

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」
に対して寄せられた意見の概要（各論2）

（前注）

- この資料は、中間試案第8から第15までにに関する意見を内容としている。
- 略語及び団体名等の略称は、部会資料71-1参照。

目次

第8	債権の目的	1
1	特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第400条関係）	1
2	種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項関係）	3
3	外国通貨債権（民法第403条関係）	4
4	法定利率（民法第404条関係）	5
5	選択債権（民法第406条ほか関係）	14
第9	履行請求権等	16
1	債権の請求力	16
2	契約による債権の履行請求権の限界事由	16
3	履行の強制（民法第414条関係）	20
第10	債務不履行による損害賠償	22
1	債務不履行による損害賠償とその免責事由（民法第415条前段関係）	22
2	履行遅滞の要件（民法第412条関係）	25
3	債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第415条後段関係）	25
4	履行遅滞後に履行請求権の限界事由が生じた場合における損害賠償の免責事由	29
5	代償請求権	30
6	契約による債務の不履行における損害賠償の範囲（民法第416条関係）	31
7	過失相殺の要件・効果（民法第418条関係）	38
8	損益相殺	41
9	金銭債務の特則（民法第419条関係）	42
10	賠償額の予定（民法第420条関係）	49
第11	契約の解除	54
1	債務不履行による契約の解除の要件（民法第541条ほか関係）	54
2	複数契約の解除	63
3	契約の解除の効果（民法第545条関係）	66
4	解除権の消滅（民法第547条及び第548条関係）	70

第 12	危険負担	72
1	危険負担に関する規定の削除（民法第 5 3 4 条ほか関係）	72
2	債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合の解除権の制限（民法第 5 3 6 条第 2 項関係）	77
第 13	受領（受取）遅滞	79
第 14	債権者代位権	81
1	責任財産の保全を目的とする債権者代位権	82
2	代位行使の範囲	85
3	代位行使の方法等	87
4	代位債権者の善管注意義務	92
5	債権者代位権の行使に必要な費用	93
6	代位行使の相手方の抗弁	94
7	債務者の処分権限	95
8	訴えの提起による債権者代位権の行使の場合の訴訟告知	97
9	責任財産の保全を目的としない債権者代位権	98
第 15	詐害行為取消権	101
1	受益者に対する詐害行為取消権の要件	102
2	相当の対価を得てした行為の特則	107
3	特定の債権者を利する行為の特則	110
4	過大な代物弁済等の特則	116
5	転得者に対する詐害行為取消権の要件	117
6	詐害行為取消しの効果	121
7	詐害行為取消しの範囲	122
8	逸出財産の返還の方法等	125
9	詐害行為取消権の行使に必要な費用	133
10	受益者の債権の回復	135
11	受益者が現物の返還をすべき場合における受益者の反対給付	136
12	受益者が金銭の返還又は価額の償還をすべき場合における受益者の反対給付	139
13	転得者の前者に対する反対給付等	142
14	詐害行為取消権の行使期間	143

第8 債権の目的

1 特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第400条関係）

民法第400条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約によって生じた債権につき、その内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しまで、[契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき、取引通念を考慮して定まる]当該契約の趣旨に適合する方法により、その物を保存しなければならないものとする。
- (2) 契約以外の原因によって生じた債権につき、その内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しまで、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ものとする。

（注）民法第400条の規律を維持するという考え方がある。

【賛成】

東弁、札幌弁、濱口他、平田総合、堂島、日弁連、日弁連消費者委、NACS、全中、三菱電機、かわさき、早大、個人2名

(1)に関する意見

- ・ 善管注意義務の内容をより具体的な文言で明確にしたものである。
- ・ 契約によって生じる保管義務の内容が当該契約の趣旨によって定まることが一般的な理解である。

(2)に関する意見

- ・ 契約以外の原因によって生じた債権については、契約の趣旨を考慮する余地がないから、現状を維持するほかない。

条件付き賛成

- ・ 「契約の趣旨」に係る義務の範囲が無用に拡大して解釈される可能性があるため、具体的な範囲を明確にすべきである。
- ・ 「適合する方法」を「適合する方法及び程度」にした上で、契約の趣旨から方法・程度が定まらないときは、善管注意義務をもって保管しなければならない旨の定めを追加すべきである。
- ・ 「契約の趣旨」は単に契約条項で定まるのではなく、社会通念・取引通念に基づいて客観的に判断されるものであり、その際には「契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他の事情」が考慮要素となることを明確にすべきである。

【反対】

最高裁（相当数）、全宅連、改正研、橋口他、個人5名

(1)に関する意見

- ・ 「善良な管理者の注意」という文言を改めることについて、反対する意見が相当数あった。具体的には次のような指摘である。

契約の解釈によっては保存義務の内容を確定できないことも多いので、デフォルトルールを設けておくべきである。

受領遅滞によって保存義務が軽減される旨の規定を設けるのであれば（中間試案

第13のイ)、軽減された保存義務の内容を明確に規定すべきであるが、原則的な保存義務の内容を「契約の趣旨に適合する方法」とした場合に、軽減された保存義務の内容を適切に規定できるのか疑問がある。

補足説明90頁には、「民法第400条をそのまま存置すれば、特定物売買の目的物に滅失や損傷が生じた場合も、売主が善良な管理者の注意を尽くせばそれのみで免責されるとの理解がされるおそれがある。このような誤解が生ずることを防ぐという観点から、契約各則で個別の契約類型ごとに保存義務を規定するのは格別、一般的な保存義務の規定を設けるのは相当でない」との記載があるが、そのような理解が一般的であるわけでもないにもかかわらず、実際に規範として機能している文言をそのような「誤解が生ずることを防ぐ」との理由で改正することには疑問がある。

- ・ 現行の民法第400条が特定物ドグマを否定することと平仄が合わないという見解には疑問がある。善管注意義務を認めることと特定物ドグマの否定は背理しない。
- ・ 「契約の趣旨」の内容が抽象的である。この内容が明確でないと当事者間の認識に齟齬が生じた場合に結果的に契約書等に明示された内容のみが重視される懸念があり、紛争が増加する可能性がある。
- ・ 「契約の趣旨」は契約の内容を意味するから、「当該契約の趣旨に適合する方法」ではなく「目的物の性質を考慮し契約によって定まる方法」とすべきである。

(2)に関する意見

- ・ 保管義務の程度は債権発生原因から独立して客観的に定まるべきものではないところ、「善良なる管理者の注意」という用語を維持した場合には、そのように定まるかのような誤ったメッセージを与えてしまう恐れがあるため、「善良なる管理者の注意」ではなく、「その債務が生じた原因その他の事情に照らして必要とされる注意」とすべきである。

【(注)に賛成】

沖縄弁法制委、一弁、広島弁、横浜弁、大阪弁、愛知弁司法制度調査委、二弁、改めて見直す会、日司連、チェーンストア協、土地総合研、慶大

- ・ 善管注意義務という呼び方は既に定着し、改正を提案するような懸念はない。民法第400条のままでよく、善管注意義務の内容を解釈で具体化すれば十分である。
- ・ 保存義務の内容を契約の趣旨のみで安定的に導くことができるとは思われない。また、取引通念という要素は、契約の趣旨を判断するというより、契約の趣旨とは別個の判断要素としたほうが契約の実体に合致する。
- ・ 「契約の趣旨」により保管方法が定まると規定すると、常に当該保管方法を主張する側に「契約の趣旨に適合する方法」の主張立証責任が生じ、立証不能場合の手当てが必要である上に、「契約の趣旨」をめぐる紛争が誘発される懸念がある。
- ・ 契約の趣旨が明らかな場合は、契約に定めたとおり保存するのは当然のことである。法の定めが必要なのは、契約の趣旨が必ずしも明らかでない場合のデフォルトルールであり、そのために民法第400条を維持するのが妥当である。
- ・ 「契約の趣旨に適合する方法」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しないと誤解されるおそれがある。

- ・ 「善良な管理者の注意」と「契約の趣旨に適合する方法により」とが同じなのか、異なるのかが分らない。何らかの意味合いの変更があると思われるが、何が違うのかが分りにくい。
- ・ 契約によって生じた債権と契約以外によって生じた債権とを区別して注意義務を規律する必要性が理解できない。

【その他の意見】

- ・ 「契約の趣旨に照らして」という表現に対しては、中小企業から「契約書作成技術の優劣により、法律関係が決められることになるのではないか」との懸念が寄せられている。条文化の際には、契約書の記載内容で全てが判断されることを意図しているわけではないことを十分に説明すべきである。（日商・東商）
- ・ 「契約の趣旨」の考慮要素（解釈のあり方）については、別途独立した規定を設けるべきである。（二弁、東弁）
- ・ 契約外の事情も「契約の趣旨」の考慮対象となるよう明確化すべきである。（経営法友会）
- ・ 「契約の趣旨」は、当事者の意思表示から客観的合理的に理解される意思を基礎として判断すべきことを明文化すべきである。（J C F A、貸金業協）
- ・ 委任の善管注意義務に関する民法第644条を改正しないことと整合性を有するのかが疑問である。（日大）
- ・ 「善良なる管理者の注意」とはなにかを明らかにしておく必要があるのではないか。（個人）

2 種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項関係）

種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項）が生ずる事由につき、「債権者と債務者との合意により目的物を指定したとき」を付加するものとする。

【賛成】

最高裁（多数）、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、愛知弁司法制度調査委、二弁、堂島、平田総合、日司連、早大、日大、個人4名

- ・ 民法第401条第2項に明記されている場合以外に、当事者の合意によって特定が生じることには争いがないから、これを明記すべきであり、そのほうが分かりやすい。

条件付き賛成

- ・ 現行法の「債権者の同意を得てその給付すべき物を指定したとき」と「債権者と債務者との合意により目的物を指定したとき」との区別が不明確であるため、現行法の「債権者の同意を得てその給付すべき物を指定したとき」を「あらかじめ債権者から付与された指定権を債務者が行使したとき」という表現に変更するなど、両者の区別を明確にすべきである。

【反対】

改めて見直す会、慶大、個人3名

- ・ 現行法の「債権者の同意を得てその給付すべき物を指定したとき」との明確な棲み分けがない。
- ・ 契約自由の原則からいって当然のことである。

【その他の意見】

- ・ 債権者の同意を得て債務者が指定した場合も、債権者と債務者とが合意をした場合も、目的物が契約に適合しないものであるときは特定が生じないという趣旨を明確にすべきである。(個人)

3 外国通貨債権（民法第403条関係）

民法第403条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 外国の通貨で債権額を指定した場合において、別段の意思表示がないときは、債務者は、その外国の通貨で履行をしなければならないものとする。
- (2) 外国の通貨で債権額を指定した場合において、別段の意思表示がないときは、債権者は、その外国の通貨でのみ履行を請求することができるものとする。

【賛成】

沖縄弁法制委、広島弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、二弁、平田総合、アンダーソン毛利友常、堂島、慶大、立大、日大、個人3名

- ・ 当事者の合理的意思に合致すると考えられる。
- ・ 外貨での支払を前提に為替リスクのヘッジをすることが通常であり、デフォルトルールとしては、当該外貨でしか支払えないとしたほうがよい。金銭執行等にも特に不都合はない。債務者に外貨で支払う義務を課した以上、外貨でしか履行請求できないとすべきである。
- ・ 現代の取引においては、外国の通貨で債権額を指定すること、及びその際に当事者の合意により決済方法を定めることは広く行われているから、民法第403条が任意規定である旨を明らかにした上で、(1)(2)のように改めることは、当事者の合理的意思に即したものである。

【反対】

札幌弁、愛知弁司法制度調査委、改めて見直す会、日司連、個人3名

- ・ 強制執行制度との整合性の点に関して疑問がある。強制執行手続をとる場合に、外国通貨でしか請求できないとなると、現在の執行法では執行手続ができないことになるし、債務者が円建て預金は有しているが外貨建て預金を有していないというケースでも強制執行ができなくなってしまうのではないかと。
- ・ 指定された外国通貨によっては履行が困難となるおそれがある。そもそも、債権額が外国通貨で指定されていたとしても履行地の為替相場による日本通貨での支払を認めることは、反対の意思が明示されていない限り、当事者に格別の不利益を生ずるものではない。

- ・ 債権の額を外国の通貨で指定したにすぎないのであるから、その場合の任意規定としては、現行の民法第403条のほうが市民生活の実態に即している。契約書により明確な規定を盛り込むことができる事業者にとっても、(1)(2)のような解釈規定は不要である。
- ・ (1)は現行法を維持し、(2)は判例法理（履行地の為替相場により日本の通貨での支払を請求することができる）を明文化した上で、いずれも任意規定であることを明らかにすればよい。
- ・ 実務上不都合が生じているとは思われず、現行の条文・判例を維持するのが妥当である。
- ・ 手形法や小切手法ですら「支払地ノ通貨ニ非ザル通貨ヲ以テ支払フべき旨ヲ記載シタル為替手形ニ付テハ満期ノ日ニ於ケル価格ニ依リ其ノ国ノ通貨ヲ以テ支払ヲ為スコトヲ得」と定めているのに、民法第403条を改めてよいのか。

【その他の意見】

- ・ 外国通貨建ての認容判決に基づく強制執行手続において、円建てで配当をすることが可能であるのかについて疑義が生ずるので、民事執行法上の手当てを含めて、この点を明確にするための措置を講ずる必要があるとの指摘が複数あった。（最高裁）
- ・ 外貨で表示された債務名義の執行が実務に与える影響の有無、債務不履行の賠償額の予定等を外国通貨でした場合にも「外国の通貨で債権額を指定した場合」に当たるのか、債務不履行や不法行為に基づく損害賠償の算定や請求を外国通貨で行うことはできるのか等の検討を要する。（アンダーソン毛利友常）
- ・ 為替リスクについて特段考慮せずに契約を締結した場合、(1)(2)は任意規定であるにもかかわらず、一方当事者が為替リスクを負担するとの解釈につながる可能性があることから、現行法を改正することについて慎重に検討すべきと考える。（経営法友会）

4 法定利率（民法第404条関係）

(1) 変動制による法定利率

民法第404条が定める法定利率を次のように改めるものとする。

- ア 法改正時の法定利率は年〔3パーセント〕とするものとする。
- イ 上記アの利率は、下記ウで細目を定めるところに従い、年1回に限り、基準貸付利率（日本銀行法第33条第1項第2号の貸付に係る基準となるべき貸付利率をいう。以下同じ。）の変動に応じて〔0.5パーセント〕の刻みで、改定されるものとする。
- ウ 上記アの利率の改定方法の細目は、例えば、次のとおりとするものとする。
 - (ア) 改定の有無が定まる日（基準日）は、1年のうち一定の日に固定して定めるものとする。
 - (イ) 法定利率の改定は、基準日における基準貸付利率について、従前の法

定利率が定まった日（旧基準日）の基準貸付利率と比べて〔0.5パーセント〕以上の差が生じている場合に、行われるものとする。

（ウ）改定後の新たな法定利率は、基準日における基準貸付利率に所要の調整値を加えた後、これに〔0.5パーセント〕刻みの数値とするための所要の修正を行うことによって定めるものとする。

（注1）上記イの規律を設けない（固定制を維持する）という考え方がある。

（注2）民法の法定利率につき変動制を導入する場合における商事法定利率（商法第514条）の在り方について、その廃止も含めた見直しの検討をする必要がある。

アについて

【賛成】

愛知弁司法制度調査委、東弁、横浜弁、札幌弁、全銀協、同友会、国際企業法務、経団連、平田総合、経済法令研、西村あさひ、虎門、全中、早大、二弁、東弁全期会、日司連、親和会、広大、チェーンストア協会、個人2名

法定利率を引き下げるべきとする意見

- ・ 長期にわたり低金利が続いている経済情勢によれば、現在の年5%の法定利率は市場金利との乖離が大きく、高きに失している。
- ・ 運用利率（実勢金利）に比して法定利率が高い場合に、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かねないため、法定利率の水準は相応に引き下げるべきである。
- ・ 金銭債務の債務不履行についての特則を廃止するという提案（第10、9金銭債務の特則）により利息超過損害の賠償が認められるようになる可能性があることに鑑みれば、債務者に対するペナルティとして課される責任は、債務不履行と損害との因果関係を立証することにより都度訴訟において認められれば足りるため、法定利率は市中金利と相等しい利率で十分である

運用利益等に一定の上乗せが必要であるとする意見

- ・ 法定利率が基本的には、損害填補分としての要素、不払抑制のためのインセンティブとしての要素も考慮して定められるべきであって、前提となる市場金利の指標に対して、一定の上乗せをすることが妥当であると考えられる。

その他の意見

- ・ 年3パーセントとすることの相当性・妥当性については、変動制への移行時（法施行時）の状況等を踏まえて慎重な議論・検討が必要である。
- ・ 変動制の法定利率が採用された場合に、頻繁かつ急な変更は社会経済に大きな影響を与えることとなるので、利率の変更頻度や決定の仕方及び利率の変更がなされた場合の適用開始時期などについて十分な配慮が必要である。
- ・ 法定利率が適用される場面によって合理的な利率は異なると思われる。市場実勢に応じた変動制にするとともに、場面に適した利率を定めることが可能になるような制度にすることが望ましい。

- ・ 金銭債務の特則が廃止されない場合には、債務不履行についての債務者の帰責性の程度に応じ、①債務不履行について債務者に帰責性が認められない場合には市中金利相当、②債務者の帰責性がある場合には市中金利に相応の利率を付加した利率での損害賠償責任を認めるという二階建ての制度の導入を希望する。

【反対】

沖縄弁法制委、大阪弁、過労死弁連、一弁、兵庫弁、広島弁、東弁倒産法、仙台弁、大分弁、濱口他、長野弁、埼玉弁、東地稅調査研究部、日弁連消費者委、消費者機構日本、最高裁（非常に多数）、日弁連、堂島、改めて見直す会、濱口他、個人9名

法定利率を引き下げるべきでないとする意見

- ・ 遅延損害金の利率として法定利率を用いる場合でも、債務者の不履行によって、債権者が不測の資金調達を強いられたり、予定した投資機会を奪われたりすることを考慮すれば、5%は高いとはいえない。
- ・ 法定利率が機能するのが遅延損害金率としてであることが多い場合は、債務を履行することに対するインセンティブも考える必要があるし、債務が履行されないことによる損害も考える必要があるから、経済取引で一般に行われている利率の中央値である必要はない。
- ・ 契約による債務不履行の場合は、約定損害金利率（損害賠償の合意）として年14パーセントから14.6パーセントという高い利率が定められることが多いことに鑑みれば、遅延損害金の色彩を持った規定を前提とする限り、年5パーセントは決して高くはない。
- ・ 金融機関が、現状1%以下の金利支払しか行ってこなかったこと自体が異常であり、このような異常な状態が今後も長期間継続することを前提として民法の金利水準を切り下げることに、到底賛成することは出来ない。

法定利率を3%は高過ぎるとする意見

- ・ 例示されている3パーセントは、預金金利等と比し著しく高率であり、容認できない。

その他の意見

- ・ 現在の市場金利や経済情勢を前提として3パーセントが妥当であるか否かについての議論は全くなされておらず、そもそも法定利率をどのように捉えて3パーセントと提案されているのかも明らかでないことから、3パーセントが合理的であるとする積極的な根拠はない。

【その他の意見】

- ・ 割賦販売法に基づく遅延損害金の上限規制が変動利率制に準じることとなった場合には、契約管理が煩雑となるとともに、システム改修などに多大な負担が生じ、実務面で大きな混乱が生じると想定される。法定利率を変動制とする場合は、割賦販売法をはじめ、法定利率を採用している各特別法への影響を十分にご検討いただきたい。（流通クレ協、クレ協、信販協、クレカ協）

イ及びウについて

【賛成】

東弁、横浜弁、札幌弁、慶大、同友会、経団連、全銀協、経済法令研、平田総合、虎門、全中、早大、東弁全期会、日司連、J C F A、親和会、広大、個人4名

変動利率制にすることが妥当であるとする意見

- ・ 経済情勢の展開を見通すことは不可能であり、法定利率は法律の形式で定率に固定すること自体がなじまない性質を有する。そこで、一定の基準金利に応じて変更をする本提案の考え方は、現在の制度より合理性を有する。

法定利率の具体的な定め方についての意見

- ・ 法定利率の適用を受ける者が一般の中小の事業者、消費者でもあり得ること、頻繁・微小な変更が煩瑣であり、また、かえって過誤の原因ともなることを考えると、提案内容が妥当であるといえる。
- ・ 市民間の消費貸借契約に適用される場面もあることから、算定方法はできるかぎり複雑なものとならないように、1パーセント刻みで改定されることが妥当である。

その他の意見

- ・ 基準日から実際の変更日までの間隔は、告示期間として十分な期間が確保されるべきである。

【反対】

愛知弁司法制度調査委、沖縄弁法制委、大阪弁、一弁、東弁倒産法、兵庫弁、広島弁、仙台弁、長野弁、国際企業法務、埼玉弁、全信組協、虎ノ門国際、二弁、最高裁（非常に多数）、濱口他、チェーンストア協会、日弁連、ガス協、堂島、改めて見直す会

変動利率制とすることが妥当でないとする意見

- ・ 簡便さや、予測可能性、統一的処理という点で固定利率制が優れている。
- ・ 利息付きと定めながら利率を定めなかった場合の利率の補充規定として法定利率を用いるのであれば、そもそも重要性が高いものではなく、予め一定のルールが明示されていることに存在意義があるだけだから、変動は望ましくない。
- ・ 法定利率の典型的な適用場面の特徴としては、活きた取引関係そのものではなく、後始末的な場面であるから、市場金利を敏感に反映させる必要性は高くない。
- ・ 基準貸付利率そのものではなく調整値を加えて法定利率を改定するのであれば、そもそも法定利率は市場金利とも異なる仮想の利率に過ぎないことから、あえて市場金利（基準貸付利率）の変動に細かく連動させる必要性は乏しい。
- ・ 仮に法定利率変動制が採用された場合には、遅延損害金の利率と中間利息控除に用いる利率のバランスをとることが著しく困難になる。

法定利率の具体的な定め方についての意見

- ・ 基準日における基準貸付利率の過去一定期間（5年が相当）における平均利率を算出し、差が1パーセント以上に達したときに限り変更されるものとする。また、変更される法定利率は、1パーセント刻みの数値とすべきである。
- ・ 調整値の上乗せの根拠、調整値の利率の妥当性及び調整値の固定の是非等について何らの検証もなされておらず、上記の算定方法自体の合理性が何ら説明されてい

ない。調整値の上乗せを設けた法改正時の根拠が明らかでなければ、その妥当性を事後的に検証することもできなくなってしまう。

その他の意見

- ・ 仮に利率を変更するのであれば、立法事実となる各種の指標等を調査し、各方面の意見を聴取し、調整を図った上で、変更の要否を見極め、新たな利率を法改正によって定めるべきであるし、また、国民に周知する十分な期間を置くべきであるから、固定制を維持すべき。

【その他の意見】

- ・ 法定利率を変動制とすることについてコンセンサスを得られない場合であっても、とりあえず法定利率を年 3%とする改正をすべきではないか（商事法定利率も 4%、消費者契約法 9 条 2 号他に定める 14.6%も、3/5 に相当する 8.76%と変更すべきではないか）。（福岡弁）
- ・ 今日では大量取引に際しコンピュータシステムを用いることが不可欠であるところ、基準日と実施日までの時間的間隔が十分確保されるなど、これに整合するような制度になっていないときには、実務運用ができなくなってしまう。また、現時点のコンピュータシステムは、法定利率について固定制を前提としている場合が多いため、この点に対する配慮も特に必要である。（貸金業協）

注 2 について

商事法定利率について見直すべきとする意見

- ・ 商事法定利率の扱いについては、より変動制になじむものであり、運用利益の水準に加えて調達コストの填補という観点や履行のインセンティブ確保の観点等についてもよりあてはまるものと思われることから、変動制による民法の法定利率に年 1 パーセントを加えたものとすべきである。
- ・ 現行の商事法定利率の制度は主体による適用関係が複雑であり、1 %の差を設けることについても合理性に乏しいため、単純に商事法定利率を廃止すべきである。
- ・ 不法行為の場合よりも商事の利率が高いのは不合理である。

その他の意見

- ・ 商事法定利率についても、変動制による場合、不動産登記法においても「変動金利の登記」ができるよう、併せて検討していただきたい。

(2) 法定利率の適用の基準時等

- ア 利息を生ずべき債権について別段の意思表示がないときは、その利率は、利息を支払う義務が生じた最初の時点の法定利率によるものとする。
- イ 金銭の給付を内容とする債務の不履行については、その損害賠償の額は、当該債務につき債務者が遅滞の責任を負った最初の時点の法定利率によるものとする。
- ウ 債権の存続中に法定利率の改定があった場合に、改定があった時以降の当該債権に適用される利率は、改定後の法定利率とするものとする。

ア及びイについて

【賛成】

東弁、横浜弁、札幌弁、慶大、平田総合、虎門、二弁、東弁全期会、日司連、親和会、愛知弁司法制度調査委

- ・ 法定利率の適用関係については、実務的な対応を比較的容易にする等の観点からも基本的には明確性、安定性が重視されるべき。
- ・ 民法の5パーセントの固定利率によるのでは、現在の経済状況との乖離が認められ、当事者間の衡平を図るという観点からも問題であるという法定利率につき変動制にする趣旨に副う規定である。

【反対】

一弁、広島弁、濱口他、長野弁、個人1名

- ・ 「利息を支払う義務が生じた最初の時点」を原則とすると、利息を支払う義務が生じた最初の時点の法定利率が契約締結時に当事者が想定していた利率と著しくかけ離れたものとなる場合が生じるおそれがある。契約に基づいて利息を支払う義務が生じる場合には、原則として「契約を締結した時点」とするのが契約当事者の合理的な意思に合致すると考えられる。

【その他の意見】

- ・ 予期しない程変動していた場合等、利息を支払う義務が生じた最初の時点の法定利率が契約締結時に当事者が想定していた利率と著しくかけ離れたものとなる場合が生じるおそれがあるので、契約に基づいて利息を支払う義務が生じる場合には、原則として「契約を締結した時点」とするのが契約当事者の合理的な意思に合致すると考えられる。(日司連)
- ・ 法定利率に変動制を採用する場合、適用される利率が一見して分かるように必要な措置を講じるべきである。(静岡書士)
- ・ 債権管理の観点から、経過措置について配慮されたい。(J C F A)

ウについて

【賛成】

東弁、札幌弁、慶大、平田総合、二弁、東弁全期会、親和会

- ・ 変動制をとる以上、計算が煩瑣になる部分もあるとはいえ、利率変更後は変更後の法定利率によることが公平。
- ・ 金銭の給付を内容とする債務の不履行により生じた遅延損害の賠償については、当該遅延期間が長期化することも想定されることから、ウの規定が準用されるのが適切である。

その他の意見

- ・ ア、イ、ウの適用関係を分かり易く表現すべきである。
- ・ このような規定を設ける場合、アイの規定は不要ではないかという問題提起もあるが、明確さの観点から、上記アイの規定も設けるべきである。

【反対】

愛知弁司法制度調査委、一弁、横浜弁、広島弁、濱口他、長野弁、虎門、日司連、個人1名

- ・ 同一の債務について複数の法定利率が適用されることで、利息の算出に係る実務が複雑になることが想定される。アの規定により、一定程度、市中金利に連動した利率を実現できることも踏まえ、ウの規定を設けることについて慎重に検討することを要望する。
- ・ ア及びイのルールと、ウのルールとの関係が不明確であり、ア及びイの各「最初の時点」の利率で固定された後は、ウのルールが適用されない趣旨なのか疑問である。

【その他の意見】

- ・ 改正法施行時に既に発生している債権に対して適用される法定利率を明確化すべきである。(長島大野常松)

(3) 中間利息控除

損害賠償額の算定に当たって中間利息控除を行う場合には、それに用いる割合は、年[5パーセント]とするものとする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。また、中間利息控除の割合についても前記(1)の変動制の法定利率を適用する旨の規定を設けるという考え方がある。

【賛成】

愛知弁司法制度調査委、TMI、経営法友会、濱口他、福岡弁、経団連、共済協、西村あさひ、損保協、J R各社、外国損保協、虎門、損保労組、二弁、個人3名

中間利息控除について明文化する必要性があるとする意見

- ・ 法定利率につき変動制を採用した場合、中間利息控除を明文化しなければ、中間利息控除の存否だけでなく、固定制とするのか、変動制とするのかを含めた中間利息控除の運用についても解釈が定まらないことによる実務に与える混乱を回避すべきである。
- ・ 安定的な法運用の観点、公平性の観点、従来より判例に基づき5%の利息を控除すると運用がなされてきた実態に鑑み、中間利息控除について立法化した上で、利率についても5%とすることが望ましい。
- ・ 変動制の法定利率を適用するとした場合に、どの時点の法定利率を中間利息控除において用いるべきか等に関する議論は十分に煮詰まっておらず、その仕組み方によっては複雑な計算を強いられることもあり得る。

損害賠償に関する議論に関する意見

- ・ 将来的には、中間利息控除に係る規律（要否、方法など）の全容について、不法行為の領域における検討を経て、明文で規定することが望ましい。
- ・ 人身損害賠償額の算定方法については別途検討すべきであるから、人身損害賠償

額の算定方法について結論が出るまでの暫定措置として、提案の趣旨の法文を民法「改正附則」に置くべきではないか。

その他の意見

- ・ 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、法定利率を変動制に改めたとしても、これと同じ割合を用いるべき必然性は小さい。
- ・ 市場金利の動向や得られるはずの運用利益の水準が配慮されるべき点は中間利息控除の際の利率の方により当てはまるものと考えられることから割合については、法定利率に係る規定改定時の当初利率（上記では年３％）と同じものとするとは検討されてよい。

【反対】

沖縄弁法制委、大阪弁、東京脳機能協、過労死弁連、医療過誤研、翼の会、東京グリーン、後遺障害者家族会、医療問題福岡弁護団、自由法曹団、医療弁、橋口他、大阪弁交通委、脳外傷友の会、東弁、一弁、広島弁、大分弁、労働弁、立大、長野弁、埼玉弁、改正研、愛媛法学会、丸の内総合、堂島、日司連、親和会、広大、横浜弁、札幌弁、仙台弁、日弁連、日弁連消費者委、東弁全期会、個人８９名

中間利息控除の性質についての意見

- ・ 中間利息の控除に適用すべき法定利率については、将来発生する被害についても現時点で一括して損害賠償金を受領することから、被害者（債権者）の運用利率として捉えるべき。
- ・ 中間利息控除に関してインフレ等による貨幣価値の変化が補正するため、中間利息控除の利率として、実質利子率（名目利子率－物価上昇率）を採用すべき。
- ・ 交通事故などによって重度の後遺障害を負った場合に、本人や後見人がリスクのある運用をすることは考えられない。よって、運用益を前提とする中間利息控除は不当である。

法定利率と中間利息控除の関係についての意見

- ・ 法定利率自体は引き下げる一方で、現行の中間利息控除の利率を５パーセントで維持するのは、被害者の救済の観点から著しく不合理である。
- ・ 法定利率の定めには、運用利益だけでなく、債権者が他から調達するコストや、履行確保のインセンティブという点を考慮して定めるのであるから、その利率は一般人の通常の利用方法による運用利益を有る程度上回ることが想定されており、中間利息控除率は法定利率を相当程度下回るべきである。
- ・ 運用益の観点からすれば、なぜ被害者等が債権者となる場合にだけ運用益を高く見込むのか説明がつかない。また、大多数の市民にとって調達コストに比べて運用益の方が低いにもかかわらず、中間試算における中間利息控除に関する提案では両者が逆転してしまうとの批判を免れない。
- ・ 判例（最判平成１７年６月１４日民集５９巻５号９８３頁）は、損害賠償額の算定に当たっての中間利息控除には、法定利率を用いなければならない旨を判示するが、年５パーセントによらなければならないとは判断していない。中間利息控除に

ついて特に規定を設けなければ、たとえ利率の変動制を採用したとしても法定利率が適用されることになる。

5%よりも低率の固定利率制とすべきとする意見

- ・ 民事法定利率が5%と定められた根拠が、民法制定時には、金銭が通常の利用方法をとれば年5%の利息を生じるものと考えられたことにあることからすれば、現在の運用利益を基準として、5%よりも低率で固定するべきである。

中間利息控除の利率についてのその他の意見

- ・ 中間利息控除の利率は近時の長期国債の利率などと同等程度の水準として1パーセント程度に引き下げるべきである。
- ・ 中間利息控除に用いる割合は、最も安全な運用を行った場合において見込まれる利率によらなければならない、高くとも年2%を上回ることではない。
- ・ 遅延損害金の利率を単利にして、逸失利益を中間利息控除率の1年複利で換算して差し引くべきではなく、遅延損害金利率と同じ単利にすべき。
- ・ 中間利息控除なしを明記すべきである。それで結果的に被害者が儲かってもその分は実質の懲罰的損害賠償だと思えばおかしくない。
- ・ 債権者に生じる利得ないし賠償金の貰いすぎを防止するという目的を大きく超えて驚愕する程過度に中間利息を控除することになり、憲法13条、憲法29条第1項、憲法14条、憲法25条に明らかに違反する。

損害賠償に関する議論に関する意見

- ・ 中間利息控除の利率については、現在と同じように判例にゆだね、できるだけ速やかに人身損害の損害額計算方法について合理的な立法をすることが望ましい。
- ・ 将来の議論を期待し当面の措置として規定を置くと言うが、不法行為法の見直しがいつの時点で行われるのか不明であるばかりか、当面、不合理・不均衡な立法を許容することに重大な問題がある。

その他の意見

- ・ あえて規律することはせず、学説・判例の展開に委ねることが望ましい。
- ・ 仮に実務上の混乱を回避するために固定するとしても、法定利息を3%に下げるのであれば、5%で固定することは被害者に不整合な不利益を押し付けるものと言わざるを得ない。今回の法改正の機会に中間利息控除の理論の是非を検討し得ないのであれば、この点は解釈にゆだねざるを得ないのではないかと考える。
- ・ 中間利息控除の割合については、個別具体的な判断に依存すると考えられ、判例の個別具体的判断に任せるべき事柄であるから、このような規定を設けるべきではない。
- ・ 損害賠償について中間利息控除を行うべきかどうかについては、議論が分かれうるところであり、とりわけ損害賠償額の算定自体についても、多様な要素が考慮されている現状では、中間利息の控除を認めるかどうかについて、明文の規定を置くにたる議論が確立していない。
- ・ 実務への影響を鑑み、とりわけ中間利息控除については、適切な経過措置を設けた上で、緩やかに移行すべきである。

【その他の意見】

- ・ 逸失利益の賠償額の算定であるが、結局は擬制なので、定期金方式によるか、または、最も算定時期に近い判決時の利率による変動制でよいのではないか。（慶大）
- ・ 中間利息控除について固定制の利率を用いる点には賛成するが、今回の改正にあたっては、少なくとも、その割合は5パーセントよりも低いものでなければならない。（兵庫弁、平田総合）

【注のうち、変動制の法定利率を適用する旨の規定を設けるという考え方に賛成する意見】

全銀協、日司連、ファンの会、早大、広大、丸の内総合、個人4名

中間利息控除についても変動制とすべきとする意見

- ・ 長期間の資金運用利率の予測は困難である。したがって、中間利息控除の割合についても変動制法定利率を適用する規定を設けるべきである。
- ・ 将来の変動による利率による利息を合理的に予測することはほぼ不可能であるので、損害の発生したときである原因行為時、又は、将来現実化する損害に裁判上最も近接した時点である口頭弁論集結時における最終の法定利率を用いて中間利息控除を行うべきである。
- ・ 将来の利益を前倒しして現時点で取得することから、その運用益について何らかの割引をするというのは、一種のフィクションである。しかし、フィクションを介した公平の実現と考え、多くの賠償請求権者が現実にもその利率で運用するかどうかとは別に、中間利息控除を考えるべきである。こう考えるときは、利息を生ずべき債権で利率の合意がないものや、金銭債務不履行の損害賠償額に適用される法定利率が、デフォルトの運用利率として、中間利息控除の利率としても説得的だと考える。

その他の意見

- ・ 法定利率の改定時期の前後による不公平感を避けるために、例えば損害賠償額算定時から遡る3年間の法定利率の平均値を中間利息控除の利率とすることも検討する価値があるように思われる。

5 選択債権（民法第406条ほか関係）

選択債権に関する民法第406条から第411条までの規律を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409条の規律に付け加えて、第三者が選択をすべき場合には、その選択の意思表示は、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ものとする。
- (2) 民法第410条を削除するものとする。
- (3) 選択の対象である給付の中に履行請求権の限界事由（後記第9、2に掲げる事由をいう。）があるものがある場合（第三者が選択をすべき場合を除く。）において、その事由が選択権を有する当事者による選択権付与の趣旨に反する行為によって生じたときは、その選択権は、相手方に移転するものとする。

(1)について

【賛成】

最高裁（多数）、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁司法制度調査委、二弁、堂島、日司連、慶大、日大、個人3名

- ・ 民法第407条第2項（当事者による選択の意思表示の撤回）と同様に扱うという確立した考え方を明文化するものであり、利害関係を有する債権者及び債務者を保護する観点から妥当である。

【反対】

個人3名

(2)について

【賛成】

最高裁（多数）、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁司法制度調査委、二弁、堂島、日司連、日大、個人3名

- ・ 選択権者が不能となった給付を選択して契約を解除すること等を認めることによって、選択権者にとっては救済のメニューが広がるというメリットがある一方で、これにより相手方に追加的な負担を強いることにもならないし、当事者の意思にも合致する。
- ・ 原始的不能な給付を目的とする契約は無効という立場をとらないことを前提とすると、民法第410条は削除されるべきである。

【反対】

改めて見直す会、個人3名

- ・ 選択債権は、与えられた選択肢の範囲内で選択の自由が認められるものにすぎないから、一つの債務が不能になれば、他の債務の中から選択するという現行民法の考え方のほうが、合理的で市民感覚に沿っている。

(3)について

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁司法制度調査委、堂島、日司連、日大、個人3名

- ・ 選択権を有しない当事者への選択権の移転を認めることにより、履行請求権の限界事由が生じた給付を選択して給付義務を免れたり（選択権が債務者に移転する場合）、填補賠償の請求や契約の解除をしたり（選択権が債権者に移転する場合）、残存する給付の履行を選択したりすることを認めるほうが、選択権付与の趣旨に即した合理的な解決を図ることができる。

【反対】

二弁、改めて見直す会、個人3名

- ・ 相手方は、もともと選択債権のうちのいずれでもよいと思っていたのであって、選択権の移転は相手方の保護として過剰であり、選択債権のうちの残ったほうに確定するのが原則と考えるべきである。

- ・ 一方当事者に対して選択権を与えた以上、選択権者がどちらを選択するかは本来自由であり、選択権を相手方に移転させるまでの必要性はない。「選択権付与の趣旨に反する行為」の具体的意味、射程も明確でない。

【その他の意見】

- ・ 「選択権付与の趣旨に反する行為」という文言が不明確であり、選択権移転の有無について紛争が生ずるおそれがあるとの指摘が複数あった。(最高裁)

第9 履行請求権等

1 債権の請求力

債権者は、債務者に対して、その債務の履行を請求することができるものとする。

【賛成】

東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、二弁、堂島、労働弁、日司連、改正研、早大、個人4名

- ・ 債権の効力として異論なく認められてきた原則を明文化したものであり、分かりやすい民法の実現に資する。
- ・ 例えば、安全配慮義務に基づくマスクの支給等の履行請求をすることができることを確認するといった意味がある。

【反対】

長野弁、愛知弁司法制度調査委、土地総合研、慶大、個人3名

- ・ あえてこのような条文を設ける必要があるのか疑問である。
- ・ 多条文化の弊害が懸念されるので、法定する必要はない。

【その他の意見】

- ・ この規定を置くことで国民一般に分かりにくい内容が分かりやすくなるとは考えられない。また、給付保持力について規定しないで履行請求権についてのみ規定することが分かりやすいとも思われない。(沖縄弁法制委)
- ・ ここだけ定義規定を設けることの不自然さを指摘する意見が多数あった。(日大)
- ・ 追完請求権の規定も新設すべきである。具体的には、「契約に基づく債務につき、不完全な履行がされたとき、債権者は、債務者に対して、契約の趣旨に照らして相当と認められる履行の請求をすることができる」、「契約以外の原因に基づく債務につき、不完全な履行がされたとき、債権者は、債務者に対して、その債権の発生原因その他の事情に照らして相当と認められる履行の請求をすることができる」との規定を新設すべきである。(橋口他)

2 契約による債権の履行請求権の限界事由

契約による債権（金銭債権を除く。）につき次に掲げるいずれかの事由（以下「履行請求権の限界事由」という。）があるときは、債権者は、債務者に対して

その履行を請求することができないものとする。

ア 履行が物理的に不可能であること。

イ 履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものであること。

ウ その他、当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる事由

【賛成】

一弁、札幌弁、日弁連、大阪弁、平田総合、二弁、日司連、アトリウム、情報サービス協、改正研、個人1名

- ・ 金銭債権を除き一定の場合に履行請求が認められなくなることに異論はなく、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。ウを一般的に履行請求が認められなくなる事由として規定することは合理的であり、アやイが同様の事由となることにも問題はない。
- ・ イは民法第634条第1項ただし書等との整合性がとれている。
- ・ 履行請求権の限界事由に該当するものの例を示すことは、分かりやすい民法という目的にも資すると思われるが、その例を規定するに当たっては、ウとの関係について留意すべきである。例えば、どの程度の費用をもってイに該当するか否かは、契約の趣旨に照らして判断されて然るべきであるから、このことが明確となるよう規定されるべきである。

【「履行請求権の限界事由」という表現を使わないことを条件に賛成】

東弁、早大、虎門、個人3名

- ・ 「不能」という概念は民法の条文において広く用いられているので、これを変えることの影響は大きい。「履行請求権の限界事由」という表現は、「履行が不可能な場合、著しく過分の費用を要する場合、その他履行をさせることが相当でない場合」を指し示すとは言い難く、国民・ユーザーのみならず実務家にも誤解や混乱を与えるおそれがある。
- ・ 「履行請求権の限界」という表現は分かりにくいので、国民に分かりやすい表現に置き換えるべきである。
- ・ 従来の「履行不能」は、債務不履行の一形態であり、効果として、債権者が履行請求できない、填補賠償請求、無催告解除、代償請求ができる、危険負担等をもたらす。これに対し、「履行請求権の限界事由」は、債権者が履行請求できないことに着目した概念であるが、従来の意味構造を変更しないのであれば、債務の不履行に着目して、「物理的不可能等による履行困難」のような表現にする必要がある。また、「履行請求権の限界事由」は、契約以外の債権についても問題になるから、契約以外の債権に関する規定を設けるべきである。
- ・ 「履行請求権の限界事由」という表現だと、「限界ぎりぎりの事由」と誤解されるおそれがある。

