

民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(1)

目 次

（前注）	1
第1 意思表示	1
1 心裡留保（民法第93条関係）	1
2 詐欺（民法第96条関係）	2
3 意思表示の効力発生時期等（民法第97条関係）	5
4 意思表示の受領能力（民法第98条の2関係）	10
第2 代理	11
1 代理行為の瑕疵（民法第101条関係）	11
2 代理人の行為能力（民法第102条関係）	14
3 復代理人を選任した任意代理人の責任（民法第105条関係）	16
4 自己契約及び双方代理等（民法第108条関係）	18
5 代理権の濫用	22
6 代理権授与の表示による表見代理（民法第109条関係）	26
7 代理権消滅後の表見代理（民法第112条関係）	28
8 無権代理人の責任（民法第117条関係）	31
第3 無効及び取消し	35
1 無効な法律行為の効果	35
2 追認の効果（民法第122条関係）	39
3 取り消すことができる行為の追認（民法第124条関係）	39
第4 条件及び期限	42
1 条件	42
2 期限	48

(前注)

この部会資料では、本文に掲載した案の説明をする際に、便宜上これを「素案」と称している。「ただし書」に対応する意味での「本文」という用語との紛れを防ぐ趣旨である。「要綱案のたたき台」タイプの部会資料（資料番号にAが付記されているもの）では、以後も同様とする。

第1 意思表示

1 心裡留保（民法第93条関係）

民法第93条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 意思表示は、表意者がその真意ではないことを知ってしまったときであっても、そのためにその効力を妨げられないものとする。ただし、相手方が、その意思表示が表意者の真意ではないことを知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とするものとする。
- (2) 前記(1)による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができないものとする。

○中間試案第3、1「心裡留保（民法第93条関係）」

民法第93条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 意思表示は、表意者がその真意ではないことを知ってしまったときであっても、そのためにその効力を妨げられないものとする。ただし、相手方が表意者の真意ではないことを知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とするものとする。
- (2) 上記(1)による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができないものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 問題の所在

民法第93条ただし書については、相手方が表意者の真意の内容を知っていた場合だけでなく、その意思表示が表意者の真意ではないことを知り、又は知ることができた場合も、「真意を知り、又は知ることができたとき」に含めて解釈すべきであるとの指摘がある。この点については、確立した判例法理もなく、解釈上の疑義が生じている。

(2) 改正の内容

相手方が表意者の真意の内容までは知らなかったとしても、相手方が真意と異なる意思表示をしていることを知り、又は知ることができた場合には、その意思表示が不完全なものであることについての認識又は認識可能性があったのであるから、その意思表示の有効性に対する相手方の正当な信頼があるとは言えない。民法第93条ただし書の趣旨からすれば、このような場合にも心裡留保の意思表示の効力を否定してよ

いから、このような場合も、「真意を知り、又は知ることができた」に含まれると解釈するのが相当であると考えられる。そこで、素案(1)は、この点をより明確にするため、同ただし書を「真意を知り、又は知ることができた」から「その意思表示が表意者の真意ではないことを知り、又は知ることができた」に改めるものである。

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

民法第93条には、民法第94条や第96条と異なり、効力を否定される意思表示を前提として新たに法律上利害関係を有するに至った第三者の保護については規定が設けられていないため、第三者がどのような要件の下で保護されるか、解釈上の疑義が生じている。

この点について、判例は、心裡留保の意思表示を前提として新たに法律上利害関係を有するに至った第三者について民法第94条第2項を類推適用するとしており（最判昭和44年11月14日民集23巻11号2023頁）、同項の「善意」について、善意であれば足り、無過失であることを要しないとしている（大判昭和12年8月10日法律新聞4181号9頁）。

(2) 改正の内容

表意者が第三者に対して心裡留保の意思表示の無効を対抗することができるかどうかは、この意思表示が有効なものと扱われることによって権利を失ったり義務を負担したりすることになる表意者と、権利を取得する第三者との利害をどのように調整するかという問題である。心裡留保の意思表示においては、表意者自身が、その意思表示が真意と異なったものであることを知っており、虚偽の意思表示をしたことについて帰責性が大きい。これは、表意者自身が内心の意思と異なる表示をしていることを認識している点で、虚偽表示と共通しており、表意者と第三者との利害調整の在り方としても、虚偽表示と同様に扱うのが適当である。虚偽表示と同様に扱うのは、上記昭和44年最判とも整合的である。

そこで、素案(2)では、表意者が第三者に対して心裡留保による意思表示の無効を対抗することができないための第三者の主観的要件として、民法第94条第2項と同様に、「善意」と定めることとしている。

2 詐欺（民法第96条関係）

民法第96条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができるものとする。
- (2) 相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知り、又は知ることができたときに限り、その意思表示を取り消すことができるものとする。
- (3) 詐欺による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができないものとする。

民法第96条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができるものとする。
 - (2) 相手方のある意思表示において、相手方から契約の締結について媒介をするとの委託を受けた者又は相手方の代理人が詐欺を行ったときも、上記(1)と同様とする（その意思表示を取り消すことができる）ものとする。
 - (3) 相手方のある意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、上記(2)の場合を除き、相手方がその事実を知り、又は知ることができたときに限り、その意思表示を取り消すことができるものとする。
 - (4) 詐欺による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができないものとする。
- (注) 上記(2)については、媒介受託者及び代理人のほか、その行為について相手方が責任を負うべき者が詐欺を行ったときも上記(1)と同様とする旨の規定を設けるという考え方がある。

(説明)

1 素案(1)について

素案(1)は、民法第96条第1項を維持するものである。

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

民法第96条第2項は「相手方がその事実を知っていたとき」と規定するが、ここに、意思表示が第三者の詐欺によるものであることを相手方が知らなかったことについて過失があった場合も含まれるという見解も主張されている。この点は条文上明確ではなく、確立した判例法理もないことから、解釈上疑義が生じている。

(2) 改正の内容

第三者の詐欺による意思表示を取り消すことができるかどうかは、表意者が錯誤に陥った経緯について関知しない相手方の利益と、だまされて意思表示をした表意者の利益をどのように調整するかという問題である。同様に表意者と意思表示の相手方との利害の調整が必要な場面として、心裡留保の意思表示をした表意者がその無効を相手方に主張することができるかという場面があるが、心裡留保においては、相手方がその意思表示が心裡留保であることを知っていた場合だけでなく、過失によって知らなかった場合にも、表意者は相手方に対して意思表示の無効を対抗することができる（民法第93条ただし書）。これと比較すると、第三者の詐欺による意思表示においては、表意者はだまされて意思表示をしたのであり、自ら虚偽の意思表示をした心裡留保の場合に比べてその帰責性は小さいと考えられる。したがって、表意者と相手方との利害調整において、第三者にだまされた表意者の利益は、心裡留保の意思表示をした表意者の利益と比べて、少なくとも同程度に保護する必要がある。心裡留保においては、相手方に過失があれば意思表示が無効とされるから、これとの均衡を考慮すると、第三者詐欺による意思表示の表意者は、相手方が詐欺の事実を知らなかったことについて過失があった場合には、意思表示を取り消すことができること

とする必要がある。

以上から、素案(2)は、この点を条文上も明確にして上記の解釈上の疑義を解消するため、民法第96条第2項の「相手方がその事実を知っていたとき」を「相手方がその事実を知り、又は知ることができたとき」に改めるものである。

(3) 媒介受託者、代理人その他の者による詐欺

民法第96条第2項については、相手方と一定の関係にある者による詐欺については、相手方の主観的事情を問わず、取り消すことができることとすべきであるとの指摘がある。中間試案第3、3(2)においては、相手方から契約の締結について媒介をすることの委託を受けた者又は相手方の代理人が詐欺を行ったときは、相手方の主観的事情を問わず、表意者はその意思表示を取り消すことができるということが提案されていた。また、より包括的に、媒介受託者及び代理人のほか、その行為について相手方が責任を負うべき者が詐欺を行ったときも、相手方の主観的事情を問わず、取消しを認めるという考え方も注記されていた。

パブリック・コメントに寄せられた意見には、相手方の主観的事情を問わずに取消しを認めるべき場合は、詐欺を行った第三者が媒介受託者又は代理人である場合に限られないとして、注記された考え方を支持する意見も少なくなかった。他方、媒介受託者による詐欺については、媒介受託者と委託者との関係によっては媒介受託者が詐欺を行った場合の不利益を委託者に負担させるのが妥当とは言えない場合もあり、一律に取消可能とするのは適当でないなどとして、また、「その行為について相手方が責任を負うべき者」による詐欺については、その範囲が不明確であることなどを理由として、反対する意見もあった。

注記された考え方が指摘するように、媒介受託者及び代理人以外にも、相手方と密接な関係にあるため、その者が詐欺を行った場合には相手方の主観的事情を問わずに取消しを認めることが妥当であると考えられる事案はあるようにも思われる。媒介受託者及び代理人以外の詐欺については解釈に委ねることも考えられるが、媒介受託者及び代理人のみを規定すると、それ以外の者が詐欺を行った場合には民法第96条第2項の要件が充足されない限り取り消すことができないという解釈がされるおそれがあることは否定しがたい。

他方、注記された考え方の「その行為について相手方が責任を負うべき者」という表現は、一種の同語反復であり、規範の内容を適切に表現し得ているか疑問がある。そこで、より適切な表現を検討する必要があるが、どのような者の行為について相手方が責任を負うか、その基準については十分に議論が深まっていないと考えられ、その基準を適切に表現することは、現時点では困難であるように思われる。

このような状況の下では、媒介受託者又は代理人のみを掲げることは、かえって相手方の主観的事情にかかわらず取消しを認めるべき場合を限定することとなり、表意者の救済を狭めるおそれがあり、むしろ、民法第96条第1項及び第2項の解釈適用に委ねたほうが妥当な解決を導く余地を残すことになると考えられる。そこで、素案においては、相手方の主観的事情にかかわらず取消しを認めるべき場合については規定を設けず、解釈に委ねることとした。

3 素案(3)について

(1) 問題の所在

民法第96条第3項は「善意の第三者」と規定するが、この「善意」の意味については、表意者が詐欺によって意思表示をしたことを知っていたというだけでなく、知らなかったことについて第三者に過失がなかったことを意味すると解すべきであるという見解が主張されているが、この点については条文上明確ではなく確立した判例法理もないことから、解釈上疑義が生じている。

(2) 改正の内容

表意者が第三者に対して詐欺による意思表示の取消しを對抗することができるかどうかは、この意思表示が有効なものと扱われることによって権利を失ったり義務を負ったりすることになる表意者と、その意思表示を前提として新たに法律上利害関係を有するに至った第三者との利害をどのように調整するかという問題である。詐欺による意思表示をした者は不当な行為の被害者という面があり、真意と異なる意思表示をしたことについて帰責性が小さいことから、第三者が保護されるためには、その信頼が正当なものであること、すなわちその第三者が詐欺の事実を知らなかっただけでなく、知らなかったことについて過失がないことを要件とするのが相当であると考えられる。その結果、第三者が保護されるための要件は、心裡留保や通謀虚偽表示とは異なることになるが、これらの類型では、表意者は真意と異なることを認識しながら意思表示をしたのであるから、第三者保護要件が緩やかになるのは合理的であると言える。

以上の点は民法第96条第3項の「善意」という文言から直ちに読み取ることとはできず、むしろ、文言のみからいえば無過失であることを要しないと解釈する可能性が残されることから、素案(3)は、民法第96条第3項の「善意」は無過失であることを要することを明確にするため、「善意」を「善意でかつ過失がない」に改めるものである。

3 意思表示の効力発生時期等（民法第97条関係）

民法第97条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 相手方に対する意思表示は、(その通知が) 相手方に到達した時からその効力を生ずるものとする。
- (2) 相手方が、[正当な理由がないのに故意に意思表示の到達を妨げたとき]は、その意思表示は、通常到達すべきであった時に到達したものとみなすものとする。
- (3) 隔地者に対する意思表示は、表意者が通知を発した後に死亡し、意思能力を喪失し、又は行為能力の制限を受けたときであっても、そのためにその効力を妨げられないものとする。

○中間試案第3、4「意思表示の効力発生時期等（民法第97条関係）」
民法第97条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 相手方のある意思表示は、相手方に到達した時からその効力を生ずるものとする。
- (2) 上記(1)の到達とは、相手方が意思表示を了知したことのほか、次に掲げることをいうものとする。
- ア 相手方又は相手方のために意思表示を受ける権限を有する者（以下この項目において「相手方等」という。）の住所、常居所、営業所、事務所又は相手方等が意思表示の通知を受けるべき場所として指定した場所において、意思表示を記載した書面が配達されたこと。
- イ その他、相手方等が意思表示を了知することができる状態に置かれたこと。
- (3) 相手方のある意思表示が通常到達すべき方法でされた場合において、相手方等が正当な理由がないのに到達に必要な行為をしなかったためにその意思表示が相手方に到達しなかったときは、その意思表示は、通常到達すべきであった時に到達したとみなすものとする。
- (4) 隔地者に対する意思表示は、表意者が通知を発した後に死亡し、意思能力を喪失し、又は行為能力の制限を受けたときであっても、そのためにその効力を妨げられないものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 問題の所在

意思表示は、①表白（例えば書面の作成）、②発信（例えば書面の投函）、③到達（相手方の支配圏内に入ること。例えば郵便物が相手方の郵便受けに入れられること）、④了知（例えば、相手方が書面を読むこと）というプロセスを経るが、到達以前に意思表示の効力発生を認めると相手方が自ら回避することのできない不利益を被るおそれがある一方、相手方の了知まで要するとすると、相手方が了知を拒めば意思表示の効力の発生を阻止できることになり、いずれも不当である。このような理由から、民法第97条第1項は、隔地者に対する意思表示は、到達した時から効力を生ずるという立場を採用したとされる。

民法第97条は「隔地者」（発信と到達との間に時間的な隔たりのある者）に対する意思表示の効力発生時期について規定するが、隔地者以外の者に対する意思表示の効力発生時期については規定が設けられていない。これは、隔地者以外の者に対する意思表示は、表白、発信、到達、相手方による了知が通常は同時に生ずるため、意思表示の効力発生時期が問題になることは事実上少ないからであると考えられる。しかし、相手方が故意に耳をふさいで表意者の発言を聞かないような場合など、理論的には到達と了知とが分かれ得ることが指摘されており、どの時点で隔地者以外の者に対する意思表示の効力が生ずるかについては不明確な状態にある。

また、民法第97条第1項が、到達の時期を「その通知が相手方に到達した時」と表現しているのは、意思表示そのものは表意者が発した時に完了し、その意思表示をしたという事実の通知が相手方に伝達されるという構成を前提にしているからである

が、相手方に届けられるのは意思表示をしたという事実の通知ではなく、意思表示そのものであるという指摘がある。

(2) 改正の内容

隔地者以外の者に対する意思表示についても、それによって一定の効果が発生する以上、効力発生時期が観念できる。そして、隔地者以外の者に対する意思表示についても、観念的には①表白、②発信、③到達、④了知というプロセスを想定することができ、このうちの段階で効力が発生するかが問題になる。この点については、表意者と相手方との利害のバランスから、到達すなわち相手方が了知可能な状態に置かれれば足り、現実の了知までは要しないという到達主義の考え方は、隔地者に対する意思表示に限らず、相手方に対する意思表示一般に妥当すると考えられる。そこで、素案(1)は、隔地者以外の者に対する意思表示についても到達主義が適用されることを明確にするため、民法第97条第1項の「隔地者に対する意思表示」を「相手方に対する意思表示」に改めている。「相手方に対する意思表示」という表現は、同法第96条第2項に倣ったものである。

