

「保険業法に関する研究会」報告書

債権法改正と保険実務

保険業法に関する研究会

座長 同志社大学大学院司法研究科 教授 山下 友信

事務局 損害保険ジャパン日本興亜株式会社 法務部

公益財団法人 損保ジャパン日本興亜福祉財団

2016年2月

公益財団法人 損保ジャパン日本興亜福祉財団

## はしがき

保険業法に関する研究会は、(公財) 損保ジャパン日本興亜福祉財団において平成16年に設置され、保険法の研究者と損害保険ジャパン日本興亜株式会社の実務者をメンバーとして、保険業法その他の損害保険に関する法的問題についての共同研究を行っている。本書は、平成26年度の研究テーマとした債権法改正と保険実務について、共同研究の成果を踏まえて、研究者のメンバーが論文としてとりまとめたものを損保ジャパン日本興亜福祉財団叢書第87号として刊行するものである。

法制審議会民法（債権関係）部会は、明治29年に制定された民法の債権関係の規定を現代化するための改正についての審議を進めてきたが、平成27年2月に、「民法（債権関係）の改正に関する要綱」として改正内容がとりまとめられた。改正事項のほとんどは、明治29年の民法制定以来、約120年改正が行われてこなかったもので、改正が実現すればわが国の民事法の理論と実務に大きな影響を及ぼすことになり、保険実務にとってもその影響は大きいものがある。保険業法に関する研究会では、法制審議会民法（債権関係）部会における審議が最終段階を迎えていた時期に、保険実務にとって特に影響が大きいと考えられるテーマを取り上げて、研究を行ってきた。研究においては、改正の内容について理論的に検討するのみでなく、保険実務の中で遭遇しうる具体的な事例に即して検討したところで、本書は、研究者が論文として執筆しているが、研究会における実務者との意見交換が反映されている。民法改正については、すでに多くの著書や論文が公表されているが、保険実務のあり方との関連にも立ち入って検討を加えたものは少ないので、本書は保険法の研究者および実務家にとって貴重な参考文献となるのではないかと自負している。

「民法（債権関係）の改正に関する要綱」に基づく「民法の一部を改正する法律案」等は、平成27年3月に国会に上程されたが、平成27年12月末現在では成立していない。この点を考慮して、本書の各論文は、「民法（債権関係）の改正に関する要綱」に基づいて執筆されており、「民法の一部を改正する法律案」等は基本的には参照引用していない。しかし、「民法（債権関係）の改正に関する要綱」は改正法律案の立案を意識して作成されているので、改正法の成立後においても本書の研究は十分に参照していただけるものとする。

本書の刊行は、損保ジャパン日本興亜福祉財団および損害保険ジャパン日本興亜株式会社法務部の方々の献身的なご尽力によりはじめて可能となった。この点につき、研究会の座長として心より御礼を申し上げます。

平成27年12月

保険業法に関する研究会座長  
山下 友信

保険業法に関する研究会メンバー

山下 友信 (座長・同志社大学大学院司法研究科教授)

木下 孝治 (同志社大学大学院司法研究科教授)

潘 阿憲 (専修大学法学部教授)

榊 素寛 (神戸大学大学院法学研究科教授)

伊藤 雄司 (上智大学法学部教授)

損害保険ジャパン日本興亜株式会社 社員

事務局

損害保険ジャパン日本興亜株式会社 法務部

公益財団法人損保ジャパン日本興亜福祉財団

## 目次

### 債権法改正の意義と保険法への影響

山下 友信 (同志社大学大学院司法研究科教授) ..... 1

### 錯誤・不実表示等

榎 素寛 (神戸大学大学院法学研究科教授) ..... 19

### 債務不履行・消滅時効・法定利率等

潘 阿憲 (専修大学法学部教授) ..... 43

### 債権譲渡

伊藤 雄司 (上智大学法学部教授) ..... 61

### 定形約款

木下 孝治 (同志社大学大学院司法研究科教授) ..... 81

## 凡例

要綱	民法（債権関係）の改正に関する要綱（2015年2月24日）
要綱仮案	民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（2014年8月26日）
中間試案	民法（債権関係）の改正に関する中間試案（2013年2月26日）
中間論点整理	民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理（2011年4月23日）
部会資料	法制審議会民法（債権関係）部会資料
議事録	法制審議会民法（債権関係）部会会議議事録 * 頁数は、法務省ホームページの PDF 版の頁数による
基本方針	民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」（2009年3月31日）
詳解基本方針	民法（債権法）改正検討委員会編・詳解債権法改正の基本方針 I～V（商事法務、2009年～2010年）

## 債権法改正の意義と保険法への影響

山下 友信（同志社大学教授）

### 1 はじめに

法制審議会民法（債権関係）部会（以下、「部会」という）は、2015年2月10日に「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」を決定した。これに続いて、同月24日に法制審議会総会がこの要綱案を了承し、ここに「民法（債権関係）の改正に関する要綱」（以下、「要綱」という）が確定し、これに基づく民法の改正法案が国会に上程される運びとなった。部会は、第1回が2009年11月に開催されており、以来、5年余の期間、99回（そのほかに3つの分科会が計18回）にわたる審議により要綱が決定されたこととなる。1896年（明治29）年の制定以来120年ぶりの初めての私法の基本法である民法の債権編と総則編の実質的な改正であることから見れば、このように長期にわたる審議を要したことは当然といえる<sup>1</sup>。本稿では、要綱が明らかにした改正提案が全体としてどのような意義を有するのかを概括的に検討するとともに、この改正提案が保険取引に対して及ぼし得る影響について検討することとする。

### 2 改正の目的

部会の設置を求めた法制審議会の諮問は、「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」というものであった<sup>2</sup>。ここからうかがわれる改正の目的は、民法が制定されて以来の変化した社会・経済へ対応することと、国民にわかりやすいものとすることである。わかりやすい民法とするということは、条文が国民一般にとってもわかりやすい表現にされるということとともに、民法が制定されて以来、民法の規律は判例や学説理論により補完されており、民法の規定だけを見ても実質的な規律はわからないという状態であることは問題であるから、実質的な規律は民法の規定を見ればわかるようなものとするという趣旨であり、この目的を掲げることについては基本的には異論はないところである。

問題は、社会・経済の変化への対応ということであって、これについては、対応ということで何を意味するかは多義的でありうる。たとえば、法定利率が固定制であることが近年の状況に適合しなくなっているため、これを変動制に改めるという改正であれば、社会・経済の変化への対応として、どのような変動制にするか、あるいは損害賠償額算定における中間

<sup>1</sup> 部会の審議に先立ち、民法研究者の研究会として設置された民法（債権法）改正検討委員会が2006年10月以来2年半の研究を行い、その成果としての改正提案が「債権法改正の基本方針」として公表された。詳細な解説として、『詳解基本方針Ⅰ～Ⅴ』。

<sup>2</sup> 諮問第88号（2009年10月28日）。

利息控除の利率をどのようなものにするかは、それぞれ意見の対立はあり得るとしても、変動制への移行の改正をすることについては大方の異論はないものと思われる。また、社会・経済の変化への対応が、民法のある規律が現在の日本の社会・経済において明らかに問題が生じているとすればその問題を解消する規律に改めるということであれば、その点に異論は生じないところであろう。しかし、それを超えて、社会・経済のグローバル化という状況の下で国際的な債権法ないし契約法のトレンドに適合した規律に改めるということや、さらには、日本の民法が国際的な取引でも準拠法として選択されるような先進的な規律を設けるとすることも目的として含まれるという理解は、民法研究者のサークルにおいては有力な意見であろうが<sup>3</sup>、その他の各方面の人々により当然に共有してもらえる目的かといえ、そうとは言いがたく、ここからはそもそも何を旨として改正作業を行うかということについては部会メンバーの間でも最初から同床異夢の状態であった。これを反映して、以下に見るように、部会における審議では、当初改正検討事項として掲げられたものから要綱に至る過程で検討事項は大幅に修正されていくこととなった。

### 3 基本方針・中間的論点整理・中間試案から要綱に至る過程での修正

部会では、部会設置に先立ち民法研究者をメンバーとし、民法（債権法）の改正提案を作成することを目的として設置された民法（債権法）改正検討委員会の「基本方針」で取り上げられていた事項等を参考に、最初期段階では幅広い事項が取り上げられ、2011年4月の「中間論点整理」<sup>4</sup>でもなお幅広い事項について改正提案や問題提起がされていた。その次の区切りは2013年2月の「中間試案」<sup>5</sup>で、ここでは、中間論点整理で取り上げられていた事項の絞り込みが行われている。これに対するパブリックコメントとさらに部会審議を経て要綱がまとめられ、改正事項はさらに絞り込まれた。この一連の過程を見ると、部会内外での反対が多いことや、部会での意見集約が困難であること等の理由で、検討事項から脱落していった事項、脱落はしなかったが基本方針以来の改正提案が大きく修正されている事項が少なくない。主要なものを整理すると以下のとおりとなる。

#### (1) 中間的論点整理から中間試案までの脱落事項

- ・ 消費者・事業者概念（ただし、一部の規定ではなお残されている）
- ・ 不実表示（ただし、錯誤の成立要件として実質的に残されている）

<sup>3</sup> 内田貴『債権法の新時代—「債権法改正の基本方針」の概要』31頁～33頁（商事法務、2009）は、債権法改正が必要な理由の一つとして、グローバル化の進行により債権法もグローバル・スタンダードが形成されつつある中で、特にアジアに属する日本からも債権法のモデルを提示し日本の債権法のプレゼンスを明らかにすることを挙げていた。

<sup>4</sup> 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務、2011）参照。

<sup>5</sup> 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、2013）参照。

- ・ 役務提供契約（ただし、準委任として検討事項にはなお残されている）
  - ・ 流動性預金口座
  - ・ 新種契約（ファイナンスリース）
- (2) 中間試案から要綱までの脱落事項
- ・ 消費者・事業者
  - ・ 暴利行為
  - ・ 相手方の不実表示による錯誤取消
  - ・ 法律行為の一部無効
  - ・ 取消権の期間制限
  - ・ 複数契約の解除
  - ・ 三面更改
  - ・ 個人保証人の責任制限
  - ・ 付随義務・保護義務
  - ・ 信義則の適用に当たっての考慮要素
  - ・ 契約締結の自由と契約交渉の不当破棄
  - ・ 契約締結過程における情報提供義務
  - ・ 契約の解釈
  - ・ 不安の抗弁権
  - ・ 継続的契約
  - ・ 準委任
- (3) 中間試案後に改正内容に大きな修正がされた事項
- ・ 約款・不当条項（定型約款）
  - ・ 債権者代位権
  - ・ 詐害行為取消権
  - ・ 保証債務における保証人の保護
  - ・ 債権譲渡の対抗要件

以上のうちの脱落事項を見ると、現行民法には存在しない新しい概念、規律あるいは典型契約を導入する事項がきわめて多いことが明らかとなる。また、修正事項についても、基本方針で提案されていたような抜本的な改正からはほど遠い改正内容となっている<sup>6</sup>。結果として、要綱は全体として見て、現行民法にある概念ないし制度を現代化しようとするきわめて現実的な改正という外観を呈しており、見た目にも現代化され、国際的な債権法のトレンドにも沿った民法（債権法）の制定を目指していた陣営からは大きく後退した

---

<sup>6</sup> 章ないし節レベルで新設規定とされるのは定型約款、連帯債権、有価証券、債務引受、契約上の地位の移転のみであり、これらの事項でも実質的に全く新たな規律となるのは定型約款のみである。



ものという評価を受けることは避けられないと思われる<sup>7</sup>。

## 4 国際的債権法のトレンド

### (1) 総説

要綱が、上記のように、見た目の斬新さには欠ける改正提案であることは否定しがたいが、これを国際的な民法・債権法の現代的な動きと比較しながらさらに見ていこう。

比較の対象となり得るのは、以下のようなものである<sup>8</sup>。

- ・ 国連動産売買条約（1980年）<sup>9</sup>
- ・ ユニドロワ国際商事契約原則（最新2010年）<sup>10</sup>
- ・ オランダ民法（1992年）<sup>11</sup>
- ・ ドイツ民法改正（2001年）<sup>12</sup>
- ・ ヨーロッパ契約法原則（Principles of European Contract Law; PECL）（2000年～2003年）<sup>13</sup>
- ・ ヨーロッパ私法共通参照枠草案（Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference; DCFR）（2010年）<sup>14</sup>

<sup>7</sup> 要綱の一步手前の要綱仮案の主要事項についての解説として、奥田昌道ほか「特集・債権法改正を論ずる—要綱仮案の決定を受けて」法時86巻12号4頁（2014）参照。

<sup>8</sup> 改正検討事項ごとに以下に掲げるもののほか各国民法等の関係規定を整理したものとして、法務省民事局参事官室（参与室）編『民法（債権関係）改正に関する比較法資料（別冊NBL146号）』（商事法務、2014）。

<sup>9</sup> わが国も2008年に批准し締約国となっている。

<sup>10</sup> 私法統一国際協会著・内田貴＝曾野裕夫＝森下哲朗＝大久保紀彦訳『UNIDROIT国際商事契約原則2010』（商事法務、2013）。国際商事契約のための一般的準則を定めるものであり、契約当事者の合意がある場合等により適用されるとともに、国内及び国際的分野における立法者のモデルとなり得るものとして作成されている（同原則前文）。

<sup>11</sup> 英訳として、Hans Warendorf/ Richard Thomas/ Ian Curry-Summer, *The Civil Code of the Netherlands*, 2nd ed., 2013。オランダ民法は、商法も統合した法典として1992年に制定されたが、その時点で完成とされたのではなく、以後も継続して新しい事項についての規定を設ける改正作業が行われている。本稿に関連する債権法の部分は1992年の制定時から置かれている規定である。

<sup>12</sup> 2001年制定（2002年施行）の債務法現代化法により、債権法の履行障害および消滅時効を中心とする改正が行われた。改正の経緯および概要については、潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題（1）（2・完）」民商124巻3号1頁、4＝5号171頁（2001）、ラインハルト・ツィンマーマン（鹿野菜穂子訳）「契約法の改正—ドイツの経験」川角由和＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和編『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』81頁（日本評論社、2011）参照。

<sup>13</sup> オーレ・ランドロー＝ヒュー・ビール編、潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和監訳『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』（法律文化社、2006）、オーレ・ランドロー＝エリック・クライフ＝アンドレ・プリュム＝ラインハルト・ツィンマーマン編、潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和監訳『ヨーロッパ契約法原則Ⅲ』（法律文化社、2008）。EU加盟国の私法研究者の研究グループが、EUの統合による統一市場の強化のために契約法の統一が望ましいという観点からEUにおける契約法のあるべき姿を示すものとして作成された。

<sup>14</sup> クリスティアン・フォン・バルほか編、窪田充見＝潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和＝山本敬三＝吉永一行監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則：共通参照枠草案（DCFR）』（法

これらの民法、債権法あるいは契約法の立法ないし立法論的検討の背後にある思想あるいは規律の現代化の基本的な考え方を見ると、以下のように大きな方向感には共通性があるところである。

## (2) 合意主義<sup>15</sup>

契約、言い換えれば両当事者の合意を尊重するルール化ということであるが、この点は、複合的な意義を持っており、第1の側面は、私的自治ないしは契約自由を従来以上に促進するということであり、背後には、規制緩和や法規制の縮小により契約当事者が自由に契約関係ないしはその内容を形成することが社会全体でも国民各自でも利益を促進する結果をもたらすという思想に立脚している<sup>16</sup>。

これに対して、第2の側面は、民法上の問題解決において、契約での合意とその基礎にある契約当事者の意思を尊重し、また問題解決の基準としての位置づけを与えようとする考え方である。最もわかりやすいのは、債務不履行による損害賠償責任の免責事由について、現行民法の債務者の責めに帰すべきでないこと（民法415条）という免責事由に代えて、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」（基本方針3. 1. 1. 63<1>）という免責事由を規定するというものであり、契約において当事者がどのようなリスク配分についての合意をしたのかに即して免責の可否を決定しようとするものである。このように合意を重視する考え方は、上記の国際的な最近の民法等でも随所に見られるところである<sup>17</sup>。

## (3) 消費者・事業者

民法の中で、消費者と事業者という概念を導入し、人の属性により適用規範を分化させることも一つのトレンドということができる。ドイツ民法では、EUの消費者契約における不公正契約条項指令（93/13/EEC）を民法により国内法化し、また、その他消費者保護を図るための新たな契約類型の規定を民法に置いている<sup>18</sup>。民法全体を新たに構築したオランダ民法

---

律文化社、2013）。2003年にヨーロッパ委員会がヨーロッパ民法に関する行動計画により目標として掲げたECにおける将来の立法を行う際のヨーロッパ民法の共通参照枠を作成するための草案作成を委嘱されたことによる法学研究者グループによる学術的な草案という位置づけである。松岡久和「ヨーロッパ民法典構想の現在—不当利得法に関するDCFR第Ⅶ編を素材として」川角ほか編・前掲注(12)325頁。

<sup>15</sup> 中田裕康「債権法における合意の意義」新世代法政策学研究8号2頁～4頁（2010）は、近年の日本法における潮流としても、契約自由の復権および合意の尊重が合流し債権法の改正論議の中で一つの有力な立場を占めるに至っているとす。

<sup>16</sup> 要綱第26・1でも、契約自由の原則についての規律を新設するものとしている、

<sup>17</sup> このほか、合意主義のもう一つの側面というかどうかはともかく、民法を契約（法）を中心として組み立てるということがある。これは裏返せば、ドイツ民法に典型的なように民法総則を設ける法律の体系（パンデクテン方式）を廃棄するということであるが、この点は、ドイツ民法では引き続き民法総則が維持されているように外国でも徹底されているわけではない。

<sup>18</sup> ドイツ民法で消費者契約に関する規定として置かれているのは、約款、通信販売、撤回権（クーリングオフ）、消費者売買、消費者消費貸借、旅行契約等である。

やDCFRにおいても、各規定の中で当事者が消費者か事業者かにより規律を分けているものが多く置かれている。

#### (4) 履行障害

債務不履行や瑕疵担保責任といった履行障害に関する規律については、国連動産売買条約の影響とともに、とくにドイツ民法流のドグマに基づく規律の廃棄ないし現代化というトレンドが見られる。具体的な点を挙げると、以下のような諸点である<sup>19</sup>。

・原始的不能概念の廃棄 原始的不能により契約は有効に成立し得ないというのがドイツ民法の立場で、わが国でも解釈理論として継受されていたものであるが、原始的不能であっても契約の成立を認めた上で、債務不履行等による処理を認めれば足りるとする考え方への移行である。

・債務不履行による損害賠償と解除との切断 現行民法では、債務不履行の効果が債権者による契約解除と債務者の損害賠償責任であり、いずれについても債務者の責めに帰すべき事由による債務不履行であることが要件であると規定され、あるいはそのように解釈されている。これに対して、国際的なトレンドは、契約解除による債権者の契約による拘束からの解放と、損害賠償による救済とは分けて、前者については、債務者の帰責性を要件としないという規律をすることにある。

・損害賠償責任の免責要件 上記のように、債務者の責めに帰すべきでない事由が債務不履行責任の免責要件とされてきたが、これは、人は過失がない限り責任を負わされるべきでないというのが近代法の基本原理であるとして説明されてきたところである。しかし、このような基本原理こそがドグマにほかならず、免責を認めるか否かは債務不履行による損害を契約当事者のいずれが負担するかという問題であり、それを契約当事者が損害発生リスクを契約においてどのように配分しようとしたのかに即して決定されるべきであるとするものである。

・債務不履行責任と瑕疵担保責任の統合 ドイツ民法でもわが国の民法でも、債務不履行責任と瑕疵担保責任は異質な責任とされてきたが、その根拠としては、特定物の売買においては瑕疵がある物でも引き渡せばそれで債務不履行責任は成立し得ないという考え方がある。しかし、この考え方こそがドグマであり、特定物に瑕疵があった場合でも、契約の趣旨に適合する物を引き渡す義務に違反するという債務不履行があると考えれば足りるとする考え方への移行である。

#### (5) 消滅時効

債権の消滅時効期間の短縮化ということが欧州諸国のトレンドとなっている。これは、欧州諸国の消滅時効期間がきわめて長いものであったことにも起因するもので、わが国では、

---

<sup>19</sup> 潮見佳男「民法（債権法）の改正について—債務不履行と瑕疵担保法の改正—」近畿大学法科大学院論集9号175頁（2013）。

民事消滅時効でも10年で、さらに商事消滅時効は5年ということで、時効期間の長いことの弊害はそれほど意識されてこなかったが、欧州諸国が3年等の期間を基本とする短期化を図りつつ、起算点について権利者が権利を有することを知った時から起算するという主観主義を採用するなどの短期化の弊害を抑制するための措置を講ずる規律へ移行したことから、わが国でもそのトレンドへの移行が提案されるようになった。

#### (6) 信義則等

20世紀初頭くらいまでの各国民法では規定がなかったが、契約当事者の利害調整を信義則等に基づいて図るための法理が学説理論や判例により生み出されてきたが、これらを民法の規定として明文化するようになってきている。契約交渉破棄についての責任、事情変更の原則、不安の抗弁権、情報提供義務、継続的契約といったものがそれである。

#### (7) 約款・不当条項規制

約款という概念を用いるか、標準的契約条項等の概念を用いるかは一様ではないが、附合契約現象について、約款や標準的契約条項が契約内容として契約当事者を拘束するための要件やそれらが不当である場合に効力が否定されることが法定される傾向が顕著となっている。

#### (8) 新しい典型契約

新しい典型契約を法定することも、一様ではないものの、一つのトレンドである。オランダ民法、DCFRにおける新たな典型契約については、本稿末尾の資料を参照されたいが、ドイツ民法でも、前述の消費者契約関係の契約類型のほか、医療、資金移動サービスという契約類型に関する規定が置かれている。

## 5 要綱と国際的トレンド

以上見たような国際的なトレンドに照らすと要綱の改正提案はどのような評価を受けるものであろうか。これを考えると、国際的なトレンドに合致する部分とそうでない部分が併存しているように思われる。

### (1) 国際的トレンドに合致する部分

上記4の各事項で、要綱でも、細部はともかく、基本的なところでは国際的なトレンドに合致しているものとして、合意主義、履行障害、消滅時効があげられる。

合意主義については、部会での審議が始まった時期から、強者が契約の自由を濫用するおそれがあるという趣旨の弁護士会等の批判があり、また、中間試案までは使用されていた「当該契約の趣旨」という語が法制技術等の理由もあり、要綱では、契約とともに取引上の社会通念を考慮するという表現ぶりに変更されたものの、基本的な考え方としては合意主義は生

かされているものとみることができる<sup>20</sup>。履行障害についても、上述したドグマに基づく規律を廃棄し、債務不履行の問題として扱うというトレンドは概ね実現された内容となっているとすることができる（要綱第11、第12、第26・2、第30）。消滅時効期間の短縮化・主観主義への移行というトレンドについても、民法に規定されていた職業別の短期消滅時効や商事消滅時効が乱立し、また適用範囲が明確でないといったわが国特有の正当化が強調され、なぜ短縮化するかについての論拠はそれほど明確ではなかったものの、基本的には国際的なトレンドに沿った改正提案がされたとすることができる（要綱第7・1）。

## (2) 国際的トレンドに合致しない部分

以上に対して、要綱の改正提案が国際的なトレンドに合致しないものとして以下の諸点をあげることができる。

・消費者・事業者概念の不採用 部会審議の初期段階から、経済界、消費者団体、弁護士会いずれの陣営もそれぞれの思惑があり、消費者契約法で規定しているような事項までも民法に取り入れるための手段としての消費者・事業者概念の導入については一致して否定的であったが、中間論点整理においては辛うじて消費者・事業者概念を取り入れる考え方についての問題提起がされていた（中間論点整理第62）。そこでは、消費者契約に関する規定を幅広く設けるという考え方から、そこまでのことはしないが、商法の商行為についての規定を商人に限らず事業を行う者にも適用するため民法にも取り入れる場合の適用範囲を画する手段概念として事業者、またはさらにそれを限定した「経済的事業者」という概念を用いる可能性についての意見が求められた。中間試案では若干の事項について事業者に関する特則が必要か否かが検討課題として残されていた（中間試案第7・7、17・4・6、26・4、35・7）。しかし、事業者概念の導入は必然的に消費者概念の導入も伴うことになることへの懸念や、事業者の定義として明確な案が提案されていないという理由で、結局要綱では事業者という概念はまったく使用されないこととなった。

このように要綱において消費者・事業者概念がまったく使用されないこととなったことは、国際的なトレンドには沿わないものといえる。もともと、わが国独特の事情としては、消費者契約法が民法とは別の消費者契約に関する一般法として制定され、これが発展しつつあることは留意すべきであろう。

・信義則を具体化するルールの不採用 契約交渉破棄についての責任、事情変更の原則、不安の抗弁権、情報提供義務、継続的契約などの信義則を具体化する諸ルールの明文化は、要綱に至るまでにことごとく改正事項から脱落していった<sup>21</sup>。経済界からは、情報提供義務

<sup>20</sup> たとえば、債務不履行による損害賠償責任の免責事由は、「契約その他の当該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」とされている（要綱第11・1）。「債務者の責めに帰することができない事由」の語が残っているのは、免責事由を現行民法の免責事由から変更する必要はないという意見との妥協によるものである。

<sup>21</sup> 部会資料82-2・9頁、10頁、75A・3頁～4頁。

のように消費者契約での規制強化を懸念しての反対のほか、事業者間契約だけをとりも適用要件が明確でなく濫用されるおそれがあるという理由によっても強く反対され、改正提案からは脱落していったものである。

もともと、信義則を具体化するルールであるから、適用要件や効果を一義的に明文化することは困難なことはいうまでもないが、柔軟なルールとして明文化することが国際的なトレンドなのであり、そのようなルールの明文化についてきわめて消極的な立場を要綱でとったことは国際的には厳しい評価をうけることにもなりかねないものである。

・新種契約の不採用 役務提供契約を新たな典型契約として規定するという提案は、多様な役務提供サービスについて画一的な規律をすることは適当でないという理由により中間試案では脱落し、中間試案ではその代わりに準委任契約についての規定を改善するという方向性が示されていたが（中間試案第41・6）、結局、要綱ではその点の改正提案も見送られた。典型契約としてどのような規律をすることは確かに難しいところではあるが、規定が何も置かれないということのネガティブな意味合いも問題となるところである。

その他の新種契約に関する規定も、中間試案の段階までに脱落していった。

### (3) 評価がむずかしいもの

約款に関する規定の新設は、部会の最終段階まで意見集約ができず最も審議が難航した事項であったが、最終的には定型約款に関する規定として要綱に盛り込まれた（要綱第28）。しかし、基本方針以来中間試案までは、約款の組入要件として約款により契約することの表示とともに契約締結前に約款の内容を知る機会を与えることを原則的要件とすること、不当条項に関する規律として不当な内容の約款条項は無効とすることを核とした、基本的には欧州諸国の約款に関する規律をモデルとしたオーソドックスな内容であったが（中間試案第30）、中間試案後の提案内容は、定型約款に関する規律として、組入要件については、約款使用の表示をするのみで組入が認められ、約款内容の開示は契約締結前または締結後に相手方からの請求があればこれに応じれば足りるとしたこと、不当条項についても、不当な内容の条項を無効とするのではなく、組入の合意がないこととみなすという組入要件と不当条項規制とを合体したような規律とされた。これに加えて、約款に関する規律として部会の早い段階から、約款の変更に関する規律が組入要件や不当条項の規律とペアで提案され、紆余曲折を経て要綱でも規律が盛り込まれた。これは、継続的な契約においては契約継続中に約款を変更する必要があるにもかかわらず現行法の下では約款条項の変更留保条項を予め設けておかないと変更が難しい一方で、変更留保条項を設けておくとこれに基づき不当な変更が行われる可能性があるという両面の問題を、変更が認められる要件を法定するということにより解決しようとするものであり、継続的契約の規律という観点からは合理性を有するものであるが、反面では約款使用者の便宜を図るという性格の規律であり、諸外国でも類を見ない規律である。このように、定型約款に関する規律は、約款に関する規律を民法に設けるという経済界を除く各方面の強い意見をようやく反映して盛り込まれたものであるが、その

評価はきわめて難しい内容となっている。

#### (4) 全体的な改正の意義

以上を全体として見ると、要綱は、一見したところ現行民法の基本的性格を維持したままでの現代化のための改正という色彩が強いということは否定しがたいところである。国際的なトレンドを反映していない側面がなぜそうなっているかの理由としては、経済界・法曹界において、国際的なトレンドについての理解が十分ではなく、現状維持をとかくよしとするスタンスが目立っていたことや、立案担当者においても厳密な法文作成技術という面からの限界があったことがあげられるであろう。もっとも、PECLやDCFR等は研究者による立法提案であり、実務者のサイドからの抵抗なく作成されているものである。これを現実の立法として実現しようとするれば様々な抵抗があろうから、PECLやDCFRと同様に研究者のみでとりまとめられた基本方針との比較で要綱がきわめて不十分なものという評価をすることは必ずしも妥当ではないであろう。

他方で、要綱には、上記のように、国際的なトレンドを基本的には反映した部分も少なくないのであって、この点を過小に評価するのは適当でないというべきである。

## 6 重要事項で改正が実現しなかったもの

以上では、要綱を国際的なトレンドとの対比で検討したが、そこで取り上げられている事項のほかにも、基本方針以来、重要な検討課題とされてきたが、結局改正が見送られた事項または改正内容が大幅に修正された事項がある。

・暴利行為による無効の明文化 暴利行為となるか否かの要件について意見集約ができずに明文化が見送られた<sup>22</sup>。

・不実表示を理由とする錯誤取消 錯誤取消を認める要件の定め方について、とりわけ経済界から錯誤の成立する範囲が広すぎるとの反対があり意見集約ができずに明文化が見送られた<sup>23</sup>。

・債権者代位権 債権者代位権の手続法的な観点からの見直し、代位権を行使した者が有する事実上の優先的地位の是正、いわゆる転用型の債権者代位権行使に関する規律の明文化などが提案されていたが、債権者代位権の実務の大きな変更を迫るものとして、弁護士会等からの反対が強く、根本的な改正は見送られた<sup>24</sup>。

・詐害行為取消権 詐害行為取消権については、判例法理を明文化し、一部は修正すること、破産法等の倒産法における否認権の規律との整合性を高めることのほか、取消債権者の事実上の優先的地位の是正などが提案されていたが、事実上の優先的な地位については、

---

<sup>22</sup> 部会資料82-2・1頁。

<sup>23</sup> 部会資料83-2・7頁。

<sup>24</sup> 部会資料73A・31頁。

やはり実務を大きく変えることになることによる反対論が強く、改正が見送られた<sup>25</sup>。

・債権譲渡 債権譲渡については、要綱で譲渡制限特約の効力について大きな改正が盛り込まれたが、もう一つの大きな課題であった対抗要件については、登記制度に一本化するという抜本改正案は中間試案までは選択肢として残されていたものの、その後断念され、債務者をインフォメーションセンターとする現行制度を改める案が中間試案後の審議で検討されたが、結局、難点を解消する提案ができず、大きな改正は見送られた（要綱第19・3・4）。

・契約の解釈 契約内容について当事者に共通の理解があるときには、その理解に従って解釈することを第一義とするという点については、契約書の記載から契約内容を確定していくという裁判所の事実認定実務に適合しないという裁判所の反対が強かった。また、いわゆる客観的解釈により意味が確定できないときは当事者が合意したであろう意思を推測して契約内容を確定するという補充的解釈については、経済界から裁判所による契約内容に対する介入の懸念による反対が強く、契約の解釈を明文化するという改正全体が見送られた<sup>26</sup>。

これらの事項のうち、暴利行為の無効に関する規定と契約の解釈に関する規定は、欧州諸国の民法では当然のように置かれているものであり、前述の国際的なトレンドから見ると、これを明文化できない今回の改正については厳しい評価がされることも理由がないことではない。

これに対して、債権譲渡の対抗要件については、かなり抜本的な改正となるものであり、賛否両論が厳しく対立することも理由がないことではないと思われる。

## 7 債権法改正と保険法・保険取引

### (1) 直接的な影響

保険法は、会社法に続く商法の現代化法として2008年に単行法として制定されたが、保険契約も契約として保険法に規定のない事項については民法の適用を受けるので、民法の改正も保険契約には大きな影響を及ぼし得る。とりわけ、基本方針のように幅広い改正提案がされると保険契約への影響は相当に大きいものとならざるを得ないところであった。

中間試案の段階でも取り上げられていた事項で、保険実務にとって影響が大きいものとなりうると考えられる事項としては次のようなものがあつた<sup>27</sup>。

- ・相手方の不実表示による錯誤取消（中間試案第3・2(2)イ）
- ・約款（不当条項を含む。中間試案第30）
- ・付随義務・保護義務（中間試案第26・3）
- ・信義則の適用に当たっての考慮要素（中間試案第26・4）

<sup>25</sup> 部会資料73A・55頁。

<sup>26</sup> 部会資料75B・5頁～8頁、部会第85回議事録1頁～19頁。

<sup>27</sup> 中間試案段階での検討をしたものとして、山本哲生＝白砂竜太＝西羽真＝金岡京子＝山下純司ほか「平成25年度日本保険学会大会シンポジウム・保険取引から見た債権法改正」保険学雑誌624号1頁（2014）。要綱につき検討したものとして、山下友信「民法（債権関係）改正と保険—改正の意義、重要論点及び今後の保険実務」損害保険研究77巻2号139頁（2015）。



- ・契約締結過程における情報提供義務（中間試案第27・2）
- ・契約の解釈（中間試案第29）

これらのうち約款と不当条項は要綱では定型約款に関する事項として残されたが、その他の事項は中間試案以降脱落していった。脱落した事項は、主として、保険契約の締結過程すなわち保険募集に関連してくるものである。また、債権の消滅時効については、時効期間について、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年という時効期間と、権利を行使することができる時から10年という時効期間が併用されるという規律に改正されることから（要綱第7・1）、保険法の定める保険給付請求権の3年の短期消滅時効（保険法95条）についても改正が波及することが懸念されていたが、この点は、保険法の3年の短期時効期間を維持するとともに、起算点についてのみ現行民法と同じく権利を行使することができる時から起算されることを明文化するという改正が行われる見通しとなり、当面の影響は免れることとなった。