【アは賛成、イウは反対】

日弁連消費者委

- ・ アは、現在の実務に変更をもたらすものではなく問題ないが、イは、単に利益の大小のみで義務の限界を画すると、濫用的に債務の履行を拒絶する事態を招来する。ウは、「契約の趣旨に照らして」という文言が一義的でないため、誤った解釈の可能性を与えるなど実務に混乱を招きかねない。

【アイは賛成、ウは反対】

愛知弁司法制度調査委、堂島

- ・ ウの「相当でない」という要件だと広すぎて濫用される懸念がある。
- ・ ウは「契約の趣旨に照らして」という表現が契約書の文言を過度に意識させることにつながりかねない。

【アウは賛成、イは反対】

広島弁、個人1名

- ・ アが限界事由であることは明らかであり、ウのような包括的な規定も必要であるが、イは、契約の趣旨からの判断を要するためウで検討又は例示すれば足り、独立の要件とする必要はない。

【反対】

最高裁（相当数）、横浜弁、長野弁、福岡弁、名川・岡村、改めて見直す会、土地総合研、全宅連、チェーンストア協、経営法友会、慶大、立大、個人8名

- ・ これまでどおり「不能」と規定し、その解釈に任せればよい。イを認めるコンセンサスがあるとは思われない（瑕疵修補の傍論を除き判例もない）。また、ウとして具体的にどんな事例が考えられるのかも疑問がある。
- ・ イウの文言は「社会通念上の不能」として従来考えられてきた範囲より解釈の幅が広がってしまいかねない表現である。
- ・ 社会通念上の不能も含めて、「履行が不可能であること」だけでよく、イ、ウは不要である。イ、ウのような規定をおくと、契約の拘束力が弱まることになってしまう。
- ・ アは、文言として不十分である。イは、従前は「過大な費用」とされていたものであるが、「過大な費用」と「債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大」とが同じ意味とは思えない。ウについては、「債務の履行を（強制）させる（or 債務を履行させる）ことが相当でない」場合とし、債務者が履行すべきか否かという視点から判断するのが適切である。
- ・ 履行不能を「履行請求権の限界事由」があることに置き換えることに反対する意見や提案されている要件の問題点を指摘する意見が相当数あった（「履行請求権の限界事由」を要件として用いる他の多数の提案についても同様である。）。具体的には、次のような指摘があった。

従来、履行不能か否かは、主として、社会通念に照らして判断されてきたが、これを改め、「契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を請求することが相当でない」か否かによって判断することとすると、従来よりも「履行不能」（履行請求権の限界事由がある）として扱われる場合が大幅に広がる可能性があり、仮にそうなら

ないとしても、売主が契約締結後の価格の高騰を理由に目的物の引渡しを拒むなど、濫用的なものも含めて、「履行不能」である（履行請求権の限界事由がある）との主張が多発することになるのではないか。

他方、従来は、不動産を二重譲渡した者が一方の譲受人に対する所有権移転登記を了したときには、他方の譲受人に対する権利移転義務は不能になると解されていたが、このような事例が提案されているア、イ又はウのいずれかの要件に該当するのかについては疑問が残り、この点でも、提案は、現行法の規律を変更することになるのではないかと考えられる。

「履行請求権の限界事由」という概念の内容について、部会において共通認識が得られているのか疑問であり、このまま条文化された場合には、その解釈を巡って混乱が生ずるおそれがある。

従来、履行不能によって債権は消滅するという理解が一般的であったが、「履行を請求することができないものとする」という提案がこの点を改める趣旨であるのか否かも不明確である。

- ・ イは、契約締結時に契約に内在していた事由に基づいて履行の請求をすることができなくなるとするものである。これでは、一旦交渉に応じた者に契約締結後にそれを覆すことを認めることとなり、法的安定性を著しく害する。
- ・ 「履行請求権の限界」という用語は、内容が分かりにくく混乱を招く。特に、イは、債務者が、予想外のコストが発生したというだけで、濫用的に債務の履行を拒絶する事態を招来する懸念がある。こうした明文を設けずに、ウの解釈あるいは権利濫用の一般規定によって対処すべきだと考えられる。
- ・ 「履行請求権の限界事由」という新語からは、履行不能又は履行請求を不当とする事由という内容は連想できない。
- ・ イ、ウについては「履行不能とみなす」と定めるべきであり、履行請求権の限界事由などという概念を作るべきではない。
- ・ 「契約の趣旨」という無内容の抽象的概念を法律に記載すべきではない。
- ・ 法律的不能についても例示しておくべきである。イは、瑕疵修補請求権を行使する場合ではその趣旨を理解できるが、履行請求権全般においては、むしろウに近づけた規定ぶりとすべきではないか。
- ・ 枠組みとして「契約による債権」に限定すべきではなく、法定債権も含めた債権全てをカバーする総則としてふさわしい規定を検討すべきである。限界事由についても、アに加え、「当該契約の趣旨等、債権の発生原因に照らし、債務者による債務の履行を期待できないと社会通念からして合理的に判断されること」とし、契約の趣旨等は考慮要素に含まれるものの、判断基準は一般の社会通念によることが分かるようにすべきである。
- ・ ウについて、履行請求権が恣意的に制限されることを防ぐため、その判断基準には社会通念が用いられるものとする。

【その他の意見】

- ・ 履行請求権の限界を規定するとすれば、「履行が物理的に不可能な場合その他履行

をすることができない場合、債権者は債務者に対して履行を請求することができない。」という程度の規定とすることが考えられる。(沖縄弁法制委)

- ・ 「履行請求権の限界事由」は、契約以外の債権についても問題になるから、契約以外の債権に関する規定を設けるべきである。(早大)
- ・ 「履行請求権の限界事由」という用語については、用語の字義を重視した結果、かえって分かりやすさを阻害しているため、再考すべきである。(日大)
- ・ 明文規定を設ける場合、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によることとすべきである。また、具体的な判断基準を定めるなど、より予見可能性の高い規定とすべきである。(損保協)
- ・ ウは、この規定に依拠して不当に債務の履行を拒絶する事例が増大する懸念がある。(日本GE)
- ・ 契約による債権についてのみ適用される規定と、債権一般について適用される規定が存在するから、契約による債権以外の債権についてどうなるかを合わせて規定すべきである。ウがどのような場合に認められるかについて、条文自体の中で示すことは適当ではないとしても、解説の部分でより具体的に例示することが望ましい。(個人)
- ・ ウは不明確であり、限定すべきである。「債権者が履行請求することができない」というのは、債務者の給付義務が無くなることをも意味するのか不明である。イの場合に、債務者があえて履行しようとするときは、これを否定する必要はなく、債務者は給付を拒絶することもできるという意味での債務者の「給付拒絶の抗弁権」として構成すべきである。(個人)
- ・ 契約の趣旨の定義規定を総則に置くべきである。(東弁)
- ・ 考慮要素を明示しないまま「契約の趣旨」という表現のみが用いられると、取引通念を含む種々の事情が十分に考慮されず、契約書の文言その他の当事者の明示的合意を過度に重視した硬直的な判断がされ、個別の事案の実態に即した適切な紛争解決が妨げられる懸念がある。(一弁)

3 履行の強制（民法第414条関係）

民法第414条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債権者が債務の履行を請求することができる場合において、債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、民事執行法の規定に従い、直接強制、代替執行、間接強制その他の方法による履行の強制を裁判所に請求することができるものとする。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでないものとする。
- (2) 上記(1)は、損害賠償の請求を妨げないものとする。
- (3) 民法第414条第2項及び第3項を削除するものとする。

(注) 上記(3)については、民法第414条第2項及び第3項の削除に伴って、その規定内容を民事執行法において定めることと併せて、引き続き検討する必要がある。

(1)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、東弁、一弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、二弁、堂島、日司連、改正研、慶大、早大、日大、個人3名

- ・ 実体法と手続法を架橋する趣旨の規定を置くものであり、理論的に明快である。
- ・ 民法に執行方法のメニューが示されており、強制執行の方法として何ができるのかが明らかになる。
- ・ 現行法との連続性が確保されており、妥当である。
- ・ 間接強制を民法上明記することには意義がある。
- ・ 債権の実体法上の内容として、強制履行の請求権の根拠規定を民法典に置くことは必要である。
- ・ 債権の実体的効力の根拠は実体法に必要である。実体法と手続法の架橋的な規定とする提案が相当であり、(1)の規定とすることが相当である。

【反対】

長野弁、個人1名

【その他の意見】

- ・ 「直接強制、代替執行、間接強制その他の方法による」とのメニューを民法に例示列挙する必要はない。（堂島）
- ・ 本提案が、何らの限定を付さずに履行を請求できると定める第9の1及び一定の場合には履行を請求することができないと定める第9の2の双方を矛盾なく説明できるのか疑問であるとの指摘もあったが、提案に賛成する意見が比較的多かった。（最高裁）

(2)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、東弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、二弁、堂島、日司連、改正研、慶大、早大、日大、個人3名

- ・ 現行法を維持するものである。

【反対】

個人1名

(3)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、東弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、二弁、堂島、日司連、改正研、慶大、早大、日大、個人3名

- ・ 現行民法第414条第2項及び第3項は、民事執行法に委ねるべき内容と考えら

れ、削除に伴い、民事執行法において内容を整備すべきである。

- ・ 執行方法そのものは手続法で定めればよい。

【反対】

長野弁、個人2名

- ・ 民法第414条3項は、差止請求の根拠条文として、名古屋地判昭55年9月11日判時976号40頁）で実際に成果をもたらしたこともあり、適用判例も多い重要な条文であり、これを削除することは、住民の差止めの権利を奪うことになりかねない。
- ・ 個々の執行方法は純然たる手続法の問題ではなく、実体法上の強制履行の請求権の内容に関わるものであるから、民法典から規定を削除することは相当でない。

第10 債務不履行による損害賠償

【全体に関する意見】

- ・ 履行補助者に関する責任を明文で定めることが望ましい。（個人）

1 債務不履行による損害賠償とその免責事由（民法第415条前段関係）

民法第415条前段の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債務者がその債務の履行をしないときは、債権者は、債務者に対し、その不履行によって生じた損害の賠償を請求することができるものとする。
- (2) 契約による債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。
- (3) 契約以外による債務の不履行が、その債務が生じた原因その他の事情に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。

(1)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、福岡弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、堂島、森濱田松本、労働弁、日司連、東地稅制度部、早大、日大、個人6名

- ・ 債務不履行を「履行遅滞」「履行不能」「不完全履行」の3分類に分けて論じられてきたものを放棄し、包括的要件を維持することの実務上の影響はない。
- ・ 一般的・包括的根拠規定を設けるのは妥当である。
- ・ 「債務の本旨に従った履行」という文言は分かりにくいので、削除するのは妥当である。

【反対】

二弁、長野弁、個人2名

- ・ 「債務の本旨に従った履行」という概念は実務に定着しているので、これを変更することによって解釈に混乱を与えるおそれがある。

【その他の意見】

- ・ 提案に賛成する意見が比較的多かったが、「債務の本旨に従った履行」という文言は、不完全履行を包摂し、軽微な事柄の不実施を除外するために必要であるので維持すべきであるとの指摘が複数あった。(最高裁)
- ・ 債務の履行の立証責任を明確にすべきであり、第2文として「債務の履行をしたことの立証責任は債務者が負担する。」と付加するのが相当である。(沖縄弁法制委)
- ・ 現行法の内容を変更するものでないのであれば、民法第415条のただし書を履行不能に限定しない形で帰責事由がなければ責任を免れるという内容に修正するだけでよい。債務の「本旨」という言葉は、解釈で債務の「内容」と理解されているので実際に不都合を生じているとは思われない。(慶大)
- ・ 「債務の履行をしないとき」と「債務者の責めに帰することのできない事由」の両概念の判断基準・区別基準が不明確である。(改正研)

(2)について

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、一弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、福岡弁、平田総合、二弁、堂島、日司連、東地稅制度部、早大、日大、個人5名

- ・ 帰責事由という要件が、履行不能だけでなく、債務不履行一般にも適用されることを明示するのは妥当である。
- ・ 帰責事由という慣れ親しんだ文言を残しながら、「契約の趣旨に照らして」という文言により、当事者の意思を尊重し、かつ、取引通念という客觀的事實も考慮するという融合的な提案と言える。
- ・ 「債務者の責めに帰することのできない事由」という文言は、免責事由の有無を規範的觀點から判断するための要件として妥当である。
- ・ 「契約の趣旨に照らして責めに帰することのできない事由」という文言は、不法行為の故意・過失と区別するために意味がある。
- ・ 契約による債務と契約以外による債務と分けて規定を整備することについて異論はない。

条件付き賛成

- ・ 「契約の趣旨」という文言が、その契約に関する取引通念を考慮して定まるものであることを示す内容の定義規定を、債權總則の箇所に置くべきである。
- ・ 「契約の趣旨」という文言について、その考慮要素を明記すべきである。

【反対】

愛知弁司法制度調査委、長野弁、個人4名

- ・ 「契約の趣旨に照らして」という文言は、立法趣旨から離れて契約書の文言を過度に意識させることになりかねず、妥当でない。

- ・ 「契約の趣旨に照らして」という文言は、債務者に非常に大きな免責を与えることができるようになってしまう危険がある。

【その他の意見】

- ・ 「契約の趣旨に照らして」という文言を加えると、考慮要素を限定するのではないかとの指摘が複数あったほか、仮に文言を追加するのであれば、「契約の趣旨（その基礎となる契約の目的及び契約の締結に至る経緯を含む。）その他の事情及び社会通念に照らして」等としてはどうかとの意見があった。（最高裁）
- ・ 債務不履行による損害賠償の免責要件に関し、「債務者の責めに帰することのできない事由」という文言を維持することについては賛成であるが、その判断が「リスクを負担すべきであったと評価できるか否か」によってされるのであれば、反対である。また、「契約の趣旨」を導く考慮要素が条文上例示されていることが望ましい。（経営法友会）
- ・ 「契約の趣旨に照らして」という文言を削除するか、仮に同文言を維持するとしても、契約締結の目的、契約締結に至る経緯、その他の事情が考慮要素の一つであることを明示すべきである。（日弁連消費者委）
- ・ 契約書の文言から契約の趣旨を考慮して、契約により引き受けていない事由は免責されるということになると、契約書の文言次第で免責の場合を増やすことが可能となる。契約書の作成能力の差によって一方が損をすることになる。（虎ノ門国際）
- ・ 「契約による債務」としては、当事者の合意に基づく給付義務と、その他の信義則上の付随義務が観念され得るから、合意を基礎とする給付義務に関する規律と、より広範な付随義務に関する規律を検討すべきである。（改正研）
- ・ 帰責事由という文言を維持することは、従前の伝統的通説の解釈を維持しているというメッセージを発していると考えるのが自然である。従来の解釈を変更するのであれば、帰責事由という文言を変更すべきである。（西川シドリー）
- ・ 同時履行の抗弁権や留置権が存在する場合にも損害賠償義務を負わないという趣旨を明示すべきである。（個人）

(3)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、福岡弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、濱口他、二弁、堂島、森濱田松本、日司連、東地税制度部、早大、日大、個人5名

- ・ 現在の債務不履行に関する規定を専ら契約上の債務の不履行を対象とする規定に改める以上、法定債権については別途規定を設ける必要がある。
- ・ 契約以外の原因により発生した債務については、法令等の債務の発生原因に照らして帰責性を判断するほかはなく、現在の実務とも整合する。

【反対】

長野弁、個人3名

- ・ 「契約以外による債務」として不法行為、不当利得、事務管理による債務を想定

しているのであれば、ここに規定するのではなく、それぞれ不法行為、不当利得、事務管理の箇所に規定を置くべきである。

【その他の意見】

- ・ 賛成意見が比較的多かったが、帰責事由の考慮要素の代表例として「その債務が生じた原因」を挙げることに疑問を呈する意見もあった。(最高裁)

2 履行遅滞の要件（民法第412条関係）

民法第412条の規律を維持した上で、同条第2項の規律に付け加えて、債権者が不確定期限の到来したことを債務者に通知し、それが債務者に到達したときも、債務者はその到達の時から遅滞の責任を負うものとする。

【賛成】

最高裁（多数）、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁司法制度調査委、二弁、堂島、日司連、経営法友会、慶大、早大、日大、個人3名

- ・ 一般的な考え方を明文化するものであり合理的である。
- ・ 分かりやすい民法の実現に資する。
- ・ 通知の到達を遅滞の要件とすることは法的安定性があり妥当である。
- ・ 家人が受領したため債務者が知らなかったとの弁解を排斥できる。

【反対】

長野弁、個人2名

【その他の意見】

- ・ 「遅滞の責任」の意味内容を明確にしておく必要がある。(個人)
- ・ 通知の手段は種々あるので、到達の時点や、やむを得ない事由で到達していない場合に関する例外規定等を置く必要がある。(日司連)
- ・ 不法行為による損害賠償債務が履行遅滞となる時期について、特段の規定を設けないことに賛成する。不法行為による損害賠償に関する規律は、不法行為に関する検討を経て整理されるべきである。(損保協)

3 債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第415条後段関係）

民法第415条後段の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 次のいずれかに該当する場合には、債権者は、債務者に対し、債務の履行に代えて、その不履行による損害の賠償を請求することができるものとする。
 - ア その債務につき、履行請求権の限界事由があるとき。
 - イ 債権者が、債務不履行による契約の解除をしたとき。
 - ウ 上記イの解除がされていない場合であっても、債権者が相当の期間を定めて債務の履行の催告をし、その期間内に履行がないとき。
- (2) 債務者がその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、債務者が履行をする見込みがないことが明白であるときも、上記(1)

と同様とするものとする。

(3) 上記(1)又は(2)の損害賠償を請求したときは、債権者は、債務者に対し、その債務の履行を請求することができないものとする。

(1) アについて

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、二弁、東弁全期会、堂島、仙台弁、日司連、経営法友会、早大、日大、個人3名

- ・ 合理的な内容で一般的な理解に沿うものであり、分かりやすい民法に資する。
- ・ 履行不能（履行請求権の限界事由があること）が填補賠償の要件の少なくとも一つとなることには異論がない。

条件付き賛成

- ・ (1)アが履行不能の場面に限定されるなら賛成する。
- ・ (1)アを明記する必要があるが、最初に掲げることについては疑問がある。
- ・ 「履行請求権の限界事由」のイ及びウについては広い範囲のものとなり得るため、規定ぶりについて検討を要する。

【反対】

長野弁、建設コンサル協、個人5名

- ・ 「履行請求権の限界事由」という概念を導入すべきではない。

【その他の意見】

- ・ 履行不能と解除の場合に債権が消滅し、債務不履行による損害賠償の範囲についての規定に従い損害賠償請求ができるというだけでよい。(慶大)
- ・ 第10の1(1)と重複しているのではないか。柱書きにいう「その不履行による損害の賠償」と第10の1(1)にいう「その不履行によって生じた損害の賠償」の異同が不明確である。(最高裁)

(1) イについて

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、仙台弁、二弁、東弁全期会、堂島、日司連、経営法友会、早大、日大、個人4名

- ・ 争いのない内容であり、合理的である。

【反対】

長野弁、個人1名

(1) ウについて

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、

日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、仙台弁、二弁、堂島、日司連、経営法友会、早大、日大、個人3名

- ・ 合理的な内容である。
- ・ 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、その場合には損害賠償を請求しつつ、契約を維持する必要がある。また、企業間取引において多用される継続的な取引や長期売買契約においては、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。
- ・ 相当期間を定めて催告をしても債務者が履行をしない場合には、債務者には追完の利益が保障されたのにこれに応じないのであるから、債権者に填補賠償を認めるのが相当である。

【反対】

長野弁、個人3名

【その他の意見】

- ・ (1)ウについて、履行期が到来していることが必要であることを明示してはどうか。(最高裁)

(2)について

【賛成】

沖縄弁法制委、一弁、広島弁、札幌弁、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、二弁、東弁全期会、堂島、経営法友会、早大、日大、個人2名

- ・ 権利関係の早期確定と債権者の無用な負担の軽減に資するものであり、合理的である。
- ・ 履行期前に履行拒絶の意思が表明されて、履行期に履行される見込みがないことが明白であるにも関わらず、債権者が履行期まで何も対抗できないとするのは公平でない。履行不能も履行期前に生じ得るのであり、その効果として解除や損害賠償請求が認められるところ、履行期前の履行拒絶の場合も同様に考えて、解除や損害賠償請求が認められるべきである。
- ・ 双務契約において、後履行義務者が履行する意思がない旨を表示したときに、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不合理である。

【反対】

横浜弁、長野弁、日司連、個人3名

- ・ 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、無用な紛争を生じさせるおそれがある。取引関係の早期処理の要請には、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るし、継続的供給契約など契約を解除せずに填補賠償を認めるべき事案では、(1)ウによる催告期間内に履行がない場合による損害賠償を認めることで足りる。
- ・ 判例で認められたものではなく、また実際に想定されるケースも少ない。

【その他の意見】

- ・ 債務者の表示があれば履行の見込みがないことは明らかであるが、それ以外の事由については明白であることの認定が容易でないと考えられる。(濱口他)
- ・ 端的に、「債務者が債務の履行を確定的に拒絶し、これにより債務を履行する見込みがないことが明らかであるとき」とするのが妥当である。(東弁)
- ・ 「履行をする見込みがないことが明白である」との要件は、不明確ではないか。また、債務者が履行をする意思がない旨を表示した場合であっても、債務者が翻意する可能性もあるので、履行期前には填補賠償を認めなくてもよいのではないか。(最高裁)
- ・ 履行期前については慎重な判断が必要であるから、履行期前については、「債務者が履行をする見込みがないことが明白であるとき」をさらに具体的にした要件を設定することが検討されるべきである。(沖縄弁法制委)
- ・ 「明白」という要件は実体法上の要件と訴訟法上の証明度の問題が整理されていない可能性があるなど、要件について更に慎重な検討が必要である。(一弁)
- ・ 具体的にいかなる場合を問題とするのか、その要件について更に検討が必要である。(経営法友会、日弁連)

(3)について

【賛成】

沖縄弁法制委、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁司法制度調査委、堂島、日司連、早大、日大、個人2名

- ・ 履行障害に対する債権者の複数の救済方法の併存を認めるのであれば、他方で債務者の立場への配慮が必要である。
- ・ 損害賠償請求をした時点で、当初の履行請求を行なえなくなるとしてもやむを得ない。そうしなければ、損害賠償と本来の履行の両方の請求が同時に可能になり、どちらを優先すべきかについて複雑な規定が必要となってしまう。
- ・ 債権者が確定的に填補賠償請求した場合には、債権者は履行請求をしない意思であることが一般的であり、その場合にまで以後の履行請求を認める必要性は低い。

【反対】

一弁、広島弁、二弁、長野弁、自由法曹団、日弁連消費者委、個人4名

- ・ 現実に損害賠償がされたら履行請求権は消滅するとすればよいだけで、それまでは履行請求権の行使を認めるべきである。
- ・ 実際に債務不履行が生じた場面では、事態が流動的に変化し、かつ、時間的に切迫する中で、やり取りが行われるもので、一見して填補賠償請求を求めているように見える場合でも、債権者の行った請求が填補賠償の趣旨か遅延賠償の趣旨か明確でないこと、あるいは履行請求ができない場合の予備的な請求という趣旨であることが少なくない。提案の条項は、実際の債務不履行の場面に適用されると、債権者が予想外に履行請求権を失う事態を生ぜしめる懸念があり、妥当でない。

【その他の意見】

- ・ 填補賠償請求を受けた債務者は本来の債務の履行をすることができるのか等の点がなお不明確であり、両者の関係を更に具体的に明示する必要がある。(東弁全期会)
- ・ 債権者が填補賠償を請求したが、債務者が債務の本旨に従った履行の提供をした場合の処理を明らかにしておいた方がよいのではないか。(最高裁)
- ・ 債権者が確定的に填補賠償請求を選択した場合には、債権者は以後履行請求をすることができず、債務者も填補賠償をしなければならないとすべきである。履行請求を受けた債務者に填補賠償による追完権のような権利を認めるべきではない。(大阪弁)
- ・ 単に交渉のために損害賠償請求の主張をしただけで履行請求権を喪失する結果となることは妥当ではないから、「履行請求と填補賠償請求は共に行使することはできない」旨を規定すれば足りる。(東弁)
- ・ 履行遅延による損害、不完全履行の場合における損害（いわゆる拡大損害など）については、履行請求とともに損害賠償請求をすることができる旨の規定を置く必要があるのではないか。(個人)

4 履行遅滞後に履行請求権の限界事由が生じた場合における損害賠償の免責事由

履行期を経過し債務者が遅滞の責任を負う債務につき履行請求権の限界事由が生じた場合には、債務者は、その限界事由が生じたことにつき前記 1 (2) 又は (3) の免責事由があるときであっても、前記 3 の損害賠償の責任を負うものとする。ただし、履行期までに債務を履行するかどうかにかかわらず履行請求権の限界事由が生ずべきであったとき（前記 1 (2) 又は (3) の免責事由があるときに限る。）は、その責任を免れるものとする。

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、二弁、東弁全期会、堂島、日司連、早大、日大、個人 3 名

- ・ 判例・通説を明文化するものである。
- ・ 現在の判例・通説は論理必然のものではなく、また主張立証責任の分配について別論もあり得るから、明文で規定しておく必要がある。

【反対】

長野弁、改めて見直す会、個人 4 名

- ・ この提案は一読しただけでは全く理解することができない。
- ・ 「履行請求権の限界事由」という概念を用いるべきではない。
- ・ 債務不履行の一般論で処理されるべき問題である。債務者の責めに帰すべき事由による履行遅滞がなければ履行不能になることはなかったとすれば、それは、「債務者の責めに帰すべき事由」により履行不能になったと評価されるものである。

【その他の意見】

- ・ 「履行請求権の限界事由」の概念の導入に反対する意見が複数あった。(最高裁)
- ・ 「履行請求権の限界事由」のうちイ及びウについては広い範囲のものとなり得るため、規定方法の検討を要する。(濱口他)
- ・ 「債務者が遅滞の責任を負う」という要件が充たされている以上、これと重ねて「履行期を経過し」という要件を立てることは不要である。履行期到来前に履行拒絶の意思表示された後に、履行請求権の限界事由が発生した場合にも射程が及ぶかどうかについても明確にしておく必要がある。(個人)

5 代償請求権

履行請求権の限界事由が生じたのと同じ原因により債務者が債務の目的物の代償と認められる権利又は利益を取得した場合において、債務不履行による損害賠償につき前記1(2)又は(3)の免責事由があるときは、債権者は、自己の受けた損害の限度で、その権利の移転又は利益の償還を請求することができるものとする。

(注)「債務不履行による損害賠償につき前記1(2)又は(3)の免責事由があるとき」という要件を設けないという考え方がある。

【賛成】

東弁、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、アンダーソン毛利友常、愛知弁司法制度調査委、二弁、東弁全期会、堂島、損保協、早大、日大、個人2名

- ・ 代償請求権が認められること自体は、判例・学説において異論がなく、明文化すべきである。
- ・ 当事者間の公平にかなうし、特に不都合は生じない。
- ・ 代償請求権の明文化により、目的物に係る権利が競合した場合における権利関係などが明確になる点に意義がある。
- ・ 「債務不履行による損害賠償につき前記1(2)又は(3)の免責事由があるとき」との要件の要否については、代償請求権が公平の理念に基づく請求権であること、損害賠償請求権が認められない場合に行使できるとすることで足りること、債務者の財産管理への過度の干渉のおそれを排除することから、補充的な請求権であると考えべきであり、これを明記することに賛成する。

【(注)に賛成】

沖縄弁法制委、広島弁、横浜弁、日司連、チェーンストア協、個人2名

- ・ 最高裁は補充性の要件を要求していないし、債権者に填補賠償請求と代償請求の選択を認めることによる不都合もない。
- ・ 代償請求を認めた最判昭和41年12月23日民集20巻10号2211頁において、原審は「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が、最高裁はそのような限定を付さなかった。例えば、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て、第一譲受人が履行不能により受けた損害を限度として代償請

求を認めるとしても、特段の不都合は考えられない。また、この場合において、第一譲受人は実際に既払代金の返還や譲渡人からの填補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が認められる場合でも、代償請求権を認めることには意義がある。

- ・ 債務者の責任財産が十分でない場合において、免責事由がないから債権者は代償請求権を行使することができず債務者からの履行に依存せざるを得ないとするのは、債権者の保護に欠ける。
- ・ 代償請求権と填補賠償請求権の請求権の競合の問題については、その都度調整すれば実務上十分であり、あえて本提案のような代償請求権の行使を制限する要件を加えるだけの立法事実に乏しい。

【反対】

札幌弁、長野弁、個人3名

- ・ 代償請求権が実務で問題となる事案は必ずしも多くなく、また契約類型に応じた代償請求の整理をすることが必要である。また、填補賠償請求権との関係という全体の制度設計の問題もある。このため、明文化をするにしても抽象的な内容にとどめ、各論については解釈に委ねるべきである。
- ・ 不当利得の返還の問題であり、このような規定を設ける必要はない。

【その他の意見】

- ・ 債務者に免責事由がある場合に限定することには疑問がある。(早大)
- ・ 債務者に免責事由があることを要件とする必要はないとの指摘が複数あった。(最高裁)
- ・ 帰責事由のない履行不能の場合についても、解除するか、解除しないで代償請求をするかの選択を認めることは、一つの立法の選択肢であるが、現行規定ではどこが不都合なのか疑問である。(慶大)
- ・ 履行の目的物の代償とは何かがある程度明らかにされる必要があり、例えば代償請求権の対象となる利益や権利の典型例として、第三者に対して有する損害賠償請求権、保険金として受領した金員ないし保険金請求権等を例示するのが妥当である。(日弁連、東弁)
- ・ 「自己の受けた損害の範囲で」という限定がつねに必要なかどうかについて、議論が分かれているところであり、解釈に委ねるべきである。(個人)

6 契約による債務の不履行における損害賠償の範囲（民法第416条関係）

民法第416条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約による債務の不履行に対する損害賠償の請求は、当該不履行によって生じた損害のうち、次に掲げるものの賠償をさせることをその目的とするものとする。

ア 通常生ずべき損害

イ その他、当該不履行の時に、当該不履行から生ずべき結果として債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害

(2) 上記(1)に掲げる損害が、債務者が契約を締結した後に初めて当該不履行から生ずべき結果として予見し、又は予見すべきものとなったものである場合において、債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたときは、債務者は、その損害を賠償する責任を負わないものとする。

(注1) 上記(1)アの通常生ずべき損害という要件を削除するという考え方がある。

(注2) 上記(1)イについては、民法第416条第2項を基本的に維持した上で、同項の「予見」の主体が債務者であり、「予見」の基準時が不履行の時であることのみを明記するという考え方がある。

(1)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、東弁、一弁、濱口他、日弁連、仙台弁、広島弁、札幌弁、TMI、福岡弁、平田総合、日弁連消費者委、アンダーソン毛利友常、二弁、長島大野常松、経営法友会、JCFA、貸金業協、個人3名

- ・ 現行法における一般的な理解を明文化するものであり、内容について特段の不合理はなく、分かりやすい民法に資する。
- ・ 予見の対象は現在の実務でも損害とされており、実務に適合するものである。
- ・ 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容易に読み取ることができないため、同条第1項の文言を基本的に残しつつ、同条第2項の内容の具体化及び明確化を図ることが望ましい。予見の対象を「事情」から「損害」に改める点については、「事情」の意味するところは不明確であるため、より明確である「損害」という文言に変更することが望ましい。このような変更を行っても、実務に無用な混乱をもたらすことはない。「契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」という文言を用いることについても、賠償範囲を確定する場面においては、まさに「契約の趣旨」に照らして評価判断されるべきものと解される。
- ・ 通常生ずべき損害とそれ以外の損害とを概念として分けて規定することにより、通常生ずべき損害の賠償が原則である旨を示すのがその制度趣旨に合致し、立証の範囲・対象を明確にするという点においても実務において有用である。
- ・ アの「通常生ずべき損害」については、実務に根付いてきた概念をあえて放棄しなければならない積極的な理由はない。「通常生ずべき損害」という文言により、規範的・政策的に損害の範囲を限定することができる。イについては、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ることも不当ではない。予見の時期は、契約締結時に予見し得なかったリスクを債務者に無条件に負わせることは、損害の公平な分担に反するおそれがある。(2)において損害の不当な拡大とまらない範囲を定めることを前提に、不履行時とすることに賛成する。また、「契約の趣旨に照らして予見すべきであった」という文言は、規範性・評価性の高い要件とする趣旨であると考えられ、その解釈・適用を通じて適切な解決を導

くことが可能である。

- ・ 賛成意見が比較的多かったが、イに関しては、次のような点を指摘した上で、実務に定着している「特別の事情によって生じた損害」という概念を残してはどうかとの意見（（注2）の考え方に賛成する意見）が複数あった。

裁判実務においては、特別損害に当たるか否かと予見可能であったか否かは別々の要件として理解されているが、イは、これとは別の考え方を採用しているようであり、イの提案が採用された場合には従来と損害賠償の範囲が変わる可能性がある。

「契約の趣旨に照らして」という文言を加えて考慮要素を限定すると、債務者の属性などが考慮されないとも解され、従来よりも予見可能性が認められる範囲が狭まるおそれがある。

条件付き賛成

- ・ イの「その他」という文言は、「ア（通常生ずべき損害）以外の損害のうち」などの文言を用い、「通常生ずべき損害」と「それ以外の損害（特別損害）」を分けて規定するのが妥当である。
- ・ イの「契約の趣旨」の定義を明記すべきである。例えば、「契約の性質・目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき、取引通念を考慮して定まる当該契約の趣旨に照らして」という文言とすべきである。

【アは賛成、イは反対】

愛知弁司法制度調査委

- ・ イは、「相当性」による制限も明記すべきである。予見可能性のみで縛りをかけると、例えば契約書の作成にあたって優位に立つ者が劣位に立つ者の予見可能性を拡大させるための文言を記載することで、損害賠償の範囲が拡大されることになり、劣位者にとって酷な事態を招く。

【アは賛成、イは（注2）に賛成】

横浜弁、堂島、経団連、電情産協

- ・ アについて、通常損害と特別損害という分類は分かりやすく、用語と共に実務に定着している。イについては、予見の主体が債務者であり、基準時が不履行時であることは、実務に異論なく受け入れられており、明確化することに賛成であるが、「契約の趣旨に照らして」という文言を入れることで明確化されるとはいえず、法定債権の扱いが不明になるなどの弊害がある。
- ・ 中間試案のように規律を変更した場合には、従前の実務で行われてきた損害賠償の範囲に変更をきたす可能性がある。民法第416条第2項の規律を維持しつつ、判例法理に従って予見の主体及び予見の基準時を明確化することで足りる。
- ・ 予見の対象が「特別の事情」から「損害」に代わることや、規範的に「予見すべき」とされる範囲が問題になることから、従前よりも広い損害が賠償範囲に含まれる懸念がある。

【アについて（注1）に賛成】

日司連、慶大

【反対】

大阪弁、長野弁、不動産流通協、個人6名

- ・ 契約締結時における両当事者の予見を基礎としつつ、契約締結後、債務不履行の時点までに債務者が予見し、又は予見すべきであった損害についても、損害賠償の範囲に含めるべきである。また、損害の範囲には債権者が予見しなかったが債務者が予見した損害を含めるべきではない。
- ・ 瑕疵担保責任については、予見すべき損害まで含めるべきではない。中古住宅の売主は当該住宅を建築したものではないにもかかわらず、予見すべきであった損害についても賠償義務があるとする、事実上予見可能にすぎない損害まで損害賠償請求されるおそれがある。
- ・ アの「通常生ずべき損害」というのは、イの予見の範囲に含まれており、概念として重複することになるから、削除すべきである。予見の主体は、裁判官を含む高度の合理的人間でよく、判断時期も建前は不履行の時であるが、現実には、口頭弁論終結時までの全知見を活用して判断することが許される。
- ・ イについては、「その他、債務不履行の結果として当然予見すべきであった損害」とすべきである。本来、債権者側の特別の事情で損害が拡大した場合に、損害の分担をどうするかという「分担の公平」の問題であって、「予見」の問題ではない。「予見」とは、抽象的な可能性としての予見ではなく、「当然予見すべき」ものである。
- ・ 「予見すべき」について、「賠償されるべきか否かを判断する規範的な概念」と説明されているが、それは要するに「賠償すべきであれば賠償する責任を負う」ということではないか。
- ・ アは、通常事情に基づく通常損害についての規定であることが明確でない。イは、現行民法第416条第2項を判例どおりに補正するのが適切である。また、予見の対象については、損害が抽象化してしまい裁判規範たり得なくなるので、あくまで事情であって損害とすべきでない。
- ・ 予見の時期を契約締結時とし、予見の主体を両当事者とすべきである。

【その他の意見】

- ・ 契約による債務の不履行に対する損害賠償についてのみ損害賠償の範囲の定めを設けることには問題がある。判例では、契約以外による債務の不履行の損害賠償についても、民法第416条が適用又は類推適用されている。(労働弁)
- ・ アとイの関係が不明確である。イの「契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」は、予見時を不履行時としたことと平仄が合わないのではないか。損害賠償の範囲について見直すならば、契約以外による債務の不履行による損害賠償、不法行為に基づく損害賠償も含めて、全面的に見直すべきである。(立大)
- ・ 債務不履行時において、債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害の中に「通常生ずべき損害」も含まれており、あえて分ける必要はないと考える。(国際企業法務)
- ・ 予見の対象を「事情」から「損害」へと改める根拠が「もともと両者は截然と区別できないものであって、予見の対象を損害としても具体的な事案における結論に差は生じない」ということならば、むしろ現状維持(＝「事情」)とするのが素直で

ある。(虎門)

- イは、「その他、特別の事情によって生じた損害については、当該不履行の時に、当該不履行から生ずべき結果として債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」とすべきである。(早大)
- イは、例えば、「①契約による債務的不履行に対する損害賠償の請求は、当該不履行によって生じた損害のうち、通常的事情によって生じた通常の損害を賠償することをその目的とする、②特別の事情によって生じた通常の損害であっても、債務者が、当該不履行の時に、その事情を予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであったときは、債権者は、前項の損害賠償を請求することができる。」とすべきである。(東弁全期会)
- 契約の趣旨などその契約に関するさまざまな事情が、その損害の発生を予見すべきであったか否かの判定に際してだけでなく、債務者が予見した損害についてその債務者に賠償を求めることが適切か否かの判断に際しても参照されることがより明確となるような規定とすべきである。(損保協)
- 「通常生ずべき損害」という概念は、それがどのような規範的要請を示すのか必ずしも明らかではない。当事者の予見可能性は、現在の実務において具体的な事例を処理するにあたり重要な機能を果たしており維持すべきである。また、「当該契約の趣旨に照らして」ということも明示すべきである。イについては、契約締結後に債務者が「契約の趣旨」と無関係に事実的に知った損害までもが債務者の負担とされるべきではなく、債務者に回避措置を負わせる前提も欠く。(橋口他)
- 契約によらない信義則上の義務違反(元請事業者と下請労働者等)の損害賠償の範囲に関しては、民法第416条の規律を残す方向での検討がされるべきである。(連合)
- 契約による債務と契約以外による債務とを区別する合理的な理由があるか疑問である。例えば、信託法では、契約によるもの以外に、遺言信託や自己信託のように単独行為により受託者が債務を負う場合があるが、それらの債務を契約による債務と区別する合理的理由があるか疑問である。(信託協、全銀協)
- 損害賠償の範囲は、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)
- 契約以外による債務的不履行(不法行為、不当利得等)についても規定すべきである。イは、事情と損害とが截然と区別できないものであるとすれば、逆に、あえて事情を損害に置き換える必然性にも乏しい。また、契約上の債務については、原則として契約締結時点における予見可能性に従って損害賠償の範囲が決まり、しかし、その後、債務不履行時まで生じた事情によって債務者が不履行の時点で予見することができる特別事情に基づく損害についても、債務者が当該契約の趣旨に照らして回避すべき損害であったときは、なお損害賠償の範囲に含まれるとすべきである。(個人)
- 「①債務不履行による損害賠償の範囲は、不履行と因果関係ある損害とする。②契約の趣旨に照らして、債務者が不履行時まで予見不可能であった損害について

は賠償責任を負わないものとする。」とすべきである。(個人)

- ・ 「契約の趣旨に照らし」という文言が、「又は」以下にしか規定されていないことの適否について、検討すべきである。(個人)
- ・ 不法行為については、少なくとも生命・身体に対する損害の場合は準用すべきではない。刑事では結果的加重犯は予見可能性など問わないのに、民事の場合に被害者に厳しくなるのはおかしい。(個人)

(2)について

【賛成】

沖縄弁法制委、一弁、平田総合、経営法友会、情報サービス協、個人2名

- ・ 損害を回避するために合理的な措置をした場合には、その範囲において因果関係が否定され、あるいは損害賠償の範囲が縮減されることは合理的である。
- ・ リスクを債務者に無条件に負わせることは債務者に酷になりすぎ、損害の公平な分担に反する事案も生じうると考えられるから、損害の不当な拡大とまらない範囲で賠償の範囲に取り込むことが相当である。
- ・ 情報サービス取引のうちシステム開発・運用等は、契約締結時と履行期が離れており、契約締結後に予見し又は予見すべきものとなった損害について販売側がそのすべてを賠償するとなると過大な負担となるから、不具合に対する補修等の損害軽減措置を図ることによって、賠償責任を限定することが妥当である。

条件付き賛成

- ・ 契約の趣旨の定義を明記すべきである。

【(1)アとの関係でのみ反対】

東弁、日弁連、個人1名

- ・ (1)アの「通常生ずべき損害」については、もともと当然に賠償の範囲に含まれるのであるから、損害回避義務を考慮する余地がない。

【反対】

広島弁、札幌弁、大阪弁、横浜弁、二弁、長島大野常松、堂島、長野弁、愛知弁司法制度調査委、虎門、改めて見直す会、立大、日大、個人5名

- ・ 締結した契約について債務不履行となれば、債務者がその責任を負担するのが原則であり、安易に免責を認める規定を民法典に盛り込むことは適切ではない。債務者が損害回避措置を講じることにより因果関係のある損害額が減少した場合には、その限度で債務者の責任額も減少するはずである。それでも債権者と債務者との公平の観点から妥当な結論とはならない場合には、信義則その他の一般法理により調整することは可能である。一般法理による調整を超えて、債務者が相当な損害回避措置を講じることによって、債務不履行のリスクをすべて債権者に移転することができるという規定を民法典に盛り込むというのでは、契約に対する信頼を損ねる結果となる。
- ・ 債務者が回避措置を講じてもおお発生した損害は、そもそも賠償すべき損害とはならないとするのが理論的であるから、賠償する責任がないという形ではなく、賠

