

研究ノート

民法改正要綱仮案に関するノート（Ⅱ）

荒井 俊行

（はじめに）

本論の記述に当たり、聴講したセミナー等は以下の参考表のとおりである。

（第11：債務不履行による損害賠償）

総論

現在の通説によると、債務不履行とは、「債務の

本旨に従った履行がなく、そのことにつき債務者の責めに帰すべき事由があること」と定義できる。そして講学上、債務不履行は、①履行遅滞（412条）、②履行不能（415条後段）、③不完全履行（現行民法に根拠規定なし）の三つに区分される。履行遅滞の責任は、確定期限の到来の時（1項）、不

（参考表）本ノート（Ⅱ）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. 11. 15	明治大寄付講座	・「民法（債権法）改正の動向」（債務不履行による損害賠償） ・「民法（債権法）改正の動向」（賃貸借契約・消費貸借）	・中舎寛樹教授（明治大学） ・平田 厚教授（明治大学・弁護士）
26. 11. 17	（一財）全国住宅産業協会	・民法改正要綱仮案のポイント	・熊谷則一弁護士（涼風法律事務所）
26. 11. 29	明治大寄付講座	・「民法（債権関係）改正と銀行取引」 ・「民法（債権法）改正の動向」（契約締結の基本原則と契約の成立）	・川邊光信（一社）全国銀行協会コンプライアンス室次長 ・滝沢昌彦教授（一橋大学）
26. 12. 6	明治大寄付講座	・「民法（債権法）改正の動向」（民法（債権法）改正と契約法） ・「民法（債権法）改正の動向」（売買契約、贈与契約）	・円谷 峻教授（明治大学） ・藤原正則教授（北海道大学）
26. 12. 11	東京商工会議所	・民法（債権法）改正要綱仮案対応セミナー（第1回）	・松山 遥弁護士（日比谷パーク法律事務所）
26. 12. 18	SMBC コンサルティング（株）	・民法改正の概要と企業の実務、法務への影響	・有吉尚哉弁護士（西村あさひ法律事務所）
26. 12. 19	東京商工会議所	・民法（債権法）改正要綱仮案対応セミナー（第2回）	・菊池 伸弁護士（森・浜田・松本法律事務所）
26. 12. 20	明治大寄付講座	・「民法（債権法）改正の動向」（債権の消滅—相殺を中心に） ・「民法（債権法）改正の動向」（役務提供契約—請負・雇用を中心に）	・深川裕佳助教授（東洋大学） ・長谷川貞之教授（日本大学）
27. 1. 10	明治大寄付講座	・民法（債権法）改正の全体像	・内田 貴名誉教授（東京大学）

確定期限が到来し、それを債務者が知った時（2項）、期限の定めのないときは履行の請求を受けた時（3項）から生じ、履行不能は、物理的不能のほか、法律的不能（契約成立後、当該取引が法律により禁止されたような場合）の時、社会的不能（二重売買など社会通念上の不能の場合）の時に生じる。また不完全履行の典型的な事例としては、講学上は病気の鶏の引渡し、工事請負人による家具の破損などがあげられるが、内容的に分類すれば、①給付の不完全（なすべき給付の不完全）、②付随義務（売買契約における説明義務、雇用における安全配慮義務）違反、③保護義務（契約の履行に際して他人の生命、身体、財産を侵害しないようにすべき義務）違反に区分される。

（債務不履行の性質）

債務不履行を考える際には、損害賠償、解除、危険負担など債務が履行されない状況を広く視野に入れ、相互に関連付けて検討しなければならない。今回の民法改正要綱仮案（以下、本稿において「仮案」という。）を正しく理解するためには、民法改正検討委員会の「債権法改正の基本方針」（以下、「基本方針」という。）に遡って、議論の経過を見ておくことが重要である。債権法の中心に位置する契約を例にとると、まず基本方針では「契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには債務者は損害賠償責任を負わない」とされている。これは、契約に拘束力があることを前提として、債務不履行の原因が契約において想定されず、かつ、想定されるべきものでなかったときは、不履行をもたらした事態から生じるリスクは債務者に分配されるべきではなく、従ってその債務の不履行による損害を債務者に負担させることは契約の拘束力からは説明できないという契約責任説の考え方である。中間試案では「契約による債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、債務者は、その債務不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わない」という言い振りに変わり、

さらに仮案では「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が、契約その他の当該債務の発生原因及び取引の社会通念に照らして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」となっている。契約責任説の考え方は、基本方針では「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という文言に、中間試案では「当該契約の趣旨に照らして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」という文言に受け継がれている。仮案では、基本方針の「契約において債務者が引き受けていなかった事由」や中間試案の「契約の趣旨」の文言が消え、債務者の帰責事由及び履行不能の概念が復活しており、結果的には現行 415 条に近い条文構成になっていて、文面上は、仮案が「帰責事由」=過失という現行民法 415 条の伝統的見解に立つのか、それとも契約責任説の立場に立つのかが不明であり、いずれの立場とも読み得るものになっている。

（損害賠償の範囲）

仮案では、履行不能を含めて債務者に帰責事由のある債務不履行があった場合には、債務者に対して損害賠償請求をすることができることを明らかにする一般的な規定として 415 条が提案されており、債務不履行が債務者の帰責事由によらないことを債務者が立証した場合には損害賠償請求をすることができないという整理を提案している。これに対し、解除については債権者を契約関係から離脱させるための制度であるとして、債務不履行に基づく解除の要件としては債務者の帰責事由を求めないという構成になっている（ただし、債務不履行が当該契約・取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、解除できない）。

次に、損害賠償の範囲について、基本方針は「契約に基づき発生した債権において、債権者は、契約締結時に両当事者が債務不履行の結果として予

図表 1 損害賠償の範囲を巡る議論の比較

	損害の時点	予見の主体	予見の対象
現行法（416条）	・ 不明	・ 当事者	・ 予見し、又は予見すべきであった事情
基本方針	・ 契約締結時 ・ （契約締結後不履行時まで）	・ 当事者 ・ （債務者）	・ 予見し、又は予見すべきであった損害（注1）
中間試案	・ 不履行時	・ 債務者	・ 予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害（注2）
仮案	・ 不明	・ 当事者	・ 予見すべきであった事情（注3）

（注1） 契約締結後、債務者が損害を回避するために合理的措置を講じたときは免責

（注2） 契約締結後、債務者が損害を回避するために契約の趣旨に照らし相当と認められる措置を講じたときは免責

（注3） 予見の対象が「事情」になれば、当該特別の事情により通常生ずべき損害のみが賠償の範囲になる。なお、「契約の締結後初めて生じた結果について債務者が契約の趣旨に照らして相当と認められる損害回避措置を講じたときには賠償の責めを負わない」旨の中間試案の提案は、債務者が特別の事情を「予見すべきだったか否か」の解釈の中で判断されることになる。

見し、又は予見すべきであった損害の賠償を、債務者に対して請求することができる」、「債権者は、契約締結後、債務不履行が生ずるまでに債務者が予見し、又は予見すべきであった損害について、債務者がこれを回避するための合理的な措置を講じたのでなければ、債務者に対して、その賠償を請求することができる」とした。これは、予見の対象である損害を判断する時期については契約締結時説を、また、予見の主体については当事者説をとりつつ、併せて契約締結後、債務不履行が生ずるまでの間の損害については、債務者を予見の主体に位置付けている。

中間試案は「(1) 契約による債務の不履行に対する損害賠償の請求は、当該不履行によって生じた損害のうち、次に掲げるものの賠償をさせることをその目的とする。ア 通常生ずべき損害、イ その他、当該不履行の時に、当該不履行から生ずべき結果として債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」、「上記 (1) に掲げる損害が、債務者が契約を締結した後に初めて当該不履行から生ずべき結果として予見し、又は予見すべきものとなったものである場合において、債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたときは、債務者は、その損害を賠償する責任を負わない」とした。ここでは予見の基準時を債務

不履行時、予見の主体を債務者、予見の対象を損害としている。

仮案では「(1) 債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする（民法 416 条 1 項と同文）」、「(2) 特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見すべきであったときは、債権者は、その賠償を請求することができる」として、予見の対象を「損害」ではなく「事情」とした上で、予見の主体が「債務者」から「当事者」に戻り、予見の基準時については明示していない。加えて中間試案の「予見し、又は予見することができた」が「予見すべきであった」という規範的判断に変更されたこと及び中間試案において提案されていた「契約締結後に初めて生じた結果について、債務者が契約の趣旨に照らして相当と認められる損害回避措置を講じたときには賠償する責任を負わない」との提案が削除され、契約締結後に債務者が特別な事情を予見すべきであったか否かの判断は解釈の問題として扱われることになった。このような経過をたどりながら、仮案は、現行 416 条の規律へと回帰している。

各論

1. 債務不履行による損害賠償とその免責事由

中間試案は「(1) 債務者がその債務を履行しな

いときは、債権者は、債務者に対し、その不履行によって生じた損害の賠償を請求することができる」、「(2) 契約による債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする」として帰責事由がなければ免責である旨を提案した。仮案は「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が、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て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」と提案した。

「当該債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」は、中間試案の「契約の趣旨に照らして」に対応する用語であり、その意味・内容は変わらない。これが債務不履行に関する一般的な規定であり、帰責事由がその要件になっていることは明らかである。

2. 債務の履行に代わる損害賠償の要件

中間試案は履行請求の限界事由、解除、催告期間内の不履行、債務者の履行拒絶が債務の履行に代わる損害賠償請求の要件となることを提案し、履行請求と損害賠償とは両立できないものとしたが、仮案は履行不能という用語を認めた上、債務の履行が不能であるとき、債務者が履行拒絶の意思を明確に表示したとき、契約が解除され又は債務不履行による解除権が発生したときに、債務に代わる損害賠償を請求できると提案した。履行不能による填補賠償の要件を明文化したものである（債務不履行が損害賠償に転化するわけではない）。

3. 不確定期限における履行遅滞（民法 412 条 2 項関係）

現行民法 412 条 2 項は「債務の履行について不確定期限があるときは、債務者は、その期限の到

来したことを知った時から遅滞の責任を負う」と定める。中間試案は不確定期限到来の通知以降について債務者は遅滞の責めを負うと提案したが、仮案は「不確定期限到来後の履行請求又は履行到来を知った時のいずれか早いときから遅滞の責任を負う」とした。従来から、学説は、債権者が債務者に対して期限の到来を通知し、それが到達した場合には、債務者の知・不知を問わずにそれが到達した時から遅滞の責任が生ずると解しており、その点をより明確にした明文化の提案である。

4. 履行遅滞中の履行不能

中間試案は遅滞後の履行請求権の限界事由の発生について債務者に免責事由があるときであっても有責とし、ただし、履行期までに債務を履行するかどうかにかかわらず、履行請求権の限界事由が生ずべきであったときはその責任を免れるとしたが、仮案は、「債務者が債務の履行の遅滞責任を負う間に当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務の履行が不能になったときは、履行不能は債務者の責めに帰すべき事由によるものとみなす」とし、債務者に帰責事由がある履行遅滞中に当事者双方の責めに帰することのできない不可抗力のような事由により履行不能が生じた場合には、債務者は不履行による損害賠償責任を負うという従来の判例理論の明文化を提案している。

5. 代償請求権

代償請求権とは、債務の履行に不能が生じたときに、不能となったのと同じ原因により、債務者が債務の目的物の代償となる利益を取得した場合に、債権者がその利益の償還を求める権利を言う。例えば建物が消失し、賃借人の建物返還義務が不能となったときに、賃借人が火災保険金を取得していた場合、賃貸人が代償請求として火災保険金相当額の償還を求めることができるという考え方である。代償請求権については現行民法に明文の規定はないが、最判昭 41. 12. 23 が家屋滅失による保険金について代償請求を肯定しているところか

ら、中間試案ではこの判例による明文化を提案し、仮案では、これを債務者が有責の場合にも拡張した提案を行っている。

6. 損害賠償の範囲（416条関係）

上記総論で損害賠償に係る中間試案、仮案の内容をある程度紹介したので、ここでは債務者が負担する損害賠償の範囲について定める現行416条について説明を補充しておこう。1項は債務不履行により「通常生ずる損害」が賠償の範囲に含まれるという原則が示され、2項で、「特別の事情によって生じた損害」についても「当事者がその事情を予見し、又は予見することができたとき」は賠償の範囲に含まれることが示されている。予見の対象が「特別の事情」なのか、「特別の損害」なのかについては争いがあり、さらに予見可能性を判断する時期について「契約締結時」なのか「不履行時」なのかについても争いがある。予見の主体について、現行民法は「当事者」としているが、判例は債務者説に立つと言われてきた。しかし、予見の主体を契約の両当事者であるとする判例も多数存在し、債務者説が異論のない判例にまでには至っていないところから、仮案の提案は現行法の当事者説を引き継いでいる。

また、仮案は「特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見すべきであったときは、債権者は、その賠償を請求することができる」とし、予見の対象を事情、予見の可能性については、ある損害が契約を巡る諸事情に照らし賠償されるべきか否かを判断するための規範的な概念であるとして、そのことを明確にするため、単に「予見し、又は予見することができた」かどうかではなく、「予見すべき」だったかどうかという文言に改められている。

7. 過失相殺（民法418条関係）

現行民法418条は、「債務の不履行に関して」債権者に過失があったときに過失相殺を認めるが、不履行に関して過失がある場合だけでなく、損害の発生や損害の拡大に関して過失がある場合も、

債務の不履行に関して債権者に過失がある場合に含まれると解釈されている。中間試案ではこの解釈を明文化し「債務の不履行またはこれによる損害の発生若しくは拡大」を過失相殺の要件とすることが提案され、しかも義務的に過失相殺をしなければならないものではないことを示すため、「損害を防止するために状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかったときは、裁判所はこれを考慮して、損害賠償の額を定めることができる」という裁量性を肯定する提案をしたが、仮案はこの裁量的な考慮に関する記述を撤回している。

8. 損害賠償の予定（民法420条1項関係）

債務不履行に基づく損害賠償請求をする場合には、債権者は原則として損害の発生とその額を立証する必要がある。しかし、債権者としては損害額の立証の手間を省くため、また、債務者としても債務不履行時の賠償額の見込みを立てるため、420条前段では、あらかじめ当事者間で損害賠償額が定められた場合には、その予定された賠償額を請求することが可能である旨が規定され、同条後段では「裁判所は、その額を増減することができない」としている。もっとも、現実には発生した損害額に比して、明らかに過大ないしは過小な損害賠償額が予定される場合は、特に消費者契約などにおいて、平均的な損害の額を超える部分や利息が年14.6%を超える部分は消費者の利益を一方的に害するものとして無効とされる。また、特別法の規定の適用がない場合でも、過大ないし過小な損害賠償額が予定されている場合には、420条後段の下でも公序良俗違反により無効とされる場合がある（たとえば最判平6.4.21）。そこで中間試案では、「予定した賠償額が債権者に現に生じた損害等から見て著しく過大な請求をすることができない」とするとともに、損害賠償額を予定した場合には、裁判所はいかなる場合でもその額を増減できないという、比較法的にも異例な420条後段の規定「この場合において、裁判所は、その額を増減することができない」の削除を提案した。

仮案は 420 条後段の削除のみを提案し、前段の著しく過大な賠償額の場合の規律は公序良俗規定にゆだねることとして、損害賠償額の予定について特別な規律を置く提案は見送られた。

(第 19 : 債権譲渡)

1. 債権の譲渡性とその制限

(1) 譲渡制限の意思表示の効力

民法 466 条 1 項は債権譲渡を原則自由とし、同条 2 項で譲渡禁止の特約がなされた場合は 1 項を適用しないとしている。この特約に違反する譲渡の効力については、譲渡当事者間でも無効とする物権的効力説が有力といわれていたが、最判平 21. 3. 27 は「債権の譲渡性を否定する意思表示した譲渡禁止の特約は、債務者の利益を保護するために付されるものと解される。そうすると、譲渡禁止の特約に反して債権を譲渡した債権者は、同特約の存在を理由に譲渡の無効を主張する独自の利益を有しないのであって、債務者に譲渡の無効を主張する意思が明らかであるなどの特段の事情がない限り、その無効を主張することは許されない」と判示した。この判示は、譲渡禁止特約があるにも関わらずに行われた債権譲渡について、譲渡当事者間では譲渡契約自体が無効になるという物権的効力説を否定する意味を持つものと考えられる。そこで、中間試案及び仮案では譲渡禁止特約がある場合でも、債権譲渡を行うことができるという規律を設けることが提案された。仮案はさらに、譲受人その他の第三者が「悪意」又は悪意と同視し得る「重過失」があった場合には、債務者は譲受人からの履行請求を拒めること、かつ、譲渡人に対する弁済等の債務消滅事由をもって、譲受人に対抗することができること、という規律を設けるよう提案した。

(2) 譲渡制限の意思表示を悪意又は重過失の譲受人に対抗することができない場合

仮案では譲渡制限特約がある場合の債権譲渡を有効としつつ、譲受人が悪意・重過失の場合には、債務者は譲受人からの履行請求を拒絶することが

できるという規律が提案された。そして悪意・重過失の譲受人に、債務者に対し相当の期間を定めて、譲渡人に対して履行するよう催告する権限を与え、債務者が相当の期間内に譲渡人に対して履行しない場合は、債務者の譲受人に対する履行拒絶権を認める規定は適用されず、譲受人が債務者に履行請求できるという規律を設けるよう提案した。

(3) 譲渡制限の意思表示が付された債権の債務者の供託

仮案において、債務者は譲受人が悪意・重過失であれば譲渡人に弁済ができるが、譲受人の主観により譲渡人に弁済ができるかどうかは左右されるのは妥当でないため、このような場合に備えて、債務者に供託を認める規律が提案されている。供託をした債務者は、遅滞なく、譲渡人及び債権者に供託の通知をし、供託をした金銭は、債権者に限り還付を請求できるとの提案がなされている。なお、譲渡人が破産した場合に、譲渡人に弁済がなされると、第三者対抗要件を備えた譲受人は債権が自己に帰属している旨を主張して財団債権としての権利行使が可能となるが、全額の回収はできない恐れがある。そこで仮案では、第三者対抗要件を備えた悪意・重過失の譲受人においては、債務者に対して供託するよう求めることができる旨の規律を設けることが提案された。

(4) 譲渡制限の意思表示が伏された債権の差押え

譲渡制限特約付債権に対する差押えが許されるのかどうかについては、差押えの実質が債権譲渡であるので問題になるが、当事者の合意によって差押え禁止財産が作出され、差押えの回避が認められるべきではないことから、判例も差押債権者の善意・悪意を問わず、民事執行法の規定が優先し、法定の差押禁止債権でない限り、これを差押えることができるとし、その明文化を提案した。仮案では悪意・重過失の譲受人に対する譲渡制限特約付債権譲渡も有効であり、債権は譲受人に帰属することになるが、一方で、悪意・重過失の譲

受人の債権者は譲受人に帰属した譲渡制限付債権を差押えることが可能になる。そこで、この場合の債務者と差押債権者との関係はどうなるのかが問題となるが、仮案は、債務者は悪意・重過失の譲受人の差押債権者に対しても履行の請求を拒絶し、譲渡人に対する弁済等を対抗できるとの規律を設けるよう提案している。

(5) 預金債権又は貯金債権に係る譲渡制限の意思表示の効力

悪意・重過失の譲受人に対する譲渡制限特約付債権譲渡を有効とすると、預貯金債権は譲受人に帰属し、銀行等の金融機関の事務処理が煩雑になり、迅速な払い戻しに支障が出る恐れがある。仮案は預貯金債権については、特則を設けて、悪意・重過失の第三者に対し、債務者は譲渡制限特約そのものを対抗できるとの規律を設けるよう提案した。ただし、預貯金債権であったとしても合意により差押禁止財産を作出できないことは一般の債権と同様であり、預貯金債権に対する差押えは当然にできるという明文を置くように提案されている。

2. 将来債権譲渡

まだ発生していない債権を譲渡することができるかどうかについて、現行民法には明文の規定はないが、最判平 11. 1. 29 は実務上の動向も踏まえ、将来債権譲渡の有効性を承認しており、動産・債権譲渡特例法も債務者が不特定の将来債権譲渡の登記を可能としている。そこで、中間試案及び仮案は将来債権譲渡が有効である旨を明文化するよう提案している。ところで、将来債権の譲渡後に、債務者・譲渡人間で譲渡制限特約が付されることがある。これが悪意・重過失の譲受人に影響があるかについて、仮案は、譲受人が債務者対抗要件を備えた後に付された譲渡禁止特約は、譲受人の主観を問わずその効力が及ばない規律を設けるよう提案されている。なお、将来債権譲渡について通知又は承諾の前にされた譲渡制限の意思表示は常に譲受人に対抗できるとする規律については、

