

民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(5)

目次

第1	保証債務	1
1	根保証	1
2	保証人保護の方策の拡充	5
	(1) 個人保証の制限	5
	(2) 契約締結時の説明義務、情報提供義務	11
	(3) 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務	14
第2	有価証券	17
1	総論	17
2	指図証券	18
3	記名式所持人払証券	19
4	前記2及び3以外の記名証券	20
5	無記名証券	21
第3	弁済	21
1	弁済の意義	21
2	第三者の弁済（民法第474条関係）	22
3	弁済として引き渡した物の取戻し（民法第476条関係）	24
4	債務の履行の相手方（民法第478条、第480条関係）	25
5	代物弁済（民法第482条関係）	29
6	弁済の方法（民法第483条から第487条まで関係）	30
7	弁済の充当（民法第488条から第491条まで関係）	33
8	弁済の提供（民法第492条関係）	36
9	弁済の目的物の供託（民法第494条から第498条まで関係）	38
10	弁済による代位	42
	(1) 任意代位制度（民法第499条関係）	42
	(2) 一部弁済による代位の要件・効果（民法第502条関係）	43
	(3) 担保保存義務（民法第504条関係）	45
第4	消費貸借	49
1	消費貸借の成立等（民法第587条関係）	49
2	消費貸借の予約（民法第589条関係）	52

3	準消費貸借（民法第588条関係）	54
4	利息	54
5	貸主の担保責任（民法第590条関係）	55
6	期限前弁済（民法第591条第2項、第136条第2項関係）	57
第5	使用貸借	59
1	使用貸借の成立等（民法第593条関係）	59
2	使用貸借の終了（民法第597条関係）	61
3	使用貸借終了後の収去義務及び原状回復義務（民法第598条関係）	63
4	損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限（民法第600条関係）	65

第 1 保証債務

1 根保証

(1) 民法第 465 条の 2 を次のように改めるものとする。

ア 一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約(以下「根保証契約」という。)であって保証人が法人でないもの(以下「個人根保証契約(仮称)」という。)の保証人は、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たるすべてのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額について、その全部に係る極度額を限度として、その履行をする責任を負う。

イ 個人根保証契約は、上記アに規定する極度額を定めなければ、その効力を生じない。

ウ 第 446 条第 2 項及び第 3 項の規定は、個人根保証契約における上記アに規定する極度額の定めについて準用する。

(2) 民法第 465 条の 4 を次のように改めるものとする。

次に掲げる場合には、個人根保証契約における主たる債務の元本は、確定する。

ア 債権者が、主たる債務者又は保証人の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき。ただし、強制執行又は担保権の実行の開始があったときに限る。

イ 主たる債務者又は保証人が破産手続開始の決定を受けたとき。

ウ 主たる債務者又は保証人が死亡したとき。

(3) 民法第 465 条の 5 を次のように改めるものとする。

ア 保証人が法人である根保証契約において、前記(1)アに規定する極度額の定めがないときは、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約(保証人が法人であるものを除く。)は、その効力を生じない。

イ 保証人が法人である根保証契約であってその主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれるものにおいて、元本確定期日の定めがないとき、又は元本確定期日の定め若しくはその変更が第 465 条の 3 第 1 項若しくは第 3 項の規定を適用するとすればその効力を生じないものであるときは、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約(保証人が法人であるものを除く。)は、その効力を生じない。

○中間試案第 17、5「根保証」

(1) 民法第 465 条の 2 (極度額) 及び第 465 条の 4 (元本確定事由) の規律の適用範囲を拡大し、保証人が個人である根保証契約一般に適用するものとする。

(2) 民法第 465 条の 3 (元本確定期日) の規律の適用範囲を上記(1)と同様に拡大するかどうかについて、引き続き検討する。

(3) 一定の特別な事情がある場合に根保証契約の保証人が主たる債務の元本の確定

を請求することができるものとするかどうかについて、引き続き検討する。

(説明)

1 素案(1)(2)について

(1) 現行法の規定

民法第465条の2は、貸金等根保証契約は極度額を定めなければ効力を生じないと規定している。これは平成16年法律第147号による改正（以下「平成16年改正」という。）によって設けられたものである。その趣旨は、根保証契約の保証人が負うこととなる責任の範囲を金銭的な面から画することにより、保証人の予測可能性を確保するとともに、根保証契約の締結時において根保証の要否及び必要とされる金銭的な範囲についての慎重な判断を求めようとするところにあるとされている。

また、同じく平成16年改正によって設けられた民法第465条の4は、貸金等根保証契約の元本確定事由として、主債務者又は保証人の財産についての強制執行等の申立て（同条第1号）、主債務者又は保証人についての破産手続開始の決定（同条第2号）、主債務者又は保証人の死亡（同条第3号）を定めている。平成16年改正前から、契約締結時には予想できなかった著しい事情変更が生じた場合には、保証人は、将来に向かって契約を解消する権利を有するとされていたが、同条各号に掲げる事由は著しい事情変更に定型的に該当すると考えられることから、これらを貸金等根保証契約の元本確定事由としたものとされる。

(2) 問題の所在

ア 民法第465条の2及び第465条の4の適用の対象となる貸金等根保証契約は、主たる債務の範囲に貸金等債務（金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務）が含まれる根保証契約である。すなわち、根保証契約のうち、主たる債務が継続的な売買取引に係る代金債務のみであるものや、不動産賃貸借に係る賃借人の債務のみであるものなど、融資に関するものではない根保証契約については、極度額を定めることを要しない。このように平成16年改正が貸金等根保証契約を対象として改正を行ったのは、次のような理由に基づく。すなわち、根保証契約は様々な経済取引において利用されているため、保証人保護のために取るべき措置としても種々のものが想定され、そのような措置を講じた場合における取引への影響の有無及びその程度を把握することも容易でないことから、全ての根保証契約を対象としてその契約内容の適正化を図ろうとすれば、その検討作業に相当の時間を要することが見込まれた。平成16年改正においては、融資に関する根保証契約について早急に措置を講ずる必要性が指摘されていたことを踏まえ、それ以外の根保証契約については、ひとまず適用対象から除外することとされたのである。平成16年改正が貸金等根保証契約に限定して改正を行ったことについては、衆参両院の法務委員会において、政府に対し、その見直しの必要性について検討すべきこと等を求める附帯決議がされている（注）。

イ 貸金等根保証契約以外の根保証においても、保証人が予想を超える多額の保証債務の履行を求められるという問題は生じている。例えば、建物賃貸借契約に基づく

賃借人の債務について親族等が根保証をすることがあるが、賃借人が長期にわたって家賃債務を履行していなかったため、遅延損害金を含めて未履行の債務が多額に上っている場合や、賃借人が故意や過失によって賃貸建物を損傷したため、修理費用や賃貸収入を得られなくなったことによる逸失利益などを含む多額の損害賠償を請求される場合などである。このような問題が生じていることに鑑みると、保証人の予測可能性を確保し、根保証の要否及び必要とされる金額的な範囲について慎重な判断を求めるといふ民法第465条の2の趣旨は、貸金等根保証契約以外の根保証にも妥当すると考えられる。部会においても、極度額の定めがなければ根保証契約は効力を生じないという同条の規律の適用範囲を個人が保証人である根保証一般に拡大することに対しては大きな異論はなく、パブリック・コメントの手续に寄せられた意見においても支持する意見が多い。また、同法第465条の4が規定する元本確定事由についても、平成16年改正以前から判例・学説上認められていたいわゆる特別解約権を行使するための要件である著しい事情変更が定型的に認められる事由を列挙したものであり、貸金等根保証契約以外の根保証についてもその趣旨は妥当すると考えられる。

(3) 改正の内容

以上の問題の所在を踏まえ、素案(1)は、極度額の定めがなければ根保証契約の効力が生じないという民法第465条の2の規定の適用対象を、貸金等根保証契約だけでなく、個人が保証人となる根保証契約（個人根保証契約（仮称））一般に拡大するものである。また、素案(2)は、根保証契約の元本確定事由を定める同法第465条の4の規定の適用対象を、貸金等根保証契約だけでなく、個人根保証契約一般に拡大するものである。

なお、中間試案においては、民法第465条の3（元本確定期日）の規律の適用範囲も拡大し、保証人が個人である根保証契約一般に適用するという考え方が検討の対象とされていた（中間試案第17、5(2)）。しかし、これに対しては、パブリック・コメントの手续において、借地借家法によって保護される建物賃貸借契約などを念頭に置いて、賃貸借契約は存続するにもかかわらず、根保証契約によって担保される債務は元本確定期日までに生じたものに限定されることに対する批判が寄せられている。当初から長期にわたる契約関係が存続することが予定されていた場合などにも、根保証による担保が全期間をカバーできないことが生じ得る。現在の同条の適用対象である貸金等根保証契約においては、元本確定後は主債務者に対して新たに信用を供与しないということも考えられるが、借地借家法によって保護される建物賃貸借契約や当初から長期にわたって存続することが予定されている契約関係においては、元本確定後に債権者が反対給付を拒絶できないため、根保証による担保を継続させる必要性を否定できない場合がある。そして、極度額の定めに関する規律の適用対象を拡大することにより、貸金等根保証以外の根保証においても保証人は予測を超える責任を負うとは言えないこと、保証契約に長期にわたって拘束されることによる不都合は、判例上認められる特別解約権によっても回避し得ることなどを考慮すると、貸金等根保証契約の根保証についてまで元本確定事由を拡大する必要性が高いとはいえない。そこ

で、同法第465条の3の適用範囲の拡大については、今回の資料では取り上げていない。

また、中間試案においては、一定の特別な事情がある場合に根保証契約の保証人が主債務の元本の確定を請求することができるという規律（いわゆる特別解約権の規律）を設けるかどうかも検討対象とされていた（中間試案第17、5(2)）。このような規律は平成16年改正においても検討されたが、考慮すべき様々な要素を的確に表現することが極めて困難であり、裁判規範として不明確なものとなるおそれがあるという問題が指摘されていたことなどを踏まえて見送ることとされた。現時点でも、これらの問題を乗り越える提案をすることは困難であるため、この資料においては取り上げていない。

（注）平成16年改正に係る法律案を可決するに当たっての参議院法務委員会の附帯決議は、「政府は、本法の施行に当たり、次の事項について特段の配慮をすべきである。」とした上で、その第3項において、「貸金等債務のみならず、継続的な商品売買に係る代金債務や不動産賃貸借に係る賃借人の債務を主たる債務とする根保証契約についても、取引の実態を勘案しつつ、保証人を保護するための措置を講ずる必要性の有無について検討すること。」とした。

また、衆議院法務委員会の附帯決議は、「政府は、本法の施行に当たり、次の事項について格段の配慮をすべきである。」とし、その第3項において、「個人の保証人保護の観点から、引き続き、各種取引の実態やそこにおける保証制度の利用状況を注視し、必要があれば早急に、継続的な商品売買に係る代金債務や不動産賃貸借に係る賃借人の債務など、貸金等債務以外の債務を主たる債務とする根保証契約についても、個人保証人を保護する措置を検討すること。」とした。

3 素案(3)について

(1) 現行法の規定

平成16年改正によって設けられた民法第465条の4は、保証人が法人である貸金等債務の根保証契約において所定の要件が具備されていない場合には、保証人の求償権について保証契約（以下「求償権保証契約」という。）であって保証人が個人であるものは効力を生じないとしている。これは次のような趣旨に基づく。すなわち、貸金等債務を主たる債務の範囲に含む根保証契約であっても、保証人が法人であるときは民法第465条の2や同法第465条の3が適用されないため、個人が保証人となって求償権保証契約を締結する場合には、その個人は自ら根保証をした場合と同様に予想を超える過大な保証責任の追及を受けるおそれがある状態に置かれ、平成16年改正がこれらの規定を設けた趣旨が全うされないことになる。そこで、同法第465条の4は、保証人が法人である貸金等債務を主債務とする保証契約において、①極度額の定めがあること、②元本確定期日の定めがあること、③元本確定期日の定めが同法第465条の3第1項及び第3項の規律に適合していることという3つの要件が満たされていなければ、個人が保証人である求償権保証契約の効力を否定することとし

て、個人の保証人を保護したものである。

(2) 問題の所在及び改正の内容

素案(3)は、民法第465条の2を素案(1)のように改正することに伴って、同法第465条の5を改正するものである。現在の同条は、同法第465条の2に対応して、「主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれるもの」において極度額の定めがなければ、求償債務についての個人を保証人とする保証契約は効力を有しないこととしている。しかし、素案(1)のように、貸金等根保証契約に限らず個人根保証契約一般について極度額の定めによる保証人保護が必要であるという判断をするとすれば、同様に、個人を保証人とする求償権保証契約一般についてもこの改正の趣旨を及ぼすのが一貫すると考えられる。そこで、素案(3)は、貸金等債務が主債務に含まれているものに限らず、保証人が法人である根保証契約一般において極度額が定められていなければ、個人を保証人とする求償権保証契約の効力を生じないこととしている（素案(3)ア）。

以上に対し、今般の改正においては、民法第465条の3についてはその適用範囲を拡大する改正を行わないこととしている。そのため、同法第465条の5のうち、元本確定期日の定めがあること、それが同法第465条の3第1項及び第3項の規律に適合していることに関する部分は改正の必要がない。そこで、素案(3)イは、民法第465条の5のうちこれらの部分を維持するものである。

2 保証人保護の方策の拡充

(1) 個人保証の制限

次のような規定を新たに設けるものとする。

ア 主たる債務者が〔事業のために負担した〕貸金等債務を主たる債務とする保証契約（保証人が法人であるものを除く。）又は貸金等根保証契約は、保証人が次に掲げる者である場合を除き、効力を生じない。

(ア) 主たる債務者が法人その他の団体である場合のその代表者

〔(イ) 主たる債務者が法人その他の団体である場合のその業務を執行する権利を有する者〕

(ウ) 主たる債務者が法人である場合のその無限責任社員

〔(エ) 主たる債務者に対し、業務を執行する権利を有する者と同等以上の支配力を有するものと認められる者〕

(オ) 主たる債務者が法人である場合のその総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者

イ 主たる債務者が事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約（保証人が法人であるものを除く。）は、保証人が前記ア各号に掲げる者である場合を除き、その効力を生じない。

ウ 保証人（法人を除く。）が自発的に保証する意思を有することを確認する手段を講じた上で、自発的に保証する意思を有することが確認された者による保証契約は、上記ア又はイにかかわらず、有効とするものとする。【P】

○中間試案第17、6(1)「個人保証の制限」

次に掲げる保証契約は、保証人が主たる債務者の[いわゆる経営者]であるものを除き、無効とするかどうかについて、引き続き検討する。

- ア 主たる債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務(貸金等債務)が含まれる根保証契約であって、保証人が個人であるもの
- イ 債務者が事業者である貸金等債務を主たる債務とする保証契約であって、保証人が個人であるもの

(説明)

1 現行の規定

現行法の下においては、保証契約は書面で行わなければならない旨の規定(民法第446条)や、貸金等根保証契約において定められるべき事項が定められていない場合にその契約を無効とする規定(民法第465条の2、第465条の5)はあるが、要式性や必要に定めるべき事項を規定するにとどまらず一定の場合にはそもそも有効に保証契約を締結することができないことを定めた規定は、存在しない。

2 問題の所在及び改正の内容

(1) 素案アについて

ア(ア) 保証契約は、不動産等の物的担保の対象となる財産を持たない債務者が自己の信用を補う手段として実務上重要な意義を有している。しかし、保証契約は個人的情義等から無償で行われることが通例である上、保証契約の際には保証人が現実に履行を求められることになるかどうか不確定であることから、保証人において自己の責任を十分に認識していないまま安易に契約が結ばれる場合も多い。そのため、個人の保証人が必ずしも想定していなかった多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たない。

保証人にとって過酷な結果を招くという問題が最も深刻に生じているのは、主たる債務者が事業のための資金を借り入れた債務の保証についてである。事業のための資金の借入れは、主債務者が法人であろうと自然人であろうと、多額になりがちだからである。そのため、事業のための借入れに当たっての、特に経営に関与しない第三者による保証の問題性は広く認識されるに至っており、保証に依存しない融資実務の確立に向けた試みが行われてきた。例えば、中小企業庁は、「事業に関与していない第三者が、個人的関係等により、やむを得ず保証人となり、その後の借り手企業の経営状況の悪化により、事業に関与していない第三者が、社会的にも経済的にも重い負担を強いられる場合が少なからず存在することは、かねてより社会的にも大きな問題とされてきております。」という認識を示した上で、信用保証協会が行う保証において経営者本人以外の第三者を保証人とし求めることを原則禁止とした(平成18年3月31日付け「信用保証協会における第三者保証人徴求の原則禁止について」)。また、平成25年8月に金融庁が定めた「主要行等向けの総合的な監督指針」においても、経営者以外の第三者の

個人保証について、直接的な経営責任がない第三者に債務者と同等の保証債務を負わせることが適当なのかという指摘があるという状況に鑑み、金融機関には、経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないことを原則とする融資慣行を確立するという趣旨を踏まえた対応を取る必要があるとされ、金融機関に対する監督における着眼点として、経営者以外の第三者の個人連帯保証を求めないことを原則とする方針を定めているか、経営に関与していない第三者が例外的に個人連帯保証契約を締結する場合に、当該契約は契約者本人による自発的な意思に基づく申し出によるものであって、金融機関から要求されたものではないことが確保されているか、などが挙げられている。

このように事業資金の融資における第三者保証の問題点については広く認識されているところ、以上のような対応はいずれも行政的な手段によるものであり、保証契約が締結されてしまえば、債権者が行政上何らかの不利益を被ることがあり得るとしても、保証契約の効力は否定されず、保証人は保証債務を履行しなければならない立場に置かれることになる。そこで、保証人に過酷な事態が生じ得るという問題を抜本的に解決するためには、端的に、事業資金の貸金等債務を主債務とする保証契約の効力を制限する必要がある。

- (イ) 一方、上記のような中小企業庁、金融庁の対応などの結果、実務上も、事業資金の融資において、主債務者の経営に実質的に関与していない第三者に保証をさせることは減少しており、その私法上の効力を否定したとしても、原則として、中小企業等の円滑な金融を害するおそれは小さいと考えられる。

事業資金の借入れについて、主債務者の経営に関与している者の保証についても、保証債務履行時における保証人に対する対応如何によっては、経営者としての再起を図るチャンスを失わせたり、社会生活を営む基盤すら失わせるという問題を生じさせているとの指摘がされている。しかし、一方で、多くの中小企業（個人事業主を含む。）においては、家計と経営が未分離であることや、財務諸表の信頼性が必ずしも十分でないなどの指摘もあり、こうした中小企業に対する融資においては、企業の信用補完や経営に対する規律付けの観点から、経営者に対する個人保証の必要性は否定できない。また、保証については、情義に基づいて無償で行われることが多いことや、保証の時点では現実に保証債務の履行を求められることになるかどうか不明であることから、保証人がその責任を十分に理解しないまま安易に契約をすることが挙げられているが、主債務者の経営者が保証人になる場合には、それが情義に基づくものであるとはいえ、また、経営状態についても十分に理解しているから、保証債務の未必性という問題も大きいとはいえない。経営者保証が企業の信用補完の手段として現実に多用されていることからすると、その効力を否定すれば、企業の円滑な金融を阻害するおそれもある。これらのことからすると、事業資金の借入れによる債務を主債務とする保証契約であっても、経営者が保証人であるものについては、その効力を否定するのは適当でない。

事業資金の借入れによる債務を主債務とする保証以外の保証にも、情義に基づ

いて行われるという性質や、現実に保証債務の履行を求められるかどうかは契約の時点では確定していないという性質があり、保証金額が多額なものである場合には、保証人にとって過酷な事態が生ずるとも考えられる。しかし、実務上現実に行われている保証には多様なものが含まれており、例えば子が進学に当たって借り入れた奨学金の返済義務を親が保証する場合や、居住用の建物の賃貸借に当たって賃借人の債務を親族が保証する場合など、保証の有用性を否定しがたい類型もある。そのため、一律に個人保証の効力を否定することは、社会的に有用な取引が行われなくなるという弊害をもたらすおそれがある。根保証については前記1による保証人保護の拡大も検討されていることなど、保証契約を無効とするという方法以外の保証人保護の手段も講じられている。現時点で、契約の効力を否定するという重大な効果によって規制する現実の必要性が生じている類型は、事業資金の借入れによる債務の保証のほかには、抽出することができない。

- (ウ) 以上から、素案アは、主たる債務者が事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証契約であって保証人が個人であるものは、主たる債務者の経営に関与する者等として有効に保証をすることができる者(素案ア各号に掲げる者)によるものを除き、無効とするものである。また、貸金等根保証契約はほぼ全てが事業のために利用されるものであることから、併せて素案アの規制の対象としている。