償すべき損害とはそもそも言えないとすべきである。

- ・ 契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じても損害が発生した場合において、その損害の発生を予見しつつあえて不履行に陥った債務者を免責すべきかどうかは一概には言えない。むしろ、損害との因果関係論で柔軟に処理すべきである。
- ・ 契約をした以上は、債権者において、債務が履行されることを前提として新たな法律関係の形成や費用の投下をするのが当然で、これを保護すべきであるから、債務者は不履行の時までに予見し、また予見し得た事情による損害の賠償を負うことはやむを得ない。
- ・ 損害が債務不履行に起因するものである以上、債務者が「当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じた」場合には免責されるということは、過失のない債権者に損害を転嫁させることになるが、それには疑問がある。
- ・ 十分な解釈論や判例があるわけでもなく、条文化の必要性がない。予見可能性で処理するのか、損害回避義務で処理するのか、その区別が不明であり、かえって混乱を招く。
- ・ 不履行自体に帰責性があるにもかかわらず、契約締結後の損害回避措置によって免責されるというのは相当ではない。
- ・ 債務者の負担を減らすためのものであるが、損害回避措置を講じたのに損害が生じたといった事情は過失相殺において斟酌されるべきである。
- ・ 何段階にも判断過程を区分することにより、弾力的な判断を阻害することになりかねない。
- ・ 本提案は、契約締結時と履行期が離れている場合に、契約締結後に予見し又は予見すべきものとなった損害を全て賠償の対象とすることになることを回避することを理由としているが、損害回避義務との関係が曖昧であり、また、生じた損害がいつの時点で予見し又は予見すべきものとなったかで分けて考えるのは煩雑である。
- ・ 規律の意味が理解しがたく、訴訟で濫用される恐れがある。債務不履行で損害が発生し訴訟となった場合に、このような条項があると「相当な措置を講じていた」という抗弁が必ず出されるようになり、債務不履行を棚に上げて損害賠償逃れをしようとすることになる。

【その他の意見】

- ・ 「その損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置」という文言は曖昧であり、どのような事案を念頭に置いているのかが不明確である、損害を予見しながらあえて債務を履行しなかった場合であれば、責任を軽減する必要はないのではないか等の指摘が複数あった。(最高裁)
- ・ 複雑かつ多様な事案に適切に対応することができるようにするため、裁判所の裁量によって部分免責を認める余地がないかなど、その要件効果について更に慎重な検討が必要である。(一弁)
- ・ 「契約の趣旨」という言葉が多用されているが、契約の問題を解決する際に契約の締結経緯や内容を考慮するのは当然であり規定しなくてよい。(慶大)
- ・ 「契約の性質・目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき、取引通念を考

慮して定まる当該契約の趣旨に照らして」という文言とすべきである。(濱口他)

- ・ 債務者が契約締結後に初めて分かった事項のように、債務者が損害を回避するための措置を講じたにもかかわらず債権者に損害が生じた場合には、免責されてもよいと考えられるから、損害回避措置の程度に応じて、賠償責任を減免する規定とすべきである。(国際企業法務)
- ・ 規律の内容はあくまで契約締結後に予見すべきであった損害に対する債務者の回避措置を問題としているのであるから、その点を明確にすべきである。(橋口他)
- ・ 「当該契約の趣旨に照らして」という文言では、義務の加重であるのか義務の軽減であるのか、一義的ではなく、わかりにくいから、免責の範囲を画する概念としては、「社会通念」を用いるべきである。(日弁連消費者委)

7 過失相殺の要件・効果（民法第418条関係）

民法第418条の規律を次のように改めるものとする。

債務の不履行に関して、又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して、それらを防止するために状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができるものとする。

【賛成】

一弁、横浜弁、日弁連、福岡弁、平田総合、埼玉青年書士、損保協、個人4名

- ・ 「過失相殺」について、損害の発生や拡大の場合にもこれを適用すること、及び債権者に求めるのが相当と認められる措置を講じなかったか否かを問題にすることは、内容において特段の不合理はない。
- ・ 過失相殺の効果について、不法行為による損害賠償の場合と区別する合理的理由はない。

【条件付き賛成】

沖縄弁法制委、大阪弁、東弁、札幌弁

- ・ 現行法の下で「過失」が用いられることによる実務上の問題は生じていないこと、損害軽減義務として例えば代替取引の義務をどのように理解するのかについて見解の一致があるものではなく、文言の変更が混乱をもたらす可能性があること、不法行為との法条競合が生ずる事案が多数あり、不法行為における過失相殺と切り離して検討することは困難であること等から、「過失」という用語を用いないことには慎重な検討が必要である。効果については、過失相殺をすべきでない事案はあり、民法第722条第2項と同様に効果を任意的とすべきである。また、債務不履行が認定され、免責事由が認定されない事案で、責任をゼロにするのはおかしいことであり、免責を効果から外す（「責任」を削除する）ことに賛成である。
- ・ 過失相殺に際して考慮される事情としては、債権者の行為のみならず、素因などの債権者の属性も要素とされている。また、「講じなかったとき」という不作為のみならず、債権者が「不適切な措置を講じた場合」、すなわち債権者の作為により損害

が発生又は拡大する場合もある。かかる債権者の作為についても、損害の公平な分担の観点から考慮されるべき要素である。

- ・ 「債権者が、債務の不履行、損害の発生若しくは拡大について、債権者の過失行為その他これに準じる寄与行為があった場合、又は債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が取らなかった場合」に、いわゆる過失相殺が認められる旨の規定を設けるのが妥当である。
- ・ 「それらを防止するために状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかった」との文言については、「契約の趣旨及び信義則に照らして」を付加してこれらが考慮要素になることを明記すべきである。また、過失責任主義を前提としないのであれば、「過失相殺」という表題自体の検討が必要である。

【反対】

二弁、労働弁、愛知弁司法制度調査委、長島大野常松、長野弁、堂島、アンダーソン毛利友常、オリックス、サービサー協、ファンの会、慶大、個人2名

- ・ 過失相殺における「過失」という文言は実務に定着しているし、一般市民にとっても分かりにくいものではない。実務における解釈の混乱が生じるリスクを負担してまで、文言を改める必要性は乏しいものと考えられる。
- ・ 取引実務に携わる立場からすれば、債権者がどこまで損害発生・拡大に対する防止の義務を負っているのかは分かりにくく、防止措置が常に可能であるとも限られない。また、債権者の損害軽減義務の考え方に基づいた文言で明文化されることで、損害賠償請求事件において、損害を加えた側（加害者＝債務者）が、損害を被った側（被害者＝債権者）に対して、被害者自身の損害軽減義務を主張する場面が増えることも予想され、被害者の救済が縮小化されるおそれがある。
- ・ 要件面について、損害軽減義務を参照する中間試案の規定は、債権者に過大な義務を課す結果となるおそれがある。また、債権者の行為義務に基づく軽減要素のみを規定することは、過失相殺に関する解釈が硬直化するおそれがあり、妥当ではない。
- ・ 労災事件の場合、被災した労働者は、身体的・精神的・経済的に困窮、困惑している状態にあり、また知識や経験不足により、合理的な損害回避措置をとれないことが多いにもかかわらず、労働者が損害発生・拡大回避のための相当な措置を行わなかったとして損害額が軽減される根拠規定となることは問題である。
- ・ 「損害の発生若しくは拡大に関して、それらを防止するために状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置」の内容が不明確である。また、中間試案のように改められると、主債務者の財産に対して適時に執行をしなければ、保証債務の額が減免されるという保証に関する規律（民法第455条）が、債権者一般に拡大することにもなりかねないが、債権者としては、早期に担保権実行を行ったり、債務名義を取得して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債務者が財産を奪われる結果となり、かえって債務者の再生を妨げるおそれがある。
- ・ 契約関係における類型、背景事情、当事者、目的等は様々であり、個別具体的な

場面で債権者の損害軽減義務の有無（又は債権者としての行為規範）が問題となるはずである。中間試案の文言で、それらが適切に条文化することができているか疑問がある。

- ・ 損害軽減義務違反の主張が濫用されるおそれがある。
- ・ 債務不履行自体だけでなく損害の拡大についても過失相殺の適用があることを明記したことはよいが、「過失」という現行の表現のままでよい。
- ・ 過失相殺の効果については、判例・通説を明文化するもので妥当であるから賛成するが、要件については、実務上で過失相殺の対象とされている事項につき網羅できておらず、実務を混乱させかねない。
- ・ 「状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかった」という記載では、不作為のみを対象とするという誤解につながりかねない。不法行為において素因減額や寄与度減責が過失相殺の類推適用とされていることもふまえると、端的に「債権者が損害の発生又は拡大に債権者が寄与したと評価されるとき」といった表現とすべきである。

【その他の意見】

- ・ 「過失」に代わる文言である「状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかったとき」が分かりにくいとの意見や、全額の免除まで認めないのは問題であるとの意見があった。（日大）
- ・ 「相当と認められる措置を債権者が講じなかったとき」という文言を採用すると、従来よりも過失相殺が認められる範囲が狭くなるのではないかと指摘が複数あり、「過失」との文言を維持した上で、例示的な考慮事情を規定するなどしてはどうかとの意見が複数あった。（最高裁）
- ・ ①過失相殺の適用範囲を、債務の不履行の場面だけでなく、損害の発生や拡大に関しても広げたことは、現行の判例・通説を明文化するものであり、異論はない。
②「損害軽減義務」という要素だけで、現行の過失相殺が果たしている機能をカバーできるのかについては疑問がある。③過失相殺の適用を任意的なものとするについては、具体的事案に応じた柔軟な対応が可能と考えられることから、賛成する。（広島弁）
- ・ 提案の実質は、「過失相殺」に代えて、「損害軽減義務」の導入のようにも読めるので、「損害軽減義務」の導入の可否について議論すべきである。「過失」という文言の是非にこだわる必要もない。（立大）
- ・ 「過失相殺」においては、当事者の属性を考慮して妥当な解決を図る必要性があるとの意見や、「相当と認められる措置を講じなかった」ということのみならず、「債権者の過失行為その他の寄与行為」が問題となる場合があるとの意見も有力であるので、要件についてはさらに検討すべきである。（日弁連）
- ・ 「裁判所が…定める（ことができる）」という規定ぶりとなっているが、裁判を経ない場合であっても、過失相殺を行っているのであるから、裁判所が定める等の規定は不要ではないか。（福岡弁）
- ・ 因果関係を要求することをより明示すべきであるし、そうでない場合には、当事

者の属性等、過失相殺において考慮すべき事由の例示列举を入れるべきである。(日弁連消費者委)

- ・ 過失相殺の要件が、単に債権者側の作為義務的要素のみを規定するのではなく、契約当事者の属性の違い（情報格差等）などに配慮した規律内容とすべきである。(大分弁)
- ・ 損害の公平な分担を図るために多様な個別事情に基づいた裁判所の柔軟な判断を可能とする現行民法の文言を変更する必要性は低いが、同一法典内の他の用語との整合性という見地からすると、過失相殺の考慮事情（損害賠償減額原因）は、債務不履行に基づく損害賠償請求権の発生要件を定めた民法第415条に係る提案文言と整合させ「債権者の責めに帰すべき事由」とするべきである。(日証協)
- ・ 「過失相殺」においては、契約締結後の「状況」だけではなく、当事者の属性や契約の趣旨も考慮されることが明確となる要件とする必要がないかなど、その要件について更に慎重な検討が必要である。(一弁)
- ・ 債権者の行為義務に基づく軽減要素というだけで現在の過失相殺が果たしている機能を吸収しきれぬのか疑問がある。(個人)
- ・ 「講じなかった」では故意は含むが「過失」は含まないことになるから、「故意または過失により講じなかった」とすべきである。「相当と認められる措置」は、本来「契約上の義務としての措置」ではないのか。「相当」では当事者にとって意味が分からず、法律の解釈が不確定のためリスクがある。(個人)

8 損益相殺

債務者が債務の不履行による損害賠償の責任を負うべき場合において、債権者がその不履行と同一の原因により利益を得たときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めるものとする。

【賛成】

沖縄弁法制委、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、平田総合、日弁連消費者委、二弁、堂島、日大、個人4名

- ・ 損益相殺自体は確立した考え方であり、明文化に異議はない。
- ・ 当事者間の公平、分かりやすい民法に資する。

【条件付き賛成】

東弁、大阪弁、福岡弁

- ・ 「裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定める」とした場合には、事案に応じて考慮の程度が異なってくるおそれがあり、妥当ではない。「債権者が不履行と同一の原因によって得た利益を差し引く」旨を規定すべきである。

【反対】

愛知弁司法制度調査委、長野弁、個人2名

- ・ 労災保険の休業特別支援金、障害特別支給金等の特別支援金、自損事故保険による保険金の受領額等、損益相殺が認められない類型の利益が存在する

ほか、事案の特性に応じて損益相殺を認めない事案もあるから、損益相殺につき法的安定性をもって解決することのできる基準を定めることは困難である。

- ・ 提案の規律は、損害賠償の定義として一般に認められている差額説の解釈の範囲内の問題であり、損害額の算定の問題にすぎない。

【その他の意見】

- ・ 提案は、本来、要件等が異なる①損害賠償の範囲の確定の問題、②損益相殺の問題、③損益相殺的調整の問題等を明確に区別せずに、これら全てが裁判所の裁量的な判断に委ねられることになっているので、適用に際して問題が生ずるのではないかとの懸念を表明する意見があった。また「不履行と同一の原因により利益を得た」か否かという基準についても、仮にこれが採用されると、これまでは損益相殺の対象とされていなかった被害者加入の生命保険等が損益相殺の対象に含まれることになりかねず、また、保険給付等と損害賠償との対象損害の同質性や相互補完性を損益相殺的調整の要件とする判例法理の枠組みを緩める変更となるなど、損益相殺の対象が広がることになるのではないかとの指摘があった。(最高裁)
- ・ 必要的ではなく、裁量的な規定とすべきであり、具体的には、文末を「定めることができるものとする」とすべきである。過失相殺の場合と同様に、裁判所の裁量によって損害賠償の額を定めることができるようにすることが妥当であると考え。(日司連)
- ・ 生命保険契約は、従来、損益相殺の対象にならないとされてきたが、提案では生命保険契約による保険金も損益相殺の対象になってしまう。(個人)
- ・ 損益相殺の場合には、受けた利益が損害額以上のときは、責任全部を否定するのが妥当な場合もありうる。したがって、「損害賠償の責任及びその額を定めるものとする。」とすべきである。(個人)

9 金銭債務の特則（民法第419条関係）

- (1) 民法第419条の規律に付け加えて、債権者は、契約による金銭債務的不履行による損害につき、同条第1項及び第2項によらないで、損害賠償の範囲に関する一般原則（前記6）に基づき、その賠償を請求することができるものとする。

- (2) 民法第419条第3項を削除するものとする。

（注1）上記(1)については、規定を設けないという考え方がある。

（注2）上記(2)については、民法第419条第3項を維持するという考え方がある。

(1)について

【賛成】

広島弁、濱口他、平田総合、サービサー協、ヤフー、早大、日大、個人2名

- ・ 判例は、利息超過損害の賠償を否定しているとされるが、利息を超過する損害が

発生する場合もあり得るし、また、現行民法第419条第1項及び第2項の規律を維持した上で、損害賠償の範囲に関する一般原則に基づいて賠償請求できるという内容であることから、実務上も混乱が生じるわけではないと考えられる。

- ・ 利息を超える損害の立証がされた場合にまで賠償責任を否定すべきではないと考える。
- ・ 金銭債務の不履行については、賠償額の予定がされているものの、利息超過損害の賠償を許容することは、債権者の権利が拡充することになる。
- ・ 大規模災害が発生した場合や送金システムの事故により、金銭債務の債務者の帰責性なく金銭債務の履行ができない場合に、他の債務不履行と区別して、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。

【反対（注1に賛成）】

最高裁（非常に多数）、沖縄弁法制委、仙台弁、東弁、大阪弁、日弁連、一弁、愛知弁司法制度調査委、二弁、堂島、長野弁、兵庫弁、札幌弁、横浜弁、改めて見直す会、自由法曹団、日弁連消費者委、大分弁、アンダーソン毛利友常、全銀協、経団連、貸金業協、損保協、生保協、全信組協、経済法令研、車販協、日証協、外国損保協、建設コンサル協、クレカ協、クレ協、ファンの会、慶大、個人13名

- ・ 金銭の用途は多様であり、金銭債務の不履行によって生ずる損害は無限定に広がりが得るものである。この点で金銭債務と非金銭債務には質的な違いがある。

利息超過損害の賠償が認められるようになった場合には、例えば、取立てに要した費用、投資の機会を逃したことによる逸失利益、資金繰りに行き詰まって事業を継続できなくなったことによる損害等多種多様な損害が主張されることが予想される。

他方、金銭が持つ高度の流通性を踏まえれば、利息超過損害が生じたとの主張に対しては、ほぼ常に、他から資金を調達して又はより低い金利で資金を調達して、損害を回避又は軽減することが可能であったとの反論が行われることが予想されるが、実際に他から資金を調達することが可能であったか又はより低い金利で資金を調達することが可能であったかの審理は容易ではない。また、債権者の信用状況が悪く高い金利でしか資金調達ができなかった場合に、このことを過失相殺等によって斟酌することが許されるかも明確でない。

(1)の提案は、賠償されるべき利息超過損害として具体的に何を想定しているかが不明確であり、このまま改正が行われると、濫用的なものも含めて、金銭債務の不履行により利息を超過する損害が生じたとの主張が多発して、訴訟が長期化・複雑化し、紛争解決コストが高まることになる。金銭支払請求事件は、訴訟事件の大半を占めるものであるので、金銭支払請求についての紛争解決コストが高まることによる社会経済上の不利益の総和は大きなものになると考えられる。また、利息超過損害が認められると、判決が命じた金銭債務が履行されないことによって法定利率を超える損害が生じたと主張して別訴を提起することも可能になるが、そのような請求を認めることは、判決の持つ紛争解決機能を減殺するものであり、訴訟経済上合理的であるとはいえない。

破産手続においては、多くの破産債権者が利息超過損害の発生を前提として債権届出をし、破産管財人がこれらについて異議を述べるようになることが予想され、手続が長期化するおそれがある。

現在の提案によれば、利率の約定がない場合について、実際に生じた損害が法定利率による遅延損害金を下回った場合であっても、法定利率による遅延損害金の賠償は認められる一方で、実際に生じた損害が法定利率による遅延損害金を上回った場合には、実際に生じた損害の賠償が認められることになるが、そのような扱いが合理的であるといえるのか疑問である。

上記のような問題点を生じさせてでも是正すべき実際上の問題が生じているとの指摘はない。なお、悪質な事案については、不法行為に基づく損害賠償によって対応することも可能である。

- 利息超過損害の賠償を認めると、無用の紛争が多発し、損害賠償の範囲が過大となるおそれがある。
- 利息超過損害の賠償を認めると、債権取立費用も賠償の対象となり、「弁護士費用の敗訴者負担」に途を開くことになりかねないが、かかるコンセンサスは存しない。取立費用の賠償請求により消費者等の負担が著しく増大するおそれがある。利息超過損害の賠償請求が可能となれば、訴訟の数の増大や審理期間の長期化等が生じる。不都合があるとしても、契約（合意）による対応が可能である。
- 現行法の規律を大きく変更することになるが、その説得力ある必要性は見いだされない。
- 銀行にとっては預金債務が典型例であり、速やかに払戻し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されることが懸念される。
- 法定利率を超える損害が予測される場合には、当事者間で合意をすることで債権者側の保護は可能である。このような合意がないケースにおいては、利息超過損害を認めなければ社会的正義にもとるという実務感覚はなく、法定利率相当額の損害を上限とする代わりに立証不要とする現行法のバランスが妥当である。
- 現行法は、法定利率によって定まる額の損害賠償義務を一律に課す一方、利息超過損害については賠償義務を認めないことによって、債権者と債務者との間のバランスを取りつつ、大量に発生する金銭債務の履行遅滞責任にかかる紛争を抑止する効果を有している。また、多くの事案においては、債務不履行と損害との間の因果関係の認定は困難と思われ、現行制度であるからこそ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。
- 契約関係に基づく金銭債務の不履行の場合に、個別的な証明がされることによって、取引全体の労力とコストを増大させることにつながり、金融関係事業者の業務、最終的には債権者、債務者いずれにとっても利益につながらない。
- 法定利率以上の損害が予見されるのであれば、契約により賠償額の予定をすれば良いだけである。このような規定があると、悪用されかねない。

- ・ 利息超過損害として、弁護士費用などの債権取立費用の賠償請求が考えられ、消費者など社会的経済的弱者にとって重い負担となり、貸金業者等により濫用される危険があり、不当である。
- ・ 利息超過損害が認められたとしても過失相殺により相当の減額がされることが想定されることから、規定から受ける印象と実際の運用が異なることとなることが懸念される。
- ・ 消費貸借に基づく貸金債務の不履行等においては、債権者が実損を主張して利息を超える損害賠償を請求する結果、利息制限法や出資法の趣旨を没却する恐れもある。
- ・ 金銭債務の不履行の場合における損害賠償の範囲について、約定利率（又は遅延損害金割合）がない場合には法定利率に、約定利率（又は遅延損害金割合）がある場合にはこれによることとし、それ以外の請求を許容しないとするについては、当事者の予測可能性を確保することに資するし、合理的である。
- ・ 利息を超える損害の賠償請求を認めると、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、事業者から運用逸失利益、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がある。
- ・ 支払がなく、時効で消滅しない限り、遅延損害金は永久に発生するから、仮にある一時点で利息を超過する損害が発生していたとしても、いつかは超過しなくなる。
- ・ 賠償額が拡大することへの懸念から、十分な調査や検討を経ずに債務を履行することを余儀なくされるケースが生ずるおそれもある。たとえば、保険金の支払に際して保険会社が調査を続けることが困難となった結果、他の保険契約者全体に負担が及ぶなどその利益を害するおそれもある。
- ・ 債権者が約定の高利の利息や遅延損害金に加えて取立料など様々な名目で債務者に過酷な請求をする危険がある。
- ・ 消費者信用取引において消費者の負担が増えてしまう。事実上の弁護士費用敗訴者負担制度の導入となるどころ、現行法上、不法行為においてすら現に支出した弁護士費用全額の賠償が認められないこともバランスを欠く。
- ・ 債務者に過大な負担を負わせかねない。特に、中間試案第10の6「契約による債務の不履行における損害賠償の範囲」の予見ルール適用と相まって、損害の範囲が広がりかねず、債務者に酷な結果となるおそれがある。現行の規定の下での当事者の事前の合意に基づいた運用で十分適切な運用が可能であり、利息超過損害の賠償の規定を設ける必要性は高くない。
- ・ 利息超過損害の賠償を肯定すると、運用利益が得られるはずであった、手形の決済に失敗して会社が倒産した、高金利の借入を余儀なくされた、などさまざまな損害が請求されるおそれがあり、濫用的請求が懸念される。
- ・ 利息超過損害の賠償責任が生じることは、これまでにない全く新しい契約のルールであり、従前の契約秩序に混乱が生じることは想像に難くない。
- ・ 濫用的な損害賠償請求につながるおそれや、訴訟において損害の範囲についての立証を巡る長期化が懸念される。

- ・ 損害が全く生じていなくても法定利率による損害賠償を請求でき、仮にそれを超える損害があるときはそれも請求できるというなら、一方的に債権者に有利で不合理な規定である。

【その他の意見】

- ・ 損害賠償の範囲に関する一般原則に基づきその賠償を請求できるとすると過大な負担を債務者に強いることになりかねず、債務者にとって過酷となりうる。(日司連)
- ・ 約定利率を超過する損害についても請求が可能となると、規定の内容によっては、消費貸借において利息制限法が損害金の上限を定めた趣旨が没却されてしまうことが懸念される。(静岡書士)
- ・ 金銭債務の不履行による損害額は多額になる可能性があるにもかかわらず、逸失利益などの特別損害について予見していた(または予見すべきであった)場合には、因果関係が認められれば賠償義務が発生するとするのは、債務者にとって不合理に酷な結果となり得る。また、金銭には色がなく、当該金銭債務の履行がなくとも、債権者は別に用立てることも可能であって、損害を回避・軽減する手段を講じることのできる場合が多いのであるから、金銭債務を非金銭債務と同列に論じるべきではなく、金銭債務特有の考慮が必要と考える。(西川シドリー)
- ・ 契約上の金銭債務以外についても同様の問題があるから、提案のうち「契約による」という限定を付すことは不要かつ不適切である。(個人)

(2)について

【賛成】

広島弁、仙台弁、札幌弁、平田総合、自由法曹団、堂島、日司連、ヤフー、早大、日大、個人6名

- ・ 震災等による不可抗力が発生した場合には、その免責を認める余地を残すべきである。「不可抗力があっても免責しない」ことは妥当ではない。
- ・ 金銭債務の履行遅滞についても、債務不履行の一般原則と整合させることが論理的である。
- ・ 調達が容易な金銭という債務の性質上、「債務者の責めに帰することのできない事由による」不履行と評価されるような場合は、概ね不可抗力に限られ、必要以上に免責の範囲が拡大することはないと思われる。

【反対（注2に賛成）】

最高裁（相当数）、一弁、兵庫弁、横浜弁、西村あさひ、愛知弁司法制度調査委、虎門、長野弁、経営法友会、サービサー協、不動産証券化協、JCF A、貸金業協、流通クレ協、損保協、農中、クレカ協、クレ協、経済法令研、車販協、不動協、全販協、日証協、慶大、個人4名

- ・ どのような立法事実に基づく提案であるのかが不明確であり、このまま改正が行われると、濫用的なものも含めて、免責の主張が多発し、訴訟が複雑化・長期化するおそれがあり、紛争解決コストが高まることになる。さらに、将来の遅延損害金の支払を命ずる確定判決に基づく強制執行に対して、事実審の口頭弁論終結後の遅

延損害金について、免責事由の存在を主張して、請求異議訴訟等が提起されることも考えられるが、附帯請求を巡る紛争のために手続が長期化・複雑化することは、権利実現に要する費用を不必要に高めるものであり、望ましいことではない。

概要欄によれば、免責が認められる典型例としては、大災害による送金手段の途絶が想定されているようであるが、中間試案の本文からは、そのことを読み取することは難しいし、また、大災害によって現金で保管していた金銭が消失してしまい、金銭債務を履行することができなくなった場合はどうなるのか、大災害によって予定していた入金が行われず、その結果、それを原資にして行うことを予定していた自己の債務の履行が遅れた場合はどうなるのか、大災害により負傷し、就労が困難になった結果、金銭債務を履行することができなくなった場合はどうなるのかといった疑問も生じ得る。

大災害による送金手段の途絶のような極めて例外的な事例については、信義則等の一般条項によって対応することも可能であるし、必要であれば、震災立法等のような特別法の制定が検討されるべきであって、一般原則として、金銭債務について免責の余地を認める必要があるのか疑問である。

現行法は、金銭債務の不履行について、一方で、利息相当額に関しては、不可抗力免責を認めず、かつ、損害の立証を求めずに賠償を認めることとし、他方で、利息超過損害の賠償を認めないことによってバランスを図っていると考えられる。そして、上記のとおり、利息超過損害の賠償を認めるべきではなく、そのこととのバランスを考えると、不可抗力免責も認めるべきではない。

- ・ 現行民法においても、大災害などの場合には個別に対応することが可能であり、いかなる場合にも免責が認められないわけではない。免責の一般的要件を定めると、免責される範囲が広がりすぎるし、かかる規定が明文化されると濫用的に主張されるおそれ大きい。
- ・ 基本法である民法において一律に不可抗力による免責規定を設けた場合には、債務者が責任を負わない場合等に関する判断において明確性を失い、従前健全な実務運用を行ってきた業界においては、督促実務におけるコスト増等のマイナス面での影響が少なくない。
- ・ 金銭債務は反復的かつ大量に発生するから、それにつき逐一、不可抗力を理由とする免責の可否を問題にすることは紛争解決のコストを不必要に高めるおそれがある。大規模な災害時の事象が指摘の一例として挙げられているが、その場合には、特別法を制定することや権利濫用の法理を適用することにより、十分に妥当な結論を導くことが可能であると考えられる。
- ・ 不可抗力免責が認められるとすると、その当否を検討する必要性が生じるが、大量に債権を取り扱うサービスがその対応を実施するのは著しく困難である。
- ・ 不可抗力の範囲が不明確であり、債務者が免責される範囲が徒に拡大する懸念がある。債務者の免責を認めると、債務者は予定以上の果実を取得し、債権者が資金調達に要した費用を事実上負担することとなり、債権者の権利が害されることになる。

- ・ 債務者側から濫用的な主張を招く可能性があり、金銭債務について何が不可抗力にあたるかという判例の集積がされない限り実務に負担が生じる。
- ・ 大規模災害時の過酷な状況への対応は、福祉政策の問題であり、民法に持ち込むことではない。
- ・ 金銭債務の債務不履行については免責が認められないという現行法の規律は、利息超過損害の賠償が認められないこととバランスが取れており、妥当である。東北地方太平洋沖地震のような天変地異などで、金銭債務の債務者の保護に特別な配慮が必要となる場合があることは否定できないが、このような場合への対処は個別の立法によることが相当である。
- ・ 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。免責事由を法定するなら、免責についての濫用的主張がなされ、訴訟の解決が困難になるとの弊害も考慮すべきである。
- ・ 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を認めることは、免責が認められる範囲が広すぎ、妥当でない。
- ・ 大規模な自然災害等により地域の経済が甚大な被害を受ける等して送金が困難になる等の事態が生じた場合には、特別立法により免責すべきである。
- ・ 金銭の性質に鑑みれば、一般的には、不可抗力免責が認められてしかるべき履行遅滞は考え難く、極めて大規模な洪水や地震の場合に備えて、不可抗力免責が認められることを規定すると、実務上、不可抗力ではないのに不可抗力であると主張する事態が多発するなどの弊害も懸念される。大震災などの大規模災害に際しては、被災した債務者に対し、請求を控えたり、支払猶予を行ったりするなど実務上の対応に委ねることが適切と考える。
- ・ 貸金業者やクレジット会社では、多くの顧客を相手に大量な取引を行うため、個別の事実調査をして免責事由の有無を判断するのは、實際上極めて困難であり負担が大きい。
- ・ 金銭の代替性からすれば、不可抗力免責が認められるような履行遅滞は考え難い。クレジット会社は、少額かつ大量な取引を行っており、顧客から不可抗力である旨の申出に対して、都度その事実を調査し、可否を判断していくことは實際上極めて困難であるため、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ような大洪水、大地震に限定されない限り、実務上運用できない。なお、大災害等の場合については、被災状況に配慮した対応を行っている実態がある。
- ・ 大規模災害からの救済は政府など公的資金で行うべきものであり、債権者の負担で救済を行うというのは筋違いである。

【不可抗力のみを免責事由とする考え方】

東弁、日弁連、大阪弁、日弁連消費者委、二弁、濱口他、アンダーソン毛利友常、大分弁、改めて見直す会

- ・ 債務不履行の一般原則に委ねるとなると、免責が主張されるケースが増え、混乱が生じる懸念がある。免責が認容される範囲は非金銭債務と比較して限定的なものにすべきであり、不可抗力の場合のみに限定すべきである。

- ・ 契約によって生じた金銭債務について民法第419条第3項を削除すると、債務不履行の一般原則による免責を認めることになるが、利息超過損害の賠償請求を認めるべきでないことから、免責事由を一般原則より限定して債権者と債務者の利益のバランスを図ることが相当と考えられ、金銭債務の場合の免責事由については不可抗力の場合にのみ免責されることとすべきである。
- ・ 金銭債務についても免責を認めるべきであるが、そのような場合は必ずしも契約によって債務が生じた場合に限られないと考えられ、そういう場合にも免責の認められる余地を残した規定とすべきである。
- ・ 免責の範囲については、金銭の高度の流通性に鑑み、不可抗力の場合における免責に限るべきであって、改正後の規定もその旨明示すべきと考える。
- ・ 金銭は、仮に不可抗力免責が認められうる余地があるとしても、それ以外の物等以上に希なのであり、記載することで余計な紛争を巻き起こす可能性がある。どうしても必要であれば信義則などを使えばよい。
- ・ 大規模災害等の不可抗力免責を認めない理由は見当たらないが、債務不履行の一般原則による抗弁までを認めることは、金銭の高度の通用性や、かえって債務者から種々抗弁がなされることにより訴訟手続の負担が増大するおそれから妥当でない。

【その他の意見】

- ・ 約定利率が高率であるような場合には、不可抗力の場合にもその責任を負わせることは、著しく正義に反する事態が生じうることとなり、現行法を維持すべきではない。もっとも、金銭の場合には、支払をしなければ、債務者は利息分の利得を得ることになり、法定利率を超えない利息については、不合理とは言えないとも考えられる。そこで、「法定利率を超えない損害賠償については、不可抗力をもって抗弁とすることができない」とすることも考えられないではない。（沖縄弁法制委）
- ・ 民法第419条第3項を単純に削除して債務不履行の一般原則に委ねると、金銭債務の性質上、個々の不履行における免責の可否の判定といった実務面での負担が重くなる懸念があることから、不可抗力免責のみを認めるなど、免責の範囲を一定の範囲に制限すべきである。（経営法友会）

10 賠償額の予定（民法第420条関係）

- (1) 民法第420条第1項後段を削除するものとする。
 - (2) 賠償額の予定をした場合において、予定した賠償額が、債権者に現に生じた損害の額、当事者が賠償額の予定をした目的その他の事情に照らして著しく過大であるときは、債権者は、相当な部分を超える部分につき、債務者にその履行を請求することができないものとする。
- (注1) 上記(1)については、民法第420条第1項後段を維持するという考え方があ
- (注2) 上記(2)については、規定を設けないという考え方があ

(1)について

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、自由法曹団、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、二弁、堂島、コンビニ問題弁連、日司連、経済法令研、早大、個人7名

- ・ 民法第420条第1項後段を削除することは、賠償額の予定について公序良俗（民法第90条）や信義則（民法第1条第2項）によって制限する裁判例、学説、実務に沿うものである。
- ・ 公序良俗違反に該当するような損害賠償の予定について一部無効の処理がなされることまで否定するかのような誤解を生じさせるので削除すべきである。
- ・ 裁判所による増減額が可能となることで、事前には不当な契約条項の抑制につながり、事後的には紛争の適切な処理が可能になる。
- ・ 裁判所による増減を否定する民法第420条第1項後段の存在が、裁判所による救済の障害や裁判外の紛争解決に影響を与えていることから、同項後段を削除すべきである。
- ・ 契約に中途解約の違約金（賠償額の予定）の定めがあることを情報提供されないまま契約に至った場合に、民法第420条第1項後段があると、そのような不公正な契約に長期間拘束されることになる。
- ・ 割賦販売法第6条に始まる民法第420条第1項後段の不当性の緩和の動きは、消費者契約法第8条から第10条までの規定によって、一段落を迎えている。これらの経緯を踏まえるならば、民法第420条第1項後段の削除は、遅すぎた感はあるものの、評価に値する。

【反対（注1に賛成）】

最高裁（比較的多数）、長野弁、アンダーソン毛利友常、改めて見直す会、経団連、サービサー協、JCF A、貸金業協、JR、アトリウム、電情産協、車販協、不動協、不動産証券化協、不動産流通協、土地総合研、日大、個人2名

- ・ 損害賠償額の予定には損害賠償額をめぐる紛争を防止する機能があるところ、その効力を明文で肯定する民法420条1項後段には意義があり、これを削除すると、賠償額の予定の合意の効力が弱められたという解釈が生ずることになる、裁判所が客観的指標を欠く裁量で約定の賠償額の増減に介入することは相当でなく、公序良俗・信義則等の一般条項や消費者契約法で個別に対応すれば足りるなどとして、提案に反対する意見が比較的多かった。
- ・ 著しく過大な賠償額である場合には、公序良俗違反として民法第90条で無効となることは、判例上も認められており、そのような場合以外は、契約自由の範囲内の問題として、裁判所の過度の関与を避け、柔軟な対応により妥当な結論を導きうる。
- ・ サービサーは、債権を額面金額より安く購入するのが一般的であるため、その債権に係る損害賠償額の予定を定めた条項が（譲受金額に比して）著しく過大である旨の主張を受けやすい立場にある。そのため、損害賠償額の予定を定めた条項をめぐる紛争が多発することが懸念される。
- ・ 当事者が合意に基づき賠償額を定めることは、契約自由の原則の具体的内容の一つ

である。賠償額を契約時に事前に取り決めておくことは、当事者間の合意を尊重し、賠償金額に関する予測可能性を高め、取引の安定性を高めるとともに、一種の免責的な条項としての働きもある。

- ・ 「賠償額の予定」が、契約上のリスク分担を定め、契約当事者の予測可能性を担保する契約条件として機能していることに鑑みれば、契約当事者間で合意した内容に裁判所が過度な介入を行わないことを特に強調する規定として、現在の民法第420条第1項後段には重要な意義がある。
- ・ 公序良俗違反による規制を含む司法上の救済が一切否定されているという誤ったイメージの払拭が目的であれば、「ただし、公序良俗に反するものを除く」と規定することを提案する。
- ・ 損害賠償額の予定は、契約の拘束力を強め、損害額の算定の困難さを克服する等の面において実務上有用である。裁判所の関与によって損害賠償額が増減される可能性のあることは、賠償額の確定に時間がかかり、また濫用的な主張を招くおそれもあって、実務への影響は大きい。
- ・ 契約で定めた違約金を減額する法律上の根拠を与えることとなり、有責当事者の違約金満額の支払を拒絶する理由にされ、無用な紛争の原因となる。
- ・ 賠償額の予定についても、基本的には当事者自治に委ねるべきであり、賠償額の予定が著しく妥当性を欠くような場合には、公序良俗の規律に委ねるべきである。他方で、これを超えて、裁判所が賠償額の予定を増減することができるとしてしまうと、契約当事者の予測可能性を損ない、契約実務に不当に悪影響を与えかねない。
- ・ 削除したら裁判所が増減できるという解釈は必ずしも成り立たない。

(2)について

【賛成】

沖縄弁法制委、日弁連、広島弁、札幌弁、TMI、横浜弁、大阪弁、平田総合、愛知弁司法制度調査委、堂島、コンビニ問題弁連、早大、個人7名

- ・ 不当に過大な賠償額の定めは公序良俗違反として無効となるものと考えられるが、公序良俗違反の典型的な類型として、明文化することが相当である。
- ・ 現行の実務においても、予定賠償額が著しく過大であった場合に公序良俗や信義則の活用により、賠償額の予定について一定の規制がされている。
- ・ 実際の損害あるいは予想される損害を超える賠償額の予定が合意されている場合でも、賠償額の予定をした目的等に照らして著しく過大とは言えない場合には、その効力が認められるべきである。賠償額の予定は、一定の仕組みを用いた金融取引等において頻繁に用いられており、取引に関与する者の予測可能性を高める意味においても、明文化すべきである。
- ・ 減額に関して公序良俗等の他の一般条項に委ねてしまうと、救済すべき不当な損害賠償額の予定があったとしても、必ずしも十分に救済されない事態が生じうるから、端的に、減額が可能である旨を明記すべきである。
- ・ 公序良俗違反とはならないが裁判所が介入すべき場面があり、このような定めを

置くべきである。

- ・ 合理的な解釈を明文化するものである。また、予定した賠償額が著しく過小であるときは、当該賠償額の予定の合意は無効となり、債権者は実損を立証して損害賠償請求をすることができるものとする規律を設けるべきである。賠償額の予定が著しく過大なときとは法律構成が異なるからである。

「著しく」の削除を条件として賛成する意見

- ・ 従来、貸金業者が現実の損害を超えた賠償額の予定の押しつけや、利息制限法を潜脱した高利な貸し付けをすることがあったため、これを除去するために、賠償額を適切に減額すべきであるが、「著しく」と限定すると経済的弱者の救済として不十分であるから、単に「過大」とすべきである。
- ・ 「著しく」を削除するか、「不相当であるとき」とした方が、より柔軟に考慮要素を取り込める評価規範となる。

【反対】

最高裁（相当数）、二弁、西村あさひ、虎門、長野弁、東弁、一弁、長島大野常松、改めて見直す会、日司連、経済法令研、VC協、土地総合研、車販協、不動産流通協、全銀協、経営法友会、経団連、サービサー協、全宅連、チェーンストア協、JCFA、貸金業協、不動産証券化協、JR、クレ協、不動協、日大、個人3名

- ・ 「著しく過大」及び「相当な部分」の判断基準が不明確である、規定を設けなくても民法第90条によって対応が可能であるし、仮に規定を設けると、賠償額の予定は他の類型の合意よりも拘束力が弱いという解釈を生ずることになるのではないかなどの指摘をして、提案に反対する意見が相当数あった。
- ・ 明文化することは、賠償額を予め合意して紛争を予防するという、当事者自治の趣旨を損なうおそれがある。
- ・ 「著しく過大」の要件が不明確であるため、賠償額の予定を定めた条項をめぐって紛争が多発するという懸念がある。
- ・ 損害賠償の予定額は、契約の履行を確保する観点から、必ずしも予想される実損額に限られず、債務者が負担に感じる程度の金額が設定されることが多いし、当事者の合意は尊重されるべきであり、その効力が否定されるのは公序良俗に反すると評価されるような場合に限られるはずである。また、事後的に実損と比較して高額であるなどと濫用的な主張を誘発するおそれがある。
- ・ 賠償額の予定が多いか少ないかは、契約全体に照らして判断されるべきであって、賠償額の予定の条項のみ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。
- ・ 消費者保護の観点からは既に消費者契約法があり、民法にこのような条項を作ればそれを使うのは事業者である。このような消費者に不利になる条項は作るべきではない。
- ・ 結局裁判によらなければ損害賠償額が定まらないことになり、迅速に損害補てんができる制度としての意味が失われるのではないか。
- ・ 一部無効とされても、実損とくらべれば遙かに高額の損害賠償の予定を認めるこ