要綱に盛り込まれた改正事項で、保険契約に直接影響がある事項としては、以下のものがあげられる。

・定型約款 保険約款については、消費者契約法の不当条項規制という実定法的な規律の適用はあったものの、それを除けば、約款に関する法律問題は解釈理論の問題であったが、要綱の定型約款の規律の新設が実現する場合には、約款に関する法律問題が基本的には民法の解釈問題となる。定型約款の定義がこれまでの解釈理論の前提とされてきた約款とは必ずしも一致しないものとされたことから、定型約款に該当するか否かが、企業保険分野の様々な特約や取り決めについては問題となりうる。組入要件については、約款内容の事前開示は組入要件とされなかったため、損害保険業界が懸念していたように取引の仕組み上事前開示が困難という問題は回避されることとなった。しかし、従来解釈理論では不当条項規制として考えられていた規律が組入を排除する要件として位置づけられ、不当性の判断基準も一般条項的であるので今後の解釈に委ねられるところが大きく、その展開次第では、保険実務にも影響が及ぶ可能性がある。定型約款の変更は、上記のように、実務に便宜を与える規律であるが、どのような変更であれば効力が認められるのかはやはり解釈に委ねられることとなる。

・法定利率および中間利息控除 法定利率について、商事法定利率を廃し、一本化された法定利率を変動制とする改正は、保険金支払債務等の遅延損害金に直接影響し、現時の低金利の状況下では、保険会社の負担の軽減となる。しかし、同時に損害賠償額の算定において中間利息控除をする場合の利率についても変動制による法定利率を使用することとするので、損害賠償額は相当に引き上げられることになる。また、変動制があまり短期的に変動する仕組みとされると、市場の金利動向と損害賠償額の関係が不合理なものとなり得るという問題もある。要綱では、変動制は長めのタイムスパンで法定利率が変動する仕組みとすることにより解決された（要綱第9・1）。

・債務不履行による解除の要件が見直し 損害保険会社の保険の約款においては、保険

契約者の保険料の不払の場合について、一括払の場合と分割払の場合の各々について、免責と保険者による解除という効果を組み合わせて、保険料の確実な収納を図ろうとしているが、解除については催告を要件としないものと約定している。現行法の下では、同じく無催告で保険契約の失効を約定している生命保険の約款条項について、判例は、払込督促通知の確実な実施体制の敷かれていることを条件に消費者契約法10条に基づき無効となるものではないとされているので<sup>28</sup>、損害保険の無催告解除条項も同様の条件が充たされていれば同様に有効性を認められるものと考えられる。要綱では、債務不履行を理由とする解除について、従来の解釈論による債務不履行による解除の要件のうち債務者の責めに帰すべき事由という要件を廃棄し、催告のみを要件とした（要綱第12・1）。このことは解除の要件としての催告の意義が従来以上に重要となる可能性をはらむが、そうだとすると無催告解除条項が果たして不当条項ではないのかという問題はまた再燃するおそれがある。また、要綱では、催告解除について、催告期間を経過した時における債務の不履行がその契約および取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、この限りではないという例外を設けており（要綱第12・1ただし書）、これに基づき保険料の不払であっても軽微であるから解除はできないという主張が保険契約者側からされる可能性が生じる<sup>29</sup>。保険料の不払による保険者の免責という保険契約特有の効果と合わせて保険契約特有の規律の合理性が改めて問われることになろう。

## (2) 債権法の大きな方向性と保険法

以上のように、要綱による債権法改正は、控えめなものとされているので、これが保険契約に直接及ぼす影響はそれほど大きなものではなさそうであるが、要綱では改正事項から脱落していったか、または大きく後退した規律とされた事項の中に保険契約にも重要な意味を持つものとして、約款ないしは不当条項に関する規律と不実表示を含む情報提供義務に関する規律とがある。これらは、消費者契約法の不当契約条項規制と不実表示等による消費者の取消権に関わる規律でもあり、債権法改正では消費者概念を使った消費者契約についての規律を盛り込むことは早々に断念されたが、その分消費者法の領域での検討は不可避となった。消費者委員会ではすでに消費者契約法の改正についての検討に着手している<sup>30</sup>。保険法は、消費者という概念を用いていないが、損害保険契約については企業リスクに関する保険については、片面的強行規定の適用除外を規定していることからわかるように、実質的には消費者法としての性格を有するものである。実際に保険法の制定過程においては、告知義務、保険金支払義務の履行期、超過保険に関する保険契約者の取消権などに関する規定は、保険

<sup>28</sup> 最判平成24年3月16日民集66巻5号2216頁。

<sup>29</sup> この問題を指摘するものとして、金岡京子「保険法の観点からみた債権法改正の意義」保険学雑誌624号52頁（2014）。

<sup>30</sup> 消費者委員会では、契約締結過程及び契約条項の内容の規律に関する規律のあり方を検討することを求める内閣総理大臣の諮問に基づき、2014年11月に消費者契約法専門調査会を設置し、検討を開始しており、2015年8月には「中間とりまとめ」を公表している。

契約に関する消費者問題を反映して設けられたものであり、これにより大きな問題は基本的に解決されたといえることができる。しかし、保険法ではほかにも消費者問題に関わる課題として検討されたものの保険法で規定を設けるには至らなかった事項も少なくない。これらは、消費者契約に関する一般法の課題として残ったものであるから、消費者契約法の今後の改正の動向は保険契約にとっても大きな意味を持つといえることができる。

#### 資料①ユニドロワ国際商事契約原則（2010）の体系<sup>31</sup>

- 第1章 総則
- 第2章 成立と代理
- 第3章 有効性
- 第4章 解釈
- 第5章 内容、第三者の権利および条件
- 第6章 履行
- 第7章 不履行
- 第8章 相殺
- 第9章 権利の譲渡、債務の移転、契約の譲渡
- 第10章 時効期間
- 第11章 複数の債務者および債権者

#### 資料②オランダ民法の体系（2013年時点）

- 第1編 家族法および人の法
- 第2編 法人（会社）
- 第3編 財産、財産的権利および担保の法
- 第4編 相続法
- 第5編 所有権
- 第6編 債務法総則
  - 第1章 債務総則
    - 第1節 総則
    - 第2節 複数の債務者および連帯債務
    - 第3節 複数の債権者
    - 第4節 選択債務

---

<sup>31</sup> 内田ほか訳・前掲注（10）の訳を参照した。

- 第5節 条件付債務
- 第6節 債務の履行
- 第7節 履行を停止する権利
- 第8節 債権者の過責
- 第9節 債務不履行の結果
- 第10節 損害賠償義務
- 第11節 金銭支払義務
- 第12節 相殺

第2章 請求権・債務の移転および請求権の放棄

第3章 不法行為

第4章 不法行為または契約以外に基づく債務

第5章 契約一般

第7編 契約各則

(※数字が飛んでいる章は留保または削除)

第1章 売買および交換

第1A章 タイムシェア契約等

第2章 金融担保契約

第2A章 消費者信用

第3章 贈与

第4章 賃貸借

第5章 農地賃貸借

第7章 役務

第7A章 旅行契約

第7B章 支払取引

第9章 寄託

第10章 雇用契約

第12章 請負契約

第14章 保証

第15章 和解契約

第17章 保険

第18章 年金

第7A編 契約各則・続

第5A章 割賦販売

第9章 パートナーシップ

第13章 使用貸借

第14章 消費物貸借

第15章 終身年金

- 第16章 射倖契約
- 第19章 雑則
- 第8編 運送および運送手段の法
- 第10編 国際私法

資料③ヨーロッパ契約法原則（PECL）の体系<sup>32</sup>

- 第1章 総則
- 第2章 契約の成立
- 第3章 代理権
- 第4章 有効性
- 第5章 解釈
- 第6章 内容および効果
- 第7章 履行
- 第8章 不履行および救済手段・総則
- 第9章 不履行に対する救済手段・各則
- 第10章 多数当事者
- 第11章 債権譲渡
- 第12章 債務者の交代、契約の譲渡
- 第13章 相殺
- 第14章 時効
- 第15章 違法性
- 第16章 条件
- 第17章 利息の元本組入れ

---

<sup>32</sup> 潮見ほか訳・前掲注（13）の訳を参照した。

#### 資料④ヨーロッパ私法共通参照枠草案（DCFR）の体系<sup>33</sup>

- 第Ⅰ編 総則
- 第Ⅱ編 契約およびその他の法律行為
- 第Ⅲ編 債務およびこれに対応する権利
- 第Ⅳ編 各種の契約およびそれに基づく権利義務
  - A部 売買
  - B部 物品の賃貸借
  - C部 役務提供契約（役務提供契約一般、建築契約、保守管理契約、保管契約、設計契約、情報提供契約および助言契約、医療契約）
  - D部 委任契約
  - E部 代理商、フランチャイズおよびディストリビューター
  - F部 貸付契約
  - G部 人的担保
  - H部 贈与
- 第Ⅴ編 事務管理
- 第Ⅵ編 他人に生じた損害に基づく契約外責任
- 第Ⅶ編 不当利得
- 第Ⅷ編 物品所有権の得喪
- 第Ⅸ編 動産担保
- 第Ⅹ編 信託

---

<sup>33</sup> 窪田ほか訳・前掲注（14）の訳を参照した。



## 錯誤・不実表示等

榎 素寛（神戸大学）

### 1 はじめに

筆者に与えられたテーマは、本研究会当初は「契約の交渉段階・情報提供義務・錯誤無効・不実表示」であった。これらの事項は、審議会の過程において絞り込まれ、最終的には、契約の交渉段階・情報提供義務に関しては、契約自由の原則が明文化されたものの明文による改正が行われないとされ、不実表示については錯誤のサブルールとして取り込まれる流れが覆され明文化されないこととなった。そのため、要綱が改正項目としているのは、錯誤のみである。

本稿では、改正されることとなる錯誤及び要綱から落とされた各論点について、部会の議論を跡づけるとともに、保険契約における上記項目の改正（されないことを含む）の影響を検討する。

### 2 錯誤

#### 第三 意思表示

##### 二 錯誤

- 1 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ものとする。 (第九十五条第一項関係)
  - (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 1(二)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、することができるものとする。 (第九十五条第二項関係)
- 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、1の規定による意思表示の取消しをすることができないものとする。 (第九十五条第三項関係)
  - (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 1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ものとする。 (第九十五条第四項関係)



## (1) 総論

要綱案において錯誤の規律とされているものは、議論の初期においては、錯誤に関する規律と不実表示に関する規律の二箇所において検討されていたが、中間試案のたたき台以降のステージでは、不実表示に関する規律は錯誤に関する規律に吸収された。

錯誤の規律は最終段階まで紛糾した問題であるが、紛糾の原因は大きく分けて2点あると思われる。第一に、判例法理の明文化という抽象論では共通認識があるとして、それを具体的に法文化するうえでの問題であり、第二に、錯誤に取り込まれることとされた相手方の不実表示の規律に対する認識の問題である。前者については、判例法理の理解そのものについてのコンセンサスが形成されておらず、さらに、各ステージの案ごとに、その読み方について争いが生じ、修正が繰り返されることとなった。

## (2) 要綱までの議論

### (ア) 総論

錯誤の改正にあたっては、抽象論として、現行法の内容を大きくは変えず、判例法理を明文化することを目的とすることについては、コンセンサスが形成されていた。錯誤に関する議論が紛糾した最大の理由は、明文化の対象たる判例法理の理解そのものであり、あるいは、その要件化にある。そのような対立が起きた理由は、現行法が①「法律行為の要素」に錯誤があったことを錯誤の成立要件とし、②表意者に重大な過失がある場合に錯誤無効の主張ができないとする簡潔な規定となっており、これらを前提に多様な議論が形成されてきたこと<sup>1</sup>で、現在の判例法理の理解そのものに対立があり、結果、適切な明文化を巡って混乱したことにあると思われる。

### (イ) 事務局案の変遷<sup>2</sup>

第1読会においては、(1)動機の錯誤、(2)要素の錯誤の明確化、(3)表意者に重過失があった場合でも無効を主張できる例外の明文化、(4)効果、(5)錯誤による表意者の損害賠償責任、(6)第三者保護規定の6点について問題提起が行われた。(1)については判例法理の明確化、(2)については条文から「要素」の具体的内容が明らかではないので、判例の考え方に従った明文化、(3)については表意者に錯誤につき重過失があったときでも意思表示の無効を主張できる場合を具体化して条文上明確化すること、(4)については取消しに改めること、(5)については明文規定を設けることの当否、(6)については詐欺と同様の規定を設けること、のそれぞれが提案された。

このうち、(4)(5)(明文規定を設けず、一般原則に委ねること)(6)については、後の議

<sup>1</sup> 磯村保「錯誤取消し」法時86巻12号42頁(2014)。

<sup>2</sup> 部会資料の変遷を跡づけ、分析した研究として、三枝健治「錯誤・不実表示」瀬川信久編著『債権法改正の論点とこれからの検討課題』(別冊NBL147号)1頁(商事法務、2014)参照。

事においても概ね争われず、要綱案の内容についても肯定的な評価がなされている<sup>3</sup>。これに対し、(1)(2)については最後まで争われ、また、(3)については、当初は不実表示の項目で議論されていたものを錯誤で取り込む前提で議論されることとなったが、最終的に落とされることとなった。とりわけ、要件面は最後の最後まで紛糾した。そこで、要件と効果に分けて、分析をする。

#### (i) 錯誤の要件

錯誤の要件論としては、前述の通り、当初は(1)動機の錯誤、(2)要素の錯誤の明確化、(3)表意者に重過失があった場合でも無効を主張できる例外の明文化が示されていた。また、意思表示に関する規定の拡充として、不実表示がなされた場合の表意者保護規定を設けることが提案されており、最終的に錯誤のサブルールとして(3)に取り込まれるかたちで議論されるに至った。以下では、(1)から(3)に関して、どのような議論があったかを跡づける。

#### ① 動機の錯誤

動機の錯誤については、第1読会では、判例法理を明確化することが提案され<sup>4</sup>、中間的な論点整理のたたき台では、事実の認識が法律行為の内容になっている場合に動機の錯誤に民法95条を適用する考え方や動機の錯誤を他の錯誤と区別せず相手方に認識可能性がある場合に民法95条を適用する考え方が示された<sup>5</sup>。中間的な論点整理のたたき台では、事実の認識が法律行為の内容になっている場合に錯誤を認める理由として、その認識の誤りのリスクを相手方に転嫁できることを挙げる一方、動機の錯誤を他の錯誤と区別しない場合の要件として、錯誤の認識可能性だけでなく錯誤に陥っている事項の重要性についての認識可能性を追加することになり<sup>6</sup>、中間的な論点整理ではこの立場が維持された<sup>7</sup>。

第2読会においては、動機の錯誤に関する規定を設けるものとしたうえで、動機の錯誤のうち要素の錯誤となり得るものを絞り込むための要件について、甲案として表意者が事実を誤って認識し、その認識が「表示されて」法律行為の内容とされたことを要する旨の規定を設ける、乙案として表意者が事実を誤って認識し、それに基づいて意思表示をしていること「又は錯誤に陥った表意者にとって重要であること」を相手方が認識し、又は認識することができたことを要する旨の規定を設ける、との2案が提案された<sup>8</sup>。中間試案のたたき台においては、動機の錯誤について、「目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項」の錯誤としたうえで、表意者の錯誤が法律行為の内容になっているとき又は表意者の誤った認識が、相手方が事実と異なる表示をしたために生じたものであるときに、錯

<sup>3</sup> 磯村・前掲注(1)45～46頁、49頁。

<sup>4</sup> 部会資料12-1・5～6頁。

<sup>5</sup> 部会資料22・33頁。

<sup>6</sup> 部会資料25・81～82頁。

<sup>7</sup> 中間論点整理91頁。

<sup>8</sup> 部会資料27・32～36頁。

誤と同様に扱うものとした<sup>9</sup>。中間試案においては、さらに当該錯誤がなければ表意者はその意思表示をせず、かつ、通常人であってもその意思表示をしなかったであろうと認められるときに、取消しを認めるものとした<sup>10</sup>。中間試案は以下の通りである。

(2) 目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項に錯誤があり、かつ、次のいずれかに該当する場合において、当該錯誤がなければ表意者はその意思表示をせず、かつ、通常人であってもその意思表示をしなかったであろうと認められるときは、表意者は、その意思表示を取り消すことができるものとする。

ア 意思表示の前提となる当該事項に関する表意者の認識が法律行為の内容になっているとき。

イ 表意者の錯誤が、相手方が事実と異なることを表示したために生じたものであるとき。

第3読会においては、前述の不実表示に加え、中間試案(2)アの動機の錯誤が顧慮されるための要件を、表意者の誤った認識が法律行為の内容になっていたことを要するものとする案について、その内容を更に具体的に表現すべきかとの考え方について、パブリックコメントでも反対意見が強かったこともあり、議論することとされた<sup>11</sup>。要綱案のたたき台においては、中間試案の「目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項」の表現が「意思表示の動機」に、「通常人であってもその意思表示をしなかったであろうと認められるとき」の表現が「取引通念上相当と認められるとき」に、「意思表示の前提となる当該事項に関する表意者の認識」が「動機」に、イの不実表示に関する規定が「動機の錯誤が相手方によって惹起されたとき」に、それぞれ改められた<sup>12</sup>。イについては、ペンディングを意味する【P】マークが付されている。要綱案のたたき台の次の段階では、「意思表示の動機」の表現が「ある事項の存否又はその内容」についての錯誤に改められ、また、「取引通念上相当と認められるとき」の表現が「意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべきものである」に改められるとともに、要素性を規定する「動機が法律行為の内容になっているとき」が「表意者が法律行為の効力を当該事項の存否又はその内容に係らしめる意思を表示していたこと」に改められた<sup>13</sup>。要綱案のとりまとめに向けた検討においては、たたき台を維持する甲案と現行民法95条を維持する乙案が併記された<sup>14</sup>。要綱仮案の第二次案段階では更に内容が変わり、「表意者が法律行為の効力を当該事項の存否又はその内容に係らしめる意思を表示していた」の表現が「当該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」場合に改められるとともに、不実表示に関する規律は落とされた。最

<sup>9</sup> 部会資料53・7頁。

<sup>10</sup> 中間試案2頁。

<sup>11</sup> 部会資料66B・1～3頁。

<sup>12</sup> 部会資料76A・1～2頁。

<sup>13</sup> 部会資料78A・1～2頁。

<sup>14</sup> 部会資料79B・1～4頁。

終的な表現の採用理由は、動機の表示だけでは不十分であるが、要綱案のたたき台の表現では狭すぎることで、結果として条件の話にとどまりかねないとの指摘がなされたことを反映したものである<sup>15</sup>。

## ② 要素の錯誤

要素の錯誤の明確化について、第1読会では、判例の考え方に従って条文上明確にすべきとの考え方が提案された<sup>16</sup>。中間的な論点整理のたたき台では、判例が、この点についての錯誤がなかったなら表意者は意思表示をしなかったであろうし、かつ、意思表示をしないことが一般取引の通念に照らして正当と認められることを意味するとしており、このような判例法理を明文化するという形で示され<sup>17</sup>、改訂版<sup>18</sup>及び中間的な論点整理<sup>19</sup>でも維持された。

第2読会では、判例とされるものの表現が変わり、中間的な論点整理における「意思表示をしないことが一般取引の通念に照らして正当と認められること」の表現を改め、「意思表示をしないことが合理的である場合」に意思表示を無効とする旨の規定を設けることが提案された<sup>20</sup>。中間試案のたたき台では、「意思表示をしないことが合理的である場合」の表現が「通常人であってもその意思表示をしなかったであろうとみとめられるとき」と改められ<sup>21</sup>、中間試案でもこの立場が維持された<sup>22</sup>。中間試案は以下の通りである。

(1) 意思表示に錯誤があった場合において、表意者がその真意と異なることを知っていたとすれば表意者はその意思表示をせず、かつ、通常人であってもその意思表示をしなかったであろうと認められるときは、表意者は、その意思表示を取り消すことができるものとする。

要綱案のたたき台においては、「通常人であってもその意思表示をしなかったであろうと認められるとき」の表現が「取引通念上相当と認められるとき」になり<sup>23</sup>、「意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべきものである」<sup>24</sup>との変遷を経て、要綱仮案の第二次案<sup>25</sup>で、「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」であり、かつ、「意思表示に対応する意思を欠くもの」又は「表意者が法律行為の基礎とした事情に

<sup>15</sup> 部会資料83-2・1～3頁。

<sup>16</sup> 部会資料12-1・6頁。

<sup>17</sup> 部会資料22・34頁。

<sup>18</sup> 部会資料25・82頁。

<sup>19</sup> 中間論点整理91頁。

<sup>20</sup> 部会資料27・36～37頁。

<sup>21</sup> 部会資料53・7頁。

<sup>22</sup> 中間試案2頁。

<sup>23</sup> 部会資料76A・1～2頁。

<sup>24</sup> 部会資料78A・1～2頁。部会資料79B・1頁も同じ。

<sup>25</sup> 部会資料83-1・1頁。

ついでにその認識が真実に反するもの」と改められた。要綱仮案<sup>26</sup>、要綱案の原案<sup>27</sup>も同様である。なお、要素の錯誤は、表示の錯誤と動機の錯誤に共通する要件と位置づけられたが、これを明記するのは、要綱案のたたき台からである<sup>28</sup>。

### ③ 表意者の重過失・不実表示

第1読会では、現行民法95条但書が、表意者に錯誤につき重過失があった場合に錯誤無効の主張を封じていることに対し、相手方が錯誤を知っていた場合など、表意者の重過失があってもなお錯誤の主張を認めるべき場合があると解されていることから、このような場合をはじめとして、表意者に重過失があっても錯誤の主張ができる場合を列挙して条文上明確にすることが提案された<sup>29</sup>。これを具体化する形で、中間的な論点整理のたたき台の段階では、①表意者の意思表示が錯誤によるものであることを相手方が知っている場合又は知らなかったことについて相手方に重過失がある場合、②当事者双方が同一の錯誤に陥っている場合、③相手方が表意者の錯誤を引き起こした場合においては、表意者は重過失があっても無効を主張できるものとするべきであるとの考え方が提示されるとともに、例外を認めない考え方も併記された<sup>30</sup>。この考え方は中間的な論点整理のたたき台（改訂版）<sup>31</sup>、中間的な論点整理<sup>32</sup>でも維持された。

他方、相手方の不実表示<sup>33</sup>について、第1読会では、意思表示に関する規定の拡充の項目において、消費者契約法における不実告知や不利益事実の不告知の規定を参照しつつ、同趣旨の規定を、消費者契約に限定しない一般ルールとして民法に設けるという考え方が提示されていることを前提に、不実告知・不利益事実の不告知について、規定を設けることを提案している。不実告知については、契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼすべき事項に関して誤った事実を告げられた場合には、特に情報量の格差を指摘される消費者でなくとも、事実を誤認し、その結果として意思表示が不適当なものとならざるを得ないため、消費者に限らず一般に表意者を保護する規定を導入するとの考え方の当否が、不利益事実の不告知についても同様の規定の導入の当否が、濫用のおそれや相手方保護の必要性とあわせて提案された<sup>34</sup>。中間的な論点整理のたたき台においては、消費者契約法の考え方を背景にする旨の説明が削除され、不実表示が例として提案されているにとどまっていた

---

<sup>26</sup> 部会資料84-1・1頁。

<sup>27</sup> 要綱案1頁。

<sup>28</sup> 部会資料78A・2頁。

<sup>29</sup> 部会資料12-1・6頁。

<sup>30</sup> 部会資料22・34頁。

<sup>31</sup> 部会資料25・82頁。

<sup>32</sup> 中間論点整理91～92頁。

<sup>33</sup> 審議会での議論の経緯は、三枝・前掲注(2) 21～30頁に詳しい。本稿では審議会の議事内容には踏み込まないが、この問題も最初から最後まで争われた論点である。

<sup>34</sup> 部会資料12-2・52～53頁。

が<sup>35</sup>、中間的な論点整理のたたき台（改訂版）においては、不実表示の定義として、相手方が不実の事項を告げて表意者が事実を誤認し、誤認に基づいて意思表示をした場合のほか、表意者の相手方が表意者にとって有利な事実を告げながら、これと表裏一体の関係にある不利益な事実を告げなかったために表意者がそのような事実が存在しないと誤認し、誤認に基づいて意思表示をした場合とし、不利益事実の不告知に相当するものを、単なる不告知ではなく重要事実の告知とあわせての絞り込みを行う形で復活させた。また、濫用のおそれのほか、表意者が事業者であり相手方が消費者である場合にはこの規律の適用を排除すべき旨の指摘も追加された<sup>36</sup>。この論述は中間的な論点整理でも維持された<sup>37</sup>。以上のように提案された中間的な論点整理以降の段階では、不実表示（意思表示に関する規定の拡充）に関しては、第2読会で規定の導入の可否を併記<sup>38</sup>したのち、中間試案のたたき台以降は錯誤の論点に吸収された。

第2読会においては、①表意者の意思表示が錯誤によることを相手方が知っている場合と知らなかったことについて重過失がある場合、②双方錯誤、③相手方が表意者の錯誤を引き起こした場合が例示され、提案された<sup>39</sup>。中間試案のたたき台では、①②をそのまま残すとともに、③は動機の錯誤のサブルールと、動機が法律行為の内容となっている場合と併存する形、すなわち、錯誤が相手方により惹起されたときは法律行為の内容となっていないくとも取消しができる形で、残すこととされた<sup>40</sup>。このような構造は中間試案でも維持された<sup>41</sup>。

以上を踏まえた中間試案は以下の通りである。

- (2) 目的物の性質、状態その他の意思表示の前提となる事項に錯誤があり、かつ、次のいずれかに該当する場合において、当該錯誤がなければ表意者はその意思表示をせず、かつ、通常人であってもその意思表示をしなかったであろうと認められるときは、表意者は、その意思表示を取り消すことができるものとする。
- ア 意思表示の前提となる当該事項に関する表意者の認識が法律行為の内容になっているとき。
- イ 表意者の錯誤が、相手方が事実と異なることを表示したために生じたものであるとき。
- (3) 上記(1)又は(2)の意思表示をしたことについて表意者に重大な過失があった場合には、次のいずれかに該当するときを除き、上記(1)又は(2)による意思表示の取消しをすることができないものとする。

<sup>35</sup> 部会資料22・36頁。

<sup>36</sup> 部会資料25・84頁。

<sup>37</sup> 中間論点整理93～94頁。

<sup>38</sup> 部会資料29・7～14頁。

<sup>39</sup> 部会資料27・37～39頁。

<sup>40</sup> 部会資料53・7～8頁。不実表示に関する規定のあり方が、動機錯誤として保護される一般的要件を充たさない場合に独自の意味を有することになることを指摘するものとして、磯村・前掲注(1)46頁。

<sup>41</sup> 中間試案2頁。

- ア 相手方が、表意者が上記(1)又は(2)の意思表示をしたことを知り、又は知らなかったことについて重大な過失があるとき。
- イ 相手方が表意者と同一の錯誤に陥っていたとき。

第3読会以降は、①②についてはそのまま残り、要綱案まで存続した。他方、③については引き続き紛糾した。第3読会では、相手方の不実表示により動機の錯誤が惹起された場合は、法律行為の内容となっていない場合ときであっても錯誤として顧慮される旨の中間試案についてパブリックコメントで反対意見が多く、検討対象とされた<sup>42</sup>。この点は、要綱案のたたき台段階においては、【P】のマークがつけられるに至り<sup>43</sup>、相手方の行為によって当該事項の存否又はその内容について錯誤が生じたことと改められ<sup>44</sup>、要綱案のとりまとめに向けた検討段階では甲案として上記の表現が維持される一方、丙案として民法95条は現状維持とする旨の提案がなされ<sup>45</sup>、要綱仮案の第二次案では不実表示は落とされ<sup>46</sup>、要綱案でも採用されていない。その理由は、要綱仮案（案）補充説明によると、依然として意見の対立が解消するには至っておらず、特に、裁判例において、相手方の行為によって錯誤が生じたことを考慮して錯誤の判断をしたものがある一方で、従前の裁判例の基準である法律行為の内容（に相当する）の要件の判断を経ることなく錯誤取消しの主張を認めると、重要性の要件の判断による絞りをかけるとしても広くなりすぎること、また、相手方が誤った表示等を行ったために表意者に錯誤が生じ、その誤った認識を前提として表意者が意思表示をし、そのことを相手方も当然の前提であると認識していたと評価できるような場合には、「法律行為の基礎とされていることが表示された」と評価することで対応できると指摘されていることが理由となっている<sup>47</sup>。

以上の審議の経過を要約すると、相手方が表意者の錯誤を知り、又は知らないことについて重過失があった場合と、双方錯誤については、従来から学説も認めていた例外であり、大きな問題なく明文化されたが、不実表示については、一度は規定の新設に向かって動き出したものの、反対論が最終的に強く、最終的にコンセンサスが形成できないことにより、立法化を主張する論者の妥協の結果、明文化されなかったことになる<sup>48</sup>。

不実表示の規定の導入に対する批判は、審議会の当初は情報格差を前提としない民法に

<sup>42</sup> 部会資料66B・3～7頁。

<sup>43</sup> 部会資料76A・2～4頁。【P】はペンディングを意味する。

<sup>44</sup> 部会資料78A・1～5頁。

<sup>45</sup> 部会資料79B・1～4頁。

<sup>46</sup> 部会資料83-1・1頁には言及がない。

<sup>47</sup> 部会資料83-2・3頁。

<sup>48</sup> 三枝・前掲注(2)30～31頁では、提案に対する反対論のうち、消費者や労働者への逆適用への懸念、表明保証の実務慣行に対する影響の懸念、損害賠償の問題とした方が望ましいとの批判について補足説明が退けたうえで、情報格差を前提としない民法において、その存在を予定する消費者契約法と同じような不実表示の規定を設けることが妥当でないとの反対理由が残っていることを示す。

消費者契約法類似の考え方を導入するとの「誤解」<sup>49</sup>に基づくものであり、とくに産業界からの批判が強かった。この誤解を克服するために、消費者契約法の不実表示から制度趣旨等を切り離して、動機錯誤の一類型に取り込んだ形になったのが、中間的な論点整理のたたき台以降のステージである。制度趣旨の表現や、扱われる位置が、このような位置づけの変化を示している<sup>50</sup>。しかし、最終的にコンセンサスが形成されなかったことで、不実表示がなされた場合の動機の錯誤を一般的に保護することができなくなり、不実表示をした相手方ではなく、不実表示をされた表意者の方が所定の表示を立証しなければ意思表示の取消しを認めないことになるあり方が公平なのかについては疑問が呈されている<sup>51</sup>。

## (ii) 錯誤の効果

錯誤の効果について、現行法の無効を取消しに改めることについては、最序盤よりほぼ異論がなく、改正作業が進められた。すなわち、第1読会において取消しに改めることが提案され<sup>52</sup>、中間的な論点整理のたたき台でも無効を維持するか取消しに改めるかが問われるとともに、無効・取消し全体の制度設計との関係への言及がなされた<sup>53</sup>。この立場は中間的な論点整理のたたき台（改訂版）<sup>54</sup>・中間的な論点整理でも維持された<sup>55</sup>。

第2読会では、甲案として無効が、乙案として表意者・代理人・承継人の取消権が提案され<sup>56</sup>、中間試案においては取消しの立場が採用された<sup>57</sup>。これ以降、効果が取消しである点については争われていない。

表意者の損害賠償責任については、明文化するべきか否かの問題提起はなされたが、早い段階から不法行為の一般規定に委ねることで決着がついていた。すなわち、第1読会では、明文規定を設けるか一般原則に委ねるかが併記され<sup>58</sup>、中間的な論点整理のたたき台<sup>59</sup>・同中間的な論点整理のたたき台（改訂版）<sup>60</sup>・中間的な論点整理<sup>61</sup>では考え方の当否を検討する

<sup>49</sup> 審議会以前に公表されていた民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」【1.5.15】においては、消費者契約法における不実表示と、債権法改正で導入される不実表示の関係が明瞭には描かれていなかったため、消費者契約法上の不実表示を民法に導入するものと理解されたようであり、部会資料が情報格差等を背景としていたことも、このような理解につながった。このような理解を誤解と明記するものとして、三枝・前掲注(2)31頁。

<sup>50</sup> 提案に対する反対論を切り崩す突破口になったものとしてこれを評価するものとして、三枝・前掲注(2)32頁。比較法的にも、損害賠償とともに救済の基本となる取消しは錯誤で認めるのが一般的であるという。

<sup>51</sup> 三枝・前掲注(2)39頁。

<sup>52</sup> 部会資料12-1・6頁。

<sup>53</sup> 部会資料22・34頁。

<sup>54</sup> 部会資料25・82～83頁。

<sup>55</sup> 中間論点整理92頁。

<sup>56</sup> 部会資料27・39～41頁。

<sup>57</sup> 中間試案2頁。

<sup>58</sup> 部会資料12-1・6～7頁。

<sup>59</sup> 部会資料22・34～35頁。

<sup>60</sup> 部会資料25・82頁。

<sup>61</sup> 中間論点整理92頁。



ものとトーンダウンし、第2読会では不法行為責任に関する一般規定に委ねるものとされ<sup>62</sup>、中間試案のたたき台以降は言及されていない。

第三者保護規定については、詐欺と平仄を合わせる方向で議論が進んできた。第1読会では、詐欺の96条3項の類推適用の当否の議論を前提に第三者の保護規定を設けるかを議論することが提案され<sup>63</sup>、中間的な論点整理のたたき台の段階では第三者保護規定を設けることを前提に主観的要件を更に検討するよう提案された<sup>64</sup>。中間的な論点整理のたたき台（改訂版）の段階では、心裡留保・通謀虚偽表示・詐欺等に関する第三者保護規定との整合性という観点が明示されるとともに、善意無過失、善意などの内容が例示された<sup>65</sup>。これは中間的な論点整理でも維持された<sup>66</sup>。第2読会では、規定を設けることを前提に、第三者の主観的要件について、甲案として善意無過失が、乙案として善意が示され<sup>67</sup>、中間試案のたたき台では善意無過失となり<sup>68</sup>、それ以降、中間試案<sup>69</sup>、要綱案<sup>70</sup>、法案<sup>71</sup>のいずれにおいても、善意無過失が維持されている。

