

民法（債権関係）の改正に関する検討事項(8) 詳細版

目次

第1	不当条項規制	1
1	総論（不当条項規制の要否等）	1
2	不当条項規制の対象	5
	(1) 約款が使用された契約	5
	(2) 個別に交渉された条項に対する規制	6
	(3) 契約の中心部分に関する条項	8
3	不当条項に関する一般規定の内容	9
	(1) 不当性の判断基準等	9
	(2) ある条項が不当条項とされた場合の効果	13
4	不当条項に該当する条項のリスト	15
	(1) 不当条項リストの要否	15
	(2) リストの具体例（ブラックリスト）	16
	(3) リストの具体例（グレーリスト）	19
第2	無効及び取消し	41
1	総論	41
2	一部無効	41
	(1) 法律行為に含まれる特定の条項の一部無効	41
	(2) 法律行為の一部無効	42
	(3) 複数の法律行為の無効	45
3	無効な法律行為の効果	46
	(1) 法律行為が無効であることの帰結	46
	(2) 返還請求権の範囲	48
	(3) 無効行為の転換	51
	(4) 追認	53
4	取消権者	56
5	取消しの効果	58
6	取り消すことができる行為の追認	60
	(1) 追認の要件	60
	(2) 法定追認	64
7	取消権の行使期間	65
	(1) 期間の見直しの要否	65
	(2) 抗弁権の永続性	69

第3	代理	71
1	総論	71
2	有権代理	73
	(1) 代理行為の瑕疵—原則（民法第101条第1項）	74
	(2) 代理行為の瑕疵—例外（民法第101条第2項）	75
	(3) 代理人の行為能力（民法第102条）	77
	(4) 代理権の範囲（民法第103条）	79
	(5) 任意代理人による復代理人の選任（民法第104条）	82
	(6) 利益相反行為（民法第108条）	85
	(7) 代理権の濫用	89
3	表見代理	91
	(1) 代理権授与の表示による表見代理（民法第109条）	91
	ア 法定代理への適用の可否	91
	イ 代理権授与表示への意思表示規定の類推適用	92
	ウ 白紙委任状	94
	エ 本人名義の使用許諾の場合	95
	オ 民法第110条との重畳適用	97
	(2) 権限外の行為の表見代理（民法第110条）	99
	ア 法定代理への適用の可否	99
	イ 代理人の「権限」	100
	ウ 正当な理由	102
	(3) 代理権消滅後の表見代理（民法第112条）	104
	ア 法定代理への適用の可否	104
	イ 「善意」の対象	105
	ウ 民法第110条との重畳適用	106
4	無権代理	108
	(1) 無権代理人の責任（民法第117条）	108
	(2) 無権代理と相続	111
	ア 無権代理人が本人を相続した場合	112
	イ 本人が無権代理人を相続した場合	114
	ウ 第三者が無権代理人と本人の双方を相続した場合	115
5	授權	116
第4	条件及び期限	118
1	総論	118
2	停止条件及び解除条件の意義	120
3	条件の成否が未確定の間における法律関係	120
4	期限の意義	121
5	期限の利益	122

※ 本資料の比較法部分は、別途本文中に明記しているもののほか、以下の翻訳・調査による。

- ユニドロワ国際商事契約原則 2004
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/translations/blackletter2004-japanese.pdf> (内田貴＝曾野裕夫訳)
- ヨーロッパ契約法原則
オーレ・ランドーほか編，潮見佳男ほか監訳『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』(法律文化社，2006年)
- イギリス不公正契約条項法
http://wp.cao.go.jp/zenbun/kokuseishin/spc16/houkoku_c/spc16-houkoku_c-ref_8_GB.html (第16次国民生活審議会 消費者政策部会報告)
- 韓国約款規制法
裴成鎬「韓国における約款規制法の現況(下)」NBL698号54頁
- 国際動産売買に関する代理に関する条約
高桑昭「動産の国際的売買における代理に関する条約」立教法学33号52頁(1989年)
- フランス民法，フランス民法改正草案(カタラ草案，テレ草案，司法省草案)，ドイツ民法，オランダ民法，フランス消費法典，1993年4月5日付けヨーロッパ共同体閣僚理事会指令，EU消費者の権利に関する指令案(2008)，第3次代理法リステイトメント，共通参照草案〔暫定版〕
石川博康 東京大学社会科学研究所准教授・法務省民事局参事官室調査員
石田京子 早稲田大学法務研究科助教・法務省民事局参事官室調査員
角田美穂子 一橋大学大学院法学研究科准教授・法務省民事局参事官室調査員
幡野弘樹 立教大学法学部准教授・法務省民事局参事官室調査員

また、「立法例」という際には、上記のモデル法を含むものとする。

第 1 不当条項規制

1 総論（不当条項規制の要否等）

契約関係については、契約の内容決定の自由を含む契約自由の原則が妥当し、契約当事者は自由にその内容を決定できるのが原則である。したがって、契約内容への法的な介入は必要最小限にとどめるべきであるとされる。しかし、今日の社会においては、現実取引を行う当事者間に情報や交渉力の格差があるため、契約自由の原則にゆだねておくのが必ずしも適切ではない場合があるとの指摘がある。このような観点から、情報等において劣位にある一方当事者の利益が不当に害されないように契約内容に介入し、不当な内容の契約条項の拘束力を否定する必要がある場合があるという問題意識が示されている。

ところで、このような不当条項に対する規制は、現行民法では、個々の契約条項の合理的な解釈によるほか、同法第90条のような一般条項の解釈にゆだねられているため、必ずしも法的安定性が高いとはいえず、裁判例の集積を待たなければ予測可能性を確保することが困難な状況にある。そこで、このような不当条項を規制する規定を民法に設けるべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

また、仮にこのような規定を設ける必要があるとすれば、不当条項規制の対象とすべき契約の類型（後記2）、その一般的な要件及び効果（後記3）並びに不当条項として拘束力を否定すべき条項の具体的なリスト（後記4）などについて検討する必要があると考えられるが、このほか、どのような点に留意すべきか。

（参考・現行条文）

○（事業者の損害賠償の責任を免除する条項の無効）

消費者契約法第8条 次に掲げる消費者契約の条項は、無効とする。

- 一 事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項
- 二 事業者の債務不履行（当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものに限る。）により消費者に生じた損害を賠償する責任の一部を免除する条項
- 三 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の全部を免除する条項
- 四 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為（当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものに限る。）により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の一部を免除する条項
- 五 消費者契約が有償契約である場合において、当該消費者契約の目的物に隠れ

た^{かし}瑕疵があるとき（当該消費者契約が請負契約である場合には、当該消費者契約の仕事の目的物に瑕疵があるとき。次項において同じ。）に、当該瑕疵により消費者に生じた損害を賠償する事業者の責任の全部を免除する条項

2 前項第五号に掲げる条項については、次に掲げる場合に該当するときは、同項の規定は、適用しない。

- 一 当該消費者契約において、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるときに、当該事業者が瑕疵のない物をもってこれに代える責任又は当該瑕疵を修補する責任を負うこととされている場合
- 二 当該消費者と当該事業者の委託を受けた他の事業者との間の契約又は当該事業者と他の事業者との間の当該消費者のためにする契約で、当該消費者契約の締結に先立って又はこれと同時に締結されたものにおいて、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるときに、当該他の事業者が、当該瑕疵により当該消費者に生じた損害を賠償する責任の全部若しくは一部を負い、瑕疵のない物をもってこれに代える責任を負い、又は当該瑕疵を修補する責任を負うこととされている場合

○（消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効）

消費者契約法第9条 次の各号に掲げる消費者契約の条項は、当該各号に定める部分について、無効とする。

- 一 当該消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項であって、これらを合算した額が、当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ、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超えるもの 当該超える部分
- 二 当該消費者契約に基づき支払うべき金銭の全部又は一部を消費者が支払期日（支払回数が二以上である場合には、それぞれの支払期日。以下この号において同じ。）までに支払わない場合における損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項であって、これらを合算した額が、支払期日の翌日からその支払をする日までの期間について、その日数に応じ、当該支払期日に支払うべき額から当該支払期日に支払うべき額のうち既に支払われた額を控除した額に年十四・六パーセントの割合を乗じて計算した額を超えるもの 当該超える部分

○（消費者の利益を一方的に害する条項の無効）

消費者契約法第10条 民法、商法（明治三十二年法律第四十八号）その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする。

（補足説明）

1 問題の所在

契約関係については、契約の内容決定の自由を含む契約自由の原則が基本的に妥当し、当事者が契約をした場合にはその合意の内容どおりの効力が認められるのが原則であり、契約内容への介入は必要かつ最小限にとどめるべきであるとされている。しかし、今日の社会においては、この原則を無条件に貫くことの弊害が指摘され、一定の場合には契約内容に対する規制を行う必要があるとされている。すなわち、対等な当事者が自由に交渉して契約内容を形成した場合には、その結果締結される契約の内容は合理的なものであることが保障されているとされ、契約の内容決定の自由は、このような内容の合理性の保障がある場合にこそ妥当するものであると言われているところ、今日の社会においては、当事者間に情報や交渉力の格差があるために契約内容の合理性の保障が働かない取引が多く見られ、このような取引においては、一方当事者の利益が不当に害されることがないよう契約内容を規制する必要があるとされている。

現行法上、消費者契約については、まさに上記のような問題意識から、消費者契約法において不当条項を規制する規定が設けられているのであるが、現行民法には、当事者間に情報や交渉力の格差があることに着目して不当条項を規制するような一般的な規定は設けられていない。そこで、上記のような問題意識から、消費者契約法の規定も参照しつつ、しかし必ずしも対象を消費者契約に限定しないで不当条項を規制する規定を民法に設ける必要があるのではないかという問題提起がされている。

このような不当条項に対する民法上の規制は、現行法の下では、事案ごとに個々の契約条項を合理的に解釈することによって行われているほか、同法第90条の解釈論として展開されている。このため、事案ごとの解決にならざるを得ないことや、同条のような一般条項のみを手がかりとして具体的な契約条項の有効・無効を判断することに対して、法的安定性に欠け、裁判例の集積をまたなければ予測可能性を確保することができないという問題が指摘されている。

2 消費者契約法による不当条項規制の概要

消費者契約法第8条は、事業者の債務不履行責任、不法行為責任等に基づく損害賠償責任の全部又は一部を免除する条項について、同法第9条は消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項のうち一定の額を超える部分について、それぞれ無効とする旨を規定している。また、同法第10条は、任意規定の適用による場合に比べて消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する特約であって信義則に反して消費者の利益を害するものを無効とする旨を規定している。

3 規制の正当化根拠

不当条項規制は、契約自由の原則に対する重要な例外として位置付けられるべきものであるが、これによって契約内容に介入することを正当化する理論的根拠として、いくつかのものが挙げられている。

- (1) まず、当事者の情報や交渉力に構造的な格差がある場合には、一方当事者が自己に有利な契約条項を他方当事者に押しつけ、他方当事者が本来望まない契

約を締結させられる危険が高まることから、情報や交渉力において劣位にある当事者の意思決定の自由に対する侵害を防止することを目的として、契約内容に介入することが正当化されるという根拠が挙げられる。このような考え方に基づく規制は、情報や交渉力の格差を是正して当事者間の実質的な対等性を確保し、当事者の自律を保護することを目的とした規制であると位置づけられる。消費者契約法による不当条項規制は、このような正当化根拠に基づくものであると言われている。

- (2) また、一定の公共的な目的に基づく秩序の維持や社会的弱者の保護など、当事者の自律とは別の考慮による外在的な理由に基づいて不当条項に対する規制が正当化されるという考え方がある。消費者契約法による不当条項規制は当事者の自律を保護することを目的としたものと理解されているが、これに対しては、経済的弱者である消費者の保護という外在的な根拠に基づく消費者保護の要請を考慮すべきではないかとの問題提起がされている。
- (3) このほか、取引費用が過大であるために当事者間で交渉が行われないことが不当条項に対する規制を正当化するという考え方も示されている。これによれば、例えば、消費者にとって、事業者と交渉してより有利な契約内容を提案することに要する費用は、通常それによって得られる利益と釣り合わないため、事業者から提示される契約条項を議論することなく受け入れることとなるが、このような場合には契約当事者が契約内容に影響を及ぼす公平な機会を有しているとはいえないから契約自由の原則が妥当するとはいえず、契約内容に法的コントロールを及ぼすことが正当化されると説明される。

4 不当条項規制の枠組み

不当条項を規制する枠組みについては、諸外国の立法例も参照しつつ、次のようないくつかのモデルがあると指摘されている。

(1) 不当条項アプローチ

当事者の属性や約款の使用の有無にかかわらず、不当な内容の契約条項の効力を否定する立場（不当条項アプローチ）がある。例えば、ヨーロッパ契約法原則4：110条は不公正条項を規制しているが、当事者が商人か非商人であるか、約款が使用されているかどうか等によってその適用範囲を限定していない。

不当条項アプローチに対しては、対等当事者が実質的な交渉を行って合意した内容は原則として尊重されるべきであり、あらゆる場面で不当条項の効力を否定する必要性はないという批判がある。

(2) 消費者契約アプローチ

次に、消費者契約を対象として、不当条項規制を行うという立場（消費者契約アプローチ）がある。

例えば、「消費者契約における不公正条項に関する1993年4月5日付けヨーロッパ共同体閣僚理事会指令」（以下「1993年EC指令」という。）は、「売主又は提供者」と「消費者」との間に締結される契約における条項について、

不公正な条項を規制している。また、フランス消費法典L 1 3 2－1 条以下は、事業者と非事業者・消費者との間の契約について不当条項を規制する規定を設けている。

(3) 約款アプローチ

また、約款が使用された場合を対象として不当条項規制を行うという立場（約款アプローチ）もある。例えば、ドイツ民法307条以下は、約款について不当条項を規制している（ただし、さらに、消費者契約については、あらかじめ作成された契約条項が1回限りの使用を予定している場合であっても、不当条項規制の対象になる旨を規定している（第310条第3項））。

2 不当条項規制の対象

（注）以下においては、民法で不当条項規制を行うことの要否についての今後の議論の参考に供するため、仮に規定を設けるとした場合に、具体的にどのような規定を設けることが考えられるかを見通しておくことを目的として、検討を進めることとする。

(1) 約款が使用された契約

約款が使用された契約においては、約款使用者の相手方は、契約内容の形成に実質的に関与することができず、また、約款の内容を認識しないままその適用を承諾してしまうなどの問題があると言われており、当事者双方が契約内容の形成に関与することによる合理性の保障が働かないという点で、契約自由の原則が妥当する基盤が失われているとの指摘がある。このような指摘を踏まえ、約款が使用された契約を対象とする不当条項規制を行うべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（補足説明）

約款を用いた契約においては、これを用いようとする契約当事者の一方（約款使用者）は、契約内容について相手方と交渉を行うことを必ずしも予定しておらず、約款の定める条件で相手方と契約を結ぶか、そうでなければ契約を拒絶するかのいずれかである場合がある。このような場合には、相手方にとっては契約内容について交渉する機会がないため、当事者として本来有すべき内容形成の自由が著しく減殺されているという問題が指摘されている。このような問題は、消費者契約のほか事業者間の契約において約款が使用された場合にもあり、特に約款使用者の市場占有率が高い場合や、ある業界において共通の約款が使用されている場合などには、相手方が実質的に契約の内容形成に関与できる可能性は小さくなるという問題が指摘されている。

また、多数の条項からなる約款の場合、相手方において、約款の内容を十分に認識しないまま、あるいは理解しないまま、約款の適用に合意し、これに拘束されてしまうおそれがあるという問題も指摘されている（いわゆる約款の隠蔽効果）。

契約自由の原則は、対等な当事者が自由な交渉を通じて契約内容の決定に関与し、それによって契約内容の合理性が担保される場面でこそ妥当するという考え方に立てば、約款が使用された契約については、契約自由の原則が妥当する基盤が失われていることとなる。そこで、消費者契約とは別に、約款が使用された契約について不当条項規制を行う必要があるとの指摘がされている。

現行法上は約款における不当条項を規制する一般的な規定はないが、解釈論としては、従来から、約款に含まれる不公正条項の拘束力を否定する見解が有力に主張されている。また、裁判例においても、約款の適用範囲を限定するなど、約款の解釈という手法を用いてその規制又は修正が図られていると言われている。

以上を踏まえ、約款が使用された契約を対象とする不当条項規制を行うこととして、具体的な不当条項リストを検討すべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

このほか、約款とは異なり一回の契約のために準備された契約条項（「個別ケース条項」と呼ぶ例がある。）であっても、それが一方当事者によって準備されたものであるときは、交渉による修正を予定していない点で約款と同様の危険があるとして、不当条項規制の対象とすべきであるとの考え方が示されているが、どのように考えるか。

(2) 個別に交渉された条項に対する規制

当事者間での個別の交渉を経て採用された条項については、当事者双方が交渉を通じて契約内容の形成に関与する機会を有していたと考えられる以上、不当条項規制の対象とする理由はないので、これを規定の対象から除外すべきであるという考え方が提示されている。これに対しては、形式的に個別の交渉を行うこと等による不当条項規制の趣旨の潜脱を防止するため、個別に交渉された条項についてもなお不当条項規制を及ぼすべきであるとの考え方もある。

このような考え方について、どのように考えるか。

（補足説明）

1 問題の所在

個別の交渉を経て採用された条項については、当事者双方が交渉を通じて契約内容の形成に関与する機会を有していたと考えられる以上、不当条項として規制する必要はないのではないかという見解がある。しかし、これに対しては、形式的に交渉をしたことにすれば容易に不当条項規制を潜脱することができることとなるなどとして反対する見解も主張されており、争いがある。この問題については、約款の不当条項規制を念頭に置きつつ、約款の定義をめぐって議論されており（部会資料11-1, 11頁（第5の「2 約款の定義」（関連論点）「1 個別の交渉を経て採用された条項について」）参照）、實際上それと重なり合うことが多いと見込まれるが、必ずしも約款を対象としない不当条項規制においても議

論され得るものである。

なお、消費者契約法第8条から第10条までは、特段の限定なく消費者契約をその対象としており、消費者と事業者との間で個別に交渉がされたとしても、それを理由として上記各規定の適用が除外されることはない。

2 学説

(1) 個別交渉を経た条項を規制対象から除外する見解

個別交渉を経た条項を不当条項規制の対象から除外する見解は、不当条項規制を行うのは、その内容がそれ自体として許されないからではなく、両当事者の間に構造的な格差があり、自由に行われた契約として尊重されるための前提を定型的に欠いていると考えられるからであるから、当事者間で現実に十分な情報のもとで個別に交渉が行われ、それを引き受ける意図のもとで契約をした場合にまで当該条項を無効とするのは、私的自治の原則と相容れないことをその根拠とする。

(2) 個別交渉を経た条項も規制対象とすべきであるとの見解

以上に対し、個別交渉を経た条項に対しても不当条項規制を及ぼすべきであるとの見解は、①たとえ当事者間で交渉が行われたとしても、当事者間に情報や交渉力の格差がある場面では、劣位にある当事者はある条項の効果を理解できず、理解できたとしても適切に契約交渉に影響を及ぼすのは困難であると指摘する。その上で、このような現実にかんがみると、形式的な交渉によって容易に不当条項に対する規制を潜脱される危険性が高いこと、②交渉がある場合は常に不当条項規制から除外されるとすれば、交渉の有無をめぐって紛争が生じ、迅速な解決の妨げとなるおそれがあること、③内容がきわめて不当な場合には交渉の欠如がうかがわれるなど、交渉と内容の不当性を切り離すことは困難であることなどを、その見解の根拠として挙げている。

この見解に含まれるもののとして、個別交渉を経た条項にも不当条項規制は及ぶこととしつつ、内容の不当性評価に際してこれを阻却する事情として交渉の存在を考慮すべきであるとの見解も示されている。

3 比較法

1993年EC指令は、「個別に交渉されなかった契約条項」についてのみ、不当条項規制が及ぶこととしている（指令第3条第1項）。

また、ドイツ民法も、「契約条項につき契約当事者間で個別に交渉がなされたものは、約款ではない。」（第305条第1項第3文）と規定し、個別交渉が行われた条項は不当条項規制の対象とならないこととしている。

さらに、ヨーロッパ契約法原則4：110条(1)も、「個別に交渉されていない条項」について不当条項を規制しており、個別交渉を経た条項はその対象とされていない。

これに対し、フランス消費法典にはこのような限定はなく、個別交渉条項も不当条項規制から除外していない。

4 具体的な規律の検討

以上を踏まえ、個別に交渉された条項を不当条項規制の対象とするかどうかについては、これを規制対象とはしないという考え方が提示されている一方で、これも規制対象から除外されないとする考え方があり、また、後者の考え方に立った上で、個別交渉の有無を不当性判断の際の一要因として考慮に入れるという考え方もある。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

(3) 契約の中心部分に関する条項

契約の主要な目的、対価との均衡など、契約の中心部分についても不当条項規制の対象とすべきであるかどうか議論されている。契約の中心部分については市場の決定に委ねるべきであるなどとしてこれを不当条項規制の対象から除外すべきであるとの考え方が主張されている一方、現代の複雑な契約においては当事者が実質的な合意をすることが期待できないものがあるとして中心部分についても不当条項規制の対象とすべきであるとの考え方が主張されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

(補足説明)

1 問題の所在

一定の契約について不当条項規制を行うとしても、契約の主要な目的、契約の目的である物品や役務とその対価との均衡など、契約の中心部分については、これを不当条項規制の対象とすべきであるとの考え方とその対象から除外すべきであるとの考え方が対立している。この問題は、約款の不当条項規制を念頭に置きつつ、約款の定義をめぐって議論されているほか（部会資料11-1、11頁（第5の「2 約款の定義」（関連論点）「2 契約の中心部分に関する契約条項について」）参照）、必ずしも約款を対象としない不当条項規制においても、別途議論され得るものである。

2 学説

(1) 契約の中心部分を不当条項規制の対象から除外する見解

契約の中心部分を不当条項規制の対象から除外すべきであるとの見解は、①価格は原則として市場によって確定されるのであって、価格について不当性を判断する基準は一般には存在せず、裁判官による判断に適しないこと、②契約の中心部分については当事者にとって得失が直ちにはっきりする契約事項であるから当事者の側の自覚的な選択意識が働きやすいことなどをその根拠としている。

このような見解に対しては、それが成り立つための前提として、①契約の中心部分とそれ以外の部分とが峻別可能であること、②契約交渉の段階で、少なくとも契約の中心部分に関しては、消費者が契約を締結するかどうかを合理的に判断するための情報が開示され、交渉機会が確保されていること、③市場に

において競争メカニズムが機能していることが必要であるが、これらの前提が満たされているかについては疑問があり、さらに、④当事者の属性によっては、情報が十分に提供され、給付・対価の内容について理解したとしても、当事者が合理的な選択・決定をすることができない場合があるとの指摘がある。

なお、契約の中心部分を不当条項規制の対象から除外する考え方も、その多くは、対価があまりに均衡を失っている場合に公序良俗による規制が及ぶことは否定していない。

(2) 契約の中心部分も不当条項規制の対象とすべきであるとの見解

契約の中心部分も不当条項規制の対象とすべきであるとの見解は、これを対象から除外すべきであるとの考え方に対する前記(1)記載の批判のほか、対価の決定条件が複雑であるような契約においては、契約条項の隠蔽効果は契約の中心部分にも当てはまり、このような場合に交渉と熟慮に基づく実質的な合意を常に要求することは現実的でないことなどをその根拠としている。

3 比較法

オランダ民法は約款について不当条項規制をしているが、第6編第231条は、「普通取引約款」の定義から給付の核心を定める部分を除いており、結果的に、契約の中心部分には不当条項規制が及ばない。

1993年EC指令第4条第2項も、「条項の不公正性の評価は、当該条項が平易かつ明瞭な言葉で表現されている限りにおいて、契約の主たる目的の確定、ならびに提供されるサービスや物品の対価として支払われる代金や報酬の金額の妥当性には及ばない。」と規定し、契約の主たる内容や対価・価格の均衡を不当条項規制の対象から除外している。これを受けたフランス消費法典L132-1条第7項も同様の規定を有している。

また、ドイツ民法307条第3項は、価格・給付に対するコントロールを回避したものとされている。

4 具体的な規律の検討

以上のような学説や比較法の動向を踏まえ、契約の中心部分に関する条項を不当条項規制の対象とするかどうかについては、これを明示的に否定すべきであるという考え方が提示されている一方で、これを明示的に肯定する考え方や、明示的な規定を設けずに解釈に委ねるべきであるとする考え方もある。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

3 不当条項に関する一般規定の内容

(1) 不当性の判断基準等

ある契約条項の不当性の判断に当たって、具体的にどのような判断基準や判断の枠組みによるものとすべきかについては、様々な考え方が提示されており、また、諸外国の立法例も様々である。具体的な論点としては、ある契約条項の不当性を判断するに当たって、①比較対照すべき標準的な内容を何に求めるか（任意規定に限るか）、②個別の相手方との関係で判断するのか、

当該条項の使用が予定されている多数の相手方について画一的に判断するのか、③不当性判断の考慮要素は何か、④不当性の判断基準は何か、などがあるとされるが、これらの点についてどのように考えるか。

(補足説明)

1 問題の所在

具体的にどのような契約条項が不当なものとして拘束力を否定されるのか、その判断基準や判断の枠組みをどのようなものとすべきかについては、立法提案ごとに様々な考え方が提示されており、諸外国の立法例にも様々なものがある。具体的な論点としては、下記の2以降に記載したように、ある契約条項の不当性を判断するに当たり、①比較対照すべき標準的な内容を何に求めるか（任意規定に限るか）、②個別の相手方との関係で判断するのか、当該条項の使用が予定されている多数の相手方について画一的に判断するのか、③不当性判断の考慮要素は何か、④不当性の判断基準は何か、などを検討する必要があるとされている。

2 比較対照すべき標準的な内容

ある契約条項の不当性を判断するに当たり、当該条項に基づく一方当事者の権利義務の内容と比較対照すべきものは、どのような権利義務であるかが問題となる。

この点について、消費者契約法第10条は、消費者契約におけるある条項の内容と、法律の任意規定を適用した場合との比較を問題としており、ここにいう任意規定は、法令中に明文で規定されたものをいうと解されている。

これに対しては、当該条項に相当する明文の任意規定が存在しない場合もあるので、端的に当該契約条項の内容と当該契約条項が存在しない場合の当事者の権利義務とを比較すべきであるとの指摘もある。すなわち、不当条項規制を行う必要があるのは劣位にある当事者が本来であれば同意する必要がなかったはずの条項に同意するおそれがあるからであり、当該条項がなければその当事者に認められていたはずの権利義務を不利に変更しているかどうかの問題とされるべきであるところ、当該条項が存在しない場合の権利義務は、法令中の明文規定だけでなく、判例等によって確立しているルール、信義則等の一般条項や、明文のない基本法理等によって確定されているのであるから、比較の対象を明文の任意規定に限定する必要はないというのである。

このような観点から、問題となる条項が適用される場合と、当該条項が存在しない場合とを比較して不当性を判断すべきであるとの考え方が示されているが、どのように考えるか。

3 想定すべき相手方（個別判断か画一的判断か）

約款について不当条項規制をする場合には、これに含まれる条項の不当性を個々の相手方との関係で個別に判断するか、多数の相手方に対して一律に適用されることを前提に画一的に判断するかが問題になる。

この点について、約款は多数の相手方に対して一律に使用することが予定され

ているものではあるが、そのことから直ちに相手方との個別的な関係によって判断することが否定されるわけではなく、むしろ、約款を使用した契約も個別の相手方との契約であることからすると、相手方の利益を不当に害するといえるかどうかは、当事者の属性によっても異なり得るとして、個別に判断すべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

4 不当性判断の考慮要素

不当性の判断に当たって考慮すべき要素は様々であると考えられるが、その主要なものを明文で定めておくことは、予見可能性を高める上でも有益であると考えられる。

具体的な立法提案では、不当性の判断が個別的に相手方との関係で判断されることを前提に、約款及び消費者契約を念頭に置いて、契約の性質や契約全体の趣旨、約款使用者の相手方が事業者であるか消費者であるかなどの当事者の属性、同種の契約に関する取引慣行、任意規定が存在する場合にはその内容を考慮して不当条項に該当するかどうかを判断すべきであるとする考え方（参考資料1〔検討委員会試案〕・112頁）、約款のみを念頭に置いて「契約の目的である物品または役務の性質、当該条項と内容的に関連する他の条項および契約締結時の全状況を考慮に入れて」不当性を判断することを提案する考え方（山本豊「契約の内容規制」債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として—別冊NBL51号96頁）、消費者契約のみを念頭に置いて、「契約目的、他の契約条件、当事者の交渉の経緯その他の事情」に照らして契約条件・条項が不公正であるかどうかを判断することを提案する考え方（沖野眞己『『消費者契約法（仮称）』の一検討（1）』NBL652号22頁）などが提示されている。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

ちなみに、消費者契約法第10条では、考慮すべき要素が明示されていないが、当該契約の目的となるもの、対価その他の取引条件、契約類型、公益性や取引の安定といった社会一般の利益の有無等を踏まえて判断するとの理解が示されている（消費者庁企画課編「逐条解説消費者契約法〔第2版〕」（以下「逐条解説」という。）222頁）。また、諸外国の立法例を見ると、1993年EC指令第4条第1項は、消費者契約における契約条項の不公正性を評価するに当たり、契約締結の対象とされた商品又はサービスの性質、契約締結に伴う全事情、その契約の全条項又は当該契約と依存関係にある他の契約の条項すべてを考慮しなければならない旨を規定している。また、ヨーロッパ契約法原則4:110条（1）は、契約条項の不当性の判断に当たり、「当該契約の下で提供されるべき履行の性質、当該契約における他のすべての契約条件及び契約締結時の事情」が考慮されると規定する。

5 不当性の判断基準

ある契約条項が不当条項と評価されるための判断基準は何か。

具体的な立法提案では、この不当性の判断基準について、基本的に消費者契約法第10条と同趣旨を規定する観点から、約款及び消費者契約を念頭に置きつつ、

「条項使用者の相手方の利益を信義則に反する程度に害するかどうか」を基準とすべきであるとの考え方を提示するものがある（参考資料１〔検討委員会試案〕・１１２頁）。

また、ここでの信義則の内容をさらに具体化する観点から、「当該条項が存在しない場合と比較して、条項使用者とその相手方の契約上の利益に不均衡を生じさせることにより、信義則に反して相手方を害する条項は、無効とする」と表現することを提案する考え方がある（山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化（二・完）」民商法雑誌１４１巻２号１８５頁）。

このほか、約款を念頭に置き、約款の条項が相手方にとって「不相当に不利なものであるとき」に不当条項として規制されとする考え方（山本豊「契約の内容規制」債権法改正の課題と方向—民法１００周年を契機として—別冊ＮＢＬ５１号９６頁）、消費者契約を念頭に置いて、「消費者の期待に反し消費者に著しく不利な内容」であるかどうかを判断基準とする考え方（沖野眞己『『消費者契約法（仮称）』の一検討（１）』ＮＢＬ６５２号２１頁以下）がある。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

なお、この点について消費者契約法は、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するかどうかを基準としている（同法第１０条）。ここにいう「一方的に」とは、本来互酬的、双務的であるはずの権利義務関係が、不当な特約によって、両当事者の衡平を損なう形で侵害する状況をいうとの理解が示されている（逐条解説２２２頁）。一方、諸外国の立法例を見ると、１９９３年ＥＣ指令第３条第１項は、消費者契約についてであるが、「当事者の権利及び義務に重大な不均衡を生じさせて消費者の利益を害する場合」に当該条項を不公正とみなしている。また、ドイツ民法３０７条は、約款について、「信義誠実の原則に反して約款使用者の契約相手方を不相当に不利益に取り扱う」場合に当該条項の効力を否定し（同条１項）、①その内容が法規定と相違し、当該法規定の重要な基本思想と抵触をきたすとき、②契約の性質から生ずる重要な権利または義務を制限し、契約目的の達成を危殆化するときは、不相当に不利益な取扱いがあることを推定している（同条２項）。ヨーロッパ契約法原則４：１１０条は、「信義誠実及び公正取引の要請に反して、当該契約において生じる両当事者の権利義務に著しい不均衡をもたらし、当事者の一方に損害を与える場合」に、当該条項を取り消すことができるものと規定している。

○ 参考資料１〔検討委員会試案〕・１１１頁

【3.1.1.32】（不当条項の効力に関する一般規定）

〈１〉 約款または消費者契約の条項〔（個別の交渉を経て採用された消費者契約の条項を除く。）〕であって、当該条項が存在しない場合と比較して、条項使用者の相手方の利益を信義則に反する程度に害するものは無効である。

〈２〉 当該条項が相手方の利益を信義則に反する程度に害しているかどうかの判断にあ

たっては、契約の性質および契約の趣旨、当事者の属性、同種の契約に関する取引慣行及び任意規定が存する場合にはその内容等を考慮するものとする。

- 山本豊「契約の内容規制」（「債務法改正の課題と方向—民法 100 周年を契機として—」別冊 NBL 51 号）・96 頁

3-1 不当条項規制の一般規定

- (1) 契約当事者は、一方当事者によりあらかじめ準備され個別的に交渉されなかった契約条項が、契約の目的である物品または役務の性質、当該条項と内容的に関連する他の条項および契約締結時の全状況を考慮に入れて、その当事者に不相当に不利なものであるときは、その条項の全部または一部の無効を主張することができる。ただし、その条項について個別的交渉を行うことが期待可能であったことを条項使用者が証明したときは、このかぎりでない。

(2) 略

- 沖野眞己『『消費者契約法（仮称）』の一検討(1)』（NBL 652 号 22 頁）

3-3-1 不公正な条項の無効

- ① 不公正な契約条件・条項は、その全部または一部を無効とする。
- ② 契約条件・条項が、契約目的、他の契約条件、当事者の交渉の経緯その他の事情に照らし、消費者の期待に反し消費者に著しく不利な内容である場合、当該条項は、不公正な契約条件・条項となる。
- ③以下 略

(2) ある条項が不当条項とされた場合の効果

ある条項が不当条項とされた場合には、その拘束力が否定されることになるが、不当とされる限度で条項の一部の拘束力が否定されるのか、不当な部分を含む条項全体の拘束力が否定されるのかについては、考え方が分かれている。また、不当条項として拘束力が否定される部分について、これを無効とする考え方のほか、取り消すことができるとする考え方もあり得る。

これらの点について、どのように考えるか。

（補足説明）

1 問題の所在

ある条項が不当条項とされた場合の効果として、①どの範囲で当該契約条項の拘束力が否定されることとなるのか、②契約条項の拘束力を否定する方法として当該条項を無効とするか取り消すことができることとするかなどが問題とされている。

