

月刊 登記情報

677 2018年4月号
58巻/4号

わかりやすい誌面で登記・供託関連実務をサポート

法窓一言 いま注目される商業登記
松井信憲

研究会だより

④登記制度・土地所有権の在り方等に関する研究会 第4回会議を開催 編集部

登記実務からの考察

【その他】事業承継における司法書士の役割と登記の重要性
北詰健太郎

新連載 事例報告 法人の役員と司法書士

第1回 総論—前提の整理 鈴木龍介

地籍問題研究会第20回定例研究会概要報告

茨木市における地籍調査事業
～大阪法務局による14条地図作成作業との協同事業について 森 光広

近司連企業法務分野研究会報告

第5回 定款の変更を巡る実務上の諸問題 内藤 卓

地籍図類の歴史(21) 古関大樹

坂道をゆく [第64回・白杵] 鏡坂・甚吉坂 小林昭彦

あらたな視点で見る改正債権法と実務

第2回 附則から見る実務への影響 福永 修

実務に活かす 判例登記法

第13回 不動産登記と公正証書原本不実記載罪(最一小判平28・12・5) 早川将和

相続法改正と司法書士実務への影響

第2回 配偶者の居住権を保護するための方策 和田秀幸

知識から実務へ

「そこから先」を知るための定款対談—一般社団法人編—

第4回 収益事業型のベース定款 酒井恒雄/野入美和子

供託ねっと—実務から学ぶ供託—(第84回)

所有者等を確認することができない農地を利用する権利の設定に関する
裁定に係る補償金の供託について 小山敏政

成年後見掲示板/商業登記掲示板

実務の現場から

通達・回答 不動産登記 ○平29・12・4民二第975号
商業・法人登記 ○平30・2・8民商第19号

あらたな視点で見る改正債権法と実務

第2回 附則から見る実務への影響

司法書士（日本司法書士会連合会 民事法改正対策部 部委員） 福永 修

I はじめに

本連載の第2回は、「民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号。以下「新法」という）」について、同法附則（以下「附則」という）から見る実務への影響を取り上げる。附則は、新法の施行期日や経過措置を定めており、施行前後の実務において新法と現行民法（以下「旧法」という）のいずれが適用されるかを規律するものであり、その内容を把握しておくことは極めて重要である。

II 施行日

1 原則

新法の施行日は、原則として「公布の日から起算して3年を超えない範囲内において政令で定める日」（附則1条本文）と定められており、政令第309号^(注1)により一部の例外を除いて平成32年4月1日と決定された。

2 例外

施行日の原則に対して2つの例外がある。

(1) 定型約款の規律の不適用にかかる反対の意思表示（附則1条2号）

新法の定型約款の規定は、施行日前に締結された「定型取引」（新法548条の2）に係る契約についても適用される（附則33条1項）、その適用を回避したい当事者は反対の意思表示をすることができる（附則同条2項）。反対の意思表示は施行日前にしなければならないため

（附則同条3項）、平成30年4月1日からその意思表示が可能とされた（政令第309号）。

(2) 保証意思宣明公正証書（附則1条3号）

事業のための貸金等債務を主債務とする保証は、契約締結日前1か月以内に保証意思を表示した公正証書の作成が効力要件とされる（新法465条の6）。施行日から有効に保証契約を締結できるように、保証意思宣明公正証書の嘱託及び作成が平成32年3月1日から可能とされた（政令第309号）。

III 経過措置

附則2条ないし36条は、新法施行日前後の行為につき、新法と旧法のいずれが適用されるかを定めている。原則として、予測可能性の観点から、法律行為が施行日前にされた場合は旧法が適用され、施行日以後にされた場合は新法が適用されることになる。

以下、旧法と新法の適用基準につき個別に確認をしておきたいものや、実務に影響を及ぼすもの等について述べる。

1 代理人の行為能力

制限行為能力者が他の制限能力者の法定代理人としてした行為について取消しを可能とする新法102条の適用は代理行為の時期が基準となる（附則3条）。例えば、未成年者の法定代理人が施行日以後において代理行為をした際に成年被後見人である場合、当該代理行為を取り消

(注1) 「民法の一部を改正する法律の施行期日を定める政令」（平成29年政令第309号）

民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号）の施行期日は平成32年4月1日とし、同法附則第1条第2号に掲げる規定の施行期日は平成30年4月1日とし、同条第3号に掲げる規定の施行期日は平成32年3月1日とすることとした。