このように、効果については、無効を取消しに改めるとともに善意無過失の第三者に対抗できないものとし、損害賠償責任については一般不法行為に委ねるということで、当初より目指されていた方向性が概ね異論なく採用された。この改正については支持されており<sup>72</sup>、特段問題とするべきことは見当たらない。

### (3) 部会の議論の争点

部会の議論は多岐にわたるが、提案内容を二転三転させたポイントを、最終段階の議論を中心に、簡単に確認する。

#### (ア) 動機の錯誤

動機の錯誤については、判例法理の理解の対立もあり<sup>73</sup>、判例法理をどのように明文化す

---

<sup>62</sup> 部会資料27・41～42頁。

<sup>63</sup> 部会資料12-1・7頁。

<sup>64</sup> 部会資料22・35頁。

<sup>65</sup> 部会資料25・83頁。

<sup>66</sup> 中間論点整理92～93頁。

<sup>67</sup> 部会資料27・42～44頁。

<sup>68</sup> 部会資料53・7～8頁。

<sup>69</sup> 中間試案2頁。

<sup>70</sup> 要綱案1頁（第3・2(4)）。

<sup>71</sup> 改正案95条4項。

<sup>72</sup> 鹿野菜穂子「錯誤・不実表示」法時86巻1号10頁(2014)、磯村・前掲注(1)49頁は効果部分の改正を歓迎されるべきものと明示する。その他の論者も、議論の対象を要件論に絞っているものが大半であり、効果について批判的な論調の見解は見当たらない。

<sup>73</sup> 判例の定式をどのように理解するか、特に動機の表示と、動機が意思表示ないし法律行為の内容となることとの関係について、評価が一致していなかったことを述べるものとして、磯村・前掲注(1)42頁。

この点について、山本敬三『動機の錯誤』に関する判例の現状と民法改正の方向(上)(下)』

るかで争われた。議論の中心的な争点には、動機の表示を重視するか、相手方の認識可能性を重視するかという対立点があり、前者には、動機の表示を必要と考える見解と、法律行為の内容になっていれば表示は不要と考える見解が、後者には認識可能性の対象を錯誤とする見解と、錯誤の重要性とする見解があった<sup>74</sup>。この点について、最後の最後まで対立は続いたが、たたき台および要綱案の取りまとめに向けた検討で用いられていた「表意者が法律行為の効力を当該事項の存否又はその内容に係らしめる意思を表示していたこと」の表現への批判は強かったが、妥協が形成された。最終的には、要綱仮案以降は、「法律行為の基礎とされていること」の表現が採用された。

要綱案のたたき台の段階から「法律行為の内容になったとき」の表現が改められたが、その理由は、その意味内容が明確ではないとの異論があったことや、判例法理が法律行為（意思表示）の内容という用語を用いていたとしても、法律上明文化するためには具体化する必要があることから、このような表現が採用されたものである<sup>75</sup>。

たたき台の立場に対しては、①表意者の意思表示のみを要件としていると読まれてしまい、現在の判例法理より錯誤の範囲が広がるおそれがあること<sup>76</sup>、②法律行為の不成立である不都合と錯誤の関係が不明確となること<sup>77</sup>、③瑕疵担保の規定では契約の内容になることを前提としているので、錯誤に関しても法律行為の内容となると表現しないと整合性がとれないこと<sup>78</sup>、④従来の判例より錯誤が認められにくくなる可能性があること<sup>79</sup>、⑤条件になっているように読まれ、書きすぎであること<sup>80</sup>、等の批判がなされた。特に争われたが①であり、表意者の表示だけで一方的に錯誤のリスクが相手方に移転することに問題がある点については認識は共通しているが、リスク移転の正当化根拠を、事務局案に反対する立場は、法律行為の内容となる点に読み込んでいるのに対し、事務局案は、通常影響を及ぼすべきものであるとの表現に読み込んでいる点が対立点であると思われる<sup>81</sup>。

以上のような対立の後、要綱案の取りまとめに向けた検討の段階でも、たたき台の表現は改められなかったが、「法律行為の内容」と正面から書くことに対する不安が強かったこ

---

NBL1024号15頁、1025号37頁(2014)は、法律行為の内容になったか否かにより錯誤無効の成否が判断されていると考えられるものと、相手方の態様により錯誤無効の成否が判断されているものに分かれているとし、動機の表示は決め手になっていないとしたうえで、両類型に対応する規定を設けるべきとする。この立場からは、要綱案のとりまとめ段階までの規定こそが適切に判例を表現したものだったということになる。

他方、部会において、法曹実務家は、動機の表示こそが重要であるとの理解を繰り返し示していた。

<sup>74</sup> 以上の学説の分類は、三枝・前掲注(2)7～8頁による。

<sup>75</sup> 第88回議事録11～12頁〔脇村真治発言〕。

<sup>76</sup> 第88回議事録13頁〔山本敬三発言〕、13～14頁〔鹿野菜穂子発言〕、15～16頁〔松岡久和発言〕、16頁〔中田裕康発言〕、21頁〔潮見佳男発言〕。

<sup>77</sup> 第88回議事録13頁〔山本敬三発言〕。

<sup>78</sup> 第88回議事録13頁〔山本敬三発言〕。

<sup>79</sup> 第88回議事録14頁〔鹿野菜穂子発言〕。

<sup>80</sup> 第88回議事録16頁〔大村敦志発言〕。

<sup>81</sup> 第88回議事録23～24頁〔中田裕康発言〕。

とを踏まえ、要綱案の表現でも、動機に当たるものが法律行為の内容になっていることを前提にした規定であると解釈することができることから、実質的には「法律行為の内容になっているとき」と定めているのと変わらないと解釈できることを理由に、妥協が形成されたものである<sup>82</sup>。

要綱仮案（案）では、最終的な条文に近づける観点から<sup>83</sup>「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」の表現が採用され、疑問は示されたものの、要綱まで維持された。

#### （イ）要素の錯誤

要素の錯誤については、中間試案が、「表意者がその真意と異なることを知っていたとすればその意思表示をせず、かつ、通常人であっても意思表示をしなかったであろうと認められるとき」としていたのに対し、要綱案は、「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」であり、かつ、「意思表示に対応する意思を欠くもの」又は「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もの」とされた。

第3読会以降の変遷の理由であるが、要綱案のたたき台で提案された「取引通念上相当と認められるとき」に対しては、客観的重要性の表現について、錯誤に関する規定が遺言等でも問題となりうることから、その判断基準は取引通念でなく社会通念で表記すべきとの意見を踏まえ、判例が主観的因果性に加えて客観的重要性を要求しているのが、その錯誤があれば一般人も意思表示をしないのが通常であることを要求するためとの理解に従い、端的にその錯誤が意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべきものとする案がたたき台の改訂版で提案されたものである<sup>84</sup>。

要綱仮案（案）では、主観的因果性と客観的重要性を表すために、上記の表現を使ったが、事務局はこれらを変更する意図でこのような表現を使ったのではなく、要素性に2要件以外の規範的評価を読み込んでいた指摘を踏まえ、最終的な条文に近づける観点からこのような表現を選択したという<sup>85</sup>。

#### （ウ）不実表示

不実表示<sup>86</sup>については、議論の当初は消費者契約法の一般化に対する批判が主であり、中間試案以降錯誤のサブルール<sup>87</sup>と位置づけられてからは、要素性がなくとも取消権を発生さ

<sup>82</sup> 第90回議事録12～13頁〔山本敬三発言〕、14頁〔山野目章夫発言〕。

<sup>83</sup> 第96回議事録2頁〔筒井健夫発言〕。

<sup>84</sup> 部会資料78A・1頁、第88回議事録11～12頁〔脇村真治発言〕。

<sup>85</sup> 第96回議事録2頁〔筒井健夫発言〕。このような表現が使われたことに驚愕したという潮見発言（1～2頁）に対する返答である。山本幹事も同様の危惧を示していた。

<sup>86</sup> 議事を詳しく跡づけた先行研究として、三枝・前掲注(2)22～30頁。

<sup>87</sup> 動機の錯誤における取消しを認める根拠は、リスク配分の考え方にある。すなわち、事実誤認に関するリスクは本人が負担することが前提であるが、誤認事実が法律行為の内容となっている場合にはリスクが転嫁されて錯誤取消しが認められる。これが従来の考え方だとすれば、不実

せることの当否が主たる争点となった。

要綱案のとりまとめの最終段階まで不実表示の規定が設けられていたが、第二次案で落とされた理由は以下の通りである。要綱案作成段階では、乙案として現状維持の案が出されるほど、最後の段階までコンセンサスの形成が困難な状況にあったが、甲案と乙案のいずれかを選ばなければならない状況で、消極的ながら委員の妥協により<sup>88</sup>甲案支持で部会がまとまる状況にあった。弁護士会も、甲案を支持する立場であったが、産業界から、甲案を支持するも、不実表示の規定を導入することで、契約関係を継続しつつも損害賠償や過失相殺で解決する実務のプロセスを経ずして取消しが可能となり、中小企業が著しく不利益を受けることを強く危惧し、要綱仮案への記載を見送って解釈に委ねるべき旨が主張され<sup>89</sup>、経済界内部での合意形成のためにも見送りを求める意見が出された<sup>90</sup>。その実質的な理由として最後まで主張されたのは、明文化による機会主義的な行動が発生することで企業実務の混乱を懸念する意見である<sup>91</sup>。このような方向性には反対意見が出され<sup>92</sup>、事務局に委ねることになった。要綱仮案段階の審議（第96回会議）では、不実表示の規定が落とされたことを残念に思う旨の発言は相次いだ<sup>93</sup>、最終的に妥協が形成された。

#### (4) 保険契約と錯誤に関する分析

以上の部会の議論を踏まえると、①要素の錯誤について、主観的因果性と客観的重要性を要求する判例の立場は変えていない、②動機の錯誤について、判例法理を変えていない、③表意者に重過失があっても、相手方が表意者の錯誤について悪意・重過失だった場合と共通錯誤の場合は錯誤の主張が可能である、④効果が取消しに改められる、⑤善意無過失の第三者に対抗できない旨の規定が導入された、という点が改正の内容と部会の合意である。

部会の議論で一貫していたのは、不実表示の部分は別にして、現行の判例法理を変更しないという一般論である。従って、少なくとも部会の議論を前提にする限り、今回の改正では、3項・4項が新設されたことをあわせても、改正以前と大きな違いをもたらさないことが想定されていたことになる。また、新設されなかった不実表示についても、要素の錯

---

表示については、事実誤認が相手方によって生じた場合に、誤認事実が法律行為の内容になっていなくとも、そのような誤認を生じさせた相手方がリスクを引き受けるべきとの考え方であり、そのゆえに、要綱案たたき台まで、両者が並列されるという構造になっていた。三枝・前掲注2)25頁。

<sup>88</sup> 第90回議事録12～13頁〔山本敬三発言〕、13～14頁〔中田裕康発言〕、14頁〔山野目章夫発言〕がこの立場である。

<sup>89</sup> 第90回議事録16頁〔大島博発言〕。

<sup>90</sup> 第90回議事録16頁〔佐成実発言〕。

<sup>91</sup> 第88回議事録34～35頁〔中井康之発言〕においては、経済界の一部が、自らの段階の中でも特別な利害関係を有する関係者の意見に引きずられ、動機の錯誤と不実表示のセットであることが重要であるにもかかわらず、不実表示に反対を続けていることに対して、批判がなされている。

<sup>92</sup> 第90回議事録17頁〔佐成実発言〕。

<sup>93</sup> 第90回議事録17頁〔松本恒雄発言〕、17～18頁〔山本敬三発言〕、18頁〔沖野眞已発言〕。

<sup>94</sup> 第96回議事録2頁〔潮見佳男発言〕、5頁〔鹿野菜穂子発言〕、7頁〔岡正晶発言〕。

誤で読み込むことができることは前提とされているが、新設が見送られたことの意味のとりえ方次第では、明文による保護を及ぼさなかったことを重視して不実表示による錯誤の惹起を要綱案における要素の錯誤に含めることはできないと裁判所が判断する可能性もあるし、「表示」を広く黙示の表示でよいとして、表示要件を緩やかに解釈することにより、錯誤の適用範囲が広がる可能性もある。これらの意味において、条文の文言を拡張的に解釈する余地は残されており、改正後の錯誤に関するルールは、明文化がなされた点では一歩前進といえても、その内容は条文からは不明確なままであると考えることができそうである。

以下では、保険契約との関係で、保険契約者が錯誤を主張する場合と保険者が錯誤を主張する場合に分け、考えられる問題を検討する。

#### (ア) 保険契約者の錯誤主張

保険契約との関係では、効果の面を除き、現行ルールや判例法理を改める内容面での重要な改正はなされていない。そのため、多くの論点は現行法と同様の解釈問題となり、保険法、保険業法等と錯誤の規定の関係は依然として存在することになる。特に問題となりそうなのが、動機の錯誤のうち、「法律行為の基礎とされていることが表示されていた」の要件であろう。

たとえば、保険募集プロセスで、数度の交渉を経て契約を締結するという場合を考えると、どの段階の「表示」をとらえるのかは難問である。保険募集の初期の段階で募集人に伝えたことが、契約締結直前段階では話にのぼらなくなり、意向確認書面には記載されていない、という例を考えよう。この場合、初期段階で表明していたことで動機の錯誤を判断するのか、それとも終盤まで残った事情で判断するのか。口頭で伝えたことも「表示」に取り込むことができるのか、それとも、意向確認書面に残ったことのみが「表示」と扱われるのか。保険会社としては、あらゆる事情を聞いてしまえば動機の錯誤を主張される可能性が高くなるのか、それとも、最終段階で考慮されうる事実関係を、意向確認書面等の段階で絞り込めるのか。契約両当事者の共通理解が書面化されるとすれば、そこで明確化されたものが契約の基礎であると裁判所に判断されることになるのか、それとも、定型的に書面化されない事項こそが錯誤で救済すべき表意者側にとっての動機の表示であると考えるのか。このような疑問について、特に契約交渉過程が長い場合には、その判断は簡単ではない。

次に、代理店が過度なセールストークで保険募集を行った例を考えよう。錯誤の判断基準は保険会社ではなく代理店となるはずであるが、従来は損害賠償で解決されていたであろう紛争が、代理店が多くの情報を知っていたために動機の錯誤の要件を満たしてしまい、錯誤で解決され、後は保険会社から代理店への求償の問題になるのか、既経過期間分の危険負担の対価はどうなるのか、などの問題も考えられ、これらの問題への解決は得られていない。

説明義務の典型的な紛争である変額保険等に関する紛争は、部会でも議論がされてきたが、やはり難しい問題が残る。たとえば、節税商品について、節税効果が思ったほどなかったという場合に、錯誤の主張ができるかを考えると、要綱の表現からは、節税効果が投資商品の中で主要な動機となっていた場合には、法律行為の基礎とされていると判断されることもありそうであるし、募集人も節税効果がないことについて知っているか知らないことに重過失があると判断される場合があるであろうから、表意者に重過失があっても、取消しの主張が認められる場合が出るかもしれない。

また、効果が無効ではなく取消しとされたところからは、部分的な取消しの主張ができるかは問題となるかもしれない。たとえば、26歳未満不担保特約をつけた場合に、26歳未満を担保することが被保険者にとって重要であり、損害保険募集人もそのことを知っていたとすれば、契約締結の際の意思表示自体は有効であるが、不担保特約の締結という一部のみを取り消すという主張が認められるようになるか、それとも、特約の締結を含めて一つの意思表示であり、契約全体で有効性の判断が迫られるのか、特約に対してのみ錯誤主張できる場合に対価の調整がどうなるのかといった問題についても、判然としない<sup>95</sup>。

これらの問題は、従来から同様の問題があり得たわけであるが、錯誤の問題として争われることがなかったことから表面化していなかった。これらについての潜在的な火種は残ったままということになる。

#### (イ) 保険者側の錯誤主張

これに対し、保険者側からの錯誤主張としては、従来からある有名な問題としては、告知義務違反の事例における錯誤主張の可否と、生命保険契約における被保険者の年齢の誤りの問題がある。これらについては、改正の影響はないと思われる<sup>96</sup>。これは、錯誤の問題から考えるというよりは、告知義務制度や年齢に関する約款規定の趣旨から考えるべき問題だからである。

近時の判例の類型では、保険契約関係者が暴力団関係者だった場合の錯誤の主張が考えられる。現在は約款に反社会的勢力排除条項が導入されており、また、重大事由による解除の規定は遡及適用されるから（保険法附則3条～5条）、重大事由による解除のうち、バスケット条項での対処が可能となっている。これとは別に錯誤の主張ができるかは問題となるが、可能であると思われる。すなわち、取引上の社会通念に照らして、保険契約関係者が反社会的勢力非該当であることは重要と考えられようから、反社会的勢力対応の基本方

---

<sup>95</sup> たとえば、団体保険の被保険者に一部に無資格の被保険者が紛れ込んでいたという事例で、意思表示が団体保険契約自体の効果を否定するか有効であるかの二択だとすると、無資格の被保険者からの保険金請求に対して適切な効果を導けないことになる。このような場合に、契約の一部無効・取消し・解除ができないかを模索した判例研究として、拙稿「判批」損保72巻3号49頁（2010）。

<sup>96</sup> 山本敬三「民法（債権関係）の改正に関する要綱と保険実務への影響」生保191号20～23頁（2015）。

針が公表されている現状においては、保険者が反社会的勢力と契約締結する意思を有していないか、反社会的勢力非該当と考えて契約を締結したところ実は反社会的勢力に該当していたという場合、動機の錯誤の要件を満たすと考えられるからである<sup>97</sup>。

### 3 要綱で取り上げられなかった項目

改正の議論が始まった初期に改正が検討されていたが、最終的に要綱に取り込まれなかった①契約交渉の不当破棄、②契約締結過程における説明義務・情報提供義務の項目が、なぜ取り込まれなかったのかを跡づける。なお、③不実表示に関する規定も取り込まれなかったが、これは錯誤で論じたところである。

#### (1) 契約交渉の不当破棄

##### (ア) 審議過程

第1読会では、判例において、契約交渉が破棄された事例において、契約交渉を不当に破棄した者に対して、契約準備段階における信義則上の注意義務違反を理由とする損害賠償責任が認められている例があり、契約交渉を不当に破棄した者に対する損害賠償責任について、判例を踏まえた明文規定を設けるべきであるとの考え方があるが、どのように考えるかという形で、契約交渉の不当破棄に対する損害賠償責任を明文化するかが問題提起された<sup>98</sup>。

中間的な論点整理のたたき台の作成過程では、濫用のおそれを指摘する意見があることを踏まえつつ、要件の絞り込み、効果について検討することが提案されており<sup>99</sup>、たたき台の改訂版においては、契約締結の自由という原則論を明記する一方で、個別事案に応じた判断であることや一般的な規定を設けるのが困難であるとの指摘、具体化により信義則の一般規定としての正確が不明確になるなどの指摘があることから、規定の具体化を検討することが提案されている<sup>100</sup>。この改訂版は、中間的な論点整理案<sup>101</sup>と中間的な論点整理<sup>102</sup>の

<sup>97</sup> 福岡地判平成26年1月16日金判1438号36頁は、反社会的勢力排除条項導入前の事案であり、経済組合が、反社会的勢力と契約を結ばない意思を有していたとは認められず、非該当を調査していなかったことから反社会的勢力非該当を法律行為の基礎としていなかったと評価されることになる。逆に、反社会的勢力排除条項導入後の契約で、実際に反社会的勢力と保険契約を締結していない事情が備われば、少なくとも動機の錯誤で対応できることになると思われる。

<sup>98</sup> 部会資料11-1・3頁、11-2・11～12頁。

<sup>99</sup> 部会資料22・24～25頁。

<sup>100</sup> 部会資料25・69頁。

<sup>101</sup> 部会資料26・70～71頁。

<sup>102</sup> 中間論点整理75～76頁。内容は以下の通り。

「当事者は契約を締結するかどうかの自由を有し、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が、交渉経緯によって契約交渉を不当に破棄したと評価される者が信義則上相手方に対する損害賠償義務を負う場合があることは従来から判例上も認められていることから、契約交渉の不当破棄に関する法理を条文上明記すべきであるとの考え方がある。これに対しては、契約交渉の破棄が不当であるかどうかは個別の事案に応じて判断される事柄であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘や、規定を設けると悪用されるおそれがある

いずれにおいても維持されている。

第2読会では、契約交渉の当事者は、原則として交渉の開始、継続又は破棄によって相手方に生じた損害を賠償する責任を負わないものとしつつ、例外として、ア交渉の経緯から相手方が契約の成立が確実であると通常考える場合において、当事者が合理的な理由なく契約の締結を拒絶したとき、イアに掲げる場合のほか、当事者が信義則に違反して交渉を行い、又は破棄したときに損害賠償責任を負う旨の提案がなされた<sup>103</sup>。

中間試案のたたき台では、アイの要件が、相手方が契約の成立が確実であると信じ、かつ、契約の性質、当事者の知識及び経験、交渉の進捗状況その他の交渉に関する一切の事情に照らしてそのように信ずることが相当であると認められる場合において、その一方の当事者が、正当な理由無く契約の成立を妨げたとき、と改められるとともに、注として、このような規定を設けるべきではないという考え方がある旨が明記された<sup>104</sup>。この論述は、中間試案のたたき台<sup>105</sup>と中間試案<sup>106</sup>のいずれにおいても維持された。中間試案の補足説明においても、立法の理由は、これまで信義則に委ねられてきた判例法理や学説の明文化にすぎず、従来の責任の範囲を加重したり、軽減するものではない旨が明示されている<sup>107</sup>。中間試案は以下の通りである。

## 第27 契約交渉段階

### 1 契約締結の自由と契約交渉の不当破棄

契約を締結するための交渉の当事者の一方は、契約が成立しなかった場合であっても、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。ただし、相手方が契約の成立が確実であると信じ、かつ、契約の性質、当事者の知識及び経験、交渉の進捗状況その他交渉に関する一切の事情に照らしてそのように信ずることが相当であると認められる場合において、その当事者の一方が、正当な理由なく契約の成立を妨げたときは、その当事者の一方は、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負うものとする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。

中間試案の補足説明のポイントは、要件面で4点（(1)相手方が契約の成立が確実である

るとの指摘、特定の場面について信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての性格が不明確になるとの指摘などもあることから、契約交渉の不当破棄に関する規定を設けるといふ上記の考え方の当否について、規定の具体的な内容を含めて、更に検討してはどうか。

これを明文化する場合の規定内容を検討するに当たっては、損害賠償の要件に関しては契約交渉の破棄が原則として自由であることに留意した適切な要件の絞り込みの在り方が、効果に関しては損害賠償の範囲や時効期間等がそれぞれ問題になることから、これらについて、契約交渉の不当破棄に基づく損害賠償責任の法的性質などにも留意しながら、更に検討してはどうか。」

<sup>103</sup> 部会資料41・17～22頁。

<sup>104</sup> 部会資料56・13～14頁

<sup>105</sup> 部会資料59・2～3頁。

<sup>106</sup> 中間試案・48頁。

<sup>107</sup> 中間試案補足説明・337頁。



と信じたこと、(2)契約の成立が確実であると信ずることが相当であると認められること、(3)当事者の一方が契約の成立を妨げたこと、(4)当事者が契約の成立を妨げたことについて正当な理由がないこと<sup>108</sup>、立法化の必要性という面で1点(5)信義則の具体化規定)挙げられている。また、それぞれに対する批判として、(1)に対しては要件を限定しすぎているという批判が、(2)に対しては消費者保護という観点からの懸念が、(5)に対しては、信義則の一般規定があれば足り特別の規定を設ける必要はないとの批判、信義則の様々な適用場面のうち特定の場面のみ規定を設けることへの疑問、具体化により柔軟な解決が阻害されるとの指摘がなされている<sup>109</sup>。

第3読会に入ると、契約を締結するための交渉の当事者が、契約の成立が確実であると相手方に信じさせるに足りる行為をしたにもかかわらず、正当な理由無く契約の成立を妨げたときは、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負うとの提案がなされた<sup>110</sup>。中間試案からの相違点は、原則的な規定である契約交渉の当事者は最終的に契約が締結されなかったとしても損害賠償責任を負わない旨の規定が、契約自由の一内容として規定が設けられる予定であるために重複を避けるため規定されていないこと、上記(1)(2)について、相手方が契約成立を信じ、それが相当であるという要件から、当事者の一方が相手方を信じさせるに足りる行為をしたことに改められている。この趣旨は、中間試案の要件では、相手方が相当の理由によって契約成立を信じたのであれば、その信頼が必ずしも当事者の行為によって引き起こされたものでなくてもその当事者の損害賠償責任を発生させると理解される可能性があり、それが適当でないからである<sup>111</sup>。

以上のように、第3読会までは、契約交渉の不当破棄に対して、損害賠償責任を認める明文規定を導入するとの方向で議論が進んできたが、要綱仮案の原案以降のステージでは、この提案が落とされることとなった<sup>112</sup>。そして、要綱案の取りまとめにむけた検討では、契約交渉の不当破棄に関する具体的な規律は設けず、それに代えて、契約を交渉しようとする当事者は、信義に従い誠実に交渉を行わなければならないとの規律を設けることが提案されるものと後退し<sup>113</sup>、要綱仮案の第2次案では、そもそも取り上げないこととされた。要

<sup>108</sup> 中間試案補足説明・337～339頁。

<sup>109</sup> 中間試案補足説明・338～340頁。

<sup>110</sup> 部会資料75A・4～6頁。

<sup>111</sup> 部会資料75A・5～6頁。

<sup>112</sup> 部会資料80-10～12頁ではこの規定を設け以降、言及がない。

<sup>113</sup> 部会資料80B・10～12頁。この理由は、パブリックコメントにおいて、これまでの裁判例で損害賠償義務が認められた事案よりも適用範囲が広く解釈され、自由な交渉を萎縮させるおそれがあるとの意見や、規定が濫用され、紛争が増えるおそれがあるなどの意見があり、未だ十分な支持が得られていないことを理由とする。そして、部会資料75Aの改正提案に対しても、適用場面が限定されたと解釈しうるとの積極的な評価と、これまでの裁判例において損害賠償義務が認められた事案を全て包摂しておらず、今後の裁判所の判断に影響が生ずるおそれがあるとの消極的な評価も見られたことが述べられている。

以上のような懸念や批判を踏まえた検討の結果、これまでの裁判例において重視された判断要素を全て包摂しようとするれば要件が抽象的になり濫用のおそれがあること、要件を具体化すればこれまでの認容事例を包摂することができず裁判所における従来の解釈運用を制約することに

綱仮案の補充説明では、第92回会議において、契約交渉の不当破棄の場面に限らず適用され得る規律である点を評価する意見が見られたが、他方で、このような抽象的な規律であれば明文化する必要に乏しいとの意見や、契約交渉を継続するか否かは原則として自由であるはずであり、このような規律を設けた場合には規律が濫用されるおそれがあるとの理由で、明文化に反対する意見があり、この論点については、コンセンサスの形成が困難であることから取り上げないこととした旨が説明されている<sup>114</sup>。

#### (イ) 分析

以上をまとめると、初期の部会においては、契約交渉の不当破棄に対して、判例法理に基づき、損害賠償責任を認める旨の規定を、判例法理を適切に明文化する限りで設けようとしており、そのような方向性自体は賛成を得ていたものと思われるが、濫用のおそれを生じさせないほどに絞り込みがなされ、かつ、裁判例で認容されていた事情を全て拾えるほどに網羅的な要件設定を適切に行うことができないことが主たる理由となり、明文規定を設けることが見送られたことになる。そして、契約成立以前の段階でも信義則の適用がある旨の規定についても、規定を設ける必要性に乏しく、濫用の危険があるとの理由で、明文化自体への反対が最後までであったことから、抽象的な規定を置くことも見送られた。

このような部会の議論の過程からは、今回、明文規定が設けられなかったのは、設ける必要がないからではなく、現在の学説・判例を明文化するというコンセプトに沿った法文の作成ができなかったからである。従って、規定が設けられなかったからといって、損害賠償責任に否定的な態度が採られたわけではないため、現在の判例法理に対する変更はなく、責任の有無やその要件が裁判例に委ねられる現状は変わらないこととなる。

#### (2) 契約締結過程における説明義務・情報提供義務

##### (ア) 審議過程

第1読会では、契約締結に際して必要な情報は契約当事者が自ら収集するのが原則として、判例において、信義則上の義務の一内容として、契約締結過程における信義則上の説明義務違反を理由とする損害賠償責任を認めるものがあることを指摘したうえで、当事者間に情報量・情報処理能力に格差がある場合も少なくないこと等を踏まえ、契約締結過程における信義則上の説明義務又は情報提供義務違反を理由とする損害賠償責任についての

---

なるとの批判があり、適切な要件設定が困難であること、法的性質を決定せずに解釈に委ねることには、特に消滅時効の期間に関して問題があることに加え、規定を置く場所をどうするかという立法技術上の問題がある反面、法的性質を明確にした上で規律を設けるとしてもコンセンサスの形成可能な案が得られない見通しであることが述べられている。

上記より、規定を置くことは相当困難であるが、紛争が増加し、請求を認容する裁判例が増えていること、民法1条2項の抽象的な規定より、契約成立前の交渉段階でも信義則が適用され得るといふ判例法理を読み取るのが困難なことから、契約交渉段階においても信義則が適用されることを示すためにこの提案がなされた。

<sup>114</sup> 部会資料82-2・9～10頁。

規律を設けるべきとの考え方の可否について問題提起がなされた<sup>115</sup>。

中間的な論点整理のたたき台の作成段階では、情報量・情報処理能力の格差という理由を消滅させたうえで、説明義務・情報提供義務に関する規律を設けるか否かについて、濫用のおそれを指摘する意見があることも踏まえ検討することを提案している<sup>116</sup>。中間的な論点整理のたたき台の改訂版においては、情報量・情報処理能力の格差の表現が復活するとともに、説明義務等の存在や内容は個別の事案に応じて様々であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘、濫用のおそれがあるとの指摘もある旨が追加されている。また、具体的な規定内容の検討においては、たたき台段階から挙げられていた説明義務等の存否を判断するために考慮すべき事項の例示として契約の内容や当事者の属性が、効果として損害賠償及び取消しの可否が明示されるとともに、説明のコストの増加など取引実務に与える影響に留意すべき旨が追記されている<sup>117</sup>。中間的な論点整理案では、特定の場面について信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての正確が不明確になるとの指摘が追加され<sup>118</sup>、中間的な論点整理となっている<sup>119</sup>。

第2読会においては、契約交渉の当事者は、相手方に対して、必要な説明又は情報提供をすべき信義則上の義務を負う旨の規定を設け、その説明又は情報提供をすべき事項の範囲、考慮要素、説明義務又は情報提供義務が発生する要件などを定めるものとする旨の甲案と、規定を設けない旨の乙案が示された<sup>120</sup>。中間試案のたたき台の段階では、契約当事者が情報提供をしなかった場合でも損害賠償責任を負わない旨の原則が明記される一方で、例外的に損害賠償責任を負う要件として、(1) その当事者の一方が当該情報を契約締結前に知っていたらその内容で当該契約を締結しなかったことを相手方が知ることができたこと(2) 契約の性質、相手方の知識及び経験、契約を締結する目的、契約交渉の経緯その他当該契約に関する一切の事情に照らし、その当事者の一方が自ら当該情報を入手することを期待することができないこと、(3) その内容で当該契約を締結したことによって生ずる不利益をその当事者の一方に負担させることが、上記(2)の事情に照らして相当でないこと、が挙げられた。また、規定を設けるべきではないという考え方も併記されている<sup>121</sup>。中間試案においては、上記の要件が維持され、提案がなされた<sup>122</sup>。中間試案は以下の通りである。

---

<sup>115</sup> 部会資料11-1・3頁。

<sup>116</sup> 部会資料22・25頁。

<sup>117</sup> 部会資料25・69～70頁。

<sup>118</sup> 部会資料26・71頁。

<sup>119</sup> 中間論点整理76頁。

<sup>120</sup> 部会資料41・22～30頁。

<sup>121</sup> 部会資料56・14～16頁。中間試案の要件(1)については、柱書から脚注に移されたものであり、内容の変更を伴うものではない。

<sup>122</sup> 中間試案48～49頁。

## 2 契約締結過程における情報提供義務

契約の当事者の一方がある情報を契約締結前に知らずに当該契約を締結したために損害を受けた場合であっても、相手方は、その損害を賠償する責任を負わないものとする。ただし、次のいずれにも該当する場合には、相手方は、その損害を賠償しなければならないものとする。

- (1) 相手方が当該情報を契約締結前に知り、又は知ることができたこと。
- (2) その当事者の一方が当該情報を契約締結前に知っていれば当該契約を締結せず、又はその内容では当該契約を締結しなかったと認められ、かつ、それを相手方が知ることができたこと。
- (3) 契約の性質、当事者の知識及び経験、契約を締結する目的、契約交渉の経緯その他当該契約に関する一切の事情に照らし、その当事者の一方が自ら当該情報を入手することを期待することができないこと。
- (4) その内容で当該契約を締結したことによって生ずる不利益をその当事者の一方に負担させることが、上記(3)の事情に照らして相当でないこと

