

2013年(平成25年)6月12日

法務省民事局参事官室 御中

兵庫県弁護士会

会長 鈴木 尉 久

〒650-0016 神戸市中央区橘通1丁目4番3号

電話 078-341-7061(代), F A X 078-351-6651

## 「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」についての意見書

### 【はじめに】

本意見書は、パブリックコメントにかかる「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」(以下「中間試案」という。)について、当会の民法改正検討プロジェクトチーム(以下「プロジェクトチーム」という。)において検討し、意見をとりまとめたものである。

プロジェクトチームでは、中間試案に含まれている膨大な論点のうち多数の論点について検討を加えたが、本意見書では、主としてプロジェクトチームが意見を形成した論点のうち、特に意見表明の必要があると思われる論点に絞って意見を記載することにした。

以上

# 民法（債権関係）の改正についての中間試案に対する意見書

## 第3 意思表示

### 4 意思表示の効力発生時期等（民法第97条関係）

民法第97条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 相手方のある意思表示は、相手方に到達した時からその効力を生ずるものとする。
- (2) 上記(1)の到達とは、相手方が意思表示を了知したことのほか、次に掲げることをいうものとする。
  - ア 相手方又は相手方のために意思表示を受ける権限を有する者（以下この項目において「相手方等」という。）の住所、常居所、営業所、事務所又は相手方等が意思表示の通知を受けべき場所として指定した場所において、意思表示を記載した書面が配達されたこと。
  - イ その他、相手方等が意思表示を了知することができる状態に置かれたこと。
- (3) 相手方のある意思表示が通常到達すべき方法でされた場合において、相手方等が正当な理由がないのに到達に必要な行為をしなかったためにその意思表示が相手方に到達しなかったときは、その意思表示は、通常到達すべきであった時に到達したとみなすものとする。

〈意見〉 (3)に反対する。

〈理由〉 弁護実務上、相手方等の非協力的態度に起因して意思表示を到達させることにおいて苦勞することは珍しいことではないので、到達擬制(みなし到達)を認める法制があってもよいという問題意識は、共感できないものではない。

しかし、同提案が、意思表示を發した者（以下「表意者」という。）との間に交渉関係や面識があるかどうかを問わず、相手方等に一律に協力義務を課したうえで到達擬制の効果をもたらすものとしていることは、相手方等の予測可能性を害する事態が発生するおそれがあり、妥当性に欠ける。少なくとも、要件設定が緩やかでありすぎるので、修正が必要である。

典型事例として、表意者が意思表示を記載した内容証明郵便を郵送するケースを想定すると、相手方等が、不在中に投函された不在配達通知書を見て、意思表示の趣旨を推知しつつも、意思表示を受けることによる不利益を避けるために故意に放置した場合には、このような協力義務を観念することについて格別違和感がない（最高裁平成10年6月11日第一小法廷判決民集52巻4号1034頁の事案参照）。しかし、相手方等が、不在配達通知書を見て、その表意者には面識がなく、用件にも心当たりがないことから、多忙にまぎれ、郵便物を受け取る

措置をとらずに放置したケースであれば、どうであろうか。面識や取引などの関係の有無・濃淡は、「正当の理由」の判断において考慮されることになるとしても、「正当の理由」というハードルの高い要件を設けるならば、その該当性が認められにくいから、到達擬制が広範囲に肯定される可能性がある。このケースにおいて、不在配達通知書を見た相手方等において、何らかの誤解が発生して放置するのが良いと思っていたとしても、通常、「正当の理由」があると評価しにくいことになろう。事例を変えて、相手方等が、一定の関係が存在する表意者に対して住所又は氏名の変更を事前に通知していなかった場合において、表意者が相手方等の変更前の住所・氏名を記載して発送した内容証明郵便が不着になったときはどうであろうか。この場合も、「到達に必要な行為」という要件の解釈によっては、到達擬制の効果が発生する可能性がある。

このように見たとき、到達に必要な行為をしなかった相手方等の対応が、最善最良の対応であるとまでは言えないが、さりとて強く非難されるべき対応でもないという中間的な領域にある事例が多々想定されるどころ、その中間的領域において、到達擬制の効果がどの程度認められるのかは定かでない。のみならず、協力義務を前提にしたうえで「正当な理由」がある場合に例外的に協力義務が免除されるという規範の構造からすると、このような中間的領域にある事例の多くについて、到達擬制の効果が発生する可能性がある。

ところで、銀行取引約定書においては、取引先に、住所・氏名等の変更があった場合における通知義務を課したうえで、その通知懈怠があったがゆえに不着・延着が発生したことについて、その責めを負う形で到達擬制の不利益を課している。そこでは、一定の緊密な取引関係に入った当事者としての義務や責任の負担という面での合理性が確保されており、不意打ちの防止という意味での予測可能性の確保が得られている（新版注釈民法(17) 448～458頁参照）。

これに対し、法の規定によって、法律関係の有無を問わず一律に協力義務を課したうえで「正当な理由」がないかぎり到達擬制の効果を付与するという規範を設けたならば、広範囲に協力義務や到達擬制が生じることになるので、予測可能性を害し、弊害が大きい。

## 12 授権（処分権授与）

- (1) 他人に対し、その他人を当事者とする法律行為によって自己の所有権その他の権利を処分する権限を与えた場合において、その他人が相手方との間で当該法律行為をしたときは、当該権利は、相手方に直接移転するものとする。この場合において、当該権利を有していた者は、相手方に対し、その他人と相手方との間の法律行為においてその他人が相手方に対して主張することのできる事由を、主張

することができるものとする。

- (2) 上記(1)の場合については、その性質に反しない限り、代理に関する規定を準用するものとする。

(注) 授権に関する規定は設けない(解釈に委ねる)という考え方がある。

〈意見〉 現段階では規定を設けるべきではない。(注)に賛成する。

〈理由〉 授権に関して検討を加えることの意義は否定しない。しかし、授権の制度では、契約関係にない者の中で物権変動が発生する関係が生じることになるところ、その法律関係について、他人物売買の法制との関係はどうなるのかという問題もあり、登記原因や税法上の扱いがどうなるかという問題もあり、関連問題について解決することが必要ではないかと思われるところ、授権に関して明文規定を設けるべき実務上の必要性・有用性が特に見受けられないことから、今は立法化を見送るのが相当である。

## 第5 無効及び取消し

### 2 無効な法律行為の効果

- (1) 無効な法律行為(取り消されたために無効であったとみなされた法律行為を含む。)に基づく債務の履行として給付を受けた者は、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還しなければならないものとする。この場合において、給付を受けたもの及びそれから生じた果実の返還をすることができないときは、その価額の償還をしなければならないものとする。
- (2) 上記(1)の無効な法律行為が有償契約である場合において、給付を受けた者が給付を受けた当時、その法律行為の無効であること又は取り消すことができることを知らなかったときは、給付を受けたものの価額の償還義務は、給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額を限度とするものとする。
- (3) 上記(1)の無効な法律行為が有償契約以外の法律行為である場合において、給付を受けた者が給付を受けた当時、その法律行為の無効であること又は取り消すことができることを知らなかったときは、給付を受けた者は、それを知った時点でその法律行為によって現に利益を受けていた限度において上記(1)の返還の義務を負うものとする。
- (4) 民法第121条ただし書の規律に付け加えて、次のような規定を設けるものとする。

