

平成 23 年 7 月 8 日
消費者委員会・説明資料（1）

法制審議会・民法（債権関係）部会 御中

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見書
～ 消費者の観点から ～

2011 年（平成 23 年）6 月 28 日

弁護士 池本誠司（日本弁護士連合会消費者問題対策委員会委員長）
弁護士 山本健司（同・副委員長）
弁護士 辰巳裕規（同・幹事）

当職らは、法制審議会民法（債権関係）部会が平成 23 年 4 月 12 日に決定された「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下「中間論点整理」という）について、消費者の観点から、本書のとおり意見を申し述べる。

なお、本書は、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会に所属する弁護士の有志（薬袋真司、石川直基、平田元秀、井田雅貴、伊藤陽児、岡島順治、鋤柄司、野田幸裕、岡田修一、千綿俊一郎、吉野晶、牧野一樹、岩田修一、大西達也、佐々木涼太、鈴木義貴、西野大輔、堀田伸吾、石井研也各弁護士）の協力のもと、当職らの責任においてとりまとめた意見書であり、日本弁護士連合会など当職らが所属する団体・組織の意見書ではない。

また、各意見の表題部の番号は、中間論点整理における表題部の番号に対応したものであり、番号の無い箇所は特に意見が無いことを表す。

《 目 次 》

第3．債務不履行による損害賠償	4
第4．損害賠償額の予定	8
第5．契約の解除	9
第6．危険負担	13
第12．保証債務	14
第13．債権譲渡	30
第15．債務引受	39
第16．契約上の地位の移転	43
第17．弁済	46
第22．契約に関する基本原則等	50
第23．契約交渉段階	51
第24．約款（定義及び組入要件）	56
第28．法律行為に関する通則	59
第30．意思表示	62
第31．不当条項規制	69
第32．無効及び取消し	85
第33．代理	95
第34．条件及び期限	101
第36．消滅時効	102
第39．売買－売買の効力（担保責任）	108
第40．売買－売買の効力（担保責任以外）	115
第41．売買－買戻し，特殊の売買	118
第43．贈与	120
第44．消費貸借	122
第45．賃貸借	130
第47．役務提供型の典型契約（雇用，請負，委任，寄託）総論	135
第48．請負	136
第49．委任	147
第50．準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定	150
第51．雇用	157
第52．寄託	157
第53．組合	158
第55．和解	159
第56．新種の契約	160

第57. 事情変更の原則	163
第58. 不安の抗弁権	164
第59. 契約の解釈	164
第60. 継続的契約	165
第62. 消費者・事業者に関する規定	169
	以上

第3. 債務不履行による損害賠償

1 「債務の本旨に従った履行をしないとき」の具体化・明確化

(1) 履行不能による填補賠償における不履行態様の要件（民法第415条後段）

【中間論点整理「第3, 1 (1)」6頁】

【意見】

民法を分かりやすくするという観点から、物理的不能な場合のほか、履行が不能であると法的に評価される場合も含まれるとする判例法理を明文化することに賛成する。

【理由】

確立した解釈論、判例法理であるかの吟味が必要である。分かりやすく規定を心掛けるべきである。分かりやすい民法の理念に沿うことから、判例上の不能概念を明確化することは賛成である。

(2) 履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の手続的要件

【中間論点整理「第3, 1 (2)」6頁】

【意見】

債務者の履行拒絶意思を明確にする観点、及び、継続的契約関係にある債権者の便宜のため、相当期間を定めた催告をしても債務者が履行しない場合に填補賠償請求を債権者に認めることに賛成する。

【理由】

履行請求と填補賠償請求の併存を認めることに賛成であり、契約の解除は必要ないと考える。

(3) 不確定期限付債務における履行遅滞の要件

【中間論点整理「第3, 1 (3)」7頁】

【意見】

判例を条文化することに賛成である。

【理由】

債務者が期限到来を知らなくても、債権者が期限到来の事実を通知し、それが債務者に到達すれば遅滞の責任を負うものとする点に異議はない。不法行為の損害の発生と同時に遅滞に陥るとの判例法理を明文化すべきである。

(4) 履行期前の履行拒絶

【中間論点整理「第3, 1 (4)」7頁】

【意見】

履行拒絶による填補賠償請求の発生を認めることは、債権者の（契約関係の早期確定等）利益に資するものであり賛成する。効果に関連して、履行期前に債務者が履行

を拒絶したとしても、反対債務の履行を提供せずして責を免れるとするのは、弁済の提供（民法第492条）の効果との関係で問題があるのではないか。

（5）追完の遅滞及び不能による損害賠償

【中間論点整理「第3，1（5）」7頁】

【意見】

反対はしないが規定が複雑にならないようにすべきである。

（6）民法第415条前段の取り扱い

【中間論点整理「第3，1（6）」7頁】

【意見】

契約上の債務は、多種多様であるから、不履行を漏れなく規定するために包括的規定は維持すべきである。

2 「債務者の責めに帰すべき事由」について（民法第415条後段）

（1）「債務者の責めに帰すべき事由」の適用範囲

【中間論点整理「第3，2（1）」8頁】

【意見】

民法第415条後段が規定する履行不能とそれ以外の債務不履行を区別せず、統一的な免責の要件を定める方向に賛成である。

（2）「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方

【中間論点整理「第3，2（2）」8頁】

【意見】

債務不履行責任の要件に関する条文を「債務者の責めに帰すべき事由」という文言から変更することには反対である。

【理由】

- ① 債務不履行責任の帰責原理を過失責任主義に求めるか、契約の拘束力に求めるかという理論的な問題は、債務不履行責任の免責要件や条文の文言をどのように定めるべきかという問題に論理的に直結しない。
- ② 債務不履行責任の要件を「債務者の責めに帰すべき事由」から変更する実務的な必要性は全く無い。むしろ「債務者の責めに帰すべき事由」という債務不履行の要件は、契約書、ガイドライン、条例など社会で広く使われて定着しており、裁判例も積み上げられた安定的な概念である。
- ③ 債務不履行責任の免責要件に関する文言を「契約により引き受けられていない事由」と変更することには反対である。契約書でいかようにも免責要件を定められるかのような誤解を招く文言であるのみならず、概念変更はその内容が裁判例等で定着するまでに無用な社会の混乱を招く。

- (3) 債務者の帰責事由による履行遅滞後の債務者の帰責事由によらない履行不能の処理
【中間論点整理「第3, 2(3)」8頁】

【意見】

履行遅滞に陥ったがために当該履行不能が生じたという関係が認められる限り、填補賠償請求が認められるとする判例法理の明文化に賛成する。

- 3 損害賠償の範囲（民法第416条）

【中間論点整理「第3, 3」9頁】

【意見】

実務に定着している相当因果関係説を踏まえた規定を整備すべきである。また、悪質商法を抑止する観点から、一定の要件のもとに、懲罰的賠償請求を制度化すべきである。

- 4 過失相殺（民法第418条）

- (1) 要件

【中間論点整理「第3, 4(1)」10頁】

【意見】

- 1 債権者の損害軽減義務を認め、それを過失相殺の判断要素とすることについては反対する。
- 2 少なくとも、説明義務違反、誤導や不実表示、断定的判断の提供など、債権者の落ち度を誘発する事情が認められる場合には、過失相殺を口実に、債権者側の損害軽減を行うべきではなく、その判断に際しては、取引の性質、損害軽減、回避に向けた債務者側の関与の存否、程度、債権者側の知識、経験、理解、判断能力等の属性が考慮されなければならない。
- 3 債権者は、債務者に対し、損害の発生又は拡大防止に要した費用を合理的な範囲内で請求できるとの規定を置くことは慎重にすべきである。

【理由】

消費者被害事件、とりわけ投資被害等金融サービス被害事件においては不法行為構成・債務不履行構成を問わず、事業者の損害賠償責任が認められたとしても、自己責任や消費者のささいな「落ち度」を指摘して大幅な過失相殺がなされる場合が多い。安易な過失相殺は、被害回復を妨げるとともに事業者の「やり得」を許してしまう。同様のことはフランチャイズ事件や過労死・過労自殺等でも同様である。事業者が義務違反行為をして被害を発生させた以上はその損害は全て負担すべきである。

現在の「損害の公平な分担」という考え方のもとでは、それでも事業者と消費者の格差や事業者側の故意・過失の程度・行為態様を踏まえた判断はなされてはいるが、「損害軽減義務」を正面から規定すると、被害者たる債権者の自己責任論がより強調され、現在よりも更に安易な「過失相殺」がなされる懸念がある。消費者・労働者など当事者間の格差を前提に安易な過失相殺がなされないための歯止めを考える必要

がある。なお過失相殺を「必要的」減免から「任意的」軽減とする点は賛成である。
(2) 効果

【中間論点整理「第3, 4(2)」11頁】

【意見】

任意的軽減とすることに賛成する。

【理由】

前述のとおり、過失相殺（損害軽減義務）は、被害回復を妨げ、加害者の「やり得」を許す結果となる場合がある。不法行為と同様に任意的軽減に留めるべきである。

5 損益相殺

【中間論点整理「第3, 5」11頁】

【意見】

消費者取引、とりわけ詐欺的取引における対象商品の価値については、換価が容易に可能であるなどの特段の事情がない限り、損益相殺されるべきではない。

【理由】

詐欺的取引の対象とされる商品は、概して価値が存しないか、一般の需要がないために換価が容易でないものが少なくない。原野商法における「山林・原野」がその典型である。また不要・不急の商品を押しつけられる場合もある。この場合に、安易な損益相殺がなされれば、過失相殺を正当化する理由が存しない場合でも、実質上、それに等しい扱いがなされることになり、被害者消費者の損害回復を不可能であるか、困難ならしめることになる。

また、詐欺的取引では、対象商品は、いわば詐欺・不法行為の道具として用いられるものであり、不法原因給付の実質を持つ。たとえそれが適正な価値で評価されるにしろ、その利得を事業者に得させる必要がないことは、貸し金における暴利取得の手段とされた貸付金員の返還を認めないこととパラレルに考えるべきである（最高裁平成20年6月10日判決（ヤミ金五菱会）・最高裁平成20年6月24日判決（米国債詐欺事件）・最高裁平成22年6月17日判決（欠陥住宅事件））。

6 金銭債務の特則（民法第419条）

(1) 要件の特則：不可抗力免責について

【中間論点整理「第3, 6(1)」11頁】

【意見】

不可抗力に限って免責を認めるべきである。

【理由】

「不可抗力が生じたとしても、金銭の調達自体は可能である」とは言い切れない（大地震など）。

(2) 効果の特則：利息超過損害の賠償について

【中間論点整理「第3，6(2)」11頁】

【意見】

反対である。

【理由】

債権者が他からの資金調達コストを請求することができるとなると、債務者は約定利息以上の過大な責任を負わされることになり不当である。特に消費者契約の場合には、過大な賠償責任を負わされる危険性がある（事業者から消費者に対する金銭債権請求がなされる際に、運用逸失利益・債権取立費用・弁護士費用など過大な賠償責任を負わされる危険性がある）。また、弁護士費用の敗訴者負担制度につながる懸念もある。

7 債務不履行責任の免除条項の効力を制限する規定の要否

【中間論点整理「第3，7」12頁】

【意見】

賛成である。

【理由】

債務不履行責任の免除条項の効力を制限する規定は、不当条項規制の一つとして検討することに賛成する。

第4. 損害賠償額の予定

【中間論点整理「第4」12頁】

【意見】

- 1 賠償額の予定が実損害に比して過大である場合、裁判所は、合理的な額まで減額することができる旨の規定を置くべきであるという考え方や、賠償額の予定が、当該取引の性質を考慮すると合理性を欠き、かつ、実損害と比べて著しく過大であった場合には、これを無効とする旨の規定を置くべきであるという考え方に賛成である（「過小」であったときの無効化には消極）。
- 2 不当条項規制（消費者契約法9条）との整合性に配慮すべきである。

【理由】

- 1 賠償額の予定につき、公序良俗違反を基礎に制限する旨の規定（裁判所による裁量減額や無効規定）をおくことには原則的には賛成である。
但し、裁判所による減額の要否、内容の判断は、当事者間の知識・情報や経験の格差、交渉力の格差に配慮してなされねばならないことに留意すべきであり、要件上も、裁判所の判断に際しての考慮事情を明記すべきではないか。
- 2 もっとも、消費者契約法9条は平均的損害を超える賠償や14.6%を超える遅

延損害金を無効としている。この規定との整合性に配慮すべきである。つまり民法典の不当条項規定にどのようなものを設けるのかという議論との整合性に配慮すべきである。 ※参考 消費者契約法第9条

第5. 契約の解除

1 債務不履行解除の要件としての不履行態様等に関する規定の整序（民法第541条から第543条まで）

(1) 催告解除（民法第541条）及び無催告解除（民法第542条，第543条）の要件及び両者の関係等の見直しの要否

ア 催告解除（民法第541条）

① 催告解除の位置付け

【中間論点整理「第5，1（1）ア①」13頁】

【意見】

現行法と同様，催告解除を原則とすべきである。

【理由】

契約の解除によって一方当事者に不利益を課する前提としては，予測可能性の観点から，債務の履行の機会を与える催告という明確な手続を経ることを原則とすべきである。

特に消費者と事業者間の継続的取引の場合，預金口座からの自動引落のように消費者が日常意識していない支払方法による取引も多いところ，催告による履行の機会を与えられないまま契約解除が認められるとすると，消費者が予期しない不当な不利益を被るおそれがある。

また，無催告解除や当然解除を広範に認める特約は消費者に一方的に不利益となる不当条項と解すべき場合が多く，消費者契約法10条を適用する前提として催告解除が原則である旨の明確な規定が必要である。

② 付随的義務違反等の軽微な義務違反の場合の判例法理の明文化

1) 要件について

【中間論点整理「第5，1（1）ア③」13頁】

【意見】

給付に関わらない付随義務違反であっても，それが契約の目的達成に重要である場合には解除が認められるべきである。

【理由】

例えば建物建築請負契約において建築途中の注文主からの仕様変更等の希望に対し請負人は注文主と十分協議を行うべき付随義務があるというべきところ，これに対して請負人が誠実な対応を怠る場合など，給付に関わらない付随義務違反

であっても契約の拘束力から開放すべき場合がある。

2) 主張立証責任について

【中間論点整理「第5, 1 (1) ア④」14頁】

【意見】

消費者契約の場合は主張立証責任の在り方を変えることを検討すべきである。

【理由】

消費者が契約の解除を望む場合に、事業者の付随義務違反が軽微な義務違反でないことという規範的要素を有する事項につき主張立証責任があるとする事は、消費者にとって加重的負担となり消費者の権利行使が実質的に妨げられるおそれがある。

一方、事業者が契約を解除する場面及び契約の解除を否定する場面においては、事業者は、当該取引を反復・継続して行っており消費者とは格段の経験や情報の格差があることから、主張立証責任を負うこととしても公平を害するものといえない。

(2) 履行期前の履行拒絶による解除

【中間論点整理「第5, 1 (3)」15頁】

【意見】

履行拒絶による解除権の発生要件として、催告や履行拒絶している債務の重要性を要件とすることを検討すべきである。

【理由】

終局的・確定的に債務の履行を拒絶したか否かを判断することは困難であることが多い。

特に一般消費者の場合、常に契約を意識して行動しているわけではなく、必ずしも法的知識が十分とはいえないことから、契約締結後、一定の事情から必ずしも確定的な意思のないまま債務の履行を躊躇するような行動をすることもあることから、これをもって、直ちに事業者からの解除が許されることとなると不測の不利益を被るおそれがある。

また、履行拒絶している債務の当該契約における重要性にかかわらず、一律に解除が可能とすることは、本来の意思に著しく反する結果がもたらさせる危険性がある。

したがって、再考の機会を与える催告という手続を必要とするとともに、履行拒絶している債務の重要性を要件として明示することなどにより、不測の不利益が生じないようにすべきである。

(3) 債務不履行解除の包括的規定の要否

【中間論点整理「第5, 1 (4)」15頁】

【意見】

「債務を履行しない場合」（民法541条）という包括的要件を維持することに賛成。

2 債務不履行解除の効果（民法第545条）

(1) 解除による原状回復義務の範囲（民法第545条第2項）

【中間論点整理「第5，3（2）」16頁】

【意見】

金銭以外の返還義務についても果実や使用利益等を付さなければならないとする判例・学説の法理を条文に反映させる場合には、消費者が原状回復義務を負う場合の特則を定めるべきである。

【理由】

商品の使用利益や時的減価を適正・公平に評価することは極めて困難であることが多く、その返還義務の範囲につき条文に規定する場合に単に解釈に委ねることとすると、消費者に不利益な結論を押しつけられるおそれがある。

例えば商品は、いったん消費者が受領しただけで中古品として市場価値が著しく減少するのが一般的であることから、事業者による減価の主張を安易に認めることは、消費者による解除の目的が達せられなくなるとともに、事業者による「押しつけられた利得」や「やり得」を許す結果となる場合もあり、不当である。

事業者と消費者との交渉力の格差に鑑み、特商法におけるクーリングオフ規定を参考に消費者契約の場合の特則を定めることにより、解除後の処理の予測可能性を高め、消費者の権利が不当に妨げられないように配慮すべきである。

(2) 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理

【中間論点整理「第5，3（3）」16頁】

【意見】

消費者が原状回復義務を負う場合の特則を定めるべきである。

【理由】

当該取引を反復・継続して行っている事業者と消費者の間には、リスクの負担能力において著しい格差があることに照らすと、消費者が原状回復義務を負う場合に目的物が滅失・損傷した場合のリスクを事業者間の取引と同様とすることはリスク負担能力の乏しい消費者にとって酷な結論となる。

3 複数契約の解除

【中間論点整理「第5，5」17頁】

【意見】

同一当事者間に限定せず、当事者を異にする複数契約を含めて複数契約全体の解除に関する規定を置くべきである。

なお、あくまで両契約の締結過程・履行上の一体性や密接関連性を要件とすべきであり、契約当事者の合意を要件とすべきではない。

【理由】

(1) 現代社会においては、たとえば、①屋内プール付きスポーツクラブ会員権が付加されたリゾートマンション（最判平成8年11月12日の事案）、②ゴルフ場にリゾートホテルが付加されたゴルフ会員権（最判平成11年11月30日金判1088号32頁）、③医療機関と提携した高齢者専用賃貸住宅等、さまざまな付加価値付きの商品が開発され、市場に出回っている。このような付加価値商品の提供は、必然的に複合契約とならざるを得ないものであり、このような現代的な問題についても適切な立法的手当てをすることが、国民にとってわかりやすい民法となる。

最判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁の趣旨を踏まえて、複数契約における一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除に関する規定を新設するべきである。

(2) なお、この場合、同一当事者間に限定せず、当事者を異にする複数契約を含めた規律とすべきである。

1) まず、複数契約の目的が相互に密接に関連付けられる場合においては、その商品・役務の提供主体（契約当事者）は、必ずしも同一当事者であるとは限らない。むしろ異なる当事者がそれぞれ得意とする分野の商品・役務を持ち寄って、ハイブリッド商品として市場に提供することのほうが多いと思われる。

また、信用購入あっせん（クレジット）など融資一体型販売や業務提供誘因販売取引等においては、三者間（さらには四者間）において密接関連する契約がなされる場合がある。改正割賦販売法では一定の場合にクレジット契約と売買契約の取消・解除の効力の連動が定められるに至っている。

このように当事者を異にする複数契約においても、その密接関連性から契約解除を認めるべき場合が多い。

2) また、複数契約の解除につき、同一当事者であることを要件とした場合には、当事者を複数化しさえすれば容易に複数契約の解除規定を脱法しうることになる。

3) さらに、上記最高裁判決の射程が、同一当事者間で締結された複数契約についてだけでなく、複数当事者間で締結された複数契約についても及ぶものであることが学説上も指摘されている（河上正二・判例時報1628号175頁、大村敦志・ジュリスト重要判例解説平成8年度68頁、本田純一・私法判例リマークス1998年（上）等）。

なお、上記最高裁判決は、甲契約、乙契約という言葉を用いて、一般的抽象的な命題を定立しており、複数契約が異なる当事者間で締結された場合の解除に関する立法に等しく当てはまる内容を有している。

(4) なお、複数契約の解除の要件としては、特に消費者が一方当事者の場合は、契約締結過程における経験・情報・交渉力の格差により不利益な合意を押しつけられる危険性があることから、契約当事者の合意を要件とすべきではなく、あくまで両契約の締結過程・履行上の一体性や密接関連性を要件とすべきである。

第6．危険負担

1 債務不履行解除と危険負担との関係

【中間論点整理「第6，1」17頁】

【意見】

危険負担制度は維持すべきである。

【理由】

特に一般消費者においては、事業者の債務が履行不能となった場合は、帰責事由の有無にかかわらず、反対債務は自然に消滅するものと理解するが常識的かつ一般的であり、また、全ての者が契約に対して意識的に行動しているわけではないため、積極的に解除の意思表示を行うことまでを求めるのは困難である。

また、消費者と事業者との交渉力、情報及び法的知識の格差により、消費者の解除の意思表示を妨げる事業者の行為が行われるなど、事実上、解除の意思表示が困難となる場面も想定される。

さらに、実際の消費者紛争においては、解除の相手方の所在が不明な場合など、解除の意思表示を到達させることが不可能なケースも多い。

したがって、必ず解除の意思表示を必要とすることは不測の不利益を被るおそれがあり、解除の意思表示がなくても契約の拘束力からの開放を認める余地を残すべきである。

2 民法第536条第2項の取扱い等

【中間論点整理「第6，2」18頁】

【意見】

民法第536条第2項の規律内容を維持することに特に異論はない。

3 債権者主義（民法第534条第1項）における危険の移転時期の見直し

【中間論点整理「第6，3」18頁】

【意見】

債権者が負担を負う時期を遅らせることで、危険の移転時期を合理的に見直す方向で検討することに賛成である。

なお、見直しにあたっては、消費者契約の特則を設けることを検討すべきである。

【理由】

条文を文言どおりに解すると、商品を全く手にしておらず、自己の支配下にあるとはいえない場合であっても代金全額の支払義務が残るなど、明らかに公平を害する不合理な結果となる場合がある。

なお、消費者契約においては、当該取引を反復・継続して行っている事業者と消費者との間には、リスクの負担能力において著しい格差があることから、事業者間の取引とは異なる規律を設ける必要性が高い。

第12. 保証債務

【意見】

民法(債権関係)の改正に関する検討事項(3)では、保証について、「個人の保証人が必ずしも想定していなかった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」「自殺の大きな要因ともなっている連帯保証制度を廃止すべきであるなどの指摘もある」「平成16年の民法改正により一定の見直しが行われたところであるが、上記の問題意識を踏まえ、なお一層の保証人保護の拡充を求める意見がある」などと指摘されている。かかる問題意識、問題設定については、基本的には賛成できるところであり、今回の債権法改正においては、問題の多い保証について抜本的な改正を図るべきである。

そして、現時点における論点整理としては、そもそもの「保証制度の要否」から議論をなすべきである。特に、自然人による保証は、個別保証であると根保証であると問わず、通常保証と連帯保証であると問わず、事業者信用であると消費者信用であると問わず、さらに、第三者保証であると代表者保証であると問わず、撤廃することを検討すべきである。

【理由】

1 自然人による保証の撤廃も検討すべき必要性

(1) 保証の情義性・軽率性等からトラブルの原因となっている

従来より、保証は国民の身近な契約の一つであるが、その情義性・未必性・無償性・軽率性などからトラブルの多い分野でもある(西村信雄編『注釈民法(11)債権(2)』(有斐閣1965年)150頁以下参照[西村信雄])。

(2) 多重債務の原因となっている

そして、過大な保証が原因で保証人が「生活破綻」「経済的破綻」に追い込まれ、「多重債務」「破産」などに至る事案は後を絶たない。

例えば、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『2008年破産事件及び個人再生事件記録調査』によると、保証債務や第三者の負債の肩代わりを原因として破産を申立てた人が破産債務者の25%、個人再生申立債務者の16.09%となっている。

また、中小企業庁の2003年中小企業白書に引用されている『2002年事業再挑戦に関する実態調査』によると、倒産直後に経営者個人が負った負債の額が1億円を超えたと回答した経営者は半数以上の57.4%にのぼる。

さらに、東京地裁民事第20部法人管財係のデータによると、法人破産が代表者個人等の関連個人破産を伴う確率は約9割にのぼる(高木新二郎=伊藤眞『講座倒産の法システム第2巻』(日本評論社2010年)7頁参照[吉田勝栄])。

(3) 自殺の原因となっている

わが国は自殺者が年間3万人を超える事態が10年以上継続するという異常事態にあるが、中小零細事業者が保証人に迷惑をかけることを苦にして理由に自殺したり、生活破綻に追いやられた保証人が自殺するという事例もある。

例えば、内閣府の『平成22年版自殺対策白書』によると、平成21年の自殺者総数32,845人のうち、原因・動機を特定できたのが24,434人であり、その中で経済・生活問題が原因とされるのは8,377人であって、約34%を占めている。そして、有職者の自殺者のうち、被雇用者は9,159人であるのに対して、自営業者と家族従事者は3,202人にも及んでいる。これらのデータからも、経営の行き詰まりを理由に命を絶ってしまう事業者が少なからずいることが窺われる。

また、政府の自殺対策緊急戦略チーム『自殺対策100日プラン』（2009年11月27日）では、「連帯保証人制度」「政府系金融機関の個人保証（連帯保証）」について、「制度・慣行にまで踏み込んだ対策に向けて検討する」とされている。

その他、自殺者による社会的損失は22兆円を超すという試算も発表されている（自殺予防総合対策センターHP）。

(4) 中小企業の再チャレンジの阻害要因となっている

中小企業庁の2003年中小企業白書に引用されている『2002年事業再挑戦に関する実態調査』によると、経営者が「倒産するにあたって最も心配したこと」は、「従業員の失業(23.8%)」に次いで、「保証人への影響(21.3%)」となり、「家族への影響(19.5%)」よりも多い。

また、2003年7月の金融庁『新しい中小企業金融の法務に関する研究会報告書』では、個人保証の問題点として、事業再生の早期着手に踏み切れないという傾向を助長、経営者として再起をはかるチャンスを失うなどの指摘がなされている。

(5) 裁判上も保証契約の成否、責任制限の可否が多く争われている

保証の問題については、二段の推定などの最高裁判例(最判昭和39年5月12日判時376号27頁)もあり、保証人が免責されるのは極めて限定的であったが、古くから、保証人が、「保証意思を有していなかった」、あるいは、「錯誤があった(など意思表示に瑕疵があった)」などと主張して紛争となることが多い。近時は、保証人の主張を認める判例も散見されるところである(東京高判平成17年8月10日判時1907号42頁、千葉地判平成18年1月16日消費者法ニュース69号262頁など)。

さらに、最近では、「保証債務の履行請求は信義に反するのではないか」という争いも増えており、裁判所も、公序良俗や権利濫用など、一般条項による解決を図るケースが見受けられるようになっている(最判平成22年1月29日判タ1318号85頁など)。

このような判例の傾向に鑑みれば、保証制度には「法律の不備がある」と指摘せざるを得ないところであり、トラブルを未然に防ぐべく、法律による抜本的な

手当てが望まれるところである。

(6) 民主党マニフェスト

2009年の総選挙における民主党のマニフェストでは、中小企業の総合支援対策として「政府系金融機関の中小企業に対する融資について、個人保証を撤廃する」「自殺の大きな要因ともなっている連帯保証人制度について、廃止を含め、あり方を検討する」とされている。

2 自然人による保証を撤廃することの許容性

(1) 実務運用

保証制度を考える際には、保証人保護といっても、資金需要者への貸し渋りや債権者、主債務者の負担増加などを勘案しての政策的判断も無視できない。また、経営者の個人保証なくして融資実行は考えられないという指摘もある。

しかしながら、現実には、例えば、経済産業省が2004年に実施した中小企業団体の会員を対象としたアンケート結果(『新たな融資慣行の確立に向けた制度整備について』)によると、第三者の保証人を依頼している事業者は16.4%に止まっており、他方、個人保証は提供していない事業者も26.6%にのぼっている。

また、2006年以降、中小企業庁は、信用保証協会における第三者保証の徴求を原則として禁止している。

さらに、金融庁の「主要行等向けの総合的な監督指針」「Ⅲ-3-3-1-2 主な着眼点」において、「経営者等に補償を求める場合、家計と経営が未分離であることや、財務諸表の信頼性に問題がある中小企業の場合、企業の信用補完且つ経営に対する規律づけという機能があるが、一律に保証を求めることへの批判があることを踏まえ、当該経営者と保証契約を締結する客観的合理的理由の説明が必要である」とされ、経営者保証も当然視されているわけではない。

(2) 現在の試み

金融庁は平成23年2月28日付で「年主要行等向けの総合的な監督指針」及び「中小・地域金融機関向けの監督指針」の一部改正案を発表した。その中では、経営者以外の第三者による個人連帯保証等の慣行を見直すとして「経営者以外の第三者による個人連帯保証を求めないことを原則とする融資慣行を確立し、また、保証履行時における保証人の試算、収入を踏まえた対応を促進するため、監督指針に新たな項目を追加する」などとされている。

その他、金融機関関係者からも、会社が債務を弁済できなかつたとしても、法令を遵守した経営を行い、正確かつ適法な財務データを金融機関に提出している限り、経営者は個人財産への責任追及を受けないとするにより、中小企業の財務データ等の信頼性を補完しつつ誠実な経営者を保護する観点からの提案がなされている(中村廉平『中小企業向け融資における経営者保証のあり方について』銀法720号15頁)。

そして、金融検査マニュアル(預金等受入金融機関に係る検査マニュアル)でも、「中

小企業に適した資金供給手法の徹底にかかる具体的な手法例」として「様々なコベナントの活用」「停止条件付連帯保証(事業や経営状況の報告義務を課す等のコベナントを付し、当該コベナント違反を停止条件として代表者に連帯保証を求めるもの)」等とされ、従来型の連帯保証制度の代替的な措置が提案されている。

(3) その他の金融を得る手段

平成10年に制定された「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」が、平成16年に改正され、法人がする動産の譲渡について、登記によって対抗要件を備えることを可能とすること、債務者が特定していない将来債権の譲渡についても、登記によって対抗要件を備えることなどが可能となった。

このような法改正の背景として、「バブル経済崩壊後における不動産の資産価値の継続的下落という経済情勢や企業の債務につき個人保証をした者が過大な責任を負いがちであるという現状を背景に、不動産担保や個人保証に過度に依存していた従来型の企業の資金調達方法を見直す必要があるとの認識が近時広まった」とされる(植垣勝裕=小川秀樹『一問一答動産・債権譲渡特例法[三訂版増補]』5頁)。

