

「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

平成 23 年 8 月
全国銀行協会

【本意見書の目的・構成】

本意見書は、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下「中間的論点整理」という。）に対し、銀行取引の観点から、民法・債権法改正の検討において留意すべき点を明らかにしようとするものである。

本意見書の構成は、まず総論についての意見を述べた後、中間的論点整理に示された各論点についての当協会の見解を記載している。各論点では、基本的にはまず銀行実務から見た検討上の留意点を指摘し、そのうえで、改正提案に対する意見を述べるかたちをとっている。論点によっては、銀行界において複数の意見に分かれるものもあったが、本意見書では、意見の一本化を行わず併記することとして、当該意見がどのような観点からの指摘なのかをできる限り明らかにするよう努めた。これは、今後の検討のためには、現時点では多様な意見を示すことの方が有益と考えたからである。

本意見書の主要な部分は、これまで法制審議会民法（債権関係）部会における銀行実務家の委員（三上徹委員（三井住友銀行法務部長）、岡本雅弘委員（みずほ銀行法務部担当部長））の発言をベースにしている。そのうえで、会員銀行から寄せられた意見等を取り込んで整理した。

民法・債権法改正検討作業は、今後より具体的な改正内容の検討に進んでいくものと思われる。当協会としては、その検討に当たって、本意見書の内容が十分に考慮されることを強く求めるとともに、今後の検討に当たっても、銀行実務についてなお一層の配慮を望むものである。

目次

I. 総論 -----	1 頁
1. 銀行取引における民法（債権関係）の意義とその改正-----	1 頁
2. 民法（債権関係）の改正検討に当たっての基本的なスタンス-----	1 頁
II. 各論 -----	3 頁
1. 債権の目的（中間的論点整理第 1）-----	3 頁
(1) 利率の変動制への見直しの要否（第 1 5 (1)）	
(2) 金銭債務の遅延損害金を算定する利率について（中間的論点整理第 1 5 (2)）	
(3) 利息の定義（中間的論点整理第 1 5 (4)）	
2. 債務不履行による損害賠償（中間的論点整理第 3）-----	6 頁
(1) 履行不能による填補賠償における不履行態様の要件（中間的論点整理第 3 1 (1)）	
(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（中間的論点整理第 3 1 (2)）	
(3) 不確定期限付債務における履行遅滞の要件（中間的論点整理第 3 1 (3)）	
(4) 損害賠償の範囲に関する規定の在り方（中間的論点整理第 3 3 (1)）	
(5) 損害賠償の範囲に関する規定における予見の主体及び時期等（中間的論点整理第 3 3 (2)）	
(6) 故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則の要否（中間的論点整理第 3 3 (4)）	
(7) 過失相殺の要件（中間的論点整理第 3 4 (1)）	
(8) 金銭債務の特則（要件の特則：不可抗力免責について）（中間的論点整理第 3 6 (1)）	
(9) 金銭債務の特則（効果の特則：利息超過損害の賠償について）（中間的論点整理第 3 6 (2)）	
3. 賠償額の予定（中間的論点整理第 4）-----	10 頁
(1) 賠償額の予定（中間的論点整理第 4）	
4. 契約の解除（中間的論点整理第 5）-----	11 頁
(1) 複数契約の解除（中間的論点整理第 5 5）	
5. 受領遅滞（中間的論点整理第 7）-----	12 頁
(1) 損害賠償請求及び解除の可否（中間的論点整理第 7 2）	
6. 債務不履行に関連する新規規定（中間的論点整理第 8）-----	13 頁
(1) 第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任（中間的論点整理第 8 2）	
7. 債権者代位権（中間的論点整理第 9）-----	14 頁

(1) 債権者代位権の見直し（中間的論点整理第9）	
8. 詐害行為取消権（中間的論点整理第10）	-----15頁
(1) 総論	
(2) 取消しの対象の類型化と一般的な要件を定める規定の要否（中間的論点整理第10 2(2)ア）	
(3) 偏頗行為（中間的論点整理第10 2(2)ウ）	
(4) 対抗要件具備行為（中間的論点整理第10 2(2)エ）	
(5) 債権回収機能（事実上の優先弁済）の当否（中間的論点整理第10 3(1)）	
(6) 費用償還請求権（中間的論点整理第10 3(4)）	
9. 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く）（中間的論点整理第11）	-----20頁
(1) 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等（中間的論点整理第11 1(2)イ）	
(2) 一部弁済の場合の求償関係（中間的論点整理第11 1(2)ウ(7)）	
(3) 不可分債務（中間的論点整理第11 1(3)）	
(4) 分割債権（中間的論点整理第11 2(1)）	
10. 保証債務（中間的論点整理第12）	-----23頁
(1) 総論	
(2) 主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立（中間的論点整理第12 1 (1)）	
(3) 保証契約締結の際における保証人保護の方策（中間的論点整理第12 1(2)）	
(4) 保証契約締結後の保証人保護の在り方（中間的論点整理第12 1(3)）	
(5) 保証に関する契約条項の効力を制限する規定の要否（中間的論点整理第12 1 (4)）	
(6) 債権者の適時執行義務および委託を受けた保証人の事前求償権（中間的論点整理第 12 3(1)イ、4(2)）	
(7) 委託を受けない保証人の求償権	
(8) 連帯保証（中間的論点整理第12 6）	
(9) 根保証（中間的論点整理第12 7）	
(10) 保証類似の制度の検討（中間的論点整理第12 8(2)）	
11. 債権譲渡（中間的論点整理第13）	-----34頁
(1) 譲渡禁止特約（総論）（中間的論点整理第13 1）	
(2) 譲渡禁止特約の効力（中間的論点整理第13 1(1)）	
(3) 譲渡禁止特約を譲受人に対抗できない事由（中間的論点整理第13 1(2)）	
(4) 総論及び第三者対抗要件の見直し（中間的論点整理第13 2(1)）	
(5) 債務者対抗要件（権利行使要件）の見直し（中間的論点整理第13 2(2)）	
(6) 債務者保護のための規定の明確化等（中間的論点整理第13 2(4)）	

- (7) 抗弁の切断（中間的論点整理第13 3）
 - (8) 将来債権の譲渡が認められる旨の規定の要否（中間的論点整理第13 4(1)）
 - (9) 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界（中間的論点整理第13 4(2)）
 - (10) 譲渡人の地位の変動に伴う将来債権譲渡の効力の限界（中間的論点整理第13 4(3)）
- 1 2. 債務引受（中間的論点整理第15）-----44 頁**
- (1) 総論（債務引受に関する規定の要否）（中間的論点整理第15 1）
 - (2) 併存的債務引受の要件・効果（中間的論点整理第15 2(1)(2)）
 - (3) 併存的債務引受と保証との関係（中間的論点整理第15 2(3)）
 - (4) 免責的債務引受（中間的論点整理第15 3）
 - (5) 将来債務引受に関する規定の要否（中間的論点整理第15 4(1)）
 - (6) 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の要否（中間的論点整理第15 4(3)）
- 1 3. 弁済（中間的論点整理第17）-----50 頁**
- (1) 利害関係を有しない第三者による弁済（中間的論点整理17 2(2)）
 - (2) 「債権の準占有者」概念の見直し・善意無過失要件の見直し（中間的論点整理第17 4(2)ア・イ）
 - (3) 債権の準占有者に対する弁済における債権者の帰責事由の要否（中間的論点整理第17 4(2)ウ）
 - (4) 民法第478条の適用範囲の拡張の要否（中間的論点整理第17 4(2)エ）
 - (5) 受取証書の持参人に対する弁済（中間的論点整理第17 4(3)）
 - (6) 弁済の充当（中間的論点整理第17 7）
 - (7) 口頭の提供すら不要とされる場合の明文化（中間的論点整理第17 8(2)）
 - (8) 弁済の目的物の供託（弁済供託）（中間的論点整理第17 9）
 - (9) 任意代位の見直し（中間的論点整理第17 10(1)）
 - (10) 一部弁済による代位の要件・効果の見直し（中間的論点整理第17 10(3)ア）
 - (11) 保証債務の一部を履行した場合における債権者の原債権と保証人の求償権の関係（中間的論点整理第17 10(3)ウ）
 - (12) 債権者の義務の明確化（中間的論点整理第17 10(4)ア）
- 1 4. 相殺（中間的論点整理第18）-----57 頁**
- (1) 相殺の要件の明確化（中間的論点整理第18 1(1)）
 - (2) 第三者による相殺（中間的論点整理第18 1(2)）
 - (3) 相殺の遡及効の見直し（中間的論点整理第18 2(1)）
 - (4) 時効消滅した債権を自動債権とする相殺の見直し（中間的論点整理第18 2(2)）
 - (5) 法定相殺と差押え（中間的論点整理第18 4(1)）
 - (6) 債権譲渡と相殺の抗弁（中間的論点整理第18 4(2)）

(7)	相殺予約の効力（中間的論点整理第18-4(4)）	
(8)	相殺権の濫用（中間的論点整理第18-5）	
15.	更改（中間的論点整理第19）	63 頁
(1)	更改の要件の明確化（中間的論点整理第19-1）	
16.	混同（中間的論点整理第20）	64 頁
(1)	混同の例外の明確化（中間的論点整理第20-2）	
17.	新たな債権消滅原因に関する法的概念（決済手法の高度化・複雑化への民法上の対応）（中間的論点整理第21）	65 頁
(1)	新たな債権消滅原因に関する法的概念（中間的論点整理第21）	
18.	契約に関する基本原則等（中間的論点整理第22）	67 頁
(1)	債権債務関係における信義則の具体化（中間的論点整理第22-4）	
19.	契約交渉段階（中間的論点整理第23）	68 頁
(1)	契約交渉の不当破棄（中間的論点整理第23-1）	
(2)	契約締結過程における説明義務・情報提供義務（中間的論点整理第23-2）	
20.	申込みと承諾（中間的論点整理第24）	70 頁
(1)	申込みの推定規定の要否（中間的論点整理第24-2(2)）	
21.	第三者のためにする契約（中間的論点整理第26）	71 頁
(1)	受益の意思の表示を不要とする類型の創設等（中間的論点整理第26-1）	
22.	約款（定義及び組入要件）（中間的論点整理第27）	72 頁
(1)	約款の組入要件に関する規定の要否（中間的論点整理第27-1）	
(2)	約款の定義（中間的論点整理第27-2）	
(3)	約款の組入要件の内容（中間的論点整理第27-3）	
(4)	約款の変更（中間的論点整理第27-4）	
23.	法律行為に関する通則（中間的論点整理第28）	76 頁
(1)	公序良俗違反の具体化（中間的論点整理第28-1(2)）	
(2)	強行規定と任意規定の区別の明記（中間的論点整理第28-3）	
24.	意思表示（中間的論点整理第30）	77 頁
(1)	沈黙による詐欺（中間的論点整理第30-4(1)）	
(2)	意思表示に関する規定の拡充（中間的論点整理第30-5）	
(3)	意思表示の効力発生時期・意思表示の受領を擬制すべき場合（中間的論点整理第30-6(1)、(3)）	
25.	不当条項規制（中間的論点整理第31）	79 頁
(1)	不当条項規制の要否、適用対象等（中間的論点整理第31-1）	
(2)	不当条項規制の対象から除外すべき契約条項（中間的論点整理第31-2）	
(3)	不当性の判断枠組み（中間的論点整理第31-3）	
(4)	不当条項の効力（中間的論点整理第31-4）	

(5) 不当条項のリストを設けることの当否 (中間的論点整理第3 1 5)	
26. 無効及び取消し (中間的論点整理第3 2)	-----84 頁
(1) 法律行為に含まれる特定の条項の一部無効・法律行為の一部無効 (中間的論点整理第3 2 2 (1)、(2))	
(2) 複数の法律行為の無効 (中間的論点整理第3 2 2 (3))	
(3) 追認・相手方の催告権 (中間的論点整理第3 2 3 (5)、4 (4))	
27. 代理 (中間的論点整理第3 3)	-----86 頁
(1) 代理人の行為能力 (中間的論点整理第3 3 1 (3))	
(2) 法定代理における復代理	
(3) 表見代理規定の法定代理への適用の可否 (中間的論点整理第3 3 2 (1)ア、(2)ア、(3)ア)	
(4) 無権代理人の責任 (中間的論点整理第3 3 3 (1))	
28. 消滅時効 (中間的論点整理第3 6)	-----89 頁
(1) 総論	
(2) 原則的な時効期間について (中間的論点整理第3 6 1 (1))	
(3) 短期消滅時効制度について (中間的論点整理第3 6 1 (2)ア)	
(4) 時効期間の起算点と不法行為等による損害賠償請求権の取扱い (中間的論点整理第3 6 1 (3)、1 (2)エ)	
(5) 預金債権にかかる起算点の特則について (中間的論点整理第3 6 1 (3))	
(6) 時効の中断事由・停止事由 (中間的論点整理第3 6 2 (1)、(2)、(3))	
(7) 当事者間の交渉・協議による時効障害 (中間的論点整理第3 6 2 (4))	
(8) 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 (中間的論点整理第3 6 2 (5)ア)	
(9) 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 (中間的論点整理第3 6 2 (5)イ)	
(10) 時効の援用等 (中間的論点整理第3 6 3 (1))	
29. 贈与 (中間的論点整理第4 3)	-----97 頁
(1) 適用範囲の明確化 (中間的論点整理第4 3 2)	
(2) 死因贈与 (中間的論点整理第4 3 6)	
30. 消費貸借 (中間的論点整理第4 4)	-----99 頁
(1) 要物性の見直し (中間的論点整理第4 4 1 (1))	
(2) 目的物の交付前における消費者借主の解除権 (中間的論点整理第4 4 1 (3))	
(3) 目的物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始 (中間的論点整理第4 4 1 (4))	
(4) 期限前弁済 (中間的論点整理第4 4 4 (1))	
(5) 事業者が消費者に融資をした場合の特則 (中間的論点整理第4 4 4 (2))	

(6) 抗弁の接続 (中間的論点整理第44-5)	
31. 賃貸借 (中間的論点整理第45)	-----105 頁
(1) 敷金返還債務の承継 (中間的論点整理第45-3(4))	
32. 使用貸借 (中間的論点整理第46)	-----107 頁
(1) 使用貸借の対抗力 (中間的論点整理第46-2)	
33. 請負 (中間的論点整理第48)	-----108 頁
(1) 下請負人の直接請求権 (中間的論点整理第48-8(2))	
34. 委任 (中間的論点整理第49)	-----109 頁
(1) 受任者の指図遵守義務 (中間的論点整理第49-1(1))	
(2) 受任者の忠実義務 (中間的論点整理第49-1(2))	
(3) 受任者の報告義務 (中間的論点整理第49-1(4))	
(4) 受任者が受けた損害の賠償義務・同義務についての消費者契約の特則 (中間的論点整理第49-2(2)、(3))	
(5) 委任者死亡後の事務処理を委託する委任 (中間的論点整理第49-4(2))	
(6) 取次契約に関する規定 (中間的論点整理第49-6(2))	
(7) 他人の名で契約をした者の履行保証責任 (中間的論点整理第49-6(3))	
35. 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定 (中間的論点整理第50)	-----113 頁
(1) 新たな受皿規定の要否 (中間的論点整理第50-1)	
(2) 任意解除権に関する規律 (中間的論点整理第50-5)	
36. 寄託 (中間的論点整理第52)	-----114 頁
(1) 寄託の成立—要物性の見直し (中間的論点整理第52-1)	
(2) 受寄者の保管義務 (中間的論点整理第52-3)	
(3) 消費寄託 (中間的論点整理第52-8)	
(4) 特殊の寄託—流動性預金口座 (中間的論点整理第52-10)	
37. 組合 (中間的論点整理第53)	-----119 頁
(1) 組合の財産関係 (中間的論点整理第53-2)	
(2) 組合代理 (中間的論点整理第53-3(2))	
(3) 組合員の脱退 (中間的論点整理第53-4(2))	
(4) 内的組合 (第53-6)	
38. 終身定期金 (中間的論点整理第54)	-----121 頁
(1) 終身定期金 (中間的論点整理第54)	
39. 和解 (中間的論点整理第55)	-----122 頁
(1) 和解の意義 (中間的論点整理第55)	
40. 事情変更の原則 (中間的論点整理第57)	-----123 頁
(1) 事情変更の原則 (中間的論点整理第57)	

4 1.	不安の抗弁権（中間的論点整理第 5 8）	-----124 頁
(1)	不安の抗弁権（中間的論点整理第 5 8）	
4 2.	継続的契約（中間的論点整理第 6 0）	-----125 頁
(1)	規定の要否等（中間的論点整理第 6 0 1）	
(2)	期間の定めのない継続的契約の終了（中間的論点整理第 6 0 2 (1)）	
(3)	継続的契約の解除（中間的論点整理第 6 0 2 (3)）	
4 3.	消費者・事業者に関する規定（中間的論点整理第 6 2）	-----127 頁
(1)	民法に消費者・事業者に関する規定を設けることの当否（中間的論点整理第 6 2 1）	
(2)	消費者契約の特則（中間的論点整理第 6 2 2）	
(3)	事業者間契約に関する特則（中間的論点整理第 6 2 3）	

I. 総論

1. 銀行取引における民法（債権関係）の意義とその改正

金融取引、銀行取引は一般的に高い信頼性によって支えられており、取引に対する法的安定性は極めて重要なファクターである。そして、銀行取引は、「銀行取引法」という単体の法律がない中、様々な法律、ルールによって支えられており、その主要な法律が民法である。

したがって、民法が1つのツールであるとするならば、銀行業はそのツールの主要なユーザーであるということも可能であろう。

また、民法の運用場面を見ると、銀行取引を中心に解釈がなされているもの、あるいは銀行取引に係る事例にもとづき判例が展開されている条文が決して少なくない。

このように、民法は銀行取引と密接であり、その改正は銀行取引に直接的、間接的に影響を与える可能性が高い。

特に、今回検討の対象となっている民法の債権関係の諸条項については、相殺や消費貸借等、多くの条項が銀行取引の基本ルールとなっており、改正検討に当たっては、銀行実務に十全の配慮が期待される場所である。

2. 民法（債権関係）の改正検討に当たっての基本的なスタンス

上述したように、銀行取引において民法・債権法は極めて重要なルールとして機能している。これは、民法・債権法が、その当事者の属性に関わらず、中立的な基本ルールを提供しているからであろう。すなわち、銀行が取引を行う相手方は、個人および法人・企業等様々であり、民法・債権法は、多種多様な取引目的、取引当事者、取引態様等に対応可能な基本的ルールを提供しているの

である。

このことにより、民法・債権法は、消費者や個人顧客の保護を重視する運用を積み重ねてきただけでなく、商法とともに、経済取引社会における基本ルール、ビジネスルールの基盤を提供してきたのである。今日、特別法として消費者保護のルールが民法典の外に策定されてきているが、債権譲渡特例法のようなビジネスルールも同様に展開されてきている。

民法・債権法改正の検討に当たっては、多面的な検討が必要と考えられるが、消費者保護や顧客保護に重きがおかれる結果、ビジネスルールとしての機能がややもすると軽視されているかのような議論が見られる。このことが、民法・

債権法の機能をより充実したものにする方向よりも、限定的にしてしまう方向に働くことが強く懸念される。もちろん、消費者保護や顧客保護の重要性は言を俟たないし、銀行取引における当事者としての消費者や個人顧客への配慮は、銀行界においても強く認識されているところである。民法・債権法改正の議論においても、当該当事者を想定した検討がなされることも異論はない。しかし、基本ルールであるはずの民法の規定が特定の面での規律に過度な重きを置いたものに改められることで、ビジネスルールとしての機能面を大幅に低下させるようであれば、そのような検討には慎重であるべきである。

特に、これまで長い期間にわたって積み上げられてきた銀行取引における実務とそれを支えるルールは、民法・債権法改正検討に当たって十分に尊重されるべきである。消費者問題等現代的問題に対処するために改正が必要という指摘がある場合でも、その問題が、民法・債権法の現在の規律を変更するほど一般的なものなのか、それとも弊害事例に留まるのか、また、規律の変更は、一般ルールの原則・例外の変更によるべきなのか、特別法によるべきなのかを慎重に検討するべきである。

さらに、仮にルールを変更した場合、目的を達成できるのかだけでなく、そのことの経済的な影響、商品・サービスの価格形成や市場の需給バランスに対する影響について、十分に検証される必要がある。この検証は、法理論による手法だけでなく、経済的な分析等多様な手法が用いられるべきである。目的達成のための価値判断や政策判断が差し挟まれるのであれば、そのことを明らかにしたうえで、副作用についても議論がなされるべきであり、今後の検討においてはこうした面での専門家の知見を取り入れることを望む。特に、法制審議会民法（債権関係）部会での議論や今回の意見募集により、民間事業者から市場への悪影響の懸念が示された論点については、とりわけ慎重な検証をお願いしたい。

Ⅱ. 各論

1. 債権の目的（中間的論点整理第1）

(1) 利率の変動制への見直しの要否（中間的論点整理第1 5(1)）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行実務の観点から、法定利率に変動制を導入すべきという積極意見がある。
- ・ 変動制支持の理由は、現行の固定の法定利率が現在の市場実勢と乖離していることや硬直的なことを問題視するものである。弊害と見られる具体的な場面としては、相続預金の払戻請求訴訟において、相続人間の争いが長引くほど、相続争いに巻き込まれたに過ぎない金融機関が実勢レートとはかけ離れた法定利率による遅延損害金を支払わなければならないという問題が指摘されている。このように市場実勢に比して法定利率が高い場合には、債権の帰属を故意に訴訟等で争うことによって高い利率で運用しようというモラルハザードが生じることが指摘されている。
- ・ 具体的に変動利率制を導入する場合の論点として以下の指摘がある。
 - 利率そのものを民法に規定すると頻繁な改正は難しいため、利率については政令や省令に規定すべきという指摘。
 - 利率の決め方については、臨時金利調整法の利率の決定方法や供託利率の決定方法が参考になるという指摘。
 - 利率の決め方を検討するに当たっては、適用利率やその適用方法が一義的に定まるような明確な規定にすべきという指摘。
 - 変動の周期については、頻繁に見直すことはかえって実務上煩わしく、他方で長期間見直さないとするると市中の金利との乖離が大きくなることに配慮し、1年または半年に1回見直すことが適当であるという指摘。
 - 仮に変動の周期を1年にした場合であっても、利率変更時点の金利をその後の1年間で適用すると考えるのか、あるいは1年間の基準金利の平均値で翌年の利率を決めるのかといった決め方の違いも存在するという指摘。
 - 債務不履行の遅延賠償や不法行為債務に変動制の法定利率が適用される場合には、当初の不法行為時、債務不履行時の利率が完済まで適用されるのか、それとも完済までの間に利率の変動があれば、それに応じて変動するのか否かも問題となるという指摘。
- ・ 民事法定利率に変動性を採用する場合には、平仄を合わせ商事法定利率につ

いても変動制を採用すべきであるという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **上記①のとおり、法定利率について、利率を変動制に見直すことに賛成する。**

(2) 金銭債務の遅延損害金を算定する利率について(中間的論点整理第1 5 (2))

① 検討上の留意点

- ・ 金銭債務の遅延損害金を算定する利率を法定利率よりも高くする考え方に対しては、慎重な姿勢を取るものとして次のような指摘がある。
- ・ 我が国では損害賠償について、一般に懲罰的賠償という考え方は採用されておらず、基本的には填補賠償とされているところ、遅延損害金についてのみ懲罰的要素を盛り込むことは妥当ではないという指摘である。
- ・ また、法定利率に一定の加算をした結果、遅延損害金の割合が市中金利より高くなると、意図的に債権の帰属に争いを生じさせ、遅延損害金を儲けるようなモラルハザードの問題が生じかねないという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **上記①のとおり、金銭債務の遅延損害金を算定する利率を法定利率よりも高くする考え方に対しては、強く反対する。**

(3) 利息の定義(中間的論点整理第1 5 (4))

① 検討上の留意点

- ・ 現在、利息そのものに対する法律上の定義規定はみられず、利息制限法および出資法で「みなし利息」という定義が設けられているだけに留まる。ここでは、およそ利息とはほど遠いものまで利息とみなされており、範囲が不明確であるため改正の必要があるという指摘がある。
- ・ 改正が必要である理由としては、法規制の対象となる「金銭の貸付を行う者がその貸付に関し受ける金銭」(みなし利息)の解釈が不明確である点、みなし利息の計算方法が明らかではない点が問題としてあげられる。
- ・ 第1の点については、顧客に対して高度で多種多様な金融商品、総合的な金融サービスを提供している銀行にあっては、様々な事務や調査・助言の対価を収受する中で、金銭貸付の対価とは別個であるが当該貸付と近接するサービスの対価を収受する場合もあり、そうした取引にあっては、みなし利息に

該当するリスクを常に懸念する必要がある。

- そのような貸付の対価とは別個の対価を得て行う高度な金融取引について、みなし利息に該当する可能性が払拭できないことから、高度な金融取引の開発が阻害されかねないという指摘がある。
- 第2の点については、銀行取引では、日々変動する複数の債権に対して包括的に根抵当権を設定する等の場合があるが、その担保権設定に要する費用が「みなし利息」に該当するとされた場合に、どの債権に対する利息と見るのか、対応する元本額はどうか、担保権の設定は行ったが未だ貸付が実行されない場合はどうかといった問題がある。
- こうした場合の利息の計算方法如何によっては、金融商品の設計に大きな制約が課されることになりかねないという懸念が指摘されている。

② 改正提案に対する意見

- 上記①のとおり、利息制限法・出資法における「みなし利息」という定義には問題が存在するため、まず民法において利息そのものの定義を明文化し、併せて、利息制限法・出資法におけるみなし利息の定義を見直すべきである。
- みなし利息の定義を見直す際には、上記の指摘も踏まえ、真に規制すべき対象の明確化や、規制の対象としないセーフハーバーを規定する等高度化する金融取引の実情に適切に対応した利息制限法・出資法の現代化を含む立法措置も併せて検討されるべきである。

2. 債務不履行による損害賠償（中間的論点整理第3）

(1) 履行不能による填補賠償における不履行態様の要件（中間的論点整理第3 1(1)）

- ・ 債務不履行による損害賠償の要件を具体化・明確化すること自体に異論はないが、債権者の損害賠償請求権を現状以上に制限することにならないよう配慮すべきであるという指摘がある。

(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（中間的論点整理第3 1(2)）

① 検討上の留意点

- ・ 債務者の債務不履行という事実が明らかであるならば、填補賠償の手続的要件として「契約の解除」を求めることは被害者ともいえる債権者に過度の負担を強いることにならないか懸念する指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 債権者は、契約の解除をしなくても、填補賠償を請求することができることに賛成する。

(3) 不確定期限付債務における履行遅滞の要件（中間的論点整理第3 1(3)）

① 検討上の留意点

- ・ 債権者による通知と債務者への到達により履行遅滞となるという考え方は、債務者に対して一方的に不利益を被らせるものではなく、契約行為が円滑に行われることにも繋がり、ひいては債権者・債務者間の適切な契約の履行を可能とするという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 不確定期限付債務における履行遅滞の要件として、債権者が期限到来の事実を通知し、これが債務者に到達することをもって足りることとすることに賛成する。

(4) 損害賠償の範囲に関する規定の在り方（中間的論点整理第3 3(1)）

- ・ 民法第416条に規定されている「当事者」の考え方や「通常生ずべき損害」、「特別の事情によって生じた損害」という、これまでの判例等で内容が確定

しているものを具体的に規定すること自体に異論はないが、判例等で示された考え方やこれまでの実務にそぐわないものとならないよう配慮すべきであるという指摘がある。

(5) 損害賠償の範囲に関する規定における予見の主体及び時期等(中間的論点整理第3 3(2))

- ・ 現状、どの場面において予見可能とするのかが明らかではないので、予見の主体や時期について条文に盛り込んだ方が望ましいと考えるが、すでに判例等で示された考え方やこれまでの実務にそぐわないものとならないよう配慮すべきであるという指摘がある。

(6) 故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則の要否(中間的論点整理第3 3(4))

① 検討上の留意点

- ・ 仮に故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則を検討するとしても、その場合の「故意」は、「事実の認識」とは異なり、意図的に履行せず相手の損害を拡大させることや、当該行為自体が不法行為を構成するようなものであるべきで、そうでない場合には、実務上かなり影響が出る可能性がある。
- ・ 仮に特則を設ける場合でも、故意という言葉ではなく、背信的悪意や害意等の表現にすべきである。

② 改正提案に対する意見

- ・ 特則を設けることには慎重な検討を要する。
- ・ 債務不履行につき故意または重過失がある場合でも、損害賠償の範囲に関するルールにより適切に処理できるため、例外規定は不要とする考え方(部会資料5-2 [42頁] C案)に賛成する。

(7) 過失相殺の要件(中間的論点整理第3 4(1))

① 検討上の留意点

- ・ 例えば、株式担保やデリバティブ取引を考えると、株価、外国為替相場等により価格変動性のある担保の処分や取引の解約には、時期、価格等の問題が必然的に伴う。仮に債権者の損害軽減義務を認めると、債権者が処分等をすべき時期を慎重に判断する必要がある。しかし、担保処分、取引相場の確定

に当たっては、事務手続き、回収の可能性の見極め等、諸般の事情を考慮しており、必ずしも債務者の損害の極小化だけを念頭において判断できるわけではなく、そもそも将来どのように取引相場が変動するのかは分からない。なお、海外では判例の蓄積はあるとしても、国内では判断基準が確立されていると言えるほど判例の蓄積はないと考えられるという指摘がある。

