

民法改正が法教育及び実務に与える 影響に関する考察

——中間試案をベースに——

日野 修一

第1 はじめに

民法は明治29年(1896年)に制定された約120年の歴史のある法律である。民法はこれまでに、現行憲法の制定に伴い家族法が昭和22年に全面的に改正されたほか、財産法についても小規模な改正は何度か行われてきている。また、時代の変化に対応すべく、消費者契約法をはじめとする特別法の制定はされてきたものの、民法のいわゆる財産法分野の全面改正は経験がない。

ところが、現在(2009年以降)、法務省の法制審議会において財産法、特に債権法にかかる大幅な改正作業が進められており、2011年4月の中間的な論点整理の発表及びそれに対するパブリックコメントの手続きを経て、2013年2月には「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」(以下、単に「中間試案」という)が決定された。もちろん、改正法は政治状況や国民世論の状況などの影響を大きく受けるものであり、成立の時期や改正法の具体的な内容などは確定しているとは言えないが、民法改正の流れは既定路線といっても過言ではない。

中間試案のような大がかりな民法の改正が必要かどうかについては賛否両論あるが、本稿では民法改正の妥当性そのものはメインテーマとはしない。改正の是非については、民法改正の手続き等をつぶさに検証し、その背景などに鋭く切り込んだ著作として本学の鈴木仁志教授による「民法改正の真実 自壊する日本の法と社会」(講談社)が極めて有益な示唆を与

えてくれることを指摘するに留めたい。

本稿では、「教育における理論と実務との架橋」という法科大学院の理念を念頭に、中間試案をベースに民法が改正された場合に、筆者が携わる法科大学院における民法の教育及び法律実務にいかなる影響が予想されるかを考察する。

第2 法改正による一般的な影響について

- 1 民法に限ることではないし、改めて言うまでもないことであるが、法律学の教育とは単に条文の文言をそのまま伝える、あるいは暗記させるだけでは足りない。なぜそのような条文、制度が用意されているのかという立法趣旨、制度趣旨を理解させることが最も重要な法教育のひとつであることは異論がないであろう。

立法趣旨や制度趣旨が重要であるという点は実務においても同様である。実務家としてこれまでに考えたことのない問題点、疑問点にぶつかることはしばしば経験するところであるが、そのような場合は判例や文献の調査はもとより、問題となる条文や制度の趣旨を掘り下げて考察し、適切な回答を導き出すことは必須の能力である。

- 2 一例を挙げてみたい。保証について、平成16年に成立した「民法の一部を改正する法律」により、民法446条に2項及び3項が追加された。同条2項では、「保証契約は、書面でしなければ、その効力を生じない」と新たに規定されたのである。また、これとともに、465条の2から同条の5において、貸金等根保証契約の条文が新設された。

前者は、それまで他の民法の契約と同様に諾成契約であった保証契約について、書面という様式を効力要件とした改正である。つまりは、「契約自由の原則」の一内容である「契約方式の自由」に関する例外として設けられた規定であり、民法上、極めて例外的な規定が新設されたのである。

なぜ、それまで諾成契約であった保証契約が要式契約に改正されたのか。言うまでもないことであるが、改正されたからには改正すべき理由があるはずである。一般的な説明としては、保証契約は、保証会社等の法人が業として行う場合を除いては、個人が、主たる債務者との人間関係などからやむを得ず、あるいは好意により、そして多くの場合は無償で引き受けるものであるが、その一方で、保証人にとっては「他人の債務」であるにもかかわらず、時には資力を超える大きな責任を負わされ、過酷な結果を招くという実情が長年問題視されてきたため、保証人の意思を書面で確認することとし、慎重に契約に臨ませ、保証人の保護を図るべきであることが理由とされている。

