

## 研究ノート

## 民法要綱仮案に関するノート（Ⅰ）

荒井 俊行

## （はじめに）

このノート作成の一つの目的は、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」（26. 8. 26 法制審議会民法部会決定）（以下、「仮案」という。）が9月8日に公表されたことを受けて、これが不動産取引にいかなる影響等を与えるのかを今後検討していく前段階の作業として、ベースになる仮案の規定が、主として「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（平成25. 2. 26 法制審議会民法部会決定）（以下、「中間試案」という。）以降、どのように変更されているのかを少しでも明らかにしておこうというものである。当研究所は、現在、民法改正に係る勉強会の事務局を務めているため、個人的に、仮案について多少なりとも理解を深めておきたいという気持ちもあり、また、これを疎かにすると、次のステップでの検討が十分できない可能性があり、その悪影響を避けるため、下記の講演会、説明会の記録を基に、とりあえずの備忘的なメモを作成したものである。もとより、民法への理解がきわめて浅く、基礎的な素養を欠く筆者が、これまでの審議経緯を十分にフォローしないまま、十分な確信を持ってないこのようなノートを取材記事のような感覚で纏めること自体、向こう見ずの行為であるとの批判を免れず、また、たまたま出席した講演会の内容を二番煎じ的に紹介することになることの問題点は、聞き逃し・聞き違いや法律的に不適切な言い振りが少なくない

であろうことを含め、ここで明確にお断りしておかなければならない。以下、小見出しのタイトル番号（全部で39のテーマがある）は仮案のタイトル番号に合わせて表示している。ここに記載されていない残余の重要テーマについては、今後の聴講結果をもとに、次回、ノート（Ⅱ）として整理したいと考えている。

## （第1：公序良俗（民法90条関係））

現行民法90条の「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする」との規定について、中間試案では「…に反する事項を目的とする」の部分が削除されるとともに、判例に準拠した暴利行為の定式化が目指されたが、書きぶりを巡る意見が対立し、暴利行為の明文化は見送られた。

中間試案における暴利行為規定の定式化案は「相手方の窮状、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断できない事情があることを利用して、著しく過大な利益を得、又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為は、無効とするものとする」としたが、中間試案の（注）にあるように、「相手方の窮状、軽率又は無経験に乗じて著しく過大な利益を獲得する行為」というような古典的な判例理論（大判昭9. 5. 1）を踏まえた記述を支持する意見がある一方、現在の下級審判決においては、

(参考表) 本ノート (I) の作成に当たり聴講した講演等一覧

日時	主催者	演題	講師
26.9.9	商事法務研究会	「民法(債権法)の改正に関する要綱仮案について」	・道垣内弘人教授(東京大学)
26.9.20	明治大寄付講座	・「民法(債権法)改正の動向」(総括と今後の展望) ・「民法(債権法)改正の動向」(代理)	・中田裕康教授(東京大学) ・伊藤進名誉教授(明治大学)
26.9.27	明治大寄付講座	・「民法(債権法)改正の動向」(法律行為総則) ・「民法(債権法)改正の動向」(消滅時効)	・鹿野菜穂子教授(慶応義塾大学) ・三林宏教授(明治大学)
26.10.4	明治大寄付講座	・「民法(債権法)改正の動向」(債権者代位・詐害行為取消権) ・「民法(債権法)改正の動向」(保証)	・工藤祐巖教授(明治大学) ・椿久美子教授(明治大学)
26.10.18	明治大寄付講座	・「民法(債権法)改正の動向」(契約解除と危険負担) ・「民法(債権法)改正の動向」(債権の目的と履行請求)	・松尾弘教授(慶応義塾大学) ・中村肇教授(明治大学)
26.10.20	(公財)日本住宅総合センター	「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案について」	・山野目章夫教授(早稲田大学)
26.10.22	みずほ総合研究所(株)	「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の要点解説」	・高須順一教授(法政大学・弁護士)

これより緩やかな暴利行為の判断が広くなされているとして、最近の裁判例を取り込む規定が望ましいという反対意見があり、加えて暴利行為の明文規定化による濫訴の弊を危惧する経済界等の意向をも踏まえ、明文化が見送られた。

ただ、冒頭に述べたとおり、従来からいわゆる公序良俗については、法律行為の目的のみならず、その過程、内容その他の諸事情を考慮すべきことが判例理論として確立しており、現行民法は「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律事項は、無効とする」として、目的だけを考慮事項とする規定では狭すぎることについての異論は存在しなかった。そこで中間試案、仮案ではこの解釈を確認し、「公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とする」とされた。

## (第2:意思能力)

意思能力とは、自己の行為の効果を弁識するに足るだけの精神能力を言うと考えられている。すなわち、自分の行為により自分の権利義務にどのような変動が生ずるのかが理解できる程度の能力であり、法律行為により異なるが、およそ、6, 7歳から10歳の子供の精神能力が判断の基準とされる。意思無能力とは、例えば、幼年、高度の精神病、あるいは泥酔により自分の行為による権利義務の変動の結果を理解できない場合を言う。これまで

意思能力についての明文の規定はなかったが、民法の私的自治の原則から、意思能力のない者の行為は無効とされ、このことは大判明38. 5. 11などの判例でも確認されている。

現行民法には、わかりきったことは明文化しないという考え方があり、こうした考え方に立って、現在の民法には意思能力に関する規定は置かれていない。しかし、国民にわかりやすい民法を目指すという観点に立ち、中間試案では意思能力の定義及び効果を規定する方針だったが、仮案では意思能力の定義規定は断念され、意思表示の無効の基準時を意思表示時とする規定のみが残された。中間試案では意思能力について「法律行為の時に、法律行為をすることの意味を理解する能力」と規定したが、中間試案の(注)にあるように、意思能力を事理弁識能力ととらえる考え方、日常生活に関することは別異に考えるべきだとの考え方など学説を巡る争いがあり、仮案では、具体的な書きぶりについての意見が対立したため、定義規定は撤回され、「法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しないときは、その法律行為は、無効とする。」との規定のみが新設されることになった。本条文が新設されれば、裁判規範の根拠条文として大きな意味を持つことになる。

### (第3:意思表示)

意思表示とは、表意者が希望すること、望むことを発言することであり、法律的に表現すれば、「一定の法律効果に向けられた意思の外部への表明」である。大きく、内心的効果意思、表示意思、表示行為からなるとされるが、内心の効果意思と表示行為から推測される表示上の効果意思とが異なる「意思の欠缺」（意思無能力、心裡留保、虚偽表示、錯誤）と内心の効果意思と表示行為から推測される表示上の効果意思に差異はないが、何らかの事情で当該意思の形成過程に欠陥がある「瑕疵ある意思表示」（詐欺、強迫）とが問題となる。

#### 1 心裡留保（民法93条関係）

心裡留保の定義と効果について、現行民法、中間試案、仮案とも書きぶりに大きな差異はない。ただ、中間試案、仮案では、善意の第三者を保護する規定が新設されている。心裡留保は原則有効であるが、例外的に、相手方がその意思表示が表意者の真意でないことを知り、又は知ることができたときは（すなわち悪意又は有過失のとき）は無効となる。

そして、心裡留保において相手方が悪意又は有過失のために意思表示が無効とされる場合は、94条1項の通謀虚偽表示の規定の場合と要件事実がほとんど同じであると考えられることから、自ら虚偽の外観を作出している本人よりも、第三者の要保護性が強く、94条2項の類推の基礎があるとする判例理論を踏まえ、無過失を要件としない善意の第三者を保護する規定の新設が提案されている。

#### 2 錯誤（民法95条関係）

（概要）

錯誤は、従来から現行条文の解釈上の対立が大変大きいもののひとつであった。中間試案では、法律行為の要素を主観的因果関係と客観的重要性とに分けて書き下し、「意思表示に錯誤があった場合において、表意者がその真意と異なることを知っていたとすれば表意者はその意思表示をせず、

かつ、通常人であってもその意思表示をしなかったであろうと認められるときは、表意者は、その意思表示を取り消すことができるものとする」とした。また、動機の錯誤の明文化を図るとともに、惹起された動機の錯誤（いわゆる不実表示）についても規律することとし、具体的には、「目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項に錯誤があり、かつ、次のいずれかに該当する場合において、当該錯誤がなければ表意者はその意思表示をせず、かつ、通常人であってもその意思表示をしなかったであろうと認められるときは、表意者は、その意思表示を取り消すことができるものとする。

ア 意思表示の前提となる当該事項に関する表意者の認識が法律行為の内容になっているとき。

イ 表意者の錯誤が、相手方が事実と異なることを表示したために生じたものであるとき。」と規定した。更に錯誤全体を無効事由ではなく取消事由へと法律構成を変更し、善意無過失の第三者の保護規定が新設されることとされた。

仮案では、「意思表示は、次のいずれかの錯誤に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる」とし、錯誤が重要かどうかという規範的評価を行いやすい規定とするとともに、その重要性の考慮要素に法律行為の目的及び取引上の社会通念を掲げた。また、「表示の錯誤」に対応する錯誤を「意思表示に対応する意思を欠くもの」、「動機の錯誤」に対応する錯誤を「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反するもの」と定め、さらに「動機の錯誤」については「当該事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り」その取消しができるものとした。ここで「表示されていた」とは、積極的な表示がなくとも黙示的な表示が認定される場合があることが従来の判例実務から含意されており、この意味で、「表示」を厳格にとらえてはならない。一方で、つぶやく程度では表示の内容にはならず、契約の内容であることが明確である必要がある。また、

惹起された動機の錯誤については、長い議論の経緯があったが、濫訴の弊の指摘や消費者保護法4条に規定のある媒介型の事業者概念を民法に持ち込むことへの危惧論等があり、意見の対立が解消するには至らなかったことから、当該規律についての規定は撤回された。錯誤に係る裁判例は多くあり、それらを見捨てることはできない。いずれにしても、動機の錯誤については、今回の仮案は、とりあえず、「表示されていた」という文言で暫定的に収束させている側面があり、これまでの判例理論の持つ意味は引き続き大きいとともに、また、今後の解釈にゆだねられる部分が多い。

なお、表意者に重大な過失による錯誤がある場合は、相手方がその錯誤があることを知り、又は知らなかったことについて重大な過失があるとき、または、相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき（共通錯誤）を除き、意思表示の取り消しができないことについては、従来の判例理論の明文化であり、中間試案、仮案ともその考え方は変わらない。

#### （錯誤による取消しについて）

錯誤による取消については、前述のとおり、錯誤が重要なものであることという規範的評価を示すとともに、重要性の判断の考慮要素に「法律行為の目的及び取引上の社会通念」を掲げた。なお、錯誤による意思表示を無効とする現行民法95条の趣旨は、90条違反などの場合とは異なり、表意者の保護であり、意思の欠缺という意味では無効原因であるが、判例も多くが、錯誤は取消的な無効原因と見ており、最判昭40.9.10も錯誤無効は、相手方や第三者は表意者の意思に反して無効を主張できないとしている。このように、錯誤無効の現行規定の趣旨を錯誤者自身の保護に尽きると解し、無効主張者を表意者に限定すると、錯誤による無効はその人の主張を待って無効にすればよいことになるので、取消事由に近くなる（これを学説では「取消的無効」、あるいは「片面的無効」と呼ぶ）ことから、今回の中間試案及び仮案では錯誤の効果が取消しとされた。

#### （錯誤取消しと第三者保護）

錯誤による取消しによる第三者の保護規定については、自ら勘違いをした場合である錯誤の場合よりも、他人に騙された詐欺の場合の方が表意者保護の要請が強く、その詐欺の場合ですら、その取消前に利害関係に入った転得者である第三者が保護される余地があるのであるから、表意者保護の必要性が弱い錯誤取消の場合には、なおさら転得者である第三者保護を認めるべき要請が強いとして、96条3項と同様の第三者保護規定を設けるべき基礎があるとされた。その際、第三者に善意の他に無過失を要するかどうかについては、いずれも表見法理（①権利の存在の外観、②外観作出に対する本人の帰責性、③第三者の信頼の三つを要件とする）を採用したものとみるのが妥当であり、現行法96条3項は善意の第三者のみを保護するように規定しているが、判例では表見法理の表れである本条の適用については過失（客観的注意義務違反）の有無を検討して判断している事例が多いことから、中間試案及び仮案は、この95条の場面でも、仮案の96条3項と同様に、善意の他に無過失を第三者保護の要件とすることとされた。

### 3 詐欺（民法96条関係）

中間試案では、詐欺取消の要件に、媒介者の詐欺を新設するとともに、第三者の詐欺の場合の取消要件に、相手方がその事実を知っていたときに追加して、「又は知ることができたとき」を加え、また、第三者保護要件としては、錯誤のところ述べたとおり、表見法理に基づき、善意のほかは無過失要件を追加した（なお、強迫についての第三者の保護規定がないことは現行民法どおりである）。仮案では、第三者の詐欺の場合の取消の要件及び第三者保護要件は踏襲されたものの、媒介者の詐欺規定は脱落した。これは、消費者契約法4条における媒介受託者の行為を媒介委託者の責任とする考え方について、消費者契約法との関係が整理できていないこと、責任を負うべき者が広がりすぎるなどの反対論があり条文化が断念されたためである。しかし、規定が削られるからと言っ

