

# 債権法の改正と民法典の編成

法制審議会民法（債権関係）部会

2013年5月28日

部会幹事 山本敬三

本意見書は、2010年12月14日に開催された法制審議会民法（債権関係）部会第20回会議に提出した筆者の意見書をもとに、その後の議論の推移等も踏まえて加筆し、訂正を加えたものである。

## I. はじめに

民法（債権関係）の見直しにあたっては、個々の制度や規定の内容とともに、民法典の編成と規定の配置についても見直しをおこなうべきかどうかを検討課題の一つとして考えられる。

法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（187頁）でも、このような観点から、次の六つの検討課題を提示し、「これらを含めて、民法のうち債権関係の規定の配置について、配置の変更により現在の実務に与える影響、中長期的な視点に立った配置の分かりやすさの確保、民法の基本理念の在り方等の観点に留意しつつ、更に検討してはどうか」とされている。

- ①法律行為の規定を第三編債権に置くべきであるという考え方の当否
- ②時効の規定のうち債権の消滅時効に関するものを第三編債権に置くべきであるという考え方の当否
- ③債権総則と契約総則の規定を統合するという考え方の当否
- ④債権の目的の規定を適切な場所に再配置する考え方の当否
- ⑤典型契約の配列について有償契約を無償契約より先に配置する考え方の当否
- ⑥第三者のためにする契約や継続的契約に関する規定等、各種の契約類型に横断的に適用されうる規定の配置のあり方

このうち、①と②は、総則編と債権編の関係に関する問題であるのに対して、③から⑥は、債権編の中での編成にかかわる問題である。後者の中では、③と④は、債権総則と債権各則の関係に関する問題であるのに対して、⑤と⑥は、契約に関する規律の中での編成にかかわる問題である。

本意見書では、民法（債権関係）の改正にともなって問題となるこれらの一連の検討課題について、問題の所在を明らかにし、改正の方向性について検討することとする。

## II. 総則編と債権編の関係

### 1. 法律行為に関する規定の配置

#### 1) 法律行為概念の維持

まず、①法律行為の規定を第三編債権に置くべきであるという考え方の当否については、その前提として、そもそも法律行為という概念を維持すべきかどうかの問題となる。

たしかに、法律行為という概念は、法律に不慣れな市民にとって、耳慣れない言葉であ

り、それが契約や遺言等を包含する上位概念であることは、ただちに理解しにくいことは否めない。しかし、法律行為概念は、現行民法が制定されてから100年あまりを経て、すでに確立したものであり、民法以外の領域でも、この概念を前提とした立法や解釈がおこなわれている。かりにここで法律行為概念を採用しないとするならば、大きな混乱が生じると予想される。

また、立法技術としてみても、法律行為概念は、契約だけでなく、単独行為にあたるものも漏れなく規律するのに有用なものである。かりにここで法律行為概念を採用しないとするならば、単独行為にあたるさまざまな種類の行為について必要な規律をどのようにおこなうかという — 現行法では必要のない — 技術的に困難な問題が生じることになる。

以上のような理由から、今回の改正にあたっては、法律行為概念を維持すべきであると考えられる。これによると、法律行為に関する規定をすべて契約に関する規定に組み換えて、債権編に置くという考え方はそもそも適当ではないことになる。

## 2) 規定の配置と方法

その上で問題となるのは、このような法律行為に関する規定をどこに定めるべきかである。これは、法律行為に関する規定をどのように定めるべきかという問題と密接に関係する。

法律行為概念を維持することを前提とした場合に、規定の配置については、四つの可能性が考えられる。第一は、現行法どおり、総則編に配置する可能性（A案）、第二は、債権編に配置する可能性（B案）、第三は、総則編と債権編に分属させる可能性（C案）、第四は、総則編と債権編の双方に置く可能性（D案）である。

### (1) 債権編に配置する可能性

このうち、B案として考えられるのは、①法律行為に関する規定をそのまま債権編に定める方法（B1案）と、②債権編に、契約を対象とした規定を定め、それを他の法律行為に準用するという方法（B2案）である。

いずれにしても、B案が、このように法律行為に関する規定を債権編に定めようとするのは、法律行為に関する規定が適用される主たる場面は契約であり、そうした契約に関する規定群はひとまとまりのものとして定めることが望ましいという考え方によると考えられる。現行法のように、契約に関する規定群を総則編と債権編に分断されたかたちで定めるのは、市民にとってわかりやすいものとはいいがたく、むしろそれらはひとまとまりのものとして債権編の中に定めるべきだと考えるわけである。

しかし、法律行為に含まれるのは、契約だけではない。債権編で問題となる単独行為 — 選択権の行使、相殺、債務の免除、解除、予約完結の意思表示、賃借権の譲渡・転貸の承諾、解約申入れ等 — のほか、それ以外の領域で問題となるさまざまな行為も数多く含まれる。例えば、取消し、同意・追認、権利の放棄、時効利益の放棄、時効の援用、決議等のほか、制限物権の設定行為や共有物の変更・管理・分割に関する合意・同意等、占有に関する意思表示、さらに相続の承認、放棄、遺言をはじめ、家族法の領域で問題となる各種の行為もそうである。法律行為という概念は、もともとこうしたさまざまな行為を包含することを可能にし、それらに共通して問題となる事柄について原則的な規律を定めるために考え出されたものである。このような法律行為概念の趣旨に照らすと、法律行為に関する規定は、現行法どおり、総則編に定めるのが適当というべきである。少なくとも、

B1案のように、法律行為に関する規定をそのまま、つまり法律行為に関する規定として債権編に定めるのは、法律行為という概念が持つ意味にそぐわず、適当とはいえない。

また、B2案のように、債権編に、契約を対象とした規定を定めた上で、それを他の法律行為に準用するという方法も、やはり問題である。もちろん、これによると、規定の内容が契約に即したものとなるため、契約に関する規律としてはわかりやすく、また使いやすいものとなる可能性がある。例えば、現行民法95条本文のように、「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする」と定めるよりも、例えば、「契約当事者の一方又は双方が意思表示をする際に、その契約の要素に錯誤があったときは、その意思表示は無効とする」と定める方が、少なくとも市民にとってわかりやすくなることはたしかである。しかし、例えば、代理に関する規定や意思表示の効力発生（到達等）に関する規定のように、契約以外のさまざまな行為についても原則を定めていると考えられる規定は、そもそも契約に関する規定を定めた上で、それを他の法律行為に準用するという定め方をすることは適当とはいえない。現行民法90条のように、すべての法律行為について、公序良俗に反する場合は無効とするという基本原則を宣言する規定も、契約に関する規定として定めた上で、それを他の法律行為に準用する——例えば第1項で「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする契約は、無効とする」と定めた上で、「前項の規定は、契約以外の法律行為に準用する」と定める——という定め方をするのにそぐわない。法律行為全体に通じる民法の基本原則としての性格が直截に示されているとはいえなくなるからである。そのほか、意思能力に関する規定を定めるとするならば、それも同様というべきだろう。