すことができる。代理行為の時期が施行日の前後により代理行為の取消しの可否が異なる点に留意されたい。

2 意思表示

施行日前になされた意思表示は旧法が適用され、施行日以後の意思表示は新法が適用される(附則6条1項)。

この点、錯誤に基づく意思表示の効果は無効構成(旧法95条)から取消権構成(新法95条)に変更されたため、施行日以後になされた売買を原因とする所有権移転の登記について、意思表示の錯誤を理由に抹消する場合、その登記原因は「錯誤」等ではなく「〇年〇月〇日取消」になると考えられる^(注2)。ただし、施行日前になされた売買に基づく所有権移転の登記について、施行日以後に抹消の登記申請をする場合、旧法が適用されるため現行どおり登記原因は「錯誤」、「無効」等になる点、留意されたい。

3 代理

代理の規定は、施行日前に代理権の発生原因が生じた場合(代理権授与の表示がされた場合を含む)、旧法が適用される(附則7条1項)。代理人の代理行為は基準とならないのが原則であるが、無権代理人の責任に関する新法117条は代理行為が基準となる(附則7条2項)。なお、新法117条の無権代理人の免責の範囲は、旧法117条における判例^(注3)よりも縮小している。

4 無効及び取消し

無効な行為に基づく債務の履行として給付がされた場合におけるその給付を受けた者の原状回復の義務について、新法121条の2が新設された。本条の適用は、給付の時期を基準とする(附則8条1項)。無効行為が基準ではない。

取り消しうる行為の追認の適用は、追認ではなく取り消しうる行為が基準となる(附則8条

2項)。

5 時効

(1) 債権の消滅時効の援用及び時効期間については、施行日前に債権が生じた場合(その原因である法律行為が施行日前にされたときを含む)、旧法が適用される(附則10条1項、4項)。新法は職業別短期消滅時効を廃止(旧法170条ないし174条削除)の上、時効期間の原則ルールとして新法166条により、主観的起算点(権利行使できることを知った時)から5年と客観的起算点(権利行使できる時)から10年、という2本立ての制度に統一化された。また、取引上の債権の多くは主観的起算点から5年で消滅時効にかかることから、商事消滅時効(商法522条)は廃止された(整備法^(注4))。以上のように、旧法と新法とで時効期間の管理が大きく異なる点に留意されたい。

(2) 旧法の時効の中断・停止(新法では時効の更新・時効の完成猶予)にかかる規定は、施行日前に中断・停止事由が生じていた場合、旧法が適用される(附則10条2項)。

(3) 新法では、権利についての協議を行う旨を書面で合意した場合に時効の完成を猶予する規律が新設されたところ(新法150条)、施行日以後に書面合意した場合に新法の適用がある(附則10条3項)。旧法下で発生した債権債務であっても、施行日以後は、この新制度の適用を受けることが可能である。

(4) 不法行為による損害賠償請求権の消滅時効の長期の期間制限については、次のとおりである。民法724条後段の20年の期間制限につき判例^(注5)は除斥期間であるとしていたが、新法では時効期間とされたため、被害者側が時効の完成を阻止したり、不法行為者の消滅時効の援用に対して権限濫用法理を適用したりする余地が生まれる。新法施行の際、民法724条後段の制限期間20年を経過していた場合は旧法が適用

(注2) 日本司法書士会連合会編『民法(債権関係)改正と司法書士実務』95頁(民事法研究会、2017年)

(注3) 最判昭和62年7月7日民集41巻5号1133頁参照。

(注4) 民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律、本誌676号14頁

(注5) 最判平成元年12月21日民集43巻12号2209頁。

され(附則35条1項)、新法は適用されない。
(5) 不法行為による損害賠償請求権の短期消滅時効の期間は原則3年であるところ、新法により人の生命身体侵害による場合のみ特則として5年に伸長された(新法724条の2)。この特則は、旧法724条前段の短期消滅時効が新法施行の際既に完成していた場合は適用されない(附則35条2項)。

6 法定利率

(1) 債権に係る法定利率は年5%の固定制(旧法404条)から変動制(新法404条)に改正された。これに伴い商事法定利率(商法514条)は廃止され民事法定利率に1本化された(整備法^(注6))。利息を生ずべき債権に係る法定利率は、最初の利息の発生の時期が基準となる(附則15条1項)。例えば利息付金銭消費貸借であれば、原則として貸付日から最初に利息が発生し(新法589条2項)、貸付が施行日以後であれば新法404条が適用される。