意思能力を欠く状態で法律行為をした者は、その法律行為によって現に利益を

受けている限度において、返還の義務を負うものとする。ただし、意思能力を欠く状態で法律行為をした者が意思能力を回復した後にその行為を了知したときは、その了知をした時点でその法律行為によって現に利益を受けていた限度において、返還の義務を負うものとする。

(注) 上記(2)については、「給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額又は現に受けている利益の額のいずれが多い額」を限度とするのではなく、「給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額」を限度とするという考え方がある。

〈意見〉 反対する。

〈理由〉 検討に値する論点であるが、不当利得法全体との関係調整が必要であり、議論すべき問題が多く残されているため、改正することは時期尚早である。

## 5 法定追認（民法第125条関係）

民法第125条の規律に、法定追認事由として、「弁済の受領」及び「担保権の取得」を付け加えるものとする。

(注) 「弁済の受領」及び「担保権の取得」を付け加えないという考え方がある。

〈意見〉 反対する。(注) の案に賛成する。

〈理由〉 民法125条1号の「全部又は一部の履行」は、相手方の履行を受領する場合を含むと解されており（大審院昭和8年4月28日判決民集12巻1040頁）、同条4号の「担保の供与」は、債権者として担保の提供を受ける場合を含むと解されているので、本提案は、承認された解釈論を明文化するにすぎないと言えなくもない。

しかしながら、「弁済の受領」や「担保権の取得」という取消権者の行為は、相手方に導かれた受動的な態様に過ぎず、法定追認の効果を付与するに値するほどの積極的な態様とはいえない場合が十分想定できるため、明文化による一義的な明確化が望ましいのかどうかについては、慎重な検討が必要である。

そもそも、法定追認の制度は、取消権者における追認の意思の有無や取消原因の知・不知を問わず取消権放棄の効果が発生するものであるが（通説）、取消権行使が可能な状況が前提になるとはいえ、制限行為能力者又は瑕疵ある意思表示をした者にとって、法律知識が不足するがゆえの無自覚な行為に起因して意外な不利益が惹起されるような制度設計は、本来的に好ましくないものである。そのような不利益を正当化するためには、相手方の契約の有効性に対する信頼をより強

く保護すべき状況が存在することが必要であろうと思われるところ、現在の法定追認の制度では、相手方の善意・悪意等の主観的態様も問われないことになっている。そうすると、詐欺や強迫のように、相手方が瑕疵ある意思表示の原因を作り出している場合には特に問題が大きい。

このように、現行法の法定追認の制度が、利益衡量の面でも粗削りであり、制限行為能力者又は瑕疵ある意思表示をした者に対する保護という面においても危うい制度設計になっているとの理解から、より精緻かつ謙抑的な方向での制度設計が検討されるべきであるから、その反対に、法定追認を強化する方向での法改正には賛成できない。

## 6 取消権の行使期間（民法第126条関係）

民法第126条の規律を改め、取消権は、追認をすることができる時から3年間行使しないときは時効によって消滅するものとし、行為の時から10年を経過したときも、同様とするものとする。

〈意見〉 反対する。

〈理由〉 現行法を改める必要性は生じていない。

## 7 時効の停止事由

時効の停止事由に関して、民法第158条から第160条までの規律を維持するほか、次のように改めるものとする。

(6) 当事者間で権利に関する協議を行う旨の〔書面による〕合意があったときは、次に掲げる期間のいずれかを経過するまでの間は、時効は、完成しないものとする。

ア 当事者の一方が相手方に対して協議の続行を拒絶する旨の〔書面による〕通知をした時から6か月

イ 上記合意があった時から〔1年〕

〈意見〉 賛成する。ただし、制度設計において更なる工夫が検討されるべきである。

〈理由〉 紛争当事者間において協議が行われている場合において時効完成が迫ってきたときに、債権者にとって、時効完成を阻止するために、不自然に協議を打ち切って調停申立や訴訟提起をしなければならないのかという問題が起こりうる。このような状況において、相手方が、「債務は認めないが、和解交渉は継続する。」というスタンスを採るときには、権利承認による中断（更新）の措置を

とすることもできないという問題もある。

そこで、この問題について、立法的な解決を図ることができれば良いという問題意識には共感できる。その制度設計として、「協議中」という事実状態をもって時効の停止事由としたときには要件の明確性において難点が生じるため、要件の明確化のために協議を行う旨の合意書面を要件とするとのアイデアが登場したのだと理解することができる。

もともと、最終的合意の前段階において中間的合意書面を取り交わすことは実務上ありえないことではないが、よく発生する事態でもないので、協議を行う旨の合意書面を要件とする制度設計には、若干の不自然さや違和感が伴うと言えないこともない。また、当事者間において協議を継続する意思はないものの、相手方の調査検討や提訴準備のために一定の時間的猶予を与えてよいと考えるケースも観念できるが、その場合にはこの制度が利用できないという幅の狭さもある。また、協議を行う旨の合意書面に期限や条件が付されている場合の効果については解釈問題が生じるであろう。

このような考慮から、制度設計において更なる工夫が検討できないかという課題意識が残るものの、本提案は、交渉当事者にとって利用できる選択肢を増やすだけであり、特段の弊害がないので賛成したい。

## 第8 債権の目的

### 4 法定利率（民法第404条関係）

#### (1) 変動制による法定利率

民法第404条が定める法定利率を次のように改めるものとする。

ア 法改正時の法定利率は年〔3パーセント〕とするものとする。

イ 上記アの利率は、下記ウで細目を定めるところに従い、年1回に限り、基準貸付利率（日本銀行法第33条第1項第2号の貸付に係る基準となるべき貸付利率をいう。以下同じ。）の変動に応じて〔0.5パーセント〕の刻みで、改定されるものとする。

ウ 上記アの利率の改定方法の細目は、例えば、次のとおりとするものとする。

(ア) 改定の有無が定まる日（基準日）は、1年のうち一定の日に固定して定めるものとする。

(イ) 法定利率の改定は、基準日における基準貸付利率について、従前の法定利率が定まった日（旧基準日）の基準貸付利率と比べて〔0.5パーセント〕以上の差が生じている場合に、行われるものとする。

