

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に  
対して寄せられた意見の概要（各論5）

- この資料は、中間論点整理第37から第46までに関する意見を内容としている。
- 略語及び団体名等の略称は、部会資料33-1参照。

## 目次

第37 契約各則—共通論点.....	1
1 冒頭規定の規定方法.....	1
2 強行規定と任意規定の区別の明確化.....	3
第38 売買—総則.....	6
1 売買の一方の予約（民法第556条）.....	6
2 手付（民法第557条）.....	15
第39 売買—売買の効力（担保責任）.....	23
1 物の瑕疵に関する担保責任（民法第570条）.....	23
(1) 債務不履行の一般原則との関係（瑕疵担保責任の法的性質）.....	23
(2) 「瑕疵」の意義（定義規定の要否）.....	36
(3) 「隠れた」という要件の要否.....	53
(4) 代金減額請求権の要否.....	58
(5) 買主に認められる権利の相互関係の明確化.....	67
(6) 短期期間制限の見直しの要否.....	78
2 権利の瑕疵に関する担保責任（民法第560条から第567条まで）：共通 論点.....	96
3 権利の瑕疵に関する担保責任（民法第560条から第567条まで）：個 別論点.....	100
(1) 他人の権利の売買における善意の売主の解除権（民法第562条）の要 否.....	100
(2) 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（民法第5 65条）.....	103
(3) 地上権等がある場合等における売主の担保責任（民法第566条）.....	108
(4) 抵当権等がある場合における売主の担保責任（民法第567条）.....	112
4 競売における担保責任（民法第568条，第570条ただし書）.....	117
5 売主の担保責任と同時履行（民法第571条）.....	126

6	数量超過の場合の売主の権利	128
7	民法第572条（担保責任を負わない旨の特約）の見直しの要否	135
8	数量保証・品質保証等に関する規定の要否	141
9	当事者の属性や目的物の性質による特則の要否	144
第40	売買—売買の効力（担保責任以外）	149
1	売主及び買主の基本的義務の明文化	149
	(1) 売主の引渡義務及び対抗要件具備義務	149
	(2) 買主の受領義務	153
2	代金の支払及び支払の拒絶	166
	(1) 代金の支払期限（民法第573条）	166
	(2) 代金の支払場所（民法第574条）	171
	(3) 権利を失うおそれがある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第576条）	174
	(4) 抵当権等の登記がある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第577条）	178
3	果実の帰属又は代金の利息の支払（民法第575条）	181
4	その他の新規規定	185
	(1) 他人の権利の売買と相続	185
	(2) 解除の帰責事由を不要とした場合における解除権行使の限界に関する規定	188
	(3) 消費者と事業者との間の売買契約に関する特則	195
	(4) 事業者間の売買契約に関する特則	198
5	民法第559条（有償契約への準用）の見直しの要否	204
第41	売買—買戻し，特殊の売買	206
1	買戻し（民法第579条から第585条まで）	206
2	契約締結に先立って目的物を試用することができる売買	212
第42	交換	216
第43	贈与	218
1	成立要件の見直しの要否（民法第549条）	218
2	適用範囲の明確化	224
3	書面によらない贈与の撤回における「書面」要件の明確化（民法第550条）	231
4	贈与者の担保責任（民法第551条第1項）	243
5	負担付贈与（民法第551条第2項，第553条）	249
6	死因贈与（民法第554条）	254
7	その他の新規規定	267
	(1) 贈与の予約	267
	(2) 背信行為等を理由とする撤回・解除	271
	(3) 解除による受贈者の原状回復義務の特則	282

(4) 無償契約への準用	284
第44 消費貸借	288
1 消費貸借の成立	288
(1) 要物性の見直し	289
(2) 無利息消費貸借についての特則	301
(3) 目的物の交付前における消費者借主の解除権	304
(4) 目的物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始	311
(5) 消費貸借の予約	315
2 利息に関する規律の明確化	317
3 目的物に瑕疵があった場合の法律関係	323
(1) 貸主の担保責任	323
(2) 借主の返還義務	325
4 期限前弁済に関する規律の明確化	327
(1) 期限前弁済	328
(2) 事業者が消費者に融資をした場合の特則	338
5 抗弁の接続	344
第45 賃貸借	355
1 短期賃貸借に関する規定の見直し	357
2 賃貸借の存続期間	359
3 賃貸借と第三者との関係	363
(1) 目的不動産について物権を取得した者その他の第三者との関係	364
(2) 目的不動産の所有権が移転した場合の賃貸借の帰すう	367
(3) 不動産賃貸借における合意による賃貸人の地位の承継	383
(4) 敷金返還債務の承継	386
(5) 動産賃貸借と第三者との関係	410
(6) 賃借権に基づく妨害排除請求権	413
4 賃貸人の義務	415
(1) 賃貸人の修繕義務	415
(2) 賃貸物の修繕に関する賃借人の権利	421
(3) 賃貸人の担保責任	425
5 賃借人の義務	427
(1) 賃料の支払義務（事情変更による増減額請求権）	427
(2) 目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額等	432
6 賃借権の譲渡及び転貸	442
(1) 賃借権の譲渡及び転貸の制限	442
(2) 適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との関係	448
7 賃借権の終了	464
(1) 賃借物が滅失した場合等における賃貸借の終了	464
(2) 賃貸借終了時の原状回復	466

(3) 損害賠償及び費用の償還の請求権についての期間の制限 .....	476
ア 用法違反による貸借人の損害賠償請求権についての期間制限 .....	476
イ 賃借人の費用償還請求権についての期間制限 .....	483
8 貸借に関する規定の配列 .....	485
第46 使用貸借 .....	487
1 使用貸借契約の成立要件 .....	487
2 使用貸借の対抗力 .....	491
3 使用貸借の効力（貸主の担保責任） .....	494
4 使用貸借の終了 .....	499
(1) 使用貸借の終了事由 .....	499
(2) 損害賠償請求権・費用償還請求権についての期間の制限 .....	504

## 第37 契約各則一共通論点

### 1 冒頭規定の規定方法

典型契約の冒頭規定の規定方法については、現在は効力発生要件を定める形式が採用されているところ、契約の本質的な要素が簡潔に示されていること等の現行規定の長所を維持することに留意しつつ、規定方法を定義規定の形式に改める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 2(関連論点)2[66頁]】

#### 【意見】

- 典型契約の冒頭に定義を記載すべきである。(福岡弁)
- 典型契約の冒頭規定の規定方法を定義規定の形式に改めることにつき、賛成する。

効力発生要件を定める形式よりも、定義を定める形式の方がわかりやすいため妥当である。(札幌弁)
- 定義規定を置いて分かりやすい立法を検討する方向性には賛成する。(兵庫県弁)
- 冒頭に定義規定を置くことに賛成である。(堂島有志)
- 現行規定の長所が維持されることに留意しつつ、冒頭規定の規定方法を定義規定の形式に改める方向で検討することに賛成する。

分かりやすい民法という趣旨に合致する。(愛知県弁)
- 各典型契約の冒頭規定に定義規定を置くことには賛成する。分かりやすい民法という考え方に資する。(広島弁)
- 冒頭規定の規定方法について、定義規定の形式に改めることに賛成。分かりやすい民法という観点から、冒頭規定を定義規定の形式にした方が分かりやすいと考えられるため、冒頭規定は定義規定の形式に改めるべきである。(大阪弁)
- 現行の規定方法で特段の問題は生じておらず、定義規定への書き換えは無用な混乱を招きかねないことに留意すべきである。(親和会)
- 典型契約の冒頭規定を、効力要件を定める形式ではなく定義規定とすることによって、無名契約が効力を生ずる根拠の説明も容易になるかもしれないが、現在の冒頭規定が契約の本質部分や成立要件等を簡潔に示し、訴訟における攻撃防御の構造を示す指標にもなっていた点にも配慮する必要がある。(日大民研・商研)
- 分かりやすい民法の見地から、更に検討することに賛成である。(横浜弁)
- 各典型契約の冒頭規定の規定方法について、定義規定の形式に改めることに賛成する。分かりやすさの観点から理由がある。また、契約が効力を生ずる根拠は、法律行為は意思表示により効力を生ずる等の基本原則の定めにも求められるべきであり、典型契約の冒頭規定を、効力要件を