なお、保証人が保証契約時には素案ア各号に掲げる者であったがその後その地位を失った場合に保証契約の効力は失われるかという問題があるが、債権者は有効な保証の存在を前提として貸付の可否や条件を判断したと考えられること、貸金等根保証契約においては極度額や確定期日が定められており、保証人としてもその限度では負担があり得ることを予測した上で保証契約を締結していることなどから、保証契約の効力は失われないことを想定している。

- イ 素案アの(ア)から(オ)までは、主債務者が事業のために貸金等債務を負担するに当たって、主債務者の経営に実質的に関与する者として当該債務について保証をすることができる者を定めるものである。

- (ア) 主債務者が法人その他の団体である場合の代表者は、対外的に団体を代表するだけでなく、対内的にその業務を執行し、団体としての意思決定に関与しているから、経営の規律付けという観点から保証債務を負担させる必要がある場合がある一方、団体と代表者との密接な関係に照らして、情義性から安易に保証契約を締結するという問題も見られない。また、業務執行に関与する者として、主債務者の経営状況、事業の収益性、主債務の残額等について知り得る立場にあることからすれば、保証契約の時点では現実に保証債務の履行を求められるかどうか確定していないという性質を考慮しても、保証人に予想外の多額の債務を負担させるという問題は生じない。そこで、素案ア(ア)は、主債務者が団体である場合のその代表者がした保証の効力を認めることとしている。

- (イ) 主たる債務者が法人その他の団体である場合にその業務を執行する権利を有する者についても、団体としての意思決定に関与するものである以上、経営の規律

付けという観点から、保証債務を負担させる必要が生ずる場合があり、団体との関係や団体の経営状態に関する情報へのアクセスの可能性という観点からしても、代表者同様、個人的情義から断り切れずに保証契約を締結するという問題や、現実に履行を請求される蓋然性を理解しないまま保証契約を締結するという問題が生ずるとはいえない。そこで、素案ア(イ)は、団体である主たる債務者の業務執行の権利を有する者が保証した場合の効力についても、認めることとしている。

業務を執行する権利を有しない者であっても、例えば委員会設置会社の取締役のように、経営上の重要な意思決定に関与し、会社の財務状況などについての情報にアクセスすることができる場合があり、このような者による保証の有効性を認めるべきであるとも考えられる。このように考えるのであれば、例えば、「理事、取締役、執行役、業務を執行する社員又はこれらに準ずる者」などと規定することも考えられる。以上のように、業務を執行する権利の有無によって保証の効力の存否を区別することにはなお疑問もあることから、素案ア(イ)にはブラケットを付している。

業務執行の権利を有する者には、株式会社の取締役、執行役、持分会社の業務執行社員、組合の組合員などが含まれる。

- (ウ) 持分会社の無限責任社員は、持分会社の債務について無限責任を負うため、持分会社が事業のために負担した貸金等債務について保証債務を負担したとしても過大な債務を負担させたとはいえない。そこで、素案ア(ウ)は、持分会社の無限責任社員が保証した場合に、その効力を認めることとしている。

持分会社の無限責任社員は原則として会社の業務を執行する権利を有するため、上記(イ)に該当することも多いが、業務執行社員が定められている場合の業務執行社員以外の無限責任社員は上記(イ)に該当しないので、(ウ)の規定を設ける意味がある。

- (エ) 主債務者の業務執行の権利を有する法律上の地位を有している場合でなくても、主債務者に対してその地位を有している者以上の支配力を有している場合には、上記(ウ)と同様の趣旨が当てはまる。そこで、素案ア(エ)は、このような者による保証の効力を認めることとしている。例えば、先代の経営者としてなお強い影響力を有している者や、夫の個人事業を妻が手伝っており、実質的には夫婦が共同して意思決定を行っている場合の妻などが考えられる。

これに対し、「業務を執行する権利を有する者と同等以上の支配力を有するものと認められる者」という文言はあいまいであり、素案ウのような方法を存置することも考慮すると、素案ア(エ)は不要であるという考え方や、逆に、生計を同一にする親族については業務を執行する権利を有する者同様の支配力を有していなくても保証の有効性を認めるべきであるという考え方もあり、素案ア(エ)の規律内容の当否についてはなお議論があり得るため、これにブラケットを付している。

- (オ) 主たる債務者が法人である場合に、総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者がいるときは、その者は当該法人の経営を実質的に支配していることができるし、その法人の経営状態に関する情報へのアクセスも可能であると考え

られる。そのため、経営の規律付けという観点からその者に保証させる必要性が生ずる場合がある一方、保証債務を負担させても、個人的情義から断り切れずに保証契約を締結するという問題や、現実に履行を請求される蓋然性を理解しないまま保証契約を締結するという問題も生じないと考えられる。そこで、素案ア(エ)は、総社員又は総株主の議決権の過半数を有する者が保証をした場合にその効力を認めることとしている。

(2) 素案イについて

主債務者が事業のために負担した貸金等債務について保証契約が締結されて保証人が保証債務を履行すると、主債務者は求償債務を負うことになるが、この求償債務を主債務とする保証契約が締結されることがある。この場合の求償債務は「貸金等債務」ではないから、これを主債務とする保証契約は素案アの適用を受けない。しかし、求償債務の内容は、主債務者がもともと負担していた債務、すなわち事業のために負担した貸金等債務と同内容であるから、個人がこの求償債務を主債務とする保証契約の保証人になると、結果的に、素案アによって制限される保証契約におけるのと同内容の保証債務を負担することになり、素案アの趣旨が没却されることになる。そこで、素案イは、素案アの趣旨を貫徹するため、主債務者が事業のために負担した債務を主債務とする保証債務が履行された場合の求償債務を主債務とする保証契約についても、素案アと同様に、素案ア各号に掲げる者による場合を除いて、原則として無効とすることとしている。

(3) 素案ウについて

事業資金の借入れによる債務についての第三者による保証は、上記のとおり、その問題点が意識されるにつれて使用される例は減少しており、これを無効としても実務上の大きな混乱は基本的には生じないと考えられる。しかし、例えば、新たに起業をするに当たって担保なくして融資を得られるだけの信用がなく、物的な担保の対象とするだけの財産も保有していない一方で、起業を支援しようとする第三者が保証する意思を有している場合など、第三者保証を認めることが社会的に有用な場面がある。上記の中小企業庁「信用保証協会における第三者保証人徴求の原則禁止について」や、金融庁「主要行等向けの総合的な監督指針」においても、保証人になろうとする者が自発的に保証の申し出を行った場合には例外的に第三者保証が認められており、このような道を全く閉ざしてしまうと特に中小企業の金融などに支障を生じさせることにもなりかねない。保証人にとって過酷な結果を招きかねないという保証の問題を考慮すると、自発的にされたと認められる保証を適切に選別する手段を講じる必要があるが、適切な手段を講じることができれば、それによって選別された保証の効力を認めることも許容し得ると考えられる。そこで、素案イは、自発的にされたと認められる保証を適切に選別する手段が講じられることを条件として、第三者保証を例外的に有効とする道を認めようとするものである。その手段として具体的にどのような方法が考えられるかは、今後検討する必要があるため、【P】を付している。

自発性があると認められる保証を選別する手段としては、保証契約の締結に当たって公証人を関与させることが考えられる。例えば、公正証書で保証契約を締結しなけ

ればならないこととし、公正証書作成手続の厳格性に鑑み、保証人が公正証書によって任意に保証契約を締結した場合には、保証人に自発的な保証意思があるとみなすことである。この場合には、保証人は代理人によって契約を締結することができないものとする措置を併せて講ずることが考えられる。あるいは、更なる加重要件として、例えば、①主債務者が主債務を履行しないときは保証人がその債務を代わって履行しなければならないことを理解していること、②連帯保証をする場合にあっては、催告の抗弁、検索の抗弁、分別の利益を有していないことを理解していること、③主たる債務の内容（根保証契約にあっては、極度額、担保される主債務の範囲）及びそれを理解していること、④委託を受けた保証人にあっては、後記(2)アによる説明を主債務者から受けたこと及びその内容を理解していることを、保証人になろうとする者が陳述しなければならないものとした上、保証人が保証契約締結の際に公証人の面前でそのように陳述し、かつその旨を公証人が公正証書に記載しなければ、保証契約の効力が生じないものとするなど、検討対象の一案として考えられる。

その他の方法として、保証契約締結後一定期間内は、保証人が保証契約を解除することができることとすることが考えられる（一種のクーリングオフ）。もっとも、このような制度を導入するとすれば、保証人が主債務の貸付けがされた後に解除権（取消権）を行使した場合には、債権者はその貸付けを解除することができることを併せて規定する必要があると考えられる。実務上は、解除期間経過後に主たる債務者に対する融資が実行されることになると考えられる。

(2) 契約締結時の説明義務、情報提供義務

次のような規定を新たに設けるものとする。

ア 事業のために債務を負担する者がその債務について保証を委託しようとするときは、保証人になろうとする者（法人を除く。）に対し、次に掲げる事項を説明しなければならない。

(ア) 収入及び現在の資産

(イ) 主たる債務以外に負っている債務の有無、額及び履行状況

(ウ) 当該事業の具体的な内容及び現在の収益状況

(エ) 主たる債務についての他の担保の有無及びその内容

イ 主たる債務者が委託を受けた保証人に対して上記アの説明をせず、又は虚偽の説明をしたために保証人が上記ア各号に掲げる事項について誤認をした場合において、主たる債務者が上記アの説明をせず、又は虚偽の説明をしたことを債権者が知り、又は知ることができたときは、保証人は、保証契約を取り消すことができる。

○中間試案第17、6(2)「契約締結時の説明義務、情報提供義務」

事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結しようとする場合には、保証人に対し、次のような事項を説明しなければならないものとし、債権者がこれを怠ったときは、保証人がその保証契約を取り消すことができるものとするか

どうかについて、引き続き検討する。

ア 保証人は主たる債務者がその債務を履行しないときにその履行をする責任を負うこと。

イ 連帯保証である場合には、連帯保証人は催告の抗弁、検索の抗弁及び分別の利益を有しないこと。

ウ 主たる債務の内容（元本の額、利息・損害金の内容、条件・期限の定め等）

エ 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合には、主たる債務者の[信用状況]

(説明)

1 現行法の規定

保証契約の締結に当たって保証人に対してどのような情報を提供し、どのような事項を説明しなければならないかについて、現行法上は特別な規定は設けられていない。したがって、保証人に関する説明義務・情報提供義務の存否及び内容は、信義則に基づいてそのような義務を認めることができるかという一般条項の解釈適用に委ねられる。また、情報提供や説明がされなかったために保証人が保証契約の内容を誤解するなどし、その誤解に基づいて保証契約を締結した場合に、保証契約の効力を否定することができるかどうかについては、錯誤や詐欺など意思表示に関する一般原則に従って判断されることになる。

2 問題の所在

保証契約においては、保証人になろうとする者と主債務者との個人的情義等から行われるものが多いことや、保証契約の際には保証人が現実に履行を求められるかどうかの不確定であることから、保証人になろうとする者が自己の責任を十分に認識していないまま安易に契約が結ばれる場合も多く、保証人が多額の保証債務の履行を求められるという、保証人の予測に反した結果になることが多く生じている。例えば、保証人になろうとする者が、主債務者から「絶対に迷惑をかけない。」「名前を貸すだけでよい。」などと言われ、保証債務の履行を求められることはないだろうと考えて保証人になったところ、主債務者が債務を履行することができなくなり、保証人の当初の予想に反して保証債務の履行を求められるという事態が多発している。保証人は、個人的情義の存在から断り切れないことも多く、現実に履行を求められるかどうか保証契約時点では明らかでないという性質から、主債務者の言葉を信じて現実に保証債務の履行を求められることはないとも考えるのも無理はないことも多い。そこで、保証人が予想に反して保証債務の履行を求められるという事態が生じないようにする必要があるが、保証人の意思表示に錯誤があったとか詐欺に基づくものであるといえる場合は多くはない。そこで、保証契約の時点で保証人に適切な情報を提供する制度を設ける必要がある。

3 改正の内容

(1) 以上の問題の所在を踏まえ、素案は、委託を受けた保証人について、主債務者の財産の状況等についての情報提供義務について規定を設けるものである。委託を受けた保証人についてのみ規定を設けるのは、保証人が予想に反して保証債務の履行を求め

られるという問題が、「絶対に迷惑をかけない。」「名前だけ貸してほしい。」というような主債務者の強い要請を信じ、個人的情義から断り切れずに保証を締結してしまうという場面で典型的に生じているからである。これに対し、委託を受けない保証人は主債務者の意思とは無関係に保証人になるものであるから、主債務者の資力などについての情報収集は保証人自身の責任で行うべきであると考えられる。

また、主債務者がその財産の状況等についての情報提供義務を負うのは、主債務者が事業のために負担する債務についての保証を委託する場合としている。事業のために負担する債務は多額になりがちであるから、保証人が保証をするかどうかを判断するに当たり、主債務者が返済することができるかどうかに関する情報が重要であると考えられるからである。他方、当事者の属性に着目して説明の有無などにかかわらず当事者の合意の効力を否定するという強力な規制ではなく、保証人が自律的な判断をするために必要な基盤を整備するものにとどまることから、貸金等債務に限らず、事業のために負担する債務についての保証を委託する場合には情報提供義務を負うこととしている。

- (2) 素案アは、個人である保証人に対し、主債務者の積極財産（素案ア(ア)）、主債務者の消極財産（素案ア(イ)）、債務負担の目的である事業の収益状況（素案ア(ウ)）、主債務についての他の担保（素案ア(エ)）について、説明しなければならないとするものである。これらの事項は、主債務者自身が、あるいは他の担保から主債務を履行することができるかどうか、逆にいえば、保証人が保証債務の履行を求められるかどうかの予測をするために不可欠な事項だからである。

なお、中間試案においては、主たる債務者ではなく、債権者が、委託を受けた保証人に対し、主債務者の信用状況を説明しなければならないこととされていた。しかし、主債務者と保証人との間に保証委託契約の両当事者という関係がある場合に、主債務者に関する情報の提供義務を債権者に負わせることには合理性がないという批判がある。また、債権者が主債務者の資力について十分な情報を有しているという保障もなく、むしろ十分に把握するのは困難であることも多いと考えられる。そこで、素案アは、主債務者の資力等についての説明責任を主債務者自身に負わせることとしたものである。

- (3) 素案イは、主債務者による説明義務が履行されなかった場合の効果等について定めるものである。

素案アによる説明義務は、保証人が予想に反して保証債務の履行を求められるという事態を回避しようとするものであるが、そのためには、主債務者が必要な説明をしなかった場合や、事実と異なることを説明した場合には、保証契約の効力を否定することが必要になる。もっとも、保証契約の当事者は債権者と保証人であるから、主債務者が素案アの説明義務を果たさなかったからといって保証契約を取り消すことができることとすれば、債権者のあずかり知らない事情によって担保を失うという不利益を債権者に課すことになってしまう。そこで、素案イは、第三者詐欺に関する規定と同様に、債権者が、主債務者による説明義務の不履行、虚偽の説明の事実を知り、又は知ることができた場合に限り、保証契約の取消しを認めるものである。これによ

り、予想外に保証債務の履行を求められることを回避するという保証人の利益と、あ
ずかり知らない事情によって担保を失われるのを回避するという債権者の利益とを調
整しようとしている。

- (4) 中間試案においては、保証契約の意義、連帯保証の意義、主債務の内容について、
債権者が説明義務を負うという考え方が検討の対象とされていた（中間試案第17、
6(2)）。しかし、保証契約の意義などは、保証契約という法律行為の内容そのもので
あり、これを理解していなかった場合には、錯誤による取消しなどが問題になり得る。
説明義務の懈怠による取消しの規定を設けるに当たって、保証人が説明義務の対象と
なる事項を理解していなかったことを取消しの要件とするのであれば、錯誤などの意
思表示に関する規定との関係が問題になり、保証人が理解していなかったことを要件
とせず、説明の懈怠のみで取消しを認めるのであれば、保証人が理解していても取消
しが認められることの妥当性が問題になる。そこで、この資料においては、保証契約
の意義、連帯保証の意義、主債務の内容についての説明義務に関する規定は取り上げ
ていない。

(3) 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務

次のような規定を新たに設けるものとする。

- ア 主たる債務者が分割払の定めによる期限の利益を有する場合において、
主たる債務者が支払を怠ったためにその利益を失ったときは、債権者は、
保証人に対し、[遅滞なく／2週間以内に]、その旨を通知しなければならない。
ただし、主たる債務者が分割払の定めによる期限の利益を失う前に、
保証人が、主たる債務者が支払を怠ったことを知っていたときは、この限
りでない。
- イ 債権者は、上記ア本文の通知を怠ったときは、主たる債務者が期限の利
益を喪失したことをもって保証人に対抗することができない。
- ウ 保証人が、上記アの通知を受けた後 [相当の期間内に／1箇月以内に]、
既に到来した支払期日に支払うべき債務及びこれに対する遅延損害金を支
払ったときは、保証人との関係においては、主たる債務者は期限の利益を
失わなかったものとみなす。

○中間試案第17、6(3)「主たる債務の履行状況に関する情報提供義務」

事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結した場合には、保証
人に対し、以下のような説明義務を負うものとし、債権者がこれを怠ったときは、
その義務を怠っている間に発生した遅延損害金に係る保証債務の履行を請求するこ
とができないものとするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 債権者は、保証人から照会があったときは、保証人に対し、遅滞なく主たる債
務の残額 [その他の履行の状況] を通知しなければならないものとする。

イ 債権者は、主たる債務の履行が遅延したときは、保証人に対し、遅滞なくその
事実を通知しなければならないものとする。

(説明)

1 現行の規定

保証人は、主債務者の抗弁を主張することができるから、主たる債務について分割払の定めがあり、それによる期限の利益を主債務者が有している場合には、保証人もこれを主張することができる。しかし、主債務者が各弁済期における弁済を怠るなどした結果期限の利益を失った場合には、保証人も、期限の利益を主張することができないことになる。

2 問題の所在

保証人は主債務者の履行状況について必ずしも把握しているわけではないから、主債務について分割払の定めがある場合に、保証人は主債務者が各支払期日に履行をしていると考えていたところ、実は主債務者が履行を怠ったために主債務者が期限の利益を失っていた場合には、保証人は、予想に反して元本債務を一度に履行しなければならない上、発生していないと考えていた遅延損害金も支払わなければならないという負担を負うことになる。保証人が期限の利益を維持したり回復したりする機会を与えられないまま、知らないうちにこのような負担を負うことは保証人にとって負担が大きいことから、主債務者の不履行によって予想外に期限の利益を失うという事態を回避する方法を定める必要がある。

中間試案においては、主債務についての期限の利益の喪失を回避する機会を保証人に付与するため、保証人から照会があった場合及び主債務の履行が遅延した場合に履行状況や遅滞の事実を通知しなければならないとし、これを怠っている間の遅延損害金を請求することができないという効果を認めていた(中間試案第17、6(3))。しかし、照会がなければ通知義務を負わないとすると、期限の利益の喪失を回避する機会を付与するという目的が十分には達成できないと考えられるし、遅滞のたびに通知しなければならないとすることに対しては、債権者の事務的な負担が過大なものになるとの批判がある。そこで、期限の利益の喪失を回避する機会を保証人に付与するという当初の目的に鑑み、主債務者が分割弁済による期限の利益を有している場面に対象を絞って規定を設けることが考えられる。この場面を適用対象として、期限の利益を喪失させるに先だって保証人に履行の機会を与えるという制度が考えられるが、一定の不履行によって当然に期限の利益を喪失するという約定がされている場合には、それに先立つ履行の機会の付与が難しい。そこで、素案では、下記のとおり、主債務者が期限の利益を喪失した後に債権者はその旨を通知しなければならないこととし、その通知から一定期間内に保証人が不履行分を履行することによって期限の利益が回復するという制度を設けることとした。

3 改正の内容

素案アは、主債務者が期限の利益を失ったときは、債権者は、遅滞なく保証人に対してその旨を通知しなければならないこととしている(素案ア本文)。これは、素案ウによって保証人が主債務者の期限の利益を回復するための前提として、主債務者が期限の利益を喪失した事実を知る機会を保障しようとしたものである。もっとも、主たる債務者

が期限の利益を失う前に、保証人が、主たる債務者が支払を怠ったことを知っていたときは、保証人は期限の利益の喪失による予想外の不利益を被るといえないだけでなく、主債務者に代わって弁済することによって期限の利益を維持する機会があったといえるから、期限の利益を失わせた後の通知は不要であると考えられる（素案アただし書）。例えば、債権者の意思表示によって期限の利益を喪失させることができるとされていた場合に、その意思表示に先立って主債務者の不履行を知っている場合や、2回分の不履行によって当然に期限の利益を喪失するとされている場合に、1回分の不履行があることを知っていた場合には、事後の通知は不要となる。