て、この問題がなくなるわけではないことに留意すべきである。

#### 4 意思表示の効力発生時期（民法 97 条関係）

現行民法には「隔地者」でない者同士の意思表示についての定めがないが、隔地者でなくとも意思表示は相手方に到達した時から効力を生ずることから、中間試案では隔地者以外の場合にも、意思表示の効力発生時期を到達時とする規定を拡張するとともに、到達擬制の規定を新設し、また、表意者の意思能力の喪失に伴う規定も創設した。仮案では、意思表示の効力発生時について、中間試案の「正当な理由がないのに到達に必要な行為をしなかったため」から、了知可能な状態にならないように妨害したケースなども含むように、「正当な理由なく意思表示の通知が到達することを妨げたとき」に表現を変更して「その通知が通常到達すべきであった時に到達したものとみなす」ととされた。

#### 5 意思表示の受領能力（民法 98 条の 2 関係）

中間試案で意思能力の欠如、回復の規定を追加した。仮案でも踏襲された。

#### **（第 4:代理）**

以下 8 項目があるが多くの項目が、従来の判例理論の明文化であり、画期的な内容はない。

#### 1.2 代理行為の瑕疵—原則と例外（民法 101 条関係）

代理行為の要件及び効果に関連して、中間試案では、本人僭称の場合も、本人に直接法律効果が生ずる旨を規定していたが、仮案では慎重論が多く、撤回された。また、代理人の詐欺による相手方の意思表示の場合、現行の 101 条 1 項を根拠に、相手方は代理人の行為を基準に取り消すことができ、本人への効果帰属はないとする従来の判例（大判明治 39. 3. 3）については批判があったため、当該事例が中間試案の 101 条 1 項には含まれないことが明文上明確にされた（本事例は、今後は 96

条 1 項の適用場面と見ることになる）。仮案でもこの考え方が踏襲された。

更に、中間試案及び仮案では、本人の明確な指図が代理人に対してなされていない場合にも（現行法 101 条 2 項では「特定の法律行為をすることを委託された場合において、代理人が本人の指図に従ってその行為をしたときは」と規定）本人への効果帰属を拡張する規定を整備した。具体的には、仮案（101 条 2 項）は、「特定の法律行為をすることを委託された代理人がその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができない。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」と規定した。この規定は本人が代理人を隠れ蓑として利用することを防止しようとする現行民法 101 条 2 項を基本的に維持するものであるが、現行法は「本人の指図」＋「特定の法律行為の委託」を要件としているのに対し、現行民法の要件は限定されすぎているとの批判が強く、これまでの判例法理が「本人の指図」を要件としない代わりに、「本人が代理人の行動をコントロールすること」を解釈の要件として定立した（大判明治 41. 6. 10）ことから、中間試案では「本人の指図に従って」の文言を削除し、「本人が知っていた事情について本人がこれを代理人に告げることが相当であった場合」か「本人が過失によって知らなかった事情について、本人がこれを知って任意代理人に告げることが相当であった場合」を要件にすることを提案していたが、仮案では前段は中間試案を踏襲したものの、後段の後半部分「本人がこれを代理人に告げることが相当であった場合」が削除されている。この部分の「本人のコントロール（の可能性）」については個別の認定を通じた解釈にゆだねられることになる。

#### 3 代理人の行為能力（民法 102 条関係）

中間試案は、代理人が制限行為能力者である場合には行為能力の制限を理由に取消しができない旨の規定を追加したが、仮案もこれを踏襲した（なお、仮案で、被保佐人が制限行為能力者の法定

代理人となる場合の例外が提案された)。

#### 4 復代理人を選任した任意代理人の責任（民法105条関係）

中間試案は現行105条1項及び2項「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、本人に対して責任を負う。」を削除することを提案した。仮案でも踏襲された。復代理人を選任した任意代理人の本人に対する責任の問題は、内部関係の問題であり、105条により一律に軽減することは適当ではないことから、これを削除し、任意代理人が復代理人を選任した場合の責任は、任意代理人が履行補助者を選任した場合の債務不履行責任一般の原則に従い判断されるべきであるとされた。

#### 5 自己契約及び双方代理等（民法108条関係）

中間試案では利益相反型の場合の規定を追加し、仮案もこれを踏襲した。現行の108条は、代理権の範囲内でも、代理人のできない行為が規定されている。ひとつは自己契約であり、特定の法律行為について、当事者の一方が相手方の代理人になることである。もう一つが、特定の法律行為について、一人の者が当事者双方の代理人になることである。これらは代理人と本人との利害関係が対立するので無権代理行為になる（無効な行為となるわけではない）。中間試案では、形式的には108条に該当しなくとも、実質的にこの趣旨に抵触するときは、その代理行為は無権代理行為となるという判例<sup>1</sup>を受けて、108条(2)では「(1)本文に定めるもののほか、代理人と本人との利益が相反する行為については、代理権を有しない者がした行為とみなす。ただし、本人があらかじめ許諾

した行為については、この限りではない。」を追加した。仮案もこれを踏襲した。

#### 6 代理権の濫用

中間試案は代理権の権利濫用も有効であることを原則とし、相手方の悪意か重過失の場合に効果帰属を否定できるとして「代理人が自己又は他人の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方が当該目的を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、本人は、相手方に対し、当該行為の効力を本人に対し生じさせない旨の意思表示をすることができる」を提案した。しかし、仮案は「代理人が自己または第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方が当該目的を知り、又は知ることができたときは、当該行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす」として、代理権の権利濫用に対しては、93条但書を類推適用する判例に準拠した考え方に変更した。93条但書の類推適用説によったと考えられる理由は「代理人が自己または第三者の利益を図る」目的という表現が、代理権の濫用について93条但書の類推適用を認めた最判昭和42.4.20判決と同じであることや「相手方が当該目的を知り又は知ることができたとき」が93条但書と同じ書きぶりであることによる。

参考として、代理権の濫用に93条但書の類推適用を認めた最判昭和42.4.20の判決の概要は以下のようなものである。代理人Bがその権限を濫用して背任的な行為をし（土地売買の代理権を与えられていた代理人Bが、代金を着服する目的で土地を譲渡した場合）、かつ相手方Cが濫用の意図を知っていた場合、相手方Cは本人Aへの効果帰属を主張できるのかどうか。この効果帰属を認めれば、本人Aは、代金を受け取れないにもかかわらず、土地の所有権を失うことになるので問題となった。判例は「民法93条但書を類推適用し、相手方が代理人の濫用の事実を知り（悪意）、又は知ることができた場合（善意・有過失）に限り、本人は代理行為の無効を主張しえる」とした。

<sup>1</sup> 最判昭7.6.6. 借家人が家屋の賃貸借契約を結ぶ際に、家主との間で紛争を生じた場合には家主に借家人の代理人を選任する権限をあらかじめ委任する旨の契約を結んでいた事実（代理人欄の空欄になった白紙委任状を交付していた）において、108条の趣旨を適用してこのような委任を無効とした。

若干の補足をすると、まず、代理人の行為により利益を受ける本人は代理人の背信行為の負担を負うのが原則である。一方、相手方が濫用の意図につき悪意であった場合には相手方の保護の必要もない。両者の利害をどう調整するかについては、確かに、法律行為の帰属効果の点に着目すると、代理人の表示行為と内心の効果意思はいずれもAへの帰属を目指しており、食い違いはない。しかし、経済的効果の帰属に着目すれば、代理人Bは表示行為上はAへの帰属を言いながら、内心の効果意思は自分Bへの効果帰属を意図しており、ここに心裡留保に似た事態があると言える。すなわち、代理人Bの内心の効果意思としては、自分が利益を得る意思である一方、表示行為としては、利益を本人Aに帰属させることとしていて、ここに代理人Bの効果意思と表示行為との間に食い違いがあるのである。このことを相手方が認識しているならば、93条但書きを類推適用する素地があることになり、A-C間の法律行為は無効であり、本人AはBの代理行為の無効を主張できるというのである。今回の仮案は上記判例の明文化と見ることができる。

### 7 代理権授与の表示による表見代理（民法109条関係）

中間試案では109条の代理権授与表示による表見代理について110条との重畳適用が可能である旨の条文を提案した。仮案もこれを踏襲している。真実には何ら代理権授与行為がないのに、ある事項につき、本人が相手方に代理権を授与した旨の表示がなされたところ、その表示による範囲を逸脱した事項について無権代理行為がなされた場合、表見代理が成立するのか。109条は「その代理権の範囲内において」責任を負うと規定し、条文上は、表示された権限を越えた事項の場合を予定していない。また110条が適用されるためには、基本権限の存在が必要であるが、この事例の場合それがない。そこで、この場合に109条と110条を重畳的に適用して表見代理を認めてよいのかが問題となるが、代理権の相手方にとって、代理人と

称する者が現実に代理権を有するか否かの判断は、多くの場合困難であるので、取引の安全の見地から相手方を保護することが必要となる。

そもそも、取引の安全を図り、代理制度の安全を維持しようとする表見代理制度の趣旨からすれば、民法109条、110条、112条は相互に有機的に関連しあうものとして統一的に理解されるべきである。なぜなら、これらの規定はすべて表見法理の表れであり、民法は重畳的な適用をもともと予定していたと考えるのが相当だからである。そこで、代理行為の相手方にとって自称代理人の行為につき、善意・無過失で、権限ありと信ずるべき相当の理由があるときは、109条と110条の重畳適用を認めるべきである。このような考え方を示しているのが最判昭45.7.28（事例は複雑なのでここでは省略）である。今回の中間試案及び仮案における明文化はこの判例の明文化と見ることができる。

### 8 代理権消滅後の表見代理（民法112条関係）

中間試案では112条の代理権消滅後の表見代理に110条との重畳適用が可能である旨の条文化を提案した。仮案もこれを踏襲した。理由は上記7.代理権授与の表示における表見代理の場合と同様である。

AはCから借金をする際にBを代理人として実印を交付し、Bは依頼通りにCから融資を受けて目的を達成し、ここでBの代理権は消滅した。ところが、その後Bは、Aの実印を利用し、Aの代理人としてAを自己の債務の保証人とする旨の契約を締結した。判例は、代理権消滅後、従前の代理人が代理人と称して従前の代理権に属しない行為をした場合も、110条・112条が重畳適用されるとした。

このことを示しているのが大連判昭19.12.22である。Aは、X銀行からの借り入れにつきYから預かっていた実印を利用し、Yを連帯保証人とした。Aは、かつて、当時未成年であったYの実印を預かり、約15年にわたってYのために無数の代理行為を行ってきたという事情があった。Aの支

払がないので、連帯保証契約に基づいてXがYに請求した事案について、判旨は、代理権消滅後、従前の代理人が代理人と称して従前の代理権の範囲に属しない行為をした場合にも、110条・112条が重畳適用されるとした。

## 9 無権代理人の責任

中間試案は無権代理人の責任に関する規定の詳細化と過失責任化を目指したが、仮案では過失責任化が撤回された。具体的には、現行民法117条の無権代理人の責任とは、無権代理人が本人の追認が得られない場合に、無権代理人は相手方に対し、自己固有の責任を負わなければならないという無過失責任の規定であるとされ、その要件は、①無権代理行為であること、②本人の追認がないこと、③無権代理人と相手方との間の行為を相手方が取り消していないこと、④相手方が代理権のないことを知り、又は、過失により知らなかった場合ではないこと（つまり相手方が代理権がないことについて善意・無過失であること）、⑤無権代理人が行為能力を有することである。

117条は法律の認めた法定無過失責任の規定であり、しかも1項の相手方の過失は重大な過失に限定されるものではなく、通常の過失を含むとされている。現行117条1項の規定が適用されないのは、現行民法117条2項が定める上記④又は⑤が満たされない場合であるが、中間試案ではさらにこれに次の(イ)と(ウ)を加えた。(イ)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過失によって知らなかった場合。ただし他人の代理人として契約をした者が自己に代理権がないことを自ら知っていたときを除くものとする」、(ウ)は「他人の代理人として契約をした者が自己に代理権がないことを知らなかった場合。ただし、重大な過失により知らなかった場合を除くものとする」とした。

まず(ウ)について、中間試案は、無権代理人が善意(重過失である場合を除く)ならば、免責としたが、代理制度の信用を維持する観点や無権代理人と相手方の立場を比較すれば相手方を保護

するのが通常の価値判断であるとの観点、および117条の無権代理人の無過失責任を維持すべきとの判例<sup>2</sup>の趣旨を踏まえ、仮案では(ウ)は免責事由としては取り上げないこととされた。次に、中間試案の(イ)他人の代理人として契約した者が代理権を有しないことを相手方が過失によって知らなかったとき(ただし、他人の代理人として契約した者が自己に代理権がないことを知っていたときは、この限りでない)、すなわち無権代理人善意、相手方善意有過失のときは、1項を適用しない(逆に言うと、無権代理人悪意、相手方有過失の場合、無権代理人は責任を負う)という考え方は、仮案でも踏襲されている。