- ・ 次に、ローンの返済を例にすると、銀行実務上、口座引落とし処理には返済額以上の残高を置くことを求めているが、残高分だけでも引落とせば損害が差額分に留まることから、そのような措置を講ずるべきという指摘を受けることが考えられる。銀行実務以外でも、例えば腐敗する食品、流行がすぐ廃れて価値がなくなる物の売買のような金銭債務以外について、不完全履行として受領拒否する場合における債権者にも同様のことが考えられる。本来であれば、本旨弁済ではないとして債権者が受領を拒絶できるはずの不完全履行について、受領を事実上強制することにならないか懸念されるという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 信義則上、債権者の側でも損害の拡大に寄与した過失があれば、それを過失相殺の枠組みで考慮する現行実務は、紛争解決上、非常に有益な手段であるとして肯定的に捉えるが、改めて債権者の義務として規定することは慎重に考えるべきである。

(8) 金銭債務の特則（要件の特則：不可抗力免責について）（中間的論点整理 第3 6(1)）

① 検討上の留意点

- ・ 金銭債権の債権者からすると、現状維持が好ましいと考えるが、天災のようなときにまで抗弁を認めないのは債務者にとって酷であるという指摘は否定し得ない。極めて甚大な災害が生じたとき等には免責を認めてもよいと考えられる。
- ・ また、不可抗力がどのような事態を指すのか明らかにする必要があると考える。特に、実務的には、不可抗力の時期（特に終期）の基準が重要である。例えば、コンピュータのシステムダウンのケースであれば、復旧した時が不可抗力の終了時として考えやすいが、大震災のようなケースではいつまでが不可抗力といえるのか不明である。

② 改正提案に対する意見

- ・ 金銭債務の不履行にも免責があり得ることは理解するが、免責の抗弁の範囲は限定的に解すべきである。
- ・ 金銭債務の不履行を一般の損害賠償ルールに委ねると、免責の範囲が拡大するおそれがあり、民法第 419 条第 3 項を単純に削除することは問題である。
- ・ 本規定を改正するのであれば、むしろ、「不可抗力の場合だけは抗弁できる」という趣旨を明文で残す考え方を検討すべきである。

(9) 金銭債務の特則（効果の特則：利息超過損害の賠償について）（中間的論点整理第 3 6 (2)）

① 検討上の留意点

- ・ 例えば、相続預金について相続人およびその相続分が明らかになるまでの間、その払戻しを停止していた場合等において、「預金払戻がされなかったため取引機会を喪失した」等として、銀行に対して債務不履行による損害賠償請求がなされる可能性がある。
- ・ 金銭債務は、経済活動における最も典型的な債務であり、大量かつ反復的に取扱うことが想定されているという特殊性に鑑みれば、金銭債務の不履行について個別に利息超過損害を認定して賠償を認めることは著しく経済合理性に反すると考えられる。

② 改正提案に対する意見

- ・ 民法上、特に上限の定めもなく利息超過損害の賠償が認められると、債務者が過大なリスクを抱えることになるため、金銭債務の不履行について利息超過損害の賠償を認めることには反対する。

3. 賠償額の予定（中間的論点整理第4）

(1) 賠償額の予定（中間的論点整理第4）

① 検討上の留意点

- 予定された賠償額が不当に過大であった場合に裁判所がその額を減額することができる旨を明文化するという提案が、民法第90条では減額等できない場合にも減額等ができるようにするという創設的な規定を設けることを趣旨とするならば、その根拠が問題になると考えられる。
- 逆に、民法第90条の具体化にすぎないのであれば、民法第90条の規律で足り、敢えて規定を設ける必要があるのか疑問である。個別に規定を設けることにより、民法第90条の一般条項としての性格が見えにくくなることも考慮すべきである。
- さらに、賠償額の予定が多いか少ないかという点については、契約全体に照らして判断されるべきであると考え。単純に賠償額の予定の条項を取り出して実損額と比較して判断するという枠組みは必ずしも妥当ではないと考える。

② 改正提案に対する意見

- 上記①のとおり、民法第90条に委ねる方がよい。

4. 契約の解除（中間的論点整理第5）

(1) 複数契約の解除（中間的論点整理第5 5）

① 検討上の留意点

- ・ 複数契約の解除について民法に規定を設けたとしても、契約の定めなく他の契約を解除することが可能かどうかを実際に判断する場合には困難が伴うのではないかという懸念の指摘がある。
- ・ 判例では複数契約の解除を認めたものがあるものの、事例判決との解釈もあり、その要件が明確になるまでの判例の蓄積があるとは認められない。要件が曖昧なまま民法に一般化された規律を明記することによって、実務に混乱が生じることが懸念される。
- ・ 原則として、契約の解除事由は契約毎に判断されるものであるところ、例外となる規定を設ける場合にはその要件を適切に規定できるかという点は、慎重な検討が必要である。特に複数契約の当事者が異なる場合には、同一当事者間に関して判断された判例法理の明確化を超えられ、相手方の保護が希薄になるおそれがある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **上記①のとおり、1つの契約の不履行にもとづいて複数契約全体の解除を認める規定を設けることに強く反対する。特に、複数契約の当事者が異なる場合について規定を設けるべきではない**（なお、本意見書「26. 無効及び取消し (2) 複数の法律行為の無効」および「30. 消費貸借 (6) 抗弁の接続」参照）。

5. 受領遅滞（中間的論点整理第7）

(1) 損害賠償請求及び解除の可否（中間的論点整理第7 2）

① 検討上の留意点

- ・ 輸入貨物や船舶等引き取られないと高額な保管費用がかかるケース、ないしは腐る、廃れるものについて契約を解除して処分しないと価値がなくなり費用がかさむケースもあり、受領遅滞の効果として損害賠償や解除が必要となる場面がある。
- ・ その他、規定を設けることが望ましいケースとして、誠実な債務者に対して債権者が行方不明となっているケース、担保権者の二次納税義務が生じるケース等が指摘されている。

② 改正提案に対する意見

- ・ 受領義務違反の場合の損害賠償請求や解除権を認める規定を置く（部会資料5-2 [107頁] B案）考え方に賛成する。

6. 債務不履行に関連する新規規定（中間的論点整理第8）

(1) 第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任（中間的論点整理第8 2）

① 検討上の留意点

- ・ 本論点は、不法行為の使用者責任との対比から検討されるものと認識しているが、例えば、銀行員が取引先の車を破損させた場合と、金銭消費貸借で貸出実行日を誤り当該日に入金漏れが発生した場合を同列に考えることは適当ではない。法人は必ず職務代行者により取引を行うが、それは契約を履行する者の責任として選任するものであり、また、取引先においても同様の対応をしていると考えている。仮に、債務を履行するために債務者が使用する第三者について細かく場合分けした条項が設けられると、取引毎に相手方の権限を確認することになり、かえって実務を混乱させると考える。
- ・ 第三者を利用することが予め想定されている場合は、実務上、類型化による要件設定をせず、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決める考え方（部会資料5-2 [113頁] B案）と同じ運用がされている。例えば、不動産ノンリコースローンを含むアセットファイナンスにおいて、債務者がSPCとなるものの、元利金の支払い、各種コベナンツの対応を含むSPCの管理、事業の遂行等をアセットマネージャー等の事業者が行い、当該事業者が実質的には債務者と同等の役割を果たす例がある。SPCの代理人または業務受託者として事業者の行うべき役割や責任等については、プロジェクト契約と呼ばれる関連契約において、詳細に規定を設けていることが一般的である。
- ・ このように、第三者を類型化して各類型に応じた要件を規定する考え方を採用するかどうかは、類型化が実務に与える影響を踏まえて慎重に検討する必要がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 類型化による要件設定をせず、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決める考え方（部会資料5-2 [113頁] B案）に賛成する。

7. 債権者代位権（中間的論点整理第9）

(1) 債権者代位権の見直し（中間的論点整理第9）

- ・ 銀行は、債権者代位権について、債権者・債務者の両立場から関連する。債権者の立場では、本制度は債権回収の手段として期待される。実務では、債権者代位権のみを利用して債権回収を行うことは多くはないものの、転用型の利用は種々の局面で着目される。他方、第三債務者（預金債務者）として行使される場面に立たされることがあり、この場合は実務上対応に苦慮するという指摘もある。
- ・ 債権者としての立場においては、実際には債権者代位権の利用には至らない場合であっても、親族企業に対する債権回収をしない債務者について回収を促す等、債権者代位権という実体法上の権利にもとづいて交渉を行うことができるという指摘がある。
- ・ 債務者の財産の保全の制度としての債権者代位権について検討するに当たっては、現行法よりも利用しやすい制度とすることには賛成であるが、実際の行使を阻害するような要因を作る改正は行われるべきではないという指摘がある。
- ・ 債権者代位権に優先的な債権回収機能を認める観点からは、債権者に対して、代位権行使において他の債権者との関係で倒産手続における管財人のような立場を求める考え方には否定的である。したがって、債権者代位権における事実上の優先弁済の機能の否定には反対であり、債務者への通知義務等にも反対の立場を採ることとなる。
- ・ また、債権者代位権は、登記の代位申請等にみられる権利の醸成機能を有しているという指摘がある。実際に銀行実務においても、相続人が相続財産（不動産）の相続登記を行わない場合に、差押えまたは担保物件の競売を目的とした代位登記を行う事例がある。したがって、債権者代位権の検討に当たっては、このような実務や新たな権利の醸成機能を制限するような影響を及ぼすことがないよう配慮すべきである。
- ・ 債務者として債権者代位権を行使された場合には、本当に代位権が存在するのか否か疑わしい場面も存在し得る。そのような場合では第三債務者の保護を図る必要があり、供託原因の拡張等、第三債務者の保護の必要性に配慮した検討を望む。
- ・ 債権者代位権の各論点について改正の検討をするに当たっては、以上の点に配慮した検討を望む。

8. 詐害行為取消権（中間的論点整理第10）

(1) 総論

- ・ 詐害行為取消権の要件・効果の改正の検討に当たっては、その前提として、詐害行為取消権をどのような制度として構想し、位置付けるのかという問題がある。銀行からは、私的自治の原則に拠って立つ平時における債権回収については、勤勉な債権者が多くを回収できる制度が採られることが望ましく、改正に当たってはこのような観点が重視されるべきであるという見解がある。
- ・ 改正に当たり、詐害行為取消権を総債権者のために責任財産を保全する制度と明確に位置づけ、平等主義的な考え方が強い制度とする場合には、取消権者に課される手続面その他の制約が強くなり、取消権行使のハードルが高くなることによって、詐害行為取消権が現実には使われない制度となってしまうことへの懸念も示されている。また、債権者への平等な分配が図られるのであれば、例えば届出期間を公告して、期間内に届出を行った全ての債権者に配当を行うといった手続等、債務名義を持たない債権者も回復財産からの配当を受けることができる手続を設ける必要等が生じるが、このような手続を民法に設けることが現実的でないという指摘もある。
- ・ このように、詐害行為取消権を債権者の平等を図る制度と位置付けることの問題点も踏まえ、銀行界では、債権者の平等を図るための仕組みは倒産法に委ねるものとし、詐害行為取消権は平時における責任財産保全の制度と位置付けたうえで、一定の場合には優先的な債権回収の機能も認めることが望ましいとする立場が有力である。

(2) 取消しの対象の類型化と一般的な要件を定める規定の要否（中間的論点整理第10 2(2)ア）

① 検討上の留意点

- ・ 詐害行為取消権の対象は「法律行為」（民法第424条第1項）とされていることから、相続放棄等の財産権に関する身分行為が詐害行為取消権の対象となるのが問題とされてきた（相続放棄について否定する判例として、最判昭和49年9月20日民集28巻6号1202頁）。また、近時は詐害的な会社分割が取消の対象となるかについて議論がされている（肯定例として、例えば東京高判平成22年10月27日金法1910号77頁等）。
- ・ 銀行実務の観点からは、詐害的な実態をもつ行為であれば、会社分割や財産

分与等についても取消しの対象とできることが望ましいという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 「法律行為」を「行為」と改める提案については、取消しの対象が講学上の「法律行為」に限定されるという形式的な理由のみをもって、詐害的な実態を有する行為を取り消せないという事態は望ましくないと考えられ、当該提案には賛成する。
- ・ また、上記①のとおり、詐害的な会社分割や相続放棄等について取消しの対象とする方向で検討されることを望む。

(3) 偏頗行為（中間的論点整理第10 2(2)ウ）

① 検討上の留意点

- ・ 現在の判例法理を前提とすると、危機に陥った事業者等への融資にもとづく担保設定や、継続支援を前提とした既存貸付の弁済等の債務消滅行為が詐害行為取消権の対象となる可能性があり、銀行がこれらの支援行為に二の足を踏む事態が生じ得る。破産法の改正において否認権の行使要件が見直され、債務消滅行為や担保提供行為の否認要件が明確化され、一定の場合にはこれらの行為が否認されない手当てがされたことで、危機時期において債務者への新規融資による支援や、リストラ支援が円滑に行えるようになった事例に鑑み、同様に対象行為を明確化する方向での改正が望ましいという見解がある。
- ・ その一方で、銀行は詐害行為取消権を行使して債権回収を図る立場にもなり得るが、取消対象となる偏頗行為を類型化し、一律の要件を設けた場合には、一般債権者を害することが明白な債務者の親族等への弁済行為や、詐害的な会社分割を取消対象として捕捉できなくなることへの懸念も示されており、このような実務上の懸念にも配慮した要件の設定が望まれる。
- ・ なお、破産法の偏頗行為否認においては、偏頗行為の取消しの可否を債務者の支払不能という時期的基準により画するが、これは弁済等の効果を否認によって事後的に否定して債権者平等を確保すべき実質的根拠は債務者の支払不能状態に求められるという考え方にもとづくものである。上記(1) 総論に記載のとおり詐害行為取消権を債権者の平等を図るための制度と位置付けることが適切でないとする以上は、平成16年破産法改正において債権者の平等を図るべき場合を画する基準として導入された支払不能要件を採用するのは適当ではないという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 銀行界においては、債務消滅行為のうち本旨弁済については、(a)本旨弁済は義務的な行為であること、(b)債務者の責任財産を絶対的に減少させるわけではないこと、(c)危機に陥った債務者が支援を前提として特定の債権者に弁済することを禁じ、再建の途を閉ざすことは適当とは言い難いこと等の理由から、弁済は原則として詐害行為取消権の対象とならないようにすべきとする立場が有力である。
- ・ もっとも、原則として偏頗行為を取消しの対象から除外する場合であっても、上記のとおり、近親者への悪質な弁済等一定の行為は取消しの対象として捕捉する必要があり、偏頗行為を一律に対象外とするのではなく、要件を明確化したうえで悪質な偏頗行為は取消対象とすることが望ましいという見解もある。偏頗行為の取消しについては、これらを調和させた要件設定がされることを望む。
- ・ このような背景から、具体的な要件設定については、(a)上記のような悪質な偏頗行為は多くの場合には非義務的な行為であること等から、債務消滅行為や担保の設定が債務者にとって義務的なものか否かという点や、(b)債務者や受益者の主観面における悪性に着目して取消対象を画するという考え方も示されている。もっとも、中間的論点整理において提案されている、非義務的行為であって「特定の債権者と通謀」して行った弁済等を取り消しの対象とする考え方については、「特定」の銀行と債務者が話し合って担保提供を行うような場合が「通謀」に該当するとされる可能性があるが、このような行為を取消しの対象とするのは適切でなく、「害意」といったより悪性が強い要件で限界を画すべきという見解がある。

(4) 対抗要件具備行為（中間的論点整理第10 2(2)エ）

① 検討上の留意点

- ・ 対抗要件否認・執行行為否認については、倒産法上の特殊な制度であり、民法の詐害行為取消権に取込むことに対しては慎重であるべきという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 対抗要件具備行為を取消しの対象とする旨の提案には反対する。

(5) 債権回収機能(事実上の優先弁済)の当否(中間的論点整理第10 3(1))

① 検討上の留意点

- ・ 銀行実務からは、詐害行為取消権が責任財産の保全および債権回収の手段として現に果たしている機能を重視し、事実上の優先弁済の効力を認める現在の判例法理を評価する見解が多い。その理由として、(a) 勤勉な債権者が利益を得ることが望ましいと考えられること、(b) 事実上の優先弁済が否定されると、債務者の下に財産が回復された場合に一定の処分禁止効が生じなければ、債務者に財産の処分をされてしまうおそれがあり、取消権の行使と取り戻した財産への保全手続という迂遠な手続きとなること、(c) 民法においては債権者全体の最終的な平等を確保するための手続的な仕組みがないため、逸出財産を単に債務者の手元に戻したとしても、債権者間の分配の問題は残ることになるが、債務者の手元に戻った財産について特定の債権者への弁済が行われた場合には、偏頗弁済は有効とする方向で検討することが望ましいことからすれば、結局は特定の債権者に対する優先的な弁済を認めることになるのであって、取消権者への事実上の優先弁済を禁止する実益に乏しいこと等があげられている。
- ・ なお、優先的債権回収機能を認める場合には一般債権者を害するという批判もあり得るが、詐害行為取消訴訟が確定するまでは長期間を要するにも関わらず、これに参加する等の手段を講じなかった債権回収に消極的な債権者を保護する必要性はさほど高くないという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **詐害行為取消権による事実上の優先弁済の機能は維持されるべきであり、債権者間の平等は倒産手続において実現されるべきという立場が有力である。**

(6) 費用償還請求権(中間的論点整理第10 3(4))

① 検討上の留意点

- ・ 詐害行為取消権の行使に要した費用を債務者に対して請求でき、また、当該請求権に対して共益費用に関する債権として一般の先取特権を付与する旨の提案に対しては、詐害行為自体が、債権者を害することを知って債務者が行った行為であり、当該行為が取消された場合には債権者の取消権の正当性が認められているものと考えられるから、詐害行為取消権の行使に要する費用は債務者が負担すべきものであること等を理由に、当該提案を歓迎する見解がある。

- ・ また、詐害行為取消権を行使した債権者以外の債権者や税務当局が後から手続きに参加することがあり、この場合には後から参加した者に費用の一部を負担させる制度を設けるべきという見解もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 債務者に手続費用を負担させる方向に賛成する。

9. 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く）（中間的論点整理第11）

(1) 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等（中間的論点整理第11 1(2)イ）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行実務上は、主として親子や夫婦が連帯して住宅ローンを組む場合に合意による連帯債務とするほか、借入人が相続対策として連帯保証ではなく連帯債務を利用するケースもある。また、その他の実例として、住宅ローンの債務者について相続が生じ、当該ローン債権の担保目的物でもある不動産が相続人による共有になる場合には、合意により住宅ローンに係る残債務を相続人の連帯債務とする場合もある。
- ・ 銀行実務上の連帯債務の利用場面では、銀行は連帯債務の担保的効力に強く期待しており、債務者は連帯債務とすることに合意しているのであるから、担保的効力を弱める必要はなく、履行の請求に絶対的効力を認めるべきという指摘がある。
- ・ また、短期消滅時効を廃止し、原則的な時効期間を縮減する方向での議論もされているが、新たな時効期間によっては債権管理のために時効の中断等の方策を講じる場面が増えると考えられる。この場合に、新たな時効障害事由を設けるといった手当なく履行の請求が相対的効力とされると、時効の完成を阻止するための措置を講ずる機会がないまま時効期間が満了するケースが増加することも懸念され、履行の請求を相対的効力とすることの問題がより顕著になるという指摘もある。
- ・ なお、本提案において、履行の請求を絶対的効力とすることにより、請求を受けていない連帯債務者に不測の損害が生じるという懸念が示されているが、他の連帯債務者が請求に応じて弁済した場合には求償権の時効はその時点から起算されるのであるから、請求により時効が中断しても特段の不利益はないという指摘がある。
- ・ 免除、更改および混同等の本来的な弁済と同様の効力が生じない債務消滅原因について相対的効力が規定されることは、連帯債務の担保的効力を確保し、債権管理コストを低減させる観点から一定の意義が認められるから、銀行実務の観点からは歓迎する指摘がある。
- ・ さらに、行方不明者について時効が完成するとその負担部分について連帯債務者にも時効完成の効力が及ぶとすると問題が大きいという指摘や、現在の実務では、連帯債務者の一人が破産した場合に、他の連帯債務者に時効の完

成の効力が及ぶのを免れるとともに債権者として弁済を確実に受領するために、破産した連帯債務者から他の連帯債務者への債務引受を行っているケースがあるが、実務負担の軽減、破産者との契約締結等の不合理的を是正する観点から、時効の完成について相対的効力に留めることは、実務上の利益が大きいという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、連帯債務は実務上一定の意義を有しており、銀行は連帯債務の担保的効力を重視して与信管理を行っている。また、債務者に担保的効力を及ぼすことによる不利益も大きなものではない。
- ・ したがって、履行の請求について相対的効力しか認めない旨の提案や、絶対的効力を有する場面を限定する旨の提案には反対する。
- ・ また、連帯債務の担保的効力を強める方向の免除、更改、時効の完成について相対的効力とする旨の提案には賛成する。

(2) 一部弁済の場合の求償関係（中間的論点整理第11-1(2)ウ(7)）

① 検討上の留意点

- ・ 実務上は、連帯債務者の求償権については、契約により主たる債権が完済されるまでは行使できないものとする例が多い。

② 改正提案に対する意見

- ・ 連帯債務者が一部弁済を行った場合の求償権について、連帯債務者が自己の負担部分の範囲内で一部弁済をしたに留まる場合であっても、求償権を行使できるとするか否かに関わらず、主たる債権が完済されるまでの間は、これらの求償権は主たる債権に劣後する旨の規定を設けることを望む。

(3) 不可分債務（中間的論点整理第11-1(3)）

① 検討上の留意点

- ・ 複数の債務者が可分給付を負担する場合であっても、合意により当該債務を不可分とすることが認められているが、もともと債務者が一人であり、債権者が一人であるような場合にも、債権者と債務者の合意により当該債務を不可分債務とすることが認められると銀行実務上望ましいという指摘がある。
- ・ 銀行としては、住宅ローンが複数の相続人に相続される場合に当然の分割債務とされる一方で、相続される積極財産は必ずしもそうはならないことから、

住宅ローンの回収が困難となる事態が生じることがある。住宅ローンの貸付時には債権者、債務者ともに1名の場合であってもこれを合意により不可分債務とすることができれば、複数の相続人により相続される場合の債権管理にとってメリットが大きい。

② 改正提案に対する意見

- ・ 債権者および債務者がともに一人の場合であっても、合意により性質上の不可分債務を創出することを認める規定を設けることを望む。

(4) 分割債権（中間的論点整理第112(1)）

① 検討上の留意点

- ・ 預金債権は当然の分割債権とされる一方で、定額郵便貯金は共同相続人による相続分に応じた払戻請求はできないという判例（最判平成22年10月8日家月63巻4号122頁）があり、また、株式・社債等の有価証券的な債権・債券は相続人による共有とされながら（株式について最判昭和45年1月22日民集24巻1号1頁）、MMF、MRFに係る信託受益権換価請求権および換価代金支払請求権は分割債権とする裁判例（大阪地判平成18年7月21日金法1792号58頁）がある一方で、MRFについて、当該MRFの信託受益権は預金債権と異なり、議決権等の権利を含むものであるから不可分債権であるとした裁判例（福岡高判平成22年2月17日金法1903号89頁）がある。その他にも、相続開始時に存在した金銭および当該金銭を保管している者に対する返還請求権も分割対象とならないとする判例（最判平成4年4月10日家月44巻8号16頁）がある等、実務を混乱させる様々な判断があることから、規律の明確化を検討すべきである。

② 改正提案に対する意見

- ・ 電子記録債権について、電子記録機関が相続放棄・遺産分割といった事情を把握することが困難であること等を理由に、相続人全員が変更記録の請求をしなければならないとされている例（電子記録債権法第29条第2項）があることも踏まえ、分割債権について規律が明確化されることを望む。

10. 保証債務（中間的論点整理第12）

(1) 総論

- 保証については、保証人による過大なリスク負担や、リスクが顕在化することで保証人が困窮に陥る等の問題が指摘されているという認識の下に、保証の論点では、保証人保護に重きが置かれていると考えられる。保証人保護がないがしろにすべきではないことは異論がない。銀行実務も、監督規制上の取扱いも含めて、特に個人保証への取扱いには慎重な対応を行っているところである。
- 他方、保証制度は以下のように、債務者の信用補完という経済的機能の点から重要な制度であり、例外的な弊害事例への対処を民法の規律として導入する場合には、保証制度の目的やその経済的機能を害することがないように、慎重かつ多面的な検討が必要である。
- 保証が利用される場面は様々であり、銀行が関与する保証を取りあげても、一様ではない。例えば、保証の主体においても、個人保証と法人保証があり、個人保証でも、一般的な個人保証だけでなく、経営者保証がある。また、法人保証についても、銀行が債権者として締結する保証契約だけでなく、銀行が保証を行う支払承諾等、保証の目的、取引形態は様々である。保証が信用補完として、主たる取引の円滑化、リスク分散等の本来の役割を果たすためには、適切に規律を行う必要がある。保証人保護を画一的ないし一般的に規定することによる保証の役割低下が実務に与える影響を見極めることなく、一方的に保証人保護を強化するという政策的判断を下すべきではないと考えられる。
- 個人保証の一部に見られる弊害事例のみに着目して、保証制度に共通の規律を導入することに問題はないのか慎重な検討が必要であり、また保証が様々な取引形態として利用されていることを前提として、それぞれ保証実務を詳細に分析する必要がある。保証制度の経済的機能に鑑み、悪影響が出ないように配慮されることを望む。
- 債務者と債権者（銀行）の間には、債務者の財務状況について常に「情報の非対称性」が存在する。債権者にとって重要な債務者の資力に関する情報については債務者が優位に立つのであり、常に債務者が銀行との関係で情報過少で弱い立場に立つというのは片面的な見方であることに注意が必要である。このような「情報の非対称性」が存在する中では経済取引に様々な支障、例えば「逆選択」の問題が生ずることが知られている。すなわち、情報の非

対称性の存在する市場に財務状況の悪い資金需要者が存在する場合は、銀行は債務者の資力を正確に把握できないことから、貸し倒れリスクを回避するために優良な資金需要者に対しても高金利を提示せざるを得ず、結果として優良な資金需要者が市場から存在しなくなり、資力に不安のある資金需要者のみが市場を構成することとなり、最終的には市場が消滅するということが経済学上、「逆選択の問題」として指摘されている。実務上、このような逆選択を回避するために種々の工夫がされており、貸出取引における保証（経営者以外の第三者保証は特に顕著）はその一例である。保証人は銀行よりも債務者の資力についての情報を多く有しているところ、保証人がある債務者に保証を提供したという事実は、保証できる程度に当該債務者の資力が優良であるという保証人の認識を示すものであるから、保証人が現れない債務者に比して当該債務者の資力が優良であることを示すものとなり、情報の非対称性を埋め、逆選択を回避する一つ的手段となるのである。保証はこのような経済学的に意味のある機能を有しており、仮に保証制度を廃止または制限するような方向に進めば、経済学的には「逆選択」が起こりやすい状況となり、貸出市場、特に財務諸表の開示が保障されない中小企業向けの貸出市場が緊縮することにもなりかねないと思われる。

- 現行民法は貸金等根保証契約において、個人保証と法人保証を分ける考え方をとっているが、そのボーダーラインとして、個人の中でも経営者や企業オーナーをどう考えるかという問題がある。保証人の属性により類型化し、規律の内容を分けるのであれば、保護が必要な類型の保証人保護のために詳細な規定を別途設けることは十分に検討に値するが、保証全体がそれに引きずられて重い制度になって円滑な企業金融に支障が出るとすると、保証の経済的機能を阻害する。これを解決するために、現行民法の個人保証関連規定ごと消費者法制に移す選択肢もあるという指摘もある。
- 企業金融の保証の際には、経営者やオーナー等の内部関係者以外の第三者の個人保証を取ることは銀行としても原則抑制して対応している。他方、経営者の個人保証を廃止するべきかという点については、企業経営者を保証人とするのは経営責任を自覚してもらい、モラルハザードを防止するためという説明がされている。中小企業の財務諸表の信頼性が大きく向上していない点や、あるいは財産の社外流失等に係るコーポレートガバナンスの機能は有効かという点から見ると、会社債権者が現行の会社法ルートを通して経営者の個人責任ないしは法人格否認等の請求をすることに対する実務上のハードルの高さを考えれば、この説明はなお有効である。

(2) 主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立(中間的論点整理第

1 2 1 (1))

