

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」 に対する法務省民事局参事官室への意見

橋 口 祐 介

一. はじめに

本稿は、2013年3月に法務省民事局参事官室から公表された「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に対して本稿執筆者が塩野隆史弁護士（大阪大学大学院高等司法研究科客員教授）と連名で提出した意見書に、意見書をめぐる議論の経緯やその後の展開など若干の補足を加筆したものである。

中間試案が公表された直後から、私たちは共同してそこに示された改正提案の具体的な分析作業を進め、パブリック・コメントを通じた意見表明をすべき必要性を感じた。もっともパブリック・コメント提出までの期間は限られており、そのような時間の制約から中間試案で示された規定すべてについて意見表明をすることは困難であると考えたことから、やむなく意見表明を次の二つの領域に絞った¹。その第一は、債権の目的及び債務不履行に直面した当事者に対して付与される救済手段、とりわけ履行請求権と損害賠償請求権に関する改正提案である。今般の債権法改正においてこ

1 提出した意見書では診療契約を典型契約類型として新設すべきである旨の意見も表明している。もっともこの意見は、中間試案で示された改正提案それについてというよりは、むしろ中間試案とは独立した新たな立法提案に近いものであり、そのような意見の性質を考慮して本稿では割愛した。

の領域は理論面で中心的に議論されている分野であり、こうした領域でどのような制度を設計し、またその前提にどのような原理が援用されるのかということは、その領域それ自体に止まらず、広く今回の改正そのものを理論面で特徴づけるものといえる。またこのような理論面に止まらず、損害賠償の範囲に関する規定などはその規定の在り方次第では実務に多大なる影響を与える²。こうした観点から、私たちは第一にこの領域を選択することとした。私たちが選択した第二は、保証人保護に関する改正提案である。中間試案が公表された直後、報道各紙が主として取り上げた³ように保証人保護の在り方は従来から社会において広く問題とされてきた領域であり、その規定の在り方が社会に与える影響が大きいことは論を俟たない。また保証人を保護するとしても、その保護の必要性をどのように基礎づけ、またその規定を民法の一般法理、あるいは破産法や民事再生法など倒産法制とどのような関係性の下で整序していくのかなど、理論面において考察すべき事柄は多い。このように保証人保護の改正提案もまた今回の改正を大きく特徴づけるものであるとの理解から、私たちはこの領域をも選択した。

本意見書の内容については、本稿執筆者と塩野弁護士との間でその細部に至るまで完全に同意見というわけではない。とりわけ、意見書において想定されている規範内容の正当化の論拠、あるいは当該規範の妥当する典型的な場面の認識に関して意見を異にする場面も少なくない⁴。しかしその

2 債務不履行の救済手段にかかわる論点につき、内田貴法務省参与は「契約法理論の中核的な問題であると同時に、実務的にも重要な論点」であるとす。内田貴『民法改正のいま—中間試案ガイド』（商事法務、2013年）16頁。

3 中間試案の公表と報道との関係については、松岡久和「【法律時評】民法（債権法）改正の中間試案」法律時報85巻9号（2013年）1頁を参照。

4 本稿執筆者の個人的な見解については、とりわけ中間試案において数多く用いられている「契約の趣旨」概念の分析を中心としたものにつき、別稿を予定している。

ような事態は法制審議会の部会においても同様であろうし、またそれゆえにこそ、法曹実務の実践に携わる弁護士と理論研究をその旨とする研究者とが債権法の改正について議論したとき、その結果として合意可能な提案の形式が中間試案によって示されたものが唯一のものではないことを示し得る点に意義がある。また、今般の債権法改正の手続きにおいては、そのパブリック・コメント手続きの在り方に対して疑義も呈されている⁵ことから、具体的に提出された意見書がパブリック・コメントの速報版⁶においてどのように整理されているのかを提示しておくこともまた重要である⁷。

以下では、個別的な論点につきまず意見書の内容を掲載し⁸、それに引き続いて、当該意見書がパブリック・コメント速報版においてどのように集

-
- 5 たとえば、加藤雅信「民法（債権法）改正の『中間試案』—民法典の劣化は、果たして防止できるか・上」法律時報85巻4号（2013年）77頁など。
 - 6 パブリック・コメント手続きの結果については、「民法（債権関係）部会資料：『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』に対して寄せられた意見の概要【速報版】」と題された各意見の概要をまとめた速報版が法制審議会民法（債権関係）部会第74回会議より資料として提示され、同部会第80回会議において提案のすべてに亘る速報版が資料として提示された。
 - 7 筒井法務省参事官の説明によると、部会メンバーはパブリック・コメントに寄せられた意見の原文を法務省民事局参事官室においていつでも閲覧できるとのことである。「法制審議会民法（債権関係）部会第74回会議議事録」2頁。もっとも、パブリック・コメントが対象とする領域の広範さと寄せられた意見の量を考えたとき、部会メンバーが主として参照する対象はパブリック・コメントに寄せられた意見そのものではなく、あくまで速報版において集約された意見であろうと推測される。この点において、具体的な意見書の内容が速報版においてどのように集約されているのかを検討する意味がある。
 - 8 提出した意見書には何らの注も付しておらず、本稿で意見書の内容に付された脚注は、本稿執筆時において付したものである。それゆえ、脚注の基準時は本稿執筆段階（2013年12月末）であり、意見書執筆段階では参照できなかった資料に基づくものも多い。とりわけ本稿では、パブリック・コメント手続き終了後に法務省ウェブサイトにおいて公表されている「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台」も、その重要性から数多く参照している。

約され、またその集約方法にどのような特徴があるのかを簡単に整理する。

二. 意見および速報版における集約方法

1. 「第8-1. 特定物の引渡しの場合の注意義務（第400条関係）」

(イ) 意見

- 本中間試案全体において、「契約の趣旨」概念は、同概念の果たすべき役割・機能を踏まえ、その適用範囲をヨリ限定した形で再検討されるべきである。また再検討に際しては、「第29 契約の解釈」との関係も考慮されるべきである。
- (1)につき、「当該契約の趣旨に適合する方法」は、「目的物の性質を考慮し契約によって定まる方法」とすべきである。
- (2)につき、「善良なる管理者の注意」は、「その債務が生じた原因その他の事情に照らして必要とされる注意」とすべきである。

(1) について

本中間試案において「契約の趣旨」は本文のみに限れば計52回用いられているが、同概念をその機能・役割から観察した場合には、大きく次の2つに分けることができる^{9, 10}。

9 「契約の趣旨」概念の有する機能には中間試案において用いられている場所ごとに差異があることを指摘するものとして、鎌田薫=大村敦志=内田貴「民法が繋げる実務と理論—中間試案の特徴と審議の内容を踏まえて」NBL1000号（2013年）23頁 [鎌田発言]。

10 以下の分析は、「契約の趣旨」概念の用いられる際の表現形式に着目した分類でもあるが、中間試案では以下の分類のいずれにも該当しない表現形式で「契約の趣旨」概念が用いられている場面が二つ存在する。