なお、後者の問題について、消費者契約法第 8 条から第 10 条までは、これらの各規定によって不当条項と判断される条項は無効とする旨を規定しているが、無効とされた条項は最初からなかったことになり、民法、商法その他の法律の任意規定に則った取扱いがされることになるとの理解が示されている（逐条解説 2

23頁)。

2 検討

(1) 不当条項のうち効力を否定すべき部分

ある条項に不当条項と評価される部分がある場合に、どの範囲でその拘束力を否定すべきかについては、当事者の合意を尊重する立場から、不当と評価されない限度で効力を維持すべきであるとの考え方もあり得るが、不当な条項の作成を助長することがないように、約款については当該条項全部の効力を否定することを原則とすべきであるとの考え方が提示されている(後記第2の「**2 一部無効**」「**(1) 法律行為に含まれる特定の条項の一部無効**」参照)。もっとも、このような考え方に従う場合でも、個々の規定においてある条項の一部を無効とすることは妨げられないと考えられる(消費者契約に関するものであるが、現行法においても、消費者契約法第9条の規定は不当条項として効力を否定される部分を条項の一部に限定している。)

(2) 不当条項に該当する場合の効果

次に、ある条項が不当条項に該当する場合の効果については、消費者契約法と同様にこれを無効とし、不当条項の効力を否定するのは約款使用者の相手方の利益を保護するためであることにかんがみて、その無効は相手方のみが主張することができることとする考え方(相対的無効)があり得る。

他方、ある条項が不当条項とされた場合に、約款使用者の相手方は、当該部分を取り消すことができることとする考え方もあり得るとされている。

もっとも、ある条項が不当と評価される場合であっても、その限度で拘束力が否定され、残部の効力が維持されることがあり得ること、ある条項の全部の効力を否定する場合であっても契約全体の効力は維持されることがあり得ることを考えると、不当条項の効果を取消しとする考え方に従う場合には、契約の一部又は契約に含まれる条項の一部の取消しを許容するかどうかという問題点について検討する必要があることとなる。

3 比較法

ドイツ民法307条第1項第1文は、不当条項の効果を無効と規定している。

他方、ヨーロッパ契約法原則4:110条(1)は、不公正条項を取り消すことができることとしている。

また、フランス消費法典L132-1条第6項は、不当条項とされた場合の効果について「書かれていないものとみなす」と規定している。このような規定の仕方によれば、ある条項のうちの一部が不当であると評価される場合、当該一部のみが無効となるとの解釈は否定されるとされている。

4 具体的な規律の検討

具体的な立法提案においては、拘束力が否定される範囲については原則として条項全体が無効になることとする考え方を提示するもの(参考資料1[検討委員会試案]・68頁)のほか、全部無効と一部無効とがあることを示して一部無効の可能性を認めるもの(山本豊「契約の内容規制」債権法改正の課題と方向—民法10

0周年を契機として一別冊NBL51号96頁, 沖野眞已『『消費者契約法(仮称)』の一検討(1)』NBL652号21頁以下)とがある。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

4 不当条項に該当する条項のリスト

(1) 不当条項リストの要否

不当条項として規制すべき条項には實際上様々なものがあり、これらを包摂するため、不当条項規制の一般規定は抽象的な要件を定めるものとならざるを得ない。そのため、この一般規定のみでは、条項使用者や相手方にとってどのような条項が不当条項に該当するかを判断することが困難になってしまうとの指摘がある。そこで、不当条項をめぐる紛争の解決を容易にし、また、一般規定の解釈指針を示すことなどを目的として、具体的な不当条項のリストを作成して条文上明記すべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

また、不当条項リストを作成するに当たっては、これに該当すれば不当性が肯定され、条項使用者が不当性を阻却する事由を主張立証することが許容されないものを列挙したリスト(「ブラックリスト」と呼ばれる。)と、条項使用者が不当性を阻却する事由を主張立証することによって不当性評価を覆すことができるものを列挙したリスト(「グレーリスト」と呼ばれる。)を分けて作成すべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(補足説明)

1 不当条項リストの意義

不当条項として規制すべき条項には實際上様々なものがあり、これらを包摂するため、不当条項規制の一般規定は抽象的な要件を定めるものとならざるを得ない。そのため、この一般規定のみでは、条項使用者や相手方にとってどのような条項が不当条項に該当するかを判断することが困難になってしまうとの指摘がある。そこで、不当条項に該当する条項を具体的に列挙したリストを作成するのが有益であるとの考え方が提示されている(参考資料1[検討委員会試案]・112頁以下, 山本豊「契約の内容規制」債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として一別冊NBL51号98頁)。このようなリストを作成する意義として、不当条項の例を具体的に示すことによって紛争を予防し、また、紛争を容易に解決すること、一般規定の解釈に際しての指針を示すことが挙げられているほか、相手方が条項の不当性を基礎づける事実を証明する負担を軽減すること、事業者が適切な条項を使用することを可能にし、取引安全に資することなどが指摘されている。

もっとも、上記のような意義を踏まえても、相手方が事業者である場合には相手方も一定の情報や交渉力を具備していることが期待されることから、事業者間契約には不当条項リストが適用されないものとするとの考え方もあり得る。不当

条項リストを有する諸外国の立法例を見ても、ドイツ民法のように不当条項リストは事業者間の契約については適用されないこととしたり、オランダ民法のように一定の規模以上の事業者に対して使用される約款については不当条項リストが適用されないこととする例もある。他方、韓国約款規制法では、消費者契約以外の契約についても、約款が用いられた場合には不当条項リストが適用されることがされている。

以上を踏まえ、不当条項リストを作成して条文上明記すべきであるという考え方について、リストの適用範囲という問題も含め、どのように考えるか。

2 不当条項リストの種類

不当条項のリストには、これに該当すれば不当性が肯定され、条項使用者が不当性を阻却する事由を主張立証することが許容されないものを列挙したリスト（「ブラックリスト」と呼ばれる。）と、条項使用者が不当性を阻却する事由を主張立証することによって不当性評価を覆すことができるものを列挙したリスト（「グレーリスト」と呼ばれる。）があり得る。

不当条項リストの在り方として、リストを作成する意義に照らせば、不当性が肯定されるか否かの判断ができる限り一義的に明確となるようなリストを作成すべきであるが、個別の事案ごとの事情を考慮に入れないで不当性の評価を確定することに疑義があるものもあることから、ブラックリストとグレーリストの双方を作成すべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

諸外国の立法例を見ると、ドイツ民法308条（グレーリスト）及び309条（ブラックリスト）、フランス消費法典R132-1条（ブラックリスト）及びR132-2条（グレーリスト）などにブラックリストとグレーリストを分けて作成した例がある。また、EUの「消費者の権利に関する指令案」（2008年）はブラックリスト（同指令案付表Ⅱ）とグレーリスト（同指令案付表Ⅲ）を有するものであり、同指令案が採択されれば、これらの2つのリストがすべての加盟国に適用されることになる（同指令案34条、35条）。

(2) リストの具体例（ブラックリスト）

主に約款が使用された契約を念頭に置いて、どのような不当条項規制が考えられるかを検討するとした場合に、ブラックリストに掲載すべき条項としては、どのようなものが考えられるか。

この点について、次のような類型に含まれる条項を例示する考え方が提示されているが、どのように考えるか。

ア 条項使用者が任意に債務を履行しないことを許容するなど条項使用者に対する契約の拘束力を否定する条項

イ 条項使用者の債務不履行責任を制限し、又は損害賠償額の上限を定めることにより、相手方が契約を締結した目的を達成不可能にする条項

ウ 条項使用者の債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償責任の全部又は一部を免除する条項

エ 相手方の抗弁権の行使を排除する条項

オ 条項作成者が相手方の同意なく契約上の地位を第三者に承継させることができるとする条項

(補足説明)

1 問題の所在

主に約款が使用された契約を念頭に置いて、どのような不当条項規制が考えられるかを検討するとした場合に、ブラックリストに掲載すべき条項としては、どのようなものが考えられるか。

ブラックリストは、条項使用者に不当性評価を覆す余地を認めない点で重大な効果を有するという指摘もある。現行法上、消費者契約について消費者契約法第8条及び第9条が無効となる条項を列挙しているが、約款については、事業者間で使用される場合を想定してもなお不当性評価を覆すことが許されない条項があるかという観点から検討する必要があると考えられる。

この点について、例えば、次のような類型に含まれるものは不当条項とみなされ、条項使用者が不当性を阻却する事由を主張立証することができないこととすべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

2 条項使用者に対する契約の拘束力を否定する条項（本文ア）

例えば、条項使用者の債務を任意に履行しないことを許容する条項や、相手方が契約に拘束されるのに条項使用者は正当な理由なく任意に契約から離脱することができる条項は、条項使用者を事実上契約の拘束力から免れさせ、相手方に一方的に債務負担を押しつけるものであるとして、不当条項とみなすべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・113頁）。

諸外国の立法例を見ると、ドイツ民法第308条第3号、1993年EC指令付表1(c)(f)、フランス消費法典R132-2条第1号、イギリス不公正契約条項法第3条第2項b、オランダ民法第6編第236条aなどに関連した規定がある。

3 条項使用者の側の債務不履行責任の軽減等により、相手方における契約目的達成を不可能にする条項（本文イ）

このような条項は、条項使用者が契約において引き受けない事由を不当に拡大し、あるいは損害賠償額の上限を非常に低く設定することにより、契約の拘束力を実質的に失わせるものであり、不当条項とみなすべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・113頁）。

諸外国の立法例を見ると、ドイツ民法第307条第2項第2号、韓国約款規制法第6条第2項第3号に関連した規定がある。

4 条項使用者の損害賠償責任の全部又は一部を免除する条項（本文ウ）

条項使用者の債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償責任の全部又は一部を免除する条項（本文ウ）には、次のようなものが含まれている。

ア 条項使用者の損害賠償責任を全部免除する条項

条項使用者の債務不履行に基づく損害賠償責任の全部を免除する条項や、条項使用者の債務の履行に際してされた不法行為に基づく損害賠償の全部を免除する条項も、条項使用者の側が契約の拘束力を実質的に免れることを可能にするものであることから、不当条項とみなすべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・113頁）。なお、消費者契約については、現行法上も、事業者の債務不履行に基づく損害賠償責任又は債務の履行に際してされた不法行為に基づく損害賠償責任の全部を免除する条項は無効とされている（消費者契約法第8条第1項第1号、第3号）。

イ 条項使用者の故意又は重過失による損害賠償責任の一部を免除する条項

債務不履行（故意又は重過失によるもの）に基づく損害賠償責任の一部を免除する条項や、条項使用者の債務の履行に際してされた不法行為（故意又は重過失によるもの）に基づく損害賠償責任の一部を免除する条項は、故意・重過失という行為態様の非難可能性の大きさにかんがみ、不当条項とみなすべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・113頁）。なお、消費者契約については、現行法上も、事業者の故意又は重過失による債務不履行責任、債務の履行に際してされた不法行為に基づく損害賠償責任の一部を免除する条項は無効とされている（消費者契約法第8条第1項第2号、第4号）。

諸外国の立法例を見ると、韓国約款規制法第7条第1号に関連する規定がある。

ウ 条項使用者の債務の履行に際して生じた人身侵害についての事業者の責任の全部又は一部を免除する条項

生命、身体という法益の重要性、絶対的な要保護性から、契約の客観的性質上条項使用者が引き受けるのが相当な人身損害について事業者の責任の全部又は一部を免除する条項は不当条項とみなすべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・114頁。また、グレーリストに掲載する可能性を指摘するものとして「消費者契約における不当条項の横断的分析」別冊NBL128号（以下「横断的分析」という。）64頁以下）。

諸外国の立法例を見ると、ドイツ民法第309条第7号a、1993年EC指令付表1(a)、イギリス不公正契約条項法第2条第1項などに関連する規定がある。

5 相手方の抗弁権を制限する条項（本文エ）

消費者契約に関する提案としてであるが、相手方の同時履行の抗弁権、留置権、相殺権を制限又は排除する条項は、交渉力において劣後する相手方の防御権や担保を奪い、相手方の救済の実効性を失わせる点で不当条項とみなすべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・117頁、日本弁護士連合会「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」（以下「日弁連意見書」という。）40頁）。

諸外国の立法例を見ると、ドイツ民法309条2号、1993年EC指令付表

1 (b) , オランダ民法第6編第237条 g h , 韓国約款規制法第11条第1号, 3号などに関連する規定がある。

6 条項作成者が相手方の同意なく契約上の地位を第三者に承継させることができるとする条項 (本文オ)

消費者契約に関する提案としてであるが、事業者の役務提供を内容とする契約においては、当該事業者が誰であるかが重要であることから、消費者の同意なく事業者が契約上の地位を第三者に承継させることができるとする条項は不当条項とみなすべきであるとの考え方が提示されている (日弁連意見書40頁)。また、事業者が消費者に対する債権を第三者に譲渡する場合に消費者があらかじめ異議をとどめない承諾をする旨の条項を不当条項とみなすべきであるとの考え方が示されている (日弁連意見書41頁)。

諸外国の立法例を見ると、ドイツ民法第309条第10号、1993年EC指令付表1 (p)、フランス消費法典R132-2条第5号、オランダ民法第6編第236条 e f に関連する規定がある。

(3) リストの具体例 (グレーリスト)

主に約款が使用された契約を念頭に置いて、どのような不当条項規制が考えられるかを検討するとした場合に、グレーリストに掲載すべき条項としては、どのようなものが考えられるか。

この点について、次のような類型に含まれる条項を例示する考え方が提示されているが、どのように考えるか。

ア 条項使用者が債務の履行のために使用する第三者の行為について条項使用者の責任を制限する条項

イ 条項使用者に契約内容を一方的に変更する権限を与える条項

ウ 条項使用者による契約解除を容易にする条項

エ 相手方の解除権を任意規定の適用による場合に比して制限する条項

オ 相手方の一定の作為又は不作為があった場合に意思表示を擬制する条項や、事業者からの意思表示の到達を擬制する条項

カ 法律上の管轄と異なる裁判所を専属管轄とする条項や、相手方の立証責任を加重する条項など、相手方の裁判を受ける権利を制限する条項

(補足説明)

1 主に約款が使用された契約を念頭に置いて、どのような不当条項規制が考えられるかを検討するとした場合に、グレーリストに掲載すべき条項としては、どのようなものが考えられるか。

例えば、次のような類型に含まれるものを掲げる考え方が提示されているが、どのように考えるか。

2 条項使用者が債務の履行のために使用する第三者の行為について条項使用者の責任を制限する条項 (本文ア)

このような条項を許容すると条項使用者は第三者を用いることによるリスクを不当に回避することができることになるとして、このような条項は不当条項と推定されるべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・116頁。）。また、消費者契約に関する提案としてであるが、このような条項をブラックリストに掲載すべきとの考え方を提示するものもある（横断的分析54頁）。

3 条項使用者に契約内容を一方的に変更する権限を与える条項（本文イ）

いったん成立した契約は当事者双方の合意によらなければ変更できないのが原則であり、条項使用者に契約の主要な内容の一方的変更権を付与する条項は、不当条項と推定されるべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・116頁，沖野眞已『『消費者契約法（仮称）』の一検討（1）』NBL652号22頁，日弁連意見書33頁，横断的分析30頁以下）。

諸外国の立法例をみると，ドイツ民法第308条第4号，1993年EC指令付表1(j)(k)(1)，フランス消費法典R132-1条第3号，R132-2条第6号，イギリス不公正条項法第3条第2項b(i)，オランダ民法第6編第236条i，同第237条c，韓国約款規制法第10条第1号，第309条第1号に関連する規定がある。

4 条項使用者による契約解除を容易にする条項（本文ウ）

例えば，期間の定めのない継続的な契約において，解約申入れにより直ちに契約を終了させる権限を条項使用者に与える条項は，相手方の法的地位を極度に不安定にするとして，不当条項と推定すべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・116頁，）。また，消費者契約に関する提案としてであるが，理由を必要とせず一方的に契約を終了する権限を事業者に与える条項（沖野眞已『『消費者契約法（仮称）』の一検討（1）』NBL652号22頁），法律上事業者に解除権が認められていない場合に事業者に解除権を認める条項や事業者の解除権行使の要件を緩和する条項（横断的分析137頁）を不当条項と推定すべきであるとの考え方が提示されている。

諸外国の立法例を見ると，1993年EC指令付表1(g)，フランス消費法典R132-2条第4号，オランダ民法第6編第237条d，韓国約款規制法第9条第2号に関連する規定がある。

5 相手方の解除権を制限する条項（本文エ）

継続的契約において相手方の解除権を任意規定の適用による場合に比して制限する条項について，相手方の解除権の制限は原則として許されないとして，不当性を推定すべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・116頁，日弁連意見書35頁，横断的分析129頁以下）。

また，条項使用者に債務不履行がある場合の相手方の解除権を排除する条項について，解除権は相手方が契約を離脱することを認める重要な権利であることから不当条項と推定すべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・116頁）。これに対し，債務不履行の場合の解除権を排除する条

項は、一般に不当条項とみなすべきであるとの考え方も提示されている（日弁連意見書40頁，横断的分析129頁以下）。

諸外国の立法例を見ると，ドイツ民法第309条第8号(a)，フランス消費法典R132-2条第8号，オランダ民法第6編第236条b，韓国約款規制法第9条第1号に関連する規定がある。

6 表示擬制条項，到達擬制条項（本文オ）

相手方の一定の作為又は不作為があった場合に意思表示を擬制する条項や，事業者からの意思表示の到達を擬制する条項は，擬制によるリスクを相手方の負担とすることにより，相手方の自己決定の自由の余地を奪いかねないものであることにかんがみ，不当条項と推定すべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・116頁，日弁連意見書36頁以下）。

諸外国の立法例を見ると，ドイツ民法第308条第5号，第6号，韓国約款規制法第12条に関連する規定がある。

7 相手方の裁判を受ける権利を制限する条項（本文カ）

例えば，法律上の管轄と異なる裁判所を専属管轄とする条項，条項使用者が指定する機関で仲裁を行うこととする条項，条項作成者が立証すべき事柄について立証責任を転換する条項，条項使用者以外の第三者をまず訴えるべきことを定める条項などがこれに当たる。裁判を受ける権利を実質的に確保する観点から，このような条項は不当条項と推定すべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・116頁，日弁連意見書38頁以下，横断的分析82頁以下も参照）。

諸外国の立法例を見ると，ドイツ民法309条12号，1993年EC指令付表1(q)，フランス消費法典R132-2条第9号，第10号，オランダ民法第6編第236条k，韓国約款規制法14条などに関連する規定がある。

（比較法）

○ドイツ民法

305c 条 不意打ち条項および多義的な条項

- (1) 約款中の条項であって、諸事情とりわけ契約の外形に照らして、相手方が予見する必要がないほどに異例なものは、契約の構成部分とならない。
- (2) 約款の解釈に疑義があるときは、約款使用者に不利に解釈しなければならない。

307 条 内容規制

- (1) 約款中の条項は、当該条項が信義誠実の原則に反して約款使用者の契約相手方を不当に不利益に取り扱うときは、無効とする。不当な不利益は、条項が明確でなく、または平易でないことから生ずる。
- (2) ある条項が次の各号のいずれかに該当する場合であって、疑いがあるときは、不当に不利益な取扱いがあると推定する。
 1. その内容が法規定と相違し、当該法規定の重要な基本思想と抵触をきたすと

き

2. 契約の性質から生ずる重要な権利または義務を制限し、契約目的の達成を危殆化するとき。

(3) 本条第1項および第2項、ならびに第308条および第309条は、約款の規定であって、法規定と相違し、または法規定を補充する規律が合意されているもの限り、適用される。その他の規定についても、本条第1項第1文との関連において本条第1項第2文により無効となし得る。

308条 評価の余地を伴う禁止条項

約款における条項で、とりわけ、次のようなものは無効とする。

1. (承諾期間および給付期間)

約款使用者が申込みの承諾もしくは拒絶、または給付の提供について、不当に長期もしくは十分に確定されない期間を留保する条項。ただし、ドイツ民法 335条1項、同2項および同法 356条に基づく撤回期間または返品期間の経過を待たうえで給付すべきとする留保については、この限りではない。

2. (猶予期間)

約款使用者が、自己により実現されるべき給付につき、法規定に反して不当に長期または十分に確定されない猶予期間を留保する条項

3. (解除権の留保)

実質的に正当でなく、かつ、契約上の根拠がないにもかかわらず、約款使用者が自己の給付義務から解放される権利を認める旨の合意。ただし、継続的債務関係については、この限りではない。

4. (変更権の留保)

約束された給付を変更し、または、これと異なる給付をなす権利を約款使用者に認める旨の合意。ただし、給付の変更や異なる給付をなす合意が、約款使用者の利益状況に照らし、契約の相手方に期待し得るものであるときはこの限りではない。

5. (表示の擬制)

一定の行為をなすこと、またはなさないことにより、約款使用者の契約相手方が表示をなし、またはなさなかったものとみなす条項。ただし、次の事項をすべて満たす場合はこの限りではない。

a) 明示の表示をなすために相当の期間が契約相手方に与えられていること

b) 約款使用者が、その期間の開始の際、所定の行為に付与される意味について契約相手方に対して特に明示する義務を負うこと

本号の定めは、ドイツ建設法の契約約款B部には適用しない。

6. (到達の擬制)

特段の意義を有する約款使用者の表示が、契約相手方に到達したものとみなす条項

7. (契約の清算)

契約の一方当事者が契約を解除または告知する場合、約款使用者が次に掲げる

いずれかの請求をできる旨を定める条項

- a) 物もしくは権利の使用もしくは収益、または提供された給付に対して、不当に高額な対価を請求できること
- b) 不当に高額な費用の償還を請求できること

8. (給付処分の不能)

本条3号により、給付処分が不能であるために約款使用者が契約の履行義務から解放されることが認められる場合、約款使用者は次に定める義務のいずれも負わないこと

- a) 契約相手方に対して遅滞なく処分不能につき通知すること
- b) 契約相手方の反対給付を遅滞なく返還すること

309 条 評価の余地のない禁止条項

法規定と異なる合意が許容される場合においても、約款における次のような条項は無効とする。

1. (短期間での価格引き上げ)

契約締結後4ヶ月以内に引渡しまたは提供がなされるべき商品または役務について、対価の引き上げを予定する条項。ただし、継続的債務関係の枠組において引渡しまたは提供がなされるべき商品または役務については、この限りではない。

2. (同時履行の抗弁権)

次のいずれかの内容を含む条項

- a) ドイツ民法 320 条により約款使用者の契約相手方に成立する同時履行の抗弁権を排除または制限すること
- b) 約款使用者の契約相手方に成立する留置権が、同一の契約関係に基づくものである限りにおいて、これを排除し、または、とりわけ約款使用者による瑕疵の承認を要件とすることにより制限すること

3. (相殺の禁止)

約款使用者の契約相手方から、争いのない債権、または既判力によって確定された債権によって相殺する権限を奪う条項

4. (催告、猶予期間の設定)

他方の契約当事者に催告し、または給付もしくは追完のための猶予期間を設定すべき旨の約款使用者の法律上の責務を免除する条項

5. (損害賠償請求権の包括的予定)

約款使用者の損害賠償請求権または減価償還を包括的に請求する合意であって、次のいずれかの内容を定める条項

- a) 包括的予定額が、約款による規制の及ぶ場合において、事物の通常の経過に従って予期されるべき損害、または通常生ずべき減価を超える場合
- b) 明示的ではないが、損害もしくは減価が全く生じていなかった、または包括的予定額を著しく下回ることを証明する機会が、他方の契約当事者に与えられていない場合

6. (違約罰)

給付の不受領もしくは受領遅滞、または他方の契約当事者が契約を解消する場合について、約款使用者に対して違約罰を支払う旨を約する条項

7. (生命、身体、健康の侵害があったとき、および重大な過失があったときについての免責)

a) (生命、身体、健康の侵害)

約款使用者の過失、または約款使用者の法定代理人もしくは履行補助者の故意または重大な過失によって生命、身体、健康を侵害したことにより生じた損害に対する責任を排除し、または制限すること。

b) (重大な過失)

その他の損害に対する責任について、約款使用者の重大な過失または約款使用者の法定代理人もしくは履行補助者の故意または重大な過失によって負うべき責任を排除し、または制限すること。

a) および b) の規定は、旅客運送法によって認可された、市街電車、トロリーバス、および定期交通である自動車の運送約款ならびに料金表における責任制限には適用しない。ただし、その内容が、1970 年 2 月 27 日付けの路面電車、トロリーバスおよび自動車による定期路線交通のための普通運送約款よりも旅客に不利益にならない場合に限る。b) の規定は、国の認可を受けた宝くじ契約または富くじ契約には適用しない。

8. (義務違反におけるその他の免責)

a) (契約を解消する権利の排除)

約款使用者の責に帰すべき事由があり、売買の目的物または仕事の瑕疵以外の義務違反があった場合において、他方の契約当事者の契約を解消する権利を排除し、または制限する条項。ただし、本条 7 号に定める運送約款、料金表については、同号所定の要件を満たす限りで、この限りではない。

b) (瑕疵)

新たに製造される物の引渡しおよび請負給付に関する契約において、以下の各号に定めるいずれかに該当することを定める条項

aa) (排除および第三者への問責)

瑕疵を原因とする約款使用者に対する請求権の全部またはその一部を排除し、または、第三者に対する請求しか認めない、もしくは、事前に第三者に対する裁判上の請求をなすことを条件とすること

bb) (追完への限定)

約款使用者に対する請求権の全部またはその一部について、追完請求権に限定すること。ただし、追完が不首尾に終わった場合に対価の減額請求権、または建築工事給付が瑕疵担保の目的でないときに、他方の契約当事者の選択に従い解除を選択する権利が明示的に留保されている場合はこの限りではない。

cc) (追完費用)

約款使用者が負うべき追完に必要な費用、とりわけ運送費、交通費、労賃、

材料費を負担する義務を排除し、または制限すること

dd) (追完の留保)

約款使用者が追完をなすにあたり、対価の全額前払い、または、瑕疵に鑑み不均衡に高額な対価を条件とすること

ee) (瑕疵通知の除斥期間)

約款使用者が他方の契約当事者に対して明白でない瑕疵の通期について除斥期間を設定し、当該期間が ff) の規定により許容される期間よりも短いこと

ff) (時効消滅の容易化)

ドイツ民法 438 条 1 項 2 号および 634a 条 1 項 2 号の適用を受ける場合において、瑕疵を原因とする約款使用者に対する請求権の時効消滅を容易にし、または、その他の場合につき、法律上の消滅時効期間の起算点から 1 年よりも短い消滅時効期間で時効が完成するとすること。ただし、ドイツ建設法の契約約款 B 部が総体として組み入れられている契約については、この限りではない。

9. (継続的債務関係における契約期間)

約款使用者により商品の定期的な供給、労務給付もしくは請負給付の定期的な提供を目的とする契約関係において、以下の各号のいずれかを定める条項

a) 他方の契約当事者を 2 年以上にわたって拘束する契約期間

b) 他方の契約当事者を 1 年以上にわたって拘束することになる契約関係の黙示の更新

c) 他方の契約当事者の不利益において、当初または契約期間または黙示に更新された契約期間の満了に先立ち、3 か月を超える期間の解約告知期間を定めること

ただし、一体をなしたものとして売却された物の引渡しに関する契約、保険契約、および、著作権法上の権利および請求権を有する者と、著作権およびそれに隣接する保護権に関する法律にいう著作権利用会社との間で締結された契約については、この限りではない。

10. (契約当事者の交替)

売買契約、雇用契約または請負契約において、第三者が約款使用者に代わり契約上の権利および義務を承継し、または承継し得るとする条項。ただし、条項のなかで次の定めがあるときはこの限りではない。

a) 第三者が特に指定されていること

b) 他方の契約当事者に対して、契約解除権が与えられていること

11. (締約代理人の責任)

約款使用者が、他方の契約当事者との間で契約を締結する代理人に関して、以下の各号に定めるいずれかに該当する事項を定める条項

a) 明示的かつ特別な説明なしに、代理人固有の責任または費用償還保証を課すること。

b) 無権代理の場合に、ドイツ民法 179 条が規定する内容を超える責任を課すること。

1 2. (立証責任)

約款使用者によって立証責任を他方の契約当事者に不利に変更する条項。とりわけ、以下の各号に定めるもののいずれかに該当するもの。

a) 約款使用者の責任領域内にある事情についての立証責任を負わせること

b) 他方の契約当事者に特定の事実を証明させること

b)の規定は、特別に署名され、または特別に認証された電子署名を付された受領確認証には適用しない。

1 3. (通知および表示の方式)

約款使用者または第三者に対して行われる通知または表示について、書面方式よりも厳格な方式または特別の到達の要件を課す条項

310 条 適用範囲

(1) 第 305 条第 2 項、同条第 3 項、第 308 条および第 309 条は、事業者、公法人または公法上の特別財産に対して用いられる約款には適用がない。本項第 1 文所定の約款について、第 308 条および第 309 条に掲げられた契約条項に該当するために無効となるときは、その限りにおいて、第 307 条第 1 項および第 2 項が適用される。商取引において通用している慣行および慣習は、適切に考慮されなければならない。

(3) 事業者と消費者の間の契約(消費者契約)においては、本章の規定は次の各号を基準として適用する。

1. 約款は、事業者により作成されたものとみなす。ただし、当該約款が消費者により契約の中に組み入れられたときは、この限りではない。

2. 第 305c 条第 2 項、第 306 条および第 307 条ないし第 309 条ならびに民法施行法第 29a 条は、あらかじめ作成された契約条項が 1 回限りの使用を予定している場合であっても、消費者があらかじめ作成された契約条項の内容に影響を及ぼすことができなかった限りにおいて、当該契約条項に対しても適用する。

3. 第 307 条第 1 項および第 2 項に定める不相当な不利益を評価するにあたっては、当該契約締結の際の諸事情をも考慮する。

(4) 本章の規定は、相続法、家族法および会社法の領域における契約、ならびに、労働協約、事務所協定および公務協定には適用されない。労働契約への適用にあたっては、労働法上認められる特殊性を適切に考慮しなければならない。第 305 条第 2 項および第 3 項は適用しない。労働協約、事務所協定および公務協定は、第 307 条第 3 項にいう法規定と同一の意味を持つ。

○ 1 9 9 3 年 E C 指令

第 3 条

1. 個別に交渉されなかった契約条項は、それが、信義誠実の要請に反して、契約から生じる当事者の権利および義務に重大な不均衡を生じさせて消費者の利益を害する場合、不公正なものとなされる。

2. 条項は、それがあらかじめ作成され、そのために消費者が当該条項の内容に影響を及ぼすことができなかつた場合、とりわけ、あらかじめ書式化された標準契約を用いる場合、常に、個別に交渉されなかつたものとみなされる。

条項のある一定の側面またはある特定の条項について個別に交渉されたという事実があつても、契約の全体的評価から、あらかじめ書式化された標準契約であることが示される場合、契約の残余に対する本条の適用を排除するものではない。

売主または提供者は、標準契約条項について個別の交渉があつた旨を主張する場合、その立証責任を負う。

3. 付表には、不公正とみなすことのできる条項の例示的かつ非網羅的なリストが含まれる。

第4条

1. 契約条項の不公正性は、契約締結の対象とされた物品またはサービスの性質を考慮し、契約締結時点において契約締結に随伴する全事情および当該契約の全条項または当該契約と依存関係にある他の契約の条項すべてを考慮して、評価される。ただし、このことは第7条の規定には影響を及ぼすものではない。
2. 条項の不公正性の評価は、当該条項が平易かつ明瞭な言葉で表現されている限りにおいて、契約の主たる目的の確定、ならびに提供されるサービスや物品の対価として支払われる代金や報酬の金額の妥当性には及ばない。

第5条

消費者に対して契約の全部または一部の条項が書面によって提示されるときは、それらの条項は、つねに平易かつ明瞭なことばで起草されなければならない。ある条項の意味について疑問がある場合、消費者にとってもっとも有利な解釈が優先する。この解釈準則は、第7条第2項で定められた手続きとの関係においては、適用されない。

第6条

1. 加盟国は、消費者と売主または提供者との間で締結された契約において使用された不公正な条項が、その国内法の定めるところにしたがつて、消費者を拘束しないこと、および、その契約が不公正な条項なしでも存続可能であれば、契約はその他の条項について当事者を拘束し続けることを定めなければならない。
2. (略)

付表

第3条第3項において言及された条項

(1) 以下の目的または効果を有する条項

- (a) 売主または提供者の作為または不作為により消費者が生命または身体を害された場合において、売主または提供者の責任を排除または制限すること
- (b) 売主または提供者による契約上の義務の全部もしくは一部の不履行または不完全な履行の場合において、消費者が売主または提供者に対して有する債権と売主または提供者に対して負っている債務とを相殺する選択権を含む、売主または

提供者またはその他の当事者に対して消費者が有している法的権利を不当に排除または制限すること

- (c) 消費者は拘束力される一方、売主または提供者によるサービスの提供の実現には、売主または提供者の意思のみに係る条件を付すこと
- (d) 消費者が契約の締結または履行をしないことに決めた場合においては、消費者が支払った金銭を売主または提供者が保持できるとしておきながら、売主または提供者が契約を解約した場合には、消費者は売主または提供者からそれと同等額の賠償金を受領できる旨を定めないこと
- (e) 消費者の義務の不履行の場合に、不当に高額な賠償金の支払いを要求すること
- (f) 売主もしくは提供者には、自由に契約を解消することが認められているにもかかわらず、同様の権利は消費者には認められていないこと。または、売主もしくは提供者は、いまだ提供していないサービスについて支払われた金銭を保持しうること
- (g) 期間の定めのない契約について、売主または提供者は、合理的な通知なしに終了させることができるとすること。ただし、重大な理由がある場合はこの限りではない。
- (h) 期間の定めのある契約について、消費者が別段の意思を表明しない限り、自動的に契約が延長されるとされている場合において、消費者が契約の延長を望まない旨を表明するための期限が不当に早期に設定されていること
- (i) 契約締結前に内容を認識する機会が現実には与えられなかった条項について、消費者を拘束して、撤回不能とすること
- (j) 売主または提供者は、契約で特定された正当な理由なしに、契約の条項を一方的に変更しうること
- (k) 売主または提供者は、正当な理由なしに供給されるべき物品またはサービスの性質を一方的に変更することができること
- (l) 物の価格を引渡時に定めるものとし、または、物の売主もしくはサービスの提供者は価格を引き上げることができるとしながら、いずれの場合についても、最終的な価格が契約締結時に合意した価格に比して不当に高額であるとき、そのことを理由に契約を解約する権利を消費者には与えていないこと
- (m) 提供された物もしくはサービスが契約に適合しているか否かを判定する権利を売主もしくは提供者に与えること、または、契約の文言を解釈する権利を排他的に売主もしくは提供者に与えること
- (n) 売主もしくは提供者の代理人によりなされた約束を遵守すべき売主もしくは提供者の義務を制限すること、または、そのような約束について、ある特別な方式規定によることを要求すること
- (o) 売主または提供者がその義務を履行しない場合においても、消費者はすべての義務を履行しなければならないとすること
- (p) 契約から生ずる権利および義務が譲渡されると消費者に保証の縮減をもたら

