)
- 保証も担保であるにもかかわらず、現行法が内容を詳しく規定していないのは、ひとつには、債権なのだから当事者間で内容を設定すればよいという立場に立つからだと考えられる。しかし、当事者の合意が必ずしも明確でない場合も多く、デフォルトルールとして明確にできる部分は、明確にしておいた方がよい。この

ことは、消費者契約法における内容規制の基準との関係でも有用と考える。(大学教員)

- 仮に自然人保証が廃止されない場合には、保証債務の付従性・補充性に関する内容につき明文化すべきであるが、これによっても情義的な動機による過剰な保証の問題についての解決は図れない。(司法書士)
- 保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばない(保証債務の内容が加重になることはない)ことを条文上も明らかにすべきである。保証債務の付従性や随伴性についても、解釈上明確であるのに、条文上は明らかでないから、これに関する明文の規定を置くことについては、検討すべきである。(親和会)
- 異論はない。但し、前段(保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばないことをも条文上も明らかにするかどうか)については、保証人の同意がある場合を除くことを明示すべきである。(長島・大野・常松有志)
- 付従性については、成立・存続・消滅につき規定の整備が必要と思われる。(日大民研・商研)
- 少なくとも個人保証(無償保証)の場合には、必要である。個人保証(無償保証)の場合には、連帯保証を認めないという方策も検討すべきである。(弁護士)
- 保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばないことを条文上も明らかにすることは、反対しない。保証人が与り知らないところで、主債務の内容が加重されても、保証債務には影響しないと解すべきことについては、争いが無いものと思われる。しかるに、この点についての明文がないために、今後も無用な争いが起きる余地もある。そのため、この点を明文化すべきである。保証債務の性質について、内容における付従性や、補充性に関する明文の規定を設けることは、反対しない。保証債務の付従性については、現行規定上、「債務の目的又は態様において主たる債務より重いとき」としか規定されていない。また、補充性についても、なお、保証人保護のために明文の規定を用意しておく意味がある。保証債務は、主債務の二次的な責任を負うに止まることを確認する必要も高い。(日弁連消費者委有志)
- 検討することに異論はなかったが、あまりに詳細な規定を置くと法律全体の理解を困難にするおそれがあるので、その点を配慮されたいとの意見があった。(最高裁)
- 今後更に検討すべきである。保証人保護の後退となるような提案には賛成できないが、保証債務の性質についてどのような明文規定を設けることが検討されているのか明らかでないという状況では、意見は保留せざるを得ない。(弁護士)

- 主債務者が破産・会社更生・民事再生等により債務の免責を受け、権利変更がなされたとしても保証債務は影響を受けない旨が定められている（破産法253条2項，会社更生法203条2項，民事再生法177条2項）。しかし，主債務者のみが免責・権利変更による救済を受けながら，保証人については何らの救済もなされないことには違和感を感じるころでもある。また保証人を慮る主債務者が法的整理手続を行うことをためらうことにもなり，早期の再生の機会を奪う結果になるとも考えられる。倒産法制の問題とも関連するが主債務者倒産時の保証人保護について，附従性の原則に基づいて一定程度の救済が与えられても良いのではないか。（保証被害会議）
- 契約期間中や更新時に賃料の増減額がなされることがあるが，賃料が増額された場合，その増額幅が合理的範囲内であれば，増額分も保証債務の内容とすべきであり，この点を明文により制限する必要はないのではないか。（全宅連）
- 主たる債務が当事者の合意によって加重された場合には，すでに別の債務であり，保証債務が及ばないことは明らかである。他方，違約金等で加重された場合に，保証債務が及ぶことも，民法の規定上，明らかである。改定する必要はない。（個人）

3 保証人の抗弁等

(1) 保証人固有の抗弁一催告・検索の抗弁

ア 催告の抗弁の制度の要否（民法第452条）

催告の抗弁の制度については，保証人保護の制度として実効性が乏しいことなどから，これを廃止すべきであるとする意見もあるが，他方で，保証人保護を後退させる方向で現状を変更すべきでないとする意見もあることから，その要否について，更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2，4(1)ア [47頁]】

【意見】

- 催告の抗弁の制度は廃止するべきではない。催告の抗弁は，保証人保護に一定の効果があり，他の実効性ある保証人保護政策等ない状態で，廃止することは，保証人保護を図るという見地から妥当でない。また，債権者としても，まず主債務者から支払いを得る努力をすべきであり，先に主債務者に請求すべしというのは，一般人の通常の法感情でもある。（仙台弁）
- 仮に自然人保証が廃止されない場合を想定すると，保証人の催告の抗弁権は存続させるべきであるが，これによっても情義的な動機による過剰な保証の問題についての解決は図れない。（司法書士）

- 催告の抗弁の制度は必要である。(金沢弁消費者委)
- 改定すべき理由があるとは思えない。(個人)
- 保証人保護の観点からは、現状を変更すべきではない。(親和会)
- 実効性が乏しいことが理由であっても、保証人保護の制度をあえて廃止する必要はない。(パブコメWG)
- 保証人保護のための制度をあえて廃止することはない。(弁護士，日大民研・商研)
- 仮に連帯保証制度を残すとしても，連帯保証の場合に催告・検索の抗弁権を認めない必要はないように思われるため，保証人保護を厚くするため，連帯保証人にも催告，検索の抗弁権を認める必要があるのではないかと思う。
(司法書士研修生)
- 少なくとも個人保証（無償保証）の場合には，必要である。(弁護士)
- 保証人保護を後退させる方向で現行規定を変更すべきでない。例えば，ドイツにおいても，単純な保証においては先訴の抗弁が認められており，これを排除するためには書面によって示されることを要するとの規定が維持されている。実務上は，催告の抗弁の認められない連帯保証が大半を占めるとしても，保証の原則的な形態としては，催告の抗弁が認められるという現行規定の在り方を維持すべきである。(日弁連消費者委有志)
- 保証のほとんどが連帯保証とされる現状において，催告の抗弁制度は廃止すべきとの意見も存するが本末転倒である。保証人の一般的な意識としてはまずは主債務者から返済がなされるべきと理解しているし，連帯保証においても債権者は通常はまずは主債務者に支払がなされることを求めている。保証契約はあくまで主債務者が履行しない場合の「担保」であるとするならば，この市民の常識的な感覚を明文化している「催告の抗弁制度」は維持すべきである。むしろ，従来の実務が「連帯」との定めがあるとの一事で催告の抗弁が排斥されていると理解していた点こそ改められるべきである。(保証被害会議)
- 実務上，催告の抗弁権が保証人の保護に全く寄与していないとまではいえないため，あえて廃止する必要はないと考える。(長島・大野・常松有志)
- 外国企業が日本法に基づく保証を行うに際して，検索の抗弁権及び催告の抗弁権の留保を要求する場合がある。(不動協)
- 保証人保護を後退させる方向で現行法を改正すべきではないので，催告の抗弁の制度を廃止することは反対である。(弁護士)
- 検討することに反対である。催告の抗弁の制度を廃止することは，保証人保護を後退する方向での変更である一方，催告の抗弁の制度を廃止しなけれ

ばならないほどの高度な必要性は認められない。(兵庫県弁)

- 現行民法における催告の抗弁制度は維持するべきである。連帯保証が常態であるから催告の抗弁制度存在の意味がないとして、これを廃止すべきとの意見もあるが、連帯保証が常態だからといって今までなんの弊害もない保証人保護のための制度を廃止してもいいということにはならない。むしろ、敢えて連帯保証契約締結の途を選択せずに通常の保証契約締結を選択するケースも少ないとはいえ存在するはずであり、保証人保護の観点からは、そのような場合に保証契約当事者の意思を尊重すべきである。また、保証人の責任が軽減される方向での選択メニューは多数存在した方が保証人保護が厚くなるのだから、催告の抗弁制度を維持すべきである。(法友全期)
- 催告の抗弁の制度を廃止すべきではない。保証債務は主債務に対する関係で補充性を有している以上、保証人としては、債権者が主債務者に対して催告を行い、それに対して、主債務者が債務の履行をしない場合に自らの保証債務の履行をすべき義務があると考えるのが一般的なとらえ方と思われる。また、実務上も、仮に、主債務者が無資力であることが明白であったとしても、まずは、主債務者に対する催告を行うのが通常であり、こうした実務上の運用を殊更に変更すべき必要性に乏しいと思われる。(堂島有志)
- 現行法を維持すべきである。仮に、廃止すれば、保証人保護を後退させることになる。保証人を保護し、補充性を維持するとすれば、催告と検索の抗弁は必要である。(福岡弁)
- 催告の抗弁の制度の廃止には、反対する。保証人保護のための制度である催告の抗弁権について、その実効性はともかくとして、それ以上に廃止すべき特段の理由もないと思われるので、敢えて廃止する必要はないものとする。(二弁)
- 削除に反対である。実効性がないとはいうが、残存させる弊害もなく、保証人保護の理念を後退させる必要もない。国民としては、削除に違和感をもつのではないか。(横浜弁)
- 催告の抗弁を廃止することに反対である。催告の抗弁については、実効性が乏しいとされるが、保証人の補充性の基本的な規定であることから、これを敢えて廃止すべきであるとまではいえない。(愛知県弁)
- 仮に自然人保証が廃止されない場合を想定すると、保証人の催告の抗弁権は存続させるべきであるが、これによっても情義的な動機による過剰な保証の問題についての解決は図れない。保証人の催告の抗弁権については、判例において裁判外の催告で足りるとされており、その結果がどのようなものであったかは問わないとされていることから、実効性に乏しいとの疑問が呈さ

れている。しかし、現実的に利用されている保証契約のほとんどが連帯保証契約であり、債権者としては、催告の抗弁権を排除したければ、連帯保証契約を締結すればすむ問題であること、また、保証人の抗弁権を廃止することは、保証人を保護すべきという風潮に逆行するものであることを考慮すれば、あえて、催告の抗弁権を廃止する必要はない。(青司協)

- 廃止に反対する。保証人保護のためには、催告の抗弁権を存続させるべきである。(札幌弁)
- 制度として存続させるべきである。あえて保証人の地位を引き下げる改正をする必要がないから。(広島弁)
- 催告の抗弁については、連帯保証契約の場合には、これが排除されており実効性が乏しいとされるが、保証人の補充性の基本的な規定であることから、これを敢えて廃止すべきであるとまでは言えないという意見が多数である。(日弁連)
- 催告の抗弁については現行民法の規定を維持すべきである。廃止することには、強く反対する。連帯保証が常態であるから廃止すべきとの意見があるが、保証に関する基本的な規定であり、廃止することは保証人保護にそぐわない。(東弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 保証人トラブルが相変わらず多い現状では、現状よりも保証人保護を後退させることには慎重であるべきではないか。(大学教員)
- 廃止するのではなく、事業者でない個人が保証人であるなど一定の場合には強行規定とした上で、その存続を図るべきである。催告の抗弁権や検索の抗弁権については、これを意図的に排除するために連帯保証が用いられることが実務上通常となっているものの、保証人保護の観点に照らし、これらの抗弁権を特約により排除することは、むしろ一定の場合には認めないものとして規定を整備すべきである。(弁護士)
- 催告の抗弁を廃止することに反対しない。(大阪弁)
- 催告の抗弁については、これを意図的に排除するために連帯保証が用いられるのが通常であることに照らし、廃止する方向で検討するべきである。(会社員)

イ 適時執行義務

民法第455条は、催告の抗弁又は検索の抗弁を行使された債権者が催告又は執行をすることを怠ったために主債務者から全部の弁済を得られなかった場合には、保証人は、債権者が直ちに催告又は執行をすれば弁済を得ることが

できた限度において、その義務を免れることを規定する。この規定について、その趣旨を拡張して、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改めるかどうか、更に検討してはどうか。

また、仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合には、これが連帯保証にも適用されるものとするかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 4(1)イ [48頁]】

【意見】

- いずれも拡張する方向に賛成。(大学教員)
- 仮に自然人保証が廃止されない場合には、賛成する。(司法書士)
- 個人保証（無償保証）の場合には、当該保証人に対する関係では、適時執行義務を強行法的に保障すべきである。(弁護士)
- 債権回収はまずは主債務者から行われるべきであり、これにより保証人の責任軽減が図られるべきであるから適時執行義務の考え方には基本的には賛成である。これに対しては主債務者に対する支払い猶予・経営支援が行いにくくなるなどの反論もあるようであるが、主債務者の支援・救済と保証人の責任軽減は両立させて良いはずである。保証人の人的責任をそのままにしておきながら主債務者のみの支援・救済を行うのではなく、保証人の責任も合わせて軽減してもよいはずであるし、また保証人の責任軽減という効果を伴ってもなお主債務者に対する猶予を行って構わないはずである。債権者が全ての責任を保証人に転嫁することができることを前提に制度設計をするという価値観こそ改められるべきである。(保証被害会議)
- 適時執行義務に関する規定を設けることについては特に反対しない。この規定を設ける場合には連帯保証にも適用されるものとするべきである。(弁護士)
- 基本的に賛成する。また、適時執行義務に関する規定を設ける場合には、これを連帯保証にも適用されるものとするべきである。もともと、適時執行義務に関する規定の内容については、債権者の行為規範として過酷なものになる可能性もあることから、適用範囲を債権者が故意又は重大な過失によって債権回収を不当に遅延させ、これにより保証人の負担を著しく増大させた場合などに限定することも考えられる。(弁護士)
- 債権者に適時執行義務を課すること、これを連帯保証にも適用されるものとすることに賛成する。ただし、その要件については慎重に検討すべきである。保証人、連帯保証人の保護の拡充の観点からは、債権者が債務の膨らむ

のを放置することを許すべきではないから、債権者に適時執行義務を課すべきである。ただし、債務者を当面の危機から救済するために弁済期を延長するなどの対応をしたところ、結果的にかえって信用が悪化した場合に、債権者が適時執行義務違反を問われることになりかねないとなると、早期に強制執行が行われる傾向が生じるなどの弊害の懸念もあるので、その要件については慎重に検討すべきである。(法友全期)

- 適時執行義務を課することに賛成する。期限の利益を喪失した後は、主たる債務者は一括弁済を迫られているのであり、また、債権者はその権能を前提として主たる債務者と弁済を交渉すべきである。とすれば、主たる債務者の期限の利益喪失について帰責性が全くない保証人については、債権者と主たる債務者の交渉などといった自らに関係しない事由により、自己の財産に対する債権者の回収の額や程度が異なるということを正当化される理由はない。よって、適時執行義務を課すべきである。なお、これについては、むしろ主たる債務者に対する債権の回収を阻害するということが主張されているが、仮に、適時執行しなかったことを保証人との間で正当化したければ、債権者が、保証人との間で、新たに適時執行義務を履行しないことの合意を得れば足りることであり、何ら問題はない。(福岡弁)
- 適時執行義務に賛成。抗弁の結果でなくても適時に執行する義務を認めるべきである。適時の解釈は、困難なので、実際に問題にあるのは、保証人に対して請求するために、明らかに債務者に対する執行を放置しているばあいに限るべき。そうでないと、債権者がこの規定の適用をおそれて、余りにも早く債務者に対し執行し再建の可能性を絶ち、結果的に保証人が負担することになってしまい、保証人の保護の意味がなくなるから。(広島弁)
- 仮に自然人保証が廃止されない場合を想定すれば賛成するが、これによっても情義的な動機による過剰な保証の問題についての解決は図れない。債権者は、保証人が責任を負うべき債務を不当に拡大しないよう配慮して行動すべきであり、保証人があることを奇貨として、自らの債権が回収不能となるリスクを漫然と保証人に転嫁するような債権者の姿勢は、許容すべきでないと考えからである。適時執行義務の特約による排除の可否については、いわゆる機関保証については、特約で排除することを認めてよいと思われる。(青司協)
- 適時執行義務を規定するような、保証人保護の在り方については、特に反対するものではない。また、債権者が主債務者に対する権利行使を放置していたために、保証人の責任負担が重くなった場合に、その責任を軽減すべきという価値判断は、連帯保証においても同様であるから、適時執行義務が連帯保

証にも適用されるべきとの意見については、特に反対しない。他方で、このような適時執行義務を明文で規定すると、債務者のリスケジュールの要請に応じた場合に本条違反となることをおそれ、債権者が必要以上にリスケジュールに応じることに消極的となるとの反対意見もある。しかしながら、あくまで債権者が権利行使を放置したと評価される場合にのみ、適時執行義務違反が認められ、リスケジュールの交渉がなされているような状況においては、適時執行義務違反とは認められないという解釈の余地を残しておけばよいと言える。(日弁連消費者委有志)

- 保証人保護の観点から検討の必要がある。(親和会)
- 債権者の主債務者の財産に対する適時執行義務については、保証人保護という目的は十分理解できるものの、これを義務として定めるかどうかについては、慎重に検討すべきである。民法455条は、一定の場合に保証人の責任を免ずる一種の保証人保護のための規定であるところ、適時執行義務は、こうした保証人保護の考え方を推し進め、債権者に主債務者の財産に対して適時に執行する義務を負わせ、これを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合には保証人の責任を一定限度で免ずるとの考え方であり、その目的自体は十分理解できるところである。しかし、現実の実務を念頭に置くと、「適時」の判断は非常に難しく、要件が不明確であるため、債権者は常に困難な判断を迫られることになる。その結果として、例えば、主債務者の一時的な経済的困窮により支払が数ヶ月間滞った場合でも、債権者が主債務者との交渉に応じず、期限の利益喪失を理由に執行を急ぐような事態にもなりかねない。また、個人保証の場合、主債務者と保証人が夫婦や親子等である家族間保証も多いのであるから、主債務者に対する執行を促すことが必ずしも保証人保護につながらない事例も存在する。(兵庫県弁)
- 債権者が、主債務者に対し、適時適切な回収行為を行い、保証人の負担を最小限とすべきことには反対しないが、適時「執行」義務との文言には反対である。これが規定される場合には、連帯保証においても、適用されるべきである。適時執行義務を明文で規定すれば、「強制執行」に債権者が急ぐようになり、主債務者に対する債権回収が厳しくなる。適時執行義務の明文化により、債権者としては、リスケジュールに応じにくくなってしまう。連帯保証には適時執行義務が適用ないことを明文化することで、裁判所が、信義則によって連帯保証人を救済することに消極的になる懸念がある。主債務者に厳しく回収にかかるべきか、主債務者の業績回復を待つべきか、保証人に請求するのは酷なのはどの範囲か等、ケースバイケースとしか言いようがない。個々ケースについてどの事情を重く見るか、どのような救済をすべきかは、

信義則に基づいて判断することが妥当であり、裁判所の解釈に委ねることも仕方のない部分なのではないかと思われる。(横浜弁)

- 債権者が適時執行義務を怠ったために主債務者から弁済額が減少した場合に保証人の責任を免ずる一般的な規定に改めるべきかについては、十分な検討が必要である。(金沢弁消費者委)
- 適時執行義務を、判例のとおり抽象的に明文化することについては賛成であるが、その拡張には反対である。連帯保証にも適用することは賛成する。適時執行義務は、保証人の負担の軽減に資するところがあると考えられるが、債権者に過重な負担を強いるとなれば、強硬な取り立てなどが横行し、かえって債務者保護の観点からすれば不当な結果を招くおそれもある。従って、債権者及び保証人双方にとって公平な解釈ができる条文及び制度である必要がある。とすれば、現行の信義則上認められている適時執行義務の限度であれば明文化することも可能である。しかし、債権者に過重な義務を課すような適時執行義務を明文化・制度化することは妥当ではなく、その意味で、適時執行義務の一般化には反対である。一方、現行の適時執行義務は、検索、催告の抗弁を前提とするものであるが、それを前提としない連帯保証人についても（仮に連帯保証制度を存続させるとすれば）適用すべきであるとの考えは、連帯保証人の保護の観点から妥当であり、国民の法感情にも合致する。(仙台弁)
- 適時執行義務の導入は慎重であるべきである。かかる制度のもとでは、債権者が、債務者に不履行があれば即座に執行するようになり、また、返済猶予等をするにも慎重になる可能性があり、かえって債務者保護にも反する可能性がある。さらに、「適時」の要件の主張立証に困難が伴う。(パブコメWG)
- 保証人に対して、現行法に比べて過大な責任が生じないように十分慎重に検討すべきである。改正原案は、新たに適時執行義務を債権者に課し、これを怠ったために主たる債務者から全部の弁済を得られなかったときは、保証人はその限度でその義務を免れるとするが、上記義務は連帯保証の場合には適用されない、とされており、また、特約による排除も認めている。したがって、あえて明文化することにより、保証において信義則の適用等によって柔軟かつ公平な解決を図ることが現行法よりも一層困難となり、保証人の保護を損なうおそれがある。(弁護士、弁護士)
- 保証人に対する適時執行義務が明文化されると、例えば、金融機関が業績不振の債務者の要請に応じてリスクジュール対応をしたところ、その後の景況もあやかえって信用状態が悪化してしまった場合に、保証人に対して請求

したところ保証人から適時執行義務違反を理由に保証履行を拒絶されるとなれば、融資実務への影響は大きい。リスケジュール時に保証人の了解を逐一求めるとなれば、利害関係人が増えることで適時の合意形成が困難になるおそれがある。保証人保護を強調するあまり、金融機関の柔軟な問題先企業支援や円滑な融資取引が委縮するおそれがあると考え。もし明文化する場合でも、任意規定であること、および「適時執行」の判断基準は、事後的な評価ではなくリスケジュール時の判断の合理性であることを明確にすべきであると考え。(全信協)

- 適時執行義務を強行規定とすると、債権回収に際して主債務者の財産に対する執行を行うか否かについての金融機関の裁量が失われることとなり、柔軟な対応が困難となってしまう。したがって、適時執行義務を規定するとしても、任意規定とし、特約による排除を認める方向で検討すべきである。(信用組合)
- 主債務者の財務内容が悪化したか否か等、いつが適時であったかの判断は、取引や主債務者の実態等で一律に論じることが難しいと思われる。そうである場合に、民法において包括的に債権者に義務を負わせることは、制度の濫用を招きかねない。現行法どおり、連帯保証には適用すべきでない。催告・検索の抗弁又は適時執行義務が連帯保証にも適用されるのであれば、それはもはや「連帯保証」ではなくなる。なお、個人を取引先とする業界からは、連帯保証・単純保証を問わず、債権者に、主債務者に対する適時執行義務を課すことに反対であるとの意見が出されている。(法友会)
- 適時執行義務は認めるが保証人の事前求償権を認めないとしたり、適時執行義務は認めないが、保証人の事前求償権は認めるとするなど、事前求償権の規律とセットで保証人保護のバランスを考えるべきである。仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合には、これを連帯保証にも適用されるものとするべきである。(日大民研・商研)
- 現民法455条よりも適用範囲を拡大するもので、また「適時」の意味が必ずしも明確でないため、より一層、適用範囲が拡大しかねないおそれがある。また、「適時」の意味が不明確であるため、「適時」の内容や評価方法も含めて、その意味内容を巡って深刻な争いが生じるおそれがある。債権者に執行を強制することになったり、過剰な事務負担を要することになる反面、債務者にとって、返済猶予を受けられないという不利益な事態が生じる可能性がある。また、債権者には権利行使の時期について裁量が認められるところ、債権者の判断過程を裁判所が事後的に適切に審理・判断することは困難ではないか。「債権者が直ちに催告又は執行をすれば弁済を得ることができた

限度」についても、訴訟当事者（債権者及び保証人）から提出される限定的な資料に基づいて、訴訟当事者にはなっていない債務者の経営状況や不動産の取引の状況などについて判断する必要性が生じ、保証人が免責される金額を的確に判断することは非常に困難である。これらの事項を判断するために時間がかかり、訴訟が長期化するおそれがある。さらに、適時執行義務を設けた場合には、破産手続に適時執行義務違反が及ぼす影響について検討し、明確化する必要があるのではないか。適時執行義務が生じ得る一場面として、主債務者が破産した際に債権者が債権届出をしなかった場合が考えられるが、破産手続において、保証人が債権全額について求償権の届出をした場合、適時執行義務違反による免責額が配当率によって決まるとすると、求償権の債権額が確定しないことにより、管財人がその対応に困難を来すおそれがあるのではないか。なお、適時に執行されなかったか否かは、個々の事案に応じ、信義則等に照らして判断すれば足りるのではないか。（最高裁）

- 適時執行義務の導入については、慎重に検討すべきである。適時執行義務を認めると主債務者の事業再建等が困難になること等の問題はあるものの、適時執行義務が認められれば、保証人保護に資する面もあるため、債権者が主債務者に対する請求を長期間怠っているような場合に信義則を理由にその権利行使を制限することも含めて、適時執行義務の導入については慎重に検討すべきである。（愛知県弁）
- 適時執行義務を認めると、債権者は、主債務者との間で条件変更等を行うことが困難になり、事業再建等が困難になることや、適時執行の適時の意味を巡って事後的に検討が必要となること等から、この導入に反対する多数の意見がある。他方、保証人にとって、適時執行義務が認められれば、保証人保護に資する場合もあり、これを認めるべきであるとの意見もある。したがって、債権者が主債務者に対する請求を長期間怠っているような場合に信義則を理由にその権利行使を制限することも含めて、適時執行義務の導入については慎重に検討すべきである。（日弁連）
- 適時執行義務を強行法規化すべきという意見もあるが、これに関する規定を設けること及びこれを連帯保証にも及ぼすこと並びにその要件・効果については慎重に検討すべきである。基本的には、保証人、連帯保証人の保護の拡充に資する面もあるが、適時とは事後的に判断する要件となり、その意味について問題が生ずるなど弊害についての懸念がある。（東弁）
- これを認めるのであれば、裁判所が判決を出すまでにかかった時間のために発生した損害は、裁判所の責任とすべきである。特に結審後、判決までの間は、純粹に裁判官の故意による遅延時間であり、本来は結審当日に判決を

