

大司発第 390 号  
平成 23 年 7 月 29 日

法務省民事局参事官室 御 中

大阪府中央区和泉町 1 丁目 1 番 6 号  
大阪司法書士会  
会 長 山 内 鉄 夫

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に関する意見書

時下、ますますご清祥のこととお慶び申し上げます。

さて、平成 23 年 6 月 1 日に公示された「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対して、大阪司法書士会（以下「当会」といいます。）は、下記のとおり意見をとりとめましたので、提出いたします。

また、参考資料として、当会内の特別組織である債権法改正研究ワーキングチームにてとりとめた意見書を併せて提出いたします。

## 第1 5 (1) 利率の変動制への見直しの要否 について

### (意見の趣旨)

法定利率については、政令で定めることとし、特に変動の頻度・周期を定めず、見直しをする一定の基準を定め、必要に応じてその都度定める方式をとられたい。

### (意見の理由)

現行の民事法定利率である年5%については、現在の経済状況においては高すぎるとの指摘がなされており、市場金利と連動した利率の変動制を採用することには賛成する。しかし、短期間のスパンで法定利率が変動すると、実務上混乱を招きかねず、全体としてコストも増大すると思われる。同制度は、国民にとってわかりやすく計算も容易なものでなければならず、見直しをする一定の基準を定め、社会情勢の変化に応じ政令で定めることとすべきである。

### 第3 2 (2) 「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方 について

#### (意見の趣旨)

債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を、契約の拘束力に求めることについては妥当であるが、「債務者の責めに帰すべき事由」の文言を他の文言に置き換えることについては慎重に検討すべきである。

#### (意見の理由)

- 1 帰責原理面で「過失責任の原則」を採用せず、契約自由の原則に基づき、当事者間の合意により危険が分配されることを原則とする趣旨は取引実務に合致し賛成するが、文言を他の文言に置き換えると、文言によっては、当事者間の力関係の差によっては不合理的な結果をもたらす場合がある。
- 2 これに対して、損害賠償の範囲や免責条項が、どの程度であれば認められないのかが不明確であれば実際の取引において指針とならないとの不都合もある。
- 3 よって、「債務者の責めに帰すべき事由」の文言は維持すべきである。仮に他の文言に置き換える場合には慎重に検討し、具体的な解釈は「賃貸借契約の原状回復義務のガイドライン(国土交通省住宅局)」のように、国によるガイドラインを作成し、補完されていくべきと考える。

### 第9 3 (1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する方法 について

#### （意見の趣旨）

債権者代位権の行使によって回収すべき財産は、まず、代位債権者の債権の充当に優先されるように規定すべきである。また、代位債権者が自己の債権額以上の金員を受領してしまわないために、第三債務者に対して代位債権者への直接交付を請求するのではなく、供託することを求める制度にする仕組みを作るべきである。

#### （意見の理由）

- 1 債権者代位権の行使をした者は、自らの手間と費用をかけて、債権の回収を図る努力をしている。そのように努力した代位債権者は、代位権の行使によって自ら受領した財産の債務者への返還債務と、代位債権者自身の債務者への債権を相殺することによって事実上の優先弁済権を受けることができる。
- 2 ところが、代位債権者が、権限を逸脱して第三債務者から自己の債権額以上の金員を受領し、費消してしまう、といったことが発生すると問題である。散逸した財産は、不当利得返還請求権を行使することによって再び回収を図るということが理論上可能であるが、実際には回収不能となる危険性もあり、それが常態化すれば、金銭を回収した者が不当に利益を享受してしまう局面を法律が作りだすことになる。
- 3 そのため、代位債権者による事実上の優先弁済権を否定し、債権者代位権を総債権者のために行使するということになれば、債権者代位権を行使することへのインセンティブがなくなり、『お飾り』の法律となる危険性もある。
- 4 そうであるならば、総債権者の利益と先行者の利益を調整する制度として、供託制度を利用すべきである。ただし、現状ではこのような場合の供託原因がないので、供託原因の拡張を検討されたい。
- 5 よって、代位債権者は、第三債務者に対して、債権者代位権の行使によって回収すべき財産を自らに直接交付を請求するのではなく、供託することを求める制度にあらため、供託物は、代位債権者に優先的に払い戻される制度にすべきである。

## 第10 1 (1) 債務者の責任財産の回復の方法 について

### (意見の趣旨)

詐害行為取消権は、債権者平等の原則を貫徹して、一般債権者の債権の引当となる責任財産保全制度としての機能を全うする規定とし、その法的性質を責任説に立脚しつつ、その要件及び効果を条文上明確化されたい。

### (意見の理由)

1 本来、契約自由の原則により、債務者による財産処分行為は自由に行われるものである。但し、民法はその例外として、一定の要件のもと、取消債権者が、強制執行準備のために債務者の財産処分権原を制限できるものとして詐害行為取消権を設けた。しかしながら、現行条文では文言が簡素に過ぎるため、その法的性質のみならず要件や効果についても、解釈論で解決することには限界がある。

2 判例は、詐害行為取消訴訟を、法律行為の取消権と財産の取戻請求権（形成訴訟と請求訴訟）の双方が合わさったものとし、訴訟当事者は、取消債権者と受益者・転得者であり、その効力は相対効であって、債務者にその効力は及ばないとする。

しかしながら、そのような判例理論では、取り消された後、債務者の元に戻った目的物について、取消債権者が既判力の及ばない債務者に対し強制執行できることを正しく理論付け出来ないなどという問題点があり、又、取消債権者への直接引き渡しを認めた結果、取消債権者が一般債権者の為の責任財産保全を図る以上の権能を有することとなるという問題点もある。

3 上記の理論的整合性を図り、詐害行為取消権行使の本来の目的である一般債権者の債権の引当となる責任財産保全制度としての機能を全うする規定であることを改めて確認するならば、その法的性質を責任説に立脚しつつ、詐害行為取消権行使の結果、詐害行為によって逸失した債務者財産を受益者・転得者のもとに帰属させたままで、強制執行できる財産として扱い（責任説）、よって、責任財産保全機能を全うすることができるものと捉えたうえで、既判力及び判決効の拡張の範囲・方法について民事訴訟法及び民事執行法との接続の問題も考慮しながら、その規定を明確化すべきである。

## 第10 2 (1) ア 被保全債権に関する要件 について

### (意見の趣旨)

詐害行為取消権の要件は、倒産法上の否認権の要件等との整合性を考慮し、債務者側の客観的、主観的要件について取消しの対象行為の範囲を抑制的に認める立場を支持し、規定を明確化するととの立場を支持する。

### (意見の理由)

- 1 詐害行為取消権は、その行使の場面において倒産法上の否認権（破産法160条、民事再生法127条等）と共通の権能を有するものである。
- 2 ところが、平成16年の破産法等の改正により、資産の清算手続きという側面を持ち、より債権者平等が強調されるべき局面で適用される破産法よりも、平時において機能する民法規定である詐害行為取消権の適用範囲の方が広くなるという、いわゆる「逆転現象」が生じ、両法のバランスを失っている。
- 3 そこで、客観的要件である行為の詐害性要件について、破産法の否認権行使要件との整合性を図り、よって逆転現象を解消させる方向で各行為類型毎の規定を設けるよう検討されたい。

### 第13 2 (1) 総論及び第三者対抗要件の見直し について

#### (意見の趣旨)

- 1 債権譲渡の第三者対抗要件は、債権譲渡登記による方法と譲渡人からの確定日付ある通知又は債務者の確定日付ある承諾による方法を併用すべきである。
- 2 上記の債権譲渡通知は、その到達日時について証明されたものに限るべきである。
- 3 債権譲渡登記による第三者対抗要件を具備した譲受人は、確定日付ある通知承諾により第三者対抗要件を具備した譲受人に対抗できるものとするべきである。