(2) 遅延損害金を生ずべき債権に係る法定利率を定めた新法419条1項は、遅滞責任の発生が適用の基準となる(附則17条3項)。例えば、交通事故に起因する損害賠償請求の場合、交通事故の発生が施行日以後であれば新法が適用される。交通事故等の発生が施行日前であれば遅延損害金の利率が年5%となり、施行日以後の当初3年間に発生した交通事故等については年3%となる。施行後3年経過後に発生した事故等については3年ごとに見直しされた法定利率が適用される。なお、いったん適用された法定利率は変動しない。

(3) 損害額を算定するに当たっての中間利息控除に法定利率を用いるのが現在の判例^(注7)であるが、新法417条の2は変動制の法定利率を用いることを定めている。本条の適用は、損害賠償請求権の発生が基準となる(附則17条2項)。具体的な当てはめ例は、上記(2)と同様である。なお、少なくとも施行後3年間は、中間利息控除の法定利率が年3%に下がることから

控除額が減り、その結果、旧法による算定よりも損害額は増額することになる。

7 債権者代位

債権者代位の規定は、債務者に属する権利(被代位権利)の発生の時期を基準とする(附則18条)。被保全債権の発生が基準ではない。

現在の判例^(注8)では、債権者が債権者代位行使に着手し、債務者が通知を受けるか了知したときは、債務者は被代位権利の取立等の処分権を失うとしているが、新法423条の5は判例の規律を変更し、債務者は被代位権利の取立等の処分権を失わないこととしている。つまり、新法では債権者代位訴訟が係属中であっても、債務者が第三債務者に対して被代位権利の履行を求め受領することが可能となる。これを防ぐには、債権者は別途、仮差押等の民事保全手続を踏む必要がある。また、新法423条の6は、債権者代位訴訟を提起した債権者に、債務者への訴訟告知義務を課している。以上のことから、被代位権利の発生の時期いかににより、仮差押等の要否や訴訟追行の方法が異なることに留意されたい。

8 詐害行為取消

詐害行為取消の規定は、詐害行為時を基準とする(附則19条)。被保全債権の発生が基準ではない。

9 多数当事者関係

(1) 不可分債権、不可分債務及び連帯債務の規定は、債権債務の発生(その原因である法律行為を含む)が施行日前であれば旧法が適用され、施行日以後であれば新法が適用される(附則20条1項・2項)。

連帯債務の一人に生じた事由が他の連帯債務者にその効果が及ぶ絶対効事由の一部(履行の請求、免除、時効完成)について、新法441条では相対効化されているところ、施行日以後に

(注6) 本誌676号16頁

(注7) 最判平成17年6月14日民集59巻5号983頁

(注8) 大判昭和14年5月16日民集18巻9号557頁

連帯債務の契約を締結した場合、例えば一人の連帯債務者に履行の請求をしても原則、他の連帯債務者にその効果(消滅時効の完成猶予や更新等)が及ばないことになる。また逆に、施行日以後に履行請求した場合でも、連帯債務の発生原因である契約の日が施行日前であれば、他の連帯債務者にその効果が及ぶ。連帯債務の契約日により結論が異なるので留意されたい。以上のことは、連帯保証についても同様である(新法458条)。

(2) 新法432条ないし435条の2の規定により新設された連帯債権(債権の目的がその性質上可分である場合において、法令の規定又は当事者の意思表示によって数人が連帯して有する債権)の規律は、債権の発生(その原因である法律行為を含む)が施行日前であれば適用されない(附則20条3項)。

10 保証債務

(1) 保証契約に係る保証債務の適用については、保証契約が基準となる(附則21条1項)。

施行日前までに締結された保証契約は旧法が適用される。施行日以後の保証契約には、保証人保護の拡充が図られた新法が適用される。例えば、①貸金等債務に限らず債務一般を主債務とする個人根保証契約に極度額の定めを義務付けた新法465条の2、②旧法の元本確定事由の一部を個人根保証契約に適用を拡大した新法465条の4、③事業性の貸金等債務を主債務とする(根)保証契約の個人保証について保証意

思宣明公正証書の作成を効力要件とすることや、いわゆる経営者保証に該当する場合の例外を定めた新法465条の6等、④保証人への情報の提供義務規定(新法458条の2、458条の3、465条の10)が挙げられる。

