

平成23年8月1日

**「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見**

法務省民事局参事官室 御中

東京青年司法書士協議会

会長 瀨口 宏明

（公印省略）

東京都練馬区石神井町三丁目25番4号

ダイヤパレス石神井公園702

TEL 03-5923-6851 FAX 03-5923-6852

E-mail daihyo@tokyo-ssk.org

URL <http://www.tokyo-ssk.org/>

私たち東京青年司法書士協議会は、東京の司法書士約150名で構成する「法律家たる自覚に立つ青年司法書士が切磋琢磨することで、司法書士制度及び社会の改善・進歩・発展に寄与すること」を目的とする団体です。

当協議会は、貴省において実施している「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に関する意見募集に対して、次のとおり、意見書を提出いたします。

意見を提出する論点

意見書2ページ「意見を述べる論点」に記載のとおり

意見の内容

意見書記載のとおり

担当者連絡先

司法書士 奥西史郎

千代田区岩本町2丁目12番8号 ディアビル神田

TEL 03-5821-2877 FAX 03-5821-2878

**「民法(債権関係)の改正に関する中間的な  
論点整理」に関する意見**

**平成23年8月1日**

**東京青年司法書士協議会**

## はじめに

東京青年司法書士協議会（以下「東京青司協」）は、東京において活動している青年司法書士の任意団体である。東京青司協では平成21年9月より債権法改正に関する勉強会を行っており、現在に至るまで多くの検討をしてきた。私たちは、今般の債権法改正議論において「分かりやすい民法」と「社会・経済の変化への対応」という視点で検討していく事に対して賛意を表すると共に、民法が市民社会の根幹を支える法律として国民により広く親しまれるために日本の現状を把握する努力が必要であると認識している。

また、情報技術の発展に伴う取引形態などの変容や、高齢化社会への対応として措置から契約へといった流れの中で、変化への対応として改正の是非や内容に関して、利用者である市民の多様な意見を取り上げて検討すべきである。一般市民が読む事ができ、理解できる民法改正を目指して登記実務や供託実務、裁判実務などを通して国民の権利の保護に寄与してきた法律実務家としての意見を以下に述べていく。

文案担当者

大越一毅司法書士，大津寛司法書士，奥西史郎司法書士，高橋宏治司法書士，  
初瀬智彦司法書士，三浦直美司法書士

# 目次

第9	債権者代位権	1
1	「本来型の債権者代位権」と「転用型の債権者代位権」の区別	1
3	本来型の債権者代位権の制度設計	1
	(3) 保全の必要性(無資力要件)	1
第10	詐害行為取消権	2
1	詐害行為取消権の法的性質及び詐害行為取消訴訟の在り方	2
	(2) 詐害行為取消訴訟における債務者の地位	2
第12	保証債務	3
1	保証債務の成立	3
	(2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策	3
第13	債権譲渡	4
1	譲渡禁止特約(民法第466条)	4
	(1) 譲渡禁止特約の効力	4
	(2) 譲渡禁止特約の効力を譲受人に対抗できない事由	7
	(3) 譲渡禁止特約付き債権の差押え・転付命令による債権の移転	8
2	債権譲渡の対抗要件(民法第467条)	9
	(1) 総論及び第三者対抗要件の見直し	9
	(2) 債務者対抗要件(権利行使要件)の見直し	10
	(3) 対抗要件概念の整理	11
	(4) 債務者保護のための規定の明確化等	11
3	抗弁の切断(民法第468条)	12
4	将来債権譲渡	13
	(1) 将来債権の譲渡が認められる旨の規定の要否	13
	(2) 将来債権譲渡の効力の限界	14
	(3) 譲渡人の地位の変動に伴う将来債権譲渡の対抗力の限界	15
第15	債務引受	16
1	総論(債務引受に関する規定の要否)	16
2	併存的債務引受	16
	(1) 併存的債務引受の要件	16
	(2) 併存的債務引受の効果	17
	(3) 併存的債務引受と保証との関係	18
3	免責的債務引受	18
	(2) 免責的債務引受の効果	19
4	その他	20

( 1 ) 将来債務引受に関する規定の要否 .....	20
( 2 ) 履行引受に関する規定の要否 .....	21
( 3 ) 債務引受と両立しない関係にある第三者との間の法律関係の明確化のための規定の要否 .....	21
第 1 6 契約上の地位の移転 ( 譲渡 ) .....	21
1 総論 ( 契約上の地位の移転 ( 譲渡 ) に関する規定の要否 ) .....	21
2 契約上の地位の移転の要件 .....	22
3 契約上の地位の移転の効果等 .....	23
4 対抗要件制度 .....	23
第 2 0 免除及び混同 .....	24
1 免除の規定の見直し ( 民法第 5 1 9 条 ) .....	24
2 混同の例外の明確化 ( 民法第 5 2 0 条 ) .....	25
第 2 1 新たな債権消滅原因に関する法的概念 ( 決済手法の高度化・複雑化への民法上の対応 ) .....	25
1 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定の要否 .....	25
2 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定を設ける場合における第三者との法律関係を明確にするための規定の要否 .....	27
第 2 6 第三者のためにする契約 .....	27
1 受益の意思の表示を不要とする類型の創設等 ( 民法第 5 3 7 条 ) .....	27
2 受益者の権利の確定 .....	28
3 受益者の現存性・特定性 .....	28
4 要約者の地位 .....	29
( 1 ) 諾約者に対する履行請求 .....	29
( 2 ) 解除権の行使 .....	29
第 2 7 約款 ( 定義及び組入要件 ) .....	30
1 約款の組入要件に関する規定の要否 .....	30
2 約款の定義 .....	31
3 約款の組入要件の内容 .....	32
第 3 0 意思表示 .....	34
3 錯誤 .....	34
( 1 ) 動機の錯誤に関する判例法理の明文化 .....	34
( 2 ) 要素の錯誤の明確化 .....	35
( 3 ) 表意者に重過失がある場合の無効主張の制限の例外 .....	35
( 4 ) 効果 .....	36
( 5 ) 錯誤者の損害賠償責任 .....	36
( 6 ) 第三者保護規定 .....	37
4 詐欺及び強迫 .....	37

( 1 ) 沈黙による詐欺.....	37
第 3 6 消滅時効.....	38
1 時効期間と起算点.....	38
( 2 ) 短期消滅時効期間の特則について.....	38
( 4 ) 合意による時効期間等の変更.....	40
第 3 8 売買 - 総則.....	41
1 売買の一方の予約 ( 民法第 5 5 6 条 ) .....	41
2 手付 ( 民法第 5 5 7 条 ) .....	42
第 3 9 売買 - 売買の効力 ( 担保責任 ) .....	43
1 物の瑕疵に関する担保責任 ( 民法第 5 7 0 条 ) .....	43
( 2 ) 「瑕疵」の意義 ( 定義規定の要否 ) .....	43
( 4 ) 代金減額請求権の要否.....	44
( 5 ) 買主に認められる権利の相互関係の明確化.....	44
3 権利の瑕疵に関する担保責任 ( 民法第 5 6 0 条から第 5 6 7 条まで ): 個別論点 ...	45
( 1 ) 他人の権利の売買における善意の売主の解除権 ( 民法第 5 6 2 条 ) の要否 .....	45
( 2 ) 数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任 ( 民法第 5 6 5 条 ) .....	46
( 3 ) 地上権等がある場合等における売主の担保責任 ( 民法第 5 6 6 条 ) .....	46
( 4 ) 抵当権等がある場合における売主の担保責任 ( 民法第 5 6 7 条 ) .....	47
4 競売における担保責任 ( 民法第 5 6 8 条 , 第 5 7 0 条ただし書 ) .....	47
5 売主の担保責任と同時履行 ( 民法第 5 7 1 条 ) .....	48
6 数量超過の場合の売主の権利 .....	48
8 数量保証・品質保証等に関する規定の要否.....	48
9 当事者の属性や目的物の性質による特則の要否.....	49
第 4 0 売買 - 売買の効力 ( 担保責任以外 ) .....	49
1 売主及び買主の基本的義務の明文化.....	49
( 1 ) 売主の引渡義務及び対抗要件具備義務.....	49
( 2 ) 買主の受領義務.....	50
2 代金の支払及び支払の拒絶.....	51
( 1 ) 代金の支払期限 ( 民法第 5 7 3 条 ) .....	51
( 2 ) 代金の支払場所 ( 民法第 5 7 4 条 ) .....	51
( 3 ) 権利を失うおそれがある場合の買主による代金支払の拒絶 ( 民法第 5 7 6 条 ) .....	52
( 4 ) 抵当権等の登記がある場合の買主による代金支払の拒絶 ( 民法第 5 7 7 条 ) ..	52
3 果実の帰属又は代金の利息の支払 ( 民法第 5 7 5 条 ) .....	53
第 4 3 贈与 .....	53
1 成立要件の見直しの要否 ( 民法第 5 4 9 条 ) .....	53
6 死因贈与 ( 民法第 5 5 4 条 ) .....	54
第 4 4 消費貸借 .....	58

1	消費貸借の成立	58
	(1) 要物性の見直し	58
4	期限前弁済に関する規律の明確化	60
	(1) 期限前弁済	60
第45	賃貸借	60
3	賃貸借と第三者との関係	60
	(2) 目的不動産の所有権が移転した場合の賃貸借の帰すう	60
	(4) 敷金返還債務の承継	62
4	賃貸人の義務	63
	(1) 賃貸人の修繕義務	63
	(2) 賃貸物の修繕に関する賃借人の権利	64
6	賃借権の譲渡及び転貸	64
	(1) 賃借権の譲渡及び転貸の制限	64
	(2) 適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との関係	65
7	賃貸借の終了	66
	(2) 賃貸借終了時の原状回復	66
第49	委任	67
3	報酬に関する規律	67
	(1) 無償性の原則の見直し(民法第648条第1項)	67
4	委任の終了に関する規定	68
	(2) 委任者死亡後の事務処理を委託する委任(民法第653条第1号)	68
第56	新種の契約	70
1	新たな典型契約の要否	70
2	ファイナンス・リース	71

## 第9 債権者代位権

### 1 「本来型の債権者代位権」と「転用型の債権者代位権」の区別

債権者代位権については、本来的には債務者の責任財産の保全のための制度であると理解するのが一般的であると言われている(本来型の債権者代位権)ものの、現実には、責任財産の保全とは無関係に、非金銭債権(特定債権)の内容を実現するための手段としても用いられている(転用型の債権者代位権)。本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権とでは、想定される適用場面が異なることから、必要に応じて両者を区別した規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料7 - 2第1, 1(関連論点)[2頁]】

#### 【意見の趣旨】

本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権を区別しない方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権では確かに制度趣旨が異なるものの、これを民法において区別する場合には本来型の債権者代位権と民事保全制度との矛盾がよりフォーカスされる。本来型の債権者代位制度に関しては、その利用方法によっては民事保全制度の根幹にかかわる事も想定されるが、転用型の債権者代位制度の理論基盤として、または現行の民事保全制度で補えない、あるいは代替できない機能が指摘されていることをふまえると、現行法を大きく変えない方向で検討がなされるべきと考える。

### 3 本来型の債権者代位権の制度設計

#### (3) 保全の必要性(無資力要件)

本来型の債権者代位権の行使要件に関して、判例・通説は、民法第423条第1項本文の「自己の債権を保全するため」(保全の必要性)とは、債務者の資力がその債務の全てを弁済するのに十分ではないこと(無資力)をいうと解しており、この無資力要件を条文上も具体的に明記すべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、債務者の無資力を要求するのは厳格に過ぎ、保全の必要性という柔軟な要件を維持すべきであるなどの意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

また、これに関連して、債務者名義でない債務者所有の不動産を差し押さえるために登記申請権を代位行使する場合に債務者の無資力を要件としないなど特別の取扱いをすべきであるかどうかについて、近時の判例で一定の場合に代位登記を要せず執行手続内で処理する可能性が開かれたことを指摘する意見があることなども踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料7 - 2第1, 3(3)[10頁], (4)[12頁]】

#### 【意見の趣旨】

保全の必要性のような柔軟な要件を維持する方向で検討すべきである。また、債務者名義でない債務者所有の不動産を差し押さえる場合に、代位による移転登記を経ずに執行手続内で処理する方法を一般的な議論の前提とせずに検討すべきである。

## 【意見の理由】

不動産登記においては、現在の権利関係の正確性のみならず、時系列に沿った権利関係の公示が実務において求められており、現在の登記実務と異なる取り扱いについては慎重に検討されるべきである。債務者でない登記名義人からの代位登記を経ずに競売による移転がなされることは、現在の実務とは異なる取扱であり、その必要性や有効性、取扱を変更することによる支障などに注意を払っていく検討する必要がある。言及のある判例は権利能力なき社団といった最近まで不動産の名義を取得する際に特殊な登記を用いざるを得ないケースであり、登記方法が複数あったため第三者にとって真正な登記名義を確定しにくいという特殊な要素があった場合である。権利能力なき社団に関しては、一般社団法人として法人格を取得する途が開かれるなど、登記名義に関する公示方法が整備されつつある。その他の事例において、代位登記による真正な登記名義に戻す方法による執行について特に不都合は見当たらない。従って、債務者名義でない債務者所有不動産の差し押さえについての言及ある判例を前提に検討すべきではない。また、不動産の登記名義に戻す必要性は債務者の資力の有無により一概に決定するには馴染まない状況が多く、無資力要件を条文化した場合には不都合を生じるため、保全の必要性といった柔軟に解釈できる要件を維持する方向で検討すべきと考える。仮に、無資力要件を条文化する場合には、不動産登記において要件とならない様な特則を設けるなどの方法が検討される必要がある。

## 第10 詐害行為取消権

### 1 詐害行為取消権の法的性質及び詐害行為取消訴訟の在り方

#### (2) 詐害行為取消訴訟における債務者の地位

取消しの効力が債務者に及ばないこと(相対的取消し)に起因する理論的問題点(前記(1)参照)を克服するために、詐害行為取消訴訟において、受益者又は転得者のみならず債務者をも被告とするか、又は債務者に対する訴訟告知を要するものとするなどして、取消しの効力が債務者にも及ぶようにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、仮に債務者をも被告とする場合には、債務者に対する給付訴訟の併合提起を義務付けるかどうかについても、更に検討してはどうか。

【部会資料7 - 2 第2, 2(2) [45頁] 及び同(関連論点)1 [46頁]】

## 【意見の趣旨】

取消しの効果が債務者に及ぶ、あるいは及ばせられる方策が採られる方向で検討すべきである。また、取消しにより債務者の元に戻ってきた財産に関して、債務者が処分するには一定の期間処分できないなどの制限がかかるような工夫を検討すべきである。

## 【意見の理由】

債務者に取消しの効果が及んでいない場合、受益者の元を離れる財産の所有の帰属について違和感を覚える。

不動産登記実務において、詐害行為取消判決を登記上反映させる場合には下記のように債務者に代位して取消権者が登記申請する事になる。

登記の目的	何番所有権抹消
原因	年月日詐害行為取消判決
権利者（被代位者）	甲
義務者	乙
代位者	丙
代位原因	年月日金銭消費貸借の強制執行

しかし、債務者に取消しの効力が及んでいないとすると取消権者は債務者の何について代位しているのか論理的に構成しにくくなっているように思われる。この場合において、債務者に効果が及んでいる場合には債務者も受益者に対して登記抹消を求めることができ、その権利を取消権者が代位行使するというのは不自然ではない。但し、債務者が取消された行為により戻ってくる財産を自由に処分できるとすることは再び取消権者を害する危険が大きく、衡平性を欠く。この場合に、責任説的な発想により戻ってきた財産は全くの債務者の自由財産ではなく、処分するには一定の期間を経て取消権者に差押え等の機会を保障する、あるいは取消権者の同意を要する等の一定の制限を設ける必要性があると考えられる。

## 第12 保証債務

### 1 保証債務の成立

#### (2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策

保証は、不動産等の物的担保の対象となる財産を持たない債務者が自己の信用を補う手段として、実務上重要な意義を有しているが、他方で、個人の保証人が想定外の多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たないこともあって、より一層の保証人保護の拡充を求める意見がある。このような事情を踏まえ、保証契約締結の際における保証人保護を拡充する観点から、保証契約締結の際に、債権者に対して、保証人がその知識や経験に照らして保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを義務付けたり、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することを義務付けたりするなどの方策を採用するかどうかについて、保証に限られない一般的な説明義務や情報提供義務（後記第23, 2）との関係や、主債務者の信用情報に関する債権者の守秘義務などにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、より具体的な提案として、一定額を超える保証契約の締結には保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことや、保証契約書における一定の重要部分について保証人による手書きを要求すること、過大な保証の禁止を導入すること、事業者である債権者が上記の説明義務等に違反した場合において保証人が個人であるときは、保証人に

取消権を与えることなどの方策が示されていることから、これらの方策の当否についても、検討してはどうか。

【部会資料 8 - 2 第 2 , 2 ( 2 ) [ 4 4 頁 ]】

#### 【意見の趣旨】

保証人保護の拡充の必要性を認識して、自然人保証人を原則廃止とする意見がある事も踏まえた上で検討するべきである。

#### 【意見の理由】

日本は従来家を単位として、その中で様々な各人が抱える問題を保障してきた社会であり、個人の自我の確立を志向する現代においてもその名残は欧米各国に比べて色濃く残っているものと考えられる。そうした状況の中で、保証を本来であれば利用すべきでないような場合にまで利用するなどによって、一般市民が保証人としての責任及びそのリスク等について考慮しないまま保証人となり、結果として生活の破綻に追い込まれる場合があり、自殺を引き起こす原因の一つとして見逃せない報告がなされている。このような弊害の面をしっかりと認識したうえで慎重な検討がなされるべきである。

### 第 1 3 債権譲渡

#### 1 譲渡禁止特約（民法第 4 6 6 条）

##### （ 1 ）譲渡禁止特約の効力

譲渡禁止特約の効力については、学説上、「物権的」な効力を有するものであり、譲渡禁止特約に違反する債権譲渡が無効であるとする考え方（物権的効力説）が有力である。判例は、この物権的効力説を前提としつつ、必要に応じてこれを修正していると評価されている。この譲渡禁止特約は、債務者にとって、譲渡に伴う事務の煩雑化の回避、過誤払の危険の回避及び相殺の期待の確保という実務上の必要性があると指摘されているが、他方で、今日では、強い立場の債務者が必ずしも合理的な必要性がないのに利用している場合もあるとの指摘や、譲渡禁止特約の存在が資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となっているとの指摘もされている。

以上のような指摘を踏まえて、譲渡禁止特約の効力の見直しの要否について検討する必要があるが、譲渡禁止特約の存在について譲受人が「悪意」（後記(2)ア参照）である場合には、特約を譲受人に対抗することができるという現行法の基本的な枠組みは、維持することとしてはどうか。その上で、譲渡禁止特約を対抗できるときのその効力については、特約に反する債権譲渡が無効になるという考え方（以下「絶対的効力案」という。）と、譲渡禁止特約は原則として特約の当事者間で効力を有するにとどまり、債権譲渡は有効であるが、債務者は「悪意」の譲受人に対して特約の抗弁を主張できるという考え方（以下「相対的効力案」という。）があることを踏まえ、更に検討してはどうか。

#### 【意見の趣旨】

譲渡禁止特約の存在について譲受人が「悪意」である場合には、特約を譲受人に対抗することができるという現行法の基本的な枠組みを維持する方向で検討すべきである。

そして、譲渡禁止特約に違反する債権の譲渡の効力について、譲渡の当事者間では無効であると規定すべきである。

#### 【意見の理由】

譲渡禁止特約に違反する債権の譲渡の効力については、現民法の条文上明確ではないものの、判例（最判昭和48年7月19日民集27巻7号823頁参照）では譲渡当事者間でも譲渡は無効であるという考え方（絶対的効力説）となっている。

譲渡禁止特約の存在が売掛債権等の担保化や集合債権の流動化等のような資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となっているという指摘がされ、譲渡禁止特約の効力を制限するべきであるとする意見（相対的効力説）がある。しかし、資金調達を目的として債権を譲渡担保とする場合においても、譲受人は当該債権につき譲渡禁止特約の存在を確認することが通常であることから、譲渡禁止特約の効力について絶対的効力説の立場に立つとしても、資金調達においてとりわけ大きな障害となっているわけではない。

また、譲渡禁止特約の効力について相対的効力説の立場に立った場合には、「悪意」の譲受人に対する債権譲渡が無効とはならず、譲受人からの請求に対して譲渡禁止特約を対抗してその支払を拒むことができるだけである。このような場合において、譲渡人が消滅し、または倒産手続が開始された場合には、債権譲渡自体が無効でない以上、債務者から譲渡人への債務の履行ができないことから、譲受人が債務者に債務の履行を請求したときに債務者は譲受人に対しての債務の履行を事実上拒むことができない可能性もある。反社会的勢力へ債権譲渡がなされた場合であってもその譲渡の効力を否定できないことから、これまで譲渡禁止特約を付することで防止されてきた金融機関や公共団体から反社会的勢力への資金の支払いが行われるという不都合が生じかねない。

また、譲渡禁止特約の効力に関連する以下のような点についても、更に検討してはどうか。

ア 譲渡禁止特約の存在についての譲受人の善意、悪意等の主観的要件は、譲受人と債務者のいずれが主張・立証責任を負うものとするべきかについて、さらに検討してはどうか。

#### 【意見の趣旨】

債務者が、譲受人の悪意等の主観的要件についての主張・立証責任を負うとする方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

実務においては、要件事実論における法律要件分類説に従い、譲渡禁止特約の存在は、債権譲渡の効果の発生障害事由であることから、債権譲渡の効力を争うものがその主張・立証責任を負うとされている。債権譲渡の効力を争うものは債務者であることから、

譲受人の主観的要件について主張・立証責任を負う者は債務者とすることが妥当であると考える（大判明治38年2月28日民録11輯278頁）。

イ 譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るかにかかわらず，譲渡禁止特約の存在が，資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となり得るという問題を解消する観点から，債権の流動性の確保が特に要請される一定の種類の債権につき，譲渡禁止特約を常に対抗できないこととすべきかどうかについて，特定の取引類型のみに適用される例外を民法で規定する趣旨であるなら適切ではないとの意見があることに留意しつつ，更に検討してはどうか。