定める形式ではなく定義規定とすることによって、無名契約が効力を生ずる根拠の説明も容易になる。

なお、現在の冒頭規定は、契約の本質部分や成立要件等を簡潔に示し、訴訟における攻撃防御の構造を示す指標にもなっているから、定義形式に改める際にも、その実質は維持することに留意すべきである。(弁護士)

- 検討することに異論はなかったが、要件事実を明確にするような規律とすべきであるとする意見が多かった。(最高裁)
- 基本的に反対する。

現民法における典型契約の冒頭規定は、その定義と基本的な効力発生要件を併せて簡潔に示し、もって条文の繰り返し・冗長化を防ぐ役割を果たしており、訴訟における攻撃防御方法を示す指針ともなっている。

仮に、各冒頭規定を定義規定に改めた場合、効力発生要件について別途規定を置かなければならず、実質的に同じような条文が複数並ぶこととなるおそれがあること、会社法など最近の立法例では、定義規定は冒頭の第2条あたりにまとめて規定される傾向があり、典型契約の定義規定が民法典の冒頭に移ってしまうと、各典型契約に関する規定が総則の冒頭と契約各論に分属してしまい非常に分かりにくい法典となってしまうおそれがある。

よって、冒頭規定は現行法の規律を維持すべきである。また、仮に定義規定に改める場合であっても、実質的な文言修正は最低限に留めるものとし、またその規定は各典型契約の冒頭に置かれるべき規定であって、総則の冒頭に移してはならない旨を法制審議会の答申に明記すべきである。

この点は、「契約の本質的な要素が簡潔に示されていること等の現行規定の長所を維持することに留意」したとしても変わりはない。(東弁)

- 「\*\*することができる契約である」という体裁のみの定義規定は厳密には定義ではないから混乱を招くため、現在のままでよい。定義規定を置くならば正確な定義規定を置くべきである(雇用は労働力の賃貸借など)。(広大有志)
- 最終的に訴訟で使われることを考えれば、要件事実との関係からいっても、効力発生要件方式もあながち問題のあるものではないのではないか。(大学教員)
- 規定方法を定義規定の方式に改めることについては、強く反対する。

現民法における典型契約の冒頭規定は、その定義と基本的な効力発生要件を併せて簡潔に示し、もって条文の繰り返し・冗長化を防ぐ役割を果たしており、訴訟における攻撃防御方法を示す指針ともなっている。

仮に、各冒頭規定を定義規定に改めた場合、効力発生要件について別途規定を置かなければならず、実質的に同じような条文が複数並ぶこと

となるおそれがあること、会社法など最近の立法例では、定義規定は冒頭の第2条あたりにまとめて規定される傾向があり、典型契約の定義規定が民法典の冒頭に移ってしまうと、各典型契約に関する規定が総則の冒頭と契約各論に分属してしまい非常に分かりにくい法典となってしまうおそれがある。

よって、冒頭規定は現行法の規律を維持すべきであり、これを定義規定の形式に改める必要性は認められない。仮に、定義規定の方式に改める場合であっても、実質的な文言修正は最低限に留めるものとし、またその規定は各典型契約の冒頭に置かれるべき規定であって、総則の冒頭に移してはならない旨を審議会の答申に明記すべきである。(弁護士)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)
- 契約各論に介入することに反対。必要性が明確ではない。対象が広くなりすぎ適切な対応ができない。(弁護士)

## 2 強行規定と任意規定の区別の明確化

契約各則の規定のうち、どの規定が強行規定であり、どの規定が任意規定であるかを条文上明らかにすることが望ましいとの考え方について、前記第28、3の議論との整合性に留意しつつ、強行規定かどうかを区別することの可否やその程度、区別の基準の在り方、区別をする場合における個々の規定の表現等を含め、検討してはどうか。

### 【意見】

- 契約各則の規定のうち、強行規定と任意規定とを可能な限り分かるように規定すべきである。(福岡弁)
- 中間論点整理記載の全てに点について明らかにすべき。併せて、脱法行為を防ぐための工夫も必要である。分かりやすい民法という考え方に資する。(広島弁)
- 強行規定と任意規定の区別は、できる範囲で明確化をすることにつき、賛成する。全てを区別しきことは困難であるが、わかりやすさの観点から、できる限り区別できるよう、用語を工夫すべきである。(札幌弁)
- できる限り強行規定と任意規定を区別し、規定の表現上明確にすべきである。分かりやすい民法の観点から、できる限り強行規定と任意規定を区別し、各規定の表現上明確にすべきである。ただし、強行法規か任意規定か解釈に争いがあり判例上も明確になっていないような規定においては、解釈に委ねることでやむを得ないであろう。(大阪弁)
- 更に検討の上、明確化が可能なものについては、任意規定又は強行規定であることを条文上明記すべきである。

任意規定と強行規定の区別については、分かりやすい民法の実現という観点からこれを明確化すべきという意見がある一方で、両者の区別が

實際上困難であり、現時点で解釈を固定化することは適当でないと考えられる規定、適当な代替措置があれば異なる合意が許されるというタイプの規定等もあり得ることから、必要な検討を行った上で、明確化が可能な規定については明確化を実現すべきである。(東弁)

- ハッキリと強行規定にすべき規定には、その趣旨を明記すべきである。(広大有志)
- 分かりやすい民法の見地から、更に検討することに賛成である。(横浜弁)
- 検討することには反対しない。もっとも、基準については慎重に検討すべき。

基準が明確にできるのであれば、区別をすることでわかりやすくなる。また、任意規定の事実上の強行法規化への抑制にもなる。(兵庫県弁)

- 現行法においては、債権法の分野は、契約自由が原則とされているが、実際には、例えば賃貸借契約における賃借人の保護等、判例の蓄積により強行法規的な解釈が認められているケースがある。

現行法でさえかかる状況であるにもかかわらず、今回の民法改正のような様々な規定が新たに制定される場合、仮にこれらの規定が任意規定か強行規定かが明確でないとすれば、これまでの民法や判例の蓄積に基づいて運営を行ってきたソフトウェア業界の実務において、どのような規定が任意規定として契約による別途合意が許されるかの判断に混乱を生じ、取引の安全を害して実務上の混乱を来す恐れが大きい。

この点に鑑みれば、「区別が實際上困難な規定があり、また、現時点で固定化することも適当でない」といった反対論は、実務サイドのリスクを鑑みない主張であり、到底受け入れ難い。

よって、仮に、今回の民法改正のような様々な規定が新たに制定されるのであれば、各規定が強行規定なのか任意規定なのかを明確にすべきである。また、強行規定か任意規定かを明確にする場合には、そのどちらにするかにつき、広く意見を聴取した上で慎重に議論すべきである。特に強行規定にする場合、実務における別途合意の効力を否定することとなり、実務に与えるインパクトが極めて大きいことに留意しつつ、慎重に決すべきである。(ソフトウェア協)

- 強行規定とするものは、「当事者の意思によって適用を免れない。」など、明示が望ましいが、最終的には解釈に委ねるほかない。(堂島有志)
- わかりやすい民法の観点からは、強行法規についての明示的規定を定めることは有用である。ただし本改正に伴って、すべての規定を強行法規・任意法規に区分けすることについては、その実現可能性や規定方法を含めて慎重に議論すべきである。(親和会)
- 強行規定と任意規定の区別の明示をするという考え方には賛成であるが、現実には全てを明確に区別することは困難であると思われるので、



