

## 私法規律の構造4

### -改正契約債権法の基本的規律構造（6）-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2019-03-27 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 伊藤, 進 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/19921">http://hdl.handle.net/10291/19921</a>

【論 説】

## 私法規律の構造4

### —— 改正契約債権法の基本的規律構造(6) ——

伊 藤 進

#### 目 次

はじめに

第一 「契約自由の原則」ルールと「契約の内容」及び「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念」ルールの関係

I 改正契約債権法の契約規律の基本原則ルール

II 中間試案における契約の解釈準則としての「契約の趣旨」ルール

III 中間試案における「契約の趣旨」ルールの多用と改正民法での「契約の内容」ルール及び「取引上の社会通念」ルールへの置き換え (以上、89巻4・5号、89巻6号、90巻1号、90巻2・3号)

IV 改正契約債権法規律における「取引上の社会通念」ルール及び「契約の内容」ルールの規律構造上の位置づけ

V 小結—規律構造上の今後の問題点(以上90巻6号)

第二 改正契約債権法における債権債務次元の規律構造

一 債権債務次元規律への「契約その他の債権発生原因及び取引上の社会通念」ルール導入の意義

1 改正民法典の規律編成構造

2 「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」ルールの導入と規律構造上の変容

(1) 「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」ルールの導入と契約規律の変容

(2) 「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」ルールの導入と事務管理・不当利得・不法行為との関係

二 債権総則次元規律の契約規律化 (以上、本号)

第三 改正契約債権法における契約主体論 (以下、後号)

## 第二 改正契約債権法における債権債務次元の規律構造

### 一 債権債務次元規律への「契約その他の債権発生原因及び取引上の社会通念」ルール導入の意義

#### 1 改正民法典の規律編成構造

改正民法典の規律編成構造（改正民法典の編成）は、現行民法典と異なるものではない。財産関係の規律をみると、第一編総則、第二編物権、第三編債権の規律編成を維持し、そのうち、契約債権規律に係わって第一編総則では第二章人第三節行為能力の一部、契約の基礎的規律である第5章法律行為の大幅な改正、第7章では契約債権の時効を中心とした時効規律の変革的改正、今回の改正の中核である第三編債権の全面的な規律の見直しが行なわれている。しかし、第三編債権の全面的な規律の見直しに当たっても、規律編成構造上は、現行民法と異なるものではない。第一章に総則を置き、債権、債務に共通する規律を設け、第二章契約でも第一節総則で契約規律に共通する規律を置いた上で、第二節贈与から第十四節和解まで契約各論規律を維持し必要な改正を加え、第三章事務管理、第四章不当利得、第五章不法行為で時効を改正するのみであり、従前の規律編成構造が維持されている。特に、現行民法と同様に、契約債権法規律では、契約規律について、総則・債権総則・契約総則・各則、さらには有償契約では売買総則・各則という階層的規律構造を縮減する<sup>(1)</sup> ことなく、維持されたままである。また、現行民法の規律編成がパンデクテン方式によるものであったとするならば、改正民法も、その規律編成を踏襲したものであるといえる。

しかし、その経緯は次のようである。「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」では、「①法律行為の規定を第3編債権に置くべきであるという考え方の当否、②時効の規定のうち債権の消滅時効に関するものを第3編債権におくべきという考え方の当否、③債権総則と契約総則の規定を統合するという考え方の当否、債権の目的の規定を適切な場所に再配置する考え方の当否、⑤典型契約の配列について有償契約を無償契約より先に配置する考え方の当否、⑥第三者のためにする契約や継続的契約に関する規定等、各種の契約類型に横断的に適用され得る規定の配置の在り方等の検討課題が指摘されている」点を更に検討してはどうかと問題

提起している。このうち、契約債権法の規律構造としては、とくに①と③の指摘が注目される。そこで、この点に焦点を当てて、山本、大村、山野目の各幹事の意見をみると、つぎのようである。

山本は、そもそも法律行為という概念を維持すべきか問題になるが立法技術としても有用なものであり、法律行為概念を採用しないとするならば、大きな混乱が予想されるとして維持するとし、その場合の編成として、法律行為に関する規律が適用される主たる場面は契約であることから、契約規律群としてひとまとめにして定める<sup>(2)</sup>ことが考えられ、そのために、債権編に配置規律する案、総則編と債権編に分属規律する案、総則編と債権編の双方に置く案があるとして、それぞれの案の長短につき検討した上で、法律行為にふくまれるのは契約だけではないことから、現行法と同様、法律行為に関する規律は総則編に定めるのが適当であると提案する<sup>(3)</sup>。また、債権総則と契約総則の関係については、両者を区別して規律すべきか（Ⅰ案）、それとも両者を統合して規律すべきか（Ⅱ案）が問題になるとする。現行法では、パンデクテン・システムの体系思考に従い、債権の総則には、契約だけでなく、債権一般に共通して問題となる事柄しか規定することができない。したがって、契約のみに共通して問題となる事柄は契約の総則にしか定めることができない。このことから、法律の専門家でなければ、それらの制度や規定を適切に遣いこなせない。このことから、Ⅱ案のように、債権総則と契約総則は、むしろ統合して定めることが適当であり<sup>(4)</sup>、第三編債権の第一章「総則」を「債権及び契約総則」と改めるのが適当であると提案する<sup>(5)</sup>。このようにすると、現行法の契約総則に規律されている規定のほとんどが「債権及び契約総則」に定められ、現行法の各種の契約の通則となる。そして、現行法の典型契約とは次元を異にする契約類型に関する規律については、第2部「各種の契約」として規律することを提案している<sup>(6)</sup>。

大村は、個人案として、契約債権規律に限ってみると、規律編成について、法律行為の規定の大部分を債権編に移し、債権編には総則を置かないこと、契約各則を独立の編とすることであり、一般的な提案としては(1)契約法の一体化をはかること、(2)契約規律についての過度の階層化をさけることが必要であると提言している<sup>(7)</sup>。