また，預金債権のように譲渡禁止特約に対抗することを認める必要性が高い種類の債権に，引き続き譲渡禁止特約に強い効力を認めるべきかどうかについても，特定の取引類型のみに適用される例外を民法で規定することについて上記の意見があることに留意しつつ，検討してはどうか。

【意見の趣旨】

債権の流動性の確保が特に要請される一定の種類の債権につき，譲渡禁止特約を常に対抗できないこととすることとしない方向で検討すべきである。また，特定の取引類型のみに適用される例外を民法で規定しない方向で検討すべきである。

【意見の理由】

譲渡禁止特約の存在が資金調達目的で行われる債権譲渡取引の障害となっているという問題を解消するために，債権の流動性の確保が特に要請される一定の取引類型から生ずる債権については譲渡禁止特約の効力を常認めないこととすべきであるという提案がなされている（法制審議会民法（債権関係）部会資料9 - 2 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（4）詳細版5頁以下）。

しかし，どのような取引類型から生ずる債権が譲渡禁止特約の効力を認めない債権となるかの判断を明確にすることは困難である上，基準を条文に定めることも非常に困難である。

ウ 将来債権の譲渡をめぐる法律関係の明確性を高める観点から，将来債権の譲渡後に，当該債権の発生原因となる契約が締結され譲渡禁止特約が付された場合に，将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約に対抗することの可否を，立法により明確化すべきかどうかについて，譲渡禁止特約によって保護される債務者の利益にも留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2 第1，2(1) [2頁]，同(関連論点)1，3 [5頁]】

【意見の趣旨】

原則としては将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約に対抗することができるとし，ただし，将来債権譲渡契約の締結の際に，譲渡禁止特約の存在について譲渡人に開示義務を課すことで，当該開示義務違反の場合については，譲渡禁止特約の存在について善

意の将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約は対抗できないと規定する方向で検討すべきである。

【意見の理由】

将来債権譲渡の取引の安全性を考慮して、将来債権譲渡と譲渡禁止特約の効力の関係について、将来債権譲渡契約の締結の際に、譲渡禁止特約が付される債権の存在・可能性について譲渡人に開示するような義務を課すべきであり、当該開示義務違反の場合については譲受人の善意が擬制されることとし、将来債権の譲受人に対して譲渡禁止特約は対抗できないとする明文上の規定を置く方向で検討すべきである。

(2) 譲渡禁止特約の効力を譲受人に対抗できない事由

ア 譲受人に重過失がある場合

判例は、譲受人が譲渡禁止特約の存在について悪意の場合だけでなく重過失がある場合にも、譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができるとしていることから、譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るかにかわらず、上記の判例法理を条文上明らかにすべきであるという考え方がある。このような考え方の当否について、資金調達の促進の観点から、重過失がある場合に譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができることに反対する意見があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 2(2)ア [7頁]】

【意見の趣旨】

譲受人が譲渡禁止特約の存在について重過失がある場合にも、譲渡禁止特約を譲受人に対抗することができるとする規定を設ける方向で検討すべきである。

【意見の理由】

譲渡禁止特約については、善意の第三者だけでなく、判例（最判昭和48年7月19日民集27巻7号823頁）においては譲受人が善意であっても重過失ある場合には、その効力を否定できないとしている。この判例法理については特に異論もない。

なお、重過失を条文化することにより、譲受人に譲渡禁止特約の有無に関する調査義務が課されることとなり、重過失が認定されやすくなる危険性が増すとの指摘がなされているが（法制審議会民法（債権関係）部会資料9 - 2 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（4）詳細版7頁）、この点については、重過失の内容について、譲渡人への調査義務を課すものの、債務者までの調査義務を負わないことという方向で検討すべきである。

イ 債務者の承諾があった場合

譲渡禁止特約の効力についてどのような考え方を採るかにかわらず、債務者が譲渡を承諾することにより譲渡禁止特約の効力を譲受人に対抗することができなくなる旨の明文規定を設けるものとしてはどうか。

【意見の趣旨】

債務者が譲渡を承諾することにより譲渡禁止特約の効力を譲受人に対抗することができなくなる旨の明文規定を設けるべきである。なお、「第三者の権利を害さない限り」という要件も合わせて規定すべきである。

【意見の理由】

判例（最判昭和52年3月17日民集31巻2号308頁）は、譲渡禁止特約が付された債権について、譲受人が特約の存在を知って譲り受けた場合でも、その後、債務者が債権譲渡についての承諾を与えたときは、当該債権譲渡は譲渡の時にさかのぼり有効となるとしている。絶対的効力説の考え方からは、本来であれば、譲受人が悪意であれば、当該債権譲渡は無効となり、無効な行為は追認によってもその効力を生じないはずである（民法第119条本文参照）から、本判例はその例外といえよう。

また、譲渡禁止特約が付された債権について、譲受人が特約の存在を知りまたは重大な過失により特約の存在を知らないでこれを譲り受けた場合であっても、その後、債務者が当該債権譲渡について承諾を与えたときは、債権譲渡は譲渡の時にさかのぼって有効となるが、民法116条の法意に照らし、第三者の権利を害することはできないとする判例（最判平成9年6月5日民集51巻5号2053頁）がある。

これらの判例法理は、確立した判例法理として実務運用がなされていると考えるので、これを条文化して問題ないとする。

（3）譲渡禁止特約付き債権の差押え・転付命令による債権の移転

譲渡禁止特約付きの債権であっても、差押債権者の善意・悪意を問わず、差押え・転付命令による債権の移転が認められるという判例法理について、これを条文上も明確にしてはどうか。

【意見の趣旨】

譲渡禁止特約付きの債権であっても、差押債権者の善意・悪意を問わず、差押え・転付命令による債権の移転が認められるという判例法理を条文化すべきである。

【意見の理由】

判例では、譲渡禁止特約の効力が債権の任意譲渡のみを対象とするものであるので、譲渡禁止特約が付された債権であっても、差押債権者の善意・悪意に関わらず、債権が差し押さえられ、かつ、転付命令によって、債権は移転できるものであるとしている（最判昭和45年4月10日民集31巻2号308頁）。

また、私人間の契約により、差押禁止財産を作り出すことは認められないことから、当該判決の帰結については実務上も異論がないところであるので、この判例法理を条文化すべきである。

## 2 債権譲渡の対抗要件（民法第467条）

### （1）総論及び第三者対抗要件の見直し

債権譲渡の対抗要件制度については、債務者が債権譲渡通知や承諾の有無について回答しなければ制度が機能せず、また、競合する債権譲渡の優劣について債務者に困難な判断を強いるものであるために、債務者に過大な不利益を負わせていることその他、確定日付が限定的な機能しか果たしていないこと等の民法上の対抗要件制度の問題点が指摘されている。また、動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律（以下「特例法」という。）と民法による対抗要件制度が並存していることによる煩雑さ等の問題点も指摘されている。これらの問題点の指摘を踏まえて、債権譲渡の対抗要件制度を見直すべきかどうかについて、更に検討してはどうか。

債権譲渡の対抗要件制度を見直す場合には、基本的な見直しの方向について、具体的に以下のような案が示されていることを踏まえ、更に検討してはどうか。その際、A案については、その趣旨を評価する意見がある一方で、現在の特例法上の登記制度には問題点も指摘されており、これに一元化することには問題があるとの指摘があることから、まずは、特例法上の登記制度を更に利用しやすいものとするための方策について検討した上で、その検討結果をも踏まえつつ、更に検討してはどうか。

[A案] 登記制度を利用することができる範囲を拡張する（例えば、個人も利用可能とする。）とともに、その範囲において債権譲渡の第三者対抗要件を登記に一元化する案

[B案] 債務者をインフォメーション・センターとはしない新たな対抗要件制度（例えば、現行民法上の確定日付のある通知又は承諾に代えて、確定日付のある譲渡契約書を債権譲渡の第三者対抗要件とする制度）を設けるとする案

[C案] 現在の二元的な対抗要件制度を基本的に維持した上で、必要な修正を試みるという案

【部会資料9-2第1, 3(1)[10頁], 同(関連論点)1から3まで[13頁]】

#### 【意見の趣旨】

債権譲渡の第三者対抗要件は、債務者をインフォメーション・センターとする現民法における制度を廃止し、登記制度に一元化する方向で検討すべきである。

合わせて、債権譲渡登記の対象は、金銭債権に限定しないで非金銭債権も含むとする、債権譲渡登記の譲渡人について、法人に限定せず個人も利用できるものとする、とすべきである。

#### 【意見の理由】

現行において、指名債権の譲渡の第三者対抗要件は、譲渡人から債務者への確定日付のある通知または債務者の確定日付のある承諾とされている（民法467条2項）。これは、債権譲渡の有無について債務者がインフォメーション・センターの役割を果たすことが前提となっている。しかしながら、債権譲渡において、債務者は、第三者からの照会に回答すべき法的義務を負っていないことから、民法上の対抗要件について不備が

あると言わざるを得ない。これに対して、登記一元化は、法務局の関与による情報提供による公示機能の確立をもたらし、債権譲渡取引の安全に資するものである。

さらに登記一元化は、登記受付日時の先後により対抗関係の優劣を明確化し、その調査は容易になる。

また、債務者不特定の将来債権譲渡の第三者対抗要件については、債務者不存在であることから民法上の対抗要件である債務者への通知はできず、機能しないこととなる。そのようなことから対抗要件を一元化する場合においては、債権譲渡登記とすべきである。

## (2) 債務者対抗要件(権利行使要件)の見直し

債権譲渡の当事者である譲渡人及び譲受人が、債務者との関係では引き続き譲渡人に対して弁済させることを意図して、あえて債務者に対して債権譲渡の通知をしない(債務者対抗要件を具備しない)場合があるが、債務者が債権譲渡の承諾をすることにより、譲渡人及び譲受人の意図に反して、譲受人に対して弁済する事態が生じ得るといふ問題があると指摘されている。このような問題に対応するために、債権譲渡の対抗要件制度について第三者対抗要件と債務者対抗要件を分離することを前提として、債務者対抗要件を通知に限った上で、債務者に対する通知がない限り、債務者は譲渡人に対して弁済しなければならないとする明文の規定を設けるべきであるとの考え方が示されている。

これに対して、債務者対抗要件という概念は、本来、それが具備されなくても、債務者の側から債権譲渡の事実を認めて譲受人に対して弁済することができることを意味するものであるとの指摘があった。他方で、現行法の理解としても、債務者が譲受人に弁済できると解されているのは、承諾という債務者対抗要件があるからであって、債務者対抗要件とは無関係に債務者が弁済の相手を選択できるという結論は導けないという考え方もあり得るとの指摘があった。また、承諾によって、債務者対抗要件の具備と同時に抗弁の切断の効果が得られることから、実務上承諾に利便性が認められているとの指摘があった。

以上の指摘等に留意しつつ、債務者対抗要件(債務者に対する権利行使要件)を通知に限った上で、債務者に対する通知がない限り、債務者は譲渡人に対して弁済しなければならないとする明文の規定を設けることの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 3(2)[21頁], 第1, 3(3)(関連論点)1[26頁]】

### 【意見の趣旨】

譲受人または譲渡人が債務者に対して登記事項証明書を交付して通知する、または債務者が承諾することをもって債権譲渡の債務者対抗要件とする方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

債務者対抗要件は、債務者を保護するためのものであり、債務者の二重払いの危険の回避が主目的である。債権譲渡登記されたものについては譲渡人・譲受人のどちらが登記事項証明書を送付しても債務者の不利益になるものではなく、譲受人の便宜も守られている。また、債務者の承諾については、債務者の判断によるものであることから債務者を取り立てて不利益な立場に置くものではないからである。

#### (3) 対抗要件概念の整理

民法第467条が定めている債権譲渡の対抗要件のうち、債務者との関係での対抗要件を権利行使要件と呼び、債務者以外の第三者との関係での対抗要件と文言上も区別して、同条の第1項と第2項との関係を明確化するかどうかについて、上記(2)の検討結果に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 3(2)(関連論点)1 [23頁]】

#### 【意見の趣旨】

債務者対抗要件と第三者対抗要件について、両者を区別する方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

本来、債務者対抗要件は債務者保護としての二重払いリスクを回避するためのものであり、第三者対抗要件は第三者間での優劣決定のためのものであるから、区別して考える方向で検討すべきである。

#### (4) 債務者保護のための規定の明確化等

##### ア 債務者保護のための規定の明確化

債権譲渡は、債務者の関与なく行われるため、債務者に一定の不利益が及ぶことは避けがたい面があり、それゆえ、できる限り債務者の不利益が少なくなるように配慮する必要があるという観点から、債権譲渡が競合した場合に債務者が誰に弁済すべきという行為準則を整理し、これを条文上明確にする方向で、更に検討してはどうか。

また、供託原因を拡張することにより、債務者が供託により免責される場合を広く認めるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9-2第1, 3(3) [24頁]】

#### 【意見の趣旨】

債権譲渡が競合した場合には債務者の保護を考慮して、債務者の行為準則を規定すべきである。また、債務者保護の観点から供託原因を拡張させる方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

債権譲渡の競合等により非のない債務者が困惑し、さらに二重払いといった不利益を蒙るおそれがある。そこで、債務者としては、どのように弁済もしくは供託すれば免責されるかを明確にする規定を設けることは債務者保護につながるものとする。

さらに、弁済供託の原因を緩和させることも、債務者保護の一助となるものとする。

#### イ 譲受人間の関係

複数の譲受人が第三者対抗要件を同時に具備した場合や、譲受人がいずれも債務者対抗要件を具備しているが第三者対抗要件を具備していない場合において、ある譲受人が債権全額の弁済を受領したときは、他の譲受人によるその受領額の分配請求の可否が問題となり得るが、現在の判例・学説上、この点は明らかではない。そこで、これを立法により解決するために、分配請求を可能とする旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 3(3)(関連論点)2 [27頁]】

#### 【意見の趣旨】

債権譲渡が競合した場合には、分配請求ができる旨の規定を設ける方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

債権譲渡の競合した場合に、債務者が特定の譲受人に弁済等をしてしまった場合でも、競合譲受人間で調整が可能になれば債務者保護となる。また、競合している譲受人間でも、調整の方法が明確化することで、結果についての予測可能性が高まり、無用な紛争等を回避することができる。

#### ウ 債権差押えとの競合の場合の規律の必要性

債権譲渡と債権差押えが競合した場合における優劣について、判例は、確定日付のある譲渡通知が債務者に到達した日時又は確定日付のある債務者の承諾の日時と差押命令の第三債務者への送達日時の先後によって決すべきであるとし、債権譲渡の対抗要件具備と差押命令・転付命令の送達の時が同時又は先後不明の場合には、複数の債権譲渡が競合した場合と同様の結論を採っている。このような判例法理を条文上明確化するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 3(3)(関連論点)3 [27頁]】

#### 【意見の趣旨】

債権譲渡と債権差押えが競合した場合における優劣についての判例法理を条文上明確化する方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

債権譲渡と債権差押えが競合した場合の優劣関係を明確にすることは、債務者保護としても有用であり、また、譲受人及び差押債権者間でも、調整の方法が明確化することにより、行為予測可能性が高まることで、無用な紛争等を回避することができる。

### 3 抗弁の切断（民法第468条）

異議をとどめない承諾（民法第468条）には、単に譲渡がされたことの認識の通知をすることにより抗弁の切断という重大な効果が認められる根拠が必ずしも明確ではなく、また、債務者にとって予期しない効果が生ずるおそれがあるなどの問題があ

ることから、この制度を廃止する方向で、更に検討してはどうか。

この制度を廃止する場合には、抗弁の切断は、基本的に抗弁を放棄するという意思表示の一般的な規律に従うことになるため、これに対する特則の要否を含めて、どのように規律の明確化を図るかが問題となる。この点について、譲受人が抗弁の存在について悪意の場合にも抗弁が切断されることになるため、特に包括的に抗弁を放棄する旨の意思表示により債務者が不利益を受けるおそれがあるとの指摘に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、その場合における特則として、債務者が一方的に不利益を被ることを防止する観点から、例えば、書面によらない抗弁の放棄の意思表示を無効とする旨の規定の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 4 [27頁], 同(関連論点) [29頁]】

#### 【意見の趣旨】

異議をとどめない承諾(民法第468条)の制度を廃止する方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

異議をとどめない承諾について、債務者にとって非常に不利益な効果が生ずるおそれがあるなどの問題があり、まあ、この制度を廃止することで譲受人が受ける不利益が取り立てて増えるわけではないことから、この制度を廃止する方向で検討すべきである。

## 4 将来債権譲渡

### (1) 将来債権の譲渡が認められる旨の規定の要否

将来発生すべき債権(以下「将来債権」という。)の譲渡の有効性に関しては、その効力の限界に関する議論があること(後記(2)(3)参照)に留意しつつ、判例法理を踏まえて、将来債権の譲渡が原則として有効であることや、債権譲渡の対抗要件の方法により第三者対抗要件を具備することができることについて、明文の規定を設けるものとしてはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 5(1) [31頁]】

#### 【意見の趣旨】

将来債権譲渡については、その要件・効果・対抗要件に関する条文を置く方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

実務上、将来債権譲渡が有効であることを前提として、債権流動化等のスキームだけでなく、不動産賃貸料の債権譲渡等の将来債権の譲渡が頻繁に行われている。また、判例(最判平成11年1月29日民集53巻1号151頁)も、将来債権の発生の可能性が低くても債権譲渡の有効性を問わないとの判断をしており、将来債権譲渡を広く認めている。

将来債権の譲渡については、判例法理において確立していると言え、実務上幅広く利用されていることから、法的安定を考慮し、改正後の条文において、その有効性につい

て条文化すべきである。

ただし、将来債権とはどのようなものであるかについて、現民法上に規定はなく、民法第466条1項に規定する「債権」に含まれるか否かもはっきりしていない。そこで、債権法に規定すべき「将来債権」とは、将来債権とは将来発生することが予定されているものの、いまだに債権自体は成立していない債権であるとすべきである。

なお、将来債権譲渡を認めるとしても、将来債権の譲渡の對抗要件については、通常の債権譲渡と同様の規律にあてはめることとすべきである。

## (2) 将来債権譲渡の効力の限界

公序良俗の観点から将来債権の譲渡の効力が認められない場合に関して、より具体的な基準を設けるかどうかについては、実務的な予測可能性を高める観点から賛成する意見があったが、他方で、債権者による過剰担保の取得に対する対処という担保物権法制の問題と関連するため、今般の見直しの範囲との関係で慎重に検討すべきであるとの意見があった。また、仮に規定を設けるのであれば、譲渡人の事業活動の継続の可否や譲渡人の一般債権者を害するかどうかという点が問題となるとの意見があった。これらの意見に留意しつつ、公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界の基準に関する規律の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 5(1)(関連論点)[32頁]  
】

### 【意見の趣旨】

将来債権の譲渡の限界については、公序良俗という一般条項だけではなく、公序良俗を具体化した一定の要件（債権発生期間等）を明確にして、条文上に規定する方向で検討すべきである。

### 【意見の理由】

判例(前掲最判平成11年1月29日)は、「契約締結時における譲渡人の資産状況、右当時における譲渡人の営業等の推移に関する見込み、契約内容、契約が締結された経緯等を総合的に考慮し、将来の一定期間内に発生すべき債権を目的とする債権譲渡契約について、右期間の長さ等の契約内容が譲渡人の営業活動等に対して社会通念に照らし相当とされる範囲を著しく逸脱する制限を加え、又は他の債権者に不当な不利益を与えるものであると見られるなどの特段の事情の認められる場合には、右契約は公序良俗に反するなどとして、その効力の全部又は一部が否定されることがあるものというべきである。」として、債権譲渡の効力が否定されるべき特段の事情のあることを示唆している。

しかし、公序良俗等の一般条項をもって、包括的な将来債権譲渡を制限することは、譲受人と一般債権者との間で問題が生じた際に裁判所の見解を常に求めることとなりかねず、実効性に乏しいと言える。

そこで、債権譲渡にかかる債権発生期間を10年間と制限するなどのように、包括的

な将来債権譲渡について一定の制限を課すこと等を検討すべきである。

### (3) 譲渡人の地位の変動に伴う将来債権譲渡の対抗力の限界

将来債権の譲渡の後に譲渡人の地位に変動があった場合に、その将来債権譲渡の効力が及ぶ範囲に関しては、なお見解が対立している状況にあることを踏まえ、立法により、その範囲を明確にする規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。具体的には、将来債権を生じさせる譲渡人の契約上の地位を承継した者に対して、将来債権の譲渡を対抗することができる旨の規定を設けるべきであるとの考え方が示されていることから、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

上記の一般的な規定を設けるか否かにかかわらず、不動産の賃料債権の譲渡後に賃貸人が不動産を譲渡した場合における当該不動産から発生する賃料債権の帰属に関する問題には、不動産取引に特有の問題が含まれているため、この問題に特有の規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第1, 5(2) [32頁]】

#### 【意見の趣旨】

将来債権の譲渡の後に譲渡人の地位の移転があった場合の将来債権譲渡の効力を第三者に対抗することができる範囲については、取引の安全のために将来債権譲渡の対抗要件を公示することができる債権譲渡登記を利用することにより、第三者に対抗することができる旨を規定する方向で検討すべきである。なお、不動産の賃料債権の帰属に関しては実務の混乱を招かないように経過期間を置くことも検討すべきである。

#### 【意見の理由】

将来債権の譲渡をした譲渡人の地位が移転した場合の地位の承継人と債権の譲受人の関係が問題となる場面において、将来債権を譲渡して第三者対抗要件を具備していたとしても、当該将来債権の譲渡後に譲渡人の地位の移転があった場合には、その将来債権の譲渡の効力を第三者に対抗することができるか否か現行法上は明確ではない。また、対抗できると考えるとしても、その範囲についても不明確である。将来債権の譲渡後に譲渡人の地位の移転があった場合に第三者に対抗することができる範囲が必ずしも明らかでないことは、将来債権の譲渡を萎縮させるおそれがあるとともに、将来債権の譲渡を対抗される可能性のある第三者にとっても、範囲が明確でない以上、不測の損害を被るおそれがある。

