

# 日医総研ワーキングペーパー

## 民法改正の概要

No. 424

2019年3月

日本医師会総合政策研究機構

尾崎 孝良

## 民法改正の概要

～民法改正が医療実務に与える影響（改正資料編）～

日本医師会総合政策研究機構 尾崎孝良

## キーワード

- |          |                 |         |
|----------|-----------------|---------|
| ◆民法改正    | ◆我が国民法の特徴・歴史的経緯 | ◆意思能力   |
| ◆消滅時効    | ◆除斥期間の廃止        | ◆法定利率   |
| ◆錯誤が取消しに | ◆瑕疵担保責任         | ◆解除と帰責性 |

## ポイント

◆ 約 120 年ぶりに民法（主として債権法部分）が大改正となる。本研究の最終目標は、サブタイトルにあるとおり、この民法大改正が医療実務の現場に与える影響を研究調査することであるが、それ以前の課題として「民法がどのように改正されるのか噛み砕いて解説してほしい」という強いニーズがあったので、本稿は、取り急ぎその改正部分の情報をまとめたものである。

◆ 我が国民法は、歴史的経緯から、条文が非常に少なく大雑把であり、判例等の解釈に委ねられている点に特徴がある。

これは国際的にみても異常な事態であり、今回の改定では、判例理論等で定着している部分を明文化する、という作業が主なものであった。ただし、実質的な解釈変更もいくつかある。

◆ 医療分野と密接に関わる事項は以下のとおり。

（１）意思能力の無い者の法律行為が無効と明文で規定された。

（２）職業別の短期消滅時効はすべて廃止された。したがって、「医師、助産師又は薬剤師の診療、助産又は調剤に関する債権」の 3 年の時効は廃止となる。

（３）債権の消滅時効が、原則として、「知ってから 5 年、行使可能となってから 10 年」とされた。また、不法行為による損害賠償の時効は「知ってから 3 年、不法行為時から 20 年」とされた。なお、この 20 年は、除斥期間から時効へと解釈変更となった。

さらに、人の生命身体に関する損害賠償の消滅時効は、それぞれ「知ってから 5 年、行使可能となってから 20 年」「知ってから 5 年、不法行為時から 20 年」となった。すなわち、債務不履行構成でも、不法行為構成でも時効期間はほぼ同一となった。

(4) 法定利率が5%から3%になり、3年に1度の見直しで、変動することになった。損害賠償額についてみると、施行日(2020年4月1日)以前に発生した場合の金額と比べ、施行日以降に発生した行為から発生した金額のほうが(割引率が小さくなるので)大きくなる。賠償責任保険等に影響が出る可能性がある。なお、この中間利息控除も法定利率で計算することが明文化された。

(5) (準)委任契約の有償化一本化は見送られたが、従前の無償の(準)委任契約と並列して、有償の(準)委任契約も規定された。

◆ その他の分野で重要な事項は以下のとおり。

(1) 錯誤が無効から取消しとなった。

(2) 売買の(したがって双務契約全部で)瑕疵担保責任制度が廃止された。従前の(古い通説の)法定責任説ではなく、新民法は、契約責任説に基づくこととなったためである。

(3) 契約解除の要件から債務者の帰責性が削除された。

◆ 施行日は2020年4月1日である。

## 【目次】

第1 改正の経緯 .....	1
1. 民法制定の歴史 .....	1
2. 我が国民法の特徴 .....	2
3. 今回の改定経緯 .....	2
4. 施行日 .....	5
第2 民法改正の概要 .....	6
第1章 民法総則 .....	6
1. 権利の主体 .....	6
2. 公序良俗 .....	8
3. 錯誤 .....	8
4. 代理 .....	9
5. 無効・取消し .....	13
6. 条件 .....	15
7. 時効 .....	15
第2章 債権総論 .....	23
1. 債権の目的 .....	23
2. 法定利率 .....	23
3. 中間利息控除 .....	25
4. 履行請求権・追完請求権 .....	26
5. 債務不履行による損害賠償 .....	28
6. 受領遅滞 .....	29
7. 債権者代位権 .....	30
8. 詐害行為取消権 .....	32
9. 連帯債務 .....	34
10. 保証 .....	35
11. 債権譲渡 .....	39
12. 債務引受 .....	41
13. 弁済 .....	42
14. 相殺 .....	48
第3章 契約総論 .....	51
1. 契約の基本原則 .....	51
2. 契約の成立 .....	52
3. 第三者のためにする契約 .....	53
4. 契約上の地位の移転 .....	54

5. 契約の解除 .....	54
6. 危険負担 .....	56
7. 定型約款 .....	57
第4章 契約各論 .....	61
1. 贈与 .....	61
2. 売買 .....	61
3. 消費貸借 .....	65
4. 使用貸借 .....	67
5. 賃貸借 .....	69
6. 雇用 .....	72
7. 請負 .....	73
8. 委任 .....	76
9. 寄託 .....	79
10. 組合 .....	81

## 第1 改正の経緯

### 1. 民法制定の歴史

民法典を含む我が国の近代法制が整備されたのは、言うまでもなく、明治時代である。

江戸時代末期から引き継がれた「治外法権と関税自主権の不存在」は、自主独立の国家でないことの象徴であり、条約改正は明治政府の悲願であった。

しかし、欧米列強は「日本には近代的な法制度がないではないか」という理由で条約改正には応じようとしなない。西欧と同じ法制度を導入するといういわば「政治的動機」で民法典を含む国内法の整備がなされた。

このため、①「最も容易なところ」から、そしてまた②「最も見栄えのするところ」から着手された[三ヶ月 1982 ほか]。

まず、裁判所という「お役所」を全国に設置してみた。そして、外国の法典を日本語に移し替えるのが最も容易かつ見栄えがすると気付き、それに着手した。

民法についてみると、当時、世界最新の法典をもつ国はフランスであった。我が国は、まず、このフランス民法典をそのまま導入しようとした。

このとき、江藤新平が部下に対して「誤訳をも妨げず、ただ即訳せよ」と命じたエピソードは有名である。前述の条約改正に向けての準備という側面もあったが、国会開設より早く制定したい（国会での審議は避けたい）というのが急ぐ理由であった。

このような背景から、パリ大学教授ボワソナードを招聘し、フランス民法を模範とした日本の民法典を策定した。

この民法は、1890年（明治23年）に公布された（民法公布は明治23年10月7日。国会開設は同年11月25日）。

ところが、この明治23年民法によって、日本古来の家制度などが滅ぼされてしまうという反発が広がった。当時の反対派のスローガン（正確には論文のタイトル）は、有名な「民法出でて忠孝滅ぶ」である。

この反対運動の結果、明治23年民法は施行されることなく、新たに日本人3名（穂積陳重・富井政章・梅謙次郎）が起草委員に任命されて新法案を策定した。

その結果できあがった民法典は「構成」がドイツ民法典に似ていたので（いわゆるパンデクテン方式）、長らく、ドイツ流の民法が制定されたと誤解されてきた。

しかしながら、実際には、明治23年民法がそのまま採用されている部分が多い。また、起草委員3名のうち2名がフランス留学経験者であった。

ところがその後の明治末から昭和初期にかけては、ドイツ法学の影響が圧倒的であった。その中心人物が、鳩山秀夫（鳩山一郎首相の弟）であり、それを継

いだのが、我妻栄である。我妻民法学において、日本の民法の解釈論は、ドイツの法理論を基礎にした高度な体系が完成した。

しかし、その後、本来フランス法の影響を大きく受けていた条文をドイツの理論で解釈していた、という実例が次々指摘されるようになった。フランス法由来の規定の本来の趣旨（起草者が想定していたもの）とドイツ法理論（通説となった我妻民法学での解釈）との齟齬から、様々な困難や矛盾が生じているのである。

その結果、現在の学説は、民法各条文・各制度の本来の趣旨等の沿革を踏まえた上で、現在の日本の社会に適合した解釈論を探るという方向になっている。

今回の民法改正もこの「流れ」の延長にあるものである。

## 2. 我が国民法の特徴

我が国の民法は条文が少ない。枝番を除くと、日本の民法は1044条しかない。

これに対してフランス民法は2488、ドイツは2385なので、日本の倍以上の条文があることになる [内田 2011 p90]。

細かな規定を作ろうとすると、西欧の制度をそのまま直訳・直輸入せざるを得ず、それが日本の社会になじむか不安があったためである。少ない条文で大雑把な規定だけを置き、解釈で補っていく、というのが日本の民法の特徴である。

こうして条文の数も少なく、各条の内容も大雑把な民法典ができあがった。

日本の民法の初学者は、条文にはほとんど書かれてないのに民法の教科書を見ると非常に高度で精緻な解釈があり感動するが、これは、国際的にみても異常な事態とされる [同 p94]。

民法というのは、国民の日常生活や経済活動のためにある法律であるのだから、本来は、法律の中にルールが明確に書いてあり、誰でもそれを読めば理解できるというのがあるべき姿だ。しかし、日本の民法は上記の経緯でそうはなっていない。

このような経緯から、実務では、裁判官の条文解釈、すなわち、判例による詳細なルールの創設は、施行当初から始まっている。ある意味、日本は「判例法」の国ともいえる。

（実質的な改正部分も少数あるが）今回の改正の大部分は、上記のように「判例で確立していて誰も異存はないが、条文に全く書かれていないこと」を明文化する作業に当てられた。

## 3. 今回の改定経緯

2009年10月28日開催の法制審議会第160回会議（総会）において、法務大臣から「民事基本法典である民法のうち債権関係の規定について、同法制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする等の観

点から、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」とする諮問第 88 号が発出された。

これに先立つ同年 4 月 29 日に一部の学者による「民法（債権法）改正検討委員会」が改正試案として「債権法改正の基本方針」を取りまとめたため、弁護士を始めとする実務家から「このまま一部の学者だけで作成した案で一気に押し切られるのでは」との観測がなされ、弁護士会などでは、荒れた空気になった。その 3 年前、2006 年の会社法全面改正（商法から独立）で「もう会社関係の法務はあきらめた」という記憶もまだ新しかったこともその一因だったと思われる。

しかし、蓋を開けてみると、学者の中でも別の提案がなされる等の動きもあり、審議は丁寧に行われ、実務家委員を含め、発言時間の制約もなく、全員が納得するまで必要十分な議論がなされた。本稿でも随所にみられる「検討課題として審議がなされたものの、意見の一致がみられなかったため、今回の改正は見送られた」という経緯説明もかような丁寧な議論の結果であったといえよう。

改正作業は、三段階に分けられて進捗管理された。各段階についてみると、以下のとおり。

#### 【第 1 段階】

法制審議会に「民法（債権関係）部会」が設置され、第 1 回会議（2009 年 11 月 24 日）において、必要十分な時間をかけて慎重に審議を進める趣旨で、最終的な要綱案を取りまとめる具体的な期限を設定せず、1 年半程度の期間をかけて中間的な論点整理を行うことが目標とされた。この方針により、上記のような実務家の懸念も払拭されるようになった。

第 1 回から第 26 回まで約 1 年半をかけて検討し、第 26 回会議（2011 年 4 月 12 日）において「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」が取りまとめられた。この中間的論点整理について、2011 年 6 月 1 日から 8 月 1 日までパブリック・コメントの手続が実施された。また、3 回（第 27 回～第 29 回）にわたり、各種団体からのヒアリングが行われた。

#### 【第 2 段階】

中間試案の取りまとめを目標として審議が行われた。

また、個別論点について補充的に議論するため、3 つの分科会が設置された。部会は第 30 回から第 71 回まで審議を行い、また、3 分科会はそれぞれ 6 回ずつ審議を行った。そして、第 71 回会議（2013 年 2 月 26 日）において「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」が取りまとめられた。中間試案について、2013

年4月16日から6月17日までパブリック・コメントが募集され、253名の個人及び116団体から意見が寄せられた。また、2回の補充的な審議が行われた。

### 【第3段階】

法制審議会総会にかかる改正要綱案（改正法案の一步手前の文書の案）の取りまとめを目標として、第74回から第96回まで審議が行われ、第96回会議（2014年8月26日）において、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」が取りまとめられた。

この要綱仮案では定型約款の項目全体が保留とされたため、定型約款を中心として3回の審議を行い、第99回会議（2015年2月10日開催）において「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」が全会一致で議決された。

2015年2月24日の法制審議会第174回会議（総会）においては、部会における審議の経過及び結果の報告がなされた上、民法改正要綱案が全会一致で原案どおり決定され、同日、法務大臣に答申された。\*

その後、法務省・内閣法制局にて要綱を改正法案の体裁にする作業を経た後、「民法の一部を改正する法律案（閣法第63号）」として、2015年3月31日に閣議決定され、同日、国会に提出された（第189回国会・常会）。

しかしながら、2016年11月16日（第192回国会・臨時会）まで審議されず、同日ようやく、衆議院法務委員会において提案理由説明が初めて行われ審議が開始されたものの、このときは継続審議となった。

そして、続く第193回国会・常会で審議がなされ、2017年4月14日、同法案は衆議院本会議において修正議決され（修正は附則の法律番号等形式的なもの）、同日、参議院に送付された。その後、参議院での審議を経た後、2017年5月26日、参議院本会議において、可決・成立した。

同法案は、2017年6月2日、「民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号）」として公布された。また、同時に「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成29年法律第45号）」も公布された（後述する、商事消滅時効の廃止や商事法定利率の廃止はこちらの法律に依る）。

---

\* 以上、参議院常任委員会調査室「民法制定から120年経過して初めての債権法の抜本的改正」立法と調査 No. 391 に依拠した。

#### 4. 施行日

今回改正された新民法の施行期日は、2017年の政令309号により2020年4月1日とされた。

平成二十九年十二月二十日

政令第三百九号

民法の一部を改正する法律の施行期日を定める政令

内閣は、民法の一部を改正する法律（平成二十九年法律第四十四号）附則第一条（第一号を除く。）の規定に基づき、この政令を制定する。

民法の一部を改正する法律の施行期日は平成三十二年四月一日とし、同法附則第一条第二号に掲げる規定の施行期日は平成三十年四月一日とし、同条第三号に掲げる規定の施行期日は平成三十二年三月一日とする。

## 第2 民法改正の概要

### 第1章 民法総則

#### 1. 権利の主体

本稿の趣旨からすると、改正（新設）された3条の2のみ紹介すれば良いのだが、関連する別の改正部分（平成30年法律第59号）もあるので、権利の主体についての全体像を概括する。

##### （1）権利能力

権利能力とは「人か否か」の問題であり、人（法人等も含む）でなければ権利の主体になれない。

これは「知能」の問題ではない。実際のところ、生まれたばかりの乳児より、チンパンジーのほうが知能も高いがチンパンジーには権利は認められない。

なお、胎児も相続人になり得る点に注意。

##### （2）意思能力

今回改正（追加）されたのはこの部分。

「有効に意思表示をする能力」のことを意思能力という。6～7歳以上の者がこれに当たると解されている（内田貴 他）。

判例では、古くから「意思能力の無い者の法律行為は無効」とされてきたが（大判明治38年5月1日）、民法上明文の規定はなかった。

##### （新設）

第3条の2 法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときは、その法律行為は、無効とする。
---

この改正の趣旨は、認知症等で判断能力が低下した高齢者を保護することにある。ただし上述のとおり、判例実務では既に認められてきた法理でもあり、「解釈」として既に定着してきたものを明文化しただけ、ともいえる（ちなみに、今回の民法改正で追加された条文の多くが同様である）。

なお、「意思能力の定義」についても検討がなされ、中間試案の段階では「法律行為をすることの意味を理解する能力」と提案されたが、一致した見解が得られず、この点についての明文化は見送られた。

##### （3）責任能力

責任能力とは、不法行為に責任を負えるための能力をいう。

すなわち、責任を弁識するに足るべき知能を有しているか否かであり、明文はないが、判例理論ではおよそ12歳程度と解されている。

この場合、714条1項本文（今回改正されず維持）の「責任無能力者がその責任を負わない場合において、その責任無能力者を監督する法定の義務を負う者は、その責任無能力者が第三者に加えた損害を賠償する責任を負う」という規定が適用され、本人は免責され親など（責任無能力者を監督する法定の義務を負う者）が責任を負う。

#### （4）行為能力

行為無能力者の典型は、未成年である。このほか、成年被後見人も含まれる。

高齢者等で、精神上の問題から判断能力が低下した場合、この成年後見制度で保護されるが、予め裁判所で成年後見開始の審判を受けなくてはならない。未だ審判を受けていない者であっても、実質的にみて同様の者を保護しようとするのが、前述（2）の意思能力制度の改正（追加・明文化）の趣旨のひとつである。

行為無能力者が契約等の法律行為を行う場合は、法定代理人（未成年者の場合は親権者）の同意が必要である。

法定代理人の同意のない行為無能力者の契約は取り消すことができる。

ところで、成年は、現行法では、満20歳とされているが、2022年4月施行の民法改正（本稿で解説している2020年施行の民法改正とは別の改正<sup>†</sup>）で18歳に引き下げられる。

なお、これにともなって、婚姻適齢も改正され、現行法では、男18歳、女16歳だったのが、改正後では、男女ともに18歳となる。すなわち、女性は、現行の16歳から18歳に引き上げられる

身体的・精神的要素より社会経済的要素が重視される現代社会においては、男女差を設ける合理的理由に乏しいとの理由からである

これにより、「男女共に18歳になれば、父母の同意不要で婚姻できる」ことになる。

（上が改正前、下が改正後）

（成年）

第4条 年齢二十歳をもって、成年とする。

（婚姻適齢）

<sup>†</sup> 平成30年法律第59号。2018年の通常国会で成立。

第 731 条 男は、十八歳に、女は、十六歳にならなければ、婚姻をすることができない。

(未成年者の婚姻についての父母の同意)

第 737 条 未成年の子が婚姻をするには、父母の同意を得なければならない。

(成年)

第 4 条 年齢十八歳をもって、成年とする。

(婚姻適齢)

第 731 条 婚姻は、十八歳にならなければ、することができない。

第 737 条 <削除>

## 2. 公序良俗

改正前は、「事項を目的とする(法律行為)」という文言があり、法律行為の「内容」のみを判断基準にしているように読める。これに対して、判例理論は、法律行為がなされた過程その他の諸事情も考慮しているので、法律を実務にあわせて改正した。

(上が改正前、下が改正後)

(公序良俗)