(4) 金融機関の自己査定基準について

加えて、自然人の保証は、金融機関の自己査定において、余り重視されているとは言えない。

すなわち、金融庁の自己査定別表1において債務者区分が記載されているところ、保証について言及されているのは1. 債権の分類方法、(1) 基本的な考え方において、「債権の査定に当たっては、原則として、信用格付を行い、信用格付に基づき債務者区分を行った上で、債権の資金用途等の内容を個別に検討し、担保や保証等の状況を勘案のうえ、債権の回収の危険性又は価値の毀損の危険性の度合いに応じて、分類を行うものとする。」とし、保証等による調整(1.(5))では、「保証等により保全措置が講じられているものについて、以下のとおり区分し、優良保証等により保全されているものについては、非分類とし、一般保証により保全されているものについては、Ⅱ分類とする。」とされ、個人の保証は一律に一般保証とされている(同②)。

更に、債権の分類基準によると(1.(7))③破綻懸念先について、「一般保証により回収が可能と認められる部分及び仮に経営破綻に陥った場合の清算配当等により回収が可能と認められる部分をⅡ分類」とするとし、『保証により回収が可能と認められる部分』とは、保証人の資産又は保証能力を勘案すれば回収が確実と見込まれる部分であり、保証人の資産又は保証能力の確認が未了で保証による回収が不確実な場合は、当該保証により保全されていないものとする」としている。

とすれば、この「保証人の資産または保証能力」とは、保証人の現有財産と将来収入相当分であって、仮に予め物的担保として徴収されていれば、担保による調整(1.(4))により、非分類化できるものである。

このような金融機関の債権の自己査定を考えると、少なくとも自然人については、債権保全上もその必要性が乏しいことは明らかである。

3 まとめ

自然人の保証人が惹起する弊害を勘案すると、債権者の保証人に対する説明義務や適時執行義務を明確にするより、将来債権譲渡担保等の保証に頼らない金融手段を設定すること、事業者代表者の場合に主たる債務者である事業者と代表者の財産の混同を回避するというのであれば、詐害行為取消権の証明責任を転換するなどすれば足りる筈である。

このように考えると、保証債務を自然人が負担するというのは、法的義務としては過大になりがちであり、かつ債権者にとっても債務者にとってもその予見可能性が乏しいものであって、不適當である。従って、少なくとも自然人の保証制度を、その可否を含めて抜本的に見直すべきである。

なお、以下では、保証制度が一部でも存置されたことを仮定して、保証人保護を図るべく、今回の中間論点整理の順序に従って、意見を述べる。

1 保証債務の成立

(1) 主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立

【中間論点整理「第12、1（1）」40頁】

【意見】

- 1 「主債務者と保証人との間の契約（保証引受契約）によって、保証契約が成立するものとする」と明文で認めることや、保証の定義において「保証契約」と「保証引受契約」を並列的に規定するようなことについては、反対である。
- 2 仮に、債務引受契約が脱法的に用いられることを規制するための規定を設けるとしても、「主債務者と引受人との間の契約（債務引受契約）によって、引受人が責任を負う場合にも、本法における保証契約に関する規制は適用される」、あるいは、「保証契約に対する本法の規制を免れるために、主債務者と引受人との間の契約（債務引受契約）を用いてはならない」などと明記する方法で足りる。
- 3 「債権者の関与しない保証引受契約において、債権者に、保証人に対する法的説明義務を課すことは困難である」などの理由で、「保証契約においても、法的説明義務を明記しない」という結論を導くことは、反対である。

【理由】

- 1 主債務者と引受人との間の契約（債務引受契約）が、保証契約に対する規制を免れるために脱法的に悪用される恐れがあることは否定しない。
しかしながら、現在の保証人被害の実情に鑑みれば、より重要なことは、債権者に、保証人に対する法的説明義務を課すなどの規制を強化することである。
- 2 この点、民法（債権法）改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」（別冊

NBL126号。以下「基本方針」という。)【3.1.7.01】は、保証の定義として、保証契約と保証引受契約とを並列的に規定している。そして、基本方針【3.1.7.02】は、「保証引受契約による保証の場合、契約当事者は債務者と保証人であるところ、債務者の説明義務不履行によって債権者が不利益を被るのをおかしいのではないか」などの理由で、保証人に対する説明義務は、単なる努力義務とするものと結論づけられている。このように、保証引受契約が持ち出されることで、かえって保証契約に対する規制が緩和されるのであれば本末転倒である。

- 3 保証引受契約が多用されているとは到底言えない現状(個人事業者の法人成りや、法人代表者の交代などにおいて、法人や新代表者に従前の貸付を承継させる場面で用いられることが一般である)において、脱法的な悪用の恐れを強調する必要はない。かえって、かかる契約形態を真正面から定義づけてしまえば、保証引受契約の悪用を助長する恐れさえある。

(2) 保証契約締結の際における保証人保護の方策

【中間論点整理「第12, 1(2)」40頁】

【意見】

- 1 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ことは賛成である。
- 2 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を採用することは賛成である。
- 3 過大な保証の禁止義務に対する違反の効果としては、契約を無効とすべきである。
- 4 また、保証人の説明義務の前提として、保証人の知識・経験・財産の状況・契約の目的・意向等について当該保証契約をなすにふさわしいか否かを審査する適合性の原則を導入すべきである。そして、適合性原則に違反する保証契約は無効とすべきである。
- 5 さらに、保証人が情義性などから安易な保証契約に拘束されないために書面交付義務を課すとともに、書面交付後相当期間における保証契約の撤回権（クーリングオフ）を認めるべきである。

【理由】

- 1 過大な保証が原因で保証人が、生活破綻あるいは経済的破綻に追い込まれ、多重債務や破産などに至る事案は後を絶たない。当連合会の破産・再生記録調

査（2008年）では自己破産の原因の約25%、個人再生の約16%が「保証・第三者の肩代わり」であった。

- 2 政府の自殺対策緊急戦略チームは自殺対策100日プランを公表しているが、その中では、「連帯保証人制度」、「政府系金融機関の個人保証（連帯保証）」について、「制度・慣行に踏み込んだ対策に向けて検討する」とされており、保証人問題が、自殺対策の観点からも重要であることは論をまたない。
- 3 また、保証人が、債権者の説明義務違反などを主張して責任を争い、裁判所が契約の無効、取消を認めたり、信義則などを理由に請求の全部又は一部を制限した例は多数にのぼる。
- 4 かかる現状に照らせば、保証契約締結の際における保証人保護の方策を採用することは急務である。
- 5 保証人保護の方策としては、まず第1に、契約締結段階の説明義務が挙げられるが、これが努力義務に止まるのであれば、保証人保護の実効性が失われることが明らかである。従って、説明義務については、その違反に対して取消権が認められる法的義務とすべきである。
- 6 さらに、保証の情義性に照らせば、説明義務を尽くされても保証を拒めずに契約に応じ、後に経済的破綻に追い込まれてしまう保証人を救済することが出来ない。

従って、保証人保護の方策の第2として、過大な保証の禁止など、比例原則としての規制、適合性の原則、撤回権などの措置を設けるべきである。

この点、2006年の貸金業法改正により、年収の3分の1を超える貸付は基本的に禁止されることとなった(貸金業法13条の2)。また、2008年の特定商取引法、割賦販売法改正により、日常生活において通常必要とされる分量を著しく超える商品・役務の購入契約を締結した場合に解除が認められた(特商法9条の2、割販法35条の3の12)。保証人についても「能力に応じた負担」という考え方がとられるべきであって、貸金業法の総量規制や特商法や割販法の過量販売解除権も参考とされるべきである。また、貸金業法施行規則10条の23の1項2号では「生計を維持するために不可欠」な不動産は保護されるべき手立てがなされているが、保証人についても、同様の保護がなされるべきである。

その他、フランスにおける消費法典や民法が、自然人である保証人が生活に必要な最低限の財産までも奪われることを回避すべく措置などを講じていることなどが参照されるべきである。

(3) 保証契約締結後の保証人保護の在り方

【中間論点整理「第12、1(3)」41頁】

【意見】

債権者に対して主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を負わせたり、分割

払の約定がある主債務について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えたりするなどの方策を採用することは賛成である。

さらに、共同保証人の弁済状況などを他の保証人が把握できない場合もあり、債権者にこれらの情報提供義務も課すべきである。

【理由】

1 保証人が主債務者の返済状況を知らず、長期間経過して、時効完成間際に多額の遅延損害金とともに保証債務の履行請求を受ける、という事例も散見される。

保証人が、保証債務の履行を請求される前に、そのリスクを出来るだけ軽減するための方策が検討されるべきである。

2 そのため、債権者には保証人に対し主債務者の返済状況を定期的に通ずる義務を定めるとともに、返済が滞った場合の通知義務も定めるべきであり、韓国やフランスにも同様の立法例があることが参考となる。

3 この点、主債務者の返済能力や返済状況についての情報提供義務については、主債務者の個人情報保護を理由に慎重論もあるが、保証により利益を得る主債務者の同意を取得することを前提とすれば個人情報保護は問題とはならない。

4 その他、主債務者が倒産するなどして期限の利益を喪失した後に、保証人が多額の一括払いの請求を受けたところ、保証人が従前の約定通りの分割払いを申出てもこれを拒絶され、自宅を差し押えられたなどの事例も散見される。保証の有するこのような問題が、主債務者が倒産や事業再生に着手することを踏みとどまらせているという側面も指摘されるところである。

従って、分割払の約定がある主債務について期限の利益を喪失させる場合には保証人にも期限の利益を維持する機会を与えるべきである。

この点、主債務者同様の分割払いが許容されるならば、保証人が破綻を免れる場合も存するのに対し、従前通りの弁済を受けるのであれば債権者にも大きな不利益はない。

フランスでは、商法典で同種の規定を設けており、参考とすべきである。

5 かねてから、複数名の保証人を取り、そのうち1人からだけでも回収できればよいという発想で貸付をなす商工ローン業者などがあり、保証人が多額の負債を抱える被害が多く見られた。そして、個人情報保護などを理由に、共同保証人の弁済状況などを他の保証人が把握できない場合もあり、保証人が自己の残債務額を把握することに支障が出るようなこともあった。そのようなことがないよう、債権者にこれらの情報提供義務も課すべきである。

(4) 保証に関する契約条項の効力を制限する規定の要否

【中間論点整理「第12, 1(4)」41頁】

【意見】

事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項や保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項に関し、その効力を制限する規定を設けることについては、賛成である。

【理由】

現状、事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項や保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項(約款)が一般的に多用されているが、これらは、「事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項」などとして、消費者契約法第8条1項等に違反するとさえ評価されるものもある。

少なくとも、担保保存義務違反など、事業者たる債権者の落ち度があるにも関わらず、これを全面的、無制限に免除するような規定は無効とされるべきである。

2 保証債務の付従性・補充性

【中間論点整理「第12, 2」41頁】

【意見】

- 1 保証契約が締結された後に主債務の内容が加重されても、保証債務には影響が及ばないことを条文上も明らかにすることは、反対しない。
- 2 保証債務の性質について、内容における付従性や、補充性に関する明文の規定を設けることは、反対しない。

【理由】

- 1 保証人が与り知らないところで、主債務の内容が加重されても、保証債務には影響しないと解すべきことについては、争いが無いものと思われる。しかるに、この点についての明文がないために、今後も無用な争いが起きる余地もある。そのため、この点を明文化すべきである。
- 2 保証債務の付従性については、現行規定上、「債務の目的又は態様において主たる債務より重いとき」としか規定されていない。また、補充性についても、なお、保証人保護のために明文の規定を用意しておく意味がある。
- 3 保証債務は、主債務の二次的な責任を負うに止まることを確認する必要も高い。

3 保証人の抗弁等

(1) 保証人固有の抗弁・催告・検索の抗弁

ア 催告の抗弁の制度の要否（民法第452条）

【中間論点整理「第12, 3（1）ア」41頁】

【意見】

催告の抗弁の制度については、これを廃止すべきであるとする意見に反対である。

【理由】

保証人保護を後退させる方向で現行規定を変更すべきでない。

例えば、ドイツにおいても、単純な保証においては先訴の抗弁が認められており、これを排除するためには書面によって示されることを要するとの規定が維持されている。

実務上は、催告の抗弁の認められない連帯保証が大半を占めるとしても、保証の原則的な形態としては、催告の抗弁が認められるという現行規定の在り方を維持すべきである。

イ 適時執行義務

【中間論点整理「第12、3（1）イ」42頁】

【意見】

- 1 民法455条の趣旨を拡張して、債権者が主債務者の財産に対して適時に執行することを怠ったために主債務者からの弁済額が減少した場合一般に適用される規定に改めることについては、特に反対しない。
- 2 仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合には、これが連帯保証にも適用されるものとするについても、特に反対しない。

【理由】

- 1 債権者が主債務者に対する権利行使を放置していたために、保証人の責任負担が重くなった場合に、信義則等の理由で、その責任を軽減する判例も散見される。

他方で、このような適時執行義務を明文で規定すると、債務者のリスクの要請に応じた場合に本条違反となることをおそれ、債権者が必要以上にリスクに応じることに消極的となるとの反対意見もある。

しかしながら、あくまで債権者が権利行使を放置したと評価される場合のみ、適時執行義務違反が認められ、リスクの交渉がなされているような状況においては、適時執行義務違反とは認められないという解釈の余地を残しておけばよいと言える。

従って、適時執行義務を規定するような、保証人保護の在り方については、特に反対するものではない。

- 2 また、債権者が主債務者に対する権利行使を放置していたために、保証人の責任負担が重くなった場合に、その責任を軽減すべきという価値判断は、連帯保証においても同様であるから、適時執行義務が連帯保証にも適用されるべきとの意見については、特に反対しない。

(2) 主たる債務者の有する抗弁権（民法第457条）

【中間論点整理「第12、3（2）42頁】

【意見】

- 1 保証人が主債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができる

と規定する民法第457条第2項について、保証人は主債務者の債権による相殺によって主債務が消滅する限度で履行を拒絶できるとどまるとする規定に改めることについては、特に反対しない。

- 2 主債務者がその余の抗弁権を有している場合の規定を設けることについては、賛成であり、保証人は主債務者の抗弁権を主張できるものと明記すべきである。

【理由】

- 1 保証人は、相殺によって主債務が消滅する限度でしか履行を拒絶できないことについては、判例、学説上争いがないものと思われる。
- 2 主債務者が解除権や取消権等の抗弁権を有している場合に、保証人がこれを主張できるかどうかについては、判例、学説上争いがある。

この点、これを否定すれば、保証人が保証債務の履行に応じた後に、主債務者が解除ないし取消権を行使した場合、保証人は債権者に対して不当利得返還請求をなすという迂遠な処理を要することとなる。

従って、保証人は主債務者の抗弁権を主張できるものと明記すべきである。

4 保証人の求償権

- (1) 委託を受けた保証人の事後求償権（民法第459条）

【中間論点整理「第12, 4(1)」42頁】

【意見】

委託を受けた保証人による期限前弁済における保証人の事後求償権は、委託を受けた保証人についてのも（民法第459条第1項）ではなく、委託を受けない保証人と同内容のもの（同法第462条第1項）とすることについては、反対である。

【理由】

期限前弁済とはいえ、主債務者から委託されて保証債務を負担している者が、その責任を履行するためになす弁済である以上、委託もなく保証人となった者の弁済と同視しうるのか、疑問無しとはしない。

主債務者の保護は、現行民法463条1項、同443条（通知を怠った保証人の求償の制限）、あるいは、これに類似する保証委託契約における約定等で図れるのではないか。

- (2) 委託を受けた保証人の事前求償権（民法第460条、第461条等）

【中間論点整理「第12, 4(2)」42頁】

【意見】

委託を受けた保証人が事前求償権を行使することができることを規定する民法第460条の廃止には反対である。

【理由】

現在の実務運用において、事前求償権が活用されていないとは評価できず、これ

を廃止することには反対である。

(3) 委託を受けた保証人の通知義務（民法第463条）

【中間論点整理「第12, 4(3)」42頁】

【意見】

委託を受けた保証人についての事前通知義務も廃止することについては、特に反対しない。

【理由】

連帯債務者は、履行期が到来すれば直ちに弁済しなければならない立場にあるため、その際に事前通知義務を義務づけるのは相当ではないとの意見にも、首肯できる。

(4) 委託を受けない保証人の通知義務（民法第463条）

【中間論点整理「第12, 4(4)」43頁】

【意見】

委託を受けない保証人について、事前通知義務を廃止することについては、特に反対しない。

【理由】

保証人の事前通知義務（民法第463条、第443条）の趣旨は、債権者に対抗することができる事由を有している主債務者に対し、それを主張する機会を与えようとするところにあるが、委託を受けない保証人の求償権の範囲は、もとより主債務者が「その当時利益を受けた限度」（同法第462条第1項）又は「現に利益を受けている限度」（同条第2項）においてしか認められておらず、主債務者が債権者に対抗することができる事由を有している場合には「利益を受けている限度」から除外されることになるため、事前通知義務の存在意義は乏しいとする意見にも、首肯できる。

5 共同保証-分別の利益

【中間論点整理「第12, 5」43頁】

【意見】

複数の保証人が保証債務を負担する場合（共同保証）に、各共同保証人は、原則として頭数で分割された保証債務を負担するにすぎない（分別の利益）ことを規定する民法第456条の廃止には反対する。

【理由】

上記の通り、複数名の保証人を取り、そのうち1人からだけでも回収できればよいという発想で貸付をなす商工ローン業者などがあり、保証人が多額の負債を抱える被害が多く見られた。

現実には、保証人が複数いる場合に、各共同保証人は、自らの責任を頭数で分割して考える者も多く、連帯保証の場合に分別の利益が無いことを知らず、債務

全額の請求を受けた後にそのことを初めて自覚する者も多い。

保証人保護を後退させるべきではなく、むしろ、強化すべきという立場に立てば、むしろ、分別の利益を失わせる場合には、そのことを明確に認識した上で、契約に応じさせるような方向性を取るべきである。

他方、分別の利益を認めれば、保証の担保的効力を弱めるという意見もあるが、そのようなことを債権者が望む場合には、むしろ、特約により全額の責任を負うことを明確にした上で契約させればよい。

6 連帯保証

(1) 連帯保証制度の在り方

【中間論点整理「第12、6（1）」43頁】

【意見】

- 1 連帯保証人の保護を拡充する方策が必要であるという意見、連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合にのみ連帯保証となるとすべきであるなどの意見は、賛成である。
- 2 さらに、自然人による連帯保証制度は、法人の代表者の保証も含めて、廃止すべきである。
- 3 事業者がその経済事業（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）の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるとすべきであるとの考え方は、反対である。

【理由】

- 1 連帯保証人は、催告・検索の抗弁が認められず、また、分別の利益も認められないと解されている点で、連帯保証ではない通常の保証人よりも不利な立場にあり、このような連帯保証制度に対して保証人保護の観点から問題があるという指摘は、まさしくその通りである。
- 2 さらに、過大な保証が原因で保証人が、生活破綻あるいは経済的破綻に追い込まれ、多重債務や破産などに至る事案は後を絶たないこと、保証人問題が自殺対策の観点からも重要であること、保証人が、債権者の説明義務違反などを主張して責任を争い、裁判所が契約の無効、取消を認めたり、信義則などを理由に請求の全部又は一部を制限した例は多数にのぼることなどの理由から、保証人保護のための規制強化の必要性が高いこと、さらに自然人による保証の撤廃をも検討すべきについては、上記第12保証債務の冒頭【意見】【理由】において指摘したとおりである。
- 3 韓国において制定されている「保証人の保護のための特別法」の第1条では、「何ら代価なしに好意によってなされる保証による保証人の経済的・精神的被害を防止し、金銭債務に対する合理的な保証契約の慣行を確立することによって、信用社会の定着に役立たせることを目的とする」とされているところ、我

が国においてもかかる背景事情が存在することは同様である。

- 4 この点、法人の代表者等当該事業者の経営に直接関与している経営者については、金融の円滑化、モラルハザードの観点から、連帯保証人制度を維持すべきとの意見もある。

しかしながら、例えば事業再生や事業承継の場面において、経営者保証が早期着手の阻害要因となっていることも指摘されている。

他方、金融の円滑化については、集合債権譲渡担保、集合動産譲渡担保など新たな貸付が試みられているところであるし、モラルハザードについても、本来保証責任で解決すべき事柄ではない。

- 5 そして、平成21年の統計によると、自殺者総数32,845人のうち、原因・動機を特定できたのが24,434人であり、その中で経済・生活問題が原因とされるのは8,377人であって、約34%を占めている。そして、有職者の自殺者のうち、被雇用者は9,159人であるのに対して、自営業者と家族従事者は3,202人にも及んでいる。これらのデータからも、経営の行き詰まりを理由に命を絶つてしまう事業者が極めて多いことが指摘される。

結局のところ、代表者も含めた連帯保証制度を存続させるか否かは、政策的な決定によらざるを得ないところ、中小企業の代表者が、個人では到底支払い困難な保証債務を抱え、自殺や夜逃げなどをしてしまい、法的手続でも救済されずにいる現状に着目すれば、自然人による連帯保証自体を廃止すべきである。

- 6 事業者がその経済事業（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）の範囲内で保証をしたときには連帯保証になるとすべきであるとの考え方は、事業者にも、一般消費者と判断能力の点でも大差のない個人事業者が含まれること、今回の改正において保証人保護の後退は認めるべきではないこと、などの理由から反対である。

(2) 連帯保証人に生じた事由の効力・履行の請求

【中間論点整理「第12, 6(2)」44頁】

【意見】

連帯保証人に対する履行の請求の効果が主債務者にも及ぶこと（民法第458条、第434条）を見直す必要があるとの意見は、賛成である。

【理由】

主債務者の関与することが出来ず、場合によっては、認知することも出来ない、債権者の連帯保証人に対する請求によって、主債務の時効中断が図られることは、望ましくない。

7 根保証

(1) 規定の適用範囲の拡大

【中間論点整理「第12, 7(1)」44頁】

【意見】

主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれない根保証にまで、平成16年改正で新設された規定の適用範囲を広げることは、賛成である。

【理由】

根保証に関する平成16年改正に対して、「保証人保護が不十分である」という意見こそあるものの、「保証人保護が行きすぎている」との意見はほとんど聞かれない。

極度額や保証期間を定めない包括根保証契約によって、保証人が予期しない過大な保証債務履行請求を受ける危険性は、貸金等根保証契約に限られない。

(2) 根保証に関する規律の明確化

【中間論点整理「第12, 7(2)」44頁】

【意見】

- 1 根保証に関して、いわゆる特別解約権を明文化することは、賛成である。
- 2 根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるべきとの意見については、反対である。
- 3 元本確定前の主債務の一部について債権譲渡があった場合に保証債務が随伴するとの意見については、反対である。
- 4 身元保証に関する法律の見直しについては、賛成である。

【理由】

1 特別解約権は、一般に、「契約締結の際に予測し得なかった特別の事情が発生した場合に、判例上認められる」とされるが、かかる特別事情により損失を被るのは、主として一般消費者である。今回の債権法改正により、保証制度も市民に分かりやすい内容とすべく、法文においても特別解約権を明記すべきである。

2 根保証契約においては、もともと、債権額が、保証人の把握し得ない、債権者と主債務者間のやりとりで、変動するという危険性がある。その上に、元本確定前に履行請求を認めるとなれば、保証人が弁済した後に、さらに、主債務者が借入れをなすなどして債務額が増加した場合、保証人の当初弁済時点での期待(債務が減額するであろうという期待)に反する結果となる危険性もある。

従って、根保証契約の元本確定前に保証人に対する保証債務の履行請求が認められるべきとの意見については、反対である

3 根抵当権については、元本確定前の被担保債権の一部について債権譲渡があったとしても、根抵当権は随伴しないことが明文で規定されている（民法第398条の7第1項）。

根保証契約においても、同規定と整合性を図るべきであるし、確定前に随伴性を認めれば、責任の範囲が不明確となるため保証人保護のためには、これを

否定すべきである。

- 4 身元保証に関しては、巨額な損害賠償を請求される事案が後を絶たない。身元保証法では、保証人の責任を制限するに際して考慮すべき事情は規定されているが、法文のみを参照しても、制限の範囲を具体的に判断することは極めて困難である。本来、このような巨額の賠償は、保険等で対応すべき事柄であるとも指摘される。また、使用者の側にも、不祥事の発生しないような環境整備が求められるところである。しかるに、身元保証法においては、かかる使用者側の事情（保険加入の有無、環境整備の程度等）を勘案して、保証人の責任を制限しうるかどうかは明確ではない。

8 その他

(1) 主債務の種別等による保証契約の制限

【中間論点整理「第12, 8(1)」44頁】

【意見】

主債務者が消費者である場合における個人の保証や、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証などを対象として、その保証契約を無効とすべきであるとする提案については、賛成である。

【理由】

- 1 保証人保護のための規制強化の必要性が高いこと、自然人による保証の撤廃をも検討すべきについては、上記第12保証債務の冒頭での【意見】【理由】において指摘したとおりである。
- 2 特に、主債務者が事業者である場合における経営者以外の第三者の保証は、保証人が、多額に上りやすい事業負債を一気に負担させられるという危険性が大きい上、法的債務整理を選択するのが妥当な主債務者が、保証人に迷惑をかけられないという理由のみから、なかなかこれに着手できずに過度な無理を強いられて、ひいては自殺などの引き金になりかねない、などの問題が多いことが指摘される。
- 3 この点、実務上有用なものまで過剰に規制することとなるおそれがあるとも指摘されるが、連帯保証制度に対する規制の在り方は、政策的な決定によらざるを得ないところ、中小企業の代表者が、個人では到底支払い困難な保証債務を抱え、自殺や夜逃げなどをしてしまい、法的手続でも救済されずにいる現状に着目すれば、連帯保証制度に対する抜本的な改革を図るべきである。
- 4 また、無効とすべき保証契約の範囲を適切に画することができるかどうか不明であるとの指摘もあるが、これとて、定義規定の在り方を十分に検討すれば良いだけのことであり、保証人保護を否定する理由とはならない。

(2) 保証類似の制度の検討

【中間論点整理「第12, 8(2)」45頁】

【意見】

損害担保契約など、保証に類似するが主債務への付従性がないとされるものについて、明文規定を設けるべきであるとの提案については、特に反対しない。

【理由】

自然人が、保証人と類似の立場に立たされる場合には、上記に意見したとおりの問題点が指摘されるのであるから、保証契約と同様の規制を設けるべきである。

第13. 債権譲渡

1 譲渡禁止特約

(1) 譲渡禁止特約の効力

【中間論点整理「第13, 1(1)」45頁】

【意見】

譲渡禁止特約を認める。

【理由】

譲渡禁止特約には、相殺の期待確保、譲渡に伴う事務の煩雑化の回避、過誤払い防止などの合理性があり、特約を認める理由がある。

また、その効力は、性質に反しない限り、譲渡性があるとする原則を前提とすれば、相対的効力が妥当であり、悪意の譲受人には特約をもって対抗できるとする考え方が妥当である。

1) 主張立証責任

【中間論点整理「第13, 1(1)①」46頁】

【意見】

債務者が譲受人の悪意又は無重過失を主張立証すべきである。

【理由】

判例は、債務者が悪意又は重過失を主張立証すべきであるとしているが、理論上、合理性を欠くとまではいえず、特段、この結論を変更する必要性は認められない。確かに、実際の主張立証は、譲渡人と債務者の間の契約書等の記載、及びその内容の確認の有無等になることが予想され、内容の確認の有無等の事情は、譲受人側の事情ではあるが、契約書に譲渡禁止が記載されていれば、債務者にとっても譲受人の悪意又は重過失の立証は、困難ではないことから、債務者に主張立証責任があるとしても特段、酷とはいえない。

2) 一定の類型の債権について譲渡禁止特約の効力を認めないとするか否か（認めるとして民法で規定すべきか否か）

【中間論点整理「第13, 1(1)②」46頁】

【意見】

認めない。

【理由】

債権の流動性が特に要請される取引類型が存在するか否か、その類型に合理性があるかどうか明らかでなく、また、法律で特約の効力を認めない債権の類型を規定することは、柔軟性を欠くことにもなりかねず、仮にその例外をおく場合には、そもそも特約の効力を否定した意味がなくなると考えられるので、一定の類型の債権について譲渡禁止特約の効力を否定するのは妥当でない。

3) 将来債権の譲渡後になされた譲渡禁止特約の効力

【中間論点整理「第13, 1(1)③」46頁】

【意見】

効力は認められないとすべきである。

【理由】

譲受人に不測の損害をもたらす可能性があるので認められないというべきである。

(2) 譲渡禁止特約を譲受人に対抗できない事由

1) 譲受人に重過失がある場合

【中間論点整理「第13, 1(2)ア」46頁】

【意見】

譲受人に重過失がある場合は、債務者は、譲渡禁止特約を対抗できるという意見に賛成である。

【理由】

従前の判例法理を条文上明らかにしたものであって妥当である。

2) 債務者の承諾があった場合

【中間論点整理「第13, 1(2)イ」47頁】

【意見】

債務者の承諾があった場合、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗できないとする意見に賛成である。

【理由】

債務者が認めた場合にまで、特約の効力を維持する必要はなく、相対的効力を認める考え方と親和的である。なお、後述する対抗要件として承諾を認めるかどうかとは関係がない。

3) 譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合

【中間論点整理「第13, 1(2)ウ」47頁】

【意見】

譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合、債務者が譲受人に譲渡禁止特約を対抗できないとする意見に反対である。

【理由】

譲渡禁止特約は、債務者の利益を保護するものであって、破産財団を保護するものではなく、あえて、このような条項を入れる必要はない。

4) 債務者の債務不履行の場合

【中間論点整理「第13, 1(2)エ」48頁】

【意見】

債務者の債務不履行があった場合、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗できないとする意見に反対である。

【理由】

譲受人を過剰に保護するものであって、理由がない。

(3) 譲渡禁止特約付債権の差押え・転付命令による債権の移転

【中間論点整理「第13, 1(3)」48頁】

【意見】

賛成である。

【理由】

債務者の行動基準を明確化することになり、また、明文化によるデメリットもないと考える。

2 債権譲渡の対抗要件

(1) 総論及び第三者対抗要件の見直し

【中間論点整理「第13, 2(1)」48頁】

(2) 債務者対抗要件の見直し

【中間論点整理「第13, 2(2)」49頁】

【意見】

債権譲渡の第三者対抗要件として債権譲渡登記制度に一元化するとの案は、現行制度には重大な不備があり、これに一元化することは、時期尚早であるのでこれに反対し、現行法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(C案)に賛成する。具体的には、確定日付制度の廃止、通知の要式(文書)化、承諾の廃止である。