素案イは、債権者が素案ア本文による事後の通知をしなかった場合の効果として、債権者は、主債務者が期限の利益を喪失したことをもって保証人に対抗することができないこととしている。したがって、保証人は、その後も、主債務者が期限の利益を喪失しなかった場合と同様に、主債務者がもともと有していた期限の利益を主張することができることになる。

素案ウは、債権者が素案ア本文による事後の通知を受けた保証人が、残額を一度に全て支払う義務を負うという負担を回避するため、主たる債務者の有していた期限の利益を回復する手段を規定するものである。期限の利益を回復するためには、主債務のうち期限の利益を喪失しなかったとしても既に支払期日が到来している部分と、それについての遅延損害金を相当の期間内に支払うことが必要である。いったん失われた期限の利益を回復することが許容されるためには、それによって債権者に生ずる不利益を回避することが必要であり、そのためには、本来であればその時までには履行を受けることができた額を遅延損害金も含めて支払う必要があると考えられるからである。

主債務者が期限の利益を喪失したが、保証人との関係では期限の利益を喪失していないとみなされる場合には、主債務者は残額全額について遅延損害金を負うが、保証人との関係では遅延損害金は生じていないことになり、利息が発生するにとどまる。遅延損害金率と利率が異なる場合の両者の関係が問題になるが、遅延損害金も利率も元本に付帯して発生する点で共通しているから、保証人は両者が重なる限度で保証債務を負うことになる。主債務者が弁済したときは遅延損害金から充当され、弁済額が遅延損害金と利息との差額を超えると、その超える額は、主債務者の遅延損害金の弁済に充てられるとともに、保証人の利息債務の弁済に充てられることになる。また、主債務者が遅延損害金、未払利息の全額を超えて弁済をした場合には、元本に充当される。この場合には、保証人との関係では、主債務者が期限前弁済をしたのと同様の充当が生じ、通常は、支払期日が先のものから消滅していくことになると考えられる。もっとも、このような法律関係が複雑で実務上の扱いが困難であるということであれば、主債務者も含めて期限の利益を回復するという考え方もあり得る。

なお、素案の規定する通知義務等は、特に限定することなく保証一般を対象としている。保証人の知らないところで主債務者が期限の利益を失うことにより保証人が重い負担を負うという問題は、保証人が個人であるかどうか、事業のために負担した債務であるかどうかに限らず生ずる問題だからである。

第2 有価証券

1 総論

民法第469条から第473条まで、第86条第3項、第363条及び第365条の規律に代えて、後記2から5までのように、有価証券に関する規律を整備するものとする。

○中間試案第19、「有価証券」

民法第469条から第473条まで、第86条第3項、第363条及び第365条の規律に代えて、次のように、有価証券に関する規律を整備する。

(以下略)

(説明)

1 現状及び問題の所在

民法第469条から第473条までは、指図債権、記名式所持人払債権及び無記名債権について規定しており、これらは、証券的債権と総称される。証券的債権については、同法第363条及び第365条にも質権に関する規定が設けられているほか、同法第86条第3項が無記名債権を動産とみなしている。

証券的債権については、有価証券と同義とする見解が一般的であるが、この見解に立つ場合には、現行法の規律には、証券と権利とが結合しているという有価証券の性質から見て適切でないものが含まれている上、指図証券、記名式所持人払証券及び無記名証券について必要な規律が網羅されておらず、一部の証券についてのみ規定を欠く事項がある。また、「指図証券及び記名式所持人払証券以外の記名証券」に関する規定もない。さらに、商法には、指図債権及び無記名債権に関する規定（同法第516条第2項、第517条）のほか、有価証券に関する規定（同法第518条、第519条）があり、民法施行法には、指図証券、記名式所持人払証券及び無記名証券に関する規定（同法第57条）があるが、これらの規定の適用関係についても整理する必要がある。

これに対し、証券的債権を有価証券と異なる概念とする見解も有力であるが、有価証券以外の証券的債権が利用されておらず、その具体例を想定し難い実情に鑑みれば、証券的債権について、あえて有価証券と区別された概念として規律を整備する必要性に乏しく、仮に規律を維持することとした場合には、所要の整備を加えたとしても、区別の実益の乏しい2つの概念が併存することによる分かりにくさは解消されない。

そこで、証券的債権に関する民法の規律に代えて、有価証券に関する規律を整備する必要がある。

2 改正の内容

素案は、民法第469条から第473条まで、第86条第3項、第363条及び第365条の規律に代えて、有価証券に関する規律を整備するものである。有価証券と区別される意味での証券的債権に関する規律は、民法に設けないこととしている。

現行制度でも、船荷証券、記名式・無記名式の社債券、国立大学法人等債券、無記名式の社会医療法人債券等の一部の有価証券（商取引によるものに限られない。）について

は、民法の規定の適用の余地があることから、民法に有価証券に関する規律を整備して存置することが適当であるが、特別法による有価証券を除くと多くの典型例があるわけではない。そこで、素案では、民法、商法及び民法施行法に規定されている証券的債権又は有価証券に関する規律について、民法の規律と有価証券法理とが抵触する部分はこれを解消するものの、基本的には規律の内容を維持したまま、民法に規定を整備することとしている。

2 指図証券

- (1) ア 指図証券の譲渡は、その証券に譲渡の裏書をして譲受人に交付しなければ、その効力を生じないものとする。
 - イ 指図証券の譲渡の裏書の方式、裏書の連続による権利の推定、善意取得及び善意の譲受人に対する抗弁の制限については、現行法の規律（商法第519条、民法第472条）と同旨の規律を整備するものとする。
 - ウ 指図証券を質権の目的とする場合については、ア及びイに準じた規律を整備するものとする。
- (2) 指図証券の弁済の場所、履行遅滞の時期及び債務者の免責については、現行法の規律（商法第516条第2項、第517条、民法第470条）と同旨の規律を整備するものとする。
- (3) 指図証券の公示催告手続については、現行法の規律（民法施行法第57条、商法第518条）と同旨の規律を整備するものとする。

○中間試案第19、「有価証券」

1 指図証券について

- (1) ア 指図証券の譲渡は、その証券に譲渡の裏書をして譲受人に交付しなければ、その効力を生じないものとする。
 - イ 指図証券の譲渡の裏書の方式、裏書の連続による権利の推定、善意取得及び善意の譲受人に対する抗弁の制限については、現行法の規律（商法第519条、民法第472条）と同旨の規律を整備する。
 - ウ 指図証券を質権の目的とする場合については、ア及びイに準じた規律を整備する。
- (2) 指図証券の弁済の場所、履行遅滞の時期及び債務者の免責については、現行法の規律（商法第516条第2項、第517条、民法第470条）と同旨の規律を整備する。
- (3) 指図証券の公示催告手続については、現行法の規律（民法施行法第57条、商法第518条）と同旨の規律を整備する。

(説明)

- 1 素案(1)アは、証券と権利が結合しているという有価証券の性質を踏まえ、譲渡の裏書及び証書の交付を対抗要件とする民法第469条の規律に代えて、これらを譲渡の効力

要件とするものである。

素案(1)イは、指図証券の譲渡の裏書の方式、裏書の連続による権利の推定、善意取得及び善意の譲受人に対する抗弁の制限に関する現行法の規律（商法第519条、小切手法第19条、第21条、民法第472条）と同旨の規律を整備するものである。もっとも、商法第519条第1項は、譲渡の裏書の方式について手形法第12条、第13条及び第14条第2項を準用しているが、条件付裏書、一部裏書、持参人払式裏書又は白地式裏書の許否及びその内容につきどのような規律とするか、補箋に裏書をすることができることとするか等については、有価証券の種類に応じて様々な規律が考えられるところであり、手形に関する厳格な規律を原則形として全ての有価証券にそのまま及ぼすことが適切とはいえないことから、概括的な規定振りにとどめることが考えられる。

素案(1)ウは、指図証券の質入れについて、証書の交付を効力要件とし、質権の設定の裏書を第三者対抗要件とする民法第363条及び第365条の規律に代えて、これらを質入れの効力要件とするほか、質入裏書の方式、権利の推定、質権の善意取得及び抗弁の制限に関し、譲渡の場合に準じた規律を整備するものである。

2 素案(2)は、指図証券の弁済の場所、履行遅滞の時期及び債務者の免責に関する現行法の規律（商法第516条第2項、第517条、民法第470条）と同旨の規律を整備するものである。

3 素案(3)は、指図証券の公示催告手続に関する現行法の規律（民法施行法第57条、商法第518条）と同旨の規律を整備するものである。

3 記名式所持人払証券

(1)ア 記名式所持人払証券（債権者を指名する記載がされている証券であって、その所持人に弁済をすべき旨が付記されているものをいう。以下同じ。）の譲渡は、譲受人にその証券を交付しなければ、その効力を生じないものとする。

イ 記名式所持人払証券の占有による権利の推定、善意取得及び善意の譲受人に対する抗弁の制限については、現行法の規律（商法第519条等）と同旨の規律を整備するものとする。

ウ 記名式所持人払証券を質権の目的とする場合については、ア及びイに準じた規律を整備するものとする。

(2) 記名式所持人払証券の弁済及び公示催告手続については、前記2(2)及び(3)に準じた規律を整備するものとする。

○中間試案第19、「有価証券」

2 記名式所持人払証券について

(1)ア 記名式所持人払証券（債権者を指名する記載がされている証券であって、その所持人に弁済をすべき旨が付記されているものをいう。以下同じ。）の譲渡は、譲受人にその証券を交付しなければ、その効力を生じないものとする。

イ 記名式所持人払証券の占有による権利の推定、善意取得及び善意の譲受人

に対する抗弁の制限については、現行法の規律（商法第519条等）と同旨の規律を整備する。

ウ 記名式所持人払証券を質権の目的とする場合については、ア及びイに準じた規律を整備する。

(2) 記名式所持人払証券の弁済及び公示催告手続については、1(2)及び(3)に準じた規律を整備する。

(説明)

1 素案(1)アは、証券と権利が結合しているという有価証券の性質を踏まえ、判例（大判明治42年11月24日民録15輯911頁等）に従い、証券の交付を譲渡の効力要件とするものである。

素案(1)イは、記名式所持人払証券の占有による権利の推定、善意取得及び善意の譲受人に対する抗弁の制限に関する現行法の規律（商法第519条、小切手法第21条、民法第472条類推）と同旨の規律を整備するものである（大判大正5年12月19日民録22輯2450頁は、民法第472条の類推適用を認める。）。

素案(1)ウは、記名式所持人払証券の質入れについて、効力要件、権利の推定、質権の善意取得及び抗弁の制限に関し、譲渡の場合に準じた規律を整備するものである。

2 素案(2)は、記名式所持人払証券の弁済及び公示催告手続について、現行法の規律（民法第471条、民法施行法第57条、商法第518条）を維持しつつ、指図証券に準じた規律を整備するものである。

4 前記2及び3以外の記名証券

(1) 債権者を指名する記載がされている証券であって、指図証券及び記名式所持人払証券以外のものは、債権の譲渡又はこれを目的とする質権の設定に関する方式に従い、かつ、その効力をもってのみ、譲渡し、又は質権の目的とすることができるものとする。

(2) (1)の証券の公示催告手続については、前記2(3)に準じた規律を整備するものとする。

○中間試案第19、「有価証券」

3 1及び2以外の記名証券について

(1) 債権者を指名する記載がされている証券であって、指図証券及び記名式所持人払証券以外のものは、債権の譲渡又はこれを目的とする質権の設定に関する方式に従い、かつ、その効力をもってのみ、譲渡し、又は質権の目的とすることができるものとする。

(2) (1)の証券の公示催告手続については、1(3)に準じた規律を整備する。

(注) 上記3については、規定を設けないという考え方がある。

(説明)

素案(1)は、指図証券及び記名式所持人払証券以外の記名証券の譲渡又は質入れの効力要件及び第三者対抗要件については、手形法第11条第2項の裏書禁止手形と同様の見解の対立があり、特定の見解を採用することは困難であることから、同項と同様の規定振りとする一方で、指図証券、記名式所持人払証券及び無記名証券と異なり、権利の推定、善意取得及び抗弁の制限に関する規律を設けないことにより、証券の法的性質を明らかにする趣旨のものである。また、素案(2)は、公示催告手続について、指図証券等に準じた規律を整備するものである。

これに対し、指図証券及び記名式所持人払証券以外の記名証券については、その性質上、有価証券に当たらないとする観点から、素案のような規律を設けるべきでないという考え方もあり得るが、パブリック・コメントの結果、このような考え方を支持する意見は比較的少数にとどまったことから、素案では取り上げていない。

5 無記名証券

無記名証券の譲渡、弁済等については、記名式所持人払証券に準じた規律を整備するものとする。

○中間試案第19、「有価証券」

4 無記名証券について

無記名証券の譲渡、弁済等については、記名式所持人払証券に準じた規律を整備する。

(説明)

素案は、無記名債権を動産とみなすという民法第86条第3項の規律に代えて、無記名証券も有価証券の一種類であることを踏まえ、無記名証券につき、記名式所持人払証券に準じた規律を整備するものである。

第3 弁済

1 弁済の意義

債務が履行されたときは、その債権は、弁済によって消滅するものとする。

○中間試案第22、1「弁済の意義」

債務が履行されたときは、その債権は、弁済によって消滅するものとする。

(説明)

1 現状及び問題の所在

弁済によって債権が消滅するということは、民法上の最も基本的なルールの一つであるが、そのことを明示する規定は置かれておらず、弁済に関する規定が「債権の消滅」という節(第3編第1章第5節)に置かれていることから、弁済が債権の消滅原因であることを読み取ることができるのみである。その結果、現在は、弁済の款の冒頭に「第

三者の弁済」という異例な事態を扱った規定が置かれることになっており、弁済以外の債権の消滅原因に関する規定との平仄が合っていない状態にある。

2 改正の内容

素案は、弁済が債権の消滅原因であることを表すための規律を設けるものである。

弁済という用語は、「債務の履行」との関係で、現行法では必ずしも明確に使い分けられておらず、これを網羅的に整理することは困難であり、基本的には現状を維持することとするが、ここでは、「更改によって消滅する」（民法第513条第1項）という表現と同様に、その消滅原因の呼称を表すもの（ないし消滅という結果に着目するもの）として用いることとしている。

2 第三者の弁済（民法第474条関係）

民法第474条第2項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 民法第474条第1項の規定により弁済をしようとする第三者が弁済をするについて正当な利益を有する者でないときは、債権者は、その受領を拒むことができる。ただし、その第三者が債務者の委託を受けて弁済をする場合において、そのことを債権者が知ったときは、この限りでない。
- (2) 債権者が上記(1)によって第三者による弁済の受領を拒むことができるにもかかわらず弁済を受領した場合において、その弁済が債務者の意思に反したときは、その弁済は、無効とする。

○中間試案第22、2「第三者の弁済（民法第474条関係）」

民法第474条第2項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 民法第474条第1項の規定により債務を履行しようとする第三者が債務の履行をするについて正当な利益を有する者でないときは、債権者は、その履行を受けることを拒むことができるものとする。ただし、その第三者が債務を履行するについて債務者の承諾を得た場合において、そのことを債権者が知ったときは、この限りでないものとする。
 - (2) 債権者が上記(1)によって第三者による履行を受けることを拒むことができるにもかかわらず履行を受けた場合において、その第三者による履行が債務者の意思に反したときは、その弁済は、無効とするものとする。
- (注) 上記(1)(2)に代えて、債権者が債務を履行するについて正当な利益を有する者以外の第三者による履行を受けた場合において、その第三者による履行が債務者の意思に反したときはその履行は弁済としての効力を有するものとした上で、その第三者は債務者に対して求償することができない旨の規定を設けるという考え方がある。

(説明)

1 「利害関係を有しない第三者」という文言を改めることについて

(1) 現状及び問題の所在

民法第474条は、債務者の意思に反して第三者が弁済をするためには、その者が「利害関係」（同条第2項）を有する必要がある旨を規定している。他方、弁済をした第三者が「正当な利益を有する者」である場合には、その第三者は、求償権を取得するとともに、当然に債権者に代位すること（法定代位）ができることとされている（同法第500条）。この「利害関係」を有する第三者と「正当な利益を有する者」の関係について、保証人や連帯債務者のように自ら債務を負う者は、第三者弁済をする「利害関係」を有する第三者には該当せず、「正当な利益を有する者」のみに該当するという差異がある旨の指摘がある。しかし、「利害関係」を有する第三者と「正当な利益を有する者」という文言の使い分けから、このような差異を読み取ることは困難である。また、法定代位が認められる「正当な利益を有する者」以外の第三者が「利害関係を有しない」第三者とされるのであるから、あえて異なる用語を用いなくても規定することは可能である。また、法定代位制度の目的が第三者による弁済を促進することにあるとされているように、両者が密接に関連する制度であることから、両者の要件を共通にすることによって、両者の関係を条文上も明らかにすることが望ましい。

(2) 現状及び問題の所在

素案(1)では、以上を踏まえ、当然に第三者による弁済をすることができる者の要件を「正当な利益を有する者」として、法定代位が認められる要件の文言と一致させ、ルールの特明瞭化を図るものである。

このような改正をした場合に、これまで、「正当な利益を有する者」には該当するが、「利害関係」を有する第三者には該当しないとされてきた保証人や連帯債務者等の取扱いが問題となるが、これらの者は自己の債務を履行しているのであるから、そもそも「第三者」として弁済をしていないので、保証人等は、引き続きこの規定の適用を受けないこととなる。

2 債務者の意思に反する第三者の弁済を無効とする規律

(1) 現状及び問題の所在

利害関係を有しない第三者は、債務者の意思に反して弁済をすることができないとされている（民法第474条第2項）。このような制限が設けられた理由として、他人の弁済によって恩義を受けることを欲しない債務者の意思を尊重することと、弁済をした第三者による過酷な求償権の行使から債務者を保護することが挙げられている。この趣旨が現在でも妥当するかどうかについては疑問視する見解が少なくないものの、債務者としては、自らが関与しないまま実質的に債権者が交替する事態が生ずることを望まないため、この規律は現在もなお合理的であるという評価が少なくない。

もっとも、利害関係を有しない第三者による債務者の意思に反しない弁済の提供について、債権者は受領を拒絶することができないと一般に考えられているため、債権者は、債務者の意思に反するかどうかの確認を待たずに第三者から受領してしまうことがあり得る。この場合において、債務者の意思に反することが事後的に判明したときに、債権者に対して給付物の返還という不利益を甘受させてまで、債務者を保護する必要があるか疑問であるとの指摘がある。パブリック・コメントの手に寄せられた意見の中にも、債権者にとって上記の不都合が生じていることを理由として、改正

すべきであるという意見がある。

(2) 改正の内容

上記の問題の所在を踏まえ、まず、素案(1)では、その本文において、債権者が第三者による弁済の受領を拒絶することができるとしている。第三者の履行が債務者の意思に反するかどうかを債権者が確認することができない場合には、履行を拒絶して上記の不利益を回避することを可能とすることを意図するものである。その上で、ただし書において、債務者の委託を受けて第三者が弁済をする場合において、それを債権者が知ったときは、受領を拒絶することができないとしている。これは、特に履行引受のような取引で行われる第三者による弁済が、現在よりも制約されることがあるのは適当ではないという考慮に基づくものであるが、債務者の委託があったことを「債権者が知った」と評価することができるまでは、受領を拒絶することができることによって、債権者の保護を図っている。これによって、委託を受けて弁済をする第三者は、「正当な利益を有する者」と同様に弁済をすることができるものの、代位をするためには第三者対抗要件を具備しなければならない（民法第499条第2項）ということになる。

素案(2)は、第三者による弁済を債権者が受領した場合に、その弁済が債務者の意思に反したときは、弁済としての効力を有しないとして、現行法の規律を実質的に維持するものである。債権者としては、履行を拒絶することができたにもかかわらず、あえて受領したのであるから、その履行が債務者の意思に反したことによって、給付物を返還しなければならないという不利益を被ったとしてもやむを得ないという考慮に基づくものである。この点について、中間試案では、(注)として、債務者の意思に反する履行も弁済として有効としつつ、そのような履行がされた場合には、第三者は債務者に対する求償権を取得しないという考え方が取り上げられていた。この考え方は、債務者の意思が不明な場合には、債権者は正当な利益を有しない者からの履行を安心して受領することができないことになるので、受領を拒絶することができるのみでは、債権者の不利益は解消しないという問題意識に基づくものである。しかし、このような考え方を採用すると、債務者が、真実は債務者の意思に反していなかったにもかかわらず、弁済の利益を享受しつつ求償債務の負担も免れるため「自己の意思に反する」と主張することが予想されるという問題が指摘されている。これは、債務者のために履行をする第三者が負うリスクが大きすぎるということを指摘するものと理解されるが、このような規律の下では、第三者が債務者のために履行することを期待することができなくなるおそれがあることを考慮し、(注)の考え方を採らないこととした。

3 弁済として引き渡した物の取戻し（民法第476条関係）

民法第476条を削除するものとする。

○中間試案第22、3「弁済として引き渡した物の取戻し（民法第476条関係）」
民法第476条を削除するものとする。

(説明)