とになる。むしろ、この点は解釈に委ね、場合によっては全部無効（本則に返り、実損の範囲でしか損害賠償が認められない）とする余地を残すべきである。

- ・ 賠償額の予定には、不履行への制裁（ペナルティ）という側面もあるため、現に生じた損害額よりも過大であるという観点から予定額を減額することには慎重であるべきであることから、消費者保護・労働者保護といった政策的な配慮が求められる場面については特別法によって対応し、その余は公序良俗の一般理論に委ねるのが相当である。
- ・ 予定した賠償額が「著しく過大」であるかは容易に判断できるものではなく、「著しく過大」か否かを賠償義務者が争うるとすれば、結局、損害賠償を請求する側で現に生じた損害を立証しなければならないことになり、無用な紛争が懸念される。
- ・ 実務上、損害賠償の予定は、損害額の算定が困難な場合に有用なものであり（例えば、守秘義務契約における情報漏えいの場合の損害賠償額などは、相当な損害額がいくらなのかは算定し難いケースが多い。）、このような場合にまで履行の請求が否定され得る規定が設けられるのは、債務を履行するインセンティブを低下させる。むしろ、個々の事情に応じた裁判実務に基づく解釈に委ねるべきである。
- ・ 民法第420条第1項後段の削除により、裁判所が賠償額の予定の減額をすることはできる。予定された賠償額が著しく過大であるかどうかは、一律に判断することが難しく、信義則や公序良俗の規定に委ねた方が当事者双方にとって公平であると考ええる。
- ・ 民法第420条第1項後段の存在により、裁判所は基本的には違約金条項が有効であるというスタンスであり、例外中の例外として修正するのであって、裁判所の事後的介入がむしろ原則となるような規定の仕方は望ましくない。
- ・ 不動産取引においては、トラブル発生時も取引条件を簡素化して容易に解決を導くことができることに着目し、円滑な不動産取引を行うため当事者の利益を考量したうえで、宅地建物取引業法上、売買契約における違約金を売買代金の20%までと定めている。これを否定する余地のある本文(2)の規定は設けるべきでない。
- ・ 何が「著しく過大」なのか、「相当な部分を超える部分」とはどのように判断するのかについて、結局解釈が必要となり、あえて明文で規定する意義があるのか疑義がある。一方で、公序良俗違反（民法第90条）等で対処した方が個別事案ごとの柔軟な解決が可能となるものであり、あえて規定を設ける必要はない。

【その他の意見】

- ・ (1)の提案を採用し（民法420条1項後段を削除し）、(2)の提案を採用しない（新たな規定を設けない）考え方に賛成する意見もあった。（最高裁）
- ・ 消費者契約以外が対象になるが、事業者間取引で一方が他方に押し付けた約款であるという要件がなくてよいのか、認めるとしても、もっと例外原理にしないでよいのか。（慶大）
- ・ 消費者契約法第9条第1号では、「当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」を基準にしている一方、提案では当該契約に着目して、「債権者に現に生じた損害の額」を基準にしているので、債務者で

ある消費者は、消費者契約法と民法の間で選択が可能になるのか疑問である。また、債権者は、「相当な部分を超える部分」につき、債務者にその履行を請求することができない。とあるが、「著しく過大」と「相当な部分」の関係が不明であるし、公序良俗違反との関係も不明である。(立大)

- ・ 「請求することができないものとする」といった表現は、請求権はあるがこれを行行使することができないということなのか、そもそも請求権がないということなのか、不明確である。裁判実務においては公序良俗違反等を理由に「無効」とされるケースが多く、「相当な部分を超える部分の限度で無効とする」と明確に法的効果を規定したほうが適当ではないか。(牛島)

第 11 契約の解除

1 債務不履行による契約の解除の要件（民法第 5 4 1 条ほか関係）

民法第 5 4 1 条から第 5 4 3 条までの規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めて履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができるものとする。ただし、その期間が経過した時の不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないときは、この限りでないものとする。

- (2) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、その不履行が次に掲げるいずれかの要件に該当するときは、相手方は、上記(1)の催告をすることなく、契約の解除をすることができるものとする。

ア 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することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したこと。

イ その債務の全部につき、履行請求権の限界事由があること。

ウ 上記ア又はイに掲げるもののほか、当事者の一方が上記(1)の催告を受けても契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であること。

- (3) 当事者の一方が履行期の前にその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、その当事者の一方が履行期に契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であるときも、上記(2)と同様とするものとする。

(注) 解除の原因となる債務不履行が「債務者の責めに帰することができない事由」（民法第 5 4 3 条参照）による場合には、上記(1)から(3)までのいずれかに該当するときであっても、契約の解除をすることができないものとするという考え方がある。

(1)について

【賛成】

札幌弁、横浜弁、福岡弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、日司連、チェーンストア協、日大、個人4名

- ・ 「契約をした目的の達成を妨げるものでないとき」という要件は、「軽微な不履行」及び「付随的な債務の不履行」の両方を包含する概念ということができ、従来の判例法理とも齟齬は生じないとする。不履行の程度が軽微な場合には対価的均衡を失する程度も小さく、「その履行がされなくても契約をした目的の達成を妨げるものではない」と言えるので、解除を制限することが許容される。付随的な債務については、これが履行されなくても必ずしも対価的均衡を失するわけではないものも多く、「契約をした目的の達成を妨げるものでないとき」は契約の解除を制限すべきである。
- ・ 軽微な不履行あるいは重大ではない不履行の場合には契約の解除をすることができないとする判例法理を明文化するものである。
- ・ 解除は不履行を受けた債権者を契約の拘束力から解放する制度であるから、債務不履行があれば債務者に帰責事由がない場合であっても解除を認めるべきである。
- ・ 催告解除の原則をうたうものであり妥当である。

【(1)ただし書に反対】

大阪弁、堂島、東弁、日弁連、東弁全期会、濱口他、西村あさひ、生保協、経団連、信販協、貸金業協、流通クレ協、クレカ協、クレ協、ドイツ研、個人1名

- ・ 軽微な不履行であることを理由に契約の解除が認められない旨の規律を設ける必要はなく、信義則等の一般法理により解決を図るのが妥当である。いかなる場合に解除が認められないかは個々具体的な契約によって異なる。
- ・ 本来、軽微な債務不履行であれば、催告を受けた債務者は容易にこれを履行できるはずである一方、催告してまで履行を求める以上、債権者にとっては、当該催告期日までの履行確保が重要な意味を有しているはずである。債権者の犠牲の上に、期日において履行をしない債務者の保護を図る必要は存しない。
- ・ 実務上、催告解除は、相手方に履行遅滞などの債務不履行が生じた場合に、相手方との契約関係を迅速に解消し、代替の取引を実行することを可能とするものである。そのため、催告を行ったにもかかわらず催告期間中に債務の履行がなされない場合には、制約なく解除の効果が認められるべきであり、一定の場合にその効果を否定する明文の規定を設けることには反対する。
- ・ 契約の当事者は、自身の目的を達成できるように目的物の数量や履行期を定めているのであり、債務が履行期限内に履行されなかったとしても解除を制限すべき場合というのは極めて例外的なケースに限られる。そのような例外的なケースについて一般的な法理として規定を設けることは、濫用的主張に基づく無用の紛争が生じる懸念もある。
- ・ 「契約をした目的の達成を妨げるものでないとき」という抽象的な評価概念を示すにとどまり、如何なる場面において、債権者が解除することができるのかが不明瞭になっている。判断要素を具体的に明示すべきである。
- ・ 「軽微な不履行その他契約目的の達成を妨げるものでないとき」と定めて、分か

りやすい規定とすべきである。

- ・ 「契約をした目的の達成を妨げるものでない」という文言では、解除できない場合を広く認めることになる懸念がある。従前の判例実務が、付随的義務の違反など軽微な義務違反等を例外的に解除できない場合としてきたことをふまえ、「軽微な不履行」とすべきである。
- ・ 「その期間が経過した時の不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないとき」ではなく「その不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないとき」とすべきである。そうしないと、催告期間の経過時点においては未だ不履行が契約をした目的を妨げるものでないときには解除ができないとの解釈が生じ得る。
- ・ 契約の目的の達成にかかわらないような些細な不履行について、解除を認めて相手方を契約の拘束から解放する必要はないと考えるが、「その期間が経過した時の不履行が契約をした目的の達成を妨げるものではないとき」との規定では、解除ができない範囲が広げられる可能性があるため、趣旨を明確にする必要がある。
- ・ ただし書は、比較法的観点から、比較法を完全に誤解した規定であること、及び付随義務違反の日本の判例を誤解した規定となっている。
- ・ 履行されない部分のみを一部解除できると定めるべきである。

【(注)に賛成】

広島弁、二弁、大分弁、建設コンサル協、電情産協、東地税制度部、貿易会

- ・ 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、債権者は契約から解放されるのか、相互の債権債務はどうなるかなどについて、何らかの法的解決手段は必要であるが、危険負担などの別の制度によるべきで債務不履行解除の制度としては、帰責性のないことを阻却事由とする現行法を維持すべきである。
- ・ 実務上、必ずしも不可抗力による場合に解除のニーズがあるわけではなく、不可抗力による解除を認める裁判例・実務の背景がない中でそのような規定を設けることは実務の混乱を招きかねない。そのため、解除の原因となる債務不履行が「債務者の責めに帰することができない事由」による場合には、契約を解除することができない旨の規定を設けてほしい。
- ・ 解除を認めるにあたっては、単に不履行があったというだけではなく債務者側の事情も斟酌した上で判断されるべきであり、長年にわたって要件として定着している帰責事由を不要とすることには疑問がある。債権者・債務者間の公平・利害調整の観点から、債務者の帰責事由を要件として置くことには、なお一定の意義が存する。
- ・ 実務上数が少ないとはいえ、帰責事由を判断している最高裁判例もあること（最判昭和57年7月1日など）、非典型的な継続的契約も新たに出現し続けていること（賃貸借、雇用などの特別な規定のみで保護が足りるとは限らない）、これを廃止することにより他の条項の改正も必要となることなどに照らせば、帰責事由要件の廃止は早計であると考える。

【反対】

最高裁（多数）、一弁、長野弁、慶大、個人2名

- ・ 提案に反対する意見が多かった。その主要な理由は次のとおりである。

契約目的達成の可否に関して、提案されている規律が採用された場合には、従来とは解除が認められる範囲が変わる（判例法理が変更される）ことになるのではない。従来の裁判実務においては、原則は、債務不履行があれば、催告の上解除が可能であり、一つ目の例外として、軽微な不履行の場合には解除が制限され、二つ目の例外として、重大な債務不履行の場合に無催告での解除が認められてきたが、提案されている規律は、従来の裁判例よりも契約目的達成の可否を重視していると考えられる。例えば、(1)ただし書では、「不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでない」ことが催告解除の消極的要件とされているが、当該提案に沿う判例として概要欄が引用する最三小判昭和36年11月21日民集15巻10号2507頁は、「当事者が契約をなした主たる目的の達成に必須的でない附随的義務の履行を怠ったに過ぎないような場合には、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」と判示しているように、付随義務の不履行があった事例に関する判断であり、なおかつ、特段の事情の存しない限りとの留保を付している。この判旨を特段の事情による例外を捨象した上で付随義務に限らない債務一般に拡大すると、催告解除が制限される場合が広がることになる。また、補足説明133頁が引用する最一小判昭和42年4月6日民集21巻3号533頁では、債務者が履行遅滞に陥っていても催告解除が認められない場合があるか否かではなく、そもそも債務者が履行遅滞に陥っていたか否かが問題とされており、同判決から(1)ただし書の規律を抽出することは困難である。さらに、最二小判昭和43年2月23日民集22巻2号281頁は、契約締結の目的には必要不可欠とはいえない債務であっても、それが「契約締結の目的の達成に重大な影響を与えるものである」とときには、このような債務は「要素たる債務」に該当し、その不履行を理由として契約を解除することができると判示しており、契約締結目的達成の可否の判断から直ちに解除の可否を判断しているわけではない。

賃貸借契約については、信頼関係を破壊しない特段の事情がある場合には催告解除が制限される一方で、背信行為に当たる債務不履行があれば無催告解除が認められるというのが確立した判例であり、そのような扱いが実務にも広く定着しているが、今回の提案がこのような判例法理と整合するものであるのか疑問である。

仮に、解除が認められる範囲を変更する（判例法理を変更する）提案を行うのであれば、適用に当たって疑義が生じないように、要件等を明確にする必要がある。しかし、契約目的達成の可否という判断枠組みの内容については、部会での共通認識があることはうかがわれないし、十分な学説の蓄積があることも示されていない。

帰責事由に関して、現行法では、履行不能を理由とする解除（民法543条）については、債務者に帰責事由がないことが消極的要件として明文で定められおり、催告解除（民法541条）についても判例によってこれが要求されている（最

一小判昭和57年7月1日集民136号217頁)。今回の提案は、履行不能による解除（民法543条）について上記消極的要件を廃止するものであり、履行遅滞に関する上記判例も変更するものであると考えられる。そうすると、今回の提案が採用された場合には、これまで帰責事由の有無の判断の中で行われていた利害調整が行われないことになり、従前とは解除が認められる範囲が変わることになる。

この点に関して、補足説明136頁には、今回の提案はこれまでの裁判例による債権者と債務者の利害調整の在り方を変更するものではないとも読める次のような記載がある。

「部会においては、現在は帰責事由という概念の解釈において、債権者が不履行により被る不利益と債務者の契約維持の利益との実質的な衡量が図られているのではないかと指摘があった。このような利害調整の実質的な在り方にはおおむね異論はないと考えられるが、字句の意味として債務不履行に至った理由のみを問題とするはずの「債務者の責めに帰すべき事由」という要件においてこのような利害調整を図るというのは、文言解釈として疑問があり得るところであり、不透明であるとの批判が妥当し得る。むしろ、このような利害調整は、催告解除における「相当な期間」の要件の解釈や、本文(1)(2)のように不履行により契約の目的を達することの可否などの要件の解釈において図るのが適当であり、それが現在の裁判実務の在り方にも適合していると考えられる。」

しかし、契約目的達成の可否という要件の内実が明確とはいえないことは、上記①で指摘したとおりであるし、契約目的達成の可否は基本的に債権者側の事情を考慮することになるのではないかと考えられ、債務者側の事情を考慮し得るかは文言上疑問がある。また、「相当な期間」の解釈によって、どのように利害調整が行えるのかも明確ではない。

仮にこれまでの裁判例による利害調整の在り方を変更する意図がないのであれば、民法第543条の文言を維持することが望ましいし、仮に判例法理を明文化することを目的としているのであれば、判例が用いる文言を明文化する（注）の考え方が適切である。

- ・ 催告解除が認められない場合は、従来の判例法理と同様に、付随的義務違反等の軽微な義務違反に限定されるべきであるから、「契約をした目的の達成を妨げるものでないとき」という文言では、判例法理で認められた範囲を超えて解除が否定されるおそれがある。
- ・ ただし書は付随義務違反を排除するものであろうが、契約をした目的実現を妨げる重大な不履行が必要なことを明記するだけでよい。

【その他の意見】

- ・ 「債務」は、「要素たる債務」とすべきである。付随的義務の不履行にも関わらず解除を認めるのであればそれが「要素たる債務」であることの主張立証責任は解除をする側で負うべきである。また、債務不履行の効果として解除が認められる表現を維持することには賛成であるが、債務の履行に関する立証責任が債務者にあるこ

とを示すべきである。(沖縄弁法制委)

- ・ 概要に記載の趣旨には反対しないが、本文の表現はその趣旨を正確に表現できているとは思わない。(虎門)
- ・ 契約の解除においては、不履行をした債務者に対するサンクションというよりも、契約の拘束力から解放される利益をどのような要件の下で認めるべきかが問題となっており、債務者の帰責事由がなくても、履行が遅延することにより、債権者の契約目的が実現できないような場合には、解除を認めるべきである。(早大、個人)
- ・ 例えば継続的な契約関係において、「契約をした目的の達成を妨げるものでない」程度の債務の不履行が繰り返された場合に、いつまでも解除原因とならないというような硬直的な結論となりはしないか疑問がある。明文化をするのであれば、より柔軟に事案に対応できるよう、検討すべきである。(長島大野常松)
- ・ 当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によって債務不履行が生じた場合であっても解除ができるとするのは、不可抗力等やむを得ない事情により債務の履行ができなかった当事者にとって酷であることも少なくない上、損害賠償における同種の規律とも整合しないから、損害賠償同様、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によって債務不履行が生じた場合についても、例外として規律を置くべきである。(日司連)
- ・ ただし書きの趣旨に異論はないが、文言上「契約をした目的の達成を妨げる」とだけ規定した場合だと、無用に拡大して解釈される可能性もあり、当事者にとっても自明ではないから、例示を設けるなど文言の更なる明確化・具体化を検討すべきである。(三菱電機、損保協)
- ・ ただし書について、契約からの解放が認められるためには、「契約の本質的部分に契約違反がかかわるか否か」が必要と考えられることから、「契約の本質・根幹にかかわる違反」という趣旨がわかる要件が望ましい。(個人)

(2) アについて

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、福岡弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、二弁、東弁全期会、堂島、日司連、日大、大分弁、ドイツ研、東地税制度部、個人5名

- ・ 現行民法の定期行為の規律を維持するものであり妥当である。
- ・ 被不履行者からすれば、時期に遅れて履行されても、契約をした目的は達成できないものであり、契約の目的等に照らして、追完を認めることは不相当である。

【反対】

長野弁、個人2名

(2) イについて

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、福岡弁、平田総合、日弁連消費者委、

二弁、東弁全期会、大分弁、堂島、日司連、東地稅制度部、日大、ドイツ研、個人4名

- ・ 不能の場合には、催告をされてもおおよそ追完の可能性はないのであるから、催告という手続は、不履行者の追完利益とは何らかかわらない無意味のものである。
- ・ 現行民法の全部履行不能と同じであり妥当である。

【反対】

広島弁、濱口他、長野弁、愛知弁司法制度調査委、個人2名

- ・ 「履行請求権の限界」という表現はわかりにくく、その内容とされている「履行の全部が不能となったとき」を意味すると読み取ることができない。
- ・ 「履行請求権の限界事由」のうち、イの「履行に過分の費用を要する」場合や、ウの「その他、当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を求めることが相当でないと認められる」場合には、催告を要するとするのが適当である。
- ・ 要件が明確といえず、無催告解除の正当化根拠が妥当しない。

【その他の意見】

- ・ 「履行請求権の限界事由」は契約の趣旨から判断されるため、契約の趣旨、目的の設定によっては、安易に契約の解除が可能となる。そして、契約の趣旨、目的は、契約書の記載文言により判断されることが多いから、契約書の作成能力等によって、一方当事者に有利になるおそれがある。(虎ノ門国際)
- ・ 履行不能の場合を示すために、履行請求権に関する要件を用いるのは、思考として回り道をしている印象を受けるので、直接規定する方が良い。行為義務が問題になる履行請求権と、債務の不履行が問題となる解除が、同じ要件でよいのかという疑問もある。(個人)
- ・ 「履行請求権の限界事由」のうち物理的不能の場合は、催告しても無意味であるから合理的である。しかし、「履行する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものである」場合については、不当である。この場合には、催告して、債務者に履行する機会をあたえた方が良い。(個人)

(2) ウについて

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、福岡弁、大分弁、平田総合、日弁連消費者委、日司連、日大、ドイツ研、個人4名

- ・ 履行不能、定期行為及び履行拒絶以外にも、催告を求めることが無意味ないし不相当である場合には、催告を要求することは適切ではなく、無催告解除の概括的条項をおくことが相当である。
- ・ 催告解除の原則のもとで、例外的に催告が不要とされるのは、まさに、「催告をしても契約目的を達成することができないことが明らかな場合」であり、趣旨としては妥当な要件である。
- ・ 解除の本質は契約目的の達成の可否にあるので、催告解除を原則形態とした上で、目的不達成による無催告解除も認めるものとすることに賛成である。

【反対】

二弁、東弁全期会、堂島、愛知弁司法制度調査委、虎ノ門国際、長野弁、濱口他、三菱電機、個人3名

- ・ 催告により債務者に履行機会を与えることが適当である。実務上催告解除が原則として行われていることに鑑み、催告解除としても債権者に著しい負担を強いるものではない。
- ・ アイと異なり、単なる不履行以外の客観的な判断基準を定めておらず、どのような場面を想定しているのかその外延が不明確であり、不相当な無催告解除の主張による取引上の混乱を招く懸念がある。催告解除の場合よりも一層明確性が要求されるべきである。
- ・ 「契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であること」という要件は抽象的であり、国民にとって分かりにくい。
- ・ 契約の目的が達成できないかどうかは、契約の趣旨から判断されるため、契約の趣旨、目的の設定によっては、安易に契約の解除が可能となる。
- ・ 「債務者が確定的に履行を拒絶し、催告しても無意味かどうか」を認定するには、結局催告を待たざるをえないのが通常なので、例外を安易に広げかねない文言は避けるべきである。

【その他の意見】

- ・ ウは、民法第543条のうち「履行の一部が不能となったとき」のほか、民法第566条第1項（同法第570条で準用）や同法第635条による無催告解除を包摂しているが、(3)の要件との区別にも留意しつつ、その趣旨が明確になるように文言を更に検討する必要がある。（日弁連）
- ・ 「契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白」との要件は不明確である。（最高裁）

(3)について

【賛成】

沖縄弁法制委、一弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、福岡弁、平田総合、日弁連消費者委、濱口他、愛知弁司法制度調査委、二弁、大分弁、東弁全期会、東地税制度部、慶大、日大、ドイツ研、個人4名

- ・ 判例法理を明文化するものである。
- ・ 履行期前に履行拒絶がされ、履行期に履行がないことが確実であれば、契約をした目的が達成できないことが明らかであるから、債権者には代替取引の必要があり、契約の拘束力を解消する必要がある。他方、債務者の積極的な意思によって履行をしないのであれば履行の機会を債務者側で必要としないものであるから、債権者を契約の拘束力から解放することが正当化されるものであり、これを解除原因とすべきである。
- ・ 債務者があらかじめ履行を拒絶した場合に、履行期まで待つことや、催告をすることを求める必要はない。
- ・ 履行拒絶の場合に契約関係から早期に離脱することができる手段を創設すべきで

あり、この場合であっても解除法理の一環として、契約目的不達成を要件とし、履行を拒絶している以上催告は無意味であるから催告を要求すべきではない。

- ・ 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く、契約目的の達成ができないということが明白であるという限定的要件であれば、催告は無意味と評価できる。

条件付き賛成

- ・ 債務者の明確な拒絶の意思表示がある場合のほかは、契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明白であることの認定は容易でないし、また、そのような場合にまで履行期前の無催告解除を認めることは適当でない。債務者の明確な拒絶の意思表示がある場合に限定すべきである。

【反対】

東弁、長野弁、堂島、個人3名

- ・ 単なる交渉として当事者の一方がその債務につき履行する意思がないかのような表示をした場合でも、これに該当するのではないかとの誤解を抱きやすく、混乱を生じさせるばかりか、濫用のおそれもある。
- ・ 「催告」はさしたる手間でもなく、終局的・確定的に拒絶の意思があるかどうかを確認する際にどのみち催告的なものはすることになるはずであるし、もともと履行期前のことでもあるから、解除をしようとする者に一定の期間を待たせることもそれほど不当ではない。
- ・ 当事者が履行の意思がないことを表明した場合に限定すべきである。

【その他の意見】

- ・ 端的に「当事者の一方が履行を確定的に拒絶し、これにより履行期に履行をする見込みがないことが明らかである場合」とするのが妥当である。（東弁）
- ・ 無催告解除規定を明文化する場合には、賃貸借契約における信頼関係破壊理論に対応する規定をおくべきである。（立大）
- ・ リスケ交渉の申入れ等、一旦履行拒絶をしつつ交渉しようとする場面についてまで、その時点で解除通知を受ける事態とならないよう、その点を明確にしてほしい。（貿易会）
- ・ 賛成ではあるが、債権者としては、後日の紛争の原因を残さないためにも、債務者の意思が終局的・確定的に履行を拒絶する意思であるかを確認したいと考えるのが自然であって、催告すること及び一定の期間が経過することを履行期前の解除の要件として設けることが債権者の心理に適うと言える。（東弁全期会）
- ・ 契約内容の変更交渉がうまく行かない場合などに、解除権の行使を濫用する当事者が出現しかねない。被解除者に対する不意打ち防止の観点から、解除権の行使の前提として、確定的な履行拒絶の意思を確認するため、履行の催告の手続を経ることを要件とすべきである。（日司連）
- ・ この文言だけだと無用に拡大解釈される可能性があるため、具体的な例示を設けるなど文言の更なる検討をすべきと考える。（三菱電機）
- ・ 催告を不要とする(2)と同様であることを規定するのみだと、(3)の場合にも履行

期到来を待つ必要があり単に催告が不要になるだけとの誤解を招くおそれがあるから、履行期到来前に契約を解除することができる旨を明示すべきである。(阪大)

2 複数契約の解除

同一の当事者間で締結された複数の契約につき、それらの契約の内容が相互に密接に関連付けられている場合において、そのうちの契約に債務不履行による解除の原因があり、これによって複数の契約をした目的が全体として達成できないときは、相手方は、当該複数の契約の全てを解除することができるものとする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、広島弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、福岡弁、平田総合、日弁連消費者委、二弁、東弁全期会、堂島、愛知弁司法制度調査委、大分弁、電話リース大阪、埼玉青年書士、消費者機構日本、足立消セン、全相協、全相協関東、NACS、かわさき、経済法令研、早大、ドイツ研、個人10名

- ・ 合理的であり、判例を明文化するものである。
- ・ 消費者契約において、複数の契約が密接に関連している場合、現実的に特定商取引法や消費者契約法で十分に手当て可能とは言えず、できる限り条文に明記されることが望ましい。
- ・ 消費者契約では複数契約が恒常化しており、複数の契約であっても内容が密接に関連づけられる内容で、そのうちの一つの履行がされず、それによって契約全体の目的が達成できない事例が多数ある。
- ・ 複数の契約が実質的に一体となり、一部の契約を解除しただけでは完全な契約解除とはならないケースも多く、複数契約を一括して解除できるとすべきである。
- ・ 契約当事者の力関係によっては、契約条項に解除の規定がないことも考えられ、規定を設けることにより、債権者を救済できる。密接関連性と目的が全体として達成できないことという要件によって、限定できる。
- ・ 規定が置かれることによって、実務的に契約解除を認める根拠規定が与えられ、裁判例の蓄積を通じて、解除が認められる要件が精密化される可能性が高くなり、そのような発展を基礎づける概括的な規定としての意味は大きい。
- ・ 他の契約の完全な履行が危ぶまれたり、信頼関係が破壊されたりしている場合に、必ずしも当事者間の契約で解除権につき明確にされているとは限らないため、条文化してよい。
- ・ 異なる当事者間の契約であっても、一当事者の不履行によって契約が全体として目的不達成となるならば、解除が可能となるべきであるが、他方で、規定と射程の明確性の観点から、明文をもって規定するのは、「同一当事者間」に限るものとして整理することに賛成する。
- ・ 複数当事者間のケースにおいても解除を認めるべき場合があるが、本規定をもと

に判例等の今後の展開に任せる形でよい。

【反対（注に賛成）】

最高裁（相当数）、一弁、西村あさひ、長野弁、TMI、長島大野常松、森濱田松本、貿易会、経営法友会、全銀協、経団連、日商・東商、チェーンストア協、情報サービス協、建設コンサル協、電情産協、車販協、サービサー協、クレ協、資金決済協、信販協、クレカ協、日証協、貸金業協、立大、日大、個人3名

- ・ 密接関連性という抽象的な要件によって、同一当事者間の複数契約の解除を認めることは、当事者の予測可能性を損なう。
- ・ 複数の取引が相互に関係する場合でも、具体的事情に応じて千差万別であって、「契約の目的が全体として達成できない」という抽象的な要件では、具体的な紛争解決基準として機能せず、かえって不意打ち的な解除が認められて取引社会が混乱する懸念がある。契約の解釈や信義則・権利濫用等の一般法理に委ねるのが相当である。
- ・ 判例（最判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁）は、特殊な案件に関するものであり、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。
- ・ 解除の一般則で解除権者の保護は可能であり、一旦成立した契約を、当事者の価値観等で容易に不安定化させられるような明文規定は設けるべきではない。本来的に契約は維持されることが原則であるため、契約解除を安易に認める方向の規定の創設には慎重になるべきである。
- ・ 複数契約の関連性の密接度合いや、複数契約を締結した場合の全体としての目的等は、当事者の主観（価値観）や置かれている状況によって大きく異なり、契約当事者でそれぞれ認識が異なることも予想されるため、相手方当事者の予想外の事情により密接関連性が認定されて契約が解除される可能性があり、解除を巡る紛争が惹起される懸念がある。
- ・ 判例と同様の例外的場面を条文上限定して規定することは極めて難しく、濫用が懸念される。
- ・ 実務において契約を複数に分けていながら、効力を連動させようとする場合には、契約中にその旨を明示するのが通例であって、不明確な要件の下で関連契約全部の解除が認められるのは妥当でない。
- ・ 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ってしまう。また、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ない場合であっても、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、不測の影響を受けるおそれがある。
- ・ 複数契約の解除について、適用される要件があいまいなまま、規定化されると、合理性を欠く解除が横行する可能性がある。また、一つの契約の解除の効果を同時に締結された他の契約解除に及ぼすかどうかは、契約締結の趣旨や代替品の調達可能性など様々な考慮要素を総合的に判断する必要があるが、様々な判断要素を適切

に要件化することは困難である。

- ・ 「密接な関連性」を有する複数契約のうちの一つの契約を解除しても、他の契約を存続させる必要性が高く、当事者の利益に適う場合がある。
- ・ 次のような点を指摘して規定を設けることに反対する意見が相当数あった。概要に提案の理由として挙げられている最三小判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁は、新築予定のリゾートマンションの売買契約と同マンション内に設けられる予定のスポーツクラブ会員権契約という極めて一体性の高い契約が問題になった特殊な事例であり、この判決の後に同様の法理が妥当するとされた事例の集積が重ねられている状況ではなく、現時点で、条文として一般化することが相当であるのか疑問である。

提案されている要件は、抽象的であるので、これが採用された場合には、解除が認められる範囲が過度に広がる可能性もある。例えば、工程ごとに契約を分割し、段階的に検収及び支払を行う種類の請負契約において、最後の工程で工事が頓挫した場合に、検収済みの部分を解除することができるようになるとも考えられるが、このような場合に解除を認めることによって生ずる社会的影響について慎重に検討する必要がある。また、このような規定を設けなくても、契約解釈によって適切に対応することも可能である。

- ・ 「当該複数の契約の全てを解除することができる」との規定については、個々の契約を解除する、しないにつき解除者側の選択権が生じ、解除者側の都合の良い契約のみ解除される等、実務上の弊害が生じることも懸念される。
- ・ 現実の取引実務において、相互に関連する複数の契約が締結される場合に、ある契約の解除によって他の契約にもその解除の効果を及ぼすべきか否かはケースバイケースで、当事者の意思にゆだねるべきであり、民法による一律な規定を設けることに馴染まない。
- ・ 同一当事者間以外のケースでも解除を認めるのか、認める場合にはその要件について議論を尽くす必要がある。また、どのような場合に密接関連性と目的不達成が認められ、要件もその2つで足りるのか等も検討すべきである。さらに、複数の契約の全てを解除するのか、債務不履行のあった契約のみを解除するのか、選択できることとするのか等についても不明確である。
- ・ 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、売買契約等の原因関係の解除の影響を受けないことによって安定的な決済手段として機能している。提案の規定が設けられれば、売買契約等の原因関係の解除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、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。
- ・ 仮に規定をおくとしても、同一当事者間の場合のみの規律では中途半端であり、下級審裁判例（東京高判平成10年7月29日判タ1042号160頁）にあるような三者間にまたがる解除の可否についても射程に入れるべきである。

【その他の意見】

- ・ 抗弁の接続に関して特定の類型につき特別法で要件を設定していることとの関係

をどうするのか、多様な類型について一般的規律としてどのように要件化すべきか、慎重な検討が必要である。(沖縄弁法制委)

- ・ 同一の当事者間における複数契約のみならず、異なる当事者間における複数契約の事例も多く、これについても同様の紛争が生じており、形式的・限定的に硬直した解釈がなされる懸念もあるので、同様に規律すべきである。(東弁、札幌弁、日弁連消費者委、大分弁、群馬弁、電話リース大阪、埼玉青年書士、日司連、全相協、NACS、消費者機構日本、かわさき、個人7名)
- ・ 無効・取消しの場合にも、同様の趣旨を及ぼすべきである。(札幌弁、全相協、個人2名)
- ・ 解除だけの問題ではなく、複合契約の規定を契約総論または法律行為論に規定するほうがよいように思われる。(慶大)
- ・ 異なる業種間等が、共同で取り組む事業へ影響を与えることのないように検討すべきである。(全中)

3 契約の解除の効果（民法第545条関係）

民法第545条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その契約に基づく債務の履行を請求することができないものとする。
- (2) 上記(1)の場合には、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負うものとする。ただし、第三者の権利を害することはできないものとする。
- (3) 上記(2)の義務を負う場合において、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。
- (4) 上記(2)の義務を負う場合において、給付を受けた金銭以外のものを返還するときは、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、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還することができないときは、その価額を償還しなければならないものとする。
- (5) 上記(4)により償還の義務を負う者が相手方の債務不履行により契約の解除をした者であるときは、給付を受けたものの価額の償還義務は、自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価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。
- (6) 解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げないものとする。

(注) 上記(5)について、「自己が当該契約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契約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。

(1)について

【賛成】

最高裁（多数）、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、虎門、二弁、大分弁、堂島、日司連、ドイツ研、個人3名

- ・ 争いのない解釈を明文化するものであり、分かりやすい民法に資する。
- ・ 請求力がある債権行使に対する対抗手段の根拠規定として必要である。

【反対】

長野弁、慶大、個人2名

- ・ 現行法の解釈で何ら問題ない。

【その他の意見】

- ・ 単に履行請求ができなくなるというだけではなく、履行請求権が消滅するという効果を規定すべきである。（早大、個人）
- ・ 「解除権」という用語は、財産権の一種であるかのような誤解を招くから、別の用語を用いるべきである。（個人）

(2)について

【賛成】

最高裁（多数）、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、虎門、二弁、大分弁、堂島、日司連、ドイツ研、個人3名

- ・ 現行法を維持するものである。

【反対】

長野弁、個人2名

(3)について

【賛成】

最高裁（多数）、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、虎門、二弁、大分弁、堂島、日司連、ドイツ研、個人3名

- ・ 現行法を維持するものである。

【反対】

長野弁、個人2名

(4)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、虎門、二弁、堂島、大分弁、日司連、ドイツ研、個人3名

- ・ 原状回復における対価的均衡を維持するものであり、妥当である。
- ・ 判例を明文化するものである。

- ・ 分かり易い民法に資する。
- ・ 不履行債務者側については、返還できない原因にかかわらず、償還義務を負ってよいと考える。
- ・ 解除の効果が原状回復にあることから、給付から得た果実の返還及び返還できない場合の価額償還を認めるべきである。その場合に債務不履行を受けた者が被る損害は、損害賠償によって手当てすれば足りる。
- ・ 無効・取消し（有償契約で、詐欺・脅迫の被害者を除く）と平仄を合わせるものであり、妥当である。
- ・ 原状回復の対象として、使用利益を含むか否かについては解釈に委ねるとしたことは、一律にこれを原状回復の対象とすることで、悪質な事業者のいわゆる「やり得」を助長する結果となることが想起されることがからすれば妥当である。

【反対】

長野弁、経営法友会、慶大、個人2名

- ・ 現行法の解釈で何ら問題ない。
- ・ 解除した場合の事後処理については、実務ではケースに応じて経済的合理性を踏まえた解決をしており、明文により「価格償還ルール」を原則とすると商慣習に応じた柔軟な解決が困難となり無用な紛争になりかねない。

【その他の意見】

- ・ 「果実」に使用利益が含まれるか否かを明確にすべきであるとの指摘もあったが、賛成意見が比較的多かった。（最高裁）
- ・ 無効の効果と同様、不当利得法について正面から議論することなく規定することの是非については慎重に検討すべきである。（沖縄弁法制委）
- ・ 「その価額」がどのようにして決まるのか検討を要する。（個人）

(5)について

【賛成】

東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、虎門、堂島、早大、ドイツ研、個人4名

- ・ 牽連性のある契約の原状回復に関する規律として妥当であるし、分かりやすい民法に資する。
- ・ 契約を解除することができる立場の者が、過分の価格償還義務を負うことになることを恐れて解除を断念することは妥当ではないから、解除権者の負う価格償還を限定すべきである。
- ・ 契約を解除する者の償還義務が自己の給付した、あるいは給付すべき価額の限度に限られるとするのは、解除権行使者が解除によって不測の損害を受けることを回避する趣旨であるから、返還すべき目的物の価額が現に解除権行使者の下に存続している場合には、その利益を返還させることに支障はない。
- ・ 無効・取消し（有償契約で、詐欺・脅迫の被害者を除く）と平仄を合わせるもので、妥当である。

【(注) に賛成】

チェーンストア協

- ・ 反対給付額を超える利益を返還させる必要はない。

【反対】

一弁、濱口他、長野弁、経営法友会、慶大、個人2名

- ・ 現行法の解釈で何ら問題ない。
- ・ 原状回復義務の具体的内容を定める一般的規定を明記した場合には、明文にない解釈論を新たに行うことが必要になる等、原状回復ルールの特文化により、かえって混乱を増幅させることになると考えられる。
- ・ 返還できない原因により、償還義務の範囲が異なるべきと考える。例えば瑕疵ある品が引き渡されたため、瑕疵のない品の引渡しを請求したが履行なく結局解除したような場合には、「いずれか少ない額」を限度とするのではどうか。
- ・ 「相手方の債務不履行」という文言による場合、相手方の帰責事由による不履行に限定され、相手方の帰責事由によらない不履行は含まれないと解されるが、相手方の帰責事由によらない不履行についても、(4)ではなく(5)によって処理するのが相当である。

【その他の意見】

- ・ 仮に債務者に帰責事由がなくても債務不履行解除をできるようにする方向で検討するのであれば、相手方の債務不履行により契約の解除をした者であるか否かによって返還の範囲を変える必要はなくなるのではないかと指摘があった。(最高裁)
- ・ 帰責事由のない相手方への解除の場合にも本規定の適用があるようにも読めてしまいが、解除当事者間の公平を欠くこととなって妥当ではない(この場合、いずれにも落ち度がない)。相手方の帰責事由がある場合のみの適用が前提であれば賛成である。(大分弁)
- ・ どのような場合に意味を持つのか、不都合が生じる場合がないか、更に検討する必要がある。(日弁連、二弁)
- ・ 無効の効果と同様に、不当利得法について正面から議論することなく規定することの是非については慎重に検討すべきである。(沖縄弁法制委)
- ・ このような特殊な状況について規定をおく必要があるのか疑問である。(立大)
- ・ 「給付を受けたものの価額の償還義務」のみを定めているが、(4)に定める「それから生じた果実」の償還義務は規定しておらず、それについては(5)の制限はかからないという理解でよいのか。落ち度のない償還義務者が解除権を行使することを躊躇しないための規律ということであれば、「給付を受けたものの価額の償還義務」と「それから生じた果実」の償還義務を区別する合理性はどこにあるのか、明らかにすべできある。(長島大野常松)
- ・ 価額の償還義務の限度は「自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価額」とすべきである。価額償還義務の上限として、「自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価額」よりも「現に受けている利益」が大きい場合、後者を上限とすることは妥当ではない。(日司連)

- ・ 「多い額」となっているが、なぜ相手方が不履行を起こしているのに「多い額」の返還義務が発生するのか疑問である。(個人)

(6)について

【賛成】

最高裁（多数）、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、虎門、二弁、堂島、大分弁、日司連、ドイツ研、個人3名

- ・ 現行法を維持するものであり、分かりやすい民法に資する。
- ・ 一連の提案はあくまで原状回復を規律するものであり、それ以外に違法行為があった場合は、損害賠償による適切な調整が不可欠だから、注意的に定める意義がある。

【反対】

長野弁、個人2名

4 解除権の消滅（民法第547条及び第548条関係）

- (1) 民法第547条の規定は、解除権を有する者の履行請求権につき履行請求権の限界事由があり、かつ、履行に代わる損害賠償につき前記第10、1(2)の免責事由があるときは、適用しないものとする。

- (2) 民法第548条を削除するものとする。

(注) 上記(1)については、規定を設けないという考え方がある。

(1)について

【賛成】

沖縄弁法制委、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、堂島、大分弁、ドイツ研、個人2名

- ・ 填補賠償ができない場合に、解除権が喪失すると、解除権者は自らの債務のみを履行しなければならないこととなり、妥当ではない。
- ・ 解除に帰責事由を求めない立場を前提とする場合には、解除権者が解除も損害賠償もすることができなくなる場合を認めることは妥当ではない。
- ・ 不能によって債務の履行を免れた当事者に催告によって解除権を消滅させる手段を提供する必要はない。解除と危険負担については併存説に立つべきであるが、それでも無用の混乱を避けるため、適用を除外した方がよい。

【反対（注に賛成）】

東弁、広島弁、慶大、長野弁、愛知弁司法制度調査委、二弁、札幌弁、日司連、個人4名

- ・ 解除の要件としての帰責事由は不要であるが、解除を受けるべき当事者の法的地位の安定を図る趣旨からは、このような規定を置くべきではない。
- ・ 債務者に帰責性がないときでも解除を認める立場にたったとしても、相手方から

の催告を受けてもなお解除権を行使しない場合に解除権が消滅するのであるから、必ずしも債権者に酷ではないと思われる。また、債務者に帰責性がないときは解除することができないという考え方に立てば、この条項は不要である。

- ・ 民法第547条の規定は解除権一般に関するものであり、同法第534条との関係で論ずべきものではない。
- ・ 債務者に一定の免責事由がある場合には債権者からの契約の解除を認めるべきではなく、このような場合に契約の解除を認めない以上、解除権の消滅についての規定を設ける必要は特段ない。
- ・ 催告期間に解除すれば買主は不利益を免れることができるので、提案のような修正は不要である。また、買主が解除権を失っても同時履行の抗弁権があるので買主が履行を受けられずに代金を支払うという事態は生じない。
- ・ 債権者には催告を受けて解除するかしないかを定める権利があるのだから、解除しないことを選んで損をしたとしても、それは致し方ない。(個人)

【その他の意見】

- ・ 危険負担を廃止したことによる調整的条文であるが、このような条文をおくのなら危険負担を残しておいた方がよい。(立大)
- ・ 危険負担制度を廃止する提案に反対する立場からの反対意見があったほか、提案によると解除権がいつまでも消滅しない不安定な状態が生ずることになるが、催告期間内に解除権の行使をしなかった債権者をそこまで保護する必要があるのか疑問があるとの指摘も複数あった。(最高裁)
- ・ (1)の場合については、催告期間中に解除しない旨の意思表示がされた場合を除いて、催告期間の経過によって解除したものとみなすという効果を擬制してはどうか。(早大、個人)

(2)について

【賛成】

最高裁(比較的多数)、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、二弁、日司連、ドイツ研、個人3名