このような趣旨に立った場合、同条項の「書面」とは何を指すのであろうか。保証契約書そのもの、または金銭消費貸借契約書等の主契約の書面に保証の意思が表れているものがこれに該当することは明らかであるが、それらに限ると解釈すべきなのであろうか。あるいは、『書面』によらない贈与は、各当事者が撤回することができる」との規定（550条本文）に関しては、「書面」の意義を緩やかに解する解釈が定着しているが（例えば最判昭60.11.29）、このように「書面」の意義を相当程度緩やかに解することが許されるのであろうか（筆者は、両条文の趣旨の違いから単純な比較は許されないと考えているが）。

2013年度の司法試験の論文問題では、保証人の無権代理人が書面において保証契約を締結していたが、保証人の追認は口頭でなされたとの事実案を用い、同条項の「書面」とは何を指すのか、ということ正面から問う問題が出された。判例等の見解が定まっていない解釈について、まさに試験の現場において条文の趣旨から回答を導き出すことを要求する問題であり、基本的な知識を問うものであるが、決して簡単ではなく、法的センスや現場での思考能力を問う良問であると思う。

問題の感想はさておき、上記のように司法試験においても改正部分の趣旨を問うており、改正部分に関する試験委員の関心が高いことがうかがわれる。また、実務においても保証否認を争点とする事例は頻繁にみ

られるところであり、保証契約書が作成されていれば否認の余地はないのか、あるいは逆に、保証契約書が作成されていなくても保証契約の成立が認められる場合があるのか、という問題は極めて実務的であり、今後も紛争となる事例は多く発生するものと想像される。

- 3 以上に見たように、保証契約に要式を求めるという簡素な改正であってもそれが教育や実務に与える影響は小さくない。中間試案のような大がかりな改正であればどれほどの影響が生じるか想像に難くない。

以下では中間試案で検討されている改正点を踏まえ、その影響を個別に検討してみたい。

第3 争いの少ない制度に関する規定の新設

- 1 私法の分野において、意思能力を欠く法律行為は無効であることは大審院時代からの判例であり（大審院明治38.5.11）、学説においても異論のないところであった。しかしながら、民法には意思能力を定義する条文、あるいは意思能力を欠く法律行為の効果について定めた明文はなかった。

参考になる条文として、後見開始の審判の要件について定めた7条等において、「事理を弁識する能力」との定義はあったが、同条等は後見等の開始の審判の要件であり、意思能力の定義、あるいはそれが不在の場合の法律行為の効果定めたものではなかった。これらについて明文がないことは、「当たり前のことだから敢えて規定されていない」などと説明されていた。

中間試案では、意思能力に関し、「法律行為の当事者が、法律行為の時に、その法律行為をすることの意味を理解する能力を有していなかったときは、その法律行為は、無効とするものとする」と規定されている（第2）。意思能力の定義に若干の争いはあるものの、中間試案の規定は実務上も学説においてもほぼ異論のないところに落ち着いているといえる。

そう考えると、意思能力に関する規定はこれまでも異論がなかった法律要件及び効果を明文化したものであり、実務上、特に問題が生じるわけではなく、教育上も明文に従った説明をすることで足りるようになり便宜である（もちろん、無効と扱うべき根拠として私的自治の原則等の趣旨に触れることは必須である）。

但し、本来、無効の効果主張は誰でもできるはずであるところ、意思能力を欠く法律行為の無効については、主張できるのは当該法律行為をした者（厳密には法律行為をした者の保護者）だけに限るとするいわゆる相対的な無効という考えが通説であり（内田貴・民法Ⅰ103頁、佐久間毅・民法の基礎181頁など）、司法試験においても当該論点を問う問題が出題されているが（平成22年度旧司 第1問）、主張権者等に関しては中間試案でも明記はなく、今後も解釈の余地を残すことになる。

2 以上に見た意思能力を欠く法律行為の効果と同様に、定義や解釈に争いがなかった（あるいは争いが少なかった）事項について、中間試案で明文を設けているものは多くみられる。いくつかを挙げてみたい。