将来債権譲渡について民法 467 条 1 項の通知又は承諾の後になされた譲渡制限の反対解釈によりこれを導くことが可能であると意図されていたが、明確でなかったことから、これを見做し規定で表現することとし、将来債権譲渡について 467 条 1 項の通知又は承諾の後になされた譲渡制限の意思表示については、当然に第三者は善意であることを前提に、特段の規定を設けないことに仮案が変更された。

3. 債権譲渡の対抗要件（民法 467 条関係）

現行民法 467 条は 1 項で、「指名債権の譲渡は、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾をしなければ、債務者その他の第三者に対抗することができない」、同条 2 項は「前項の通知又は承諾は、確定日付のある証書によってしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができない」として、債権が二重譲渡された場合の優劣については確定日付の先後でその帰属を決するとする「確定日説」ではなく、確定日付のある証書の通知・承諾の到達日時で決するとする「到達時説」が判例・通説とされる。このような判例・通説に対しては、債務者と譲受人との通謀により到達時の先後が操作され混乱する恐れがあること、債務者に自己の関与しない債権譲渡の優劣を決する負担を課することは妥当でないことから、債務者をインフォメーションセンターとしない第三者対抗要件制度の構築が検討されていたが、成案を得るに至らず、仮案は 467 条 2 項の現行規定を維持しつつ、将来債権を債権譲渡対象に含むことのみを 467 条 1 項に追加記載する改正提案に留まった。

4. 債権譲渡と債務者の抗弁（民法 468 条関係）

(1) 異議をとどめない承諾による抗弁の切斷

債権譲渡は債務者が関与しないところで譲渡人と譲受人との間で行われるが、これにより債務者の地位が損なわれてはならないため、通知・承諾という権利行使要件が供えられるまでに債権者に対して生じた事由（抗弁）を債務者は譲受人に対

して対抗できる（468条2項）。一方、債務者が債権譲渡について異議をとどめないで承諾した場合には、抗弁権が切断されると定める（468条1項）。しかし、債務者が積極的に抗弁権を放棄する意思表示をするのではないにもかかわらず、単に異議をとどめずに、債権譲渡を承諾するだけで抗弁権が奪われるという効果を付与している現行民法は債務者に酷であることから、中間試案及び仮案では、異議をとどめない承諾による抗弁権の切断を定める468条1項の削除が提案された。中間試案ではこれについて、書面での抗弁権の放棄に係る新たな規律を設けることが提案されていたが、仮案では、抗弁権一般の解釈によるべきことが可能であるため、書面での抗弁権処理の提案は撤回された。

(2) 債権譲渡と相殺

現行民法468条2項によれば、権利行使要件が具備されるまでに生じていた事由をもって債務者は譲受人に対抗することができる。相殺に対する債務者の期待を保護する立場の無制限説に立てば、相殺適状でなくとも、また、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず相殺ができるという差押えと相殺の場合の議論を踏まえ、仮案は、債務者は権利行使要件具備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受人に対抗できるという規律を提案した。更に、権利行使要件具備時より後に取得した債権であっても、権利行使要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権であれば相殺ができること、これに加えて、将来債権譲渡の容認の提案に伴い、権利行使要件具備後の原因により譲受人が取得する将来債権に対しては、同じ原因からなる契約に基づいて生じた自働債権であれば、権利行使要件具備後の原因に基づいて生じた債権であっても相殺できることが提案されている。このように、差押えと相殺の場合の局面以上に、債権譲渡の場合に相殺の期待が保護される局面を拡張しているのは、将来債権譲渡の場合においては、譲渡後も、譲渡人と債務者との間における取引が継続することが予想されるため、

相殺の期待をより広く保護する必要性が高いとの判断に基づくものである。その具体例として、譲渡された将来の売買代金債権と、当該売買代金債権を発生させる売買契約の目的物の契約不適合を理由とする買主の損害賠償請求債権との相殺が挙げられている。

(第23：弁済)

弁済についての仮案の提案は、これまでの一般的な理解を明文化したものが中心であるが、提案の分量が多いため、ここでは仮案の提案内容の引用は最小限にとどめ、その提案の趣旨を簡潔に説明する。

1. 弁済の意義

債権は弁済により消滅するが、弁済により債権が消滅するという弁済の効果について、現行民法には明文の規定がないため、このルールを明文化するものである。

2. 第三者の弁済（民法474条関係）

現行法では、債権者は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は、受領を拒否できないとされているため、債権者が債務者の意思の確認を待たずに弁済を受領してしまうことがある。かかる事態をなくすため、利害関係を有しない第三者は弁済をすることができないことを原則にしつつ、債権者が債務者の意思を知らなければこの限りでないとするとともに、当該第三者が債務者の委託を受けていることを債権者が知っている場合には、弁済もできるし、債権者も受領を拒絶できないという規律を提案した（もちろん、正当な利益を有しない第三者が弁済をした場合において、弁済をすることについて、債務者の意思に反しており、かつ、このことを債権者が知っているときはその弁済は無効である）。

3. 弁済として引き渡した物の取戻し（民法476条関係）

現行民法 476 条は、譲渡について行為能力の制限を受けた所有者がなした物の引渡しによる弁済を取り消した場合の規律であるが、弁済は法律行為ではなく、抑々取り消しを観念できないこと、債務の発生原因となる契約等が取り消されると、債務自体が消滅すること、従来より同条の適用場面は稀であること等の指摘があり、今回仮案では、476 条の削除が提案されている。

4. 債務の履行の相手方(民法 478 条・480 条関係)

債務の履行の相手方に、弁済を受領する権限のある第三者や破産管財人のように法令上弁済受領権限を持つ受領権者が含まれることを明らかにするとともに、現行民法 478 条は「債権の準占有者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」と定めているものの、債権の準占有者という文言の意味するところが明らかではないため、仮案は「債権の準占有者」という文言を「債権者及びアに規定する第三者（以下「受領権者」という。）以外の者であって取引上の社会通念に照らして受領権者と認められる外観を有するもの」に改め、478 条をよりわかりやすい条文とすることが提案された。また、受領証書の持参人に対する弁済を定めた 480 条は、真正の受領証書の持参人を他の表見受取権者と異なった準則のもとに置くことになり、合理性を見出しがたいことから削除が提案されている。

5. 代物弁済(民法 482 条関係)

現行民法 482 条が認める代物弁済は「他の給付をしたときは」とあり、要物契約であると考えられている。仮案は判例を踏まえ、代物弁済を諾成契約として正面から認めるよう提案した。なお、中間試案で明文化が提案されていた「代物弁済契約を諾成契約としたときは、代物弁済契約が締結された後も、債権者は当初の給付を請求することを妨げられない」については、明文化を待つまでもなく認められる内容の規定であることから、仮案の提案からは削除された。

6. 弁済の方法(民法 483 条から 487 条まで関係)

仮案は、「債権の目的が特定物の引渡しである場合において、法律行為の性質又は当事者の意思によってその引渡しをすべき時の品質を定めることができないときは、弁済をする者は、その時の現状でその物を引き渡さなければならない」、「法令又は慣習により取引時間の定めのある場合には、その取引時間内に限り、債務を履行し、又はその履行の請求をすることができる」、「弁済をする者は、弁済と引替えに、弁済を受領する者に対し受取証書の交付を請求することができる」、「金銭の給付を目的とする債務について、債権者の預金又は貯金の口座に対する払込みによってする弁済は、払い込んだ金銭の額について、債権者がその預金又は貯金に係る債権の債務者に対して払戻しを請求する権利を取得した時に、その効力を生ずる」が提案されている。

特定物の引き渡しによる弁済について、法定責任説を破棄することとの関係上、中間試案は 483 条を削除する提案をしていたが、仮案は適用がありうる現状引渡義務を任意規定として復活させていること、振込の入金時に弁済効が生ずるとしていた提案について、銀行界に異論があり、仮案では、債権者が振込につき預貯金の払戻請求権（引出債権）を取得した時に弁済効が生ずるとしたことが注目される。

7. 弁済の充当(民法 488 条から 491 条まで関係)

債務者が同一の債権者に対して同種の給付を目的とする数個の債務を負担する場合に、いかなる順番でどの債務に充てるのかを定めるのが現行民法 488 条から 491 条の規律である。現在、規定はないが当事者の合意があればそれに従うこととされ、仮案も、それを原則にすることを明文化したうえで、現行の規定と同様の規律を設けるよう提案した。なお、仮案は民事執行の配当に合意充当を認めるか否かについては取り上げていない。

8. 弁済の提供(民法 492 条関係)

中間試案は、弁済の提供により債務不履行から

生ずる一切の責任が免責されるとともに、債権者は解除権を喪失する旨の規定を提案したが、仮案は、「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」と提案した。弁済の提供の効果を限定して考える立場からの提案である。

9. 弁済の目的物の供託（民法 494 条から 498 条まで関係）

仮案において、受領拒絶を供託原因とする場合は、受領拒絶に先立つ弁済の提供が必要であるとの判例理論を明示したこと、債権者の確知不能を供託原因とする場合、現行規定は債務者が無過失を主張・立証すべきとされているが、仮案では、これが債権者側の原因で発生している事例が多いことを考慮して、債権者が債務者の確知不能についての過失があることを主張・立証することとしたこと、供託に適しない物の自助売却の対象として、物の滅失、損傷の恐れのみならず、その他の事由による価格低落の恐れがあるときを加えること、弁済供託により債権者は供託物の還付請求権を取得するが、その原則が現行 498 条からは読み取れないことから、その明文化が提案された。

10. 弁済による代位

債務者ではなく第三者が弁済をした場合には、第三者は債務者に求償し得ることになるが、その際債権者が債権の効力及び担保として有していた一切の権利を債権者に代わり代位者が行使できることがあり、これを弁済による代位という。たとえば、代位により担保権が債権者から弁済者に移転することになる。正当な利益を有しない第三者による弁済についても、現行民法は、債権者の承諾があれば代位するとされるが（499 条 1 項）、債務者の意思に反しない場合には、債権者は原則として受領を拒絶できないよう、任意代位の要件から債権者の承諾を削除するよう提案した。このほか、法定代位者相互の関係について、従前の解釈が分かれていた点を明確にし、法定代位者間の公平を図ること、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できるとした判例理論とは異なる一般的規定を置くこと、債権者が代位権者に対して担保保存義務を負うことなどが提案された。

（第 24：相殺）

1. 相殺禁止の意思表示（民法 502 条 2 項関係）

現行民法 505 条 2 項本文は当事者が相殺できない旨の合意を許容する定めを置きつつ、この合意は善意の第三者に対抗することができない（同条但書）と規定している。しかし、当該内容を知ることができない第三者に不測の被害を生じさせないよう、相殺禁止の対抗はできる限りこれを認めるべきではないので、善意に加えて、無重過失を要求する通説に従い、中間試案は「善意かつ無重過失の第三者のみに対抗できない」としたが、文言上、債権譲渡制限の特約の規律と平仄を合わせるため、仮案は中間試案と同等の内容を意味する「悪意または重過失の第三者に限り、相殺禁止の合意を対抗することができる」とする明文化を提案した。

2. 不法行為債権等を受働債権とする相殺の禁止（民法 509 条関係）

現行民法 509 条は、不法行為に基づく損害賠償請求権の債務者による相殺、すなわち損害賠償請求権を受働債権とする相殺を禁止している。その趣旨は、不法行為による被害者に現実の救済を受けさせ、また、金を返さない債務者に肉体的損害を与え、腹いせに相殺するというような不法行為の誘発を防ぐためである。しかし、相殺禁止の範囲について、不法行為債権を受働債権とする相殺を一律に禁止するのはその範囲が広すぎるとの指摘があり、仮案では、相殺禁止の対象を、不法行為に基づく損害賠償のうち、故意に加えて、積極的害意を意味する「悪意」によるものに限定する一方で、被害者保護の要請の強い「人の生命又は身体の侵害に基づく損害賠償」についてもこれを相殺禁止の対象とすることが提案されている。これには、債務不履行を理由とする損害賠償請求を

も包含すると考えられている。なお、509条の相殺禁止に、一事件から生じた双方的（交差的）不法行為を含むかどうかについては、判例は相殺を否定するが、今回明文の仮案がないので解釈に委ねられる。

3. 支払いの差止めを受けた債権を受働債権とする相殺（第511条関係）

相殺と差押えの関係について、判例は差押え前に取得した債権を自働債権とするのであれば、差押え時に相殺適状にある必要はなく、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず、相殺を対抗できるという無制限説をとる。また、差押え時に具体化していないが、その発生原因が存在する債権を自働債権として相殺できるかどうかについては、民法上は明らかではなく、破産法において、破産債権者が破産手続開始時において破産者に対して債務を負担するときには破産手続に依らず相殺でき、破産債権（破産者に対して破産手続開始決定前の原因に基づいて生じた財産上の債権であって財団債権に該当しないもの）に該当するものであれば、破産手続開始の決定時に具体的に発生していなくても自働債権とすることができるとされているところから、今回の仮案では、相殺と差押えの関係について、この実務上の取り扱いを明文化し、自働債権の範囲についても、債権者間の公平がより強く求められる破産法における相殺権が民法上の相殺権よりも広いという逆転現象を是正するため、これを破産法と同レベルまで拡大して当事者の相殺の担保的機能への期待を保護することが提案されている。

具体的には「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。ただし差押え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」という実質的法改正を提案している。ここで「第三債務者」とは、差押えを受けた債権の債務者のことである。

4. 相殺の充当（民法512条関係）

複数の債権、債務が存在する中で相殺の意思表示がなされた場合の規律について、民法512条は488条ないし491条を準用するとしているが、相殺には遡及効が認められるため、そのままでは準用できない場合があることなどが指摘されている。仮案は当事者の合意があれば相殺の充当の順位はその合意に従うが、合意がない場合には、相殺適状になった順序に従うとのルールを提案し、その上で最判昭56.7.2の判例法理を基に、さらに詳細な法定充当の内容を提案している。

（第26：契約に関する基本原則）

1. 契約内容の自由

現行民法には、近代法の基本原理である契約自由の原則についての規定が存在しないことから、中間試案は法令の制限内において、「自由に契約の内容を決定することができる」を提案していたが、私的自治の原則の下、学説上、契約自由の原則には、契約を締結するかどうかの自由（契約締結の自由）、誰と契約するか（相手方選択の自由）、どのような内容の契約を締結するか（内容決定の自由）、どのように契約を締結するか（方式の自由）が含まれることから、仮案は、中間試案が示した内容決定の自由の他に、相手方選択の自由を含めた契約締結の自由及び方式の自由を明記するよう追加の提案をした。現代社会では、労働契約や借地借家契約などのように、当事者が対等の関係にあるという民法の前提が当てはまらない契約があり、中間試案及び仮案では契約自由の原則は「法令に特別の制限がある場合を除き」、「法令の制限内において」認められるものであることを条文上留保するよう提案している。

2. 履行の不能が契約成立時に生じていた場合

原始的不能を巡る理論に示されるように、契約の成立時期のわずかな違いで、それが無効になったり、有効になったりするのはいかにも価値判断を前提にして、中間試案は、「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、その効力を妨げられない」と提案した。ここで履行請求権の限界事由とは、履行を期待することに限界があるという意味であり、物理的不能をイメージさせる履行不能という用語よりも広義になると思われる。例えば深い水底に沈んだ物を引き上げることは理屈上可能であるから履行不能ではないが、費用面などを考慮すると履行の期待可能性が乏しく、履行請求の限界事由に該当する場合もあると考えられるからである。また、「効力を妨げられない」という文言だけでは、「無効とはならない」ということを意味するだけであり、どのような効果が生ずるのかが分からない。この批判を受けて、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（債務不履行）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」と提案した。ここでは「履行請求権の限界事由」という用語が「履行不能」に戻るとともに、契約が有効であることを前提として、履行請求ができない場合の代表的な効果である損害賠償請求権を取り上げている。しかし、この仮案は、履行不能が契約成立時に生じていた場合、「無効であるが、損害賠償請求だけはできる」という読み方をされてしまうおそれがある。

なお、中間試案では付随義務（契約の当事者は、当該契約において明示又は黙示に合意されていない場合であっても、相手方が当該契約によって得ようとした利益を得ることができるよう、当該契約に照らして必要と認められる行為をしなければならない義務）や保護義務（契約の当事者は、当該契約において明示又は黙示に合意されていない場合であっても、当該契約の締結又は当該契約に基づく債権の行使もしくは債務の履行に当たり、相手方の生命、身体、財産その他の利益を害しないために当該契約の趣旨に照らして必要と認められる行為をしなければならない義務）については、内容の明確性、裁判規範性に疑問が呈され、仮案では撤回されている。

さらに中間試案は、信義則等の適用に当たって

の考慮要素として「消費者と事業者との間で締結される契約（消費者契約）のほか、情報の質及び量並びに交渉力の格差がある当事者間で締結される契約に関しては、民法1条2項及び3項その他の規定の適用に当たって、その格差の存在を考慮しなければならない」と提案したが、弱者保護規定を民法に持ち込むことに経済界が強く反対し、撤回された。しかし、弱者が一義的に明確になる労働法のようなものは特別法による対処で問題は少ないが、すべての人が消費者になり得る消費者契約については民法に組み込むべきではないかとの意見も根強い。

加えて、中間試案が提案した「契約交渉の不当破棄」及び「契約締結過程における情報提供義務」についても、それぞれ判例の柔軟な解釈に委ねられるべきこと、情報提供義務違反の要件を固定化すべきではないこと等の理由から、いずれも仮案では取り上げないこととされた。

（参考：契約締結過程における情報提供義務）

ここで「契約締結過程における情報提供義務」について、現段階で、立法化の熟度が低いことを示唆する最判平23.4.22を説明しよう。判決の骨子は以下の通りである。

「契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為による賠償責任を負うことがあるのは格別、当該契約上の債務の不履行による賠償責任を負うことはないというべきである」、「なぜなら、上記のように、一方当事者が、信義則上の説明義務に違反したために、相手方が本来であれば、締結しなかったはずの契約を締結するに至り、被害を被った場合には、後に締結された契約は、上記説明義務違反によって生じた結果と位置づけられるのであって、上記説明義務をもつて、上記契約に基づいて生じた義務であるということは、それを、契約上の本来的な

債務と言うか付随的債務と言うかにかかわらず、一種の背理であると言わざるを得ないからである。契約締結の準備段階においても、信義則が当事者間の法律関係を規律し、信義則上の義務が発生するからといって、その義務が当然にその後に締結された契約に基づくものであるということにならないことは言うまでもない」、「このように解すると、上記のような場合の損害賠償請求権は不法行為により発生したものである・・・」

この判決では、契約前の説明義務が信義則上生ずるにしても、その説明義務は即、契約上の説明義務とはならないことから、債務不履行責任は発生せず、生ずるとすればそれは不法行為責任であると判示している。契約締結段階における情報提供義務に係る債務不履行説は上記の判例の通り、未だ固まっていけないのであり、立法による具体化は時期尚早というべきであろう。

(第 27 : 契約の成立)

1. 申込みと承諾

現行民法には契約の「申込み」の意思表示と「承諾」の意思表示の合致によって契約が成立するという契約の大原則に関する規定がない。中間試案では、「契約の申込みに対して、相手方がこれを承諾したときは、契約が成立する」、「上記の申込みは、それに対する承諾があった場合に契約を成立させるに足りる程度に、契約の内容を示したものであることを要する」と提案した。仮案では「契約は、契約の内容を示してその締結を申し入れる意思表示（以下「申込み」という。）に対して相手方が承諾したときに成立する」として、申込みの定義規定の提案は撤回された。実務上は、契約の「申込み」に該当するのか、それとも、募集広告のように、「申込みの誘引」に過ぎないのかが問題になるが、それは解釈に委ねられることになる。

2. 承諾の期間の定めのある申込み（民法 521 条 1 項・522 条関係）

申込みには、承諾期間を定めてする場合（民法 521 条）と承諾期間を定めないでする場合（民法

524 条）とがあり、現行民法では、前者の場合、申込みを撤回することができないと定めている。しかし学説上、承諾期間を定めた場合でも、申込者が撤回権を留保して申込みをすることは許されと考えられており、中間試案及び仮案では撤回権を留保することができる明文規定を設けるよう提案された。なお承諾期間内に承諾の通知を受けなければ申込みは効力を失うという 521 条 2 項の規律はそのまま維持される。