そこで、将来債権譲渡について、債権譲渡登記のようにその対抗要件が公示されているものによって備えられることで、第三者にとって債権譲渡されていることが明らかである場合には、賃貸不動産の売買等のように譲渡人の地位が移転するとき等、当該不動産等を取得した第三者に債権譲渡がされたかどうかを容易に調査することができることから、不測の損害が生じることはない。また、将来債権譲渡について債権譲渡期間が制限されるような規定が設けられるのであれば、将来得られる賃料債権について債権譲渡が既にされている不動産等を取得する第三者については、将来債権譲渡に対抗できない

期間が明確になり、取得価額をこの要素を考慮することができるので、不測の損害が生じることはない。

したがって、将来債権譲渡においても、対抗要件を公示される登記とし、譲渡できる範囲について一定の制限を置くことにより、不動産の賃料債権の譲渡後に賃貸人が不動産を譲渡した場合における当該不動産から発生する賃料債権の帰属に関する問題について特有の規定を設ける必要はない。

## 第15 債務引受

### 1 総論（債務引受に関する規定の要否）

民法には債務引受に関する規定が設けられていないが、これが可能であることについては特段の異論が見られず、実務上もその重要性が認識されていることから、債務引受が可能であることを確認し、その要件・効果を明らかにするために、明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第3, 1 [55頁]】

#### 【意見の趣旨】

債務引受に関する規定について、明文の規定を設ける方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

併存的債務引受、免責的債務引受についての判例は確立しており、実務上でも幅広く利用されている。しかしながら、現民法上、債務引受に関する規定がないことから、債務引受に関する要件・効果を規定した条文を民法に置くべきである。

ただし、併存的債務引受についてその効果が連帯債務となるという判例の見解については、併存的債務引き受けがなされると債務者間の関係は不真正連帯債務となるとすべきであることから、これについて条文を置くかどうかについて留意する必要がある。

### 2 併存的債務引受

#### (1) 併存的債務引受の要件

併存的債務引受の要件については、必ずしも債権者、債務者及び引受人の三者間の合意を必要とせず、債務者及び引受人の合意がある場合（ただし、債権者の承諾の要否が問題となる。）と、債権者及び引受人の合意がある場合には、併存的債務引受をすることができるものとする方向で、更に検討してはどうか。

の場合における債権者の承諾の要否については、第三者のためにする契約における受益の意思表示の見直し（後記第26, 1参照）や併存的債務引受の効果（どのような事由を絶対的効力事由とするか）（後記(2)参照）とも関連することに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第3, 2(1) [57頁]】

#### 【意見の趣旨】

併存的債務引受の成立要件としては、三者間の合意があるときはもちろん成立するが、

三者間の合意がないときには、債務者及び引受人だけの合意がある場合においては、債権者の承諾を要するとし、また、債権者及び引受人だけの合意がある場合においては、債務者の意思に反しないという要件を入れるという方向で検討すべきである。

【意見の理由】

実務上において債務引受は、債権者、債務者及び引受人の三者間の合意をもって成立とすることが多い。

この成立要件以外に、成立要件として債務者及び引受人だけの合意がある場合には、債権者の承諾を不要とすることも考えられるが、債権者の承諾を不要とした場合には、第三者のためにする契約のように、債権者が受益者であるとして債権者の同意なくして、取得したくもない債権を債権者が取得させられる場合も考えられる。また、連帯債務となった者が、自分が有する債権をもって相殺することができるため、債権者が予期しないことで債権が消滅させられるおそれがある。そこで、債務者及び引受人だけの合意により併存的債務引受を成立させる場合には、債権者の承諾を要するべきである。

別の成立要件として、債務者にとって不利にならないということで、債権者及び引受人だけの合意がある場合には、債務者の意思にかかわらず併存的債務引受が成立することとも考えられるが、現状の判例法理に従えば併存的債務引受により債務者と引受人が連帯債務関係となるとされることから（なお、本意見書では併存的債務引受によって不真正連帯債務関係が成立すると提案している。）、債務者の意思に反する連帯債務となる可能性もあること等から、債務者の意思に反することがない限りという規定を盛り込むべきであると考えられる。

(2) 併存的債務引受の効果

併存的債務引受の効果については、併存的債務引受によって引受人が負担する債務と債務者が従前から負担している債務との関係が、いわゆる不真正連帯債務（民法第432条以下の連帯債務よりも絶対的効力事由が限定されたもの）となることと、債務者が有する抗弁を引受人が債権者に対して主張することができることを規定する方向で、連帯債務の効力の見直しとの関係に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、併存的債務引受がされた場合における求償権の有無について、第三者による弁済や保証における求償権の有無との関連に留意しつつ、検討してはどうか。

【部会資料9-2第3, 2(2)[59頁]】

【意見の趣旨】

併存的債務引受の場合の効果としては、連帯債務ではなく、不真正連帯債務が成立するものとして、絶対的効力事由を見直す方向で検討すべきである。

また、債務者が有する抗弁については、引受人が債権者に対して主張することができる方向で検討すべきである。

【意見の理由】

併存的債務引受の効果として、判例では債務者と引受人について連帯債務になるとし

ている（最判昭和41年12月20日民集20巻10号2139号）。

連帯債務が成立すると、現行民法に従えば債権者からの履行の請求が絶対的効力事由（民法第434条）となるため、債務者が履行の請求を受けていなくても、引受人が履行の請求を受けることで、その効力が債務者にも及ぶ等不利益をこうむる可能性がある。また、債権者にとっても連帯債務者となる債務者についての時効の完成も絶対的効力事由（民法第439条）であることから、その債務者の負担部分については他の連帯債務者である引受人についてもその分債務が消滅することとなり、その結果債権の効力を弱めることとなる。このような観点から、併存的債務引受により連帯債務が成立するとするならば、絶対的効力事由が問題となることから、併存的債務引受が成立する場合には債務者間の関係については不真正連帯債務が成立するとすべきである。

また、引受人が、債務者が有する抗弁を債権者に対して主張することができないとすると、現行民法では条文がないことから、引受人が不測の損害を被るおそれが生じるため、引受人は債務者の抗弁を主張することができる。

### （3）併存的債務引受と保証との関係

併存的債務引受と保証との関係については、併存的債務引受が保証人保護のための規定の潜脱に利用されることを防止するために規定を設ける方向で、具体的な規定の内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第3, 2(2)(関連論点)[60頁]】

#### 【意見の趣旨】

併存的債務引受が保証人保護のための規定を潜脱するための手段として利用されることのないよう、これを防止するための規定を置くべきである。

#### 【意見の理由】

併存的債務引受は、実務上保証の目的をもった利用方法も多い。しかしながら、併存的債務引受では引受人保護の規定は置かれていない。潜脱手段としての利用を防ぐためにも、保証と同様な効果が生じる債務引受においては、書面締結、説明の義務化等の規定を置くべきであると考えられる。

## 3 免責的債務引受

### （1）免責的債務引受の要件

免責的債務引受の要件については、必ずしも債権者、債務者及び引受人の三者間の合意を必要とせず、債務者及び引受人の合意がある場合（債権者が承認した場合に限る。）と、債権者及び引受人の合意がある場合（ただし、債務者の意思に反しないことの要否が問題となる。）には、免責的債務引受をすることができるものとする方向で、更に検討してはどうか。

の場合における債務者の意思に反しないことの要否については、免責的債務引受の法的性質を併存的債務引受に債権者による免除の意思表示が付加されたものと見るかど

うかと関連することや、第三者による弁済（後記第15, 2(2)参照）や免除（後記第18, 1参照）等の利益を受ける者の意思の尊重の要否が問題となる民法上の制度間の整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第3, 3(1)[61頁]】

【意見の趣旨】

免責的債務引受の要件については、債権者、債務者及び引受人の三者間の合意により認められることについて争いはない。さらに債務者及び引受人の合意がある場合に債権者が承認したときと、債権者及び引受人の合意がある場合に債務者の意思に反しないとき、についても要件とする方向で検討すべきである。

【意見の理由】

免責的債務引受については、実務上認められており、その要件として債権者、債務者及び引受人の三者間の合意により認められることについて判例・学説上争いはない。

三者間において明確な合意がない場合については、まず、債務者及び引受人の合意がある場合については、債務者の変更により、たとえば金銭消費貸借において担保余力が低下する等債権者が予期しない不利益を被ることがあるため、債務者及び引受人の合意がある場合には債権者が承認したときとすべきである。

また、債権者及び引受人の合意がある場合については、判例においては債務引受において債務者の意思に反する免責的債務引受を認めていないことから、債権者及び引受人の合意がある場合において、債務者の意思に反しないときに限定して、債務引受が成立するとすべきである。

(2) 免責的債務引受の効果

免責的債務引受の効果については、原債務に設定されている担保が引受人の債務を担保するものとして移転するか、それとも消滅するか、債権者の承認を要する場合における債務引受の効力発生時期、債務者の有する抗弁事由の引受人による主張の可否に関して、それぞれどのような内容の規定を設けるべきかについて、更に検討してはどうか。

また、引受人の債務者に対する求償権の有無に関する規定の要否について、検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第3, 3(2)[64頁]】

【意見の趣旨】

1. 原債務に設定されている担保が引受人の債務を担保するものとして移転するかは、担保権の種類により応じるという方向で検討すべきである。
2. 債権者の承認を要する場合における債務引受の効力発生時期は、債権者の承認により債務者と引受人の合意の時に遡及するという方向で検討すべきである。
3. 債務者の有する抗弁事由の引受人による主張の可否に関して、債務者の有していた抗弁事由について引受人は主張することができるという方向で検討すべきである。

## 【意見の理由】

1 .

- ( 1 ) 債務引受は債務の特定承継の形態であるといえるものであることから、引受人のために保証人となることを承諾した場合を除き、保証債務は消滅するとすべきである（大判大正11年3月1日民集1巻80頁）。
- ( 2 ) 債務引受が債務の特定承継の形態であるといえるものであることから、債務者以外の物上保証人が設定した担保権は、物上保証人が同意しない限り、消滅するとすべきである（最判昭和37年7月20日民集16巻8号1605頁）。
- ( 3 ) 債務者が設定した原債務に設定されている担保については、債務引受がされても引受人の担保となることを原則として、ただし、債権者の同意がある場合においてのみ、債務者に設定されている担保権は消滅するとすべきである。

2 . 債権者の承認により債務引受の効力発生は債務者と引受人の合意時に遡及すると考えることが当事者の意思に合致すると考えられる。

3 . 免責的債務引受は、債務が同一性を保ったまま、契約により債務を債務者から引受人に移転することであることから、引受人は引受の当時債務者が有していた抗弁事由をもって債権者に対抗できるとすべきである。なお、引受人は債務者が債権者に対して有している債権を自働債権として、自己の引き受けた債務を受動債権とする相殺を主張することはできないとすべきである。債務者が債権者に対して有している債権は、他人の権利であるので、これを処分することができることは許されないからである。

また、免責的債務引受における引受人から債務者への求償権については、原則としてないものとして、引受人と債務者との間で合意がある場合のみ求償権が発生するものとする。

## 4 その他

### ( 1 ) 将来債務引受に関する規定の要否

将来債務の債務引受が有効であることやその要件に関する明文の規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

## 【意見の趣旨】

将来債権譲渡との整合性から、契約関係から将来発生することが予定されている債務については債務引受ができるものとして、その要件を規定する方向で検討すべきである。

将来債務の債務引受の要件としては、現在の債務引受と同様にすべきではある。

## 【意見の理由】

将来債務の移転である将来債務引受については、その有効性及び要件について現状では明確な判例がないために法的安定性に欠けるといえる。また、将来債権譲渡について定義、要件について規定を置くべきと提案していることから、平仄をそろえて、将来債務引受についても定義、要件については規定を置くべきである。

## (2) 履行引受に関する規定の要否

履行引受に関する明文の規定を設けるべきであるという考え方の当否について、その実務的な利用状況にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第3, 1(関連論点)[56頁]】

### 【意見の趣旨】

履行引受に関する規定を設けるかどうかは、実務での利用を考慮したうえで、検討すべきである。

### 【意見の理由】

履行引受については、その要件及び効果は明確ではない。また、第三者による弁済における求償関係との峻別のためにも履行引受についてその要件及び効果を明確とすべきであることから、履行引受に関する規定を設けるべきとも考えられる。しかし、履行引き受けに関する明確な判例法理がないことから、履行引受について条文を規定するか否かは実務上の利用を考慮して検討する必要がある。

## (3) 債務引受と両立しない関係にある第三者との間の法律関係の明確化のための規定の要否

債務引受の引受人と両立しない関係にある第三者との法律関係を明確化する規定の要否について、具体的にどのような場面が問題となり得るのか検討する必要があるとの指摘があり、これに対して、将来発生する債務について差押えがされた場合における差押えと免責的債務引受との関係や、債権が譲渡された後に、当該債権について譲渡人との間の合意により債務引受がされ、その後債権譲渡について第三者対抗要件が具備された場合における、債権譲渡と債務引受との関係等が問題になり得るとの意見があったことを踏まえつつ、検討してはどうか。

### 【意見の趣旨】

債務引受の引受人と両立しない関係にある第三者との法律関係を明確化する規定の要否について検討すべきである。

### 【意見の理由】

将来債権の譲渡と債務引受の関係において、とくに債権譲渡に第三者対抗要件が具備された場合に法律関係が現状はっきりしていない。ただし、法律関係が問題となる場合が実務上どれだけあるのかをまだ見極めていないことから、規定を置くか否かを検討すべきである。

## 第16 契約上の地位の移転(譲渡)

### 1 総論(契約上の地位の移転(譲渡)に関する規定の要否)

民法には契約上の地位の移転(譲渡)に関する規定が設けられていないが、これが可能であることについては、判例・学説上、異論がないと言われていることから、その要件・効果等を明確にするために明文の規定を設けるかどうかについて、更に検討しては

どうか。

【部会資料9 - 2第4 , 1 [ 67頁 ]】

【意見の趣旨】

契約上の地位の移転の要件・効果を条文として明確にするために明文の規定を設けるべきである。

【意見の理由】

契約上の地位の移転に関する規定は、現民法にはないものの、実務上多く利用されている。賃貸人の地位の移転やゴルフ場会員権の譲渡等の個別的な契約について判例があるが、契約上の地位の移転一般についての裁判所の判断はない。

実務では不動産売買における買主の地位の移転、事業譲渡に伴う契約の地位の移転等様々な場面で契約上の地位の移転が利用されているが、一般的な規定がないことから、契約上の地位の移転による要件及び効果については、個別の契約内容によって異なるものとなっている。実務上における混乱を回避するためにも、契約上の地位の移転について、民法に規定することが必要であると考えます。

## 2 契約上の地位の移転の要件

契約上の地位の移転は、譲渡人、譲受人及び契約の相手方の三者間の合意がある場合だけでなく、譲渡人及び譲受人の合意がある場合にも認められ得るが、後者の場合には、原則として契約の相手方の承諾を必要とされている。しかし、例外的に契約の相手方の承諾を必要としない場合があることから、契約の相手方の承諾を必要としない場合の要件を具体的にどのように規定するかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第4 , 2 [ 70頁 ]】

【意見の趣旨】

契約上の地位の移転の要件としては、譲渡人、譲受人及び契約の相手方の三者の合意が必要であることが原則であるとして、契約の相手方の同意もしくは承諾が不要な場合については、個々の規定に明確にする方向で検討すべきである。

【意見の理由】

例えば不動産の賃貸人の地位については、賃借人の承諾なくして、適法に移転し、所有権の移転についての登記を備えることにより、譲受人は賃借人にも地位の移転を対抗できるとして、契約の相手方の承諾を要しない契約上の地位の移転もある。つまり、契約の種類によっては、譲渡人と譲受人だけの合意により契約上の地位の移転がなされても契約の相手方に不利益が及ばないものも考えられる。

原則として、契約上の地位の移転については、譲渡人、譲受人及び契約の相手方の三者間の合意により成立することとし、例外的に契約の相手方の承諾なくして、譲渡人と譲受人の合意で成立する場合を規律すべきである。契約の相手方の承諾なくして契約上の地位の移転が行われた場合においても、個々の規定において契約の相手方の不利益が及ばない場合を要件とすることで、契約の相手方の保護を図るべきである。

### 3 契約上の地位の移転の効果等

契約上の地位の移転により、契約当事者の一方の地位が包括的に承継されることから、当該契約に基づく債権債務の他、解除権、取消権等の形成権も譲受人に移転することになるが、契約上の地位の移転についての規定を設ける場合には、この他の効果等として、既発生の債権債務も譲受人に移転するか、譲渡人の債務についての担保を、順位を維持しつつ移転させる方法、契約上の地位の移転によって譲渡人が当然に免責されるか否かという点に関する規定の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第4, 3 [ 7 2 頁 ], 同( 関連論点 ) [ 7 3 頁 ]】

#### 【意見の趣旨】

契約上の地位の移転の対象となる債権及び債務の範囲については、既発生の債権債務も移転するという方向で検討すべきである。

地位の譲受人が負担する債務のための譲渡人について設定された担保については、従前と同順位にて担保が承継される方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

契約上の地位については、債権及び債務だけでなく、解除権や取消権等の形成権も有することが明らかであり、形成権のみが移転しないという法律構成を前提とすると移転後の法的関係を複雑にしかねない。そのため、契約上の地位の移転の対象となる債権や債務の範囲については、原則として将来発生する債権及び債務だけでなく、既発生の債権を含むとすべきである。

契約上の地位の移転は、当事者の交代にもかかわらず、契約を存続させるための制度であることから、できる限り担保についても承継されることが望ましいと考えられる。そこで、原則として譲渡人が設定した担保については、契約の地位の移転により承継されるとし、担保提供者が第三者である場合にはその第三者の承諾がなければ承継しないとすることにより、第三者保護を図るべきと考える。

### 4 対抗要件制度

契約上の地位の移転の対抗要件制度については、その制度を創設する必要性を指摘する意見がある一方で、これを疑問視する意見があるほか、契約上の地位の移転一般について、二重譲渡の優劣を対抗要件具備の先後によって決することの当否や、多様な契約類型に対応可能な対抗要件制度を具体的に構想することの可否が問題となるとの指摘がある。そこで、これらの意見に留意しつつ、対抗要件制度を創設するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料9 - 2第4, 4 [ 7 4 頁 ]】

#### 【意見の趣旨】

財産権に関する地位であり、かつ、契約上の地位の二重譲渡により取引の安全が阻害される可能性がある契約上の地位の移転については、対抗要件制度を創設する方向で検討すべきである。

## 【意見の理由】

契約上の地位の移転については、賃貸人の地位の移転（最判昭和49年3月19日民集28巻2号325頁）やゴルフ会員権の譲渡（最判平成8年7月12日民集50巻7号1918頁）等について、対抗要件についての判例がある。賃貸人の地位の移転については不動産登記が、ゴルフ会員権の譲渡については債権譲渡の対抗要件を採用しており、統一的な対抗要件制度はない。

また、不動産取引実務の場面では、買主の地位の譲渡という契約上の地位の移転が多く行われている。このような取引は、契約上の地位の譲渡であるが、実質的には不動産の譲渡と何ら異ならない。このような契約上の地位の移転について、何ら対抗要件がないままでは、不動産の二重譲渡と同様なことを生じかねず、取引の安全を害することとなる。事業の譲渡についても、法律構成上は契約上の地位の移転であるが、二重譲渡により取引の安全が害される危険がある。

そこで、契約上の地位の移転を民法上に規定する場合には、とくに財産権に関する契約上の地位の移転については取引の安全から対抗要件制度が必要であると考え。対抗要件制度としては、取引の安全を重視して、公示が必要であるとする考え方であれば、登記制度を活用することが考えられる。債権譲渡と契約上の地位の移転はその考え方が似ていることから、債権譲渡登記を利用することが考える。

ちなみに、公示を重視しないという見解を採用すれば、契約証書に確定日付を得る方法もあるが、契約上の地位の二重譲渡を防ぎ、取引の安全を図るという意味でも、公示に優れた方法である債権譲渡登記の利用をまず検討すべきであると考え。

なお、新たに契約上の地位の移転について対抗要件制度を創設した場合に、賃貸人の地位の移転等における既存の対抗要件との関係は、実務上混乱が起きないように一定の期間いずれの対抗要件も併存させるなどの措置をとる必要がある。

## 第20 免除及び混同

### 1 免除の規定の見直し（民法第519条）

債権者の一方的な意思表示により免除ができるとする規律を見直し、債務者の意思に反する場合には免除が認められないこととするかどうかについて、免責的債務引受（前記第13, 3(1)参照）や第三者による弁済（前記第15, 2(2)参照）など、利益を受ける者の意思の尊重の要否が問題となる民法上の制度間の整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、債権者が債権を放棄する旨の意思表示をすることにより、債権者は債務者に対して債務の履行を請求することができなくなるが、債務者は引き続き債務の履行をすることができるということを内容とする債権の放棄という制度を設けることについて、検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第4, 2[70頁]】

### 【意見の趣旨】

利益を受ける者の意思に反する免除は認められないとする規定を設ける方向で検討すべきである。

債権者が債権を放棄する旨の意思表示をすることにより、債権者は債務者に対して債務の履行を請求することができなくなるが、債務者は引き続き債務の履行をすることができるということを内容とする債権の放棄という制度については、あえて規定しない方向で検討すべきである。

### 【意見の理由】

免責的債務引受における債務者等との整合性から、利益を受ける者の意思に反する免除は認められないとすることが自然であることから、その旨の規定を設ける方向で検討すべきである。

債権者が債権を放棄する旨の意思表示をすることにより、債権者は債務者に対して債務の履行を請求することができなくなるが、債務者は引き続き債務の履行をすることができるということを内容とする債権の放棄という制度を創設することについては、実務上特に債務者が混乱する可能性があるとともに、実務上の必要性が高いとは考えられないことから、規定しないとすべきである。

