

第 86 回会議の議題に関する意見

2014 年 3 月 14 日

臨時委員 松岡 久和（京都大学）

第 86 回会議には出席できませんので、重要と思う下記の 4 点に絞って意見を書面にて申し上げます。下線部が主張の結論部分です。

1 部会資料の書き方について

中間試案や先に検討された素案からの変更点とその理由が必ずしも十分説明されていない。とりわけ、議事録が未公表の論点について、中間試案からの変更という形でのみ説明がされている個所は、先の素案をめぐって交わされた議論を、手持ちのメモで確認するしかなく、不便であるとともにいささか理解が不正確になる不安が残る。議論がないのに変わっていてその理由が明示されていないところも少なくない（一例として、動機の錯誤に関して、「目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項」を「動機」に、「相手方が事実と異なることを表示したために生じた」を「相手方によって惹起された」に変更）。表現の変更によって実質的な内容に影響がないのかも気になる。

事務局の担当関係官のご苦労は十分理解し感謝しているが、変更点と理由が明確にわかるような工夫をお願いします。また、いずれの段階になるかはわからないが、中間試案の補足説明に当たる文書においては、中間試案以後成案に至るまでの議論の概要を記していただきたい。議事録は量が非常に膨大なので、こうした整理をしていただけると、立法過程での議論が理解しやすくなって後世の研究にも長く役立つと思うからである。

2 部会資料 76A「第 2 保証、1 個人保証の制限」

(1) 列举は限定的なものが望ましい。

「同等以上の支配力を有する者」に代えて「又はこれらに準ずる者」が使われているが、どれほど違いがあるか。個人保証を原則禁止とする以上、例外を緩やかに認めて、列举を例示とするのは適切ではない。とりわけ公正証書による例外を認めるのであれば、類型的な例外を認める(1)では、解釈によって例外が広がらないようにするべきである。

(2) 公正証書による重い手続による例外はやむをえない。

たとえば家族や友人関係にある者から、融資を受けるは公正証書保証を必要とすると言われた場合、人間関係を考慮すれば断り切れず、公正証書によるという手続を採っても、十分な歯止めとなるか不安が残る（第 80 回会議での多数の委員・幹事の意見と同旨）。経営者保証以外にも個人保証を認めるべき場合がないとは言えないから、例外自体を置くことはやむをえないが（2の責任の制限で対応）、すでに中井委員が指摘されたとおり、そのような例外は実態としても多くないため、せめてこれくらいの重い手続にするべきである。

3 部会資料76B「第1 保証、3 根保証における元本確定前の履行請求の可否及び随伴性の有無」

高須幹事の案に賛成する。

素案では譲渡人と譲受人とがどういう関係に立つのかわからない。根抵当権の元本確定前の一部譲渡と似て、保証人の譲渡人に対する極度額が減少するのか。平成24年の最高裁判決は、たしかに元本確定前ではあったが、譲渡時に存在した債権が全部譲渡されたうえ、状況から見て譲渡人が追加融資をすることが考えにくい事案であったため、一部譲渡の場合（とりわけ被保証債権額が極度額を超えているときが問題）を十分考慮していない。この事案での判旨をルールとして一般化して大丈夫なのか、否定説によってかねてから指摘されている難点が残し、高須幹事の案が問題として指摘するところに共感する。判例による随伴性原則を定めて、さらに例外ルールを設定するのは容易ではないと思われる。これに対して、高須案によれば、判例の事案においても譲渡人が確定請求をした後であれば随伴性が認められることになり、ルールとして明確である。

ただ、高須案にもなお疑問がある。高須案では、根保証の対象となる債権の譲渡は、無担保債権の譲渡となって困難となるから、それが嫌なら債権者は元本確定請求を行うべきだということになると思われるが、それでよいか。譲渡人と債務者の間ではなお与信取引を継続しつつ、既発生債権の一部だけを担保付で譲渡するという実務上の要請はないと考えてよいか。もし、そのような要請があるとすれば、それに応えて、譲渡債権額についてのみ元本を一部確定して保証付債権としての譲渡ができる（その結果、未確定の極度額が減少する）とは考えられないか。また、残された問題との関連で、根保証の対象となる債権に他に物上保証人や保証人が存在する場合、このような処理が許されなければ、それらの者が出捐により債務を消滅させても法定代位できないことになって求償が危うくなり、担保提供者間の公平を害する。根抵当権の398条の7第1項後段と全く同一に処理するだけでは足りず、求償権確保のための根抵当権の一部譲渡（我妻栄『新訂担保物権法』501頁を参照）に相当するような仕組みが必要ではないか。もっとも、この点は、求償権について担保設定を受けておけば足りるとして割り切ることもありうるし、上記のような一部確定・譲渡の処理は解釈上可能とも思われるので、決定的な難点ではない。できるだけ簡明で実効性のあるルールを明らかにするという観点から、高須案に賛成する。