これに対して、もともと法律行為という概念は、上述したように、債権編で問題となる行為にかぎらず、他の領域で問題となる行為も含めて、それらに関する規律を包括的に定めることを可能にするために考え出されたものである。そのような概念を維持するのであれば、これをわざわざ契約に関する規定として定めた上で、他の法律行為に準用するという定め方をする必要は乏しいというべきだろう。

## (2) 総則編に配置する可能性

以上のような理由から、B案のように、法律行為に関する規定を債権編に定めるのは適当とはいえない。むしろ、A案のように、現行法と同様、法律行為に関する規定は総則編に定めることが望ましいというべきである。これはさらに、次のような総則編と法律行為概念が持つ体系的・原理的な意義からも要請される。

現行民法が採用するパンデクテン・システムは、権利を基軸とした体系であり、総則編も、権利の主体（「人」と「法人」）、権利の客体（「物」）、権利の変動原因としての行為（「法律行為」）・時の経過（「時効」）として構成されている。法律行為に関する規定は、このシステムの中で、権利の変動原因としての人の行為に関する共通の基本原則を定めたもの——「法律行為（Rechtsgeschäft）」は、本来、「権利行為」ないし「権利義務設定行為」と訳されるべきものだった——として位置づけられる。19世紀にドイツで確立したパンデクテン・システムを今なお維持することについては、議論の余地がありうるどころだとしても、少なくとも今日において総則編を定めるとするならば、このような市民社会に妥当する共通の基本原則を宣言し、確認するところにその意義を求めべきだと考えられる。例えば、法律行為について、「公序良俗に反する法律行為は、無効とされ

る」という規範や、「意思表示に一定の錯誤があるときは、その意思表示の効力を否定することができる」という規範、「意思表示は、相手方に到達した時からその効力を生ずる」という規範、「代理権を有する者が頭名をして法律行為をしたときは、その効果は本人に帰属する」という規範等を総則編に定めることは、これらの規範が市民社会に妥当する共通の基本原則であることを宣言し、確認するという意味を持つ。このような考慮からも、法律行為に関する規定を総則編に定めることが適当だと考えられる。

### (3) 総則編と債権編に分属させる可能性

次に、C案のように、法律行為に関する規定を総則編と債権編に分属させるという考え方は、以上に述べたような法律行為概念が持つ意義を一部考慮しようとするものだとみることができる。具体的には、法律行為に関する定義規定のほか、現行法でいうと、総則編第五章「法律行為」のうち、第一節「総則」の規定（現行民法90条～92条）に相当する規定——さらに意思表示の効力発生に関する規定（現行民法97条～98条の2に相当する規定）もその可能性がある——は、まさに法律行為の基本原則にあたるものであるとして、総則編に定められるのに対して、その他の規定は債権編に定められる——具体的には、B2案のように、契約に関する規定として定め、それを他の法律行為に準用する旨を定める——ことになると考えられる。このような規定の仕方は、すでに2006年の法人法改正で、法人に関する原理的な規定のみを民法の総則編に定め、その他の規定を別置したことにより、実際に採用されているとされる。

しかし、これらの規定を総則編に置くだけで、上述したように、法律行為に関して市民社会に妥当する共通の基本原則を宣言し、確認したといえるかどうかは、疑問である。さらに、それ以外の規定について、B2案と同じような規定の仕方をするのであれば、B2案について述べたのと同様の問題がここにもあてはまることになる。したがって、C案のような考え方は、やはり適当とはいえないと考えられる。

### (4) 総則編と債権編の双方に定める可能性

これに対して、D案のように、法律行為に関する規定を総則編と債権編の双方に定めることが、かりにA案と同じく、法律行為に関する規定をすべて総則編に定めた上で、さらに債権編でそれを契約に即して確認した規定を置くことを意味するのであれば、少なくとも以上に述べた疑問や批判はあたらない。

この考え方は、法律行為に関して以上に述べた要請を充たした上で、その主要な場面である契約について、市民にとってもわかりやすい規定を定めるという要請にも一定の限度で応えようとするものとみることができる。そうした要請は、債権編で、契約に即したかたちで具体的な規定をおく場合（D1案）によりよく実現できるが、債権編では、総則編に定められた規定が契約についても適用される旨を明らかにする規定——いわゆるレファレンス規定に相当するもの——を定めるにとどめる場合（D2案）でも、少なくとも何が問題となりうるかということがわかることから、意味があると考えられる。

もっとも、D1案による場合は、公序良俗や錯誤、代理等に関して、法律行為一般を対象とする規定と契約を対象とする規定の二つを定めることになり、両者で矛盾・抵触等が生じないようにするためには、かなり慎重な検討を要することが予想される。また、実際に文言を異にする二つの規定が定められたときに、それぞれの規定がどのように解釈されていくか、かならずしも予測がつかない場合もあると考えられる。そのような考慮からす

ると、D案を採用するのであれば、D2案の方が望ましいというべきだろう。

そうすると、問題は、このようなレファレンス規定にあたるものを定めるべきかどうかである。契約に関してレファレンス規定にあたるものを定めることは、契約に関する規定の適否を一目瞭然にするという意味があることは否定できないものの、なぜ契約についてのみレファレンス規定にあたるものを定めるのか、なぜその他の法律行為については定める必要がないのかという疑問が残ることもたしかである。レファレンス規定にあたるものが定められている法律行為とそうでない法律行為とで、違った解釈がされる可能性もなくはない。このようなレファレンス規定にあたるものを定めなくても、法律行為に関する規定が適用されることはあきらかであることを考慮するならば、契約に関してこうしたレファレンス規定にあたるものを定めることには慎重でなければならないだろう。

以上によると、結論としては、A案にしたがい、現行法と同様、法律行為に関する規定は総則編に定めることが適当であると考えられる<sup>(1)</sup>。

## 2. 時効に関する規定の配置

次に、時効に関する規定の配置については、特に債権に関する消滅時効ないし債権時効を現行法と同じく総則編に規定すべきか（甲案）、債権編に規定すべきか（乙案）が問題となる。

### 1) 現行法

現行民法が時効を総則編に定めているのは、上述したように、権利を基軸とした体系において、時の経過による権利の変動が民法に関する権利一般に共通して問題となる事柄だからだとみることができる。

現行民法は、このような考え方から、第7章第1節「総則」で、そのような時効に共通して問題となる事柄として、時効の効力（144条）、時効の援用（145条）、時効の利益の