- ・ 契約の目的物の引渡しを受けた者がこれに加工等を加えることは一般的なことであり、加工等をすれば直ちに解除権が消失することには合理性がない。
- ・ 加工等を前提とした目的物もあり、買主が瑕疵の存在を知らないで加工等することがありうるので、民法第548条の規定は実情に合わない。解除を認めても価額返還によって相手方の保護を図ることは可能である。
- ・ 現行の民法第548条自体が分かりにくく、かつ、このような場合であっても、目的物の価額返還による原状回復で処理をすれば足り、同条を存置して解除権を否定するまでの必要はない。
- ・ 現行民法第548条が想定する場面の不都合性は、中間試案第11、3(4)の価格償還によって広く対処しうる。

【反対】

札幌弁、長野弁、堂島、大分弁、経営法友会、慶大、早大、個人4名

- ・ 解除権を有する者が、その解除原因を認識しつつ、故意に目的物を滅失・損傷させ、あるいは加工・改造・譲渡するなどにより原物返還を不可能とする行為を行った場合には、無効・取消しにおける法定追認と類似する状況にあり、もはや解除権の行使を認める必要はないというべきである。
- ・ 原則として現行法の内容を維持した上で、解除権者が、加工又は改造のときに解除権があること（瑕疵があること）を知らなかった場合など、適切な要件を満たす場合に限り、解除権が消滅しないものとすべきである。
- ・ 故意・過失で滅失等させた場合に、解除を認める必要はない。原状回復請求権により処理するとしても、實際上、解除された側からの損害額の立証が困難となる可能性が高く、酷な結果となる可能性があるほか（特に帰責性を問わない法制度では）、目的物が引き渡され、相手方の下で滅失毀損しても、解除の可能性が残存することになり、被解除者の地位が不安定となる。
- ・ 被害の救済は損害賠償を本筋とすべきで、解除を本筋とすべきではない。解除できなくても、賠償請求ができれば問題ない。

第12 危険負担

1 危険負担に関する規定の削除（民法第534条ほか関係）

民法第534条、第535条及び第536条第1項を削除するものとする。

（注）民法第536条第1項を維持するという考え方がある。

民法第534条について

【賛成】

沖縄弁法制委、広島弁、札幌弁、濱口他、大阪弁、平田総合、虎門、愛知弁司法制度調査委、東弁全期会、堂島、日司連、経営法友会、国際企業法務、三菱電機、早大、日大、ドイツ研、個人5名

- ・ 契約成立と同時に債権者が目的物の滅失・損傷の危険を負担することについて、合理性は認められない。
- ・ 履行不能による解除の要件としての債務者の帰責事由を不要とし、かつ、売買契約における危険移転の規定を別途明文化するのであれば、危険負担に関する規定の意義は、少なくなると思われる。
- ・ 民法第534条を削除し、売買の箇所において明文化すべきである。
- ・ 物権の設定又は移転を目的とする契約の目的物が滅失又は損傷した場合の危険の移転時期（債権者が目的物を実質的に支配した時とすべきである）に関する規定とすべきである。

【反対】

東弁、一弁、横浜弁、日弁連、長野弁、日弁連消費者委、二弁、大分弁、個人2名

- ・ 危険の移転時期が合理的なものとなるように、目的物に対する支配の移転を基準とするなどの見直しをして、危険負担制度を維持すべきである。

- ・ 売買の給付危険の移転時期に関するルールとして明文化するほか、契約各則のパートで契約類型ごとに明文化するとされているが、それで網羅されない場合も考えられ、総則的規定として存置すべきである。
- ・ 民法第534条は、同法第536条第1項の債務者主義を原則とした上での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の特則であり、かつ、「その物が債務者から債権者に引き渡された後に滅失又は損傷したときは、その滅失又は損傷は、債権者の負担に帰する」旨の規定に改めることによって、危険の移転時期を合理的な範囲に限定することができるので、そのような見直しをした上で存置すべきである。

【その他の意見】

- ・ 民法第534条の削除については、反対意見はあまりなかった。(最高裁)
- ・ 本規定は、物権の「移転」を目的とする売買契約のみならず、地上権や抵当権の「設定」についても規定するものであるばかりか、まさに契約における「給付危険の移転時期に関するルール」である以上は、契約総則に置くことが妥当である。(東弁)

民法第535条について

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、虎門、二弁、東弁全期会、大分弁、堂島、日司連、国際企業法務、三菱電機、早大、日大、ドイツ研、個人6名

- ・ 民法第534条に合理性が認められない以上、同条を受けた同法第535条第1項及び第2項は削除するのが相当である。同条第3項については、債務不履行の一般原則を適用すれば足りるものであり、削除が相当である。
- ・ 停止条件付双務契約について、契約の目的物が滅失した場合には債権者主義、損傷した場合には債務者主義を適用しているところ、目的物の滅失と損傷とで帰結を異にする合理性はないので、削除するのが妥当である。
- ・ 民法第534条の危険の移転時期を、滅失と毀損とを区別せずに支配可能性が移転した時点とすれば、同法第535条を維持する必要はない。

【反対】

横浜弁、長野弁、愛知弁司法制度調査委、経営法友会、個人1名

【その他の意見】

- ・ 民法第535条の削除については、反対意見はあまりなかった。(最高裁)

民法第536条第1項について

【賛成】

沖縄弁法制委、濱口他、大阪弁、平田総合、国際企業法務、三菱電機、日建連、経営法友会、ドイツ研、早大、個人4名

- ・ 債権者側に契約関係の解消と契約を存続させたまま代償請求をするなどの選択肢

が与えられること、解除に帰責事由を不要とする立場からは論理的に一貫すること、解除に意思表示を要するのが負担であるとの意見もあるがそれは意思表示を要する制度一般について言えることであること等から、解除一元化が相当である。

- ・ 債権者からすれば、解除制度と危険負担制度を併存させたほうが、選択肢の幅が広がるとの指摘もあるが、危険負担制度によらないと対価支払義務を免れることが難しいとの場面は実務上想定しにくい。
- ・ 民法第536条第1項の反対債務の帰すうについて、帰責事由を要しない債務不履行解除を認めることでよい（さらに黙示の解除を認めるのが適当である）。
- ・ 賃貸借契約、請負契約、委任契約、雇用契約など危険負担的な処理をすべき場面については、契約各則において個別のルールを定めれば足りる。また、実務的には、危険負担の適用場面であっても、解除の意思表示をしておくことがほとんどであるから、危険負担制度を廃止して解除制度に一元化したとしても、危険負担制度を廃止することによる実務への影響はほとんどない。
- ・ 債権者に解除権を認めることは、解除権者が自己の意思に従い、解除を選択するか、その他の救済手段を選択するかを決定することができることを意味するが、危険負担のように、契約の自動解消制度の存続を認めると、その効果は、解除権者側からだけではなく、債務者からも主張できることになり、この結果、解除権者の自由な選択が妨げられることになる。
- ・ 工事請負契約で使用している約款には、請負者が善管注意義務を果たしていれば、不可抗力による損害を発注者が負担する条項が規定されており、これらの約款の条項に則り処理が行われているため、債務者主義が採用されていない場面がほとんどである。

【反対（注に賛成）】

最高裁（多数）、一弁、日弁連、東弁全期会、仙台弁、堂島、広島弁、長野弁、日弁連消費者委、横浜弁、二弁、東弁、愛知弁司法制度調査委、大分弁、札幌弁、虎門、日司連、貿易会、経団連、チェーンストア協、慶大、日大、立大、個人4名

- ・ 危険負担を解除制度に一元化した場合には、相手方の所在・住所が不明である等、当該契約を解除する旨の通知を相手方に到達させることが不可能な場合もあり、このような場合にまで解除の意思表示を到達させなければ契約の拘束力から解放されないという結論は不当である。
- ・ 現行の危険負担制度（債務者主義）を廃止すべき立法事実は存在しない。また、危険負担という概念は実務上も深く定着している。
- ・ 危険負担を解除制度に一元化した場合には、解除をせずに契約関係を維持した上で代償請求権を行使する等により、解決が柔軟であるとの意見について、実務では、危険負担を主張できる場合でも、これを主張せず代償請求権を行使するなどの権利行使をしており問題はない。
- ・ 遡及効のない継続的契約関係では解除までの反対給付義務がどうなるか問題になる。すべて解除可能にしてそれに任せればよいわけではない。危険負担制度を廃止すべき実務の要請があるのか、特に問題となっていない規定な

ので廃止するというのでは十分ではない。

- ・ 帰責事由なく履行不能に陥った場合には、反対債務は自然消滅すると考えるのが一般的な理解であり、また、常に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、債務不履行解除と危険負担の両制度は併存させるべきである。
- ・ 解除に帰責事由を要求しないという立場を採用する場合に、危険負担制度と併存させるならば、両者の関係が不明となるとの批判があるが、単純に併存させ、当事者の主張の選択に委ねるということで何ら問題は生じない。
- ・ 現行民法第536条第1項は、双方の責めに帰することのできない事由によって債務を履行することができなくなった場合に、両債務が消滅するという民法の基本的な原則を表す意味を有するものであり、規律を維持すべきである。
- ・ 消費者と事業者との交渉力、情報及び法的知識の格差等により、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合が想定される。
- ・ 大震災や大災害が起こった場合に適用されうる条文である。
- ・ 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がある。
- ・ 不可抗力等の債務者に帰責事由のない履行不能のときは、従前どおり危険負担による処理が行われたとしても、一般国民の法感情に反するところもないし、実務上の不都合もない。続的給付を目的とする有償契約等、個別具体的な契約類型においては危険負担的な処理をすべき状況も多く存在すると考えられているのであれば、その適用の範囲の広さからして、第536条第1項と同旨の規定を総則的に規定した上で、個別具体的な契約類型において特則を定める方が立法として体系的であり、また簡明である。
- ・ 双務契約において、一方の債務が履行不能となり、その履行不能において債務者の責めに帰すべき事由がない場合には、債務者は債務を免れ、その債務は消滅することになるが、その場合、反対債務は当然に消滅することは、これまで実務で広く通用していたことである。債権者が常に解除をすることができるとは限らず、特に解除権が時効消滅することが限定された場合にせよあり得ることを考えると、債権者が反対債務の履行を求められる危険性が必ず回避できるわけではない。解除権の発生と危険負担とを必ずしも完全にすみ分けさせるべきではなく、それぞれを併存させるべきである。
- ・ 双務契約において、一方の債権が消滅すれば、他方の債権も消滅するというのは、きわめて常識的な法感情である。
- ・ 民法第536条第1項の削除については、反対意見が多かった。その主たる理由は、履行不能を理由とする解除の消極的要件として債務者の帰責性を要求すべきであるとの立場を前提として、解除と危険負担の競合は生じないので、危険負担の規定を存置する必要があるというものであるが、このほかにも、次のような指摘があった。

反対債権が当然消滅するという危険負担（民法第536条第1項）には、法律関

係を簡明かつ安定的に処理できる利点がある。概要には、民法536条1項「を適用して処理される実例が乏しく、判例等も少ないことが指摘されている」との記載があり、実際、訴訟において同項の適用を巡って紛争が生ずることは少ないが、それは、同項の規範の明確さ・有用性ゆえに訴訟に至らずに問題が解決されているからであると考えられ、同項を適用した裁判例が少ないことをもって、同項が使われていない（規範として機能していない）と考えるのは早計である。

災害、事故等によって意思表示の到達が容易でない場合には、危険負担の制度がなければ、債権者は、長期間にわたって自己の債務に拘束されることになるが、それは債権者に酷であり、素朴な法感情にも反する。そのほかに、解除の不可分性（民法544条）や解除権の消滅時効等の制約によって解除権を行使できない場合も生じ得るので、反対債権が当然消滅する危険負担の規定を存置することが望ましい。

一部不能が生じた場合、危険負担によれば、不能になった部分に対応して反対債権が縮減することになり、債務者は、履行が可能な部分については、反対給付を受けることができるが、解除による処理に委ねると、解除権が行使された場合には、債務者は、履行が可能な部分についても反対給付を受けることができなくなり、債務者に酷である。反対に、解除の規律次第では、債権者が、債権の一部の履行しか受けていないにもかかわらず、契約目的達成が妨げられないなどの理由により、解除をすることができず、反対給付を一切免れられないという債権者に酷な事例も生じ得る。この点について、補足説明144頁には、売買における代金減額請求の規定による処理が可能であるという趣旨の記載があるが、当該規定の準用の範囲は必ずしも明確ではなく、代金減額請求の規定によって全ての双務契約の処理が可能であるのか疑問である。

これと同様に、継続的契約において、給付の一部が不能になったときに、契約全体が解除されない限りは、不能となった給付の反対給付が消滅しないことにもなりかねず、硬直的な処理を迫られるおそれもある。

今回の提案では、危険負担的な処理をすることが望ましい場合については、契約各論において、個別に規定を設けることとされているが、非典型契約の扱いを巡って疑義が生ずることになるので、契約総論に危険負担の規定を残した方が望ましい。例えば、労働関係においては、労働者及び使用者のいずれの責めに帰すべき事由にもよらずに労働義務の履行が不能になった場合には、民法第536条第1項により賃金請求権が消滅するという判例法理（最二小判昭和62年7月17日民集41巻5号1283頁）が定着しているところ、雇用契約に民法第536条第1項と同趣旨の規定を設けるだけでは、近年増加傾向にある多様な労務契約に対応できない。

- ・ 解除には帰責事由を必要とすると考えため、不可抗力による履行不能が生じた場合にまで解除を認めるべきではなく、この場合は危険負担により処理すべきである。

【その他の意見】

- ・ 現在においても、債務者に不履行がある場合、債務者の帰責事由の有無を問わず債権者は明示又は黙示的に契約の解除手続をしているのであるから、危険負担の規

定がそれほど機能しているとは思われない。危険負担の廃止に反対しない。(福岡弁)

- ・ 危険負担による反対債務の当然消滅という理論に問題があるのであれば、これを履行拒絶の抗弁権として構成すれば足りるのであって、あえて民法第536条第1項そのものを廃止する必要はない。(東弁)
- ・ 契約の履行を不能にするような事件の発生により履行ができなくなった場合、双務契約の性質上もう一方の債務も自動的に解消させるか、相手方に解消を認めるかの権利が認められるべきである。(個人)

2 債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合の解除権の制限（民法第536条第2項関係）

- (1) 債務者がその債務を履行しない場合において、その不履行が契約の趣旨に照らして債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、契約の解除をすることができないものとする。
- (2) 上記(1)により債権者が契約の解除をすることができない場合には、債務者は、履行請求権の限界事由があることにより自己の債務を免れるときであっても、反対給付の請求をすることができるものとする。この場合において、債務者は、自己の債務を免れたことにより利益を得たときは、それを債権者に償還しなければならないものとする。

(1)について

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、東弁全期会、堂島、慶大、ドイツ研、個人3名

- ・ 債権者の責めに帰すべき事由により履行不能に陥った場合に債権者をして契約の拘束力から解放せしめるのは妥当ではない。
- ・ 債権者に帰責事由がある場合に、解除により反対給付を請求できないとすることは相当ではない。
- ・ 現行民法第536条第2項の規律内容を実質的に維持する規定である。

条件付き賛成

- ・ 「契約の性質・目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき、取引通念を考慮して定まる当該契約の趣旨に照らして」という文言とするのであれば、賛成する。

【反対】

札幌弁、長野弁、二弁、大分弁、個人2名

- ・ 解除一元論ではなく、解除及び危険負担の両制度が併存することを前提とした規律を設けるべきである。
- ・ 解除の要件から帰責事由を除外すべきではないから、これを除外することを前提とした提案には賛成できない。

【その他の意見】

- ・ 債務者に帰責事由がない場合にも債務不履行解除を認める提案に反対する立場か

らの反対意見が複数あったほか、「契約の趣旨に照らして」との文言を加えると、考慮要素を限定することになるのではないかとの指摘（前記第10の1(2)参照）も複数あった。（最高裁）

- ・ 解除一元化の考え方は妥当でないため、不要な規定である。（広島弁）
- ・ 内容に異論はないが、提案は危険負担の存否に関わる。（立大）
- ・ 危険負担と解除を単純併存させる立場では、解除の問題だから、規定場所を解除の項にすべきである。（堂島）
- ・ 債権者と債務者の双方に帰責事由がある場合には、債権者は解除することができるのか不明確である。（西川シドリー）
- ・ この規定自体からは解除権を制限する論理が自明でなく、「危険負担」の項目中に存する限り、その体系的な位置づけが不明瞭なままであるとの意見があった。（日大）

(2)について

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、広島弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、日弁連消費者委、愛知弁司法制度調査委、東弁全期会、堂島、慶大、ドイツ研、個人3名

- ・ 民法第536条第2項を実質的に維持するものである。
- ・ 民法第536条第2項は、主に労働事件（不当解雇による未払賃金請求等）において、重要な役割を果たしており、同項を維持すべきことは当然である。
- ・ 履行不能と同一原因で得た利益を債務者の下にとどめることもまた債務者を過剰に利することになり妥当ではない。

条件付き賛成

- ・ 「契約の性質・目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき、取引通念を考慮して定まる当該契約の趣旨に照らして」という文言とするのであれば、賛成する。

【反対】

札幌弁、長野弁、二弁、大分弁、個人2名

- ・ 民法第536条第2項の実質的な規律を維持するとともに、解除一元論ではなく、解除及び危険負担の両制度が併存することを前提とした規律を設けるべきである。
- ・ 解除の要件から帰責事由を除外すべきではないから、これを除外することを前提とした提案には賛成できない。

【その他の意見】

- ・ 「履行請求権の限界事由」という表現は、わかりにくく、その内容とされている「履行の全部が不能となったとき」を意味すると読み取ることができない。（広島弁）
- ・ 履行義務を免れた者が、その結果、他の行為を行うことによって利益を受けることができたにかかわらず、その利益取得を怠ったときには、得ることができたはずの利益分についても控除が認められるべきである。（早大、個人）
- ・ 現行民法第536条第2項後段を維持する方向性には賛成するが、「履行請求権の限界事由が生じたことにより自己の債務を免れるとき」の部分については、従前どおり「債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行できなくなったときであつ

ても」とすべきである。(日司連)

第13 受領（受取）遅滞

民法第413条の規律を次のように改めるものとする。

債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができないときは、履行の提供があった時から、次の効果が生ずるものとする。

ア 増加した履行の費用は、債権者が負担するものとする。

イ 債権の内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しまで、前記第8、1の区分に従い、それぞれ前記第8、1よりも軽減される保存義務を負うものとする。

(注) 前記第8、1で民法第400条の規律を維持することとする場合には、上記イにつき「自己の財産に対するのと同じの注意」をもって保存する義務を負う旨を定めるという考え方がある。

柱書きについて

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、濱口他、早大

- ・ 民法第413条は「遅滞の責任を負う」とのみ規定し、具体的な効果を条文から読み取ることができないものであり、概ね争いのない内容については明文化することが相当である。
- ・ ア、イに加えて、ウとして、「受領遅滞によって、目的物滅失等の危険が債権者に移転する」旨の効果を明文化するのが妥当である。

【その他の意見】

- ・ 予めどのような場合に責任を負うのかの予見可能性を担保するためにこの受領遅滞の法的性質や債権者側の落ち度、過失等が要件となるのかを明確にする必要がある。(経営法友会)
- ・ 内容自体は問題ないとして、売買の箇所で規定されている受取義務（中間試案第35、10のア）を前提に規定されているのかどうか不明である。(立大)
- ・ 受領遅滞の規律を明確化するにあたっては、その前提要件たる債務者による債務の履行が債務の本旨に従った履行の提供であることを条文上明確にするべきである。(サービサー協)
- ・ 引取りについては売買契約について規定し、損害賠償や解除もそこで規定し、有償契約に準用し、受領遅滞として一般規定としてこのような規定を置くのは、現行の民法第413条よりはよい。責任の内容が不明であるからである。(慶大)
- ・ 「受領」に承認といった意思的要素が含まれないことを明確にすべきである。(全中)
- ・ 情報サービス取引の過程においては、履行の完成に債権者の能動的な行為が不可欠であるが、債務者の履行提供の後、債務者における履行の費用（下請負人への支払等）が著しく増大することも散見されることから、受領遅滞の効果（増加費用の

債権者負担)が生ずるような規定を検討すべきである。(情報サービス協)

- ・ 「履行の提供」の定義を設けるべきである。(個人)

アについて

【賛成】

最高裁(多数)、沖縄弁法制委、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁司法制度調査委、二弁、東弁全期会、堂島、日司連、日大、三菱電機、ドイツ研、個人3名

- ・ 一般的な理解を明文化するものであり、分かり易い民法に資する。
- ・ 増加した費用の負担が受領遅滞の効果として認められることは、解釈として確立したものである。

【反対】

濱口他、長野弁、個人2名

- ・ 債権一般について受領遅滞の効果を定める必要はなく、弁済提供の効果として定めるべきであり、増加費用の負担は、弁済提供の効果とすべきである。

【その他の意見】

- ・ 増加費用の負担について、債権者がおよそ想定していない費用を支払う義務が発生することのないよう、損害賠償の範囲と同じようにその範囲を相当な範囲内に限定する必要がある。(経営法友会)
- ・ 「増加した履行の費用」に含まれない債務者の不利益は、債権者の受取義務を前提とした損害賠償請求が認められるはずであるが、どのような場合に債権者が受取義務を負うかについて検討すべきである。また、債権者の受領遅滞の結果として債務者の物の保管に要する費用が増加した場合に、必ずしもアの「増加した履行費用」に含まれるわけではないから、この点も検討すべきである。(早大)
- ・ 増加した履行費用は、債権者の負担とするとされているが、引渡しまでの保管費用の増加、目的物の価値を維持するために必要となった費用等については、厳密には履行費用の増加とはいえないものの、現行民法第485条ただし書の趣旨から、解釈論によって債権者負担とされてきたものであるから、その趣旨の規定を置くべきである(個人)。
- ・ 「増加した履行の費用」とあるが、「引渡し物を保管する費用」は通常「履行の費用」とは言わないため、債権者に負担させられなくなるのか不明である。「受領遅滞により債務者に発生した費用は」とすべきである。(個人)

イについて

【賛成】

東弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁司法制度調査委、東弁全期会、堂島、三菱電機、日大、ドイツ研、個人3名

- ・ 学説上認められる受領遅滞の効果であるから、民法に明記するのが妥当であり、分かり易い民法に資する。

【反対】

長野弁、個人2名

【(注)に賛成】

沖縄弁法制委、日弁連消費者委、二弁、濱口他、日司連、改めて見直す会、貿易会、アトリウム

- ・ 「第8、1よりも軽減される保存義務を負うものとする」では、その保存義務の程度が極めて曖昧であり、どの程度義務が軽減されているのかがわからない。
- ・ (注)の考え方は、一般的な解釈、判例である。
- ・ 「自己の財産に対するのと同じの注意」であれば、既に判例等の蓄積もあり、一定の基準となりうる。
- ・ 債権一般について受領遅滞の効果を定める必要はなく、弁済提供の効果として定めるべきであり、注意義務の軽減は、弁済提供の効果として定めるべきである。

【その他の意見】

- ・ 民法第400条の規律を維持すべきであるとの立場からの反対意見が複数あったほか、軽減された保存義務の内容及び程度を明確に規定すべきであるとの指摘もあった。(最高裁)
- ・ 契約の趣旨に適合する保存義務が緩和された場合の基準については、「別段の合意がない限り、自己の財産に対するのと同じの注意で足りる」旨を規定するのが妥当である。(東弁)
- ・ 債権者が増加費用を負担するのであれば、一律に債務者の責任を軽減する必要はない。費用を誰がどの範囲で負担するのかと合わせて、保管義務のあり方について総合的に規律すべきである。(経営法友会)
- ・ 債務者が当初から自己の財産におけるのと同じの注意義務を負う場合において、債権者に受領遅滞があったとき、本文イにより、債務者の注意義務は軽減されることになるか、債務者が当初から重過失についてのみ責任を負うと解される場合に、本文イより、債務者の責任は軽減されることになるかを、明確にすべきである。(早大)
- ・ 第8、1の「当該契約の趣旨に適合する方法」の程度が不明であり、そこから軽減される幅がどのくらいなのか実務において混乱するおそれがあるため、その点を明確化すべく文言の検討をすべきである。(三菱電機、ファンの会、個人)
- ・ 保存義務の程度と引渡債務の免責事由が認められるかどうかを切り離して考えるという立場を貫くのであれば、ここでの問題は、受領遅滞後に、どのような範囲で免責が認められるかという問題として再構成されるべきではないか。(個人)

第14 債権者代位権

【全体に対する意見】

- ・ 責任財産の保全を目的としない債権者代位権については規定で明確化すべきであり、事実上の優先弁済を認めるかについてはさらに慎重な検討をすべきである。(長野弁)

- ・ 無資力の債務者の財産の管理処分権が一定の制約を受けることに加え、債務者や第三債務者のための手続保障が奪われるという問題点を考慮すると、中間試案にはおおむね賛成できる。(長島大野常松)
- ・ 中間試案に改正されると、労働者側は労働債権回収のために債権者代位権を活用することができなくなるとして、反対する意見がある一方、総債権者の責任財産の保全をするという債権者代位権の制度趣旨から見れば、従前の解釈・運用は、法の整合性から問題があることも事実であり、労働債権の確保は、本来は先取特権によって優先債権として保護することを通じて確保されるべきであるとの意見もある。さらに検討すべきである。(労働弁)
- ・ 中間試案に改正されると、「債権者代位」は事実上、労働債権の迅速な回収の手段として活用困難な制度となり、結果として労働債権の回収が阻害され、労働者保護を後退させることになることが懸念される。(U Aゼンセン、連合)
- ・ 中間試案の規定があまりにも詳細すぎて、債権者代位権の本来的效果に関してあるべき姿を表現していないように思われる。その結果として、直接訴権の論点と考えられる論点が代位権の規定に入り込んでしまっている。(個人)

1 責任財産の保全を目的とする債権者代位権

- (1) 債権者は、自己の債権を保全するため必要があるときは、債務者に属する権利を行使することができるものとする。
- (2) 債権者は、被保全債権の期限が到来しない間は、保存行為を除き、上記(1)の権利の行使をすることができないものとする。
- (3) 次のいずれかに該当する場合には、債権者は、上記(1)の権利の行使をすることができないものとする。
 - ア 当該権利が債務者の一身に専属するものである場合
 - イ 当該権利が差押えの禁止されたものである場合
 - ウ 被保全債権が強制執行によって実現することのできないものである場合
 (注) 上記(1)については、債務者の無資力を要件として明記するという考え方がある。

(1)について

【賛成】

最高裁(多数)、沖縄弁法制委、東弁、一弁、広島弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、虎門、堂島、日司連、改正研、日大、個人5名

- ・ 債務者の有する取消権等の行使や時効中断のための行為等は、執行・保全によって代替することができないため、執行準備のための補完的制度として本来型の債権者代位権を存続させる意義がある。
- ・ 無資力要件を規定することが本来望ましいと考えるが、無資力要件と保全の必要性の関係(並列なのか、上下なのか)についての議論が錯綜しているため、現行民法を維持することもやむを得ない。

- ・ 債権者代位権制度は、債務者が無資力状態であるにもかかわらず債務者が第三債務者に対して権利行使をしようとし不在の場合において、債権者が自らの債権を保全するために行うことができる制度として位置づけられるべきである。
- ・ 債務者の無資力については、保全の必要性の判断の考慮要素とすれば足りる。
- ・ 債務者の「無資力」を条文化することは困難であるし、倒産法との関係からも「無資力」要件は明文化すべきでない。
- ・ 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。
- ・ 登記申請権の代位行使や保存行為等、被代位権利の種類、被保全債権と被代位権利の関連性によっては、債務者の無資力要件を要求するのは債権者の負担が過大となる場合も考えられる。また、無資力要件を厳密に要求すると、その立証の困難性から事実上債権者代位権の行使ができなくなることも考えられる。

【(注) に賛成】

札幌弁、福岡弁、アンダーソン毛利友常、二弁、改めて見直す会、大阪書士、経団連、損保協、電情産協、慶大、個人1名

- ・ 債務者の権利を債権者が代位行使できるのは債務者が無資力であるからというのが判例法理であるから、無資力が要件となることを明記すべきである。
- ・ 債権者代位権は、債務者の財産管理に干渉するという大きな権能であるから、その介入根拠として債務者が無資力であることは、当然の前提である。
- ・ 債権者代位の要件をより明確なものとすることによって、例えば債務者が自らの保険契約について有する解除権を債権者が代位行使し、保険会社に対して解約返戻金の支払を請求する場面における権利義務関係が明確となるなど、取引実務の円滑化に資する。

【反対】

個人1名

【その他の意見】

- ・ 「責任財産の保全を目的とするもの」と「責任財産の保全を目的としないもの」とに分けることや、「責任財産の保全を目的としない」ものをも規定することに賛成する。(早大、個人)
- ・ 無資力要件の明文化については、転用型の債権者代位権について仮に規定を設ける方向で検討するのであれば本来型について無資力要件を明文化すべきであるとの意見と、無資力の内容を適切に定めることは困難であるとの意見とに分かれた。(最高裁)
- ・ 登記実務上、代位権限の証明にあたっては、単に債権の存否を証する情報を提供すれば足りるとされており、積極的に債務者が無資力であることを証明することは必要とされていない。被保全債権が登記申請権である場合には、無資力を要件とすべきではない。(静岡書士、大阪書士)
- ・ 「自己の債権を保全するため必要があるとき」が(概要)に記載の通り保全の必

要件があることを要する旨明確にする趣旨である範囲で賛成する。本来型において、判例で確立された無資力要件を否定する理由がない。また、本来型の債権者代位権から債権回収機能を奪うという改正には反対すること、債権者代位権が債務者に属する権利の行使に関与する権利であることから、債権者代位権の行使には適切な要件を設けるべきであると考え。責任財産の保全が目的であることと、債権回収機能が有用であることとは別次元の話であり、慎重に検討すべきである。(東弁全期会)

- ・ 振り込め詐欺の被害者に対して振込先口座の預金に対する債権者代位権の行使を認めた判決(東京地判平成17年3月30日)があるが、「無資力」を明記するとこれができなくなってしまう。また、債務者行方不明の場合等も無資力は不要というべきであり、「債務者の無資力その他の事由により自己の債権を保全するため必要があるときは」のようにすべきである。(個人)

(2)について

【賛成】

最高裁(多数)、沖縄弁法制委、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、平田総合、愛知弁、二弁、堂島、日司連、日大、個人3名

- ・ 裁判上の代位については、実務上利用例が乏しい。
- ・ 強制執行の準備のための補完的制度として位置付けるべきものであり、強制執行をすることができない段階で保存行為以外に権利行使を認めるべきではない。
- ・ この要件が欠ければ、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。

【反対】

大阪弁、埼玉青年書士、個人2名

- ・ 民事保全においては被保全債権の履行期が到来していることは要件ではないことから、これを補うための制度である本来型の債権者代位権において、民事保全よりも要件を加重することは不適切である。
- ・ 被代位債権及び被保全債権が登記手続を求める権利である場合、裁判上の代位を認めるべきである。

【その他の意見】

- ・ 形成権の消滅時効期間の満了を阻止するために、期限未到来の債権であっても代位権行使を認める必要があるのではないか。この場合に、保存行為の例外を認めるために、裁判上の代位を存置する必要があるのではないか。(個人)

(3)について

【賛成】

最高裁(多数)、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、堂島、日司連、日大、個人3名

- ・ 解釈上、債権者代位権を行使することができないとされる類型であり、特段異存

はない。

- ・ 強制執行の準備のための補完的制度として位置付けるべきものであり、執行力・強制力を有しない権利のために用いることができないことは当然である。
- ・ 判例等を明文化するものとして、分かりやすい民法に資する。

【反対】

個人2名

【その他の意見】

- ・ 「債務者の一身に専属する権利」という表現は分かりにくいので、「その権利を行使するか否かについて債務者の意思を尊重し、債務者以外の者が行使することが相当ではない権利」とすべきである。（福岡弁）

2 代位行使の範囲

債権者は、前記1の代位行使をする場合において、その代位行使に係る権利の全部を行使することができるものとする。この場合において、当該権利の価額が被保全債権の額を超えるときは、債権者は、当該権利以外の債務者の権利を行使することができないものとする。

（注）被代位権利の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定するという考え方がある。

【賛成】

一弁、札幌弁、平田総合、大阪弁、堂島、早大、日大、阪大、個人2名

- ・ 事実上の優先弁済を原則として禁止するのであれば、全部の権利を代位行使させても弊害はない。
- ・ 被代位権利の分割行使を認めるべきではなく、かつ、民事執行法第146条第1項等と整合させるべきである。
- ・ 事実上の優先弁済を否定する立場からすると、債務者の責任財産保全という制度趣旨から考えて、被代位権利の行使ができる範囲を限定すべきではない。
- ・ 代位債権者が債務者の第三債務者に対する債権の一部を行使するとすると、第三債務者は代位債権者と債務者とに分けて弁済するなど複雑な対応を求められることになるので、全部行使できるとすることに賛成する。

【反対（注に賛成）】

最高裁（複数）、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、横浜弁、東弁全期会、愛知弁、二弁、仙台弁、濱口他、自由法曹団、日司連、慶大、個人3名

- ・ 債権者代位権制度は、債権者が自らの債権を保全するために行うことができる制度として位置づけられるべきであり、債権者自らの債権を保全する範囲で債務者の権利行使ができると考えることが妥当である。
- ・ 代位債権者による相殺を禁止しない考え方（後記3の（注2）の考え方）を前提として、（注）の考え方に賛成する意見が複数あった。その他、次のような指摘をして（注）の考え方に賛成する意見があった。債権差押えについては、手続が法定さ

れており、剰余金の扱い等も明確であるが、債権者代位権については、代位債権者が受領した金銭の処理が明確に定められてはおらず、両者を同等に扱うことが相当であるとはいえない。被保全権利の額を超えた権利行使を認めると、代位債権者が受領した金銭を費消する等の悪用が行われるおそれがあり、その場合、金銭を費消した代位債権者の無資力のリスクを債務者や他の債権者が負担することになるが、そのことは相当でない。競合する債権者が現れる可能性が低く、被保全権利の範囲を超えて他人の権利に介入することを認める必要性が高いとはいえない。

- ・ 債権者代位権行使後の配当手続が整備されているものではないから、被保全権利を超えて行使をするまでの介入を認めるべきではなく、債権者代位権は被保全権利の範囲内でのみ行使できるものとすべきである。
- ・ 債権者代位権について、相殺による債権回収を一定の制限の下で認める考え方に立つので、その行使範囲は、被保全債権の額に限られるべきである。
- ・ 代位行使の範囲を広げると、被保全債権の額の範囲を超える金銭の取扱い（誰に返すのか、いつ、どのような方法で返すのか等）に関する規律が必要になり、制度が複雑になるし、代位債権者が、引渡しを受けた金銭を預かり保管中に費消・隠匿したり、破産したりした場合に、債務者や他の債権者にとって不都合が大きいといった問題も生じる。
- ・ 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。
- ・ 代位債権者が被保全債権の額を超える金銭の引渡しを直接請求できることになると、当該金銭は、一旦は代位債権者の一般財産に混入するので、代位債権者の債権者が当該金銭に対して強制執行等を行うことが可能になる。そうすると、債務者あるいは他の債権者の犠牲の下に代位債権者の債権者が利得することになり、妥当でない。
- ・ 債権者代位権の事実上の優先弁済機能は一定程度維持すべきであり、そうである以上、代位債権者が被代位権利の債権全額を代位行使できるとすると不当な結論を招き、あるいは事後処理が複雑になる等の弊害が考えられる。
- ・ 判例を前提としつつ、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こと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。

【その他の意見】

- ・ 消滅時効にかかりそうな権利について時効中断するような場合には、代位債権者の債権額にかかわらず権利行使を認めても問題は生じないであろうが、代位債権者に対する直接引渡しを求める場合には、裁判所を通さない権利行使であることを考えれば、代位債権者の債権額に限定すべきである。（福岡弁）
- ・ 代位債権者が自己への直接給付を求める場合には、被代位権利の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定すべきである。（日弁連）
- ・ 被保全債権の額にかかわらず、被代位権利の全部を行使することができるとされることから、ごく少額の被保全債権をもって、多額の被代位権利を代位行使して

第三債務者から直接の弁済を受け、返還義務を履行せずにそのまま被代位権利の目的を領得するような濫用事例が出ることも懸念される。(TMI)

- ・ 代位行使に係る権利の全部の行使を認めるべきか、それとも被保全債権の額の限度でのみ行使を認めるべきかについては、被保全債権や被代位権利の内容により様々な代位行使の場面が考えられ、これを一律に決めることは困難であるから、解釈に委ねるべきである。(日司連)
- ・ 後記3の相殺禁止には反対であるが、仮に相殺を禁止された場合には債権執行を行うことになる。その場合には他の債権者が参加することもあるし、それだけではなく、優先弁済がある租税債権が参加する可能性があるから、全て制限なく代位を認めるべきである。(改めて見直す会)
- ・ 責任財産の保全という性格をより強調し、かつ、受領した金銭について相殺が認められないとする考え方をとるときは、被保全債権の範囲に限定する必然性はないと考えられる。(個人)
- ・ 改正案では代位行使した後の返還債務との相殺を禁止するのであるから、被保全債権の額に限定されるべきではなく、「必要性」が認められれば、被保全債権の額を超えて代位行使しても問題ない。(個人)

3 代位行使の方法等

(1) 債権者は、前記1の代位行使をする場合において、その代位行使に係る権利が金銭その他の物の引渡しを求めるものであるときは、その物を自己に対して引き渡すことを求めることができるものとする。この場合において、相手方が債権者に対して金銭その他の物を引き渡したときは、代位行使に係る権利は、これによって消滅するものとする。

(2) 上記(1)により相手方が債権者に対して金銭その他の物を引き渡したときは、債権者は、その金銭その他の物を債務者に対して返還しなければならないものとする。この場合において、債権者は、その返還に係る債務を受働債権とする相殺をすることができないものとする。

(注1) 上記(1)については、代位債権者による直接の引渡請求を認めない旨の規定を設けるという考え方がある。

(注2) 上記(2)については、規定を設けない(相殺を禁止しない)という考え方がある。

(1)について

【賛成】

最高裁(多数)、沖縄弁法制委、東弁、一弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、アンダーソン毛利友常、愛知弁、虎門、二弁、堂島、日司連、大阪書士、全銀協、早大、慶大、日大、個人3名

- ・ 責任財産保全の確実性等の観点から、自己への直接の引渡しを求めることを可能とすべきである(債務者が受領しなかったり、受領して費消・隠匿したりしてしま

えば、債権者代位権を行使する意義がなくなる。

- ・ 判例法理を明文化するものであり、異論はない。
- ・ 債権者代位権制度は、債務者が権利行使をしていない場合に行使をするものであり、債権者自らに対して引渡しを求められる制度とする必要がある。
- ・ 直接的な債権回収制度を否定し、執行準備のための責任財産保全の制度とすると、責任財産を保全して執行を準備するために直接給付は認め、他方で事実上の優先弁済を否定するために相殺は禁止すべきである。
- ・ 債権者代位権における事実上の優先弁済機能を原則として否定する前提に立つ場合でも、あらかじめ直接給付を受けることによりその後の債権執行手続での確実な被保全債権の回収に資する点において有用といえることから、直接の引渡請求は認められるべきである。
- ・ 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、妥当でない。
- ・ 債務者から相殺の意思表示を受けられれば簡易な被保全債権の回収に資する。
- ・ 第三債務者の倒産リスクを踏まえると、債権者が管理すべきである。
- ・ 代位債権者への直接の引渡しを認めた場合、第三債務者の債務が消滅し第三債務者が履行の負担から免れることは当然の帰結であり、第三債務者の地位の明確化の観点から、これを明文化すべきである。

【反対（注1に賛成）】

個人3名

- ・ 債権者に代位して権利を行使するもので、特別の方法は必要ない。物の引渡しという一部状況を原則であるかのように記載することも整合性を失う。

【その他の意見】

- ・ 代位権者への直接の引渡しを否定することは、事実上の優先弁済を否定することでもある。事実上の優先弁済を認めないと、債権者代位権の実効性が薄れ、制度の存在自体による抑止効果が薄れることにもつながる。（全銀協）
- ・ 債権者が被代位権利全額について直接の引渡しを受けることができるとすると、直接の引渡しを受けた後に債権者が破綻した場合に不都合が生じるから、直接の引渡しを受けることができる範囲は、被保全債権の範囲に限定されるべきである。（大阪弁）
- ・ 本来型では、債務者の受領拒絶による不能を避けるべく、従前通り、直接の給付請求を認めるべきである。他方で、転用型では、債務者の責任財産の保全を目的としておらず、特定債権の行使のために用いられるものであるから、直接給付を認めても弊害は少ないが、被代位債権が物の給付に限られていないため、如何なる転用事例において直接給付が必要となるかが定かでない。（東弁全期会）
- ・ 引渡請求権の根拠及び代位債権者が当該客体を占有・管理する場合の権限は何かといった点が必ずしも解明されていないようにも思われる。また、代位債権者の引渡請求権を否定する場合には、その代替手段（例えば、供託制度の活用など）の整備を検討するべきである。（阪大）
- ・ 引渡請求権が行使された後であっても、債務者の処分権限が制限されないのでは

れば、第三債務者は、直接弁済することによりその引渡請求に応ずる義務を免れることになるが、規定上もより明確に示しておく必要があるのではないか。(個人)

- ・ 債権者代位権の効果を本来的用法に即して考えるならば、そして、母法であるフランス法にならって考察するならば、被代位権利の効果は債務者に帰属する旨の明文を置くべきである。その意味で、「金銭その他の物」であっても代位債権者への直接引渡しを肯定すべきではない(個人)
- ・ 責任財産の保全が総債権者のために行われるのであれば、そもそも代位債権者への支払等を認めるべきではなく(現実的ではないとしても、供託によるべきであろう)、代位債権者への支払を肯定しておきながら、相殺を禁じるのは手段として適当か。(個人)
- ・ 「これによって消滅する」とあるが「これによって弁済される」とすべきである。(個人)