一つは「当該契約の趣旨に適合する」という表現で用いられている場合であり、この場合に「契約の趣旨」概念は「債務の内容」を意味している。具体的には「瑕疵」の再定式化として表現されている「目的物は、種類、品質及び数量に関して、当該契約の趣旨に適合するもの」(第35-3(2))の場合などであり、補足説明によれば「引き渡された目的物が契約の趣旨に適合しないことが売主の債務不履行に該当する」¹¹とされていることから、「契約の趣旨」概念が「債務の内容」を意味していることが分かる¹²。このような場合、「債務の内容」を意味する「契約の趣旨」概念は、

一つは、中間試案「第34. 継続的契約」において登場する「契約の趣旨」であり、期間の定めのある契約の更新の可否、または期間の定めのない契約の解約申入れの可否を判断するに際して「当該契約を存続させることにつき正当な事由」の有無を問題とするところ、「正当な事由」の判断資料として、「契約に定めた期間の長短、従前の更新の有無及びその経緯」と並列して「契約の趣旨」が挙げられている。なお継続的契約は「民法(債権関係)の改正に関する綱領案のたたき台」段階において「取り上げなかった論点」にすることが表明され、その理由として「継続的契約の解消の可否について具体的基準を示した最高裁判例もなく明文化は時期尚早であること」、「継続的契約は多様であり一律に適用される規定を設けるべきではないこと」との意見がパブリック・コメント手続きに寄せられたことが挙げられている。「民法(債権関係)部会資料70A:民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(5)」67頁。

もう一つは、中間試案「第38. 賃貸借」、「第39. 使用貸借」における借主の用法違反による賃貸人の損害賠償請求権に関する期間制限についての規定であり、現在の民法600条が「契約の本旨に反する」という表現を採っているところ、「本旨」との表現を改めるに際して、「契約の趣旨に反する」との表現が採用されている。

- 11 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年)399頁。
- 12 もっとも、「契約の趣旨に適合」との表現が用いられていても、本文の表現を借りれば「債務の内容」以外を示しうる場面も存在する。具体的には、中間試案「第35-4 目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任」の(3)であり、同提案は売買目的物が「契約の趣旨に適合しない」場面における追完内容の選択に関する提案であるが、ここで売主の提供する方法が

具体的な事例解決場面または法適用場面において、個別具体的な契約解釈を経て確定されるべき「対象」を意味しており、次の場面との比較のため先取りしていえば、契約解釈をする際の「判断基準」を示すものではない。それゆえ、この場面において、「契約の趣旨」概念を判断基準を明示化するための指標として用いるべきではなく、本提案がブランクセットとして示す考量事項をこの意味での「契約の趣旨」にかからしめるべきではない¹³。

買主の請求する方法に優先する条件として挙げられる「契約の趣旨に適合」は、「追完」の理解次第ではあるが、「債務の内容」とは異なる概念を示すものである。

- 13 「中間試案のたたき台」の段階では、「契約の趣旨」概念の利用に際して「契約の趣旨に照らして」とそれ以外とが区別されていた形跡がある。具体的には、「契約の趣旨」についての総論的な説明は「契約による債権の履行請求権の限界」の箇所において「備考」としてなされており、説明の対象は「契約の趣旨に照らして」についてである。そして中間試案におけるブランクセットにおいて示された事項が明記されているのもあくまで「契約の趣旨に照らして」においてであり、他方で「特定物の引渡しの場合の注意義務」の箇所においてその種の記載は見当たらない。「民法（債権関係）部会資料53：民法（債権関係）の改正に関する中間試案のたたき台（1）（概要付き）」27頁、34頁。

このような「契約の趣旨」をめぐる区別が生じた原因は、これらの論点に関する中間試案を作成するに際して、民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊NBL126号（商事法務、2009年）〔以下では『基本方針』として引用〕を部分的に参照した点にあるのではないかと推測される。すなわち、一方で『基本方針』も「履行を請求することができない場合」において「契約の趣旨に照らして」との概念を用い、そして「契約の趣旨に照らして」との概念について「中間試案のたたき台」の「備考」と同内容の説明をしており（『基本方針』132頁）、ここに両者の共通性を見出すことができる。しかし他方で、『基本方針』が「特定物の引渡しの場合の注意義務」において「契約および目的物の性質に従って定まる方法」としている（『基本方針』125頁）のに対して「中間試案のたたき台」は「契約の趣旨に適合する方法」としており、後者は「契約の趣旨」という用語を用いたために「契約の趣旨に照らし」との関係性が問題とならざるをえない形式が採られてい

もう一つは、「契約の趣旨に照らして」という形で用いられている場合であり、ある法的概念を確定するに際しての判断基準を示すために用いられている。具体的には、履行請求権の限界事由(第9-2)、損害賠償請求権の免責事由(第10-1)、損賠賠償請求権の賠償範囲の確定(第10-6)などにおいて用いられているそれであるが、ここにおいて「契約の趣旨」が持ち出されている理由は、確定されるべき対象を個別具体的に判断するに際して、それらを「社会通念」などといった契約外在的な観点から判断するのではなく、あくまで契約内在的に判断すべきであることを示すという点にある¹⁴。そのような理由を踏まえた場合、ここでの「契約の趣旨」概念は、「債務の内容」が大きな位置づけにあるとしても、それに限られ

る点で、対照的である。

「特定物の引渡しの場合の注意義務」につき、「契約の趣旨に適合する方法で」との表現は「中間試案のたたき台」の前段階で部会資料においては登場しておらず、選択肢の一つとして『基本方針』と同一の「契約及び目的物の性質に従って定まる方法」との表現が挙げられていた(「民法(債権関係)部会資料31:民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(4)」44頁)。このような表現面での変更につき、新井関係官は、「『契約及び目的物の性質』という規定振りの提案を、これは検討委員会試案の書き方を確か踏襲していましたが、取り上げておりました。この考え方も、『契約の趣旨に照らして』と同じ考え方であろうと理解しております」と説明している。また、「契約の趣旨」に関する総論的説明を「契約による債権の履行請求権の限界」の箇所に書き、論点の位置としてそれよりも先に位置づけられる「特定物の引渡しの場合の注意義務」に書かないことの意味を問われたところ、筒井法務省参事官は「ここだけに付することに特別な意味があるという趣旨ではありません。」と答えている。「法制審議会民法(債権関係)部会第64回会議事録」41頁[中田委員発言、新井関係官発言]、46頁[深山幹事発言、筒井幹事発言]。

- 14 「中間試案のたたき台」における説明では、「契約の趣旨に照らして」は、「当事者が契約をした目的、契約締結に至る経緯を始めとする契約をめぐる一切の事情に基づき、取引通念を考慮して評価判断することを示すもの」(強調は本稿執筆による)であるとされていた。「部会資料53」・前掲注(13)34頁参照。

