

# 民法（債権関係）改正で削除された条文の死と生

## —動的平衡（dynamic equilibrium）理論の視点から—

加賀山 茂

### 目次

民法（債権関係）改正で削除された条文の死と生.....	1
はじめに .....	2
I 生物（人を含む）の死とは何か .....	3
1. 法学的アプローチ .....	3
2. 生物学的アプローチ .....	4
3. 法学の制約条件と自由度 .....	4
II 法学研究のあり方 .....	4
1. 法学研究の前提条件 .....	4
(1) 数学（論理学） .....	5
(2) 生物学 .....	5
(3) 医学 .....	6
2. 大学教授の果たすべき役割 .....	6
(1) 研究・教育における死（破壊）と生（創造） .....	6
(2) 後継者の育成における死（退職）と生（学位取得） .....	7
3. 大学教育の未来 .....	7
(1) 教えることの廃止（死）から自発的な学び（生）へ .....	7
(2) 自発的な学びと半強制的な学びとの交錯（動的平衡） .....	7
(3) 「教える」ことの廃止（死）から「教えさせる」（生）へ .....	8
III 改正による条文の死（削除）は正当化できるか .....	8
1. 民法改正によって削除された条文および条項 .....	9
(1) 民法総則 .....	9
(2) 債権総論 .....	15
(3) 契約総論 .....	27
(4) 契約各論 .....	33
2. 民法（債権関係）改正による平成 29 年改正前民法の削除（死）の評価 .....	45
(1) 相補性が完全に確保されているもの .....	46

(2) 相補性が不十分であるもの.....	47
(3) 相補性が確保されていないもの（削除の必要性が認められないもの） .....	49
3. 結論 .....	50
おわりに .....	50
参考文献 .....	52

## はじめに

本稿は、最近の民法（債権関係）改正によって削除された条文，すなわち，生物になぞらえて比喩的に表現すると，死に至った条項（条文全体の削除だけでなく，項の削除も含む）について，その死が後継者によって補われたいわゆる生に繋がる死なのか，後継者もなしに死に至らされてしまったいわゆる無残な死なのかを検証するものである。

生物の生と死の概念については，本稿では，福岡伸一の「動的平衡説」〔福岡・生物と無生物（2007）〕，〔福岡・動的平衡1（2017）〕，〔福岡・動的平衡2（2018）〕，〔福岡・動的平衡3（2017）〕，〔福岡・最後の講義（2020）〕参照）に従って，生を「固体の構成要素の破壊と生成とがバランスを維持している状態」と定義し，死を「その平衡状態がエントロピーの法則に破れ，平衡が保たれなくなること」と定義している。

その上で，筆者は，個々の死は，それがその後継体によって補われ，全体としての平衡状態が保たれているならば，自然界の摂理と同様に是認すべきであるが，固体の死が後継体なしに放置された状態のままであるならば，それは是認されるべきでなく，何らかの補足が必要であると考えた。そして，このような視点から今回の民法（債権関係）改正によって削除された条項を見てみると，さまざまな条項の削除が，民法の債権関係の平衡状態を破壊せずに行われているとは思えない，数々の事実直面することになった。

そこで，本稿は，以上の視点から，民法（債権関係）改正によって削除された条項をつぶさに点検し，その削除が，民法全体の平衡状態を維持するための補足を伴って行われたのかどうかを考察し，その結果として，条項の削除だけが行われて，平衡状態を維持するための補足が行われていない箇所を指摘し，再改正の必要性を論じることにした。

## I 生物（人を含む）の死とは何か

「生と死の法」を考えるに際しては、生物学上の「生と死」に関する以下の二人（福岡伸一，養老孟司）による対談が参考になる。

福岡伸一：[すべてのものは、エントロピー増大の法則によって壊れていく。人間を含めてすべての生物は、その]先回りをして自ら壊して、どんどんバトンタッチしているわけです。同時に内部に溜まったエントロピーを捨てて、新たに作り直している。だから、**私たちは、エントロピー増大が追ってくる一歩先を、常に一生懸命に走っているのです。エントロピーの増大に追いつかれないように自転車を漕いでいる。漕いでいるんですが、漕ぐ速度はだんだん遅くなっていき、ところどころでエントロピー増大の法則に抜かれてしまう。その遅れが細胞のなかに蓄積していったら、エントロピー増大の法則が自転車を漕ぐ後姿を捕まえたときに、個体の死です**（福岡伸一『せいめいのはなし』新潮文庫（2014）33頁）。

養老孟司：「生きている」と、「死んでいる」は決して切り離せない。生きている状態が死んでいない状態で、死んでいる状態は生きていないんだから、完全に相互補完じゃないですか。それを、反対語の面だけを強く取り出す社会になってきた気がするんですよ（福岡伸一『せいめいのはなし』新潮文庫（2014）95頁）。

### 1. 法学的アプローチ

法は、権利の存在証明について、以下のアプローチを採用している。すなわち、発生が証明され、かつ、消滅が証明されない限り、存在が証明されるというアプローチである。

これを自然人の権利に当てはめると、出生（出生届）し、かつ、死亡（死亡届・失踪宣告）が証明されない限り、生存が推定される。もっとも、反対事実の証明に対しては、反論（死亡届の無効、失踪宣告の取消し等）が可能であるが、立証責任の問題としては、「出生」が証明されると、反対事実である「死亡」が証明されない限り、生存が証明されるという思考方法を採用している。

このように、法学的アプローチにおいては、「生存」が先行するのではなく、「出生（生存の始点）」と「死亡（生存の終点）」という2つの概念が先行し、始点（出生）が証明されると、終点（死亡）がないことが証明されない限りで、「生存」を問題にすることができるという思考形式を採用している（民法186条2項（占有継続の推定）参照）。

したがって、法学においては、「出生」と「死亡」とが問題になることはあっても、「生存」すなわち、「生命」とは何かについて、直接に問題とすることはなかったように思われる。

## 2. 生物学的アプローチ

しかし、生物学的には、生命の定義が先に存在する。例えば、生命とは、エントロピーの法則に抗って、固体の構成要素の破壊と生成とがバランスを維持している状態（動的平衡：dynamic equilibrium）であると定義される（[福岡・生物と無生物（2007）154, 164, 167頁]）。

したがって、生物の「死」とは、上記の平衡のメカニズムが機能していることを前提として、そのメカニズムがエントロピーの法則に破れ、平衡が保たれなくなることをいう。

人間の場合に当てはめると、「個人としての動的平衡が機能し始めた時点」が「出生」であり、「個人が動的平衡を失った時点」が「死」である（[福岡・生物と無生物との間（2007）163頁]）というように、「生存」を先行させる思考が可能となる。

## 3. 法学の制約条件と自由度

生物学的には、「生と死」は、連続的に生じるため、「生と死」のいずれについても、それらの決定的な瞬間を定めることは科学の問題ではなく、政策的な判断である。

その政策判断は、例えば、問題となる「死」の判断基準について、死亡後の心臓移植の実行を行う前提として、脳死をもって死と認定することもできるし、本人の生前の意思を尊重して、脳死ではなく、心停止をもって死と認定することも可能である。

おそらく、「死」の判断基準は、死亡前の本人の意思によって、どの部位が平衡状態を失ったときを「死」の判断基準とすることが許されるべきであり、その意思が明確でない場合には、遺族の総意によって決定することができ、その総意が決定できない場合には、社会の判断に委ねるという方法によるのが望ましいように思われる。

# II 法学研究のあり方

## 1. 法学研究の前提条件

法学は、自然科学（特に、数学（論理学を含む））的な枠組みの中に自らを従わせつつも、単に、その原理に身をゆだねているわけではなく、そこから複雑な秩序（負のエントロピー）を生み出している。その秩序のありようが法学を自然科学から峻別している。

ただし、法学も、自然科学で確立している基本原理を無視して成立することはできない。そうではなく、自然科学で決定できない場合、すなわち、自然科学上の選択の余地がある場合にこそ、その選択を的確なものにするための方法論、すなわち、ルール（法原理、正義）に従った解決策を提案できるところに、法学の出番が残されているのである。

どんなに科学技術が進歩したところで、人間は森羅万象のすべてを理解することはできない。常に「わからないこと」を抱えて生きていかなければならない存在である。

そのとき、私たちは「真か偽か」という科学的な議論から離れ、「善か悪か」という哲学〔法学〕的な判断を迫られることになる。しかし、この場合にも私たちは部分しか見ることができない。そして部分の効率や幸福を求めると、逆にみんなの効率や幸福には繋がらないことも少なくないのである。

ではいったい、私たち人間は何を判断基準にして生きていけばいいのだろうか。これはもう一義的に言えるようなテーマではないと思う。ただ、個人的な感想として言えば「真偽」「善悪」の次のフェーズとして「美しいか、美しくないか」という「美醜」のレベルがあるように感じている。たとえば、臓器移植が是か非かというときに「真偽」や「善悪」のレベルの判断以外に「臓器移植は美しくない」と思う人がいる。遺伝子組み換え食品がいくら安全だと説得されても、それが美しいとは思えない人もいる。そういう異なったフェーズの判断が混在していることに、現代の問題の根深さがある（〔福岡・動的平衡2（2018）262頁〕）。

## (1) 数学（論理学）

法律家の中には、「法学にとって、 $1 + 1 = 2$ とは限らない」と平然とやってのける人がいる。しかし、これは、ルール違反である。

法学の理論構築にとって、数学（論理学を含む）的な矛盾は許されない。さらに、行動基準としては、信義則上の「先行行為と矛盾する行為は無効である」が重要となる。

## (2) 生物学

生命体は、宇宙の大原則である「エントロピー（乱雑さ）増大の原則」に抗って「動的平衡」を維持している（〔福岡・生物と無生物のあいだ（2007）147-150頁，166-167頁，181-182頁，264頁〕）。

したがって、生命体にとっての価値（広くは「企業価値」とは何かの問題を含む）とは、エントロピーの増大に抗うことのできる「負のエントロピー（秩序）」であることが理解できる（〔福岡・動的平衡3（2017）11-12頁〕）。この点にこそ、負のエントロピーとしての動的な秩序を研究対象とする法学の意義が認められる。

さらに、「動的平衡」の内部構造（やがては崩壊する構成成分をあえて先回りして分解し（生のための死）、このような乱雑さが蓄積する速度よりも早く、常に再構築を行って秩序（負のエントロピー）を得る仕組み）を知ることによって、動的平衡を実現する組織を形成し（〔福岡・動的平衡3（2017）13-16頁〕）、やがて訪れる個体の死を受け入れ、DNAや文化を後継者たちへとバトンタッチすることも可能となる。

### (3) 医学

医学は、人間の病気について、それを治療したり、未然に防止したりすることを目的とする学問である。この点で、社会的な病理現象である紛争を解決したり、未然に防止したりすることを目的とする法学との類似点がある。

特に、病名からその症状、治療法、予防法という順序で教育を行うだけでなく、その逆に、病状から病名を的確に推論する（逆向き推論）という臨床教育は、条文からスタートして、その意義、その条文が適用される判例・事例という順序で行う教育でもって完結したものと考え、その逆に、生の紛争事例からの的確な条文を推論するという臨床教育を怠ってきた法学教育にとって、学ぶことが多いと思われる。

## 2. 大学教授の果たすべき役割

### (1) 研究・教育における死（破壊）と生（創造）

太陽は東から昇り、西に沈むため、長い間、人々は、太陽は地球の周りをまわっていると考えてきた（天動説）。そのような世間の常識（天動説）を疑い、地球が太陽の周りをまわっているとして地動説を唱えたコペルニクスの書物（『天球の回転について』）は、1616年に発禁図書とされ、地動説に与したガリレオは、1633年に宗教裁判で有罪となった。その罪が許されたのは、なんと350年以上も後の1992年のことであった。

このような歴史に鑑みると、世間の人々が常識として信じていることを疑い、そのような偏見を破壊し、新しい学説を創造することが許される場が必要となる。その役割を果たすために存在するのが大学にほかならない。

さらに、大学は、常識の洗礼を受けて入学してくる学生たちに、世間の常識（社会通念）を批判的に検討させ、批判的検討を通じて、知らず知らずのうちに身につけている偏見を捨て去らせる（エントロピーの増大に歯止めをかける）場でもある。つまり、大学は、世間の常識とされてきた偏見を破壊し、偏見を脱した学説を創造し、その学説をさらに批判的に検討し、「破壊（死）と創造（生）」を繰り返す場なのである。

注意すべきことは、コペルニクスやガリレオの地動説も不偏ではなかったという事実である。彼らも、地球は、円を描いて太陽の周りを回っていると考えていたために、観測結果との違いが明らかとなり、その理論は説得力を欠いていた。つまり、ひとたび常識を打ち破った地動説も、その一部においては誤っていたのである。

地球が円を描いて太陽の周りを回っているというコペルニクスやガリレオの考え方を破壊し、地球を含めたすべての惑星は、太陽を焦点の一つとする楕円軌道を描いているとの学説を創造したのは、ヨハネス・ケプラーであった。チコ・プラーエの観測結果に基づいてケプラーが発見した「ケプラーの法則」がニュートン力学の創造の端緒となった。

そのニュートン力学も、アインシュタインの学説によって破壊され、相対性原理の創造

へとつながっていく ([クーン・科学革命の構造 (1971)], [野家・パラダイムとは何か (2008)]など参照)。

このように、すべての学問は、「破壊 (死) と創造 (生)」を繰り返しながら発展していくのであり、それは、わたくしたちの体が、破壊と生成とを繰り返すことによって動的平衡 (dynamic equilibrium) を保持しているのと同じである。同様に、大学は、常に、従来の学説を破壊し、新しい学説を創造していく責務を負っているといえよう。

## (2) 後継者の育成における死 (退職) と生 (学位取得)

大学教授の大切な仕事 ([杉原・大学教授という仕事 (2010)]参照) のうち、最も重要な仕事は、さきに述べた「破壊と創造」を繰り返す研究・教育であるが、それと同程度に重要なのが後継者の養成である。それは、個体の死を免れない生物が、次の世代に遺伝子を伝えていくのと同様であり、破壊と創造の仕事を受け継ぐ次世代の研究者を養成することが、大学の組織を維持していく上で、決定的に重要なのである。

後継者の養成の具体的な活動は、学生とともに研究を行い、博士論文の執筆を指導して学位を授与することである ([ピュー・博士号の取り方 (2018)]参照)。

大学教授の中には、自己の研究を重視するあまり、研究指導を通じて、学生に学位を与えることに熱心でない人々が少なくない。しかし、これは、大学にとって自滅行為であることを認識しなければならない。生物が子孫を残す努力を惜しまないのと同様、大学の教員も、学生に対する研究指導を行い、学位を授与して、独立した研究者を養成する努力を惜しんではならない。

## 3. 大学教育の未来

### (1) 教えることの廃止 (死) から自発的な学び (生) へ

教えるのではなくて、学習させて、分からないことだけアドバイスすることに徹するというのが、アクティブラーニング ([溝上・アクティブラーニングによるパラダイム転換 (2014)] ) とか、反転授業 ([芝池=中西・反転授業が変える未来の教育 (2014)]参照) といわれている近時の教育の考え方である。なぜなら、教えられたことは、分かった気になるものの、身につけにくい。「分かった、分かった」とか、「よく分かりました」とかいう言葉が、真実に反していることは、試験をしてみると露見する。これに対して、自らの問題意識に従って自ら学んだことはよく身につくからである。

### (2) 自発的な学びと半強制的な学びとの交錯 (動的平衡)

しかし、勉強嫌いな人たちが本当に学ぶためには、誰かに教えさせるのが一番であろう (教えることは、学ぶことである)。

教えるという機会を与えられた時にこそ、人は一番真剣に学ぶ。大学の教員が優れてい

るのは、学生に教えなければならないという義務を負うことによって、教員が、学生よりもはるかに真剣に学んでいるからであろう。

そうだとすると、教員が本当に学生の学力を向上させようと思うのであれば、学生にも教える機会を与える必要がある。

現実には、講義を受けるのに比較して、ゼミによって学生たちの学力が飛躍的に向上するのは、学生たちが前に立って教えるということが義務づけられ、恥ずかしくない報告をするために、ゼミの事前準備において、学生たちが教え合うからではないだろうか。

教える側に回る学生が伸びて、教わる側の学生が伸びないのは、教える側の学生は、教えられる側の学生以上に真剣に学んでいるからである。だから、一番いいのは、「教え合う」ことを通じて「学び合う」ことである。