(ウ) 改定後の新たな法定利率は、基準日における基準貸付利率に所要の調整値

を加えた後、これに〔0.5パーセント〕刻みの数値とするための所要の修正を行うことによって定めるものとする。

(注1) 上記イの規律を設けない(固定制を維持する)という考え方がある。

(注2) 民法の法定利率につき変動制を導入する場合における商事法定利率(商法第514条)の在り方について、その廃止も含めた見直しの検討をする必要がある。

〈意見〉 ア、イ、ウについて全体として反対する。

〈理由〉 検討では、法定利率を変動制にすることについては賛否両論に分かれたが、固定制の維持を求める意見が強く、変動制を支持する者も、見直しのテンポを長期にする「ゆるやかな変動制」を支持し、少なくとも年1回のテンポによる小刻みな変動制には反対するため、結局、上記提案に反対することにおいて意見が一致した。

まず、法定利率の典型的な適用場面は、遅延損害金の利率や、不当利得に関する悪意の受益者に対する利息請求権(民法704条)の利率などが挙げられる(補足説明96頁)。そのほかに、連帯債務者間の求償権(民法442条2項)、契約解除における利息の付加(民法545条2項)、受任者の金銭費消の場合の清算(民法647条)などがある。いずれも、適用場面の特徴としては、活きた取引関係そのものではなく、後始末的な場面であるから、市場金利を敏感に反映させる必要性は高くない。これらの規定のうち、実務において使用頻度が圧倒的に高いのは、遅延損害金の利率であり、それは、法的安定及び統一的処理がより強調されてよい場面である。なお、各種取引約定では、資金調達コストを遥かに超過する遅延損害金の利率が約定されている事例が多いが、むしろそのことの方が問題である。

デフォルトルールとしての遅延損害金の利率を定めるには、資金調達コストへの考慮だけでなく、法定利率超過損害の賠償が否定されるべきこと(後述)を前提にして、被害者(債権者)が受ける有形無形の損害の回復(我が国の判例実務の基準では賠償されない損害が発生する。)が考慮されるべきである。このほかに、履行へのインセンティブの確保も考慮から除外できない。

このような見地から法定利率の固定制を維持する意見が強いが、変動制を支持する者も、法的安定及び統一的処理を重視し、短期的な変動を避けて長期的に見直していくことを是認する意見である。検討では、少なくとも遅延損害金の利率が5パーセントであることについては、不当であると感じない者が多い。確かに、約20年前から公定歩合ないしは基準貸付利率が極端に低下しており、ここ10年以上、0パーセントに近い水準が維持されているが、長い歴史の中で見たときには例外的な事態であり、昭和の時代では、公定歩合が5パーセントを上回るこ

とも多く、法定利率の年5パーセントは決して不自然な利率ではなかった。

また、遅延損害金の利率を定めるに当たっては、消費者である個人が貸金業者から資金を借り受けたときの金利が決して低くないことも考慮されるべきである。

是正の必要性を痛感するのは、何といたっても中間利息控除の割合（後述）である。現時点では、市民が貸金業者から資金を借り受けたときの金利が年5パーセント以上になることはあっても、資金を運用して年5パーセント以上の運用益を確実に取得できる金融商品はない。要するに、遅延損害金の利率と中間利息控除の割合は、このような意味において分けて考えるべきではないだろうか。

### (3) 中間利息控除

損害賠償額の算定に当たって中間利息控除を行う場合には、それに用いる割合は、年[5パーセント]とするものとする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。また、中間利息控除の割合についても前記(1)の変動制の法定利率を適用する旨の規定を設けるという考え方がある。

〈意見〉 中間利息控除について固定制の利率を用いる点には賛成するが、今回の改正にあたっては、少なくとも、その割合は5パーセントよりも低いものでなければならない。

〈理由〉 上記提案では、一応、「5パーセント」の文字をブラケットで囲んでいるが、仮に5パーセント又はこれに近い割合にて明文化する趣旨であるならば反対である。

中間利息控除の割合において依拠すべき基準は、市民が金銭を運用したときに得られるであろう運用益の標準値でなければならない。それは、市民が貸金業者から金銭を借り受けたときの金利の相場とも異なる水準である。

現行の法定利率制度を前提にしても、市場金利の実勢から乖離している年5パーセントの割合にて中間利息を控除することは、将来にわたる分割払を現在価額に換算するという本来の論理に照らして妥当性に問題が生じる。そこには、民法には法定利率以外に依るべき基準がないという消極的・形式的な論拠を見出すことができるのみであるが、この際、法定利率の制度そのものを改正するのであれば、その論拠すらも失われることになる。

この点、最高裁平成17年6月14日判決民集59巻5号983頁は、「我が国では実際の金利が近時低い状況にあることや原審のいう実質金利の動向からすれば、被害者の将来の逸失利益を現在価額に換算するために控除すべき中間利

息の割合は民事法定利率である年5%より引き下げられるべきであるとの主張も理解できないではない。」と判示していること、そして、それは多くの法律実務家の共通感覚でもあることは、今回の改正にあたって重視されるべきであり、少なくとも、中間利息控除の割合は5パーセントよりも低いものでなければならない。

## 第10 債務不履行による損害賠償

### 9 金銭債務の特則（民法第419条関係）

- (1) 民法第419条の規律に付け加えて、債権者は、契約による金銭債務の不履行による損害につき、同条第1項及び第2項によらないで、損害賠償の範囲に関する一般原則（前記6）に基づき、その賠償を請求することができるものとする。
- (2) 民法第419条第3項を削除するものとする。  
（注1）上記(1)については、規定を設けないという考え方がある。  
（注2）上記(2)については、民法第419条第3項を維持するという考え方がある。

〈意見〉 反対する。（注1）及び（注2）の意見に賛成する。

〈理由〉 法定利率超過損害の賠償は否定されるべきである。

## 第12 危険負担

### 1 危険負担に関する規定の削除（民法第534条ほか関係）

民法第534条、第535条及び第536条第1項を削除するものとする。

（注）民法第536条第1項を維持するという考え方がある。

〈意見〉 重要論点であるが、検討では賛否両論が発生し、意見が統一できなかったため、結論を留保し、参考までに両説の議論を紹介する。

危険負担制度廃止論は、契約後に目的物について滅失や損傷（以下「滅失等」という。）が発生した場合において、債務者に帰責事由がないときに、危険負担制度と解除制度との間に生じる制度競合（解除において帰責事由の不存在が阻却事由にならないとした場合に生じる適用場面の重複）を整理する必要性があることを論拠の一つとするが、より原理的な観点から見ると、契約の前後において目

物的に滅失等が発生した場合に、その事実が契約債務にいかなる影響を与えるのかという問題が横たわっている。すなわち、契約債務の成否や効力は、意思表示自体（その瑕疵の有無や内容）によって決まると考えるのであれば、原始的な滅失等も後発的な滅失等も、契約債権の消長に直結しないと考える。そして、免責事由の存否が問われる債務不履行に基づく損害賠償請求権をひとまず考慮から外すと、後発的な滅失等があった場合の具体的帰結としては、追完請求権（追完請求権の限界事由が存在するときは請求できない。）や代金減額請求権（帰責事由の不存在は免責事由にならない。）が認められるべきであると考え。