山野目は、継続性の配慮が必要であるとして、第一編総則、第二編物権、第三編債権という編名を変更することなく、第三編債権には、当部会における調査審査の

成果を踏まえ、所要の伸縮を加えることが相当であるとしている<sup>(8)</sup>。

民法（債権関係）部会第 20 回審議会では、大畑関係官は、規定の配置は、従来、法制上の技術的な問題とされ、法制審議会における検討の対象とされていなかったが、この点に関して積極的な問題提起をするものがあるので、議論の素材を提供する趣旨で取り上げることにすると説明をしている。そこでは、この規定の配置については、主に契約に関する規定の一覧性を高めるという観点から、第一編総則に配置されている法律行為を、第三編に配置すべきであるという考え方や、債権総則と契約総則の規定を統合して再編するという考え方等が示されていると説明している<sup>(9)</sup>。これは、「契約規律一体化」の提案に対しての意見を求めるものである。そこで、岡委員は、弁護士会としては規定の配置について意見が盛り上がらなかった。研究者の大勢に従うという雰囲気があったが、法律行為は総則のまままでよいという状況であった<sup>(10)</sup>、佐成委員も、経済界でも法制上の問題として議論としては余り盛り上がらなかった<sup>(11)</sup>とし、中井委員は、日弁連の統計的数字をみると、第一の法律行為については、現行法どおりで、三つ目の債権総論と契約総論については、区別しておくべきであるという意見が多い<sup>(12)</sup>などと意見を述べている。そこで大村幹事は、弁護士界で盛り上がらなかったのは、現行の法典の編成を理解するための困難さが既に失われていて、困らないので当然ではないかと述べている<sup>(13)</sup>。このような現状維持的な大勢のなかで、沖野幹事は、法律行為の相当部分は契約に置き、かつ、契約自体の法律行為総則的な意味合いを持つことも考えられると強調指摘していることが注目される<sup>(14)</sup>。

その後、部会資料 61—第 1 規定の配置では、1 債権総則と契約総則という編成方式の見直しの要否、2 新設規定の配置、3 債権の目的（第 3 編第 1 章第 1 節）の配置を、どのように考えるかについての検討を要請している。そのうち、債権総則と契約総則は契約規律を分属させることになることから、各規定に関する見直しの結果や、法制的な観点からも別途検討の対象となるが、現時点での議論状況を踏まえて、理論的、実務的な観点から規定の配置を考える必要があるとして問題提起をしている。そして、「第一の債権総則と契約総則という区切りを廃止した上で、これらの規定の配列を改めるという考え方は、法定債権のみに適用される規定が別に配置することに成り、体系的なバランスを失っている等の疑問もあり得る。第 2 に債権総則を解体し、契約に基づく債権に適用されるルールと法定債権に適用

されるルールを分離して規定するという考え方は、これまでの民法との連続性という観点からは批判があり得る。」と解説している。この時点で、注目されるのは、法律行為規律についての編成については問題提起していないことである。民法総則編の規律編成につき、積極的異論がなかったことによるものと推測される。

このような提案に対して、民法（債権関係）部会第72回審議会では、山本幹事は、民法総則は別の理由から残した方がよいと考えるが、債権総則と契約総則に関しては現在のパンデクテン・システムを壘主する必要はないとして、前回の意見書と同様の意見を述べている<sup>(15)</sup>。山野目幹事は、これでは、法定債権の編成の議論も必要になるので、従来の方でいったときのイメージを抱いていると指摘し<sup>(16)</sup>、中田委員は抽象的な総則を最初に持つてこなくても、まず発生源を書いて、その次に債権債務についての共通規定を置くということもありうるが<sup>(17)</sup>、実務家の岡委員は最終的には、従来の方を維持してやるしかないのではないかとしている<sup>(18)</sup>。鎌田部会長は、編別が替わると個々の規定の意味が代わってしまうという懸念は余りない。その懸念があれば契約債権に適用になるのか、あるいは債権債務一般に適用になるのかを明示的に書き込めばよいということで、編別は、それほど重要性がないというのが、大体共通の理解だろうと思う<sup>(19)</sup>と纏め、なお、なじみ深い条文の数字を変えろという意見もあったが、どの程度の改正となるかとの関連で考えざるを得ないと纏めている<sup>(20)</sup>。

そこで、水津は、部会審議での、現行民法典における総則の再編についての議論で、法律行為規定を、契約を対象とする規定に改め債権編に配置する提案（第一案）である法律行為法から契約法への組み換えるという志向と、債権総則の規定を契約に基づく債権を対象とする規定群に改め、これと契約総則の規定とを合わせて契約に基づく債権を対象とする規定群にする提案（第二案）、すなわち、債権総則を廃止する思考は債権法から契約法への組み換えであり<sup>(21)</sup>、双方の提案を合わせれば「契約法の一体化」の実現<sup>(22)</sup>をめざすものであるが、総則を設けて法律行為につき規律することは基本的に支持できる<sup>(23)</sup>と評している。

しかし、このような編別議論を経ながらも、最終的には、現行民法典の規律構造をそのまま維持されている。そこで、筒井委員によれば、このような現状が維持されたのは、部会の審議のなかでコンセンサスが得られなかったことと、現状からスタートする作業方針がとられたことによる<sup>(24)</sup>のものであるとし、水津は、確固たる

コンセンサスに基づくものではないと評している<sup>(25)</sup>。この結果、最も基本的な法律行為概念等について定義する試みは成案になっていないことからすると、総じて、現行民法典と同様に「プロ向け」のものとなっており<sup>(26)</sup>、奥田が改正要綱の時点ですでに指摘したように「国民に分かりやすい民法」という「諮問への裏切り」<sup>(27)</sup>のまま改正されたといえると指摘する。さらに、このような法制手法は、有償契約における担保責任規律（契約目的不適合責任）にもみはられる。有償契約における担保責任規律（契約目的不適合責任）の責任原則は売買契約にのみ規律し、他の有償契約には、この規律を準用するという法制技術が用いられていることである。この結果、賃貸借や請負契約などの担保責任（契約目的不適合責任）の責任原則については、それぞれの契約の規律箇所には規律されていないことになり、現在の法的解釈手法に馴染んだ「プロ」でなければ理解するのが容易でないという状況もみられる。

以上のように、その編別規律にあたって、法定債権規律と区別して契約債権規律一体化の議論が展開されつつも、今回は、従来の編別規律が維持されたことになる。現代社会の規律の中核は、取引と違法行為にあるとすると、今回の 100 年を経ての「国民にわかりやすい」「取引に係わる規律」の改正に当っては、契約債権規律と法定債権規律とを区別し、法定債権については不法行為規律の改正で本格的に整除することにし、「国民にわかりやすい取引規律」として「契約法の一体化」規律を目指して規律する方向で改正するのが妥当ではなかったかと思われる。

## 注

- (1) 大村は、契約規律の過度の階層化の縮減が望ましいと指摘している（大村敦志「民法改正にかかわる総論的諸問題に関する意見-民法典の編成問題を中心に」4頁）。
- (2) 山本敬三「民法典の編成と規定の範囲」2頁。
- (3) 山本・前掲（範囲）4頁、山本敬三「債権法の改正と民法典の編成」5頁。
- (4) 山本・前掲（編成）9頁。
- (5) 山本・前掲（範囲）7頁、山本・前掲（編成）10頁。
- (6) 山本・前掲（範囲）10頁。なお、山本には、（山本敬三「民法の改正と民法典の体系」田原睦夫古稀・退官記念「現代民事法の実務と理論上」（きんざい 2013 年）の論稿もあるが参照していない。）
- (7) 大村・前掲4頁。
- (8) 山野目章夫「債権関係の規定の見直しと民法の編成」2頁。
- (9) 民法（債権関係）部会第 20 回審議会議事録 52 頁。
- (10) 民法（債権関係）部会第 20 回審議会議事録 53 頁。
- (11) 民法（債権関係）部会第 20 回審議会議事録 54 頁。