① 検討上の留意点

- 保証引受契約による保証債務の成立を認めることは、銀行実務上一定のニーズがある。例えば、社債は一般的に無担保社債として発行されるため、信用補完の方法として、銀行による保証が利用されることがある。この場合、当初の社債発行時には債権者が不特定であり、主債務者である発行者と保証人たる銀行との間の契約により処理がされる。現在、債務者が発行する社債券のような有価証券では券面上で保証ができるような制度がなく、また、社債発行者と銀行との間の契約について、その法律構成を巡っては議論があり、保証引受契約が認められるならば、当該契約を保証引受契約として構成することができる可能性があり、実務の安定につながると考えられる。
- また、特に券面の存在しない振替制度上の有価証券については、券面上の保証文言の記載が物理的にできない。このように転々流通することが予定されている新たな金融商品であって、従来の保証の規定では対応できないものが今後さらに創出される可能性がある。その際に、当該金融商品について、保証の設定時に債権者が確定していない場合であっても銀行が保証を提供することへのニーズはあり、金融のイノベーションを法的に支えるという意味で、保証引受契約による保証債務の成立を認める意義があるという指摘がある。また、このような実務ニーズを踏まえて、民法で当該契約自体の効力が否定されることや禁止されることがないよう検討すべきという指摘がある。
- 他方で、債務者が保証人として反社会的勢力を指定した場合には、債権者たる銀行が拒否できるか懸念する指摘もある。また、後述の債権者の保証人に対する説明義務や情報提供義務がどのような取扱いになるのか問題があるという点についても指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- 上記①のとおり、保証引受契約について異なる背景をもった指摘があり、本改正提案については、積極的に賛成する意見と、慎重意見の両論がある。
- 改正提案を是認する方向で検討を進める場合には、慎重意見にも配慮を求める。

(3) 保証契約締結の際における保証人保護の方策(中間的論点整理第 1 2 1

(2)

① 検討上の留意点

- 上記(1)の総論で述べたように、保証が利用される場面は様々であり、銀行が関与する保証を取りあげても、一様ではない。例えば、保証の主体においても、個人保証と法人保証があり、個人保証でも、一般的な個人保証だけでなく、経営者保証があり、その保証の持つ経済的な目的、機能も異なる。
- すでに貸金等根保証契約に関する規律導入において、個人保証人に限定した規定が存在するが、当該規律自体に対し問題があるという指摘もある。
- 現行の実務では、保証契約締結に当たっては、債務者の弁済不能とそれに伴う債権者から保証人への弁済請求等の事態を想定しつつ、保証意思の確認には十全の配慮を払っており、その過程で、保証人の属性に応じた説明を行っているところ、個人に限定するものであっても一律の説明義務を課すことには強い懸念の指摘がある。
- 中間的論点整理では「個人の保証人が想定外の多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たない」という指摘がある。保証債務の履行請求を直接の原因とする保証人の破綻という事象がどの程度生じているのかについては慎重に調査・検討されるべきであるものの、個人保証を巡っては問題が生じている点については認識されており、銀行についても監督当局による監督および指導というかたちですすでに対応がなされている。他方で、契約締結過程において信義則上説明義務が認められることは保証に限らず一般にあり得ることであるところ、個人保証の一部に見られる弊害事例に着目して、保証だけが特に明文で書面を要求する、あるいは説明義務を敢えて規定するというほど危険な取引類型なのか、冷静に議論する必要があるのではないかという指摘がある。そもそも、債権者に説明義務を課すことが、保証人保護として有効なのか、保証制度の経済的機能に着目したときに、それを支える規律として適当であるのかは、単に法理論から導かれるものではなく、実務における一般的な取扱状況を確認することや、規律導入に伴う保証制度の経済的影響の精緻な分析が示されたうえで、規律の選択が行われるべきであるという指摘もある。
- 中間的論点整理において指摘されている保証人保護の方策は、個人の保証人保護という政策目的にもとづく提案であるところ、そのような目的を達成するためには、保証人保護を要する真の原因（立法事実）を分析することが不可欠であると考えられる。このような分析にもとづき、それが民法において対応可能かどうかという検討を経ることが必要であるという指摘がある。

- ・ 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債権者に義務付ける旨の提案については、実務的な観点から、現状、保証人から主債務者の業況や財務状況等について説明を求められた場合には、守秘義務の観点から、直接主債務者に対して説明を求めてもらう等慎重に対応しており、守秘義務の観点も十分に考慮する必要があるという指摘がある。
- ・ また、債務者と深い関係のある保証人が債権者よりも債務者の真の資力を熟知している場合において、どこまで説明が求められるのかという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **本論点に示された改正提案としての説明義務や主債務者の資力に関する情報提供義務の規定化には強く反対する。**
- ・ なお、規定化の検討に当たっては、上記①のとおり、説明義務や情報提供義務の内容が保証制度のもつ経済的機能を害することなく、指摘される保証人保護に資するものとして具体化することが可能なのか、債権者が強い守秘義務を負っている場合に、当該守秘義務違反とならないような法的手当てが可能なのかという点について十分に検討される必要がある。

(4) 保証契約締結後の保証人保護の在り方（中間的論点整理第12 1(3)）

① 検討上の留意点

- ・ 保証契約締結後の保証人保護の方策についても、保証の取引類型が様々であり、実務上、銀行保証等の事業者による保証があることも考慮に入れて検討する必要がある。
- ・ 債権者による保証人への主債務者の返済状況に関する通知義務や、保証人に主債務の期限の利益を維持する機会を付与する規律を導入することの是非は、保証の取引類型によって異なるため、一律の規律導入が必要かどうかは慎重な検討が必要という指摘がある。さらに、債権者に対し主債務者の返済状況を保証人に通知する義務を課しても、これに実務的に対応できる債権者はほとんどおらず、債権者が当該義務に対応したシステムを構築することは困難という指摘がある。
- ・ 銀行が保証人となるケースでは、本提案に対するニーズがあるのか、債権者においてそのような義務を果たすことが必要なのかという指摘がある。銀行が保証人となる典型的なケースとしては、例えば、高速道路の通行料の運送業者等の一括払いに関して銀行が道路管理会社に保証する場合や、旅行会社の航空券の発行に関して国際航空運送協会（IATA）に保証する場合が考

えられる。このようなケースで、高速道路管理会社やIATAがそれぞれの運送会社や旅行会社の財務の状況について、継続的に銀行に報告する等ということは想定されていない。この観点から、民法に規定を設けることは過重で意味がないという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **上記①のとおり、本論点に関して提案されている保証契約締結後の保証人保護の方策については強く反対する。**
- ・ また、上記①のとおり、保証は様々な態様が考えられるところ、保証人保護策を画一的に導入することは、全ての保証人の有するニーズに合致するものではなく、かえって保証の経済的機能を損なうことになりかねない。本提案も、どのような取引を想定するかによって、規定の持つ意味が変わることを考慮すべきであり、慎重な検討が必要である。

(5) 保証に関する契約条項の効力を制限する規定の要否(中間的論点整理第1
2 1(4))

① 検討上の留意点

- ・ 担保保存義務免除特約や代位権不行使特約は銀行実務上一般的である。
- ・ 例えば、担保保存義務免除特約の意味は、継続的な銀行取引における債務者の営業活動上の利便性を図ること等とされており、判例上も有効と認められている(最判昭和48年3月1日金法679号34頁)。本件について検討するに当たっては、特約の実務上の取扱いを踏まえ、その経済的機能に十分配慮する必要があるという指摘がある。
- ・ 他方、担保保存義務免除特約が一定の制限に服することは、判例(最判平成2年4月12日金融・商事判例883号14頁)もあり、実務上十分認識されている。そして、その制限のあり方は、信義則等により取引類型に応じた取扱いが可能と考えられ、規定化により一律の制限が導入されるとすれば実態にそぐわないのではないかという指摘もある。
- ・ また、代位権不行使特約についても、一部代位の場面を想定して、債務者との継続的取引において債権管理上不利益を被らないよう手当てするものであり、保証人の権利を著しく害するものではなく有効なものとして理解されているところ、これを制限することの取引上の影響を考慮すべきという指摘がある。
- ・ 上記特約について不当条項規制の対象とすることについては、当該特約が債

務者との継続的取引の全体の中でその機能が認められているところ、個別条項のみに着目して不当条項規制により規律することは、実務のあり方との乖離が強く懸念されるという指摘がある。

- ・ なお、本意見書「13. 弁済 (11)保証債務の一部を履行した場合における債権者の原債権と保証人の求償権の関係」も参照いただきたい。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、担保保存義務免除特約や代位権不行使特約の効力を制限する等の規定化には強く反対する。
- ・ また、不当条項規制の民法における規律のあり方については慎重に対応する必要があり、仮に不当条項規制が導入された場合でも当該特約等を不当条項規制の対象とすることには強く反対する。

(6) 債権者の適時執行義務および委託を受けた保証人の事前求償権(中間的論点整理第12 3(1)イ、4(2))

① 検討上の留意点

- ・ 債権者に適時執行義務を課すこととすると、債務者の当面の資金繰りをサポートするためのリスケジュール交渉等の過程で債務者の信用力が低下したり、担保価値が下落したりするような場合に、銀行が直ちに債務者から債権を回収しなかったという事情をもって適時執行義務違反を問われるおそれがあるため、債権者は債務者の再建のための交渉等を忌避し、債権回収を急ぐことになり、結果として債務者が困難な事態に直面することを早めかねないとして、当該提案には強い疑問が示されている。
- ・ さらに、債権者は金融商品取引法上のインサイダー取引規制との関係等により、株式担保を適時に処分できない場合もあるほか、そもそも株式相場が最も高い時期か否かの判断は困難であるという指摘もある。
- ・ 適時執行義務に関連して、適時執行義務を規定する場合には事前求償権を認めないという提案もされているが、銀行実務上の支払承諾取引では、民法の事前求償権の行使要件を緩和して約定する実務があり、主債務者が債務を履行しない場合に事前求償権と主債務者の預金を相殺する実務もある。仮にこのような取扱いが認められないとすれば、支払承諾取引の実務への影響が懸念される。提案の検討に当たっては、約定上の事前求償権も含めて信用補完サービスの枠組みが成り立っている実務にもとづき、当該実務に悪影響が生じないような検討が必要という指摘がある。

- ・ また、適時執行義務は保証人保護のための方策であるところ、適時執行義務を規定し、事前求償権を廃止する旨の提案は必ずしも保証人にとって望ましいものではないという指摘がある。すなわち、債権者に適時執行義務を課して適切な権利行使を期待するよりも、むしろ保証人が自ら資力の悪化した債務者から回収し、自己の権利の保全を図る機会があるという意味において、事前求償権の方が保証人にとってメリットがあるというものである。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、保証制度において適時執行義務を設けることには反対であり、また、適時執行義務の規定を設けることを前提として保証人の事前求償権を認めないとする改正にも反対である。
- ・ いずれの提案も現行実務の観点から慎重に検討する必要があるとあり、保証人保護という観点だけでなく、保証制度の経済的機能が全体として効率的かつ合理的に運用されるよう配慮されるべきである。

(7) 委託を受けない保証人の求償権

- ・ 民法第 462 条第 2 項に関しては、現在実務上の問題は生じておらず現行法を維持することでよいという指摘がある一方、「債務者の意思に反する」という主観的な要件よりも「債務者の合理的な利益に反する」等の客観的要件に改めるべきではないかという指摘がある。
- ・ また、利害関係のない第三者による弁済を有効とし、当該弁済が債務者の意思に反する場合には求償権は取得しないとする立場や、債権者と引受人による免責的債務引受が債務者の意思に反する場合には、引受人は求償権を取得すべきではないという立場（本意見書「12. 債務引受」および「13. 弁済」参照。）からは、委託を受けない保証人による弁済等が主たる債務者の意思に反する場合も求償権を取得しないという考え方も取り得るといふ指摘もある。

(8) 連帯保証（中間的論点整理第 12 6）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行実務上、保証人を立てる場合には、通常保証よりも連帯保証が一般的に利用されている。その理由としては、時効管理等の債権管理が容易であるという点のほかに、保証人に単純保証よりも重いリスクを担わせることにより取引全体を円滑に進める効用がある点が指摘されている。例えば、中小企

業向け融資においては、経営者の経営に対する責任やガバナンス強化に対する意識の高揚の観点に加え、経営者のモラルハザードを自制・抑制し、取引基盤を醸成・強化するために保証が用いられるが、この場合には、経営者に二次的責任しか負わせない単純保証に比べて、連帯保証の方がより効果が得られると考えられる。このような連帯保証の積極的意義は、保証人保護を考える場合であっても十分に考慮される必要がある。

- 中間的論点整理における改正提案のように、連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合のみ連帯保証とすべきという点については、実務上行われている保証のほとんどが連帯保証であることから、取引形態によっては保証人からすれば、「連帯保証こそ保証」であり、敢えてその説明を受けるまでもない、提案内容は経済取引のコスト要因にしかないという指摘があり、慎重な検討が必要である。
- 仮に、一部業者が引き起こしている悪質な事案を問題視するのであれば、まずは、そのような業者に対する規制（業法の改正や行政上の監督等）を優先すべきである。
- なお、連帯保証人に対する請求の効力が主債務者にも及ぶという規律は、債権管理の観点から実務では欠かせないものであり、連帯保証人に対する請求の絶対効が重要な意義を有している。中間的論点整理「第12の6の(2)連帯保証人に生じた事由の効力—履行の請求」に対しては、具体的に次のような点が指摘されている。
- 期限の利益を喪失した債権で、主債務者が行方不明である、あるいは実態がなくなっているものの、連帯保証人が弁済を続けているケースがあるが、このような場合、実務では主債務の時効中断のため、連帯保証人に対して事情を説明のうえ支払督促手続を行い、簡便に主債務の時効中断手続を行うことがある。
- また、主債務者が行方不明の時、「履行の請求を絶対的効力事由とはしない」こととすると、主債務者からの回収が全く望めない場合であっても、主債務者に対して訴訟提起を行わざるを得なくなる等、主債務者の事情等に応じた対応が難しくなると考えられ、債権者にそのような負担を強いる合理性がないという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- 上記①のとおり、保証人保護は重要であるにしても、制度の経済的機能や実務の取扱いに十分な配慮を行い、問題が生じている場面が一般的な取扱い自

体に変更を強いるようなものなのか、あるいはそういった問題を取り出して例外的な場面として、あるいは業規制等の別途のルールとして規律した方がよいか、慎重に検討すべきである。

- また、連帯保証人に生じた事由の効力について、請求の絶対効を相対効に見直すという点については、債務の履行を怠っている債務者の利益を、債権者の利益よりも優先させることに公平感を見出すことは難しく、実務の混乱を回避するためにも連帯保証人に対する請求の絶対効が維持されることを望む。

(9) 根保証（中間的論点整理第12 7）

① 検討上の留意点

- 貸金等根保証契約に関する規律が導入されたのは平成16年改正以降であり、見直しには時期尚早という指摘がある。また、主債務が商品取引や消費者間での取引にもとづく債務である場合には、貸金等根保証契約の規律が及ばないが、これらの取引についても同様の改正がされた場合に、簡便な根保証制度がないために取引継続に支障を来さないか慎重に検討すべきである。
- なお、元本確定前の根保証の随伴性の有無については、当然に随伴することが立法当時の理解であり、それを明文化すべきという見解がある一方、元本確定前に一部の債権が譲渡された場合に複雑な法律関係が生ずる点を懸念し、随伴しないことを原則とすべきという見解もある。また、元本確定前の債権者の履行請求については、これを認めただうえで、デフォルトルールとして明文化すべきという指摘がある。これらの論点については、法的安定性の観点から、保証契約の内容としてそれと異なる定めをすることも可能であることを前提として、民法上にデフォルトルールが明確化されることを望む指摘がある。
- また、そもそも、貸金等根保証契約については、現行法上の5年ごとの元本確定期日の規律に代えて、根抵当権のように、例えば保証後3年後に保証人に元本確定請求権を付与する規律を導入する方が、保証人の保護に資し、被保証人・保証人双方の事務コストの観点からも望ましいのではないかという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- 平成16年改正で導入された貸金等根保証契約と同様の規律の適用範囲を拡張することについては反対する。

- ・ 根保証の随伴性および元本確定前の履行請求の可否については、民法にデフォルトルールを設ける方向で検討すべきである。

(10) 保証類似の制度の検討（中間的論点整理第12 8(2)）

- ・ 実務上、一方当事者が他方当事者に対し、一定の事項についてリスクを引き受け、これから生じる損害を填補することを目的とする損害担保契約が広く行われている。地方公共団体が第三セクターの借入に関して行うもの、外国で保証が制限されている場合に利用されるもの、輸出金融に関して行われるもの、金融機関が貿易取引等で発行する信用状、リスクの高い事務委託に際し行われるもの等である。
- ・ 主債務の存否とは無関係に、独立した債務として相手方に填補責任を問うことができる損害担保契約が果たす実務上の役割は大きく、保証とは別個の契約類型であることを明確にするため、明文の根拠規定を設ける意義があるという指摘がある。
- ・ 地方公共団体の第三セクター向け融資等に利用されている損失補てん契約について、保証契約との違いのメルクマールを民法において明確にして欲しいという指摘がある。
- ・ 他方、民法に保証類似の新たな類型を設けることは、現行の取扱いに疑義を生じさせる可能性や問題の解消のために十分な規定を設けることができるか疑問もあり慎重な検討が必要という指摘もある。

1 1. 債権譲渡（中間的論点整理第 1 3）

(1) 譲渡禁止特約（総論）（中間的論点整理第 1 3 1）

- ・ 銀行実務においては、譲渡禁止特約を巡っては背景の異なる 2 つの見解が対立する関係にある。
- ・ 銀行実務上は、譲渡禁止特約の機能として預金業務における過誤払いの危険の回避という点が最も重要である。例えば、複数の預金債権譲渡が競合する場面では銀行が正確に預金者を判別することは実際には困難であり、また、預金債権譲渡通知が到達した場合であっても、当該通知が有効な預金債権譲渡にもとづく通知かを銀行が把握することは困難であるため、銀行は過誤払いのリスクを免れることはできない（なお、劣後譲受人への弁済には準占有者への弁済に関する規律が適用されるものの（最判昭和 61 年 4 月 11 日民集 40 卷 3 号 558 頁）、この場合にはどの程度の調査を尽くせば免責されるのかという問題が生じる。）。仮にこのような特約の効力が認められない場合には、銀行は正当な預金者の払戻しに応ずる場合であっても過誤払いを回避するための確認作業を行うことになり、預金取引の迅速性が損なわれ、また、二重払いのコストも終局的に預金者に転嫁され、預金者にとっても望ましい結論を導かないと考えられる。
- ・ また、流動性預金債権が譲渡される場合には、①譲渡対象が預金債権か預金契約上の地位かという問題（およびそれに伴い預金口座の帰属を含む権利関係が不明確になるという問題）や、②時々刻々と変化する残高のうち譲渡対象となった部分を特定する必要という困難な問題が生じる。また、③マネー・ローンダリング規制の観点から本人確認を受けない譲受人に預金口座を利用させることはできないという問題もある。預金実務の立場からは、このような問題の発生を未然に防ぐという点からも、預金実務上の譲渡禁止特約の必要性が指摘されている。
- ・ その一方で、かねてより譲渡禁止特約の存在が債権（金銭債権）の流動化による資金調達を妨げているとされており、このような立場からは、少なくとも金銭債権に関する譲渡禁止特約の効力（対第三者効力）を制限すべきと解することになる。銀行界にも、債権の流動化を扱う部門を中心に、クレジットの高い特約付債権を流動化することへのニーズがあるという見解がある。
- ・ このように、銀行実務上は、立場の異なる 2 つの見解が存在している。銀行業務のうち、伝統的な預金業務に比重を置いて検討すべきという見解があるが、双方のバランスに配慮すべきという見解もあることから、いずれにも配

慮した慎重な検討を望む。

(2) 譲渡禁止特約の効力（中間的論点整理第13 1(1)）

① 検討上の留意点

- 相対的効力案は、譲渡禁止特約付債権（以下「特約付債権」という。）の譲渡について譲渡人・譲受人間では効力を認めることにより、債権の流動化を促進する方向からの提案と思われるが、相対的効力案を採用したとしても、必ずしも債権の流動化の促進にはつながらないという指摘がある。特約違反の債権譲渡を当事者間では有効としても、譲渡人（債権者）と債務者との間の譲渡禁止特約違反という契約上の義務違反は生じ、実務上は契約違反を惹起してまで特約付債権を流動化させるニーズはないとするものである。また、特約付債権を流動化した場合に、投資家への償還等に際して、債務者が過誤払いのリスクを回避する目的等で譲渡禁止特約の存在を主張し、スキームの組成時に想定したキャッシュ・フローが確保できないような場合には、アレンジ等として組成に関わった者が善管注意義務違反を問われるおそれ等もある。このような理由から、仮に譲渡禁止特約の効力を相対的効力として構成した場合であっても、特約付債権を積極的に流動化する動きにつながることは期待できないという見解も示されている。
- その一方で、債権流動化を促進する立場から、相対的効力案を積極的に評価し、譲渡禁止特約に違反する債権譲渡を無効とせず、譲渡人・譲受人間で原則として有効とし、そのうえで譲渡禁止特約により確保しようとした債務者の利益にも一定の配慮をするという対応の必要性を指摘する見解もある。
- さらに、債権の真正譲渡による流動化ではなく、債権に譲渡担保を設定して行なう融資取引の観点からは、相対的効力となることにより、譲渡担保の設定（および第三者対抗要件の具備）後に当該債権が差押えられた場合等について、差押債権者等に対して担保設定の有効性を主張できる局面が増加するとして歓迎する見解も存在する。
- 実務上、譲渡禁止特約の有効性が不可欠とされる預金業務の観点からは、相対的効力案に対して否定的な見解がある。例えば、当事者間の譲渡が有効とされ、預金者の債権譲渡への心理的な敷居が下がることにより、預金債権の譲渡を誘発することになる可能性等が指摘されている。仮に法律構成が変わった場合であっても、債務者が譲受人に対して特約を対抗できるのであれば債務者の法的地位は現在と変わらないことから、相対的効力案自体には反対しないものの、後記(3)の提案と結びついて提案されるのであれば相対的効

力案には慎重に対応すべきという見解がある。

- このように、相対的効力案という考え方を巡っては、一定の範囲で積極的に評価する見解があるものの、預金業務を中心として、実務に与える影響を懸念する見解が強い。預金への影響を懸念する立場からは、(a) 預金は大量な取引を迅速に処理する必要があり、それが利用者の利益に資すること、(b) 預金債権は譲渡が禁止されていることが公知であり、譲渡禁止特約により譲受人に不測の損害を与えるおそれはないこと、(c) マネー・ローンダリングを防止する必要があること、(d) 預金債権については、随時の引き出しが可能であり、引き出した後に振り込むといった方法により、債権譲渡と同様の効果を得ることが容易であること等の理由から、預金債権について従来とおり債権譲渡の効力を無効とする方向も考慮されるべきという見解がある。

② 改正提案に対する意見

- 相対的効力案については、債権の流動化を促進する立場からも評価が分かれています一方、預金業務の観点からは慎重意見が多い。銀行における預金業務の重要性を鑑みれば、少なくとも預金債権については譲渡禁止特約について現行法と同等の効果が認められるのであれば、銀行界としては相対的効力案に対して積極的な賛成意見をとることは困難である。

(3) 譲渡禁止特約を譲受人に対抗できない事由（中間的論点整理第13 1

(2)

① 検討上の留意点

- 相対的効力案を採った場合に、譲渡人の倒産手続開始決定があったときは、当該時点までに第三者対抗要件を具備していた譲受人に対し、債務者は譲渡禁止の効力を対抗できないとする提案がされている。
- 銀行実務上は、当該提案内容に沿った改正が実現した場合には、預金業務への影響が懸念される。銀行は大量の預金債務を負っており、譲渡禁止特約により過誤払いのリスクを回避している。しかし、預金者に倒産手続の開始決定があったことを銀行が適時に把握することが制度的に担保されておらず、当該提案に沿った改正が実現した場合には、銀行は預金債権の譲渡に伴う過誤払いのリスクを負担することになる。このようなリスクを回避するためには、銀行の全支店にわたって、預金債権に係る譲渡通知等がされていないかを把握し、管理するシステムが必要とされ、管理コストが上昇することになる。そして、このために増加する費用は、最終的には預金者が負担すること

になるおそれがある。また、譲渡通知が来てからかなり期間が経過した後にこれを認識するケースや、譲渡通知が来ていたこと自体を失念しているケースもあり得る。譲渡禁止特約の効力が認められない場合には、これに代わる債務者保護の方策が必要という指摘がある。

- ・ 預金を担保として行われる融資の実務からは、預金債権との相殺に関して懸念が示されている。例えば、譲渡禁止特約に反して預金債権が譲渡された後に、譲渡人または譲受人に倒産手続開始決定等がされた場合に、銀行が預金者に対して有していた貸付債権と預金債権との相殺の可否等が新たな問題となる可能性が指摘されている。
- ・ その一方で、債権流動化に関与する立場からも、当該提案によって債権の流動化を促進されることはないという見解が示されている。例えば、一般的な債権の流動化取引においては、実質的な資金調達者がSPC等に債権を譲渡した後も取立権を留保されるが、当該者の信用が悪化した場合には倒産手続の開始決定前であっても譲受人による債権回収手続に移行する必要がある。そのため、倒産手続が開始した場合に限定して譲受人が譲渡禁止特約の効力を対抗されないとしても、その前段階で債務者から回収を図れない以上は、提案のような改正がされたとしても、債権流動化の促進にはつながらないという見解がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **上記①のとおり、当該提案が銀行の預金実務に与える影響は甚大である一方で、債権流動化等銀行の他の業務に資する点も少ないと考えられることから、当該提案については強く反対する。**

(4) 総論及び第三者対抗要件の見直し（中間的論点整理第13 2(1)）

① 検討上の留意点

- ・ 債務者をインフォメーションセンターとする民法の対抗要件制度（以下「通知・承諾」という。）は、債務者に照会に応じる義務が課されておらず、また、確定日付が対抗要件の具備時点を固定化する機能を有していないという理論的な問題を抱えている点、通知・承諾と登記が並存することにより登記による公示の一覧性が損なわれている点は銀行実務においても認識されている。このような理論的な問題を解消できるという意味で、債権譲渡の対抗要件を登記制度に一元化させるのは一つの考え方ではある。
- ・ しかし、現状の登記制度は、債権者一人に債務者多数の場合には有効だが、

一括支払システムのように債務者一人に債権者多数の場合には高コストとなる。さらに、司法書士への報酬等を含めると通知・承諾に比して高コストとなるケースが多いと思われる。また、登記への一元化のためには、利用者にとって登記手続のハードルが高いという印象を与えない制度設計が必要という指摘がある。さらに、現行登記制度は定型化されているものの、専門家が見ても譲渡対象とされている債権が容易に判別できないうえ、検索システム等を充実しなければ先行者の確認等が容易に行えず、制度としての明快さを欠くという欠点を抱えているという指摘もある。総じて、登記への一元化を前向きに検討するためには、以上のような点について制度の具体像が示される必要があると考える。

- また、現行の通知・承諾という手段に積極的なメリットを見出す立場も有力である。譲受人の立場からすれば、確定日付のある債務者の承諾（異議を留めない承諾）を取得することで、第三者対抗要件および債務者対抗要件が具備できるほか、承諾書に複数の機能を持たせることにより事務手続が円滑化しているという面がある。例えば、譲渡対象となる債権が特約付債権である場合の譲渡禁止特約を解除する旨の意思表示や、債権譲渡に併せて契約上の地位を譲渡する場合における相手方の承諾も併せて取得できる等、債務者の承諾は簡便な方法として実務上重要な意義を有している。
- なお、本提案は、現状の通知・承諾により債務者をインフォメーションセンターとする制度が債務者に真の債権者が誰かを判断させる負担を強いていることから、債務者のこのような負担を軽減することを目的の一つとしていられる。しかし、少なくとも現行制度を前提とする限りは、特に債務者不特定の将来債権譲渡等について、登記事項証明書を見ることにより債務者が誰に弁済すべきか容易に判断できるとはいえないという指摘もある。
- さらに、現行制度では、債務者へ譲渡の事実を伏せたサイレントでの譲渡が必要な場面や、債務者不特定の将来債権を譲渡するような場面では登記を利用し、そうでない場合には、債務者の承諾を利用するといったかたちで、それぞれの長所を使い分けるという運用がされている。実務上は並存による混乱よりも、むしろ並存によるメリットの方が大きいという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- 上記①のとおり、現時点での登記一元化は時期尚早であること等から、通知・承諾と登記制度による二元的な制度が望ましいと考える。
- なお、通知・承諾または登記に代わる新たな第三者対抗要件制度を設ける旨

の提案のうち、確定日付のある債権譲渡契約書を第三者対抗要件とする提案については、サイレント方式での譲渡の手段として一定の意義を認める立場はあり得るものの、現行実務との連続性がなく、また公示機能も十分ではないことから、この提案に賛成する見解はない。

(5) 債務者対抗要件(権利行使要件)の見直し(中間的論点整理第13 2(2))

① 検討上の留意点

- 債務者の承諾を債務者対抗要件としないという提案の実質的な根拠は、譲渡人と譲受人の間でサイレント方式での譲渡を行い、かつ債務者からの弁済は従来とおりに譲渡人が受けることを約しているような場合に、債務者が債権譲渡を承認したうえで譲受人に対して弁済するという弊害を防止する点にあるとされる。しかし、それが弊害といえるのか自体に疑問があるほか、この場合に債務者が積極的に譲受人に対して弁済するメリットはないため、実務上はこのような懸念はないという見解が示されている。また、そもそも債務者対抗要件とは譲受人が債権の譲り受けを債務者に対抗するための要件であるから、債務者が債権譲渡の事実を認めて譲受人に弁済する場合には、譲受人が債務者対抗要件を備えていなくとも弁済は当然に有効になるのが現行法の考え方であり、本提案はその前提となる現行法の理解において誤りを含むものではないかという指摘もある。
- その一方で、上記のとおり、債務者の承諾により、債務者対抗要件と同時に第三者対抗要件の具備の効果が得られるほか、承諾書に複数の機能を持たせることができるため、債務者の承諾に実務上の利便性が認められている。
- また、債務者の承諾が債務者対抗要件から外れ、登記事項証明書の交付等によってのみ債務者対抗要件を具備できるとすると、債権者が非居住者で海外にいるというケースでは日本の法律に従って対抗要件を備えることができなくなる可能性がある点が懸念される。例えば、債権者が外国にいる場合には、日本法にもとづく登記事項証明書を取得できず、債務者対抗要件を具備できなくなるのではないかという実務上の問題点も指摘されている。