これに対し、危険負担制度存置論は、帰責事由の不存在を契約解除権の阻却事由と考え、解除制度と危険負担制度は制度競合しないと考える。あるいは、仮に帰責事由の不存在を契約解除権の阻却事由にしないと考えても、「無効と取消の二重効」のように、一見して評価矛盾が発生する2つの制度が競合することは珍しいことではなく、攻撃防御方法としての選択可能性が確保されることは、奇異なことではないと主張する。また、大震災により解除権の行使が不可能な場合に被災者たる債務者の救済に役立つと主張する。

## 第17 保証債務

### 6 保証人保護の方策の拡充

#### (1) 個人保証の制限

次に掲げる保証契約は、保証人が主たる債務者の〔いわゆる経営者〕であるものを除き、無効とするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 主たる債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務（貸金等債務）が含まれる根保証契約であって、保証人が個人であるもの

イ 債務者が事業者である貸金等債務を主たる債務とする保証契約であって、保証人が個人であるもの

〈意見〉 経営者保証を除いて個人保証を無効とすることに賛成し、その旨の立法化を求める。

〈理由〉 経営者保証を除いて個人保証を無効とする旨の立法の必要性については、日弁連の2012年1月20日付け「保証制度の抜本的改正を求める意見書」に記載されているとおりであるから、これを援用する。

問題は、次の点である。「経営者」という語には、社会一般における日常用語としての共通感覚はあるものの、無定義でこれを要件にするには法制的に適しな

い。そこで、「経営者」という概念をいかに過不足なく表現し定義するかというワーディングの問題が課題になる。これについて、具体的な提案はないが、方向性として次のように考える。「経営者」の概念の本質的な構成要素を考えると、対内的要素と対外的要素に分けることができる。対内的要素とは、「組織の意思決定を支配している者」である。対外的要素としては、「組織を対外的に代表している者」である。何らかの形でこの2要素を用いた定義が望ましいのではないかと思われる。

## (2) 契約締結時の説明義務、情報提供義務

事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結しようとする場合には、保証人に対し、次のような事項を説明しなければならないものとし、債権者がこれを怠ったときは、保証人がその保証契約を取り消すことができるものとするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 保証人は主たる債務者がその債務を履行しないときにその履行をする責任を負うこと。

イ 連帯保証である場合には、連帯保証人は催告の抗弁、検索の抗弁及び分別の利益を有しないこと。

ウ 主たる債務の内容（元本の額、利息・損害金の内容、条件・期限の定め等）

エ 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をした場合には、主たる債務者の  
[信用状況]

## (3) 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務

事業者である債権者が、個人を保証人とする保証契約を締結した場合には、保証人に対し、以下のような説明義務を負うものとし、債権者がこれを怠ったときは、その義務を怠っている間に発生した遅延損害金に係る保証債務の履行を請求することができないものとするかどうかについて、引き続き検討する。

ア 債権者は、保証人から照会があったときは、保証人に対し、遅滞なく主たる債務の残額 [その他の履行の状況] を通知しなければならないものとする。

イ 債権者は、主たる債務の履行が遅延したときは、保証人に対し、遅滞なくその事実を通知しなければならないものとする。

## (4) その他の方策

保証人が個人である場合におけるその責任制限の方策として、次のような制度を設けるかどうかについて、引き続き検討する。

ア 裁判所は、主たる債務の内容、保証契約の締結に至る経緯やその後の経過、保証期間、保証人の支払能力その他一切の事情を考慮して、保証債務の額を減免することができるものとする。

イ 保証契約を締結した当時における保証債務の内容がその当時における保証人の財産・収入に照らして過大であったときは、債権者は、保証債務の履行を請求する時点におけるその内容がその時点における保証人の財産・収入に照らして過大でないときを除き、保証人に対し、保証債務の〔過大な部分の〕履行を請求することができないものとする。

〈意見〉 (2)～(4)について全体として賛成する。なお、(4)のアとイの優劣については、意見がまとまらなかった。

## 第18 債権譲渡

### 2 対抗要件制度（民法第467条関係）

#### (1) 第三者対抗要件及び権利行使要件

民法第467条の規律について、次のいずれかの案により改めるものとする。

【甲案】（第三者対抗要件を登記・確定日付ある譲渡書面とする案）

ア 金銭債権の譲渡は、その譲渡について登記をしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができないものとする。

〈意見〉 反対する。

〈理由〉 債権譲渡の対抗要件制度に関し、条文及び判例理論によって形成された現行制度については、何らかの整理が望まれる点があることを否定しないが、登記一元化案には反対する。

現在の債権譲渡登記制度は、法人を主体とする債権譲渡登記のみに対応しているうえに、一般市民にとって容易に閲覧や登記申請ができるシステムにはなっていないので、仮に登記一元化案を採用するならば、個人による債権譲渡も取り込み、利用者にとって負担の重さが発生しない制度にする必要がある。それには、登記制度の拡充・改善を含めた条件整備が必要であるが、現時点では、これに関する調査検討がなされていないので、実現が極めて困難である。また、対抗要件具備の手段が債権譲渡登記に限定されると、単発の債権譲渡の場合に司法書士への委任を含めた時間や労力が発生し、経費も高くなるという問題がある。また、民事執行法等に基づく債権差押えは登記されないのであるから、結局、権利関係の公示が二元的になり、不徹底になる。

民法上の通知・承諾という対抗要件制度は、債務者において手続上の関与が発生し、債務者にとって債権譲渡の情報を入手できるという利点もある。

イ 金銭債権以外の債権の譲渡は、譲渡契約書その他の譲渡の事実を証する書面に確定日付を付さなければ、債務者以外の第三者に対抗することができないものとする。

ウ(ア) 債権の譲渡人又は譲受人が上記アの登記の内容を証する書面又は上記イの書面を当該債権の債務者に交付して債務者に通知をしなければ、譲受人は、債権者の地位にあることを債務者に対して主張することができないものとする。

(イ) 上記(ア)の通知がない場合であっても、債権の譲渡人が債務者に通知をしたときは、譲受人は、債権者の地位にあることを債務者に対して主張することができるものとする。

〈意見〉 反対する。

〈理由〉 現行制度をそのように変更することの必要性や有用性を見いだしがたい。また、現行制度よりも公示性が低い制度にする意味が判然としない。さらに、ゴルフ会員権のように金銭債権と非金銭債権が結びついている権利もあるが、そのような場合には手続の選択に迷いが生じる。