- (12) 民法 (債権関係) 部会第 20 回審議会議事録 56 頁。
- (13) 民法 (債権関係) 部会第 20 回審議会議事録 56 頁。
- (14) 民法 (債権関係) 部会第 20 回審議会議事録 58 頁。
- (15) 民法 (債権関係) 部会第 72 回審議会議事録 6 頁。
- (16) 民法 (債権関係) 部会第 72 回審議会議事録 8 頁。
- (17) 民法 (債権関係) 部会第 72 回審議会議事録 10 頁。
- (18) 民法 (債権関係) 部会第 72 回審議会議事録 9 頁。
- (19) 民法 (債権関係) 部会第 72 回審議会議事録 18 頁。
- (20) 民法 (債権関係) 部会第 72 回審議会議事録 23 頁。
- (21) 水津太郎「民法 (債権法) 改正の方針と民法典の体系」民商法雑誌 153 巻 1 号 23 頁。
- (22) 大村・前掲 (意見) 4 頁。
- (23) 水津・前掲 30 頁。
- (24) 民法 (債権関係) 部会第 97 回審議会議事録 5 頁。
- (25) 水津・前掲 21 頁。
- (26) 水津・前掲 21 頁。
- (27) 奥田昌道 = 松岡久和「債権関係規定の見直し」法律時報 86 巻 12 号 7 頁。

## 2 「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」ルールの導入と規律構造上の変容

ところで、改正民法典は現行民法典の規律編成を維持したものであるが、債権債務次元の規律においても、現行民法典の規律構造と同一とみてよいか問題である。現行民法典の規律では、債権債務次元では、裸の「債権」ないし「債務」として規律しているだけである。このことから、当該「債権」ないし「債務」の発生原因を考慮することなく、当該「債権」ないし「債務」の規律に従うものと規律されている。すなわち、「契約から発生した債権」であるか、「事務管理あるいは不当利得、不法行為から生じた債権」であるかにかかわらず、同一の理念に従って規律することを前提としたものである。そのことは「契約債権」についても変わりはない。契約の類型に特有に対応して規律するものとはされていなかった。しかし、その結果生ずる不適合については、解釈によって回避されていた。このことから、民法典の適用にあたっては混乱がなかったわけではない。例えば、「債務不履行」についてみても、「契約債権」では「契約上の義務違反」として「合意・規律 = 契約責任」によるものとして規律構成する余地があった。これに対して「法定債権」では「合意・規律」によって発生した債権でないことから、そのように規律構成する余地はない。そこで、「法によって定められた責任 = 法定責任」として規律せざるをえな



いことになる。この対立は、現行法上は、今日まで続いてきたわけである。改正民法での債権債務次元の規律によりこの点、どのように理解すればよいか、まず、問題になる。

改正民法においても、債権債務次元の規律構造において変わりはない。第三編債権・第一章総則とし、とくに第一節債権の目的、第二節債権の効力については、その規律構造については形式上は同じである。すなわち、「契約債権」規律と「法定債権」規律は区別して規律していないし、「契約債権」について、契約の特性に注目したものでもない。

しかし、個別の条文をみると、第一節債権の目的についての特定物の引渡しの場合の注意義務（改正民法 400 条）、第二節債権の効力についての履行不能（改正民法 412 条の 2）、債務不履行による損害賠償（改正民法 415 条）、では「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」の形容詞が付け加えられている。そして、事務当局によれば、これは「例示」であり、債権債務次元規律に全体に通ずるものであるとしている。そうだとすると、改正前の裸の「債権」「債務」ではなく、このような形容詞によって画定される「債権」ないし「債務」の規律として解釈する必要があることになる。すなわち、規律構造は同じではあるが、規律の対象となっている「債権」「債務」の規律内容の画定に違いのあるものとして適用する必要があることになる。

#### (1) 「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」ルールの導入と契約規律の変容

私法規律においては、「取引」を規律するに当って、これを「契約」として捉え規律する一方で、この契約内容に対応した債権・債務を観念して規律している。すなわち、「取引」を契約規律と債権債務規律の二重に規律している。そして、契約規律では、契約上の「合意のみ」を「契約利益」として規律して、債権債務規律では、契約利益を実現するための仕組みとしては契約による合意内容に対応した債権債務が発生し、債権者が債務者から給付を受けることによって、契約利益が具体的に得られるものとして規律している。

これに対して、潮見は、契約利益の実現と契約利益実現を保障する体系としての「債権機構」の構築を提唱する。これは、伝統的な債権・債務観、すなわち債権関係発生原因から切断された抽象的概念としての債権・債務を基に据える<sup>(1)</sup> 基本的

な思考枠組（パラダイム）を転換し<sup>(2)</sup>、契約利益実現を目指す「契約関係」に注目して<sup>(3)</sup>、この契約利益実現を保障する体系として「債権機構」を構築するのが適切である<sup>(4)</sup>とするものである。そこで、改正民法規律をみると、現行契約債権法と同様に、契約規律と債権債務規律の二重規律構造を維持し「債権機構」を観念しているわけではないが、債権債務の内容を「契約及び債権の発生原因」に照らして画定するとしていることから、債権債務の発生原因である契約利益の実現を図るものとしての規律に改正したものと解することを可能にしたものといえる。

他方、内田は、「従来、契約上の義務の発生は、当事者の意思か、法律の規定を根拠としていた。しかし、明らかに一方当事者の意思に反する義務が肯定されるように見える。そうだとすると、一定の契約（または契約類似）の関係があれば、意思を媒介とせず発生する義務群がある、と見るほかないと思われる。これは、契約関係を、必ずしも当事者の意思に還元できないものとして捉える発想につながり、債権法ないし契約法に、根本的な改革（パラダイム転換）を迫る考え方といえる。契約関係を、ことごとく個人の意思に還元し、その背後の社会関係から孤立して捉える近代法的な契約観は、実は、取引の現実に適合したものではない。現実の取引の多くは、様々な規範意識を共有する共同体（取引共同体）の中で行われる。新たな契約上の義務は、これらの内在的な規範の法の次元への反映と見るべきではないか」として「关系的契約理論」を提唱する<sup>(5)</sup>。これは、契約次元での規律についての提唱であり、改正民法では契約次元では直接、これに沿った改正は行われていない。しかし、契約利益の具体的実現の規律である債権債務次元の規律では、「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」債権債務を画定するとのルールが導入されたことから、契約上の債権債務の画定に当って、このような「パラダイムの転換」の余地が導入されたとみることができよう。内田も、この「取引上の社会通念」の考慮の書き込みは弁護士会の主張であり、自説を主張したわけではないが、様々な意見を調整した結果として生れた条文であり、私の理論から見ても、評価にあたいすると評価している<sup>(6)</sup>。