ところで 522 条は、承諾期間の定めのある申込みについて、承諾期間内に承諾の意思表示が到達しなかった場合（延着の場合）の規律を定めており、承諾期間内に承諾の通知を受けなかった場合には申込みは効力を失うのが原則であるが、申込者が承諾の到達前に「延着の通知」を発した場合を除き、通常であればその期間内に到達するはずの時期に発送がなされたものであることを申込者が知ることができるときは、遅滞なく「延着の通知」を発しなけばならず、これを怠った場合には承諾の通知は延着しなかったとみなされ、契約が成立すると規定している。しかし、延着の通知に関する申込者の対応により契約の成否が左右されることは合理的ではないため、現行民法 526 条 1 項を削除し、承諾の意思表示についても到達時に効力を生ずるという一般原則（民法 97 条 1 項）によることになるよう、522 条を削除することが提案されている。

3. 承諾の期間の定めのない申込み（民法 524 条関係）

現行民法 524 条は承諾期間を定めない隔地者間での申込みについて、相当の期間を経過するまでは撤回できないと定めている。もっとも学説上、申込者が撤回権を留保して申込みをすることは禁止されていないと考えられていることから、中間試案及び仮案は、承諾期間の定めのない申込みについても、反対の意思表示をしたときは撤回できることを明文化するよう提案されている。なお、このような考え方は隔地者に限る必要はないことから、「隔地者」という文言は削除されることにな

る。また、中間試案の「承諾の期間の定めのない申込みは、申込みの相手方が承諾することはないと合理的と考えられる期間が経過したときは、効力を失う」という相手方の承諾適格の消滅についての提案は、仮案では撤回されており、解釈に委ねられる趣旨とみられる。

4. 対話者間における申込み

現行民法には対話者間に関する規定がない。しかし、承諾期間を定めない対話者間での対話継続中は、申込みを受けた者が承諾するか否かを判断するための準備が必要とは考えにくく、相手方の反応を見ながら新たな申込みを行うなど、柔軟に対応されること等から自由に撤回を認めることが合理的である。そこで中間試案とほぼ同義でこれを具体化した仮案では、「承諾の期間を定めないで対話者に対してした申込みは、その対話が継続している間は、いつでも撤回することができる」とし、「申込者がその申込みに対して対話が継続している間に承諾の通知を受けなかったときは、その申し込みは効力を失う。ただし、申込者が対話の終了後もその申込みが効力を失わない旨を表示したときは、この限りではない」との規律が提案されている。

5. 申込者の死亡等（民法 525 条関係）

現行民法 97 条 2 項は隔地者間の意思表示は、表意者が通知を発した後に死亡しあるいは行為能力を喪失した場合でも意思表示は効力を失わない旨を定めている。しかし中間試案及び仮案は、現行 97 条 2 項に沿い、申込みの意思表示の通知後に死亡・意思無能力や制限行為能力者となっても申込みの意思表示は有効であるという枠組みは維持しつつも、申込者がその事実が生じたとすればその申込みは効力を有しない旨の意思を表示したとき、又はその相手方が承諾の通知を発するまでに、その事実が生じたことを知ったときは、その申込みは効力を有しないことを定めるよう提案されている。

6. 契約の成立時期（民法 526 条 1 項・527 条関係）

民法 97 条 1 項によれば、隔地者間の意思表示は、相手方に到達した時からその効力を生ずる。もっとも、現行民法 526 条 1 項は、隔地者間の契約の成立時期について、承諾の通知を発した時に成立するとしている。これは契約の成立を早期に認めることにより、取引の迅速化に資することが企図されたからだとされている。このような発信主義的な考え方に関して、承諾の意思表示の発信後、到達前に申込みの撤回の意思表示がなされた場合の取り扱いについて、解釈上の争いがあったため、現行民法 527 条を設けることにより、承諾者が、通常の場合には、その前に到達すべき時に発信したものであることを知ることができるときは、遅滞なく、申込者に対してその延着を通知しなければならず、延着の通知を怠ったときは、契約は成立しなかったものとみなすこととされている。

しかし通信手段の飛躍的発達があり、隔地者間の承諾の意思表示について発信主義を維持する必要性はないとの考え方が有力になっていることから、中間試案及び仮案は発信主義の例外を定める 526 条 1 項及びこれを前提とする 527 条を削除することを提案している。これにより、契約は承諾が申込者に到達した時に成立することになる。

7. 懸賞広告

ある行為をした者に一定の報酬を与える旨の広告を「懸賞広告」という。懸賞広告者は、その行為をした者に報酬を与える義務を負う。そこで、懸賞広告が存在することを知らずに対象行為をした者に報酬請求権があるかどうかについて争いがあり、中間試案及び仮案は広告の目的が達せられた以上は報酬をあたえるべきであるという通説的理解に従い、「その行為をした者がその広告を知っていたか否かに関わらず、その行為をした者に対してその報酬を与える義務を負う」と提案した。

次に、現行民法には懸賞広告がなされた場合の有効期間についての定めがないので、期間の定めのない懸賞広告が何時まで効力を持つのが不明確であった。そこで、中間試案及び仮案は「期間

を定めてした広告は、その期間内に指定した行為を完了する者がいないときは、その効力を失う」と、また、「指定した行為をする期間を定めなかった広告は、指定した行為の内容その他の事情を考慮して相当な期間内に指定した行為を完了する者がいないときは、その効力を失う」という明文化が提案されている。

現行民法 530 条は、懸賞広告は原則として撤回できるとしつつ、期間の定めがある場合は懸賞広告者は撤回権を放棄したものと推定している。しかし、放棄の推定という規律では法律関係が不明確かつ不安定であるため、中間試案及び仮案では、「懸賞広告者は、その指定した行為をする期間を定めた場合には、その広告を撤回することができない。ただし、その広告において撤回をすることができるものとしたときは、この限りでない」、「懸賞広告者は、その指定した行為をする期間を定めなかった場合には、その指定した行為を完了する者がいない間は、その広告を撤回することができる。ただし、その広告中に撤回しない旨を表示したときは、この限りでない」を提案した。

更に現行民法 530 条 1 項は撤回の方法として「前の広告と同一の方法」によることを求めるが、撤回を知った者に対してのみ効力を有するという規律さえ設けておけば、撤回の方法を「前の方法と同一のものとする」という原則を定めておく必要は必ずしもないことから、中間試案及び仮案は「広告の撤回は、前の広告と異なる方法によってした場合は、これを知った者に対してのみ、その効力を有する」との提案を行っている。

（第 28：定型約款）

平成 26 年 8 月段階の仮案の「第 28：定契約款」には、全体に「P」（P は Pending=「未定」、「保留」、「先送り」の意）と記載され、内容は示されず、引き続き検討対象であるという状況が平成 27 年 1 月 20 日まで続いた。当日、法制審議会民法（債権関係）部会に提出された要綱仮案と昨年 8 月 26 日に同部会に提案されていた未承認の仮案とを比べると、今回の定契約款は不特定多数の者を相手

方として行う取引であることが独立の要件として位置付けられた（それまでは例示としての位置付けであった）定型約款の定義に関する提案を除けば、内容的には昨年 8 月段階のものがほぼそのまま踏襲されている。ここでは合意形成に多大の時間と労力を要した法制審議会民法（債権関係）部会での中間試案後の論点を追うのは不可能であるので、1 月 20 日段階の仮案に示された 4 事項、すなわち①定型約款、②定型約款による契約の内容の補充、③定型約款の内容の表示、④定型約款の変更、のそれぞれの提案内容を掲げた上、何点かについてコメントする。なお、この原稿の締め切り日である 2 月 10 日に開催された法制審議会民法部会において、最終改正要綱案に定型約款が内容の大きな変更を伴わずに盛り込まれることは確定したが、同日現在、提案自体の詳細は明らかになっていない。しかし、以下の 1. 中の「契約の内容を補充する」、2. 中の（いわゆる不当条項を）「含まない」について文言修正が、及び 4. 中の（定型約款の変更について）「書かなくとも変更できる」旨の規定が加えられる可能性が指摘されている。後日フォローアップが必要である。

1. 定型約款

仮案の提案は以下のとおりである。

「定型約款とは、定型取引（ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものをいう。以下同じ。）において、契約の内容を補充することを目的としてその特定の者により準備された条項の総体をいう」

仮案では、定契約款の定義として、①不特定多数の者を相手方として行う取引で、その内容の全部又は一部が画一的であることが双方にとって合理的なものであること、②契約の内容を補充することを目的としてその特定の者により準備されるものであること、という 2 つの要件を挙げている。なお、「補充」とあるのは、定型契約が契約の内容になるという意味であり、契約の一部であるとい

ってもよいであろう。

事業者間取引や労働契約が定型約款に含まれないことについては、事業者間契約は、相手の個性に着目する場合が少なくないこと（不特定多数を相手方としていないこと）、契約内容が画一的である理由が単に交渉力の格差によるものであるときには、相手方にとっては合理的なものだとは言えないと考えられること、契約内容を十分に吟味するのが通常の場合には、「契約内容を補充する」目的があるとは言えないことから、基本的には定約款の定義に該当しないと考えられる。また、労働契約についても、相手方の個性に着目して締結されるものであり、不特定多数の者を相手にするという要件を満たさないため、定型約款には含まれないことが明瞭である。この定型約款の定義に該当するものであるか否かにより、以下の2~4の規律の対象となるかどうかが決まることになる。

2. 定型契約による契約の内容の補充

仮案の提案は以下のとおりである。

「(1) 定型取引を行うことの合意 (3 において「定型取引合意」という。) をした者は、次に掲げる場合には、定型約款の個別の条項についても合意したものとみなす。

ア 定型約款によって契約の内容を補充することを合意したとき。

イ 定型約款を準備した者 (以下「定型約款準備者」という。) があらかじめその定型約款によって契約の内容が補充される旨を相手方に表示していたとき

(2) (1) の条項には、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、当該定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして民法第一条第二項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものは、含まないものとする」

仮案の上記 2. (1) では、定型契約によって契約の内容が補充されるための要件、つまり定型約款の個別の条項について合意したものとみなされて、定型約款が契約の内容となるための要件を示

している。定型約款が契約の内容になるためには、定約款を契約の内容とすることの合意若しくはその合意があったとみなされる何らかの行為などが必要とされ、具体には上記 2 (1) のア又はイを満たす場合に、定型約款によって契約の内容が補充されるための要件、つまり定型約款の個別の条項についても合意したものとみなされて、定約款が契約の内容となるのである。

なお、旅客鉄道事業に係る旅客運送の取引等について、定型約款準備者が当該定型約款によって契約の内容が補充されることをあらかじめ公表していたときも、当事者がその定型約款の個別条項について合意したものとみなす旨の特例規定を民法とは別途に設けることについては、(1) イの表示すら困難である取引のうち、取引自体の公共性が高く、定型約款による契約内容の補充の必要性が高いものであれば、厳格に表示を要求することなく定型約款の内容を契約内容にすることは、かえって利用者の利益にも資すると考えられる。このため、この特例については仮案の提案としては取り上げていないが、民法の一部改正法の施行に伴う整備法の中で改正が行われる旨が仮案補足説明に述べられている。

次に 2 (2) は、2 (1) ア又はイの要件を満たしたとしても、例外的にある条項については合意があったとはみなされず、その条項は契約内容にはならないものとして、「民法 1 条 2 項に規定する基本原則 (いわゆる信義則) に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるもの」を提案している。

3. 定型約款の内容の表示

仮案の提案は以下のとおりである。

「(1) 定型取引を行い、又は行おうとする定型約款準備者は、定型取引合意の前又は定型取引合意の後相当の期間内に相手方から請求があった場合には、遅滞なく、相当な方法で当該定型約款の内容を示さなければならない。ただし、定型約款準備者がすでに相手方に対して定型約款を記載した書面を交付し、又はこれを記録した電磁的記録を提

出していたときは、この限りでない。

(2) 定型約款準備者が、定型取引合意の前において

(1) の請求を拒んだときは、2の規定は、適用しない。ただし、一時的な通信障害が発生した場合その他正当な事由がある場合は、この限りでない」

定型約款準備者は、定型取引合意の前又は定型取引合意の後相当の期間内に、相手方から請求があった場合には、遅滞なく、相当な方法で当該定型約款の内容を示さなければならないが、その例外として、既に定型約款を記載した書面を交付した場合、又はこれを記録した電磁的記録を提供した場合を提案している。3(2)では定型約款準備者が、正当な事由なくして、定型取引合意の前における相手方からの開示請求を拒絶した場合は、定型約款は契約の内容とならないことが提案されている。

4. 定型約款の変更

仮案の提案は以下の通りである。

「(1) 定型約款準備者は、次に掲げる場合には、定型約款の変更をすることにより、変更後の定型約款の条項について合意があったものとみなし、個別に相手方と合意をすることなく契約の内容を変更することができる。ただし、定型約款にこの4の規定による定型約款の変更をすることができる旨が定められているときに限る。

ア 定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき

イ 定型約款の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、定型約款に変更に関する定めがある場合にはその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき

(2) 定型約款準備者は、(1)の規定による定型約款の変更をするときは、その効力の発生時期を定め、かつ、定型約款を変更する旨及び変更後の定型約款の内容並びに当該発生時期をインターネットの利用その他の適切な方法により周知しなければならない。

(3) 定型約款準備者は、(1)イの規定による定型約款の変更をするときは、(2)の時期が到来するまでに(2)による周知をしなければ、定型約款の変更は、その効力を生じない」

この4では、(1)で個別の同意なく定型約款を変更できる場合を限定し、(2)実際に変更する場合に行うべき行為を提案している。(3)は例外的に効力を生じない場合の提案である。実際に変更を行うためには定款変更はこの4の規定により

「定型約款の変更をすることができる」旨が定められていなければならないので注意を要する。また、4(2)では、定型約款を変更する際には、定型約款の変更の効力の発生時期を定めた上で、「定型約款を変更する旨」、「変更後の定型約款の内容」、「当該発生時期」の3項目をインターネットの利用その他の適切な方法により周知しなければならないことが提案されている。4(3)では、4(1)イの場合に定款を変更するときは、4(2)で定めた定型約款の変更の効力発生時期より前に、4(2)による周知をしなければ変更の効力は生じないことが提案されている。

なお、施行日時点で既に締結されている契約に係る定型約款で、定契約款を変更することができる旨の定めがないものについては、新たに設けたルールを適用することが取引の当事者双方の利益に資すると考えられるため、施行法改正前に締結された契約であっても、改正法施行後に変更しようとする場合についての経過措置を設けて措置することが提案されている。

5. 消費者契約法との関係

ところで、消費者契約において、事業者によって用いられる契約条件の多数が約款と評価できることから、我が国においては、消費者契約法が定款を規制する特別法として機能しているといえることができる。同法は、8条(事業者の損害賠償の責任を免除する条項の無効)、9条(消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項の無効)、10条(消費者の利益を一方的に害する条項の無効)により、約款の無効を規律している。特に10条は「民法、

商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場面と比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする」と定める。事業者間の約款などは消費者契約法に吸収できない問題が残るにしても、民法に約款に関する条文を組み込む前に、消費者契約法の再整備を行うことの方が優先課題である。民法に消費者契約法を組み込むことは民法を変質させることになるので慎重に考えるべきである。最後に、日本経済団体連合会が中間試案に対して示した約款に関する見解を参考のため掲げておく。

（参考：日本経済団体連合会が中間試案に対して示した約款に関する見解（2013年6月11日））

「今般の提案は、様々な取引において用いられる約款が拘束力を有する根拠を民法に規律する目的から提案されていると理解しているが、現在行われている取引において、約款が用いられているから取引の安定性に疑義が生じているとは認識していない。約款を巡って問題になる場合であっても、争われるのはもっぱら個々の条項の当否であって、約款そのものの法的拘束力が争われているわけではない。約款に関する規制が必要な分野に関してはすでに各種業法において規律がなされている。また、消費者との関係においては消費者契約法がすでに不当条項に関する規律を置いており、単に約款を用いた取引の法的安定性を確保するためだけに民法に抽象的に約款に関する規律を設ける必要性はない。現在各種業法に規律がなく、現状として約款に関する紛争が生じている場合があるのであれば、当該取引の具体的な態様、生じている問題点に着目して具体的な立法事実在即して特別法等で対応を検討した方がより問題の解決に資する。民法に約款に関する規律を設けることに強く反対する」¹

¹ なお、中間試案では「定型約款」の後に「契約の解釈」という項があり、しばしば判決に登場する「当事者の

（第29：第三者のためにする契約）

1. 第三者のためにする契約の成立等（民法537条関係）

第三者のためにする契約とは、当事者甲・乙の合意で、その一方当事者乙は、第三者丙に対して履行債務を負担する契約を言う。甲が乙に商品を売却し、乙はその代金を丙に支払う場合がその例である。この場合、甲を要約者、乙を諾約者、丙を受益者と呼ぶ。現行民法537条1項は、「契約により当事者の一方が第三者に対しある給付をすることを約したときは、その第三者は、債務者に対して直接にその給付を請求する権利を有する」と定め、同条2項は「前項の場合において、第三者の権利は、その第三者が債務者に対して同項の契約の利益を享受する意思表示した時に発生する」と規定しており、この規律は、引き続き維持されるが、第三者のためにする契約締結時に第三者が存在しなかったり、第三者が特定されなかったりした場合に、当該契約は有効なのかが論点であった。この点について、最判昭37.6.26に従い、中間試案を受けた仮案は「民法537条1項の契約において、その締結時に第三者が現に存しない場合又は第三者が特定していない場合においても、その契約は、そのために効力を妨げられない」との規律を付け加えることを提案した。

2. 要約者による解除権の行使（民法538条関係）

合理的意味」解釈をめぐり、「契約の内容について当事者が共通の理解をしていたときは、契約は、その理解に従って解釈しなければならない」、「契約の内容についての当事者の共通の理解が明らかでないときは、契約は、当事者が用いた文言その他の表現の通常の意味のほか、当該契約に関する一切の事情を考慮して、当該契約の当事者が合理的と考えれば理解したと認められる意味に従って解釈しなければならない」、「上記によって確定できない事情が残る場合において、当事者がそのことを知っていれば合意したと認められる内容を確定することができるときは、契約は、その内容に従って解釈しなければならない」が提案されていたが、裁判官による評価に係わる問題であり、その提案の有用性を疑問視する意見もあり、仮案では取り上げないことされた。

第三者のためにする契約において、第三者の期待を保護するため、第三者が受益の意思表示をした後は第三者の権利は確定し、契約当事者がその後自由にその内容を変更することは許されない(538条)。この規律に関連して、諾約者に債務不履行が存したときに、要約者は第三者の承諾なしに契約を解除できるのかどうかについて学説上の争いがあるが、第三者の承諾なしには解除できないのが通説とされている。そこで中間試案及び仮案では、現行538条の規定に「537条の規定により第三者の権利が発生した後に、債務者がその第三者に対する債務を履行しない場合には、同条1項の契約の相手方は、その第三者の承諾を得て、契約を解除することができる」を追加記載するよう提案している(ここで債務者=諾約者、契約の相手方=要約者となる)。

(第30: 売買)

総論

今回の債権法改正案は「契約の当事者は何を合意したのか」を中心に契約法を再編成するという考え方をとっている。すなわち、契約の内容に適合するものであるか否かは、契約の内容を踏まえて、目的物が有すべき種類、品質を確定した上で、引き渡された目的物が当該あるべき種類、品質に適合しているか否かについての客観的、規範的判断に帰着する。その結果、伝統的な不能概念を排除して、①契約成立時に履行請求権の限界事由があっても、契約は有効に成立する、②一旦成立した契約上の債権・債務は、弁済等がない限り消滅しない、③双務契約で、履行請求権の限界事由が生じたときも、反対給付の履行の可否は、解除により解決する、④解除の要件としては、例えば、契約目的の不達成があり、債務者の帰責事由は要求しない、⑤債務不履行も、債務者の帰責事由を前提とせず、債務の不履行が「契約によって引き受けていなかった事由による」ときは、損害賠償義務を免れる、⑥危険負担を廃止して解除制度に吸収する、⑦売買契約に関しては担保責任を廃止して債務不履行責任に吸収する、などが提案され

ていた。

要綱仮案を見ると、不能概念が残され、債務不履行は帰責事由が要件とされ、損害賠償の範囲は判例の条文化ではなく、「予見することができた」が「予見すべきであった」に変わっただけでほぼ現行のままである。危険負担も536条が残り、帰責事由を前提としない解除への一本化もできなかった。