参考までに付言すると、第三者対抗要件の制度設計を考えるうえにおいて、どの程度の「公示性」を期待するのかという問題がある。つまり、債権譲渡を受けようとする者にとって、他の債権譲渡の存否を事前に調査確認できることが必要なかどうかという問題である。それを可能にする制度の方が望ましいといえるが、制度設計の性能や安全性を高度化すればするほど簡便性や経済性が損なわれるという相関関係もあるので、バランスを配慮して期待水準を一段下げるのであれば、「二重譲渡が発覚した後日において優劣が確定できれば足りる」という期待水準になる。甲案は、その点、思想的にばらばらなのではないか。

#### 【乙案】（債務者の承諾を第三者対抗要件等とはしない案）

特例法（動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律）と民法との関係について、現状を維持した上で、民法第467条の規律を次のように改めるものとする。

ア 債権の譲渡は、譲渡人が確定日付のある証書によって債務者に対して通知をしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができないものとする。

イ 債権の譲受人は、譲渡人が当該債権の債務者に対して通知をしなければ、債権者の地位にあることを債務者に対して主張することができないものとする。

（注）第三者対抗要件及び権利行使要件について現状を維持するという考え方がある。

〈意見〉 反対する。

〈理由〉 乙案は、民法467条の通知・承諾という対抗要件制度のうち、承諾という選択肢を廃止することを提案するが、承諾という選択肢が存在することによって弊害があったと認識すべき事情はなく、制度変更についての必要性・有用性を見いだしがたい。

## 第29 契約の解釈

1 契約の内容について当事者が共通の理解をしていたときは、契約は、その理解に従って解釈しなければならないものとする。

2 契約の内容についての当事者の共通の理解が明らかでないときは、契約は、当事者が用いた文言その他の表現の通常の意味のほか、当該契約に関する一切の事情を考慮して、当該契約の当事者が合理的に考えれば理解したと認められる意味に従って解釈しなければならないものとする。

3 上記1及び2によって確定することができない事項が残る場合において、当事者がそのことを知っていれば合意したと認められる内容を確定することができるときは、契約は、その内容に従って解釈しなければならないものとする。

(注) 契約の解釈に関する規定を設けないという考え方がある。また、上記3のような規定のみを設けないという考え方がある。

〈意見〉 明文化すべきではないという意味で反対する。

〈理由〉 本提案は、明文化によって学説上の議論に終止符を打つものであるが、今後とも、学説判例の展開を見る必要があり、立法化は時期尚早である。

なお、伝統的通説においても、当事者をとりまく狭い地域や集団における風習・慣行等があるときは、それを加味して表示の意味を解釈すべきものと考えている。したがって、当事者間に発生した経緯事情等から切り離して単なる客観解釈を主張しているのではない。たとえば、当事者間のみで通じる言葉遣いや表現方法があるときは、これも同様に考慮の対象になる。それは内心の意思を斟酌することとは同じことではない。共通意思優先説の論者は、伝統的通説が表示行為をもって解釈の対象とする理由が明確でない指摘するが、内心の意思と外部的表示を区別する伝統的通説は、近代法原則の基本に立脚した思想である。すなわち、内心的意思のみでは、法律関係を形成することができず、他人から判るように連絡交渉されてこそ、つまり意思が外部に表現されてこそ、社会を動かし、法律関係を形成することができるというのは、近代法の基本原則である。何が決定されたのかは、外部に表示された意思によって判定されるべきであり、能力の不

足や錯誤によって真意が適切に外部に表示されなかった事案の救済措置は別途用意されるべきものである。

### 第30 約款

#### 4 約款の変更

約款の変更に関して次のような規律を設けるかどうかについて、引き続き検討する。

(1) 約款が前記2によって契約内容となっている場合において、次のいずれにも該当するときは、約款使用者は、当該約款を変更することにより、相手方の同意を得ることなく契約内容の変更をすることができるものとする。

ア 当該約款の内容を画一的に変更すべき合理的な必要性があること。

イ 当該約款を使用した契約が現に多数あり、その全ての相手方から契約内容の変更についての同意を得ることが著しく困難であること。

ウ 上記アの必要性に照らして、当該約款の変更の内容が合理的であり、かつ、変更の範囲及び程度が相当なものであること。

エ 当該約款の変更の内容が相手方に不利益なものである場合にあっては、その不利益の程度に応じて適切な措置が講じられていること。

(2) 上記(1)の約款の変更は、約款使用者が、当該約款を使用した契約の相手方に、約款を変更する旨及び変更後の約款の内容を合理的な方法により周知することにより、効力を生ずるものとする。

〈意見〉 立法化に反対する。

〈理由〉 「約款の変更」は、約款論の中でも議論が熟しておらず、判例の蓄積も乏しい現状にある。この論点について引き続き検討することは有益であるが、時期尚早の感があるので、今回提案された要件による規律を設けることは見合わせるべきだとの趣旨から立法化に反対する。

### 第33 不安の抗弁権

双務契約の当事者のうち自己の債務を先に履行すべき義務を負う者は、相手方につき破産手続開始、再生手続開始又は更生手続開始の申立てがあったことその他の事由により、その反対給付である債権につき履行を得られないおそれがある場合において、その事由が次に掲げる要件のいずれかに該当するときは、その債

務の履行を拒むことができるものとする。ただし、相手方が弁済の提供をし、又は相当の担保を供したときは、この限りでないものとする。

ア 契約締結後に生じたものであるときは、それが契約締結の時に予見することができなかつたものであること

イ 契約締結時に既に生じていたものであるときは、契約締結の時に正当な理由により知ることができなかつたものであること

(注) このような規定を設けないという考え方がある。また、再生手続又は更生手続が開始された後は、このような権利を行使することができないものとするという考え方がある。

〈意見〉 反対する。

〈理由〉 先履行を約束した当事者は、本来的に先履行によるリスクを負担しており、それはすなわち、相手方当事者の財産状態悪化のリスクを負担しているといえる。そして、問題が発生しやすい典型事例として、事業者間の物品ないし役務の継続的供給取引を考えると、物品・役務の供給義務を先履行とし、代金支払を後履行としている事例が多いのであるが、その場合において、先履行が拒否されると、後履行者の経済活動のサイクルが一旦に崩壊して後履行者が倒産状態に追い込まれることになる。不安の抗弁権が濫用されたならば、議論が裁判所に持ち込まれる以前に、後履行者の決定的な倒産という回復不能な事態が発生しうるのであり、看過し難い問題といえる。

他方で、いくつかの裁判例は、個々の事案において信義則を論拠として履行拒絶権の有無を判断しているようである。そこで、あえて具体的な根拠規定を設けず、信義則の解釈運用に委ね、不安に基づく履行拒絶は基本的に債務不履行になると扱ったうえで、極端な事案については債権者からの履行請求や損害賠償請求が信義則違反として認められない場合もあるとしておくのが妥当であると考えられる。

### 第35 売買

#### 4 目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任

民法第565条及び第570条本文の規律（代金減額請求・期間制限に関するものを除く。）を次のように改めるものとする。

- (1) 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであるときは、買主は、その内容に応じて、売主に対し、目的物の修補、不足分の引渡し又は代替物の引渡しによる履行の追完を請求することができるものと