少なくとも合意が制限されているかどうかの区別がつきやすいような明示はすべきである。(大司書)

- 契約各則の規定のうち、どの規定が公序良俗に関するもの（強行規定）であり、どの規定がそうでないか（任意規定）の区別を、条文上できる限り明らかにする方向で検討すべきである。

現民法においては、当該規定が強行規定か任意規定かについては、専ら解釈にゆだねられているところであり、取引の安定性に欠けることに加え、ある法律行為の効力が争点である場合、当該法律行為に係る民法の規定が強行規定であるか否かによって結論が異なることになる。

強行規定であるか否かについて疑義のある条項も存在するが、少なくとも、民法債権法の条文については、できる限り明記するとともに、表現をできる限り統一する方向で、検討すべきである。(日司連)

- 更に検討の上、明確化が可能なものについては、任意規定又は強行規定であることを条文上明記すべきである。

任意規定と強行規定の区別については、分かりやすい民法の実現という観点からはこれを明確とする要請がある一方で、両者の区別が実際上困難であり、現時点で解釈を固定化することは適当でないと考えられる規定、適当な代替措置があれば異なる合意が許されるというタイプの規定等もあり得ることから、必要な検討を行った上で、明確化が可能な規定については明確化を実現すべきである。(弁護士)

- 民法のうち債権関係の規定を公序良俗に関するもの（強行規定）とそうでないもの（任意規定）に書き分けるという問題については、「法令の規定と異なる意思表示」という論点にも留意すべきである。(弁護士)

- 民法の規定のうち、債権関係の規定を、公序良俗に関するもの（強行規定）とそうでないもの（任意規定）に書き分けること、または、それを区別することは、必ずしも容易ではない。この問題は、典型契約の性質決定に関する規定を新設することや各典型契約の定義規定に関する問題とあわせて検討すべき問題である。(日大民研・商研)

- 明文をもって区別する意義と、区別が可能かという点に疑問を呈する意見があった。(最高裁)

- 強行規定と任意規定を区別することには反対する。強行規定と任意規定を単純に二分することは困難である。(愛知県弁)

- 極力強行規定は少なくする方向で検討されたい。(不動協)

- 債権関係のうち、強行規定である旨の理解が判例・通説上一致している項目については、強行規定であることを明確化することに賛成である。ただし、契約の場面においては、契約の自由が最大限尊重されるべきであって、強行規定の明確化を名目に強行法規の数を増やそうなどということのないよう留意されたい（全ての契約類型の典型化など困難であり、また、無理に典型契約としての拘束を強めれば、かえって現実に即さな

い結末をもたらしかねない)。(会社員)

- 強行規定、(たとえば賃貸借契約における)片面的強行規定、ともにできる範囲で明確化すべき。(大学教員)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### 第38 売買—総則

#### 【意見】

- 権利関係の明確化に役立ち得るため、消費者売買に関する特則を、まとめて、あるいは個々に規定することの可否・得失についても検討することが望ましい。(金沢弁消費者委)
- 現行の民法上、売買の目的物は「財産権」と規定されており、学説上も財産権以外のものは民法上の売買の目的物とはなり得ないと解されている。しかしながら、平成18年の信託法改正においては、信託の対象について旧法が「財産権」と規定していたところ、「財産」と文言が改められた。そして、その趣旨は、信託の対象が、具体的な名称で呼ばれるほどに成熟した権利である必要はなく、金銭的価値に見積もることができるもの全てが含まれるとの趣旨を明らかにしたものであると一般に説明されている。

かかる信託法改正の議論からすると、売買の目的物を「財産権」に限定する必然性はないように思われ、売買の目的物を「財産」一般とすることが検討されてよいと思われる。(西村あさひ有志)

#### 1 売買の一方の予約(民法第556条)

売買の一方の予約を規定する民法第556条の規定内容を明確にする等の観点から、①「予約」の定義規定を置くこと、②両当事者が予約完結権を有する場合を排除しない規定とすること、③契約成立に書面作成等の方式が必要とされる類型のものには、予約時に方式を要求すること、④予約完結権の行使期間を定めた場合の予約の効力についての規定も置くことについて、更に検討してはどうか。また、どのような内容の予約を規定の対象とすべきかという点については、予約完結権を与えるもの以外の予約の形態を民法に取り込むことの是非や、有償契約への準用規定(同法第559条)を通じて予約に関する規定が他の有償契約にも準用され得ることなどに留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、予約に関する規定が他の契約に適用ないし準用され得ることを踏まえて、その規定の位置を売買以外の箇所(例えば、契約総則)に改めるかどうかについて、検討してはどうか。

【部会資料15-2第1, 2 [2頁]】

#### 【意見】

- ①「予約」の定義規定をおくこと、②両当事者が予約完結権を有する場面を規定上排除する必要はないとの考え方、③要式契約の予約について、

予約時に方式を要求すべきであるとの考え方、及び④予約完結権の行使期間を定めた場合の予約の効力について定めること、いずれも賛成する。

どのような内容の予約を規定の対象とすべきか、規定の位置を改めるかどうかについては、検討することに賛成する。

予約が日常用語において用いられる「予約」（ホテルの予約など）と語義が異なり、分かりにくいことから、定義規定を置くことが望ましい。双方の予約についても、特にその有効性を否定する理由はないと思われる。また、契約成立が要式行為の場合には、その潜脱防止のためにも予約時に方式を要求すべきである。

もっとも、無償契約についての準用については慎重に検討すべきであり、その関係において、既定の配置も変わってくる。（兵庫県弁）

- (1) 売買の一方の予約を規定する民法第556条の規定内容を明確化することに賛成である。
- (2) ①「予約」の定義規定を置くことに賛成である。
- ② 両当事者が予約完結権を有する場合を排除しない規定とすることに賛成である
- ③ 契約成立に書面作成等の方式が必要とされる類型のものには、予約時に方式を要求することに賛成である。
- ④ 予約完結権の行使期間を定めた場合の予約の効力についての規定も置くことに賛成である。
- (3) 予約の規定の対象につき、予約完結権を与えるもの以外の予約の形態を民法に取り込むことにつき、慎重に検討すべきである。
- (4) 予約の規定の検討に当たり、売買に規定すると有償契約への準用規定（同法第559条）を通じて、予約に関する規定が他の有償契約にも準用されることにつき、慎重に検討すべきである。
- (5) 予約に関する規定の配置を売買以外のところ（例えば、契約総則）に改めるかどうかにつき、慎重に検討すべきである。

予約に関する規定を明確化することは妥当であり、その方向性に賛成である。それゆえ、①から④についても賛成である。特に②につき、一方の予約に限らず双方が予約完結権を有する場合も認められるべきであり、④については、民法第556条第2項は予約完結権行使期間の定めのない場合のみを規定するが、その前提として、予約完結権行使期間の定めのある場合について規定を設けるべきである。

「予約」の定義に関しては、現行民法の予約完結権に関する「予約」と、一般で利用する言葉としての「予約」とは異なっており、後者についても一定の契約上の法的効果があることから、明確性の観点から、後者の予約を含む現行法に規定されていない予約についても民法において、規定することを検討対象とすることは妥当である。

予約の規定は、現行法では売買に規定すると有償契約への準用規定（同

法第559条)を通じて、予約に関する規定が他の有償契約にも準用されることから、今後の法制審においても、他の有償契約への準用にも留意して、慎重に検討すべきである。

また、それゆえ、他の有償契約への準用を前提とすると、予約に関する規定の配置を売買以外のところ(例えば、契約総則)に改めることにも、慎重に検討すべきである。(日弁連)