売買に関する規定は契約各則の売買の規定にとどまらず、債権総則や契約総則の多くの規定に関連があり、仮案における全体像をうまく説明することはなかなか難しい。ここでは売主の担保責任が債務不履行責任に一元化されることを強調しておく。すなわち、現行法では一般の債務不履行責任とは異なる要件の下で、担保責任に基づく解除権や損害賠償請求権が規定され、異なる二つの責任体系が併存しているが、仮案では、引渡された目的物が契約に適合しない場合について、特定物売買、不特定物売買の区別なしに、損害賠償または解除という債務不履行に関する一般規定の適用があり(第30.5)、引渡された目的物に不適合がある場合に、その状況に適した買主の救済方法(引渡し後の履行請求としての追完請求権と代金減額請求権)(第30.4、5)が提案される。ここでとくに留意すべきは、特定物売買と不特定物売買とで適用上の区別がないことであり、特定物についても目的物の種類、品質が契約の合意の対象となることが前提となっている。瑕疵担保責任に関し、特定物売買では債務不履行は発生しないという売主の無過失責任に立脚する法定責任説が明確に否定される結果、特定物売買でも、目的物の品質・性状が合意の対象であり、そのまま引き渡せばよいというものではなくなるのである。契約責任説に立つと、現行民法570条の場合にも、売主は帰責事由がなければ、債務不履行責任を免れるとともに、帰責事由がある場合の損害賠償の対象は従来の信頼利益から履行利益にまで広がる。また、担保責任の追及に当たり、買主は善意無過失である必要はなく、従って目的物の瑕疵が隠れていなくとも、担保責任の追及が可能となる。すなわち、

契約不適合という視点で担保責任を見るため、「隠れた瑕疵」という要件は必要とされず、「質的瑕疵」と「量的瑕疵」の区別、「物の瑕疵」と「権利の瑕疵」の区別もなくなり、瑕疵担保は、契約内容への不適合に一元化される。

各論

1. 手付（民法 557 条関係）

手付とは、契約締結の際に、当事者の一方から相手方に交付される金銭その他の有価物を言う。手付は、本体たる契約とは別個の従たる契約であり、要物契約であるとされる。手付には大きく3種類がある。第一は証約手付。本体たる契約の成立を示す手付であればすべてこの性質を持つ。第二は違約手付。契約上の債務を履行しない場合に没収される。損害賠償の予定としての手付と違約罰としての手付に分かれる。後者は債務不履行の場合に当然没収され、債務不履行による損害賠償はこれとは無関係に請求できる。第三は解約手付。両当事者が解除権を留保し、それを行行使した場合に損害賠償額となるものを言う。第二、第三の手付は当事者の合意によって決まる。現行民法 557 条 1 項の規定により、特段の合意がない限り、手付は解約手付と推定される。そして、買主は手付を放棄して、売主はその倍額を償還して契約を解除することができる。しかし当事者の一方が履行に着手した後に手付の放棄・倍返しにより解除ができるとすると、相手方の地位が不安定となり、不測の損害を被ることになりかねない。そこで現行民法は手付の放棄・倍返しによる解除は、当事者の一方が履行に着手したときまで可能と定めている。最判昭 40. 11. 24 は「解除権を行行使する当事者は、たとえ履行に着手していても、自らその着手に要した費用を犠牲にして、さらに手付を放棄し又はその倍額を償還しても、なおあえて契約を解除したいというのであり、それは元来有している解除権を行行使するものに他ならないばかりでなく、これがため相手方には何らの損害を与えないのであるから、右 557 条 1 項の立法趣旨に徴しても、かような場合に解除権の行使を禁止すべき理

由はなく、また、自ら履行に着手したからといって、これをもって、自己の解除権を放棄したものと擬制すべき法的根拠もない」と判示し、自ら履行に着手した当事者は、相手方が履行に着手するまではなお解除をすることができると解されている。

そこで、中間試案及び仮案は、自ら履行に着手していても相手方が履行に着手するまではなお解除することができるとする上記判例の考え方を明文化するよう提案している。ここで手付の放棄・倍返しは「現実に提供する」ことを要することに留意が必要である。そこで中間試案及び仮案は現行民法の手付に関する「買主は手付を放棄し、売主はその倍額を償還して」という用語について「現実に提供して」に改めるよう提言している。

2. 売主の義務

中間試案は売主の義務について詳細な規定を提案した。買主への財産権の移転義務、目的物の引渡義務、対抗要件具備協力義務のほか、契約の趣旨（種類、品質、数量）に適合する目的物の引渡義務、契約の趣旨に適合しない地上権、抵当権等の負担のない又は法令の制限がない権利の移転義務、他人物売主の権利の取得・引渡義務である。しかし、仮案は「他人の権利（権利の一部が他人に属する場合における当該権利の一部を含む。）の売買を目的としたときは、売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負う」、「売主は、買主に対し、登記、登録その他の売買の目的である権利の移転を第三者に対抗するために必要な行為をする義務を負う」という提案のみを行い、現行民法 560 条をこれに位置づけること、権利の一部が他人に属する場合もこれに含むことを明示する一方、契約の趣旨に適合する目的物の引渡義務及び契約の趣旨に適合しない法令に係る制限を持たない完全な権利の移転義務については、他の追完義務等の規定で足りるとして提案の内容から削除した。しかし、追完義務は引渡のあった後の問題であり、ここに上記の規律を別途明示しておくべき必要性は高いと思われる。

なお、中間試案では「売主の義務」とは別に、「買主の義務」として「代金支払義務、目的物受領義務」の規定が提案されていたが、仮案ではこれらの規定が提案されていない。おそらく判例理論の理解に争いがあり、買主の受領義務を現段階で一般化するのは難しいと考えられたためである。

3. 売主の追完義務

契約責任説は、瑕疵ある特定物の引渡では、売主は債務を完全には履行していないと考えるので、買主は追完請求ができるという結論になる。中間試案は、「引渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の趣旨に適合しないものであるときは、買主は、その内容に応じて、売主に対し、目的物の修補、不足分の引渡し又は代替物の引渡しによる履行の追完を請求することができる。ただし、その権利につき履行請求権の限界事由があるときは、この限りでない」と提案し、仮案はこれとほぼ同趣旨の柱書に、帰責事由のある買主の救済を否定する但書きを加えて、「引渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の趣旨に適合しないものであるときは、買主は、その内容に応じて、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる。ただし、その不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、この限りでない」を提案した。

追完の方法については、先ずは買主に追完請求を認めつつ、中間試案は「売主の提供する履行の追完の方法が買主の請求する方法と異なる場合には、売主の提供する方法が契約の趣旨に適合し、かつ、買主に不相当な負担を課するものでないときに限り、履行の追完は、売主が提供する方法によるものとする」を提案したが、仮案は「本文の規定にかかわらず、売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる」として、売主が提供する方法に係る要件を「買主に不相当な負担を課するものではない」ことのみとするよう提案した。例えば、買主が修補請求

したときでも、代替品の給付の方が安価であり、かつ、買主に不相当な負担を課するものでなければ、売主は代替品の給付により追完を行う場合もあるということである。

仮案の提案全体をもう一度記すと、

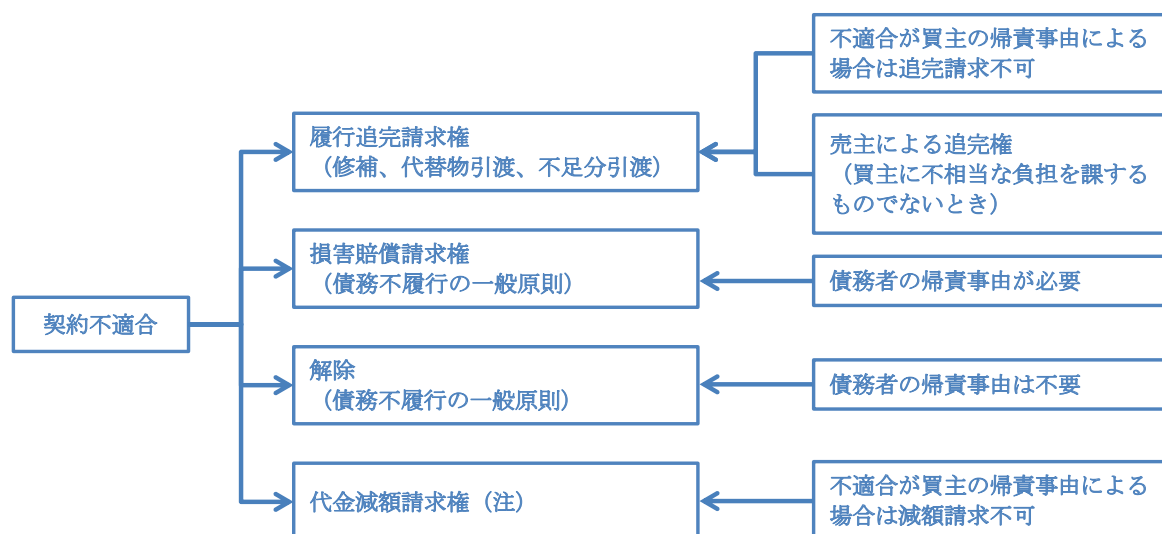
「(1) 引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、目的物の修補、代替物の引き渡し又は不足分の引き渡しによる履行の追完を請求することができる。ただし、売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる、

「(2) (1) の不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、買主は、(1) の規定による履行の追完の請求をすることができない」である。

4. 買主の代金減額請求権

現行民法 563 条 1 項は権利の一部が他人に属する場合に、565 条は数量不足・一部滅失の場合に、不足する部分の割合に応じた代金減額請求権を認める。他方、特定物の瑕疵の担保責任について 570 条は解除権・損害賠償請求権（これは、債務不履行によるものではなく、対価的均衡を回復するための損害賠償として位置づけられている）を定めるものの、代金減額請求権は認められていない。その理由は、質的不適合の場合、減額すべき代金の算定が困難だからであるといわれている。仮案では売買の対価的均衡を認めるための代金減額請求権は、数量不足の場合のみならず、目的物の瑕疵・性状に契約不適合がある場合にも認めるのが相当であるとの立場から、「目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものである場合において、買主が相当の期間を定めて履行の追完を催告し、その期間内に履行の追完がないときは、買主はその不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができる」旨の明文を置くことが提案されている。なお、代金減額請求権は請権と称されるものの、実態は形成権と解すべきも

図表 2 要綱仮案(第30, 3. 4)における契約不適合の場合の買主の救済手段



- (注)・買主が相当の期間を定めて履行の追完を催告をし、その期間内に履行の追完がないときに代金減額請求権を行使できる。
 ・ただし、①追完不能、②追完拒絶、③定期行為における不履行、④催告をしても追完を受ける見込みがないことが明らかであるときは、催告は不要。

のである。

中間試案では引渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の趣旨に適合しないものである場合において、売主の帰責事由がなくとも、買主はその不適合の程度に応じて代金の減額を請求できることとし、代金の減額請求権を行使する際には、相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、追完権（追完に代わる損害賠償請求を含む。）及び解除権を放棄する旨の意思表示と同時に、代金減額請求権を行使することができるとしていたが、値引きの交渉過程で、追完権・解除権を放棄する意思表示を要求するのは問題だとする中間試案のパブリック・コメントを踏まえ、仮案ではまず追完権（追完に代わる損害賠償請求を含む。）を、次いで代金減額請求権を認めている。なお代金減額請求権と解除権とは矛盾するので両立はできない。また上記催告を要しない場合として、「履行請求権の限界事由があるとき」及び「売主が履行追完意思のない旨を表示したことその他の事由により売主が履行の追完をする見込みがないことが明確であるとき」と提案した。仮案では、帰責事由のある買主の救済を否定する提案を追加するとともに、催告を要しない場合として、上記二項目に加え、

「定期行為」及び「買主が追完の催告をしても履行の追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき」の二項目が追加された。これは、代金減額請求権が法的には一部解除と同等の機能を営むので、解除の要件と平仄を合わせる規律が提案されたためである。仮案により、種類、品質、数量に関して契約に適合しない物の引渡しがなされた場合に、売主に帰責事由があれば債務不履行責任が生じる一方、売主に帰責事由がない場合の買主の救済手段として、代金減額請求権が意義を持つことが明確になった。以上をまとめた仮案の代金減額請求権に関する提案を再整理すると以下のとおりとなる。

「(1) 引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものである場合において、買主が相当の期間を定めて履行の追完を催促し、その期間内に履行の追完がないときは、買主は、その不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができる」、

「(2) (1) の規定に関わらず、次に掲げる場合には、買主は、(1) の催告をすることなく、直ちに代金の減額を請求することができる。ア 履行の追完が不能であるとき、イ 売主が履行の追完を

拒絶する意思を明確に表示したとき、ウ 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、売主が履行をしないでその時期を経過したとき、エ アからウまでに掲げる場合のほか、買主が(1)の催告をしても履行の追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき、

「(3)(1)の不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、買主は(1)及び(2)の規定による代金の減額を請求することができない」

5. 損害賠償の請求及び契約の解除

最終の仮案では、中間試案になかった「3及び4の規定は、第11の1及び2の規定による損害賠償の請求並びに第12の1から3までの規定による解除権の行使を妨げない」との規定により、代金減額請求権が行使された場合には、これと両立しない損害賠償請求権や解除権を行使することができる旨を定めるものではないことを明らかにするよう提案している。

6. 権利移転義務の不履行に関する売主の責任等

中間試案及び仮案では民法561条から567条まで(565条(数量不足等)及び期間制限に関する規律を除く。)についての規律を改めることを提案する。現行民法561条が他人物売買について、563条が権利の一部が他人に属する場合の担保責任について、566条が地上権等がある場合の担保責任について、567条が抵当権等がある場合の担保責任について定めている。これらは目的物の権利の欠缺・瑕疵に対する売主の担保責任と位置づけられる。中間試案ではこれらをまとめた規律の定立及び売主の解除権の削除が提案されたが、仮案は契約不適合物に対する規定の準用により、「3～5までの規定は、売主が買主に移転した権利が契約の内容に適合しないものである場合(権利の一部が他人に属する場合においてその権利の一部を移転しないときを含む。)について準用する」として、

権利担保責任・権利瑕疵責任についても、債務不履行一般の規律としての追完請求、損害賠償請求・解除に加えて代金減額請求ができることを明文化することが提案されている。なお、売主が買主に権利の全部を移転しない場合は、単純な債務不履行の場面であり、債務不履行の一般則をそのまま適用すれば足りると考えられることから、全部を移転しない場合の規律を文言からは除外することが提案された。

7. 買主の権利の期間制限

中間試案は、民法570条の物の瑕疵担保責任に係わる期間制限について消滅時効の一般原則とは別の期間制限を廃止する甲案と消滅時効の一般原則に加え契約不適合の事実を知った時から1年以内に不適合の通知を買主が売主にしないと失権する(売主が悪意・重過失の場合を除く。)乙案を提案した。仮案は乙案をベースに種類又は品質に関する不適合に限定して(数量不足等は一般規定による)買主の権利の期間制限を提案した。具体的には「売主が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない目的物を買主に引渡した場合において、買主がその不適合の事実を知った時から1年以内に当該事実を売主に通知しないときは、買主は、その不適合を理由とする履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。ただし、売主が引渡しの際にその不適合を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでない」とした。

現行570条の期間制限を維持する理由としては、売主の地位を長期間不安定にしない必要があること(契約の趣旨に適合した目的物を引き渡し、履行が完了したと考える売主を保護する必要があること)、物の瑕疵の有無は目的物の使用や時間の経過による劣化等により比較的短期間で判断が困難となることから、長期間経過後に通知を受けて、売主が多大なコストを負担して追完を余儀なくされることを防ぐ必要があることである。現行法が1年の期間制限を定めているところ、これを債権の消滅時効の一般原則にゆだねてしまうと、急激

な現状変更になることも考慮された。なお、買主が採るべき対応としては「不適合の事実を知った時から1年以内に当該事実を売主に通知」をすればよく、最判平4.10.20が「1年の期間制限は、除斥期間を規定したものと解すべきであり、また、右各法条の文言に照らすと、この損害賠償請求権を保存するには売主の担保責任を問う意思を裁判外で明確に告げることをもって足り、…売主に対し、具体的に瑕疵の内容とそれに基づく損害賠償請求をする旨を表明し、請求する損害額の算定の根拠を示す必要がある」として、裁判上の権利行使を要しないとすることは買主の権利行使への配慮がなされているものの、権利行使に際しては「具体的な瑕疵の内容」と「請求する損害額の算定根拠を示す」必要があり、買主にとって、訴訟の準備段階に近い行動が要求されたため、その権利行使は容易ではなかった。仮案はこの点を大きく緩和している点が注目される。なお、買主が契約不適合の事実を知らない場合、買主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、権利を行使することができる時から10年間、いずれか早いときまでに権利を行使しないと消滅時効が成立する。

次に、数量不足等の場合の担保責任、地上権等が存在する場合の担保責任について現行民法では「事実を知った時から1年以内」という権利行使の期間制限が設けられているが、数量の不適合については引渡しをする売主が比較的容易に判断することができるので、履行の完了という売主の期待を保護する必要がないこと、権利の不適合についても、売主の引渡しにより契約の趣旨に合致した権利が移転し、履行が終了したとの期待が生ずるとは考えにくいこと、引渡し後に契約不適合の判断が困難になるとはいいい難いことから、仮案では担保責任の期間制限を削除することが提案されている。この結果、これらの売主の担保責任は一般の消滅時効期間の規律に服することになる。

8. 競売における買受人の権利の特則（民法568条1項関係）

現行民法568条は、競売による売買において、権利の瑕疵についての担保責任を認め、契約の解除又は代金の減額請求をすることができる。他方、物の瑕疵担保責任に関する民法570条は適用しないと定められている。中間試案では、買受人保護の立場から競売であっても物の瑕疵担保責任を認めるよう提案がなされたが、競売市場はプロの市場であり、買受人に物の瑕疵を負担させても不合理ではないこと、売主ではない配当受領者が物の瑕疵の責任を負うのは不合理であることなどの批判が強く、仮案では現行民法の規律を維持することとし、

「(1) 民事執行法その他の法律の規定に基づく競売における買受人は、第12の1から3までの規定並びに4(6において準用する場合を含む。)の規定により、債務者に対し、契約を解除し、又は代金の減額を請求することができる」、

「(2) (1)、民法568条第2項及び第3項の規定は、競売の目的物の種類又は品質に関する不適合については、適用しない」と提案した（なお、いわゆる法律上の瑕疵については触れられておらず、解釈に委ねられる）。

9. 売り主の担保責任と同時履行（民法571条関係）

仮案は533条について、「双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行（債務の履行に代わる損害賠償債務の履行を含む。）を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる。ただし、相手方の債務が弁済期にないときは、この限りでない」と（ ）書の部分を追加する修正案を提案した。これは、当初の仮案になかった項目の追加である。以下は仮案の補充説明理由の引用である。

「民法533条については、双務契約における相手方の債務と自己の債務とが同時履行の關係に立つ旨を定めているが、実務上は、双務契約における当事者の一方の債務が債務不履行となり、当該債務の履行に代わる損害賠償債務（以下「填補賠償債務」という。）が発生した場合も、その填補賠償債務を請求することができる」とある。

債債務と他方当事者の債務とが同時履行の關係に立つと解されている。

民法 571 条は、売主の担保責任に基づく填補賠償債務と買主の代金支払い債務とが同時履行の關係に立つ旨を定めるものであるが、売主の担保責任を契約に基づく通常の債務不履行責任と同じものとして構成し直すことから、同法 533 条が直接適用されるものと整理するのが相当であり、同法 571 条については存在意義が乏しい規定になると考えられる。

そこで、法制的な規定の整理という観点から、民法 571 条の規定を削除することが考えられ、その際、これまで存在していた規律を単に削除するのみでは、改正後は当該規律が積極的に妥当しなくなるとの誤解を生じかねないことから、同法 533 条の同時履行が填補賠償債務との關係でも妥当する旨を同条に明記する改正を併せ行う。

10. 権利を失う恐れがある場合における買主による代金支払の拒絶（民法 576 条関係）

現行民法 576 条は売買の目的物について、「権利を主張する者がある」ために、買主が買い受けた権利を「失う恐れがある」ときに、買主に代金の全部又は一部の支払い拒絶権を与えて買主保護を図っている。この代金支払拒絶権については、所有権の帰属を主張する者だけでなく、目的物の上に用益物権があると主張する者がある場合や債券売買において債務者が債務の存在を否定する場合にも適用され、また、取得した権利を「失う」恐れがある場合だけでなく、そもそも権利を「取得できない」恐れがある場合にも適用できるとするのが通説である。そこで、中間試案及び仮案はこれらの通説を明文化し「権利を主張する者がある」ことを例示と位置付け、その他の事由がある場合にも代金支払拒絶権があること、「すでに取得した権利を失う恐れ」だけでなく、「権利を取得できない恐れ」がある場合にも代金支払拒絶権があることを明文化するよう提案した。