② 改正提案に対する意見

- 債務者対抗要件(権利行使要件)から債務者の承諾を外すという提案については、反対する。

(6) 債務者保護のための規定の明確化等(中間的論点整理第13 2(4))

① 検討上の留意点

- ・ 債務者を保護するために、債権譲渡が競合した場合に誰に弁済すべきかという行為準則を、判例法理を整理したうえで明確にすることは、債務者の関与なく債権譲渡が行われることからくる債務者の不利益を回避するための解決策として評価できる。
- ・ しかし、実際にこのような事態が生じた場合には、法的な判断能力がある金融機関でも誰に弁済すべきか判断に迷うことがある。一般の消費者であれば、仮に法律の条文に書いてあるとおりでなくても、特定の者へ支払うことには躊躇をするのではないかと考えられる。それにも関わらず、誰かに支払わないと履行遅滞になるということは非常に厳しいと考えられる。

② 改正提案に対する意見

- ・ 債務者保護のために弁済すべき者を明らかにする明文規定を設けることには賛成する。
- ・ しかし、上記①のとおり、このような規定を設けることによる債務者の保護には限界があることから、供託要件の拡張や、運用面での改善が望ましい。
- ・ また、証券的債権に関する債務者の調査権（民法第470条）のように債務者に対して債権者が真の債権者か否か調査する権利を与え、相当の調査期間については債務者が免責されるような規定を設けることも考えられるという意見もある。なお、このような規定を設ける場合であっても、債務者が調査義務を負うわけではないことは当然であり、当該義務を負うような解釈がなされるべきではない。

(7) 抗弁の切断（中間的論点整理第13 3）

① 検討上の留意点

- ・ 債権譲渡により債務者が不利益を被るべきではないのが原則であるが、その一方で債権に付着する抗弁の存在を債権の譲受人が確認することが極めて困難である以上、債権の譲渡を行う前提として、取引安全を図るための何らかの制度は必要と解される。
- ・ 銀行実務では、金融機関が異議を留めない承諾をとる場合には定型的な書面により「異議なく承諾します」という文言で対応している。異議を留めない承諾の制度があるため、異議を留めない承諾を依頼することに加えて銀行が債務者に抗弁の放棄を依頼することはない。しかし、債権の譲り受けに際して抗弁を切断するニーズがあることから、異議を留めない承諾の制度が廃止

される場合には、銀行が譲受人となる場合に、銀行は債務者に抗弁の放棄を依頼することになると思われるが、ここで、債務者がその認識の有無を問わず存在し得る抗弁を包括的に放棄することが認められるのであれば、現在の実務と実質的に変わるところはないという指摘がある。

- なお、異議を留めない承諾による抗弁の切断の制度を廃止することは、当該制度が債務者にとって不利益に働いていることを理由とするものと解されるが、異議を留めない承諾による抗弁の切断については抗弁の存在に悪意の譲受人は抗弁の切断を対抗できないのに対して、抗弁の放棄による場合には、譲受人が悪意の抗弁についても放棄が可能となることから、実務上異議を留めない承諾に代えて抗弁の放棄が用いられることとなる場合には、債務者にとってかえって不利に働く場面が生じてくる可能性がある点にも注意が必要である。

② 改正提案に対する意見

- 上記①のとおり、債権譲渡を円滑に行うためには譲受人保護の方策も必要であり、異議を留めない承諾を廃止すべきか慎重に検討すべきという意見がある。また、債務者の保護を図るにしても、制度の廃止ではなく、具体的な債務者の関与の程度や書面性の要否等によりバランスを取ることもあり得るという指摘がある。
- また、仮に異議を留めない承諾を廃止する場合には、譲渡対象となる債権に付着する抗弁全部について包括的に放棄する旨の意思表示の有効性を明文化すべきであるという意見もある。

(8) 将来債権の譲渡が認められる旨の規律の要否(中間的論点整理第13 4

(1))

① 検討上の留意点

- 将来債権譲渡ができるということを明文化するという点に関しては、反対意見は見られない。

② 改正提案に対する意見

- 将来債権譲渡ができることを明文化する旨の提案には賛成する。

(9) 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界(中間的論点整理第13 4

(2))

① 検討上の留意点

- 将来債権譲渡の制約原理として公序良俗の内容を明確化することについては、将来債権譲渡に限ってこれを行うこととすると、公序良俗の一般条項としての性格が見え難くなるという問題があり、また、将来債権譲渡に限ってこれを行う必要があるかといった点で違和感がある。さらに、そもそも公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界について法定するほどの判例の蓄積があるのかも不明であり、硬直的な運用を招くのではないかという懸念の指摘がある。
- 仮に将来債権譲渡の対象範囲に限界がある旨を条文上明確化する場合には、金融のイノベーションを阻害しない方法をとる必要がある。例えば、年数を限定するという考え方は、プロジェクトファイナンスで行われる全資産担保として20年、30年のプロジェクトのキャッシュ・フローを担保にとる実務を阻害する懸念がある。

② 改正提案に対する意見

- 公序良俗の観点からの将来債権譲渡の効力の限界を明文化する内容の提案には反対する。
- なお、一定の年限を区切って当該期間の範囲内の将来債権譲渡について有効性を確認する旨の規定を設けるべきという見解（セーフハーバー論）についても反対または慎重な意見が大勢である。その理由として、公序良俗といった一般条項については、その性質上、一定の場合にはその適用がないとする規定を設けることはできないという点があげられる。

(10) 譲渡人の地位の変動に伴う将来債権譲渡の効力の限界(中間的論点整理第

13 4(3))

① 検討上の留意点

- 民法に公序良俗にもとづく制限以外の将来債権譲渡の制約原理を導入する考え方については、そもそも平時における将来債権譲渡の効力に限界を設ける必要があるような弊害は生じていないのではないかという指摘がある。
- また、仮に民法に中間的論点整理で提示されているような将来債権譲渡の効力の限界に関する規定を設ける場合であっても、倒産時における規律については別途の検討が必要という指摘がある。具体的には、不動産賃料債権や売掛債権の帰属で全て譲受人に帰属するという案や、譲渡人から契約上の地位等を承継した譲受人に対しては将来債権譲渡の効力が及ぶという見解をと

った場合でも、倒産時における適用については、管財人等を第三者と見るか、債務者と同一の地位を有する者と見るかといった見解により結論が左右されるところ、倒産手続においては、民法上の原則をそのまま適用するのではなく、別途、破産、再生等の個々の手続きにおける目的に配慮した特則を設けることも考えられるという見解がある。

- なお、不動産譲渡後あるいは事業譲渡後に発生した債権は不動産または事業の譲受人に帰属し、将来債権の譲受人には帰属しないとの考え方を採る場合には、少なくとも一定の範囲で債権者・譲渡人の方には当該債権を発生させる資産や事業を維持する義務を負わせる必要があるという見解がある。例えば、敷金返還請求権に質権が設定された場合の質権設定者の担保価値維持義務に関する判例（最判平成18年12月21日民集60巻10号3964頁）の射程がこの場合に及ぶと解したうえで、譲受人に正当な理由なく将来債権の発生を阻害しない義務を負わせるという見解や、必ずしもこのような考え方に限ることなく、将来債権の譲渡人や当該債権の譲受人（特に、倒産時の管財人等）の義務について議論を深め、適切な譲受人の義務を模索することが望ましいといった考え方が示されている。
- また、その違反の効果についても考慮すべきであり、例えば、破産管財人が当該義務を負うのであれば、当該義務に反した破産管財人の行為による損害については、損害賠償請求権として財団債権になるという考え方もあるのではないかという見解がある。

② 改正提案に対する意見

- 本論点に関する提案について様々な指摘がなされており、上記①のとおり慎重な検討を望む。
- また、将来債権の譲受人が負う義務の内容を明確化することは、将来債権譲渡を巡る法律関係の予見可能性を高めるうえで重要であり、議論が深められることを期待する。

1 2. 債務引受（中間的論点整理第 1 5）

(1) 総論（債務引受に関する規定の要否）（中間的論点整理第 1 5 1）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行実務上、債務引受が利用される場面として次のようなものがあげられる。
 - 抵当不動産の買主による抵当債務の引受け。
 - 事業譲渡の場合における事業上の債務の引受け（例えば、個人経営を法人組織に変える場合、親会社の財産を子会社に移転する場合等）。
 - 信用悪化した債務者に代わる新債務者の引受け。
 - 債務者死亡の場合の相続人のなかの一部の者の引受け。
 - 一括支払における債務引受スキーム。
 - 決済システムにおける清算者による参加金融機関の債務の引受け。
- ・ 債務引受の要件・効果の明文化については、当該実務に法的安定性を付与する方向で検討されるべきである。

② 改正提案に対する意見

- ・ 債務引受に関する規定を設けることは現行取引の法的安定に資すると考えられ、賛成する。
- ・ なお、上記①のとおり、実務に法的安定性を付与する方向で検討されるべきである。

(2) 併存的債務引受の要件・効果（中間的論点整理第 1 5 2 (1) (2)）

① 検討上の留意点

- ・ 債務者と引受人との合意による併存的債務引受における受益の意思表示の要否について、銀行界では取引ニーズを背景に以下のとおり両論みられる。
- ・ 債権者の受益の意思表示を不要とする見解は、発行済みの社債に事後的に保証を付けようとした場合に、多数の債権者との間で各別に保証契約を締結することが困難であるといった事情があるときに、併存的債務引受により、同様の法律効果が得られるという点を指摘する。
- ・ 他方、債権者の受益の意思表示を不要とする場合には、引受人として、反社会的勢力のような者が取引に入ることを債権者は事前に排除できなくなる懸念があると指摘する。この点については、受益の意思表示は不要だが、債権者は事後的に反対の意思表示によって、併存的債務引受の効果がそもそも生じないこととする規律であれば、この懸念も緩和されるが、債権者が債務

引受の事実を知らない場合には、当該反対の意思表示もできない。また、知ったとしても当該引受人が取引関係に一旦入ることは避けられず、知るまでの間に反社会的勢力が入ってきてしまうという問題はある。なお、このような場合について、一時的に反社会的勢力との接点を持ち得る点につき、反社会的勢力排除の観点から非難されるべきことなのかは本問題を検討するうえで考慮すべきであるという指摘がある。

- ・ なお、いずれの立場においても、併存的債務引受の効果として、連帯債務となるにしても、時効の完成に絶対的効力を認めることは懸念が指摘されている。例えば、債権者が知らない間に引受人が現れて、引受人との間で時効が完成したとすると、そのような場合に絶対的効力が生ずると、債権者に不当に不利益が課されるという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、債権者の受益の意思表示の要否について両論があるため、これらの実務状況に配慮を求める。
- ・ また、この両論意見は、保証引受契約および第三者のためのする契約での受益の意思表示を不要とする類型に関しても同様の理由にもとづいて提案されており、併せて検討を行う必要がある（なお、本意見書「10. 保証債務 (2) 主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立」および「21. 第三者のためにする契約 (1) 受益の意思の表示を不要とする類型の創設等」参照）。

(3) 併存的債務引受と保証との関係（中間的論点整理第15 2(3)）

① 検討上の留意点

- ・ 本論点に関しては、実務上、債務引受が様々に利用されていることから、不明確な基準により保証と判断されることは、かえって取引を阻害する。
- ・ 要件については、「併存的債務引受の趣旨が補充的に債務を負うものであった場合」や「契約の目的が債務者の債務を保証するものであるとき」といった規律は、区別の基準として明確性に欠けるという指摘がある。
- ・ また、仮に、債務者と引受人の内部負担割合が100対ゼロの場合をメルクマールとする場合でも、債権者にとって内部負担割合は分からないため、十分ではないという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 保証の規律の脱法を防ぐという観点から、併存的債務引受を一定の場合に保証と推定する、あるいは保証の規律を準用する必要性については理解する。
- ・ ただし、当該規定を設ける場合には、実務の併存的債務引受の利用状況をみたらうえて、要件や基準が不明確であったり、実務の利用目的と大きく乖離する要件とならないよう検討すべきである。
- ・ また、保証債務の規律について、保証人保護の強化ないし当該保護に関する規律の導入が提案されており、本意見書でも意見を述べている（本意見書「10. 保証債務 (3) 保証契約締結の際における保証人保護の方策」等参照）。併存的債務引受について、信用補完機能面を重視して利用するにしても、保証とは異なる利用を当事者が選択していることがあり、また、保証と同様の機能を有する場合であっても、保証人保護の規律が単純に準用されることが、取引の実態から見て適切か否か慎重な検討が必要である。

(4) 免責的債務引受（中間的論点整理第15 3）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行実務上、債務引受については、免責的債務引受の利用が中心という指摘があり、規律を設ける場合には実務状況を十分に勘案して検討すべきである。
- ・ 免責的債務引受については、利害関係のない第三者による弁済が無効とされていることから、通説・判例は、債務者の意思に反して免責的債務引受をすることはできないとしているが、利害関係のない第三者も債務者の意思に関わらず弁済することができるとするのであれば、免責的債務引受についても債務者の意思の様態に関わらず認めてよいという指摘がある。
- ・ 実務的には相続の免責的債務引受について旧債務者たる免除される相続人の同意が取れないことが多く、その対応として、債権者と引受人の合意により免責的債務引受が成立するとしても、免除を受ける債務者の保護に乏しいとは思われないという指摘がある。
- ・ 免責的債務引受について債務者の意思に反しないことを要件としない場合の引受人の求償権の考え方としては、第三者による弁済における提案（部会資料10-2[3頁]）と同様、求償権を取得しないと考えればよいという指摘がある。一方、債務者の意思の反するか否に関わらず、求償権を取得することとし、求償の範囲については債務者の意思に反するときは現存利益の限度とすることでよいという指摘もある。
- ・ また、免責的債務引受は、決済システムにおける清算機関における清算参加者との債権債務の置換えにおいて広く利用されている。このことは、清算機

関を規制する業法においても明確に規定されている（金融商品取引法第2条第28項、同第156条の2、資金決済法第2条第5項、同第64条第1項・第2項）。このスキームの法的有効性は、決済システムの根幹に関わるものであり、過去長い期間にわたって慎重な検討を続け、法的に安定した設計を行ってきており、経済社会における重要なインフラを支える決済システムの実務を踏まえた検討が必要で、これを否定するようなことは受け入れ難いという強い指摘がある。特に、清算機関の採用する免責的債務引受と原債務者に対する債権の取得構成について、両者の無因的な法律関係に関し法理論的な問題点の指摘があるが、清算機関の取扱いは、免責的債務引受を原因とする債権取得と考えられ、有因的に規律を設けており、また、当該意思解釈もそのように解することができるのではないかと考えられるところ、検討に当たっては、そのような実務を阻害しないようにすべきという指摘がある（この点は、「新たな債権消滅原因に関する法的概念」の評価に関わるものである）。

- ・ 免責的債務引受の法的性質を併存的債務引受に債権者による意思表示が付加されたものと見るという考えによる場合には、規定の設け方によっては、清算機関が現在採用している構成に影響を与える可能性があるのではないかという懸念もあり、この点も現行実務を踏まえた慎重な検討を要する。
- ・ 法理論的に免除や第三者による弁済も同様に考えざるを得ないのか、免責的債務引受と截然と分けた規律とするのかという検討も希望する指摘もある。
- ・ 免責的債務引受の要件として債権者の承認を必要とした場合には、債務者と引受人との間で債務引受の合意がされたときに、債務引受の効力発生時期が問題となり、債権者が承認することにより債務引受が有効となり、債務者と引受人との合意の時点に遡って効力が生ずるとの考え方（部会資料9-2[65頁]）もあるが、清算機関の実務では、予め包括的に参加者が承認をしており、個別の債権発生時に承認をしていないことから、免責的債務引受の要件および効果の検討に当たっては、当該実務に沿った検討が必要という指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、現行実務を踏まえた免責的債務引受の規律導入の検討を強く望む。債務の承継場面だけでなく、金融スキームを支える規律として重要な役割を果たしていることに配慮が必要である。
- ・ 決済システムにおける清算機関がこのスキームを採用しており、同システム

が経済社会におけるインフラである点に鑑み、本件検討において特段の配慮がなされるべきと考える。

(5) 将来債務引受に関する規定の要否（中間的論点整理第15 4(1)）

① 検討上の留意点

- ・ 実務上、将来発生する債務の引受を約する取引が存在しており、将来債権譲渡について明文の規定を設ける提案と同様、将来債務引受についても明文の規定を設けることも検討されてよいという指摘がある。
- ・ 例えば、清算機関の債務引受では、将来発生する債務の引受について規定を設けている。
- ・ 規定を設ける場合も、現行の実務を踏まえた規定とする必要がある。特に清算機関との関係では、後述の「新たな債権消滅原因に関する法的概念に関する規定」の評価にも関わる問題という指摘もあり、現在の実務の取扱いに支障を与える規律については慎重な検討を要するという指摘もある。
- ・ 将来債務引受の明文規定を設ける場合には、将来債権譲渡と同様に他の債務と峻別することができる程度の特定性があれば、有効に将来債務の引受けをすることができるといった規律がよいという指摘がある。例えば、債権の特定がされている限り、債務者と引受人間の合意による債務引受については、債権者が特定されていなくてもよい、あるいは債権者と引受人間の債務引受であれば債務者が特定されていなくてもよいとするものである。

② 改正提案に対する意見

- ・ 将来債務引受については、その有効性について、現行法上も解釈において認められると考えられるが、民法に根拠を設けるという意味で、明文の規定を設ける意味があると考える。
- ・ **具体的な検討に当たっては、上記①のとおり、現行実務に沿った規定の検討を強く望む。**

(6) 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の要否（中間的論点整理第15 4(3)）

① 検討上の留意点

- ・ 債務引受に関する規定を設ける場合には、債権譲渡や差押えと債務引受とが競合した場合の取扱いについて検討する必要があるという指摘がある。例えば、免責的債務引受がなされた後に、元の債務者を第三債務者とする差押え

があった場合や、債権譲渡がなされた後に、元の債権者（譲渡人）の承諾を得て債務引受がなされた場合、また、サイレント方式で債権譲渡がなされた後、債権者の承諾を得ないで債務引受がなされた場合等、債務引受と両立しない関係にある第三者との法律関係について検討のうえ、どのような規律が必要かも含め、慎重な検討を要する。

- ・ 検討に当たっては、保証債務引受契約の場合、第三者のためのする契約における場合、第三者による弁済の場合との整合性の要否も含めて検討する必要があるという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①の指摘を踏まえた検討を望む。ただし、具体的な規律のあり方（競合関係にある場合の優劣の決め方等）については、問題となる場面の洗い出しも含めて慎重な検討を望む。

1 3. 弁済（中間的論点整理第 1 7）

(1) 利害関係を有しない第三者による弁済（中間的論点整理 1 7 2 (2)）

① 検討上の留意点

- ・ 利害関係を有しない第三者による弁済については、現在は債務者の意思に反する場合には無効とされているため、行方不明者等の家族等から弁済を行いたいとの申し出がある場合に、それを受け入れることは困難である等の問題がある。したがって、債務者の意思に反する利害関係を有しない第三者による弁済が有効と認められることは有益であるという指摘がある。
- ・ 債務者の意思に反する利害関係を有しない第三者による弁済については、求償権を取得しないという提案も示されているところ、これに対して賛成する指摘が存在する一方、債務者の意思に関わらず求償権を取得することでよいという指摘や、一定の場合には求償権の取得を認めてよいという指摘もある。
- ・ 債務者の意思に関わらず求償権を取得することでよいという立場からは、事務管理との平仄から債務者の意思に関わらず求償権を取得することとし、当該弁済が債務者の意思に反するときは現存利益の限度とすることでよいという指摘がある。この立場からは、事務管理の規定も併せて、「債務者（本人）の意思に反して」という文言を「債務者（本人）の合理的な利益に反するとき」という客観的な要件に改める提案もある。
- ・ 一定の場合に求償権を認めてもよいとの立場からは、第三者による弁済を認めることについて、譲渡禁止特約や第三者弁済禁止特約の潜脱になるという懸念から、求償権を取得しないという考えがとられているが、譲渡禁止特約の効力として相対的効力案が採用されることを前提として、第三者による弁済は有効であるが、その効果を主張できないと構成することや、債務者の受益の意思表示がある場合には求償権が発生するという構成によっても対応可能であって、一切求償権を取得しないという構成とする必要はないという指摘がある。また、「債務者の意思に反し、かつ第三者による弁済が債務者の不利益となる場合」については求償権を取得できないと構成すべきという指摘もある。
- ・ また、債務者の意思に関わらず、利害関係を有しない第三者による弁済を有効とする場合には、債権者の立場からすると、無関係の第三者が現れてくるため、反社会的勢力の関与を排除する観点も含めて、利害関係を有しない第三者による弁済に対し債権者は受領義務を負わないこととすべきという指摘がある。これは、第三者が弁済を申し出たとしても、弁済の提供および受

領遅滞の効果が生じないように配慮すべきという指摘である。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、債務者の意思に反する利害関係を有しない第三者による弁済を原則として有効とすることに賛成である。
- ・ その際の求償権の取得の可否については、上記①のとおり、様々な考え方が存在することも踏まえ、慎重な検討を要する。

(2) 「債権の準占有者」概念の見直し・善意無過失要件の見直し（中間的論点整理第17 4(2)ア・イ)

① 検討上の留意点

- ・ 債権の準占有者に対する弁済について「債権の準占有者」概念や「善意無過失要件」の見直しを検討するに当たっては、現行の民法の下で積みあげられてきた実務の考え方や実質的な適用範囲を変更することのないよう配慮されるべきである。
- ・ 中間的論点整理では、善意無過失要件の見直しにおいて「機械払システムの設置管理についての過失の有無をも考慮して判断した判例法理」を踏まえた検討を行う方向性が示されているが、この判例は、従来の善意無過失要件の解釈の問題として位置付けることができ、この判例を取り込むために善意無過失要件の改正が必要となるわけではないという指摘がある。
- ・ また、大量の債権について迅速な弁済が要求される預金債権における善意無過失について判断した判例にもとづき、通常一般の弁済に関する善意無過失要件の見直しを行うことが、実質的な適用範囲を変更するものとならないのか慎重な検討が必要であるという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、「債権の準占有者」概念や「善意無過失要件」について時代に即した見直しを行う場合には、現在の条文の下で判例・実務により積みあげられてきた規律を前提として、実質的な適用範囲が変更されないことのないよう慎重な検討を行うべきである。

(3) 債権の準占有者に対する弁済における債権者の帰責事由の要否（中間的論点整理第17 4(2)ウ)

① 検討上の留意点

- ・ 本件について真の債権者の帰責性を要件とすることは、弁済場面は外観法理とは異なる側面があることに注意すべきである。
- ・ 権利外観法理である表見代理が新たな法律行為を締結するという場面を想定しているのに対し、弁済は債務者の義務として、債務者は履行を迫られる立場にあり、日常頻繁かつ迅速になされる必要性があるため想定される場面を異にしている。
- ・ 銀行取引において、預金の払戻しは、債務者の義務であることに加え、大量性・処理の迅速性への対応が要求されている。そこで、民法第478条を任意規定と理解し、銀行が免責される場面を具体化した預金約款を制定している。実際には預金の払戻しの免責においても判例理論に沿って銀行に善意無過失が要求されており、事実上民法第478条が強行規定のような性質を持つに至っているが、判例を見ると、預金実務の特性には十分な配慮がなされていると理解できる。判例においては、預金の払戻しにおける銀行の注意義務に関して、例えば、妻が夫名義の預金の払戻しに来た場面や、会社の従業員が会社名義の預金の払戻しを請求した事案においても、他人に支払っていることをもって過失があるという認定は行われていない。それは、本人確認や代理権を都度確認しては実務が回らないという点に配慮しているためであると思われる。
- ・ そのような中、帰責事由を独立の要件とされると、上記のような事例においても、銀行は、預金者本人に帰責事由が存在するか否かは知らないため、現行実務以上の本人確認や代理権を確認する必要性が生じ、銀行窓口実務に多大な影響を与え、また顧客の利便性を損なう事態が生じることが懸念される。
- ・ 民法第478条は、債権の二重譲渡がなされた場合に劣後する譲受人へ弁済した第三債務者を救済する場面においても重要な役割を担っており、帰責事由を独立の要件とすることで、当該第三債務者の保護に支障が出るおそれがあることに注意すべきであるという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **上記①のとおり、債権の準占有者に対する弁済が有効と認められるための独立の要件として「債権者の帰責事由」を新たに設ける提案には強く反対する。**

(4) 民法第478条の適用範囲の拡張の要否(中間的論点整理第17-4(2)エ)

① 検討上の留意点

- ・ 銀行取引との関係では、これまでの判例の明確化について積極的な立場の指

摘がなされている。

- ・ なお、民法第 478 条の適用範囲の拡張の検討に当たっては、今後の様々な取引類型の発展に備え、当該拡張が限定列举とならないようにするべきという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、銀行実務上も認められている判例法理を明文化することには賛成である。

(5) 受取証書の持参人に対する弁済（中間的論点整理第 17 4 (3)）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行は預金通帳以外にも、例えば権利証や担保株券等において預かり証を渡して現物を預かり、当該預かり証と引換に現物を渡しているものが多くある。
- ・ 仮に民法第 480 条の規定を廃止する場合には、免責証券の要件を考える手掛かりとなる規定がなくなることへの懸念がある。したがって、検討に当たっては免責証券の要件も、併せて検討すべきという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、免責証券の要件が検討されることなく、民法第 480 条が削除されることがないよう望む。

(6) 弁済の充当（中間的論点整理第 17 7）

① 検討上の留意点

- ・ 弁済の充当に関する民法第 488 条から第 491 条までの規定の改正の検討に当たっては、合意充当が優先することを明確化することが実務上の高いニーズとして指摘されている。
- ・ また、判例（最二小判昭 62 年 12 月 18 日金法 1182 号 38 頁）では民事執行の配当の際には法定充当に従うとされているが、このような場合にも合意充当を認めるべきであって、債権者も債務者も元本から先に充当することを望み、それにより債務の圧縮を図ることができ、両者の利益に適う事例が多くあるという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、弁済充当において合意による充当が優先することを明確化

する改正提案には賛成である。また、民事執行手続における配当においても、合意充当を優先させる考え方が採用されることを望む。

(7) 口頭の提供すら不要とされる場合の明文化（中間的論点整理第17 8
(2)）

① 検討上の留意点

- ・ 口頭の提供すら不要とされる場合の明文化の検討に当たっては、部会資料において判例として取りあげられている債務者の受領拒絶の意思が明確な場合以外にも口頭の提供すら不要とされる場合があることが明らかになるような改正となるよう配慮すべきという指摘がある。
- ・ 具体的には、債務者において債務の実現につき債権者の受領行為以外に何らの協力を求める必要がなく、履行期および履行場所が確定している取立債務において、債務者の口頭の提供がなくても遅滞の責任を負わないとした裁判例が参考となる。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、明文の規定を設ける場合には適用が限定的にならないようにすべきである。また、上記裁判例の明文化を望む。

(8) 弁済の目的物の供託（弁済供託）（中間的論点整理第17 9）

① 検討上の留意点

- ・ 預金債権の相続を巡り銀行が訴訟の当事者として訴えられる等、銀行は、本来顧客側で解決すべきトラブルに巻き込まれるケースが多いことから、そのような場合に債務者として適切に履行できるようにするためにも柔軟な供託制度の運用を望む指摘が多い。
- ・ また、問題となった事例として、税務署から「〇〇こと××」という差押債務者名による債権差押通知書が送達されると、税務署では〇〇が口座名義人ではあるが××が預金債権者であると認識していることとなるが、銀行としては〇〇を預金債権者と認識しているため、いずれの預金なのか判別し得ず差押対象債権となるのかが分からないという事態が生じる。このような場合に債権者不確知で供託しようとしても、銀行は預金者が誰かを一番分かっている当事者であると扱われ、供託が受け付けられないという事例がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、柔軟な供託制度の運用を望むものであるが、これが現行の供託要件に起因するものであれば、その改正の要否についても検討を求める。

(9) 任意代位の見直し（中間的論点整理第17 10(1)）

① 検討上の留意点

- ・ 任意代位のとくに債権者の承諾を要しないということは、強制的に債権譲渡させられるのと同じ結果になるのではないかという懸念の指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 任意代位の要件から、弁済と同時に債権者の承諾を得ることは不要という考え方には賛成し難い。

(10) 一部弁済による代位の要件・効果の見直し（中間的論点整理第17 10(3)ア）

① 検討上の留意点

- ・ 一部弁済の場合の連帯債務者間の求償について、少なくとも連帯債務者は債権者に対して債務全額について責任を負っていることから、債権者への弁済が終わるまでは債権者に劣後するという取扱いが適当という指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 一部弁済の場合の連帯債務者間の求償について、少なくとも連帯債務者は債権者に対して債務全額について責任を負っていることから、債権者への弁済が終わるまでは債権者に劣後することを明文化すべきである。