すおそれがある場合に、売主または提供者は、消費者の同意なしに、その権利および義務を譲渡することができることとする

- (q) とりわけ、紛争解決は法規の適用に服さない仲裁のみによることを消費者に要求し、消費者の利用できる証拠を不当に制限し、または、当該事案に適用できる法によれば契約の相手方にあるとされる立証責任を消費者に転嫁することによって、消費者が訴訟を提起し、または、他の法的救済手段を行使する権利を排除または妨害すること

○フランス消費法典

L. 132-1 条

- ① 事業者と非事業者または消費者の間の契約において、非事業者または消費者を害する形で、契約当事者の権利義務の間の判然とした不均衡を生み出すことを目的または効果とする条項は、濫用的である。
- ② L. 132-1 条によって設置される委員会の意見の後に定められたコンセイユ・データのデクレが、濫用的であると推定される条項のリストを決定する。このような条項を含む契約に関する紛争の場合、事業者は、争われている条項が濫用的な性質を持たないことの証明を提出しなければならない。
- ③ 同様の条件のもとで定められたデクレは、契約の均衡に対してもたらされる侵害の重大性を考慮に入れながら、反証の余地のない形で第 1 項の意味で濫用的であるとみなされなければならない条項の類型を決定する。
- ④ これらの規定は、契約の形式、媒体が何であれ、適用される。自由に交渉された条項もしくはそうでない条項、または既に作成された約款への参照を含んだ注文書、請求書、保証書、引渡明細書もしくは引渡証書、切符もしくは券についても同様である。
- ⑤ 民法典 1156 条から 1161 条、1163 条および 1164 条に規定された解釈の規律を損なうことなく、条項の濫用的な性質は、契約締結時における締結を取り巻くすべての状況、およびすべての他の契約条項を参照しながら評価される。2 つの契約の締結または履行が法的に相互に依存している場合には、条項の濫用的な性質は、他方の契約に含まれている条項も考慮に入れて評価される。
- ⑥ 濫用条項は書かれていないものとみなされる。
- ⑦ 第 1 項の意味における条項の濫用的な性質の評価は、条項が明確かつ理解可能な形で規定されている限り、契約の主たる目的の決定、および売買された物または提供された役務の代金または報酬の適合性を対象としない。
- ⑧ 契約は、濫用的であると判断された条項なしに存続可能である場合、それらの条項以外のすべての契約条項は依然適用可能である。
- ⑨ 本条は公序規定である。

R. 132-1 条

事業者と非事業者または消費者の間の契約において、以下のような目的または効果を持つ条項は、反証の余地のない形で、L. 132-1 条第 1 項及び第 3 項の規定の意味で、濫用的であると、したがって禁止されていると推定される。

1. 非事業者または消費者を、その者が承諾した書面に記載されていない条項、または契約締結時に明示的に参照されておらず、かつその者が契約締結前に知らなかった別の書面に定められている条項に附合させることを確認すること。
2. 事業者の、その者の被用者または受任者により引き受けられた債務負担を尊重する義務を制限すること。
3. 契約期間、または引渡すべき物もしくは提供すべき役務の特徴もしくは代価に関する契約条項を一方的に修正する権利を事業者に留保すること。
4. 引渡された物または提供された役務が契約の約定に適合しているか否かを決定する権利を事業者のみに付与すること、または契約の何らかの条項を解釈する排他的な権利を事業者に与えること。
5. 事業者が物の引渡債務もしくは担保責任を負う債務、または役務提供債務を履行していないにもかかわらず、非事業者または消費者が自らの債務を履行することを強制すること。
6. 事業者によりその者の何らかの債務に対する違反があった場合に、非事業者または消費者が被った損害の賠償に対する権利を奪うまたは制限すること。
7. 事業者の物の引渡債務もしくは担保責任を負う債務、または役務提供債務の不履行の場合に、非事業者または消費者の契約の解除または解約を請求する権利を妨げること。
8. 事業者に契約を裁量により解約する権利を認め、非事業者または消費者に同じ権利を認めないこと。
9. 事業者が裁量により契約を解約したときに、事業者により実現されなかった給付の名目で支払われた金額を確保することを可能にすること。
10. 期限の定めのない契約において、非事業者または消費者に対して、解約を事業者に対するよりも長い予告期間に服させること。
11. 期限の定めのない契約において、非事業者または消費者による解約を、事業者に対する賠償金の支払いに従わせること。
12. 適用される法律によれば、通常は契約の他方当事者に負わせるべき立証責任を、非事業者または消費者に課すこと。

R. 132-2 条

事業者と非事業者または消費者の間の契約において、以下のような目的または効果を持つ条項は、事業者が反証を提出した場合を除いて、L. 132-1 条第 1 項及び第 2 項の規定の意味で、濫用的であると推定される。

1. 事業者の給付の履行は、その実現が事業者の意思のみに依存している条件が課されているにもかかわらず、非事業者または消費者の確固たる債務の負担を規定すること。
2. 非事業者または消費者が契約の締結または履行をしなかった場合、事業者が、非事業者または消費者により支払われた金額を保持することを許し、反対に、事業者が締結または履行をしなかった場合、非事業者または消費者が同等の額の、または L. 114-1 条の意味における手付金を支払っていたときには二倍の額の賠償

金を受け取る権利について定めないこと。

3. 債務を履行しない非事業者または消費者に、明らかに均衡を欠いた額の賠償金を義務付けること。
4. 事業者に合理的な期間のある予告なしに契約を解約する権能を認めること。
5. 事業者が契約の譲渡を、非事業者または消費者の同意なく、かつ、譲渡が非事業者または消費者の権利の減少をもたらす余地のある時に行うことを可能にすること。
6. R. 132-1 条第 3 号に規定された条項以外のもので、当事者の権利義務に関する契約条項を一方的に修正する権利を事業者に留保すること。
7. 法律が許している場合の他に、契約履行の目安としての indicatif 期日[訳注：期日までに履行しなかったとしても解除や損害賠償の理由とはならない]を約定すること。
8. 非事業者または消費者に対し、契約の解除または解約を、事業者に対するよりも厳格な要件または方法に従わせること。
9. 非事業者または消費者の利用できる証明手段を不当に制限すること。
10. 消費者による訴権または不服申立ての行使を排除または制限すること。とりわけ、消費者に法律上の規定に含まれていない仲裁裁判機関に必ず提訴することを、または必ず裁判外紛争解決手段を経ることを義務づけること。

R. 132-2-1 条

- ① 以下の場合、R. 132-1 条第 3 号並びに R. 132-2 条第 4 号および第 6 号は適用されない。
 - a) 価格が、事業者の制御していない相場、指標または率の変動に結び付けられている、有価証券、金融証券およびその他の商品または役務に係る取引。
 - b) 外国通貨、並びに郵便局で作成され、外国通貨の単位で作成された旅行小切手または外国為替の売買。
- ② R. 132-1 条第 3 号および R. 132-2 条第 6 号は、金融サービスの提供者が、非事業者または消費者が負う利率または金融サービスに関するすべての負担の額を、正当な理由がある場合に予告なく修正する権利を留保する条項の存在を妨げない。ただし、当該条項の存在を妨げないためには、事業者は他の契約当事者に速やかにその情報を提供する義務を負い、他の契約当事者は、契約を直ちに解約する自由を有していなければならない。
- ③ R. 132-1 条第 8 号および R. 132-2 条第 6 号は、金融サービスの提供者が、期限の定めのない契約を正当な理由がある場合に予告なく終了させる権利を留保する条項の存在を、事業者は契約相手方に直ちにその情報を提供する義務を負わなければならないことを条件として、妨げない。
- ④ R. 132-1 条第 3 号および R. 132-2 条第 6 号は、期限の定めのない契約が締結された場合に、引渡される物または提供される役務の価格に関連する修正を事業者が一方的に行うことができることを規定する条項の存在を、消費者が、場合によっては解約することを可能とする合理的な期間内に、そのことについて知らされ

ていなければならないことを条件として、妨げない。

- ⑤ R. 132-1 条第 3 号および R. 132-2 条第 6 号は、事業者が技術の進展に関連する契約の一方的修正を行うことを可能とすることを規定する条項の存在を、そこから価格の上昇や品質の変更を生じさせず、その義務により非事業者または消費者がどのような特徴に従うのかが契約に示されていた場合には、妨げない。

○イギリス不公正契約条項法

第 2 条（過失責任）

- (1) 何人も、契約条項又は一般公衆もしくは特定人に対してなされた通知を援用して、過失から生ずる死亡又は人身損害に対する自己の責任を免除又は制限することはできない。
- (2) 前項以外の他の損失又は損害の場合については、何人も、契約条項又は通知が合理性の要件を満たす場合を除いて、過失に対する自己の責任を前項と同様にして免除又は制限することはできない。
- (3) 契約条項又は通知が過失に対する責任を免除又は制限する趣旨である場合に、ある人がそれに同意を与え、又はそれを知っているからといって、その者が自発的にすべての危険を引き受けたことを示しているものと解してはならない。

第 3 条（契約において生ずる責任）

- (1) 本条は、契約当事者の一方が消費者として、又は相手方の標準取引約款に基づいて取引をする場合に適用される。
- (2) 前項の場合の当事者の一方に対して、相手方は契約条項を援用して次のことをすることができない。
 - (a) 自己が契約違反の場合に、違反に対する自己の責任を免除又は制限すること、又は
 - (b) 次の権利があると主張すること。
 - (i) 合理的に期待されたものとは実質的に異なった契約履行をする権利
 - (ii) 自身の契約履行の全部又は一部について、まったく履行しない権利ただし、(本項の上記のいずれの場合においても)契約条項が合理性の要件を満たすときは、このかぎりでない。

○オランダ民法

第 6 編 2 3 3 条

約款中の条項は、以下のいずれかの場合には、無効とされ得る。

- a. その条項が、契約の種類およびその他の内容、約款が作成された方法、相互に認識し得る当事者の利益、ならびにその他の事態の状況を考慮して、相手方にとって不相当に不利益となるとき。
- b. 約款使用者が、相手方に対して、約款を了知する合理的な機会を与えなかったとき。

第 6 編 2 3 4 条

- (1) 約款使用者は、以下のいずれかの場合には、第 2 3 3 条第 b 号において定められた機会を与えたものとする。

- a. 約款使用者が、相手方に対し、契約締結の前または契約締結時に約款を交付したとき。
 - b. 以上が合理的に可能ではないときは、約款使用者が約款の閲覧を可能にし、または、約款を約款使用者によって指定された商工会議所または裁判所の文書課に保管されていること、および、求めに応じて相手方に送付されべきことを、契約締結前に約款使用者が相手方に対して知らせたとき。
 - c. 契約が電子的方法で締結された場合において、相手方が後に約款を精査できるように相手方が約款を保存することを可能にすることによって、契約締結の前または契約締結時に約款が相手方に利用可能とされていたとき、または、以上が合理的に可能でないときは、約款の条項を電子的方法で調べることができ、また求めに応じて約款が電子的またはその他の方法で送付されることを、契約の締結に先立って相手方が知らされたとき。
- (2) 約款が契約締結の前または契約締結時に相手方に交付されなかった場合において、約款使用者が求めに応じて遅滞なく自らの費用で相手方に約款を送らないときは、その条項は無効となり得る。
- (3) 約款の送付義務に関する第1項第b号および第2項は、約款を送付することが約款使用者に対し合理的に要求され得ない限り、適用されない。

第6編235条

- (1) 以下の者は、第233条および第234条において定められた無効原因を主張することができない。
- a. 契約締結時にその直近の年次決算を公表している第2編第360条所定の法人、またはその時点において直近に第2編第403条第1項が適用された法人。
 - b. 第a号の規定が適用されない当事者で、同号に定める時点において50人以上の者がそこで働いている場合、または、その時点で1996年商業登記法に基づく記載によって50人以上の者がそこで働いていることが示されている場合における当事者。
- (2) 約款がその代理人によって使われていた当事者は、相手方が同一の約款またはほとんど同一の約款が適用される契約を複数回締結していたときは、第233条第a号の定める無効原因を主張することができる。
- (3) 契約において同一の約款またはほとんど同一の約款を複数回使用している当事者は、第233条および第234条の定める無効原因を主張することができない。
- (4) 第3編第52条第1項第d号所定の期間は、条項が主張された日の翌日の初めをもって開始する。

第6編236条

職業または事業の活動外で行為する自然人である相手方と約款使用者との間の契約においては、約款中の以下の各号に定める条項は、不相当に不利益なものと見なされる。

- a. 約款使用者によって約された給付を求める権利を相手方から全部かつ無条件に排除する条項

- b. 相手方の第5章第5節所定の契約解除権を排除または制限する条項
- c. 法律によって相手方が有すべき履行停止権を排除もしくは制限し、または法律によって約款使用者が有するものよりも広範な履行停止権を約款使用者に与える条項
- d. 約款使用者が一つもしくはいくつかの義務の履行をしなかったかどうかの判断を約款使用者自身に委ね、または、そのような不履行に基づいて法律によって相手方に認められる権利の行使を、相手方がまず第三者に対して裁判上の請求をしなければならないという条件にかからしめる条項
- e. いつでも契約を解除する権利を相手方が有しているとき、約款使用者が相手方に対して第三者による履行について責任を負っているとき、または義務およびそれと引き換えに約された権利が属する事業の譲渡に関連して義務の引受けが行われるときを除き、契約上の義務を第2章第3節所定の方法で約款使用者が第三者に引き受けさせることについて、相手方が約款使用者に事前に同意を与える条項
- f. 契約により約款使用者に生じる権利を第三者に譲渡する場合において、法律によりその第三者に対して主張し得べき権利または抗弁を排除または制限する条項
- g. 相手方がその期間内に権利を行使しなければならない法律上の時効期間または除斥期間を1年未満に短縮する条項
- h. 契約の履行に際し、約款使用者によりまたは約款使用者が責任を負う人もしくは物によって第三者に損害が生じた場合において、相手方が第三者の損害を賠償し、または法律によって相手方に義務付けられるものよりも多くの部分を約款使用者との関係で引き受ける条項
- i. 約款使用者によって約された価格を契約締結後3か月以内に増額する権利を約款使用者に与える条項。ただし、この場合において契約を解除する権利を相手方が有するときは、この限りでない。
- j. 電気を含む物の定期的供給または役務の定期的履行に関する契約において、1年以上の期間の黙示の延長または更新を認める条項
- k. 相手方の証明する権利を排除または制限する条項、または、相手方に義務付けられた給付の適切さに関する相手方の意思表示を含むことにより、もしくは約款使用者の義務違反が約款使用者に帰せしめられ得ることについての証明責任を相手方に負わせることにより、法律による証明責任の分配を相手方の不利益に変更する条項
- l. 相手方の不利益に第3編第37条と異なる規律を定める条項。ただし、相手方によって行われるべき表示の方式と関係するとき、または約款使用者に新しい住所が通知されるまでは相手方から約款使用者に伝えられた住所が引き続きそのままであると見なし得る旨定めるときは、この限りでない。
- m. 契約締結時に実際の住所をオランダの地方自治体に有する相手方が、知られた実際の住所をその地方自治体に将来有さない場合ではないのに、ある住所を選択する条項。ただし、契約が登記される物に関係し、かつ公証人の住所が選択されるときは、この限りでない。

- n. 法律により管轄を有する裁判官または一人もしくは何人かの仲裁人以外の者による紛争解決を定める条項。ただし、法律によって管轄を与えられる裁判官による紛争解決を選択するために、約款使用者が相手方に対し書面によって条項を援用してから少なくとも1か月の期間を相手方に与えるときは、この限りでない。

第6編237条

職業または事業の活動外で行為する自然人である相手方と約款使用者との間の契約においては、約款中の以下の各号に定める条項は、不当に不利益なものと推定される。

- a. 相手方の申込みまたはその他の意思表示に応答するために、異常に長期のまたは十分に明確ではない期間を認める条項
- b. その契約に関する法律上の規定をも考慮して、その条項がなければ相手方が合理的に期待し得ることに比して、約款使用者の義務の内容を本質的に制限する条項
- c. 約された給付とは本質的に異なる給付を行う権利を約款使用者に与える条項。ただし、この場合において契約を解除する権利を相手方が有するときは、この限りでない。
- d. 契約上の拘束が約款使用者に対しもはや求められ得ないような契約所定の事由以外の理由に基づいて、約款使用者を契約上の拘束から解放しまたは約款使用者にその拘束から解放される権利を与える条項
- e. 履行に関し、異常に長期のまたは十分に明確ではない期間を約款使用者に認める条項
- f. 約款使用者および第三者に対し、法律上の損害賠償義務の全部または一部を免れさせる条項
- g. 相手方に法律上認められるべき相殺権を排除もしくは制限し、または約款使用者に対し法律が認めるよりも広範な相殺権を約款使用者に認める条項
- h. 不作為を含め、相手方の一定の行為に関し、制裁として相手方に認められる請求権または一定の抗弁を主張する権利の消滅について定める条項。ただし、その行為がその請求権または抗弁の消滅を正当化するときは、この限りでない。
- i. 相手方がその義務の履行に際して違反をしたという事実以外の理由に基づいて契約が終了した場合において、相手方に金銭の支払を義務付ける条項。ただし、それが約款使用者の被った損害または約款使用者の失った利益に関する合理的な賠償に該当するときは、この限りでない。
- j. 相手方に対し約款使用者または第三者との契約の締結を義務付ける条項。ただし、その契約と本条所定の契約の関係を考慮して、それが相手方に合理的に要求され得るときは、この限りでない。
- k. 第236条j号所定の契約に関して1年を超える期間を定める条項。ただし、1年の経過後に相手方がいつでも契約を解約告知できる権利を有するときは、この限りでない。
- l. 3か月を超える解約告知期間または約款使用者が契約の解約告知をなし得る告知期間よりも長期の解約告知期間に相手方を拘束する条項

- m. 相手方によってなされた表示の有効性に関して私署証書よりも厳格な方式を要求する条項
- n. 相手方によって与えられた代理権を撤回不可能にし、または相手方の死亡もしくは後見開始によって終了しない旨定める条項。ただし、代理権が登記される物の給付に関するものであるときは、この限りでない。

第6編238条

- (1) 第236条および第237条所定の契約においては、相手方に対して以下のことを援用することができない。
 - a. 契約が第三者の名において締結されたという事実。その内容に関する条項が約款に含まれているという事実のみにその抗弁が基づいている場合に限る。
 - b. 約款が約款使用者の代理人の権限に対する制限を含んでいるという事実。その制限が、その条項がなければ相手方がそのことを予期し得ないほどに異常である場合に限る。ただし、相手方がそのことを知っているときはこの限りでない。
- (2) 第236条および第237条所定の契約における条項は、明確かつ理解可能な言葉で記載されなければならない。条項の意味に疑義があるときは、相手方の有利に解釈するものとする。

○ヨーロッパ契約法原則

第4：110条 個別に交渉されていない不公正条項

- (1) 個別に交渉されていない条項が、信義誠実および公正取引の要請に反して、当該契約において生じる両当事者の権利義務に著しい不均衡をもたらし、当事者の一方に損害を与える場合には、その当事者は、当該条項を取り消すことができる。その際、当該契約のもとで提供されるべき履行の性質、当該契約における他のすべての契約条件および契約締結時の事情が考慮される。
- (2) 本条の規定は、次の各号のいずれかに該当するものについては、適用されない。
 - (a) 契約の主たる内容を定める条項。ただし、その条項は、平易で分かりやすい言葉によるのでなければならない、
 - (b) 当事者の一方の債務負担の価値が、相手方の債務負担の価値と比較したときに、相当か否か。

○EU 消費者の権利に関する指令案

第5章 契約条項に関する消費者の権利

第30条 適用範囲

- 1. 本章は、事業者または第三者によりあらかじめ作成され、そのために消費者はその内容に影響を及ぼす可能性がないままに同意した契約条項、とりわけ、あらかじめ書式化された標準契約を構成している契約条項に適用される。
- 2. 条項のある一定の側面またはある特定の条項の内容に消費者が影響を及ぼしたという事実があっても、当該契約中の別の契約条項に対して、本章の適用は妨げられない。
- 3. (略)

第31条 契約条項の透明性の要請

1. 契約条項は、平易かつ明瞭な言葉で表現され、かつ、読みやすくなければならない。
2. 契約条項は、コミュニケーション手段についても適切に考慮したうえで、消費者が契約締結前に、その内容を認識する現実の機会を確保するような形で提示されなければならない。
3. 事業者は、事業者の契約上の主たる義務に対する報酬以外の支払について、消費者の明確な同意を得るよう努めなければならない。追加的な支払を回避するには、それを拒絶することを要する旨のデフォルト・オプションを用いることにより、事業者が消費者の明確な同意を得ずに、同意があったものと推定していた場合、消費者は、当該支払の償還を受ける権利を有する。
4. (略)

第 32 条 一般原則

1. 加盟国は、付表ⅡまたはⅢに含まれない契約条項について、それが、信義誠実の要請に反して、契約から生じる当事者の権利および義務に重大な不均衡を生じさせて消費者の利益を害する場合、不公正なものとみなされるよう、確保しなければならない。
2. 契約条項の不公正性は、契約締結の対象とされた物品またはサービスの性質を考慮し、契約締結時点において契約締結に随伴する全事情および当該契約の全条項または当該契約と依存関係にある他の契約の条項すべてを考慮して、評価される。第 34 条および第 38 条の適用は妨げられない。契約条項の不公正性を審査するに際しては、内国の所轄機関は、第 31 条に従った事業者による契約の起草、消費者とのコミュニケーションの態様についても考慮しなければならない。
3. 本条第 1 項および第 2 項は、事業者が第 31 条を完全に遵守している限りにおいて、契約の主たる目的の確定、ならびに事業者の主たる契約上の義務に対して対価として支払われる報酬の妥当性には及ばない。

第 33 条 立証責任

事業者は、標準契約条項について個別の交渉があった旨を主張する場合、その立証責任を負う。

第 34 条 あらゆる状況下において不公正とされる条項

加盟国は、付表Ⅱのリストに列挙された契約条項は、あらゆる状況下において不公正とされるよう確保しなければならない。契約条項リストは、すべての加盟国に適用され、第 39 条 2 項および第 40 条によってのみ修正され得る。

第 35 条 不公正と推定される条項

加盟国は、付表Ⅲの第 1 項のリストに列挙された契約条項は、事業者が当該契約条項は第 32 条にいう公正であることを証明できない限り、不公正とされることを確保しなければならない。契約条項リストは、すべての加盟国に適用され、第 39 条 2 項および第 40 条によってのみ修正され得る。

第 36 条 条項の解釈

1. ある条項の意味について疑問がある場合、消費者にとってもっとも有利な解釈が

優先する。

2. 本条は、第38条2項で定められた手続きとの関係においては、適用されない。

第37条 不公正な契約条項の効力

不公正な条項は、消費者を拘束しない。その契約が不公正な条項なしでも存続可能であれば、契約はその他の条項について当事者を拘束し続ける。

付表Ⅱ あらゆる状況下において不公正とされる契約条項

以下の目的または効果を有する契約条項は、あらゆる状況下において不公正とされる。

- (a) 事業者の作為または不作為により消費者が生命または身体を害された場合において、事業者の責任を排除または制限すること
- (b) 事業者の代理人によりなされた約束を遵守すべき事業者の義務を制限すること、または、そのような約束について、ある特別な方式規定によることを要求すること
- (c) とりわけ、紛争解決は法規の適用に服さない仲裁のみによることを消費者に要求し、消費者が訴訟を提起し、または、他の法的救済手段を行使する権利を排除または妨害すること
- (d) 消費者の利用できる証拠を不当に制限し、または、当該事案に適用できる法によれば契約の事業者が負担すべき立証責任を消費者に転嫁すること
- (e) 提供された物もしくはサービスが契約に適合しているか否かを判定する権利を事業者に与えること、または、契約の文言を解釈する権利を排他的に事業者に与えること

付表Ⅲ 不公正と推定される契約条項

1. 以下の目的または効果を有する契約条項は、不公正と推定される。

- (a) 事業者による契約上の義務の全部もしくは一部の不履行または不完全な履行の場合において、消費者が事業者に対して有する債権と事業者に対して負っている債務とを相殺する選択権を含む、事業者またはその他の当事者に対して消費者が有している法的権利を不当に排除または制限すること
- (b) 消費者が契約の締結または履行をしないことに決めた場合においては、消費者が支払った金銭を事業者が保持することを認めながら、事業者が契約を解約した場合には、消費者は事業者からそれと同等額の賠償金を受領できる旨を定めないこと
- (c) 消費者の義務の不履行の場合に、事業者が被った損害を著しく超える賠償金の支払いを要求すること
- (d) 事業者には自由に契約を解消することが認められているにもかかわらず、同様の権利は消費者には認められていないこと
- (e) 期間の定めのない契約について、事業者は、合理的な通知なしに終了させることができる。ただし、重大な理由がある場合はこの限りではない。
- (f) 期間の定めのある契約について、消費者が別段の意思を表明しない限り自動的に契約が延長されるとされている場合において、毎回、更新期間が終了する

際に消費者に長期の解約告知期間が設定されていること

- (g) 事業者が消費者と合意した価格を引き上げること認めながら、契約を解約する権利を消費者には与えていないこと
- (h) 事業者がそのすべての義務を履行しない場合においても、消費者はすべての義務を履行しなければならないとすること
- (i) 事業者に対して、消費者の同意なしに、その権利および義務を譲渡する可能性を付与すること
- (j) 事業者によって提供された商業的保証の移転を制限することによって、消費者が物品を再売買する権利を制限するもの
- (k) 事業者は、契約で特定された正当な理由なしに、物品またはサービスの性質を含めて契約の条項を一方的に変更しうとすること
- (l) 消費者が事前に同意していないにもかかわらず、持続的記録媒体に伝達された契約条項をオンライン契約条項によって一方的に変更すること

2. (略)

○韓国約款規制法

第6条 (一般原則)

- ① 信義誠実の原則に反し、公正を失した約款条項は無効である。
- ② 約款において次の各号の一に該当する内容を定めている場合においては、当該約款条項は公正を失したものと推定される。
 - 1 顧客に対して不当に不利な条項
 - 2 契約の取引形態など、諸事情に照らし、顧客が予想し難い条項
 - 3 契約の目的を達成できないほど、契約上の本質的権利を制限する条項

第7条 (免責条項の禁止)

契約当事者の責任について定めている契約の内容中、次の各号の一に該当する内容を定めている条項は、これを無効とする。

- 1 事業者、履行補助者、若しくは被用者の故意又は重大な過失による、法律上の責任を排除する条項
- 2 相当な理由なしに事業者の損害賠償の範囲を制限し、または事業者の負担すべき危険を顧客に移転させる条項
- 3 相当な理由なしに事業者の担保責任による顧客の権利行使の要件を加重する条項、または契約目的物につき、見本が提示されるかまたは品質・性能などに関する標示がある場合、その保証された内容に対する責任を排除または制限する条項

第8条 (損害賠償額の予定)

顧客に対し不当に過重な遅延損害金などの損害賠償義務を負担させる約款条項は、これを無効とする。

第9条 (契約の解除・解約)

契約の解除・解約につき定めている約款の内容中、次の各号の一に該当する内容を定めている条項は、これを無効とする。

- 1 法律の規定による顧客の解除権または解約告知権を排除し、またはその行使を

制限する条項

- 2 事業者のために法律において規定していない解除権・解約告知権を与え、または法律の規定による解除権・解約告知権の行使要件を緩和し、顧客に対し、不当に不利益を与える恐れのある条項
- 3 契約の解除・解約による事業者の原状回復義務を相当な理由なしに過重に負担させ、または原状回復請求権を不当に放棄させるようにする条項
- 4 契約の解除・解約による事業者の原状回復義務または損害賠償義務を不当に軽減する条項
- 5 継続的な債権関係の発生を目的とする契約において、その存続期間を不当に短期または長期にし、あるいは黙示の期間延長または更新が可能であるように定め、顧客に不当に利益を与える恐れのある条項

第10条（債務の履行）

債務の履行について定めている約款の内容中、次の各号の一に該当する内容を定めている条項は、これを無効とする。

- 1 相当な理由なしに給付の内容を事業者が一方的に決定し、または変更できるような権限を与える条項
- 2 相当な理由なしに事業者が履行すべき給付を一方的に中止できるようにし、または第三者に代行させることができるようにする条項

第11条（顧客の権益保護）

顧客の権益について定めている約款の内容中、次の各号の一に該当する内容を定めている条項は、これを無効とする。

- 1 法律の規定による顧客の抗弁権、担保権などの権利を相当な理由なしに排除または制限する条項
- 2 顧客に与えられた期限の利益を相当な理由なしに剥奪する条項
- 3 顧客が第三者と契約を締結することを不当に制限する条項
- 4 事業者が業務上知ようになった顧客の秘密を、相当な理由なしに漏洩することを許す条項

第12条（意思表示の擬制）

意思表示について定めている約款の内容中、次の各号の一に該当する内容を定めている条項は、これを無効とする。

- 1 一定の作為又は不作為があるとき、顧客の意思表示が表明されなかったものとみなす条項。但し、顧客に相当な期間内に意思表示をしなければ、意思表示が表明され、または表明されなかったとみなすという旨を明確に、別途告知した場合、あるいは、やむを得ない事由により、そのような告知をすることができない場合においては、この限りではない。
- 2 顧客の意思表示の形式または要件に対し、不当に厳格な制限を加える条項
- 3 顧客の利益に重大な影響を及ぼす事業者の意思表示が相当な理由なしに顧客に到達したものとみなす条項
- 4 顧客の利益に重大な影響を及ぼす事業者の意思表示に、不当に長期の期限また

は不確実な期限を定める条項

第13条（代理人の責任加重）

顧客の代理人により契約が締結された場合において、顧客がその義務を履行しないときは、代理人にその業務の全部又は一部を履行する責任を負わせる内容の約款条項は、これを無効とする。

第14条（訴えの提起の禁止など）

顧客に対して不当に不利な訴えの提起の禁止条項または裁判管轄の合意条項、あるいは相当な理由なしに顧客に立証責任を負担させる約款条項は、これを無効とする。

第2 無効及び取消し

1 総論

法律行為の無効については、法律行為の一部について無効原因がある場合の残部への影響（後記2）や法律行為が無効である場合の法律関係（後記3）が不明確であると指摘されており、また、法律行為の取消しについては、取り消すことができる法律行為の範囲を拡大した場合の取消権者の範囲（後記4）や取消権の行使期間（後記5）などについて問題が指摘されている。そこで、このような問題意識を踏まえて、後記2から7までの問題を取り上げることとするが、このほか、法律行為の無効及び取消しに関する規定を見直すに当たり、どのような点に留意すべきか。

2 一部無効

(1) 法律行為に含まれる特定の条項の一部無効

法律行為に含まれる特定の条項の一部について無効原因がある場合に、当該条項の残部の効力が維持されるのか、当該条項全体が無効になるのかという問題については、現行民法上、個別に規定が設けられている例はあるが、一般的な規定は設けられていない。学説上は、法令に抵触する限度で一部無効とすれば足りるという見解と、当該条項の全部が無効になるという見解とが対立している。

このような学説の対立を踏まえ、無効原因がある部分以外の残部の効力が維持されることを原則とした上で、例外的に、当該条項が約款の一部となっているときや、無効原因がある部分以外の残部の効力を維持することが当該条項の性質から相当ではないと認められるときは、当該条項全体が無効になるものとすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（補足説明）

法律行為に含まれるある条項の一部分について無効原因がある場合に、無効になるのは当該部分だけであって残部の効力は維持されるのか、当該部分だけでなく条

項全体が無効になるのかという問題が議論されている。これは、例えば、ある消費者契約に含まれている事業者の責任を制限する条項が消費者契約法第9条第2号の制約を超えるものである場合に、同号に反しない限度では当該条項の効力が認められるのか、それとも当該条項全体が無効になって事業者はおよそ当該条項に基づく責任制限を主張できないのかという問題であり、法律行為に含まれるある条項が無効となる場合に当該法律行為全体が無効となるかどうかという問題（後記(2)参照）とは区別される。この前者の問題について、民法第604条第1項後段や利息制限法第1条など個別に明文の規定が設けられている例もあるが、現行民法上一般的な規定は設けられていない。

この点について、明確な判例は見当たらないとされている。また、学説を見ると、一方では、当事者の合意した内容を可能な限り尊重する観点から合意内容への介入には謙抑的であるべきこと、合意内容に対する規制の目的は当該規制に抵触する限度で合意を無効とすれば達成できることから、無効原因がある部分のみを無効とすれば足り、残部の効力は妨げられないという見解が主張されている。他方、無効原因がある部分以外の残部の効力を認めるとすれば、条項の作成者は、法令に抵触してでも自己に有利な条項を定めておけば、少なくとも法令の制限の範囲内の利益を確保することができることとなって、不当な条項の作成を助長する結果となりかねないこと、自ら不当な条項を作成した者が当該条項全体が無効とされて不利益を被ってもやむを得ないことなどから、当該条項全体を無効とすべきであるとの見解も主張されている。

以上のような見解の対立を踏まえ、法律行為に含まれる特定の条項の一部に無効原因がある場合でも当該条項の残部の効力は維持されることを原則とした上で、その例外として、当該条項が約款の一部となっているときには、約款使用者が作成した契約条項を相手方は事実上承諾せざるを得ず、残部の効力を維持することの弊害が大きいことから、当該条項全体が無効になることとすべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・68頁）。また、無効原因がある部分以外の残部の効力が原則として維持されるのは当事者の意思を尊重したものであるから、条項の性質から残部の効力を認めることがかえって当事者の期待に反する結果を生ずる場合にも、例外的に当該条項全部を無効とすべきであるとの考え方が提示されている（同）。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

(2) 法律行為の一部無効

法律行為に含まれる特定の条項が無効になる場合に、当該法律行為の残部の効力が維持されるのか、当該法律行為全体が無効になるのかという点について、現行民法には特段の規定が設けられていないところ、学説上は法律行為全体が無効になる場合があり得ることに異論は見られず、判例にも一部の条項が無効であることを理由に法律行為全体を無効にしたと考えられるものがあるとされている。しかし、具体的にどのような場合に法律行為全体が無

効になるのかという点では、明確な判断基準が確立しているとはいえないという問題が指摘されている。

そこで、法律行為に含まれる特定の条項が無効になる場合であっても残部の効力は維持されることを原則とした上で、一部が無効であることを認識していれば当事者が当該法律行為をしなかったであろうと合理的に考えられる場合には例外的に当該法律行為全体が無効になるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(補足説明)