### (3) 「教える」ことの廃止（死）から「教えさせる」（生）へ

教えるために真剣に学んだ教員の講義を聞いて、学生が素朴で鋭い質問をする。それに答えるために先生はより一層真剣に学ぶ。この繰り返しによって、教員は、見違えるほどに成長していく。

そうだとすれば、学生にも、このような成長の機会が与えられるべきであろう。したがって、ゼミだけでなく、講義においても、このような機会を学生たちに提供しようとする試みこそが、最初に述べた、アクティブラーニングとか、反転授業といわれている新しい教育方法なのである。

## Ⅲ 改正による条文の死（削除）は正当化できるか

民法（債権関係）改正によって、多くの条文や条項が削除されている。生物が動的平衡を維持するために破壊と生成を行っているように、市民生活の基本法である民法といえども、社会・経済の発展に伴って、破壊と創造を繰り返すことが必要である。

しかし、破壊するに際しては、それを補う創造が不可欠である（相補性の確保）。今回の民法（債権関係）改正は、相補性の確保という点の考慮が十分でなく、その結果、民法の体系（動的平衡）が失われかねないという重大な問題が発生しているように思われる。

そこで、今回の民法改正で削除された平成 29 年改正前民法の条文・条項の一つ一つを取り上げて、その死が新しい条文・条項によって相補性が確保されているかどうかを検討することにする。



## 1. 民法改正によって削除された条文および条項

### (1) 民法総則

#### 民法 86 条 3 項（無記名債権）

	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 86 条	<b>第 86 条</b> （不動産及び動産） ①土地及びその定着物は、不動産とする。 ②不動産以外の物は、すべて動産とする。 ③無記名債権は、 <del>動産とみなす。</del>	<b>第 86 条</b> （不動産及び動産） ①（略） ②（略） ③（削る）
第 520 条の 20	（新設）[←（旧）第 473 条]	<b>第 520 条の 20</b> 〔無記名証券〕 第 2 款（記名式所持人払証券）の規定は、 <u>無記名証券について準用する。</u>

平成 29 年改正前民法 86 条は、物（有体物）を不動産と動産のいずれかに分類する立場に立って、無記名債権（無体物）を占有の移転（民法 182 条～184 条）、占有の態様等に関する推定（民法 186 条）、即時取得（192 条～194 条）等に服させる意図で、動産（いわゆる無体動産）とみなすことにした規定である。

今回の改正によって、無記名「債権」は、無記名「証券」として、記名式所持人払証券の規定が準用されることになった。

これとの関係で、民法 363 条（債権質の設定）、365 条（指図債権を目的とする質権の對抗要件）、民法 469 条（指図債権の譲渡の對抗要件）、民法 470 条（指図債権の債務者の調査の権利等）、民法 471 条（記名式所持人払債権の債務者の調査の権利等）、民法 472 条（指図債権の譲渡における債務者の抗弁の制限）、民法 473 条（無記名債権の譲渡における債務者の抗弁の制限）がいずれも削除されるが、これに代わって、有価証券に関する一般規定（民法 520 条の 2～民法 520 条の 20）が創設されるため、実質的には、削除ではない（削除と同時に条文が新設されているため、相補性が確保されている）。

もともと、無記名債権（無記名証券）は、当事者のうち債権者が不特定であることから、特定当事者間における債権関係というよりは、証券を所持するすべての人が権利者となるという点で、無体物としての性質を有している。したがって、無記名債権に関して、これまで民法が保持してきた動産（無体動産）という考え方も、無碍に捨て去るべきではなく、将来、情報に関する法整備がなされた場合には、情報動産（無体動産）として復活することになるかもしれない。

民法 105 条（復代理人を選任した代理人の責任）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 105 条 削除	<p><b>第 105 条</b>（復代理人を選任した代理人の責任）</p> <p>①代理人は、前条の規定により復代理人を選任したときは、その選任及び監督について、本人に対してその責任を負う。</p> <p>②代理人は、本人の指名に従って復代理人を選任したときは、前項の責任を負わない。ただし、その代理人が、復代理人が不適任又は不誠実であることを知りながら、その旨を本人に通知し又は復代理人を解任することを怠ったときは、この限りでない。</p>	<p>削除</p> <p>改正後の民法においては、削除された「復代理人を選任した代理人の責任」の問題は、民法 104 条（任意代理人による復代理人の選任）を前提としつつ、「代理権授与契約の債務不履行」として、債務不履行の一般規定によって処理されることになった。</p> <p>〔→第 644 条の 2（復受任者の選任等）へ〕</p>
第 644 条の 2	<p>（新設）</p> <p>〔←第 105 条（復代理人を選任した代理人の責任）（削除）〕</p>	<p><b>第 644 条の 2</b>（復受任者の選任等）</p> <p>①受任者は、委任者の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復受任者を選任することができない。</p> <p>②代理権を付与する委任において、受任者が代理権を有する復受任者を選任したときは、復受任者は、委任者に対して、その権限の範囲内において、受任者と同一の権利を有し、義務を負う。</p>

平成 29 年改正前民法 105 条（復代理人を選任した代理人の責任）は、削除され、平成 29 年改正前民法 106 条が繰り上げられて改正民法 105 条となった。

これは、改正民法の目玉の一つである第 107 条（代理権の濫用）の規定を枝番号としてではなく、正規の条文番号として創設するための姑息な手段であると、私は考えている。

本来的に、条文番号は変更すべきではなく、改正民法 107 条は、創設条文にふさわしく枝番号として、民法 107 条の 2（代理権の濫用）とすべきであった。そうすれば、民法 105 条を削除する必要もなかったのである。

もっとも、削除された民法 105 条の精神は、代理権授与契約（委任契約）として、新設された民法 644 条の 2 として復活を果たしているように見える（相補性の確保）。しかしながら、上記のように、創設条文を枝番号として規定することを認めるのであれば、改正民法 107 条も、107 条の 2 としておけば、民法 105 条を削除する必要はなかったのである。

章・節の最初か最後にしか枝番号を認めたくないとする法務官僚の有害無益の美意識には、辟易する人も多いと思われる。

今回の改正でも、民法総則では、この美意識が幅を利かせているが、さすがに民法 121

条の2（原状回復の義務）において、このような歪められた美意識は破壊されるに至っており、債権編では、法務官僚の美意識に反する枝番号が正しく多用されるに至っている。

そうであれば、最初から、枝番号を遠慮することなく正しく使えばよいわけであり、改正法 107 条は、平成 29 年改正前民法 105 条の無駄な死を招かないためにも、107 条の 2 とすべきであった。そうすれば、平成 29 年改正前民法 105 条を削除する必要もなかったと、私は考えている。

### 民法 122 条ただし書（追認は第三者の権利を害せない）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 122 条	<p><b>第 122 条</b>（取り消すことができる行為の追認） 取り消すことができる行為は、第 120 条〔取消権者〕に規定する者が追認したときは、以後、取り消すことができない。ただし、追認によって第三者の権利を害することはできない。</p>	<p><b>第 122 条</b>（取り消すことができる行為の追認） 取り消すことができる行為は、第 120 条に規定する者が追認したときは、以後、取り消すことができない。</p>

民法 122 条のただし書が削除された理由は、無意味な規定であるからだという（[潮見・改正法の概要（2017）31 頁]）。その理由をもう少し詳しく述べると、以下のようになる。すなわち、民法 122 条のただし書は、第三者を保護する規定であるが、第三者は取り消しすることができる法律行為が有効であることを前提に新たな取引をしてしまっているのであり、取消により不利益を被る場合はあっても、追認により法律行為が確定的に有効となることで不利益を受ける場合は考えられないからである。

しかし、民法制定以来、無効とされてきた要素の錯誤（重大な錯誤）の効果が取消しとされた。このため、重大な錯誤に陥った取引について、追認されない無効（民法 119 条）であることを前提に取引に入った第三者が、追認によって不測の損害を被ることがありうる。したがって、改正法において、民法 122 条ただし書を削除する理由は存在しないことになる、私は考えている。

### 民法 169 条～174 条（短期消滅時効）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 169 条 削除	<p>第 169 条（定期給付債権の短期消滅時効） 年又はこれより短い時期によって定めた金銭その他の物の給付を目的とする債権は、5 年間行使しないときは、消滅する。</p>	<p>〔第 169 条〔条文番号整理案では第 174 条の 2〕の上書きによる削除〕 〔*この規定がないと、弁済者は領収書を 10 年間保存する必要がある。消費者保護の観点からは、この規定は削除すべきでない〕</p>
第 170 条 削除	<p>第 170 条（3 年の短期消滅時効 1） 次に掲げる債権は、3 年間行使しないときは、消滅する。ただし、第二号に掲げ</p>	<p>第 170 条 削除 〔*この規定がないと、弁済者は領収書を 10 年間</p>

	<p>る債権の時効は、同号の工事が終了した時から起算する。</p> <p>一 医師、助産師又は薬剤師の診療、助産又は調剤に関する債権</p> <p>二 工事の設計、施工又は監理を業とする者の工事に関する債権</p>	<p>保存する必要が生じる。消費者保護の観点からは、この規定は削除すべきでない]</p>
第171条 削除	<p>第171条〔3年の短期消滅時効2〕</p> <p>弁護士又は弁護士法人は事件が終了した時から、公証人はその職務を執行した時から3年を経過したときは、その職務に関して受け取った書類について、その責任を免れる。</p>	<p>第171条 削除</p> <p>〔*この規定がないと、弁済者は領収書を10年間保存する必要が生じる。消費者保護の観点からは、この規定は削除すべきでない〕</p>
第172条 削除	<p>第172条（2年の短期消滅時効1）</p> <p>① 弁護士、弁護士法人又は公証人の職務に関する債権は、その原因となった事件が終了した時から2年間行使しないときは、消滅する。</p> <p>② 前項の規定にかかわらず、同項の事件中の各事項が終了した時から5年を経過したときは、同項の期間内であっても、その事項に関する債権は、消滅する。</p> <p>―〔項の新設〕―</p>	<p>第172条 削除</p> <p>〔*この規定がないと、弁済者は領収書を10年間保存する必要が生じる。消費者保護の観点からは、この規定は削除すべきでない〕</p>
第173条 削除	<p>第173条〔2年の短期消滅時効2〕</p> <p>次に掲げる債権は、2年間行使しないときは、消滅する。</p> <p>一 生産者、卸売商人又は小売商人が売却した産物又は商品の代価に係る債権</p> <p>二 自己の技能を用い、注文を受けて、物を製作し又は自己の仕事場で他人のために仕事をするを業とする者の仕事に関する債権</p> <p>三 学芸又は技能の教育を行う者が生徒の教育、衣食又は寄宿の代価について有する債権</p>	<p>第173条 削除</p> <p>〔*この規定がないと、弁済者は領収書を10年間保存する必要が生じる。消費者保護の観点からは、この規定は削除すべきでない〕</p>
第174条 削除	<p>第174条（1年の短期消滅時効）</p> <p>次に掲げる債権は、1年間行使しないときは、消滅する。</p> <p>一 月又はこれより短い時期によって定めた使用人の給料に係る債権</p> <p>二 自己の労力の提供又は演芸を業とする者の報酬又はその供給した物の代価に係る債権</p> <p>三 運送賃に係る債権</p> <p>四 旅館、料理店、飲食店、貸席又は娯楽場の宿泊料、飲食料、席料、入場料、消費物の代価又は立替金に係る債権</p> <p>五 動産の損料に係る債権</p>	<p>第174条 削除</p> <p>〔*この規定がないと、弁済者は領収書を10年間保存する必要が生じる。消費者保護の観点からは、この規定は削除すべきでない〕</p>

改正民法をやさしく解説した書籍の中には、以下のような例を挙げて、改正民法が平成29年改正前民法よりもわかりやすくなっているとするものがある。

消滅時効は、お金を支払った債務者としても、領収書を何年も保管しているわけではありませんから合理的な制度といえます。

平成 29 年改正前民法では消滅時効の期間をたとえば飲み屋のツケ、〔筆者注：レンタル料、宿泊料〕は 1 年、〔筆者注：商品の売買代金、授業料は 2 年〕、建築工事の工事代金、〔筆者注：診察料〕は 3 年などのように、債権の種類に応じて細かく分けて規定しています。しかし、このような区分は複雑でわかりにくいことから、新しい民法では、これらを一本化してわかりやすくすることにしています。

〔司法書士連合会・ビジネスはこう変わる（2015）32 頁〕

この解説によれば、従来は 1～3 年しか領収書を保管しなくてよかったのものが、今回の改正では、最低でも 5 年間領収書を保管しなければならないが、わかりやすくなったのだから、それでよいということになる。

しかし、この改正は、消費者とか顧客とかに対する配慮が欠落しているように思われる。なぜなら、今回、不幸にも削除されることになった短期消滅時効の制度（民法 170 条～174 条）、特に、商品の代金債権が、10 年とか 5 年ではなく、わずか 2 年で消滅することは、国民の家計管理（特に、領収書の保管）にとって、なくてはならない重要な役割を果たしてきたことを過小評価しているからである。

私の個人的な経験に即して述べると、私は、ある書籍を著名な出版社から直接購入したことがある。それから 1 年を過ぎた後に、その出版社から「代金をまだお支払いいただいております」との電話があり、売買代金を二重に請求されたことがある。幸いにも、私が領収書を 2 年間保管していたため、このときは、二重払いの危険を回避できた。

この例のように、民法 172 条（2 年間の短期消滅時効）のおかげで、私たちは、これまで、売買代金の領収書を 2 年間保存した後は、安心して廃棄することができた。ところが、今回の民法（債権関係）改正によって短期消滅時効の規定（民法 170 条～174 条）がすべて削除されるため、すべての家庭で、売買代金の領収書を 5 年間にわたって保管しなければならないということになるという不都合が生じる。

このような改正が、国民にとって有益といえるかどうか、はなはだ疑問であり、少なくとも、私には、社会経済情勢の変化に対応した改正とは思えない。

もっとも、短期消滅時効については、以下のような理論を持ち出して、その廃止を正当化するものがある。

改正前民法下の職業別の短期消滅時効は、その分類・時効期間の区分の点で合理的な説明がつくものでないうえに、現代社会の取引類型と取引の実態を的確に反映しているものともいえないものであった。個々の概念の射程にも議論を呼ぶものが少なくなく、予測可

能性の点で問題があった。さらに複雑な分類の上に成り立っている短期消滅時効の制度は、一般市民にとってわかりにくいものとなっていた。そこで、改正後の民法は、改正前民法 170 条から 174 条までの短期消滅時効の規定を削除し、これらの場면을債権の消滅時効に関する規定で処理することとしている（部会資料 69A・7 頁）。

[潮見・改正法の概要（2017）47 頁]

確かに、家計管理をしていない人ならば、そのように理論的に考えて、短期消滅時効の廃止に賛成できるのかもしれない。しかし、上記のような理論的な解説は、領収書をいつまで保存すべきかの判断を迫られている家計管理者にとっては、以下に述べる理由により、賛成することができない。

第 1 に、短期消滅時効の分類・時効期間の区分が合理的でなければ、合理的に改正すればよい。民法（債権関係）改正は、そのためにある。

家計管理にとっては、どの領収書を何年間保管すればよいかかわかれればよいのであって、その区分の基準が、家計管理上、従来の期間を不利に変更するものでない限り、理論的な説明ができるかどうかは問題とならない。

たとえば、道路交通において、「右側通行か」それとも「左側通行か」は、国によって異なり、合理的な根拠などないが、慣習が考慮された上でどちらかに決まれば、それに従うのが合理的なのである。

短期消滅時効の区分も、従来の領収書の保存期間がなるべく変更されないような明確な区分があればそれでよいのであり、その期間を考慮して家計管理することが、結果として、合理的となるのである。つまり、領収書を何年間保管すればよいかかわかれれば、それで、国民一般にとってわかりやすいのである。

第 2 に、短期消滅時効の分類が、職業別であるのが問題なのであれば、家計管理の観点から、領収書が発行されないもの、領収書が発行されるがレシートのような簡易なものにとどまるもの、収入印紙が貼られたものというような区分によって、時効期間を改定することもできるはずである（そのほかの区分としては、債権の金額によって区分し、「10 万円未満の額の債権は 2 年間行使しないときは消滅する」という方法も提案されている[加藤・債権法改正（2015）181 頁]）。いずれにせよ、すべての家庭が行っている家計管理に資するものであれば、それに従って家計管理をするのが合理的なのである。