- 予約の定義規定を置くことには賛成である。日常用語の「予約」とは異なる意味のものであり、法律用語としての意味を明確にするべきである。また、将来本契約を締結することを前提にしてなされる予約契約と、556条の適用場面である予約完結権が設定される「予約」の場合とでも意味は異なり、明確にするべきである。

両当事者が予約完結権を有する場合を排除しない規定をおくことに賛成。双方に予約完結権を与える契約をあえて排除する理由はない。

要式契約には予約契約にも要式性を要求することに賛成。予約契約によって相手方は契約に拘束されるのであるから、要式契約の趣旨からすると、予約契約の時点で要式性を要求すべき。

期間の定めのある予約の効力については、あえて規定をおく必要はない。予約完結権の行使期間を定めた場合、期間が経過すれば予約の効力が失うのは当然であって、あえて規定をおくまでの必要はないと思われる。

規定の配置については、売買のところのままでよい。契約総則においた場合、無償契約にも準用されるのか、検討が必要となる。そして、無償契約において相手方に予約完結権を認める合意を有償の場合と同じに考えてよいのか、予約完結権の譲渡性を認めるのか、慎重な検討を要する。総則におきながら、有償契約だけに準用されるとした場合でも、無償契約はどうなるのか、解釈上の疑義が生じやすい。現行法のままでよいのではないか。(堂島有志)

- 「予約」の定義規定を置くことに賛成である。分かりやすい民法の観点から、「予約」の定義規定を置くべきである。

両当事者が予約完結権を有する場合を排除しない規定とすることに賛成する。さらに、そのような場合を規定上明文化すべきである。両当事者が予約完結権を有するいわゆる双方の予約の場合には、双方が単独で本契約を成立させて義務の履行を求めることができるので、契約自体が成立している場合と変わらず、特に規定が置かれていない。しかし、一定期間を限定し、当事者いずれかが本契約を欲すれば契約が成立する旨の合意をあえて排除する必要はないと考えられる。したがって、双方の予約についても、規定上排除せず、また分かり易い民法の観点からも、明文化すべきと考えられる。

契約成立に書面作成等の方式が必要とされる類型のものには、予約時

に方式を要求することに賛成する。本規定は、有償契約への準用規定（現民法第559条）を通じて、定期借地契約等の要式契約にも準用される。この場合に、方式を要することなく予約が成立するものとする、予約完結権の意思表示のみで本契約が成立し、本契約につき方式の遵守を必要とした趣旨を潜脱し得ることになりかねない。したがって、予約時にも方式の遵守を必要とする旨の規定を置くべき。

予約完結権の行使期間の定めがある場合の予約の効力規定を置くことに賛成する。行使期間の定めのない場合だけでなく、定めのある場合についても規定をした方が、分かりやすい民法の趣旨にも合致する。

他の形態の予約をどの程度民法に取り込むかは別として、分りやすい民法の観点から、「売買の一方の予約」（現行民法556条）とは別に、将来本契約を締結すべき義務を生じさせる契約や、ホテルの予約等の法的には本契約となる契約など、一般に「予約」と言われるが法的には異なる契約類型が存在することやその違いを明示すべきである。

予約に関する規定を売買以外の契約総則等のしかるべきところに配置することについて特に反対はしないが、分りやすさの観点から、他の契約に準用され得る他の条項の配置と平仄と合わせるべきである。予約に関する規定を売買以外の契約総則等のしかるべきところに配置することについては、それによって特に一般市民にとって分かりやすくなるのであれば、好ましいことであり、特段反対すべき理由はない。ただ、予約に関する規定以外にも、他の契約に準用され得る条項があるが、これらについても、分かりやすい民法の観点から、予約に関する規定と同様に契約総則等のしかるべきところに配置して平仄を合わせるべきである。

（大阪弁）

- 中間論点整理の本文①ないし④につきいずれも賛成である。どのような内容の予約を規定の対象をすべきか、予約の規定の位置について、慎重に検討すべきである。

①について、「当事者間に将来本契約を締結する債務を生じさせる契約」との差異が明確になる。

②について、双方の予約が可能であるという規定をあえて排除することではなく、また、そうであれば、条文上も明確にしておくとう分かりやすい。

③について、本契約が要式行為である場合に、予約時に方式を要求しないと、本契約が要式行為と定めた趣旨を潜脱する。

④について、明文化すると分かりやすい。（横浜弁）

- ①につき、予約の定義規定を置くべきである。
- ②につき、両当事者が予約完結権を有する場合を排除する理由に乏しいため、この場合も含めるべきである。
- ③につき、本予約について方式の遵守を必要とする趣旨を潜脱させな

いために、予約にも方式を求めるべきである。

④につき、規定を置くべきである。(金沢弁消費者委)

- ①につき、定義規定を置くことについては賛成。「予約」といっても、承諾の必要があるか否かでズレがあったり、濫用の問題があるため、この点は明文化しておく方がよい。

②につき、あえて規定する必要はない。両当事者が同時に予約完結権を行使するというを想定する必要性に乏しい。

③につき、強く反対はしないが、ここで規定するよりは契約総則に規定することを考える方が適切である。売買自体が要式行為ではなく、要式契約である場合はごく限られていて、その場合にはすでに借地借家法等で明文がある。であれば、予約に関しても借地借家法等でまとめて規定する方が合理的である。

④につき、強く反対はしないが、当然のことであってあえて規定する必要もない。何のために効果について明文化する必要があるのかをもっと検討すべきである。

どのような内容の予約を規定の対象とすべきか、については、検討自体には反対しない。これに関しては、既存の予約と異なる種類のものがあることが指摘されており、より検討が必要である。

規定の配置については、検討することに賛成。予約に関しては、売買以外の場合も想定しうる。(東弁)

- 分かり易さの観点から、「予約」の定義規定を置くことに賛成する。

両当事者が予約完結権を有する場合と排除しない規定とすることに賛成する。両当事者の予約完結権を排除する理由もなく、認めたことによる弊害も特に考えられない。

要式契約の趣旨を潜脱しないため、契約成立に書面作成等の方式が必要とされる種類のものには、予約時に方式を要求することに賛成する。

分かり易さの観点から、予約完結権の行使期間を定めた場合の予約の効力についての規定も置くことに賛成する。

予約完結権を与えるもの以外の予約の形態を民法に取り込むことについては、慎重に検討すべきである。一般的に利用される「予約」にも一定の法的効果が認められ、この点を明確にすることには反対しないが、他方、多様な形態の予約を全て民法に規定することは困難であると思われる。

有償契約への準用規定(民法第559条)を通じて予約に関する規定が他の有償契約にも準用されることについては、慎重に検討すべきである。予約の規定の検討にあたっては、売買に規定すると有償契約への準用規定を通じて、予約に関する規定が他の有償契約にも準用されることになるため、その妥当性を慎重に検討されるべきである。同様の観点から、予約の規定の位置を売買以外の箇所に変更することは、慎重に検討す

べきである。(愛知県弁)

- 「予約」の定義規定を置くこと及び予約完結権の行使期間を定めた場合の予約の効力についての規定を置く方向で検討するとともに、両当事者が予約完結権を有する場合の規定や、契約成立に書面作成等の方式が必要とされる類型のものに予約時に方式を要求する規定についても、可能な限り整備する方向で検討すべきである。

売買の一方の予約（現民法第556条）については、一方当事者の意思表示による契約成立に限られるため、担保目的で利用されていることが多い。一方、債権法における予約概念の存在意義が失われているとは未だ言い切れず、予約に関する規定についても分かりやすく利用しやすいものにすべきである。(日司連)