ところで、改正民法では、「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」ルールを導入した債権債務次元規律は、契約次元規律の関係が問題となる。すなわち、契約次元における担保責任規律としては、有償契約では「契約の内容に適合しない場合」には買主は売主に履行の追完等の責任を求めることができ

るとしている。これは「契約内容不適合」ルールを導入したものである。この「契約内容不適合」ルールと債権債務次元規律に導入された「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」ルールとの規律構造上の関係づけが問われるのではないかということである。中間試案では、いずれの場合も「契約の趣旨」ルールで統一されていた<sup>(7)</sup>。このことからすると、債権債務次元での契約を原因として発生した債務の不履行の画定ルールと契約次元での「契約の趣旨不適合」の画定ルールとは同質のものとして一貫していた。しかし、改正民法では、債権債務次元の規律では「契約の趣旨」ルールは「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」ルールに置き換えられ、契約次元の規律では「契約内容不適合」ルールに置き換えられている。そこで、事務当局は、両者は同趣旨であると説明している<sup>(8)</sup>。内田は、また、「瑕疵」概念が「契約不適合」概念に変わったという言い方をしているものもあるが、契約における債務不履行は全て契約不適合で、契約どおりでないということを行っているだけで、一般原則で処理するという趣旨にすぎない<sup>(9)</sup>と解している。これは、事務局の説明と同旨である。そして、このような理解が改正委員の共通の理解ではないかと推察される。しかし、『「契約の内容」不適合』を画定するに当って、その解釈に当って、「契約その他の債権の発生原因」に照らして画定することには異論はないが、『「及び取引上の社会通念」に照らして』画定できるとする余地があるのかどうか疑問である。このことからすると、契約次元における担保責任規律では、債権債務一般規律で導入されたルールのうちの『「及び取引上の社会通念」に照らして』ルールは排除されていると解するのが自然ではないだろうか。これに対して、事務局は「契約の内容不適合」ルールから直接『「及び取引上の社会通念」に照らして』ルールを導きだすことができないとしても、契約次元規律も債権債務次元規律の範疇に入ることから、その解釈において債権債務次元規律に導入された「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」ルールによって規程されることになるから、「契約内容不適合」の画定に当って『「及び取引上の社会通念」に照らして』ルールによることになるのは当然であるとも説明している<sup>(10)</sup>。しかし、規律構造からすると、契約次元規律は債権債務次元規律の特則とみるべきであるから、契約次元規律で『「及び取引上の社会通念」に照らして』ルールが定められていないとすると、この部分だけは債権債務次元規律でのルールを修正規律したものとも解し得ることに

なるのではないだろうか。もしそのように解し得る余地があるとすると、改正民法の規律構造上の「要」<sup>(11)</sup>ともいふべき「『及び取引上の社会通念』に照らして」ルール部分が契約次元規律において欠落した状態で改正されたことになる。これは、改正検討段階で、契約規律一元化が主張されながら、現行民法と同様に債権総則と契約規律の重層的規律を踏襲した結果生じた規律構造上の課題ともいえる。

注

- (1) 潮見佳男・債権総論 I [第 2 版] (信山社・2003 年) 22 頁。
- (2) 潮見・前掲書 10 頁。
- (3) 潮見・前掲書 10 頁。
- (4) 潮見・前掲書 23 頁。
- (5) 内田貴・民法Ⅲ (第 3 版) 債権総論・担保物権 (東京大学出版会・2005 年) 14 頁、15 頁。契約の再生 (弘文堂・1990 年)、契約の時代 (岩波書店・2000 年) 146 頁参照。
- (6) 内田貴「民法改正の話し (その 1) 改正の思想」民事法務 376 号 13 頁、15 頁。
- (7) 詳細は、拙稿「私法規律の構造—改正契約債権法の基本的規律構造第一・Ⅲ 1・2」法律論叢 89 卷 4・5 号、89 卷 6 号、90 卷 2・3 号参照。
- (8) 例えば、筒井幹事は、「契約内容不適合」ルールも契約の締結に至る経緯等を考慮して取引通念を参酌して定まるという理解に立っていると説明している (民法 (債権関係) 部会第 93 回審議会議事録 46 頁)。
- (9) 内田貴「『瑕疵担保責任』から債務不履行へ」民事法務 382 号 8 頁。
- (10) 民法 (債権関係) 部会第 93 回審議会議事録 46 頁。
- (11) 拙稿「改正民法の規律構造上の『要』」民事法務 381 号 3 頁。

(2) 「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」ルールの導入と事務管理・不当利得・不法行為との関係

改正民法では、事務管理・不当利得・不法行為の各規律については、基本的には改正されていない。しかし、債権総則編規律において、「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」ルールが導入されたことにより、これらの各規律の画定に当たっても、影響はないのかどうか問題となる。

(i) 事務管理規律との関係についてみると、事務管理者と本人の間には合意はなく、管理者が本人の事務を管理する合意に基づく法律上の義務がないのに、管理者が本人の事務を管理する場合に、管理者と本人との間に法定により事務管理に伴う債権債務を発生させる規律である。このことから、現行民法では、委任者と受任者の合意にもとづいて、受任者が委任者の事務を管理する委任とは異なるものと解されてきた。改正民法においても、法律上の利益の実現を図るための債権債務次元

規律において、契約を原因として発生した債権ではなく「その他」の原因に基づいて発生した債権であるとして、現行民法と同様の解釈を維持できないわけではない。しかし、改正民法で導入された「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」ルールのうち、「及び取引上の社会通念に照らして」みたとき、管理者と本人の関係については社会通念上「取引」の関係にあることの結果として、両者間の意思によって債権債務が生ずるものと解することもできないわけではないと思われる。とくに、財産管理型事務管理においては、殆どが、管理者と本人との関係において委任等の合意規範に基づく関係にあったものと画定することが可能なのではないかと推測される。すなわち、財産管理型事務管理では、債権債務次元の規律に導入された「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」ルールを通して法定原因に基づくとされる事務管理規律の契約規律への組入れも可能ではないかということになる。このことから、極論すれば、事務管理規律は人命救助型事務管理においてのみ、意義をもつ規律となる可能性があるのではないかと思われる。