言い渡すべきを遅らせているのであるから、その損失を債権者に負わせるべきではなく、裁判所あるいは裁判官個人が負担すべきである。(会社員)

- 検索の抗弁に代えて適時執行義務の規定を設けることは、反対である。ただし、仮に適時執行義務に関する規定を設けることを検討する場合には、連帯保証にも適用されるものとするかどうかについて、連帯保証人保護の観点からその内容を含め慎重に検討すべきである。(大阪弁)
- 「適時」といった抽象的な概念を法律に盛り込むべきではなく、改定すべきではない。立法政策論的妥当性の問題としては、複数の債権者がいて、債権者全員が、1人の保証人と保証契約を締結していた場合で、そのうち冷酷な債権者1人のみが期限到来とともに債務者に取り立てをして弁済を受けたとき、弁済を受けられなかった債権者はすべて適時執行義務を怠ったために保証人から弁済を受けられないということが、妥当か否か、という問題だと思ふ。(個人)
- 適時執行義務の拡大には、以下の①及び②の理由により賛成できない。①仮に適時執行義務を拡大すれば、例えば主債務者の事業や生計維持に必要な財産に担保を設定している場合に、当該担保の実行が債権者に義務付けられることとなり、その結果、主債務者の事業継続・生計維持が図れなくなる可能性がある。②債権者が主債務者支援のため支払猶予等を行った後、主債務者の信用状況が悪化した場合に適時執行義務違反を問われる可能性もある等、保証人の利益保護を重視するあまり、債権者・主債務者の利益を損なう結果となることが懸念される。(自動車リース連)
- 適時執行義務に関する規定を設ける場合、これが連帯保証にも適用されるものとして民法に規定されることについて反対する。担保の目的物は、例えば市場において取引される有価証券のようにその時々において価格が高下するものもあれば、自動車などの耐久消費財のように、時の経過とともに価値が減少することが通例であるものなどもありうるところである。ここで、時の経過とともに価値が減少するものが担保目的物である場合の「適時」は、法律上契約上担保権の行使が可能となったときとされやすいものと考えられるところ、適時執行義務を連帯保証人との関係で認めることとする場合は、クレジット契約の場合、本人が日常生活で必要とする自動車や家電製品等の売却処分を遅延発生後短期間のうちにクレジット会社に強制することに繋がりがねず、保証人の利益を考慮するあまり債務者の利益を損なう可能性が大きい。また、特に債務者の分割返済等の和解の申し出や遅延後に期限の利益を再度付与しようとするときなどに保証人の了解を得られず、債務者と保証人の利害の対立がある場合には、債権の管理回収にも支障が生じることも懸

念される。(クレ協, 全信販協)

- 適時執行義務に関する規定を設ける場合、これが連帯保証にも適用されるものとして民法に規定されることについて反対する。適時執行義務を連帯保証人との関係で認める場合、債権者であるクレジットカード会社が、債務者に対して事実上の猶予期間を与える可能性が低くなってしまふ。その場合、一定の猶予期間があれば、遅延から復帰する可能性があった債務者についても、破綻してしまふことが考えられる。(クレカ協)
- 適時執行義務の規定を設けることは、金融の円滑化に極めて重大な影響を与えるので反対である。金融実務上、返済期限の延長に応じる場合には、原則として保証人の承諾を得る扱いとしているが、保証人が行方不明の場合や保証人と債務者の関係が悪化している場合など、承諾を取れないケースも起こり得る。この場合、債権者が債務者の要請を受けて返済期限の延長に応じた後に債務者が支払い不能になると、結果として、債権者が期限延長に応じなければ、より多くの債権が回収できたことになり、保証人から適時執行義務違反の責任を追及されることになりかねない。最終的に裁判所により適時執行義務違反が否定されるとしても、保証人から適時執行義務違反の抗弁が濫発することが予想される。仮に適時執行義務の規定が設けられると、金融機関は、返済期限の延長を行う場合、適時執行義務違反を問われないように詳細な債務者の資力等の調査(デューデリジェンス)をしなければならなくなるが、それは過大な事務負担となる。逆に、金融機関が適時執行義務違反に問われることを恐れて、返済期限の延長に応じなくなると、円滑な金融を阻害する結果となる。本来、債権者は、債務者の資産の変動により債権回収に支障が生じるリスクを負っているのであるから、それに加えて保証人の求償権に支障が生じないようにする義務を負わせることは、債権者に過剰な負担となると考える。(経済法令・研究会)
- 金融機関の立場としては、主債務者の再生等のために主債務の条件緩和を行った後に、再生不調のため主債務者の資力がなくなった、という事例が想定されるところ、「条件緩和が適時執行義務違反」と保証人から主張されるおそれがあるので、そもそもの条件緩和に応じることが難しくなり、ひいては債務者が円滑な金融を受けづらくなるおそれがある。したがって、適時執行義務を規定することには反対である。更に、金融機関では「連帯保証」が一般的であるところ、現行の連帯保証で認められていない「催告・検索の抗弁」を拡張した「適時執行義務」を「連帯保証」に適用させた場合、「連帯保証」の効力が弱くなるため、主債務者が連帯保証による信用補完を受けにくくなる、信用補完がつかないことによる主債務者の借入コスト上昇のおそれがある。

る。(農中)

- 何が「適時」かを判断するのは難しく規定をおくべきではない、おくとすれば、特約でその効果を排除できるものとするべきであるとの意見があった。
(国際取引有志)
- 債務者を当面の危機から救済するために弁済期の延長などの対応をしたところ、結果的にかえって信用が悪化してしまった場合に、適時執行義務違反を問われることになるというのは債権者には受け入れ難く、このような義務を課さない方向で検討されるべきである。(会社員)
- 債務者を当面の危機から救済するために弁済期の延長などの対応をしたところ、結果的にかえって信用が悪化してしまった場合に、適時執行義務違反を問われることになるというのは債権者には受け入れ難いから、適時執行義務の規律を設けることに反対する。(弁護士)
- 連帯保証人について適時執行義務を規定することには反対である。仮に、連帯保証人に適時執行義務が課されてしまうと、債権者としては、主債務者の期限の利益の喪失後直ちに、主債務者の一般財産への強制執行等を行うことを強制させる結果となり、かえって債務者等の保護にならないと思われる。この点を踏まえ、適時執行義務の範囲について慎重に検討を進めていただきたい。(消費者金融協)
- 適時執行義務に関する規定を設けることが検討されているが、これには反対する。信用保証協会は、代位弁済後、主債務者の資力等の状況を勘案しつつ求償権の回収を図っている。信用保証協会も法人の代表者等を求償権の保証人としているが、代位弁済後は主債務者の資力が不安定な状態であり、個々の実情を勘案しながら回収を行えば、保証人から適時執行義務違反を問われる可能性が極めて高いこととなる。このため、信用保証協会に適時執行義務が課されることになれば、個々の実情に応じた求償権の回収を行うことができないこととなる可能性がある。(全信保連)
- 連帯保証人について適時執行義務を規定することには反対である。担保の目的物には、時の経過とともに価値が減少することが通例であるものなどもありうる。このような担保物についての「適時」は、法律上契約上担保権の行使が可能となったときとされやすいものと考えられるところ、適時執行義務を連帯保証人との関係で認める場合は、主債務者の債務の履行が遅滞したときには遅滞なく担保物の換価処分をしなければならないことになりかねず、これではかえって主債務者の利益に反する場合が考えられる。(貸金業協)
- 連帯保証に適時執行義務の規定が適用されることについては、反対である。サービサーは、債務者が債務不履行に陥った場合であっても、直ちに担保権

の実行をしたり、債務名義を取得して債務者の財産について強制執行を行ったりすることはせず、担保や債務者財産を温存しつつ任意の交渉により弁済を受けるケースがほとんどである。仮に適時執行義務が規定されると、債権者としては、義務違反の効果として連帯保証人が義務の全部又は一部を免れることを回避するために、早期に担保権の実行を行ったり、債務名義を取得して主債務者の財産に強制執行を行ったりするという判断をせざるを得ず、これらの手段により主債務者が財産を奪われる結果として、かえって主債務者の再生を妨げることになりかねない。また、仮に適時執行義務が課せられると、中小企業等に対する金融の円滑化を図るための臨時措置に関する法律に基づき、主債務者の支払期日を猶予したにもかかわらず、保証人から、適時の執行がなされていないと主張されかねず、不当な結果となる。(サービサー協会)

- 債権者は、自らの最大限の満足を得ることを目的として執行の時期を判断しており、特に保証人を害する目的がない限り、執行の時期は自由であるべきである。保証人保護は、保証人自らが求償権者として、最大限の満足を得られる時期に求償権を行使すれば足りる。(個人)
- 適時執行義務に関する規定を設けることに反対する。主債務者の財産に対していつの時点において執行を行うかについては、実務上、債権者の裁量によると合意されている例が多く、これを無効とすることは実務上の影響が大きい。また、何が「適時」であるかは明らかではなく、結果的に執行時期を誤った場合には、全て債権者が責任を負うことになりかねず、債権者にとって過度の負担となる。また、合理的な債権者であれば、主債務者の財産の値下がりのリスクを負うよりは、延滞が発生した場合には直ちに執行を行い、残額を保証人に請求する、という選択をとることが考えられるところ、これが本当に保証人の保護につながるのか疑問もある。保証の場合に適時執行義務を定めることに反対するため、連帯債務の場合に適時執行義務を定めることにも反対である。(長島・大野・常松有志)
- 適時執行義務を明文化せず、信義則の運用により柔軟に対応すべき。「適時」との要件があいまいであり、早期の担保処分や債権回収により、債務者の経済的再生を阻害することにつながりうる。また、期限の猶予を与えることにより将来の債務者からの回収可能額が減少してきてきじ執行義務違反を問われることを慮って、期限の利益の付与に対して債権者が消極的になる結果、債務者の危機を招くおそれがある。また、任意売却による柔軟な解決が阻害されることにもつながりうる。こうした、債務者への不利益に照らすと、適時執行義務の規定は設けるべきではなく、従来どおり信義則の適用により対応

すべきである。(堂島有志)

- 適時執行義務に関する規定を設けることには反対する。現民法第455条の趣旨を拡大して、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改めるべきとする案に対しては、債権者は、債務者に不履行があれば本条違反をおそれて早期に執行することとなったり、債務者からのリスケジュール要請に対して債権者が本条違反をおそれて慎重になるなど、債務者保護に反するおそれがあるとの批判がなされている。債権者から見ても、債務者の当面の危機から救済するために弁済期の延長などの対応をしたところ、結果的にかえって信用が悪化してしまったような場合、適時執行義務違反を問われることは受け入れがたいものであろう。また、債務者が早期に執行される場合には保証人への影響もさけられず、結果的には保証人保護にも資さないという結果となるとも考えられる。一般的な信義則上の義務としての損害軽減義務とも関連しうるが、適時執行義務という形で明文化することには、上記の観点から躊躇を覚える。そのほか、「適時」という概念が必ずしも明確ではなく、債権者が「適時」に執行することを怠ったことを主張立証しようとする保証人にとって困難が伴うという技術的問題もある(仮に「適時」を厳格に解する場合には、債権者にとって酷な事態となる)。かような理由から、適時執行義務を導入することには反対である。(二弁)
- 保証制度において適時執行義務を設けることには反対であり、また、適時執行義務の規定を設けることを前提として保証人の事前求償権を認めないとする改正にも反対である。いずれの提案も現行実務の観点から慎重に検討する必要がある。債権者に適時執行義務を課すこととすると、債務者の当面の資金繰りをサポートするためのリスケジュール交渉等の過程で債務者の信用力が低下したり、担保価値が下落したりするような場合に、銀行が直ちに債務者から債権を回収しなかったという事情をもって適時執行義務違反を問われるおそれがあるため、債権者は債務者の再建のための交渉等を忌避し、債権回収を急ぐことになり、結果として債務者が困難な事態に直面することを早めかねないとして、当該提案には強い疑問が示されている。さらに、債権者は金融商品取引法上のインサイダー取引規制との関係等により、株式担保を適時に処分できない場合もあるほか、そもそも株式相場が最も高い時期か否かの判断は困難であるという指摘もある。適時執行義務に関連して、適時執行義務を規定する場合には事前求償権を認めないという提案もされているが、銀行実務上の支払承諾取引では、民法の事前求償権の行使要件を緩和して約定する実務があり、主債務者が債務を履行しない場合に事前求償権と主

債務者の預金を相殺する実務もある。保証人保護という観点だけでなく、保証制度の経済的機能が全体として効率的かつ合理的に運用されるよう配慮されるべきである。(全銀協)

- 反対する。適時執行義務を定めることについて、要件、効果を定めるほど、議論は熟していない。債権者にとっては、債務者の利益を考慮して弁済期の延長に応じたような場合に、後日、適時執行義務違反に問われる恐れもあるというジレンマがあり、結果的に債権者・債務者のいずれにとっても不利益な制度となり得る。(札幌弁)

(2) 主たる債務者の有する抗弁権（民法第457条）

保証人が主債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができる」と規定する民法第457条第2項については、保証人は主債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できるととどまるとする規定に改めるかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、民法には、主債務者が債権者に対して相殺権を有する場合の規定しか置かれていないことから、主債務者がその余の抗弁権を有している場合の規定を設けるかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 4(2) [51頁], 同(関連論点) [52頁]】

【意見】

- 民法第457条第2項については、保証人は主債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できるととどまるとする規定に改めるとの考え方に反対しない。主債務者がその余の抗弁権を有している場合の規定を設けるとの考え方に反対しない。(大阪弁)
- 保証人は主債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できるととどまることを明文化すべきである。保証人の弁済拒絶の抗弁権を明文化することは賛成であるが、取消権又は解除権を有する場合に限定して規定すべきではない。(金沢弁消費者委)
- 相殺権に関して履行拒絶権にとどめるべきであるという提案に賛成。その他、主債務者が取消権等をもっている場合の履行拒絶権についても規定すべき。(大学教員)
- 前段については、問題意識には賛成できるところであり、連帯債務について「連帯債務者が他の連帯債務者の有する債権を用いて相殺の意思表示をすることができるか」という問題点と整合性を保ちつつ十分に検討すべきである。後段については、検討することには賛成する。(兵庫県弁)

- 仮に自然人保証が廃止されない場合には、主たる債務者が取消権、解除権等の抗弁権を有する場合に、保証人は、取消権又は解除権が行使されるかどうか確定するまでの間、保証債務の履行を拒絶できることを明文化すべきであるが、これによっても情義的な動機による過剰な保証の問題についての解決は図れない。(司法書士)
- 主たる債務者が取消権、解除権等の抗弁権を有する場合に、保証人は、取消権又は解除権が行使されるかどうか確定するまでの間、保証債務の履行を拒絶できることを明文化すべきである。ただし、主たる債務者において、相殺権、取消権、解除権等を行使するか否か不確定の間、保証人は、履行を拒絶するに留まるとした場合、主たる債務者が抗弁権を行使しないまま、債務不履行の状況が続くと、保証人は、その地位及び責任の限度が不安定な状態が続き、後に多額の損害金等を請求されるおそれがある。したがって、保証人が主たる債務に生じた事由に基づく抗弁を主張したときは、その抗弁が解消されるまでの主たる債務の不履行によって生じた利息、違約金、損害賠償その他その債務に從たるすべての債務は、保証人に対して請求できないとする規定を設ける必要があると考える。(青司協)
- いずれも賛成する。連帯債務の場合と平仄を合わせるべきである。(札幌弁)
- 主債務者が取消権又は解除権を有する場合は、その取消権又は解除権が行使されるかどうか確定されるまでの間は、保証債務の履行を拒絶できる旨の規定を置く方向で検討すべきである。保証債務の附従性にに基づき、主債務の帰趨が確定するまでの間は保証債務の履行を拒絶できるものと解することが相当であり、そのような規定を置くべきであると考え。(日司連)
- 弁済を拒絶することができるという内容の抗弁権と捉えるべきである。債権者代位権が生じるような場面でないにもかかわらず、主たる債務者の財産処分権を侵害すべきでないため。(広島弁)
- 相殺権については、履行拒絶の範囲にとどまることについては争いが無いところである。他方、主債務者のその他の抗弁権を保証人に認めるべきかどうかについて、学説や判例上も争いがあるが、保証人保護の観点から、かかる抗弁を認めるべきである。(日弁連)
- 保証人が、主たる債務者の債権による相殺によって、主債務が消滅する限度で履行を拒絶できる旨を法文化する方向で検討すべきである。他人の相殺権についての処分権まで認めることは過大であり、これによる履行拒絶権があることを明示することにより、判例と学説の対立を解決できる。保証人が、原則として主債務者の有する抗弁権を援用できること、及び主債務者の取消権又は解除権については、主債務者の権利行使がなされるか否かが確定されるまでの間、

保証債務の履行を拒絶できる旨を法文化する方向で検討すべきである。保証人の主張できる事項を明文化する点で「分かりやすい民法」の実現と保証人保護の拡充に資する。(東弁)

- 保証人は、相殺によって主債務が消滅する限度でしか履行を拒絶できないことについては、判例、学説上争いがないものと思われる。主債務者が解除権や取消権等の抗弁権を有している場合に、保証人がこれを主張できるかどうかについては、判例、学説上争いがある。この点、これを否定すれば、保証人が保証債務の履行に応じた後に、主債務者が解除ないし取消権を行使した場合、保証人は債権者に対して不当利得返還請求をなすという迂遠な処理を要することとなる。従って、保証人は主債務者の抗弁権を主張できるものと明記すべきである。(日弁連消費者委有志)
- 基本的に賛成である。(日大民研・商研)
- 保証人が、主たる債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で、履行を拒絶できる旨を、明文の規定とすることに賛成する。他人である主債務者の債権の処分権限まで保証人に認めるのは過大であり、保証人には履行拒絶権があるにとどまることを明文化することは、判例と学説の対立を解決し、分かりやすい民法の実現に資するものである。主債務者がその余の解釈上の抗弁権を有している場合についても、明文の規定とすることに賛成する。保証人が、原則として主債務者の有する抗弁権を援用できること、主債務者の取消権又は解除権について主債務者の権利行使がなされるか否かが確定するまでの間保証債務の履行を拒絶できることなどの解釈上の抗弁権を明文化することは、保証人の保護の拡充と分かりやすい民法の実現に資するものである。(法友全期)
- 民法第457条第2項について、保証人は主債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できるととどまるとする規定に改めるべきである。また、主債務者が相殺権以外のその余の抗弁権を有している場合の規定についても設けるべきである。民法第457条第2項による相殺の効果については、弁済を拒絶できるととどまるとする見解が学説の支配的見解であり、妥当でもある。また、相殺権以外にも、例えば、学説においては、主たる債務が取消や解除できる間は、これを理由に保証債務の履行を拒絶できるとする見解が多数説であるし、また、同時履行の抗弁権についても同様の履行拒絶事由となると考えられている。これらは、特に争いのない抗弁事由であり、これらを明記することは妥当である。(堂島有志)
- 保証人は主債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できるととどまることを明文化すべきである。主たる債務者が債権者に対して、取消権、解除権その他の抗弁権を有するときは、この抗弁権を援用す

- ることによって、保証人は、主たる債務者が抗弁権を行使するか否かが確定されるまでの間は、保証債務の履行を拒絶できる旨の明文を置くべきである。(福岡弁)
- 保証人は、主債務者の相殺の抗弁を理由として、履行を拒絶できるとどまることを明文化することに賛成である。その余の抗弁権を有している場合の規定を設けることについても特段異議はない。(横浜弁)
 - 特に反対しない。(弁護士，二弁)
 - 検討することに異論はなかった。(最高裁)
 - 保証人は主債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できるという点については、明文化について検討を要する。また保証人は、保証債務の付従性にに基づき、債務者の有する抗弁権を援用することができ、主債務者が取消権または解除権を有する場合には、保証人は、取消権または解除権が行使されるかどうか確定されるまでの間、保証債務の履行を拒絶できることを明文化すべきである(会社法580条，581条1項参照)。(親和会)
 - 主債務者の相殺の抗弁権について、履行拒絶の範囲で検討すべきである。他方、主債務者のその他の抗弁権を保証人に認めるべきかどうかについては、保証人保護に資することから、これらの抗弁権を認めるべきである。(愛知県弁)
 - 民法第457条の規律は維持すべきである。そもそも、連帯債務の場合について他の債務者が弁済を拒絶できるとどまるものとする考え方自体、債権者を不当に不安定な立場に置くものであり賛成できないが、仮に連帯債務についてそのような考え方を採用する場合であっても、保証債務は連帯債務の場合を異なり、本来主債務者が弁済すべきものであることから、保証人に主債務者の債権による相殺を認めても、特に不当であるとはいえない。なお、主債務者が相殺以外の抗弁権を有している場合の規定については、特に明文の規定を設ける必要性は感じられない。(弁護士)
 - 委託を受けた保証人については、主債務者の債権による相殺の援用を求めるべきで、現行の規律を変更すべきではない。委託を受けた保証人保護のためには、主債務者の相殺権を行使することにより債務を消滅させることが必要である。主債務者は、弁済その他保証人を免責する措置をとれば、相殺する債権の選択権を確保することができる。履行拒絶権に留めると、主債務者は、保証人に迷惑をかけながら、別口の債務を自働債権とする相殺ができ、結局、保証人に支払いをさせることになりかねない。また、委託を受けた保証人については、主債務者のその余の抗弁の援用も認めるのが相当である。(仙台弁)
 - 相殺については、対抗できるという規定であるので、問題はなく、改定する

必要はない。また、催告の抗弁権があるので、相殺以外の債務者の抗弁権について規定する必要はない。改定は不要。(個人)

- そもそも主債務者が支払をすれば保証人は支払をしなくてもいいことを考えると、保証人が主債務者が債権者に有する債権をもって相殺する制度は残すべきだと考える。保証人は主債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できる権利のみを保証人に与えることは、主債務者にとって都合のいい制度となるだけであると考え。(司法書士研修生)
- 個人保証(無償保証)の場合には、行使という形で援用することを認めてよいと考える。個人保証(無償保証)の場合には、主債務者は保証人の責任が現実化しないようにする義務を負担していると考えられるべきである。債権者代位権を認めるべきであるが、迂遠なので直接行使することを認めるべきである。(弁護士)

4 保証人の求償権

【意見】

- 事前求償権の存否については、適時執行義務と保証人への事前求償権の付与とは必ずしも裏腹な関係ではなく、実務上も事前求償権の必要性・有用性に加え、理論的に更なる検討の必要があり、その意味で、存続させる方向で検討すべきである。適時執行義務と保証人への事前求償権の付与とは必ずしも裏腹な関係ではなく、たとえば、事前求償権を利用する局面として、主債務者が破綻したときに事前求償権の存在を連帯保証人が主張して主債務者の破産手続なり私的整理手続に参加するような使い方がなされたり、金融機関の支払承諾において、主債務者が債務を履行しない場合に、金融機関が保証人になって事前求償権を行使して、主債務者の預金と相殺した上で債権者に弁済するというような使われ方もしている。また、保証会社が事前求償権を行使することによって債権者である銀行の回収業務の手助けをし、その結果として、保証会社も債務履行を免れることができるメリットがあるなど、事前求償権の実務上の有用性も指摘されている。特に、連帯保証人については、検索の抗弁権も適時執行義務も認められないことに加え、事前求償権までも認められないことは連帯保証人の保護の観点から問題であり、連帯保証人に、事前求償権を認めることは維持すべきである。これに加え、理論的にも、保証人の事前求償権を保証委託契約の清算という観点から捉えなおすべきとの指摘も十分考慮に値するので、これらの検討成果を踏まえて検討すべきである。「改正を考える」研)
- 保証人間の求償権(民法465条)については、有償にて保証を受託した保証

人（または業として保証を行う保証人）から、無償にて保証をした保証人に対する求償をすることができないものとすべきである。現代社会においては、業として保証を行う民間の保証会社や信用保証協会等が行う保証が大きな地位を占めているが、これと、債務者との個人的な関係から情宜により無償で保証を引き受けた者を、保証人間の求償（即ち負担の分担）の点で同列に扱うことは、公平とはいえない。例えば、信用保証協会が、銀行に対する包括根保証人である保証人（信用保証協会に対して求償権の保証を約束していない保証人。以下「件外保証人」ということがある。）に対して保証人間の求償権に基づいて求償をするような場合がある。民間銀行の健康な与信判断による融資運用を期待して包括根保証人を引き受けた者に対して、信用保証協会は現在、保証人間求償の規定に基づいて求償を行っている。信用保証協会は、回収不能額は国民の血税により埋められることになる故に、法律上求償が可能な者には求償権を行使することが国民に対する義務であるとの立場で回収業務を行っており、結果、政策的融資の貸し倒れリスクを、自ら保証協会に対して保証を承諾したわけでもない、件外保証人に負わせるという不合理な事態を生じている。信用保証協会だけでなく、保証会社が件外（根）保証人に対して求償を行うことも可能である。（弁護士）

(1) 委託を受けた保証人の事後求償権（民法第459条）

委託を受けた保証人による期限前弁済は、委託の趣旨に反することがあることから、この場合における保証人の事後求償権は、委託を受けた保証人についてのも（民法第459条第1項）ではなく、委託を受けない保証人と同内容のもの（同法第462条第1項）とするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 5(1) [52頁]】