第 3 に、家計を管理する者にとって、これまでは、レンタル料金の領収書は 1 年間だけ保存した後に廃棄し、売買代金、塾や習い事の月謝の領収書は、2 年間だけ保存した後に廃棄し、請負代金の領収書については、3 年間だけ保存した後に廃棄することができた。短期消滅時効によって、二重請求を拒絶できるからである。

もしも、短期消滅時効の制度が廃止されてしまうと、家計管理者は、二重請求のリスクを回避するために、すべての領収書を 5 年間、場合によっては、10 年間も保管しなければならなくなる。その結果は、保管すべき領収書を全国の家庭に溢れさせるという悲惨な結

果を招くだけであり、リスク管理として最悪の方法であろう。

法制審議会の民法部会の委員のうち、家計を管理しているメンバーが何人いるかは不明であるが、短期消滅時効を廃止するという改正民法は、そのメンバーを含めて、全家庭の家計管理者の立場を無視することになる。短期時効制度は廃止するという結論を先行させ、それをいかにも合理的に説明するような理屈を述べたところで、説得力を持たない。

## (2) 債権総論

### 民法 410 条（原始的不能・後発的不能による選択権の特定）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 410 条	<p><b>第 410 条</b>（不能による選択債権の特定）</p> <p>①債権の目的である給付の中に、<u>初めから不能であるもの又は後に至って不能となったもの</u>があるときは、債権は、その残存するものについて存在する。</p> <p>②<u>選択権を有しない当事者の過失によって給付が不能となったときは、前項の規定は、適用しない。</u></p>	<p><b>第 410 条</b>（不能による選択債権の特定）</p> <p>債権の目的である給付の中に<u>不能のものがある場合において、その不能が選択権を有する者の過失によるものであるときは</u>、債権は、その残存するものについて存在する。</p> <p>（削る） 〔→第 1 項へ〕</p>

平成 29 年改正前民法 410 条 1 項の「初めから不能であるもの又は後に至って不能となったものがあるときは」という文言は、今回の民法改正によって、単に、「不能のものがある場合において」に変更される。

しかし、その改正は、原始的不能と後発的不能の両者を同じように扱うだけのことなのであるから、原始的不能の用語を抹消する必要は、全く存在しない。

確かに、改正理由は、「改正民法では、原始的不能と後発的不能を区別しないこととしたから、不能だけを残して、初めからと後に至ってという文言を抹消した」という、一見したところ、至極まっとうなものである。しかし、このことは、「民法は、その制定当初から、原始的不能と後発的不能を区別せず、それを無効とするのではなく、債務不履行と考えて選択権を有効としていた」という重要な歴史的な事実を抹消していることに気づくべきである。

法制審議会のメンバーが、このことに気づいていないか、気づきながら、原始的不能が規定されていた条文の最重要箇所を削除したのかは不明であるが、重大な過誤であることに違いはない。

法制審議会民法（債権関係）部会の幹事を務めた学者の解説書を見てみると、改正民法 410 条について、以下のような記述がなされている。



本条によれば、選択債権の目的とされた給付のうちのあるものについて、給付不能（後発的不能のみならず、原始的不能も含む）が、「選択権を有する者の過失」により生じたときは、債権は、その残存するものについて存在する。

[潮見・改正法の概要（2017）58頁]

平成 29 年改正前民法 410 条が、「債権の目的である給付の中に、初めから不能であるもの又は後に至って不能となったものがあるときは」として、不能の順序を「原始的不能、後発的不能」としているにもかかわらず、上記の解説書では、その順序を逆転して、「後発不能のみならず、原始的不能も含む」としている。その理由は、債務不履行における不能といえば、従来は、後発的不能だけを問題としてきたのであり、原始的不能は、無効として別扱いされたのだが、今回の改正によって、「後発不能のみならず、原始的不能も含む」ことになったのだから、注意が必要であるとの意図が含まれていると思われる。

いずれにせよ、法制審議会の委員たちは、平成 29 年改正前民法 410 条が「原始的不能」と「後発的不能」を区別することなく、いずれも有効を前提とした上で、債務不履行を問題としていたことを十分に理解したうえで、「民法は、制定の当時から、原始的不能について、債務不履行とする明文の規定を有していた」という証拠をあえて抹消することに加担していることになる。

予想したくないことであるが、もしも、法制審議会の委員たちが、民法（債権関係）改正後に、（自分たちで抹消しておきながら、）「410 条の条文には書かれていないが、不能には、後発的不能だけでなく、原始的不能も含まれるので注意せよ」などということを自らの著作等で強調するという事態が生じるとすれば、それは、不要として抹消した文言を、自己都合で復活させるという、信義則に反するものとして、非難されるべきであろう。

国民一般に説明するに際して、上記のように、必要なものだとして概説書に記述するのであれば、改正民法 410 条のように「給付の中に不能のものがある」として、原始的不能の記述を抹消するのではなく、平成 29 年改正前民法 410 条の文言、すなわち、「給付の中に、初めから不能であるもの又は後に至って不能となったものがある」として、原始的不能・後発的不能を含めて、そのままの形で後世に伝えるべきであったと思われる。

#### 民法 414 条 2 項・3 項（代替執行・差止請求権）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 414 条	<b>第 414 条（履行の強制）</b> ①債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、その強制履行を裁判所に請求することができる。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでない。	<b>第 414 条（履行の強制）</b> ①債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、 <u>民事執行法その他強制執行の手續に関する法令の規定に従い、直接強制、代替執行、間接強制その他の方法による履行の強制を裁判所に請求す</u>



	<p>②債務の性質が強制履行を許さない場合において、その債務が作為を目的とするときは、債権者は、債務者の費用で第三者にこれをさせることを裁判所に請求することができる。ただし、法律行為を目的とする債務については、裁判をもって債務者の意思表示に代えることができる。</p> <p>③不作為を目的とする債務については、債務者の費用で、債務者がした行為の結果を除去し、又は将来のため適当な処分をすることを裁判所に請求することができる。</p> <p>④前三項の規定は、損害賠償の請求を妨げない。</p>	<p>ることができる。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでない。</p> <p>㊟（削る）</p> <p>㊟（削る）〔削除しない〕〔*提案理由：民事執行法には、不作為債務の強制執行に対応する条文が完備していないため、実体法上の規範を残しておくことが必要である。〕</p> <p>②前項の規定は、損害賠償の請求を妨げない。</p>
--	---	--

民事執行法には、不作為債務の強制執行に対応する条文が完備していないため、実体法上の規範を残しておくことが必要である。

#### 民法 420 条 1 項後段（賠償額の予定の裁判所拘束力）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民（旧）	改正民法（新）
<p>第 420 条</p>	<p>第 420 条（賠償額の予定）</p> <p>①当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。</p> <p>②賠償額の予定は、履行の請求又は解除権の行使を妨げない。</p> <p>③違約金は、賠償額の予定と推定する。</p>	<p>第 420 条（賠償額の予定）</p> <p>①当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。</p> <p>〔この場合において、その賠償額の予定が、平均的損害又は通常生ずべき損害と比較して過大又は過少であるときは、裁判所は、その額を通常生ずべき損害の範囲まで増減することができる。〕〔*提案理由：法外な損害賠償額の予定は、無効とすべきであり、その判断基準を示すことが必要である。〕</p> <p>②（略）</p> <p>③（略）</p>

平成 29 年改正前民法 420 条は、当事者が損害賠償額の予定（違約金も損害賠償の規定と推定される）を行った場合について、裁判所といえども、その額を増減することができないというものであり、契約自由の原則は神聖不可侵であり、裁判官といえどもこれに干

渉することは許されないという考え方を明らかにした規定である。

この規定があるために、暴利をむさぼる不当な賠償額（違約金）の定めに対しても、公序良俗に違反するほどに不当なものでない限りは、裁判官は手も足も出せない状況にあり、この規定は、いわゆる悪徳商法に悪用されてきた。

この規定は、フランス革命の過程で培われた裁判官不信の考え方を反映して立法されたフランス民法 1152 条（現行法では 1231-5 条）をわが国の民法がそのまま受け入れたものである。

これに反して、ドイツ民法においては、裁判所が予定された賠償額を適切に提言することが認められていた（ドイツ民法 343 条）。

#### ドイツ民法 343 条（違約罰の減額）

(1) 課せられた違約罰が不相当に多額であるときは、債務者の申立てを受けた判決によって適切な額に減額することができる。適切な判決をするには、裁判所は、財産上の利益だけでなく、債権者のすべての正当な利益を考慮しなければならない。この場合において、債務者が違約罰を支払った後は、これを減額することができない。

(2) 前項の規定は、第 339 条（違約罰の効力）、第 342 条（金銭以外の違約罰）の場合のほか、ある行為をなし、又は、なさないことに対して違約罰を約した場合にも適用する。

ところで、民法 420 条が範としたフランス民法旧 1152 条は、現行法 1231-5 条として、下記のように改正されている [荻野・馬場・斎藤・山城共訳・フランス債務法改正 (2017) 306 頁]。

#### 第 1231-5 条〔損害賠償額の予定〕

① 契約において、その履行を怠る者が損害賠償として一定の金額を支払う旨が定められているときは、他方当事者に対して、より多い金額もより少ない金額も付与することができない。

② ただし、裁判官は、職権によっても、合意された違約金が明らかに過大又は僅少である場合には、それを減額し又は増額することができる。

③ 約務が部分的に履行されたときは、裁判官は、職権によっても、合意された違約金を、部分的履行が債権者にもたらした利益に比例して、減額することができる。ただし、前項の適用を妨げない。

④ 前二項に反する約定はすべて、書かれなかったものとみなす。

⑤ 違約金は、債務者が遅滞に付されたときにしか課されない。ただし、不履行が終局的な場合は、この限りでない。

このようにして、平成 29 年改正前民法 420 条は、現在では、世界から孤立した不合理な規定であり、母法であるフランス民法と同様に、直ちに改正されるべきであることは確

かであろう。

以上の点を考慮して、改正民法が、平成 29 年改正前民法 420 条 1 項後段（この場合において、裁判所は、その額を増減することができない）がさまざまな問題を引き起こしてきたことに鑑み、この部分を削除したことは妥当である。

しかし、改正民法 420 条は、平成 29 年改正前民法 420 条 1 項後段を削除するにとどめたため、裁判所は、過大な、または、過小な損害賠償額の予定に対して、どのような判断をすることができるのか不明となっている（相補性を確保しないまま、削除だけをしてしまったという立法の過誤）。

改正民法の解説書を見ると、改正民法 420 条の趣旨、すなわち、過大な賠償額を定めた暴利行為等について裁判所が予定賠償額を減額することを認めるために 1 項後段を削除したとの趣旨（法制審議会の部会資料 68A・20 頁）を根拠に、裁判所は損害賠償額の減額はできるが、増額はできないとするものがある（〔潮見・改正法の概要（2017）75 頁〕）。

しかし、実務家の中には、損害賠償額の予定を損害賠償額の最低を定めたものと解釈することによって、裁判所が損害賠償額を増額することの示唆を与えるものもある（〔浜辺・民法改正がわかる（2015）73 頁〕）。現代社会における民法の役割としては、消費者を保護する役割を果たすことが重要となっているが、大企業の優越的地位の濫用にさらされている中小企業を保護することも、その役割の一つである。

ドイツ民法 343 条が消費者保護を重視して、裁判所に違約罰の減額のみを認めているのに対して、フランス民法典旧 1152 条ただし書（現行法 1231-5 条 2 項）は、あまりに低額な損害賠償額の予定について、裁判所に増額する権限を与えている。

改正民法 420 条が、裁判所の桎梏となっていた平成 29 年改正前民法 420 条 1 項後段を削除した以上、裁判所は、過大な損害賠償額を減額することもできるし、反対に、過小な損害賠償額の予定を増額もできると解するのが正当であろう。

つまり、裁判所は、民事訴訟法 248 条（賠償額の認定）によって、損害賠償額を認定できるのであるから、認定した損害額よりも明らかに過小な損害賠償額の予定を、損害賠償額の最低を定めたものと解釈し、それを超える損害賠償額を認定することができるかと解すべきであろう。

改正民法 420 条は、もしも、賠償額の予定が過小又は過大である場合に、損害賠償額の増減ができるとして、「何を基準に、賠償額の増減ができるのか」という肝心なことについて、なんらの規定も用意していない。

裁判官の裁量だけに任せるのではなく、消費者契約法 9 条のように、「平均的な損害賠償額を超える賠償額の予定は、その超える分について無効とする」とか、消費者契約法 10 条の趣旨を踏まえて、「予見可能な通常損害を超える倍総額の予定は通常損害を超える部分について無効とする」というような、裁判官に指針を与える基準を用意すべきであったと思われる（相補性の確保の必要性）。

#### 改正民法第420条（賠償額の予定）の修正（加賀山）私案

当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、その賠償額が、平均的損害、または、通常生ずべき損害と比較して明らかに過小、または、過大である場合においては、裁判所はその額を当事者が予見できる通常生ずべき損害の範囲まで、それぞれ、増額、または、減額することができる。

先に述べたように、改正民法420条は、平成29年改正前民法420条1項2文を削除しながら、「どのような場合に、裁判所は、損害賠償額を増減できるのか」という点について、明確な基準を与えていない。

これに呼応するかのように、現在のところ、改正民法420条については、以下の3つの見解が主張されている。

第1は、法制審議会民法部会資料68A・20頁に基づいて、平成29年改正前民法420条1項2文が削除された趣旨は、裁判所が暴利行為となるような過大な損害賠償額の予定を減額できるようにするためであるから、予定賠償額を減額することはできるが、増額することができることになるわけではないと考える説である（[潮見・改正法の概要（2017）74-75頁]参照）。

第2は、改正民法420条は、平成29年改正前民法420条1項2文を削除するだけで、裁判官を拘束する規定を置かなかつたのであるから、一方で、消費者被害を防止するために、暴利行為となるような過大な損害賠償額の予定を減額することもできるし、他方で、中小企業との取引において、大企業が優越的地位を利用して、自らの債務不履行について、極度に定額の損害賠償額の予定を定めたような場合には、裁判所は、そのような賠償額の予定を損害賠償額の最低額を定めたに過ぎないと解釈し、民事訴訟法248条（損害額の認定）に基づいて実際の損害額の認定を行い、その額にまで損害賠償額の予定を増加できるとする説である（[浜辺・民法改正がわかる（2015）72-73頁]を参考にして、筆者が拡大解釈した説）。

第3は、平成29年改正前民法420条1項2文が削除されたことによっても、裁判所に損害賠償額の予定を増減する権限が規定されたわけではなく、契約自由・私的自治の考え方になんらの影響も及ぼさないと解し、裁判所は、依然として、当事者が合意した損害賠償額の予定に対して干渉することはできないとする説である。この説によれば、平成29年改正前民法420条1項2文が削除されると、契約自由・私的自治が裁判所によって侵害されるおそれがあるため、「現行法〔平成29年改正前民法〕を維持すべきである」（[加藤・債権法改正（2015）168頁]参照）という結論が導かれることになる。

このような状況にあるため、裁判官は、以下の三つの選択をすることができることになる。

第1に、立法者意思（法制審議会民法部会資料68A・20頁参照）に従って、過大な賠償額の予定についてのみ、減額をする。

第2に、裁判所に対する制約が取り除かれたのであるから、過大または過小な賠償額の予定に対して、それぞれ、減額または増額をする。

第3に、裁判所の制約が取除かれただけで、裁判所に対する何らかの義務が規定されたわけではないので、裁判所は、従来どおり、損害賠償額の予定が過大でも過小でも一切干渉しないという方針を堅持する。

この結果は、法的安定性という観点からは、憂うべき状況になるといってよいであろう。なぜなら、平成29年改正前民法420条1条後段をそのまま放置すると、割賦販売法、特定商取引法、消費者契約法等の特別法が適用されない領域において、暴利行為等によって、国民に被害が生じることが予想されるために、平成29年改正前民法420条を改正したにもかかわらず、裁判官に対する明確な判断基準を用意しなかったことによって、所期の目的が達成できないばかりでなく、法的安定性も確保できない状態に陥る危険性が高いからである（今回の民法（債権関係）改正によって、法的安定性が害されるおそれについては、[鈴木・改正の真実（2013）31頁，93-11頁]参照）。

したがって、改正民法420条は、直ちに修正する必要がある。その場合には、上記の3つの選択肢の中から、裁判所にどのような判決を望むのかについて、態度を決定しなければならない。すなわち、裁判官に対して、過大な賠償額の予定について減額することだけを期待するのか、それとも、過大または過小な賠償額の予定について、それぞれ、減額または増額することを認めるのか、それとも、契約自由・私的自治を尊重するという立場から、従来どおり、過大または過小の賠償額の予定に対して、公序良俗に違反する場合を除いて、干渉することを期待しないのか、いずれかを選択しなければならない。