(2)について

【賛成】

沖縄弁法制委、広島弁、札幌弁、日弁連、大阪弁、福岡弁、平田総合、アンダーソン毛利友常、二弁、堂島、電情産協、早大、日大、阪大、個人3名

- ・ 債権者代位権は第一次的には責任財産保全を目的とする制度であること、別途被保全債権について債務名義を得た上で強制執行することが可能であり、むしろこれが原則的債権回収方法であることから、相殺を禁止すべきである。
- ・ 民事執行によらずに債権回収をすることを正当化することはできない。民事訴訟法、民事執行法、民事保全法の存在と矛盾するものである。債権者にとっての簡便さという視点のみで、債務者や第三債務者の手続保障をはかった手続法の存在意義を否定してよいものではない。
- ・ 事実上の優先弁済が有効に機能する場面は、債務者が無気力ないし行方不明であってかつ第三債務者が債権者に協力的な場合等の極めて例外的場面である。
- ・ 裁判外での債権者代位権が行使される場面では第三債務者の協力が不可欠であり、第三債務者とたまたま特殊な関係を有する代位債権者のみが優先弁済を受ける事態等も考えられることから、執行手続により公平さを確保すべきである。
- ・ 債権者代位権制度の利用についてインセンティブを与える制度とするには、債権者自身にとって利益のある制度とすべきである。相殺という意思表示よりも強制執行という手間を必要とすることになるが、この程度の手間を付加するだけで自らの債権の回収ができるのであればインセンティブをなくすとは言えない。
- ・ 相殺を禁止した場合であっても、債権者代位権を用いることで、債務者に対する被保全債権の存在及び第三債務者に対する被代位債権の請求を一つの訴訟手続で行うことができるという利点がある。
- ・ 一般に、債務者が有する第三債務者に対する金銭債権に関する情報は特定の債権者によって事実上独占されているから、その他の一般債権者の債務者に対する債権が、情報を独占する特定の債権者が有する債権に事実上劣後する現状を固定化する

ことを許容すべきではない。

- ・ 民事執行法が、平等主義を採用しており、民事執行をするより代位権を行使した方が債権者に有利にする必要は無く、民事執行法が改正されない限り、相殺禁止とすべきである。

【一定期間のみ相殺を禁止するとの意見】

東弁、横浜弁、愛知弁

- ・ 仮に相殺が他の債権者を害するのであれば、全面的に禁止するのではなく、その限りで手続的・実体的な手当を行うことで足りる。具体的には、代位訴訟の場合は、一定期間（3ヶ月程度が妥当である）の経過後は、相殺は禁止されないとすべきである。
- ・ 常に債務名義の取得を要すると少額債権者にとって過大な負担となる。相殺を一定期間禁止することにより、他の債権者にも執行への参加の可能性を付与し、一定程度の平等主義をはかったうえで、一定期間経過後は相殺しうる余地を残しておくべきである。
- ・ 一定期間経過しても他の債権者からの差押え等がない場合には、相殺を制限し強制執行によるべきとするのは迂遠である。

【反対（注2に賛成）】

最高裁（複数）、一弁、東弁全期会、仙台弁、虎門、丸の内総合、濱口他、自由法曹団、経営法友会、国際企業法務、改めて見直す会、日司連、全銀協、経団連、全信保連、アトリウム、農中、全信組協、預金保険機構、サービサー協、J C F A、貸金業協、ファンの会、慶大、個人4名

- ・ 相殺による事実上の優先弁済機能が認められないならば、債権者にとっては、総債権者のために債権者代位を行使する利点はなく、費用を投じてまで債権者代位権を行使する者が現れなくなると思われる。
- ・ 債権者代位権による事実上の回収機能は、債務者が少額の債権を多数有している場合等、債務名義を取得して強制執行制度を利用すると費用倒れになる局面において、強制執行制度を補完する役割を果たしており、かかる実務を変更する弊害は大きい。
- ・ 次のような指摘をして（注2）の考え方を支持する意見が複数あった。代位債権者による相殺を禁止し、被保全債権の満足のために、債務者が有する返還請求権に対する債権執行を要求したとしても、他の債権者が転付命令前に執行手続に参加することは實際上想定しにくく、手続的な負担が増えるだけであって、代位債権者が事実上の優先弁済を受けられることに変わりはないのではないか。相殺が禁止されると、代位債権者が、競合する債権者が現れた場合に備えて、過大な権利行使をするようになり、債務者に必要以上の不利益を課すことになるおそれがある。提案は、破産管財人とは異なり、報酬が支払われるわけでもない一債権者に他の債権者の利益を守る役割を果たすことを期待するものであるが、そのような制度が現実に機能するのか疑問である。債権者代位権は、破産手続開始決定前に行使されるものであるし、自己の債権を保全するために行使されるものであるから、破産手続における

ほど、債権者間の平等の要請が高いものではなく、債権の保全に努力した者が一定限度の恩恵を受けられることが不当であるとはいえないのではないか。

- 物の引渡義務であれば、代位権者は商事留置権を主張して当該目的物の引渡しを拒める地位に立つことが多いと考えられるが、金銭であれば相殺することができないとするのも均衡を欠く。
- 何も規定を置かないことが現在の判例法理を黙示にリステイトすることとなり、事実上の優先弁済を認めて債権者代位権の債権回収機能を正当化することになると考える。
- 債権者代位権行使の結果、代位債権者が第三債務者から金銭等を受領するのは、①第三債務者が、事情を十分理解した上で、自らのリスク判断に基づき代位債権者に支払等をするような場合や、②債権者代位権が訴訟上行使され、裁判所によって債権者代位の要件が認められた場合（第三債務者に支払等を命ずる判決が出た場合）等、一定のケースに限られ、これらの場合にまで、代位債権者にさらに差押えを要求するのは過大であり、現実にそぐわない。
- 延滞貸付金がある債務者が投資信託や共済契約を保有している場合、金融機関が債権者代位権を行使して投資信託や共済契約を解約し、貸金と相殺することができなくなるので、規定は設けない方がよい。
- 「事実上の優先弁済」が否定される結果、債権者代位権を行使した債権者が自らの債権の回収を行うために債務名義の取得等別途手続が必要となり、権利の上に眠らず積極的に権利行使しようとする債権者に対する扱いとして公平性に欠ける。また、強制執行等を待つ猶予がない場合の債権回収の選択肢として、債権者代位権が有する簡易な執行代替機能は維持すべきである。債権者にとって、保全手続において担保のために相応額の資金の準備が必要となること等の様々な要因に応じて保全・執行に代え、「事実上の優先弁済」機能を背景に、代位権行使の相手方を含めた交渉のきっかけとして債権者代位制度を根拠とする場合がある。「事実上の優先弁済」機能が失われると、交渉材料としての機能が低下し、債権者にとって不利益となる。
- 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認められるべきであり、債権者の債権回収のための方法を減らすべきではない。
- 実務上、債権を保全する一手段として債権者代位権の活用が念頭にあるところ、相殺が認められないのであれば、債権者代位権の有用性が減少するばかりではなく、取引により慎重にならざるを得ないと考ええる。
- 債務者に対する債務名義があれば、相殺をすることができるとすべきである。
- 債務名義なく債権回収が行われるとの批判に対しては、債務者に対する訴訟告知等の規定を設け、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ることとすれば、一定程度回避が可能である。
- 代位訴訟の場合には、訴訟の中で、被保全債権及び被代位債権の存否が判断され、實際上、被保全債権の債務名義を得たのと同様の状態となるし、債務者への訴訟告知を義務付ければ債務者・第三債務者の手続き的な不利益はほとんどない。

- ・ 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がなく、債権回収機能を制限する新たな必要性がない以上、債権者代位権の目的は、従前通り、責任財産保全と位置づけつつ、債権回収機能を積極的に評価すべきである。
- ・ 被保全債権である金銭債権が少額で債務者が行方不明である場合等、常に代位債権者に債権執行の手続をとることを要求するのは酷な場合がある。
- ・ 調査に尽力した債権者が報われるべきであり、相殺を認めない場合、引渡請求権のみ認めることの実益が薄れることとなる。

【その他の意見】

- ・ 代位債権者が債務者に対する返還義務を任意に履行せず、債務者も返還請求を行わない場合は、他の債権者が新たに債権者代位権を行使して先行する代位債権者に対して引渡し請求をせざるを得ないなど、いたずらに紛争が長期化するおそれがある。(TMI)
- ・ 事実上の優先弁済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、民事執行法・民事保全法の規定を整えることが不可欠となり、民法の枠内で相殺を禁止するだけでは問題が解決しない。(改正研)
- ・ 被代位権利の効果が債務者に帰属することを前提にすると、債務者が金銭その他の物を受領拒絶した場合に備えて、代位債権者の供託義務を明文化すべきであると考えられる。(個人)

4 代位債権者の善管注意義務

債権者は、前記1の代位行使をするときは、善良な管理者の注意をもって、これをしなければならないものとする。

【賛成】

最高裁（多数）、東弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、堂島、日司連、日大、阪大、個人3名

- ・ 他人の権利の代位行使を認める以上その行使について善管注意義務を課するのが妥当である。
- ・ 債権者代位権行使場面における債権者と債務者との関係を委任関係または事務管理関係ととらえると、債権者は、債務者に対し善管注意義務を負うことになる。

【反対】

濱口他、個人2名

- ・ 債権者代位権の制度は、他人である債務者の権利を代位するものであるから善良な管理者の注意義務を要することは規定をするまでもなく明らかである。代位債権者が善管注意義務違反となる場合はどのような場合を想定しているのか不明である。
- ・ 債権者代位は、債権者に代位して権利を行使するものであり、物の管理をする権利ではない。

【その他の意見】

- ・ 善管注意義務を発生させる根拠が一義的に明確ではなく、また、具体的な義務の

内容も明確ではないものであり、誰に対して負う義務であるのかも条文には明記されていない。(沖縄弁法制委)

- ・ 債権者代位訴訟において、債権者は自らの債権の保全のために権利行使しているのであるが、あくまでも債務者の権利であるから当該権利を自由に処分できるものではなく、善良なる管理者の注意義務がある。しかし、債権者（原告）と第三債務者（被告）との間において攻撃防御が不十分であったとか、訴訟上の和解をしたことに対して、債務者や他の債権者が当該債権者の注意義務違反を主張したような場合、債務者や他の債権者は、本来当該訴訟に参加して攻撃防御を尽くすべきであり、債権者が善管注意義務違反となる場合は極めて限られるであろう。(広島弁)
- ・ 当然のことゆえ、わざわざ規定を設ける必要があるかは疑問である。(慶大)
- ・ 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が、本規定は、発生根拠が明らかでなく、これにより代位債権者が、誰に対し、どのような責任を負うのかが不明である。(東弁全期会)

5 債権者代位権の行使に必要な費用

債権者は、前記1の代位行使をするために必要な費用を支出したときは、債務者に対し、その費用の償還を請求することができるものとする。この場合において、債権者は、その費用の償還請求権について、共益費用に関する一般の先取特権を有するものとする。

【賛成】

最高裁（比較的多数）、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、堂島、日司連、日大、阪大、個人3名

- ・ 相殺による簡易な債権回収を否定する以上、費用償還請求権の共益性が認められるのであるから、一般の先取特権とすべきである。
- ・ 強制執行の準備という趣旨からは、総債権者の利益になる費用は償還されるべきである。
- ・ 債権者代位権行使のインセンティブ確保の観点から評価できる。
- ・ 債務者と代位債権者との関係を一種の法定委任関係または事務管理と捉えた場合のいずれであっても、債権者代位権の行使のために支出した必要な費用は債務者が負担するものと解されることから、費用償還請求権を明文化すべきである。

相当な範囲に限定することを条件に賛成するとの意見

- ・ どんな多額の費用でも支出さえすれば償還請求できるというのは不当であると考えられるので、会社法、地方自治法の規定や過去の裁判例を参照して、一定の制限を加えるべきである。

代位行使の奏功及び相当な範囲に限定することを条件に賛成するとの意見

- ・ 「必要な費用」の範囲が明らかでないから、少なくとも、代位債権者から不相当に高額な請求がなされないよう限定を付すべきである。また、代位行使が奏功しな

い場合でも費用償還を請求することができるのは不合理である。

【反対】

東弁全期会、個人3名

- ・ 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。
- ・ 共益費用に該当するかしないかは、民法307条の「各債権者の共同の利益のためにされた債務者の財産の保存、清算又は配当に関する費用」の基準に従い決められるべきものである。

【その他の意見】

- ・ 費用の範囲として含まれるものが何であるのか、費用の相当性は問題となりうるのか、問題となりうるとしたらどのように判断するのか、とりわけ弁護士費用が含まれるとするとその相当性はどのように判断するのかという問題も生じるものであり、慎重な検討が必要である。（沖縄弁法制委）
- ・ 代位債権者による相殺を禁止する提案に対し反対する立場からの反対意見があったほか、「代位行使するために必要な費用」の範囲を明確にすべきであるとの指摘もあったが、提案に賛成する意見が比較的多かった。（最高裁）
- ・ 債権回収として用いる場合には、費用償還請求権および先取特権を観念する余地はない。（慶大）

6 代位行使の相手方の抗弁

前記1の代位行使の相手方は、債務者に対する弁済その他の抗弁をもって、債権者に対抗することができるものとする。

【賛成】

最高裁（多数）、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、二弁、東弁全期会、堂島、日司連、日大、阪大、個人3名

- ・ 債権者代位権の行使は、第三債務者の関知しない事情によるものであるところ、第三債務者は、債権者代位権が行使された場合に、債務者自身がその権利を行使するときより不利益な地位に立つべきではない。
- ・ 判例法理を明文化するものであり、分かり易い民法に資する。
- ・ 債権者代位権に基づき行使される被代位権利は債務者の第三債務者に対する権利であり、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の帰結である。

【反対】

個人2名

- ・ 当然の帰結であれば、規定を設ける必要はない。

【その他の意見】

- ・ 特に反対しないが、当然のことゆえ、わざわざ規定を設ける必要はないのではな

いか。(慶大、個人)

- ・ 債権者代位権を認めた判決確定後の、弁済その他の抗弁をもっては、債権者に対抗することはできないとすべきである。(個人)

7 債務者の処分権限

債権者が前記1の代位行使をした場合であっても、債務者は、その代位行使に係る権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられないものとする。その代位行使が訴えの提起による場合であっても、同様とするものとする。

【賛成】

沖縄弁法制委、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、堂島、早大、日大、阪大、個人3名

- ・ 民事保全をすることもなく、処分禁止効、弁済禁止効等が生ずることは、理屈が立たず、民事保全法の存在意義を否定するもので、債務者の不利益を正当化する余地はない。
- ・ 債権者は、必要であれば、民事保全の手続をとればよいことである。
- ・ 第三債務者の立場からしても、債権者代位権の要件を具備しているか否かの判断は不可能ないし著しく困難であり、債務者への弁済をしないことにより遅滞責任を追及される危険性にさらされることとなる。
- ・ 処分禁止効を認めることは、法体系の矛盾をもたらし、債務者への手続保障を欠き、第三債務者に多大なリスクを負わせるものであり、許容しえない。
- ・ 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。
- ・ 債権者代位は、債務者が権利行使をしない場合に責任財産を保全するための制度であり、債務者が自ら権利を行使するのであれば、その巧拙に干渉する理由も、権利行使を制限する理由も認められない。

【前段は賛成、後段は反対】

東弁、広島弁、濱口他、虎門、日司連、慶大

- ・ 債権者代位訴訟の提起の場合は、被保全債権について当事者適格の問題として裁判所による判断が行われることが予定されており、債務者への訴訟告知を制度的に設定して債務者の訴訟参加の機会を保障することにより（当該訴訟において債務者が自らに対して支払を求めて訴訟参加することは認められる）、訴訟外での債務者の処分権を制限されても債務者の権利に対する不当な侵害とは言えない。
- ・ 訴訟告知を行った場合には、代位訴訟の実効性を確保するため、債務者の取立てその他の処分を禁止するのが妥当である。とりわけ、少額債権者にとっては、債権額から見て保全処分を行うことは事実上困難（費用対効果が釣り合わない）であり、そのような少額債権者保護の見地からは、債権者代位訴訟及び訴訟告知がされた場合に限り処分禁止効等を認めることが必要かつ相当である。

- ・ 訴えの提起によって代位行使をなす場合には、法定訴訟担当とする現在の判例理論を前提とする限り、債務者の処分権を制限し、かつ判決効を債務者に及ぼすとの取扱いが整合的である。
- ・ 代位行使が訴えの提起による場合に、訴訟の終結を目前にして債務者が取立てを行い、あるいは第三債務者が債務者に弁済等をすれば、債権者の努力は徒労に帰し、債権者代位訴訟はほとんど活用されない制度となる。少なくとも訴えの提起後一定期間経過後は、債務者による取立てその他の処分は制限されるものとすべきである。

【反対】

一弁、札幌弁、経営法友会、東弁全期会、自由法曹団、サービサー協、ファンの会、アトリウム、個人4名

- ・ 判例と異なる帰結を明文化するものである。
- ・ 現状の規律どおり、代位行使により債務者の処分権限は失われるものとすべきである。
- ・ 無資力の債務者が行使を怠っていた権利について、債権者が代位行使を開始した以上、以後、債務者の処分権限が制限されるのはやむを得ない結果であり、また、かかる場合に債務者の処分権を制限しなければ、債権者代位権の制度趣旨が失われる可能性がある。
- ・ 債務者の手続保障の要請は、訴訟告知等により、債務者に訴訟参加の機会を与えれば足りるものとする。
- ・ 債権者代位権行使後も債務者が当該債権の取立て等の処分を行うことを認めた場合、債権者が債権者代位権の行使により費やした労力が無駄に帰することとなる。
- ・ 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。
- ・ 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、債務者の処分が何ら制限されなければ、債権者代位訴訟の実効性を確保するのが困難となり妥当でなく、債務者の処分権限は制限されるべきである。
- ・ 必要な時に権利行使を怠っていた債務者が、債権者の代位行使を知るや否や自ら権利行使に出ることも考えられ、このような経緯で権利行使に着手した債務者がその後も適切に権利行使を完遂する可能性は極めて低い。債権者自身の権利行使が代位行使の前後で異なった意味を持つことを踏まえるべきである。
- ・ 債権者代位権を、物の引渡しや、物の管理権限であるかのような、間違ったとらえかたをしてきたために、このような規定を置こうという発想がでたものである。

【その他の意見】

- ・ 債権者が代位訴訟を提起した後に、債務者が訴訟外で第三債務者から弁済を受けた場合、当該訴訟に要した費用が前記5にいう「代位行使をするために必要な費用」に該当するのかが不明確であり、仮にこれに該当せず、債権者が費用を負担することになると、債権者に酷である。現在提案されている文言は、債権者代位訴訟が提起されている場合であっても、債務者がこれとは別に給付訴訟を提起することが可能であると読めるので、そのことを意図していないのであれば、表現方法を

改めた方がよい。仮に規定を設けるのであれば、債務者による債権者代位訴訟への参加の形態等について十分な検討を行い、運用に当たって混乱が生じないようにする必要がある。(最高裁)

- ・ 原則として提案の通りでよいが、債権者が代位行使によって相手方から自己に対し金銭等の物の引渡しを受け、当該物につき、債務者に対して返還をした場合には、その後の債務者の処分権を制限すべきである。(東京青司協)

8 訴えの提起による債権者代位権の行使の場合の訴訟告知

債権者は、訴えの提起によって前記1の代位行使をしたときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならないものとする。

【賛成】

最高裁(比較的多数)、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、虎門、二弁、東弁全期会、堂島、日司連、経営法友会、日大、慶大、早大、阪大、個人2名

- ・ 債務者に対する手続保障のため、訴訟告知を要するとすることが相当である。
- ・ 債権者代位訴訟は任意的訴訟担当で、判決の効力が債務者に及ぶと解されているから、債務者の手続保障のため訴訟告知すべきことを、明記する必要がある。
- ・ 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疑問がある。
- ・ 代位債権者による債権回収機能を否定しないことを前提とすると、債務名義なく債権回収が行われるとの批判があるが、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ことで、ある程度回避が可能になると考える。

【反対】

札幌弁、サービサー協、個人3名

- ・ 債務者に対する通知を要件とすることで足りると考えられる。
- ・ 債務者への訴訟告知が義務付けられると、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。
- ・ 手続法の問題である。
- ・ 債権者がこの訴訟告知を怠った場合、どのような法律上の不利益が生ずるか明らかでない。既判力が債務者に及ばないという不利益を発生させると、第三債務者に関わらないところで第三債務者に不利益を生じさせることとなる。

【その他の意見】

- ・ 賛成意見が比較的多かったが、訴訟告知が行われなかったときの効果が不明確であるとの指摘及び債務者が行方不明等の場合に困難が生ずるとの指摘が複数あった。また、仮に訴訟告知の有無にかかわらず債務者に判決の効力を及ぼすのであれば、訴訟告知とは別の通知制度を設けた方がよいとの指摘もあった。(最高裁)

9 責任財産の保全を目的としない債権者代位権

(1) 不動産の譲受人は、譲渡人が第三者に対する所有権移転の登記手続きを求める権利を行使しないことによって、自己の譲渡人に対する所有権移転の登記手続きを求める権利の実現が妨げられているときは、譲渡人の第三者に対する当該権利を行使することができるものとする。

(2) 上記(1)の代位行使のほか、債権者は、債務者に属する権利が行使されないことによって、自己の債務者に対する権利の実現が妨げられている場合において、その権利を実現するために他に適当な方法がないときは、その権利の性質に応じて相当と認められる限りにおいて、債務者に属する権利を行使することができるものとする。

(3) 上記(1)又は(2)による代位行使については、その性質に反しない限り、前記1(3)及び2から8までを準用するものとする。

(注1) 上記(1)については、規定を設けないという考え方がある。

(注2) 上記(2)については、その要件を「債権者代位権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場合」とするという考え方がある。また、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

(1)について

【賛成】

沖縄弁法制委、東弁、広島弁、横浜弁、濱口他、日弁連、平田総合、二弁、長島大野常松、東弁全期会、日司連、サービサー協、アトリウム、阪大、日大、個人2名

- ・ 転用型の債権者代位権の代表例として判例上確立された類型を明文化するものであり、妥当である。
- ・ 債権者代位権については、いわゆる転用型の債権者代位権こそが重要な役割を果たしているものであり、明文化すべきである。そして、不動産登記は、転用型のもっとも典型的で重要な場面であり、独立した類型とするのが相当である。
- ・ 中間省略登記が認められないという不動産登記法上の制約があり、債権者代位権のほかに方法がないため、これを明文化すべきである。

【反対（注1に賛成）】

札幌弁、大阪弁、愛知弁、堂島、静岡書士、大阪書士、慶大、個人3名

- ・ 不動産登記請求権に限って転用型の例を明記する必要はない。
- ・ 判例も確立しており、これまで異論なく認められているので、あえて明記する必要はない。
- ・ 転用型の債権者代位権が法理形成の過渡期段階で機能するものであるという特殊性に鑑みると、転用事例についての個別規定が明文化されることは、かえって、当該債権者代位権の個別規定による事案解決を固定化し、当該個別法分野での法理の自由な発展・成熟の可能性を阻害することにもなりかねない。

【その他の意見】

- ・ 仮に規定を設けるのであれば不動産登記法に置くべきではないかとの指摘や具体的な類型を一つだけを取り出して規定を設けることを疑問視する指摘が複数あった。(最高裁)
- ・ 判例上確立された転用型の債権者代位権は他にも存在し、この一例のみを明文化する必要性は乏しいと考える。(経営法友会)
- ・ 被代位債権及び被保全債権が(所有権移転登記に限らず)登記手続を求める権利である場合、債務者が第三者に対する登記手続を求める権利を行使しないことによって、債権者の債務者に対する登記手続を求める権利の実現が妨げられているときは、債権者による代位行使を認めるべきであり、登記の目的によって、代位行使の要件を変えなければならない合理的な理由は存しない。(埼玉青年書士)
- ・ 「不動産の譲受人は」となっているが、債権者代位が必要なのは所有権に限らないので、「不動産に登記可能な権利を有するものは」とすべきである。また「譲渡人」とあるのは「当該登記の義務者」とすべきである。(個人)

(2)について

【賛成】

沖縄弁法制委、札幌弁、東弁、広島弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、長島大野常松、堂島、日司連、サービサー協、慶大、日大、阪大、個人3名

- ・ 「他に適当な方法がないとき」という補充性を明確にして、転用型の一般的根拠規定を設けることが相当である。
- ・ 債権者代位権の規定を手掛かりに様々な転用事例が生成されてきたことに照らし、転用事例の要件を定める一般的な規定を設けることに異論はない。
- ・ 転用型が実務上定着していることから、可能な限り、一般化した規定を置いて転用型の存在が民法の条文から読み取れるようにすべきである。
- ・ 「自己の債務者に対する権利の実現が妨げられている場合において、自己の権利を実現するために他に適当な方法がないとき」という要件は、債権者代位権の転用に補充性を要求するものであり、転用の可否についての合理的な限界を画することができる。
- ・ 転用型債権者代位権における要件は、資力に乏しいとは限らない債務者の財産管理権への干渉を正当化するための根拠とならなければならないから、債務者が当該権利を行使しないことによって債権者の債権実現が妨げられていること(必要性)を要件とすべきである。
- ・ 転用型債権者代位権の行使は、債務者の財産管理権への干渉であるから、行使できる場面をいたずらに拡大すべきではなく、債権者代位権の行使以外に適当な手段がない場合(補充性)を要件とすべきである。

【反対】

電情産協、個人2名

- ・ ライセンス取引における独占的通常実施権者による特許権等の侵害排除請求権の

代位行使のような転用例についての根拠規定ともなるよう、適切な要件を定めることを要望する。

【その他の意見】

- ・ 裁判実務においては、個別事案の具体的な事情を踏まえて、転用の可否が判断されているが、個別の事案を離れて一般的な要件を定立すると、判例法理の明文化ではなく、判例法理の射程を広げることになるが、提案は、それを意図しているのか。仮にそうであれば、適用に際して疑義が生じないように、転用を認めるべき事案を明確にし、それにふさわしい明確な要件を定立する必要がある。例えば、独占的ライセンス契約において、ライセンシーがライセンサーの有する差止請求権を行使することができるか否かについては、学説上考え方が分かれているが、これを認めるかどうかや行政上の各種「申請権」が代位の対象になるか等を検討する必要があるのではないか。しかし、現時点では、転用を認める範囲について、部会でのコンセンサスがあるようにはうかがわれないし、提案されている「権利の実現が妨げられている」、「権利の性質に応じて相当と認められる限り」等の要件は抽象的で評価的にすぎるので、提案されている規定の適用範囲が明確になっていない。(最高裁)
- ・ 転用型の債権者代位権の要件は、判例で述べられた「債権者代位権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場合」よりも厳格に規定すべきでない。特に、補充性の要件を設けるべきではない(経営法友会)
- ・ 一般的な根拠規定を設けるにあたっては、代位債権者の権利実現と債務者の利益の保護との均衡を図る必要があるところ、補充性要件は「他の適当な方法」の解釈の如何によって相当に厳しい要件となりうる上、「他に適当な手段がない」ことの立証は一般的に困難である。そのため、「他に適当な手段がある」ことについて第三債務者ないし債務者が立証すれば、債権者代位権の行使を妨げることができるという限度で、補充性要件を導入するべきである。(アンダーソン毛利友常)
- ・ 必要性、補充性を転用の一般的要件として規定することは妥当だが、一般的要件を明文化することで、将来新たな転用事案を解釈により生成することが阻害されるおそれもあることから、過度に限定すべきではなく、相当性の要件まで規定する必要はないと考える。(東弁全期会)
- ・ 「他に適当な方法がない」とあるが、「必要」と書き換えるべきである。意味的には同じであるが、他の条文では「必要」と書くものであり、統一すべきである。(個人)

(3)について

【賛成】

沖縄弁法制委、札幌弁、東弁、広島弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、長島大野常松、東弁全期会、堂島、日司連、サービサー協、慶大、日大、個人2名

- ・ 転用型の債権者代位権に関して、性質に反しない限り本来型の債権者代位権の規律を及ぼすことに異存はない。

- ・ 基本的に本来型と同様の規律としつつ、準用されない場合があることを明示し、準用の有無は解釈に委ねることが相当である。
- ・ 債権者代位訴訟の手続により、債務者らの手続関与のもとで紛争解決することが望ましい。

【反対】

個人3名

- ・ 性質に反しない限り準用すると定めるのではなく、準用される条文を明確にすべきである。

【その他の意見】

- ・ 登記請求権を代位行使するにあたって準用される場合、第三債務者から債権者に直接登記が移転することになり、現行法上認められていない中間省略登記を許す結果となるから、被代位債権及び被保全債権が共に登記手続を求める権利である場合には、「3 代位行使の方法等」に関する規定が準用されないことを明らかにすべきである。(埼玉青年書士)

第15 詐害行為取消権

【全体に対する意見】

- ・ 特定の債権者を利する行為の特則、転得者に対する取消権の要件、逸出財産の返還方法等について、規定により明確化すべき必要性がある。(長野弁)
- ・ 事実上の優先弁済を否定し、平時における一般債権者が詐害行為取消権を行使することができるのに、破産手続開始後における破産管財人等が否認権を行使することができないという逆転現象を避けるという観点から、詐害行為取消権の要件を限定し、かつ、明確化しており妥当である。もっとも、内部者取引について、受益者の主観的要件等を推定する規律を提案しているが、推定される事実の範囲が十分であるかは検討する余地がある。(長島大野常松)
- ・ 倒産処理手続との連続性、否認権との整合性を意識するあまり、過度な「民法の破産法化」との印象を禁じ得ない。私法の一般法としての民法における詐害行為取消権の体系的な位置づけ、立法政策としての民法上の詐害行為取消権と倒産法上の否認権との役割分担が再考されるべきである。(慶大)
- ・ 従来は、労働者側は、詐害行為取消権を活用して、労働債権については事実上の優先弁済を得るために活用してきたため、中間試案の定めに改正されれば、労働者側は労働債権回収のために詐害行為取消権を活用することができなくなるとして、中間試案に反対する意見がある一方、総債権者の責任財産の保全をするという債権者代位権及び詐害行為取消権の制度趣旨から見れば、従前の解釈・運用は、法の整合性から問題があることも事実である。労働債権の確保は、本来は先取特権によって優先債権として保護することを通じて確保されるべきであり、中間試案の提案は合理性があるとの意見もある。今後、さらに慎重に検討すべきである。(労働弁)
- ・ 中間試案に改定されると、「詐害行為取消権」は事実上、労働債権の迅速な回収の手

段として活用困難な制度となり、結果として労働債権の回収が阻害され、労働者保護を後退させることになることが懸念される。(U Aゼンセン、連合)

- ・ 規定の位置関係から、何か不当な利益を享受している者であるかのような誤解を招くため、「受益者」という用語を別の用語にすべきである。(個人)

1 受益者に対する詐害行為取消権の要件

- (1) 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした行為の取消しを裁判所に請求することができるものとする。
- (2) 債権者は、上記(1)の請求において、上記(1)の行為の取消しとともに、受益者に対し、当該行為によって逸出した財産の返還を請求することができるものとする。
- (3) 上記(1)の請求においては、債務者及び受益者を被告とするものとする。
- (4) 上記(1)の請求は、被保全債権が上記(1)の行為の前に生じたものである場合に限り、することができるものとする。
- (5) 上記(1)の請求は、次のいずれかに該当する場合には、することができないものとする。

ア 受益者が、上記(1)の行為の当時、債権者を害すべき事実を知らなかった場合

イ 上記(1)の行為が財産権を目的としないものである場合

ウ 被保全債権が強制執行によって実現することのできないものである場合

(注1) 上記(1)については、債務者の無資力を要件として明記するという考え方がある。

(注2) 上記(3)については、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付けるとする考え方がある。

(注3) 上記(4)については、被保全債権が上記(1)の行為の後に生じたものである場合であっても、それが上記(1)の行為の前の原因に基づいて生じたものであるときは、詐害行為取消権を行使することができるとする考え方がある。

(1)について

【賛成】

最高裁(比較的多数)、沖縄弁法制委、仙台弁、東弁、一弁、広島弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、堂島、日司連、日大、早大、個人2名

- ・ 実務上、詐害行為取消しの対象は厳密な意味での法律行為に限られないとされていることから、「法律行為」を「行為」に改めることに異論はない。
- ・ 無資力要件は、「債権者を害する」との要件と別に明文化するとかえって混乱を生じ、倒産法との整合性の観点からも、明文化する必要はない。
- ・ 詐害行為取消権の法的性質について、詐害行為を取り消して逸出財産を債務者に返還させるという性格(折衷説)を維持することが相当である。責任説等を採用し

た場合には、倒産法上の否認権との整合性が完全に失われることとなり、現実的ではないものと考えられる。

- ・ 現行法を維持するものであり妥当である。
- ・ 「無資力」といっても、計数的な債務超過ではなく、債務者の信用等を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。
- ・ 債務者の財産管理権への介入であり、取消しの効果の及ぶ範囲、返還されるべき物件の特定を明確にする意味で、訴えの方法に限るべきである。

【(注1)に賛成】

札幌弁、福岡弁、二弁、改めて見直す会、経団連、電情産協、不動協、個人1名

- ・ 法律行為が取り消されるのは、無資力の債務者が他の債権者を害する法律行為を行なったためであるから、無資力を要件として明記すべきである。
- ・ 詐害行為取消権を行使するためには、債務者の無資力を要求するというのが判例法理であり、無資力でないにもかかわらず債務者の財産管理権に介入するのは相当ではないので、この点は明文化すべきである。
- ・ 詐害行為取消権は、債権者代位権に比し、より一層債務者の財産管理に対する介入の度合いが強いものであるから、無資力要件を条文上明らかにすべきである。

【反対】

個人2名

- ・ 詐害行為取消権の取消しの対象は、法律行為で問題なく、それ以外に適用があると考えてきたことが間違いである。

【その他の意見】

- ・ 取消しの対象を「法律行為」から「行為」に改めると、判例上取消しの対象にならないとされている登記（最一小判昭和55年1月24日民集34巻1号110頁）や債権譲渡通知（最二小判平成10年6月12日民集52巻4号1121頁）が含まれるようになるなど、判例法理を変更することになるのではないかと指摘もあった。また、(注1)の考え方（無資力要件を明文化する考え方）については、債務者が債務超過の状態にありさえすれば詐害行為取消権を行使できるとの誤解を生じかねないとの懸念を示す意見が複数あった。（最高裁）
- ・ 「債務者の無資力」を要件として明記した場合、その意義については従来の判例理論を類型化する等、従前の実務への影響を極力低減すべきである。特に、「支払不能」と同様の概念に限定することには債権者の立証の困難性の観点から反対する。（虎門、東弁全期会）
- ・ 単なる取消しではなく、「責任財産としての適格性を回復するため」との文言を挿入すべきである。（東弁、下森他）
- ・ 詐害行為取消しの対象を拡張することは、基本的に賛成であるが、事実行為と区別するため、単に「行為」ではなく「法的行為」または「法的行為」とすべきである。（下森他）
- ・ 「債権者を害する」という文言の内容が不明確である。たとえば、「債権者が債権

の弁済の一部又は全部を受けられなくなることを知って」というように、害することの意味内容を具体的に示す方がよい。(個人)

(2)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、仙台弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、虎門、二弁、堂島、日司連、早大、日大、個人2名

- ・ 現在の判例法理に沿うものであり妥当である。
- ・ 実務との連続性の観点、詐害行為取消後に債務者が破産した場合の取扱いの容易性の観点から、責任説を採用せず、詐害行為取消制度を債務者のもとに逸出財産を回復させる制度と捉えるのが妥当である。
- ・ 詐害行為取消権の法的性質について、詐害行為を取り消して逸出財産を債務者に返還させるという性格（折衷説）を維持することが相当である。
- ・ 給付訴訟として、強制執行も可能な制度とすべきである。

【反対】

東弁、慶大、下森他、個人3名

- ・ 責任説の立場から、受益者の所属財産のまま、債務者の責任財産としての適格性のみ回復することを条文化すべきである。
- ・ 判例法理から一步踏み込んで、執行認容形態を採用すべきである。
- ・ 責任説の立場から、詐害行為取消判決における責任法的無効の効果として、受益者の所属財産に対し、他人（債務者）の債務を担保するための法定担保物権（一種の一般先取特権）の発生を認めるべきである。

【その他の意見】

- ・ 本来債務者に返還すべき逸出財産を債権者に返還するのは、債権者代位権の行使であり、その際には債権者代位権行使の必要性が吟味されるべきであるから、債権者代位権の条文によるべきである。(個人)

(3)について

【賛成】

沖縄弁法制委、仙台弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、福岡弁、平田総合、二弁、堂島、早大、日大、個人3名

- ・ 取消しの効果を債務者に及ぼすのであれば、債務者にも訴訟手続に関与する機会を保障する必要がある。
- ・ 現在の相対的無効という判例法理のもとで、債務者に判決の効力が及ばないことから、理論的のみならず、実務的にも深刻な混乱が生じており（債権譲渡事案が典型である。）、債務者に効力を及ぼすことが必要である。
- ・ 訴訟物をどのように解釈するか問題があるが、法律関係を合一的に確定する必要性がある。
- ・ 詐害行為を行った中心的人物を被告とすべきであるし、取消判決の効力を債務者

に及ぼし他の債権者との関係でも権利関係を画一的に処理するためにも、債務者を被告とする扱いに改めるべきである。

- ・ 現行と比べて、手続的な負担が重くなるが、権利義務関係を明確にするために被告とすべきである。
- ・ 債権の存否・債務者の無資力等の要件についての判断を適切に行うためには債務者を訴訟に関与させる必要があるので、受益者だけでなく債務者を被告とすべきである。

【反対（注2に賛成）】

最高裁（多数）、東弁、虎門、東弁全期会、一弁、濱口他、日弁連、大阪弁、愛知弁、下森他、日司連、全銀協、不動協、ファンの会、アトリウム、慶大、個人4名

- ・ 固有必要的共同訴訟とすると、訴訟資料の統一及び訴訟進行の統一が要請されることから、いたずらに訴訟が複雑になり、また和解による早期解決が困難になる。
- ・ 詐害行為取消権の行使を検討する場面の中には、債務者が姿をくらますなどして、行方不明になっている場合が多いのが実情であり、債務者を被告としなければならない制度とすると、詐害行為取消権の利用が著しく困難となり、詐害的な受益者が反射的に利益を得る制度となる懸念がある。
- ・ 債務者に判決効を及ぼすためには、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付ければ足りるし、必要があれば民事訴訟法の改正により対処すべきである。
- ・ 主観的予備的併合を認めない現行判例を前提とすると債権者代位訴訟に詐害行為取消訴訟を予備的請求として併合提起することが困難になり、順序を付けて判断を求めたいという実務上のニーズに応えられなくなる。
- ・ 詐害行為取消訴訟の紛争実態は限りある責任財産の奪い合いであり、取消しの可否に関連する債務者の利益は間接的であるから、大半の債務者は訴訟を積極的に追行する意欲に乏しいと考えられ、和解などの柔軟な解決の妨げにもなる。
- ・ 債務者に対する訴訟告知を義務付けるにとどめ、別途、債務者に取消判決の効力が及ぶ旨の特別規定を設けるべきである。
- ・ 債務者を被告としない否認訴訟との整合性を保つべきである。
- ・ 債務者を被告にすることを義務付けるのであれば、そのときの併合形態は、固有必要的共同訴訟になると考えられるが、その場合、債務者が行方不明であったり、法人である債務者の代表者が欠けている場合には、公示送達や特別代理人の選任が必要になり、円滑な訴訟進行が害されるし、これらの事情がなくても、債務者が期日に出席しないときには、期日を開くたびに呼出状を送付しなければならなくなったり、和解ができなくなったりするなど手続が重くなる。取消債権者が債務者に対する債務名義を有している場合には、債務者に対して請求をすべき事項はなく、債務者を被告にすることを義務付けると、取消債権者に不必要な負担を課することになる。実務上は、取消しの対象となる法律行為が虚偽表示等により無効であることを前提とした債権者代位請求を主位的請求とし、詐害行為取消請求を予備的請求として提起される訴訟が少なくないが、詐害行為取消訴訟において債務者を被告とすることを義務付けると、実務上認められていない主観的予備的併合形態になってしまう。

い不都合である。また、仮にこれを単純併合として扱う場合、債権者代位請求が認められるときにも、詐害行為取消請求について審理判断をすることになるが、このような事態は訴訟経済上無駄であり、債務者を被告にしなければならないというのは不合理である。債務者は、利害関係を失っている（訴訟の帰すうに関心を失っている）ことが多いので、債務者を被告とすることを強制する必要性は乏しく、手続保障としては、訴訟告知を義務付ければ足りる。

- ・ 責任説の立場からは、債務者に被告適格を認めるべきではなく、受益者を被告とすることを明文化すべきである。判例も同旨である。
- ・ 絶対的取消構成へ回帰しようとする「中間試案」の方向性については、詐害行為取消権の歴史的な発展、比較法的な動向に逆行するものであるし、詐害行為取消の効果を制度の目的に必要な範囲でのみ認めようとする判例の努力を無にするものである。
- ・ 債務者に対して手続保障を及ぼすという要請は、債務者に詐害行為取消権の効力が及ぶことを前提としているが、そもそも、詐害行為取消権の効力を債務者に及ぼす必要はない。実務においても、債務者に詐害行為取消の効力が及ばなくとも、債権者は責任財産の保全ができ、受益者は取消しによる自己の不利益について、不当利得返還請求等で対処可能である。
- ・ 詐害行為取消訴訟は、固有必要的共同訴訟となるから、債務者不明の場合、公示送達となるが、公示送達がされても、擬制自白が成立せず、すべての要件事実につき立証責任が生じる。加えて、和解も困難になるし、債務者死亡の場合には、訴訟が中断するとの問題もある。

【その他の意見】

- ・ 債務者及び受益者を被告とすることについて、現実に取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。（経営法友会）

(4)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、一弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、平田総合、愛知弁、堂島、日司連、早大、日大、個人3名

- ・ 現行実務上も異論はなく、判例法理を明文化するものである。
- ・ 一般的な理解であり、また、被保全債権が詐害行為の前の原因に基づいて生じる場合一般について、取消権の行使を肯定することは広きに失すると考える。
- ・ 詐害行為取消しは、倒産手続のように包括的清算を目的とするものではなく、個別債権の効力の保全として認められるものであり、当該債権の発生時に責任財産を構成していなかった財産の取戻し等を認める必要はない。
- ・ 「詐害行為の前の原因によって生じた被保全債権」とすると、却って混乱をもた

らすため、「上記(1)の行為の前に生じた」の解釈によって対応するほかない。

【(注3)に賛成】

東弁、大阪弁、二弁、下森他、個人1名

- ・ 債権者の債権が詐害行為後の原因に基づいて生じたものである場合には取消しができないものとするのが妥当である。
- ・ 詐害行為の前の原因に基づいて詐害行為の後に債権が生じた場合にも、当該債権者に詐害行為取消権を認める必要がある。
- ・ 詐害行為時に債権発生の基礎があり、債権発生の高度の蓋然性がある場合に詐害行為取消権の行使が認められないとすると、債務者が債権発生直前に財産を処分・隠匿した場合でも詐害行為取消権を行使することができず、妥当でない。このような場合には、詐害行為時に具体的な債権として発生していなくても、詐害行為によって逸出した財産が当該債権の責任財産になるという債権者の期待を保護すべきと考える。

【反対】

個人2名

(5)について

【賛成】

最高裁(比較的多数)、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、堂島、下森他、日司連、早大、日大、個人3名

