

## 研究ノート

## 民法（債権関係）改正案に関するノート（VI）

## —重要項目の点検と今後の展望—

荒井 俊行

## （1）はじめに

本ノートは、平成27年12月5日、6日に有斐閣の主催で行われた「新しい民法（債権法）案を知る・学ぶ」講演会及び平成28年2月10日、17日、23日、3月2日、9日に行われた東京大学大学院法学政治学研究科・法学部主催の連続講義「債権法改正法案の検討」において、主として、中田裕康、大村敦志、沖野眞己、道垣内弘人の各先生（いずれも東京大学教授）が分担して解説された重要論点部分及び民法改正の理念や評価に関わるコメント中、印象に残った事項を、筆者の個人的な記憶・記録に基づいて、ランダムに整理してみたものである。

もとより民法改正に対する評価は、専門家の間でも様々に分かれており、今回の講師の先生方の間でも、同一のテーマについての捉え方が必ずしも整合していない部分もあり、本ノートの中でも、相矛盾する記述がある可能性も否定できない。また、重要な論点として解説を受けながら、全く理解できなかったものもあり、これらの事項については、文章化してここで紹介することができない。加えて、筆者の皮相的で底の浅い法律学の素養がベースである以上、正確な理解力に欠け、適切な意識に基づく用語・言い回しの選択ができないために、以下の本ノートも誤りを含んだ曖昧な説明になってしまっているものが少なくないことをあらかじめ付言しておく（なお、(2)～(5)は大村先生（「錯誤」の後段部分および「定型約款に対する評価」後段部分は道垣内先生、）、(6)～(8)は中田

先生、(9)～(12)は沖野先生（(10)の「債権譲渡特約の有効性」の部分は道垣内先生）、(13)

～(17)は道垣内先生、(18)は大村先生の議論を中心に「予測可能性の回復と問題点」以下は道垣内先生のご意見を加えている。

しかし、そうは言っても、滅多に聴くことのできない日本を代表する民法学者の先生方のご発言であるだけに、本ノートも、将来、何かの思考のきっかけになるかもしれないと考え、自分自身のために、不十分かつ断片的なままではあるが、ここに書き留めておくものである（なお、本ノートは「民法の一部を改正する法律案」（以下、本ノートにおいては「改正民法案」という。）が第190通常国会で審議中の平成28年（2016年）4月16日現在で記述したものである）。

## （2）総則

現行民法との比較において、消滅時効を除く総則に係る改正民法案の成果を整理してみると、まず、(i)判例法理を明文化したものと、①重畳型代理行為（109条2項、112条2項）、②代理権の濫用（107条）、③意思表示の効力発生時期（97条2項）、④条件成就の妨害（130条2項）等がある。また、(ii)一般的に認められていた考え方を明文化した条文の例としては、①心裡留保・錯誤の場合の第三者保護（93条2項、95条4項）、②従来から、取消的無効と称されていた錯誤の効果の無効から取消への変更（95条1項）、③原状回復に関する規定の創設（121条の2）、さらに(iii)

規定の整理・精密化を図った例として、復代理や自己契約・双方代理（104条～108条）を挙げることができよう。

他方、改正民法案では実現できなかった事項として、①法律行為の定義・効力に関する規定の創設、②暴利行為規定の明文化、③事実と異なることを告げ、又は不利益事実を告げない相手方の行為（不実表示）に関する規定の整備等がある。ここでは、意思能力及び錯誤について説明を加える。最終の「(18) 今後の展望」において、暴利行為、その他の事項についても触れる。

#### （意思能力）

第一に、改正民法案は、意思能力に関し、3条の2の規定「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かったときは、その法律行為は無効とする」と規定した。意思能力とは、一般に「自らの行為の結果がどうなるかを予測・判断して、これに基づいて自ら意思決定をする精神能力」と考えられているものの、現行民法には意思能力についての規定がなく、改正民法案でも、上記のとおり、意思無能力の法律行為は無効であるとの効力規定が設けられるものの、定義規定はなく、解釈にゆだねられている。

この意思能力の規定については、錯誤と同様、効果を取り消しとして第5章、90条以下の「法律行為」の章に置くべき条文であるという考え方と、第2章、3条以下の「人」に関する章に、意思能力のない人の行為は無効として、行為能力と並べて位置付けるべきだという考え方とがあった。前者は、意思能力を当該法律行為の意味を理解する能力と見て、法律行為の性質・内容に照らして、その意思能力の有無を可変的に理解するのに対し、後者は、意思能力を行為能力の前提として、10歳程度の人を持つ通常の事理弁識能力を意味する固定的な概念としてとらえる。改正民法案は第2章、3条の2に意思能力に関する規定を置いたが、このことは意思能力の意味を固定的に解することを必ずしも意味するものではなく、この論点は、今後引き継がれているものと考えられる。意思能力

規定の法規範形成力（破壊力（突破力）という表現も紹介された）という視点から考えると、前者のような考え方をとる方が、今後の民法解釈に大きな可能性を与えるように思われる。

嘗て、豊田商事事件というものがあり、多数の高齢者が詐欺に陥れられた。高齢者も、通常は、先に述べた後者の固定的な意味では意思能力者とされるが、前者のように、当該事案に即して、契約類型に対応した意思能力を評価する立場からは、巧妙な欺罔行為との関連において、高齢者に対応する意思能力がなかったとの判断が成り立つ可能性があり、高齢者取消権のような立法論も考えられるところである。

成年被後見人について定める現行民法9条は、「成年被後見人の法律行為は、取り消すことができる。ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為については、この限りでない」と規定するが、これは、成年被後見人であっても、日用品の購入等という行為類型については行為能力を認める意味であり、このことから類推すれば、現行民法にも、法律行為の性質・内容に応じた意思能力を考える余地があると考えられる。

#### （錯誤）

第二は、錯誤規定（95条）についてである。この条文については、論争を抱えたまま玉虫色の表現でとりあえず、改正民法案のとりまとめを図るため、論争を打ち止めにしたという経緯があり、今後とも、各種の解釈論が浮上することが確実である。まず「表示の錯誤」（意思表示に対応する意思を欠く錯誤）と「動機の錯誤」とを区別したうえで、「動機の錯誤」とは、「表意者が法律行為の基礎とした事情についての認識が真実に反する錯誤」とし、その取消しは、①当該錯誤が契約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こと、②契約の基礎とした事情についての認識が真実に反するものであることに加え、③「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した。これは動機の錯誤に関する判例法理を明文化した

ことを明らかにするために、このような文言が選択されたとされているが、この③の条文が、錯誤の事情について、「法律行為の内容になっていた」ことを意味するのか、それとも「法律行為の前提としての表示の事実行為があった」ことを示すに留まるのか、「法律行為の基礎」という文言の解釈をめぐり、議論があるところである。

換言すれば、錯誤者により表示され契約条件として相手方と合意された契約内容を重視するのか、錯誤者による表示事実を重視するのかという問題である。これらは判例法理においても見解が一致しているわけではない。

ところで、動機の錯誤の判断は、これまでも表示の有無によりコントロールされていたわけではない。現に中間試案では「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」として「表示」でなく「内容」を要件にしていた。最判昭47.5.19は「支払の動機のごときは、Yに表示されたかどうかに関わりなく、右定期貯金の解約及び支払委任という法律行為の要素となるものではない」と判示していて、表示という外形は必ずしも重視されていない。

確かに、表示を要件とする方が解釈は安定するが、しかし、そこには黙示の表示も含まれるとされる。また、極論すれば、それは1項1号の「意思表示に対応する意思」として、契約当事者がお互いに認識していた事柄かどうかの問題に帰着すると言える。このように、動機の錯誤が法律行為の要素の錯誤に当たるか否かの判断の分かれ目は、実は「表示」とは別のところにあるということもできるのであり、あたかも形式的な意味での「表示」がポイントになっているかのように読める改正民法案の条文は、解釈の予測可能性を狭めるものであり、本当の議論の焦点を明らかにしたことにはならないのではないかという疑問が残る。

### （最近の錯誤を巡る最高裁判決例）

最高裁判所第三小法廷（大谷剛彦裁判長）は平成28年1月12日、信用保証協会と金融機関との間で保証契約が締結され、融資が実行された後に、

主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合に、信用保証協会の保証契約の意思表示に要素の錯誤があるかどうか争われた4件の事案について、いずれも錯誤はないとの判断を示した。最高裁は錯誤の有無の判断にあたり、「意思表示における動機の錯誤が法律行為の要素に錯誤があるものとして無効を来すためには、動機が相手方に表示されて法律行為となり、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、動機は、たとえ表示されても当事者の意思解釈上、法律行為の内容と認められない限り、表意者の意思表示に要素の錯誤はない」とする考え方をとった<sup>1</sup>。