また、民法第97条第1項は、到達するのは「その通知」であるとしているが、上記「問題の所在」に記載したとおり、意思表示そのものが到達したと理解する方が、より実態に合致しているとも考えられる。そこで、同項の「その通知が」を削除することも考えられる。

(3) 到達の意義について

中間試案第3、4(2)においては、到達とは、相手方が意思表示を現に了知した場合のほか、相手方等の住所等に意思表示を記載した書面が配達されたこと、その他相手方等が意思表示を了知することができる状態に置かれたことを意味することを明示することが提案されていた。これは、「到達」の概念が必ずしも明確とは言えず、特に今日においては電子的な手段を含む多様な通信手段が現れており、どのような状態が生ずれば意思表示が「到達」したと言えるかが不明瞭になっていることから、「到達」の意義を明らかにすることを意図したものであった。パブリック・コメントの手续に寄せられた意見には、到達の意義を明らかにすることは分かりやすい民法の実現に資する等として支持する意見がある一方、今後も新しい通信手段が現れることが予想されることから、現存する通信手段を念頭に置いて詳細な規定を設けることに対して否定的な意見も見られた。

「到達」という概念が抽象的なものであることは否定できず、その意義を適切な形で明確にすることは望ましいと考えられるが、書面が配達されたという中間試案の例示は、代表的な例であるとは言えるものの、到達したことが比較的明瞭に判断できる場合であり、「到達」という概念の解釈の指針になるという意義が必ずしも大きいとは言えない。電子的な手段が用いられた場合の「到達」については、この部会においても検討が行われたが、コンセンサスの得られる考え方は示されていない。このような状況の下で、例えば「相手方が意思表示を了知し、又は了知することができる状態が生じたこと」という抽象的な規定のみを置くことも考えられるが、「了知又は了知可能性」という文言も抽象的であり、このように言い換えることが到達概念の内容を明ら

かにすることにつながるかどうかには疑問もある。

以上から、素案においては、到達の意義を明らかにするという提案は取り上げないこととした。

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

意思表示の効力は相手方に到達した時に生ずるとされているが、「到達」とは、相手方によって直接受領され、又は了知される必要はなく、相手方にとって了知可能な状態に置かれたこと、すなわち意思表示を記載した書面が相手方の勢力範囲（支配圏）内に置かれたことをもって足りるとされる（最判昭和36年4月20日民集15巻4号774頁、最判平成10年6月11日民集52巻4号1034頁等）。例えば、郵便物が相手方の郵便受けに入れられた場合や、同居者がこれを受領した場合には、相手方本人が受領していなくても、到達が認められる。

この「到達」に関する問題として、意思表示の相手方が、容易に意思表示を受領することができるのに意思表示の効力を生じさせないため、意思表示が相手方の支配領域に置かれるのを阻止するという事例が生じている。到達、すなわち意思表示が相手方の支配領域に置かれるという状態が生じた時に意思表示の効力が生ずるという到達主義の原則を貫徹すると、このような場合にも意思表示の効力は生じないこととなるが、相手方自身が到達を妨げていることからすると、このような事例で意思表示の効力の発生を否定することは、当事者間の公平の観点から到達主義を採用した趣旨に反すると考えられる。実務上も、このような場合に到達を認める必要性が指摘されている。

裁判例の中には、内縁の妻が本人の不在を理由に郵便物の受領を拒絶したという事案について、本人が不在がちではあるが夜は帰宅することが多く、往々外泊したことがある程度であったこと、内縁の妻から郵便物の配達があったことや郵便局員から受領の手配を求められたことを伝えられたにもかかわらず相当の手配を講じなかったことは故意に受領を拒絶したと評価できることなどを考慮して到達を認めたもの（大判昭和11年2月14日民集15巻158頁）や、不在配達通知書を受け取った相手方が内容証明郵便を受領しなかったために留置期間の経過により差出人に還付されたという事案で到達を認めたもの（上記平成10年最判）などがある。もっとも、上記のとおり、これらの事案では、意思表示が相手方の勢力範囲（支配圏）内に置かれるという客観的な状態が生じたと言えらるかに疑問がある。すなわち、判例には、意思表示が相手方の勢力範囲（支配圏）内に置かれるという客観的な状態によって「到達」の有無を判断したものが多く、一般にこのような客観的な基準によるものと理解されているが、上記の事案では、相手方の行為態様という客観的な状態とは異質な要素が考慮されている。そこで、「到達」の概念については判例の多数や判例についての一般的な理解に従い、勢力範囲（支配圏）内に入るという客観的な状態が生じたことと理解した上で、この客観的な状態が生じていなくても、相手方の態様を考慮して「到達」があったと扱われる場合を認めるのが簡明であると考えられる。

(2) 改正の内容

素案(2)は、①相手方が故意に到達を妨げたこと、②そのことについて正当な理由がないことを要件として、到達を擬制することとするものである。

①を要件とするのは、意思表示の効力の発生を阻止しようとする者がその要件の具備を妨害した場合に公平の観点から要件の具備を擬制する点で、民法第130条と同様の考え方を背景に有することから、同条にならって「故意に妨げた」ことを要件とするものである。

もっとも、単に意思表示がその支配圏内に置かれることを妨げるだけでは、到達の擬制を認めるべきでないと考えられる場合があるため、素案(2)は、上記①だけでなく、上記②を要件とするものである。例えば、上記平成10年最判の調査官解説においては、突然全く面識のない弁護士から内容証明郵便が送付されてきた場合など、内容を推知することができない場合には、到達が認められないことが示唆されている。素案(2)は、当事者間の公平の観点から一定の場合に意思表示の到達を擬制しようとするものであるが、故意に受領を妨げることに正当な理由がある場合にまで到達を擬制することが当事者の公平に合致するとは言えない。上記②を要件とするのは、到達を擬制すべきでないこれらの事案を素案(2)の適用の対象から除外することを意図したものである。

上記の要件が具備された場合の効果は、「通常到達すべきであった時に到達したものとみなす」こととしている。相手方による不当な妨害がなければ到達していたであろうと考えられる場合に、公平の観点からその妨害がされなかった場合と同様の効果を認めようとするものであるから、妨害がされなかった場合に到達したと考えられる時点での到達を擬制するのが相当と考えられるからである。

以上のような制度を設け、意思表示が相手方の勢力圏内に客観的に入ったとは言えなくても、相手方の態様を考慮して到達を擬制することについてはおおむね異論がないが、その要件については、上記平成10年最判のような事案が①の「故意に妨げた」に該当すると言えるか、①と②の関係をどのように考えるかなど、更に検討する余地もある。

3 素案(3)について

意思表示の到達は、既に成立した意思表示が相手方の支配圏内に入るという客観的な事実であって、その事実の生ずるために表意者が権利能力や行為能力を有する必要はないと考えられている。民法第97条第2項が、隔地者に対する意思表示は発信後の表意者の死亡等によっても効力を妨げられないとするのは、このような趣旨に基づく。素案(3)は、隔地者に対する意思表示の効力に影響を及ぼさない表意者側の事情のうち行為能力の喪失を行為能力の制限に改め、意思能力の喪失を付け加えるものである。

民法第97条第2項は、意思表示の発信後の「行為能力の喪失」によっても意思表示の効力は妨げられないと規定するが、この「行為能力の喪失」という文言は成年後見の開始のみを指すとの誤解を生じさせかねない。しかし、民法第97条第2項の趣旨は行為能力の制限一般に妥当する。また、表意者について成年後見が開始した場合でさえ意思表示の効力に影響しないのに、保佐又は補助にとどまるときは意思表示の効力に影響するのは均衡を失する。このように、同項の「行為能力の喪失」は保佐及び補助を含む

行為能力の制限一般を含むと解するのが合理的である。そこで、素案(3)は、この点を明確にするため、「行為能力を喪失したとき」を「行為能力の制限を受けたとき」に改めている。

次に、民法第97条第2項は、発信後の表意者の意思能力の喪失について規定していないが、到達は意思表示が相手方の支配圏内に入るという客観的な事実であって、その事実の生ずるために表意者が権利能力や行為能力を有する必要はないという同項の趣旨は、発信後の意思能力の喪失にも妥当する。学説上も、発信後に意思能力を喪失しても意思表示の効力は影響を受けないと解されている。そこで、素案(3)は、意思表示の効力に影響しない事由として、発信後の表意者の意思能力の喪失を付け加えている。

4 意思表示の受領能力（民法第98条の2関係）

民法第98条の2の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 意思表示の相手方がその意思表示を受けた時に未成年者又は成年被後見人であったときは、その意思表示をもってその相手方に対抗することができないものとする。ただし、その法定代理人がその意思表示を知った後は、この限りでないものとする。
- (2) 意思表示の相手方がその意思表示を受けた時に意思能力を欠く状態であったときは、その意思表示をもってその相手方に対抗することができないものとする。ただし、その法定代理人がその意思表示を知った後又は意思能力を欠く状態であった相手方が意思能力を回復した後にその意思表示を知った後は、この限りでないものとする。

○中間試案第3、5「意思表示の受領能力（民法第98条の2関係）」

民法第98条の2の規律に付け加えて、次のような規定を設けるものとする。

意思表示の相手方がその意思表示を受けた時に意思能力を欠く状態であったときは、その意思表示をもってその相手方に対抗することができないものとする。ただし、意思能力を欠く状態であった相手方が意思能力を回復した後にその意思表示を知った後は、この限りでないものとする。

（説明）

1 問題の所在

未成年者及び成年被後見人は意思表示を受けても十分その効力を了解する能力を備えておらず、適切に対応することができないことから、意思表示の効力が認められると損害を被るおそれがある。そこで、民法第98条の2本文は、これらの者を保護するため、意思表示の相手方がその意思表示を受けた時に未成年者又は成年被後見人であったときは、その意思表示を相手方に対抗することができないこととしている。このような趣旨からすると、意思表示の受領者がその受領時に未成年又は成年被後見人であったとしても、その意思表示に対して適切に対応することが可能となった場合には、その後その意思表示をもって対抗することを否定する理由はない。同条ただし書が、法定代理人が意

意思表示を知った後は表意者はその意思表示をもって対抗することができるとしているのは、そのためである。

以上に対し、意思表示の相手方がその意思表示を受けた時に意思能力を欠く状態であったときのその意思表示の対抗の可否については規定が設けられておらず、解釈に委ねられている。意思表示の受領時に相手方が内容等を十分に了解する能力を備えていない場合には相手方を保護するために意思表示をもって対抗することができないという民法第98条の2の趣旨は、受領時に相手方が意思能力を欠く状態にあった場合にも同様に当てはまる。また、受領時に意思能力を欠く状態にあった場合に関する規定を設けないとすると、意思能力を欠いても意思表示をもって対抗することができるという反対解釈を許容する余地が生じかねない。そこで、意思表示の受領時に相手方が意思能力を欠く状態にあった場合について、対抗の可否を明確にするため、規定を設ける必要がある。

2 改正の内容

素案(2)の本文は、民法第98条の2に加え、意思表示の受領者が受領時に意思能力を欠く状態であった場合にも、原則としてその意思表示をもって対抗することができないとするものである。上記のとおり、意思表示を受領してもこれに対する適切な対応を期待することができない場合に意思表示をもって対抗することができないこととするという同条の趣旨は、意思表示の受領者が意思表示を欠く状態であった場合にも同様に妥当すると考えられるからである。

また、民法第98条の2ただし書と同様に、意思表示の受領者が受領時に意思能力を欠いていたとしても、これに対して適切に対応することが可能となった後は、その意思表示をもって対抗することを否定する理由はない。素案(2)ただし書は、意思表示に対して適切に対応することが可能となる場合として下記の2つの場合を挙げ、これらの場合にはその意思表示をもって相手方に対抗することができることを明らかにするものである。

まず、相手方が意思能力を欠いているとしても、法定代理人がある場合には、法定代理人がその意思表示を知った後は、表意者はその意思表示をもって相手方に対抗することができる。民法第98条の2と同趣旨の規定である。

また、相手方が一時的に意思能力を失っていたにすぎず、その後意思能力を回復してその意思表示を知ったときは、相手方は、その後、その意思表示に対して自ら適切に対応することができる。そこで、相手方が意思能力を回復して意思表示を知った場合も、表意者はその意思表示をもって相手方に対抗することができることとしている。

第2 代理

1 代理行為の瑕疵（民法第101条関係）

民法第101条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 代理人が相手方に対してした意思表示の効力が意思の不存在、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。

- (2) 相手方が代理人に対してした意思表示の効力が、意思表示を受けた者がある事情を知っていたこと又は知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。
- (3) 特定の法律行為をすることを委託された代理人がその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができないものとする。本人が過失によって知らなかった事情についても、同様とするものとする。

○中間試案第4、2「代理行為の瑕疵（民法第101条関係）」

民法第101条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 代理人が相手方に対してした意思表示の効力が、意思の不存在、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。
- (2) 相手方が代理人に対してした意思表示の効力が、意思表示を受けた者がある事情を知っていたこと又は知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。
- (3) 本人が知っていた事情について、本人がこれを任意代理人に告げることが相当であった場合には、本人は、任意代理人がその事情を知らなかったことを主張することができないものとする。
- (4) 本人が過失によって知らなかった事情について、本人がこれを知って任意代理人に告げることが相当であった場合には、本人は、任意代理人がその事情を過失なく知らなかったことを主張することができないものとする。

(説明)

1 素案(1)(2)（民法第101条第1項）について

(1) 問題の所在

一般に民法第101条第1項が想定している規律の対象は、①代理人がした意思表示の効力が、意思の不存在、詐欺、強迫によって影響を受けるべき場合（例えば、代理人が錯誤、詐欺又は強迫に基づいて意思表示をした場合）、②代理人がした意思表示の効力が、ある事情を知っていたこと又は知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合（例えば、代理人が錯誤に基づいて意思表示をしたが重大な過失があった場合）、③相手方がした意思表示の効力が、意思表示を受けた者がある事情を知っていたこと又は知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合（例えば、心裡留保に基づいて相手方がした意思表示について相手方の真意を知り又は知ることができた場合や、第三者による詐欺に基づいて相手方がした意思表示について第三者による詐欺の事実を知っていた場合）であるとされている。

もっとも、代理人が相手方に詐欺をした場合における相手方の意思表示についても民法第101条第1項を適用するとした判例（大判明治39年3月31日民録12輯492頁）がある。これは、同項が規律の対象として想定している上記①から③までのいずれの場合にも該当しない。民法が想定している規律に従うならば、端的に詐欺取消しに関する同法第96条第1項を適用すべき場面であると考えられる。そのため、上記の判例に対しては、同法第101条第1項が規律の対象として想定していない場面にまで同項を適用するものであるという批判が強い。

他方、民法第101条第1項は代理人の意思表示のみに関する規定であるという解釈もある。確かに、同項のうち「意思の不存在、詐欺、強迫…によって影響を受けるべき場合」という部分は、代理人の意思表示のみを想定したものである（上記①参照）。もっとも、一般に同項が規律の対象として想定しているのは、上記のとおり、代理人の意思表示（上記①②参照）のみならず、相手方の意思表示（上記③参照）を含むとされている。したがって、上記の解釈も、同項が想定している規律とは異なっている。