また、債務者対抗要件については、文書による通知に限るものとし、通知がない場合は、譲渡人に弁済しなければならないとした上で、通知がなく譲受人に弁済した場合でも、債務者を保護する規定を設けるべきである。

【理由】

1) 債権譲渡登記制度への一元化は不相当であること

- ① 現行法・判例は、債務者をインフォメーション・センターとして債権譲渡の有無等を譲受人等に知らしめようとするものであるが、債務者に回答義務がないことや、譲渡の有無、譲渡通知の先後について債務者の認識・回答に頼ら

ざるを得ず、譲渡の先後の決定が不安定になるという批判がある。

しかし、現行法の不備を原因とする混乱が多発しているなどという事実はなく、例外的事象を理由として、現行制度を廃止し、債権譲渡登記制度を一般個人にまで強制することは、一般の市民にとって過度の負担となるものであるので、妥当でない。また、仮に債権譲渡登記制度に一元化した場合には、譲渡当事者ではない債務者が、自ら望まない自己の情報を公示されるといった不都合もあり、問題が多い。

債務者をインフォメーション・センターとして位置づける現制度は、最も利害関係のある債務者を起点として債権譲渡の優劣を判断せしめるものであり、債務者保護の観点から、その合理性はなお十分存する。また、登記制度に一元化しようとする考え方は、現行の登記制度が、極めて不十分であること（現行の登記制度の下で、債務者が全く覚知しない間に二重譲渡・三重譲渡が東証一部上場のわが国最大手の商工ローン業者と「銀行」間で発生したSFCG事件を踏まえるべきである。）を考慮していないものであって、登記制度に重大な不備が存する以上、登記制度に一元化するという考え方は、時期尚早といわざるを得ない。

② また債権譲渡は一般市民間でも行われうるところ、その全てに登記を求めることは現実的ではない。また債権を譲渡された債権者はすぐに債務者に対して権利行使を始めるのが債権譲渡の原型であり、第三者対抗要件具備をベースに対抗要件制度を構築するのではなく、あくまで権利行使要件具備をベースにその上に第三者対抗要件制度を構築するのが自然であって、特別法・企業法・債権譲渡担保法として特別規定を設けることはともかく、わかりやすい原型を定める民法としては、現行制度は市民感覚になじむものである。債務者には権利行使段階まで誰が債権者であるかが知らされないサイレント方式の集合債権譲渡担保を前提に原則的制度を構築するのは合理的でない。

③ また、登記制度に一元化した場合、債権譲渡と差押との優劣を決するには、民事執行法145条3項による第三債務者への送達と、債権譲渡登記の先後で決することになる。従って、債務者の認識により債権の帰属が決まるという場合を想定せざるを得ないことから、債権の帰属を巡る紛争を登記制度に一元するというのは困難である。

ところで、上記のとおり、現行法における不都合な点として指摘されているのは、譲渡通知において、その優先関係は、通知に付された確定日付の先後ではなく、債務者に到達した時の先後で決せられるとされ、優先関係の決定が不安定であるという点がある。

しかし、現在、債務者に譲渡通知が到達したとされる時を一般の証拠方法によって立証する方策は、特定記録郵便、配達証明郵便などが存在し（これらは

配達時刻まで把握することが出来る）、その方策は容易かつ安価であり、また、譲受人が譲渡人にその確保を要請することは、困難ではない。また、通知の先後の把握は、債務者にとって認識しやすく、後述するように債務者にとってメリットも大きいと考えられる。

なお、譲渡通知の到達に公証を要求するのは、便宜やコストの面からも妥当でなく、实际的でない。（当然のことながら上記郵便と同程度の簡便・低コストの公証制度を用意することは検討されてもよい。）

判例も通知の到着の先後により優先関係を決していた（最判昭和49年3月7日民集28巻2号174頁）ことから、第三者対抗要件を譲渡通知の到達の先後によって決することは、従前の判例法理と整合性があり、譲渡通知が債務者に到達した時の先後で優先関係を決するとする考え方が妥当であると考えられる。

また、通知の先後によって、第三者対抗要件の優先関係を決めるということは、債務者にとってもわかりやすく、行動基準としても優れており、債務者にとっても便宜である。

なお、B案は、債務者が関与しない第三者対抗要件とするものであり、妥当性を欠く上、現行制度を変更するほどのメリットも認められない。

2) 債務者の承諾を第三者対抗要件（及び債務者対抗要件）とすべきでないこと

ところで、現行法は、第三者対抗要件に、債務者の承諾も定めているが、後述のように、承諾から直ちに抗弁切断の効果が発生しないことからすると、承諾という方式は、債権者にとってその重要性は低下すると考えられることから、債権譲渡の処理を画一化して、債務者にその行動基準をわかりやすくすることで、債務者保護を図るとする観点からは、債務者の承諾を第三者対抗要件（及び債務者対抗要件）から除外すべきであると考えられる。また、承諾を対抗要件から除外しても、債権者の利益を著しく害することにはならず、問題はないと考えられる。

また、債務者の行動基準の明確化の要請から、債務者対抗要件（権利行使要件）と第三者対抗要件を統一すべきという観点及び異議を止めない承諾を廃止することになる関係で承諾に特段の意味がなくなることから、あえて承諾を債務者対抗要件（権利行使要件）として存続させる意味に乏しく、債務者対抗要件（権利行使要件）においても、通知に限るとすべきである。

承諾を除外しないとした場合、通知と承諾の先後が争いになる可能性もあり、承諾は、承諾通知の方式のみに限られず、債務者が直ちに譲受人に対して弁済を行う方法による場合も考えられるが、その場合は、弁済の時と譲渡通知の到達の先後によって決せられることになるが、優先関係の決定において不安定となり、妥当でない。

また、常に、債権者に譲渡通知を要求したとしても、何ら債権者にとって過重な負担を強いるものではない。

なお、譲渡通知を常に要件とした場合であっても、債務者が、譲渡通知が要件となっていることを知らず、譲受人に弁済し、その弁済後に、譲渡人から他の譲受人に対する譲渡通知が到達することはありうるが、一般に債権者は、債権譲渡において、譲渡通知が必要であることを認識することは容易であると考えられ、債務者からの弁済を受けた後であっても、譲渡通知を発することを譲渡人に要請し、その譲渡通知が他の譲受人に先んじて到達すれば、その時点で先行する弁済を有効なものとするれば足りる。仮に、債務者が弁済後、弁済を受けた譲受人に対する譲渡通知よりも他の譲受人を譲受人とする譲渡通知が早く到達した場合、債務者の弁済を準債権者に対する弁済として有効としつつ、弁済を受けなかった他の譲受人の保護については、譲渡人もしくは弁済を受けた譲受人に対する請求を認めれば足りると考える。これは、弁済を受けていない譲受人に酷であるとも考えられるが、事前に、債務者に確認しなかった譲受人にも落ち度があるのだから、不利益を被ってもやむを得ないものとする。

このように考えることは、債務者の利益を過剰に保護するもので、譲受人に不利益を転嫁することになり、引いては債権の流動性を妨げる可能性があるとの反論もありうるが、債務者が、安心して支払えるようにすることこそ、債権の流動性にとって必要であり、また、債権回収の可否は、二重譲渡の場合以外にもありうることであり、譲受人がそもそも覚悟すべきリスクに含まれているというべきであるから、譲受人に特段の不利益を課するものでもない。また、債務者と僭称譲受人が通謀して、通知の日時を偽証するような例外的事案を想定して債権譲渡の仕組みを複雑化するのは、債務者保護の視点及び債権流動化を円滑化させるという観点から妥当でない。譲受人の保護については、同時到達や先後不明の場合において、弁済を受けた者に対する分配請求権を認めれば足りるといえるべきである。

3) 確定日付を要求する必要はないこと

なお、このように、到達日により、第三者対抗要件の優先関係を決するとした以上、確定日付の意味は低下するから、譲渡通知に確定日付を要求する必要はなく、通知を文書で行うこと要件とすれば足りるのであり、この点は改められるべきである。

また、同時到着など、譲渡通知の優先関係を決定できない場合等については、債務者が過誤払いのリスクをできるだけ負わずに済むようにわかりやすく法整備すべきであり、どの債権者に支払っても免責されること、供託ができることを明文化すべきである。

(3) 対抗要件概念の整理

【中間論点整理「第13, 2(3)」50頁】

【意見】

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することに賛成である。

【理由】

債務者にとっても理解が容易になるため。

- (4) 債務者保護のための規定の明確化等
 - 1) 債務者保護のための規定の明確化
 - ① 債務者が誰に弁済すべきかという行為準則を整理し、これを条文上明確にすべきか。

【中間論点整理「第13, 2(4)ア①」50頁】

【意見】

条文上明確にすべきである。

【理由】

直接債権譲渡に関知しない債務者を最も保護すべきであり、債務者が不利益を被らないようにすべきである。また、こうすることにより債権譲渡制度の安定性が高まる。

- ② 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べきか。

【中間論点整理「第13, 2(4)ア②」50頁】

【意見】

広く認めるべきである。

【理由】

債務者保護の観点から、供託により免責される場合を広く認めるべきである。争うがあった場合は、譲渡人・譲受人ら間で紛争の処理がなされるべきであり、債権譲渡に直接関与しない債務者を紛争に巻き込むことは妥当でない。

- 2) 譲受人間の関係

譲受人間において、対抗要件をいずれも具備、または、いずれも具備しない場合にある譲渡人が債権全額の弁済を受領したときには、分配請求を可能とする旨の規定を設けるかどうか。

【中間論点整理「第13, 2(4)イ」50頁】

【意見】

設けるべきである。

【理由】

設けることで何らの不都合はなく、紛争解決の迅速な処理に資するため。

- 3) 債権差押えとの競合の場合の規律の必要性

差押えと債権譲渡が競合した場合、譲渡通知等の日時と差押命令の送達日時の先後によって決するとする判例の扱いを明文化するか否か。

【中間論点整理「第13, 2(4)ウ」50頁】

【意見】

明文化すべきである。

【理由】

従前の判例法理を明文化したものであり、債務者の行動基準を明確化するものであって、債務者保護の観点から明文化が妥当である。

3 抗弁の切断

【中間論点整理「第13, 3」51頁】

【意見】

異議を留めない承諾の制度を廃止し、抗弁放棄の意思表示を要求することに基本的には賛成である。

但し、債務者保護の観点から包括的・抽象的放棄を認めるべきではない。

また、弁済をしたことを抗弁の放棄とみなすことは認められない。

仮に、抗弁の放棄において、個別具体的な抗弁の特定まで要求せず、包括的・抽象的な抗弁の放棄でも放棄が可能とする場合には、抗弁の存在に悪意・重過失のある譲受人に対しては抗弁権の放棄は認められないとすべきである。

なお、抗弁放棄の意思表示の方式については、書面による要式行為とすること、個別具体的に抗弁権を特定した書面（電子化は認められない）を要求すべきである。

【理由】

(1) 異議なき承諾制度の廃止

債権譲渡は、譲渡人・譲受人間の都合で行われるものであるため、第三者となる債務者の権利に変更を及ぼすのは例外的であるべきであり、抗弁の切断という効果を発生させるのは慎重であるべきである。

したがって、現行法の異議を留めない承諾の制度は、安易に抗弁が切断される可能性があり、廃止されるべきである。

(2) 抗弁放棄の意思表示を必要とすること

債務者保護を重視するという観点から、抗弁の放棄について、意思表示を必要とすべきである。また、その意思表示は、具体個別的な抗弁について放棄の意思表示を必要とすべきである。この点、抗弁の包括的な放棄を認めるとするのは、強い立場にある債権者が自己の利益を優先し、弱い立場の債務者の利益を軽視して、債権者が債務者に包括的な放棄を認めさせる可能性があり、容易に債務者の重大な不利益を招きかねないことから妥当でない。

なお、弁済をした一事をもって、抗弁の放棄があったとみなすことは、具体個別的な抗弁を書面により要求したことを潜脱する結果を招きかねず、上記の債務者保護の趣旨に反するものであるから、抗弁の放棄においては、常に書面による放棄を要求すべきである。このことと関連して、書面によらない抗弁の放棄の意思表示は

無効と明示することによって、解釈によって、債務者が不利益を被らないように措置すべきである。

このように考えても、譲受人は、そもそも抗弁の付着した債権を譲り受けた者であるから、特段の不利益を課するものではないので、妥当である。

なお、従前、判例では、抗弁の切断が認められる場合は、譲受人の善意を要求していたが（大判昭和9年7月11日民集13巻1516頁，最判昭和42年10月27日民集21巻8号2161頁），上記のとおり，抗弁の切断が認められるのを個別具体的な抗弁を書面により放棄するとした場合は，譲受人の悪意を理由に，債務者の抗弁の放棄を認めない理由はないから，譲受人の主観的認識によって，抗弁の切断の可否を判断するのは妥当でない（もっとも，抗弁の切断は，債務者に不利益な事柄であるから，債務者がこのような放棄を行うことについて錯誤がある可能性があると考えられるので，債務者に抗弁の放棄について錯誤があった場合には，債務者保護の観点から，錯誤の規定を柔軟に適用すべきである）。

但し，抗弁の切断について，包括的な抗弁の放棄を認めるとした場合には，債務者が抗弁の存在・内容について正しく認識していない可能性もあるから，債務者保護の観点から，また，悪意の譲受人を保護する必要はないことから，悪意の譲受人には抗弁を対抗できるとすべきである。

(3) 抗弁放棄の方式

抗弁の放棄は，債務者にとって重大な権利の喪失に繋がるものであるから，債務者に慎重な考慮の機会を与えるべく，具体個別的な抗弁について，常に書面による意思表示を求めるべきである。そして，抗弁の放棄において，具体的個別的な抗弁の放棄を必要とすることを前提とすると，債権譲渡の通知があった時点において存在する抗弁について放棄するか否かを決定することになるから，抗弁の放棄を債務者に到達した後とすべきであり，事前に放棄を行うことは認められないとすべきである（このことから債務者は，債権譲渡通知が到達するまでに発生した抗弁を譲受人に対抗できることになる）。

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

- 1) 原則として将来債権の譲渡が有効あることの明文化することの要否
- 2) 将来債権譲渡も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とするものの是非

【中間論点整理「第13，4（1）」51頁】

【意見】

- 1) について明文化することに賛成である。
- 2) について出来ることに賛成である。

【理由】

いずれも従前規定がないものであり、明確化することにデメリットはない。

(2) 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界

1) 将来債権の譲渡が認められない場合の具体的な基準を設けることの是非

【中間論点整理「第13, 4(2)」51頁】

【意見】

何らかの制限を設けることは賛成であるが、具体的基準を設けることは反対である。

【理由】

公序良俗違反となるかどうかは、具体個別的な事情による可能性が高く、具体的基準を設けることは困難であり、具体的基準を設けることで妥当な解決の妨げとなることも考えられる。

(3) 譲渡人の地位の変動に伴う将来債権の譲渡の効力の限界

【中間論点整理「第13, 4(3)」52頁】

【意見】

地位の変動があった場合は、債権の譲受人は、地位を引き継いだものに対して対抗できないと考えるべきである。

【理由】

将来債権の譲渡は、譲渡人が、具体的な権利が発生した時点にその地位にあることを前提に行われることを内在していると考えべきであり、地位の移転が行われた場合は、譲渡人は、それ以降の債権譲渡について遡及的に譲渡する権限を失うというべきである。

第15. 債務引受

1 総論（債務引受に関する規定の要否）

【中間論点整理「第15, 1」54頁】

【意見】

保証人保護規定の潜脱に利用されないための規定であれば賛成である（逆に保証人保護規定の潜脱に利用されないように注意すべきである。）

【理由】

債務引受に関する規定をおき、その要件を具体化する方向性には賛同出来る。しかし、債務引受は、とくに併存的債務引受の分野において保証と同様の債権担保機能を有する側面がある。

今般、保証に関する規定を保証人保護の拡充の観点から見直す動きには基本的に賛成ではあるが、その一方で、債務引受の規定が不十分であれば、債権者側は債務引受の法理を活用し従前の保証と同様の担保機能を得ようとすることも十分に考え

られ、保証人保護の要請に反することとなる。

また、引受人から債務者本人への求償についても、債務者の予期しない者が債務を引き受けることで、本人が引受人から求償権の行使として、過酷な取立を受ける可能性も否定出来ない。

したがって、かかる新たな保証（引受人）被害ないしは債務者被害を未然に防止するため、かかる趣旨にそって債務引受の要件、効果を慎重に検討した上で、明文化し規定を設けるべきと考える。

2 併存的債務引受

(1) 併存的債務引受の要件

【中間論点整理「第15, 2(1)」54頁】

【意見】

- 1 債務者と引受人との間で併存的債務引受が出来るとする点は賛成である。また、債権者の承諾の要否について、第三者の為にする受益の意思表示の見直しや併存的債務引受の効果とも関連することに留意しつつ更に検討することに賛成である。
- 2 債権者と引受人との間で併存的債務引受が出来るとする点は、債務者保護の観点から、慎重に検討すべきである。

【理由】

併存的債務引受については、保証人保護規定の潜脱防止のためにいかなる効果を与えるかが重要である。したがって、要件のみを先行して個別に取り上げることは余り意味がなく、引受人保護、債務者保護の観点に配慮した効果に関する規定を設ける中で平行して要件を検討すべきである。

(2) 併存的債務引受の効果

【中間論点整理「第15, 2(2)」55頁】

【意見】

- 1 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負担している債務との関係が、連帯債務となることについては、反対しないが、絶対効の見直しとの関連に留意しつつ慎重な検討が必要である。
なお、引受人に対しては、債務者の返済状況を定期的に通知すべき義務、及び返済が滞った場合の通知義務を、債権者に課すべきである。また、分割払いの約定のある主債務について期限の利益を喪失させる場合は引受人にも期限の利益を維持する機会を与えるべきである。
- 2 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出来ることを規定するのに賛成する。
- 3 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、第三者の弁済や保証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、検討すること自体は賛成する。

【理由】

- 1 債務者本人が関与することが出来ず、場合によっては、認知することも出来ない中、債権者の引受人に対する請求によって、債務の時効中断が図られることは望ましくないので、連帯債務と同様の効果を与えるにしても、絶対効を慎重に検討すべきである。場合によっては、引受人は返済状況等を知らないまま突然債権者から一括請求を受け、支払不能の状況に容易に追い込まれることともなりうるので、保証人同様に引受人を保護する規定として債務者本人に生じた一定事実の発生を通知すべき義務を明文化すべきである。
- 2 債務者本人が有する抗弁については、引受人保護の見地から限定せず、広く主張を認めるよう規定すべきである。
- 3 前述のとおり、引受人から債務者本人への求償についても、債務者本人の予期しない者が債務を引き受け弁済することで、債務者本人が引受人から求償として過酷な取立を受ける可能性も否定出来ないことから、求償については債務者本人保護の観点も加味し一定の規律を設けるべきである。

(3) 併存的債務引受と保証の関係

【中間論点整理「第15、2（3）」55頁】

【意見】

保証人保護の為に、規定の脱法とならないように、併存的債務引受の場合は、保証であると推定するか、保証の規定を準用する等の手当をすべきである。

【理由】

- 1 併存的債務引受が連帯保証と同様の機能、効果を有することから、引受人（事実上の保証人）保護のため、保証とパラレルに考える必要がある。
- 2 企業側には、中小企業が金融機関からの借入金を返済する場面で、期限前に弁済出来ないことから、信用力の有る第三者にあらかじめ金員を交付しておき、かかる第三者に弁済期における返済を引き受けてもらう場合があり、このような場合には、保証の規律をそのまま使うことは難しいのではないかと指摘があった。しかし、かかる場合が併存的債務引受の形態として一般的であると断じ難く、むしろその機能の面から考えて類似の保証の規律に倣うべきである。このような推定規定を設けても、「看做し」ではなく、あくまで「推定」規定であるから、保証とは別の法理を採用しうる余地を否定するわけではないからさしたる問題は大きくないと考えてよいのではないかと。

3 免責的債務引受

(1) 免責的債務引受の要件

【中間論点整理「第15、3（1）」55頁】

【意見】

- ① 債務者及び引受人の合意があり、かつ、債権者が承認した場合に免責的債務引受をすることが出来るとするについては賛成する。
- ② 債権者及び引受人の合意が有る場合について、免責的債務引受をすることができることについては、反対である。

【理由】

免責的債務引受においても、引受人から債務者本人への求償の可能性がある、本人が引受人から求償として過酷な取立を受ける可能性を否定しえない。債務者の意思に反しない場合には、債権者と引受人とで免責的債務引受をすることができると規定することも考えられるが、債務者の意思に反していることを債務者自身が立証しなければならないと考えられ、債務者に負担となる。

したがって、必ずしも三面契約にこだわる必要はないにしても、債務者本人が必ず引き受け契約の当事者となるべく立法すべきと考える。

(2) 免責的債務引受の効果

【中間論点整理「第15, 3(2)」55頁】

【意見】

- 1 ①ないし③について、更に検討すべきである。
- 2 なお、原債務に設定されている担保の移転については、担保提供者の同意を要件とすべきであり、同意なき限り消滅するものとすべきである。
- 3 また、債権者の承認を要する場合においては、免責的債務引受は、債務者と引受人との合意時に遡及して効力が発生する、とすべきである。
- 4 債務者の有する抗弁事由は、併存的債務引受において述べたのと同様、相殺や解除、取消等を引受人において広く主張を認めるよう規定すべきである。
- 5 引受人の債務者に対する求償の要否についてさらに検討すべきである。

【理由】

担保の移転は、担保提供者の意思に反することもあり得るので、原則として同意が必要と考えるが、債務者本人が提供する場合は移転するとしてもよいと思われる。効力発生時期については、債務者と引受人とで合意した場合は、合意と同時に効力が発生したと考えるのが、上記両者の合理的意思ではないだろうか。引受人保護の観点から、広く抗弁の主張を許すべきと考える。免責的債務引受においても、引受人から債務者本人への求償の可能性がある、本人が引受人から求償として過酷な取立を受ける可能性を否定しえないことから、求償に関する規定を慎重に検討すべきである。

4 その他

(1) 将来債務引受に関する規定の要否

【中間論点整理「第15, 4(1)」56頁】

【意見】

将来債務の債務引受の有効性自体は否定せず、その要件に関する明文規定を設けるべきである。

【理由】

将来債務の債務引受を無限定に認めることは、包括根保証に類似するために引受人に不測の被害をもたらす虞れがあることから反対である。したがって、引受けるべき債務の範囲を極度額に限定したり、引受人に特別解約権を付与する等の引受人保護の規定を明文化すべきである。

(2) 履行引受に関する規定の要否

【中間論点整理「第15, 4(2)」56頁】

【意見】

明文規定を設ける方向で検討することに賛成する。

【理由】

引受人から債務者本人に対する求償の可能性が否定出来ず、引受人が債権者に履行をすることで、債務者本人に過酷な取立行為をなすおそれもあることから、債務者保護の観点に立って明文規定を設けことも検討すべきと考える。

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

【中間論点整理「第15, 4(3)」56頁】

【意見】

規定の要否について検討することには賛成である。

【理由】

引受にかかる債権について、債権差押もしくは、債権譲渡があったなどの場合において、引受人がいずれの者に対して、いかなる範囲で履行をすべきかを明確にしておくことは、引受人の保護にも資するもので、引受人保護の観点からの明文化の検討をなすべきである。

第16. 契約上の地位の移転

1 総論（契約上の地位の移転（譲渡）に関する規定の要否）

【中間論点整理「第16, 1」56頁】

【意見】

契約上の地位の移転について明文化することについては賛成である。その明文の定め方について、契約の性質上、相手方の承諾を要しない場合があることを明文で定めることには反対である。

【理由】

契約上の地位の移転が認められることや、規定を設けること自体に一定の意義があることに異論はない。

しかし、契約上の地位の移転の要件のうち、契約の相手方の承諾を不要とする場合を設けるとすれば、契約の相手方が情報提供を十分に受けていない消費者や個人である場合が多く、不利益が及ぶ場合が多いと考えられる。この点契約の性質に応じて判断するという抽象的規定を設けるのでは、明文のない現在と余り変わらないし、かえってこれを根拠に現在認められていない契約類型においても、この譲渡契約は契約の性質上許されると恣意的に解釈して、紛争をかえって引き起してしまう可能性がある。不動産が対抗力ある賃借権の目的になっている場合の賃貸人地位の譲渡について、賃借人の同意が不要の点は、例外として明文で定めれば足りる。

2 契約上の地位の移転の要件

【中間論点整理「第16，2」56頁】

【意見】

契約上の地位の移転の要件について

- ① 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
- ② 譲渡人及び譲受人に合意があり、これを契約の相手方が承諾した場合は認められるが、原則として個別具体的な承諾が必要というべきである。
- ③ 譲渡人及び譲受人に合意があり、契約の相手方が無承諾の場合でも一定の場合には要件を充す場合があることを明文化することについては、反対する。

【理由】

現行法上、判例で認められている契約上の地位の移転について相手方の承諾を不要とする場合の例としては、賃貸不動産の譲渡に伴う賃貸人たる地位の移転があるが、これは、契約の相手方（賃借人）に承諾がなくても不利益はなく、むしろ利益があるからである。

相手方が無承諾の場合にも契約上の地位の移転がありうる点を明文化すると、その規定は、契約の性質によるとか抽象的な規定にならざるを得ないが、そうすると、現在認められていない契約類型においても、この契約は契約の性質上許されると恣意的に解釈して、紛争をかえって引き起してしまう可能性がある。

例えば、事業譲渡に伴う労働契約の使用者たる地位などは、労働者の承諾が不要な場合として主張されることがあるが、これは、民法第625条や現在の裁判例に反する。抽象的な規定を明文化することによって、この契約は、契約の性質上許されると恣意的に判断させる根拠を与えることになってしまう。

また、契約の相手方については、個別具体的な承諾が必要とされるべきである。事前の包括的承諾では、契約上の地位の移転によってどのような不利益が発生するか相手方は、十分検討できないからである。

3 契約上の地位の移転の効果等

- (1) 既発生の債権債務も譲受人に移転するかについて

【中間論点整理「第16, 3①」57頁】

【意見】

契約上の地位の移転によって、既発生の債権債務も譲受人に移転するかどうかについては、譲渡契約の具体的な合意内容によるべきであるが、譲渡契約の具体的内容が明らかになっていない場合や、譲渡人と譲受人間の譲渡契約で具体的内容は明らかになっていても、その譲渡契約の内容が契約の相手方に具体的に明らかになっておらず、契約の相手方が不利益を被る場合には、既発生の債権債務は、譲受人に移転すると解すべき。

また、債務引受けの特約がないかぎり、既発生の債務が譲受人に移転しないとする規定を設けることについては、反対である。

【理由】

契約上の地位の移転については、営業譲渡を伴う場合はもちろん、営業譲渡を伴わなくても、多数の消費者が契約の相手方となり、多数の契約が包括的に契約の譲渡人と契約の譲受人間で主導的に締結されることが多く、契約の相手方は、受動的であり契約上の地位の移転によってどのような不利益を被るか判断できない場合が多い。

例えば、限度額付包括的継続的な貸金契約の契約上の地位の移転について、譲渡人と譲受人間で詳細に契約内容を決定し、譲渡人のところで発生した過払い金を譲受人が引受けないと契約で定め、契約の相手方に承諾をえる場合があるが、その具体的内容について、契約の相手方である多数の借主に説明しないまま承諾を得ている場合が多い。

そして、譲渡人が資力をなくしたり、契約上の地位の移転後に、法人格を消滅したりして、契約の相手方（借主）が、譲渡人に対して事実上請求できない場合がある。

そのため、契約の具体的な内容が明らかになっていない場合や、譲渡人と譲受人間の契約で具体的内容は明らかになっていても、その契約の内容が契約の相手方に具体的に明らかになっておらず、契約の相手方が不利益を被る場合には、既発生の債権債務は、譲受人に移転すると解すべきである。この点、法定地上権が成立している土地上の建物が競売された事案において、競売により建物の所有権を取得した者は、建物の前所有者が負担していた既発性の地代債務について、債務引受をした場合でない限り、当然に承継するものではないと判断したものがある（最判平成3年10月1日判時1404号79頁）。しかし、例えば、売買契約における買主の地位の譲渡を想定すると、譲渡当事者間の通常の意味は既発生の代金債務を承継させるものであり、この判例を過度に一般化することは適当でない。

(2) 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

【中間論点整理「第16, 3②」57頁】

【意見】

譲渡人、譲受人、相手方の同意を必要とするべき。

【理由】

譲渡人の債務が譲受人に移転することが前提であり、その場合、改めて譲受人のために担保移転する必要がある。

(3) 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

【中間論点整理「第16, 3③」57頁】

【意見】

当然免責を認めるべきではない。債務については、譲渡人と譲受人とは連帯債務になると解すべきである。

【理由】

特に消費者は、契約上の地位の移転という言葉を確認しても、譲渡人の免責まで含意されていると必ずしも認識できないことから、原則として併存的債務引受けと解し、譲渡人が免責されるばあいには、別途免責の承諾を必要とすべきである。

ユニドロワ国際商事契約原則においても、その第9.3.5条において、相手方が譲渡人を免責しないかぎり、連帯債務を負うと規定されている。

4 対抗要件制度

【中間論点整理「第16, 4」57頁】

【意見】

権利移転の対抗要件と別に契約上の地位の移転の対抗要件を設けることについて反対。

【理由】

契約上の地位の移転について対抗要件制度を創設すると、契約上の地位から発生する債権が個別に譲渡される場合における契約上の地位の移転の対抗要件と個別の債権譲渡の対抗要件との優劣や、不動産についての所有権移転登記と契約上の地位の移転の対抗要件との優劣などについて、どのように考えるかという問題が生ずるなど複雑な権利関係を発生させることになり、混乱する。

第17. 弁済

1 第三者による弁済（民法第474条）

(1) 利害関係を有しない第三者による弁済

【中間論点整理「第17, 2(2)」58頁】

【意見】

検討することに賛成するが、検討するに際しては、弁済を有効とした場合の弊害にも十分に留意した上でなされるべきである

【理由】

弁済を有効とすることについての検討それ自体は必要があるとしても、弁済を有効とした場合に、悪質な事業者が介在して債務者たる一般債務者に思わぬ不利益が発生するのではないか、などの弊害も予想されるところであり、これら弊害の危険について十分に留意しながらの検討が必要である。