#### 民法434条（連帯債務者の一人に対する履行の請求）

条文番号整理案	平成29年改正前民法 (旧)	改正民法（新）
第434条 削除	第434条（連帯債務者の一人に対する履行の請求） 連帯債務者の一人に対する履行の請求は、他の連帯債務者に対しても、その効力を生ずる。	（削る） [*第457条1項（主たる債務者について生じた事由の効力）と矛盾する。第434条は、「連帯債務者の一人に対する履行の請求は、その負担部分の限度において、他の連帯債務者に対しても、その効力を生じる。」と改正すべきである。]

連帯債務者の一人に対する請求の効果を「絶対的効力」としていた平成29年改正前民法434条を削除した理由は、「連帯債務の絶対的効力事由を極限にまで限定」（[潮見・改正法の概要（2017）112頁]）するために、これを削除して、改正民法441条（平成29年改正前民法440条）の「相対的効力の原則」に服させるという意図である。

しかし、改正民法は、その457条（主たる債務者について生じた事由の効力）において、「主たる債務者に対する履行の請求その他の事由による時効の完成猶予及び更新は、

保証人に対しても、その効力を有する」と規定しており、主たる債務者に対する請求の効力が保証人（連帯保証人を含む）に及ぶこと（絶対的効力）を認めている。

連帯債務と連帯保証とは、負担部分がゼロの場合を通じて、連続しているのであって、連帯保証で認めている債権者の保護規定（絶対的効力）を連帯債務において否定することは、矛盾であり、体系的な整合性を損なう結果となっている。

両者の体系的な整合性を維持するためには、平成 29 年改正前民法 433 条を保証の規定との整合性を保ちつつ、以下のように、民法 437 条の 2（連帯債務者の一人に対する履行の請求）として、効力を限定しつつも復活させなければならない。

#### 第 437 条の 2（連帯債務者の一人に対する履行の請求）改正私案（加賀山改正案）

連帯債務者の一人に対する履行の請求は、その負担部分の限度において、他の連帯債務者に対しても、その効力を生じる。

#### 民法 437 条・439 条（連帯債務者の一人についての免除・時効の完成）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法 (旧)	改正民法（新）
第 437 条 削除	第 437 条（連帯債務者の一人に対する免除） 連帯債務者の一人に対してした債務の免除は、その連帯債務者の負担部分についてのみ、他の連帯債務者の利益のためにも、その効力を生ずる。	（削る） 〔→ 第 445 条〔条文番号整理案では第 437 条の 2〕へ〕
第 439 条 削除	第 439 条（連帯債務者の一人についての時効の完成） 連帯債務者の一人のために時効が完成したときは、その連帯債務者の負担部分については、他の連帯債務者も、その義務を免れる。	（削る） 〔→ 第 445 条〔条文番号整理案では第 437 条の 2〕へ〕
第 437 条の 2	（新設）	第 445 条（連帯債務者の一人との間の免除等と求償権） 連帯債務者の一人に対して債務の免除がされ、又は連帯債務者の一人のために時効が完成した場合においても、他の連帯債務者は、その一人の連帯債務者に対し、第 442 条第 1 項の求償権を行使することができる。

平成 29 年改正前民法によれば、連帯保証人は、連帯債務者の保護の規定（民法 434 条～440 条）の準用により、例えば、連帯保証人の一人に生じた免除によって他の連帯保証

人は保護され（民法 437 条の準用）、連帯保証人の一人に生じた消滅時効の完成によって他の連帯保証人も保護されてきた（民法 439 条の準用）。

ところが、今回の民法（債権関係）改正によって、肝心の民法 437 条（免除の絶対効）も、民法 439 条（消滅時効の絶対効）も、ともに削除されることになったため、連帯保証人の保護は、大きく後退することになる。

保証人の保護を大きく掲げながら、実は、保証人保護を後退させるという立法上の失態が生じた原因は、一方で、保証人を保護する改正を推進しつつ、他方で、連帯債務については、絶対的効力の大幅な制限等、債権者の保護を著しく強化したためである。

今回の改正民法の起草者たちは、連帯債務と連帯保証とは、「負担部分ゼロの連帯債務＝連帯保証」を通じて、相互に連続している点を見逃している。

連帯債務について、債権者の保護を強化し、連帯債務の絶対的効力を制限すればするほど、保証人のほとんどを占める連帯保証人の保護とは逆行する結果に陥ることに気づいていないか、これをあえて無視したため、「保証人の保護」という立法理由とは裏腹に、保証人のほとんどを占める連帯保証人の保護を後退させるという、不当な結果に陥っているのである。これが、今回の「改正の目玉」とされている保証人の保護に逆行するものであることは、明らかである。

#### 民法 441 条（連帯債務者についての破産手続の開始）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 441 条 削除	第 441 条（連帯債務者についての破産手続の開始） 連帯債務者の全員又はそのうちの数人が破産手続開始の決定を受けたときは、債権者は、その債権の全額について各破産財団の配当に加入することができる。	〔第 441 条〔条文番号整理案では、第 440 条〕の上書きによる削除〕
第 440 条	第 440 条（相対的効力の原則） 第 434 条から前条まで〔連帯債務者の一人について生じた事由の他の連帯債務者に対する絶対的効力〕に規定する場合を除き、連帯債務者の一人について生じた事由は、他の連帯債務者に対してその効力を生じない。	441 条（相対的効力の原則） 第 438 条〔 <u>条文番号整理案では第 435 条（連帯債務者の一人との間の更改）</u> 〕、第 439 条〔 <u>条文番号整理案では第 436 条</u> 〕第 1 項〔 <u>連帯債務者の一人による相殺</u> 〕及び前条〔 <u>条文番号整理案では第 438 条（連帯債務者の一人との間の混同）</u> 〕に規定する場合を除き、連帯債務者の一人について生じた事由は、他の連帯債務者に対してその効力を生じない。ただし、 <u>債権者及び他の連帯債務者の一人が別段の意思を表示したときは、当該他の連帯債務者に対する効力は、その意思に従う。</u>



削除された平成 29 年改正前民法 441 条については、破産法 104 条によって補完されているため、全体的には、相補性が確保されている。しかし、改正民法 441 条については、絶対的効力についての理解が不十分なために、立法の過誤が生じている。

連帯債務者の一人に生じた事由が他の連帯債務者に対して対外的にその効力を生じさせるのは、法律の規定によるのであり、債権者及び他の連帯債務者の一人との間の意思表示によって、体外的な効力を生じさせることはできない。この条文の但し書きに象徴されるように、今回の連帯債務の改正は、連帯債務の性質が、本来の債務（負担部分）と連帯保証（保証部分）の結合であるという理論をわきまえない稚拙な立法である。

したがって、改正民法 441 条のただし書を削除すると同時に、絶対的効力について、負担部分の消滅による必然的な効力〔連帯債務の保証部分の付従性の効力〕として、連帯債務全体の全面的な見直しを行うべきである。

改正民法 441 条に見られるように、今回の改正においては、連帯債務者の一人に生じた事由のうち、特定の事由（連帯債務者の一人の負担部分に生じた消滅原因）が他の連帯債務者に対して効力が生じる理由は、債権の相対性に対する例外ではなく、保証の付従性の原則（主たる債務に該当する負担部分に生じた消滅原因は、連帯保証人に該当する他の連帯債務者の保証部分に対して付従性による消滅をもたらすという原則）の適用に過ぎないことを今回の民法改正の立法者は全く理解していない。

連帯債務の絶対的効力は、連帯債務が本来の債務（負担部分）と連帯保証（保証部分）との結合によって成り立っていることを理解すれば、本来の債務（負担部分）が消滅すれば、保証債務（保証部分）が消滅するのは、必然的な結果であって、例外的な現象ではないことが理解できるはずである。

負担部分が消滅している（消滅時効の完成、免除等）によって負担部分が消滅しているのに、それを相対的効力の原則に服させるという今回の民法改正は、本来の債務が消滅しても、保証債務には影響を与えないとするのと同様の暴挙であり、保証人を保護するという今回の改正目的を大きく裏切るものである。

今後の課題としては、先に述べたように、改正民法 441 条のただし書を削除すると同時に、絶対的効力について、債権の相対性に対する例外として、「連帯債務者の一人に生じた絶対的効力を極力制限する」のではなく、反対に、負担部分（主たる債務）の消滅によって、保証部分（連帯保証）に必然的に生じる付従性の効力、すなわち、「連帯債務者の一人の負担部分（主たる債務）に生じた消滅事由は、他の連帯債務者の保証部分（連帯保証）について、付従性の効力として絶対的な効力を有する」という根本原理として全面的に受け入れ、連帯債務全体の全面的な見直しを行うべきである。

#### 民法 445 条（償還をする資力のない者の負担部分の分担）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 445 条	第 445 条（連帯の免除と弁済をする資力のな	〔第 445 条〔条文



<b>削除</b>	い者の負担部分の分担) <del>連帯債務者の一人が連帯の免除を得た場合において、他の連帯債務者の中に弁済をする資力のない者があるときは、債権者は、その資力のない者が弁済をすることができない部分のうち連帯の免除を得た者が負担すべき部分を負担する。</del>	番号整理案では、 第 437 条の 2] の 上書きによる削除] [→第 444 条へ移 転]
-----------	--	---

平成 29 年改正前民法 445 条は、平成 29 年改正前民法 437 条と 439 条とを削除した代わりに新設された改正民法 445 条〔条文整理案では 437 条の 2〕によって上書きされたが、その内容は、改正民法 444 条に移転して引き継がれており、相補性が実現している。

### 民法 476 条（弁済として引き渡した物の取戻し）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
<b>第 476 条 削除</b>	第 476 条（弁済として引き渡した物の取戻し 2） <del>譲渡につき行為能力の制限を受けた所有者が弁済として物の引渡しをした場合において、その弁済を取り消したときは、その所有者は、更に有効な弁済をしなければ、その物を取り戻すことができない。</del>	（削る）

平成 29 年改正前民法は、債務の本旨に従った弁済とはいえない弁済の例として、第 1 に、他人物の引渡し（平成 29 年改正前民法 475 条）、第 2 に、制限行為能力者による物の引渡し（平成 29 年改正前民法 476 条）について、両者ともに、債権者に有効な弁済を受けるまで留置権を与える規定を置いていた。

今回の民法改正によって、第 2 の類型が削除された。しかし、第 1 類型と第 2 類型は、両者が合わさって、非処分権利者による代物弁済の規定となるのであり、第 2 類型を削除するのであれば、第 1 類型に第 2 類型を追加しておく必要があったのに、その追加を怠った立法の過誤である。

平成 29 年改正前民法 476 条の削除の目的は、平成 29 年改正前民法に欠けていた「振込みによる弁済」を新設するためである。そうであれば、476 条を削除せずに、「振込みによる弁済」を民法 477 条の 2 として新設すれば済む問題であった。

ところが、民法 105 条の削除の個所で述べたように、この場面でも、重要な条文を枝番号としてではなく、通常の条文番号として規定したいという法務省の担当者のゆがめられた美意識が幅を利かせることになっている。その美意識に従って、まず、平成 29 年改正前民法 476 条を削除して、平成 29 年改正前民法 477 条を繰り上げて 476 条とし、次に、隙間の空いた 477 条に「振込みによる弁済」、すなわち、預金又は貯金の口座に対する払込みによる弁済」という条文を新設したのである。

債権編においては、章・節の最初と最後だけに枝番号を閉じ込めることはできず、上記のような美意識は捨て去るべきであるのに、「枝番号を良しとしない」というゆがめられ

た美意識が、平成 29 年改正前民法 105 条の場合と同様に、ここでも立法の過誤を生み出している。

#### 民法 480 条（受取証書の持参人に対する弁済）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 480 条 削除	第 480 条（受取証書の持参人に対する弁済） 受取証書の持参人は、弁済を受領する権限があるものとみなす。ただし、弁済をした者がその権限がないことを知っていたとき、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。	第 480 条 削除

民法 478 条と民法 480 条とは、実は、同じ目的を有する条文であるが、民法 478 条はフランス民法経由で、民法 480 条はドイツ民法経由で二重に規定されるに至ったという歴史的な経緯がある。したがって、いずれかの条文が削除されるべきことは明らかとなっていた。

したがって、この場合の条文の削除は、重複した規定の削除であって、削除によっても全体としての相補性は確保されている。

#### 民法 513 条（更改における「要素」の変更）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 513 条	<p>第 513 条（更改）</p> <p>①当事者が債務の要素を変更する契約をしたときは、その債務は、更改によって消滅する。</p> <p>（新設）</p> <p>（新設）</p> <p>（新設）</p> <p>②条件付債務を無条件債務としたとき、無条件債務に条件を付したとき、又は債務の条件を変更したときは、いずれも債務の要素を変更したものとみなす。</p>	<p>第 513 条（更改）</p> <p>当事者が従前の債務に代えて、新たな債務であって次に掲げるものを発生させる契約をしたときは、従前の債務は、更改によって消滅する。</p> <p>一 従前の給付の内容について重要な変更をするもの</p> <p>二 従前の債務者が第三者と交替するもの</p> <p>三 従前の債権者が第三者と交替するもの</p> <p>②（削る）</p>

#### 民法 516 条（債権者の交替による更改）、517 条（更改前の債務が消滅しない場合）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 516 条 削除	第 516 条〔債権者の交替による更改 2〕 第 468 条第 1 項〔異議をとどめない承諾の効力〕の規定は、債権者の交替による更改につい	第 516 条 削除

	て準用する。	
第 517 条 削除	第 517 条（更改前の債務が消滅しない場合） 更改によって生じた債務が、不法な原因のため又は当事者の知らない事由によって成立せず又は取り消されたときは、更改前の債務は、消滅しない。	第 517 条 削除

更改のうち、主体の交代による更改は、債権譲渡、債務引受の双方が規定されることにより、内容の変更による更改については、代物弁済によって歴史的な使命を終了しつつあるというのが、わが国の通説の考え方である。この考え方によって、今回の改正では、更改の規定の多くの部分が削除されている。しかし、更改の中には、債務を消滅させない不完全更改（更改前の債務が消滅しない場合、指図等）が含まれており、更改の規定を削除することは、このような有用な制度を消滅させるおそれがある。削除は、障害が生じている場合に限定し、削除によって補完すべき条項を用意したうえで行うべきである。

### (3) 契約総論

#### 民法 522 条（承諾の通知の延着）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 522 条 削除	第 522 条（承諾の通知の延着） ①前条第 1 項の申込み〔承諾期間の定めのある申込み〕に対する承諾の通知が同項の期間の経過後に到達した場合であっても、通常の場合にはその期間内に到達すべき時に発送したものであることを知ることができるときは、申込者は、遅滞なく、相手方に対してその延着の通知を発しなければならない。ただし、その到達前に遅延の通知を發したときは、この限りでない。 ②申込者が前項本文の延着の通知を忘れたときは、承諾の通知は、前条第 1 項の〔承諾〕期間内に到達したものとみなす。	（削る）

通常の契約は、申込みと承諾の合致によって成立する。今回の民法改正でも、契約の成立に関して、平成 29 年改正前民法 521 条以下を修正し、改正民法 522 条第 1 項において、「契約は、契約の内容を示してその締結を申し入れる意思表示（以下「申込み」という。）に対して相手方が承諾をしたときに成立する。」という新設条文を置いている。

そして、契約の成立時期については、平成 29 年改正前民法 526 条 1 項を削除し、意思表示の効力発生時期に関する平成 29 年改正前民法 97 条を修正し、隔地者間・対話者間を含めて、「意思表示は、その通知が相手方に到達した時からその効力を生ずる。」と規定している。

その上で、今日の発達した通信手段の下では、承諾の延着および申込みの撤回の延着に関する規定は不要と考えて、平成 29 年改正前民法 522 条および平成 29 年改正前民法 527

条を削除することになっている。

これによって、わが国の民法が長らく採用してきた、契約における承諾の発信主義は廃止され、承諾を含めて、意思表示の到達主義が確立されることになると考えられている。

しかし、このような改正は、以下に述べるように、国際的な潮流とはかけ離れている。

**平成 29 年改正前民法 522 条の安易な削除** 平成 29 年改正前民法 522 条を削除したのは、立法上の過誤である。

今日の通信手段の発展は、インターネットによる電子メール等に代表されるパケット通信の発達によるところが大きい。電子メールは、従来の郵便に比べて、その速度を飛躍的に高めてはいるものの、電話等の対話者間の通信とは異なり、必ず、タイム・ラグが生じる。電子メールを送ったところ、相手に到達するまでに、数日を要したとか、結局、到達しなかったという例は、日常的に生じている。したがって、承諾の通知の延着に関する平成 29 年改正前民法 522 条を削除したのは、パケット通信と対話者間の通信とを区別しない誤りから生じた、立法の過誤といわざるをえない。