## 2 混同の例外の明確化（民法第520条）

民法第520条ただし書は、債権及び債務が同一人に帰属した場合であっても、その債権が第三者の権利の目的であるときは、例外的に債権が消滅しないとしている。しかし、判例・学説上、債権が第三者の権利の目的であるとき以外にも、債権及び債務が同一人に帰属しても債権が消滅しない場合があるとされていることを踏まえて、このような混同の例外を条文上明確化することについて、検討してはどうか。

### 【意見の趣旨】

混同について、債権及び債務が同一人に帰属しても債権が消滅しない場合を規定すべきである。

### 【意見の理由】

混同は、実務上生じやすいことであるから、市民に分かりやすい民法とするためにも、確立している判例法理を条文化して、債権及び債務が同一人に帰属しても債権が証明しない混同の例外を条文に規定すべきである。

賃借物が自己の所有に帰した場合は、混同の規定によれば、賃借権は消滅することとなるが、「自己賃借権」を認めることが考えられるためである。

## 第21 新たな債権消滅原因に関する法的概念（決済手法の高度化・複雑化への民法上の対応）

### 1 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定の要否

多数の当事者間における債権債務の決済の過程において、取引参加者A B間の債権が、

集中決済機関（CCP）に対するAの債権とBに対するCCPの債権とに置き換えられる（下図1参照）ことがあるが、この置き換えに係る法律関係を明かに説明するのに適した法的概念が民法には存在しないと指摘されている。具体的な問題点としては、例えば、置き換えの対象となるAB間の債権について譲渡や差押えがされた場合に、法律関係の不明確さが生ずるおそれがあることや、CCPが取得する債権についての不履行により、置き換える合意そのものが解除されると、既に完了したはずの決済をやり直すなど決済の安定性が害されるおそれがあるとの指摘がされている。このような指摘を踏まえて、決済の安定性を更に高める等の観点から、上記のような法律関係に適した法的概念に関する規定を新たに設けるべきであるという考え方が提示されている。この考え方は、集中決済を念頭に置きつつも、より一般的で、普遍性のある債務消滅原因として、次のような規定を設けることを提案する。すなわち、AがBに対して将来取得する一定の債権（対象債権）が、XのBに対する債権及びXのAに対する債務（Xの債権・債務）に置き換えられる旨の合意がされ、実際に対象債権が生じたときは、当該合意に基づき、Xの債権・債務が発生して対象債権が消滅することを内容とする新たな債務消滅原因の規定を設けるべきであるというのである（下図2参照）。まずは、このような規定の要否について、そもそも上記の問題意識に疑問を呈する見解も示されていることや、集中決済以外の取引にも適用される普遍的な法的概念として規定を設けるのであれば、集中決済以外の場面で悪用されるおそれがないかどうかを検証する必要がある旨の指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。また、仮にこのような規定が必要であるとしても、これを民法に置くことの適否について、債権の消滅原因という債権債務関係の本質について規定するのは基本法典の役割であるとする意見がある一方で、CCPに対する規制・監督と一体として特別法で定めることが望ましいとする意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料10 - 2第5 [72頁]】

**【意見の趣旨】**

集中決済機関のための規定については、民法に規定するかどうかを含めて、さらに検討すべきである。

**【意見の理由】**

集中決済機関については、国家的な機関のほかに、企業においてもその役割を求められることがあるが、特別法を除き、それを認める法律の規定は存在しない。決済代行機関については、確かに債権譲渡、債務引受等の組み合わせをもって対応できるとする考え方もあるが、そのような規定によることで法的関係が複雑になりかねない。そのため、集中決済機関の規定を民法に規定するか否かの検討と合わせて、さらに検討すべきである。

## 2 新たな債権消滅原因となる法的概念に関する規定を設ける場合における第三者との法律関係を明確にするための規定の要否

前記1のような新たな法的概念に関する規定を設ける場合には、併せて、第三者の取引安全を図る規定や、差押え・仮差押えの効力との優劣関係など、第三者との法律関係を明確にするための規定を設けることの要否が検討課題となる。この点について、具体的に以下の から までのような規定を設けるべきであるとの考え方が示されているが、これらの規定を民法に置くことの要否について、特に は決済の効率性という観点から疑問であるとするとの意見や、これらの規定内容が集中決済の場面でのみ正当化されるべきものであるから特別法に規定を設けるべきであるとの意見が示されていることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

第三者の取引安全を確保するため、前記1の債権・債務の置き換えに係る合意については、登記を効力発生要件とし、登記の完了後対象債権の発生前にAがした債権譲渡その他の処分は、効力を否定されるものとする。

対象債権の差押えや仮差押えは、対象債権が発生した時に、Xの債務に対する差押えや仮差押えに移行する。当該差押えの効力が及ぶXの債務を受働債権とする相殺については、民法第511条の規律が適用されるものとする。

対象債権についてのBのAに対する一切の抗弁はXに対抗することができない旨の当事者間の特約を許容する。また、Xの債権をBが履行しない場合にも、対象債権の消滅の効果には影響しない。

【部会資料10-2第5〔72頁〕】

### 【意見の趣旨】

上記 から の規定については、取引の安全を図るために、規定することに要否についてさらに検討すべきである。

### 【意見の理由】

集中決済機構については、確かに効率性も求められるが、集中決済機構の規定を設ける趣旨は法的関係を整理することで取引の安全に資することにあると考えられることから、登記を効力発生要件とすることについても、取引の安全を重視して、集中決済機構の規定を設ける場合には、登記を効力発生要件とする旨の規定を設ける方向で検討すべきである。また、 および の規定についても、決済参加者が不測の損害をこうむらないように、規定を置く方向で検討すべきである。

## 第26 第三者のためにする契約

### 1 受益の意思の表示を不要とする類型の創設等（民法第537条）

民法第537条第2項は、受益者（第三者）の権利は、受益者が契約の利益を享受する意思（受益の意思）を表示したときに発生すると規定している。これに対し、第三者のためにする契約の内容によっては、受益の意思の表示がなくても受益者の権利を発生させることが適当な場合があるとして、受益者の権利の発生のために受益の意思の表示

を必要とすべきか否か等の観点から、第三者のためにする契約の類型化を図り、その類型ごとに規定を明確化すべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、受益の意思表示を要せずに債権を取得することが受益者にとって不当な場合もあることを指摘する意見があることなどに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6,2[58頁]】

【意見の趣旨】

第三者のためにする契約において、受益者が単に権利を取得する場合であっても、受益の意思表示が必要であるとする方向で検討すべきである。

【意見の理由】

類型化する意見として、債権取得型、負担付債権取得型、契約成立型、債務免除型、条項援用型として類型化をする考え方がある（民法改正検討委員会試案411頁以下）。受益者が何らの負担なく債権を取得するような場合には、判例（大判大正5年7月5日民録22輯1336頁）は、否定的である。そこで、受益者が望まない債権を取得することも考慮して、受益者が単に権利を取得する場合であっても、受益の意思表示が必要であると構成すべきである。

## 2 受益者の権利の確定

民法第538条は、受益者の受益の意思表示があつて初めて受益者（第三者）の権利が発生するという前提の下で、「第三者の権利が発生した後は、当事者は、これを変更し、又は消滅させることができない」と規定しているが、仮に受益者の権利の発生のために受益の意思表示を不要とする類型を設ける場合（前記1参照）には、この規定に関し、例えば、受益者が取得する権利や利益について正当な期待を持つ段階に至れば、もはやその変更や撤回を認めるべきでないなどの観点から所要の修正をするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6,2（関連論点）[63頁]】

【意見の趣旨】

受益者の権利の発生のためには、前記1で述べたように受益の意思表示が必要であるとすべきであるので、本論点については意見を留保する。

## 3 受益者の現存性・特定性

第三者のためにする契約の締結時において、受益者が現存することや特定されていることが必要かどうかに関し、判例は、受益者が現存する必要も特定されている必要もないとしていることから、これを条文上も明らかにするかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6,3[64頁]】

【意見の趣旨】

契約の締結時において、受益者が現存することや特定されていることは必要ではない

ことを、条文上も明らかにする方向で検討すべきである。

**【意見の理由】**

第三者のためにする契約は、たとえ契約と同時に存在していなくても将来出現するであろうと予期された者をもって第三者とした場合でも、判例は有効に成立するとしている（最判昭和37年6月25日民集16巻7号1397号）。

今般の債権法改正においては確立した判例法理を条文化することも目的であることから、第三者のためにする契約の締結時において受益者が現存または不特定であっても、第三者のためにする契約が成立することを規定すべきである。

#### 4 要約者の地位

##### (1) 諾約者に対する履行請求

第三者のためにする契約において、要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することができることについては、条文上は明らかでないが、学説上は一般に肯定されている。そこで、このことを条文上も明記するかどうかについて、要約者による履行請求訴訟と受益者による履行請求訴訟との関係等を整理する必要を指摘する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6,4(1)[65頁]】

**【意見の趣旨】**

要約者は諾約者に対して受益者への履行を請求することができるとして規定する方向で検討すべきである。

**【意見の理由】**

要約者は諾約者に対して契約成立時から第三者に対して債務履行を請求する権利を有するとする判例（大判大正3年4月22日民録20輯313頁）があり、とくに有力な反対説もないので、確立している判例法理として条文に規定する方向で検討すべきである。

##### (2) 解除権の行使

第三者のためにする契約において、諾約者がその債務を履行しない場合に、要約者が当該第三者のためにする契約を解除することができるかどうかに関し、受益者の意思を尊重する観点から、要約者は、受益者の承諾を得て、当該第三者のためにする契約を解除することができることを条文上も明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料19-2第6,4(2)[66頁]】

**【意見の趣旨】**

要約者は、受益者による受益の意思表示後においては受益者の承諾を得なければ、契約を解除することができないと条文に規定する方向で検討すべきである。

**【意見の理由】**

要約者による第三者のためにする契約の解除権の行使について、民法上規定はないこ

とから、第三者のためにする契約においても、通常の契約の解除に従い、契約当事者である要約者と諾約者について債務不履行等の解除権が行使される場面を制限するべきではないとする見解がある。

しかし、受益の意思表示により受益者は諾約者に対して債権を取得し、これにより受益者は契約当事者に準ずる地位を得たとも解することができるので、債権を取得した受益者の権利を要約者の解除権の行使により一方的に奪うことは相当でないことから、受益の意思表示がなされた後においては、要約者が第三者のためにする契約における解除権を行使するためには、受益者の承諾を要すると規定すべきである。

不動産取引において、契約成立型の第三者のためにする契約が利用される場面も考えられるが、このような場合に受益者から受益の意思表示が示された後には、受益者と諾約者との間に不動産売買契約が成立すると通常解されているので、受益者の承諾なくして契約解除をなしうるとすると、受益者だけでなく諾約者についても不測の損害を被る可能性がある。

## 第27 約款（定義及び組入要件）

### 1 約款の組入要件に関する規定の要否

現代社会においては、鉄道・バス・航空機等の運送約款、各種の保険約款、銀行取引約款等など、様々な分野でいわゆる約款（その意義は2参照）が利用されており、大量の取引を合理的、効率的に行うための手段として重要な意義を有しているが、個別の業法等に約款に関する規定が設けられていることはあるものの、民法にはこれに関する特別な規定はない。約款については、約款使用者（約款をあらかじめ準備してこれを契約内容にしようとする方の当事者）の相手方はその内容を了知して合意しているわけではないから、約款が契約内容になっているかどうか不明確であるなどの指摘がある。そこで、約款を利用した取引の安定性を確保するなどの観点から、約款を契約内容とするための要件（以下「組入要件」という。）に関する規定を民法に設ける必要があるかどうかについて、約款を使用する取引の実態や、約款に関する規定を有する業法、労働契約法その他の法令との関係などにも留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料11-2第5, 1[60頁]】

#### 【意見の趣旨】

約款に関する定義規定及び約款を個別の契約の契約内容とするための要件（約款の組入要件）につき、民法上に明文の規定を置く方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

現代取引社会において、約款は、保険約款・銀行取引約款・運送約款等、あらゆる分野において幅広く利用されている。約款は、抽象的な法規範を予測可能な形で明確化することができるので、大量の取引を合理的・効率的に行うための手段として重要な意義を有している。

ところで、約款を用いた取引においては、当事者がその約款の内容を十分に認識しな

いまま契約を締結することが少なくないが、契約の拘束力の根拠を当事者の意思に求める伝統的な理論からすると、そのような場合に約款を契約の内容とすることが理論上難しくなる。だからといって約款による契約を一概に無効とすることは、現実に約款取引が数多く行われている事実を無視するもので問題がある。また、現代取引社会における約款の重要性を踏まえれば、それについて何らの規律も設けないことは、かえって私法の一般法としての民法典の価値を下げることにもなる。取引の安定を図るためにも、約款が契約の内容となり法的な拘束力を認められるための要件について、民法上に規定を設けて手当てをすることが必要と考えられる。

また、実際問題としても、契約の一方当事者が契約条項を作成する約款については、相手方の承諾を擬制しつつ、その開示が十分でなかったり、その内容が一方的なものとなっていたりする例も存在する。さらに、民法が市民生活に関わる基本的な民事ルールを定める法律ということであれば、約款の適正な規律は不可欠といえる。

## 2 約款の定義

約款の組入要件に関する規定を設けることとする場合に、当該規定の適用対象となる約款をどのように定義するかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、例えば、「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」という考え方があるが、これに対しては、契約書のひな形などが広く約款に含まれることになるとすれば実務における理解と異なるという指摘や、労働契約に関する指摘として、就業規則が約款に該当するとされることにより、労働契約法その他の労働関係法令の規律によるのではなく約款の組入要件に関する規律によって労働契約の内容になるとすれば、労働関係法令と整合的でないなどの指摘もある。そこで、このような指摘にも留意しながら、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料1 1 - 2 第5, 2 [ 6 0 頁 ], 同 ( 関連論点 ) [ 6 1 頁 ]】

### 【意見の趣旨】

約款に関する定義については、その対象となる約款の範囲が明確となるよう、規定のあり方を慎重に検討すべきである。

この点、日常生活で「約款」と呼ばれているか、「約款」という表題が付いているかといった観点で約款規制の対象を画することには反対である。むしろ契約書のひな形などについても同様の規制を及ぼすべきと考える。但し、契約書のひな形など、日常生活において一般的には「約款」の範囲に含むと考えられていないものについては、民法上の「約款」とは区別すべきである。

### 【意見の理由】

約款の定義については「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体をいう」とする立法提言があるが、このような定義では約款規制の対象となる範囲が明確ではないと思われる。このような定義のあり方では、市販されている契約書の

ひな形なども、それが多数の契約に用いられたときは約款となり得ることになる。

しかしながら、一般市民の感覚とすれば、契約書のひな形が「約款」に含まれるというのには違和感を覚えるだろう。確かに、約款の定義規定からその範囲が明確にできる限り、法律用語としての「約款」と一般用語としてのそれにずれがあっても論理上は問題がない。だが、今回の民法改正の主たる目的のひとつが、一般市民にも分かりやすい民法を作ることにある以上、法律用語と一般用語との間にずれが生じるような事態は、法典を用いる一般市民が誤った理解をすることに繋がるため、極力避けるべきである。

とはいえ、上記の意見は、それら契約書のひな形などについては約款規制の対象から外すべきと述べているわけではない。契約書のひな形などであっても、相手方が十分了解することなく契約が締結されることは多く、条項使用者の作った契約書を変更の余地なく強要される事態もありふれている。その意味で、約款と同様の規制を及ぼし相手方を保護する必要性に変わりはない。あくまで用語としては約款と区別するだけで、同様の規制を行う条文を設けるべきである。

### 3 約款の組入要件の内容

仮に約款の組入要件についての規定を設けるとした場合に、その内容をどのようなものとするかについて、更に検討してはどうか。

例えば、原則として契約締結までに約款が相手方に開示されていること及び当該約款を契約内容にする旨の当事者の合意が必要であるという考え方がある。このうち開示を要件とすることについては、その具体的な態様によっては多大なコストを要する割に相手方の実質的な保護につながらないとの指摘などがあり、また、当事者の合意を要件とすることについては、当事者の合意がなくても慣習としての拘束力を認めるべき場合があるとの指摘などがある。

このほか、相手方が個別に交渉した条項を含む約款全体、更には実際に個別交渉が行われなくてもその機会があった約款は当然に契約内容になるとの考え方や、約款が使用されていることが周知の事実になっている分野においては約款は当然に契約内容になるとの考え方もある。

約款の組入要件の内容を検討するに当たっては、相手方が約款の内容を知る機会をどの程度保障するか、約款を契約内容にする旨の合意が常に必要であるかどうかなどが問題になると考えられるが、これらを含め、現代の取引社会における約款の有用性や、組入要件と公法上の規制・労働関係法令等他の法令との関係などに留意しつつ、規定の内容について更に検討してはどうか。

また、上記の原則的な組入要件を満たす場合であっても、約款の中に相手方が合理的に予測することができない内容の条項が含まれていたときは、当該条項は契約内容とならないという考え方があるが、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料1 1 - 2 第5, 3 [ 6 2 頁 ], 同 ( 関連論点 ) [ 6 4 頁 ]】

#### 【意見の趣旨】

- 1．約款を契約の内容とするための組入要件として、原則として契約締結時までに約款が相手方に開示されていることを求めるべきである。契約の性質上、契約締結時に約款を開示することが著しく困難な場合については、例外も肯定すべきであるが、その要件は厳格にすべきである。
- 2．約款をどのような状態に置くことをもって「開示」したと言えるのかにつき、解釈基準を民法上に規定すべきである。
- 3．個別の交渉を経て採用された条項については、それがあまり広く認定され約款規制が骨抜きになることのないよう、定義の在り方を慎重に検討すべきである。
- 4．約款についての不意打ち条項規制を設けるべきである。

#### 【意見の理由】

- 1．約款の組入れ要件として、その開示を徹底して規制を図る方向性に賛同する。約款については、約款使用者が自らに有利な内容の約款を作成し、相手方にそれを一方的に押しつけるという危険性が指摘されている。約款使用者がその内容を自らに有利なものにしようとすることはある意味必然ではあるが、その内容を相手方が知るための機会が十分に与えられないとき、気づかないうちに不当な内容の条項を押しつけられる危険性が強まる。相手方がその約款の内容を十分に認識しないまま契約を締結した場合でも契約を有効とするには、少なくともその内容を認識できる機会が与えられていなければならない。

なお、契約の性質上、契約締結時に約款を開示することが著しく困難な場合については、例外を肯定すべきである。この場合、例外要件としては、厳格にすべきであると考え。例えば、約款使用者が約款を用いるであろうことを相手方が知り、又は知ることができ、かつ、相手方が約款の内容をあらかじめ知ることができる状態にしていたことを要するとすべきである。

- 2．ところで、約款をどの程度の状態に置けば「開示」したと呼び得るのかについては、基本的には解釈にゆだねられる部分であろうが、一般市民にも分かりやすい民法を目指すのであれば、ある程度はその解釈基準も明文化すべきと考える。

その際、相手方が契約内容を実質的にも十分に理解し得る状態に置くことが重要である。

したがって、ある条項が事前に「開示」されていたと呼びうるかどうかの判断基準としては、文字の書かれた位置（書面の表か裏か）、文字の大きさ、色、その条項を注意して読むようにという注意書きの有無等に留まらず、適合性原則に則り、当事者の態様をも解釈の基準のひとつとすべき旨を明示すべきである。

- 3．ある条項が形式上約款の定義に当て嵌まっていた場合でも、当事者間で自由意思に基づき真摯な交渉が行われた結果としてその条項が採用されたのならば、それは一般的な契約における合意と実質的には同一であり、約款として規制する必要はない。

しかしながら、個別の交渉については、それがあまり広く認定されると約款規制が骨抜きになってしまう恐れがある。

たとえば、携帯電話サービスの契約約款において、同じ機種につき、月々の使用料は高いが比較的自由に解約ができる条項と、月々の使用料は安いが解約につき厳しい制限を設ける条項を提示され、顧客が後者を選択したとき、そこに個別の交渉を認めることができるだろうか。使用料の安さと引換えに不利益を甘受した顧客の意思に注目すれば、個別の交渉があったと認定する余地もあるが、このような場合にまで個別の交渉があったと認めると、約款使用者は自由に解約ができるプランにつき本来の使用料以上の上乘せをすることで、何ら不利益を被ることなく約款規制を逃れることができる。別のケースとして、約款の条項一つ一つにつき、当事者がその条項を納得し容認した旨の署名や押印をするなど、書面による特別な確認を経た場合はどうか。この場合、比較法的には約款規制の対象から外すような立法例もあるが、約款使用者に誘導され、真に実質的な合意をすることなくそのような確認をしてしまう恐れもある。

約款として規制される対象が限定されすぎ相手方の保護が薄くならないよう、定義の在り方を慎重に検討すべきである。なお、一般的に当事者間に力の差がある場合には実質的な交渉が難しいことを踏まえて、約款使用者が事業者で相手方が消費者という類型に当てはまるときは個別の交渉をした場合でも規制が及ぶようにするといった、定型的な処理をすることも検討すべきである。

- 4．約款の内容につき不当条項規制を置くことは当然に必要であるが、たとえ内容が適正な条項であっても、相手方が合理的に予測することができない内容のものを不意打ち的に潜り込ませておくことは、相手方を害する恐れが強い。相手方保護のためには、不意打ち条項についても規制する条文を置くべきである。

## 第30 意思表示

### 3 錯誤

#### (1) 動機の錯誤に関する判例法理の明文化

錯誤をめぐる紛争の多くは動機の錯誤が問題となるものであるにもかかわらず、動機の錯誤に関する現在の規律は条文上分かりにくいことから、判例法理を踏まえて動機の錯誤に関する明文の規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。