11. 目的物の滅失又は損傷に関する危険の移転

現行民法 534 条は特定物売買等における売主の責めに帰することのできない事由により目的物が滅失等した場合の危険負担について、債権者主義を定めるが、従来から、目的物の引渡しがあれば、その実質支配が買主に移転しているという考えが有力であった。中間試案及び仮案はこのような規律を危険負担が主として問題になる場面である売買契約の規律として明文化することを提案し、特定された目的物の引渡しを基準に危険が買主に移転するとしただけで、その引渡しがあった時以降に、当事者双方の責めに帰することができない事由により滅失等した場合には買主は追完請求、代金減額請求、損害賠償請求、解除ができず、代金支払いの拒絶もできないことを提案している。また、これまで民法 413 条の受領遅滞の効果として、危険が買主に移転すると考えられてきたが、条文からは危険の移転という効果は読みとれなかったため、中間試案及び仮案ではこの受領遅滞の効果についても明文化するよう提案されている。

12. 買戻し（民法 579 条ほか）

買戻しは不動産を有する売主が買主から金銭の融資を受けるために、担保目的で使われている。現行民法 579 条は、売買契約と買戻し特約とは同時にしなければならないと規定している。その際、売主が買戻権を行使する場合に、買主に返金しなければならない金銭の範囲が自由に定められるとすると、売買代金に比して過大な金銭の返還が定められるなど、弱い立場の金銭の借主たる売主に酷となる恐れが強い。そこで現行民法 579 条は返還する金銭の範囲を「買主が支払った代金」及び「契約の費用」に限定し、また不動産の果実と代金の利息とは相殺されたものとみなしている。ところで、不動産を担保に供する手法としては、抵当権、質権の他、譲渡担保や再売買の予約などがある中で、買戻しについてだけ、売主が返還する金銭の範囲を強行法規的に制限する実益はないのではないかという指摘が従来からなされてきた。

そこで、中間試案は、買戻金額の任意規定化を提案した。仮案も任意規定として、返還する金銭

の範囲を「代金」及び「契約の費用」としつつ、当事者間においてこれと異なる合意をすることができ、また、利息と果実を相殺するという現行規定についてこれを維持しつつも、これと異なる別段の合意が可能であることを提案した。また、現行民法 581 条 1 項は、「売買契約と同時に買戻しの特約を登記したときは、買戻しは、第三者に対しても、その効力を生ずる」と定めるが、買戻しの特約は、売買契約と同時にしなければならないとしても、中間試案及び仮案は、制度を柔軟化して利用しやすくするため、当初、仮案では、買戻しの登記を売買と同時にすることまでの合理性はないと考えられたことから、「買戻しの登記をしたときから第三者に対して対抗力を有する」ことを明記するよう提案していたが、このようなニーズは大きくないことに加え、不動産登記法及び登録免許税法について前例の乏しい特例を設ける必要があることを理由に、最終的には当該部分の改正提案は取り下げられた。

(第 31 : 贈与)

中間試案では、1. 贈与契約の意義、2. 贈与者の瑕疵担保責任のほか、3. 贈与契約の解除による返還義務の特則、4. 贈与者の困窮による贈与契約の解除、5. 受贈者に著しい非行があった場合の贈与契約の解除、の五項目について提案されていたが、3 については贈与及びその解除原因の多様性、取消しとの均衡、解除の必要性の低さなどの批判があり、撤回された。4 については、紛争を助長する恐れからの反対論及び予見可能性の高い要件設定が困難であるとの批判から撤回された。5 についても、具体のケースが不分明であり、非行による解除と言う法律構成の妥当性に疑問が出され、取り上げないこととされた。

1. 贈与契約の意義 (民法 549 条関係)

中間試案及び仮案とも「贈与は、当事者の一方が財産(権)を無償で相手方に移転する意思表示し、相手方が受諾することによって、その効力を生ずる」と無償、双務、諾成契約であることを

提案した(基本方針では要物契約、方式契約とする可能性を検討すべきだとされていた)。中間試案では他人物贈与も有効である旨の記述がなされていたが、仮案では記載されていない、また、中間試案は贈与の受諾対象を「財産権」としていたが、仮案では「財産」に変更された。

2. 贈与者の瑕疵担保責任 (民法 551 条関係)

現行 551 条は「贈与者は、贈与の目的である物又は権利の瑕疵又は不存在について、その責任を負わない。ただし贈与者がその瑕疵又は不存在を知らずして受贈者に告げなかったときは、この限りでない。負担付贈与については、贈与者は、その負担の限度において、売主と同じ担保の責任を負う」としている。中間試案段階では、売買の担保責任を踏まえてこの規定が再検討され、負担付贈与の場合の負担額を限定するなど細かい記載がなされていたが、仮案では「贈与者は、贈与の目的である物又は権利を、贈与の目的として特定した時の状態で引き渡し、又は移転することを約したものと推定する」と提案した。この規律が売買における「現状有姿」での引渡特約の解釈に影響するのかが注目される。なお、負担付贈与の場合の負担額の限定、負担付贈与の場合の贈与者の責任については仮案では取り上げられていない。

(第 32 : 消費貸借)

1. 消費貸借の成立等 (民法 587 条関係)

現行民法 587 条は「相手方から金銭・・・を受け取ることによって、その効力を生ずる」(要物契約)と定め、金銭等の授受が消費貸借契約の成立要件であるとされている。しかし、判例は少なくとも利息付消費貸借契約について、金銭の授受前になされた合意による諾成的消費貸借契約の有効性を認めている。そこで、中間試案及び仮案では、消費貸借契約を要物契約であるとする民法 587 条を存置しつつも、これに追加して、書面が作成されることを条件に、諾成的消費貸借契約を容認する明文規定を設けることを提案している。実務で

は金銭が交付される前に、公正証書の作成や抵当権の設定がしばしば行われているところから、消費貸借を要物契約のままの規定としておくと、このような公正証書等の存在に疑義が生じるため、今回の明文化が提案されたという背景がある。また、借主は金銭の授受がなされるまでは諾成的消費貸借契約を解除することができるが、解除により、あらかじめ貸金用に資金を借り入れていた貸主が将来得るであろう利息受領相当額等に損害が生じることがあり得るので、貸主はその損害の賠償を請求できること、更に、借主が金銭等の物を貸主から受け取る前に、当事者の一方が破産手続開始の決定を受けた場合は諾成的消費貸借契約の効力は失われることが提案されている。なお、再生手続開始や更生手続開始の決定があった場合については、法制上の理由により触れられておらず、民事再生法の49条、61条などの解釈に委ねられることになる。

2. 消費貸借の予約（民法 589 条関係）

現行民法 589 条が定める消費貸借の予約とは、消費貸借契約を締結する義務を当事者に負わせる契約であり、借主が予約権を行使した場合に貸主は金銭を交付する義務を負うことになることから、事実上諾成的消費貸借契約を承認しているに等しい。中間試案では諾成的消費貸借契約に書面を要求し、軽率な消費貸借契約の締結を防ぐ提案を行っていることとの関連で、予約についても書面を要求することが提案されていた。しかし、書面による諾成的消費貸借契約を認めるのであれば、消費貸借の予約を残しておく必要性が低いと判断されたことから、仮案では 589 条の削除が提案されている。

3. 準消費貸借（民法 588 条関係）

準消費貸借とは、すでに金銭等の支払い義務が発生している場合に、その金銭等を消費貸借の目的とすることを合意することにより成立する消費貸借のことであり、例えば、売買代金債務 100 万円が存在する場合に、売主・買主の合意により、

この 100 万円を元本とする元利返済を新たに消費貸借契約に改めることなどを指す。中間試案及び仮案は、現行民法 588 条の「消費貸借によらないで」という文言を削除する提案をしている。理由は、判例（大判大 2. 1. 24）が、旧債務が消費貸借による債務であったとしても準消費貸借の成立を認めていることから、これを明文化するものである。なお、準消費貸借契約では、新たに金銭その他の物を引渡すことが予定されないので、準消費貸借契約は、合意により成立する契約ではあるものの、慎重を期して書面で契約を行わせるまでの要件の厳格化は求められていない。

4. 利息

現行民法の消費貸借契約に利息に関する定めはない。しかし現実には有利息の消費貸借契約がほとんどであり、これに即した基本となる規律が必要であると考えられることから、中間試案では「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」を提案したが、仮案は無利息消費貸借を原則としつつ、特約により利息を請求することができること及び借主が金銭その他の物を受け取った日以降の利息を請求できることを明文化するよう提案されている。

5. 貸主の担保責任（民法 590 条関係）

現実の消費貸借契約では、金銭を目的とする消費貸借が大半なので、貸主の担保責任が問題となるケースは極めて少ないが、現行民法 590 条 1 項は利息付の消費貸借において、物に隠れた瑕疵があったときに備えて、借主による代替物の引き渡し請求及び損害賠償請求が認められている。これは有償契約となる利息付消費貸借契約について借主保護の必要があるからである。他方、無利息の消費貸借について、同条 2 項は価額による返還を認めつつ、貸主が瑕疵を知りながら借主に告げなかったときは、1 項を準用して代替物の引渡し及び損害賠償請求を認める。今回の仮案では、売買における売主の担保責任については追完請求権や

債務不履行一般の規律による損害賠償請求権等が規定されることになるので、有償契約である利息付の消費貸借契約についても、民法 559 条に基づき、売買における売主の担保責任の規定が準用され、敢えて 590 条 1 項の規定を存置しておく必要がなくなる。そこで、中間試案及びこれを微修正した仮案では同条項の削除が提案されている。同様に、無利息の消費貸借については、無償片務贈与契約についての担保責任の規律を準用することが提案されている。

なお、現行民法 590 条 2 項において、無利息消費貸借について、瑕疵ある物の価額を返還することができる」と定めているのは、瑕疵ある物が引き渡された場合に、これと同程度の瑕疵ある物を調達して返還することが困難だからである。さらに、現行民法では利息付の消費貸借について、価額による返還ができるかどうかについての規定がないが、瑕疵ある物と同程度の物を返還することは事実上困難であることは利息付消費貸借契約においても変わりはない。そこで中間試案を微修正した仮案では、利息の有無を問わず、契約の内容に不適合物の引渡しがあった場合には、借主はその物の価額を返還することができる旨の規定を設けるよう提案がなされている。

6. 期限前弁済(民法 591 条 2 項、136 条 2 項関係)

現行民法 591 条 2 項は「借主はいつでも返還することができる」と定め、返還の時期に定めがない場合だけでなく、返還の時期に定めがあっても期限前弁済が可能であるとされている。これは、利息付消費貸借を含め、貸主は期限前償還を受けても、他への転貸などの方法を講ずることにより、実害や不利益を防止することができると考えられていたためである。もっとも、現行民法 136 条 1 項では「期限は、債務者の利益のために定めたものと推定する」とし、2 項では「期限の利益は、放棄することができる。ただし、これによって相手方の利益を害することはできない」としている。そこで、この期限前弁済時の損害賠償について、仮案は「当事者は返還の時期を定めた場合におい

て、借主がその時期の前に返還をしたことによって貸主に損害を生じたときには、貸主は、その損害の賠償を請求することができる」との規律を付加するよう提案している。

(第 33 : 賃貸借)

1. 賃貸借の成立(民法 601 条関係)

現行民法 601 条は賃貸人が目的物を賃借人に使用・収益させる義務を負うこと及び賃借人が賃料支払義務を負うことを定める。ところで、賃貸借契約が終了した際には賃借人は賃貸人に対して賃貸借の目的物を返還する義務を負うはずであるが、現行民法にはその旨の規定がない。そこで中間試案は、賃貸借契約終了時の賃借人の返還義務を明らかにするため、「・・・及び引渡しを受けた物を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」と明記した。仮案もこれを踏襲した。この点、賃貸借について、使用貸借に関する現行民法 593 条が「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」との目的物返還義務を定めていることと平仄を合わせる提案である。

2. 短期賃貸借(民法 602 条関係)

現行民法 602 条は「処分につき行為能力の制限を受けた者」又は「処分の権限を有しない者」が行うことのできる賃貸借の期間を目的物に応じて制限している。「処分につき行為能力の制限を受けた者」とは、制限行為能力者である未成年者、成年被後見人、被保佐人、被補助人が該当し、各類型に応じ、賃貸借について異なる行為規制が規定されているところ、現行 602 条の規定だけを見ると、短期賃貸借であれば、制限行為能力者でも自ら単独で有効に契約を行うことができるかのような誤解を生じかねないため、中間試案、仮案とも、「処分につき行為能力の制限を受けた者」を削除するよう提案している。

また、現行民法 602 条では各号が定める制限期

間を超えた短期賃貸借契約が締結された場合についての規律がない。通説的な理解は、制限期間を超えた短期賃貸借契約がなされた場合には、制限期間を超える部分が無効となり、制限期間の範囲内では、短期賃貸借契約として有効になると解されていることから、中間試案、仮案ともに、「契約でこれより長い期間を定めたときであっても、その期間は、当該各号に定める期間とする」と提案されている。

3. 賃貸借の存続期間（民法 604 条関係）

現行民法 604 条は賃貸借契約の期間の上限を 20 年と定める。しかし、借地借家法では建物所有目的の借地権は 30 年以上とする特例があり、また、それ以外の賃貸借でも、例えばゴルフ場の敷地の賃貸借や重機やプラントのリース契約等においては 20 年を超える長期の賃貸借を認めるべき事案もあることから、中間試案は 604 条を削除し、賃貸借の期間の上限規制を撤廃するよう提案したが、仮案は、あまりにも長期にわたる賃貸借は、賃貸人に過度の負担となり、公序良俗による一般原則による規律では対応が不十分になる恐れがあることから、永小作権の存続期間の上限が 50 年であることを考慮して、50 年を上限とするとの提案がなされた。なお、賃貸借契約を延長する場合にも、その上限を 50 年とすることが合わせて提案されている。

4. 不動産賃貸借の対抗力、賃貸人たる地位の移転等（民法 605 条関係）

仮案は、中間試案を踏襲して以下の通り提案している。

「(1) 不動産の賃貸借は、これを登記したときは、その不動産について物権を取得した者その他の第三者に対抗することができる」

「(2) 不動産の賃借人が当該不動産の譲り受け人に賃貸借を対抗することができるときは、当該不動産の賃貸人たる地位は、その譲り受け人に移転する」

「(3) 上記 (2) の規定にかかわらず、不動産の譲

渡人及び譲受人が、賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨及び当該不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意をしたときは、賃貸人たる地位は、譲受人に移転しない。この場合において、譲渡人と譲受人又はその承継人との間の賃貸借が終了したときは、譲渡人に留保されていた賃貸人たる地位は、譲受人又はその承継人に移転する」

「(4) (2) 又は (3) 後段の規定による賃貸人たる地位の移転は、賃貸物である不動産について所有権移転の登記をしなければ、賃借人に対抗することができない」

「(5) (2) 又は (3) 後段の規定により賃貸人たる地位が譲受人又はその承継人に移転したときは、7

(1) に規定する敷金の返還に係る債務及び民法 608 条に規定する費用の償還に係る債務は、譲受人又はその承継人に移転する」

以下、上記仮案についてコメントする。

(1) については、現行民法 605 条が「不動産の賃貸借は、これを登記したときは、その後その不動産について物権を取得した者に対しても、その効力を生ずる」と定めるが、対抗力は対抗要件を具備した先後により優劣が決められるのであり、時系列によるものではないので、登記をした「その後その不動産について物権を取得した者に対しても、その効力を生ずる」との規定は正確ではない。そこで、「その後」という文言を削除することが提案されている。更に、賃借権は、物権を取得した者のほか、その他の賃借権者や差押権者にも対抗できることから、物権を取得した者のほか、「その他の第三者」という文言の付加が提案されている。

(2) は、賃借権が対抗力を有する場合に、不動産の譲受人に賃貸人の地位が当然に承継されることは確立した判例とされていることから、このような法理を明文化することの提案である。もっとも、不動産の譲受人が賃貸人たる地位を賃借人に主張するためには、賃借人による賃料の二重払いを防止するためにも登記を具備する必要があるとの判例（最判昭 49. 3. 19）があり、その旨の規律の明文化が (4) で提案されている。

(3) について、最判平 11. 3. 25 は、「自己の所有建物を他に賃貸して引き渡した者が右建物を第三者に譲渡して所有権を移転した場合には、特段の事情のない限り、賃貸人の地位もこれに伴って当然に右第三者に移転する」とし、「新旧所有者間において、従前からの賃貸借契約における賃貸人の地位を旧所有者に留保する旨を合意していたとしても、これをもって直ちに前記特段の事情があるものということとはできない。けだし、右の新旧所有者間の合意に従った法律関係が生ずることを認めると、賃借人は、建物所有者との間で賃貸借契約を締結したにも関わらず、新旧所有者間の合意のみによって、建物所有権を有しない転貸人との間の転貸借契約における転借人と同様の地位に立たされることとなり、・・・不測の損害を受ける恐れがあるからである」と判示し、賃貸人の地位を旧所有者に留保するためには、新旧所有者間において旧所有者に賃貸人の地位を留保するとの合意だけでは足りないとするのが判例の立場である。そこで、中間試案及び仮案では「賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨」に加えて「当該不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意をしたとき」、すなわち、譲受人を賃貸人、譲渡人を賃借人とする賃貸借契約の締結を条件として、賃貸人たる地位は、旧所有者に留保されるとの規定を設けることが提案されている。これは不動産の証券化等により、賃貸不動産が信託される場合に、賃貸人の地位を譲渡人に残しておくというセール&リースバックというニーズに対応するための改正である。しかし、譲渡人の不動産に抵当権が設定されている場合などのケースを考えると、この中間試案及び仮案の規律だけで十分なのかどうか若干の疑問なしとしない。

最後に (5) については、賃貸人の地位が移転した場合に、敷金返還債務が旧賃貸人に帰属するのか、新賃貸人に帰属するのかの問題があり、最判昭 44. 7. 17 の「思うに、敷金は、賃貸借契約終了の際に賃借人の債務不履行があるときには、その弁済として当然これに充当される性質のものであるから、建物賃貸借契約において当該建物の所有

権移転に伴い賃貸人たる地位に承継があった場合には、旧賃貸人に差し入れられた敷金は、賃借人の旧賃貸人に対する未払賃料債務があればその弁済としてこれに当然充当され、その限度において敷金返還請求権は消滅し、残額についてのみ、その権利義務関係が新賃貸人に承継されるものと解すべきである」との判決があり、これに従った提案がなされた。また、賃貸人の費用償還債務についても、最判昭 46. 2. 19 が、新賃貸人に承継されるとの考え方をとっており、その明文化が提案されている。

5. 合意による賃貸人たる地位の移転

一般的に契約上の地位の移転については、これにより影響を受ける相手方の承諾が必要である。もっとも、不動産賃貸借において、賃借人が対抗力を備えている場合には、不動産の所有権の移転に伴って、賃貸人の地位が移転することはこれまでに見たところである。賃借人が対抗力を備えない場合はどうか。中間試案では「不動産の譲受人に対して賃貸借を対抗することができない場合であっても、その賃貸人たる地位は、譲渡人及び譲受人の合意により、賃借人の承諾を要しないで、譲渡人から譲受人に移転させることができるものとする」と地位留保の特則を提案したが、仮案は「不動産の譲渡人が賃貸人であるときは、その賃貸人たる地位は、賃借人の承諾を要しないで、譲渡人と譲受人との合意により、譲受人に移転させることができる」と明示することで、地位留保の特則の提案は撤回されている。

なお、最判昭 46. 4. 23 の判決は、「土地賃貸借契約における賃貸人の地位の譲渡は、賃貸人の義務の移転を伴うものではあるけれども、賃貸人の義務は賃貸人が何人であるかによって履行方法が特に異なるわけのものではなく、また、土地所有権の移転があったときに新所有者にその義務の承継を認めることがむしろ賃借人にとって有利であるというのを妨げないから、一般の債務引受の場合と異なり、特段の事情のある場合を除き、新所有者が旧所有者の賃貸人としての権利義務を承継す

るには、賃借人の承諾を必要とせず、旧所有者と新所有者の契約をもってこれをなすことができると解するのが相当である」とし、特段の事情がある場合を除き、賃借人の承諾を要しないとしている。