#### (意見の理由)

- 1 債務者をインフォメーション・センターとすることで債権譲渡の事実を公示することを予定した民法の対抗要件制度については、債務者に回答義務が課せられていないため公示性が劣る、競合する債権譲渡の優劣について債務者に判断を強いることとなる、通知による対抗要件具備の時期が確定日付ではなく債務者への到達時点とされているため、確定日付が限定的な機能しか果たしていないといった批判がある。
- 2 現在、法人が行う金銭債権の譲渡については、債権譲渡登記により第三者対抗要件を具備することが認められている。債権譲渡登記制度は民法の対抗要件制度と比較し、概要記録事項証明書により譲渡人に係る債権譲渡登記の有無が確認できるため公示性が高く、また、登記受付日時の先後により競合する債権譲渡の優劣を決するため債務者にその判断を強いることがない、対抗要件具備の時期が登記の受付時点で明確であるといった点で、より安全な取引に資する方法といえる。
- 3 しかし、現行制度では債権譲渡登記と民法の対抗要件制度という2つの制度が並存しているため、譲受人は二重譲渡のリスクを回避できず、また、登記の適用場面が法人が行う金銭債権の譲渡に限られているため、債権譲渡登記の有用性が十分活かされていない。
- 4 債権譲渡の公示性を高め債権の安全な取引を実現するためには、対抗要件を債権譲渡登記に一元化することが考えられるが、債権譲渡登記手続は煩雑であり、登記にかかるコストも高いため、費用対効果のバランスを欠く場面があるといった批判がある。  
そこで、債権譲渡の対抗要件として債権譲渡登記と確定日付ある通知承諾を併用することとし、簡便な手続による対抗要件具備も認めるべきと考える。
- 5 一方で、登記のコストを負担してでもより安全に債権を譲受けたいと考える者の利益を保護するため、債権譲渡登記を受けた譲受人は確定日付ある通知承諾により第三者対抗要件を具備した譲受人に対抗できるものとし、これから債権を譲受けようとする者が、登記の有無を確認することで自己に優先する債権譲渡の存在を確認できるようにすべきである。
- 6 また、債権譲渡通知については、通知に付された確定日付の先後ではなく債務者への到達の先後によりその優劣が決するため、通知の到達時期について債務者の認識に拠るところが大きく債務者に過度の負担を強いている。そこで、債権譲渡通知については、債務者への到達日時について証明されたものに限り対抗要件として認め、対抗要件具備の時期の明確化を図るべきである。

## 第17 2 (2) 利害関係を有しない第三者による弁済 について

### (意見の趣旨)

債務者の意思に反する場合も含め第三者弁済を有効とし、弁済を受けた債権者を保護することには賛成であるが、正当な利益を有する者以外の者が、債務者の意思に反して弁済したときには、求償権を取得しないと一律に規定することには反対する。

### (意見の理由)

- 1 正当な利益を有する者以外の者であっても、例えば債務者の家族などで弁済することにつき事実上の利害関係を有する者や、家族又は知人等が善意で弁済することも考えられる。このような場合に、狡猾な債務者が自己の意思に反した弁済であることを主張して、弁済・求償を共に免れることは是認できない。
- 2 求償権を制限する理由として、正当な利益を有しない者が債務者の意思に反して弁済した場合に、第三者弁済をした者からの債務者に対する過酷な求償が懸念されているようであるが、債務者はそもそも弁済する責を負っており、違法な手続・手法により求償された場合は格別、適法な手続・手法に則り求償される限りは、原則として弁済義務・求償権の被行使から免れる理由があるとは思えない。
- 3 もっとも、適法な請求であったとしても、第三者弁済した者が反社会的勢力に属する者であった場合などは別であると思料する。このような場合には、違法な請求や監督官庁からの指導指針等に违背する行為が行われたり、債務者が心理的なプレッシャーにより義務のない行為を行ったりする虞がある。
- 4 以上を考慮し、正当な利益を有する者以外の者による債務者の意思に反する弁済を、一律に求償権の不取得事由とせず、第三者弁済した者の属性も考慮して求償権取得の可否を規定すべきと思料する。

そこで、具体的な方法として、次の2案を提案する。

- (案1) 債務者の意思に反した第三者弁済により求償権の取得を制限される対象者から、「正当な利益を有する者」の他に、親族並びに不動産又は動産の占有者で強制執行によりその占有を失う虞のある者を除外する。
- (案2) 債務者の意思に反した第三者弁済による求償権の取得制限事由として、「第三者弁済した者が自己の不当な利益を図り又は債務者に損害を加える目的で第三者弁済した場合」を規定し、その上で「第三者弁済した者が、反社会的勢力に属する者である場合、反社会的勢力に属する者であることを明示若しくは暗に表示した場合には、自己の不当な利益を図り又は債務者に損害を加える目的で第三者弁済したものと推定する」旨規定する。



## 第18 2 (1) 相殺の遡及効の見直し について

### (意見の趣旨)

相殺の遡及効を廃止することには反対する。

### (意見の理由)

- 1 現行民法は、相殺の要件として、当事者の一方による意思表示を必要とした上で(506条1項)、その効力が相殺適状の生じた時に遡及して生ずるとしている(同2項)。これは、相殺に遡及効を認めることが、相殺適状により債権債務が清算されているという当事者の期待に合致し、公平であることを理由とするものである。言い換えれば、相殺における「債権債務が清算されているという当事者の期待」や「当事者の公平」は、相殺の存在意義でもある。
- 2 ところで、法制審議会は、検討事項として相殺の遡及効の廃止を挙げている。その理由は、当事者間の特約により相殺の意思表示がなされた時点で差引計算するという実務上の処理(主に銀行等との取引を前提にしているものと考えられる。)、不利益を被る当事者は相殺適状に至った後直ちに相殺の意思表示をすれば足りること、現行民法の考え方である意思表示主義に親和的であることとされている。
- 3 上記の については、そのような実務上の処理が“一般的”であるとは言えないのであり、については、特に消費者が相殺の意思表示ができるものとは困難であると考えられる。また については、“親和的”であることがそのまま相殺の遡及効の廃止にはつながらないものである。
- 4 以上のとおり一般原則である民法においては、現行民法の規定を維持し、相殺の遡及効を認めることが相当である。

## 第20 1 免除の規定の見直し について

### (意見の趣旨)

民法(債権法)改正検討委員会によって提案されている免除の意思表示に対するみなし合意を採用するのであれば(【3.1.3.40】)、その免除の効力発生時期を相当期間経過後とすべきである。

### (意見の理由)

1 民法(債権法)改正検討委員会は、現行民法の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、免除を契約として構成し、債権者と債務者の合意が必要であると提案している。(【3.1.3.40】)

2 免除の効力に債務者を関与させることが相当であることの理由として、免除は原則として債務者が利益を受けるものであるが、債権者からの一方的な行為によって利益を受けることを良しとしない債務者も存在する、免除による債務の消滅は場合によって債務者が不利益を受ける場合がある、という2点が挙げられる。

本提案の内容は上記理由を反映させているものとして賛成できる。

3 本提案では、免除の効力発生時期は合意の成立した時としているところ、債権者と債務者の合意によって免除される場合には、その時期は明確である。

一方、債権者と債務者の合意がない場合を想定して、債権者の債務者に対する免除の意思表示に対して相当期間内に債務者の異議がない場合に免除の合意が成立したものと擬制することを提案しているが、これは免除の効力が発生することそのものを規定するものであって、合意の時期、すなわち免除の効力発生時期については明確に規定していない。

4 法律関係の明確化、当事者、とりわけ債務者の保護の観点から、債権者と債務者の合意がない場合における免除効力発生時期については、民法(債権法)改正検討委員会の提案する「相当期間経過時に免除の効果を生じる」旨を規定することが相当であると考えられる。

### 第3 1 2 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項 について

#### (意見の趣旨)

個別に交渉された条項についても、不当条項規制を及ぼす余地を残すべきである。

#### (意見の理由)

- 1 不当条項に関する規制は、現行民法では、個々の契約条項の合理的な解釈によるほか、同法90条のような一般条項の解釈に委ねられているため、法的安定性に欠けるところがある。そこで不当条項に関する規定を民法に設けるべきではないかとされているが、その中においても、個別に交渉された条項については、不当条項規制を及ぼすべきではないという考え方が提示されている。
- 2 個別の交渉を経て採用された条項について、不当条項として規制される場合というのは、実質的に条項の内容が不当な場合であり、それを形式的に交渉したことを理由として(内容が不当であるのに)容易に不当条項規制を潜脱するようなことはあってはならない。
- 3 消費者取引のみならず事業者間における契約においても、情報量や交渉力の格差がある場面では、劣位にある当事者はある条項の効果を理解できず、理解できたとしても適切な契約交渉が困難であるので、当事者間で実質的な交渉が行われたとしても、それで直ちに内容の不当性が解消されるわけではないと思われる。
- 4 不当条項があったとしても、交渉がなされた場合には常に規制から除外されるならば、交渉の有無をめぐって紛争が生じ、迅速な解決の妨げになる虞がある。
- 5 内容がきわめて不当な場合には交渉の欠如が窺われるなど、交渉と内容の不当性は一体のものとして考えるべきである。
- 6 個別交渉条項を不当条項規制の対象から外して信義則違反の暴利行為として処理すべきだという考えも成り立つ。しかし、契約には様々なタイプのものであり、それだけでは処理しきれないものもあると思われるので、構造的な格差があるものについては、たとえ個別交渉を経ていたとしても不当条項規制を及ぼす余地を残すべきである。