(11) 保証債務の一部を履行した場合における債権者の原債権と保証人の求償権の関係（中間的論点整理第17 10(3)ウ）

① 検討上の留意点

- ・ 本件については、実務上保証人が保証債務の一部を履行した場合に保証人が取得する求償権等は、債権者の有する原債権に劣後し、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、保証人は求償権等を行使できないことの明確化に強いニーズが示されている。

② 改正提案に対する意見

- ・ 保証人が保証債務の一部を履行した場合に保証人が取得する求償権等は、債

債権者の有する原債権に劣後し、債権者が原債権の全額の弁済を受領するまで、保証人は求償権等を行使できないことを明文化すべきである。

(12) 債権者の義務の明確化（中間的論点整理第17 10(4)ア）

- 債権者の担保保存義務に関し、「合理的な理由がある場合には債権者が担保保存義務を問われない」とする方向で規定を設けた場合、（その反対解釈として）現在の実務よりも債権者に過大な負担が発生することになることを懸念する指摘がある。銀行実務では、必ずしも担保解除時に他の利害関係人の同意をとっていないケースもあり、現在の「担保保存義務免除特約」の有効性を制限するようなことは避けるべきであるという指摘がある。

1 4. 相殺（中間的論点整理第 1 8）

(1) 相殺の要件の明確化（中間的論点整理第 1 8 1 (1)）

① 検討上の留意点

- ・ 民法第 136 条では、期限は債務者の利益のために定めたものと推定することとされているが、期限は必ずしも債務者のためだけにあるわけではなく、債権者のためにもある場合があり、仮に受働債権の弁済期到来を要件としないこととする場合には、弁済期未到来の債権を受働債権として相殺をした相殺権者は損害賠償義務を免れないことを確認しておきたい。銀行実務では、例えば、貸金等の期限前弁済の時には、違約金や清算金が発生する場合もある。
- ・ 相殺権者に上記のような損害賠償義務が存在することを前提とするならば、受働債権の弁済期到来を要件としない方向で見直すことに異論はないという指摘がある。
- ・ 他方、受働債権の弁済期到来を要件とした場合でも、期限の利益を放棄して（それにより相手方に損害が生じるときはそれを賠償して）相殺することは可能であり、受働債権の弁済期到来を要件としないこととした場合であっても同様の損害賠償をする必要があるとするのであれば、受働債権の弁済期到来を要件としないこととする必要はないという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、受働債権の弁済期到来を要件とするものの要否については両論存在することを踏まえた検討を望む。

(2) 第三者による相殺（中間的論点整理第 1 8 1 (2)）

① 検討上の留意点

- ・ 第三者による相殺の可否については、必ずしも債権債務関係が単純ではない場合も想定され、慎重に検討する必要がある。また、銀行の与信管理実務への影響も大きいと考えられる。
- ・ 中間的論点整理の本文の②のケースのような第三者による相殺に関しては、相殺の期待の保護からも、Aの承諾を要件とするか、あるいはAからの相殺の抗弁を認めるべきで、どちらかが必要である。この点は、第三者による弁済における債権者の承諾の問題点にも関係する。
- ・ 上記のAの相殺の抗弁を認める考えは、相殺の意思表示説、すなわち、先に意思表示された相殺が優先するという判例（最判昭和 54 年 7 月 10 日民集 33

巻5号533頁)を見直すことになるという指摘もある。

- また、上記の②のケースについて、Cが乙債権の担保となっている不動産をBに譲渡するかたちで、Bが物上保証人や第三取得者になるケースでは、Bは弁済するについて正当な利益を有する第三者になり、第三者による弁済をどういう範囲で認めるかに関わらず、弁済するについて正当な利益を有する立場になることは可能である。そのような場合でも、上記の②のケースのような弊害は発生し得るという点も含めて第三者による相殺それ自体に関する弊害をどう防ぐのかという指摘もある。
- 現在の金融実務では、取引先と都度担保設定を行わなくとも、預金を信用力の補完としてみている。しかし、第三者による相殺が認められた場合、預金（特に担保設定の難しい流動性預金）を信用力の補完としてみることができなくなり、取引先への与信に慎重な姿勢をとらざるを得なくなることが予想される。これは、経済社会にマイナスの影響が大きいと考える。

② 改正提案に対する意見

- **第三者による相殺を認めることには、強く反対する。**

(3) 相殺の遡及効の見直し（中間的論点整理第18 2(1)）

① 検討上の留意点

- 現状、相殺の遡及効については安定的に運用されていると認識しており、現行の運用状況を改正する必要性について、十分な検証が必要と考える。
- 民法第506条第2項は「意思表示は、双方の債務が互いに相殺に適するようになった時にさかのぼってその効力を生ずる」と規定されており、法定相殺を行う場合には、相殺適状となった時以降、自働・受働両債権について利息・損害金債権は発生しないという前提に立っている。
- 一方、銀行実務で行われる約定相殺では、一般的に「債権・債務の利息損害等の計算については、その計算実行の日まで（中略）とします」（旧銀行取引約定書ひな型第7条第3項）という条項が存在する。したがって、相殺の遡及効を見直し、相殺の効力発生時点を意思表示時とする考え方が採用された場合であっても、当該約定にもとづき計算を行うこととなる。
- 例えば、銀行が相殺適状後に内容証明等による相殺通知の準備を進めていた間において、預金の払戻し請求があった場合を考えると、遡及効がある場合には預金の払戻しについて債務不履行は生じないものの、遡及効がない場合には、一時的に債務不履行という事実が残ることとなる。債権・債務の利息

損害等の計算については、上記の約定により計算することに変更が生じるわけではないものの、当該状況が生じ得ることに懸念を示す指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 相殺の遡及効を見直し、相殺の意思表示がされた時点で相殺の効力が生ずるものと改めるべきであるという考え方には、慎重な検討を要する。

(4) 時効消滅した債権を自働債権とする相殺の見直し(中間的論点整理第182(2))

① 検討上の留意点

- ・ 金融機関としては、相殺の期待の保護を重視している。
- ・ 債権者は相殺適状にあれば、債権の回収に懸念がなく、時効管理も厳格でなくなることもあるが、相殺の期待に鑑みると非難には当たらないと考える。
- ・ 銀行では時効消滅した債権を自働債権とする相殺を主張することは基本的にないが、例外的に想定される場合として、A貸金とB貸金のうちA貸金を自動継続定期預金との相殺により回収したが、B貸金については弁済が得られず時効消滅していたところ、預金通帳・証書が回収できず預金者の手元に残り(預金債権との相殺により回収をする場合には、預金通帳・証書が回収できない場合がある)、相殺の記録の社内的な保管期限を経過した10年、20年後になって通帳等を持って預金の払戻しを請求される場合が考えられる。自動継続定期預金は継続停止の申出がない限り時効にかからないとされた(最判平成19年4月24日)ので、相殺の抗弁が唯一の手段として重要になる。

② 改正提案に対する意見

- ・ 金融機関としては相殺の期待の保護を重視しており、現行民法第508条の規定は維持すべきであると考える。

(5) 法定相殺と差押え(中間的論点整理第184(1))

① 検討上の留意点

- ・ いわゆる無制限説を採用した最高裁昭和45年判決(最判昭和45年6月24日)以降、40年近くに渡り、無制限説と相殺予約の有効性は実務としても確立されており、これを覆すような改正が行われる場合には、自働債権と受働債権の弁済期の前後に配慮しなければならないこととなり、銀行実務は対処

できないと考えられる。

- 仮に制限説が採用された場合には、期限の利益喪失事由により弁済期を操作することが重要になるが、その結果、法的知識に乏しい者が相殺することができなくなる点で公平ではないのではないかと、また、金融機関が借り手の負担軽減のために返済期限の延長を行うと、それにより相殺が認められなくなるおそれが生ずることから金融機関が返済期限の延長に慎重になるおそれがあるという指摘もある。
- 無制限説を前提にした金融イノベーションは、一括支払システム、手形レスサービス等多々あげられる。この点は、金融サービスのみならず、様々な業態の簡易な決済サービス等でも無制限説を前提としたサービスが多数存在している実態もあり、法改正によりそれらの取引を徒に混乱に陥れる必要はないという強い指摘がある。
- 銀行取引において、預金、貸金の弁済期は、預換え、借換え、期限前解約、期限前弁済、リスケジュール等により常に変動しており、ある時点においてある自働債権と受働債権のいずれの弁済期が先かというのは、ほとんど偶然に決まるものと言え、相殺の可否がそのような偶然性に依拠することは適当とは言えない。
- 不誠実な第三債務者の相殺の期待は保護に値しないと指摘されることもあるが、現状、ほとんどの銀行取引について、期限の利益喪失約款があり、受働債権の債務不履行を続けて、自働債権の弁済期を待つてする相殺が見られるような状況にはなく、仮にあったとしても、それが権利濫用にあたるか否かという観点で検討すれば足りる。

② 改正提案に対する意見

- **受働債権の差押え前に自働債権を取得している限り、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず、第三債務者は相殺できるという考え方（無制限説）（部会資料10-2 [52頁] A案）の明文化に賛成する。**
- 仮に無制限説による不合理な相殺があるとして、それがどの程度あるのか等、実務を踏まえた慎重な検討を望む。

(6) 債権譲渡と相殺の抗弁（中間的論点整理第18 4(2)）

① 検討上の留意点

- 本論点では、関連して転付命令と相殺の関係の問題についても併せて検討すべきであるという指摘がある。判例（最判昭和51年5月25日民集30巻10

号 939 頁) は転付命令においても無制限説を採用しているが、特に相殺の遡及効が否定された場合には、転付の効果が無効となる根拠として相殺の遡及効があげられることがあるため、相殺の効力を対抗できないという考え方が採られる可能性がある。そのため、転付命令は差押えが前提となるものの、債権者の地位が移転するという意味では債権譲渡に類似するため、債権譲渡も転付命令と同様に、無制限説が明文化されるべきという指摘である。

② 改正提案に対する意見

- ・ 債権譲渡と相殺については、特に無制限説（A案の規定を置くべきであるという考え方、[A-1案] 抗弁が切断される時点までに債務者が譲渡人に対する債権を取得していれば、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず、相殺することができるとする規定を置くという考え方）（部会資料 10-2 [54 頁] A-1案）を採用するべきである。

(7) 相殺予約の効力（中間的論点整理第 18 4 (4)）

① 検討上の留意点

- ・ 相殺予約（銀行取引約定書の期限の利益当然喪失条項）の有効性は最高裁（最判昭和 45 年 6 月 24 日）が認めてから 40 年が経過していることを踏まえ、これを変更すると実務への影響が大きいため、無制限説と合わせるかたちで維持すべきという見解で銀行実務は一致している。両方を維持することに意味があると考えられる。
- ・ また、差押債権の債権者・債務者間で期限の利益喪失の定めをすることができるのは当然であり、差押債権者はそのような債権を差し押さえたにすぎないのだから、「対抗」という考え方を持ち出すまでもなく、差押債権者との関係においても期限の利益喪失の効果が生じるのは当然であるという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 相殺予約の効力を差押債権者等に対抗することを一律に認めるという考え方（部会資料 10-2 [57 頁] A案）に賛成する。

(8) 相殺権の濫用（中間的論点整理第 18 5）

① 検討上の留意点

- ・ 相殺権の濫用として検討されているが、権利濫用の問題として、権利濫用の

一般条項があれば足り、特に明文化は必要ないと考える。

- 狙い撃ち相殺、同行相殺、駆け込み相殺、担保付き債権を自働債権とする相殺の4類型が同列にあげられている（部会資料10-2 [61頁]）が、レベルが違ふと考える。
- 同行相殺と担保付き債権を自働債権とする相殺は、判例でも濫用ではないとされていることから原則として適法である。狙い撃ち相殺と駆け込み相殺は濫用になり得る類型ではないかと考えられるが、これらの場合も権利濫用の一般条項で対応すれば足りるものとする。

② 改正提案に対する意見

- 権利濫用の一般条項があれば足り、相殺権の濫用を取り出して明文規定を設ける必要があるとは考えられず、明文化には反対する。

15. 更改（中間的論点整理第19）

(1) 更改の要件の明確化（中間的論点整理第19 1）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行実務上、貸出取引では、債務者の交替について、担保や保証が更改により消滅することから更改の利用場面は少ないとされる。そのような中、銀行取引で更改の発生が主張される場合として、単名手形を書換えによって延長するケースがあげられている。
- ・ 銀行実務上、更改を主張されて不利益を被る場面としては、保証付・抵当権付貸金の期限を延長する際に、勘定処理上、顧客口座を通じて新規実行・回収の手続きを行った場合に、それを更改であるとして、保証が無効になった、担保権がなくなった等と、保証人、物上保証人、あるいは後順位担保権者から主張される場合がある。したがって、更改に関しては当事者間に更改意思があることが更改の要件であることを明確化する必要があるという指摘や、外見的な事象をもって更改意思ありと認定されることがないようにするべきという指摘がある。
- ・ さらに、書面により更改契約を締結しなければ更改は成立しないとして、更改の要式契約化を求める指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、当事者に更改意思があることが更改の要件であることを明確化することについては、実務ニーズに沿って見直しが進められるのであれば、基本的には改正の方向に賛成である。
- ・ その場合には、上記①のとおり、更改意思の有無の判定に当たっては、外形的な事象のみで判断することがないように方向で見直しがされるべきである。

16. 混同（中間的論点整理第20）

(1) 混同の例外の明確化（中間的論点整理第20 2）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行実務において、混同が問題になるのは、仮に混同により消滅するとすれば、不都合が生じるケースである。したがって、個々のケースが混同の例外に当たるかどうかは本件の検討に当たっての関心事項であり、混同とされ、消滅しないことが求められる場面について配慮すべきという指摘がある。
- ・ 具体的に問題となる場面としては、銀行保証付私募債を銀行が取得したときも混同を生じないことが必要とされる。現行法でも、混同が生じないという解釈は可能と思われるが、明確化が必要という指摘がある。混同の例外については、現行民法では「債権が第三者の権利の目的であるとき」と規定しているが、上述の事例等問題が生じないよう、例示規定を追加する、あるいは当該規定は例示にすぎないということがより明らかになる手当てが必要であるという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、混同に該当しない事例の明確化を望む。
- ・ さらに、具体的な提案としては、契約によって混同を生じさせないということができないかという提案がある。債権の発生の原因となる契約において、当事者がその債権に混同による消滅が生じないような属性を与える合意をすとか、事後的に当事者の合意によって混同が生じないようにするといったことが可能であれば実務上有益であるという指摘であり、こうした実務ニーズも踏まえた検討を望む。

17. 新たな債権消滅原因に関する法的概念（決済手法の高度化・複雑化への民法上の対応）（中間的論点整理第21）

(1) 新たな債権消滅原因に関する法的概念（中間的論点整理第21）

① 検討上の留意点

- 本論点は、様々なCCP方式を採用する場面に対応可能な一般的ルールを設けることを想定していると考えられるが、実際には、想定されるスキームの主要な利用場面であり、かつ社会経済活動において重要な場面は、決済システムにおける清算であることを強く認識する必要がある。現行の決済システムにおける仕組みによる取扱いは、国際的な基準を満たすものとして債務引受方式を採用しており、さらに清算機関を規制する業法においてもそのことを前提に債務引受方式を規定していることは事実である。債務引受方式自体を否定し、疑義を指摘し、各決済システムに方式の変更を結果的に強制するのかが慎重に検討されるべきである。仮に債務引受方式についての疑義が指摘されるに留まり、その有効性が確認されることなく、清算方式の選択肢の1つとして残されるだけであれば、本提案には反対というのが銀行界の意見の大勢である。
- 「新たな債権消滅原因に関する法的概念」の規定を設ける理由の一つとして、CCPによる債権の取得が無因の債権取得ではないかという疑問も指摘されているが、無因であることが問題か疑問であり、また、債務引受と債権取得には対価関係があると考えると、無因でないともみることが可能であるという指摘がある。
- 内国為替決済制度における清算機関では、参加金融機関の債権に差押えがされたときには、差押えられた債権は除外して清算する仕組みを採っており、第三者との関係についても、特に懸念すべき点は現状ない。また、差押えとの関係については、債務引受と差押えとの関係はどうかという検討も必要という指摘がある。
- 「新たな債権消滅原因に関する法的概念に関する規定」を評価する指摘としては、債権消滅事由の一つとして、全ての債権債務をCCPとの関係に法律上置き換えることとなる結果、法律上、差押えの関係もCCPとの関係で生ずるとされており、最も重要なネットィング場面を後戻りなく清算機関と参加金融機関の相殺予約によって整理できると考えれば、現行実務のように差押えがあったときに債務引受がなかったものとするとの取扱いは不要となり、より安定的なネットィングを行うことが可能と考えられるという指摘が

ある。

- ・ 実務的な問題としては、登記制度が指摘されている。この点は、CCPの優先場面をどこまで認めるかによるが、現行システムを前提とすれば、登記制度は過剰という指摘がある。また、業法との重複規制を排除すべきという観点から、業法の適用がある決済制度については、登記不要でもよいのではないかと指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、現行の決済システムにおいて利用されている債務引受の規律を否定しないことを前提とすべきである。
- ・ 決済システムにおける清算機関の法的安定性に資するものを提供するというのであれば、実務ニーズに沿った検討が必要である。極めて限定的な場面のみを扱う規律であると、主要なスキームでは利用されないが、業法規制以外のスキームでは利用されるということとなり、そのようなことが果たして望ましいルールの有在り方なのかどうか、濫用的利用の可能性も含めて検討すべきである。

18. 契約に関する基本原則等（中間的論点整理第22）

(1) 債権債務関係における信義則の具体化（中間的論点整理第22 4）

① 検討上の留意点

- ・ 信義則は民法全体にわたって適用される基本原則であり、仮に、債権債務関係に特化した具体的な規定を設けるとすると、民法全体に対して適用される基本原則であることが不明確になるという弊害がないか懸念する指摘がある。
- ・ 仮に具体化とした場合でも、従来の規律を変更する趣旨ではないことを確認すべきという指摘もある。現行法の下でも判例上、信義則にもとづいて認められていることを明文で規定することに留まるという趣旨であれば大きな問題はないとも考えられるが、新たな内容の規律を設けることによって現行の一般条項による規律の射程範囲との相違点が出てくるのか等を詳しく検討する必要がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 現行法上、信義則にもとづいて認められている事柄を明文で規定するということに留まるとすれば、現行の民法の第1条第2項があれば足りると言え、敢えて規定する必要はない。

19. 契約交渉段階（中間的論点整理第23）

(1) 契約交渉の不当破棄（中間的論点整理第23 1）

① 検討上の留意点

- ・ 信義則は民法全体にわたって適用される基本原則であるため、信義則の具体化に当たっては、民法全体に対して適用される基本原則であることが不明確になるという弊害がないか懸念する指摘がある。
- ・ そもそも、いったん契約交渉を開始しても自由に破棄することができるのが原則であることを確認しておく必要がある。
- ・ 仮に契約交渉の不当破棄に関する法理を明文化した場合には、契約交渉の破棄が認められにくくなることにならないか強く懸念される。
- ・ 銀行実務において、融資実行を例にあげると、「案件受付→案件組成→稟議作成・決裁→契約締結→融資実行」という一連の手続きが存在するが、その段階が進むにつれ、当事者の融資実行への期待が増すことが一般的である。しかしながら、全ての案件が融資実行になるわけではない事情を勘案すると、銀行は顧客に対して、現状以上に慎重な交渉・説明を行わないと相手方の期待を裏切った（融資を受けられると期待させた）として損害賠償請求を受けられる可能性が高くなることが懸念される。
- ・ また、別の例をあげると、交渉過程で相手方が反社会的勢力に該当することが判明し、謝絶せざるを得ないことに加え、謝絶の理由を明確に伝達できない場合もある。このような場合において、契約交渉を不当に破棄したとして紛争化する可能性が増すのは、不合理であると考えられる。
- ・ 仮に契約交渉の不当破棄に関する法理を明文化するのであれば、その要件、特に不当性の要件について具体的に規定する必要がある。どのような場合に不当性が認められるのか、その内容が明確でないと濫訴の危険が増すことが懸念される。

② 改正提案に対する意見

- ・ 現行法上、信義則にもとづいて認められている事柄を明文で規定するという事に留まるとすれば、現行の民法の第1条第2項があれば足りると言え、敢えて規定する必要はない。

(2) 契約締結過程における説明義務・情報提供義務（中間的論点整理第23 2）

① 検討上の留意点

- ・ 信義則は民法全体にわたって適用される基本原則であるため、信義則の具体化に当たっては、民法全体に対して適用される基本原則であることが不明確になるという弊害がないか懸念する指摘がある。
- ・ 金融取引では、例えば金融商品取引法は顧客の属性によって書面交付義務や説明義務の存否を区別してきめ細かな調整を行っている。金融商品取引法では、金融取引の円滑化等を目的として機関投資家や特定投資家との取引の場合には義務が免除されているが、このことは顧客に対する説明や情報提供として求められる程度・内容が、顧客の属性ごとに差異があることを踏まえたものであると考えられるため、一般法である民法で説明義務等を規定すれば、このような調整を行うことが困難になるのではないかと懸念される。
- ・ 契約締結過程における信義則上の説明義務・情報提供義務を負うことがあるということが判例法理で認められていることは理解するが、判例法理を明文化する場合には、適切に規律を書くことができるか、これまでに問題となっていないような場面にまで波及し、経済取引を萎縮させるような悪影響が出ることはないよう慎重な検討が必要である。
- ・ 説明義務・情報提供義務に関する規定を設けることにより過大な範囲で情報提供が必要であると曲解されるおそれがあるという懸念の指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 現行法上、信義則にもとづいて認められている事柄を明文で規定するという事に留まるとすれば、現行の民法の第1条第2項があれば足りると言え、敢えて規定する必要はない。

20. 申込みと承諾（中間的論点整理第24）

(1) 申込みの推定規定の要否（中間的論点整理第24 2(2)）

① 検討上の留意点

- 一定の行為を申込みと推定する旨を規定することは、当該「一定の行為」が明確に規律されなければ、申込みと推定される行為であるのか、申込みの誘引であるのかが不明瞭となり、広告等により申込みの誘引を行った場合であっても、申込みと推定されてしまうおそれがある。また、申込みと推定される行為を受けた側にとっても、自らが受けたのは申込みの誘引であるのかが不明瞭となり、混乱を生じかねない。
- 金融商品の広告を出したことをもって申込みありと推定されると、広告した者による審査の余地がなくなるほか、反社会的勢力チェックの機会を失う等の問題があり、実務に混乱が生じることが懸念される。
- また、金融商品の販売の場合は、現在の金融商品取引法で定められている説明義務、適合性の原則等への対応が必要とされている。そこで、広告の段階で申込みがあるものと推定されるとなると、広告の段階から、上記対応が求められることとなり、そもそも金融商品に関する広告を行うことが不可能となってしまうことを懸念する指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- 一定の行為を申込みと推定する規定を設けることには強く反対する。

2 1. 第三者のためにする契約（中間的論点整理第 2 6）

(1) 受益の意思の表示を不要とする類型の創設等（中間的論点整理第 2 6 1）

① 検討上の留意点

- ・ 権利取得型の第三者のためにする契約について、受益者の受益の意思表示を不要とする考え方に対して両論の指摘がある。
- ・ 一つは、反社会的勢力に対する権利のようなものを受益の意思表示なく取得するのは適切ではないという指摘である。
- ・ もう一方で、すでに発行済みの社債に対して、事後的に保証をつける場合等、受益の意思表示を不要とする方が便利な場合もあるという指摘もある（なお、本意見書「10. 保証債務（2）主債務者と保証人との間の契約による保証債務の成立」参照）。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、銀行実務からは、積極論、慎重論の両論があることから、そのことを念頭においた検討を望む。

2.2. 約款（定義及び組入要件）（中間的論点整理第27）

(1) 約款の組入要件に関する規定の要否（中間的論点整理第27 1）

- ・ 一般論として、約款について、多数の契約関係を迅速かつ効率的に処理することができるという有用性があることは認められており、約款使用者の側だけではなく、相手方にも有用性があると考えられる。
- ・ 現状、金融機関における契約は約款によるものが多く、各種法令にもとづき、顧客説明の重要性を意識した規定の整備等も行ってきている。そもそも、約款に関して、民法において規律するだけの立法事実はあるのか、立法によって対処する必要がある程度に大きなトラブルが発生しているのかという点は十分に検証をしておく必要があるという強い指摘がある。
- ・ また、約款の議論では、理論的な議論が先行するところが見られるが、整合性を詰めすぎると反対に実務が回らなくなる懸念が強い。例えば、実際の取引時に都度約款が読まれることは期待できないことから、開示を求められれば開示できる状況にあり、かつ、内容が不当でなければ、社会通念上約款によることが周知の事実となっていることをもって、約款の法的拘束力を認めてよいのではないかという指摘もある。上記の懸念等を踏まえ、約款を使用する取引の実態を把握したうえで、約款の有用性が減殺されることのないような議論が望まれる。

(2) 約款の定義（中間的論点整理第27 2）

① 検討上の留意点

- ・ 相手方が各条項について個別に承認する機会を持たないような条項群について拘束力を認めてよいかということは、当事者が事業者であるか消費者であるかを問わず論点になるとしても、約款の定義の提案にあるような「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された」ということには直接結びつくものではないと考えられる。
- ・ 約款の定義として、提案にあるような「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」と想定した場合、包括的すぎて、あまりに範囲が広く、一律に規定化するのは極めて困難であり、敢えて規定化すると多くの弊害が生じるおそれがある。従来、約款として捉えていなかったもの（格差がない事業者間の契約条項の総体や、契約書に記載された定型的な条項の総体）にまで約款規制の対象が広がることを懸念している。上記で想定している約款の全てについて規制が必要な立法事実があるとは考えられな

いことから、仮に規定化するとしても、問題が生じている類型のものをピックアップして定義を検討し、その類型だけを規定化することが望ましいという指摘もある。

- 規制の根拠として、当事者間の交渉力格差あるいは隠蔽効果があげられることがある。特に事業者間では、迅速性の確保の観点から、定型的な契約条項が用いられることが多いが、この場合に条項使用者と相手方の間に、規制を設ける必要性を認める程度の格差があるとは必ずしも言えない。隠蔽効果を規制する観点から考えると、事業者間契約は、事業者として自ら適用されることになる条項について自ら責任を持つという傾向は強く、消費者契約の場合と同様の保護が必要か疑問である。
- そのような意味を含め、「組入要件」に係る議論の対象とすべき「約款」に関して、当事者が調印することを予定した契約（書）は、「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項」であっても「約款」からは当然に除かれるべきであるという指摘もある。
- また、不当条項規制との関係にも考慮が必要である。約款の定義について、約款の組入要件を議論する場合に想定する約款と不当条項規制を議論する場合に想定する約款を一つの定義で賄うことに必然性があるのか疑問である。
- 約款の組入要件の問題は、相手方が各条項を個別に承認する機会がない場合に、何故、約款が拘束力を有するのか（約款を変更した場合の拘束力の問題も含まれる）ということである。他方の不当条項規制の問題は、別の問題であると考えている。
- その意味からすると、約款の拘束力の根拠が問題となる契約条項の総体と不当条項規制の対象とすべき契約条項の総体の2つのものの外延は必ずしも一致しないと考えられる。
- 不当条項規制との関係では、貸付信託の約款のように取引の形態について法令の裏付けがあるものは、規制すべき「約款」の対象からは除かれるべきであるという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- 上記①のとおり、約款の定義については慎重な検討を要する。

(3) 約款の組入要件の内容（中間的論点整理第27 3）

① 検討上の留意点

- ・ 約款の組入要件は、約款の社会的機能および社会全体のコストに鑑み、厳格にしすぎるべきではない。例えば、普通預金・定期預金・振込み等の取引に対する顧客ニーズは、手続きの迅速性にあるのが実態であると考えられるので、組入要件の内容については、各種取引の実態に応じるとともに、顧客利便性にも配慮が必要である。
- ・ 特定の約款を用いることが慣習になっている場合は当然に、また、慣習とまでは言えなくても、約款によることが社会通念上周知の事実になっているような契約類型の場合には、約款の現実の開示や契約締結時までには相手方が知り得る状態に置く措置等がなくとも、約款の組入れが認められるべきである。例えば、契約締結時までには相手方の求めに応じて約款を開示できる状態にあれば足りると考えられる。
- ・ このような契約類型の場合には、相手方は約款を現実に見なくても、約款の適用を予想して契約する意思があると考えられ、約款の組入れを広く認めても問題ないと考えられる。
- ・ なぜならば、この場合、相手方は、約款の適用を受けてもおよそ不合理な結果にはならないだろうという期待を相当程度有すると考えられるためである。仮に、そのような期待を覆す結果となるような条項が含まれるならば、個別に当該条項の組入れを認めない、あるいは条項の効力を否定する等で柔軟な解決を図るのが適当と考えられる。
- ・ 一方で、個別の交渉を経て採用された条項は組入要件を問題とすべき約款には当たらず、契約の内容になるのは当然であると考ええる。また、個別に交渉された条項がある場合には、交渉の機会があったわけであり、その条項を含む条項群の全体について組入要件を問題とすべき約款には当たらないと考えられるべきであるという指摘もある。
- ・ 上記のような指摘のほか、例えば、信用保証協会による保証付融資や日本政策金融公庫等の代理貸付等で、銀行が他者の作成した約款を使用し、当該他者への取次ぎを行う取引における約款の規律の取扱い（約款の開示は誰が行うのか等）も明確にする必要があるのではないかという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **約款の組入れ要件の検討に当たっては、約款の機能を十分に認識する必要があり、現行約款の利用が不可能または著しく困難になるような規定の創設には強く反対する。**
- ・ 上記①のとおり、現行約款が契約として柔軟に認められ、無用な疑義を生じ