### （3）契約の成立（含、定型約款）

改正民法案では、契約の成立について、①発信主義の放棄（526条1項）、②定型約款に関する規定の導入（548条の2）（(4)で後述）、③契約の基

<sup>1</sup> 上記判決では保証契約について、「主債務者がその債務を履行しない場合に保証人が保証債務を履行することを内容とするものであり、主債務者が誰であるかは同契約の内容である保証債務の一要素となるものであるが、主債務者が反社会的勢力でないことはその主債務者に関する事情の一つであって、これが当然に同契約の内容となっているということとはできない。そして、上告人は融資を、被上告人は信用保証を行うことをそれぞれ業とする法人であるから、主債務者が反社会的勢力であることが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定でき、その場合に被上告人が保証債務を履行しないこととするのであれば、その旨をあらかじめ定めるなどの対応を採ることも可能であった。それにもかかわらず、本件基本契約及び本件各保証契約等にその場合の取扱いについての定めが置かれていないことからすると、主債務者が反社会的勢力でないということについては、この点に誤認があったことが事後的に判明した場合に本件各保証契約の効力を否定することまでを上告人及び被上告人の双方が前提としていたとはいえない。また、保証契約が締結され融資が実行された後に初めて主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合には、既に上記主債務者が融資金を取得している以上、上記社会的責任の見地から、債権者と保証人において、できる限り上記融資金相当額の回収に努めて反社会的勢力との関係の解消を図るべきであるとはいっても、両者間の保証契約について、主債務者が反社会的勢力でないということがその契約の前提又は内容になっているとして当然にその効力が否定されるべきものともいえない」と判示した。

本原則の明文化（521条、522条）等の新しいルールが条文化される。他方、条文化されなかった事項としては、①付随義務及び保護義務に関する規定、②信義則等の適用にあたっての考慮要素に関する規定（情報および格差を信義則、権利濫用にあたっての解釈基準とすべしという提案）、③契約交渉段階における責任に関する規定、④契約の解釈準則を定める規定などがある。

#### （４）定型約款

##### （定型約款規定の概要）

改正民法案は、約款の定義、拘束力の根拠、不意打ち条項、不当条項規制などを巡る対立を踏まえ、規制の対象を定型約款に限定した。定型約款とは①定型取引（特定の者が不特定（かつ）多数の者を相手方として行う取引であること及び取引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であること）に用いられるものであること、②契約の内容とすることを目的として準備されたものであること、③当該定型取引の当事者の一方により準備されたものであること、が要件となっている。

定型約款の契約の相手方としては、改正民法案は個性に着目しない集団を想定しており、例えば、労働契約は多数ではあるが、特定集団との契約であるため、定型約款に該当しないと考えられる。しかし、別途、労働関係法による規律がなされるので定型約款に該当しなくとも特に支障はない。

それでは、B to B取引はどうか。これは個性に着目したものが少なくないことに加え、交渉力格差の存在の結果として、契約内容が画一的になっている（つまり、一方当事者にとって合理的であるに過ぎない）のであれば、双方にとって合理的であるとは言えない場合が多いであろう。しかし、交渉力の格差は、どのような企業間契約にも、多かれ少なかれ存在するのが通例であるので、その格差の程度を規範的な判断により限定した上で、改正民法案が適用される範囲を広げていく必要がある。これは要件・効果を効果の側からから考えて、適用範囲を広げるという民法学でよく採ら

れるアプローチの一つである。

一般論として、定型約款の定義に該当しない約款の規律をどう見るのかが問題となるが、定型約款に該当としなくとも、個別合意に帰着するのであれば、そこでの適切な処理が期待できるので問題は生じないが、個別合意に行き着かない場合が問題となる。この場合の第一の対処方法は、従来通り、判例や約款理論により考えていくというものであり、第二の対処方法は、解釈により定型約款に関する条文の類推適用をできるだけ広く及ぼしていくというものである。前者の方法は、約款規律について二重構造を生じさせ、改正民法案の適用範囲を狭めることになるため、望ましくないと考える。

##### （定型約款の不当条項規制と消費者契約法の不当条項規制）

次に、定型約款条項は、548条の2、2項により、「相手方の権利を制限し、または、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1条2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については、合意をしなかったものとみなされる」。これは消費者契約法10条の枠組みと同様の考え方を採用するものではあるが、消費者契約法の不当条項規制が、契約内容になったうえで、不当性のゆえに無効とされるのとは異なり、改正民法案では、不当条項はそもそも契約に組み込まれない。後段部分の「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1条2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」というのは、不当条項規制が、消費者契約法では事業者・消費者間の情報格差・交渉力格差に基礎づけられているのとは異なり、合意内容の稀薄性、契約締結の態様、健全な取引慣行その他取引に係わる事情を広く考慮に入れて、定型約款の特殊性を踏まえた当該条項の不当性（不意打ち的な条項（契約内容は不当ではないが、まさかこんな規定が入っているとは思われないというよう

な、想定外の条項のこと)を含む。)が評価されることが含意されている。

#### (定型約款の内容の表示)

548条の3では、定型約款の開示がその拘束力を認める必須の条件ではないこと、定型約款準備者に開示が義務付けられているのは、一定期間内に相手方から請求があった場合に限られていることが、約款の一般理論と異なる内容である。

#### (定型約款の変更)

548条の4では、定型約款の変更が、①相手方の一般の利益に適合するか、②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、この条の規定により定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無及び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」のであれば、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したものとみなされ、個別に相手方と合意をすることなく定型約款の内容を変更することができることとされている。

#### (定型約款規定の特徴)

以上のように、改正民法案の定型約款の特徴をなす柱は大きくは3つである。第一は、適用範囲を、①個性のない集団を相手とした、②画一条件性を持った、③契約目的性を持つものに制限する意図から、約款に変えて「定型約款」という用語が用いられたことである。第二は、「採用条件+内容規制」という標準的とされる約款法のシステムが採用されなかったことである。具体的には、不当条項規制が放棄され、しかも、事前開示を直接の採用要件とはせず、相当期間内であれば、事後でもよいとしたこと(548条の3、1項)、さらに、約款による旨の合意がなくとも、定型約款準備者が、あらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していればよい(548条の2、1項2号)という特異な採用の条件を用いたことである。第三は、約款の変更に関する規定(548条

の4)が設けられ、個別合意なしで、①相手方の一般の利益への適合性又は②内容の合理性(合目的性、必要性、変更条項の有無等に照らし判断される)を条件に、一方的に定型約款の変更ができることである(求められた開示をしない場合は、548条の3、2項により、548条の2は適用されないとして、定型約款の適用を受けられなくなる)。

#### (定型約款規定に対する評価)

約款を使う約款準備者は、今回の改正民法案により、自分たちに有利な規定ができたとあるいは喜んでいるかもしれないが、実は喜んでばかりもいられない。548条の2、1項2号の定型約款の合意の規定は、「定型約款準備者があらかじめ定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき」は個別条項についても合意したものとみなすという限界的な事例であり、合意の根拠が薄弱である。そこで、定型約款を契約の内容とするためには、単に表示するだけではならず、相手方に特定した形で表示することが必要であり、これは厳格に解釈されるべきと考える。相手方の承諾ではなくともよいが、申し込みが到達していることが必要であると考えられる。

別の言い方で、定型約款について言及すると、今回の改正民法案では、約款を、①不特定多数の者を相手方として行う取引、②内容の画一性が双方にとって合理的な定型取引という概念を介在させることで絞り込むことが企図された。経済界には、使用している約款がこの定義に該当せず、改正民法案が適用されないことを良しとする風潮があるように感ぜられるが、これは誤った認識である。改正民法案は、定型取引という概念を介在させることで合理的なものに規律の対象を絞り込み、個々の条項への合意なしに契約内容になるという特例を設けるものではあるが、定型約款の定義に該当しないものは企業側が自由に内容を決められるとか、不合理なものでも規制の対象にならないということの意味するものではない。定型約款の例外を設けるなら、原則通り個別条項について個々に合意を得て進めなさいというのが改正民法

案の意思である。あるいは定型約款の例外は労働関係法や行政規制法に委ねられているという意味である。この意味で定型約款以外の約款は決してフリーに認められるものではなく、定型約款の規律が直接には適用のない契約についても、民法の一般ルールに基づく判例学説の約款法理が、裁判所の判断の射程内に入っていると認識することが必要だということを強調したい。裁判所は定型約款の趣旨をできる限り、類推適用する乃至は拡張解釈するという姿勢を取るのではないか。

#### （最近の定型約款に関連する地裁判決事例）

定型約款に関連して、最近の大阪地裁判決（平成26年10月31日）に、「ゆうパック」で発送したクワガタ240匹が誤配のために死んだとして、荷物の送り主が日本郵便（株）に約19万円の損害賠償を求めた訴訟の判決があった。送り主は2013年7月2日、奄美大島でアマミノコギリクワガタを採集し、これをゆうパックで240匹を沖縄県に向けて発送するよう依頼したところ、職員が行き先のラベルをはり間違えたため、熊本県に誤配され、同月6日に送り主のもとに返却されたときには一部のクワガタが死んでいたという事案である。日本郵便（株）側は「生き物を送る場合は、死ぬ恐れがあることを承諾してもらうことが条件になっている」、「クワガタは通常の取り扱いをしても死んだと考えられ、荷物の性質に由来する死滅にあたり、約款上、賠償責任も免責される」と主張した。ちなみに、日本郵便（株）はホームページ上のQ&A<sup>2</sup>では、生き物を発送する際の条件を、

「換気等特別な取り扱いをしないため、死亡する恐れおそれがあることについて承諾が必要である」旨を記載していた。

こうした中で、上記判決は、「送り主の承諾を条件とするような条項は約款に存在せず、クワガタが死ぬ可能性を承諾していたとは認められない」と判示し、日本郵便（株）側に一定の損害賠償責任を認めた。改正民法案の定型約款に関する規定を当てはめたときに、どう結論を導くべきなのかを各自検討してほしい。