(注) このような規定を設けないという考え方がある。

中間試案の補足説明においては、柱書第1文が異論のない原則の明文化であり、その例外として、裁判例を踏まえ、信義則上、当事者が契約を締結するかどうかの判断に影響を与えるべき情報提供義務を負う場合がある旨の規定を新たに設けるものであると説明されている。そして、①契約を締結するかどうかの判断に当たって必要な事項を対象とする説明義務と②それ以外の事項を対象とする説明義務は、趣旨・目的や機能する場面等が異なることから、契約締結前に機能する①のみを対象として明文化するものである旨が説明されている<sup>123</sup>。ここでの明文化の方針は、民法1条2項から判例法理を読み取るのが困難であること、学説や判例の集積が進んでいることから、これまで信義則に委ねられてきた情報提供義務に関する裁判例が認め、学説上も支持されてきた考え方を明示するものであり、これまで認められてきた範囲を超えて当事者の責任を加重したり、軽減したりするものではないという<sup>124</sup>。

要件論のポイントは、(1)については、フランチャイズ契約を例に、知っていた場合だけでなく知ることができた場合にも情報提供義務を負う場合があることとしている。情報を提供する側の当事者が情報の収集義務・調査義務を負うかは、(2)～(4)の要件による絞り込みに委ねている。(2)については、情報提供義務の対象から除外すべき、契約締結の可否又は契約条件の判断に影響を与えないものについて、情報を受けるべき個別の当事者を基準とし、取引通念などに従って客観的に判断されるわけではないことを定めるものである。(3)については、問題となる情報を自ら取得できることが期待されるのであれば情報提供を

<sup>123</sup> 中間試案補足説明342頁。

<sup>124</sup> 中間試案補足説明342頁。

義務づける必要はないことから、問題となる情報を入手することを期待出来ないことを要件としている。(4)については、情報優位にあることを利用して利益を得ること自体が信義則に反するとは限らないことから、たとえば情報を有償で提供する契約や、プライバシー情報などそもそも契約締結の際に考慮することが社会的に相当は言えない情報を念頭に、絞り込みを行っているものである<sup>125</sup>。

第3読会においては、要件論の提示に至った中間試案から後退し、規定を設けることの当否、規定内容についてどのように考えるか、また、一般的な情報提供義務に関する規定とは別に、それを知らなければ生命、身体等に損害を生じさせる可能性が高い情報を対象として情報提供義務を規定する考え方に対する当否を問う形となり<sup>126</sup>、要項仮案の原案以降、情報提供義務に関する提案は落とされた。

部会資料によると、以下の①から④の理由により、中間試案が改められた。すなわち①部会の議論とパブリックコメントの双方において、一律に規定を設けることが判断を硬直化させるという批判があり、信義則の解釈運用に委ねるべきとの主張が見られていた。②原則として情報提供義務を負わないとの規定を前置することについて一方で情報収集が自己責任である立場から、取引の安全を害したり事業者の経済活動に萎縮効果をもたらしかねないとの批判があり、他方で、信義則に基づく情報提供義務を肯定する裁判例と抵触するとの考え方や、投資商品の勧誘や不動産取引の場面では情報提供義務があることが原則との主張があるなど、契約締結に当たって必要な情報をいずれの当事者が収集するかという根本的なところから意見の対立があり、中間試案の考え方が正しいとしてもその原則を明文で規定することの当否、すなわち自己責任が過度に強調される可能性がある。③具体的な要件について、特に(4)が裁判規範として機能するのが困難であるとの批判があり、明確性について十分かどうか議論があること、その他の要件が適切であるかどうかについて、一方では従来裁判例と比べて情報提供義務の発生を広く認めすぎているとの批判が、他方では限定しすぎているとの批判がなされていたこと、(3)の要件については情報提供義務を発生させる積極的な要件ではなく阻却要件とすべきことなどの批判がなされていた。また、①②③の立法に対する消極的な理由とは異なり、中間試案とは異なる情報提供義務の必要性が検討され、④情報提供義務を一般的な規定としておくことには批判があるとしても、異論のない範囲で情報提供義務に関する規定を設けるという選択肢が検討課題となり、問題となる情報を知らないで契約すれば、相手方の生命、身体、財産などの利益に損害が生ずる可能性が高い情報について情報提供義務を課すことを検討することにした<sup>127</sup>。

この後、要項仮案の原案以降の段階では、情報提供義務については取り上げられないこととされた。その理由は、コンセンサスの形成が困難であることである<sup>128</sup>。

<sup>125</sup> 中間試案補足説明343～345頁。

<sup>126</sup> 部会資料75B・1頁。

<sup>127</sup> 部会資料75B・1～5頁。

<sup>128</sup> 部会資料81-3・30頁。

(イ) 分析

以上をまとめると、部会の初期の段階では、判例法理を明文化することを目的としつつも、明文化の当否が議論の中心とされていた。これは、当初の案が、消費者契約法の影響を受けたと思われる構造になっていたことから、消費者契約法を民法に取り込むことへの反対という形で、議論されていたためである。説明のコストへの懸念も特徴的である。

このような立法の前提が除去されてからの審議は、条文から読み取りづらい信義則の内容を明文化することや判例法理を明文化することそれ自体への反対というよりは、どのような場面を想定するかによってスタンスが異なることに加え、明文化それ自体がもたらすメリットとデメリットの比較、明文化した要件の当否の二点が中心的な争点であったように思われる。すなわち、原則として情報収集義務をどちらの当事者が負うかについて想定している場面が異なることから明文規定を設けることに対して異論があり、明文規定を設けることで、現在の判例法理より広くなる場面と狭くなる場面が出てきてしまい、現在の判例法理をそのまま要件化することは困難であること、以上を考えると、基本法たる民法で方向性を示すことに対して、法曹実務家と企業側から強い反対が出るのはやむを得ないものと思われる。

もっとも、これらの反対意見は、契約交渉の不当破棄同様に、現在の判例法理や個別の法令に委ねた状態でよいものと考えている。このような部会の議論の過程からは、今回、明文規定が設けられなかったのは、契約交渉の不当破棄同様に、設ける必要がないからではなく、現在の学説・判例を明文化するというコンセプトに沿った法文の作成ができなかったことに加え、明文化の弊害を嫌ったからである。従って、規定が設けられなかったからといって、現在の判例法理に対する変更はなく、義務を導く要件や違反の効果が裁判例に委ねられる現状は変わらないことになる。



## 1 債務不履行

### (1) 債務不履行による損害賠償の要件

要綱第11の1は、債務不履行による損害賠償の要件について、「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」との規律を設ける、としている。

現行民法415条は、債務不履行による損害賠償に関する一般的・包括的な根拠規定であるが、要綱の前記規律も、基本的に現行民法の規定を維持するものである。

要綱第11の1本文にいう「債務の本旨に従った履行をしないとき」および「債務の履行が不能であるとき」という損害賠償の要件は、民法415条の前段と後段を統合したものである。もともと、同条の前段には後段の履行不能が含まれ、後段は前段の一例であるが、前段の文言では、後段の履行不能を含むことが読み取れないという配慮から、両者を同条の前段と後段とに併記したとされていること、現行法では、後者の場合についてのみ「責めに帰すべき事由」という要件が掲げられているが、解釈上、前者の場合にもそれが認められていることから、この趣旨を明確にするために、民法415条の前段と後段が統合されたのである<sup>1</sup>。

中間試案の段階では、民法415条の「債務の本旨に従った履行をしない」という文言の代わりに、「債務の履行をしない」という文言が用いられていた<sup>2</sup>。「本旨」という言葉は、今日では法令上の用語として「本質」といった意味で用いられることがあり、損害賠償の要件としての債務不履行の態様等を限定する趣旨に誤読されるおそれがあるというのがその理由であったが<sup>3</sup>、要綱仮案の原案の段階では、「債務の本旨に従った履行をしないとき」という文言に戻され（要綱仮案の原案（その1）第8の1（1））、現在の要綱となっている。

### (2) 債務不履行による損害賠償の免責事由

#### ア 要綱の内容

要綱第11の1は、債務不履行による損害賠償の免責事由について、「ただし、その債務の不履行が、契約その他の当該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」との但書きの規定を設ける、としている。

現行民法415条後段は、履行不能の場合の損害賠償の要件として、「債務者の責めに帰す

<sup>1</sup> 部会資料68A・5頁、部会資料83-2・8頁。

<sup>2</sup> 中間試案第10の1。

<sup>3</sup> 中間試案補足説明110頁。



べき事由」(帰責事由)によって履行ができなくなったことを要するとしているが、伝統的な学説は、ドイツの学説の影響を受け、債務不履行の態様を履行遅滞、履行不能および不完全履行の3類型に分けた上で、帰責事由が明記されている履行不能だけでなく、履行遅滞や不完全履行の場合にも債務者の帰責事由が必要であるとする一方、債務者が帰責事由の不存在を免責事由として主張立証すべきであると解している。そして、「債務者の責めに帰すべき事由」については、伝統的な通説は、これを、故意、過失または信義則上それと同視すべき事由(履行補助者の過失)を意味するものと解してきた<sup>4</sup>。

これに対し、近時の学説からは、債務不履行についての帰責事由の不存在また免責事由の存在を債務者が主張立証したときは損害賠償の責任を免れるということについては、異論がないものの、「債務者の責めに帰すべき事由」についての上記のような伝統的な解釈に関しては、とりわけ契約による債務を念頭に、債務者の行動の自由を前提とした過失責任主義を契約関係に持ち込むものであるとの批判<sup>5</sup>があり、また、裁判例の分析等を通じて、裁判実務においても、「債務者の責めに帰すべき事由」が、債務者の心理的な不注意や契約を離れて措定される注意義務の違反といった本来の意味での過失として理解されているわけではないことが指摘されている。部会の審議においても、契約による債務の不履行による損害賠償につき免責を認めるべきか否かは、契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯、取引通念等の契約をめぐる一切の事情から導かれる契約の趣旨に照らして、債務不履行の原因が債務者においてそのリスクを負担すべき立場にはなかったと評価できるか否かによって決せられるとの考え方が裁判実務における免責判断の在り方に即していることについて、異論はなかった<sup>6</sup>。

そこで、中間試案では、「契約による債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるとき」、「契約以外による債務の不履

---

<sup>4</sup> 我妻栄『新訂債権総論』105頁(岩波書店、1964)。

<sup>5</sup> これは、「過失責任の原則」から「契約の拘束力」へという損害賠償の帰責原理の転換を主張する近時の学説の立場であり、これを要約すれば次のようになる。すなわち、契約上の債務の不履行が問題となる局面では、債務者は、契約において約定された内容(債務内容)の実現を自ら引き受けており、ここでは、債務者は契約に拘束されているのであって、人の一般的な行動の自由が妥当する状況は存在しない。このように、契約により債務の内容を実現することが義務づけられた結果として、その行動の自由におのずから制約がある債務者に対し、債務不履行により債権者に生じた損害を帰責することを正当化するにあたり、行動の自由の保証を基礎に据えた過失責任の原則をその根拠とすることには問題があり、むしろ、債務不履行により債権者に生じた損害を債務者に帰責することの根拠は、「契約の拘束力」、したがって債務者が債権者に対し債務の内容が実現されることを契約により引き受けた点に求められるべきである。つまり、債務者は契約に拘束されているところ、契約を守らなかったから損害賠償責任を負うのである。ただ、これは、債務不履行を理由とする損害賠償責任を結果責任・厳格責任とすることを意味するものではなく、「債務不履行が契約のもとでその発生を考慮することを想定することができなかつたし、想定すべきでなかつた事態によるものであるときには、債務者の免責が認められるべきである」という準則が適用され、このような免責事由が認められる場合に初めて債務不履行についての責任を免れる。奥田昌道編『新版注釈民法(10)Ⅱ債権(1)』26頁以下(北川善太郎=潮見佳男)(有斐閣、2011)。

<sup>6</sup> 中間試案補足説明112頁。

行が、その債務が生じた原因その他の事情に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるとき」には、債務不履行による損害賠償の責任を負わない旨の素案が示されていた（中間試案第10の1（2）（3））。そこでは、民法415条後段の「債務者の責めに帰すべき事由」が、免責事由であることに即した表現である「債務者の責めに帰することのできない事由」とされ、「責めに帰することのできない」か否かは、具体的事情を離れた抽象的な故意過失等を意味するものではなく、契約による債務の場合には、契約の趣旨<sup>7</sup>に照らして、契約以外による債務（事務管理、不当利得および不法行為）の場合には、債務の発生原因たる事実およびこれをめぐり一切の事情に照らして、債務不履行の原因につき債務者においてそのリスクを負担すべきであったか否かを基準に判断される<sup>8</sup>。

もっとも、中間試案の「契約の趣旨に照らして」という文言からは、取引通念が考慮されるべきであることが読み取りにくいとの問題があることから、要綱仮案の原案の段階において、「契約その他の当該債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らし」という文言に改められた。契約に「照らして」判断するものである以上、契約の内容（契約書の記載内容等）のみならず、契約の性質（有償か無償を含む）、当事者が契約をした目的、契約の締結に至る経緯を始めとする契約をめぐり一切の事情を考慮する必要があるし、また、取引通念も考慮されるべきことになるが、「取引通念」という表現が比較的難解であるため、「取引上の社会通念」との表現が用いられており、両者の意味は同じであるとされる<sup>9</sup>。

このように、要綱によれば、債務不履行による損害賠償の免責事由とは、「債務者の責めに帰することができない事由」であり、それは、現行法上の「債務者の責めに帰すべき事由」のように、具体的事情を離れた抽象的な故意過失等を意味するものではない。このような免責事由の有無は、契約による債務の不履行の場合には、「契約……に照らして」、すなわち、契約の内容や有償か無償かといった契約の性質、当事者が契約をした目的、契約の締結に至る経緯など契約をめぐり一切の事情および取引上の社会通念、契約による債務以外の債務の不履行の場合（事務管理、不当利得および不法行為）には、当該債務の発生原因および取引上の社会通念を考慮して、債務不履行の原因が債務者においてそのリスクを負担すべき立場にはなかったと評価できるか否かによって判断されることになる。

## イ 免責事由の解釈

以上のような意味での免責事由は、具体的にどのような場合に認められるかは、必ずしも明確ではないが、債務者の免責は、債務の不履行が当該契約のもとでその発生を考慮することを想定することができなかつたか、想定すべきでなかつた事態によるものであると

<sup>7</sup> ここでいう契約の趣旨は、合意の内容や契約書の記載内容だけでなく、契約の性質（有償か無償を含む）、当事者が当該契約をした目的、契約締結に至る経緯を始めとする契約をめぐり一切の事情に基づき、取引通念を考慮して評価判断されるべきものであるとされている。中間試案補足説明89頁。

<sup>8</sup> 中間試案補足説明112頁。

<sup>9</sup> 部会資料79-3・7頁。

きに認められるとされているように<sup>10</sup>、免責事由は、もともと限定的にしか認められないものである。実際に、従来の裁判例を見る限り、一般的な社会情勢（ストライキや自然災害、原材料の一時的供給不足等）などに限られており、その範囲はかなり狭く、不可抗力にほぼ等しいと言われる<sup>11</sup>。つまり、契約による債務の不履行の場合には、不可抗力によるもの以外は、免責事由が認められるのは極めて困難ではないかと考えられる。

この問題を保険契約に即して考えてみると、保険契約の場合においては、保険契約者の保険料支払債務は、従来、持参債務であると解され、また金銭債務という保険料支払債務の性質上、保険契約者が履行期である払込期日までに保険料の払込をしないときは、通常は帰責事由があると考えられてきた。しかし、分割払保険料の場合において、支払方法として預金口座自動振替が用いられているときは、保険会社の振替請求の懈怠または振替取扱金融機関の過失により振替日に振替がなされないという事態の発生もあり得るが（例えば、福岡地判昭和60年8月23日判時1177号125頁参照）、このような場合にも、保険契約者側の責めに帰すべき事由による保険料不払として処理する（その結果として保険契約の失効等を認める）のは不当であることから、学説では、振替日に保険料相当額の預金残高を指定口座に有し、保険会社の振替請求があった際に振替が可能な状態であれば、保険契約者はその義務を果たしたことになり、保険会社の振替請求の懈怠等により振替日に振替がなされなかったとしても、保険契約者は履行遅滞の責めを負うべきではなく、振替日に実行された振替が預金残高不足によって不能に終わった場合にのみ、履行遅滞の責めを負うべきであると解されてきた<sup>12</sup>。要綱のような免責事由の考え方のもとでは、保険契約者の帰責事由としてではなく、免責事由の有無という観点から処理されることになるが、前記のような結論自体は肯定されるべきであるので、このような場合には当該保険契約をめぐる一切の事情および取引上の社会通念に照らして、当該保険料支払債務の不履行の原因が債務者である保険契約者においてそのリスクを負担すべき立場にはなかったと評価すべきことになろう。そして、この場合には、保険料の不払いの場合について約款が定めている保険契約の失効等の効果は認められないという結論になると考えられる。

なお、契約および取引通念に照らして帰責事由の有無が判断されるといっても、例えば、売買契約上の特約において、目的物に特定の瑕疵（契約不適合）があった場合には売主の帰責事由の有無を問わずに一定額の損害賠償責任を負う旨が定められ、現にそのような帰責事由が否定され損害賠償責任も否定されるといったことは、想定されていない<sup>13</sup>。

<sup>10</sup> 奥田・前掲注（5）29頁（北川＝潮見）。

<sup>11</sup> 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』80頁（弘文堂、1992）。

<sup>12</sup> 岩原紳作「保険料の不払と保険契約の失効」商法（保険・海商）判例百選〔第2版〕113頁（1993）、石田清彦「判批」ジュリ922号77頁（1988）。

<sup>13</sup> 部会資料79-3・7頁。

### (3) 債務不履行による損害賠償の範囲

#### ア 要綱の内容

要綱第11の6は、債務不履行による損害賠償の範囲について、現行民法416条の規律を変更して、「(1) 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。(民法第416条第1項と同文) (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」という規律を設ける、としている。

損害賠償の範囲に関する現行民法416条の規定については、ドイツ法における相当因果関係論の影響を受けて解釈論が展開してきたという経緯から、条文にはない「相当性」という要件が実務上広く用いられるなど、同条の文言からは、現在の裁判実務が依拠している具体的ルールを容易に読み取ることができない状況となっているため、現在の裁判実務を踏まえつつ、より明確で安定したルールを提示するものに改める必要があると考えられることから、中間試案では、通常生ずべき損害については、現行民法416条1項の規定を維持しつつ、特別損害に関する同2項の規定については、「当該不履行の時に、当該不履行から生ずべき結果として債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」を損害賠償の請求の対象とする修正の提案をしていた(中間試案第10の6)<sup>14</sup>。

現行民法416条2項は、「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」と規定しており、「予見」の対象を「事情」としているが、「事情」と「損害」とはもともと截然と区別できないものであり、予見の対象を「損害」としても具体的な事案における結論に差は生じないことから、「予見」の対象を「損害」に改めること、ただ、「損害」の意義については、金銭評価を経ない事実として捉えるか、金銭評価を経た賠償されるべき数額として捉えるかについては、引き続き解釈に委ねること、また、当該損害が賠償の対象となるための要件である「予見」が、当該損害につき当該不履行から生じる蓋然性についての評価を含む概念であることを明確にするために「当該不履行から生ずべき結果」という表現を用いることとすること、予見の主体と基準時に関する判例<sup>15</sup>・通説に従い、予見の主体を債務者、予見可能か否かの基準時を不履行時とすること、現在の文言である「予見することができた」という予見可能性とは、ある損害が契約をめぐる諸事情に照らして賠償されるべきか否かを判断するための規範的な概念であると解されており、このことをより明確に法文上表現するのが適切であると考えられることから、「予見すべきであった」という文言に改めること、このような賠償範囲の確定は、契約の趣旨に照らして評価判断されるべきであると考えられることから、「当該契約の趣旨」という判断基準を明示したこと、というものである<sup>16</sup>。ただ、これに対しては、現行法との連続性を重視して、民法416

<sup>14</sup> 中間試案補足説明121～122頁。

<sup>15</sup> 大判大正7年8月27日民録24輯1658頁。

<sup>16</sup> 中間試案補足説明121、122頁。

条2項が予見の対象を「(特別の) 事情」としているのを維持しつつ、予見の主体および基準時につき上記判例法理を明記するにとどめるべきであるとの考え方もあり、中間試案では、これを(注)で取り上げていた。

このように、中間試案では、契約によって生じた債務の不履行についてのみ、損害賠償の範囲に関する規律を設けることとしていたが、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中に、損害賠償の範囲は契約によって生じた債務の不履行の以外の場面(事務管理や不当利得、不法行為)でも問題となるため、債務一般の不履行に関する規律とすべきである旨の指摘があったことから、要綱案のたたき台では、これを債務一般の不履行による損害賠償の範囲に関する規律に改められ、ただ、契約によって生じた債務の不履行については、当該契約の趣旨に照らして債務者が予見すべきであった損害であるかどうかを判断する旨を明記するという方式を採用する案が示されていた<sup>17</sup>。

その後、要綱仮案の原案を経て、要綱仮案の第二次案では、「予見」の主体が「当事者」から「債務者」に変更された。これは、前記判例に対しては、債務不履行に陥った債務者のみではなく、契約の両当事者を予見の主体と捉えるべきであるとの見解も多数存在するため、明文化するほどに異論のない判例ではない旨の指摘があることを踏まえ、現行法の通り、「当事者」との表現を維持したものである<sup>18</sup>。

#### イ 「予見すべきであったとき」の意義

以上のように、要綱では、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こととされており、現行民法416条2項の「予見することができたとき」という要件が、「予見すべきであったとき」という要件に改められている。現在の文言である「予見することができた」という予見可能性が、ある損害が契約をめぐる諸事情に照らして賠償されるべきか否かを判断するための規範的な概念であると解されており、このことを法文上より明確に表現するためであるが、これにより、例えば、契約の締結後に、債権者が債務者に対してある特別の事情が存在することを告げさえすれば、その特別の事情によって生じた損害が全て賠償の範囲に含まれるというのではなく、債務者が予見すべきであったと規範的に評価される特別の事情によって通常生ずべき損害のみが賠償の範囲に含まれるとの解釈をすることが可能となる、と説明されている<sup>19</sup>。

このように、現行法上の予見可能性という要件が、「予見すべきであった」という規範的な概念に変更されることにより、具体的な事案によっては、特別の事情についての予見可能性がなかったとしても、規範的な評価として当該債務者が当該特別の事情を予見すべきであったとされる場合には、当該特別の事情によって生じた損害については、賠償の責任

<sup>17</sup> 部会資料68A・15、16頁。

<sup>18</sup> 部会資料82-2・4頁。

<sup>19</sup> 部会資料79-1・12頁。

を負うことになりそうである。もっとも、現行法上の「予見することができた」という概念も規範的な判断が含まれている概念であり、例えば、平均的な債務者にとってそもそも予見可能性がなかったとすれば、具体的な事案における当該債務者についてのみ、規範的な判断として、「予見すべきであった」とすることは困難であるので、「予見すべきであった」という要件に変更されることにより、現行民法の解釈が大きく変わることはないように思われる。

## 2 契約の催告解除

### (1) 要綱の内容

要綱第12の1は、催告解除について、「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当該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」との規定を設けることとしている。これは、催告解除の要件に関する民法541条の規律を維持したうえで、不履行の程度が軽微である場合について解除権の行使を認めないとする規律を追加するものである。

催告解除については、現行民法541条の文言上は、債務不履行の程度や態様等について特段の限定がないが、判例では、民法541条が債務の不履行による契約の解除を認める趣旨は、契約の要素をなす債務の履行がないために、当該契約をなした目的を達することができない場合を救済するためであり、当事者が契約をなした主たる目的の達成に必須的でない付随的義務の履行を怠ったに過ぎないような場合には、特段の事情のない限り、相手方は当該契約を解除することができないとされている（最判昭和36年11月21日民集15巻10号2507頁、最判昭和42年4月6日民集21巻3号533頁）。そこで、中間試案では、現行民法541条の規律を維持しつつ、付随的義務違反等の軽微な義務違反が解除原因とはならないとする判例法理に基づき、一定の事由がある場合には解除をすることができない旨の阻却要件を付加することが提案され、この阻却要件の条文表現については、民法566条1項や民法635条では契約の解除につき「契約をした目的を達することができない」という要件が設けられていることや、判例上「契約をした目的」を達することができるか否かが解除の可否のメルクマールとされているものが多いことなどを踏まえ、相当の期間が経過した時の「不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないとき」を解除の阻却要件とする案が示され、それに該当する具体例としては、相当の期間を経過した時において履行を遅滞している部分が数量的にごく一部である場合や、不履行に係る債務自体が付随的なものであり、契約をした目的の達成に影響を与えないものである場合などが挙げられていた（中間試案第11の1）<sup>20</sup>。

その後、要綱仮案の原案では、「その期間を経過した時における債務の不履行が当該契約

<sup>20</sup> 中間試案補足説明132、133頁。

及び取引上の社会通念に照らして軽微であるとき」という要件に変更された。これは、判例（最判昭和43年2月23日民集22巻2号281頁）では、付随的債務の不履行の場合であっても、契約締結の目的の達成に重大な影響を与えることがあり、契約をした目的を達することができる場合であっても、「契約締結の目的の達成に重大な影響を与える」など債務の不履行が軽微であるとは言えないときは、催告解除ができるとされていることを踏まえたものである<sup>21</sup>。この要綱仮案の原案の立場が、そのまま要綱に引き継がれた。

## (2) 催告解除の阻却事由

要綱によれば、催告した後に相当の期間を経過した時における債務の不履行が当該契約および取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、解除は阻却され、債権者による解除権の行使は認められないが、債務の不履行が軽微であるかどうかは、当該契約および取引通念に照らして判断される。例えば、履行を遅滞している部分が数量的にごく一部である場合などが考えられるが、ある製品を製作するための部品を供給する契約において、債務者が供給しなかった部品が数量的には僅かであるものの当該製品の製作にとっては必要不可欠のものである場合には、その不履行は当該契約および取引通念に照らして軽微であるとは言えないため、債権者は催告解除をすることができるとされる<sup>22</sup>。

そして、軽微な債務不履行かどうかを判断する際に考慮されるべき「取引上の社会通念」は、「取引通念」を指すものであり、ただ、「取引通念」との表現が比較的難解であることから、この文言が用いられたと説明されている<sup>23</sup>。前述したように、債務不履行による損害賠償の場合においても、当該債務の不履行が、契約その他の当該債務の発生原因および「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、債務者は免責されることになるが（要綱第11の1）、この免責事由の有無の判断に際して考慮されるべき「取引上の社会通念」は、催告解除の場合における解除権行使の阻却事由の有無の判断に際して考慮されるべき「取引上の社会通念」と同一の概念であると考えられる。

一方、保険契約の場合において、2回目以降の分割保険料の支払が、地震や津波等によりできなかったときは、保険会社は、要綱のこの規律に基づいて、催告した上で解除することができるかが問題となりうる。現行民法のもとでは、伝統的通説は、債務の不履行が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、民法541条の催告解除をすることができないと解してきた<sup>24</sup>。地震等による保険料支払債務の不履行は、まさに、不可抗力によるものであるので、伝統的通説によれば、保険会社の解除権行使は認められないことになる。

しかし、このような伝統的通説に対しては、近時の有力説は、解除制度について、履行

<sup>21</sup> 部会資料79-3・13頁。

<sup>22</sup> 部会資料79-3・13頁。

<sup>23</sup> 部会資料79-3・13頁。

<sup>24</sup> 我妻栄『債権各論上巻』156頁（岩波書店、1954）。

を怠った債務者への「制裁」ではなく、契約の拘束力から解放する制度であるととらえたうえで、いかなる要件の下で契約の拘束力からの解放が正当化されるかを正面から問題にすべきであり、債務の不履行が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場合であっても、債権者に対して契約の拘束力からの解放を認めるべき事情が存在するときは、債務不履行による解除を認めるべきであるとして、通説を批判し<sup>25</sup>、中間試案では、この新たな考え方に基づいて、催告または無催告による契約の解除について、債務者の帰責事由の有無を考慮しない立場が示され<sup>26</sup>、要綱案のたたき台では、この新たな考え方を採るという政策判断についてコンセンサスが得られることを前提に、民法543条後段の規律（「ただし、その債務の不履行が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」）を削除することが提案された<sup>27</sup>。要綱でもこの立場が維持されている。

現在の要綱の規律によれば、解除の阻却は、催告した後に相当の期間を経過した時における債務の不履行が当該契約および取引上の社会通念に照らして軽微であるときに限られるが、保険料支払債務は、保険契約者が保険契約に基づき負担すべき主たる債務であり、保険契約上の付随的な債務ではないので、その不履行が当該保険契約および取引上の社会通念に照らして軽微であると評価することは困難であろう。また、前述のように、要綱のもとでは、債務不履行が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場合でも、催告解除が可能であるとすると、2回目以降の分割保険料の支払が、地震や津波等によりできなかったときは、保険会社は、催告解除できるとの結論となろう。もっとも、保険契約は継続的契約であるので、いわゆる継続的契約に関する法理による解除権の制限が認められる可能性があることは、一概に否定することができない。なお、地震等による保険料支払債務の不履行は、不可抗力によるものであるので、前述したように、保険契約者の責めに帰することができない事由として（要綱第11の1）、保険契約者はこれによる損害賠償責任を負わないのは、当然である。

それでは、口座自動振替による分割保険料の支払が行われる場合において、振替取扱金融機関の過失により振替日に振替がなされないときは、またどのように考えるべきであろうか。前述したように、債務不履行による損害賠償の場合においては、保険料支払債務の不履行が金融機関の過失によるものであるときは、当該保険契約をめぐる一切の事情および取引上の社会通念に照らして、当該保険料支払債務の不履行の原因が債務者である保険

---

<sup>25</sup> 例えば、ある部品の製作物供給契約の債務者が、大規模自然災害による工場の一時的な稼働停止のため履行遅滞に陥った場合において、その履行遅滞が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ことを理由に民法541条による催告解除を認めないと、債権者は、当該部品について他者との間で代替取引をしたとしても、工場の稼働を再開した債務者からの履行を受領してその代金を支払わなければならないという不当な結論となり、実際に、裁判実務においても債務不履行が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ことを理由に解除が否定されることはほとんどなく、取引実務においても債務不履行による解除をする際にその債務不履行が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かどうかを意識していないのが実情であると指摘されている。中間試案補足説明135頁。

<sup>26</sup> 中間試案補足説明136頁。

<sup>27</sup> 部会資料68A・28頁。



契約者においてそのリスクを負担すべき立場にはなかった、つまり、免責事由が存在すると評価されて、免責が認められることになるが（実際は損害賠償責任の免責ではなく、約款に基づく保険契約の失効等の効果の不発生となるが）、債務不履行による催告解除の場合においても、同様に考えることができる。

すなわち、要綱第12条の4は、債務の不履行が債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、催告または無催告による契約の全部または一部の解除を認めないとする規律を設けることとしており、これによれば、保険料支払債務が保険会社の責めに帰すべき事由によるものであるとき、例えば、保険会社の振替請求の懈怠によるものであるときは、保険会社は、催告または無催告解除ができなくなる。口座自動振替による分割保険料の支払の場合には、口座残高不足以外の事由による振替不能のリスクについては、保険契約者は当然これを回避する手段を全く有しないこと、逆に、保険会社は金融機関の提供する口座自動振替制度を利用する立場であり、金融機関は保険会社側の履行補助的な位置づけであることを考えれば、金融機関側の過失を保険会社のそれと同視して良いように思われる。したがって、金融機関の過失により保険料の振替えができなかった場合は、要綱第12条の4の規律により、保険会社は催告解除ができないと考えたほうが妥当であろう。

### 3 相 殺

要綱第24の2は、民法509条を修正して、①悪意による不法行為に基づく損害賠償に係る債務、および②人の生命又は身体の侵害に基づく損害賠償に係る債務（①に該当するものを除く）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こと、ただし、その債権者がその債務に係る債権を他人から取得したものであるときは、この限りでないこと、という規律を設けることとしている。この規律は、不法行為債権等を受働債権とする相殺の禁止を定めるものである。

現行民法509条は、不法行為によって生じた債権を受働債権とする相殺を禁止しているが、その趣旨は、被害者に現実の給付を得させることによる被害者の保護と、債務の弁済をしない債務者に対する腹いせで不法行為を働き、その賠償債務で相殺を行うという不法行為の誘発を防ぐことにあると解されている。しかし、前者の点（被害者の保護）については、被害者の損害が生命や身体にかかわる重大なものではなく、財産上の損害に過ぎない場合には必ずしも妥当しないし、後者の点（腹いせ防止）については、故意による不法行為の場合だけを禁止すれば足りるため、同条による相殺禁止の範囲が広すぎるのではないかと批判されている<sup>28</sup>。また、民法509条は、債務不履行による損害賠償債権を受働債権とする相殺にも及ぶかという点が問題となっており、医療過誤のように債務不履行と不法行為が競合する場合に、いずれの損害賠償債権であるかによって相殺の可否が異なるのは不合理であるので、このような場合には、債務不履行に基づく損害賠償債権についても相殺が禁止されるべきであるという見解が主張されており、これを踏まえて、中間試案

<sup>28</sup> 内田貴・民法Ⅲ〔第3版〕253頁（東大出版会、2011）。

では、債務者が債権者に対して損害を与える意図で (a) 加えた不法行為に基づく損害賠償債権および (b) 債務を履行しなかったことに基づく損害賠償債権のほか、(c) 生命または身体の侵害があったことに基づく損害賠償債権については、債務者からの相殺を禁止するものとする案が示されていた (中間試案第23の3) <sup>29</sup>。

この中間試案に対しては、パブリック・コメントにおいて、「損害を加える意図」という概念が不明確であるといった指摘があることから<sup>30</sup>、要綱仮案の原案では、①「債務者が債権者に対してした悪意による不法行為に基づく損害賠償請求権」および②「債務者が債権者に対してした人の生命又は身体の侵害に基づく損害賠償請求権 (①に該当するものを除く。)」を受働債権とする相殺を禁止するものとされた。②は、①には含まれない人の生命または身体の侵害による債務不履行に基づく損害賠償請求権を受働債権とする相殺を禁止するものである<sup>31</sup>。