させないような運用が可能な規定であれば、約款の法的安定性確保の観点から積極意見もあり得る。

(4) 約款の変更（中間的論点整理第27 4）

① 検討上の留意点

- 社会あるいは環境の変化、あるいは法令等による社会的な要請に伴い、約款を変更する必要性が出てくる場面がある。具体的な実例として、預金約款について暴力団排除条項を新たに設ける等の改正を行ってきている。他方で、変更後の約款が既存の契約にどのように適用されるのか、あるいはその根拠について現行法では必ずしも明らかではないという指摘もある。
- したがって、約款の変更の必要性に鑑み、社会的相当性、公益性等の合理的な理由がある場合には、約款使用者による約款の変更を認め、変更後の約款相手方に対する拘束力を認めるべきであると考えます。
- また、約款使用者による当該約款の一方的な変更が重要な変更に該当する場合には、その変更を反対する者に当該契約の解除権を与えることも検討してよいのではないかという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- 上記①のとおり、実務ニーズに沿った検討を望む。

23. 法律行為に関する通則（中間的論点整理第28）

(1) 公序良俗違反の具体化（中間的論点整理第28 1(2)）

① 検討上の留意点

- ・ 公序良俗違反の一類型として暴利行為だけを取りあげて明文化した場合に、それ以外の公序良俗が問題となる場面では、民法第90条の一般条項としての性格がかえって希薄化するという弊害も懸念される。
- ・ また、民法第90条の規定を具体化する規定を設けた場合には、規定内容に拘束されて、具体化する規定を設けなかった場合と比べて柔軟な解釈が阻害されるおそれがあるという指摘がある。仮に規定することとした場合における要件の規定の仕方については、複数の案が提示されているが、このように複数の案が存在すること自体が、過不足のない要件を規定するに足るだけの判例・学説の蓄積が未だ十分であるとはいえないことを示唆しているともいえるのであって、今の段階で規定化することにより、要件を固定化することは、適当ではないという指摘もある。
- ・ 仮に暴利行為に関する規律を明文化することした場合でも、要件を明確にしない場合には濫用的な主張を許すおそれがあり、徒に適用される範囲が拡大することがないように、要件を厳格にする必要があるという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 暴利行為に関する規定を設けることについては反対する。暴利行為については民法第90条があれば足り、規定不要と考えられる。

(2) 強行規定と任意規定の区別の明記（中間的論点整理第28 3）

① 検討上の留意点

- ・ 基本的に、強行規定なのか任意規定なのか条文上明らかにすることが望ましく、国民一般に分かりやすいという点からも、強行規定と任意規定の区別を明記することが望ましいという指摘がある。
- ・ 一部についてのみ強行規定か任意規定かを書き分ける場合には、書き分けのない規定について解釈を巡り混乱が生じるおそれがあることにも配慮が必要である。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、強行規定と任意規定の区別を明記することを望む。

24. 意思表示（中間的論点整理第30）

(1) 沈黙による詐欺（中間的論点整理第30 4(1)）

① 検討上の留意点

- ・ 「沈黙による詐欺」が詐欺の一つの種類であるということに異論はないという指摘がある。
- ・ そのうえで、「不作為」が「行為」に含まれる場合は、詐欺だけでなく一般的にもあり、特に沈黙による詐欺を取り出して規定する必要性はなく、現行の詐欺の規定があれば足りるという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、沈黙による詐欺を明文化する必要性はないと考える。

(2) 意思表示に関する規定の拡充（中間的論点整理第30 5）

① 検討上の留意点

- ・ 不実告知および不利益事実の不告知について一般的な規定を設けることに対しては、適用対象および効果の面から慎重な検討が必要であるという指摘がある。
- ・ 具体的に懸念されるのは、不実告知および不利益事実の不告知について一般的な規定が設けられる場合には、表意者が事業者である場合の事業者間取引および消費者・事業者間取引にも適用されることとなる点である。表意者が事業者である場合には、消費者である場合よりも相手方の言明の真正性について、自ら確かめるべき一定の注意義務が存在すると思われるが、消費者契約法の不実告知あるいは不利益事実の不告知のルールを事業者間取引にも一般化することについては、慎重に検討すべきという指摘がある。
- ・ また、表意者保護の規定として、不実告知等の効果を取消しとすると、取消しによるオール・オア・ナッシングという解決となり、実務への影響が大きすぎるのではないかという指摘がある。確かに相手方が消費者の場合には保護の必要性が高いとして、取消しという効果により救済が与えられることは理解できる。他方、事業者間取引の場合には、告知義務違反について、損害賠償により解決し必要に応じて過失相殺で割合的解決を図るという調整処理が現状の実務でも行われている。説明する側も不注意で説明し忘れ、表意者側も不注意で信じてしまった場合には、説明した側だけの帰責性のみを見るのではなく、互いの事情に鑑みて過失相殺という解決を図ることが妥当な

ためである。そのような中、事業者間取引における告知義務違反についても効果を取消しとすることは、現行実務から乖離し、ドラスティックな解決となるため、妥当性を疑問視する指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、不実告知・不利益事実の不告知について一般的な規定を設ける改正提案に強く反対する。取消しという大きい効果は、詐欺や錯誤のように一定程度要件が厳しいものに限られるべきであり、新たに設ける規定に故意要件が設けられないのであれば、一層そのような点が問題となるため、慎重な検討が必要である。

(3) 意思表示の効力発生時期・意思表示の受領を擬制すべき場合（中間的論点整理第30 6(1)、(3)）

① 検討上の留意点

- ・ 「意思表示の効力発生時期」・「意思表示の受領を擬制すべき場合」の検討に当たっては、例えば、受取人が不在で、不在配達通知を受けただけで表意者に返却されたといった場合であっても到達が認められるような明文化を希望する指摘がある。
- ・ 具体的な実務上の問題として、意思表示の受領に関しては、名宛人が居住していながら、意思表示のための内容証明郵便に係る不在葉書が配達されても受領に出向かず、手続き（期限の利益喪失通知、時効中断のための催告書、根抵当権元本確定請求等）に支障が生じるため、公示による意思表示手続を取らざるを得ない場面があげられている。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、「意思表示の効力発生時期」について判断基準を明文化するという方向性、および相手方が正当な理由なく到達のために必要な行為をしなかった等一定の場合に意思表示の受領を擬制する方向性について賛成する。

25. 不当条項規制（中間的論点整理第31）

(1) 不当条項規制の要否、適用対象等（中間的論点整理第31 1）

① 検討上の留意点

- ・ 中間的論点整理では「約款は一方当事者が作成し、他方当事者が契約内容の形成に関与しないものである」ことをもって、約款を不当条項規制の対象とする考え方が提示されている。
- ・ 実務上は事業者間でも専ら取引の迅速性の確保の観点から定型的条項を用いるケースが多い。そこで、事業者間取引でも約款の利用があることを踏まえ、本論点について検討すべきであり、一般条項や契約の合理的解釈を越えて、不当条項規制を行うことに疑問を呈する指摘がある。すなわち、事業者間取引においては、約款使用者とその相手方との間に必ずしも格差があるとは限らない。また、約款を不当条項規制の対象とする理由として、約款の隠蔽効果をあげる考え方も存在するが、事業者間取引においては、それも基本的には自らの責任として引き受けることが原則であることに注意すべきである。
- ・ また、事業者間の契約においても交渉力・情報力に格差があるという指摘があり、この点については、仮に事業者間の約款による契約について何らかの規制を設けるのであれば、当該格差がある部分について適切に書き分ける必要がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、不当条項規制を一般的なかたちで導入することには慎重であるべきと考える。
- ・ 特に、事業者間契約が不当条項規制の対象とされることには強く反対する。一律的、画一的な不当条項規制や、約款を対象とした不当条項規制の導入には反対である。

(2) 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項（中間的論点整理第31 2）

① 検討上の留意点

- ・ 本論点を検討するうえでの前提として、不当条項規制が正当化される場合とは、当事者間に何らかの格差がある場合やいわゆる約款の隠蔽効果を甘受させるべき根拠に欠ける場合に限られるべきという指摘がある。このような観

点からは、契約条項の合理的解釈や民法第 90 条の一般条項から導かれる不当条項に対する規律を越えた当事者の保護の必要性にもとづく規制について、一般的な事業者間の契約についても及ぼすことは、慎重に検討されるべきという指摘がある。

- 上記の観点に立てば、逆に、消費者契約等の当事者間の交渉力に構造的な格差が認められる契約についてまで、個別に交渉されたことを理由として当然に不当条項規制の対象から外れるとすべきということには疑問を生じさせる。個別の交渉において交渉力の格差があることが不当条項規制を正当化する理由の 1 つであるにも関わらず、単に個別の交渉を経ているという事実のみをもって不当条項規制から外すことには自己矛盾があるという指摘がある。
- また、契約の中心部分に関する契約条項を不当条項規制の対象から除外すべきという考え方については、契約の中心部分は何かということも含め、問題自体を把握することが難しく、実務上もこのような区別を行うことは困難という指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- 上記①のとおり、特定の契約条項を不当条項規制の対象から除外するという提案は理解できるものの、そこで除外される契約条項としてあげられている類型には疑問がある。そのような観点からも、そもそも不当条項規制の対象は、当事者間に何らかの格差がある場合やいわゆる約款の隠蔽効果を甘受させるべき根拠に欠ける場合に限定すべきであり、事業者間契約を対象とすべきでない。

(3) 不当性の判断枠組み（中間的論点整理第 3 1 3）

① 検討上の留意点

- 不当条項規制の不当性の判断基準を考える場合には、相当程度抽象的なものにならざるを得ず、信義則等の民法の一般条項を持ち出さざるを得ないのならば、不当条項に関する規定を設けることに意味があるのか疑問を呈する指摘がある。
- 信義則違反を根拠として、無効や取消しという効果を規定するという観点からは、一定の意義を見出すことは可能かもしれないが、そもそも信義則に反して相手方の利益を害する条項であれば、信義則上当該条項にもとづく請求や抗弁の提出は認められないと考えられるため、特別に規定を設けなくても、

一般条項による対応で十分であるという指摘もある。

- ・ なお、消費者契約法第 10 条における不当性の判断基準は、「民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するもの」として相当程度抽象的であり、消費者契約法第 10 条の理解としても確認的規定であることも併せて指摘されている。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のように、不当条項に係る不当性の判断枠組みを考えた場合に、結局は一般条項による際の抽象的な規律に留まると考えられ、不当条項規制に関する規定を設ける必要はないと考える。

(4) 不当条項の効力（中間的論点整理第 3 1 4）

① 検討上の留意点

- ・ 不当条項の効力として、当該条項全体の効力を否定するという考え方を採る場合には、対象となる条項の全体や一部というものをどのように抽出するのか、必ずしも明確ではない。
- ・ 例えば、契約が書面で交わされた場合に、当該書面に記載されたどの条項の範囲をもって不当条項として問題となる一つの条項と判断するのかという問題がある。契約書面に記載された条項により判断するとなると、〇条〇項にただし書付きの規定を設けた場合と、ただし書部分を次の条項に分けて規定した場合とで、対象となる条項の判断が異なるのか否か明らかではないという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、不当条項としてその効力を否定される範囲を考える場合に、効果の範囲を規定しようとしても明確でない、あるいはかえって硬直的になるおそれがあるため、個別の契約条項の合理的解釈や一般条項による対応、あるいは対象となる個別の契約条項の合理的解釈による対応に委ねることとする方が適当と考える。

(5) 不当条項のリストを設けることの当否（中間的論点整理第 3 1 5）

① 検討上の留意点

- ・ 不当条項リストを設けることの要否を検討するに当たっては、ある条項が不当であるか否かを判断する場合には、当該条項のみでなく、他の条項や契約

の締結過程の状況あるいは契約外の事情も踏まえて総合的に判断されるべきであり、契約実務においてはそのような前提で各条項が不当ではないことを確認していることを考慮すべきという強い指摘がある。

- 例えば、ある条項は一方当事者に有利であるが、その分の対価が安くなっている契約や、他の条項では逆に相手側に有利となっており全体として釣合いが取れている契約は実務上よく見られるものである。したがって、一定の類型に該当することで直ちに不当条項とみなす、または推定することとすると、契約全体から判断すれば合理的な条項であっても無効とされるというおそれがあるという指摘がある。特に反証を許さないブラックリストについては、弊害は大きい。
- なお、議論の対象となっている具体的なリスト内容（部会資料 13-2 [15 頁以下]）に関しては、以下のような指摘がある。
- 「条項使用者が任意に債務に履行しないことを許容する等条項使用者に対する契約の拘束力を否定する条項」については、契約上に主債務に併せてサービスとしての付随的債務についても記載しており、当該付随的債務については、任意に履行しないこともあるとの条項までも無効とされてしまうことへの懸念がある。また、契約書上に「付随的債務について任意に履行しない」と記載するか、付随的債務を「履行することもある」と記載するかの違いだけで、内容が変わらないにも関わらず不当条項に該当したり、しなかったりすることは妥当であるのか疑問である。
- 「条項使用者の債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償責任の全部又は一部を免除する条項」については、実務上、大規模システムの委託契約においては、コンプライアンス上、損害賠償額の上限を定めることは当然である。このような不当条項規制が設けられると海外の企業は日本の企業と契約を締結しなくなる懸念がある。また、損害賠償責任の一部を免除することまで無効とされることは、あまりにも重い規制であるという指摘がある。
- 「相手方の抗弁権の行使を排除する条項」については、任意規定として抗弁権が存在する場合に、それを排除する特約が一切認められないとすると、事実上の任意規定の強行規定化と思われ、実務上も影響が大きいと考えられる。また、それは契約自由の原則を否定する規制となりかねない。
- 「条項作成者が相手方の同意なく契約上の地位を第三者に承継させることができる」とする条項については、銀行が行う債権譲渡等への影響が懸念される。
- 「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」については、

変更権留保条項を合理性の基準による判断なく一律に無効と推定されてしまうことが懸念される。また、融資の繰上返済時に手数料を受け入れる規定に関し、例えば「その時点の銀行所定の手数料」とすることが考えられるが、これは銀行に一方的な手数料変更を認める条項に該当するの否か疑問であり、明確にされる必要がある。長期の契約では、「〇〇円」や「〇〇%」といった固定値による確定的な規定を設けることは困難なケースも多く、一方的にならない範囲で条項使用者の変更権を認めるような運用（例えば「ホームページに掲載している手数料額とする」等）が望まれる。

- ・ 「相手方の一定の作為又は不作為があった場合に意思表示を擬制する条項や、事業者からの意思表示の到達を擬制する条項」については、銀行取引約定書のみなし送達条項等が対象となる懸念があり、円滑な金融取引が阻害されないか懸念される。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、特定の条項をカテゴリカルに取り出して不当か否かを定めることとなる不当条項リストを設ける考え方については、強く反対する。
- ・ また、具体的に提案されている不当等条項のリストについても上記①のとおりであり、反対する。

26. 無効及び取消し（中間的論点整理第32）

(1) 法律行為に含まれる特定の条項の一部無効・法律行為の一部無効（中間的論点整理第32 2(1)、(2)）

① 検討上の留意点

- ・ 本意見書「25. 不当条項規制（4）不当条項の効力」における意見と同様、一個の条項というものを適切に切り分けることが本当に可能であるのか疑問であり、実際に条項を見た場合には切り分けが極めて難しい場合が出てくることを懸念する指摘がある。
- ・ 条項の切り分けが難しい中、無効という非常に大きな効果に鑑みると、規定を設けることの妥当性に欠けるといふ指摘がある。
- ・ また、中間的論点整理では「一部に無効原因のある条項が約款に含まれる場合」には、特定の条項の一部を無効とするのではなく、条項全体を無効とすべきという考え方が示されている。この考え方は、約款使用者は、法令に抵触してでも自己に有利な条項を定めておけば、一部無効とされても法令の制限の範囲内の利益を確保できるため、敢えて不当な条項とされる可能性があるものを定めることを防ぐ必要があることを理由としている。しかし、そもそもそのような政策的な意図を民法の規定に持ち込むことについての妥当性を疑問視する指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、「法律行為に含まれる特定の条項の一部無効」・「法律行為の一部無効」に関する改正提案については、明文の規定を設けることには反対、あるいは慎重な検討を要すると考える。

(2) 複数の法律行為の無効（中間的論点整理第32 2(3)）

① 検討上の留意点

- ・ 判例では複数法律行為の無効を認めたものがあるものの、事例判決との解釈もあり、その要件が明確になるまでの判例の蓄積があるとは認められない。要件が曖昧なまま民法に一般化された規律を明記することによって、実務に混乱が生じることが懸念される。
- ・ 例えば、住宅の建築請負契約と住宅ローンは、現在割賦販売法上の抗弁の接続が認められていないところ、「密接な関連性」という要件による規定が設けられた場合には、建築請負契約が無効とされた場合に住宅ローンも無効と

されることを懸念する指摘がある。

- ・ また、複数の法律行為の当事者が異なる場合においても複数の法律行為を無効とする考え方については、無効の効果を波及される方の法律行為の相手方の保護が希薄になることを考慮する必要がある。当事者が異なる場合も無効とされると、特に与信業者においては、与信へ慎重な姿勢をとらざるを得ず、信用収縮につながる可能性があるという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **上記①のとおり、複数の法律行為の無効について曖昧な要件をもって明文の規定を設けることに強く反対する**（なお、本意見書「4. 契約の解除 (1) 複数契約の解除」および「30. 消費貸借 (6) 抗弁の接続」参照）。

(3) 追認・相手方の催告権（中間的論点整理第32 3(5)、4(4)）

① 検討上の留意点

- ・ 錯誤や意思無能力者の行為の効果として、無効としつつ追認を認める場合、および取消することができる行為とする場合のいずれについても、取引の相手方の保護のため、追認するか否か期間内に確答すべき旨の催告権を（取消しまたは無効を受ける）相手方に与える必要があるという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **上記①のとおり、錯誤または意思無能力の効果として、取消しまたは無効を受ける相手方に催告権を与える考え方に賛成する。**

27. 代理（中間的論点整理第33）

(1) 代理人の行為能力（中間的論点整理第33 1(3)）

① 検討上の留意点

- ・ 現在の高齢化社会では、法定代理人が高齢で制限行為能力者であるという事態が生じることがあるので、制限行為能力者の代理人就任に当たり、代理権の範囲を制限するという考え方は理解できるが、取引の安全性の観点からはその必要性に疑問がある。法定代理人の代理権の範囲を制限することになれば、本人の行為能力ばかりでなく、その法定代理人の行為能力や代理権の範囲の調査も必要になり、取引の相手方の負担が重くなる。
- ・ 仮に代理権限の範囲を制限することとした場合には、銀行実務上、預金等の管理業務ができない法定代理人との取引をどのように行うのか（別途代理人を選任してもらおう等の手当てが必要となるのか）等、新たに対応すべき課題が生じる。また、法定代理人が制限行為能力者である場合に、代理権の範囲を制限するという提案について、取引の相手方から見ると、必ずしも代理権の制限の有無あるいはその内容が分からないこともあるのではないかとという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 本件については、取引の安全の観点から慎重な検討を望む。
- ・ 民法上の法定代理人としては、親権者、未成年後見人、成年後見人がある。親権者については、「親権を行うことができないとき」は親権を行使することができなくなるのであるから、法定代理権の範囲の問題とする必要はなく、「親権を行うことができないとき」の解釈等で本人の保護を図ることができるのではないかと考えられる。
- ・ また、親権者以外の法定代理人については、家庭裁判所の審判がなされるため、家庭裁判所が法定代理人を選任する際、または法定代理人に就任している者についての後見等開始の審判の際に、本人の保護を図ることができるかを考慮すれば足りることから、法定代理権の範囲の問題とする必要はなく、家庭裁判所の法定代理人選任審判についての運用状況の調査等を行い、必要に応じて運用状況を改善することでよいのではないかと考えられる。
- ・ なお、意思能力についての規定を設ける場合には、意思無能力者が代理人としてした行為の効力等についても規定する必要があるのではないかとという指摘がある。

(2) 法定代理における復代理

- ・ 代理人については、成年後見制度が問題となることが多い。成年後見人が直ちに復代理人を選任するケースがあり、成年後見人に選任された者が簡単に復代理人を選任してよいのか疑問がある。

(3) 表見代理規定の法定代理への適用の可否（中間的論点整理第33 2(1)

ア、(2)ア、(3)ア)

① 検討上の留意点

- ・ 法定代理であっても、夫婦間の日常家事代理権や、公共法人の機関等において、代理権を有すると誤信させるような名称の使用を放置していた場合や、代理権授与の表示があったのと同様の評価ができるケースも存在し得るとして、また、法定代理でも本人の側の帰責性について、これを認めることができる場合もあるとして、民法第109条、第110条、第112条の適用を認めてよいという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、法定代理においても表見代理の規定の適用を認める必要があると考えられる。

(4) 無権代理人の責任（中間的論点整理第33 3(1)）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行取引においては、本人が法人の場合等も含め、第三者を介して取引が行われることが少なくなく、また、そのことが取引の利便性を高めることともなっている。無権代理人の保護を強めすぎることは、取引実務への影響が少なくないと考えられる。
- ・ 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、無権代理人の保護を図る必要があるケースがあると思われるものの、相手方の保護と比較衡量した場合に、全て責任を免れると考えてよいか、なお検討が必要という指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 無権代理人が故意に無権代理行為を行った場合、相手方に過失があるときであっても、無権代理人は責任を免れないとする点は妥当であり、賛成する。

- ・ 上記①のとおり、無権代理人が故意の場合だけでなく、重過失がある場合も同様とすることも検討を望む。また、相手方の主観的態様について、現行法は善意無過失を要するが、無権代理人と相手方の保護の必要性を比較した場合に、相手方に過失がある場合であっても、軽過失に留まる場合は、無権代理人の責任を追及できる余地がないのか併せて検討が望まれる。

28. 消滅時効（中間的論点整理第36）

(1) 総論

- ・ 消滅時効制度は、銀行実務上、預金債務および貸付債権の管理をはじめ、銀行取引上生ずる様々な債権債務に係る管理の前提となる基本的なルールを提供しており、その改正は大きな影響がある。
- ・ 今回、消滅時効制度に関しては、制度全般にわたって多岐にわたる論点が表示されており、改正提案によっては制度自体の根幹に関わる問題を含んでいる。消滅時効制度は技術的な側面が強調されることが多く、実務上重要である一方で、それを支える消滅時効制度の存在意義について、この機会に議論する必要はないかという指摘もある。
- ・ 例えば、次のような指摘がある。従来指摘されてきた存在意義の1つ目は、長期間継続してきた事実についての信頼の保護という考え方であるが、これは、取得時効については妥当するかもしれないが、消滅時効については妥当しないのではないかと考えられる。2つ目は、権利の上に眠る者は保護に値しないという考え方であるが、権利者がいつ権利を行使するかというのは自由であって、不行使がそれほど非難すべきことなのか、疑問がある。3つ目は、長期にわたって弁済の証拠（あるいは弁済だけではなくて、債権不成立の抗弁の証拠）を保持すべき債務者の負担に限界を画するという考え方であり、実務の観点からもこのような理解が妥当ではないかという指摘がある。
- ・ 加えて、消滅時効制度の存在意義について、債務者の弁済の証拠を確保すべき期間を画するといった理解から、一つの選択肢として、消滅時効の効果について、弁済によって消滅したものと推定するという考え方が採れないかという提案もある。この考え方は、消滅時効期間が経過するまでは債務者が弁済について立証責任を負っているが、消滅時効期間が経過したときは、債権者側が、債権の成立に加えて、弁済されていないことの立証責任を負うというように、立証責任の転換を図るという考え方である。これによって債務者は、反証を許す限度ではあるが、弁済の証拠を長期間保存するという不利益から免れることが可能となる。この提案の理由は、従来の消滅時効の考え方からは、弁済されていないことが明らかな場合でも、時効消滅が生じてしまうことについて説明できないのではないかという批判があるところ、これに対し適切な説明が可能であるとされる。弁済の推定と言ったときの推定は、反証を許すという推定であるので、弁済されていないことが明らかであれば、債権者がそれを立証することによって時効消滅を阻止することができる。さ

らに、履行拒絶権構成が提案されている根拠の一つとして、時効の効果を弱めたいという点があげられていたが、弁済を推定するという点でもその目的は達成されるのではないかということである。反証を許す推定とすることにより、その限度で紛争の解決が長引くという問題も指摘され得るが、債権者がなすべき反証の内容としては、正に弁済されていないということであり、弁済されていないにも関わらず債権が消滅するという時効制度の負の側面を緩和するという意味では、ある程度はやむを得ないのではないかと考えられる。

- 以上のような考え方が出てくる背景としては、消滅時効制度の持つ問題を実務の観点から指摘することが目的であり、いずれにしても、本制度の検討に当たっては、実務の取扱いについて十分に理解され、債権管理等に支障をきたすことのないよう検討が望まれる。
- また、本制度の検討に当たっては、除斥期間の考え方についても併せて検討すべきという指摘もある。

(2) 原則的な時効期間について（中間的論点整理第36 1(1)）

① 検討上の留意点

- 銀行実務上、銀行取引は商行為であるとして原則5年の考えが一般的であり、5年より短期の時効期間となると、すでに5年というのが定着しているので受け入れ難いという見解が強い。3年では短すぎるという見解が多い。
- 時効期間をどの程度とするかは、睡眠預金の会計・税務上の処理が10年となっていること等を踏まえ、会計・税務面での影響も考慮する必要があるという指摘がある。
- また、上述の消滅時効の存在意義の考え方を踏まえ、債務者に弁済の証拠をどの程度の期間保存させることとすべきかといった観点から定められるべきではないかという指摘もある。そのような観点から債権の目的や成立原因により違いがあるとすれば、その違いに応じて時効期間をそれぞれ規定することも正当化され得るのではないかという見解もある。
- なお、時効期間の特則に関しては、後述の不法行為債権にかかる場面のほかに、判決等で確定した権利については、現行どおり10年がよいという見解がある。

② 改正提案に対する意見

- 原則的な債権の消滅時効期間について、3年か5年という改正提案に対して

は、上記①のとおり5年の意見が強い。この点は、さらに実務状況を踏まえた検討を望む。総論で述べたとおり、消滅時効制度は債権管理の前提となっており、制度の変更は極めて影響が大きいことを十分認識したうえで、改正内容について検討される必要がある。

(3) 短期消滅時効制度について（中間的論点整理第36 1(2)ア）

- ・ 短期消滅時効制度の存在意義をどのように理解するかが、時効の期間や効果の問題の設定に影響してくるという指摘がある。

(4) 時効期間の起算点と不法行為等による損害賠償請求権の取扱い（中間的論点整理第36 1(3)、1(2)エ）

① 検討上の留意点

- ・ 債権管理上の時効の取扱いを考えると、実務からは起算点に債権者の主観的態様を持ち込むことは、管理を複雑化させる、起算点の判断が難しくなることを懸念する指摘がある。
- ・ 消滅時効制度の存在意義として債務者にどの程度の期間にわたり弁済の証拠を保存させるべきかという点に重きを置く観点からは、債権者の主観的態様は基本的には関係がなく、原則として、現行法どおり客観的起算点からの時効期間のみで考えるべきという指摘がある。
- ・ 一方、不法行為債権等については、債権者が知らない間に時効が完成してしまうことの問題点は理解でき、客観的起算点だけでなく主観的起算点からの時効を併置することには意味があると思われる。したがって、客観的起算点からの時効期間をどれぐらいの長さにするかということによるが、債務者の弁済の証拠の保存の負担との利益衡量のうえで債権発生の原因等によって起算点を違えることとする場合には、不法行為債権等については個別に例外の規定を設けるということも検討されてもよいという指摘がある。
- ・ もっとも、不法行為債権等について個別の例外の取扱いを認める立場に立つ場合であっても、債権者が知らない間に時効が完成してしまう危険の方が常に債務者の弁済の証拠の保存の負担よりも優先するわけではないので、例外を一般化することについては、慎重であるべきという指摘がある。すなわち、客観的起算点から起算した原則の時効期間内は時効が完成せず、それを超えても一定の期間は時効が完成しないという制度にするのがよいのではないかという指摘である。この考えは、消滅時効の時効期間を債務者において弁済の証拠を保存すべき期間と捉える考え方によるものであり、客観的起算点

からの時効期間の間は主観的起算点から起算させた時効期間の満了によって時効を完成させる必要はないとされる。

- 改正提案として主観的起算点と客観的起算点の両方の起算点を併置する案においては、いずれかの起算点のより早い方に時効が完成するという考え方が採られているものがあるが、客観的起算点からの時効期間内にも関わらず、主観的起算点からの時効期間が満了することで時効完成と考えるのは、権利の上に眠る者は保護しないという考え方によるものとして、上記(1)総論のとおり、適当ではないという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- 消滅時効における時効期間の一般的な起算点の考え方として、主観的起算点を設けるという考え方には慎重であるべきと考える。
- 不法行為債権（特に生命、身体等の侵害による損害賠償）の場合には、時効期間を長期とすることの必要性については理解できるが、これは時効にかかることが適当ではないという場面を想定しているものであり、単純に主観的要件により解決することが適当かという問題はあり得る。このような観点から、客観的起算点から一定の期間、例えば10年なら10年を経過したときと、それから主観的起算点からの一定の期間、例えば5年なら5年を経過したときのいずれか遅い方で時効が完成するということとし、債務者保護の観点からは、債権者において債権発生の原因や債務者を確知すべき時期を定めて、その時期までに確知しなければ、確知すべき時期あるいは確知すべき時期から5年だけ経過した時期に時効が完成する仕組みがよいという見解がある。