#### （5）法定利息

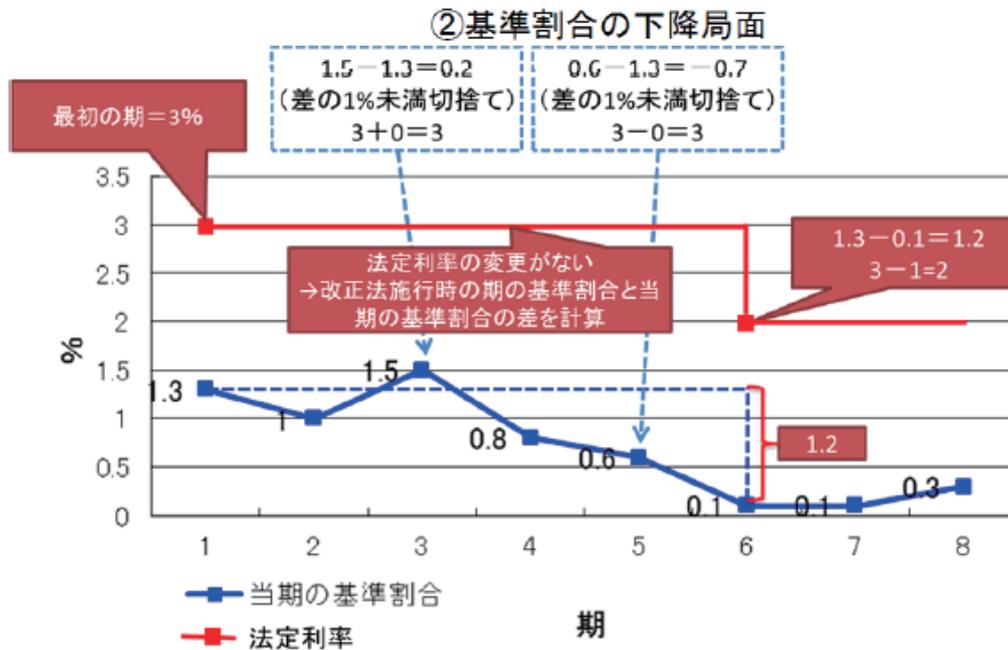
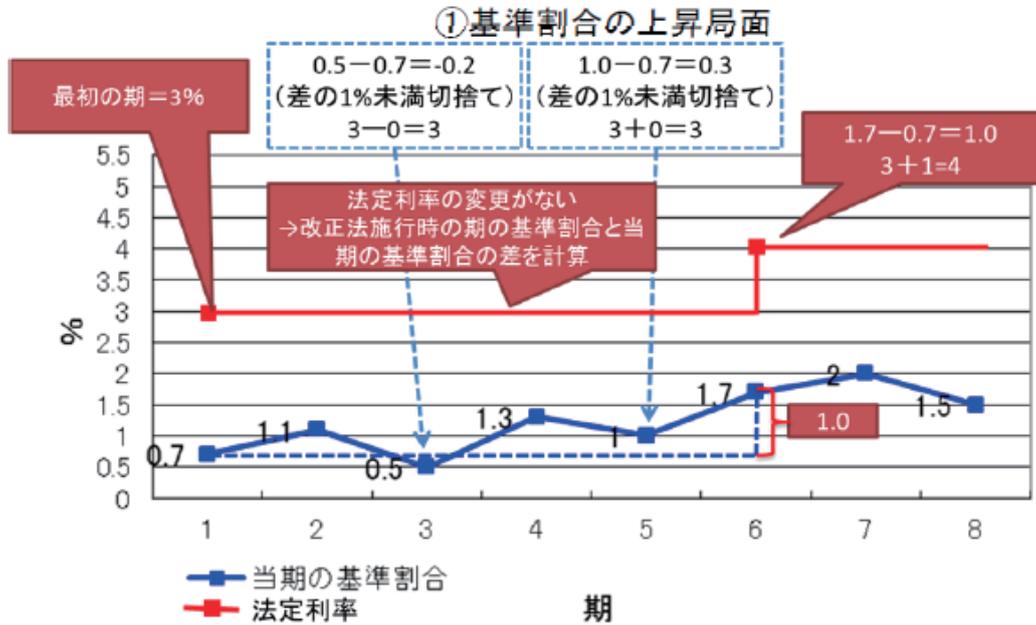
改正民法案では、法定利息について、3年ごとに見直しを行う変動制が採用される。具体的には①最初は3%の法定利率からスタートし、過去5年間の平均利率をもとに導かれた利息の基準割合と直近変更期（この間に変更がなかった場合には、改正法の施行時の期）の基準割合との差をとり、この差が1%を超えたときには、少数点以下を切り捨てたうえで、この差を直近変更期の法定利率に加算又は減算する処理を行って法定利率を決定する（図表1参照）。そして、個々の事案に適用される具体の利率は、別段の意思表示がないときは、利息が生じた最初の時点の法定利率によることとされる。このような利率のゆるやかな変動制の導入は、利息債権における法定利率のみならず、債務不履行における損害賠償請求の算定の場面及び損害賠償請求における中間利息の控除の場面で重要な意味を持つ。なお、法定利息に関する民事と商事の区別は廃止され、どちらも同じ率になる。

<sup>2</sup> 日本郵便ホームページに見られるQ&A「生きた動物をゆうパックで送れますか？」の記載は以下の通り。

魚介類、は虫類、昆虫類や小鳥などの小動物については、次の条件を満たしていれば、ゆうパックで送ることができます。1、健康体であると認められるもの、2、輸送中にえさ、水の補給等特別の手当てを要しないもの、3、悪臭を発しないもの、4、特別な取扱い(温度(気温、水温)の調節、換気(通風の確保)等)をしないため、死亡するおそれがあることについて、ご承諾していただけたもの、5、脱出や排せつ物等の漏出を防ぐ包装をしているもの、6、小鳥などの小動物のみ(近距離あてのもの(=運送経路上他の統括郵便局を経由しないものや同一道府県内のものに限り)), 7、人に危害を与える

おそれのないもの。

(図表1) 素案で想定している仕組み (イメージ)



(注) 法務省「法制審議会」提出資料より抜粋。

(6) 消滅時効

改正民法案は、従来の中断(承認を含む。)という概念を「更新」へと、また、停止という概念を「完成猶予」へと変更し、前者は権利の存在について確証が得られた事実が生じたとき、後者は権

利行使の意思を明らかにしたと評価出来るときの事象に割り振り、両者を「事由」ごとに列挙するのではなく、当事者および関係者間で生じた「事態」ごとに、条文を整備するという方針が採用されている。具体的には以下の図表2の通りである。

(図表 2) 改正民法案における時効の完成猶予と更新の取り扱い

| 条文  | 完成猶予事由                                                                       | 完成猶予期間                                                                | 更新(時効がゼロから再スタート)                            |
|-----|------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------|
| 147 | ・裁判上の請求<br>・支払督促<br>・訴え定期前の和解・調停<br>・破産手続参加等                                 | 事由の終了まで<br>(確定判決等による権利の確定ではない事由により終了した場合、その時から6か月を経過するまで)             | 事由が終了した時から(確定判決等により権利が確定した場合のみ; 169条により10年) |
| 148 | ・強制執行<br>・担保権実行<br>・留置権による競売等<br>・財産開示手続                                     | 事由の終了まで<br>(申立ての取り下げ等による終了の場合、その時から6か月を経過するまで)                        | 事由が終了した時から(申立ての取り下げ等による終了の場合を除く。)           |
| 149 | ・仮差押え<br>・仮処分                                                                | 事由終了から6か月を経過するまで                                                      |                                             |
| 150 | 催告<br>(催告による完成猶予中の再度の催告は不可)<br>(合意による完成猶予中の催告は不可)                            | 催告から6か月を経過するまで                                                        |                                             |
| 151 | 協議を行う旨の合意<br>(合意による完成猶予中の再度の合意は可。ただし、本来の完成時から通算5年以内)<br>(催告による完成猶予期間中の合意は不可) | 次のいずれか早い時まで<br>・合意から1年経過時<br>・合意による協議期間(1年未満)経過時<br>・協議続行拒絶通知から6か月経過時 |                                             |
| 158 | 未成年者又は成年被後見人                                                                 | 行為能力取得又は法定代理人]就職から6か月を経過するまで                                          |                                             |
| 159 | 夫婦間                                                                          | 婚姻解消から6か月を経過するまで                                                      |                                             |
| 160 | 相続財産                                                                         | 相続人確定等から6か月を経過するまで                                                    |                                             |
| 161 | 天災等                                                                          | 障害消滅から3か月を経過するまで                                                      |                                             |
| 152 | 時効の承認                                                                        |                                                                       | 承認の時から                                      |

**(7) 契約各則****(担保責任)****(担保責任規定の整理合理化)**

改正民法案では、民法の定める典型契約13種中、交換、定期金、和解を除く10種について何らかの改正が行われるが、特に重要と思われるのが、横断的に適用のある担保責任に関する規定である。

担保責任について、改正民法案には明示的な条項はないが、物の種類、品質、数量に関して売買契約の内容に適合していなかった場合の売主の責

任及び権利が売買契約の内容に適合していなかった場合の売主の責任であり、有償契約の性質がこれを許さない場合を除き、売買以外の他の有償契約に準用される(「この節の規定は売買以外の有償契約について準用する」(559条)による)。この結果、例えば、請負に関する固有の担保責任についての現行民法の規定は8つから2つ<sup>3</sup>へと削減さ