する。ただし、その権利につき履行請求権の限界事由があるときは、この限りでないものとする。

(2) 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、債務不履行の一般原則に従って、その不履行による損害の賠償を請求し、又はその不履行による契約の解除をすることができるものとする。

(3) 売主の提供する履行の追完の方法が買主の請求する方法と異なる場合には、売主の提供する方法が契約の趣旨に適合し、かつ、買主に不相当な負担を課するものでないときに限り、履行の追完は、売主が提供する方法によるものとする。

〈意見〉 上記(1)～(3)に賛成する。

〈理由〉 特定物売買であるか不特定物売買であるかにかかわらず、当事者において合意された目的物の性状（瑕疵なき目的物であること）が契約債務の内容を構成しうるとの認識に基づき、目的物の契約不適合を債務不履行として処理するという法律構成（契約責任構成）を明文化することに賛成する。

契約不適合の給付について、買主が履行の追完を請求することができるものとするにも賛成する。なお、追完請求権は、非本来的な給付であることから、その限界事由の判定においては、本来の履行請求権の限界事由とは異なった配慮が必要であるといえるが、その基準は解釈運用に委ねるほかになく、法文上の文言としてはこの程度にとどめることはやむを得ないであろう。

さらに、売主に追完権が発生するとの構成にも賛成する。

## 5 目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の代金減額請求権

前記4（民法第565条・第570条関係）に、次のような規律を付け加えるものとする。

(1) 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものである場合において、買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、売主がその期間内に履行の追完をしないときは、買主は、意思表示により、その不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができるものとする。

(2) 次に掲げる場合には、上記(1)の催告を要しないものとする。

ア 履行の追完を請求する権利につき、履行請求権の限界事由があるとき。

イ 売主が履行の追完をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、売主が履行の追完をする見込みがないことが明白であるとき。

〈意見〉 代金減額請求権を認めることには賛成するが、履行の追完の催告を必要とする事には反対する。

〈理由〉 目的物が契約の趣旨に適合しない場合について広く代金減額請求権を認めることには賛成する。しかし、代金減額請求権は、買主にとって等価性の原理から生ずる最低限度の救済手段であり、売主にとっても負担が軽い救済手段であるから、その位置づけにふさわしい制度設計をすべきであって、権利行使の方法及び効果を重く設計すべきではない。

その見地からすると、目的物が契約の趣旨に適合しない場合において、買主が、他業者との間において補修又は代物給付を得ることによって解決しつつ、売主には追完を請求しないで代金減額のみを請求するという対応は、不当な対応とされるべきでないことからすると、買主が、契約不適合の給付について、売主に対して追完を求めずに代金減額を請求するという行動は、正当な権利の行使とされるべきである。したがって、代金減額請求権を行使するについて追完の催告を必要とする制度設計は、実態に合わないし妥当でない。

**(3) 上記(1)の意思表示は、履行の追完を請求する権利（履行の追完に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。）及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示と同時にしなければ、その効力を生じないものとする。**

〈意見〉 反対する。

〈理由〉 代金減額請求権を認めるにしても、代金減額請求権を有効に行使した結果として追完請求権及び契約解除権を放棄（喪失）する効果が生じるのであって、代金減額請求権の行使と同時に追完請求権及び契約解除権を放棄する旨の意思表示を必要とする制度設計は妥当でない。

契約不適合の給付が問題になる訴訟事件において、原告が、主位的に損害賠償を請求し、予備的に代金減額を請求することは当然許されるべきであるが、その場合に、予備的に代金減額を請求するについて同時に追完請求権及び契約解除権を放棄する旨の意思表示を要するのであれば、誠に不自然な主張を余儀なくされることになる。

なお、代金減額請求権が「一部解除」にも類比される形成権であるという一般的理解があり、その関係において論理整合的に制度設計をする必要がある点は理解するが、それがゆえに実用性の低い制度設計になることには賛成できない。

## **7 買主が事業者の場合における目的物検査義務及び適時通知義務**

(1) 買主が事業者であり、その事業の範囲内で売買契約をした場合において、買

主は、その売買契約に基づき目的物を受け取ったときは、遅滞なくその目的物の検査をしなければならないものとする。

(2) 上記(1)の場合において、買主は、受け取った目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを知ったときは、相当な期間内にそれを売主に通知しなければならないものとする。

(3) 買主は、上記(2)の期間内に通知をしなかったときは、前記4又は5による権利を行使することができないものとする。上記(1)の検査をしなかった場合において、検査をすれば目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないことを知ることができた時から相当な期間内にそれを売主に通知しなかったときも、同様とするものとする。

(注1) これらのような規定を設けないという考え方がある。また、上記(3)についてのみ、規定を設けないという考え方がある。

(注2) 事業者の定義について、引き続き検討する必要がある。

〈意見〉 反対する。

〈理由〉 一般的に、債権法を改正するに当たって、商法との関係調整は、特に重要な問題である。ところが、「商人・非商人」の区別を基本にする商法の規律をそのまま存置したうえで、新たに民法に「事業者」に関する規律を取り入れるならば、規律が複雑化し、一覧性も低くなる。本来ならば、早期に商法との関係調整を本格的に検討すべきであるが、今回は改正を見合わせ、将来の課題とすべきである。

## 8 権利移転義務の不履行に関する売主の責任等

民法第561条から第567条まで（第565条を除く。）の規律を次のように改めるものとする。

(1) 売主が買主に売買の内容である権利の全部又は一部を移転せず、又は売主が移転した権利に前記3(3)に違反する他人の権利による負担若しくは法令の制限があるときは、買主は、売主に対し、一般原則に従って、その履行を請求し、その不履行による損害の賠償を請求し、又はその不履行による契約の解除をすることができるものとする。

(2) 上記(1)の債務不履行がある場合（移転すべき権利の全部を移転しない場合を除く。）において、買主が相当の期間を定めてその履行の催告をし、売主がその期間内に履行をしないときは、買主は、意思表示により、不履行の程度に応じて代金の減額を請求することができるものとする。

(3) 次に掲げる場合には、上記(2)の催告を要しないものとする。

ア 履行を請求する権利につき、履行請求権の限界事由があるとき。

イ 売主が履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、売主が履行をする見込みがないことが明白であるとき。

(4) 上記(2)の意思表示は、履行を請求する権利（履行に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。）及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示と同時にしなければ、その効力を生じないものとする。

(注) 上記(2)の規律は、抵当権等の金銭債務の担保を内容とする権利による負担がある場合については、適用しないものとするという考え方がある。

〈意見〉 (1)に賛成するが、(2)～(4)に反対する。

〈理由〉 前述のとおり、買主の救済手段として代金減額請求権を認めること自体には賛成であるが、代金減額請求権の行使に催告の前置を必要的とし、権利放棄の意思表示を必要的とする制度設計には問題がある。