世界の主要な民法、契約法原則を見渡しても、平成 29 年改正前民法 522 条と同様の規定を有するのが主流である。たとえば、わが国が批准している国際動産売買契約に関する国連条約（ウィーン売買条約）においても、平成 29 年改正前民法 522 条と同様の規定が置かれている。

#### 承諾の延着に関する国際的な規定の傾向

平成 29 年改正前民法（改正民法では削除）	ウィーン売買条約
第 522 条（承諾の通知の延着） ①前条第 1 項の申込み〔承諾期間の定めのある申込み〕に対する承諾の通知が同項の期間の経過後に到達した場合であっても、通常の場合にはその期間内に到達すべき時に発送したものであることを知ることができるときは、申込者は、遅滞なく、相手方に対してその延着の通知を発しなければならない。ただし、その到達前に遅延の通知を発したときは、この限りでない。 ②申込者が前項本文の延着の通知を怠ったときは、承諾の通知は、前条第 1 項の〔承諾〕期間内に到達したものとみなす。	第 21 条〔遅延した承諾、通信の遅延〕 (2) 遅延した承諾が記載された書簡その他の書面が、通信状態が通常であったとしたならば期限までに申込者に到達したであろう状況の下で発送されたことを示している場合には、当該承諾は、承諾としての効力を有する。ただし、当該申込者が自己の申込みを失効していたものとするを遅滞なく相手方に対して口頭で知らせ、又はその旨の通知を発した場合は、この限りでない。

電子メールは、パケット通信によって行われるため、通信手段が発達したとしても、発信と到達には時間差、すなわち、承諾にも、また、申込みの撤回にも延着が生じうる。

#### 電子メールを利用した場合にも生じる承諾の延着の例

事例	
1. 申込み	A は有機栽培のりんごの季節販売をするため、インターネットのホームページを作成し、りんごの販売を行っていた。 2015 年 10 月 1 日午前 10 時 00 分、A のホームページを見た B は、

の発信と到達	有機りんご 5kg を注文し、その注文は、午前 10 時 3 分に A のサーバーに到達した。ところが、その地を襲った台風の影響でりんごの収穫が減少したこともあり、当該有機りんごが品薄となり、その時点では、A は、りんごの出荷のめどが付かなかった。そこで、10 月 1 日午前 10 時 10 分、注文を受けたことを B に通知し、その通知は 10 月 1 日午前 10 時 13 分に B に到達したが、承諾の通知をしかねていた。
2. 申込撤回通知の発信と到達	B は、A からの品薄の返事を受け、10 月 22 日まで待っていたが、他の業者から望みの品が手に入ることがわかったので、10 月 23 日午前 10 時 00 分に申込みを撤回する旨のメールを A に発信し、そのメールは、午前 10 時 03 分に A に到達した。
3. 申込撤回の到達前の承諾発信と延着	ところが、10 月 22 日の段階で、りんごの品薄状態が解消されたため、10 月 23 日午前 10 時 02 分に、A は、B に承諾の通知をメールで発信し、そのメールは、10 月 23 日午前 10 時 05 分に B に到達した。

したがって、以下のような事例について、契約が成立しているのか、成立しないかを判断するためには、平成 29 年改正前民法 522 条が必要であり、削除すべきではないのである。

もっとも、法制審議会では、平成 29 年改正前民法 522 条を削除することを決定したのであるから、その考え方に賛成する見解も、以下のように、公表されている。

承諾の通知が延着した場合における効果を定めた改正前民法 522 条は、削除される。これは、契約の成立について到達主義をとることにした以上（後記 6）、承諾の通知が延着したことのリスクは承諾の意思表示をする者（申込みの相手方）が負担すべきであり（部会資料 67A・45 頁）、承諾期間内に承諾の通知が到達しなかったときに延着の通知を必要とする事情の有無を調査・確認する義務や相手方への教示義務を申込者に課すのは適切でないと考えられたことによる。

[潮見・改正法の概要（2017）217-218 頁]

しかし、このような考え方は、わが国が批准しているウィーン売買条約の基本的な考え方（信義則に基づく情報提供義務、損害軽減義務）に反しており、賛成することができない。

第 1 に、上記の見解は、2013 年 9 月 17 日に開催された法制審議会民法（債権関係）部会第 77 回会議で配布された部会資料 67A の 45 頁に即して、「承諾の通知が延着したことのリスクは承諾の意思表示をする者（申込みの相手方）が負担すべきである」と主張するものである。

確かに、通常の場合には、承諾延着のリスクは、被申込者が負担すべきことに異論はない。しかし、平成 29 年改正前民法 522 条が規定している状況というのは、条文に明確に規定されているように、「通常の場合にはその期間内に到達すべき時に発送したものであることを知るができるとき」である。この状況というのは、たとえば、従来であれ

ば、突発的な通信機関のストライキとか、最近の例であれば、インターネットの packets 通信の異常な混雑とか、サイバー攻撃によって通信事業者のサーバーがシステムダウンした場合等、被申込者にリスクを負担させるのにふさわしくない状況において、なおかつ、承諾の発信履歴等から、通常なら承諾期間内に到達すべき時期に承諾の発信がなされていることが、申込者にわかるという場合に限定されている。平成 29 年改正前民法 522 条は、このような場合に、承諾の延着のリスクを誰に負担するかという問題を扱っているのである。

第 2 に、上記の見解は、前掲部会資料 67A の 45-46 頁に即して、「承諾期間内に承諾の通知が到達しなかったときに延着の通知を必要とする事情の有無を調査・確認する義務や相手方への教示義務を申込者に課すのは適切でない」と主張する。しかし、これも、平成 29 年改正前民法 522 条が規定している状況を曲解するものであろう。

平成 29 年改正前民法 522 条は、「通常の場合にはその期間内に到達すべき時に発送したものであることを知ることができるときは、申込者は、遅滞なく、相手方に対してその延着の通知を発しなければならない」と規定しているのである。これは、たとえば、従来の通信手段としての郵便の場合であれば、消印の日付によって、最近の通信手段である電子メールの場合であれば、メールの最初に表示されるタイム・スタンプによって、通常なら承諾期間内に到達するかどうかを知ることができる場合のことである。このような場合というのは、申込者に対して、「延着の通知を必要とする事情の有無を調査・確認する義務や相手方への教示義務を申込者に課す」ものではない。このようなことは、申込者がわざわざ調査をしなくても、延着した承諾の日付や時間を見るだけで判断できることだからである。

第 3 に、被申込者にリスクを負担させるべきでない通信手段の麻痺状態によって、承諾の延着が生じた場合に、そのことを知ることができた申込者がなすべきことは、単に、「承諾期間内に承諾が到達しなかったから、残念ながら契約は成立しない」という通知をすることだけである。これは、通信手段を信頼して余裕をもって発信した被申込者に対する信義則上の情報提供義務であり、期間内に到達したことを信じて行動している被申込者の損害を軽減するための、信義則上の損害軽減義務の一種でもある。

民法 522 条と同様のことを規定しているウィーン売買条約の第 21 条、および、その一般原則を規定しているウィーン売買条約の第 7 条の代表的な解説書（〔曾野=山手・国債売買法（1994）78 頁，121 頁〕）をあわせて読めば、民法 522 条の背景には、信義則上の情報提供義務と損害軽減義務とが控えていることを容易に理解できるはずであり、民法 522 条は、削除されるべきでないことも容易に理解できるはずであると、私はこれまで信じてきた。

私は、学識経験者がそろった法制審議会の委員が、このような単純なことが理解できないはずはないと思い、2013 年 6 月 17 日 14 時 17 分に法務省民事局参事官室宛に送付した私のパブリックコメントにおいて、民法 522 条を削除すべきでない旨をウィーン売買条約



第 21 条をも引き合いに出しながら強調しておいた。しかし、今から考えてみると、その理由の中に「承諾の通知を発信した者の契約成立に向けた信頼を保護すべきこと」（前掲部会資料 67A の 46 頁）を理由として明示しなかったのは、法制審議会のメンバーの学識経験を過度に信頼した私の過失であったように思われる。

#### 民法 526 条（契約の成立時期に関する承諾の「発信主義」）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 526 条	<p><b>第 526 条</b>（隔地者間の契約の成立時期）</p> <p>①隔地者間の契約は、承諾の通知を発した時に成立する。</p> <p>②申込者の意思表示又は取引上の慣習により承諾の通知を必要としない場合には、契約は、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に成立する。</p>	<p><b>第 527 条</b>（承諾の通知を必要としない場合における契約の成立時期）</p> <p>〔←第 522 条〔条文番号整理案では第 521 条の 2〕第 1 項へ〕</p> <p>申込者の意思表示又は取引上の慣習により承諾の通知を必要としない場合には、契約は、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に成立する。</p>

#### 民法 527 条（申込みの撤回の通知の延着）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 527 条 削除	<p>第 527 条（申込みの撤回の通知の延着）</p> <p>①申込みの撤回【取消し】の通知が承諾の通知を発した後に到達した場合であっても、通常の場合にはその前に到達すべき時に発送したものであることを知ることができるときは、承諾者は、遅滞なく、申込者に対してその延着の通知を発しなければならない。</p> <p>②承諾者が前項の延着の通知を怠ったときは、契約は、成立しなかったものとみなす。</p>	<p>〔第 527 条〔条文番号整理案では第 526 条〕の上書きによる削除〕</p>

平成 29 年改正前民法 527 条を削除するのであれば、それだけではなく、到達主義を一部修正するためのウィーン売買条約第 16 条第 1 項に相当する条文を用意しておかないと、国際的な潮流に反することになる。

この問題は、単に、承諾の到達主義の問題を超えて、被申込者が有する契約締結の自由が制限されるのは、申込みの撤回通知が到達した後であるという、契約自由の原則に関わる問題だからである。

そうであるからこそ、承諾についても到達主義を採用するウィーン売買条約においても、承諾の発信は大きな意味を持っており、承諾の発信後に到達した申込みの撤回は、たとえ、承諾が申込みの撤回の後に到達したとしても、承諾の効力が生じ、契約は成立するのである。このような妥当な結果を導くためには、もしも、民法 527 条を削除するのであれば、それを補うために、ウィーン売買条約第 16 条 1 項のような規定を追加する必要がある。

ある。

承諾の発信の効力に関する国際的な規定の傾向

平成 29 年改正前民法（改正民法では削除）	ウィーン売買条約
<p><b>第 527 条</b>（申込みの撤回の通知の延着）</p> <p>①申込みの撤回の通知が承諾の通知を發した後に到達した場合であっても、通常の場合にはその前に到達すべき時に發送したものであることを知ることができるときは、承諾者は、遅滞なく、申込者に対してその延着の通知を發しなければならない。</p> <p>②承諾者が前項の延着の通知を怠ったときは、契約は、成立しなかつたものとみなす。</p>	<p><b>第 16 条</b>〔申込みの撤回〕</p> <p>(1)申込みは、契約が締結されるまでの間、相手方が承諾の通知を發する前に撤回の通知が当該相手方に到達する場合には、撤回することができる。</p> <p>(2)申込みは、次の場合には、撤回することができない。</p> <p>(a) 申込みが、一定の承諾の期間を定めることによるか他の方法によるかを問わず、撤回することができないものであることを示している場合</p> <p>(b) 相手方が申込みを撤回することができないものであると信賴したことが合理的であり、かつ、当該相手方が当該申込みを信賴して行動した場合</p>

民法 534 条, 535 条（危険負担における債権者主義）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
<p><b>第 534 条</b> 削除</p>	<p>第 534 条（債権者の危険負担）</p> <p>①特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において、その物が債務者の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、その滅失又は損傷は、債権者の負担に帰する。</p> <p>②不特定物に関する契約については、第 401 条〔種類債権〕第 2 項の規定によりその物が確定した時から、前項の規定を適用する。</p>	<p>第 534 条 削除</p>
<p><b>第 535 条</b> 削除</p>	<p>第 535 条（停止条件付双務契約における危険負担）</p> <p>①前条の規定は、停止条件付双務契約の目的物が条件の成否が未定である間に滅失した場合には、適用しない。</p> <p>②停止条件付双務契約の目的物が債務者の責めに帰することができない事由によって損傷したときは、その損傷は、債権者の負担に帰する。</p> <p>③停止条件付双務契約の目的物が債務者の責めに帰すべき事由によって損傷した場合において、条件が成就したときは、債権者は、その選択に従い、契約の履行の請求又は解除権の行使をすることができる。この場合においては、損害賠償の請求を妨げない。</p>	<p>第 535 条 削除</p>

危険負担の債権者主義については、取引の慣行に合わないことから、債務不履行の一般原則に復帰すべきことが提言されてきた。今回の改正で、危険負担の債権者主義の原則が規定されていた平成 29 年改正前民法 534 条, 535 条が削除されることになった。

削除されると同時に、債務者に帰責事由がない場合においても、債務不履行に基づく解



除が認められたため（改正民法 541 条，542 条），危険負担の債権者主義の規定が削除されても不都合は生じない。

#### (4) 契約各論

##### 民法 561 条～571 条（売主の担保責任）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 560 条	<u>第 560 条（他人の権利の売買における売主の義務）</u> 他人の権利を売買の目的としたときは，売主は，その権利を取得して買主に移転する義務を負う。	<u>第 560 条（権利移転の対抗要件に係る売主の義務）</u> 売主は，買主に対し，登記，登録その他の売買の目的〔物〕である権利の移転についての対抗要件を備えさせる義務を負う。
第 561 条	<u>第 561 条（他人の権利の売買における売主の担保責任）</u> 前条の場合において，売主がその売却した権利を取得して買主に移転することができないときは，買主は，契約の解除をすることができる。この場合において，契約の時ににおいてその権利が売主に属しないことを知っていたときは，損害賠償の請求をすることができない。	<u>第 561 条（他人の権利の売買における売主の義務）</u> 他人の権利（権利の一部が他人に属する場合におけるその権利の一部を含む。）を売買の目的〔物〕としたときは，売主は，その権利を取得して買主に移転する義務を負う。
第 561 条の 2	（新設）	<u>第 562 条（買主の追完請求権）</u> —（売主の追完権） ①引き渡された目的物が種類，品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは，買主は，売主に対し，目的物の修補，代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる。ただし，売主は，買主に不相当な負担を課するものでないときは，買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる。 ②前項の不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは，買主は，同項の規定による履行の追完の請求をすることができない。
第 562 条 削除	第 562 条（他人の権利の売買における善意の売主の解除権） ①売主が契約の時ににおいてその売却した権利が自己に属しないことを知らなかった場合において，その権利を取得して買主に移転することができないときは，売主は，損害を賠償して，契約の解除をすることができ	〔第 562 条〔条文番号整理案では 561 条の 2〕の上書きによる削除〕

	<p>る。</p> <p>②前項の場合において、買主が契約の時においてその買い受けた権利が売主に属しないことを知っていたときは、売主は、買主に対し、単にその売却した権利を移転することができない旨を通知して、契約の解除をすることができる。</p>	
第 563 条	<p><b>第 563 条</b>（権利の一部が他人に属する場合における売主の担保責任 1）</p> <p>①売買の目的である権利の一部が他人に属することにより、売主がこれを買主に移転することができないときは、買主は、その不足する部分の割合に応じて代金の減額を請求することができる。</p> <p>②前項の場合において、残存する部分のみであれば買主がこれを買受けなかったときは、善意の買主は、契約の解除をすることができる。</p> <p>③代金減額の請求又は契約の解除は、善意の買主が損害賠償の請求をすることを妨げない。</p>	<p><b>第 563 条</b>（買主の代金減額請求権）</p> <p>①前条〔条文番号整理案では第 561 条の 2〕第 1 項本文に規定する場合において、買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、その期間内に履行の追完がないときは、買主は、その不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができる。</p> <p>②前項の規定にかかわらず、次に掲げる場合には、買主は、同項の催告をすることなく、直ちに代金の減額を請求することができる。</p> <p>一 履行の追完が不能であるとき。</p> <p>二 売主が履行の追完を拒絶する意思を明確に表示したとき。</p> <p>三 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、売主が履行の追完をしないでその時期を経過したとき。</p> <p>四 前三号に掲げる場合のほか、買主が前項の催告をしても履行の追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき。</p> <p>③第 1 項の不適合が買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、買主は、前二項の規定による代金の減額の請求をすることができない。</p>
第 564 条	<p><b>第 564 条</b>〔権利の一部が他人に属する場合における売主の担保責任 2〕</p> <p>前条の規定による権利は、買主が善意であったときは事実を知った時から、悪意であったときは契約の時から、それぞれ 1 年以内に行使しなければならない。</p>	<p><b>第 564 条</b>（買主の損害賠償請求及び解除権の行使）</p> <p>前二条〔条文番号整理案では、第 562 条の 2 及び前条〕の規定は、第 415 条の規定による損害賠償の請求並びに第 541 条及び第 542 条の規定による解除権の行使を妨げない。</p>
第 565 条	<p><b>第 565 条</b>（数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の</p>	<p><b>第 565 条</b>（移転した権利が契約の内容に適合しない場合における売</p>