以上のように、民法第101条第1項については、同項が想定している規律とは異なる解釈が存在し、疑義を生じている。そこで、同項の趣旨を明確にする必要がある。

(2) 改正の内容

素案(1)及び(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第101条第1項について、代理人の意思表示に関する規律（素案(1)）と、相手方の意思表示に関する規律（素案(2)）とを分けて定めるものである。

これにより、代理人が相手方に詐欺をした場合における相手方の意思表示については、代理人の意思表示の問題（素案(1)）ではなく、かつ、相手方の意思表示の効力が意思表示を受けた者がある事情を知っていたこと又は知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合（素案(2)）でもないことから、民法第101条第1項が適用される場面ではないことが明確になる。

また、民法第101条第1項が代理人の意思表示（素案(1)）のみに関する規定ではなく、相手方の意思表示（素案(2)）に関する規定でもあることが明確になる。併せて、代理人の意思表示については、同項の「意思の不存在、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったこと」が全て問題となるのに対し（上記①②参照、素案(1)）、相手方の意思表示については、同項のうち「ある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったこと」のみが問題となること（上記③参照、素案(2)）も明確になる。

なお、意思無能力（中間試案第2参照）や動機の錯誤（中間試案第3、2及び部会資料66B第1参照）に関する規定が設けられる場合には、それらに相当する文言を素案(1)の「意思の不存在、詐欺、強迫」に追加することが考えられる。

2 素案(3)（民法第101条第2項）について

(1) 問題の所在

民法第101条第2項が想定している規律の内容は、本人が代理人に特定の法律行為を委託することによってその代理行為が本人の意思によるものであると認められる場合には、本人が悪意であるにもかかわらず代理人の善意を主張することや、本人が

有過失であるにもかかわらず代理人の無過失を主張することは、公平の見地から許されないというものである。

もつとも、民法第101条第2項は「特定の法律行為をすることを委託された場合において、代理人が本人の指図に従ってその行為をしたとき」と定めているため、本人が代理人に特定の法律行為を委託したこと以上に「本人の指図」という事実が認められる場合にのみ、同項が適用されるという誤解を生じやすく、これについて判例（大判明治41年6月10日民録14輯665頁）が、特定の法律行為の委託があれば本人の指図があったことは要件としない旨を判示している。そこで、この判例法理を明文化し、同項の趣旨を明確にする必要がある。

(2) 改正の内容

素案(3)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第101条第2項のうち「本人の指図に従って」代理人がその行為をしたという部分を削るものである。

「特定の法律行為」という表現は、一般的には、民法第13条第1項各号に列举された行為のような特定の種類の法律行為という意味で用いられている。素案(3)においても、例えば、ある地域に近々鉄道の駅が新設される計画があることを前提に、その地域に所在する一定の面積及び価額の土地を購入することを委託した本人が、その後、当該計画が頓挫したことを知ったが、そのことを知らなかった代理人が土地を購入してしまったという場合には、素案(3)の「特定の法律行為をすることを委託された代理人がその行為をしたとき」に該当すると考えられるから、それ以上に「本人の指図」という事実が認められないとしても、本人は、代理人の意思表示が動機の錯誤や詐欺に基づくものである旨の主張をすることができないことになる。

中間試案においては、本人が自ら知っていた事情を代理人に告げることが相当であったことを要件としていたが（中間試案第4、2(3)(4)参照）、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、この要件では抽象的、評価的にすぎる旨の指摘などがあつた。そこで、現行法の「特定の法律行為をすることを委託したこと」という要件を維持し、この要件の解釈・認定を通じた適切な解決に委ねることとした。

2 代理人の行為能力（民法第102条関係）

民法第102条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 制限行為能力者が代理人である場合において、その者が代理人としてした行為は、行為能力の制限によっては取り消すことができないものとする。
- (2) 制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人である場合において、当該法定代理人が代理人としてした行為が当該法定代理人を当事者としてした行為であるとすれば行為能力の制限によって取り消すことができるものであるときは、次に掲げる者は、当該行為を取り消すことができるものとする。
 - ア 当該法定代理人又はその代理人若しくは同意をすることができる者
 - イ 本人又はその承継人

○中間試案第4、3「代理人の行為能力（民法第102条関係）」

民法第102条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 制限行為能力者が代理人である場合において、その者が代理人としてした行為は、行為能力の制限によっては取り消すことができないものとする。
- (2) 上記(1)にかかわらず、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人である場合において、当該法定代理人が代理人としてした行為が当該法定代理人を当事者としてした行為であるとすれば取り消すことができるものであるときは、本人又は民法第120条第1項に規定する者は、当該行為を取り消すことができるものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 問題の所在

民法第102条は、代理人がした行為の効果は代理人自身には帰属しないことから、代理人を保護するために代理行為の取消しを認める必要はないことを根拠とする規定であり、同条の「代理人は、行為能力者であることを要しない。」という表現は、制限行為能力者が代理人である場合でもその者が代理人としてした行為は行為能力の制限によっては取り消すことができないという意味である。

もっとも、民法第102条の「代理人は、行為能力者であることを要しない。」という表現は、制限行為能力者でも代理人となることができる（ただし、その代理人がした行為は行為能力の制限による取消し又は追認の対象となる。）という意味にも解し得る。そこで、同条の趣旨をより明確にする必要がある。

(2) 改正の内容

素案(1)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第102条について、制限行為能力者が代理人である場合でもその者が代理人としてした行為は行為能力の制限によっては取り消すことができない旨の規定であることを明確にするものである。

なお、意思無能力者が代理人である場合にその者が代理人としてした行為は無効である。このことは、意思無能力者がした法律行為は無効であることから当然に導かれる帰結である。したがって、意思無能力者がした法律行為を無効とする規定（中間試案第2参照）を設ける場合であっても、意思無能力者が代理人としてした行為の効力に関する規定を設ける必要はない。

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

民法は、成年被後見人、被保佐人又は被補助人であっても、成年後見人、保佐人又は補助人になり得ることを前提としている（第847条、第876条の2第2項、第876条の7第2項。ただし、第111条第1項第2号も参照）。そのため、例えば、被保佐人が他の被保佐人の保佐人になるといった事態が少なくとも制度上は想定されている。この事態を前提に民法第102条の規律（素案(1)）を適用すると、例えば、被保佐人Bが他の被保佐人Aの保佐人である場合でも、BがAの保佐人としてした代理行為は取り消すことができないことになる。

また、親権についても、被保佐人又は被補助人であることによって親権の行使が否定されるわけではないため、例えば、親権者が被保佐人であるという事態が想定されている。この事態を前提に民法第102条の規律（素案(1)）を適用すると、例えば、被保佐人Bが未成年者Aの親権者である場合でも、BがAの親権者としてした代理行為は取り消すことができないことになる。

もともと、このように制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人である場合には、その代理行為を常に有効としてしまうと、本人（上記の被保佐人A、未成年者A）の保護という制限行為能力制度の目的が十分に達せられないおそれがある。また、本人が代理人の選任に直接関与するわけではないため、代理人が制限行為能力者であることによって生ずるリスクを本人に引き受けさせる根拠にも乏しいと考えられる。そこで、民法第102条の規律（素案(1)）に一定の例外を認める必要がある。

(2) 改正の内容

素案(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第102条の規律（素案(1)）の例外として、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人である場合には、当該法定代理人が自らを当事者としてしたとすれば行為能力の制限によって取り消すことができる行為についての取消しを認めることとするものである。

そのような代理行為は無権代理とみなすべきであるという考え方もあり得るが、相手方の取引の安全に対する配慮という観点からは、積極的に追認の意思表示がされて初めてその代理行為の効果が認められる無権代理の構成よりも、取消しの意思表示がされない限りその代理行為の効果が認められる取消権の構成のほうが合理的である。

取り消すことができる者の範囲については、民法第120条第1項の規定に倣い、素案(2)アにおいて、当該法定代理人（同項の「制限行為能力者」）又はその代理人（同項の「代理人」－親権者や成年後見人）若しくは同意をすることができる者（同項の「同意をすることができる者」－保佐人や補助人）を挙げ、素案(2)イにおいて、本人（代理行為の本人）又はその承継人（同項の「承継人」）を挙げている。代理に関する規定において、「本人」という用語は「代理行為の効果の帰属主体」という意味で使われていることから、ここでもその意味で「本人」という用語を使っている。

なお、民法第120条第1項の「代理人」は、法定代理人のみならず任意代理人（取消しの意思表示をする代理権を与えられた任意代理人）を含むとされているが、他方で、取消しの意思表示をする代理権を与えられた任意代理人が取消しの意思表示をすることができるのは当然のことであるから、そのことをあえて規定する必要はなく、同項の「代理人」は実質的には法定代理人を指す点に意義があるともされている。素案(2)アの「代理人」についても、この理解が妥当することを前提としている。

3 復代理人を選任した任意代理人の責任（民法第105条関係）

民法第105条を削除するものとする。

○中間試案第4、5「復代理人を選任した任意代理人の責任（民法第105条関係）」
民法第105条を削除するものとする。

(説明)

1 現行の規定

任意代理人は、本人の許諾を得たとき又はやむを得ない事由があるときに限り、復代理人を選任することができる（民法第104条）。これを前提に、民法第105条は、復代理人を選任するための要件が上記のとおり厳格であることから、その厳格な要件の下で復代理人を選任した任意代理人の責任を軽減している。原則として、復代理人の選任及び監督の責任のみを負い（第1項）、例外的に、本人の指名に従って復代理人を選任した場合には、その復代理人が不適任又は不誠実であることを知りながらその旨を本人に通知せず又は復代理人を解任することを怠ったときに限り責任を負う（第2項）。

2 問題の所在

民法第105条は、上記のとおり復代理人の選任要件とのバランスの観点から任意代理人の責任を軽減するものであるが、同条については、次のような問題がある。

すなわち、通常の債権者と債務者との関係においては、債権者が債務者に対してその債務の履行に第三者を用いることを許諾した場合、債務者がやむを得ない事由によりその債務の履行に第三者を用いた場合（民法第105条第1項参照）、さらには債務者が債権者の指名に従ってその債務の履行に第三者を用いた場合（同条第2項参照）であっても、債務者が自己の債務を履行しないことによって債務不履行責任を負うかどうかは、債務不履行の一般原則に従って判断される。ところが、民法第105条は、任意代理人（委任契約の受任者）がその委任事務を処理するために復代理人（復受任者）を選任した場合については、その復代理人の選任が本人（委任者）の許諾を得たもの又はやむを得ない事由によるものであれば、それだけで一律に任意代理人は復代理人の選任及び監督の責任のみを負えば足りるとし、また、その復代理人の選任が本人の指名に従ったものであれば、それだけで一律に任意代理人は復代理人に対する監督の責任すら負わないとしている。売買契約や請負契約、さらには準委任契約等においては、自己の債務の履行に第三者を用いた場合に債務者が債務不履行責任を負うかどうかは、債務不履行の一般原則に従って、それぞれの契約の趣旨や、債権者が第三者を用いることを許諾した趣旨、債権者が第三者を指名した趣旨等に照らして、債務者に帰責事由があると認められるかどうかによって判断されるが、任意代理人が復代理人を選任した場合については、任意代理人の本人に対する責任（債務不履行責任）が一律に軽減されることになる。これは相当でないという問題である。

例えば、物の引渡債権の取立てを有償で委任された任意代理人（受任者）が復代理人（復受任者）を適法に選任したところ、その復代理人が債務者から取り立てた物を不注意で紛失してしまった（復代理人は無資力）という場合において、任意代理人は、その復代理人を用いることによって利益を得る立場にあったにもかかわらず、その復代理人の選任及び監督についての注意さえ怠っていなければ、委任契約上の債務不履行責任を一切負わないことになる。また、その復代理人の選任が本人（委任者）の指名に従ったものであれば、任意代理人が復代理人の監督を怠ったことによって上記紛失が発生した場合であっても、任意代理人はそれだけでは委任契約上の債務不履行責任を負わないこ

とになる。この結論が常に妥当であるかについては疑問があり、復代理人を選任した任意代理人が本人に対して債務不履行責任を負うかどうかは、他の契約類型と同様に、債務不履行の一般原則に従って、事案ごとに柔軟な判断がされるのが相当である。

3 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第105条を削除するものである。これにより、復代理人を選任した任意代理人の債務不履行責任については、債務不履行の一般原則に委ねられることになる。

なお、民法第105条を削除することに伴い、同法第106条後段の「前条第一項の責任のみを負う」という文言は、選任及び監督についての責任のみを負う旨の文言に改めることになる。

4 自己契約及び双方代理等（民法第108条関係）

民法第108条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 同一の法律行為について、相手方の代理人として、又は当事者双方の代理人としてした行為は、代理権を有しない者がした行為とみなすものとする。ただし、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでないものとする。
- (2) 代理人と本人との利益が相反する行為（上記(1)本文に該当するものを除く。）についても、代理権を有しない者がした行為とみなすものとする。ただし、本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでないものとする。

○中間試案第4、6「自己契約及び双方代理等（民法第108条関係）」

民法第108条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 代理人が自己を相手方とする行為をした場合又は当事者双方の代理人として行為をした場合には、当該行為は、代理権を有しない者がした行為とみなすものとする。
 - (2) 上記(1)は、次のいずれかに該当する場合には、適用しないものとする。
 - ア 代理人がした行為が、本人があらかじめ許諾したものである場合
 - イ 代理人がした行為が、本人の利益を害さないものである場合
 - (3) 代理人がした行為が上記(1)の要件を満たさない場合であっても、その行為が代理人と本人との利益が相反するものであるときは、上記(1)及び(2)を準用するものとする。
- (注1) 上記(1)については、無権代理行為とみなして本人が追認の意思表示をしない限り当然に効果不帰属とするのではなく、本人の意思表示によって効果不帰属とすることができるという構成を採るという考え方がある。
- (注2) 上記(3)については、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 問題の所在

民法第108条は、本人と代理人との利益が相反する自己契約（自己を相手方とする代理行為）及び双方代理（当事者双方の代理人としてする行為）を自由に認めると本人に不利益を生ずるおそれが高いことから、これらを禁止する旨を定めている。

もっとも、民法第108条本文は、「同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることはできない。」とのみ定め、その禁止違反の効果については明記していない。そのため、判例（最判昭和47年4月4日民集26巻3号373頁等）が、自己契約及び双方代理の効果は無権代理と同様に扱う旨を判示している。そこで、この判例法理を明文化し、同条の趣旨を明確にする必要がある。

(2) 改正の内容

素案(1)は、上記の問題の所在を踏まえ、自己契約及び双方代理は代理権を有しない者がした行為とみなすこととするものである。

自己契約及び双方代理はいずれも代理権の範囲内の行為であるが、上記のとおり無権代理行為とみなされることによって、民法第113条から第117条までの無権代理に関する規定が適用されることになる。したがって、本人が自己契約及び双方代理を事後的に追認したり（同法第113条）、相手方が本人に対して追認をするかどうかの確答を求める催告をしたりすることができることになる（同法第114条）。仮に自己契約及び双方代理の効果が無効とすると、このような追認や催告をすることはできないことになる。

なお、中間試案においては、自己契約及び双方代理であっても「本人の利益を害さない」行為については無権代理とみなさない旨の規律を設けることとしていた（中間試案第4、6(2)イ参照）。これに対して、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、「本人の利益を害さない」という表現では曖昧にすぎるとの指摘があり、そのような問題があることは否定しがたいように思われる。そこで、現行法の「債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない」との表現を維持し、その解釈・認定を通じた適切な解決に委ねることとした。