① 法律行為の意義及び例示（中間試案（以下略）第1-1）

法律行為の意義として、中間試案では「意思表示に基づいてその効力を生ずるものとする」と明示された。また、法律行為には「契約のほか、取消し、遺言その他の単独行為が含まれる」との例示もされている。

法律行為という概念は民法上、非常に重要な概念であるにもかかわらず、その意義を示す条文はなかった。法律行為は、「法律要件のうち意思表示を要素とするもの」などと定義されていたが、その言い回しのわかりにくさ、及び法律行為概念が総則の早い段階（つまりは民法の学習の早い段階）で登場してくることも相まって、初学者には非常に取っつきにくい概念であった。

その意味では条文に意義や例示を明示することは学習にとって便宜である。

② 意思表示の「到達」の意義(第3-4)

意思表示の「到達」の意義については、相手方によって直接受領され、又は了知されることを要するものではなく、相手方のいわゆる支配圏内に置かれることをもって足りるとするのが判例(最判昭43.12.17)であり、通説であった。中間試案の条文では、「住所、常居所、営業所、事務所」等の例示を加えることで、判例の言う「支配圏内」について具体性を持たせている。

また、相手方が内容証明郵便等の受領を拒絶した場合に到達を認めた判例(大判昭11.2.14)、あるいは、郵便の留置期間が満了した時点で到達と認めた判例(最判平10.6.11)を踏まえての案と思われるが、「相手方等が正当な理由がないのに到達に必要な行為をしなかったためにその意思表示が相手方に到達しなかったとき」も意思表示の到達とみなすとしている。実務では、意思表示(例えば解除の意思表示)などが相手方に到達したのか争いが生じることは少なくない。中間試案のように到達の意義を細かく定めることは解釈の明解さに寄与するであろう。

③ 代償請求権、損益相殺(第10-5、8)

損害賠償に関する代償請求権や損益相殺については、判例、通説はそれらの概念の存在及び適用を認めていたが、これまでは明文の根拠を欠いており、その定義の仕方や適用範囲には争いが残されていた。

代償請求権に関しては、「一般に履行不能を生じせしめたと同一の原因によって、債務者が履行の目的物の代償と考えられる利益を取得した場合には、公平の観念にもとづき、債権者において債務者に対し、履行不能により債権者が蒙りたる損害の限度において、その利益の償還を請求する権利を認めるのが相当」との判例があるが(最判昭41.12.23)、その理解については、代償請求権を認めた判例とする見解もあれば、先例としての価値は疑問であるとの見解もあり、評価の一致はなかったといってよい。中間試案においては、上記判例をほぼ忠実に条文化しており、実務への大きな影響はないと思われるものの、

解釈の明解さに寄与する。

④ 債権者代位権の転用が認められることを明示（第14－9）

債権者代位権の制度趣旨である「責任財産保全」以外の目的で債権者代位権を行使するいわゆる転用については、これまでも登記請求権の代位行使（大判明43.7.6など）、賃借権に基づく代位行使（最判昭29.9.24）、抵当権に基づく代位行使（最判平11.11.24）など、いくつかの事例で判例がこれを認めており、学説上も転用を認める考えが通説であったといえる。

中間試案においては、不動産の譲受人が所有権移転の登記手続請求権を実現するために債権者代位権を行使できることを明文で定め（1）、その他の場合にも「その権利を実現するために他に適当な方法がないとき」には代位権の行使ができると定めている（2）。これは債権者代位権の転用を正面から制度化する改正である。この点も実務への影響は大きくないが、債権者代位権の転用を明文化することで、学習の便宜に資する。

⑤ 債務引受及び契約上の地位の移転に関する要件、効果等の明示（第20及び第21）

民法には債権譲渡の規定はあるものの、債務引受や契約上の地位の移転を定めた規定はなかった。判例、通説では併存的債務引受及び免責的債務引受が認められること、並びに契約上の地位の移転も認められること自体は争いがなかった。

