

民法（債権関係）の改正に関する中間試案に対する意見書

2013年6月12日

〒112-0002 東京都文京区小石川2-3-28

DIKマンション小石川201号

自由法曹団市民問題委員会

TEL03-3814-3971 FAX03-3814-2623

(目次)

はじめに

第1章 中間試案に対する意見（その1）—全面改正の是非	4
第2章 中間試案に対する意見（その2）—個別事項について	6
第3章 意思表示	6
2 錯誤	
第4章 代理	8
7 代理権の濫用	
12 授權	
第5章 無効及び取消し	10
6 取消権の行使期間	
第7章 消滅時効	10
2 債権の消滅時効における原則的な時効期間と起算点	
4 不法行為による損害賠償請求権の消滅時効	
5 生命・身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効	
第8章 債権の目的	14
4 法定利率	
第10章 債務不履行による損害賠償	16
3 債務の履行に代わる損害賠償の要件	
9 金銭債務の特則	
10 賠償額の予定	
第14章 債権者代位権	19
2 代位行使の範囲	
3 代位行使の方法等	
7 債務者の処分権限	
第16章 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）	21
1 債務者が複数の場合	
第17章 保証債務	21
6 保証人保護の方策の拡充	
第20章 債務引受	22
1 併存的債務引受	
第23章 相殺	23
2 時効消滅した債権を自働債権とする相殺	
3 不法行為債権を受働債権とする相殺の禁止	
第37章 消費貸借	26
1 消費貸借の成立等	
4 利息	
6 期限前弁済	
第38章 貸貸借	29
4 不動産貸貸借の対抗力，貸貸人たる地位の移転等	
15 貸貸借に類似する契約	
第40章 請負	31
1 仕事が完成しなかった場合の報酬請求権・費用償還請求権	
2 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任	

はじめに

2009年10月、法務大臣から法制審議会に対し、「社会・経済の変化の対応」「国民一般に分かりやすいものにする」という観点から債権法改正に関する諮問が行われ、本年2月、「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」が公表された。本意見書は、この中間試案に対するパブリックコメントとして提出することを前提に作成されたものである。

債権法の改正については、そもそも債権法の改正を行う必要性、立法事実があるのかという問題がある。上記諮問で言及されている2つの観点を検討しても、現時点で中間試案が提起するように債権法を全面改正する立法事実があるとは考え難い。そのため、現在行われようとしている債権法の改正については改正それ自体の是非が議論されるべき問題である。

一方、その議論とは別に、中間試案で示された個々の改正点の問題点については法律家の立場から意見を述べておくべきであると考え。われわれ自由法曹団は全国2000名を超える弁護士団体であり、日々様々な人権課題に取り組んでいる。本意見書は、そのような法律家の立場から重要と思われる点について、意見を述べるものである。

第1章 中間試案に対する意見（その1）—全面改正の是非

（意見）

債権法について現時点で全面改正をする必要はなく、個人保証の規制等、必要な部分についてのみ一部改正を行うべきである。

（理由）

① 全面改正の立法事実が存在しない

債権法全面改正の目的として示されたものは、「社会・経済の変化への対応」「国民にとって分かりやすいものにする」という抽象的な理由しかなく、基本的には、現行法の適用によって国民生活に不都合が生じているわけではない。国民からも全面改正を求める声はあがっていない。

確かに、個人保証の規制など、早急に法改正が求められているものもある。しかし、そのことは、保証規定を中心とした一部改正あるいは特別法の制定によれば良いのであって、債権法の全面改正が必要なわけではない。

したがって、全面改正すべき立法事実は存在しない。

② 立法事実なき改変によって国民が被害を受ける

債権法改正の目的として「社会・経済の変化への対応」が挙げられている。中間試案は、現行法について少なからず判例・実務の変更を求めるが、その理由としては「社会・経済への変化への対応」ということになるのであろう。しかし、個々の事項について中間試案の補足説明を見ても具体的に説明されていないものが多く、改変による国民への影響を真摯に検討したとは考えられない。

例えば、取消権の消滅時効について、中間試案の補足説明において、現行法が長すぎるとの指摘がされている、というが、誰がどのような事実に基づいて指摘したのかも不明である。被害者救済の後退について真摯に検討した様子は見受けられない。

また、例えば、法定利率が年3%を基準とするのに対し、中間利息の控除について年5%とするという不均衡については、今後不法行為法の改正を検討するまで中間利息の控除について現状維持する、と言う説明である。しかし、中間試案を前提にすれば遅延損害金額が減少して被害者救済が後退するのであって現状維持とは到

底いえないし、将来あるかどうかも分からない法改正を前提とする無責任極まりない提案というほかない。

中間試案では、立法事実について慎重な検討を経ないままの改変によって多くの国民が被害を受けるおそれがある。個別の問題点は後述するが、全面改正に固執することなく、改めて一から慎重な検討をすべきである。

③ 国民の理解に資するものでもなく、かえって実務に混乱を生む

「国民にとって分かりやすいものにする」という点からみても、中間試案の内容が全体として分かりやすくなったとは言いがたい。そもそも、累積した判例法理の全てを条文化できるものでもないし、法的素養のない者が民法典を読んで紛争防止や紛争解決ができるというものでもない。国民の理解を進めるには、法律実務家へのアクセスの機会を確保したり、法教育によってなされるべきものであって、民法典を変えることによってなされるものではない。債権法のみを改正を前提としている以上、多くの欠番や枝番号が生まれることになるが、かえって、国民にとっては分かりにくいものとなる。

何よりも、中間試案は、判例法理の変更や、これまでと異なる法概念の導入を少なからず含んでおり、実務に多くの混乱をもたらすことが避けられない。そうなれば、結局、被害を受けるのは国民である。

第2章 中間試案に対する意見（その2）—個別事項について

以下の項番号は、中間試案の項番号に対応するものである。

第3 意思表示

2 錯誤（民法第95条関係）

（中間試案）

民法第95条の規律を次のように改めるものとする。

(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。

(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。

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。

(4) 上記(1)又は(2)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對抗することができないものとする。