## (第5:無効及び取消し)

### 1 法律行為が無効である場合又は取り消された場合の効果

中間試案は解除の場合と類似する詳細な規定を置こうとしたが、仮案は簡略化して、無効な行為に基づく債務の履行として給付を受けた者に対する原状回復義務と無償行為の場合の返還の現存利益への縮減のみの規定を残した。価格償還義務・果実等の詳細な規定も脱落した。現行民法は、無

<sup>2</sup> 最判昭62.7.7は、A工務店がX信用組合から貸し付けを受けるに当たり、Bの名で連帯保証がなされたが、それはBの妻Yが無権代理したものであった。Bは以前から不動産管理運用等をYが代理して行うに任せていた。かかる事情の下で、XがYに対して117条の責任を追及し、保証債務の履行を求めたものである。判旨は、民法は重過失を要件とするときはその旨を明記しているから、単に過失と規定している場合には、その明文に反してこれを重大な過失と解釈することは、そのように解釈すべき特段の合理的理由がある場合を除き許されない。そして同法117条による無権代理人の責任は、相手方保護と取引の安全ならびに代理制度の信用維持のために、法律が特別に認めた無過失責任であり、同条2項は、同条1項が無権代理人の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して、XのYへの無権代理の責任追及を認めた。

効の場合は当事者が意図した法律効果は初めから発生しないこと、取消しの場合には一度生じた債権債務は発生しなかったことになり（遡及効）、履行済みの後の清算関係については、従来は、法律上の原因がないものとして不当利得返還請求権（703条、704条）の問題として処理されてきた。中間試案は、無効、取消はいずれも契約の巻き戻しであり、不当利得の返還の問題と言うよりは、契約の解除との共通点が多いことを考慮して、解除に類似する詳細な規定を置こうとしたが、仮案はこれを簡略化して、原状回復義務を原則とし、「無効な行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、相手方を原状に復させる義務を負う」と定め、例外として、無償行為の場合は、現存利益への縮減のみを規定し、価格償還義務・果実等の詳細規定は脱落した。具体的には以下のとおりである。

「(1) 無効な行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、相手方を原状に復させる義務を負う」、「(2) (1)にかかわらず、無効な無償行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、給付を受けた当時その行為が無効であること（給付を受けた後に民法121条本文の規定により初めから無効であったものとみなされた行為にあっては、給付を受けた当時その行為が取り消すことができるものであること）を知らなかったときは、その行為によって現に利益を受けている限度において、返済の義務を負う」、「(3) (1)にかかわらず、行為の時に意思能力を有しなかった者は、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」

## 2 追認の効果（民法122条関係）

現行民法122条は取消し得べき行為について、追認があれば始めから有効なものとして確定することを定めている。中間試案は122条但書きの「第三者の権利を害することはできない」の削除を提案し、仮案も踏襲した。この但書きについては、従来から適用の余地のない条文とされてきたことから削除することとされた。なお、追認に伴う第三者との関係は対抗要件などの一般原則により決

まることになる。

## 3 取り消すことができる行為の追認（民法124条関係）

追認は、取消しの原因になっていた状況が消滅し、かつ、取消しが可能であることを知った後でなければ効力を生じない。124条2項は成年被後見人の場合のみ関連規定を置いているが、意思表示である以上、制限行為能力者一般についても同様の規定を置くべきであることを踏まえ、中間試案では、124条の解釈理論を明文化し、「制限行為能力者（成年被後見人を除く。）が法定代理人、保佐人又は補助人の同意を得て追認をするときは、その追認は取消原因となっていた状況が消滅した後にすることを要しない」ことを明示し、仮案もこれを踏襲した（成年被後見人については、同意権を与えても、それが成年被後見人に守られる保証がないので、規定を置く意味がない）。

## （第6:条件及び期限）

### 1 効力始期の新設並びに期限の概念の整理

中間試案は条件及び期限の概念整理を行うとともに、137条2号が定める債務者の期限の利益の喪失の義務違反についての限定を目指したが、仮案では、停止条件、解除条件をはじめとした定義規定を断念し、請求始期・効力始期の区別を新設した。現行民法135条1項は「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」として「履行の請求」について定めている一方、「効力の発生」については直接の明文を定めていない。しかし、始期については「履行の請求」に係る請求始期と、契約等の効力発生に係る効力始期という概念があるとされ、現に条件については、現行民法127条1項で「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」としており、これに対応する効力規定が期限については定められていないことから、仮案では効力始期に関する規定を新設し、請求始期と合わせて期限概念の整理が図られた。

## 2 不正な条件成就

中間試案では、条件成就により不利益を受ける当事者が、故意に条件成就を妨げたときは、相手方は条件が成就したとみなすことができ、条件成就により利益を受ける当事者が、故意に条件成就を成立させた時は、相手方は、その条件が成就しなかったとみなすことができる旨の規律を提案した。仮案は現行130条（条件成就により不利益を受ける者が故意に条件成就を妨害した場合の規定）には触れずに、これまで判例（最判平6. 5. 31）により類推適用されていた、条件成就により利益を受ける者が故意に条件を成就させた場合の規定を新設することとし、「条件が成就することによって利益を受ける当事者が不正にその条件を実現させたときは、相手方は、その条件が成就しなかったものとみなすことができる」を提案した。提案の形式が異なるだけで、仮案は中間試案を踏襲している。

### （第7：消滅時効）

#### 1 債権の消滅時効における原則的な時効期間と起算点

中間試案では「権利を行使することができる時」という起算点を維持したうえで、10年間という時効期間を5年間に改めるという甲案、「権利を行使することができる時」という起算点から10年間の時効期間を維持したうえで、「債権者が債権の発生の原因及び債務者を知った時」という起算点から3～5年の時効期間を新たに設け、いずれかの時効期間が満了した時に消滅時効が完成するという乙案があったが、仮案では、「権利を行使することができる時（客観的起算点）」から10年と、新たに「権利を行使することができることを知った時（主観的起算点）」から5年のいずれかに該当する時に時効期間が満了とする乙案に近い案を採用した（この主観的起算点については、債権者が具体的な権利行使が可能と評価できるに足りる事実を知る必要があるとされる）。世界的な時効期間法制の短期化に沿う内容である。

これに伴い商事消滅時効および職業別の短期消

滅時効が廃止される。これまで債権の消滅時効の時効期間は10年、債権以外の財産権の時効期間は20年とされ、短期消滅時効を職業により、5年、3年、2年、1年と別々に定めていたが、他の債権との違いを合理的に説明できないことから、これらの規定の廃止が提案されている。また、商法522条の定める商事消滅時効も別異に定める意味がないことから削除が提案されている。

#### 2 定期金債権の消滅時効

中間試案は、定期金債権の消滅時効を10年とし、168条1項後段を削除としたが、仮案では、加えて169条も削除し、「債権を行使できることを知った時から10年」、「債権を行使できる時から20年」と、定期金債権に関し債権の原則的時効期間の2倍の期間を設定する現行民法の考え方を尊重した提案とした。定期金債権とは、例えば年金債権のように、ある期間、定期的に、債権者が債務者から一定額金銭などの給付を受けることができる債権である。168条1項後段は、最後の弁済期以降は定期金債権の役割はなくなり、その支分権である定期給付債権だけを考えればよいので、無意味な規定と考えられることから、削除が提案されている。そのうえで、定期金債権についても主観的起算点を導入し、原則的な時効期間の2倍に当たる10年を提案した。他方定期給付債権については、現行民法169条で消滅時効期間は5年とされているが、原則的な消滅時効期間を主観的起算点から5年とする改正がなされれば、多くの場合債権者は各支払期の到来時に、権利行使できることを知ることになり、定期給付債権の特例を設ける意義がなくなることから、仮案では169条の削除が提案された。

#### 3 職業別の短期消滅時効の廃止

中間試案では170条から174条削除を提案し、仮案もこれを踏襲した。

#### 4 不法行為による損害賠償請求権の消滅時効 （民法724条関係）

中間試案は724条の長期20年の期間を消滅時効と明示し、仮案もそのとおりの規定を提案している。3年の期間制限は消滅時効であり異論はない。他方20年の期間制限については、被害者の認識如何にかかわらず一定の時の経過による存続期間が定められているので、その法的性質は除斥期間と解すべきというのが判例である。

もっとも、このように解すると、損害賠償請求の訴え提起が遅れたことにつき、被害者側にやむを得ない事情があった場合でも、一切その権利行使が許されないことになる。特に当該不法行為が原因で長期にわたり権利行使ができないような状況（心神喪失等）に被害者が追い込まれたような場合にまで、20年の経過により加害者が損害賠償義務を免れるのは、正義・公平の理念に反するという批判がある。現に、最判平10. 6. 12は20年の期間制限を除斥期間であるとしつつ、その効果を例外的に否定できる場合があることを認めている。すなわち、特段の事情があるときは、現行法上は、時効の起算点を動かさないこと、除斥期間を途過すると時効の援用もできないことから、158条（時効の停止に関する条文）の法意に照らし、20年の期間制限の適用を否定するのである。また、最判平21. 4. 28は特段の事情があるときは民法160条（相続財産に対する時効の停止）の法意に照らし、同法724条後段の効果は生じないと解するのが相当であるとした。これらの判例を考慮し、今回の中間試案及び仮案は20年の除斥期間を消滅時効に変更するよう提案している。

以上より、不法行為一般の消滅時効は、「不法行為の被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知ったときから3年」または「不法行為の時から20年間行使しないとき」とされる一方、債権の消滅時効については「債権者が権利を行使することができることを知った時から5年間」又は「権利を行使できる時から10年間」とされ、異なる法的規制がなされることになるが、不法行為債権も債権の一種に過ぎないので、不法行為債権の消滅時効は、債権一般の消滅時効の原則に対する例外であると理解することになる。

## 5 生命・身体への侵害による損害賠償請求権の消滅時効

中間試案は身体・生命侵害による損害賠償請求権の特則として具体的な年数を明示せずに、その長期化を提案していたが、仮案では主観的起算点から5年、客観的起算点から20年を提案した。これにより、債務不履行責任と不法行為責任のいずれによっても、生命・身体への侵害による損害賠償請求については、同一の期間規制が適用されることになり両者の整合的解決が図られることになる。

## 6 時効の完成猶予及び更新

中間試案は、現行147条の中断事由の規律を更新事由と改め、権利確定の場合に限定するとともに、それ以外は停止として整理し、さらに協議を行う旨の書面合意の場合の停止を提案した。仮案では名称を「時効の中断事由、時効の停止事由」から「時効の完成猶予及び更新」に変更して、中断及び停止の両者を合体・再整理している。現行の中断に代え、更新（新たにその進行を始める）概念が使われているのは中間試案と同じであるが、仮案で時効の完成が妨げられる中断・停止の共通概念として完成猶予という概念が用いられている。また、1年を基準とした書面による協議合意で時効完成を猶予（最長5年）する規定を設け、完成猶予は原則6か月とし、天災等による場合の時効完成猶予について、現行の「障害が消滅した時から2週間」を「障害が消滅した時から3か月」に延長した。現行民法では、時効の中断事由である、裁判上の請求（149条）、支払い督促の申し立て（150条）などの事由が、一定の場合に時効の停止事由とされているが、仮案では、これらの手続が進行して所期の目的を達した場合（認容判決が確定した場合など）には、更新事由に該当することになる。

仮案6(1)のアでは「次の(ア)～(エ)までに掲げる事由のいずれかがある場合には、当該(ア)から(エ)までに掲げる事由が終了したとき（確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって権利が確定することなく当該(ア)から(エ)

までに掲げる事由が終了した場合にあっては、その終了の時から6箇月を経過した時)までの間は、時効は、完成しない。(ア)裁判上の請求、(イ)支払い督促、(ウ)民事訴訟法第275条第1項の和解又は民事調停法若しくは家事事件手続法による調停、(エ)破産手続参加、再生手続参加又は更正手続参加。」と規定した。そして「アの場合には、時効は、当該アの(ア)から(エ)までに掲げる事由が終了した時から、新たにその進行を始める」とした。

なお、仮案6.1(3)では「仮差押え又は仮処分があったときは、当該事由が終了した時から6箇月を経過するまでの間は、時効は、完成しない」として、現行法では正式の差押えと同じく中断事由とされていた仮差押え、仮処分はその暫定性に鑑みて時効完成猶予事由に過ぎず、更新事由にはならないとされることに留意が必要である(ただし仮差押え、仮処分の登記により保全執行の効力が継続している間は、時効完成猶予も継続することはこれまでと同様である)

仮案6(2)アでは、現行民法147条2号の「差押え」に含まれるかどうか不明確であった差押えを経ない代替執行や間接強制などの強制執行、担保権の実行としての競売、財産開示手続等について、差押えと同様に扱うことが提案されている。また差押え等について、裁判上の催告としての効力を認めることを明確にしている。

仮案6(8)「協議による時効の完成猶予」は、中間試案の「時効の停止事由」を引き継いでいる。現行法では、当事者間で権利に関する協議が継続している間であっても、時効という「公序」に関する事項については、私的自治を認めるべきではないとして、時効の完成を阻止するためには、「訴を提起」する必要があるが、このような事態を回避できる協議による時効の完成猶予の仕組みは双方にとり利益であり、それゆえ、今回の仮案で新設が提案された規定である。時効の障害事由の解消時を明確化する観点から、完成猶予の合意には書面性が要求されている。書面による合意の完成猶予の期間は、1年間(1年に満たない期間を定