中間試案においては、債務引受等について要件、効果を明文化しており、実務的には大きな影響はないものの、学生にとっては要件及び効果等を理解することが容易になる改正である。

⑥ 弁済の意義の明示（第22－1）

弁済の効果として債務が消滅する、換言すれば弁済は債務の消滅原因の一つであることは当然のこととして理解されていたが、これを定めた条文はなかった。これも意思能力を欠く場合と同様に「当たり前だから」条文はいらないという説明が可能であろうが、弁済の効果と

いう根本的な条文がないことは不合理であった。

実務への影響はないが、学生の理解には資する改正である。

⑦ 契約内容の自由の明示 (第26-1)

当事者が契約内容を自由に決定できることは、民法の大原則の一つとされる「契約自由の原則」の一内容であり、当然のこととして理解されていたが、これまで条文はなかった。契約内容の自由の原則が明示されることも、⑥と同様に、学生の理解に資する。

⑧ 付随義務及び保護義務の明示 (第26-3)

契約の締結又は履行に当たり、「相手方の生命、身体、財産その他の利益を害し」てはならないことは、判例上、安全配慮義務として確立され、承認されてきた。中間試案においてはこれまで蓄積されてきた判例をベースに契約に関する付随義務及び保護義務を明文化している。

付随義務等については、これを承認すること自体は大きな争いはないが、その内容や定義については緒論のあるところである。明文化によって、今後は契約の相手方に対して要求する義務水準が上がってしまうのではないかなどの懸念もあり、実務への影響は少なくないと予想される

⑨ 承諾に関する発信主義の削除 (第28-6(1))

隔地者間における承諾には発信主義が適用されることは(526条1項)、かねてからその合理性に疑問が呈されており、すでにコンピューターやファックス等を用い電気通信回線を通じて通信する承諾については、特別法により適用が排除されていた(電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律第4条)。

承諾に限っては発信主義を採用する理由は初学者には理解が難しいものであり、また、実務上も存在理由はないと考えてこられた条文の削除であり、合理的な改正と考えられる。

3 以上に見たほかにも争いがない、あるいは争いが少ない制度などに関

する条文の新設は多く見られる。これらの条文が新設されることで、民法の諸原則を学生に説明するにあたり、「条文に書いてある」ことをスタート地点として、その趣旨や意義を学生に説明することが可能となり、教育上の便宜は大きい。特に初学者への影響は大きいと考えられる。

第4 争いのある論点に関する条文

1 代理権の濫用（第4-7）

代理権の濫用については、中間試案において、「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。」と規定されている（1）。

いわゆる代理権の濫用については、代理の要件に関連して、有権代理行為であるのか、無権代理行為であるのか、有権代理行為であるとして、本人はいかなる法的構成によってその効果を否定できるのか争われてきた。

周知のとおり、判例は心裡留保に関する93条但書を類推適用して、代理行為の相手方が「代理人の意図を知り又は知ることができた場合に限り、本人はその行為につき責任を負わない」としている（最判昭42.4.20）。また判例は、親権者における代理権の濫用の事例、つまりは法定代理の場合にも同条但書を類推適用する考えを維持している（最判平4.12.10）。

中間試案は、代理権の濫用の論点について、前述した判例の構成を採用せず、従前、信義則を援用して解決すべきとしてきた考え方を採用している。具体的には、代理権の濫用の効果を93条但書に従った「無効」ではなく、「効果不帰属」と規定している。また、相手方の主観に関する要件も相手方の悪意又は有過失ではなく、相手方の悪意又は重過失の場合と規定しており、軽過失のある相手方には効果不帰属を主張できない点で、93条但書を類推適用する考えよりも相手方の保護に重きを置く内容となってい

る。

中間試案の条文そのものの妥当性はともかく、代理権の濫用について明文化することが教育に与える影響は大である。なぜなら、代理権の濫用の論点は、代理の本質ともかかわりが深い論点であるからである。