法律行為に含まれるある条項が公序良俗に違反するなどの理由で無効になる場合に、当該条項だけが無効になり法律行為の残部の効力は維持されるのか、当該条項だけでなく法律行為全体が無効になるのかという問題が議論されている。これは、例えば、ある契約に含まれている合意管轄の条項が無効である場合に、当該契約の残部は効力を認められるのか、それとも当該契約全体が無効になるのかという問題であり、特定の条項の一部に無効原因がある場合に当該条項全体が無効になるかどうかという問題（前記(1)参照）とは区別される。この前者の問題についても、現行民法上、特段の規定は設けられていない。

判例には、16歳に達しない娘の親が料理屋業を営む者との間で金銭消費貸借契約を締結し、娘を料理屋の酌婦として働かせてその報酬の半分を弁済に充てると約した場合について、酌婦として稼働させる旨の条項が公序良俗に反して無効になるだけでなく、金員受領と酌婦稼働とは密接に関連して互いに不可分の関係にあると認められるから、契約の一部である酌婦稼働条項の無効は金銭消費貸借契約を含む契約全部の無効を来すと判示したものがある（最判昭和30年10月7日民集9巻11号1616頁）。

学説においては、法律行為の全部無効か一部無効かを判断する際の考慮要素として、当事者が無効部分がなくても当該法律行為をする意思を有していたと認められるかどうか、無効部分が法律行為の重要部分かどうか、他の部分と密接な関係があるかどうか、規制の趣旨からしてその条項のみを無効とすれば足りるか、契約全体を無効とすることが要請されるか、残余部分の拘束力を認めることが当事者にとって過酷な不利益をもたらすかどうかなどの点が指摘されている。

立法提案としては、特定の条項が無効になる場合でも任意規定等により補充して法律行為の効力をできる限り維持するのが当事者の意思に合致すると考えられることから、法律行為の一部が無効であっても原則として他の部分の効力は妨げられないが、その条項が無効であるとすれば当事者は当該法律行為をしなかったであろうと合理的に考えられるときは例外的に法律行為全体が無効になるとの考え方が提示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・69頁）。このような考え方についてどのように考えるか。

(関連論点)

特定の条項が無効になった場合の補充

法律行為に含まれる特定の条項のみが無効になり、当該法律行為の残部の効力は維持される場合には、無効になった条項に代わるルールを補充する必要性が生ずることがある。この場合に、無効とされた条項に代わるルールをどのように補充するかについて、規定を設ける必要性が指摘されている。

この点について、当事者が一部無効を認識していたとすればこれに代えてどのような合意をしていたかを問題とし、仮定的意思を認定することができる場合にはこれによる補充を最も優先させ、仮定的意思が明らかでない場合には、慣習、次いで任意規定、信義誠実の原則の順に補充するという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(比較法)

○ドイツ民法

139 条 (一部無効)

法律行為の一部が無効であるときは、無効である部分がなくともその法律行為が行われたであろうと認めることができない場合には、法律行為の全部が無効となる。

○フランス民法改正草案

○カタラ草案 1130-2 条

(1) 無効原因が合意のうちのある条項のみに関係するときは、この無効原因は、その条項が両当事者またはその一方の約務を決定付ける要素を構成した場合にのみ、行為全体についての無効をもたらす。

(2) 違反のあった規定の目的が合意の維持を要求するとき、または、法律がある条項を書かれていないものと見なし、その結果、その条項が債務者を拘束しないときは、合意は維持される。

(3) 無効が行為の一部のみに及ぶ場合にも、同様の規定が適用される。

○テレ草案 86 条

(1) 無効原因が契約のうちのある条項のみに関係するときは、この無効原因は、その条項が両当事者またはその一方の約務を決定付ける要素であった場合において、行為全体についての無効をもたらす。

(2) ただし、法律がその条項を書かれていないものと見なしたとき、または違反のあった規定の目的が契約の維持を要求するときは、契約は維持される。

(3) 無効が行為の一部のみに及ぶ場合にも、同様の規定が適用される。

○司法省草案 99 条

(1) 無効原因が契約のうちのある条項のみに関係するときは、この無効原因は、その条項が両当事者またはその一方の約務を決定付ける要素を構成した場合において、行為全体についての無効をもたらす。

(2) たとえ両当事者がその条項について自身の約務を決定付けるものと考えていたとしても、違反のあった規定の目的が行為の維持を要求するとき、または法律がある条項を書かれていないものと見なすときは、行為全体についての無効は宣言されない。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第3. 16条 (一部取消)

取消原因が契約の個別条項のみにかかわるときは、取消の効果は当該条項に限定される。ただし、契約の残りの部分を維持することが、当該状況のもとにおいて不合理であるときにはこの限りではない。

○ヨーロッパ契約法原則

4:116条 取消しの効果

取消原因が特定の契約条項にのみ影響を与える場合には、取消しの効果が及ぶ範囲は、それらの条項に限定される。ただし、当該事件のすべての事情を十分に考慮すれば契約の残余部分を維持するのが合理的でない場合は、このかぎりでない。

(3) 複数の法律行為の無効

法律行為が無効になるとしても、原則として、それが他の法律行為の有効性に影響することはないと考えられるが、複数の法律行為が相互に密接な関連性を有する場合には、そのうちの一つが無効になれば他の法律行為も無効になる場合があるとの指摘がある。判例にも、解除の事案についてではあるが、同一当事者間の複数の契約について、そのうちの一つの契約の不履行に基づき複数の契約全体の解除を認めたものがある。

このような判例等を踏まえ、密接な関連性を有する複数の法律行為の一つが無効になった場合において、当該法律行為が無効であるとすれば当事者が他の法律行為をしなかったと合理的と考えられるときは、当該他の法律行為も無効になることを明文で規定すべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(補足説明)

ある法律行為が無効であるとしても、原則として、それが他の法律行為の有効性に影響することはないと考えられる。しかし、複数の法律行為に密接な関連性がある場合には、そのうちの一つが無効になったときは他の法律行為も無効になることがあるとの指摘がある。

判例においては、解除の事案であるが、同一当事者間においてリゾート・マンションの一区分の売買契約とスポーツクラブ会員権契約が締結されたが、同クラブの施設内容である屋内プール完成が遅延したことを理由として買主が売買契約及び会員権契約の解除を求めた事案において、①当該区分の売買契約書には「スポーツクラブ会員権付き」との記載があり、②同クラブの会則には、本件マンションの区分所有権は同クラブの会員権付きであり、これらを分離して処分することができないことが定められていたなどの事実関係の下で、「同一当事者間の債権債務関係がその形式は甲契約及び乙契約といった二個以上の契約から成る場合であっても、それらの目的とするところが相互に密接に関連付けられていて、社会通念上、甲契約又は

乙契約のいずれかが履行されるだけでは契約を締結した目的が全体としては達成されないと認められる場合には、甲契約上の債務の不履行を理由に、その債権者が法定解除権の行使として甲契約と併せて乙契約をも解除することができるものと解するのが相当である」と判示したものがある（最判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁）。

また、上記(2)記載の最判昭和30年10月7日民集9巻11号1616頁の事例では、酌婦稼働条項と金銭消費貸借契約とは別個の契約であるとも考えることもでき、ある法律行為の無効がこれと密接に関連する他の法律行為の無効をもたらすことを示した判例と位置付けることも可能であるとされている。

これらの裁判例の結論は、学説上も基本的に支持されていると言われている。

以上のことを踏まえ、密接な関連性を有する複数の法律行為の一つが無効になった場合において、当該法律行為が無効であるとすれば当事者が他の法律行為をしなかったと合理的に考えられるときは、他の法律行為も無効になることを明文で規定すべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・70頁）。この考え方は、厳密な要件を文言上明示することが困難であるとしても、複数の法律行為のうちの一つの無効が他の法律行為の無効をもたらす得るという法理に実定法上の根拠を提供することに重要な意味があると指摘している。

このような考え方について、どのように考えるか。

なお、この問題は、その問題状況が、複数契約の一方の契約の不履行による複数契約全体の解除という問題（部会資料5-1，15頁参照）や抗弁の接続の問題（割賦販売法第30条の4等）等との共通点があるとされている。

(比較法)

○フランス民法改正草案

○カタラ草案 1172-3 条

相互依存関係にある契約のうちの一つが無効となるときは、同一のまとまりの中の他の契約の当事者は、それを失効したものとして扱うことができる。

○司法省草案 100 条

相互依存関係にある契約のうちの一つが無効となるときは、同一のまとまりの中の他の契約の当事者は、その無効がその他の契約の履行を不可能にする場合、または当事者の一方にとってのすべての利益を契約から失わせる場合には、それを失効したものとして扱うことができる。

3 無効な法律行為の効果

(1) 法律行為が無効であることの帰結

法律行為が無効である場合には、当該法律行為の効果は発生せず、したがって、当事者は当該法律行為に基づく債務の履行を相手方に請求することはできない。また、当該法律行為に基づいて既に給付がされている場合には、

当該給付をした当事者は給付を受領した者にその返還を求めることができる。以上の点は争いなく認められているが、現行民法はその旨の明文の規定を設けていない。そこで、①当事者は無効な法律行為に基づいて債務の履行を請求することができないことや、②無効な法律行為に基づく履行がされているときは相手方に対して給付したものの返還を求めることができることを、条文上明記すべきであるとの考え方があるが、どのように考えるか。

(参考・現行条文)

○ (不当利得の返還義務)

民法第703条 法律上の原因なく他人の財産又は労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼした者（以下この章において「受益者」という。）は、その利益の存する限度において、これを返還する義務を負う。

○ (悪意の受益者の返還義務等)

民法第704条 悪意の受益者は、その受けた利益に利息を付して返還しなければならない。この場合において、なお損害があるときは、その賠償の責任を負う。

(補足説明)

無効な法律行為（取り消された結果、無効とみなされた（民法第121条）法律行為を含む。）は法律効果を発生させないから、これに基づいて表見的に債権債務が発生しても、当事者はその履行を請求することはできない。また、当事者が表見的に発生した債務の履行として相手方に給付をした場合でも、当該給付は法律上の原因なく行われたものであるから、給付をした当事者は不当利得返還請求権に基づき、その返還を求めることができるとされている。法律行為が無効である場合のこれらの帰結自体は、争いなく認められているが、現行民法には、これらについて明文の規定は設けられていない。

そこで、法律行為が無効であることの意味が明らかになるようにするため、①当事者は無効な法律行為に基づいて債務の履行を請求することができないことや、②無効な法律行為に基づく履行がされているときは相手方に対して給付したものの返還を求めることができることを条文上明記すべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・70頁、参考資料2 [研究会試案]・129頁）。

このような考え方について、どのように考えるか。

(比較法)

○ フランス民法改正草案

○ カタラ草案 1130-3 条

(1) 無効の合意は、初めから存在しなかったものと見なされる。

(2) 履行された給付については、第1161条から第1164-7条に定められる区別に

従って、現実の、または価額による原状回復が認められる。

○テレ草案 88 条

- (1) 無効とされた契約は、初めから存在しなかったものと見なされる。
- (2) 履行された給付については、原状回復に関する権限についての要件の下で、原状回復が認められる。

○ユニドロフ国際商事契約原則

第 3. 17 条 (取消の遡及効)

- (1) 取消の効力は遡及する。
- (2) 取消により、各当事者は、契約または契約の取り消された部分に基づき受領したものを同時に返還するときに限り、契約または契約の取り消された部分に基づき給付したものの返還を請求することができる。この場合において、現物による返還ができないときは、その価額を返還しなければならない。

○ヨーロッパ契約法原則

4 : 115 条 取消しの効果

取消しがされた場合には、各当事者は、当該契約により給付されたものの原状回復を請求することができる。ただし、その者は、自らが受領したものを同時に原状回復しなければならない。何らかの理由により現物による原状回復が不可能である場合には、受領したものに对应する合理的な金額が支払われなければならない。

(2) 返還請求権の範囲

無効な契約に基づいて給付がされた場合には、給付をした者はその返還を求めることができるが、この返還請求権の具体的な範囲については、学説上種々の見解が主張されており、判例法理が確立しているともいえない。そこで、法律関係を明確にするため、無効な契約に基づいて既に給付がされていた場合における返還請求権の範囲に関する具体的な規律を条文上明らかにすべきであるとの考え方が提示されている。他方、このような考え方に対しては、不当利得法に関する学説が多岐に分かれている中で、現時点で一つの立場を選択することは、今後の不当利得法の議論の発展を阻害しかねないことなどを指摘して、返還請求権の具体的な範囲についての規定を設けることに消極的な考え方も提示されている。この点について、どのように考えるか。

また、仮に返還請求権の範囲について具体的な規定を設ける場合には、一つの立法提案として次のような考え方が提示されているが、どのように考えるか。

ア 受領した物を返還することができるときは、その物を返還しなければならない。

イ 相手方が受領した利益そのものを返還することができないときは、相手方はその価額を返還しなければならない。

ウ 上記ア及びイの原則に対する例外として、無効な法律行為が双務契約又

は有償契約以外の法律行為である場合において、相手方が当該法律行為の無効を知らずに給付を受領したときは、利益が存する限度で返還すれば足りる。

エ 無効な法律行為が双務契約又は有償契約である場合に上記イにおいて返還すべき価額は、給付受領者が当該法律行為に基づいて相手方に給付すべきであった額を限度とする。

(参考・現行条文)

○ (不当利得の返還義務)

民法第703条 法律上の原因なく他人の財産又は労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼした者（以下この章において「受益者」という。）は、その利益の存する限度において、これを返還する義務を負う。

○ (悪意の受益者の返還義務等)

民法第704条 悪意の受益者は、その受けた利益に利息を付して返還しなければならない。この場合において、なお損害があるときは、その賠償の責任を負う。

(補足説明)

1 問題の所在

無効な法律行為（取り消された結果、無効とみなされた（民法第121条）法律行為を含む。）に基づいて給付がされた場合には、給付行為者は不当利得返還請求権に基づいてその返還を求めることができるとされている。この返還請求権の範囲は、不当利得に関する規定の解釈、適用に委ねられているが、そこでの帰結は必ずしも明確ではないと言われている。すなわち、給付された目的物が給付受領者によって譲渡又は費消されたり、給付受領者のもとで滅失又は毀損したりした場合において給付受領者がどのような範囲で返還義務を負うのかなどの問題については、給付受領者が法律行為の無効を認識していたかどうかや、滅失の帰責事由がいずれにあるかなどの要件論も含めて、種々の見解が主張されている。また、これらの点についての明確な判例法理が確立しているともいえない。このため、現状では、無効な法律行為に基づいて給付がされた場合に当事者にどのような救済が認められるのか、不明確な状況にある。

2 返還請求権の範囲についての規定の要否

このような状況を踏まえ、法律関係の明確化を図るため、無効な法律行為に基づいて給付がされた場合における返還請求権の範囲について規定を設けるべきであるとの考え方が提示されている（その具体的な規律内容については、後記3で取り上げる。）。

これに対し、法律行為が無効である場合の返還請求権についての要件及び効果は、不当利得法における主要な論点の一つであって学説が多岐に分かれているところであり、その一つの立場を現時点で選択して条文化することは、今後の不当

利得法の議論の発展を阻害しかねないことや、問題となる法律行為の類型や無効原因の相違等によって効果も異なり得ることなどを考慮すると、給付したものの返還を求めることができる旨の原則的規定を設けるにとどめるべきで、返還義務の範囲に関する具体的規定を設けるべきでないという考え方も提示されている。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

なお、法律行為が無効であるために当該法律行為に基づいて給付された利益の返還が生ずるという場面は、問題状況としては、契約が解除された場合の原状回復義務と共通する面があるため、前者の要件及び効果について規定を設ける場合には、後者の原状回復義務に関する規定との関連性にも留意する必要があるとされている。

3 返還請求権の範囲についての具体的規律

返還請求権の範囲についての一つの具体的な立法提案として、次のような考え方が提示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・70頁）が、どのように考えるか。

- (1) 給付された原物が現存している限り、当該原物を返還すべきであるということについては、学説上争いがない。そのため、この点を原則的な取扱いとして明示すべきであるという考え方が提示されている。
- (2) 給付の目的が役務など非有体的な利益である場合や給付された有体物が滅失した場合など、給付の目的そのものを返還することができないときは、給付受領者は、その返還義務の不履行について義務違反があったかどうかにかかわらず、また、給付の目的を返還しなければならないことを給付受領者が認識していたかどうかにかかわらず、原則として価額返還義務を負うという考え方が提示されている。

なお、解除により原状回復すべき目的物が滅失又は損傷した場合における当該原状回復義務の帰すうについては、民法第536条を類推適用する考え方や、目的物の原状回復義務は滅失又は損傷に応じて価額返還義務として存続するという考え方などが提示されている（部会資料5－1，14頁参照）。

- (3) 無効な法律行為が双務契約又は有償契約以外の法律行為である場合において、給付受領者が法律行為が無効であることを知らずに給付を受領した場合は、上記(1)の原物返還義務及び上記(2)の価額返還義務という原則に対する例外として、責任の軽減を認め、利益が存する限度で返還すれば足りるとの考え方が提示されている。

この考え方によれば、法律行為が無効であることについて相手方の給付を受領したときに悪意であった者は、原則どおり、給付されたものの返還義務又は価額返還義務を負う。また、この考え方に立ちつつ、相手方の給付を受領したときに善意であった給付受領者が、その後法律行為が取り消されたことを知った場合は、以後、給付されたものの返還義務を負うから、その後に給付されたものが滅失した場合は、その返還義務の不履行の問題として処理され、現存利益を超える返還義務を負う場合があるという考え方が、併せて提示されている。

(4) 無効な法律行為が双務契約又は有償契約である場合は、給付受領者が法律行為が無効であることについて善意であっても、返還義務の範囲を現存利益に縮減するのではなく、原則どおりの返還義務を負うとの考え方が提示されている。無効な法律行為が双務契約又は有償契約である場合には、給付受領者は当該契約に基づいて利益を受領することと引換えに相手方に対して何らかの給付をしなければならないことを覚悟していたのであり、受領した利益の消滅を主張してその返還を拒みながら自己が給付した利益の返還だけを一方的に求めるのは、有償契約における対価的バランスを失し、不合理であると考えられるからである。

もっとも、給付受領者は、当該法律行為に基づいて自己がすべき給付を履行することにより、その対価として相手方からの給付を保持することができることを信賴していたといえる。したがって、善意の給付受領者が負う返還義務の範囲は、当該給付受領者が相手方に給付すべきであった価値を限度とすべきであるとの考え方が、併せて提示されている。

(比較法)

○フランス民法改正草案

○カタラ草案 1130-3 条 前記 (1) (比較法) 参照。

○テレ草案 88 条 前記 (1) (比較法) 参照。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第 3. 17 条 前記 (1) (比較法) 参照。

○ヨーロッパ契約法原則

4 : 115 条 前記 (1) (比較法) 参照。

(3) 無効行為の転換

法律行為が無効であっても、これが他の法律行為の要件を具備している場合には、当該他の法律行為としての効力を認められる可能性があるのではないかという問題（無効行為の転換）については、現行法上、法定の方式を具備しない秘密証書遺言が自筆証書遺言としての効力を有する場合があることを認める民法第 971 条のような個別規定があるものの、一般的な規定は設けられていない。判例には、父親が嫡出でない子についてした出生の届出に認知の効力を認めたものがあり、学説上も、具体例についての見解は分かれているものの、無効行為の転換が認められる余地があることを認める見解が有力である。

これらの判例・学説を踏まえ、法律行為が無効な場合であっても、これと類似の法律効果が生ずる別の法律行為の要件を満たしているときは、当該他の法律行為としての効力を認めることができる旨の規定を設けるべきであるという考え方が提示されているが、他方で、このような無効行為の転換についての規定は設けないという考え方もある。

これらの考え方について、どのように考えるか。

(参考・現行条文)

○ (方式に欠ける秘密証書遺言の効力)

民法第971条 秘密証書による遺言は、前条に定める方式に欠けるものがある場合であっても、第九百六十八条に定める方式を具備しているときは、自筆証書による遺言としてその効力を有する。

(補足説明)

1 無効行為の転換の意義

無効な法律行為は効力を有しないのが原則であるが、当事者がしようとした法律行為としては無効であるとしても、他の法律行為の要件に適合している場合には、当該他の法律行為としての効力を認めてよい場合があるのではないかが議論されている。いわゆる無効行為の転換と呼ばれる問題である。

民法第971条は、秘密証書遺言としての要件を欠く場合であっても自筆証書遺言としての要件を満たしていれば自筆証書遺言としての効力が認められることを規定しており、これは無効行為の転換の一例とされている。しかし、現行民法上、無効行為の転換について一般的な規定は設けられていない。

2 判例

判例には、嫡出でない子について、父がこれを嫡出子とする出生届をし、又は嫡出でない子とする出生届をした場合には、その各届は認知届としての効力を有するとしたものがある（最判昭和53年2月24日民集32巻1号110頁）。

他方、他人の子について嫡出子とする出生の届出をした場合にこれに養子縁組としての効力を認めてよいかどうかについては、判例は否定している（最判昭和25年12月28日民集4巻13号701頁、最判昭和56年6月16日民集35巻4号791頁）。

3 学説

学説には、一定の要件の下で無効行為の転換を認める見解が有力であり、例えば、①無効行為が他の法律行為の要件を満たしていること、②無効行為と他の法律行為が実質的な目的を同じくしており、当事者が当初意図した行為が無効であることを知っていたら他の法律行為としての効果を欲したであろうと考えられることを要件として、無効行為の転換を認める見解が主張されている。

また、効力を認められる他の法律行為が要式行為である場合については、方式が要求された趣旨に注目し、手形行為のように方式の具備自体を目的とする要式行為については転換は認められないが、意思表示を慎重又は明確にすることを目的として要式行為とされているものについては、転換の余地があるとする見解が主張されている。

4 改正の方向性

以上のような判例及び学説を踏まえ、ある法律行為が無効な場合であっても、それと類似の法律効果が生じる別の法律行為の要件を満たしているときは、当該別の法律行為としての効力を認めることができるとの規定を設けるべきであるとの考え方が提示されている（参考資料2〔研究会試案〕・129頁）。

これに対し、無効行為の転換の可否が従来議論されてきたのは、要式行為が法定の要式を満たさないために無効となる場合に関わるものであり、實際上、家族法の分野で論じられることが多いことから、民法全体を通ずる一般原則であるかについてなお問題があり、これを一般化することは必ずしも適切とはいえないこと、また、一般的に無効行為の転換に関する法理を条文化するだけでは、単なる解釈指針にとどまり、具体的にどのような場合に無効行為が他の行為としての有効性を認められるのか個別の解決を与えられるわけではないことなどから、この点についての規定を設けないとの考え方も示されている。

以上を踏まえ、これらの考え方について、どのように考えるか。

（比較法）

○ドイツ民法

140 条（転換）

無効の法律行為が別個の法律行為の要件を満たすときは、無効を知ったならばその別個の法律行為の効果を欲したであろうと認めることができる場合には、その別個の法律行為の効果が生じる。

○フランス民法改正草案

○テレ草案 87 条

当事者によって選択された性質決定に対応する有効要件を満たさずに無効となる契約は、その契約が当事者の欲した効果を生ぜしめる他の行為の有効要件を満たすときは、転換が生じ、存続する。

（4）追認

民法第119条は、無効な行為は追認によっても効力を生じない旨を規定している。しかし、法律行為が無効とされる原因には多様なものがあり、錯誤や意思無能力による無効など当事者の一方を保護するために法律行為が無効とされるような場合には、当該一方当事者の追認によって法律行為が遡及的に有効とされることを認めてもよいとの考え方が提示されている。

他方、意思能力を欠く状態で行われた法律行為や錯誤に基づいて行われた法律行為を無効ではなく取り消すことができるものとすべきであるとの考え方に従った場合にはこのような議論の実益が小さくなるとして、一方当事者の追認によって無効な法律行為が有効となる場合についての規定を設ける必要はないとの考え方も提示されている。

この点について、どのように考えるか。

(参考・現行条文)

○ (無効な行為の追認)

民法第119条 無効な行為は、追認によっても、その効力を生じない。ただし、当事者がその行為の無効であることを知って追認をしたときは、新たな行為をしたものとみなす。

(補足説明)

民法第119条は、無効な行為は追認によっても効力を生じない旨を規定している。その前提には、法律行為が無効とされるのは当事者の意思を超えた客観的、公益的な理由によるものであり、当事者の意思によってその効果を変動させるのは適当でないとの考え方があるなどと説明されている。

しかし、法律行為が無効とされる原因には多様なものがあり、当事者の一方を保護するために法律行為が無効とされるような場合には、当該一方当事者の追認によって法律行為が遡及的に有効とされることを認めてもよいとの指摘がある。その具体例としては、錯誤により意思表示をした者が錯誤に気付いた後に追認した場合や、意思無能力者が意思能力の回復後に法律行為を追認した場合が挙げられる。また、当事者の困窮、軽率等に乗じて相手方が不当な利益を得るために行われた法律行為は公序良俗に反して無効であるという判例の立場からは、当事者が困窮等の状態を脱した後に追認した場合に法律行為を有効とすることの可否も問題になる。

もっとも、当事者の一方が意思能力を欠く状態で行われた法律行為、錯誤に基づいて行われた法律行為については、無効ではなく取り消すことができるものとするべきであるとの考え方も提示されており（部会資料12-1，4頁及び6頁参照）、このような考え方に従えば、当事者の一方を保護するために法律行為を無効とする場面は少なくなり、無効行為の追認を議論する実益は小さくなる。しかし、取消的無効という解釈論を前提に、現行法における無効という効果を維持する場合には、具体的な立法提言は示されていないものの、無効行為の追認に関する規律を見直す必要が生ずる可能性がある。

仮に、一方当事者の追認によって無効な法律行為が遡及的に有効となることを認めるとすれば、当該法律行為がされた時から追認までに利害関係を有するに至った第三者の保護を図る必要がないかについても検討する必要があると考えられる。なお、同様に、無効な法律行為の当事者が、当該法律行為がされた時点に遡ってそれが有効であった旨の合意をする場合にも、第三者の保護が問題になる。現行民法上このような合意は有効であると考えられているが、仮にこのような合意が有効であることを条文上明示するのであれば、利害関係を有する第三者に対してこのような合意を対抗することはできないことも規定すべきであるとの考え方が提示されている。

これらの考え方について、どのように考えるか。

(関連論点)

追認の主体の明示

民法第119条本文は、無効な行為は追認によっても効力を生じないと規定するが、ここでいう追認の主体は、必ずしも明らかではない。学説上は、取り消すことができる法律行為の追認と異なり、ここでは両当事者による追認が問題になるとされている。そこで、この点を条文上明示すべきであるとの考え方があるが、どのように考えるか。

(比較法)

○ドイツ民法

141 条 (無効の法律行為の追認)

- (1) 無効の法律行為がそれを行った者によって追認されたときは、追認は、新たな行為がなされたものと見なす。
- (2) 無効の法律行為が当事者によって追認されたときは、疑わしいときは、当事者は契約が初めから有効であるならば取得したであろうものを相互に給付する義務を負う。

○フランス民法

1339 条

贈与者は、いかなる追認証書によっても、形式上無効な生存者間の贈与の瑕疵を治癒することができない。贈与は、適法な方式で再び行われなければならない。

1340 条

贈与者の死亡の後、その相続人または承継人による贈与の追認もしくは確認または任意の履行は、あるいは方式の瑕疵を、あるいは他のすべての抗弁を対抗することの放棄をもたらす。

○フランス民法改正草案

○カタラ草案

1129-2 条

- (1) 絶対無効は、利益を証明するすべての者および検察官が、これを援用することができる。判事も、職権によりこれを取り上げることができる。
- (2) 絶対無効は、行為の追認によって治癒することができない。行為は、再び行われなければならない。

1129-6 条

- (1) 贈与者は、いかなる追認証書によっても、形式上無効な生存者間の贈与の瑕疵を治癒することができない。贈与は、適法な方式で再び行われなければならない。
- (2) 贈与者の死亡の後、その相続人または承継人による贈与の追認もしくは確認または任意の履行は、あるいは方式の瑕疵を、あるいは他のすべての抗弁を対抗することの放棄をもたらす。

○テレ草案 80 条

(1) 絶対無効は、利益を証明するすべての者が、これを援用することができる。

(2) 絶対無効は、契約の追認によって治癒することができない。

○司法省草案

92 条

(1) 絶対無効は、利益を証明するすべての者および検察官が、これを援用することができる。

(2) 絶対無効は、契約の追認によって治癒することができない。行為は、再び行われなければならない。

96 条

(1) 贈与者は、いかなる追認証書によっても、形式上無効な生存者間の贈与の瑕疵を治癒することができない。贈与は、適法な方式で再び行われなければならない。

(2) 贈与者の死亡の後、その相続人または承継人による贈与の確認、追認、または任意の履行は、あるいは方式の瑕疵を、あるいは他のすべての抗弁を対抗することの放棄をもたらす。

4 取消権者

民法第120条は、取消原因ごとに取消権者の範囲を規定している。意思無能力者による行為、錯誤又は不実告知等に基づいてされた行為を取り消すことができるものとする考え方が提示されているが、仮にこのような考え方に従った場合、これらの取消原因についても取消権者の範囲を定める必要が生じる。

この点について、意思能力を欠く状態でされた行為を取り消すことができるのは意思能力を欠いた者又はその代理人、承継人若しくは同意をすることができる者とし、錯誤又は不実告知等に基づいてされた行為を取り消すことができるのはこれらの取消原因に基づいて意思表示をした者又はその代理人若しくは承継人とする考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(参考・現行条文)

○(取消権者)

民法第120条 行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、制限行為能力者又はその代理人、承継人若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる。

2 詐欺又は強迫によって取り消すことができる行為は、^{かし}瑕疵ある意思表示をした者又はその代理人若しくは承継人に限り、取り消すことができる。

(補足説明)

1 問題の所在

民法第120条は、行為能力の制限を原因として行為を取り消すことができる

者の範囲（同条第1項）及び詐欺又は錯誤を原因として行為を取り消すことができる者の範囲（同条第2項）について、それぞれ規定を設けていることから、仮に、意思無能力、錯誤、不実告知など、新たに取り消すことができる行為の類型を設ける場合（部会資料12-1，4頁，6頁及び8頁以下参照）には、それぞれの類型に応じた取消権者の範囲を規定する必要が生ずる。

2 意思無能力者がした行為を取り消すことができる者の範囲

仮に意思無能力者がした行為を取り消すことができるものとする場合には、その取消権者は、意思無能力者又はその代理人（事後的に成年後見人が選任された場合など）、承継人若しくは同意をすることができる者（保佐人など）とすべきであるとの考え方が提示されている。

このうち、意思無能力者自身による取消しを確定的に有効な取消しと扱うことができるかは、問題となり得る。この点については、意思無能力者がその状態のままで取消しをすることに法的な意味を認めることは難しく、意思無能力者自身は意思無能力のままで取消権を行使できないとの考え方もあり得る。他方、現行法上も制限行為能力者は制限行為能力者のままで確定的に取消権を行使することができることとされていることから、これと同様に、意思無能力者による取消しの効果を確定的に有効としてよいとの考え方が提示されている。また、意思無能力者も取消権を行使することができることとした上で、意思無能力者が誤って不利益な取消しをした場合の救済手段を検討すべきであるとの指摘もある。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

3 錯誤又は不実告知等によってされた行為を取り消すことができる者の範囲

仮に錯誤又は不実告知等によってされた行為を取り消すことができるものとする場合には、その取消権者は、当該行為をした者又はその代理人若しくはその承継人とすべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（関連論点）

法律行為の無効を主張することができる者の範囲

法律行為が無効である場合に、伝統的には、誰でもその無効を主張できるとされてきた。しかし、法律行為の無効原因には多様なものが含まれ、一定の者を保護するために法律行為が無効とされる場合には、保護される者のみが無効を主張することができるという考え方（取消的無効）が今日では支配的である。現行民法の解釈論として、錯誤に基づいてされた法律行為や意思無能力者がした法律行為については、錯誤者、意思無能力者等のみが無効を主張することができ、相手方が無効を主張することはできないとされている。

錯誤に基づいてされた法律行為及び意思無能力者がした法律行為については、その効果を取り消すことができることとする考え方も提示されているが、その効果を無効とする現行法を維持する場合には、一定の原因に基づく法律行為の無効について、これを主張できる者の範囲を明文で規定する必要があるとの考え方があり得る。もっとも、このような考え方に対しては、取消的無効と取消しとを区別する実益が本当にあるのかという根本的な批判があり得る。

以上を踏まえ、このような考え方について、どのように考えるか。

(比較法)

○フランス民法

1117 条

錯誤、強迫または詐欺によって締結された合意は、なんら法律上当然に無効ではない。それは、単に、本章第 5 節第 7 款に説明する場合および方法に従って、無効または取消しの訴権を生ぜしめる。

○フランス民法改正草案

○カタラ草案 1129-3 条

相対無効は、法律が保護しようとする者のみが、これを援用することができる。訴権を有する者は、相対無効を放棄し、合意を追認することができる。

○テレ草案 81 条

(1) 相対無効は、法律が保護しようとする者のみが、これを援用することができる。

(2) その者は、相対無効を放棄し、契約を追認することができる。

○司法省草案 93 条

(1) 相対無効は、法律が保護しようとする者のみが、これを援用することができる。その者は、相対無効を放棄し、契約を追認することができる。

(2) 相対無効の訴権が複数の者に帰属するときは、そのうちの一人の放棄は、その他の者の訴えを妨げない。

5 取消しの効果

法律行為に基づいて給付がされた後、当該法律行為が取り消された場合には、給付受領者は給付されたものを返還しなければならないところ、民法第 121 条ただし書は、制限行為能力者についてこの返還義務の範囲を限定し、現に利益を受けている限度で返還すれば足りる旨を規定している。しかし、この規定に対しては、制限行為能力者の返還義務が軽減される余地を認め過ぎており、制限行為能力者が故意に相手方に損害を加えることを助長することにもなりかねないとの指摘がある。

そこで、制限行為能力者が、取消しの意思表示がされた後に給付行為者に返還すべき義務があることを知りながら受領した利益を費消したときは、利得消滅の抗弁を主張することができないこととすべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(参考・現行条文)

○ (取消しの効果)

民法第121条 取り消された行為は、初めから無効であったものとみなす。ただし、制限行為能力者は、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う。

(補足説明)

ある法律行為に基づいて給付がされた後、当該法律行為が取り消された場合には、当該法律行為は初めから無効であったものとみなされるので、既にされた給付は、法律上の原因なくされたものとなる。したがって、その給付をした者は、給付受領者に対して、不当利得返還請求権に基づき、その返還を求めることができるのが原則である。

ところで、民法第121条ただし書は、制限行為能力者についてその返還義務を軽減し、その主観的態様を問わず、現に利益を受けている限度で給付されたものを返還すれば足りるとしている。これに対しては、制限行為能力者が利得消滅を主張して返還請求権を免れることができる余地を認め過ぎており、制限行為能力者が故意に相手方に損害を加えることを助長することにもなりかねないとの指摘がある。