めたときはその期間)であるが、完成猶予の期間中に改めて合意をすれば、最長5年間の完成猶予の期間を確保できる(これに対し催告は、その時から6箇月を経過するまでの間は、時効は完成しないが、催告によって時効の完成が猶予されている間に行われた再度の催告は、時効の完成猶予の効力を有しないことに留意が必要である)

## 7 時効の効果

中間試案は、「時効期間が満了したときは、当事者又は権利の消滅について正当な利益を有する第三者は、消滅時効を援用することができるものとする」、「消滅時効の援用がなされた権利は、時効期間の起算日に遡って消滅するものとする」という停止条件の規定を置いたが、仮案は、消滅時効の援用権者である当事者について、従来の判例法理を踏まえ「保証人、物上保証人、第三取得者その他権利の消滅について正当な利益を有する者を含む」と一定の第三者が含まれることを例示列举し、「その援用がなければ裁判所はこれを裁判することができない」として、現行の権利消滅的構成を維持し、停止条件的構成は撤回された。なお、今回は取得時効についての提案は行われていないが、これは、取得時効制度は不動産と深くかかわる制度であり、物権法の改正時に行われることが適当であるとの判断があるためである。

## (第8:債権の目的(法定利率を除く。))

### 1 特定物の引渡しの場合の注意義務(民法400条関係)

現行民法400条は「債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債権者は、その引渡しをするまで、善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない」と定める。ここで善良な管理者の注意とは、社会において一般人につき、その職業や地位に応じて取引上要求される程度の注意を言い、保存とは、物の価値を維持することを言う。この文言では、保存義務の内容が、契約等を離れて、客観的に決まるという誤解を生じさせ得ること等から、中間試案では、契約上の債権は

契約の趣旨に適合する方法により、また、契約以外の原因による債権は善良な管理者の注意をもって、その物を保存する旨の規定が提案されたが、契約の趣旨という文言が法制上の理由により、また、契約と契約以外を区分して規定する意味内容が必ずしも明確にならないことにより、仮案では「契約その他の当該債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして定まる善良な管理者の注意をもって」という文言に変わった。中間試案で使用されていた「契約の趣旨に照らして」とは、「合意の内容や記載内容だけでなく、契約の性質（有償か無償を含む）、当事者が当該契約をした目的、契約締結に至る経緯を始めとする契約を巡る一切の事情に基づき、取引通念を考慮して、評価・認定がなされるべき」という意味であり、変更された仮案の文言である「契約その他の当該債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」とほぼ同義とみられる。

## 2 選択債権（民法 410 条関係）

民法 406 条から 411 条までの選択債権全体についての改正が検討されていたが、中間試案では 401 条の不能による選択債権に関連して、第三者の選択の新設、履行請求権の限界事由による選択債権の移転、選択権者の過失による不能の場合の特定についての提案がなされたが、仮案では、選択権者の過失による不能の場合の特定のみ提案に絞られた。その経緯は不明である。仮案では、不能の発生時期を明示しなくなったこと、選択権を有する者の過失により給付が不能になった場合、残された給付に債権が特定することが明確であるが、当事者の責めに帰することができない事由によって不能となった場合にも残存するものに債権が確定するという現行法の規定が、仮案ではかかる場合に特定することになっておらず、相手方は不能になったものを選択することも可能になると指摘されている。

### （第 9：法定利率）

#### 1 変動制による法定利率（民法 404 条関係）

中間試案では、市場金利の動向に連動させて法定金利を定める変動金利制を採用すべきとして、法改正時の法定利率は年 3%、年 1 回、基準貸付利率の変動に応じて 0.5% 刻みの端数切捨てにより修正することとされたが、仮案では、法定利率を年 3% でスタートさせるのは同じであるが、60 か月の貸出約定平均金利を基準に、3 年ごとに、3 年を一期として 1% 刻みの端数切捨てにより修正する提案がなされた。この改正に伴い、商法 514 条が定める商事法定利率もこれに合わせるべきであるとされ、廃止が提案されている。なお、法定金利の適用の基準時については、「別段の意思表示がないときは、利息を支払う義務が生じた最初の時点の法定金利によるべき」ことは、中間試案、仮案において共通である。

仮案における各期の法定利率は、法定利率の変更があった期のうち直近のもの（当該変更がない場合にあっては、改正法の施行時の期。以下、「直近変更期」という。）の基準割合と当期の基準割合との差に相当する割合（当該割合に 1 パーセント未満の端数があるときは、これを切り捨てる。）に直近変更期の法定利率に加算し、又は減算した割合とされる。なお、基準割合とは、法務省令で定めるところにより、各期の初日の属する年の 6 年前の 5 月から前年の 4 月までの各月における短期貸付けの平均利率の合計を 60 で除した割合として法務大臣が告示をする割合を言う。

いま、例として、直近変更期の基準割合を 0.6%、当期の基準割合を 3.0%、直近変更期の法定利率を 3.0% とすると、直近変更時と当期の基準割合の差 2.4% は 1% 未満を切り捨てて 2.0% となり、直近変更時に比して当期の基準割合が上昇しているので、変動金利の加算要素となり、これを直近変更期の法定利率にプラスして当期の法定利率を  $2.0\% + 3.0\% = 5.0\%$  と計算することになる。

#### 2 金銭債務の損害賠償算定に関する特則（民法 419 条関係）

利息を生ずべき債権について、法定利率の適用の基準時については、中間試案では、最初の利息

支払い時、損害賠償の債務の遅滞時、利率改定時とされ、仮案もこれを踏襲している（約定利率が法定利率を超えるときは、その約定利率による）。

### 3 中間利息控除

不法行為（例えば交通事故など）等に基づく損害賠償額の算定に当たっては、被害者側の将来の逸失利益や出費を現在価値に換算するなどの作業が必要になる。その際に、支払い時から将来取得されるべき時点までの運用益に相当する利息を「中間利息」と呼び、その中間利息を使って現在価値に換算する（割引く）ことを中間利息控除という。

中間試案は5%固定制を提案したが、仮案は損害賠償の請求権が生じた時の法定利率によることを提案した。中間試案は、変動利率により中間利息控除を行うと、現時点では損害算定額が増加すること、他の要素が同じでも被害時期により損害額が異なり、公平性が害され好ましくないこと、本件は不法行為法制の改正議論として扱うべきことなどから現状維持を提案したが、仮案は、関係業界からのヒヤリングを経て、社会情勢の変化に伴う実勢金利の増減に対応する必要があること、法的安定性や統一的処理の必要性等を理由に中間利息控除を民事法定利率によるべきことを判決した最判平成17.6.14について、法定利率を変動利率に改めても判例の考慮した事情が必ずしも妥当しなくなるわけではないことなども考慮した。

## （第10: 履行請求権等）

### 1 履行の不能

現行法上、債権には請求力があることを示す履行請求権及びその限界について定める明文は存在しないが、従来、民法415条における履行請求権の損害賠償請求権への転化や、民法536条における反対給付を受ける権利とともに履行請求権が消滅する等の解釈により、履行請求権に限界があることが認められていた。物理的不能は異論なしに履行請求権の限界に該当し、判例において、不動産の二重譲渡の第二買主が既登記の場合の第一買

主への譲渡が不能になることも認められている（最判昭35.4.21）。しかしこれらは条文からは読み取れないため、従来から明文化の要請があった。

中間試案では、履行請求が原則可能であることを明記し、さらに契約による金銭債権以外の債権の履行請求権の限界事由として、物理的不可能、費用過大、契約の趣旨から見た不相当の三つを掲げたが、仮案は、履行請求が可能であることを示す原則的な明文化を見送り、「債務の履行が契約その他の当該債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らし不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない」とした。不能概念の復活とともに契約及びその他の債権もカバーする規定にしたことに関しては、履行請求権の限界は契約によって生じた債権に限らず問題となるので、債権一般に関する規律を設けるべきであるとの指摘、履行請求権の限界事由という表現はわかりにくいとの指摘があったことによる。

中間試案では避けられていた不能概念が復活したほかに、「合意の内容や契約書の記載内容だけでなく、契約の性質（有償か無償かを含む）、当事者の当該契約をした目的、契約締結に至る経緯を始めとする契約を巡る一切の事情に基づく、取引通念を考慮して評価判断されるべき」ことを意味する「契約の趣旨」の文言は、法制上の問題から、「契約その他の当該債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」に変更された。これは、先の第8で見た「特定物の引渡しの場合の注意義務」における文言の変更の理由と同様である。このような表現により、現在の取り扱いが大幅に変更されることはないと考えられるが、広い評価の余地とブラックボックス的性格から、予見可能性という観点で問題がないとは言えない。

### 2 履行の強制（民法414条関係）

履行の強制に関しては現行民法414条に規定がある。具体的な強制執行方法については同条のみならず、間接強制につき民事執行法172条、173条に規律されている。414条についても手続的な

規定ではないかとの議論があり、それを踏まえた条文の整理が求められていた。

中間試案では、履行の請求に関する実体的規定は民法に、手続法的規定は民事執行法等に置くべきであるとの方針の下、414条に「債権者が債務の履行を請求できる場合において、債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、民事執行法の規定に従い、直接強制、代替執行、間接強制その他の方法による履行の強制を裁判所に請求することができるものとする。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りではないものとする」と提案された。仮案も「債権者が債務の履行を請求できる場合において」という文言が削除されたほかは、おおむね中間試案と同内容であり、414条に実定法と手続法を架橋する趣旨で執行方法を列挙する一般的総則規定を置く一方、具体的執行手続の要件については民事執行法にゆだねている。この点、中間試案では民法414条2項及び3項の削除が示されただけであったが、仮案では、これに加えて、民事執行法171条等について所要の修正を行うことが明記された。

## (第12:契約の解除)

### 1 催告解除の要件 (民法541条関係)

解除は、伝統的には、415条の債務不履行の延長線上で考えられてきたため、その要件に帰責事由が必要とされていた。しかし中間試案、仮案では541条から543条の解除については帰責事由を不要としている。債務不履行による損害賠償はペナルティであるため帰責事由が必要とされる一方、解除はペナルティではなく、債権者を契約関係の拘束から離脱させ、反対債務の負担から免れさせる制度であると考えれば、解除は、契約が守られない場合に自然に起こりうることであり、債務者の帰責事由は不要なのである。

債務不履行を理由とする催告解除の要件について、中間試案は「当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行を催告し、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約を解除することができる。

ただし、その期間が経過したときの不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないときは、この限りでないものとする」とした。この但書は、最判昭36.11.21の判例「当事者が契約をなした主たる目的（この場合、土地売買）の達成に必須的でない付随的義務（この場合、土地売買に伴う固定資産税の日割り分担額の支払い債務）の履行を怠ったに過ぎないような場合には、特段の事情の存しない限り、相手方は当該契約を解除することができないものと解するのが相当である」との判例の具体化である。仮案は、本文は中間試案を踏襲し、但書の部分のみ、「ただし、その期間を経過した時における債務の不履行が当該契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときはこの限りでない」と、より明確な記述を提案した。

### 2.3 無催告解除の要件①② (民法542条、543条関係)

中間試案は無催告解除の要件について、①定期行為の履行遅滞の場合(542条)、②履行請求権に限界事由がある場合(543条)、③催告を受けても契約目的を達成できる履行の見込みがない場合、④債務者が債務履行意思のない旨を履行期前に表明したこと、その他の事由により、当事者の一方が履行期に契約した目的を達成するに足りる履行をする見込みがないことが明白である場合の四項目を挙げた。ここで、②において、現行543条但書き「ただし、その債務の不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない」は、除かれており、履行不能による全部解除の要件として、債務不履行の帰責事由を要しない立場を採用していることに留意が必要である。

仮案は、中間試案が使用した「履行請求権の限界事由」という文言を放棄し、履行不能へと文言を回帰させる中で、中間試案の方針を基本的に維持しつつ、無催告解除の要件を、①債務の履行が不能、②債務者の履行拒絶意思の明確な表示、③一部の履行の不能または債務者の一部履行拒絶の意思表示の場合に、残存部分のみでは契約目的不

達成④定期行為、⑤契約目的達成見込みの不存在の順に整理し直した。この⑤は、中間試案になかったバスケットクローズであり、具体的には「①～④の場合のほか、債務者がその債務を履行せず、債権者がその履行の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がなされる見込みがないことが明らかであるとき」である。また、仮案は、無催告の一部解除の要件として、中間試案にはない債務の一部履行不能及び債務の一部履行拒絶意思の明確な表示の場合を、別途、明記するよう提案している。

なお、中間試案では「同一の当事者間で締結された複数の契約につき、それらの契約の内容が、相互に密接に関連つけられている場合において、そのうちの一つの契約に債務不履行による解除の原因があり、これにより、複数の契約<sup>3</sup>をした目的が全体として達成できないときは、相手方は当該複数の契約のすべてを解除できるものとする」が提案されていたが、仮案では、解除にのみこのような規定を置くことのアンバランスや解釈での対応可能性を考慮して撤回された。しかし複数契約における目的不達成の場合の全部解除を認めないという趣旨ではない。