### 第36 3 (1) 時効の援用等 について

#### (意見の趣旨)

消滅時効の効果を、履行拒絶権が発生するものとするには反対する。

#### (意見の理由)

- 1 現民法において、消滅時効の効果は、債権その他の権利が消滅するものとされ、また、抵当権、保証等の物的、人的担保は、被担保債権に対する附従性を有するものとされている。その結果、被担保債権が時効消滅すれば、担保権も消滅することになり、債務者のみならず、保証人、物上保証人も被担保債権の時効を援用することにより自らの責任を免れることができる。
- 2 これに対して、時効の効果を履行拒絶権が発生するものとする、被担保債権について時効の効果が発生しても被担保債権は消滅せず、担保権や保証債務も消滅しない結果が生じる。これは、債務者のみならず、保証人や物上保証人について、現民法での法的状況を大幅に変更するものである。
- 3 確かに、時効が訴権の消滅という沿革を持つことから、諸外国の多くが履行拒絶権を採用しており、また、時効の効果発生後に債務者が債務を弁済した場合、履行拒絶権で構成すれば、債権者に給付保持力は残るため、債務者からの給付返還請求を認めない根拠として説明しやすい。
- 4 しかし、たとえ履行拒絶権が時効の本質であったとしても、我が国では、これまで、時効の効果は消滅するものとして実務が積み重ねられてきており、現状において、効果を変更すべき弊害は生じていない。また、時効の効果発生後の弁済の取り扱いについて、債務者からの取り戻しを認めないことに異論はないのであるから、別途債務者の返還請求を封じる規定を置くことで対応すれば十分である。
- 5 したがって、特に担保権や保証債務について、現民法と全く異なる結果を導いてまで、履行拒絶権を採用する必要性も合理的理由もない。なお、担保等に関する弊害の対処として、履行拒絶権の採用に合わせて時効により担保権や保証債務が消滅する旨の規定を置くことも提案されているが、そのような規定を設けるとすれば複雑な規定となり、国民にとってわかりづらいものとなるので賛同できない。

### 第37 2 強行規定と任意規定の区別の明確化 について

#### (意見の趣旨)

強行規定と任意規定の区別の明示をするという考えについては賛成であるが、現実には全てを明確に区別することは困難であると思われるので、少なくとも合意が制限されているかどうかの区別がつきやすいような明示はすべきである。

#### (意見の理由)

- 1 強行規定とは一般に社会秩序の維持や弱者保護などのために当事者の合意があっても排除できない規定をいうが、契約を締結するなどする際に強行規定かどうかの判断ができないと不都合が生じる場合があり得る。
- 2 しかしながら、規定と異なる合意を法が許容するかどうかは強行規定の目的や代替措置の有無などによって異なり、完全に区別をすることは難しいのも現実である。
- 3 ただ、仮に強行規定と断定することが困難な規定であっても、不明確なものをそのまま放置するのは契約締結の際の予測可能性を奪うことになり、望ましくない。強行規定と任意規定の区別を明確にできないような規定であっても、例えば「規定に反する合意は特段の事情がない限り無効とする」といった形で当事者の合意が制限されているということを明示することによって契約を締結する際の予測可能性を確保すべきである。
- 4 ところで、強行規定は民法だけではなく、借地借家法などの特別法でも存在するが、特別法の規定の認識ができない場合も、予測可能性を奪うことになるので、民法にそのような規定があることをなんらかの形で明示するか、契約に関する特別法の周知を積極的に行うべきである。

なお、個々の強行規定に反する合意が認められるか否かの判断基準については、トラブルの多い契約類型において、ガイドライン等を作成して、どのような合意が強行規定に反するとして無効になり得るか等についての一定の判断基準を示すことによって、契約締結の際の予測可能性が高まるものと思われる。

#### 第40 1 (1)売主の対抗要件具備義務

#### (2)買主の受領義務

##### (意見の趣旨)

不動産売買契約の売主の義務として対抗要件具備義務を、買主の義務として登記引き取り義務を規定すべきである。

##### (意見の理由)

1 現民法は、財産権の帰属の変更は当事者間の意思表示によって生じるものとしつつ(176条)、不動産の帰属変更を第三者に対抗するためには、所定の対抗要件の具備が必要であるとしている(177条)。この結果、対抗要件制度が存在する不動産売買について、買主が財産権を確定的に取得し、第三者からの権利主張を排除するためには、対抗要件の具備が必要である。

2 ところで、AがBに不動産を譲渡するとAは無権利者になるにもかかわらず、同一不動産をAがCに二重に譲渡し、Cが登記を経由すると、Cが確定的に所有権を取得することになるので、意思主義と対抗要件制度との間には問題が存在する。

3 しかし不動産売買契約を例にとると、売買代金全額支払い時に所有権移転の効力が生じるとのいわゆる所有権留保特約が付されることが一般的であり、併せて売主に所有権移転登記義務と物件引き渡し義務を課し、これらは同時に履行することとされている。つまり、契約当事者は所有権移転時期を自由に定めるが、それと代金支払い・登記・引き渡し等の売主買主双方の義務履行をセットにして考えているのである。このように不動産の物権変動においては意思主義と対抗要件制度は矛盾せず、補完関係にあると考えられる。また、不動産の物権変動において登記が必要であることは広く理解されており、登記をしないことの方が特約として扱われている。登記が効力要件であるとの認識が示されることさえ珍しいことではない。

4 不動産売買の売主の義務として対抗要件具備義務を課すことは、一般の常識に合致するとともに、現在の不動産取引慣行に合致しその安全に資するものであり、明文規定で法定することが適当である。

5 買主の登記引き取り義務については、買主の非協力によって所有権登記名義の移転がないことの弊害、例えば工作物所有者責任の負担、納税義務の継続等がかねてから指摘されているところであり、現実に登記引取請求権を訴訟物として、売主が買主を提訴しなければならない状況は稀ではない。また前記のとおり、登記は単なる対抗要件ではなく、不動産取引の重要な要素であり、当事者が恣意的に排除しないのであれば必ずしなければならないものである。さらに不動産登記法は共同申請主義を採用しており、売主に登記義務を課すこととの平衡を考えると、買主についても同様に登記義務を課すことが適当である。

6 なお、不動産登記法で登記することができると定められた権利、例えば賃借権【3.2.4.A】についても、所有権と同様の理由から、契約で排除できるにしても、登記権利者・登記義務者双方に登記義務を課すのが適当である。

#### 第43 1 成立要件の見直しの要否（民法549条） について

##### （意見の趣旨）

贈与の成立要件に関して、書面によることや目的物を交付することを必要とすること（要式契約化・要物契約化）には反対する。

##### （意見の理由）

- 1 原則として、契約は意思の合致があれば成立する（諾成契約）ことが、一般に広く理解されている。例外的に、諾成契約ではないものとして、要式契約としての保証契約や要物契約としての消費貸借契約などがある。
- 2 このうち保証契約は、「書面でなければ、その効力を生じない」として要式契約とされている（446条2項）。これは、従前は諾成契約であった保証を慎重にさせるために保証意思が外部に明らかにされていることを求める保証人保護の要請などから、平成16年に改正されたものである。
- 3 慎重にさせるという意味においては、無償で財産を譲渡する場合にも同様の効果を求める意見も存在する。しかしながら、自己の意思で保証人になるとはいえ、他人の債務の保証をすることを積極的に望むことは通常は考えられず、場合によっては多額の負債を負う望まない結果が生じる保証契約と、自己の財産を自己の意思で単純に他に譲渡し、自己の望む結果が生じる贈与契約を同列に扱う必要性は存在しないと考える。

なお、書面によらない贈与の場合には、現行法上においても未履行部分は撤回できることになっており、無償契約である口頭の贈与契約の法的拘束力を弱めることにより、その拘束力は調整されていることから、要式契約化及び要物契約化はその必要性が存在しないと考える。

#### 第4章 5 抗弁の接続 について

##### (意見の趣旨)

物品等の購入契約等を締結する際に第三者との間で与信契約を締結した場合に、購入者等が供給者に対して生じている事由をもって与信者に対抗することができる、いわゆる抗弁の接続規定を新設するべきであるとの考え方には賛成する。しかし、同規定は消費貸借の章のみに規定されるべきではない。また、消費者契約に関する特則ではなく、第三者与信型の契約に関する一般規定とすべきである。

##### (意見の理由)

1 現代社会においては、複数の契約が相互依存的に成立することによって1個の取引を達成するという契約が増加しており、複数契約の一部にトラブルが生じた際に、どのように解決を図るべきかが問題となる。

今般の民法改正にあたり、複数契約の無効や解除に関する規定が検討されているが、仮にそれらの規定が設置されたとしても、次に述べるように、それだけでは妥当な解決に至りえない場面がある。

2 第三者が与信する契約としては、立替払い契約、ローン提携販売契約、リース契約などがあげられる。前述の複数契約の無効・解除の規定が設置された場合、購入者等が供給者の行為によって購入契約等を取り消しまたは解除をすれば、立替払いやローン提携販売の契約であれば、これらの与信契約も取り消しまたは解除され、購入者等に一定の救済が可能となる。

しかしながら、リース契約の場合、形式的にはユーザーと供給者は直接の契約関係にないため、ユーザーが供給者の販売行為等に起因する事由によってリース契約を取り消すことや解除することは困難である。第三者の与信によって目的物を購入(利用)するという目的は同じでありながら、契約形態によって結果が大きく異なることになってしまう。

近年、いわゆる提携リースによるトラブルが多発しているのは、ユーザーの供給者に対する抗弁自体が成立し難いことが一因である。キッチン関連機器、浴室関連機器、自動車など、一般家庭においても多くのリース商品が提供されていることを考えれば、今後も提携リースによるトラブルが増加する可能性は高い。