そこで、制限行為能力者が、取消しの意思表示がされた後に給付行為者に返還すべき義務があることを知りながら受領した利益を費消したときは、利得消滅の抗弁を主張することができないこととすべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・73頁）が、どのように考えるか。

(関連論点)

1 意思無能力者の返還義務の範囲

制限行為能力者の返還義務については、民法第121条ただし書が特別の責任軽減を認めているが、意思無能力者がした意思表示を取り消すことができるものとする場合には、当該意思表示が取り消された場合における意思無能力者の返還義務についても同様の軽減を認めるのが適当であるとの考え方が提示されている。

また、現行法の下での解釈論と同様に、意思無能力者がした法律行為の効果が無効であることを維持しつつ明文化する場合であっても、民法第121条ただし書の趣旨に照らせば、無効な法律行為に基づいて意思無能力者が給付を受領していた場合の返還義務を同条ただし書の範囲に軽減するのが適当であり、その旨を明文で規定すべきであるとの考え方が提示されている。

これらの考え方について、どのように考えるか。

2 自己の責めに帰すべき事由により一時的に意思能力を欠いた者の返還義務

継続的に意思能力を欠く者については制限行為能力者と同様にその返還義務を軽減することが妥当であるとしても、自己の責めに帰すべき事由により一時的に意思能力を欠いた者についてまで返還義務を軽減する必要はないとの指摘がある。

そこで、過失によって一時的に意思能力を欠く状態に陥り、その状態の下で意

意思表示をした者については、利得消滅による返還義務の軽減の特則を認めないこととすべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(比較法)

○ドイツ民法

142 条 (取消しの効果)

(1) 取り消し得る法律行為が取り消されたときは、その法律行為は初めから無効であったものと見なす。

(2) 取り消し得ることを知りまたは知ることができた者は、取消しの場合においては、法律行為の無効を知りまたは知ることができた場合と同様とする。

○フランス民法

1312 条

未成年者または後見に付された成年者がその資格ゆえにその約務を取り消すことを認められる時は、それらの者に対して未成年または成年後見の間にその約務の結果として弁済されたものの償還を要求することができない。ただし、弁済されたものがそれらの者の利益に転じたことが証明される場合には、この限りでない。

○フランス民法改正草案

○カタラ草案 1130-3 条 前記 3 (1) (比較法) 参照。

○テレ草案 88 条 前記 3 (1) (比較法) 参照。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第 3. 17 条 前記 3 (1) (比較法) 参照。

○ヨーロッパ契約法原則

4 : 115 条 前記 3 (1) (比較法) 参照。

6 取り消すことができる行為の追認

(1) 追認の要件

民法第 124 条は、追認をするには、取消原因となった状況が消滅したことが必要であり、成年被後見人の追認についてはさらに当該行為を了知することが必要であることを規定している。この追認の要件に関して、学説上は、追認は取消権の放棄であるから、取消原因となった状況が消滅しただけでなく、対象となる行為について取消権を行使することができることを知っていたことが必要であるとする見解が支配的であり、また、制限行為能力者（成年被後見人を除く。）は、法定代理人等の同意を得て自ら追認することも可能であるとの見解が支配的であるとされている。

そこで、追認の要件として追認権者が取消権を行使することができることを知った後にしなければならないことを明示するとともに、制限行為能力者（成年被後見人を除く。）が法定代理人等の同意を得て自ら追認する場合も同様の要件を充足することが必要であることを明示すべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(参考・現行条文)

○ (追認の要件)

- 民法第124条 追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅した後にしなければ、その効力を生じない。
- 2 成年被後見人は、行為能力者となった後にその行為を了知したときは、その了知をした後でなければ、追認をすることができない。
- 3 前二項の規定は、法定代理人又は制限行為能力者の保佐人若しくは補助人が追認をする場合には、適用しない。

(補足説明)

1 民法第124条に関する問題状況

民法第124条は、取り消すことができる法律行為の追認の要件として、取消しの原因となっていた状況が消滅した後にしたこと（同条第1項）、成年被後見人が追認をするにはその行為を了知したこと（同条第2項）を規定している。同条第2項の意義については、取消権の行使可能性の了知が必要であることを明らかにしたものという説明や、成年被後見人は行為当時に自分がしたことを認識していない場合が多いことから、行為自体を認識することが必要であることを明らかにしたものとの説明が見られる。

この追認の要件に関して、学説は、追認は取消権の放棄という性質を有する行為であるから、取消の原因となっていた状況が消滅したことだけではなく、取り消すことができる法律行為について取消権を行使することができることを知ったことが必要であるとの見解が支配的であるとされる。このような見解に従えば、成年被後見人が行為能力者となった後に法律行為を追認する場合においても、その行為自体を認識するだけでなく、その行為の取消可能性を了知することが要件になるから、民法第124条第2項の意義についていずれの見解を採用にしても、同項は独自の存在意義を失うことになると考えられる。また、学説上、成年被後見人を除く制限行為能力者は、法定代理人等の同意を得て自ら追認をすることも可能であるとの見解が支配的であるとされるが、現行法にはその旨の規定が設けられていない。

2 追認の要件についての具体的規律

上記の学説状況を踏まえ、民法第124条第2項の規定を削除し、取り消すことができる行為の追認の要件として、①取消原因となった状況が消滅したことに加えて、②追認権者が取消権を行使し得ることを知っていることが必要であること、この点は法定代理人又は制限行為能力者の保佐人若しくは補助人が追認する場合や、制限行為能力者（成年被後見人を除く。）が法定代理人、保佐人又は補助人の同意を得て自ら追認する場合でも同様であることを条文上明確にすべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(関連論点)

民法第122条ただし書の要否

民法第122条ただし書は、追認によって第三者の権利を害することができない旨を規定している。しかし、追認はもともと不確定的に有効であった法律行為を確定的に有効なものにするに過ぎないから、第三者の権利を害することはないと考えられ、学説は同条ただし書が現実に適用される場面はないという点で一致している。

これを踏まえ、同条ただし書は削除すべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(比較法)

○ドイツ民法

144条（取り消すことができる法律行為の追認）

- (1) 取消しは、取り消すことができる法律行為が取消権者によって追認されたときは、排除される。
- (2) 追認は、法律行為に関して定められた方式を必要としない。

184条（追認の遡及効）

- (1) 事後の承認（追認）は、別段の定めのない限り、法律行為をした時点まで遡って効力を生じる。
- (2) 追認の前に法律行為の対象について追認者によって行われた処分、または、強制執行、仮差押えの執行、もしくは破産管財人によって行われた処分は、遡及効によってその効力を失わない。

○フランス民法

1115条

契約は、強迫が止んだ後に、あるいは明示的に、あるいは黙示的に、あるいは法律に定める原状回復の期間を徒過することによって承認された場合には、もはや強迫を原因として攻撃することができない。

1311条

未成年で承諾した約務を成年後に追認したときは、その者は、その約務がその形式において無効である場合であれ、単に取消しに服する場合であれ、もはやその約務に対して争うことを受理されない。

1338条

- (1) 法律によって無効または取消しの訴権が認められる債務の追認または確認の証書は、その債務の内容、取消しの訴権の理由の記載およびその訴権の原因となる瑕疵を治癒する意図がそこに見出されるときでなければ、有効でない。
- (2) 追認または確認の証書がない場合には、債務を有効に追認または確認することができた時期以降に債務が任意に履行されたことで足りる。
- (3) 法律が定める形式および時期に従った追認、確認または任意の履行は、その行為について対抗することができた攻撃防御方法および抗弁の放棄をもたらす。ただし、第三者の権利を害することはできない。

○フランス民法改正草案

○カタラ草案 1129-4 条

- (1) 法律によって無効の訴権が認められる債務の追認または確認の証書は、その債務の内容、無効の訴権の理由の記載およびその訴権の原因となる瑕疵を治癒する意図がそこに見出されるときでなければ、有効でない。
- (2) 追認または確認の証書がない場合には、債務を有効に追認または確認することができた時期以降に債務が任意に履行されたことで足りる。
- (3) 法律が定める形式および時期に従った追認、確認または任意の履行は、その行為について対抗することができた攻撃防御方法および抗弁の放棄をもたらす。ただし、第三者の権利を害することはできない。
- (4) 無効の訴権が複数の者に帰属するときは、そのうちの一人の放棄は、その他の者の訴えを妨げない。

○テレ草案 82 条

- (1) 追認は、契約に影響を及ぼす瑕疵についての認識およびそれを治癒する意図を前提とする。追認は、契約の任意の履行によって生じ得る。
- (2) 追認は、その契約について対抗することができた攻撃防御方法および抗弁の放棄をもたらす。ただし、第三者の権利を害することはできない。
- (3) 無効の訴権が複数の者に帰属するときは、そのうちの一人の放棄は、その他の者の訴えを妨げない。

○司法省草案 94 条

- (1) 追認は、無効を主張することができる者がそれによって無効主張を放棄する旨の行為である。
- (2) 追認は、契約の締結の後においてのみ、行われ得る。
- (3) 追認の証書は、その債務の内容、契約に影響を及ぼす瑕疵、およびそれを治癒する意図について記載する。
- (4) 契約の任意の履行は、無効原因について知っていたときは、追認と同様とする。
- (5) 有効な追認は、その契約について対抗することができた攻撃防御方法および抗弁の放棄をもたらす。ただし、第三者の権利を害することはできない。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第 3. 12 条 (追認)

契約の取消権を有する当事者が、取消通知のための期間の進行開始後または黙示に契約を追認したときは、契約はこれを取り消すことができない。

○ヨーロッパ契約法原則

4 : 114 条 追認

契約の取消権を有する当事者が、明示的であれ黙示的であれ、取消の原因を知りまたは自由に行動できるようになった時より後に契約を追認したときには、当該契約を取り消すことができない。

(2) 法定追認

民法第125条は、追認権者が追認する意思を有していたことを推認させる行為を列挙し、追認することができる時以後にこれらの行為がされた場合には追認を擬制しているが、その効果が生じるのは追認権者が自らこれらの行為をした場合に限られるのか、相手方がこれらの行為をした場合を含むのかは必ずしも明らかではない。

そこで、この点を条文上明確にするため、相手方の債務の全部又は一部を受領したこと及び担保を受領したことを法定追認の事由として加えるべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(参考・現行条文)

○ (法定追認)

民法第125条 前条の規定により追認をすることができる時以後に、取り消すことができる行為について次に掲げる事実があったときは、追認をしたものとみなす。ただし、異議をとどめたときは、この限りでない。

- 一 全部又は一部の履行
- 二 履行の請求
- 三 更改
- 四 担保の供与
- 五 取り消すことができる行為によって取得した権利の全部又は一部の譲渡
- 六 強制執行

(補足説明)

1 問題の所在

民法第125条は、追認の存否について紛争が生じ、取引の安定を阻害することを避けるため、当事者が追認する意思を有していたことを推認させる行為を列挙し、これらの事実があれば追認があったものとみなすこととしている。もっとも、同条により追認をしたとみなされるのはこれらの行為を追認権者が自ら行った場合に限られるのか、相手方が行った場合も含まれるのか、各号に掲げられた行為ごとに争いがある。

この点についての判例及び学説は、以下のとおりである。

- (1) 同条第1号の「全部又は一部の履行」について、判例（大審院判決昭和8年4月28日民集12巻1040頁）は、追認権者が自ら履行する場合だけでなく、相手方による履行を受領する場合も含むとしており、学説もこれを支持しているとされる。
- (2) 同条第2号の「履行の請求」については、追認権者が自ら行う場合に限られ、相手方が追認権者に対して履行の請求をしたことを含まないとするのが判例（大審院判決明治39年5月17日民録12輯837頁）である。

- (3) 同条第4号の「担保の供与」については、追認権者が債務者として物的又は人的担保を供する場合だけでなく、債権者として担保の供与を受けた場合も含むとする見解が学説上有力である。
- (4) 同条第6号の「強制執行」については、追認権者を申立人として強制執行がされた場合に限られ、債務者として強制執行を受けて異議の主張をしなかった場合は含まないとするのが判例（大審院昭和4年11月22日）である。他方、学説には、債務者として強制執行を受けた場合にも追認をしたものとみなされるとの見解が多いとの指摘がある。

2 具体的な規律の検討

法定追認の事由を疑義が生じないように明示すべきであり、具体的には、法定追認事由として「履行の全部又は一部の受領」及び「担保の受領」を加えるべきであるとの考え方が提示されている。他方、追認権者の相手方が取消権の行使を阻止することを目的として債務を履行するなどの弊害が生じうるとの指摘もある。この指摘に対しては、ここにいう「履行の受領」は、単に物理的に目的物の引渡しや金銭の交付を受けるだけでなく、より積極的に、債務の弁済を受けるという意味をもって行うことをいうと解すれば問題は生じないし、また、「担保の受領」については、債務の履行を受領する以上に債権者（追認権者）の積極的な行為が前提となることからこの場合に法定追認の効果を認めても問題はないとの反論がされている。

以上を踏まえ、このような考え方について、どのように考えるか。

（比較法）

○フランス民法 1338 条 2 項 前記（1）（比較法）参照。

○フランス民法改正草案

○カタラ草案 1129-4 条 2 項 前記（1）（比較法）参照。

○テレ草案 82 条 1 項 前記（1）（比較法）参照。

○司法省草案 94 条 4 項 前記（1）（比較法）参照。

7 取消権の行使期間

（1）期間の見直しの要否

民法第126条は、取消権の行使期間を、追認をすることができる時から5年間、行為時から20年間と規定している。これらの期間制限の対象については争いがあり、これらの期間内に取消権を行使し、かつ、その結果発生する返還請求権も行使しなければならないとの見解もあるが、判例は、これらの制限期間は取消権の行使についてのものであり、その行使の結果発生する返還請求権は別途消滅時効にかかるとの見解を採用している。このような判例の見解によれば、追認可能時から5年間、行為時から20年間という期間は長きに失するとの指摘がある。

そこで、取消権の行使期間を、例えば、追認可能時から2年間又は3年間、

行為時から10年間に短縮すべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(参考・現行条文)

○ (取消権の期間の制限)

民法第126条 取消権は、追認をすることができる時から五年間行使しないときは、時効によって消滅する。行為の時から二十年を経過したときも、同様とする。

(補足説明)

民法第126条は、取消権は追認をすることができる時から5年又は取り消すことができる行為から20年を経過したときに消滅することを規定している。

同条の規定する制限期間については、この期間が取消権自体についての固有の期間制限と考え、取消しの結果発生する返還請求権の期間制限はこれとは別に消滅時効にかかるのか、この期間が取消権の期間制限とその結果発生する返還請求権の期間制限の双方を含む趣旨であるのか争いがあるが、判例は、同条の期間制限は取消権自体についての固有のものであり、取消権の行使によって発生する返還請求権の期間制限を含まないと解している。

判例を前提として取消権自体についての固有の期間制限を考えると、法律関係の確定のみのために設けられる期間として、追認をすることができる時から5年間、行為の時から20年間という期間は長きに失ずるとして、例えば、追認をすることができる時から2年又は3年、行為の時から10年に短縮すべきであるとの考え方が提示されている。これに対しては、取消権者の保護を現行法より減退させる積極的理由はなく、現行法のとおり、追認可能時から5年間、行為時から20年間という規律を維持すべきであるとの指摘もある。

この点について、どのように考えるか。

(比較法)

○ ドイツ民法

121条 (取消期間)

(1) 取消しは、第119条 (錯誤による取消可能性) および第120条 (誤った伝達による取消可能性) の場合には、取消権者が取消し原因を知った後、有責の遅延なく (遅滞なく) 行われなければならない。不在者に対して行われた取消しは、取消しの意思表示が遅滞なく発せられたときは、適時になされたものと見なされる。

(2) 取消しは、意思表示がなされた時から10年を経過したときは、排除される。

124条 (取消期間)

(1) 第123条 (詐欺または強迫による取消し) によって取り消すことのできる意思表示の取消しは、1年以内のみに行われ得る。

(2) この期間は、詐欺の場合には取消権者が詐欺を知った時から、強迫の場合には強制状態が止んだ時から、進行する。期間の進行については、消滅時効に関する第206条、第210条、および第211条の規定が準用される。

(3) 取消しは、意思表示がなされた時から10年が経過したときは、排除される。

○フランス民法

1304 条

(1) 特別の法律が合意の無効または取消しの訴権をより短い期間に限定していないすべての場合には、その訴権は、5年間存続する。

(2) この期間は、強迫の場合にはそれが止んだ日から、錯誤または詐欺の場合にはそれが発見された日からでなければ、進行しない。

(3) この期間は、未成年者が行った行為に関しては、成年または解放の日からでなければ進行しない。保護される成年者が行った行為に関しては、その者があらためてその行為を有効に行うことができる状態にあつてその行為を知った日からでなければ、進行しない。この期間は、あらかじめ進行を開始していなかった場合には、被後見人の相続人に対しては、その死亡の日からでなければ、進行しない。

2224 条 (2008 年改正)

人的訴権または動産に関する物的訴権は、権利者がその権利の行使を可能にする事実を知りまたは知るべきであった時から、5年で時効にかかる。

(参考: フランス民法旧 2262 条 すべての訴権は、対物訴権であれ、対人訴権であれ、30年で時効にかかる。この時効を主張する者は、それについて権限を提出する義務を負わない。その者に対しては、悪意から生じる抗弁を申し立てることもできない。)

○フランス民法改正草案

○カタラ草案

1115-1 条

強迫の場合、無効訴権の期間は、それが止んだ時からしか進行しない。錯誤または詐欺の場合、それらが発見された日から進行する。

1130 条

(1) 絶対無効の訴権は10年で時効にかかり、相対無効の訴権は3年で時効にかかる。ただし、法律による別段の定めがあるときは、この限りでない。

(2) 無効の抗弁は、それが全く履行されていない合意に関するときは、時効にかからない。

○テレ草案

51 条

無効は、錯誤を知ってから、または強迫が終了してから5年間しか、請求できない。すべての場合において、無効は、契約締結後10年が経過した場合、請求することができない。

84 条

(1) 絶対無効の訴権は10年で時効にかかり、相対無効の訴権は5年で時効にか

かる。ただし、法律による別段の定めがあるときは、この限りでない。

(2) 無効の抗弁は、それが全く履行されていない契約に関するときは、時効にかからない。

○司法省草案

65 条

強迫の場合、無効訴権の期間は、それが止んだ時からしか進行しない。錯誤または詐欺の場合、それらが発見された日から進行する。

97 条

(1) 法律による別段の定めのない限り、すべての無効の訴権は 5 年で時効にかかる。

(2) 無効の抗弁は、それが全く履行されていない契約に関するときは、時効にかからない。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第 3. 15 条 (期間制限)

(1) 取消の通知は、契約を取り消そうとする当事者が、取消原因となる事実を知った後もしくはそれを知らないことはあり得なくなった後、または、自由に行動しうようになった後、当該状況のもとにおいて合理的な期間内になされなければならない。

(2) 契約の個別条項が第 3. 10 条により取り消されうるときには、取消通知のための期間は、その条項を相手方が援用した時から進行する。

第 3. 10 条 (過大な不均衡)

(1) 契約または個別の条項が、契約締結時に、相手方に過剰な利益を不当に与えるものであったときは、当事者はその契約または条項を取り消すことができる。その際、他の要素とともに次の各号に定める要素が考慮されなければならない。

(a) その当事者の従属状態、経済的困窮もしくは緊急の必要に、またはその当事者の無思慮、無知、経験の浅さもしくは交渉技術の欠如に、相手方が不当につけ込んだという事実

(b) その契約の性質および目的

○ヨーロッパ契約法原則

4 : 113 条 期間制限

(1) 取消の通知は、取消当事者が取消しの要件となる事実を知り、もしくは知るべきであったとき、または自由に行動できるようになった時から、諸事情を十分に考慮した上で合理的な期間内に、行われなければならない。

(2) 前項の規定にかかわらず、4 : 110 条に掲げる個々の条項については、当事者は、相手方が当該条項を援用した時から合理的な期間内に取消しの通知をすることにより、当該条項を取り消すことができる。

4 : 110 条 個別に交渉されていない不公正条項

(1) 個別に交渉されていない条項が、信義誠実および公正取引の要請に反して、当該契約において生じる両当事者の権利義務に著しい不均衡をもたらし、

当事者の一方に損害を与える場合には、その当事者は、当該条項を取り消すことができる。その際、当該契約の下で提供されるべき履行の性質、当該契約における他のすべての契約条件および契約締結時の事情が考慮される。

(2) 本条の規定は、次の各号のいずれかに該当するものについては、適用されない。

(a) 契約の主たる内容を定める条項。ただし、その条項は、平易で分かりやすい言葉によるのでなければならない。

(b) 当事者の一方の債務負担の価値が、相手方の債務負担の価値と比較したときに、相当か否か。

(2) 抗弁権の永続性

取消権の行使は、取消権者が既に相手方に対して給付をしている場合にその給付について返還請求権を発生させるためにされるほか、未履行の場合に相手方の履行請求に対する抗弁としてされる場合がある。このうち後者の場合において、取消権者が取消権を行使しないままその制限期間を経過し、その後に関係相手方から債務の履行を求められたときは、相手方を保護するために取消権の行使を制限する必要性は乏しいと考えられることから、学説上、取消権を抗弁権として行使する場合には期間制限が適用されないとの見解が主張されている。

このような見解を踏まえ、取消権者が相手方からの履行請求に対してこれを免れようとするときは、行使期間の制限なくいつでも取消権を行使できる旨の規定を設けるべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(補足説明)

取消権は、相手方に給付したものについての返還請求権を発生させるために行使される場合のほか、相手方から履行を求められた際にこれを拒絶するために行使される場合がある。このうち後者の目的で取消権を行使することが想定される場合に、取消権の行使についての制限期間を経過した後も、相手方の履行請求権は時効消滅していないという事態があり得る。例えば、相手方の詐欺により契約を締結した後、詐欺に気付いたが、相手方から履行を求められることがなかったために取消権を行使しないまま5年が経過し、その後相手方から履行を求められた場合には、取消権行使の制限期間は経過しているのに、相手方の履行請求権についての消滅時効期間（通常10年）がまだ経過していないという事態である。しかし、このような場合に、取消権の行使を制限して相手方を保護すべき必要性は乏しいと考えられるため、取消権が相手方の履行請求権に対して抗弁権として行使される場合には期間制限の適用を受けないとする考え方が、学説上有力に主張されている。

このような見解を踏まえ、取消権者が法律行為の相手方からの履行請求に対して

取消権を行使してその履行を免れようとするときは、行使期間の制限なくいつでも取消権を行使できることを条文上明記すべきであるとの考え方が提示されている（参考資料2〔研究会試案〕・130頁、形成権一般についての提案として参考資料1〔検討委員会試案〕・87頁）。

他方、抗弁権の永続性を認める見解に対しては、取消権者が一部の履行を終えた後に取消権の行使期間が経過し、その後残部の履行を求められた場合に取消権を抗弁権として主張することができるのか、相手方からの履行を受領した後相手方から履行を求められた場合に期間の制限なく取消権を抗弁権として主張することができるのか、その場合に相手方から受領したものについて返還義務を負うのか、相手方が物権的請求権に基づいて請求してきた場合に所有権が移転する原因となった法律行為の取消しを抗弁権として主張することができるかなど、解決すべき問題が残されているという指摘もある。

以上を踏まえ、上記の考え方について、どのように考えるか。

なお、この問題は、取消権以外の形成権について同様の規定を設けるかどうかとも関連するとされている。

（比較法）

○フランス民法改正草案

○カタラ草案 1130 条 2 項 前記（1）（比較法）参照。

○テレ草案 84 条 2 項 前記（1）（比較法）参照。

○司法省草案 97 条 2 項 前記（1）（比較法）参照。

第3 代理

1 総論

代理の規定の見直しに当たっては、民法第99条から第118条までの規定について、判例・実務の動向を踏まえ、規定の明確化等を検討する必要があると考えられる（後記2以下）が、このほか、代理の規定の見直しに当たっては、どのような点に留意する必要があるか。

（参照・現行条文）

○ （代理行為の要件及び効果）

民法第99条 代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる。

2 前項の規定は、第三者が代理人に対してした意思表示について準用する。

○ （本人のためにすることを示さない意思表示）

民法第100条 代理人が本人のためにすることを示さないでした意思表示は、自己のためにしたものとみなす。ただし、相手方が、代理人が本人のためにすることを知り、又は知ることができたときは、前条第一項の規定を準用する。

○ （代理行為の瑕疵）

民法第101条 意思表示の効力が意思の不存在、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。

2 特定の法律行為をすることを委託された場合において、代理人が本人の指図に従ってその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができない。本人が過失によって知らなかった事情についても、同様とする。

○ （代理人の行為能力）

民法第102条 代理人は、行為能力者であることを要しない。

○ （権限の定めのない代理人の権限）

民法第103条 権限の定めのない代理人は、次に掲げる行為のみをする権限を有する。

一 保存行為

二 代理の目的である物又は権利の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良を目的とする行為

○ （任意代理人による復代理人の選任）

民法第104条 委任による代理人は、本人の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復代理人を選任することができない。

○ （復代理人を選任した代理人の責任）

民法第105条 代理人は、前条の規定により復代理人を選任したときは、その選任及び監督について、本人に対してその責任を負う。

2 代理人は、本人の指名に従って復代理人を選任したときは、前項の責任を負わない。ただし、その代理人が、復代理人が不適任又は不誠実であることを知りながら、その旨を本人に通知し又は復代理人を解任することを怠ったときは、この限りでない。

○ (法定代理人による復代理人の選任)

民法第106条 法定代理人は、自己の責任で復代理人を選任することができる。
この場合において、やむを得ない事由があるときは、前条第一項の責任のみを負う。

○ (復代理人の権限等)

民法第107条 復代理人は、その権限内の行為について、本人を代表する。

2 復代理人は、本人及び第三者に対して、代理人と同一の権利を有し、義務を負う。

○ (自己契約及び双方代理)

民法第108条 同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることはできない。ただし、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。

○ (代理権授与の表示による表見代理)

民法第109条 第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、その責任を負う。ただし、第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。

○ (権限外の行為の表見代理)

民法第110条 前条本文の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて準用する。

○ (代理権の消滅事由)

民法第111条 代理権は、次に掲げる事由によって消滅する。

一 本人の死亡

二 代理人の死亡又は代理人が破産手続開始の決定若しくは後見開始の審判を受けたこと。

2 委任による代理権は、前項各号に掲げる事由のほか、委任の終了によって消滅する。

○ (代理権消滅後の表見代理)

民法第112条 代理権の消滅は、善意の第三者に対抗することができない。ただし、第三者が過失によってその事実を知らなかったときは、この限りでない。

○ (無権代理)

民法第113条 代理権を有しない者が他人の代理人としてした契約は、本人がその追認をしなければ、本人に対してその効力を生じない。

2 追認又はその拒絶は、相手方に対してしなければ、その相手方に対抗すること

ができない。ただし、相手方がその事実を知ったときは、この限りでない。

○ (無権代理の相手方の催告権)

民法第114条 前条の場合において、相手方は、本人に対し、相当の期間を定めて、その期間内に追認をするかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、本人がその期間内に確答をしないときは、追認を拒絶したものとみなす。

○ (無権代理の相手方の取消権)

民法第115条 代理権を有しない者がした契約は、本人が追認をしない間は、相手方が取り消すことができる。ただし、契約の時に代理権を有しないことを相手方が知っていたときは、この限りでない。

○ (無権代理行為の追認)

民法第116条 追認は、別段の意思表示がないときは、契約の時にさかのぼってその効力を生ずる。ただし、第三者の権利を害することはできない。

○ (無権代理人の責任)

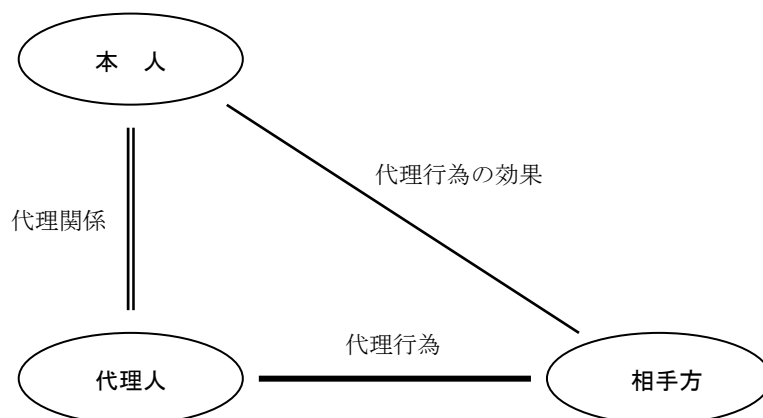
民法第117条 他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明することができず、かつ、本人の追認を得ることができなかったときは、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う。

2 前項の規定は、他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき、若しくは過失によって知らなかったとき、又は他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかったときは、適用しない。

○ (単独行為の無権代理)

民法第118条 単独行為については、その行為の時に代理権を有しない者が、代理人と称する者が代理権を有しないで行為をすることに同意し、又はその代理権を争わなかったときに限り、第百十三條から前条までの規定を準用する。代理権を有しない者に対しその同意を得て単独行為をしたときも、同様とする。

2 有権代理



(1) 代理行為の瑕疵——原則（民法第101条第1項）

民法第101条第1項は、代理行為における意思表示の効力が当事者の主観的事情によって影響を受ける場合には、その事情の存否は代理人について判断すると定めているところ、代理人が詐欺・強迫を受けた場合のみならず、代理人が詐欺・強迫をした場合にもこの規定が適用されるかどうかについては、争いがある。

古い判例には、代理人が詐欺・強迫をした場合における相手方の意思表示についても民法第101条第1項が適用されるとしたものもあるが、この場合には端的に同法第96条第1項を適用すれば足りるとして、同法第101条第1項の適用はないとする見解が有力であり、そのことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （代理行為の瑕疵）

民法第101条 意思表示の効力が意思の不存在、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。

2 特定の法律行為をすることを委託された場合において、代理人が本人の指図に従ってその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができない。本人が過失によって知らなかった事情についても、同様とする。

（補足説明）

1 民法第101条第1項は、代理行為における意思表示の効力が当事者の主観的事情によって影響を受ける場合には、その事情の存否は代理人について判断すると定めている。これは、代理行為において意思表示をするのは代理人であり、本人はその意思表示には関与しないことによるものである。

2 ところで、同項の「意思表示の効力が……詐欺、強迫……によって影響を受けるべき場合には」との文言からは、代理人が詐欺・強迫を受けた場合における代理人の意思表示のみならず、代理人が詐欺・強迫をした場合における相手方の意思表示にも同項の適用があると解し得る。実際にも、判例（大判明治39年3月31日民録12輯492頁）は、代理人が詐欺をした場合にも同項の適用があると判示している。

これに対し、学説上は、同項は代理人がした意思表示の効力について規定することを念頭に置いて制定されたものであること、代理人が詐欺・強迫をした場合には、端的に同法第96条第1項を適用すれば足りることなどを理由に、同法第101条第1項は代理人が詐欺・強迫をした場合には適用されないとする見解が有力である。

そこで、この見解に基づき、同項について、代理人のした意思表示の効力についての規定であることを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(比較法)

○ ドイツ民法

166条1項 (意思の欠缺)

(1) 意思表示の法的効果が、意思の欠缺により、またはある事情を知りもしくは知ることができたことにより影響を受ける限り、それに関しては本人ではなく代理人について考慮される。

(2) 代理行為の瑕疵——例外 (民法第101条第2項)

民法第101条第2項は、本人が代理人に特定の法律行為をすることを委託した場合に、代理人が本人の指図に従ってその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができないとし、また、本人が自らの過失によって知らなかった事情についても同様とすると定めている。

この規定に対しては、任意代理の場合には、本人が代理人に特定の法律行為をすることを委託し、代理人が本人の指図に従ってその行為をした場合でなくとも、本人が代理人の行動をコントロールする可能性がある限り、本人の主観的態様を考慮すべきであるとして、その適用範囲を拡張すべきだとの見解が有力であり、そのことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (代理行為の瑕疵)

民法第101条 意思表示の効力が意思の不存在、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。

2 特定の法律行為をすることを委託された場合において、代理人が本人の指図に従ってその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができない。本人が過失によって知らなかった事情についても、同様とする。

(補足説明)

1 民法第101条第2項は、本人が代理人に特定の法律行為をすることを委託した場合に、代理人が本人の指図に従ってその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができないとし、また、

本人が自らの過失によって知らなかった事情についても同様とすると定めている。これは、本人が代理人に特定の法律行為をすることを委託し、代理人が本人の指図に従ってその行為をした場合には、実質的には当該法律行為が本人の意思決定によって行われたといえることから、同条第1項の例外として、代理行為における意思表示の効力に影響を及ぼす事情について、本人を基準とすることにしたものであるなどと説明されている。

- 2 同条第2項については、古くからその適用範囲を拡張すべきことが議論されており、特定の法律行為の委託があれば、必ずしも本人の指図があったことを要件とするものではないと判示した判例（大判明治41年6月10日民録14輯665頁）もある。

この点について、学説上は、本人が代理人の行動をコントロールすることが可能である場合には、代理行為における意思表示の効力に影響を及ぼす事情を代理人に伝えるべきであり、それを怠った本人が代理人の善意・無過失を主張することは許されないとして、本人が代理人に特定の法律行為を委託していなかったとしても、本人が代理人をコントロールする可能性さえあれば、同項を適用すべきであるとの見解が有力である。そこで、この見解に基づき、同項について、本人が代理人をコントロールする可能性がある場合に適用される規定であることを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

ところで、同項は、「特定の法律行為をすることを委託された場合」の規定であるから、任意代理の場合にのみ適用されるものと解されているところ、上記の考え方に従って同項の適用範囲を拡張する場合であっても、法定代理においては本人が代理人をコントロールすることができないと定型的に考えられることから、やはりその適用範囲は任意代理に限られることになることと解される。そこで、上記の考え方は、任意代理にのみ適用されることを条文上明記することを、併せて提案している（参考資料1〔検討委員会試案〕・43頁）。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

- 3 なお、民法第101条第2項後段は、「本人が過失によって知らなかった事情についても、同様とする。」と定めているところ、この「同様とする」の意味は、2通りに説明されている。その1つは、「善意」が要件である場面を想定して、本人が善意であっても過失がある場合に、代理人の「善意」を主張することができない旨を定めたものであるとする説明である。もう1つは、「善意無過失」が要件である場面を想定して、本人に過失がある場合に、代理人の「無過失」を主張することができない旨を定めたものであるとする説明である。同項後段の「同様とする」という文言について、前者の説明では、同項前段と文字どおり同様に、善意を主張することができないと読むのに対して、後者の説明では、本人の悪意を代理人の悪意と同視する（同項前段）のと平行に、本人の有過失を代理人の有過失と同視する（同項後段）のが、同様に取り扱うという意味であると読むのである。同項の改正に当たっては、この点についても明らかにする必要があるが、どのように考えるか。