#### 4 債権者に帰責事由がある場合の解除

仮案において、「債務の不履行が債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、

<sup>3</sup> 最判平8. 11. 12は、リゾートマンションとスポーツクラブを所有する会社から、マンション売買契約と同時にスポーツクラブの会員権購入契約を締結したが、スポーツクラブが完成しなかった事案において、同一当事者間での複数契約の一つについての不履行を原因にリゾートマンション契約を解除できるかが争われた事案である。「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2個以上の契約からなる場合であっても、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場合には、甲契約上の債務不履行を理由に、その債権者が法定解除権の行使として、甲契約と合わせて乙契約をも解除することができる」とした判例である。

1から3までによる契約の解除をすることができない」が新たに追加された。

#### 5 契約の解除の効果（民法545条2項関係）

中間試案は「当事者の一方がその解除権を行使したときは各当事者はその契約に基づく債務の履行を請求することができないものとする」という現行法にない解釈上異論のない明文を置くことをはじめ、解除に伴う原状回復義務として、金銭償還義務及び価格償還義務、さらに、例えば、償還義務者が相手方の債務不履行を理由に契約解除をした場合に、債務の履行に落ち度のない償還義務者に不測の損害を生じさせることのないよう、償還額の限度に関する規定など、545条の解除の効果に関する詳細な規定を提案した。しかしこれらの詳細な規定は、解釈で十分対処できる内容であり、仮案は545条2項に「金銭以外の物を償還するときは、受領の時以降にその物から生じた果実を返還しなければならない」との規定を付加することとどめている。

#### 6 解除権者の故意等による解除権の消滅（民法548条関係）

中間試案は、債務者の催告による解除権の消滅の規定「解除権の行使について期間の定めのないときは、相手方は解除権を有する者に対し、相当の期間を定めて、その期間内に解除するかどうかを確答すべき旨を催告することができる。この場合において、その期間内に解除の通知を受けないときは、解除権は、消滅する」という現行547条に対し、「解除権者の履行請求権に限界事由があり、かつ債務不履行による損害賠償につき免責事由がある場合には適用しないものとする」との規定を追加するよう提案した。理由は履行請求権の限界事由ゆえに履行請求権を行使しえず、かつ、債務不履行による損害賠償につき免責事由がある場合、債権者が履行に代わる損害賠償の請求ができない一方で、相手方の催告により解除権を失うとすると、債権者は自分の債務の履行義務を負いながら、債権の履行も履行に代わる損害賠償もできないこ

とになるからである。しかし、こうした詳細な規定を設けることについては、反対意見があり、要綱仮案は547条の改正提案をしていない。

また、現行548条「①解除権を有する者が自己の行為若しくは過失によって契約の目的物を著しく損傷し、もしくは返還することができなくなったとき、又は加工若しくは改造によって他の種類に物を変えたときは、解除権は消滅する。②契約の目的物が解除権を有する者の行為又は過失によらないで消滅し、又は損傷したときは、解除権は消滅しない」について、中間試案は廃止を提案する。理由は、売買契約の目的物の買主が目的物を著しく損傷し、あるいは加工等をしただけで解除権を喪失するという帰結は妥当ではないとの判断である。仮案は、解除権の消滅を原則としつつ、解除権者が解除権の存在を知らなかったときは解除権消滅の例外とする形で、548条2項の削除を含む改正を提案した。

### **(第13:危険負担)**

#### **1 危険負担に関する規定の削除(民法534条、535条関係)**

#### **2 反対給付の履行拒絶(民法536条関係)**

##### **(危険負担制度について)**

危険負担とは、双務契約において、双方の各債務が完全に履行される前に、一方の債務が債務者の責めに帰することができない事由によって履行が不能となった場合に、他方の債務がいかなる影響を受けるのかという存続上の牽連関係の問題である。履行不能となった債務を基準として、債務者が危険を負担するものを債務者主義、履行不能となった債務を基準として、債権者が履行不能の危険を負担するものが債権者主義であり、民法は債務者主義を原則にしている(536条1項)。しかし特定物に関する物権の設定又は移転を目的とする契約については債権者主義が採られ(534条1項)、また、不特定物は、401条2項の規定する方法によりその物が「特定」したときから債権者主

義が適用され(534条2項)、さらに536条2項も債権者主義を定める規定であり、現行民法の債権者主義の適用範囲はかなり広い。

従来より、この534条の債権者主義については常識に反し、ローマ法の沿革がその根拠として引用されなければならないほど根拠が薄弱で、妥当性を欠くとの批判がきわめて強かった。もっとも、危険負担の規定は任意規定であり、実際の取引において、当事者間の特約により、債権者主義により生ずる不都合はほとんど回避されていた。とは言え、妥当性を欠く規定を存置しておくことは決して好ましいことではない。法制審議会でも、最初にこの債権者主義の廃棄が決定されている。

##### **(中間試案の提案)**

中間試案は、売買目的物の引渡後に生じた滅失・損傷については、売主は責任を負わない一方、目的物の引渡前に生じた滅失・損傷については売主が契約不適合責任を負い、買主は履行の追完、損害賠償請求、契約解除、代金減額請求ができる旨の規定を設けた。そのうえで、民法534条の削除を提案している。また、民法535条1項、2項は534条の特則であるので、534条の削除に合わせて当然削除すべきものとされ、さらに535条3項も、損害賠償、契約解除の一般原則から導ける規定であるとして、535条全体の削除が提案された。次に、当事者双方の帰責事由によらない履行不能が生じた場合、債務者の反対給付を受ける権利が消滅する旨を規定する536条1項の削除を提案した。理由は、履行請求権の限界事由による契約解除の要件に債務者の帰責事由を不要とすれば、危険負担制度がなくとも、債権者は契約解除によって自己の対価支払いの債務を免れることができるため、本条は不要となるからである。

なお、536条2項については、債権者の帰責事由による不履行の場合の規定として、債務者は反対給付請求権を失わないという現行の実質的規律を維持しつつ、危険負担規定の削除に伴う改正を加え、1項「債務者がその債務を履行しない場合において、その不履行が契約の趣旨に照らして債

権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、契約を解除することができないものとする」、2項「上記(1)により債権者が契約を解除することができない場合には、債務者は、履行請求権の限界事由があることにより自己の債務を免れるときであっても、反対給付を請求することができるものとする」を提案した。

#### (仮案の提案)

仮案は、中間試案と同様、民法534条、535条の削除を提案する一方、536条については、1項を「当事者の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる」、第2項を「債権者の責めに帰すべき事由によって債務が履行できなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができない」を提案し、1項では、債権者が契約を解除しなくとも、反対給付の履行拒絶権を行使できることを認め、危険負担制度を契約解除制度に一元化する中間試案の提案を後退させ、実質的に危険負担制度を維持した。

すなわち、当事者の責めに帰することができない事由により債務が履行できなくなった場合の対応としては、危険負担制度により履行を拒絶する方法又は契約を解除して代金を支払わない方法とのいずれかを選択できる二元的な構成になったと考えられる。また、2項は、1項の履行拒絶権構成に従い、現行法の債務者の給付請求権を債権者の履行拒絶権に置き直したものと解される。ここで履行拒絶権構成とは、債務者が債務を履行できなくなった場合において、債権者が、反対給付の履行を拒むことができる一方、債権者の責めに帰すべき事由により債務者が債務を履行できなくなったときは、この限りでないとする考え方を言う。

#### (契約解除及び危険負担の問題と履行不能)

中間試案は「Favor Contractus」(契約尊重の原則)の考え方を強く打ち出し、契約は契約成立の時点で履行請求権の限界事由が存在しても、その効力を妨げられずに有効に成立し、成立した債

権・債務は弁済等のその消滅事由がない限り、履行請求権の限界事由が生じても消滅しない。双務契約において、履行請求権の限界事由に当たる債務の債務者が持つ反対債権の履行請求の可否は、危険負担制度ではなく契約解除の可否によって決まるとの考え方に立つ。これに対して仮案は、現行の536条を存置して「反対給付の履行拒絶」の規定として再構成することを提案した。解除がなされるまでは反対債務は存続しつつも履行拒絶ができることとして債権者の利益を保護し、債権者が解除をした場合には反対債務も消滅するとして、二元的な理論構成をとる。

### (第15・債権者代位権)

#### 1.2 債権者代位権の要件 (民法423条関係)

債権者代位権とは、自己の債務者でない第三債務者(債務者に属する債権の債務者)に対する債権を行使しうる権利である。債務者がその財産減少を放置している場合に、債権者が債務者に代わってこれを防ぐ行為をなし得るものである。現行423条2項は「債権者は、その債権の期限が到来しない間は、裁判上の代位によらなければ、前項の権利を行使することができない。ただし保存行為は、この限りでない」と規定し、裁判所の許可を得て、弁済期が到来しなくとも債権者は債権者代位権を行使し得ることになっていた。理由は、履行期前に債務者の権利を行使しなければ債権の保全が不可能ないしは困難が生ずる場合には、履行期前に代位行使を認める必要があるからである。そして、履行期前の代位行使は、不当に債務者の財産管理の自由を侵害する恐れがあるので、これを裁判所の許可にかからしめていた(なお、保存行為は急いで行う必要があり、債務者に不利益を与えるものではないので、弁済期前でも裁判所の関与なしに代位行使できる)。中間試案はまず、この裁判上の代位を廃止することを提案し、仮案もこれを踏襲した。理由は、利用例が極めて少ない上に、もともとこの裁判上の代位は中途半端な制度とされ、評価が低い規定であったことによる。中間試案では債権者代位権の行使の要件を個別列

記していたが、仮案ではこれを1項、2項に分離して書き分けた。なお、中間試案及び仮案において、新たに、債務者の生活保障等の社会政策的な配慮のため、差押えを禁じられた権利を代位行使の対象から除外したのは、通説に従った明文化の対象から除外したのは、通説に従った明文化である。

### 3 代位行使の範囲

中間試案では、「代位行使にかかる権利の全部を行使できる」としつつも、「被代位債権の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定するという考え方がある」との(注)が併記されていたが、仮案では、中間試案の(注)の案が採用され、被代位債権の行使範囲を被保全債権の範囲に限定した。判例が代位行使の範囲を被保全債権の範囲に限定しているのは、債権回収機能を肯定したことと対応しており、仮案は、後述する通り、債権回収機能を肯定するので、非保全債権の範囲を限定することと整合的である(逆に、中間試案は債権回収機能を否定するので、代位債権を限定しないことと整合的である)。

ここで債権回収機能とは、本来債権者代位権が債務者の責任財産の保全を目的としていることから、債務者への履行をさせれば目的を達成し得るはずであるが、代位権の行使として、金銭その他の物の引渡しを求める場合には、債務者がそれを受領しなければ、結局債権者代位権はその行使の目的を達することができなくなってしまう。そこで、このことを避けるため、判例が認めているところの、債権者が例外的に直接自己への履行を請求できる機能である。(判例によれば、債権者は金銭その他の物の債務者への引渡債務と自分の債権とを相殺することが可能であるため、代位債権者は事実上優先弁済を受ける結果となる)。

### 4 直接の引渡し等

中間試案は、債権者が第三債務者から直接自己への金銭等の引渡しを求めることができるとしつつも、その後の相殺を禁止した。仮案は「債権者は、

債務者に属する権利を行使する場合において、当該権利が金銭の支払い又は動産の引渡を目的とするものであるときは、相手方に対し、その支払い又は引渡しを自己に対してすることを求めることができる。この場合において、相手方が債権者に対してその支払又は引渡しをしたときは、当該権利は、これによって消滅する」とした。微妙な書き方であるが、仮案は、中間試案と同じく、直接請求は肯定しつつも、中間試案が明記した相殺の否定にまでは言及していないことから、債権回収機能は存続させ、相殺については実務での運用や解釈等にゆだねる趣旨である。

### 5 相手方の抗弁

中間試案は「債権者が債務者に属する権利を行使したときは、相手方は、債務者に対して主張することができる抗弁をもって、債権者に対抗することができる」とし、仮案もこれを踏襲した。判例(大判昭11.3.23)の明文化である。

### 6 債務者の取立てその他の処分の権限等

#### 7 訴えによる債権者代位権の行使

6.7は相互に関係するので、一括して述べる。現在の判例通説は、非訟事件手続法88条2項「(裁判上の代位による)許可の裁判は、債務者に通知しなければならない」、及び3項「前項による告知を受けた債務者は、その代位に係る権利の処分をすることができない」の勿論解釈として、債権者が、代位権行使に着手したことを債務者に通知するか、または、債務者がこれを了知したときから、債務者及び第三債務者には処分制限効がかかると解されている。しかしこれに対しては、三ヶ月元東大教授に代表される説であるが、裁判外での私人間の権利行使に債権差押えと同様の効果を認めることは手続保障の見地から問題があるとして、処分制限効に反対する有力な見解が存在する。現在、学界では、これらの指摘を踏まえ、処分制限効の付与を正当化できる手続保障の在り方が検討されている状況である。