	<p>担保責任)  <u>前二条〔権利の一部が他人に属する場合における売主の担保責任〕の規定は、数量を指示して売買をした物に不足がある場合又は物の一部が契約の時に既に滅失していた場合において、買主がその不足又は滅失を知らなかったときについて準用する。</u></p>	<p>主の担保責任)  <u>前三条〔条文番号整理案では第562条の2及び前二条〕の規定は、売主が買主に移転した権利が契約の内容に適合しないものである場合（権利の一部が他人に属する場合においてその権利の一部を移転しないときを含む。）について準用する。</u></p>
第566条	<p><b>第566条</b>（地上権等がある場合等における売主の担保責任）  <u>①売買の目的物が地上権、永小作権、地役権、留置権又は質権の目的である場合において、買主がこれを知らず、かつ、そのために契約をした目的を達することができないときは、買主は、契約の解除をすることができる。この場合において、契約の解除をすることができないときは、損害賠償の請求のみをすることができる。</u>  <u>②前項の規定は、売買の目的【物】である不動産のために存すると称した地役権が存しなかった場合及びその不動産について登記をした賃貸借があった場合について準用する。</u>  <u>③前二項の場合において、契約の解除又は損害賠償の請求は、買主が事実を知った時から1年以内にしなければならない。</u></p>	<p><b>第566条</b>（目的物の種類又は品質に関する担保責任の期間の制限）  <u>売主が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない目的物を買主に引き渡した場合において、買主がその不適合を知った時から1年以内にその旨を売主に通知しないときは、買主は、その不適合を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。ただし、売主が引渡しの際にその不適合を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでない。</u></p>
第566条の2	<p>（新設）</p>	<p><b>第567条</b>（目的物の滅失等についての危険の移転）  <u>①売主が買主に目的物（売買の目的【物】として特定したものに限り。以下この条において同じ。）を引き渡した場合において、その引渡しがあった時以後にその目的物が当事者双方の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、買主は、その滅失又は損傷を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。この場合において、買主は、代金の支払を拒むことができない。</u>  <u>②売主が契約の内容に適合する目的物をもって、その引渡しの債務の履行を提供したにもかかわらず、買主がその履行を受けることを拒み、又は受け取ることができない場合において、その履行の提供</u></p>

		<p>があった時以後に当事者双方の責めに帰することができない事由によってその目的物が滅失し、又は損傷したときも、前項と同様とする。</p>
第 567 条	<p>第 567 条 (抵当権等がある場合における売主の担保責任)  <u>①売買の目的である不動産について存した先取特権又は抵当権の行使により買主がその所有権を失ったときは、買主は、契約の解除をすることができる。</u>  <u>②買主は、費用を支出してその所有権を保存したときは、売主に対し、その費用の償還を請求することができる。</u>  <u>③前二項の場合において、買主は、損害を受けたときは、その賠償を請求することができる。</u></p>	<p>第 570 条 (抵当権等がある場合の買主による費用の償還請求)  <u>買い受けた不動産について契約の内容に適合しない先取特権、質権又は抵当権が存していた場合において、買主が費用を支出してその不動産の所有権を保存したときは、買主は、売主に対し、その費用の償還を請求することができる。</u></p>
第 568 条	<p>第 568 条 (強制競売における担保責任等)  <u>①強制競売における買受人は、第 561 条から前条まで〔売主の追奪担保責任〕の規定により、債務者に対し、契約の解除をし、又は代金の減額を請求することができる。</u>    <u>②前項の場合において、債務者が無資力であるときは、買受人は、代金の配当を受けた債権者に対し、その代金の全部又は一部の返還を請求することができる。</u>  <u>③前二項の場合において、債務者が物若しくは権利の不存在を知らず申し出なかったとき、又は債権者がこれを知らず競売を請求したときは、買受人は、これらの者に対し、損害賠償の請求をすることができる。</u>  (新設)</p>	<p>第 568 条 (競売における担保責任等)  <u>①民事執行法その他の法律の規定に基づく競売 (以下この条において単に「競売」という。)における買受人は、第 541 条〔催告による解除〕及び第 542 条〔催告によらない解除〕の規定並びに第 563 条〔買主の代金減額請求権〕(第 565 条〔移転した権利が契約の内容に適合しない場合における売主の担保責任〕において準用する場合を含む。)の規定により、債務者に対し、契約の解除をし、又は代金の減額を請求することができる。</u>  ② (略)    ③ (略)    <u>④前三項の規定は、競売の目的物の種類又は品質に関する不適合については、適用しない。</u></p>
第 569 条	第 569 条 (債権の売主の担保責任)	(変更なし)
第 570 条 削除	第 570 条 (売主の瑕疵担保責任)	〔第 570 条〔条文番号整理案では第 567 条〕の上書きによる削除〕

	<p>売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、<del>第 566 条〔地上権等がある場合等における売主の担保責任〕の規定を準用する。ただし、強制競売の場合は、この限りでない。</del></p>	
<p><b>第 571 条 削除</b></p>	<p>第 571 条（売主の担保責任と同時履行）  <del>第 533 条〔同時履行の抗弁権〕の規定は、第 563 条から第 566 条まで及び前条〔売主の担保責任〕の場合について準用する。</del></p>	<p>第 571 条 削除          [→第 533 条へ]</p>

平成 29 年改正前民法において、「原始的不能（契約の時に既に滅失していた場合）」が言及されている第 2 の箇所は、第 565 条（数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任）である。

**第 565 条**（数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任）

前二条〔権利の一部が他人に属する場合における売主の担保責任〕の規定は、数量を指示して売買をした物に不足がある場合又は物の一部が**契約の時に既に滅失していた場合**において、買主がその不足又は滅失を知らなかったときについて準用する。

この規定は、売主の担保責任の規定であるため、債務不履行責任ではなく、法定責任としての瑕疵担保責任ではないのかとの疑問が生じるかもしれない。

確かに、通説を代表する我妻説は、以下のように述べて、特定物の売買に関しては、売主の担保責任は、債務不履行責任ではなく、法定責任であると主張している。

不特定物の売買では、売主は、契約で定められた品質と数量のものを給付する債務を負担し、その品質または数量が不十分な場合には、債務の本旨に従った履行がないものとして、**債務不履行の責任を負う**。民法で特別に担保責任を定める必要がない。ところが、**特定物の売買では**、売主は契約で定められた特定物を給付する債務を負うだけだから、それを給付すれば、債務の履行は終了する。…**債務不履行の問題を生じる余地はない**。然し、それでは、当事者間の公平をはかり取引の信用を維持するゆえんでないとして、民法が特に担保責任を認めたものと解さなければならない。

…かような理論を貫くと、不特定物の売主の債務不履行責任の責任が特定物の売主の担保責任の内容に比較して重きに過ぎると考えられることや、商法 526 条との関係などから、この点について**学説は分かれ、判例は反対の立場をとる**。

[我妻・債権各論（1957）272 頁]

しかし、通説を代表する我妻説は、特定物と不特定物とを区別する理由とその基準を明らかにしていない。なぜなら、不特定物も履行までには必ず特定するからであり（民法401条2項）、履行がなされた段階で、不特定物を観念することができなくなるからである。区別をするとすれば、契約の時点ですでに目的物が特定している不動産売買や貴重な芸術作品の売買における特定物債権と、目的物が特定しても不能が生じない種類物債権とを区別すべきであろう。

しかも、対価関係を重視するという有償契約の趣旨（民法559条）を考慮するならば、目的物の数量又は品質が契約に適合しない場合には、特定物と不特定物とを区別せずに、売主は「黙示の保証責任」という意味での契約責任を負担すると考えることが可能であり、かつ有用である。したがって、通説とは異なり、特定物と種類物とを区別せずに担保責任の規定を適用してきたわが国の判例の見解が支持されるべきである。

そもそも、瑕疵担保責任を特定物に限るという、わが国の通説（特定物のドクマ）の理論的根拠は、特定物債権は不能になるという点から出発している。しかし、現代の資本主義経済は、商品経済といわれるように、種類債権が原則である。そして、種類債権は不能にはならない。

例えば、ビールを購入することにして、車での配達を依頼したところ、配達の途中で天変地変に遭遇して、特定した銘柄と種類のビール12本が破損・滅失したとしよう。その場合でも、同じ銘柄と種類のビールはどこからでも調達できるため、たとえ、種類物が民法401条2項によって特定したとしても、不能にはならない。

これに対して、特定物債権は、不能となるから、原始的全部不能の場合には、契約自体が無効となり、原始的一部不能の場合には、契約責任ではなく、法定責任としての瑕疵担保責任の問題となるとされてきたのである。

なお、原始的不能とは異なり、後発的不能の場合には、帰責事由の有無にしたがって、債務者に帰責事由がない場合には、債務不履行ではなく、危険負担の問題となり、債務者に帰責事由がある場合に限って、債務不履行が問題となると考えてきたのである。これが、特定物における不能のドグマといわれる学説の概要である。

#### 特定物における不能のドグマの全貌

特定物	不能の種類		不能の種類ごとの効果
原始的不能	全部不能		無効（ドイツ民法・旧306条）
	一部不能		一部無効としての法定責任
後発的不能	全部不能	債務者に帰責事由なし	危険負担（滅失）
		債務者に帰責事由あり	債務不履行（履行不能）
	一部不能	債務者に帰責事由なし	危険負担（損傷）
		債務者に帰責事由あり	債務不履行（不完全履行）

しかし、科学技術が進展するにつれて、物理的な不能は限りなくゼロに近づきつつある。深海に沈没した船舶も、現在では引き上げが可能となっている。消失した家屋も、3D

プリンタの発達につれて、設計図が残っていれば、復元が可能となる。そのように考えると、不能とは、確かに履行期限に間に合わないが、将来的には履行が可能となる履行遅滞の一種（極端な履行遅滞）であるということになる。

3人がかりで一軒の家を建築するのに、1ヶ月（720時間）かかるという例を考えてみよう。この場合、人数を倍に増やして6人がかりでやれば、2週間（360時間）で一軒の家を建築できる。人数を10倍に増やして30人がかりでやれば、3日（72時間）で出来上がる計算になる。しかし、720人がかりでやれば、計算上は、1時間で一軒の家が建築できるはずであるが、何人で取り掛かろうとも、1時間で一軒の家を建築することは不可能である。これが物理的不可能の意味である。

しかし、物理的に不可能とされる1時間で一軒の家を建築するというのも、時間を2週間に延長すれば、6人がかりで一軒の家を建築することができる。時間を1ヶ月に延長すれば、最初の前提に戻って、3人がかりで一軒の家を建築できる。しかも、将来的には、3Dプリンタを活用すれば、タイムシェアリングによって、1時間で一軒の家を建築することも可能となる。つまり、不能とは、「極度の履行遅滞」ということに過ぎないのである。

このようにして「不能のドクマ」から解放されると、債務不履行とは、債務の本旨に従った履行がないことであり、それを二つに分けると、第1に、履行期に履行がないこと（履行遅滞のほか、故意による履行遅滞としての履行拒絶と、極度の履行遅滞としての履行不能も含まれる）または、履行期に履行があるが、その履行が契約に適合していない（不完全履行、すなわち瑕疵ある履行）ということになる。

つまり、売主の担保責任は、債務不履行のうちの第2の類型（履行期に履行があるが、その履行が契約に適合していない）に過ぎず、瑕疵ある履行についての契約責任であり、瑕疵担保責任も、「黙示の品質保証責任」として、契約責任として位置づけることが可能となる。

以上の検討を通じて、瑕疵担保責任は契約責任か法定責任かという問題は、単なる解釈問題に過ぎず、立法による解決は不要であることが明らかとなったと思われる。今回の改正民法のように、瑕疵担保責任の規定を削除することは明らかな行き過ぎである。

**原始的一部不能は、契約責任か、一部無効としての法定責任か** 平成29年改正前民法565条の規定は、物の瑕疵担保責任（平成29年改正前民法第566条～第570条）とは異なり、「権利の瑕疵」に関する担保責任（平成29年改正前民法第561条～第565条）に属するものとして規定されている。通説によっても「権利の瑕疵」は、法定責任ではなく、通常の債務不履行責任であると考えられている（[我妻・債権各論（1957）305頁]参照）のであるから、原始的一部不能について規定している平成29年改正前民法565条は、法定責任ではなく、契約責任であると考えることが可能である。

次に、平成29年改正前民法565条は、全部滅失ではなく、一部滅失の場合なので、全

部無効ではなく、一部無効の問題であって、やはり、有効を前提とする契約責任とは異なるのではないのかとの疑問が生じるかもしれない。

しかし、通説を代表する我妻説は、原始的全部不能の場合には、契約自体が無効となるが、原始的一部不能の場合には、「売買が成立することを前提とし、その全部又は一部の解除を求めるものであり」一部無効を論じる必要はないとして、その理由を以下のように論じている。

担保責任を生じる場合のうちには、原始的に一部不能なものを含んでいる。例えば、一定区画の土地を百坪あるものとして売買したのに九十坪しかなかったときはそうである（565条参照）。

かような場合には、民法の原則からいえば、その不能な部分については、契約は成立しないはずである。担保責任の規定は、右の民法の原則に対する特則を含むことになる。

然し、だからといって、担保責任をもって原始的不能に限るとなし、他人の物の売買においても、売主が権利を移転することができない場合には、原始的に不能であったのだと強いて考える必要はない。一定の原始的な瑕疵について責任を生ずるものというだけで十分であろう。

[我妻・債権各論（1957）273頁]

我妻説は、先に述べたように、原始的不能の契約は無効としながら、ここにおいては、原始的一部不能の場合には、契約は一部無効ではなく、全体として有効に成立するとしている。

先に、「売主の担保責任は、…債務不履行の問題を生じる余地はない」（[我妻・債権各論（1957）272頁]）と豪語していたにもかかわらず、上記の記述（原始的一部無効は契約の有効性に影響を及ぼさない）によって、その理論的根拠（無効だから契約責任ではなく、法定責任とする根拠）を失っている。なぜなら、瑕疵担保責任における法定責任説は、物の隠れた瑕疵について、それを原始的一部不能と捉えるところから出発して、それを理由に、一部不能は、債務不履行責任とは異なる法定責任だとしているからである。

**担保責任は、契約責任とは異なる法的責任ではなく、契約責任である** このように考えると、民法の立法者は、原始的一部不能の問題を「一部無効」としての法定責任ではなく、むしろ、債務不履行責任と理解していたと解釈するのが自然であるということになる。なぜなら、平成29年改正前民法565条は、原始的一部滅失（原始的一部不能）の問題について、契約を一部無効とするのではなく、契約の有効を前提とした上で、売主の契約責任を認めているからである。

つまり、民法の立法者は、制定の当初から、410条における**原始的全部不能**、565条における**原始的一部不能**を含めて、ドイツ民法とは異なり、それらを全部無効とか、一部無



効とはせず、すべて、債務不履行とする条文を置いていたのである。

したがって、わが国の通説が、「原始的不能については、民法には規定がない」と考えていることも、また、民法に規定がないが、ドイツ民法に倣って無効又は一部無効と考えることは、いずれも、幻想の上に作り上げられた虚構であったということになる。

ところが、これらの「原始的不能」について規定している平成 29 年改正前民法の条文は、今回の改正民法によって、すべて削除されてしまった。具体的には、平成 29 年改正前民法 410 条（不能による選択債権の特定）における「原始的不能」の文言は、改正民法第 410 条によって削除されることは、既に述べたが、さらに、平成 29 年改正前民法 565 条（数量の不足又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任）における一部原始的不能についても、改正民法第 565 条（買主の代金減額請求権）によって上書きされ、条文そのものが削除されてしまう運命にあるからである。