【意見】

- 委託を受けた保証人による期限前弁済の場合における保証人の事後求償権を、委託を受けない保証人と同内容のもの（同法第462条第1項）とするとの考え方に反対しない。（大阪弁、金沢弁消費者委、愛知県弁、横浜弁、日大民研・商研）
- 委託を受けた保証人が期限前弁済をした場合の求償権の行使は、その当時利益を受けた限度において償還をしなければならないという点について、賛成する。主たる債務者の抗弁権行使の利益を保護する必要がある。（仙台弁）
- 賛成する。期限前弁済は委託の趣旨に反することがある。（札幌弁）
- 求償権の範囲の制限に賛成。主たる債務者の意に反する期限前の弁済なので、求償権の範囲は制限されて然るべきであるから。（広島弁）

- 委託を受けた保証人の期限前弁済について、この事後求償権を、委託を受けていない保証人のものと同等にすることについて賛成する。委託を受けた保証人を、委託を受けていない保証人と同視できるが疑問があるというものである。（日弁連）
- 委託を受けた保証人が、主債務の弁済期が到来する前に、期限の利益を放棄して保証債務を弁済した場合の扱いについては、法令上必ずしも明確ではないから、一般市民にわかりやすい民法にするという観点からは、明文化すべきである。（親和会）
- 委託を受けた保証人による期限前弁済について、委託を受けない保証人と同内容のもの（同法第462条第1項）とすることについて賛成。債権者の資力が悪化しており、保証人も主たる債務者も当該債権者に対して反対債権を有しているときに、保証人が期限前弁済をして、全額の求償をなしうるとすると、主たる債務者の相殺期待を失わせる結果となってしまう。こうした主たる債務者の利益を保護すべく、委託を受けない保証人と同内容の規定とすることは合理的である。（堂島有志）
- 委託を受けた保証人が期限前弁済をした場合については、委託の趣旨に反することがあることから、委託を受けない保証人の事後求償権と同内容のもの（同法第462条第1項参照）で足りるとする（福岡弁）
- 委託の趣旨に反することがあるとされている事例として、例えば、主債務者も保証人も債権者に対して反対債権を有していたところ、債権者の資力が悪化した場合に、保証人が期限の利益を放棄して債権者との間で相殺を行うということは、債権者の無資力のリスクを主債務者に負わせて自己の利益を図ることになるということが挙げられている。一律に委託を受けない保証人と同内容のものとするには慎重であるべきである。（パブコメWG）
- 委託を受けた保証人による期限前弁済は、委託の趣旨に反することがあることから、この場合における保証人の事後求償権は、委託を受けない保証人と同内容のものとするのが検討されているが、信用保証協会における事業再生の実務にも配慮されたい。信用保証協会実務では、事業再生の局面において、経済合理性の観点から金融機関が債権放棄等に積極的でない場合、主債務者に期限の利益を放棄してもらったうえで代位弁済を行い、求償権を取得した後に求償権の放棄等を行う場合がある。このようなケースは委託の趣旨に反することにはならないため、委託を受けた保証人についてのものであると思われるが、このような実務があることに配慮したうえで検討して欲しい。（全信保連）
- 期限前弁済とはいえ、主債務者から委託されて保証債務を負担している者が、その責任を履行するためになす弁済である以上、委託もなく保証人となった者

の弁済と同視しうるのか、疑問無しとはしない。主債務者の保護は、現行民法463条1項、同443条（通知を怠った保証人の求償の制限）、あるいは、これに類似する保証委託契約における約定等で図れるのではないか。（日弁連消費者委有志）

- 期限前弁済とはいえ、主債務者から委託されて保証債務を負担した者が、その責任を履行するためになす弁済である以上、委託もなく保証人となった者の弁済と同視しうるのか疑問である。（弁護士）
- 検討することに異論はなかったが、明文化するまでもないのではないかとする意見、まず債務者の無資力リスクを主債務者と保証人のどちらが負うかを検討してはどうかとする意見があった。（最高裁）
- 委託を受けた保証人が期限前弁済を行った場合でも、委託の趣旨に反しない場合も考えられることから、事後求償権の内容を一律に定める旨の規定を設けることは、慎重に検討すべきである。（法友全期）
- 委託を受けた保証人が弁済等によって主債務を消滅させた場合の事後求償権について規定する現行法を、あえて改正しなければならない高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。（兵庫県弁）
- 委託を受けない保証人と同内容とすることについては慎重に検討すべきである。期限前弁済が委託の趣旨に反しない場合についてまで委託を受けない保証人と同内容でよいとはいえるか疑問がある。（東弁）
- そのような規定は、意味あるものとは思えず、単に債務者に望外の利益をもたらすだけのものであるから、作るべきではない。（会社員）
- このような改正には反対する。保証人によって委託の趣旨に反する期限前弁済が行われ、実務上その効力が問題になるといった話は聞いたことがなく、そのようなレアケースの問題についてわざわざ明文の規定を設ける必要性は認められない。（弁護士）
- 委託を受けた保証人による期限前弁済が行われた場合の事後求償権について、委託を受けない保証人と同内容のものとするには反対する。委託を受けない保証人と同内容にすべきとの立場は、例えば、主債務者と保証人のいずれもが債権者に対して反対債権を有していた場合において、債権者の資力が悪化したときに、保証人が期限の利益を放棄して債権者との間で相殺を行うことは、債権者の無資力のリスクを主債務者に負わせて自己の利益を図ることになるから、委託の趣旨に反する場合があることを理由とするものと思われる。その結果、この立場によれば、主たる債務者が、債権者の無資力リスクを、委託を受けた保証人に負わせることとなる。しかし、主たる債務者はむしろ、忠実に委託を受けた保証人の利益を図るべき立場にあり、委託を受けた保証人によ

る期限前弁済の事後求償権はすべからく保護されるべきである。(二弁)

- 委託の趣旨に反するかどうかを個別に判断すれば足り、また、それ以外に解決はない。新たに条項を設置する必要のない詳細事項であり、改定する必要はない。(個人)
- 委託を受けた保証人による期限前弁済につき、現行の取扱い(委託を受けない保証人と同等とならない取扱い)を維持する方向で検討されること、少なくとも、期限前弁済であることから当然に委託を受けない保証人と同様に扱わない方向で検討すべきである。自動車販売などにおいて、販売業者と購入者との間で割賦販売契約を締結しつつ、クレジット会社が購入者等の委託を受けて保証を行うことにより、クレジット機能を提供している取引が存在する。そのような契約において、購入者等が民事再生手続に入った場合には、売買契約の目的物であり、かつ留保所有権の目的物である自動車使用を継続させる等の必要から、販売業者が購入者等に有する債権について期限の利益を喪失させないまま、販売業者と購入者等より保証委託を受けたクレジット会社間の契約において、クレジット会社は、販売業者の有する残債権について期限未到来分も含め保証履行することが一般的である。すなわち、期限前に代位弁済を行うことが委託の趣旨に当然に反するものとはいえないのであり、期限前弁済であるから委託を受けない保証であると結論づけることは取引の実態と整合しない。また、このような場合に委託を受けない保証人とされることになると、クレジット会社は期限の利益を喪失するまで保証履行を行わないという選択をせざるを得ず、そのような場合、販売業者は、債権管理を行う手間や費用との関係で、積極的に期限の利益を喪失させることにもなりかねない。(クレ協、全信販協)

(2) 委託を受けた保証人の事前求償権(民法第460条、第461条等)

仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合(前記3(1)イ参照)には、委託を受けた保証人が事前求償権を行使することができることを規定する民法第460条を維持するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 5(2) [54頁]】

【意見】

- 前提である適時執行義務の規定を設けること自体に反対する立場をとるものであるが、仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合においても、委託を受けた保証人が事前求償権を行使することができることを規定する民法第460条は、内容を見直したうえで維持すべきである。(大阪弁)
- 検討は不要と考える。そもそも適時執行義務の規定を設けることに反対であ

る。(二弁)

- 事前求償権の廃止に反対である。代位弁済前の抵当権実行など、実務上、それなりに使われている。廃止すれば、(特約ない限り)保証人は、実際に出捐して代位弁済してからしか主債務者に請求する法的地位をもたなくなる。廃止の理由として、保証人の倒産リスクを主債務者に負わせるのは、不相当との意見があるが、そもそも保証人は主債務者の倒産リスクを負わされており、主債務者が、保証人の倒産リスクから保護されなければならないのか疑問である。主債務者は、債権者に弁済することもなお可能だし、実際そうされていることが多いはずだから、かようなリスクは、懸念するほどのものではない。実務上廃止しなければならないほどの弊害があるということもない。破産の関係(460条①)は、破産法で手当てされているので、削除しても問題ない。廃止案は、保証人保護方策としての適時執行義務の明文化との抱き合わせとされていると解されるところ、適時執行義務の規定設定が見送られる場合は、廃止により慎重であるべきである。また、適時執行義務は連帯保証には適用されないと言われる反面、連帯保証にも認められてきた事前求償権が廃止されるのでは、連帯保証人の保護が後退する。(横浜弁)
- 保証人保護の観点から、事前求償権を維持する方向で検討すべきである。適時執行義務を認めるかどうかについては、慎重に検討すべきであるが、保証人保護の観点から、事前求償権を維持すべきである。(愛知県弁)
- 保証制度において適時執行義務を設けることには反対であり、また、適時執行義務の規定を設けることを前提として保証人の事前求償権を認めないとする改正にも反対である。いずれの提案も現行実務の観点から慎重に検討する必要がある。銀行実務上の支払承諾取引では、民法の事前求償権の行使要件を緩和して約定する実務があり、主債務者が債務を履行しない場合に事前求償権と主債務者の預金を相殺する実務もある。仮にこのような取扱いが認められないとすれば、支払承諾取引の実務への影響が懸念される。提案の検討に当たっては、約定上の事前求償権も含めて信用補完サービスの枠組みが成り立っている実務にもとづき、当該実務に悪影響が生じないような検討が必要という指摘がある。また、適時執行義務は保証人保護のための方策であるところ、適時執行義務を規定し、事前求償権を廃止する旨の提案は必ずしも保証人にとって望ましいものではないという指摘がある。すなわち、債権者に適時執行義務を課して適切な権利行使を期待するよりも、むしろ保証人が自ら資力の悪化した債務者から回収し、自己の権利の保全を図る機会があるという意味において、事前求償権の方が保証人にとってメリットがあるというものである。保証人保護という観点だけでなく、保証制度の経済的機能が全体として効率的かつ合理的に

- 運用されるよう配慮されるべきである。(全銀協)
- 反対する。適時執行義務自体について議論が熟しておらず、事前求償権については尚更未熟である。(札幌弁)
 - 民法460条に定める委託を受けた保証人の事前求償権を全面的に廃止するのは相当ではない。適時執行義務を規定することとした場合、民法460条各号に定める事前求償権の規定を設ける必要は少ない。また、適時執行義務を規定しないとしても、民法460条1号、3号について見直しを行うこと自体は賛成である。460条1号については破産法104条3項により保証人は破産手続に参加できるのであって、民法に事前求償権として残す必要性は乏しい。同条3号については、この規定に基づき事前求償権が行使される場面が想定しがたく、実用性に乏しい。他方、2号(「主債務が弁済期」にあることのみをもって事前求償権を広範に認める規定)については、保証人が主導権を持って主債務者に債務履行を求める手段であることをも考慮し、委託を受けた保証人を保護するためにも残存すべきである。また、弁済期が経過すれば主債務者は債権者に弁済をしなければならない。それにもかかわらず依然として弁済をしていない主債務者に対して費用を事前に請求する権利を否定すべきではない。(仙台弁)
 - 現行のとおり残すべきである。適時執行義務を定めても、適時の時期が明確でないので、保証人は事前求償権を認めるべきである。(広島弁)
 - 債権者に適時執行義務を認めた場合に、保証人に事前求償権を認める民法460条を維持するかどうか、適時執行義務を認めるか否かについても意見が分かれているところであり、保証人保護の観点から、事前求償権を維持する方向で検討すべきである。(日弁連)
 - 改定する必要はない。(個人)
 - 事前求償権に関する民法460条を維持すべきである。たとえば主債務の履行期が到来した段階で、いち早く受託保証人が事前求償権によって主債務者の財産を確保する手段による方が、適時執行義務よりも主債務者の財産確保という点では確実であるといえる。事前求償権が認められるのであれば、債権者が主債務の回収に遅れたとしても、受託保証人が事前求償権の保全手段によって主債務者の財産を早い段階で確保することができていれば、それによって代位弁済が可能となり、ひいては債権者も債権の満足を得られることとなる。また、当事者間で事前求償の合意をすれば足りるとの意見に対しては、民法典の有する行為規範という側面からすると、事前求償権規定を削除すべき理由にはならない。今般の改正理念の一つである一般市民にとって理解しやすく使いやすい民法典にするという点からも、事前求償権規定をあえて削除する必要はないと

- 考えられる。他方で、事前求償権に代えて、またはそれと競合的に免責請求制度の導入の可否をも検討すべきである（大学教員）
- 事前求償権は、主債務者が破綻した場合に保証人が倒産手続等に参加するために用いられており、現行法を維持すべきである。（弁護士）
 - 事前求償権に関する規定は存続させることとして欲しい。また、仮に規定を削除する場合であっても、当事者間の合意により事前求償権の行使をすることは可能として欲しい。事前求償権は、法的整理における債権届出や差押えを行うための手段として有効に機能している。また、債権者たる金融機関が積極的に保全手段を講じない場合もありうるため、保証人の権利保全のためにも事前求償権は必要である。（全信保連）
 - 適時執行義務を規定する場合であっても、保証人の事前求償権を定めた民法第460条を維持すべきである。保証人の事前求償権には、債権回収のタイミングについて保証人独自の判断を尊重し、保証人が自ら能動的に保全処分、相殺、担保実行等を行うことを可能にするという、債権者の提時執行義務には必ずしも還元し得ない意義が認められるところ、かかる保証人独自の債権回収の可能性を奪ってまで事前求償権を廃止すべき立法事実が存するとは考えられない。また、仮に実務で行われている保証の大半を占める連帯保証の場合につき適時執行義務の適用を否定するのであれば、受託保証人は何らの手当もなくただ事前求償権を奪われる結果となることから、その点でも事前求償権の廃止は妥当でないと考える。（森・濱田松本有志）
 - 現在の実務運用において、事前求償権が活用されていないとは評価できず、これを廃止することには反対である。（日弁連消費者委有志）
 - 仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合であっても、委託を受けた保証人の事前求償権については規定を存続させるべきである。もっとも、民法第460条第3号については削除しても差し支えない。適時執行義務違反による保証債務免脱の効果を主張立証することよりも、事前求償権の行使要件の充足を主張立証する方が単純かつ容易である。また、実務上、約定に基づく事前求償権が、代位弁済前に法的整理における債権届出や差押等を行うための手段として有効に機能しており、その根拠となる明文規定を民法に存置する意義は存在する。但し、民法第460条第3号については、主債務の額が定まらない結果、求償権の行使額が定まらず、行使が困難であるため、削除しても差し支えない。（堂島有志）
 - 適時執行義務に関する規定を設けることに反対である。なお、事前求償権の発生事由については当事者間で別途合意することもできるが、民法460条を変更又は廃止する必要性まではないと考える。（長島・大野・常松有志）

- 金融取引においては極めて一般的に行われている慣行であり、これを制限することは、金融機関による保証が得られなくなる可能性に繋がらないか。(不動協)
- 事前求償権は、主債務者が破綻した場合に保証人が倒産手続等に参加するために用いられていることから、適時執行義務に関する規定を設けるか否かにかかわらず、委託を受けた保証人の事前求償権を定めた民法第460条に相当する規律は維持すべきである。(弁護士)
- 適時執行義務に関する規定を設けた場合であっても、委託を受けた保証人の事前求償権を廃止することについては、反対する。適時執行義務に関する規定を設けた場合であっても、それが連帯保証契約の債権者には適用されないのであれば、委託を受けた保証人の事前求償権を廃止することは、従来事前求償権が認められてきた連帯保証人の保護を後退させることになる。また、適時執行義務に関する規定が連帯保証契約の債権者にも適用されるのだとしても、債権者が適時に執行すべきであったことや、適時に執行されれば主債務者から回収可能であったはずの金額を主張立証する責任を負うのは連帯保証人であると思われるところ、主債務者の協力なくしてこのような立証はなしえないため、主債務者が連帯保証人への協力を拒むことで連帯保証人により多額の保証債務の履行をさせることを選択する可能性も否定できない。(法友全期)
- 同条廃止については、慎重に検討すべきである。適時執行義務の規定を設ける場合には民法460条は不要となるとの意見があるが、同条の規律は、適時執行義務とは関係がないとの見解もあるなど、議論が分かれており、検討を続ける必要がある。(東弁)
- 債権者の主債務者の財産に対する適時執行義務については、保証人保護という目的は十分理解できるものの、義務として定めるかどうかについては慎重に検討する必要があるが、民法455条を債権者が主債務者の財産に対して適時に執行をすることを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改めることを前提とした上で、委託を受けた保証人の事前求償権の規定を廃止することについても、同じく慎重に検討する必要がある。(兵庫県弁)
- 委託を受けた保証人の事前求償権については、その要件、効果について現在の事前求償の制度が適切かどうかを再度検証する必要がある。(親和会)
- 適時執行義務の規律が不明で、保証債務の履行を拒絶できる場面が明確にならない状態で、事前求償権を全面的に廃止することが適切かについては十分に検討する必要があるとする意見、事前求償権の規定を残した上で、主債務者破産の場合について規定するに際しては、不足責任主義との関係も明確にするこ

とが望ましいとする意見があった。(最高裁)

- 債権者に適宜執行義務を認める場合には保証人の事前求償権は認めないこととすべきである。(福岡弁)
- 仮に、主債務者の適時執行義務を認めた場合には、民法460条1号の必要性は失われると考える。(金沢弁消費者委)
- 事前求償権は、主債務者が破綻した場合に保証人が倒産手続等に参加するために用いられている。民法第460条第1号についてみると、その趣旨は、主債務者に倒産手続が開始され、その後に免責等された場合には、事後求償では主債務者に求償権を行使する余地がなくなってしまう、保証人が不利益を受ける点にある。しかし、このことは委託を受けた保証人のみに当てはまることではなく、連帯債務者等全部義務者一般に妥当するものである。特に、倒産手続では債権届出期間があるので、求償権が現実化してからでないとい届出できないとすると、この期間を徒過してしまう可能性がある。そこで、破産法第104条第3項本文は、全部義務者が将来発生する可能性のある求償権を届出できることを規定し、事前求償権を一般化している。したがって、民法第460条第1号が削除されたとしても、主債務者に倒産手続が開始した場合に、保証人や連帯保証人等全部義務者が不利益を受けるようなことは想定し難いと考えられる。ただ、実際には、破産法第104条第3項で事前求償権の行使が認められていても、同法第104条第3項但書に「債権者が破産手続開始の時ににおいて有する債権について破産手続に参加したときは、この限りでない」とあり、権利の二重行使の防止のために、求償権者の破産手続への参加は制限されている。通常、債権者は破産手続に参加しているため、実質的に同法第104条第3項本文が働く場面はほとんどない。(日大民研・商研)
- 適時執行義務に関する規定を設ける場合には、保証人の保護はこれで足りると考えるので、事前求償権を廃止も検討して良いかと思う。(弁護士)

(3) 委託を受けた保証人の通知義務(民法第463条)

保証人の通知義務について規定する民法第463条は、連帯債務者の通知義務に関する同法第443条を準用しているところ、仮に、連帯債務者の事前通知義務を廃止する場合(前記第11、1(2)ウ(エ)参照)には、委託を受けた保証人についての事前通知義務も廃止するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2、5(3)[57頁]】

【意見】

- 連帯債務者の事前通知義務を廃止する場合には、委託を受けた保証人につい

ての事前通知義務も廃止するとの考え方に反対しない。(大阪弁)

- 委託を受けた保証人について、事前通知義務を廃止すべきである。(金沢弁消費者委)
- 連帯債務者は、履行期が到来すれば直ちに弁済しなければならない立場にあるため、その際に事前通知義務を義務づけるのは相当ではないとの意見にも、首肯できる。(日弁連消費者委有志)
- 特に反対しない。(弁護士)
- 事前通知義務の廃止について賛成である。主債務者は履行期が到来すれば直ちに弁済しなければならない立場にある。それにもかかわらず事前通知を怠った保証人が求償権を制限されるのは、保証人に過重な負担を負わせるものである。(仙台弁)
- 委託を受けた保証人についての事前通知義務を廃止することについて、賛成する。委託を受けた保証人は、連帯債務者と同様に、履行期が到来すれば直ちに弁済すべき立場にある。他方、遅滞に陥っている主債務者の相殺権を保護する必要はない。(法友全期)
- 委託を受けた保証人についての事前通知義務を廃止することに賛成。委託を受けた保証人の事前通知義務は、主たる債務者の有する相殺の抗弁を保護する義務を保証人に負わせるかどうかという点の判断に尽きるとされている。保証人は、弁済期が到来すれば、即時に弁済する義務を負っているのであり、主たる債務者が履行気に弁済せず、遅滞に陥っているにもかかわらず、保証人に通知義務を課し、主たる債務者の相殺権を保護する必要性は見出しがたい。(堂島有志)
- 事前通知義務は廃止すべきである。(福岡弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 事前通知義務を廃止することについて、賛成する意見が多い。連帯保証人について、連帯債務者の事前通知義務を廃止する場合には、本規定を維持する意味が乏しいため。(日弁連)
- 委託を受けた保証人は、履行期到来後債務を弁済する義務を負っているのであり、委託を受けた保証人に事前通知義務を課すことが必ずしも適切でないことも考えられるので、事前通知義務の廃止の可能性を含め、検討すべきである。(親和会)
- 連帯債務者の事前通知義務を規定する現行法をあえて改正しなければならない高度な必要性は認められず、同じく委託を受けた保証人の事前通知義務についても、慎重な検討が必要である。(兵庫県弁)
- 保証人の主債務者に対する事前通知義務を廃止したとき、先に弁済した委託

- を受けた保証人と、後に弁済した債務者が双方とも事後通知を怠った場合の、弁済の有効性や求償関係を明確にする必要があるとの意見があった。(最高裁)
- 一律に廃止することは、慎重に検討すべきである。保証人に、「事前」通知「義務」まで課すのは疑問であるとの指摘はあるものの、存在を知っている場合、通知して弁済状況を知らせるべきで、それを怠った場合の善意弁済者保護の要請はあり、一律に廃止する必要性に乏しい。(横浜弁)
 - 事前通知義務を廃止すると、主債務者が債権者に対して有する抗弁権を失わしめることになる恐れがあるため、その廃止については慎重に検討すべきである。(愛知県弁)
 - 廃止については慎重に検討すべきである。廃止を肯定する意見がある一方で、そもそも連帯債務者の事前通知義務を廃止すべきでないという意見や、委託を受けた保証人については主債務者保護のために事前通知義務を存続すべきであるとの意見もあり、今後も議論を深める必要がある。(東弁)
 - 改定する必要はない。(個人)
 - 連帯債務者と保証人とでは利益状況が必ずしも同一ではないことから、仮に連帯債務者の事前通知義務を廃止する場合であっても、論理必然的に委託を受けた保証人の事前通知義務を廃止しなければならないわけではない。(日大民研・商研)
 - 事前通知義務を廃止すべきではない。他の債務者による弁済等で、抗弁権行使の機会が奪われることを防止する現行法の考え方には合理的な理由があり、特に改正の必要性は認められない。(弁護士)
 - 廃止に反対する。主債務者が抗弁権を有している場合もあり得る。(札幌弁)
 - 現行のとおり残すべきである。通知が不可能な場合には通知義務を課さないのであれば、事前通知をすることは特段の負担ではないので現行のままで特に問題はないから。(広島弁)

(4) 委託を受けない保証人の通知義務（民法第463条）

保証人の事前通知義務（民法第463条、第443条）の趣旨は、債権者に對抗することができる事由を有している主債務者に対し、それを主張する機会を与えようとするところにあるが、委託を受けない保証人の求償権の範囲は、もとより主債務者が「その当時利益を受けた限度」（同法第462条第1項）又は「現に利益を受けている限度」（同条第2項）においてしか認められておらず、主債務者が債権者に対抗することができる事由を有している場合には「利益を受けている限度」から除外されることになるため、事前通知義務の存在意義は乏しい。そこで、委託を受けない保証人についても、事前通知義務を廃止するかどうかにつ