2 債権者以外の第三者に対する弁済（民法第478条から第480条まで）

(1) 債権の準占有者に対する弁済（民法第478条）

ア 「債権の準占有者」概念の見直し

【中間論点整理「第17、4（2）ア」58頁】

【意見】 特になし

イ 善意無過失要件の見直し

【中間論点整理「第17、4（2）イ」59頁】

【意見】

現在の決済システムについては、単純な債務者の善意無過失という概念には包摂されていない利益考慮が必要であり、債務者の弁済時の善意無過失に加えて、判例上のシステム構築責任に関する規定を設けるべきである。中間論点整理における提案に賛成である。

【理由】

判例（最判平成15年4月8日民集57巻4号337頁）は、「債権の準占有者に対する機械払の方法による預金の払い戻しにつき銀行が無過失であるというためには、払戻しの際に機械が正しく作動したことだけではなく、銀行において、預金者による暗証番号等の管理に遺漏がないようにさせるため当該機械払の方法により預金の払戻しが受けられる旨を預金者に明示すること等を含め、機械払いシステムの設置管理の全体について、可能な限度で無権限者による払戻しを排除し得るよう注意義務を尽くしていたことを要する」と判示しているが、今後も、機械払いあるいはインターネット決済などによる弁済の方法がますます増えていくことが予想されること、また、実務の取扱いもこの判例に則したものとなっていると考えられることから、この判例の解釈に整合的な改正がなされることに賛成である。

ウ 債権者の帰責事由の要否

【中間論点整理「第17、4（2）ウ」59頁】

【意見】

真の債権者の帰責性を独立の要件とすることの当否について、銀行預金の払戻しの場合に関する特別の規定を設ける必要性の有無を含めて検討することに賛成し、これらについては慎重な検討がなされるべきである。

【理由】

一般消費者が、銀行預金の払戻の場面では債権者の立場に立つことがあるが、逆に、社会生活の中では一般消費者が債務者の立場であることも多い。その場合に、債権者の帰責性を独立の要件とすると、一般消費者が非常に不安定な立場に置かれることになり、真の債権者以外への弁済がなされた際の一般消費者が免責されない可能性も増大することになる。この点から、真の債権者の帰責性を独立の要件とはすべきでないとする見解がある。

一方で、自分に何らの帰責事由がない場合にまで債権者が権利を失うのは酷であり、とりわけ銀行取引に関して、預金者である一般市民が、自らの与り知らぬところで、実際には権限のない者に払い戻しがなされ免責されるということはあってはならないことであるとして、債権者の帰責性を独立の要件とすべきであるとする見解もある。本条が権利外観法理の一場面であり、帰責性を不要とすることは同法理の本質に反するとも指摘される。

このように、債権者の帰責性を独立の要件とすることについては賛否双方の見解があり、また、預金取引のように、消費者が債権者、金融機関が債務者となるような大量取引の場面と、一般消費者が債務者、事業者が債権者となる場面とを分類せず一般的に帰責事由の要否を結論づけることは困難であるとの意見もある。

したがって、真の債権者の帰責性を独立の要件とすることの当否については、【意見】記載のとおり、特別の規定を設ける必要性の有無も含めて、慎重に検討されるべきである。

エ 民法第478条の適用範囲の拡張の要否

【中間論点整理「第17、4（2）エ」59頁】

【意見】

弁済以外への行為に対して一般的に拡張することには慎重であるべきである

【理由】

現行法の下でも、保護すべきケースについては類推適用によって保護がはかられているところ、民法第478条の適用範囲を一般的に拡張してしまうと、義務者にとって不都合な場合にまで拡張されるおそれがある。よって、一般的な拡張や明文化については慎重に検討すべきである。

3 代物弁済（民法第482条）

(1) 代物弁済に関する法律関係の明確化

【中間論点整理「第17、5（1）」59頁】

【意見】

諾成的な代物弁済の合意が有効であることを確認する明文の規定を設けるとい

う考え方に賛成である。

代物弁済の合意の効果について規定を新たに設けるという考え方には反対である。

【理由】

代物弁済の法的性質については争いがあるところ、現在では諾成的な代物弁済の合意が有効であると解されており、これを明確にする利益はある。

しかしながら、その効果については、合意によってさまざまなものが考えられるものであり、一般的に法文に明記するとかえって混乱を招くおそれがある。

4 弁済による代位（民法第499条から第504条まで）

(1) 任意代位の見直し

【中間論点整理「第17, 10（1）」63頁】

【意見】

任意代位制度の見直しに賛成する。具体的には、任意代位の制度を存置しつつ、その要件から、弁済と同時に債権者の承諾を得ることを不要とするという考え方に賛成である。

【理由】

任意代位制度について、中間論点整理で指摘されている問題がある。

これについて、任意代位制度を廃止するという考え方を取れば、債務者の意思に反しないで弁済した第三者は、求償権は取得するものの、代位はできないという立場に立つことになる。しかしこのような地位を認めるのは適当ではないし、代位を認めることに弊害もないように思われる。第三者による弁済を有効として求償権を認める以上、代位を積極的に否定する理由はなく、「債権者の承諾」が必要とされていることの弊害を除去するために、「債権者の承諾」要件を不要にして任意代位を残す考え方が適切である。

(2) 弁済による代位の効果の明確化

ア 弁済者が代位する場合の原債権の帰すう

【中間論点整理「第17, 10（2）ア」63頁】

【意見】

弁済者が代位する場合であっても原債権は弁済により消滅することを明記するという考え方に反対である。

【理由】

「原債権は消滅する」としても、求償権の効力を考える上では、結局、弁済

によりいったん消滅したはずの原債権の効力を基準に考えなければならない。
また、承継執行文の付与を受けられることや、担保権の実行が原債権の範囲で
できるということについての説明が困難になると考えられる。そうであれば、
あえて「原債権は消滅する」とする必要はなく、従前の判例（最判昭和59年
5月29日民集38巻7号885頁）の「代位によって原債権が移転する」と
いう立場を維持すれば足りると思われる。

第22. 契約に関する基本原則等

1 契約自由の原則

【中間論点整理「第22, 1」74頁】

【意見】

契約自由の原則を明文化することには反対はしないが、契約自由も強行規定、契約正義、公正・公序（良俗）の制約を受けることを併記すべきである。

【理由】

「分かりやすい民法」という観点からは契約自由の原則を明文化することには反対はしない。しかし、「合意原則」「合意重視」の流れが伺われる今般の債権法改正において「契約自由の原則」が一人歩きする懸念が存する。したがって、契約自由も、強行規定は勿論のこと、契約正義や公正・公序（良俗）の制約を受けることも併記すべきである。現代では契約自由から契約正義へと言われるように契約自由の再検討がむしろ重要であると位置づけられている。また、契約自由の原則の由来を確認し、そこから導かれる制約原理も同時に検討すべきである。具体的な条文としては、補足資料にあるヨーロッパ契約法原則のように、ただし書きで「ただし、信義誠実および公正取引、ならびに本原則の定める強行規定に従わねばならない」と併記することが参考になる。

2 債権債務関係における信義則の具現化

【中間論点整理「第22, 4」75頁】

【意見】

- 1 信義誠実の原則を債権債務関係において具体化し一般的規定を設けるべきであるという考え方には賛成する。
但し、債権法における信義誠実の原則の判断要素として、契約の性質、各当事者の地位・属性などといった具体的要素を例示列挙すべきである。
- 2 信義誠実の原則を具体化する規定として、信認義務、適合性原則上の義務や、余後効の導入につき検討すべきである。

【理由】

- 1 債権編にこのような信義則を具体化する規定を設けること自体は、格別、問題とすべきところはない
しかし、事業者・消費者間の債権債務関係における両者間の情報格差・経済格差等に鑑みるときは、同規定が、消費者に対し酷に失する義務付けの根拠とならないように、債権法における信義誠実の原則の判断要素として、契約の性質、各当事者の地位・属性など、実質的衡平に資する具体的要素を例示列挙すべきである。
- 2 信義誠実の原則の具体化例として、後掲の契約締結過程での説明義務などがあるが、これにとどまらない。裁判例上、契約締結過程での信認義務や適合性原則上の義務、契約関係終了後の余後効などが、信義則を具体化したものとして認められており、これらについて検討対象とすべきである。

第23. 契約交渉段階

1 契約交渉の不当破棄

【中間論点整理「第23, 1」75頁】

【意見】

契約交渉の不当破棄に関する法理を条文上明示することに反対である。

【理由】

契約交渉を破棄することは自由になし得るのが原則であり、不当破棄という例外的場合のみを条文化することには賛成できない。

かえって、不当破棄による責任を明文化することで、悪質事業者が規定を悪用し消費者に契約締結を強要する事態（損害賠償責任をちらつかせ契約締結を迫る等）が生じたり、消費者に交渉破棄を委縮させる効果が生じたりして、消費者の利益が不当に害される可能性が極めて高い。

また、そもそも不当破棄が問題となる場面は限られており、かつその場合には一般不法行為により十分カバーし得るのであるから、不当破棄について特別の明文規定を置く実益もない。

なお、万一明文化がなされるような場合であっても、契約交渉の破棄が自由であるという原則を明示し、交渉破棄が不当と評価される要件を明確化するなど、規定の悪用によって消費者が不当に害されることのないよう十分配慮すべきである。

2 契約締結過程における説明義務・情報提供義務

【中間論点整理「第23, 2」76頁】

【意見】

1 明文化について

契約締結過程における信義則上の説明義務・情報提供義務に関する規定を設けることに賛成である。

但し、明文化に当たっては、事業者・消費者間等の各当事者の情報・交渉力の構造的格差や属性・専門性に十分配慮すべきである。

2 規定内容について

(1) 説明義務等の対象となる事項について、「契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項」に限定する考え方に賛成である。

但し、それ以外の事項についても、本来債務や付随義務により損害賠償責任が生じ得ることにつき別途配慮すべきである。

(2) 説明義務等の存否を判断するために考慮すべき事情として、契約の内容・性質、当事者の地位・属性・専門性の有無、交渉経緯、勧誘の態様、問題となっている情報の重要性・周知性、情報の偏在の有無、当事者間の信認関係の有無等を明記すべきである。

(3) 説明義務違反等の効果として、少なくとも事業者・消費者間においては、損害賠償責任に加え、消費者が契約を解消することができる権利（取消権）を認めるべきである。

【理由】

1 明文化について

判例実務を明確にするものであり、消費者保護の観点からも、明文化がなされることには賛成である。

但し、事業者・消費者間等の各当事者の情報・交渉力の構造的格差や属性・専門性に十分配慮し、公平な結論が導かれる規定の仕方にすべきである。

2 規定内容について

(1) 説明義務違反等の効果として取消権を付与すべきとの立場からは、説明義務等の対象となる事項を「契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項」に限定することが合理的である。

(2) 消費者保護の観点から、説明義務等の存否を判断するために考慮すべき事情を明記することが相当である。

(3) 事業者による悪質な説明義務違反・情報提供義務違反を抑止するためには、消費者側に損害や因果関係等の立証責任があり、また過失相殺等の減額もあり得る損害賠償責任を課すのみでは不十分である。契約の拘束力自体を否定すべき程度の悪質な説明義務違反・情報提供義務違反も考えられる。

この点、山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化」（民商 141 巻 1 号 38 頁）は、「少なくとも消費者契約に関しては、このような立場（筆者注・消費者契約に関しても事業者について一般的に情報提供義務を課し、その違反がある場合に取消しを認めることについて、コンセンサスが確立しているとはいえないと考えた改正試案の立場）には問題が残る。事業者と消費者の間に情報格差があるという消費者契約法的前提からするならば、情報の劣位者である消費者は、

本来ならばするはずのなかった契約をさせられるおそれが定型的にある。それでは、実質的には自分で決めたということではできず、自己責任を負うための前提を欠くことになる。そう考えるならば、むしろ次号者に情報提供義務を認め、その違反がある場合は消費者に保護、つまり取消しを認めることが要請されるはずである。少なくとも、事業者に対し一律に情報提供義務を否定するならば、消費者が自分で決める権利に対して必要な保護が与えられないことになってしまうだろう。もちろん、逆に全ての事業者に対して一律に情報提供義務を課すならば、事業者によっては、過剰な介入になる可能性があることは否定できない。しかし、それは、その限りで例外を認めることができるような要件を設定すれば足りるはずである。例えば、消費者がその情報をすでに知っていたような場合にまで、事業者に情報提供義務を課すのは無意味であるし、事業者にとってもその情報を入手することが困難だったような場合にまで、事業者に情報提供義務を課すのは過剰な介入になると考えられる。そのような場合に例外を認めるような形で、情報提供義務違反による取消しを認めるのが、あるべき改正の方向だろう。」と指摘する。

理論的にも、説明義務等の対象となる事項を「契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項」に限定することで取消しという効果を根拠付けることができるし、説明義務違反等の効果として取消しを認めることで、不実表示（ないし不利益事実の不告知）や詐欺による取消しでは消費者を保護しきれない場面を補うことができる。

- (4) 説明義務・情報提供義務は、判例が提示する考慮要素を整理し、判断枠組みをできるだけ条文上明確にすべきである。これにより、国民にとってできるだけわかりやすい民法にすることが可能となる。

説明義務・情報提供義務の内容や対象、範囲は、一般的には、当事者間の（信認）関係、取引対象である商品サービスの仕組み・内容の複雑性やリスク性の高さ、当事者の知識・情報、判断能力、目的、経験、財政状況などの属性・特性などの事情を総合考慮して判断される。説明義務と情報提供義務の関係については、必ずしも明確ではないが、消費者取引に引き直せば、前者が事業者と消費者の知識・情報の相対的格差に着目するもの、後者は、事業者の有すべき専門性に着目するものである。後者は、仮に事業者の知識・情報のレベルが、事実上、顧客と同様であったとしても、備えるべき専門性に従い、説明や情報提供を尽くすべきことになる。

具体的には、契約締結のための意思決定の基盤の確保という観点から、当該契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼす事項がそこに含まれる。また、相手方の生命・身体・財産に対する危険を防止するための情報の提供も、説明・情報義務の対象となり、製造物の危険性に関する説明の欠如は、債務不履行の

みならず、製造物責任法上の「説明上の欠陥」に当たる余地がある。

複数当事者間の複数契約において、契約が相互に密接関連性を有し、契約当事者が相当者の契約締結に関与するなどの事情が認められる場合には、相当者の契約に関連する事項についても説明義務の対象となり得ることに留意すべきである（最判平成18年6月12日判時1941号94頁，判タ1218号215頁）。

責任の法的性質（債務不履行責任か不法行為責任か）については、将来のより良い理論構成の可能性の余地を残すため、明定せず解釈に委ねることで足りる。なお、契約交渉段階における説明義務違反は、契約締結に至る過程での当事者間における問題であって、むしろ、債務不履行と親和性を有すると思われる。契約責任は、契約締結後にしか成立しないとする見解は、必ずしも契約の実態を反映したものとは言えず、形式的に過ぎるように思われる（出資契約の締結段階での説明義務違反の性質について、大阪地判平成21・8・31（判時2073号69頁）はこれを契約責任と捉えることが適切であるとし、債務不履行の成立をも認めて不法行為の成立のみを前提とした消滅時効の成立についてこれを否定した）。

更に、説明は、その性質上、他方当事者において理解が可能であることが必要である。すなわち、義務履行に際しては、他方当事者の知識や経験などの属性に配慮し、理解可能な内容及び程度になされなければならないことを明記すべきである。この点は、すでに、金融商品取引法上（3条）に明定されているところであるが、この理は、それ以外の取引においても等しく妥当する。

- (5) 損害の範囲については、一般法理にまかせるべきである。最判平成15年12月9日は、地震保険の締結機会を喪失させた事案について、情報の提供や説明において不十分な点があったとしても、慰謝料請求権の発生を肯定し得る違法行為と評価すべき特段の事情が存するものとはいえないとして請求を棄却した（民集57巻11号1887頁）が、最高裁判例解説（同年度下・766頁）では、「・・・ところで、保険会社側に地震保険の内容等についての説明義務・情報提供義務があり、保険会社側が火災保険契約の申込者に対し、この点につき説明や情報提供をしていれば、当該申込者が地震保険に加入した蓋然性が高いという場合には、地震保険金相当額から保険料相当額等を控除した財産的損害の賠償請求が認められるはずであるから、通常は、これとは別に慰謝料請求を持ち出すまでもないであろう。」とし、「慰謝料請求が問題とされるのは・・・説明をしていたとしても、当該申込者が地震保険に加入した蓋然性が高いとはいえないなどという場合であると思われる。」としている。

不十分な説明や情報提供によって本来締結しなかったはずの契約を締結した場合の損害は、締結していなければ被らなかつたであろうものに限定すべき見

解が主張されるが、これによれば、不十分な説明や情報提供によって、本来締結したはずの契約を締結しなかった場合、締結した場合に得られたであろう損害を請求できなくなる。しかし、このような損害の賠償請求が認められる余地を全く封じてしまう考え方は適切とは思われない。

- (6) 説明義務・情報提供義務違反の裁判例では、不当な投資勧誘を中心としてではあるが、契約の名のもとに金銭を支出したこと自体を損害ととらえて原状回復的損害賠償を認めるものが多数存在する。これは実質的には取消を認めるのと等しいということができ、義務違反の効果として取消を認めることはそれほど奇抜なことではないから、取消をも認めるべきである。

少なくとも、消費者契約においては、義務違反には取消を認めるべきである。消費者契約では、事業者と消費者間の情報の質及び量並びに交渉力に格差があるが、その格差は構造的なものであり、この構造的格差からくる被害事例が多いことから、この格差を前提として消費者契約法は定められている（1条）。にもかかわらず、情報提供義務については、同法は事業者に努力義務を課しているだけである。しかしこれらの被害をより救済・防止するためには、努力義務では不十分で、消費者契約法でも法的情報提供義務を課すべきである。

この事業者の情報提供義務違反には、構造的格差のため同法の他の規定と同様、損害賠償責任にとどまらず、沈黙の詐欺や不当な表示等を伴わない場合でも、消費者に意思表示の取消権を認めるべきである。

3 契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任

【中間論点整理「第23, 3」77頁】

【意見】

1 明文化について

契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任に関する規定を設けることに賛成である。

2 規定内容について

消費者が事業者を媒介する委託する場合等を念頭に、委託する交渉当事者の属性、交渉当事者と第三者との関係、交渉当事者の関与の在り方等を考慮し、要件を限定する考え方に賛成である。

【理由】

1 明文化について

判例実務を明確にするものであり、消費者保護の観点からも、明文化がなされることには賛成である。

2 規定内容について

交渉当事者が第三者をコントロールすることができない場合にまで責任を負わされるのは妥当でなく、要件を限定するなどの配慮が必要である。

第24. 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

【中間論点整理「第27, 1」84頁】

【意見】

約款に関する法規定を設けることに賛成である。

【理由】

現実の社会では、約款を使用した取引が広く行われているにもかかわらず、現行民法には約款に関する法規定が存在せず、その法的拘束力の要件・効果は不明瞭である。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、諸外国の立法例に照らしても、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である。

2 約款の定義

【中間論点整理「第27, 2」85頁】

【意見】

ア 約款規制の対象となる「約款」の定義については、「多数に契約に用いるためにあらかじめ定型化された契約条項の総体」といった定義を参考に、約款規制の立法目的から合目的的に決されるべきである。

イ 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「名称や形態は問わない」といった注記を検討すべきである。約款規制の対象から、取引基本契約書や定型契約書を除外することには反対である。

ウ 法規制の対象について「約款」という用語を用いることが適切か否かについても検討の対象にすべきである。

【理由】

ア 約款規制の対象となる「約款」の定義については、「多数に契約に用いるためにあらかじめ定型化された契約条項の総体」といった定義を参考に、約款規制の立法目的から合目的的に決されるべきである。

イ 日常生活では、契約書から独立した規定集などが「約款」と呼ばれることが多いが、契約書の裏面に記載されている契約条項も「約款」（裏面約款）と呼ばれている。他方、日常生活では「約款」ではなく「契約書」と呼ばれているものであっても、契約の一方当事者が作成した定型書式の契約書の契約条項などは、約款規制の趣旨が適合する。日常生活で「約款」を呼ばれていない、「契約書」と

呼ばれている、「約款」という表題が付いていないといった形式的な理由で、約款規制が及ばなくなると考えることは不合理だし、実際問題としても容易に約款規制の潜脱を許すことになる。そのような考え方には反対である。

ウ この点、「約款」という用語を用いることが適切か否かについても検討の対象にすべきである。日常用語として既に一定の意味合いを持っている「約款」という用語と、法的に約款規制を及ぼす必要性のある定型契約とのズレが、議論の混乱につながっている面もあるように思われる。立法後も日常用語とのズレが誤解を生むことにつながる可能性もある。そこで、「約款」という用語の使用を避けることを検討してよいのではないかと考えられる。1993年のEU指令3条(検討事項(8)詳細版p26)のような規定が参考になる。

3 約款の組入要件の内容

(1) 約款を契約内容とするための要件（約款の組入れ要件）

【中間論点整理「第27, 3」85頁】

【意見】

ア 約款に法的拘束力が認められるためには、原則として約款が契約締結時までに相手方に提示されていることが必要と考えるべきである。

イ ただし、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、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。

【理由】

ア 約款を使用した取引においても法的拘束力の正当化根拠は意思の合致である。したがって、約款に法的拘束力が認められるためには、原則として約款が契約締結時までに相手方に提示されていることが必要と考えるべきである。

イ ただし、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、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) 不意打ち条項について

【中間論点整理「第27, 3」85頁】

【意見】

ア 不意打ち条項を設けるべきである。

イ 具体的内容としては、取引慣行に照らして異常な条項又は取引の状況若しくは契約の外形から見て約款使用者の相手方にとって不意打ちとなる条項は、契約の

内容とならないとする考え方や、相手方が合理的に予期し得ないような性質の条項は、その内容が相手方により契約締結時まで理解されていたことを条項使用者が証明した場合を除き、契約の構成部分とならないとする考え方などが妥当ではないか。

【理由】

ア 不意打ち条項の具体例として、付属品の継続的供給条項が指摘されている（基本方針【3.1.1.A】の提案要旨。NBLp109。）。

もともと、提案要旨では、情報提供義務・説明義務【3.1.1.10】で対処することが相当程度可能であるとする。しかし、説明義務違反の効果（損害賠償）と不意打ち条項の効果（契約条項の組入れ否定ないし無効）は異なるものであり、後者の処理がより妥当な場合もありうる（付属品の供給条項を有効として、説明義務違反であるとして損害賠償で処理するよりも、当該条項を無効として処理した方が、より妥当である。）。

イ 基本方針は、不意打ち条項を設けることは、平均的顧客層の理解を基準とすることになるとして、約款の規律について当該契約当事者を基準とする基本方針の立場とは整合しないとの指摘をしている（基本方針【3.1.1.A】の提案理由。NBLp109）。しかし、このように理論面で特定の結論を当然に帰結できるのかは疑問である。また、現に当該契約の相手方にとって不意打ちとなっていることを前提に、平均的顧客の理解を基準とした要件を必要とすることは不可能ではないと考えられる。

（3）認可約款について

【中間論点整理「第27，3」85頁】

【意見】

例外的扱いを認めるべきではない。

【理由】

ア 約款の認可は、行政的な規律に止まるのであって、契約当事者間の拘束力まで積極的に承認するものではない。相手方（顧客）側の意思が反映される機会・手続が欠けるし、また、認可後に公示されることもない。認可約款についても、契約への組み入れについて、例外的扱いを認めるべきではない。

イ なお、不当条項規制においても、例外的扱いを認めるべきではない。行政の審査は必ずしも不当条項審査という観点からなされているものではないうえに、実際上も不当条項を十分に排除することができていない。

この点については、大学の学則（在学契約上の約款）について「学則等の内容が法定されていて、その制定及び変更については文部科学大臣の認可が必要であるからといって、そのことをもって直ちに入学金、授業料等の金額の妥当性が十分に担保されているということもできず、交渉力の格差がないということもでき

ないのみならず、消費者契約法は、消費者契約に当たる限り、全取引を対象とするものであり、消費者契約法1条の規定の目的に照らし合わせてみても、在学契約について同法の適用がないとは到底いえない」と判示した裁判例（大阪高判平成16年10月22日判例集等未掲載。同庁平成16年（ネ）第295号事件）も存在する。最高裁判例も大学の学則等に対する消費者契約法の不当条項規制の適用を肯定している（学納金返還訴訟上告審判決。最判平成18年11月27日判時1958号12頁等）。

4 約款の変更

【中間論点整理「第27, 4」86頁】

【意見】

約款の変更に関する法規定を設けることに賛成である。

【理由】

ア 現実の社会では、約款利用者が約款の内容を一方的にいついかなようにも変更できるという約款が使用されている例があるが、現行民法には約款の変更に関する法規定が存在せず、その法的拘束力の要件・効果は不明瞭である。約款変更の要件・効果を明確にすることは有意義である。

イ ただ、具体的にどのような要件・効果を定めるかについては、約款利用者の相手方の保護という観点を踏まえて、今後慎重に検討されるべきである。

第28. 法律行為に関する通則

1 法律行為の効力

(1) 法律行為の意義等の明文化

【中間論点整理「第28, 1(1)」86頁】

【意見】

法律行為概念の維持については、賛成する。ただ、基本原則や法律行為の形式的定義規定や効力規定を規定することについては、慎重に判断すべきである。

【理由】

これまでの法律行為概念の解釈の明文化であるという面はあるが、基本原則や形式的定義規定・効力規定を過不足なくおくことは、かえって分かりづらくなる可能性がある。そこまであえて規定する必要性は乏しい。

(2) 公序良俗違反の具体化法律行為の意義等の明文化

【中間論点整理「第28, 1(2)」86頁】

【意見】

ア 判例を踏まえ公序良俗違反の具体化として、いわゆる「暴利行為」の明文化を行う方向で検討すべきである。

- イ 主観的要素として、「相手方の従属状態、抑圧状態、知識の不足に乗じること」等の要素を付加する方向で検討すべきである。
- ウ 客観的要素として、「著しく」と厳格にすべきではなく、著しく過当なとまでいえなくても不当な利益を得るものであること、または相手方の権利の不当な侵害であること等、緩和する方向で検討すべきである。
- エ 暴利行為以外の例えば「状況の濫用」や取締法規に違反する法律行為のうち公序良俗に反するものなど公序良俗に違反する行為について明文の規定を設けることについて、賛成する。
- オ 新種の取引契約や販売方法で消費者や中小零細事業者に発生した契約被害を民法の公序良俗や信義則といった一般規定で救済しやすくするよう、暴利行為等の明文化に加えて、民法の理念の1つとして契約当事者間の格差是正の必要性を明定することも検討すべきである。

【理由】

- ア 判例・学説の到達点の明文化により、分かりやすい民法の実現に資すること、及び公序良俗規定の具体化をできる限り行うことにより一般条項適用の安定性を高め、劣位者保護を図ることができる。
 - イ 伝統的な暴利行為の準則よりも、いわゆる現代的暴利行為論に依拠した暴利行為規定の方が、種々の要素を取り込んだ総合的な判断や、社会の変化に伴った柔軟な対応が可能となる。
 - ウ 暴利行為以外にも、行政法規に違反している場合で公序良俗違反と評価できる場合、刑罰法規や強行法規等の脱法行為と評価できる場合、状況の濫用と評価できるような場合など、他にも公序良俗違反と評価可能な行為類型は存在するのであるから、その明文化について検討することは、法律関係の明確化、違法行為の抑制という観点から有益である。
 - エ 新種の取引契約や販売方法から消費者や中小零細事業者に発生した被害について、特別な法律が制定される前でも、一般法である民法によって効果的に救済する必要がある。そのためには、公序良俗や信義則といった民法の一般規定を、これまで以上に柔軟かつ効果的に活用できるようなものとするのが望ましい。上記の観点から、上述のような暴利行為等の明文化に加えて、契約当事者間における格差是正の必要性を民法の理念の1つとして明定することも有益と考える（中間論点整理「第62、1(2)」参照）。
- (3) 「事項を目的とする」という文言の削除（民法第90条）

【中間論点整理「第28、1(3)」87頁】

【意見】

民法90条の「事項を目的とする」という文言を削除する方向性に賛成である。

【理由】

現在の判例・学説によれば、法律行為が公序良俗に反する事項を目的としているか否かが問題ではなく、法律行為が行われた過程その他の諸事情を考慮して当該法律行為が公序良俗に反しているか否かが問題となっている。

特に消費者事件の場合、契約そのものはそうでなくとも、悪質な勧誘行為自体が公序良俗に違反している場合もあり、その場合にも明確に公序良俗違反で無効とされるべきである。

2 法令の規定と異なる意思表示（民法第91条）

【中間論点整理「第28，2」87頁】

【意見】

- (1) 原則として意思表示が法令の規定（任意規定）に優先するとした上で、公序良俗（強行規定も）に反する法律行為の効力を無効である、と原則・例外を条文上明確にする方向性に賛成である。
- (2) 取締法規違反に関し、いわゆる「公法・私法二分論」と採用すべきでなく、取締法規であっても公序良俗に関する法規と評価できる場合には、意思表示の効力を否定するという考え方に賛成である。

【理由】

- (1) 私的自治の原則は民法の大原則であり、これを明文化することには異論はない。
- (2) また、その例外である、公序良俗、強行法規に反する意思表示が無効となるということも明確にすることは、法律関係を明確にし、分かりやすい民法の実現につながる。特に、行き過ぎた私的自治の原則は、情報量・交渉力の格差を生む原因となる。
- (3) 取締法規違反行為について、「公法・私法二分論」で杓子定規に私法上の効力を否定しない対応は不当。取締法規の性格や個別事案の事情によっては私法上の効力を否定するのが妥当。この点、問題となる取締法規が「公序または良俗に関する規定」に該当する規定と評価できる場合には、違反行為について例外的に法的効力を否定するという考え方に賛成である。

3 強行規定と任意規定の区別の明記

【中間論点整理「第28，3」87頁】

【意見】

民法上、どの規定が公序良俗（強行規定も）か否かを条文上明らかにできるか否かにつき更に検討することに賛成である。

ただし、個々の規定に関してそれぞれ区別を明記するか否かについては、なお検討すべきである。

【理由】

区別がなされることは国民の予見可能性確保につながり、「分かりやすい民法」の実現に資する。ただし、個々の規定において区別を明記することは、条文上煩雑な

ものとなる可能性もある。

4 任意規定と異なる慣習がある場合

【中間論点整理「第28, 4」87頁】

【意見】

民法92条の規定を見直し、原則として慣習が任意規定に優先するという規定にする考えについては、反対である。

【理由】

「より小さな社会単位で積み上げられた慣習」といっても、慣習というものの範囲、規範については必ずしも明確とは言えず、かつ公序良俗には反しないが不合理な慣習もある。したがって、現行民法92条を維持すべきである。