3 このような状況を鑑み、かつ今後、取引形態はより一層多様化することを考慮すると、個々の契約形態から離れて、無名契約を含め第三者与信型の全ての契約類型に共通して適用される規定が必要である。その場合、以下の3点に留意されたい。

いわゆる加盟店契約などを念頭に、複数契約の相互依存性や密接関連性などの契約成立要素を判断基準とすべきであること。消費者保護規定ではなく、事業者にも適用される一般規定として策定すべきであること。複数契約の構造に起因する問題は、当事者の属性に左右されるものではないからである。抗弁の接続に限らず、契約の終了や目的物の返還等、第三者与信型契約に共通する一般ルールを置くべきであること。経済的に一体性をもつだけでなく、契約締結過程においても一体性がある場合には、契約の効力等についても一体性を持たせるべきだからである。



#### 第46 1 使用貸借契約の成立要件 について

##### (意見の趣旨)

使用貸借の成立には目的物の引渡を効力要件とする現行法を維持すべきである。

##### (意見の理由)

- 1 使用貸借の成立について、現行法の要物契約から諾成契約へと変更すべきであるとの意見がある。その意見によれば、諾成契約となった場合に使用貸借が恩恵的な性格を有することから、強制履行になじまない場面が存在することを否定できないとしても、すべての無償の物の利用契約についてそのような性格が当てはまるわけではないこと、又、使用貸借が無償であるにしても、それが借主にとって重要な意味を有し、その合意を前提として行動するという状況が考えられ、また、そうした利益を法的に保護する必要性があるというのである。
- 2 しかし、民法(債権法)改正検討委員会の提案によると、合意の拘束力を緩和するために貸主が使用貸借の目的物を引き渡すまでは、各当事者は使用貸借を解除することができる引渡前解除権を有するため(【3.2.5.02】)、引渡直前になって使用貸借契約が解除されることも考えられる。この場合は借主の利益の保護という点では現行法と変わらない結果になる。なお、この引渡前解除権は、書面によって合意したときは、排除できると規定しているが、そもそも賃貸借と異なり使用貸借において契約書面を作成する場面は多くないと思われる。現行法であっても予約を用いれば、ある程度は借主の期待を保護できる。
- 3 仮に諾成的合意により成立するように改正するのであれば、新たに引渡前解除権を規定するよりは、現行法の贈与のように物を引き渡すまでは撤回できるものとし、書面による合意の場合は撤回できないとするほうが、借主の期待権の保護につながり分かりやすいと思われる。使用貸借を書面で合意するにしても契約書面に引渡前解除権を排除する条項を記載する場面が想定し難いからである。
- 4 よって、現行法を改正してまで諾成的合意による使用貸借を導入する必要性はないように思われる。

#### 第48 8 (2) 下請負人の直接請求権 について

##### (意見の趣旨)

下請負人による注文者に対する直接請求権を認める規定を置くことに反対する。

##### (意見の理由)

1 請負契約は、請負人において仕事の完成を約する契約であることから、請負人は、原則として下請負人に仕事をさせることができるとされ、一次下請負・二次下請負などと重層的な構造にあることも少なくなく、下請負人が複数になることもある。

このような重層的あるいは複数の下請負の場合において、下請負人による注文者に対する直接請求権を認めると、見ず知らずの下請負人から報酬を請求される虞があり、注文者が下請負人の直接請求権の存否を管理しなければならず、注文者の事務負担を増大させる結果となり、また、注文者が二重弁済のリスクを負うことにもなる。

2 元請負人の一般債権者が、元請負人の注文者への請負代金債権を差し押さえた場合、注文者の弁済は禁止され、差押後は元請負人も注文者に直接請求はできないはずであるが、そうであるにもかかわらず下請負人の注文者に対する直接請求権を認めることは、実務上の混乱を招くものである。

また、元請負人が破産手続開始決定を受けた後でも、直接請求権を認めた場合、下請負人は、注文者に直接報酬請求権を行使することでき、結果的に元請負人の一般債権者に優先して元請負代金から回収することとなり、元請負人の一般債権者と下請負人の平等を害することとなる。

3 取引関係において弱い立場に立たされることが多い下請負人に、法律上一定の保護を与えるべきであるという趣旨は理解できるが、下請負人の保護は、先取特権・建設業法・下請代金支払遅延等防止法等の他の法制度によることも可能であり、民法に規定する場合はその要件や効果について慎重に検討すべきである。

4 小規模な親事業者にも下請代金支払遅延等防止法の適用を及ぼすために、下請代金支払遅延等防止法2条7項の「親事業者」の定義の中の「資本金の額又は出資の額が千万円を超え三億円以下の法人たる事業者」を緩和すべきである。

## 第56 2 ファイナンス・リース について

### (意見の趣旨)

ファイナンス・リースを立法により規律するのであれば特別法によるべきであって、民法(債権法)改正検討委員会によって提案されている定義(【3.2.7.01】)をもって民法上の典型契約とすることには反対する。

### (意見の理由)

1 現在の実務界におけるファイナンス・リースの契約形態は相当に多様化しており、民法(債権法)改正検討委員会によって提案されているような定義の枠には収まらない。

例えば、メンテナンス・リース契約においては、概ねファイナンス・リースとメンテナンス契約を合体させたものであるところ、提案されているような定義に現れる三者以外に、更に当事者として一者現れる可能性を含んでいる。また、自動車や建設機械に多く見られるオペレーティング・リース契約においては、ファイナンス・リースの要素を含みつつも、途中解約を認める場合や、リース期間満了時の残価設定により購入資金を全額回収しないとする場合もある。

2 ところで、ファイナンス・リースは、主に企業による会計基準に伴って発展・変遷してきた経緯があることから、今後もリース会計基準が修正されるたびに、その契約形態も修正されるという要素を持っている。

3 従って、定義に収まりきれず、また頻繁に修正しなければならない要素を持つ契約形態であるファイナンス・リースを定義付けたり、民法上の典型契約としたりすることは相当でないと考ええる。

4 一方で、ファイナンス・リース契約と銘打って、割賦販売法、貸金業法、利息制限法等、一定の業者の行為を規制し一般消費者の保護を目的としている法律を脱法的にすり抜ける契約を作り出し、多数の消費者が被害を受けている現状がある。そのため、ファイナンス・リースを特別法によって規律することで、被害者をださないようにすべきである。

### 第59 3 条項使用者不利の原則 について

#### (意見の趣旨)

約款又は消費者契約に含まれる条項の意味が、一般的な手法で解釈してもなお多義的である場合には、条項使用者にとって不利な解釈を採用するのが信義則の要請に合致するとの考え方(条項使用者不利の原則)に基づく規定を新設することには賛成する。ただし、労働の分野においては、本原則を適用すべきでない。

#### (意見の理由)

- 1 本原則が機能する局面の大半は消費者契約の現場であることが予想されるが、本原則に基づく規定が新設されることによって、当事者双方の力関係が決して対等と言えない消費者契約においてより消費者保護に資すると考えられる。
- 2 これに対しては、予見不可能なリスクを一方的に条項使用者に負担させることになる、あるいは事業者が戦略的に不当な条項を設けるおそれがある、との指摘もあるが、そもそも、現代社会においては事業者と消費者との間には経済力及び交渉力に大きな格差が存在し、消費者が事業者と対等に交渉することは容易ではなく、期待もし難い。そのために本原則に基づく規定を新設しようと提案がされたのであるから、予見不可能なリスクを条項使用者たる事業者を負わせたとしても、報償責任が実質無過失責任であることとのバランスから考えても決して不公平とまではいえない。なお、事業者による意図的な不当条項に対しては、信義則の原則の拡大解釈等により手当ては可能と考えられる。
- 3 また、本原則の趣旨に鑑みて、労働の分野において労働組合が条項を使用するときは、それが約款に該当するとしても本原則を適用すべきではない。

2011(平成23)年6月6日

大阪司法書士会

企画情報部長 長 田 弘 子 様

大阪司法書士会

債権法改正研究ワーキングチーム会議

座長	野上	聡
構成員	岩谷	栄美
同	川崎	富弘
同	黄金	龍輝
同	呉羽	芳文
同	高階	亮治
同	高山	剛
同	玉田	五志
同	新田	豪
同	半野	典子
同	東田	智史
同	福田	智史
同	淵田	和子
同	本田	俊行
同	南	幸雄
同	宮本	崇史
同	村上	高幸
同	谷隈	健二

### パブリックコメント案の提出について

当会議は、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対するパブリックコメント案を、別紙のとおり取りまとめましたので提出いたします。