るわけではなく、ヨリ広く契約に関連する事情が取り込まれている¹⁵。また、このとき「契約の趣旨」概念は、具体的な事例解決場面あるいは法適用場面においては、それじたいとして独立した意味を持つ概念ではなく、「契約の趣旨に照らして」というひとまとめの表現として、個別具体的な契約解釈をする際の「判断基準」を示すものであり、契約解釈によって確定されるべき「対象」を意味するわけではない。そして本提案がブラケットにおいて示している考慮要素は、むしろこちらの文脈においてこそ理解されるべきものである。

このように本中間試案の全体において「契約の趣旨」の内実が大きく二つに分けられていることに鑑みれば、本提案、あるいは本中間試案の全体において、次の三点が再検討されるべきである。

第一には、「債務の内容」を意味する「契約の趣旨」の場面では、判断基準としての「契約の趣旨」概念との区別をはかるため、「契約の趣旨」という用語を用いるべきではなく、端的に「債務の内容」とするか、あるいはそれと分かる表現が用いられるべきである。本提案についていえば、「目的物の性質を考慮し契約によって定まる方法」¹⁶とすれば足りる。

15 契約による債務の不履行に基づく損害賠償の要件について、債務不履行要件と免責要件との関係は学説上見解が分かれており、実体面で責任の成否を債務の内容および射程において一元的に理解する見解も主張されているが、中間試案はその補足説明まで見ると両者を実体面において区別する見解と親和的である。学説における議論の概観を与えるものとして、山本敬三「債務不履行責任における『帰責事由』」法学セミナー679号（2011年）10頁、奥田昌道編『新版注釈民法（10）Ⅱ』[北川善太郎・潮見佳男]（2011年）29頁。商事法務編『補足説明』・前掲注（11）112頁。また契約による債務の不履行に基づく損害賠償の効果、すなわち賠償範囲の確定について、この場面における契約解釈の必要性を解く論者も、ここでなされるべき契約解釈の質的な差に注意を促している。平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、1971年）171頁、奥田編・同359頁[北川善太郎・潮見佳男]。

16 『基本方針』・前掲注（13）で挙げられていた「契約及び目的物の性質に従って定まる方法」との表現を採用したときには、契約と目的物の性質との

第二には、第一と連動することであるが、本提案を「契約の趣旨」概念の総則的規定として規律すべきではない。本提案は「債務の内容」を意味する「契約の趣旨」概念であり、そもそもブラケットによって示されている考量要素が妥当せられるべき場面ではない。仮に判断基準としての「契約の趣旨」概念にブラケットとしての考量要素を明示的に示すのであれば、それは履行請求権の限界（第9-2）においてである。

第三には、第29において予定されている「契約の解釈」との関係である。「契約の趣旨」概念との関係で第29の内容を見た場合には、第29が契約解釈の対象として挙げる「契約の内容」と「契約の趣旨」との関係がどのようなものとして想定されているのか、また、両概念の関係と連動するところでもあるが、第29が想定する契約内容の確定法理と本提案が挙げる考量要素とがどのような関係にあるのかが検討されなくてはならない。上述のように本来分節化されるべき「契約の趣旨」概念を一元的に記載した場合には、「契約の趣旨」概念をめぐって無用な混乱が起こることとなりかねない¹⁷。

(2) について

(1) において保管義務の程度が契約の内容を踏まえて確定されるべきであるとされている背景には、保管義務の程度は債権発生原因から独立して客観的に定まるべきものではないところ、「善良なる管理者の注意」という用語を維持した場合には、そのように定まるかのような誤ったメッセージを与えてしまう恐れがあるためである。そしてこのことは、債権発生原

関係が不必要に問題となりかねない。目的物の性質はあくまで保管義務の程度という契約の内容を確定する際の重要な要素と位置付けるべきであるとの判断から、本文のような提案をしている。

17 部会内においても、「契約の趣旨」概念を規定するに当たり契約解釈の準則との関係性が意識されなくてはならない旨が指摘されている。「第64回会議議事録」・前掲注（13）47頁〔道垣内幹事発言〕。

因が契約である場合に限られず、他の債権発生原因においても等しく妥当する。それゆえ、保管義務の程度として「善良なる管理者の注意」という用語を残すことには賛同できない。(2)においても(1)とパラレルな規律がなされるべきである¹⁸。

補足説明によれば適切な文言を見出すことが困難であることからそのようなパラレルな規律をなしえないとされているが、損害賠償の免責事由(第10-1)についても同様の問題がありうるにもかかわらず、契約に基づく債権と契約以外の原因に基づく債権とで原因に着目したパラレルな規律がなされており、本提案においてのみこのような規律が出来ない理由はない。それゆえ、本提案における「善良なる管理者の注意」は、「その債務が生じた原因その他の事情に照らして必要とされる注意」とされるべきである。

(ロ) 速報版における集約

速報版¹⁹において本意見書の内容は、(2)については過不足なく意見内

18 中間試案の段階では、本提案、それ以外にも「履行請求権の限界事由」(第9-2)や「債務の不履行における損害賠償の範囲」(第10-6)のように契約による債務のみを対象とする提案と、「債務不履行による損害賠償」(第10-1)のように契約以外による債務をも対象とする提案とに分かれていたが、「要綱案のたたき台」においては、前者においても契約以外による債務も対象とする提案に変更されている。本提案については、保管義務の程度は「善良な管理者の注意」であるとされ、契約による債務の場合には「当該契約の趣旨に照らして定まる善良な管理者の注意」であるとされている。「民法（債権関係）部会資料68A：民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(3)」37頁。中間試案あるいは本意見書との関係から「要綱案のたたき台」で示された素案を見ると、「善良な管理者の注意」概念が復活しておりその下位類型として契約による債務の場合の規準が位置づけられている点、そしてその規準に「契約の趣旨に照らして」との概念が用いられており「契約の趣旨に適合」との概念がなくなっている点が注目される。

19 「民法（債権関係）部会資料71-3：『民法（債権関係）の改正に関する中

容が紹介されているのに対して、(1)については必ずしも十分には紹介されているとはいえない。具体的には、「契約の趣旨」概念の再検討の必要性についての意見についてはそもそも「速報版」においては取り上げられておらず、パブリック・コメントに寄せられた他の意見を見ても同趣旨の意見を見て取ることはできない。また「当該契約の趣旨に適合する方法」との表現に関する意見については取り上げられてはいるが、『「契約の趣旨」は契約の内容を意味するから、『当該契約の趣旨に適合する方法』ではなく『目的物の性質を考慮し契約によって定まる方法』とすべきである。」との紹介がされており²⁰、意見の理由づけにおいて本意見書の内容を必ずしも的確に表現するものではない。

2. 「第8-3 外国通貨債権（民法第403条関係）」

(イ) 意見

○指定した通貨による弁済が困難な場合の規律について検討すべきである。検討するに際しては、「第9-2 契約による債権の履行請求権の限界事由」との関係が考慮に入れられるべきである。

外国通貨債権における指定した通貨による弁済が困難な場合の処理につき、補足説明においては債権者の側からの処理の必要性が明記されているが²¹、他方で債務者の履行義務からの解放という観点からも検討が必要である。