第30. 意思表示

1 心裡留保

(1) 心裡留保の意思表示が無効となる要件

【中間論点整理「第30, 1(1)」89頁】

【意見】

非真意表示と、狭義の心裡留保を区別して規定すべきか否かについては、反対である。

「心裡留保」の定義についても検討すべきである。

【理由】

非真意表示と狭義の心裡留保の区別を明確にすることは困難である。

また、「心裡留保」の名称は分かりにくいといえるため、分かりやすい民法とするためには、用語についても検討すべきである。

(2) 第三者保護規定

【中間論点整理「第30, 1(2)」90頁】

【意見】

① 第三者保護規定を置くことについては、賛成である。

② 主観的要件に関しては、基本的には善意で足りるとする考えに賛成である。

【理由】

これまで保護すべき第三者に関しては解釈に委ねられていたことから、明文化することは分かりやすい民法の実現に資する。

但し、帰責性のある本人と比較した場合、第三者に無過失まで要求すべきかは疑問がある。

2 通謀虚偽表示

(1) 第三者保護規定

【中間論点整理「第30, 2（1）」90頁】

【意見】

- ① 第三者保護規定を置くことについては、賛成である。
- ② 主観的要件に関しては、基本的には善意で足りるとする考え方に賛成である。

【理由】

- ① これまで保護すべき第三者に関しては解釈に委ねられていたことから、明文化することは分かりやすい民法の実現に資する。
- ② 但し、帰責性のある本人と比較した場合、第三者に無過失まで要求すべきかは疑問がある。

(2) 民法第94条第2項の類推適用法理の明文化

【中間論点整理「第30, 2（2）」90頁】

【意見】

94条2項の類推適用の内容を条文化して明確にする方向で検討すべきである。但し、その規定の位置、要件・効果等については、今後慎重に検討する必要がある。

【理由】

分かりやすい民法の実現のためには、今回の改正において外観法理の規定整備の一環として94条2項の類推適用の内容を法文化すべきである。このことは、仮装の権利関係を信頼した消費者の保護にも資する。

但し、不動産の公信力の問題等、物権変動法制との整合性に十分に配慮する必要がある。

3 錯誤

(1) 動機の錯誤に関する判例法理の明文化

【中間論点整理「第30, 3（1）」91頁】

【意見】

- ① 動機の錯誤の規定を置く方向性に賛成である。
規定の内容については、判例理論（動機が表示されて法律行為の内容になる）を踏まえて条文化すべきである。
- ② これに対し、動機の錯誤は、法律行為をするに当たって重視した「事実について認識を誤った」ことを意味し（事実の錯誤）、その「事実に関する認識が法律行為の内容になる（取り込まれる）こと」を成立要件とすべきである旨の意見に対しては慎重に検討すべきである。

【理由】

- ① 判例理論のように「動機が表示されて法律行為の内容になる」の方が国民にとって分かりやすく、要件として適切である。
- ② 「事実に関する認識が法律行為の内容になる（取り込まれる）こと」の意味は不明確であり、かつ判例理論と比べ表意者に不利であり、詐欺的勧誘により動機の錯

誤に陥った消費者の救済が困難となりかねない。

(2) 要素の錯誤の明確化

【中間論点整理「第30, 3(2)」91頁】

【意見】

賛成である。

【理由】

分かりやすい民法の実現に資する。

(3) 表意者に重過失がある場合の無効主張の制限の例外

【中間論点整理「第30, 3(3)」91頁】

【意見】

- ① 表意者に重大な過失があった場合でも、相手方が表意者の意思表示が錯誤によるものであることを知っていたか、又は知らなかったことにつき重大な過失があった場合は、錯誤の主張を認める方向で検討すべきである。
- ② 当事者双方が同一の錯誤に陥っている場合に、表意者に重過失があっても錯誤無効の主張を認めるか否かについて更に検討することに賛成である。
- ③ 相手方が表意者の錯誤を引き起こした場合、重大な過失ある表意者が錯誤の主張をなすことができる場合について、検討すべきである。

【理由】

- ① 支配的見解を法文化することは、分かりやすい民法の実現に資する。
- ② この点も、検討自体は積極的に行うべきである。
- ③ 表意者に重大な過失があるとしても、その表意者に錯誤を引き起こさせた相手方が悪徳業者であった場合、消費者等表意者を保護しないという結論は、必ずしも適切ではない。
これについては、不実表示の規定をどうするかとも関連するため、併せて検討すべきである。

(4) 効果

【中間論点整理「第30, 3(4)」92頁】

【意見】

相対的無効ないし取消とする方向で検討すべきである。

なお、その検討に当たって法律行為の無効・取消全体の制度設計に留意しつつ検討することに賛成である。

【理由】

錯誤が表意者保護の制度である（意思無能力者についての特別な配慮は不要である。）こと、及び判例法理を明文化することで分かりやすい民法に繋がること、からすると、取消（相対的無効）で足りるといえる。

ただ、相対的無効という考え方を立法化するのであれば、無効と取消の相違点等に

関して、検討する必要がある。

(5) 錯誤者の損害賠償責任

【中間論点整理「第30, 3(5)」92頁】

【意見】

錯誤者は過失が無くても損害賠償の義務を負うという趣旨を含めて錯誤者の損害賠償責任についての明文規定を置くことには、強く反対である。

この点は、不法行為の一般原則に委ねるべきである。

【理由】

上記のような特則を設けたときは、とりわけ消費者などの社会的弱者が表意者の場合に過酷である。

(6) 第三者保護規定

【中間論点整理「第30, 3(6)」92頁】

【意見】

規定を設けることについては賛成である。その内容は、善意無過失とする意見に賛成である。

【理由】

「分かりやすい民法」という観点からは、明文化すべきである。その場合、心裡留保、通謀虚偽表示と比較して、有過失の第三者を保護すべきとは考えられない。

4 詐欺及び強迫

(1) 沈黙による詐欺

【中間論点整理「第30, 4(1)」93頁】

【意見】

沈黙の詐欺について明文を設けることに賛成である。

【理由】

この点については、想定されているのは、現行の96条1項ではカバーのできない場合である。これについては、別途検討されている情報提供義務、説明義務との関係から検討する必要がある。

例えば、消費者が金のCFD取引の勧誘を業者から受ける際、金を取り扱うのだから損はないと信用していることが明らかに分かる消費者に対して、業者の勧誘員は当然、実際には金の現物を購入するわけではなく差金取引であること、したがって、ローリスクではないこと等について、消費者が誤解しないように説明をしなければならぬ。この場合、情報提供義務等違反という問題は当然発生しうるが、その効果として業者に損害賠償義務を負わせるだけでは、この例の場合、十分な被害回復ができるか不明確である。とすると、端的に取消とし、不当利得として全額返還請求できるとする方が消費者の被害に資する。

また、例えば、沈黙することイコール情報提供をしないこと、と必ずしもいえない

場合もある。

そうすると、必ずしも情報提供義務等違反では消費者保護には十分でない。

(2) 第三者による詐欺

【中間論点整理「第30, 4(2)」93頁】

【意見】

- ① 第三者の詐欺については相手方が第三者による詐欺の事実を知ることができた場合も、表意者はその意思表示を取り消すことができるとする方向性に賛成である。
- ② 法人が相手方である場合、従業員ではないとしても直接の詐欺者がクレジット会社等の契約締結補助者である場合には、本人の詐欺の一環として構成する規定にすべきであり、「第三者」性を否定すべきである。

【理由】

- ① 判例、通説的見解の法文化であり、分かりやすい民法の実現に資する。
- ② 締約補助者・媒介委託者の法理論（消費者契約法5条参照）がある。
- ③ 悪徳業者による勧誘の場合、従業員またはそれに準ずる者（受託者）による詐欺行為があった場合に、会社自体は従業員等の個人的責任である、第三者による詐欺で会社は善意である、などと責任逃れをすることが多い。

しかし、このような言い逃れは許されるべきでないことが多く、判例の中にもこのような場合に「第三者」性を否定するものが出てきている。かかる場合を規定で明確にすべきである。

(3) 第三者保護規定

【中間論点整理「第30, 4(3)」93頁】

【意見】

上記の第三者保護規定を設ける方向性に賛成である。

内容としては、善意無過失を必要とすべきである。

【理由】

判例通説的見解の法文化であり、分かりやすい民法の実現に資する。

その場合、心裡留保、通謀虚偽表示と比較して、本人の帰責性が小さいことからすると、有過失の第三者は保護すべきではない。

5 意思表示に関する規定の拡充

【中間論点整理「第30, 5」93頁】

【意見】

- ① 詐欺、強迫など、民法上表意者が意思表示を取り消すことができるとされている場合のほかにも、表意者を保護するため意思表示の取消しを認めるべき場合があることについて、更に検討することに賛成である。

その場合に、動機の錯誤の要件緩和という観点から、「契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼすべき事項に関して誤った事実を告げられたことによって表意

者が事実を誤認し、誤認に基づいて意思表示をした場合」を不実表示と定義して民法に規定する方向性に賛成である。

なお、かかる規定を任意規定として導入すべきとの意見があるが、これには反対である。

- ② 不実表示の要件、効果等についてはさらに検討すべきである。特に、消費者が事業者に不実表示をした場合にこの条項が適用されるべきではないので、これに関するいわゆる逆適用の問題が起こらない規定にすべきである。例えば、表意者に調査義務違反がある場合に適用を否定する在り方、表意者の相手方に不実表示に関する過失等の落ち度を要件とする在り方、事業者による取消権行使を制限する在り方、消費者取消権として構成する在り方などが検討されるべきである。

この問題が民法で解決できないのであれば、消費者契約法に明文で規定を設けることも検討すべきである。

- ③ 上記のような不実表示の規定は、動機の錯誤の要件緩和という観点から検討されるべきものであって、上記の立法によって消費者契約法4条1項1号の不実告知規定を削除するような事態となることには反対である。

【理由】

- ① 契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼすべき事項に関して誤った事実を告げられた場合には、特に情報量等の格差を指摘される消費者でなくとも表意者保護の必要はあるといえる。そこで、消費者契約のみならず事業者間契約も含めて契約一般における「格差の拡大に対応した表意者保護の制度」を設けるべきであること、及び故意による詐欺・強迫以外にも、「不実告知を受けて事実を誤認した者」を一般的に保護する必要がある。

その場合は、強行規定としなければ劣位者保護ないし「格差拡大への対応」という改正目的にもとることになる。

- ② その要件については、「誤って」或いは「過失無くして」消費者や労働者が不実表示をして事業者と契約した場合に、事業者が契約の取消をなすことができるのは、消費者保護の観点で問題がある。保険加入において加入者が保険会社から問われた事項以外のことを回答しなかった場合には、保険法上告知義務違反にならない、というように、加入者（多くの場合消費者）の責任は限定的となっていることとの均衡の問題もある。

以上のようないわゆる逆適用の問題が生じないような対策を立てるべきである。

- ③ 例えば、表意者において自ら調査すべき事項を調査しないでおきながら、相手方に対して不実表示規定を根拠とした契約の取消を主張することを許容するのは不合理である。特に表意者が事業者でその相手方が消費者である場合などにおいて、事業者が調査すべき事項を調査しないでおきながら消費者に対して不実表示取消を主張するような事態は許容し難い。また、不実表示が民法における従前の

錯誤に関する議論や裁判例の到達点ないし延長線上のものとして位置づけられるものであるならば、錯誤においても重過失ある表意者は錯誤無効を主張できないことと同様に、落ち度ある表意者に不実表示取消を主張できないとするのは、むしろ合理的である。この点、「ただし、表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項が、表意者において調査すべき事項であった場合において、表意者がこの調査を怠ったときは、この限りではない」という要件を付加するような在り方（表意者に調査義務違反がある場合に適用を否定する在り方）などが考えられる。他にも、表意者の相手方に不実表示に関する過失等の落ち度を要件とする在り方、消費者による不実表示があったとしても、事業者による取消を制限するなどの規定にする在り方、消費者取消権として構成する在り方などが検討されるべきである。

- ④ なお、上記のような不実表示の規定は、純然たる消費者保護規定（消費者団体訴訟制度の適用もある）である消費者契約法4条1項1号の不実告知規定とは立法趣旨を異にした、あくまでも民法上の動機の錯誤の要件緩和という観点から民法上の規定として議論され立法化されるべきものであって、仮に上記のような不実表示規定を民法に設けたとしても、消費者契約法上の不実告知規定を削除する必要などはないし、削除するような事態となることは容認できない。この点、不実表示規定に関する「消費者契約法の一般化」といった議論の建て方は、不正確で誤解を招く立論であって、望ましいものではないと考える。

6 意思表示の到達及び受領能力

(1) 意思表示の効力発生時期

【中間論点整理「第30, 6(1)」94頁】

【意見】

意思表示の「到達」の概念を、判例法理を踏まえて法文化する方向性及び上記①から③について検討することに賛成である。

【理由】

分かりやすい民法の実現に資する。

(2) 意思表示の到達主義の適用対象

【中間論点整理「第30, 6(2)」94頁】

【意見】

隔地者に対する意思表示のみならず、対話者間の意思表示にも妥当することを明示する規定とすることに賛成である。

【理由】

分かりやすい民法の実現に資する。

(3) 意思表示の受領を擬制すべき場合

【中間論点整理「第30, 6(3)」94頁】

【意見】

意思表示の到達擬制制度を法文化する方向性に賛成である。

但し、要件については慎重に検討すべきであり、正当な理由の下で受領を拒絶した場合にまで到達擬制を認めるか否かについては、なお慎重に検討すべきである。

【理由】

受領者側と意思表示側のそれぞれの対応をリンクさせた規定にすべきであるが、相手方が不当に受領拒絶する等の場合があり、この場合に了知が通常可能な状態に置いたとすることは適切であり、これを規定することは分かりやすい民法の実現に資する。

但し、理由にかかわらず（正当、不当の区別が困難という理由か？）受領拒絶する場合には受領を擬制すべきでない、としている意見がある。例えば、悪質業者が契約等で意思表示をしてきた際に、消費者が受領を拒絶したにもかかわらず到達が擬制されてしまう場合もありえる。したがって、到達擬制制度を設けるとしても、その要件に関しては十分に検討すべきである。

- (4) 意思能力を欠く状態となった後に到達し、又は受領した意思表示の効力

【中間論点整理「第30, 6（4）」95頁】

【意見】

これに関する明文規定を設けることについて賛成である。

【理由】

規定のなかった点であり、明文化することは分かりやすい民法の実現に資する。

第31. 不当条項規制

1 不当条項規制の要否、適用対象等

(1) 不当条項規制の要否

【中間論点整理「第31, 1（1）」95頁】

【意見】

民法に不当条項規制の規定を新たに設けることに賛成である。

【理由】

そもそも契約自由の原則は、対等な当事者による交渉ということが前提として想定されている。しかしながら、現実には、様々な事情から、当事者の対等性が確保できず、あるいは、実質的な交渉が確保できない場合が存在する。契約自由も一定の制約に服するのであって、相手方を不当に害するもの、当事者の対等性が確保されていない場合、さらには実質的な交渉が確保できていない場合などには、契約の内容的規制、すなわち不当条項規制は不可欠である。

(2) 不当条項規制の適用対象

【中間論点整理「第31, 1（2）」95頁】

【意見】

不当条項規制の適用対象として下記を考えることに賛成である。

1) 約款を使用した取引における契約条項（約款条項）

契約の一方当事者が作成した約款（＝定型契約書を含めて概念すべきと考える）が使用された契約を対象とする不当条項規制（いわゆる約款アプローチ）。

2) 消費者契約

消費者契約に関する不当条項規制（いわゆる消費者契約アプローチ）。

もっとも、その法形式については、消費者契約法の改正をもって行うことが望ましいと考える。ただし、もし万一民法改正と同時に消費者契約法を改正することが困難である場合には、現行の消費者契約法はそのままに、改正民法で不当条項規制を拡充することを許容する。

3) 公序良俗に反する契約条項

公序良俗に反する契約条項が無効であることは自明であるが、当事者の属性や契約の種類にかかわらず法的効力を否定すべき具体的な契約条項を類型化できる場合には、契約類型を問わずに適用される不当条項として位置付けるべきである（いわゆる不当条項アプローチ）。

【理由】

不当条項規制の適用対象としては、下記を考えることに賛成である。これらはいずれも排斥しあうものではない。並行して検討すべきである。

1) 約款を使用した取引における契約条項（約款条項）

現実の社会では契約の一方当事者が作成した約款（＝定型契約書を含めて概念すべきと考える）を使用した取引が多く存在する。かかる取引では、当事者間で契約内容に関する実質的な交渉が確保されていない場合が多く、いわゆる約款の隠蔽効果もあって、約款条項どおりの合意の成立を他方当事者に強要する場合には、他方当事者にとって酷な結果となる場合が少なくない。

2) 消費者契約

消費者契約では、契約当事者間の情報・交渉力格差から事業者が契約内容を規定した取引が多く存在する。かかる取引では、当事者間で契約内容に関する実質的な交渉が確保されていない場合が多く、いわゆる約款の隠蔽効果もあって、約款条項どおりの合意の成立を他方当事者に強要する場合には、他方当事者にとって酷な結果となる場合が少なくない。

3) 公序良俗に反する契約条項

公序良俗に反する契約条項が無効であることは自明であるが、当事者の属性や契約の種類にかかわらず法的効力を否定すべき具体的な契約条項を類型化できる場合には、契約類型を問わずに適用される不当条項として位置付

けるべきである（不当条項アプローチ）。

なお、かかる不当条項規制については、公序良俗規定に関して、暴利行為以外の契約条項を類型化するという在り方も考えられるところである（例・脱法禁止条項など）。

2 不当条項の対象から除外すべき契約条項

（1）個別の交渉を経て採用された条項について

【中間論点整理「第31，2」96頁】

【意見】

1）約款条項に対する不当条項規制の場合

個別交渉を経て採用された条項は、適用除外としても良いのではないか。

ただし、形ばかりの形式的な交渉しかなかった場合などは適用除外とすべきではない。形式的な交渉の存在だけで不当条項規制が脱法されることなどないように、契約締結過程に関する手当てや、脱法禁止条項を不当条項リストとして規定するといった対応も検討されるべきと考える。

2）消費者契約に対する不当条項規制の場合

個別交渉を経て採用された条項を適用除外とすることに反対である。

【理由】

1）約款条項に対する不当条項規制の場合

ア 個別の交渉を経て採用された契約条項であれば、契約内容に関する契約当事者の実質的関与がある点において、実質的な弊害が観念できず、約款条項に対する不当条項規制の趣旨が該当しない。

イ ただし、形ばかりの形式的な交渉しかなかった場合などは適用除外とすべきではない。適用除外となる「交渉」については、実質的・能動的なものであることが必要であることを明確にする必要がある。

また、形式的な交渉の存在だけで不当条項規制が脱法されることなどないように、契約締結過程に関する手当てや、脱法禁止条項を不当条項リストとして規定するといった対応も検討される必要があると考える。

ウ 個別の交渉を経た条項を約款規制の適用から除外するという事は、実質的な交渉の対象となった特定の条項や特定の項（あるいは号）のみが規律の適用から外れ、交渉されていない他の条項や項（あるいは号）は、不当条項規制の対象になるという点は明確にすべきである。

なぜなら、ダミーのような条項を1ヵ条用意して、アリバイ的にその条項に修正交渉を行えば、他の条項までもが不当条項の規制に服さなくなってしまうといった不当な事態や、実質的な交渉を経ていない条項や特定の項（あるいは号）に約款規制が及ばないといった不当な事態を招来することになってしまうからである。

2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

- ア 契約当事者間で情報・交渉力格差があることを考えると、個別の交渉を経たことのみで合意内容の合理性を当然に肯定できない。消費者契約に対する不当条項規制の趣旨が該当しないとはいえない。
- イ 消費者契約法における不当条項規制においても、立法時に個別交渉を経て採用された条項であっても適用除外とすべきではないという議論がなされていた。

(2) 契約の中心部分に関する契約条項について

【中間論点整理「第31, 2」96頁】

【意見】

1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

中心的部分に関する契約条項を適用除外とすることに反対である。

2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

同様である。

【理由】

1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア 実際問題として、契約の中心的部分かそうでないかは、厳密な区別が困難である。

まず、給付内容を定める条項なのか否かの区別は困難な場合もある。例えば、保険契約は「保険事故を定める条項」と「免責事由を定める条項」があり、一般に「免責を定める条項」には不当条項規制が及ぶと考えられているが、免責の要件は保険事故の定義の中に組み入れることができる。また、売買契約において、「現状有姿のまま、担保責任を負うことなく引渡す」と規定すれば、これが果たして「給付を定める条項」であるといえるか否かははなはだ疑問はあるものの、少なくとも「給付を定める条項」であるか否かの争いとはなりうる。

また、対価の取り決めに関する条項についても、例えば携帯電話の料金規定のように、複雑で分かりにくいものもある。

イ また、契約の中心部分に関する条項に約款規制が及ばないことを認めると、不当条項規制が及ぶべき事項を、給付に関する条項に組み入れることにより、規制を脱法的に回避することにつながる恐れがある。

例えば、売買契約において、約款使用者たる売主が、「現状有姿のまま、担保責任を負うことなく引渡す」と規定することで、担保責任免除についての不当条項規制の問題を回避することを認めるべきではない。また、保険契約において、約款使用者（保険会社）が、約款の規定により、「保険事故を定める条項」に「故意によらない…」との定めを組み入れることで、

故意免責の立証責任の転換について不当条項性の疑義を一律回避することができるとすれば、それも不当である。

2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

上記1)と同様の理由である。

3 不当性の判断枠組み

(1) 比較対照すべき標準的な内容（任意規定に限るか）

【中間論点整理「第31, 3」96頁】

【意見】

1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

比較の対象を任意規定に限る考え方には反対である。「当該契約条項の内容と当該契約条項が存在しない場合の当事者の権利義務関係を比較すべき」である。

2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

同様である。

3) なお、「任意規定や本来の権利義務関係との比較対照」という観点は、不当条項審査において不可欠の要件と位置づけるべきではないと考える。

【理由】

1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア 重要な点は、原則的な権利義務関係から逸脱したような契約内容（＝契約条項の作成者に一方的に有利な権利義務関係）を定めた契約条項か否かという判断の基準である。

イ この点、原則的な権利義務関係というものは、法令中の明文の任意規定だけでなく、判例等によって確立しているルール、明文のない基本原理などによって決まるものである。

ウ したがって、比較の対象を任意規定に限るような考え方は妥当ではない。端的に当該契約条項の内容と当該契約条項が存在しない場合の当事者の権利義務関係を比較すべきである

2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア 上記1)と同様の理由である。

イ 消費者契約法第10条前段の解釈論では、「比較の対象は任意規定のみ」という消費者庁解説の見解（限定説）を支持する見解は少なく、多くの学説も、裁判例（神戸地判平成17年7月14日判時1901号87頁）も、日弁連見解も非限定説の立場である（詳細は日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編「コンメンタール消費者契約法（第2版）」184～186頁（商事法務、2010））。

3) なお、「任意規定や本来の権利義務関係との比較対照」という観点は、付

随的契約条項に関する不当条項審査においては有益なアプローチ方法であるが、契約の目的や対価といったいわゆる契約の中心的部分の不均衡などを視野にいたした不当条項審査においては有効に機能しない観点である。よって、不当条項規制の対象を付随的契約条項に限定しない限り（本書は限定しない考え方に立つ）、「任意規定や本来の権利義務関係との比較対照」という観点は、不当条項審査において不可欠の要件と位置づけるべきではないと考える。

（2）想定すべき相手方（個別判断か画一的判断か）

【中間論点整理「第31，3」96頁】

【意見】

1）約款条項に対する不当条項規制の場合

約款条項に関する不当条項審査の場合には、当該約款条項の適用が予定されている多数の相手方（約款の適用対象）を念頭において、画一的に判断すべきではないか。

2）消費者契約に対する不当条項規制の場合

消費者契約に関する不当条項審査の場合には、不当条項審査の対象となる契約や契約条項の性格ごとに、想定すべき相手方を検討すべきではないか。

【理由】

1）約款条項に対する不当条項規制の場合

ア 多数の相手方に適用される約款条項の不当条項性を問題とするのであれば、個別事情を捨象して画一的に、約款条項自体の不当条項性を判断するのが筋であると考えられる。

イ 実際問題としても、一般的に合理性を肯定しがたいような約款条項が、個別事情を根拠に法的効力を維持されるようなことがあってはならない。

2）消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア 消費者契約に関する不当条項審査の場合には、不当条項審査の対象となる契約や契約条項が多様であり、約款条項やそれに近い契約条項も、個別合意やそれに近い契約条項の不当条項審査の対象となる。

イ 想定すべき相手方は、不当条項審査の対象となる消費者契約の性格に応じて、個別具体的に検討すべきではないか。

（3）不当性判断の考慮要素

【中間論点整理「第31，3」96頁】

【意見】

1）約款条項に対する不当条項規制の場合

ア 「種々の要素を総合的に」ということになるのではないかと。具体的な要素を列挙するとすれば「契約の性質や契約全体の趣旨、約款使用者の相手方が

事業者であるか消費者であるかなどの当事者の属性、同種の契約に関する取引慣行、任意規定が存在する場合にはその内容」といった列挙事由でよいのではないか。

イ ただし、約款条項に関する不当条項審査の場合には、個別事情を捨象した一般的普遍的な事情が主たる考慮要素とされるべきではないか。

2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア やはり、「種々の要素を総合的に」ということになるのではないか。

イ ただし、消費者契約に関する不当条項審査の場合には、考慮要素は個別具体的に決定されるべきではないか。

【理由】

1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア 不当条項審査は「種々の要素を総合的に」検討すべきことになるのではないか。

イ 具体的な要素を列挙するとすれば「契約の性質や契約全体の趣旨、約款使用者の相手方が事業者であるか消費者であるかなどの当事者の属性、同種の契約に関する取引慣行、任意規定が存在する場合にはその内容」といった列挙事由でよいのではないか。

ウ ただし、多数の相手方に適用される約款条項の不当条項性を問題とする場合には、主たる考慮要素は一般的普遍的な事情とされるべきではないか。個別事情を捨象した一般的普遍的な事情を主たる判断要素として、約款条項自体の不当条項性を判断するのが筋であると考えます。

エ 実際問題としても、一般的に合理性を肯定しがたいような約款条項が、個別事情を根拠に法的効力を維持されるようなことがあってはならない。

※1 神戸地判H17.7.14判時1901号87頁

一般的普遍的な事情を主たる判断要素としたうえで、敷引特約にはおよそ合理性を肯定しがたいとして、敷引特約の消費者契約法10条違反を導いており、約款審査に近い判断手法である。

2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア やはり、「種々の要素を総合的に」ということになるのではないか。

イ もっとも、消費者契約に関する不当条項審査の場合には、不当条項審査の対象となる契約や契約条項が多様であり、約款条項やそれに近い契約条項も、個別合意やそれに近い契約条項の不当条項審査の対象となる。

ウ 考慮要素については、不当条項審査の対象となる消費者契約の性格に応じて、一般的普遍的な事情のみならず個別事情の要否・適否が個別具体的に決定されるべきではないか。

(4) 不当性判断の判断基準

【意見】

- 1) 約款条項に対する不当条項規制の場合
「条項使用者の相手方の利益を信義則に反する程度に害するかどうか」という判断基準に賛成である。
- 2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合
同様である。

【理由】

- 1) 約款条項に対する不当条項規制の場合
 - ア 不当条項審査の判断基準としては、比較法的にも、我が国の学説上も「信義則違反」という判断基準が広く支持されているように思われる。このような考え方に賛成である。
 - イ この点、適用範囲の明確化という観点から、消費者契約における不当条項審査（＝消費者契約法10条後段要件）の判断基準として、山本敬三教授が、比例原則に根ざした均衡性という基準を提唱している。問題となる契約条項が相手方に及ぼす不利益が重大であればあるほど（原則的な権利義務状態からの乖離の程度もその1つ）、当該契約条項が無効となった場合の条項使用者の不利益も重大でなければならない、両者が均衡していないと評価できる場合には、条項使用者による相手方の利益の不当な侵害として、当該条項は信義則違反として無効となるという考え方である。このような「当該条項が存在しない場合と比較して、条項使用者とその相手方の利益に不均衡を生じさせることにより、信義則に反して相手方を害する条項は、無効とする」という判断基準は検討に値する提案例である。

ただ、いわゆる契約の中心的条項に対する不当条項規制を排除しないという考え方を前提とした場合には、「当該条項が存在しない場合と比較して、」という要件の要否・是非については、慎重な検討が必要であるように思われる。
- 2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合
 - ア 上述のとおり、不当条項審査の判断基準としては、比較法的にも、我が国の学説上も「信義則違反」という判断基準が広く支持されている。
 - イ また、消費者契約における不当条項審査（＝消費者契約法10条後段要件）の判断基準として、山本敬三教授が、比例原則に根ざした均衡性という基準を提唱しており、日弁連の前掲「コンメンタール消費者契約法（第2版）」もこの考え方を支持している。
 - ウ ただ、いわゆる契約の中心的条項に対する不当条項規制を排除しないという考え方を前提とした場合には、「当該条項が存在しない場合と比較して、」

という要件の要否・是非については、慎重な検討が必要であると思われる。

4 不当条項の効力

（1）全部無効か一部無効か

【中間論点整理「第31，4」96頁】

【意見】

- 1) 約款条項に対する不当条項規制の場合
ア 原則は全部無効と考える。
イ もっとも、問題とされる約款条項によっては一部無効と判断した方が望ましいものもあるかもしれない。明文化が望ましいか否かを含め、更に検討すべきである。
- 2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合
同様である。

【理由】

- 1) 約款条項に対する不当条項規制の場合
ア およそ無効な不当条項を定めていても裁判所がぎりぎり有効なところで制限解釈によって有効にしてくれるのであれば、不当条項の流布は止まらない。原則は全部無効とすべきであろう。
イ もっとも、問題とされる約款条項によっては一部無効と判断した方が望ましいものもあるかもしれない。明文化が望ましいか否かを含め、更に検討すべきである。
- 2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合
同様である。

（2）無効か取消か

【中間論点整理「第31，4」96頁】

【意見】

- 1) 約款条項に対する不当条項規制の場合
無効とすべきと考える。
- 2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合
同様である。