以 上

## 第1 5 (1) 利率の変動制への見直しの要否 について

### (意見の趣旨)

法定利率の定め方を、固定方式から変動方式に移行することに反対する。

### (意見の理由)

- 1 法定利率が機能する場面は、利率の定めはないが利息を支払う旨の合意がある場合の利率(404条)、遅延損害金の利率(419条1項)、不当利得における悪意の受益者が付すべき利息の利率(最判平成19.2.13民集61巻1号182頁)等が挙げられる。契約に基づく場合は、多くの場合に利率の合意もなされており、利息は払うが利率の定めをしないという例はほとんどない。つまり、現実的に法定利率が機能しているのは、上記の及びなど当事者で利率の合意ができない場面である。このような場合においては、市場の金利変動に迅速に対応すべき実務上の要請はなく、むしろ変動金利を採用することによって、利息計算が複雑化し実務上混乱を来すだけである。
- 2 そのような状況において変動制を採用した場合、何らかの金利指標を基に一定の間隔で法定利率を見直すことになるかと予測される。仮に、この間隔が、1年ということであれば、毎年開会される国会において、民法404条の固定利率を改正すれば事足りるということになるが、そうであるにもかかわらず変動制を採用するということは、1年の内に何回も法定利率を変動させることを想定しているのであろうか。しかし、それでは非常に煩雑になってしまう(なお、毎年、国会で固定金利を改正すべきだと主張しているのではない。)
- 3 変動制を採用した場合、利息計算式の利率を変えるだけではない。利率が変わる度にその利率での期間の利息を算出し、最後にそれらを加算することになる。これは現在だけでなく過去の分も変動の時期とその利率を必要な年数分は全て把握しておかなければ、計算できないということである。
- 4 以上のとおり、法定利率を変動性にすることのデメリットばかりが目立ち、国民生活に大きな混乱を招くものと思われることから、法定利率を変動方式に移行すべきではない。

### 第3 2 (2) 「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方 について

#### (意見の趣旨)

債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を、契約の拘束力に求めることについては妥当であるが、「債務者の責めに帰すべき事由」の文言を他の文言に置き換えることについては慎重に検討すべきである。

#### (意見の理由)

- 1 帰責原理面で「過失責任の原則」を採用せず、契約自由の原則に基づき、当事者間の合意により危険が分配されることを原則とする趣旨は取引実務に合致し賛成するが、文言を他の文言に置き換えると、文言によっては、当事者間の力関係の差によっては不合理的な結果をもたらす場合がある。
- 2 これに対して、損害賠償の範囲や免責条項が、どの程度であれば認められないのかが不明確であれば実際の取引において指針とならないとの不都合もある。
- 3 よって、「債務者の責めに帰すべき事由」の文言は維持すべきである。仮に他の文言に変換する場合には慎重に検討し、具体的な解釈は「貸借契約の原状回復義務のガイドライン(国土交通省住宅局)」のように、国によるガイドラインを作成し、補完されていくべきと考える。

### 第9 3 (1) 債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定又は制限する方法 について

#### （意見の趣旨）

債権者代位権の行使によって回収すべき財産は、まず、代位債権者の債権の充当に優先されるように規定すべきである。また、代位債権者が自己の債権額以上の金員を受領してしまわないために、第三債務者に対して代位債権者への直接交付を請求するのではなく、供託することを求める制度にする仕組みを作るべきである。

#### （意見の理由）

- 1 債権者代位権の行使をした者は、自らの手間と費用をかけて、債権の回収を図る努力をしている。そのように努力した代位債権者は、代位権の行使によって自ら受領した財産の債務者への返還債務と、代位債権者自身の債務者への債権を相殺することによって事実上の優先弁済権を受けることができる。
- 2 ところが、代位債権者が、権限を逸脱して第三債務者から自己の債権額以上の金員を受領し、費消してしまう、といったことが発生すると問題である。散逸した財産は、不当利得返還請求権を行使することによって再び回収を図ることが理論上可能であるが、実際には回収不能となる危険性があるし、それが常態化すれば、金銭を回収した者が不当に利益を享受してしまう局面を法律が作りだすことになる。
- 3 そのため、代位債権者による事実上の優先弁済権を否定し、債権者代位権を総債権者のために行使するということになれば、債権者代位権を行使することへのインセンティブがなくなり、『お飾り』の法律となる危険性もある。
- 4 そうであるならば、総債権者の利益と先行者の利益を調整する制度として、供託制度を利用すべきである。ただし、現状ではこのような場合の供託原因がないので、供託原因の拡張を検討されたい。
- 5 よって、代位債権者は、第三債務者に対して、債権者代位権の行使によって回収すべき財産を自らに直接交付を請求するのではなく、供託することを求める制度にあらため、供託物は、代位債権者に優先的に払い戻される制度にすべきである。



## 第10 1 (1) 債務者の責任財産の回復の方法 について

### (意見の趣旨)

詐害行為取消権は、債権者平等の原則を貫徹して、一般債権者の債権の引当となる責任財産保全制度としての機能を全うする規定とし、その法的性質を責任説に立脚しつつ、その要件及び効果を条文上明確化されたい。

### (意見の理由)

- 1 本来、契約自由の原則により、債務者による財産処分行為は自由に行われるものである。但し、民法はその例外として、一定の要件のもと、取消債権者が、強制執行準備のために債務者の財産処分権原を制限できるものとして詐害行為取消権を設けた。しかしながら、現行条文では文言が簡素に過ぎるため、その法的性質のみならず要件や効果についても、解釈論で解決することには限界がある。
- 2 判例は、詐害行為取消訴訟を、法律行為の取消権と財産の取戻請求権(形成訴訟と請求訴訟)の双方が合わさったものとし、訴訟当事者は、取消債権者と受益者・転得者であり、その効力は相対効であって、債務者にその効力は及ばないとする。  
しかしながら、そのような判例理論では、取り消された後、債務者の元に戻った目的物について、取消債権者が既判力の及ばない債務者に対し強制執行できることを正しく理論付け出来ないなどという問題点があり、又、取消債権者への直接引き渡しを認めた結果、取消債権者が一般債権者の為の責任財産保全を図る以上の権能を有することとなるという問題点もある。
- 3 上記の理論的整合性を図り、詐害行為取消権行使の本来の目的である一般債権者の債権の引当となる責任財産保全制度としての機能を全うする規定であることを改めて確認するならば、その法的性質を責任説に立脚しつつ、詐害行為取消権行使の結果、詐害行為によって逸失した債務者財産を受益者・転得者のもとに帰属させたままで、強制執行できる財産として扱い(責任説)、よって、責任財産保全機能を全うすることができるものと捉えたうえで、既判力及び判決効の拡張の範囲・方法について民事訴訟法及び民事執行法との接続の問題も考慮しながら、その規定を明確化すべきである。

## 第10 2 (1) ア 被保全債権に関する要件 について

### (意見の趣旨)

詐害行為取消権の要件は、倒産法上の否認権の要件等との整合性を考慮し、債務者側の客観的、主観的要件について取消しの対象行為の範囲を抑制的に認める立場を支持し、規定を明確化するとの立場を支持する。

### (意見の理由)

- 1 詐害行為取消権は、その行使の場面において倒産法上の否認権(破産法160条、民事再生法127条等)と共通の権能を有するものである。
- 2 ところが、平成16年の破産法等の改正により、資産の清算手続きという側面を持ち、より債権者平等が強調されるべき局面で適用される破産法よりも、平時において機能する民法規定である詐害行為取消権の適用範囲の方が広くなるという、いわゆる「逆転現象」が生じ、両法のバランスを失っている。
- 3 そこで、客観的要件である行為の詐害性要件について、破産法の否認権行使要件との整合性を図り、よって逆転現象を解消させる方向で各行為類型毎の規定を設けるよう検討されたい。

## 第13 2 (1) 総論及び第三者対抗要件の見直し について

### (意見の趣旨)

- 1 債権譲渡の第三者対抗要件は、債権譲渡登記による方法と譲渡人からの確定日付ある通知又は債務者の確定日付ある承諾による方法を併用すべきである。
- 2 上記の債権譲渡通知は、その到達日時について証明されたものに限るべきである。
- 3 債権譲渡登記による第三者対抗要件を具備した譲受人は、確定日付ある通知承諾により第三者対抗要件を具備した譲受人に対抗できるものとするべきである。