なお、契約に反して抵当権等が存在する場合の解決については、減額の金銭評価が著しく困難であるから代金減額請求になじまないし、577条の代金支払拒絶権による問題解決がありうるので、代金減額請求権を否定しても不当ではないという意見があった。

## 9 競売における買受人の権利の特則（民法第568条及び第570条但書関係）

民法第568条及び第570条ただし書の規律を次のように改めるものとする。

(1) 民事執行法その他の法律の規定に基づく競売における買受人は、買い受けた目的物又は権利について買受けの申出の時に知らなかった損傷、他人の権利による負担その他の事情（以下「損傷等」という。）がある場合において、その損傷等により買い受けた目的を達することができないときは、債務者に対し、契約の解除をし、又はその損傷等の程度に応じて代金の減額を請求することができるものとする。ただし、買受人が〔重大な〕過失によってその損傷等を知らなかったときは、この限りでないものとする。

(2) 上記(1)の場合において、債務者が無資力であるときは、買受人は、代金の配当を受けた債権者に対し、その代金の全部又は一部の返還を請求することができるものとする。

(3) 上記(1)又は(2)の場合において、債務者が目的物若しくは権利の不存在を知りながら申し出なかったとき、又は債権者がこれを知りながら競売を請求したときは、買受人は、これらの者に対し、損害賠償の請求をすることができるものとする。

〈意見〉 (3) については再考を求める。

〈理由〉 上記提案は、ほぼ民法568条をベースにした提案であるが、少なくとも(3)については、以下のとおり、見直すべき点があるので、再考を求める。

まず、「目的物若しくは権利の不存在」という文言は、同条3項の文言を下敷きにしたものであるが、この要件によってカバーする範囲が明らかでなく、たとえば、「権利の不存在」の要件には、権利の全部が存在しない場合だけでなく、権利の一部が欠けている場合を含んでいるのかという疑義が生じる（来栖三郎『契約法』73頁参照）。また、債権者は、債務者所有の財産に関する知識が乏しいのが通常であるところ、対象不動産の登記は存在するが、当該物件の存否や所在が確認できない場合が発生しうる。この場合において、債権者が、対象不動産の存否・所在が不明なままで、今後の現況調査等の手続を通じた真相解明に期待して競売を申し立てることは何ら不当なことではない。しかし、当該規定を前提にすると、その場合に執るべき手続などの点で迷いが生じる。民法568条3項については、判例も乏しく、紛争事例も乏しいのではないかと察するが、現実の競売の実務に即した考えた場合、解釈運用に疑義が生じるので、規律の改善を検討してもよいのではないか。

### 第38 賃貸借

#### 4 不動産賃貸借の対抗力、賃貸人たる地位の移転等（民法第605条関係）

民法第605条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 不動産の賃貸借は、これを登記したときは、その不動産について物権を取得した者その他の第三者に対抗することができるものとする。
- (2) 不動産の譲受人に対して上記(1)により賃貸借を対抗することができる場合には、その賃貸人たる地位は、譲渡人から譲受人に移転するものとする。
- (3) 上記(2)の場合において、譲渡人及び譲受人が、賃貸人たる地位を譲渡人に留保し、かつ、当該不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意をしたときは、賃貸人たる地位は、譲受人に移転しないものとする。この場合において、その後譲受人と譲渡人との間の賃貸借が終了したときは、譲渡人に留保された賃貸人たる地位は、譲受人又はその承継人に移転するものとする。
- (4) 上記(2)又は(3)第2文による賃貸人たる地位の移転は、賃貸物である不動産について所有権移転の登記をしなければ、賃借人に対抗することができないものとする。
- (5) 上記(2)又は(3)第2文により賃貸人たる地位が譲受人又はその承継人に移転したときは、後記7(2)の敷金の返還に係る債務及び民法第608条に規定する

費用の償還に係る債務は、譲受人又はその承継人に移転するものとする。  
(注) 上記(3)については、規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方がある。

〈意見〉 (3) ((5)のうち(3)第2文に関する部分を含む。)については、条件付きで賛成する。

〈理由〉 原賃借人の承諾なく原貸人(譲渡人)と譲受人との間の合意によって三者間に転貸借関係を発生することができる制度の創設には、経済的需要と有用性があることを理解するが、譲渡人・譲受人間の貸借が終了しない間における譲渡人は、所有権の裏付けのない貸人であるから、その資力が悪化すると、原賃借人の保護に欠ける面が生じることに鑑み、たとえば、転貸借関係が存続する間において、譲渡人の貸人としての義務を譲受人に重疊的に負担させるなど、賃借人保護の手当てをすることが必要である。そのような条件のもとで賛成する。

## 11 転貸の効果(民法第613条関係)

民法第613条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 賃借人が適法に賃借物を転貸したときは、貸人は、転借人が転貸借契約に基づいて賃借物の使用及び収益をすることを妨げることができないものとする。
- (2) 賃借人が適法に賃借物を転貸したときは、転借人は、転貸借契約に基づく債務を貸人に対して直接履行する義務を負うものとする。この場合において、直接履行すべき債務の範囲は、貸人と賃借人(転貸人)との間の貸借契約に基づく債務の範囲に限られるものとする。
- (3) 上記(2)の場合において、転借人は、転貸借契約に定めた時期の前に転貸人に対して賃料を支払ったとしても、上記(2)の貸人に対する義務を免れないものとする。
- (4) 上記(2)及び(3)は、貸人が賃借人に対してその権利を行使することを妨げないものとする。
- (5) 賃借人が適法に賃借物を転貸した場合において、貸人及び賃借人が貸借契約を合意により解除したときは、貸人は、転借人に対し、当該解除の効力を主張することができないものとする。ただし、当該解除の時点において債務不履行を理由とする解除の要件を満たしていたときは、この限りでないものとする。

(注) 上記(3)については、民法第613条第1項後段の文言を維持するという考え方がある。

〈意見〉 (5)については立法化に反対する。

〈理 由〉 中間試案の概要が引用する判例(最判昭和62年3月24日判時1258号61頁, 最判昭和38年2月21日民集17巻1号219号)は, 事案の特殊性もあるため, (5) のただし書のように一般化できる判例理論を提示しているのかは定かではなく, 判例の蓄積も十分ではないので, 現段階では, 本文を含めて明文化は好ましくない。

## 15 賃貸借に類似する契約

### (1) ファイナンス・リース契約

賃貸借の節に次のような規定を設けるものとする。

ア 当事者の一方が相手方の指定する財産を取得してこれを相手方に引き渡すこと並びに相手方による当該財産の使用及び収益を受忍することを約し, 相手方がその使用及び収益の対価としてではなく当該財産の取得費用等に相当する額の金銭を支払うことを約する契約については, 民法第606条第1項, 第608条第1項その他の当該契約の性質に反する規定を除き, 賃貸借の規定を準用するものとする。