【理由】

- 1) 約款条項に対する不当条項規制の場合
不当条項規制に反するような契約条項について、およそ法的効力を認める必要はないと考える。
- 2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合
同様である。

5 不当条項のリストを設けることの当否

(1) 不当条項のリストを設けることの当否

【中間論点整理「第31, 5」97頁】

【意見】

- 1) 約款条項に対する不当条項規制の場合
「具体的な不当条項のリストを作成して条文上明記すべきである」という検討委員会試案の考え方に賛成である（積極）。
- 2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合
現在消費者契約法8条～10条の3箇条しかない不当条項リストをさらに拡大すべきである。ただし、法形式については、民法改正よりも消費者契約法の改正で実現する方が最も望ましいと考える。

【理由】

- 1) 約款条項に対する不当条項規制の場合
 - ア どのような契約条項が不当条項規制に該当するかという点について予見可能性が高まる。
 - イ 不当条項の削減や法的安定性にも資する。
- 2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合
 - ア 同様である。
 - イ ただし、法形式については、民法改正よりも消費者契約法の改正で実現する方が最も望ましいと考える。詳細は「第62」に譲る。

(2) 不当条項リストの在り方（ブラックリスト、グレーリスト）

【中間論点整理「第31, 5」97頁】

【意見】

- 1) 約款条項に対する不当条項規制の場合
 - ア 「不当条項リストはブラックリストとグレーリストに分けて規定すべきである。」という考え方に賛成である（積極）。
 - イ 約款条項の不当条項リストと消費者契約の不当条項リストを共通なものにするという考え方には反対である。
- 2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合
同様である。

【理由】

- 1) 約款条項に対する不当条項規制の場合
 - ア ブラックリストとグレーリストに分けて細かく規定した方が、どのような契約条項がどのような要件・効果の不当条項規制に服するかがより詳細になり、予見可能性が高まる。不当条項の削減や法的安定性にも資する。
 - イ 約款条項の不当条項規制と消費者契約の不当条項規制は、そもそも法規制

の趣旨が異なる。例えば、個別交渉規定に関する問題の存否・内容にも差違がある。要件・効果を共通とする1つの不当条項リストに無理にまとめようとしないう方が無難であると考え。

- 2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合
同様である。

(3) 具体的なリストの内容

【中間論点整理「第31, 5」97頁】

【意見】

- 1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

民法（債権法）改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」（別冊 NBL126号）において例示されている不当条項リスト案などを参考として、立法化に向けた検討を進めるべきである。

- 2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア 下記の提案例に列挙されているような不当条項リストないし契約類型を参考として立法化を実現すべきである。

- ① 日本弁護士連合会・1999年「消費者契約法日弁連試案」
- ② 日本弁護士連合会・2006年12月14日「消費者契約法の実体法改正に関する意見書」
- ③ 平成19年度消費者契約における不当条項研究会編「平成19年度消費者契約における不当条項研究会報告書」
- ④ 民法（債権法）改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」（別冊 NBL126号）

イ ただし、その法形式については、民法改正よりも消費者契約法の改正で実現する方が最も望ましいと考える。

【理由】

- 1) 約款条項に対する不当条項規制の場合

ア どのような契約条項が不当条項規制に該当するかという点については、出来る限り具体的に規定した方が予見可能性が高まる。

イ 不当条項の削減や法的安定性にも資する。

- 2) 消費者契約に対する不当条項規制の場合

ア 同様である。

イ ただし、法形式については、民法改正よりも消費者契約法の改正で実現する方が最も望ましいと考える。詳細は「第62」に譲る。

<別紙>

1 1999年「消費者契約法日弁連試案」で列挙されている不当条項リスト

(1) ブラックリスト（12項目）

1. 契約文言を解釈する排他的権利を事業者に認める条項
2. 法令上、消費者の有する同時履行の抗弁権、留置権、相殺権を排除又は制限する条項
3. 事業者の作為義務を内容とする契約において、消費者の同意なく事業者が第三者に契約上の地位を移転できるとする条項
4. 事業者が契約上消費者に対して有する債権を第三者に譲渡する場合に、消費者があらかじめ異議を留めない承諾をする旨の条項
5. 事業者の権利の担保責任を全面的に排除する条項
6. 事業者が、保証人に対し、保証期間又は限度額を一切定めない包括根保証をさせる条項
7. 事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項
8. 消費者の解除権を一切認めない条項
9. 継続的契約において、消費者が正当な理由に基づき解約告知をする場合に、違約金を支払わねばならないとする条項
10. 継続的契約において、消費者が正当な理由がなく解約告知をする場合に、契約が期間満了まで継続していれば事業者が得られた対価から解約告知により事業者が免れた費用を控除した金額を超える違約金を定める条項
11. 事業者又は第三者が一切の過失行為の責任を負わないとする条項
12. 管轄裁判所を事業所の住所地もしくは営業所所在地に限定する条項

(2) グレーリスト（21項目）

1. 消費者に与えられた期限の利益を奪う条項
2. 事業者が契約上の給付の内容又は契約条件を一方的に決定し、又は変更できるとする条項
3. 事業者又は消費者がその義務を履行したか否かの判断を事業者に委ねる条項
4. 消費者の一定の作為又は不作為により、消費者の意思表示がなされたもの又はなされなかったものとみなす条項
5. 消費者の利益に重大な影響を及ぼす事業者の意思表示が消費者に到達したものとみなす条項
6. 消費者の権利行使又は意思表示の形式又は要件に対して制限を課する条項
7. 事業者の物の担保責任を全面的に排除する条項
8. 事業者の権利又は物の担保責任について、担保責任発生事由、担保責任の内容、権利行使期間、権利行使方法を制限する条項
9. 事業者が、一方的に予めもしくは追加的に担保を要求できるものとする条項
10. 保証人が保証債務を履行した場合の、主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項
11. 消費者に通常必要とされる程度を超えた多量の物品または役務を購入させる条項
12. 消費者に通常必要とされる程度を超えた長期にわたる継続した物品または役務の購入をさせる条項

13. 継続的契約において、消費者からの解約申し入れを制限する条項
14. 消費者の法定解除権を制限する条項
15. 消費者の債務不履行があった場合に、事業者の損害として通常予想できる額を越える違約金を定める条項
16. 事業者又は第三者の損害賠償責任を制限する条項
17. 消費者の事業者又は第三者に対する損害賠償その他の法定の権利行使方法を制限する条項
18. 消費者の契約に基づく給付請求について、権利行使方法を制限し、その行使方法違反を理由に消費者の給付請求を奪う条項
19. 契約が解除又は解約告知によって終了した場合に既に給付された金員は返還しないとする条項
20. 契約が解除又は解約告知によって終了した場合に、給付の目的である商品、権利、役務の対価相当額を上回る金員を請求できるとする条項
21. 事業者の証明責任を軽減し、又は消費者の証明責任を過重する条項

2 「平成19年度消費者契約における不当条項研究会報告書」において検討を要するとされている契約条項類型（詳細は「消費者契約における不当条項の横断的検討」別冊 NBL128号）

- (1) 意思表示の擬制
- (2) 契約内容変更権、価格変更権
- (3) 契約適合性の判定権
- (4) 先履行の強制
- (5) 人身損害
- (6) 債務の履行責任の減免（瑕疵担保責任を含む）
- (7) 履行補助者等に関する免責
- (8) 消費者の義務の加重
- (9) 権利行使期間の制限、履行期間の制限
- (10) 消費者の解除権の制限、長期拘束
- (11) 事業者の解除権の留保、無催告解除
- (12) 損害賠償の予定、違約金条項、清算義務免除
- (13) 裁判管轄条項
- (14) 仲裁条項
- (15) 準拠法
- (16) 脱法行為禁止規定（不当条項規制の脱法を禁止するための一般規定の導入）
- (17) サルベージ条項（無効とされる不当条項の一部の有効性を確保するための条項）

3 民法（債権法）改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」（別冊 NBL126号）において例示されている不当条項リスト案

- (1) 約款・消費者契約に共通するブラックリスト（7例）
 - 〈ア〉条項使用者が任意に債務を履行しないことを許容する条項

- ＜イ＞ 条項使用者の債務不履行責任を制限し、または、損害賠償額の上限を定めることにより、相手方が契約を締結した目的を達成不可能にする条項
 - ＜ウ＞ 条項使用者の債務不履行に基づく損害賠償責任を全部免除する条項
 - ＜エ＞ 条項使用者の故意または重大な義務違反による債務不履行に基づく損害賠償責任を一部免除する条項
 - ＜オ＞ 条項使用者の債務の履行に際してなされた条項使用者の不法行為に基づき条項使用者が相手方に負う損害賠償責任を全部免除する条項
 - ＜カ＞ 条項使用者の債務の履行に際してなされた条項使用者の故意または重大な過失による不法行為に基づき条項使用者が相手方に負う損害賠償責任を一部免除する条項
 - ＜キ＞ 条項使用者の債務の履行に際して生じた人身損害について、契約の性質上、条項使用者が引き受けるのが相当な損害の賠償責任を全部または一部免除する条項。ただし、法令により損害賠償責任が制限されているときは、それをさらに制限する部分についてのみ、条項使用者の相手方の利益を信義則に反する程度に害するものとみなす。
- (2) 約款・消費者契約に共通するグレーリスト（6例）
- ＜ア＞ 条項使用者が債務の履行のために使用する第三者の行為について条項使用者の責任を制限する条項
 - ＜イ＞ 条項使用者に契約内容を一方的に変更する権限を与える条項
 - ＜ウ＞ 期間の定めのない継続的な契約において、解約申し入れにより直ちに契約を終了させる権限を条項使用者に与える条項
 - ＜エ＞ 継続的な契約において相手方の解除権を任意規定の適用による場合に比して制限する条項
 - ＜オ＞ 条項使用者に契約の重大な不履行があっても相手方は契約を解除できないとする条項
 - ＜カ＞ 法律上の管轄と異なる裁判所を専属管轄とする条項など、相手方の裁判を受ける権利を任意規定の適用による場合に比して制限する条項
- (3) 消費者契約のブラックリスト（5例）
- ＜ア＞ 事業者が、合理的な必要性がないにもかかわらず、消費者に対する当該契約上の債権を被担保債権とする保証契約の締結を当該契約の成立要件とする条項
 - ＜イ＞ 消費者の事業者に対する抗弁権を排除または制限する条項
 - ＜ウ＞ 消費者の事業者に対する相殺を排除する条項
 - ＜エ＞ 債権時効期間につき、債権時効の起算点または期間の長さに関して、法律の規定による場合よりも消費者に不利な内容とする条項
 - ＜オ＞ 〔甲案〕当該契約に基づき支払うべき金銭の全部又は一部を消費者が支払期日（支払回数2回以上である場合には、それぞれの支払期日。以下同じ。）までに支払わない場合における損害賠償の額を予定し、または違約金を定める条項であって、これらを合算した額が、支払期日の翌日からその支払をする日までの期間について、その日数に応じ、当該支払期日に支払うべき額から当該支払期日に支払うべき額のうち既に支払われた額を控除した額に年14.6パーセントの割合を乗じて計算した額を超えるもの 超える部分

〔乙案〕何も定めない。

(4) 消費者契約のグレーリスト（6例）

- 〈ア〉 契約の締結に際し、前払い金、授業料、預かり金、担保その他の名目で事業者になされた給付を返還しないことを定める条項。ただし、本法その他の法令により事業者に返還義務が生じない部分があるときは、それを定める部分については、消費者の利益を信義側に反する程度に害するものと推定されない。
- 〈イ〉 消費者が法律上の権利を行使するために事業者の同意を要件とし、または事業者に対価を支払うべきことを定める条項
- 〈ウ〉 事業者のみが契約の解除権を留保する条項
- 〈エ〉 条項使用者の債務不履行の場合に生じる相手方の権利を任意規定の適用による場合に比して制限する条項
- 〈オ〉 消費者による債務不履行の場合に消費者が支払うべき損害賠償の予定または違約金を定める条項。ただし、当該契約につき契約締結時に両当事者が予見または予見すべきであった損害が事業者が生じているときは、その損害額を定める部分については、消費者の利益を信義則に反する程度に害するものと推定されない。
- 〈カ〉 〔甲案〕当該契約に基づき支払うべき金銭の全部又は一部を消費者が支払期日（支払回数が2回以上である場合には、それぞれの支払期日。以下同じ。）までに支払わない場合における損害賠償の額を予定し、または違約金を定める条項。ただし、当該契約につき契約締結時に両当事者が予見または予見すべきであった損害が事業者が生じているときは、その損害額を定める部分については、消費者の利益を信義則に反する程度に害するものと推定されない。

〔乙案〕何も定めない。

4 EU「消費者契約における不公正条項に関する1993年4月5日付け閣僚理事会指令」の付表に列記されている不公正条項

(1) 以下の目的または効果を有する条項

- (a) 売主又は提供者の作為又は不作為により、消費者に生命又は身体の被害が生じた場合において、売主又は提供者の責任を排除又は制限すること。
- (b) 売主又は提供者による契約上の義務の全部もしくは一部の不履行また不完全な履行の場合において、消費者が売主又は提供者に対して有する債権と売主又は提供者に対して負っている債務とを相殺する選択権を含む、売主もしくは提供者又はその他の当事者に対して消費者が有している法的権利を不当に排除又は制限すること。
- (c) 売主又は提供者によるサービスの提供の実現は、売主又は提供者の意思次第であるとしておきながら、消費者を拘束する合意をなすこと。
- (d) 消費者が契約の締結又は履行をしないことに決めた場合においては、消費者が支払った金銭を売主又は提供者が保持できるとしておきながら、売主又は提供者が契約を解約した場合には、消費者は売主又は提供者からそれと同等額の賠償金を受領できる旨を定めないこと。
- (e) 消費者の義務の不履行の場合に、不当に高額な賠償金の支払を要求すること。

- (f) 売主又は提供者には、自由に契約を解消することが認められているのに、同様の権利が消費者には認められていないこと。又は、売主もしくは提供者は、みずから契約を解消しておきながら、未だ提供されていないサービスに対して消費者が支払った代金を保持しうるとすること。
- (g) 重大な理由がある場合は別として、売主又は提供者は、期間の定めのない契約を、合理的な通知なしに終了させることができることとする。
- (h) 消費者が別段の意思を表明しないかぎり、期間の定めのある契約を自動的に延長するとされている場合に、消費者が契約の延長を望まない旨を表明するために設定された期限が不当に早く到来すること。
- (i) 契約締結前に実際に知る機会が与えられなかった条項について、消費者を拘束して、撤回不能とすること。
- (j) 売主又は提供者は、契約で特定された正当な理由なしに、契約の条項を一方的に変更しうるとすること。
- (k) 売主又は提供者は、正当な理由なしに、供給されるべき製品又はサービスの性質を一方的に変更することができることとする。
- (l) 物の価格を引渡時に定めるものとし、あるいは物の売主又はサービスの提供者は価格を引き上げることができるとしておきながら、いずれの場合にも、最終的な価格が契約締結時に合意した価格に比して不当に高い場合に、これに対応して契約を解約する権利を消費者に与えていないこと。
- (m) 提供された物又はサービスが契約に適合しているか否かを判定する権利を売主又は提供者に与えること、又は契約の文言を解釈する排他的権利を売主又は提供者に与えること。
- (n) 自己の代理人によりなされた約束を遵守すべき売主又は提供者の義務を制限すること、又は自己の約束をある一定の形式を踏んでいる場合にのみ遵守することとする。
- (o) 売主又は提供者がその義務を履行しない場合でも、消費者は全義務を履行しなければならないとすること。
- (p) 契約から生じる権利義務が譲渡されると、消費者にとって保証が減少するおそれがある場合に、売主又は提供者は、消費者の同意なしに、その権利義務を譲渡できるとすること。
- (q) とりわけ、法規の適用に服さない仲裁でのみ紛争解決をすることを消費者に要求し、消費者の利用できる証拠を不当に制限し、又は当該事案に適用できる法によれば契約の相手方にあるとされる立証責任を消費者に課すことによって、消費者が訴訟を提起し、又は他の法的救済措置を行使する権利を排除又は妨害すること。

(2) (g), (j)および(1)号の範囲

- (a) (g)号は、金融サービスの提供者が、正当な理由がある場合に、期限の定めのない契約を通知なしに一方的に終了させる権利を留保する条項の使用を妨げるものではない。ただし、この場合、提供者は、契約の相手方に遅滞なくその旨の通知をしなければならない。
- (b) (j)号は、金融サービスの提供者が、正当な理由がある場合に、消費者が支払う利率又は消費者に対して支払われる利率、もしくは金融サービスに対するその他の手数料の額を通知なしに変更する権利を留保する条項の使用を妨げるものではない。ただし、この場合、提供者は契約の相手方に可能な

かぎり迅速にその旨を通知しなければならず、相手方は即時に自由に契約を解消することができる。

(j)号は、また、売主又は提供者が期限の定めのない契約の条件を一方的に変更する権利を留保する条項の使用を妨げるものではない。ただし、この場合、売主又は提供者は消費者に合理的な通知をもって知らせなければならず、消費者は自由に契約を解消することができる。

(c) (g), (j)および(1)号は、次のものには適用されない。

・流通性のある証券、金融証書、および売主又は提供者が支配しえない株式取引相場もしくは指数又は金融市場の利率の変動とリンクした価格付けがなされる製品又はサービスの取引

・外国通貨、旅行者小切手又は外国通貨建ての国際為替の購入又は販売の契約

(d) (1)号は、それが適法であるならば、物価指数条項の使用を妨げるものではない。ただし、この場合、価格を変更する方法が明確にされていなければならない。

第32. 無効及び取消し

1 相対的無効（取消的無効）

【中間論点整理「第32, 1」97頁】

【意見】

- 1 相対的無効について新たに規定を設ける必要はなく、解釈に委ねるべきである。
- 2 相対的無効の主張権者の範囲について規定を設ける場合には、相手方からは無効を主張することができないという形で例外を規定することを検討するべきである。
- 3 相対的無効の主張ができる期間についての規定を設けることは、反対である。

【理由】

- 1 相対的無効に関する規定について
無効に関する解釈の問題にすぎないので、規定を設ける必要はない。
- 2 相対的無効の主張権者の範囲について
相対的無効が問題とされる各場面においては、いずれも、表意者保護の観点が必要であり、表意者以外の第三者による無効主張が必要である。実際にも、表意者以外の親族等が裁判外で無効主張を行うなどして表意者の救済を図ってきた。ただし、第三者の範囲に関しての定式は存在せず、具体的事案ごとに具体的な解釈を要する。
したがって、相対的無効に関する主張権者の範囲についての規定は設けず、今後の解釈に委ねるべきである。
もともと、いずれの場面においても、法律行為の相手方からの無効主張を認める理由はないため、相手方からの無効主張は認められないとの規定を置くことは検討すべきである。
- 3 相対的無効の主張ができる期間について

相対的無効が問題となる場面について、法律行為が無効とされる理由及び表意者保護の重要性に鑑みれば、無効主張に期間制限を設ける必要がない。

一定の時の経過により無効な取引が有効となりうる余地を認めるとすれば、意思無能力者等を食い物にする悪質商法を誘発する虞が懸念されるからである。

なお、意思無能力者については、無効と取消しの二重効が一応問題となりうるが、制限行為能力制度を利用することができた意思無能力者については、無効も取消しもいずれも主張することができることとして、意思無能力者の保護を手厚くする制度設計を目指すべきである。

それは、意思無能力者に成年後見人が就く割合が大変少ない現状が否定できず、次々販売被害、次々リフォーム被害等の実態が発見されるまで時間を要することが少なくないからである。

2 一部無効

(1) 法律行為に含まれる特定の条項の一部無効

【中間論点整理「第32, 2(1)」98頁】

【意見】

- 1 無効原因のある当該条項の全部が無効となることが原則である。したがって、無効原因がある限度で一部無効となり残部の効力は維持される旨の一般的規定を設けることは、反対である。
- 2 消費者契約の場合に、無効原因のある条項全部を無効とする旨の規定を設けることは、賛成である。

【理由】

- 1 一部無効が原則となるのであれば、条項作成者には無効な部分を予め排除しようとするモチベーションは生じない。むしろ、条項作成者が安易に、無効もしくは無効のおそれがある条項を盛り込むことすら予想される。これでは、不当条項が流布することを防止できない。さらに、無効な条項が裁判等の手続により排除されるのは氷山の一角に過ぎないから、資力、情報量等で劣位に立たされる消費者は、異議を唱えることもままならず、実際に不利益を被るおそれも高い。

これらの問題点は、約款、消費者契約で顕著ではあるが、それに限られるものではない。

他方、無効な条項を作成した者は、当該条項全体が無効とされて不利益を被る結果となってもやむを得ないといえる。

したがって、無効原因がある限度で一部無効になるに過ぎず、残部の効力は維持される旨の一般的規定を設けることは、反対である。当該条項全体の無効を原則とする規定を設けるべきである。

- 2 なお、一部無効を原則とする規定が設けられる場合には、消費者契約の場合、約款の場合等無効原因がある条項の全部が無効となる旨の例外規定を設けるべ

きである。

（2）法律行為の一部無効

【中間論点整理「第32，2（2）」98頁】

【意見】

- 1 一部の条項が無効となる場合において、法律行為の残部の効力が維持されるか否かの問題は、個別性の強い問題であるから、原則として法律行為の残部の効力が維持されるとの一般的規定を新たに設ける考え方には賛成できない。
- 2 一部の条項が無効となる場合、法律行為の全体が無効となるかどうかの判断基準については、考慮事情をより具体的に例示することが検討されるべきである。
- 3 法律行為の一部が無効となり、これを補充する必要性が生じた場合の補充方法については、まず当事者の合理的な意思解釈を行い、さらに慣習、任意規定、信義則による補充を行うものとすべきである。

【理由】

- 1 一般的規定の設定について
一部の条項が無効となる場合において、法律行為の残部の効力を原則として維持することは、必ずしも当事者の意思に合致するとは限らない。個別性の強い問題であるから、法律行為の残部の効力を原則として維持すると一般的規定を設けるとの考え方には賛成できない。
- 2 一部の条項の無効が法律行為全体を無効とする判断基準について
一部の条項が無効となる場合、法律行為の全部が無効となるかどうかの判断基準については、一部無効となった条項が法律行為の重要部分かどうか、あるいは重要ではないが契約の成立過程において当事者の意思形成に強い影響を与えた部分かどうか、または他の部分と密接な関係があるかどうか、さらに一部の条項が無効となる原因の趣旨からしてその条項のみを無効とすれば足りるか、契約全体を無効とすることが要請されるか、あるいは残余部分の拘束力を認めることが当事者にとって過酷な不利益をもたらすかどうかなどの点を考慮要素として個別具体的に判断すべきである。
したがって、当該条項が無効であることを認識していれば当事者は法律行為をしなければであろうと合理的に考えられるかどうかを判断基準とすることは賛成であるが、合理性の判断基準となるべき具体的な判断要素を例示することが検討されるべきである。
- 3 一部無効となった法律行為の補充方法について
仮定的意思という新しい概念を持ち出すまでもなく、当事者の合理的な意思解釈（規範的な意思解釈）を行えば足りる。
そこで、法律行為の一部が無効となり、これを補充する必要性が生じた場合の補充方法については、当該一部が無効とされた趣旨、当事者の属性、契約の目的などを

踏まえた当事者の合理的な意思解釈（規範的な意思解釈）を行い、さらに慣習、任意規定、信義則による補充を行うものとすべきである。

（3）複数の法律行為の無効

【中間論点整理「第32，2（3）」99頁】

【意見】

- 1 複数の法律行為（同一当事者間だけでなく、異なる当事者間におけるものも含む。）がある場合、ある法律行為が無効であるときに、他の法律行為も無効となる旨の例外を条文上明示することに、賛成である。
- 2 各法律行為の発生、存続、消滅における牽連性を念頭に、複数の法律行為（同一当事者間だけでなく、異なる当事者間におけるものも含む。）の密接関連性、相互依存関係といった要件の規定の仕方を更に検討し、具体化すべきである。

【理由】

- 1 条文上明示することについて

屋内プール付きスポーツクラブ会員権が付加されたリゾートマンション（最判平成8年11月12日、民集50巻10号2673頁）、ゴルフ場にリゾートホテルが付加されたゴルフ会員権（最判平成11年11月30日、金判1088号32頁）、医療機関と提携した高齢者専用賃貸住宅等、さまざまな付加価値付きの商品が開発されて市場に出回っている。

このような付加価値が付された現代的な契約について、これらが複合的な性格を持つ一つの契約であるとするれば、法律行為の一部無効に関する考え方に基づき、一部無効な条項がある場合に残部の効力がすべて否定される場合があるところである。

しかし、これを形式的に複数の契約とすることで容易に脱法できなくはない。

そこで、同一当事者間における複数の契約関係であっても、一方の無効が他方の無効を導く法理を規定することで、上記の脱法的な問題を解消でき、法の安定性に資するといえる。

ところで、冒頭で例示した現代的な契約関係においては、三者間（さらには四者間）といった異なる当事者間において複数の法律行為がパッケージとしてなされることも多い。そうすると、複数の契約関係について一方の法律行為が無効であるときに他方の法律行為も無効となる旨の例外的規定を同一当事者間における場面に限定するならば、当該規定を潜脱するために敢えて当事者を複数化する弊害が生まれかねない。

そのため、異なる当事者間における複数の法律関係であっても、一方の無効が他方の無効を導く法理を規定するべきである。

よって、複数の法律行為（同一当事者間だけでなく、異なる当事者間におけるものも含む。）がある場合、ある法律行為が無効であるときに、他の法律行為も無効

となる旨の例外を条文上明示することに、賛成である。

2 要件規定の方向性について

例えば、屋内プール付きスポーツクラブ会員権が付加されたリゾートマンション売買契約を例にすれば、スポーツクラブ利用契約はリゾートマンション購入契約がなければ受け付けないという限定が付されている場合（①）、リゾートマンション売買契約の勧誘においてスポーツクラブ利用特典が特徴であるとしてマンション販売促進を図っている場合（②）などでは、契約締結時、契約締結後の契約存続時において、相互に密接な関連性を有しており、相互依存関係が認められる。

そして、そのような場合には、マンション売買契約とスポーツクラブ利用契約とが異なる当事者間のものであったとしても、その密接関連性、相互依存関係ゆえ、一方の無効が他方の無効に波及する可能性を十分認識し、認識しうる。

つまり、契約目的に照らして一方のみの契約締結が許容されない場合（前記①）であるとか、契約目的に照らして一方の契約締結が他方の契約締結の前提事実ないし条件となっている場合（前記②）等複数の法律行為の独立性が希薄でそれぞれ単独では存在し得ない場合には、各法律行為の発生、存続、消滅における牽連性が認められるのであって、相互に密接な関連性を有し、一方が無効であれば他方の契約目的を達成できないという相互依存関係が認められ、例外的に一方の法律行為の無効によって他方の法律行為も無効となるとの規範が妥当する。そして、このような密接関連性、相互依存関係が認められる場合、同一当事者間だけでなく、異なる当事者間における法律行為の無効という効力を及ぼされる者についても、その客観的な密接関連性、相互依存関係ゆえに、無効が波及する可能性を十分認識し、あるいは認識しえたといえるから、その者の法的安定性を不当に侵害することにはならない。

したがって、複数の法律行為（同一当事者間だけでなく、異なる当事者間におけるものも含む。）がある場合、各法律行為の発生、存続、消滅における牽連性が認められることから複数ある契約関係の独立性が希薄で相互に密接な関連性を有し、一方が無効であれば他方の契約目的を達成できない等相互依存関係を肯定できる場合には、一方の無効によって他方も無効になる旨の要件定立が検討されるべきである。

3 無効な法律行為の効果

（1）法律行為が無効であることの帰結

【中間論点整理「第32、3（1）」99頁】

【意見】

賛成である。

ただし、法律行為が無効とされた趣旨を考慮し、返還請求が制限されるべき場合があることを合わせて規定すべきである。

【理由】

法律行為が無効となる場合であっても、その無効原因の趣旨を考慮し、公平の理念から「押しつけられた利得」、「やり得」を許さないために返還請求が制限されるべき場合がある。この点をあわせて規定するべきである。

（2）返還請求権の範囲

【中間論点整理「第32, 3(2)」99頁】

【意見】

- 1 民法703条以下の不当利得に関する規定とは別に、新たに規定を設けるかどうかについて、更に検討することは賛成である。
- 2 新たな規定を設ける場合の規定内容について、更に検討することは賛成である。
- 3 新たな規定を設けるにあたっては、無効原因等の性質によって返還義務が軽減される旨の特則を設けることについて、積極的に検討すべきである。

【理由】

- 1 不当利得に関する規定とは別に新たな規定を設けることについて異論はない。
- 2 新たな規定を設ける場合の規定内容について異論はない。
- 3 返還義務が軽減される旨の特則を設けるべきことについて

双務契約又は有償契約の巻き戻し（返還請求）の場面においては、例えば、靈感商法による高額な物品売買事案等詐欺・強迫・不実表示など表意者保護規定に基づく取消の場合、不要不急の物品を次々購入させられた高齢者被害事案等暴利行為・錯誤など表意者保護規定により無効となる場合において、形式的に見れば表意者に利得がある場合でも、公平の理念から「押しつけられた利得」、「やり得」を許さないために、無効ないし取消事由の趣旨あるいは表意者保護の観点から、表意者の返還義務を減縮ないし免除する旨の規定を設ける方向で、積極的に検討するべきである。

さらにすすんで、詐欺・強迫・不実表示など表意者保護規定に基づく取消の場合ないし暴利行為・錯誤など表意者保護規定により無効となる場合において、制限行為能力者における場合と同様、利得消滅の抗弁を認めるべき場面があるという点についても、十分に検討すべきである。

（3）制限行為能力者・意思無能力者の返還義務の範囲

【中間論点整理「第32, 3(3)」100頁】

【意見】

- 1 制限行為能力者による利得消滅の抗弁を限定する方向での検討は、反対である。
- 2 利得消滅の抗弁を限定する旨の新たな規定についても反対である。
- 3 意思無能力者に関して利得消滅の抗弁を認めることについては、賛成である。

【理由】

1 利得消滅の抗弁を限定する必要のないこと

取引の相手方は、催告権（民法20条）を行使して、制限行為能力者による取消権行使を制限するための主導権を取ることが可能である。加えて、制限行為能力者の取消権行使については、一定の制約が課されているのであって（民法5条1項但し書き、同6条1項、同753条、同9条但し書き、同13条1項但し書き、同条2項但し書き、同15条2項、同17条2項、同21条）、制限行為能力者であることを濫用する事態は容易に想定できない。