(ii) 不当利得規律については、損失者と受益者の関係について、受益者が損失者の損失により法律上の原因なくして受益をした場合に、損失者が受益者に対して不当利得返還請求権を行使できると法定規律するものである。そして、その返還請求の範囲については、原則として、受益者に「利益の現存する限度」に限られ、損失の全部についてではないとされている（改正民法 703 条）。ただ、法律上の原因のない受益であることを知っていた悪意の受益者に対しては、「受けたる利益」＋「利息」の返還を請求できるとしている（改正民法 704 条）。ただ、現行民法でも、契約の解除により「法律上の原因のない受益」となった場合に、「原状に復させる義務（原状回復義務）」があるとして、特則を設けている（民法 545 条 1 項）。そして、改正民法でも、これを踏襲する（改正民法 545 条 1 項）と共に、金銭以外の物の返還の場合は、受領の時以後に生じた「果実」の返還を求めるとできると新設規律した（改正民法 545 条 3 項）。それだけではなく、「無効」な行為に基づく給付により受益した場合も「原状に復させる義務（原状回復義務）」の範囲とし（改正民法 121 条の 2 第 1 項）、無効な無償行為で受益者が善意であるとき（改正民法 121 条の 2 第 2 項）、及び受益者が意思無能力者であるとき（改正民法 121 条の 2 第 3 項）は「現に利益を受ける限度（現存利益）」として新設規律し、これを

「取り消された行為」による場合も同様と規律している（改正民法121条）。この結果、有償契約に基づく給付が法律上の原因のない場合には、それが解除、無効、取消のいずれの原因による場合であっても、原状回復義務の範囲として、不当利得規律の適用を受けることなく統一された特則により規律されたことになる。

このような改正規律の経緯をみると、中間試案第5、2無効な法律行為の効果(1)無効な法律行為（取り消されたために無効であったとみなされた法律行為を含む）に基づき給付を受けた者は、「その給付を受けたもの」及び「生じた果実」を返還するのを原則とし、それを返還できない場合は「価額の償還」をするものとし、(2)有償契約で給付を受けた者が善意の場合は「給付すべきであった価値の額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額を限度」とし、(3)有償契約以外で給付を受けた者が善意の場合は、それを知った時点で「現に利益を受けていた限度」の返還としている。(4)これに加えて、給付を受けた者が意思無能力者であった場合は「現に利益を受ける限度」とするとの改正提案をしている。この提案理由として、その法律行為が無効であった場合や取り消された場合には、給付については法律上の原因がなかったことになるから、不当利得返還請求権に基づいて返還を請求できることになる。しかし、その返還の範囲については現行民法703条及び704条は一方当事者が相手方に一方的に給付した場合を主として想定された規定であることから適用されないという考え方がある<sup>(1)</sup>。とくに、双務有償である場合に、民法703条を形式的に適用して善意の受益者が現存利益の返還でしか返還義務を負わないとすると、買主は、目的物が滅失して現存利益がない以上、全く返還義務を負わないのに、他方に対しては返還を求め得るのは均衡を失することになり、同条の適用を除外する考え方が有力であることから、民法703条の適用を排除するために特則したものであるとしている<sup>(2)</sup>。要綱案たたき台第3、1では、(1)無効な法律行為に基づいて給付を受けた者は、原状回復義務を負うとし、(2)金銭の返還のときは利息を付し、(3)金銭以外の物の返還のときは生じた果実を返還する。(4)有償契約以外の無効な法律行為に基づく善意の受給付者、及び(5)意思能力を欠く受給者は、現に利益を受ける限度で返還義務を負うと提案している。この提案は改正民法121条の2と基本的に同じである。そして、素案(1)については、法律行為に基づいて給付されたが、その法律行為の効力が存在しなかった場合は、契約の解除の規律である現行民法545条1項と同様に給付の巻き返しという点で、共通するものと

して規律するものであるとしている<sup>(3)</sup>。そして、中間試案第 2(1)などの場合については、原状回復義務の範囲の解釈に委ねるとしている<sup>(4)</sup>。ただ、素案(4)では有償契約以外の行為に基づく善意の受給者については現存利益の範囲とした。これらの規律の新設によって、返還義務の範囲については不当利得規律から、給付不当利得の場合の適用が排除されることになる。このことによって、不当利得規律は、「他人の財貨からの利得返還請求」類型のみ対象とする規律に転化し、「給付利得返還請求」規律は契約規律によって規律されることになったといえる。すなわち、改正民法では、不当利得規律は、規律構造上は、「法律上の原因のない受益」の場合の返還義務の範囲に関する規律の通則性が実質上失われたといえる。これは、債権債務次元の規律に「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」ルールを導入したことに伴う、立法上の対応結果ともいえる。

(iii) 不法行為規律との関係についてみると、特に、取引的不法行為との関係が問題になる。取引的不法行為は、取引関係上の利益が違法に侵害された場合の救済を目的とするものである。取引関係上の利益侵害の救済については、主として契約関係上の利益侵害として契約規律に委ねられるべきである。

しかし、現行法の解釈として、民法 709 条の他人の権利又は利益の侵害の画定にあたって、被侵害利益の発生原因が考慮されないことから契約上の権利又は利益の侵害の場合も不法行為を構成するものと解される結果、契約規律による損害賠償と不法行為規律による損害賠償の請求が可能になり請求権の競合理論を肯認することによって、今日の実務では、契約規律によるよりも不法行為規律による救済請求が増大してきている。改正民法においても、その規律構造として、このような実務現象を現行と同様に許容されるものとして規律されているとみてよいか。取引関係上の利益侵害を不法行為規律によって救済するに当たって、民法 709 条の他人の権利又は利益の侵害の画定にあたって、その発生原因に照らして画定することによって、専ら、契約上の利益侵害であり、不法行為規律における権利又は利益の侵害に当たらないとして、不法行為規律による損害賠償救済が排除されることにならないのかどうかの課題が残る。

他方では、不法行為規律の原則的規定である民法 709 条は「他人の権利又は法律上保護される利益」が侵害された場合に損害賠償によって救済される旨を定めている。取引上の利益の侵害といえるかどうかは、取引は契約として規律されている

ことから、契約上の権利（債権）又は利益が侵害された場合であることが前提となる。改正民法では、この契約上の権利（債権）の規律に当っては、債権債務規律（債権総則）では、「契約その他の債権発生原因及び取引上の社会通念」ルールが導入されている。すなわち、規律構造上は、契約上の権利（債権）又は利益の侵害になるかどうかは、このルールに照らして判断されるものとして規律されていると解される。とくに、取引関係において契約（合意規範）に基づく権利又は利益ではないが、「取引上の社会通念」すなわち取引関係に内在する客観的規範に照らして権利又は利益と判断される権利又は利益の侵害の場合も、取引的不法行為として不法行為規律によって救済することが可能になったと解することができよう。今日の取引的不法行為の理論では、それが取引上の権利又は利益といえるかどうかについては余り厳格には問題としていないことから、実際上の影響は少ないと思われるが、規律構造的には取引的不法行為による救済の範囲がさらに広げられたということになるのかどうかの疑問も生ずる。

ところで、現在、不法行為規律の改正も話題とされているとのことでもあり、これらの諸問題にも留意して規律改正することを期待したい。

#### 注

- (1) 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 53 頁。
- (2) 商事法務編・前掲書 56 頁。
- (3) 部会資料 66A37 頁。
- (4) 部会資料 66A37 頁。