当事者において指定された通貨による弁済が困難となった場合、債務者がどのような場合に解放されるかについては、履行請求権の限界事由に即

間試案」に対して寄せられた意見の概要（各論2）」1頁。

20 「部会資料71-3」・前掲注（19）2頁。

21 『補足説明』・前掲注（11）94頁。

して判断することが考えられる。しかし、本中間試案が示す「第9-2 契約による債権の履行請求権の限界事由」においては、同規律の対象から「金銭債権」が除かれており、従来から外国通貨債権は外国金銭債権として金銭債権の特別な場合とも理解されてきた²²ことから、この規律により債務者は履行義務から解放されないということにもなりかねない。

それゆえ、外国通貨債権につき債務者が履行義務から解放されるための規定を、本提案におけるか、あるいは、第9-2における金銭債権を除外するという規定をなくすかのいずれかの方向性で再検討すべきである²³。

22 我妻栄『新訂 債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、1964年）38頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992年）49頁、潮見佳男『債権総論Ⅰ－債権関係・契約規範・履行障害〔第2版〕』（信山社、2003年）74頁、中田裕康『債権総論〔第3版〕』（岩波書店、2008年）46頁など。

23 本意見書の内容をより一般的な観点から言い換えれば、履行請求権の限界事由または履行不能の規律を新設するにあたり、同規定の射程から「金銭債権」を一般的に除外すべきかどうか問われているのであり、外国通貨債権はその試金石となるべき一例であると考えられる。「要綱案のたたき台」段階において、一方で外国通貨債権は「取り上げなかった論点」にすることが表明されているが（「部会資料68A」・前掲注（18）42頁）、他方で履行不能の規定から金銭債権が除外されるとの方針は維持されている（「部会資料68A」・前掲注（18）1頁）。外国通貨債権を「取り上げなかった論点」とする理由として、「反対の意思が明示されていない限り、当事者に格別の不利益を生ずるものではない旨の指摘」がパブリック・コメント手続きにおいて寄せられたことが挙げられているが、民法403条を任意規定とし、特定の通貨のみによる履行を当事者が合意することを認めるとすれば、なお本文において指摘した問題は残ることとなる。中間試案の補足説明において参照されていたユニドロワ国際商事契約原則（2010）は、履行請求権の規律において「金銭債務の履行」（第7.2.1条）と「非金銭債務の履行」（第7.2.2条）とを分け、後者においてのみ「履行請求権の例外」を規律するが、「金銭債務の履行」の注釈レベルでは支払通貨の決定についての規定への参照を求めており、そこには「金銭債務の表示されている通貨によって支払うことが債務者にとって不可能な場合」の規定（第6.1.9条（2））も含まれている。私法統一国際協会（内田貴＝曾野裕夫＝森下哲朗＝大久保紀彦訳）『UNIDOROIT 国際商事契約原則2010』（商事法務、2013）133頁、164頁。その他、法律的

（ロ）速報版における集約

速報版²⁴において本意見書の内容は紹介されていない。「指定された外国通貨によっては履行が困難となるおそれがある」旨指摘する意見も紹介されているが、当該意見は中間試案の内容への反対意見であり、また執行手続きとの関係性を指摘するものであるから、本意見書と必ずしも同趣旨の意見とはいえない。

3. 「第8-4 法定利率（民法第404条関係）」

（イ）意見

○ (3) につき、本文に記載されたような規定を設けるべきではない。

中間利息控除はとりわけ不法行為に基づく損害賠償額の算定において問題となる事項であり、本改正があくまで「契約に関する規定」を中心とした見直しをその目的とする以上、本改正において中間利息控除の在り方について、何らかの修正・変更を迫る実質的な判断が示されるべきではない。このことは、中間利息控除の前提となるべき不法行為に基づく損害賠償、とりわけ逸失利益賠償のあり方そのものについて法制審議会の部会において実質的な討議がされていないことから基礎付けられる。

本提案は、中間利息控除につきそれが行われる場合については、固定利率であること、そしてその具体的数値が5パーセントであることを示すものであるが、その目的は補足説明によれば、損害賠償額算定実務への影響

不能の観点より履行不能の規律から金銭債務を除外する規定を独立に設けるべきではない旨の意見も部会幹事より提出されている。潮見佳男「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（3）資料68Aについての意見」（<http://www.moj.go.jp/content/000117657.pdf>）1頁。

24 「部会資料71-3」・前掲注（19）4頁。

を避け、現状を維持することにある²⁵。たしかに本提案は、中間利息控除をするか否かそれじたいは解釈に委ねることを前提にしており、その意味で、本改正が実質的な判断を示さないということと、損害賠償額算定実務における現状の維持という目的との両立を図っている。しかしここで問われるべきは、中間利息控除についての「現状」とは何か、ということである。中間利息控除は現在の民法がその規定を欠く以上「解釈」によって実現されるほかになく、しかもその解釈の有り様は必ずしも一致したものとまではいえない。このことは、補足説明において示された最判平成17年6月14日民集59巻5号983頁を経た現在においてもなお妥当する。この最高裁平成17年判決それ自体の評価も、学説および実務においていまだ確定的な評価を受けたわけでもない²⁶。このような「現状」を前提とした場合、中間利息控除がなされる場合において、固定利率であることや、その具体的数値を明文でもって示すということは、現状を維持する以上のメッセージを示すものであり、今後の中間利息控除の解釈・運用の在り方に一定の

25 商事法務編『補足説明』・前掲注（11）102頁。

26 17年判決について理論面で正面から賛同を示す見解は少なく、むしろその背後にある実質的考量が模索される傾向が強い（橋本佳幸「判批」『判例セレクト2005』法学教室306号別冊付録〔2006年〕19頁など）。また17年判決がその理由づけにおいて強調する「法的安定性及び統一的処理」を実現する方法も民事法定利率の採用に限定されるわけではない旨の指摘もあり（新美育文「判批」私法判例リマークス33号〔2006年〕33頁）、論者においてはさらに広く人身損害算定の在り方そのものを基本的な次元から検討する必要性まで示されている（高橋眞「判批」『平成17年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊1313号〔2006年〕89頁）。それゆえ今後、実務あるいは裁判例において中間利息控除の在り方に揺り戻しが起こる可能性は必ずしも否定しきれず、実際、中間利息控除の割合につき民事法定利率を用いることの不相当性を背景に、17年判決が民事執行法等の規律を持ち出したことを捉えて中間利息控除の方法についてライブニッツ方式ではなくホフマン式にすべきであるとの下級審裁判例（札幌高判平成20年4月18日LEX/DB文献番号28141135）が登場し、最高裁がこれを否定するという事態が生じていることは周知のとおりである。最判平成22年1月26日判例タイムズ1321号86頁。

指針を示すこととなる。それゆえ、本文の提案はそもそも現状を維持するものとはいえ、そうである以上は、中間利息控除に関する法状況について一定の変容を迫る実質的な判断を示すことになってしまう。