そもそも、制限行為能力者制度は、典型的に法律行為の内容を十分に理解することができない者について、画一的な基準を設けて、制限行為能力者を保護するものである。そして、民法121条但し書きは、制限行為能力者による取消後の返還義務において不当利得制度の原則を修正し、利得消滅の抗弁を認めて返還義務を現存利益の範囲に軽減することにより、制限行為能力者の保護を徹底している。

このような制度趣旨を踏まえると、取消後の返還義務に関して、さらに制限行為能力者の主観的要件を加重することの正当性が問題とされなければならないが、現実に生起している弊害など立法事実の実証的裏付けを欠いている。

よって、制限行為能力者による利得消滅の抗弁を限定する方向での検討は、反対である。

2 利得消滅の抗弁を限定する旨の新たな規定について

判例（大判昭和7年10月26日大民集11巻1920頁参照）によれば、制限行為能力者が、取消すべき法律行為により相手方から受領した金員を、他人に対する債務の弁済あるいは生活に欠くべからざる費用の支弁に充てた後、その法律行為を取消したとき、制限行為能力者は、相手方に対し、その弁済又は支弁した金額を償還する義務を有するとされている。

つまり、利得消滅の抗弁によっても、取消後の返還義務軽減の余地が拡大しすぎているとはいえないのであり、利得消滅の抗弁について制限行為能力者の主観的要件を加重して、さらに制限する必要性がない。

また、制限能力者の主観的態様を相手方が問題にした場合、制限行為能力者の側において主観的態様の不存在に関する主張、反証を行うことの困難性は、容易に想定され、かえって制限行為能力者制度の趣旨を害しかねない。

よって、利得消滅の抗弁を限定する旨の新たな規定の内容について、更に検討する必要はない。

3 意思無能力者に関する利得消滅の抗弁について

制限行為能力者より意思無能力者の保護が劣るような制度設計は適切でない。

よって、制限行為能力者と同様に、無効主張後の返還義務に関して、利得消滅

の抗弁を認める旨の規定を設けることは、賛成である。

なお、一時的に意思能力を欠くにいたった者が、無効主張を行った後の返還義務についても、利得消滅の抗弁を認める方向で、検討をすべきである。

（4）無効行為の転換

【中間論点整理「第32, 3（4）」100頁】

【意見】

このような規定を設ける必要はない。

【理由】

あらゆる場合に通ずる基準を定められるかは疑問であるうえ、無効行為の転換について明文規定を設けることによって却って実務上の混乱を招くおそれがある。

（5）追認

【中間論点整理「第32, 3（5）」101頁】

【意見】

錯誤や意思無能力による無効などの法律行為において、当該当事者が追認することにより遡及的に有効とすることができるとの規定を検討することは、反対である。

無効な行為を追認するかどうかの催告権についての規定も必要がない。

【理由】

錯誤や意思無能力により無効となった法律行為については、現行法の規律どおり、追認によっても効力を生じないとするのでよい(民法119条本文)。

そして、当事者が無効であることを知って追認をしたのであれば、新たな行為をしたものとみなされており（民法119条但し書き）、その合意にあっては効果を遡及させることも可能であるから、敢えて(相対的)無効について追認に関する事務局提案の規定を設ける必要がない。

むしろ、そのような規定を設けることで、高齢者の次々販売被害などでは悪質業者が当該高齢者に対して追認するよう何度も自宅を訪問する等の複合被害を招きかねない。

したがって、相対的無効が問題となる錯誤や意思無能力による無効について、現行法の規律を改める必要がない。

4 取り消すことができる行為の追認

（1）追認の要件

【中間論点整理「第32, 4（1）」101頁】

【意見】

賛成である。

【理由】

異論はない。

（2）法定追認

【中間論点整理「第32, 4（2）」101頁】

【意見】

法定追認事由として、相手方の債務の全部又は一部の受領及び担保の受領を明示すべきとの考え方に、反対である。

【理由】

(1) 法定追認の制度は、取り消しすることができるのに自ら進んで履行するなど当該行為を有効とする取消権者自らの積極的行為がなされる場合の制度として理解されるべきである。

仮に、相手方の債務の全部又は一部を受領したこと及び担保を受領したことを法定追認の事由として加えれば、追認権者の相手方が取消権の行使を阻止することを目的として債務を履行し、給付を受領させたり担保を受領させるとの弊害を生じる危険性がある。特に、消費者事件などにおいて、悪徳事業者などにより詐欺・断定的判断の提供や困惑などがなされた取消原因がある場合において、その弊害は顕著である。

(2) この点、履行の受領は、単に物理的に目的物の引渡しや金銭の交付を受けるだけでなく、より積極的に、債務の弁済を受けるという意思をもって行うことをいうと解すれば問題は生じないし、また、担保の受領については、債務の履行を受領する以上に債権者（追認権者）の積極的な行為が前提となることから、これらの場合に法定追認の効果を認めても問題はないとする考えもある。

しかし、例えば、消費者契約において、悪徳事業者が無価値な商品や役務を給付して代金を得ようとする場合、事業者からの代金請求に対し、代金請求を免れるため、後日、被詐欺者等の買主が取消権を主張したとき、事業者からは、既に買主には目的物を給付済みで履行の受領があったから法定追認されたとの反論が予想される。その場合、消費者側において、当該履行の受領は債務の弁済を受ける意思に基づくものではないという消極的主観事実を立証することは、現実問題として極めて困難である。

また、消費者が元本保証をうたう金融商品を悪徳事業者から購入した場合に、事業者が消費者を信用させるため、元本返済債務につき、無資力なダメーとの間で保証契約を締結させたり、無価値な動産や債権を質入・譲渡担保として提供し受領させるなど、担保の受領についても同様の問題を生じる。

したがって、このような弊害が想定され、より悪質な相手方による「やり得」を許さないためにも、法定追認の効果が生じるのは追認権者が自ら上記の各行為を積極的に行った場合に限られるとすべきである。

(3) 追認の効果

【中間論点整理「第32, 4（3）」102頁】

【意見】

賛成である。

【理由】

異論はない。

（4）相手方の催告権

【中間論点整理「第32, 4（4）」102頁】

【意見】

催告権を規定する必要はない。

【理由】

制限行為能力者と取引関係に立った相手方に催告権が認められているのは、取消原因について相手方に帰責事由がないことから、不安定な法律関係をより早期に安定させるべき要請があるためである。

他方、詐欺、強迫、不実表示をした者（＝表意者の相手方）については、取消原因を作出した者にほかならず、不安定な法律関係を甘受してもやむをえない立場にあるのであって、いずれも表意者の相手方に催告権を認める必要性がない。

よって、詐欺、強迫、不実表示に関して、催告権を規定する必要がない。

5 取消権の行使期間

（1）期間の見直しの要否

【中間論点整理「第32, 5（1）」102頁】

【意見】

現行法126条の行使期間を短縮することには、反対である。

【理由】

法律関係の早期確定の見地から現行法の定める期間は長すぎるとする見解があるが、現実の取引においてそのような実証がなされているわけではない。

むしろ、保険契約や会員権契約など、契約が長期間継続し、契約時から相当長期間を経過した後に取消権の行使が問題化することの多い類型も現に存在することから、行使期間を短縮することの弊害は、小さくないものと考えられる。

また、一般的に、市民が追認可能時から実際に弁護士等の専門家に相談するまでに要する期間、費用対効果に思い悩む期間、交渉に要する期間等を考えると、表意者保護の見地からは現行法の定める期間でも決して長すぎることはない。とりわけ消費者契約においては、事業者の欺罔等により契約を結んでしまった消費者が、後ろめたさなどから心理的に専門家への相談等を躊躇し、取消権の行使までに相当の期間を要する場合も多い。

取消権の行使期間が取消権者において取消権を行使すべきかどうかを熟慮するための期間としての側面も有することからすれば、現在検討されている行使期間（追認可能時から2年間又は3年間、行為時から10年という行使期間）は短きに失するものである。

（2）抗弁権の永続性

【中間論点整理「第32, 5（2）」102頁】

【意見】

規定を設けるべきであり、賛成である。

【理由】

防御権としての抗弁権は期間制限になじまない。

第33. 代理

1 有権代理

（1）代理行為の瑕疵—原則（民法第101条第1項）

【中間論点整理「第33, 1（1）」103頁】

【意見】

代理人が詐欺・強迫した場合に101条1項が適用されないことを明記することについては、賛成である。

この場合、端的に、96条1項を適用すると明記すべきである。また、使者を利用した場合にも96条1項が適用されることも明記すべきである。

【理由】

特に反対する理由はない。

（2）代理行為の瑕疵—例外（民法第101条第2項）

【中間論点整理「第33, 1（2）」103頁】

【意見】

民法第101条第2項について、任意代理において本人が代理人の行動をコントロールする可能性がある場合一般に適用される規定に改めることに賛成である。

但し、「コントロール」という表現に関しては、文言上適切ではなく、適切な文言についてはなお検討をすべきである。

【理由】

取引の安全という観点からすると、適切である。但し、適用範囲を過度に拡張することは不適切であり、拡張の程度と文言の検討は必要である。

（3）代理人の行為能力（民法第102条）

【中間論点整理「第33, 1（3）」103頁】

【意見】

①制限行為能力者が法定代理人に就任することは可能としつつ、その場合には、本人保護のために代理権の範囲を限定するべきという考え方と、②代理権の範囲に制限を設けることに反対する考え方（＝現行法維持）の両論あり、今後慎重に検討すべきである。

【理由】

① 賛成意見の理由

本人保護のために、やむを得ない。取消ができるというだけでは、法定代理人を付してもいつまでも法的関係が安定しなくなってしまうため、端的に代理権の範囲を限定すべきである。

② 反対（現行法維持）の理由

夫婦や親子の場合、制限行為能力者であってもその者が法定代理人に就任する

(4) 代理権の範囲（民法第103条）

【中間論点整理「第33, 1(4)」104頁】

【意見】

代理人の権限の範囲は、法定代理の場合にはその発生の根拠である法令の規定の解釈によって定まり、任意代理の場合には代理権授与行為の解釈によって定まる旨の明文の規定を置くことに賛成である。

【理由】

通説的見解の明文化であり、分かりやすい民法の実現に資する。

(5) 任意代理人による復代理人の選任（民法第104条）

【中間論点整理「第33, 1(5)」104頁】

【意見】

任意代理人が復代理人を選任することができる要件を緩和する方向性には賛成である。具体的な要件についてはなお検討が必要である。特に、本人の意思に反して復代理人が選任されるおそれもあることから、この点に留意して要件を詰めるべきである。

【理由】

実務上、必要に応じて復代理人を選任する場面はあり緩和することは現実的である。但し、大幅に要件を緩和することは、本人の意思に反するおそれがあり、その点への考慮は必要である。

(6) 利益相反行為（民法第108条）

【中間論点整理「第33, 1(6)」104頁】

【意見】

- ① 実質的な利益相反行為であるが、民法第108条に該当しないものについて、一般的に禁止する明文を規定することについては、賛成する。
- ② その効果は、効果不帰属主張ではなく、無権代理で無効とすべきである。

【理由】

- ① 判例も、実質的な利益相反行為について民法第108条の趣旨を援用している。このように民法第108条以外にも禁止されるべき利益相反行為がある以上、その点について明文を設ける必要がある。

但し、予測可能性を害し、萎縮効果を生じさせるとか、利益相反行為の概念の希釈を招くといったことがないようにすべきである。

- ② 効果は、原則本人に帰属させるべきではない。原則帰属させ、本人は効果の不帰属を主張するという考え方は、禁止したという前提からすると違和感がある。

（7）代理権の濫用

【中間論点整理「第33，1（7）」105頁】

【意見】

判例の通り、悪意又は過失がある相手方に対して無効を主張することができるようにする規定を設けることに賛成である。

また、ここで法定代理と任意代理を区別して規定すべきとの意見もあった。

【理由】

濫用に関しては判例も学説も議論し認められている概念であるから、分かりやすい民法の実現のためには明文化すべきである。

ただ、軽過失がある相手方を保護するというのは、取引安全を重視している面もあるが、従来判例通りの考えでも、取引の安全が害されているとまでは言えないのではないか。仮に、重過失とすると、代理人の背信的な内心について取引の相手方が気づくことはまれであり、本人が相手方の重過失を立証することは困難であり、本人に酷に過ぎる。

2 表見代理

（1）代理権授与の表示による表見代理（民法第109条）

ア 法定代理への適用の可否

【中間論点整理「第33，2（1）ア」105頁】

【意見】

法定代理に適用がないことを条文上明確にすることについては、反対である。

【理由】

判例、通説的見解が109条の法定代理への適用を否定している。

しかし、学説の中には、日常家事債務に関する夫婦の代理権のような場合に、109条を適用しうる余地は認めるものもある。それ以外にも、本人の帰責性ゆえに相手方を保護すべき事案はあり得るのであり、あえて明文で法定代理を排除することは柔軟性を欠き、躊躇を覚える。

イ 代理権授与表示への意思表示規定の類推適用

【中間論点整理「第33，2（1）イ」105頁】

【意見】

類推適用自体には強く反対まではしないものの、特に明文化する必要はない。

【理由】

意思表示に関する規定が準法律行為に類推できるとするためには、①問題となる法律行為の規定の趣旨が、その準法律行為に当てはまるかどうか、②それぞれの準法律行為に関する根拠規定の趣旨に照らして、その準法律行為に関する規定を類推適用することが許されるか、の2点を検討すべきとの指摘がある（山本敬三民法講義I p. 97）。

今回の場合、このような2点の検討がなされているのかは疑問であるし、また、このような細目についてまであえて規定する必要がどこまであるのかについては、疑問がある。

ウ 白紙委任状

【中間論点整理「第33, 2(1)ウ」105頁】

【意見】

白紙委任状に関する規定を新設することについては、反対である。

【理由】

判例は集積されているとしても、實際上、濫用の類型の定式化は統一的になされているわけではなく、その定式化、明文化は困難である。

また、このような規定を設けることが、白紙委任状を積極的に推奨する効果を生むおそれがあるが、知識、経験上の格差からの弊害の生じる可能性がある。実際に、契約時に同時に白紙委任状を作成され、いつの間にか公正証書を作成されてしまう消費者は少なからずおり、濫用のおそれは明文化により大きくなる。

エ 本人名義の使用許諾の場合

【中間論点整理「第33, 2(1)エ」106頁】

【意見】

本人が本人名義使用を許諾した場合、109条により本人に責任を負わせる明文を設けることには賛成する。

また、この場合、名義使用者にも連帯責任を負わせるべきとの意見も強い。

【理由】

本人は、自己に効果が帰属することを予測できる表示をすることを許諾したのであるなら、責任を認めてもよい。

オ 民法第110条との重畳適用

【中間論点整理「第33, 2(1)オ」106頁】

【意見】

重畳適用について条文上明らかにすることには、賛成である。

【理由】

この点、判例、通説的見解も認めており、特段否定すべき理由もない。

(2) 権限外の行為の表見代理（民法第110条）

ア 法定代理への適用の可否

【中間論点整理「第33，2（2）ア」106頁】

【意見】

法定代理に適用がないことを条文上明確にすることについては、反対である。

【理由】

判例は、110条の法定代理への適用を肯定している。このように、法定代理でも、何らかの帰責性を観念できる場合もあり、一律適用を排除する必要はない。

イ 代理人の「権限」

【中間論点整理「第33，2（2）イ」106頁】

【意見】

代理人の権限を、代理権に限られず、事実行為を含めた対外的な関係を形成する権限であれば足りるという規定を設けることについては、賛成意見が強い。

【理由】

内容的に異論はなく、明確化すべきである。

ウ 正当な理由

【中間論点整理「第33，2（2）ウ」107頁】

【意見】

「正当な理由」の内容については、「善意無過失」と明示する考え方と、総合判断的な理解に立ちつつ、判例を踏まえて考慮要素を明確化することに賛成である意見に分かれているので慎重に検討すべきである。

【理由】

① 善意無過失と明示する考え方の理由

従前の判例，通説的見解

② 総合考慮説的な考え方の理由

民法第110条の成立過程においては、「善意無過失」に限られないものと考えられている。本人側の事情についても考慮すべきであるから、単に「善意無過失」とすべきではない。

(3) 代理権消滅後の表見代理（民法第112条）

ア 法定代理への適用の可否

【中間論点整理「第33，2（3）ア」107頁】

【意見】

法定代理に適用がないことを条文上明確にすることについては、反対である。

【理由】

判例は、110条の法定代理への適用を肯定している。このように、法定代理でも、何らかの帰責性を観念できる場合もあり、一律適用を排除する必要はない。

イ 「善意」の対象

【中間論点整理「第33，2（3）イ」107頁】

【意見】

過去に代理権が存在したことを知っており、その代理権の消滅を知らなかったことを必要とすることを条文上明らかにすべきという考え方に賛成する。

【理由】

民法第109条、110条と区別される民法第112条の意義や、この条文が相手方の代理権の消滅の抗弁に対する再抗弁として用いられることを考えると、過去に代理権の存在を知っていたことを要求するのが妥当である。

ウ 民法第110条との重畳適用

【中間論点整理「第33、2（3）ウ」107頁】

【意見】

条文上明らかにすべきとする考え方に賛成である。

【理由】

判例、通説的見解が、これを認めている以上、分かりやすい民法のためには規定しない理由はない。

3 無権代理

(1) 無権代理人の責任（民法第117条）

【中間論点整理「第33、3（1）」108頁】

【意見】

無権代理人が自らに代理権がないことを知らなかった場合には、錯誤に準じて無権代理人としての責任を免れ得るものとする旨の規定を設けることには賛成である。

また、無権代理人が故意又は重過失で無権代理行為を行った場合には、相手方に過失があるときでも、無権代理人は同条第1項の責任を免れないものとする旨の規定を設けることに賛成する。

【理由】

現行法の無権代理人の責任は重すぎると考えられるので、故意又は重過失以外の無権代理人は責任を免れるようにすべきである。

同時に、このようにした場合は、バランス上、軽過失の相手方であっても、故意又は重過失の無権代理人は責任を免れないようにすべきである。

(2) 無権代理と相続

【中間論点整理「第33、3（2）」108頁】

【意見】

無権代理人と相続の関係について、場面ごとに具体的な規定を設けることには賛成である。

具体的には判例の結論に即して規定すれば良いと思われるが、第三者が先に本人を相続しその後無権代理人を相続した場合（追認拒絶できる）と、第三者が先に無権代理人を相続しその後本人を相続した場合（判例は追認拒絶できないとする）と

いうように、前後で結論を異にするのは不当であり、いずれも追認拒絶できるとする考え方について、さらに検討すべきである。

【理由】

典型論点であり、明文化する必要がある。しかし、判例法理の内容については上記事例について疑問も提起されていることから、この際に妥当性を検証するべきである。

4 授権

【中間論点整理「第33, 4」108頁】

【意見】

授権について明文化することについては、反対する。

【理由】

授権の考え方自体について反対であるものではないが、「授権」概念そのものが不明確な点もあるし、そもそも明文化する実務上の必要性があるのかが疑問がある。特に、消費者（個人事業主含む）が事業者に対して授権をすることによる弊害が新たに想定できる。

第34. 条件及び期限

1 期限の利益の喪失

【中間論点整理「第34, 5」110頁】

【意見】

期限の利益喪失条項（特に当然喪失条項）の有効性を民法で規定するということには反対である。

【理由】

法制審部会資料 13-2 詳細版 123 ページ以下の補足説明では、「このほか、期限の利益に関しては、実務上、当事者間の特約として、一定の事由が生じた場合に期限の利益を当然に喪失する旨（当然喪失特約）や、一定の事由が生じた場合に債権者の意思表示により期限の利益を喪失する旨（請求喪失特約）が定められることがしばしばあると言われている。そこで、このような特約が有効であることを注意的に規定すべきであるという考え方があるが、どのように考えるか」と問題提起がなされている。

商工ローン「シティズ」や「SFCG」などでは、期限の利益当然喪失特約をめぐるトラブルが発生したところである（期限の利益を喪失しているのに、これを秘して遅滞状態を利用して遅延損害金名目で高利を収受する、あるいは、「信用状態の悪化」といったあいまいな期限の利益喪失事由を掲げて突然一括請求（貸しはがし）を行う等）。分割弁済を行うという期限の利益は債務者にとって重要な権利であり、その

喪失に際しては手続上も債務者の利益に配慮して行われるべきである。催告・相当期間の経過により特約が解除されるのが民法上の原則と理解すべきである。期限の利益当然喪失特約は不当条項に該当する類型であり、これを任意規定として明文化するとの考え方には絶対に反対である。また、請求喪失特約に有効性が認めうることと、任意規定として明文で定めることは別次元のことであるし、喪失事由が曖昧な場合には不当条項規制（消費者契約法10条を含む）を発動させるべき場合もありうるから、任意規定として明文化し不当条項規制の枠外におくことには反対である。

第36. 消滅時効

1 時効期間と起算点

(1) 原則的な時効期間について

【中間論点整理「第36, 1(1)」110頁】

【意見】

- 1 債権の原則的な時効期間を短期化することには反対である。

【理由】

- 1 民事10年・商事5年という現行法を改正する立法事実がない。商事債権については5年とされており、それと同一とすることは民法の商事化につながる。

時効制度の趣旨は「時の経過による事実関係の曖昧化に起因する負担や危険から人々と取引社会を解放するために、一定期間の経過後は権利の存否の實質判断を行わないものとする」ことのみで説明しきれぬものではない。そもそも時効は、もともと非権利者だった者に権利を与える制度ではなく、真の権利者の権利を保護し、弁済した者の免責を確保するための制度である。したがって、時効期間の短縮化自体が不当である。

また、欠陥住宅を例にすると、建物は長期間にわたり使用し続ける物であること、建物の瑕疵は表面から発見し難い性格があること、建物の瑕疵は長期間の経過後に顕在化する性質のものであることなどからすると、現行の消滅時効期間を長期に改正することこそ必要とされる。債務不履行に基づく損害賠償請求権などが問題となる場合を想定すれば、消滅時効期間の短縮化は正義に反する。

他方、証拠の保存技術が従前より発達している点から考察しても、時効期間を短縮する立法事実はない。市民、とりわけ司法過疎地に居住する市民にとっては、法的情報にアクセスし、証拠を収集し、訴訟提起に至ることは必ずしも容易ではない。また、契約当事者が一般消費者である場合、多くは、消滅時効制度そのものや時効の起算点等についての知識が不十分であることから、債

権の原則的時効期間の短縮による弊害は大きいと考えられる。10年の権利行使期間であっても決して長期とは言えない。

(2) 時効期間の特則について

ア 短期消滅時効制度について

【中間論点整理「第36, 1(2)ア」111頁】

【意見】

- 1 特別の短期消滅時効を一律に廃止することには慎重であるべき。少額債権を対象として短期の時効期間を設けることには強く反対する。
- 2 消費者に対する債権については3年など短期化する例外を設けるという考え方は賛成しうる面もある。

【理由】

- 1 原則的な時効期間の短期化を前提として、現行の特別の短期消滅時効も、それによって相当程度吸収できるという考え方には、上記1(1)で述べた理由により、反対である。また、何をもって少額と考えるのかは債権者の規模・資力にもよるし、消費者被害事件においては個々の消費者における債権の金額は少額であっても権利行使は容易ではない場合が多い。
- 2 消費者の証拠保存の困難さを鑑みると、消費者に対する債権について、例外的に短期化を図ることには合理性がある。

イ 不法行為等による損害賠償請求権

【中間論点整理「第36, 1(2)エ」112頁】

【意見】

- 1 不法行為を発生原因とする債権について時効期間を債権の一般原則に取り込んで考えることについては反対である。
- 2 不法行為の時から20年という期間制限（民法724条後段）について、これを時効であることを明確にすべきであるという考え方には賛成である。
- 3 生命・身体侵害に対する時効の長期化には賛成である。しかし、その対象に名誉その他の人格的利益まで含めるべきではない。

【理由】

- 1 時効期間を統一化することになれば、客観的起算点から10年の経過により時効消滅することとなり、基本的には短縮化される結果となって適当ではない。
- 2 最判平成21年4月28日判タ1299号134頁の田原睦夫裁判官意見において、「民法724条後段の規定を、除斥期間と解する場合には、本件に典型的に見られる如く具体的妥当な解決を図ることは、法論理的に極めて難しく、他方、時効期間を定めたものと解することにより、本件において具体的に妥当な解決を図る上で理論上の問題はなく、また、そのように解しても上記のとおり不法行為法の体系に特段の支障を及ぼすとは認められないのであり、さらに、そのように解するこ

とが、今日の学会の趨勢及び世界各国の債権法の流れに沿う」のであって、「既に確立している権利濫用、信義則違反の法理に則って適切な解決を図ること」が可能であると指摘されている。上記見解と同一の立場に立ち、客観的起算点からの期間制限を時効として定めることが相当であると解する。

- 3 不法行為による重要な法益侵害のケースでは、被害者救済を図るべく、時効期間の長期化を検討すべきである。もっとも、「名誉その他の人格的利益」を被侵害利益とする損害賠償請求権は、他の一般債権と比較して権利侵害の成否自体が微妙な問題となることも少なくなく、また、その外延も必ずしも明確でないため、これを含めると、その範囲が広すぎる。

(3) 時効期間の起算点について

【中間論点整理「第36, 1(3)」113頁】

【意見】

- 1 時効期間の短縮化のために「主観的起算点」を定めるのであれば反対である。
- 2 仮に定める場合には、主観的起算点としては、「債権発生の原因及び債務者を知った時」とする考え方に賛成である。

【理由】

- 1 基本的に時効期間を短縮化すべきではない。また、現行法の「権利を行使することができる時」は必ずしも「客観的起算点」と理解されているわけではない。安全配慮義務事案等では、権利救済の観点からむしろ主観的起算点に親和的な判断をしている。
- 2 もっとも、債権の発生を債権者が知らない債権、現実に債権者の権利行使が期待可能な時期と発生した時期が異なる債権(不法行為や債務不履行に基づく損害賠償請求権、不当利得請求権など)の場面においては、二重の起算点という考えをとる余地もあるが、その場合には権利者救済の観点から、「債権発生の原因及び債務者を知った時」とすべきである。

(4) 合意による時効期間等の変更

【中間論点整理「第36, 1(4)」113頁】

【意見】

反対である。

【理由】

- 1 時効期間は公序であるから合意による期間変更は認めるべきではない。
- 2 契約上優越的な地位にある者が、自らの不法行為責任や債務不履行責任に基づく負担を軽減させる目的で、時効期間短縮合意を契約の条件として押し付けるなどの弊害が懸念される。
- 3 消費者契約の場面においては、約款等に盛り込まれ、知らぬ間に消費者が、このような時効期間短縮合意に拘束されることなども考えられる。

2 時効障害事由

(1) 中断事由（時効期間の更新，時効の新たな進行）

【中間論点整理「第36，2（1）」113頁】

【意見】

新たな時効が確定的に進行する事由を整理し，新しい時効障害カテゴリーとして「更新」事由を設けることに賛成する。

【理由】

「中断」という言葉と現在の中断の効力との乖離を見直し，加えて，不確定的である現行の中断事由を整理する必要がある。

(2) その他の中断事由の取扱い

【中間論点整理「第36，2（2）」114頁】

【意見】

時効期間の進行の停止の概念を導入することには反対である。

【理由】

進行停止は時効期間のどの時点でも生じうることから，時的因子が多数に上る可能性がある。これによって，消滅時効が複雑化し，時効完成時期が不明瞭となり，時効をめぐる紛争の誘発の懸念がある。権利者の保護としては，満了の延期（従来の停止）で十分である。

(3) 時効の停止事由

【中間論点整理「第36，2（3）」114頁】

【意見】

- 1 停止期間の一般的な長期化又は短期化については反対である。
- 2 天災等による停止期間を，他の停止事由と同等に6か月とすることに賛成である。
- 3 催告を時効の停止事由と改めるべきという考え方に賛成する。この場合の停止期間は，他の停止事由と同様6か月とすべきである。

【理由】

- 1 時効停止期間の短縮化は，権利行使困難な事由が除去されてから新たな時効障害のための手段を講ずるための期間としては短きにすぎる。また，時効期間自体の短縮化が提案されているのに対し，暫定的な時効障害である停止期間を延長することは，バランスを欠く議論である。
- 2 今般発生した東日本大震災や，阪神大震災等の大規模甚大災害を想定すると，天災等の事由が除去されてから権利行使までの期間として2週間は短きにすぎることから，他の停止事由と同等の期間設定とすることには合理性がある。
- 3 催告については，現行法上も，実質的には時効の完成間際にそれを延期する効力しか認められていないことから，時効の停止事由と改めることは実態に

即している。なお、期間については、上記1と同じ理由から、他の停止事由と同等のものとして6か月とすべきである。

(4) 当事者間の交渉・協議による時効障害

【中間論点整理「第36, 2(4)」115頁】

【意見】

- 1 要件の明確化という問題はあるが、訴訟提起が直ちに困難な事案において、当事者間の交渉・協議を時効障害事由とする制度は評価できる余地がある。
- 2 当事者間の交渉・協議を時効障害事由とする場合には、時効期間の進行の停止ではなく、時効の停止事由として位置づける考え方に賛成する。

【意見】

- 1 訴訟提起他の時効障害の措置は、市民にとって負担が大きく、簡便な交渉・協議を時効障害事由とすることによって権利保護を図ることができる場面は少なくないと思われる。
- 2 債権者が債務者との間で債権に関する協議を継続している間、債権者には債権時効が満了しないという合理的な期待があり、また、協議をすることに合意している債務者は、債権時効が完成しないとしても、不当な不利益を甘受させられるものではない。例えば、生命・身体に対する侵害に基づく損害賠償請求、特に公害紛争など、協議に長い時間を要する類型の事件においては、債権者である被害者の合理的期待を保護すべき要請は強いといえる。
- 3 上記2(2)と同じ理由である。

(5) その他

ア 債権の一部について訴えの提起等がされた場合の取扱い

【中間論点整理「第36, 2(5)ア」115頁】

【意見】

一部請求であることが明示されているときに、債権の全部について時効障害の効果が生ずることとすることに賛成する。

【理由】

とくに、生命・身体に対する侵害に基づく損害賠償請求のケースにおいては、全損害が多額に上り、敗訴リスクと費用対効果を考慮して、とりあえず一部請求するという方法がとられることも考えられる。また、このようなタイプの訴訟では、期日が重ねられ、長期化するケースも比較的多い。このようなケースを想定すると、一部請求であることが明示されている場合に、債権全部について時効障害の効果が生ずることによって、権利者救済に資するものと考えられる。