第 90 条 公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。

(公序良俗)

第 90 条 公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とする。

公序良俗に関連して、検討の段階では、「暴利行為の準則」を条文化する提案もなされたが、結局、「明文化すべき適切な要件についてはなお意見対立があり、合意形成が困難な状況にある」とされ、条文化は見送られた。

## 3. 錯誤

改正前は、「意思表示に錯誤があった場合は無効」と規定されてきたが、「無効」から「取消し」と改正された。

学説では、そもそもこの無効という効果が強すぎるという批判があった。錯誤のある意思表示で、たとえば、何かの契約をして、錯誤した側が「それでも構わない」と思っているのに、相手方からも無効主張できる、というのは制度趣旨に

も反していて取引安定を損なうこと甚だしい。このため、「無効の主張ができるのは表意者のみ」という解釈が唱えられ、判例としても定着した（最判昭和40年9月10日）。

そのほか、「動機の錯誤は無効ではないが、動機が表示され意思表示の内容とされた場合は無効主張できる」という解釈も定着している。

これら判例理論等に従って、民法95条が改正された。

（上が改正前、下が改正後）

（錯誤）

第95条 意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない。

（錯誤）

第95条 意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる。

一 意思表示に対応する意思を欠く錯誤

二 表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤

2 前項第二号の規定による意思表示の取消しは、その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り、することができる。

3 錯誤が表意者の重大な過失によるものであった場合には、次に掲げる場合を除き、第一項の規定による意思表示の取消しをすることができない。

一 相手方が表意者に錯誤があることを知り、又は重大な過失によって知らなかったとき。

二 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき

4 第一項の規定による意思表示の取消しは、善意でかつ過失がない第三者に対抗することができない。

#### 4. 代理

##### （1）代理行為の瑕疵

代理行為の瑕疵を規定した101条のうち、改正前1項は、「代理人が相手方に対してした意思表示」（改正後1項）と「相手方が代理人に対してした意思表示」（改正後2項）に書き分けられた。

そして、改正前の2項は、「意思表示は代理人で判断される」という改正前1項の制限となっており、「本人の指図に従って」法律行為をした場合、本人で判

断する例外規定であった。

しかしながら、判例は古くから（大判明治 41 年 6 月 10 日）法律行為の委託以外に本人の指図を受けたとの事実は無要と解している。

今回の改正では、この判例理論に従って、本人の指図に関する文言を削除したものである（改正後 3 項）。

（上が改正前、下が改正後）

（代理行為の瑕疵）

第 101 条 意思表示の効力が意思の不存在、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。

2 特定の法律行為をすることを委託された場合において、代理人が本人の指図に従ってその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができない。本人が過失によって知らなかった事情についても、同様とする。

（代理行為の瑕疵）

第 101 条 代理人が相手方に対してした意思表示の効力が意思の不存在、錯誤、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。

2 相手方が代理人に対してした意思表示の効力が意思表示を受けた者がある事情を知っていたこと又は知らなかったことにつき過失があったことによって影響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。

3 特定の法律行為をすることを委託された代理人がその行為をしたときは、本人は、自ら知っていた事情について代理人が知らなかったことを主張することができない。本人が過失によって知らなかった事情についても、同様とする。

## （2）代理権の濫用・利益相反行為

改正前では、代理権濫用に関する規定はなく、代理権限がある以上たとえ自己の利益等を図る目的であっても、原則、「有権代理」とされ、例外的に相手方が悪意または有過失の場合に 93 条等を類推適用して無効と解釈してきた。

これに対して、利益相反行為は、条文上では「禁止」とだけ規定されているが、禁止に反してなされた代理行為については、判例は、「無権代理」と解釈し、追認の余地を認めてきた。

今回の改正で、代理権濫用の場合で、相手方が善意無過失でない場合（無効ではなく）無権代理であるものと構成するものである（改正後 107 条）。これによって、永らく解釈に委ねられてきた代理権濫用の法的位置づけが明確となった。

また、利益相反行為は、判例理論を明文化し、文言を単なる「禁止」から「無権代理」と改め、こちらも法的位置づけが明確となった。そして、自己契約・双方代理を 108 条 1 項で、それ以外の利益相反行為を 108 条 2 項で整理した。どちらも無権代理構成である。

（上が改正前、下が改正後）

（自己契約及び双方代理）

第 108 条 同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることはできない。ただし、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。

（代理権の濫用）

第 107 条 代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその目的を知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす。

（自己契約及び双方代理等）

第 108 条 同一の法律行為について、相手方の代理人として、又は当事者双方の代理人としてした行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす。ただし、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。

2 前項本文に規定するもののほか、代理人と本人との利益が相反する行為については、代理権を有しない者がした行為とみなす。ただし、本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。

### （3）表見代理

改正前の表見代理は、①本人が代理権を「表示」した場合（授与はしていない）を改正前 109 条、②代理人が代理権の範囲を超えた行為でも相手方が代理権の範囲内だと信じる正当理由がある場合を改正前 110 条が、③代理権消滅後でも相手方が善意だった場合を改正前 112 条が明文で規定していた。

判例理論はこのほか④本人が自称代理人にある代理権を与える旨表示した場合で、相手方が自称代理人の権限の範囲内だと信じるのに相当な事由がある場合に 109 条と 110 条を重畳適用して表見代理としたもの（改正後 109 条 2 項で明文化）、⑤代理権消滅後の同様の事案で 112 条と 110 条を重畳適用したもの

(改正後 112 条 2 項で明文化) があった。

今回の改正では上記のとおり判例理論を明文化したほか、不明確であった③の要件を改正後 112 条 1 項で明確にした。

(上が改正前、下が改正後)

(代理権授与の表示による表見代理)

第 109 条 第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、その責任を負う。ただし、第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。

(権限外の行為の表見代理)

第 110 条 前条本文の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて準用する。

(代理権消滅後の表見代理)

第 112 条 代理権の消滅は、善意の第三者に対抗することができない。ただし、第三者が過失によってその事実を知らなかったときは、この限りでない。

(代理権授与の表示による表見代理等)

第 109 条 第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、その責任を負う。ただし、第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。

2 第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間で行為をしたとすれば前項の規定によりその責任を負うべき場合において、その他人が第三者との間でその代理権の範囲外の行為をしたときは、第三者がその行為についてその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときに限り、その行為についての責任を負う。

(権限外の行為の表見代理)

第 110 条 前条第一項本文の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて準用する。

(代理権消滅後の表見代理等)

第 112 条 他人に代理権を与えた者は、代理権の消滅後にその代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、代理権の消滅の事実を知らなかった第三者に対してその責任を負う。ただし、第三者が過失によってその事実を知らなかったときは、この限りでない。

2 他人に代理権を与えた者は、代理権の消滅後に、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間で行為をしたとすれば前項の規定によりその責任を負うべき場合において、その他人が第三者との間でその代理権の範囲外の行為をしたときは、第三者がその行為についてその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときに限り、その行為についての責任を負う。

## 5. 無効・取消し

基本的な考えには変化はない。

意思無能力が無効原因となったこと（3条の2）と錯誤が無効から取消しとなったこと（95条）の影響で条文に文言が加わった。

取消後の法的効果について、従前、不当利得で処理していたのを原状回復義務として明記した（改正後 121条の2）。

(上が改正前、下が改正後)

(取消権者)

第 120 条 行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、制限行為能力者又はその代理人、承継人若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる。

2 詐欺又は強迫によって取り消すことができる行為は、瑕疵ある意思表示をした者又はその代理人若しくは承継人に限り、取り消すことができる。

(取消しの効果)

第 121 条 取り消された行為は、初めから無効であったものとみなす。ただし、制限行為能力者は、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う。

(取消権者)

第 120 条 行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、制限行為能力者（他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為にあつては、当該他の制限行為能力者を含む。）又はその代理人、承継人若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる。

2 錯誤、詐欺又は強迫によって取り消すことができる行為は、瑕疵ある意思

表示をした者又はその代理人若しくは承継人に限り、取り消すことができる。

(取消しの効果)

第 121 条 取り消された行為は、初めから無効であったものとみなす。

(原状回復の義務)

第 121 条の 2 無効な行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、相手方を原状に復させる義務を負う。

2 前項の規定にかかわらず、無効な無償行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、給付を受けた当時その行為が無効であること(給付を受けた後に前条の規定により初めから無効であったものとみなされた行為にあっては、給付を受けた当時その行為が取り消すことができるものであること)を知らなかったときは、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う。

3 第一項の規定にかかわらず、行為の時に意思能力を有しなかった者は、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う。行為の時に制限行為能力者であった者についても、同様とする。

なお、追認に関して、改正前 122 条に但書があったが、追認によって第三者の権利を害することはあり得ないので従前から無意味な条文と指摘されており、今回の改正で削除された。

以下の項目について(立法技術的に括弧書きが削除される等の形式面を除き)は、現行法の制度が維持される。

#### ① 行為無能力者の相手方からの催告(20 条 1 項)

相手方から、取り消すか否か、1 か月以上の期間を定めて催告し、期限までに確答がない場合は、その行為を追認したものとされる。

#### ② 取消権の行使期間(126 条)

「追認をすることができる時から 5 年間行使しないとき」「行為の時から 20 年を経過したとき」は、当該取消権は「時効によって消滅する」とされる。

なお、取消権は一方的な意思表示で行使可能なので、時効の中断(新法では「完成猶予」)を観念する余地はなく(学術・理論的な興味はともかく)、実務的には、この条文の「時効」が通常消滅時効か否かを検討する意義に乏しい。

## 6. 条件

改正前は「故意によって条件成就を妨げた場合」の規定（改正前 130 条）はあったが、「故意によって条件を成就した場合」については明文がなかった。判例理論は、改正前 130 条の類推適用でこの場合、相手方がこの条件を成就しなかったものとみなすことができる、と解されていた。

今回の改正で、この判例理論を明文化した。

判例は、上記のとおり「故意に」という言い回しであったが、たとえば「試験で 100 点取ったら〇〇をプレゼントしてあげる」との約束（契約）において、がんばって勉強して故意に 100 点取った場合においておかしな法的効果が生じてしまう。そこで「故意に」ではなく「不正に」という文言が採用された（130 条 2 項）。これにより、上記の事例では、「カンニングして 100 点を取った」場合等に要件が限定されることになる。

なお、改正前 130 条は、改正後 130 条 1 項とされた。

（上が改正前、下が改正後）

（条件の成就の妨害）

第 130 条 条件が成就することによって不利益を受ける当事者が故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方は、その条件が成就したものとみなすことができる。

（条件の成就の妨害）

第 130 条 条件が成就することによって不利益を受ける当事者が故意にその条件の成就を妨げたときは、相手方は、その条件が成就したものとみなすことができる。

2 条件が成就することによって利益を受ける当事者が不正にその条件を成就させたときは、相手方は、その条件が成就しなかったものとみなすことができる。

## 7. 時効

### （1）職業別の短期消滅時効の廃止

改正前に規定されていた職業別の短期消滅時効制度は、今となつてはその合理性に説明がつかず、存在意義が疑問視されていたため、今回の改正で全て廃止された（時効については「統一化・短期化・主観化」が基本方針とされた）。

（上が改正前、下が改正後）

（三年の短期消滅時効）

第 170 条 次に掲げる債権は、三年間行使しないときは、消滅する。ただし、

第二号に掲げる債権の時効は、同号の工事が終了した時から起算する。

- 一 医師、助産師又は薬剤師の診療、助産又は調剤に関する債権
- 二 工事の設計、施工又は監理を業とする者の工事に関する債権

第 171 条 弁護士又は弁護士法人は事件が終了した時から、公証人はその職務を執行した時から三年を経過したときは、その職務に関して受け取った書類について、その責任を免れる。

(二年の短期消滅時効)

第 172 条 弁護士、弁護士法人又は公証人の職務に関する債権は、その原因となった事件が終了した時から二年間行使しないときは、消滅する。

2 前項の規定にかかわらず、同項の事件中の各事項が終了した時から五年を経過したときは、同項の期間内であっても、その事項に関する債権は、消滅する。

第 173 条 次に掲げる債権は、二年間行使しないときは、消滅する。

- 一 生産者、卸売商人又は小売商人が売却した産物又は商品の代価に係る債権
- 二 自己の技能を用い、注文を受けて、物を製作し又は自己の仕事場で他人のために仕事をするを業とする者の仕事に関する債権
- 三 学芸又は技能の教育を行う者が生徒の教育、衣食又は寄宿の代価について有する債権

(一年の短期消滅時効)

第 174 条 次に掲げる債権は、一年間行使しないときは、消滅する。

- 一 月又はこれより短い時期によって定めた使用人の給料に係る債権
- 二 自己の労力の提供又は演芸を業とする者の報酬又はその供給した物の代価に係る債権
- 三 運送賃に係る債権
- 四 旅館、料理店、飲食店、貸席又は娯楽場の宿泊料、飲食料、席料、入場料、消費物の代価又は立替金に係る債権
- 五 動産の損料に係る債権

<削除>

なお、商法 522 条が規定する商事消滅時効も廃止され、民法に一本化される。

(上が改正前、下が改正後)

**【商法】**

(商事消滅時効)

第 522 条 商行為によって生じた債権は、この法律に別段の定めがある場合を除き、五年間行使しないときは、時効によって消滅する。ただし、他の法令に五年間より短い時効期間の定めがあるときは、その定めるところによる。

<削除>

(2) 主観・客観条件

上記のような基本方針の要請から、改正後の消滅時効は、「債権者が権利を行使することができることを知った時から 5 年間」(主観的起算点)及び「権利を行使することができる時から 10 年間行使しないとき」(客観的起算点)とされた。

(上が改正前、下が改正後)

(消滅時効の進行等)

第 166 条 消滅時効は、権利を行使することができる時から進行する。

(債権等の消滅時効)

第 167 条 債権は、十年間行使しないときは、消滅する。

2 債権又は所有権以外の財産権は、二十年間行使しないときは、消滅する。

(債権等の消滅時効)

第 166 条 債権は、次に掲げる場合には、時効によって消滅する。

一 債権者が権利を行使することができることを知った時から五年間行使しないとき。

二 権利を行使することができる時から十年間行使しないとき。

2 債権又は所有権以外の財産権は、権利を行使することができる時から二十年間行使しないときは、時効によって消滅する。

3 前二項の規定は、始期付権利又は停止条件付権利の目的物を占有する第三者のために、その占有の開始の時から取得時効が進行することを妨げない。ただし、権利者は、その時効を更新するため、いつでも占有者の承認を求めることができる。

### (3) 不法行為の消滅時効

不法行為は、短期3年、長期20年と期間は変わらないが、20年の解釈を除斥期間から長期消滅時効に変更した。時効となったので、長期20年についても完成猶予と更新(改正前の「時効の中断・停止」に相当)の適用があることになる。

我が国民法の問題点が如実に現れている部分であり、改正前も素直に条文を読めば、両方とも時効であるのに、無理やりドイツ法学などの概念(ドイツ法では、時効と除斥期間を明文でそれぞれ規定している)を取り入れて、長期20年を除斥期間と解してきたが、除斥期間の経過を認めてしまうとあまりに不公平な場合、判例解釈で回避してきた。この判例解釈を素直に条文化し、両方とも時効ということを確認にしたのだが、上記経緯から条文の文言にはほとんど変化はない(変わったのは解釈の方である)。

なお、最高裁において「この20年は、除斥期間である」との判例が確立したのは意外と最近で、平成元年12月21日である。皮肉なことに、この判決(不発弾処理で重度の障害が残った事案)で除斥期間適用で国家賠償を認めなかったことを契機に、判例・通説となった「除斥期間説」への批判が高まったという経緯である。

(上が改正前、下が改正後)

(不法行為による損害賠償請求権の期間の制限)

第724条 不法行為による損害賠償の請求権は、被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から三年間行使しないときは、時効によって消滅する。不法行為の時から二十年を経過したときも、同様とする。

(不法行為による損害賠償請求権の消滅時効)

第724条 不法行為による損害賠償の請求権は、次に掲げる場合には、時効によって消滅する。

- 一 被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から三年間行使しないとき。
- 二 不法行為の時から二十年間行使しないとき。

### (4) 生命身体に係る時効制度の統一

以上の例外として、契約上の債務でも、不法行為債務でも、生命身体に係るのは、いずれも短期(知ってから)5年、長期(行使できるとき又は不法行為の時から)20年と規定された。

立法技術的にみると、契約による債務不履行は、短期5年・長期10年なので、人損に係る場合は、長期を20年に、他方、不法行為の場合は、短期3年・長期

20年なので、短期を5年とする読替え条文を新設した。

(新設)

(人の生命又は身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効)  
第167条 人の生命又は身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効について  
の前条第一項第二号の規定の適用については、同号中「十年間」とあるのは、  
「二十年間」とする。

(人の生命又は身体を害する不法行為による損害賠償請求権の消滅時効)  
第724条の2 人の生命又は身体を害する不法行為による損害賠償請求権の消  
滅時効についての前条第一号の規定の適用については、同号中「三年間」とあ  
るのは、「五年間」とする。

これにより、医療過誤等、生命身体に係る準委任関係から生ずる損害賠償債権  
については、①契約責任構成でも、②不法行為構成でも、時効期間がほぼ統一さ  
れることとなった(改正前では、契約責任の時効は10年なのに対して、不法行  
為構成の場合は「知ってから3年」と短かった)。

(5) 時効障害

改正前民法は、事項の中断事由として、①請求、②差押、③承認(改正前147  
条1号~3号)が規定されていた。「中断」なる単語は、一般的には、時効の進  
行が「リセット」されるイメージであるが、裁判上の請求(改正前149条)にお  
いては、中断といっても新たな時効がスタートするのはその判決確定からであ  
り、判決確定まで時効はいわば「停止」していることになる。

このように改正前の時効中断事由は停止と中断の両方を含むものであった。

法改正により、停止概念と中断概念をそれぞれ「完成猶予」と「更新」に改め  
て、時効障害制度が整理された。

具体的には、確定判決等による権利確定時に更新されるもの(改正後147条)  
と強制執行等の終了時に更新されるもの(改正後148条)に分けて規定された。  
各条1項の柱書にあるとおり、「その事由が終了するまで時効は完成しない」も  
の(すなわち完成猶予)とされ、そして各条2項に規定するとおり、判決等が確  
定する等各事由が終了したときから新たに時効の進行が始まる(更新)。

(上が改正前、下が改正後)