---

(1)民法(債権関係)部会資料49「民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(21)」31頁以下でも、①「現在法律行為に関する規定として設けられている内容のルール適用対象を契約とそれ以外の行為に分けてそれぞれについて規定を設けるという考え方は、法律行為概念を変容させるもの」であるのに対して、「法律行為概念は、難解さが指摘されつつも我が国に定着しており、また、民法以外の法令においてもこの概念が用いられているため、これを変容させるような改正は民法が以外の法令への影響も大きい等の批判があり得る」こと、②「法律行為に関する規定を契約に関する規定に改めるとすると、少なくとも単独行為について、これと同様の規定を設けるか債権編の規定を準用することが必要になるとともに、物権法や家族法に関する行為の扱いも問題になる」が、a「繰り返し同様の規定を設けることに対しては、いたずらに条文数を増やして法典全体の見通しを悪くする等の批判があり得るし」、b「債権編の規定の準用によって対応するという方法に対しては、現状よりも分かりやすくなると言えるかどうか疑問があるとの批判があり得る」ほか、c「物権法や家族法に関する行為の扱いについても、法律行為に関する規定が直接適用されるかどうかには様々な考え方があり、コンセンサスを得ることには困難も予想される」ことから、結論として、「法律行為概念を維持する以上、法律行為に関する規定は、現行法どおり民法総則におくのが適切である」としている。

放棄（146条）、時効の中断（147～157条）、時効の停止（158～161条）を定めた上で、第2節「取得時効」で、所有権その他の財産権に関する取得時効（162、163条）、取得時効に特有の中断事由（164、165条）を定め、第3節「消滅時効」で、消滅時効の進行等（166条）、債権等の消滅時効（167条）、定期金債権の消滅時効（168条）、定期金給付債権の消滅時効（169条）、短期消滅時効（170～174条）、判決で確定した権利の消滅時効（174条の2）を定めている。

現行民法がこのような時効制度を規定している趣旨をどこに求めるかについては、争いがある。いわゆる実体法説は、社会の法律関係の安定——長期間にわたって一定の事実状態が存続することにより、それを前提として社会生活が営まれることになるため、そのようにして築かれた社会の法律関係の安定をはかるために、時効制度が必要になるとする——と権利行使の懈怠——権利の上に眠る者は保護にあたいしない——にその趣旨を求めるのに対して、いわゆる訴訟法説は、真の権利者の立証困難の救済——時効とは、本当は権利を有し、または義務を負わない者が、長期間経過した後にそのことを証明できないために不利益をこうむることのないように保護するための制度であるとする——にその趣旨を求めるが、現在の学説では、この両者の側面をいずれも認めるのが一般的である。さらに、例えば、10年の短期取得時効については、不動産取引の安全をはかるところにその趣旨を求める見解があるほか、民法に定められた各種の短期消滅時効については、日常的な取引では、受取証書が交付されないことも多く、交付されても長く保存されないため、短時間で法律関係を確定させなければ、債務者が二重払を強いられるおそれがあるところに理由があるとされている。このように、時効制度のすべてが統一的に説明されているわけではないものの、取得時効と消滅時効、消滅時効の中でも、債権の消滅時効とその他の財産権の消滅時効をまったく別の趣旨にもとづくものとして切り離してとらえることまでは、これまで主張されてこなかった。

## 2) 債権編に配置する可能性

これに対して、乙案のように、債権時効を債権編に規定すべきであるという立法提案がされているのは<sup>(2)</sup>、債権時効は、その他の財産権の消滅時効と趣旨を異にし、それに応じて規定の内容も異なるものとすべきであると考えられたためである。

これによると、債権時効の趣旨は、「時の経過による事実関係の曖昧化によって生じうる諸々の負担と危険から人びとと取引社会を解放し、人びとの日常生活の安心と取引社会の安定を維持する」ことにあり、その他の財産権——主として用益物権——の消滅時効の趣旨が、権利の不行使状態が継続した場合に、その継続する事実関係に即した法律関係を承認しようとするものであるのと異なる。このような考慮から、例えば、債権時効については、時効期間の短期化、主観的起算点の導入と客観的起算点との組み合わせ、債権時効に即した時効障害類型の整備——時効期間の短期化に対して権利者が権利を確保するための手段を整備するという意味を持つ——、効果を履行拒絶権とし、それが認められる者の範囲を縮小することなどが提案されている。その結果、債権時効は取得時効とはもちろん、その他の財産権の消滅時効とも、趣旨と規定内容を大きく異にすることになるため、これ

---

(2)民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針〔別冊 NBL126号〕』（商事法務、2009年、以下では「基本方針」として引用する。）198頁を参照。

を総則編から切り離し、債権編に規定すべきであると考えられる。

たしかに、債権時効の趣旨をこのようなものと理解し、実際にそれに対応した規定の改正をおこなうとすれば、これを債権編に規定することは十分理解できる。特に効果を履行拒絶権とし、その他の時効については現行法の援用権構成を維持するならば、両者を統一的に規定する基礎が乏しくなることは否定できない。このような改正が実現するのであれば、債権時効は債権編に規定するのがむしろ適当というべきだろう。

しかし、債権時効について、このような改正が一般の支持を得られないときは<sup>(3)</sup>、これを他の時効制度から切り離して、債権編に定めなければならない理由はない。もちろん、この場合でも、債権に関する消滅時効なのであるから、債権編に定めるのがわかりやすいということは可能である。しかし、その場合は、現行法が総則編の第7章第1節「総則」で定めている事柄——時効の効力、時効の援用、時効の利益の放棄、時効の中断、時効の停止——をどのように規定するかが問題となる。他の時効制度は総則編に規定する以上、こうした時効の「総則」に関する規定も総則編に定める必要がある。そうすると、これと切り離して、債権の消滅時効に特有の規定のみを債権編に定めるのは、債権の消滅時効に関する規定が分断されることになるため、かえってわかりにくくなるというべきだろう。したがって、この場合は、債権の消滅時効に関する規定も、現行法と同じく、総則編に定めるべきであると考えられる。