- 全て賛成。部会資料15-2にあるとおり。(広島弁)
- ①予約の定義を置くこと、②両当事者が予約完結権を有する場合を排除しない規定とすること、③契約成立に書面作成等の方式が必要とされる類型のものには、予約時に方式を要求すること、④予約完結権の行使期間を定めた場合の予約の効力についての規定も置くことつき、いずれも賛成する。

規定の配置は、売買ではなく、契約総則におくべきである。

①については、予約の意味は、日常用語の予約とは必ずしも一致しないのであるから、わかりやすさの観点から、定義規定をおくべきである。②については、片方の当事者が予約完結権を有する場合に限定する合理的理由はないので、両当事者が予約完結権を有する場合を排除しないものとするべきである。③契約成立に書面作成等の方式が必要とされる類型のものにつき、方式を要することなく契約が成立するものとする、要式契約の趣旨を潜脱してしまうので、予約時に方式を要求すべきである。④わかりやすさの観点から、行使期間の定めがない場合のみならず、期間の定めがある場合にも規定を設けるべきである。

規定の配置は、上記③は売買には全く適用されないものであることから、契約総則に置く方がわかりやすい。(札幌弁)

- (1) 予約の定義規定  
どのような内容の予約を規定対象とするかにもよるが、一般的な予約の定義規定を設けることが可能か。予約完結権型の予約について定義する場合は、停止条件付売買契約との違いを明らかにする必要がある。

(2) 本来の予約についての明文化の必要性

要物契約や要式契約においてのみならず、契約交渉段階においても当事者間に将来本契約を締結する債務を発生させることの有用性を考えると、本来の予約の明文化も検討の余地があるのではないか。特に、予約破棄の効果を明らかにすることで、契約交渉不当破棄の責任との関係を明らかにする必要がある。

### (3) 規定の位置

予約に関しては本契約との関係も含めて、契約総則（契約の成立）に規定を置いた方が分かりやすいのではないか。（「改正を考える」研）

- 中間的な論点整理の①，②，③，④とも論議の通りの方向で更に検討すべきである。特に予約という言葉自体を更に適切な言葉として意義付けをする方向で検討すべきである。

「予約」の定義規定について、予約という言葉自体は、広く一般に使用されており、民法で定義づけをするには一般の言葉のイメージが定着しすぎている。民法で使用されている「予約」の定義規定をおくことは必要であるが、一般に使用されている予約の意味との混同を避けるために、言葉自体を変更することも検討すべきである。（東京青司協）

- ①「予約」の定義規定を置くこと、及び、④予約完結権の行使期間を定めた場合の予約の効力についての規定も置くことについては、分かりやすさの見地から、賛成である。②両当事者が予約完結権を有する場合を排除しない規定とすることについては、排除する積極的な理由はないことから賛成である。③契約成立に書面作成等の方式が必要とされる類型のものには、予約時に方式を要求することについては、要式契約の趣旨潜脱防止の見地から、賛成である。（三菱電機）
- 賃貸借の予約や、定期借家契約の再契約予約などに影響がある。とりわけ後者については、定期借家契約の普及のためにも欠かせないものであり、このような条件付きの再契約予約が否定されないような規定ぶりとする必要があるのではないか。（全宅連）
- 予約の定義規定（当事者の双方が予約完結権を有する場合も明示する）を設け、契約の成立に書面作成等の方式が必要とされるものについては予約の段階で方式を要求すること等の明文の規定を設けるべきである。

加えて、完結権型予約の定義に関して、予約によって成立する売買契約の内容が確定されていることが必要である旨規定すべきである。

なお、本契約の内容が確定しない場合には予約も成立しないので、予約の定義を定める際に、この点を確認的に規定しておくべきである。（福岡弁）

- 検討委員会試案【3.2.1.02】の形で条文化することに賛成である。本研究会においては、規定場所は契約総則に置くべきであるとの見解が多数を占めたが、準用規定を設ければ売買の個所に規定しても問題はないとの意見もあった。（日大民研・商研）
- 中間論点整理の①～④は賛成。②については双方予約も当然に可能であるから特に規定の必要はない。有償契約に準用される規定の位置は契約総則に規定してはどうか。（広大有志）
- 中間的な論点整理記載の①から④については賛成。規定の位置につい



ては契約総論でよい。(大学教員)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 契約成立に書面作成等の方式が必要とされる類型のものには予約時に方式を要求することにつき、かかる規律が有償契約に準用されることを前提とした場合、少なくとも定期借地権(借地借家法第22条)及び事業用定期借地契約等(同法第23条)については、実務に悪影響を及ぼさないよう、かかる規律の適用範囲等について慎重な配慮・検討が必要である。(森・濱田松本有志)
- 「売買の一方の予約」とは別に、「本来の予約」(当事者間に将来本契約を締結する債務を生じさせる契約)について規定を設けることについて、検討してはどうか。

一般に、「予約」とは、当事者間に将来本契約を締結する債務を生じさせる契約と解されており、これを「本来の予約」と呼び、「売買の一方の予約」とは区別されている。しかし、民法では、「売買の一方の予約」について定めるのみで、「本来の予約」については定めていない。

現行民法第556条が売買の一方の予約のみを規定した趣旨は、「本来の予約」では、相手方が契約の締結に応じない場合には承諾を求める訴えを提起して判決を得て本契約を成立させなければならないが、それは迂遠であり、なるべく早く売買を完結させる必要があるからと解されている。このような理由から「本来の予約」の有用性を全く認めないのであれば、「売買の予約」の規定としては「売買の一方の予約」のみを定めるという考え方もあり得る。

しかし、「本来の予約」という契約類型の有用性についてさらに検討した上、これを認めるのであれば、「本来の予約」に関する規定を設ける方が明確であり、わかりやすい民法にも資する。(二弁)

- ①「売買の一方の予約」の意味は必ずしも明確でないことから、定義規定を設けることに賛成である。

②「双方の予約」とは、当事者のいずれかが予約完結権を行使すれば契約が成立するというものであるが、双方の予約について法的効力を認めることに問題ないとしても、あえて典型契約の内容として規定する必要はない。

③要式契約については、予約完結権を行使しても、要式が整っていない限り契約が成立しないと解釈されることから、要式契約の予約について、予約時に方式が必要であることをあえて規定する必要はない。

④民法は、予約完結権の行使期間の定めのない場合の予約の効力について規定するのみで、予約完結権の行使期間の定めがある場合の予約の効力については規定がないことから、わかりやすい民法とするため、予約完結権の行使期間の定めがある場合の予約の効力(期間の経過により予約は効力を失う)についても規定を置くべきである。(親和会)

- 予約の定義については、停止条件付契約との区別や現状の様々な予約

などにも十分配慮すべきであり、それが困難であれば、定義すべきでない。

契約類型ごとの規律に応じ、予約に方式を要求することには反対である。要式行為を実施しない限り、予約完結の意思表示のみでは契約が締結しないと考えれば足りる。(一弁)

- 売買の一方の予約について、上記①及び③のような規定の整備を行うことには、特に異論はないが、上記②及び④のような規定を置く必要は無い。なお、予約に関する規定を契約総則等に改めることについては、特に異論はない。

上記①は、現行民法第556条に規定する「売買の一方の予約」が、いわゆるオプション取引に類似したものであり、日常用語の「予約」とは意味が異なるものであるため、分かりやすさの観点から、「売買の一方の予約」について定義規定を設けることを提案するものであり、この点について特に反対する理由はない。

なお、定義規定の在り方については、現行法の考え方を維持することを前提とする場合、「売買の一方の予約とは、予約完結権を与えられた一方の当事者が予約完結の意思表示をすることにより、当事者間であらかじめ定められた内容の売買契約を成立させる合意である」などとするようになる。