本文の提案がその前提において懸念する疑義や混乱の要因はまさに中間利息控除に関する法状況そのものに内在するものであり、問題の本質は中間利息控除の在り方について正面から検討されていない点にある。しかし本改正の対象があくまで「契約に関する規定」を中心としたものである以上、このような疑義や懸念に対応することは、本改正の範囲外にあるといわざるをえない^{27, 28}。それゆえ、注に記載された提案の通り、少なくとも本改正において、中間利息控除に関する規定は一切設けられるべきではない。

（ロ）速報版における集約

速報版²⁹において本意見書の内容そのものを見て取ることはできないが、反対の立場の見解のうち、「損害賠償に関する議論に関する意見」で紹介されている「中間利息控除の利率については、現在と同じように判例にゆだね、できるだけ速やかに人身損害の損害額算定方法について合理的な立法をすることが望ましい」との意見と同趣旨であり、この意見において同一に取りまとめられたと推測できる。

27 内田・前掲注（2）35頁。

28 もっとも、「要綱案のたたき台」においては民法416条の改正に関して契約による債務の場合のみならず契約以外の債務の不履行に基づく損害賠償をも対象とした規定の提案がなされており、このことが不法行為における賠償範囲の確定法理につき現在の判例が採る民法416条の類推適用という法律構成とどのような関係に立つのかが問題となりかねない。「法制審議会民法（債権関係）部会第78回会議事録」17頁〔大村幹事発言、松岡委員発言、金関係官発言〕参照。

29 「部会資料71-3」・前掲注（19）13頁。

4. 「第9-1 債権の請求力」

(イ) 意見

○本提案については、以下の規定も新設すべきである。

- (2) 契約に基づく債務につき、不完全な履行がされたとき、債権者は、債務者に対して、契約の趣旨に照らして相当と認められる履行の請求をすることができる。
- (3) 契約以外の原因に基づく債務につき、不完全な履行がされたとき、債権者は、債務者に対して、その債権の発生原因その他の事情に照らして相当と認められる履行の請求をすることができる。

本提案においては、いわゆる本来的履行請求権に関する規定の明文化のみが提案されており、いわゆる追完請求権に関する規定の明文化については提案されていない。しかし、不履行に直面した債権者の行使しうる権利として従来何らの規定も用意されていなかったところ、本来的履行請求権のみが規定され、かつ追完請求権について一般的には規定されず、売買契約などの各論においてのみ規定されることになると、民法全体についての体系的解釈として、債権者は債権一般において追完請求権を行使することはできず、特別な規定が設けられたときのみに行使することができ、それ以外の場面ではせいぜい追完請求に関する規定の類推適用が可能なときしか行使できないとの帰結に至りかねない³⁰。民法上規定される追完請求権に関する規定は有限であり、多種多様な非典型契約の存在を前提にすれば、このような解釈を否定するためにも、本来的履行請求権の規定のみを

30 「法制審議会民法（債権関係）部会第3回会議議事録」11頁〔鹿野幹事発言〕、13頁〔山本（敬）幹事発言〕など。なお本文の記載は、個別具体的な非典型契約における追完請求の可否およびその範囲の判断に際し、典型契約において定められた追完請求にまつわる規定の類推や参照を否定する趣旨に出たものではない点に注意されたい。

明示化し、追完請求権の規定を新設しないとの態度には賛成できない。

もっとも、追完請求権についての規定を新設するとしても、その規定の有り様に関しては、とりわけその具体的態様と範囲をめぐり、実務上一定の懸念が存在する。

すなわち、まず第一に「追完」という言葉それじたいが持つイメージと一般に追完請求権として理解されている法概念との差である。具体的には、一般に理解されている追完請求権においては代物交付請求もその一態様として想定されているところ、「追完」という言葉それじたいからは債権者による代物交付請求を通常イメージしえない。それゆえ、追完請求権の存在を明示化するにあたり、「追完」という言葉を採用することは「分かりやすい民法」との観点から適切ではない³¹。

また第二に、不完全な履行に直面した債権者が債務者に求める救済の手段には複数のものが存在しうるところ、その範囲がどこまでのものかが明らかではないとの問題がある。この問題については、不合理な内容選択に対する履行（追完）請求権の限界事由による制約、あるいは債権者による損害軽減義務による制約により適切な内容形成をはかるとの規律方法もありえるが、本来的履行請求と異なり、制約の前段階としての追完請求権それじたいが不確定な内容であることから³²、追完請求権の定義それ自体に

31 「法制審議会民法（債権関係）部会第37回会議事録」22頁〔道垣内幹事発言〕。中間試案は売買の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任（第35-4）において「履行の追完」との用語が用いるが、この「追完」も「目的物の修補、不足分の引渡し又は代替物の引渡しによる」との限定を受けたものであり、同様の限定を多種多様な場面が想定される追完請求権の一般規定に用いるのは困難である。

32 追完請求権を本来的履行請求権の一態様と考えるべきではないとの見解が、部会においても数度に亘り強調されていた。「第3回会議事録」・前掲注（30）16頁、「第37回会議事録」・前掲注（31）20頁〔潮見幹事発言〕。この点について学説上の概観を与えるものとして、窪田充見「履行請求権」ジュリスト1318号（2006年）107頁、潮見佳男『プラクティス民法 債権総

において一定の制約を図るべきである。

それゆえ、追完ではなくあくまで「履行」との用語を用い、かつ、その内容が「契約の趣旨に照らして」判断されるべきものであることを表現するため、「不完全な履行がされたとき、債権者は、債務者に対して、契約の趣旨に照らして相当と認められる履行の請求をすることができる。」との規定を新設すべきである。

そして同時に、契約以外の債務の場合にパラレルな規定を設けるため、「契約以外の原因に基づく債務につき、不完全な履行がされたとき、債権者は、債務者に対して、その債権の発生原因その他の事情に照らして相当と認められる履行の請求をすることができる。」との規定を新設すべきである。

（ロ）速報版における集約

速報版³³においては、「その他の意見」として、冒頭に掲載している本意見書の内容の概要がほぼそのまま掲載されているが、その理由づけは一切触れられていない。

論〔第4版〕（信山社、2012年）102頁。部会の議論においては、このような追完請求権の法的性質をめぐる理解についてではなく、むしろそのような法的性質からすれば不可避免的に生じる追完請求権の内容確定の規準創設の困難性に対して、実務家委員から異議が申し立てられているように見受けられる。本稿執筆者と塩野弁護士との検討段階においても、塩野弁護士からは、主として診療契約を例に出して、追完請求権の内容確定の理論的・実務的な困難性と、そのような困難性を受け止め得る一般的規定の創設の可能性に対して懐疑的な意見が示され、その議論の態様は医療行為が例として取り上げられていることも含めて部会第37回会議における中井委員と潮見幹事の議論と似通っている。「第37回会議議事録」・前掲注（31）19頁。