(時効の中断事由)  
第147条 時効は、次に掲げる事由によって中断する。

- 一 請求
- 二 差押え、仮差押え又は仮処分
- 三 承認

(時効の中断の効力が及ぶ者の範囲)

第 148 条 前条の規定による時効の中断は、その中断の事由が生じた当事者及びその承継人の間においてのみ、その効力を有する。

(裁判上の請求)

第 149 条 裁判上の請求は、訴えの却下又は取下げの場合には、時効の中断の効力を生じない。

(催告)

第 153 条 催告は、六箇月以内に、裁判上の請求、支払督促の申立て、和解の申立て、民事調停法若しくは家事事件手続法による調停の申立て、破産手続参加、再生手続参加、更生手続参加、差押え、仮差押え又は仮処分をしなければ、時効の中断の効力を生じない。

(裁判上の請求等による時効の完成猶予及び更新)

第 147 条 次に掲げる事由がある場合には、その事由が終了する（確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって権利が確定することなくその事由が終了した場合にあっては、その終了の時から六箇月を経過する）までの間は、時効は、完成しない。

- 一 裁判上の請求
  - 二 支払督促
  - 三 民事訴訟法第二百七十五条第一項の和解又は民事調停法（昭和二十六年法律第二百二十二号）若しくは家事事件手続法（平成二十三年法律第五十二号）による調停
  - 四 破産手続参加、再生手続参加又は更生手続参加
- 2 前項の場合において、確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって権利が確定したときは、時効は、同項各号に掲げる事由が終了した時から新たにその進行を始める。

(強制執行等による時効の完成猶予及び更新)

第 148 条 次に掲げる事由がある場合には、その事由が終了する（申立ての取下げ又は法律の規定に従わないことによる取消しによってその事由が終了した場合にあっては、その終了の時から六箇月を経過する）までの間は、時効は、

完成しない。

一 強制執行

二 担保権の実行

三 民事執行法（昭和五十四年法律第四号）第百九十五条に規定する担保権の実行としての競売の例による競売

四 民事執行法第百九十六条に規定する財産開示手続

2 前項の場合には、時効は、同項各号に掲げる事由が終了した時から新たにその進行を始める。ただし、申立ての取下げ又は法律の規定に従わないことによる取消しによってその事由が終了した場合は、この限りでない。

（裁判上の請求）

第 149 条 裁判上の請求は、訴えの却下又は取下げの場合には、時効の中断の効力を生じない。

（催告による時効の完成猶予）

第 150 条 催告があったときは、その時から六箇月を経過するまでの間は、時効は、完成しない。

2 催告によって時効の完成が猶予されている間にされた再度の催告は、前項の規定による時効の完成猶予の効力を有しない。

確定判決や確定判決と同一の効力を有するものによって確定した権利は、主観・客観の区別なく、判決確定時等から時効が起算され、時効期間は10年と（今回の消滅時効短期化の方針からはやや長めの時効期間と）なる。確定判決等によって確定した権利は、高度の確実性をもって確定されたものであるから、その後も時効完成を阻止するために短期間のうちに権利行使することを債権者に強いるのは適当でないからである。これは、改正前174条の2で規定されていたものと同趣旨であるが、改正後は169条と条文番号が変わるほか、若干の文言の整理がなされた。

（上が改正前、下が改正後）

（判決で確定した権利の消滅時効）

第 174 条の 2 確定判決によって確定した権利については、十年より短い時効期間の定めがあるものであっても、その時効期間は、十年とする。裁判上の和解、調停その他確定判決と同一の効力を有するものによって確定した権利についても、同様とする。

2 前項の規定は、確定の時に弁済期の到来していない債権については、適用

しない。

(判決で確定した権利の消滅時効)

第 169 条 確定判決又は確定判決と同一の効力を有するものによって確定した権利については、十年より短い時効期間の定めがあるものであっても、その時効期間は、十年とする。

2 前項の規定は、確定の時に弁済期の到来していない債権については、適用しない。

※改正前が枝番になっているのは、この条文が昭和 13 年法律 18 号で追加されたためである。

## 第2章 債権総論

### 1. 債権の目的

債権総論でいう「目的」とは、債権の対象(目的物)や債権者になすべき給付、の意である。

ここでは、条文に修正のあった特定物債権を引き渡す債務の注意義務について述べる(種類債権に関する401条に変更はなかった)。

改正前は、特定物を引き渡す債権の場合、債務者は「善良なる管理者の注意をもって(善管注意義務)」当該特定物を保管する義務を負う旨規定されていた(改正前400条)。

条文の書きぶりからすると、この善良なる管理者の注意は一律に決まるように読めるが(実際起草者はそのような理解だったようである)、その後確立した通説では、「債務者の職業、その属する社会的・経済的な地位において一般に要求される注意」とされ、個別具体的に判断されると解されるようになった。

改正法は、この解釈を明文化し、「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして定まる善良な管理者の注意」と規定した(改正後400条)。

(上が改正前、下が改正後)

(特定物の引渡しの場合の注意義務)

第400条 債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない。

(特定物の引渡しの場合の注意義務)

第400条 債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして定まる善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない。

### 2. 法定利率

永らく法定利率は年5%とされてきたが(改正前404条)、長期に低利を続ける市場金利を大きく上回っており、法定利率で算定された遅延利息を債務者に課すと債権者が現実に被った損害を大幅に上回るようになってしまう。

このため、法定利率は①改正直後は年3%として2023年3月末まで固定するが、その後は②市場金利を踏まえた変動利率と規定された(改正後404条)。施行後、変動金利は、3年に一度見直すことになる。

具体的な算定方法は、以下のとおり。

イ) 当期(当該期の6年前の1月から前々年の12月まで)の5年平均金利(日本銀行が発表する国内銀行・短期の貸出約定平均金利)をX%とし

ロ) 直近変動期 (最初の変動があるまでは、施行後最初の期とする) の 5 年平均金利 (同) を Y% とすると、(いずれも 0.1%未満切捨て)  
新たな金利は

前期の法定利率 (当初は 3) + (X - Y) パーセント

となる。

ただし、(X-Y) が 1%未満のときは前期の法定利率を維持することになる。なお、1%未満の端数は切り捨てる。

これに伴い、商事法定利率は廃止される (平成 29 年法律第 45 号)。

(上が改正前、下が改正後)

(法定利率)

第 404 条 利息を生ずべき債権について別段の意思表示がないときは、その利率は、年五分とする。

【商法】

(商事法定利率)

第 514 条 商行為によって生じた債務に関しては、法定利率は、年六分とする。

(法定利率)

第 404 条 利息を生ずべき債権について別段の意思表示がないときは、その利率は、その利息が生じた最初の時点における法定利率による。

2 法定利率は、年三パーセントとする。

3 前項の規定にかかわらず、法定利率は、法務省令で定めるところにより、三年を一期とし、一期ごとに、次項の規定により変動するものとする。

4 各期における法定利率は、この項の規定により法定利率に変動があった期のうち直近のもの (以下この項において「直近変動期」という。) における基準割合と当期における基準割合との差に相当する割合 (その割合に一パーセント未満の端数があるときは、これを切り捨てる。) を直近変動期における法定利率に加算し、又は減算した割合とする。

5 前項に規定する「基準割合」とは、法務省令で定めるところにより、各期の初日の属する年の六年前の年の一月から前々年の十二月までの各月における短期貸付けの平均利率 (当該各月において銀行が新たに行った貸付け (貸付期間が一年未満のものに限る。) に係る利率の平均をいう。) の合計を六十で除して計算した割合 (その割合に〇・一パーセント未満の端数があるときは、これを切り捨てる。) として法務大臣が告示するものをいう。

<商法 514 条は削除>

### 3. 中間利息控除

本来、将来に向かって毎月受け取るべき賠償金を一括で受け取ると、その資金を運用できることになり、本来の賠償額を上回る事態となる。これを法定利率で調整する（割り引く）中間利息控除は、実務では定着しているが（ただし、学説では、法定利率で中間利率控除することの妥当性が争われてはいる）、改正前には明文規定はなかった。

今回の改正で、従前からの解釈を債務不履行の損害賠償について明文化するとともに（417 条の 2）、不法行為による損害賠償についても準用（722 条 1 項）されることとなった。

具体的には、「その損害賠償の請求権が生じた時点における法定利率」で割り引かれることになる。

このため、施行時点以降に請求権が発生する場合は、法定利率 5%から 3%に変わるのので、長期にわたる逸失利益等の賠償額は、施行日以前に発生した同様の事案よりも大幅に増えることになる。賠償責任保険の保険料の値上げなどが懸念される。

なお、後遺障害が生じた場合、現価をどの時点で算定するのか、すなわち、①不法行為時なのか、②症状固定時なのかについては改正民法でも何ら規定されず、依然として解釈に委ねられている。

（上が改正前、下が改正後）

<第 417 条の 2 は、新設>

（損害賠償の方法及び過失相殺）

第 722 条 第四百十七条の規定は、不法行為による損害賠償について準用する。

2 被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる。

（中間利息の控除）

第 417 条の 2 将来において取得すべき利益についての損害賠償の額を定める場合において、その利益を取得すべき時までの利息相当額を控除するときは、その損害賠償の請求権が生じた時点における法定利率により、これをする。

2 将来において負担すべき費用についての損害賠償の額を定める場合において、その費用を負担すべき時までの利息相当額を控除するときも、前項と同

様とする。

(損害賠償の方法、中間利息の控除及び過失相殺)

第 722 条 第 417 条及び第 417 条の 2 の規定は、不法行為による損害賠償について準用する。

2 被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる。

#### 4. 履行請求権・追完請求権

##### (1) 履行請求権

改正前から、債権者は債務者に債務の履行を求める履行請求権は、当然のこととして認められていたが明文の規定はなかった。

改正後も、(検討段階では、これを明文化するとの提案もあったが) 履行請求権について明文の規定は設けなかった。これは次項で述べる履行不能のときには履行の請求ができない、と規定したことから、履行が可能ならば履行の請求ができることをも含めて表現されていると解されるからである。

##### (2) 履行不能

改正前から、債務の履行が不能となった場合は、債権者は債務の履行を請求できないものと解されていたが、明文の規定はなかった。

改正後は、このことを明文で規定した上、その「不能」について、「債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」判断するものとした。

(新設)

(履行不能)

第 412 条の 2 債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない。

2 契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったことは、第四百十五条の規定によりその履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない。

なお、「契約時に既に履行不能だった契約の有効性」については、後述のとおりあり、大きく考え方が転換されている(第 3 章 1(2)参照)。

### (3) 追完請求権

改正前には請負契約において、仕事の目的物に瑕疵があるときに、注文主に修補請求権を認める旨の規定があったが（改正前 634 条 1 項）、債権者に追完請求権を認める一般規定はなく、解釈に委ねられていた。

今回の改正により、引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主に追完請求権が明文で認められることになった。これは売買契約の規定であるが、売買契約の規定は双務契約において準用されるので（559 条）、双務契約の一般則となり、結果的に請負契約の 634 条 1 項は削除された。

#### (新設)

##### (買主の追完請求権)

第 562 条 引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる。ただし、売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる。

2 前項の不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、買主は、同項の規定による履行の追完の請求をすることができない。

### (4) 履行に代わる損害賠償

履行に代わる損害賠償は、改正前は明文規定がなく、解釈に委ねられてきた。今回の改正で、明文でその要件が以下のとおり明記された（415 条 2 項）。

- ①履行不能
- ②債務者の明確な履行拒絶
- ③契約解除（④があるので例外的。合意解除など）
- ④債務不履行による契約解除権の発生

#### (上が改正前、下が改正後)

##### (債務不履行による損害賠償)

第 415 条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

##### (債務不履行による損害賠償)

第 415 条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行

が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。

2 前項の規定により損害賠償の請求をすることができる場合において、債権者は、次に掲げるときは、債務の履行に代わる損害賠償の請求をすることができる。

一 債務の履行が不能であるとき。

二 債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。

三 債務が契約によって生じたものである場合において、その契約が解除され、又は債務の不履行による契約の解除権が発生したとき。

なお、「追完に代わる損害賠償」についても検討されたが、審議の途中で審議対象から外れた。この経緯から、①415条2項は、あくまで債務全部が不履行の場合のみ（したがって要件が厳しい）であり、追完に代わる損害賠償まで射程が及ぶものではないこと、②したがって、追完に代わる損害賠償請求については、今後も解釈に委ねられる（たとえば、代金減額請求権について規定した563条の類推解釈等）ものと理解される〔潮見他 2018 p137〕。

## 5. 債務不履行による損害賠償

「債務がその本旨に従って履行されず（債務不履行）、それによって債権者に損害が発生した場合において、債権者の損害賠償請求が、原則として認められるが、例外的に、債務者の責めに帰すことのできない事由による場合は、債務者は損害賠償義務を負わない」という現在の解釈の枠組みは、改正後も維持される。

改正後は（これまで明文になく解釈に委ねられてきた）上記例外部分を明記するとともに、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由」と明確化したものである（改正後前述415条1項）。

損害賠償の範囲については、従来の解釈の明文化等が主であり、大きな変更がある訳ではない。

現行法では、「予見し、又は予見することができたとき」と規定していた予見可能性については、改正法「予見すべきであった」（416条2項）とし、予見の有無は事実ではなく、規範的に判断することが明文で示された。

また、過失相殺については「不履行」について過失があった場合のみならず「損害の発生」「拡大」における過失も明記された（418条）。改正前も、解釈で補われてきた部分であり、その意味で、実質的変更はない。

(上が改正前、下が改正後)

(損害賠償の範囲)

第 416 条 債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。

2 特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、又は予見することができたときは、債権者は、その賠償を請求することができる。

(過失相殺)

第 418 条 債務の不履行に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める。

(損害賠償の範囲)

第 416 条 債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。

2 特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見すべきであったときは、債権者は、その賠償を請求することができる。

(過失相殺)

第 418 条 債務の不履行又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める。

なお、賠償額の予定については裁判所の判断排除と読める後段部分（「裁判所は、その額を増減することができない」旨規定していた）を削除した（420 条）。

(上が改正前、下が改正後)

(賠償額の予定)

第 420 条 当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。

(賠償額の予定)

第 420 条 当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。

## 6. 受領遅滞

改正前 413 条では、債権者が受領しないため債務の履行が完了しない受領遅

滞について規定していたが、単に「遅滞の責任を負う」と定めるのみで具体的な効果は解釈に委ねられてきた。

改正法では、受領遅滞の効果として、目的物保存義務の軽減（413条1項）及び増加費用の償還請求権（同条2項）が明文化された。

さらに、履行不能が受領遅滞中に生じた場合には、債権者がその危険を負担する旨規定された（413条の2第2項）。

（上が改正前、下が改正後）

<p>（受領遅滞）</p> <p>第 413 条 債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができないときは、その債権者は、履行の提供があった時から遅滞の責任を負う。</p>
<p>（受領遅滞）</p> <p>第 413 条 債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができない場合において、その債務の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、履行の提供をした時からその引渡しをするまで、自己の財産に対するのと同様の注意をもって、その物を保存すれば足りる。</p> <p>2 債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができないことによって、その履行の費用が増加したときは、その増加額は、債権者の負担とする。</p> <p>（履行遅滞中又は受領遅滞中の履行不能と帰責事由）</p> <p>第 413 条の 2 債務者がその債務について遅滞の責任を負っている間に当事者双方の責めに帰することができない事由によってその債務の履行が不能となったときは、その履行の不能は、債務者の責めに帰すべき事由によるものとみなす。</p> <p>2 債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができない場合において、履行の提供があった時以後に当事者双方の責めに帰することができない事由によってその債務の履行が不能となったときは、その履行の不能は、債権者の責めに帰すべき事由によるものとみなす。</p>

## 7. 債権者代位権

### （1）被保全債権の要件

改正前から 423 条には明記されていなかったものの、解釈上、「被保全債権は強制執行可能なものに限る」とされてきたが、この解釈も今回の改正で明文化された（改正後 3 項）。

また、従前から「期限到来前に、保存行為以外の代位権行使を認める必要性に

乏しい」とされ、実際使われていなかった裁判上の代位（改正前2項）が廃止され、期限到来前に可能なのは保存行為だけと改正された（改正後2項）。

（上が改正前、下が改正後）

（債権者代位権）

第423条 債権者は、自己の債権を保全するため、債務者に属する権利を行使することができる。ただし、債務者の一身に専属する権利は、この限りでない。

2 債権者は、その債権の期限が到来しない間は、裁判上の代位によらなければ、前項の権利を行使することができない。ただし、保存行為は、この限りでない。

（債権者代位権の要件）

第423条 債権者は、自己の債権を保全するため必要があるときは、債務者に属する権利（以下「被代位権利」という。）を行使することができる。ただし、債務者の一身に専属する権利及び差押えを禁じられた権利は、この限りでない。

2 債権者は、その債権の期限が到来しない間は、被代位権利を行使することができない。ただし、保存行為は、この限りでない。

3 債権者は、その債権が強制執行により実現することのできないものであるときは、被代位権利を行使することができない。

（2）転用

債権者代位制度を、責任財産の保全以外の特定債権（登記請求権や賃借権）の保全に用いることを講学上、「転用」という（裁判例では、この用語は避けられているようである）。

検討段階では、「責任財産の保全を目的としない債権者代位権利」の一般規定を置くことも提案されたが、最終的には異論なく認められている登記・登録の保全の規定を置くのみとなった（改正後423条の7）。不動産登記法改正によって、いわゆる「申請による中間省略登記」が不可能となったこと（登記原因証明情報添付義務化）も本条明文化の一因とされる。

（新設）

（登記又は登録の請求権を保全するための債権者代位権）

第423条の7 登記又は登録をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗することができない財産を譲り受けた者は、その譲渡人が第三者に対して有する登記手続又は登録手続をすべきことを請求する権利を行使しないときは、その権利を行使することができる。この場合においては、前三条の規定を

準用する。

## 8. 詐害行為取消権

詐害行為取消権については、改正前は要件が 424 条、効果が 425 条で規定されていたのが、改正後は要件が 424 条～424 条の 5、行使方法が 424 条の 6～9、効果が 425 条～425 条の 4 と詳細に規定された。