(5) 預金債権にかかる起算点の特則について(中間的論点整理第36 1(3))

① 検討上の留意点

- 預金債権に関し、時効期間の特則の提案がされているが、本件は、預金に係る実務に十分に配慮する必要がある、慎重な検討を要する。実務と乖離した特則が設けられることで、単に預金債務者の負担を重くするだけであれば、預金サービスの提供そのものに支障を来たしかねない。
- 改正提案に見られるように、預金債権にかかる時効期間の特則を設けること的前提として、債務者が債権に関する記録の作成および照会に応じるべきことがあげられているが、預金を巡る法律や制度に対する誤解があるのではないかという指摘がある。すなわち、提案における預金債務者の義務と、時効管理の前提となる弁済の証拠の保存とは異なるものであるという指摘であ

- る。金融機関において、取引の記録をコンピューター上等で保存しておけば、個別の取引についての払戻請求書等の記録を保存していなくとも、取引履歴の照会に応じることは可能である一方で、払戻請求書等を保存しておかないと、有効な弁済がされたことの証明ができない。したがって、両者は異なるものであるため、提案のような前提の下に特則を設けることは適切ではない。
- ・ また、金融機関については、普通預金取引の取引結果の開示に応ずべき義務が認められており、判例によると民法第 645 条の受任者の報告義務の規定が法令上の根拠とされている。したがって、普通預金債権に限らず、受任者が委任契約に伴って委任者に対して何らかの債務を負う場合一般についてこうした特則が適用されることになるのではないかという指摘もある。
 - ・ また、改正提案の中には、具体的な起算点の開始時期を金融機関が預金者に通知を行った時とする提案がある。このような提案は、預金債権（特に流動性預金）について時効にかかりにくくすることを意図しているものと思われるが、預金債権についても払戻しの社内記録はあるものの払戻請求書等による立証ができない古い預金等において時効を援用することが必要であり、提案のように通知を行うことを時効期間開始の要件とすることは、預金事務コストを引き上げることとなり、預金実務に多大な支障を及ぼすという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **上記①のとおり、預金債権について時効期間の起算点の特則を設けることには、強く反対する。**
- ・ 預金事務の取扱いを踏まえた検討を望む。

(6) 時効の中断事由・停止事由（中間的論点整理第 3 6 2 (1)、(2)、(3)）

① 検討上の留意点

- ・ 時効の中断事由について、現行法の内容が整理され明確にされることが実務上期待されるという指摘がある。
- ・ 時効の中断事由のうち、訴えの提起、差押え、仮差押え等の取扱いに関してはその事由が止んだ時から残りの時効期間が再び進行するとした場合には、残存期間が短いと債権者としては対応に苦慮するので、残存期間が 6 か月未満ないし 1 年未満のときは残存期間を 6 か月ないし 1 年として扱うこととすることが望ましいという見解がある。
- ・ 時効の中断事由のうち、訴えの提起、差押え、仮差押え等の取扱いに関して

は時効の停止事由と同様の取扱いにする場合には、特に仮差押えについては現行の時効中断事由とされていることと比して債権者の時効管理への影響が大きいという指摘がある。仮に、このような提案内容で進める場合には、停止事由における停止期間の短縮化について、3か月や2週間は短いという指摘があり、仮差押えとの関係では短くとも6か月とすべきという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 時効障害事由の全体的な見直しは、その規律が明確化するのであればよいと考える。検討に当たっては、上記①のとおり、債権管理の実務に十分配慮するよう望む。

(7) 当事者間の交渉・協議による時効障害（中間的論点整理第36 2(4)）

① 検討上の留意点

- ・ 本論点に関しては、銀行実務の観点から、提案の時効障害が認められることによって、債権者側としても、時効中断が図られるというメリットがあり、債務者側にとっても、いきなり時効障害事由になるような行為を債権者側からされないで済むといった積極面もあるのではないかという指摘がある。
- ・ 本論点に関しては、起算点と終了時とが曖昧になるのではないかという点については、ある程度運用でカバーできる場所もあるという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、改正提案の基本的方向性には賛成である。
- ・ 起算点と終了時が曖昧になる懸念については、具体的な規定において曖昧化が極力排除されるよう要望する。

(8) 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（中間的論点整理第36 2(5)ア）

① 検討上の留意点

- ・ 実務上の観点から、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については、一部かどうかの明示の有無に関わらず、全部について時効障害事由としての効果が生ずることが望ましいという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、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については、一部かどうかの明示の有無に関わらず、全部について時効障害事由としての効果が生ずるという考え方であれば賛成である。

(9) 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(中間的論点整理第36 2(5)イ)

① 検討上の留意点

- ・ 本論点に関しては、特段異論はない。
- ・ 他方、連帯保証人に対する請求については、別に考える必要があるのではないかと指摘がある。すなわち、現行法上、連帯保証人に対する請求は主債務の時効を中断するとされているところ、連帯保証の絶対的効力事由については制限する旨の改正提案がされているが、基本的には、保証の履行がされて求償権が発生したときには、求償権の消滅時効はその時から進行を開始するということから考えると、連帯保証人に対する請求で主債務の時効が中断しても、債務者にとって不利益とはならないと考えられる。少なくとも委託を受けた連帯保証人あるいは債務者と一定の関係にある連帯保証人については、請求の絶対効を維持してよいのではないかと考える。一定の関係をどのように考えるかについては、例えば連帯保証がされていることを債務者が知っていて反対の意思を表示しなかった場合等も含めてもよいのではないかと考えられる。

② 改正提案に対する意見

- ・ 本論点に示された改正提案については基本的に賛成である。
- ・ ただし、連帯保証の場合については、上記①のとおり別の考え方を採るべきである。

(10) 時効の援用等(中間的論点整理第36 3(1))

① 検討上の留意点

- ・ 信託の観点から履行拒絶権について2点の指摘がある。
- ・ 1点目は、全ての受益債権が時効消滅したときに、現行法では、信託目的不達成で信託終了と解されるが、時効の効果を履行拒絶権として構成したときには、信託終了と解してよいか疑義が生じるという指摘である。
- ・ 2点目は、受益者が二人いる信託で、一方の受益債権が時効消滅したときに、他方が信託財産の全部を取得するとされているとすると、時効の効果を履行

拒絶権とする構成では、一方の受益債権の時効が完成した場合に、他方が全部取得するのか判然としないという指摘である。

- また、消滅時効の効果については、弁済によって消滅したものと推定するという考え方が採れないかという提案もある。この考え方は、消滅時効期間が経過するまでは債務者が弁済について立証責任を負っているが、その消滅時効期間が経過したときは、債権者側が、債権の成立に加えて、弁済されていないことの立証責任を負うというように、立証責任の転換を図るという考え方である（なお、本意見書「28. 消滅時効 (1)総論」参照）。

② 改正提案に対する意見

- 債権消滅とする案と履行拒絶権とする案とでは、わざわざ履行拒絶権として構成する必要性が認められず、前者の案がよいという意見が太宗である。
- 上記①のとおり、検討に当たっては、信託に係る指摘にも十分配慮を望む。
- また、弁済によって消滅したものと推定するという考え方についても検討を望む。

29. 贈与（中間的論点整理第43）

(1) 適用範囲の明確化（中間的論点整理第43 2）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行実務上、商品組成を考える場合に、具体的な原因関係を伴わずに債務者の単純な「支払約束」や「支払債務承認」により債務を発生させることができるのかが問題となることがある。例えば、担保付シンジケートローンを組成するに当たり、エージェントに担保権を一括管理させるために、借入人が「支払約束」により各貸付人とエージェントの間に連帯債権を成立させることができるか、という点等が問題とされている。
- ・ 学説上は無因の債務負担を認める有力な見解が存在するが、その一方で消極的な見解も存在し、確定的な見解がないのが現状と思われる。
- ・ この点については、無因の債務負担を有効と考えるべき理由として、以下の点が考えられる。まず、原因関係が存在しない場合であっても、当事者が真に債務を負担する意思を有しているのであればその効力を認めて問題ないと思われ、その意思に瑕疵がある場合等には、意思表示の一般理論で対応することで足りると考えられる。また、贈与契約には典型契約としての地位が認められているが、一定の金額を贈与する契約を締結することと、ある相手に債務を負担する旨の「支払約束」をすることとの間に実質的な相違があるとは思われないことも、無因の債務負担行為を認めて問題ないことの理由として指摘される。
- ・ 金融実務の安定のためには、無因の債務負担が有効であることを認める手当てがされることが望ましい。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、実務上のニーズがあり、また、否定すべき特段の理由も存在しないことからすれば、無因の債務負担行為を認めてよいと考えられる。

(2) 死因贈与（中間的論点整理第43 6）

① 検討上の留意点

- ・ 民法第554条は死因贈与について性質に反しない限り遺贈の規定を準用する旨を定めるが、遺贈の規定のうち具体的にどの部分が準用されるのか明確でないという問題の指摘がある。
- ・ なお、現在の判例は、死因贈与の撤回についてその方式に関する部分を除い

て準用を認め、贈与者に対して書面によらず広く撤回を認める（最判昭和47年5月25日民集26巻4号805頁）。しかし、死因贈与は単独行為ではなく契約であるから、受贈者の信頼を保護すべきであり、書面により死因贈与がされた場合には撤回を認めないといった規律が必要という指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、死因贈与について具体的にどの規定が適用されるのかを明文化することには賛成するが、その際には死因贈与が契約であることから、受贈者の利益にも配慮した規定となることを望む。

30. 消費貸借（中間的論点整理第44）

(1) 要物性の見直し（中間的論点整理第44 1(1)）

① 検討上の留意点

- ・ 現在の銀行実務では、金銭消費貸借契約を要物的契約として事務手続や会計処理が行われているものの、(a)コミットメントライン契約（諾成的消費貸借契約の予約とされる。）や、(b)建物の建築資金の融資において、建物の完成度に応じて資金を交付していくような分割貸付契約等、諾成的な消費貸借契約として認識されているものもある。
- ・ 中間的論点整理においては、消費貸借において抵当権の設定登記や公正証書の作成に関する不都合を諾成契約化により解決する旨が示されているが、これらの論点は民法の改正を待たずとも判例等によりすでに解決されており、諾成契約化による実務上のメリットはなく、むしろ実務運用の変更により相応のコストが生じることから諾成契約化を消極的に評価する見解がある。
- ・ もっとも、判例により諾成的消費貸借が認められており、実務上もこれを用いる例もあることから、典型契約としての消費貸借を諾成契約化することに積極的に反対まではしないという立場もある。しかし、この立場からも、諾成契約化により貸主が負うこととなる目的物の交付義務の取扱い等、目的物交付前の契約関係の規律如何では実務への影響が大きいという懸念もある。
- ・ 銀行による融資に際しては、事業資金の融資等で、融資金を借主が事業に利用し、事業の収益から弁済することが予定されていることが多い。また、与信の決定に当たっては、仮に用途を限定する旨の明文の約定がない場合でも、借主が当該金員を適切な目的に用いることを当然の前提としている。このような実務慣行からすれば、目的物の交付請求権はその性質上譲渡や差押えができない債権と考えるか、あるいは譲渡には貸主の承諾を要する債権であるとするのが妥当である。また、貸す債務についての免責要件に関する規定の必要性の指摘もある。
- ・ なお、目的物の交付請求権が譲渡等された場合でも、借主たる地位は契約上の借主に残るという理解を前提として、貸主は当該譲渡等により不利益を被らないという見解については、実務上は与信の決定に関する考慮要素は相手方の信用力だけではなく、例えば、上記のように資金使途といった観点も考慮されることからすれば妥当ではないと考えられる。
- ・ 仮に、目的物の交付請求権が原則として譲渡可能とされた場合には、銀行は契約において目的物交付請求権に譲渡禁止特約を付すと考えられる。しかし、

現在の民法を前提とすると、譲渡禁止特約は譲受人が善意無重過失の場合に對抗できず、さらに差押えや転付命令に對抗できないという問題がある。したがって、譲渡禁止特約を付すだけでは上記の問題は解決しないという指摘もある（なお、譲渡禁止特約については、債権者・債務者間で契約されるので、当事者間で有効であることは当然として、債権者と債務者の契約によって債権自体の譲渡性を奪う、性質上、譲渡できない債権をつくるという考え方もできていいのではないかという見解もある）。

- ・ 提案のとおり、典型契約としての消費貸借の諾成契約化が実現された場合には、要物契約としての消費貸借は存在し得なくなるのかという点や、また、民法において諾成契約としての消費貸借と要物契約としての消費貸借の双方を典型契約とすることが可能なのかという点について議論を深めるべきであるという見解もある。また、諾性的消費貸借を明文化する場合には、借主の借りる債務を認め、借りる債務の不履行に対して貸主側からの損害賠償請求や解除を認めるのが理論的に正しいという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **本提案に対しては、諾成契約化に反対する見解と、諾成的消費貸借の存在はすでに判例・学説上で認められており、また、上記①のとおり諾成的消費貸借契約の概念は銀行実務上も一定の範囲で用いられていることから、諾成契約化の提案には積極的に反対をするものではないという立場の双方が存在する。しかし、後者の立場からも、上記①のとおり、諾成的消費貸借契約に関しては銀行実務上懸念すべき論点が複数存在することから、この点について議論され、解決される必要があるという認識が示されている。この点について問題が解決されるのでなければ、諾成契約としての消費貸借という考え方に対して慎重な態度をとらざるを得ないという意見もあり、確立した銀行実務に対する影響が懸念されている点はいずれの立場においても同様であるため、この点に配慮した検討を望む。**

(2) 目的物の交付前における消費者借主の解除権（中間的論点整理第44 1

(3))

① 検討上の留意点

- ・ 消費貸借の諾成契約化により、従来は目的物交付前の口頭の合意に拘束されなかった消費者借主が契約に拘束されることを回避するため、消費者借主による目的物交付前の解除権が提案されているが、このような規定を設けるこ

との検討に当たっては、以下の点に配慮いただきたい。

- まず、貸主側が被る損害に対する配慮が必要である。貸主としては予め引渡すべき目的物を準備しておく必要があり、借主から一方的に解除されると、準備に要したコストについて損害を被ることになる。
- 銀行が貸出を行う際に市場から資金を調達する場合には、当該資金の返済に要する利息等を含む調達コストが損害となる。また、市場から資金を調達しない少額の貸付に関しても、銀行のポートフォリオのポジションが悪化するということかたちで損害は生じ、1対1で市場から調達するか、手持ちの資金を貸すかは明確に区分できるものではないため、いずれの貸付かに関わらず借主の解除権の行使によって貸主である銀行に損害が生じるといえる。期限前弁済を行うと貸主に損害が発生するため借主が賠償するかたちをとり、この考え方は借主が事業者であるか消費者であるかは関係がない。したがって、借主が消費者の場合に貸主の損害を賠償しなくてよいこととする考え方には賛同できない。
- 銀行としては現行実務と異なり当該損害について消費者借主に請求することができないとすると、融資に際して慎重な姿勢を取らざるを得ない。また、このコストは一般の貸付利率に転嫁する等のかたちで利用者に転嫁せざるを得ない。一度成立した合意に反して契約を破棄した消費者借主を保護するため、他の大多数の利用者に不利益を与える帰結が望ましいとは思われない。消費者借主による安易な契約の締結を助長するおそれがある点も指摘がある。
- また、消費貸借の諾成契約化の議論は、民法上のデフォルトルールを諾成契約とするか否かという問題であり、現在でも一部の例外的な契約では諾成的消費貸借が利用されるにも関わらず、諾成契約を原則としたら直ちに借主保護の必要性が高まることにはならないのではないかという見解もある。
- なお、目的物交付前の契約の拘束力という観点からは、契約交渉を不当に破棄した者に損害賠償責任を認めるという裁判例があり、それを明文化する立法提案があるが、契約成立前の契約交渉の不当破棄について、事業者、消費者の区別なく損害賠償責任を認めるとしながら、契約成立後の借主による一方的解除を認めることは整合的でないという見解も主張されている。

② 改正提案に対する意見

- **解除権の規定を設けないか、または解除が認められる場合には当該コストを借主に損害賠償請求できることとすべきである。**

(3) 目的物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始(中間的論点整理第44-1(4))

① 検討上の留意点

- 借主となるべき者について、破産手続の開始決定があった場合に限らず、財産状態が悪化したときには予約の効力が失われる、あるいは貸主は諾成的消費貸借契約上の目的物の引渡義務を免れなければ、安心して契約を締結できないという指摘がある。
- 不安の抗弁権の明文化の立法提案においては、双務契約に関するものとされている。消費貸借契約を諾成契約とした場合に、当該契約が双務契約になるのかは必ずしも明らかではないが、貸主の保護という観点から不安の抗弁権に相当するような権利が認められてよいと考えられる。このような観点からも、借主の財産状態が悪化した場合には貸主は貸す債務を免れる旨の規定を設けるべきである。

② 改正提案に対する意見

- **上記①のとおり、借主の財産状態が悪化した場合には貸主は貸す債務を免れる旨の規定を設けるべきである** (なお、本意見書「4-1. 不安の抗弁権」参照)。

(4) 期限前弁済(中間的論点整理第44-4(1))

① 検討上の留意点

- 期限の定めのある消費貸借において期限前弁済が行われることがあるが、この場合には貸主は当初の期限までの得べかりし利息と、残存期間について再運用した場合に得ることができる利息の差額について貸主は損害を被ることになる。銀行実務上は、この場合には一定の手数料・違約金等を取得したうえで期限前弁済を認めることが通例であり、借主が貸主に生ずる損害を賠償したうえで期限前弁済をすることができる旨の明文規定を設けることに賛成する見解がある。
- また、デリバティブ内在貸出等では期限前弁済禁止特約を設けることもあり得るという観点から、仮に規定を設ける場合には任意規定であることを明確化すべきという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- 借主が貸主に生ずる損害を賠償したうえで期限前弁済をすることができる旨の明文規定を設けることには賛成する。ただし、明文化に当たっては、任意規定であることを明らかにすべきである。

(5) 事業者が消費者に融資をした場合の特則(中間的論点整理第44-4(2))

① 検討上の留意点

- 消費者を保護する内容の特則は、一般に事業者と消費者の交渉力や情報の格差に起因する不平等を是正するために設けられるものであるが、借主による期限前弁済は交渉力や情報の格差とは無関係に生ずる事態であり、消費者保護のための特則を設ける根拠に乏しいという見解がある。
- また、仮にこの提案が認められるとすると、貸主は期限前弁済の確率を見込むことによって生ずる損害を考慮して貸付時の利息を決定することになり、結果として一般の借主に転嫁されることになりかねず、一般の借主にも不利益が及ぶおそれがある。約定に反して期限前弁済した借主を保護するために、他の借主に不利益を及ぼす規律が公平なものであるとは考えられない。

② 改正提案に対する意見

- **消費者借主が事業者貸主に対して、貸主の被る損害を賠償することなく期限前弁済ができる旨の特則を設けることに強く反対する。**

(6) 抗弁の接続(中間的論点整理第44-5)

① 検討上の留意点

- 現在は、割賦販売法において、割賦購入あっせん、ローン提携販売等の一定の種類の取引について厳格な要件の下で抗弁の接続が規定されており、また、政策的判断から、一定の場合については割賦販売法の適用除外とされている。しかし、民法の消費貸借に関して抗弁の接続の規定を設ける場合には、抗弁の接続の要件は包括的なものになるおそれがあり、また適切な適用除外事由を設けることも困難であると考えられるため、本来必要とされる範囲を超えて抗弁の接続の効果が認められる結果、実務に多大な混乱を生じさせることへの強い懸念が示されている。
- まず、一般論として、包括的な要件により抗弁の接続という強い効果が認められることとなると、融資に際してのリスクが著しく上昇する結果、金融機関は融資に慎重な姿勢を取らざるを得ないこととなる。このような影響は一般的に資金需要者にとって望ましいものとはいえない。

- ・ 銀行の提供する商品に即して言えば、不動産に関する貸付については、取引額が非常に大きいため、抗弁の接続の行使を受けると与信側の事業者の負担が大きく、不動産に関する貸付について慎重姿勢を取ることが懸念され、現行の割賦販売法においては適用除外の対象とされている。民法に抗弁の接続の規定を設け、適用除外が設けられないとすると、不動産に関する貸付の審査が厳格になり、貸付けを受けられない例が増加することも懸念される。
- ・ なお、現行法でも割賦販売法に規定する要件に該当するときには抗弁の接続が認められており、その要件に該当しないときでも信義則上、抗弁の接続が認められることはあり得るという見解に立ったうえで、敢えて一般的な抗弁の接続の規定を設ける必要はないという見解もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **民法の消費貸借契約の項目に抗弁の接続に関する規定を設けることに強く反対する**（なお、本意見書「4. 契約の解除 (1)複数契約の解除」および「26. 無効及び取消し (2)複数の法律行為の無効」参照）。

3 1. 賃貸借（中間的論点整理第 4 5）

(1) 敷金返還債務の承継（中間的論点整理第 4 5 3 (4)）

① 検討上の留意点

- ・ 賃借人の同意がない場合は旧所有者に敷金返還債務の履行について担保責任を負わせるという提案の検討に当たっては、旧所有者が不確実なリスクを負い続けることとなり、転々譲渡された場合にも当該リスクを負い続けることを考え合わせると、賃貸不動産の流通が著しく阻害されるのではないかと強い懸念が示されている。現状の実務で敷金額を控除して、賃貸不動産の売買価格を決定しているという実務があるとする、当該実務に与える影響も甚大なのではないかと考えられる。
- ・ 例えば、次のような場面で、問題が顕在化する。テナント数が数百を超えるような大規模賃貸物件も存在し、そのような物件についてはテナント同意の取得は時間・コストとも膨大になり、賃貸不動産の流動性が著しく阻害される懸念がある。特に、不動産ノンリコースローンを取り組んでいる場合に債務者が融資対象物件を売却するケースは多いが、債務者すなわち融資対象物件の所有者は大半が S P C であり、担保責任を負うこととなると、当該 S P C の解散や残余財産の清算等が出来ない事態も想定され、不動産ノンリコースローンによる資金調達が阻害される懸念がある。
- ・ また、信託を利用した不動産流動化の場面を考えると、信託財産である賃貸不動産を売却して、信託を終了する場合に、提案のような改正を行うとすると固有財産で担保義務を負担することとなるため、信託財産である賃貸不動産から生じる経済的利益を全て受益者に移転せず、当該リスク相当額を信託財産に留保せざるを得ず、信託利用の不動産証券化手法の障害となるという指摘がある。加えて、信託終了時に、信託財産である賃貸借不動産を委託者や受益者に交付する信託においても同様の問題が生じる。実際に旧所有者として支払う場面を想定すると、賃借人が未払い賃料等の支払義務を賃貸人に対して負担している場合には、それを調査して返還すべき敷金の額を計算する必要がある等負担が大きいという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 不動産流動化の観点から、敷金返還債務が新所有者に承継されるとする判例法理の明確化は賛成であるが、上記①のとおり、賃借人の保護の観点からその同意がない場合は旧所有者に当該債務の履行について担保責任を負わせ

るという提案には反対する。

- 借借人側には、判例・通説に従い新所有者が敷金返還債務を承継することが条文上も明文化されるのであれば、最終的には賃料債務との相殺という手段、または当該不動産競売時の競落人による債務承継という手段が残されていることを考えると、旧所有者による「担保義務」までの保護は不要ではないかという意見もある。

3 2. 使用貸借（中間的論点整理第 4 6）

(1) 使用貸借の対抗力（中間的論点整理第 4 6 2）

① 検討上の留意点

- ・ 少子高齢化が進む中で、子供が親の土地の上に家を建てたいというニーズがあるが、その場合、賃料の授受はしないで土地の使用貸借がなされる。現状の使用借権は非常に弱い権利で対抗力を持ち得ないとされており、金融機関が子供から建物建築資金の融資を求められるときに、金融機関としては建物を担保に貸出しをすることができないという状況があることから、使用借権にも対抗力を持たせて担保として適格になるようにできないかという指摘がある。
- ・ 他方で、使用借権に対抗力を持たせることには、当該不動産物件の担保権者の立場から、詐害的な利用がなされる可能性について懸念の指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、使用貸借の現代的利用場面について、実務ニーズを慎重に検討するとともに、指摘の問題点や懸念についても配慮して引続き検討されることを望む。

33. 請負（中間的論点整理第48）

(1) 下請負人の直接請求権（中間的論点整理第48 8(2)）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行が元請負人に対し、当該元請負人が注文者に対して有する報酬請求権を譲渡担保として融資を実行するスキームを考えると、中間的論点整理で示されるような注文者から下請負人に報酬が直接支払われることを認めるとすると、スキームが成り立たないという指摘がある。
- ・ また、注文者は下請負人と何らの直接の権利義務関係がないので、元請負人と下請負人との間に生じた問題について、注文者として客観的事実を把握し、判断することは困難と考えられるが、そのような注文者に対して下請負人から直接請求を行うことを認めると、当事者間（元請負人と下請負人）で十分な協議が行われないうまま、下請負人から注文者への安易な直接請求が行われる懸念があるという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、本件の検討に当たっては、慎重に実務ニーズを見極める必要がある。

3 4. 委任（中間的論点整理第 4 9）

(1) 受任者の指図遵守義務（中間的論点整理第 4 9 1 (1)）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行取引において委任とされる取引は広範に及んでおり、為替取引や預金口座を巡る決済取引に加え、近時は銀行が仲介的に行う金融サービス等も委任として規律されるものもある。こうした取引における委任の内容、受任者としての権利義務は、契約によって様々に取り決められており、一様ではない。したがって、委任に関する規律、特に受任者の義務を規定する場合には、実務における委任契約の多様な利用について十分な配慮、慎重な検討が必要である。
- ・ 実務の観点からも、善管注意義務の内容として受任者は原則として委任者の指図に従うべき義務があることに異論はない。
- ・ しかし、上記のように委任契約は多様であることから、指図に従えばよい場合、従わなくてもよい場合、従ってはならない場合について、委任の趣旨や、その場の状況によって様々であり、指図遵守義務の程度にも濃淡があるのではないかという指摘がある。
- ・ 指図が不適切だと思われる場合に、委任者に指図の変更を求めるべきことについてはよいが、受任者として常に変更を求める義務があるとするのは重過ぎ、かえって実務に支障をきたすことも考えられるという指摘がある。このような場合には、当該指図がそのままでよいのか、確認を求めることで足りるとすることも考えられる。
- ・ 急を要するときは指図に反してでも臨機に必要な措置を講ずることについて、権利としては認められることはよいが、常に臨機対応の義務があるかという点は疑問がある。義務とまで認められるかどうかは、委任の趣旨や、その時の事情によって、義務までは認められないこともあるのではないかという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、受任者に指図遵守義務があることは異論がないが、委任契約が実務上様々な場面で利用されており、その内容も一律でないことから、委任契約の内容に応じて具体的、適切に規定できるかどうか疑問であり、善管注意義務の解釈に委ねた方が柔軟でよい。
- ・ また、原則として指図遵守義務を負うことを規定するとして、指図に従わな

くてもよい場合等の例外規定を設けることが提案されているが、この点についても、委任契約の内容により原則的な義務内容が区々であると考えられ、例外について全ての場合を明確化することは困難であり、そうであるならば例外も含め善管注意義務の解釈に委ねればよい。

(2) 受任者の忠実義務（中間的論点整理第49 1(2)）

① 検討上の留意点

- 本件について検討するに当たっては、上記(1)で述べたように、実務上、委任契約とされる取引は多様であり、受任者の義務の程度も一様でないという認識が前提となるべきである。
- そのうえで、忠実義務を規定化することの要否について、忠実義務の義務内容については議論があり、その理解が論者によって区々であることや、明文化に当たって抽象的な規定にならざるを得ないとすれば（例えば単に忠実に事務を処理しなければいけない等）、かえって解釈を巡って紛議が生じるのではないかという懸念の指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- 上記①のとおり、委任の趣旨や内容によっては忠実義務の現れ方に違いがあり、その程度に濃淡がある、あるいは忠実義務に該当する義務がほとんどないものもあると考えられ、善管注意義務の内容として、委任の趣旨の解釈に委ねる方が柔軟でよい。
- なお、忠実義務について、善管注意義務も同様だが、仮に規定を設ける場合も任意規定であることの確認を求めたい。

(3) 受任者の報告義務（中間的論点整理第49 1(4)）

① 検討上の留意点

- 委任者に委任事務処理について指図を求める必要があるときの報告義務については、実務上も理解し得るところである。
- 他方、単に委任の期間が長期であるというだけで、相当期間ごとの報告義務を課されることになると、銀行実務上問題が生じるのではないかという懸念の指摘がある。現状、預金取引では通帳への記帳または取引移動明細の送付（当座勘定）により顧客は容易に取引内容を確認できることとなっている。したがって、預金者にとっては、その取引特性に応じて取引状況を知り得る方法が用意されている。そのような場合にまで、相当期間ごとに報告しなけ