こうした中で、中間試案は、債権者が代位行使

をした場合であっても、債務者はその代位行使にかかる権利について、自ら取立てその他の処分をすることは妨げられないとし、仮案も、これを踏襲したうえで、中間試案では現行民法に明文のなかった相手方の当該権利について、債務者に対して債務を履行することも妨げられないと明記した。債権者代位権は債務者と第三債務者間での本来の履行がないことに起因して認められる制度であり、今回の仮案のように、債務者の処分禁止効及び第三債務者の弁済禁止効を否定することで、本来の法律行為の実現が可能になるのであるから望ましいと評価する向きもあるが、債権者代位に係る手続が無駄になることにもなりかねず、これまでの処分制限効の考え方が大きく変わることは問題が多い。

## 8 登記又は登録の請求権を被保全債権とする債権者代位権

債権者代位権は債務者の責任財産を保全するためのものであり、被保全債権は金銭債権が予定されている。しかし特定債権の保全のために、他の手段がない場合には、423条の定める債権が明文上は金銭債権に限定されていないことから、特定債権のためにこれを用いたとしても、明文に反することにはならない。例えば不動産がA⇒B⇒Cへと譲渡されたが登記がまだAのところにあるとき、CがBのAに対する登記移転請求権を代位行使するような場合には有用である。そこでこの場合のように、必要性、合理性があれば、債務者の無資力要件を不要として、債権者代位権の転用を認めるというのが判例である（大判明43.7.6）。

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

「(2) 上記(1)の代位行使のほか、債権者は、債務者に属する権利が行使されないことによって自己の債務者に対する権利の実現が妨げられている

場合において、その権利を実現するために他に適当な方法がないときは、その権利の性質に応じて相当と認められる限りにおいて、債務者に属する権利を行使することができるものとする」として登記請求権を例示とした転用を明記したが、仮案では(1)を踏襲しつつ、(2)は放棄した。このことは、(1)以外の転用を否定することを意味するものではなく、(2)の部分了解釈や類推適用にゆだねる趣旨と見られる。しかし中間試案のような形で転用の一般的な要件を明記していない仮案が改正法になるとすると、他の手段があっても債権者代位権の転用が濫用的に使われる恐れも出てくるので、「他に適当な方法がない」という補充性の原則を転用の要件として明記すべきである。

## **(第16: 詐害行為取消権)**

### 1 受益者に対する詐害行為取消権の要件（民法424条1項関係）

詐害行為取消権とは、債務者Bが債権者Aを害することを知りつつ、自己の財産を逸出させた場合に、債権者Aが、その債務者Bの行為（詐害行為）の効力を否認して、逸出した財産を第三者（受益者C、さらに転得者D）から債務者Bの一般財産に取り戻す制度であり、強制執行の準備段階として、債権者の共同担保となる責任財産を保全することを目的とした裁判上の権利である。

中間試案は、詐害行為取消権について「行為の取消しとともに、受益者に対し、当該行為によって逸出した財産の返還を請求できる」権利と定め、債務者の詐害行為を取消し、かつ、逸出した財産の返還を請求できる権利であるという判例（大連判明44.3.24）が立っていた折衷説を明文化している。ちなみに詐害行為取消権に関する要件・効果に関する条文は実質的には424条だけであり、上記判例が一手にこの100年間、同条文解釈を補完してきたところから、この判決はモンスター判決とも呼ばれている。また、現行法の詐害行為取消権は「法律行為」を取消しの対象としているが、中間試案はこれを単に「行為」に改め、譲渡、通知等の準法律行為を含むことを明確にした。仮案

では、債権者代位権と同様に、要件を1項と2項に分割して規定し、中間試案で示した債務者及び受益者（または転得者）を被告とするという被告適格について、仮案は「7. 詐害行為取消権の行使の方法」において被告を受益者または転得者とするのが明記された。債務者は被告にならない。また受益者の悪意の対象が「害すべき事実」から「害した事」に変更された。

## 2 受益者に対する詐害行為取消権の要件（民法424条2項関係）

中間試案ではまとめて記載していた行使阻害要件たる非財産行為、被保全債権の成立時期（詐害行為前に原因があれば足りる旨）、強制執行できない債権について、仮案では、424条第2項に列挙した。判例では、被保全債権は詐害行為前に発生していなければならないとしつつ、詐害行為後の遅延損害金も被保全債権として認めるなどの不整合があったので、仮案の明文化は、これらを明確にする意味がある。これにより、詐害行為前に、請負契約が締結され、詐害行為後に仕事が完成した場合にも、詐害行為取消権が行使できることが明確になった。

## 3 相当の対価を得てした行為の特則

債務者が所有不動産を時価相当額で売却した場合、これは詐害行為になるのだろうか。確かに、不動産の対価として金銭が得られるので、債務者の財産状況は従前と比べて変化がなく詐害行為にならないとも思えるが、詐害行為は単なる計算上の資産の増減を基準にするのではなく、責任財産の保全という制度趣旨を考慮すると、不動産を消費しやすい金銭に代えることは、隠匿が生じやすく、責任財産の実質価値を減少させる状態に置くことになるため、原則として詐害行為に該当する。例外的に、公租公課の支払い、優先権を有する債権者への弁済等は詐害行為にはならないというのが判例である。

しかし中間試案は判例の考え方を採用せず、要件に債務者や受益者に隠匿等の処分意思を要求す

る、平成16年改正の破産法の否認権についての161条の規律に対応させる方針をとった。本来、厳しい処分制限がかかり、広く認められるべき破産法の否認権よりも、現行の解釈のままでは、民法の詐害行為取消権の方が対象が広がってしまうという逆転現象を防ぐためである。仮案もこれを踏襲したが、中間試案で提案されていた「受益者が債務者の親族、同居者、取締役、親会社その他債務者の内部者であったときは、受益者は、当該行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたものと推定する」との破産法が採用している、取消要件を広げる悪意推定の規定は仮案では削除された。

## 4 特定の債権者に対する担保の供与等の特則

債務者が一部の債権者のために物的担保を設定した場合（これを破産法上、偏頗行為と呼ぶ）、かかる行為は詐害行為になるかについても、従来一般債権者であった者が優先債権者に転化することになり、その者が優先弁済を受ければ、共同担保が減少することになるから、債権者の一部に対する担保権の設定は原則として詐害行為になるが、その設定が債務者の生活上、営業上やむを得ない「有用の資」に充てられれば詐害行為に当たらないというのが判例である。

中間試案は、偏頗行為に係る詐害行為取消権についても、破産法の否認権に合わせる形で詳細に規定し、逆転現象を回避する対応をとった。具体的には、義務的行為が、支払い不能時に通謀的害意をもって行われた場合及び非義務的な期限前弁済行為が支払不能前30日以内に通謀的害意をもって行われた場合を詐害行為取消権の要件とした。通謀的害意は破産法では要件とされておらず、これにより、破産法より公平性の要請が弱い民法においては、取消権の範囲を破産法より狭めておく意図である。さらに、仮案は3「相当の対価を得てした財産の処分行為の特則」の規定と同様、中間試案が提案していた破産法が採用する内部者の悪意推定規定を削除した（合わせて、債務者の支払い停止（取消前1年以内）に係る支払不能の推

定規定を削除した)。

## 5 過大な代物弁済等の特則

代物弁済の過大部分については、偏頗行為ではなく通常の詐害行為であるので、通常の要件で取り消すことができるという中間試案が仮案でも踏襲された。

## 6 転得者に対する詐害行為取消権の要件

現在、詐害行為取消権は、詐害行為又は転得の当時に、「債権者を害すべき事実」を知っている場合に限り行使可能であるとされている。例えば判例(最判昭49.12.12)は、受益者善意、転得者悪意の場合、転得者に現物返還を請求できるとする。この場合、転得者は、受益者に対し担保責任を追及できるかが問題となるが、取消しの効果は取消債権者と転得者間で相対的にのみ生じるのだから(相対的構成)、受益者との関係では完全な権利が転得者に移転したと取り扱い、転得者から受益者への担保責任の追及は遮断されるとしている。

ところが中間試案では、債権者から転得者への取消権行使は、受益者が債権者への害意を持っていなければならない規定になっている。仮案も同様である。その理由は、破産法170条1項が転得者への否認権の行使の要件として「転得者が転得の当時、それぞれその前者に対する否認の原因があることを知っていたとき」と定め、転得者の前者に否認の原因があることを前提としているためである。つまり前者が善意なら転得者に否認できないのである。このように中間試案、仮案は、判例理論を採用せず、破産法の規律を採用し、民法との逆転現象の回避を図ったものと言える。なお、中間試案は、悪意の債務者及び悪意の受益者又は転得者とを共同被告としていたが、仮案では、債務者の被告適格が否定されている。

## 7 詐害行為取消権の行使の方法

中間試案ではなかった詐害行為取消権の行使の方法を、仮案では一括して独立させて規定した。内容的には被告に関する規定を除き中間試案と同

様であり、財産の返還は原則現物償還、例外価額償還としている。被告については、中間試案は債務者と受益者、または、債務者と転得者としていたが、仮案では、判例理論通り、受益者又は転得者が被告であり、債務者の被告適格を否定し、債務者に対しては、債権者からの訴訟告知を義務付けた。

## 8 詐害行為取消しの範囲

中間試案では取消しの範囲を被保全債権に限定していないが、仮案では目的が可分な場合及び科学償還の場合は、自己の被保全債権の額に限定した。

## 9 直接の引渡し等

中間試案は逸出財産の返還方法を対象財産ごとに区分して規定し、現物償還が困難な場合の債権者による価額償還の請求が可能と規定した。しかし債権者はこれを債務者に返還する義務を負い、債権者は償還に係る債務を受働債権とした相殺が禁止される旨が規定された。仮案では、債権者代位権の場合と同様に、債権者が直接引渡しを求めることができるものの、相殺禁止は明示されていないため、金銭の場合、事実上の優先弁済による債権回収機能は否定されなかった。

## 10 詐害行為取消しの効果

中間試案、仮案ともに、確定判決の効力が債務者及びそのすべての債権者に及ぶとした。判例の相対的取消理論を否定し、絶対的取消理論に回帰したことになる。相対的構成をとったところで、現実に債務者等の当事者以外に影響が及ぶことが明らかである以上、絶対的構成をとることが現実的であると考えられた。

## 11 受益者の反対給付

中間試案では、債務者に対する受益者の反対給付返還、価額償還請求権、破産の場合との整合(価額償還から反対給付価額の控除)、一定の場合の先取特権付与が規定されたが、仮案では、現物返還

と価額償還を統合し、反対給付請求権同士の同時履行抗弁権を否定した。また、価額償還における反対給付控除は削除された（解釈問題になる）。

## 12 受益者の債権

中間試案、仮案とも、現在の相対的取消理論とは異なる絶対的取消理論をとることで、不当利得の返還請求権が生ずるが、現行民法とは異なる原状回復を求める規律になるので、念のため、「受益者が債務者から受けた給付を返還し又はその価額を償還したときは、受益者の債務者に対する債権はこれによって原状に復する」との規定を置いた。

## 13 転得者の反対給付及び債権

中間試案、仮案ともに、受益者の債務者に対する返還請求権の限度で転得者は受益者の請求権を行使しうる規定を置いた。

## 14 詐害行為取消権の期間の制限

現行民法は起算点について「債権者が取り消しの原因を知った時」と定めるが、その内容が不明確なので、中間試案、仮案とも、判例理論に合わせ、「債務者が債権者を害することを知って行為をしたことを債権者が知った時から2年を経過したときは、提起することができない」とした。後段の「行為の時から10年を経過した時も、同様とする」の10年は除斥期間とする趣旨であり、現行民法が定める20年もの長期にわたり債務者の行為や財産状態を放置させたままの債権者を保護する必要はないとして、中間試案、仮案とも除斥期間の10年への短縮を提案した。

### (第18:保証債務)

#### 1 保証債務の付従性(民法448条関係)

保証債務は、主たる債務の存在を前提にし、その主たる債務に運命を左右される。中間試案は主たる債務の目的又は態様が保証契約の締結後に縮減・加重した場合の保証人の負担について規定したが、仮案では、主たる債務の限度に保証人の負担が縮減されるという現行448条を維持したう

で、保証契約の締結後に、主たる債務の加重に連動して保証人の負担は加重されないという一般に認められている保証人保護上の解釈を明文化した。中間試案と仮案は同様の内容と言えよう。付従性について、主たる債務を担保するという機能を重視し、主たる債務の運命に保証債務は従うものだと立場を貫徹すれば、主たる債務が加重されれば、保証人の負担も連動して加重されることになるが、この明文によりそのような解釈はとらないことを明確にした。

#### 2 主たる債務者の有する抗弁等(民法457条関係)

中間試案では、保証人は、主たる債務者の抗弁援用権、相殺・取消・解除の履行拒絶権を債権者に対し対抗できることを規定し、仮案ではこれを(1)、(2)に区分して規定した。履行拒絶の抗弁については、現行457条2項が保証人に債権者に対する相殺権の行使を認めているのは行き過ぎであり、履行拒絶の抗弁でよいとする最近の通説を明文化するものである。