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

民法第108条は、自己契約及び双方代理を禁止する旨を定めているが、その禁止の趣旨は、本人と代理人との利益が相反する行為を自由に認めると本人に不利益を生ずるおそれが高いという点にある。そのため、形式的には自己契約及び双方代理に該当しない行為であっても、代理人と本人との利益が相反する行為については、同条の規律が及ぶと解されている（大判昭和7年6月6日民集11巻1115頁等参照）。

もっとも、民法第108条は、自己契約及び双方代理に該当しない利益相反行為の禁止については明記していない。そこで、上記の解釈を明文化し、同条の趣旨を明確にする必要があると考えられる。

例えば、貸金の債務者Aが、Bの所有する不動産に自己の貸金債務を被担保債権とする抵当権を設定する契約を、Bの代理人として債権者Cとの間で締結する行為や、貸金の債務者Aが、自己の貸金債務の弁済に代えてBの所有する不動産を給付する代

物弁済契約を、Bの代理人として債権者Cとの間で締結する行為は、形式的には自己契約及び双方代理に該当しないが、代理人Aと本人Bとの利益が相反する行為であるため、同条の規律が及ぶとされている。

また、例えば、不動産の所有者Bからその不動産の売却に関する代理権を与えられたAが、自己の配偶者Cを買主とする売買契約を、Bの代理人として締結する行為も、形式的には自己契約及び双方代理に該当しないが、代理人Aと配偶者Cとの利害関係が共通しないと認められる特段の事情がない限り、代理人Aと本人Bとの利益が相反する行為に該当するため、同条の規律が及ぶとされている（民法第108条の事案ではないが、最判昭和45年5月22日民集24巻5号402頁参照。後見人が被後見人（未成年者）を代理して被後見人所有の土地を内縁の夫に対して無償譲渡する行為は、後見人と被後見人との利益が相反する行為に該当するとした。）。

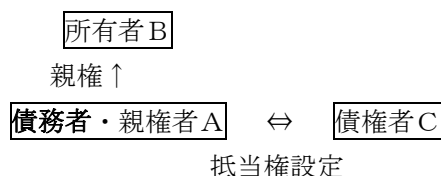
(2) 改正の内容

素案(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、自己契約及び双方代理に該当しない利益相反行為についても、代理権を有しない者がした行為とみなすこととするものである。

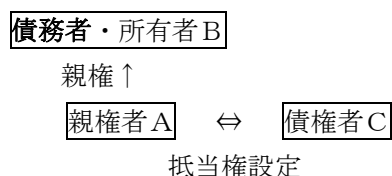
親権者の利益相反行為に関する民法第826条第1項が「親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為」という表現を用いていることや、同法第876条の2第3項及び第876条の7第3項も「…と…との利益が相反する行為」という表現を用いていることを踏まえ、素案(2)においても、「代理人と本人との利益が相反する行為」という表現を用いている。

民法第826条第1項にいう「親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為」とは、親権を行う父又は母の利益となる一方でその子には不利益となる行為をいい、その判断は、代理行為自体を外形的・客観的に考察して行われる（最大判昭和42年4月18日民集21巻3号671頁参照）。例えば、親権者Aが自ら金銭の借入れをするに当たって、子Bの所有する不動産に当該借入金債務を被担保債権とする抵当権を設定する契約を、子Bの代理人として債権者Cとの間で締結する行為（下記図の【例1】参照）は、当該借入金を子Bのために用いる場合であっても、同条にいう利益相反行為に該当する。他方、親権者Aが子Bの代理人として子Bを借主とする金銭の借入れをするに当たって、子Bの所有する不動産に当該借入金債務を被担保債権とする抵当権を設定する契約を、子Bの代理人として債権者Cとの間で締結する行為（下記図の【例2】参照）は、当該借入金を親権者Aが自ら用いる場合であっても、同条にいう利益相反行為には該当しない（最判昭和37年10月2日民集16巻10号2059頁、最判平成4年12月10日民集46巻9号2727頁等参照）。なお、同条にいう利益相反行為に該当しない場合であっても、後記5の代理権濫用行為には該当し得る。

【例1】（利益相反行為に該当する）



【例2】（利益相反行為に該当しない）



素案(1)の自己契約及び双方代理については、「債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為」が例外的に許容されているのに対し（素案(1)ただし書参照）、素案(2)の利益相反行為については、「本人があらかじめ許諾した行為」のみが例外的に許容されている（素案(2)ただし書参照）。素案(1)ただし書（民法第108条ただし書）が「債務の履行」を例外的に許容しているのは、債務の履行は新たな法律関係を創設するものではなく、本人の利益を害さないからである（したがって、本人の利益を害さない行為であれば「債務の履行」でなくても例外的に許容されるし、「債務の履行」であっても代物弁済や期限前弁済などの本人の利益を害し得る行為は許容されないと解されている。）。他方、素案(2)の利益相反行為についても、「債務の履行」などの本人の利益を害さない行為は、例外的に許容される（例えば、代理人Aの配偶者Cが本人Bに対して有する債権について、代理人Aが本人Bを代理して配偶者Cに対して弁済をする行為は、この説明の(1)の第4パラグラフに挙げた売買契約の例と同様に許容されないようにも見えるが、本人の利益を害さないことから許容される。）。もっとも、このことは、上記の弁済行為（本人の利益を害さない行為）が、素案(2)の利益相反行為に該当しないとされることの帰結である。親権者の利益相反行為について定める民法第826条第1項も、「債務の履行」（本人の利益を害さない行為）を例外的に許容する旨は条文上明記していない。素案(2)ただし書が「債務の履行」を挙げていないのは、以上の理由によるものである。

これに対し、素案(2)ただし書が「本人があらかじめ許諾した行為」を例外的に許容する旨を定めているのは、以下の理由による。すなわち、利益相反行為に該当するかどうかは、代理行為自体を外形的・客観的に考察して判断されるから（上記最大判昭和42年4月18日参照）、ある代理行為がそれ自体として利益相反行為に該当すると判断される以上、その利益相反行為について本人があらかじめ許諾をしたからといって、その利益相反行為が利益相反行為に該当しなくなるわけではないと考えられる。会社法第356条第1項第3号においても、株式会社と取締役との利益が相反する取引に該当する行為について、株主総会（取締役会）の承認を受けるという仕組みが採られている（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律第84条第1項第3号も同様である。）。したがって、素案(2)の利益相反行為に該当する行為についても、「本人があらかじめ許諾した行為」が例外的に許容される旨を定めておく必要がある。

以上に関して、中間試案においては、ある代理行為がその代理行為自体を外形的・客観的に考察すれば中間試案第4、6(3)の利益相反行為に該当する場合であっても、より実質的な観点から考察すれば中間試案第4、6(2)イの「本人の利益を害さないもの」に該当するときは、本人の許諾がなくても無権代理とはならないという整理を前提としていた（中間試案の補足説明40頁参照）。例えば、本人Bを受贈者とし、代理人Aの配偶者Cを贈与者とする贈与契約を、代理人Aが本人Bを代理して配偶者Cとの間で締結する行為については、その代理行為自体を外形的・客観的に考察すれば中間試案第4、6(3)の利益相反行為に該当するが、より実質的な観点から考察すれば中間試案第4、6(2)イの「本人の利益を害さないもの」に該当するから、本人の許諾が

なくとも無権代理とはならないという整理をしていた（相続人2名のうちの一方が他方の代理人として相続放棄をしたが、自らも相続放棄をした上でのことであった場合も同様である。）。もっとも、上記のとおり、民法第826条が「債務の履行」（本人の利益を害さない行為）を例外的に許容する旨を明記していないこととの整合性や、そもそも中間試案第4、6(2)イの「本人の利益を害さないもの」を現行法の「債務の履行」（第108条ただし書）に修正したことなどを踏まえ、中間試案が前提としていた上記の整理を改めるとともに、中間試案第4、6(3)を素案(2)のように改めることとした。これにより、上記の贈与契約や相続放棄は、代理行為自体を外形的・客観的に考察しても素案(2)の利益相反行為に該当しないという整理をすることになる。

3 相手方及び転得者と本人との関係（素案(1)(2)共通）

①自己契約及び双方代理（素案(1)）の相手方からの転得者、②自己契約及び双方代理に該当しない利益相反行為（素案(2)）の相手方、③自己契約及び双方代理に該当しない利益相反行為（素案(2)）の相手方からの転得者と本人との関係について、判例は、本人が相手方や転得者の悪意を主張立証した場合に限り、本人は代理行為についての責任を免れると解しているものと考えられる（最大判昭和43年12月25日民集22巻13号3511頁、上記最判昭和47年4月4日等参照。なお、上記最大判昭和43年12月25日の大隅健一郎裁判官の補足意見も参照）。これらの判例の射程については議論があり得るものの、少なくとも素案(1)(2)の規律はこれらの判例が採用する解釈に影響を及ぼすものではないから、素案(1)(2)の規律が設けられたとしても、引き続きこれらの判例が参照されると考えられる。

5 代理権の濫用

代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方が当該目的を知り、又は知ることができたときは、当該行為は、代理権を有しない者がした行為とみなすものとする。

○中間試案第4、7「代理権の濫用」

(1) 代理人が自己又は他人の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方が当該目的を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、本人は、相手方に対し、当該行為の効力を本人に対して生じさせない旨の意思表示をすることができるものとする。

(2) 上記(1)の意思表示がされた場合には、上記(1)の行為は、初めから本人に対してその効力を生じなかったものとみなすものとする。

(3) 上記(1)の意思表示は、第三者が上記(1)の目的を知り、又は重大な過失によって知らなかった場合に限り、第三者に対抗することができるものとする。

(注) 上記(1)については、本人が効果不帰属の意思表示をすることができるのではなく、当然に無効とするという考え方がある。

(説明)

1 問題の所在

代理権の濫用とは、代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をすることをいう。代理権濫用行為は代理権の範囲内の行為であるから、その代理行為の効果は本人に帰属するのが原則である。もっとも、相手方が代理人の上記目的を知っていた場合など一定の要件を満たす場合には、例外的にその代理行為の効果を否定すべきであるとされている。

民法は、代理権の範囲外の行為については、一定の要件を満たす場合に代理権の範囲内の行為と同様の責任を本人に負担させる旨の規定を置いている（第109条、第110条及び第112条の表見代理の規定）。他方、代理権の範囲内の行為についても、自己契約及び双方代理（並びにこれらに該当しない利益相反行為）については、代理権の範囲外の行為と同様に扱う趣旨の規定を置いている（第108条、前記4参照）。もっとも、代理権濫用行為に関する規定は置いていない。

このため、代理人が自己又は第三者の利益を図る目的でした代理行為の効果を否定するのが相当であると考えられる事案において、判例（最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁等）は、代理権濫用行為について民法第93条ただし書を類推適用し、相手方が代理人の目的を知り又は知ることができたときは、その代理行為の効果を否定する旨判示している。そこで、代理権の範囲内の行為であるがその効果が否定されるものとして、民法第108条（前記4参照）に加えて、代理権濫用行為に関する規定を新設する必要があると考えられる。

2 代理権濫用行為の効果と要件

(1) 効果

判例は、代理権濫用行為について民法第93条ただし書を類推適用する旨判示しているが、代理権濫用行為をする代理人は、その代理行為の効果を本人に帰属させる意思をもってその旨の意思表示をしているのであるから、意思表示自体には何ら問題はなく、同条ただし書の心裡留保に類似する状況にあるとはいえない。判例は、代理権濫用行為に関する規定がない中で、代理人の内心の目的を相手方が知り又は知ることができた場合という要件を用いて事案の適切な解決を図るために、同条ただし書を類推適用するという解釈論を採用したものと考えられる。

これに対して、代理権濫用行為の効果という観点から見ると、民法第93条ただし書は、意思表示自体に瑕疵（意思の不存在）がある場合に関する規定であるため当該意思表示を無効としているが、上記のとおり意思表示自体には何ら問題のない代理権濫用行為を心裡留保による意思表示のように無効とする必然性はない。むしろ、同法第108条の自己契約及び双方代理のように無権代理と同様の扱いをするほうが、本人による追認（同法第113条）や代理人に対する責任の追及（同法第117条）などをすることが可能となり、より柔軟な解決を図ることができる。代理権濫用行為を無効としてしまうと、同法第113条から第117条までの無権代理に関する規定は適用されないことになる。これらに照らせば、代理権濫用行為の効果は、自己契約及び双方代理と同様に無権代理とみなすのが相当である。

中間試案においては、本人が効果不帰属の意思表示をすれば遡及的に無権代理と同様に扱うという構成を採っていたが（中間試案第４、７(1)から(3)まで参照）、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、効果不帰属の意思表示という新たな概念を用いる必要はない旨の指摘や、制限行為能力者の法定代理人が代理権濫用行為をした場合には制限行為能力者である本人が効果不帰属の意思表示をすることは困難である旨の指摘があった。また、部会においても、利益相反行為は無権代理とみなす一方で（中間試案第４、６(3)参照）、代理権濫用行為は本人が効果不帰属の意思表示をして初めて無権代理とみなすというのは（中間試案第４、７(1)参照）、両者の境界がそれほど明確でない事案もあり得ることから相当でない旨の指摘があったところである（中間試案の補足説明４２頁参照）。そこで、代理権濫用行為についても、一定の要件の下で無権代理とみなすこととした。

(2) 要件

代理権濫用行為を無権代理とみなすための相手方の要件については、民法第９３条ただし書と同様に、相手方が代理人の目的を知り又は知ることができた場合とするのが相当であると考えられる。上記のとおり、判例はこの要件を用いて事案の適切な解決を図るために同条ただし書を類推適用したものと考えられ、実務上も定着しているこの要件には合理性があると考えられる。

中間試案においては、代理権の濫用は本人と代理人との間の内部的な問題にすぎない上に、代理権濫用行為は心裡留保による意思表示と異なり意思表示自体には何ら問題のないものであることから、民法第９３条ただし書の場合よりも相手方の保護を重視し、相手方が代理人の目的を知り又は重大な過失によって知らなかった場合に限り、代理行為の効果を否定することとしていた（中間試案第４、７(1)参照）。これに対して、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、重過失の要件では厳格にすぎて適切に機能しない旨の指摘や、判例のように民法第９３条ただし書と同様の要件を採用しても「過失」の認定・評価を通じて柔軟な解決を図ることが可能であるから相手方の取引の安全を不当に害することにはならない旨の指摘があった。そこで、代理権濫用行為についても民法第９３条ただし書と同様の要件とし、「知ることができたとき」の認定・評価を通じた適切な解決に委ねることとした。

3 改正の内容

素案は、以上の各検討を踏まえ、代理権濫用行為は相手方が代理人の目的を知り又は知ることができたときは代理権を有しない者がした行為とみなすこととするものである。「自己又は第三者の利益を図る目的で」という表現は、判例（上記最判昭和４２年４月２０日等）及び下級審裁判例（東京地判平成２４年３月２８日等）が共通して用いているものである。

4 転得者と本人との関係

代理権濫用行為の相手方からの転得者について、判例（上記最判昭和４２年４月２０日）は、代理権濫用行為に民法第９３条ただし書を類推適用することを前提として、同法第９４条第２項の類推適用や同法第１９２条の即時取得などの制度によって転得者の保護が図られることを想定しているとされている。素案のように代理権濫用行為を無権