規定の内容については、例えば、事実の認識が法律行為の内容になっている場合にはその認識の誤りのリスクを相手方に転嫁できることから当該事実に関する錯誤に民法第95条を適用するとの考え方がある。他方、動機の錯誤に関する学説には、動機の錯誤を他の錯誤と区別せず、表意者が錯誤に陥っていること又は錯誤に陥っている事項の重要性について相手方に認識可能性がある場合に同条を適用するとの見解もある。そこで、このような学説の対立も踏まえながら、上記の考え方の当否を含め、動機の錯誤に関する規律の内容について、更に検討してはどうか。

【意見の趣旨】

動機の錯誤について、判例法理を条文上明確にする方向で検討すべきである。

【意見の理由】

錯誤の多くは動機の錯誤であるから、わかりやすい民法という観点からも動機の錯誤について判例を定式化するのは実務上も妥当である。

(2) 要素の錯誤の明確化

民法第95条にいう「要素」について、判例は、意思表示の内容の主要な部分であり、この点についての錯誤がなかったなら表意者は意思表示をしなかったであろうし、かつ、意思表示をしないことが一般取引の通念に照らして正当と認められることを意味するとしており、このような判例法理を条文上明示することとしてはどうか。

【意見の趣旨】

「要素」という用語を、条文上明確化する方向で検討すべきである。

【意見の理由】

「要素」の錯誤については、判例・学説上も争いがなく、基本方針のように条文上説明するほうが分かりやすいからである。

(3) 表意者に重過失がある場合の無効主張の制限の例外

表意者に重過失があったときは意思表示の錯誤無効を主張することができないとされているが(民法第95条ただし書)、表意者の意思表示が錯誤によるものであることを相手方が知っている場合又は知らなかったことについて相手方に重過失がある場合、当事者双方が同一の錯誤に陥っている場合、相手方が表意者の錯誤を引き起こした場合においては、表意者は重過失があっても無効を主張できるものとするべきであるとの考え方がある。このような考え方について、相手方が過失なく表意者の錯誤を引き起こした場合に、重過失ある表意者が錯誤無効を主張することができるとするのは適当でないなどの指摘があることも踏まえ、更に検討してはどうか。

【意見の趣旨】

表意者に重過失があった場合でも錯誤による意思表示の無効を主張できる場合を条文上明確にする方向で検討すべきである。

ただし、相手方が表意者の錯誤を引き起こした場合については、慎重に検討すべきである。

【意見の理由】

法律行為の相手方が表意者の錯誤について悪意・重過失であったときは、たとえ、表

意者に重大な過失があったとしても、契約を有効にして保護すべき正当な利益を相手方は持っていないからである。

同一の錯誤についても問題はないであろう。

しかし、相手方の過失がなく表意者の錯誤を引き起こした場合については、表意者を保護する必要性は後退するので、要件を厳格にするべきである。

#### (4) 効果

錯誤があった場合の意思表示の効力について、民法は無効としているが（同法第95条本文）、無効の主張は原則として表意者だけがすることができると解されているため、その効果は取消しに近づいているとして、錯誤による意思表示は取り消すことができるものとすべきであるとの考え方がある。このような考え方に対しては、取消権の行使期間には制限があるなど、表意者の保護が十分でなくなるおそれがあるとして、無効という効果を維持すべきであるとの考え方もあることから、これらを踏まえ、錯誤による意思表示の効

果をどのようにすべきかについて、更に検討してはどうか。

その検討に当たっては、錯誤に基づく意思表示の効力を否定することができる者の範囲、効力を否定することができる期間、追認するかどうかについての相手方の催告権の要否などが問題になると考えられるが、これらについても、法律行為の無効及び取消し全体の制度設計（後記第29）についても留意しつつ、検討してはどうか。

【部会資料12-2第3,4(4)[34頁],部会資料13-2第2,4[56頁]】

##### 【意見の趣旨】

取り消しか無効かは、両者の比較をして慎重に考えるべきである。

##### 【意見の理由】

実務上どちらも変わらないと考えられるからである。

#### (5) 錯誤者の損害賠償責任

錯誤は、錯誤者側の事情で意思表示の効力を否定する制度であるから、錯誤者はこれによって相手方が被る損害を賠償する責任を伴うとして、錯誤無効が主張されたために相手方や第三者が被った損害について錯誤者は無過失責任を負うという考え方がある。これに対しては、無過失責任を負わせるのは錯誤者にとって酷な場合があり、損害賠償責任の有無は不法行為の一般原則に委ねるべきであるとの指摘もある。このような指摘も踏まえ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3,4(4)(関連論点)[34頁]】

##### 【意見の趣旨】

明文の規定を設けない方向で検討すべきである。

##### 【意見の理由】

一般の不法行為の原則あるいは契約締結上の過失などの法理で損害賠償責任を負うこ

とで足りるからである。

#### (6) 第三者保護規定

錯誤によってされた意思表示の存在を前提として新たに利害関係を有するに至った第三者を保護する規定はなく、解釈に委ねられているが、このような第三者が保護される要件を明らかにするため新たに規定を設ける方向で、更に検討してはどうか。その際、心裡留保・通謀虚偽表示・詐欺等に関する第三者保護規定との整合性に留意しながら、その規定内容や、第三者保護規定の配置の在り方について、更に検討してはどうか。規定内容については、例えば、表意者の犠牲の下に第三者を保護するには第三者の信頼が正当なものでなければならぬとして、善意かつ無過失が必要であるとの考え方や、錯誤のリスクは本来表意者が負担すべきものであり、第三者は善意であれば保護されるとの考え方があるが、これらの考え方の当否を含めて更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3,4(5)[35頁]】

##### 【意見の趣旨】

1. 第三者保護規定を設けるべきあるかという点については、設ける方向で検討するべきである。
2. ただし、要件については厳格に規定し、善意かつ無過失を要する方向で検討するべきである。

##### 【意見の理由】

1. 第三者を保護する必要性のある場合があるからである。
2. 表意者保護の観点を重視するべきである。

#### 4 詐欺及び強迫

##### (1) 沈黙による詐欺

積極的な欺罔行為をするのではなく、告げるべき事実を告げないことで、表意者を錯誤に陥れ、意思表示をさせることも、詐欺に該当し得る旨の明文の規定を設けるべきであるという考え方については、規定を設ける必要性を疑問視する意見があることなどを踏まえ、沈黙が詐欺に該当する範囲や規定の要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料12-2第3,5(1)[43頁]】

##### 【意見の趣旨】

沈黙による詐欺につき、明文化する方向で検討すべきである。

##### 【意見の理由】

詐欺となる欺罔行為は積極的行為に限らず、沈黙も詐欺になることには争いが無い。今回のわかりやすい民法という観点からは明文化にチャレンジすべきである。ただし、要件については非常に難しい問題があり、慎重に議論すべきである。

### 第36 消滅時効

#### 1 時効期間と起算点

##### (2) 短期消滅時効期間の特則について

###### ア．短期消滅時効制度について

短期消滅時効制度については、時効期間が職業別に細かく区分されていることに対して、理論的にも実務的にも様々な問題が指摘されていることを踏まえ、見直しに伴う実務上の様々な影響に留意しつつ、職業に応じた区分（民法第170条から第174条まで）を廃止する方向で、更に検討してはどうか。

その際には、現在は短期消滅時効の対象とされている一定の債権など、比較的短期の時効期間を定めるのが適当であると考えられるものを、どのように取り扱うべきであるかが問題となる。この点について、特別な対応は不要であるとする考え方がある一方で、一定の債権を対象として比較的短期の時効期間を定めるべき必要性は、原則的な時効期間の短期化（前記(1)参照）によって相当程度吸収することができる（時効期間を単純化・統一化するメリットの方が大きい）とする考え方と、職業別の区分によらない新たな短期消滅時効として、元本が一定額に満たない少額の債権を対象として短期の時効期間を設けるとする考え方などがあることを踏まえ、更に検討してはどうか。

【部会資料14-2第2, 2(1)[3頁]】

###### 【意見の趣旨】

民法第170条から174条に規定する、職業別の短期消滅時効を廃止する方向で更に検討すべきである。その上で短期消滅時効を設けるべき債権を見直し、新たな区分で規定する方向で更に検討すべきである。

###### 【意見の理由】

民法第170条ないし第174条は、医師、助産師又は薬剤師の診療、助産又は調剤に関する債権をはじめとして、職業別の短期消滅時効を定めている。これらの短期消滅時効は3年から1年の消滅時効となっており、現行の債権消滅時効の権利行使が出来るときから10年という要件に比してかなり短いものとなっている。

しかし、その職業の内容については、例えば認定司法書士の簡裁代理等裁判業務による報酬が弁護士報酬と同じように2年間の短期消滅時効によって消滅するの否かや、生産者がどこまでの範囲を含むのかなど、不明瞭な部分が多く、職業別の消滅時効には合理的な理由が見出せない。また、現在民法に規定されている使用人の給料債権や、労力の提供に対する報酬は、たとえ小額であったとしても、長期に保護すべき債権である。しかし、動産の損料など、一定の存在意義のある短期消滅時効も存在することから新たな区分を持って短期消滅時効を規定すべきである。

###### エ．不法行為等による損害賠償請求権

不法行為による損害賠償請求権の期間制限に関しては、債権一般の消滅時効に関する見直しを踏まえ、債務不履行に基づく損害賠償請求権と異なる取扱いをする必要性の有

無に留意しつつ、現在のような特則（民法第724条）を廃止することの当否について、更に検討してはどうか。また、不法行為の時から20年という期間制限（同条後段）に関して、判例は除斥期間としているが、このような客観的起算点からの長期の期間制限を存置する場合には、これが時効であることを明確にする方向で、更に検討してはどうか。

他方、生命、身体等の侵害による損害賠償請求権に関しては、債権者（被害者）を特に保護する必要性が高いことを踏まえ、債権一般の原則的な時効期間の見直しにかかわらず、現在の不法行為による損害賠償請求権よりも時効期間を長期とする特則を設ける方向で、更に検討してはどうか。その際、特則の対象範囲や期間については、生命及び身体の侵害を中心としつつ、それと同等に取り扱うべきものの有無や内容、被侵害利益とは異なる観点（例えば、加害者の主観的態様）からの限定の要否等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料第14-2第2, 2(3)[11頁], 同(関連論点)1, 2[12頁]】

#### 【意見の趣旨】

不法行為による損害賠償の消滅時効期間を現在よりも長期のものとし、その損害及び加害者を知ったときから、通常の時効と同じ期間を消滅時効帰還とする方向で更に検討すべきである。また、生命、身体、健康及び自由に対する侵害については、現在除斥期間とされている不法行為の時から20年とする規定を改め、その損害及び加害者を知ったときから一般の債権時効期間と同じ期間を時効期間とする方向で、更に検討すべきである。

さらに、これとは別に時効期間と除斥期間の定義を民法上に規定するか否かについても検討すべきである。

#### 【意見の理由】

現行の民法第724条は、不法行為による損害賠償の請求権は、被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知ったときから3年間行使しないときは時効によって消滅する。と規定している。しかし、不法行為による損害賠償請求権については、故意又は過失によって不法行為を行った債務者に帰責性が高いのであるから、本来、通常の時効よりも相当期間長期の消滅時効を設定すべきである。

また、不法行為については、その損害が相当期間経過後になって発生する場合もあり、この場合には、たとえ不法行為時から20年以上の期間が過ぎていたとしても、その損害及び加害者を知ったときから相当の期間を経過するまでその損害の賠償を請求ができる必要がある。

時効期間については、その証拠が相当期間経過することによって散逸してしまうからといったことが言われている。しかし、証拠については現実の争いになったときに、当事者が用意できるかどうかにかかっており、訴えの提起時点で証拠が調達できなければ時効に関係なくその権利が認められないことを鑑みれば、立法として権利行使の期間を制限するのは妥当ではないと考えられる。また、現在の社会取引慣行に照らせば、その

証拠はデジタルデータなどでの保管が可能であり、長期に大量のデータを保存しておくことも可能であるから、証拠保全の負担をもって債権の時効消滅を短期とする理由とはならないはずである。

以上より、現行の時効期間としての損害及び加害者を知ったときから3年間の時効期間を廃止し、起算点をその損害及び加害者を知ったときからとし、他の債権時効と同じ期間を時効期間とすべきである。

そして、生命、身体、健康及び自由に対する侵害については、その損害を被ったものの権利をさらに保護するため、現行の民法第724条の除斥期間とされている行為のときから20年という規定を改め、時効期間とし、その起算点も、損害及び加害者を知ったときから一般の債権時効期間と同じ期間を時効期間とするべきである。

また、現行の民法第724条のほかにも、民法には、第126条や第426条に見られるように、起算点の違う短期と長期の期間が定められている条文が見られ、一般に、短期の期間は時効期間とされ、長期の期間は除斥期間であるといわれている。

時効期間については、民法第141条以降にその定義や効果が規定されているものであるが、除斥期間については民法上にはその定義や効果の規定がなされていないところである。しかし、破産法などには明文の規定があり、判例においても除斥期間の考え方をを用いているものも多々あるため（最判平成13年11月27日民集55巻6号1311頁、最判平成21年4月28日民集63巻4号853頁など）、一般的に適用もされているといえる。よって、今現在除斥期間とされている規定を、全て消滅時効とするのは、実務にも影響が大きいと考えられ、適切ではない。

除斥期間は一般に、中断が認められず、裁判所が職権で判断できる、といわれており、時効期間とは扱いが異なっているが、民法上に規定がないことから、事実上解釈によって運用されているものである。こういった、解釈のみによって運用されている概念については、一般の市民にわかりやすいという民法を、という理念を貫くのであれば、判例や学説上認められている定義や効果については民法上に規定してもよいと思われる。

しかし、除斥期間は前述の通り、解釈によって運用されているものであるため、裁判所ごとに取扱いが異なり、例えば除斥期間の起算点である行為時を解釈によって変更した判例（平成16年4月27日最判民集58巻4号1032頁、平成16年10月15日最判民集58巻7号1882頁）や、除斥期間の停止を認めたような判例（最判平成21年4月28日民集63巻4号853頁）も存在している。

以上のことから、どの程度の定義や効果を規定するかを慎重に審議した上、除斥期間についても、民法上に一定の規定を設けるかどうかをも検討すべきである。

#### （４）合意による時効期間等の変更

当事者間の合意で法律の規定と異なる時効期間や起算点を定めることの可否について、現在の解釈論では、時効完成を容易にする方向での合意は許容される等の学説があるものの、必ずしも明確ではない。そこで、合意による時効期間等の変更を原則として

許容しつつ、合意の内容や時期等に関する所要の制限を条文上明確にすべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、交渉力に劣る当事者への配慮等に留意しながら、更に検討してはどうか。

交渉力に劣る当事者への配慮の在り方として、例えば、消費者概念を民法に取り入れることとする場合には、消費者契約においては法律の規定より消費者に不利となる合意による変更を認めないという特則を設けるべきであるとの考え方がある（後記第62，2 参照）が、このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料第14 - 2第2，2(5)[15頁]】

#### 【意見の趣旨】

合意による時効期間等の変更に関する規定を設けることについては慎重に検討すべきである。仮に、これらの規定を設ける場合には、その制限規定もあわせて設ける方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

民法は私法の一般法であるため、その適用範囲は非常に広範である。にもかかわらず、合意により時効期間や起算点を定めることができるようになった場合は、大企業と下請けの中小企業との間や、事業者と消費者との間のように、その力関係によって立場の弱いものに不利な合意が強要されることが容易に想像される。

現在においても、任意契約として時効期間の変更を合意している場合も認められるが、契約自由の原則から、任意規定として有効となる場合も、もちろんあろう。しかし、明文規定で合意による変更を認めるのであれば、その悪影響をもしっかりと考慮し、必要であれば制限規定などを設けた上で規定すべきである。

また、この制限規定においては、消費者、事業者といった画一的な概念を取り入れるような処理ではなく、大企業と下請けの零細企業との間の取引のように、情報量の格差や、実質的な力関係により変更の当否を検討できるような制限規定を設けるべきである。

### 第38 売買 - 総則

#### 1 売買の一方の予約（民法第556条）

売買の一方の予約を規定する民法第556条の規定内容を明確化する等の観点から、「予約」の定義規定を置くこと、両当事者が予約完結権を有する場合を排除しない規定とすること、契約成立に書面作成等の方式が必要とされる類型のものには、予約時に方式を要求すること、予約完結権の行使期間を定めた場合の予約の効力についての規定も置くことについて、更に検討してはどうか。また、どのような内容の予約を規定の対象とすべきかという点については、予約完結権を与えるもの以外の予約の形態を民法に取り込むことの是非や、有償契約への準用規定（同法第559条）を通じて予約に関する規定が他の有償契約にも準用され得ることなどに留意しつつ、更に検討してはどうか。また、予約に関する規定が他の契約に適用ないし準用され得ることを踏まえて、その規定の配置を売買以外のところ（例え

ば、契約総則)に改めるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料15-2第1,2[2頁]】

【意見の趣旨】

、 、 とも論議の通りの方向で更に検討すべきである。特に予約という言葉自体を更に適切な言葉として意義付けをする方向で検討すべきである。

【意見の理由】

「予約」の定義規定について、予約という言葉自体は、広く一般に使用されており、民法で定義づけをするには一般の言葉のイメージが定着しすぎている。民法で使用されている「予約」の定義規定をおくことは必要であるが、一般に使用されている予約の意味との混同を避けるために、言葉自体を変更することも検討すべきである。

## 2 手付(民法第557条)

手付の規定(民法第557条)に関しては、履行に着手した当事者による手付解除を認める判例法理を明文化することについて、更に検討してはどうか。なお、これを明文化する場合には、履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求をすることができる旨の規定を置くことについても、検討してはどうか。

また、「履行に着手」の意義に関する判例法理を明文化することについて、検討してはどうか。

さらに、「履行に着手」の意義に関する判例法理を明文化することは、現実に払い渡す必要はないなどとする判例を踏まえ、債務不履行責任を免れる要件としての弁済の提供(民法第492条)との異同に留意しつつ、その内容を明確化する方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第1,3[3頁]】

【意見の趣旨】

手付の規定に関しては、判例法理に従った規定を置く方向で、更に検討すべきである。履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求をすることができる旨の規定を置くことについては、置かない方向で更に検討すべきである。

【意見の理由】

手付けに関しては不動産の売買などの取引ルールとしてかなり広く使われており、一般の感覚としてもかなり整備されている感はある。ただし、履行の着手の意義、当事者の手付け解除の可否や、履行の着手時点の特定など紛争が生じたときの処理は条文からは判断できない。よって、判例が固定されている部分は、条文に反映させるべきである。

履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求については、それを認めると、手付解除をした履行に着手した当事者は、相手方の行為を知ることは困難であるため、逆に履行に着手した当事者の保護が失われる恐れがある。よって、履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求をすることができる旨の規定を置くことについては、置かない方向で更に検討すべきである。

### 第39 売買 - 売買の効力（担保責任）

#### 1 物の瑕疵に関する担保責任（民法第570条）

##### （2）「瑕疵」の意義（定義規定の要否）

「瑕疵」という文言からはその具体的な意味を理解しづらいため「瑕疵」の定義を条文上明らかにすべきであるという考え方があり、これを支持する意見があった。具体的な定義の内容に関しては、瑕疵担保責任の法的性質（前記(1)）を契約責任とする立場から、契約において予定された性質を欠いていることとすることが適切である等の意見があった。これに対し、瑕疵担保責任を契約責任とするならば、債務不履行の一般則のみを規定すれば足り、あえて「物」の瑕疵についてだけ定義規定を設ける意味があるのかという問題提起があったが、債務不履行の具体的な判断基準を確認的に明らかにする意義があるとの意見や、物の瑕疵に関する特則を設ける意義があるとの意見等があった。

また、「瑕疵」を「契約不適合」に置き換えるという考え方（部会資料15-2第2, 2(2)[18頁]）については、なじみのない用語であることや取引実務に過度の負担を課すおそれがある等の理由から消極的な意見があったが、他方で、債務不履行の一般原則を売買において具体化した概念として「契約不適合」を評価する意見もあった。

これらを踏まえて、「瑕疵」という用語の適否、定義規定を設けるか否か、設ける場合の具体的内容について、瑕疵担保責任の法的性質の議論（前記(1)）との整合性や取引実務に与える影響、労働契約等に準用された場合における不当な影響の有無等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

法律上の瑕疵の取扱いに関しては、物の瑕疵と権利の瑕疵のいずれの規律によって処理すべきかを条文上明らかにすることの要否について、更に検討してはどうか。また、売主が瑕疵担保責任を負うべき「瑕疵」の存否の基準時に関しても、これを条文上明らかにすることの要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 2(2)[17頁]及び(関連論点)[18頁]】

##### 【意見の趣旨】

「瑕疵」という用語の適否、定義規定を設けるか否か、設ける場合の具体的内容について、審議会の議論の方向で検討すべきである。更に「瑕疵」に権利の瑕疵も含まれてくる場合は、用語の置き換えも検討すべきである。

##### 【意見の理由】

「瑕疵」という言葉自体は、耐震強度偽装事件を始めとして建築物関係の事件が起こるたびに広く「瑕疵担保責任」という言葉がマスコミで流され、その説明もされたため定着しつつある。ただ、建物に関して使われることが多かったため、一般に物に対する欠陥というような言葉として捕らえられている。しかし、判例においては物の瑕疵、権利の瑕疵双方を含む広い用語としてとらえられている。そのため、「瑕疵」の定義を民法において判例の趣旨に従った物の瑕疵、権利の瑕疵を幅広くとらえた概念として定義付

けを検討すべきであるが、その議論のなかでは、一般に権利に関して瑕疵という言葉はそぐわないような印象があるため、別の用語への置き換えを検討すべきである。

#### (4) 代金減額請求権の要否

代金減額請求権には売主の帰責性を問わずに対価的均衡を回復することができる点に意義があり、現実的な紛争解決の手段として有効に機能し得るなどの指摘があったことを踏まえて、買主には損害賠償請求権のほかに代金減額請求権が認められる旨を規定する方向で、更に検討してはどうか。その検討に当たっては、具体的な規定の在り方として、代金減額のほかに買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定の要否や、代金減額の基準時等の規定の要否等について、更に検討してはどうか。