要綱仮案の原案では、「債務者が債権者に対してした」という限定が付されていたが、これによると、例えば、工作物責任 (民法717条) が生ずる場合における損害賠償債務が相殺禁止の対象とはならないことになってしまい、不当であるとの意見があったことから、要綱仮案 (案) では、この文言が削除され、人の生命または身体の侵害に基づく損害賠償債務については、全て相殺禁止の対象とされた。また、この修正に伴い、債権者が①または②に該当する損害賠償債権を他人から取得した場合には相殺禁止の対象とはならないことを明らかにするために、但書きの規定が追加された。この場合には、被害者保護などの相殺禁止の趣旨が当てはまらず、相殺禁止の対象から除外する必要があるからである<sup>32</sup>。その後、要綱の内容として確定した。

このように、現行民法509条は、不法行為によって生じた債権を受働債権とする相殺を一律に禁止しているが、要綱は、悪意による不法行為に基づく損害賠償に係る債務、および人の生命または身体の侵害による債務不履行に基づく損害賠償に係る債務を受働債権とする相殺のみを認めないものとしており、現行民法の相殺禁止の範囲を制限するものである。現行法のもとでは、不法行為から生じた損害賠償債務を受働債権とする相殺も、相殺契約によれば可能であると解されているが<sup>33</sup>、要綱のもとでも同様に解されると考えられる。

自動車保険等の分野においては、実務上、示談書を交わして、相殺契約に基づいて相殺を行っているのが通例であり、実際に不法行為債権等を受働債権として相殺を行うことは少ないようである。そうであるとすれば、要綱の規律は、従来の保険実務に及ぼす影響は極めて限定的であるように思われる。

---

<sup>29</sup> 中間試案補足説明306頁。

<sup>30</sup> 部会資料69B・2頁以下。

<sup>31</sup> 部会資料80-3・29頁。

<sup>32</sup> 部会資料83-2・33頁。

<sup>33</sup> 内田・前掲注 (28) 256頁。

## 4 消滅時効

### (1) 要綱の内容

要綱第7の1は、民法166条1項および民法167条1項の規定を変更して、債権は、①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年間行使しないとき、および②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は、時効によって消滅する、とする規律を設けるとともに、商法522条の規定を削除することとしている。これは、債権の消滅時効における原則的な時効期間と起算点を定めるものである。

この要綱のうち、①は、「権利を行使することができることを知った時」という債権者の主観を考慮した起算点から5年間の消滅時効を新たに設けるものである。このような主観的な起算点が採用された理由としては、主観的起算点から時効が進行するのは、その時点から債権者が自己の判断で権利を行使することが現実的に可能な状態になったといえるからであり、そして、債権者がそのような状態になったといえるには、「権利を行使することができる時」が到来したことを認識する必要があると考えられることから、このことを端的に表現するため、「権利を行使することができることを知った時」とされたのである<sup>34</sup>。

要綱のうち、②は、現行民法166条1項および民法167条1項の規律を維持したものである。債権者が権利を行使することができることを知った時は、その時から5年の消滅時効になるが、何らかの事情によりこれを知らずに長期間経過する場合もあり得るので、そのような場合には、権利を行使することができる時から10年の経過により時効消滅となる。このように、要綱は、主観的起算点および客観的起算点を異にする2種類の時効期間を組み合わせた立法であるが、債権者が権利行使の可能性を認識した場合でも、権利行使ができないまま数年が経過してしまう場合もあり、主観的起算点から5年間という時効期間は短すぎるのではないかという問題があるが、債務者側に権利行使を妨げるような事情が存在する場合や、債権者側に適時の権利行使または時効中断措置を講ずることが不可能または著しく困難な客観的事情が認められるような場合等においては、時効の援用が信義則に反するとされることもありうることから、主観的起算点から5年の消滅時効でも特段の問題はないとされる<sup>35</sup>。

一方、商法522条については、従前から適用範囲が不明確であるという問題が指摘されている上、要綱の考え方が立法化された場合には特則としての存在意義も乏しくなることから、同条を削除し、商事債権についても民法の原則的な債権の消滅時効に関するルールを適用することとされた<sup>36</sup>。

### (2) 起算点の解釈

前記要綱における客観的起算点は、現行民法166条1項のそれを維持したものであるが、民法166条1項にいう「権利を行使することができる時」とは、権利行使につき法律上の障害

---

<sup>34</sup> 部会資料69A・1頁。

<sup>35</sup> 部会資料69A・4頁。

<sup>36</sup> 部会資料80-1・1頁。

がなくなった時だけではなく、さらに、権利の性質上、その権利行使が現実に期待できるようになった時と解されており<sup>37</sup>、要綱のもとでも、このような現行法の解釈が維持されることを前提とするものである<sup>38</sup>。

ただ、主観的起算点の導入により、「権利を行使することができる時」という起算点の解釈が現行法上の解釈よりも客観化し、柔軟な解釈がされなくなるおそれがないわけではない。しかし、従来の判例は、当該事案の客観的事情に照らした権利行使の期待可能性を考慮したに過ぎず、必ずしも当該債権者の主観そのものを考慮したものではなく、主観的起算点が導入されている不法行為に基づく損害賠償請求権においても、民法724条後段の「不法行為の時」を、民法166条1項に関する判例と同様に、事案の特殊性に応じて柔軟に解釈している判例があり（最判平成16年4月27日民集58巻4号1032頁。雇用者の安全配慮義務違反によりじん肺にかかったことを理由とする損害賠償請求権の消滅時効は、じん肺法所定の管理区分についての最終の行政上の決定を受けた時から進行すると解すべきであるが、じん肺によって死亡した場合の損害については、死亡の時から損害賠償請求権の消滅時効が進行するとした事例）、これらの判例実務に鑑みれば、主観的起算点を導入したとしても、「権利を行使することができる時」の解釈に影響が及ぶものではないとされる<sup>39</sup>。

一方、「権利を行使することができることを知った時」といった主観的起算点については、債権者が具体的にどのような事実をどの程度認識した時点を目指すのか、仮に、一般人を基準とした認識可能性を用いて判断すると、債権者にとって酷な結果になり得る半面、債権者ごとの個別の主観的な認識をあまりに厳格に判断すれば、主観的起算点が遅くなりすぎるのではないかという問題がある。

ただ、これらの問題については、同じ主観的起算点を定めている民法724条前段の「損害及び加害者を知った時」についての解釈が参考になる。判例は、民法724条前段にいう「加害者を知った時」とは、「加害者に対する賠償請求が事実上可能な状況のもとに、その可能な程度にこれを知った時を意味するものと解するのが相当であり、被害者が不法行為の当時加害者の住所氏名を的確に知らず、しかも当時の状況においてこれに対する賠償請求権を行使することが事実上不可能な場合においては、その状況が止み、被害者が加害者の住所氏名を確認したとき」と解している（最判昭和48年11月16日民集27巻10号1374頁）。また、「損害……を知った時」とは、損害発生の可能性を知った時ではなく、「被害者が損害の発生を現実に認識した時」であり（最判平成14年1月29日民集56巻1号218頁）、「損害及び加害者を知った時」とは、「単に加害者の行為により損害が発生したことを知っただけではなく、その加害行為が不法行為を構成することをも知った時との意味に解」されている（最判平成23年4月22日裁判集民事236号443頁）。以上の解釈は、要綱で用いられている主観的起算点についても基本的に妥当し、「権利を行使することができることを知った時」とは、債務

<sup>37</sup> 最判昭和45年7月15日民集24巻7号771頁、最判平成8年3月5日民集50巻3号383頁、最判平成15年12月11日民集57巻11号2196頁。

<sup>38</sup> 中間試案補足説明68頁以下参照。

<sup>39</sup> 部会資料69A・4頁。

者に対する権利行使が事実上可能な状況のもとにおいて、債権者がその請求が可能な程度にこれを知った時を意味し、例えば、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権であれば、一般人ならば安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権を行使し得ると判断するに足りる基礎事実を債権者が現実に認識した時点を目指すことになる<sup>40</sup>。

### (3) 保険法上の消滅時効の起算点

保険法では、保険給付請求権等の消滅時効を3年、保険料請求権の消滅時効を1年とする規定が設けられているが（保険法95条）、起算点については、特段の定めはない。したがって、消滅時効の一般則である民法166条1項が適用されることになるが<sup>41</sup>、保険給付請求権は、保険事故の発生により具体化し、行使できることとなるため、権利を行使できる時とは、保険事故発生の時であり、それが消滅時効の起算点であるとするのが通説的な見解である。ただ、要綱のような規律が立法化された場合には、従来解釈にどのような影響を及ぼすかが問題となる。保険法上の消滅時効に関する規律は、民法の一般則に対する特則をなすものであるが、起算点については民法の一般則が適用されているので、当該一般則が変更された場合には、変更後の一般則が適用されることになるはずである。しかし、果たして、当然のように、民法上の2つの起算点をいずれも保険法上の起算点として採用することができるかは、必ずしも明確ではないので、立法により保険法95条について客観的起算点のみを導入するというのも1つの考え方であり、むしろ、そのほうが短期消滅時効を定めた保険法の趣旨にも合致するものではないかと考えられる。

ただ、ここでは、仮に、保険法上、主観的起算点が採用された場合に、どのような解釈となるかについて考えてみたい。もし、仮に保険法上、主観的起算点が採用された場合には、「権利を行使することができることを知った時」とは、保険者に対する権利行使が事実上可能な状況のもとにおいて、保険給付請求権者がその請求が可能な程度にこれを知った時と解されることになろう。例えば、保険事故である火災事故が発生すれば、保険者に対する保険給付請求権の行使が事実上可能な状況となるので、保険給付請求権者が火災事故の発生と同時にこの事実を知った場合には、その知った時が「権利を行使することができることを知った時」となると考えられる。この場合には、客観的起算点による場合と、結論はほとんど変わらないものと考えられる。

もともと、保険事故が発生した場合でも、この事実を知らないで長期間経過することはありうるものであり、特に、保険契約者と被保険者（生命保険の場合には保険金受取人）と異なる他人のためにする保険契約の場合においては、保険給付請求権者は、保険事故が既に発生していたことを知らずに長期間経過することがあり得る。このような場合には、保険給付請求権者が自己の判断で権利を行使することが現実的に可能な状態になったとは言えないので、消滅時効は、当該保険給付請求権者が現実に保険事故の発生を知った時か

<sup>40</sup> 部会資料69A・2～4頁。

<sup>41</sup> 山下友信＝米山高生編・保険法解説763頁、775頁（沖野眞巳）（有斐閣、2010）。

ら開始されることになりそうである。しかし、そのような場合に、常に、実際に保険事故の発生を知った時をもって「権利を行使することができることを知った時」として解釈してよいかは、なお問題である。もっぱら、保険給付請求権者の主観的な認識のみを基準に判断すると、起算点が遅くなりすぎて、短期消滅時効を定めた保険法95条の趣旨が没却されるおそれがあるからである。

従来の判例（最判平成15年12月11日民集57巻11号2196頁）によれば、保険約款所定の3年の消滅時効は、保険給付請求権者による権利行使が現実に期待できるまで進行しないが、これは、保険事故発生当時の客観的状況等に照らし、その権利行使が現実に期待できないような特段の事情が存在する場合に限られるのであり、単に保険事故の発生を知らなかったというだけで、当然に消滅時効の起算点を遅らせてよいというわけではない。また、民法724条前段の「加害者を知った時」については、判例（前記最判昭和48年11月16日）は、「被害者が不法行為の当時加害者の住所氏名を的確に知らず、しかも当時の状況においてこれに対する賠償請求権を行使することが事実上不可能な場合においては、その状況が止み、被害者が加害者の住所氏名を確認したとき」との解釈を示しており、不法行為という事実が発生した当時の客観的な状況からみて、権利行使が事実上不可能である場合には、当該状況が止んで、加害者の属性を確認した時が時効の起算点とされるのである。これは、主観的起算点の解釈につき、「当時の状況において……事実上不可能な場合」という（客観的な状況に照らしてある一定の社会的な事実について評価を行うという意味においての）客観的なメルクマールを用いた解釈手法と言えるが、この解釈を保険事故の場合に当てはめれば、保険給付請求権者が保険事故の発生を知らず、かつ保険事故が発生した当時の状況において保険給付請求権を行使することが事実上不可能である場合には、その状況が止み、現実に保険事故の発生を知った時が起算点となる。このような解釈は、結論においては、客観的起算点について権利行使の現実的期待可能性を考慮した判例（前記最判平成15年12月11日）の立場と変わらないように思われる。保険法が保険給付請求権等について短期の消滅時効を定めたのは、保険事故の発生から相当の期間が経過した場合に、事故発生の状況や損害の調査等が非常に困難となることなどを考慮して、保険契約をめぐる法律関係の早期の確定を図るためだと考えられるが、主観的起算点の解釈に際しもっぱら当事者の主観的な認識のみを考慮すると、主観的起算点が遅くなりすぎるおそれがあるので、仮に保険法上主観的起算点を用いられた場合でも、保険事故が発生した当時の客観的状況に照らした事実上の行使可能性という基準を取り入れて判断したほうが適切であるように思われる。

一方、主観的起算点を用いられた場合には、起算点である「知った時」が実際にいつだったかについては、時効を援用する保険者側において主張、立証する責任を負うことになるが、この起算点を明確にするために、保険事故の発生後、特に他人のためにする保険契約における被保険者（生命保険の場合には保険金受取人）に対して権利行使が可能であることを通知したほう（実務で言われている保険金請求の勧奨）が望ましいのではないかと考えられる。

## 5 法定利率

### (1) 変動利率

要綱第9の1は、変動制による法定利率<sup>42</sup>を定めるものである。これは、法改正時点における市中の金利水準というべき値（3%）を当初の法定利率として定めたいうえで（本文1(2)）、市中の金利の変動を適切に反映する指標（基準割合という）を選び（本文1(5)）、その増減を従前の法定利率に反映する（本文1(4)）とするものである。

基準割合の算定には、国内金融機関の貸出約定平均金利（新規・短期）の一定期間における平均値が用いられている。これは、金融機関が、国民一般から預金を受け入れるとともに、間接金融の中心的役割を果たしており、金融機関が行う貸付けの利率の変動が、市中における金利の一般的な動向を表す指標として適切だと考えられるからである<sup>43</sup>。また、ある一時点における金利を参照すると、その時点の特殊事情に左右される傾向が極めて強いため、一定期間の金利の平均値を参照する方が適切であるところ、60か月の平均を利用したシミュレーションの結果によれば、短期的な政治的・経済的な出来事の影響を捨象しつつ、金利変動の大まかな傾向を反映させることができると考えられることから、変動の頻度を抑制しつつ金利の動向を適切に反映させる観点から、基準割合は、貸出約定平均金利の60か月の平均を計算して定めることとされている<sup>44</sup>。さらに、市中の金利は、様々な政治的・経済的要因を織り込みながら日々変動しているが、法定利率においては、制度の安定性や簡明性等も重視する必要があることから、法定利率の見直しの頻度は3年に1度とされている<sup>45</sup>。

要綱では、商法514条を削除することとされているが、民法上の法定利率を変動制に改めた場合には、これと異なる商事法定利率を別途定める合理性は失われることから、商法514条を削除し、商取引についての法定利率を改正後の民法の規律に委ねる趣旨である<sup>46</sup>。

### (2) 中間利息控除

要綱第9の3は、中間利息控除の場合の法定利率を定めるものである。

中間利息控除については、判例は、「損害賠償額の算定に当たり、被害者の将来の逸失利益を現在価額に換算するために控除すべき中間利息の割合は、民事法定利率によらなければならない」としており（最判平成17年6月14日民集59巻5号983頁）、現在は法定利率を用いた実務が運用されている。法定利率を変動制に改めた場合には、中間利息控除に用いる

---

<sup>42</sup> 法定利率が適用される具体的な場面としては、民法上、①利率を定めずに利息を付す旨を合意した場合（民法404条）、②金銭債権の不履行の場合における損害賠償の遅延損害金を算定する場合（民法419条1項）、③不当利得として利息を返還する場合（民法704条）がある。このうち、②の債権としては、契約により発生する債権のほか、いわゆる法定債権（事務管理、不当利得、不法行為を原因とする債権）がある。

<sup>43</sup> 部会資料81B・3頁。

<sup>44</sup> 部会資料81B・4頁。

<sup>45</sup> 部会資料81B・4頁。

<sup>46</sup> 部会資料82-2・2頁。

割合についても、変動する法定利率を用いることになる。

中間利息の控除は、将来において取得すべき利益（例えば、被害者が事故に遭わなければ将来取得していたであろう収入）についての損害賠償額を定める場合のみならず、将来において負担すべき費用（例えば、被害者が将来負担することとなる介護費用）についての損害賠償額を定める場合にも行われているが、要綱では、後者の場合については特段の定めを置いていない。これは、認められないという趣旨ではないので<sup>47</sup>、前者の場合に準じて扱われるものと考えられる。

中間利息控除は、自動車の対人賠償保険等における保険金の支払いに大きく影響してくるのは、言うまでもないが、例えば、施設賠償責任やPL保険などの保険期間が長期にわたる賠償責任保険においても、保険期間中に法定利率が変動することにより、中間利息控除に影響が生じて、支払保険金額が増大するという事態が生じうる可能性もある。保険期間中における法定利率の変動は、社会経済情勢等の外部環境の変化に依存するので、その予測はもとより困難であり、一般論として、保険期間中であっても、それが保険料率に影響を及ぼすものであると認められる限り、料率の変更はやむを得ないものと言える。ただ、実際には、保険料を何割引き上げなければならないのか、保険料の算出はかなり困難ではないかと考えられる。前記のような保険契約は消費者契約ではないとはいえ、一方的に、事後的に契約の相手方の不利益に変更するのは、やはり問題がないとは言えないので、契約の相手方にとっての予測可能性を確保するという観点からは、保険契約上明記しておいたほうが適切ではないかと考えられる。例えば、事前に、保険約款において、保険料調整条項、つまり、保険期間中における法定利率の変動に伴う支払保険金額の増大に応じて保険料率を見直す可能性がある旨の条項を盛り込むといった方法が考えられそうである。

### (3) 法定利率の基準時

法定利率を変動制とする場合には、ある債権についてどの時点の法定利率を適用すべきかが問題となる。この点について、要綱第9の1(1)は、「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」、としている。これは、利息を生ずべき債権（元本債権）についての法定利率の適用の基準時を利息が生じた最初の時点とし、仮にその後法定利率が変動したとしても適用される法定利率は変わらないこととするものである。元本債権の存続中にこれに適用される法定利率が変わるとすると、事務的な負担が大きいとの指摘があったことを踏まえたものである。これによれば、1つの元本債権について生ずる利息の利率は、その元本債権に係る利息が最初に具体的に生じた一時点の法定利率に定まることになる。実務上、特約のない限り、利息は日々発生すると理解されているため、単に「利息が生じた時点」の法定利率としてしまうと、日々の利息の発生を指すと理解されてしまい、その結果、法定利率が変動すると1つの元本債権に適用される利率も変わるとの解釈を招くおそれがあることか

<sup>47</sup> 部会資料84-1・1頁参照。



ら、そのような解釈を防ぐため、「最初」という文言が付されている<sup>48</sup>。

また、要綱第9の2は、金銭債務の不履行についての損害賠償（遅延損害金）の額については、金銭債務の遅滞の時（民法412条参照）の法定利率によることとし、要綱第9の3は、中間利息控除に用いる利率については、損害賠償請求権が生じた時の法定利率によることとしている。不法行為についての損害賠償請求権については、一般に、不法行為時に発生し、直ちに遅滞に陥ると考えられているため、不法行為については、損害賠償額の算定と中間利息控除との両方について不法行為時の法定利率が適用されることになるが、いわゆる後遺症による逸失利益を算定する場合には、その症状が固定した時点で労働能力喪失期間や喪失率が確定し、損害額の算定が可能になるものの、その場合にも、障害の原因となった不法行為時が利率の基準時となる。仮に、このような場合に症状固定時が基準時となるものとする、症状固定時がいつであったかを巡って深刻な紛争を生じることから、一律に不法行為時とするのが適切だと考えられるからである<sup>49</sup>。

要綱案の取りまとめに向けた検討では、施行日前に債権が生じた場合について改正後の民法の規定を適用すると、当事者（債権者および債務者）の予測可能性を害する結果となることから、債権総則における改正後の規定については、基本的に、施行日以後に債権が生じた場合について適用し、施行日前に債権が生じた場合についてはなお従前の例によることとする考え方が示され、その例として、法定利率に関する規定のうち、利息および遅延損害金に関する規定については、利息または遅延損害金を生ずべき債権が施行日以後に生じた場合について改正後の民法の規定を適用し、施行日前にこれらの債権が生じた場合についてはなお従前の例によることとする考え方が示されていた<sup>50</sup>。

保険契約が成立した場合には、抽象的な保険金請求権が発生すると考えられているので、もし、このような経過措置が設けられた場合には、保険金請求債権に係る利息または遅延損害金については、債権が生じた日である契約成立日の規定が適用されることとなり、たとえ民法施行後相当の期間が経過した後に発生した保険事故に係る保険金の遅延損害金であっても、契約成立日が改正法の施行日前であれば、現行商法の6パーセントの法定利率が適用されることになりそうである。しかし、保険契約の成立により発生する保険金請求権はあくまでも抽象的、未必的な債権であり、保険事故が発生しなければそもそも具体的な債権に転化することはないのであるから、保険事故の発生によって具体化する債権として、その発生時における法定利率を適用するのが合理的であるように思われる。そこで、この問題の対応策として、前記経過措置が設けられた場合には、その特則として、保険金請求債権については、保険事故発生時を「債権が生じた時」とみなすという規定を設けたほうが妥当であるように思われる。

---

<sup>48</sup> 部会資料81B・7頁。

<sup>49</sup> 部会資料81B・7頁。

<sup>50</sup> 部会資料85・2頁。

## 債権譲渡

伊藤 雄司(上智大学)

### 1 はじめに

本稿は、債権譲渡に関する要綱の規律(民法〔債権関係〕の改正に関する要綱第19)について検討を行うものである。以下においては、便宜上、債権譲渡に関する要綱の記述を引用した上で、これにコメントを加えるという形式によることとする。

### 2 譲渡制限の意思表示の効力

要綱第19 債権譲渡

1 債権の譲渡性とその制限(民法第466条関係)

(1) 譲渡制限の意思表示の効力

民法第466条第2項の規律を次のように改めるものとする。

ア 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。

イ アに規定する場合には、譲渡制限の意思表示があることを知り、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当該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。

(1) 現行法と要綱の規律との相違

民法466条は、第1項において原則として債権はこれを自由に譲渡することができる旨を定め、第2項において、これと反対の意思表示(譲渡禁止特約)により当事者が自由譲渡性の例外を定めることを認めている。譲渡禁止特約は通説によれば、いわゆる物権的効力を有するものとされ、判例もこの立場であると評価されている<sup>1</sup>。すなわち、特約に違反して債権が譲渡された場合には譲渡の効力は生じない。ただし、民法466条2項ただし書きは、譲渡禁止の意思表示は「善意の第三者に対抗することができない」旨を定めており、譲渡禁止特約の物権的効力は善意の譲受人との関係では貫徹されているわけではない。

これに対して、今般の債権法改正においては、このような規律が中小企業の金融の円滑化を損なっているとの問題意識から、譲渡禁止に関する規律を見直すこととされた。要綱においては、譲渡禁止特約(「譲渡制限の意思表示」<sup>2</sup>)にかかわらず、債権の譲渡は「効力

<sup>1</sup> 判例・学説の評価について、西村信雄編『注釈民法(11)債権(2)』365頁〔植林弘〕(有斐閣、1965)、中田裕康『債権総論〔第3版〕』526頁(岩波書店、2013)。

<sup>2</sup> 中間試案において「譲渡制限特約」という言葉が用いられていた。譲渡自体は許容するものの、譲渡がされた場合には、悪意ないし重過失の譲受人に対しては履行を拒絶できるなどの中間試案が予定する限度での制約がある旨の合意を含む趣旨の用語であるという。(「民法(債権関係)の

を妨げられない」ものとされ(要綱第19-1-(1))、ただし、譲渡禁止特約(譲渡制限の意思表示)の存在について悪意ないし重過失である第三者に対しては、債務者は債務の履行を拒みうることを、また、譲渡人に対する弁済等を当該第三者に対抗することができることが定められている。そして、このような規整は、『債権者』ではなくなった譲渡人に対する弁済等が有効である」ことを前提とするものであるとされる<sup>3</sup>。現行民法においては、譲渡禁止特約に反する債権譲渡は無効であるのに対して、要綱案においては有効であるとするものであるから、譲渡禁止特約の効力についての原則的な立場は180度異なるものであり、一見その違いは大きいようであるが、結局のところ具体的な帰結としてはそれほど違いはないように思われる。まずは、この点を確認しておきたい。

(2) 譲渡禁止特約(譲渡制限の意思表示)がある債権が譲渡された場合、債務者は、譲渡人・譲受人のいずれに弁済すべきか。

(i) まず、現行法に関する通説である物権的効力説を前提とした場合に債務者は誰に対して弁済をしなければならない(ないし、弁済をすることが許される)のかを検討する。

① 譲渡禁止特約の存在について譲受人が悪意である場合<sup>4</sup>については、債権譲渡は効力を生じていないのであるから、債権者は譲渡人であり債務者は譲渡人に弁済をすることを要するということになるであろう。この場合、譲受人は純然たる無権利者であるから、この者に弁済をしたとしても弁済の効力は生じないはずである。

② 譲渡禁止特約の存在について譲受人が善意である場合、債務者は譲渡禁止特約を譲受人に対抗し得ない。この結果、債務者は譲受人に対して弁済をすることを要する。この場合、理屈の上では、譲渡人が依然として債権者であるともいえそうであるが、一般に、善意の第三者が債権を譲り受けたときは債権は確定的に譲受人に移転するものと理解されている<sup>5</sup>。

(ii) 次に、要綱の立場ではどうなるか。

① 譲渡禁止特約(譲渡制限の意思表示)について譲受人が悪意である場合、債務者は、譲渡人に対して弁済をすることができ(要綱第19-1(1)イ)、これによる債務の消滅を譲受人に対抗することができる。他方、債権譲渡自体は有効になされており、譲受人が債権者であることから、債務者は譲受人に対して弁済をすることも可能であろう。そうであるとする

---

改正に関する中間試案の補足説明(平成25年4月)237頁。)「要綱案のたたき台」の段階においてもこの説明は基本的に維持されており(部会資料74A・4頁)、要綱における「譲渡制限の意思表示」も同じ趣旨に基づく表現であると解される。なお、部会での審議においては、このような特約に加えて、譲渡したときには違約金を支払うなどの合意がなされた場合には当事者間における債権的な特約として有効であるとの理解も示されている(第83回議事録31頁〔内田貴発言〕)。

<sup>3</sup> 潮見佳男「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の概要」金法2003号22頁(2014)。

<sup>4</sup> 重過失である場合も含む。以下においても特に断らない限り同様である。

<sup>5</sup> 我妻栄『新訂債権総論(民法講義IV)』524頁(岩波書店、1964)は、「善意の第三者が譲り受けるときは債権は移転する」とし、能見善久=加藤新太郎編『論点体系判例民法4債権総論[第2版]』351頁〔野澤正充〕(第一法規、2013)は、「譲受人が債権譲渡禁止特約について善意かつ無重過失である場合には、債権譲渡は有効となる」と述べる。

と、この場合、債務者は譲渡人・譲受人のいずれに対して弁済をすることが可能であり、いわば選択権を有することになると思われる。

②譲受人が譲渡禁止特約(譲渡制限の意思表示)について善意である場合、譲渡禁止特約の存在は意味を有せず、譲受人が債権者であるとの原則のみが残ることになる。この場合、債務者は譲受人にのみ弁済をすることが許されることになろう。

このようにしてみると、現行法の立場と要綱の立場では、譲受人が善意の場合((i)②、(ii)②)においては、譲受人にのみ弁済が可能であるという点で同じであり、悪意の場合((i)①、(ii)②)の規律が異なるだけ、ということになりそうである。しかし、譲受人が悪意である場合についても、現行法の立場と要綱の立場の違いは実質的には余り存しないことになる可能性がある。

なぜならば、判例は、譲渡禁止特約が債務者の利益のためになされるものであることを理由に、債務者が債権譲渡を承諾すれば譲渡禁止が解除されるとしているからである<sup>6</sup>。したがって、少なくとも、債務者は譲渡禁止特約に反する譲渡を承諾することによって譲受人に対して弁済をすることが可能である。また、先例は見あたらないものの、債務者が譲受人に弁済をしたという事実から、債権譲渡についての黙示の承諾を読み取ることは十分に可能であると思われる。なお、仮に債権譲渡に関する債務者の承諾を認定できないとしても、判例によれば、「譲渡禁止の特約に反して債権を譲渡した債権者は、同特約の存在を理由に譲渡の無効を主張する独自の利益を有しないのであって、債務者に譲渡の無効を主張する意思があることが明らかであるなどの特段の事情がない限り、その無効を主張することは許されない」ものとされている<sup>7</sup>ことから、いずれにしても、譲受人に対する弁済が結果としては有効と扱われることになるのではないと思われる。

(3) 譲渡禁止特約(譲渡制限の意思表示)が存在する状況で債権譲渡がなされた場合における譲渡人・譲受人の関係

譲受人が譲渡禁止特約について悪意である状況で、債務者が譲渡人に対して弁済を行った場合、譲渡人・譲受人の関係はどのように処理されるであろうか。

(i) 現行法においては、おそらく、譲渡人が弁済を受けること自体は、譲渡人が債権者である以上、不当利得には該当しないであろう<sup>8</sup>。ただし、債権譲渡が無効とされる結果、原因行為(例えば、債権の売買であれば売買契約)は無効、あるいは、履行不能により解除

<sup>6</sup> 最判平成9年6月5日民集51巻5号2053頁、最判昭和52年3月17日民集31巻2号308頁。

<sup>7</sup> 最判平成21年2月27日民集63巻3号449頁。事案は、譲渡禁止特約付債権(請負代金債権)について債権譲渡(債権譲渡担保契約)がなされ、債務者が債権者不確知を理由として供託したというものである。譲渡人、譲受人のいずれが供託金還付請求権を有するかが争われた。

<sup>8</sup> 債権譲渡が譲渡の当事者間では有効であるとする相対的無効の構成によれば別論であろうが、最判平成21年・前掲注(7)もそこまで述べるものではない。

され得るものとなり<sup>9</sup>、原因行為においてなされた反対給付につき不当利得による処理がなされることになると思われる。

(ii) 要綱の立場においては、譲受人が債権者であることから、譲渡人の弁済受領は不当利得と評価され、譲受人は譲渡人に対して不当利得返還請求権を行使しうるものと解されるようである<sup>10</sup>。

(iii) 両者を比較した場合、金額は異なりうるものの、いずれにしても譲受人は譲渡人に対する請求をすることになる。譲渡禁止特約(譲渡制限の意思表示)が付された債権を譲り受けた者は、最終的に譲渡人にかか行かざるを得ないという点では、両者はそれほど大きな違いはないと考えられる<sup>11</sup>。

#### (4) 譲渡禁止特約を主張することができる者

もつとも、現行民法の立場(物権的效果説)と要綱の立場(債権的效果説・相対的效果説<sup>12</sup>)との間で違いが生ずる可能性がある点はいくつか考えられる。例えば、譲渡禁止特約を主張することができる者の範囲については違いが生じよう。

(i) 現行法においては、譲受人が譲渡禁止特約について悪意である場合については、債権譲渡の効力が生じないのであるから、これを主張することができる者の範囲には制約がないと考えるのが素直である。ただし、前述のとおり、最判平成21年3月27日<sup>13</sup>は、譲渡禁止特約に違反して債権を譲渡した債権者は、特段の事情がない限り譲渡の無効を主張することはできないとしている。

譲渡人以外の者についてはどうか。上記最判の論理が、譲渡禁止特約が債務者の利益のためのものであることを理由とするものであることからすれば、原則として債務者以外が

---

<sup>9</sup> 原始的不能となるか、瑕疵担保責任の問題として扱われる可能性がある。深く詰めているわけではないが、さしあたり、第7回議事録11頁の議論参照。

<sup>10</sup> 要綱仮案(要綱と実質的な違いはない)についてのものだが、「債権法改正と金融実務への影響」金法2004号27頁〔岡本雅弘発言、山野目章夫発言〕。山野目発言は以下のとおり。「〔譲渡人と譲受人の関係〕については、要綱仮案で明示のルールが設けられることは予定されておりません。予定されていないということは、譲渡人と譲受人の間において行われた法律行為のルールに従って一般的に処理されるということでもありますから……不当利得の関係が生ずるとか、あるいは、債権を目的とする売買契約の当事者間において働くべきルールの問題として処理されるということになるのではないのでしょうか。」

<sup>11</sup> 現行制度の問題点として、「譲渡禁止特約が物権的効力を有するという理解を前提とすると、譲渡禁止特約付債権による資金調達の場合には、最終的に債務者の承諾が得られないと譲渡人に債権の買戻しを求めなければならなくなるため、債務者の信用力だけでなく譲渡人の信用力を勘案する必要が生ずることが指摘されている(「部会資料74A」3頁)。しかし、要綱の規律の下でも、譲渡人に弁済がなされた場合における譲受人の不当利得返還請求権の実現は譲渡人の資力に依存することになるからこの点は変らないのではなかろうか。

<sup>12</sup> 「相対的効力」の意義としては、譲渡禁止特約の効力として「譲渡は完全に有効である、ただ、債務者は弁済の相手方を固定できる」という制度が念頭に置かれている(第45回会議議事録19頁〔内田貴発言〕)。