<sup>3</sup> 現行の請負人の担保責任に関する636条及び637条が目的物の種類・品質に関する契約不適合を理由とする責任へと改められたうえ、請負人の担保責任の制限に関す

れる。

#### （買主の救済の特例）

改正民法案における契約不適合の場合の買主の救済（追完請求（修補、代替物引渡、不足分引渡し）、代金減額請求、損害賠償、解除）については、562条～564条でその一般ルール<sup>4</sup>を定め、565条でこれを権利に準用している。566条は物の種類及び品質に関する担保責任の期間の特例（契約不適合を知ったときから、1年以内に売主に通知する）である。種類及び品質について期間の特例を設ける理由は、物を売った者は売却により履行が済んだと考えるのが普通であること、物の品質等は、目的物の使用や時間の経過とともに判断・証明が困難となることによる。買主に対しては、契約不適合の事実を一年以内に売主に通知する義務を課し、買主の救済要件を現行民法での一年以内の権利行使から一年以内の通知義務へと緩和している。なお、数量不足と権利の契約不適合の担保責任は期間特例の対象とならない。

#### （契約不適合責任と瑕疵担保）

改正民法案の担保責任は契約責任であり、全体として、契約上の一般的な債務不履行責任として理解される。ただ紛争類型に応じた現実的な要請に応えるため、物と権利を区別したうえで、現実の紛争の多い類型、例えば物について、期間制限<sup>5</sup>

や競売物件の特例を置くという配慮をしている。契約責任という観点から規律を一貫するということは、担保責任というカテゴリーの存在意義が失われることを意味する。しかし、担保という用語は「担（にな）って保つ」、あるいは「その状況を実現する」という意味の普通名詞的な用語と捉えることができるのであり、債務不履行責任を意味する担保責任という用語自体は、改正民法案の、たとえば565条、566条、568条、569条の小見出し及び572条本文に残存しているが、これ自体には何の問題もない。

#### （隠れた瑕疵）

改正民法案では、瑕疵という用語は、契約不適合に置き換えられ、意図的に避けられているが、たとえば「住宅の品質確保の促進等に関する法律」では、契約不適合が住宅の基本構造部分等の物理的な欠陥に限定されることもあり、瑕疵という用語が維持されている。

更に、現行民法570条<sup>6</sup>は、種類、品質面での物の瑕疵について、「隠れた瑕疵」という要件を立てていたのに対し、これに対応する改正民法案562条は「隠れた」という要件を外している。これは、「隠れた」とは、契約をするに当たっての買主側の善意無過失を指しているが、買主側の認識可能性は「その契約において当事者が品質や性能等に

る636条は、売買の箇所で救済手段が整備されたことを受けて規定の表現が改められ、637条では、売買の目的物の種類、品質に係る担保責任の期間制限と同様に、仕事の種類、品質に係る目的物の契約不適合を注文者が知った場合に、その時から1年以内に契約不適合の事実を請負人に通知しなければ、その不適合を理由とする追完請求権、報酬減額請求権、損害賠償請求権、解除権を失うものとされた。この二つの条文のみが改正民法案に残存している（請負人の担保責任に関する現行民法の634、635、638～640条の各条文は削除される）。

<sup>4</sup> 厳密には、①債務不履行の一般原則による損害賠償請求と契約解除、②売買（559条で売買以外の有償契約にも準用）の特則としての追完請求と代金減額請求の二段階の構成になっている。

<sup>5</sup> 宅建業法40条は、改正民法案566条の規定する通知期間について、その目的物の引渡しの日から二年以上となる特約をする場合を除き、同条に規定するものより買

主に不利となる特約をしてはならないと定める。従って、最短では、目的物の引渡しの日から二年間で通知期間が徒過することがありうる。しかし、目的物の引渡しの日から2年間の経過により、契約不適合責任が免責されることはない。（仮に、このような特約を定めたとしても、その契約は無効である。この場合、改正民法案に戻り、買主が不適合を知った時から1年以内にその旨を売主に通知していれば、売主は引渡から2年以上の期間が経過していても、売主は契約不適合責任を負う。なお、債権の消滅時効に関する一般原則（主観的起算点から5年、客観的起算点から10年）は排除されない）。

<sup>6</sup> 現行民法570条については、従来から、法定責任説と契約責任説の対立があった。現在は後者が通説である。法定責任説は、唯一の存在である特定物はそのまま引渡せば債務不履行はなく、ただ、売買の対価的均衡を図るために、売主に課される法定・無過失のバランス上の責任条項が570条であるという捉え方であるが、これは不合理であり、当事者の合理的な意思に反する。

係る契約内容に与えた意味は何か」という判断に取り込まれる以上、隠れた瑕疵か否かを分けて判断する必要がないためである。また、瑕疵概念には心理的な要素をも含む主観的な概念であるにもかかわらず、瑕疵という言葉には客観的な基準で決まるというニュアンスが強くあり、この言葉を残すと契約不適合が客観的な基準を示すものに見えてしまうことから、この用語自体を消失させている。しかし、このことは、現行民法の考え方をを変えることを意味するものではなく、これまでの判断プロセスを明示した結果に過ぎないと理解される。

#### (無償契約等について)

このほか、無償契約については、①相手方の救済ではなく、債務者の義務を規定し、相手方の救済は債務不履行の一般規定によること、②消費貸借、使用貸借、寄託を要物契約から諾成化したこと、③役務提供という一般的契約類型を設ける案は採用されなかったが、役務提供型契約における報酬請求権について、成果完成型、履行割合型に応じて、報酬の考え方を区別した規定が置かれること、④雇用、賃貸借、使用貸借、委任という継続的契約の終了についての規定が設けられたことなどが今回の改正民法案の特色と言えよう。

#### (8) 契約の類型設定の縦軸と横軸についての考察

ここで、契約類型の縦軸と横軸という問題を考えてみよう。契約類型の縦軸とは、今回の改正民法案に即して言うと、一方では①契約各則より抽象度の高い契約類型、たとえば、役務提供契約や継続的契約（前者は中間試案、後者は要綱仮案の段階でいずれも改正民法案から脱落した）を設け、他方では、②契約各則の13の典型契約のサブ類型、例えば、委任のもとに仲介・媒介、仲立のような細分化された契約類型を設けるかどうかという問題である。

今回の改正民法案の検討に当たり、検討過程で脱落した項目が多い中で、預貯金に関する規定が

新たに入ったことが契約類型の縦軸という視点から見た一つの成果と言えよう。預貯金契約は受寄者である金融機関が預かった金銭を運用することを前提とする契約であり、受寄者にも利益がある点で、寄託者の利益を目的とする他の消費寄託契約とは性格が異なることから、受寄者に一方的に不利なルールである民法663条2項（「返還の時期の定めのあるときは、受寄者は、やむを得ない事由がなければ、その期限前に返還することができない」）を適用することが相当ではないと考えられた。

そこで、改正民法案666条3項では、預貯金契約について「借主は、返還の時期の定めの有無にかかわらず、何時でも返還をすることができる」、「当事者が返還の時期を定めた場合において、貸主は、借主がその時期の前に返還をしたことによって損害を受けたときは、借主に対し、その賠償を請求することができる」とする消費貸借に関する591条2項及び3項の規定を準用することとした上で、受寄者である金融機関は何時でも返還することができるとするものである。

次に、契約類型の横軸と言う問題を考えよう。これは、同じレベルにおける相互の規定の「異別性」（仕切り）をどの程度強調するのかという問題である。たとえば、売買と請負について、両者の違いを際立たせるのか、それとも中間部分を平準化して、共通項の条文を多く置くのかということである。前者を重視すれば、売買は、財産権の移転を目的とし、請負は、仕事の完成（役務の提供）を目的とするので、両者を対置するという考え方になり、後者を重視すれば、両者の間には、製作物供給契約や物の売買とその据え付けがセットになっている契約など、中間的なものが多くあることから、平準化を目指すべきだとの考え方になる。平準化すると具体性が乏しくなり、異別性を重視すると条文が複雑になる。今回の改正民法案について言えば、総じて、有償契約の規定は売買の規律に近づけており、平準化が進んだと言える。個性を大きく弱めた請負の規定がその適例である。また、先に述べた通り、担保責任の規定も平準化

されている。

他方、贈与や消費貸借のような無償契約では現行民法と同程度の異別性が維持されている。

なお、2016年2月10日に新たに発令された授權法律によるフランスの契約法・債権法は異別性重視の方向にあり、その運用動向が注目される。

### (9) 詐害行為取消権<sup>7</sup>

#### (詐害行為取消権の概要)

改正民法案は現行民法の424条を維持しつつ、従来は判例に依っていた事項について、個別規定を相当詳細に新設した。その規定の特徴としては、倒産法における否認権制度との関係に着目し、いわゆる逆転現象<sup>8</sup>の解消を図っていること、被保全債権の時期の要件として、詐害行為の「前の原因」に基づいて生じたものである場合を含むこと（詐害行為の前に生じた債権の場合にのみ詐害行為取消権を認めるという従来の考え方を拡張したこと）、強制執行可能性がある場合に限り詐害行為取消権を行使できることなどを明文化したことである。なお、詐害行為取消権の2年という期間制限については、改正前の時効消滅期間から訴の提起期間へと規定が改正される。

詐害行為取消権に係る判例法理の明文化の具体的事項としては、①詐害行為取消権が取消+原状回復を内容とする形成訴訟及び給付訴訟であること、②詐害行為取消権の相手方が、受益者又は転得者であること（債務者については訴訟告知が必要なこと）、③原状回復については現物返還が原則