そもそも代理権の濫用が有権代理行為であるか、無権代理行為であるかは、代理権が何のために与えられた権利であるかという本質にかかわる問題である。少数説ではあるものの、代理権は本人の利益のために行使されるべき権利であるとして、代理権の濫用は無権代理行為となるとの考えもある。確かに、代理権の発生原因の典型例である委任契約を考えれば、受任者は善管注意義務(644条)を負っているのであるから、そもそも本人の利益のために行使されない代理権というものは存在しないという考え方も十分に成り立ち得る。

代理権の濫用については、他にも、代理意思や顕名の意義をどう捉えるか、そもそも93条但書はどのような趣旨に基づく規定であり、なぜ判例のように93条但書を類推適用できるのかなど、代理や意思表示の本質に関連し考えるべき事項を多く含んだ、つまりは学習上の意義の大きい論点であった。中間試案による改正により、実務上は要件及び効果が確定し、便宜であろうが、学習の教材としての格好の問題点が立法により消滅してしまうことは、教育への影響としては大きいと言わざるを得ない。

2 無効な法律行為の効果の明示(第5-2)

中間試案では、取り消された法律行為も含む無効な法律行為の効果について、当該法律行為によって給付を受けた者は、給付を受けたもの及びそれから生じた果実の返還義務、又は、それらを返還できない場合はそれらの価額の償還義務を負うことを明示している。

民法には無効あるいは取消すことができるとされている条文は多くあるが、それらの効果については、取り消しの効果について定めた121条しか明文がないため、不当利得に関する703条及び704条、あるいは解除の効果に関する545条を参考にして解釈がなされてきた。効果について、「利息」

の返還義務については一部に明文があったものの（545条2項、704条）、果実の返還義務や返還不能場合の処理などについては明文を欠き、様々な解釈が提示されてきた。

法律行為の効果が無効である場合の全ての問題をカバーできているわけではないが、中間試案の規定は詳細に及んでおり、実務上の紛争の解決に資し、また、学習の便宜にも資すると考える。

3 受領遅滞の効果（第13）

受領遅滞については、その法的性質をどのように捉えるかという問題点と関連して、要件及び効果、殊に効果として受領遅滞に基づく解除や損害賠償請求を認めるかどうか争いがあった。中間試案では、受領遅滞の効果として、増加費用を債権者の負担とすること、及び債務者の注意義務の軽減の二つを定めるのみであり、従前の議論のうち争いのないものだけを採用したものといえる。

学習者にとって、受領遅滞の議論は弁済の提供の効果との異同を理解するのが難しい難点があったが、改正により効果の整理が容易となると考えられる。

4 損害賠償に関する因果関係（第10－6）

中間試案においては、損害賠償の範囲について、

ア 通常生ずべき損害

イ その他、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賠償させるものとしている。つまりはこれまで判例・通説（少なくとも伝統的な通説）であった相当因果関係の考え方を採用せず、予見可能性を基準とする考え方を採用しているのである。

教育面に関して言えば、確かに現行の416条の文言から相当因果関係の考え方を導くには相当の苦勞を要し（特に2項）、学生の理解が難しい条文のひとつであった。改正によって条文の文言が整理される

ことで分かりやすくなるだろう。

一方で実務への影響は深刻であると予想される。条文の改正は、相当因果関係に依拠してきた判例の蓄積を無意味なものとするまでは言えないが、今後の事例における予測可能性に大きな影響が生じることは明らかであろう。特に、「予見すべきであった損害」と規定することは、一方当事者が契約締結に至る交渉においてより多くの事情を相手方に提供し、あるいは契約書に盛り込むという状況を作り出し、交渉力に差がある場合は特に不公平を招きかねない結果を招来するのではないかという懸念がある。