以下では、本稿の趣旨から深入りを避けて、一般要件（424 条）及び行為類型に応じた特則（424 条の 2～4）のみみていくものとする。

まず一般要件についてみると、改正後に詐害行為取消請求をする場合の要件は、①「債権者」であること（改正後 424 条 1 項）、②その債権が債務者の詐害行為の「前の原因」に基づいて発生したこと（3 項）、③強制執行可能であること（4 項）、④債務者が債権者を害すると知っていたこと（1 項）、⑤財産権を目的とした行為であること（2 項）、⑥受益者が行為の時点で債権者を害することを知っていたこと（1 項但書）である。

このうち、②の論点につき、判例は、被保全債権が行為の前に存在したことを要求する（つまり②より狭い）が、同条 3 項は、たとえ行為時に債権が発生していなくとも、その発生「原因」が行為前のものであれば要件を満たすことになる。

この部分以外は、判例理論を明文化したものである。

次に行為類型の各論をみると、まず、改正後 424 条の 2 では、「相当な対価を得てした財産の処分行為の特則」が規定される。相当な対価を得ているのであれば、たとえば不動産が金銭に替わっただけで経済的にも同じようにも思える。しかし、不動産と違い、金銭は容易に隠匿されるので詐害行為とされる。この場合、債務者の隠匿の意思と受益者の悪意が（主観）要件となる。

また、改正後 424 条の 3 では、「担保の供与・債務の消滅行為」が規定される。これらの行為は責任財産を減少させる行為だからである。支払不能時又はその 30 日以内（非義務行為に限る）に行われたこと、債務者と受益者が通謀して債権者を害する意図をもっていたことがその要件となる。

さらに、改正後 424 条の 4 では「過大な代物弁済等の特則」が規定される。過大な代物弁済は、当然にして、財産を減少させる行為である。これは債務の消滅行為だから、改正後 424 条の 3 が適用される場合があるが、改正後 424 条の 3 の要件を満たさなくとも（期間や通謀の意思）、424 条の要件さえ満たせば、消滅する債務を超える部分について詐害行為取消請求をできる、としたものである。ここで、「超過」ではなく、「過大」という語を用いている点に注意を要する。これは「1 円でも超過したら要件を満たす」ということではないと解される。この部分の規範的な判例の蓄積が待たれる。

(上が改正前、下が改正後)

(詐害行為取消権)

第 424 条 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者又は転得者がその行為又は転得の時に於いて債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない。

2 前項の規定は、財産権を目的としない法律行為については、適用しない。

(詐害行為取消請求)

第 424 条 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした行為の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者（以下この款において「受益者」という。）がその行為の時に於いて債権者を害することを知らなかったときは、この限りでない。

2 前項の規定は、財産権を目的としない行為については、適用しない。

3 債権者は、その債権が第一項に規定する行為の前の原因に基づいて生じたものである場合に限り、同項の規定による請求（以下「詐害行為取消請求」という。）をすることができる。

4 債権者は、その債権が強制執行により実現することのできないものであるときは、詐害行為取消請求をすることができない。

(相当の対価を得てした財産の処分行為の特則)

第 424 条の 2 債務者が、その有する財産を処分する行為をした場合において、受益者から相当の対価を取得しているときは、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、その行為について、詐害行為取消請求をすることができる。

一 その行為が、不動産の金銭への換価その他の当該処分による財産の種類の変更により、債務者において隠匿、無償の供与その他の債権者を害することとなる処分（以下この条において「隠匿等の処分」という。）をするおそれを現に生じさせるものであること。

二 債務者が、その行為の当時、対価として取得した金銭その他の財産について、隠匿等の処分をする意思を有していたこと。

三 受益者が、その行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたこと。

(特定の債権者に対する担保の供与等の特則)

第四 424 条の 3 債務者がした既存の債務についての担保の供与又は債務の消滅に関する行為について、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場

合に限り、詐害行為取消請求をすることができる。

一 その行為が、債務者が支払不能（債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない状態をいう。次項第一号において同じ。）の時に行われたものであること。

二 その行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。

2 前項に規定する行為が、債務者の義務に属せず、又はその時期が債務者の義務に属しないものである場合において、次に掲げる要件のいずれにも該当するときは、債権者は、同項の規定にかかわらず、その行為について、詐害行為取消請求をすることができる。

一 その行為が、債務者が支払不能になる前三十日以内に行われたものであること。

二 その行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。

（過大な代物弁済等の特則）

第 424 条の 4 債務者がした債務の消滅に関する行為であって、受益者の受けた給付の価額がその行為によって消滅した債務の額より過大であるものについて、第四百二十四条に規定する要件に該当するときは、債権者は、前条第一項の規定にかかわらず、その消滅した債務の額に相当する部分以外の部分については、詐害行為取消請求をすることができる。

## 9. 連帯債務

改正前は、連帯債務について相対的効力を原則としていたが、多くの例外的な絶対的効力が規定されていた。

その中でも、免除（437 条）と時効（439 条）は、債権者が満足を得てないのに絶対的効力を認めると、担保としての効力を損なうものだと批判されてきた。

他方で、請求に絶対的効力があるので（434 条）、債権者は債務者の一人に請求すれば時効を止めることが可能だった。これは他の債務者にとって不意打ちとなり酷だと批判されてきた。

改正後はこれら（請求・免除・時効）をすべて相対的効力とした上で、事前の特約によって絶対的効力が生じるものとした。

（上が改正前、下が改正後）

（履行の請求）

第 432 条 数人が連帯債務を負担するときは、債権者は、その連帯債務者の一人に対し、又は同時に若しくは順次にすべての連帯債務者に対し、全部又は一部の履行を請求することができる。

(連帯債務者の一人に対する履行の請求)

第 434 条 連帯債務者の一人に対する履行の請求は、他の連帯債務者に対しても、その効力を生ずる。

(連帯債務者の一人に対する免除)

第 437 条 連帯債務者の一人に対してした債務の免除は、その連帯債務者の負担部分についてのみ、他の連帯債務者の利益のためにも、その効力を生ずる。

(連帯債務者の一人についての時効の完成)

第 439 条 連帯債務者の一人のために時効が完成したときは、その連帯債務者の負担部分については、他の連帯債務者も、その義務を免れる。

(連帯債務者に対する履行の請求)

第 436 条 債務の目的がその性質上可分である場合において、法令の規定又は当事者の意思表示によって数人が連帯して債務を負担するときは、債権者は、その連帯債務者の一人に対し、又は同時に若しくは順次に全ての連帯債務者に対し、全部又は一部の履行を請求することができる。

<改正前 432 条から条文番号も変更になっている>

<改正前の第 434 条・第 437 条・第 439 条は削除>

## 10. 保証

### (1) 連帯保証人に生じた事由の効力

改正前から、458 条において、連帯債務の規定を準用すべく規定されていた。しかしながら、主債務者に生じた事由については、保証の付従性及び保証の一般則である 457 条 1 項から導かれてしまい、同条の実益はなかった。もちろん、連帯保証人側に生じた事由について適用の余地は改正前からあったが、そもそも連帯保証人には負担部分がないのでその適用範囲も限られていた（連帯保証人に対する請求による時効の中断など）。

改正後は、準用すべき連帯債務の規定が相対的効力となってしまったため、そもそも連帯保証人に時効の完成猶予が生じても、主債務者本人には何の影響もない。これにより、主債務者に不測の事態（知らないうちに時効の完成が猶予されていた等）が生じることはなくなったが、逆に、債権者の担保管理にはより一

層の注意が必要となる。

(上が改正前、下が改正後)

(主たる債務者について生じた事由の効力)

第 457 条 主たる債務者に対する履行の請求その他の事由による時効の中断は、保証人に対しても、その効力を生ずる。

2 保証人は、主たる債務者の債権による相殺をもって債権者に対抗することができる。

(連帯保証人について生じた事由の効力)

第 458 条 第 434 条から第 440 条までの規定は、主たる債務者が保証人と連帯して債務を負担する場合について準用する。

(主たる債務者について生じた事由の効力)

第 457 条 主たる債務者に対する履行の請求その他の事由による時効の完成猶予及び更新は、保証人に対しても、その効力を生ずる。

2 保証人は、主たる債務者が主張することができる抗弁をもって債権者に対抗することができる。

3 主たる債務者が債権者に対して相殺権、取消権又は解除権を有するときは、これらの権利の行使によって主たる債務者がその債務を免れるべき限度において、保証人は、債権者に対して債務の履行を拒むことができる。

(連帯保証人について生じた事由の効力)

第 458 条 第 438 条、第 439 条 1 項、第 440 条及び第 441 条の規定は、主たる債務者と連帯して債務を負担する保証人について生じた事由について準用する。

## (2) 根保証

悪徳金融業者等による包括根保証制度の悪用が社会問題化されたのを踏まえ、既に 2004 年に根保証関係規定が抜本改正され、個人貸金等債務についての包括根保証が禁止されてきた (改正前 465 条の 2)。

今回の改正では、さらに「貸金等債務が保証範囲に含まれている」という要件が削除され、個人が根保証人になる場合には、一切の包括根保証契約が禁止されることになった。実質的な制度改正部分である。

このことの医療・介護分野等における実務上の影響は大きく、病院への入院保証や老人ホームへの入居者の保証などでも極度額の設定が必要となる。

(上が改正前、下が改正後)

(貸金等根保証契約の保証人の責任等)

第 465 条の 2 一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約 (以下「根保証契約」という。) であってその債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務 (以下「貸金等債務」という。) が含まれるもの (保証人が法人であるものを除く。以下「貸金等根保証契約」という。) の保証人は、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たるすべてのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額について、その全部に係る極度額を限度として、その履行をする責任を負う。

2 貸金等根保証契約は、前項に規定する極度額を定めなければ、その効力を生じない。

3 第四百四十六条第二項及び第三項の規定は、貸金等根保証契約における第一項に規定する極度額の定めについて準用する。

(個人根保証契約の保証人の責任等)

第 465 条の 2 一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約 (以下「根保証契約」という。) であって保証人が法人でないもの (以下「個人根保証契約」という。) の保証人は、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たる全てのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額について、その全部に係る極度額を限度として、その履行をする責任を負う。

2 個人根保証契約は、前項に規定する極度額を定めなければ、その効力を生じない。

3 第四百四十六条第二項及び第三項の規定は、個人根保証契約における第一項に規定する極度額の定めについて準用する。

### (3) 公正証書による保証意思の表示

従前から、個人が情義的關係からリスクを十分理解しないまま保証人になってしまう、という社会・経済問題が後を立たなかった。

今回の改正で、「公正証書による保証意思の表示」制度が設けられ、①事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする「保証」契約又は②主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務が含まれる「根保証」契約は、公正証書の形式で、「保証債務を履行する意思」を表示していなければ、効力を生じないと規定された (465 条の 6 第)。

この手続を経ずに締結された (根) 保証契約は無効であって、追認も認められないと解されている。

なお、この制度が適用される主体は、自然人のみであって、法人には適用されない（同条3項）。

（新設）

（公正証書の作成と保証の効力）

第465条の6 事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証契約又は主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務が含まれる根保証契約は、その契約の締結に先立ち、その締結の日前一箇月以内に作成された公正証書で保証人になろうとする者が保証債務を履行する意思を表示していなければ、その効力を生じない。

2 前項の公正証書を作成するには、次に掲げる方式に従わなければならない。

一 保証人になろうとする者が、次のイ又はロに掲げる契約の区分に応じ、それぞれ当該イ又はロに定める事項を公証人に口授すること。

イ 保証契約（ロに掲げるものを除く。） 主たる債務の債権者及び債務者、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たる全てのものの定めの有無及びその内容並びに主たる債務者がその債務を履行しないときには、その債務の全額について履行する意思（保証人になろうとする者が主たる債務者と連帯して債務を負担しようとするものである場合には、債権者が主たる債務者に対して催告をしたかどうか、主たる債務者がその債務を履行することができるかどうか、又は他に保証人があるかどうかにかかわらず、その全額について履行する意思）を有していること。

ロ 根保証契約 主たる債務の債権者及び債務者、主たる債務の範囲、根保証契約における極度額、元本確定期日の定めの有無及びその内容並びに主たる債務者がその債務を履行しないときには、極度額の限度において元本確定期日又は第四百六十五条の四第一項各号若しくは第二項各号に掲げる事由その他の元本を確定すべき事由が生ずる時まで生ずべき主たる債務の元本及び主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従たる全てのものの全額について履行する意思（保証人になろうとする者が主たる債務者と連帯して債務を負担しようとするものである場合には、債権者が主たる債務者に対して催告をしたかどうか、主たる債務者がその債務を履行することができるかどうか、又は他に保証人があるかどうかにかかわらず、その全額について履行する意思）を有していること。

二 公証人が、保証人になろうとする者の口述を筆記し、これを保証人になろうとする者に読み聞かせ、又は閲覧させること。

三 保証人になろうとする者が、筆記の正確なことを承認した後、署名し、印

を押すこと。ただし、保証人になろうとする者が署名することができない場合は、公証人がその事由を付記して、署名に代えることができる。

四 公証人が、その証書は前三号に掲げる方式に従って作ったものである旨を付記して、これに署名し、印を押すこと。

3 前二項の規定は、保証人になろうとする者が法人である場合には、適用しない。

## 1 1. 債権譲渡

### (1) 譲渡制限特約

債権は自由に譲渡できるのが原則であるが（改正前 466 条 1 項）、譲渡制限特約も有効である（同条 2 項）という基本的枠組みは、改正後も維持される。

しかしながら、改正後は、譲渡制限特約に違反して譲渡した場合の法律関係が大きく異なる。

まず、特約違反の譲渡も有効とされ、債権者は善意・悪意問わず譲受人となる。

そして、譲受人が善意ならば、債務者は、譲受人に弁済しなくてはならない。

他方、譲受人が悪意・重過失の場合は、債務者は債務の履行を拒むことができる。債務者は、債権譲渡を承認してこの抗弁権を放棄することもできる、とされる（明文の規定はないが当然の解釈とされる[潮見他 2018 p259]）。

なお、悪意・重過失の譲受人（債権者）は、債務者に「譲渡人」に履行するように催告できる。債務者が「譲渡人」に対しても、相当期間内に履行しない場合は、最早、債務者は譲受人に対抗できなくなり、譲受人は自分に対して履行するよう請求できるようになる。

（上が改正前、下が改正後）

（債権の譲渡性）

第 466 条 債権は、譲り渡すことができる。ただし、その性質がこれを許さないときは、この限りでない。

2 前項の規定は、当事者が反対の意思を表示した場合には、適用しない。ただし、その意思表示は、善意の第三者に対抗することができない。

（債権の譲渡性）

第 466 条 債権は、譲り渡すことができる。ただし、その性質がこれを許さないときは、この限りでない。

2 当事者が債権の譲渡を禁止し、又は制限する旨の意思表示（以下「譲渡制限の意思表示」という。）をしたときであっても、債権の譲渡は、その効力を妨げられない。

3 前項に規定する場合には、譲渡制限の意思表示がされたことを知り、又は

重大な過失によって知らなかった譲受人その他の第三者に対しては、債務者は、その債務の履行を拒むことができ、かつ、譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもってその第三者に対抗することができる。

4 前項の規定は、債務者が債務を履行しない場合において、同項に規定する第三者が相当の期間を定めて譲渡人への履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、その債務者については、適用しない。

## (2) 債権譲渡の対抗要件

改正前において、債権譲渡を債務者に対抗するには、①譲渡人が債務者に通知するか、②債務者から譲渡の承諾をするかがその要件であった（467条1項）。債務者が承諾するには譲渡の事実の通知を受ける必要があるし、第三者対抗要件の関係から、実務上、確定日付のある証書（内容証明郵便等）で通知するのが通例なので、②はあまり意味のない規定であった（が、改正後も維持された）。

上述のとおり、「債務者以外の第三者」に対抗するためには、確定日付のある証書で通知する必要がある（467条2項）。

改正後は、1項に、将来債権譲渡について明記する等若干の文言の訂正をしたほかは、改正前の制度が維持されている。

これに対して抗弁切断規定は廃止される、という実質的な制度改正となった。

改正前は、債務者が異議を留めない承諾をすると、これまで譲渡人に対抗できた事由がすべて対抗できなくなる仕組みであった（改正前468条1項）。本来は、単なる「債権譲渡事実の認識を表明するだけの行為」に対して「抗弁切断」という重大な法律効果を結びつけることに対して大きな批判があった。

改正後は、改正前468条1項は削除され、原則として、抗弁事由は譲受人にも対抗できることになり、逆に、抗弁を放棄するにはその旨の意思表示が必要となった。今後は、かような意思表示に至った過程の検証を通じて、その意思表示の有効性が争われるものと予想される。

（上が改正前、下が改正後）

（指名債権の譲渡の対抗要件）

第467条 指名債権の譲渡は、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾をしなければ、債務者その他の第三者に対抗することができない。

2 前項の通知又は承諾は、確定日付のある証書によってしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。

（指名債権の譲渡における債務者の抗弁）

第468条 債務者が異議をとどめないで前条の承諾をしたときは、譲渡人に

対抗することができた事由があっても、これをもって譲受人に対抗することができない。この場合において、債務者がその債務を消滅させるために譲渡人に払い渡したものがあるときはこれを取り戻し、譲渡人に対して負担した債務があるときはこれを成立しないものとみなすことができる。

2 譲渡人が譲渡の通知をしたにとどまるときは、債務者は、その通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができる。

(債権の譲渡の対抗要件)

第 467 条 債権の譲渡（現に発生していない債権の譲渡を含む。）は、譲渡人が債務者に通知をし、又は債務者が承諾をしなければ、債務者その他の第三者に対抗することができない。

2 前項の通知又は承諾は、確定日付のある証書によってしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができない。

(債権の譲渡における債務者の抗弁)

第 468 条 債務者は、対抗要件具備時までに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができる。

2 <略>

## 12. 債務引受

債務引受とは、ある債務者が負う債務を他者が引き受けることを言う。

改正前には、債務引受に対する明文規定はなく、学説・判例で認められてきた制度である。

今回の改正は、これまでの判例理論で培われてきた要件・効果等を明文化したものである（470条～472条の4）。

債務引受には2種類あり、①引受人が既存の債務へ加入して新たな債務者となり原債務者と並んで同一の債務を負担する「併存的債務引受」と、②原債務者から新債務者たる引受人に移転し原債務者が債務関係から離脱する「免責的債務引受」が観念される。前者は、保証のような機能を負うところ（改正法では連帯債務である旨、明文で規定された）、債権者からみて不利益がほとんどない。両者には、このような差異はあるものの、改正法では、いずれの場合も「債権者の承諾」を効力発生要件とした。