(2) 保証意思宣明公正証書の作成の嘱託や作成が、平成32年3月1日から可能であることは前述(Ⅱ2(2))のとおりである。なお、公証人による保証意思宣明公正証書の実務運用の指針については附帯決議^(注9)を踏まえて今後、明らかにされるものと思われる。

11 債権譲渡

(1) 債権譲渡については、債権の譲渡の原因である法律行為(売買、譲渡担保等)の時期が基準となる(附則22条)。この点、譲渡制限の意思表示^(注10)(以下「譲渡制限特約」という)に関する規定(新法466条2項等)についても例外ではない。

(2) 旧法下において譲渡禁止特約付き債権が譲渡された場合、当該債権譲渡は原則として無効であるが、新法のもとでは譲渡禁止特約につき譲受人の善意、悪意に関係なく譲渡が有効であるため(新法466条2項)、附則22条の適用により施行日前に譲渡禁止の特約をしていたとしても、当該特約付債権の譲渡が施行日以後になされれば譲渡は有効となる。

すなわち、譲渡禁止特約付き債権につき、施行日前に第一譲渡がなされ、施行日以後に第二譲渡がなされた場合、第一譲渡の譲受人が譲渡

(注9) 民法の一部を改正する法律案に対する附帯決議(衆議院法務委員会)「四 個人保証人の保護の観点から、以下の事項について留意すること。1 いわゆる経営者等以外の第三者による保証契約について、公証人による保証人になろうとする者の意思確認の手続を求めるとした趣旨を踏まえ、保証契約における軽率性や情義性を排除することができるよう、公証人に対しその趣旨の周知徹底を図るとともに、契約締結時の情報提供義務を実効的なものとする観点から、保証意思宣明公正証書に記載すること等が適切な事項についての実務上の対応について検討すること。2 保証意思宣明公正証書に執行認諾文言を付し、執行証書とすることはできないことについて、公証人に対し十分に注意するよう周知徹底するよう努めること。」

民法の一部を改正する法律案に対する附帯決議(参議院法務委員会)「五 個人保証人の保護の観点から、以下の取組を行うこと。1 いわゆる経営者等以外の第三者による保証契約について、公証人による保証人になろうとする者の意思確認の手続を求めるとした趣旨を踏まえ、保証契約における軽率性や情義性を排除することができるよう、公証人に対しその趣旨の周知徹底を図るとともに、契約締結時の情報提供義務を実効的なものとする観点から、保証意思宣明公正証書に記載すること等が適切な事項についての実務上の対応について検討すること。2 保証意思宣明公正証書に執行認諾文言を付し、執行証書とすることはできないことについて、公証人に対し十分に注意するよう周知徹底するよう努めること。」

(注10) 債権の譲渡を禁止し、又は制限する旨の意思表示(以下「譲渡制限の意思表示」という)(新法466条2項)

禁止特約につき悪意（重過失善意含む）であれば第一譲渡が無効となり、たとえ第二譲受人が悪意であったとしても第二譲渡が有効となるのである。第一譲渡の譲受人が重過失と認定されることによる譲渡無効のリスクを回避したいのであれば、施行日以後に再度、債権を譲り受けることも検討に値すると考えられる。

なお、譲渡禁止特約（新法では譲渡制限特約）により弁済の相手方を固定化する利益を期待した第三債務者の保護は、その利益に配慮した規律（新法466条3項、466条の2）により図られており、一方で債権の譲渡の原因である法律行為を新法適用の基準とすることにより譲渡が有効となる領域が拡大するため、債権譲渡を活用した中小企業等の資金調達機能が向上することが期待されている。

(3) もっとも、譲渡制限特約に違反して債権譲渡等がなされた場合、第三債務者が譲渡人（原債権者）との間における、譲渡債権を基礎づける契約や基本取引契約を債務不履行解除することが懸念される。これに対しては、譲渡制限特約の趣旨が弁済の相手方を固定化させることにあるならば、その利益は新法で手当てされているのだから特約の趣旨に反せず解除は認められない、との考え方がある^(注11)。ただし、契約解除が認められないとしても、事実上、将来の取引が中止されるおそれは払拭できないため、改正の趣旨を踏まえた実務の在り方につき再構築が望まれる。

(4) 以上の例外として、譲渡制限特約付の預貯金債権（預金口座又は貯金口座に係る預金又は貯金に係る債権）の譲渡の効力については、旧法と同様、原則無効である（新法466条の5）。