(比較法)

○ ドイツ民法

166条2項 (悪意による帰責)

(2) 法律行為によって授与された代理権 (任意代理権) の場合において、代理人が本人の一定の指図に従って行為したときは、本人は、自ら知っていた事情に関して代理人の不知を主張することができない。知ることができたことと知っていたことが同視される限り、本人が知ることができた事情についても同様とする。

(3) 代理人の行為能力 (民法第102条)

民法第102条は、代理人は行為能力者であることを要しないと定めている。

この規律に対しては、制限行為能力者を保護するための法定代理人として他の制限行為能力者が就任した場合には、本人の保護という法定代理制度の目的が達成されない可能性があるという問題が指摘されている。そこで、法定代理については、制限行為能力者であっても法定代理人に就任することは可能としつつ、本人保護のために、その代理権の範囲を自らが単独ですることができる行為に限定すべきであるなどの考え方が提示されている。もっとも、このような考え方に対しては、法定代理人については、法定の欠格事由や公的機関による選任や解任の手続により、当該資格等にふさわしい判断能力が制度的に担保されていることなどから、現行法の規律を改正する必要はないという考え方も提示されている。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (代理人の行為能力)

民法第102条 代理人は、行為能力者であることを要しない。

○ (代理権の消滅事由)

民法第111条 代理権は、次に掲げる事由によって消滅する。

一 (略)

二 代理人の死亡又は代理人が破産手続開始の決定若しくは後見開始の審判を受けたこと。

2 (略)

○ (後見人の欠格事由)

民法第847条 次に掲げる者は、後見人となることができない。

一 未成年者

二 家庭裁判所で免ぜられた法定代理人、保佐人又は補助人

三 破産者

四 被後見人に対して訴訟をし、又はした者並びにその配偶者及び直系血族

五 行方の知れない者

(参照・旧条文)

- 平成11年法律第149号による改正前の民法第846条 左に掲げる者は、後見人となることができない。
 - 一 未成年者
 - 二 禁治産者及び準禁治産者
 - 三 家庭裁判所で免ぜられた法定代理人又は保佐人
 - 四 破産者
 - 五 被後見人に対して訴訟をし、又はした者及びその配偶者並びに直系血族
 - 六 行方の知れない者

(補足説明)

1 民法第102条は、代理人は行為能力者であることを要しないと規定している。これは、代理行為の効果は本人に帰属して代理人には及ばないから、制限行為能力者である代理人を保護する必要がないこと、任意代理の場合には本人が敢えて制限行為能力者を代理人に選任したのであるから、そのリスクは本人が引き受けるべきであることを理由とするものであるなどと説明されている。

2 もっとも、法定代理の場合には、本人が代理人を選任するわけではないので、代理人が制限行為能力者であることのリスクを本人に引き受けさせる根拠を欠くということもできる。のみならず、制限行為能力者を保護するための法定代理人に制限行為能力者が就任した場合には、本人の保護という法定代理制度の目的が達成されない可能性があるとの指摘もある。

この点については、代理人が後見開始の審判を受けたことが代理権の消滅事由とされていること(同法第111条第1項第2号)を踏まえて、法定代理の場合には、制限行為能力者が代理人になることを認めるべきではないとする考え方がある。しかし、制限行為能力者が法定代理人に就任することを一律に排除することに対しては、制限行為能力制度の理念であるノーマライゼーションの考え方に反するとの批判がある。例えば、かつては禁治産者及び準禁治産者は後見人となることができないとされていた(平成11年法律第149条による改正前の民法第846条第2号)が、平成11年改正により、この欠格事由は削除され、成年被後見人であっても後見人に就任することが可能となったところ、制限行為能力者から法定代理人への就任可能性を一律に奪うのは、こうした改正の方向性に逆行するというのである。

3 以上を踏まえた具体的な立法提案としては、制限行為能力者であっても法定代理人に就任することは可能としつつ、本人保護のために、その代理権の範囲を自らが単独ですることができる行為に限定すべきであるとの考え方(参考資料2 [研究会試案]・126頁)や、制限行為能力者が法定代理人としてした行為については、制限行為能力者が自己の行為としてしたのであれば取り消すことができる限度で取消しを認めるものとすべきであるとの考え方(参考資料1 [検討委員会試案]・

44頁の＊付きの案）が提示されている。

もっとも、このような考え方に対しては、法定代理人については、法定の欠格事由（民法第833条、第867条等）や公的機関による選任や解任の手續（民法第840条、第843条、第846条等）により、当該資格等にふさわしい判断能力が制度的に担保されていることなどから、現行法の規律を改正する必要はないという考え方も提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・44頁）。

これらの考え方について、どのように考えるか。

（比較法）

○ フランス民法

1990条

未解放の未成年者は、受任者として選任することができる。ただし、委任者は、未成年者の債務に関する一般規則によってでなければ、その者に対して訴権を有しない。

○ フランス民法改正草案（カタラ草案）

1120-2条

(1) 代理人は、無能力者となりまたは禁止を受けるときは、委ねられた任務を開始しまたは継続することができない。

(2) 代理人は、合意または裁判による任務の撤回の場合には、それを継続することができない。

○ フランス民法改正草案（司法省草案）

44条

法律による別段の定めのない限り、代理人は、無能力者となりまたは禁止を受けるときは、その任務を開始しまたは継続することができない。

○ ドイツ法

165条（制限行為能力の代理人）

代理人によりまたは代理人に対して行われた意思表示は、代理人が行為能力を制限されていることによってその効力を妨げられない。

○ 第3次代理法リスティメント

第3.05条 代理人としての行為能力

いかなる者も、通常、他者の法的関係に影響を与えるために行動することができる。行為者の行為能力は、そのように行動することによって、法的関係に影響を受ける者または第三者に対する義務および責任に当該行為者が服する範囲を規律する。

（4）代理権の範囲（民法第103条）

民法第103条は、「権限の定めのない代理人」は保存行為その他の一定の行為のみを行うことができると定めている。

しかし、代理権の範囲は、法定代理の場合にはその発生の根拠である法令の規定の解釈によって定まり、任意代理の場合には代理権授与行為の解釈によって定まるのが原則であるから、同条は、それでもなお代理権の範囲が明らかで

ない場合に適用される補充的な規定であると解されている。

そこで、代理権の範囲に関して、同条のような例外的な規定のみを置くのではなく、原則についても明文の規定を設けるべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (権限の定めのない代理人の権限)

民法第103条 権限の定めのない代理人は、次に掲げる行為のみをする権限を有する。

一 保存行為

二 代理の目的である物又は権利の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良を目的とする行為

(補足説明)

1 民法第103条は、「権限の定めのない代理人」は、保存行為（同条第1号）や、代理の目的である物又は権利の性質を変えない範囲内における利用行為又は改良行為（同条第2号）のみを行うことができると定めている。保存行為とは財産の現状を維持する行為であり、利用行為とは収益を図る行為であり、また、改良行為とは財産の価値を増加させる行為であるとされ、これらは管理行為と総称されている。

本来、代理権の範囲は、法定代理の場合にはその発生原因である法令の規定の解釈によって定まり、任意代理の場合には代理権授与行為の解釈によって定まるのが原則である。したがって、同条は、それでもなお代理権の範囲が明らかでない場合に適用される補充的な規定に過ぎないと解されている。

2 このように、現行民法は、代理権の範囲に関して、例外的な規定を置くのみで、原則を定めた規定を置いていないところ、これに対しては、原則についても明文の規定を設けるべきであるとの考え方が提示されている。

法定代理の場合には、代理権の範囲はその発生の根拠である法令で定められるのが通常であるから、代理権の範囲に関する原則を定める規定が必要となるのは、任意代理の場合である。そして、任意代理における代理権の範囲は、代理権授与行為の解釈によって定まるのが原則であるが、立法提案には、代理権授与の目的を達成するために必要な行為をする権限も代理権に含まれることを明文化すべきであるとの考え方が提示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・45頁）。代理権授与の目的を達成するために必要な行為をする権限が代理権に含まれることは、代理権授与行為の解釈によって当然に導かれ得る帰結ではあるが、後掲（比較法）を参考に、そのことを条文上も明確にしようというのである。

このような考え方について、どのように考えるか。

3 ところで、任意代理については、代理権授与行為の解釈によっても代理権の範囲が明らかにならない場合には、そのような代理権授与行為は無効であるとして、例外的な規定である民法第103条が適用される余地はないとする見解がある。この

ような見解からは、同条は、法定代理において法令中に代理権の範囲が明らかにされていない場合にのみ適用される規定であるから、そのことを条文上明記すべきであるという考え方が提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・45頁）。他方、こうした見解に対しては、代理権授与行為を無効とするのは当事者の意思に反するとして、任意代理における当事者の意思を補充するための規定としても、民法第103条の存在意義をなお認めるべきだとの見解もある。

以上を踏まえ、民法第103条を修正すべきであるとの上記の考え方について、どのように考えるか。

（比較法）

○ フランス民法

1988条

- (1) 包括的な文言で言い表される委任は、管理行為のみを包含する。
- (2) 委任は、譲渡もしくは抵当権設定または何らかの所有権行為にかかわる場合には、明示的でなければならない。

○ フランス民法草案（カタラ草案）

1119-2条

- (1) 代理人の任務が包括的な文言で言い表されているときは、それは管理行為のみを包含する。
- (2) それが明示的な文言で言い表されているときは、代理人は、それについて権限が与えられている行為およびそれに付随する行為のみを行うことができる。

○ フランス民法草案（司法省草案）

38条

- (1) 法律による別段の定めのない限り、代理人の権限が包括的な文言で表現されているときは、それは管理行為のみを包含する。
- (2) その権限が特別に定められているときは、代理人は、それについて権限が与えられている行為およびそれに必然的に付随する行為のみを行うことができる。

○ アメリカ第3次代理法リステイメント

第2.02条 代理権の範囲

- (1) 代理人がいかに行動するかを判断するときには、当該代理人が本人の表明および目的を合理的に理解している場合、当該代理人は、本人の当該代理人への表明において指示または暗示された行動、および本人の目的を達成するために必要または付随的な行為を行う代理権を有している。
- (2) 本人の表明についての代理人の解釈は、本人により示された当該代理人の知るあらゆる意味を反映し、当該代理人の知らない意味がある場合には、当該代理人が認識した状況および当該代理人の本人に対する信認義務を含む文脈に照らして、当該代理人の地位に置かれた合理的人間がなすであろう解釈をした場合には、合理的である。
- (3) 本人の目的についての代理人の理解は、それが本人の表明、および当該代理人の地位に置かれた合理的人間が代理を創出した状況から導くであろう推論と調和する場合

には、合理的である。

○ 国際動産売買に関する代理に関する条約

第9条 (1) (略)

(2) 代理人は授權の目的を達するために必要なすべての行為をすることができる。

○ ユニドロワ国際商事契約原則2004

第2. 2. 2条 (代理人の代理権の設定と範囲)

(1) (略)

(2) 代理人は、代理権が授与された目的を達成するために当該状況のもとにおいて必要とされるすべての行為を行なう権限を有する。

○ ヨーロッパ契約法原則

3:201条 明示的代理権、黙示的代理権、表見代理権

(1) (略)

(2) 代理人は、代理権が授与された目的を達成するために、当該状況において必要となるあらゆる行為をする権限を有する。

(3) (略)

○ 共通参照枠草案〔暫定版〕

II-6. 104条

(1) 代理人の権限の範囲は、授与行為によって定まる。

(2) 代理人は、その権限が授与された目的を達成するために必要なすべての付随的な行為を行う権限を有する。

(3) (略)

(5) 任意代理人による復代理人の選任（民法第104条）

民法第104条は、任意代理人が本人の許諾なく復代理人を選任することができるのは、やむを得ない事由があるときに限られる旨を定めている。

この「やむを得ない事由があるとき」という文言に対しては、任意代理人が復代理人を選任することができる場合を限定し過ぎていると指摘して、自己執行を期待するのが相当でない場合に復代理人の選任を認める方向で、この要件を緩和すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (任意代理人による復代理人の選任)

民法第104条 委任による代理人は、本人の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復代理人を選任することができない。

○ (復代理人を選任した代理人の責任)

民法第105条 代理人は、前条の規定により復代理人を選任したときは、その選任及び監督について、本人に対してその責任を負う。

2 代理人は、本人の指名に従って復代理人を選任したときは、前項の責任を負わ

ない。ただし、その代理人が、復代理人が不適任又は不誠実であることを知りながら、その旨を本人に通知し又は復代理人を解任することを怠ったときは、この限りでない。

○ （法定代理人による復代理人の選任）

民法第106条 法定代理人は、自己の責任で復代理人を選任することができる。

この場合において、やむを得ない事由があるときは、前条第一項の責任のみを負う。

○ （復代理人の権限等）

民法第107条 復代理人は、その権限内の行為について、本人を代表する。

2 復代理人は、本人及び第三者に対して、代理人と同一の権利を有し、義務を負う。

（補足説明）

1 民法第104条は、任意代理人が本人の許諾なく復代理人を選任することができるのは、やむを得ない事由があるときに限られる旨を定めている。これは、任意代理人が復代理人を選任することができる場合を広く許容すると、本人が当該任意代理人を特に選んで代理権を付与したことが無意味になりかねないため、任意代理人に自己執行義務を負わせることを原則にしたものであるなどと説明されている。

2 裁判例において同条の「やむを得ない事由があるとき」に該当すると認められたものとしては、戦時中、朝鮮半島に赴任していた本人（夫）から家屋を売却して急いで朝鮮半島に疎開するよう命じられた代理人（妻）が、戦局が緊迫し、いつ売却できるか分からない家屋の売却のために朝鮮半島への渡航を遅らせることが不可能な状況の下で、家屋の売却について復代理人を選任した事案（東京高判昭和27年11月15日下民3巻11号1607頁）、戦時中に本人から銀行預金を引き下ろすなどして家屋を管理するよう委託されていた代理人が、戦後、銀行預金が封鎖されてその払戻しを受けることができなくなるなどしたことから、自分は外国人であるから預金の払戻しを受けてやると申し出た関係者を復代理人として選任した事案（東京高判昭和29年2月26日高民7巻1号118頁）が挙げられる。

この点について、立法提案には、同条の「やむを得ない事由があるとき」の意味が必ずしも明らかではなく、任意代理人による復代理人の選任が許される場合を限定し過ぎている可能性があるとして、任意代理人による復代理人の選任が許される場合を必要に応じて拡張できるようにするために、「代理人に自ら代理権に係る行為をすることを期待するのが相当でないとき」との文言に置き換えるべきであるという考え方がある（参考資料1〔検討委員会試案〕・46頁）。

このような考え方について、どのように考えるか。

3 なお、同条の「やむを得ない事由があるとき」という文言を上記の考え方に従って置き換える場合には、復代理人を選任した法定代理人の責任に関する同法第106条における「やむを得ない事由があるとき」という文言についても、同様に、「代理人に自ら代理権に係る行為をすることを期待するのが相当でないとき」との文言

に置き換えるべきであるという考え方が併せて提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・47頁）が、どのように考えるか。

（比較法）

○ ドイツ民法

664条（委託不可能性、補助者に関する責任）

- (1) 受任者は、疑わしいときは、委任事務の執行を第三者に委託することができない。その委託が許されているときは、受任者は、委託に際して自己に帰せしめられる過失についてのみ責任を負う。補助者の過失に関しては、受任者は第278条によって責任を負う。
- (2) 委任事務の執行を求める請求権は、疑わしいときは、譲渡することができない。

○ 第3次代理法リステイトメント

第1.01条 代理の定義

代理とは、人（“本人”）が他人（“代理人”）に対し、代理人が本人の代わりに本人の監督に従って行動することに同意を表明し、かつ代理人がそのように行動することに同意を表明し、またはその他の方法で承諾をしたときに生じる信認関係をいう。

第3.15条 復代理

- (1) 復代理人は、代理人が本人に代わり履行すると同意した機能を履行するために、代理人により指名された者であり、その者の行動については指名した代理人が本人に対し責任を負う。復代理人と指名した代理人の関係、および復代理人と本人の関係は、第1.01条に定められる代理関係である。
- (2) 代理人は、復代理人を指名する代理権または表見上の権限を有している場合に限り、復代理人を指名することができる。

○ ユニドロフ国際商事契約原則2004

第2.2.8条（復代理）

代理人は、代理人自身が行なうことを期待することが合理的とはいえない行為を行なうために、復代理人を選任する黙示的な権限を有する。本節の規定は復代理に適用する。

○ ヨーロッパ契約法原則

3:206条 復代理

代理人は、一身専属的な性質をもたない仕事であり、かつ代理人自らの実行を期待することが合理的ではないものを実行させるために、復代理人を選任する黙示的代理権を有する。本節の規定は、復代理に適用される。すなわち、復代理人が自己および本代理人の権限の範囲内でした行為は、本人と相手方を直接かつ相互に拘束する。

○ 共通参照枠草案〔暫定版〕

II-6.104条

- (1), (2) (略)

- (3) 代理人は、自ら行うことを代理人に期待することが合理的でない行為を本人に代わって行うために、その権限を第三者（代行者）に授与する権限を有する。代行者によって行われた行為については、本章の規定が適用される。

(6) 利益相反行為（民法第108条）

民法第108条は、自己契約及び双方代理を禁止しているところ、判例には、形式的には自己契約にも双方代理にも当たらないものの、実質的には本人と代理人との利益が相反している事案において、同条の趣旨を援用すると判断したものがある。

そこで、同条について、自己契約及び双方代理に限らず、代理人の利益相反行為一般を原則として禁止する規定に改めるべきであるという考え方もあるが、この点について、どのように考えるか。

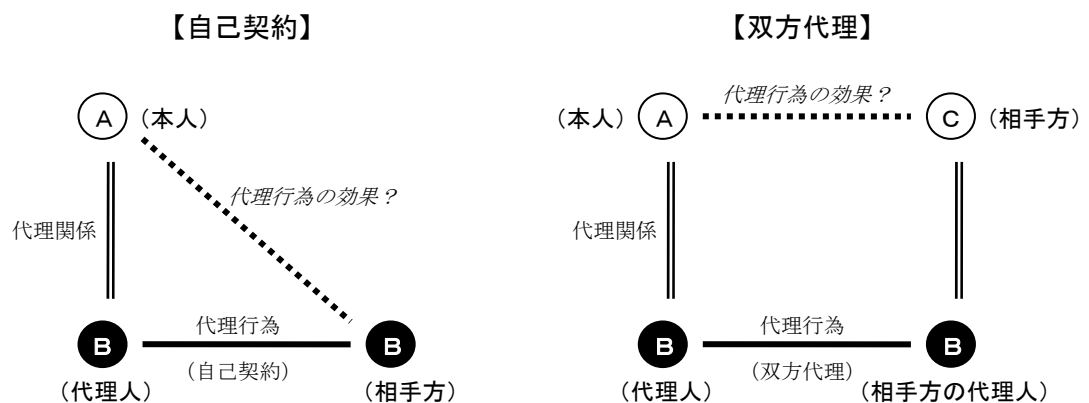
（参照・現行条文）

○ （自己契約及び双方代理）

民法第108条 同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることはできない。ただし、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。

（補足説明）

- 1 民法第108条は、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為を除いて、自己契約及び双方代理を禁止している。



自己契約とは、代理人自身が契約の相手方となる場合をいい、双方代理とは、当事者双方を代理する場合をいう。上の図に即していえば、自己契約においては、契約当事者であるAとBとの利益が相反する関係にあるところ、契約の内容をBのみで決めることができることから、Aの利益が害されるおそれが定型的に存在するといえる。また、双方代理においては、契約当事者であるAとCとの利益が相反する関係にあるところ、契約の内容をBのみで決めることができることから、A又はCの利益が害されるおそれが定型的に存在するといえる。このように、自己契約及び双方代理においては、本人の利益が害されるおそれが定型的に認められることから、民法第108条は、本人の利益の保護を目的として、原則としてこれらを禁止した

のである。

- 2 民法第108条の趣旨が、代理人が本人の利益を害するおそれのある行為をすることを禁止することにあるのであれば、形式的には自己契約又は双方代理に該当しない行為であっても、現実には代理人と本人との利益が相反するときには、これを禁止することが同条の趣旨に沿うものと考えられる。

判例（大判昭和7年6月6日民集11集1115頁）も、借家人が家屋の賃貸借契約を締結する際に、家主との間で紛争が生じた場合には借家人の代理人を家主が選任することができるの特約をした事案において、実質的に自己契約に等しいとして、民法第108条の趣旨を援用し、この特約を無効と判示している（ただし、この判例に対しては、民法第108条の問題というよりも、家主が借家人の窮状に乗じて特約を締結させたとして、公序良俗違反の問題と構成するのが適切であったとする指摘もある。）。

そこで、民法第108条本文について、自己契約及び双方代理に限らず、代理人の利益相反行為一般を禁止する規定に改めるべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

- 3 他方、同条ただし書は、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、自己契約及び双方代理の禁止が及ばないと定めている。これは、既に存在する債務の履行については、本人の利益が害されることはなく、また、本人があらかじめ許諾している行為については、本人の利益を保護する必要がないと考えられることによる。

しかし、債務の履行も、裁量の余地が含まれる場合には、本人の利益を害する形でされる可能性がある。他方で、民法第108条の趣旨が、代理人が本人の利益を害するおそれのある行為をすることを禁止することにあるのであれば、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為に限らず、代理人と本人との利益が相反しない行為であれば、形式的に自己契約又は双方代理に該当するとしても、これを禁止するまでの必要はない。

この点について、当事者間で契約条項があらかじめ取り決められている場合の公正証書の作成については、民法第108条の法意に反しないとした判例（最判昭和26年6月1日民集5巻7号367頁）も存在する。

そこで、民法第108条本文を代理人の利益相反行為一般を禁止する規定に改めるという上記の考え方による場合には、同条ただし書についても、本人があらかじめ許諾した行為に限らず、本人の利益を害さないことが明らかな行為については禁止されないとする規定に改めるという考え方が併せて提示されている（参考資料1〔検討委員会試案〕・48頁）が、どのように考えるか。

（関連論点） 利益相反行為の効果

民法第108条に違反する行為は、無権代理であるとするのが、判例（最判昭和47年4月4日民集26巻3号373頁）・通説である。したがって、本人が追認をしなければ、同条に違反する行為の効果が本人に帰属することはない（同法第113条

第1項)。

これに対し、比較法的には、利益相反行為については、これを取り消すことができるとする考え方も存在する(ヨーロッパ契約法原則3:205条(1)項参照)。もっとも、このような考え方に対しては、代理行為そのものに瑕疵があるわけではないのに取消しを認めることへの疑問も示されている。

そこで、立法提案には、利益相反行為については、代理人が本人のために行動する義務に違反したという内部的な問題に過ぎないことから、本人が実際に自己の利益が害されると判断した場合に限って効果の不帰属を認めれば足りるとして、本人への効果の帰属を原則とした上で、本人は効果の不帰属を主張することができるものとするべきであるという考え方がある(参考資料1[検討委員会試案]・48頁)。

なお、民法第108条に違反する行為は無権代理であるとする判例・通説によれば、相手方の信頼保護は、表見代理の規定によって図られることになるが、上記の考え方を採用する場合には、表見代理に関する規定が適用されなくなることから、本人が効果の不帰属を主張した場合の相手方を保護するための規定の要否を別途検討する必要がある(さらに、相手方からの転得者等の第三者を保護するための規定の要否も検討対象となり得る)。この点について、上記の考え方においては、代理人が利益相反行為をしたことについて善意無重過失の相手方(及び第三者)に対しては、本人は効果の不帰属を主張することができないものとする考え方が併せて提案されている(参考資料1[検討委員会試案]・48頁)。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

(比較法)

○ フランス民法

1596条

〔以下の者は、〕自己自身でも、介在者によっても、競落人となることができない。これに反する場合には、無効とする。

後見人 その後見に服する者の財産について

受任者 売却する任に当たる財産について

行政官 その者の配慮に委ねられた市町村または公の施設の財産について

公の官吏 その者の関与によって売却を行う国有財産について

受託者 信託財産を構成する財産または権利について

○ フランス民法草案(カタラ草案)

1120-1条

(1) 代理人が、契約の両当事者の名および計算において行為すること、または自ら本人と契約することは、禁止される。ただし、法律がそれを認めているとき、または判事がそれを認めることを法律が許容しているときは、この限りでない。

(2) 禁止は、前項とは別に、本人の明示の同意により、または団体の場合にはその構成員による適法な決定により、除外することができる。

○ フランス民法草案(司法省草案)

43条

- (1) 代理人が契約の両当事者の計算において行為し、または自身の計算において本人と契約するときは、利益相反が存在する。
- (2) この場合、法律がそれを認めているときまたは本人がそれを許諾もしくは追認したときでない限り、なされた行為は無効となる。本人が団体（または「法人」）のときは、許諾または追認は、その代理人のみによってもたらすことはできない。
- (3) 本人が団体であり、かつその活動に照らしてその行為が通常の状態に関する日常の業務を構成するときは、無効とはならない。

○ ドイツ民法

181条（自己取引）

代理人は、特に許されていない限り、本人の名において、自己の名におけるまたは第三者の代理人としての自己との間で、法律行為をすることができない。ただし、法律行為がもっぱら義務の履行に関してのみ存在する場合は、この限りでない。

○ ユニドロワ国際商事契約原則2004

第2.2.7条（利益相反）

- (1) 代理人によって締結された契約において、代理人が本人と利益相反の関係にあり、そのことを相手方が知り、または知るべきであったときは、本人は当該契約を取り消すことができる。この取消権には、第3.12条および第3.14ないし第3.17条の規定を適用する。
- (2) 前項の規定にかかわらず、本人は次のいずれかにあたる場合には契約を取り消すことができない。
 - (a) 代理人が利益相反の関係にあることについて本人が同意を与え、または本人がそのことを知りもしくは知るべきであったとき。
 - (b) 代理人が利益相反を本人に開示し、本人が合理的な期間内に異議を述べなかったとき。

○ ヨーロッパ契約法原則

3:205条 利益相反

- (1) 代理人の締結した契約によって、代理人が利益相反状態に陥り、かつこの利益相反を相手方が知っていたか、または知らずにいることなどありえなかった場合には、本人は、4:112条から4:116条の規定に従って、この契約を取り消すことができる。
- (2) 次の各号のいずれかに該当する場合には、利益の相反があると推定される。
 - (a) 代理人が、相手方の代理人としても行為していた場合
 - (b) 当該契約が、代理人個人を相手方として締結された場合
- (3) ただし、次の各号のいずれかに該当する場合には、本人は契約を取り消すことができない。
 - (a) 本人が、代理人がそのような行為をすることについて同意していた場合
 - (b) 代理人が利益の相反について本人に開示し、かつ本人が合理的な期間内に異議を述べなかった場合

(7) 代理権の濫用

現行民法には、代理人がその代理権を濫用して自己又は他人の利益を図る行為をした場合についての直接的な規定は存在しないが、判例は、心裡留保に関する民法第93条ただし書を類推適用して、本人は悪意又は過失のある相手方に対して無効を主張することができるものとするにより、背信行為をされた本人の保護を図っている。

そこで、このような判例法理に従って代理権の濫用に関する規定を新設することが考えられるが、学説上は、単なる過失があるに過ぎない相手方まで保護されないというのでは取引の安全が害されるとして、悪意又は重過失のある相手方に限って、代理行為の効果が本人に帰属することを主張することが許されないと解すべきだとの見解が有力であり、このような見解に沿って規定を設けるべきであるとの考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (心裡留保)

民法第93条 意思表示は、表意者がその真意ではないことを知ってしたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方が表意者の真意を知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とする。

(補足説明)

- 1 代理人がその代理権を濫用して自己又は他人の利益を図る行為をした場合については、現行法上、特段の規定は設けられていない。
- 2 代理人が代理権を濫用したとしても、それは代理権の範囲内の行為なのであるから、その効果は有効に本人に帰属するのが原則であるが、相手方の主観的態様によっては、本人に対してその利益に反する効果を帰属させてまで相手方を保護することが相当とはいえない場合もある。

(1) この点について、判例（任意代理人に関する最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁，法定代理人に関する最判平成4年12月10日民集46巻9号2727頁。なお，法人の代表者に関する最判昭和38年9月5日民集17巻8号909頁参照）は，代理権の濫用の場合に，心裡留保に関する民法第93条ただし書を類推適用して，本人は悪意又は過失のある相手方に対して無効を主張できるとすることにより，背信行為をされた本人の保護を図っている。

こうした判例法理に対しては，代理人は，法律行為の効果を本人に帰属させる意思をもって，本人に効果帰属すべき内容の意思表示をしたのであるから，そこに心裡留保に類似する事態は存在しないとの批判もあるが，代理人のした意思表示の効果を原則として本人に帰属させつつ，相手方に悪意又は過失のある場合に例外的に本人を保護するという結論は，一定の支持を集めていると言われている。

(2) 他方で、判例法理に対しては、単なる過失があるに過ぎない相手方まで保護されないというのでは取引の安全が害されるとして、悪意又は重過失の相手方に限って、信義則上、代理行為の効果が本人に帰属することを主張することが許されないと解すべきだとする見解（信義則説）も主張されている。

また、信義則説によりつつ、本人保護の要請が働く法定代理の場合には、単なる過失があるに過ぎない相手方であっても、代理行為の効果が本人に帰属することを主張することを許すべきではないとする見解も主張されている。

(3) さらに、学説には、代理権濫用行為を無権代理行為としてとらえる見解（無権代理説）も主張されている。無権代理説の下では、相手方の保護は、表見代理制度によって図られることになるが、この場合には、「正当な理由」（民法第110条）の立証責任を相手方が負うことになるため、本人が相手方の悪意等の立証責任を負う判例法理や信義則説に比べて、取引の安全が害されるおそれが高いことが指摘されている。

3 以上のような判例・学説の状況の下で、立法提案としては、代理権の濫用について悪意又は重過失の相手方を保護しないことを原則としつつ、法定代理の場合には、単なる過失があるに過ぎない相手方であっても保護しないとする考え方が提示されている（参考資料1 [検討委員会試案]・49頁，参考資料2 [研究会試案]・126頁）。

このような考え方について、どのように考えるか。

（関連論点） 代理権の濫用の効果

判例法理によれば、代理権が濫用された場合には、民法第93条ただし書が類推適用されることから、相手方に悪意又は過失があるときには、代理権濫用行為は無効となる。これに対して、立法提案には、代理権濫用行為が形式的には代理権の範囲内の行為であることを前提に、本人が実際に自己の利益が害されると判断した場合に限って効果の不帰属を認めれば足りるとして、本人への効果の帰属を原則とした上で、本人は効果の不帰属を主張することができるものとすべきであるとの考え方がある（参考資料1 [検討委員会試案]・49頁）。

また、判例（最判昭和44年11月14日民集23巻11号2023頁）は、代理権濫用行為が民法第93条ただし書の類推適用によって無効とされる場合であっても、代理権濫用について善意の第三者は同法第94条第2項の類推適用により保護され得ると判示している。これに対して、相手方が悪意又は重過失である場合に限って本人が効果の不帰属を主張することができるとする上記の考え方からは、この第三者保護の点についても、代理権の濫用について善意無重過失の第三者に対しては、本人は効果の不帰属を主張することができないものとすべきであるとの考え方が併せて提案されている（参考資料1 [検討委員会試案]・49頁）。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

(比較法)

○ フランス民法草案 (カタラ草案)

1119-3条

(1) 代理人によって行われたその権限外の行為は、無効とする。ただし、本人は、それにつき能力を有するときは、それを追認することができる。

(2) 本人を害する権限の濫用により代理人が責任を負うことになる行為についても、同様とする。ただし、第三者が善意で契約をしたときは、この限りでない。

○ フランス民法草案 (司法省草案)

41条

代理人が本人を害してその権限を濫用したときは、第三者が知っていたまたはその濫用を知る状況にあった場合には、本人は、その行為の無効を主張することができる。

3 表見代理

(1) 代理権授与の表示による表見代理 (民法第109条)

ア 法定代理への適用の可否

民法第109条は、代理権授与の表示による表見代理について規定しているところ、同条が法定代理にも適用されるかどうかについては、条文上は必ずしも明確ではないという指摘がある。

判例・通説は、同条は法定代理には適用されないと解しており、そのことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (代理権授与の表示による表見代理)

民法第109条 第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、その責任を負う。ただし、第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。

(補足説明)

1 民法第109条は、本人が、実際には他人に代理権を与えていないにもかかわらず、これを与えたかのような表示をした場合に、この代理権授与の表示を信頼して法律関係に入った相手方(同条の文言上は「第三者」)を保護するための表見代理について規定していると解されている。

2 同条は「第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は」と規定するのみであり、同条が法定代理にも適用されるのかどうかは、条文上は必ずしも明確ではないとの指摘がある。

この点について、判例(大判明治39年5月17日民録12輯758頁)・通説は、法定代理権は本人が授与するものではなく、本人がこれを授与する表示を

しても無意味であることなどから、同条の法定代理への適用を否定しており、そのことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

しかし、このような判例・通説に対しては、同条の法定代理への適用を一律に否定するのは相手方の保護の観点から問題があるとし、例えば、戸籍記載を代理権授与表示と等置することができる場合などには、法定代理にも同条の適用の余地を認めるべきであるという見解も主張されている。

以上を踏まえ、上記の考え方について、どのように考えるか。

イ 代理権授与表示への意思表示規定の類推適用

民法第109条の代理権授与の表示については、その法的性質は意思表示ではなく観念の通知であるとされているものの、意思表示に関する規定が類推適用されるとする見解が主張されている。

そこで、代理権授与の表示に意思表示に関する規定が類推適用される場合の具体的な規律を条文上も明らかにすべきであるという考え方があり、例えば、代理権授与の表示と解釈される行為を、本人がそのような意味を持つとは知らずに行った場合には、錯誤に類するものとして、それと同様の規律を設けるべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (心裡留保)

民法第93条 意思表示は、表意者がその真意ではないことを知ってしたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方が表意者の真意を知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とする。

○ (錯誤)

民法第95条 意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない。

(参照・旧条文)

- 平成16年法律第147号による改正前の民法第109条 第三者ニ対シテ他人ニ代理権ヲ与ヘタル旨ヲ表示シタル者ハ其代理権ノ範囲内ニ於テ其他人ト第三者トノ間ニ為シタル行為ニ付キ其責ニ任ス

(補足説明)

- 1 民法第109条の代理権授与の表示は、代理権授与行為としての効果を有するものではないから、意思表示ではなく、観念の通知であると解されている。

しかし、同条が適用される場合には、結果として代理権授与行為があったのと同様の効果が生ずることから、代理権授与の表示にも意思表示に関する規定を類推適用すべきであるという見解が主張されている。