33 「部会資料71—3」・前掲注（19）16頁。

5. 「第10-6 契約による債務の不履行における損害賠償の範囲 (民法第416条関係)」

(イ) 意見

- 契約による債務の不履行における損害賠償の範囲を確定する規律は、「契約の趣旨」を基準としたルールから整理されるべきである。
- 「通常生ずべき損害」との概念は、「通常」において想定される規範的要請が不明確であり、本改正において採用されるべきではない。
- 「契約の趣旨」を基準としたルールを構築するにあたっては、現民法との連続性を確保するとの観点、および「契約の趣旨」を判断する手がかりとなる概念として、予見可能性ルールは維持されるべきである。
- (1) イにつき、「債務者が…予見し」とする部分は、債権者からの告知があるのみで賠償範囲が規範的制約なく拡大する懸念があるため、採用されるべきではない。
- 以上に基づき、以下のような規定が新設されるべきである。
 - (1) 契約による債務の不履行に対する損害賠償の請求は、次に掲げるものの賠償をさせることをその目的とする。
 - ア：契約締結時に、当該契約の趣旨に照らして当事者が当該不履行から生ずべき結果として予見すべきであった損害
 - イ：当該不履行時に、当該契約の趣旨に照らして債務者が当該不履行から生ずべき結果として予見すべきであった損害
 - (2) (1) イに掲げる損害について、債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたとき、債務者は、その損害を賠償する責任を負わない。

本提案の対象があくまで契約による債務に基づく損害賠償の範囲を対象とする以上、その規律はあくまで契約固有のルールであるべきであり、具

体的には契約に基づくリスク分配を基礎とした制度設計が指向されるべきである。本改正の文脈に引きなおした場合には、「契約の趣旨」の観点から規律は整序されるべきである。

賠償範囲の確定ルールを契約固有の観点から構築するとき、現行民法416条を前提にした場合には、大きく二つの概念・ルールをどうするかが問題となる。その一つは、「通常生ずべき損害」である。本提案は、賠償の目的となる損害の第一に「通常生ずべき損害」を挙げ、現行民法416条との連続性を示す。しかし「通常生ずべき損害」という概念、とりわけ通常性基準は、それがどのような規範的要請を示すのか必ずしも明らかではない。一方では補足説明も示すように「定型的に予見可能な損害」として予見可能性ルールと連続して理解することも可能であるが、他方でその種の予見可能性と切り離し、しかも個別具体的な契約とも切り離された別の観点からその定型性を観念することもできる^{34, 35}。このような通常性の不明確性を前提とした場合、そして上述の通り契約固有の賠償範囲の確定ルールを設計するとの観点に出た場合には、「通常有すべき損害」との概念を改正において維持する必要はない。

もう一つは、当事者の予見可能性ルールである。たしかに具体的に発生した損害を債務者に帰責可能かどうかを判断する根拠となるべきは「契約の趣旨」であり、この点を突き詰めれば予見可能性ルールも不要である。しかし、およそ契約制度において想定されている契約当事者は、契約を締

34 「要綱案のたたき台」で示された素案では、(1)で「その不履行によって通常生ずべき損害」を規定し、(2)において「(1)に該当しない損害であって」との前提を置いたうえで「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」との規律が示されている。「部会資料68A」・前掲注(18)13頁。少なくとも形式上は、通常性の判断が契約とは無関係な規律により判断されうる規定となっている。

35 民法416条における「通常」性をめぐる現在の学説状況が多様な状況を示している点について、潮見佳男『債権総論Ⅰ 債権関係・契約規範・履行障害 [第2版]』（信山社、2003年）344頁を参照。

結するにあたり当該契約により獲得するであろう具体的利益、そして債務不履行が発生した場合に生じるであろう不利益を予見し、考慮に入れながら契約を締結する。そして契約締結後も、契約当事者は具体的な履行過程が進行していく中で、自らの行動が相手方の利益に与える影響を予見しながら、契約に基づいて行動する。このような契約締結過程および契約進行過程に照らしてみたと、当事者および当事者の一方の予見は、「契約の趣旨」を構成する重要な指標の一つである。それゆえ、このような指標を採用することが、契約固有の賠償範囲の確定ルールを設計するとの方針と矛盾するわけではない。そして「契約の趣旨」に照らして賠償すべき損害かどうかの判断は広義の契約解釈によることになるが、予見可能性ルールをそのような広義の契約解釈の基準として明示的に挙げておくことは、「分かりやすい民法」との観点からむしろ有益であるとさえいえる³⁶。またこのような当事者の予見可能性は、現在の実務において具体的な事例を処理するにあたり重要な機能を果たしていることからすれば、予見可能性ルールを維持することで、現在の実務の運用に一定の配慮を示すことにもなる。以上の観点から、予見可能性ルールは本改正においてもなお維持されるべきである。

本提案は、その全体において「契約の趣旨」の観点からの賠償範囲の確定ルールの構築を指向し、かつ、「契約の趣旨」の判断基準として予見可能性ルールを用いていると評価できる。この全体的な方針については、上記の観点から多としたい。もっともその細部までをも見た場合には、そのような方針とは異質な観点に基づく規律も見受けられ、そのような要素は排除される形で本提案は修正されるべきである。以下、そうした点に限定

36 現在の民法416条の解釈論において予見可能性ルールの採用について否定的な論者も、契約解釈の補充ルールとして予見可能性という法概念を用いることにまで否定的な訳ではない。潮見佳男「中間試案のたたき台（1）についての意見」（<http://www.moj.go.jp/content/000104779.pdf>）4頁。

して本提案への意見を述べる。

第一に、本提案は（１）アにおいて契約による債権の損害賠償の目的として「通常生ずべき損害」を挙げるが、すでに述べたとおり、適切ではない。イとの関係を考慮した場合には、契約締結時において当事者が予見すべきであった損害とすべきである。なお、ここでの予見可能性はあくまで「契約の趣旨」判断の一要素であることを示すため、「当該契約の趣旨に照らして」ということも明示すべきである。

第二は、本提案は（１）イにおいて、「契約の趣旨に照らして予見すべきであった」損害に加えて、「債務者が予見し」た損害をも含めているが、このような損害は（２）の規律を待つまでもなく賠償範囲に含まれるべきではない。契約締結後に債務者が「契約の趣旨」と無関係に事実的に知った損害までもが債務者の負担とされるべきではなく、債務者に回避措置を負わせる前提も欠く。またこのような損害までも賠償可能な損害に含めると、債権者が債務者に対して一定の利益状況あるいは事実を告知することにより債務者は「損害を予見した」と評価されることにもなりかねず、賠償可能な損害の範囲が無限に拡大する危険もある。

第三に、本提案は（２）において債務者による損害回避措置について論じ、かつ、その規律を（１）の損害すべてにおいて妥当させているが、規律内容はあくまで契約締結後に予見すべきであった損害に対する債務者の回避措置を問題としているのであるから、その点を明確にすべきである。

以上を踏まえ、本提案は冒頭意見のような形で修正されるべきである。

（ロ）速報版における集約

速報版³⁷において、本意見書の内容は中間試案の（１）（２）に対する賛成の立場、反対の立場のいずれでもなく、「その他の意見」として位置づけられたうえで、（１）（２）の両者において、おおむね本意見書の内容を的