一方、上記②については、両当事者が予約完結権を有する場面も含めて「売買の予約」に関する規定を置くことを提案するものであるが、現行民法にいう「売買の一方の予約」は、実務上行われているオプション取引に近いものを指すと考えられるのに対し、「契約当事者双方が予約完結権を有する合意」は、当事者双方とも単独で予約完結権を行使して相手方に本契約の履行を求めることができる以上、実質的には売買契約そのものであり、両者は全く意味合いが異なるものであるから、両者を「売買の予約」という一つの制度に統合することは相当でない。

そして、「契約当事者双方が予約完結権を有する合意」は、実質的には通常の売買契約と何ら異なるところはない上に、仮にその予約完結権の行使期間が限定されていたとしても、そのような特約が可能であることは契約自由の原則に照らし自明のことであり、敢えて明文の規定を設ける必要はないと考えられる。むしろ、実質的な法的性質が全く異なるものについて、あたかも別個の制度であるかのような規定を設けることは、実務上無用の混乱を招くおそれがあり、適切ではない。

③については、法律上要式契約とされている契約の締結について「一方の予約」を行う場合、予約時に方式が要求されることを条文上明確にする必要性を全く否定するものではないが、現行法の下においても、要式契約の締結にあたり「一方の予約」により要式性の潜脱が可能であるという解釈が採られているわけではなく、そのような潜脱行為が判例上

問題になったというケースも聞いたことがないことから、このような事項につきわざわざ明文の規定を設ける必要性については、若干疑問の余地がある。

そして④については、要するに「予約完結権に期間の定めがある場合において、その期間内に予約完結権が行使されなかったときは、予約完結権はその効力を失う」という趣旨の規定を設けることを提案するものであるが、そのようなことはわざわざ条文に書かなくても当然のことであり、仮に法律をよく知らない一般市民であっても、そのような事項について民法に規定がないと誤解してしまうとは通常考えられない。

「分かりやすさ」と称して、大した必要性もない規定を次々と現行民法典に追加していくことは、かえって民法典を冗長で分かりにくいものにしてしまう危険性も考慮すべきであろう。(弁護士)

- 売買の一方の予約に関する民法第556条の規定内容を明確にするかについて、多様な形態の予約を全て民法に規定することは困難であるから、最も基本的な予約を規定することで足りると考える。

最も基本的な予約の態様を決するに当たっては、売買の規定が原則として他の有償契約に準用されること(民法第559条)に留意すべきである。(弁護士)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 2 手付(民法第557条)

手付の規定(民法第557条)に関しては、履行に着手した当事者による手付解除を認める判例法理を明文化することについて、更に検討してはどうか。なお、これを明文化する場合には、履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求をすることができる旨の規定を置くことについても、検討してはどうか。

また、「履行に着手」の意義に関する判例法理を明文化することについて、検討してはどうか。

さらに、「償還」の意義については、現実に払い渡す必要はないなどとする判例を踏まえ、債務不履行責任を免れる要件としての弁済の提供(民法第492条)との異同に留意しつつ、その内容を明確にする方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第1, 3 [3頁]】

### 【意見】

- 判例法理を明文化する方向で齟齬を解消することに賛成である。現行法では、条文から判例法理を読み取れない。(横浜弁)
- 手付の規定に関しては、判例法理に従った規定を置く方向で、更に検討すべきである。

履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求すること

ができる旨の規定を置くことについては、置かない方向で更に検討すべきである。

手付けに関しては不動産の売買などの取引ルールとしてかなり広く使われており、一般の感覚としてもかなり整備されている感はある。ただし、履行の着手の意義、当事者の手付け解除の可否や、履行の着手時点の特定など紛争が生じたときの処理は条文からは判断できない。よって、判例が固定されている部分は、条文に反映させるべきである。

履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求については、それを認めると、手付け解除をした履行に着手した当事者は、相手方の行為を知ることは困難であるため、逆に履行に着手した当事者の保護が失われる恐れがある。よって、履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求することができる旨の規定を置くことについては、置かない方向で更に検討すべきである。（東京青司協）

- 履行に着手した当事者による手付け解除を認める判例法理の明文化の方向での検討には賛成。その際には、「当事者の一方」は判例のように「相手方」と明示すること、「償還して」は「現実に提供して」と明示すること、また原則として解約手付とすること、については明文化を考えるべきである。

履行されると信頼した相手方の損害賠償請求についての明文化は、検討の必要はない。履行されると信頼した相手方の損害賠償請求は、いわゆる契約締結上の過失の問題として処理すれば足り、ここで独自の請求権まで認める必要はない。

「履行の着手」の意義に関する判例の明文化の検討については、賛成。

「償還」の意義に関し、内容を明確化する方向での検討には賛成。「償還」が現実の払い渡しの必要がない、という点は、条文上必ずしも明らかでなく解釈上認められたものであり、明確化することは国民の予測可能性に資する。（東弁）

- 履行に着手した当事者による手付け解除を認める判例法理を明文化することに、賛成である。判例法理を明文化することに、異論はない。

これを明文化する場合に、履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求をすることができる旨の規定を置くことにつき、慎重に検討すべきである。現行法にはない新たな論点であるので、現時点では議論は熟していないことから、慎重に検討すべきである。

「履行に着手」の意義に関する判例法理を明文化することに、賛成である。判例法理を明文化することに、異論はない。

「償還」の意義について、判例を踏まえ、その内容を明確化することに賛成であるが、その内容については、慎重に検討すべきである。現行判例からすれば「償還」の用語は修正されるべきである。「提供」が候補であるが、現行判例では、「現実の提供」に限定していることから、弁済の提

供との異動を意識すべきではある。

この点、「口頭の提供」を一切排除すべきではなく、「口頭の提供」も一定程度含まれるべきではある。ただし、その範囲は限定的であるべきと思われるので、その範囲について慎重に検討すべきである。（日弁連）

- いずれについても賛成である。

確立した判例と条文の文言のずれを是正し、判例を明文化する方向での解決を行う考え方には賛成である。（兵庫県弁）

- 履行に着手した当事者による手付解除を認める判例法理の明文化に賛成する。相手方が解除者の履行の着手を知らなかったのであれば、「もはや契約解除しないだろう」との期待を相手に抱かせないはず。逆に、相手方が解除者の履行の着手を知っていた場合、相手方が解除されたくないのであれば自ら履行に着手すればよいであり、履行に着手しない選択をしたのであれば、解除されてもやむをえない。

このことは、肯定説を明文化することにより、その相手方が履行に着手しない限り解除されうると認識しやすくなるのであるから、肯定説を明文化すべき。

なお、相手方に不測の損害を与える可能性は否定できないので、履行に着手した当事者の解除による損害賠償義務の明文化も合わせて検討すべきである。

（上記の判例法理の明文化をする場合）履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害を賠償請求することができる旨の規定を置く方向で検討すべきである。履行に着手した当事者による手付解除を認める場合、相手方に不測の損害を与える可能性は否定できないので、履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害を賠償請求することができる旨の規定を置く方向で検討すべきである。

「履行に着手」の意義に関する判例法理の明文化をすべきである。「履行に着手」の意義に関する判例法理については、判例の定義を明文化しても、結局、いつの時点でその定義に該当することになるのかは個別事案ごとの解釈となることを理由に検討委員会試案においても明文化について否定的である。

しかしながら、一般市民に分かりやすい民法という意味では、そのような定義でも条文化することにより、理解の一助となると考えられることから、明文化すべきである。

「償還」の意義については、債務不履行責任を免れる要件としての弁済の提供との異同に留意しつつ、「提供」に変更する方向で、その内容を明確化すべきである。現実に払い渡す必要はないというのが判例・学説であるところ、「償還」であれば実際に払い渡すと誤解されるおそれがあるため、「提供」に改めるべき。