イ 上記アの当事者の一方は, 相手方に対し, 有償契約に準用される売主の担保責任(前記第35, 4以下参照)を負わないものとする。

ウ 上記アの当事者の一方がその財産の取得先に対して売主の担保責任に基づく権利を有するときは, 上記アの相手方は, その当事者の一方に対する意思表示により, 当該権利(解除権及び代金減額請求権を除く。)を取得することができるものとする。

〈意 見〉 立法化に反対する。

〈理 由〉 ファイナンス・リース契約の定義は, それ自体が一定しておらず, 税務・会計上の定義を含めて, さまざまな定義がある。たとえば, フルペイアウト方式のみをファイナンス・リース契約とするのか, それともノンフルペイアウト方式を含めてファイナンス・リース契約とするのかという点も議論になりうる。

ファイナンス・リース契約においては, リース事業者にとっての利益確保及びリスクヘッジを周到に図った約款が用いられるのが取引の実情であるから, リース契約が途中で終了した場合の清算方法などの問題について, 利用者の保護を図る強行法的な規律を設ける特別法を制定することは検討に値する。

とはいえ, 判例学説上, ファイナンス・リースの本質は賃貸借とは異なるという認識が一般的であるのに, 「当該契約の性質に反する規定を除き」賃貸借の規定を準用することについては, 大きな疑問がある。現時点では, 民法に規定を置く必要性と議論の成熟性が認められないのではないか。

## (2) ライセンス契約

賃貸借の節に次のような規定を設けるものとする。

当事者の一方が自己の有する知的財産権（知的財産基本法第2条第2項参照）に係る知的財産（同条第1項参照）を相手方が利用することを受忍することを約し、相手方がこれに対してその利用料を支払うことを約する契約については、前記4(2)から(5)まで（賃貸人たる地位の移転等）その他の当該契約の性質に反する規定を除き、賃貸借の規定を準用するものとする。

（注）上記(1)及び(2)のそれぞれについて、賃貸借の節に規定を設けるのではなく新たな典型契約とするという考え方、そもそも規定を設けないという考え方がある。

〈意見〉 立法化に反対する。

〈理由〉 現時点では民法に規定を置く必要性と議論の成熟性が認められない。

## 第41 委任

### 3 受任者が受けた損害の賠償義務（民法第650条第3項関係）

民法第650条第3項の規律に付け加えて、委任事務が専門的な知識又は技能を要するものである場合において、その専門的な知識又は技能を有する者であればその委任事務の処理に伴ってその損害が生ずるおそれがあることを知り得たときは、同項を適用しないものとする。

（注）民法第650条第3項の現状を維持するという考え方がある。

〈意見〉 反対する。

〈理由〉 民法650条3項は、法人の役員が適法な職務執行に関して個人として訴えられた場合などにおいて、役員個人の費用負担を解消するという健全な機能が認められるが（江頭憲治郎『株式会社法』第4版466頁参照）、他方で、受任者が委任事務を遂行している際に事故や災害によって過失なく被害を被った場合、委任者に対してその損害の賠償を請求することができる趣旨を含むのかどうかは必ずしも明らかでない。

このように、同項は、制度設計において粗削りな規定であることは否めない。そこで、より精緻な制度設計を目指して検討する必要がある。しかしながら、受任者の専門性の有無をもって規律を二分するという構想には賛成できない。現行規定においても、受任者の専門性の有無・程度は、「自己に過失なく」の要件

の判定の中で当然に考慮されるし、特に専門性はない営業的な委任も存在するのであり、営業的な委任業務においては自己責任においてリスク管理をすべきであるともいえるから、特に専門性という要素を取り上げて規律を区分すべき合理性が定かでない。また、「専門的な知識又は技能を要する」という文言では、要件の明確性においても十分でない。

## 5 委任の終了に関する規定

(2) 破産手続開始による委任の終了（民法第653条第2号関係）

民法第653条第2号の規律を次のように改めるものとする。

ア 有償の委任において、委任者が破産手続開始の決定を受けたときは、受任者又は破産管財人は、委任の解除をすることができるものとする。この場合において、受任者は、既にした履行の割合に応じた報酬について、破産財団の配当に加入することができるものとする。

イ 受任者が破産手続開始の決定を受けたときは、委任者又は有償の委任における破産管財人は、委任の解除をすることができるものとする。

ウ 上記ア又はイの場合には、契約の解除によって生じた損害の賠償は、破産管財人が契約の解除をした場合における相手方に限り、請求することができるものとする。この場合において、相手方は、その損害賠償について、破産財団の配当に加入するものとする。

（注）民法第653条第2号の規律を維持するという考え方がある。また、同号の規律を基本的に維持した上で、委任者が破産手続開始の決定を受けた場合に終了するのは、委任者の財産の管理及び処分を目的とする部分に限るという考え方がある。

〈意見〉 反対する。

〈理由〉 当然終了という現行法の規律を維持しつつ、例外となる場合を個別に規定する方が良く、破産管財人などの選択に委ねるべきではない。

当然終了という現行法の規律を改めて破産管財人に解除権行使についての選択を認める制度を採用したならば、解除権行使の有無及び解除の時期に応じて破産財団にとっての債務負担が異なってくる以上、破産管財人にとってみれば、無用な債務を発生させるべきでないという職責から、破産手続開始直後の多忙な時期に解除権行使に関する判断を加えることが必要になるが、そのことによる事務負担が発生する。この点を考慮しても、当然終了の規律の方が優れている。

## 第46 和解

和解によって争いをやめることを約した場合において、当事者は、その争いの対象である権利の存否又は内容に関する事項のうち当事者間で争われていたものについて錯誤があったときであっても、民法第95条に基づく錯誤の主張をすることはできないものとする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。

〈意見〉 反対する。(注)の考え方に賛成する。

〈理由〉 和解意思には、真の権利関係とは異なる和解である可能性を未必的に認識認容したうえで、「仮に真の権利関係とは異なっていようとも、ここに新たに権利義務関係を創設して紛争を終わらせる。」という意味での権利放棄の意思が含まれている。

したがって、その限りで、錯誤が存在しない（あるいは錯誤を容認している）といえるのであるから、意思表示及び錯誤の一般論によって、錯誤の主張ができないという結論を導くことができる。なお、合意の形式が権利の「確認」という形式であったとしても、当事者がこれによって争いをやめることを約した場合、その意思には、確認した権利関係と真の権利関係との間に仮に不一致があったとしても、後日その不一致部分について権利主張をしないという趣旨が含まれるから、そのことに変わりがない。

そして、このような権利放棄の意思すらない事項については錯誤が問題になりうるが、そのことに関しては、意思表示及び錯誤の一般論によって解決が可能であって、特に錯誤の主張を禁ずる規定を設けることは不必要であるばかりか、明文化すると一人歩きの懸念が生じるため有害である。

以上