37 「部会資料71-3」・前掲注（19）35頁、38頁。

確にまとめた概要として掲載されている。ただし、予見可能性ルールについて、速報版は本意見書を「当事者の予見可能性は、現在の実務において具体的な事例を処理するにあたり重要な機能を果たしており維持すべきである」として紹介しているが、本意見書が予見可能性ルールを維持すべきであるとした主眼は契約解釈の規準として明示すべきであるとの点にあり、副次的な理由のみを挙げているにすぎない点で、速報版は本意見書の内容を必ずしも的確にまとめたものとはいえない。

6. 「第17-6 保証人保護の方策の拡充」

(イ) 意見

- (1) につき、経営者を除く個人による保証を一律に無効とする類型を新設すべきではない。
- (2) につき、アの「債務者がその債務を履行しないとき」の具体的内容をヨリ明確にする方向でも検討されるべきである。また、事業者である債権者に対し、契約書および説明義務の対象にかかる書面の交付義務を課す旨の規定を新設すべきである。
- (3) につき、情報提供義務違反の効果として、保証債務の制限につき遅延損害金以上のものが検討されるべきである。
- (4) につき、提案されたような規定は新設されるべきではない。

(1) について

本提案は、一方でその効果を無効とすることで個人保証人の生活破綻の危険性の一律排除を追求しながら、他方でそのことが当事者からおよそ保証契約の締結可能性を奪うことになるためその対象を一定の類型に限定しており、バランスの取れた個人保証人の保護を指向する提案として理解することができる。

しかし現行民法、あるいは本中間試案が前提とする民法は、私的自治原

則の下、贈与契約を代表とした無償契約を一律に排除しないとの前提に立っており、ある契約について当事者からその締結可能性をおよそ奪ってしまう規律は、仮にそれが許容されるとしても、その目的を達成するために必要最小限な範囲に限定されるべきである³⁸。しかし本提案は、無効とする対象を個別具体的な契約の態様に関わらず主たる債務の類型的な特質をもって画しており、このような手法の性質上、その目的が妥当しない当事者にも規律が及ぶこととなる。すなわち、本提案が対象とする類型においては、個人保証人において資力が十分に確保され、かつ、主たる債務の額が合理的な範囲に留められている場面も含まれることとなり、そのような場面において本提案の規律目的は妥当しない。またそのような場面の登場する余地が取引実務において極めて例外的であるとまでもいえない。そうである以上、本提案の規律はその目的との関係で必要最小限な範囲に限定されているとはいえない³⁹。

同時に、本提案が前提とする保証契約の無償性・情宜性に基づく個人保証人の生活破綻の危険性は、本提案の規律対象外たる類型においても同様に存在し得るところであり、個人保証人の保護はそのような場面と共通して指向されるべきである。具体的には、そして本意見書の以下の提案をも先取りしていえば、現行民法以上に、個人保証人の真意性を確保する手段を充実させ、保証期間中に起きた事情変更に対して個人保証人が適切に対応できる環境を整備し、倒産手続きとの整合性を高めることで、個人保証

38 そもそも個人保証を原則として無効とする提案に理論的根拠があるのかどうかという点についても、主として研究者委員・幹事から分科会において疑問視されている。「法制審議会民法（債権関係）部会第1分科会第4回会議事録」25頁を参照。

39 大澤慎太郎「保証人保護の問題—連帯債務・保証その3」法律時報84巻8号20頁（2012年）は、「『無効』という強固なサンクションを用いる際には、その規律対象を十分に検討すべきであって、一般的には、一定の要件を充足すれば治癒可能な状態に残しておくことが合理的といえる」とする。

人の生活破綻からの回避は図られるべきである。このような対応がなされることを前提にしたとき、本提案のように個人による保証を一律に無効とする類型を新設する必要はない⁴⁰。

(2) について

説明義務の対象として補足説明において更なる検討が必要であると特に取り上げられている事項は本提案のAで示された「主たる債務者の信用状況」であるが、本提案のAで定められた「その債務を履行しないとき」についてもその具体的内容をより明確化する方向で検討すべきである。

保証契約を締結するか否かを判断するに際して個人保証人は当該保証契約を締結することでどのようなリスクを負担するのかを知る必要があるが、そのようなリスクを構成する事項として、主たる債務者の信用状況と同時に、どのような場面で保証人が履行義務を負うのかも同様に重要である。

実務上、履行義務を負う場面についての認識が個人保証人のリスク評価に影響を与えている事例としては、たとえば、主たる債務者が破産法に基づき免責決定を得た場面が存在する。個人保証人は「主たる債務者がその債務を履行しないとき」に保証債務を履行する必要があると認識している場合であっても、履行義務を負うのはあくまで債権者が主たる債務者に債権の履行を請求できる限りにおいてであり、主たる債務者が破産に基づき免責を受けた場面においてまで自らが保証債務の履行を受ける⁴¹とは考えていない場合が多い。それゆえ、保証人が契約締結当初において想定していたリスクの範囲と保証契約制度において通常想定されている保証人が引き受けるべきリスクとの間に格差が存在する場合が少なくない。同様の事

40 同様の指摘として、「第1分科会第4回会議議事録」・前掲注(38)30頁〔鹿野幹事発言〕。

41 破産法253条2項。

態は、会社倒産の事例⁴²や主たる債務者の相続人が相続放棄をした場面などにおいても見受けられる。

保証契約において個人保証人が一定のリスクの引き受けをする場合、そこでのリスクは保証契約制度それじたいにおいて通常想定されているリスク⁴³までをも織り込んだリスクであるべきであり、それゆえ以上のようなリスクについての認識の格差を放置することは、保証人の真意性を確保する手段を充実させるとの観点からは望ましくない。事業者の負うべき説明義務の対象として、この種の格差を解消する事項も含めるべきであり、この観点からもヨリ一層の検討が行われるべきである。またこの種の対応をすることは、「分かりやすい民法」との観点からも妥当である⁴⁴。

同時に、個人保証人の真意性を確保し、かつ、保証期間中における事情変更への適切な対応を可能にする環境を整備するという観点からは、説明義務の履行はそれ自身が履行されるのみならず、書面として個人保証人に

42 民事再生法177条2項、会社更生法203条2項。

43 この種のリスクとして『基本方針』では、根保証の意味の無理解、保証期間についての誤解等が挙げられている。『基本方針』・前掲注（11）253頁。

44 保証人が保証の意味を理解するのに十分な説明をすることを債権者に義務付けるとしても、それはあくまで民法それじたいにおいて想定される保証制度についてであり、倒産手続をも踏まえた保証制度をその対象とすべきではないとの判断もありえる。ここにおいて問題とされるのは、今回の債権法改正にあたり、詐害行為取消権や相殺などと並んで、保証制度において民法と倒産法制との関係性をどのように整序するのかという問題であり、(4)の場面を含めて本意見書は保証人が負うべきリスクを民法における保証制度と倒産法制との連続性の下で理解すべきであるとの立場を採っている。それと同時に、またはそのような立場を採らない場合であっても、免責の効力の範囲という問題は保証の附従性という民法における保証制度の中心的な論点と密接な関連を有する事項であり、しかもその有り様に対しては倒産法学説において立法的な措置の必要性が主張されていることをも踏まえたときには、なお説明義務の対象として一考に値する事項であると考ええる。免責の範囲について立法的な措置の必要性を主張するものとして、伊藤真『破産法・民事再生法』（有斐閣、2009年）556頁など。