なお、「提供」について、口頭の提供では足りず「現実の提供」が必要

との判例があるが、単に「提供」と規定し“口頭の提供”を排除しない立場が相当である。どのような事情があっても常に現実の提供が必要とすることは硬直的に過ぎるからである。ただし、債務不履行を免れる「提供」（現行民法492条・493条）とは趣旨を異にすることから、口頭の提供で足りる場合はきわめて例外的な場合に限られると考えられ、この点については、明文化において留意すべきであろう。（大阪弁）

- 履行に着手した当事者の側からの解除を肯定し、「償還」ではなく、「提供」で可とすべきである。（金沢弁消費者委）
- 履行に着手した当事者による手付解除を認める判例法理を明文化することについては、賛成する。

これを明文化する場合に、履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求がすることができる旨の規定を置くことについては、慎重に検討すべきである。

「履行の着手」の意義に関する判例法理を明文化することについては、賛成する。

「償還」の意義について、判例を踏まえ、その内容を明確にすることには、賛成する。

現在の判例の考え方は是認されるべきであり、判例と現行法の文言との間にそごがある以上、判例に合わせた規定とすべきである。他方、判例法理を超えた新たな規定を置くことについては、慎重な検討がなされるべきである。（愛知県弁）

- 履行に着手した当事者による手付解除を認める判例法理、及び「履行に着手」の意義に関する判例法理の両者を、可能な限り明文化する方向で検討すべきである。

「償還」の意義については、現実に払い渡す必要はないなどとする判例を踏まえ、その内容を、可能な限り明確化する方向で検討すべきである。

手付は実務上も重要であるものの、現民法の条文は不十分であり、一部は条文の文言解釈と判例法理に齟齬が生じている。よって、上記意見の趣旨のとおり、少なくとも判例法理のうち、争いのない部分を明確にするべきである。（日司連）

- 履行に着手した当事者による手付解除は認めるべきであり、これを明文化するにあたっては、履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求をすることができる旨の規定は置くべきではない。

手付には、証約手付、成約手付、違約手付、解約手付が存在する。現行民法は、任意規定として、手付に違約手付と解約手付の両者の性質を与えている。これは、買主又は売主に契約の一方的解除権を認め、その代わりに、相手方に生じた損害を補填するために、買主による手付の放棄又は売主による手付金額の倍額償還を、契約解除の条件とした法の規定

によるものである。そしてまた、この場合、条文上は、「当事者の一方が契約の履行に着手するまでは」（557条）という解除時期の制限が課せられているが、最高裁判例は本規定を、「未だ履行に着手していない当事者は、契約を解除されても、自らは何ら履行に着手していないのであるから、これがため不測の損害を蒙るということはなく、仮に何らかの損害を蒙るとしても、損害賠償の予定を兼ねている解約手付を取得し又はその倍額の償還を受けることにより、その損害は填補されるのであり、解約手付契約に基づく解除権の行使を甘受すべき立場にあるものである。」と解し、「解除権を行使する当事者は、たとえ履行に着手していても、自らその着手に要した出費を犠牲にし、更に手付を放棄し又はその倍額の償還をしても、なおあえて契約を解除したいというのであり、それは元来有している解除権を行使するものにほかならないばかりでなく、これがため相手方には何らの損害を与えないのであるから、右557条1項の立法趣旨に徴しても、かような場合に、解除権の行使を禁止すべき理由はなく、また、自ら履行に着手したからといって、これをもつて、自己の解除権を放棄したものと擬制すべき法的根拠もない。」（最判昭和40年11月24日民集19巻8号2019頁）と述べ、履行に着手した当事者による手付解除を認めている。

本意見書は、上記最高裁判例の意見に賛意を表するものであり、現行法557条は、「履行されると信頼した相手方」に「生じた損害」を、契約解除をした者の手付の放棄または手付額の倍額の償還により補填することを予定しており、簡易な方法による契約の解除を認めたところにその意義を有するものであると考える。これに対し、「履行されると信頼した相手方がそれにより生じた損害の賠償請求をすることができる旨の規定を置く」場合、本規定の意義を没却することになり、解除権者の権利行使を阻害する要因になりかねない。双務契約において「履行されると信頼した相手方」は、自らの債務の履行に着手することで手付放棄等による契約解除の危険から免れることができるのであり、また、手付放棄者等による契約解除が本規定の趣旨を逸脱し、違法性を帯びるのであれば、債務不履行又は不法行為を原因とする損害賠償請求を認めれば足り、そうでない限り、現行民法に比してさらに損害賠償請求を認める規定を設ける必要はないと考える。（青司協）

- 全て賛成。部会資料15-2にあるとおり。（広島弁）
- 履行に着手した当事者による手付解除を認める規定を設けることにつき、賛成する。この場合に、履行されると信頼した相手方が損害賠償できる旨の規定は不要である。

「履行の着手」の意義に関する判例法理を明文化することにつき、賛成する。

「償還」の意義の内容を明確化する方向につき、賛成する。「償還」を

「提供」に改めるべきである。

民法557条第1項は、「当事者の一方」が履行に着手するまでは、手付放棄等による解除ができると規定しており、履行に着手した当事者による手付解除を否定するように読める。ところが、履行に着手した当事者による手付解除を認めることは判例法理である。したがって、判例法理に基づく規定に改めるべきである。

この場合に、履行されると信頼した相手方が損害賠償できる旨の規定をおくべきではないと考える。履行されると信頼した相手方に損害がある場合には、相手方自身の履行の着手が認められると予想され、この場合解除権できない。したがって、手付解除は損害賠償を請求できないことで統一すべきである（ただし、別に債務不履行による損害賠償の要件を備えれば、債務不履行による損害賠償の請求はできる）。

「履行の着手」だけよりも、判例法理を明文化した方が、具体的ケースの判断がしやすいので、これにつき規定を設けるべきである。

「償還」の意義は、文言からすると、現実に払い渡すことが必要ではないかと読めるが、判例では、「提供」をすればよいとされている。従って、「償還」を「提供」に改めるべきである。（札幌弁）

- 履行に着手した当事者による手付解除を認める判例法理、「履行に着手」の意義に関する判例法理及び「償還」の意義に関する判例の考え方を明文化することに賛成である。わかりやすい民法の観点から、判例法理や判例の考え方は基本的に明文化すべきである。（三菱電機）
- 特に異論はない。（二弁）
- 判例法理を条文化する方向での検討に賛成。（大学教員）
- 「履行に着手」の意義については、これを「客観的に外部から認識できるような形で履行行為の一部をなし又は履行の提供をするために欠くことのできない前提行為をした場合を指す」とする判例法理（最判昭和40年11月24日民集19巻8号2019頁）の明文化には合理性がある。

「償還」の意義については、これに関する判例との整合性及び債務不履行責任を免れる要件としての弁済の提供（民法第492条）との異同を意識しつつ、その内容を明確にする方向で検討すべきである。（弁護士）

- ①民法は、当事者の一方が契約の履行に着手するまでは、契約を解除することができる規定があるが、これは契約の履行を信頼して契約の履行に着手した当事者の信頼を保護するためのものであるから、自ら履行に着手した当事者が契約を解除することまで禁止する必要はない。判例（最判昭和40年11月24日）も同旨であり、この点を条文上も明確にすることに賛成である。

②民法は、買主が売主に手付を行使した時は、買主は、その倍額を償還して、契約の解除をすることができるかとされているが、買主が契約の解除



をするためには、（倍額の支払いについて）現実の履行がなくても、提供があれば足りると解されるから、「償還」を「提供」に改めることに賛成である。

③手付が交付された場合には、特段の意思表示がない限り、解約手付と認めるべきであるとの判例（大判昭和7年7月19日）、解約手付と違約手付が両立しえるとの判例（最判昭和24年10月4日）、「履行の着手」に関する判例（最判昭和40年11月24日）についても、わかりやすい民法という趣旨から条文に取り込むことに賛成である。（親和会）