（注）上記(2)イ（不実表示）については、規定を設けないという考え方がある。

（意見）

錯誤の効果を取消しうるとする改正案に反対する。錯誤の効果を無効とする現行法を維持すべきである。

(理由)

錯誤の効果を取消しに留めることは、消費者・零細事業者の権利を後退させる一方で、錯誤に陥らせた者を利することとなり、不当である。

例えば、利息制限法超過取引において、貸金業者が取引履歴を全部または一部開示しないことにより、真実は貸金債務が消滅して過払金が発生しているにもかかわらず、借主が貸金業者主張のとおり債務があると信じて、これを前提に、本来存在しないはずの貸金業者主張どおりの債務額を支払うこと及び債権債務なしとの清算条項の付せられた合意（和解契約や調停など）をすることが多々見られる。

借主は利息制限法や利息制限法超過利息の元本充当法理（最大判昭和39年11月18日等）を知らないのが通常であるし、長期にわたる取引においては（貸金業者の取引は長期にわたって高金利を収受することを目的としているものである。）借主は自らの取引内容を正確に記憶していないのが通常である（最判平成17年7月19日参照）。他方、貸金業者は当初から自らの取引に貸金業法43条の適用がないことを十分に認識することができたものであり（最判平成23年12月1日）、また債務者が自己の正確な債務内容や過払金額を知るために取引履歴開示義務が課せられている（最判平成17年7月19日）。しかるに、貸金業者は借主の無知・窮迫を利用して実体と乖離した債務承認・清算条項を含む合意をさせ、かかる合意に基づき長期間にわたって、自らの生活を犠牲にし、あるいは新たな借入れまでして支払を継続する事例が多い。借主が法律家に相談して利息制限法に基づく解決を求めても、貸金業者は和解契約・調停合意を盾にこれを拒否して紛争となるが、当該合意から10年以上経過していることも少なくない。

このような事例において、和解契約・調停合意を錯誤により無効とする裁判例が多数出されているところである。例えば、仙台高判平成24年3月14日・同庁平成23年（ネ）第456号事件（原審・盛岡地裁平成22年（ワ）第734号）では、昭和63年に取引開始し、平成10年には過払いとなっていたにもかかわらず実体とかけ離れた債務を承認させる和解契約がなされ、平成22年に提訴された事案であるが、和解契約は錯誤により無効と判断されて借主の過払金返還請求が認容されている。

このようにして、不当な和解・調停合意による過大な債務から借主が救済されてきた。

しかるに、錯誤の効果を取り消しに変更することは、取消権の消滅をめぐって新たな紛争や錯誤主張側の立証の負担を生じさせるおそれがある。加えて、中間試案のように、取消権の行使期間を短縮するとなれば、10年以上前になされた不当な和解・調停の効力から救済されない事例が多発することになる。

他方、現行法を維持することによる弊害は見当たらない。中間試案の補足説明でも、現にどのような弊害が発生しているのか、それを改正することによってどのような改善がなされるのかという点について具体的な説明はなく、現行規定を変更する立法事実はないというほかない。

第4 代理

7 代理権の濫用

(中間試案)

(1) 代理人が自己又は他人の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方が当該目的を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、本人は、相手方に対し、当該行為の効力を本人に対して生じさせない旨の意思表示をすることができるものとする。

(2) 上記(1)の意思表示がされた場合には、上記①の行為は、初めから本人に対してその効力を生じなかったものとみなすものとする。

(3) 上記(1)の意思表示は、第三者が上記①の目的を知り、又は重大な過失によって知らなかった場合に限り、第三者に対抗することができるものとする。

(注) 上記(1)については、本人が効果不帰属の意思表示をすることができるのではなく、当然に無効とするという考え方がある。

(意見)

本人の意思表示を要求する点において改正案に反対。(注)にあるとおり、当然に無効(効果不帰属)とすべきである。

また、法定代理の場合には、主観的要件は、相手方・第三者の悪意又は有過失とすべきである。

(理由)

(1)については、本人の意思表示によって本人保護を図るものであるが、法定代理の場合には未成年者や被後見人などが本人なので、これで本人保護を図ることができるかは問題であり、本人の意思表示によらず無効とするのが妥当である。

代理権の濫用は、基本的には本人が「代理権の濫用をするような代理人を選定したこと」など本人側の問題とされるべきものであるので、原則的に有効としつつ、悪意重過失の相手方についてのみ本人を保護するのが妥当である。

(2)については、(1)について当然に無効とするので、「効力を生じなかったものとみなす」旨の規定は不要である。

(3)については、相手方からの転得者等の第三者の保護を図る必要があり妥当である。ただし、代理権濫用の場合は、本来は本人と代理人間の問題に過ぎないので、第三者の悪意又は重過失の立証責任を本人に負わせるのが妥当である。なお、法定代理においては、通常は、本人は代理人をコントロールできる状況にはなく、法定代理の場合には相手方の無過失を要求すべきである。

12 授権（処分権授与）

(中間試案)

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

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

(注) 授権に関する規定は設けるべきでない（解釈に委ねる）という考え方がある。

(意見)

授権に関する規定は設けず、解釈に委ねるべきである。

(理由)

「授権」概念そのものが不明確であり、明文化する実務上の必要性は明らかでない。

第5 無効及び取消し

6 取消権の行使期間（民法第126条関係）

(中間試案)

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

(注) 民法第126条の規律を維持するという考え方がある。

(意見)

改正案に反対。現行法の規律を維持すべきである。

(理由)

取消権行使可能期間を短縮することは、詐欺被害者を犠牲にして詐欺行為者を保護するものであり、不当である。

錯誤無効（第3の2）に対する意見で述べたような例では、詐欺による和解契約・調停合意の取消しを主張することもある。この場合にも、取消期間を短縮することは詐欺被害者の権利を後退させるものであり、不当である。