いて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 5(4) [58頁]】

【意見】

- 委託を受けない保証人についても、事前通知義務を廃止するという考え方に反対しない。(大阪弁, 金沢弁消費者委, 弁護士, 仙台弁, 福岡弁, 二弁)
- 委託を受けない保証人の事前通知義務を廃止することについて、賛成する。委託を受けない保証人の求償権の範囲は、「その当時利益を受けた限度」または「現に利益を受けている限度」においてしか認められないので、委託を受けない保証人に事前通知義務を課すことの実益は乏しい。(法友全期)
- 委託を受けない保証人について、事前通知義務を廃止することに賛成。委託を受けない保証人の求償権の範囲は、主債務者が「その当時利益を受けた限度」(462条1項)、「現に利益を受けている限度」(同条第2項)に限定されているが、これは、民法463条にて準用される民法443条1項の「対抗することができる事由」の評価と重複しており、委託を受けない保証人に関して事前通知義務の存在意義は乏しい。(堂島有志)
- 廃止することに特段異議はない。廃止により、主債務者の利益が害されると懸念されないため。(横浜弁)
- 委託を受けない保証人については、事前通知義務を廃止することについて賛成である。事前通知義務を廃止しても主債務者の利益保護の点においては、現行法と変わらないため。(愛知県弁)
- 賛成する。事前通知義務の存在意義に乏しい。(札幌弁)
- 委託を受けない保証人についても、事前通知義務を廃止することについて賛成する。事前通知義務の存在意義が乏しいことについては同意できるため。(日弁連)
- 委託を受けない保証人は、もともと主債務者に対して、主債務者が利益を受けた限度でしか求償権の行使ができないのであるから、事前通知義務を課すことで求償権を確保させる意義に乏しい。委託を受けない保証人の事前通知義務については、廃止すべきか否かを含め、検討すべきである。(親和会)
- 保証人の事前通知義務(民法第463条, 第443条)の趣旨は、債権者に対抗することができる事由を有している主債務者に対し、それを主張する機会を与えようとするところにあるが、委託を受けない保証人の求償権の範囲は、もとより主債務者が「その当時利益を受けた限度」(同法第462条第1項)又は「現に利益を受けている限度」(同条第2項)においてしか認められておらず、主債務者が債権者に対抗することができる事由を有している場合には「利

益を受けている限度」から除外されることになるため、事前通知義務の存在意義は乏しいとする意見にも、首肯できる。(日弁連消費者委有志)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 求償の要件である「債務者の意思に反して」という主観的な要件ではなく、「債務者の合理的な利益に反して」というような客観的な要件にすべきである。(日大民研・商研)
- 民法第 462 条第 2 項に関しては、現在実務上の問題は生じておらず現行法を維持することでよいという指摘がある一方、「債務者の意思に反する」という主観的な要件よりも「債務者の合理的な利益に反する」等の客観的要件に改めるべきではないかという指摘がある。また、利害関係のない第三者による弁済を有効とし、当該弁済が債務者の意思に反する場合には求償権は取得しないとする立場や、債権者と引受人による免責的債務引受が債務者の意思に反する場合には、引受人は求償権を取得すべきではないという立場からは、委託を受けない保証人による弁済等が主たる債務者の意思に反する場合も求償権を取得しないという考え方も取り得るといふ指摘もある。(全銀協)
- 委託を受けない保証人の通知義務を廃止しなければならないほどの高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。(兵庫県弁)
- 現行のとおり残すべきである。委託を受けていない場合の求償権は主たる債務者が債権者に対する対抗事由を有していれば、現に利益を得ていないとして求償権が制限されるにしても、委託を受けている場合にも事前通知を廃止すべきでない以上、委託がない場合にも事前通知をさせるべきであるから。(広島弁)
- 事前通知義務の廃止については慎重に検討すべきである。一方で上記規定について実益が認められない旨の意見があるが、他方で「債権者に対抗することができる事由には様々なものが考えられ、これらによる利益がすべて、現に利益を受けている限度という求償の要件に吸収されるとは断定できない」旨の意見がある。(東弁)
- 事前通知義務を廃止すべきではない。委託を受けた保証人について事前通知義務が課されるのに、委託を受けない保証人について事前通知義務が課されないというのは均衡を欠く。また、受領した金銭を通常的生活費に費消した場合にはなお利益が現存しているものとされるなど、判例上「現存利益」の概念がかなり広く解釈されていることを考慮すると、実際に主債務者が債権者に対抗できる事由を有しており、保証人の弁済によりその抗弁権が失われた事案でも、なお主債務者に現存利益があると判断されてしまう事例が少なからず生じるおそれは否定できない。よって、主債務者が債権者に対抗できる事由を有して

いる場合のすべてが「現に利益を受けている程度」という求償の要件で救済されるから事前通知義務の存在意義は乏しいとの説明には、その前提自体に大きな疑問がある。(弁護士)

- 存在意義が乏しいとしても、意義がないわけではない。改定すべき理由は示されておらず、改定する必要はない。(個人)

5 共同保証一分別の利益

複数の保証人が保証債務を負担する場合（共同保証）に、各共同保証人は、原則として頭数で分割された保証債務を負担するにすぎない（分別の利益）ことを規定する民法第456条に関し、分別の利益を認めずに、各共同保証人は全額について債務を保証する（保証連帯）ものとするかどうかについて、保証人保護を後退させる方向で現状を変更すべきでないとする意見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8-2第2, 6 [60頁]】

【意見】

- 分別の利益を認めずに、各共同保証人は全額について債務を保証する（保証連帯）ものとすることに賛成。分別の利益により、複数の保証人がいるためにかえってその一人に対して全部の履行を求めることができなくなる、数人の保証人のうちが無資力者がいる場合には、債権者はその部分の担保を失うことになるといった、不都合が生じてしまい、複数の保証人をつけて人的担保を強化しようとする債権者の合理的意思に反する結果となる。債権者の合理的意思に照らせば、分別の利益は廃止した上で、保証連帯と構成すべき。(堂島有志)
- 共同保証において分別の利益をなくするとの考え方に反対しない。(大阪弁)
- 分別の利益については、これを意図的に排除するために連帯保証が用いられるのが通常であることに照らし、廃止する方向で検討するべきである。(会社員)
- 保証契約に際して分別の利益をどうするのかを明確に表示することを促すような規定を設けるべきである。(日大民研・商研)
- 分別の利益を認めた上で、無資力者のリスク配分をどのように考えるべきかをもっと議論すべきであると考え。理由は次のとおりである。第一に、最近の保証人保護の方向に保証法が改正される流れに逆行するような債権担保強化のためという債権者利益のみを考慮する提案理由は、共同保証の原則的規定である民法456条の修正を了承するのに十分な説得力ある理由とは思われない。複数債務者の債務分割主義の原則は共同保証においても貫かれており、民法の体系上からも、この原則を軽々しく変更すべきではないと考える。第二に、分別の利

益を否定する理由として、保証人各自が全部保証する意思を通常有しているとするが、むしろ保証人は、他の保証人の存在を認識すれば、債務が保証人間で分割されると期待する意思を有していると推定できるのではないか。第三に、否定説は無資力者の存在が担保力を弱め、共同保証の目的に合わないとして、リスクの負担者を一挙に債権者から保証人に変えようとするが、無資力者のリスク負担の問題は債権者利益と保証人利益の双方を考慮しながら解決すべきである。最後に、債権者と保証人の双方の利益を衡量したうえで合理的な人的担保としての保証法を構築すべきであるという前提のもとで分別の利益の肯否を考えなければならず、債権者利益のみを重視して、無限責任とされる保証責任の負担強化に結びつけてはならないのではないかと述べておきたい。（「改正を考える」研）

- 複数名の保証人を取り、そのうち1人からだけでも回収できればよいという発想で貸付をなす商工ローン業者などがあり、保証人が多額の負債を抱える被害が多く見られた。現実には、保証人が複数いる場合に、各共同保証人は、自らの責任を頭数で分割して考える者も多く、連帯保証の場合に分別の利益が無いことを知らず、債務全額の請求を受けた後にそのことを初めて自覚する者も多い。保証人保護を後退させるべきではなく、むしろ、強化すべきという立場に立てば、むしろ、分別の利益を失わせる場合には、そのことを明確に認識した上で、契約に応じさせるような方向性を取るべきである。他方、分別の利益を認めれば、保証の担保的効力を弱めるという意見もあるが、そのようなことを債権者が望む場合には、むしろ、特約により全額の責任を負うことを明確にした上で契約させればよい。（日弁連消費者委有志）
- 分別の利益の規定は維持すべきである。（金沢弁消費者委）
- 民法では、分割債務が原則であり、一貫性を持った規定である。改正する理由は示されておらず、改正する必要はない。（個人）
- どちらをデフォルトルールにすべきかという問題だが、保証人保護の後退には慎重な検討が必要と考える。分別の利益存続でよいのではないか。（大学教員）
- 仮に自然人保証が廃止されない場合には、共同保証人の分別の利益については廃止すべきではないが、これによっても情義的な動機による過剰な保証の問題についての解決は図れない。（司法書士）
- 複数の保証人が保証債務を負担する場合（共同保証）において、保証人の分別の利益を認めず、数人の保証人があるときには、各共同保証人は全額について債務を負担する（保証連帯）とすると、保証人保護を後退させる結果となってしまう。複数の保証人の分別の利益は認めるべきであるから、保証人保護を後退させる方向での改正を検討する必要はない。（親和会）
- 分別の利益を排除するために連帯保証が用いられることが通常であることを

勘案したものと思われるが、保証人保護の規定をあえて廃止する必要はない。(パ
ブコメWG)

- 保証人保護を後退させる方向で現状を変更すべきではない。(弁護士)
- 一般に保証といえば連帯保証を指すこととなっている原因は、分別の利益もあるが検索の抗弁権がより大きな原因であると考えられる。そのため、分別の利益のない「保証連帯」が明文化されても、検索の抗弁権について判例を変更して「執行の容易な“相当の”財産が存在すること証明した場合」としなければ、現状から変化はないものと思われる。(個人)
- 保証人を複数とるという債権者の姿勢はそもそも保護に値しない。日掛け金融や SFCG などの商工ローン業者が多数の保証人を徴求し被害を拡散させたところである。保証人の頭数が増えた以上は、個々の保証人の責任が頭割りとされるというのが市民感覚に沿う。(保証被害会議)
- 保証人の保護を後退させるべきではなく、複数の保証人が保証債務を負担する場合に、各共同保証人は、原則として頭数で分割された保証債務を負担するにすぎない(分別の利益)ことを規定する民法 456 条の廃止には反対する。(弁護士)
- 検討することに異論はなかったが、分別の利益は認める方が望ましく、あえて廃止する必要はないのではないかとする意見があった。(最高裁)
- 民法第 456 条を改正すべきではない。現状より保証人保護を後退させる立法提案を採用すべき合理的理由はない。(弁護士)
- 分別の利益については、現行法の規定を維持すべきである。分別の利益を廃止する積極的な立法事実は認められない。保証人保護の拡充を後退させる方向で現状を変更すべきでない。分別の利益を認めると保証人が複数いる場合の担保的効力を弱めるおそれがあるとの指摘があるが、特約により保証連帯とすることが可能であるから、特段の不都合はない。(法友全期)
- 共同保証における分別の利益制度は維持すべきである。保証契約をどのような法形式でとるべきかという問題であり、分別の利益を否定する必要は乏しい。(福岡弁)
- 検討の必要はないと考える。分別の利益を回避するためには連帯保証を用いればよいのであって、保証人の保護を後退させる方向で現状を変更すべきではない。(二弁)
- 分別の利益規定の廃止に反対である。いずれにしても特約で除外できるということであれば、デフォルトルールでは、契約時に契約内容についてイニシアティブをとって決められる立場にいる債権者の保護よりも、保証人保護を優先すべきである。有償の機関保証が、無償の情義的保証人に全額求償できることには疑問がある。(横浜弁)

- 分別の利益の廃止は、保証人の保証責任を現行制度よりも重くするものであり、反対である。もし、債権者が分別の利益を失わせたいのであれば、保証契約の際に保証連帯とすればよく、現行制度を変更するまでの必要性は存しない。ただし、保証連帯の合意をする際にも、保証人保護の手続的保障は厳格に履行されるべきである。（愛知県弁）
- 共同保証人の分別の利益については、廃止すべきでない。共同保証人の分別の利益については、債権者は、担保的効力を強めることを目的として、保証人の数を増やすのに、分別の利益があることによって、かえって一人の保証人から全額の保証を受けることができなくなり、保証の担保的効力を弱めると指摘されているところである。しかし、一方で、保証人の保護を後退させることになるから、現状を変更すべきではないという見解もあり、この点については、契約の中で、分別の利益を排除する特約が認められるのであるから、当事者間の契約に任せればよく、現状を変更する必要はないと思われる。（青司協）
- 反対する。保証人保護のため分別の利益を存続させるべきである。（札幌弁）
- 反対である。分別の利益を認めず、数人の保証人があるときは各共同保証人が全額について債務を保証する（保証連帯）とすると、保証人保護を後退させるという重大な結果が生じてしまう一方、債権者を保護すべき場面でそもそも保証人が複数存在すること自体があまり想定できないため、これを認める必要性は乏しく、あえて現状を変更する必要はない。（兵庫県弁）
- 各共同保証人に関する分別の利益に関する規定を変更しない方向で検討すべきである。分別の利益を廃止することによって、保証人の負担が増加することになるので、その廃止には慎重となるべきである。（日司連）
- 分別の利益廃止には反対する。保証人の危険を増加することには反対する。各共同保証人が債務全額について保証することを求めるのであれば、保証連帯の特約（契約の要式、説明義務等との関連もあるが）を利用すればよい。（仙台弁）
- 現行のとおり分別の利益を残すべきである。保証連帯を望むのであれば、連帯保証人をすればいいのであるから、保証人の責任を更に重くする必要はないから。（広島弁）
- 保証人を保護する観点からは、分別の利益を維持すべきであるし、保証契約をどのような方法でとるかという問題であって、直ちに分別の利益を否定する必要性はない。（日弁連）
- 共同保証における分別の利益については、現行の規定を維持すべきである。これを廃止する考え方については反対する。保証連帯が認められるのであるから、保証人の保護を後退させてまで共同保証について分別の利益を否定する必要はない。（東弁）

6 連帯保証

【意見】

- 連帯保証人については、検索の抗弁権も適時執行義務も認められないことに加え、事前求償権までも認められないことは連帯保証人の保護の観点から問題であり、連帯保証人に、事前求償権を認めることは維持すべきである。また、連帯保証人について生じた事由の効力については、履行の請求に限定することなく、現行 458 条のような準用規定ではなく、個別の事由ごとに条文化するという基本的方向性で、更なる検討が必要ではないか。（「改正を考える」研）
- 保証人保護は重要であるにしても、制度の経済的機能や実務の取扱いに十分な配慮を行い、問題が生じている場面が一般的な取扱い自体に変更を強いるようなものなのか、あるいはそういった問題を取り出して例外的な場面として、あるいは業規制等の別途のルールとして規律した方がよいか、慎重に検討すべきである。また、連帯保証人に生じた事由の効力について、請求の絶対効を相対効に見直すという点については、債務の履行を怠っている債務者の利益を、債権者の利益よりも優先させることに公平感を見出すことは難しく、実務の混乱を回避するためにも連帯保証人に対する請求の絶対効が維持されることを望む。銀行実務上、保証人を立てる場合には、通常の保証よりも連帯保証が一般的に利用されている。その理由としては、時効管理等の債権管理が容易であるという点のほかに、保証人に単純保証よりも重いリスクを担わせることにより取引全体を円滑に進める効用がある点が指摘されている。例えば、中小企業向け融資においては、経営者の経営に対する責任やガバナンス強化に対する意識の高揚の観点に加え、経営者のモラルハザードを自制・抑制し、取引基盤を醸成・強化するために保証が用いられるが、この場合には、経営者に二次的責任しか負わせない単純保証に比べて、連帯保証の方がより効果が得られると考えられる。なお、連帯保証人に対する請求の効力が主債務者にも及ぶという規律は、債権管理の観点から実務では欠かせないものであり、連帯保証人に対する請求の絶対効が重要な意義を有している。（全銀協）

(1) 連帯保証制度の在り方

連帯保証人は、催告・検索の抗弁が認められず、また、分別の利益も認められないと解されている点で、連帯保証ではない通常の保証人よりも不利な立場にあり、このような連帯保証制度に対して保証人保護の観点から問題があるという指摘がされている。そこで、連帯保証人の保護を拡充する方策について、例えば、

連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証となるとすべきであるなどの意見が示されていることを踏まえて、更に検討してはどうか。

他方、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）の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるとすべきであるとの考え方（後記第62，3(3)①）も提示されている。こ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8-2第2，7(1) [62頁]，部会資料20-2第1，3(3) [20頁]】

【意見】

- 個人の連帯保証制度を廃止する方向で検討すべきである。（金沢弁消費者委）
- 破産制度がある中で、連帯保証制度は必要か。善意の連帯保証人（気のいい人、脅迫等で連帯保証人を押し付けられた人等）が自己破産に追い込まれる場合がある。（会社員）
- 理解していない場合には、意思表示の一致がなく、連帯保証契約が不成立だと事実として認定することであって、法律に定めることではない。また、民法は、一般市民を前提として規定するものである。改定する必要はない。（個人）
- 説明義務の充実の方向は最低限検討されるべきと考えるが、法律に無知な人による個人保証が多いことを考えれば、さらに進んで、個人保証の場合に連帯保証を禁ずることも検討されてよいのではないか。（大学教員）
- 自然人に関しては保証能力全般を否定すべきであるが、少なくとも「連帯」保証は強く否定すべきである。保証人が個人である場合には、「消費者」（消費者契約法2条1項）に該当するか否かを問わず、予想を超える過大な責任を追及されることによる生活の破綻という問題を効力する必要があるのに対して、保証人が法人である場合には、生活の破綻という問題が生じない上に、いわゆる機関保証に代表されるように、経済合理性に適った行動をとることが一般的に期待できるという考慮に基づくものであるためである。このように、既に現行民法において、保証人については、自然人と法人を分けて、規律しているところであり、自然人独自の保証人保護規定を更に設けることは、現行法との齟齬はない。連帯保証は、連帯まですることのリスクを十分に把握できる機関保証に限定するべきである。事業者に関する特則は、商法に置くべきであり、民法に規定を設けるべきではない。（福岡弁）
- 連帯保証制度自体の廃止を検討すべきだが、仮に廃止しないのであれば、保証人保護に思い切って踏み込むべきである。制度自体は存続させるとしても、

保証を有償の保証（実務上は機関保証とされる。）と無償の保証（実務上は通常の保証に分類される。）とに分けて考え、無償保証については連帯保証を禁止することも検討すべきである。事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるとすることには反対である。連帯保証といっても、国民の素朴な感情としては、保証人が主債務者とまったく同等に扱われることに違和感があるのが実際である。連帯保証といっても、債権者が主債務者に対して適時適切な回収行為を怠った結果、保証人の負担が増した場合には、信義則から保証人に負担を求めうる部分が制限されるとした裁判例があるが、そのような救済がよりなされやすいよう検討すべきである。保証契約は有償か無償かによって差異を設けられていないが、無償保証については、有償保証の場合よりも保証人の責任が軽減されてしかるべきである。なお、事業者は大規模事業者から小規模事業者まで混在するため、その区分けが著しく困難であるから、主体の属性によって区別するのではなく、無償の保証契約の保証人を一律救済するという方法を用いるべきである。（横浜弁）

- 連帯保証人保護の拡充策としては、事業者以外の個人による連帯保証は原則としてその効力を認めないものとするべきである。連帯保証については、金融機関や保証業者が行う保証や、事業に関係する連帯保証（会社の債務につき経営者個人が連帯保証人となる場合を含む）の場合にはなお合理性が認められるものの、そうでない個人の連帯保証人については、単に社会的弱者が一方的に不利な立場を押しつけられているものに過ぎないため、連帯保証人保護の方策としては、単に「連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証となるものとする」といった考え方では不十分であり、事業に関する保証その他社会経済上一定の合理性があるものを除いては、事業者でない個人による連帯保証の効力を認めないものとする方向で検討を進めるべきである。②事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときの取扱いについては、基本的に賛成するが、「経済事業」という用語を用いるべきではない。連帯保証が成立する範囲について、現行商法第511条第2項に代わる規律を民法典に設ける必要性は認められるが、「経済事業」という用語の意味は曖昧かつ不明確であり、また保証は原則として無償行為であることを考慮すると、「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）の範囲内で保証をした場合」という要件では、事実上金融機関や保証業者等が保証料を取って保証をした場合にしかこれに該当しないと解釈され、連帯債務の成立する範囲が不当に狭まる可能性がある。後の消費者・事業者概念に関するところでも述べるが、商法の商行為に代わる概念が必要であれば、単に「その事業のためにする行為」（会社法第5条参照）と規定すれば足りるものと考えられ

る。(弁護士)

- 連帯保証制度は、保証の例外として位置づけるべきである。現実にはほとんどが連帯保証といわれているが、現民法の原則はあくまで単純保証である。連帯保証は、検索・催告の抗弁権を有しない点で、丹淳保証より不利であるため、例外として位置づけるべき。(堂島有志)
- 制度について効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証となるとした方が、現在よりも保証人保護になることは間違いないが、これによっても情義的な動機による過剰な保証の問題についての解決は何ら図れない。説明責任・説明要件は、致命的な限界があるのである。(司法書士)
- 業として行う保証、経営者保証以外の場合にも連帯保証を許容する場合には、連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証となるものとすべきである。事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるという規律には反対である。業として行う保証、経営者保証以外の保証(個人・法人を問わず)は廃止すべきである。仮に、保証が許容される場合を限定しない場合には、業として行う保証、経営者保証以外は、連帯保証を許容すべきではない。更に、業として行う保証、経営者保証以外で連帯保証契約を行う場合は、債権者に、連帯保証人となる者の知識や経験に照らして、保証の意味に加え、連帯保証の効果を理解するのに十分な説明をすることを義務付け、同人が、保証の意味のほか、連帯保証の効果を理解した場合に、連帯保証となり、連帯保証の効果の理解が不十分であった場合は、単純保証となるものとすべきである。また、事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるという考えについて、事業者概念の導入の是非の議論があることに加え、経済事業概念が明確ではなく、しかも、商行為以外に、当事者が連帯保証である旨自覚的に合意していないのに、当然に連帯保証となる場合を拡大することは相当ではない。(仙台弁)
- 現行の実務では「連帯」という文字が付されていれば直ちに連帯保証契約となるかのごとく扱われている場合がある。催告の抗弁・検索の抗弁(適時執行義務)あるいは分別の利益についてこれを排除したいというのであれば、個別に特約をすればよいのであり、民法典にこれを定める必要はないから、連帯保証規定は削除されるべきである。その上で、消費者契約となる保証契約については、保証人保護の観点から(催告の抗弁・検索の抗弁(適時執行義務)あるいは分別の利益)は強行法規とするか、これを排除する特約を不当条項とすべきである。その他の連帯保証についても、少なくとも連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合に始めて連帯保証となるとすべきである。(保証被害会議)

- 賛成する。保証人保護のためには説明義務の強化が不可欠である。(札幌弁)
- 保証人保護の観点から、連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証の成立を認めるなど連帯保証人の保護を拡充する考え方に賛成する。事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるとすべきであるとの考え方には反対である。(大阪弁)
- 連帯保証人の保護を拡充する方策が必要であるという意見、連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証となるとすべきであるなどの意見は、賛成である。さらに、自然人による連帯保証制度は、法人の代表者の保証も含めて、廃止すべきである。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）の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるとすべきであるとの考え方は、反対である。(日弁連消費者委有志)
- 前段については、保証人が個人である場合に限り、賛成である。後段については、連帯保証になるかどうかは純粋に当事者の合意によるものとすれば足り、当事者で合意していない場合にまで連帯保証の成立を認める必要性はないと考えられるため、現行法の規定を変更する必要はない。(長島・大野・常松有志)
- 連帯保証人の保護を拡充する方策として、連帯の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証となるとすべきであるとするには賛成である。事業者にも、一般消費者と判断能力の点でも大差のない個人事業者が含まれていることから、保証人保護を後退させるようなことは認めるべきではなく、事業者のその経済事業の範囲内で保証したときには連帯保証になるとすべき意見には反対である。(弁護士)
- 連帯保証人の保護を拡充する方策について検討することに賛成する。具体的には、少なくとも個人（自然人）の保証においては連帯保証の意味や効果について理解していることが証明可能な場合に限り連帯保証となるとすることなどを検討すべきである。個人（自然人）による連帯保証については、連帯保証の意味や効果を十分に理解しまいまま、利他性、無償性、情宜性、軽率性といった事情の下に保証人となるケースが多く認められ、保証人が予期しない過大な負担を負うことによって悲惨な事態を招くことがあるため、保証人の保護を拡充する必要がある。保証人が法人の場合や保証を業として行っている者の場合は、利他性、無償性、情宜性、軽率性といった事情が認められる場合が少なく、かつ連帯保証の意味やリスクを熟知した上でリスク回避の方策を取っていることが通常であるため、個人（自然人）の保証と同列に考える必要はない。事業者が経済事業の範囲内で保証をしたときには連帯保証とするとの規定を