交付されることまで要請されるべきである。また、保証契約が要式契約であり、書面でなされることが要請されていることから、契約書面も同様に交付されることが要請されるべきである⁴⁵。それゆえ、事業者である債権者には、契約書および説明義務にかかる事項が記載された書面について、その交付義務が課される旨の規定が新設されるべきである。

(3) について

本提案は、主たる債務の履行状況に関する情報提供義務が履行されないことによって個人保証人が被る損失として、期限利益の喪失や遅延損害金の発生を想定する。しかし個人保証人は、本意見を前提にすれば広く根保証契約を締結でき、本中間試案を前提にしてもなお貸金等債務を含まない形であれば根保証契約を締結しうるのであるから、主たる債務者の資力が悪化した場合であっても継続して新たな債務が発生し、極度額の範囲であるとはいえ徒に保証債務の負担が増え続けるというリスクを負う⁴⁶。主た

45 保証契約の成立にあたり、自律を尊重するための前提を確保するための「プロセス保障」を十分に実現するため、民法は書面の作成を要求するにとどまらず書面の交付までも要求すべきであるとするものとして、山本敬三「保証契約の適正化と契約規制の法理」新井誠＝山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法－ゲルハルド・リース教授退官記念論文集』（日本評論社、2009年）441頁。

46 主債務者の資力の悪化への対応という文脈では、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」の段階ではいわゆる適宜執行義務と事前求償権との関係が議論されていたが、中間試案の段階では適宜執行義務に関する規定の創設が見送られ、事前求償権の規定が基本的に維持されることとなった。商事法務編『中間試案』・前掲注（11）215頁。この背景には、主債務者の資力悪化への対応について、保証人による能動的な対応を主とするべきであるのか、それとも保証人保護のために債権者による能動的な対応を主とするべきであるのかの価値対立があると考えられ、中間試案は前者の立場を採用したと考えられる。「法制審議会民法（債権関係）部会第6回会議事録」43頁〔道垣内幹事発言〕、「法制審議会民法（債権関係）部会第44回会議事録」13頁〔三上委員発言〕。しかし事前求償権を根拠とした主債務者

る債務の履行状況に関する情報提供義務は、この種のリスクに対応するためにも機能すべきものであり、本提案が想定する回避の対象としての個人保証人の損失は狭すぎる。それゆえ、当該情報提供義務違反の効果について遅延損害金についてのみ保証債務の責任を制限するという本提案も、同様にその範囲は狭すぎるというべきである。

保証債務の負担が増え続けるリスクを個人保証人に回避させるとの観点から本提案の情報提供義務を位置づけた場合、その義務の違反の効果としては、義務違反の時点までの遡及効を有する特別解約権を個人保証人に付与するとの構成も考えられる。しかしこのような構成を取った場合、仮に情報提供義務が履行されていたとしても保証人が負うべきであった負担まで個人保証人に負わせないこととなり、妥当ではない。それゆえ、情報提供義務が履行されていたならば保証人が責任を負わなかったであろう範囲で債権者は保証債務の履行を請求できないとの形がより望ましい。

(4) について

本提案アは、広く個人が負担する保証債務一般においてその減免を「一切の事情を考慮して」、つまりおよそフリーハンドに裁判所に認めるものと評価できる。このような規定を設けると恣意的な保証債務の減免に繋がりがねず、またそのような事態は法的な正当化も著しく困難であることから、民法において新設される適格をおよそ欠く提案である。また補足説明において提示されている身元保証に関する法律5条の規定も、実務上直接同条の規定に沿って身元保証にかかる債務の減免がなされることはなく、和解交渉などにおいて参照されることがあるにとどまる。それゆえ、本提

の資力悪化への対応を想定するとしても、そこに債権者による協力を想定することはなお可能であり、本意見書の提案はその位置づけにある。同様の提案は部会会議初期においてもなされている。「部会第6回会議議事録」・前掲46頁〔西川関係官発言〕。

案アのような規定は、新設されるべきではない。

本提案イは、個人保証人の負う保証債務の過大性の観点からその制約を語るものであるが、現行民法および中間試案が前提とする民法は贈与契約を代表として負担の上限なく無償契約を許容するのであり、過大性それ自体が保証責任の縮減を基礎付けることとはならない。むしろ責任の過大性は、保証人への意思形成への影響から検討されるべきものである。もっとも、保証契約の情宜性に基づいた個人保証人の真意性の確保および事情変更への適切な対応への環境の整備は、それ自体を目的とした規律として整備されるべきであり、補充的な規律して過大性に着目するとしても、それはいわゆる暴利行為規定との関係で整備されるべきである⁴⁷。また、負担の過大性に基づく生活破綻の危険性は倒産処理法制によって処理されるべきところ、補足説明が指摘するとおり本提案イのような規定が仮に新設された場合、その存在により個人保証人が支払不能の状況に陥ったのかどうかの判断が困難となるなど、倒産手続きの開始が後倒しになる危険性が高まる⁴⁸。そうだとすれば、本規定の存在は、むしろ個人保証人の生活の再生にとって悪影響を与えることすら懸念される。以上の観点から、本提案のイのような規定も新設されるべきではない。

（ロ）速報版における集約

まず（1）については、反対の意見のうち「契約の効力を否定するという効果が不適切であることを理由とするもの」と位置付けた上で、本意見書の内容をほぼそのままの形で掲載している⁴⁹。ついで（2）については、

47 「第44回会議議事録」・前掲注（46）41頁 [山本（敬）幹事発言]。

48 この点につき前掲注（44）も参照。本意見書の立場とは反対に倒産前段階での救済を強調する見解として、「第1分科会第4回会議議事録」・前掲注（38）47頁 [中井委員発言]。

49 「民法（債権関係）部会資料71—4：『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』に対して寄せられた意見の概要（各論3）」55頁。

契約書および説明義務にかかる事項の記載された書面の交付義務創設の提案については、「その他の意見」において掲載されており⁵⁰、アの「その債務を履行しないとき」の明確化の意見については賛成意見のうちの「補足意見」に位置付けた上で明確化の必要性についてはほぼ的確にまとめられている。ただし、明確化が必要とされる具体的な場面の例示が落ちている点で、意見書の内容がやや抽象的になってしまっている⁵¹。そして（3）については、賛成・反対のいずれでもない「その他の意見」に位置づけたうえで、ほぼ的確にまとめられている⁵²。最後に（4）については、本意見書の内容を反対の意見に位置づけた上で、その内容をほぼそのままの形で掲載している⁵³。

50 「部会資料71—4」・前掲注（49）64頁。

51 「部会資料71—4」・前掲注（49）66頁。

52 「部会資料71—4」・前掲注（49）72頁。

53 「部会資料71—4」・前掲注（49）78頁〔ア〕、82頁〔イ〕。