2 そこで、代理権授与の表示に意思表示に関する規定が類推適用される場合の規律を条文上も明らかにすることが考えられるが、具体的にどのような規定を設けるかについては、意思表示に関する規定の見直しの方向性(部会資料12-1[民法(債権関係)の改正に関する検討事項(7)]「第3 意思表示」参照)を踏まえて検討する必要がある。

以下では、差し当たり、現行法下において特に議論がされている心裡留保に関する民法第93条及び錯誤に関する同法第95条の類推適用の問題を取り上げる。

(1) まず、代理権授与の表示をした本人が、表示された代理権を授与していないことを知っていた場合には、心裡留保に類似するものとして、民法第93条を類推適用することが考えられる。同条が類推適用されると、相手方が善意無過失でない限り(同条ただし書)、代理権授与の表示としての価値が否定され、同法第109条の表見代理は成立しないことになる。

もっとも、平成16年改正(現代語化)の際に、相手方に悪意又は過失がある場合には同法第109条の表見代理が成立しないとする判例法理(最判昭和41年4月22日民集20巻4号752頁)が明文化されたことから、現行法下では、代理権授与の表示に同条第93条を適用する意義は乏しいと思われる。

しかし、意思表示に関する規定の見直しにより、例えば、表意者が相手方を誤信させる意図を持って自己の真意を秘匿する場合(狭義の心裡留保)に、意思表示が無効となるのは相手方が悪意であるときに限られるという考え方(部会資料12-1[民法(債権関係)の改正に関する検討事項(7)]「第3 2(1)無効となる要件」参照)を採るのであれば、これとの整合性を保つために、代理権授与の表示に狭義の心裡留保に類似する状況が認められる場合には、相手方が悪意であるときに限って同法第109条の表見代理の成立が否定されるものとすべきであるという考え方が提示されている。

(2) 次に、代理権授与の表示と解釈される行為を、本人がそのような意味を持つとは知らずに行った場合には、錯誤に類似するものとして、民法第95条を類推適用することが考えられる。同条が類推適用されると、代理権授与の表示をした本人に重過失がある場合を除いて(同条ただし書)、代理権授与の表示としての価値が否定され、同法第109条の表見代理は成立しないことになる。そこで、その旨を条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

判例(最判昭和39年5月23日民集18巻4号621頁)は、白紙委任状の転得者がその委任事項欄を濫用した事案において、同法第109条の代理権授与の表示の存在を否定するが、これについては、代理権授与の表示の存否という枠組の中で、同法第95条を類推適用することと同一の結論を導き出したものとみる見解もある。なお、白紙委任状に関する規律の明文化については、後記「ウ 白紙委任状」参照。

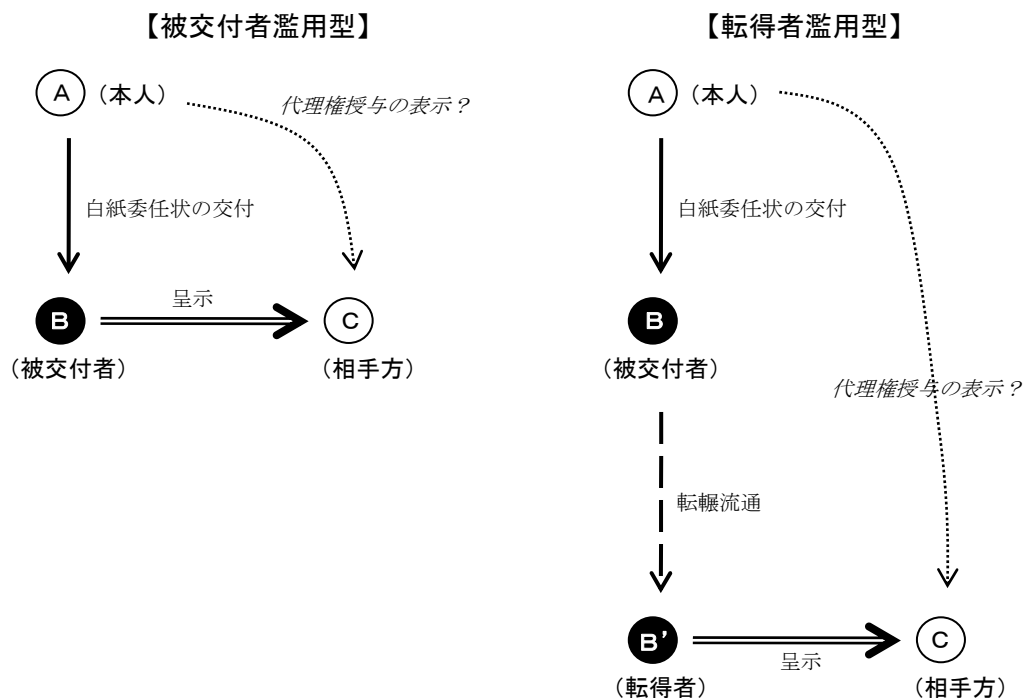
ウ 白紙委任状

民法第109条が実際に適用される主たる場面は、白紙委任状が交付された場合と言われている。すなわち、白紙委任状が濫用されて本来予定されていない代理行為が行われた場合に、白紙委任状の相手方への呈示が同条の代理権授与の表示に当たるかどうか問題となるとされている。

この点について、白紙委任状を交付した者は、白紙委任状の空白部分が補充されて相手方に呈示されたときは、これを呈示した者が白紙委任状の被交付者であると転得者であるとを問わず、呈示した者に代理権を与えた旨の同条の代理権授与の表示を相手方に対してしたものと推定する旨の規定を新設すべきだとの考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

- 1 民法第109条が実際に適用される主たる場面は、白紙委任状（記載されるべき事項のうちの一部を空白のままにしてある委任状）が交付された場合と言われている。すなわち、白紙委任状が濫用されて本来予定されていない代理行為が行われた場合に、白紙委任状の相手方への呈示が同条の代理権授与の表示に当たるかどうか問題となるとされている。



- 2 現行法の下では、白紙委任状の濫用に関しては、一般に、次のように整理されている。

(1) 白紙委任状の被交付者Bが白紙委任状を濫用して無権代理行為をした場合

において、Bが相手方Cに呈示した白紙委任状の空白部分が補充されていたときは、Cから見れば、補充後の内容の委任状が本人Aによって作成された場合と区別が付かないことから、補充後の内容の代理権授与の表示があったものと解すべきである。

他方、BがCに呈示した白紙委任状の空白部分が補充されていなかった場合には、Aがどのような代理権を授与したものを判断することができないことから、それだけでは代理権授与の表示があったとは解されないが、白紙委任状とともに土地の権利証や印鑑証明書等が示されるなど、特定の代理権が授与されたことをうかがわせる事情があるときは、代理権授与の表示があったと解することができる（最判昭和45年7月28日民集24巻7号1203頁参照）。

- (2) 白紙委任状の転得者B'が白紙委任状を濫用して無権代理行為をした場合において、委任事項欄が濫用されていないときは、誰が代理人として行動するかはともかく、本人Aにとって予期していたとおりの結果が生ずるに過ぎないことなどから、代理権授与の表示があったものと解すべきである（最判昭和42年11月10日民集21巻9号2417頁）。

これに対し、B'が委任事項欄を濫用したときは、予想もしていなかった重い責任を負わされることからAを保護するため、濫用された内容での代理権授与の表示はなかったと解すべきである（前掲最判昭和39年5月23日。ただし、同判決は不動産登記手続に要する書類が一緒に交付されていた事案であり、このような書類は「これを交付した者よりさらに第三者に交付され、転輾流通することを常態とするものではない」という事情を重視している。）。

- 3 以上の整理を踏まえ、立法提案としては、白紙委任状の空白部分が補充されて相手方に呈示されたときは、これを呈示した者が被交付者であると転得者であるとを問わず、代理権授与の表示があったものと推定する規定を新設すべきだとの考え方がある（参考資料1〔検討委員会試案〕・53頁）。この考え方においては、白紙委任状の転得者が委任事項欄を濫用した場合については、濫用された内容での代理権授与の表示はなかったと解するのではなく、代理権授与の表示があったものとした上で、これに錯誤の規定を類推適用することによって（前記「**イ 代理権授与表示への意思表示規定の類推適用**」（補足説明）2(2)参照）妥当な解決を図るべきであるとされている。

もっとも、このような立法提案に対しては、委任状は必ずしも定型的なものではなく、その濫用の類型を定式化することが困難であることなどから、白紙委任状が濫用された場合の取扱いについては明文の規定を設けるべきではないとする批判も考えられる。

以上を踏まえ、上記の考え方について、どのように考えるか。

エ 本人名義の使用許諾の場合

民法第109条は、代理権授与の表示による表見代理について規定しているところ、判例は、代理権授与の表示があった場合のみならず、本人が自己

の名義の使用を他人に許した場合にも、同条の法理等に照らして、本人の表見代理による責任を肯定している。

そこで、条文上もこのことを明確にすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (自己の商号の使用を他人に許諾した商人の責任)

商法第14条 自己の商号を使用して営業又は事業を行うことを他人に許諾した商人は、当該商人が当該営業を行うものと誤認して当該他人と取引をした者に対し、当該他人と連帯して、当該取引によって生じた債務を弁済する責任を負う。

○ (自己の名称の使用を他人に許諾した一般社団法人又は一般財団法人の責任)

一般社団法人及び一般財団法人に関する法律第8条 自己の名称を使用して事業又は営業を行うことを他人に許諾した一般社団法人又は一般財団法人は、当該一般社団法人又は一般財団法人が当該事業を行うものと誤認して当該他人と取引をした者に対し、当該他人と連帯して、当該取引によって生じた債務を弁済する責任を負う。

○ (自己の商号の使用を他人に許諾した会社の責任)

会社法第9条 自己の商号を使用して事業又は営業を行うことを他人に許諾した会社は、当該会社が当該事業を行うものと誤認して当該他人と取引をした者に対し、当該他人と連帯して、当該取引によって生じた債務を弁済する責任を負う。

(補足説明)

1 民法第109条は、代理権授与の表示による表見代理について規定しているところ、判例（最判昭和35年10月21日民集14巻12号2661頁）は、本人が自己の名義の使用を他人に許していた事案において、「およそ、一般に、他人に自己の名称、商号等の使用を許し、もしくはその者が自己のために取引する権限ある旨を表示し、もつてその他人のする取引が自己の取引なるかの如く見える外形を作り出した者は、この外形を信頼して取引した第三者に対し、自ら責に任ずべきであつて、このことは、民法一〇九条、商法二三条〔現行商法第14条〕等の法理に照らし、これを是認することができる」と判示して、本人の表見代理責任を肯定している。

そこで、このような判例に基づき、自己の名義を使用して取引をすることを他人に許していた場合には、代理権授与表示による表見代理と同様の規律が及ぶことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

2 学説には、商法第14条、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律第8条、会社法第9条等が、名義貸与者と名義使用者の連帯責任を認めていることを踏まえ、本人の名義を信頼した相手方を保護するために民法第109条の類推適用により本人の表見代理責任を認めるとしても、同時に、名義を使用した他人にも取

引の当事者としての責任を負わせるのが適当であるとする考え方も主張されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

オ 民法第110条との重畳適用

判例は、代理権授与の表示を受けた他人が、表示された代理権の範囲を超える法律行為をした場合に、民法第109条と同法第110条とを重畳適用することにより、その他人に代理権があると信すべき正当な理由がある相手方の保護を図っている。

そこで、条文上もこの点を明確にすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (権限外の行為の表見代理)

民法第110条 前条本文の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信すべき正当な理由があるときについて準用する。

(補足説明)

民法第109条は、表見代理が成立するための要件として、代理権授与の表示において代理人とされた他人が「その代理権の範囲内において」法律行為をすることを必要としているから、本人が、実際には他人に代理権を与えていないにもかかわらず、これを与えたかのような表示をしたところ、この他人が表示された代理権の内容を超える法律行為をしたような場合には、条文の文言上、同条の適用はないことになる。

しかし、こうした場合についても、判例（前掲最判昭和45年7月28日）は、同条と権限外の行為の表見代理に関する同法第110条とを重畳的に適用して本人の表見代理責任を肯定することにより、代理権授与の表示において代理人とされた他人に当該法律行為を代理する権限があったと信じた相手方の保護を図っている。同法第109条と同法第110条との重畳適用を認める判例法理に対しては、学説上も特段の異論は見当たらない。

そこで、このような判例法理に基づき、代理権授与の表示を受けた他人が、表示された代理権の内容を超える法律行為をした場合について、その他人に代理権があると信すべき正当な理由がある相手方が保護されることを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

もっとも、前掲最判昭和45年7月28日は、白紙委任状が空白部分の補充のないままに呈示されたものの、土地の権利証や印鑑証明書等が示されるなどの特定の代理権が授与されたことをうかがわせる事情があったことから、同法第109条の代理権授与の表示があったものと認定することができたという例外的な事例であって（前記「ウ 白紙委任状」（補足説明）2(1)参照）、現実には、代理権授与の表示に明示さ

れている委任事項の内容を超える事項についての代理権の存在を信じたことに正当理由が認められる余地は極めて少ないとの指摘もある。

以上を踏まえ、判例法理を明文化すべきであるという上記の考え方について、どのように考えるか。

(代理権授与の表示による表見代理に関連する比較法)

○ ドイツ民法

171条 (表示による効力の継続)

(1) 第三者に対する特別の通知または公示によって他人に代理権を付与した旨を表示したときは、前者の場合にはその第三者に対し、また後者の場合には全ての第三者に対し、その他人はその表示に基づいて代理権が付与される。

(2) その表示が行われたのと同じ方法によって表示が撤回されるまで、代理権は存続するものとする。

172条 (委任状)

(1) 本人が代理人に委任状を交付し、かつ代理人がそれを第三者に示したときは、本人による代理権授与の特別の通知がなされた場合と同様とする。

(2) 委任状が本人に返還されまたはその失効が宣言されるまでは、代理権は存続するものとする。

173条 (知りまたは過失により知らなかった場合における効力の継続)

法律行為をする時に第三者が代理権の消滅を知りまたは知ることができたときは、第170条、第171条第2項および第172条第2項の規定は適用しない。

○ 国際動産売買に関する代理に関する条約

第14条 (1) 代理人が権限にもとづかないで行為をし又は権限の範囲を越えた行為をした場合には、その行為は本人及び第三者を拘束しない。

(2) 前項の規定にかかわらず、本人の行動によって第三者が代理人に本人のためにする権限があることを及び代理人がその権限の範囲内で行為をしていると合理的かつ善意で信じた場合には、本人は代理人に権限のないことを第三者に対して主張することができない。

○ ユニドロフ国際商事契約原則2004

第2.2.5条 (無権代理人)

(1) 代理人が代理権なく、またはその代理権の範囲を超えて行為したときは、その行為は本人と相手方との間の法律関係に効力を生じない。

(2) 前項に規定にかかわらず、代理人が本人のために行為する権限を有し、かつ当該代理人はその権限の範囲内で行為していると、相手方が信じる合理的な理由を本人が作出したときは、本人は相手方に対して代理人の代理権の不存在を主張することができない。

○ ヨーロッパ契約法原則

3:201条 明示的代理権、黙示的代理権、表見的代理権

(1), (2) (略)

(3) 表見代理人のした行為について、本人の表示または行為により、相手方が表見代理人に権限が与えられていたものと信じ、かつ、そのように信じるのが合理的であり、かつ信義誠実にかなったものである場合には、本人は、表見代理人に代理権を授与していたとみなされる。

(2) 権限外の行為の表見代理（民法第110条）

ア 法定代理への適用の可否

民法第110条は、代理人がその権限外の行為をした場合の表見代理について規定しているところ、同条が法定代理にも適用されるかどうかについては、争いがある。

判例は、法定代理にも同条の適用があるとするが、学説上は、表見代理の成立には本人の帰責性が必要であるとする立場から、法定代理への同条の適用を認めない見解も有力であり、そのことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （権限外の行為の表見代理）

民法第110条 前条本文の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて準用する。

○ （日常の家事に関する債務の連帯責任）

民法第761条 夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯してその責任を負う。ただし、第三者に対し責任を負わない旨を予告した場合は、この限りでない。

○ （保佐人に代理権を付与する旨の審判）

民法第866条の4 家庭裁判所は、第十一条本文に規定する者又は保佐人若しくは保佐監督人の請求によって、被保佐人のために特定の法律行為について保佐人に代理権を付与する旨の審判をすることができる。

2, 3 （略）

○ （補助人に代理権を付与する旨の審判）

民法第876条の9 家庭裁判所は、第十五条第一項本文に規定する者又は補助人若しくは補助監督人の請求によって、被補助人のために特定の法律行為について補助人に代理権を付与する旨の審判をすることができる。

2 （略）

（補足説明）

1 民法第110条は、代理人がその権限外の法律行為をした場合に、そこまでの代理権の存在を信頼して法律関係に入った相手方（同条の文言上は「第三者」）

を保護するための表見代理について規定しているところ、同条が法定代理にも適用されるのかどうか（同条の「権限」が法定代理権であっても同条の表見代理が成立するのか）については、争いがある。

なお、平成11年改正前は、無能力者の法定代理人には包括的な代理権が認められており、法定代理人の行為は有権代理となることが通常であったから、同条の法定代理への適用が問題となる場面は極めて限られていた。しかし、平成11年改正により、保佐人又は補助人に代理権が付与される場合には、その範囲は特定の法律行為に限定されることとなった（同法第876条の4第1項、第876条の9第1項）ため、法定代理人がその権限外の行為をしたとして同法第110条の適用が問題となる場面が増えることも考えられると指摘されている。

- 2 判例（大判昭和17年5月20日民集21巻571頁）は、法定代理についても同条の表見代理が成立することを認めており、学説においても、取引の安全を重視する見地から、これを支持する見解が通説的地位を占めていたといわれている。

これに対し、近年の学説においては、表見代理制度の理論的根拠である権利外觀法理は、外觀作出に本人の関与（帰責性）を必要とする考え方であるとして、代理人の選任・監督について本人に帰責性のない法定代理の場合には、同条の表見代理を成立させる余地はないとする見解が有力であり、そのことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

- 3 ところで、判例（最判昭和44年12月18日民集23巻12号2476頁）は、夫婦間の日常の家事に関する債務の連帯責任について定めた民法第761条を、実質的に夫婦が日常の家事に関する法律行為について相互に代理権を有することを規定しているものと解した上、夫婦の一方がこの代理権の範囲を超えて第三者と法律行為をした場合には、第三者においてその法律行為が当該夫婦の日常の家事に関する法律行為の範囲内に属すると信じるについて正当な理由のあるときに限り、同法第110条の趣旨を類推適用して、その第三者の保護を図るとしている。

法定代理への同法第110条の適用を否定する場合には、同法第761条に基づく夫婦間の日常家事代理権への同法第110条の趣旨を類推適用することの可否についても疑義が生じ得ることになるので、上記判例法理を維持するか否か、維持する場合にはどのような手当てを講じるべきか等についての検討も必要となるとの指摘がされている。

イ 代理人の「権限」

民法第110条は、代理人がその権限外の行為をした場合の表見代理について規定しているところ、同条の「権限」が代理権に限られるかどうかについては、争いがある。

判例は、同条の「権限」は私法上の行為についての代理権に限られるとし

つつ、公法上の行為を代行する権限であっても、その行為が特定の私法上の取引行為の一環としてされるものであるときには、同条の「権限」に該当し得るとしている。これに対し、学説上は、同条の「権限」は代理権に限られるものではなく、事実行為を含めた対外的な関係を形成をする権限であれば足りるとする見解も有力であり、そのことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

(補足説明)

- 1 民法第110条は、代理人がその権限外の行為をした場合の表見代理について規定しているところ、同条の「権限」が代理権に限られるかどうかについては、争いがある。
- 2 判例は、同条の「権限」は私法上の代理権に限られるとしつつ（投資勧誘行為の代行権限を同条の権限には当たらないとした最判昭和35年2月19日民集14巻2号250頁、公法上の印鑑証明書下付申請行為の代理権を同条の権限には当たらないとした最判昭和39年4月2日民集18巻4号497頁、公法上の登記申請行為の代行権を同条の権限には当たらないとした最判昭和41年11月18日民集20巻9号1827頁）、本人から公法上の登記申請行為を委任されてこれに必要な権限を与えられた者がその権限を超えて第三者と取引行為をした事案において、「単なる公法上の行為についての代理権は民法一一〇条の規定による表見代理の成立の要件たる基本代理権にあたらないと解すべきであるとしても、その行為が特定の私法上の取引行為の一環としてなされるものであるときは、右規定の適用に関しても、その行為の私法上の作用を看過することはできないのであつて、実体上登記義務を負う者がその登記申請行為を他人に委任して実印等をこれに交付したような場合に、その受任者の権限の外観に対する第三者の信頼を保護する必要があることは、委任者が一般の私法上の行為の代理権を与えた場合におけると異なるところがないものといわなければならない。したがって、本人が登記申請行為を他人に委任してこれにその権限を与え、その他人が右権限をこえて第三者との間に行為をした場合において、その登記申請行為が本件のように私法上の契約による義務の履行のためになされるものであるときは、その権限を基本代理権として、右第三者との間の行為につき民法一一〇条を適用し、表見代理の成立を認めることを妨げないものと解するのが相当である」（最判昭和46年6月3日民集25巻4号455頁）とも判示している。

これに対し、学説上は、民法第110条が「権限」の存在を要件としているのは、表見代理の成立に当たって本人による外観作出への関与（帰責性）を要求する趣旨であるから、同条の「権限」は代理権に限られるものではなく、事実行為を含めた対外的な関係を形成する権限であれば足りるとする見解も有力である。この見解によれば、手形の発行事務といった事実行為の代行権限についても、同条の「権限」に該当し得ることになる。

- 3 以上のような判例・学説の状況の下で、立法提案としては、代理権に限られないことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

ウ 正当な理由

民法第110条は、代理人がその権限外の行為をした場合に、相手方が代理人の権限があると信じたことについて「正当な理由」があるときに表見代理が成立すると規定するが、この「正当な理由」の意味や、どのような事情があるときに「正当な理由」があると認められるかについて、条文上は必ずしも明らかなでないと指摘されている。

そこで、この「正当な理由」について、判例の見解に基づき善意無過失を意味することを明確にすべきであるという考え方や、その点は解釈にゆだねつつ「正当な理由」の有無についての考慮要素をできる限り明文化すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(補足説明)

- 1 民法第110条は、代理人がその権限外の行為をした場合に、相手方が代理人の権限があると信じたことについて「正当な理由」があるときに表見代理が成立すると規定するが、どのような事情があるときに「正当な理由」があると認められるかについては、条文上は必ずしも明らかなではない。

- 2 判例（最判昭和35年12月27日民集14巻14号3234頁参照）は、この「正当な理由」を相手方の善意無過失としてとらえていると解されている。

そして、どのような場合に「正当な理由」があるといえるかについては、一般に、次のような判断方法をとっていると分析されている。

- (1) 代理人が権限外の行為についての代理権を有していることを推測させる事情がある場合には、原則として、「正当な理由」があるものと認められる（最判昭和35年10月18日民集14巻12号2764頁参照）。例えば、代理人が広汎な代理権を有するような名称を有していたり、実印や印鑑登録証明書、委任状といった代理権の徴憑となる物を所持していたりする場合である。
- (2) しかし、(1)のような事情がある場合であっても、権限外の行為についての代理権の存在を疑わせるような事情（不審事由）があるときには、相手方は代理権の存否について調査・確認をしない限り、過失がないとはいえず、「正当な理由」は肯定されない（最判昭和42年11月30日民集21巻9号2497頁参照）。例えば、代理人として振る舞う者が、実印や印鑑登録証明書を所持しているとしても、その者がこれらの物を入手しやすい本人の家族である場合には、不審事由があるといえる（最判昭和27年1月29日民集6巻1号49頁、最判昭和39年12月11日民集18巻10号2160頁参照）。また、相手方が事業者や専門家である場合に当該事業や当該専門職に属する取引について本人への調査・確認を怠ったときには、過失ありとされる場合が多いと

いわれている（最判昭和45年12月15日民集24巻13号2081頁，最判昭和51年6月25日民集30巻6号665頁参照）。

- 3 学説においては、判例と同様に「正当な理由」を相手方の善意無過失ととらえる見解（善意無過失説）が通説とされてきた。

これに対して、最近の学説では、「正当な理由」は、本人を保護すべき事情と相手方を保護すべき事情との一切を総合的に判断して、本人と相手方とのいずれを保護すべきかを決するための要件であるとする見解（総合判断説）も有力である。総合判断説の下では、本人の帰責性も「正当な理由」の判断の一要素として扱うことができるため、同条の「権限」の範囲を緩やかに解したとしても（前記「ア 法定代理への適用の可否」，「イ 代理人の権限」参照），妥当な結論を導くことが可能になるとされている。

- 4 立法提案には、「正当な理由」を相手方の善意無過失に書き換えるべきだとの考え方がある（参考資料2〔研究会試案〕・129頁）。

また、善意無過失説と総合判断説とのいずれを採用すべきかはなお解釈にゆだねつつ、「正当な理由」の有無についての判断要素を可及的に明確にしようとする観点から、判例の集積によって抽出される判断要素を明文化すべきであるとの考え方もある（参考資料1〔検討委員会試案〕・55頁）。具体的には、この提案は、「正当な理由」の判断要素として、①当該行為について代理権があることを推測させる徴憑の有無，②代理人が①の徴憑を取得した経緯と本人がそれに関与した程度，③代理人の行為に対する本人の言動，④当該行為により代理人が取得する利益の程度，当該行為により本人が負うべき不利益または負担の程度その他当該行為について代理人に代理権があることを疑わせる事情の有無およびその程度，⑤代理人に与えられた代理権について相手方が調査または確認するためにした行為の有無およびその程度を掲げている。

これらの考え方について、どのように考えるか。

（権限外の行為の表見代理に関連する比較法）

○ フランス民法草案（カタラ草案）

1119-3条

- (1) 代理人によって行われたその権限外の行為は、無効とする。ただし、本人は、それにつき能力を有するときは、それを追認することができる。
- (2) 本人を害する権限の濫用により代理人が責任を負うことになる行為についても、同様とする。ただし、第三者が善意で契約をしたときは、この限りでない。

○ フランス民法草案（司法省草案）

39条

- (1) 代理人が権限なくしてまたはその権限を超えて行った行為は、とりわけ本人の行為または表示によって、契約をした第三者が代理人の権限の存在につき正当に信じた場合を除き、本人に対し対抗不能となる。
- (2) その行為が代理人により権限なくしてまたはその権限を超えて行われたことを知ら

なかったときは、契約をした第三者は、その無効を主張することができる。
(3) 対抗不能も行為の無効も、本人がそれを追認した時以降は、もはや主張することができない。

○ 国際動産売買に関する代理に関する条約

第14条 (1) 代理人が権限にもとづかないで行為をし又は権限の範囲を越えた行為をした場合には、その行為は本人及び第三者を拘束しない。

(2) 前項の規定にかかわらず、本人の行動によって第三者が代理人に本人のためにする権限があることを及び代理人がその権限の範囲内で行為をしていると合理的かつ善意で信じた場合には、本人は代理人に権限のないことを第三者に対して主張することができない。

○ ユニドロフ国際商事契約原則2004

第2.2.5条 (無権代理人)

(1) 代理人が代理権なく、またはその代理権の範囲を超えて行為したときは、その行為は本人と相手方との間の法律関係に効力を生じない。

(2) 前項に規定にかかわらず、代理人が本人のために行為する権限を有し、かつ当該代理人はその権限の範囲内で行為していると、相手方が信じる合理的な理由を本人が作出したときは、本人は相手方に対して代理人の代理権の不存在を主張することができない。

○ ユーロップ契約法原則

3:201条 明示的代理権、黙示的代理権、表見的代理権

(1), (2) (略)

(3) 表見代理人のした行為について、本人の表示または行為により、相手方が表見代理人に権限が与えられていたものと信じ、かつ、そのように信じるのが合理的でありかつ信義誠実にかなったものである場合には、本人は、表見代理人に代理権を授与していたとみなされる。

(3) 代理権消滅後の表見代理 (民法第112条)

ア 法定代理への適用の可否

民法第112条は、代理権消滅後の表見代理について規定しているところ、同条が法定代理にも適用されるかどうかについては、争いがある。

判例は、法定代理にも同条の適用があるとするが、学説上は、表見代理の成立には本人の帰責性が必要であるとする立場から、法定代理への同条の適用を認めない見解も有力であり、そのことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (代理権消滅後の表見代理)

民法第112条 代理権の消滅は、善意の第三者に対抗することができない。ただし、第三者が過失によってその事実を知らなかったときは、この限りでない。

(補足説明)

- 1 民法第112条は、本人から代理権を与えられていた者が、代理権が消滅した後になお代理人として法律行為をした場合に、この代理権の存在を信頼して法律関係に入った相手方（同条の文言上は「第三者」。大判昭和2年12月24日民集6巻754頁）を保護するための表見代理について規定している。

後掲（代理権消滅後の表見代理に関連する比較法）のとおり、このような立法例は比較法的には珍しいものではないところ、同条については、代理権消滅を対抗できない場合を定めた規定であって、表見代理に関する規定ではないとする見解も存在した。しかし、平成16年改正（現代語化）の際に、「代理権消滅後の表見代理」との条見出しが付され、同条が表見代理に関する規定であることが明確化された。

- 2 同条が法定代理にも適用されるかどうかについては、争いがある。

判例（前掲大判昭和2年12月24日）は、法定代理についても同条の表見代理が成立することを認めており、学説においても、取引の安全を重視する見地から、これを支持する見解が通説的地位を占めているといわれてきた。

このような判例・学説の考え方に対しては、法定代理では代理権の消滅事由が法定されており、同条の適用を認めなくても、取引の安全が害されるおそれは少ないとの指摘もある。また最近の学説においては、表見代理制度の理論的根拠である権利外観法理は、外観作出に本人の関与（帰責性）を必要とする考え方であるとして、代理人の選任・監督について本人に帰責性のない法定代理の場合には、同条の表見代理を成立させる余地はないとする見解が有力であり、そのことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

イ 「善意」の対象

民法第112条は、「代理権の消滅は、善意の第三者に対抗することができない」と定めているところ、この「善意」の対象については、争いがある。

判例は、行為の時点で代理権の不存在を知らなかったことで足りるものとして解されているが、学説上は、過去において代理権が存在したことを知っており、その代理権の消滅を知らなかったことを必要とするとの見解も有力であり、そのことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

(補足説明)

- 1 民法第112条は、「代理権の消滅は、善意の第三者に対抗することができな

い」と定めているところ、この「善意」の対象については、争いがある。

- 2 判例（最判昭和44年7月25日集民96号407頁）は、「民法一二条の表見代理が成立するためには、相手方が、代理権の消滅する前に代理人と取引をしたことがあることを要するものではなく、かような事実は、同条所定の相手方の善意無過失に関する認定のための一資料となるにとどまるものと解すべきである」と判示しており、単に行為の時点で代理権の不存在を知らなかったことで足りるとする見解を採用したものと解されている。

このような判例の見解に対しては、代理権の存在についての同一の外観を相手方が信頼した場合であっても、代理行為をした者にまったく代理権が与えられたことがなかった場合には表見代理が成立する余地がないのに、たまたま過去に何らかの代理権が与えられたことがあった場合には同条の表見代理が成立するというのは、均衡を失すとの批判がある。これを踏まえ、学説上は、民法第112条の表見代理は、過去にあった代理権が存続していると信頼した第三者が思わぬ不利益を被るのを防ぐための制度であるとして、同条の「善意」については、相手方が過去において代理権が存在したことを知っており、かつ、その代理権の消滅を知らなかったことを必要とするとの見解が有力であり、そのことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

ウ 民法第110条との重畳適用

判例は、本人から代理権を与えられていた者が、消滅した代理権の内容を超える法律行為をした場合に、民法第110条と民法112条とを重畳適用することにより、その者に権限があると信ずべき正当な理由がある相手方の保護を図っている。

そこで、条文上もこのことを明確にすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （権限外の行為の表見代理）

民法第110条 前条本文の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて準用する。

（補足説明）

判例（最判昭和32年11月29日民集11巻12号1994頁）は、「代理権の消滅後従前の代理人がなお代理人と称して従前の代理権の範囲に属しない行為をなした場合に、右代理権の消滅につき善意無過失の相手方において、自称代理人の行為につきその権限があると信ずべき正当の理由を有するときは、当該の代理人と相手方との間になした行為につき、本人をしてその責に任ぜしめるのを相当とする」と判示して、同法第110条と同法第112条を重畳適用することにより、相手方の保護を

図っている。

同法第110条と同法第112条との重畳適用を認める判例法理に対しては、学説にも特段の異論は見当たらず、そのことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

(代理権消滅後の表見代理に関連する比較法)

○ フランス民法

2005条

受任者のみに通知した解任は、この解任を知らずに取引をした第三者に対抗することができない。ただし、受任者に対する委任者の求償を妨げない。

2006条

同一の事務についての新たな受任者の設定は、それを旧受任者に通知した日から、旧受任者の解任の効力を生じる。

2007条

(1) 受任者は、委任者に放棄することを通知することによって、委任を放棄することができる。

(2) ただし、この放棄が受任者を害する場合には、受任者は、その補償を行わなければならない。ただし、受任者が自ら相当の損害を被ることなしに委任を継続することが不可能である場合には、その限りでない。

2008条

受任者が委任者の死亡または委任を終了させるその他の事由のいずれか〔が生じたこと〕を知らない場合には、受任者がそれを知らずに行った事柄は、有効である。

2009条

前条の場合には、受任者の約務は、善意の第三者に対しては履行される。

○ ドイツ民法

169条 (受任者および業務執行組合員の任意代理権)

受任者または業務執行組合員の消滅した任意代理権が第674条および第729条によって存続するものと見なされる限りにおいて、法律行為をする時にその消滅を知りまたは知ることができた第三者については、代理権は存続しないものとする。

170条 (任意代理権の効力の継続)

任意代理権が第三者に対する表示によって授与されたときは、その消滅が本人からその第三者に通知されるまでは、任意代理権はその第三者に対して効力を有する。

173条 (知りまたは過失により知らなかった場合における効力の継続)

法律行為をする時に第三者が代理権の消滅を知りまたは知ることができたときは、第170条、第171条第2項および第172条第2項の規定は適用しない。

○ 国際動産売買に関する代理に関する条約

第19条 代理権の消滅は、第三者が代理権の消滅又はその原因となる事実を知り又は知り得べかりし場合を除き、第三者に影響を及ぼさない。

○ ユニドロフ国際商事契約原則2004

第2. 2. 10条 (代理権の消滅)