- 置くことには、反対である。「経済事業」という概念は、その定義自体が不明確であり、「国民に分かりやすい民法」の実現と矛盾する。また、事業者に関しては、商法511条2項に規定があるところ、同条項と異なる概念を用いた似て非なる規定を民法の中に置く意義を見出せない。（法友全期）
- 連帯保証契約の成立について、連帯保証の効果を具体的に説明され、理解した場合にのみ成立することに賛成である。事業者について当然に連帯保証となるという考え方については反対である。連帯保証債務が、催告・検索の抗弁や分別の利益が認められないという、保証人にとって、責任の課長された契約であることから、その契約内容を十分に理解した場合にのみ認められるべきであることは必要である。事業者にも、一般消費者と判断能力の点でも大差のない個人事業者が含まれることから慎重に検討すべきである。（愛知県弁）
 - 連帯保証契約の成立について、連帯保証の効果を具体的に説明され、理解した場合にのみ成立することに賛成する。保証債務一般の説明義務強化と併せて必要である。さらに、自然人の連帯保証については、その実行性や他の代替手段も含めて検討すれば、これを廃止すべきであるとの意見もある。なお事業者について当然に連帯保証となるという考え方については反対する。事業者にも、一般消費者と判断能力の点でも大差のない個人事業者が含まれること、今回の改正において保証人保護の後退は認めるべきではない点を考えると、慎重に検討すべきである。（日弁連）
 - 基本的には、連帯保証人の保護を拡充する方策を設けることには賛成する。この点、少なくとも自然人（但し事業主、会社における取締役以外の者）が事業者又は会社の連帯保証人となることを禁止し、かつ自然人が連帯保証人の場合は保証人と同様に催告・検索の抗弁権を認め、各種説明義務等を債権者に課し、共同保証における分別の利益を認める規定を設ける方向性で検討すべきである。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）の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるとすべきであるとの考え方については、強く反対する。「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なく、「国民に分かりにくい」と言うべきである。また、事業者に関する特則は、商法511条2項もあるので、民法に置くべきではない。（東弁）
 - 連帯保証は、催告・検索の抗弁が認められず、分別の利益もないなど保証人にとって不利な制度である。実際にも、連帯保証によって保証人が過度の負担を被ることになり、問題が大きい。民法の改正にあたっては、連帯保証人保護の制度について見直しを行うべきである。具体的には、①保証契約締結時にお

- ける保証債務の内容の説明義務，②保証人の能力に比較し過大な保証とならないための方策，③事情の変更による連帯保証からの離脱の可能性，などについて検討を要する。(親和会)
- 連帯保証人の保護の拡充という目的については特に異議はない。事業者の経済事業という用語は不明確である。商法第511条第2項との関連性を明らかにする必要がある。(パブコメWG)
 - 仮に催告・検索の抗弁や分別の利益に関する規定を強行法規としたとしても、連帯保証と同じような効果を持つ別の手段を考えることは可能である。(弁護士)
 - 法人保証と個人保証を区別し、また、後者につき経営者保証と経営者以外の第三者保証に区分したうえで、具体的に検討する必要がある。(日大民研・商研)
 - 連帯保証人の保護を拡充する必要性がどの程度あるのか、パブリックコメントの結果等を踏まえ、さらに検討すべきである。なお、個人保証については全面的に廃止すべきであるとの強い意見が出されている。また、事業者がその経済事業の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるとすべきであるとの考え方は、商事保証債務(商法第511第条2項)と同じ意味であるならば異論はない。(二弁)
 - 連帯保証人のみならず保証人についても、それらが必要とする場面につき規制をかけるべきである。そのためには、保証人が負担する責任内容に対する制限も考えるべきである。他人の債務を無制限に負担して財産を失うという保証制度は、余りにも不合理であり、この点を是正しなければ、保証人問題は解決しないから。(広島弁)
 - 連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証となるとの提案は、その必要性について慎重に検討すべきである。保証人となる者の関心が、催告・検索の抗弁の有無や分別の利益等にあることはそれほど多くないと思われる。保証人に対する説明内容の範囲が不必要に広がると、肝心の保証の効果についての説明・理解が不十分になる恐れがある。(経済法令・研究会)
 - 実務では連帯保証がほとんどで、単なる保証はほとんど使われない。連帯保証を原則とすべきである。また、催告の抗弁権、検索の抗弁権は、保証人保護にほとんど役立たず、単に手続きを煩瑣にしているだけである。(会社員)
 - 商取引において、特に、不動産等の担保を取得しにくく、銀行のように取引先の経営状態を知りうる立場にない事業者にとって、連帯保証制度は保全の柱の一つである。また付随的機能ながら、取引先の役員が架空・循環取引といっ

た不正取引に安易に手を染めることを抑止するための機能を果たしていることもあり、極力、現在の法制度のままの存置する方向での議論が望ましい。なお、内容理解し書面で云々は、明示的に反対するものではないが、必要であると判断した場合には必ず取引に入る前に徴求を要求するため、単に双方の作業コストが増加するだけであることを付記しておく。(会社員)

- 保証制度を継続するとしても、そもそもなぜ保証と連帯保証を分ける必要があるのか疑問が残る。債権者としては両方あれば自らにとって便利な連帯保証人を付ける制度を採用するのが当然である。せめて連帯保証は経営者が法人を主債務者とした場合の保証人となる場合のみに限定し、それ以外の場合は、保証人の負担が重い連帯保証制度は廃止したらどうか。(司法書士研修生)
- 検討することに異論はなかったが、次のような意見があった。保証契約の適正化を目的とするのであれば、保証契約締結の際における保証人の保護の方策と同様、事後規制的に裁判所が判断するのではなく、形式的な要件を加重して、これを効力要件と結びつけて事前規制する考え方もあるのではないか。連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証となるとすべき意見があるが、連帯保証の効力の発生要件が不明確になるのではないか。(最高裁)
- 連帯保証制度については、廃止も含め、その制度のあり方について十分検討すべきである。保証契約の多くは連帯保証であり、保証人が何らの反対給付を受けることなく、債務のみを負担する契約であることや、個人を保証人とする保証契約(個人保証)の大半は、個人が情実に流されて、断ろうにも断り切れない状況下で締結されているのが実態であること、そして、個人が自己の支払能力を超える保証をした結果、一般財産をすべて失い、経済苦を理由とした悲劇が生まれていることは、それが「連帯」保証であるか否かで違いはない。(兵庫県弁)
- 制度について効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証となとした方が、現在よりも保証人保護になることは間違いないが、これによっても情義的な動機による過剰な保証の問題についての解決は何ら図れない。説明責任・説明要件は、致命的な限界があるのである。(青司協)
- 例えば連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証となるとすべきとの意見があるようであるが、理解したか否かにより契約の性質に影響が及ぶこととなるのは適当でない。金融機関は金融庁の指導により「連帯保証契約については、補充性や分別の利益がないことなど、通常の保証契約とは異なる性質を有することを、相手方の知識、経験等に応じて説明することとしている」ところであるが、その内容を理解したか否かは客観的にわか

るものではなく、当事者の主観によるものであり、それにより連帯保証か否かが定まることになれば、債権者は極めて不安定な立場に立たされることとなる。

(全信保連)

- 賃貸借における担保としての連帯保証の重要性にかんがみれば、連帯保証を制限する方向での検討は、いずれも現在の取引実務に合わない空理空論ではないか。連帯保証が成立する場合の説明は、通常の保証における説明範囲や説明がない場合の効果と異にする必要はないのではないか。また、「具体的に受けて理解した」との表現は、それが連帯保証人の主観面の問題であることからすれば、無用の混乱が生じかねないのではないか。「説明はされたけど理解していない」との抗弁がまかりとおってしまう危険がある。(全宅連)
- 連帯保証の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証の効果が認められるとすることについては賛成できない。一般的な説明義務を超えて、保証人予定者が理解していることまでを要件とする場合、保証人予定者の理解の有無の把握が困難であり、実際の運用において支障が生じることが懸念される。(貸金業協)
- 連帯保証の一種とも考えられるので、連帯債務の成立に必要な程度の説明を履行すれば連帯保証契約の成立を認めるべきである。(個人)
- 我が国における保証の大部分が連帯保証であり、主債務者の支払が滞れば、連帯保証人が債権者から請求及び執行を受ける立場にあることは、国民一般の知れ渡るところとなっている。主債務者からの債権回収が困難である場合に、債権者の選択により、主債務者に対する訴訟及び執行手続を経ないで、連帯保証人に対する訴訟及び執行手続を行うことにより、迅速に債権回収を図ることは、債権者にとって重要である。社会的必要性が高いこのような連帯保証制度を廃止することは、経済界に混乱をもたらす、妥当でない。保証人の保護については、過大な保証の禁止、信義則、権利濫用の法理による保証債務の軽減といった、他の方策によるべきである。連帯保証制度を廃止する方向の法規制は、過剰かつ乱暴に過ぎる。(一弁)
- 保証のほとんどが連帯保証であり、且つ保証が商行為であるときは連帯保証になるという商法第 511 条の規定が現在有効であるという現状を見れば、保証人保護強化の流れであるとしても、連帯保証制度そのものを廃止したり、連帯保証の成立範囲を限定することは、現状に与える影響が甚大であり、企業実務に多大な変更を強いるものである。社会における資金融通、信用供与の場面において、連帯保証制度は一定の役割を果たしており、これを廃止又は限定することは、円滑な信用取引を妨げる。(法友会)

(2) 連帯保証人に生じた事由の効力—履行の請求

連帯保証人に対する履行の請求の効果が主債務者にも及ぶこと（民法第458条、第434条）を見直す必要があるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 7(2) [63頁]】

【意見】

- 債権者が連帯保証人の1人に対して履行を請求しても、主債務者及び他の連帯保証人に対してその効力を生じないとする考え方に賛成である。（大阪弁）
- 連帯保証人に対する履行の請求の効果が主債務者に及ぶとする点については、見直しの方向で検討すべきである。（金沢弁消費者委）
- 見直す必要あり。少なくとも明確な説明を受けて連帯保証人になったとはいえ、請求を受けていない保証人の保護は高いと考える。（大学教員）
- 見直しに賛成である。連帯保証人に対する履行請求の絶対効は妥当ではない。連帯保証人は、主債務者の関与なしにも出現し得るところ、債権者が主債務者の関知しない連帯保証人に対して履行の請求をしたからといって、主債務者との関係でも時効の中断が生ずるのは妥当ではない。また、実務的には、（主債務者が所在不明の場合を含め）連帯保証人にだけ訴えを提起する実益は乏しい。実務上、履行請求に絶対効を認める実益があるのは、時効期間完成間際に、連帯保証人に到達する内容証明郵便で、請求が行われ、かねて所在不明の主債務者についても6ヶ月間、時効期間が延びる場合であるが、このような事例が多いとは考えられない。（仙台弁）
- 請求の絶対効について、見直しの必要性の有無を検討することについて賛成である。主債務者が関与せず、認知することもない場合のある債権者の連帯保証人に対する請求によって主債務の時効中断が図られることは、好ましくない。（愛知県弁）
- 請求の絶対効について、見直しの必要性の有無を検討することについて賛成する。主債務者の関与することが出来ず、場合によっては、認知することも出来ない、債権者の連帯保証人に対する請求によって、主債務の時効中断が図られることは、望ましくない。（日弁連）
- 債権者からの連帯保証人に対する請求が主債務の時効の中断事由とならない規定を置く方向で検討すべきである。現民法の規定では、債権者から連帯保証人に対してなされた履行の請求が主債務の時効中断事由となるが、連帯保証契約は、主債務者の関与がなくても締結することが可能であり、主債務者の関知しないところで時効が中断されるのは妥当ではないとの批判がある。実務上でも、主債務者から相談を受け主債務の時効期間が満了しているか否かを検討

する場合、主債務者の知り得ぬところで時効が中断されている可能性があることにより、法律効果の予測が困難になるという事態にしばしば遭遇する。連帯保証人が保証債務を弁済した場合には、連帯保証人は求償権を行使することができ、その弁済の時から求償権の時効は進行するから、結果的に主債務の消滅時効が止まっていることと同視することができるという考えもある。しかしながら、連帯保証人に対する請求がなされ時効が中断することと保証債務の履行により連帯保証人が主債務者に求償権を行使することとは、前提となる事情が異なると考えられ、区別して検討されるべきである。主債務の時効中断をしようとする債権者は、主債務者に対して履行の請求を行えばよく、そのことにより債権者に過大な負担を負わせるものではないと考える。(日司連)

- 主債務者が関与することができない債権者の連帯保証人に対する請求によって、主債務者の時効中断が図られること望ましくないので、連帯保証人に対する履行の請求の効果が主債務者にも及ぶことを見直すことについては賛成である。(弁護士)
- 主債務者の関与することが出来ず、場合によっては、認知することも出来ない、債権者の連帯保証人に対する請求によって、主債務の時効中断が図られることは、望ましくない。(日弁連消費者委有志)
- 連帯保証人に対する請求はもちろん、差押え、仮差押え及び仮処分が、主債務の時効中断事由となることを明文で規定していただきたい。連帯保証人に対する請求は、主債務者との関係で時効中断事由であるところ、差押えは、権利の実現を図る行為として、請求と同様の要素を有しており、かつ、公的な権利実現手続として、裁判外の催告以上に確定的で明確なものである。また、仮差押え及び仮処分についても、権利実現の準備行為でありかつ公的な手続であって、時効中断事由としては差押えと同種のもので扱われている。したがって、連帯保証人に対してなされた裁判外の催告でも時効中断事由とされていることとの平仄を考えれば、連帯保証人に対する差押え、仮差押え及び仮処分についても、主債務の時効中断事由とされることが相当である。(貸金業協)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 連帯保証人に対する履行の請求の効力が主たる債務者にも及ぶ点(民法458条、434条)については、複数債務者の一人に生じた効力の関係で、絶対的効力事由とされているものの見直しの一環として検討する必要がある。(親和会)
- 連帯保証人に対する履行の請求に絶対的効力を認めるべき場合と認めるべきでない場合を一定の基準によって区別していくべきである。(広大有志)
- 連帯保証人に対する履行の請求の効果が主債務者にも及ぶとする現行法を、

あえて改正しなければならない高度な必要性は認められず、慎重な検討が必要である。(兵庫県弁)

- 連帯保証人に生じた事由の効力が、主債務者に及ぶとすることに違和感がある。仮に、連帯保証人に対する履行請求の効果が主債務者に及ぶとしても、委託を受けた連帯保証人の場合だけとすべきである。債権者に、主債務者自身に対する時効中断措置をとらせるコストを負わせるべきである。保証人が現実に出捐して弁済した場合、主債務者の時効消滅の期待よりも、保証人の求償権保護の要請が大きい。他方、連帯保証人への履行請求の効力を主債務者に及ぼすかという本件問題は、「債権者」と「主債務者・連帯保証人」との間の利益調整の問題であり、場面を異にする。連帯債務における履行請求の効力と平仄を合わせる必要はない。1人の連帯債務者に請求すれば、そのことが他の連帯債務者に伝達されるのが通常であるということが、連帯保証の場合、必ずしもあてはまらない(委託を受けない保証の場合)。(横浜弁)
- 連帯保証により主たる債務者も利益を得ていることを踏まえ、改正には慎重に検討されたい。主たる債務者の関与なくして連帯保証が成立した場合でも、それにより主たる債務者も利益を得ているのであるから、連帯保証人に対する履行請求により時効中断の効力が主たる債務者に及んでも仕方ないことであるから。(広島弁)
- 連帯保証人に対する請求の効果が主債務者にも当然及ぶとする規定を廃止することについては、慎重に検討すべきである。一方で、主債務者に対する不意打ちを防ぐ必要があるとして廃止すべきとする意見があるが、他方で主債務者が行方不明の場合等に時効中断の手続を取りにくくなる等から現行法のとおりで良いとの意見もある。(東弁)
- 期限の利益を喪失した債権で、主債務者が行方不明または実態がなくなっているものの、連帯保証人が弁済を続けているケースがあるが、実務では主債務者の時効中断のため、連帯保証人に事情を説明の上支払督促手続を行い、簡便に主債務の時効中断手続を行うことがある。また、主債務者が行方不明の時、履行の請求を絶対効としないとすると、主債務者からの回収が全く見込めない場合であっても、主債務者に訴訟提起を余儀なくされ、主債務者の事情に応じた対応が難しくなる。(全銀協)
- 債権回収の場面で、主債務者が破産し行方不明などとなり、連帯保証人を相手に回収交渉をすることはよくある。その際、請求が相対効とされると、主債務者が行方不明で時効中断ができない間に主債務の時効が完成してしまえば、連帯保証債務も附従性により消滅し、連帯保証人に請求しても時効を援用されてしまうこととなり、債権管理上影響が大きい。もし導入する場合でも、主債

務者行方不明などの場合の特則設定や公示送達制度の改善などと一体で実施されるべきものとする。(全信協)

- 主債務者が所在不明の場合に、所在の判明している連帯保証人を通じて主債務の時効を中断する方法として、最も簡便なものは、連帯保証人への請求であることから、破綻金融機関の債権回収に関与する当機構としては、連帯保証人に対する履行の請求について、一律に絶対効を認めないとするには慎重であるべきと考える。仮に、検討を行うとした場合は、保証人の事後求償権の消滅時効の起算点に関する判例法理との整合性を付けるための議論を行った上で、仮に同法理を所与の前提としないのであれば、保証人の事後求償権の消滅時効の起算点につき、一定の見解の示されることが必要と考える。(預保)
- 連帯保証人に対する履行の請求の効果が主債務者にも及ぶことを見直す必要性は乏しい。連帯保証人に対する請求の効力が主たる債務者に及ぶことは現行民法第 458 条の効果のうち、もっとも実務上意義のある規定であり、実務上の要請も踏まえると、同規定を改変するほどの必要性は見いだせない。もっとも、債務者の知らない連帯保証人に対する履行請求により債務者が債権時効の利益を失うといった場合の不利益も考えると、連帯保証契約の存在を債務者が知らない場合には、履行請求の絶対効を否定するという規定を設けることは検討に値する。(堂島有志)
- 金融機関が融資を行った後、当該融資に係る債権の債権時効の進行を停止するために請求(訴えの提起等)を行う必要がある場面においては、主たる債務者は既に履行遅滞の状態にある場合がほとんどであると考えられるところ、弁済の見込みの乏しい主たる債務者に対してまで請求を行わなければならないとすると、訴えの提起等に係る諸費用や事務コスト等、金融機関の管理コストが増大することは不可避であって、当該コスト増は最終的には利用者側に転嫁せざるを得なくなるおそれもある。履行遅滞の状態にある主たる債務者を保護する必要性がどの程度あるかを考えると、現行法どおり、連帯保証人に対する履行の請求の効力は主たる債務者に対しても効力を有することとすることが望ましい。このように考えても、一般の金融機関が債務者の全く与り知らぬところで連帯保証契約を締結し、当該連帯保証人に対して請求を行うことで主たる債務者についての債権時効の進行を停止する措置を行うということは考えにくい。したがって、連帯保証人に対する履行の請求の効果が主債務者にも及ぶという現在の規律は、維持する方向で検討すべきである。(信用組合)
- 反対である。サービス業務において、主債務者が行方不明であるなど、連帯保証人にしか連絡をとることができない場合がある。この場合においては、主債務者に対する債権が時効消滅し、付従性によって連帯保証人に対する保証

債務履行請求権も消滅することを回避するため、連帯保証人に請求することをもって主債務者に対する債権の時効を中断する対応を迫られることが多い。このような局面においては、債権保全のために請求の絶対効が果たす役割は大きい。また、連帯保証人に対する請求をもって主債務の期限の利益を喪失させることができなくなると、期限の利益喪失の約定としては、一定の事由の発生によって請求による期限の利益喪失条項の有用性がなくなる結果、「当然に」期限の利益が喪失する内容とせざるを得なくなり、かえって主債務者及び連帯保証人の利益を損なう可能性がある。実態としても、連帯保証人が「連帯」という形式により、催告の抗弁や検索の抗弁をあえて放棄していることに鑑みると、主債務者と連帯保証人との間には、連帯保証人に対して生じた請求の効力を主債務者に対して及ぼすに足りる緊密な関係が典型的に認められるべきとも考えられる。(サービサー協会)

- 連帯保証人に対する履行の請求の絶対効を見直すことに反対する。連帯保証人に対する履行の請求を相対的効力事由とした場合には、金融機関等の債権管理の実務に重大な悪影響が生じかねない。また、実務上は主債務者と密接な関係にある者が連帯保証になることがむしろ大半であり、主債務者の全く与り知らぬところで連帯保証人が現れ、これに対する履行請求により主債権者が不利益を被るという事態が頻繁に生じるとは考え難い。更に、保証人の事後求償権の消滅時効は保証人による免責行為があった時点から進行する(最判昭和60年2月12日)とすれば、連帯保証人に対する履行の請求に絶対効を認める現行法の規律に特段不整合はないと言いうる。なお、主債務者・連帯保証人間に一定の利益共同関係がある等、一定の要件を満たす場合に限り絶対効を認めるというルールは、どのような場合に絶対効が認められるかについて十分に明確な判断基準が示されない限り、取引当事者間の予測可能性を害するおそれがあり、妥当でないと考える。(森・濱田松本有志)
- 連帯保証人に対する履行の請求に絶対的効力を認めないと、行方不明になった主債務者が得をする事態が生ずることになりかねない。また、連帯保証人が主債務者から委託を受けていた場合や主債務者と連帯保証人との間に一定の関係がある場合には、絶対的効力を認めるべきである。(日大民研・商研)
- 連帯保証人に対する履行の請求の効果が主債務者にも及ぶこと(絶対効)については、見直す必要はないと考える。主債務者が行方不明の場合や主債務者死亡後相続人全員が相続放棄をし、相続財産管理人が選任されていない場合等、主債務者に対して時効中断措置をとることが困難である場合、連帯保証人に対する請求により、主債務の消滅時効を中断することがあるが、絶対効が否定されることとなれば、このような方法による時効中断ができないこととなり、「逃

げ得」を助長することになりかねない。(全信保連)

- 当該規定を見直す必要は無い。仮に、連帯保証人に対する履行の請求に絶対的効力を認めないことになれば、行方不明になった主債務者が得をする事態が生ずることになりかねない。また、保証人による事後求償権の消滅時効は、判例上保証人による免責行為があった時点から進行を開始するとされており、当該判例法理を見直すべき合理的必要性もない以上、保証人に対する履行請求によって主債務の時効が中断したとしても、これが主債務者にとって不測の損害であるともいえない。(弁護士)
- 連帯保証人に対する請求の効果が主債務者にも当然及ぶとする規定(民法458条、434条)は、維持すべきである。絶対効を否定すると、主債務者が行方不明の場合に、債権者が連帯保証人に対して訴訟を提起しても、その後に主債務の消滅時効期間が経過すれば、連帯保証人は主債務の消滅時効を援用し、附従性によって保証債務を免れることができることになるところ、このような事態を回避するためには、債権者において公示送達の手続を取るなどして主債務者に対する請求(訴訟提起)を併せて行わなければならないと、債権者に対する負担が大きすぎる。絶対効を認めると主たる債務者にとって不意打ちになるとの意見もあるが、絶対効を認めない場合、債権者から逃げ回っている主債務者が得をすることになる。少なくとも主債務者の委託を受けた保証人など主債務者と保証人が密接な関係にある場合については、主債務者にある程度の予測可能性が認められること、及び主債務者にある程度リスクを負わせても不当でないといえることから、必ずしも主債務者にとって不意打ちになるとはいえない。(法友全期)
- 連帯保証人に対する履行の請求が主たる債務者に及ぶという考え方には反対である。主たる債務者の関与しない連帯保証人を徴収することで、その連帯保証人に対する効力が主たる債務者に及ぶというのは不当である。(福岡弁)
- 見直す必要はないと考える。主債務者の与り知らぬところで請求の効果が及ぶのは妥当でないというも理解できなくはないが、連帯保証人に対する履行の請求に絶対的効力を認めないと、行方不明になった主債務者が得をする事態が生じかねないこと等から、敢えて連帯保証人に対する履行の請求の効果が主債務者に及ぶことを見直す必要はないと考える。(二弁)
- 改定する必要はない。(個人)
- 反対する。主債務者が行方不明等の場合に、一律に主債務者に対しても訴訟提起しなければならないとするのは不都合である。(札幌弁)
- 連帯保証について履行請求の絶対的効力を見直すことには反対である。金融実務上、請求の絶対効は時効管理に関して重要な意義を有している。すなわち、

請求の絶対効が認められる下では、仮に主債務者が行方不明であったり、意思能力を欠いたりする場合、連帯保証人だけに請求すれば時効を中断することができるが、請求の絶対効が認められなくなると、主債務者の時効が完成し、その結果連帯保証人も主債務の時効消滅を援用できることになりかねない。連帯保証人及び主債務者の両者に請求しなければならなくなること自体、債権者の事務負担が増大することになるが、それにとどまらず上記のように実質的に債権管理に支障が生じるおそれがあり、これを避けようとする、いたずらに訴訟が増えることにもなりかねない。(経済法令・研究会)

- 現行法の仕組みを変更する必要はないものとする。(会社員)
- 連帯保証人に対する履行の請求に絶対的効力を認めないと、行方不明になった主債務者が得をする事態が生ずることになりかねない。また、保証人の事後求償権の消滅時効が、保証人による免責行為があった時点から進行を開始するとされている(最判昭和60年2月12日)以上、保証人に対する履行請求によって主債務の時効が中断したとしても、主債務者に不測の損害とは言えないこと。したがって、連帯保証人に対する履行の請求の効果が主債務者にも及ぶことを見直す必要はないと考える。(弁護士)
- 連帯保証人への請求の効果が主債務者に及ぶという効果が生じたとしても、主債務者は本来請求されて当然の者だから、不測の損害を生じたとはいえない。したがってこの効果は残すべきだと考える。(司法書士研修生)

7 根保証

【意見】

- 個人がする根保証契約は全面禁止した方がよい。(弁護士)
- 特別法や弱者保護については、民法とは切り離して検討すべき。民法の議論のなかで改定すべきではない。(個人)
- 貸金等根保証契約に関する規律が導入されたのは平成16年改正以降であり、見直しは時期尚早という指摘がある。また、主債務が商品取引や消費者間での取引にもとづく債務である場合には、貸金等根保証契約の規律が及ばないが、これらの取引についても同様の改正がされた場合に、簡便な根保証制度がないために取引継続に支障を来さないか慎重に検討すべきである。なお、元本確定前の根保証の随伴性の有無については、当然に随伴することが立法当時の理解であり、それを明文化すべきという見解がある一方、元本確定前に一部の債権が譲渡された場合に複雑な法律関係が生ずる点を懸念し、随伴しないことを原則とすべきという見解もある。また、元本確定前の債権者の履行請求については、これを認め