## 二 債権総則次元規律の契約規律化

改正民法では、規律構造上、契約債権債務規律と契約規律との一体化を諦め、現行民法を維持している。この結果、債権総則次元規律では、観念的には、契約により発生した債権か、その他の原因に基づいて発生した債権かを区別することなく、裸の「債権」ないし「債務」自体に係わる「第一節 債権の目的」「第二節 債権の効力」「第三節 多数当事者の債権及び債務」「第四節 債権の譲渡」「第六節 債権の消滅」に加えて、「第五節 債務の引受け」を新設規律している。

しかし、「第三節 多数当事者の債権及び債務」中の「保証債務」についてみる



と、「第一目総則」では、多数債務のうち主たる債務と縦たる債務の関係にある場合の両債務間に「付従性」「随伴性」「補充性」などを観念して、そのことによる両債務の関係について規律している。この規律は、規律構造上は、他の債権総則次元規律の仕方と同様である。しかし、「第一目総則」では、現行民法と同様に、主債務と保証債務の関係を中心とした多数当事者の債務のなかでの「保証債務」の特性に係わる規律を定めている一方で、保証「契約」一般の成立要件として「書面」の必要性（改正民法 446 条 2 項、3 項）、債権者の主たる債務の履行状況に関する情報の提供義務（改正民法 458 条の 2）、主たる債務者が期限の利益を喪失した場合における情報の提供義務（改正民法 458 条の 3）など保証契約上の義務を課し、契約次元規律が存在する。「第二目個人根保証契約」では、平成 16 年に導入された個人根保証契約の保証人の保護のための規律を承継するものではあるが、そこでは、「貸金等根保証契約」を「貸金を含まない個人根保証契約」一般に拡張する契約次元の規律（改正民法 465 条の 2）に改正する一方、元本確定については個人貸金等根保証契約（改正民法 465 条の 3）の場合と、個人根保証契約（改正民法 465 条の 4）に別けて「根保証債務」次元に係わる規律を設ける等規律構造的には契約次元規律と債権総則次元規律の混在がみられる。「第三目事業に係わる債務についての保証契約の特則」では、事業のために負担する債務についての第三者保証人保護に関する規律を新設規律している。事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証契約又は主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務が含まれる根保証契約の成立時に、第三者が保証契約をする場合（経営者保証を除外）には保証意思宣明公正証書によることとし（改正民法 465 条の 6）、事業のために負担した貸金等債務を主たる債務とする保証契約又は主たる債務の範囲に事業のために負担する貸金等債務が含まれる根保証契約の委託をする場合は、主たる債務者は財産及び収支などの情報を提供する義務があり、この情報提供義務に違反した場合は、保証人は保証契約を取り消すことができると新設規律している（465 条の 10）。これらは「保証債務」規律というよりも、「事業に係わる保証契約」特有の規律であり、専ら契約次元規律である。規律構造上は債権総則次元規律（債権債務次元規律）の理念と齟齬する規律ということができる。

そこで、その改正経緯についてみると、中間試案では「第 17 5 根保証」の改正と、「第 17 6 保証人保護の方策の拡充」に別けて提案している。中間試案「第 17

5 根保証」については、平成16年の民法改正では、保証契約の内で「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）」が含まれる個人根保証（貸金等根保証契約）に限って個人根保証人を保護するための規律が設けられた。中間試案第17 5(1)では、貸金等債務が含まれない個人根保証契約一般に拡大すると提案されている。その他は、「第17 5(2)元本確定期日」や「第17 5(3)特別の元本確定請求権（特別解約権）」については引き続き検討するとし、その他に「元本確定前における保証債務の履行請求」や「元本確定前における保証債務の随伴性」についての「保証債務」次元についての議論がみられるが、明文化の提案は行なわれていない。このように、中間試案では「第17 5 根保証」の改正提案では、平成16年に、とくに個人根保証人について、破産や自殺という社会的現象が多発したことから、個人根保証人を保護するために、急遽、「個人根保証」規律が改正されたこともあって、契約次元規律と債権総則次元規律の規律構造上の関係が議論されることなく、とりあえず「保証債務」規定を改正したと思われる事情を精査することなく、ただ、契約次元規律である個人根保証契約の適用範囲を拡大する一方で、「保証債務」次元規律についての改正の提案が行なわれているものと評される。その後の改正議論においても、部会資料80A第2 根保証1(1)「極度額」を限度として責任を負うとして個人根保証契約の責任限度額について提言しているが、とくに「保証債務」次元規律を中心に議論され<sup>(1)</sup>、なお、「保証債務」次元規律についての意見書もみられる<sup>(2)</sup>が、詳細な検討は省略する。ともかく、契約次元規律と保証債務次元規律とが混在したまま改正案が成立したものといえる。中間試案「第17 6 保証人保護の方策の拡充」については、「第17 6(1)個人保証の制限として、経営者保証を除き、ア貸金等個人根保証契約、イ事業用資金等債務の個人保証契約を無効とするかどうかについて、引き続き検討する。」と提案している。その理由として、保証契約は、不動産等の物的担保を持たない債務者の信用を補う手段として実務上重要な意義を有するが、その一方で個人の保証人が必ずしも想定していなかった多額の保証債務の履行を求められ、生活の破綻に追い込まれるような事例が後を絶たないことから、個人を保証人とする保証契約を全て一律に無効とする見解が主張されていることに基づく説明している<sup>(3)</sup>。これはまさに、「保証債務」の発生原因としての保証契約次元の規律として、ア貸金等個人根保証契約、イ事業用資金等債務の個人保証契約の締結を

制限するというもので、契約次元規律の問題といえる。中間試案第 17 6(2)契約締結時の説明義務 情報提供義務では、事業者である債権者は、個人保証契約を締結する場合には、ア主債務に代わる履行責任を負うこと、イ連帯保証の補充性、分別の利益のないこと、ウ主たる債務の内容について説明ないし情報提供義務を負い、この義務を怠ったときは、保証人は保証契約を取り消しうると規律することの検討を提案している。これは、平成 16 年の民法改正の際に、参議院法務委員会で「銀行を初めとする金融機関の保証人への保護にあることにかんがみ、保証契約の締結の際に、銀行を初めとする融資機関の保証人への説明責任が十分はたされるよう必要な措置を講ずること」との付帯決議に対応するものでもあるとしている<sup>(4)</sup>。かかる規律の検討の提案は、消費者契約法に代表されるように、事業者は消費者契約の締結について勧誘するに際しては、消費者の理解を深めるために、消費者契約の内容についての必要な情報を提供しよう努めなければならない（消費者契約法 3 条）として、事業者と消費者のように情報「格差」のある契約当事者間での「契約」規律次元でのルールとして導入されたルールを、保証契約にも導入するかどうかの検討の提案とみることができる。また、中間試案第 17 6(3)主たる債務の履行状況に関する情報提供義務では、事業者である債権者は、ア保証人からの照会による主たる債務の履行状況の通知、イ主たる債務の遅滞の通知する義務があり、その義務を怠った間に発生した保証債務の履行が請求できないとするかどうかの検討を提言している。これは、主債務についての期限の利益の喪失を回避する機会を保証人に付与するためであると説明されている<sup>(5)</sup>が、契約成立後における契約上の義務として規律するものといえる。中間試案第 17 6(4)その他の方策責任制限の方策では、ア裁判所は、一切の事情を考慮して、保証債務の額を減免できること、イ過大保証であるときは、保証債務の「過大な部分の」履行を請求できないとすることの検討を提言している。これは、保証契約から生ずる保証責任を制限するもので、アは身元保証契約法 5 条を参考としたものであるとされている<sup>(6)</sup>。また、山野目は、保証契約がなされた際の事情に照らして保証契約が過大であるときのコントロールの方策として保証人の責任の減縮につき意見を述べているが<sup>(7)</sup>、これも保証契約によって生ずる責任の減縮を問題とするものであり契約次元規律の問題といえる。このようにみていくと、中間試案第 17 6 保証人保護の方策の拡充での提言は、債権総則の「保証債務」規律の改正ではなく、契約次