また、錯誤の効果を取り消しに改めるという中間試案の立場に立つ場合、取消権の行使期間を10年に制限することでこれまで錯誤により救済されてきた消費者・零細事業者の権利を後退させるものであり、不当である。

中間試案の補足説明は、取消権の行使期間が長すぎると指摘されている、と述べるが、一体、どのような弊害が生じているというのか、具体的事実について全く指摘はなく、現行法を改変すべき立法事実はない。

第7 消滅時効

2 債権の消滅時効における原則的な時効期間と起算点

(中間試案)

【甲案】 「権利を行使することができる時」(民法第166条第1項)という起算点を維持した上で、10年間(同法第167条第1項)という時効期間を5年間に改めるものとする。

【乙案】 「権利を行使することができる時」(民法第166条第1項)という起算点から10年間(同法第167条第1項)という時効期間を維持した上で、「債権者が債権発生の原因及び債務者を知った時(債権者が権利を行使することができる時より前に債権発生の原因及び債務者を知っていたときは、権利を行使することができる時)」という起算点から〔3年間／4年間／5年間〕という時効期間を新たに設け、いずれかの時効期間が満了した時に消滅時効が完成するものとする。

(意見)

甲案、乙案ともに反対であり、現行法の規律(原則10年)を維持すべきである。

(理由)

① 甲案に反対する理由

時効期間を5年に短縮するのは実務の実情に反する。一般市民の多くは、「権利を行使することができる時」からすぐに法律家に相談し、債権の保全を図ることはできない。怪我や病気、仕事の多忙、身内の介護、法律知識の欠如、精神的躊躇など、様々な理由で法律家に相談するまでに時間を要する。時効期間を5年とすることはこのような一般市民の権利者の救済が妨げられることになり、不誠実な債権者を不当に保護することになる。

例えば、不当利得に基づく過払金の返還請求権は10年の消滅時効というのが実務上確立している。最判昭和55年1月24日・民集34巻1号61頁は、まさに消滅時効を5年とするのでは被害救済として不十分であることを踏まえて10年としたのである。これを5年に短縮して、過払金を隠して高利を徴収してきた者に騙し得を許すのは妥当でない。

また、労災の被害者が権利の救済をするには、通常、まず労災の申請を行い、それが争われた場合は決定の取消訴訟を行い、その後に安全配慮義務違反を理由に損害賠償請求を行う。時効期間を5年とすると労災の申請とその取消中に時効が完成してしまうことがあり得ることになり、妥当でない。

なお、民法に規定されている職業別の短期消滅時効を廃止することを理由に、それらの債権の時効を10年とするのは合理性を欠くとして、原則5年とすべきという意見があるが、本末転倒の議論である。また原則10年を維持しても、その大部分は商事債権にあてはまり、消滅時効は5年となり、問題はない。

② 乙案に反対する理由

乙案は、客観的な起算点と主観的な起算点からの時効期間のいずれかが満了した時点で時効を完成させるとするが、これでは、客観的な起算点の解釈次第で、現行法より早く時効が完成するおそれがあり、賛成できない。

また、一般市民や零細事業者の場合、権利行使が可能であることを知りながら様々な事情から長期にわたり権利行使を控える場合も少なくない。例えば、不動産の共有者の1人が固定資産税を支払い続けていたという場合、約10年経過した後に、他の共有者に対し支払った固定資産税負担分相当額のうち共有者負担部分相当額の支払いを請求することは実務上見受けられる事案であるが、このような場合、乙案によると、3年間ないし4年間ないし5年間で返還請求権が時効により消滅してしまうことになり合理性を欠く。

4 不法行為による損害賠償請求権の消滅時効（民法第724条関係）

（中間試案）

民法第724条の規律を改め、不法行為による損害賠償の請求権は、次に掲げる場合のいずれかに該当するときは、時効によって消滅するものとする。

(1) 被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から3年間行使しないとき

(2) 不法行為の時から20年間行使しないとき

（意見）

民法724条後段の規律を除斥期間でなく、消滅時効であると明記することは被害者の権利救済の観点から賛成する。ただし、不法行為による生命・身体の侵害を理由とする損害賠償請求権については、不法行為の時から30年間行使しないときに時効によって消滅するものとするべきである。

（理由）

過去の事例をみると、生命・身体の侵害を理由とする損害賠償請求では、損害及び加害者を知った時には、すでに不法行為時から20年を経過していたという事例があり、20年では被害者の権利救済が図れない。

例えば、B型肝炎訴訟では、平成元年に5人の原告が札幌地裁に訴訟を提起したが、国が徹底的に争ったため、平成18年になってようやく最高裁で原告勝訴の判決が出された。しかし、それでも国は一般的救済を行わなかったため、全国各地で訴訟が提起された結果、平成21年によりやうく和解が成立している。このように20年では多くの被害者が権利救済を得られないという理不尽極まりない結果が生じるのであり、不法行為による生命・身体の侵害を理由とする損害賠償請求権については、30年とするべきである。

もともと、公害事件（例えばアスベスト、放射線被害など）は長期の潜伏期間を経た後に発症するという特徴があつて（例えばアスベストによる中皮腫の潜伏期間が平均20～40年）、長期を30年としても多くの被害が切り捨てられる危険がある。この点、長期についても消滅時効であることを明記することにより、加害者の消滅時効援用の主張を権利濫用として制限することにより妥当な解決を図ることが可能になる。

5 生命・身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効

（中間試案）

生命・身体〔又はこれらに類するもの〕の侵害による損害賠償請求権の消滅時効については、前記2における債権の消滅時効における原則的な時効期間に応じて、それよりも長期の時効期間を設けるものとする。

（意見・理由）

生命・身体〔又はこれらに類するもの〕の侵害による損害賠償請求権の消滅時効を原則より長くするという点については賛成する。

ただし、前記のように、債権の原則的な時効期間は10年を維持するべきであり、生命・身体〔又はこれらに類するもの〕の侵害による損害賠償請求権の消滅時効はそれよりも長い期間、例えば30年とするべきである。