代理とみなした場合も、代理権濫用行為の相手方からの転得者については、上記と同様の保護が図られると考えられる。現行法上、通常の無権代理行為の相手方からの転得者については上記と同様の保護が図られるとされているからである。

もっとも、代理権濫用行為と利益相反行為（前記4(2)）との類似性や連続性に鑑み、利益相反行為の相手方からの転得者の保護に関する判例（前記4の（説明）の3参照）が参照されることもあり得る。その場合には、本人の側が転得者の悪意を主張立証しなければならないことになる。この点については解釈に委ねられる。

5 代理行為の後に濫用目的を生じた場合について

上記のとおり、代理権濫用行為は代理権の範囲内の行為であるから、その代理行為の効果は本人に帰属するのが原則であり、例外的に、相手方が代理人の濫用目的を知り又は知ることができた場合に限り、その代理行為の効果が否定される。したがって、例えば、建物の売却に関する代理権を与えられた代理人が当該建物の売買契約を締結した後、その売買代金を着服する意図を持つに至った場合のように、代理行為の後に濫用目的を生じた場合については、相手方が代理人の濫用目的を知り又は知ることができた可能性はないから、素案の代理権濫用行為に関する規律によっては、当該代理行為の効果を否定することはできない。

また、上記のとおり、代理権濫用行為の効果を否定するのは例外的な場合に限るべきであることから、代理人が濫用目的を有していたこと及び相手方が代理人の濫用目的を知り又は知ることができたことについての主張立証責任は、本人の側にあると考えるべきである（判例はそのように解している。）。したがって、代理行為の後に濫用目的を生じた場合のみならず、濫用目的の発生時期が代理行為の前か後かを特定することができない場合についても、素案の代理権濫用行為に関する規律によっては、当該代理行為の効果を否定することはできない。

さらに、代理行為の後に濫用目的を生じた場合や、濫用目的の発生時期が代理行為の前か後かを特定することができない場合について、民法第1条第2項の信義則の規定等を適用することによって代理行為の効果を否定することは、代理権濫用行為の効果を例外的な場合にのみ否定するという素案の考え方とは整合しない場合が多いと考えられる。

もっとも、信義則の規定等の適用による本人の保護をいかなる場合においても否定するという必要はないし、代理権濫用行為に関する素案の規律を設けたとしても、信義則の規定等の適用による柔軟な解決が一切否定されることにはならないと考えられる。確かに、素案の規律を設けることによって、信義則の規定等の適用が制限的に運用されることは想定されるが、上記のとおり全く例外を許容しないものではないし、そのような制限的な運用は、代理権濫用行為の効果を例外的な場合にのみ否定するという発想には合致する。また、結論の妥当性という観点から見ても、代理行為の後に濫用目的を生じた場合や、濫用目的の発生時期が代理行為の前か後かを特定することができない場合において、相手方に犠牲を強いてまで本人の保護を図る必要性はそれほど高くないと考えられる。

6 代理権授与の表示による表見代理（民法第109条関係）

民法第109条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、その責任を負うものとする。ただし、第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでないものとする。
- (2) 上記(1)の他人が第三者との間でその表示された代理権の範囲外の行為をした場合において、第三者が当該行為についてその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、第三者が、その他人がその表示された代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでないものとする。

○中間試案第4、8「代理権授与の表示による表見代理（民法第109条関係）」
民法第109条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 本人が相手方に対して他人に代理権を与えた旨を表示した場合において、その他人がその表示された代理権の範囲内の行為をしたときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、相手方が、その他人がその表示された代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでないものとする。
- (2) 上記(1)の他人がその表示された代理権の範囲外の行為をした場合において、相手方が当該行為についてその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、相手方が、その他人がその表示された代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでないものとする。

（説明）

1 素案(1)について

素案(1)は、現在の民法第109条を維持するものである。

2 素案(2)について

(1) 現行の規定

民法第109条は、代理権授与の表示による表見代理について定めている。この表見代理は、代理権は授与されていないが、代理権授与の表示がされている場合において、相手方がその代理権が授与されていないことにつき善意無過失であったときは、その代理権があったのと同様の責任を本人に負担させるというものである。

他方、民法第110条は、権限外の行為の表見代理について定めている。この表見代理は、ある行為について代理権（基本代理権）を授与された代理人が、その行為とは異なる代理行為をした場合において、相手方が当該代理行為の代理権が授与されていると信じたことにつき正当な理由があるときは、当該代理行為の代理権があったの

と同様の責任を本人に負担させるというものである。

両者の違いを表で示すと以下のとおりである。

	本人の行為	代理人の行為	相手方の主観等	効果
第109条	A行為の代理権授与表示	A行為の代理	善意無過失	A行為の代理権
第110条	A行為の代理権授与	B行為の代理	誤信の正当理由	B行為の代理権

(2) 問題の所在

民法第109条は、同法第110条の要件である基本代理権の授与に代えて同法第109条の表見代理の成立を主張するという方法においても機能する（いわゆる重畳適用）。すなわち、上記表の第110条の欄の「A行為の代理権授与」は実際にはされていないが、A行為について同法第109条の表見代理が成立することによって、「A行為の代理権授与」がされたのと同様に扱われ、これによって、同法第110条の要件である「A行為の代理権授与（基本代理権の授与）」が充足されるという構成である（下記図参照）。

通常の第110条： A行為の代理権あり + B行為の代理権なし+誤信の正当理由

重畳適用： A行為の代理権なし + B行為の代理権なし+誤信の正当理由

↑↑

A行為の代理権授与表示+善意無過失

もっとも、民法第109条のこのような機能は、条文上は明記されていない。そのため、これが認められるかどうかについて疑義を生じ、判例（最判昭和45年7月28日民集24巻7号1203頁、東京高判昭和39年3月3日高民17巻2号89頁参照）がこれを認める旨判示している。そこで、この判例法理を明文化する必要がある。

(3) 改正の内容

素案(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第109条と同法第110条の重畳適用が認められることを条文上明確にするものである。基本代理権に相当する代理権授与表示に係る代理権（上記図のA行為の代理権）については同法第109条にいう相手方の善意無過失が要件となり、実際の代理行為の代理権（上記図のB行為の代理権）については同法第110条にいう相手方の誤信の正当な理由が要件となる。

民法第110条において、基本代理権と実際の代理行為の代理権とは相互に関係するものである必要はない（大判昭和5年2月12日民集9巻143頁参照）。基本代理権の存在によって実際の代理行為の代理権の存在についての誤信が惹起されることは同条の要件ではない。したがって、重畳適用の場面においても、代理権授与表示に係る代理権（基本代理権）についての相手方の善意無過失と、実際の代理行為の代理権についての相手方の誤信の正当な理由は、それぞれ別の問題として捉えるのが相当である。

しかも、民法第109条の善意無過失の主張立証責任については、同条の規定より

(ただし書において、第三者が悪意又は有過失のときはこの限りでない旨を定めていること)を一つの根拠として、表見代理の成立を否定する本人の側が、相手方の悪意又は有過失を主張立証しなければならないとされている。また、同法第110条の誤信の正当な理由の主張立証責任についても、同条の規定ぶり(本文において、正当な理由があるときは表見代理が成立する旨を定めていること)を一つの根拠として、表見代理の成立を主張する相手方の側が、自己の正当な理由を主張立証しなければならないとされている。したがって、重畳適用の場面においても、代理権授与表示に係る代理権(基本代理権)についての相手方の善意無過失に関する部分は同法第109条の規定ぶりを踏襲し、実際の代理行為の代理権についての相手方の誤信の正当な理由に関する部分は同法第110条の規定ぶりを踏襲しつつ、条文化をするのが相当であると考えられる。

そこで、素案(2)では、ただし書の「第三者が、その他人がその表示された代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったとき」という部分において、代理権授与表示に係る代理権(基本代理権)についての相手方の善意無過失の要件を定め、本文の「第三者が当該行為についてその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるとき」という部分において、実際の代理行為の代理権についての相手方の誤信の正当な理由の要件を定めている。

7 代理権消滅後の表見代理(民法第112条関係)

民法第112条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 代理人であった者が代理権の消滅後に第三者との間でその代理権の範囲内の行為をした場合において、第三者がその代理権の消滅の事実を知らなかったときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、第三者が過失によってその代理権の消滅の事実を知らなかったときは、この限りでないものとする。
- (2) 代理人であった者が代理権の消滅後に第三者との間でその代理権の範囲外の行為をした場合において、第三者が、その代理権の消滅の事実を知らず、かつ、当該行為についてその者の代理権があると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、第三者が過失によってその代理権の消滅の事実を知らなかったときは、この限りでないものとする。

○中間試案第4、10「代理権消滅後の表見代理(民法第112条関係)」

民法第112条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 代理人であった者が代理権の消滅後にその代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその代理権の消滅の事実を知らなかったときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、相手方がその代理権の消滅の事実を知らなかったことにつき過失があったときは、この限りでないものとする。

(2) 代理人であった者が代理権の消滅後にその代理権の範囲外の行為をした場合において、相手方が、その代理権の消滅の事実を知らず、かつ、当該行為についてその者の代理権があると信ずべき正当な理由があるときは、本人は、当該行為について、その責任を負うものとする。ただし、相手方がその代理権の消滅の事実を知らなかったことにつき過失があったときは、この限りでないものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 問題の所在

民法第112条本文は、「代理権の消滅は、善意の第三者に対抗することができない。」と定めている。同条の趣旨は、代理権が消滅したことを知らずに無権代理人と取引をした第三者を保護する点にあることから、同条の「善意」の意味は、「過去に存在した代理権が代理行為の前に消滅したことを知らなかったこと」であると考えられる。判例も、「代理権の消滅につき善意無過失」(最判昭和32年11月29日民集11巻12号1994頁)、「代理権の存続を誤信」(最判昭和44年7月25日集民96号407頁)といった表現を用いていることから、同様の解釈を採っていると考えられる。

もっとも、民法第112条の「善意」の意味については、「代理行為の時に代理権が存在しなかったことを知らなかったこと」(過去に代理権が存在したことを知っていた者が、その代理権が消滅したことを知らなかったというプロセスは不要)であるという解釈も存在し、疑義を生じている。そこで、同条の「善意」の意味を明確にする必要がある。

(2) 改正の内容

素案(1)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第112条の「善意」の意味が「過去に存在した代理権が代理行為の前に消滅したことを知らなかったこと」であることを明確にするものである。

なお、民法第112条の「第三者に対抗することができない。」という表現の意味は、同法第109条の「第三者との間でした行為について、その責任を負う。」という表現の意味と同じであるとされていることから、素案(1)でも同条と同じ表現を用いている。

2 素案(2)について

(1) 現行の規定

民法第112条は、代理権消滅後の表見代理について定めている。この表見代理は、ある行為について代理権を授与された代理人が、その代理権が消滅したにもかかわらずその代理行為をした場合において、相手方がその代理権が消滅したことにつき善意無過失であったときは、その代理権が消滅しなかったのと同様の責任を本人に負担させるというものである。

他方、民法第110条は、権限外の行為の表見代理について定めている。この表見代理は、ある行為について代理権(基本代理権)を授与された代理人が、その行為とは異なる代理行為をした場合において、相手方が当該代理行為の代理権が授与されていると信じたことにつき正当な理由があるときは、当該代理行為の代理権があったの

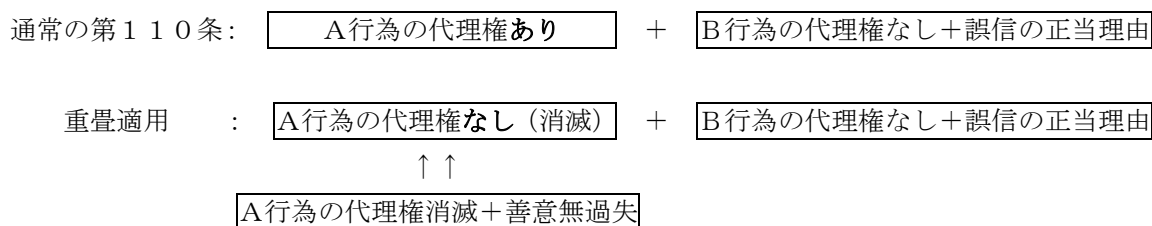
と同様の責任を本人に負担させるというものである。

両者の違いを表で示すと以下のとおりである。

	本人の行為	代理人の行為	相手方の主観等	効果
第112条	A行為の代理権授与(+消滅)	A行為の代理	善意無過失	A行為の代理権
第110条	A行為の代理権授与	B行為の代理	誤信の正当理由	B行為の代理権

(2) 問題の所在

民法第112条は、同法第110条の要件である基本代理権の授与に代えて同法第112条の表見代理の成立を主張するという方法においても機能する（いわゆる重畳適用）。すなわち、上記表の第110条の欄の「A行為の代理権授与」が実際にされたものの、その代理権が消滅した後に（例えば代理権の授与が撤回された後に）、その代理人がB行為の代理をした場合（B行為の代理権は一度も授与されていない。）において、A行為について同法第112条の表見代理が成立することによって、A行為の代理権が消滅しなかったのと同様に扱われ、これによって、同法第110条の要件である「A行為の代理権授与（基本代理権の授与）」が充足されるという構成である（下記図参照）。なお、A行為の代理権（基本代理権）は実際には消滅しているため、上記の事例において、民法第110条の要件である「A行為の代理権授与（基本代理権の授与）」が同法第112条を介さずに充足されることはない。



もっとも、民法第112条のこのような機能は、条文上は明記されていない。そのため、これが認められるかどうかについて疑義を生じ、判例（大連判昭和19年12月22日民集23巻626頁、上記最判昭和32年11月29日参照）がこれを認める旨判示している。そこで、この判例法理を明文化する必要がある。

(3) 改正の内容

素案(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第112条と同法第110条の重畳適用が認められることを条文上明確にするものである。

基本代理権に相当する既に消滅した代理権（上記図のA行為の代理権）については民法第112条にいう相手方の善意無過失が要件となり、実際の代理行為の代理権（上記図のB行為の代理権）については同法第110条にいう相手方の誤信の正当な理由が要件となる。

民法第110条において、基本代理権と実際の代理行為の代理権とは相互に関係するものである必要はない（大判昭和5年2月12日民集9巻143頁参照）。基本代理権の存在によって実際の代理行為の代理権の存在についての誤信が惹起されることは同条の要件ではない。したがって、重畳適用の場面においても、既に消滅した代理権

（基本代理権）についての相手方の善意無過失と、実際の代理行為の代理権についての相手方の誤信の正当な理由は、それぞれ別の問題として捉えるのが相当である。

しかも、民法第112条の善意無過失の主張立証責任については、同条の規定ぶり（本文において「善意の第三者に対抗することができない」、ただし書において「第三者が過失によってその事実を知らなかったときは、この限りでない」と定めていること）を一つの根拠として、表見代理の成立を主張する相手方の側が自らの善意を主張立証し、その主張立証を受けて表見代理の成立を否定する本人の側が相手方の有過失を主張立証しなければならないとされている。また、同法第110条の誤信の正当な理由の主張立証責任についても、同条の規定ぶり（本文において、正当な理由があるときは表見代理が成立する旨を定めていること）を一つの根拠として、表見代理の成立を主張する相手方の側が自己の正当な理由を主張立証しなければならないとされている。したがって、重畳適用の場面においても、既に消滅した代理権（基本代理権）についての相手方の善意無過失に関する部分は同法第112条の規定ぶりを踏襲し、実際の代理行為の代理権についての相手方の誤信の正当な理由に関する部分は同法第110条の規定ぶりを踏襲しつつ、条文化をするのが相当であると考えられる。