1 現状及び問題の所在

弁済者が制限行為能力者であった場合に関する民法第476条については、弁済を法律行為と見ない今日の理解のもとでは、弁済そのものの取消しではなく、給付の内容である法律行為の取消しにのみ適用されるものであると考えられており、具体的な適用場面は、制限行為能力者が代物弁済をした場合に限られると言われている。このため、その存在意義が疑問視されている。そして、今般の改正において、代物弁済契約を諾成契約として改めると、代物の給付は代物弁済契約の履行であって、法律行為ではないため取消しの対象とはならず、他方、代物弁済契約を取り消したとしても、「弁済」を取り消したことはならないため、同条の適用場面が消滅することになると考えられる。このように考えると、同条は、今般の改正に伴い、その存在意義を失うことになるので、これを削除することが適当である。

2 改正の内容

上記の問題の所在を踏まえ、素案では、民法第476条を削除することとしている。

民法第476条の削除に伴い、同法第477条の適用範囲は、同法第475条の場合に限定されることになる。

4 債務の履行の相手方（民法第478条、第480条関係）

(1) 民法第478条の規律を次のように改めるものとする。

ア 債務の履行は、次に掲げる者のいずれかに対してしたときは、弁済としての効力を有する。

(ア) 債権者

(イ) 債権者が弁済を受領する権限を与えた第三者

(ウ) 法令の規定により弁済を受領する権限を有する第三者

イ 上記アに掲げる者（以下「受領権者」という。）以外の者〔であって受領権者としての外観を有するもの〕に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。

(2) 民法第480条を削除するものとする。

○中間試案第22、4「債務の履行の相手方（民法第478条、第480条関係）」

(1) 民法第478条の規律を次のように改めるものとする。

ア 債務の履行は、次に掲げる者のいずれかに対してしたときは、弁済としての効力を有するものとする。

(ア) 債権者

(イ) 債権者が履行を受ける権限を与えた第三者

(ウ) 法令の規定により履行を受ける権限を有する第三者

イ 上記アに掲げる者（以下「受取権者」という。）以外の者であって受取権者としての外観を有するものに対してした債務の履行は、当該者が受取権者である

と信じたことにつき正当な理由がある場合に限り、弁済としての効力を有するものとする。

(2) 民法第480条を削除するものとする。

(注) 上記(1)イについては、債務者の善意又は無過失という民法第478条の文言を維持するという考え方がある。

(説明)

1 素案(1)アについて

(1) 現状及び問題の所在

債権者以外の第三者に対する弁済に関して、現行民法には、第三者が受領権限を有しない場合の規定が置かれているが(民法第478条から第481条まで)、第三者が受領権限を有する場合については、明文の規定が置かれていない。しかし、債権者以外の第三者に受領権限を与えて弁済を受け取らせること(代理受領)は、今日では債権担保や債権回収の手段として実務上広く活用され、重要な機能を果たしていると指摘されている。

民法第478条から第481条までの例外的な規律の前提として、受領権限を有する第三者に対する弁済が有効であることを明らかにする規定を設けることが必要である。

(2) 改正の内容

素案(1)アでは、債権者以外の第三者に対する弁済であっても、その第三者が受領権限を有する場合には弁済が有効となることを確認する旨の規定を設けることとしている。債権者のほかに履行を受領することができる者としては、債権者が受領権限を与えた第三者と、法令によって受領権限を有する第三者を挙げており、後者の例としては、破産管財人の他、債権者代位権を行使した代位債権者(中間試案第14、3参照)が挙げられる。

なお、債権者であっても、債権が差し押さえられた場合や債権に質権を設定した場合など、受領権限を有しない場合があり、その場合には弁済の効力を有しないこととなるが、これはそれぞれの規定から導かれる帰結であるため(民事執行法第145条第1項等)、素案(1)アにおいては特に明記していない。

2 素案(1)イについて

(1) 現状及び問題の所在

民法第478条は、弁済の相手方が債権者その他弁済の受領権限を有する者でなかった場合においても、その者が「債権の準占有者」に該当するときは、一定の要件の下で弁済が有効となることを認めている。

この「債権の準占有者」という文言については、そもそも用語として分かりにくいという問題が指摘されている。また、自ら債権者であると称する者がこれに含まれ得ることは明らかである一方、債権者の代理人と称する者が含まれるかどうか、文言からは必ずしも明らかではない。すなわち、財産権の準占有に関する民法第205条において「自己のためにする意思」が必要とされていることに照らすと、同法第47

8条の「準占有者」についても、同様に「自己のためにする意思」が必要とも考えられ、そうだとすると、債権者の代理人と称する者に対する弁済は同条によっては保護されないのではないのではないかとする見解も主張されてきた。沿革的にも、債権者の代理人と称する者に対する弁済には、同条の適用は想定されていなかったと言われる。また、債権者の代理人と称する者に対する弁済については、債権者の帰責事由が独立の要件とされる表見代理の規定で対応すべきであるとも考えられ、民法第478条を適用することには異論もあった。しかし、判例（最判昭和37年8月21日民集16巻9号1809頁等）は、債権者の代理人と称する者も準占有者に該当するとし、その後の学説の多くも、取引の安全に資するとして、これを支持している。

以上の判例の考え方を明確化するために、「準占有者」という文言を分かりやすく改める必要がある。

(2) 改正の内容

素案(1)イでは、上記(1)記載の判例等を踏まえ、債権の準占有者という文言の実質的な意味を明確化するために、素案(1)アに掲げる者（受領権者）以外の者〔であって受領権者としての外観を有するもの〕として改めることとしている。現在の判例・通説では、以下の者が債権の準占有者に該当すると考えられており、これを変更するものではない。

- ① 表見相続人（大判昭和15年5月29日民集19巻903号）
- ② 無効な債権譲渡の譲受人（大判大正7年12月7日民録24輯2310頁）
- ③ 債権が二重譲渡された場合に劣後する譲受人（最判昭和61年4月11日民集40巻3号558頁）
- ④ 偽造の債権証書・受取証書の所持人（大判昭和2年6月22日民集6巻408頁）
- ⑤ 詐称代理人（最判昭和37年8月21日民集16巻9号1809頁等）
- ⑥ 預金通帳と届出印の持参人（大判昭和16年6月20日民集20巻921頁）

最判昭和53年5月1日集民124号1頁は「貸付を受ける者が定期預金債権の準占有者であるというためには、原則として、その者が預金証書及び当該預金につき銀行に届け出た印章を所持することを要するものと解すべきである」として、届出印のみの持参者が債権の準占有者に該当しないと判断した。このように、債権の準占有者という要件は、これに該当しない場合には債務者が善意無過失であるか否かを判断するまでもなく民法第478条の適用を否定することになる点で、独自の機能を有するものと言える。

もつとも、上記最判昭和53年5月1日は、「貸付を受ける者が届出印のみを所持し、預金証書を所持しないような場合であつても、特に銀行側にその者を預金者であると信じさせるような客観的事情があり、それが預金証書の所持と同程度の確実さをもつてその者に預金が帰属することを推測させるものであるときには、その者を預金債権の準占有者ということができる。」とも判断していることに留意する必要がある。すなわち、準占有者の要件充足性の中で、このような判断をする必要があるのであれば、弁済をした者においてその受領者が受領権限を有すると信じたことについて善意無過失であったという判断をすることができるかどうかの問題と重複することから、債権

の準占有者概念に意味を持たせる必要はないとする見解も有力に主張されている。このような見解を採るのであれば、債権の準占有者という概念を単純に削除することも考えられる。この考え方を採る場合には、素案のうち、ブラケットが付されている部分（「であって受領権者としての外観を有するもの」という部分）を削除することとなる。ブラケット部分の要否について、どのように考えるか。

なお、中間試案では、通帳を盗取した第三者がその通帳で機械払方式による払戻しを受けた場合における当該払戻しの有効性が問題となった事案において、払戻し時における過失の有無のみならず、機械払システムの設置管理についての過失の有無をも考慮して判断した判例（最判平成15年4月8日民集57巻4号337頁）を踏まえ、民法第478条の善意無過失という要件を、「受取権者であると信じたことにつき正当な理由がある場合」と改める考え方を取り上げていた。しかし、例えば、表見代理の規定の適用の場面などでも、その時点における過失の有無以外の事情が考慮されることがあり得ることや、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見には、要件が変わることによって従来の判断枠組みが変わることへの懸念を表明する意見も少なくなかったことからすると、この要件のみを改めることは適当でないと考えられる。そこで、素案(1)イでは、民法第478条の善意無過失という要件を維持し、引き続きこの要件の解釈に委ねることとした。

3 素案(2)について

(1) 現状及び問題の所在

民法第480条は、受取証書の持参人であれば債権者から受領権限を与えられているのが通常であるとして、受取証書の持参人に対して弁済した者を特に保護する趣旨から、同法第478条とは異なり、受取証書の持参人に対する弁済の効力を否定する側に、弁済者の主観的要件の主張・立証責任を課している。立法時には、「債権の準占有者」の概念に含まれる者の範囲を現在よりも狭く解することを前提としていたため、このような規定を設ける必要があったとされる。

しかし、このような民法第480条の趣旨に対して、現在では、①「債権の準占有者」概念が、判例等によって立法時に想定していた範囲よりも拡張しており、「受取証書の持参人」についての特別の規定を設ける必要性がなくなったこと、②受領権限の証明方法として重要なものは、受取証書の持参以外にもあり、受取証書の持参についてのみ特別な規定を設ける必要性が低いと考えられること、③同条が適用されるには、真正の受取証書の持参人であることを弁済者が立証する必要がある（後記判例参照）と考えられるところ、真正の受取証書の持参人に対する弁済であることが立証されたのであれば、弁済者の善意無過失を事実上推定してよいと考えられることから、同法第478条が適用される場合と本質的な相違はないこと等の指摘があり、これらを理由として、同法第480条の存在意義を疑問視する見解が主張されている。また、判例によると、同条は真正の受取証書の持参人についてのみ適用され（大判明治41年1月23日新聞479号8頁）、偽造の受取証書の持参人については、同法第478条が適用されることになる（大判昭和2年6月22日民集6巻408頁）が、受取証書が真正か偽造かによって適用される条文が異なるのは、必要以上にルールが複雑にな

っていて分かりにくいという指摘もされている。

以上のように、民法第480条については、今日ではその存在意義自体が疑問視されている。

(2) 改正の内容

素案(2)は、以上のような指摘等を踏まえ、民法第480条を削除するものである。なお、受取証書の持参人に対する弁済については、同法第478条（素案(1)イ）の適用に委ねることを提案するものである。

5 代物弁済（民法第482条関係）

民法第482条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債務者が、債権者との間で、その負担した給付に代えて他の給付をすることにより債務を消滅させる旨の契約をした場合において、債務者が当該他の給付をしたときは、当初負担した給付に係る債権も、消滅する。
- (2) 上記(1)の契約がされた場合であっても、債務者が当初負担した給付をしたときは、他の給付に係る債権も、消滅する。

○中間試案第22、5「代物弁済（民法第482条関係）」

民法第482条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債務者が、債権者との間で、その負担した給付に代えて他の給付をすることにより債務を消滅させる旨の契約をした場合において、債務者が当該他の給付をしたときは、その債権は、消滅するものとする。
- (2) 上記(1)の契約がされた場合であっても、債務者が当初負担した給付をすること及び債権者が当初の給付を請求することは、妨げられないものとする。

(説明)

1 現状及び問題の所在

代物弁済については、伝統的に要物契約であるという見解が有力に主張されてきた。これは、代物弁済による債権の消滅の効力が代物の給付が現実に行われることによって生ずることに着目したものであるが、実際には、代物弁済の予約や停止条件付代物弁済のように諾成的な代物弁済の合意が、特に担保取引において利用されることが多いと指摘されている。また、判例は、代物弁済が要物契約か諾成契約かについて、明示的には判断していないが、代物弁済として不動産を給付した事案において、代物弁済による債務消滅の効果は原則として所有権移転登記手続を完了した時に生ずるとする一方で（最判昭和39年11月26日民集18巻9号1984頁）、代物弁済の目的である不動産の所有権移転の効果は、原則として当事者間で代物弁済契約が成立した時に、その意思表示の効果として生ずることを妨げないとしている（最判昭和57年6月4日判時1048号97頁、最判昭和60年12月20日判時1207号53頁）。この判例の結論は、代物弁済を諾成契約とする立場からは容易に説明することができるが、要物契約とする立場からは、所有権移転原因たる代物弁済契約がまだ成立していない時点での物権変動を

認めることになってしまうため、説明が難しいとされている。そして、現在では、諾成的な代物弁済の合意が有効であることを明確に認める見解が一般的である。

代物弁済の合意が実務において重要な役割を果たしていることからすると、代物弁済をめぐる法律関係を明確にするために、規定を整備することが望ましい。その際には、まずは、諾成的な代物弁済の合意が有効であることと、債権の消滅時期は代物の給付の時点であることを確認することが必要である。

また、代物弁済の合意がされた後に、債務者が当初の給付をした場合に、債権者がその受領を拒絶することができるかどうかという点については争いがあるが、少なくとも債権者がこれを受領したときに、代物の給付債務も消滅することには異論がないと思われる。当初の給付債務と代物の給付債務との関係を明確化する観点からは、この点も条文上明らかにしておくことが必要である。

2 改正の内容

(1) 素案(1)について

素案(1)は、代物弁済契約が諾成契約であることを明らかにするとともに、代物の給付によって当初の給付に係る債権が消滅することを確認する規定を設けるものである。

(2) 素案(2)について

素案(2)は、当初の給付をすることによって、代物を給付する債務も消滅することを明らかにするものである。代物弁済が担保目的で利用されることが多いという実態を踏まえると、当事者の合意がない場合の任意規定としては、代物弁済の合意後も、債務者が当初負担した給付をすることによって、代物の給付債務を消滅させることができるというルールが合理的であるという理由に基づくものである。

もっとも、素案(2)は、上記のとおり当初の給付によって代物の給付債務が消滅することを規定するにとどまるものであり、例えば、債権者が代物の給付を求めたにもかかわらず、債務者が当初の給付をすることによって債務を免れることができるかどうかという点や、債務者が当初の給付をした場合に、債権者が代物の給付を求めることによって受領を拒絶することができるかどうかという点などについては、基本的には当事者間の合意によって決せられるべき問題であり、合意の解釈に委ねることを前提としている。

6 弁済の方法（民法第483条から第487条まで関係）

(1) 民法第483条を削除するものとする。

(2) 弁済の時間に関して、以下の規定を付け加えるものとする。

法令又は慣習により取引時間の定めがある場合には、その取引時間内に限り、債務の履行をし、又はその履行の請求をすることができる。

(3) 民法第486条の規律を次のように改めるものとする。

ア 弁済をした者は、弁済を受領した者に対して受取証書の交付を請求することができる。

イ 弁済をする者は、弁済の提供をして、受取証書の交付を請求することができる。この場合においては、その交付を受けるまでは、弁済を拒むこと

ができる。

- 中間試案第22、6「弁済の方法（民法第483条から第487条まで関係）」
- (1) 民法第483条を削除するものとする。
 - (2) 法令又は慣習により取引時間の定めがある場合には、その取引時間内に限り、債務の履行をし、又はその履行の請求をすることができるものとする。
 - (3) 民法第486条の規律を改め、債務者は、受取証書の交付を受けるまでは、自己の債務の履行を拒むことができるものとする。
 - (4) 債権者の預金口座に金銭を振り込む方法によって債務を履行するときは、債権者の預金口座において当該振込額の入金が記録される時に、弁済の効力が生ずるものとする。
- (注) 上記(4)については、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現状及び問題の所在

民法第483条は、旧民法財産編第462条に由来する条文である。旧民法財産編第462条は、危険負担に関する債権者主義の帰結を明らかにしたものであると説明されていたものであり、民法第483条もこれと同じことを定めたものであると立法当時には説明されていた。しかし、同条は債権総則の規定であり、危険負担の規定よりも適用範囲が広いので、同条を危険負担に関する規定として位置付けるのは困難であるとして、その適用場面をめぐって、解釈論が展開されてきた。

この点について、かつては、民法第483条によって、債務者は履行期の現状で特定物を引き渡せばその履行義務を尽くしたことになるとした上で、善管注意義務違反がある場合にはこれによって損害賠償責任を負うことになるという見解が通説であった。これは、特定物の引渡債務については、修補や代替物の給付が想定されない以上、その特定物を引き渡すほかないという観念を前提とするものであり、当該特定物に原始的な瑕疵が存在する場合についても、その物を引き渡せば完全な履行になるという考え方（いわゆる特定物ドグマ）と通底する考え方である。このため、本条は、売買の瑕疵担保責任に関する法定責任説を支える規定として援用されることがあった。

しかし、現在では、いわゆる特定物ドグマに対しては強い批判が向けられており、特定物であっても、瑕疵のある物を引き渡せば、債務不履行になり得ると捉える考え方が一般的になっている。そして、この考え方を前提とすると、引き渡すべき物の性状は契約によって定められることになる。その際に、履行期の現状で引き渡せば債務者は一切の責任を免れる旨の合意がされることもあるが、それは目的物の特性に鑑みて特にそのような合意がされるのであり、特定物の引渡債務一般について当事者が通常有する意思とはいえない。引き渡すべき物の性状は、取引通念などを考慮した契約の解釈によって定まるため、契約に基づく特定物引渡債務に関しては、民法第483条は任意規定としてもその存在意義を失っており、それにもかかわらず同条が存在す

ることによって、誤解を生ずる原因にもなっているという指摘がある。判例集等においても、同条が直接問題となった事案はほとんど見当たらないと指摘されている。他方で、契約以外の原因による特定物引渡債務（不当利得返還債務など）において、本条が適用される場面はほとんど想定することができない。

(2) 改正の内容

中間試案では、いわゆる特定物ドグマを否定することを前提として、売買の瑕疵担保責任に関する規律を整備する考え方が取り上げられており（中間試案の補足説明399頁以下）、これを前提として、民法第483条については削除するという考え方が取り上げられていた。部会では、この考え方を支持する意見があり、パブリック・コメントに寄せられた意見においても、削除に賛成する意見がある。

これに対して、パブリック・コメントで寄せられた意見には、実務界を中心に、民法第483条が、契約において引き渡すべき物の性状について当事者が定めていない場合に、履行期の現状で特定物を引き渡せば免責されることを意味する規定として機能しており、これを削除すべきではないという意見が少なくない。当部会の審議においても、同様の意見があった。もっとも、これらの意見に対しては、上記のとおり、物の引渡しを内容とする契約において引き渡すべき物の性状について当事者が明示的に定めていない場合においても、取引通念などを考慮した契約の解釈によってどのような性状の物を引き渡すべきかは明らかになるのであり、同条が機能する場面は考えられないという反論がある。また、民法第483条を存置することによって誤解を生ずる原因となっているのであれば、誤解が生じないように規定を改めればよいという意見もあったが、そもそもこの規定が機能していないという実態があるにもかかわらず、文言を改めただけで規定を存置すると、その解釈論をめぐって更に誤解を招くおそれがあるようにも思われる。仮に文言を改めて規定を設けるとすると、契約総則に規定の配置を移した上で、債権の給付内容が特定物の引渡しであるときは、履行期に備えるべき性状として契約の趣旨に照らして定まる状態で引き渡さなければならない旨の規定を設けることが考えられるが、これは特定物に限らず物の引渡債務一般に妥当する規律であり、このような自明の内容の規定を特に特定物の引渡しについてだけ設けることは、他とのバランスからも、その必要性や合理性には疑問がある。

素案が中間試案を維持し、民法第483条を削除することとしているのは、以上の考慮に基づくものである。

2 素案(2)について

(1) 現状及び問題の所在

弁済の時間について、民法には明文の規定が置かれていないが、商法には商取引に関する規定がある（同法第520条）。しかし、同条の規定の内容は、必ずしも商取引に特有のものではなく、取引一般について、信義則上、当然に同様の規律が当てはまると考えられている。そうであれば、これを一般ルールとして民法に置くことが望ましい。

(2) 改正の内容

素案(1)は、商法第520条を参照し、弁済の時間に関する規律を設けるものである。

素案(1)の「法令」に該当するものとしては、銀行法第15条、手形法第72条等が該当する。

なお、素案(1)を設けることによって、商法第520条は商法から削除することを予定している。

3 素案(3)について

(1) 現状及び問題の所在

民法第486条は、弁済者に受取証書の交付請求権があることを規定している。この受取証書の交付請求権と債務の履行との関係について、同条は弁済が先履行であるように定めているが、受取証書は弁済の証拠として重要であるから、弁済者が債務の履行との同時履行を求めることが正当化されるとして、判例（大判昭和16年3月1日民集20巻163頁）・学説では、受取証書の交付は債務の履行と同時履行の関係にあると理解されている。受取証書が弁済の証拠として重要な役割を果たしていることからすると、上記の解釈に基づき条文を改める必要がある。