原則を5年、生命・身体を10年とするような案には反対する。

第8 債権の目的

4 法定利率（民法第404条関係）

（3）中間利息控除

（中間試案）

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

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

（意見）

改正案に反対する。銀行の定期預金金利その他一般人が特段の労力を要することなく利用できる金銭運用方法による場合の利率等を基準とすべきである。仮にそうでなくとも民事法定利率を下回る利率によるべきである。民事法定利率を上回る利率を定めることは許されない。

（理由）

中間利息の控除の問題は、不法行為等に基づく損害賠償額の算定に当たり、将来の逸失利益や出費を現在価値に換算するために、損害賠償額算定の基準時から将来利益を得られたであろう時までの利息相当額を控除するものである。本来は、「将来利益を得られたであろう時までの利息相当額がいくらであるか」という事実認定に属する問題である（もつとも、裁判官によって区々に判断がなされることは、公平性の点や迅速な賠償をうける観点から問題もあり、統一的処理の必要性から法令で控除率・控除方法を一律に定めることには合理性がある。この場合は事実認定の問題ではなく法律問題となると考えられる。）。

これに対し、法定利率の定めは、得られるはずの運用利益の水準だけでなく、債権者が同額の金員を他から得るために要するコストを填補するという観点や、履行のインセンティブを確保するという要請をも考慮して政策的に定められるものであるから、両者は本来的に別個の問題である。この点、中間試案の補足説明も、法定利率の制度趣旨につき同旨説明した（96頁）上で、「中間利息控除に法定利率を

利用することは、法定利率制度の制度目的からは想定されていなかった。」（98頁）と述べているとおりである。

最判平成17年6月14日・民集59巻5号983頁は、損害賠償額の算定にあたり中間利息控除で用いるべき控除率について民事法定利率によらなければならないとしたが、これは、大量の紛争の統一的処理の必要性のために明確かつ統一の基準に拠るとした上で、他に拠るべき適当な基準がなかったがために、「民事法定利率である年5%より引き下げるべきであるとの主張も理解できないではない」としつつも、やむを得ず、運用利益を斟酌して立法された現行の民事法定利率を借用したものに過ぎない。

確かに、統一的処理の必要性から中間利息控除の方法なり控除率なりを一律に定めることには合理的理由がある。しかし、中間利息控除の問題が将来の運用利益を予め割り引くという問題である以上、その中間利息控除の方法はあくまでも通常得られる運用利益の実態に即して定められなければならない。その基準として相当なのは、一般市民なら特段の才覚・労力を要することなく利用できる資産運用方法が参考とされるべきであり、例えば現在の実務で通常用いられているいわゆるライブニッツ方式によることを前提とすると、銀行の定期預金利率などが参考とされるべきである。

また、法定利率の定めには、運用利益だけでなく、債権者が他から調達するコストや、履行確保のインセンティブという点をも考慮して定めるのであるから、その利率は一般人の通常の利用方法による運用利益をある程度上回ることが想定されている。そうすると、専ら運用利益を基礎として定めるべき中間利息控除の控除率については、法定利率を相当程度下回るものとすべきである。

ましてや、改正案は、民事法定利率の基準となる年3%よりも2%も高い年5%で固定するというものであり、前掲最判が中間利息控除の率を法定利率とした根拠にも反し、いかなる意味でも正当化できない。合理的理由のない財産権の侵害というべきであり、財産権の不可侵を定め、財産権の内容を公共の福祉に合致するように定めるとした憲法29条1、2項にも違反するとさえいうべきである。そして、改正案によれば、中間利息は実際の運用利益よりも多額の控除がされるのに、遅延損害金は年2%も引き下げられることとなり、被害者救済を後退させることとなる。

中間試案の補足説明によれば、要するに、将来、不法行為法又は損害賠償額算定

のあり方の見直しをするまでは、現状を維持するために、中間利息控除に用いる割合を現行法の年5%に定めておこう、というものである。しかし、将来あるかどうかも分からない法改正を前提にして、当面、不合理・不均衡な立法を許容するという発想自体、異常であり、社会正義に悖るものである。また、現状維持というが、法定利率の引下げによって、被害者の得られる賠償金は減少し、加害者・保険会社が支払を免れることになるのであるから、中間利息控除を年5%とすることは現状維持ではなく、被害者の犠牲の下に加害者（特に大量の被害を生み出す国や大企業）・保険会社を利するものでしかない。

第10 債務不履行による損害賠償について

3 債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第415条後段関係）

（中間試案）

民法第415条後段の規律を次のように改めるものとする。

(1) 次のいずれかに該当する場合には、債権者は、債務者に対し、債務の履行に代えて、その不履行による損害の賠償を請求することができるものとする。

ア その債務につき、履行請求権の限界事由があるとき。

イ 債権者が、債務不履行による契約の解除をしたとき。

ウ 上記イの解除がされていない場合であっても、債権者が相当の期間を定めて債務の履行の催告をし、その期間内に履行がないとき。

(2) 債務者がその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、債務者が履行をする見込みがないことが明白であるときも、上記①と同様とするものとする。

(3) 上記(1)又は(2)の損害賠償を請求したときは、債権者は、債務者に対し、その債務の履行を請求することができないものとする。

（意見）

(3)について反対する。

（理由）

(3)は、履行に代わる損害賠償の請求をした後は、履行請求権を行使することができないものとしている。しかし、交渉で損害賠償の請求をただけで履行請求権

を行使できなくするのは妥当ではない。

9 金銭債務の特則（民法第419条関係）

（中間試案）

- (1) 民法第419条の規律に付け加えて、債権者は、契約による金銭債務の不履行による損害につき、同条第1項及び第2項によらないで、損害賠償の範囲に関する一般原則に基づき、その賠償を請求することができるものとする。
- (2) 民法第419条第3項を削除するものとする。