### (意見の理由)

- 1 債務者をインフォメーション・センターとすることで債権譲渡の事実を公示することを予定した民法の対抗要件制度については、債務者に回答義務が課せられていないため公示性が劣る、競合する債権譲渡の優劣について債務者に判断を強いることとなる、通知による対抗要件具備の時期が確定日付ではなく債務者への到達時点とされているため、確定日付が限定的な機能しか果たしていないといった批判がある。
- 2 現在、法人が行う金銭債権の譲渡については、債権譲渡登記により第三者対抗要件を具備することが認められている。債権譲渡登記制度は民法の対抗要件制度と比較し、概要記録事項証明書により譲渡人に係る債権譲渡登記の有無が確認できるため公示性が高く、また、登記受付日時の先後により競合する債権譲渡の優劣を決するため債務者にその判断を強いることがない、対抗要件具備の時期が登記の受付時点で明確であるといった点で、より債権の安全な取引に資する方法といえる。
- 3 しかし、現行制度では債権譲渡登記と民法の対抗要件制度という2つの制度が並存しているため、譲受人は二重譲渡のリスクを回避できず、また、登記の適用場面が法人が行う金銭債権の譲渡に限られているため、債権譲渡登記の有用性が十分活かされていない。
- 4 債権譲渡の公示性を高め債権の安全な取引を実現するためには、対抗要件を債権譲渡登記に一元化することが考えられるが、債権譲渡登記手続は煩雑であり、登記にかかるコストも高いため、費用対効果のバランスを欠く場面があるといった批判がある。  
そこで、債権譲渡の対抗要件として債権譲渡登記と確定日付ある通知承諾を併用することとし、簡便な手続による対抗要件具備も認めるべきと考える。
- 5 一方で、登記のコストを負担してでもより安全に債権を譲受けたいと考える者の利益を保護するため、債権譲渡登記を受けた譲受人は確定日付ある通知承諾により第三者対抗要件を具備した譲受人に対抗できるものとし、これから債権を譲受けようとする者が、登記の有無を確認することで自己に優先する債権譲渡の存在を確認できるようにすべきである。
- 6 また、債権譲渡通知については、通知に付された確定日付の先後ではなく債務者への到達の先後によりその優劣が決するため、通知の到達時期について債務者の認識に拠るとこ

ろが大きく債務者に過度の負担を強いている。そこで、債権譲渡通知については、債務者への到達日時について証明されたもの限り対抗要件として認め、対抗要件具備の時期の明確化を図るべきである。

## 第17 2 (2) 利害関係を有しない第三者による弁済 について

### (意見の趣旨)

債務者の意思に反する場合も含め第三者弁済を有効とし、弁済を受けた債権者を保護することには賛成であるが、正当な利益を有する者以外の者が、債務者の意思に反して弁済したときには、求償権を取得しないと一律に規定することには反対する。

### (意見の理由)

- 1 正当な利益を有する者以外の者であっても、例えば債務者の家族などで弁済することにつき事実上の利害関係を有する者や、家族又は知人等が善意で弁済することも考えられる。このような場合に、狡猾な債務者が自己の意思に反した弁済であることを主張して、弁済・求償を共に免れることは是認できない。
- 2 求償権を制限する理由として、正当な利益を有しない者が債務者の意思に反して弁済した場合に、第三者弁済をした者からの債務者に対する過酷な求償が懸念されているようであるが、その具体的想定場面は不明であるし、債務者はそもそも弁済する責を負っており、違法な手続・手法により求償された場合は格別、適法な手続・手法に則り求償される限りは、原則として弁済義務・求償権の被行使から免れるべき理由があるとは思えない。
- 3 もっとも、適法な請求であったとしても、第三者弁済した者が反社会的勢力に属する者であった場合などでは別であると思料する。このような場合には、違法な請求がなされる虞や、心理的プレッシャーにより義務のない行為までしてしまう虞があり、また企業においては監督官庁からの指導指針等に違背する場合もあり得る。
- 4 以上を考慮し、正当な利益を有する者以外の者による債務者の意思に反する弁済を、一律に求償権の不取得事由とせず、第三者弁済した者の属性も考慮して求償権取得の可否を規定すべきと思料する。

そこで、具体的な方法として、次の2案を提案する。

(案1) 債務者の意思に反した第三者弁済により求償権の取得を制限される対象者から「正当な利益を有する者」の他に、親族並びに不動産又は動産の占有者で強制執行によりその占有を失う虞のある者を除外する。

(案2) 債務者の意思に反した第三者弁済による求償権の取得制限事由として、「第三者弁済した者が自己の不当な利益を図り又は債務者に損害を加える目的で第三者弁済した場合」を規定し、その上で「第三者弁済した者が、反社会的勢力に属する者である場合、反社会的勢力に属する者であることを明示若しくは暗に表示した場合には、自己の不当な利益を図り又は債務者に損害を加える目的で第三者弁済したものと推定する」旨規定する。

## 第18 2 (1) 相殺の遡及効の見直し について

### (意見の趣旨)

相殺の遡及効を廃止することには反対する。

### (意見の理由)

- 1 現行民法は、相殺の要件として、当事者の一方による意思表示を必要とした上で(506条1項)、その効力が相殺適状の生じた時に遡及して生ずるとしている(同2項)。これは、相殺に遡及効を認めることが、相殺適状により債権債務が清算されているという当事者の期待に合致し、公平であることを理由とするものである。言い換えれば、相殺における「債権債務が清算されているという当事者の期待」や「当事者の公平」は、相殺の存在意義でもある。
- 2 ところで、法制審議会は、検討事項として相殺の遡及効の廃止を挙げている。その理由は、当事者間の特約により相殺の意思表示がなされた時点で差引計算するという実務上の処理(主に銀行等との取引を前提にしているものと考えられる。)、不利益を被る当事者は相殺適状に至った後直ちに相殺の意思表示をすれば足りること、現行民法の考え方である意思表示主義に親和的であることとされている。
- 3 上記の については、そのような実務上の処理が“一般的”であるとは言えないのであり、 については、特に消費者が相殺の意思表示ができるものとは困難であると考えられる。また については、“親和的”であることがそのまま相殺の遡及効の廃止にはつながらないものである。
- 4 以上のとおり一般原則である民法においては、現行民法の規定を維持し、相殺の遡及効を認めることが相当である。

## 第20 1 免除の規定の見直し について

### (意見の趣旨)

民法(債権法)改正検討委員会によって提案されている免除の意思表示に対するみなし合意を採用するのであれば(【3.1.3.40】),その免除の効力発生時期を明確にすべきである。その場合の免除の効力発生時期は,相当期間経過後とすべきである。

### (意見の理由)

- 1 民法(債権法)改正検討委員会は,免除の異議及び効力を,現行の単独行為とする構成から,契約として構成するように提案している(【3.1.3.40】)。
- 2 その理由として,免除は,原則として債務者が利益を受けるものであるが,そのようなことを良しとしない債務者もあり,債権者からの一方的な行為によって債務者のそのような意思を無視してすべきではないという点と,免除による債務の消滅は,場合によって債務者が不利益を受ける場合があり,このような場合は債務者を関与させることが相当であるという点の2点が挙げられている。

そのような理由は相当であり,本提案の内容は,そのような理由を反映させているものとして,賛成できる。

- 3 問題は,免除の効力の発生時期が,不明確であることが問題である。

本提案では,発生時期を合意の成立した時としているところ,債権者と債務者の合意によって免除される場合には,その時期は明確となる。

しかしながら,債権者と債務者の合意がない場面を想定して,債権者の債務者に対する免除の意思表示に対して相当期間内に債務者の異議がない場合に免除の合意が成立したものと擬制することを提案しているが,これは,免除がなされることそのものを規定するものであって,合意の時期,すなわち免除の効力発生時期については明確に規定していない。

- 4 この点,民法(債権法)改正検討委員会は,本提案の提案要旨において,「相当期間経過時に免除が効果を生ずる」としているのであるから,それを具体的に規定すべきである。そうすることによって,法律関係が明確となり,当事者,とりわけ債務者の保護に資することとなる。

そして,具体的な効力発生時期については,法律関係を明確にするためにも,相当期間経過後と規定することが相当であると考えられる。

### 第312 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項 について

#### (意見の趣旨)

個別に交渉された条項についても、不当条項規制を及ぼす余地を残すべきである。

#### (意見の理由)

- 1 不当条項に関する規制は、現行民法では、個々の契約条項の合理的な解釈によるほか、同法90条のような一般条項の解釈に委ねられているため、法的安定性に欠けるところがある。そこで不当条項に関する規定を民法に設けるべきではないかとされているが、その中においても、個別に交渉された条項については、不当条項規制を及ぼすべきではないという考え方が提示されている。
- 2 個別の交渉を経て採用された条項について、不当条項として規制される場合というのは、実質的に条項の内容が不当な場合であり、それを形式的に交渉した事を理由として(内容が不当であるのに)容易に不当条項規制を潜脱するような事はあってはならない。
- 3 消費者取引のみならず事業者間における契約においても、情報量や交渉力の格差がある場面では、劣位にある当事者はある条項の効果を理解できず、理解できたとしても適切な契約交渉が困難であるので、当事者間で実質的な交渉が行われたとしても、それで直ちに内容の不当性が解消されるわけではないと思われる。
- 4 不当条項があったとしても、交渉がなされた場合には常に規制から除外されるならば、交渉の有無をめぐって紛争が生じ、迅速な解決の妨げになる虞がある。
- 5 内容がきわめて不当な場合には交渉の欠如が窺われるなど、交渉と内容の不当性は一体のものとして考えるべきである。
- 6 個別交渉条項を不当条項規制の対象から外して信義則違反の暴利行為として処理すべきだという考えも成り立つ。しかし、契約には様々なタイプのものであり、それだけでは処理しきれないものもあると思われるので、構造的な格差があるものについては、たとえ個別交渉を経ていたとしても不当条項規制を及ぼす余地を残すべきである。