たうえで、デフォルトルールとして明文化すべきという指摘がある。これらの論点については、法的安定性の観点から、保証契約の内容としてそれと異なる定めをすることも可能であることを前提として、民法上にデフォルトルールが明確化されることを望む指摘がある。また、そもそも、貸金等根保証契約については、現行法上の5年ごとの元本確定期日の規律に代えて、根抵当権のように、例えば保証後3年後に保証人に元本確定請求権を付与する規律を導入する方が、保証人の保護に資し、被保証人・保証人双方の事務コストの観点からも望ましいのではないかという指摘もある。(全銀協)

(1) 規定の適用範囲の拡大

根保証に関しては、平成16年の民法改正により、主たる債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務(貸金等債務)が含まれるもの(貸金等根保証契約)に対象を限定しつつ、保証人が予想を超える過大な責任を負わないようにするための規定が新設された(同法第465条の2から第465条の5まで)が、保証人保護を拡充する観点から、主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれない根保証にまで、平成16年改正で新設された規定の適用範囲を広げるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 8 [65頁]】

【意見】

- 個人の保証の場合にそもそも根保証の規定は不要であると考え。場合によっては相当の長期間保証人は保証債務を負い続けることになる危険が高いからである。仮に保証制度を残すとしても個人が保証をする場合、どの債権の保証をすればいいのか明確に分かる形の保証のみを認めれば十分だと考える。根保証を認めるのは保証人が法人となる場合、及び経営者が主債務者である法人の保証人となる場合に限定して認めれば十分であると考え。(司法書士研修生)
- 拡大することに賛成する。(弁護士, 兵庫県弁, 広大有志)
- 不動産賃貸借契約の保証のように貸金等債務以外の債務を負担する根保証契約の保証人を保護する規定が必要であり、貸金等根保証契約の適用範囲を拡大すべきである。賃貸借契約は長期におよぶことが多く、更に民法上の賃貸借の存続期間を廃止することとなれば賃貸借契約の保証人は、今まで以上に保証額及び保証期間が不明な状態が続き不安定な責任を負い続けることになるため、保証人への保護の必要性は高いといえる。(滋賀県司書・勉強会)
- 貸金等根保証契約に関する制限を根保証契約一般に拡大することに賛成す

る。但し、貸借契約に関する根保証については別途の規律を設けることを検討すべきである。(大阪弁)

- 主たる債務の範囲を拡大することに賛成する。保証人の責任の範囲や程度に関する予見可能性、想定外の負担等からの保護の必要性は、貸金等に限られない。特に、従業員が勤務先の保証人となる場合や同僚の債務を保証する場合など、個人的な関係が背景となる根保証は多々見受けられ、時の経過で、この関係が変化したにもかかわらず、長期間が経て、突如、保証履行を求められることは、保証人の想定外の事態であり、国民感情的にも受け入れ難い。貸金等債務以外の包括的な保証の場合(継続的商品供給、不動産賃貸借、加盟店契約、入院等診療契約、身元保証など)にも、貸金等根保証の場合の規律を及ぼすのが相当である。保証人が法人の場合にも、代表者個人の生業を法人なりして営む零細企業の場合には、知識や資力において、自然人と径庭はないので、法人であっても、同様の規律を設けることを検討すべきである。そこで、貸金、手形割引(貸金等債務)以外の根保証の場合でも、他人の信用を利用するものである以上、極度額、元本確定期日、元本確定事由が必要である。また、法人、特に大企業が保証する場合、無期限に、または確定事由の定めなく、保証する必要があるのか、現に、実務上行われているのかなどを検討し、法人根保証のあり方を検討する必要がある。但し、保証人の保護の観点で、根保証に関する原則の適用が要請されるので、保証を行うことを業とする者、経営者保証については、対象に含めないものとするのが相当である。(仙台弁)
- 主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれない根保証にまで、平成16年改正で新設された規定を及ぼすことに賛成。貸金等根保証ではなくとも、根保証人が予測を超えた過酷な債務を負担する結果になることはありうる(例 マンションの一室の貸借契約から生じるすべての債務につき保証したが、主債務者たる借入人の失火により、マンション建物が全焼した場合、従業員の身元保証人となったところ、当該従業員が会社の財産を使い込んだ場合等)。平成16年改正で新設された規定の適用対象を貸金等債務が含まれない根保証について広げたとしても、特段の不都合は考えられない。(堂島有志)
- 根保証人の保護規定が適用される根保証の被担保債権について、貸金等根保証契約以外の金銭債権に広げるべきである。根保証契約の被担保債権については、貸金等以外にも想定しうるところ、かかる債権についても保証人を保護すべき点は同様である。元本確定事由として現行法は不十分であるため、一般的な確定事由を規定すべきである。元本確定事由については、現在の規定以外にはおよそ確定事由が存しないと解される余地もあり、極めて不十分である。さらに、根保証の場合、主たる債務者に対する債権が譲渡された場合に、随伴性

を有するか否かについて、明確な規律がない。理論的には、確定前の根保証の場合、根抵当権と同様に随伴性が無いと解すべきであるが、明文の規定を欠いており不十分である。(福岡弁)

- 民法の貸金等根保証契約の規定は、根保証人保護の観点から基本的に妥当な内容であるので、これを一般法化すべく、適用範囲を広げることに賛成である。勿論のことながら、検討にあたっては、継続的な商品売買や不動産賃貸借といった取引の実態を把握したうえ、取引への影響及び程度といったことを勘案しつつ、保証人の保護のために必要かつ適正な措置を検討すべきである。(二弁)
- 貸金等債務が含まれない根保証に保護を拡大することに賛成である。法人除外をなくすことも検討すべきである。平成16年の民法改正は、主に商工ローンが大きな問題になっていた際の緊急の手当的な改正であったため、主たる債務を貸金等債務に限定したが、実際には、賃貸借の保証のように継続的な契約の保証人になる場合もその保護の必要性は高い。にもかかわらず、現行法上(民法以外の法律も含む)は賃貸借のような継続的契約の保証には全く規制がない状態である。そのため、現行法のままでは、例えば、賃貸借の保証の場合、特段の事情がない限り更新後の債務についても保証契約の効力が及ぶという判例(最判平成9年11月13日)が存在していることや、借地借家法で貸主の更新拒絶が制限されている一方で保証人には賃貸借契約の解除権がないこと等から、一度賃貸借の保証人になった者は、長期間にわたって多額の保証債務の履行を義務付けられることとなりかねない。かかる状態を放置することは許されない。中小零細の法人も多く、法人が根保証人としての責任を追及された場合に、その代表者その他関係者の生活の破たんに直結する事例は枚挙にいとまなく、法人でも保護の要請が強い場合も多い。逆に、大企業や保証会社に、無制限な包括根保証をしたいという要請があるかも疑問なので、根保証人が法人の場合にも根保証を制限する規定の適用を認めるべき要請があり、かつ、法人にも適用しても実務上不都合が生じるおそれは小さい。(横浜弁)
- 主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれない根保証に、平成16年改正で新設された規定の適用範囲を広げることに賛成である。根保証契約の被担保債権については、貸金等以外にも存在するものであり、このような債権についても保証人を保護すべき点は同様である。よって、貸金等のみならず、他の債権についても一般的に広げるべきである。(愛知県弁)
- 平成16年改正で新設された規定(現行法第465条の2乃至4)を、貸金等債務以外の根保証契約にも及ぼすべきである。根保証契約は、そもそも一定の期間の間に継続的に生ずる不特定の債務を担保する契約である。この不意打ち的かつ過大な責任を負わされるという特徴は、貸金等根保証契約に限定され

- るものではなく、根保証契約全般に言い得ることである。(青司協)
- 賛成する。保証人に過大な負担を負わせないようにする必要がある。(札幌弁)
 - 不動産賃貸借契約の保証のように貸金等債務以外の債務を負担する根保証の保証人を保護する規定を置く方向で検討すべきである。不動産賃貸借契約においては、一度、賃貸借契約の保証人となると、保証債務等の支払いと賃借人退去等の協力という二重の負担を強いられる場合がある。不動産賃貸借契約は長期間に及ぶことが多く、保証人は、保証額及び保証期間が不明な状態で保証契約を締結しており、長期間に及ぶ保証契約存続中、不安定な責任を負い続け、保証人と賃借人との人的関係が破綻した後もこれらの責任が継続する。とくに賃貸借契約の保証契約については、「極度額」の上限を定める規定を置くべきであり、かつ、「元本確定期日」は債務者の賃貸借契約更新時と同一と定める規定を置き、債務者が賃貸借契約の更新をする度に保証人に賃貸借契約の保証契約の更新をする意思の確認をする機会を与えるべきである。(日司連)
 - 規定の適用範囲の拡大することに賛成。根保証の規制を貸渡し等に限定される必要性はないので。(広島弁)
 - 保証人保護を拡充する観点から、主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれない根保証にまで、平成16年改正で新設された規定の適用範囲を広げることに賛成する。(日弁連)
 - 現行の貸金等根保証契約における極度額と元本確定期日に関する規律を、貸金等に限らず根保証全般に及ぼす方向で検討すべきである。根保証の危険性は、被担保債権が貸金以外の場合であっても貸金と同様に存在することから、適用範囲を拡大すべきである。(東弁)
 - 拡大に賛成。保護の必要性は異ならないと思われる。(大学教員)
 - 根保証契約は、そもそも一定の期間の間に継続的に生ずる不特定の債務を担保する契約である。この不意打ち的かつ過大な責任を負わされるという特徴は、貸金等根保証契約に限定されるものではなく、根保証契約全般に言い得ることである。よって、根保証人を保護するために、平成16年改正で新設された規定(現行法第465条の2乃至4)を、貸金等債務以外の根保証契約にも及ぼすべきである。(司法書士)
 - 主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれない根保証についても、平成16年改正で新設された規定(極度額、元本確定期日に関する規律)を及ぼすべきである。(親和会)
 - 貸金等根保証に関する規定は、平成16年当時の喫緊の課題のみを対象としたものにすぎない上、政策的な色彩が濃厚であることから、これを私法的な普

遍性を備えたものにするために一般化する必要がある。(弁護士)

- 根保証に関する平成16年改正に対して、「保証人保護が不十分である」という意見こそあるものの、「保証人保護が行きすぎている」との意見はほとんど聞かれない。極度額や保証期間を定めない包括根保証契約によって、保証人が予期しない過大な保証債務履行請求を受ける危険性は、貸金等根保証契約に限られない。(日弁連消費者委有志)
- 個人の根保証人保護の要請は貸金等債務に限定されるものではない。貸借の保証などにおいても保証人の責任の上限や保証契約の期間制限は過大な負担から保証人を保護するために必要である。家主は担保として敷金を受けとっており、また保険や保証会社の活用によりリスク分散が可能である。長期に及ぶ保証債務を個人保証人に負わせることは公平とは言えない。(保証被害会議)
- 「貸金等」の限定を外せば、継続的売買から発生する代金債務の個人根保証にも、極度額設定、期間設定の規律が及ぶことになるが、社会的公正の観点から、それが適切と思われ、保証人の保護強化という方向性にも合致する。実務においては、そもそも主債務者に対して、与信限度額を設定することが普通であるので、その与信限度額に基づき、根保証債務の極度額を設定することも可能である。なお、個人を取引先とする業界からは、「貸金等」以外の債務の個人根保証にも、現民法の根保証規制を及ぼすことについて、極度額の設定を義務付けることには反対しないまでも、元本確定期日を要求することには反対であるとの意見が出されている。なぜなら、保証契約の結び直し事務が非常に煩雑であるし、個人保証人保護は、極度額設定で十分であるからである。(法友会)
- 根保証に関する規定の適用範囲の拡大に賛成である。(広大有志)
- 保証人保護の見地から平成16年の改正で新設された規定の適用範囲を広げることには賛成である。(弁護士)
- 貸金等根保証に関する規定の適用範囲を拡張することに賛成する。保証人保護を拡充する見地からは、特に一般化を妨げるような立法事実が認知されない限り、主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれない根保証にまで、平成16年改正で新設された規定の適用範囲を広げるのが相当であると考えられる。(弁護士)
- 民法第465条の2に規定する根保証債契約には、建物賃貸借契約に基づく債務を主債務とする保証契約も含めるべきである。建物賃貸借契約及び保証契約においては、契約締結後複数回の更新を繰り返し、長期間が経過してから、賃借人が家賃を滞納したことにより、保証人がその支払及び建物明渡しへの協力を求められることがある。つまり、保証人が一旦当該保証契約を締結すると、主債務者である借主が建物賃貸借契約の更新を止めるまでは延々と当該保証

契約が保証人の意思とは無関係に更新されることに起因する問題が生じている。判例法理は、信義則に基づき保証人の救済を判断していると解することができるが、予見可能性を高め、紛争を未然に防ぐためには、保証契約の保証人に関する明文の規定を設けるべきであると考えられる。平成16年の民法改正の際には、衆参法務委員会において、「個人の保証人保護の観点から、引き続き、各種取引の実態やそこにおける保証制度の利用状況を注視し、必要があれば早急に、継続的な商品売買に係る代金債務や不動産賃貸に係る賃借人の債務など、貸金等債務以外の債務を主たる債務とする根保証契約についても、個人保証人を保護する措置を検討すること」とする付帯決議がなされている。今般の民法改正の議論においては、この付帯決議の趣旨を重く捉え、建物賃貸借契約から生じる債務を主債務とする保証契約の保証人にまで、その適用を拡大すべきである。(静岡司書)

- 主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれない根保証にも平成16年改正で新設された規定を及ぼすことを検討すべきである。(金沢弁消費者委)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 賛成である。ただし、賃貸借契約に関する保証については、反対である。融資に関する根保証契約以外にも同様に根保証人保護の規律を及ぼすべきケースがないか検討する必要がある。そして、平成16年民法改正の趣旨が中小企業を取り巻く厳しい経済状況の下で、保証人が予想を超える過大な保証責任の追及を受けることを防ぐという点にあることから、継続的売買に関する保証、オフィスビルのテナント契約に関する保証についても、対象を広げるべきという見解もある。しかし、賃貸借契約に関する保証は、明渡時までの賃料、主債務者の故意又は過失による損害賠償債務、違約金、原状回復費用等の一切の債務を保証することに意味があり、債権者及び保証人は、かような認識の下で保証契約を締結しているので、極度額の設定や元本確定請求には馴染まない。(一弁)
- 個人(自然人)について、現行の貸金等根保証契約における極度額と元本確定期日に関する規律を根保証全般に広げることに賛成であるが、法人について広げるか否かについては慎重に検討すべきである。保証人が予想を超える過大な保証責任を追及されるのは、貸金等根保証に限ったものではなく、個人(自然人)の根保証の場合には保護する必要性が顕著である。法人については、一方では中小零細の法人などについて保護すべき必要性も認められるが、他方で法人の根保証を規制することによって、かえって中小零細企業との取引拒否につながるなどのおそれがあるため、保証人保護の拡充の要請と円滑、迅速な経済活動の実現との調和を図る観点から十分に検討する必要がある。(法友全期)

- 根保証についてその適用範囲の拡大の検討に異議はない。ただし、簡易な根保証制度の利用のニーズ等、取引への影響は考慮する必要がある。また、例えば、契約締結時に元本確定期日が定まり、その最長期間を5年としている規定等を、そのまま一般化して支障が生じないかについては慎重に検討すべき。(パブコメWG)
- 法人保証と個人保証を区別し、また、後者については経営者保証と経営者以外の第三者保証に区分したうえで、それぞれ具体的に検討する必要がある。(「改正を考える」研，日大民研・商研)
- 契約類型ごとの根保証の機能や当事者の意思等が異なることから、適用範囲の拡大については、契約類型ごとに更に慎重に検討すべきではないか。(全宅連)
- 貸金等根保証契約について定められている規定の対象を、貸金等債務以外のものに広げる場合、新たに対象となった取引について、契約締結事務、管理事務の負荷が増大することになる。貸金等根保証契約に関する規定が設けられた後、貸金等根保証契約の締結を避けて根保証契約を締結せず、結果として取引自体を避ける事態が生じたことも踏まえ、このような規律が、正常な取引に対しても抑制効果を生むことを考慮し、慎重に検討していただきたい。(貸金業協)
- 借地借家法の適用対象となる賃貸借契約に係る保証にまで対象を広げた場合、賃貸人は事実上賃貸契約を解除できないため、保証のない賃貸借契約の継続を強いられ、弱い立場の賃貸人はさらに弱い立場に追いやられる結果となる恐れが高くなる(報道によれば、裁判においても、契約期間経過後に借地、借家を使用し続けるのは賃借人の当然の権利だと、正当事由を金科玉条のように主張する者もいるようだ)。そのため、この条項を検討する際には借地借家法の内容を含めた広範な検討をする必要がある。(個人)
- 貸金等根保証契約に関する保証人保護の規定は、不動産(建物)賃貸借契約における保証人の責任に適用する必要はないと考える。ただし、現行の民法619条2項本文を改正し、不動産(建物)賃貸借契約における保証人の責任は、建物賃貸借契約更新後も原則として存続し、賃貸人及び保証人が特段の合意をした場合には、この限りでない旨を民法又は借地借家法(同法26条4項を新設するなどして)において定めるべきと考える。また、不動産賃貸借契約における保証債務を、貸金等根保証契約に関する保証人保護の規定の対象とするか否かを検討するにあたっては、建物賃貸借契約、土地賃貸借契約、定期借家契約、定期借地契約、事業用借地契約などの不動産賃貸借契約の各類型において、保証人保護の規定の対象とすることによって、賃貸人に過大な負担(契約締結時の

説明義務及び保証債務範囲の限定による経済的負担、他の担保を確保する必要が発生するなど)が発生しないか、慎重な検討を行うべきである。また、不動産賃貸借契約における保証債務を、貸金等根保証契約に関する保証人保護の規定の対象としても、極度額の定めを保証契約締結時に定めなかった場合には、同保護規定の適用がないことになり(現行民法 465 条の 2 第 2 項)、賃貸借契約更新後の保証債務の範囲について、紛争が発生する余地を残すことになると思われる。そして、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が民法に新設されるか否か、必ずしも明らかではないことから、現行民法 619 条 2 項本文の改正の要否も同時に検討すべきである。(弁護士)

- 「貸金等」以外の債務の個人根保証にも一般化して現民法の根保証規制を及ぼすことには反対である。仮に、根保証に関する規定の適用範囲を拡大した場合には、元本確定期日が制限されていることから、根保証契約の再締結などの事務が発生するが、このような事務の繁雑さを嫌った債権者が債務者との取引を中止するなどかえって債務者等に不利益が生じる場合も想定される。このような点も踏まえた検討を進めていただきたい。(消費者金融協)
- 根保証の更新に係る事務コスト増加の観点から、規制対象を拡大しない方向で検討すべきである。(会社員)
- 中小事業者に対して、その仕入代金その他の事業活動のために必要な費用の決済のために用いられる法人カードを発行する場合には、当該企業の代表者を保証人につけることが多い。このような法人カードは、社用車の給油や小口の事務用品の購入などにも用いられ、中小事業者の事務の合理化の効果も認められるのであり、貸金等根保証契約と同様の規律を定めることになれば、中小事業者の利便性を損なうことになりかねない。クレジットカード会社においても、法人カードの保証を一定期間に限定されると、その都度保証契約をし直さなければならないことになり、実務上大きな負荷が掛かる。また、クレジットの取扱いにあたっては、販売業者や役務提供事業者とクレジットの取扱いに関する加盟店契約を締結することとなるが、その際に当該販売業者等の代表者を保証人に付けることが多い。しかしながら、貸金等根保証や継続的な売買契約等に係る保証人が負担する主債務者の借入金や売買代金等の支払債務と異なり、加盟店契約に係る保証人が負担する保証債務は、主として、加盟店が健全なクレジット取引を阻害する行為をした場合にクレジット会社に対して負担する損害賠償債務等のため、保証の極度額や元本確定期日等の設定にそぐわない性格のものである。さらに、加盟店契約の保証を一定期間に限定されると、上記法人カードの場合と同様、実務上大きな負荷が掛かる。(クレ協、全信販協)

(2) 根保証に関する規律の明確化

根保証に関して、いわゆる特別解約権を明文化するかどうかについて、更に検討してはどうか。また、根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかや、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴するかどうかなどについて、検討してはどうか。

このほか、身元保証に関する法律の見直しについても、根保証に関する規定の見直しと併せて、検討してはどうか。

【部会資料8-2第2, 8 [65頁]】

【意見】

- 身元保証とは一体何なのか明確に分かっている人は意外と少ない気がする。個人の方の場合、よく分からないが頼まれたからなっただという人が多いと思われる。このような制度はなくしてしまった方が良いのではないかと考える。身元保証を依頼する側の単なる安心料的な制度にしか思えない。(司法書士研修生)
- 解釈上争いのあるところについて、明確化することに異議はない。(弁護士)
- 元本確定前に主債務の一部について債権譲渡があった場合の根保証契約の随伴性については、判例などがなく実務上の取扱いにも混乱が見られることから、一定のルールを明文で規定する方向で検討を進めていただきたい。(消費者金融協)
- 元本確定前の根保証債務の履行請求について、履行請求を肯定する旨の明文の規定を設けるとともに、元本確定前に保証人が保証債務を履行した場合、履行した金額について極度額の減少を認める規定を設けるべきである。元本確定前の根保証の随伴性について、根抵当権と同様、随伴性を否定する旨の明文の規定を設けるとともに、根保証について、法定の元本確定事由として、根抵当権と同様、債権者の元本確定請求を明文で規定するべきである。ただし、いずれの論点についても、(最終的にいずれの立場が採られるにせよ)立法によって取扱いが明確化される必要性がむしろ高い点であり、デフォルトルールを明確化した上で、合意による別途の取扱いを認めるべきである。(流動化・証券化協WG)
- 特別解約権の明文化に賛成する。特別解約権については、貸金等債務に関する個人保証に限られている根保証規律を、全ての債務に関する根保証に拡大し、原則化して、保証契約の成立・存続等についての保証人保護を図ることを前提に、更に、導入する場合の要件等について、引き続き検討するのが妥当である。保証人と債権者の利害の調整を踏まえ、特別解約権の要件と効果について、①

主債務者と保証人との関係、②債権者と主債務者との関係（取引態様）、③主債務者の資産状態のいずれかに著しい事情の変更があった場合等、一定の特別な事由がある場合には、保証契約の解約（元本確定事由である必要があるかどうかは別途の検討を要する）を認めることを検討すべきである（保証人は、解約時の保証範囲に属する債務について責任を負う）。ただし、借地・借家の保証や身元保証など、契約類型によっては、解約の効力発生時期も検討を要する。根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかについては、意見が一致しなかったが、仮にこれを認めた場合、元本確定前に保証人が弁済した額に応じて極度額が減額される旨の明文規定を置くべきとの意見があった。更に、保証契約後、一定期間の撤回権（クーリングオフ）の導入を検討すべきである。特に、個人保証が許容される場合を限定しない場合には、断りにくくて、やむなく引き受けた保証を、考え直す期間が必要である（期間については、特定商取法の8日、旧海先法の14日などが考えられる）。正常な設備投資や運転資金を融資する場合の保証は、通常、一定の交渉や協議などの準備期間を経て、融資契約が締結され、資金実行となる。融資契約に合わせて、保証契約が成立し、クーリングオフ期間経過を待って、融資を実行することで特段の支障は考えられない。（仙台弁）

- いずれも賛成する。（兵庫県弁）
- 元本確定前に主債務の一部について債権譲渡があった場合の根保証契約の随伴性については、判例などがなく実務上の取扱いにも混乱が見られることから、一定のルールを明文で規定する方向で検討を進めていただきたい。（貸金業協）
- 根保証に関して、いわゆる特別解約権を明文化することに賛成する。なお、用語の問題であるが、特別解約権の行使により既発生 of 保証債務まで消滅するとの誤解を与えることないように、保証人からの元本確定請求権とすることを提案する。根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかについては、これを認めないものとしたうえで、元本確定事由として債権者からの元本確定請求を認めることにより対応すべきである。元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合には保証債務は随伴しないものとするべきである。保証・根保証に関する規定の見直しとあわせ、保証契約締結の際における保証人保護のための方策と同様の身元保証人保護のための方策を導入すること、身元保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ身元保証契約の成立を認めること、特別解約権を拡充すること、身元保証に関する法律5条において裁判所が身元保証人の責任の範囲及びその金額を定めるにあたって「身元保証契約の締結時及び損害賠償の請求時における

身元保証人の資力」を斟酌すべきことを明記することなど身元保証に関する法律についてもあわせて見直しを行うべきである。(大阪弁)