第5 制度の大幅な改正

1 損害賠償制度（第10）

債務不履行に基づく損害賠償については、これまでの判例及び伝統的な学説は、債務不履行を履行遅滞、履行不能及び不完全履行の三類型に分け、いずれの場合にも「債務者の責めに帰すべき事由」（415条後段参照）が必要であると解してきた。また、当該事由は、債務不履行責任発生の要件ではあるが、債務者が「責めに帰すべき事由のないこと」を主張立証しない限り、その責任を免れないと解してきた。

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」は、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする、と規定している（第10の1（2））。すなわち、債務不履行に基づく損害賠償責任の発生の要件として、債務者の帰責事由が必要であること、その不存在が抗弁となることは従前の判例、通説の考えを踏襲している。その上で、帰責事由の有無について「当該契約の趣旨に照らし」て判断されるという要素を追加する点は新たな試みである。

そして、補足説明においては、「契約の趣旨」とは、合意の内容や契約

書の記載内容だけでなく、契約の性質（有償か無償かを含む）、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巡る一切の事情に基づき、取引通念を考慮して評価判断させるべきものである、と説明されている。「契約の趣旨」という文言を用いるとした場合、その解釈が補足説明のように説明されることには違和感はない。

しかし、中間試案のように「契約の趣旨」に照らして帰責事由を判断すると新たに改正する意味はどこにあるであろうか。債務者の故意、特に過失を考慮するに当たっては、これまでも当該契約の趣旨は考慮されてきたところである。これを踏まえての改正ではあらうと思われるが、従前の過失の議論と何がどう異なることになるのか、補足説明だけでは十分に理解することはできない。

民事裁判の多くは「損害賠償請求訴訟」である。その要件である債務者の帰責事由が「契約の趣旨」、あるいは「債務が生じた原因その他の事情」に照らして（（3）契約以外の債務の場合）判断されるとの規定は一見して明瞭ではなく、実務に与える影響も大と考える。補足説明では「契約の趣旨」が契約書の記載内容以外からも判断されるとはいうが、それでも契約書の記載内容が大きな意味を持つことは否定できないであらう。そうすると、前述した損害賠償の範囲の改正と同様に、契約書に相手の義務を如何に記載するか、という点がこれまで以上に重視されることになるのではなかろうか。

また、これまでは、同じ損害賠償請求であっても不法行為に基づく損害賠償は加害者（債務者）に故意又は過失のあることを被害者（債権者）が主張立証しなければならないのに対し、債務不履行に基づく損害賠償は前述のとおり帰責事由の不存在が債務者の抗弁となるとの理解を前提として、両請求権がどちらも成り立ちうる場合には、債務不履行に基づく損害賠償請求の方が債権者にとっては選択し易いと考えられてきた。そのため、なるべく債務不履行に基づく損害賠償を広く認めるべく、いわゆる履行補助者の過失の議論や保護義務（安全配慮義務）などの議論もなされてきたという一面もある。このような議論も改正により変更を余儀なくされるの

であろうか。

現行の制度を変更する利益を遙かに超える実務への影響が生じるのではないかと懸念するところである。

2 解除制度（第11）

解除制度についても、これまでの判例及び伝統的な学説は、債務不履行のケースを三類型に分け、いずれの場合にも債務者の帰責事由の存在を要件としてきた（「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、この限りではない」との543条但書参照）。債務不履行に基づく損害賠償請求と同様に、債務者の帰責事由が要件であるが、それは抗弁となる、と理解されてきたのである。しかし、中間試案においては、債務者の帰責事由を解除の要件としていない。抗弁ともしていないのである。

これは、解除の趣旨、機能について、損害賠償請求のように債務者の不履行に対する「制裁」ではなく、双務契約の拘束力から債権者を解放するものであるととらえる近時の学説を踏まえての改正である。確かに、債務者の帰責事由があろうとなかろうと、債権者を契約の拘束力から解放することを重視する考えも首肯できる考えではある。しかし、帰責性のない債務者にとっての「契約を維持する利益」はどのように考えられるのであろうか。従来の明文（少なくとも543条但書には明文があった）を変えてまでの改正であるが、学習及び実務に与える影響は大である。