#### 3 保証人の求償権(民法459条、460条、463条関係)

中間試案では代物弁済・期限前弁済の場合の求償制限規定を置くとともに460条3号の削除を提案したが、仮案は、これらを踏襲したうえで、主たる債務の履行期後の利息が保証人から主たる債務者に対する求償権の対象であることを追加した。求償制限のAは、保証人が負担した経済的な支出額と主たる債務者が債権者から払えと言われなくなった額とが一致しない場合の求償額の制限を、イは、保証人の求償の範囲を定める459条2項を引用する442条2項の場合の準用の明確化を、ウ、エは委託を受けた保証人が主たる債務の支払い期限前に保証人が支払った場合についての規律であり、ウは主たる債務者は主たる債務の期限到来後に求償に应ずれば足り、エは、保証人が主たる債務の期限到来後に支払いをしていれば求償できなかったものを除外する趣旨である。なお、現行民法460条3号は、主たる債務者が破産手続開始の

決定を受け、かつ、債権者がその破産財団の配当に加入しないときなどの限られた場合において、委託を受けた保証人は事前に求償できるとしているが、460条3号はその時期を保証契約の後10年を経過したときと規定し、ほとんど利用されていないことから、中間試案及び仮案において削除が提案された（この項に含まれる「保証人の通知義務」については説明を省略）。

#### **4 連帯保証人について生じた事由の効力（民法458条関係）**

中間試案は連帯保証に連帯債務の規定を準用し、別段の合意は可能としつつ、相対効原則を明確にして、「連帯保証人に対する履行の請求は、当事者間に別段の合意がある場合を除き、主たる債務者に対してその効力を生じないものとする」とした。これは、連帯保証人は主たる債務者の関与なしに出現するのであり、主たる債務者に不測の損害を与えかねないことを考慮したものである。仮案は「連帯債務者の一人について生じた事由の効力に関する規定は、主たる債務者が保証人と連帯して債務を負担する場合について準用する」としてこれを踏襲した（連帯債務では履行請求の絶対効を認める434条を削除する結果、履行の請求は相対効になると考えられる）。ただし、「第17 多数当事者」の規律において、仮案は、連帯債務について「債権者及び他の連帯債務者の一人が別段の意思表示をしたときは、当該他の連帯債務者に対する効力は、その意思に従う」としているので「履行の請求」について主たる債務者及び連帯保証人が絶対的効力を認める旨の特約を結べば、現行法と同じ結果となる（改正後も現行法と同様に、連帯債務についての規定が連帯保証に準用される）。

#### **5 根保証（民法465条の2、4、5関係）**

##### **（現行規定）**

個人の場合、知り合いに頼まれて、安易に保証人になってしまい、生活苦や破産に追い込まれる事案などがあるため、このような保証人をもっと保護すべきだという意見がある一方、保証は財産

を持たない中小企業の命綱であるので使いづらくならないようにすべきだとの意見もある。そこでどのように両者間のバランスが取れた仕組みを構築すべきかという観点から根保証の議論が進められた。まず、現行の465条の2は、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のうち①主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれること、②保証人が法人でないことという要件を満たす貸金等根保証契約には極度額を定めなければならないことを、また、465条の4は貸金等根保証契約の元本確定事由（保証の対象を特定し、債務の範囲を特定する事由のこと）として、主たる債務者又は保証人の財産についての強制執行等の申し立てがなされたとき、主たる債務者又は保証人についての破産手続開始の決定がされたとき、主たる債務者又は保証人が死亡したときを定めている。（いずれも貸金等根保証契約に関するものであり、融資による債務（貸金等債務）が主たる債務に含まれている場合を対象にしている）。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根保証契約や不動産賃貸借に係る賃借人の債務のみである根保証契約などは対象外である。

##### **（貸金等根保証契約の個人根保証契約への拡大（保証人が個人の場合））**

しかし保証人が個人である場合、貸金等根保証契約以外でも過大な債務の保証を求められる現実があることは、債権法の改正を考えるうえで看過できない課題である。これを受けて中間試案では貸金等根保証契約の対象を個人根保証契約一般に拡大することとされた。仮案では465条の2における貸金等債務という限定を外し、「貸金等根保証契約」から「個人根保証契約」に名称を変更した（これには、建物等の賃貸借契約の賃借人の保証人も含まれる）。個人根保証契約では、極度額を定めなければならない、極度額は書面に記さなければならない。そしてこれらに反する保証は効力を生じない。

##### **（元本確定期日等の適用除外）**

しかし中間試案で検討事項とされていた元本確定期日（元本確定の日として期日を定めることであり、現行の465条の3は「貸金等根保証契約につき元本確定期日を設けた場合、契約締結の日から5年より後のときは、元本確定期日の定めはないものとする」と規定している）の拡張や一定の特別の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確定を請求することができるものとする特別解約権は仮案では見送りになった。

まず、元本確定期日の拡張を見送った理由は、当事者間で長期間にわたる契約関係が当初から予定されていて、そこから生ずる当事者の債務を根保証する場合のように、元本確定期日までの期間を長期とする必要性のある契約が想定されること、今回、極度額の定めに関する規律の適用対象を拡大し、保護を強化することを考慮すると、貸金等根保証契約以外の根保証において保証人が予測を超える責任を負うケースが多いとは言えないことなどがあるためである。また、特別解約権規定の見送りの理由は、考慮すべき要素を的確に規定化することが困難なためである。

#### （元本確定事由の特例）

中間試案で引き続きの検討事項とされていた元本確定事由について、仮案は、465条の4において、元本の確定事由を個人根保証及び貸金等債務が含まれる個人根保証とに分け、前者では保証人の財産について強制執行、担保権実行、破産手続開始決定がなされた場合及び主たる債務者又は保証人が死亡した場合が、後者では、これに加え、主たる債務者に対する強制執行・担保権実行・破産手続開始決定がなされた場合とされた。前者の場合の元本確定事由について、主たる債務者の破産手続開始決定が除外された理由は、主に賃貸借契約に基づく保証契約が念頭に置かれている。主たる債務者である賃借人が破産手続開始決定を受けたことが元本確定事由になるとすれば、保証契約の意味がなくなるからである。なお、個人根保証契約において、賃借人が死亡すると、その時点で債務の元本が確定し、以降の未払賃料について

は保証人に請求できない。後者の場合には、当然ながら賃借人の債務の根保証は除外される。また、465条の5において、信用保証協会などを想定して、保証人が法人である根保証債務の求償保証契約の場合について、求償権の保証人が個人であるものには、極度額や元本確定期日等の具備などを要求する規定の追加が提案された。

## 6 保証人保護の方策の拡充

### （1）個人保証の制限

中間試案では、企業の債務につき経営者が保証するいわゆる経営者保証（中小企業の経営者による個人保証）を除き、融資による債務（貸金等債務）を主たる債務とする個人による保証を無効とするかどうかについて引き続き検討することとされていた。仮案では、保証人が個人である貸金等債務を主たる債務とする保証契約及び主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務が含まれる根保証契約は、その契約締結の日前1箇月以内に作成された公正証書遺言に準じた方式により、保証人になろうとする者が、一定の事項を公証人に口授（くじゅ）する等により、保証債務を履行する意思を明確にしない限り原則無効とされる

（保証契約と根保証契約とで保証人になろうとする者の口授内容を区別）。本公正証書の作成により、軽率な保証から保証人を保護するためである。なお、これは保証人契約を公正証書で行うことを意味するものではないので注意が必要である。公正証書で保証契約を結ぶと、当該公正証書に債務名義が生じてしまい、保証人を保護するという制度改正趣旨に反することになってしまう。

なお、上記の規律は、主たる債務の範囲を事業のための貸金等債務に制限したので、これ以外の主たる債務の保証は公正証書の作成がなくとも、書面要件（446条2項、3項）を充足していれば有効となる。しかし、主たる債務者が個人である場合に、主たる債務者と共同して事業を行う者又は主たる債務者が行う事業に現に従事している主たる債務者の配偶者について、保証人の保証契約には公正証書を要しないという例外を提案した。こ

の配偶者規定については、立法目的に反し、国際的にみても極めて奇異な規定だとの批判がある。特に配偶者の要件が「事業に現に従事している」だけでよいのか検討の余地があり、裁判では「事業に現に従事している」ことの実体が問題にされるであろう。

## (2) 契約締結時の情報提供義務

保証人に対する説明や情報提供に関する義務の存否及び内容は、現行民法では明示されておらず、解釈にゆだねられていた。中間試案では予想に反して保証人が保証債務の履行を求められる事態を少なくするため、債権者の義務として債権者の契約締結時における説明義務、情報提供義務が規定されたが、仮案では債務額・履行状況等について、委託を受けた保証人（法人を除く）に限定して、主たる債務者が当該保証人に対して事業のために負担する債務について、情報提供義務を履行しなければならないという提案に転換した（説明義務という用語は削除されている）。委託を受けた保証人に対してのみ主たる債務者による情報提供義務を設けるのは、委託を受けない保証人は主たる債務者の意思とは無関係に保証人になる以上、主たる債務者の資力等について、保証人自身の責任で情報収集すべきであると考えられていることによる。

仮案ではまた、「主たる債務者が債務の履行状況等について説明をせず、又は事実と異なる説明をしたために委託を受けた者が誤認をし、それによって保証契約の申込み又はその承諾の意思表示をした場合において、主たる債務者が債務の履行状況等を説明せず、又は事実と異なる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」旨の複雑な要件の委託保証人による取消権が提案された。これを巡っては、情報提供義務者が債権者から債務者に唐突に変更されていること、債権者が知らないと言えば保証契約は取り消せない規定であることなどは問題であるとの指摘がある。一方、情報提供内容は主たる債務者しかわからない

ので、主たる債務者に情報提供義務が課せられることは問題ではないが、債権者が知らないと言いつ張り保証契約を維持することは現実問題としては困難だと思料されるので、債権者は債務者に立ち会った上で、債務者が委託保証人に真実の説明をしているのかどうかを確認すべきこと、あるいは、債権者として、債務者に対し、契約締結時にきちんとした説明を委託保証人に対して行ったことを証する書面の提出を求めておく必要があることなどの指摘がある。

## (3) 保証人の請求による履行状況の情報提供義務

これは、事業の途中における情報提供義務であり、債権者が、どのような内容の債務であるかを問わず、法人、個人の区別なく保証人に対して行うべきものである。中間試案では、債権者は保証人から債務残額等の照会があった場合の通知義務及び主たる債務の履行遅滞の場合の債権者の保証人への通知義務、違反の場合の遅延損害金の履行請求の否定について検討することとされていたが、仮案は、「委託を受けた保証人から請求があったときは」という条件を付加し、債権者の委託保証人に対する、主たる債務者の元本債務等及び従たる債務の不履行の有無ならびにこれらの残額及び弁済到来期の額に関する情報提供義務のみを明記した。中間試案で検討事項とされていた効果については明記せず、違反の場合の遅延損害金の履行請求についての提案はなされなかった。

## (4) 主たる債務者が期限の利益を喪失した場合の情報提供義務

これは主たる債務者の支払いが滞るなどにより期限の利益を失った場合、債務の内容にかかわらず、債権者は個人の保証人に対して通知を行うべきことを定めたものであり、(3) で明記されなかった情報提供義務違反の効果について、仮案は、通知義務の相手方を個人保証人に限定したうえで、債権者は保証人に対し、主たる債務者が期限の利益を喪失した旨を、主たる債務者が期限の利益を喪失したことを知った時から2箇月以内に通知し

なければならず、この通知をしないと、債権者は保証人に対し、債務者が期限の利益を喪失した時からその旨の通知をした時までの遅延損害金に係る保証債務の履行を請求できないとした。保証人が不利益を被るのは、主たる債務者が期限の利益を失った場合なので、債権者の情報提供義務をそれに限定する趣旨である。

### (補論)

以下の項目については、各論の講義を未聴取のため、総括的な整理はできないが、133ページの参考表の講座の中で言及のあった、仮案における重要論点の部分的な説明である

### (第19:債権譲渡について(民法466条、467条、468条関係))

債権譲渡による資金調達的重要性が次第に大きくなってきており、資金回収の手段として利用されるほか、弁済期前の債権の現金化の手段として、債権に担保権を設定して融資を受ける債権担保の手段として、また最近では債権の流動化による金融の手段として利用される場面も増えているため、スムーズな債権譲渡システムの整備を求める経済界の要請が強い。これを受けて、様々な検討が行われたが、今回の仮案の提案は、譲渡禁止特約に関する改正等最小限のルールに関するものに留まった。賛否両論の項目が多く、懸案の対抗要件制度の変更も実現しなかった。ここでは、仮案が提案する譲渡制限特約の効力、対抗要件と抗弁権の放棄、将来債権譲渡の3点に触れる。

#### ① 譲渡制限特約の効力

現行の466条2項は債権譲渡について、「当事者が反対の意思を表示した場合には適用しない。ただし、その意思表示は、善意の第三者に対抗することができない」とされている。この条文の解釈としては、特約に違反すれば、債権者の義務違反を生ずるのみならず、譲渡自体の効力が生じないという物権的効果説が有力だった。理由は、契約自由の原則から、当事者が譲渡自体を禁じた債権