- ・ 現行法を維持するものであり、異論はない。
- ・ アについて、取引安全の観点から受益者が善意の場合を取消対象から除外すべきである。イについて、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ある。ウについて、詐害行為取消権は将来の強制執行を保全するための制度である。
- ・ アについて、詐害行為取消権は瑕疵のない有効な行為を対象とするものであるから、取引の安全を優先すべきである。イウについて、責任財産の保全とは無関係である。

【その他の意見】

- ・ 債務者が責任財産を減少させることを知りながら、贈与契約を締結したり、債務免除をしたりする場合、受益者がたとえ善意であっても、無償の受益行為については、詐害行為取消権の行使を認めるべきではないか。(個人)
- ・ 「請求することができない」であれば、訴え自体が違法であるから、裁判所は本案前の判断として却下することになる。しかし、実態面を見ると法律関係に立ち入った判断であり、本案の裁判として棄却判決をすべきであろうから「請求は容認されない」に変えるべきである。(個人)

2 相当の対価を得てした行為の特則

- (1) 債務者が、その有する財産を処分する行為をした場合において、受益者から相当の対価を取得しているときは、債権者は、次に掲げる要件のいずれに

も該当する場合に限り、その行為について前記 1 の取消しの請求をすることができるものとする。

ア 当該行為が、不動産の金銭への換価その他の当該処分による財産の種類の変更により、債務者において隠匿、無償の供与その他の債権者を害する処分（以下「隠匿等の処分」という。）をするおそれを現に生じさせるものであること。

イ 債務者が、当該行為の当時、対価として取得した金銭その他の財産について、隠匿等の処分をする意思を有していたこと。

ウ 受益者が、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたこと。

(2) 上記(1)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、受益者は、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定するものとする。

(1)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、東弁、一弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、堂島、日司連、不動産証券化協、不動協、早大、日大、個人 3 名

- ・ 破産法第 161 条第 1 項と同趣旨の規定であり妥当である。
- ・ 債務者と取引をす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がある。
- ・ 相当価格による売買自体は、債務者の財産の減少をもたらすものではなく、原則として詐害性を有しないものとすべきである。
- ・ 従来の実務では明確とは言えなかった詐害行為の要件について、破産法を参照しつつ明らかにすることにより、分かりやすい民法の実現を図ることができる。
- ・ 不動産から金銭のように、費消して責任財産が減少するおそれが大きいものへの変更は、財産の総和に変更がなくとも、詐害行為取消しの対象とすべきであるが、相当の対価を得てする処分は、日常の生活ないし事業活動の中で反復して行われるものであり、通常取引行為であって、すべてを詐害行為取消しの対象とすることはできず、何らかの限定を加える必要がある。
- ・ 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破産法の規定（破産法第 161 条第 1 項）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。
- ・ 詐害行為取消権の行使は裁判によるため、裁判所によるチェックが働くと、本規定の各要件を満たさない場合に不動産の譲受人と債権者のいずれを保護すべきかに

については、隠匿等の処分のおそれがない場合に、善意の譲受人を犠牲にしてまで債権回収を優先する合理性はないものと考えられる。

【反対】

虎門、東弁全期会、経団連、慶大、個人3名

- ・ 不当性（当該行為が「正当な処分権行使」の範囲を逸脱していること）を要件化し、運用は判例に委ねるべきである。
- ・ 厳格な手続である破産であっても、何が「相当対価」に該当するかについて争いが生じる。詐害行為取消権はそのような厳格な手続がない任意整理の場面で用いられるものであって、このような規律を設けたとしても上手く機能するかは疑問である。
- ・ 否認権の行使権者である破産管財人と異なり、債権者は情報収集の手段が限られ、破産管財人が「隠匿等の処分を現に生じさせるおそれ」「債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたこと」「受益者の悪意」を立証することと、債権者がこれらの事実を立証することには立証の難易に相当程度の差がある。このような差を考慮することなく破産法と同様の要件を設けることは詐害行為取消権の行使を制限し、責任財産の保全を困難にする。
- ・ ドイツ破産外取消法およびフランス民法の現状を見る限り、詐害行為取消（破産外取消）の要件と倒産法における否認の要件を統一化するという方向性は見受けられない。

【その他の意見】

- ・ 破産法との整合性の要否及び破産法が改正された当時と現時点との経済的価値観の変遷の有無も含めて慎重に検討すべきである。（下森他）
- ・ 相当の対価を得てした行為を安易に取消しの対象とすると、債務超過になった債務者と誰も取引を行わなくなり、債務者の状況を回復不能なまでに悪化させることになるから、安易に取消しの対象とすべきではない。（個人）

(2)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、東弁、一弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、堂島、下森他、日司連、不動協、早大、日大、個人3名

- ・ 破産法第161条第2項と同趣旨の規定であり妥当である。
- ・ 典型的に詐害行為に加担する可能性の高い者については、推定規定を置くべきである。
- ・ 受益者の悪意の立証責任を債権者に転換することとのバランスからも、受益者の悪意を推定する規定は必要である。
- ・ ある程度解釈の余地を残す表現とし、限定列举にすべきではない。

【反対】

虎門、東弁全期会、個人3名

【その他の意見】

- ・ 「その他の債務者の内部者」の意義が不明確であるとの指摘や、「その他の債務者の内部者」の解釈次第では、否認権が認められる範囲よりも広い範囲で詐害行為取消権が認められることになり、バランスが悪いとの指摘もあったが、提案に賛成する意見が比較的多かった。(最高裁)

3 特定の債権者を利する行為の特則

- (1) 債務者が既存の債務についてした担保の供与又は債務の消滅に関する行為について、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、前記1の取消しの請求をすることができるものとする。
 - ア 当該行為が、債務者が支払不能であった時にされたものであること。ただし、当該行為の後、債務者が支払不能でなくなったときを除くものとする。
 - イ 当該行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。
- (2) 上記(1)の行為が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ものである場合において、次に掲げる要件のいずれにも該当するときは、債権者は、その行為について前記1の取消しの請求をすることができるものとする。
 - ア 当該行為が、債務者が支払不能になる前30日以内にされたものであること。ただし、当該行為の後30日以内に債務者が支払不能になった後、債務者が支払不能でなくなったときを除くものとする。
 - イ 当該行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。
- (3) 上記(1)又は(2)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、それぞれ上記(1)イ又は(2)イの事実を推定するものとする。上記(1)の行為が債務者の義務に属せず、又はその方法若しくは時期が債務者の義務に属しないものであるときも、同様とするものとする。
- (4) 上記(1)の適用については、債務者の支払の停止（上記(1)の行為の前1年以内のものに限る。）があった後は、支払不能であったものと推定するものとする。

【全体に対する意見】

- ・ 破産法上の偏頗行為に対応する規定を設けることには賛成である。しかし、破産法との整合性を意識し過ぎて、民法の規定としては歪なほど詳細な規定となっており、違和感を禁じ得ない。債権回収行為の不当性（「債権者が不当に優先的な満足を得る意図で」等）を要件化し、運用は判例に委ねるべきである。(慶大)
- ・ 平常時においては平等弁済義務がない中で、このような規定を置くことで平等弁済

を要求する結果となることには反対であるとの意見と、(2)イにおいて「通謀」の要件を課しているので、いたずらに適用範囲が拡大することもないから、その限度でかかる偏頗弁済の規定を設けることには問題がなく賛成であるとの意見に分かれ、意見の一致をみなかった。(日大)

(1) アについて

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、一弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、平田総合、二弁、堂島、日司連、早大、個人2名

- ・ 従来の判例の考え方に破産法上の否認権の考え方を取り入れたものであり、妥当である。
- ・ 詐害行為取消権の要件は、倒産法上の否認権の要件と一致させるのが分かりやすく、取引の相手方の予測可能性や法的安定性の確保に資する。
- ・ 義務的な弁済や担保提供等については、支払不能に至る以前においては、これを取消しの対象とすることに合理性はない。他方、支払不能時後においては、債権者間の平等を要請すべきであり、また、支払不能時後の抜け駆け的回収であれば、債務者が倒産した場合には否認対象となるものであるから債権者において回収行為が否定されることは受忍すべきであり、取消しの対象とすべきである。
- ・ 偏頗行為は、詐害行為と異なり計数上は債務者の財産状態の悪化をもたらさないため、その行為の性質からは詐害的か否かを判断しにくく、債務者の経済状態や債務者が経済的に破綻した時期との時間的間隔など、当該行為以外の要素から詐害性の有無を判断せざるを得ない。
- ・ 弁済等の債務消滅行為は債務者が経済的に困窮している状況でも日常的に行われる行為であり、かかる行為について詐害行為取消権によって効果が覆滅される可能性がある範囲が明確にならなければ、債務者の経済活動に著しい支障を来す。
- ・ 偏頗弁済を詐害行為取消しの対象から除外して、倒産手続き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、妥当でないから、債務消滅行為も詐害行為取消しの対象とすべきである。

主張立証責任の分配を除き賛成するとの意見

広島弁

- ・ 通謀・詐害意図の要件を課すことにより、判例法理の厳格な運用を維持しつつ、支払不能の要件を付加して逆転現象を可及的に防止する見解であり、基本的には妥当である。ただし、通謀・詐害意図の要件を満たしている場合に、債務者が支払不能でないことは通常では考えられないから、通謀・詐害意図の要件を充足する場合、受益者の方で債務者が支払不能ではなかったことを立証すべきである。

ただし書を除き賛成するとの意見

大阪弁

- ・ ただし書は、支払不能が継続的状态を示す概念であるにもかかわらず、一旦支払

不能に陥ったもののその後支払不能でなくなるといった例外的場面を想定して規定を設けるものであり、支払不能概念を無用に混乱させるだけであるように思われ妥当でない。

【反対】

愛知弁、東弁全期会、濱口他、経営法友会、全銀協、個人3名

- ・ 債務消滅行為及び担保供与行為については、先行して債権回収の努力をした債権者の行為を安易に否定すべきではなく、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、詐害行為取消の対象から除外すべきである。
- ・ 債権者平等を中心的理念とする破産法の規律を、競争原理を中心的理念とする平時の規律である民法にそのままのかたちで持ち込むことは妥当ではない。偏頗行為に係る詐害行為取消権について、特に悪質に特定の債権者を利する場合以外については取消の対象とすべきではない。
- ・ 平時において、任意整理に応じて弁済を受けようとする者や、取引の継続に応じようとする者に対して「支払不能」か否かの判断を求めると、必要以上に委縮させることになる。
- ・ 否認権の行使権者である破産管財人とは異なり、債権者は情報収集の手段が限られる状況において、債務消滅行為に関する従前の判例解釈に加え、支払不能要件を追加することは、債権者に債務者が債務消滅行為時に支払不能状態にあったかを立証させることになり、詐害行為取消権の行使を制限し、責任財産の保全を困難にする。

【その他の意見】

- ・ 賛成意見が比較的多かったが、次のような指摘もあった。「支払不能」の要件につき、破産法における「支払不能」は一般的、継続的に弁済ができない状態をいうが、提案では資力回復が想定されており、破産法とは異なる意味で理解することになると考えられるが、その内容が不明確であって判断に困難を伴う。(最高裁)
- ・ 類型化をすること自体は賛成であるが、(3)(4)の推定規定だけでなく、「受益者が、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、債務者と通謀して他の債権者を害する意図があったものと推定する」との規定を設けるべきである。(東弁、下森他)
- ・ 特定の債権者と通謀して弁済することを要件としつつ、債務者の側で経済的危機状態ではなかったことを立証した場合に詐害行為取消ができない等、立証責任の配分をすべきではないか。(虎門)
- ・ (1)本文の「次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、前記1の取消の請求をすることができる」の意味が不明である。(個人)

(1)イについて

【賛成】

最高裁(比較的多数)、一弁、札幌弁、濱口他、日弁連、福岡弁、平田総合、二弁、堂島、

日司連、早大、個人2名

- ・ 否認権の要件（支払不能等に対する悪意（破産法第162条第1項））よりも重めの要件とされているが、管財人が行使するわけではないこと、不当性があるかどうかを通謀要件によりこまめに判断できることから、妥当である。
- ・ 否認の場面以上に弁済等を保護する必要がある、通謀を要件とするべきである。
- ・ 自由競争原理が働く平時においても、不正な競争は認めないとしてよい。
- ・ アの要件に加えてイの要件が課されるので、イの要件が不明確であるために詐害行為取消権の対象が不当に拡大するおそれはない。
- ・ 支払不能後の本旨弁済がすべて取り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から、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。

【反対】

沖縄弁法制委、横浜弁、大阪弁、愛知弁、東弁全期会、経営法友会、個人3名

- ・ 債務消滅行為及び担保供与行為については、先行して債権回収の努力をした債権者の行為を安易に否定すべきではなく、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、詐害行為取消の対象から除外すべきである。
- ・ 支払不能という時期をもって画するならば、通謀的害意という要件を加える必要はなく、支払不能の事実や債権者を害すべき事実の認識で足りる。
- ・ 通謀的害意は内容が不明確である。その代わりとして、否認権と同様に、受益者が当該行為の当時、債務者の支払不能又は支払停止の事実を知っていたことを要件とすべきである。
- ・ 倒産法上の否認権の規律と異なる主観要件をわざわざ設ける意義はないし、かえって通謀詐害意図要件の不明確性から規律の透明性が損なわれる。イは、「当該行為の相手方が、行為の当時、債務者が支払不能であったことを知っていたこと」とすべきである。

(2) アについて

【賛成】

最高裁（比較的多数）、一弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、平田総合、二弁、堂島、日司連、早大、個人2名

- ・ 従来の判例の考え方に破産法上の否認権の考え方を取り入れたものであり、妥当である。
- ・ 詐害行為取消権の要件は、倒産法上の否認権の要件と一致させるのが分かりやすく、取引の相手方の予測可能性や法的安定性の確保に資する。

【反対】

広島弁、濱口他、愛知弁、東弁全期会、全銀協、個人3名

- ・ 非義務行為について破産法の規定との整合性を図る意図は理解できるが、規定が複雑になりすぎる。非義務行為について取消可能な取引を支払不能から30日拡張

したところで、実務上それほど意味があるとは思えない。実益の少ない規定を盛り込むことで条文が過度に複雑化することは避けるべきである。

- ・ 債務超過でも通常の営業を続けている企業は多く、例えば、貸付金の弁済期が来たときに、その期限を延長するに当たって、義務に基づかない担保供与を受けた後、30日以内に急に業況が悪化して支払不能になったといった場合に担保供与が取り消されたのでは受益者の保護に欠ける。
- ・ 平時においては原則として自由競争であり、回収に努力する債権者が多くの満足を得ることを否定されるべきではない。
- ・ 迅速な処理が要請される破産手続の議論が、債権者に債務者の責任財産の保全の手段を付与する詐害行為取消にそのまま妥当するものではなく、30日以内に限定する理由とはならない。

【その他の意見】

- ・ 非義務的な行為について、支払不能時前であっても、主観的に格別に悪質な行為については、これを取消しの対象とすべきであり、通謀的害意をもってなされた非義務的行為についてまで取消しの対象としないことは、相当ではないから、アイいずれかに該当する場合には、対象とすべきである。（沖縄弁法制委）

(2)イについて

【賛成】

最高裁（比較的多数）、一弁、札幌弁、濱口他、日弁連、福岡弁、平田総合、二弁、堂島、日司連、早大、個人2名

- ・ 従来の判例の考え方に破産法上の否認権の考え方を取り入れたものであり、妥当である。
- ・ 否認の場面以上に弁済等を保護する必要がある、通謀を要件とするべきである。
- ・ 自由競争原理が働く平時においても、不正な競争は認めないとしてよい。
- ・ 否認権の要件（支払不能等に対する悪意（破産法第162条第1項））よりも重めの要件とされているが、管財人が行使するわけではないこと、不当性があるかどうかを通謀要件によりこまめに判断できることから、妥当である。

【反対】

広島弁、横浜弁、大阪弁、愛知弁、東弁全期会、全銀協、個人3名

- ・ 通謀的害意は内容が不明確である。その代わりとして、否認権と同様に、受益者が当該行為の当時、債務者の支払不能又は支払停止の事実を知っていたことを要件とすべきである。
- ・ イの要件に代えて、「当該行為の相手方が、その行為の当時他の債権者を害する事実を知らなかったとはいえないとき」との要件を設けるべきである。

(3)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、東弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、二

弁、堂島、下森他、日司連、早大、個人3名

- ・ 倒産法上の否認権の考え方を取り入れたものであり、妥当である。
- ・ 通謀の立証が困難なので、推定規定を設けることが必要不可欠である。
- ・ 類型的に詐害行為に加担する可能性の高い者については、推定規定を置くべきである。

【反対】

沖縄弁法制委、広島弁、愛知弁、東弁全期会、個人2名

- ・ そもそも偏波行為について通謀的害意を要件とすべきではないし、非義務行為については、支払不能前であっても通謀的害意をもってなされたものは対象とすべきであるが、かかる時期以前の行為について、親族等であっても、通謀的害意があることが原則とは言えず、極めて例外的にしか認められないものであるから、推定の根拠がないものである。
- ・ 非義務行為について破産法の規定との整合性を図る意図は理解できるが、規定が複雑になりすぎる。
- ・ 代物弁済を行った場合のように義務に属なさい「方法」により債務を消滅した場合にまで主観的要件を推定するのは相当ではない。

【その他の意見】

- ・ 賛成意見が比較的多かったが、次のような指摘もあった。「その他の債務者の内部者」の意義が不明確であり、その解釈次第では、否認権が認められる範囲よりも広い範囲で詐害行為取消権が認められることになり、バランスが悪い。（最高裁）

(4)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、二弁、堂島、下森他、日司連、早大、個人3名

- ・ 倒産法上の否認権の考え方を取り入れたものであり、妥当である。
- ・ 支払不能状態が発生し、それが一定期間継続した後に支払停止に至ることが一般的である。
- ・ 平時に行われる詐害行為取消しの場合には基準としては不明確であるとの批判があるので、かかる推定規定を設けることが必要不可欠である。
- ・ 支払不能の要件が不明確であるため、推定規定は必要である。

【反対】

濱口他、愛知弁、東弁全期会、個人2名

- ・ この段階では倒産手続により総債権者の平等を図るべきであり、取消債権者の抜け駆けを認めるべきでないが、仮に（１）アや（２）アの規定を置くのであれば、支払不能を直接証明するのは困難であるから、推定規定は必要である。
- ・ 支払不能要件を詐害行為取消権行使の要件とすべきではない。

4 過大な代物弁済等の特則

債務者がした債務の消滅に関する行為であって、受益者の受けた給付の価額が当該行為によって消滅した債務の額より過大であるものについて、前記1の要件（受益者に対する詐害行為取消権の要件）に該当するときは、債権者は、その消滅した債務の額に相当する部分以外の部分に限り、前記1の取消しの請求をすることができるものとする。

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、東弁、一弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、虎門、二弁、東弁全期会、堂島、日司連、早大、日大、個人3名

- ・ 倒産法上の否認権の考え方を取り入れたものであり妥当である。
- ・ 偏頗行為取消しの要件を充足しない場合でも、過大な部分については詐害行為取消の対象とすることが相当である。
- ・ 債務者の責任財産が減少する以上、一般的要件の下での詐害行為取消権を認めるべきである。
- ・ 従来の実務では明確とは言えなかった詐害行為の要件について、破産法を参照しつつ明らかにすることにより、分かりやすい民法の実現を図ることができる。

【反対】

下森他、慶大、個人2名

- ・ 不当な債権回収行為については、全部の取消しが認められてよいと考える。
- ・ 相当価格の代物をもってする一般債権者への代物弁済は、通謀的害意を要せず、単なる悪意であっても詐害性を認める判例法理の明文化が妥当である。

【その他の意見】

- ・ 代物弁済に係る物の価値と消滅する債務の額に差が生じることは通常のことであり、いかなる場合に取り消すことができるのかを明確にしなければ、（正常な）代物弁済を受けようとする債権者にとっても、詐害行為取消権を行使しようとする債権者にとっても、不都合が生じる。したがって、「過大な代物弁済」の意義は明確にする必要がある。（虎門、東弁全期会）
- ・ 不動産など不可分な代物弁済がなされた場合の取消しの範囲が不明確である。（名川・岡村）
- ・ 「その消滅した債務の額に相当する部分以外の部分に限り」とする趣旨が、排他的な規定ではなく、消滅した債務の額に相当する部分について、第15、3の規定の適用を排除するものではないという趣旨を明確にする方がよいのではないか。（個人）
- ・ 一部分の取消しということを想定しているようであるが、意味が不明である。「給付の価額」はどのようにして定めるのか。「過大」ではなく「不当に過大」とすべきである。（個人）

5 転得者に対する詐害行為取消権の要件

(1) 債権者は、受益者に対する詐害行為取消権を行使することができる場合において、その詐害行為によって逸出した財産を転得した者があるときは、次のア又はイに掲げる区分に応じ、それぞれ当該ア又はイに定める場合に限り、転得者に対する詐害行為取消権の行使として、債務者がした受益者との間の行為の取消しを裁判所に請求することができるものとする。

ア 当該転得者が受益者から転得した者である場合

当該転得者が、その転得の当時、債務者がした受益者との間の行為について債権者を害すべき事実を知っていた場合

イ 当該転得者が他の転得者から転得した者である場合

当該転得者のほか、当該転得者の前に転得した全ての転得者が、それぞれの転得の当時、債務者がした受益者との間の行為について債権者を害すべき事実を知っていた場合

(2) 債権者は、上記(1)の請求において、上記(1)の行為の取消しとともに、転得者に対し、当該行為によって逸出した財産の返還を請求することができるものとする。

(3) 上記(1)の請求においては、債務者及び転得者(上記(1)及び(2)の請求の相手方である転得者に限る。)を被告とするものとする。

(4) 上記(1)の適用については、転得者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、当該転得者は、その転得の当時、債務者がした受益者との間の行為について債権者を害すべき事実を知っていたものと推定するものとする。

(注) 上記(3)については、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付けるとする考え方がある。

(1)について

【賛成】

最高裁(比較的多数)、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、アンダーソン毛利友常、愛知弁、二弁、堂島、日司連、日大、個人2名

- ・ 倒産手続における否認権行使の場合には、「受益者の悪意」についての悪意、いわゆる二重の悪意を要求しているが、主観的要件については受益者・転得者それぞれについて考えれば足りる。
- ・ 転得者の前に善意の受益者・転得者が介在する場合には、取引の安全の確保及び法律関係の画一的処理の観点から、詐害行為取消権の行使を認めるべきではない。
- ・ 倒産法上の否認権の要件の不都合を修正しつつ、取引の安全を図るものであり妥当である。
- ・ 破産法第170条第1項第1号のように二重の悪意を要件とする実益が認められない。

- ・ 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。

【反対】

虎門、東弁全期会、名川・岡村、慶大、個人3名

- ・ 判例に従い、受益者が善意で転得者が悪意である場合にも、転得者に対する詐害行為取消権の行使を認めるべきではないか。
- ・ 否認権の行使権者である破産管財人と異なり、債権者は情報収集の手段が限られるから、全ての転得者の悪意を債権者が立証することは困難を伴い、詐害行為取消権の行使を制限し、責任財産の保全を困難にする。
- ・ 受益者に対して詐害行為取消権を行使できる場合に限定することは、相対的取消理論を採用した判例法理の努力を無にすることになる。
- ・ イは、転得者が複数いる場合に、それら複数転得者すべての悪意を要件とする場合、詐害行為取消権の行使が極めて困難となる。

【その他の意見】

- ・ 転得者の悪意の要件を破産法170条第1項1号より緩和することは、否認権が認められる範囲よりも広い範囲で詐害行為取消権を認めることになり相当ではないのではないかとの指摘もあったが、提案に賛成する意見が比較的多かった。(最高裁)
- ・ 破産法について二重の悪意を要件とし続ければ、結果的に破産法の要件が詐害行為取消権の要件に比して厳格となり、破産法では認められないが詐害行為取消権では認められる、いわゆる逆転現象が発生することとなりうる。これを防止するために、本制度の導入にあたっては、破産法においても同様の要件の改正を行うべきである。(アンダーソン毛利友常)
- ・ 相当価格処分行為の場合と偏頗行為の場合には転得者に二重の悪意を要求することを、条文上明らかにすべきである。(早大)
- ・ 絶対的構成に立った上で、ただし書として、受益者が善意でも悪意の転得者と信義則上同視できる事情がある場合には、この限りでない旨のただし書を入れるのが相当である。(東弁、下森他)
- ・ 「場合に限り、請求することができる」であれば、条件が合わなければ訴え自体が違法であるから、裁判所は本案前の判断として却下することになる。しかし、実態面を見ると法律関係に立ち入った判断であり、本案の裁判として棄却判決をすべきであろうから「請求は容認される」とすべきではないか。(個人)

(2)について

【賛成】

最高裁(多数)、沖縄弁法制委、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、堂島、日司連、早大、日大、個人2名

- ・ 責任説を採用せず、逸出した財産の回復のための制度と捉えることにより、現行法(実務)との連続性を相当程度確保することができ、妥当である。
- ・ 第15の1の要件との整合性を図るべきである。

【反対】

東弁、下森他、慶大、個人3名

- ・ 転得者の所属財産のまま、債務者の責任財産としての適格性のみ回復することを条文化すべきである。
- ・ 財産の返還とするのではなく、執行認容形態を採用すべきであると考ええる。
- ・ 責任説の立場から、転得者は、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（詐害行為時までに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。

(3)について

【賛成】

沖縄弁法制委、広島弁、札幌弁、横浜弁、平田総合、二弁、堂島、日大、個人2名

- ・ 取消しの効果を債務者に及ぼすのであれば、債務者にも訴訟手続に関与する機会を保障する必要がある。
- ・ 第15の1の要件との整合性を図るべきである。
- ・ 相対的取消しの問題点を一定程度解決できる。
- ・ 債務者に判決の効力を及ぼすという実体的な面のみでなく、債務者に対する手続参加の機会を保障する必要性や、債権の存否・債務者の無資力等の要件についての判断を適切に行うためには債務者を訴訟に関与させるのが望ましいことから、転得者だけでなく債務者を被告とすべきである。

【反対（注に賛成）】

最高裁（多数）、東弁、下森他、一弁、濱口他、日弁連、大阪弁、愛知弁、日司連、ファンの会、アトリウム、慶大、個人3名

- ・ 固有必要的共同訴訟とすると、訴訟資料の統一及び訴訟進行の統一が要請されることから、いたずらに訴訟が複雑になり、また和解による早期解決が困難になる。
- ・ 債務者に判決効を及ぼすためには、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付ければ足りるし、必要があれば民事訴訟法の改正や特別の規定により対処すべきである。
- ・ 詐害行為取消訴訟の紛争実態は限りある責任財産の奪い合いであり、取消しの可否に関連する債務者の利益は間接的であるから、大半の債務者は訴訟を積極的に追行する意欲に乏しいと考えられ、和解などの柔軟な解決の妨げにもなる。
- ・ 債務者を被告とすると、債務者が行方不明の場合等、現民法より債権者の手続の負担が増すことが予想される。
- ・ 債務者を被告にすることを義務付けるのであれば、そのときの併合形態は、固有必要的共同訴訟になると考えられるが、その場合、債務者が行方不明であったり、

代表者が欠けている場合には、公示送達や特別代理人の選任が必要になり、円滑な訴訟進行が害されるし、これらの事情がなくても、債務者が期日に出席しないときには、期日を開くたびに呼出状を送付しなければならなくなったり、和解ができなくなったりするなど手続が重くなる。取消債権者が債務者に対する債務名義を有している場合には、債務者に対して請求をすべき事項はなく、債務者を被告にすることを義務付けると、取消債権者に不必要な負担を課すことになる。債務者は、利害関係を失っている（訴訟の帰すうに関心を失っている）ことが多いので、債務者を被告とすることを強制する必要性は乏しく、手続保障としては、訴訟告知を義務付ければ足りる。

- ・ 責任説の立場から、判例法理と同様、債務者に被告適格を認めるべきではなく受益者又は転得者を被告とすることを明文化すべきである。
- ・ 相対的取消理論を採用した判例法理の努力を無にするものであり、反対である。

【その他の意見】

- ・ 取消判決の形成効の対象は債務者・受益者間の行為であり、取消しの効力は受益者・転得者間の法律関係にも及ぶと考えられることを前提とすると、受益者の手続保障に配慮する必要があるので、受益者に対する訴訟告知を必要的なものとするべきである。（濱口他）
- ・ 受益者に対する関係で「相対的取消」と考えないのであれば、受益者に対する訴訟告知を取消債権者に義務づける必要があるように思われる。（早大）

(4)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、堂島、下森他、日司連、早大、日大、個人3名

- ・ 倒産法上の否認権の考え方を取り入れたものであり、妥当である。
- ・ 家族等の内部者については、定型的に推認の合理的理由があり、立証責任分担の公平の観点から、推定規定を置くことが相当である。

【反対】

個人2名

【その他の意見】

- ・ 事実上の推定に委ねれば十分である。（慶大）
- ・ 「その他の債務者の内部者」の意義が不明確であり、その解釈次第では、否認権が認められる範囲よりも広い範囲で詐害行為取消権が認められることになり、バランスが悪いとの指摘もあったが、提案に賛成する意見が比較的多かった。（最高裁）
- ・ 債務者だけに限らず、悪意の受益者や悪意の転得者の親族等が介在する場合も悪意の推定に含めるべきである。また、親族、同居者に限らず、友人、知人も悪意の推定の対象者に含めるべきである。（名川・岡村）
- ・ 趣旨には賛成するが、法律上の事実推定は、ある事実があることによる他の事実が存在する蓋然性に基礎を置く。「内部者であること」により自己の行為の詐害性に

についての悪意が存在する蓋然性はあっても、前者の行為の詐害性について悪意であるとの蓋然性があるとはいえない。むしろ、破産法170条第1項第2号のように、内部者であることを要件とし、転得者に善意を立証させる規定ぶりが妥当である。(濱口他)

6 詐害行為取消しの効果

詐害行為取消しの訴えに係る請求を認容する確定判決は、債務者の全ての債権者（詐害行為の時又は判決確定の時より後に債権者となった者を含む。）に対してその効力を有するものとする。

【賛成】

最高裁（比較的多数）、一弁、札幌弁、平田総合、愛知弁、堂島、日司連、早大、日大、個人1名

- ・ 民法第425条の趣旨をめぐって議論のあったところを明確にするものである。
- ・ 認容判決であれば、他の債権者に不利益を及ぼすおそれはない。
- ・ 債務者に取消しの効果が及ぶ以上、債務者の他の債権者に取消の効力が及ぶことは当然である。
- ・ 株主代表訴訟においては、訴訟告知を受けた株式会社に公告・通知義務が課せられている一方で、詐害行為取消訴訟においては、債務者にそのような義務は解釈上課せられていないこととの均衡上、請求を認容するものに限り、原告債権者及び参加債権者以外の債権者に判決効の反射的効果が及ぶ旨の明文の規定を設けることになると思われる。
- ・ 請求を認容する確定判決に限る趣旨の明文の規定を設けなければ、民訴法115条1項2号により、そうでないものにも対世効があると解されるおそれがある。
- ・ 詐害行為取消権の本来的な趣旨を確認する現行法の規定は維持すべきである。
- ・ 債務者がした詐害行為の取消しの効果については、対世効を認めることが他の債権者にとっても利益となり、複数の詐害行為取消訴訟において判断に齟齬が生じることを防ぐことにもなる。

弁論の必要的併合の規定を設けることを条件として賛成するとの意見

二弁

- ・ 複数の詐害行為取消訴訟がある場合に合一確定の必要が生じることから、弁論の必要的併合の規定（会社法第837条などと同様の規定）を設ける必要がある。

【反対】

沖縄弁法制委、東弁、広島弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、東弁全期会、下森他、慶大、個人4名

- ・ あえて債務者の全ての債権者に対して判決効を及ぼす必要はなく、債務者に取消効を及ぼせば十分である。
- ・ 責任説の立場では、詐害行為取消権を行使することができない債権者にまで効果を及ぼす必要はなく、仮に及ぼすと、相対的に取消債権者の配当額が低下し、取消

債権者から、取消権を行使するインセンティブを奪いかねないので、その旨の規定を設けるべきである。

- ・ 手続に関与していない全ての債権者に効果が及ぶとする理論的根拠が不明である。判決の効力が債務者に及ぶものとすれば足りる。
- ・ 個別債権の効力の保全であり、倒産手続のように一定時点での資産での清算を目的としない以上、当該資産を責任財産として取引に入った債権者、すなわち詐害行為前に成立した債権の債権者に限るべきである。
- ・ 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、本案は、このような制度の捉え方の障害となるものである。
- ・ 詐害行為取消権についてだけ特別の規定を置くことにより、かえって、それ以外の場合に判決の効力が債務者の債権者には及ばないとする誤解を生じかねない。
- ・ 詐害行為取消し後に債権者となった者に詐害行為取消しの効果を及ぼすと棚ぼた的利益を認めることになり、詐害行為取消し前の債権者を害することとなる。

【その他の意見】

- ・ 提案の趣旨、効果（取消債権者以外の者による強制執行を認める効果を有するのかなど）、執行場面における問題点（仮に取消債権者以外の者による強制執行を許すものであれば、他人の取得した債務名義に基づく強制執行が可能なのかなど）を明確にした上で検討をすべきである。（西村あさひ）
- ・ 詐害行為取消しの効果が債務者に及ぶのか否かという第15、1の検討の結論に従った規定が必要ではないか。（虎門）
- ・ 効力が及ぶ者として債務者を追加することも検討に値する。また、請求を認容する部分の確定判決であることを明確にすべきである（一弁）

7 詐害行為取消しの範囲

債権者は、詐害行為取消権を行使する場合（前記4の場合を除く。）において、その詐害行為の全部の取消しを請求することができるものとする。この場合において、その詐害行為によって逸出した財産又は消滅した権利の価額が被保全債権の額を超えるときは、債権者は、その詐害行為以外の債務者の行為の取消しを請求することができないものとする。

（注）詐害行為取消権の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定するという考え方がある。

【賛成】

一弁、札幌弁、濱口他、日弁連、平田総合、二弁、東弁全期会、堂島、日司連、早大、日大、個人3名

- ・ 事実上の優先弁済を原則として否定するのであれば、全部の取消しを請求できるとしても弊害はない。
- ・ 被保全債権の額を超えて、他の法律行為の取消しを認めるべきではないとともに、一個の法律行為の一部取消しは認めるべきではない。

- ・ 事実上の優先弁済を否定する立場を採った場合、詐害行為取消しの範囲を被保全債権の額の範囲に限定すると、取消債権者その他の債権者が競合した場合に取消債権者の回収額が少なくなる恐れがあり、債権回収に労を採った取消債権者の利益が十分に保護されない。
- ・ 取消しの効果が詐害行為の全部に及んだとしても、取消債権者や他の債権者が逸出財産から回収した残余の部分については、債務者は受益者等に対して返還を請求しないことも可能であり、その限度では債務者の財産処分の自由や取引の安全は確保される。
- ・ 債務者の責任財産の保全という観点からは、被保全債権の金額に限定される合理的な理由がない。
- ・ 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。
- ・ 詐害行為取消権の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定した場合、価額による賠償という手段に限定され、実効性が失われかねないと考える。
- ・ 取消しを行っても優先的に回収できるわけではなく、単に比例配当の原資が増えるだけであるので、被保全債権の額で制限するのは理由がない。

【前段は賛成、後段は反対】

東弁、広島弁、横浜弁、大阪弁、アンダーソン毛利友常、下森他

- ・ 他の債権者が執行手続に加入し、回復財産では被保全債権の回収に不足する場合に、そのことがあらかじめ予測されていたときであっても前もって別の詐害行為の取消しを請求することはできず、財産回復後に改めて別の詐害行為の取消訴訟を提起すべきものとするのは、あまりに迂遠である。
- ・ 詐害行為取消権の事実上の優先弁済の機能を否定した場合、他の一般債権者との競合が生じる可能性がある以上、被保全債権の額の範囲でのみ詐害行為取消権の行使を認めるのは取消債権者に酷である。後段は、複数の詐害行為が同時ないし連続してなされた場合、どの範囲の行為をもって一つの詐害行為と捉えるのか、その判断基準を設けるのは困難であり、現実問題として、取消対象とし得る詐害行為とその他の詐害行為との区別ができるか疑問である。また、被保全債権の額を超えて取消しを認めることから一つの詐害行為だけに取消範囲を限定するという理論的根拠も見出し難い。
- ・ 責任説の下では、全部取消しを認めても、取引の安全に対する影響を最小限に抑えることができるので、弊害が生じる余地が少ない。
- ・ 詐害行為取消しの範囲を取消債権者の債権額に限定した場合には、予想外の配当加入があった場合に、改めて取消訴訟を提起する必要があるため、全部取消を認める必要性がある。形式的には可分物でも、ゴルフ場のように、複数の土地が有機的の一体となって、資産価値を形成する場合には、一部の土地の取消しでは、本来の交換価値が減殺されてしまいかねない。
- ・ 取消の範囲を広げることに對する懸念（被保全債権の額の範囲を超える金銭等の引渡を受けた取消債権者が、当該金銭等を預かり保管中に費消・隠匿したり、破産

したりした場合に、債務者や他の債権者にとって不都合が大きいという懸念)は、債権者が自己への直接引渡を請求しうる範囲を被保全債権の範囲に限ることで対処をはかる方が合理的である。

- ・ 詐害行為取消権は裁判上の行使しか認められずその訴訟追行には時間や費用がかかることから債権者が不必要に手を広げて詐害行為取消しをなす事態はあまり想定されないし、かかる例外的な事態には権利濫用の法理で対処すれば足りる。

【反対（注に賛成）】

沖縄弁法制委、愛知弁、仙台弁、改めて見直す会、慶大、個人2名

- ・ 取消債権者に対する優先弁済を否定すべきではあるが、倒産手続と異なり総債権者に対する配当等の手続も整備されていないことからすると、被保全債権の範囲にとどめることが相当である。
- ・ 民法上の詐害行為取消権については、債権者代位権と同様、あくまでも取消権を行使する債権者が、自己の債権を保全するために行使するものであり、総債権者の共同担保を行使するものではないとの制度設計に従うならば、取消権行使の範囲は、当然に被保全債権の範囲に限定すべきである。
- ・ 土地の贈与等の場合には全体の取消しを認めるべきであるが、判例のとおり、過分なものは、被保全債権の範囲でのみ行使を認めるべきである。
- ・ 事実上の優先弁済の余地を認めるべきである。そうすると被保全債権の額に限定するのが相当である。
- ・ 相殺を禁止すべきではないが、相殺を禁止する以上は、代位行使できる範囲を限るべきではない。相殺を禁止された場合、債権執行を行うことになるが、その場合は、他の債権者が参加することもあるし、それだけではなく、優先弁済がある租税債権が参加する可能性がある。

【その他の意見】

- ・ 取消債権者による相殺を禁止しない考え方（後記8の（注2））を前提にして（注）の考え方を支持する意見があったほか、次のような指摘をして（注）の考え方を支持する意見があった。債権差押えについては、手続が法定されており、剰余金の扱い等も明確であるが、詐害行為取消権については、取消債権者が受領した金銭の処理が明確に定められてはおらず、両者を同等に扱うことが相当であるとはいえない。被保全権利の額を超えた権利行使を認めると、取消債権者が受領した金銭を費消する等の悪用が行われるおそれがあり、その場合、金銭を費消した取消債権者の無資力のリスクを債務者や他の債権者が負担することになるが、そのことは相当でない。競合する債権者が現れる可能性は低く、被保全権利の範囲を超えて他人の権利に介入することを認める必要が高いとはいえない。（最高裁）
- ・ 「逸出した財産又は消滅した権利の価額」を基準とすることは妥当か。取消しの結果、実際に回復したものを基準とすべきではないか。さらに、仮に相殺による債権回収機能を否定する場合、実際の回収額を基準とすべきではないか。（虎門）
- ・ 「その詐害行為によって逸出した財産又は消滅した権利の価額」とあるが、債務者に戻した財産を債権者が強制競売にかければ時価よりも安くなるのが通常なのだ

から、民事執行法第73条第1項のような形にすべきである。(個人)

8 逸出財産の返還の方法等

- (1) 債権者は、前記1(2)又は5(2)により逸出した財産の現物の返還を請求する場合には、受益者又は転得者に対し、次のアからエまでに掲げる区分に応じ、それぞれ当該アからエまでに定める方法によって行うことを求めるものとする。

ア 詐害行為による財産の逸出について登記(登録を含む。)がされている場合(下記イの場合を除く。)

当該登記の抹消登記手続又は債務者を登記権利者とする移転登記手続をする方法

イ 詐害行為によって逸出した財産が債権である場合

- (ア) 当該債権の逸出について債権譲渡通知がされているときは、当該債権の債務者に対して当該債権が受益者又は転得者から債務者に移転した旨の通知をする方法

- (イ) 当該債権の逸出について債権譲渡登記がされているときは、債権譲渡登記の抹消登記手続又は債務者を譲受人とする債権譲渡登記手続をする方法。ただし、上記(ア)の債権譲渡通知の方法によって行うことを求めることもできるものとする。

ウ 詐害行為によって逸出した財産が金銭その他の動産である場合

金銭その他の動産を債務者に対して引き渡す方法。この場合において、債権者は、金銭その他の動産を自己に対して引き渡すことを求めることもできるものとする。

エ 上記アからウまでの場合以外の場合

詐害行為によって逸出した財産の性質に従い、当該財産の債務者への回復に必要な方法

- (2) 上記(1)の現物の返還が困難であるときは、債権者は、受益者又は転得者に対し、価額の償還を請求することができるものとする。この場合において、債権者は、その償還金を自己に対して支払うことを求めることもできるものとする。
- (3) 上記(1)ウ又は(2)により受益者又は転得者が債権者に対して金銭その他の動産を引き渡したときは、債務者は、受益者又は転得者に対し、金銭その他の動産の引渡しを請求することができないものとする。受益者又は転得者が債務者に対して金銭その他の動産を引き渡したときは、債権者は、受益者又は転得者に対し、金銭その他の動産の引渡しを請求することができないものとする。
- (4) 上記(1)ウ又は(2)により受益者又は転得者が債権者に対して金銭その他の動産を引き渡したときは、債権者は、その金銭その他の動産を債務者に対して返還しなければならないものとする。この場合において、債権者は、その

返還に係る債務を受働債権とする相殺をすることができないものとする。

(注1) 上記(1)ウ及び(2)については、取消債権者による直接の引渡請求を認めない旨の規定を設けるという考え方がある。

(注2) 上記(4)については、規定を設けない(相殺を禁止しない)という考え方がある。

【全体に対する意見】

- ・ 取消債権者が債務者への返還義務を任意に履行しない場合の弊害について 検討すべきである。(TMI)