- 身元保証に関する法律の見直しをする方向で検討すべきである。根保証から「貸金等債務」の要件を外した場合、身元保証債務も根保証の規律に重複され、適用される余地もある。身元保証人に関してはトラブルも多く、今般の民法改正の検討に併せて、身元保証に関する法律も見直されるべきである。(日司連)
- 特別解約権の定めを明文化すべきである。現行法は極度額の定めを自由に定められるのであるから、根保証期間内に主たる債務者に事情変更があれば、根保証を解約できるという定めは必要であるから。(広島弁)
- 特別解約権を明文化することについて賛成する。同時に、根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求について、賛成する。元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合には、保証債務の随伴性を否定すべきである。確定前の根保証の場合、根抵当権と同様に随伴性が無いと解すべきであるが、明文の規定を欠いており不十分である。そのため、民法398条の7のような規定を設けるべきである。併せて、身元保証について、根保証と同じように、今回の民法改正時に、身元保証契約法も保証人保護の観点から改正することに賛成する。(日弁連)
- 特別解約権(特別の元本確定請求権)を明文化する方向で検討すべきである。元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合における保証債務の随伴性の在り方を検討することに賛成する。身元保証に関する法律の見直しについては、趣旨に賛成する。(東弁)
- 特別解約権の明文化を検討すべきである。(金沢弁消費者委)
- 賛成。当事者の合意も必ずしも明確でなく、法的性質についての争いもあるところなので、根抵当の規定などを参考に、明確化を図るべき。(大学教員)
- 仮に自然人保証が廃止されない場合には、次の①から④までのとおりとすべきであるが、これによっても情義的な動機による過剰な保証の問題についての解決は図れない。①根保証人は、主たる債務者の資力、債務の履行状況その他主たる債務者の経済情勢に重大な変動が生じた場合には、根保証契約を将来に向かって、解除することができるとの規定を設けるべきである。②債権者の根保証人に対しての履行請求を元本確定事由に加えるべきである。③元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に、保証債務は随伴しないとす規定を設けるべきである。④身元保証に関する法律を廃止し、すべからく自然人保証は廃止すべきである。(司法書士)
- 特別解約権(保証契約締結後の事情の変更による元本の確定請求権)については明文化すべきである。(親和会)

- 根保証人は、主たる債務者の資力、債務の履行状況その他主たる債務者の経済情勢に重大な変動が生じた場合には、根保証契約を将来に向かって、解除することができるとの規定を設けるべきである。債権者側において、主債務者が経済的に破綻し又は継続的な債務不履行の状況にあるにもかかわらず、根保証契約という担保があることを奇貨として、主債務者との継続的な取引を中止せずに、なお取引を継続し、根保証人が責任を負わなければならない債務を拡大させているケースがある。判例には、信義則・意思表示を根拠に根保証人の責任を一部制限した事例、契約締結後の相当期間の経過をもって通常解約権を認めた事例等がある。しかし、保証人保護法理については、解釈・判例に委ねるよりも、これを明文化すべきである。債権者の根保証人に対する履行請求を元本確定事由に加えるべきである。保証契約、根保証契約を問わず、保証人は保証契約において保証した額を限度として責任を負えば良いと考えるのが通常である。極度額の定めのない根保証契約における根保証人は、債権者が元本を確定させないまま、主債務者とさらに取引を継続することにより、際限なく過大な責任を負わされることになりかねない。本来、(根)保証人は主債務者が債務不履行に陥った場合に備えた人的担保であることを鑑みれば、債権者が主債務者の履行を期待できないとして根保証人に対する履行請求を行う以上、根保証契約の元本は確定させるべきである。元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に、保証債務は随伴しないとする規定を設けるべきである。もとより、根保証人にとって、債権者が誰であるかは重大な関心事である。自分の責任の及ばないところで予期せぬ債権者に対する確定していない債務を負わされることになるのは、不測の危険が生じる可能性がある。身元保証に関する法律を廃止し、すべからず自然人保証は廃止すべきである。期間の制限や使用者の身元保証人に対する通知義務、身元保証人の解約権など、身元保証人を保護する一定の役割は認められるが、身元保証こそ情義的關係に基づいて迫られる、断る自由のない契約の典型である。(青司協)
- 根保証の元本確定前に主債務が債権譲渡された場合の随伴性の有無、元本確定前の保証履行請求の可否等を含め、規律を明確化する方向で検討すべきである。根保証については、貸金等根保証契約に関する規定(第465条の2ないし5)は設けられているが、上記のような一般的な効力に関する明文規定がなく解釈に疑義が生じかねないことから、整備が求められる。(経済法令・研究会)
- 根抵当権における場合と同様に、根保証人からの元本確定請求制度、元本確定後における極度額の減額制度等の創設や、零細個人事業主に対する根保証人保護規定の適用等を積極的に検討すべきである。根保証制度においては、根抵

当権と同じく、変動する不特定の債権を被担保債権とすることにより、根保証人が過大な負担を負わされるおそれがあるため、根抵当権と同様の制度を創設し、根保証人の保護を検討する必要がある。また、改正原案においては、根保証の規律について現行法と同様に法人には適用されないとするが、例えば、個人の零細企業については、根保証人を保護する必要性について、個人が根保証する場合と同様に保護すべき場合が少なくない。(弁護士、弁護士)

- 元本確定事由として現行法は不十分であるため、一般的な確定事由を規定すべきである。元本確定事由については、現在の規定以外にはおよそ確定事由が存しないと解される余地もあり、極めて不十分である。したがって、一般的な確定事由を規定すべきである。さらに、根保証の場合、主たる債務者に対する債権が譲渡された場合に、随伴性を有するか否かについて、明確な規律がない。理論的には、確定前の根保証の場合、根抵当権と同様に随伴性が無いと解すべきであるが、明文の規定を欠いており不十分である。この点も明確にすべきである。(福岡弁)
- いずれも賛成する。特別解約権（特別の元本確定請求権）に関しては、確かに、考慮すべき様々な要素を的確に表現することは極めて困難である結果、裁判規範として不明確なものになるおそれがあるという懸念がある。しかし、根保証では契約当初に予測できないような事態が生じることが構造的に内在していることから、特別解約権が問題となる場合には、契約当時当事者が事情の変更を予見できなかったことを一要件とする事情変更の法理によることはできない。また、貸金等根保証契約の規定を一般法化したとしても、極度額についての内容制限等をしない場合、なお特別解約権の必要性は存在する。そこで判例法理を具体化した特別解約権を明文化するようさらに前向きに検討を進めるべきである。その際には、例えば、主たる債務者の主要な財産に他の債権者が強制執行又は担保権の実行を行ったときも元本確定を請求できることにすべきであろう。(二弁)
- 判例法理を明文化し、また事情変更の原則を具体化する規定として特別解約権を明文化し根保証人が保証責任から離脱する機会を与えるべきである。根保証契約は継続的かつ人的な関係に基づく契約であり、債権の一部譲渡により、予期せぬ債権者に対する責任（あるいは、複数の債権者に対する責任）を負わせることは根保証人を不安定な地位に追いやることとなる。随伴性は否定されるべきである。身元保証法が前近代的な身元保証から保証人を一定程度保護してきた役割は認めた上で、雇用に伴う身元契約は健全な労使契約とはもはや言えないことから公序良俗に反するものとして禁止すべきである。(保証被害会議)

- 特別解約権を明文化することに賛成である。ただし、判例に沿った規定にすべきであり、特別解約権の範囲を広げることに反対である。根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求を認めることや、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴することを認めることに賛成である。身元保証に関する法律の見直しに賛成である。(一弁)
- 特別解約権を明文化することに賛成である。根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかや、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴するかどうかについては、さらに慎重に検討すべきである。身元保証に関する法律の見直しを検討することに賛成である。極度額の定めのない包括根保証を中心に、裁判例で救済されてきたため、極度額の定めがない根保証がなくなれば、特別解約権はもはや存しないとの論が銀行関係者から主張されている。しかし、包括根保証でないケースでも救済した裁判例はある。もちろん、適当な要件設定ができれば望ましいが、たとえ要件設定が難しいとしても、分かりやすい民法との観点からは、要件が抽象的となり、その具体的判断を裁判所に委ねて高い予測可能性が確保できないとしても、特別解約権の存在は法文上うたうべきである。要件の設定が難しいから、法理の存在を明文化しないという態度をとるべきではない。なお、不動産賃貸借は、保証人がいなくなったことを理由としては、賃貸人が契約解除をしたり、更新拒絶することができないことを考えると、賃貸人保護のために別途手当が必要ではないか。(横浜弁)
- 特別解約権の明文化については賛成である。特別の元本確定請求権(いわゆる特別解約権)については、明文の規定はないものの、従来の判例においても認めたものが存する。現行法の下においても、主債務者の資産状態、経営状態が、根保証契約締結の際に比して著しく悪化した場合のように、保証人を拘束しておくことが信義則に反するような場合は、保証人の解約権が認められる場合があるが、信義則や事情変更の原則などの一般法理に依拠するため、その適用範囲が明確ではないという問題がある。保証人保護の観点から、特別解約権を明文化すべきであるが、その内容としては、以下の法務省の提言でよいと考える。すなわち、「根保証の保証人は、法定の又は合意による元本確定日の到来前であっても、①主債務者と根保証人関係、②債権者と主債務者との関係(取引態様)、③主債務者の資産状態のいずれかに著しい事情の変化があった場合には、保証すべき債権の元本の確定を請求できる。」根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求について、賛成である。元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に、保証債務が随伴するとすることには反対である。根保証の場合、主たる債務者に対する債権が譲渡された場合

に、随伴性を有するか否かについて、明確な規律がなく、理論的には、確定前の根保証の場合、根抵当権と同様に随伴性が無いと解すべきであるが、明文の規定を欠いており不十分である。そのため、民法398条の7のような規定を設けるべきである。身元保証について、根保証と同様に、身元保証契約法も見直すことに賛成である。身元保証についても、身元保証人が予期しない多大な負担を課される恐れがある点では根保証と同じであり、同法についても同様の改正をすべきである。(愛知県弁)

- 中小企業の経営判断に役立つよう規律を明確化し、根保証に係る取引の安定化を図っていただきたい。(全中)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 保証人保護の拡充を図るという趣旨から、特別解約権という用語の適否は別として、これを明文化するかどうかについて更に検討することには賛成である。現行実務においても根保証人に対する過大な責任の発生を制限するために特別解約権が認められる場合があるが、「分かりやすい民法」の実現の観点から、これを一般法理に依拠するのではなく明文化することは一定の意義が認められる。しかし、仮に極度額や期間の制限といった根保証に関する規律の範囲を貸金等根保証以外にも拡大する場合や保証人保護の拡充を図るための規律を別途設ける場合においては、これらの規律のほかに特別解約権を明文化する必要があるかどうかについて、適切な要件効果を定めることの困難性や濫用されるおそれがないかなどを考慮して十分に検討することが必要である。また、いわゆる特別解約権を明文化する場合に、その効果は既発生の保証債務が消滅するものではないため、誤解を避けるために特別解約権という用語の適否についても検討すべきである。根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかについて検討することに賛成である。但し、保証人が過大な責任を負うことにならないよう配慮することが必要である。根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかについては明文の規定がないため、これを明文化する方向で検討することには賛成であるが、仮に根保証全般について極度額の規律を設ける場合に、元本確定前に保証人に対する履行請求を認めると、極度額の規律を設けた趣旨が没却されるおそれがある。元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合における保証債務が随伴するかについては、保証人保護の拡充につながる方向で検討すべきである。元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合の随伴性については、明文の規定を欠いているところ、根抵当権に関しては民法398条の7に規定があることから、根保証においても、明文で同様の規定を設けることを検討すべきである。身元保証に関する法律の見直しについ

て検討することについては、民法（債権法）改正の中で行うことの適否は別として、その趣旨に賛成である。身元保証に関する法律について、根保証に関する規定の見直しを行うことに伴い、これを見直す必要が生じる可能性は考えられる。（法友全期）

- 現行民法では根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうかや元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴するかどうかについて明文はなく、解釈に委ねられている。根保証に関する規律を新たに設けることにより債権譲渡取引の際の根保証の実務上の取扱い等が明確になり望ましいと考える。根保証に関して特別解約権の明文化が検討されているが、事業会社との融資取引に際して当該事業会社の代表者の個人保証（別札根保証）を徴求する場合、特別解約権を認めると融資取引が担保されないおそれがあるため反対である。（農中）
- 中小企業貸出における代表者・経営者からの連帯根保証については、法人個人の財産の混在との実態を踏まえた保全策および経営責任への動機付けなど、中小企業金融に特有の必要性や意義があることを踏まえて、かかる特別解約権の趣旨は当たらないと思う。もし明文化する場合でも、中小企業の代表者・経営者からの連帯根保証については、例外として特約により排除が可能であると明記されることが必要と思う。（会社員）
- 根保証では、契約当初に予測できないような事態が生じ得ることが構造的に内在されているのであるから、特別解約権を明文化する必要性は高い。ただし、平成16年改正によって根保証の期間の制限が設けられたことから、判例が特別解約権を認めてきた前提に変化が生じているとの指摘もあり、慎重に検討すべきである。（弁護士）
- 根保証では、契約当初に予測できないような事態が生じ得ることが構造的に内在されているのであるから、特別解約権を明文化する必要性は高いといえる。また、元本確定前の履行請求の可否については、確かに、元本の確定が生じていないという理由だけで、債権者が根保証人に対して保証債務の履行請求ができないというのは、あまり現実的ではない。しかし、一方、主債務につき債務不履行があったというだけで、債権者が保証債務の履行請求をなし得るとするのは、根保証の基本的特徴である「根」的部分を無視することにもなりかねない。問題の本質は、根保証を基礎づける要素のいずれをどの程度まで考慮しながら、この「根」的部分を維持するかどうかにかかっているように思われる。当事者間では、事前に合意によって確定事由を幅広に定めておくとか、債権者に元本確定請求権を認めておくことも自由にできるはずであり、事後に債権者が早期に保証債務を請求したいと思う場合には、保証人との間で元本確定の合

意をすることも可能である。その意味では、根保証を根抵当とパラレルに捉える必要は必ずしもない。むしろ、否定説をとると、元本確定前の履行請求に応じて保証人が弁済しても、弁済につき正当な利益を欠くことから、法定代位（民法 500 条）ができず、極度額も減らないという結果となり、保証人に酷な結果を招来するようと思われる。元本確定前の随伴性については、肯定説をとった場合に生ずる法律関係の複雑化という弊害は無視できないように思われる。もし確定前の随伴性を認めるのであれば、事前に被保証債権の譲渡や代位弁済があった場合の処理について規定していない限り、無用の混乱を招くことが予想される。その意味では、否定説の方が望ましいといえるのではなかろうか。否定説をとったとしても、事後に、債権の譲渡人と保証人との間の合意により極度額を変更するとともに、保証人が債権の譲受人との間で新たに保証契約を締結すれば、確定前の随伴性を認めたと同様の効果を生じさせることは十分可能である。ただ、当事者間で常に細かなルールを設けることができるというわけでもないので、特約がない場合の取り扱いを法律で明確に規定しておくことは必要であろう。（「改正を考える」研，日大民研・商研）

- 根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるかどうか、及び、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴するかどうかについて、更に検討の上、合理的な規律を定めるべきである。根保証契約における元本確定前の履行請求の可否及び債権譲渡時の随伴性の有無については、非常に基礎的な問題であるにもかかわらず、学説上も見解が分かれたままの状態が続いている。根保証取引の法的安定性・利便性を向上させる観点からは、今次の債権法改正に際して、これらの点についてより積極的に議論・整理した上で、合理的な規律を定めることが望ましいと考える。（森・濱田松本有志）
- 根保証に関して、いわゆる特別解約権を明文化することは、賛成である。根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるべきとの意見については、反対である。元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴するとの意見については、反対である。身元保証に関する法律の見直しについては、賛成である。（日弁連消費者委有志）
- いわゆる特別解約権の明文化については、基本的に賛成する。いわゆる特別解約権については、判例もこれを認めたものがあり、一般条項として規定を置くことが相当と考えられる。ただし、平成16年の民法改正において、根保証契約における責任の限定は「元本確定」と位置づけられたことから、条文の文言としては元本確定請求権と位置づけた方が適切と考えられる。根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるか否か、及び元

本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合の取扱いについては、検討すること自体は妨げないが、特に明文の規定を置く必要は無い。根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるか否かについては、現行法上元本の確定が保証人に対する履行請求の要件とはされていないので、おそらく認められるという結論になると思われる。また、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合には、主債務者が誰であるかは保証人にとって契約の要素たる事項であり、債権譲渡に伴う保証債務の随伴を認めるべきではないと考えられる。身元保証に関する法律の見直しも、根保証に関する規定の見直しと併せて検討すべきである。貸金等根保証に関する規定の適用範囲を拡張する場合には、身元保証に関する法律と適用範囲が重なることになるので、両者を整合させるような制度設計が必要となる。(弁護士)

- 特別解約権の明文化に反対する。特別解約権の要件、効果について議論が熟していない。根保証の規定の拡大によりの保証人保護を図るべきである。身元保証の見直しに賛成する。平仄を合わせるべきである。(札幌弁)
- 根保証に関して、いわゆる特別解約権を明文化することは賛成である。根保証においては、もともと債権額が保証人の把握し得ない、債権者と主債務者のやりとりで変動するという危険があることから、保証人保護のために元本確定前に保証債履行請求を認めることについては反対である。根抵当権との整合性を図るとともに、保証人の保護をすべきことから、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴することを認めることについては反対する。身元保証の見直しについては賛成である。(弁護士)
- 契約当初に予測できない事態が生じた場合に、根保証人を保護する必要性があること自体について異論はないため、特別解約権の明文化について積極的に反対するものではない。しかしながら、債権の担保力が不当に弱まることのないように、根保証の制度設計がなされるべきと考えている。そこで、そもそも根保証の特別解約権を認めた判例を一般化することができるものであるのか否かという点も含めて、特別解約権の範囲が不当に拡大しないように、要件等について慎重に検討するべきである。また、現在のサービサー実務は、元本確定前に主債務に係る債権について債権譲渡があった場合における根保証の随伴性の有無が明らかでないことから、根保証が随伴しないとの結論となる可能性を考慮して、保守的に、根保証が随伴しないことを前提とした運用としているところである。もっとも、債権の担保力の強化という観点からすると、根保証の随伴性が明確化されることが望ましく、また、根保証の随伴性が認められることが明確化されれば、上記の保守的な運用を改め、根保証が随伴することを前提とした取組みも可能となることから、根保証の随伴性が明確化される方

向での検討が望ましいと考える。(サービサー協会)

- 根保証については、元本確定前の保証債務の履行請求が可能か、保証債務の履行請求権を被保全債権とする仮差押えが可能か、などの点につき、解釈の分かれるところでもあり、現状不明確であるため、明文の規定を設けることによる疑義をなくすことが求められる。特に、預金保険機構の業務に照らした場合、その必要性は高いと考える。すなわち、預金保険機構は、経営破綻し、金融庁長官から管理を命ずる処分を受けた金融機関の金融整理管財人として、破綻金融機関の事業を救済金融機関に譲渡したり、貸出債権や破綻金融機関の旧経営陣へ損害賠償請求権等を RCC に譲渡したりすることがある。このとき、大量の債権を一時集中的に譲渡する必要があるところ、根担保権によって保全されている債権については、債権の毀損を避けるべく、当該担保権を被担保債権に随伴させて移転することが求められる。ここで、元本確定事由が定められ、設定者において元本の確定を請求しうる根抵当権及び不動産根質権以外の元本確定前の根担保権に随伴性を生じさせる事務について、多大な実務負担が生じる。根保証によって保証された債権についても、同様の問題が生じうることは当然である。検討の方向性としては、根抵当権と必ずしも同様に考える必要はなく、元本確定前の随伴性を認めてもよいものとする。(預保)
- 根保証に関して、特別解約権を明文化するべきではない。特別解約権については、事情変更の原則の現れとされているところ、その明文化は容易ではなく、一般法理に委ねるべき。元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合における保証債務の随伴性は否定すべきである。根抵当権では、元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合における抵当権の随伴性を明文で否定している(398条の7第1項)。根抵当権との整合性、保証人保護の観点からは、随伴性については否定すべきであり、また、明文で規定すべき。(堂島有志)
- 極度額設定、期間設定の規律が及べば、一定レベルにリスクが管理されるので、これに加えて、特別解約権を定める必要性を感じない。また、抽象論のまま要件が明確でないと、実務が安定しない。(法友会)
- 主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証などを対象として、その保証契約を無効とすることを一律に認めてしまえば、経営者が責任追及から逃れるため、当該第三者に資産隠しをするなどの行為を抑止することが難しくなることから、明確化を行わない方向で検討するべきである。(会社員)
- 根保証に関する規定の見直しと身元保証に関する法律の見直しを連動させることについて、反対である。仮に、根保証に関する規定の見直しをするとし

ても、身元保証に関する法律を見直す必要はない。(経営法曹)

8 その他

(1) 主債務の種別等による保証契約の制限

主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証などを対象として、その保証契約を無効とすべきであるとする提案については、実務上有用なものまで過剰に規制することとなるおそれや、無効とすべき保証契約の範囲を適切に画することができるかどうかなどの観点に留意しつつ、検討してはどうか。

【意見】

- 主債務の種別等により保証契約を制限するとの考えに賛成する。具体的な制限の内容は以下のとおりである。(大阪弁)
- 1 与信業者(業として、信用供与取引、そのあっせん及び保証を行う者)が、消費者(個人。但し、事業として、又は事業のために信用供与取引を利用する者を除く。以下、本項に関する記述において同じ。)との信用供与取引によって生じた債務について、消費者との間で保証契約を締結することを禁止する。ここにいう信用供与取引とは、金融料(金銭貸付における金利、販売信用取引における手数料、その他の信用供与の対価)の有無、金額、支払回数又は担保の有無を問わず、次の取引をいう。
 - (1) 消費者金融 金銭を貸付け、その支払期限の猶予を行う取引
 - (2) 販売信用取引 販売信用取引とは、次のいずれかに該当する信用供与契約であって、3日以上を支払の猶予を与えるものをいう。
 - ア 特定の販売業者が行う商品・役務・権利(種類・品目を問わない。)の取引を条件として、その代金の全部又は一部に相当する金銭を当該販売業者に直接又は間接に交付するもの。
 - イ 商品等購入に伴って締結する信用供与取引について、販売業者がその契約締結手続きに実質的に関与するもの。
 - ウ 特定の商品等購入代金の支払に充てることを信用供与取引の契約上表示しているもの。
 - エ 信用供与者と販売業者との間に商品等の販売及び信用供与につき提携関係が結ばれているもの。
 - オ 販売業者が購入者の信用供与取引債務を保証して行うもの。カ 前各号のほか、販売業者が商品代金の支払につき、2か月以上の支払期限の猶予を定めたもの(自社式販売信用契約)も、適用対象とする。

- 2 事業者が負う債務について、当該事業者の経営に直接関与している者（主債務者たる法人の代表者及びその共同事業主、主債務者たる個人事業者の共同事業主等）以外の消費者との間で保証契約を締結することを禁止する。
 - 3 2において、事業者の負う債務について、当該事業者の経営に直接関与している者との間で保証契約を締結することは、現在の取引実務に鑑み禁止しないものとするが、将来的には、かかる保証を禁止することや、保証の効果等につき、保証人保護の観点からさらに検討すべきである。
- 主債務者が消費者である場合における個人の保証を禁止すべきである。主債務者が消費者である場合に個人の保証をとる必要性が乏しいことや、政府系金融機関での第三者保証の原則的徴収の禁止などを考えると、これを単なる実務上の取扱いを超えて、法的規範とすることを検討すべきである。また、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証について、保証契約を無効とするべきである。既に中小企業者に対する主要な融資を担っている保証協会について原則として第三者保証を禁止しているのであるから、この趣旨を実体法上も明らかにすべきである。（日弁連）
 - 経営者保証以外の場合（すなわち、消費者信用、事業に関する融資・取引における第三者保証において）、個人（自然人）による保証契約を原則として認めないことを検討すべきである。その際、法人介在、債務引受、損害担保契約等を利用した脱法を防ぐ措置も検討すべきである。検討に当たっては、過剰な規制の懸念を理由に、保証人の保護を躊躇すべきでは保証は、不動産等の物的担保の対象となる財産を持たない債務者が自己の信用を補う手段として、実務上重要な意義を有していると言われる。しかし、現実には、かかる機能を、信用享受時に有しているのか、必ずしも定かではなく、むしろ、主債務者の破たん時には機能していない例（共倒れなど）が少なくない。また、「自己の信用を補う手段として」、他人の信用を利用すること（特に、無償で利用すること）に、一般的な合理性があるのか、疑問である。しかも、現実の保証は、個人の保証人が、必ずしも想定していなかった多額の保証債務の履行を求められ、家族、親族を巻き込んだ生活破壊、人間関係崩壊に追い込まれる事例が後を絶たず、自殺の大きな要因ともなっている。こうした弊害は、保証制度に内在する非人間性の顕在化であり、「連帯」保証制度だけを廃止すれば解決するものではない。個人の尊厳の尊重は、わが国の根本原理である。それゆえに、また、それを前提として、私的自治、契約自由の原則も自ずと承認されるのであり、人の意思決定の自由が、実質的に確保されていることが重要である。しかるに、保証が、情誼的なもので、保証の際には、金銭負担も、手続上の特段の面倒も伴わないことから、熟慮なく、断りきれずに、行われる傾向は否定し難い。現

実に行われている保証は、私的自治、契約自由の観点でも、病理的である。夫婦間での住宅ローンの保証も、婚姻破たん時に解決困難な問題を惹起する。更に、東日本大震災で著しく顕在化した・いわゆる二重ローン問題（住宅・宅地、自動車あるいは工場その他の生産設備、事業用機材を喪失してもなお残る借入等の債務）は、人に対する融資から、事業・物に対する融資（いわゆるノンリコースローン）への転換をも要請している。また、経営者保証についても、限定する方向を模索すべきことも真剣に考えるべき時期に来ている。そして、被災者支援に関する融資制度における保証は、被災者支援のあり方をも問うものとなっている。そこで、未来を志向した保証制度は、保証制度が、自己の信用を補う手段として、実質的に重要な機能を現に有し、かつ、保証人にも、ひいては社会的にも弊害が少ない範囲で、現実には自由な意思を確保して締結される場合に限って、許容される法制に再構築すべきである。この見地で考えると、キャッシングやクレジット、借家、入院等診療契約、身元保証などの消費者信用に関する保証、事業に関する融資、リース、クレジット、商品供給、賃貸借、加盟店契約などに関する経営者以外の第三者（個人、法人を問わない）による保証は、業として行われる保証を除き、原則として、なじまないと考えられる。