元での「保証契約」規律についての新設規律の提言といえる。

これらの中間試案での「保証契約」次元での中間試案「第17 6 保証人保護の方策の拡充」の提案のうち、この過大保証の場合の保証人の保護（中間試案第17 6(4)）については、部会資料80A 第13 保証人の責任の軽減を図る方策では、保証債務を減額するのではなく、保証債務の弁済にあてられるべき責任財産を一定の範囲に限定するという考え方の当否として提案され、このような方策をとったとしても、その手続は破産手続に近づいていくことになるとの指摘もあったためか、民法改正では採用されていない。保証契約の説明義務・情報提供義務ルール（中間試案第17、6(2)、中間試案第17、6(3)）に関係しては、部会資料76A 第2、2「契約締結時の情報提供義務」で、(1)委託保証の場合に、資産・収入等の事情を説明する義務があるとし、(2)主たる債務者が、この説明をしていなかったときは、保証人は保証契約を取り消すことができると提案しているが、保証契約の当事者は債権者と保証人であることからすると、主たる債務者の説明義務違反をもって保証契約の取消を認めるのは契約次元規律のルールとして妥当かの問題が生ずることからが、改正民法では、「第一目」の保証一般の義務としてではなく、「第三目 事業に係わる債務についての保証契約の特則」でのみ採用規律している。そこで、部会資料76A 第2、3「主たる債務の履行状況に関する情報提供義務」、部会資料78 第3、2「主たる債務の履行状況に関する情報提供義務・主たる債務が期限の利益を喪失した場合の情報提供義務」の義務主体を「債権者」として提案している。そして、中間試案では、「事業者である債権者」が個人保証契約を締結する場合の義務と限定していたのを、単に「債権者」の義務に改められている。すなわち、保証契約一般のルールとして導入することを提案しているといえる。このことの結果、改正民法では、「保証債務」次元規律の原則を定めた「第一目総則」に位置づけで規律されている（改正民法458条の2、458条の3）。このため、規律構造的には、現行民法の「保証債務」次元規律を承継し、専ら「保証債務」次元の規律のみを規律するものと推定された第一目「総則」に、契約次元規律のルールがまぎれこんで規律されている状況にあるといえる。中間試案第17、6(1)「個人保証の制限」では、経営者保証以外の貸金等個人保証契約、及び事業者資金等債務の個人保証契約を無効とするかどうかについて検討すると提言されていたが、部会資料78A 第3、1「個人保証の制限」では、(1)主たる債務者が事業のために負担した貸金等債務を主たる

債務とする個人保証契約又は個人根保証契約は、その効力は生じないが、経営者が保証人である場合及び、(3)保証契約の締結に先立って、「保証意思宣明公正証書」の作成されている個人保証契約については適用しないと提言している。中間試案のように経営者保証以外の個人保証（第三者保証）契約の効力を全て否定するものではなく、「保証意思宣明公正証書」の作成されている第三者保証契約については、許容するものと修正した提案といえる。しかし、いずれにしても、中間試案と同様に、事業資金債務を主債務とする個人保証契約の効力について規律するもので、「契約次元」規律には変わりはない。改正民法では、第五款第三目事業に係わる債務についての保証契約の特則として 465 条の 6～465 条の 9 で規律し、併せて、部会資料 76A 第 2、2 で提案されていた主たる債務者による契約締結時の情報の提携義務（465 条の 10）を規律している。このことから第三目は規律構造的には、専ら「保証契約」次元の規律ということになる。このように「保証」規律の改正の経緯をみると、債権総則次元の「保証債務」についての改正というよりも、専ら「契約」次元の改正が中心であったと評することができる<sup>(8)</sup>。

さらには、このような「保証契約」次元の改正部分については、部会資料 67A では保証と機能が類似する新設規律された併存的債務引受（改正民法 470 条）等については柔軟な解釈等を通じて準用される可能性が指摘されており<sup>(9)</sup>、加納は、併存的債務引受の他にも、保証と同じ機能をもつ損害補償契約、債務者を追加する更改などにつき、「保証人保護のための規定」が準用される旨の規律を明文化すべきであるとの意見を提出している<sup>(10)</sup>。このように、債権総則次元の規律が解釈によるにしろ、立法化によるにしろ、「保証契約」次元の規律の適用範囲が拡大されるという状況を勘案すると、民法改正に当たっての「保証」規律の規律構造上の位置づけを議論し、その立場を確認する必要があったのではないと思われる。そこで、内田は、民法の保証に関する規定は、保証「契約」についての規律としてではなく、「多数当事者の債権・債務」に関する規律の一環として置かれている。債務者が複数となる場面の一つ、という位置づけであるが、内容的には保証「契約」に関する規律であり、典型契約のひとつとして位置づけるなど、規定の配置を再考すべきだったかもしれないと指摘する<sup>(11)</sup>。その指摘は正鵠を射たものである。しかし、「保証」規律を「保証契約」規律として規律するとした場合に、「典型契約のひとつ」として規律するのが妥当かどうか疑問である。改正民法の第二章契約第二

節贈与以下に規律されている、いわゆる「典型契約」は、債権乃至債務を発生させる原因として規律されているのに対して、「保証契約」は主たる債務を担保するための縦たる債務」を直接的に生じさせる契約である。「契約」規律の構造としては、不動産乃至動産の所有権移転効や担保効等の「処分効」を生じさせる物権契約に類似する契約、すなわち「債権・債務を発生させる契約」に対する「処分契約」として位置づける必要があるのではないと思われる。