(新設)

(併存的債務引受の要件及び効果)

第 470 条 併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に

対して負担する債務と同一の内容の債務を負担する。

2 併存的債務引受は、債権者と引受人となる者との契約によってすることができる。

3 併存的債務引受は、債務者と引受人となる者との契約によってもすることができる。この場合において、併存的債務引受は、債権者が引受人となる者に対して承諾をした時に、その効力を生ずる。

4 前項の規定によってする併存的債務引受は、第三者のためにする契約に関する規定に従う。

(免責的債務引受の要件及び効果)

第 472 条 免責的債務引受の引受人は債務者が債権者に対して負担する債務と同一の内容の債務を負担し、債務者は自己の債務を免れる。

2 免責的債務引受は、債権者と引受人となる者との契約によってすることができる。この場合において、免責的債務引受は、債権者が債務者に対してその契約をした旨を通知した時に、その効力を生ずる。

3 免責的債務引受は、債務者と引受人となる者が契約をし、債権者が引受人となる者に対して承諾をすることによってもすることができる。

### 13. 弁済

#### (1) 弁済の意義・方法

弁済とは、「債務の内容たる給付を実現させる債務者の行為」をいい、その効果は「債務の消滅」である。ところが、改正前民法には、弁済の意義も法的効果も規定されておらず、解釈に委ねられていた。このため、弁済のセクションは、「第三者の弁済」から始まっており、非常に唐突感のあるものであった。

改正法では、新設の 473 条に弁済の法的効果が「債権の消滅」であることが明記された（弁済の定義規定は置かれなかった。履行の区別が困難なため）。

(新設)

(弁済)

第 473 条 債務者が債権者に対して債務の弁済をしたときは、その債権は、消滅する。

#### (2) 弁済者・弁済の相手方

改正前は、「利害関係を有しない第三者」は、債務者の意思に反して弁済できないものと規定されていた（改正前 474 条 2 項）。ここで、「利害関係を有しない第三者」の解釈が論点であった。

改正後は、この部分が、「正当な利益を有する者でない第三者」に改められ、第三者による弁済を促進するという趣旨が明確化された。また、「正当な利益を有する者でない第三者」による弁済が債務者の意思に反するか否か債権者が知らなかった場合も第三者弁済は有効とされた（改正後 474 条 2 項）。

（上が改正前、下が改正後）

<p>（第三者の弁済）</p> <p>第 474 条 債務の弁済は、第三者もすることができる。ただし、その債務の性質がこれを許さないとき、又は当事者が反対の意思を表示したときは、この限りでない。</p> <p>2 利害関係を有しない第三者は、債務者の意思に反して弁済をすることができない。</p>
<p>（第三者の弁済）</p> <p>第 474 条 債務の弁済は、第三者もすることができる。</p> <p>2 弁済をするについて正当な利益を有する者でない第三者は、債務者の意思に反して弁済をすることができない。ただし、債務者の意思に反することを債権者が知らなかったときは、この限りでない。</p> <p>3 前項に規定する第三者は、債権者の意思に反して弁済をすることができない。ただし、その第三者が債務者の委託を受けて弁済をする場合において、そのことを債権者が知っていたときは、この限りでない。</p> <p>4 前三項の規定は、その債務の性質が第三者の弁済を許さないとき、又は当事者が第三者の弁済を禁止し、若しくは制限する旨の意思表示をしたときは、適用しない。</p>

また、実務上、極めて多い預貯金口座への払込みによる弁済が明文で規定された（改正後 477 条）。もっとも、規定されたのは弁済の効力発生に関する 1 条のみであり、いかなる場合に預貯金口座への払込みで良いのかについては、未だ解釈に委ねられている。

（新設）

<p>（預金又は貯金の口座に対する払込みによる弁済）</p> <p>第 477 条 債権者の預金又は貯金の口座に対する払込みによってする弁済は、債権者がその預金又は貯金に係る債権の債務者に対してその払込みに係る金額の払戻しを請求する権利を取得した時に、その効力を生ずる。</p>
---

このほか、①改正前は、「債権の準占有者」への弁済は債務者が善意無過失で

あれば有効であったが（478条）、この「債権の準占有者」の意義が論点であったので、改正により「受領権者以外の者であって取引上の社会通念に照らして受領権者としての外観を有するもの」と明確化されるとともに、②存在意義が疑問視されていた、受取証書の持参人への弁済を有効とする480条を（明らかに取引上の社会通念に照らして受領権者としての外観を有しているので）削除した。

（上が改正前、下が改正後）

（債権の準占有者に対する弁済）

第478条 債権の準占有者に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。

（受取証書の持参人に対する弁済）

第480条 受取証書の持参人は、弁済を受領する権限があるものとみなす。ただし、弁済をした者がその権限がないことを知っていたとき、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。

（受領権者としての外観を有する者に対する弁済）

第478条 受領権者（債権者及び法令の規定又は当事者の意思表示によって弁済を受領する権限を付与された第三者をいう。以下同じ。）以外の者であって取引上の社会通念に照らして受領権者としての外観を有するものに対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。

<480条は削除>

### （3）代物弁済

たとえば、当事者の合意で、金銭債務という本来の債務に代えて、ある動産を引き渡すことによって弁済と同様に債務を消滅させる場合がある。このような「債務の本来の給付とは異なる給付によって債務を消滅させる行為」を代物弁済という。

改正前、代物弁済は、「要物契約」とされ、意思表示のみでは契約は成立せず、物の引渡しが必要とされてきた（改正前482条）。

改正後は、①代物弁済契約の成立と②法的効果（すなわち債務の消滅）を分けて規定することとなった。

これにより、①代物弁済契約は意思表示のみで成立するが、②債務の消滅は代物の給付時と規定された（改正後482条）。

(上が改正前、下が改正後)

(代物弁済)

第 482 条 債務者が、債権者の承諾を得て、その負担した給付に代えて他の給付をしたときは、その給付は、弁済と同一の効力を有する。

(代物弁済)

第 482 条 弁済をすることができる者（以下「弁済者」という。）が、債権者との間で、債務者の負担した給付に代えて他の給付をすることにより債務を消滅させる旨の契約をした場合において、その弁済者が当該他の給付をしたときは、その給付は、弁済と同一の効力を有する。

(3) 弁済充当・弁済供託

弁済の充当について、実質的な制度変更はなく、これまで明文の規定がなかった「合意充当」について明記した程度である(490 条)。多少の文言の修正や配置替えがあったものの充当の順番は改正前のものを維持した。

(新設)

(合意による弁済の充当)

第 490 条 前二条の規定にかかわらず、弁済をする者と弁済を受領する者との間に弁済の充当の順序に関する合意があるときは、その順序に従い、その弁済を充当する。

債権者が受領を拒んだ場合であっても「供託」をすることによって、債務を消滅させることができる。これを弁済供託制度という。

改正前から規定はあったが(494 条)、債権者の拒絶が明らかといえない場合において、「弁済の提供」が必要かは明文の定めはなく解釈に委ねられてきた(なお、判例は、「少なくとも口頭の提供により受領遅滞になっている場合のみ」と解してきた)。

改正後は、供託の要件に、弁済の提供を明文化した(改正後 494 条)。

(上が改正前、下が改正後)

(供託)

第 494 条 債権者が弁済の受領を拒み、又はこれを受領することができないときは、弁済をすることができる者（以下この目において「弁済者」という。）は、債権者のために弁済の目的物を供託してその債務を免れることができる。弁済者が過失なく債権者を確知することができないときも、同様とする。

(供託)

第 494 条 弁済者は、次に掲げる場合には、債権者のために弁済の目的物を供託することができる。この場合においては、弁済者が供託をした時に、その債権は、消滅する。

一 弁済の提供をした場合において、債権者がその受領を拒んだとき。

二 債権者が弁済を受領することができないとき。

2 弁済者が債権者を確知することができないときも、前項と同様とする。ただし、弁済者に過失があるときは、この限りでない。

#### (4) 弁済による代位

弁済による代位とは、第三者（連帯債務者や保証人も含む）が弁済した場合、債務者に対する弁済者の求償権を確保するため、債権の効力及び担保として債権者が有していた一切の権利を行うことができる制度である。

改正前の任意代位は、債権者の承諾を必要としていたが（改正前 499 条 1 項）、債権者が第三者の弁済を受けながら、代位のみ拒絶できるのは公正に欠くとの批判が強かった。この点、通説は、正当な事由なくして承諾を拒否できない、と解釈してきた。

改正法では、この承諾を不要とした（改正後 499 条 1 項）。

#### (上が改正前、下が改正後)

##### (任意代位)

第 499 条 債務者のために弁済をした者は、その弁済と同時に債権者の承諾を得て、債権者に代位することができる。

2 第 467 条の規定は、前項の場合について準用する。

##### (法定代位)

第 500 条 弁済をするについて正当な利益を有する者は、弁済によって当然に債権者に代位する。

##### (弁済による代位の効果)

第 501 条 前二条の規定により債権者に代位した者は、自己の権利に基づいて求償をすることができる範囲内において、債権の効力及び担保としてその債権者が有していた一切の権利を行使することができる。この場合においては、次の各号の定めるところに従わなければならない。

一 保証人は、あらかじめ先取特権、不動産質権又は抵当権の登記にその代位を付記しなければ、その先取特権、不動産質権又は抵当権の目的である不動産の第三取得者に対して債権者に代位することができない。

二 第三取得者は、保証人に対して債権者に代位しない。

三 第三取得者の一人は、各不動産の価格に応じて、他の第三取得者に対して債権者に代位する。

四 物上保証人の一人は、各財産の価格に応じて、他の物上保証人に対して債権者に代位する。

五 保証人と物上保証人との間においては、その数に応じて、債権者に代位する。ただし、物上保証人が数人あるときは、保証人の負担部分を除いた残額について、各財産の価格に応じて、債権者に代位する。

六 前号の場合において、その財産が不動産であるときは、第一号の規定を準用する。

(弁済による代位の要件)

第 499 条 債務者のために弁済をした者は、債権者に代位する。

第 500 条 第四百六十七条の規定は、前条の場合（弁済をするについて正当な利益を有する者が債権者に代位する場合を除く。）について準用する。

(弁済による代位の効果)

第 501 条 前二条の規定により債権者に代位した者は、債権の効力及び担保としてその債権者が有していた一切の権利を行使することができる。

2 前項の規定による権利の行使は、債権者に代位した者が自己の権利に基づいて債務者に対して求償をすることができる範囲内（保証人の一人が他の保証人に対して債権者に代位する場合には、自己の権利に基づいて当該他の保証人に対して求償をすることができる範囲内）に限り、することができる。

3 第一項の場合には、前項の規定によるほか、次に掲げるところによる。

一 第三取得者（債務者から担保の目的となっている財産を譲り受けた者をいう。以下この項において同じ。）は、保証人及び物上保証人に対して債権者に代位しない。

二 第三取得者の一人は、各財産の価格に応じて、他の第三取得者に対して債権者に代位する。

三 前号の規定は、物上保証人の一人が他の物上保証人に対して債権者に代位する場合について準用する。

四 保証人と物上保証人との間においては、その数に応じて、債権者に代位する。ただし、物上保証人が数人あるときは、保証人の負担部分を除いた残額について、各財産の価格に応じて、債権者に代位する。

五 第三取得者から担保の目的となっている財産を譲り受けた者は、第三取得者とみなして第一号及び第二号の規定を適用し、物上保証人から担保の目的となっている財産を譲り受けた者は、物上保証人とみなして第一号、第三号及

び前号の規定を適用する。

法定代位できる者の代位の期待を保護するために規定されたのが、担保保存義務である（504条1項）。ところが、現実には、金融機関等が債務者の経営状況の変化等に伴い、担保の差替えや一部解除をすることがある。判例理論においては、かような実務的要請から、担保を減少させたことに合理性があれば、改正前504条の適用を否定するものと解してきた。

改正後は同条に2項が新設され、明文で「債権者が担保を喪失し、又は減少させたことについて取引上の社会通念に照らして合理的な理由があると認められるとき」は、代位者に免責の効果が生じないものと規定された。

（上が改正前、下が改正後）

第504条 第500条の規定により代位をすることができる者がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位をすることができる者は、その喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度において、その責任を免れる。

（債権者による担保の喪失等）

第504条 弁済をするについて正当な利益を有する者（以下この項において「代位権者」という。）がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位権者は、代位をするに当たって担保の喪失又は減少によって償還を受けることができなくなる限度において、その責任を免れる。その代位権者が物上保証人である場合において、その代位権者から担保の目的となっている財産を譲り受けた第三者及びその特定承継人についても、同様とする。

2 前項の規定は、債権者が担保を喪失し、又は減少させたことについて取引上の社会通念に照らして合理的な理由があると認められるときは、適用しない。

## 14. 相殺

### （1）差押えと相殺

従前から、銀行の定期預金等を担保とした貸付事案において、差押権者（税務署など）と相殺権者（銀行等）の優劣関係が激しく争われた。改正前511条は、差押え後に取得した債権（銀行の例では、差押後の貸付債権）による相殺が禁止されているだけであって、差押え前の債権が相殺適状になっている必要があるか不明だったからである。この点、最高裁昭和45年6月24日判決は、金融取引における相殺の担保的効果を尊重し、差押えを受けた受働債権の第三債務者

である自働債権者は、差押え時に相殺適状である必要はなく、自働債権と受働債権の弁済期の先後を問わず、差押え前に取得した債権を自働債権とする相殺をもって差押権者に対抗できるものとした（無制限説）。

改正法は、この無制限説を明文化したものである（511条1項後段）。

（上が改正前、下が改正後）

（支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止）

第511条 支払の差止めを受けた第三債務者は、その後取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができない。

（差押えを受けた債権を受働債権とする相殺の禁止）

第511条 差押えを受けた債権の第三債務者は、差押え後に取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗することはできないが、差押え前に取得した債権による相殺をもって対抗することができる。

2 前項の規定にかかわらず、差押え後に取得した債権が差押え前の原因に基づいて生じたものであるときは、その第三債務者は、その債権による相殺をもって差押債権者に対抗することができる。ただし、第三債務者が差押え後に他人の債権を取得したときは、この限りでない。

（2）不法行為等による相殺の禁止

改正前 509条において、不法行為によって生じた損害賠償債権を受働債権とする（つまり、加害者側からの）相殺は禁止された。その趣旨は、被害者には現実の弁済をもって被害賠償すべきであること、また、債権者が後で相殺すれば良いと考えて自力救済的な不法行為をすることを抑制することである。

しかしながら、不法行為全般に拡げるのはあまりに範囲が広すぎ、適用範囲を絞るべき、との学説もあった。また、逆に不法行為だけでない債務不履行でも上記の趣旨が当てはまる場合がある、との指摘もあった。

改正法では、これらの批判・指摘を踏まえ、①人損については、その債務の発生原因を不法行為に限定せず相殺禁止すること、②それ以外の損害については悪意の不法行為を原因とする損害賠償債務に限定すること、とした（改正後509条）。この条文の「悪意」とは、「積極的に他人を害する意思をもって不法行為をした場合」を指すものと解されている。

（上が改正前、下が改正後）

（不法行為により生じた債権を受働債権とする相殺の禁止）

第509条 債務が不法行為によって生じたときは、その債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができない。

(不法行為等により生じた債権を受働債権とする相殺の禁止)

第 509 条 次に掲げる債務の債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができない。ただし、その債権者がその債務に係る債権を他人から譲り受けたときは、この限りでない。

一 悪意による不法行為に基づく損害賠償の債務

二 人の生命又は身体の侵害による損害賠償の債務（前号に掲げるものを除く。）

### 第3章 契約総論

#### 1. 契約の基本原則

我が国民法は、その成立過程から（不平等条約改正のために拙速に立法）、「自明の規定は置かない」という方針で、解釈上明らかであっても、民法典に明文の規定のない私法上の原則があった。特に、①契約自由の原則、②原始的不能に関する原則、③意思能力に関する原則がその典型とされてきた。③については既出の3条の2で規定された。

ここでは、①と②の原則について述べる。

##### （1）契約自由の原則の明文化

改正民法においては、契約締結の自由（521条1項）、契約内容決定の自由（521条2項）及び契約方式の自由（522条2項）が規定された。

いずれも、解釈上、当然に認められてきたものである。

##### （新設）

###### （契約の締結及び内容の自由）

第521条 何人も、法令に特別の定めがある場合を除き、契約をするかどうかを自由に決定することができる。

2 契約の当事者は、法令の制限内において、契約の内容を自由に決定することができる。

###### （契約の成立と方式）

第522条 契約は、契約の内容を示してその締結を申し入れる意思表示（以下「申込み」という。）に対して相手方が承諾をしたときに成立する。

2 契約の成立には、法令に特別の定めがある場合を除き、書面の作成その他の方式を具備することを要しない。

##### （2）原始的不能に関する原則の転換

実質的に考え方の転換があった部分である。

改正前は、明文はなかったが、「原始的に不能な債務を内容とする契約は無効である」と解されてきた。たとえば、別荘の売買契約を遠隔地で行った場合において、すでに火災で滅失してしまっているのを契約締結時点で知らずに契約してしまった場合等である。仮に当事者の一方に帰責事由（たとえば、債務者の失火）があったとしても契約上の責任は問えず、別の法理で（契約締結上の過失責任理論など）法律構成する必要があった。

改正民法は、この考え方を大きく転換し、「契約成立の先後を問わず、履行不

能によって契約が無効となることはない」ものとした。改正後 412 条の 2 第 2 項は、原始的不能の契約が有効であることを示す規定である。

この規定により、改正後は、原始的不能である債権については、①履行の請求はできないが（同条 1 項）、②損害賠償の請求が可能となる（同条 2 項）。なお、その損害賠償の範囲は履行利益を含む。

なお、改正前は「無効」と解していたので、「契約解除」を観念する余地はなかったが、改正後は、「履行不能である場合は、無催告解除ができる」旨規定された（542 条 1 項 1 号。後述「5. 契約解除」参照）。

（新設）

（履行不能）

第 412 条の 2 債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない。

2 契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったことは、第 415 条の規定によりその履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない。

## 2. 契約の成立

契約の成立については、前述の 522 条 1 項が「契約の内容を示してその締結を申し入れる意思表示に対して相手方が承諾をしたとき成立する」旨規定する。改正前も当然と考えられてきた自明の規定である。