(2) 改正の内容

素案(3)アは、民法第486条を維持するものである。受取証書は弁済の証拠として交付されるものであるから、原則としては、弁済をした後にその交付を請求することを想定すべきであるという考慮に基づくものである。

素案(3)イは、受取証書の交付と債務の履行とが同時履行の関係にあるという一般的な理解を明文化しようとするものである。もっとも、ここでは、一般的な同時履行の関係とは実質的な意味が異なっている。すなわち、債務者が弁済の提供をしなければ、受取証書の交付という相手方の履行を請求することができないのは、一般的な同時履行の関係と同じであるが、受領権者が受取証書の交付をしなければ、債務の履行を請求することができないという関係にはない。そのため、債務者が、履行期を徒過しても、受取証書の交付義務についての同時履行の抗弁権があることを理由として、遅滞に陥らないと主張することはできず、債務者は、弁済の提供をした上で、受取証書の交付を請求しなければならない。素案イは、以上の内容を表そうとするものである。パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、債務者が受取証書の交付を求めない場合であっても、債権者に受取証書の交付義務があるように解釈されることを懸念する意見が寄せられており、素案(3)イによって、この意見の懸念には対応することができていると考えられる。なお、受領権者が受取証書を交付しないために、債務者が弁済を拒絶した場合は、形式的には弁済の受領を拒絶しているわけではないが、債務者が弁済の提供をしている以上、受領拒絶の効果が生ずることを前提としている。具体的には、債権者が、増加費用の負担義務を負うことになると考えられる。

7 弁済の充当（民法第488条から第491条まで関係）

民法第488条から第491条までの規律を次のように改めるものとする。

- (1) 次に掲げるいずれかの場合に該当し、かつ、弁済をする者がその債務の全部を消滅させるのに足りない給付をした場合において、当事者間に充当の順序に関する合意があるときは、その順序に従い充当するものとする。

- ア 債務者が同一の債権者に対して同種の給付を内容とする数個の債務を負担する場合（下記ウに該当する場合を除く。）
 - イ 債務者が一個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべき場合（下記ウに該当する場合を除く。）
 - ウ 債務者が同一の債権者に対して同種の給付を内容とする数個の債務を負担する場合において、そのうち一個又は数個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべきとき。
- (2) 上記(1)アに該当する場合において、上記(1)の合意がないときに適用される規定として、民法第488条及び第489条と同旨の規定を設ける。
 - (3) 上記(1)イに該当する場合において、上記(1)の合意がないときに適用される規定として、民法第491条と同旨の規定を設ける。
 - (4) 上記(1)ウに該当する場合において、上記(1)の合意がないときは、まず上記(3)の規律に従う。この場合において、数個の債務の費用、利息又は元本のうちいずれかの全部を消滅させるのに足りないときは、上記(2)の規律に従う。
 - (5) 一個の債務の弁済として数個の給付をすべき場合において、弁済をする者がその債務の全部を消滅させるのに足りない給付をしたときは、上記(1)から上記(4)までの規定を準用する。

- 中間試案第22、7「弁済の充当（民法第488条から第491条まで関係）」
民法第488条から第491条までの規律を次のように改めるものとする。
- (1) 次に掲げるいずれかの場合に該当し、かつ、履行をする者がその債務の全部を消滅させるのに足りない給付をした場合において、当事者間に充当の順序に関する合意があるときは、その順序に従い充当するものとする。
 - ア 債務者が同一の債権者に対して同種の給付を内容とする数個の債務を負担する場合（下記ウに該当する場合を除く。）
 - イ 債務者が一個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべき場合（下記ウに該当する場合を除く。）
 - ウ 債務者が同一の債権者に対して同種の給付を内容とする数個の債務を負担する場合において、そのうち一個又は数個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべきとき
 - (2) 上記(1)アに該当する場合において、上記(1)の合意がないときは、民法第488条及び第489条の規律によるものとする。
 - (3) 上記(1)イに該当する場合において、上記(1)の合意がないときは、民法第491条の規律によるものとする。
 - (4) 上記(1)ウに該当する場合において、上記(1)の合意がないときは、まず民法第491条の規律によるものとする。この場合において、数個の債務の費用、利息又は元本のうちいずれかの全部を消滅させるのに足りないときは、民法第488条及び第489条の規律によるものとする。
 - (5) 民法第490条を削除するものとする。

(6) 民事執行手続における配当についても、上記(1)から(4)までの規律（民法第488条による指定充当の規律を除く。）が適用されるものとする。
(注) 上記(6)については、規定を設けないという考え方がある。

(説明)

1 現状及び問題の所在

弁済の充当については、民法第488条から第491条までに規定が置かれている。弁済の充当が問題となるのは、以下のいずれかに該当する場合であって、弁済をする者がその債務の全部を消滅させるのに足りない給付をしたときであるが、それぞれについて、以下のように規定が適用されることになる。

① 債務者が同一の債権者に対して同種の給付を内容とする数個の債務を負担する場合（下記③に該当する場合を除く。）

民法第488条、第489条が適用される。

② 債務者が一個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべき場合（下記③に該当する場合を除く。）

民法第491条が適用される。

③ 債務者が同一の債権者に対して同種の給付を内容とする数個の債務を負担する場合において、そのうち一個又は数個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべきとき

まず、民法第491条によって、費用・利息・元本の順に充当される。同条と同法第488条のいずれが優先して適用されるかという点が条文上必ずしも明らかではないが、判例（大判大正6年3月31日民録23輯591頁）は、この場合に同法第488条は適用されないとしている。費用は、債務者が負担すべきものを債権者が立て替えているのであるから、最初に支払われるべきである。また、利息よりも先に元本に充当して利息が生じなくすることは、元本を交付した債権者の通常の期待に反し、債務者を過当に有利にすることになるため、利息は、元本よりも先に充当されるべきである。同法第491条は、このような考慮に基づく規定であるから、その順序を一方当事者の指定により変更するのは適当でないという理由に基づくものである。

その上で、残額がある費用、利息又は元本の間の特当の順序に関して、民法第491条第2項は、同法第489条（法定充当）のみを準用し、同法第488条（指定充当）を準用していない。そのため、現行法の解釈としては指定充当を否定する見解があり、その理由として、債務者にとって有利な充当を認めることが当事者の意思に合致し、公平であることが挙げられている。しかし、この場合に限って指定充当を否定すべき合理性は、必ずしもないと指摘や、また、当事者の意思に合致することを理由として指定充当を否定する点については、指定充当を認めるほうが、当事者の意思に合致する帰結を導くことができるとの指摘がある。

なお、上記の①から③までのいずれの場合についても、民法第488条から第491条までの規定にかかわらず、当事者間に充当に関する合意がある場合には、当該合意に従い充当されることになる。実務では、充当に関する合意に従って充当がされることが

多いと指摘されている。

以上のような弁済の充当に関する規定の適用関係を読み取ることは、条文相互の関係が分かりにくいと指摘されている。そこで、今般の見直しに当たっては、実際に適用される規律内容を条文から容易に読み取ることができるように、規定を整理することが検討課題となる。

2 改正の内容

素案(1)は、弁済の充当が問題となる場面を明確化した上で、民法第488条から第491条までの規定にかかわらず、当事者間に充当に関する合意がある場合には、当該合意に従い充当されることを明らかにするものである。これは、充当に関する規律が任意規定であるという意味であるが、実務では合意による充当がされることが多いという指摘を踏まえると、弁済の充当に関する重層的で複雑な規律を分かりやすく整理する観点から、第1順位として当事者間の合意に従うべきことを条文上明確にすることが望ましいとの考慮に基づくものである。

素案(2)は、債務者が同一の債権者に対して同種の給付を内容とする数個の債務を負担する場合について、民法第488条及び第489条の規律を維持するものである。

素案(3)は、一個の債務について元本、利息及び費用を支払うべき場合に関して、現在の民法第491条の規律を維持するものである。

素案(4)は、債務者が同一の債権者に対して同種の給付を内容とする数個の債務を負担する場合において、そのうち一個又は数個の債務について元本のほか利息及び費用を支払うべきときについて、まず、民法第491条が適用されるという点では、現状を維持した上で、残額がある費用、利息又は元本の間の充当については、法定充当だけでなく、指定充当を認めることとしている。これは、指定充当を認めることによって、当事者の意思を反映させることが望ましいという考慮に基づくものである。

素案(5)は、民法第490条を維持するものである。中間試案では、同条の適用場面については、数個の債務が成立していると捉えることが可能であり、これを削除する考え方が取り上げられていたが、例えば、売買代金債権が月賦払とされていたときにも、数個の債務が成立すると捉えるのは技巧的であるようにも思われることから、同条を存置することとした。

8 弁済の提供（民法第492条関係）

民法第492条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債務者は、弁済の提供の時から、債務の履行をしないことによって生ずべき責任を免れる。
- (2) 中間試案第11、1によれば契約の解除をすることができる場合であっても、債務者が弁済の提供をしたときは、債権者は、契約の解除をすることができない。

○中間試案第22、8「弁済の提供（民法第492条関係）」

民法第492条の規律を次のように改めるものとする。

- | |
|---|
| <p>(1) 債務者は、弁済の提供の時から、履行遅滞を理由とする損害賠償の責任その他の債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れるものとする。</p> <p>(2) 前記第11、1によれば契約の解除をすることができる場合であっても、債務者が弁済の提供をしたときは、債権者は、契約の解除をすることができないものとする。</p> |
|---|

(説明)

1 現状及び問題の所在

民法は、弁済の提供の効果について、「債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる」とだけ規定し（同法第492条）、他方、受領遅滞の効果については、「履行の提供があったときから遅滞の責任を負う」とだけ規定している（同法第413条）。弁済の提供とこれに基づく受領遅滞の具体的な効果は条文上必ずしも明確ではないが、以下の①から⑤までの効果が生ずると解されている。

- ① 履行遅滞による債務不履行責任の不発生
- ② 債権者の同時履行の抗弁権の消滅
- ③ 特定物の引渡しの場合における注意義務の軽減
- ④ 増加費用の債権者負担
- ⑤ 目的物滅失等の場合における危険の移転

この①から⑤までが弁済の提供と受領遅滞のいずれの効果となるかについては、学説上、様々な見解が示されているところではあるが、①②を弁済の提供の効果として整理する見解が有力に主張されている。これは、弁済の提供が専ら債務者の行為を規律するものであるから、債務者が行うべき行為に基づく効果のみを弁済の提供の効果として位置付けるという立場である。①②はいずれも、債権者の行為とは無関係に、債務者の行為から発生する効果であるとするのが自然であるのに対し、③から⑤までは、専ら債権者の責任や負担が加重されるという効果であり、債権者の行為と結びつく効果であると整理するのが妥当であるからである。しかし、民法第492条は、「債務の不履行によって生ずべき一切の責任」を免れるとしており、履行不能による債務者の責任と関係する⑤も同条の効果として位置付けられるかのようにも読める。

以上のような考え方があることを踏まえ、弁済の提供と受領遅滞の効果とを整理した上で、弁済の提供の具体的な効果を条文上明確化することが検討課題となる。

2 改正の内容

素案(1)は、弁済の提供の効果として、上記のうち、①②と整理した上で、①のみを規定することとしている。②は民法第533条において既に規定されている内容であるから、同条が維持される限りは、同法第492条では、①のみを規定すればよいという理由に基づくものである。そして、履行不能以外による債務不履行に基づく責任を弁済の提供によって免れることができることを明らかにする趣旨で、解除の要件等（部会資料68A第3、1(1)等）を参照し、「債務の履行をしないことによって生ずべき責任を免れる」としている。受領遅滞の効果としては、債務者が、受領遅滞となった後に履行不能となったことに基づく責任を負わないこと（上記⑤）が明文化されていることから

(部会資料68A第5)、弁済の提供の効果が①に限られることは明確になっている。

素案(2)は、解除の要件を充足している場合に弁済の提供がされたときは、解除権を行使することができなくなるという一般的な理解を明らかにするものである。解除については、今般の見直しにおいて、解除を契約の拘束力から解放するための制度として位置付けるべきであるとの考え方が示されており、解除することができなくなることを素案(1)の中に位置付けるのは、この考え方と整合しないので、素案(1)とは別の規律を設けることとしたものである。もっとも、この規律は、弁済のパートではなく、契約の解除のパートに置くことも考えられるので、配置の在り方については別途検討する必要がある。

なお、民法第493条では「債務の本旨」という文言が用いられているが、「弁済の提供」に該当するためには、それが債務の内容に従ったものでなければならないという意味であれば、それは当然のことであり、同条で重ねて規定する必要はないと考えられる一方、その後の法令の用例に見られるように本旨が本質などの意味で用いられているとすると(憲法第92条、地方公務員法第1条等)、かえって意味を不明確にするため避ける方が望ましい。同法第415条について「債務の本旨」という文言を削除することとされている(部会資料68A第2、1)のは、このような理由に基づくものといえる。そこで、民法第493条についても、「債務の本旨」という文言を削除することを予定している。

9 弁済の目的物の供託(民法第494条から第498条まで関係)

(1) 民法第494条の規律を次のように改めるものとする。

ア 弁済をすることができる者(以下この9において「弁済者」という。)は、次に掲げる事由があったときは、債権者のために弁済の目的物を供託することができる。この場合においては、弁済者が供託をした時に、債権は消滅する。

(ア) 弁済の提供をした場合において、債権者がその受領を拒んだとき。

(イ) 債権者が弁済を受領することができないとき。

イ 弁済者が債権者を確知することができないときも、上記アと同様とする。

ただし、弁済者に過失があるときは、この限りでない。

(2) 民法第497条前段の規律を次のように改めるものとする。

弁済の目的物が供託に適しないとき、その物について滅失、損傷その他の事由による価格の低落のおそれがあるとき、又はその物を供託することが困難であるときは、弁済者は、裁判所の許可を得て、これを競売に付し、その代金を供託することができる。

(3) 民法第498条の規律の前に付け加え、弁済の目的物が供託された場合には、債権者は、供託物の還付を請求することができるものとする。

○中間試案第22、9「弁済の目的物の供託(民法第494条から第498条関係)」
弁済供託に関する民法第494条から第498条までの規律を基本的に維持した

上で、次のように改めるものとする。

(1) 民法第494条の規律を次のように改めるものとする。

ア 履行をすることができる者は、次に掲げる事由があったときは、債権者のために弁済の目的物を供託することができるものとする。この場合においては、履行をすることができる者が供託をした時に、債権は消滅するものとする。

(ア) 弁済の提供をした場合において、債権者がその受取を拒んだとき

(イ) 債権者が履行を受け取ることができないとき

イ 履行をすることができる者が債権者を確知することができないときも、上記アと同様とするものとする。ただし、履行をすることができる者に過失があるときは、この限りでないものとする。

(2) 民法第497条前段の規律を次のように改めるものとする。

弁済の目的物が供託に適しないとき、その物について滅失、損傷その他の事由による価格の低落のおそれがあるとき、又はその物を供託することが困難であるときは、履行をすることができる者は、裁判所の許可を得て、これを競売に付し、その代金を供託することができるものとする。

(3) 民法第498条の規律の前に付け加え、弁済の目的物が供託された場合には、債権者は、供託物の還付を請求することができるものとする。

(説明)

1 素案(1)アについて

(1) 現状及び問題の所在

民法第494条は、弁済供託の供託原因として、債権者の受領拒絶、債権者の受領不能及び債権者不確知を挙げている。このうち、債権者の受領拒絶を原因とする供託の要件として、債務者がそれに先立って弁済の提供をしたことが必要かどうかについては、条文上明示されていない。この点について、判例（大判大正10年4月30日民録27輯832頁）は、債権者の受領拒絶を原因として供託をするためには、供託に先立って、弁済の提供をすることが必要であると判示している。学説上も、弁済供託が、債権者による受領という過程を経ないで債権を消滅させる効果を持ち、また、供託物の還付請求の手續を要する等の点で本来の弁済よりも債権者に不利益があり得ることから、弁済の提供をして債権者を受領遅滞にすることを要するという見解が有力である。

そこで、債権者の受領拒絶の要件として、これに先立つ弁済の提供が必要であることを条文上明らかにすることが検討課題となる。

(2) 改正の内容

素案(1)ア(ア)は、以上を踏まえ、受領拒絶を原因とする供託の要件として、弁済の提供があったことが必要であることを条文上明確にするものである。

ところで、現在の判例（大判大正11年10月25日民集1巻616頁）及び供託実務は、口頭の提供をしても債権者が受け取らないことが明らかな場合に、弁済の提供をすることなく供託することができるとしている。素案(1)ア(ア)は、これを引き続

き維持することを前提としているが、この判例を一般化して規定することには異論があり得ることから、解釈に委ねることとしたものである。

素案(1)ア(イ)は、債権者の受領不能を供託原因とする現状を維持するものである。

2 素案(1)イについて

(1) 現状及び問題の所在

債権者不確知を供託原因とする供託については、債権者を確知することができないことについての弁済者の無過失が要件とされている（民法第494条後段）。この弁済者の無過失の主張・立証責任の所在については、必ずしも確立した見解は存在しないようであるが、条文の構造からは、弁済者が負うように解される。

弁済者の無過失の主張・立証責任の所在については、債権者不確知の原因の多くが債権者側の事情と考えられることに留意する必要があるとの指摘がある。例えば、債権譲渡の効力の有無について当事者間に争いがある場合には債権者不確知を供託原因とする供託が可能であるとされているが、譲渡当事者の一方の主張が明らかに不当である場合には弁済者の無過失が認められないとすると、譲渡の有効性に関する争いにおける当事者の主張の合理性についての主張・立証責任が弁済者を行うことができる者に課されることになり、不当ではないかという問題意識に基づくものである。

(2) 改正の内容

素案(1)イは、以上のような問題意識を踏まえて、債権者などの供託の有効性を争う者が、弁済者に過失があることについての主張・立証責任を負うこととして、民法第494条後段を改めるものである。

3 素案(2)（「弁済の目的物を供託することが困難なとき」を要件とすること）について

(1) 現状及び問題の所在

金銭又は有価証券以外の物品を目的物とする供託（以下「物品供託」という。）は、法務大臣が指定する倉庫営業者又は銀行（以下「倉庫営業者等」という。）を供託所とするとされているが（供託法第5条第1項）、法務大臣の指定を受けている倉庫営業者等は全国で18社（平成11年12月1日現在）と少数であり、この倉庫営業者等は、その営業の部類に属する物であって保管することができる数量に限り、保管する義務を負うのみである（同条第2項）。また、物品供託を受け入れた倉庫営業者等は、供託物の保管料について供託物を受け取るべき者に対して請求することとなっている（同法第7条）。実際には、被供託者が所在不明又は供託物の受取りを拒否した場合や、受け取るべき者が確定しない場合には、倉庫営業者等は、保管料の収受が見込めないこととなるという問題があり、また、倉庫営業者等は、その営業の部類に属しないことや、保管することができる数量を超えていることを理由として、物品供託の受入れを拒否することにより、物品供託がされることはほとんどないという事情がある。このため、債務者が物品供託をしようとしても、債務の履行地にはその物品を保管する倉庫営業者等が存在しないという事態が生じている。このような事態が生じた場合には、弁済者の請求により、裁判所が供託所の指定や供託物の保管者の選任をする（民法第495条第2項）とされているが、適当な供託所又は保管者を選任することは現実的には難しいと言われている。

このように、債務の履行地に供託法所定の供託所が存在せず、かつ、民法第495条第2項の規定による供託所の指定又は供託物保管者の選任を得る見込みがないために、事実上、物品供託を利用することができない場合には、弁済の目的物が「供託に適しないとき」（同法第497条）に該当すると解されており、自助売却による代金の供託が可能である。しかし、適切な供託所又は保管者を見つけれない場合のように、弁済の目的物の性質とは関係なく、供託が困難である場合に自助売却が認められることは、「弁済の目的物が供託に適しないとき」という同法第497条の条文の文言からは必ずしも明らかではない。また、実際には、同法第495条第2項の規定による供託所の指定又は供託物保管者の選任を得る見込みの有無が明らかになるまでには、相当の時間が必要となる。供託が認められるまでに時間がかかれば、その間は遅延損害金等が発生することになるが、時間をかけて供託所又は保管者を探しても、現実的には適切な供託所又は保管者を見つけることは難しいと言われており、このような現状は、弁済者の利益保護の観点からは問題があると考えられる。そこで、例えば、債務の履行地に当該物品を保管することができる供託法所定の供託所が存在しない場合には、同項の規定による供託所の指定又は供託物保管者の選任を得る見込みの有無にかかわらず、自助売却を認めることが検討課題となる。