ところで、フランス債務法改正オールドナンスによる民法典の改正<sup>(12)</sup>では、わが国の民法改正と同様に、契約債権法の現代化に向けての改正<sup>(13)</sup>として、第4章「債務に対する一般的制度」の第二節に「債権債務を対象とする取引」という新しい表題<sup>(14)</sup>を付して、「第一款債権の譲渡（1321条～1326条）」、「第二款負債の譲渡（1327条～1328条）」、「第三款更改（1329条～1335条）」、「第四款指図（1336条～1340条）」を規律している。債権の譲渡については<sup>(15)</sup>、債権者（譲渡人）が債務者（被譲渡人）に対するその債権の全部又は一部を第三者（譲受人という。）に有償又は無償で移転する契約であり、一個又は数個の、現在の又は将来の、確定され又は確定することができる債権を目的とすることができる（1321条）。負債の譲渡については、債務者は、債権者の同意を得て、その負債を譲渡することができる（1327条）。更改については、更改によって創設された新たな債務をもって、更改によって消滅する債務に置き換えることを目的とする契約をいい、同一当事者間での債務の代償によって、債権者の交替によって、又は債務者の交替によって行なう（1329条）。指図については、ある者（指図人）が他の者（被指図人）をして第三者（指図受取人）に対する債務を負担せしめ、指図受取人が被指図人を債務者として承認することを内容とする取引をいう（1336条）などと規律する。これは、現代社会においては、債権或いは債務を、直接、「取引」の目的としている取引実態に対応できるものとして改正規律したものと推察される<sup>(16)</sup>。

現代取引社会においては、債権乃至債務を発生させることを目的とする取引に限らず、その発生した債権乃至債務自体を目的とする取引が一般化してきている。そこで、現行民法においても債権債務に係わる次元の規律である債権総則次元の規律でも、そのことを想定して債権乃至債務の処分について規律しているが、それは副次的であることから、積極的に、債権乃至債務自体を目的とする取引として規律するのが適切であるとの考えに基づく改正が要請される。債権総則次元の「保証」規

律が、保証取引であることを想定して「契約」次元規律として規律せざるを得なかったように、現代取引社会に対応するため「債務引受」規律の新設（第五節）「債務の引受（改正民法 470 条～472 条の 4）」においても、「債務の取引」についての規律として、また、従前からの「債権譲渡」についても、現実に議論されている「集合債権譲渡担保」取引等を直視して「債権の取引」として改正規律するなどによって、初めて、現代社会の取引に対応した改正であったと評することができたのではないかと思われる。

このことから、現行民法では契約債権法の規律については、債権乃至債務の発生原因である「債権契約」について規律し、その発生原因を考慮することなく抽象的、一般的に債権乃至債務自体の特性に注目して規律するという規律構造になっているのに対して、現代社会における取引の多様性に対応するには、債権債務を発生させる取引の規律としての「債権契約」の規律の他に、「債権契約」規律に基づいて発生した債権乃至債務自体を取引の目的とする規律を用意する必要が要請されているということになる。そして、この債権乃至債務自体を取引の目的とする規律は、債権乃至債務自体の「処分」を目的とする取引規律、すなわち「取引」を契約として規律している現行法の規律構造に対応させれば「処分契約」として規律されることになる。しかし、これは、いわゆる債権債務の発生原因としての契約債権法で規律している「典型契約」とは異なる視点に立つての規律とする必要がある。むしろ「物権契約」に近似する規律として構成する必要があるのではないかと思われる。ただ、この場合、動産、不動産の「処分」取引を目的とする「物権契約」と同質のものとして規律してよいかどうかの検討は残されている。それは、物権契約とは異なり、もう一面の規律として取引の目的とされた債権乃至債務自体の特性に対応した規律とは切り離すことのできない契約規律として規律することが要請されるのではないかと思われるからである。この検討は、容易ではなく、後日に留保するが、契約債権法の規律構造に限っていえることは、民法改正では、その視点に注目されなかったものの、現代社会の「取引」に対応するには、解釈を通じてにして「債権乃至債務」の取引に対応する「債権乃至債務の処分契約」規律を構築することが要請されているということになる。

今回の契約債権法の改正においては、現行民法の契約債権法の規律構造を踏襲した上での、個別規律の改正にとどめられた感がある。しかし、現代社会の取引の多

様性に対応する規律改正という立場に立ってみると、契約債権法の規律構造自体の見直しを必要とするのではないかと思われる。そして、このような立場からの見直しの結果としては、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」でも指摘されていなかった民法規律の構造の検討を含めた民法典全体の規律構造を再考することにもつながるものと思われる。本稿で検討した範囲でも、現代社会に於ける取引を「契約」として規律し、債権債務の発生原因である「債権契約」と、動産、不動産の処分に係わる「物権契約」について規律していたのに対して、債権契約から発生した債権乃至債務の処分を目的とする「契約」の体系を構築し、位置づけることが要請されることになる。

#### 注

- (1) 部会資料 80B、民法（債権関係）部会第 82 回審議会議事録 11 頁以下。
- (2) 高須順一・赤高規「根保証における元本確定前の履行請求および随伴性一部会資料 36 の第 2、7(2)アおよびイについての提案」。
- (3) 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）226 頁。
- (4) 商事法務編・前掲書 230 頁。
- (5) 商事法務編・前掲書 231 頁。
- (6) 商事法務編・前掲書 232 頁。
- (7) 山野目章夫「個人保証における過大性のサントロールの方策」1～6 頁参照。
- (8) 私見では、かつて、「保証」規律の改正に当っては、現行民法の「保証債務」の改正の立場に立つか、保証をも含めた「人的担保契約」として規律するか、その立場を決める必要があるのではないかと主張したことがある（拙稿「保証規定の改正と担保視点」2012・5・26 日現代担保法研究会レジュメ 1 頁）。
- (9) 部会資料 67A 35 頁。
- (10) 加納克利「要綱案のたたき台(5)についての意見（保証関係）」1 頁。
- (11) 内田貴「改正民法のはなし（その 4）保証」民事法務 397 号 5 頁、6 頁。
- (12) 荻野奈緒＝馬場圭太＝齋藤由紀＝山城一真訳「フランス債務法改正オールドナンス（2016 年 2 月 10 日のオールドナンス台 31 号）による民法典の改正」同志社法学 69 巻 1 号 279 頁以下。
- (13) 椿寿夫「契約債権関係と主体の移転・変更(1)契約譲渡・契約加入・その他における“総合的関連”考察」法律論叢 90 巻 6 号 109 頁。
- (14) 椿・前掲 109 頁。
- (15) 以下は、荻野奈緒＝馬場圭太＝齋藤由紀＝山城一真訳・前掲第二節債権債務を対象とする取引（馬場）の訳文による。
- (16) もっとも、訳者である馬場への個人的問い合わせでは、立法化に際して、フランスでは、「取引」性は、積極的に論議されているとはいえないとのことである。

（明治大学名誉教授）