であること、これが困難なときは価額償還になること、④債権者への直接引渡しが容認されていることなどがある。

他方、判例法理を変更した事項としては、①債務者を被告とはしないものの、債務者に対する手続保証を図るため、債権者に、遅滞なく債務者に対する訴訟告知を要求すること、②債務者にも確定した認容判決の効力が及ぶこと、③転得者に対する詐害行為取消権を行使する場合には受益者の悪意を要求すること（受益者善意、転得者悪意の場合の転得者に対する取消権行使は否定されること）などがある。

#### (詐害行為取消権と倒産法の否認権との調整)

ここで倒産法の否認権との調整について言及しておこう。まず相当の対価を得てした財産の処分行為、いわゆる「相当価格処分行為」の詐害行為性については、これまでの判例法理を変更して、原則として詐害行為性を否定した。そして、破産法161条と同様の枠組みを採用して、破産法の否認権との同一性を確保することとされた。すなわち、債権者が詐害行為取消権を行使できるのは、①当該行為が、不動産の金銭への換価その他の当該処分による財産の種類の変更により、債務者において、隠匿、無償の供与その他の債権者を害することとなる処分をする恐れを現に生じさせるものであること、②債務者が、当該行為の当時、対価として取得した金銭その他の財産について、隠匿等の処分をする意思を有していたこと、③受益者が、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こと、の三要件をすべて満たした場合に限られることとされた。

次に、特定の債権者に対する担保供与等の行為、いわゆる「偏頗行為」についても、原則として詐害行為にならないとの立場をとりつつ、①当該行為が債務者が支払い不能であった時になされたものであること、②当該行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図を持って行われたものであること、の二要件を満たした場合に

<sup>7</sup> 債権者代位権については、①判例学説の到達点を明文化したこと、②判例を変更して、債権者が債務者の権利を代位行使したからといって、「債務者の処分権限は制限されない」と規定し、債権者代位権の効力を弱めたこと、③代位債権者が簡易かつ優先的に自己の債権の回収を図る機能は維持されたこと、④転用型の債権者代位権について、手がかりとなる登記に関する規定を新設したことが特徴である。

<sup>8</sup> 逆転現象とは、緊急時において、債権者平等原則をより重視して広く否認権を認めるべき破産法が否認権を否定する一方、平時において、債権者平等原則の徹底が必ずしも求められない民法の詐害行為取消権が肯定されることにより生ずる破産法と民法間での規定上の不均衡現象を言う。

詐害行為になるとされた。①により、破産法上の否認権が否定されるにもかかわらず、詐害行為取消権が肯定されるという逆転現象を回避するとともに、②により債務者と受益者との通謀的害意を要求することで、破産法上の否認権よりも要件を加重するものである。

なお、非義務行為（代物弁済、期限前弁済等）についても、①当該行為が、債務者が支払不能になる前30日以内に行われたものであること、②当該行為が債務者と受益者とが共謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること、の二要件を満たすときには詐害行為になるとされた。

### （10）債権譲渡

改正民法案における債権譲渡の大きな改正点は、①譲渡制限特約、②将来債権譲渡、③異議をとどめない承諾（債務者の抗弁）、④債権譲渡と相殺の拡張の4つである。

#### （債権譲渡制限特約）

改正民法案では、譲渡制限特約がされたとしても、これにより債権譲渡の効力は妨げられないこととされ、従来の物権的効力説の理解が、債権的効力説に改められた。この場合、債権者は譲受人であり、譲渡人には譲渡債権についての履行請求権はない。例外として、悪意・重過失の第三者に対して債務者は譲渡制限特約を主張して履行を拒絶できること、債務者は譲渡人に対する弁済、相殺その他の債権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された。

なお、この場合、預金債権については従来の物権的効力説を維持する規定「預金口座又は貯金口座に係る預金又は貯金に係る債権（以下「預貯金債権という。」）について当事者がした譲渡制限の意思表示は、466条2項の規定にかかわらず、その譲渡制限の意思表示がされたことを知り、又は重大な過失によって知らなかった譲受人その他の第三者に対抗することができる」（466条の5）とされた。

#### （債権譲渡特約の有効性）

ここで、債権譲渡制限特約違反があった場合の原契約への影響について考えてみよう。例えば継続的売買基本契約において、自らの売掛債権に債権譲渡制限特約がある契約を結んでいる部品供給企業が、資金調達必要性から、当該特約に違反する売掛債権譲渡をした場合、これが継続的売買基本契約の法定解除事由になるだろうか。債権譲渡制限特約が設けられている趣旨は、債権譲渡を絶対に禁止させるという性格のものではなく、弁済先を固定して、債務者に生ずる不利益を防止する趣旨であるから、債務者にとって不利益にならない債権譲渡であれば、その債権譲渡は重大な債務不履行事由とは言えない。他方、部品供給企業にとって債権譲渡は、資金需要に対応する重要な手段であり、本来は広く認められるべきものである。そこで、債権譲渡制限特約により債権者を固定できるという債務者の利益との調整が問題となる。法定の契約解除事由は、「債務の不履行が契約及びその社会通念に照らして軽微でない場合」である。しかるに、本件のような場合、当該債権譲渡が、債務者の売買契約の基本目的を阻害しているとまでは言えず、債権譲渡制限特約違反は軽微な不履行に留まる場合が多いと思料されるので、当該継続的売買基本契約の法定解除事由には必ずしも当たらないと考える。

次に、これが約定解除事由だとされていた場合はどうか。約定解除事由の場合は、合意事項である以上、債務不履行の軽微性を理由として解除を封ずることはできないであろう。ただし、当該約定解除が解除権の濫用に当たると判断される余地は残ろう。

更に、債権譲渡制限特約と併存的債務引受について考えてみたい。債権譲渡制限特約付債権に係る債務を、債権者と引受人との併存的債務引受契約によって、引受人が弁済により代位することができるだろうか。その場合の制約はあるのか。また、引受人が自らに直接弁済するよう債務者に求めることはできるのか。まず、併存的債務引受は、債権者と引受人との間の契約により行うことがで

きる(470条2項)。ここには債務者の意思に反する場合でもよいことが含意されている。そうであれば、引受人が債務者のために弁済した場合、引受人は債権者に当然に代位する(499条)。この代位を制約する条文上の根拠はない。従って、この債権の代位がある以上、引受人は、債務者に、自らに直接弁済するように求めることができる。他方で、これは債権譲渡制限特約によって守られるべき債権者を固定するという債務者の利益が害されることになるが、債務者の利益は害されてもやむを得ないとする。もし、譲渡制限特約により守られるべき債務者の利益が、不当に害されるような場合には、別途、一般法理により債務者を救済するしかないであろう。(ただし、代位はするが、債務者は引受人とは契約関係がない以上、弁済の行使方法は別だと考えることができれば、債務者は、引受人からの直接弁済請求を拒否し、債務者は債権者に支払い、引受人は債権者から求償を受けるという解決方法がないわけではない)

#### (将来債権譲渡)

改正民法案では、466条の6の規定を新設し、判例法理を明文化して、将来債権を譲渡することが可能となった。債権が発生した時に譲受人が当該債権を当然に取得する。将来債権が譲渡された場合において、譲渡時には譲渡制限特約が付されていなかったが、その後に債権者・債務者間で譲渡制限特約がされた場合に、権利行使要件を備えた譲受人の債権取得の利益と、譲渡制限特約により債権者を固定する債務者の利益との調整をどう図るかが問題となるが、譲受人の権利行使要件が具備される時まで譲渡制限特約が付されたときは、譲受人その他の第三者がそのことを知っていたものと見做して、債務者の利益を優先させ、譲受人の権利行使要件が具備された後で譲渡禁止制限特約が付されたときは、債務者は譲受人に対抗できないとされた。

#### (異議をとどめない承諾(債務者の抗弁))

現行民法468条1項は、債務者の異議をとどめ

ない承諾により、善意譲受人との関係では、抗弁が切断すると定めていたが、債権が譲渡されたことを認識した旨を債権者に通知しただけで抗弁の喪失という債務者にとって予想外の効果を生じさせることは妥当でないとされ、改正民法案では、この規定が削除される。改正民法案の下では、異議をとどめない承諾をするには別途、債務者と譲受人間で、抗弁権の放棄の意思表示が必要となる。

#### (債権譲渡と相殺)

改正民法案では、債権譲渡があった場合に、譲渡人に対して有する反対債権が、①債務者対抗要件具備時より前に債務者が取得した債権、②債務者対抗要件具備時より前の原因に基づいて債務者が取得した債権、③譲受人が取得した債権の発生原因である契約に基づいて債務者に生じた債権、のいずれかに該当するものであるときは、債務者は、当該債権による相殺をもって譲受人に対抗することができるとした。

②は差押と相殺の場面と同様の規律があり、権利行使具備時に反対債権が未発生でも、その時点で債権の取得原因が存在する債権を反対債権とする相殺が認められるということである。③は、将来債権が譲渡される場合には、譲渡後も譲渡者と債務者との間の取引が継続されることが想定されており、相殺と差押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高いという考慮に基づいて認められるものである。この具体例としては①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瑕疵を理由とする債務者(買主)の損害賠償債権との相殺や、②将来の請負報酬債権が譲渡された後に、請負契約が締結された場合の請負代金債権と、その契約における目的物の不適合を理由とする修補に代わる債務者(注文者)の損害賠償請求権との相殺などが考えられる。