---

(3) 法制審議会民法(債権関係)部会『民法(債権関係)の改正に関する中間試案』(2013年、以下では「中間試案」として引用する。)12頁では、消滅時効の効果に関して、(1)「時効期間が満了したときは、当事者又は権利の消滅について正当な利益を有する第三者は、消滅時効を援用することができる」とした上で、(2)「消滅時効の援用がされた権利は、時効期間の起算日に遡って消滅するものとする」ことが本案として提案されている。履行拒絶権構成——消滅時効期間の満了により債務者に履行拒絶権が発生するものとする(民法(債権関係)部会資料31「民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(4)」33頁に乙案として掲げられていたもの)——が採用されていないのは、とりわけ被担保債権について履行拒絶権が援用された場合に、抵当権等の担保権が消滅するかどうか不確かになるおそれがあることなどが考慮されたためだと考えられる。もっとも、もともと履行拒絶権構成が主張されたのは、時効の完成ないし援用後にされた弁済の効果をよりよく説明することができる——履行拒絶権構成によると、履行拒絶権の行使後も給付保持力は残っているため、弁済者はそれを取り戻すことができない——と考えられたためである。このような問題意識を受けて、中間試案12頁では、別案として、(2)について、「権利の消滅について定めるのではなく、消滅時効の援用がされた権利の履行を請求することができない旨を定めるという考え方がある」ことが注記されている。これは、援用権構成を維持しつつ、援用により生ずる効果が請求力の消滅である——したがって給付保持力は存続する——ことを明らかにするという考え方である。もっとも、これによると、被担保債権について時効が援用された場合に、抵当権等の担保権が消滅することは、やはり解釈に委ねられることになるため、履行拒絶権構成に対する危惧が払拭されていないといわざるをえない。かりに別案によるとしても、少なくとも担保権の消滅については疑義が残らないように明文で定める必要があるというべきだろう。

### 3) 将来の可能性

ただ、以上はあくまでも、今回の改正が民法の債権関係を対象としたものであるということ的前提としている。物権編のあり方については、今回の改正の検討対象には含まれていない以上、それと密接に関係する所有権その他の財産権に関する取得時効についても、立ち入った改正は今後の課題とせざるをえない。

もっとも、取得時効に関しては、その要件と物権編の占有に関する規定が密接に関係する。この両者を現行法のように分断して規定することが本当に望ましいかどうかは、疑問の余地もある。したがって、将来、物権編についても改正がおこなわれるとするならば、そのときは、取得時効に関する規定を定める場所についても検討する必要があると考えられる。かりにその結果、取得時効に関する規定を物権編に定めるとするならば、今回の改正で債権の消滅時効に関する規定を現行法どおり総則編に定めたとしても、これをなお総則編に定めるべきか、それとも債権編に定めるべきかということがあらためて検討課題になると予想される。このように、時効制度に関しては、今後もその配置が問題となる可能性があることに、留意しておく必要がある。

## Ⅲ. 債権編の編成

### 1. 債権総則と契約総則の関係

次に、債権総則と契約総則の関係については、現行法と同様に、両者を区別して規定すべきか（Ⅰ案）、それとも両者を統合して規定すべきか（Ⅱ案）が問題となる。

#### 1) 現行法

現行法は、第三編「債権」に第一章「総則」を置き、第一節「債権の目的」、第二節「債権の効力」——第一款「債務不履行の責任等」、第二款「債権者代位権及び詐害行為取消権」——、第三節「多数当事者の債権及び債務」——第一款「総則」、第二款「不可分債権及び不可分債務」、第三款「連帯債務」、第四款「保証債務」——、第四節「債権の譲渡」、第五節「債権の消滅」を定めている。その上で、第二章「契約」に第一節「総則」を置き、第一款「契約の成立」、第二款「契約の効力」——具体的には、同時履行の抗弁、危険負担、第三者のためにする契約——、第三款「契約の解除」を定めている。

このように両者が区別されているのは、パンデクテン・システムの体系思考にしたがい、債権の総則には、契約だけでなく、債権一般に共通して問題となる事柄しか規定することができない——したがって、契約のみに共通して問題となる事柄は契約の総則にしか定めることができない——という考え方によるものと考えられる。

#### 2) 統合の可能性

##### (1) 統合の必要性

こうした現行法の編成は、パンデクテン・システムの体系思考からは、たしかに論理的に一貫したものである。しかし、現実の問題に対処しようとするとき、相互に密接に関連する制度や規定であるにもかかわらず、債権総則と契約総則に分断して定められているため、法律の専門家でなければ、それらの制度や規定を適切に使いこなせなくなっていることも否定できない。このことは、とりわけ、契約の履行や不履行に関する問題にあてはまる。例えば、契約不履行による損害賠償が問題となる場合に、債権総則に定められた民法412条や415条・416条だけでは問題に対処することはできず、例えば契約総則に定められた53

3条の同時履行の抗弁などを考慮する必要がある。あるいは、契約の解除が問題となる場合に、契約総則に定められた解除に関する規定だけでは問題に対処することはできず、例えば債権総則に定められた履行期と履行遅滞に関する412条なども考慮する必要がある。体系編成にあたって、論理的な一貫性や整合性を保つ必要があることはたしかだとしても、実用性や理解の容易さを犠牲にすることは許されないというべきだろう。民法のように、社会・経済の基本法にあたる法律については、なおさらのことである。

また、それと同時に、現在、債権総則に定められている制度や規定についても、債権・債務の発生原因に応じて、具体的な規律のあり方が規定される場合も少なくない。例えば、債務不履行による損害賠償責任については、契約にもとづく債務の場合、その契約の内容によって、損害賠償責任の要件も効果も規定されてくることになる。このようなものについては、むしろ債務の発生原因である契約に即して要件・効果を定めることが望ましい。

以上によると、Ⅱ案に従い、債権総則と契約総則を統合して規定すべきであると考えられる。

## (2) 統合の方法

このような規定の仕方を実現するための方法として考えられるのは、現在のところ、次の二つである。

第一は、債権総則と契約総則を一つにまとめるという方法である（Ⅱ1案）。具体的には、現在の第三編「債権」の第一章「総則」を、「債権及び契約総則」と改め、そこに、契約総則に定められた制度や規定の多くを取り込むことが考えられる。

このように、債権総則と契約総則を統合する場合、そのようにして統合された「債権及び契約総則」は、非常に大部なものとなり、またそこにはさまざまな制度が取り込まれることになる。従来のように、これを第一章とすると、節以下の枝分けが非常に深いものとなり、わかりにくくなるおそれもある。そこで、この「債権及び契約総則」は、第一部に改め、第二部を「各種の契約」、第三部を「法定債権関係」として、第三部の中に、第一章「事務管理」、第二章「不当利得」、第三章「不法行為」を定めることが考えられる。

第二は、債権総則と契約総則を区別して定めるという現行法の編成を維持した上で、これまで債権総則に含まれていた規定のうち、その内容が債権・債務の発生原因である契約によって左右されるものを契約総則に定めるという方法である（Ⅱ2案）。これによると、「契約の効力」の款の中に、契約の履行および不履行に関する規定が定められることになると考えられる。

このように編成としては契約総則を維持する場合には、現行法には明文の規定はないとしても、新たに契約一般について定めることが考えられるものは、契約総則に規定することが可能になる。例えば、契約に関する基本原則のほか、「契約の成立」に関連するものとして「契約の交渉」や「約款による契約」、「契約の内容」に関連するものとして「契約の解釈」、「契約の効力」に関連するものとして「不安の抗弁」や「事情変更」、さらに「契約上の地位の移転」や各種の典型契約に横断的に問題となるものとして「継続的契