(2) 改正の内容

素案(2)は、以上を踏まえ、新たな自助売却の要件として、「弁済の目的物を供託することが困難なとき」を加えて、「供託に適しないとき」や「滅失若しくは損傷のおそれがないとき」（この説明4参照）は、新たに加える「供託することが困難なとき」とは別の要件として位置付けることとしている。これによって、前記のとおり、弁済の目的物の性質とは関係がなくても自助売却が認められることを明らかにする趣旨であり、債務の履行地に当該物品を保管することができる供託法所定の供託所が存在しない場合もこれに含まれるようにすることを意図するものである。

4 素案(2)（「価格の低落のおそれがあること」を要件とすること）について

(1) 現状及び問題の所在

民法第497条は、弁済の目的物が「滅失若しくは損傷のおそれがあるとき」にも、自助売却による競売代金の供託を認めているところ、この「滅失若しくは損傷のおそれがある」弁済の目的物の例としては、例えば、腐りやすい食品や変質のおそれがある薬品等、物理的な価値の低下のおそれがある物が想定されている。しかし、物理的な価値の低下でなくても、市場での価格の変動が激しく、放置しておけば価値が暴落し得るようなものについては、自助売却を認める必要があると指摘されている。

(2) 改正の内容

素案(2)では、「その物について滅失、損傷その他の事由による価格の低落のおそれがあるとき」を、自助売却の要件として付け加えることとしている。これは、商事売買について無催告での自助売却を認めている商法第524条第2項を参照したものである。同項の「損傷その他の事由による価格の低落のおそれがある物」とは、物理的な価格の低落に限らず、市場での価格の変動が激しく、放置しておけば暴落するような場合も含まれるとされていることから、これを参照することが適当であると考えた

ものである。

なお、ここでは、商法第524条第2項にはない「滅失」のおそれという文言があるが、これは、民法第497条において現在要件とされているものであり、あえてこれを削除する必要がないという考慮に基づくものである。

5 素案(3)について

(1) 現状及び問題の所在

弁済供託がされることにより、債権が消滅するとともに、債権者は供託物の還付請求権を取得することになる。債権の消滅については、民法第494条に規定されているが、供託物の還付請求権を取得することについては、現在も同法第498条が間接的に示しているだけであり、必ずしも明確であると言えない。

基本的なルールを条文から明確に読み取れるようにするという観点からは、還付請求権の取得という弁済供託の最も重要な効果についても条文上明確にすることが必要である。

(2) 改正の内容

素案(3)は、民法第498条に付け加えて、債権者が供託物の還付請求権を取得することを明らかにする規定を設けるものである。

10 弁済による代位

(1) 任意代位制度（民法第499条関係）

民法第499条及び第500条の規律を次のように改めるものとする。

ア 債務者のために弁済をした者は、債権者に代位する。

イ 弁済をするについて正当な利益を有する者以外の者が上記アにより債権者に代位する場合には、民法第467条を準用する。

○中間試案第22、10(1)「任意代位制度（民法第499条関係）」

民法第499条第1項の規律を改め、債権者の承諾を得ることを任意代位の要件から削除するものとする。

(注) 民法第499条を削除するという考え方がある。

(説明)

1 現状及び問題の所在

任意代位の制度（民法第499条）は、「利害関係を有しない第三者」（同法第474条）が弁済をした場合に、債権者の承諾を要件として、債権者に代位することを認める制度である。債権者は自己の権利を処分することができ、代位によって権利が移転することによる不都合も想定されない上、代位を認めることが第三者による弁済の促進につながるという考慮に基づき、債権者の承諾を要件として、認められたものである。

しかし、任意代位による債権者から弁済者への権利の移転は、法律によって効果が生ずるものであって、債権者の承諾によって生ずるわけではないから、債権者の承諾を要件とする根拠とはならないと指摘されている。また、利害関係のない第三者が債務者の

意思に反することなく弁済する場合に、債権者はその弁済を受領した上で、代位のみを拒否することができることになるが、このような対応は不当であり、現在では、債権者は、正当な理由がないと代位についての承諾を拒否することができないと一般に解されている。そして、以上のような問題意識に基づき、任意代位の要件からは、債権者の承諾を不要とすべきであるという考え方が示されている。

2 改正の内容

素案アは、以上の問題意識を踏まえ、任意代位の要件から、債権者の承諾を不要とするものである。今般の改正によって、有効に第三者による弁済の提供がされた場合であっても、債権者は受領を拒絶することができるので（前記2参照）、第三者に債権が移転することを債権者が希望しない場合には、弁済を受領を拒絶すればよく、他方で、弁済を受領しつつ、代位についてのみ拒絶する権利を債権者に認める必要はないという考慮に基づくものである。もっとも、この素案アの規律の下でも、債権者と弁済者との間で代位しない旨の合意をした場合には、その合意によって代位しないこととなることを前提としている。

素案アのように改正をする場合には、民法第499条と同法第500条との違いは同法第467条の準用の有無のみとなり、別々の条文で規律する必要性が乏しくなることから、これらの規定を統合することを前提として、同法第499条の「代位することができる」という表現ではなく、「代位する」と表現することとしている。

素案イは、上記のように民法第499条第1項と同法第500条とを統合する関係で、代位について第三者対抗要件を必要となる範囲を同法第499条第2項が現在適用されている範囲に限定するものであり、実質的には現状を維持するものである。

(2) 一部弁済による代位の要件・効果（民法第502条関係）

民法第502条第1項の規律を次のように改めるものとする。

- ア 債権の一部について代位弁済があったときは、代位者は、債権者の同意を得て、その弁済をした価額に応じて、債権者とともにその権利を行使することができる。
- イ 上記アのとときであっても、債権者は、単独でその権利を行使することができる。
- ウ 上記ア又はイに基づく権利の行使によって得られる担保目的物の売却代金その他の金銭については、債権者が代位者に優先する。

○中間試案第22、10(3)「一部弁済による代位の要件・効果（民法第502条関係）」

民法第502条第1項の規律を次のように改めるものとする。

- ア 債権の一部について第三者が履行し、これによって債権者に代位するときは、代位者は、債権者の同意を得て、その弁済をした価額に応じて、債権者とともにその権利を行使することができるものとする。
- イ 上記アのとときであっても、債権者は、単独でその権利を行使することができる

ものとする。
ウ 上記ア又はイに基づく権利の行使によって得られる担保目的物の売却代金その他の金銭については、債権者が代位者に優先するものとする。

(説明)

1 現状及び問題の所在

(1) 要件について

債権の一部について代位弁済があったときは、代位者は、「債権者とともにその権利を行使する」とされている（民法第502条第1項）が、権利行使の要件・効果のそれぞれについて、その規律内容を条文から読み取ることができないと指摘されている。

一部弁済による代位があったときの権利行使の要件について、大審院の判例（大決昭和6年4月7日民集10巻535号）は、民法第502条第1項が何らの制限もないということを経由として、代位者が単独で抵当権を実行することができるとしている。しかし、この判例の結論に対して、学説からは、条文の文言に整合的でない上に、代位者が単独で抵当権を実行することができることとすると、本来の権利者である債権者が換価時期を選択する利益を奪われることになるが、代位制度は債権者や第三者を害しないことを理由として認められているものであり、代位による求償権の確保はその限度でのみ認められるべきものであるという強い批判がある。本来の権利者である債権者が換価時期を選択することを希望する具体的な利益がある場合としては、債務者の財産状態の改善を待って回収可能額を増やそうとする場合などが挙げられている。このような批判を踏まえて、代位者は債権者との共同でなければ抵当権を実行することができないという見解が有力に主張されており、近時の下級審の裁判例（東京高決昭和55年10月20日判タ429号106頁）には、代位者は、債権者から独立して抵当権を実行することは許されないと判断したものも現れている。また、金融実務では、上記判例の帰結による不都合を回避するため、弁済者が一部弁済による代位によって取得した権利を、金融機関の同意がなければ行使することができないとする特約を置くことが多い。

他方、一部弁済による代位があったときに、本来の権利者である債権者が単独で抵当権等の権利を行使することができるかという点については、判例において、代位者が単独で権利行使できるとされていることとの均衡上、債権者も権利行使できるという見解が主張されている。

(2) 効果について

一部弁済による代位があった場合における抵当権の実行による配当について、起草者は、債権者と代位者が平等に配当を受領することができると考えていた。例えば、債権者Gの債務者Sに対する1000万円の債権の全額を保証人Aが連帯保証し、Sが自己所有の価額500万円の不動産に抵当権を設定していた場合において、保証人Aが500万円を弁済し、抵当権が実行された事例を想定すると、GとAは250万円ずつ配当を受けることになり、Gは750万円を回収することができることになる。しかし、この考え方に対しては、弁済による代位は求償権を確保するための制度であ

り、そのために債権者が不利益を被ることを予定するものではなく、抵当権が実行された場合における配当について債権者の利益を害する理由がないとする批判があり、近時の判例（最判昭和60年5月23日民集39巻4号940頁、最判昭和62年4月23日金法1169号29頁）は、この問題について、債権者が優先して配当を受けることができるかと判断した。この考え方によると、上記の設例では、Gが500万円の配当を受けることができ、その結果、Gは1000万円全額を回収することができることになる。しかし、条文の文言は、債権者と代位者が平等に配当を受けることができるという考え方と整合的であり、この判例法理の結論を読み取ることが困難であるので、これを解消する必要がある。

(3) 小括

以上のように、一部弁済による代位があったときの債権者又は代位者による権利行使については、その要件・効果に関する規律内容が不透明であるので、これを明確化することが必要であるが、その具体的な規定の在り方については、大審院判例の見直しも含めて検討課題となる。

2 改正の内容

素案アは、一部弁済による代位の要件について、代位者が単独で抵当権を実行することができるとした判例（上記大決昭和6年4月7日）を改め、代位者による単独での抵当権の実行を認めないこととした上で、これを抵当権以外の権利行使にも一般化して明文化するものである。この判例に対しては、前述のように、代位者単独での抵当権の実行を認めることは求償権の保護という代位制度の目的を逸脱して債権者に不利益を与えるものであるという批判があり、この批判は説得的であると考えられる。また、弁済による代位が実務的に問題となるのは、金融取引が多いが、金融取引の実務においては、上記のように特約によって、代位者の権利行使が制限されるのが一般的であり、このような取引実務とも整合的である。素案アは、以上のような理由に基づくものである。

素案イは、一部弁済による代位が認められる場合であっても、債権者は単独で権利行使することが妨げられないとするものである。上記のように、代位制度は債権者や第三者を害しないことを理由として認められているものであるという点を考慮すると、債権者による権利の行使が、債権の一部を弁済したに過ぎない代位者によって制約されるべきではないという理由に基づくものである。

素案ウは、一部弁済による代位の効果について、抵当権が実行された場合における配当の事例で債権者が優先すると判断した判例法理を、抵当権以外の権利行使にも一般化して明文化するものである。

(3) 担保保存義務（民法第504条関係）

民法第504条の規律を次のように改めるものとする。

ア 債権者は、民法第500条の規定により代位をすることができる者のために、担保を喪失又は減少させない義務を負う。

イ 債権者が故意又は過失によって上記アの義務に違反した場合には、上記アの代位をすることができる者は、その喪失又は減少によって償還を受け

ることができなくなった限度において、その責任を免れる。ただし、その担保の喪失又は減少が代位をすることができる者の正当な代位の期待に反しないときは、この限りでない。

ウ 上記イによって代位をすることができる者が責任を免れた場合において、その後その者が担保目的物を第三者に譲渡したときは、当該第三者の責任は、上記イにより代位をすることができる者が負担した責任の範囲に限られる。

○中間試案第22、10(4)「担保保存義務（民法第504条関係）」

ア 債権者は、民法第500条の規定により代位をすることができる者のために、担保を喪失又は減少させない義務を負うものとする。

イ 債権者が故意又は過失によって上記アの義務に違反した場合には、上記アの代位をすることができる者は、その喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度において、その責任を免れるものとする。ただし、その担保の喪失又は減少が代位をすることができる者の正当な代位の期待に反しないときは、この限りでないものとする。

ウ 上記イによって物上保証人、物上保証人から担保目的物を譲り受けた者又は第三取得者が免責されたときは、その後その者から担保目的物を譲り受けた者も、免責の効果を主張することができるものとする。

(注) 上記イ第2文については、規定を設けないという考え方がある。

(説明)

1 素案アについて

(1) 現状及び問題の所在

債権者には代位をすることができる者のために担保保存義務が課されていると解釈されている。これは、民法第504条によって間接的に示されているに過ぎない。債権者が負う担保保存義務は、法定代位をめぐる法律関係で重要なものであるから、これを条文上明確にすることが望ましい。

(2) 改正の内容

素案アは、債権者が、代位権者に対して担保保存義務を負うことを明らかにするものであり、民法第504条が含意しているルールの明確化を図るものである。

2 素案イについて

(1) 現状及び問題の所在

民法第504条は、債権者が故意又は過失により担保を喪失又は減少させたことによって、代位をすることができる者が免責される旨を定めるものである。これは、代位をすることができる者の代位の期待を保護することともに、故意又は過失によって担保の喪失等をした債権者に対する制裁を目的として設けられた規定であると説明されている。この規定については、特に銀行実務の立場から、内容の合理性が疑問視されている。すなわち、銀行取引では、債務者の経営状況の変化等に伴い、債務者から担

保の差替えや一部解除の要請がしばしば行われるが、担保の差替えや一部解除は、少なくとも形式的には同条が定める担保の喪失又は減少に該当するため、この要請が合理的なものであったとしても、債権者としては、法定代位者全員の個別の同意を得ない限り、債務者からの要請に応ずることができず、時宜に応じた円滑な取引を行うことができないという指摘である。このため、金融機関等は、実務上、法定代位者である保証人や物上保証人との間で、担保保存義務を免除する旨の特約を事前に結ぶことにより、このような不都合に対応しているとされる。しかし、例えば、担保不動産の第三取得者のような特約を締結することができない者との関係では、同条の適用の有無が問題になり、合理的な担保の差し替え等を躊躇することになるとの指摘がある。

また、担保保存義務の免除特約は古くからその有効性が認められてきたが（大判昭和12年5月15日新聞4133号16頁）、常に有効とされるわけではない。判例（最判平成7年6月23日民集49巻6号1737頁）は、債権者の行為が「金融取引上の通念から見て合理性を有し、保証人等が特約の文言等にかかわらず正当に有し、又は有し得べき代位の期待を奪うものとはいえないとき」には、特約の効力の主張は、原則として信義則違反又は権利の濫用に当たらないとして、特約の効力に一定の限界があることを明らかにしている。このように、現在は、民法第504条の規定を前提として、債権者の負う担保保存義務の全部を排除する特約が締結されるが、その特約の効力の一部が信義則によって制限されており、担保保存義務をめぐる法律関係が分かりにくくなっていると指摘されている。

以上のような指摘を踏まえて、担保保存義務に関する規定の在り方を見直すことが検討課題となる。

(2) 改正の内容

素案イは、上記の問題意識を踏まえて、民法第504条の内容の合理化を図る趣旨で、債権者が故意又は過失によって担保の喪失等をした場合であっても、「担保の喪失又は減少が代位をすることができる者の正当な代位の期待に反しないとき」には、免責の効果が生じないこととするものである。

「担保の喪失又は減少が代位をすることができる者の正当な代位の期待に反しないとき」に免責の効果が生じないとしているのは、民法第504条の趣旨が、代位をすることができる者の代位の期待の保護にあるとされていることを考慮し、これに反しない場合には免責の効果を生じさせる必要がないという考慮に基づくものである。この要件の判断に当たっては、担保保存義務免除特約の効力の限界に関する判例（上記最判平成7年6月23日）と同様に、金融取引上の通念から見て合理性を有するか否かによって決せられることになることを前提としており、担保保存義務免除特約の有効性に関するこれまでの判例の判断枠組みが参照されることを意図するものである。この要件によって代位することができる者が免責されないこととなる事例として具体的に想定されるのは、①担保目的物を売却した上で、当該売却代金で債務の一部を弁済するために、担保を解除する場合や、②担保を解除する代わりに、同等の価値を有するものを新たに担保として差し入れる場合などである。②については、例えば、最判平成2年4月12日金融法務事情1255号6頁で判断されているように、担保評

価の結論、その後の担保実行時の売却価額、売却の有無のみならず、現地見分、情報収集、付近の類似地点の価格調査といった債権者側の行為態様をも考慮して、免責の可否が判断されることになると考えられる。

なお、素案イの規律は、引き続き担保保存義務免除特約の効力が認められるとともに、その効力の限界に関する判例（上記最判平成7年6月23日）も維持されるとの考えに基づくものである。債権者と代位権者との間で担保保存義務違反の有無が争われる事案において、担保保存義務免除特約が締結されている場合には、担保保存義務違反があったことを主張する代位権者が、債権者の行為が「金融取引上の通念から見て合理性を有し、保証人等が特約の文言等にかかわらず正当に有し、又は有し得べき代位の期待を奪うもの」であることを主張・立証する責任を負うのに対し、担保保存義務免除特約が締結されていない場合には、債権者が素案イ後段の要件についての主張・立証責任を負うことになる点で違いが生ずることになると考えられる。

3 素案ウについて

(1) 現状及び問題の所在

債権者が担保保存義務に違反して担保の喪失等をした後に、物上保証人等から抵当不動産を譲り受けた第三者が、担保保存義務違反による免責の効力を債権者に対して主張することができるかどうかについて、条文上は明らかでなく、解釈に委ねられている。この点について、担保の喪失等の後に抵当不動産を譲り受けた第三者は、債権者による担保の喪失等によって代位の利益を害されたとはいえないとして、当該第三者は免責の効果を主張することができないという考え方もあるが、判例（最判平成3年9月3日民集45巻7号1121頁）は、次のように判示した。すなわち、債務者から抵当不動産を譲り受けた第三取得者は、債権者が抵当権によって把握した不動産の交換価値の限度において債権者に対する責任を負担するものに過ぎないから、債権者が故意又は懈怠により担保を喪失又は減少したときは、民法第504条の規定により、担保の喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった金額の限度において抵当不動産によって負担すべき責任の全部又は一部が当然に消滅し、当該不動産が更に第三者に譲渡された場合においても、責任消滅の効果は影響を受けないとしている。この判例は、担保保存義務違反によって生じた法律関係が、債務者からの第三取得者や物上保証人からの譲受人に承継されることを明らかにしたものであるとされるが、このルールを条文から読み取ることは困難であるため、規定を設けることによって、ルールを明らかにする必要がある。

(2) 改正の内容

素案ウは、この判例法理を明文化するものである。素案ウで具体的に想定される場面は、物上保証人、物上保証人から担保目的物を譲り受けた者又は第三取得者が素案イによって免責された場合に、その後に担保目的物を第三者が譲り受けたというものである。中間試案では、具体的な場面を明示して規律を設ける方針を採っていたが、網羅的に列挙するのであれば、例えば、物上保証人から担保目的物を譲り受けた者から更に譲り受けた者も明示しなければならないなど、かえって分かりにくくなることから、問題となり得る場面を包括する要件に改めることとして、「上記イによって代位

をすることができる者が責任を免れた場合」という表現を用いている。

第4 消費貸借

1 消費貸借の成立等（民法第587条関係）

民法第587条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 消費貸借は、当事者の一方が種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約して相手方から金銭その他の物を受け取ることによって、その効力を生ずる。
- (2) 上記(1)にかかわらず、書面とする消費貸借は、当事者の一方が金銭その他の物を引き渡すことを約し、相手方がその物を受け取った後にこれと種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約することによって、その効力を生ずる。
- (3) 消費貸借がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によってされたときは、その消費貸借は、書面によってされたものとみなして、上記(2)を適用する。
- (4) 上記(2)の消費貸借の借主は、貸主から金銭その他の物を受け取るまで、契約の解除をすることができる。この場合において、当該契約の解除によって貸主に損害が生じたときは、借主は、その損害を賠償しなければならない。
- (5) 上記(2)の消費貸借は、借主が貸主から金銭その他の物を受け取る前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失う。

○中間試案第37、1「消費貸借の成立等（民法第587条関係）」

民法第587条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 消費貸借は、当事者の一方が種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約して相手方から金銭その他の物を受け取ることによって、その効力を生ずるものとする。
- (2) 上記(1)にかかわらず、書面とする消費貸借は、当事者の一方が金銭その他の物を引き渡すことを約し、相手方がその物を受け取った後にこれと種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約することによって、その効力を生ずるものとする。
- (3) 消費貸借がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によってされたときは、その消費貸借は、書面によってされたものとみなすものとする。
- (4) 上記(2)又は(3)の消費貸借の借主は、貸主から金銭その他の物を受け取るまで、その消費貸借の解除をすることができるものとする。この場合において、貸主に損害が生じたときは、借主は、その損害を賠償しなければならないものとする。

(5) 上記(2)又は(3)の消費貸借は、借主が貸主から金銭その他の物を受け取る前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失うものとする。
(注) 上記(4)第2文については、規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方がある。

(説明)

1 現行の規定

民法第587条は、消費貸借を金銭その他の物の引渡しがあつて初めて成立する要物契約としている。民法の起草段階において、消費貸借を諾成契約とするか要物契約とするかが議論されたが、ローマ法以来の沿革と実際上の不都合はないことを理由として、消費貸借は要物契約とされた。