私が、これを「原始的不能の条文に関する証拠隠滅」と呼ぶのは、以上の理由に基づいている。

**履行不能というドクマの拡大と瑕疵担保責任の削除** 今回の改正民法の理論面での特色は、先に述べた「原始的不能のドクマからの解放」、および「特定物のドクマからの解放」である。

しかし、先に述べたように、「原始的不能のドクマ」は、ドイツ民法（旧）306 条に強い影響を受けたわが国の学説の勝手な思い込みに過ぎず、ドイツ民法（旧）306 条が債務法改正によって削除されることを通じて自滅したものに過ぎない。わが国の民法は、その制定の当初から「原始的不能と後発的不能とを区別せず、無効ではなく、債務不履行として規定してきた」（平成 29 年改正前民法 410 条、平成 29 年改正前民法 565 条参照）ということ、すでに、詳しく論じた通りである。

「特定物のドクマからの解放」も、同様にして、瑕疵担保責任を、特定物に限定した上で、それを原始的一部不能とみなし、一部無効であるから、債務不履行の問題は生ぜず、法定責任であると考えた、ドイツ民法とその学説に影響を受けた一部の学説の勝手な思い込みに過ぎない。

民法 570 条（売主の瑕疵担保責任）について、民法の立法者は、権利の瑕疵に関する売主の担保責任と同様、両者を区別することなく、売買契約上の責任として規定していた。したがって、民法 570 条が、特定物だけに適用されるとしたのは、上記の一部の学説が主張してきた、条文に根拠のない空論に過ぎない。

上記の一部の学説である法定責任説が、「特定物のドグマ」を構築したのは、種類物は無効とならないため、法定責任説の存立根拠となる「一部不能」を正当化するために、瑕疵担保責任は特定物だけに適用があるというドグマを作り上げたのである。この特定物のドグマは、わが国の民法の条文に全く根拠がないため、判例は、特定物と種類物とを区別することなく、民法 570 条を適用してきたのである。

したがって、民法 570 条は、契約責任という、条文本来のまっとうな解釈に復帰すれば、それで済む問題であって、民法 570 条は、契約責任とは異なる法定責任であるから、削除するというのは、お門違いの暴挙である。

この点について、改正法を批判的に検討している概説書は、以下のような正当な疑問を投げかけている。

「瑕疵」という概念には、当事者の取り決めた品質・性能に欠けるという意味（主観的瑕疵）のほかに、その目的物が通常有すべき品質・性能に欠けるという意味（客観的瑕疵）も含まれています。それゆえ、当事者の合意内容が明確でない場合に、原則ルール（デフォルト・ルール）としてのトラブル解決の標準として機能します。

「瑕疵」という言葉が、国民にわかりにくいとの指摘もありますが、この用語は多くの法律で使われており、相当程度社会に定着しています。また、改正案自身も別の箇所では「瑕疵」という言葉を使い続けているのです（改正案 101 条の見出しや 120 条 2 項参照）。

「瑕疵」という概念を「契約の内容に適合しないもの」と置き換えると、品質等をめぐる合意の内容自体に争いがある場合に、標準として機能するものがなくなってしまうので、多分に問題があるように思われます。

（〔弁護士連合会・消費者からみた民法改正（2015）85 頁〕（葉袋 真司執筆））

上記の指摘のうち、最後の部分、すなわち、「瑕疵を契約内容に適合しないものと置き換えると問題が生じるように見える」という指摘は、もったもである。

しかし、改正民法が、「瑕疵担保責任」の代わりに、「契約適合性に関する売主の担保責任」という用語を用いていたならば、この疑念は解消されたはずである。この場合の担保責任には、「黙示の保証責任」(implied warranty) という意味が含意されており、契約内容に争いがある場合にも、担保責任の条文が標準として機能することになるからである。

つまり、売主等の責任に関しては、「瑕疵」という用語を削除したことが問題ではなく、「担保責任」という用語を多くの箇所でも削除している点が問題なのである。

確かに、改正民法を概観してみると、今回の改正民法を起草した法典調査会のメンバーは、「担保責任」という言葉がよほど嫌いであるように見える。

瑕疵担保責任である平成 29 年改正前民法 570 条を削除するにとどまらず、平成 29 年改正前民法 551 条（贈与者の担保責任）の見出しを「贈与者の引渡し義務等」と変更しており、同様にして、平成 29 年改正前民法 590 条（貸主の担保責任）の見出しも「貸主の引渡し義務等」と変更している。また、平成 29 年改正前民法 596 条（貸主の担保責任）の見出しも「貸主の引渡し義務等」と変更している。さらには、平成 29 年改正前民法 634 条（請負人の担保責任）を上書きによって、完全に削除している。

しかし、上記のように、契約責任における「担保」責任とは、契約適合性に関する「黙示の保証責任」(implied warranty) の意味であり、一部の学説のように担保責任を、契約

責任とは異なる法定責任と結びつけるのは、勝手な思い込みであろう。

特に、改正民法が、上書きによって、平成 29 年改正前民法 634 条（請負人の担保責任）を削除したことは、民法 570 条の瑕疵担保責任を削除したのと同様、条文の体系にばっかりと穴を開けてしまうという失態を犯している。なぜなら、請負に関する改正民法は、「請負人の担保責任」という根本規定を喪失したまま、請負人の担保責任の制限（改正民法 636 条）、目的物の種類又は品質に関する担保責任の期間の制限（改正民法 637 条）というように、担保責任の根本規範が規定されないまま、その期間制限だけが規定されるという、法典にはあってはならない、みっともない姿を露呈させているからである。

### 民法 635 条（請負人の担保責任）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 635 条 削除	第 635 条〔請負人の担保責任 その 2〕 仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないときは、注文者は、契約の解除をすることができる。ただし、建物その他の土地の工作物については、この限りでない。	第 635 条 削除

### 民法 637 条～639 条（請負人の担保責任の存続期間）、民法 640 条（担保責任を負わない旨の特約）

条文番号整理案	平成 29 年改正前民法（旧）	改正民法（新）
第 637 条 削除	第 637 条（請負人の担保責任の存続期間） ①前三条〔請負人の担保責任〕の規定による瑕疵の修補又は損害賠償の請求及び契約の解除は、仕事の目的物を引き渡した時から 1 年以内にしなければならない。 ②仕事の目的物の引渡しを要しない場合には、前項の期間は、仕事が終了した時から起算する。	第 637 条 削除
第 638 条 削除	第 638 条〔請負人の担保責任の存続期間 その 2〕 ①建物その他の土地の工作物の請負人は、その工作物又は地盤の瑕疵について、引渡しの後 5 年間その担保の責任を負う。ただし、この期間は、石造、土造、れんが造、コンクリート造、金属造その他これらに類する構造の工作物については、10 年とする。 ②工作物が前項の瑕疵によって滅失し、又は損傷したときは、注文者は、その滅失又は損傷の時から 1 年以内に、第 634 条〔請負人の担保責任〕の規定による権利を行使しなければならない。	第 638 条 削除

第 639 条 削除	第 639 条（担保責任の存続期間の伸長） 第 637 条及び前条第 1 項の期間は、第 167 条〔債権等の消滅時効〕の規定によ る消滅時効の期間内に限り、契約で伸長 することができる。	第 639 条 削除
第 640 条 削除	第 640 条（担保責任を負わない旨の特 約） 請負人は、第 634 条又は第 635 条の規定 による担保の責任を負わない旨の特約を したときであっても、知りながら告げな かった事実については、その責任を免れ ることができない。	第 640 条 削除 〔→有償契約の総則 （改正民法 559 条）と して、売買の規定であ る改正法 572 条が準用 される〕

平成 29 年改正前民法では、請負契約の目的物が、契約に適合していない場合には、民法 634 条（請負人の担保責任）によって修補（追完）請求が可能であり、契約目的が達成できない場合には、民法 635 条によって、または、有償契約一般に準用される民法 570 条（売主の担保責任）によって契約の解除、損害賠償請求が可能である。

ところが、今回の改正民法では、平成 29 年改正前民法 634 条、635 条（請負人の担保責任）、および、すべての有償契約に準用される民法 570 条（売主の担保責任）が、すべて削除される（どちらも、契約責任の観点から条文を一部修正すれば十分であったにもかかわらず、全面的に削除してしまうのは、明らかに行き過ぎである）。

このため、修補請求については、請負には該当する条文が存在しないため、有償契約の総則（民法 559 条）である売買の規定を準用せざるを得ない。すなわち、改正民法 562 条（売主の追完請求権）の準用、契約解除については、改正法 564 条による民法 541 条、542 条の準用、損害賠償については、民法 415 条を適用して請求しなければならない。

その場合の最大の問題点は、注文者に帰責事由（たとえば、注文内容があいまい過ぎたために、目的物が不完全なものとならざるをえなかったという事由）があったとした場合、民法 543 条が適用されて、契約解除はできなくなるのかどうかという問題である。これほど重要な問題が、実は、改正法では明らかではない。

さらに、543 条の新設自体に重大な問題があるので、その点を指摘しておかなければならない。なぜなら、改正法は、541 条（催告による解除）、または、542 条（催告によらない解除）によって、債務者の帰責事由の有無にかかわらず、債権者に契約の解除権を与えているものの、債務不履行が債権者の帰責事由による場合には、543 条（債権者の責めに帰すべき事由による場合）によって、債権者から解除権を奪っているからである。

解除権の剥奪は、548 条（解除権の故意による目的物の損傷等による解除権の消滅）において、債権者と債務者の事由を考慮してバランスよく規定しているのであるから、それよりも厳しい要件で解除権を剥奪することは、明らかに行き過ぎである。

当事者のバランスを考えるならば、債務不履行が債権者の帰責事由による場合であっても、債務者にも帰責事由がある場合には、契約解除を認めた上で、損害賠償額を減額する等の措置が講じられるべきであったと思われる。

ところが、改正法 543 条では、「債務者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、前二条の規定〔催告による解除、催告によらない解除〕による契約の解除をすることができない」と規定されている。もしも、これが、「債務者の不履行がもっぱら債権者の責めに帰すべき事由によるべきものであるときは」とされていたら、事情は改善されていたであろうが、そうではない。

#### オール・オア・ナッシングから定量・比例的思考へ

改正法	問題点	修正私案
<p><b>第 543 条</b>（債権者の責めに帰すべき事由による場合） 債務者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、前二条の規定による契約の解除をすることができない。</p>	<p>改正法<b>第 543 条</b>は、債権者の権利を一方的に剥奪する解釈が可能となっている。しかし、国際的な潮流は、以下のように、債権者の帰責事由は、比例原則に従って債務者の責任を減免している。 <b>ウィーン売買条約 第 80 条</b>〔債権者の作為、不作為によって生じた不履行：債権者の責めに帰すべき事由による場合〕 当事者の一方は、相手方の不履行が自己の作為又は不作為によって生じた限度（to the extent）において、相手方の不履行を援用することができない。</p>	<p><b>第 543 条</b>（債権者の責めに帰すべき事由による場合） ①<u>債権者は、債務者の不履行が、自己の責めに帰すべき事由によって生じた限度において、債務者の不履行を援用することができない。</u> ②債務者の不履行が、<u>もっぱら</u>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、前二条の規定による契約の解除をすることができない。</p>

自らが作成した改正要綱に不都合があった場合に、どのような効果が導かれるかについて、改正要綱も改正法も明確な答えを用意していないというのでは、要綱案、および、改正法に重大な欠陥あることを示す以外のなにものでもない。

今後も紛争が多発することが予想される有償契約の目的物が契約に適合しないものであるという重要問題に関しては、目的物の契約不適合が、売主の想定する用法と、買主の想定する用法の食い違いによる損害の発生など、債務不履行が、債務者と債権者の双方の帰責事由の競合によって生じることが確実に予想しうる。

それにもかかわらず、そのような場合について、改正法 564 条には 543 条を準用する規定がないため 543 条は適用されないのか、それとも、改正法 541 条、または、542 条が適用される状況においては、常に、543 条も適用可能であるのか、条文自体からは不明であり、国民一般にとっても、さらには、法律専門家の間でも、理解不能の状態に陥っている。これでは、改正法が国民にとってわかりやすいとはいえない。

## 2. 民法（債権関係）改正による平成 29 年改正前民法の削除

### （死）の評価

すべてのものごとは、宇宙を支配するエントロピーの法則によって崩壊する運命にあ

る。生物は、それに抗って、細胞の崩壊に先立って、自ら細胞を破壊し、新たに生成するという方法によって動的平衡（dynamic equilibrium）を保持している。

すべての組織も、また、システムも、エントロピーの原則に服さざるを得ないため、その動的平衡を保持するためには、継続的に「破壊と創造」を行う必要がある。

国家の基本法としての憲法も、市民生活の民法も、社会の発展に即して、「破壊と創造」という不断の努力を惜しんではならない。

しかし、「破壊と創造」における「破壊」は、同時的に「生成」を伴うことによって全体としての相補性を確保する必要がある。

今回の民法（債権関係）改正について、その「破壊」された条文が果たして「相補性」を確保されているのかどうかを検討してみると、平成 29 年改正前民法の条文・条項が削除されることに伴って、以下のように、第 1 に、相補性が確保されているもの、第 2 に、相補性が不十分なもの、第 3 に、相補性が確保されていないものがあることが判明した。

### (1) 相補性が完全に確保されているもの

以下の条文については、削除と同時に相補性が確保されている。ただし、445 条については、条数が変更されただけなので、条文を削除する必要性は認められない。

1. 民法 86 条 3 項（無記名債権）
  - 削除された平成 29 年改正前民法 86 条 3 項（無記名債権）については改正民法 520 条の 20（無記名証券）によって補完されている。
2. 民法 441 条（連帯債務者についての破産手続の開始）
  - 削除された民法 441 条は、破産法 104 条によって補完されている。
3. 民法 445 条（償還をする資力のない者の負担部分の分担）
  - 削除された平成 29 年改正前民法 445 条は、改正民法 444 条（償還をする資力のない者の負担部分の分担）によって補完されている。
  - ただし、平成 29 年改正前民法 445 条と改正民法 444 条とは、ほぼ同一の内容であるため、何のために削除したのか、その理由は不明である。
  - 私は、枝番号の発生を極力排したい法務官僚の美意識によって、不要な条数の移動がなされたのではないかと考えている。
4. 民法 480 条（受取証書の持参人に対する弁済）
  - 削除された 480 条は、改正民法 478 条（受領権者としての外観を有する者に対する弁済）によって補完されている。
5. 民法 534 条、535 条（危険負担における債権者主義）
  - 削除された 534 条、535 条は、改正民法 536 条、および、帰責事由がない場合でも契約の解除を認める改正民法 542 条（催告によらない解除）、改正民法 548 条（解除権者の故意による目的物の損傷等による解除権の消滅）によって補完

されている。

## (2) 相補性が不十分であるもの

これに対して、以下の条文については、相補性が確保されているとはいえ、相補性が不十分であり、生体で譬えるならば、あちこちの臓器で機能不全が生じている状態となっている。また、民法 420 条を除いて、削除に必要性が認められない。

1. 民法 105 条（復代理人を選任した代理人の責任）
  - 削除された平成 29 年改正前民法 105 条は、改正民法 644 条の 2（復委任者の選任等）によって補完されている。
  - しかし、平成 29 年改正前民法 105 条と改正民法 644 条の 2 の内容は、ほぼ同じであるため、平成 29 年改正前民法 105 条を削除する必要性はなかったのではないかと疑われる。
  - この場合の削除理由も、今回の改正で挿入された改正民法 107 条（代理権の濫用）規定を枝番号にしたくなかった法務官僚の美意識によって生じた不要な削除であると、私は考えている。新設された改正民法 107 条を、107 条の 2 としておけば、平成 29 年改正前民法 105 条を削除する必要はなかったからである。
2. 民法 414 条 2 項・3 項（代替執行・差止請求権）
  - 削除された平成 29 年改正前民法 414 条 2 項・3 項は、民事執行法で補完されている。しかし、平成 29 年改正前民法 414 条 3 項は、差止請求権の根拠条文として、訴訟法上の意義ばかりでなく、実体法上の意義を有しているものであり、削除の理由は存在しない。
  - 差止請求を嫌う一部の勢力による合理的な理由を欠く削除であると、私は考えている。
3. 民法 420 条 1 項後段（賠償額の予定の裁判所に対する拘束力）
  - 平成 29 年改正前民法 420 条 1 項後段の規定は、明確な削除理由がある条文の一つである。
  - しかし、平成 29 年改正前民法 420 条 1 項後段を削除しただけで、肝心の補完がまったくなされていないため、立法当時から学説が対立しており、国民一般にとってわかりにくいどころか、法曹にとってもわかりにくい規定となっている。
  - 再改正が必要な典型的な条文である。
4. 民法 434 条（連帯債務者の一人に対する履行の請求）
  - 平成 29 年改正前民法 434 条（連帯債務者の一人に対する履行の請求）が削除された理由は、「連帯債務者の一人に生じた絶対的効力を極力制限する」とい