（意見）

(1)に反対する。現行法の規律を維持すべきである。

(2)に賛成する。

（理由）

① (1)に反対する理由

民法第419条は次のように定めている。

第1項 金銭の給付を目的とする債務の不履行については、その損害賠償の額は、法定利率によって定める。ただし、約定利率が法定利率を超えるときは、約定利率による。

第2項 前項の損害賠償については、債権者は、損害の証明をすることを要しない。

第3項 第1項の損害賠償については、債務者は、不可抗力をもって抗弁とすることができない。

他方、判例は、同条第1項所定の額を超える損害の賠償（利息超過損害の賠償）を否定している（最判昭和48年10月11日・判時723号44頁）。

中間試案の(1)は、この判例に反して、利息超過損害の賠償請求をできるようにしようとしている。

しかし、利息超過損害として、弁護士費用などの債権取立費用の賠償請求が考えられ、消費者など社会的、経済的弱者にとって重い負担となり、貸金業者等により濫用される危険があり、不当である。

② (2)に賛成する理由

中間試案の(2)は、金銭債務の履行遅滞についても債務不履行の一般原則により

免責されるようにしようとしている。

民法第419条第3項は、「不可抗力をもって抗弁とすることができない。」としており、一切免責が認められないというのは、例えば大規模自然災害等などを考えれば、債務者に過酷であり、具体的妥当性を欠く場合がある。債務不履行の一般原則により免責されるとしても、不当に免責の範囲が広がるものとはいえない。

10 賠償額の予定（民法第420条関係）

（中間試案）

<p>(1) 民法第420条第1項後段を削除するものとする。</p> <p>(2) 賠償額の予定をした場合において、予定した賠償額が、債権者が現に生じた損害の額、当事者が賠償額の予定をした目的その他の事情に照らして著しく過大であるときは、債権者は、相当な部分を超える部分につき、債務者にその履行を請求することができないものとする。</p> <p>（注1）上記(1)については、民法第420条第1項後段を維持するという考え方があ</p> <p>（注2）上記(2)については、規定を設けないという考え方があ</p>

（意見）

(1)につき改正案に賛成する。

(2)につき「著しく」を削除すべきである。

（理由）

従来、特に金銭消費貸借において、貸金業者が現実の損害を超えた賠償額の予定を押し付け、利息制限法1条の規制を潜脱して、恒常的に高利を徴収するという弊害が生じていた（その例として、最判平成21年9月11日・判タ1308号99頁②事件）。

こうした弊害を除去することが必要であり、賠償額が適切に減額されることが必要である。ただし、「著しく過大」とまで要件を限定するのでは、経済的弱者である債務者の救済として不十分となるおそれがあり、単に「過大」で足りるとい

第14 債権者代位権

2 代位行使の範囲

(中間試案)

債権者は、前記1の代位行使をする場合において、その代位行使に係る権利の全部を行使することができるものとする。この場合において、当該権利の価額が被保全債権の額を超えるとときは、債権者は、当該権利以外の債務者の権利を行使することができないものとする。

(注) 被代位権利の行使範囲を被保全債権の額の範囲に限定するという考え方がある。

(意見)

改正案に反対。現行法の規律を維持すべきである。

(理由)

判例(最判昭和44年6月24日・民集23巻7号1079頁)は、被代位権利を行使することができる範囲を被保全債権の額の範囲に限定している。

中間試案は、これよりも代位行使の範囲を拡げている。

しかし、後記のとおり、債権者代位権について、相殺による債権回収を一定の制限の元で認めるべきであり、その行使範囲は、被保全債権の額に限られるべきである。

3 代位行使の方法等

(中間試案)

(1) 債権者は、前記1の代位行使をする場合において、その代位行使に係る権利が金銭その他の物の引渡しを求めるものであるときは、その物を自己に対して引き渡すことを求めることができるものとする。この場合において、相手方が債権者に対して金銭その他の物を引き渡したときは、代位行使に係る権利は、これによって消滅するものとする。

(2) 上記(1)により相手方が債権者に対して金銭その他の物を引き渡したときは、債権者は、その金銭その他の物を債務者に対して返還しなければならないものとする。この場合において、債権者は、その返還に係る債務を受働債権とする

相殺をすることができないものとする。

(注1) 上記(1)については、代位債権者による直接の引渡請求を認めない旨の規定を設けるという考え方がある。

(注2) 上記(2)については、規定を設けない(相殺を禁止しない)という考え方がある。

(意見)

改正案に反対。現行法の規律を維持すべきである。

(理由)

判例(大判昭和10年3月12日等)は、中間試案(2)のような規定のない現行法の下で、債権回収機能は妨げられないことを前提としており、この考え方は(注2)で取り上げられている。

これに対し、中間試案(2)は、代位債権者が直接の引渡しを受けた物を債務者に返還する債務を負うものとし、代位債権者はその返還債務(金銭債務)を受働債権とする相殺をすることができないこととして、債権回収機能を否定しようとしている。

しかし、代位訴訟の場合は、相殺は禁止されないとすべきである。

代位訴訟の中で被保全債権及び被代位債権の存否が判断され、實際上被保全債権の債務名義を得たのと同様の状況となるし、債務者への訴訟告知を義務づければ、債務者・第三債務者の手続的な不利益はほとんどない。

民事執行、保全の制度は、財産調査を行った上で、多額の担保を積まなければならないが、少額債権の場合ほとんど費用倒れになる。相殺による回収機能を否定することは、労働債権や消費者の債権などの少額債権に対して簡易迅速な債権回収手続を奪うことになり、不当である。

7 債務者の処分権限

(中間試案)

債権者が前記1の代位行使をした場合であっても、債務者は、その代位行使に係る権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられないものとする。その代位行使が訴えの提起による場合であっても、同様とするものとする。

(意見)

改正案に反対。現行法の規律を維持すべきである。

(理由)

債権者代位訴訟を提起し、かつ債務者に対して訴訟告知をした場合においては、代位訴訟の実効性を確保するため、債務者の処分禁止効及び弁済禁止効が認められるべきである。

第16 多数当事者の債権及び債務

1 債務者が複数の場合

(中間試案)