また、代金減額請求権が労働契約等の他の契約類型に準用された場合には不当な影響があり得るといった意見があることを踏まえて、代金減額請求権の適用ないし準用の範囲について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 2(4)】

#### 【意見の趣旨】

民法第570条について、代金減額請求権を認める方向で検討すべきであるが、他の契約類型への準用はなされるべきではない。

#### 【意見の理由】

現行の取引関係では、損害賠償請求が事実上代金減額請求と同じ効果を有している。また、中古市場が発達している今日では、この程度の瑕疵があるものは幾らかという市場価格が、広く形成されつつある。民法第570条についてのみ代金減額請求権を認めない理由はなくなりつつあると思われる。損害賠償請求で損失補てんされるのであれば、代金減額請求をあえて認める意義はないのではないかと議論もあるが、むしろ一般の取引においては、損害賠償を請求するより代金の減額を請求する方が通常である。ただし、それはあくまでも中古市場や個人間での中古品の売買が広く行われるようになった「物」などについて認められるのであるから、労働契約など他の契約類型に準用すべきではない。

#### (5) 買主に認められる権利の相互関係の明確化

買主に認められる権利の相互関係の明確化については、相互関係を法定することにより紛争解決の手段が硬直化するおそれがあるため、可能な限り買主の権利選択の自由を確保すべきであるという意見と、相互関係についての基本的な基準を示すことなくこれを広く解釈に委ねることは紛争解決の安定性という観点から適切ではないので、必要な範囲で明確化すべきであるという意見があったことを踏まえて、更に検討してはどうか。その際、権利の相互関係が債務不履行の一般則からおのずと導かれる場面とそうでない場面とがあり、そのいずれかによって規定の必要性が

異なり得るといふ指摘があることに留意しつつ、検討してはどうか。

また、代物請求権及び瑕疵修補請求権の限界事由の明文化の要否について、追完請求権の限界事由の要否という論点（部会資料2 1第1, 5 [2頁]）との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料1 5 - 2第2, 2(5) [2 1頁] 及び(関連論点)[2 5頁]】

【意見の趣旨】

買主に認められる権利の相互関係は、原則として民法でその前後の基準を示すべきではなく、買主に自由な選択を認め、矛盾する権利行使のみ認められないとする方向で検討すべきである。権利の相互関係が債務不履行の一般則からおのずと導かれない場面においては、新規の規定を設ける方向で検討すべきである。

追完請求権の限界事由については明文化する方向で検討すべきである。

【意見の理由】

権利行使の性質によっては、その行使の前後を明確に民法で定める必要があるものもあるかもしれないが、基本的には行使者の自由な意志に任せるべきである。現代においては、売買取引自体が複雑化広域化している為、その取引状況の多様化は計り知れない。その全ての状況に広く対応する基準を決めることは困難を極める。基準を設けることが出来たとしてもそれは相当複雑なものとなり、かえって分かりやすい民法という理念からかけ離れる結果となってしまう。

権利行使の自由度を権利者に多く委ねることになるため、限界事由の明文化の規定は必要との方向で検討すべきである。

3 権利の瑕疵に関する担保責任（民法第5 6 0条から第5 6 7条まで）: 個別論点

(1) 他人の権利の売買における善意の売主の解除権（民法第5 6 2条）の要否

他人の権利の売買において、善意の売主にのみ解除権を認める民法第5 6 2条に関しては、他の債務不履行責任等と比べて特に他人の権利の売買の売主を保護する理由に乏しいという指摘を踏まえ、これを削除することの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料1 5 - 2第2, 4(1) [3 8頁]】

【意見の趣旨】

他人の権利の売買における善意の売主の解除権を認める民法第5 6 2条は、削除する方向で検討すべきである。

【意見の理由】

特にこの場合のみ売主を保護する必要性は薄い。敢えて解除権を認めなくとも履行不能となり損害賠償請求権が発生することとなるため、他の債務不履行責任に対する規定と均衡を図るべきである。

(2) 数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任(民法第565条)

数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任(民法第565条)に関しては、数量指示売買における数量の不足及び物の一部滅失が民法第570条の「瑕疵」に含まれるものとして規定を整理する方向で、更に検討してはどうか。その際、数量指示売買の定義規定等、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けることの要否について、数量指示売買における数量超過の特則の要否(後記6)という論点との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2,4(2)[38頁]】

【意見の趣旨】

民法第565条の規定は削除しない方向で検討すべきである。更に数量超過の場合を考慮し、数量指示売買の規定等、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けることを検討すべきである。

【意見の理由】

数量不足又は物の一部滅失が、権利の瑕疵であるか物の瑕疵であるかという議論の前に、数量超過の場合の売主の権利との関係により、数量不足又は物の一部滅失の場合も規定すべきである。また、一般の感覚からすると数量不足と物の瑕疵を全く同一視することに対しては違和感がある。よって、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けることを検討すべきである。

(3) 地上権等がある場合等における売主の担保責任(民法第566条)

地上権等がある場合等における売主の担保責任(民法第566条)に関しては、買主の主観的要件を不要とする考え方(前記2)を前提とした場合において、同条は地上権等がない状態で権利移転をすべき売買に適用される旨を条文上明記すべきであるという考え方や、買主の代金減額請求権を認めるべきであるという考え方について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2,4(3)[40頁]】

【意見の趣旨】

地上権等がない状態で権利移転をすべき売買に適用される旨を条文に明記すべきとの方向で検討すべきである。また、買主の代金減額請求権は認めるべきではないとの方向で検討すべきである。

【意見の理由】

取引実態として、地上権が付着している場合であって、それについて買主が悪意である通常取引があるのであればその実態に規定を合わせるべきである。

減額請求権については、地上権等付着の場合の減額分の計算が複雑であり、契約成立後の交渉で解決することは難しいことと、損害賠償として請求することでそれと同様の効果が得られるので、あえて規定を設けるべきではない。

#### (4) 抵当権等がある場合における売主の担保責任（民法第567条）

抵当権等がある場合における売主の担保責任（民法第567条）に関しては、債務不履行責任が生ずる一場面を確認的に規定したものにすぎず不要な規定であるという意見と、債務不履行責任が生ずる場面を具体的に明らかにするなどの意義があるので、適用範囲を条文上明確にした上で規定を維持すべきであるという意見等があったことを踏まえて、確認規定として存置することの要否及び仮に規定を存置する場合には適用範囲を明確化することの要否について、他の担保責任に関する規定を維持するか否かという点との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 4(4)[41頁]】

##### 【意見の趣旨】

抵当権等がある場合における売主の担保責任は、適用範囲を条文上明確にした上で規定を維持するとの方向で検討すべきである。特に仮登記担保権等の担保物権が付されていた場合にも適用される旨を明らかにする方向で検討すべきである。

##### 【意見の理由】

現状の取引実務および、判例が明確に出ているため、それにあわせた規定の整備をした上で、規定を維持することが必要である。

#### 4 競売における担保責任（民法第568条, 第570条ただし書）

競売における物の瑕疵に関する担保責任については、現行法を改めてこれを認める立場から、瑕疵の判断基準の明文化の要否や損害賠償責任の要件として債権者等に瑕疵の存在の告知義務を課すことの当否等の検討課題が指摘されている。そこで、まずはこれらの点を踏まえた制度設計が、競売実務や債権回収、与信取引等の実務に与える影響の有無に留意しつつ、物の瑕疵に関する担保責任を認めることの可否について、更に検討してはどうか。

また、競売において物の瑕疵に関する担保責任を認めることの可否は、競売代金の算定等に影響を及ぼすため競売手続全体の制度設計の一環として検討されるべきであることや、競売では、契約とは異なり、当事者の合意に照らした瑕疵の認定が困難であることなどを理由に、これらの規定は民法ではなく民事執行法に設けるべきであるという意見があることを踏まえて、民法に設けるべき規定の内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 5[42頁]】

##### 【意見の趣旨】

競売における物の瑕疵についても、担保責任を認める方向で検討すべきである。

##### 【意見の理由】

競売においてのみ物の瑕疵について担保責任を認めないという規定に合理的な根拠は見当たらない。現行の規定では、物の瑕疵が重大であったときの買主保護に欠ける。特に一般人にも積極的に競売に入ってきてもらおうという現在の流れを考えれば、特に均

等性を重視すべきである。

#### 5 売主の担保責任と同時履行（民法第571条）

担保責任の法的性質を契約責任とする立場を前提に，民法第571条は，同時履行の抗弁（同法第533条）や解除の場合の原状回復における同時履行（同法第546条）の各規定が適用されることの確認規定にすぎないから削除すべきであるという考え方が示されているが，この考え方の当否について，担保責任の法的性質に関する議論（前記1（1）及び2）等を踏まえて，更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第2，6 [44頁]】

##### 【意見の趣旨】

民法第571条は削除しない方向で検討すべきである。

##### 【意見の理由】

契約責任説に立てば民法第571条は，注意的規定とも考えられるが，同時履行の抗弁権は非常に重要な権利であり，あえて削除する理由もないと思われる。

#### 6 数量超過の場合の売主の権利

数量指示売買における数量超過の場合の売主の権利については，契約解釈による代金増額請求権や錯誤無効等により保護されているなどとして特段の新たな規定を不要とする意見がある一方で，契約解釈による代金増額請求権や錯誤無効等では適切な紛争解決を導けない場合があり得るとする意見もあり，後者の立場からは，例えば，売主による錯誤無効の主張を認める一方，買主に対して超過部分に相当する代金を提供することにより錯誤無効の主張を阻止する権利を与えるなどの提案や，代金増額請求権の規定を設けることや超過部分の現物返還を認めることも考え得るとの指摘がある。これらの考え方を踏まえて，数量超過の場合の売主の権利に関する規定を設けることの要否について，取引実務に与える影響に留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第2，7 [45頁]】

##### 【意見の趣旨】

数量超過の場合の売主の権利についての規定を設ける方向で検討すべきである。

##### 【意見の理由】

数量不足と同様，数量超過も通常の取引で頻繁に起こりうるケースである。売主よりも買主の方が強者であり，かつ取引に習熟しているケースも増えており，対価的均等を考慮すると数量不足とあわせ何らかの規定をすべきである。

#### 8 数量保証・品質保証等に関する規定の要否

取引実務上用いられる数量保証や品質保証，流通過程で売買される物に関するメ

メーカー保証等について、何らかの規定を置く必要がないかについて、検討してはどうか。

【意見の趣旨】

取引実務上用いられる数量保証や品質保証，流通過程で売買される物に関するメーカー保証等について，何らかの規定を置く方向で検討すべきである。

【意見の理由】

商人同士の取引では，別途品質保証などをつけることは稀であるが，対個人取引においては，品質保証をつけることも多く，品質保証の軽重で購入先を決定することもある。一般取引において相当重要な位置を占めつつあるので，何らかの規定を民法に設けることを検討する必要がある。

## 9 当事者の属性や目的物の性質による特則の要否

前記各論点の検討を踏まえた上で，担保責任について契約の当事者の属性や目的物の性質による特則を設ける必要があるか否かについて，消費者・事業者に関する規定についての議論（部会資料 20 - 2 第 1 [ 1 頁 ]）との関連性に留意しつつ，検討してはどうか。

【意見の趣旨】

担保責任について契約の当事者の属性や目的物の性質による特則は設けないとの方向で検討すべきである。

【意見の理由】

現在の取引実態は，非常に多岐多様に渡っている。公平性の観点から，当事者の属性や目的物の性質による特則を設ける必要があるかも知れないが，それに対して広く網をかけようとする，かえって民法の分かりやすさから遠退いてしまう。また，インターネット販売での売主など属性を明確に決定できない場合も多い。よって，担保責任について契約の当事者の属性や目的物の性質による特則は設けないとの方向で検討すべきである。

## 第 40 売買 - 売買の効力（担保責任以外）

### 1 売主及び買主の基本的義務の明文化

#### （1）売主の引渡義務及び対抗要件具備義務

一般に売主が負う基本的義務とされるが明文規定のない引渡義務及び対抗要件具備義務を明文化する方向で，後者については対抗要件具備に協力する義務とすべきではないかという意見があったことに留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料 15 - 2 第 3，2(1) [ 47 頁 ]】

【意見の趣旨】

売主の引渡し義務は明文化する方向で議論すべきである。対抗要件具備義務に関しては明文化する方向で検討すべきであるが，当事者の契約意思を尊重し強行規定とはせず，

任意規定とする方向で検討すべきである。

【意見の理由】

売買が成立した以上、引渡しまでの義務は規定しても良いと思われる。また、対抗要件具備まで義務付けられていないため、不動産の場合売買契約が成立し引き渡しまで終了したにも関わらず登記は売主に残ったままということがあり、その為の種々の弊害も起きている。事実上、一般的に正常な売買取引等であれば登記すなわち対抗要件まで具備しないと終了しないということを経験すれば、対抗要件具備の義務まで規定してもよいのではないだろうか。ただし、当事者同士の契約により引き渡しはしたが、一時、所有権は留保するようなケースもあり、一概に義務とし強行規定とするには、問題がある。

(2) 買主の受領義務

民法は、買主の基本的義務として、代金支払義務を規定する（同法第555条）が、目的物受領義務については規定がなく、判例上も買主一般に受領義務があるとは必ずしもされていない。この買主の受領義務については、様々な事例において実務上これを認める必要性があると指摘された一方で、契約に適合しない物の受領を強要されやすくなるなど消費者被害が拡大することへの懸念を示す意見、買主に一律に受領義務を認めるのではなく、契約の趣旨や目的等により買主が受領義務を負う場合があるものとする方向で検討すべきであるという意見、実務上の必要性が指摘される登記引取義務を超えた広い範囲での受領義務を認めるべきか否かという観点から検討すべきであるという意見、契約不適合を理由とする受領の拒絶を認めるべきであるという意見、「受領」が弁済としての受領を意味するのか、事実としての受け取りを意味するのかなど、「受領」の具体的内容について検討すべきであるという意見、債権者の受領遅滞に関する議論（前記第5）との関連性に留意しつつ、他の有償契約への準用可能性等を検討すべきであるという意見等があった。これらを踏まえて、買主の受領義務に関する規定を設けることの当否、規定を設ける場合の受領義務の具体的な内容等について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 2(2)[48頁]】

【意見の趣旨】

買主の受領義務を明文化する方向で検討すべきである。

【意見の理由】

買主の受領義務が明文化されていないために、紛争が解決しない事例も多く、その規定は必要である。よって、買主の受領義務を明文化した上で、契約に適合しない物の受領拒絶なども明確に規定し、消費者保護などを図るべきである。また、受領義務の具体的内容等については、更なる検討が必要である。

## 2 代金の支払及び支払の拒絶

### (1) 代金の支払期限(民法第573条)

民法第573条は、売買目的物の引渡期限があるときは、代金の支払についても同一の期限を付したものと推定する旨を規定しているところ、不動産売買においては、登記の重要性に鑑み、目的物の引渡期限ではなく登記移転の期限を基準とし、代金の支払について登記移転期限と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を置くという考え方がある。このような特則を設けることについては、その必要性に疑問があるとの意見があったことを踏まえて、実務上の必要性の有無に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3,3(1)[50頁]】

#### 【意見の趣旨】

不動産売買においては、登記の重要性に鑑み、目的物の引渡期限ではなく登記移転の期限を基準とし、代金の支払について登記移転期限と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を置く方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

不動産業者が仲介をする一般的な不動産売買については、契約書面において登記移転と代金の支払いを同時とする旨の規定が入るため、実務上の問題は生じていない。しかし、親族間の相対での取引など不動産業者が仲介に入らない取引では、登記の移転なく代金の支払いがなされる場合もあり、トラブルとなる可能性がある。不動産取引においては引渡しより登記移転に重要性があるため、代金支払いについても目的物の引渡期限ではなく、登記移転の期限を基準とし、代金の支払と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を置くべきである。

### (2) 代金の支払場所(民法第574条)

代金の支払場所を定める民法第574条に関しては、「目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきとき」であっても、目的物が既に引き渡された後は、同法第484条が適用されるとする判例法理を明文化する方向で、また、同条が任意規定であるとする判例を踏まえて「支払わなければならない」という表現を見直す方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3,3(2)[51頁]】

#### 【意見の趣旨】

代金の支払場所を定める民法第574条に関しては、「目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきとき」であっても、目的物が既に引き渡された後は、同法第484条が適用されるとする判例法理を明文化する方向で検討すべきである。また、574条の「目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきとき」との文言は、同条が任意規定であるとする判例を踏まえて表現を見直す方向で検討すべきである。代金支払場所については、審議会の議論に従い見直す方向で検討すべきである。

**【意見の理由】**

強行規定であるか、任意規定であるかの区別は、一般人から見ると非常に分かりにくい。開かれた分かりやすい民法を標榜するのであれば、本来、強行規定と任意規定の区別をもう少し明らかにする必要があると思われる。少なくとも本条のように、判例が明確に出ているものに関しては、分かりにくい表現は改めるよう検討すべきである。

**(3) 権利を失うおそれがある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第576条）**

民法第576条は、売買の目的について「権利を主張する者がある」場合における買主の代金支払拒絶権を規定しているところ、買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも適用されるという解釈論を踏まえ、これを明文化すべきであるという考え方がある。この考え方については、抽象的な要件を定めると濫用のおそれがあるから、要件を明確化し適用範囲を限定する方向の検討もすべきであるという意見があったことを踏まえるとともに、不安の抗弁権に関する議論（部会資料19-2第3[27頁]）との関連性にも留意しつつ、その具体的な要件設定や適用範囲について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 3(3)[52頁]】

**【意見の趣旨】**

買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも、買主の代金支払拒絶権を認めるべきであるが、要件を明確化し、適用範囲を限定する方向で検討すべきである。

**【意見の理由】**

売買について権利を主張する者があるときのみならず、買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも買主の代金支払拒絶権を認めた方が、より公平に資すると思われる。しかし、あまりにも抽象的な要件を定めると濫用のおそれがあるので、要件を明確化し、適用範囲を限定する方向で検討すべきである。

**(4) 抵当権等の登記がある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第577条）**

民法第577条は、一般に、当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には適用されないと解されていることから、これを条文上明確にすることの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 3(4)[52頁]】

**【意見の趣旨】**

抵当権等の登記がある場合の、買主による代金支払の拒絶は、当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には適用されないと規定を明確にする方向で検討すべきである。

**【意見の理由】**

当事者が、抵当権の存在を前提に価格を決定し、売買を行った場合、当然買主を保護する理由はないとする、実務上の取扱いが定着しており、それに沿って規定を設けたと

しても特に問題はないと思われる。

### 3 果実の帰属又は代金の利息の支払（民法第575条）

売買目的物の果実と売買代金の利息を等価値とみなしている民法第575条に関しては、その等価値性を否定して、売主は引渡期日までに生じた果実を取得し、買主は代金支払期日まで代金の利息を支払う必要はない旨を規定すべきであるという考え方がある。この考え方については、果実と利息の価値の差が大きい場合の不合理性等を指摘して賛成する意見がある一方で、決済の簡便性や果実と利息の等価値性を前提とした民法の他の規定との整合性等を重視して同条の規定内容を維持すべきであるという意見があったことを踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3,4[53頁]】

#### 【意見の趣旨】

民法の他の規定との整合性等を十分に重視した上で、果実と売買代金の利息の等価値性を否定し、売主は引渡期日までに生じた果実を取得し、買主は代金支払期日まで代金の利息を支払う必要はないとの旨を規定する方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

民法第575条については、決済の簡便性という利点はあるが、現在のように金利変動の激しい状況においては、一律に果実と利息を等価とみなし相殺することには、不公平感が伴うため、見直す方向で検討すべきである。ただし、民法の他の同様の趣旨の規定との整合性に注意しつつ、慎重に検討すべきである。

## 第43 贈与

### 1 成立要件の見直しの要否（民法第549条）

贈与の成立要件に関して、書面によること（要式契約化）や目的物を交付すること（要物契約化）を必要とすべきであるという考え方については、口頭でされる贈与にも法的に保護されるべきものがある旨の意見があることを踏まえて、贈与の実態に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6,2[65頁]】

#### 【意見の趣旨】

贈与の成立要件につき、要式契約化・要物契約化しない方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

贈与契約が無償契約であることからすれば、贈与者の意思を明確にするためにも、贈与を要式契約化・要物契約化することには一理ある。しかし、贈与は、親愛や好意、相互扶助の精神または社会的な慣習に基づき、広く市民社会に定着した法律行為であり、贈与を要式契約化した場合、これまで有効なものとして取り扱われてきた贈与が、今後は法律上の効果を認められなくなることになり、一般市民に混乱を与えることは明らかである。また、書面により契約内容が明らかになるという側面に着目すれば、確かに要

式契約の方が優れているとはいえるが、契約の性質、内容によっては、契約の締結にあたり必ずしも書面の作成を必要とすることが適さない契約類型も存在し、親愛や好意などに基づく贈与は、まさにそうした契約類型の代表格に当たるものである。

よって、贈与の形式を法律上限定することなく、当事者の選択した任意の方式を尊重し、口頭・諾成契約による贈与であっても契約の成立を認めるべきである。

## 6 死因贈与（民法第554条）

死因贈与について性質に反しない限り遺贈の規定を準用する旨を定める民法第554条に関しては、具体的にどの条文が準用されているかを明らかにすべきであるという考え方がある。この考え方については、遺贈の撤回に関する規定（民法第1022条）や遺言の方式に関する規定（同法第960条、第967条から第984条まで）等を準用すべきか否かという個別論点の検討を踏まえつつ、相続に関する規定、相続実務、裁判実務等に与える影響に留意しながら、更に検討してはどうか。

【部会資料15 - 2第6, 6 [ 82頁 ]】

### 【意見の趣旨】

1. 死因贈与による契約は、不要式行為とし、これを公正証書または自筆証書に限定しない方向で検討すべきである。
2. 書面によらない死因贈与については、現行民法に定められているとおり、当事者からの撤回を認める方向で検討すべきである。
3. 書面による死因贈与は、当該契約締結後、贈与者が自己の生計の維持若しくは法律上の扶養義務の履行が困難となった場合又は受贈者による忘恩行為があった場合その他契約締結にあたって当事者がその基礎とした事情に変更が生じた場合に限り、贈与者からの撤回を認める方向で検討すべきである。
4. 負担付死因贈与において、受贈者が約旨に従い負担の全部又はそれに類する程度の履行をした場合、特段の事情のない限り、贈与者による当該契約の撤回を認めない方向で検討すべきである。