3 危険負担の削除

中間試案においては、危険負担の規定（現行民法534条、535条及び536条1項）を削除し、危険負担制度を廃止している。これは前項で述べたとおり、解除制度において債務者の帰責事由を要件から外し、危険負担制度を解除制度に一元化したことによる廃止である。

確かに、危険負担の債権者主義を定める534条1項には異論が多く、条文を制限的に解釈すべきとの議論がなされてきたところであるし、実務的

にも特約で危険の移転を定めることが多く、条文通りに適用される事案は多くなかったと考えられる。

しかし、債務者の帰責事由がない履行不能は危険負担制度で処理をし、帰責事由がある場合（帰責事由がないとは立証できなかった場合）は解除（あるいは損害賠償）を認めるという従前の制度は判断基準が明解であった。この点も実務及び教育に大きな影響を与えるであろう。

4 債権者代位権（第14）

債権者代位権制度については、基本的には民法の規定を維持しつつ、その要件や効果について詳細な規定が設けられているが、効果において大きな改正点がある。

ひとつは、「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」との規定である（3（1））。これは、従前の判例（大判昭10.3.12）を踏まえた改正である。

しかしながら、債権者は受領した物や金銭を債務者に対して返還しなければならず、金銭であっても自己の債権と相殺ができないと規定されている（3（2））。これは、本来は責任財産の保全のための制度である債権者代位権が、実質的には債権者の債権回収制度として機能しており、本来の制度趣旨を逸脱すると批判されていたことを受けての改正である。この点は、判例が結論の妥当性を優先するため、やむを得ず解釈を広げてきた部分を改正により整理するものであり、本来の制度趣旨に回帰するとは言えるであろう。一方で、債権者代位権が実務において債権回収に大きな力を発揮してきたことからすると、改正の与える影響は大きい。

5 詐害行為取消権（第15）

中間試案では、詐害行為取消権についても大幅な改正が加えられている。その内容は多岐にわたるが、詐害行為の類型ごとに要件を細かく整理している破産法における否認権制度（破産法160条以下）の規定を踏まえた改

正が大きな柱である。これまでの判例との関係でいえば、要件や効果等の規定に判例法理を明文化したものがみられるが、「債務者及び受益者」を被告とするものとするとの規定（1（3））は、これまで債務者は被告適格を有しないとしてきた判例とは異なる制度を前提としている。

また、債権者代位権の改正点と同様に、債権者は「金銭その他の動産を自己に対して引き渡すことを求めることができる」（8（1）ウ）とされているものの、債権者は当該金銭その他の動産を債務者に対して返還しなければならず、相殺もできないとされている（8（4））。

実務上、詐害行為取消権の行使を検討する局面は多いが、これだけ改正点が多岐にわたると実務に与える影響も大きなものに及ぶ。教育面でも明文化の利益はあるものの、内容は特別法と遜色のない高度に精緻化された制度となる。少なくとも一見して分かりやすい改正とは言えないと考える。

第6 実務への影響が大きいと考えられる条文

中間試案には教育への影響は大きくない、つまり司法試験レベルではそれほど問題とならないと思われるが、実務への影響が大きいと思われる改正条文も多く見られる。いくつか例に挙げてみたい。

1 短期消滅時効の撤廃（第7－1）

民法ではこれまで債権の発生原因のうち、債権者の職業に着目して、1年ないし3年の短期消滅時効が定められていた。これらの規定はかなり細分化された規定であったが、かねてから職業別に時効期間が異なることにどれだけ合理性があるのか疑問視されており、中間試案ではこれを削除している。

削除の可否はともかく、実務における債権管理に与える影響は大きい。裁判実務上も請負人の債権（170条2号）や商人の売買代金債権（173条1号）などはしばしば目にする類型であり、これらが削除されることは債権管理、特に時効管理が容易になることにつながると考えられる。