(1) 同一の債務について数人の債務者がある場合において、当該債務の内容がその性質上可分であるときは、各債務者は、分割債務を負担するものとする。ただし、法令又は法律行為の定めがある場合には、各債務者は、連帯債務を負担するものとする。

(以下略)

(意見)

法律行為の定めによる連帯債務に関し、個人保証制限規定を準用する規定を置くべきである。

(理由)

第17で後述するように個人保証について規制を加えると、貸金業者等の債権者は連帯債務を利用して個人保証規制の潜脱を図るおそれがある。

第17 保証債務

6 保証人保護の方策の拡充

(1) 個人保証の制限

(中間試案)

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

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

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

（意見）

個人保証を制限しようとする方向性には賛成する。ただし、貸金等債務に限らず、個人保証は原則無効とするべきである。

（理由）

中間試案では、主債務が貸金等債務の場合の個人保証を検討しているが、賃料、労働、医療、奨学金、賃貸借契約など、様々なものに保証契約が利用されており、それらの場合も貸金等と同様の保証人被害が多発している。個人保証を行った保証人が到底支払い困難な債務を負担することにより破産に至るケースや、債務を苦に自殺する、保険金による支払いを企図して自殺するケースなど個人保証が弊害は枚挙にいとまがない。

また、保証人を立てられないことにより、賃貸借契約が締結できない、会社に入社できないなど、保証人制度があることによる弊害もいまだに存在する。

また、保証人を頼んだ主債務者側も、保証人に迷惑をかけることを恐れ、破産できず経済的に再出発できないなどの事例がある。例えば、伯父に奨学金債務の保証人になってもらった若者が、伯父に迷惑がかかることを恐れて破産できず、経済的に再出発できないということが起きている。

また、金融実務上は、個人保証を求めない実務慣行が確立しつつあることからすると、貸金等債務に限らず、個人保証は原則無効とすべきである。

第20 債務引受

1 併存的債務引受

（中間試案）

(1) 併存的債務引受の引受人は、債務者と連帯して、債務者が債権者に対して負担する債務と同一の債務を負担するものとする。

(以下略)

(意見)

併存的債務引受について、個人保証の制限規定を準用する規定を置くべきである。

(理由)

個人保証について制限を加えると、貸金業者等の債権者は併存的債務引受を利用して個人保証規制の潜脱をはかる懸念がある。併存的債務引受規定を新設する以上は、同様の規制を明示しておく必要がある。

第23 相殺

2 時効消滅した債権を自働債権とする相殺（民法第508条関係）

(中間試案)

民法第508条の規律を次のように改めるものとする。

債権者は、時効期間が満了した債権について、債務者が時効を援用するまでの間は、当該債権を自働債権として相殺をすることができるものとする。ただし、時効期間が満了した債権を他人から取得した場合には、この限りでないものとする。

(注) 民法第508条の規律を維持するという考え方がある。

(意見)

改正案に反対。現行法の規律を維持すべきである。

(理由)

改正案によれば、一般消費者や中小零細事業者の権利が後退し、被害が拡大するおそれがある。

例えば、利息制限法を超過する利息にて借入れと返済を繰り返す取引について、過払金と借入金債務との相殺という問題が頻発している。貸金業者によって存在しない債務を存在するものと誤信して高利の支払を続けた挙句に、いざ過払金に気付いたときには10年を経過している、という事例が少なくない。現行法であれば、それでも残存する借入金債務との相殺によって、爾後の高利の支払義務を免れることにより借主は一定の救済がなされているが、改正法によれば、借主はそれができなくなって、高利被害から救済されないケースが増加することになる。

相殺の期待を保護する現行法には十分な根拠があるというべきである。

これに対し、中間試案の補足説明は、過払金返還請求という特殊な事案を一般化して同条を維持するのは適当でないと主張する。しかし、過払金返還請求の実務は、一般市民や中小零細事業者が長期にわたって権利の存在を知らされずに消滅時効期間が経過するという問題が多数生じることを明らかにしてきたのであり、一般市民や中小零細事業者の権利を考えるにあたって、重要な材料を提供している。「特殊な事案」として片付けようとする中間試案の立場は不当である。

また、中間試案の補足説明は、過払金返還請求の事案については、過払金返還請求権の時効の完成に関する考え方を再構成するなどの別の法理によって債務者の救済を図るべきであるとの批判がある、ともいう。しかし、かかる「別の法理」について具体的に何ら示されていない。存在しない「別の法理」を理由にして、過払金返還請求権者の権利を後退させるというのは、無責任というほかない。

3 不法行為債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第509条関係）

（中間試案）

民法第509条の規律を改め、次に掲げる債権の債務者は、相殺をもって債権者に対抗することができないものとする。

- (1) 債務者が債権者に対して損害を与える意図で加えた不法行為に基づく損害賠償債権
- (2) 債務者が債権者に対して損害を与える意図で債務を履行しなかったことに基づく損害賠償債権
- (3) 生命又は身体の侵害があったことに基づく損害賠償債権

（意見）

不法行為に基づく損害賠償請求権の範囲を狭める点において改正案に反対する。現行法に加えて(2)(3)の損害賠償債権を加えるべきである。少なくとも現行法を維持すべきである。

（理由）

改正案では、物損について現実の損害の填補を受けることができなくなる場合が増え、被害者の権利が後退するおそれがある。

第1に、不法行為誘発の阻止のためには故意による行為を禁止すれば足りるとい
うけれども、現実の訴訟の場面では、相殺を阻止するため、被害者に「損害を与え
る意図」の立証という困難な負担を強いることになる。そうすると、実際には、不
法行為誘発の阻止という制度趣旨が機能しなくなる。

第2に、責任保険の保険給付によって損害が填補され得る場合には、相殺を認め
ずに、保険給付を利用して損害を現実に賠償させる方が、被害者保護に資する。相
殺を認めると現実の損害の填補を受けることができなくなる懸念がある。