### 【意見の理由】

1. 要式行為とは、法律行為を成立させるにあたり、意思表示の他に一定の形式（書面の作成など）を必要とする行為である。契約自由の原則からすれば不要式行為が基本である。それにもかかわらず、要式行為が認められてきた理由は、当事者をして特に慎重に法律行為をさせるため、法律行為の存在を特に明瞭にするため、権利の範囲を明瞭ならしめるため、近世の取引が外形を信頼して迅速・安全に行われることを必要とするためである。しかしながら、死因贈与は不要式行為とすべきであると考える。死後の財産を第三者に特定承継させる方法としては、現行民法上、死因贈与と遺贈が存在するが、この両者を区別する最も大きな指標は、当該行為が契約であるか単独行為であるかによるものである。そして、死因贈与が当事者の意思の合致を必要とする契約である以上、当該契約は契約自由の原則に鑑み不要式行為とすべきであ

る。また、贈与契約が片務・無償契約であることからして、当該契約を要式行為とする必要性は乏しく、仮に死因贈与を要式行為とするならば、現行法に比して死因贈与と遺贈はより類似した法律構成を有することになり、死因贈与を一つの契約類型として法律上規定することの意義が不明確になるおそれがある。

現行法上、書面によらない贈与契約には当事者からの当該契約の撤回が認められており（550条）、仮に契約当事者が当該契約の撤回を望まぬならば、書面により贈与契約を締結すれば足りる。契約当事者が、贈与者の死後において、贈与者の相続人と受贈者との間で紛争が生じることを危惧するならば、法律上強制されなくとも当然に当該契約を書面により締結するはずであり、仮に書面によらずに契約を締結したことにより紛争が生じたとしても、当該契約の撤回を贈与者の相続人が行使すれば足り、贈与の惠与的性質からして、契約撤回による不利益は書面により契約を締結しなかった受贈者において引き受けるべきである。

確かに、遺言は単独行為であり、死亡により効力が発生するため、厳格な要式行為とすることで、不測の損害の発生を未然に防止することが可能になる。しかし、死因贈与に関しても、受贈者という契約の相手方が存在することから、死因贈与の贈与者からの撤回に一定の制限を課したり、贈与者が死亡する以前に仮登記の申請を認めることによって、受贈者の期待権を保護するための措置をとることが可能である。このように、死因贈与においても当事者の利益の保護を図ることができるならば、財産の死後処分に関しては、遺言のような厳格な要式行為を必要とする場合と、死因贈与のような不要式行為で足りる場合とをそれぞれ用意することにより、一般市民に選択の自由を与えることも必要なのではないかと考える。

2. 書面によらない死因贈与については、現行民法に定められているとおり、当事者からの撤回を認めるべきである。仮に当事者間、又は贈与者の相続人と受贈者との間で契約内容をめぐる紛争が生じたとしても、死因贈与契約が書面によらずに締結された場合においては、贈与の惠与的性格からして、当該契約の撤回により、贈与者側の利益の保護を図るべきである。これに対して、死因贈与を要式行為とし、当該契約の撤回を否定することは、私人間の契約に対する過度の介入（国家による過大な保護）と言わざるを得ない。また、死因贈与が片務・無償契約であることに照らしても、当該契約の撤回を認めないことは、契約の拘束力を過度に強めるものである。
3. 死因贈与が遺贈と異なり当事者の意思の合致に基づく契約であることを踏まえるならば、書面により死因贈与契約が締結されていた場合において、贈与者からの契約の撤回を認めることは、贈与に対する受贈者の期待を一方的に損なうものであり、遺贈（単独行為）ではなく死因贈与（契約）を選択した趣旨を没却するものである。しかし、死因贈与が片務・無償契約であり、かつ、贈与者の死亡までの期間が長期に及ぶ場合もあることからして、受贈者による忘恩行為があった場合又は贈与者が自己の生計の維持若しくは法律上の扶養義務の履行が困難となった場合その他契約締結に当たって当事者がその基礎とした事情に変更が生じた場合においても、贈与者からの契

約の撤回を否定することは、当該契約の拘束力を過度に強め、贈与の惠与的性質とは相反するものと言わざるを得ない。

よって、死因贈与が当事者の意思の合致による契約であることを踏まえ、原則として贈与者からの自由な撤回を認めるべきではないが（現行民法1022条の準用を否定）、当該契約が贈与者の死亡により効力を生じる死因行為であること、受贈者の当該契約に対する期待権はあくまで贈与者（その相続人）の一方的な負担から得られる利益にすぎないこと、そして死因贈与契約が惠与的性格を備えていることに鑑みれば、たとえ死因贈与契約が書面により締結されていたとしても、受贈者による忘恩行為があった場合等の特段の事情が認められる場合に限り、贈与者からの撤回を認めるべきである。

4. 負担付贈与とは受贈者をして一定の給付をするべき債務を負担させる贈与契約であり、その負担の限度においては各当事者の給付は対価関係に立つものとされている。つまり、この負担部分に関して言えば、贈与契約の附款ではあるが、反対給付が対等な関係にある有償契約としての性質を帯びることになる。現行民法における贈与者の担保責任（551条）、双務契約に関する規定の準用（553条）、負担付遺贈に関する規定の準用（554・1002・1003条）はその趣旨の表れである。

また、贈与と死因贈与を区別する基準として、契約の効力の発生時期を挙げることができる。贈与であれば、契約の締結と同時に効力を生ずるが、死因贈与の場合、契約の効力が生じるのは贈与者の死亡後である。そのため、死因贈与契約には、贈与の効力発生を先延ばしすることによって、贈与者の生前において自ら財産を使用できるというメリットが生じる。死因贈与契約に、贈与者に対する扶養・介護等を行なう「負担」を付けた場合を考えれば、高齢化が進む現在において、こうした死因贈与の特色は、その利便性を高めているといえる。

よって、負担付死因贈与において、当該負担の履行を確保するためには、死因贈与に対する受贈者の期待権を保護し、契約の拘束力を強める必要があり、受贈者が約旨に従い負担の全部又はそれに類する程度の履行をした場合には、特段の事情のない限り、贈与者による当該契約の撤回を認めるべきではない（1027条参考）。

なお、特段の事情としては、最高裁判例（最判昭和57年4月30日民集36巻763頁）において、死因贈与契約締結の動機、負担の価値と贈与財産の価値との相関関係、右契約上の利害関係者間の身分関係その他の生活関係などが挙げられており、撤回の可否を判断するにあたっては、こうした個別具体的な事情を無視することはできないものとする。

5. 登記手続上の視点から見た死因贈与

- (1) 遺言書が作成される場合においては、不動産や預貯金等を遺言の目的物とされることが実際に散見されるところであり、それらの目的物は、しばしば多額の財産的価値を備えていることもあり、受贈者にとっても、将来有効に活用しうる資産であることが多い。そこで、これらの資産のうち、特に不動産を死因贈与の目的物とし

た場合を想定し、以下では不動産登記申請手続上の観点から死因贈与に言及することにしたい。

- (2) 不動産に関する死後処分の方法としては、死因贈与の他、遺言によりその目的を達成することができる。この場合、遺言ではなく死因贈与を選択するメリットとしては、以下のものが考えられる。

一つ目としては、現行法上遺言に関しては、遺言者は、いつでも、遺言の方式に従って、その遺言の全部又は一部を撤回することが認められており(1022条)、遺言者が死亡するまでは、受遺者は何らの権利をも取得するものではなく、遺言書の内容に関する期待権すら否定されている(最判昭和31年10月4日民集10巻1229頁)。これに対し、死因贈与においては、判例上遺言の撤回に関する現行民法1022条の準用が認められているとはいえ(最判昭和47年5月25日民集26巻805頁)、特段の事情がある場合においては贈与者による死因贈与契約の撤回(取消)は否定されているところである(最判昭和57年4月30日民集36巻763頁、最判昭和58年1月24日民集37巻21頁)。また、本意見書趣旨3に記載のとおり、原則として贈与者からの自由な撤回を認めず、ある一定の事由が生じた場合に限り贈与者からの撤回をなしうるものとした場合、受贈者の地位は遺言書を作成した場合に比べより強く保護されているものといえる。

二つ目として、不動産を遺言の目的物した場合、遺言者は何時でも遺言書を撤回することができるため、遺贈予約を原因とした所有移転請求権仮登記をすることは実務上認められていないが、死因贈与においては、前述のとおり贈与者からの贈与契約の撤回(取消)には一定の制約があるため、贈与者の死亡を始期とする始期付所有移転仮登記を申請することが可能であり(不動産登記法105条2項)、受贈者の財産権(登記上の順位)の保全が認められている。

なお、現行相続税法上、生前贈与では、高額な贈与税が賦課される可能性があるものの、死因贈与では、相続税の対象となり、受贈者の立場により、税が加重される可能性もあるが、相続税の基礎控除(課税最低限)制度が適用され、税金が賦課されない可能性もあり、この点からも死因贈与は有用な制度といえる。

ところで、死因贈与の契約方式を公正証書または自筆証書に限定した場合、贈与者の生前においては、公正証書または自筆証書を登記原因証明情報として、贈与の目的物である不動産に対して、贈与者の死亡を始期とする始期付所有移転仮登記を行うことで、受贈者の期待権を保護することになるものと思われる。

但し、この点に関しては、現行法上認められている通り、死因贈与契約を私署証書により締結したとしても、登記手続上は特段の弊害は生じないものと考えられる。けだし、登記原因証明情報には登記の原因となる事実又は法律行為及びこれに基づき権利の変動が生じたことを内容とする情報が記載されていることを必要とするが、当該契約書が同情情報の要件に不適合であったとしても、登記官の形式的審査権からして、同情情報を別途作成すれば、登記上は滞りなく処理されるからである。また、

登記に関する手続の適正かつ円滑な実施に資し、もつて国民の権利の保護に寄与することは、司法書士に求められる責務であることから、死因贈与契約が私署証書によって締結された場合においても、当該契約に基づく登記手続を司法書士に依頼すれば、司法書士は当該私署証書を調査し、当事者からのヒアリング等を行なうことで、登記手続に不慣れな依頼者を支援し、真正な登記の公示に寄与しうるからである。これは、贈与者の死亡後に行なう本登記手続においても同様である。

また、私署証書により作成された死因贈与契約書において執行者を指定していた場合(554条, 1006条), 現行実務上は所有権移転登記又は始期付所有権仮登記の本登記にあたっての代理権限証書には当該契約書に押印した贈与者の印鑑証明書または贈与者の相続人全員の承諾書(印鑑証明書付)の添付を必要としており、これにより登記の真正の担保が図られている。

以上のとおり、不動産登記手続上においては、死因贈与契約を公正証書または自筆証書に強制しなくとも、登記の真正を担保するための様々な仕組みが存在することに留意する必要がある。

#### 第44 消費貸借

##### 1 消費貸借の成立

##### (1) 要物性の見直し

消費貸借は、金銭その他の物の交付があつて初めて成立する要物契約とされている(民法第587条)が、実務では、金銭が交付される前に公正証書(執行証書)の作成や抵当権の設定がしばしば行われていることから、消費貸借を要物契約として規定していると、このような公正証書や抵当権の効力について疑義が生じかねないとの問題点が指摘されている。また、現に実務においては消費貸借の合意がされて貸す債務が発生するという一定の規範意識も存在すると言われている。そこで、消費貸借を諾成契約として規定するかどうかについて、貸主の貸す債務(借主の借りる権利)が債権譲渡や差押えの対象となる場合の実務への影響を懸念する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合には、借主の借りる義務を観念することができのかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 2[1頁]】

##### 【意見の趣旨】

消費貸借契約を諾成契約とすることを検討すべきである。但し、契約締結から目的物の引き渡しまでの間、借主が容易に契約から離脱できるよう配慮すべきである。

また、貸主の貸す債務(借主の借りる権利)については、原則として差押えや譲渡の対象となるものの、一定の制約を付す方向で検討すべきである。例えば、貸主の借りる権利の譲渡につき、具体的な制約方法として、貸主の承諾が必要とするなどの方法を検討してはどうか。

他方で、借主の借りる義務について、借主の「借りる義務」を觀念することができるという方向で検討すべきである。

【意見の理由】

判例でも一定の場合には要物性の緩和を認めており、現行実務の取引を鑑みると、必ずしも目的物そのものが交付されているか否かが重要視はされていないことも多い。例えば、消費貸借契約の典型例である金銭消費貸借契約において、金銭の交付がなされる前に当該金銭消費貸借を原因として借主等の不動産に抵当権の設定がなされるケースや、金銭の交付の前に先行して公正証書を作成するケースなどがあり、諾成的消費貸借契約を容認しているといってもよい実務運用が実際になされている状況にある。

一方で、消費貸借契約を要物契約としなければいけないような、明確かつ合理的な理由も見当たらず、現在では上記のような実務運用が定着していることを鑑みれば、実際に目的物を入手するまでは取引上安心できないという価値判断の要請が弱くなっていると考えられる。

したがって、消費貸借契約を諾成契約とする方向で検討すべきである。

但し、金銭消費貸借契約を原因として抵当権を設定する場合、被担保債権は貸主が元本を実際に交付した貸金債権であるところ、抵当権設定時に元本の交付がなされていない場合には、諾成契約だと消費貸借契約の効力が生じているにもかかわらず発生しているのは貸す債務（借りる権利）だけであり、元本の交付が無いので借主の弁済義務は生じてない。その場合であっても金銭消費貸借契約の締結と同時に抵当権設定の効力が生じることになるので、附従性の要件を緩和することになると思われるが、その点につき問題が生じないかを更に検討する必要があると考える。

また、目的物が交付されるまでは、目的物の交付なしに当該契約に確定的に拘束されるとなると、借主に不足の損害を与える可能性があり（契約締結時から目的物の交付までのタイムラグの間に別の貸主を検討する余地がなくなるなど）、借主側のリスクを鑑みると、目的物引き渡し前の解除権等の保護規定は必要な規定といえる。

他方で、将来債権の譲渡等も一定の要件を満たせば認められている（通説的見解としては、「既にその発生基礎となる法律関係が存在して、近い将来における発生が確実に見込めるため財産価値を有するもの」であれば、「その債権を特定できる限り、執行対象となる。」と解釈されている。）ことを考えると、借りる権利の譲渡等を一律禁止にする合理的な理由が見当たらない。

したがって、意見の趣旨記載の通り、一定の制約を付す方向で検討すべきであるものの、貸主の貸す債務は、債権譲渡等の対象になると考えるべきである。

最後に、実際に元本を交付する時期を消費貸借契約で定めなかった場合、借主に借りる義務がなく、貸主からの請求があっても借りることを常に拒否でき、かつ貸主を当該消費貸借契約で拘束できるとなると、貸主にとって不足の損害（契約に拘束力があるので当該資金を第三者に利用できない。また利息付消費貸借契約で、元本が交付されてから初めて利息が発生すると考える立場からは、借主が借りるまでは貸主が利息を得られ

ない。)が生じかねない。

したがって、借主の借りの義務も観念することができるという方向で検討すべきである。

#### 4 期限前弁済に関する規律の明確化

##### (1) 期限前弁済

民法第591条第2項は、消費貸借において、借主はいつでも返還をすることができる」と規定しているが、他方で、同法第136条第2項が、期限の利益を放棄することによって相手方の利益を害することはできないとも規定していることから、返還時期が定められている利息付消費貸借における期限前弁済の可否や、期限前弁済が許されたとした場合に貸主に生ずる損害を賠償する義務の有無が、条文上は必ずしも明らかではないとの指摘がある。そこで、返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることができ、その場合には、借主は貸主に生ずる損害を賠償しなければならないことを条文上も明らかにするかどうかについて、期限前弁済を受けた後の貸主の運用益を考慮すれば、ここでいう損害は必ずしも約定の返還時期までの利息相当額とはならないとの指摘があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1,5[9頁]】

##### 【意見の趣旨】

期限前弁済の可否等について条文上明確化することを検討すべきである。但し、借主が期限前弁済をした場合には、貸主に対し、原則として損害を賠償する必要がないとの方向で検討してはどうか。

##### 【意見の理由】

借主が期限前弁済をしたにもかかわらず、約定の返還時期までの利息を全て負担しなければならないとすると、借主にとって期限前弁済をするメリットがない。

また、貸主が借主から期限前弁済を受けることによって、元金の回収リスクが減ること並びに他社(人)への運用益が得られることを考慮すべきである。

そうであるならば、期限前弁済をした場合には、貸主の損害はほとんど無いものと考えても不都合はないと思われる。

#### 第45 賃貸借

##### 3 賃貸借と第三者との関係

##### (2) 目的不動産の所有権が移転した場合の賃貸借の帰すう

賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合における旧所有者との間の賃貸借契約の帰すうに関しては、次のような判例法理がある。すなわち、不動産賃貸借が対抗要件を備えている場合には、特段の事情のある場合を除き、旧所有者と新所有者との間で賃貸人の地位を移転する合意が無くても、賃借人と旧所有者との間の賃貸借関係は新所有者との間に当然に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱する、その際に賃

借人の承諾は不要である、この場合の賃貸人たる地位の承継を新所有者が賃借人に対して主張するためには、新所有者が不動産の登記を備える必要がある。そこで、これらの判例法理を条文上明記する方向で、更に検討してはどうか。また、判例は、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意が旧所有者と新所有者との間にあったとしても、直ちには前記特段の事情には当たらず、賃貸人の地位が新所有者に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱するとしている。このことを条文上明記するかどうかについては、実務上このような留保の特約の必要性があり、賃借人の保護は別途考慮することが可能であると指摘して、一律に無効とすべきでないとする意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

新所有者が上記の登記を備えた場合であっても、賃借人は目的不動産の登記の移転について一般に関心を有しているわけではない。このことを踏まえ、賃借人は、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができる旨の特則を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

このほか、賃借人が必要費を支出した後に目的不動産の所有権が移転し、賃貸人の地位が承継された場合には、必要費の償還債務も新賃貸人に移転すると解されていることを踏まえ、これを明文化するかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(1)イ[42頁],同(関連論点)1[44頁]】

#### 【意見の趣旨】

第1段落の判例法理を明文化する方向で検討すべきである。また、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意が新旧所有者間にあった場合であっても、判例に従い、直ちには賃貸人たる地位を旧所有者に留保できるとの特段の事情には該当しないが、当該合意を一律に無効とすべきではないとの方向で更に検討すべきである。

第2段落の特則を設けることを検討すべきである。

第3段落の必要費の償還債務が新賃貸人に移転する旨を明文化することを検討すべきである。

#### 【意見の理由】

第1段落につき、判例法理で広く認められ、争いがほぼない論点については明文化すべきであると考え。なお、賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨の合意をした場合の効力に関し、判例(最判平成11年3月25日判時1674号61頁)では賃貸人の地位の移転を否定する特段の事情には当たらず、賃貸人の地位は当然に新所有者に移転するとの判断が示されているものの、一切の例外を認めない趣旨ではないこと(原判決と対比して鑑みれば、賃借人の承認又は容認がある場合など、本判決には検討の余地があり得るものと解されている。同判例時報62頁)、このような留保特約も事実上の転賃借のように実務上の必要性があることを鑑みれば、一律に無効とすべきではないと考える。新旧所有者との間で留保の合意をする際に旧所有者に与えられた権限について、後日その利用権限が消滅しても転借人(元の賃借人)が新所有者に対して賃借権を主張するこ

とができるような仕組み（合意）がある場合になどには、旧所有者に賃貸人の地位を留保する旨の合意が認められてもよいと考える。

第2段落については、賃借人が賃貸人の登記を恒常的にチェックする可能性は低いので、賃借人が賃貸人の地位の移転を知らずに旧所有者に対してした弁済は、有効な弁済として扱うのが相当であり、賃貸人の移転の旨の通知義務を賃貸人に課したとしても、一般的に行われていることであり、過度な義務とはならないと考える。

第3段落については、有益費と異なり、必要費は費用が発生した場合直ちに賃借人の償還請求権が発生するものの、賃貸人の債務として顕在化している以上、賃貸人の地位が移転すれば、権利だけでなく義務（債務）も当然に賃貸人に承継されると考えるのが相当であり、そうであればその旨を明文化すべきである。

#### （４）敷金返還債務の承継

目的不動産の所有権の移転に伴い賃貸人たる地位が新所有者に移転する場合において、賃借人から旧所有者に対して敷金が差し入れられていたときは、判例・通説は、旧所有者の下での延滞賃料債務等に充当された後の残額の敷金返還債務が当然に新所有者に承継されると解している。そこで、これを条文上明記することの当否について、更に検討してはどうか

また、これによって賃借人の同意なく敷金返還債務が新所有者に承継される場合には、賃借人の利益を保護する観点から、旧所有者もその履行を担保する義務を負うものとするものの当否については、旧所有者の地位を不安定にし賃貸不動産の流通を阻害するおそれがある等の指摘があることを踏まえ、更に検討してはどうか。

このほか、敷金に関しては、その定義を明らかにする規定や、敷金の充当に関する基本的な法律関係を明らかにする規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(1)ウ[45頁],同(関連論点)[46頁]】

#### 【意見の趣旨】

賃貸人たる地位が新所有者に移転する場合、賃借人から旧所有者に対して敷金が差し入れられていたときは、旧所有者下での延滞賃料債務等に充当された後の残額の敷金返還債務が当然に新所有者に承継されるとの判例・通説を明文化する方向で検討すべきである。

賃借人の同意なく敷金返還債務が新所有者に承継される場合には、賃借人の利益を保護する観点から、旧所有者もその履行を担保すべきとの方向で検討すべきである。但し、旧所有者（旧賃貸人）の保護も考える必要があり、一定程度の期間制限（特に明確な根拠は無いが、担保責任とすれば1年程度が相当）を設けたり、旧所有者が賃借人に敷金返還の債務を履行した場合には、当該支払額について新所有者（新賃貸人）に求償できるとする方向で検討すべきである。