6. 不動産の賃借人による妨害排除等請求権

所有権者が第三者により妨害・侵害を受けた場合、所有権者は物権的請求権として妨害排除請求権、返還請求権等を行行使することができる。他方賃借権は債権であり、仮に賃貸の目的物の占有が第三者に妨害されたり、第三者が占有したりしている場合でも、第三者に妨害排除請求権等を直接には行使できず、賃貸目的物を使用させる義務違反を理由に、賃借人は、賃貸人に対して第三者による妨害等を排除するよう請求するか、賃貸人が有する妨害排除請求権を代位行使することなどで対処せざるを得ない。しかし最判昭 28. 12. 18 に見られるように、最高裁判決は、不動産賃借権が対抗力を備えた場合に、賃借人による第三者に対する妨害排除請求権等の行使を容認している。ところが、現行民法にはこのことを裏付ける明文の規定がないことから、中間試案、仮案はともに、対抗力を備えた不動産賃借権については、妨害排除請求権及び返還請求権を認めるよう提案を行っている。しかし、妨害予防請求権についてはこれを肯定した判例が存在しないこと、債権である賃借権に物権的請求権を認めるのは例外であることから、妨害予防請求権の明文化までは提案されていない。なお、不動産賃借権に対抗力がない場合の処理については、解釈問題が残されていると考えられる。

7. 敷金

賃貸借契約において、広く授受されている敷金について、現行民法には定義規定がない（わずかに、619 条 2 項に「従前の賃貸借について当事者が担保を供していたときは、その担保は、期間の満了によって消滅する。ただし、敷金については、この限りでない」との文言が使用されている）。そこで中間試案は、「敷金とはいかなる名義をもって

するかを問わず、賃料債務その他の賃貸借に基づいて生ずる賃借人の賃貸人に対する金銭債務を担保する目的で、賃借人が賃貸人に交付する金銭をいう」との大判大 15. 7. 12 を踏まえ、敷金について一般的に理解されているところを定義規定として設けることが提案された。保証金（解約返戻金）などと称するものでも、賃料債務等を担保する目的で交付された金員は敷金に該当する。仮案はこの定義文を規定内容に埋め込んだうえで、中間試案とほぼ同様の下記を提案した。ただ、中間試案の「充当する」の文言が仮案では「充てる」に置き換わっている。その理由は必ずしも明らかではない。

敷金の返還時期について、中間試案及び仮案は「賃貸人は敷金を受け取っている場合において、賃貸借が終了し、かつ、賃貸物の返還を受けたとき、又は賃借人が適法に賃借権を譲渡したときは、賃借人に対し、その受け取った敷金の額から賃貸借に基づいて生じた賃借人の賃貸人に対する金銭債務の額を控除した残額を返還しなければならない」、「賃貸人は、賃借人が賃貸借に基づいて生じた金銭債務を履行しないときは、敷金を当該債務の弁済に充てることができる。この場合において、賃借人は、賃貸人に対し、敷金を当該債務の弁済に充てることを請求することができない」と提案した。

敷金の返還時期については、賃貸借契約の終了時なのか賃借物の返還時なのかという学説上の争いがあり、前者であれば、敷金返還債務と賃借物の返還債務が同時履行の關係に立ち、敷金返還請求権を確保する手段が賃借人に与えられる一方、後者であれば、賃借人は賃借物を返還した後に（すなわち、賃借人の明渡しが先履行義務となる。これを明渡時説という。）敷金返還請求権を行行使することになり、賃借人は敷金の不返還などのリスクを負うことになる。この点、最判昭 48. 2. 2 及び最判昭 49. 9. 2 はともに、敷金返還請求権について、明渡時説をとる。敷金が、賃貸借終了後、賃借物返還終了までの債務を担保するものであること、賃借物の返還後に原状回復義務の履行の点検・評

価がなされることが実務における取引慣行であること、さらに、理論上、敷金契約は賃貸借契約に付随するものではあるが、賃貸借契約そのものではないから、賃貸借契約の終了に伴う賃借人の家屋明渡債務と賃貸人の敷金返還債務とは一個の双務契約によって生じた対価的牽連関係にあるものとするとはできず、両者間には著しい価額の差が存在することから、「敷金返還請求権は、賃貸借が終了し、かつ、賃貸物の返還を受けたときに発生する」との明文の要件を設けることは妥当な提案と考えられる。また、賃借権が譲渡されたときには、敷金返還請求権は新譲受人（新賃借人）には移らず、賃貸人は旧賃借人に敷金を返還しなければならないのが原則である。しかし、敷金返還請求権を旧賃借人が新賃借人に債権譲渡することとすれば、賃貸人は直ちに敷金を返還する必要はなくなるという場面も考えられる。実務上考慮する必要がある事項である。なお、賃借人の側から賃貸人に対し、敷金充当を請求することができないことは、大判昭5.3.10の明文化である。賃借権の譲渡により旧賃借人と賃貸人との賃貸借は終了し、旧賃借人に敷金返還請求権が発生するとともに、特段の事情のない限り、敷金返還請求権は新賃借人に承継されることはないとの判例（最判昭3.12.2）を中間試案、仮案はともにその明文化を提案している。

8. 賃貸物の修繕等（民法 606 条 1 項関係）

現行民法 606 条は、賃貸人は賃借人に対し、賃貸借の目的物の使用収益に必要な修繕をする義務を負うと定めている。しかし、賃貸人が修繕義務を履行しない場合に、賃借人が自ら修繕をする権限があるかどうかについては規定がない。そこで中間試案では「賃借物が修繕を要する場合において、賃借人がその旨を賃貸人に通知し、又は賃貸人がその旨を知ったにもかかわらず、賃貸人が相当の期間内に必要な修繕をしないときは、賃借人は、自ら賃借物の使用及び収益に必要な修繕をすることができる。ただし、急迫の事情があるときは、賃借人は、直ちに賃借物の使用及び収益に必

要な修繕をすることができる」を提案した。賃借人が他人の所有物である賃借物についての修繕権限を有することを新たに明文化するものである。仮案は、これに加えて、賃貸人の修繕義務について、但書に「ただし、賃借人の責めに帰すべき事由によってその修繕が必要になったときは、この限りでない」を追加提案した。修繕が賃借人の責めに帰すべき事由で生じた場合にまで、賃貸人に修繕義務を課することは公平の観点から妥当ではないと考えられたためである。賃借人の通知（民法 615 条）に基づく修繕権限については、民法 608 条が必要費の償還を認めているので、現行民法でも黙示的にすでに含意されている事項であると言える。書きぶりは中間試案と仮案では異なるが、内容的には同一である。これらは判例理論の明文化であるが、明文規定を設けることで、賃借人の修繕権限が行使しやすい状況が生まれ、その実務に影響を与える側面もあるので留意が必要である。

9. 減収による賃料の減額請求等（民法 609 条・610 条関係）

民法 609 条・610 条は、収益を目的とする土地の賃貸借について、宅地の賃貸借を除き、不可抗力によって賃料より収益が少なくなった場合の賃借人の減額請求権・解除権についての規定である。これらは農地の小作関係を想定した規定であるとされ、農地法により借賃の増減について手当がなされていること等から、中間試案、仮案とも削除を提案したが、耕作又は牧畜を目的とする賃借人について、一定の賃料減額請求権に関する規律に適用範囲を狭めたうえでこれを存置するよう途中で仮案の提案が改められた。

10. 賃借物の一部失等による賃料の減額等（民法 611 条関係）

現行民法 611 条は賃借物の一部が滅失した場合の借主の賃料減額請求権及び残存する部分のみでは目的を達することができないときの解除権について定める。もっとも公平の観点から滅失が借主の過失による場合は減額請求ができない。現行民

法 611 条は賃料減額の請求があつて初めて減額がされるように読め、判例（最判昭 38. 11. 28）も請求減額の考え方をとっていたが、通説は滅失に限定せず、一部使用収益の不能の場合を含めて、一部滅失時より当然に賃料債務は減額になると解している。そこで、中間試案及び仮案では「請求減額」から「当然減額」へと規定を変更するよう提案されている。賃貸借は、賃料をとれるものを貸すのが本来の姿であるので、賃借人の責めに帰することができない事由により使用収益できない場合については、当然減額とするのが法律構成上の筋論であろう。しかしこのような規定を設けると、実務上はいろいろな問題が惹起される可能性は否定できない。中間試案では「賃借物の一部が滅失した場合その他の賃借人が賃借物の一部の使用及び収益をすることができなくなった場合には、賃料は、その部分の割合に応じて減額されるものとする。この場合において、賃借物の一部の使用及び収益をすることができなくなったことが契約の趣旨に照らして賃借人の責めに帰すべき事由によるものであるときは、賃料は、減額されないものとする」、「上記後段の場合において、賃貸人は自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを賃借人に返還しなければならない」と提案した。仮案は、「賃借物の一部が滅失その他の事由により使用及び収益をすることができなくなった場合において、それが賃借人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、賃料は、その使用及び収益をすることができなくなった部分の割合に応じて、減額される」として、賃借人の無帰責事由の立証責任を賃借人の負担とする文言に改めた提案を行っている。「賃借物の一部が滅失その他の事由により使用及び収益することができなくなった場合において、残存する部分のみでは賃借人が賃借した目的を達することができないときは、賃借人は契約を解除することができる」は、賃借人の帰責事由によるか否かに関係なく適用があり、中間試案を仮案も踏襲している。

11. 転賃の効果（民法 613 条関係）

賃借人は現行民法 612 条により、賃貸人の承諾を得なければ、原則として賃借物を転賃することができないが、賃貸人の承諾を得るなどにより、適法に転賃借がなされた後の賃貸人、賃借人、転借人間の法律関係について、現行民法 613 条は、転借人が賃貸人に対して直接の義務を負うこと、転借人は当期の賃料の前払いをもって賃貸人に対抗できないこと、賃貸人は賃借人に対して引き続き権利行使ができることだけを定めている。しかし、これだけの規定では転借人の義務の内容が必ずしも明らかにはならないことに加え、同条を巡り積み重ねられた判例理論を踏まえ、現行民法よりも詳細な規律を置くよう提案がされている。まず、中間試案では、「賃借人が適法に賃借物を転賃したときは、賃貸人は、転借人が転賃借契約に基づいて賃借物の使用及び収益をすることを妨げることができないものとする」という、賃貸人の受忍義務の規定を置くよう提案したが、仮案ではこれは当然の理であるとして取り上げられなかった。また、中間試案で提案された、「賃貸人と賃借人との間の賃貸借契約に基づく債務の範囲を限度として転借人は賃貸人に対して直接履行する義務を負う」こと、「転借人が転賃借契約に定めた時期の前に賃借人に対して賃料を払ったとしても、賃貸人に対する義務を免れない」、「賃貸人は賃借人への権利行使を妨げられない」、「賃借人による適法な賃借物の転賃があった場合は、賃貸人は賃借人との間で賃貸借契約を合意解除しても、賃借人の債務不履行により賃貸人との間の賃貸借が解除できない限り、当該合意解除を転賃人に対抗できない」旨は、大判昭 7. 10. 8 及び最判昭 38. 2. 21 の趣旨の明確化であり、仮案でも踏襲されている。

要点を再度確認しておくと、第一に転借人の賃貸人に対する賃料支払の直接義務については、転借人が賃借人に負う賃料の範囲内での義務であること、転借人が賃借人に賃料を前払いしていた場合でも、賃借人の賃料の不払いリスクがすべて賃貸人に転嫁れることは適当ではないことから、仮案では「転賃借契約に定めた当期の賃料を前期の賃料の弁済期以前に支払ったことをもって賃貸人

に対抗できない」とし、「これらの規定は賃貸人が賃借人に対してその権利を行使することを妨げない」としたこと、賃貸借契約が合意解除された場合に、転貸借がどうなるのかについては、賃貸借契約が合意解除されたとしても、賃借人に債務不履行などがあり、法定解除できる場合でない限りは、転借人に対抗できないことは判例理論（最判昭 62. 3. 24）を明文化したものである。なお、賃貸借が賃借人の債務不履行を理由に、解除により終了した場合、賃貸人の承諾のある転貸借は、賃貸人が転借人に対して目的物の返還を請求したときに、賃借人の転借人に対する債務の履行不能により終了するとされている（最判平 9. 2. 25）。

12. 賃借物の全部滅失等による賃貸借の終了

賃貸借の目的物が全部滅失するなどにより賃借物の全部を使用収益できなくなった場合、賃貸借契約の目的を達することができないことから、賃貸借契約は当然に終了するというのが判例である（最判昭 32. 12. 3）。しかし、現行法にはこの規律が存在しないので、中間試案及び仮案はその明文化を提案した。なお、賃貸借の目的物の滅失について、契約当事者の一方に帰責事由がある場合でも、賃貸借契約自体は当然に終了し、その後、損害賠償により処理がなされることになる。

13. 賃貸借終了後の収去義務及び原状回復義務 （民法 616 条、598 条関係）

現行民法では使用貸借における借主の借用物の収去権について定める 598 条を 616 条が準用しているだけで、賃貸借における収去義務の明文がない。そこで中間試案は、賃貸人が賃借物に付属させた物の収去権・収去義務について、分離不能の場合及び過分の費用を要する場合の例外、賃借人の原状回復義務とその例外（賃借人に帰責事由がない場合ならびに通常の使用収益による損傷及び経年変化の場合）について提案し、仮案は、収去権を別項に独立させるなどの書きぶりの変更を行うも、内容的には中間試案を踏襲した。仮案の内容は以下のとおりである。

(1)「賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに付属させた物がある場合において、賃貸借が終了したときは、その付属させた物を収去する義務を負う。ただし、賃借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)「賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに付属させた物を収去することができる」

(3)「賃借人は、賃借物を受け取った後にこれに生じた損傷（通常の使用及び収益によって生じた賃借物の損耗並びに賃借物の経年変化を除く。以下この（3）において同じ。）がある場合において、賃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、その損傷が賃借人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」

ここで、(1) について「賃借物から分離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」とあるが、抑々他人の物に分離できないような物を付属させることの方が問題だと指摘もある。また、(3) での原状回復義務の対象となる「損傷」からは、通常の使用及び収益によって生じた賃借物の損耗並びに賃借物の経年変化は除かれるというのが判例である（最判平 17. 12. 16）²。この提案が条文化されれば、この規定に反する特約は許されないものと解される。また、この規律が、今後消費者契約法にどのように波及してゆくのかに十分留意し

² 「賃借人は、賃貸借契約が終了した場合には、賃借物件を原状に回復して賃貸人に返還する義務があるところ、賃貸借契約は、賃借人による賃借物件の使用とその対価としての賃料の支払を内容とするものであり、賃借物件の損耗の発生は、賃貸借という契約の本質上当然に予定されているものである。それゆえ、建物の賃貸借においては、賃借人が社会通念上通常の使用をした場合に生ずる賃借物の劣化又は価値の減少を意味する通常損耗に係る投下資本の減価の回収は、通常、減価償却費や修繕費等の必要経費分を賃料の中に含ませてその支払いを受けることにより行われている。この場合において、賃借人が通常の使用及び収益をしたことにより生じた賃借物の劣化又は価値の減価についてはその返還義務を免れたものとする」としている。

ておく必要がある（中間論点整理段階では「賃貸人が事業者で、借借人が消費者である場合は、前項の規定に反する特約は無効とする」との提案がなされていたところ、中間試案及び仮案では削除されている）。

14. 損害賠償の請求権に関する期間制限（民法 621 条、600 条関係）

現行民法 621 条は、使用貸借によって生じた賃貸人の損害賠償請求権及び借借人の費用償還請求権について期間制限を定める 600 条を準用し、「契約の本旨に反する使用また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」と定める。この 1 年という期間は除斥期間と考えられており、この 1 年の間に請求がなされなければ権利を失うことになる。これらの請求権は債権の消滅時効期間にも服する。中間試案では、賃貸借契約終了後に借借人の用法違反が判明した時には、損害賠償請求権がすでに消滅時効期間が経過している場合がありうることから、賃貸人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時効は完成しないという規定を設けて賃貸人の借借人に対する損害賠償請求権の保護を図るとともに、借借人の費用償還請求権と同様の性格を有する費用償還請求権（たとえば 196 条（占有者による費用償還請求権）、299 条（留置権者による費用償還請求権））についてはこのような 1 年の除斥期間の期間制限がなく、借借人の費用償還請求権についてのみ短期の期間制限を設ける必要性、合理性が乏しいことから、借借人の費用償還請求に係る 1 年間の除斥期間制限を撤廃することが提案されたが、仮案では、後段の借借人の用法違反に対する賃貸人の損害賠償請求権について短期の期間制限を維持し、借借人の費用償還請求権についてこれを撤廃するのは賃貸人と借借人との間の利益の均衡を失う問題があるとの指摘があり、取り上げられないことになった。結局仮案では、621 条（600 条の準用）の現行の規律を維持した上、「621 条が準用する同法 600 条に規

定する損害賠償の請求権については、賃貸人が返還を受けた時から 1 年を経過するまでの間は、時効は完成しない」との規律のみを付け加えることが提案された。

（第 35：請負）

1. 仕事を完成することができなくなった場合等の報酬請求権

現行民法 632 条は「請負は、当事者の一方がある仕事を完成することを約し、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払うことを約することによって、その効力を生ずる」と定め、報酬の支払い時期については、民法 633 条により「報酬は、仕事の目的物の引渡しと同時に、支払わなければならない。ただし物の引渡しを要しないときは、624 条 1 項の規定を準用する」と定める（624 条 1 項は雇用における報酬の支払時期に関する規律であり「労働者は、その約した労働を終わった後でなければ、報酬を請求することができない」と定める）。このように請負とは、請負者が仕事の完成を約し、それに対して注文者が報酬を支払う契約であるが、仕事の完成が先履行となり、完成した仕事の引渡し時に報酬を請求できるものである（完成した仕事の引渡しと報酬の支払いとが同時履行関係）。しかし、現行民法は、請負人が仕事の完成ができなくなった場合の報酬請求権については規律を設けていない。また、仕事の完成前に注文者が請負契約を解除した場合の規律もない。仕事の完成がない以上、請負においては報酬支払請求権は発生しないのが原則と言えるが、仕事の進捗度、仕事の内容の可分性、未完成でも注文者への利益の帰属の度合い、仕事の未完成に対する請負人の帰責性などにより、請負人に報酬請求権を認めてもよい場合もあると考えられる。そこでまず、本件についての仮案では、「注文者の責めに帰することができない事由によって仕事を完成することができなくなった場合又は仕事の完成前に請負が解除された場合において、既にした仕事の結果のうち、可分な部分の給付によって注文者が利益を受けるときは、その部分を仕事の完成とみなす。

この場合において、請負人は、注文者が受ける利益の限度において、報酬を請求することができる」と提案している。中間試案の提案の文言は、単に「仕事を完成することができなくなった場合」となっており、これでは、具体的にどのような場合がなのかが明確でないため、仮案が提案された。これにより解除権の行使が報酬請求を妨げるものではないことが明らかになっている。なお、中間試案の提案である「請負人が仕事を完成することができなくなった場合であっても、それが契約の趣旨に照らして注文者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、請負人は、反対給付の請求をすることができるものとする」は、民法 536 条 2 項に委ねることができること加えて、請求の範囲に関する妥当な基準を明文化しにくいことから、本事項に関する提案は仮案では見送られている。請負の形態や進捗等の状況により、事案ごとの柔軟な解釈に委ねた方が良いとの判断によるものと思われる。

更に中間試案では請負人が「すでにした仕事の報酬及びその中に含まれていない費用」を請求できることとしていたが、費用は他の規定（民法 641 条、415 条など）により損害賠償として請求することができ、ここでは報酬の請求を認めれば足りることから、仮案では「及びその中に含まれていない費用」の部分の提案の文言が削除された。

2. 仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の修補請求権

(1) 仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の請負人の責任（民法 634 条関係）

現行民法 634 条及び 635 条は請負契約の瑕疵担保責任としての修補請求権を定める。今回の民法改正では瑕疵は「契約不適合」へと文言を変更するよう提案されており、中間試案は、634 条 1 項について「仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合には、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、目的物の修補を請求することができる。ただし、修補請求権について履行請求権の限界事由があるときは、この限りでない」と提案し

た。当初の仮案は「仕事の目的物が種類又は品質に関して契約の内容に適合しないものであるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、目的物の修補を請求することができる」とし、中間試案で提案された、履行請求権の限界がある場合の例外の但書を削除したうえでこれを残すとの提案を行っていた。しかし、最終的な仮案は、請負の担保責任規定全体を債権一般の履行請求権の限界（履行不能）の規律に委ねれば足りるとして、634 条の削除を提案している。