イ 債務者以外の者に対して訴えの提起等をした旨の債務者への通知

【中間論点整理「第36, 2(5)イ」115頁】

【意見】特になし

3 時効の効果

(1) 時効の援用等

【中間論点整理「第36, 3(1)」115頁】

【意見】

当事者が援用したときに債権の消滅という効果が確定的に生ずるとの判例準則を条文上明記するという考え方に賛成である。履行拒絶権とする考え方には反対である。

【理由】

現時点で、消滅時効の効果について、従来どおりの見解をあえて排除し、履行拒絶権という構成を選択する必要はない。

(2) 債務者以外の者に対する効果（援用権者）

【中間論点整理「第36, 3(2)」116頁】

【意見】

- 1 保証人・物上保証人等が時効の援用権者であることを明らかにすることについては賛成する。
- 2 履行拒絶権と構成した上、債務者以外の第三者が履行拒絶の主張をすることはできないとする考え方には強く反対する。

【理由】

保証人・物上保証人等の権利保護に資する。

(3) 時効の利益の放棄等

【中間論点整理「第36, 3(3)」116頁】

【意見】

明文化せず、司法判断に委ねるべきである。

【理由】

時効完成後の債務承認行為（弁済など）について消滅時効の援用権を喪失するか否かは、まさに信義則に委ねられるものであるから、柔軟にケースバイケースで判断すべきである。

4 形成権の期間制限

【中間論点整理「第36, 4」116頁】

【意見】

- 1 形成権一般の期間制限に関する特別規定の整備については特に反対はしない。
- 2 その具体的内容について、期間制限の起算点と長さを債権の消滅時効と合わせるとの考え方は、形成権行使期間制限が現行の5年より短縮される結論となるのであれば反対する。

【理由】

形成権行使期間を短縮化する立法事実がない。

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）

（1）債務不履行の一般原則との関係（瑕疵担保責任の法的性質）

【中間論点整理「第39, 1（1）」118頁】

【意見】

- 1 法定責任説か、契約責任説かという議論に拘泥することなく、具体的な要件と効果をどうするかという観点から検討を進めるべきである。
- 2 損害賠償の範囲については「履行利益」を一律に否定すべきではない。少なくとも、売主が一定の目的に適合することを「保証」していると認められる場合や、瑕疵の発生につき売主の責めに基づくべき事由がある場合には、履行利益までの賠償を認めるべきである。他方、売主の責めに帰すべき事由がない場合については、売主に酷となる場合が生ずるのではないかという点について留意して検討することが必要である。なお、瑕疵の意義や、買主の権利行使の順序・期間制限等については、後述する。

【理由】

- 1 担保責任の性質について、法定責任と解するか、契約責任と解するかの議論に拘泥することなく、具体的な要件・効果をどうするかという視点から検討することが有益である。
- 2 損害賠償の範囲について、下級審裁判例においては、損害賠償の範囲については、履行利益についての賠償責任を認める裁判例は少ない（東京地判昭和47年11月30日判タ286号267頁）。他方、「信頼利益」に限定するものとしては、札幌高判昭和39年11月28日判タ172号119頁、名古屋高判昭和40年9月30日判タ184号132頁、大阪高判昭和55年7月15日判時989号57頁）東京高判平成9年12月11日金商1134号8頁、仙台高判平成12年10月25日判時1764号82頁など多数がある。なお、修補費用、弁護士費用を肯定する裁判例としては、福岡高判平成18年3月9日判タ1223号205頁、神戸地判平成11年7月30日判時1715号64頁がある。横浜地判平成元年9月7日判タ729号174頁は、瑕疵を知らずながら告げなかった場合には、履行利益の賠償を請求できるとする。

この点については、一律に「信頼利益」に限定するのは妥当ではない。瑕疵担保責任（特に代金減額請求権）を契約責任と解する場合はもちろん、瑕疵担保責任を無過失の法定責任と解したとしても同様である。少なくとも、売主が一定の目的に適合すること「保証」していると認められる場合や、瑕疵の発生につき売

主の責めに基づくべき事由がある場合には、履行利益までの賠償を認めるべきである（この点については、数量指示売買に関する最判昭和57年1月21日判時1030号34頁及び他人物売買に関する最判昭和41年9月8日判タ198号127頁が参考となる。）。

他方、売主の責に帰すべき事由がない場合にも、広く「履行利益」の賠償責任まで認めることは、売主（特に消費者の場合など）に酷に過ぎる結果となる可能性がある点にも留意が必要である。例えば、売主が消費者である場合などで、建物・中古車の売買において、売主の責に帰すべき事由がない場合に、買主たる事業者の営業利益の逸失についての損害までを賠償させることは、売主に酷となる場合が考えられる。

なお、瑕疵の意義や、買主の権利行使の順序・期間制限等については、後述する。

（2）「瑕疵」の意義（定義規定の要否）

【中間論点整理「第39、1（2）」118頁】

【意見】

- ア 「瑕疵」の定義を条文上明らかにすることを検討することについては賛成である。もともと、「瑕疵」の定義は、「当該契約において予定された性質を欠いていること」とのみ規定することには反対である。いわゆる「主観的瑕疵」だけではなく、いわゆる「客観的瑕疵」の双方が含まれることを明示すべきである。
- イ 建築基準法上の用途制限などのいわゆる法律上の瑕疵の扱いや、「瑕疵」の存否の基準時についても条文上明らかにすることに賛成である。

【理由】

- ア 「瑕疵」の定義を定めることについては、より分かりやすい規定となることから賛成である。

「瑕疵」の具体的な定義は、「当該契約において予定された性質を欠いていること」とのみ定めるだけでは、漠然としてなお分かりにくいし、具体的なトラブルの解決におけるルールとしても使いにくい。

いわゆる「主観的瑕疵」（すなわち、当該契約において特に当事者が特に定め品質・性能を有さない場合）に加えて、いわゆる「客観的瑕疵」（その種の物と通常有すべき品質・性能を有さない場合）をも「瑕疵」にあたりと規定すべきである。買主の立証の便宜という観点から、「客観的瑕疵」にも、独自の意義を認めるべきである（立証責任の分担という観点から、「主観的瑕疵」と「客観的瑕疵」を併用すべきである）。すなわち、通常有する以上の品質・性能の合意があった場合には、買主が「主観的瑕疵」を立証することにより売主に瑕疵担保責任を認めるべきであるが、その合意が明らかでない場合にも、買主が「客観的瑕疵」を証明すれば、原則として瑕疵担保責任は肯定し、もし、

売主が瑕疵の基準を引き下げる合意があったことを立証しなければならないと扱うべきである。

イ 民法の規定を分かりやすくするために、建築基準法上の用途制限などのいわゆる法律上の瑕疵の扱いや、「瑕疵」の存否の基準時についても条文上明らかにすることに異議はない。

（3）「隠れた」という要件の要否

【中間論点整理「第39、1（3）」119頁】

【意見】

買主保護の観点から、「隠れた」という要件を削除する方向で検討することに賛成である。

【理由】

消費者（買主保護）の保護という観点からは、基本的には「隠れた」という要件を削除して、買主の保護を図ることに賛成である。瑕疵担保責任の要件・効果と一般の債務不履行責任との関係をどのように考えるかにもよるが、「隠れた瑕疵」ではない場合には、その瑕疵は認識可能であり、「隠れた」の場合よりも責任を否定する事情も見出しがたい。それゆえ、売主に不当に過大な責任が生ずるといふこともないと考えられる（消費者が売主となった場合にも問題はない）。

（4）代金減額請求権の要否

【中間論点整理「第39、1（4）」119頁】

【意見】

売主の帰責性を問わずに対価的均衡を回復する手段としての意味があり、買主保護の見地から、代金減額請求権を認めるべきである。

【理由】

代金減額請求権は、売主に帰責性が認められない場合にも対価的均衡を回復する手段として意味があり、また、これを認めることが一般的な法感覚にも合致する。また、損害賠償は一般の債務不履行責任としても肯定できる。また、修補請求・代物請求も一般の債務不履行の効果として認めることが可能である。解除については、債務不履行の効果として、あるいは、反対給付がない場合に離脱を認める制度として一般的に認められる。それゆえ、担保責任が、一般的な債務不履行とは別に規定される意義は、むしろ、この代金減額請求権にこそあるといふべきである（研究会試案199頁No.1085。なお、基本方針274頁【3.2.1.12】参照）。

（5）買主に認められる権利の相互関係の明確化

【中間論点整理「第39、1（5）」120頁】

【意見】

- 1 瑕疵担保責任の買主に認められる権利について、相互に矛盾する主張が同時に認められないことは明確化することはよいとしても、権利行使の手段の優先順位

を法定することには反対である。

- 2 代物請求及び瑕疵修補請求についての限界については、「瑕疵が重要ではなく、かつ、代物の給付・瑕疵の修補に過分の費用がかかる場合」に限定すべきである。

【理由】

- 1 買主（消費者）の保護の見地から、買主に認められる権利の相互関係については、事案に応じて買主の自由な選択に委ねられるべきである。特に、修補請求については、目的物の瑕疵の存否が問題となっているケースでは、当事者間の信頼関係が損なわれていることも少なくないし、また、無責任な売主が損害賠償責任の追及をかわそうとして、不誠実な修補の申出を行うこともある。それゆえ、修補請求を損害賠償請求に優先させるべきではない（現行民法第634条第2項参照）
- 2 代物請求及び瑕疵修補請求についての限界については、買主保護の観点から、民法634条第1項と同様に、「瑕疵が重要ではなく、かつ、代物の給付・瑕疵の修補に過分の費用がかかる場合」に限定すべきである。

（6）短期期間制限の見直しの要否

【中間論点整理「第39、1（6）」120頁】

【意見】

瑕疵を知ってから1年という権利行使（保存）期間は不合理であるから、債権の一般の消滅時効に委ねるべきである。また、商人間（もしくは事業者間）の取引以外において、あえて買主に通知義務を課すことも妥当ではない。

【理由】

売主は瑕疵のないものを給付すべき義務があるのであって、瑕疵担保責任の追及は通常の債務不履行責任との追及と異なるところはなく、一般の債務不履行について認められる期間より短期間に売主の責任を消滅させる根拠に乏しい。権利行使（保存）の期間を1年として、これを経過した場合に買主が失権するというのは買主に酷であり、売主の保護に過ぎる。他方、売主としては、同じ物を購入した他の買主が瑕疵に気づくのが遅れた場合には、担保責任を行使される危険は残るのであり、法律関係の早期安定という売主側の利益を過度に強調すべきではない。一般の債務不履行の消滅時効に服するものとすれば足りる。

特に、消費者である場合には、目的物についての知識を十分に有していないことが多く、何をもって瑕疵であると判断することが困難であることも少なくない。また、「瑕疵」には、「瑕疵現象」と「瑕疵原因」があり、いつ「瑕疵を知った」といえるか、また、通知を要求する場合に何を通知すべきかの判断も難しい場合がある。

なお、一般の消滅時効の期間を短期化することを前提に議論することも妥当ではない。むしろ、消滅時効の期間は、民法167条1項のとおり10年でよい。

2 権利の瑕疵に関する担保責任（民法第560条から第567条まで）：共通論点

【中間論点整理「第39, 2」121頁】

【意見】

物の瑕疵に関する担保責任における議論と整合させる方向で検討することには反対しない。

【理由】

一般論としては、権利の瑕疵についても、物の瑕疵に整合する処理をすることが分かりやすいので、その方向で完投することには反対しない。

3 権利の瑕疵に関する担保責任（民法560条から第567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562条）の要否

【中間論点整理「第39, 3（1）」121頁】

【意見】

検討することには反対しない。

【理由】

債務不履行の責任の要件（帰責事由）の定め方にもよるが、売主の責めに帰すべき事由がある場合には、解除権を認める必要性はない。他方、売主の責めに帰すべき事由がない場合であっても、善意の買主を保護する（損害賠償を認めること）という扱いは、なお残しておくことも検討されてよいのではないか。

(2) 数量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）

【中間論点整理「第39, 3（2）」121頁】

【意見】

瑕疵に関する担保責任の「瑕疵」に関する規定の中に位置づける方向で検討することに反対しない。

【理由】

物の瑕疵に関する担保責任と同質のものと考えたとしても、「瑕疵」の規定の中に定義等の数量不足に関する明示のルールを示すことは、好ましいと考える。

(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）

【中間論点整理「第39, 3（3）」121頁】

【意見】

代金減額請求権を認めることについて反対しない。

【理由】

他の担保責任の規定と整合的に検討し、要件・効果を定めることが好ましい。

(4) 抵当権等がある場合における売主の担保責任（民法567条）

【中間論点整理「第39, 3（4）」122頁】

【意見】

規定自体を削除するか、それとも、買主が履行を引き受けて担保責任を免除した場

合を明らかにする規定とすること、いずれも検討することに異議はない。

【理由】

いずれにしても、分かりやすいものとするのが肝要である。

4 競売における担保責任（民法568条、第570条ただし書）

【中間論点整理「第39, 4」122頁】

【意見】

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検討することに反対しない。

【理由】

買主の保護の観点からは、物の瑕疵についても担保責任を認めることが好ましいといえるが、競売実務との関係等に留意しつつ検討を行うべきである。

5 数量超過の場合の売主の権利

【中間論点整理「第39, 6」122頁】

【意見】

規定を設ける必要性の有無を含めて、慎重に検討すべきである。

【理由】

一般論としては、数量超過の場合の合理的な基本的なルールを明示しておくことは好ましいといえるが、消費者保護の観点からは、売主（事業者）が故意に数量超過させて、買主（消費者）に代金の増額を要求してくることが危惧される。また、一般的な規定を設ける必要性がどの程度あるのか（売主は数量に不安があれば検査することも特約を付すことも可能である）、また、消費者に限らず買主一般に不測の不利益を与えることになる場合（数量超過の土地に建物を建ててしまった場合など）の手当ても含めて、慎重に検討すべきである。

6 民法第572条（担保責任を負わない旨の特約）の見直しの要否

【中間論点整理「第39, 7」123頁】

【意見】

担保責任を負わない旨の特約の扱いについては、議論の対象や方向性を明確化した検討を行うべきである。売主が瑕疵等を知りながら告げなかった場合の責任の問題と、担保責任免除の特約の制限の問題とは性格が異なる。後者については、消費者契約法第8条第1項第5号は存続させた上で、約款による取引など一定の事業者間契約においても、担保責任の全部を免除する条項に制限を加えるべきである。

【理由】

民法第572条の規定する担保責任免除に関する売主の責任は、不法行為責任の一種として位置付けることもでき、あえて規定することが不要とも解される（ただし、注意的に規定することにも意義が認められないわけではない）。

他方、消費者契約については、消費者契約法第8条第1項第5号が、担保責任の全

部免除条項を無効としているところである（もっとも、これは売買に限定したものでない）。この規定を廃止して債務不履行の場合（同項第1号）と同じ扱いとするか否かについては、瑕疵担保責任の位置づけ及び債務不履行の帰責性に関する議論（責に帰すべき事由とするか、引き受けていなかった事由とするか）に関連するので、その点に留意しつつ検討することが必要である。さらに、担保責任免除の特約の制限については、消費者契約以外にも、中小零細事業者等の保護の観点から、約款に基づく取引の場合にも、消費者契約と同様に担保責任の免除に関しては一定の制限を設けるべきである。

7 数量保証・品質保証等に関する規定の要否

【中間論点整理「第39, 8」123頁】

【意見】

数量保証あるいは品質保証に関する民事ルールについて検討することに反対しない。

【理由】

消費者保護の観点からも、数量保証・品質保証等について規定を設けておくことの意義は認めるところである。いわゆる「保証書」による取引について、申込みと承諾により保証契約が成立するのか、それとも、単独の債務負担と考えるのかなど基本的な民事ルールを明らかにしておくことには意義があると考えられる。

もっとも、具体的な立法提案もなく、また、実務的にも特に大きなトラブルは生じていないので、この点にあえて時間をかけて検討する必要性までは認められない。

8 当事者の属性や目的物の性質による特則の要否

【中間論点整理「第39, 9」123頁】

【意見】

- 1 消費者が売主の場合の瑕疵担保責任の制限については検討することには賛成であるが、制限の対象の範囲や要件、さらには法形式の選択（特別法によるべきか否か）等を慎重に検討すべきである。
- 2 目的物の性質による特則については、検討をすることに異議はないが、適切な要件定立が可能かどうかという観点から、より慎重な検討が必要である。

【理由】

- 1 消費者保護の観点からは、自然人（非事業者）が売主の場合に、賠償責任を履行利益にまで認めることや瑕疵修補義務を肯定することには、問題があるようにも思われる。もっとも、売主に責めに帰すべき事由があるか否かによっても異なるであろうし、また、仮に規定を設けるとしても買主の属性をも考慮するか否かも問題となる（別言すれば、消費者契約〔BtoC〕に限定するか、消費者間の契約〔CtoC〕にも同じ扱いとするかが問題となる。）。さらに、消費者契約に限定する場合には、消費者契約法において規律するのが妥当であるかもに検討する必要がある。

- 2 目的物等の特性に着目した特則については、不動産・動産・権利などどのように切り分けをして、いかなる形で規律するのかについて明確な基準は見出しがたいのではないか。また、民法に商品・役務の違いによる規律を設ける場合には、特別法との役割分担（住宅の品質確保の促進に関する法律95条参照）や、他の典型契約における取扱いとの整合性（例えば、借地借家契約や利息制限法の扱い）などをも考慮しなければならない。

第40. 売買－売買の効力（担保責任以外）

1 売買及び買主に基本的義務の明確化約款の組入要件に関する規定の要否

（1）売主及び買主の基本的義務の明確化

【中間論点整理「第40, 1（1）」123頁】

【意見】

なし。

【理由】

なし（もっとも、分かりやすいという意味では明文化することは好ましい。）。

（2）買主の受領義務

【中間論点整理「第40, 1（2）」124頁】

【意見】

買主の受領義務を明文化することに反対である。

【理由】

- 1 買主に一般的に受領義務を認めることは、売主（事業者）による濫用的な受領の押し付けにつながるおそれがある。買主（特に消費者）が受領を拒む事例の背後には、目的物が契約に適合しない場合（異なる目的物あるいは瑕疵ある目的物）のほか、契約締結自体についての不満・トラブルが背後にある場合もある（詐欺〔民法96条〕、あるいは不実告知・不退去など〔消費者契約法4条〕等）。これらの場合に、売主（事業者）によって、買主の受領義務が持ち出され、受領を強いられることにつながる懸念される。
- 2 買主に目的物の一般的な受領義務を認める必要性は認められない。弁済提供の効果として、売主は、供託・自助売却（民法494条、497条、商法524条）が認められており、解釈上、増加費用の負担も認められる。また、登記引取義務については、目的物（物自体）の受領義務の問題とは区別して論じられるべきであり、これを理由に買主に目的物の一般的な受領義務を肯定することは妥当ではない。

なお、登記引取義務については、実務上既に認められており（最判昭和36年11月24民集15巻10号2573頁、不動産登記法86条1項参照）、これを民法上明

文化することについては反対しない。

2 代金の支払及び支払いの拒絶

(1) 代金の支払期限（民法第573条）

【中間論点整理「第40, 2（1）」124頁】

【意見】

不動産売買において、登記移転期限と同一の期限を付したものと推定するとの規定を設けることには賛成である。

【理由】

消費者保護の観点からみても、実際に取引をするにおいて、取引を行う当事者にとって、民法に手掛かりとなる規定があることが好ましく、また分かりやすい。

(2) 代金の支払場所（民法第574条）

【中間論点整理「第40, 2（2）」124頁】

【意見】

目的物が既に引き渡された後は、民法484条（持参債務）が適用されるとする判例を明文化することに賛成である。

【理由】

消費者保護の観点からみても、判例（大判大正2年12月27日民集6巻743頁）の解釈の結論に異論はない。判例ルールを明示するという意味で賛成である。

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

【中間論点整理「第40, 2（3）」125頁】

【意見】

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ころについて明文化する場合に、要件を明確化して適用範囲を明確にすることが好ましい。

【理由】

消費者保護の観点からみると、買主が権利の取得を疑うべき相当の理由がある場合に代金の支払を拒むことができることは、消費者が買主の場合を考えても好ましい面がある。反面、逆に、売主が消費者である場合に、買主に濫用的に代金の支払を拒まれる可能性も否定できない。そこで、要件を明確化してその適用範囲を明確にすることが好ましい。

(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）

【中間論点整理「第40, 2（4）」125頁】

【意見】

抵当権等の存在を考慮して代金を決定した場合には適用されないことを明文化することに賛成である。

【理由】

消費者保護の観点からみた場合、主に売主が消費者である場合が想定されるため、

明文の規定があることが好ましい。

3 果実の帰属又は代金の利息の支払（民法第575条）

【中間論点整理「第40, 3」125頁】

【意見】

なし。

【理由】

なし。

（補足）

消費者保護の観点からは、どちらともいえない（有利でもあれば不利な場合もありうる）。当事者の取り決めが明白ではない場合（多くは、非事業者間の取引）のことを考えると、デフォルト・ルールとしては、簡易な決済が好ましいとも思われる。

4 その他の新規定

（2）解除の帰責事由を不要とした場合における解除権行使の限界に関する規定

【中間論点整理「第40, 4（2）」126頁】

【意見】

- 1 解除に帰責事由を不要とした場合に、危険負担と適用範囲が重なる部分については、あえて意思表示を求めること自体の合理性に疑問が残る。
- 2 民法第534条1項の債権者主義については、買主等に酷であるので、引渡し又は登記の移転時（正確には弁済の提供時）に危険が移転するものとすべきである（代金支払のみをもって危険の移転を認めるべきではない）。
- 3 買主が目的物の瑕疵を理由に売主に対して代物請求を行った場合に、引き渡されていた目的物が滅失した場合の規律を設けることについては慎重であるべきである。

【理由】

- 1 解除に帰責事由を不要とした債務不履行解除の要件としての帰責事由を不要とした上で（第3, 2）、解除と危険負担との適用範囲が重複する部分の処理（第4, 1）について、より要件の厳しい制度に合わせて、解除権の行使を必要とすること自体に合理性があるか疑問である。

危険負担の制度は既にわが国において定着している制度である。また、賃貸借契約、雇用契約、さらには継続的供給契約（継続的売買）においては、解除の問題とは別に危険負担を問題にしなくてはならない。売買契約（単発型）についてのみ危険負担の問題を解除権行使の限界の問題に還元することは、制度として理解しにくい。

- 2 民法534条1項の債権者主義については、その合理性に疑問がある。目的物が滅失したにもかかわらず、反対債務である代金債務を存続させることは公平とはいえない。代金を前払いしている場合も、この点では同じである。買主が目

物的物の現実的な支配をおさめた段階で危険が移転するとすべきであり、引渡し又は登記の移転がなされるまでは、危険は債務者（売主）が負担するとすべきである。

- 3 買主が目的物の瑕疵を理由に売主に対して代物請求を行った場合に、引き渡されていた目的物が滅失した場合の規律については、このような特殊な場合についての規定があると法律が煩瑣なものとなり、解釈に委ねることにも道理性がある。他方で、明文の規定があった方が分かりやすいという面もある。もっとも、例えば、消費者が買主の場合に、買主側の支配があったということで一律にリスクを負担させるのがよいかについては慎重な検討が必要である。

（3）消費者と事業者間の売買契約に関する特則

【中間論点整理「第40, 4（3）」126頁】

【意見】

検討するという姿勢には賛成であるが、「売買契約に関する特則」という一般的な形で議論するのではなく、具体的な規律事項を明確にした上で議論を行うべきである。

【理由】

売主の責任を減免する条項や買主たる消費者の責任を加重する条項については、消費者契約法の不当条項規制により既にカバーされている。消費者保護の観点からは、特に売買契約に限定した特則よりも、他の契約類型にも妥当する特則を置くことの方がより適切である。売買契約に関して民法に具体的にどのような規律が設けられるのかにもよるので、具体的な条項に即して議論することが有益である。

5 民法第559条（有償契約への準用）の見直しの要否

【中間論点整理「第40, 5」127頁】

【意見】

準用される規定の範囲・内容を明確化することは賛成であるが、有償契約への準用規定自体を廃止してしまうことについては反対である。

【理由】

準用規定については、他の契約において具体的にどのような形で妥当するかについて必ずしも明確ではない点があることから、典型契約については、具体的な内容を明らかにすることが好ましい。他方で、有償契約への準用を廃止してしまうことは好ましくない。非典型契約の処理の問題もあるし、また、すべての有償契約に必ず具体的な規定を設けることも困難だからである。

第41. 売買一買戻し、特殊の売買

（1）買戻し（民法第579条から第585条）

【中間論点整理「第41, 1」127頁】

【意見】

検討することに反対しない。

【理由】

消費者保護の観点からも、如何なる場合に民法の規定が適用されるか、また、どのようなルールが適用されるかについて明示的な規定があることは好ましい。

なお、建築条件付土地売買（抱き合わせ販売）について、独占禁止法上の抱合せ販売潜脱の疑義も指摘されているところである（2003年に「不動産公正取引協議会」が業界ルールの3原則参照）。

（2）契約締結に先だって目的物を使用することができる売買

【中間論点整理「第41，2」127頁】

【意見】

- 1 民法にあえて規定を設ける必要はない。
- 2 民法に規定を設ける場合には、「送りつけ商法」や試用品の返還をめぐる高額請求、あるいは、不明確な形で売買契約（本契約）に移行させることなどを阻止できるようにする必要がある。
- 3 契約に先立って試用・利用するタイプの契約は、売買契約に限らず、賃貸借契約や役務提供型の契約においても存在するので、民法に規定を設ける場合には、規定の位置についても検討が必要である。

【理由】

- 1 民法に規定を設けるとかえって、試用品の費消・損耗・返還費用の負担をめぐるトラブルを誘発する懸念がある。また、近年、いわゆる「無料お試し商法」という形での消費者トラブルが問題となっている（平成22年1月20日国民生活センター報道発表資料「『無料』を強調しながらも有料期間に自動移行する宅配ビデオレンタルのトラブル」参照）。消費者保護の観点からは、試味売買であるかどうかを明示すべき義務や、有料期間への移行についての確認手続などを、行政ルールも有する特定商取引法において規律することがより適切である。
- 2 仮に民法に規定を設けるならば、消費者保護の観点からは、試用期間中の試用品の通常の使用に伴う費消・損耗については、（消費者の故意による場合をも含めて）売主の負担とすべきである。さらに、売買契約が成立しない場合の返還費用の負担については、売主（事業者）の負担とすべきである（特定商取引法59条参照）。売買契約の成立について、買主（消費者）の明確な意思に基づかないままに契約が成立することのないよう十分な手当てをすべきである。
- 3 上記「無料お試し商法」をめぐるトラブルでは、厳密には試味売買というよりも、むしろ、無料期間がついている有償契約であったようであるが、この例からも分かるように、契約締結に先だって給付内容を事前に試用するタイプの契約は、売買契約（「試味売買」「試用売買」）には限らず、賃貸借の場合にも、

あるいは、役務提供型の契約の場合にも想定しうるところである（いわば「試用契約」）。それゆえ、民法に規定を設ける場合には、その位置についても検討すべきである（この点は、民法559条の準用規定の在り方の検討にも関連する。）。

第43. 贈与

1 成立要件の見直しの要否（民法第549条）

【中間論点整理「第43, 1」128頁】

【意見】

要式契約化、要物契約化について検討することに賛成である。

【理由】

検討するにあたっては、いわゆる「宗教トラブル」や高齢者への不適切な誘引等がなされる場合をも含め、消費者が贈与者である場合を十分に考慮すべきである。

2 適用範囲の明確化

【中間論点整理「第43, 2」128頁】

【意見】

- 1 適用範囲を明確化することを、検討することには反対しない。
- 2 民法において、一般的に無因の債務負担行為を認める必要性は認められない。仮に、無因の債務負担行為を認める場合には、事業者あるいは商人によるものに限定すべきである。

【理由】

- 1 贈与契約の適用範囲について検討することについては、消費者保護の観点からは特に問題はない。
- 2 無因の債務負担行為については、少なくとも、消費者がこれを行う必要性が認められないほか（BtoC, CtoCいずれも）、原因関係上の抗弁等が援用できなくなることを認めることは適切でもない。

3 書面によらない贈与の撤回における「書面」要件の明確化（民法第550条）

【中間論点整理「第43, 3」128頁】

【意見】

贈与の撤回に関する書面要件を明確化することについて、検討することには反対しない。

【理由】

消費者保護という観点からは、不適切な誘引により消費者が不当に贈与させられることなどを考慮して、消費者たる贈与者の保護という視点にも留意しつつ検討を

行うべきである。

4 負担付贈与（民法第551条第2項，第553条）

【中間論点整理「第43，5」129頁】

【意見】

担保責任の明確化及び準用規定を明確化することを検討していくことに反対しない。

【理由】

- 1 具体的な内容を明確化することは，好ましい。
- 2 検討においては，消費者が贈与者となる場合に，不誠実な受贈者により不当に消費者が贈与させられないか，また，消費者が受贈者となる場合には，不誠実な贈与者により不当に消費者が負担をさせられないか，という2つの視点からの検討が必要である。
- 3 なお，双務契約の規定の包括的準用（553条）に関し，危険負担の制度の廃止に関しては，第6，1から3に関する意見参照。

5 その他の新規定

(2) 背信行為等を理由とする撤回・解除

【中間論点整理「第43，7（2）」130頁】

【意見】

受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除，贈与後における贈与者の事情の変化に基づく贈与の撤回・解除について，新たに規定を設けることを検討することに賛成である。

【理由】

- 1 消費者保護の観点からは，宗教団体等に多額の寄付をした後に，寄付者が生活に困窮した場合などに，一定の要件の下に贈与の撤回を認めるべきである。
忘恩行為による贈与の撤回・解除は，主に親族関係で問題になるものと思われる。もともと，親族関係がない場合にも，高齢者に取り入って贈与を誘引し，贈与後に虐待等をした場合などには有効な対応ではある。事業者（企業）と消費者との間で，そのような問題が生ずることはあまり考えにくい。
他方，困窮による贈与の撤回については，宗教トラブルにおいて，被害者救済に役立つものと思われる。もともと，これを広く認めることにも受贈者の保護という観点から問題があるように思われる。合理的な要件・効果の絞り込みが檀余であると思われる。この点に関して，ドイツ民法529条は，贈与から10年間は，困窮による贈与物の返還を認めている（ただし，故意・重過失で困窮を招いた場合は除かれる）が参考になる。