そこで、素案(2)では、本文及びただし書の「第三者が、その代理権の消滅の事実を知らず…。ただし、第三者が過失によってその代理権の消滅の事実を知らなかったとき」という部分において、既に消滅した代理権（基本代理権）についての相手方の善意無過失の要件を定め、本文の「第三者が当該行為についてその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるとき」という部分において、実際の代理行為の代理権についての相手方の誤信の正当理由の要件を定めている。

8 無権代理人の責任（民法第117条関係）

民法第117条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明したとき、又は本人の追認を得たときを除き、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負うものとする。
- (2) 上記(1)は、次に掲げる要件のいずれかに該当する場合には、適用しないものとする。
 - ア 他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき。
 - イ 他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が過失によって知らなかったとき。ただし、他人の代理人として契約をした者が自己に代理権がないことを知っていたときを除く。
 - ウ 他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかったとき。

○中間試案第4、11「無権代理人の責任（民法第117条関係）」

民法第117条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 他人の代理人として契約をした者は、その代理権を有していた場合又は本人の

追認を得た場合を除き、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負うものとする。

(2) 上記(1)は、次のいずれかに該当する場合には、適用しないものとする。

ア 他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていた場合

イ 他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が過失によって知らなかった場合。ただし、他人の代理人として契約をした者が自己に代理権がないことを自ら知っていたときを除くものとする。

ウ 他人の代理人として契約をした者が自己に代理権がないことを知らなかった場合。ただし、重大な過失によって知らなかったときを除くものとする。

エ 他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかった場合

(説明)

1 素案(1)(民法第117条第1項)について

(1) 問題の所在

民法第117条第1項が想定している規律の内容は、他人の代理人として契約をした者は、その代理権を有していたこと又は本人の追認を得たことを自ら主張立証しない限り、無権代理人の責任を負うというものである。もっとも、同項の「本人の追認を得ることができなかったときは」無権代理人の責任を負うという表現は、無権代理人の責任を追及する相手方の側で、無権代理人が本人の追認を得ることができなかったことを積極的に主張立証しなければならないようにも読めるため、その主張立証責任の所在について疑義を生じている。そこで、同項が想定している主張立証責任の所在を明確にするため、同項の表現を修正する必要があると考えられる。

(2) 改正の内容

素案(1)は、上記の問題の所在を踏まえ、代理人が自己の代理権を証明したこと又は本人の追認を得たことが、民法第117条第1項の無権代理人の責任を免れるための積極要件であることを明確にするものである。

2 素案(2)(民法第117条第2項)について

(1) 問題の所在

民法第117条第2項のうち、無権代理であることを相手方が知らなかったことにつき過失がある場合に無権代理人の責任を否定している点は、同条が無権代理人に無過失責任という重い責任を課していることとのバランスを考慮して相手方の無過失を要求する趣旨のものであるとされている(最判昭和62年7月7日民集41巻5号1133頁参照)。

もっとも、無権代理人が自己に代理権がないことを知っていた場合については、無過失の無権代理人の責任を追及しているわけではないから、相手方に過失があったとしても、無権代理人の責任を否定すべきではないと考えられる。例えば、代理権を与えられた者が代理行為をする直前に本人が死亡してその代理権を失った場合において(民法第111条第1号参照)、代理人が本人の死亡により代理権を失ったことを知ら

ずに無権代理行為をしたのであれば、相手方が本人の死亡により代理権が消滅したことを知らなかったことにつき過失があったことを理由に無権代理人の責任を否定することには合理性があるが、代理人が本人の死亡により代理権を失ったことを知りながら無権代理行為をしたのであれば、相手方が本人の死亡により代理権が消滅したことを知らなかったことにつき過失があったとしても、無権代理人の責任を否定すべきではないと考えられる（下記表の網掛け部分参照）。

	相手方悪意	相手方善意有過失	相手方善意無過失
無権代理人悪意	責任×	責任○	責任○
無権代理人善意	責任×	責任×	責任○

相手方が悪意の場合：無権代理人の主観を問わず、常に無権代理人の責任は生じない。

相手方が善意有過失の場合：無権代理人が悪意の場合に限り、無権代理人の責任が生ずる。

相手方が善意無過失の場合：無権代理人の主観を問わず、常に無権代理人の責任が生ずる。

上記の考え方は、民法第117条第2項が相手方に無過失を要求している趣旨が、無権代理人に無過失責任という重い責任を課していることとのバランスを考慮した点にあることと矛盾しない。また、この考え方による帰結は、無権代理人と相手方との利益衡量という観点からも妥当であると考えられる。すなわち、この考え方によれば、無権代理人の責任を問われた代理人としては、相手方に過失があることを主張立証すれば差し当たりの免責要件としては十分であるが、過失があることを主張立証された相手方が無権代理人の悪意を主張立証すれば、無権代理人の責任が認められることになる。これらの要件によって、無権代理人と相手方との利益衡量がバランス良く行われることになると考えられる。

(2) 改正の内容

素案(2)イは、上記の問題の所在を踏まえ、無権代理人が自己に代理権がないことを知っていた場合には、相手方に過失があったとしても、無権代理人の責任を認めることとするものである。素案(2)ア及びウは、現在の民法第117条第2項の規律の内容を維持するものである。

なお、中間試案においては、以上の論点とは別の問題として、無権代理人が自己に代理権がないことを知らなかった場合には無権代理人の責任を否定する（ただし重過失があるときを除く。）旨の規律を設けることとしていた（中間試案第4、11(2)ウ参照）。もっとも、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中に、代理制度の信用を維持する観点や、無権代理人と相手方の立場を比較すれば相手方のほうを保護するのが通常の価値判断であるという観点から、民法第117条の無過失責任を維持すべきである旨の指摘があったことを踏まえ、この規律については取り上げないこととした。なお、同条については、無過失責任を定めた規定であると理解するのが判例の立場であるが、起草者は過失責任と理解していたとされており、引き続き解釈の余地はあると考えられる。

【取り上げなかった論点】

○ 中間試案第4、1「代理行為の要件及び効果（民法第99条第1項関係）」

中間試案第4、1(2)に関して、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、真実と異なる表示が助長されかねないとの懸念や、相手方の保護を適切に図ることができないとの懸念を示す指摘があり、また、無条件・一律に本人への効果帰属を認めるのではなく、効果帰属を認める場合を限定的に解する学説も有力であるから、慎重な検討をすべきである旨の指摘もあった。以上の指摘などを踏まえ、この論点については取り上げないこととし、引き続き解釈に委ねることとした。

○ 中間試案第4、4「代理人の権限（民法第103条関係）」

中間試案第4、4(1)及び(3)については、代理権の発生原因である法律行為の解釈によっても任意代理人の権限が定まらない場合に、一律に保存・利用・改良行為の代理権が授与されているものと扱ってよいのか、逆に、一律に保存・利用・改良行為の代理権しか授与されていないものと扱ってよいのかといった指摘がある。また、中間試案第4、4(2)及び(3)については、代理権の発生を根拠づける法令によっても法定代理人の権限が定まらない場合というのは、民法第28条などのように同法第103条を引用している場合に限られるのではないのかといった指摘がある。中間試案第4、4(3)の「権限が定まらない場合」という文言についても、例えば「ある不動産につき、これを売却する代理権が授与されていることは明らかであるが、抵当権を設定する代理権が授与されているかは定かでない場合」に(3)の要件を満たすように読めてしまうことから、現行の民法第103条の文言を維持するほうがよいのではないのかといった指摘がある。以上の指摘などを踏まえ、この論点については取り上げないこととし、同条を維持することとした。

○ 中間試案第4、9「権限外の行為の表見代理（民法第110条関係）」

中間試案第4、9(2)に関して、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、代理権の範囲の欠陥についての治癒を代理行為の成立要件の欠陥についての治癒にも及ぼすことになってしまう旨の指摘があり、また、中間試案第4、1(2)に対する指摘（上記参照）は、基本的にここでも妥当することから、この論点は取り上げないこととし、引き続き解釈に委ねることとした。

○ 中間試案第4、12「授權（処分権授与）」

パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、授權に関する明文の規定を設ける実務上の必要性・有用性が見受けられない旨の指摘や、「授權」という概念は一義的に明確でなく、問屋の行為（取次ぎ・間接代理）との区別も曖昧である旨の指摘があった。以上の指摘などを踏まえ、この論点は取り上げないこととし、引き続き解釈に委ねることとした。

第3 無効及び取消し

1 無効な法律行為の効果

- (1) 無効な法律行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、相手方を原状に復させる義務を負う。
- (2) 上記(1)の場合において、金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付さなければならないものとする。
- (3) 上記(1)の場合において、金銭以外の物を返還するときは、受領の後にその物から生じた果実を返還しなければならないものとする。
- (4) 上記(1)から(3)までにかかわらず、上記(1)の無効な法律行為が有償契約以外の法律行為である場合において、給付を受けた者が、給付を受けた当時、その法律行為の無効であること又は取り消すことができることを知らなかったときは、給付を受けた者は、その法律行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負うものとする。
- (5) 上記(1)から(3)までにかかわらず、意思能力を欠く状態で法律行為をした者は、その法律行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負うものとする。

○中間試案第5、2「無効な法律行為の効果」

- (1) 無効な法律行為（取り消されたために無効であったとみなされた法律行為を含む。）に基づく債務の履行として給付を受けた者は、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還しなければならないものとする。この場合において、給付を受けたもの及びそれから生じた果実の返還をすることができないときは、その価額の償還をしなければならないものとする。
- (2) 上記(1)の無効な法律行為が有償契約である場合において、給付を受けた者が給付を受けた当時、その法律行為の無効であること又は取り消すことができることを知らなかったときは、給付を受けたものの価額の償還義務は、給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額を限度とするものとする。
- (3) 上記(1)の無効な法律行為が有償契約以外の法律行為である場合において、給付を受けた者が給付を受けた当時、その法律行為の無効であること又は取り消すことができることを知らなかったときは、給付を受けた者は、それを知った時点でその法律行為によって現に利益を受けていた限度において上記(1)の返還の義務を負うものとする。
- (4) 民法第121条ただし書の規律に付け加えて、次のような規定を設けるものとする。

意思能力を欠く状態で法律行為をした者は、その法律行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負うものとする。ただし、意思能力を欠く状態で法律行為をした者が意思能力を回復した後にその行為を了知したときは、その了知をした時点でその法律行為によって現に利益を受けていた限度にお

いて、返還の義務を負うものとする。

(注) 上記(2)については、「給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額」を限度とするのではなく、「給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額」を限度とするという考え方がある。

(説明)

1 問題の所在

無効な法律行為に基づく債務の履行がされた場合には、履行の原因が存在しない以上、給付を受けた当事者は相手方を原状に復させる義務を負うべきであると考えられる。しかし、無効な法律行為の巻き戻しについて民法第703条及び第704条をそのまま適用するのは適当でないという見解が有力であり、どのような場合にどのような原状回復義務を負うのかは、不明確な状態にある。

2 改正の内容

(1) 素案(1)は、無効な法律行為に基づく給付がされた場合の原状回復義務の原則的な内容について規定するものである。法律行為が無効である場合は、給付の原因がなく、相互に相手方をその法律行為が存在しなかったのと同様の状態に復させることが原則になる。これは、法律行為に基づく債務の履行として給付がされたが、その債務の発生原因である法律行為の効力が存在していなかった場合の給付の巻き戻しという点では、有効な契約に基づいて給付がされたがその後その契約が解除された場合の巻き戻しと類似した法律関係である。そこで、素案(1)は、民法第545条第1項と同様に、「相手方を原状に復させる義務を負う」という表現を用いている。

中間試案においては、原物の返還が可能である場合には原物の返還義務を負い、原物の返還が不可能である場合には価額償還義務を負う旨を明示するという案が示されていたが(中間試案第5、2(1))、この点は素案(1)の「原状に復させる」の解釈に委ねることとしている。これは、原状回復の内容は金銭や物の返還義務に限られないから、無効な法律行為に基づく債務が履行された場合の効果についての規律を設けるのであれば、給付そのものの返還義務とそれが不可能になった場合の価額償還義務のみを規定するのではなく、より包括的に原状回復義務を負う旨の規律を設けるべきであると考えたからである。そして、原状回復義務の規定を設けると、これに加えて給付の返還義務に関する規定を設けるのは、重複した規定を設けることとなって適当ではない。原物の返還が不可能になった場合に価額償還義務を負うことは直接的には表現しなくても、素案(1)で給付受領者は原則として原状回復義務を負うこととされ、有償契約については素案(4)のような規定が設けられていないのであるから、有償契約においては、原物返還が不可能になった場合でも原状回復義務を免れず、価額で償還しなければならないという解釈を導くことは容易であると考えられる。

また、中間試案では、有償契約が無効である場合には、善意の給付受領者の価額償還義務を反対給付の価値の額又は現存利益のいずれか高い方を上限とするという案が示されていたが(中間試案第5、2(2))、この点も解釈に委ねることとしている。前

提となる価額償還義務自体を解釈に委ねることとしたため、価額償還義務についての上限のみを規定するのが難しいこと、価額償還義務にこのような上限を付することが学説上確立したものと言えるかどうかには疑問もあり、現段階でこのような規定を設けて解釈の余地を狭めることには疑問もあること、例えば、給付受領者が受領した利益の額をどのように認識していたかなどを考慮することが当事者間の公平に合致する場合があるとも考えられ、受領時の悪意を要件として一律に上限を設けるよりも、様々な要素を考慮して柔軟に判断する余地を残しておくほうが妥当な結論を導き得ると考える余地もあることなどを考慮したものである。

- (2) 素案(2)は、素案(1)に基づいて当事者が負う原状回復義務の内容が金銭の返還義務である場合に、給付受領者は、その金銭を受領した時からの利息を付して返還しなければならないことを規定するものである。金銭を受領した時からの利息を付さなければならないこととするのは、その金銭が給付者の下にあれば得られたはずの利益を返還しなければ、その金銭が給付されずに給付者の下にあったのと同様の状態を回復したとは言えないからである。利息の返還義務を課すのは、給付の原因となった法律行為の効力が失われた場合の返還義務の内容という点で共通性のある民法第545条第2項と同様の規律である。

もっとも、素案(2)に対しては、常に利息を付さなければならないこととするのは適当でないという異論がある。パブリック・コメントの手續に寄せられた意見には、詐欺、強迫などの被害者に利息を返還させるべきでなく、例外的に返還義務を軽減すべきであるとの意見もあった。このような立場に立てば、素案(2)のような規定を設けず、素案(1)の原状回復義務の解釈に委ねることも考えられる。しかし、詐欺の被害者の保護は基本的には取消権を付与することによって図られていると考えられ、相手方が使用利益を含めた原状回復義務を負っていることとの均衡、一定期間金銭を現に保持していた以上、それによる利得を返還させても酷ではないこと等も考慮すると、素案(2)の規律が公平に反するとは言えないと考えられる。