12 相殺

相殺の適用については、以下のとおり規律内容によってその基準が異なる。

(1) 相殺の禁止又は制限の意思表示（特約）を

定めた新法505条2項の適用については、その特約の時期が基準となる（附則26条1項）。

(2) 不法行為等により生じた債権を受働債権とする相殺の余地を認めた新法509条は、受働債権が施行日以後に生じた場合に適用される（附則26条2項）。例えば、過失による物損事故に起因する損害賠償債務を受働債権とする相殺について本条が適用されうるが、事故の発生時期によって相殺の可否が異なる点に留意されたい。

(3) 差押えを受けた債権を受働債権とする相殺について、施行日前の原因に基づいて生じた債権を自働債権とする場合、新法511条は適用されない（附則26条3項）。

(4) 相殺の充当（新法512条、512条の2）の適用については、相殺の意思表示が基準となる（附則26条4項）。

13 契約の成立

施行日前に契約の申込みがされた場合におけるその申込み及びこれに対する承諾については、旧法が適用される（附則29条1項）。施行日以後に承諾をした場合であっても、申込みが施行日前にされていれば旧法が適用される。

14 契約の解除

契約の解除に関する新法541条ないし543条、545条3項及び548条の適用は、契約の時期が基準となる（附則32条）。解除の意思表示が基準ではない。例えば、契約が施行日以後であれば新法の適用により、債務者の帰責事由がなくとも債務不履行による解除が可能である（旧法543条ただし書削除）。

15 定型約款

(1) 旧法下において様々あった約款概念と切り離して新たに「定型約款^(注12)」概念が創設された（新法548条の2）。例えば、鉄道やバスの運

(注11) 民法（債権関係）の改正に関する説明資料－主な改正事項－（法務省民事局）26頁

<http://www.moj.go.jp/content/001243353.pdf>

(注12) 「定型約款」とは、定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体をいい、「定型取引」とは、ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものをいう（新法548条の2）。

送約款等の約款準備者（事業者等）の相手方（顧客）は多くの場合、約款条項を認識しておらず、にもかかわらず約款の拘束力が認められる場合について「定型約款」概念を用いて民法典に初めて明文が置かれた（同条）。また、定型約款を変更するには、本来、個別に相手方の承諾を得る必要があるが、約款準備者が一方的に変更できる場合についても明文が置かれた（新法548条の4）。

(2) 施行日前において「定型約款」の定義に該当するものは、施行日以後においてその効力を否定されず（附則33条1項ただし書）、施行日以後は約款準備者が一定の要件のもと相手方の承諾を得ずに定型約款の内容を変更することが可能となる。そのため施行日前において、相手方が定型約款の変更を予定していない場合に相手方を保護する必要がある。そこで、施行日までに相手方が新法の適用に反対する意思表示を書面で行った場合には、例外的に新法は適用されないことになる（附則33条2項）。ただし、相手方が「定型取引^(注13)」を解除できる場合は、別途、新法の適用を否定する方法を認める必要がないため、「契約又は法律の規定により解除権を現に行使することができる者」は新法適用の「反対の意思表示」ができないこととされた。この場合、施行日以後に定型約款の規律を受けることになる（附則33条2項括弧書参照）。

16 契約各論

(1) 贈与、売買、消費貸借、賃貸借等の契約各論にかかる規定は、2つの例外を除いて契約の締結の時期が基準となる（附則34条1項）。

例えば、施行日以後の売買であれば、瑕疵担保責任（旧法570条）にかかわって、買主はその善意、悪意等に関係なく、売主に対して目的物の修補請求、代替物の引渡請求及び不足分の引渡請求（新法562条）並びに代金減額請求（新法563条）並びに債務不履行の一般原則による損害賠償請求及び解除（新法564条）が可能となる。

(2) 例外の1つめは賃貸借の存続期間である。新法604条では賃貸借の存続期間が20年から50年に伸長されたところ、施行日前に契約締結された賃貸借であっても、施行日以後にその契約の更新に係る合意がされたときは存続期間50年とすることができる（附則34条2項）。

(3) 例外の2つめは、不動産の賃借人による妨害の停止等の請求に関する新法605条の4である。判例法理^(注14)を明文化した規律であるため影響はないと考えられるが、施行日前に契約締結された不動産賃貸借についても本条が適用される（附則34条3項）。

（ふくなが おさむ）

(注13) (注11)に同じ

(注14) 最判昭和28年12月18日民集7巻12号1515頁等