(1)アについて

【賛成】

最高裁(比較的多数)、沖縄弁法制委、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、東弁全期会、堂島、早大、日大、個人2名

- ・ 一般的な理解・実務を明文化するものである。
- ・ 現行の判例法理に沿うものであり妥当である。
- ・ 逸出財産が何であるかに応じて具体的な回復方法の規定を設けることは、分かりやすい民法の実現に資する。
- ・ 債務者の責任財産を回復すれば足りるのであるから、債務者に戻すのが原則である。

【反対】

東弁、下森他、日司連、慶大、個人4名

- ・ 端的に受益者の所属財産のまま責任財産としての適格性のみ回復すれば足り、債務者の下に登記や債権譲渡通知や占有の回復をする必要はない。
- ・ 現物の返還を原則とすることに反対である。執行認容の形態で回復を図ることがより制度の目的に適合的であると考ええる。
- ・ 責任説の立場では、逸出財産の帰属の回復を図る必要はなく、責任法的無効の効果として発生する法定担保物権の実行によるべきである。
- ・ 手続法に関わる部分であり、あえてこのような細かい規定を民法に設ける必要はない。

【その他の意見】

- ・ 抹消等登記手続については債権者代位の規定に従って手続を行うものとし、不動産登記法第59条第1項7号に準じた記載を公示しておけば、現行の登記実務上と同様の対応が可能となるから、アのただし書きに、「抹消等登記手続は、第〇〇条の規定(債権者代位権の条文を記載する。)に従って行う場合に限るものとする。」との規定を設けるべきである。(全国青士協、東京青士協)

(1)イについて

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、一弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、東弁全期会、堂島、早大、日大、個人3名

- ・ 一般的な理解・判例法理であり、異論のないところである。
- ・ 債権譲渡は、債務者に通知されない限り、債権者は債務者に対して履行請求できないため、債権譲渡が取り消された旨通知を行う必要があるし、債権譲渡登記がなされている場合には、登記上反映する手続を認めるべきである。
- ・ 債権譲渡は詐害行為の典型的場面である。しかし、相対的無効を前提にその効果について裁判実務は混乱してきたものであり、また、債務者を被告として実体的効力を債務者に及ぼしても、どのような手段を取りうるのかは一義的に導かれるものではない。立法によって解決することが必要である。
- ・ 債務者の責任財産を回復すれば足りるのであるから、債務者に戻すのが原則である。

【反対】

東弁、下森他、日司連、慶大、個人4名

- ・ 現物の返還を原則とすることに反対である。執行認容の形態で回復を図ることがより制度の目的に適合的であると考ええる。
- ・ 手続法に関わる部分であり、あえてこのような細かい規定を民法に設ける必要はない。

【その他の意見】

- ・ 基本的には問題がないと考えるが、(ア)については、どのように実現（執行）するのか不明であるとの指摘があった。また、(イ)については、通知の方法も認めるとの規定（ただし書）には問題がある。（一弁）

(1) ウについて

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、広島弁、札幌弁、濱口他、平田総合、愛知弁、東弁全期会、堂島、全銀協、日大、早大、個人1名

- ・ 特に異論がない判例法理の明文化ないし一般的な理解である。
- ・ 強制執行の前提として、取消債権者が保管することは認められてよい。
- ・ 詐害行為が取り消された後、債務者が目的物を受領しない場合や、債務者が受領した後に費消してしまう場合を考慮する必要がある。
- ・ 金銭その他の動産は、債務者が費消もしくは隠匿すると追及が極めて困難となるから、保全のための必要な措置として、債権者への引渡を認めるべきである。

債権者への直接の引渡しを被保全債権の範囲に限ることを条件に賛成するとの意見

横浜弁

- ・ 取消債権者が直接自己への引渡しを請求することは肯定してよいが、取消債権者が被保全債権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、直接引渡を請求できるのは自己の被保全債権までに限るものとすべきである。

【（注1）に賛成】

日弁連、大阪弁、福岡弁、二弁、個人1名

- ・ 事実上の優先弁済を禁止する場合には、直接引渡請求を認めることに積極的意義はなく、むしろ法律関係を複雑にするものであって妥当でない。取消債権者は、端的に被保全債権の債務名義をもって、詐害行為取消しによって認められる、債務者の受益者または転得者に対する金銭等の引渡請求権を差し押さえて、被保全債権の回収を図るべきである。
- ・ 詐害行為取消権の性格から考えて、取消判決は債務者の受益者・転得者に対する返還請求権を発生させるだけに留め、その後の債権者の満足はこれらの返還請求権に対する差押手続によるべきである。
- ・ 詐害行為取消権は債務者を被告として訴訟を提起する必要がある、債務者に対する被保全権利についても債務名義を取得することができる、債権者は債務者の受益者に対する金銭・動産の引渡請求権を差し押さえ、あるいは転付命令を受ければ、詐害行為取消訴訟の判決について承継執行文の付与を受けて、受益者に対して直接に強制執行することが可能であるから、取消債権者は、受益者に対してさらに引渡請求訴訟を提起する必要はない。
- ・ 取消債権者への直接の引渡しを認めると、取消の範囲が被保全債権の額を超えるときは、超過部分の金銭が取消債権者に引き渡されて一般財産に混入して、取消債権者の債権者が当該財産に強制執行をし、あるいは取消債権者が倒産した場合には取消債権者の債権者が不当に利得することになる。

【反対】

東弁、慶大、下森他、個人4名

- ・ 現物の返還を原則とすることに反対である。執行認容の形態で回復を図ることがより制度の目的に適合的であると考ええる。

【その他の意見】

- ・ 取消債権者に対する直接の引渡しを認めずに供託の制度を利用する考え方や直接の引渡しを認めた場合でも信託の考え方を利用するなどの方法を取り入れることなどにより、取消債権者の資力にかかるリスクを排除することが望ましいと考えられ、かかる仕組みについてさらに検討を要するものと考えられる。(アンダーソン毛利友常)
- ・ 債権者の引渡請求権と、受益者の返還方法との関係が不明確である。債権者が引渡請求をしたときには、受益者はこれに応ずる必要があるのか。それとも、債権者代位権の場合と同じく、債務者に対して返還をすれば、引渡請求に応じなくてもよいのか明らかではない。(個人)

(1) エについて

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、東弁全期会、堂島、早大、日大、下森他、個人2名

- ・ 受皿的な規定として必要である。

- ・ 異論のないところである。
- ・ 債務者の責任財産としての執行が可能となる方法で返還すべきである。

【反対】

東弁、慶大、個人4名

- ・ 現物の返還を原則とすることに反対である。執行認容の形態で回復を図ることがより制度の目的に適合的であると考ええる。

(2)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、広島弁、札幌弁、濱口他、平田総合、愛知弁、東弁全期会、堂島、日大、早大、日司連、個人2名

- ・ 特に異論がない判例法理の明文化ないし一般的な理解である。
- ・ 前段は異論がないところである。後段は、詐害行為が取り消された後、債務者が目的物を受領しない場合や、債務者が受領した後に費消してしまう場合を考慮する必要がある。
- ・ 強制執行の前提として、取消債権者が保管することは認められてよい。
- ・ 債権の保全に必要なのは、現物よりその価値であるから、受益者・転得者は常に現物の返還に代えて価額を償還することができるものとすべきである。

【前段は賛成、後段は反対】

東弁

- ・ 責任説の立場から、受益者の所属財産のまま、債務者の責任財産としての適格性のみ回復することを条文化すべきである。

【前段は賛成、後段は（注1）に賛成】

日弁連、大阪弁、二弁、福岡弁

- ・ 後段については、事実上の優先弁済を禁止する場合には、直接引渡請求を認めることに積極的意義はなく、むしろ法律関係を複雑にするものであって妥当でない。取消債権者は、端的に被保全債権の債務名義をもって債務者の受益者または転得者に対する債権を差し押さえるべきである。
- ・ 詐害行為取消権の性格から考えて、取消判決は債務者の受益者・転得者に対する返還請求権を発生させるだけに留め、その後の債権者の満足はこれらの返還請求権に対する差押手続によるべきである。

【反対】

下森他、個人4名

- ・ 価額償還請求の要件としては、現物の返還が不可能または「著しく困難」であることを必要とすべきであり、単に「困難」であるだけでは、認めるべきではない。価額賠償請求の効果としては、金銭債権的な価額償還請求権を認めることには反対であり、受益者の一般財産に対して、詐害行為の対象財産の価額の限度において、一般先取特権の発生を認め、法定担保物権の実行によるべきである。
- ・ 「債権者は、受益者または転得者に対し、価額の償還を請求することができる」

とあるが、この請求権の性質は不明である。このような条文がなければ不当利得返還請求権であろうが、この条文があると、不当利得とは異なる新たな権利が債権者に付与されているように見える。

【その他の意見】

- ・ 優先主義の立場からは、現物返還（執行認容）と価格賠償の選択行使を認めるべきであるとする。執行認容は、対象となる財産が限定されるが、受益者の固有債権者に優先するのに対して、価格賠償は、対象財産の限定はないが、受益者の固有債権者との競合を余儀なくされる。（慶大）

(3)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、一弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、平田総合、愛知弁、東弁全期会、堂島、日司連、日大、個人2名

- ・ 特に異論がない判例法理の明文化ないし一般的な理解である。
- ・ 受益者又は転得者の負担は、債権の保全に必要な最小限度にとどめるべきで、二重の負担を課すべき理由はない。
- ・ 詐害行為取消の効果が債務者にも及ぶことにより、取消の判決が確定した場合の措置として妥当である。
- ・ 詐害行為をするような債務者に引き渡すと再度責任財産が散逸する可能性があるが、認容判決の効力が債務者にも及び、かつ、処分制限効がないことからすればやむを得ない。
- ・ 詐害行為取消権の行使の効果が債務者にも及ぶことを前提とするものとのことであるが、その内容は妥当なものであり、分かり易い民法を制定するという観点からは、債務者への効果帰属を認めない見解においても、本提案に基づく規定を置くことに賛成できる。

【反対】

慶大、個人4名

- ・ 取消債権者のインセンティブという点から、むしろ優先的回収を奨励すべきである。
- ・ 受益者が債権者に弁済すれば、債務者に二重弁済しなくても良いことは債権者代位の問題として当然であり、わざわざ誤解を招く形で条文を作るべきではない。

【その他の意見】

- ・ 受益者とともに債務者をも被告として取消判決を得ているのであるから、債務者は受益者・転得者に金銭その他の動産の引渡しを請求できず、受益者・転得者は債務者に引き渡すことができないとすべきである。（早大）
- ・ （注1）の考え方をとる以上、この規律は不要である。（日弁連、大阪弁、二弁）

(4)について

【賛成】

沖縄弁法制委、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、平田総合、アンダーソン毛利友常、堂島、早大、日大、個人2名

- ・ 詐害行為取消権は、あくまで執行準備のための限度で認められるものとすべきである。実体法上、他の債権者に対して優先する立場にない債権者が、詐害行為取消権の行使により優先的弁済を受けることを正当化する根拠はない。
- ・ 責任財産保全の制度趣旨から相殺を禁止することが妥当である。相殺を禁止したとしても、債権者は、債務者の自己に対する返還債権について強制執行を行うことで債権回収が可能である。
- ・ 債権者代位権と同様、相殺による簡易かつ優先的な債権回収を認めるべきではない。
- ・ 相殺を認めると、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。
- ・ 詐害行為取消権は、債権者代位権と異なり、訴訟により行使する必要があり、債務者を被告とすることを要求すれば、給付訴訟を併合提起して債務名義をとることも容易なので、強制執行での回収に限るとしても債権者にとって過大な負担とはならない。
- ・ 詐害行為取消権は、総債権者のために行使すべきもので、事実上優先弁済となる効力まで付与されたものではない。また、返還目的物が金銭その他の動産である場合と不動産など他の財産である場合とで効果が大きく異なるのは不均衡である。ただし、自己を第三債務者とする債権差押えが可能であることが前提である。
- ・ 債権者への直接引渡しを認める場合であっても、現行法下での取扱いのように取消債権が金銭債権の場合にのみ、他の特定物債権の場合などと取扱いを異にし、相殺による優先弁済効を認めることは理由に乏しいものと考えられ、金銭債権の場合にもこれを受動債権とした相殺を禁止することにより制度的な一貫性を確保できると考える。
- ・ 詐害行為取消訴訟を提起するにあたってのインセンティブとしては、詐害行為取消権の行使に合理的に必要な費用につき優先権を認め回収させることにより確保されるものと考えられ、他の債権者との均衡を失うおそれのある相殺による回収をインセンティブと捉えることは過度な期待と考えられる。

【反対（注2に賛成）】

最高裁（複数）、一弁、愛知弁、仙台弁、虎門、東弁全期会、日司連、経営法友会、全銀協、経団連、国際企業法務、J C F A、貸金業協、アトリウム、預金保険機構、全信組協、サービサー協、ファンの会、全信保連、慶大、個人5名

- ・ 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。
- ・ 事実上の優先弁済機能を否定または制限するに足りるだけの立法事実は存在していない。

- ・ 詐害行為取消権を行使する場合には、実務上、相当の手間をかけて行うのであって、事実上の優先弁済を認めたとしてもそれほど公平感を欠くとは言えない。
- ・ 詐害行為取消権は、任意整理の場合において用いられているが、仮に、事実上の優先弁済を否定することになれば、本制度は用いられなくなるおそれがあることから、現行どおり、相殺を認めるべきである。
- ・ 相殺を禁止し、債権回収機能を否定すると、債権者としては詐害行為取消権の行使によってどの程度の責任財産の保全ができるかという点に加え、債務者に対して債権を有する一般債権者がどの程度存在し、その債権額の総額がどの程度あるかなど、自らの実回収額がどの程度存在するかを精査しなければならず、相当の負担を強いることになるとともに、管財人とは異なり十分な調査手段もなく、詐害行為取消権の行使の意欲を減退させることは避けられない。
- ・ 取消債権者による相殺を禁止し、被保全債権の満足のために、債務者が有する返還請求権に対する債権執行を要求したとしても、他の債権者が転付命令前に執行手続に参加することは實際上想定しにくく、手続的な負担が増えるだけであって、取消債権者が事実上の優先弁済を受けることに変わりはないのではないか。相殺が禁止されると、取消債権者が、競合する債権者が現れた場合に備えて、過大な権利行使をするようになり、債務者に必要以上の不利益を課すことになるおそれがある。提案は、破産管財人とは異なり、報酬が支払われるわけでもない一債権者に他の債権者の利益を守る役割を果たすことを期待するものであるが、そのような制度が現実機能するのか疑問である。詐害行為取消権は、破産手続開始決定前に行使されるものであるし、自己の債権を保全するために行使されるものであるから、破産手続におけるほど、債権者間の平等の要請が高いものではなく、債権の保全に努力した者が一定限度の恩恵を受けられることが不当であるとはいえないのではないか。
- ・ 債権者間の平等は、倒産手続において図られていることから、その前段階である詐害行為取消権の行使の場合においては、債権者間の平等よりもむしろ債権の保全の努力をしている債権者を保護すべきであり、詐害行為取消権に債権回収機能を肯定することによってこれを保護することは、不当とまではいえない。
- ・ 現状の実務においては、債権者は、すべての債権者の利益のためではなく、自らの債権の保全・回収のために、自ら裁判を提起して、時間、労力及び費用をかけて詐害行為取消権を行使するのが一般的である。かかる現状の実務的感覚からすると、詐害行為取消権は、すべての債権者の利益のためのものではなく、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維持する方向）で検討を進めるべきである。
- ・ 判例を変更するものであり、相当でない。
- ・ 相殺を禁止しても、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て転付命令を得れば、実効性はあまりない。
- ・ 提案のとおり相殺を禁止すると、取消債権者は債務名義を取得した上で債務者の自己に対する金銭その他の物の返還請求権に対して債権執行をすることになると考えられるが、被保全債権である金銭債権が少額で債務者が行方不明である場合等に

において常に取消債権者にこのような債権執行の手段をとることを要求するのは酷な場合があると考える。

- ・ 詐害行為取消により債務者に対する債務名義を取得することなく債権回収を行うことができる余地を認めるのが相当であるから、一律に相殺を禁止すべきではない。
- ・ 債権者は詐害行為取消権を行使する機会を等しく与えられており、債務名義を取得済みの債権者についても、それを適時に行使することなく、勝訴判決を得た取消債権者に先を越されてしまったとすれば、やむを得ない。一方、債務者は、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。
- ・ 企業法務、債権管理実務上、自社の債権を保全する一手段として詐害行為取消権の活用が念頭にあるところ、相殺が認められないのであれば、詐害行為取消権の有用性が減少するばかりではなく、中小企業との取引により慎重にならざるを得ないと考える。
- ・ 債務者に対する債務名義がある場合には、相殺をすることができるべきである。

【その他の意見】

- ・ 詐害行為取消権に関する事実上の優先弁済の効果については、現行実務上、濫用的な会社分割への対応策として機能していることも踏まえて検討をすべきである。（西村あさひ）
- ・ 管財人が選任されない任意整理等における労働債権の保護を困難にするのでないかという危惧については、労働債権について裁判所の関与の下に迅速な債権回収まで可能にする制度の創設を含めて、さらに検討する必要があると考える。（早大）
- ・ （注１）の考え方をとればこの規律は不要である。（日弁連、大阪弁、二弁、福岡弁）

9 詐害行為取消権の行使に必要な費用

- (1) 債権者は、詐害行為取消権を行使するために必要な費用を支出したときは、債務者に対し、その費用の償還を請求することができるものとする。この場合において、債権者は、その費用の償還請求権について、共益費用に関する一般の先取特権を有するものとする。
- (2) 上記(1)の一般の先取特権は、後記 11 (2)の特別の先取特権に優先するものとする。

(1)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、アンダーソン毛利友常、二弁、東弁全期会、堂島、日司連、早大、日大、個人3名

- ・ 総債権者のために行使するものである以上、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。
- ・ 倒産法上の否認権における合理的な規律を取り入れるものであり、妥当である。
- ・ 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。
- ・ 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である。
- ・ 債権者代位権の場合と異なり、費用償還請求権の根拠となる他の規定が存在しないことから妥当であると考える。
- ・ 費用償還請求権を認めることは一般的な理解であり、また、相殺による債権回収を認めず、共益債権であることが明らかになった以上、費用償還請求権に一般の先取特権を肯定するべきである。

相当な額の範囲内に限定することを条件に賛成するとの意見

東弁、下森他

- ・ 複数の詐害行為取消訴訟が提起された場合、弁論の併合を強制すること（類似必要的共同訴訟）を前提として、会社法第852条等の規定を参考に、弁護士費用を含めて相当な額の範囲内とすべきである。

【前段は賛成、後段は反対】

愛知弁

- ・ 費用償還請求権は認めるべきであるが、債権回収機能（事実上の優先弁済）を維持する場合、先取特権を付与するまでのインセンティブを与える必要はない。

【反対】

慶大、個人3名

- ・ 債権者代位権と異なり、取消債権者が自己の利益において行使するものであり、債務者およびその債権者に対して何らの利益をもたらすものではないのであるから、費用は取消債権者の負担とすべきであり、費用償還請求は発生しないと考える。
- ・ 共益費用に該当するかどうかは、民法307条の「各債権者の共同の利益のためにされた債務者の財産の保存、清算又は配当に関する費用」の基準に従い決められるべきものであり、詐害行為取消であったとしても、民法307条の基準に該当するかどうかは一概に言えない。

【その他の意見】

- ・ 取消債権者による相殺を禁止すべきではなく、したがって相殺をして余剰が生じた場合でなければ共益性を認める必要はないとの指摘や、「詐害行為取消権を行使するために必要な費用」の範囲が不明確であり、訴訟費用確定手続との関係も不明確であるとの指摘もあったが、提案に賛成する意見が比較的多かった。（最高裁）
- ・ 慎重な検討が必要である。（沖縄弁法制委）
- ・ 仮に債権回収機能を否定し、取消権を行使した債権者が相殺等によって優先回収ができないという制度にするのであれば、費用の償還をなしうることは特に重要であり、合理的な弁護士費用等も「費用」に含めるべきである。（虎門）

(2)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、平田総合、二弁、東弁全期会、堂島、早大、日大、日司連、個人3名

- ・ 悪意の受益者よりも取消債権者を保護すべきである。
- ・ 公平の見地から、費用償還請求権の先取特権は受益者の反対給付についての先取特権に優先されるべきである。
- ・ 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。
- ・ 総債権者のために行使するものである以上、当然である。

【反対】

東弁、大阪弁、愛知弁、慶大、個人3名

- ・ 11(2)の先取特権の規定を設けないものとする関係で、不要である。
- ・ 倒産法上の否認権については、逸出財産の回復と受益者の反対給付に関する権利の実現は同時履行関係にあると解されており、反対給付に関する権利の実現がなされない限り逸出財産は回復されないのだから、これに平仄を合わせるべきである。
11(2)の特別の先取特権が、上記(1)の一般の先取特権に優先するものとする規律を設けるべきである。
- ・ 取消権者の費用償還請求権には、先取特権を付与しないと考えるべきであるから、受益者の権利が優先されることになる。
- ・ 先取特権の一般原則に従うべきである。

【その他の意見】

- ・ 慎重な検討が必要である。（沖縄弁法制委）

10 受益者の債権の回復

債務者がした債務の消滅に関する行為が取り消された場合において、受益者が債務者から受けた給付を返還し、又はその価額を償還したときは、受益者の債務者に対する債権は、これによって原状に復するものとする。

【賛成】

最高裁（多数）、沖縄弁法制委、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、東弁全期会、堂島、下森他、日司連、日大、個人3名

- ・ 判例法理を明文化するものである。
- ・ 破産法における否認権の効果と平仄を合わせるべきである。
- ・ 行為が取り消された以上、はじめからその行為がなされなかったと同様の状態に復せしめるべきである。

【反対】

慶大、個人3名

- ・ 要件を厳格化し、不当な債権回収行為のみを取消の対象とする場合、受益者である債権者の救済は図る必要はない。それを認めると、大口債権者の不当な債権回収行為を助長することにもなりかねないからである。

- ・ 取消があれば、瞬時に権利は現状に復するのであって、返還するまで権利は復さないというのは、取消の概念と矛盾している。案の「受益者が債務者から受けた給付を返還し、又はその価額を償還したときは」は削除すべきである。

11 受益者が現物の返還をすべき場合における受益者の反対給付

- (1) 債務者がした財産の処分に関する行為が取り消された場合において、受益者が債務者から取得した財産（金銭を除く。）を返還したときは、受益者は、債務者に対し、当該財産を取得するためにした反対給付の現物の返還を請求することができるものとする。この場合において、反対給付の現物の返還が困難であるときは、受益者は、債務者に対し、価額の償還を請求することができるものとする。
- (2) 上記(1)の場合において、受益者は、債務者に対する金銭の返還又は価額の償還の請求権について、債務者に返還した財産を目的とする特別の先取特権を有するものとする。ただし、債務者が、当該財産を受益者に処分した当時、その反対給付について隠匿等の処分（前記2(1)ア参照）をする意思を有しており、かつ、受益者が、その当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたときは、受益者は、その特別の先取特権を有しないものとする。
- (3) 上記(2)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、受益者は、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定するものとする。

(1)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、平田総合、愛知弁、二弁、東弁全期会、堂島、日司連、慶大、日大、個人2名

- ・ 倒産法上の否認権の考え方を取り入れたものであり、妥当である。
- ・ 詐害行為取消しの効果が債務者に及ぶとするならば、かかる規律とすることが合理的である。
- ・ 総債権者において、受益者から債務者に返還された財産と、債務者がその反対給付として受領していた財産とを二重に利得させる理由はない。
- ・ 債務者の責任財産が受益者の損失のもとに利得するのは不合理である。
- ・ 取消しが債務者・受益者間にも効力を及ぼすという前提をとる以上、債務者のもとに反対給付が残ると不当利得となる。
- ・ 受益者が債務者から取得した財産を返還したときは、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、当該財産を取得するためにした反対給付については、現物の返還請求を認めることには、合理的な理由がある。
- ・ 現物の返還が困難であるときは、価額の償還を認めることが、公平の理念に適う。

【前段は賛成、後段は反対】

大阪弁

- ・ 後段について、受益者が反対給付現物の返還請求をした場合、取消債権者が受益者に対し逸出財産の回復の先履行を求めることを認めざるを得ず、受益者の保護に欠けるため、受益者は、反対給付の現物返還が困難とはいえない場合にも価額償還請求をなし得るものとし、当該価額償還請求権については回復財産の上に先取特権を有することとして、同時履行の抗弁権に代わる、実質的保護を与えるべきである。

【反対】

東弁、虎門、下森他、個人4名

- ・ 責任説の下では、債務者と受益者との間の詐害行為は、責任財産としての適格性を回復する限度でのみ取り消されるにすぎず（責任法的無効の限度で絶対的効力）、債務者と受益者との間では、詐害行為は、物権的にも債権的にも有効であるから、受益者の反対給付の返還請求権は当然には発生しない。
- ・ 詐害行為取消権は、債務者のもとに十分な責任財産がないからこそ債権者は取消権を行使するものであり、「破産財団において、…不当に（二重に）利得することになってしまう」という事態を重視する必要性は低いと思われる。
- ・ 取消があれば、瞬時に権利は現状に復するのであって、返還するまで権利は復さないというのは、取消の概念と矛盾している。返還と反対給付の返還は同時履行の関係とすべきである。

【その他の意見】

- ・ 詐害行為取消の効力を「絶対的取消し」と規定し、債務者への現物返還を基軸とする効果を規定することによって生ずるところの、法律上の効果の混乱および不明確さが見受けられる。（個人）
- ・ 趣旨には賛成であるが、返還しないで執行対象財産とすると構成した場合に趣旨が実現できるような定めにすべきである。（個人）

(2)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、沖縄弁法制委、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、平田総合、愛知弁、二弁、堂島、日司連、日大、個人2名

- ・ 倒産法上の否認権の考え方を単純化して取り入れたものであり、妥当である。
- ・ 現行法の下でも解釈を変更するものであるが、合理的な内容であり、否認権とも整合的である。

【第1文は賛成、第2文は反対】

濱口他、大阪弁、アンダーソン毛利友常

- ・ 倒産法上の否認権においては、債務者に隠匿等の処分があり、受益者がこれについて悪意の場合に、受益者の反対給付に関する権利が一律に破産債権の扱いを受けるのではなく、かかる場合であっても、債務者の受けた反対給付または当該反対給付によって生じた利益が債務者の財産中に現存するときには、破産管財

人に対し、財団債権者として金銭返還・価額償還を請求することができるものとされており、詐害行為取消権についてもかかる否認権の規律と整合させるべきであり、詐害行為取消権の受益者が、否認権の規律に比して、その保護に劣るものとすべき合理的根拠は存しない。

- ・ あくまで財産管理権を奪われていない時期での処分であり、倒産を前提としない個別債権の効力保全にすぎない以上、取消しの影響は最小限度にとどめるべきである。

【反対】

東弁、虎門、改めて見直す会、下森他、慶大、個人3名

- ・ 反対給付は、形式的には債務者の責任財産を構成するが、実際には、その用途によって債務者の実質的な責任財産を構成するわけではない。さらに、受益者は詐害行為の相手方であり、取消債権者に対する優先を認めるべき理由は存しない。その点は、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたときに限定されるべきではない。以上の取扱いは、取消の要件を厳格に運用することによりバランスが図られるべきである。
- ・ 先取特権の回収を図るとして、誰がどの場面でどういった手続で悪意等を立証する機会があるのかがよくわからず、民事執行制度との整合性がとれているのか疑問がある。
- ・ 逸出財産の帰属の回復を図らない責任説の立場では、残余財産は、受益者に帰属することになり、受益者の債務者に対する反対請求権を保護する必要性がない。

【その他の意見】

- ・ 賛成意見が比較的多かったが、次のような指摘もあった。債務者に返還した財産を目的とする先取特権に基づく担保権実行の申立てがされた場合に、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたか否かという主観的要件につき判断する必要があるが、担保権実行の局面において実体的な判断をするのは困難である。(最高裁)
- ・ 詐害行為時、すでに債務者は無資力であるから、そのことにつき悪意である受益者に、先取特権という他の一般債権者に優先する権利を付与する理由がないが、債務者が隠匿等の処分をする意思を有しておらず、又は、受益者が詐害行為時に債務者の隠匿等の処分をする意思を有していたことを知らなかったときには、他の一般債権者と比較して劣後する理由はなく、特別の先取特権を有するとしてもよい。(東弁全期会)

(3)について

【賛成】

最高裁(比較的多数)、沖縄弁法制委、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、堂島、日司連、日大、個人2名

- ・ 倒産法上の否認権の考え方を取り入れたものであり、妥当である。
- ・ 合理的な内容であり、否認権とも整合的である。

- ・ 立証責任分担の公平の観点から、内部者については推定規定が必要である。
- ・ 経験則上、債務者が対価として取得する財産を隠匿あるいは費消するなどの意思で、内部者に対して財産を処分したという場合、内部者も債務者の意思を知りつつこれに加担した蓋然性が比較的高いと考えられる。

【反対】

東弁、濱口他、虎門、東弁全期会、慶大、個人3名

- ・ (2)ただし書きに反対する立場から反対するが、仮に(2)ただし書きの規定を置くのであれば、推定規定は設けるべきである。
- ・ 原則として、受益者には一律に悪意を推定し、債務者が、当該財産を受益者に処分した当時、その反対給付について隠匿等の処分をする意思がなく、又は、受益者が、その当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知らなかったときには、例外的に特別の先取特権を有するとする方が、妥当であるから、このような推定規定は不要である。

【その他の意見】

- ・ 賛成意見が比較的多かったが、「その他の債務者の内部者」の意義が不明確であるとの指摘もあった。(最高裁)

12 受益者が金銭の返還又は価額の償還をすべき場合における受益者の反対給付

- (1) 債務者がした財産の処分に関する行為が取り消された場合において、受益者が債務者から取得した財産である金銭を返還し、又は債務者から取得した財産の価額を償還すべきときは、受益者は、当該金銭の額又は当該財産の価額からこれを取得するためにした反対給付の価額を控除した額の返還又は償還をすることができるものとする。ただし、債務者が、当該財産を受益者に処分した当時、その反対給付について隠匿等の処分（前記2(1)ア参照）をする意思を有しており、かつ、受益者が、その当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたときは、受益者は、当該金銭の額又は当該財産の価額の全額の返還又は償還をしなければならないものとする。
- (2) 上記(1)の場合において、受益者が全額の返還又は償還をしたときは、受益者は、債務者に対し、反対給付の現物の返還を請求することができるものとする。この場合において、反対給付の現物の返還が困難であるときは、受益者は、債務者に対し、価額の償還を請求することができるものとする。
- (3) 上記(1)の適用については、受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他の債務者の内部者であったときは、受益者は、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定するものとする。

(1)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、平田総合、愛知弁、堂島、日

司連、日大、個人3名

- ・ 倒産法上の否認権の考え方を単純化して取り入れたものであり、妥当である。
- ・ 受益者の反対給付の処理を簡便にする趣旨であり妥当である。
- ・ 受益者に差額の返還を認めても、格別の不都合は生じないと考えられる。
- ・ 善意の受益者保護に資するし、反対給付返還請求権の簡便な処理にも資する。
- ・ 詐害行為取消が認められる場面で、反対給付の返還請求権を控除した残額が債権者の費用償還請求権の満足すら得られない事態はほとんど発生し得ないため、簡易処理を優先すべきである。

【第1文は賛成、第2文は反対】

濱口他、

- ・ あくまで財産管理権を奪われていない時期での処分であり、倒産を前提としない個別債権の効力保全にすぎない以上、取消しの影響は最小限度にとどめるべきである。

【反対】

東弁、一弁、大阪弁、虎門、下森他、慶大、個人2名

- ・ 取消債権者の費用償還請求権が受益者の反対給付の返還請求権に劣後しない規律を設けるべきである。
- ・ 反対給付の控除は、取消債権者に対する優先を認める結果となるので、認められない。
- ・ 倒産法上の否認権における差額償還請求制度は、逸出財産に関する現物返還の原則、及び、受益者の反対給付に関する現物返還の原則の各例外をなすものであり、破産管財人に、財団増殖の目的に照らしてより簡明な差額処理の選択権を認めるものであるが、かかる制度は合理的なものであるから、詐害行為取消権についても導入されるべきであり、それを認めていない12(1)の規律は妥当でない。
- ・ 第2文について、倒産法上の否認権と同様、債務者が隠匿等の処分の意思を有し受益者が悪意の場合でも、債務者の受けた反対給付又は当該反対給付によって生じた利益が債務者の財産中に現存するときには、当該現存利益の範囲内で、受益者の反対給付に関する権利の優先的確保が認められるべきであり、この場面では、受益者のイニシアチブにより逸出財産の価額と当該現存利益の価額の差額による差額償還処理が認められるべきである。
- ・ 結果的に詐害行為取消の効果が得られなくなるため、このような規定を設けることは反対である。
- ・ 受益者の債務者に対する反対給付の価額の控除を認めるべきではなく、受益者の所属財産に対する担保物権の実行又は第三者弁済によって取消債権者を含む債権者らが債務者に対する債権の満足を得たときに初めて、受益者は債務者に対する不当利得返還請求権を行使することができるにとどまり、取消債権者に劣後すると考えるべきである。

【その他の意見】

- ・ 提案をそのまま維持すると取消債権者の費用償還請求権が受益者の反対給付の返

還請求権に劣後する結果が生じる可能性がある。この点、利益考量判断としては、悪意の受益者よりも取消債権者を保護すべきであるため、受益者が返還すべき差額が9(1)の規律により取消債権者に先取特権が付与される費用償還請求権の金額を下回る場合には、受益者は当該金額を返還、償還しなければならない（もしくは、受益者の返還額は、取消債権者の費用償還請求権の金額を下回ることができない）とする規律を設けるべきであると考え。（二弁）

- ・ 原則として、受益者は債務者から取得した財産である金銭を返還し、又は債務者から取得した財産の価額を償還するときは、当該金銭の額又は当該財産の価額からこれを取得するためにした反対給付の価額を控除した額の返還又は償還をすることができないが、例外的に、債務者が、当該財産を受益者に処分した当時、その反対給付について隠匿等の処分をする意思がなく、又は、受益者が、その当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知らなかったときには、当該金銭の額又は当該財産の価額からこれを取得するためにした反対給付の価額を控除した額の返還又は償還をすることができるとすべきである。（東弁全期会）

(2)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、平田総合、愛知弁、二弁、東弁全期会、堂島、日大、慶大、日司連、個人3名

- ・ 倒産法上の否認権の考え方を単純化して取り入れたものであり、妥当である。
- ・ 総債権者において、受益者から債務者に返還された財産と、債務者がその反対給付として受領していた財産とを二重に利得させる理由はない。
- ・ 11と平仄を合わせるべきである。
- ・ 受益者が全額の返還又は償還をした以上、反対給付の現物の返還を請求できるとし、また現物の返還が困難であるときには価額の償還を請求することができるとするのが公平である。

【第1文は賛成、第2文は反対】

大阪弁、アンダーソン毛利友常

- ・ 第2文は、受益者は、反対給付の現物返還の困難性の有無にかかわらず、現物返還請求と価額償還請求を選択的に行使できるものとする規律を明文化すべきである。
- ・ 破産法と同様に、債務者の隠匿処分等の意思について受益者が悪意の場合でも、債務者の手元に現存利益がある場合にはその部分について受益者に優先弁済権を認めることとすべきかどうかについて検討が必要であると考えられる。

【反対】

東弁、濱口他、下森他、個人2名

- ・ (1)ただし書きに反対する立場から反対する。
- ・ 受益者の債務者に対する反対給付の返還請求権を認めるべきではなく、受益者の所属財産に対する担保執行または第三者弁済によって取消債権者を含む債権者らが債務者に対する債権の満足を得たときに初めて、受益者は債務者に対する不当利得

返還請求権を行使することができるにとどまり、取消債権者に劣後すると考えるべきである。

(3)について

【賛成】

最高裁（比較的多数）、広島弁、札幌弁、横浜弁、日弁連、大阪弁、平田総合、愛知弁、二弁、堂島、日司連、日大、個人3名

- ・ 倒産法上の考え方を取り入れたものであり、妥当である。
- ・ 立証責任分担の公平の観点から、内部者については推定規定が必要である。
- ・ 11と平仄を合わせるべきである。

【反対】

東弁、濱口他、東弁全期会、慶大、個人2名

- ・ (1)ただし書きに反対する立場から反対する。
- ・ 基本的に詐害行為時には債務者は無資力である以上、(2)の原則と例外を逆転させ、受益者には一律に悪意を推定し、債務者が、当該財産を受益者に処分した当時、その反対給付について隠匿等の処分をする意思がなく、又は、受益者が、その当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知らなかったときには、例外的に特別の先取特権を有するとする方が、妥当である。

【その他の意見】

- ・ 賛成意見が比較的多かったが、(3)については、「その他の債務者の内部者」の意義が不明確であるとの指摘もあった。(最高裁)

13 転得者の前者に対する反対給付等

債務者がした受益者との間の行為が転得者に対する詐害行為取消権の行使によって取り消された場合において、転得者が前者から取得した財産を返還し、又はその価額を償還したときは、転得者は、受益者が当該財産を返還し、又はその価額を償還したとすれば前記10によって回復すべき債権又は前記11によって生ずべき反対給付の返還若しくは償還に係る請求権を、転得者の前者に対する反対給付の価額又は転得者が前者に対して有していた債権の価額の限度で、行使することができるものとする。

(注) このような規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方、詐害行為取消権を行使された転得者の前者に対する反対給付の全額の返還請求又は転得者が前者に対して有していた債権の全額の回復を無条件に認めるという考え方がある。

【賛成】

最高裁（相当数）、広島弁、札幌弁、横浜弁、福岡弁、平田総合、アンダーソン毛利友常、愛知弁、二弁、東弁全期会、堂島、日司連、日大、個人1名

- ・ 受益者が反対給付に優先権を有することとしたこととの平仄や、かかる原則につ

いては転得者についても明文化することが望ましい。

- ・ 総債権者に二重に利得させる理由はない一方で、転得者にも一定の保護が必要である。
- ・ 転得者であるとの事情によって、取消債権者又は債務者が格別有利となる合理的理由は認められない。
- ・ 転得者の前者に対する反対給付の扱いを規定しないまま転得者の債務者に対する返還義務のみ規定するのは不十分である。倒産法においても同種の規定を設けるべきである。
- ・ 詐害行為取消権の行使により、転得者を不当に利することがないようにする必要があるので、転得者が、転得者の前者に対する反対給付の価額又は転得者が前者に対して有していた債権の価額の限度で行使することができるとするのは、妥当である。

【規定を設けないという（注）の考え方に賛成】

沖縄弁法制委、濱口他、日弁連、

- ・ コンセンサスが形成されているものではなく、解釈に委ねることが相当である。
- ・ 法律関係を複雑にするおそれがあり、不当利得の一般法理に委ねれば足りる。

【反対】

東弁、大阪弁、虎門、下森他、慶大、個人4名

- ・ 相対的構成を前提とする限り、このような規定を置くことは困難である。
- ・ 本試案においては、受益者に対して詐害行為取消しがなされたとすれば受益者が有したであろう反対給付に関する権利の全部または一部が行使されない結果、受益者に対する詐害行為取消しがなされた場合との比較において、転得者の負担で過剰な財産が債務者のもとに回復されることになって、妥当でない。
- ・ 財産の返還や価額の償還をした転得者を一定程度保護する必要性があるとしても、11、12のような取消債権者に優先して保護を受けることができるような制度とすることは反対である。
- ・ 責任説の立場から、責任法的無効の効果として、法定担保物権の発生を認めれば、物上保証人の求償権に関する規定（民法351条）や、先取特権がある場合の売主の担保責任の規定（民法567条、551条）などを類推適用するなど、解釈に委ねれば足りる。

【その他の意見】

- ・ 賛成意見が相当数あったが、債務者、受益者、転得者、再転得者等の多数者の間の法律関係を全体的に規律することができないのに、その一部に関する規定のみを設けると、かえって混乱を招くおそれがあるとの指摘、実際に適用される場面は少なく、規定を設ける意義が乏しいとの指摘、転得者は前者に対して追奪担保責任を追及できるのではないかととの指摘などもあった。（最高裁）

14 詐害行為取消権の行使期間

詐害行為取消しの訴えは、債務者が債権者を害することを知って詐害行為を

した事実を債権者が知った時から2年を経過したときは、提起することができないものとする。詐害行為の時から〔10年〕を経過したときも、同様とするものとする。

【賛成】

最高裁（比較的多数）、東弁、広島弁、札幌弁、横浜弁、濱口他、日弁連、虎門、二弁、東弁全期会、堂島、日司連、日大、個人3名

- ・ 20年の除斥期間は長きに失することから、10年に短縮すべきである。
- ・ 前段は判例法理の明文化であり妥当である。
- ・ 法律関係の早期確定に資する。
- ・ 否認権行使の実効性を確保しつつ、他方で取引の安全と受益者等の地位の早期の確定を確保するという否認権の行使期間の定め趣旨は詐害行為取消権にもあてはまり、否認権の行使期間の理解と一致させることも必要である。
- ・ 現行民法は、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、前者については、実務上特段の問題があるわけではなく、後者は、行為から20年を10年とすることで、他の債権の除斥期間、詐害行為取消権の効果の影響からしても、バランスがとれていると考えられる。

【前段は賛成、後段は反対】

大阪弁

- ・ 不動産の近親者への譲渡等、長期間を経ても比較的容易に立証できる詐害行為もあり得るところであり、敢えて行使期間を短縮すべき必要性は認められない。また、詐害行為取消権は、詐害行為時に被保全債権を有する債権者しかこれを行使しえないこと等からして、長期の行使期間が設けられていても、詐害行為取消権が濫用的に行使される事態は想定しがたい。他方、勤勉に被保全債権の時効中断をなした債権者には、要件を充足する限り取消権の行使が認められてよい。

【反対】

沖縄弁法制委、愛知弁、個人2名

- ・ 現行法の下で不都合な事案が生じているものではなく、あえて改正する必要はない。

【その他の意見】

- ・ 詐害行為時から10年という期間は長すぎるのではないかとの指摘もあったが、提案に賛成する意見が比較的多かった。（最高裁）
- ・ ブラケット内の部分は5年とすべきである。（平田総合）
- ・ 2年以内に詐害行為取消しを行使するかを費用対効果も踏まえて検討することは実務上相当な困難を伴うものであり、短期の除斥期間を定めていることとの均衡が図れるような制度（要件）とすべきである。（虎門）
- ・ 破産法上の否認権が長期の期間制限を20年としているのを民法に合わせて調整すべきである。（日大）
- ・ 債権時効の検討を踏まえて検討すべきである。（下森他）