契約の成立時期についてみると、意思表示は原則として到達主義であるが（526 条 1 項）、契約の承諾についてのみ発信主義とされてきた。その趣旨は、承諾者（多くは商人）は、承諾発信後、直ちに履行の準備に取り掛かるはずであり、その承諾者の信頼を保護するためである、とされてきた。

しかし、現代社会では、迅速で多様な通信手段があることから、承諾に発信主義をとる必要性がなく、通常の意味表示と同様到達主義で十分ということから、同条項は削除された（なお、同条 2 項が 527 条として維持された）。

（上が改正前、下が改正後）

（隔地者間の契約の成立時期）

第 526 条 隔地者間の契約は、承諾の通知を発した時に成立する。

2 申込者の意思表示又は取引上の慣習により承諾の通知を必要としない場合には、契約は、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に成立する。

（承諾の通知を必要としない場合における契約の成立時期）

第 527 条 申込者の意思表示又は取引上の慣習により承諾の通知を必要としない場合には、契約は、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に成立する。

### 3. 第三者のためにする契約

私的自治を原則とする民法典においては、契約によって、当事者外の第三者を利することも害することもできないのが原則ではあるが、法は、古くから第三者に利益を与える契約を有効としてきた。

この「第三者のためにする契約」については、実のところ、かなり意欲的な審議がなされ、当初は、類型化論なども議論に出ていた。また、権利の発生については、「第三者の受益の意思表示」が要件とされてきたが(改正前 537 条 2 項目)、学説では「受益の意思表示不要説」も有力でありこれも審議された。

しかしながら、最終的には意見がまとまるどころはなく、また、後者については、「本人が知らないうちに、反社会的勢力等本人の望まない者と契約関係に陥るおそれがある」等の理由から採用は見送られた。

結果として、異論のない判例理論等が採用されたにとどまり、実務上の影響はほとんどない条文となった。

改正された部分についてみると、まず、契約時に第三者が存在する必要があるか、改正前は規定がなく解釈に委ねられていた。判例は、現存不要との立場をとっており、特に異説はなかった。改正後は、契約時の第三者の不存在を許容する旨明記された(改正後 537 条 2 項)。

第三者から受益の意思表示がなされた後は、第三者と諾約者との債権債務関係に移行するが、諾約者が債務不履行した場合の要約者からの解除権行使の要件について、改正前は明文の規定はなかった。判例は、「第三者の承諾を必要とする」としており、この法理が明文化された(改正後 538 条 2 項)。

(上が改正前、下が改正後)

(第三者のためにする契約)

第 537 条 契約により当事者の一方が第三者に対してある給付をすることを約したときは、その第三者は、債務者に対して直接にその給付を請求する権利を有する。

2 前項の場合において、第三者の権利は、その第三者が債務者に対して同項の契約の利益を享受する意思を表示した時に発生する。

(第三者の権利の確定)

第 538 条 前条の規定により第三者の権利が発生した後は、当事者は、これを

変更し、又は消滅させることができない。

(第三者のためにする契約)

第 537 条 契約により当事者の一方が第三者に対してある給付をすることを約したときは、その第三者は、債務者に対して直接にその給付を請求する権利を有する。

2 前項の契約は、その成立の時に第三者が現に存しない場合又は第三者が特定していない場合であっても、そのためにその効力を妨げられない。

3 第一項の場合において、第三者の権利は、その第三者が債務者に対して同項の契約の利益を享受する意思を表示した時に発生する。

(第三者の権利の確定)

第 538 条 前条の規定により第三者の権利が発生した後は、当事者は、これを変更し、又は消滅させることができない。

2 前条の規定により第三者の権利が発生した後に、債務者がその第三者に対する債務を履行しない場合には、同条第一項の契約の相手方は、その第三者の承諾を得なければ、契約を解除することができない。

#### 4. 契約上の地位の移転

契約上の地位の移転とは、契約当事者の一方（譲渡人）が、この債権債務のみならず、解除権等の形成権を含めた契約上の地位を第三者（譲受人）に移転する制度をいう。

改正前には明文規定はないが、学説・判例ともにこの制度を認めること自体は一致していた。とはいえ、その要件・効果については、一致はみななかった。

検討過程では、「契約上の地位の移転の法的効果」や「対抗要件」についても審議されたが、意見の一致をみななかったのでこれらは見送られた。

今回の改正では、契約総則に 539 条の 2 を新設し、「相手側の承諾」が要件であることのみ明記された。

(新設)

第 539 条の 2 契約の当事者の一方が第三者との間で契約上の地位を譲渡する旨の合意をした場合において、その契約の相手方がその譲渡を承諾したときは、契約上の地位は、その第三者に移転する。

#### 5. 契約の解除

現行法とは実質的な考え方を変えた部分である。

現行法では、解除は、債務の履行を怠った有責な債務者に対する制裁、と解さ

れてきたが、改正法は、「帰責性とは無関係」とし、「債権者を契約に拘束することを正当視することができない事情」を要件とした。

(上が改正前、下が改正後)

(履行遅滞等による解除権)

第 541 条 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。

(定期行為の履行遅滞による解除権)

第 542 条 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したときは、相手方は、前条の催告をすることなく、直ちにその契約の解除をすることができる。

(催告による解除)

第 541 条 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし、その期間を経過した時における債務の不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、この限りでない。

(催告によらない解除)

第 542 条 次に掲げる場合には、債権者は、前条の催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる。

- 一 債務の全部の履行が不能であるとき。
- 二 債務者がその債務の全部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- 三 債務の一部の履行が不能である場合又は債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示した場合において、残存する部分のみでは契約をした目的を達することができないとき。
- 四 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、債務者が履行をしないでその時期を経過したとき。
- 五 前各号に掲げる場合のほか、債務者がその債務の履行をせず、債権者が前条の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき。

2 次に掲げる場合には、債権者は、前条の催告をすることなく、直ちに契約

の一部の解除をすることができる。

一 債務の一部の履行が不能であるとき。

二 債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。

## 6. 危険負担

売買による特定物の引渡しが、天災による滅失などで売主の責なく履行不能になる場合がある。この場合、特定物の引渡は不可能となるが、反対債権である代金債務はどのように処理されるか。これが危険負担の問題である。

改正前において、危険負担の原則は、「反対債権も消滅する」と規定されているが、極めて大きな例外があった。すなわち、「特定物に関する物権の設定・移転をもって双務契約の目的とした場合は、消滅した債権の債権者が危険を負担する」と規定されている。このため、特定物の売買では、買主が危険を負担し、代金債務は消滅しない。買主は当該特定物（たとえば住宅）を受け取れないが代金債務（たとえば住宅ローン）は残存することになる。

また、前述の「解除」との関係について、改正前において、①債務者に責がある場合には解除の問題となり、②債務者に責がない場合は危険負担の問題となる旨理解されてきた。

危険負担制度の合理性（引渡前に家が天災で滅失しても住宅ローンは残ることが公正といえるか）について大いに疑問があった上、前述のとおり、解除の要件から帰責性が外れたので、危険負担制度自体その存続の必要性が薄れてしまった。しかしながら、危険負担制度自体を廃止することには多くの批判が出され、結局、従前の問題の大きかった、特定物の場合の債権者主義の条文である 534 条等は削除するものの、「(反対給付を受ける権利の消滅ではなく) 相手方が履行拒絶ができる」旨制度改正をして存続させることとなった。

このため、例えば上記事例で、引渡前に家が滅失した場合の買主は、①解除制度によって契約を解除することも、②危険負担制度によって代金支払いの履行を拒絶することも可能である。

(上が改正前、下が改正後)

(債権者の危険負担)

第 534 条 特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において、その物が債務者の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、その滅失又は損傷は、債権者の負担に帰する。

2 不特定物に関する契約については、第四百一条第二項の規定によりその物が確定した時から、前項の規定を適用する。

(停止条件付双務契約における危険負担)

第 535 条 前条の規定は、停止条件付双務契約の目的物が条件の成否が未定である間に滅失した場合には、適用しない。

2 停止条件付双務契約の目的物が債務者の責めに帰することができない事由によって損傷したときは、その損傷は、債権者の負担に帰する。

3 停止条件付双務契約の目的物が債務者の責めに帰すべき事由によって損傷した場合において、条件が成就したときは、債権者は、その選択に従い、契約の履行の請求又は解除権の行使をすることができる。この場合においては、損害賠償の請求を妨げない。

(債務者の危険負担等)

第 536 条 前二条に規定する場合を除き、当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を有しない。

2 債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を失わない。この場合において、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。

<第 534 条及び第 535 条 削除>

(債務者の危険負担等)

第 536 条 当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる。

2 債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができない。この場合において、債務者は、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。

## 7. 定型約款

当事者の一方（企業等）が多数の者（顧客）と契約を締結する場合において、予め約款を用意し、相手方が交渉することもなく受け入れる取引は現実には非常に多い。これは民法が想定している、「対等な自由人が慎重に交渉し契約締結に至る」という典型的な契約成立過程とは異なる。

そこで、改正民法は、「定型約款」という新たな概念を導入して新たな契約類型として新規に規定した（548 条の 2～548 条の 4）。

### (1) みなし合意

まず、「ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なもの」を「定型取引」と定義し、「定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体」を「定型約款」と規定した(548条の2第1項本文)。

そして、①定型約款を契約の内容とする旨の合意をするか(同条項1号)、かような合意がなくとも、②定型約款を準備した者があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に「表示」していたときには、「定型取引を行うことの合意」をもって、「個別の条項についても合意をしたもの」とみなされる。

なお、この「表示」については、取引を行う際に相手方に対して個別に定型約款の内容を示した上で定型約款による旨の表示がなされている必要があり、ウェブサイト等での「公表」では足りないと解されている。

もっとも、鉄道・バス事業、通信事業等「あらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手に表示することすら困難である取引(スイカで自動改札を通過するのがその典型)については、「相手方に表示をしていた場合のみならず、その旨をあらかじめ公表していた場合にも当事者がその定型約款の個別条項について合意をしたものとみなす」旨、それぞれの業種の特別法で規定される。

### (2) 不当条項規制

「相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして第一条第二項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるもの」については、合意をしなかったものとみなす旨規定された(改正後同条2項)。

### (3) 定型約款の変更

改正法548条の4は、定型約款準備者に、一定の要件の下、相手方の同意なくして、約款変更を可能としている。

これは、もちろん、多数の顧客から個別同意を取ることが困難であることからの経済界からの強い要請による。これまで判例の蓄積も学説による検討もなかった分野であり、検討の過程でも、その理解・解釈に十分なコンセンサスが得られたとは言い難い条文である。

約款変更の内容については、①相手方の一般的な利益になる場合(同条項1号)と、②相手方に不利益な変更であっても、契約目的に反せず、合理的であること(同条項2号)がその要件である。

そして、定型約款準備者は、効力発生時期を定めるとともに、周知することが義務付けられる（同条2項）。そして上記②の場合は、周知しなければ、約款変更の効果が生じない（同条3項）。周知の方法には「インターネットの利用」が例示されている点が特徴的である。

これらの要件を満たせば、個別合意がなくとも、変更後の約款に合意があったとみなされる。

なお、本条による契約変更の場合、548条の2第2項に基づく不当条項規制は課せられない（同条4項）。本条による規制の方がより厳格だからである。

#### （新設）

##### （定型約款の合意）

第548条の2 定型取引（ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものをいう。以下同じ。）を行うことの合意（次条において「定型取引合意」という。）をした者は、次に掲げる場合には、定型約款（定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体をいう。以下同じ。）の個別の条項についても合意をしたものとみなす。

- 一 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。
  - 二 定型約款を準備した者（以下「定型約款準備者」という。）があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき。
- 2 前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして第一条第二項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。

##### （定型約款の内容の表示）

第548条の3 定型取引を行い、又は行おうとする定型約款準備者は、定型取引合意の前又は定型取引合意の後相当の期間内に相手方から請求があった場合には、遅滞なく、相当な方法でその定型約款の内容を示さなければならない。ただし、定型約款準備者が既に相手方に対して定型約款を記載した書面を交付し、又はこれを記録した電磁的記録を提供していたときは、この限りでない。

- 2 定型約款準備者が定型取引合意の前において前項の請求を拒んだときは、前条の規定は、適用しない。ただし、一時的な通信障害が発生した場合その他

正当な事由がある場合は、この限りでない。

(定型約款の変更)

第 548 条の 4 定型約款準備者は、次に掲げる場合には、定型約款の変更をすることにより、変更後の定型約款の条項について合意があったものとみなし、個別に相手方と合意をすることなく契約の内容を変更することができる。

一 定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき。  
二 定型約款の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、この条の規定により定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無及びその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき。

2 定型約款準備者は、前項の規定による定型約款の変更をするときは、その効力発生時期を定め、かつ、定型約款を変更する旨及び変更後の定型約款の内容並びにその効力発生時期をインターネットの利用その他の適切な方法により周知しなければならない。

3 第一項第二号の規定による定型約款の変更は、前項の効力発生時期が到来するまでに同項の規定による周知をしなければ、その効力を生じない。

4 第 548 条の 2 第二項の規定は、第一項の規定による定型約款の変更については、適用しない。

## 第4章 契約各論

以下、典型契約の改正点について述べる。民法で規定されている典型契約は13あるが、①交換(586条)、②終身定期金(689条～694条)、③和解(695条・696条)は改正されなかった(いずれも存在意義に乏しい制度であるが、削除もされなかった)。

### 1. 贈与

改正前の贈与の対象は、「自己の財産」であった(改正前549条)。改正前から「自己のもの」である必要性和、「財産」であることの必要性が論点であった。

改正後は、この部分が「ある財産」とされ、①他人の財産を目的とする贈与も有効であるとの判例理論を踏襲するとともに、②改正後も「財産」は維持し、たとえば血液や臓器は贈与の対象外とされた。

また、改正前は、「書面によらない贈与は、各当事者が撤回することができる」と規定されていたが(改正前550条)、我が国民法では、撤回とは意思表示の効力を消滅させることであり、契約の効力を消滅させるのは解除であるはずなので、解除に文言改正された(改正後550条)。

(上が改正前、下が改正後)

第549条 贈与は、当事者の一方が自己の財産を無償で相手方に与える意思表示し、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずる。

(書面によらない贈与の撤回)

第550条 書面によらない贈与は、各当事者が撤回することができる。ただし、履行の終わった部分については、この限りでない。

(贈与)

第549条 贈与は、当事者の一方がある財産を無償で相手方に与える意思表示し、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずる。

(書面によらない贈与の解除)

第550条 書面によらない贈与は、各当事者が解除をすることができる。ただし、履行の終わった部分については、この限りでない。

### 2. 売買

最大のポイントは瑕疵担保責任制度(改正前570条)の廃止である。その背景として、下記のとおり、法定責任説(の建前)から契約責任説へと考え方を大きく転換させた。

## (1) 法定責任説

売買のように一方当事者（売主）が相手方（買主）に物を引き渡す債務がある場合、の改正前の法的処理（古い通説理論）は以下のとおり。

### イ. 目的（物）は、特定物か不特定物か

不動産や美術品のようにその物の個性に注目して取引対象となるものを「特定物」といい、ある銘柄のビール 1 ダース等同じ種類の物を一定数取引対象とするものを「種類物」という。

前者の特定物は現状で引き渡せば履行完了となる（批判者はこれを「特定物のドグマ」と論難する。後述）。一部破損されていてもそのまま引き渡せばよい。ただし、引き渡すまでの間、保管には「善良なる管理者の義務」が課せられる（いわゆる善管注意義務）。

後者の種類物には、引渡し債務者には調達義務（追完履行義務）があり、たとえ自社の在庫が切れたとしても（地球上に存在する限り）、必ず調達しなくてはならない。つまり、基本的には「履行不能」にはならない。

種類物は「特定」できる。その要件は①分離、②準備、③通知で、これにより調達義務から免れ、特定物と同じ扱いになる。

### ロ. 瑕疵

では、引き渡した物に瑕疵（欠陥。傷）があった場合は、法的には如何に処理されるか。

まず、種類物（特定前）の場合、欠陥品の提供は債務不履行であり、上述のとおり調達義務があるので、売主は、瑕疵のない代替品を調達して買主に提供しなくてはならない（無限の調達義務）。

これに対して、特定物や種類物特定後は、引渡しの時の状態で渡せば債務は履行されたことになる。つまり、壊れていれば壊れたまま渡せば良いことになる。これは妥当なのだろうか。

この論点を調整するのが瑕疵担保責任で、特定物の売買において、①売主は無過失責任を負い、②瑕疵に係る損害賠償義務を負うが、③その上限は信頼利益まで（転売利益などの履行利益は含まれない）とされた。なお、買主は瑕疵の存在を理由に④契約解除をすることもできる（法定責任説）。

## (2) 契約責任説

上記のような法定責任説に対しては学説からの批判が強かった（判例の態度もはっきりとしていない）。

そもその、「特定物は瑕疵があってもそのまま引渡せば、債務を履行したことになる」という前提自体が批判されてきた。これを特定物のドグマといい、この「特定物の属性・機能に関する買主の期待、すなわち、広い意味での品質に対する期待を契約上の債務外とする」ドグマが激しく批判にさらされた。

「たとえ特定物の売主であっても、値段相当の品質の物を引渡す義務がある」というこの考えは、物に瑕疵があった場合、まだ債務は（完全には）履行されていないと解することになる（契約責任説）。

改正前民法を前提とする契約責任説は、「瑕疵ある物を引き渡しても債務の履行とは言えず、債務不履行の法理で処理される。瑕疵担保責任を定めた 570 条（改正前）はその特則を定めたもの」としてきたが、契約責任説の立場を突き詰めると「そもそも瑕疵担保責任制度は不要で、瑕疵がある場合でも債務不履行として処理すべき」ということになり、実際、今回の改正法では、瑕疵担保責任制度は全面削除となった。

### （3）契約内容不適合

この結果（他の条文改正も併せて）民法から（物の）瑕疵という単語はすべて削除されることとなった（ただし、「代理行為の瑕疵」や「意思表示の瑕疵」という語は維持された）。