この点につき、中間試案の補足説明は、「不法行為に基づく損害賠償債権を受働
債権とする相殺が認められたからといって、それによって保険会社の責任保険の保
険給付義務が消滅するわけではない。すなわち、損害賠償債権が相殺で消滅したと
しても、損害賠償債権が成立したことまで否定されるものではなく、かつ、相殺の
場合には相殺権者の出えんによって債権が消滅するのであり、保険給付によって填
補されるべき損害は生じていると言えるので、相殺がされたとしても責任保険の保
険給付を受ける権利は失われない」との見解を紹介した上で、双方が責任保険に加
入しているような場面では、双方が保険給付を受けられるのであるから、相手方の
保護に欠けることにはならない旨述べる。

しかし、かかる見解が明文で規定されていないのに、そのような特定の解釈を前
提に論じることは妥当ではない。また、双方が責任保険に加入している場合のみを
挙げて論じていることも問題である。一方のみが対物賠償責任保険に加入している
場合もある。例えば、対物賠償責任保険に加入している甲の自動車と加入していな
い乙の自動車（いずれも時価100万円とする。）が衝突による全損事故（甲乙の
過失割合30対70）を起こした場合の物損事故を考えた場合、甲が乙に対し70
万円、乙が甲に対し30万円の損害賠償債権を有することになる。ここで、改正案
に従い、乙が自らの損害賠償債権を自働債権として相殺をすると、甲は乙から40
万円の支払しか受けられないことになる。甲が70万円の損害全部の填補を受ける
には、甲は、自らが加入する保険会社と乙の双方を相手にしなければならないこと
になると思われるが、その場合の法律構成と問題点についても検討されていない。
実際には、損害額や過失割合自体が争いになるから、甲が保険会社に請求するに際
し、自らは容易に知り得ない乙の損害を立証する必要が生ずることも考えられる。

このような問題点を生じさせてまで、敢えて相殺を認める必要性がない。

第37 消費貸借

1 消費貸借の成立等（民法第587条関係）

（中間試案）

民法第587条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 消費貸借は、当事者の一方が種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約して相手方から金銭その他の物を受け取ることによって、その効力を生ずるものとする。

(2) 上記(1)にかかわらず、書面である消費貸借は、当事者の一方が金銭その他の物を引き渡すことを約し、相手方がその物を受け取った後にこれと種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約することによって、その効力を生ずるものとする。

(3) 消費貸借がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他の人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によってされたときは、その消費貸借は、書面によってされたものとみなすものとする。

(4) 上記(2)又は(3)の消費貸借の借主は、貸主から金銭その他の物を受け取るまで、その消費貸借の解除をすることができるものとする。この場合において、貸主に損害が生じたときは、借主は、その損害を賠償しなければならないものとする。

(5) 上記(2)又は(3)の消費貸借は、借主が貸主から金銭その他の物を受け取る前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失うものとする。

（注）上記(4)第2文については、規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

（意見）

改正案に反対。現行法を維持するか、少なくとも(4)第2文の損害賠償義務を削除すべきである。

（理由）

① 要物契約を維持すべき理由

消費貸借は、多重債務や高利被害防止の観点が重要である。消費貸借を慎重にするため、また現実に金銭が交付されていない場合にまで借主が過大な負担をされないようにするため諾成契約化すべきではない。

② 損害賠償義務を削除すべき理由

現実に金銭を利用していない以上、貸主に損害は発生しない。しかるに、改正案によれば、金銭調達のコストや貸付けにより得べかりし利益を損害として債務者に損害賠償という形で請求する濫用の懸念がある。

例えば、貸金業者による押し貸しの契約をさせる危険性が生じる。貸金業者が自らの都合が悪ければ貸さない規定を入れ込みつつ（現に基本契約に基づくリボルビング取引には貸主の一方的判断による貸付停止を許容する規定が置かれており、これに基づいて追加貸付けを停止することもある。）、次々と貸付契約を締結させることにより、自らはリスクを負うことなく、借主に賠償義務の威嚇の下に過剰な貸付けを誘発するおそれがある。

4 利息

(中間試案)

利息の定めがある場合には、借主は、貸主から金銭その他の物を受け取った日から起算して利息を支払う義務を負うものとする。

(意見)

利息は実際に利用できた期間、利用できた金額についてのみ発生することを明らかにすべきである。

また、受け取った日から起算する（初日算入）のであれば、弁済日当日について利息を支払う義務がない旨（いわゆる片端取り）の規定を加えるべきである。

(理由)

① 利息の定義を置くべき理由

利息は元本利用の対価であり、利息制限法の潜脱を許さないためにも利息について実際に利用できた期間、利用できた金額についてのみ発生することを明らかにすべきである。

② 片端取りとする理由

借入日初日算入の根拠は、借入日当日から元本を利用できるからである。しかし、弁済日当日は、借主は返済の準備をしているものであって実質的には元本を利用できるものとはいえない。貸金業法施行規則11条3項も、貸金業者の利率表示において、弁済日当日不算入を原則的な表示形態としたものといえる。実際に、貸金業者は、借換え、切替えを繰り返して金融取引を継続することが多いが、両端取りによって実際に利用できない分の利息を取得する行為が行われてきた例も少なくない（典型的な例として、ロプロ（旧日栄）による、いわゆる「手形の切返し」など）。したがって、片端取りを明示すべきである。

6 期限前弁済（民法第591条第2項、第136条第2項関係）

（中間試案）

民法第591条第2項の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者が返還の時期を定めなかったときは、借主は、いつでも返還をすることができるものとする。
- (2) 当事者が返還の時期を定めた場合であっても、借主は、いつでも返還をすることができるものとする。この場合において、貸主に損害が生じたときは、借主は、その損害を賠償しなければならないものとする。