（仙台弁）

- いずれも賛成する。（兵庫県弁）
- 基本的には、連帯保証人の保護を拡充する方策を設けることには賛成する。この点、少なくとも自然人（但し事業主、会社における取締役以外の者）が事業者又は会社の連帯保証人となることを禁止し、かつ自然人が連帯保証人の場合は保証人と同様に催告・検索の抗弁権を認め、各種説明義務等を債権者に課し、共同保証における分別の利益を認める規定を設ける方向性で検討すべきである。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）の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるとすべきであるとの考え方については、強く反対する。（東弁）
- 個人が保証する制度は廃止する方向で見直すべきである。現状の保証人は、義理、人情、力関係等の人間関係に依って保証を引き受けている。保証は全くの無償の行為であるのに、消費者相談では、とくに借金の保証人になってしまった場合など、無償の行為の代償として生活の基盤さえ失ってしまう悲惨な実態が多数存在する。それから考えれば、保証人という制度そのものが、社会的公平性及び妥当性を欠く制度と考えざるを得ない。保証人は、自身の財産の状況や、債務を引き受けることになった場合についての判断が不十分であるのに、保証人になっているのが実態であり、本来、保証すべきではない人が引き受けているのが実情である。保証人は債権者、または主債務者から、保証の内容

について十分に説明を受け理解しているとは言えない場合が多数ある。同様に保証人は保証契約からの離脱についても知識がなく、保証制度についての情報提供も全くされていない。なお、保証人保護のための説明義務や過大な保証の禁止については、もとより賛成するが、それらが設けられることで保証人制度が維持・継続されて良いのかについては、消費者保護の観点からやはり賛成できない。(全相協)

- 主債務の種別等による保証契約の制限を設けることにも合理性がないとはいえないが、保証に関する社会問題は、保証人の属性にあるのであって、主債務の種別による制限をしたとしても、情義的保証の救済、過剰な保証の防止(特に保証人の生活破壊防止)の問題は解決しない。したがって、実務上有用なものまで過剰に規制することとなるおそれや、無効とすべき保証契約の範囲を適切に画することができるかどうかなどの観点については、民法において自然人保証を廃止した上で、どうしてもこれが必要な場面については、特別法にて許容するという方向で議論すべきである。(司法書士)
- 主債務の種別等による保証契約の制限を設けることにも合理性がないとはいえないが、保証に関する社会問題は、保証人の属性にあるのであって、主債務の種別による制限をしたとしても、情義的保証の救済、過剰な保証の防止が図られることはないのである。したがって、実務上有用なものまで過剰に規制することとなるおそれや、無効とすべき保証契約の範囲を適切に画することができるかどうかなどの観点については、民法において自然人保証を廃止した上で、どうしてもこれが必要な場面については、特別法にて許容するという方向で議論すべきである。(青司協)
- 賛成する。保証人保護のためには、主債務者が消費者である場合の個人の保証という類型等については廃止の方向で検討すべきである。(札幌弁)
- 保障制度廃止の議論が指摘されているが、そもそも情義から無償の契約をして生活の基盤を失うケースがあるが、無償の人は保護すべき。(消費生活専門相談員)
- 主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証などを対象として、その保証契約を無効としても問題はないと考える。むしろ建物賃貸借契約の場合に敷金を2か月分以上納めているのに、それでもなお連帯保証人を要求したり、抵当権を設定しているのに連帯保証人を要求するのは債権者にとって虫が良すぎる気がする。主債務者個人を冷静に審査して融資等をすれば良いと思われる。(司法書士研修生)
- 主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者であ

る場合における経営者以外の第三者の保証などを対象として、その保証契約を無効とすべきであるとする提案があるが、保証契約には、資力が乏しいため与信を行うことが困難な主債務者に対しても一定程度の融資を可能にするなどの有用性がある（特に財務的基盤が乏しい中小零細事業者は、貸金業者から貸付を受ける際、その信用を補完するために連帯保証人を求められることがあるが、その連帯保証人は必ずしも当該事業の経営者とは限らず、むしろ、貸付の実務上は、資力のある第三者による連帯保証のケースが多い。）。このような保証契約の有用性を踏まえ、過剰な規制とならないように検討を進めていただきたい。（消費者金融協）

- 消費者信用については借主の返済能力のみに依拠すべきであり、貸金・クレジットには過剰与信禁止規定があることから保証人はもとより不要である。また事業者保証についても銀行等の融資について金融庁は第三者保証人の原則禁止に踏み込んでいる。仮に保証の全面禁止が困難であるとしても、限定根保証については自然人保証（個人保証・消費者保証）を禁止するとか、主債務の種別に応じて禁止するなど、保証を制限する方向で更なる検討がなされるべきである。（保証被害会議）
- 保証人保護を強化するために、主債務者が消費者である場合における個人保証、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証などを対象として、その保証契約を無効とすべきことについては賛成である。（弁護士）
- 個人の保証制度は廃止すべきである。（福岡弁）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 消費者信用に関する保証と事業者信用に関する保証とを区別して議論をすべきであり、後者については、経営者保証と第三者保証とを区別して議論をすべきである。（日大民研・商研）
- 個人保証に関しては、経営者保証は合理的必要性があるので引き続きその存続を認めるべきであるが、事業に関する第三者保証や消費者保証については、連帯保証の効力を認めないものとするなど、大幅な制限を行うべきである。保証契約のうち、保証人が法人である契約について規制の必要は特になく、保証人が個人であっても、会社の債務について代表者個人が保証人となる場合については、代表者に経営責任を負わせるという意味で独自の存在意義が認められる。しかし、事業者信用の債務につき、当該事業者の経営には一切関与していない第三者を保証人とする場合や、消費者信用の債務について主債務者の親族や知人を保証人とする場合については、保証人も自己の責任を理解していない場合が多く、当然主債務者の監視・監督といった機能が期待できるわけでもないのに、いわば事情もろくに知らない第三者を人質に取っているようなもので

ある。このような第三者を人質に取るような保証契約は、人道的見地からも、多重債務に起因する自殺や犯罪の発生を抑止するという社会政策的見地からも、その効力を大幅に規制する必要がある。また、このような合理的必要性の乏しい個人保証に依存する金融実務のあり方は、公益上の見地から積極的に規制を加える必要があり、現状実務のあり方に追随すべきではない。個人保証に関する規制のあり方は、事業に関する経営者保証とそれ以外の場合とを区別して議論する必要があり、後者については全面禁止とまでは行かなくても、連帯保証の効力を認めないものとする、保証人の責任について裁判所の裁量による減額を認めるものとするなど、一定の規制を行うべきである。(弁護士)

- 特に異論はない。(二弁)
- 積極的に検討すべきである。融資の冷え込みを招く恐れ等とのバランスを考慮して、範囲について慎重な検討を要することは否定できないものの、現に過酷な保証被害が生じていることは事実であり、主債務者が消費者である場合における個人保証及び経営者以外の第三者保証について、保証契約を無効とするとの提案を積極的に検討すべきである。また、保証を有償の保証と無償の保証とに分けて考え、無償保証については、禁止も視野に入れつつ、さらなる保護を検討すべきである。(横浜弁)
- 主債務者が消費者である場合における個人の保証については、その保証契約を無効とすることには賛成であるが、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証を無効とするかとの点については慎重に検討すべきである。主債務者が消費者である場合に個人の保証をとる必要性が乏しいことや、実務上も、政府系金融機関での第三者保証の原則的徴収の禁止等の動きがあることから、この場合の保証については、無効とつることを検討すべきである。しかし、個人保証制度が、十分な担保物権を有していない主債務者が資金を調達するための重要な役割を担っていることは否定できず、これを禁止することにより、却って資金需要者にとっての円滑な資金調達に重大な支障を生じるおそれがあり、社会的な影響は少なくないため、個人保証制度を一律に廃止することは、必ずしも適切ではない。したがって、債権者に対して、説明義務等を課すことや保証人の責任範囲を制限すること等の方策によって保証人の保護を図りつつ、保証制度を適正に運用すれば良いとの考え方もあり、個人保証の一律禁止については、その弊害を十分に精査したうえで慎重に検討されるべきである。(愛知県弁)
- 主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証などを対象として、その保証契約を無効とすることは将来的な検討課題としつつ、徐々に制度改正を進めるべきで

ある。個人保証の濫用は、保証人を劣悪な立場に追い込む危険が強く、過剰与信体質の原因ともなっている。そもそも個人保証は、消費者個人の支払能力の範囲で与信すべき消費者信用取引のあり方と矛盾する。主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証については、消費者の個人保証同様、保証の情誼性、無償性、軽率性に照らし、抑制するのが望ましい。もっとも、これらを一気に見直すことによる実務上の混乱や、保証人の保護と金融の円滑との調和をも考慮し、消費者信用における個人保証と事業者信用にかかわる第三者保証については、徐々になくしていく方向で検討を重ねていくのが相当である。(堂島有志)

- 債権者の指名に関わらず、保証契約によって負う見込みのある債務につき、一括して弁済する資力を有しない者を保証人とすることを認めない、との規定を置く方向で検討すべきである。保証被害の防止の観点からは、債権者の説明義務の規定の創設に加えて、さらに保証人の資力に関する要件を、保証額全額を一括で弁済する資力とするか、あるいは保証額を分割して弁済する際の一定期間内（例えば、一カ月間）の負担額を継続的に弁済する資力とするか、保証人の視点に立った規定にする見直しを検討する必要がある。(日司連)
- 保証責任を無制限とすることから問題が生じているのであるから、消費者信用に関する保証の場合や経営者以外の第三者保証の場面では、保証人の年収の何割とするというように制限を加えるべきである。保証人に対し、主たる債務者の資力を説明させ、その説明がなければ取消ができるという仕組みは必要である。しかし、取消制度だけでは保証人の問題は解決しないのであるから、保証内容に関する規制を設けるべきである。(広島弁)
- 保証契約を制限してしまうよりは、説明義務の充実、過大な保証の禁止、個人による連帯保証の禁止などにより適性を図るべきと考える。(大学教員)
- 消費者信用に関する保証と事業者信用に関する保証との区別、経営者保証と第三者保証とを区別して慎重に検討するべきである。(パブコメWG)
- 保証契約は、融資契約や貸借契約ばかりではなく、割賦や入院医療等、特に双務契約において金銭の支払が後履行となる契約に広く浸透している。これらの契約に与える影響についても、更に検討する必要がある。(個人)
- 保証人の責任が過度にならないという趣旨は理解できるものの、規定が及ぶ範囲が不明確にならないか、反対に明確化しようとする規定が複雑化して分かりやすい民法という趣旨に反するものではないかという点から検討すべきである。(親和会)
- 個人取引、事業者取引ともに高額な取引を、保証制度を活用することにより実現しうるものは日常的に多く見られる。クレジット取引においても、保証人

を取得して与信をするという取引は広く行われ社会に浸透しているものであり、このような保証を著しく制限するような検討は慎重に行うべきである。例えば、自動車等の耐久消費財をクレジットで購入しようとする場合に、購入を希望する者の信用力だけでは与信できない場合に、保証人を立てることによって信用力を補っている。このような保証が認められないということになると、これまで保証人を立てることによりクレジットを利用して自動車等の耐久消費財を特に問題なく購入してきた消費者が、現金でなければ購入できなくなってしまう。そもそも、保証契約は、信用補完の制度として我が国の取引実務において定着しているものであり、一般法たる民法において類型的画一的に保証契約の効力を否定することは、かえって、信用供与取引を必要とし、かつ健全にこれを利用することができる者からその機会を奪うことになるだけでなく、活力ある経済活動を阻害することにもなりかねない。(クレ協、全信販協)

- 主債務者が消費者である場合における個人の保証を無効とすること、主債務者が事業者である場合に於ける第三者の保証を無効とすることのいずれについても、金融の円滑化の観点を踏まえ、慎重に検討するべきである。そもそも民法に消費者概念や事業者概念を規定することには反対であるが、その点をさておくとしても、少なくとも銀行などの金融機関では、現在、消費者信用における個人保証や事業者信用における第三者保証は抑制的に扱われ、その必要がある場合に限られていると言ってよい。これが法律により一律に禁止されると、必要な金融ができなくなるおそれ大きい。なお、法人に対する事業資金の貸付に関しては、特に中小企業の場合、会社に担保に供するのに適した資産がない場合が多いことに加え、財務諸表も簡略な上に、監査法人の監査等により信用性が担保されていない場合が大半で、会社と代表者個人との資産が区別されていない場合も多いため、代表者保証を取ることは必要不可欠である。(経済法令・研究会)
- 主債務者が事業者である場合の経営者以外の第三者の保証を無効とする旨の規定を民法に設けることには反対する。人的保証は物的担保たりうる資産を持たない事業者の有用な信用補完手段であり、多くの場合は特段の問題なく有効に機能している。通常の企業活動においても、後払いで商品等を取引先に納入する場合、又は継続的契約を結ぶ場合など、取引の一方当事者が他方当事者の信用リスクを引き受けなければならない場合、経営者以外の第三者からの保証をとるケースが散見される。しかし、このように当業界において通常に行われている人的保証について、社会問題化しているなどという実態はない。この点、個別事情を捨象して、当事者の属性のみをもって、これを無効とするのは、過剰な対応であり、むしろ規模が小さな事業者、個人が事業を行っているのに

等しい販売店などによる資金調達の有用な手段を失わせ、従来特に問題なく行なわれていた取引が今後は行なわれなくなってしまうおそれがあると考え（仮に資産を持っていたとしても、既に、金融機関に担保として差し出しており、上述したような、日常的な取引における信用リスクを補完する手段がないケースは、決して少なくない）。あくまで消費者金融や事業者向けローンにおける保証人問題を想定した議論だと思われるので、必要であれば、業法等で個別に対応すればよいものであって、民法において一般的にかような規定を設けようとする提案には反対する。（電情産協）

- 個人保証に関しては、自己の責任を理解していない保証人が多いという指摘もある。しかし、廃止したからといって必ずしも主債務者に対する過剰融資がされなくなるわけではないこと、保証人の保護のみならず金融の円滑にも配慮する必要があることから、制限することには慎重な判断が必要である。（弁護士）
- 住宅ローンの個人保証など、実務上有用な個人保証も存在することや、新種の取引を阻害するおそれがあることから、主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証などを対象として、その保証契約を無効とすべきであるとする提案については、反対である。（長島・大野・常松有志）
- 消費者・事業者に関する特則を民法に規定することには反対である。仮に規定を設ける場合、主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証などについて、保証契約を無効とするべきとの提案については、実務への影響等に留意して慎重に検討すべきである。一般法である民法に消費者・事業者の特則を持ち込むべきではない。仮に規定を設ける場合には、主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証などを禁止すべきとの意見もあるが、これを禁止しても併存的債務引受などの方法によって実質的に保証と同様の効果が得られる場合が考えられるほか、実務上、保証を認めることが有用な場合もあり、これを一律に禁止することは適切でない。保証の成立を認めた上で、成立要件の厳格化や成立後における責任内容の制限、あるいは一定の場合に保証関係からの離脱を認めるなどの方策により保護の拡充を図ることも可能である。（法友全期）
- 特別法や弱者保護については、民法とは切り離して検討すべき。民法の議論のなかで改定すべきではない。（個人）
- 種別による保証契約の制限は反対である。過度な規制はかえって個人の経済活動の自由を妨げる。また保証制度・条文を複雑化することは民法の国際化に

は資するものではない。過去の保証の改正をみても、単に法律の問題でなく、むしろ法教育・消費者教育の中で国民に知らしめるべき問題だと思う。この論点だけでなく、全てを条文で解決し弱者を保護しようとするのは国民経済全体としては大いなる無駄である。(主婦)

- 経営者保証のみを有効とする提案や個人保証を廃止する提案については賛同しかねる。保証契約を締結する局面は、その経済合理性により様々であって、私法の一般的規律の柱となる民法において行うべき議論ではないものと考ええる。また、中小零細事業者は法人と経営者本人が実質的に一体となっている場合が多く、経営責任を自覚してもらうためにも、信用保証協会実務では経営者本人に保証人となってもらっているのが一般的な対応となっている。代表者がいわゆる雇われ社長の場合は実質経営者を保証人としたり、経営者本人に健康上の問題がある場合等は事業承継予定者を保証人とする場合もある。これらを一概禁止することとすれば、中小企業者に対する金融の円滑化が著しく阻害されることとなる。(全信保連)
- 主債務者が消費者である場合等における保証契約を無効とすべきとする考え方については、少なくとも貸借における唯一といってよい担保方法を過剰に制約するものであり、実務的には極めて非現実的なものである。(全宅連)
- 保証契約が金融取引において果たしている意義役割に照らし、過剰な規制とならないよう、特に慎重に検討していただきたい。とりわけ、中小事業者において事業承継が生じた場合、創業者であり実質的なオーナーが経営には当たっておらず、代表者はいわゆる雇われ経営者である場合もあることに照らせば、経営者以外の第三者による保証について一律に規制をすることはかえって実務上有用なものを規制することになる。これらの点に鑑みると、一般法たる民法において経営者以外の第三者による保証を制限する規範を設けることについては、特に抑制的であるべきである。(貸金業協)
- 保証は、資力が乏しく、単独では与信を行うことが困難な債務者に対しても融資を可能にするなどの有用性があるため、実体法上無効とするほどの過剰な規律を設けるべきではないと考えられること、仮に、かかる規律が設けられた場合、保証無効の可能性を考慮して与信が慎重になり、かえって資金の融通を希望する債務者の利益とならない状況となることも想定されることから、本提案については、反対である。(サービサー協会)
- 反対である。主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証は、実務上、多く活用され、有用である。これらの当事者の組み合わせ自体に由来する弊害は、あまり報告されていない。保証意思に問題がないケースについて、かような当事者

の組み合わせのみを理由に、保証契約を無効とすべき必要性が考えられない。無効とすべき保証契約の範囲を適切に画することができるかどうかという問題もあるが、それ以前の問題である。「過大な保証の禁止」のみを規定すれば、保証人保護は十分であると考ええる。(一弁)

- 主債務の種別等により保証契約を制限することには反対する。民法は、私法の基本となる法律であることから、主債務者や保証人の属性に着目して、主債務者が消費者である場合における個人保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証であることなどを理由に、保証契約の効力を制限するべきではないと考える。詐欺的商法における個人保証等、問題となる事案に対しては、別途消費者契約法等で保証人保護の方策を図るべきと考える。(チェーンストア協)
- 実務上有用なものまで過剰に規制される可能性があり、また、無効とすべき保証契約の範囲を適切に画することができないと思われることから、このような制限規定は設けない方向で検討するべきである。(会社員)

(2) 保証類似の制度の検討

損害担保契約など、保証に類似するが主債務への付従性がないとされるものについて、明文規定を設けるべきであるとの提案については、その契約類型をどのように定義するか等の課題があることを踏まえつつ、検討してはどうか。

【意見】

- 保証に類似する制度についても明文化する方向で検討することに賛成である。保証と類似する制度が利用されて保証責任と同様に責任を負うのであれば、それを規制する規定が必要であるから。(広島弁)
- 損害担保契約などについて、保証に類似する契約について、明文規定を設ける方向で検討することに賛成する。(日弁連)
- いずれも賛成する。(兵庫県弁、弁護士、二弁)
- 賛成する。その実質が保証であるものは、名目や形式の如何を問わず、契約の成立に関する様式(方式)、契約成立後の通知などの保証人保護が及ぶことを明らかにすべきである。(仙台弁)
- 検討することに賛成する。適切な具体的規定が設けられるのであれば、「分かりやすい民法」の実現に資する。(東弁)
- すでに実務上ある程度の内実の固まっている制度については、明文化の方向で考えてはどうか。(大学教員)
- 保証制度に関する規制を潜脱するような行為に対する手当てが必要である。

(弁護士)

- 損害担保契約など、保証に類似するが主債務への付従性がないとされるものについて、明文規定を設けるべきであるとの提案については、特に反対しない。自然人が、保証人と類似の立場に立たされる場合には、種々の問題点が指摘されるのであるから、保証契約と同様の規制を設けるべきである。(日弁連消費者委有志)
- 現在の保証をめぐる裁判例においても裁判所が保証契約の締結過程やその後の事情を考慮して保証債務額を信義則あるいは権利濫用により制限することは珍しくはない。これを明文化し、裁判官による保証債務の裁量による減免規定を設けること、契約締結過程や契約締結後の事情(事情の変更を含む)を考慮して信義則による保証債務が制限される旨の規定を設けることを検討すべきである。(保証被害会議)
- 損害担保契約など、保証に類似するが主債務への付従性がないとされるものについて、保証との違いを明らかにしたうえで、明文の規定を設ける必要性は高いといえる。(日大民研・商研)
- 明文規定を設けることに賛成である。但し、具体的な契約類型の定義や要件、効果等については十分に検討すべきである。(法友全期)
- 損害担保契約などについて、保証に類似する契約について、明文規定を設ける方向で検討することに賛成である。契約締結時に、主債務を観念できない損害担保契約についても、その実態は保証類似の契約類型であると解すべき場合がある。(愛知県弁)
- 保証類似の制度を検討すべきである。個人の保証制度は廃止すべきであり、保証に類似する制度についても、同様と考えられる。(福岡弁)
- 検討することに特段異議はない。(横浜弁, 最高裁)
- 保証契約と実質同視しうる契約に対して保証の規定を適用する方向で検討すべきである。仮に保証人保護の規定が導入された場合、「併存的債務引受契約」や「連帯債務契約」等の保証と同様の機能を持つ契約を締結することによって、それらの規定を免れようとすることも考えられる。(日司連)
- 損害担保契約など、保証に類似するが主債務への付従性がないとされるものについて、明文規定を設けるべきであるとの提案について、これを検討する場合、保証人と同様の地位に置かれる者の保護の観点から、その必要性及び内容について慎重に検討すべきである。(大阪弁)
- 損害担保契約は実務ではさまざまな形態なものがあるため、統一的な規定を設けることができるのかという観点から検討すべきである。(親和会)
- 例えば、ストラクチャードファイナンス取引においては、レンダーがスポン

サーから、一定の事由の発生を要件とする損害の担保を主に規定するいわゆるスポンサーレターを取得することが一般的であるが、そのようなスポンサーレターは損害補償契約又は損害担保契約にあたと解されている。このスポンサーレターを含め、損害補償契約又は損害担保契約につき民法上に根拠となる規定が設置されることは望ましいと考えるが、要件・効果を構築するにあたっては、実務界の意見を取り入れつつ、慎重にお願いしたい。(オリックス)

- 金銭の支払保証のみならず、例えば完成保証といったものも含めた検討が必要ではないかと考える。(個人)
- 損害担保契約などについて、民法に明文規定を設けるべきではない。損害担保契約の代表例である身元保証については、身元保証に関する法律によって既に手当てがなされている。その他の損害担保契約が広く一般に利用されているかは疑問である。損害担保契約について、その概念や要件等について学説・判例においておおむねの見解の一致があるというものでもない。(堂島有志)
- 実務上、一方当事者が他方当事者に対し、一定の事項についてリスクを引き受け、これから生じる損害を填補することを目的とする損害担保契約が広く行われている。地方公共団体が第三セクターの借入に関して行うもの、外国で保証が制限されている場合に利用されるもの、輸出金融に関して行われるもの、金融機関が貿易取引等で発行する信用状、リスクの高い事務委託に際し行われるもの等である。主債務の存否とは無関係に、独立した債務として相手方に填補責任を問うことができる損害担保契約が果たす実務上の役割は大きく、保証とは別個の契約類型であることを明確にするため、明文の根拠規定を設ける意義があるという指摘がある。地方公共団体の第三セクター向け融資等に利用されている損失補てん契約について、保証契約との違いのメルクマールを民法において明確にして欲しいという指摘がある。他方、民法に保証類似の新たな類型を設けることは、現行の取扱いに疑義を生じさせる可能性や問題の解消のために十分な規定を設けることができるか疑問もあり慎重な検討が必要という指摘もある。(全銀協)
- 今後検討すること自体は妨げないが、損害担保契約など保証類似の契約類型については、具体的な立法提案も今のところなく、民法の規定対象として正面から取り上げることは困難であると思われる(なお、保証以外の法形式について規定する場合には、もはや保証債務に関する規定ともいえないことから、規定の位置も問題になる)。ただ、根保証契約について「名称の如何を問わず、一定の範囲に属する不特定の債務について、主たる債務者がその債務を履行しないときに、契約によって定められた極度額を限度として、その履行をすることを約する契約」といった定義を採用するのであれば、損害担保契約など保証

類似の制度や、債務引受等を利用した保証規制の脱法行為にもある程度対応することができるので、そのような規定の方法を検討する余地はあろう。(弁護士)

- 保証であれば主債務に付従するというのが民法の考え方であり、契約の内容の評価、事実認定の問題である。具体的に意味のある適切な定めができるとは思えない。民法改定の問題ではない。(個人)
- 反対する。議論が熟していない。個別具体的に法的性質等を検討せざるを得ない。(札幌弁)