2 問題の所在

現代社会においては、住宅が売買される際には、金融機関との間で住宅ローンが組まれることがあるが、消費貸借が厳密に要物契約であるとする、売買契約が成立した後も、金融機関が融資を実行する前であれば消費貸借契約が成立しておらず、金融機関から確実に融資を受けられる保証はないことになりかねない。また、企業が金融機関から融資を受けることを前提として大型の開発プロジェクトを遂行しようとする際には、企業側としても、金融機関と融資の約束をしたにもかかわらず実際に金銭を受け取るまで融資を受けられるかどうか分からないのでは、こうした開発プロジェクトの計画を立てることすらできないといった問題もある。このように、諾成的な消費貸借を認めるべき実務上のニーズがあることを踏まえ、判例(最判昭和48年3月16日金法683号25頁)も、無名契約としての諾成的消費貸借を認めている。もっとも、要物契約と諾成契約とが併存するとすれば、当事者の合意のみがある場合に、それが要物契約の前提としての合意にとどまるのか、直ちに契約を成立させる諾成契約としての合意なのか判然としないという問題が生ずるとの指摘がある。また、当事者の合意のみによって契約上の義務が生ずると、例えば、安易に金銭を借りる約束をしてしまった者や安易に金銭を貸す約束をしてしまった者に酷な結果となる場合が生じかねないとの指摘もある。

3 改正の内容

(1) 素案(1)(2)について

金銭交付前の諾成的な合意に拘束力を認める実務上のニーズを踏まえつつ、安易に消費貸借の合意をすることを防ぐために、消費貸借は書面でしなければならないこととした上で、①消費貸借の合意に書面がある場合には目的物の引渡しを要しないで契約が成立し、②消費貸借の合意に書面がない場合には目的物の引渡しがあつたときに契約が成立することとした。

素案(1)は上記②の規律を明文化し、素案(2)は上記①の規律を明文化するものである。

なお、素案(2)の諾成的消費貸借においては、消費貸借の成立によって借主の貸主に対する目的物引渡債権が発生し、また、貸主が借主に目的物を引き渡すことによって貸主の借主に対する目的物返還債権が発生することを前提としている。したがって、

例えば、貸主は、借主の有する目的物引渡債権を消滅させるために、その目的物引渡債権を受働債権とし、貸主の借主に対する目的物返還債権を自働債権とする相殺をすることはできないことになる。

(2) 素案(3)について

インターネットを利用した電子商取引等を行う機会がますます増大している近時の状況において、電子商取引等により消費貸借契約を締結しようとする者に対し、別途書面を作成することを要求することは、電子商取引等の利便性を著しく損なうことになるという問題がある。他方において、消費貸借契約が電磁的な方法によってされたときであっても、契約上の義務を負う意思が外部的にも明らかになっている場合に限りその法的拘束力を認めるという観点からは、これを書面による諾成的消費貸借と同視して差し支えないと考えられる。また、契約の成立要件として書面を要求する保証契約（民法第446条第2項）においては、同条第3項において、保証契約がその内容を記録した電磁的記録によってされたときは書面によってされたものとみなすとされており、この規律は書面による諾成的消費貸借にも妥当すると考えられる。

そこで、素案(3)では、消費貸借契約がその内容を記録した電磁的記録によってされた場合には、これを書面によってされたものとみなす旨の規定を設けることとした。

(3) 素案(4)について

諾成的な消費貸借に拘束力を認める場合には、目的物の引渡し前に借主の資金需要がなくなることがあり得るので、このような場合の借主には、契約の拘束力から解放される手段を与えるべきであると考えられる。しかし、この場合、貸主には資金調達コスト等の損害が発生していることがあるので、貸主が借主の解除によって損害が生じたことを主張立証した場合には、借主は損害賠償義務を負うことになると考えられる。

素案(4)は、諾成的消費貸借が成立した場合に目的物引渡し前に借主に解除権を認めるとともに、解除権の行使によって貸主に損害が生じた場合における借主の損害賠償責任を定めるものである。

素案(4)の解除権があることによって、借主は、利息付きの諾成的消費貸借を締結した場合であっても、目的物の受領及び利息の支払を強制されることはなく、貸主が借主の解除によって損害が生じたことを主張立証した場合に限り、借主はその損害を賠償する義務を負う。

借主の解除によって貸主に生ずる損害の内容としては、貸付金の調達コスト等のいわゆる積極損害が考えられるが、例えば消費者金融の場面を想定すると、貸主である消費者金融業者は一般に多数の小口貸付けを行っているため、借主が受領を拒否した金銭を他の顧客に対する貸付けに振り向けること等によって特段の損害が生じないことも多いと考えられる。事前に賠償額の予定がされていることもあり得るが、それが過大である場合には民法第90条や不当条項規制の問題として処理され、消費者が借り手の場合には消費者契約法第9条により処理されることが考えられる。以上の理解は、諾成的消費貸借を認めている現在の判例法理の下でも同様であるとの指摘があるが、他方で、特に消費者金融などの場面においては借主の損害賠償義務を観念するのは相

当でないとの指摘もあるので、損害の有無及びその額については個々の事案における解釈・認定に委ねることとしている（後記6(2)参照）。

(4) 素案(5)について

民法第589条は、「消費貸借の予約は、その後に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失う。」と規定している。同条が設けられた趣旨は、借主が破産手続開始の決定を受けた場合には、借主に弁済の資力がないことが明らかになり、この場合まで貸主に貸す債務を負わせるのは不公平だからであり、他方、貸主が破産手続開始の決定を受けた場合には、借主は破産債権者として配当を受ける権利を有するとどまり、借主が配当を受けると借主に対する返還請求権が破産財団を構成することになり、手続が煩雑になるからである。同条の趣旨は諾成的消費貸借における目的物引渡し前の当事者間にも妥当するので、同条は諾成的消費貸借にも準用されると理解されている。そこで、素案(2)の諾成的消費貸借についても民法第589条と同様の規律を設ける必要がある。

素案(5)は、諾成的な消費貸借の当事者の一方が目的物引渡し前に破産手続開始の決定を受けた場合は消費貸借契約が失効するとするものである。

なお、当事者の一方が再生手続開始又は更生手続開始の決定を受けた場合に関する規律は、民事再生法第49条又は会社更生法第61条や素案(5)の解釈に委ねることとしている。

2 消費貸借の予約（民法第589条関係）

民法第589条を削除するものとする。

○中間試案第37、2「消費貸借の予約（民法第589条関係）」

民法第589条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 消費貸借の予約は、書面でしなければ、その効力を生じないものとする。
- (2) 消費貸借の予約がその内容を記録した電磁的記録（前記1(3)参照）によってされたときは、その消費貸借の予約は、書面によってされたものとみなすものとする。
- (3) 消費貸借の予約は、その後に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失うものとする。

(説明)

1 消費貸借の予約

民法第589条は「消費貸借の予約は、その後に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失う。」と定めている。この消費貸借の予約は、本契約である消費貸借を成立させる旨の債務を負担する契約であり、将来本契約である消費貸借を締結することを合意する義務型予約と一方的な意思表示によって消費貸借を成立させる権利を付与することを合意する完結権型予約とがある。要物契約としての消費貸借における義務型予約において、貸主を予約義務者とする場合には、借主は、貸主に対して消

費貸借の締結の意思表示をすることを請求することに加え、貸主に対して目的物の引渡しを請求することもできるとされている。なお、完結権型予約は予約完結権を行使した場合に契約が成立することとなるものであるから、要物契約としての消費貸借において、完結権型予約というものは存在しない。諾成契約としての消費貸借については、義務型予約も完結権型予約もすることができる。

2 現行の規定と問題の所在

民法第589条は、当事者の一方が破産手続開始決定を受けたときは予約の効力を失うと規定している。借主の破産の場合には当事者間における信用供与の前提が崩れるからであり、貸主の破産の場合には借主は破産債権者として配当を受ける権利を有するにとどまり所期の目的を達することができないからである。

消費貸借を要物契約としていながら、消費貸借の予約が認められているのは、貸主に貸す債務を負わせる点に主な意義があるとされているので、今般の改正において目的物の交付前にも消費貸借が諾成的に成立することを明文化することによって（前記1(2)）、要物契約としての消費貸借の予約は実質的に存在意義を失うことになる。また、消費貸借を諾成契約とするとともに目的物交付前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは諾成的消費貸借は効力を失うとする規律（前記1(5)）も設けることから、要物契約としての消費貸借の予約がされた場合に破産手続開始の決定を受けたときの規律は、前記1(5)と実質的に重複することとなる。

他方、諾成的消費貸借の予約については、予約の成立後、諾成的消費貸借の成立前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けた場合には、その後、予約完結権が行使されるなどして諾成的消費貸借が成立したときであっても、前記1(5)の規律によりその諾成的消費貸借が効力を失うことになる（あるいは前記1(5)が類推適用されて、諾成的消費貸借の予約が効力を失うことも想定される。）と考えられる。したがって、諾成的消費貸借の予約がされた場合についても、破産手続開始の決定を受けたときの規律を設ける必要がない。

3 改正の内容

諾成的消費貸借の成立後、目的物の交付前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けた場合に諾成的消費貸借は効力を失うとする規律（前記1(5)）を設けることにより、消費貸借の予約後に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときにその効力を失うという民法第589条の規律は存在意義を失っている。中間試案では、消費貸借の予約に関する規律を維持した上で消費貸借の予約には書面を要する規律などを設けていたが、パブリック・コメントの手続においても諾成的消費貸借の規律を設けるのであれば同条は不要であるとの意見があったことも踏まえ、同条を削除することとしたものである。

なお、完結権型予約において予約完結権が行使された場合には新たな合意なくして諾成的消費貸借が成立するが、前記1(2)により諾成的消費貸借の成立には書面が必要なので、予約完結権を行使した後に書面を作成するか、予約の時点で予約完結権が行使された場合に成立する諾成的消費貸借が書面でされていることが必要になる。

3 準消費貸借（民法第588条関係）

民法第588条の規律を次のように改めるものとする。

金銭その他の物を給付する義務を負う者がある場合において、当事者がその物を消費貸借の目的とすることを約したときは、消費貸借は、これによって成立したものとみなす。

○中間試案第37、3「準消費貸借（民法第588条関係）」

民法第588条の規律を次のように改めるものとする。

金銭その他の物を給付する義務を負う者がある場合において、当事者がその物を消費貸借の目的とすることを約したときは、消費貸借は、これによって成立したものとみなすものとする。

（説明）

1 現行の規定

民法第588条は「消費貸借によらないで金銭その他の物を給付する義務を負うものがある場合において、当事者がその物を消費貸借の目的とすることを約したときは、消費貸借は、これによって成立したものとみなす。」と規定している。これは、目的物を授受しなくとも旧債務を消費貸借の目的として消費貸借を成立させることができる準消費貸借を定めたものである。同条には「消費貸借によらないで」とあるが、これは旧債務が消費貸借ではないことが普通の場合であろうことからこのような表現がされたものと考えられている。

2 問題の所在

民法第588条の「消費貸借によらないで」という文言は、文理上、消費貸借に基づく返還債務を旧債務とする準消費貸借の成立が認められないことを意味しているように読めるが、判例は、消費貸借に基づく返還債務を旧債務とする準消費貸借を認めている（大判大正2年1月24日民録19巻11号等）。消費貸借に基づく返還債務を旧債務とする準消費貸借の効力をあえて否定する理由はなく、この判例に対する異論は見られない。そこで、この判例と抵触している「消費貸借によらないで」との文言を削除する必要がある。

3 改正の内容

素案は、民法第588条の「消費貸借によらないで」という文言を削除するものである。なお、準消費貸借は、前記1(2)の諾成的な消費貸借とは異なり、契約に基づく目的物の引渡しを予定していないため、目的物の引渡しに代えて書面を要求することにより軽率な消費貸借の締結を防ぐという趣旨が妥当しないと考えられる。そのため、準消費貸借については書面を要求していない。

4 利息

利息に関して、次のような規定を新たに設けるものとする。

利息の定めがある場合には、借主は、貸主から金銭その他の物を受け取った

日から起算して利息を支払う義務を負う。

○中間試案第37、4「利息」

利息の定めがある場合には、借主は、貸主から金銭その他の物を受け取った日から起算して利息を支払う義務を負うものとする。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

現行民法においては利息の発生に関する規定を置いていない。

消費貸借においては無利息消費貸借が原則とされており（民法第587条参照）、利息は消費貸借の合意とは区別される利息の合意がある場合に限り発生するものとされている。しかし、現在は利息の合意が必要である旨を定めた規定がない。今日の社会において現実に用いられている消費貸借のほとんどが利息付消費貸借であることから、利息の発生に関する明文規定を置く必要がある。

利息の発生日については、元本の受領日から生ずるという判例法理がある（最判昭和33年6月6日民集12巻9号1373頁）。利息は元本利用の対価であることから受領日から生ずるという判例法理は合理的であり、これは金銭以外の目的物の消費貸借にも妥当することから、併せて明文化する必要がある。

2 改正の内容

素案は、利息はこれを支払う旨の合意がある場合に限り発生することを定めるとともに、利息発生の起算日が金銭その他の物の引渡しがあった日であることを定めるものである。

要物契約としての利息付消費貸借においては、金銭その他の物の引渡しがあった日（契約の成立日）から利息が発生し、また、引渡しのあった目的物についてのみ利息が発生するとされている。一方、諾成契約としての利息付消費貸借においても、利息は金銭その他の物の利用の対価であることから、要物契約としての利息付消費貸借と同様、金銭その他の物の引渡しがあった日から利息が発生し、また、引渡しのあった目的物についてのみ利息が発生するとされている。素案は以上の理解を前提とするものであるが、利息の発生日（起算日）を元本の受領日より後の日とする旨の合意を妨げる趣旨のものではない。

5 貸主の担保責任（民法第590条関係）

民法第590条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 利息付きの消費貸借において、引き渡された目的物が当該消費貸借契約の趣旨に適合していない場合における貸主の担保責任については、売主の担保責任に関する規定を準用する。
- (2) 無利息の消費貸借において、引き渡された目的物が当該消費貸借契約の趣旨に適合していない場合における貸主の担保責任については、贈与者の担保責任に関する規定を準用する。

- (3) 利息の有無にかかわらず、借主は、当該消費貸借契約の趣旨に適合していない引き渡された物の価額を返還することができる。

○中間試案第37、5「貸主の担保責任（民法第590条関係）」

民法第590条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 利息付きの消費貸借において、引き渡された目的物が当該消費貸借契約の趣旨に適合していない場合における貸主の担保責任については、売主の担保責任に関する規定を準用するものとする。
- (2) 無利息の消費貸借において、引き渡された目的物が当該消費貸借契約の趣旨に適合していない場合における貸主の担保責任については、贈与者の担保責任に関する規定を準用するものとする。
- (3) 利息の有無にかかわらず、借主は、当該消費貸借契約の趣旨に適合していない引き渡された物の価額を返還することができるものとする。

(説明)

1 素案(1)(2)について

(1) 現行の規定

民法第590条第1項は「利息付きの消費貸借において、物に隠れた瑕疵があったときは、貸主は、瑕疵がない物をもってこれに代えなければならない。この場合において、損害賠償の請求を妨げない。」と規定している。現行法では消費貸借は要物契約とされており、貸主が目的物を引き渡した時に契約が成立するのであるから、貸主が借主に一定の物を引き渡すという債務は成立する余地がないことになる。しかし、有償契約である利息付消費貸借については借主の保護が必要となるから代替物の引渡請求を認めたと説明されている。なお、売主の担保責任のうち瑕疵担保責任（同法第570条）は本条で排斥されるが、その他の規定は準用される（同法第559条）。実際には数量不足の場合の損害賠償（同法第565条）などが準用されることがあるとされている。

民法第590条第2項は「無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。この場合において、貸主がその瑕疵を知らずながら借主に告げなかったときは、前項の規定を準用する。」と規定している。無利息消費貸借については、貸主が瑕疵を知らずながら借主に告げなかったときのみ利息付消費貸借の貸主と同じ責任を負うことになる。それ以外の場合は、借主に原則として代替物の引渡請求権がないので、瑕疵のある物を返還することになるわけであるが、引渡しを受けた物と同程度の瑕疵のある物を調達して返還することは通常困難であるから、価額の返還が認められている。

(2) 問題の所在

今般の改正で、売主の担保責任を債務不履行責任として構成することとし、買主には現行法には規定のなかった代替物の引渡請求等も認めることが検討されている（中間試案第35、4以下）。この売主の担保責任に関する規定は他の有償契約にも準用さ

れるので(民法第559条)、利息付消費貸借にも準用されることになる。現行法では、買主に代替物の引渡請求権を認める規定がないことから、民法第590条第1項において代替物の引渡請求を規定する意義があるが、買主に代替物の引渡請求を認める規定を設けた場合には同項は存在意義を失うことになる。そこで、利息付消費貸借の貸主の担保責任の規定を整理する必要がある。

次に、今般の改正では、贈与者の担保責任の規定を改めることが検討されている(中間試案第36、2)。無利息消費貸借と贈与は無償契約であり、贈与者の担保責任の規定は無利息消費貸借の貸主の担保責任にも妥当するので、無利息消費貸借の貸主の担保責任の規定を整理する必要がある。

(3) 改正の内容

消費貸借は貸主が借主に目的物の所有権を移転させる点において売買や贈与と共通するため、消費貸借の目的物が当該消費貸借契約の趣旨に適合しない場合における貸主の担保責任については、売主及び贈与者の担保責任の規律と整合的である必要がある。そこで、素案(1)(2)は、民法第590条第1項及び第2項後段の規律を改め、利息付消費貸借の貸主は売主の担保責任(前記第35、4以下)と同様の責任を負い、無利息消費貸借の貸主は贈与者の担保責任(前記第36、2)と同様の責任を負う旨を定めるものである。なお、今般の改正では、「瑕疵」という用語を「契約の趣旨に適合しない」などに変更することが検討されているので(前記第35、3等)、同条の「瑕疵」もその一環として「契約の趣旨に適合しない」に変更している。

2 素案(3)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第590条第2項は、前記のとおり無利息消費貸借で瑕疵ある物の価額を返還することができるかと定めているが、利息付消費貸借の場合には価額の返還が認められていない。しかし、瑕疵ある物の価額の返還を認めたのは、同程度に瑕疵ある物を調達して返還するのが通常困難であるという点にあるのであるから、利息の有無によって異なる取扱いをする理由はなく、利息付消費貸借にも瑕疵ある物の価額の返還を認めるべきである。

(2) 改正の内容

素案(3)は、瑕疵ある物の価額を返還することができるのは、利息の有無にかかわらず旨を定めるものである。これによって、現在の無利息消費貸借のほか利息付消費貸借にも瑕疵ある物の価額の返還が認められる。「瑕疵」という用語に代えて契約の趣旨に適合しないという表現を用いている点は、素案(1)(2)と同様である。

6 期限前弁済(民法第591条第2項、第136条第2項関係)

民法第591条第2項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者が返還の時期を定めなかったときは、借主は、いつでも返還をすることができる。
- (2) 当事者が返還の時期を定めた場合であっても、借主は、いつでも返還をすることができるものとする。この場合において、貸主に損害が生じたときは、

借主は、その損害を賠償しなければならない。

○中間試案第37、6「期限前弁済（民法第591条第2項、第136条第2項関係）」

民法第591条第2項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者が返還の時期を定めなかったときは、借主は、いつでも返還をすることができるものとする。
- (2) 当事者が返還の時期を定めた場合であっても、借主は、いつでも返還をすることができるものとする。この場合において、貸主に損害が生じたときは、借主は、その損害を賠償しなければならないものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第591条第2項は、「借主は、いつでも返還をすることができる。」と規定している。この規定は同条第1項の「当事者が返還の時期を定めなかったとき」という文言を受けて、その場合に借主がいつでも返還をすることができることを定めたものであると一般に解されており、返還の時期を定めたときにも借主がいつでも返還することができることを定めたものではない。しかし、同条第2項の文理上は当事者が返還の時期を定めなかったときに限らず、返還の時期を定めたときまで含むようにも読めるため、返還の時期を定めたときまで、同条第2項により、借主がいつでも返還することができるとの誤解が生じかねない。

(2) 改正の内容

素案(1)は、民法第591条第2項に関する上記の一般的な解釈に従い、同項の適用対象が返還時期の定めがない場合に限られる旨を明文化するものである。

2 素案(2)について

(1) 現行の規定

返還時期の定めのある消費貸借については、返還時期に関する明文規定がない。起草者は、返還時期の定めのある消費貸借については、返還時期が明らかなので民法に規定する必要がないと説明している。