（意見）

改正案に反対。損害賠償することなく期限前弁済を広く認めるべきである。最低限、現行法を維持すべきである。

（理由）

現行法は、期限は債務者の利益のために付されたものと推定しており（民法136条1項）、債権者の利益のためにも定めたものというには債権者による主張立証が必要である。この点、利息付債務であることだけでは債権者に期限の利益があるとはいえない。何ら賠償を要することなく期限前弁済を認める例も普通に見られるところである。大判大正7年3月20日・民録24輯623頁も、売買残代金に期限までの利息が付せられている事案について、債務者のために期限の利益が付されているものと解して、期限の利益を放棄して期限前に売買残代金及び当該弁済時ま

での利息を付して弁済すれば足りると判示している。

しかるに、改正案では、期限の利益に関する原則と例外を逆転させるものであり、債務者の権利を後退させるものであって、不当である。

むしろ、問題なのは、一旦、長期分割弁済の契約を締結してしまうと、期限前弁済ができる状態になっても将来にわたる莫大な金利を請求されることである。金融業者であれば繰上返済を得た金員で新たな顧客に貸し付けることもできるのであり、約定どおり分割弁済を継続した場合の金利を損害賠償させる必要はない。

第38 賃貸借

4 不動産賃貸借の対抗力、賃貸人たる地位の移転等（民法第605条関係）

（中間試案）

民法第605条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 不動産の賃貸借は、これを登記したときは、その不動産について物権を取得した者その他の第三者に対抗することができるものとする。

(2) 不動産の譲受人に対して上記(1)により賃貸借を対抗することができる場合には、その賃貸人たる地位は、譲渡人から譲受人に移転するものとする。

(3) 上記(2)の場合において、譲渡人及び譲受人が、賃貸人たる地位を譲渡人に留保し、かつ、当該不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意をしたときは、賃貸人たる地位は、譲受人に移転しないものとする。この場合において、その後譲受人と譲渡人との間の賃貸借が終了したときは、譲渡人に留保された賃貸人たる地位は、譲受人又はその承継人に移転するものとする。

(4) 上記(2)又は(3)第2文による賃貸人たる地位の移転は、賃貸物である不動産について所有権移転の登記をしなければ、賃借人に対抗することができないものとする。

(5) 上記(2)又は(3)第2文により賃貸人たる地位が譲受人又はその承継人に移転したときは、後記7(2)の敷金の返還に係る債務及び民法第608条に規定する費用の償還に係る債務は、譲受人又はその承継人に移転するものとする。

（意見）

上記(3)の制度を設けることに反対する。

(理由)

上記(3)によれば、譲渡人及び譲受人の合意によって賃貸人たる地位を譲渡人に留保できるとする。しかし、これでは賃借人の関知しない合意により、賃借人が転借人の立場に置かれることになり、賃借人の地位が不安定になる。

中間試案の立場は、譲受人と譲渡人との間の賃貸借が終了したときは、譲渡人に留保された賃貸人たる地位は、譲受人又はその承継人に移転するものとする。賃借人の地位は不安定とならないとするものであるが、実務上は、賃借人が賃料の支払先をどうすればよいか分からなくなり、賃料の支払いが遅れるなど、現実に賃借人の地位が不安定になるおそれが生じる。

また、中間試案の立場を前提とすると、賃借人が建物明渡しの際は譲渡人に敷金返還を求めることになるが、既に譲渡人は建物所有権を移転しており、賃借人が自らの関与しない事情によって譲渡人の無資力のリスクを負うことになり、賃借人の保護に欠けることになる。

15 賃貸借に類似する契約

(1) ファイナンス・リース契約

(中間試案)

賃貸借の節に次のような規定を設けるものとする。

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

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

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

ものとする。

(意見)

このようなファイナンスリース契約類型を民法規定すべきでない。

(理由)

借り手（買い手）側が業者に対し、売主の担保責任を請求できないなど、消費者側の保護に欠けるため、このような契約類型を認めるべきではない。

また、ファイナンスリースの実質は金融であるところ、賃貸借契約規定の準用を認めて金銭消費貸借としての規制を及ぼさないとするのでは、容易に利息制限法の潜脱手段に使われるおそれがある。

第40 請負

1 仕事が完成しなかった場合の報酬請求権・費用償還請求権について

(中間試案)

(1) 請負人が仕事を完成することができなくなった場合であっても、次のいずれかに該当するときは、請負人は、既にした仕事の報酬及びその中に含まれていない費用を請求することができるものとする。

ア 既にした仕事の成果が可分であり、かつ、その給付を受けることについて注文者が利益を有するとき

イ 請負人が仕事を完成することができなくなったことが、請負人が仕事を完成するために必要な行為を注文者がしなかったことによるものであるとき

(2) 解除権の行使は、上記(1)の報酬又は費用の請求を妨げないものとする。

(3) 請負人が仕事を完成することができなくなった場合であっても、それが契約の趣旨に照らして注文者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、請負人は、反対給付の請求をすることができるものとする。この場合において、請負人は、自己の債務を免れたことにより利益を得たときは、それを注文者に償還しなければならないものとする。

(注) 上記(1)イについては、規定を設けないという考え方がある。

(意見)

(1)イについて改正案に反対。(注)のとおり、規定を設けないものとするべきで

ある。

(理由)

注文者が帰責事由なく必要な行為ができず請負人が仕事を完成することができなかつた場合、現行法では、危険負担の債務者主義（民法536条2項）により請負人は報酬請求権を失うものと解されるが、改正案ではこれを一部転換して注文者に帰責事由がない場合にまで注文者に報酬の一部について支払義務を負わせることになる。しかし、特に注文者が一般消費者・零細事業者の場合を考えると注文者に過酷になる場合があり得る。他方、現行法の下でも、企業であれば特約により対応することが可能であり、請負人に過酷とはいえない。

2 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任

(4) 仕事の目的物である土地工作物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任の存続期間（民法第638条関係）

(中間試案)

民法第638条を削除するものとする。

(意見)

改正案に反対。現行法を維持すべきである。

(理由)

商事債権の場合、堅固建物の責任の存続期間が5年間に短縮されることになり、注文者の権利が後退することになり、不当である。

中間試案は、債権の消滅時効を短縮することを前提にしたものであるが（第7，2），これ自体が不当であることは、既述のとおりである。