2 法定利率の改正（第8－4）

中間試案では、これまで年5分とされていた民法上の法定利率（404条）を変動制とすることが提案されている。

従前から法定利率が固定されていること、特にここ十数年のような低金利の時代には法定利率と市場の金利との乖離が著しいことが指摘されていた。実務的にも、例えば当事者間の支払義務の争いがあり、交渉、訴訟という段階を経て確定に至るまで2～3年を要することは珍しくないが、確定した場合は元本の10～15%もの遅延損害金を受け取ることができることになり、不合理な感は否めなかった。下級審では変動金利を採用すべきと判示したものもあったが、最高裁はこれを明確に否定していた（最判平17.6.14）。

変動制に移行した場合、特に影響が大きいのは損害賠償における中間利息の控除であろう（上記の最高裁判例も中間利息の控除に関する事例である）。例えば交通事故によって死亡、あるいは後遺症を負った場合、本来であれば将来順次得べき収入等を逸失利益という形で一時的に受領することとなるが、その際、中間利息は控除される。

中間試案では中間利息の控除についても変動利率を採用するのかどうかは決定していないようであるが（3）、仮にこの控除率も下がるとすると、それだけ損害賠償金の支払いは増額することとなり、影響は大きいだろう。特に交通事故の損害賠償に関していえば、保険会社の負担額が増大することとなり、保険料の増額等の影響も考えられるところである。

3 金銭債務の取り扱い（第10－9）

金銭債務については419条において損害賠償に関する特則が設けられている。そのうちのひとつは、金銭債務に関しては、その債務不履行に基づく損害賠償は常に遅延賠償であり、法定利率あるいは約定利率によるのであって（同条1項）、仮にそれを超える損害が発生しており、その証明があっても、債権者はその賠償を求めることができないと解されてきた。

中間試案ではこの点を改正し、金銭債務についても損害賠償の一般原則に従い賠償させることとしている。金銭債務の不履行により法定利率あるいは約定利率以上の損害が発生しうることが争いがないであろう。その典型例はいわゆる連鎖破産のようなケースである。

中間試案における改正は実務における損害賠償額に直接的に影響を与えるであろう。民事訴訟の多くが「金銭債務の賠償請求訴訟」であることからしても、その影響は甚大である。どの程度の立証をすれば利率以上の賠償を求めうるのか、あるいは、そもそも金銭債務を履行できない債務者に利率以上の賠償を求めることに実際上の意味があるのか、などの疑問はあるが、いずれにしても改正の影響は大きいと考えられる。

4 リース契約（第38―15）

中間試案では、賃貸借に類似する契約として、ファイナンス・リース契約やライセンス契約の意義や効果が規定されている。

筆者は民法だけでなく、民事再生法の講義も担当しており、また、実務上は破産や民事再生など倒産に関わる案件も多く取り扱っている。倒産法の分野ではリース契約の法的性質や倒産手続における取り扱いが盛んに議論され、判例も数多く出されている。

しかし、実体法の一般法である民法にはリース契約に関する規定が全くなかった。実体法に規定がないものが特別法の分野で激しく議論されている状況、あるいは実社会でも重要な契約類型について民法に規定がないということはいかにも不自然であった。

中間試案の規定そのものには賛否両論あるだろうが、典型契約として規定がされることの意義は大きいと考える。

第7 最後に

中間試案による改正は多岐にわたっており、全てを網羅できたわけではないが、多くの事項について、中間試案による改正がなされた場合の法教

育及び実務に与える影響を考察してきた。

改正の内容は確定していないとはいえ、民法という一般法の中の一般法を大幅に改正することは、良くも悪くも影響が大きい。筆者としては、実務及び教育に携わる者として、今後も改正の動きに注視していきたいと考えている。

(ひの・しゅういち 本学法科大学院准教授)