#### (11) 連帯債務

改正民法案では、連帯債務が法律の規定又は当事者の意思表示で成立することを明記し、かつ、

(図表 3) 連帯債務の絶対的効力事由

| 項目         | 改正前 | 改正後     |
|------------|-----|---------|
| 弁済・代物弁済・供託 | ○   | ○       |
| 請求         | ○   | × (注 1) |
| 相殺         | ○   | ○       |
| 更改         | ○   | ○       |
| 免除         | ○   | × (注 2) |
| 混同         | ○   | ○       |
| 消滅時効の完成    | ○   | × (注 3) |

(注 1) 履行の請求を受けていない連帯債務者の不利益回避

(注 2) 連帯債務の担保的機能の強化

(注 3) 連帯債務の担保的機能の強化

連帯債務は、債務の目的が性質上可分である場合に限定されること、また、連帯債務の絶対的効力を極力限定し、かつ、求償のルールを不真正連帯債務にも適用することとされる。連帯債務に関する規定を不真正連帯債務に適用する旨の明文の根拠条文は存在しないが、現行民法の解釈では、連帯債務の絶対効を制約するために不真正連帯債務の概念をその歯止めとして位置づけており、改正民法案では連帯債務の絶対効を極力縮減させることとした以上、不真正連帯債務への適用を制限する必要がなくなるので、連帯債務に関する規定は全面的に不真正連帯債務にも適用があると解釈されることになる(図表 3 参照)。

連帯債務の絶対効について、現行民法 434 条「連帯債務者の一人に対する履行の請求は、他の連帯債務者に対しても、その効力を生ずる」は、連帯債務者がお互いをよく知っており、共同で債務を負ったような場合を念頭に置いた規定であるが、そのような関係がないのに絶対的効力を規定するのはおかしいというのが今回の連帯債務に係る改正民法案の趣旨である。しかし、絶対効の規定を後退させてしまうと、連帯債務者がお互いによく知っており、共同で債務を負ったような場合が救済できない。そこで連帯債務者間の協働関係がある場合は、一人に対する請求は全員に対する請求となるという案を残すことが提案されたが、協働

関係の有無だけでは一義的な判断基準にならないという理由で却下されてしまった。しかし、このレベルの判断基準を設ける条文は、現行民法にも他に事例があるところであり、本来は否定してしまうべきではなかった。議論の場を作るという条文概念の意義を理解しない判断だったと言うべきである。

## (12) 保証

改正民法案では①根保証の規律、②個人保証に関する保証意思の表示、③情報提供義務の 3 点が重要である。

### (根保証の規律)

改正民法案は、根保証の規律について、個人貸金等根保証に関する包括根保証の禁止及び要式行為性を個人根保証全般に拡張するが、それは極度額に関するものにとどまり、元本確定期日については、現行民法通り、適用範囲は個人貸金等根保証に限定されることに変わりはない(貸借保証については見送られている)。同様に元本確定事由については、「金銭債務についての主債務者の財産へ民事執行及び主債務者の破産手続開始以外の強制執行」等の事由に一部拡張される。なお、主たる債務者の死亡が個人根保証一般について元本確定事由とされているのは、個人保証人が主たる債務

(図表4) 保証に係る各種の情報提供義務規定の概要

| 情報提供の場面                         | 主たる債務の内容     | 保証人         | 保証人への説明義務者 | 効果                                                                                                                                                                              |
|---------------------------------|--------------|-------------|------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 契約締結時<br>(465条の10)              | 事業のために負担する債務 | 委託を受けた個人    | 主たる債務者     | 債務者の不適切な情報提供により、委託を受けた保証人が誤認をして保証契約の申込み・承諾の意思表示をし、このことを、債権者が知り、又は知ることができたときは、保証人は債権者との保証契約を取り消せる(注)。                                                                            |
| (保証を継続中の)主たる債務の履行状況<br>(465条の2) | 無限定          | 委託を受けた個人・法人 | 債権者        | 情報提供義務違反についての規定はない。(違反行為については、債務不履行の一般法理に従った損害賠償請求、保証契約の解除が想定されている)。明文化は、主たる債務者に対する債権者の守秘義務を解放する意味がある。                                                                          |
| 主たる債務者が期限の利益を喪失した場合<br>(465条の3) | 無限定          | 個人          | 債権者        | <ul style="list-style-type: none"> <li>・期限の利益を喪失したことを知った時から二箇月以内に通知義務がある。</li> <li>・債権者が通知をしないと、通知懈怠の効果として、主たる債務者が期限の利益を喪失した時から、通知をするまでの間に生じた遅延損害金に係る保証債務の履行を請求できない。</li> </ul> |

(注) 主たる債務者の情報提供義務違反の結果、債権者との間で保証契約を締結した保証人に取消権を与えるという構図は、第三者の詐欺の規定(96条2項)と同じ構造であり、保証契約締結により保証債権を取得する債権者の利益を考慮する必要があることから、主たる債務者の情報提供義務違反を理由に保証人の取消権を認める際にも、債権者の悪意・有過失の要件を課している。

者と位置付けているのが被相続人である以上、相続人のもとで生じる債務まで保証することは予定されていないためである。

**(個人保証に関する保証意思の表示)**

個人保証に関する保証意思の表示についての改正民法案は、「事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証契約」又は「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」において、保証人となろうとする者が個人である場合に、保証契約に先立ち、保証人となろうとする者は、その締結の日前一箇月以内に作成された公正証書で保証債務を履行する意思表示をしなければ、保証契約は効力を生じないとするものである。

この例外が、いわゆる経営者保証といわれるものであり、主債務者が法人であるときの①役員、②資本金面で支配関係にある者、主債務者が個人で

あるときの③共同事業者、④事業に現に従事している主債務者の配偶者である。主債務者の配偶者は、本規定の趣旨が情誼性の排除にある以上、①、②、③と実質的に同視される者に限るべきであり、④は、配偶者だからといって簡単に保証人にすることはできないので、無内容だという学説が有力である。しかし、それでは中小事業者が金融機関から融資を受けられなくなるという強い反対が産業界にあり、改正民法案にはこの規定が残されている。改正民法案が変わらないとすると、「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」の要件やその解釈が問題となる。

**(情報提供義務)**

改正民法案は、保証人への情報提供義務について、図表4のとおり、①契約締結時、②保証期間中の主たる債務の履行状況、③主たる債務者が期限の利益を喪失した場合の三つに区分して明文の

(図表5) 履行不能に係る根拠条文

## ①現行民法

| 原始的不能 | 契約無効       |                    | (契約締結上の過失)                              |
|-------|------------|--------------------|-----------------------------------------|
| 後発的不能 | 債務者に帰責事由あり | 損害賠償               | 現行 415 条後段                              |
|       |            | 解除+損害賠償            | 現行 543 条本文、現行 545 条 3 項                 |
|       | 双方に帰責事由なし  | 契約消滅(特定物:債権者に履行義務) | 現行 536 条 1 項 (例外、特定物に関する債権者主義、現行 534 条) |
|       | 債権者に帰責事由あり | 債権者のみ履行義務          | 現行 536 条 2 項、現行 543 条但書                 |

## ②改正民法案

| 原始的不能 | 契約有効(後発的不能と同一視)(注) |           | 改正案 412 条の 2 第 2 項                         |
|-------|--------------------|-----------|--------------------------------------------|
| 後発的不能 | 債務者に帰責事由あり         | 損害賠償      | 改正案 415 条 1 項、2 項 1 号                      |
|       |                    | 解除+損害賠償   | 改正案 542 条 1 項 1 号<br>改正案 415 条 1 項、2 項 3 号 |
|       | 双方に帰責事由なし          | 契約消滅      | 改正案 536 条 1 項、改正案 542 条 1 項 1 号            |
|       | 債権者に帰責事由あり         | 債権者のみ履行義務 | 改正案 543 条、改正案 412 条の 2、改正案 536 条 2 項       |

(注) 現行民法下では、原始的不能の場合の損害賠償は信託利益に限られるとされる一方、改正民法下では履行利益になるが、信託利益、履行利益がいずれも法典上の概念ではないため、その区別は非常に曖昧である。数量不足の土地売買(100坪の土地売買で、実際には土地面積が90坪しかなかった売買)が、原始的不能により履行不能になった場合において、当該100坪の売買契約が数量を基礎として行われた場合と、100坪という数量の明示がない売買としてなされた場合とでは、履行利益に含まれる転売利益に係る損害賠償請求の範囲及びその金額の解釈も変わってくる(特に数量の差に相応する転売利益金額部分)。

規定を置く。

**(13) 履行不能**

改正民法案 412 条の 2、2 項は原始的不能に関するルールを定め、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ときであっても、契約は、そのために効力を妨げられないという考え方に立ち、その代表的な法的効果として、債務不履行を理由とする損害賠償請求権を条文に明記している。履行不能かどうかは不能時に物理的・客観的に決まるのではなく、あくまで債務の発生原因及び取引通念に照らして決まることになる。履行不能に伴う反対債務の履行義務、解除、損害賠償の構図を現行法と改正民法案とで比較すると図表 5 のようになる。