- (1) 代理権の消滅は、相手方がそれを知り、または知るべきであった場合を除き、相手方に対抗することができない。
- (2) 代理権が消滅した場合においても、代理人は本人の利益が害されることを防ぐために必要な行為をする権限を有する。

○ ヨーロッパ契約法原則

3: 209条 代理権の存続

- (1) 代理権は、相手方が次の各号のいずれかを知り、または知るべきである時まで存続する。
 - (a) 本人もしくは代理人またはその双方が、代理権を消滅させていたこと
 - (b) 権限授与の目的であった行為が完了し、または権限が存続するものとされていた期間が経過したこと
 - (c) 代理人が支払不能に陥ったこと、または代理人が自然人である場合には、代理人が死亡し、もしくは能力を欠くに至ったこと
 - (d) 本人が支払不能に陥ったこと
- (2) 前項 a 号において、代理権が消滅したことが、権限が最初に通知または公告されたのと同じ方法で通知または公告された場合には、相手方は、代理権の消滅を知っているものとみなされる。
- (3) ただし、代理人には、合理的な期間、本人またはその承継人の利益を保護するのに必要な行為を遂行する権限がとどめられる。

4 無権代理

(1) 無権代理人の責任 (民法第117条)

民法第117条第1項は、無権代理人に対して一定の場合に無権代理行為についての履行又は損害賠償をする責任を負わせている。

この責任は、法定の無過失責任と解されているが、無権代理人が自らに代理権がないことを知らなかった場合には、錯誤に準じて、無権代理人としての責任を免れ得ると解すべきであるとの見解も主張されている。

また、同条第2項は、無権代理について悪意有過失の相手方は無権代理人の責任を追及することができないと規定しているところ、無権代理人が故意に無権代理行為を行った場合には、信義則上、相手方に過失があるときでも、無権代理人は同条第1項の責任を免れないと解すべきであるとの見解も主張されている。

これらの点について、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (無権代理行為の追認)

民法第116条 追認は、別段の意思表示がないときは、契約の時にさかのぼって

その効力を生ずる。ただし、第三者の権利を害することはできない。

○ (無権代理人の責任)

民法第117条 他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明することができず、かつ、本人の追認を得ることができなかったときは、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う。

2 前項の規定は、他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき、若しくは過失によって知らなかったとき、又は他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかったときは、適用しない。

(補足説明)

1 (1) 民法第117条第1項は、本人の追認を得ることのできなかった無権代理人に対して、相手方の選択に応じて、無権代理行為についての履行又は損害賠償をする責任を負わせている。

この責任の性質については、一般に、「無権代理人が相手方に対し代理権がある旨を表示し又は自己を代理人であると信じさせるような行為をした事実を責任の根拠として、相手方の保護と取引の安全並びに代理制度の信用保持のために、法律が特別に認めた無過失責任」(最判昭和62年7月7日民集41巻5号1133頁)と解されている。

(2) この無権代理人の責任に関して、学説上は、無権代理人が自らに代理権がないことを知らなかった場合には、錯誤に準じて、重過失がない限り無権代理人としての責任を免れ得ると解すべきだとの見解も主張されている。

この見解は、例えば、本人Aが相手方Cに対して100万円を贈与することとし、その契約の締結を代理人Bに委ねたところ、BがCとの間で契約を締結した前日に、Aが人知れず死亡していた場合、Bの代理権はCとの契約前に消滅していたことになる(同法第111条第1項第1号)から、Bによる契約締結は無権代理行為となるが、このような場合にまでBに100万円の贈与の履行の責任を負わせるのは妥当ではないとして、自らに代理権がないことを知らなかったという点を錯誤に類似するものととらえて、Bは、重過失がない限り、無権代理人としての責任を免れるべきだというのである。

このような見解からは、上記のことを条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

2 (1) 民法第117条第2項は、無権代理について悪意有過失の相手方は無権代理人の責任を追及することができないと規定している。

学説には、同条を表見代理による保護を受けることのできない相手方を保護するための規定ととらえ、同項の「過失」を重過失と解すべきだとの見解もある。この見解は、同項の「過失」を字義どおりに解釈すると、表見代理が成立しない場合には無権代理人の責任を追及することができなくなり、同条の存在意義が薄れてしまうことを問題視するのである。

しかし、判例(前掲最判昭和62年7月7日)は、「同条二項が『前項ノ規

定ハ相手方カ代理権ナキコトヲ知リタルトキ若クハ過失ニ因リテ之ヲ知ラサ
リシトキハ之ヲ適用セス』と規定しているのは、同条一項が無権代理人に無過
失責任という重い責任を負わせたところから、相手方において代理権のないこ
とを知っていたとき若しくはこれを知らなかったことにつき過失があるとき
は、同条の保護に値しないものとして、無権代理人の免責を認めたものと解さ
れるのであって、その趣旨に徴すると、右の『過失』は重大な過失に限定され
るべきものではないと解するのが相当である。」と判示して、同法第117条
第2項の「過失」を字義どおり解釈すべきだとしている。

(2) ところで、同項に関しては、無権代理人が故意に無権代理行為を行った場合
には、信義則上、相手方に過失があるときでも、無権代理人は民法第117条
第1項の責任を免れないと解すべきだとの見解が主張されている。

とりわけ、意思表示に関する規定の見直しにより、例えば、表意者が相手方
を誤信させる意図を持って自己の真意を秘匿する場合（狭義の心裡留保）に、
意思表示が無効となるのは相手方が悪意であるときに限られるとの考え方（部
会資料12-1 [民法（債権関係）の改正に関する検討事項(7)]「第3 2(1)
無効となる要件」参照）を採るのであれば、これとの整合性を保つために、無
権代理人が自らに代理権がないことを知っていながら、相手方に対して代理権
があると信じさせた場合には、相手方が悪意であるときに限って民法第117
条第1項の責任を免れることができるものとすべきであるという考え方が提
示されているが、どのように考えるか。

（比較法）

○ フランス民法

1997条

受任者がその資格において〔契約を〕締結する相手方に対して自己の権限について十
分な知識を与えた場合には、〔その権限を〕越えて行った事柄についてなんら担保責任の
義務を負わない。ただし、受任者が個人的に担保責任に服する場合には、この限りでな
い。

○ フランス民法草案（カタラ草案）

1119-1条

(1) 代理人によってその権限の範囲内においてなされた行為により、本人のみがその義
務を負う。

(2) ただし、代理人は、その権限の行使に際して犯し得たフォートについて、とりわけ
それにより本人の名で行われた行為の無効原因がもたらされるときは、責任を負う。

○ ドイツ民法

179条（無権代理人の責任）

(1) 代理人として契約を締結した者は、その代理権を証明しない限り、本人が契約の追
認を拒絶したときは、相手方に対し、相手方の選択に従い履行または損害賠償をなす
義務を負う。

(2) 代理人が代理権の欠缺を知らなかったときは、代理人は、相手方が代理権について信じたことによって生じた損害についてのみ賠償する義務を負う。ただし、契約が有効な場合に相手方が得る利益の額を超えないものとする。

(3) 相手方が代理権の欠缺を知りまたは知ることができたときは、代理人は責任を負わない。代理人の行為能力が制限されていたときも、代理人が法定代理人の同意を得て行為した場合を除き、代理人は責任を負わない。

○ 国際動産売買に関する代理に関する条約

第16条 (1) 代理人が代理権を有しない場合又は代理権の範囲を越える行為をした場合には、本人の追認がないときは、代理人は第三者に対して、代理権を有し、かつ、その範囲内で行為をした場合に第三者がおかれたのと同様の状態となるような補償をしなければならない。

(2) 第三者が、代理人に権限のないこと又は権限の範囲外の行為であることを知り又は知りうべかりしときは、代理人は前項に定める義務を免れない。

○ ユニドロフ国際商事契約原則2004

第2.2.6条 (無権代理人の責任)

(1) 代理権なくまたは代理権の範囲を超えて代理行為を行なった者は、本人の追認がないときは、その者が代理権に基づいて、代理権の範囲を超えることなく行為していたなら置かれたであろうと同じ地位に相手方を置くための損害賠償の責任を負う。

(2) 前項の場合において、その代理人に代理権がないことまたは代理権の範囲を超えていることを相手方が知り、または知るべきであったときは、代理人は損害賠償の責任を負わない。

○ ヨーロッパ契約法原則

3:204条 権限なくまたは権限を越えて行為する代理人

(1) 代理人として行為する者が、権限なく、または自己のもつ権限の範囲を越えて行為するときには、その行為は本人および相手方を拘束しない。

(2) 3:207条による本人の追認がない場合には、代理人は、相手方に対して、代理人が権限をもって行為していたのと同じ状態に相手方を置くように、損害賠償をしなければならない。このことは、代理人が権限を欠いていることについて相手方が知っていたか、または知らずにいることなどありえなかった場合には、適用されない。

(2) 無権代理と相続

無権代理人又は本人の一方が死亡して、他方がこれを相続した場合のように、同一人が本人としての法的地位と無権代理人としての法的地位とを併せ持つ事態が生じた場合には、その者と相手方との間の法律関係が問題となるが、現行民法には、このような場合についての規定は存在しない。

そこで、これまでの判例・学説の到達点を踏まえ、後記アからウまでのような場合についての明文の規定を設けるべきであるとの考え方があるが、どのように考えるか。

ア 無権代理人が本人を相続した場合

本人が追認も追認拒絶もしないうちに死亡し、無権代理人が本人を相続した場合について、判例は、無権代理人は追認を拒絶することができないとしており、そのことを条文上も明確にすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

- 1 本人が追認も追認拒絶もしないうちに死亡し、無権代理人が本人を相続した場合の法律関係については、以下のような考え方がある。

(1) 資格融合説

資格融合説は、無権代理人が本人を相続すると、無権代理人の資格と本人の資格とが融合し、本人自らが法律行為をしたのと同様な法律上の地位を生じるとする考え方である。資格融合説の下では、無権代理行為が当然に追完されることになるため、本人を相続した無権代理人が追認を拒絶する余地はないことになる。

資格融合説に対しては、悪意の相手方すら保護されることや、善意の相手方の取消権（民法第116条）が奪われることなどの問題点が指摘されているほか、無権代理人の他にも本人の相続人が存在する場合（共同相続の場合）には、無権代理人の相続分の範囲でのみ当然に無権代理行為が追完されるとすると、無権代理人、他の共同相続人及び相手方のうちの誰かが望まない結果が生じ得ることが指摘されている。

(2) 資格併存説

資格併存説は、無権代理人が本人を相続しても、無権代理人の資格と本人の資格との融合は生じず、無権代理人が両者の資格を併せ持つことになるとする考え方である。資格併存説は、本人を相続した無権代理人に追認拒絶を許すかどうかをめぐって、信義則説と完全併存説とに分かれるとされている。

ア 信義則説

信義則説は、自ら無権代理行為をした無権代理人が本人の資格で追認を拒絶することは信義則に反し許されないとする考え方である。

無権代理人の他にも本人の相続人が存在する場合（共同相続の場合）には、他の共同相続人は追認を拒絶することは妨げられないところ、他の共同相続人が追認を拒絶した場合における追認が可分か否かをめぐって、信義則説はさらに2つの考え方に分けられるとされる。

(ア) 追認不可分説

追認不可分説は、追認するかどうかを決める権利を分割することができず、共同相続人がそろって追認しない限り、追認の効果は生じないとする考え方である。他の共同相続人全員が無権代理行為の追認をしている場合には、無権代理人が追認を拒絶することは、信義則上、許されないとされる。

(イ) 追認可分説

追認可分説は、追認するかどうかを決める権利も相続分に依拠して分割されるものであり、無権代理人は、その相続分の範囲でのみ、信義則上、追認を拒絶することが許されないとする考え方である。

追認可分説を採用した場合には、結局、相続分の限度で資格の融合を認めるのと同様の結論に至ることになるから、無権代理人、他の相続人及び相手方のうちの誰もが望まない結果が生じ得るという資格融合説に対する批判がそのまま当てはまることになる」と指摘されている。

イ 完全併存説

完全併存説は、無権代理人が本人を相続しても、無権代理人の資格と本人の資格との融合は生じず、無権代理人は、両者の資格を併せ持ち、本人の資格で追認拒絶をすることができるとする考え方である。無権代理人が追認を拒絶した場合には、相手方は無権代理人の責任（民法第117条）を追及することになる。

- 2 判例は、無権代理人が本人の地位を単独で相続した場合について、結論的には、無権代理人が追認を拒絶することはできないとしているものの、その理由については、「無権代理人が本人を相続し本人と代理人との資格が同一人に帰するにいたった場合においては、本人が自ら法律行為をしたのと同様な法律上の地位を生じたものと解するのが相当であり」（最判昭和40年6月18日民集19巻4号986頁）と判示して資格融合説を採用したように読めるものもあれば、傍論ながら「無権代理人が本人を相続した場合においては、自らした無権代理行為につき本人の資格において追認を拒絶する余地を認めるのは信義則に反するから、右無権代理行為は相続と共に当然有効となると解するのが相当であるけれども」（最判昭和37年4月20日民集16巻4号955頁）と判示して資格併存説 - 信義則説を採用しているとも読めるものもある。また、無権代理人のほかにも本人の相続人が存在する場合（共同相続の場合）については、「無権代理人が本人を他の相続人と共に共同相続した場合において、無権代理行為を追認する権利は、その性質上相続人全員に不可分的に帰属するところ、無権代理行為の追認は、本人に対して効力を生じていなかった法律行為を本人に対する関係において有効なものにするという効果を生じさせるものであるから、共同相続人全員が共同してこれを行使しない限り、無権代理行為が有効となるものではないと解すべきである。そうすると、他の共同相続人全員が無権代理行為の追認をしている場合に無権代理人が追認を拒絶することは信義則上許されないとしても、他の共同相続人全員の追認がない限り、無権代理行為は、無権代理人の相続分に相当する部分においても、当然に有効となるものではない」（最判平成5年1月21日民集47巻1号265頁）と判示して、資格併存説 - 信義則説 - 追認不可分説を採用したものがあ

- 3 立法提案には、追認の可分性については、相続法にも密接に関わる問題であることから、無権代理に関する規定において立ち入ることはせず、本人が追認も追

認拒絶もしないうちに死亡し、無権代理人が本人を相続した場合には、無権代理人は追認を拒絶することができないとの限度で明文の規定を設けるべきだとの考え方が提示されているが（参考資料1〔検討委員会試案〕・59頁）、どのように考えるか。

- 4 (1) このほか、具体的な立法提案はされていないが、以上と関連する論点として、本人が追認を拒絶した後に死亡した場合の取扱いも問題となり得る。判例（最判平成10年7月17日民集52巻5号1296頁）は、「本人が無権代理行為の追認を拒絶した場合には、その後に無権代理人が本人を相続したとしても、無権代理行為が有効になるものではないと解するのが相当である。けだし、無権代理人が行った行為は、本人がその追認をしなければ本人に対してその効力を生ぜず（民法一一三条一項）、本人が追認を拒絶すれば無権代理行為の効力が本人に及ばないことが確定し、追認拒絶の後には本人であっても追認によって無権代理行為を有効とすることができず、右追認拒絶の後には無権代理人が本人を相続したとしても、右追認拒絶の効果に何ら影響を及ぼすものではないからである。……相続した無権代理人が本人の追認拒絶の効果を主張することがそれ自体信義則に反するものであるということとはできない」と判示して、無権代理人が本人による追認拒絶の効果を主張することを認めている。これに対しては、自ら無権代理行為をした無権代理人が自己への効果帰属を否定することを許すべきではないとの批判もある。
- (2) また、同様に具体的な立法提案はされていないが、無権代理人が本人の後見人となった場合の取扱いも問題となり得る。判例（平成6年9月13日民集48巻6号1263頁）は、このような場合には、自ら無権代理行為をした後見人であっても、原則としてその追認を拒絶することが許されるとする。これは、後見人による追認の拒絶を当然に否定すると、制限行為能力者である本人に不利益が及ぶことになるからであるとされている。

イ 本人が無権代理人を相続した場合

本人が無権代理人を相続した場合について、判例は、本人は追認を拒絶することができるとしており、そのことを条文上も明確にすべきであるという考え方があがるが、どのように考えるか。

（補足説明）

本人が無権代理人を相続した場合について、判例（前掲最判昭和37年4月20日）は、「本人が無権代理人を相続した場合……においては、相続人たる本人が被相続人の無権代理行為の追認を拒絶しても、何ら信義に反するところはないから、被相続人の無権代理行為は一般に本人の相続により当然有効となるものではないと解するのが相当である」と判示して、資格併存説 - 信義則説を採用したとも読める表現により、本人が追認を拒絶することを認めている。

この結論に対しては、学説にも特段の異論は見当たらず、それを条文上も明確にす

べきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（関連論点） 無権代理人の責任の承継

本人が無権代理人を相続した場合には、無権代理人の責任（民法第117条）も相続されるから、本人は、追認を拒絶したとしても、善意無過失の相手方に対して、履行責任を負い得ることになる（最判昭和48年7月3日民集27巻7号751頁）。

しかし、このような帰結に対しては、相手方が相続という偶然の事情によって履行を得ることが可能となることや、本人が追認を拒絶することの意味が失われてしまうことなどの不当性が指摘されている。

ところで、他人物売買の事案において、判例（最判昭和49年9月4日民集28巻6号1169頁）は、他人の権利の売主の地位を権利者が相続した場合であっても、信義則に反するような特別の事情のない限り、売主としての履行義務を拒否することができるとしている。そこで、他人物売買と無権代理が、事実認定において紙一重の差しかないとも言われていることにかんがみ、これと同様に考えて、本人が無権代理人を相続した場合には、履行責任を拒むことができる（無権代理人としての責任は損害賠償責任しか負わない）と解する見解が主張されており、そのことを条文上も明確にすべきであるという考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

ウ 第三者が無権代理人と本人の双方を相続した場合

第三者が無権代理人と本人の双方をこの順に相続した場合について、判例は、先に第三者が無権代理人を相続していることから、無権代理人が本人を相続した場合と同視して、第三者は追認を拒絶することができないとしている。

しかし、このような帰結に対しては、自ら無権代理行為をしたわけではない第三者が追認を拒絶することができないのは不当であるなどの批判がされている。学説上は、第三者が無権代理人と本人の双方を相続した場合については、相続の順を問わず、第三者は追認を拒絶することができるとする見解が有力であり、そのことを条文上も明確にすべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

（補足説明）

- 1 第三者が無権代理人と本人の双方を相続した場合について、判例（最判昭和63年3月1日集民153号465頁）は、先に第三者が無権代理人を相続した場合については、無権代理人が本人を相続した場合と同視することができるとして、第三者は追認を拒絶することができないとの結論を採用している。

しかし、このような帰結に対しては、自ら無権代理行為をしたわけではない第三者が追認を拒絶することは何ら信義に反するものではないのだから、第三者に追認の拒絶を許さないのは不当であるとの批判や、本人が先に死亡し、次に無権

代理人が死亡した場合については、本人が無権代理人を相続した場合と同視でき、第三者は追認を拒絶することができるかと解されるのであって、無権代理人と本人のいずれが先に死亡したかという偶然の事情によって結果が正反対になるのは不当であるとの批判がされている。

- 2 そこで、学説上は、第三者が無権代理人と本人の双方を相続した場合については、相続の順を問わず、第三者は追認を拒絶することができるとする見解が有力であり、そのことを条文上も明確にすべきであるという考え方が提示されている。また、第三者が無権代理人と本人の双方を相続した場合に、相続の順を問わず、第三者は追認を拒絶することができるとする考え方を採る場合には、併せて、第三者は無権代理人としての履行責任を拒むことができる（無権代理人としての責任は損害賠償責任しか負わない）とすることが考えられ（前記「**イ 本人が無権代理人を相続した場合**」（関連論点）参照）、そのこともまた条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

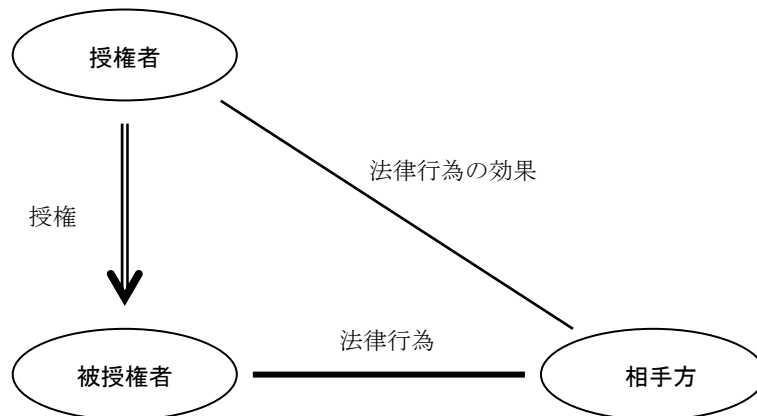
以上のような考え方について、どのように考えるか。

5 授権

代理に類似する制度に、自己の名で法律行為をしながら、その法律効果を他人に帰属させる制度である授権があるところ、そのうち処分授権は、委託販売の法律構成として実際上も重要であると指摘されており、判例もこれを肯定していると解されているが、現行民法には授権についての規定は存在しない。

そこで、授権（処分授権）について、明文の規定を設けるべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。また、仮に明文の規定を設けるとする場合には、どのような点に留意すべきか。

（注）代理に類似する制度には、授権のほかに、間接代理がある。間接代理とは、自己の名で法律行為をしながら、その経済的效果のみを他人に帰属させる制度であり、問屋（商法第551条）がその一例であるとされる。間接代理は、法律行為をした者に法律効果が帰属するという点で、代理とは大きく異なる性質を有していることから、ここでの検討の対象とはせず、委任契約の規定の在り方について検討する際に、必要に応じて、委任の特殊類型として扱うこととする。



(補足説明)

- 1 授権とは、自己の名で法律行為をしながら、その法律効果を他人に帰属させる制度であり、処分授権と義務負担授権（義務設定授権）という2つの類型があるとされている。

処分授権とは、被授権者が自己の名で、授権者が有する権利を処分する法律行為をすることによって、授権者がその権利を処分したという効果が生じるというものである。処分授権については、これを肯定する見解が多く、委託販売の法律構成として実際上も重要な意義があると指摘されており、判例（最判昭和29年8月24日集民15号439頁）も、「原判決は、上告人が訴外Dに対し判示の協議成立に際し本件立木を『右訴外人の手において自ら他に売却』することを委ね、その趣旨に基いて右訴外人は本件立木を被上告人に売渡した事実を認定した上、他人の代理人たることを表示しないで、他人の物を自己の物として第三者に売渡す場合においても、その他人が右のような処分行為をすることに予じめ承諾を与えているときは、右売買は有効であつて、右売買と同時に買受人たる第三者は右物件の所有権を取得すると解するのが相当であるから、被上告人は本件売買によつて立木の所有権を取得したものであると判断したのであつて、この解釈は相当である」と判示しており、処分授権を肯定しているものと解されている。

これに対して、義務負担授権とは、被授権者が自己の名でした法律行為によって、授権者に義務を負担させるというものである。義務負担授権については、相手方において誰が債務者であるかを誤信する危険があり、被授権者自身が債務者であると信じた相手方に不測の不利益を与えるおそれがあることから、これを否定する見解が多いと言われている。

- 2 現行民法には、授権についての規定は存在しないところ、立法提案には、処分授権については、明文の規定を置くべきであるという考え方がある（参考資料1〔検討委員会試案〕・63頁）。この考え方では、授権は、被授権者の行った法律行為の効果が授権者に帰属するという点で、代理人の行った法律行為の効果が本人に帰属する代理と類似することから、基本的には、性質の許す限り代理に関する規定を準用すること

が提案されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

(比較法)

○ ドイツ民法

185条 (権限を有しない者の処分)

- (1) 権限を有しない者がある対象に関して行った処分は、権利者の同意を得て行ったときは、その効力を生ずる。
- (2) 権利者が処分を追認したとき、処分者がその対象を取得したとき、または、権利者が処分者を相続しかつ遺産債務について無限責任を負うときは、その処分は効力を生ずる。後の二つの場合において、その対象に関し相互に相容れないいくつかの処分が行われたときは、最初の処分のみがその効力を生ずる。

第4 条件及び期限

1 総論

条件及び期限に関しては、用語の意義を明確にすべきであることを始めとして、後記2から5までで取り上げた問題点が指摘されているが、このほか、条件及び期限の規定の在り方を見直すに当たっては、どのような点に留意する必要があるか。

(参照・現行条文)

○ (条件が成就した場合の効果)

民法第127条 停止条件付法律行為は、停止条件が成就した時からその効力を生ずる。

2 解除条件付法律行為は、解除条件が成就した時からその効力を失う。

3 当事者が条件が成就した場合の効果とその成就した時以前にさかのぼらせる意思表示したときは、その意思に従う。

○ (条件の成否未定の間における相手方の利益の侵害の禁止)

民法第128条 条件付法律行為の各当事者は、条件の成否が未定である間は、条件が成就した場合にその法律行為から生ずべき相手方の利益を害することができない。

○ (条件の成否未定の間における権利の処分等)

民法第129条 条件の成否が未定である間における当事者の権利義務は、一般の規定に従い、処分し、相続し、若しくは保存し、又はそのために担保を供することができる。

○ (条件の成就の妨害)

民法第130条 条件が成就することによって不利益を受ける当事者が故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方は、その条件が成就したものとみなすこ

とができる。

○ (既成条件)

民法第131条 条件が法律行為の時に既に成就していた場合において、その条件が停止条件であるときはその法律行為は無条件とし、その条件が解除条件であるときはその法律行為は無効とする。

2 条件が成就しないことが法律行為の時に既に確定していた場合において、その条件が停止条件であるときはその法律行為は無効とし、その条件が解除条件であるときはその法律行為は無条件とする。

3 前二項に規定する場合において、当事者が条件が成就したこと又は成就しなかったことを知らない間は、第二百二十八条及び第二百二十九条の規定を準用する。

○ (不法条件)

民法第132条 不法な条件を付した法律行為は、無効とする。不法な行為をしな

ないことを条件とするものも、同様とする。

○ (不能条件)

民法第133条 不能の停止条件を付した法律行為は、無効とする。

2 不能の解除条件を付した法律行為は、無条件とする。

○ (随意条件)

民法第134条 停止条件付法律行為は、その条件が単に債務者の意思のみに係るときは、無効とする。

○ (不能条件)

民法第133条 不能の停止条件を付した法律行為は、無効とする。

2 不能の解除条件を付した法律行為は、無条件とする。

○ (随意条件)

民法第134条 停止条件付法律行為は、その条件が単に債務者の意思のみに係るときは、無効とする。

○ (期限の到来の効果)

民法第135条 法律行為に始期を付したときは、その法律行為の履行は、期限が到来するまで、これを請求することができない。

2 法律行為に終期を付したときは、その法律行為の効力は、期限が到来した時に消滅する。

○ (期限の利益及びその放棄)

民法第136条 期限は、債務者の利益のために定めたものと推定する。

2 期限の利益は、放棄することができる。ただし、これによって相手方の利益を害することはできない。

○ (期限の利益の喪失)

民法第137条 次に掲げる場合には、債務者は、期限の利益を主張することができない。

一 債務者が破産手続開始の決定を受けたとき。

二 債務者が担保を滅失させ、損傷させ、又は減少させたとき。

三 債務者が担保を供する義務を負う場合において、これを供しないとき。

2 停止条件及び解除条件の意義

現行民法は、停止条件及び解除条件に関する規定を設けているところ（同法第127条）、この条件という用語の意義は、一般的には多義的であるため、停止条件、解除条件の意義を条文上明確にすべきであるとの考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○ （条件が成就した場合の効果）

民法第127条 停止条件付法律行為は、停止条件が成就した時からその効力を生ずる。

2 解除条件付法律行為は、解除条件が成就した時からその効力を失う。

3 当事者が条件が成就した場合の効果その成就した時以前にさかのぼらせる意思表示したときは、その意思に従う。

（補足説明）

条件とは、ある法律行為の効力の発生や消滅を、将来発生することが不確実な事実にかからせている特約のことをいうなどと説明されている。また、このうち停止条件（民法第127条第1項）は、将来発生することが不確実な事実が発生したときに法律行為の効力が発生する旨の特約をいい、解除条件（同条第2項）は、将来発生することが不確実な事実が発生したときに法律行為の効力が消滅する旨の特約をいうなどと説明されている。

このような条件という用語の意義は、日常の用語が多義的であることから、法律上、これを明確に定義すべきであるという考え方が提示されている。また、条件という用語を定義する際には、①法律行為の効力の全部が発生したり消滅したりする場合のほか、法律行為の効力の一部が発生したり消滅したりする場合が含まれることや、②一定期間内にある事実が生じないことをもって条件成就と定めることも可能であることを、明らかにすべきであるという考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

3 条件の成否が未確定の間における法律関係

民法第128条から第130条までは、条件の成否が未確定の間における法律関係について定めているところ、このうち、条件の成就によって不利益を受ける当事者が条件の成就を妨げた場合の規定（同法第130条）については、判例上、条件の成就によって利益を受ける当事者が条件を成就させた場合に類推適用されていることから、その旨を明らかにする規定を設けるべきであるという考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

- (条件の成否未定の間における相手方の利益の侵害の禁止)
民法第128条 条件付法律行為の各当事者は、条件の成否が未定である間は、条件が成就した場合にその法律行為から生ずべき相手方の利益を害することができない。
- (条件の成否未定の間における権利の処分等)
民法第129条 条件の成否が未定である間における当事者の権利義務は、一般の規定に従い、処分し、相続し、若しくは保存し、又はそのために担保を供することができる。
- (条件の成就の妨害)
民法第130条 条件が成就することによって不利益を受ける当事者が故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方は、その条件が成就したものとみなすことができる。

(補足説明)

条件の成否が確定する以前における法律関係については、①各当事者は、条件成就による相手方の利益を害することができないこと(民法第128条)、②この間における当事者の権利の処分等が可能であること(同法第129条)、③条件成就によって不利益を受ける当事者が故意に条件成就を妨げた場合に、相手方が条件成就とみなすことができること(同法第130条)が定められている。これらの規定の趣旨は、条件の成就によって得られる利益を一種の期待権として保護したものなどと説明されている。

このうち、民法第130条に関して、判例(最判平成6年5月31日民集48巻4号1029頁)は、同条の規定内容とは逆に、条件の成就によって利益を受ける当事者が故意に条件を成就させた場合についても、同条が類推適用され、相手方は条件が成就しなかったものとみなすことができるとしていることから、その旨を明らかにする規定を設けるべきであるという考え方が提示されている。また、この判例の考え方を条文化するに当たっては、「故意に条件を成就させた」というだけでは、なんら非難すべきでない場合(例えば、入試に合格することを停止条件とする贈与において、入試に合格したこと)を除外することができないため、「信義則に反する行為により」あるいは「信義に反して」、条件を成就させた場合などとすべきであるという考え方(参考資料1[検討委員会試案]・77頁、参考資料2[研究会試案]・131頁)が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

4 期限の意義

期限には、始期と終期があり(民法第135条)、また、確定期限と不確定期限がある(同法第412条)ところ、これらの用語の意義は条文上必ずしも明らかでないとの指摘がある。そこで、例えば、将来発生することが確実な事実が発

生することを期限の到来という旨を条文上明確にすべきであるという考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (期限の到来の効果)

民法第135条 法律行為に始期を付したときは、その法律行為の履行は、期限が到来するまで、これを請求することができない。

2 法律行為に終期を付したときは、その法律行為の効力は、期限が到来した時に消滅する。

(補足説明)

期限とは、法律行為の効力の発生、消滅又は債務の履行期の到来を、将来発生することの確実な事実にかからせる特約であるなどと説明されている。また、期限のうち、いつ到来するかが確定的に定まっている期限を確定期限といい、到来することは確実であるがいつ到来するかが確定的に定まっていない期限を不確定期限というとしてされているが、このような用語の意義について、現行法には明文の規定がない(確定期限や不確定期限という用語は、民法第412条に見られるが、そこでも用語の意義は明らかにされていない)。

また、期限には始期と終期があるとされているところ(民法第135条)、現行法は、その到来の効果として、始期については履行の請求ができるようになることを定め(同条第1項)、終期については法律行為の効力が消滅することを定めている(同条第2項)。しかし、始期に関しては、履行の請求に始期が付されるもの(履行期限)のほか、法律行為の効力の発生自体に始期が付されるもの(停止期限)も異論なく認められており、同条における始期と終期の規定内容は、バランスを失っているのではないかという問題も指摘されている。

こうした指摘を踏まえ、期限の始期・終期や確定期限・不確定期限などの用語の意義を条文上明確にすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

5 期限の利益

民法第137条が定める期限の利益の喪失事由のうち、破産手続開始の決定を受けたとき(同条第1号)については、破産法に委ね、民法の当該規定を削除すべきであるとの考え方がある。

このような考え方について、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (期限の利益及びその放棄)

民法第136条 期限は、債務者の利益のために定めたものと推定する。

2 期限の利益は、放棄することができる。ただし、これによって相手方の利益を害することはできない。

○ (期限の利益の喪失)

民法第137条 次に掲げる場合には、債務者は、期限の利益を主張することができない。

一 債務者が破産手続開始の決定を受けたとき。

二 債務者が担保を滅失させ、損傷させ、又は減少させたとき。

三 債務者が担保を供する義務を負う場合において、これを供しないとき。

○ (破産債権者の手続参加)

破産法第103条 (略)

2 (略)

3 破産債権が期限付債権でその期限が破産手続開始後に到来すべきものであるときは、その破産債権は、破産手続開始の時に於いて弁済期が到来したものとみなす。

4 (略)

○ (財団債権となる請求権)

破産法第148条 (略)

2 (略)

3 第103条第2項及び第3項の規定は、第1項第7号及び前項に規定する財団債権について準用する。この場合において、当該財団債権が無利息債権又は定期金債権であるときは、当該債権の額は、当該債権が破産債権であるとした場合に第99条第1項第2号から第4号までに掲げる劣後的破産債権となるべき部分に相当する金額を控除した額とする。

4 (略)

(補足説明)

債務者が期限の利益を主張することができなくなる事由として、現行民法が定めているもの（同法第137条）のうち、債務者が破産手続開始の決定を受けたとき（同条第1号）については、破産法との関係で問題があるとの指摘がされている。すなわち、破産手続開始の決定を受けた債務者に対する債権のうち、破産債権については破産法第103条3項において規定されている一方、財団債権については同法第148条第3項の解釈をめぐって争いがあるとされることから、これらの規定とその解釈に委ねるべきではないかという指摘である。

このような指摘を踏まえ、民法第137条第1号の規定を削除すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

このほか、期限の利益に関しては、実務上、当事者間の特約として、一定の事由が生じた場合に期限の利益を当然に喪失する旨（当然喪失特約）や、一定の事由が生じた場合に債権者の意思表示により期限の利益を喪失する旨（請求喪失特約）が定められるこ

とがしばしばあると言われている。そこで、このような特約が有効であることを注意的に規定すべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。