- (3) 素案(3)は、素案(1)に基づいて当事者が負う原状回復義務の内容が金銭以外の物の返還義務である場合に、給付受領者は、その物を受領した後にその物から生じた果実を返還しなければならないことを規定するものである。金銭を受領したときと同様に、相手方を原状に復させるためには、その物が給付者の下にあれば得られたはずの利益を返還する必要があると考えられるからである。受領したものが金銭であるときは受領時からの利息の返還が義務付けられることとの均衡上も、金銭以外の物の返還義務を負うときは、そこから生じた果実の返還義務も負うとすることが相当であると考えられる。

素案(3)に対しても、素案(2)に対するのと同様に、常に果実を返還しなければならないとするのは適当でないという異論がある。パブリック・コメントの手續に寄せられた意見には、詐欺、強迫などの被害者に果実を返還させるべきでなく、例外的に返還義務を軽減すべきであるとの意見もあった。このような立場に立てば、素案(3)のような規定を設けず、素案(1)の原状回復義務の解釈に委ねることも考えられる。しかし、詐欺の被害者の保護は基本的には取消権を付与することによって図られていると考え

られ、相手方が利息を含めた原状回復義務を負っていることとの均衡、受領した給付によって果実が生じた以上、それを返還させても酷ではないこと等も考慮すると、素案(3)の規律が公平に反するとは言えないと考えられる。

- (4) ア 素案(4)は、有償契約以外の行為、例えば無償契約や単独行為について、素案(1)から(3)までによって課せられる返還義務の原則を修正し、善意の給付受領者の返還義務を現存利益に限定するものである。

給付の原因となった法律行為が無効又は取消可能であることを知らない給付受領者は、受領した給付が自分の財産に属すると考えており、費消や処分、さらには滅失させることも自由にできると考えているから、受領した物が滅失するなどして利得が消滅したにもかかわらず、常に果実を含めた原状回復義務を負うとすると、給付受領者の信頼に反し、不測の損害を与えることになる。そこで、素案(4)は、善意の給付受領者の返還義務を現存利益に限定することとしている。

中間試案においては、受領の時点で善意であった者が後に悪意になる場合があり得ることを想定し、善意者の原状回復義務の範囲を、無効であること又は取消可能であることを知った時点における現存利益に限定することを明示するという案が示されていた（中間試案第5、2(3)）。しかし原状回復に関する他の規定や不当利得に関する規定においては、このような主観的事項の変化が問題になり得るにもかかわらず、その場合の原状回復義務の範囲については解釈に委ねている。当初善意であった給付受領者が悪意になった場合の原状回復義務の内容については学説が一致しているとは言えず、悪意になった後の利得消滅の抗弁が常に認められないとするのが適切か、学説の発展に委ねるのが相当である。そこで、素案(4)においても、善意の給付受領者の返還義務を現存利益に限定する旨の規定を設けるにとどめ、その後悪意になった場合の原状回復義務の範囲については解釈に委ねることとしている。

- イ 素案(4)の善意者保護は、無効な法律行為が有償契約である場合には必要ではないと考えられる。有償契約においては、給付受領者が反対給付を履行することなくして受領した給付を自己の物として保持することはできないのであり、素案(4)の善意者保護の趣旨は、逸出すると考えていた反対給付の返還を求めつつ、受領した給付については現存利益がないことを理由に返還を免れるという結論まで認めるものではないからである。そこで、素案(4)は、無効な法律行為が有償契約以外の法律行為であった場合については、善意者の返還義務の範囲が現存利益に限定されることとし、無効な法律行為が有償契約である場合には、当事者は素案(1)から(3)までの原則に従って原状回復義務を負担することとしている。

- (5) 素案(5)は、素案(1)から(3)までによって課せられる返還義務の原則を修正し、意思能力を欠く者の返還義務を現存利益に限定するものであり、民法第121条ただし書と同様の趣旨に基づくものである。

民法第121条ただし書は、制限行為能力者の保護を図るため、制限行為能力者の返還義務の範囲を現存利益に限定している。意思能力を欠く状態でした法律行為を無効とするのは、財産の管理や処分について十分な能力を有しない者を保護するものであって、制限行為能力者の保護と同様の趣旨に基づくから、その返還義務についても、

意思能力を欠く状態で法律行為をした者の保護を図るため、同条ただし書と同様の制限を加える必要がある。そこで、素案(5)は、意思能力を欠く状態で法律行為をした者の返還義務について、同条ただし書と同様の規定を設けることとしている。

中間試案においては、意思能力を欠く状態で法律行為をした者の原状回復義務を現存利益に限定することを原則としつつ、その後意思能力を回復してその行為を了知したときは、その了知の時点での現存利益を返還しなければならないことを明示するという案が示されていた（中間試案第5、2(4)第2文）。しかし、法律行為をした時点や給付を受領した時点以後に事情の変化が生じた場合の原状回復義務の範囲については、受領者の主観的事情の変化や行為能力の回復も含めて、解釈に委ねられている。そこで、給付受領者が意思能力を回復した場合の原状回復義務への影響も、解釈に委ねることとした。

2 追認の効果（民法第122条関係）

民法第122条ただし書を削除するものとする。

○中間試案第5、3「追認の効果（民法第122条関係）」

民法第122条ただし書を削除するものとする。

（説明）

追認は不確定ながら有効と扱われている法律行為を確定的に有効とするものであって、第三者の権利を害するとは言えないから、民法第122条ただし書は適用場面がなく不要な規定であるという理解が一般的になっている。また、裁判例を見ても、民法第122条ただし書を適用して事案を解決した例は見当たらない。

以上を踏まえて、素案は、民法第122条ただし書を削除することとしている。

3 取り消すことができる行為の追認（民法第124条関係）

民法第124条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 取り消すことができる行為の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅し、かつ、追認権者が取消権を行使することができることを知った後にしなければ、その効力を生じないものとする。
- (2) 次に掲げるいずれかの場合には、上記(1)の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅した後にすることを要しないものとする。

ア 法定代理人又は制限行為能力者の保佐人若しくは補助人が追認をする場合

イ 制限行為能力者（成年被後見人を除く。）が法定代理人、保佐人又は補助人の同意を得て追認をする場合

○中間試案第5、4「取り消すことができる行為の追認（民法第124条関係）」

民法第124条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 取り消すことができる行為の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅し、かつ、追認権者が取消権を行使することができることを知った後にしなければ、その効力を生じないものとする。

(2) 次に掲げるいずれかの場合には、上記(1)の追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅した後にすることを要しないものとする。

ア 法定代理人又は制限行為能力者の保佐人若しくは補助人が追認をする場合

イ 制限行為能力者（成年被後見人を除く。）が法定代理人、保佐人又は補助人の同意を得て追認をする場合

(説明)

1 素案(1)について

(1) 問題の所在

民法第124条第1項に関しては、追認をするには取り消すことができることを知っている必要があるかどうか、解釈上疑義が生じている。この点について、判例は、取り消すことができる法律行為の追認は取消権の放棄を意味するものであるから、追認をするには、法律行為が取り消すことができるものであることを知っていることが必要であるとしている（大判大正5年12月28日民録22輯2529頁）。しかし、この判例法理は条文に反映されておらず、条文上は上記の解釈上の疑義が解消されていない状況にある。

(2) 改正の内容

素案(1)は、前記大正5年大判に従って民法第124条第1項に関する解釈上の疑義を解消するため、追認することができるのは「取消しの原因となっていた状況が消滅し、かつ、追認権者が取消権を行使することができることを知った後」とするものである。

これに伴い、民法第124条第2項を削除することとしている。同項は、成年被後見人が行為能力者となったときであっても、行為能力を有していなかった間の行為を了知していない場合があることから、追認をすることができるのはその行為を了知した後でなければならないとするものであるが、行為の了知は、「追認権者が取消権を行使することができることを知」ることの前提として必要なものであり、素案(1)のように改めた場合には、これに吸収されると考えられるからである。

なお、法定追認の要件について、判例（大判大正12年6月11日民集2巻396頁）は、取消権者が取消権の存在を知っていることを要しないとしている。その根拠として相手方の信頼が指摘されることもあるが、明示的な追認の意思表示についてさえ、取消権の存在を知ってしなければ追認の効果は生じないとされ、相手方の信頼保護は劣後しているのに、追認意思を推測させる事由があった場合には相手方の信頼保護が優先され、追認の効果が生ずるとするのは整合的でない。そこで、素案(1)に伴って民法第125条を改めることはせず、法定追認においても、取消権者が取消権の存在を知っていることを要することとしている。

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

民法第124条第3項が規律する場面における同項の規律の合理性については争いが無いが、同項が規律する場合のほか、制限行為能力者が法定代理人等の同意を得て追認をすることができるか、その場合に同条第1項の適用があるかどうかについては、明文の規定がなく、解釈上疑義が生じている。

(2) 改正の内容

素案(2)アは、民法第124条第3項を実質的に維持するものである。

素案(2)イは、上記の解釈上の疑義を解消するため、成年被後見人を除く制限行為能力者、すなわち未成年者、被保佐人、被補助人は、それぞれ法定代理人、保佐人、補助人の同意を得て追認することができ、この場合には、取消しの原因となっていた状況が消滅した後である必要がないことを明らかにするものである。

未成年者、被保佐人、被補助人が同意を得て追認することができることとするのは、これらの者は、法定代理人等の同意を得て完全に有効な行為をすることができる（民法第5条第1項、第13条第1項、第17条第1項）ことから、これとのバランス上、法定代理人等が追認することについて同意をしたときは追認をすることができることとしたものである。これに対し、成年被後見人は、後見人の同意を得たとしても有効な法律行為をすることができるとはされていないことから、後見人の同意を得ても、追認をすることができることとするのは相当でない。

未成年者、被保佐人、被補助人が法定代理人等の同意を得て追認をする場合には、判断力に制約のない者の同意を得た以上、行為能力の制限という取消原因が消滅する前に追認の効力を認めても制限行為能力者の保護に欠けるところはない。そこで、素案(2)イは、素案(1)のうち「取消しの原因となっていた状況が消滅した後」という要件を要しないこととしている。

素案(2)のア及びイのいずれの場合であっても、追認が取消権の放棄であるという性質は変わらないため、「追認権者が取消権を行使することができることを知った後」という要件は必要であり、この要件は除外していない。

【取り上げなかった論点】

○ 中間試案第5、5「法定追認（民法第125条関係）」

法定追認に関しては、民法第125条の規律に、法定追認事由として、「弁済の受領」及び「担保権の取得」を付け加えることが検討されていた。

パブリック・コメントの手续に寄せられた意見においては、「弁済の受領」を法定追認事由に加えることに対しては、口座に代金が振り込まれるなど、取消権者が関与していないのに客観的な事情が生じただけで法定追認が生ずるのは不当であるとして反対する意見が強い。取消権者が弁済を受領した場合の中には、法定追認の効果を認めても問題のない事例もあると考えられるが、利益を押しつけられた事例のように法定追認の効果を認めるべきでない事例との適切な切り分けを条文上表現するのは困難であるとも考えられる。具体的な事案に即して、取消権者側にどのような態様があれば法定追認

が生じたと言えるかは、現在の判例法理の適用、黙示の法定追認などに委ねることもでき、それによって個別事案については妥当な結論を導きうると思われる。そこで、「履行の受領」を新たに規定するという提案は、取り上げないこととした。

「担保権の取得」についても、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見においては、取消権者が利益を押しつけられて法定追認の効果が生ずるとして反対する意見が多かった。担保権設定者の一方的な行為によって取消権者が担保権を取得することは考えにくく、そのおそれは「履行の受領」と比べても小さいとは考えられるが、担保権を取得するためには取消権者が一定の関与をしており、黙示の追認が認められるケースが多いと考えられ、敢えて新たな法定追認事項を設けるまでの必要はないのではないかとと思われる。そこで、「担保権の取得」も取り上げないこととした。

第4 条件及び期限

1 条件

(1) 民法第127条第1項及び第2項を次のように改めるものとする。

ア 法律行為は、将来発生することの不確実な事実の発生にその効力の発生を係らしめる旨の条件（以下「停止条件」という。）を付したときは、条件が成就した時からその効力を生ずる。

イ 法律行為は、将来発生することの不確実な事実の発生にその効力の消滅を係らしめる旨の条件（以下「解除条件」という。）を付したときは、条件が成就した時からその効力を失う。

ウ 法律行為は、将来発生することの不確実な事実の発生に法律行為の履行の請求を可能とすることを係らしめる旨の条件（以下「履行条件（仮称）」という。）を付したときは、条件が成就するまで、その履行を請求することができない。

(2) 民法第130条を次のように改めるものとする。

ア 条件が成就することによって不利益を受ける当事者が条件を付した趣旨に反して故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方は、その条件が成就したものとみなすことができる。

イ 条件が成就することによって利益を受ける当事者が条件を付した趣旨に反して故意にその条件の成就を実現させたときは、相手方は、その条件が成就しなかったものとみなすことができる。

(3) 履行条件（仮称）に関する規定を新設することに伴い、次のとおり規定の整備をするものとする。

ア 民法第131条第1項及び第2項に次の規定を加える。

履行条件（仮称）につき、条件が法律行為の時に既に成就していた場合にはその法律行為は無条件とし、条件が成就しないことが法律行為の時に既に確定していた場合には法律行為の履行は請求することができないものとする。

イ 民法第133条に次の規定を加える。

不能の履行条件（仮称）を付した法律行為の履行は、請求することができない。

ウ 履行条件（仮称）については、次の規定を加える。

（7）履行条件（仮称）は、債務者の利益のために定めたものと推定する。

（4）履行条件（仮称）の利益は、放棄することができる。ただし、これによって相手方の利益を害することはできない。

エ 民法第127条第3項、第130条、第132条及び第134条については、履行条件（仮称）を定めた場合にも適用があるものと整理する。

オ 民法第128条、第129条及び第131条第3項については履行条件（仮称）を定めた場合には適用がないものと整理する。

○中間試案第6、1「条件（民法第127条から第134条関係）」

条件に関する民法第127条から第134条までの規律は、基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

（1）民法第127条に条件という用語の定義を付け加え、条件とは、法律行為の効力の発生・消滅又は債務の履行を将来発生することが不確実な事実の発生に係らしめる特約をいうものとする。

（2）民法第130条の規律を次のように改めるものとする。

ア 条件が成就することによって不利益を受ける当事者が、条件を付した趣旨に反して故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方は、その条件が成就したものとみなすことができるものとする。

イ 条件が成就することによって利益を受ける当事者が、条件を付した趣旨に反して故意にその条件を成就させたときは、相手方は、その条件が成就しなかったものとみなすことができるものとする。

（説明）

1 素案(1)について

(1) 問題の所在

ア 停止条件や解除条件は、いずれも法律行為の効力の発生・消滅を将来発生することが「不確実な事実」の発生に係らしめる特約である。

他方で、期限に関する規定においては、「法律行為の履行」（「法律行為によって生ずる債務の履行」であると解されている。）の請求を可能とすることを将来発生することが「確実な事実」の発生に係らしめる特約につき、現行法第135条第1項が規律している。

しかし、これに対置されるべき、法律行為によって生ずる債務の履行の請求を可能とすることを将来発生することが「不確実な事実」の発生に係らしめる特約（以下「履行条件」という。）については、規定を欠く状態にある。