### 第36 3 (1) 時効の援用等 について

#### (意見の趣旨)

消滅時効の効果を，履行拒絶権が発生するものとするに反対する。

#### (意見の理由)

- 1 現民法において，消滅時効の効果は，債権その他の権利が消滅するものとされ，また，抵当権，保証等の物的，人的担保は，被担保債権に対する附従性を有するものとされている。その結果，被担保債権が時効消滅すれば，担保権も消滅することになり，債務者のみならず，保証人，物上保証人も被担保債権の時効を援用することにより自らの責任を免れることができる。
- 2 これに対して，時効の効果を履行拒絶権が発生するものとする，被担保債権について時効の効果が発生しても被担保債権は消滅せず，担保権や保証債務も消滅しない結果が生じる。これは，債務者のみならず，保証人や物上保証人について，現民法での法的状況を大幅に変更するものである。
- 3 確かに，時効が訴権の消滅という沿革を持つことから，諸外国の多くが履行拒絶権を採用しており，また，時効の効果発生後に債務者が債務を弁済した場合，履行拒絶権で構成すれば，債権者に給付保持力は残るため，債務者からの給付返還請求を認めない根拠として説明しやすい。
- 4 しかし，たとえ履行拒絶権が時効の本質であったとしても，我が国では，これまで，時効の効果は消滅するものとして実務が積み重ねられてきており，現状において，効果を変更すべき弊害は生じていない。また，時効の効果発生後の弁済の取り扱いについて，債務者からの取り戻しを認めないことに異論はないのであるから，別途債務者の返還請求を封じる規定を置くことで対応すれば十分である。
- 5 したがって，特に担保権や保証債務について，現民法と全く異なる結果を導いてまで，履行拒絶権を採用する必要性も合理的理由もない。なお，担保等に関する弊害の対処として，履行拒絶権の採用に合わせて時効により担保権や保証債務が消滅する旨の規定を置くことも提案されているが，そのような規定を設けるとすれば複雑な規定となり，国民にとってわかりづらいものとなるので賛同できない。

### 第37 2 強行規定と任意規定の区別の明確化 について

#### (意見の趣旨)

強行規定と任意規定の区別の明示をするという考えについては賛成であるが、現実には全てを明確に区別することは困難であると思われるので、少なくとも合意が制限されているかどうかの区別がつきやすいような明示はすべきである。

#### (意見の理由)

- 1 強行規定とは一般に社会秩序の維持や弱者保護などのために当事者の合意があっても排除できない規定をいうが、契約を締結するなどする際に強行規定かどうかの判断ができないと不都合が生じる場合があり得る。
- 2 しかしながら、規定と異なる合意を法が許容するかどうかは強行規定の目的や代替措置の有無などによって異なり、完全に区別をすることは難しいのも現実である。
- 3 ただ、仮に強行規定と断定することが困難な規定であっても、不明確なものをそのまま放置するのは契約締結の際の予測可能性を奪うことになり、望ましくない。強行規定と任意規定の区別を明確にできないような規定であっても、例えば「規定に反する合意は特段の事情がない限り無効とする」といった形で当事者の合意が制限されているということを明示することによって契約を締結する際の予測可能性を確保すべきである。
- 4 ところで、強行規定は民法だけではなく、借地借家法などの特別法でも存在するが、特別法の規定の認識ができない場合も、予測可能性を奪うことになるので、民法にそのような規定があることをなんらかの形で明示するか、契約に関する特別法の一覧表もしくはガイドブックのようなものを作成すべきである。

なお、個々の強行規定に反する合意が認められるか否かの判断基準については、トラブルの多い契約類型において、ガイドラインのようなものを作成して、どのような合意が強行規定に反するとして無効になり得るか等についての一定の判断基準を示すことによって、契約締結の際の予測可能性が高まるものと思われる。

#### 第40 1 (1) 売主の引渡義務及び対抗要件具備義務 について

(意見の趣旨)

売買契約の売主の義務として、対抗要件具備義務を規定すべきではない。

(意見の理由)

1 わが民法は、物権変動において意思主義を採用し(176条)、不動産物権変動における登記を対抗要件と定めている(対抗要件主義, 177条)。すなわち、特定物たる不動産について売買契約が締結されると、所有権は売主から買主へ自動的に移転し、登記は第三者に対する対抗要件であって所有権移転の効力要件ではないということである。これは、わが民法の母法のひとつであるフランス民法から継受したものである。

2 フランス民法では、当事者の合意によって売買契約が成立すると、売主は物を引き渡す義務を負い、買主は代金を支払う義務を負うとされている。そして、売買目的物の所有権は、代金の支払いの有無や物の引渡しの有無を問わず、物の引渡し債務の効力を介して売主から買主へ移転するとされている。

フランスにおける登記は、売買などの譲渡行為を記載した証書を登記所に公示しなければならない、公示されていなければ、同一の不動産について、同一の前主から競合する権利を取得して公示した第三者に対抗することができないとされている。そして、登記所における公示に服する証書は、すべて公正証書の形式で作成されなければならないことから、公証人に対して売買の公正証書作成を依頼することが一般的であるという。

3 ところで、フランスにおいては、登記の申請は、売買契約当事者の双方又は一方からすべきものとされている。それは、両当事者が関与している公正証書が提出されることによって、登記の真実性が十分に担保されているからである。

これに対してわが国では、登記の申請は、売買契約当事者の双方が共同して申請しなければならないと規定されている(共同申請主義, 不登60条)。

4 登記が対抗要件であるならば、売買契約の買主は、一刻も早く登記をする必要がある。なぜなら、自らが登記をする前に他の者が登記をしてしまうと、自らの権利の取得を対抗できないからである。そのためには、買主が自ら単独で登記を申請できるように法律を規定しておかなければならない。現にフランスは、そのように規定されている。

ところが、わが国では登記について共同申請主義を採用している。その理由は真正を担保することにあるが、そのため、買主は、売主の協力を得なければ登記をすることができず、もし売主が登記に協力しなければ、対抗要件を得ることができないことになる。つまり、登記の対抗要件主義と共同申請主義は、矛盾した制度であると言わざるを得ない。

そうであるにもかかわらず、登記の共同申請主義を前提に、売買契約の売主の義務として対抗要件具備義務を規定することは、矛盾した状況を確認としたものにしてしまう。

5 よって、売買契約の売主の義務として、対抗要件具備義務を規定すべきではない。

#### 第43 1 成立要件の見直しの要否（民法549条） について

##### （意見の趣旨）

贈与の成立要件に関して、書面によることや目的物を交付することを必要とすること（要式契約化・要物契約化）には反対する。

##### （意見の理由）

- 1 原則として、契約は意思の合致があれば成立する（諾成契約）ことが、一般に広く理解されている。例外的に、諾成契約ではないものとして、要式契約としての保証契約や要物契約としての消費貸借契約などがある。
- 2 このうち保証契約は、「書面でしなければ、その効力を生じない」として要式契約とされている（446条2項）。これは、従前は諾成契約であった保証を慎重にさせるために保証意思が外部に明らかにされていることを求める保証人保護の要請などから、平成16年に改正されたものである。
- 3 慎重にさせるという意味においては、無償で財産を譲渡する場合にも同様の効果を求める意見も存在する。しかしながら、自己の意思で保証人になるとはいえ、他人の債務の保証をすることを積極的に望むことは通常は考えられず、場合によっては多額の負債を負う望まない結果が生じる保証契約と、自己の財産を自己の意思で単純に他に譲渡し、自己の望む結果が生じる贈与契約を同列に扱う必要性は存在しないと考える。

なお、書面によらない贈与の場合には、現行法上においても未履行部分は撤回できることになっており、無償契約である口頭の贈与契約の法的拘束力を弱めることにより、その拘束力は調整されていることから、要式契約化及び要物契約化はその必要性が存在しないと考える。

#### 第445 抗弁の接続 について

##### (意見の趣旨)

物品等の購入契約等を締結する際に第三者との間で与信契約を締結した場合に、購入者等が供給者に対して生じている事由をもって与信者に対抗することができる、いわゆる抗弁の接続規定を新設するべきであるとの考え方には賛成する。しかし、同規定は消費貸借の章のみに規定されるべきではない。また、消費者契約に関する特則ではなく、第三者与信型の契約に関する一般規定とすべきである。

##### (意見の理由)

1 現代社会においては、複数の契約が相互依存的に成立することによって1個の取引を達成するという契約が増加しており、複数契約の一部にトラブルが生じた際に、どのように解決を図るべきかが問題となる。

今般の民法改正にあたり、複数契約の無効や解除に関する規定が検討されているが、仮にそれらの規定が設置されたとしても、次に述べるように、それだけでは妥当な解決に至りえない場面がある。

2 第三者が与信する契約としては、立替払い契約、ローン提携販売契約、リース契約などがあげられる。前述の複数契約の無効・解除の規定が設置された場合、購入者等が供給者の行為によって購入契約等を取り消しまたは解除をすれば、立替払いやローン提携販売の契約であれば、これらの与信契約も取り消しまたは解除され、購入者等に一定の救済が可能となる。