なお、前述のとおり法定責任説における瑕疵担保責任は無過失責任であったが、契約責任説の債務不履行には売主の帰責性が要求される点に注意を要する。

### （4）契約内容不適合の場合の買主救済手段

改正後は、物に関する契約不適合を理由とする買主の救済手段として、①追完請求権（562 条）、②代金減額請求権（563 条）、③一般則による損害賠償請求権・解除権が規定され、さらに、上記 3 条は、権利の契約不適合の場合についても準用される（565 条）。すなわち、改正後は、物の不適合か権利の不適合かにかかわらず、同一の規定により規律されることになる。

（上が改正前、下が改正後）

（売主の瑕疵担保責任）

第 570 条 売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、第 566 条の規定を準用する。ただし、強制競売の場合は、この限りでない。

（買主の追完請求権）

第 562 条 引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる。ただし、

売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる。

2 前項の不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、買主は、同項の規定による履行の追完の請求をすることができない。

#### (買主の代金減額請求権)

第 563 条 前条第一項本文に規定する場合において、買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、その期間内に履行の追完がないときは、買主は、その不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができる。

2 前項の規定にかかわらず、次に掲げる場合には、買主は、同項の催告をすることなく、直ちに代金の減額を請求することができる。

一 履行の追完が不能であるとき。

二 売主が履行の追完を拒絶する意思を明確に表示したとき。

三 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、売主が履行の追完をしないでその時期を経過したとき。

四 前三号に掲げる場合のほか、買主が前項の催告をしても履行の追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき。

3 第一項の不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、買主は、前二項の規定による代金の減額の請求をすることができない。

#### (買主の損害賠償請求及び解除権の行使)

第 564 条 前 2 条の規定は、第 415 条の規定による損害賠償の請求並びに第 541 条及び第 542 条の規定による解除権の行使を妨げない。

#### (移転した権利が契約の内容に適合しない場合における売主の担保責任)

第 565 条 前三条の規定は、売主が買主に移転した権利が契約の内容に適合しないものである場合（権利の一部が他人に属する場合においてその権利の一部を移転しないときを含む。）について準用する。

### (5) 危険の移転

売買契約の目的物が売主の帰責事由によらずに滅失・損傷した場合、改正前は、危険負担の一般則である 534 条によって、その滅失・損傷の危険は買主が負うものとされてきた。前述のとおり、この改正前 534 条は、削除されることとなったので、新たに、売買契約の危険の移転は、「引渡し時」と規定された (567 条 1 項)。

すなわち、引渡前に生じた滅失・損傷については、買主は救済手段（追完請求・代金減額請求・損害賠償請求・解除）の行使が可能だが、引渡し後は行使できず、また、代金の支払いを拒絶できなくなる。

なお、受領遅滞の場合は、引渡し完了しなくとも売主の履行提供時に危険が移転する（同条2項）。

（上が改正前、下が改正後）

（債権者の危険負担）

第534条 特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において、その物が債務者の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、その滅失又は損傷は、債権者の負担に帰する。

2 不特定物に関する契約については、第四百一条第二項の規定によりその物が確定した時から、前項の規定を適用する。

（目的物の滅失等についての危険の移転）

第567条 売主が買主に目的物（売買の目的として特定したものに限る。以下この条において同じ。）を引き渡した場合において、その引渡しがあった時以後にその目的物が当事者双方の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、買主は、その滅失又は損傷を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。この場合において、買主は、代金の支払を拒むことができない。

2 売主が契約の内容に適合する目的物をもって、その引渡しの債務の履行を提供したにもかかわらず、買主がその履行を受けることを拒み、又は受けることができない場合において、その履行の提供があった時以後に当事者双方の責めに帰することができない事由によってその目的物が滅失し、又は損傷したときも、前項と同様とする。

### 3. 消費貸借

改正前の消費貸借契約は要物契約であり、物（多くの場合金銭）の引渡しまでは契約が成立しないものとされてきた（587条）。しかしながら、実務において、多くの場面では契約書面を作り、その時点で契約成立と解しており、改正前から契約自由の原則の下、非典型契約とされてきた。

今回の改正では、要物契約型の消費貸借に加え、書面による諾成契約も追加された（587条の2）。

この書面による諾成型消費貸借契約の場合、①書面による合意があった時点で契約は成立し（同条1項）、②借主は、貸主から金銭その他の物を受け取るまで、契約の解除をすることができ（同条2項。この項は強行規定と解されてい

る)、③またこの書面は電磁的記録でもよい(同条3項)、と規定された。

要物型と諾成型は並立している別制度であって、原則と例外の関係ではない、と一般的には解されている(反対説もある)。

ほとんどの消費貸借契約では返済の時期を定めるのが通例であるが、改正前から、期限の利益は放棄できるので(136条2項本文)、借主はいつでも返還できると解されてきたが、今回の改正でそのことが明記された(改正後591条2項)。

そして、期限前弁済によって貸主に損害が生じた場合、その損害の賠償を借主に請求できるものと規定された(改正後591条3項)。

期限前弁済によって得られなかった利息とこの損害額との関係は微妙である。元本が戻ってくるのであるから、貸主はそれを運用することが可能となるし、その元本と同一の物(多くの場合、金銭)を調達するコストを免れるからである。結局のところ抽象的には、得べかりし利息からそれらの運用益・調達コストを控除したものが損害となろう。

(上が改正前、下が改正後)

(返還の時期)

第591条 当事者が返還の時期を定めなかったときは、貸主は、相当の期間を定めて返還の催告をすることができる。

2 借主は、いつでも返還をすることができる。

(書面とする消費貸借等)

第587条の2 前条の規定にかかわらず、書面とする消費貸借は、当事者の一方が金銭その他の物を引き渡すことを約し、相手方がその受け取った物と種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約することによって、その効力を生ずる。

2 書面とする消費貸借の借主は、貸主から金銭その他の物を受け取るまで、契約の解除をすることができる。この場合において、貸主は、その契約の解除によって損害を受けたときは、借主に対し、その賠償を請求することができる。

3 書面とする消費貸借は、借主が貸主から金銭その他の物を受け取る前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失う。

4 消費貸借がその内容を記録した電磁的記録によってされたときは、その消費貸借は、書面によってされたものとみなして、前三項の規定を適用する。

(返還の時期)

第591条 当事者が返還の時期を定めなかったときは、貸主は、相当の期間を

定めて返還の催告をすることができる。

2 借主は、返還の時期の定めの有無にかかわらず、いつでも返還をすることができる。

3 当事者が返還の時期を定めた場合において、貸主は、借主がその時期の前に返還をしたことによって損害を受けたときは、借主に対し、その賠償を請求することができる。

#### 4. 使用貸借

使用貸借も消費貸借同様、改正前は要物契約とされ、物の引渡時に契約が成立するものとされていた（改正前 593 条）が、要物契約とする合理性に乏しいので、諾成契約に改正された（改正後 593 条）。なお、消費貸借と異なり、要物型は残さなかったため、諾成契約型に一本化されることになる。

これに伴い、①書面によらない使用貸借契約の場合は、借主が借用物を受け取るまで、貸主は契約の解除をすることができるが（改正後 593 条の 2 本文）、②書面による使用貸借の場合は解除できない旨（改正後 593 条の 2 但書）規定された。

改正前は一定の要件の下、「返還を請求できる」旨の規定があったが、それらを「解除することができる」に改め、契約解除の効果として、借主に返還義務が生じるという構成になっている。解除できる場合は、①存続期間は定めなかったが、目的を定めた場合において、当該目的に従って使用収益をするのに十分な期間を経過したとき（改正後 598 条 1 項）、及び、②期間も目的も定めなかった場合はいつでも（改正後 598 条 2 項）、それぞれ貸主が契約解除でき、③借主はいつでも契約解除ができる旨（改正後 598 条 3 項）整理された。

付属物の収去について、改正前は、単に「収去することができる」旨規定するにとどまっていた（598 条）。

改正後は、これを借主の収去権（599 条 2 項）と収去義務（同条 1 項本文）とに整理した。

また、使用貸借が終了したときに借用物に損傷があった場合についてであるが、①無償で借りている以上借主が負担すべきという考え方と②無償で貸すということは損傷についても貸主が負担する覚悟だったはずとみるべきという考え方があり、どちらか一方に決めることはできなかった。

このため、まず、借主の原状回復義務を負わせ（同条 3 項本文）、借主に帰責性がなければその義務を免れる（同条項但書）という構成をとった。

このため経年変化等については借主の帰責性が争われることになる。貸主はそのリスクを取りたくなければ、特約をすべきであろう。

(上が改正前、下が改正後)

(使用貸借)

第 593 条 使用貸借は、当事者の一方が無償で使用及び収益をした後に返還をすることを約して相手方からある物を受け取ることによって、その効力を生ずる。

(借主による収去)

第 598 条 借主は、借用物を原状に復して、これに附属させた物を収去することができる。

(使用貸借)

第 593 条 使用貸借は、当事者の一方がある物を引き渡すことを約し、相手方がその受け取った物について無償で使用及び収益をして契約が終了したときに返還をすることを約することによって、その効力を生ずる。

(借用物受取り前の貸主による使用貸借の解除)

第 593 条の 2 貸主は、借主が借用物を受け取るまで、契約の解除をすることができる。ただし、書面による使用貸借については、この限りでない。

(使用貸借の解除)

第 598 条 貸主は、前条第二項に規定する場合において、同項の目的に従い借主が使用及び収益をするのに足りる期間を経過したときは、契約の解除をすることができる。

2 当事者が使用貸借の期間並びに使用及び収益の目的を定めなかったときは、貸主は、いつでも契約の解除をすることができる。

3 借主は、いつでも契約の解除をすることができる。

(借主による収去等)

第 599 条 借主は、借用物を受け取った後にこれに附属させた物がある場合において、使用貸借が終了したときは、その附属させた物を収去する義務を負う。ただし、借用物から分離することができない物又は分離するのに過分の費用を要する物については、この限りでない。

2 借主は、借用物を受け取った後にこれに附属させた物を収去することができる。

3 借主は、借用物を受け取った後にこれに生じた損傷がある場合において、使用貸借が終了したときは、その損傷を原状に復する義務を負う。ただし、その損傷が借主の責めに帰することができない事由によるものであるときは、

この限りでない。

## 5. 賃貸借

### (1) 契約の成立と存続期間

賃貸借契約が終了した場合に借主には返還義務があることは当然の解釈であったが、改正前には明文の規定がなかった。

改正法では、賃貸借契約の成立の要件に「引渡しを受けた物を契約が終了したときに返還することを約すること」を加えることにより、終了時の返還義務の存在を明文化した（改正後 601 条）。

賃貸借の存続期間の上限については改正前は 20 年と短かった（改正前 604 条）。このため、建物所有目的の土地の賃貸借の場合は、30 年以上に（借地借家法 3 条）、建物の賃貸借には民法 604 条の規定の適用はないものとされる等の特別法による手当がなされてきた。しかしながら建物所有目的以外の賃貸借（ゴルフ場の敷地等の賃貸借）や動産の賃貸借（大規模プロジェクトにおける重機やプラント等の賃貸借）は依然として民法によって規律されており、より長期間の賃貸借も認めてほしいという実務界からの要請があった部分である。

改正法では、上限を 50 年に引き上げた。

（上が改正前、下が改正後）

（賃貸借）

第 601 条 賃貸借は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。

（賃貸借の存続期間）

第 604 条 賃貸借の存続期間は、二十年を超えることができない。契約でこれより長い期間を定めたときであっても、その期間は、二十年とする。

2 賃貸借の存続期間は、更新することができる。ただし、その期間は、更新の時から二十年を超えることができない。

（賃貸借）

第 601 条 賃貸借は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うこと及び引渡しを受けた物を契約が終了したときに返還することを約することによって、その効力を生ずる。

（賃貸借の存続期間）

第 604 条 賃貸借の存続期間は、五十年を超えることができない。契約でこれより長い期間を定めたときであっても、その期間は、五十年とする。

2 賃貸借の存続期間は、更新することができる。ただし、その期間は、更新の時から五十年を超えることができない。

## (2) 賃貸人の地位の移転

明文はなかったものの、判例は、不動産賃貸において、賃貸人が当該不動産を譲渡した場合、賃借権に対抗力がある場合（民法上は登記が必要だが、特別法により、①借地権の場合は建物登記で（借地借家法 10 条 1 項）、②建物賃貸の場合は引渡し（同法 31 条 1 項）で足りる）、賃貸人たる地位は不動産の譲渡人から譲受人に当然に移転するものと解してきた。ただし、賃貸人が賃借人に対抗するには、所有権移転登記が要件とされた。

改正後 605 条の 2 第 1 項及び 3 項は、この判例理論を明文化したものである。

また、所有権の移転登記が済んでいるという前提で（605 条の 3 後段の準用する 605 条の 2 第 3 項）、賃借権に対抗力がない場合であっても、譲渡人と譲受人が合意した場合は、賃借人の承諾不要で、賃貸人の地位は移転する、というのが従前からの判例理論であったので、これを明文化した（605 条の 3 前段）

判例は、さらに、賃貸人の地位が移転した場合、敷金の返還義務も譲受人に移転すると解してきたので、これも明文化された（605 条の 2 第 4 項）。

ところがこの判例理論では、実務上、問題が生ずる場合がある。たとえば、賃貸物件を小口商品にして売却したとき、その譲受人が敷金返還請求義務というリスクまで負わされるとなると、商品の流通が阻害されてしまう。

かような実務上の要請を受け、①譲渡人及び譲受人が、賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨合意し、かつ、②譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意した場合は、賃貸人の地位は移転せず、留保される旨規定された（605 条の 2 第 2 項）。

つまり当該不動産の新所有者である譲受人が今度は賃貸人となり、元所有者である譲渡人が譲受人に対する賃借人となり、もともとの賃貸契約は、転貸借契約となる訳である。これにより、転貸借契約（もともとの賃貸契約）の敷金返還請求義務等は、譲渡人が負担するという制度となる。

## (新設)

### (不動産の賃貸人たる地位の移転)

第 605 条の 2 前条、借地借家法（平成三年法律第九十号）第十条又は第三十一条その他の法令の規定による賃貸借の対抗要件を備えた場合において、その不動産が譲渡されたときは、その不動産の賃貸人たる地位は、その譲受人に移転する。

2 前項の規定にかかわらず、不動産の譲渡人及び譲受人が、賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨及びその不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意をしたときは、賃貸人たる地位は、譲受人に移転しない。この場合において、譲渡人と譲受人又はその承継人との間の賃貸借が終了したときは、譲渡人に留保されていた賃貸人たる地位は、譲受人又はその承継人に移転する。

3 第一項又は前項後段の規定による賃貸人たる地位の移転は、賃貸物である不動産について所有権の移転の登記をしなければ、賃借人に対抗することができない。

4 第一項又は第二項後段の規定により賃貸人たる地位が譲受人又はその承継人に移転したときは、第 608 条の規定による費用の償還に係る債務及び第 622 条の 2 第一項の規定による同項に規定する敷金の返還に係る債務は、譲受人又はその承継人が承継する。

(合意による不動産の賃貸人たる地位の移転)

第 605 条の 3 不動産の譲渡人が賃貸人であるときは、その賃貸人たる地位は、賃借人の承諾を要しないで、譲渡人と譲受人との合意により、譲受人に移転させることができる。この場合においては、前条第三項及び第四項の規定を準用する。

### (3) 修繕義務等

改正前、明文の規定はないが、当事者双方の責めに帰することのできない事由(台風で屋根瓦が飛んでしまった等)の場合、賃貸人に修繕義務があることは争いがなかったが、賃借人の責めに帰すべき事由において必要となった修繕について、賃貸人の修繕義務があるか否か、は論点であった。かつての通説は、この場合でも賃貸人は一応の修繕義務を追うが、賃借人に対する目的物保管義務違反による損害賠償請求で調整する等処理するものとされていたが、そもそもこの場合は、賃貸人は修繕義務を負わないという説も有力であった。

改正法は後者の説を採用し、賃借人の責めに帰すべき事由によってその修繕が必要となったときは、賃貸人は修繕義務を負わない旨規定された(606 条 1 項但書)。

賃貸人が修繕すべき事案であっても、賃借人が自ら修繕をしてその費用の償還を求めるケースが考えられるが、改正前も明文の規定はないものの一定の要件で認められるものと解されてきた。

改正法はその要件を明文化し①賃借人が賃貸人に修繕が必要である旨を通知し、又は賃貸人がその旨を知ったにもかかわらず、賃貸人が相当の期間内に必要な修繕をしないとき(607 条の 2 第 1 号)、あるいは、②急迫の事情があるとき

(同条2号)は賃借人自らが修繕できるものと規定された。

なおこの場合の費用は、今回改正されずに維持された608条1項(賃借人は、賃借物について賃貸人の負担に属する必要費を支出したときは、賃貸人に対し、直ちにその償還を請求することができる)により、直ちに賃貸人に費用償還請求ができる。

(上が改正前、下が改正後)

(賃貸物の修繕等)

第606条 賃貸人は、賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う。

2 賃貸人が賃貸物の保存に必要な行為をしようとするときは、賃借人は、これを拒むことができない。

(賃貸人による修繕等)

第606条 賃貸人は、賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う。ただし、賃借人の責めに帰すべき事由によってその修繕が必要となったときは、この限りでない。

2 賃貸人が賃貸物の保存に必要な行為をしようとするときは、賃借人は、これを拒むことができない。

(賃借人による修繕)

第607条の2 賃借物の修繕が必要である場合において、次に掲げるときは、賃借人は、その修繕をすることができる。

一 賃借人が賃貸人に修繕が必要である旨を通知し、又は賃貸人がその旨を知ったにもかかわらず、賃貸人が相当の期間内に必要な修繕をしないとき。

二 急迫の事情があるとき。

## 6. 雇用

雇用契約については、労働契約法・労働基準法等の労働法制できめ細かく規律されているため、民法には623条(雇用は、当事者の一方が相手方に対して労働に従事することを約し、相手方がこれに対してその報酬を与えることを約することによって、その効力を生ずる)のみを残し、残りの部分は全て労働法制に委ねるという労働法単独規定案も検討されたが、結局、民法の雇用と労働法制が併存する併存規定の考え方が維持された。従前から適用の余地のなかった条文も(若干の文言修正の上)残置されており、疑問の残る改正である。

実質的な(意味のある)改正として、①期間の途中で労務提供が不可能となった場合の明文規定がなかったので履行の割合に応じた報酬の請求(624条の2)が追加され、また、②改正前、5年以上の期間の定めがある場合、契約解除意思