約」などがそれにあたる<sup>(4)</sup>。

このように、Ⅱ 2案は、パンデクテン・システムにしたがった現行法の編成を大枠として維持するものであり、一見すると穏当であるように見えるものの、問題が残る。最大の問題は、債務の履行や債務の不履行による責任という債権の効力の中核部分が債権総則ではなく、契約総則に規定されることになる点である。債務の履行や債務の不履行による責任は、契約を発生原因とする債務だけでなく、不当利得返還債務や不法行為による損害賠償債務をはじめとして、さまざまな発生原因にもとづく債務に共通して問題となることである。それが債権総則に規定されないことになるならば、もはやパンデクテン・システムを維持しているとは到底いいがたい。つまり、Ⅱ 2案もまた、パンデクテン・システムを実質的に放棄していることには変わりはないわけである。

そうだとするならば、上述したように、実用性や理解の容易さという観点からは、パンデクテン・システムをこのかぎりでも形式的にも放棄し、債権総則と契約総則を統合して、「債権及び契約総則」というかたちで定めることが望ましいというべきだろう<sup>(5)</sup>。

### 3) 「債権及び契約総則」の編成

このようにⅡ 1案により、債権総則と契約総則を形式的にも統合する場合、次に問題となるのは、そのようにして統合される第一部「債権及び契約総則」の中をどのように編成するかである。

#### (1) 債権及び契約に関する基本原則の位置

まず、債権及び契約に関する基本原則を冒頭に定めることが考えられる。例えば、契約自由の原則や債権債務関係における信義誠実の原則などがその候補として考えられる。か

---

(4) Ⅱ 2案によると、契約総則は、一例として、次のように編成することが考えられる。

まず、第一款を「契約の成立及び内容」と改め、その第一目に「基本原則」を定めた上で、第二目として「契約の交渉」（契約交渉の不当破棄と契約締結過程における情報提供義務）、第三目として「契約の成立」（申込みと承諾による契約の成立と懸賞広告）、第四目として「約款による契約」、第五目として「契約の解釈」を定めることが考えられる。

次に、第二款「契約の効力」では、その第一目に「契約の履行」として、「履行の請求」、「履行強制」、履行請求に対する抗弁として「同時履行の抗弁」、「不安の抗弁」、「事情変更」を定め、第二目に「契約の不履行」として、「契約の不履行による損害賠償」、「契約の解除」、「代償請求権」を定め、第三目に「受領遅滞」を定めることが考えられる。

さらに、第三款として、新たに「契約上の地位の移転」を定めることが考えられる。

最後に、第四款として、新たに「特殊の契約」を設け、その第一目に「第三者のためにする契約」、第二目に「継続的契約」について定めることが考えられる。

(5) 筆者が債権総則と契約総則についてはパンデクテン・システムの考え方を放棄すべきであるとしながら、民法総則は維持すべきであると主張するのは、上述したように、市民社会に妥当する共通の基本原則を宣言し、確認するところに民法総則の意義があると考えられるためである。パンデクテン・システムを墨守すべきであると主張しているのではなく、現行民法が採用した権利の体系の思想を維持し、その基本原則を示すものとして民法総則をいわば再編成していこうという立場に立つものであることに注意を喚起しておきたい。

りにそのようなものを定めるとするならば、冒頭に第1章「通則」を設け、そこに定めることが考えられる。

もっとも、法制審議会において現在、そのような基本原則にあたるものとして検討されているのは、①契約内容の自由、②原始的に履行請求権の限界事由が生じていた契約の効力、③付随義務及び保護義務である。

このうち、②は、「契約は、それに基づく債務の履行請求権の限界事由が契約の成立時点で既に生じていたことによっては、その効力を妨げられない」とするものであり、原始的不能の契約は無効であるという伝統的な考え方を否定するものである。これは、契約全体に関する基本原則ということもできるが、強いていえば、契約の成立にかかわる基本原則とみることでもできる。

また、③は、契約の当事者は、契約において明示又は目次に合意されていない場合であっても、(1)「相手方が当該契約によって得ようとした利益を得ることができるよう、当該契約の趣旨に照らして必要と認められる行為をしなければならない」とし、(2)「当該契約の締結又は当該契約にもとづく債権の行使若しくは債務の履行に当たり、相手方の生命、身体、財産その他の利益を害しないために、当該契約の趣旨に照らして必要と認められる行為をしなければならない」とするものである。これは、信義誠実の原則の具体化とみるならば、契約全体に関する基本原則ということもできるが、強いていえば、広い意味での契約の内容に関する基本原則とみることでもできる。

①が契約自由の原則のうち、契約内容に関するものであることからすると、いずれも次の「債権及び契約の成立及び内容」に関する「基本原則」として定めることも考えられる。

## (2) 第一章「債権及び契約の成立及び内容」

そこで、まず、第一章として、「債権及び契約の成立及び内容」を定めることが考えられる。

このうち、第一節を「基本原則」として、上記の①②③を定めることが考えられる。

次に、第二節を「債権及び契約の成立」とし、第一款で「契約の交渉」（契約締結の自由と契約交渉の不当破棄及び契約締結過程における情報提供義務）、第二款「契約の成立」（申込みと承諾による契約の成立及び懸賞広告<sup>(6)</sup>）、第三款「約款による契約」を定めてはどうかと考えられる。

さらに、第二節を「債権及び契約の内容」とし、その第一款を「債権の内容」として、現行法の第一章「総則」の第一節「債権の目的」（399条から411条）に相当する規定を定め、第二款「契約の解釈」として、契約解釈の方法に関する基本原則——いわゆる本来的解釈・規範的解釈・補充的解釈——を定めてはどうかと考えられる。

## (3) 第二章「債権及び契約の効力」

続いて、第二章として、「債権及び契約の効力」を定めることが考えられる。これはさらに、第一節「債務及び契約の履行」、第二節「債務及び契約の不履行」、第三節「受領

---

(6)2010年12月14日提出の山本意見書8頁では、「懸賞広告」を独立の款として定めることを提案していた。しかし、懸賞広告を単独行為と性質決定するか、契約と性質決定するかを今後も解釈に委ねるとするならば、現行法と同様に、「契約の成立」の款に規定しておくのが適当であると考えられる。

遅滞」に分けて規定してはどうかと考えられる。

そのうち、第一節「債務及び契約の履行」では、まず、第一款で「履行の請求及び強制」として、履行請求権、履行請求権の限界、履行の強制を定めてはどうかと考えられる。第二款以下で、契約に特有の抗弁として、第二款「同時履行の抗弁」、第三款「不安の抗弁」、第四款「事情変更」を定めてはどうかと考えられる。