<sup>13</sup> 前掲注(7)。

譲渡禁止特約の存在を主張することはできないと解すべきもののようにも思われる<sup>14</sup>。もっとも、学説は、同最判について必ずしもそのように解しているわけではなく、「無効の主張権者を原則として債務者に限定する趣旨までは含んでいない」<sup>15</sup>とする見解も有力である。同判決の判示からは、「独自の利益」を有する者は無効の主張が許されると解しうることを理由とする。具体的には、債権者の破産管財人<sup>16</sup>や同一債権の差押債権者<sup>17</sup>などが問題とされている。

(ii)要綱においては、債務者のみが譲渡禁止特約を根拠とした主張をなし得ることは明らかであると思われる。譲渡人の債権者が譲渡の対象となった債権を差し押さえた場合については、譲受人と差押債権者との間で対抗の問題が生じるが、譲受人が対抗要件を先に具備している場合に差押債権者が譲渡の無効を主張することはできないものと解される<sup>1819</sup>。

#### (5) 悪意・重過失の意義

現行民法は、譲渡禁止特約の効果につき、「善意の第三者に対抗することができない」と定めるのみであるが、判例(最判昭48. 7. 19民集27巻7号823頁)は、「重大な過失は悪意と同様に取り扱うべきものであるから、譲渡禁止の特約の存在を知らずに債権を譲り受けた場合であっても、これにつき譲受人に重大な過失があるときは、悪意の譲受人と同様、譲渡によつてその債権を取得しえないものと解するのを相当とする」と述べ、重過失を悪意

<sup>14</sup> 高橋謙「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成21年度』257頁は、同最判は「債務者に無効を主張する意思がない場合には、原則として、他の者が無効を主張する利益はないと判断したものと推測される」旨述べている。なお、以下の議論については、部会資料37・9頁以下も参照。

<sup>15</sup> 角紀代恵「判批」ジュリ1398号94頁(2010)。同旨、池田真朗「判批」金法1905号28頁。譲渡禁止特約についての物権的效果説を前提とした上で、最判の実質的根拠を「禁止特約を破って譲渡した譲渡人が、自ら譲渡禁止特約を理由に譲渡の無効を主張すること」が信義則違反に該当することに求めるという発想に基づくようである(池田真朗「債権譲渡禁止特約と譲渡人からの援用の否定」金法1873号14頁(2009)参照)。

<sup>16</sup> 「破産手続は、強制的に破産者〔譲渡人〕の全財産を管理換価して、総債権者に公平な金銭的満足を与えることを目的とする裁判上の手続であり、破産管財人は、破産裁判所から選任されて、破産債権者の共同的満足の引当てとしての破産者の総財産を把握し、これをもって形成される破産財団の代表機関となり、破産財団の管理処分権限を専有してその管理、換価、配当等を実施するのであって、破産者の代理人ではなく、破産者とは別個の立場に立つものであるから、本件債権譲渡禁止特約を援用して本件債権譲渡の無効を主張し得ることは明らかである」とする裁判例として、東京高判平成16年10月19日金法1754号75頁。

<sup>17</sup> 高橋・前掲「判解」260頁(注8)は、差押債権者と譲受人の間では対抗問題となるとするが、東京地判平成24年10月4日判タ1387号216頁は、差押債権者は「独自の利益」を有するとしている。

<sup>18</sup> 部会資料74A・6頁(4)ウ)。

<sup>19</sup> 中間試案においては、「譲受人がその債権譲渡を第三者に対抗することができる要件を備えた場合において、譲渡人の債権者が当該債権を差し押さえた」場合には、債務者は、譲渡制限特約を譲受人に対抗できないものとするとの提案がなされていた(債権譲渡1(4)エ。なお、この他、ア債務者の承諾、イ譲受人による譲渡人に履行すべき旨の催告、ウ譲渡人に倒産手続開始決定があったことが挙げられており、要綱仮案においては、結局ウのみが維持されたことになる)。この規律を採用した場合については、「民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明」239頁(設例3)参照。

と同視する。要綱仮案の立場は、「従来、譲渡禁止特約によって保護されていた債務者の利益は、基本的に保護する必要がある」<sup>20</sup>ということから、譲渡禁止特約(譲渡制限の意思表示)を「悪意または重大な過失によって知らなかった第三者」に対抗しうるものとしたものと考えられ、要綱はこれを受け継いだものと考えられる。このことから、悪意・重過失の意義(とりわけ重過失の認定)については、変更がないものと解するのが穏当であろう。もっとも、理論的には重過失の認定に変更が生ずる可能性を考えることができないわけではない。

現行法の論理は、譲渡禁止特約の物権的効力を前提に、「表見的なものの信頼を保護して取引の安全をはかる」制度として説明される<sup>21</sup>。したがって、譲受人がどのような主観的態様であれば保護されるかについては、譲渡禁止の物権的効力という建前と取引安全の保護の調和において決定されることになるであろう。これに対して、要綱の立場は、理論的な観点からは明瞭とは言い難い。債権の自由譲渡性という原則を前提に、譲渡禁止特約によって達成されるべき弁済先固定などに係る債務者の利益の保護を譲受人が悪意・重過失である場合に限って認めたものということになるであろうか。そうであるとすると、抽象的には債務者の利益保護の必要性和譲受人保護の必要性との衡量ということになりそうである。前者についていえば、そもそも譲受人の主観的態様によって左右される弁済先固定の利益は現行法及び要綱のいずれにおいてもどこまで保護されているといえるのか疑わしい面がある。後者については、要綱においては現行法より高く評価されているともいえる。そうであるとすれば、重過失の認定については、より限定的に考えるという方向性もあり得ないではない<sup>22</sup>。

なお、現行法についていえば、重過失の判断は、(イ)債権譲渡特約を付されることが一般の取引慣行となっているかという点や(ロ)譲受人の属性などに注目してなされる傾向にある。例えば、(イ)としては、「継続的かつ大手運送業者の締結する運送契約においては、債権譲渡禁止特約が定められる場合が一般的であり、運送契約に利害関係を有する者には周知されたものと認められ」る(長野地裁松本支部判平成18年1月9日訟月52巻8号2675頁)、「テレビ局がテレビ番組製作会社にテレビ番組の製作を発注する場合には、書面により契約書を取り交わしているのが通例であり、その契約書には、ほとんどの場合、債権譲渡等を禁止する旨の特約が記載されている」(東京地判平成10年5月6日金法1544号77頁)、などとするものがあり、(ロ)としては、「債権回収の一手段として債権の譲渡を受ける場合には、当該債権の内容や特約の有無についても十分調査することは金融業者としては当然」(前掲

---

<sup>20</sup> 部会資料74A・4頁。

<sup>21</sup> 我妻・前掲注(5)524頁。このような見地からは、譲受人は無重過失のみならず無過失を要求されると解するのが自然である(我妻・前掲箇所)。判例が無重過失を要求する理論的根拠は必ずしも明らかではないが(野村豊弘「判批」ジュリ565号56頁(1974))、債権譲渡の自由を重視したものと考えられる(中田・前掲注(1)525頁参照)。

<sup>22</sup> 部会資料37・6頁記載の【乙案】においては、特約に対抗できる者を悪意の譲受人に限定する旨の提案もなされていた。

長野地裁松本支部判平成18年)とするものや、売掛債権担保融資を業として行っている会社であることを重視した事案(東京高判平成16年10月19日金法1754号75頁)、また、「銀行は、独占的に銀行取引を業とする組織体として、銀行取引とりわけ融資及び担保に関し、実務上及び法律上の高度な専門的知識・経験並びにこれらの点に関する高い調査能力を有している」(大阪高判平成16年2月6日判時1851号120頁。重過失を認定。最判平成16年6月24日金法1723号41頁において上告棄却・不受理)<sup>23</sup>とするものなどがある<sup>24</sup>。

### 3 悪意の譲受人に対する譲渡制限の意思表示の対抗

要綱 第19

1(2) 譲渡制限の意思表示を悪意又は重過失の譲受人に対抗することができない場合

譲渡制限の意思表示を悪意又は重過失の譲受人に対抗することができない場合について、次のような規律を設けるものとする。

(1)イの規定は、債務者が債務を履行しない場合において、(1)イ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。

本規定はいわゆるデッドロック状態を解消するためのものであると説明される<sup>25</sup>。すなわち、悪意の譲受人に債権が譲渡された場合、債務者は譲受人に対する履行を拒絶することができるが、他方で、要綱の規律の下では債権譲渡の効力自体は生じているとされる結果、譲渡人は債権者ではなく履行を請求することはできないと解されるし、また、譲渡人としてはそのインセンティブもない<sup>26</sup>ことが考えられる。このような状態を解消するための規律

<sup>23</sup> 本判決は、部会資料37・7頁で引用されており、そこでは、譲受人に譲渡禁止特約の有無についての調査義務を課するような判示が資金調達の促進の観点から問題があるとの指摘がある旨述べられている。もっとも、本件は、譲受人たる銀行が譲渡禁止特約の有無につき何ら確認をしていないという事案であり、判示は譲受人に高度な調査義務を課したものと読めない。また、確認を怠っていたことを重過失の認定において言及するのは、従来からの裁判例の傾向(例えば、東京地判昭和42年7月1日判タ210号206頁)であり、理論的にも悪意と区別して重過失を論ずる以上、当然なのではないかと思われる。

<sup>24</sup> 代理店手数料にかかる保険会社の債務について譲渡禁止特約(譲渡制限の意思表示)が付されている場合についても、(現行法の判断枠組みが維持される限り)譲渡禁止特約が付されていることについての周知性と譲受人の属性が重過失の判断にあたっては考慮されることになろう。譲渡禁止特約についてインターネットなどで開示していることは重過失を認定する方向に働く事情ではあるが、決定的なものではないと思われる。なお、将来発生すべき代理店手数料債権が譲渡された場合については、将来債権譲渡(要綱第19-2)に従って対抗要件具備より後に譲渡禁止特約が付されたときには譲渡禁止特約を譲受人に対抗できないということにもなりそうである。譲渡禁止特約が付されることが一般的であり、譲受人もこれを知っている場合につき、このように解することは疑問もある。将来の代理店手数料債権を、すでに発生している(保険契約の成約を停止条件とする)債権と考えることになろうか。

<sup>25</sup> 潮見・前掲注(3)23頁。

<sup>26</sup> 部会資料37・19頁。なお、24頁参照。また、第7回議事録19頁以下〔中井康之発言〕。



と理解されよう<sup>27</sup>。

#### 4 債務者による供託

要綱 第19

##### 1(3) 譲渡制限の意思表示が付された債権の債務者の供託

譲渡制限の意思表示が付された債権の債務者の供託について、次のような規律を設けるものとする。

ア(ア) 債務者は、譲渡制限の意思表示がされた金銭の給付を目的とする債権が譲渡されたときは、その債権の全額に相当する金銭を債務の履行地（債務の履行地が債権者の現在の住所により定まる場合にあっては、譲渡人の現在の住所を含む。イにおいて同じ。）の供託所に供託することができる。

(イ) (ア)の規定により供託をした債務者は、遅滞なく、譲渡人及び譲受人に供託の通知をしなければならない。

(ウ) (ア)の規定により供託をした金銭は、譲受人に限り、還付を請求することができる。

イ ア(ア)に規定する場合において、譲渡人について破産手続開始の決定があったときは、譲受人(ア(ア)の債権の全額を譲り受けた者であって、その債権の譲渡を債務者その他の第三者に対抗することができるものに限る。)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ときであっても、債務者にその債権の全額に相当する金銭を債務の履行地の供託所に供託させることができる。この場合においては、ア(イ)及び(ウ)の規定を準用する。

現行法の下で、譲渡禁止特約の付された債権が譲渡された場合、債務者は、特約について譲受人が悪意であるかどうか不明である場合には、譲渡禁止特約の物権的効力を前提とすれば、譲渡人・譲受人のいずれが債権者であるかが不明であることになり、債権者不確知(民法494条後段)を理由に供託をなし得る<sup>28</sup>。

要綱の規律の下では、譲渡禁止特約が付されていたとしても譲受人が債権者となるので、債権者不確知を理由とする供託はなしえない<sup>29</sup>。要綱第19-1(3)アは、このような場合についても債務者が供託できるとしたものであり、あらたな供託原因を創出したものと評価される。

現行法と要綱の規律との違いとして、要綱の規律の下では債務者(弁済者)の過失(民法

<sup>27</sup> 「債務者が履行を遅滞している場合にまで、譲受人の債権回収の必要性を犠牲にして譲渡制限特約によって債務者の利益を保護する必要はない」ことも理由としてあげられる(「部会資料74A・5頁」)。

<sup>28</sup> 中田・前掲注(1)381頁、部会資料74B・9頁。

<sup>29</sup> 白石大「債権譲渡—譲渡制限特約・対抗要件」『債権法改正の論点とこれからの検討課題』(別冊NBL147号(2014))123頁、潮見・前掲注(3)23頁。

494条後段)の有無が問題とされないこと<sup>30</sup>、また、債務者が譲受人の善意・悪意について知っている場合であっても供託をなし得ること<sup>31</sup>、を挙げることができる。現行法よりも供託をなし得る場合が広がることとなるが、要綱の規律の下ではそもそも債務者は譲受人が悪意かどうかを知り得ない場合には、譲受人に弁済すれば免責されるのであるから、敢えて供託を認める理由は乏しいように思われる。中間試案においてはみられない提案であり、なぜこのような規律の導入が検討されているのか、分かりにくい<sup>32</sup>。

## 5 譲渡制限の意思表示が付された債権に対する差押え

要綱 第19

### 1(4) 譲渡制限の意思表示が付された債権の差押え

譲渡制限の意思表示が付された債権の差押えについて、次のような規律を設けるものとする。

- ア (1)イの規定は、その債権に対して強制執行をした差押債権者に対しては適用しない。  
イ アの規定にかかわらず、譲渡制限の意思表示があることを知り、又は重大な過失により知らなかった第三者の債権者によって、その債権に対して強制執行がされたときは、債務者は、その債務の履行を拒むことができるほか、譲渡人に対する弁済その他の当該債務を消滅させる事由をもって差押債権者に対抗することができる。

債権の差し押さえに譲渡禁止特約の効力が及ばないことは判例(最判昭和45年4月10日民集24巻4号240頁)の示すところである。「私人がその意思表示によつて、債権から強制執行

<sup>30</sup> 潮見・前掲注(3)23頁。

<sup>31</sup> 裁判例には、譲渡禁止特約の付された債権が譲渡された場合には、「定型的・類型的に」債権者不確知に該当するとして供託をなし得るとするものがある(東京地判平成4年11月27日金法1362号46頁。同旨、磯村哲編『注釈民法(12)債権(3)』292頁〔甲斐道太郎〕(有斐閣、1970) )。譲受人の善意・悪意について知っていたとしても債務者は供託ができるとする見解と考えられるが、その当否は疑問であり、また、判例・学説上確立した見解とも言えないと思われる。

<sup>32</sup> 部会資料74B・9頁においては、「譲受人が善意無重過失であれば譲渡人に弁済をすることができなくなるという点で、債務者が弁済の相手方の判断に迷うという状況には改正の前後で変化がない」ことがこのような規律を導入する理由としてあげられている。しかし、現行法の下で物権的効力説による帰結を貫徹した場合には譲受人が悪意である限り譲受人に弁済をすることができないのに対して、要綱の規律の下ではそうではないということからすれば、部会資料の記述に説得力があるようには思われない。もっとも、現行法を前提としても最判平成21年2月27日・前掲注(7)及び最判平成9年6月5日・前掲注(6)の判例法理の下では債務者は悪意の譲受人に弁済することで債務を消滅させることができると考えられるが、このことは、むしろ現行法の下で債権者不確知による供託が可能であるとの見解の正当性を疑わせる事情であるといえる。なお、「債権譲渡の対抗要件制度等に関する実務運用及び債権譲渡登記制度等の在り方についての調査研究報告書」5頁(平成25年3月)は、「債権譲受人と称して登場する反社会的勢力との関係を絶つという観点からも、明確な要件の下での供託の許容が重要であることが示唆されているように思われる」としている。要綱第19-1(3)アの規定の背景には、このような認識があるのかも知れない。しかし、そうであるとすれば、債権法改正の意図するところとは逆に、譲渡禁止特約を付することを推奨する結果とはならないか。

の客体たる性質を奪い、あるいはそれを制限できることを認めることになる」ことは不当であることなどを理由とする<sup>33</sup>。このような考慮は要綱の制度の下でも妥当するであろう。アの規律はこのような観点から説明されるものと解される<sup>34</sup>。

なお、譲渡禁止特約の付された債権譲渡も有効であり、譲受人が債権者であることから、譲受人の債権者が譲渡の対象となった債権を差し押さえることが考えられる。この場合、差押債権者には、譲受人が有する権利以上の権利を認める必要はない<sup>35</sup>。イの規律は、このような観点から説明される。

## 6 預貯金債権に係る譲渡制限の意思表示の効力

要綱 第19

### 1(5) 預金債権又は貯金債権に係る譲渡制限の意思表示の効力

預金債権又は貯金債権に係る譲渡制限の意思表示の効力について、次のような規律を設けるものとする。

ア 預金口座又は貯金口座に係る預金又は貯金に係る債権（以下「預貯金債権」という。）について譲渡制限の意思表示がされた場合において、そのことを知り、又は重大な過失によって知らなかった第三者がその債権を譲り受けたときは、

(1)アの規定にかかわらず、債務者は、譲渡制限の意思表示をもってその第三者に対抗することができる。

イ アの規定は、その債権に対して強制執行をした差押債権者に対しては適用しない。

預貯金債権について別途の扱いをすべきではないかとの議論は、部会の審議の場では採りあげられていたが<sup>36</sup>、中間試案では採りあげられていない。アは、「譲渡制限の意思表示」を対抗できるとするが、その趣旨は、現行法の規律を維持するものであり、悪意・重過失の譲受人との関係では譲渡が無効である(物権的無効)であるというものであるという<sup>37</sup>。判例法理上、預金に譲渡制限特約が付されていることは周知であり、譲受人は原則として悪意・重過失が認められるとの前提に立った場合、さらに、預金についてこのような規律をおく必要があるのか疑わしい面がある。このような規律の理由としては、①銀行のシステム構築・管理コストの問題、②頻繁に入出金が行われる膨大な預金口座を管理する銀行において円滑な払戻に支障が生じること、③預貯金口座はその性質上現金化されているも同然であること、が挙げられている<sup>38</sup>。

<sup>33</sup> 我妻・前掲注(5)524頁参照。

<sup>34</sup> 部会資料74A・5頁。

<sup>35</sup> 部会資料74A・6頁、潮見・前掲注(3)24頁。

<sup>36</sup> 第22回議事録5頁〔岡本雅弘発言〕。

<sup>37</sup> 潮見・前掲注(3)24頁。

<sup>38</sup> 潮見・前掲注(3)25頁。

## 7 将来債権の譲渡

要綱 第19

### 2 将来債権譲渡

#### (1) 将来債権の譲渡性

将来債権の譲渡性について、次のような規律を設けるものとする。

ア 債権の譲渡は、その意思表示の時に債権が現に発生していることを要しない。

イ 債権が譲渡された場合において、その意思表示の時に債権が現に発生していないときは、譲受人は、発生した債権を当然に取得する。

#### (2) 将来債権の譲渡後に付された譲渡制限の意思表示の対抗

将来債権の譲渡後に付された譲渡制限の意思表示の対抗について、次のような規律を設けるものとする。

民法第467条第1項の規定による通知又は承諾がされた時に債権が現に発生していないときは、その後にされた譲渡制限の意思表示については、1(1)イの規定は、適用しない。

(1)は、将来債権の譲渡が可能であることを示したものであり、判例の立場を明文化したものと見える。伝統的な学説においては、債権の発生が確実である場合に限り将来債権の譲渡を有効であるとしていたところ<sup>39</sup>、最判平成11年1月29日民集53巻1号151頁は、契約締結時において債権発生の可能性が低かったことは、契約の効力を当然に左右するものではない旨判示している。要綱は、この立場を踏襲していると考えられる<sup>40</sup>。

(2)は、将来債権の譲渡後に付された譲渡制限の意思表示の効力にかかわる規律である。東京地判平成24年10月4日判タ1387号216頁は、この問題につき、善意の判断基準時は債権譲渡の時点であり、譲渡後になされた譲渡禁止特約については、基準時における善意を論ずることは不可能であるとして、民法466条2項の適用を否定し、債権譲渡の効力が生じないとする。これに対しては、債務者の利益の保護に偏しており、譲受人の利益に対する配慮に乏しいとの批判があり、対抗要件が具備された時点と譲渡禁止特約が締結された時点の先後によって特約の効力を譲受人に主張することができるかを決すべきであるとの見解がある<sup>41</sup>。要綱はこの立場を採用したものと見える<sup>42</sup>。

<sup>39</sup> 能見ほか・前掲注(5)348頁 [野澤正充]。

<sup>40</sup> 潮見・前掲注(3)25頁。

<sup>41</sup> 石田剛「判批」私法判例リマックス48号28頁(2014)。

<sup>42</sup> 要綱仮案第19-2(2)と要綱で表現が異なる理由については、部会資料84-3・6頁参照。

## 8 債権譲渡の対抗要件

要綱 第19

### 3 債権譲渡の対抗要件（民法第467条関係）

民法第467条第1項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 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) (1)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。（民法467条2項と同文）

現行法からの変更は、将来債権譲渡に明示的に言及したことにとどまる。

## 9 異議をとどめない承諾の効果

要綱 第19

### 4 債権譲渡と債務者の抗弁（民法第468条関係）

#### (1) 異議をとどめない承諾による抗弁の切斷

民法第468条の規律を次のように改めるものとする。

ア 民法第468条第1項を削除するものとする。

イ 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。

ウ 1(2)の場合におけるイの規定の適用については、イ中「対抗要件具備時」とあるのは、「1(2)の相当の期間を経過した時」とし、1(3)イの場合におけるイの規定の適用については、イ中「対抗要件具備時」とあるのは、「1(3)イの規定により1(3)イの譲受人から供託の請求を受けた時」とする。

#### (1) 現行法と要綱の規律の相違

現行法は、債務者の承諾を通知と並んで、対債務者(民法467条1項)、対第三者(民法467条2項)の対抗要件と位置づけるほか、異議をとどめない承諾について抗弁を切斷する効果(民法468条1項)を認めている。要綱は、この抗弁切斷効の規定を削除するべきものとする。中間試案においても同旨の提案があり<sup>43</sup>、その根拠としては、「単に債権が譲渡されたことを認識した旨を債務者が通知しただけで抗弁の喪失という債務者にとって予期しない効果が生ずることが、債務者の保護の観点から妥当ではないという」考慮が挙げられていた。要綱の趣旨も同じとみることができよう。もっとも、債務者が意思表示により抗弁を放棄することは自由であるとされる<sup>44</sup>。

<sup>43</sup> 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」252頁。

<sup>44</sup> 潮見・前掲注(3)26頁。中間試案においては、当該意思表示は書面ですべきことが提案されていた。

そうであるとする、機能的には、「異議をとどめない承諾」と「抗弁放棄の意思表示」が対置されるものとなる。そこで、両者の相違について考察する。

(i) 相手方

現行法は「異議を留めない承諾という事実と公信力を与えて譲受人を保護し、指名債権譲渡の安全を図ろうとするもの」<sup>45</sup>であり、その法的性質は、観念の通知であると位置づけられる<sup>46</sup>。判例上は、質権設定に関する第三債務者の異議をとどめない承諾について、錯誤に関する民法の規定が類推適用されるものとされている<sup>47</sup>。承諾の相手方は譲渡人・譲受人のいずれでもよいとされている<sup>48</sup>。

これに対して、抗弁放棄の意思表示と位置づけるのであれば、錯誤など意思表示に関する民法総則の規定の適用があることは当然である。当該意思表示がどのようにしてなされるかについては、①譲渡人ないし譲受人を相手とする債務者の一方的意思表示(単独行為)や②譲渡人ないし譲受人と債務者との契約、③譲渡人・譲受人・債務者を当事者とする三面契約などによってなされることになるのであろうか<sup>49</sup>。

①債務者の一方的意思表示。民法519条は、債務免除の意思表示につき債務者を相手としてなすべき旨を定める。抗弁権の放棄も一方的に他人の利益となる法律効果を生じさせるという意味では、債務免除に類似する。そして、債権譲渡においては抗弁権の付着した債権が譲渡されていると解されることからすれば、債権譲渡がなされる前においては抗弁権は譲渡人に対するものであり、譲渡後においては譲受人に対するものということになる。このことからすれば、抗弁権放棄の意思表示は譲渡前は譲渡人を相手として、譲渡後は譲受人を相手としてなすべきことにならうか<sup>50</sup>。

②譲渡人・譲受人と債務者との契約。抗弁権の相手方が債権譲渡前においては譲渡人、債権譲渡後には譲受人であるとするれば、①におけるのと同様、債権譲渡前においては譲渡人と債務者との契約、債権譲渡後においては譲受人と債務者との契約によって抗弁権の放棄をすべきことになりそうである。もっとも、ドイツ法においては、債権譲渡の前後を問わず、譲渡人・債務者間の契約、譲受人・債務者間の契約のいずれによっても抗弁権の放棄をなし得ると解されているようである(ドイツ法については後に改めて言及する)<sup>51</sup>。

③三面契約。三面契約によって抗弁権の放棄をなし得ることは問題ないと思われる。

<sup>45</sup> 我妻・前掲注(5)537頁。最判昭和42年10月27日民集21巻8号2161頁

<sup>46</sup> 古い判例には、抗弁の放棄であるとするものがある。大判大正5年8月18日民録22輯1657頁。観念の通知であるとする判例として、大判昭和9年7月11日民集13巻1516頁。

<sup>47</sup> 最判平成8年6月18日判時1577号87頁。

<sup>48</sup> 我妻・前掲注(5)532頁、中田・前掲注(1)535頁。

<sup>49</sup> Vgl., MünchKomm/Roth §404 BGB Rn. 18(6. Auf1.).

<sup>50</sup> 西村編・前掲注(1)391頁〔明石三郎〕は、民法468条1項の承諾の意義につき「抗弁の放棄」と解する説によれば、譲渡前は譲渡人、譲渡後は譲受人が放棄の相手方となるという。ただし、その根拠は示されていない。

<sup>51</sup> Vgl., MünchKomm/Roth §404 BGB Rn. 18(6. Auf1.).

(ii) 譲受人の主観的態様

現行法においては、前述のとおり、譲受人保護のために法が異議をとどめない承諾に特別の効力を付与したものと理解される。したがって、譲受人は抗弁の存在につき善意であることを要する<sup>52</sup>。これに対して、抗弁放棄の意思表示においては、譲受人の善意は要求されないことになる。

(iii) 切断される抗弁

切断される抗弁としては、現行法上、広く債権の成立、存続若しくは行使を阻止排斥する事由を指すものとされる<sup>53</sup>。また、判例上、双務契約により生じた債権が譲渡された場合について、異議をとどめない承諾の後に解除権が発生した場合においても、原則として、抗弁は切断される<sup>54</sup>。

これに対して、抗弁権の放棄の構成による場合には、債権の不成立に関する事由の主張を放棄できるのか若干疑問がある<sup>55</sup>。

(iv) 異議をとどめない承諾の認定、抗弁権放棄の意思表示の認定・射程

異議をとどめない承諾については、その旨を積極的に表示することを要せず、特定の債権が譲渡されることについての明瞭な承諾であればよいとされている<sup>56</sup>。

他方、抗弁権放棄の意思表示は、理論的には黙示的なものが排除される訳ではないが、一般的には、慎重に認定されることになるのではないかと思われる。また、債務者にとつ

---

<sup>52</sup> 大判昭和9年7月11日・前掲注(46)、最判昭和42年10月27日・前掲注(45)。我妻・前掲注(5)538頁は、公信の原則の適用として、善意・無過失を要するのが当然であると論ずる。善意・無重過失を要求する見解として、能見ほか・前掲注(5)361頁。

<sup>53</sup> 大判昭和6年11月21日民集10巻1081頁

<sup>54</sup> 最判昭和42年10月27日(前掲注(45))。「報酬請求権が第三者に譲渡され対抗要件をそなえた後に請負人の仕事完成義務不履行が生じこれに基づき請負契約が解除された場合においても、右債権譲渡前すでに反対給付義務が発生している以上、債権譲渡時すでに契約解除を生ずるに至るべき原因が存在していたものというべきである。従つて、このような場合には、債務者は、右債権譲渡について異議をとどめない承諾をすれば、右契約解除をもつて報酬請求権の譲受人に対抗することができないが、しかし、債務者が異議をとどめない承諾をしても、譲受人において右債権が未完成仕事部分に関する請負報酬請求権であることを知っていた場合には債務者は、譲受人に契約解除をもつて対抗することができるものと解すべきである。」とした。同様の趣旨を述べる裁判例として東京高判昭和63年3月30日判タ684号213頁。

<sup>55</sup> 抗弁権の放棄の意思表示は、不成立や消滅により当該意思表示の時点で存在しない債権を新たに成立させる意思表示とは区別されると考えられるからである。ただし、大判大正5年8月18日(前掲注(46))は、異議をとどめない承諾を抗弁権放棄の意思表示とする理解に基づきつつ、弁済による債権消滅についても異議をとどめない承諾をした債務者は対抗できないものとした。ドイツ法においては、抗弁権の放棄が債務の承認(ドイツ民法781条)に該当することもあり得られる、例外的な場合に限られる(MünchKomm/Roth §404 BGB Rn. 19(6. Aufl.); Jauernig/Stürner, §404 BGB Rn. 7(13. Aufl.))。なお、ここにいう債務の承認は、要式行為であり、承認の意思表示は書面による必要がある。

<sup>56</sup> 我妻・前掲注(5)538頁。

て既知ではない抗弁<sup>57</sup>や未だ発生していない抗弁についての放棄の認定も慎重になされるべきことになろう<sup>5859</sup>。

## (2) いくつかの設例

### (i) 設例1

保険金請求権について債権譲渡がなされ、これについて保険会社が承諾(民法467条1項、要綱第19-3(1))を行った。当該承諾より前の時点において、保険料の未払いにより保険会社に保険契約につき解除権が発生していた。

**現行法の下での処理** 承諾が異議をとどめないものである場合、民法468条1項により抗弁が切断され、保険会社は譲受人に対して解除権の行使を対抗できないと考えられる。ただし、譲受人が保険料の未払いの事実を知っていた場合には、かかる譲受人は保護に値しないことから、解除権の行使を対抗できると解される。

**要綱の下での処理** 仮に保険会社が承諾と同時に、「債権の存続に関する抗弁を放棄する」旨の意思表示を行っていたとすれば、解除権の行使を対抗できないことになろう。これは保険会社の意思表示の効果によるものであり、公信の原則とは無関係であるから、保険料未払いの事実についての譲受人の善意・悪意は問われない。

### (ii) 設例2

保険金請求権について債権譲渡がなされ、これについて保険会社が承諾(民法467条1項、要綱第19-3(1))を行った。保険料は分割払いであり、当該承諾の後に保険料の未払いが発生した。

**現行法の下での処理** 承諾が異議をとどめないものである場合、最判昭和42年10月27日・前掲注(45)の考え方によれば、対抗要件具備後に解除権が発生してはいるものの、債権譲渡時にすでに「契約解除を生ずるに至るべき原因」があるものとして抗弁が切断されることになる。ただし、譲受人が保険料が分割払いであり、承諾の時点で弁済期の到来していない保険料債務が存在することを知っているのであれば、保険会社は契約解除をもつ

---

<sup>57</sup> 西村編・前掲注(1)391頁〔明石三郎〕は、民法468条1項の「承諾」を抗弁の放棄とする見解においては、抗弁放棄が有効となるのは、「債務者が知っているという狭い範囲に限られる」とする。

<sup>58</sup> MünchKomm/Roth §404 BGB Rn. 18ff. (6. Aufl.).