表示は互いに 3 か月前に予告しなければならないと規定されているが、労働者側からの意思表示については 2 週間前と改正された (626 条 2 項)。なお、期間の定めのない雇用の場合は、改正前から 2 週間前である。

(上が改正前、下が改正後)

(期間の定めのある雇用の解除)

第 626 条 雇用の期間が五年を超え、又は雇用が当事者の一方若しくは第三者の終身の間継続すべきときは、当事者の一方は、五年を経過した後、いつでも契約の解除をすることができる。ただし、この期間は、商工業の見習を目的とする雇用については、十年とする。

2 前項の規定により契約の解除をしようとするときは、三箇月前にその予告をしなければならない。

(履行の割合に応じた報酬)

第 624 条の 2 労働者は、次に掲げる場合には、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができる。

一 使用者の責めに帰することができない事由によって労働に従事することができなくなったとき。

二 雇用が履行の途中で終了したとき。

(期間の定めのある雇用の解除)

第 626 条 雇用の期間が五年を超え、又はその終期が不確定であるときは、当事者の一方は、五年を経過した後、いつでも契約の解除をすることができる。

2 前項の規定により契約の解除をしようとする者は、それが使用者であるときは三箇月前、労働者であるときは二週間前に、その予告をしなければならない。

## 7. 請負

### (1) 契約不適合責任

そもそも、請負は「仕事の完成」を目的とするので、改正前から、完成物に瑕疵があった場合の担保責任は (法定責任説の下の売買契約の場合とは異なり)、債務不履行の性格をもつとされており、この点学説間の争いはなかった。

この考えは、旧・担保責任につき契約責任説を採用した改正民法と整合的である。このため、「請負の場合の特殊な担保責任」とされてきた規定 (634 条~640 条) は、双務契約の一般則 (売買で規定した上で、559 条ですべての双務契約で準用) で処理されることになり、条文が大幅に整理された。

すなわち、仕事の目的物の種類・品質に関する不適合は、双務契約の一般則に

従い、注文者は請負人に対して、①修補請求、②報酬減額請求、③損害賠償請求、④解除ができることになる。

このほかに請負独自の規定として、まず、契約不適合責任の制限として、「注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じた不適合」については請負人は免責されるものと規定した（改正後 636 条）。改正前に同趣旨を規定していた改正前 636 条を組み替えたもので、実質的な改正ではない。

次に、存続期間について見ると、注文者がその不適合を知った時から 1 年以内にその旨を請負人に通知しないと上記①～④の救済は受けられない旨規定された（改正後 637 条 1 条）。これは改正前 637 条 1 項（「引渡しから」1 年）の実質的改正である。

さらに、638 条（土地の工作物の場合の特例）・639 条（存続期間の伸長）も削除された。前者については、従前から「合理性がない」との批判が強かった条文であり、後者については、そもそも任意規定なのだから伸張は自由のはずで、むしろ、この部分だけ規定してしまうと、反対解釈で、他の制度では伸張できないのか、と解されるおそれがあると従前から指摘されてきたので削除された。

（上が改正前、下が改正後）

（請負人の担保責任）

第 634 条 仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる。ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、この限りでない。

2 注文者は、瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに、損害賠償の請求をすることができる。この場合においては、第 533 条の規定を準用する。

第 635 条 仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないときは、注文者は、契約の解除をすることができる。ただし、建物その他の土地の工作物については、この限りでない。

（請負人の担保責任に関する規定の不適用）

第 636 条 前二条の規定は、仕事の目的物の瑕疵が注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じたときは、適用しない。ただし、請負人がその材料又は指図が不相当であることを知りながら告げなかったときは、この限りでない。

（請負人の担保責任の存続期間）

第 637 条 前三条の規定による瑕疵の修補又は損害賠償の請求及び契約の解除は、仕事の目的物を引き渡した時から一年以内にしなければならない。

2 仕事の目的物の引渡しを要しない場合には、前項の期間は、仕事が終了した時から起算する。

第 638 条 建物その他の土地の工作物の請負人は、その工作物又は地盤の瑕疵について、引渡しの後五年間その担保の責任を負う。ただし、この期間は、石造、土造、れんが造、コンクリート造、金属造その他これらに類する構造の工作物については、十年とする。

2 工作物が前項の瑕疵によって滅失し、又は損傷したときは、注文者は、その滅失又は損傷の時から一年以内に、第六百三十四条の規定による権利を行使しなければならない。

(担保責任の存続期間の伸長)

第 639 条 第 637 条及び前条第一項の期間は、第 167 条の規定による消滅時効の期間内に限り、契約で伸長することができる。

(担保責任を負わない旨の特約)

第 640 条 請負人は、第 634 条又は第 635 条の規定による担保の責任を負わない旨の特約をしたときであっても、知りながら告げなかった事実については、その責任を免れることができない。

(請負人の担保責任の制限)

第 636 条 請負人が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡したとき（その引渡しを要しない場合にあつては、仕事が終了した時に仕事の目的物が種類又は品質に関して契約の内容に適合しないとき）は、注文者は、注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じた不適合を理由として、履行の追完の請求、報酬の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。ただし、請負人がその材料又は指図が不適當であることを知りながら告げなかったときは、この限りでない。

(目的物の種類又は品質に関する担保責任の期間の制限)

第 637 条 前条本文に規定する場合において、注文者がその不適合を知った時から一年以内にその旨を請負人に通知しないときは、注文者は、その不適合を理由として、履行の追完の請求、報酬の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。

2 前項の規定は、仕事の目的物を注文者に引き渡した時（その引渡しを要しない場合にあつては、仕事が終了した時）において、請負人が同項の不適合を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、適用しない。

## （2）報酬請求権

両当事者いずれの責めに帰することのできない事由で仕事の完成が不能になった場合、改正前は、危険負担の問題とするのが古くからの通説の立場であった。すなわち、危険負担の原則により、債務者主義となり、請負人の報酬債権は消滅すると解されてきた（なお、もっと端的に、仕事が完成していないのだから、そもそも報酬請求権が発生していないという有力説もあった）。

他方、契約が解除された場合は、641条（改正されずに維持）により、請負人は損害賠償請求できるものと規定されている。

この点、「完成した部分もあるが一部が不能になった場合」や「解除されたものの既に完成してある部分がある場合」が問題となる。判例は後者につき、未履行部分についてのみ一部解除ができるものとした。

今回の改正により、①注文者の責めに帰することができない事由によって仕事を完成することができなくなったとき、あるいは、②仕事の完成前に解除されたときについて、注文者が受ける利益の割合に応じた報酬が請求できる旨規定された（改正後634条）。

## （新設）

（注文者が受ける利益の割合に応じた報酬）

第634条 次に掲げる場合において、請負人が既にした仕事の結果のうち可分な部分の給付によって注文者が利益を受けるときは、その部分を仕事の完成とみなす。この場合において、請負人は、注文者が受ける利益の割合に応じて報酬を請求することができる。

一 注文者の責めに帰することができない事由によって仕事を完成することができなくなったとき。

二 請負が仕事の完成前に解除されたとき。

## 8. 委任

### （1）自己執行義務

委任は、当事者間の個人的な信頼関係を基礎とする以上、受任者は委任事務を自ら執行する義務を負う。しかし実務的には復受任者などを立てて再委任することがあり、復代理人についての規定である104条の類推適用による解釈でこれも適法であるとしてきた。

今回の改正では、644 条の 2 を新設し、その 1 項で「委任者の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるとき」に限り、復受任者を選任することができるものと明文で規定した。

(復受任者の選任等)

第 644 条の 2 受任者は、委任者の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復受任者を選任することができない。

2 代理権を付与する委任において、受任者が代理権を有する復受任者を選任したときは、復受任者は、委任者に対して、その権限の範囲内において、受任者と同一の権利を有し、義務を負う。

(2) 報酬

委任契約の報酬については、古代ローマ法に起源を有する「無報酬の原則」が我が国民法でも規定されており、今日の契約実態とあわないものとして再検討されたが、結局、改正前の「無報酬の原則」が維持され、受任者が報酬を受け取るには特約が必要という従前どおりの制度となった。

検討経緯をみると、2011 年 6 月の「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」においては、「受任者は特約がなければ報酬を請求することができないと規定されている（民法第 648 条第 1 項）ため、委任は原則として無償であると解されているが、このような原則は必ずしも現実の取引に適合するとは言えないことから、有償又は無償のいずれかが原則であるとする立場を採らず、条文上も中立的な表現を用いる方向で、更に検討してはどうか」との提言がなされ、さらに、その 1 年半後の、2013 年 2 月の「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」においては、「民法第 648 条第 1 項を削除するものとする」とされた。

しかしながら、単位会などが反発し、たとえば、ある単位会は、2013 年 5 月に「民法（債権関係）の改正に関する中間試案に対する意見書」において 648 条 1 項削除への反対意見を述べ、「委任契約が有償原則となると、近所付き合いなどの人間関係等から生じる些細な内容の委任であっても報酬の請求が発生し、無用の紛争を惹起するおそれがある」ことをその理由付けとした。

この理由が説得力のあるものとも思えないが、民法（債権法）部会の検討資料において、(同条項を維持しようが削除しようが)「受任者が委任者に対して報酬を請求するには、委任者が報酬を支払うべきことを①合意したこと（有償契約であることの合意）及び②報酬額の合意（又は②'相当額）を主張立証しなければならない」点は同じ（部会資料 46）と記述されているところから、「実務上の主張立証責任が変わらないのであれば、現条文の文言のまま維持」という落とし所になったとも考えられる。

その上で、改正されたのは特約で定める報酬形態として、①委任事務の履行状況に対して報酬が支払われる履行割合型（648条2項）と②委任事務の履行の結果として達成された成果に対して支払われる成果完成型（648条の2）の2つの類型が規定された。

（上が改正前、下が改正後）

（受任者の報酬）

第648条 受任者は、特約がなければ、委任者に対して報酬を請求することができない。

2 受任者は、報酬を受けるべき場合には、委任事務を履行した後でなければ、これを請求することができない。ただし、期間によって報酬を定めたときは、第六百二十四条第二項の規定を準用する。

3 委任が受任者の責めに帰することができない事由によって履行の途中で終了したときは、受任者は、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができる。

（受任者の報酬）

第648条 受任者は、特約がなければ、委任者に対して報酬を請求することができない。

2 受任者は、報酬を受けるべき場合には、委任事務を履行した後でなければ、これを請求することができない。ただし、期間によって報酬を定めたときは、第六百二十四条第二項の規定を準用する。

3 受任者は、次に掲げる場合には、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができる。

一 委任者の責めに帰することができない事由によって委任事務の履行をすることができなくなったとき。

二 委任が履行の途中で終了したとき。

（成果等に対する報酬）

第648条の2 委任事務の履行により得られる成果に対して報酬を支払うことを約した場合において、その成果が引渡しを要するときは、報酬は、その成果の引渡しと同時に、支払わなければならない。

2 第634条の規定は、委任事務の履行により得られる成果に対して報酬を支払うことを約した場合について準用する。

（3）任意解除の例外

委任契約は、従前から、各当事者がいつでもその解除ができ「任意解除」が原

則であり、改正後もその基本原則は維持される。

改正後は、判例理論として確立してきた損害賠償債権発生の要件が明確化され、①相手方に不利な時期に委任を解除したとき、及び、②委任者が受任者の利益（専ら報酬を得ることによるものを除く）をも目的とする委任を解除したときについては相手方に損害賠償をしなければならない（651条2項本文及び各号）。ここで、②の具体例として、債務者（委任者）から債権者（受任者）に第三債務者からの取立てを委任し、債権者（受任者）は、第三債務者から取り立てた金額から、自己の債権の弁済に充てる場合が典型とされる。

（上が改正前、下が改正後）

<p>（委任の解除）</p> <p>第 651 条 委任は、各当事者がいつでもその解除をすることができる。</p> <p>2 当事者の一方が相手方に不利な時期に委任の解除をしたときは、その当事者の一方は、相手方の損害を賠償しなければならない。ただし、やむを得ない事由があったときは、この限りでない。</p>
<p>（委任の解除）</p> <p>第 651 条 委任は、各当事者がいつでもその解除をすることができる。</p> <p>2 前項の規定により委任の解除をした者は、次に掲げる場合には、相手方の損害を賠償しなければならない。ただし、やむを得ない事由があったときは、この限りでない。</p> <p>一 相手方に不利な時期に委任を解除したとき。</p> <p>二 委任者が受任者の利益（専ら報酬を得ることによるものを除く。）をも目的とする委任を解除したとき。</p>

なお、準委任について定めた 656 条「この節の規定は、法律行為でない事務の委託について準用する」は改正後も維持されたので、医療行為については引き続き準委任として委任の規定が準用されることとなる。

## 9. 寄託

寄託契約は改正前は要物契約であり、物の引渡し完了しないと契約が成立しなかったが、要物契約にする合理性に乏しいので、今回の改正で諾成契約とされ、意思表示のみで契約が成立することとなった（改正後 657 条）。前述の消費貸借では、要物型の消費貸借を残した上で、新たに、書面による諾成型の消費貸借が導入されたが、寄託は諾成型に一本化されることになる。

受寄者は、寄託者に対して、寄託物返還義務を負っている。このため、第三者が寄託物に対して権利主張してきた場合に、この寄託物返還義務との関係が問

題となる。

このため、改正前から、第三者が差押え等の権利主張をしてきた場合、その旨を寄託者に通知する義務を負うことになっていた(改正前 660 条)。この制度は、改正後も維持された(改正後 660 条 1 項)。

そして新たに、第三者の権利主張があった場合でも、原則として、寄託者への寄託物返還義務があるものの、例外的に、確定判決等がある場合は第三者へ引き渡すことができる旨規定した(改正後同条 2 項)。

また、真実第三者が権利を有していた場合(典型的には、寄託物が寄託者の所有物ではなく、第三者のものであった場合等)、寄託者への返還が当該第三者の権利を侵害する場合がありますが、その場合でも、受寄者は免責され第三者の損害は寄託者との間で調整することになる旨規定された(改正後同条 3 項)。

(上が改正前、下が改正後)

(寄託)

第 657 条 寄託は、当事者の一方が相手方のために保管をすることを約してある物を受け取ることによって、その効力を生ずる。

(受寄者の通知義務)

第 660 条 寄託物について権利を主張する第三者が受寄者に対して訴えを提起し、又は差押え、仮差押え若しくは仮処分をしたときは、受寄者は、遅滞なくその事実を寄託者に通知しなければならない。

(寄託)

第 657 条 寄託は、当事者の一方がある物を保管することを相手方に委託し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずる。

(受寄者の通知義務等)

第 660 条 寄託物について権利を主張する第三者が受寄者に対して訴えを提起し、又は差押え、仮差押え若しくは仮処分をしたときは、受寄者は、遅滞なくその事実を寄託者に通知しなければならない。ただし、寄託者が既にこれを知っているときは、この限りでない。

2 第三者が寄託物について権利を主張する場合であっても、受寄者は、寄託者の指図がない限り、寄託者に対しその寄託物を返還しなければならない。ただし、受寄者が前項の通知をした場合又は同項ただし書の規定によりその通知を要しない場合において、その寄託物をその第三者に引き渡すべき旨を命ずる確定判決(確定判決と同一の効力を有するものを含む。)があったときであって、その第三者にその寄託物を引き渡したときは、この限りでない。

3 受寄者は、前項の規定により寄託者に対して寄託物を返還しなければならない場合には、寄託者にその寄託物を引き渡したことによって第三者に損害が生じたときであっても、その賠償の責任を負わない。

## 10. 組合

改正前は、組合員の一人の意思表示に無効原因や取消原因があった場合の規定がなく、したがって、一般則で処理した上で、組合の存続が可能となるような解釈がなされてきた。

改正後は、法的安定性・組合の存続を重視する考え方から、一人についての無効原因や取消原因は、他の組合員の間での組合契約に影響を与えないことが明記された（改正後 667 条の 3）。

なお、同様の趣旨で、同時履行の抗弁や解除等契約総則規定の適用も排除された（改正後 667 条の 2）。

組合債権者が組合財産に権利行使できることについて争いはないが、改正前は明文規定がなかったので明記された（675 条 1 項）

また、改正前の解散事由が「事業の成功又はその成功の不能」しか規定されていなかった（改正前 682 条）、それに加えて、存続期間の満了、組合契約上の解散の事由の発生、総組合員の同意が追加された（改正後 682 条）。

（上が改正前、下が改正後）

（組合員に対する組合の債権者の権利の行使）

第 675 条 組合の債権者は、その債権の発生の際に組合員の損失分担の割合を知らなかったときは、各組合員に対して等しい割合でその権利を行使することができる。

（組合の解散事由）

第 682 条 組合は、その目的である事業の成功又はその成功の不能によって解散する。

（他の組合員の債務不履行）

第 667 条の 2 第 533 条及び第 536 条の規定は、組合契約については、適用しない。

2 組合員は、他の組合員が組合契約に基づく債務の履行をしないことを理由として、組合契約を解除することができない。

（組合員の一人についての意思表示の無効等）

第 667 条の 3 組合員の一人について意思表示の無効又は取消しの原因があつ

ても、他の組合員の間においては、組合契約は、その効力を妨げられない。

(組合の債権者の権利の行使)

第 675 条 組合の債権者は、組合財産についてその権利を行使することができる。

2 組合の債権者は、その選択に従い、各組合員に対して損失分担の割合又は等しい割合でその権利を行使することができる。ただし、組合の債権者がその債権の発生の際に各組合員の損失分担の割合を知っていたときは、その割合による。

(組合の解散事由)

第 682 条 組合は、次に掲げる事由によって解散する。

- 一 組合の目的である事業の成功又はその成功の不能
- 二 組合契約で定めた存続期間の満了
- 三 組合契約で定めた解散の事由の発生
- 四 総組合員の同意

**【参考文献】**

筒井健夫・村松秀樹「一問一答 民法（債権関係）改正」商事法務(2018)

潮見佳男・千葉恵美子・片山直也・山野目章夫「詳解 改正民法」商事法務(2018)

第一東京弁護士会司法制度調査委員会「要綱から読み解く債権法改正」新日本法規出版（2015）

内田貴「民法改正」筑摩書房（2011）

三ヶ月章「法学入門」弘文堂（1982）

※ 法制審議会民法（債権関係）部会のホームページ（特に検討資料・議事録）は随所で参照させていただきました。