う理論的な根拠のない幻想によって削除されたものである。

- この結果、主たる債務者に対する履行の請求が保証人に対して絶対的効力を有するという改正民法 457 条 1 項との間に矛盾が生じている。
  - 民法 437 条の 2（連帯債務者の一人に対する履行の請求）「連帯債務者の一人に対する履行の請求は、その負担部分の限度において、他の連帯債務者に対しても、その効力を生じる。」として復活させるべきである。
5. 民法 437 条・439 条（連帯債務者の一人についての免除・時効の完成）
- 削除された平成 29 年改正前民法 437 条（連帯債務者の一人に対する免除）、および、第 439 条（連帯債務者の一人についての時効の完成）は、連帯債務者・連帯保証人の保護にとって必要な条文であるにもかかわらず、平成 29 年改正前民法 434 条が削除されたのと同じ理由、すなわち、「連帯債務者の一人に生じた絶対的効力を極力制限する」という理論的な根拠のない幻想によって削除されたものである。
  - 今回の民法（債権関係）改正の目玉の一つが、保証人の保護であるから、連帯保証の場合に準用される連帯債務者の保護の規定を削除することは、今回の民法改正の精神に反する暴挙といわなければならない。
  - 平成 29 年改正前民法 437 条、439 条を補完する規定として、改正民法 445 条（連帯債務者の一人との間の免除等と求償権）が創設されているが、免除を受けたり、時効が完成したりした債務者が無資力になった場合に、求償できなくなる危険に関して、本来その危険を負うべき債権者に代わって、他の連帯債務者へと危険を転嫁する規定であり、実質的には、補完の体をなしていない。
  - さきに述べた平成 29 年改正前民法 434 条の場合と同様に、完全な復活が必要な規定である。
6. 民法 513 条（更改における「要素」の変更）
- 平成 29 年改正前民法では、「法律行為の要素に錯誤がある場合（平成 29 年改正前民法 95 条）には、法律行為に無効をもたらす、債務の要素を変更した場合（平成 29 年改正前民法 513 条 1 項）の場合には、債務の消滅をもたらす」というように、美しい体系が構築されていた。
  - 今回の民法改正は、民法 95 条からも、民法 513 条からも、法律行為や債務の「要素」という概念をすべて削除し、民法の美しい体系を崩壊させている。
  - 重要な概念（要素の錯誤、債務の要素、原始的不能、瑕疵担保責任）についての不用意な削除はやめるべきである。
7. 民法 516 条（債権者の交替による更改）、517 条（更改前の債務が消滅しない場合）
- 削除された平成 29 年改正前民法 516 条については、改正民法 515 条 2 項で補完されている。しかし、平成 29 年改正前民法 517 条については、補完がなされていない。この規定も、更改（不完全更改・指図等）の研究が進展すること



によって復活することになると思われる。

8. 民法 526 条 1 項（契約の成立時期に関する承諾の「発信主義」）
  - 削除された民法 526 条 1 項については、改正民法 97 条 1 項（意思表示の到達主義）によって補完されている。
  - しかし、電子取引については、不確実な着信よりも、発信のタイム・スタンプの方が確実に記録されるため、承諾について到達主義を採用することは、現代社会の現状には適合していないと思われる。
9. 民法 561 条～571 条（売主の担保責任）
  - 売主の担保責任は、近時の解釈論によって立法当時の考え方が明らかになり、特別の法定責任ではなく、契約責任であることが明らかにされており、削除の必要性は皆無であった。
  - 瑕疵担保責任は、債権者の保護にとって有用であり、特に、債権者に帰責事由がある場合には、救済を閉ざしている改正民法（特に、改正民法 543 条、562 条 2 項、563 条 3 項、567 条 1 項）の下では、瑕疵担保責任の規定を削除したことによって、買主（消費者）被害の救済困難な事態が生じるなど、改正による弊害が増加することが予想される。
10. 民法 637 条～639 条（請負人の担保責任の存続期間）、民法 640 条（担保責任を負わない旨の特約）
  - 削除された平成 29 年改正前民法は、有償契約の総則としての売買の規定が準用されることによって補完されている。
  - しかし、準用される売買の規定から、売主の担保責任が削除されていることから、注文主に生じた被害の救済が困難になることが予想される。

### (3) 相補性が確保されていないもの（削除の必要性が認められないもの）

の)

以下の条文の削除は、相補性が確保されておらず、そもそも、削除が不必要であったと思われるものである。

1. 民法 122 条ただし書き（追認は第三者の権利を害せない）
  - 錯誤による意思表示を無効と考える取引に入る第三者の保護ができなくなりおそれがあり、削除の理由には説得力が欠けている。
2. 民法 169 条～174 条（短期消滅時効）
  - 領収書の保管期間が著しく長くなることによる家計管理者の利益を無視しており、削除の理由には説得力が欠けている。
3. 民法 410 条（原始的不能・後発的不能による選択権の特定）

- 原始的不能，後発的機能の概念を削除しておきながら，教科書では，改正民法 410 条の「不能」には，「後発的不能の場合だけでなく，原始的不能の場合も含まれる」と解説する立法関係者の行動は，信義則に反している。
- 4. 民法 476 条（弁済として引き渡した物の取戻し）
  - 他人の物の引渡しのほかにも，非処分権者による物の引渡しの条文が対となるのが原則であり，後者の削除の理由には，説得力が欠けている。
- 5. 民法 522 条（承諾の通知の延着）
  - 電子メール等のパケット通信には，頻繁に延着が生じるという認識を欠いた条文の削除であり，国際的な潮流にも反しており，削除には説得力が欠けている。
- 6. 民法 527 条（申込みの撤回の通知の延着）
  - 平成 29 年改正前民法 522 条（承諾の通知の延着）と同様，パケット通信の延着の実態を知らずに削除を行っており，削除の理由には説得力が欠けている。

### 3. 結論

民法（債権関係）改正によって削除された条文を詳細に検討した結果，削除を必要とする条文は，わずか 6 か所（民法 86 条 3 項，420 条，441 条，480 条，534 条，535 条）に過ぎないことが判明した。

その他の条文（15 か所）については，相補性が十分に確保されていないため，削除の必要性が認められないことが判明した。また，削除の必要性が認められるものの，相補性が確保されていないために，立法段階においてさえ解釈が分かれる結果となったもの（民法 420 条 1 項）があり，今回の民法改正は，削除条文を検討しただけでも，その必要性は，極端に少なく，「破壊による創造」とは，言い難いことが判明した。

引き続き行われることが予想される民法改正に際しては，生物と同じく，「破壊による創造」を通じて，動的平衡を実現することが必要である。

## おわりに

2019 年 1 月 26 日に開催された民法学研究会（京都・寒梅館）での報告に備えて，2019 年の年始に私は，本稿の第 1 バージョンの執筆を終えた。しかし，その当時は，すでに，新型コロナウイルス感染症によるパンデミックが発生していたことには気づいていなかった。コロナ禍とは無関係に選定された研究会のテーマである「生と死の法」に則したものとするために，私は，生物学における福岡伸一の『動的平衡理論』を採用し，その類推を通じて，あらゆる組織，および，制度は，それが社会の変化に対応できずに不都合が生じる前に，そのことを予見してその部分を破壊し，同時に，その不都合を克服できる部分を

新たに創造することを通じて、破壊した部分を補足し、動的平衡を維持すべきことが必要であることを明らかにすることを試みたのである。

その後の新型コロナウイルス感染症の拡大で、本稿の公表の機会は、大幅に遅延することになったのであるが、その当時の意識としては、コロナとは関係なく、民法（債権関係）改正によって削除された数々の優れた条文を追悼する意味を込めて執筆した論文であった。

今回のパンデミックによって、私たちが、適切な破壊と創造という地道な努力を怠ってきたことが露呈し、一方で、さまざまな場面で重大な不都合が生じるとともに、他方で、この機をとらえて、古い制度を破壊し、時代に適合した改革を推進した例も存在する。例えば、20年のスパンで考えていた教育のデジタル化のための破壊と創造が1年余りで一気に完成するという好ましい傾向も生まれつつある（[加賀山・コロナ時代の国民の義務に対する支援(2021)29-34頁]）。

今回のパンデミックは、前回と同様、やがて終息を迎えるであろうが、地球環境を破壊するだけで、十分な手当てを行わなければ、地球の平衡状態が維持できなくなるばかりでなく、次のパンデミックに対しても、適切な対応ができなくなるであろう。

本稿でその学説を採用した福岡伸一は、パンデミックが発生した早期の段階で、正当にも、以下のような予測を行っていた。

新型コロナウイルスも、やがて新型でなくなり、常在的な風邪ウイルスと化してしまいうだろう。宿主の側が免疫を獲得するにつれ、ほどほどに宿主と均衡をとるウイルスだけが選択して残るからだ。

明日にでも、ワクチンや特効薬が開発され、ウイルスに打ち克ち、祝祭的な解放感に包まれるような未来がくるかといえば、そんなわけがないことは明らかである。

長い時間軸を持って、リスクを受容しつつウイルスとの動的平衡を目指すしかない。（福岡伸一「ウイルスは撲滅できない 共に動的平衡に生きよ」[養老他・コロナ後の世界を語る（2020）]所収）

民法を学ぶ私たちとしても、今後も続く、民法の改正に正面から向き合う際には、今回の民法（債権関係）改正の失敗を糧として、時代に適合しなくなった条文を削除することは必要であるとしても、条文を削除するに際しては、削除によって民法の体系における平衡状態を害することがないように、削除した条文に代わる新しい条文を補足することを怠らないようにしなければならない。

[付記] 本稿は、2019年1月26日の民法学研究会（同志社大学寒梅館）での報告原稿に、コロナ禍での経験を踏まえて加筆・修正を加えたものです。修正に際しては、研究会の深谷格教授から、貴重な助言をいただきました。誌面を借りてお礼申し上げます。

## 参考文献

- [荻野・馬場・斎藤・山城共訳・フランス債務法改正（2017）]
- 荻野奈緒=馬場圭太=斎藤由紀=山城一真共訳「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第131号）による民法典の改正」同志社法学 69 卷1号（390号）279-331頁
- [加賀山・改正法案の対照表（2015）]
- 加賀山茂『民法（債権関係）改正法案の〔現・新〕条文対照表』信山社（2015/07）
- [加賀山・民法改正案の評価（2015）]
- 加賀山茂『民法改正案の評価—債権関係法案の問題点と解決策』信山社（2015/11）
- [加賀山・“Do for others”の民法学（2018）]
- 加賀山茂『求められる法教育とは何か—他者への貢献“Do for others”の視点から事務管理，不当利得，不法行為を考える—』信山社（2018/8/30）
- [加賀山・改正民法の教え方（2019）]
- 加賀山茂『求められる改正民法の教え方』信山社（2019/1/30）
- [加賀山・コロナ時代の国民の義務に対する支援(2021)]
- 加賀山茂「コロナ時代の教育と国民の義務に対する支援の必要性」加賀山茂=金城亜紀責任編集『法と経営研究』〔第4号〕信山社（2021/01）25-46頁
- [加藤（雅）・民法（債権法）改正（2011）]
- 加藤雅信『民法(債権法)改正—民法典はどこにいくのか』日本評論社(2011/5)
- [加藤（雅）・迫りつつある債権法改正（2015）]
- 加藤雅信『迫りつつある債権法改正』信山社（2015/9）
- [クーン・科学革命の構造（1971）]
- トーマス・クーン，中山茂（訳）『科学革命の構造』みすず書房(1971/01)
- [潮見・改正民法の概要（2017）]
- 潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』金融財政事情研究会（2017/8/14）
- [潮見他・Before/After 民法改正（2017）]
- 潮見佳男=北居功=高須順一=赫高規=中込一洋=松岡久和『Before/After 民法改正』弘文堂（2017/9/11）
- [潮見他・詳解改正民法（2018）]
- 潮見佳男=千葉恵美子=片山直也=山野目章夫『詳解 改正民法』商事法務（2018/5/31）
- [芝池=中西・反転授業が変える未来の教育（2014）]
- 芝池宗克=中西洋介『反転授業が変える教育の未来—生徒の主体性を引き出す授業への取り組み』明石書店（2014/12/18）

- [司法書士連合会・ビジネスはこう変わる (2015) ]  
日本司法書士会連合会編『民法改正でくらし・ビジネスはこう変わる!—120年ぶりの抜本改正を司法書士がやさしく解説』中央経済社 (2015/7)
- [杉原・大学教授という仕事 (2010) ]  
杉原厚吉『大学教授という仕事』水曜社 (2010)  
[http://lawschool.jp/gsl/doctorate/how2read/job\\_professor.html](http://lawschool.jp/gsl/doctorate/how2read/job_professor.html)
- [鈴木・民法改正の真実 (2013) ]  
鈴木仁志『民法改正の真実—自壊する日本の法と社会』講談社 (2013/03/10)
- [曾野=山手・国債売買法 (1994/7) ]  
曾野和明=山手正史『国際売買法』(現代法律学全集) 青林書院 (1994/7)
- [野家・パラダイムとは何か (2008) ]  
野家啓一『パラダイムとは何か クーンの科学史革命』(講談社学術文庫 (2008/6/10)
- [浜辺・民法改正がわかる (2015/8) ]  
浜辺陽一郎『スピード解説 民法<債権法>改正がわかる本』東洋経済新報社 (2015/8)
- [ピュー・博士号の取り方 (2018) ]  
D・S・ピュー (角谷 快彦訳)『博士号のとり方—学生と指導教員のための実践ハンドブック—』〔第6版〕名古屋大学出版会 (2018/10/17)
- [福岡・生物と無生物 (2007) ]  
福岡伸一『生物と無生物のあいだ』講談社現代新書 (2007/5/20)
- [福岡・生物と食 (2008) ]  
福岡伸一『生命と食』岩波ブックレット (2008/8/6)
- [福岡・できそこないの男たち (2008) ]  
福岡伸一『できそこないの男たち』光文社新書 (2008/10/20)
- [福岡・せいめいのはなし (2014) ]  
福岡伸一『せいめいのはなし』新潮文庫 (2014/11/1)
- [福岡・動的平衡1 (2017) ]  
福岡伸一『新版 動的平衡1—生命はなぜそこに宿るのか (生命とは何か) —』小学館新書 (2017/6/5)
- [福岡・動的平衡2 (2018) ]  
福岡伸一『新版 動的平衡2—生命は自由になれるのか (生命はどこから来たのか) —』小学館新書 (2018/10/8)
- [福岡・動的平衡3 (2017) ]  
福岡伸一『動的平衡3—チャンスは準備された心にのみ降り立つ—』木楽舎 (2017/12/1)
- [福岡・最後の講義 (2020) ]  
福岡伸一『最後の講義 完全版』主婦の友社 (2020/3/31)

[弁護士連合会・消費者からみた民法改正（2015/4）]

日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『Q&A 消費者からみた民法改正』民事法研究会（2015/4）

[溝上・アクティブラーニングによるパラダイム転換（2014）]

溝上慎一『アクティブラーニングと教授学習パラダイムの転換』東信堂（2014/10/1）

[室田・エントロピーの経済学（1979）]

室田 武『エネルギーとエントロピーの経済学—石油文明からの飛躍』東経選書（1979/1）

[山本（敬）・基礎から学ぶ民法改正（2017）]

山本敬三『民法の基礎から学ぶ民法改正』岩波書店（2017/9/26）

[養老他・コロナ後の世界を語る（2020）]

養老孟司=ユヴァル・ノア・ハラリ=福岡伸一=ブレイディみかこ=ジャレド・ダイヤモンド=角幡唯介他（朝日新聞社編）『コロナ後の世界を語る 現代の知性たちの視線』朝日新書（2020/8/11）

[我妻・債権各論（1957）]

我妻栄『債権各論 中巻一（民法講義V<sub>2</sub>）』岩波書店（1957/5）