<sup>59</sup> 例えば、銀行から火災保険金に対する質権設定の承認請求が保険会社に対してなされた場合を考える。①「第三債務者たる〇〇保険会社は、当該保険金請求権につき譲渡することに、何ら問題ないことを確認します」、②「第三債務者たる〇〇保険会社は、当該保険金請求権が譲渡され、譲受人が権利行使をした場合には支払を拒絶することはありません」といった表明については、抗弁放棄の意思表示とみることには困難ではなかろうか。これに対して、③「第三債務者たる〇〇保険会社は、当該保険金請求権の成立・存続・行使阻止事由に関する抗弁を放棄します」といった表明がなされた場合については、包括的な抗弁の放棄とみるべきことになると思われる。



て譲受人に対抗できることになると思われる。

**要綱の下での処理** 設例1と同様、仮に保険会社が承諾と同時に、「債権の存続に関する抗弁を放棄する」旨の意思表示を行っていたとすれば、解除権の行使を対抗できないことになる。

(iii) 設例3

保険会社は被保険者所有の建物につき火災保険契約を締結した。この建物は焼失したところ、その数日後、被保険者は自らが借り入れた債務の担保として、火災保険金請求権の上に質権設定契約をし、保険会社は、この質権設定を承諾した。その後、火災は被保険者の放火によるものであることが判明した。(大阪地判昭和38年5月24日判時369号60頁を元にした例)。

**現行法の下での処理** 大阪地判昭和38年5月24日は、「……保険金請求権の上に被保険者が設定した質権についての第三債務者の承諾は、わざわざ、免責事由が存在すれば保険金を支払わない旨を明言しなくても、当然そのことを前提としているものである。たとえ、保険事故はすでに発生しておりその事実を保険者が知っていて承諾したとしても、同様である。したがって、保険者は質権設定に異議を止めずに承諾を与えても、発生した保険事故に免責事由があれば、これを主張することができ、その抗弁は質権者に対抗できる」とする。この判示は、異議を明示的にとどめなくとも、保険会社は黙示的には免責事由の主張について留保して承諾しているとの理解に立つものと思われる<sup>60</sup>。しかし、譲受人の信頼保護という民法468条1項の趣旨からして、黙示的な異議の留保を容易に認めてよいかは疑問であり、異議のない承諾により免責の抗弁は切断されることになるのではないと思われる。保険事故が発生した後で保険会社から異議をとどめない承諾がなされた場合、譲受人には免責事由が存在しないことについての信頼が生ずると考えられるからである。

**要綱の下での処理** 設例1と同様、仮に保険会社が承諾と同時に、「債権の存続に関する抗弁を放棄する」旨の意思表示を行っていたとすれば、当該意思表示が故意の事故招致による免責の抗弁の放棄を含むものかという意思表示の解釈の問題が生ずる。通常、保険会社が免責事由に関する主張を放棄することは考え難いではなかろうか。しかし、仮にこの点が肯定に解されるのであれば、保険会社は譲受人に対して免責の主張をなしえないことになりそうである。

もつとも、故意の事故招致について保険金を支払わないことについては公序の要請するところであるということからすれば、現行法の下でも、要綱の規律の下でも保険会社は譲

---

<sup>60</sup> 判決の表現からはこのように解することになると思われる。この他、質権者は保険金請求権を譲り受ける以上、免責事由があれば保険金は支払われないものであることについて知っている(質権者の悪意)を理由として抗弁の対抗を認める考え方があり得る。

受人に対して免責に主張をなし得ると考えることもできる<sup>61</sup>。

### (3) ドイツ法(参考)

ドイツ民法404条は、債権譲渡の場合においては、原則として抗弁が切断されない旨を定めているが、他方で、債務者が抗弁を放棄することは可能であると解されている。実務上は、譲受人の求めに応じて一定の書式による債務を承認する旨の表示がなされることが多いようである。当該表示がどのような法的意義を与えられるかは当該表示の解釈の問題であるとされる。例えば、「債権譲渡について承知しました。この債権は〔契約上の〕反対給付によって左右されるものではありません」といった不動文字による債務者の表明について、これを観念通知に過ぎないとしたもの(BGH Urt. v. 19. 6. 1985, WM 1985, 1177)もあれば、反対給付に関する抗弁権放棄の意思表示であるとしたもの(BGH Urt. v. 17. 11. 1969, NJW 1970, 321)もある。以下では、後者の事例を紹介する。

〔事実〕X(原告)は、Aに対して複数口のシューキーパーを発注したが、契約上、Aは商品をXの顧客であるB靴店に供給することになっていた。Aはこの契約に基づく代金債権をYに譲渡し、Yの要望により、XはYから送付された書式に次の内容の表明を行った。

「商品供給に基づく債権の譲渡について承知しました。債権は正当に存在するものであり、反対給付によってその存立が左右されるものではありません。……本債権に関する弁済はあなたに対してのみなされます。」

しかし、Aは表明がなされた時点において商品をBに引き渡しておらず、Xはこのことを知っていた。XはAに被譲渡債権につき支払を行ったが、商品はBに供給されることはなかった。このため、Xは契約解除の意思表示をした。Xは、不当利得に基づきYに支払った金額の返還を求めている。原審はXの請求を認容した。Y上告。

〔判旨〕破棄差戻し。

「債務者が譲受人に対して表明する、被譲渡債権についての『確認』や『承認』は、判例によれば、……抗弁の放棄を意味することがあり得る。……抗弁の放棄は、『確認』や『承認』を信頼して譲受人が譲渡人に信用を供与することを債務者が知っていたり知り得べきであった場合には特に存在する。原審の確定する事実によれば本件でもこのことは当てはまる。債務者の抗弁放棄を前提とすることができるか、また、どの範囲の抗弁が放棄されているのかは、解釈の問題である。たいていの場合、放棄は、債務者が知っているか考慮に入れなければならない抗弁についてのみ及ぶ。」

「原審は、Xが同時履行の抗弁権のみを放棄したのであり、反対給付がなされない場合に生じうる、……解除によって生ずる抗弁を一般に放棄したのではないと条項を解釈している。……たしかに、Xがシューキーパーの供給が一時的になされないことのみを考慮しており、

<sup>61</sup> 判例は、賭博債権の譲渡の場合につき、異議をとどめない承諾をした債務者も公序良俗による無効を主張できるとする(最判平成9年11月11日民集51巻10号4077頁)。要綱の規律の下でも、故意の事故招致による免責の主張を保険会社が放棄することはできない(民法90条によりそのような放棄の意思表示は無効である)と解することも可能であると考えられる。

最終的になされないということは計算に入れていなかった。……しかし、他者に対してなされた意思表示の解釈は、主として表意者の期待ではなく、意思表示の受領者がそれをどのように理解するに違いないか、を基準としてなされるべきである。……債務者が反対給付がまだなされていないということを知っているにもかかわらず保証を与えた場合、これによって当該債務者は、反対給付を受領しておらず、これにより不利益を被るという危険を引き受けるのであって、この危険を、債務者の約束の正しさを信頼し、これに基づいて行為した譲受人に転嫁することは許されない。」

「Xは商人であり、債権はもはや反対給付によって左右されないという表示によって反対給付がなされない場合の危険を引き受けたということを想定しなければならなかったのである。

このことは、YがXの表示が到達した時点において反対給付がまだなされていないということ的前提とするべきであったという場合であっても妥当する。なぜならば、Xは反対給付をすでに受領したという「観念の通知」をしたのではなく、反対給付がなされない場合に生じうる権利を放棄するという意思表示を行ったものであるからである。」

本判決は、債権譲渡を承知した、といった表示に、債務者が知っているか、考慮に入れるべきであった抗弁を放棄する意思表示としての位置づけを与えているが、これはドイツにおいては一般的な判例の傾向であるようである<sup>62</sup>。また、本判決が当該意思表示を受領者がどのように解釈するかを重視した点は、結果として公信の原則を採用する我が国の現行法と同様、債権譲受人の信頼を重視したものといえるし、さらにいえば、譲受人の抗弁権に関する善意・悪意を問題としない点では、我が国の現行法よりも譲受人の保護に厚いといえるのかも知れない。もっとも、このようなドイツ法の判例の傾向に対しては、「承知」については一般に観念通知と解すべきであって放棄の意思表示を認めるべきではない、また、譲受人がすでに知っている抗弁について放棄の効果を及ぼすことには厳格な要件を課すべきであるといった批判もある<sup>63</sup>。

---

<sup>62</sup> MünchKomm/Roth §404 BGB Rn. 20 (6. Aufl.). なお、本文に挙げたBGH1985年判決は、1965年判決におけるのと同様の不動文字の文言にかかわる事案であるが、被告（債務者）の署名及び商号のスタンプに「会計課」という付記がなされていたという事情があった。

<sup>63</sup> MünchKomm/Roth §404 BGB Rn. 21ff. (6. Aufl.).

## 10 債権譲渡と相殺

要綱 第19

4 債権譲渡と債務者の抗弁（民法第468条関係）

(2) 債権譲渡と相殺

債権譲渡と相殺について、次のような規律を設けるものとする。

ア 債務者は、対抗要件具備時より前に取得した譲渡人に対する債権による相殺をもって譲受人に対抗することができる。

イ 債務者が対抗要件具備時より後に取得した譲渡人に対する債権であっても、その債権が次に掲げるものであるときは、アと同様とする。ただし、対抗要件具備時より後に他人の債権を取得したものであるときは、この限りでない。

(ア) 対抗要件具備時より前の原因に基づいて生じた債権

(イ) (ア)に規定するもののほか、譲受人の取得する債権の発生原因である契約に基づいて生じた債権

ウ 1(2)の場合におけるア及びイの規定の適用については、これらの規定中「対抗要件具備時」とあるのは、「1(2)の相当の期間を経過した時」とし、1(3)イの場合におけるこれらの規定の適用については、これらの規定中「対抗要件具備時」とあるのは、「1(3)イの規定により1(3)イの譲受人から供託の請求を受けた時」とする。

ア、イ(ア)は、相殺と差押えと同様の規律を採用したもの、イ(イ)は差押えの局面以上に相殺への期待を保護したものであるとされる<sup>64</sup>。判例は、相殺と差押えの局面において、民法511条の解釈として無制限説を採っており、弁済期の先後を問わず、相殺適状に達しさえすれば第三債務者は相殺をなし得るとしている（最判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁）。アの規律はこれに相当しよう。相殺の合理的期待の保護という観点からは、イの規律が導かれるものといえるだろうか。イ(イ)の規律は、将来債権譲渡を念頭に置いたものである<sup>65</sup>。

<sup>64</sup> 潮見・前掲注(3)26頁以下。

<sup>65</sup> 潮見・前掲注(3)27頁。なお、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」253頁以下。



## 定型約款

木下 孝治（同志社大学教授）

### 1 はじめに

本稿は、最終的に「定型約款」という概念の下に規律されることになった、いわゆる約款または定型約款にかかる規律につき、中間試案以後、要綱に至るまでの審議経過をたどり、各提案の比較を行うとともに、要綱が提案する規律の解釈論上の課題を検討する。

### 2 約款・定型約款の意義

#### (1) 審議の経過

中間試案では、約款とは、「多数の相手方との契約の締結を予定してあらかじめ準備される契約条項の総体であって、それらの契約の内容を画一的に定めることを目的として使用するものをいうもの」とされていた。この定義案は、契約内容を画一的に定める目的に着目し、約款使用者がそれを使用する目的によって約款に該当するか否かを区別する考え方によるものである<sup>1</sup>。ここでは、事業者が作成する契約の「ひな型」については、それに基づいて交渉を行うことが予定して使用されるものであれば「約款」ではなく、交渉を予定しているか否かは、その契約条項を準備した者の目的によって定めるという考え方に立っていた。

約款にかかる一連の規律群を束ねる概念の表記は、第85回の部会資料75Bにおいて、「定型条項」と改めることが提案された。そして、「定型条項」の定義は、「約款その他いかなる名称であるかを問わず、当事者の一方が契約の内容を画一的に定めるのが合理的であると認められる取引において、その契約の内容とするために準備された契約条項の集合（当事者が異なる内容の合意をした契約条項を除く。）をいう」と提案された。ここで、用いる語を約款ではなく「定型条項」に改めた趣旨は、約款が実務上様々に用いられているため、その語をそのまま法律上の定義語として用いると、かえって実務的な混乱を招くおそれがあると考えられたことによる<sup>2</sup>。また、中間試案から定義を改めた趣旨は、交渉に応じるか否かは相手方の交渉力や状況に応じて流動的に変化し得るため区別の基準として不明確である、との指摘があり、事業者間の多くの取引にまで適用範囲を拡大しすぎることが懸念されたためである。そのため、定型条項の定義を、取引の画一性を挙げる前段部分と、契約条項の集合を指すとする後段部分に分けつつ、前段において、「当事者の一方が契約内容を画一的に定めるのが合理的であると認められる取引」に限定することにより、事業者間取引の多くを適用範囲から外すことが目指された。

次に、部会資料78Bでは、定型条項の意義を、「契約の内容が画一的であることが通常で

<sup>1</sup> 中間試案補足説明365頁。

<sup>2</sup> 部会資料75B・10頁。

ある取引において、当事者の一方により準備された契約条項の総体であって、相手方がその変更を求めずに契約を締結することが取引通念に照らして合理的であるもの」をいうものとする提案がなされた。契約内容の画一性と一方当事者により作成された契約条項群であるという、規律対象の本来の性質により定義するという部会資料75Bの発想に加えて、そうした契約条項の総体のうち、相手方がその変更を求めないことが取引通念上合理的であるものであることを要求したのである。この、交渉による変更可能性を問題とする第3の絞りを重ねることで、定型条項にかかる新たな規律の適用範囲を一層限定することが目指された。ここで、「相手方がその変更を求めずに契約を締結することが取引通念に照らして合理的」であるとは、約款使用者の主観的な利便性のみならず、その取引の客観的態様<sup>3</sup>、その取引に対する一般的な認識を考慮して、相手方が交渉をせず、一方当事者が準備した契約条項の総体をそのまま受け入れて契約の締結に至ることが合理的といえる場合を指す<sup>4</sup>。

要項仮案の原案が示された部会資料81Bでは、部会資料78Bを微修正し、「契約の内容が画一的であること」は定型条項が用いられる取引の外形的な特徴を表現するに過ぎない、との理由から、「通常である」という評価的文言を不要なものとして削除した<sup>5</sup>。

要綱仮案が示された部会資料83-1では、再度、定義にかかる規律の提案が大きく変更された。まず、規律対象を示す概念が「定型条項」から「定型約款」に変更されたが、これは、定型条項という用語が、約款中の個別の条項を指す概念と誤解されるおそれがあるという、全くもつともな懸念に由来するものである。

肝心の「定型約款」の意義については、新たに「定型取引」の語を使用することとし、「相手方が不特定多数であって給付の内容が均一である取引その他の取引の内容の全部又は一部が画一的であることが当事者双方にとって合理的な取引（以下「定型取引」という。）において、契約の内容を補充することを目的として当該定型取引の当事者の一方により準備された条項の総体をいう」と提案された。この定義は、定型取引の例として、相手方が不特定多数であり給付内容が均一な取引を挙げており、また、上に述べた懸念から、当事者の一方により準備された契約条項の総体であることを明示している。加えて、①取引内容の全部または一部が画一的であることが両当事者にとって合理的であること、②契約内容の補充を目的として作成されたものであること、の2要素に分けられる。このうち②は、いわゆる約款の組入れにより契約内容となるものであることを意味するのに対して、①の要素は、事業者間取引を除外することを目的として置かれたものと説明されている。例えば、製品原材料の供給契約などの場合には、画一的であることが両当事者にとって合理的であるとまでは言えないという理解から、①の要素を満たさないものと考えられている<sup>6</sup>。

<sup>3</sup> 多数の顧客が存在するか、契約の締結は契約条件の交渉権限を与えられていない代理店等を通じて行われるか、契約締結に当たってどの程度の時間をかけることが想定されるかなどの事情が挙げられている。部会資料75B・15頁。

<sup>4</sup> 部会資料78B・15頁。

<sup>5</sup> 部会資料81B・16頁。

<sup>6</sup> 部会資料83-2・38頁。

また、交渉可能性の有無によって定型約款の該当性が定まるものではなく、事実上の力関係などによって交渉可能性がないこともあるが、プロ同士の取引であって、画一的であることが両当事者にとって合理的と言えないのであれば定型約款には当たらない、とも説明されている。この最後の説明の意味するところは、契約内容が「画一的であることが両当事者にとって合理的」という、字面から意味を読み取ることの困難な概念によって、定型約款の該当性を切り分けようとする点で、極めて難解な解釈であると言わざるを得ない。

定型約款にかかる規律は、債権法部会の審議上、最後まで提案内容が修正され続けていたが、最終的に要綱案として了承され、要綱に引き継がれた部会資料86-2の提案では、定型約款の定義上、定型取引の語を規律の本文に置き、その内容を括弧書きで説明した上で、その定型取引において、契約の内容を補充することを目的として準備された条項の総体をいうものとされた。そこにいう「定型取引」とは、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、と定義されている。

部会資料83-1における提案との違いは、第一に、定型取引の例示がなくなったこと、次に、定型約款の使用人は特定の者であり、その相手方が不特定の者であることが要件として明示されたことであり、文章表現を練り直しているけれども、内容上の大きな変更はない。

なお、不特定多数の者を相手方とする取引であることを要件として明示することに関し、労働契約は相手方の個性に着目して締結されることを挙げ、労働契約はこの要件を充足しないために、労働契約に用いられる「ひな型」は定型約款に含まれないことがより明瞭になる<sup>7</sup>、と説明されている。しかし、労働契約においては、相手方の個性に着目することから、個別に契約条件を交渉して契約内容を決定するのが通例であるという意味であれば、それは筆者の認識とは大きく異なる。そうではなく、誰と契約するかを決定する際に、個々の労働者となるべき者の個性を重視する、という認識に立つことには同意できるが、それは、不特定多数の者と契約する取引であるかどうかとは無関係であり、その要件の充足を妨げる事情にはならないと思われる。

## (2) 定型約款の定義規定を置く趣旨

約款ないし定型約款の定義にかかる規律を民法に新設するにあたり、要綱が提案する定義は、いかなる趣旨により、そこで提案された内容とされたのか、立案担当者の意図を明らかにすることと併せて、そのような意図により立てられた定義が、従来約款と考えられてきた事柄に対する法的規律として、いかなる意味を持ち得るかを理解することが重要である。そもそも約款にかかる規律を民法に置くことが提案された際に、その適用範囲を明確にして法的安定性を確保すること、できる限り事業者間取引には約款にかかる規律が及ばないように適用範囲を限定すること等を求める意見が主に産業界側から出され、概ね、

<sup>7</sup> 部会資料86-2・1頁。



これらの要望に応える形で、約款の定義が繰り返し検討され、更には、定型約款という造語までがなされたことから、そうした要望が実現されているかを検証することが重要であるが、定型約款の意義が、取引通念において約款と理解され得るもの、あるいは、約款が備える主要な特徴の多くを備えるものよりも狭いとした場合に、要綱という定型約款に該当しないが一定の範囲で約款性の認められる、いわば広義の約款をいかに扱えば良いか、という問題が生じるからである。

そもそも、定型約款に関して一律の定義規定により、要綱上に提案された規律群の適用範囲を明確化すべきかどうかについては、各論の規律が、同じような観点から適用範囲の明確化、限定を正当化するような内容を備えている必要があると思われる。例えば、定型約款の事前開示などを組入れ要件とする規律が新設されるなど、定型約款が契約内容となるための規律が現行ルールである大審院判例の示した意思推定理論からの大きな変更となる場合には、これは契約自体の成否にも影響を及ぼすので、その適用範囲を明確化する必要がある。しかし、仮にその適用範囲を要綱の提案により明確化することが実現できたとして、それと同じ適用範囲で定型約款の開示請求や不当条項規制、定型約款の変更ルールが置かれるべきであることの点検を経た積極的な理由付けは、立案担当者によって明らかにされたとは言い難いように思われる。ここでは、定型約款にかかる各論的規律の多くは、それが問題とする状況に差がある可能性があるため、個々の規律の内容をある程度固めてから、それらの規律にふさわしい適用範囲を各規律の解釈により明らかにして、それらの共通項を最も良くカバーするような定義を最後に考え、個々の規律の適用範囲は、その規律の趣旨を踏まえて調整すれば足りたのではないかと、審議の都度、定義を書き直して全体の議論の土台を振り回すような審議の進め方が適切であったか、よく振り返るべきではないかという感想を示し、また、定義規定の解釈姿勢としても、個々の規律のよりよい適用範囲を決する余地を残し、個々の規律の目的に忠実な解釈、それ故に、場合によっては相対的解釈の可能性を模索することが望まれるのではないかと<sup>8</sup>、という問題を提起することにとどめる。

### (3) 要綱における個別の解釈問題

要綱の定義によれば、まず、定型約款の準備者によって準備された契約条項の総体である、という部分が、定型約款の基盤をなす本質的要素であると考えられる。この段階では、個別的商議を予定して作成された「ひな型」もこれに含まれる。また、例えば、自動車保険の景品といった位置づけで提供されるロードアシスタンス・サービスについても、保険契約それ自体ではないとしても、それに付随して合意され、付加的、付帯的にサービスを受けられるという契約的期待が及んでいる限り、準備された契約条項の総体に含まれるこ

---

<sup>8</sup> 山本敬三「民法(債権関係)の改正に関する要綱と保険実務への影響」生命保険論集191号(2015年)29頁もまた、定型約款の規律に共通の最低限の要件を定め、個別の規律の趣旨に応じて付加的な要件を定める共通要件構成の可能性を指摘し、こちらの方が合理的であると思う、という。

とは否定できない。仮に、同サービスの規約上、サービスを予告なく中止、変更することがある旨を謳っていても、それは契約内容の変更留保条項とみることができるので、結論として、定型約款に含まれることに違いはないと思われる。これに対して、ノンフリート等級制度の定めは、保険者が個々の保険契約につき保険料を算定する根拠となる内規であって、当該顧客が該当する等級の定め以外の部分は、保険契約者の権利義務とは無関係である（次年度にいかなる保険料となるかは、保険契約の内容として定められているわけではない。）から、契約条項に当たらず、定型約款には該当しない。

次に、このような意味での契約条項の総体から、一定の絞り込みがなされることを意図して付加された要件である「定型取引」の意義を明らかにしなければならない。定型取引は、①相手方の不特定多数性、②その内容の全部または一部が画一的であること、③②が双方当事者にとって合理的であること、の3要素に分解される。このうち、①については、相手方の潜在的な多数性または不特定性を想定していれば足りる、という解釈になろう。そして、特定の相手方を具体的に想定しながら契約条項を起草した取引が、その起草された当初において定型取引性を否定され得ることについても、その時点では、特に問題がない。しかし、その条項群が、他の契約にも転用できる可能性を有するものであり、定型約款準備者も、その可能性を主観的に排除していないのであれば、結局は、定型約款準備者が作成した当該契約条項群を、どの程度汎用的なものとして使用するかにより定まるとしか言えないであろう。

損害保険の例でいえば、企業分野で個別特約を使用しており、保険契約者数は機器メーカーなどの事業者であって多数性は認められないけれども、被保険者として不特定多数のユーザーが付帯することとなるような場合には、加入した被保険者に当該契約の拘束力が当然に及ぶことになる。この場合には、契約者と被保険者の間で、そのような保険に加入することにつき、保険契約とは別途の契約的合意があるのが通例であれば、少なくとも、その局面では定型取引性を否定できないであろう。そのようなものである以上、保険契約関係が及ぶ保険者と被保険者の関係においても、定型取引性の前提となる不特定多数性は否定されず、その結果として、個々の規律の目的から見て適切である限り、保険契約者と保険者の関係においても定型取引性を否定すべきでない、という解釈が必要であると考えられる。

取引内容の全部または一部が画一的である、という要素の解釈には、いくつかのポイントがありそうである<sup>9</sup>。まず、保険約款以外に保険証券の記載事項につき個別的合意をする場合に、保険約款を用いた取引がおおよそ定型取引でない、という意味ではないことは明らかである。契約相手方に選択肢を与えるか否かを問題としているのかが問われ得るが、複数の選択肢を提示して一つを選択させていけば画一性はない（無保険車傷害保険か、人身傷害補償保険か、いずれかを選択する自動車保険は定型約款ではない）、という趣旨でな

---

<sup>9</sup> 沖野眞巳「約款の採用要件について—『定型約款』に関する規律の検討—」星野英一先生追悼（有斐閣、2015年）543頁は、いわゆる裏面約款が、内容の当事者双方にとっての合理性の要件を満たすのかは疑問であるという。

いことも問題がなかろう。この局面では、個別的な商議の有無を問題とする趣旨かが問われ得るが、契約条項群の一部につき個々の取引の際に個別的商議をしたとしても、他の部分につき画一的であれば、残部につき定型取引性は否定されないと読むのが自然であろう。従って、結局、画一性の要素は、ある条項群の汎用性の問題であり、どの程度の汎用性が認められる必要があるかは、不特定多数とも関連する。むしろ、条項群の「総体」のうち、一部が画一的であれば良いのであれば、「一部」の判断基準の方が重要であるともいえる。企業間取引を含め、ほとんどの取引は、条項の少なくとも一部については画一的であることが、契約交渉費用、取引費用を節減する観点から合理的であり、そのような意味で、「ひな型」も、およそ全部を書き換える意図があるのでなければ、少なくとも一部は画一的であり、また、それが画一的であることが双方にとって合理的であることを否定できないであろう。従って、BtoB取引の約款であっても、顧客毎にカスタマイズする予定があるとしても、画一的な一部が残るものについては定型取引性をなお失わないと解する余地がある。

画一的であることが当事者双方にとって合理的であること。最初に確認すべきは、ここにいる合理性は「画一的であること」の合理性であるから、定型約款条項の内容が不当であって合理性を有しない、という事情は、定型約款性を否定することにはならない。立案担当者は、この要件により、企業間契約の多くが定型取引に当たらないという解釈を導くことを意図しているものと思われる。しかし、ここにいる合理性の意味はわかりにくい。ここにいる合理性基準を、例えばパレート基準であると考えれば、定型約款を使用することにより約款準備者が得られるメリットを超える不利益が相手方に及ばないこと、といった意味になろうが、おそらくこれでは法的安定性は得られまい。また、ここにいる合理性が、交渉の労力や時間を節約するという意味での取引費用の節減を意味するのであれば、ひな型を使用して効率的に交渉した結果、ひな型を変更しない部分が残ることについても、そのような合理性を否定することは困難であろう。反対の場合を想定すれば、画一的な契約内容が当事者一方のみに合理性がある場合とは、附合契約の濫用が危惧される場合であるが、その場合に定型約款の規律が妥当しないことを意図しているのであれば、立法趣旨とは真逆の発想を抱えることになる。

結局、契約内容を画一化することによって、商品やサービスの供給者側は、その販売コストその他の事業運営コストを節減でき、その結果、相手方にも、安価で安定したサービスが提供されることをもって、双方にとっての合理性を肯定するのが穏当であろうと思われる。契約条項がオーダーメイドである場合を除き、契約条項の一部が画一的であることが双方にとって合理性を有する<sup>10</sup>、という要素によって、企業間取引を定型約款に該当しない解釈を導くことができるのかについては疑問が残る。いずれにせよ、保険の場合には、保

<sup>10</sup> 山下友信「民法（債権関係）改正と保険—改正の意義、重要論点及び今後の保険実務」損害保険研究77巻2号（2015年）177頁によれば、契約者に交渉力がなくても、保険の知識がなくても契約を締結できることを挙げている。山本・前掲注8）30、31頁は、要綱の立場を紹介する際に、画一的である理由が単なる交渉力の格差であるときは相手方にとって合理的であるとは言えない、という理解を示しているが、山下説と意味合いが異なるかどうかは明らかでない。

險の仕組みを合理的に実現するために、付保されるリスクが均質であるためには契約条件を揃える必要があるという意味で、他の種類の契約よりも画一性につき高い要請があると解されていることに鑑みれば、例えば、不当な条項を含んでいるために契約者一般に不利な約款となっている事実が仮にあるとしても、そのことを理由として定型約款性が否定されることは本末転倒である。また、BtoB取引に属する保険代理店委託契約についても、通常、契約ひな型が利用されているであろうが、少なくとも個人代理店の大多数との間で、保険会社は、定型的、画一的な契約とする意図を持っており、その内容が画一的であることは保険会社にとって合理的であり、また、保険代理店はその契約条件を受け入れるしか代理店契約を締結できず、代理店委託を受けるために受け入れることが通常合理的であると考えられるので、定型約款に当然に該当するものと思われる。

#### (4) 商議を経た条項の扱い

要綱仮案の表現は、組入前の定型約款が想定されているためであろうが、準備された条項の総体となっており、契約締結過程において、当事者間でどのように扱われたかを一切問題としていない。この点につき、部会資料75Bから81Bにおいて提案されていた表現では、当事者が異なる内容の合意をした契約条項が除かれていて、少なくとも、商議を経て内容を修正した条項は約款（定型条項）から除くことが明示されていた<sup>11</sup>。商議を経て定型約款とは異なる合意がなされた条項については、当該条項の内容を了知した上で合意に至っているはずであるから、定型約款開示の問題も、不意打ちの問題も生じない。その条項につき拘束力が生じる根拠も定型取引合意ではなく、当該条項自体に合意が及んでいるものと理解される。

結局、商議を経て合意された条項につき、なお定型約款にかかる規律の適用が問題となり得る場面は、不当条項規制、約款変更の規律であるから、商議を経た条項を、定義上、定型約款から外すことが必要かどうかは、定型約款であることを理由とした不当条項規制のあり方によって左右される<sup>12</sup>。要綱が採用した不当条項規制の下では、後述のように、消費者契約法10条よりも厳格な規制としない趣旨が明確になることが優先されており、その

<sup>11</sup> 商議の結果、変更されなかった条項の扱いについては、資料81B、16頁に記された以下の説明を参照。

「第89回会議では、これに加えて、「異なる合意」に限らず、結果的に条項準備者が提示した内容と同じ内容の合意をした場合であっても、定型条項に含まれる契約条項について明確な個別の合意があったと評価することができるときは、定型条項の規律の対象から除くべきであるとの意見があった。しかし、相手方にどの程度の認識や行為があれば個別の契約条項について合意があるといえるかという判断は必ずしも容易でないし、相手方の個別の認識を条項準備者が把握することも実際上は困難であることも少なくない。加えて、契約内容が同一であるにもかかわらず、特定の相手方についてのみ他と異なる扱いをすることは条項準備者にとって煩雑であり、定型条項を用いた取引の円滑性等を著しく阻害するという指摘もある。そこで、本文1のただし書においては、「異なる合意」がされた個別の契約条項のみを除くこととしている。」

<sup>12</sup> 伊藤雄司「約款と個別合意—約款の内容規制の法的根拠をめぐって」落合誠一先生古稀記念『商事法の新しい礎石』467-469頁（有斐閣、2014）。

要件も消費者契約法10条と同様に必ずしも明確でなく、商議の有無及びそのプロセスを信義則違反の考慮要素に取り込んで判断することになるから、商議を経て合意された条項について不当性を認定するハードルは、機械的に取り入れられた条項よりも高くなることが想定される。このような意味で、商議を経たか否かを特に定義上問題としない要綱の立場は、不当条項規制の解釈問題に吸収されたものと理解される。

保険との関係では、とりわけ団体保険につき、保険契約者に保険者との交渉可能性があれば商議を認定する立場が考えられ、この立場からすれば、団体保険約款の多くは定型約款に該当しない、という結論になろう。しかし、団体保険における保険契約者の立ち位置は、保険者と被保険者の間で様々であると思われ、被保険者の利益を代表して交渉するインセンティブが常にあるとはいえず、商議の有無を紛争の場面で被保険者が確認することは容易でない。団体保険の契約者の中には、契約者として関与することで得られる事務手数料収入を契約者が当てにしている場合もあり、また、被保険者が抱えるリスクの引受条件を、保険者の都合に合わせてオーダーメイドするために、契約者が知恵を出すという状況も想定され得る。被保険者の利益のために商議をするというよりも、同種の他の団体保険や個人保険よりもある部分で有利な商品を提供して、多数の被保険者を獲得したいという動機が認められる場合もあろう。例えば、クレジットカード会社が、カード会員を被保険者とする傷害保険、疾病保険などの契約者となっていることがあるが、この場合に、クレジットカード会社が、定型約款条項につき全般に交渉を行っているかどうかは、一般の被保険者にはわからないのが通例であろう。特定のクレジットカード会社が、その会社独自の商品を保険者との間で商議して、保険約款の一部、保障範囲などにつきオーダーメイドの部分があり、その事実をカード会社が積極的に前面に打ち出して被保険者を勧誘したとしても、その他の多くの条項までオーダーメイドで約款を見直しているとは到底思われない。このように、ある事業主体や団体などが団体保険の保険契約者になろうとする動機には、様々な事情が交錯し得るところ、契約者との商議があるという理由で、定型約款には該当しないという結論を導いて良いとは思われない。

### 3 定型約款の組入要件

#### (1) 審議の経過

約款ないし定型約款の組入要件とは、約款が契約の内容となるために、満たすことが必要となる要件の問題である。

中間試案では、契約の当事者がその契約に約款を用いることを合意し、かつ、その約款を準備した者（約款使用者）によって、契約締結時まで、相手方が合理的な行動を取れば約款の内容を知ることができる機会が確保されている場合には、約款は、その契約の内容となるものとされている。この提案には、約款使用者が相手方に対して、契約締結時まで約款を明示的に提示することを原則的な要件として定めた上で、開示が困難な場合に例外を設けるとする考え方が付記され、パブリックコメントに付されたところ、約款の組

入要件を明確化することについては、半数以上の意見が賛成している反面、明示的な提示を原則とすることについては、賛否が鋭く分かれていた。提案に賛成する立場からは、約款が合意の対象であることを重く見て開示を要求する見解、ウェブサイトへの掲載や支店での備置などを含める理解から、現代では開示が困難であるような状況は考えにくい等とする見解が示され、反対に、開示の意味が約款の事前交付と解釈されることは約款使用者に負担であり、取引の効力が否定されるリスクを負うことになる、等として反対する見解に鋭く分かれ、更に、両者の間に立つ意見をみても、種々の観点から多様な内容が述べられていた<sup>13</sup>。

このような状況において、部会資料75Bでは、定型条項の事前開示または事前の了知可能性を組入要件とすることが放棄された（部会資料81Bにおける提案も、ほぼ同じである）。ここでは、定型条項は、①契約の当事者が特定の定型条項によることを合意した場合に契約の内容となるほか、②定型条項を準備した者（以下「条項準備者」という。）が、契約の締結前に、当該定型条項によることを相手方に表示した場合において相手方が異議を述べないで契約を締結したとき、更には、③②によることが契約締結の態様に照らして期待することができない場合において、その契約と同種の契約において定型条項によるのが通常であって、条項準備者が特定の定型条項を用いることを公表しているときに、相手方が異議を述べないで契約を締結したときにも、契約の内容となる旨の規律が提案されている。ここで、定型条項の開示を組入要件と切り離したのは、開示によって相手方が現実的に定型条項を認識する可能性が乏しく、相手方保護の観点から必ずしも大きな効果を期待できないためであるとされる<sup>14</sup>。

このように、定型条項を事前に了知する可能性を与えることに大きな効果を期待できないという評価を前提として、この段階で、事務局は、定型条項により成立する契約内容につき、定型条項を用いる契約においては、個別の契約条項を認識し、その内容を了知していなくても、特定の定型条項によることの合意があればそれが契約内容になる、と明確に言い切っており<sup>15</sup>、この先も、この認識が基礎となった提案が繰り返されることとなった。この段階で示された提案に含まれる3種の規律のうち、①は、定型条項を契約内容とすることが明示的に合意された場合、②は、黙示的同意がある場合、③は、取引の種類などから、相手方は定型条項を用いる旨の表示がなくてもそのことを予測し得ることを前提として、定型条項を用いるつもりがあったことは客観的に確定できる必要があるという意味で特定の定型条項を用いることを対外的に公表していることを条件に、黙示的な同意を認めるものと整理される。

これに対して、部会資料83-1では、定型約款、定型取引の語を用いた説明に改められたほか、部会資料75Bに示された提案の表現がいくつか改められた。最も重要な変更は、組入