次に、第二節「債務及び契約の不履行」では、第一款で「債務及び契約の不履行による損害賠償」、第二款で「契約の解除」、第三款で「代償請求権」を定めてはどうかと考えられる。

#### (4) 第三章「責任財産の保全」

現行法は、第一章「総則」の第二節「債権の効力」の中で、第二款として「債権者代位権及び詐害行為取消権」を定めている。これは、債権の対外的効力という位置づけであるが、現在では、これらはむしろ責任財産を保全するための制度として機能的に位置づけられることが多い。実用性および理解の容易さからすると、これにしたがい、これらは第三章「責任財産の保全」として定め、第一節を「債権者代位権」、第二節を「詐害行為取消権」とするのが適当と考えられる。

#### (5) 第四章「債権の消滅」

現行法は、これに続いて、第三節「多数当事者の債権及び債務」、第四節「債権の譲渡」、第五節「債権の消滅」を定めている。これは、以上の債権の効力を基本として、まず、それが多数当事者の場合にどのように変化するかということを決め、続いて、そうした債権を譲渡する場合を定めた上で、最後に、以上のような債権が消滅する場合を規定するという仕組みになっていると考えられる。

しかし、実用性および理解の容易さという観点からは、「債権及び契約の効力」に続いて、そのような債権が消滅する場合を決めることにより、基本的な場合の効果をひととおり定めた上で、そのヴァリエーションとして、「多数当事者の債権及び債務」や「債権の譲渡」に相当するものを定めることが適当と考えられる。これによると、第四章として「債権の消滅」を定めることになる。

#### (6) 第五章「債権及び契約の当事者の変動」

現行法によると、「多数当事者の債権及び債務」が「債権の譲渡」よりも先に規定されているが、実用性および理解の容易さという観点からは、むしろ「債権の譲渡」に相当する規定を先に定めてはどうかと考えられる。まずは、通常の債権の帰趨を中心に規定し、その上でそのヴァリエーションとして「多数当事者の債権及び債務」を定めると考えるわけである。

その際、債権譲渡とともに、債務引受、さらには契約上の地位の移転についても規定を整備すべきであると考えられる。これによると、表題は、第五章「債権及び契約の当事者の変動」としてはどうかと考えられる。

#### (7) 第六章「有価証券」

さらに、有価証券についても民法典に規定するとすれば、この章の次（第六章）に定めるのが適当と考えられる。

#### (8) 第七章「多数当事者の債権及び債務」・第八章「保証」

その上で、第七章に「多数当事者の債権及び債務」に相当する規定を定めるべきである。

ただし、その際、現行法ではその第四款に「保証債務」が定められているが、これは、機能的にも担保として独立した意味を持つことから、これと別に定めるのが適当と考えられる。そこで、第七章「多数当事者の債権及び債務」として、現行法の「保証」を除く部分に相当する規定を定め、第八章に「保証」を定めてはどうかと考えられる。

## 2. 「各種の契約」の通則

以上によると、現行法の契約総則に定められた規定のほとんどは、「債権及び契約総則」に定められることになる。しかし、第三者のためにする契約だけは、債権総則に関する規律と直接かかわるものではないため、「債権及び契約総則」に吸収するのは——不可能ではないものの——かならずしも適当とはいえない。そのため、これをどこに定めるべきかが問題となる。

これとは異なる意味で同様に問題となりうるのは、現在の第二章「契約」に定められた典型契約とは次元を異にする契約類型に関する規律である。具体的には、継続的契約に関する規定を新たに定めるべきであるとすれば、それは、現在の典型契約と同じレベルの問題ではなく、いわば横断的に問題となりうる事柄であるため、これをどこに定めるべきかが問題となる。

こうしたものを定める場所として、新たに第二部「各種の契約」の冒頭に第一章として「通則」を設け、そこに規定することが考えられる。具体的には、第一章「通則」の第一節として「第三者のためにする契約」、第二節として「継続的契約」を定めてはどうかと考えられる。これを「通則」とするのは、契約総則に相当する規定は、第一部「債権及び契約総則」に定められていることから、それとはひとまず区別するためである。

これらのものを規定する場所として、このように「契約」の冒頭ではなく、末尾に「補則」として定めることも提案されている。しかし、これらは、典型契約の諸類型に横断して一般的に問題となりうる契約類型であることからすると、その「通則」として冒頭に定める方が適当というべきだろう。

## 3. 「各種の契約」の配列

最後に問題となるのは、各種の契約類型について、どのような順序で定めるべきかである。

### 1) 現行法

現行法は、財産権移転型の契約として、第二節「贈与」、第三節「売買」、第四節「交換」、貸借型の契約として、第五節「消費貸借」、第六節「使用貸借」、第七節「賃貸借」、労務提供型の契約として、第八節「雇用」、第九節「請負」、第十節「委任」、第十一節「寄託」、その他の契約として、第十二節「組合」、第十三節「終身定期金」、第十四節「和解」を定めている。

このうち、それぞれの型の契約類型の中では、まず無償契約を定め、続いて有償契約を定めている（贈与に続いて売買・交換、使用貸借に続いて賃貸借）。

### 2) 財産権移転型契約

まず、財産権移転型の契約については、売買（第二章）・交換（第三章）を先に定め、贈与（第四章）を後に定めるのが適当と考えられる。これは、現代の社会・経済では、有

償契約である売買の方がはたす役割が大きいと考えられるためである。

### 3) 貸借型契約

#### (1) 賃貸借・使用貸借・消費貸借の編成

次に、貸借型の契約については、まず、賃貸借（第五章）を定めた上で、使用貸借（第六章）を定めるのが適当と考えられる。これもまた、現代の社会・経済では、有償契約である賃貸借の方がはたす役割が大きいと考えられるためである。現行法のように、使用貸借に関する規定を賃貸借で準用するという方法では、そのような重要な意味を持つ賃貸借の規律がわかりにくくなるため、適当とはいえない。

また、現行法と異なり、賃貸借と使用貸借を先に定めた上で、消費貸借（第七章）をその後で定めるのが適当と考えられる。特定の物を貸借し、それを返還するというタイプの契約は、貸借型の契約のいわば基本型として位置づけることができ、金銭その他の消費物を貸借するタイプの契約は、その特殊性に即した規律をすることが望ましいと考えられるためである。