を定め得るのは当然であり、466条2項をわざわざ規定した趣旨は、本条が物権的効力を持つことを示すためと考えられるからである。これを中間試案、仮案では、「当事者が債権の譲渡を禁止し、又は制限する旨の意思表示をしたときであっても、債権の譲渡は、その効力を妨げられない」、「譲渡制限の意思表示があることを知り、又は重大な過失によって知らなかった第三者に対しては、債務者はその履行を拒むことができるほか、譲渡人に対する弁済その他の当該債務を消滅させる事由をもってその第三者に対抗することができる」とした。この提案が実現すれば、譲渡禁止の特約があっても債権自体は必ず移転してしまい、悪意・重過失の譲受人から支払いを求められた債務者は、譲渡人のみを債権者と扱い、譲渡人に支払ったことを理由に、履行を拒む履行拒絶権を持つだけになる。この意味で従来の債権譲渡禁止特約の物権的効力説は債権的効力説に改められたと言えよう。これに関連して以下の特例的な扱いが提案されている。

第一は、債務者の供託制度についてである。これまでは譲受人の善意、悪意により、譲渡禁止特約債権は譲渡人にも譲受人にも帰属があり得たので、債務者はいずれに返済してよいかかわからない場合があることから、供託により債務者の負担軽減を図る必要があった。しかし今度の仮案の提案によれば、特約があっても、譲受人に債権は移転するので、債権者不確知を理由とした供託の仕組みは不要なはずである。しかし、譲受人が悪意又は重過失であるか否かを債務者が知らないときに、債務者が弁済の相手方の判断に困る場合があることにも配慮し、これを残したい金融界等の要請もあり、仮案はこの仕組みを残す提案を行っている。

第二は預貯金債権について、本来は債権的効力しか持たない譲渡制限債権の譲渡があった場合に、銀行は譲渡制限を理由に譲受人に支払いをしないとは言えないはずであるが、預貯金債権に限り、従来どおりの物権的効力説を維持するため、例外的に、譲渡制限を知り、又は重大な過失によって

これを知らなかった第三者がその債権を譲り受けたときは、債務者である銀行は、譲渡制限の意思表示をもって、その第三者に対抗することができる（ただし、債権に対して強制執行をした差押債権者に対しては適用しない）とする特例を設けることが仮案で提案されている。

## ② 対抗要件と抗弁権の放棄

現在、債権の対抗要件としては、民法上の通知・承諾と「動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」による債権譲渡登記の2種類がある。現在は両者が併存する状態であり、一時期、債権譲渡について、民法の対抗要件も登記に一本化しようという意見も強かった。しかし債権譲渡の登記は一部の業界においてしか定着しておらず、登記制度を導入するにしても、制度を先行させるのか、登記のシステム整備を先行させるのかの意見が折り合わなかった。このため、合意に至らない事項については現行制度をとりあえず維持するというコンセンサス方式の裁定に従い、仮案では現行の民法の条文を基本的に維持することとされ、「債権の譲渡（現に発生していない債権の譲渡を含む。）は、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾しなければ、債務者その他の第三者に対抗することができない。」とした。かっこ書の将来債権譲渡を除けば現行の467条2項と同文である。

もう一点、実質改正されるのが468条1項が定める「異議をとどめない承諾制度」の廃止である。債権には、債務者が債権者に対抗できる事由である種々の抗弁が付着している。債権譲渡が行われる場合、原則として債務者は通知・承諾前までに存在した、譲渡人に対する抗弁事由を譲受人にも主張できる。ただ例外として債務者が譲渡人又は譲受人に対して異議をとどめない承諾をした場合は、譲受人には当該抗弁を主張することができなくなる。仮案では、現行民法468条1項を削除し、「抗弁権の当然切断」という効力を生じさせないこととし、別途抗弁権の放棄の意思表示を必要とするよう提案した。理由は、現行の抗弁切断効の

根拠は「承諾」という外観作出についての債務者への制裁及びかかる外観に対する譲受人の信頼保護にあるとされるが、譲受人にとって都合の良い制度であることは間違いないものの、譲渡を承諾しただけなのに、明確な認識がないままに、予期せざる形で異議をとどめない承諾をしたことにされる債務者が少なくない。そこで、単に承諾しただけでは抗弁は切断されないことを明確にし、別途抗弁権を放棄する意思表示をしない限り、抗弁は切断しないこととするものである。なお、中間試案では、抗弁放棄の意思表示に書面を要求していたが、仮案は書面を要求しない立場をとったので、通常の意味表示の規律と異なる点はなく、特別の規定を設ける提案はなされていない。

## ③ 将来債権譲渡

将来債権譲渡について、現行法に規定はないが、実社会では頻繁に行われている。仮案では、「債権の譲渡は、その意思表示の時に債権が現に発生していることを要しない」、「債権が譲渡された場合において、その意思表示の時に債権が現に発生していないときは、譲り受け人は、発生した債権を当然に取得する」という判例法理の明文化を提案するとともに（前者については最判平11.1.29、後者については、最判平19.2.15による）、将来債権譲渡後に契約当事者（債権譲渡人と債務者）が譲渡制限特約を付した場合の効力については、仮案は、債務者はその特約をもって譲り受け人に対抗できない旨を定め、将来債権譲渡の実効性を高める提案をしている。

「民法467条1項の規定による通知又は承諾がされた時に、債権が現に発生していないときは、その後にはされた譲渡制限の意思表示については1

(1) イの規定は、適用しない」として、将来債権が譲渡され、第三者対抗要件が具備された後に、譲渡人と債務者間で譲渡禁止特約が付された場合、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗できるか否かという論点について、債務者が通知を受け、又は承諾をした時である権利行使具備時の後の譲渡制限の意思表示は、債務者が将来債権譲渡の事実

を認識している以上、譲渡制限の意思表示の対抗を認めないものとしたものである。

## (第 24:相殺について (民法 502 条、511 条関係))

### ① 差押と相殺

現行 511 条は「支払いの差止めを受けた第三債務者は、その後取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができない」と規定する。差押債権者が債務者の銀行預金債権を差押えたところ、第三債務者である銀行が、債務者に対する貸付債権と債務者の預金債権を対当額で相殺するに当たり、現行 511 条は、「差押後に第三債務者が取得した債権による相殺を禁止する」とだけ定めているので、従来から、預金債権と貸付債権とが相殺適状でありさえすれば相殺ができるのか、それとも自働債権（貸付債権）の弁済期が受働債権（預金債権）の弁済期よりも先に到来する場合に限り相殺できるのかという、無制限説と制限説の争い<sup>4</sup>があった。

判例は最判昭 45. 6. 24 により、自働債権と受働債権の弁済期の前後を問わず相殺を認める無制限説に立った判決をしており、仮案はこれを明文化するものである。仮案の提案は、「差押えを受けた債権の第三債務者は、差押え後に取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することはできないが、差押え前に取得した債権による相殺をもって対抗することができる」である。仮案の

<sup>4</sup> 無制限説とは、511 条の反対解釈及び相殺の担保的機能を重視して、「第三債務者は、その債権（自らの自働債権）が差押後に取得されたものでない限り、自働債権及び受働債権の弁済期の先後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、差押後においても、これを自働債権として相殺し得る」と考える。制限説は、「自働債権の弁済期が受働債権のそれより先に到来する場合に限って、第三債務者は相殺をもって差押債権者に対抗できる」とする。理由は、受働債権の弁済期の方が先の場合、第三債務者は、自らの受働債権の弁済を拒否しつつ自働債権の弁済期の到来を待って相殺を主張することになるので、誠実な第三債務者とは言えないため、その相殺の期待を保護する必要はないという価値判断があることによる。

提案文がそのまま条文化されるとすれば、立法上、「が」を挟んで、2つの文節を並列で結ぶ極めてまれな条件事例になる。

次に破産法は、破産手続開始決定前の原因に基づいて破産手続開始決定後に自働債権が生じた場合でも第三債務者は相殺ができる旨を規定している。この結果、債権者間の公平がより強く求められる破産法上の相殺が民法上の相殺よりも広く認められるという不均衡が生じてしまう状況となっていた。こうした中、最判平 24. 5. 28 は、委託を受けた保証人が、(差押え前に成立していた貸金に係る保証契約に基づき) 差押え後に保証債務を履行したことにより生ずる事後求償権を自働債権として相殺することは可能であると判示した。仮案では、この部分の上記判例を織り込んだ相殺事由の拡張を提案し、「上記の規定にかかわらず、(1) の差押え後に取得した債権が差押え前の原因に基づいて生じたものであるときは、第三債務者は、当該債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができる。ただし差押後に他人の債権を取得したものであるときはこの限りでない」とした。ただ、上記判例は、委託を受けない保証人には上記相殺を認めないとしており、その点の規律は、法制審議会の論議において、今後も維持されるべきものとされている。

### ② 債権譲渡と相殺

上記、「差押と相殺」に対応する議論が「債権譲渡と相殺」にも存在する。債権の譲受人が債務者に対して請求した場合に、債務者は債権譲渡の通知以前から有していた旧債権者に対する債権による相殺をもって、新債権者（譲受人）に対抗することができるのか。債務者が旧債権者に対し反対債権を持つ事実は、差押えの場合と同様に、双方の弁済期の前後に関わらず、譲渡人に生じた事由として新債権者に対抗できるのかが問題とされた。理由は、差押えとは違い、債権譲渡は私人間での債権の処分行為であり、債権の取引の安全も考慮すべきなので、同じ規律を維持する必要があるかどうかについて議論があるからである。しかし、

債権の担保的機能は現代社会においてきわめて重要であり、債権譲渡に関与しえない債務者の合理的な期待を奪うべきではないことから、債権譲渡の相殺についても、無制限説による処理が定着しており、仮案では、上記解釈を織り込むとともに、相殺への合理的期待が認められる場合であれば、権利行使要件の具備時より後に取得した債権であっても相殺の抗弁を主張できるとして、一部さらに解釈を拡張して、次のような明文化が提案されている。

「民法 467 条 1 項の規定による通知または承諾がされたときは、債務者は、その通知を受け、又はその承諾をした時より前に取得した譲渡人に対する債権による相殺をもって譲り受け人に対抗することができる」、「債務者が権利行使具備時より後に取得した譲渡人に対する債権であっても、その債権が次に掲げるいずれかに該当するものであるときは、上記と同様とする。ただし権利行使具備時より後に他人の債権を取得したものであるときは、この限りでない。

(ア) 権利行使具備時より前の原因に基づいて生じた債権

(イ) (ア) に規定するもののほか、譲受人の取得する債権を生ずる原因である契約に基づいて生じた債権」

この後段の規定中、(ア) は差押え前の原因による差押え後の債権の場合と同様、債権譲渡前の原因により債権譲渡後に生じた債権による相殺の規律を設けるものであるが、(イ) がわかりにくい。この具体例としては、譲渡された将来の売買代金債権と、当該売買代金を発生させる売買契約の目的物の瑕疵を理由とする買主の損害賠償債権との相殺が考えられる。このような規定を設けるのは、将来債権が譲渡されるような場合には、譲渡後も譲渡人と債務者との間における取引が継続していることが想定されるので、法定相殺と差押えの場合よりも債務者の相殺の期待を広く保護する必要性が考慮されたためである。

## (第 26: 契約に関する基本原則について)

中間試案において、「契約は、それに基づく債権の履行請求権の限界事由が契約の成立の時点で既に生じていたことによっては、その効力を妨げられないものとする」と提案されていたが、仮案は、「契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったことは、第 11 に従ってその債務の履行が不能であることによって生じた損害の賠償を請求することを妨げない」を提案している (第 11 とは「債務不履行による損害賠償」のことである)。

伝統的学説によれば、不能原因が契約前に原始的に生じていた場合には、契約は無効とされている。そのうえで学説は「契約締結上の過失」の法理などにより、原始的無効の場合であっても信頼利益の損害賠償を認めるなどの理論を構築してきた。また、瑕疵担保責任について、法定責任説の立場からはこれを一部原始的不能と理解する。しかし、契約は守らなければならないという契約責任説の立場に立つ法制審議会は、この原始的不能の場合でも、契約時点において当事者がどのようなリスクを負担しているか、契約において、どのような債務を当事者が引き受けているかの価値判断の問題として捉えれば、契約は原則として有効であり、いわゆる履行障害が生じて、「買主は契約を解除することができる」及び「買主は、売主に免責事由がない限り、損害の賠償を請求することができる」という原則に沿った一元的な理解・対処が可能であるとして、上記中間試案を提案した。

しかし、この中間試案の文面では、原始的不能が生じた場合の法的効果が不明であるとの意見があったことを踏まえ、上記仮案が提案された経緯がある。この仮案により、原始的不能が契約の無効を招来しないことが確認できる。ここで留意すべきは、仮案は、原始的不能の場合の債務不履行による損害賠償請求を代表的な法的効果の一つとして表記したに過ぎないのであって、そこに書かれている (履行) 利益の賠償が唯一の効果ではないということである。そこで、仮案のこのような

限定表現には批判もあるところである。更に、この規定を売買のところで、より明確に設ける案が検討されたが、法制上の理由により断念されている。

(本ノートは平成26年10月31日現在で作成したものである)

[あらい としゆき]

[(一財)土地総合研究所 専務理事]