イ また、民法には、停止条件や解除条件が成就した場合の効果に関する規定は存在するが（同法第127条）、停止条件や解除条件そのものを定義する規定は置かれて

いない。

ウ そこで、条件に関する規律をより明確化する観点から、履行条件に関する規定を整備することと併せて、停止条件及び解除条件についても定義規定を設けることとしている。なお、定義は、その言葉自体では内容が分かりにくいとされる「停止条件」、「解除条件」又は「履行条件」について設けるのが合理的であることから、そのようにしている。

エ 「停止条件」、「解除条件」といった定義語自体を改めることも検討課題となり得る。しかし、既に確立し、定着した用語法であって、これを変更することには様々なコストも生じるものといえる。また、これを改める用語として考えられる「効力発生条件」、「効力消滅条件」については、その用語自体は広範なものを予想させるが、実際には法律行為に対して当事者の意思に基づいて付された条件に限定されるなど、必ずしも適切とはいえない面もある。そこで、定義語の変更は行わないことを前提としている。

(2) 改正の内容

素案(1)アは、停止条件について定める民法第127条第1項につき、一般に理解されているところに従い、その内容が「法律行為の効力の発生を将来発生することが不確実な事実の発生に係らしめる旨」を定めるものであることを明示するものである。

素案(1)イは、解除条件について定める民法第127条第2項につき、一般に理解されているところに従い、その内容が「法律行為の効力の不発生を将来発生することが不確実な事実の発生に係らしめる旨」を定めるものであることを明示するものである。

素案(1)ウは、履行条件について、新たに、「将来発生することの不確実な事実の発生にその請求を可能とすることを係らしめる旨の条件」とした上で、これが法律行為に付されているときは、条件が成就するまで、法律行為の履行を請求することができないとするものである。

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

民法第130条は、条件の成就によって不利益を受ける当事者が故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方の保護を図るため、相手方は条件が成就したものとみなすことができるとしている。

もっとも、反対に、条件の成就によって利益を受ける当事者が当事者間で想定されていないような方法を使って条件の成就をさせたような事例について、相手方が条件が成就しなかったものとみなす規定は存在しない。しかし、これを認める判例（最判平成6年5月31日民集48巻4号1029頁）がある。

(2) 規定の内容

ア 素案(2)イは、上記の判例法理を明文化するものである。

なお、判例は、単に「故意に条件を成就させた」と表現していた。しかし、例えば、入試に合格したならば時計を与えるといった条件付の贈与契約が締結された場合において、努力をして合格したような場合は、「故意に条件を成就させた」という

ほかないが、このような事案においては故意に条件を成就させたこと自体は条件という附款が置かれた趣旨に照らし非難されるべきものとはいえない。そこで、そのような条件を付した趣旨に照らして問題のない事案を除外すべく、「条件を付した趣旨に反して」という要件を付加したものである。

イ 素案(2)アは、上記のとおり、信義則に違反するか否かの判断要素のうち最も重要な要素である「条件を付した趣旨に反する」を条件成就の実現事案について明示することとしたことを踏まえ、条件成就の妨害事案についても、この要件を明示するものである。

すなわち、一般に、条件成就の妨害事案については、単に「条件の成就を妨害したこと」に加え、それが信義則に違反することが要件となると解されている。そうすると、上記のとおり、条件成就の実現事案につき、信義則違反の要件の一部を取り込む形で「条件を付した趣旨に反する」との要件を設けることとする場合には、条件成就の妨害事案についても「条件を付した趣旨に反する」との要件を設けないことは不合理であり、かえって誤解を生ずるおそれがあるからである。

3 素案(3)について

(1) 問題の所在

履行条件に関する規定を新設することに伴い、民法第127条第3項から第134条までに規定する事項に関し、履行条件についての規範がどのように適用されるかを明示する必要がある。

また、履行条件について、履行始期に関する民法第136条及び第137条に規定する事項に関し、必要に応じて規定を創設する必要がある。

(2) 規定の内容

ア 民法第127条第3項から第134条までの規定と同様の規定を履行条件について設けることの要否、停止条件と対比しての規律の変更の要否等は次のとおりである。なお、履行条件は条件が成就すれば履行請求が可能になるものであり、解除条件よりも停止条件に類することから、停止条件と比較するものである。

条番号	規定の趣旨	規定の要否／停止条件と対比しての規律変更の要否	理由
127条 3項	条件成就の効果の遡及	規定必要／規律変更不要	法律行為の効果について遡及を認める以上、履行について遡及を認めないこととする必要はない。
128条	条件の成就未定の間の相手方の利益侵害の禁止	規定不要	停止条件が付された場合と異なり、履行条件が付された場合には、債権債務関係は成立しているから、その債務者が債権者

			の権利を侵害することができないことは当然である（同様の理由に基づき、履行始期については128条と同趣旨の規定が設けられていない。）
129条	条件の成就未定の間における権利の処分等	規定不要	停止条件が付された場合と異なり、履行条件が付される場合には、債権債務関係は成立しているから、その権利を処分等することができることは当然である（同様の理由に基づき、履行始期については129条と同趣旨の規定が設けられていない。）
130条	趣旨に反した条件成就の妨害 趣旨に反した条件成就の実現	規定必要／規律変更不要	履行条件も条件であることから、条件の成就を妨害する等した場合には、停止条件と同様に、公平の観点から条件が成就したものとみなすなどとするのが適切である。
131条	既成条件（法律行為時に条件の成就の成否が決定していた場合の規律）	規定必要／規律変更必要 既に条件成就：無条件 既に条件不成就：請求不能	履行条件も条件であることから、既成条件については停止条件と同様に取り扱うべきである。ただし、履行条件は法律行為の効力ではなく、履行の請求の可否に係るものであるため、条件不成就の場合の結果は「無効」とするのではなく、「履行請求不能」とするべきである。
132条	不法条件（不法な条件等を付した場合の規律）	規定必要／規律変更不要 無効	不法な条件を付した場合等は、そのような法律行為の実現に国が助力すべきではないため、法律行為自体を無効とするべきである。
133条	不能条件（成就不能な条件を付した場合の規律）	規定必要／規律変更必要 請求不能	成就不能な条件を付した場合は既に条件不成就であった場合（既成条件）と同様の取扱いとするのが合理的であるので、

			請求不能とする。
134条	随意条件（債務者の意思のみに係る条件を付した場合の規律）	規定必要／規律変更不要 無効	債務者の意思のみに係る停止条件を付した場合には、気が向けば法律行為に拘束されるというにすぎず、これを権利として構成する意味もないため、法律行為は無効とされている。 法律行為の履行について随意条件が付された場合も、これを権利として構成する意味もないため、法律行為は無効とする。 なお、法律行為の履行請求不能とすることも考えられるが、反対債権は消滅しないことを考慮すると、不公平となることから、法律行為自体を無効とするのが適切である。

イ 履行条件についての民法第136条及び第137条の規定の適用の可否との関係は次のとおりである。

条番号	規定の趣旨	規定の要否／規律変更の要否	理由
136条	期限の利益及びその放棄	規定必要／規律変更不要	法律行為の履行に条件を付した場合には、条件成就まで履行を猶予するものであり、履行始期と同様であるから、履行始期と同じく、当該条件は当該履行に係る債務者の利益のために定めたものと推定するのが合理的である（他方、法律行為自体に条件を付した場合には、当事者のいずれの利益かは判別し難いため、停止条件にこの規定を設ける必要はない。）。 また、条件の利益の放棄を禁止する理由はなく、履行条件付債務について条件の利益を放棄し

			てする相殺を可能とするなどの意義があることから、放棄も可能とすべきである。
137条	期限の利益の喪失	規定不要	期限の利益の喪失は、いずれ期限が到来することは確実であるという状況において、担保の滅失等の信頼関係を損なわしめる事情が生じた場合に、直ちに請求することを可能とするものである。 これに対し、履行条件については、将来的に条件が成就しない蓋然性があることが前提となるから、担保の滅失等の信頼関係を損なわしめる事情が生じたからといって、直ちに条件の成就があったものとみなすことは合理的ではない。 そこで、期限の利益喪失事由と同様の事由をもって、条件の利益喪失事由とすることは適切ではない。 必要があれば、約定で条件の利益の喪失事由を定めるべきである。

- (3) 以上のとおり、履行条件についての規定を創設する場合には、民法第127条以下について規定を整備するほか、所要の関係規定の整備が必要となるが、他方で、履行条件についてはこれを設けるべき法律関係は実際にはそれほど多くはないのではないかと指摘されている。履行条件についての規定整備の要否について、どのように考えるか。

2 期限

- (1) 民法第135条を次のように改めるものとする。

ア 法律行為は、将来発生することの確実な事実の発生に法律行為の履行の請求を可能とすることを係らしめる旨の期限（以下「履行始期（仮称）」という。）を付したときは、期限が到来するまで、その履行を請求することが

できない。

イ 法律行為は、将来発生することの確実な事実の発生にその効力の発生に係らしめる旨の期限（以下「効力始期（仮称）」という。）を付したときは、期限が到来した時にその効力を生ずる。

ウ 法律行為は、将来発生することの確実な事実の発生にその効力の消滅に係らしめる旨の期限（以下「終期」という。）を付したときは、期限が到来した時にその効力を失う。

(2) 効力始期に関する規定を新設することに伴い、次のとおり規定の整備をするものとする。

ア 民法第128条及び第129条は、効力始期に適用があるものと整理するものとする。

イ 民法第136条及び第137条は、効力始期に適用がないものと整理するものとする。

(3) 民法第137条第2号の規律を改め、債務者が、（その義務に反して、）担保を滅失させ、損傷させ、又は減少させたときは、債務者は、期限の利益を主張することができないものとする。

○中間試案第6、2「期限（民法第127条から第134条関係）」

期限に関する民法第135条から第137条までの規律は、基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

(1) 民法第135条に期限という用語の定義を付け加え、期限とは、法律行為の効力の発生・消滅又は債務の履行を将来発生することが確実な事実の発生に係らしめる特約をいうものとする。

(2) 民法第135条第1項の規律を次のように改めるものとする。

ア 法律行為に始期を付したときは、その法律行為の効力は、期限が到来した時に発生するものとする。

イ 債務の履行に始期を付したときは、期限が到来するまで、その履行を請求することができないものとする。

(3) 民法第137条第2号の規律を改め、債務者が、その義務に反して、担保を滅失させ、損傷させ、又は減少させたときは、債務者は、期限の利益を主張することができないものとする。

（説明）

1 素案(1)について

(1) 問題の所在

現行法においては、期限は将来発生することの確実な事実の発生に法律行為の効力等を係らしめる特約であると理解しつつ、法律行為の履行（法律行為によって生ずる債務の履行）に関し、期限の到来まで請求をすることができないとするものを「始期」とし、法律行為の効力に関し、期限の到来時に消滅させるものを「終期」としている。

他方で、法律行為の効力に関し、期限の到来時に効力を発生させる特約（以下「効力始期」という。）については規定を欠く状態にある。

そこで、期限に関する規律をより明確化する観点から、効力始期に関する規定を整備することと併せて、「始期」及び「終期」についても定義規定を設けるとともに、「始期」については効力始期との差をより明瞭にすべく適切な定義語に改める必要がある。

(2) 改正の内容

素案(1)アは、「始期」について定める民法第135条第1項につき、一般に理解されているところに従い、「始期」の内容が「将来発生することの確実な事実の発生に法律行為の履行の請求を可能とすることを係らしめる旨の期限」であることを明示するとともに、その定義語を「履行始期」と表現するものである。

素案(1)イは、「効力始期」について、新たに「将来発生することの確実な事実の発生に法律行為の効力の発生を係らしめる旨の期限」とした上で、これが法律行為に付されているときは、期限が到来した時にその効力を生ずるとの規定を新設するものである。

素案(1)ウは、「終期」について定める民法第135条第2項につき、一般に理解されているところに従い、その内容が「法律行為の効力の不発生を将来発生することが確実な事実の発生に係らしめる旨の期限」であることを明示するものである。

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

効力始期を新設することに伴い、民法第136条及び第137条に関し、効力始期についてどのように適用されるかを明示する必要がある。また、このほか、条件に関する規定のうち、法律行為の効力が確定的に生ずる前の状態についての規定である民法第128条及び第129条についても、効力始期について、必要に応じて規定を創設する必要がある。

(2) 改正の内容

ア 民法第136条及び第137条は、文理上「債務者」とされているから履行始期を前提とすべきものであり（終期については含まない。）、実質的にも、効力始期は法律行為の効力に関するものであるところ、契約について付された場合にそれがどちらの当事者の利益のためのものかを判断し、かつ、その放棄を認めることは一般的に可能であるとは考え難い。

したがって、民法第136条及び第137条は、効力始期については適用する必要はないと考えられる。

イ 民法第128条及び第129条は、条件の成否未定のため効力が浮動的である法律行為について、権利者が条件成就によって得る利益を害することはできないとし、かつ、法律行為によって生ずる権利を一般の規定に従い処分等することができるとしたものである。これに対し、効力始期の付された法律行為については、法律行為の効力は発生していないが、そうであるからといって、期限到来時にその法律行為によって得るべき利益を害することは許されるべきではない。また、処分等の可能

性を否定すべき理由もない。むしろ、これらの点では、条件が将来的に成就するか否か不確定である条件付の権利に比して、期限付の権利は、期限の到来は確定であるため、より要保護性は高いといえる。

したがって、民法第128条及び第129条は、効力始期についても適用があるものと整理するのが合理的である。

なお、履行始期については、債権は既に有効に成立しており、その履行期が将来に延期されているにすぎないため、その侵害が許されないこと等については規定を設ける必要がないため、現行法でもこのような規定は設けられていないと解されている。

また、終期についても、終期到来前には債権は既に有効に成立しているから、同様に、その侵害が許されないこと等について規定を設ける必要はないと解される。

3 素案(3)について

(1) 問題の所在

「債務者が担保を滅失させ、損傷させ、又は減少させたとき」には、債務者は信用を失っており、期限の利益の主張をさせるのは不当であるから、期限の利益を喪失し、主張することができないとされている（民法第137条第2号）。

しかし、債権者が一般先取特権を有している場合や、動産売買の先取特権の目的動産を買主たる債務者が費消した場合にも、担保の目的物を処分することは許容されており、期限の利益を喪失させる必要性に乏しい。

このように、現行法は、担保の滅失等を一般的に期限の利益喪失事由と定めているが、その処分が許容されている場合には、債権者にとって引当財産が実質的に減少する面があるとはいえ、債務者の信用失墜行為としての非難可能性は大きく減じているといえる。

(2) 検討

もっとも、ここで「義務に反して」という要件を用いることについては、例えば、不動産の先取特権につき、除外すべきかは直ちに明らかではない。設定合意がなく、法令の規定もない以上は担保価値維持義務は生じていないと解することができそうではあるが、そうすると、不動産の先取特権については担保の毀損があったとしても期限の利益は喪失しないことになるが、そのような結論は適切かという問題がある。

また、一般に、137条2号については故意・過失は不要とされているところ、これとも必ずしも整合しないという指摘もあり得る。

そうであるとする、「義務」という中間項を設けることは必ずしも適当ではないと考えられるが、どうか。

また、いずれにしても、除外すべき担保が何かを検討することが必要であるところ、債務者の全財産を引当とし、個別の財産への期待保護の要請が必ずしも高いとはいえない一般の先取特権は除外すべきものと考えられる。

特別の先取特権については、動産売買の先取特権を始め、民法第333条に基づき追及効を有しないため、処分をすれば担保権が消滅する動産の先取特権については、

同様に期待保護の要請が高くないから、除外をすることもあり得るが、どのように考えるか。