4 部会資料76B「第2 贈与、1 贈与者の責任等」

(1)の①：締約時の状態での権利移転・引渡義務と定める点には賛成するが、推定という表現ではなく任意規定と明示するべきである。

「契約の趣旨に適合しない」というのは、贈与契約においても、あるべき性状についての明示又は黙示の合意に反する主観的瑕疵と、客観的な使用適性を欠く客観的瑕疵の双方を意味する。しかし、贈与契約の当事者があるべき性状を明示的に合意することは稀であろうし、贈与者が対価を受け取らないので、対価に見合う性状の黙示の合意も認定しにくい。また、故障がちの機械など客観的瑕疵の存在が明らかな場合には、受贈者は自分のリスクで贈与を受けるか、贈与者に瑕疵の除去を条件とした承諾（新たな申込み）をすればよい。この場合の贈与契約からは瑕疵のない物を引き渡す債務は発生しない。問題となるのは、客観的瑕疵（とりわけ拡大損害を生じるような安全性の欠如。例えば躯体が微妙に歪んでいて扱

い次第では手を切るおそれがある物の瑕疵)の存在が明らかでなく、瑕疵がないものと信じて受贈者が損害を被った場合である。「このような客観的な瑕疵のない物を引き渡すのは贈与者の当然の債務であるとか無瑕疵の保証がある」と構成するのは、とりわけ目的物の価値を超える損害賠償についても容易には免責立証が認められないので、贈与者に過酷である。かといって、現行規定や中間試案のように、贈与者が悪意(かつ受贈者が善意)の場合に責任を限定するのは、契約の締結の場で問題となる不法行為責任との比較から緩すぎる。これは贈与者の情報提供義務や保護義務の一環として(もちろん贈与契約の類型的性質や当事者の特段の合意をも考慮したうえで)処理すれば足りるように思われる。

以上を要するに、当事者は原則として贈与契約時の現状を前提に贈与しているものと考えられ、当然には瑕疵のない物を引き渡す義務を負うわけではなく、素案の①に賛成する。ただし、規定は、推定とせずに、「当事者が別段の合意をしなければ、贈与者は、贈与の目的である物又は権利を契約締結の時の状態で移転し、又は引き渡す義務を負う。」という任意規定性を明示したものが望ましい。

(1)の②：贈与目的物について自己の財産におけるのと同じの注意をもって管理したときに免責すると「推定する」旨の提案には疑問がある。

表現ぶりについては同趣旨なので繰り返さない。デフォルトルールとして定めるとしても、贈与すると約して他人の物になる運命をすでに背負った物について、約束後も自己の財産におけるのと同じの注意という軽減された管理義務だけを負えばよいことに、十分な理由がない。引渡しまでの贈与者の継続した通常の使用による損耗や損傷を許すのであれば、①の締結時の状態での引渡義務との関係からも、そのことを明示または黙示に合意する(あるいはそのような合意がされたものと解釈できる)必要があると思われる。

(2)：「他人の権利取得者には原則として権利取得義務がないが、権利取得時に(1)同様とする」旨の考え方に注意の程度の問題を除いて結果としては賛成するが、推定ではなく任意規定性を明示する表現が望ましい。

表現ぶりについては同趣旨なので繰り返さない。他人の権利であることを知って贈与者が贈与する場合には、それを取得して移転するという趣旨と理解する方が自然である(この場合には、債務不履行の一般原則によれば足り、特則を要しない)。一方、契約時に贈与者が他人の権利であると知らなければ、そもそも権利を取得して移転するとまでは約していないと思われる。この意味で、債務内容は契約の趣旨次第であり、贈与者に一般的に権利取得義務まで認めるべきでない。仮に一般的に権利取得義務を定めても、贈与者への権利帰属が当事者双方にとって明示又は暗黙の条件や前提と考えられる場合には、条件不成就や前提を欠いた共通の動機錯誤により、契約は拘束力を失うだろう。それゆえ、原則としては権利取得義務までないとするデフォルト・ルールが適切である。

このような原則を定めても、贈与者が贈与の目的である物や権利を取得したとすれば、別段の合意をしていなければ、条件が譲受するか前提が充たされて、権利移転義務が約束通り履行できるので、責任を認めてよい。