#### (2) 新種の契約の配置

このほか、貸借型の契約にかかわる新種の契約として、ファイナンス・リース契約を民法に規定するかどうかの問題とされている<sup>(7)</sup>。

---

(7)このほか、前掲注(3)『中間試案』66頁では、ライセンス契約——「当事者の一方が自己の有する知的財産権(知的財産基本法第2条第2項参照)に係る知的財産(同条第1項参照)を相手方が利用することを受忍することを約し、相手方がこれに対してその利用料を支払うことを約する契約」——に関する規定(当該契約の性質に反する規定を除き、賃貸借の規定を準用するものとする規定)も、賃貸借の節に設けることが提案されている。別の機会に述べたように、民法の基本構想の要素として「情報」を補完すべきであり、そのような観点からすると、そうした「情報」に関する契約としてライセンス契約を民法に規定することは、十分検討に値する(山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」同ほか『債権法改正の課題と方向——民法100周年を契機として〔別冊NBL51号〕』(商事法務、1998年)18頁以下)。もっとも、そのためには、前提として「情報」およびそれを前提とした知的財産ないし知的財産権に関する基本概念を整備する必要がある。それを抜きにして、ライセンス契約のみを民法に規定することには、無理が残る。しかも、「情報」を民法の基本構想の要素として補完すべきだと考えられるのは、それはもともと有体物と異なり、占有を観念することができず、重畳的な利用が可能であることから、公共財としての性格が強く、「物」のアナロジーによる処理では限界があるためである。かりにライセンス契約を民法に規定するとしても、賃貸借の節に置き、賃貸借に関する規定を準用するのは、大きな問題があるというべきだろう。民法(債権法)改正検討委員会『債権法改正の基本方針Ⅳ』(商事法務、2009年)10頁以下も、「知的財産権の効力はその種類ごとに異なり、これを一般的に規定することは難しい」ほか、「そもそも情報財は、有体物とは異なり、利用の排他性がないので、民法典の契約各則の分類がそのまま妥当することにもならない」等の理由から、「ライセンス契約については、新たな典型契約とするのではなく、契約実務の柔軟な発展と知的財産法による規律に委ねることが適切である」としている。

ファイナンス・リース契約の法的性質については、賃貸借という法形式を用いているとしても、その実質は目的物の利用と信用供与の双方の側面をあわせもつものであると理解することに、現在ではほぼ争いはないとみることができる。たしかに、ファイナンス・リース契約でも、目的物を使用収益させるという関係があることは否定できないとしても、例えば、リース料は、使用収益の対価というよりは、融資の返済としての性格を有すると考えられる。このような考慮からすると、かりにファイナンス・リース契約を民法に規定するとするならば、賃貸借・消費貸借とは別に規定すべきである<sup>(8)</sup>。編成上は、上述したように、賃貸借と使用貸借を先に定めた上で、消費貸借を規定するのであれば、ファイナンス・リース契約は消費貸借に続けて規定するのが適当と考えられる。これにより、目的物の利用と信用供与の双方を側面をあわせ持つというファイナンス・リースの性格に即した位置づけをすることが可能になると考えられる。

#### 4) 労務提供型契約

次に、労務提供型の契約については、編成を考える前提として、①雇用契約の意味をどのように理解するか、及び、②準委任に代わる役務提供型契約の受け皿規定として「役務提供」契約に関する規定を定めるかどうかが問題となる。

##### (1) 雇用契約の配置

まず、①雇用契約の意味について、現行法の起草者は、請負との区別を念頭に置いて、雇用契約を労務そのものを目的とする契約であるとし — その点で、労務の結果を目的とする請負契約と異なる — 、医師や弁護士、教師などの高等な労務もそこに含まれるものと理解していた。これによると、雇用契約は委任契約に近いものとなるが、委任は法律行為をすることの委託を目的とするものとして、区別されていた。現行法が、まず、「雇用」(第八節)と「請負」(第九節)を規定し、続いて「委任」(第十節)を規定しているのは、このような考慮によるものと考えられる。

これに対し、戦後になって、雇用契約を従属的な労務の提供を目的としたものにとらえ、委任契約を自主性の高い労務の提供を目的としたものとして、両者を区別する見解が支配的となった。その後、従属性を持たない労務の提供を目的とした契約で、委任契約に含まれないものは、準委任で受けとめられていくことになる。雇用契約に関する規定は、労働法制が整備されることにより、実際上の意味を大きく減じることになっている。

---

(8)前掲注(3)『中間試案』66頁は、ファイナンス・リース契約に関する規定を賃貸借の節に設けることを提案している。しかし、これは、本文で述べたような理由から、適当とはいえない。例えば、前掲注(2)『基本方針』348頁以下は、「賃貸借という典型契約の性質決定をする上で最も基本的な要素は、有償の目的物利用という性格であり、そこでは、『一定期間の目的物利用に対する対価としての賃料』は、その契約の性格づけにとって不可欠のものである(当事者間において、使用収益についての対価たる賃料を支払わないという特約をする賃貸借契約というものは観念できない。そのような特約がある場合、それはもはや賃貸借ではない)。それに対して、ファイナンス・リースにおいては、リース料は、こうした目的物利用の対価としての性格を欠いているとされているのであり、これは賃貸借という契約の性格を前提とした上で、その特則として規定される範囲をすでに超えていると考えられる」としている。

雇用契約のこのような理解は、起草者のそれとは異なるとしても、すでに定着したものとなっており、これを変更することはむずかしいと考えられる。かりに起草者の理解に戻るとするならば、雇用契約と準委任の関係をどのように整序するかということが大きな問題となる。そのような改正をあえておこなう必要もないというべきだろう。

これによると、雇用契約は、労務提供型契約のうち、特に従属的な労務の提供を目的とした契約として位置づけられることになる。労務の提供のいわば基本型は、独立した労務の提供を目的とするものと考えられるため、そのような労務の提供を目的とする請負契約・委任契約・寄託契約は、規定の編成上も現行法と異なり、むしろ先に規定し、従属的な労務の提供を目的とする雇用契約は、それに続いて、その性格に即した規定を定めるものとして配置するのが適当であると考えられる。

## (2) 「役務提供」契約の新設

次に、②準委任に代わる役務提供型契約の受け皿規定として「役務提供」契約に関する規定を定めるかどうかの問題とされているのは、準委任の規定（民法656条）で準用される委任の規定内容が、種々の役務提供型契約に適用されるものとして必ずしも適当でないと考えられているためである。

このような考慮から、立法提案の中では、「役務提供」契約——「当事者の一方（役務提供者）が相手方（役務受領者）から報酬を受けて、または、報酬を受けずに、役務を提供する義務を負う契約」——という典型契約類型を新設し、請負・委任・寄託・雇用を包摂するとともに、それらのいずれにもあてはまらない契約もカバーするものとして規定することを提案するものがある<sup>(9)</sup>。これによると、最初にこの「役務提供」に関する規定を置いた上で（第九章）、請負（第十章）、委任（第十一章）、寄託（第十二章）を定め、最後に雇用（第十三章）を定めることになると考えられる。