(2) 仕事の目的物が契約の内容に適合しないことを理由とする解除（民法 635 条関係）

現行民法 635 条本文は、請負人が無過失であっても、目的物に瑕疵があり、目的を達することができないときは、注文者は解除をできると定めている。債務不履行による一般の解除において、債務者の帰責事由の有無はその要件とはならないという規律が採用されることから、請負において無過失解除の特例を設けておく必要はなくなるため、中間試案、仮案ともまず 535 条本文の削除が提案されている。

次に、現行 535 条但書は「建物その他の土地の工作物」については「目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないとき」であっても解除ができない旨が定められている。その主たる理由は、建物その他の工作物については社会的価値があり、これを解除して取り崩すことは社会的損失となり、また、請負人に過大な負担を課することから、解除権を否定する規律が必要だと判断されていたためである。しかしながら、契約の目的を達することができないほどの瑕疵が存する建物等には、もはや社会的価値は見出し難いというべきであり、請負人の過大な負担を理由に解除を否定することについては、従来から批判が強かったことに加え、最判平 14. 9. 24 は、「請負契約の目的物が建物その他の工作物である場合に、目的物に重大な瑕疵があるために建て替えざるを得ない場合は、注文者は、請負人に対し、建物の建替費用相当額を損害としてその賠償を請

求できる」として、実質的に建物の請負契約の解除を認めるに等しい判決が出されたことも踏まえ、中間試案及び仮案は「重大な瑕疵があり建て替えるほかはない建物その他の土地の工作物」に限らず、「契約の目的を達することができない」建物その他の土地の工作物を広く含めて、債務不履行一般の解除の規律に委ねることが適当であるとの判断から、635 条但書の削除が提案された（これについては、上記判決が木造二階建居住用建物に関するもので、瑕疵の状態がきわめて稀な事例であったことから、一般的に解除権を認めることについては慎重であるべきとの指摘もある）。以上より、635 条全体の削除が提案されている。

(3) 仕事の目的物が契約の内容に適合しない場合の注文者の権利の期間制限（民法 637 条関係）

現行民法 537 条は請負人への瑕疵担保責任の追及は、仕事の目的物の引渡しから 1 年以内にしなければならないと定める。期間制限を設けることで、仕事を終了したと考える請負人を保護し、引渡しからの期間経過による瑕疵判断の困難性を回避する趣旨である。しかし注文者の仕事目的物に関する認識を問わずに、一律に瑕疵担保期間について、引渡しから 1 年の期間制限を設けることは注文者に酷であり、まして、請負人が瑕疵の存在を知っていた場合や知らなかったことについて重過失がある場合にまで期間制限により請負人を保護する必要はないことから、中間試案は、期間制限を削除し、消滅時効の一般原則に委ねる甲案と、売買の場合の瑕疵担保にかかる期間制限である

「買主が事実を知った時から一年以内にしなければならない」に合わせる乙案とを提案したが、仮案は乙案をベースに、引渡しを要しない場合は仕事の完成時が基準となること及び悪意重過失の請負人には適用しないことなどを加えた提案を行っている。

(4) 仕事の目的物である土地工作物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任の存続期間（民法 638 条関係）

現行民法 638 条は、建物等の土地工作物の瑕疵や地盤の瑕疵について、瑕疵の発見までに長期間を要したり、その影響が重大になったりする場合があることを考慮し、請負人の担保責任を仕事の目的物の引渡しから 5 年乃至は 10 年とする特例を設けている。もともと、工作物が瑕疵により滅失・損傷したときはその時から 1 年である。しかし、中間試案及び仮案は請負人の瑕疵担保責任を引渡し時ではなく瑕疵を知った時から 1 年に改めれば注文者から請負人に瑕疵の存在を通知することは困難ではないとの判断から、本条の削除を提案した。

3. 注文者についての破産手続の開始による解除（民法 642 条関係）

現行民法 642 条 1 項前段は、注文者が破産手続開始の決定を受けたときは、請負人にも解除権を認めている。請負人の仕事完成義務は報酬支払いに対し先履行とされるため、注文者が破産してもなお請負人は仕事継続し完成させなければ報酬請求ができないのが原則であるが、これでは請負人に酷なため、請負人に解除権を認め、請負人に仕事の完成義務を免れる機会を付与している。しかし既に仕事を完成させ、引渡しは未了という段階にまで達していれば、請負人は仕事を継続する義務はないので、この場合にまで請負人に解除権を与えなくとも請負人の利益は害されないはずである。そこで中間試案及び仮案は、642 条 1 項前段を改正し、注文者の破産による請負人の解除権は仕事完成前に限定し、仕事完成後は注文者の破産管財人のみが解除権を行使できるとの規律を設けるよう提案した。なお、注文者の破産管財人からの解除権及び「解除がなされた場合は請負人はすでにした仕事の報酬及びその中に含まれていない費用について破産財団の配当に加入することができる」という 642 条 1 項後段の規律については現行法が維持される。

（第 36：委任）

総論

「債権法改正の基本方針」では、「現代社会においては、サービスの給付を目的とする契約が量的に増大するとともに、新しいサービスを目的とする契約が現れるなど、役務の給付を目的とする契約の重要性が高まり…今日みられる新しい役務提供型契約には民法が想定していないものが多く、民法はこれらの契約に対して必ずしも適切な規律を提示することができていない・・・新たな典型契約を設ける必要がある」と問題提起されていたが、中間的な論点整理においてこれに賛成する意見はごくわずかであり、反対意見が大多数を占めたため、中間試案では役務提供型の典型契約総論は取り上げられないこととされた。

各論

1. 受任者の自己執行義務

現行民法は、委任契約における受任者が復受任者を選任できるのかどうかについて規定がない。委任契約は当事者の信頼関係を基礎とするため、受任者自身が事務処理を行うのが原則だからだが、委任者が了解している場合などでは、民法 104 条が「本人の許諾を得たとき」又は「やむを得ない事由があるとき」に代理人に復代理を認めているのと同様に、復委任を認めてもよいとの判断から、中間試案及び仮案では委任の自己執行義務原則を示しつつ、例外的に「委任者の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ復受任者を選任できない」と提案した。また、「代理権を付与する委任において、受任者が代理権を有する復受任者を選任したときは、復受任者は委任者に対して、その権限の範囲内において、受任者と同一の権利を有し、義務を負う」という提案が行われている。

2. 報酬に関する規律

(1) 報酬の支払い時期（民法 648 条 2 項関係）

現行民法 648 条 1 項では、委任契約は原則無償であること、特約がある場合に報酬の支払い義務が生ずることを定めている。そして報酬支払いの特約がある場合の報酬支払時期について、民法 648 条 2 項はその支払いは委任事務の終了後と定

めている。ところで、委任には大きく分けて、事務処理の労務に対して報酬を支払う類型（履行割合型）と、事務処理の成果に対して報酬を支払う類型（成果完成型）とがあり、現行の 648 条 2 項は前者が念頭に置かれ、後者のような類型に対する規律が欠けていると言える。そこで中間試案及び仮案では、この後者に対する類型に対応した規定を新設することとし、648 条 2 項に追加して、請負契約の報酬の支払い時期を定める 633 条を念頭に、最終的な仮案では「委任事務の履行により得られる成果に対して報酬を支払うことを約したときは、報酬は、その成果の引渡しと同時に、支払わなければならない」が提案されている。

(2) 委任事務を処理することができなくなった場合等の報酬請求権（民法 648 条 3 項関係）

現行民法 648 条 3 項は受任者の帰責事由によらず事務処理が途中で終了したときは、すでにした履行の割合に応じた報酬請求ができることを定めるが、具体的にどのような場合がこれに含まれるのかをより明確にするため、委任者の責任による履行不能の場合の受任者の全額報酬請求権及び利益返還請求義務に係る中間試案の文言を削除したうえで、648 条 3 項について、仮案は「(1) ア委任者の責めに帰することができない事由によって委任事務を処理することができなくなったとき又は委任が履行の途中で終了したときは、受任者は、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができる」、「イ (1) に規定する場合において、委任者の責めに帰することができない事由によって成果を得ることができなくなったとき又は成果を得る前に委任が終了したときは、既にした委任事務の処理による結果のうち、可分な部分の給付によって委任者が利益を受けるときに限り、その部分を得られた成果とみなす。この場合において、受任者は、委任者が受ける利益の限度において、報酬を請求することができる」と改正するよう提案された（上記アが履行割合型委任、イが履行完成型委任の場合の規律である）。

3. 委任契約の任意解除権（民法 651 条関係）

現行民法 651 条 1 項は、委任者、受任者双方は、当事者間の人的信頼関係を基礎とする委任契約について、いつでも、自由に委任契約を解除することができる」と定める。ところで、委任契約は委任者の利益のために受任者が事務処理を行うのが原則であるが、受任者が委任者に対して有する債権の回収目的のために受任者に取り立ての委任がなされる等、受任者の利益をも目的とする委任がなされる場合がある。しかしこのような委任が可能である旨の明文規定が現行民法にはない。そこで、中間試案及び仮案は、委任者が受任者の利益をも目的とする委任を解除したときは、相手方の損害を賠償しなければならないこと、ただしやむを得ない事由があれば損害賠償責任を負わないことを明文化するよう提案した。

（補論）

（1）民法改正と銀行取引について

ここでは、中間試案段階で、全国銀行協会側が懸念を示して意見を提出した事項が、仮案段階でどのように変更されたのかいくつかの項目を紹介しよう。

①金銭債務の特則について

現行民法 419 条の金銭債務の特則は、①金銭債務の履行遅滞については、損害の額は法定利率（約定利率の方が高ければ約定利率）で計算した金額とする（1 項）、②法定利率（又は約定利率）分の損害以上の損害賠償をとることはできない（1 項解釈）、③その金額分の損害については、それが発生したという証明は不要である（2 項）、④法定利率（又は約定利率）分の損害賠償については不可抗力でも免責されない（3 項）と定める。これらの条文の立法趣旨は、金銭の調達に要する法定利率（又は約定利率）分の金額を損害とみなすこと、このコストの賠償を認めればそれ以上の損害（利息超過損害）の賠償は不要であると判断されること、金銭は他からの調達が可能である以上、不可抗力の抗弁を認める必然性はないことである。し

かし、金銭は常に法定利率（又は約定利率）で調達できるとは限らないので、これらを超えるコストを要したという証明がなされれば、その賠償を否定する必要はないことや金銭でも大災害等の例外的な場合には履行遅滞の責任を免責すべき場合があることから、中間試案では民法 419 条の規律に、「債権者は契約による金銭債務の不履行による損害につき、同条 1 項及び 2 項によらないで、損害賠償の範囲に関する一般原則に基づき、その賠償を請求することができる」との規律を付け加えるとともに、419 条 3 項を削除するよう提案した。全銀協としては、超過利息支払いの範囲が拡大し、紛争やその濫用を招く恐れを懸念し、現状維持の規定を主張した。これが受け入れられて、本件は仮案では取り上げられないことになった。

②保証債務の特則について

中間試案で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こととされたが、全銀協としては、企業の資金調達に支障をきたすことなどのないよう、バランスのとれた規律の検討を要望してきたところである。仮案では個人保証契約の締結に先立ち、その締結の日前 1 箇月以内に作成された公正証書に基づき保証人になろうとする者が保証債務を履行する意思を表示しなければ、その効力は生じないものとされた。また、この公正証書を作成するには、（ア）保証人になろうとする者は、保証契約に係る事項を公証人に口授すること、（イ）公証人が、保証人になろうとする者の口述を筆記し、これを保証人になろうとする者に読み聞かせ、又は閲覧させること、（ウ）保証人になろうとする者が、筆記の正確なことを承認した後、署名し、印を押すことが方式上の要件とされた。

ここで、公正証書の作成に当たり、公証人役場が 2 か所しかない県が多々あり（秋田、山梨、奈良、島根、香川、徳島、高知、佐賀、沖縄）、全銀協としては、実務への悪影響を懸念せざるを得ないため、公証人の役割を弁護士にも担ってもら

よう意見を提出していたが、採用されなかった。今後、民法改正の施行による本件実務の円滑な実施のためには、十分な周知期間が必要であり、緊急融資等の場合も考慮し、実務対応上、日本公証人連合会との連携が必要になると考えている。

この原則によらない例外として、主たる債務者が個人である場合の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がある。この部分は商工会の強い要望が反映されたものと考えられるが、配偶者にリスクを取らせることに反対意見があることは承知している。

経営者保証の範囲については、監督指針に沿う内容であるが、配偶者を含めることに反対意見もあり、「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」という場合の、事業性の要件をどう見ていくのかが今後の大きな課題であろう。

次に、保証契約時の説明義務・情報提供義務について中間試案は債権者に説明義務等を課し、これに違反した場合の効果として、契約の取り消しを挙げていたが、全銀協としては債権者が説明義務違反行為をした場合の効果としては、契約を取り消すことができるとするのではなく、過失相殺的处理を可能とする内容にすべきこと、また、信用状況の説明義務については、(これが銀行の守秘義務違反になる恐れがあることから)、債権者に主たる債務者に関する信用状況の説明義務を課すべきではなく、仮にこれを課すとしても債権者が履行可能な範囲での情報提供義務にとどめるべきであることなどの意見を提出した。仮案では、説明義務者が債権者から主たる債務者に変更され、タイトルも「契約締結時の説明義務・情報提供義務」から「契約締結時の情報提供義務」に改められた。また、情報提供事項から「信用状況」が削除された。仮案における説明義務に違反した場合の効果は、中間試案の提案の場合と同じ保証契約の取消しであるが、それは次の①、②の要件をいずれも満たすことが要求されている。その第一の要件は、主たる債務者が説明をせず、又は事実と異なる説

明をしたために委託を受けた者が上記事項について誤認をし、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ことである。第二の要件は、債権者が、主たる債務者が第一の説明をせず、又は事実と異なる説明をしたことを知り、又は知ることができたことである。全銀協としては、この要件に即した実務対応がなされるよう、今後、例えば主たる債務者に表明保証³を求めるなどの対応が必要になると考えている。

③消費寄託について

受寄者が契約により寄託物を消費することができ寄託契約を消費寄託契約といい、現行民法666条は、受寄者が契約により寄託物を消費できる場合は、消費貸借の規定を準用すると定める。消費寄託における寄託物は代替物となり受寄者は寄託者に対して、同一の種類・品質・数量のものを返還する義務を負う。そして寄託物の所有権、処分権は受寄者に帰属し、受寄者は自己のために消費できるが、受寄者の同一の種類、品種及び数量の物の返還義務についての規定がないので、中間試案及び仮案は、先ず666条に本趣旨を明文化するよう提案した。

ところで現行民法666条では、消費寄託について消費貸借の規定が準用されること(1項)、返還時期の定めがない場合においては、591条の定め「当事者が返還の時期を定めなかったときは、貸主は、相当の期間を定めて返還の催告をすることができる」の適用がなく、寄託者はいつでも返還を求めることができる(2項)と定める。しかし、中間試案では、消費寄託も寄託であることを前提に、662条等の寄託に関する規律が適用されることを基本としつつ、消費寄託契約は、寄託物の所有権、処分権が受寄者に移転する点で消費貸借と共通点があることから、これに消費貸借契約の規

³ 表明保証とは、一定の時点(通常は、契約時)における契約当事者に関する事実、契約の目的物の内容等に関する事実について、当該事実が真実かつ正確である旨契約当事者が表明し、相手方に対して保証することを言う。

律のうち、貸主の担保責任についての規律（590条）及び価額の償還の規律（592条）を準用することが提案されている。この場合、消費寄託について寄託の規律の適用を原則とすると、受寄者は、返還時期の定めがあれば、やむを得ない事由がない限り、その期限前には寄託物を寄託者に返還できないことになってしまう（663条2項）。そこで全銀協はこの663条2項の準用に反対した。理由は、預貯金契約において返還期限の合意がある場合に受寄者である金融機関が期限まで寄託者に返還することができないとすれば、例えば金融機関側から定期預金を受働債権として相殺ができない場合が生ずるなど金融取引に支障が出るからである。この反対意見を受けて、仮案では、この寄託の規定の準用を除外し、預貯金についての特則が新設され、「民法591条2項の規定「借主はいつでも返還することができる」は、預金又は貯金に係る契約により金銭を寄託した場合について準用する」が加えられた。

④弁済の方法について

現代社会では、債権者の預貯金口座に金銭を払い込むことにより弁済をする場合が多いが、現行民法にはその旨のルールが定められていない。そこで中間試案は「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」としたが、全銀協はこれに反対し、この規定を設けないよう意見を提出した。理由は入金記録については、誤記録も起こり得るため、入金記録時を弁済の効力の基準時とすることは適切ではないことによる。また、入金記録という概念が突如民法に導入されるのは違和感があると指摘した。これを踏まえ、仮案では「金銭の給付を目的とする債務について債権者の預金又は貯金の口座に対する払い込みによってする弁済は、払い込んだ金銭の額について、債権者がその預金又は貯金に係る債権の債務者に対して払戻しを請求する権利を取得した時に、その効力を生ずる」とされた、

(2) 民法改正の企業の実務・法務に与える影響について

①個人保証の制限による影響

仮案の提案は、個人が保証人となる保証契約のうち、事業のために負担した貸金等債務を主債務とする保証契約又は、主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について、原則として、一定の方式に従って公正証書により保証人になろうとする者が保証債務を履行する意思表示をしていなければその効力を生じないとするものである。従って貸金等債務以外を主債務とする保証（たとえば家賃保証）や主債務が貸金等の保証であっても、その貸金等債務が主債務者が事業のために負担したものでない場合（たとえば居住用住宅ローン）は対象にならない。また法人保証も対象外である。近時、金融機関が貸付を行う際に「経営者保証」以外の個人保証を抑制する取組みが進められていることもあり、本仮案が資金調達・金融実務へ与える影響は必ずしも大きくはないのではないかと見込まれる。現在、金融機関に対する監督指針では、平成25年12月9日に公表された「経営者保証に関するガイドライン」の趣旨や内容を踏まえて、経営者保証に依存しない融資の促進が求められているところである。

②情報提供義務による影響

契約締結時の情報提供義務について仮案は、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ときは個人保証人に対し、①財産・収支の状況、②主債務以外に負担している債務の有無、その額、履行状況、③主債務の担保があるときは、その旨・その内容に関する情報を提供しなければならず、④主債務者が上記の説明をせず、又は事実と異なる説明をしたために個人保証人が誤認をし、保証契約を締結した場合で、かつ、⑤主債務者の義務違反を債権者が知り、または知ることができた場合は、個人保証人は保証契約を取り消すことができると提案した。

図表3 保証人保護のために整備された諸制度

種類	情報提供者	提供先	提供情報内容	違反の効果
契約締結時の情報提供義務	主たる債務者	個人保証人	・財産及び収支の状況 ・主たる債務以外に負担している債務の有無及びその履状況 ・主たる債務者の担保提供の有無及びその内容	・①主債務者の情報提供不供、虚偽情報提供により保証人が誤認により保証 ・②債権者が情報不供、虚偽情報提供を知り、又は知り得た⇒①かつ②の場合、保証人は契約を取消することができる
主たる債務の履行状況に関する情報提供義務	債権者	委託を受けた保証人（法人を含む）	保証人からの照会に応じ、履行状況	債務不履行一般
主たる債務者が期限の利益を喪失したときの情報提供義務	債権者	個人保証人	期限の利益喪失の事実（2か月以内に）	喪失から通知までの遅延損害金の履行請求不可

この提案は、主債務が「事業のために負担する債務」に該当する場合には、貸金等債務を主債務とする個人保証のみならず、事業のために不動産を賃借する場合の賃料を主債務とする個人保証や買い掛け債務を主債務とする個人保証なども対象である。義務の名宛人は主債務者であるが、義務違反の効果が保証契約の取消しであるため、実務的には、主債務者が情報提供義務を果たしているかどうかについて、債権者としても十分な確認をしておく必要がある。

次に主債務の履行状況に関する情報提供義務については、債権者は、主債務者から委託を受けた保証人（保証人が法人である場合を含む。）による請求があったときは、保証人に対し、遅滞なく、主債務の元本・利息等について不履行の有無・残額・履行期限が到来している額に関する情報を提供しなければならない。また、債権者は、主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、その旨を個人保証人に通知しなければならない。上記通知をしなかったとき、債権者は、個人保証人に対し、主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に生じた遅延賠償金（期限の利益を喪失しなかったとしても生じていたものを除く）に係る保証債務の履行を請求することができない。

以上の主債務の履行状況に関する情報提供義務

は、主債務が「事業のために負担する債務」に該当する場合に限らず、個人保証一般に適用することが想定されており、契約締結時の情報提供義務よりも対象範囲が広いので留意が必要である。