ればならないとすると、不要のコストが生じることとなり、このコストが預金の利息等に影響することもあり得るとすると、委任者たる預金者の期待とも乖離するのではないかという指摘である。

② 改正提案に対する意見

- ・ 一律に長期にわたる委任であるというだけで、相当期間ごとの報告義務を課すことには反対する。長期間にわたる委任で相当期間ごとの報告を要する契約もあると思われるが、委任の趣旨の解釈により、個別に当該義務を認めれば足りると考えられる。

(4) 受任者が受けた損害の賠償義務・同義務についての消費者契約の特則（中間的論点整理第49 2(2)、(3)）

① 検討上の留意点

- ・ 実務の視点から、委任者は、受任者に事務処理を任せておきながら、当該受任者に生じた損害を単に免れるということは、委任者および受任者の間の利益・リスクの帰属および公平の観点から、著しく妥当性を欠く。このことは有償・無償の別や消費者契約であることを根拠としては正当化し得ないのではないかという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 現行民法第650条第3項の「受任者は、委任事務を処理するため自己に過失なく損害を受けたときは、委任者に対し、その賠償を請求することができる」という規定は、有償契約においても、また、消費者契約においても維持すべきと考える。

(5) 委任者死亡後の事務処理を委託する委任（中間的論点整理第49 4(2)）

① 検討上の留意点

- ・ 現状、債務返済の多くは口座振替で行われており、債務者が死亡した場合には、口座振替処理を停止し、相続手続が完了するまでは法定相続人全員から署名・捺印を得たうえで、相続人代表者から返済を受けることがあるが、法定相続人全員からの同意が得られない場合には、返済を受けにくく、債務の無用な延滞につながる等、相続人とのトラブルの懸念があり、債務者たる委任者死亡後も一定の事務処理継続のニーズが存在する。委任者が死亡した場合であっても、当事者の合意により委任契約を継続できれば、相続人間のト

ラブルによる無用な延滞の発生の回避、銀行と相続人間のトラブル回避につながるという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- 本規定が任意規定であることを前提に、検討の方向性には賛成する。
- ただし、具体的な規定の検討には慎重な対応を要する。例えば、生前に締結した委任契約の範囲が、実際は死後の事務委任まで含まれていなかったにも関わらず、受任者が死後の事務委任だと主張するケースや、第三者から、委任の内容が死後の事務委任を含むものであるのか判断ができないケースもあり得るといふ実務上の問題も想定されることから、死後の事務委任を認める場合であっても、「委任事務の内容の特定」等何らかの要件を課した方がよいという指摘もある。

(6) 取次契約に関する規定（中間的論点整理第49 6(2)）

- 取次契約を一般法化した場合の効力について、現行の間屋の委託者による取戻権を認めた最高裁昭和43年判決（昭和43年7月11日民集22巻7号1462頁）の射程をどう考えるのかについて懸念する見解がある。公示が十分でない中で、委託者の取戻権を広く認めることには問題もあるのではないかという指摘である。

(7) 他人の名で契約をした者の履行保証責任（中間的論点整理第49 6(3)）

① 検討上の留意点

- 本提案が想定するケースは稀であり、明文化するほどの立法事実があるのか疑問であるという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- 履行保証していれば追認を得る義務を負うというのは、特に明文を設けなくても当然であって、その点からも特に規定する必要まではないと考えられる。

35. 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定（中間的論点整理第50）

(1) 新たな受皿規定の要否（中間的論点整理第50 1）

- ・ 役務提供型契約の新たな受皿規定を検討することについて異論はないが、賛否はその内容次第である。
- ・ 民法以外の法令により規定されている制度(具体的には「信託制度」等)については、当該規定の適用がないことを確認しておきたい。

(2) 任意解除権に関する規律（中間的論点整理第50 5）

① 検討上の留意点

- ・ 役務提供型契約に関する規定を設ける場合について、役務提供者側からの契約の解除について、期間の定めがない継続的な役務提供契約では、当該契約から役務提供者を解放するというニーズを適切に規律する必要がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 期間の定めのない契約であっても、当事者を永続的に拘束するのは妥当ではないことから、やむを得ない事由がある場合に加え、相当の告知期間を置くことによっても、役務提供者から契約の解除をすることができるとすべきである。
- ・ 役務提供者からの任意解除権については、個人に限定するという意見があるが、長期拘束が妥当でない場合は個人に限られないという意見もある。

36. 寄託（中間的論点整理第52）

(1) 寄託の成立—要物性の見直し（中間的論点整理第52 1）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行業務のうち、消費寄託以外の寄託が用いられる場面はさほど多いわけではなく、保護預かりの法的性質が寄託契約とされている程度である。しかし、寄託の成立要件の見直しは銀行業務の根幹を成す預金業務（消費寄託）に重大な影響を与え得るものであるから、本提案には銀行実務から重大な関心がある。
- ・ 寄託契約を諾成契約とするという本提案については、預金を要物契約と理解してきた現在の銀行実務との連続性を重視して、諾成契約化に反対する見解がある。
- ・ その一方で、例えばインターネットバンキング等における預金口座の開設時に、残高が0円であっても口座の開設を認める実務の取扱いの説明が容易になるとして一定の意義を認める見解や、積極的に諾成契約化に反対するわけではないという見解が見られる。しかし、これらの見解は、諾成契約化に伴って生ずる目的物交付前の規律が適切なものとなることを前提とする。例えば、諾成契約化に積極的に反対しないという立場からも、寄託者は目的物交付前に、寄託物の引渡義務を負わず、目的物の引渡し前は自由に解除できる（ただし、費用の償還義務を負う。）一方で、受寄者のみが契約に拘束されるという規律には疑問が呈されており、このような方向で検討されるのであれば、諾成契約化自体に反対ということになると考えられる。
- ・ 目的物の引渡し前に寄託者が引渡義務を負わないとされ、かつ、受寄者による目的物交付前の任意解除権が制限的に解される場合には、寄託者が目的物の引渡しをしない場合に、いつまでも受寄者が契約に拘束されることとなり、受寄者が場所の確保等の保管のための準備を継続しなければならなくなり、不都合が大きい。また、預金実務上は、当初の残高0円で口座を開設した場合に口座が使用されないまま放置されるのは好ましくないことから、受寄者に契約の解除権を認めるのが妥当という見解もある。
- ・ もっとも、寄託が専ら寄託者の利益のためにのみ行われるような類型も想定されるが、そのような場合にまで寄託者の引渡義務を認めることは行き過ぎであるとも考えられる。しかし、そのような場合であっても、寄託者が引渡義務を履行しない場合にまで受寄者が契約に拘束されることは不都合であることから、受寄者が一定期間を定めて催告してもなお寄託者が目的物を引

渡さない場合には受寄者による解除権を認めるのが適切であるという見解もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、寄託契約を諾成契約とすることに反対する意見と、反対まではしないとする意見がある。
- ・ また、諾成契約とする場合であっても、受寄者に目的物が交付される前の法律関係について、寄託者に目的物の引渡義務を認めただうえで、寄託者がこれを履行しない場合には受寄者から契約を解除し、また、不履行による損害の賠償を請求することを認めるべきと考えられる。仮に寄託者に目的物の引渡義務までは認めない場合であっても、受寄者の任意解約権が認められるべきである。

(2) 受寄者の保管義務（中間的論点整理第52 3）

① 検討上の留意点

- ・ 受寄者の保管義務に関して、原則として無償の寄託契約においては、受寄者の保管に関する注意義務が軽減されるが、「事業者がその経済事業の範囲内において寄託を受けた場合には受寄者の注意義務の軽減を認めない」という本提案の考え方については、契約当事者の意思、受寄者の事業の規模等、寄託契約を巡る関係は様々な場合があり得ることから、慎重に検討すべきである。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、事業者が受寄者になった場合には常に注意義務の軽減を認めないという提案には反対する意見があり、提案内容の合理性について慎重に検討されることを望む。

(3) 消費寄託（中間的論点整理第52 8）

① 検討上の留意点

- ・ 消費寄託に消費貸借の規定を準用する範囲を目的物の処分権の移転に関するものに限定し、その他については寄託の規定を適用する旨の提案については、定期預金の期限前解約に関連して以下のような懸念がある。
- ・ 定期預金は返還期の定めがある消費寄託と構成されている。銀行には満期日までは期限の利益があり、これに対して預金者は普通預金と比較して高い金

利を付与される一方、期限前の払戻請求権を有さず（名古屋地判昭和 55 年 3 月 31 日金法 942 号 45 頁）、預金者の期限前の払戻請求に対しては、銀行は期限前解約に応じることができるが、これは預金者の権利ではないと考えられている。定期預金について預金者が期限前であっても随時払戻しを請求できるものとする、定期預金に普通預金と比較して高い利率を付している根拠がなくなり、預金実務に混乱を来たすことになりかねない。

- ・ さらに、消費寄託の目的物交付前の法律関係については、上記のとおり一般の寄託についても目的物交付前の寄託者の引渡義務が認められるべきところ、消費寄託は受寄者に目的物の消費を許す点に一般の寄託との相違点があり、一般の寄託と比べてもさらに受寄者の寄託を受ける利益が明らかであると考えられることから、なおさら寄託者の目的物引渡義務を認めるべきであるという見解がある。また、同様に受寄者の利益が明確であることから、寄託者の期限前解約権を認めるべきではないという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 返還時期を定めた消費寄託についても寄託の規定を適用し、寄託者がいつでも返還請求をできるとする考え方については反対する。特に金銭の消費寄託については、返還時期は受寄者のためにも定められているのが通常であり、受寄者は返還時期までは目的物を消費していてもかまわないという利益を得ていると考えられ、このような利益を害する改正については賛成できない。
- ・ 仮に返還時期の定めがある場合であっても寄託者がいつでも返還請求ができるという考え方を採用するとしても、それは返還時期の定めが専ら寄託者の利益のために設けられている場合に限定されるべきである。
- ・ また、消費寄託の目的物交付前の法律関係については、寄託者に目的物引渡義務が認められることを望む。

(4) 特殊の寄託－流動性預金口座（中間的論点整理第 5 2 1 0）

① 検討上の留意点

- ・ 特殊な寄託契約として流動性預金口座に関する規定を設ける提案については、現状特段のトラブル等が生じているわけでもないにも関わらず、流動性預金に対する規律を導入することについて疑問があるという指摘がある。また、流動性預金という一方当事者が銀行等特定の事業者に限定される取引類型を取り出して一般法たる民法に規定を設けることにも疑問がある等、流動性預金に関する規定を民法に設けること自体への違和感が示されている。

- ・ その他、本論点(1)から(3)までにおいて示されている提案は、流動性預金口座に関する契約の内容ではなく、資金移動取引に関する規律であり、これらを寄託契約の内容として規定することに違和感があるという見解もある。これらの規定を設けることは実務への影響が大きいことから当該規定を設けることには反対する見解がある。
- ・ 上記のとおり、流動性預金口座に関する規定を設ける旨の提案には慎重な見解が多いことを前提として、個別の提案内容については、以下のような見解が示されている。
- ・ 流動性預金口座において金銭を受け入れる消費寄託の合意が成立した場合において、流動性預金口座に入金等がされた場合に、入金記帳の時点をもって預金債権の成立とみる提案については、預金債権の成立を画する時点として入金記帳時点より適切な時点は見当たらないこと等から、提案の内容自体には違和感がないものの、そもそも流動性預金に限ってこのような具体的な内容の規定を設けることは不自然であるという見解がある。
- ・ 実務上は、例えば店舗の窓口や集金、証券類の受入れ（他店券入金）、休日にATMを利用した取引があった場合等預金を受け入れる取引の形態は様々あり、また、銀行によって取扱いが異なる等、何をもって入金記帳とするのか、その概念が必ずしも明確ではなく、実務に対して与える影響を懸念する指摘もある。
- ・ また、金銭債務を負う債務者が債権者の流動性預金口座に金銭を振り込んだときは、債権者の預金口座において当該振込額を加えた預金債権が成立した時点で、当該金銭債務の弁済の効力が生じるという提案についても、その内容自体には特に違和感はないという見解がある。もっとも、上記と同様に、そもそも規定を設けることに違和感があるという見解があるほか、仮に規定を設けるとしても債権の弁済に関する規定であり、寄託の内容として規定すべきものではないという見解もある。また、振込み金額が複数の債務の全額を弁済するのに満たないようなときには、どの債務に弁済充当されるのかわからないこともあり得るため、このような規定を一律に導入することに慎重であるべきという見解もある。
- ・ 流動性預金口座に存する金銭債権の差押えに関しては、差押え時点の残高に係る債権についてのみ差押えの効力が生じるに留まらず、将来分についても差押えの効力が及ぶことになると、全ての預金口座について、差押え後の残高の変動を確認する必要が生じ、銀行にとっては著しい事務負担の増加になることを懸念する見解がある。差押え時点の残高に限って差押えの効力が発

生する旨の提案については、当該提案を支持する見解がある。

② 提案に対する意見

- ・ 流動性預金口座に関する特則を民法に設けることについて強く反対する。
- ・ また、現段階で資金移動取引に関する規定を設けることに積極的に賛成する見解はない。

37. 組合（中間的論点整理第53）

(1) 組合の財産関係（中間的論点整理第53 2）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行実務上、組合ないし組合員個人に対する債権者の立場からは、組合財産と組合員個人の財産は必ずしも明確に区別できるものではなく、また組合財産の公示は不十分であること、現行法の下では、組合の債権者は、組合財産および組合員個人の財産のいずれに対しても請求することができると解釈されていることを考慮すべきという指摘がある。
- ・ また、民法第677条は「組合の債務者は、その債務と組合員に対する債権とを相殺することができない。」と規定しているところ、信託法第22条が信託財産に属する債権と受託者の固有財産等に係る債権との相殺について、原則として禁止したうえで例外的に認める場合を規定しており、組合財産との相殺に関しても、同条を参考として例外を検討してはどうかという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、組合の債権者は組合財産に対して権利をまず行使しなければならないという部会資料（18-2[13頁]）に示された考え方には反対であり、債権者の立場に配慮した検討を望む。
- ・ また、組合財産との相殺の可否に関し、信託法第22条を参考として、民法第677条の例外を設けることの検討を望む。

(2) 組合代理（中間的論点整理第53 3(2)）

① 検討上の留意点

- ・ 銀行は実務上、組合と取引を行う立場にあることから、組合代理に関する規定が整備されることは、相手方が本当に権限者であるか否かの確認に資すると考える。

② 改正提案に対する意見

- ・ 組合代理に関する規定を設ける方向性に賛成である。

(3) 組合員の脱退（中間的論点整理第53 4(2)）

① 検討上の留意点

- ・ 現在、流動化案件等で組合の形態が利用されない理由として、組合員が破産

して組合財産の払戻しが生じると、スキームを維持できなくなることが大きな理由となっている。そこで、組合員の破産・死亡等の場合の脱退については、破産・死亡等により脱退した場合であっても清算・払戻しとするのみではなく、他の組合員が持分を買い取ることも検討が必要という指摘がある。

- ・ 現行法では組合員の債権者が組合員の持分を差押えた場合の取扱いに関する規定は存在しないが、会社法第 609 条を参考とした規定を設けるべきという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、組合員の脱退においては、他の組合員による持分の買取が認められる方向での検討を望む。

(4) 内的組合（第 5 3 6）

① 検討上の留意点

- ・ 金融スキームの構築に当たって、対外的には匿名組合と同様に組合財産や組合に対する権利義務を営業者等の一人の組合員に帰属させながら、内部的には他の組合員に業務執行者を監督するだけではなく指図も可能とする権限を付与する形態や、業務執行の意思決定に組合員が介入する形態として、内的組合の利用が考えられるという指摘がある。
- ・ 上記のニーズに対応した内的組合の検討が期待されるところ、その場合には、匿名組合と内的組合を区別するメルクマールを含め、匿名組合についても併せて検討が必要であるという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、内的組合に一定の実務ニーズがあることを踏まえた検討を望む。

38. 終身定期金（中間的論点整理第54）

(1) 終身定期金（中間的論点整理第54）

① 検討上の留意点

- 中間的論点整理における「③終身定期金契約に代わる新たな典型契約として『射倖契約』の規定を設ける」考え方については、適切な規定を設けることができるかという疑義が示されている。
- 仮に定義を設けた場合に、包括的な定義となり様々なものが該当してしまうと、一律に規定されることによる弊害が懸念される一方、弊害が生じないように総論的な規定を設けることに留まるのであれば規定を設ける必要性はないという指摘もある。
- また、部会資料（18-2 [36 頁]）では、射倖契約の一種であるとされる賭博行為について、「特別法によって認められるものでない限り無効であるということについて明文の規定を設けるべき」という考え方が示されている。これについては、賭博行為の定義をどう考え、特にそれ以外の射倖契約との区別をどのように考えるのか検討が必要である。例えば、デリバティブ契約への影響を懸念する指摘がある。
- 賭博行為の定義次第ではあるが、特別法によって認められるもの以外にも、例えば刑法総則の正当行為に該当する行為等については民法上も公序良俗に違反せず無効とならないものがあり得るため、民法第90条あるいは刑法総則の規定に委ねればよいという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- 上記①のとおり、「射倖契約」の規定を設ける考え方に反対する。

39. 和解（中間的論点整理第55）

(1) 和解の意義（中間的論点整理第55）

① 検討上の留意点

- ・ 互譲の要件について、現状でも互譲の要件は相当広く解されていることから、無理して広く解するより明確に不要とした方がよいという指摘がある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①のとおり、和解の「互譲の要件」は不要と考える。

40. 事情変更の原則（中間的論点整理第57）

(1) 事情変更の原則（中間的論点整理第57）

① 検討上の留意点

- 本論点について、信義則の具体化に留まるのであれば信義則があれば足り、信義則を具体化する規定を設けるとかえって一般条項としての性格が見えにくくなるという指摘がある。
- 事情変更の原則の問題は、規範的な評価も含めた契約当事者間における契約内容の確定の問題に解消され、改めて規定を設ける必要性がないという指摘もある。
- 効果の点からみても、事情変更の原則が機能する場面は多様であるところ、例えば裁判所による契約改訂を認めるのか、あるいは当事者の再交渉義務を認めるのか等、規定を設けることで効果が一律的、硬直的になってしまうことから、柔軟な解決を導くため、特に規定を設けず、信義則あるいは契約の解釈に委ねることで足りるという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- 事情変更の原則については、適用され得る多種多様な紛争の解決の促進となるよう要件・効果の点から適切な規定を設けることができるのであればよいと考えられるが、上記①のとおり、事情変更の原則の明文化は不要と考える。

4 1. 不安の抗弁権（中間的論点整理第58）

(1) 不安の抗弁権（中間的論点整理第58）

① 検討上の留意点

- ・ 信用不安に陥り反対給付を受けることができないような危険が生じている場合には、先履行義務者が債務の履行を強制されるのは酷であるといえ、このような場合のためにも不安の抗弁権を明文化することが望ましいという指摘がある。
- ・ 不安の抗弁権を明文化とした場合、これを強行規定とするのか、任意規定として当事者の合意により排除または制限することを可能とするのかという観点からも検討が必要であるという指摘もある。
- ・ また、要件論をみると、不安の抗弁権の適用対象について、双務契約に限定する必要はないと考えられる。双方が相手方に債務を負っている、あるいは負うこととなる場合に、一方の債務の履行可能性が低下したときに、他方当事者が相手方の債務不履行の危険を甘受してまで履行する必要があるのかという問題は、双務契約でなくても生じるものである。消費貸借の要物性の見直し（諾成契約化）の方向性にもよるが、仮に諾成的消費貸借が認められた場合には、融資金の引渡義務の履行の際に、借主である相手方に信用不安が生じている場面も想定されることから、このような場面を念頭に置いた規定の整備が望まれる（なお、本意見書「30. 消費貸借（3）目的物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始」参照）。

② 改正提案に対する意見

- ・ 不安の抗弁権について明文化には賛成するが、上記①における指摘にも配慮した検討を望む。

4 2. 継続的契約（中間的論点整理第60）

(1) 規定の要否等（中間的論点整理第60 1）

① 検討上の留意点

- ・ 継続的契約については、判例上確立した定義は存在しておらず、学説上もその意味は一義的に確定していない（部会資料19-2 [68頁]）とされるとおり、継続的契約と表現した場合に、どのような契約類型が想定されているのかが明確でないと議論が拡散することが懸念される。
- ・ 継続的契約に関して一般的な規定を設けるのであれば、その適用範囲を明確にするために継続的契約の客観的な定義および要件を設けることを検討すべきである。
- ・ また、継続的契約に関する規定を設ける場合には、定義規定の内容にもよるが、消費貸借、委任、寄託等と典型契約の規定との関係も整理が必要であると考えられる。

③ 改正提案に対する意見

- ・ 上記①における指摘にも配慮した検討を望む。

(2) 期間の定めのない継続的契約の終了（中間的論点整理第60 2(1)）

① 検討上の留意点

- ・ 期間の定めがない継続的契約について、契約に永続的に拘束されることは認めるべきではないと考えられるため、期間の定めのない継続的契約の終了に関する規定を設けることには基本的に賛成である。ただし、提案を具体的にみると、「期間の定めのない継続的契約は、当事者の一方が他方に対し、あらかじめ合理的な期間をおいて解約の申入れをすることにより、将来に向かって終了する」（部会資料19-2 [73頁]）とされているが、「あらかじめ合理的な期間」で実務が運営できるか配慮すべきという指摘がある。
- ・ また、当該規定を設ける場合であっても、即時解約の必要性はあると考えられるため、即時解約の特約が優先すべきという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ 期間の定めのない継続的契約の終了について規定を設けることは基本的には賛成するが、①における指摘にも配慮した検討を望む。

(3) 継続的契約の解除（中間的論点整理第60 2(3)）

① 検討上の留意点

- ・ 継続的契約の解除において、「契約当事者間の信頼関係を破壊するような債務不履行がなければ解除することができない」という考え方が提示されているが、契約当事者間の信頼関係の破壊を解除要件とすることは厳格に過ぎると考える。
- ・ また、継続的契約の解除は、債務不履行解除とは別に、やむを得ない事由によって解除することができる場合もあると考えられるので、その点の検討も必要であると考ええる。

② 改正提案に対する意見

- ・ 上記①における指摘にも配慮した検討を望む。

4.3. 消費者・事業者に関する規定（中間的論点整理第62）

(1) 民法に消費者・事業者に関する規定を設けることの当否（中間的論点整理第62 1）

① 検討上の留意点

- ・ そもそも、「消費者」や「事業者」の区分は固定的なものではなく、個別の契約ごとに、ある人が「消費者」になったり「事業者」になったりすることとなると考えられ、例えば、銀行が契約の相手方を「事業者」と認識して取引したとしても、相手方が「消費者」であると主張することも起きる可能性がある。このような問題を解消するためには、契約ごとにお互いをどのように認識して契約を行ったかを明らかにする等の対応が必要となる。さらに、契約継続中に「消費者」が「事業者」に変わることや、契約の内容が時の経過に伴い変化することも想定される。
- ・ 具体的な提案に照らして考えてみると、消費者と事業者の定義では、消費者を「事業活動以外の活動のために契約を締結する個人」（部会資料 20-2）と定義する提案があるが、これに対しては、例えば個人がネットオークションや中古品の売買を繰り返しているようなものについて、事業活動か否か判然と区別できないケースもあるのではないかと考えられる。
- ・ このように考えると、仮に民法に「消費者」や「事業者」の概念を導入した場合には、実務上は実態に合わせた判断で行わざるを得ず、契約の法的安定性や実務への影響が大きいと懸念される。
- ・ もっとも、この点は民法・特別法のいずれに規定を設けても同じことになるとも言えるが、そもそも概念規定も流動的な要素があると考えられ、現段階において民法に規定を設けるよりも、いましばらくは特別法に設けておき、今後の状況をみる方がいいのではないかと考えられる。
- ・ 消費者法制との関係について検討しておくことも必要と考えられる。消費者・事業者に関する規定は、現在、消費者契約法等の特別法で規定されている。消費者契約法は平成 12 年に制定されてからそれほどの期間を経たおらず、未だ流動的なところがある。その点において、消費者・事業者に関する規定を民法に設けるには、時期尚早ではないかと考えられる。現段階において民法に規定すると、固定化する可能性もあり、引続き消費者契約法等の特別法に委ね、消費者契約の規律について今後の事例あるいは判例の蓄積を待ったうえで、改めて検討するのが適当ではないかと考えられる。
- ・ 法制との関係では、法改正の機動性という点についても配慮することが必要

と考えられる。未だ流動的といえる消費者法制は、新しい問題にも対処していく必要があり、随時の改正も想定されるところ、民法に規定することで、特別法に規定するよりも改正を行いにくくなるのではないかという懸念も否定できない。民法の改正は機動性の点で特別法の改正と異なる事情があることは確かで、翻って、それほど頻繁に改正されない点に民法の価値を捉えることもできる。

- ・ さらに、法改正に当たっては、過剰な規制とならないかという点からの検討も必要と考える。消費者法制は相当の成果をあげてきているが、消費者被害を生むような悪徳業者等に対して迅速な対応を図るという側面が必要である一方、健全な経済発展、産業のイノベーションを図る観点からは、正常な取引活動を制約しないようにするという別の側面も要請される。仮に、民法に消費者保護の規定を設けたとしても、要件・効果を細かく書き分けている特別法と同等の規定を設けることができるとは限らず、概括的な規定を設けることで、本来規制すべきでない正当な取引にまで規制が波及しないか懸念される。
- ・ また、保証に関する貸金等根保証契約に関する規定のように、民法では保証人の属性によって規律を分けている。消費者保護の姿勢を貫くことは重要で十分に理解しており、保証人保護に関する施策は検討に値するが、保証制度全体がそれに引きずられて重い制度となり、円滑な企業金融に支障が出ないようにする配慮も必要である。保証について、個人保証と法人保証の特性や利益状況に応じて十分検討したうえで、仮に個人の保証人の保護をさらに拡大するのであれば、個人保証に関連する規定を消費者法制に移すという選択肢もあり得るといふ指摘もある。
- ・ 「わかりやすい民法」という観点から、「民法」は一般原則を定め、個別の「消費者」、「事業者」、「労働者」等に対する規制は特別法で規定すると整理した方が体系的に理解しやすいと考えられるという指摘もある。

② 改正提案に対する意見

- ・ **民法は一般法として、全ての「人」に対して属性の区別なく適用される基本ルールを規定すべきと考える。消費者保護の推進には賛同するが、消費者保護は民法による私人間の規律だけで解決できるものではない。消費者・事業者のように切り分け、特定の属性を有する人のみを適用の対象とする規定は民法よりもむしろ消費者契約法等の特別法に設けることがよいと考えられることから、民法に消費者・事業者概念を取り入れることには強く反対する。**

- ・ 一般法である民法において、消費者契約に関する特則や事業者に関する特則を規定することは、将来にわたって発生する全ての契約に影響を与えるものである。「特則」であるならば、多様化した社会においてはそれぞれ関係する特別法により定められることを基本とすることが適切と考える。

(2) 消費者契約の特則（中間的論点整理第62 2）

① 検討上の留意点

- ・ 消費者向けに提供している商品・サービスに対する顧客のニーズは説明の充実もさることながら、取引の迅速性にもあると考えられる。
- ・ 消費者契約の特則の内容によっては、手続きの迅速化を求める顧客ニーズとは相反する結果となりかねず、契約類型が消費者契約であるということのみをもって、私法の基本法たる民法で当該契約の特則を一律に設けることは馴染まないのではないかと考えられる。

② 改正提案に対する意見

- ・ 【中間的論点整理⑤関係】「目的物の交付前における消費者借主の解除権」については、解除権の規定を設けないか、または解除が認められる場合には当該コストを借主に損害賠償請求できることとすべきである（詳細は本意見書「30. 消費貸借（中間的論点整理第44）」を参照）。
- ・ 【中間的論点整理⑥関係】「事業者が消費者に融資した場合の特則」については、消費者借主が事業者貸主に対して、貸主の被る損害を賠償することなく期限前弁済ができる旨の特則を設けることに強く反対する（詳細は本意見書「30. 消費貸借（中間的論点整理第44）」を参照）。
- ・ 【中間的論点整理⑦関係】「抗弁権の接続」については、民法の消費貸借契約の項目に抗弁の接続に関する規定を設けることに強く反対する（詳細は本意見書「30. 消費貸借（中間的論点整理第44）」を参照）。
- ・ 【中間的論点整理⑨関係】「受任者が受けた損害の賠償義務についての消費者契約の特則」については、現行民法第650条第3項の規定を消費者契約についても維持すべきと考える（詳細は本意見書「34. 委任（中間的論点整理第49）」を参照）。

(3) 事業者間契約に関する特則（中間的論点整理第62 3）

- ・ 民法における規律は、あくまでも私的自治による契約自由の原則にもとづくべきであり、事業者間の契約に関する規律は本質的に取り入れるべきではな

く、商法およびその他特別法で対応するのが妥当と考える。

- 仮に民法に事業者に関する特則を設けることを検討する場合には、商法の商行為法との関係をどのように考えるのかという点についても、民法に規定することの妥当性と併せて慎重に検討すべきである。
- なお、「事業者がその経済事業の範囲内において寄託を受けた場合は、無償の寄託においても受寄者の注意義務の軽減を認めないとする」考え方については、反対する意見があり、提案内容の合理性について慎重に検討することが望まれる（詳細は本意見書「36. 寄託（中間的論点整理第52）」を参照）。