(2) 問題の所在

利息付消費貸借で期限前弁済をする際は、民法第136条第2項が適用され、借主は期限前弁済をすることができるが貸主に生じた損害賠償をしなければならないことになる。しかし、同項の適用が最も問題となるのは消費貸借の場面であるので、消費貸借に即した規律を設けることによって、消費貸借のルール of 明確化を図る必要がある。

(3) 改正の内容

民法第136条第2項本文は、期限の利益は放棄することができる」と規定し、同項ただし書は、期限の利益の放棄によって相手方の利益を害することはできないと規定

している。同項ただし書は、期限の利益の放棄によって相手方に生じた損害を賠償する義務を負うことを規定したものであり、相手方に損害が生ずる場合であっても、期限の利益の放棄自体が否定されることはないと解されている。したがって、消費貸借の貸主は、借主による期限前弁済（期限の利益の放棄）に対して、貸主に生ずる損害を賠償するまではこれを受けないという態度に出ることはできず、期限前弁済自体は受けた上で、それによって生じた損害を主張立証して賠償請求をすることになる。もっとも、これに対しては、借主が貸主に生ずる損害を賠償した場合に限り、借主は期限前弁済をすることができるとする考え方もある。そこで、素案(2)では、期限前弁済と損害賠償との関係については解釈に委ねることを前提に、貸主は借主に対して期限前弁済によって生じた損害の賠償を請求することができるという規律を設けている。

次に、期限前弁済によって貸主に生じた損害の内容について、従来は、約定の返還時期までに生ずべきであった利息相当額であると説明されることが多かった。もっとも、期限前弁済を受けた貸主は、その期限前弁済によって受領した金銭等を他に貸し付けるなどすることによって利益を得ることができるのであるから、この場合における貸主の損害の内容は、約定の返還時期までに生ずべきであった利息相当額から上記の再運用等による利益を控除した額とすべきであるとの指摘がある。他方、利息は信用供与の対価であるから実際に元本を利用している間にのみ生ずるものであり、弁済がされた以降は信用供与がないのであるから、期限前弁済によって貸主に生じた損害の内容を考えるに当たっては、約定の返還時期までに生ずべきであった利息相当額を基礎とするのではなく、貸付金の調達コスト等のいわゆる積極損害を基礎とすべきであるとの指摘もある。いずれにせよ、この問題は前記1(4)の借主の解除によって貸主に生じた損害の内容の問題と類似のものであり、例えば消費者金融の場面を想定すると、貸主である消費者金融業者は一般に多数の小口貸付けを行っているため、借主が期限前弁済をした金銭等を他の顧客に対する貸付けに振り向けること等によって特段の損害が生じないことも多いと考えられる。事前に賠償額の予定がされていることもあり得るが、それが過大である場合には民法第90条や不当条項規制の問題として処理され、消費者が借り手の場合には消費者契約法第9条により処理されると考えられる。素案(2)は、以上の議論を踏まえつつ、損害の有無及びその額については、従前どおり個々の事案における解釈・認定に委ねることとしている。

第5 使用貸借

1 使用貸借の成立等（民法第593条関係）

民法第593条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 使用貸借は、当事者の一方がある物を引き渡すことを約し、相手方が引渡しを受けた物について無償で使用及び収益をして契約が終了したときに返還することを約することによって、その効力を生ずる。
- (2) 使用貸借の当事者は、借主が借用物を受け取るまで、契約の解除をすることができる。ただし、書面による使用貸借の貸主については、この限りでない。

○中間試案第39、1「使用貸借の成立等（民法第593条関係）」

民法第593条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 使用貸借は、当事者の一方がある物を引き渡すことを約し、相手方が引渡しを受けた物を無償で使用及び収益をした後に返還することを約することによって、その効力を生ずるものとする。
- (2) 使用貸借の当事者は、借主が借用物を受け取るまでは、契約の解除をすることができないものとする。ただし、書面による使用貸借の貸主は、借主が借用物を受け取る前であっても、契約の解除をすることができないものとする。

(説明)

1 問題の所在

民法第593条は、「使用貸借は、当事者の一方が無償で使用及び収益をした後に返還することを約して相手方からある物を受け取ることによって、その効力を生ずる。」と規定しており、使用貸借は要物契約とされている。

使用貸借が要物契約とされている理由は、もっぱらローマ法時代からの沿革によるものであるとか、無償契約としての恩恵的な性格を有するためであるなどと説明されている。従来、使用貸借は、親族等の情義的な関係によるものが多かったと考えられるが、現代社会においては、そのような情義的な関係によるものだけではなく、経済的な取引の一環として行われることも多くなっており、目的物が引き渡されるまで契約上の義務が生じないのでは取引の安全が害されてしまう。また、民法制定時に比べ、全国にわたる転勤や海外転勤が増えている現代社会においては、例えば、会社員が勤務会社との間で使用貸借として住宅を無償で借りる約束をして遠方へ転勤したところ、勤務会社が住宅を提供しなかったという事案において、使用貸借は要物契約であることから勤務会社には無償で貸す債務が生じないという不合理な結論が生じてしまう。以上から、現代社会においては、目的物の引渡し前でも、使用貸借に契約の拘束力を認める必要があるので、使用貸借を諾成契約とする必要がある。

なお、諾成契約としての使用貸借については、現行民法下においても有効と解されているが、民法第593条は強行法規であるとして諾成契約としての使用貸借を否定する学説も存在するので、使用貸借を諾成契約として明文化することは、解釈上の疑義を解消するという意味もある。また、今般の民法改正では、要物契約である消費貸借についても諾成契約に改正する予定であるので、使用貸借を諾成契約とすることは、消費貸借との平仄も合ったものになる。

2 改正の内容

合意に拘束力を認める必要があるが、他方で、無償の合意には軽率に行われるものも少なくないため、契約の拘束力を緩和するなどして、貸主の保護を図る必要がある。この点については、同じ諾成・無償の類型である贈与契約において、贈与者保護のため、軽率な贈与を予防し、贈与者の意思の明確を期して後日紛争を生ずることを避ける見地から、書面による贈与契約は撤回することができないが、書面によらない贈与契約は履

行するまでは撤回することができるという規律がある（民法第550条）。使用貸借についても、貸主保護の見地から、軽率な使用貸借を予防し、貸主の意思の明確を期して後日紛争を生ずることを避ける必要があるので、借主が借用物を受け取るまでは解除権を与え、書面による使用貸借の場合には解除権を与えないとするのが妥当である。なお、借主は、借用物をいつでも返還することができるのと解されているので、借主については、書面の有無や借用物の受取りの有無を問わず、いつでも契約の解除をすることができるとするのが相当である。

そこで、素案(1)では、使用貸借を諾成契約とし、素案(2)では、書面によらない使用貸借の場合には借主が借用物を受け取るまでは両当事者が契約の解除をすることができることとし、書面による使用貸借の場合には貸主は契約を解除することができないとするものである。

なお、使用貸借の諾成契約化に伴う論点として、使用貸借に基づく目的物の引渡し前に当事者の一方が破産手続開始、再生手続開始又は更生手続開始の決定を受けた場合の処理に関しては、特段の規定を設けずに破産法第53条、民事再生法第49条、会社更生法第61条、前記第4、1(5)の解釈に委ねることとしている。

2 使用貸借の終了（民法第597条関係）

民法第597条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者が返還の時期を定めたときは、使用貸借は、その時期が到来した時に終了する。
- (2) 当事者が返還の時期を定めなかった場合において、契約で使用及び収益の目的を定めたときは、使用貸借は、借主がその目的に従い使用及び収益を終わった時に終了する。
- (3) 前項に規定する場合において、契約で定めた目的に従い借主が使用及び収益をするのに足りる期間を経過したときは、その使用及び収益を終わる前であっても、貸主は、契約の解除をすることができる。
- (4) 当事者が返還の時期並びに使用及び収益の目的を定めなかったときは、貸主は、いつでも契約の解除をすることができる。
- (5) 借主は、借用物を受け取った後であっても、いつでも契約の解除をすることができる。

○中間試案第39、2「使用貸借の終了（民法第597条関係）」

民法第597条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者が返還の時期を定めたときは、使用貸借は、その時期が到来した時に終了するものとする。
- (2) 当事者が返還の時期を定めず、使用及び収益の目的を定めたときは、使用貸借は、借主がその目的に従い使用及び収益を終わった時に終了するものとする。
- (3) 当事者が返還の時期を定めず、使用及び収益の目的を定めた場合において、借主がその目的に従い使用及び収益をするのに足りる期間を経過したときは、貸主

- は、契約の解除をすることができるものとする。
- (4) 当事者が返還の時期並びに使用及び収益の目的を定めなかったときは、貸主は、いつでも契約の解除をすることができるものとする。
- (5) 借主は、借用物を受け取った後であっても、いつでも契約の解除をすることができるものとする。

(説明)

1 素案(1)から(4)まで

(1) 問題の所在

民法第597条は、使用貸借の終了についての規定であるが、いずれも使用貸借の終了ではなく目的物の返還に着目した規定となっており、契約の終了時期を明示したのものにはなっていない。

しかし、使用貸借における目的物の返還債務や借主の原状回復義務と附属物の収去権・収去義務は、いずれも使用貸借の終了により生ずるものであるから、これらの債権債務の発生時期である「使用貸借の終了」を明示した規定とするのが合理的である。なお、今般の改正では、賃貸借についても「賃貸借の終了」を明示した規定とする予定であり(部会資料69A第4、1、12、13参照)、同じ貸借型である賃貸借の規定と平仄を合わせる必要もある。なお、使用貸借が終了した後に目的物返還債務が生ずるという規律は、民法第593条に定められているとされており、さらに今般の改正では同条も改正して使用貸借が終了した後に目的物返還債務が生ずる旨を明確に規定する予定であるので(前記1参照)、同法第597条は、目的物の返還を定める点においては、同法593条と重複することになる。

そこで、民法第597条を目的物の返還ではなく使用貸借の終了を明示した規定とする必要がある。

(2) 改正の内容

素案(1)は民法第597条第1項を実質的に維持し、素案(2)は同条第2項本文を実質的に維持した上で、それぞれ使用貸借の終了に着目した形で明文化するものである。

素案(3)は民法第597条第2項ただし書を実質的に維持し、素案(4)は同条第3項を実質的に維持した上で、解除による使用貸借の終了を明文化するものである。同条第2項ただし書と同条第3項は貸主が目的物の「返還を請求することができる。」と定めているが、同法第593条の改正により使用貸借が終了すれば目的物返還債務が生ずる旨が明らかになるので、貸主が目的物の返還を請求できるという規律ではなく、貸主に使用貸借の解除権を認める規律とするのが合理的である。

2 素案(5)

(1) 問題の所在

使用貸借の借主はいつでも目的物の返還をすることができるかと解されているが、現行民法に明文規定がない。借主の解除権を規定しなくとも、使用貸借の目的の達成等の解釈を通じて対応することが可能とも考えられるが、これを規定しないと条文の文言上は、貸主側からの解除権のみを規定していることになるので、借主側からの解除

権が認められないかのような誤解も生じかねない。

(2) 改正の内容

素案(5)は、使用貸借の借主が、いつでも使用貸借を解除することができる旨を明文化するものである。

3 使用貸借終了後の収去義務及び原状回復義務（民法第598条関係）

民法第598条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 借主は、借用物を受け取った後にこれに附属させた物がある場合において、使用貸借が終了したときは、その附属させた物を収去する義務を負う。ただし、借用物から分離することができない物又は分離するのに過分の費用を要する物については、この限りでない。
- (2) 借主は、借用物を受け取った後に附属させた物を収去することができる。
- (3) 借主は、借用物を受け取った後にこれに生じた損傷がある場合において、使用貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負う。ただし、その損傷が契約の趣旨に照らして借主の責めに帰することができない事由によって生じたものであるときは、この限りでない。

○中間試案第39、3「使用貸借終了後の収去義務及び原状回復義務（民法第598条関係）」

民法第598条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 借主は、借用物を受け取った後にこれに附属させた物がある場合において、使用貸借が終了したときは、その附属させた物を収去する権利を有し、義務を負うものとする。ただし、借用物から分離することができない物又は借用物から分離するのに過分の費用を要する物については、この限りでないものとする。
- (2) 借主は、借用物を受け取った後にこれに生じた損傷がある場合において、使用貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負うものとする。この場合において、その損傷が契約の趣旨に照らして借主の責めに帰することができない事由によって生じたものであるときは、借主は、その損傷を原状に復する義務を負わないものとする。

(説明)

1 素案(1)(2)について

(1) 現行の規定

民法第598条は、「借主は、借用物を原状に復して、これに附属させた物を収去することができる。」と規定している。

(2) 問題の所在

民法第598条は、借主の収去権のみを明記している。借主の収去義務については、明文規定がないが、同条を根拠として借主は収去義務を負うと解されている。しかし、借主の収去義務は、使用貸借契約における重要な義務であることから、これを明文化

する必要がある。

収去義務が及ぶ附属物の範囲については、①誰の所有物が附属されたかにかかわらずなく、借主が目的物を受け取った後にこれに附属された物については、借主が収去義務を負い、②附属物を分離することができない場合や、附属物の分離に過分の費用を要する場合（壁に塗られたペンキや、壁紙・障子紙など）については、借主は収去義務を負わないと解されている。

しかし、上記の解釈も条文上読み取ることができず、かつ、目的物の附属物の収去をめぐる実務的に問題となることが多く、特に法律関係を明確化する必要性が高い。

(3) 改正の内容

素案(1)は、借主の収去義務について、上記①②の規律を明文化するものである。

素案(2)は、借主の収去権について、民法第598条を実質的に維持するものである。

中間試案第39、3(1)では「附属させた物を収去する権利を有し、義務を負う」としていたが、その内容をより明確化する見地から、素案(1)で収去義務を定め、素案(2)で収去権を定めるという構成を採ることとした。

2 素案(3)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第598条は、「借主は、借用物を原状に復して、これに附属させた物を収去することができる。」と規定し、使用貸借が終了した場合における原状回復義務を定めている。

この原状回復義務については、①借主が目的物を受け取った後にこれに生じた損傷については、借主が原状回復義務を負うのが原則であるが、②目的物の損傷が借主の帰責事由によらないものである場合には、借主は原状回復義務を負わないとされている。しかし、民法第598条は、「借主は、借用物を現状に復して」と規定するのみであり、上記①②の規律が明らかでないので、これらを明文化する必要がある。

(2) 改正の内容

素案(3)は、上記①②の規律を明文化するものである。

賃貸借の場合（部会資料69A第4、13(3)参照）とは異なり、通常損耗の回復が原状回復義務に含まれるかどうかについては、個々の使用貸借契約の趣旨によって様々であると考えられることから、これに関する規定は置かないこととしている。すなわち、賃貸借においては通常損耗が生ずることを前提に減価償却費や修繕費等の必要経費を折り込んで賃料の額を定めるのが一般的であるため、賃借人が通常損耗の回復義務を負うとすると賃借人にとって予期しない特別の負担を課されることになることから、原則として賃借人は通常損耗の回復義務を負わないとされている。これに対して、賃料支払義務のない使用貸借においては、無償で借りる以上は借主が通常損耗も全て回復するという趣旨であることがある一方、無償で貸すということは貸主がそれによって生じた通常損耗も全て甘受するという趣旨であることもあり、通常損耗について原状回復義務が及ぶか否かは、個々の使用貸借契約の趣旨によって様々であると考えられることから、合意がない場合を補う任意規定は置かないこととしている。

4 損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限（民法第600条関係）

民法第600条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約の趣旨に反する使用又は収益によって生じた損害の賠償は、貸主が目的物の返還を受けた時から1年以内に請求しなければならない。
- (2) 上記(1)の損害賠償の請求権については、貸主が返還を受けた時から1年を経過するまでの間は、消滅時効は、完成しない。
- (3) 借主が支出した費用の償還請求権に関する期間制限の部分を削除するものとする。

○中間試案第39、4「損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限（民法第600条関係）」

民法第600条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約の趣旨に反する使用又は収益によって生じた損害の賠償は、貸主が目的物の返還を受けた時から1年以内に請求しなければならないものとする。
- (2) 上記(1)の損害賠償請求権については、貸主が目的物の返還を受けた時から1年を経過するまでの間は、消滅時効は、完成しないものとする。
- (3) 借主が支出した費用の償還請求権に関する期間制限の部分を削除するものとする。

(説明)

1 素案(1)について

民法第600条は、「契約の本旨に反する使用又は収益によって生じた損害の賠償及び借主が支出した費用の償還は、貸主が返還を受けた時から1年以内に請求しなければならない。」と規定しているが、このうち借主の用法違反による貸主の損害賠償請求権に関する期間制限（除斥期間と解されている。）の部分の内容を維持するものである。

なお、「本旨」という用語を「趣旨」に改めている。「本旨」という言葉は法令によっては「本質」といった意味で用いられることがあり、そのままでは借主による用法違反の態様等を限定する趣旨に誤読されるおそれがあるとの指摘があるため、そのような誤読を避けることを意図するものであるが、これは、今般の改正において、全般に「本旨」という用語を見直すことを検討していること（中間試案第8ないし第10等）の一環である。

2 素案(2)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

借主の用法違反による貸主の損害賠償請求権は、貸主が目的物の返還を受けた時から起算される1年の除斥期間（素案(1)参照）のほかに、借主が用法違反をした時から起算される10年の消滅時効（民法第167条第1項）にも服するとされている。民法起草時には、長期にわたる使用貸借が想定されていなかったが（長期間の利用には地上権を用いることが想定されていた。）、使用貸借が経済的な取引の一環として行わ

れるようになった現代社会においては、長期にわたる使用貸借が行われるようになり、借主が用法違反をした時から10年以上経過してもなお使用貸借が存続しており、使用貸借の存続中に用法違反による損害賠償請求権の消滅時効期間が経過することがある。しかし、貸主は使用貸借の存続中は目的物の状況を把握することが困難なことが多いため、貸主が借主の用法違反の事実を知らない間に消滅時効が進行してしまい、貸主が目的物の返還を受けた時には既に消滅時効が完成し、損害賠償の請求をすることができないといった不都合な事態が生じてしまう。

(2) 改正の内容

今般の改正で消滅時効制度の見直しが予定されており、債権者が「権利を行使できることを知った時」という主観的な時効期間の起算点の導入が検討されている。しかし、貸主が借主の用法違反により損害賠償請求権を行使できることを知らなかったとしても、実際に用法違反による損害が生じて損害賠償請求権を行使できる時から10年間を経過すれば消滅時効が完成してしまうため（民法第167条第1項）、消滅時効制度の見直しによっては、上記不都合な事態を解消することができない。

そこで、貸主が目的物の返還を受けてから一定期間は消滅時効の完成を猶予することが考えられる。民法第600条は、法律関係の早期安定を図るため、借主の用法違反による損害賠償請求権については、貸主が目的物の返還を受けてから1年間の除斥期間を定めており、消滅時効の完成を猶予する期間もこれと同じ期間とするのが合理的である。

以上を踏まえ、素案(2)では、借主の用法違反による貸主の損害賠償請求権に関する消滅時効（民法第167条第1項）について、新たな停止事由を定めることとし、素案(1)の1年の除斥期間内は、消滅時効が完成しないこととした。

3 素案(3)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第600条の規定により、借主の費用償還請求権については、1年間の除斥期間が定められている。これは、使用貸借関係が終了した後で貸主と借主の法律関係を早期に安定させるためと説明されている。しかし、上記のとおり民法起草時には、長期間の使用貸借が想定されていなかったところ、現代社会においては、長期間の使用貸借が行われ、借主が長期間にわたり通常が必要費以外の必要費や有益費を支出することより、償還できる必要費等も高額になるようになった。それにもかかわらず、費用償還請求権が目的物返還時から1年間の除斥期間により行使できなくなるのは、借主に酷である。そこで、借主の費用償還請求権についての期間制限を撤廃する必要がある。

(2) 改正の内容

素案(3)は、借主の費用償還請求権についての除斥期間の定めを撤廃するものである。

なお、借主の費用償還請求権（民法第595条第2項）と同様の法的性格を有する他の費用償還請求権（例えば同法第196条、第299条等）については、期間制限がないので、本改正により、これらの費用償還請求権の規定とのバランスも取れることになる。

本改正により、費用償還請求権については通常の消滅時効に服することになり、時効期間は使用貸借が終了し目的物を返還する時から10年となる（民法第167条）。なお、この原則的な時効期間については、別途、見直しが検討されている（部会資料69A第1、1参照）。

【取り上げなかった論点】

○ 中間試案第34「継続的契約」

パブリック・コメントの手続では、①適用範囲が不明確であり取引実務が混乱するおそれがあること、②継続的契約の解消の可否について具体的な基準を示した最高裁判例もなく明文化は時期尚早であること、③継続的契約は多様であり一律に適用される規定を設けるべきではないこと、④期間の定めがある契約の場合は期間満了によって契約が終了すると考えるのが契約当事者の意思であることなどを理由として、反対する意見が寄せられており、これらを踏まえ、継続的契約の論点については取り上げないこととした。