③債権譲渡制限緩和の影響

譲渡制限の意思表示の付された債権譲渡が有効となり、債権譲渡による資金調達を促進する可能性があるが、譲渡人について破産開始手続開始の決定があった場合には、譲受人には債務者に対する供託請求権が認められる。債務者にとっては、譲渡制限の意思表示を付しても、元の債権が破産すると取引の相手方以外の者から供託の請求を受けることになり、元の債権者へ弁済しても、弁済として認められないので、債務管理の負担が増える可能性がある。

また、現行民法は債権譲渡に関して、債務者が異議をとどめないで承諾をしたときは、譲渡人に対抗することができた事由があっても、これをもって譲受人に対抗することができない。この異議をとどめない承諾の制度の規定を削除し、抗弁の切断には、抗弁の放棄という意思表示の一般的な規律に委ねることが提案されている。ゆえに抗弁を切断した債権譲渡を受けるためには、譲受人は、債務者から、譲渡人に行った抗弁を譲受人に対しては放棄する旨の意思表示を得ておく必要がある

が、この行為は、債務者にとって権利の放棄を意味するので、抗弁の放棄を行うことには抵抗感が強まる可能性がある。

④売買への影響

目的物が契約内容に適合しない場合に、買主が採ることができる手段が多角的に整理されたため、個別取引において買主がいかなる救済を求める得るかという点を意識して契約を行う必要性が高まる。このため、契約実務上は、種類、品質、数量に不適合があった場合の取り扱いが契約の趣旨に沿う形で明確になっているかどうかを確認し、仮に契約に明示的に反映されていない場合には、民法に従った処理がなされることになるため、そのような処理が当該個別契約の目的からみて妥当性、許容性を持つものかどうかを十分検討しておく必要がある。

(3) 民法（債権関係）改正の全体像

①改正の経緯

今回の民法改正の経緯をたどると、1993年頃まで遡ることができる。民法制定100周年を契機に、東京大学の能見善久教授を中心に同じく東京大学の内田貴教授が幹事となり、有志がそれぞれの担当分野において改正が必要と考える内容をまとめたのである。この時点では民法改正全体としての整合性は考慮されていない。2001年には、これを発展させた私的研究会である「民法改正委員会」がスタートした。ここに、担保法作業部会、債権法作業部会、家族法作業部会と言う3つの部会を設けた。他の学者グループも活動を開始した。その代表が京都大学の山本敬三教授や潮見佳男教授を中心とする研究会であり、その提言が今回の債権法改正のバックボーンになっている。これに触発されて加藤雅信、金山直樹、椿寿夫・円谷峻也の各先生の研究会も始まった。このように学界では民法改正の気運が盛り上がり、機は熟しつつあった。

こうした中、法務省はどのように債権法改正の必要性を判断したのか。当時の所管の法務省民事

局長は現在の最高裁長官の寺田逸郎氏であった。1990年代以降2000年代初頭は、民事法は明治の制定期、戦後の憲法改正期に次ぐ第三の改革期にあたっており、借地借家法（1991）、民事訴訟法（1996）、民事再生法（1999）、金融商品販売法（2000）、会社更生法（2002）、人事訴訟法（2003）、破産法（2004）、不動産登記法（2004）、民法の現代語化（2004）、会社法（2005）、一般社団法人等法（2006）、金融商品取引法（2006）、信託法（2006）、保険法（2008）、非訟事件手続法（2011）、家事事件手続法（2011）と、改正が目白押しに行われ、民法もその渦中にあった。海外では、オランダを皮切りに、ドイツ、フランスでそれぞれ民法改正が進みつつあり、今はなくなってしまったが、かつての法務省には国際派と言われる人脈があり、そうした人たちが比較法的な立場で海外の法改正動向を正確に把握していた。たまたま、寺田逸郎法務省民事局長は、ハーグ国際司法裁判所勤務の経験があり、オランダをはじめとする民法改正動向をよく承知していたため、2006年に法務省としての民法改正の検討を決定できたのである。当時、基本六法中、抜本改正を受けていないのは民法だけになっていたこともこの決定を後押ししたと言えよう。

余談だがこの決定に関連して3点を指摘しよう。第一は、民法がカタカナのままであれば、2006年時点で、民法改正への反対はなかったと思われるが、2004年に民法の現代語化を行った直後であり、読んで不自由を感じることはないため、全面改正に否定的な意見が出た。今にして思えば、2004年に星野英一先生を中心に現代語化に踏み切ったことがよかったのかどうかと考えることがある。第二は、上記のように、1990年以降、民事関係法の改正が続いたため、所管の法務省の民事局の参事官室の組織・定員は大きく拡大していた。2006年時点では、大きな民事法改正はおおむね終了し、このままの当該組織・定員の維持は難しい状況であったので、法務省は組織防衛の観点から債権法改正の構想をひねり出したのではないかという見方もあったが、これは事実評価を誤っている。民

法改正の必要性は、上記に述べたとおり、それまでの経緯からして明らかだからである。第三は1980年に成立し、1988年に発効したウイーン売買条約（正式名称は国際物品売買契約に関する国際連合条約）についてである。これは国境を超えるビジネスの基本条約であるにもかかわらず、商社の反対で、当時の日本は批准できないでいた。世界がほとんど批准に踏み切る中で、日本だけがこれに加わらないことはいかに不自然であった。法務省は外国との交渉にも長け、外国の事情に詳しい北海道大学の曾野裕夫教授を法務省の担当参与に任命し、その批准促進に努めていたが、2008年の批准に向けて背中を押したのも当時の寺田法務省民事局長である。

法務省の民法改正の方針決定を受けて、2006年に「民法（債権法）改正検討委員会」が組織された。これは、学界として、もし今、民法を改正するなら、こういうものにしたいという最善の理想的な案の作成を目指したもので、実務面での配慮や妥協の可能性などを考慮しない純粹の学界提言を意図していたことから、実務家は入っていない。しかし法務省の担当者が入っていたことが、一部で、法務省の原案つくりの隠れ蓑ではないかと言う関係者の疑心暗鬼を生んだが、事實は、法務省の担当者はひたすら聞き役であり、裁判官出身の担当官が事実関係を尋ねられて、ごくまれに発言する以外に意見を述べる場面は皆無であった。法務省は、弁護士会からの代表を本委員会に参加させるよう要請を受けたようだが、学界が学者として出せる最高の案を作るという目的の学界委員会である以上、法務省として関与できるものではないとして、この要求を突っぱねたと聞いている。

②民法改正の時代背景

第一は施行から100年を超え、民法典のメンテナンスの必要が高まっていたことである。欧州でもおおむね制定後100年程度で抜本改正を行っている。日本では①条文②条文とかけ離れた、主としてドイツから学説継受された通説③判例と言う三層構造の中で民法が解釈、運用されていた。司

法試験受験者は、条文自体の勉強は一次試験対策に必要な範囲でほどほどに切り上げて、勉強の本命は、かつてはひたすら有力な学説を覚えることに、最近では次第に重要判例を覚えることに力点が置かれるようになった。こうした中で、民法改正に際しては、判例を踏まえた条文を明文化しようということが主張された。第二は日本社会の構造変化と司法制度改革である。日本では民法の土俵外の枠組みでビジネスが行われる傾向があり、見えない規制や護送船団と言われる不透明な取引慣行に支配された事前規制の厳しい国だったが、これが立ち行かなくなり、取引の基本である民法を改正し、事後救済社会にふさわしい透明性の高いルールが強く求められるようになっていた。優秀な弁護士を増やす司法制度改革が動き出したのもこの頃のことである。これを否定する人はいなかったが、実務界では、「いま、民法を改正しなければいけない立法事実はあるのか」との批判は依然根強くあった。このため、今回の改正は、立法事実を伴わない学理的改正だと言う批判を受けた。というのも、それまで、個別業界や政治サイドから改正目標が提示され、これを受けて、具体的な改正作業に入るのが通常であったため、今回のように外部からの要請なしにスタートする法律改正はあまり例がなかったからである。それゆえ、学界の学問的目標と実務界の実務的目標とがそれぞれに異なり、容易に合意に達せず、意見の調整が難航した。こうした中、民事法の改正案は法制審が全会一致で決定するという従来の必ずしも合理的とは言えない慣行がそのまま維持されたので、予想を超えて多くの論点が抜け落ちてしまった。

③法制審議会審議の特色

今回の民法改正審議は5年余りをかけて、99回の部会審議、18回の分科会審議（3つの分科会合計）という異例の慎重審議が行われた。特徴的なことは、弁護士の関与が大きい「実高学低」ともいべきものであったことである。実務界の理解を得るため、審議会における弁護士の構成員比率も上がり、現に実務者からの意見提出が極めて積

極的だった。その内容も、単にこの条文に留意すべきだというような抽象的な意見にとどまらず、具体的な法文の提案に及ぶものが多かった。それに引き換え、学問的観点からの評価がなされることが少ない雰囲気は残念なことだった。

また、比較法への関心の低さも際立った。明治民法制定時は実務の蓄積がなかったため、成文案の検討は比較法的アプローチが中心だったことを考えると、隔世の感がある。しかし契約法の世界的共通化と言う流れが厳然としてある以上、それを無視ないし軽視するリスクは大きい。比較法への関心の低さは学者主導の改正への反発と見るべきなのだろうか。特に今後の日本のアジア経済戦略を考えると、国際的法統一という視点は重要であり、将来の海外業務のやり易さに多大の影響を及ぼすとみられる。現に日本民法と共通性の高い民法を備えるベトナム、カンボジアでの契約交渉はやり易いという知己の弁護士の意見を聞いたことがある。しかし日本の内向き志向は、このような視点にまでは配慮が及ばなかったように見える。

最後に、先に述べた、原則として全会一致と言う法制審民事系部会の慣行についてである。法曹の専門家以外の委員が増え、今回のように論点が多様になれば、全会一致が成り立つ筈はないのであり、未だにテーマや改正事項が限られていた昔の時代慣行に縛られていることに疑問なしとしない。この結果、民法の現代化を目指した債権譲渡の第三者対抗要件やルールの透明性確保を狙う暴利行為、契約交渉段階の不当破棄及び情報提供義務などの項目が落された。その他、損害軽減義務、金銭債務の特例（利息超過損害）、損害賠償の予定（減額）、解除の要件の一元化、将来債権譲渡と契約上の地位の移転、契約の解釈、事情変更、継続的契約、売買（商法との統合）、贈与（困窮による解除・非行による解除）、役務提供型契約への対応（準委任、医療契約・決裁契約等）、新種契約への対応（ファイナンス・リース、フランチャイズ）も消えた。

しかし、それでも仮案の改正が実現すれば、今回、日本においても初めて民法改正の壁を乗り越

える経験を持つことになり、その持つ意味は大きく、次回以降の民法改正に対するハードルを大きく下げるものと考えている

（実は、今回の改正作業が始まるまで、自分が生きているうちに民法改正がなされるとは思ってもみなかったので非常に感慨深い）。

④特筆すべき論点

先に「実高学底」と述べたが、それでも学者が主導した論点もあった。最後にこのことについて、3つの事項を例に説明しよう。

（a）原始的不能の債務

かつての学説では、条文上の根拠はないが「原始的不能債務は無効である」ことが通説とされていた。その理由は、ドイツ民法の旧規定 306 条が「不能な給付を目的とする契約は無効である」とされていたため、ドイツからの学説継受が大きな力をもっていた明治以降の日本の法学界において、このような解釈が認められてきた。これについて、京都大学の磯村哲教授から 1955 年に批判論文が提示され、2001 年には、この条項に関連するドイツ民法 201 条も削除されている。しかし日本の実務界では、原始的不能が無効であるとする学説を否定する判例がないこと、学説を否定する不都合な事実も生じていないことから、今回の改正に際し、なぜこれを今変えるのかと言う批判が強かった。しかし法務省当局は原始的不能=無効の議論を疑問視して、中間試案では「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すでに生じていたことによっては、その効力を妨げられない」を提案した。上記磯村哲論文では「不能な債務は義務づけられないとの規定は、1853 年のフリードリッヒ・モムゼン論文によればローマ法の解釈から導かれるとされているが、もともとその射程距離は狭く、この原則はもはや普遍性を持たず、ローマ法解釈からも認めることができない」旨が明らかにされていた。その後も、京都大学の北川善太郎教授をはじめ、続々と原始的不能=無効を疑問視する学術論文が発表されていた。そして今回この考え方を死守していたドイ

ツ民法の該当条文が削除されるに及んで、法務当局も原始的不能＝無効という考え方の変更を明確に受け入れることになったのである。

よく、大学の民法講義の際に例に出されるように、東京で、（事情のよくわからない中で）田舎の別荘の売買契約をしたが、契約前に売主の責めに帰すべき事由なく消失していた場合、この契約は無効であり、売主には債務不履行責任は生じないが、この事実に気がつかなかった売主には契約締結上の過失があるという法理が考え出され、売主は、当該売買のために買主が支出した、例えば事前見分のための費用を信頼利益の損害として賠償すべきであるとされる。しかし売買契約直後の売り主の過失で別荘が消失すれば、買主に対し債務不履行責任を負い、履行利益まで賠償する必要があるのに、契約締結前に売主の過失なしに別荘が消失し、売主がその事実に気付かずに契約すれば、信頼利益の賠償にとどまると言うのはあまりに不均衡かつ不合理であることから、原始的不能の場合でも契約は有効であるとして、仮案でも「契約に基づく債務の履行がその契約の時に不能であったことは、第11（債務不履行による損害賠償）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」とされた。なぜこのような文言になったのかについては、現時点では細かい説明は差し控える。もし実務の意見に押されて、原始的不能＝無効を条文化していたら、日本は世界的に例のないガラパゴス民法を死守する国になるところであった。

(b) 瑕疵担保責任

特定物売買に隠れた瑕疵があった場合の民法570条について、実務界では、最高裁判例が法定責任説に立つので改正の必要はないとの主張が多かった。法定責任説とは、特定物に原始的瑕疵があっても、当該特定物は世の中に二つとない物であるので、瑕疵のないものに給付をし直すことはありえず、従って売主に債務不履行責任は生じないとの主張である。これを特定物ドグマと呼ぶ。しかし、それでは瑕疵がないと信じて売買に応じ

た買主がかわいそうなので、売買価格の等価的均衡を維持するために、法律が特別に売主に認めた無過失の責任が瑕疵担保責任であると考えてるのである。この主張に従っていれば、これまた、日本民法は世界のガラパゴスになりかねないところであった。ここでも、今回、学問的蓄積が意味を持つことになった。そもそも最高裁が法定責任説に立つという考え方自体が事実誤認である。最高裁判決は事案に応じて、法定責任説と契約責任説を使い分けて対応していたというべきであり、このことを1960年ころに、最初に主張したのが北海道大学の五十嵐清教授である。更に、東京大学の星野英一教授は利益衡量説の立場から、1963年に、契約責任説の方が優れていることを論証していた。従って、日本においても、遅くとも1960年代までには、法定責任説は過去の通説に過ぎないとされていたのが実情である。にもかかわらず、未だに法定責任説が通説だと言われる土壤があるのは、若い人が司法試験予備校で、答案の書き易い法定責任説を刷り込まれているためであろうと思われる。地裁判決には法定責任説があたかも確立した判例であるかのような驚くべき書きぶりの判決も散見されている。

(c) 錯誤

民法95条は「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があった時は、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない」と規定する。起草者は、動機の錯誤が必ずしも要素の錯誤にならないことはわかっていたが、これをどのように表現すべきかの結論に至らず、解釈に委ねることにしてしまった。この結果、この条文はルールを示していない、ほとんど何の意味も持たない条文になってしまった。

要素の錯誤について、最判昭45.5.29は「一般に、錯誤が意思表示の要素に関するものであるというためには、その錯誤が動機の錯誤である場合には動機が明示されて意思表示の内容をなしていること及びその動機の錯誤がなかったならば通常

当該意思表示をしなかったであろうと認められる程度の重要性が認められることを要するものと解すべきである」とした。この考え方は鳩山秀夫東大助教授が明治43年初出で著した「法律行為乃至時効」という著書の中で述べている「要之、当事者及ヒ目的ノ性状品質ハ当事者ガ其特定ノ性状品質ヲ有スル人又ハ物ニ付テノミ法律関係ヲ生ゼシメントスル意思ヲ表示シタル場合ニ於イテノミ意思表示ノ内容ト為リ従ツテ要素ノ錯誤ト為ルモノニシテ・・・」という記述と軌を一にするものと思われるが、当時まだ26歳で、しかもドイツ留学前に執筆がなされた上記鳩山秀夫論文の一節が果たしてドイツの学説継受の根拠となるのだろうか。

次に最判平元9.14は「意思表示の動機の錯誤が法律行為の要素の錯誤としてその無効をきたすためには、その動機が相手方に表示されて法律行為の内容になり、もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合であることを要するところ」と述べ、相手方へ表示されることと法律行為の内容になることの二つを要素の錯誤の要件としている。この二つの要件の関係をどう見るかについては、学説が様々に分かれているが、「法律行為の内容となる」とは端的に契約の内容のことであるから、これを重視する立場からは、要素の錯誤は、条件又は債務不履行の問題に帰着してしまう。

今回の仮案では「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錯誤」を動機の錯誤とし、「その意思表示の取り消しは、その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、することができる」とされた。そうなると、今度は事情変更のルールが問題になるが、これについては、中間試案では俎上に上がっていたが、仮案段階で、事情変更の原則を認めた判例がないことを理由に、事情変更の原則は削除されてしまった。しかし、事實は、たまたま認容された判例がないだけで、事情変更の原則に基づいた棄却判決は数多くあるのである。加えて、事情変更の原則が濫用を招く恐れや契約

の拘束力を弱めるとの理由で、仮案から消されたことは残念である。

⑤最後に一質問に答えて一

判例理論の明文化と言いながら、判例理論を超える内容が散見される仮案となった事情については、個別の事情をよく理解する必要がある。判例の不十分なところを補う債権者代位権及び詐害行為取消権の仮案、破産法との関係を重視する債権譲渡の相殺の仮案、現実の連帯債務の大半が債務者間に緊密な関係がない不真正連帯債務であるという実態を反映した相対的効果の範囲を拡大する仮案⁴には、それぞれ、判例を超える条文化を目指すべき合理的な理由がある。

また、実務主導の仮案である個人保証については、関係者が完全に納得しているわけではないであろう。仮案が全体としてわかりやすい民法を作るという意図に資するものになったかどうかについても、必ずしもそうとも言えないと思う。民法改正案が成立した後、施行までに要する期間については、経済界などが十分な周知期間を望んでいるが、それでも5年かかった前例はない。3年を基準に判断されることになるだろう。

（終わりに）

民法改正要綱仮案は27年2月10日の法制審議会民法（債権関係）部会で了承された。今後、2月24日開催予定の法制審議会総会で、平成21年10月28日、千葉景子法務大臣から示された諮問第88号「民事基本法典である民法のうち、債権関

⁴ 典型的な連帯債務は民法719条（共同不法行為責任）等の法律の規定により生ずる。仮案では、連帯債務は民法435条（更改）、436条1項（相殺）及び438条（混同）が規定する場合にのみ絶対的効力を有し、他の場合は相対的効力しか生じない旨の規定を提案した。現行434条は連帯債務者の1人に対して行った履行の請求は他の連帯債務者に対しても効力を有する旨の絶対的効力を規定しているが、当該他の債務者に対して生ずる不利益（たとえば履行遅滞に陥りやすいこと）が大きいことから、仮案は履行の請求も相対的効力しか有しないこととすべく、434条の削除を提案している。

係の規定に、制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする等の観点から、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい」に対し、上川陽子法務大臣に民法改正要綱として答申されたのち、1月26日に召集された第189通常国会(会期1月26日から6月24日までの150間)中の3月を目途に、内閣提出の「民法の一部を改正する法律案」として上程される運びである

(この「民法改正要綱仮案に関するノート(Ⅱ)」は平成27年2月10日現在で作成したものである)。

5

[あらい としゆき]

[(一財)土地総合研究所 専務理事]

⁵ 今回を含めた二回の「民法改正要綱仮案ノート(Ⅰ)、(Ⅱ)」において、「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案」39事項中の以下の9事項、具体的には、「第17 多数当事者」、「第20 有価証券」、「第21 債務引受」、「第22 契約上の地位の移転」、「第25 更改」、「第34 使用貸借」、「第37 雇用」、「第38 寄託」、「第39 組合」については、不動産取引との関係が比較的薄いことに加え、参加セミナー等で説明を十分に聴くことができなかったため、個別事項の説明を行っていないことを付記する。