<sup>13</sup> 部会資料71-5・49-53頁。

<sup>14</sup> 部会資料75B・12頁。

<sup>15</sup> 部会資料75B・12頁。

が認められる場合の効果であり、定型取引を行うことの合意（このことを指して、新たに「定型取引合意」という語が与えられた。）をしたときは、定型約款の個別の条項につき合意したものとみなす旨が明記されることとなった。定型約款は、契約に組み入れられて契約の内容を「補充」するものであるという理解も、ここで明示的に示された。また、③については、旅客鉄道事業に係る旅客運送の取引その他の一定の取引については、定型約款準備者が当該定型約款によって契約の内容が補充されることをあらかじめ公表していたときも、当事者がその定型約款の個別の条項について合意をしたものとみなす旨の規律を、民法とは別途に設けることが提案された。これ以外の点は、従前の提案と実質的内容に変更はない。

そして、部会資料86-2においても、部会資料83-2の案が基本的に維持されており、民法以外の法律に設けられる特例規定については、要綱案の案文としては取り上げられず、整備法により対応される旨の説明がなされた。

## (2) 規定の趣旨・目的

この規定は、定型約款が契約の内容になる（要綱仮案までの言葉によれば、「契約の内容を補充する」）ための要件を定めたものである。定型約款を使用した契約においては、当事者の合意がない条項に契約の拘束力が及ぶことにつき疑問が生じ得ることに備えて、個別の条項につき合意が成立したか否かを問わず、定型約款条項の全体につき（定型約款と異なる個別合意、不意打ち条項の問題はあり得るが、ひとまず）契約上の拘束力が生じるための要件を定めるものである。定型約款を使用した契約については、個々の契約条項について、定型約款準備者の相手方が対応する効果意思を有していないのが通常と考えられるところ、個別の相手方につき、どの範囲で効果意思が及んでいたかを探求しない限り、合意の範囲が決まらないようでは、定型約款を使用した取引の法的安定性を著しく害することから、個別の条項に拘束力が生じるための要件を明らかにすることは、取引の安全に資するものである<sup>16</sup>。

## (3) 契約内容を補充する旨の合意

要綱は、定型約款が契約内容となる二つの場合を併記している。その第一は、定型約款を契約の内容とする旨の合意が成立したことである。従来の約款論の理解に従う限り、この合意は明示的合意に限らず、黙示的合意も含むと解することが許されるであろう。この第一の場合には、定型約款準備者の相手方が、定型約款の内容を契約内容とすることにつき効果意思が認定できれば足り、その内容を了知する可能性があった否かを問わないことになっているようである。定型約款内容の了知可能性が保障されないまま、明示または黙示的に、定型約款を使用することにつき同意をすれば、定型約款全体に拘束力が及ぶ、ということ

<sup>16</sup> 山下友信「約款の組入要件の立法論的検討」前田重行先生古稀記念『企業法・金融法の新潮流』628頁（商事法務、2013）。

は、現在の解釈論（意思推定理論、白地商慣習理論）から導かれる拘束力の発生根拠を、そのまま法律により裏打ちした、という意味になろう。

この第一の場合には、定型約款を契約内容とすることについての合意が認定されているわけであるから、個別条項について合意したと「みなされる」ことの意味は、合意していないという反証を許さない、という意味であろうし、定型約款を契約内容とすることにつき合意が認定されていることと、個別条項につき合意がないという主張は矛盾することになろう。

#### (4) 定型約款を契約内容とする旨の表示

定型約款の拘束力が生じる第二の場合は、定型約款準備者が、予め、定型約款を契約内容とする旨を相手方に表示しており、契約が締結された場合である。前号との違いは、定型約款準備者は、定型約款を契約内容とする旨を表示しているのに対して、相手方は、定型取引、即ち、「取引の内容の全部又は一部が画一的であることが当事者双方にとって合理的な取引」とされる取引を行う旨の意思表示をしているに過ぎず、少なくとも明示的には、定型約款により契約を補充する旨の意思表示をしていないことである。この相手方の意思表示をもって、定型約款に対する黙示的同意が存すると評価するのであれば、ここでの規律は、相手方が定型約款に対して黙示的に同意したと評価し得るためには、少なくとも、定型約款準備者によって、定型約款により契約を補充することを表示しなければならない、という規律にも読める。この場合には、前号の解釈次第では、前号の場合よりも合意が成立する要件が絞られている、ということになる。

もう一つの読み方は、ここでは、相手方の「定型約款による意思」を法律上擬制し、意思推定説において、相手方が異なる意思を有していたことの反証を認めないための要件を定めたもの、ということになろう。ただ、当事者の通常の意味を推定するという裁判官の事実認定上の経験則を踏み越えて、法律上、反証を許さないと評価すべき政策的根拠が十分に明らかにされているとは言い難い。この文脈においては、意思推定説によるとすれば、約款による意思の有無につき反証可能性を残す点で取引の安全を損なうという白地商慣習説の論拠が想起される。しかし白地商慣習説は、民法92条の事実たる慣習を根拠とするものである限り、当事者の明示的な合意が存在する場面で商慣習を合意に優先させる余地はない。約款による取引一般につき、より強力に拘束力を肯定する商慣習ないし慣習法が存在するという事実評価をした裁判例が広く存在するわけでもない。立法過程で産業界側から示された、取引の安全を確保するという目的を達するために、意思推定説では対処できない事案が生じていたという事情は、容易には見出されない。相手方当事者の合理的意思を条文に規定したものであるとすれば、ここにいう「みなす」とは、法文の文言にかかわらず、「推定する」の意味に解釈されるべきであろう。



#### (5) 定型約款に該当しない約款の拘束力

立案担当者が説明してきたように、定型約款は、従来の講学上、実務上の「約款」よりも狭い意味を有するという解釈が成り立つならば、定型約款ではない約款が、わが国の取引界には少なからず存在していることになる。これらの、定型約款でない約款の拘束力については、当然のことながら定型約款にかかる民法の規定は適用されないことになるため、従前通り、判例法理である意思推定説により約款の拘束力を説明すべきことになる。無認可の保険約款の効力を認めた最判昭和45年12月24日民集24巻13号2187頁は、船舶保険にかかる企業間取引の事案であったところ、大審院が意思推定説を打ち立てた大判大正4年12月24日民録21号2182頁に明示的には言及していないものの、原審の判断中、「普通保険約款が保険契約者の知・不知を問わずこれを拘束する効力を有するものである」ことは認めていること、約款により契約する意思を推定する点に限れば、事業者であろうと消費者であろうと同様の経験則を妥当させることが許されるであろうことから、意思推定説は企業間取引にも妥当する、ということができそうである。

## 4 定型約款の開示

### (1) 審議の経過

約款または定型条項の開示については、既に見たように、中間試案においては、約款の組入要件として、約款内容を事前に了知する可能性が与えられていることを原則的な組入要件とすることが提案されていたが、部会資料75B以後、定型条項、定型約款の組入要件とは切り離された形での開示規制が提案されることとなった。

部会資料75Bでは、定型条項により契約を締結し、又は締結しようとする条項準備者は、契約の締結前又は契約の締結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、相当な方法で当該定型条項の内容を示さなければならないのが原則とされ、相手方に対して定型条項を書面又は電磁的方法により提供した場合は、例外的に、定型条項の内容を改めて相手方に示す必要はないものとされた。この提案は、定型条項を使用する者の相手方が、締結しようとする契約、締結した契約の確認できるようにすることは必要であるとの理解に基づき、定型条項使用者の相手方に、定型条項の内容の開示請求権を与えるものである。

ここにいう「相当の期間内」とは、継続的契約の場合には、契約期間の終了後相当の期間内という意味に解される。

次に、部会資料81Bにおいては、先の提案内容を維持した上で、条項準備者が、契約の締結前において、定型条項の開示請求に対して、相手方が定型条項の内容を認識することを妨げる目的で不正にこれに応じなかったときは、定型条項の組入にかかる規律を適用しない旨が提案されている。更に、部会資料83-1では、部会資料81Bにおいて追加提案された規律につき、不正な目的の要件が削除されるとともに、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には、本則に戻って定型約款組入の規律が適用されることに

した。この案が要綱に採り入れられている。

## (2) 定型約款開示の制度趣旨

本来、約款の開示規制は<sup>17</sup>、約款使用者の相手方の約款に対する包括的同意の正統性を法が積極的に承認するためには、約款の内容について現実に了知していなくても、少なくとも、いずれの約款が使用されているかを知り、その約款の内容を知ろうとすれば契約締結前に知ることができる取引環境が整備されていることが必要ではないか、という問題意識に出たものと理解される。従って、相手方の取引環境、情報自己決定の基盤を保障、改善する趣旨を超えて、開示された約款が、相手方によって現実に事前に読まれることを期待するものではなく、また、開示されているからとの理由で、それを読まなかった事実をもって、法律行為の次元において、積極的に相手方に不利益な法律効果を法が与えることも予定されていない。もっとも、相手方が定型約款準備者側の販売行為につき不法行為があったとして損害賠償請求をなすときに、相手方が定型約款の交付を受けており、それを読む機会があったのに読まなかったことをもって過失相殺が認められる可能性がある。

約款の開示を契約への組入要件とする場合には、約款の開示がないまま契約に至った場合、相手方がその瑕疵を承認して契約の効力維持を望むことを併せて認めない限り、契約類型によっては、契約の要素に関して合意が成立していないと評価されるため、契約の不成立が帰結され、契約を維持したい相手方の期待に反する法律効果が導かれる、といわれてきた。しかし、そのような結論は、契約解釈の当然の結論であるとも言いきれず（後述）、また、そのような契約類型が一部に存在することをもって、約款による取引全般にわたり、開示による取引環境改善が不要であると帰結して良いかについても慎重な考慮が必要である。

要綱が採用した定型約款開示請求の制度趣旨もまた、定型約款により締結しようとしている契約の内容を予め知った上で契約をしたいと考える相手方に、その内容を予め知る機会を保障することを目的とするとともに、契約締結後においては、契約関係は、合意された定型約款により規律されるわけであるから、相手方が定型約款の開示・交付を受けていない状況である限り、自己の権利義務の内容を確認するために定型約款の開示を請求することができるという当然の権利を定めたものと解される。

## (3) 定型約款開示の効果

要綱では、定型約款の開示は、相手方の請求があった場合には、遅滞なく、相当の方法で開示すれば足りる。契約の成立要件、定型約款の契約への組入要件とは関連づけられていないので、開示請求に応じて開示をしたことは、何らの法律効果も生じさせない。既に定型約款を書面または電磁的記録により交付しているときは、重ねてこれを交付することまでは義務づけられない。

---

<sup>17</sup> 沖野・前掲注8) 561、562頁によれば、開示の概念は多義的であるが、本稿では、要綱が採用した規律において意図されているものを主に念頭に置いて「開示」という。

不意打ち条項規制の局面では、相手方の予測可能性を問題とすることから、開示の有無及びその態様は判断に影響すると考えられるが、そこでの当該条項に対する予測可能性は実質的に判断されるべきものである。相手方の開示請求に応じて、定型約款を事前に交付するなどの形で開示していたとしても、相手方は交付された定型約款を隅々まで読み、吟味するまで契約を締結すべきでない、とまでは言えない。したがって、開示請求に応じた事実のみをもって、不意打ち条項性を否定する決め手とはならないものと解される。

#### (4) 定型約款開示義務違反の効果

契約の締結前に定型約款の開示が請求されたにもかかわらず、正当の理由なく開示を拒んだ場合には、定型約款により契約が補充される、ということが認められない。積極的に開示を拒否した場合に、この要件を満たすことは明らかであるが、開示請求に応答しないまま放置していたところ、相手方が開示を待たずに契約を締結した場合に、要綱の規律が適用され、定型約款組入の規定によっては定型約款が契約内容とならない、という効果が当然に生じることになるのかは、検討を要する。開示を待たなかった相手方の行為をもって、開示義務の履行を黙示的に免除した、という評価を広く認めるのであれば、この規律は有名無実化するであろう。容易に開示義務の履行を免除することは適当でなかろう。特に、定型約款準備者が明示的に約款開示を拒んだにもかかわらず、相手方が契約を締結した場合にも、開示義務の履行を免除したと構成される場合には、2項の規律を設けた趣旨と整合的な説明に苦慮することになる。

開示義務違反が認められ、定型約款組入の規定によっては定型約款の個別条項が契約内容となることが否定される場合について、契約の効力を肯定、維持することが不可能なほどに契約の要素につき合意がないと言えるかどうかは、定型約款それ自体についてのコミュニケーションに加えて、他の手段によって知り得た情報から、相手方がどこまでの効果意思をもって契約を締結したと認められるか、という問題とも関連する。今日の保険取引においては、契約概要や注意喚起情報（平成26年改正保険業法294条）など、保険約款それ自体ではないが、契約内容の概要を了知し、契約内容の概括的な認識に基づきある程度の効果意思を形成できる程度の情報が保険契約者側に提供されることが制度化されている。このような取引環境が整った局面では、たとえ定型取引合意により定型約款が契約内容となることが法律によって妨げられたとしても、契約の要素につき合意がないから契約は当然に不成立であると断ずることはできず、上記のツールなどから得られた情報を下に形成された効果意思に基づき、どの範囲の契約条項に効果意思が及んでいるかを探求し、合意された契約内容を確定することが可能であると考えられる。確かに、このような手法で契約内容を確定することは法的安定を害し、契約者間の公平を損なうものであろう。しかし、他の契約者との関係では定型取引合意がなされたと認定され得るのに対して、開示義務違反により、定型取引合意による定型約款組入が阻害されている時点で、当該顧客は、情報自己決定基盤につき他の契約者とは同一に評価できない状況に置かれていると評価せざる

を得ないため、法的安定性や契約者間の公平を理由として、例外的自体に際して契約の有効な成立を模索する合意解釈を妨げることは許されない。

## 5 不意打ち条項・不当条項

### (1) 不意打ち条項についての審議の経過

不意打ち条項については、中間試案においては、約款に含まれている契約条項であって、他の契約条項の内容、約款使用者の説明、相手方の知識及び経験その他の当該契約に関する一切の事情に照らし、相手方が約款に含まれていることを合理的に予測することができないものにつき、約款組入にかかる規律によって契約の内容となるものではない旨の規律を置くことが、他の規律と同様に、検討の俎上に載せられていた。これは、約款の拘束力を当事者の合意に求めることの帰結として、約款中に含まれていると合理的に予測できない条項には組入の合意が及んでいないことから、内容の当否を問わず契約内容とならないとするものである。そして、個別の条項につき合意をした場合には、その条項は合意によって契約内容となっているので不意打ち条項には当たらない、とも説明されている<sup>18</sup>。

この提案は、部会資料75Bにおいても基本的には維持されており、不意打ち条項の意義をより具体的に明らかにする提案がなされた。即ち、不意打ち条項として例外的に拘束力を否定され得る条項は、定型条項の契約条項のうち、「契約の主たる給付の内容、同種の他の契約の内容その他の事情及び取引通念に照らしてその契約の内容となることを合理的に予測し得ないと認められる事項に関するもの」であって、「相手方に不利益を与えるもの」とであるとされた。また、条項準備者としては、不意打ち条項と懸念される条項について、そのような事項についての定めがあることをわかりやすく示すことによって、この規律の適用を回避することができるようにするため<sup>19</sup>、相手方が、当該事項に関する契約条項があることを知り、又は容易に知り得たときは、この規律を適用しない旨を、新たに提案した。

この提案は、部会資料77B、部会資料81Bにおいても維持されていた。しかし、部会資料83-1において、次に検討する不当条項の規律と、不意打ち条項の規律を一本化することが提案された。この新たな提案は、定型約款に特有の考慮事情として、「定型取引の態様」、つまり、契約の内容を具体的に認識しなくても個別条項につき合意したものとみなされることを指摘し、この特殊性に鑑みれば、相手方にとって予測しがたい条項が置かれている場合には、その内容を容易に知り得る措置を講じなければ信義則に反することになる蓋然性が高い、と述べ、この限度で、不意打ち条項（規制）に果たさせようとする機能は（規律を一本化しても）なお維持されるとし、これはその条項の当不当の問題と総合評価すべき事象であるから一考慮要素と位置づけることにした、と説明されている<sup>20</sup>。

<sup>18</sup> 中間試案補足説明371頁。

<sup>19</sup> 部会資料75B・13頁。

<sup>20</sup> 部会資料83-2・40頁。

## (2) 不当条項についての審議の経過

中間試案では、不当条項規制については、約款組入の規律によって契約の内容となった契約条項は、当該条項が存在しない場合に比し、約款使用者の相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重するものであって、その制限又は加重の内容、契約内容の全体、契約締結時の状況その他一切の事情を考慮して相手方に過大な不利益を与える場合には、無効とするものとする旨が提案されていた。不当条項は、現在も民法90条を通じて無効とされ得るものであるが、当事者の交渉や合意によって合理性を確保する過程を経たものではないという点で他の契約条項と異なる面があり、元々、公序良俗に反するという規定のみでは予測可能性が低いという難点があるため、約款の個別条項に対する規律を明確化するために提案されたものである<sup>21</sup>。

そして、この提案の基本型は、部会資料75B、部会資料81Bにおいても維持されてきた。ただ、部会資料75Bにつき説明されているように、中間試案の提案は、民法90条や消費者契約法10条の判断基準との関係が必ずしも明らかではなかったところ、パブリックコメントにおいて、民法90条や消費者契約法10条よりも厳格に有効性を判断するように見えるとして反対する意見が多く寄せられたとして、この規律が定型条項の契約条項の効力を現状よりも制限することを意図するものではないことが明らかになるように、信義則に反するという要件を加えることにした<sup>22</sup>。

この提案の判断基準については、部会資料83-1においても先の提案が維持されているが、不当条項に該当した場合の効果及び規定の配置について、定型約款の組入につき、合意があったとみなすという構成を採用したことに鑑み、みなしの対象となるべき条項から一定の条項を除外するという構成をとり、除外されなかった条項について合意があったものとみなすことにした<sup>23</sup>と説明されている。つまり、不意打ち条項規制を内容上含んだ不当条項規制は、定型約款組入の例外的規律という位置づけで規定を配置する提案である。そして、この内容が、部会資料86-2を経て要綱に採り入れられることとなった。

## (3) 不意打ち条項規制・不当条項規制の趣旨

要綱の立場による限り、不意打ち条項の規制も、不当条項の規制も、約款使用者の相手方がなした、約款を契約内容とすることについての包括的同意は無制限に全ての条項に及ぶものではなく、相手方の合理的意思が及ぶ範囲により、合意の範囲を当事者の意思それ自体とは異なる観点から画することができるし、そうする必要がある、という出発点を共有すると考えられる。また、約款の組入要件をどの程度厳格なものとするかは、不意打ち条項の拘束力排除を法定するか否か、不当条項規制における不当性の判断基準をどのよう

<sup>21</sup> 中間試案補足説明375頁。

<sup>22</sup> 部会資料75B・13、14頁。

<sup>23</sup> 部会資料83-2・40頁。

なものとするかとの相関関係でも考える必要があるという指摘があり<sup>24</sup>、この立場からは、組入要件を過剰規制とならないようにしつつ、予測しがたい定型約款条項の拘束力を排除するために、不意打ち条項規制が柔軟な手段として有用であると解される。

不意打ち条項の規制は、相手方の予測可能性から見て合理的意思が及ぶと認められない部分については、その条項を知っていたとすれば同意したであろうと推認することができない結果として、合意の効力は及ばないものとするものである。例えば、契約に付随して自動的に全く無関係なサービスの対象とされ、自動的に給付が開始され、その対価が徴収される場合のように、締結された契約との内容上の関連性につき相手方の予期に反する事項を含む定型約款については、提供されるサービスが不当な不利益か否かを問う以前に、同意したと客観的に評価できない事項につき契約関係が及ぶことの正統性を問題とするものである。

他方、不当条項は、相手方がその条項の存在を知っていたか、知ることができたか否か、予測することができたか否かを少なくとも正面からは問わず、定型約款を用いた契約は、定型約款を一括して契約内容とすることによってしか締結することが事実上できず（いわゆる附合契約）、その条項の拘束力を免れようとするならば、相手方は契約自体の締結を断念せざるを得ないという状況に着目し、そうした同意せざるを得ない状況において定型約款に置かれた不当な条項につき、契約規範としての妥当を排除しようとするものと考えられる。約款条項上の不当条項を規制する根拠の考え方には複数の立場があると言われており、組入合意（要綱の用語では、定型取引合意に相当する）による約款条項の拘束力を肯定することは、個別条項の合理性が保障される程度が低くなると考えられること（希薄な合意）、約款使用者（要綱の用語では、定型条項準備者）が何らかの意味で優越的な地位を有していることに求める考え方（交渉力格差）、約款による契約では当事者間の交渉が欠けていること、等が挙げられる<sup>25</sup>。これらの説明は、突き詰めると、定型約款を利用した取引が成立する取引類型においては、迅速な契約成立が望まれるか、あるいは、そもそも一方当事者が交渉に応じない態度を貫徹できる状況が存在するという共通項が認められるところ、それでもなお、そのような典型的に格差のある状況自体を根拠にして不当条項に介入するか、そのような状況において契約締結に向けた交渉・意思決定プロセスの正統性に着目するか、あるいは、そのような状況を背景として通常行われる契約締結プロセスを経て、最終的に合意された内容につき、当事者に私的自治、意思自治の原則に基づく契約的拘束力を及ぼして良いかという観点を前面に出すか、着眼点が異なることには留意する必要があるだろう。つまり、契約において合意された事項はなぜ当事者を拘束するか、という、定型約款にとどまらない契約一般の拘束力を、どのような考え方に基づいて説明するかに遡って考察する必要がある。例えば、希薄な合意を主要な根拠とする考え方は、不当条項についても当事者間の合意が成立したことを認めた上で、その合意が拘束力を認

<sup>24</sup> 山下・前掲注（16）634頁。

<sup>25</sup> 伊藤・前掲注（12）468、469頁。

めるほどに足りないという評価を与えるべきものと考えているのであって、このような評価を指して、合意された条項は無効である、と従来は表現してきた。定型取引合意によって包括的に合意され、契約内容となったものについて、内容が不当であるとの理由で合意の範囲から外すという要綱の立場については、以上のような、従来論じられてきた制度趣旨との関係を、立案担当者の責任において更に明らかにされることを期待したい。

#### (4) 要綱の解釈

要綱の提案は、消費者契約法10条と比べると、民法、商法などの任意法規の適用がある場合と比べる、という部分に代えて、「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」と述べるだけで、他の表現はほとんど同じである。「権利を制限」「義務を加重」という表現だけが残されているが、任意規定のないところで相手方に権利義務が生じる根拠は契約しかないところ、その契約から生じるものとされる「権利」が「制限」されている、「義務」が「加重」されているというためには、比較対象となる基準が存在しなければ判定し得ないことである。趣旨の理解についても問題がある要綱の規律であるが、この箇所も、論理が破綻しているように見え、適用不能な規律の提案になっていると疑わざるを得ない。民商法等の任意規定がない場合にも適用できるようにしたい、あるいは、企業間取引も適用対象に含まれることになるから、任意規定から逸脱すること自体を不当性評価の基準にすることで契約のイノベーションを阻害することを避けたい、という意図を感じ取ることはできるけれども、そうした考慮を実現する手段としての相当性を欠いている。任意法規を度外視して、取引の実情や取引上の社会通念に照らして判断するということは、業界全体のモラルが低い場合には、評価基準自体を低めに設定せざるを得なくなるのではないか、という懸念がある。消費者取引については消費者契約法があるので、最終的に、消費者契約法の適用が排除されない限り、消費者取引については実害がないという言い方もできるが、当該取引分野にも任意規定が存在する場合に、任意規定を基準としないことの合理性の説明は容易ではない。民法その他の契約法分野において、任意規定をどのような基本的認識で整備してきたのかについての立案担当者の考え方と整合性のとれる解釈が展開されることを期待する。なお、給付記述条項につき不当条項規制の適用があるか、という論点が従来知られているが、要綱の表現及びその提案理由を読む限り、給付記述条項が不当条項規制の適用を当然に免れる、という解釈を導く根拠は見当たらない。

## 6 定型約款の変更

### (1) 審議の経過

一般に、契約として合意された内容が合意した当事者を拘束するのであって、一旦合意された契約内容は、相手方の同意を得るものでなければ一方当事者が一方的に変更することはできない。ここで、約款ないし定型約款の変更とは、定型約款の使用者が、相手方の同意を得ることなく、既に契約の内容となっている定型約款上の条項を変更することができ

するためには、いかなる要件を満たすことが適当か、という問題であり、その要件効果を定める規律が提案されている。

中間試案では、約款が組入によって契約内容となっている場合において、約款使用者が、相手方の同意を得ることなく契約内容の変更をすることができるためには、(ア)当該約款の内容を画一的に変更すべき合理的な必要性があること(以下、必要性の要件という。)、(イ)当該約款を使用した契約が現に多数あり、その全ての相手方から変更につき同意を得ることが著しく困難であること(以下、個別的同意の困難性要件という。)、(ウ)前記の必要性(ア)に照らして、当該約款の変更の内容が合理的であり、かつ、変更の範囲及び程度が相当なものであること(以下、変更内容の合理性、相当性要件という。)、(エ)当該変更内容が相手方に不利益なものである場合には、その不利益の程度に応じて適切な措置が講じられていること(中間試案補足説明では、一例として、相手方に違約金などの不利益なく契約を離脱することを認めることが挙げられていた<sup>26</sup>)、の4要件をすべて満たす必要があるとするような規律につき、引き続き検討することが提案されていた。この段階では、この方法による約款の変更は、約款使用者が、相手方に、約款を変更する旨及び変更後の約款の内容を合理的な方法により周知することにより、効力を生ずるものとされていた。これは、約款変更権の行使も意思表示であるとする、その意思表示は相手方に到達する必要があるが(民法97条1項)、通知は実務上煩瑣であり負担が大きいとの指摘があり、また、プリペイドカードのように、相手方を特定できない場合もあることを念頭に、通知の方法は一律に定めることはしない、という考え方が示されていた。

部会資料75Bでは、定型条項の変更には、定型条項中に定型条項の変更に関する条項(以下、変更条項という。)を定めている場合と、そのような定めがない場合とがあることから、定型条項の変更についても、変更条項の有無により規律を分けることとされた。そして、変更条項があり、予想される変更内容の概要が定められている場合については、変更後の内容が取引通念上相当であることのみを要件とし、契約相手方が多数であるか、不特定であるかを問わない規律を提案していた。そして、変更条項がない場合には、定型条項を内容とした契約の相手方が多数であるか又は不特定である場合において、その全ての相手方から契約内容の変更につき同意を得ることが困難であるときは、(ア)定型条項の変更が、相手方の利益に適合することが明らかであるか、または、(イ)定型条項の変更が、契約をした目的に反しないことが明らかであり、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性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に、相手方の同意なく変更することができる旨の規律を提案していた。

また、上に記した定型条項の変更は、条項準備者が定型条項を変更する旨及び変更後の定型条項の内容を相当な方法により周知しなければ、その効力を生じないこととし、この場合において、条項準備者が変更の効力の発生時期を定めたときは、その時期が到来しなければ、変更の効力を生じない旨の規律も、ここではじめて提案された。

---

<sup>26</sup> 中間試案補足説明374頁。



部会資料77Bにおいては、再度、変更条項に基づく定型条項の変更にかかる規律を特に取り出して規律する体裁を採らないこととしたほかは、部会資料75Bの提案に示された規律案の大枠は維持されていたが、(ア)の要件中、変更が相手方の利益に適合していること、(イ)の要件中、契約目的に反しないものであることにつき、いずれについても、それが「明らか」であること(明白性の要件)は要しないものとされたこと、等の細かな修正がなされた。

部会資料81Bにおいては、従前の提案において、定型条項を契約内容とする契約の相手方が多数または不特定である場合に限り、一方的な変更を認めることを原則としていたのに対して、そもそも、定型条項の定義より、定型条項が用いられる場面は、相手方が多数であるか不特定であることがほとんどであるとして、ここでの規律において相手方が多数または不特定の要件を求めないこととした<sup>27</sup>。また、変更があり得ることを契約上確定させておく必要があるとして、定型条項において、定型条項の変更により相手方と合意することなく契約内容を変更できる旨が定められている必要があるとした。

部会資料83-1では、基本的に部会資料81Bにおける提案が維持されており、ただ、定型条項の変更につき、従前の案では、相当な方法により周知することを求めるに過ぎなかったところを改め、変更の内容及び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することを求めることとした。ここにおいて、定型条項変更の効力発生時期を必ず定めるべきものとされた。また、相手方の利益となる利益変更の場合を除き、定型条項準備者が定めた効力発生時まで適切な方法による周知をしないときは、変更の効力を生じないものとする規律を追加提案した。

なお、規律の提案には現れていないが、その説明において既存契約への適用関係が問題とされ、約款(ママ)の変更について改正法前に締結した契約と改正法施行後に締結された契約を異なる規律に服させることは合理性に乏しく、無用なコストを生ずることにもなりかねないとして、改正前に締結された契約についての適用が可能になるように経過措置を講じること、保険や預金取引のように顧客の数が極めて多数で継続的契約であるものについては、既存契約に変更条項が定められていなくても、その条項があるとみなすなどの方法で約款の変更ができるようにすることが、併せて提案されている。

部会資料86-2では、部会資料83-1における提案内容を基本的に維持しつつ、改正法の施行時時点で既に締結されている旧定型約款につき、定型約款を変更できる旨を定めた特定変更条項の定めがないものについては、契約類型による限定を付さずに、改正法全体の施行日までに、定型約款に特定変更条項を定めることができる旨の経過措置を設けることを検討すると明示された<sup>28</sup>。

---

<sup>27</sup> 部会資料81B・18頁。

<sup>28</sup> 部会資料86-2・5頁。

## (2) 約款変更にかかる規律の趣旨

契約は、一旦合意されると、改めてこれと異なる合意により変更されない限り、契約当事者を拘束する、というのが契約の拘束力に関する一般原則であると考えられる。他方、定型約款準備者は、種々の理由により定型約款の変更を希望することがある。継続的契約であって、契約締結当時とは事情が変わったことにより契約条件を変更したいと考えることもあれば、より合理的な取引慣行の成立により、これに合わせて契約を再調整したいということもあろう。裁判所によりある条項が無効と判断されることにより、代わりの条項を定めなければ契約関係が不安定になる、等の事情も考えられる。相手方が多数であることを典型とする定型取引では、全ての契約相手方との間で個別に契約内容を変更する合意を取り付けることは費用がかかるため、その再交渉費用の低減を上回る不都合が認められない場合には、個別合意による変更よりも簡易な手続による契約条件変更を法律上定めることに一定の合理性がある。

## (3) 要綱の解釈

定型約款変更の規範は、相手方にとって有利な変更を行うことができる場合、相手方にとって有利とは言えないが一定の条件を満たす場合に変更を行うことができる場合の各要件を定めた実体規範の部分と、変更が効力を生じるために取るべき手続を定める部分に分けることができる。いわゆる有利変更の場合には、相手方一般の利益に適合すればよいものとされるが、保険法制定時における21条の扱いのように、判例法理のみが存在していて、法律状態が必ずしも明確でなかったところにおいて、新たに規律を整序するから、相手方一般の利益に適合するという程度の解釈が、定型約款変更全般において通用するように解釈されることは、事業者側の技巧的論理による有利変更を拡大することにつながるので、そうした解釈に歯止めがかかるような解釈論を整備する必要がある。

次に、有利変更でない場合には、変更ができるか否かを判断する枠組が法的明確性、法的安定性を欠くものではないか懸念があると言わざるを得ない。特に、複数の提携約款条項が変更される場合に、あるいは、ある条項の中の複数箇所が変更される場合に、有利変更とそうでないものをどのような単位で切り分けるかについては、(a)一体として総合評価するという見解、(b)全体として総合評価できるためには一定の関連性を要求し、そうでなければ個別事項毎に判断する見解、(c)個別判断であるとする見解があり得るように思われる。山下教授は<sup>29</sup>、不利益変更がある場合には、それを上回る利益が与えられる必要がある旨を述べており、総合評価を許容する立場を採るものと解される。

ここで、常に一体的評価をすることが許されると解するならば、本来は有利変更が単独で速やかになされて然るべき場合に、不利益変更とセットにして一括変更することにより、全体として有利変更であると主張する行動を合理的に抑止できないことになる。変更の必要性、変更内容の相当性等を考慮するという観点には、変更条項の組み合わせに対する評

<sup>29</sup> 山下・前掲注(10)182頁。

価も含まれており、相当程度の強い関連性のある事項でない限り、個別に不利益か否かが判断され、不利益変更の部分のみ虫食的に無効になると考えられる。

保険に関連していえば、保険業法に条件変更手続きを取るための規定が整備されており、保険契約の条件変更は、基本的には主務官庁の関与により、保険業法に定める手続を経なければ効力を生じないものとされているので、業法上の手続の適用範囲外のものであって、定型約款変更の規律を利用することが考えられるのは、いわゆる暴排条項の改訂であるとか、例えば、保険料不払いの際に催告を行う旨の約款改定（これは有利変更の例と思われる）など、保険料、保険金・給付金等の対価関係に直接の影響を及ぼさない事項であろう。

要綱においては、全ての相手方から同意を得ることが容易でないかどうかは問われないこととなった。そのため、インターネット上の取引契約など、インターネットを通じて個別の合意を得ることが困難でない取引に係る定型約款の変更にも、形式的には、定型約款変更の規律が適用されるであろう。ただ、定型約款変更の規律に従って変更することの必要性が、変更の必要性要件の下で考慮されることは否定できない。

内容変更の周知方法について、平均的顧客がインターネットを利用すると想定できない取引においては、新聞の購読率が低下している現状では、郵便による個別通知によるしかないと考えられる。インターネット利用の有無をわざわざ確認しなければならない取引においては、当面の間は、平均的顧客がネットを利用すると想定できない取引であると考えべきであろう。