これに対して、②に関する上述した問題は、準委任の規定の内容を整備すれば足りる——単純に委任の規定を準用するだけでなく、準用するのが適当でない規定を除外したり、準委任の終了等について適当な規律を定めることにより——と考えるならば、規定の編成は——(1)で述べた点を除けば——動かす必要はないことになる。

## 5) その他の契約

その他の契約については、現行法と同様に、組合（第十四章）、終身定期金（第十五章）、和解（第十六章）の順序で定めてよいと考えられる。

## IV. おわりに

今回の改正にあたり、さしあたり民法典の編成と規定の配置に関して直接問題になる事柄は、以上のとおりである。

このほか、これだけ大規模に民法典の内容を見直すことになるのだから、さらに、総則編の第一章「通則」に定められた基本原則等について見直すことも考えられなくはない。実際、例えば、第一条についていうと、第一項の「公共の福祉」に関する規定の当否が問題となるほか、第二条についても、「個人の尊厳」でよいかどうか、「両性の本質的平等」のみをあげるだけでよいかということなどについて、あらためて検討する必要がある。

---

(9) 前掲注(2)『基本方針』357頁以下を参照。

そのほか、人格権を含め、人の基本的な権利や自由の保障について総則編で定める可能性も検討にあたいする<sup>(10)</sup>。さらに、消費者契約に関する規律を民法の中に取り込むとするならば、消費者および消費者契約を定義する規定を取り込むほか、消費者契約に関する基本原則を明らかにする規定を定めることが考えられる。こうした規定もまた、現代における市民社会の基本原則として位置づけられることからすると、同様に総則編の第一章「通則」に定めることも考えられる<sup>(11)</sup>。

しかし、これらについて実際に定めようとするならば、物権編や親族編、相続編のほか、総則編でも人や法人に関わる部分、債権編でも法定債権関係、とりわけ不法行為に関する部分について検討することが不可欠となる。したがって、これらの点については、今回の改正では見送らざるをえず、近い将来、他の部分も含めて抜本的な改正をおこなう際にゆだねるべきだろう。

---

(10)このような方向での立法提案として、大村敦志『「民法0・1・2・3条 <私>が生きるルール』(みすず書房、2007年)103頁以下がある。

(11)消費者契約法をはじめとする消費者契約に関する規律を民法の中に取り込むべきかどうかという点については、消費者契約に関するルールの一覧性を高め、整合的な法形成を促進するという観点からは、むしろ特定商取引法や割賦販売法等における民事ルールを消費者契約法の中に取り込み、消費者契約法を消費者契約に関する包括的な法典へと発展・拡充させていくことが望ましい。しかし、現代の市民社会は、事業者と消費者が大量の契約をおこなうことを前提として成り立っている上、市民社会の基本法としての民法も、消費者および消費者契約をその構成要素とすることが求められる。このような要請に応えるためには、民法の中に——例えば不実表示による取消し等、一般法化が可能な規定のほか——少なくとも消費者および消費者契約を定義する規定を取り込み、さらに消費者契約法1条をもとにして、消費者契約に関する基本原則を明らかにする規定——例えば、「この法律は、消費者と事業者との間については、情報の質及び量並びに交渉力の格差があることにかんがみて、解釈しなければならない。」——を定めることが考えられる。もっとも、このように「情報の質及び量並びに交渉力の格差」があることを考慮すべき場合は、消費者契約にかぎられないことからすると、民法の基本原則としては、より一般的なかたちで規定すること——例えば、「この法律は、当事者間に情報の質及び量並びに交渉力の格差があるときは、そのことを考慮して解釈しなければならない。」——も検討に値する(以上については、山本敬三「消費者契約法の改正と締結過程の規制の見直し——誤認による取消しの現況と課題」平野仁彦=亀本洋=川濱昇編『現代法の変容』(有斐閣、2013年)348頁以下を参照)。これに対し、前掲注(4)『中間試案』48頁では、「消費者と事業者との間で締結される契約(消費者契約)のほか、情報の質及び量並びに交渉力の格差がある当事者間で締結される契約に関しては、民法第1条第2項及び第3項その他の規定の適用に当たって、その格差の存在を考慮しなければならない」ものとし、契約に関する基本原則として定めることが提案されている。

## 民法の編成案

### 第一編 総 則

- 第一章 通 則
- 第二章 人
- 第三章 法 人
- 第四章 物
- 第五章 法律行為
  - 第一節 総 則
  - 第二節 意思表示
  - 第三節 代理及び授權
  - 第四節 無効及び取消し
  - 第五節 条件及び期限
- 第六章 期間の計算
- 第七章 時 効
  - 第一節 総 則
  - 第二節 取得時効
  - 第三節 消滅時効

### 第二編 物 権

### 第三編 債 権

#### 第一部 債権及び契約総則

- 第一章 債権及び契約の成立及び内容
  - 第一節 基本原則
  - 第二節 債権及び契約の成立
    - 第一款 契約の交渉
    - 第二款 契約の成立
    - 第三款 約款による契約
  - 第二節 債権及び契約の内容
    - 第一款 債権の内容
    - 第二款 契約の解釈
- 第二章 債権及び契約の効力
  - 第一節 債務及び契約の履行
    - 第一款 履行の請求及び強制
    - 第二款 同時履行の抗弁
    - 第三款 不安の抗弁
    - 第四款 事情変更
  - 第二節 債務及び契約の不履行
    - 第一款 債務及び契約の不履行による損害賠償
    - 第二款 契約の解除
    - 第三款 代償請求権
  - 第三節 受領遅滞
- 第三章 責任財産の保全
  - 第一節 債権者代位権

#### 第二節 詐害行為取消権

- 第四章 債権の消滅
  - 第一節 弁 済
  - 第二節 相 殺
  - 第三節 更 改
  - 第四節 免 除
  - 第五節 混 同
- 第五章 債権及び契約の当事者の変動
  - 第一節 債権譲渡
  - 第二節 債務引受
  - 第三節 契約上の地位の移転
- 第六章 有価証券
- 第七章 多数当事者の債権及び債務
- 第八章 保 証

### 第二部 各種の契約

- 第一章 通 則
  - 第一節 第三者のためにする契約
  - 第二節 継続的契約
- 第二章 売 買
- 第三章 交 換
- 第四章 贈 与
- 第五章 賃貸借
- 第六章 使用貸借
- 第七章 消費貸借
- (第八章 ファイナンス・リース)
- (第九章 役務提供)
- 第十章 請 負
- 第十一章 委 任
- 第十二章 寄 託
- 第十三章 雇 用
- 第十四章 組 合
- 第十五章 終身定期金
- 第十六章 和 解

### 第三部 法定債権関係

- 第一章 事務管理
- 第二章 不当利得
- 第三章 不法行為

### 第四編 親 族

### 第五編 相 続

アンダーラインは、現行法から変更される部分を指している。