**(参考)**

改正民法案の検討に当たり、従来の債務不履行責任、契約解除法理、危険負担等について、その要件・効果を見直すという共通理解が法制審議会に存在していた。従来の理解は、過失責任原則から、債務不履行について債務者が損害賠償責任を負うのは、債務者に故意、過失及び信義則上、これと同視し得る事由があるからだというものであり、このことを示す要件が帰責事由であると考えられてきた。しかし、契約が締結された以上、当事者は契約によって約束した内容は守らなければならないという契約の拘束力重視の考え方では、当事者が契約によって約束した内容について履行の責任を負うのは当然であり、故意、過失等の有無は本来、帰責の根拠にはならず、帰責事由は、当事者がどのような内容を契約によって約束したかで決まり、約束内容になっていないと評価され

る場合は、帰責事由なしとして免責されるという理解に立つ。

また、従来、解除制度も、415 条の損害賠償請求権の延長にあるものとして捉え、債務不履行に帰責事由があることを解除条件の一つとしていた。すなわち、故意、過失のある債務不履行者に対するサンクションの一つとして解除を捉えていた。

しかし契約の拘束力重視の見解では、契約が解除により終了するのは、契約の拘束力を引き続き維持することが不可能若しくは不適切な場合と理解することになり、債務不履行者の帰責事由の有無は解除とは無関係であり、どのような事由があれば、不履行をされた当事者に契約関係からの離脱の機会を与えるべきかという観点が重要になる。そこで改正民法案では解除権発生の要件としては帰責事由を不要としている。

#### (14) 危険負担

現行民法は、双務契約において、債務者の責めに帰することができない事由によって、債務の履行が不能となった時に反対債務が当然に消滅するか（債務者主義）それとも存続するか（債権者主義）という効果に結び付けて規定が置かれていた。改正民法案では、債権者が債務者からの反対債務の履行請求を拒絶できるか否かという効果に結び付ける履行拒絶権構成<sup>9</sup>と言う考え方に基づく規定が置かれており、原則として、債権者の反対債務について履行拒絶権が認められ、例外的に、債権者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合は、債権者は反対債務の履行を拒絶することができないとされる。

双方に帰責事由がなく、不能となった場合に、債権者の履行義務を消滅させるためには、改正民

法案では債権者の解除が必要になっていることが危険負担における現行民法との唯一の違いであるが、しかし、解除意思が表示できない非常時のようなケースを想定すると、このような場合に自分の債務がなくなるのでは困るので、解除をしない場合でも、債権者には履行拒絶権が与えられる。

この改正民法案が実務にどう影響するかであるが、危険負担の規定はもともと任意規定であるので、民法改正の前後を通じて、当事者間の特約により、債権者が解除通知を行って、不都合を排除することが可能である。抑々、当事者双方に帰責事由があるかないかということは、実務においては、ほとんどの場合事前には明確にはならない。従って、当事者はいずれも、自分に帰責事由がないという判断を事前にはできない以上、解除なしには債務はなくなるのが原則であるので、これまでも通常は解除の意思を表示するのが通例であった。そうであれば、改正民法案に依っても、実務のプロセスは何ら変化がなく、ほとんど問題は起こらないであろう。

結局、お風呂の水漏れがあり、2011年3月15日を納期とする風呂のタイル交換を注文したところ、同年3月11日に東日本大震災が発生し、タイルの売主は早くとも同年9月にしか納入ができないという事案を考えると、買主への納入をそこまで遅らせるのは酷であり、そうするわけにはいかない以上、売主に帰責事由がなくとも、買主からは解除が認められ、買主は他の業者からタイルを購入することができる。しかし買主は、売主に帰責事由がない以上、損害賠償請求はできないのである。

#### (15) 解除

##### (解除と帰責事由)

541条の本文の文言を見ると、改正民法案と現行民法の本文は同じである。現行541条には明文にはないが、履行遅滞による解除には、現行543条但し書きとの関係上、帰責事由が必要だと解さ

<sup>9</sup> 改正民法案では解除の要件から債務者の帰責事由が外されたので、債務者に帰責事由がない履行不能の場合、解除の対象にもなるし、危険負担の対象にもなるという重複が生じる。そこで、買主は、解除するまでは、代金債務について履行拒絶権を持ち、解除により債務を消滅させることができるという二段階構成をとり、危険負担の構成を修正し、解除との機能分担により並存可能とするものである。

れてきた。この構造は、現行 415 条の債務不履行による損害賠償の規定の本文（履行遅滞）と但書（履行不能）とをパラレルに解し、両者に帰責事由が必要だと解釈することに由来していた。

ところで現行 543 条但書が不能による解除には債務者の帰責事由が必要だとしているのは、危険負担との関係を整理するためであり、改正民法案により不能の場合にも契約が消滅するためには解除が必要だということになると、改正民法案 541 条について、解除には債務者の帰責事由が必要だと解する根拠は消滅してしまう。

さらに債務不履行に対する救済手段としての解除については、これまでの債務者へのサンクションであるとする考え方を脱し、改正民法案は債務の履行が得られなかった債権者を契約の拘束力から解放するための手段だという発想の転換の上に立っており、そうなると、債務者の帰責事由を解除の要件とする必要性は、ますます認められないことになる。

#### （解除の要件に係る軽微性）

上記より、改正民法案では、541 条の解除には債務者の帰責事由は不要だとの解釈が成り立つ。そこで改正民法案では、債務者の帰責事由に代わる解除の要件として、契約からの離脱を債権者に認めてもよいだけの重大な契約違反があったかどうかという違反の程度に係る新たな基準を導入した。

改正民法案 541 条但書「ただし、その期間を経過した時における債務の不履行がその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」は、最判昭 36 年 11 月 21 日判決「法律が債務の不履行による解除を認める趣意は、契約の要素をなす債務の履行がないために、当該契約をなした目的を達することができない場合を救済するためであり、当事者が契約をなした主たる目的に必須的でない付随的義務の履行を怠ったに過ぎない場合には、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」とする判例の明文化である。

なお、上記改正民法案 541 条但書きが定める「軽微」か否かは、契約目的（及び社会通念）との関係で判断されることになるが、簡単に治癒でき（かつ、契約目的の達成に支障がない程度の）不履行について、催告期間中に治癒に対応しなかった債務者の悪質な態度を、催告期間経過の時点での軽微性に係る判断に組み込むことに合理性があるかどうかが一つの論点となるが、これを認めることは、サンクションとしての解除論を引きずる対応を体现することになるため、改正民法案の趣旨に鑑み、否定すべきことである。

#### （契約の全部解除と一部解除）

改正民法案 542 条 1 項 2 号「債務者がその債務の全部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき」は催告なしの解除を認めているが、これは、「履行拒絶の意思が明確でも翻意の可能性がある以上、催告が必要である」という大判大正 11 年 11 月 25 日判決とは正反対の条文化であることに注意が必要である

また、改正民法案 542 条 2 項 1 号は一部履行不能又は一部について履行拒絶意思が明確な場合に、催告なしの一部解除を認めている。（なお、改正民法案 541 条 1 項 3 号は前記の一部不能の場合でも、残存部分のみでは契約目的を達することができなければ全部解除を認めている）。従って、給付の可分性が高ければ、一部不能の場合の一部解除が認められようが、残りの給付だけでは契約目的が不達成なら全部解除となる。いま、可分でない住宅の売買において、一部が使えない場合の扱いはどうなるか。法制審議会では明確な議論がなされていないが、当該部分が使えず、契約目的全体が不達成なら全部解除となり、契約目的の達成に支障がなければ、不可分の給付物についても、債権者側の反対給付債務を割合的に消滅させる「観念の一部解除」を認めると解することが相当である。

#### （16）債務不履行、解除、損害賠償を巡る改正民法案の構造

以上、履行不能、危険負担、解除について説明

してきたが、改正民法案は、①第一段階として、どのような債務者に債務の履行請求ができるか、②第二段階として、どのような場合に債務者の履行義務がなくなり、また、債権者側の反対給付の履行義務がなくなるのか、③第三段階として、どのような場合に債務者に対して損害賠償を請求できるのか、という三段階に分けて規定を整備していることがわかる。

### (17) 相殺

改正民法案では、相殺について、無制限説（最大判昭 45. 6. 24）を採用したと総括されるが、話はそう簡単ではない。すなわち債権譲渡と相殺については改正法 469 条が、「対抗要件具備時前の原因に基づいて生じた債権」及び「譲受人の取得した債権の発生原因である契約に基づいて生じた債権」であれば、債務者が対抗要件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相殺を認める一方、差押と相殺について定める改正法 511 条では、上記の「譲受人の取得した債権の発生原因である契約」に関する規定がない。

この理由について、債権譲渡が生ずる場合には、譲渡人（債権者）、債務者間で継続契約が多いのに対し、差押ではそれがないので、後から生じた同じ発生原因に基づいた債権の相殺までは認める必要がないからだと説明されるが、納得できる説明ではない。理由は、相殺は、代金減額及び契約の一部不発生と連続した概念なので、相殺適状でなくても、代金減額請求や契約の一部不発生により減額が認められることがある以上、債権譲渡の場合に相殺が認められる事由が、差押の場合の相殺事由に該当せず、解釈が変わるのは本来おかしいと考えられるからである。

この意味で、469 条の規定は、本来は 511 条にも類推適用されてしかるべきものである。改正民法案の条文が両者を区別した明文の規定を置いている以上、このような解釈は明らかに無理があるが、にもかかわらず、有力な複数の法曹が、解釈論としてこれを乗り越えようとする議論を展開している事実、たとえば「金融法務事情」（株）き