敷金を定義する規定を置き、敷金の充当に関する基本的な法律関係を明らかにする規定を設ける方向で検討すべきである。

### 【意見の理由】

第1段落については、判例・通説に従い明文化することに意義があるので、明文化すべきである。

第2段落については、債務者の同意を得ないで債務引受をすれば、併存的債務引受となるのが債務引受の原則であり、旧所有者が債務を免れるためには、本来債権者の同意が必要であることを鑑みれば、旧貸借人が一定程度の責任を負うことは相当であると考えられるからである。但し、不動産を譲渡した後は、貸借対照表の固定資産科目から不動産を削除するにもかかわらず、簿外債務を負い続ける可能性があることなどを鑑みれば、意見の趣旨に記載の通り、無制限に担保責任を負うようにすべきではない。

第3段落については、敷金という貸借契約については半ば契約内容の1つとして恒常化(法的性質としては、貸借契約と敷金契約とは別個であるが、従たる契約として、貸借契約に付随して発生している。)しているものについて、法律上何ら定義付がされていないのは、不都合であると考えられるので、明文化すべきである。なお、定義付だけでなく、敷金返還の発生時期を建物明渡時とする旨など、敷金に関する基本的な法律関係について定めることも有益であると考えられる。

## 4 貸借人の義務

### (1) 貸借人の修繕義務

民法は、貸借人は修繕義務を負うとする一方(同法第606条第1項)、賃借物が修繕を要する場合における賃借人の通知義務を規定している(同法第615条)。この通知義務に違反した場合の効果は不明確であるとして、貸借人の修繕義務の不履行による賃借人の損害賠償請求の額の算定において考慮されるとともに、貸借人に損害が生じたときは賃借人が損害賠償責任を負うことを明文化すべきであるという考え方がある。このような考え方については、もともと賃借人の通知義務の要件が不明確であり、義務違反の効果は明文化した場合に賃借人に不当な不利益を与えるおそれがある等の指摘があること留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(2)ア[49頁]】

### 【意見の趣旨】

賃借人の通知義務違反の効果として、賃借人が貸借人に対し損害賠償責任を原則負う旨は、規定しない方向で検討すべきである。

### 【意見の理由】

貸借人であれば少なくとも賃借物について、賃借人に使用収益させるために管理する義務があり、仮に賃借人が貸借人に通知しなければならない事項について貸借人が知らなかったとしても、知りえるよう努力すべきであると考えられる。そうであれば、通知義務違反をしたことをもって、一般規定の債務不履行以上の責任(現在の提案要旨をみれば、通知義務の懈怠につき無過失責任であるように読み取れる)を負わせるべきではない。仮に賠償責任に関する定めをおくとすれば、一般の債務不履行よりも賠償責任の要件を

厳しくし、賃借人が故意に賃貸人に通知しなかった場合に何らかの賠償責任を負わせるように限定すべきではないか。そこまで定めなくとも、本通知違反の効果は、現行の一般規定の債務不履行責任から導かれるもので十分であると考え。

## (2) 賃貸物の修繕に関する賃借人の権利

賃借人が支出した必要費の償還について規定する民法第608条は、賃貸人が修繕義務を履行しない場合には賃借人が自ら修繕をする権限を有することを前提としていると解されている。これを踏まえて、賃借人が自ら必要な修繕をする権限があることを明文化することの当否について、賃貸人への事前の通知の要否など具体的な要件に関する問題を含めて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(2)イ[50頁]】

### 【意見の趣旨】

賃借人が自ら必要な修繕をする権限があることを明文化する方向で検討すべきである。また、賃貸人への事前通知を要する旨を定める方向で検討すべきである。

### 【意見の理由】

賃貸人が修繕を行うまで賃借人が何ら修繕できないとすれば、賃借人はそれまで壊れた目的物を利用しなければならず、非常に不都合である。意見の趣旨に記載の通り、賃貸人への事前通知を要する旨を定める(賃貸人の承諾までは不要)としても、賃借人の修繕権を認め、明文化するのが相当と考える。

## 6 賃借権の譲渡及び転貸

### (1) 賃借権の譲渡及び転貸の制限

賃貸人に無断で賃借権を譲渡したり賃借物を転貸したりした場合の賃貸人の解除権(民法第612条第2項)に関して、「賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合」に解除が認められないとする判例法理を明文化するとともに、これによって解除が認められない場合の法律関係を明確にすることの当否について、原則と例外の関係を適切に表現する必要性などに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(4)ア[57頁]】

### 【意見の趣旨】

判例法理を明文化する方向で検討すべきである。明文化の内容は、上記のような規範的要件に留めるべきであり、具体的な要件まで明示しない方向で検討すべきである。

### 【意見の理由】

当該判例法理は、無断転貸や無断譲渡がされた場合には原則として賃貸借契約を解除できるとした上で、特段の事情がある場合には例外的に賃貸人の解除権を制限するものであるから、「特段の事情」の具体的な要件を明文化することによって、一定の要件が認められれば一律に解除が認められなくなるような内容になってしまうと、原則と例外が

逆転してしまう結果となるので、相当ではないと考える。

また、一方で、賃借人の保護を考えたときに、「特段の事情」の具体的な要件を定めることによって、当該要件を満たさなければ常に賃貸人の解除権が認められるような限定列挙の内容になってしまう恐れがある。

賃貸人・賃借人いずれの利益を鑑みても、意見の趣旨記載の通り規範的要件に留めるべきと考える。

## (2) 適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との関係

適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との法律関係に関しては、判例・学説を踏まえ、転借人は、原賃貸借によって賃借人に与えられた権限の範囲内で、転貸借に基づく権限を与えられ、その限度で賃貸人に対して使用収益の権限を対抗することができること、転借人は賃貸人に対して直接賃料債務を負い、その範囲は原賃貸借と転貸借のそれぞれの賃料債務の重なる限度であることなどを明文化すべきであるという考え方がある。このような考え方については、転借人は賃貸人に対して目的物を使用収益する権限が認められるわけではないことを前提として、転借人が賃貸人に対して直接に義務を負うということの意味をより精査する必要があることや、賃借人(転貸人)の倒産時に賃貸人の賃料債権に優先的地位を認める根拠とその方法のあり方を考える必要がある等の指摘がされている。そこで、以上の指摘を踏まえつつ、適法な転貸借がされた場合における賃貸人と転借人との間の基本的な法律関係や直接請求権に関する規定の在り方について、更に検討してはどうか。

また、適法な転貸借がされた場合に、判例は、原賃貸借が合意解除された場合であっても、転借人に対して原賃貸借の消滅を対抗することができないとする一方で、賃借人の債務不履行によって原賃貸借が解除された場合には、転借人は目的物を使用収益する権限を失うとしており、このような判例法理を明文化することの当否についても、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第2,3(4)イ[59頁]】

### 【意見の趣旨】

賃貸人と転借人との関係につき、判例・通説の通り明文化する方向で検討すべきである。

また、適法な転貸借がされた場合には、合意解除と債務不履行解除の場合とで、転借人の保護規定をそれぞれ定める方向で検討すべきである。合意解除の場合は、賃貸人や転借人が望めば、転貸人は契約関係から離脱し、賃貸人と転借人との間に直接賃貸借契約が成立する方向で検討すべきである。

債務不履行解除の場合に、当然に転借人の使用収益権限が消滅するのではなく、弁済の機会を与えるなど、賃借人の債務不履行状態を解消させた上で、上記合意解除と同様の直接契約が締結できるようなチャンスを転借人に与える措置を定める方向で検討すべきである。

### 【意見の理由】

判例・通説をふまえた賃貸人と転借人との関係を明文化することについては意義があると考えられる。転借人の法的地位は、転借人の権限があくまで転貸借契約に基づく賃借権で、転借人が使用収益できる相手は、転貸人と考えるべきであり、賃貸人は転借人に対して賃貸人としての義務を負わないと考えるのが相当だからである。その上で、適法な賃貸借の場合には、賃貸人は転貸借を理由に原賃貸借契約を解除することができず、転借人は賃貸人に対して自らが使用収益することの受任を請求することができるという関係になることから、明文化するとすれば「賃貸人は、転借人がその転貸借に基づいて賃借物を使用収益することを妨げてはならない」という趣旨の定め方にすべきと考える。

また、原賃貸借が合意解除された場合には、賃貸人の都合で転借人の権利が侵害されないよう、原則として賃借人の地位を転借人が承継すると考えるべきである。賃借人の債務不履行解除の場合にも、意見書の趣旨記載の通り、何ら責任の無い（転借人も債務不履行に加担していた場合は別だが。）転借人の保護規定を定めるべきである。

## 7 賃貸借の終了

### (2) 賃貸借終了時の原状回復

賃貸借の終了時における賃借人の原状回復に関して、使用貸借についての簡略な規定（民法第598条）が賃貸借に準用されるのみである（同法第616条）という現状を改め、収去権とは区別して、賃借人の原状回復義務の規定を整備する方向で、更に検討してはどうか。その際には、賃借物に附属させた物がある場合と賃借物が損傷した場合の区別に留意し、後者（賃借物の損傷）に関しては原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記することの当否について、更に検討してはどうか。これを条文上明記する場合には、賃貸人が事業者であり賃借人が消費者であるときはこれに反する特約を無効とすべきであるとの考え方が併せて示されている（後記第62, 2 参照）が、このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

また、「原状に復して」（同法第598条）という表現は分かりにくいという指摘があることから、これに代わる適切な表現について、検討してはどうか。

【部会資料16-2第2, 4(2)[67頁], 部会資料20-2第1, 2[11頁]】

### 【意見の趣旨】

賃借人の収去義務と区別して賃借物の損傷に関する原状回復義務の規定を明文化する方向で検討すべきである。

原状回復の範囲については、国土交通省のガイドラインでは、通常損耗とは別に経年劣化という用語を用いて、その両方を賃貸人が負担すべきものとしていることを鑑み、同様の内容で明文化する方向で検討すべきである。但し、ガイドラインのように個別具体化して法律上定めることは困難なので、「通常損耗・経年劣化は賃貸人負担とする」というような規範的要件に留めてはどうか。

また、「原状に復して」という用語表現は分かり辛いので、これに代わる適切な表現を

検討すべきと考える。例えば、「借主は、借用物が損傷した場合には自己が負担すべき箇所のみを修繕ないしは修繕費用相当額を負担して、借用物を明け渡すものとする。」というような規定はどうか。

#### 【意見の理由】

賃借物に付属物が付いている場合には、附着させた物に関する所有権の所在とは関係なく、賃借人が契約締結後に賃借物に付属させた物について収去義務があることが原則であり、収去が困難な場合や、収去義務を排除するような特約がある場合には、例外的に収去義務が無い。これに対し、賃借物が損傷した場合には、契約上予定されていないような損傷が生じたときには賃借人が原状回復義務を負うこともあろうが、原則として通常損耗や経年劣化による損傷は賃借人負担であることが原則である。これを鑑みれば、原則と例外が逆の関係にある収去義務と賃借物の損傷に関する原状回復義務とは区別して明文化するのが相当であると考え。

また、原状回復義務の範囲を個別具体的に明文化することは困難である。これからの住環境が劇的に変化することも考えられるし、その都度法改正を行うことは困難だからである。何が通常損耗・経年劣化にあたるかということは、これまで通りガイドラインに委ね、ガイドラインを適宜改正することで柔軟に対応することが望ましいと考える。

## 第49 委任

### 3 報酬に関する規律

#### (1) 無償性の原則の見直し(民法第648条第1項)

受任者は特約がなければ報酬を請求することができないと規定されている(民法第648条第1項)ため、委任は原則として無償であると解されているが、このような原則は必ずしも現実の取引に適合するとは言えないことから、有償又は無償のいずれかが原則であるとする立場を採らず、条文上も中立的な表現を用いる方向で、更に検討してはどうか。

また、受任者が事業者であり、経済事業(反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの)の範囲内において委任契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきであるとの考え方(後記第62, 3(3))の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料17-2第3, 1(関連論点)2[29頁],  
部会資料20-2第1, 3(3)[20頁]】

#### 【意見の趣旨】

1. 委任については、有償又は無償のいずれかが原則であるとする立場を採らず、条文上も中立的な表現を用い、必要な場合には有償の場合、無償の場合といった書き分けをする方向で検討すべきである。
2. 受任者が事業を反復継続して行うことにより、収入を得ているものであり、経済事業の範囲内において委任契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設

ける方向で検討すべきである。

#### 【意見の理由】

1. 現行の民法において、委任契約は原則無償であるとされており、特約がなければ受任者が委任者に対し、報酬を請求することができない。しかし、取引関係が複雑化している現在においては、当然に無償が推定されるような委任契約や、有償が推定されるような委任契約も存在する。

現行では委任契約は、委任者及び受任者の間における信頼関係を基礎としているため、有償であろうと無償であろうとにかかわらず、受任者は委任者に対して善管注意義務を負うとしているが、当然に無償が推定されるような、簡単な事務の委任を受けた場合と、有償が推定されるような、複雑かつ高度な知識などを必要とするような事務の委任を受けた場合では、受任者の委任者に対する義務は、その重軽に違いがあって然るべきである。

以上のようなことから、現在のように有償又は無償のいずれかが原則という規定ではなく、それぞれの契約締結の事情や、合意内容により、判断されるとする方向で検討すべきである。また、有償である場合は無償である場合に比して受任者の責任が大きくなるような規定を置く方向で検討すべきである。

2. 商法上、承認がその営業の範囲内において他人のために行為をしたときは、相当な報酬を請求することができる（商法第512条）としているが、商人ではないが、事業を反復継続して行うことにより収入を得ているもの（弁護士や税理士等の士業者等）も存在しており、これらの者がその業務上の行為を委任された場合、一般の感覚から行っても有償であることに違和感はない。過去の判例においても、弁護士報酬につき、特段の定めがなくとも、相当な報酬を算定するべきであるとした判例が存在している（最判昭和37年2月1日民集16.2.157）。また、これらのものにおいては、無償性が推定されると、後日その報酬等の回収が保証されないため、緊急性の高い事務を履行することに躊躇し、かえって委任者に不利益となる場合も考えられる。民法第648条の規定は準委任にも準用されることから、例えば医師の行う治療行為等にも準用されると考えられ、緊急性の高い医療行為を、委任者が委任した場合にも、有償性を推定したほうが、一般の感覚からみても違和感がないと思われる。

よって、事業を反復継続して行うことにより、収入を得ているものがその業務上の範囲内の委任契約を締結したときは、有償性が推定されるという規定を設けるべきである。

#### 4 委任の終了に関する規定

##### (2) 委任者死亡後の事務処理を委託する委任（民法第653条第1号）

委任者が自己の死亡後の事務処理を委託する委任の効力については、特段の規定が設けられていないことから、規律を明確にするため、新たに規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

その場合の規定内容として、遺言制度との整合性を図る観点から、委任事務の内容が特定されていることを要件として認めるべきであるとの考え方があるが、その当否について、更に検討してはどうか。【部会資料17-2第3,5(2)[47頁]】

【意見の趣旨】

1. 委任者と受任者の間で、死亡後の事務処理を委託する契約を書面とした場合においては、委任者の死亡によって委任が終了しない旨を新たに規定する方向で、更に検討すべきである。
2. 死後事務の委任として契約できる事項は、死亡後の財産関係の清算関係については遺言をすることができるのであるから、遺言できる事項以外の、葬儀・埋葬・供養に関する事項及びその事務に関する費用・報酬等に限る方向で更に検討すべきである。
3. 委任された死後事務を受任者が適正に処理している場合には、委任者の相続人の解除権を制限する規定を設ける方向で、更に検討すべきである。

【意見の理由】

1. 委託者が受託者との間で死亡後の事務を委任することは、事実上広く認められており、判例においても、死後の事務を委任する場合には、委任者の死亡により当該契約の効力は当然に終了するものではない(最判平成4年9月22日 金法1358号55頁)としている。

公益社団法人リーガルサポートにおいては、定型の死後事務委任契約を作成し、継続的見守り契約及び財産管理等委任契約及び任意後見契約に付随する契約として締結することとしており、委任者の死亡後、菩提寺や親族等への連絡事務・葬儀、納骨、埋葬、永大供養に関する事務等を受託する契約を締結している。

これらの契約に基づき、実際に委任者が死亡した後、受任者が契約締結内容に従い、法的・事実的行為を処理しており、一般市民に対しても広くその業務が周知されているものである。

しかしながら、現行の民法上には、明確に死後事務の委任に関する規定がなく、民法第653条1号において「委任者又は受任者の死亡」が委任の終了事由として規定されていることから、民法第653条1号は任意規定であり、当事者が別な意思表示をすればそれに従うという部分の解釈によって運用しているのが現実である。また、前述の判例においても、その法的性質については、委任契約によるものなのか、停止条件付の贈与契約によるものなのか、判然としないところであり、委任者の相続人により、死後事務の委任を撤回できるのかどうかについてもやはり判然としていないところである。

したがって、この点については、民法上に死後事務の委任ができる点を明確に規律することが望ましい。

2. 死亡事務の委任ができることとなったとしても、受任者が死亡した後の財産についての清算関係は、そもそも遺言によって指定できる(民法964条)のであるから、必要があれば遺言をすればよいということになる。しかし、遺言によって指定できる

のは、法定事項に限られ、その他の事項に関しては、付言事項として書き加えることができるのみで、法的拘束力が発生するものではない。

また、自己の死亡後の供養や生前の医療費や介護施設への費用の支払い、金融機関や役所に対する死亡に関する届出事務など、遺言では対応できない事務もあり、これら委任者の死亡後速やかにやらなければならない事務については、相続人への事務の引継ぎを待っていたのでは適正な処置ができない場合も多い。

ところが、受任者が死亡後の事務処理をした後、相続人に対し残余財産の交付などを行う際、相続人との間で争いとなることも少なくない。

このような争いを避けるためには、委任事項及びその範囲が明確であり、本人の意思に基づいた処分がされることが必要となる。このような要件を満たすためには、あらかじめ書面で契約するなどの要式性を求め、後日の争いを避けるように配慮した規定をあらかじめ求めるべきである。

3. 現行法のように特に死後事務に関する委任についてなんら既定がされていない場合は、仮に、委任者が受任者に対して書面等によって死後事務を委任したとしても、委任者の死亡後に、その委任契約を解除できる地位を包括的に承継した相続人が、その解除権を行使してしまうということも考えられ、解除権が行使された場合には、結局委任契約は解除されてしまうこととなる。

委任者が死亡した場合、受任者を監督する立場である委任者の地位が委任者の相続人に引き継がれるため、解除権の行使はいわば委任者の相続人の権利であるといえる。しかし、委任者が望んだ死後事務の内容を良しとしない委任者の相続人が、委任者の意思に反して解除権を行使すれば、委任者が書面等により結んだ委任契約が無意味なものとなってしまふ。

したがって、委任された死後事務を受任者が適正に処理している場合には、委任者の相続人の解除権を制限する規定を設ける方向で、更に検討すべきである。

## 第56 新種の契約

### 1 新たな典型契約の要否

民法で定められている典型契約について、同法制定以来の社会・経済の変化や取引形態の多様化・複雑化などを踏まえ、総合的な見直しを行い、現在の13種類の契約類型で過不足が無いかどうか、不足があるとすれば新たに設けるべき契約類型としてどのようなものがあるかを検討する必要性が指摘されている。このような問題意識を踏まえ、すでに個別的な論点として、ファイナンス・リース（後記2）のほか、準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定（前記第47）などが取り上げられているが、このほか、典型契約として新たに定めるべき契約類型の有無及びその内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料18 - 2第4, 1[42頁]】

【意見の趣旨】

典型契約はなるべく増やさない方向で検討すべきである。

【意見の理由】

情報化，グローバル化が高度に進行した現在社会においては，現民法制定時に比べ，極端に契約形態の多様化が進んでおり，又その変化のスピードが格段に増している。その多様化した契約を逐一民法に取り込むということは，民法の基本法であり大改正を頻繁に行うべきではないという性質を考えたときに，違和感を感じる。あくまで民法では一般化，抽象化された契約のみを規定し，多様化した契約にはなるべく特別法や規制などで対応すべきである。

## 2 ファイナンス・リース

ファイナンス・リースに関しては，現代社会において重要な取引形態として位置づけられること，民法の典型契約のいずれか一つに解消されない独自性を有していること，ユーザーを保護する必要性の高い類型のリースがあること等を指摘して，これを典型契約として規定する必要があるとする意見がある一方で，その多くが事業者間取引であること，税制や会計制度の動向によって利用状況が左右される取引類型であること等を指摘して典型契約化の必要性を疑問視する意見や，仮に現在の実務と異なる規定内容となった場合の実務に与える影響を懸念する意見など，様々な意見がある。これらの意見に留意しつつ，ファイナンス・リースを新たな典型契約として規定することの要否や，仮に典型契約とする場合におけるその規定内容(部会資料18-2第4，2(2)以下[45頁]参照)について，更に検討してはどうか。

【部会資料18-2第4，2[43頁]】

【意見の趣旨】

ファイナンス・リースは，民法で規定すべきではない。

【意見の理由】

ファイナンス・リースは賃貸借契約，売買契約等の複数の契約の集合体であるが，これまでもファイナンス・リースを巡る法的問題については既存の典型契約で対応しており，また，あくまで民法では一般化，抽象化された契約のみを規定すべきであることから，あえてファイナンス・リースを民法において典型契約として規定すべきではない。また，現在のファイナンス・リースは，リース物権も資産計上しなければならなくなったことや，情報処理化が進んだことによりリース物件も自己資産もその管理にさして差がなくなったことなどにより，大きなメリットはなくなっており，実務上は，割賦分割購入と同様の意味しかなさなくなっている。ファイナンス・リースに関しては，現在利用者側のメリットも大きくなくなったことからその契約数の今後の減少も考えられることから，あえて民法の典型契約とすべきではない。