しかしながら、リース契約の場合、形式的にはユーザーと供給者は直接の契約関係にないため、ユーザーが供給者の販売行為等に起因する事由によってリース契約を取り消すことや解除することは困難である。第三者の与信によって目的物を購入(利用)するという目的は同じでありながら、契約形態によって結果が大きく異なることになってしまう。

近年、いわゆる提携リースによるトラブルが多発しているのは、ユーザーの供給者に対する抗弁自体が成立し難いことが一因である。キッチン関連機器、浴室関連機器、自動車など、一般家庭においても多くのリース商品が提供されていることを考えれば、今後も提携リースによるトラブルが増加する可能性は高い。

3 このような状況を鑑み、かつ今後、取引形態はより一層多様化することを考慮すると、個々の契約形態から離れて、無名契約を含め第三者与信型の全ての契約類型に共通して適用される規定が必要である。その場合、以下の3点に留意されたい。

いわゆる加盟店契約などを念頭に、複数契約の相互依存性や密接関連性などの契約成立要素を判断基準とすべきであること。消費者保護規定ではなく、事業者にも適用される一般規定として策定すべきであること。複数契約の構造に起因する問題は、当事者の属性に左右されるものではないからである。抗弁の接続に限らず、契約の終了や目

物的物の返還等，第三者与信型契約に共通する一般ルールを置くべきであること。経済的に一体性をもつだけでなく，契約締結過程においても一体性がある場合には，契約の効力等についても一体性を持たせるべきだからである。

#### 第46 1 使用貸借契約の成立要件 について

##### (意見の趣旨)

使用貸借の成立には目的物の引渡を効力要件とする現行法を維持すべきである。

##### (意見の理由)

- 1 使用貸借の成立について 現行法の要物契約から諾成契約へと変更すべきであるとの意見がある。その意見によれば、諾成契約となった場合に使用貸借が恩恵的な性格を有することから、強制履行になじまない場面が存在することを否定できないとしても、すべての無償の物の利用契約についてそのような性格が当てはまるわけではないこと、又、使用貸借が無償であるにしても、それが借主にとって重要な意味を有し、その合意を前提として行動するという状況が考えられ、また、そうした利益を法的に保護する必要性があるというのである。
- 2 しかし、民法(債権法)改正検討委員会の提案によると、合意の拘束力を緩和するために貸主が使用貸借の目的物を引き渡すまでは、各当事者は使用貸借を解除することができる引渡前解除権を有するため(【3.2.5.02】)、引渡直前になって使用貸借契約が解除されることも考えられる。この場合は借主の利益の保護という点では現行法と変わらない結果になる。なお、この引渡前解除権は、書面によって合意したときは、排除できると規定しているが、そもそも賃貸借と異なり使用貸借において契約書面を作成する場面は多くないと思われる。現行法であっても予約を用いれば、ある程度は借主の期待を保護できる。
- 3 仮に諾成的合意により成立するように改正するのであれば、新たに引渡前解除権を規定するよりは、現行法の贈与のように物を引き渡すまでは撤回できるものとし、書面による合意の場合は撤回できないとするほうが、借主の期待権の保護につながり分かりやすいと思われる。使用貸借を書面で合意するにしても契約書面に引渡前解除権を排除する条項を記載する場面が想定し難いからである。
- 4 よって、現行法を改正してまで諾成的合意による使用貸借を導入する必要性はないように思われる。

#### 第48 8 (2) 下請負人の直接請求権 について

##### (意見の趣旨)

下請負人による注文者に対する直接請求権を認める規定を置くことには反対する。

##### (意見の理由)

- 1 請負契約は、請負人において仕事の完成を約する契約であることから、請負人は、原則として下請負人に仕事をさせることができるとされている。そして、実際にも下請負人に仕事をさせることが多く、さらに、一次下請負・二次下請負などと重層的な構造にあることも少なくない。また、下請負人が複数になることもある。  
このような重層的あるいは複数の下請負の場合において、下請負人による注文者に対する直接請求権を認めると、注文者が下請負契約を管理しなければ、見ず知らずの下請負人から報酬を請求されるおそれが出てくる。そうすると、取引の安全を害し、あるいは注文者の事務負担を増大させる結果となる。また、通常取引であるにもかかわらず、どの下請負人であっても注文者に対して直接、支払を請求できるということになれば、実務に大きな混乱が生じる。
- 2 元請負人の一般債権者が元請負人の注文者への請負代金債権を差し押さえた場合、注文者の弁済は禁止されるから、差押後は下請負人も注文者に直接請求はできないはずである。そうであるにもかかわらず直接請求権を認めることは、実務上の混乱を招くものである。  
また、元請負人が破産した場合、下請負人の元請負人に対する報酬請求権は破産債権となり破産手続でしか行使できないはずである。ところが、直接請求権を認めてしまうと、下請負人は、破産債権であるはずの下請負代金の報酬請求権を、元請負人が破産した後も注文者に直接行使できることになる。つまり、下請負人は元請負人の一般債権者に優先して元請負代金から回収できることになり、元請負人の一般債権者と下請負人の平等を害する。
- 3 取引関係において弱い立場に立たされることが多い下請負人に、法律上一定の保護を与えるべきであるという趣旨は理解できるが、下請負人の保護は、先取特権・建設業法・下請代金支払遅延等防止法等の他の法制度によることも可能であり、民法に規定する場合はその要件や効果について慎重に検討すべきである。
- 4 小規模な親事業者にも下請代金支払遅延等防止法の適用を及ぼすために、下請代金支払遅延等防止法の2条7項の「親事業者」の定義の中の「資本金の額又は出資の額が千万円を超え三億円以下の法人たる事業者」を緩和すべきである。



## 第56 2 ファイナンス・リース について

### (意見の趣旨)

ファイナンス・リースを，立法により規律するなら特別法によるべきであって，民法（債権法）改正検討委員会によって提案されている定義（【3.2.7.01】）をもって民法上の典型契約とすることには反対する。

### (意見の理由)

- 1 現在の実務界におけるファイナンス・リースの契約形態は相当に多様化しており，民法（債権法）改正検討委員会によって提案されているような定義の枠に納まりきれないものとなっている。例えば，メンテナンス・リースというものがあって，概ねファイナンス・リースとメンテナンス契約を合体させたものであるところ，提案されているような定義に現れる三者以外に，更に当事者として一者現れる可能性を含んでいる。また，自動車や建設機械に多く見られるオペレーティング・リースというものがあって，これもファイナンス・リースの要素を含みつつも，途中解約を認めたり，リース期間満了時の残価設定により購入資金を全額回収しないとしたりするような契約もある。
- 2 ところで，ファイナンス・リースは，主に企業による会計基準に伴って発展・変遷してきた経緯があることから，今後もリース会計基準が修正されるたびに，その契約形態も修正されるという要素を持っている。
- 3 従って，定義に納まりきれない契約形態をあえて定義づけたり，頻繁に修正しなければならない要素を持っていたりするファイナンス・リースを，民法上の典型契約とすることは相当ではないと考える。
- 4 一方で，ファイナンス・リース契約と銘打って，割賦販売法，貸金業法，利息制限法等，一定の業者の行為を規制し一般消費者の保護を目的としている法律を脱法的にすり抜ける契約を作り出し，多数の消費者が被害を受けている現状がある。そのため，ファイナンス・リースを特別法によって規律することによって，被害者を出さないようにすべきである。

## 第59 3 条項使用者不利の原則 について

### (意見の趣旨)

約款又は消費者契約に含まれる条項の意味が、一般的な手法で解釈してもなお多義的である場合には、条項使用者にとって不利な解釈を採用するのが信義則の要請に合致するとの考え方(条項使用者不利の原則)に基づく規定を新設することには賛成する。ただし、労働の分野においては、本原則を適用すべきでない。

### (意見の理由)

- 1 本原則が機能する局面の大半は消費者契約の現場であることが予想されるが、本原則に基づく規定が新設されることによって、当事者双方の力関係が決して対等と言えない消費者契約においてより消費者保護に資すると考えられる。
- 2 これに対しては、予見不可能なリスクを一方的に条項使用者に負担させることになる、あるいは事業者が戦略的に不当な条項を設けるおそれがある、との指摘もあるが、そもそも、現代社会においては事業者と消費者との間には経済力及び交渉力に大きな格差が存在し、消費者が事業者と対等に交渉することは容易ではなく、期待もし難い。そのために本原則に基づく規定を新設しようと提案がされたのであるから、予見不可能なリスクを条項使用者たる事業者に負わせたとしても、報償責任が実質無過失責任であることとのバランスから考えても決して不公平とまではいえない。なお、事業者による意図的な不当条項に対しては、信義則の原則の拡大解釈等により手当ては可能と考えられる。
- 3 また、本原則の趣旨に鑑みて、労働の分野において労働組合が条項を使用するときは、それが約款に該当するとしても本原則を適用すべきではない。