んざい、2016 年 2 月 25 日号参照）に注目すべきである。

### (18) 今後の展望—債権法改正の理念と市民社会—

#### (改正民法案と市民)

今回の改正民法案の一つの目的に「国民一般にわかりやすいものとする」ことが掲げられていた。「国民一般に分かりやすい民法」とはどのような意味かを考えてみると、一つは判例の立法化により「ルールの可視化の度合いが高い民法とする」という視点、もう一つは「国民が先導性・活用可能性の高い民法を持つ」という視点である。前者は債権者代位権、詐害行為取消権、契約上の地位の移転などの規定の整備によりある程度実現したが、「法制上の観点」が優先され、後退した印象は否めない。後者は、例えば、役務提供、継続的契約などのルールの創設を通じて、新しい民法規範の形成・発展を促すということに狙いがあったが、この面では必ずしもうまくいかなかった。

民法の定義を問われた場合、一般的な答えとして「民法は私法の一般法である」があり、その他、川島武宜教授などの言う「民法は資本主義社会の法である」、星野英一教授などの言う「民法は市民社会の構成原理である」などが想起されるが、ここで星野英一教授の定義に「市民」が登場していることに着目したい。市民とは、自らが、主体的に社会関係を形成する自覚を持つ者という意味であり、法規範の創造主体としての市民が登場しているからである。

#### (学者主導の改正民法案という批判)

学者主導の改正民法案であるという批判についてはどう考えるべきか。これに関連するテーマは、「全体として整合性のある民法」を実現できているか、および「裁判外の行為規範を包含する民法」になっているかという課題と関連がある。前者については、代理、弁済などの分野の規定の整備を通じて学者主導が成果を挙げたものの、債務不履行救済、定型約款の規定については、評価の分か

れるところであろう。後者の「裁判外の行為規範を包含する民法」という視点は、裁判規範に依拠した改正民法案であるという批判に対するアンチテーゼの問題提起であるが、裁判例が少なく、かつ、業界の関心が低い主として学説が光を当てるべき組合や使用貸借といった分野において、これまでの学説の蓄積が、改正民法案の整備に少なからず貢献した。これらはいずれも、非営利・無償の原理が支配する市民社会において重要な役割を担う分野である。

改正民法案の構築は、全体として多義的、多層的な作業であり、あるものは実現し、あるものは未実現のままという状況である。

#### （改正民法案の制定プロセス）

改正民法案の制定プロセスを振り返ると、論点整理、中間試案までは当初の提案が相当程度維持されていたが、要綱仮案の段階で、定型約款を除き、異論のないものに項目が絞られ、例えば、債権者代位権、詐害行為取消権について、倒産法との整合性を保つための規定の整備が進んだものの、暴利行為、不実表示等強行規定の規律の明文化は断念され、期待されていた継続的契約、情報提供義務等の新しい任意規定の定立や債権譲渡等の手続規定の整備も進展しなかった。また、債務不履行救済も代金減額請求などで玉虫色になっている部分があると考えられる。

#### （強行法規の明文化のとん挫の背景）

そこで暴利行為、不実表示などの強行規定の明文化がなぜ実現しなかったのかであるが、経済界を中心に、明文化により、今よりも広い範囲で一般条項が適用されることへの懸念が強かったこと、寝た子は寝たままにしておきたいという根強い消費者への不信感があったことなどが背景にある。

なお、消費者概念が民法に存在しないことについては、私法の一般法には消費者規定はなじまないという論法で、民法に消費者規定が登場すること自体が消費者保護を加速させることになるという危惧・警戒感、普遍的自治・自律と特殊領域の

自治・自律とは異なるのであって、消費者のことは消費者契約法に書けば良いと言う論法で、消費者契約法と一般法たる民法との架橋が否定されたことは、一般法たる民法が信頼されていないことの証左であるといえる。

また、今回の改正民法案がなぜ枝番中心に行われたのか。これが端的に変化への不安、現状維持への力学を表わしている。なるほど、債権法改正という民法の部分改正の際に編成替えをするのは無理かもしれない。しかし、これまで、会社法、保険法、信託法等の改正では、編成を根本から見直しており、債権法の中でも、債権総論と契約総論との統合及び有償契約と無償契約との統合は当然考えられてしかるべきであったのに、改正民法案は今回これを避けている。

#### （改正民法案への期待）

しかし、それでも、今後には希望は残る。それはUNBUILDの可視化とでもいうべきことである。設計図のみがあり、まだ施行されていないものを具体化すること、換言すれば、種を育てて発芽させることは可能だからである。この6年に及ぶ民法改正作業は始まりの終わりに過ぎない。定型約款は通説を後退させた内容にとどまり、敷金の規定は判例の明文化に過ぎないが、しかし、規定の定立過程に光を当てれば、そこからより充実した法理が生まれる素地はあるのである。実際に実現はしなかったものの、既に蒔かれている種の存在に注意を払い、その発芽に向けて、判例、学説、そして市民社会が協働して可能な手を打ってゆくことが重要である。改正民法案は、今後、実務の批判にさらされる。その中で、例えば、かつての貸金業法の例に見られたように、法の意図が実現しないものが出てくるかもしれない。逆に、家族法に見られるように、新たな規範の生成に向けて動き出すものもあるだろう。そこにこそ市民が主体的に法規を創造し、社会との関係を取り結び、法形成の担い手となる活躍の場がある。

### （予測可能性の回復と問題点）

次に取引のルールとして、改正民法案を考えると、期待されていたのは、とりわけ企業においては、ある一定の事由が生じれば、ある一定の結果が生じるという予測可能性（predictability）の確保であろう。イングランド法においてはこの予測可能性に絶対的な重要性が置かれている。例えば、1円でも支払いが期限に遅れれば、契約の解除は当然のこととされている。米国では州により異なるが、このような硬直した考え方はなく、実質的な債務不履行という観点から、実質性を争うことで妥当な債務不履行責任の結論を導くことが重視されていることがわかる。

日本民法では、これまで、条文の文言からは導くことのできない解釈が裁判所や学説によって行われてきた。法典の改正が減多に行われない日本では、時代に対応した解釈を可能にするために、このような仕組みはある意味で当然に必要なことではあったが、英米では裁判所が解釈に介入する場面は少ない。日本のような仕組みだと、法をよく知った人は判例を含めて法を理解できるが、法務に係わる者だけが法を理解すればよいというものではない。日本法がいかなる状態にあるのかをわかりやすく外部に提示することは、日本法に対する信頼を確保するためにも、法に民主的コントロールを及ぼすためにも、今後極めて重要である。

今回の改正民法案では、ルールの改正は少なく、失われた予見可能性の回復に改正の主眼が置かれた。しかし、改正民法案の論議を通じて、議論の焦点が明確にならなかった課題も多く、予見可能性の回復が十分になされたとは言えない。例えば改正民法案を審議するに当たり、「ここで言う善意とは、善意・無過失のことだ」というような議論がしばしばなされるが、このような議論は個別具体の事件における事実の特殊性に由来しているものが少なくなく、どのような理論が決め手になって解釈や条文の修正が行われたのかが明確になっていない場合が多い。

### （確立した裁判例の明文化の事例）

今回の改正民法案において、確立した判例法理の明文化の典型例を挙げれば、その代表例は心裡留保における第三者保護規定である。最判昭44年11月14日では、「民法93条但書きによって意思表示が無効になる場合でも、その意思表示によって、形成された法律関係を前提にして新たに法律関係に入った第三者は民法94条2項の類推によって保護される」と判示したことから、改正民法案では93条に新たに第2項を追加して、「前項ただし書きの規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない」とされた。

これ以外に、109条2項（代理権授与の表示による表見代理等）、112条2項（代理兼消滅後の表見代理）、124条1項（追認の要件）、130条2項（条件の成就の妨害等）、413条（受領遅滞）、415条1項（債務不履行による損害賠償）、466条2項（債権の譲渡性）など、判例法理の明文化の例は多数ある。おそらく条文数を数えれば、50か所くらいはあるだろう。

### （確立した判例なのに明文化が見送られた事例と背景）

次に判例法理の明文化について意見が分かれ、実現が見送られた暴利行為の規定に言及すると、中間試案では「相手方の困窮、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することが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」という大判昭9.5.1を明文化することとされていた。これは大方のコンセンサスを得ていた内容であるにもかかわらず、経済界が反対した。一般条項の一部を明示すると一般条項性が失われ、一人歩きを始め、訴訟が多発するというのである。これは判例法理を「わからないままにしておけばよい」、いわば「寝た子を寝たままにしておけばよい」という類の議論であり、一般条項の明示化こそが法の発展に他ならないことが理解されなかった。一般条項性の喪失とか濫

訴の弊という言い分はまったく明文化に反対する理由にならないと考える。

(裁判所サイドも改正民法案には消極的)

裁判所も判断要素の明確化には経済界とは別の思惑で積極的ではなかった。理由は、判断要素の明文化が裁判所の判断の自由度を奪うからであろう。自分たちに任せておけという態度に見える。

(まとめ)

このように見てくると、債権法の今回の改正民法案は見かけ上の条文改正数は多いが、実質的にはあまり大きな変更ではない。世上、「大きな改正なので、きちんと勉強しなければならない」、「契約重視の方向だから、契約書を精緻化しなければならない」という意見が強いようであるが、むしろ、「不明確だったところや判例を覚えなければならないところが明文化されて、民法の勉強が楽になった」というのが（民法学徒としての正直な）実感である。以上。

荒井俊行 [あらい としゆき]  
[(一財)土地総合研究所 専務理事]