- 具体的基準を明らかにすべきであるから、いずれも賛成である。（広大有志）
- 履行の着手について判例の基準を明文化することには賛成である。履行されると信頼した相手方保護として損害賠償による調整を設けることには賛成であるが、錯誤や契約交渉上の過失との関係に配慮する必要がある。「償還」については、口頭の提供では足りず現実の提供が必要とするのが判例であるが、本研究会においては、あらかじめ強く拒んでいる場合にまで現実の提供まで必要ないのではないかとの意見が出された。（日大民研・商研）
- 履行に着手した当事者は、相手方が履行に着手するまでは解除が可能という判例法理を明文化することに賛成。損害賠償の規定をおくことまでは必要ない。手付金の放棄・償還を条件に解除権を合意した以上、自らが履行に着手するまで解除されることはやむを得ない。履行に着手していないのに、「履行されると信頼した相手方に生じた損害」というのが具体的に生じるのか疑問。損害賠償については、明文化は不要である。

「履行に着手」の意義を明文化する必要はない。「履行に着手」の判例の定義を明文化しても、わかりやすくなるとはいえない。

「償還」の意義を明確化し、「提供」というように判例法理を明文化することに賛成。現行民法の「償還」では現実に交付することが必須であるとの誤解を生じうるので、判例法理を明文化すべきである。（堂島有志）
- 履行に着手した当事者が解除した場合に相手方の損害賠償を認めることについては、これを認める必要性に乏しいとの意見が多かった。（最高裁）
- 手付について、売買契約の当事者が予め決めた期日（この期日を定めなかったときは相手方が履行に着手する時）までの間、手付放棄又は倍額償還によって契約を解除することができるという定義に改めるべきである。

履行に着手したか否かの判断は非常に難しく、第一次的には、当事者の合意で定めた期日までは解除できる内容に、手付の定義を改めるべきである。（福岡弁）
- (1) 手付の意義と解約手付の推定

手付の意義を明らかにしないままに、解約手付の推定を認めることに問題はないのか。

(2) 「履行に着手」の意味の客観化

相手方が知り得ないような履行準備をもって「履行に着手」と評価されることのないように、その意味を客観化する必要がある。

(3) 相手方の損害賠償請求

手付は解約手付と推定されるという前提のもと、自ら履行に着手しても手付解除が可能とする判例理論を採用するとの立場を採りながら、なぜ相手方に損害賠償請求権を認める必要があるのか。解約手付が交付されている場合に、履行に対する相手方の信頼を保護する必要があるのか。（「改正を考える」研）

○① 履行に着手した当事者による手付解除を認めることは、賛成する。

② 「履行に着手」及び「償還」の意義に関する判例法理を明文化することには、特に異論はない。

①について、相手方が履行に着手した場合に手付解除を認められないのは当然であるが、自らが履行に着手したに過ぎない場合には、手付解除を認めるのが相当でないほど相手方の履行に対する合理的期待が高まっているとはいえないので、手付解除を認める判例の考え方に賛成する。なお、相手方による損害賠償請求権を認めることは、手付解除を実質的に制限する結果となるため、賛成できない。（弁護士）

○ 「一方」を「相手方」に直し、その代わりに、「ただし、当事者自身のみが履行に着手した場合は、解除による相手方の損害が着手前の解除の場合よりも大きい場合は解除できない。」と付け加えることを提唱する。例えば、家を売買して、手付を払い、売主が引き渡し、買主が住んでいる借家の契約を解約して引っ越したのに売主に解除されたら、買主はまた借家契約をした上で引っ越すという大変な手間を強いられるのであり、どうせ解除するなら引き渡す前に解除してほしいと思って当然である。なお、「買主の受領義務」の意見も参照。逆に買主側からの解除の場合は余りそういう問題はないが、買主が残金（の一部又は全部）を払い、売主が受け取った金で低金利の固定金利ローンの返済に充てた場合、買主が解除すると売主は残金を返すために再度借金する羽目になるが、今度は金利が高くなったり借入先を探すこと自体が大変だったりすると、どうせ解除するなら残金を払う前に解除してほしいと思って当然である。

それから手付の種類ということが言われるが、民法の条文上は手付の種類など存在しない。ところが宅建業法39条では手付の種類があることを認めた上で宅建業者が自ら売主の場合は解約手付の性質を持つことを定めている（そういう言い方はしていないが）。それから特段の意思表示がない限り解約手付とする判例があるのに条文上は解除となっている

のもおかしい。借地借家の場合は解約と解除は厳密に区別される（異論はあるが、これが判例）のに手付の民法の条文が混乱しているのもおかしい（「使用貸借契約の成立要件」「注文者の任意解除権に対する制約」の意見も参照）。ついでながら、宅建業法 35 条 1 項 8 号が解除だけなのもおかしい。それから実務上は解約手付と違約手付の双方を兼ねるとした方が混乱を防げるし、判例上も兼ねて構わないとしているのに、条文の方は不明確なのもおかしい。そのあたり実態に即した形に直すべきである。（翻訳・出版関係）

- 改定の必要があるとは思えない。（個人）

### 第 39 売買—売買の効力（担保責任）

#### 【意見】

- 売主・買主のそれぞれについての当事者の属性，例えば，事業者・承認かどうか，という違いによって規定に違いを設けるべきか否かについても検討されることが望ましい。（金沢弁消費者委）

#### 1 物の瑕疵に関する担保責任（民法第 570 条）

##### (1) 債務不履行の一般原則との関係（瑕疵担保責任の法的性質）

瑕疵担保責任の法的性質については、契約責任と構成することが適切であるという意見があった一方で、瑕疵担保責任の要件・効果等を法的性質の理論的な検討から演繹的に導くのではなく、個別具体的な事案の解決にとって現在の規定に不備があるかという観点からの検討を行うべきであるという意見があった。これらを踏まえて、瑕疵担保責任を契約責任と構成して規定を整備することが適切かという点の検討と併せて、目的物に瑕疵があった場合における買主の適切な救済を図る上で具体的にどのような規定の不備等があるかを確認しながら、売買の目的物に瑕疵があった場合の特則を設けるか否かについて、更に検討してはどうか。

【部会資料 15-2 第 2, 2(1) [8 頁]】

#### 【意見】

- 修補請求権や代物請求権，損害賠償請求権の内容などを考えれば，救済方法の順位付けなどの整備は別途必要としても，基本的な性質を契約責任として明確にすることが適切であるし，また必要でもある。（大学教員）
- 「瑕疵担保責任の法的性質」という問題にこだわらず，基本として債務不履行責任の問題として整理しつつも，事案解決のために何が不備であるか，という点を第一に検討すべきである。  
売買の目的が何かでは原則として区別しないで規定すべきであると考えるが，中には「物」（特定物）・「権利」それぞれの性質に応じた特

則を設けるなど、柔軟に対応する方向で検討すべきである。(東弁)

- 瑕疵担保責任を債務不履行の一類型として位置付け、売買契約の目的物が「当事者の合意」した品質（品質について「当事者の合意」がなされていない場合には、「合意の趣旨」から判断される品質、「合意の趣旨」から判断できないときは、「取引の通念」に従って判断される中程度の品質）を有していなかった場合に、買主が行使できる権利である、と整理すべきである。

追完請求、契約解除、代金減額請求については、債務者の帰責事由は不要であるが、損害賠償請求に関しては債務者の帰責事由が必要であるとすべきである。

瑕疵担保責任の効果につき、追完請求、契約解除、代金減額請求、損害賠償が考えられる。損害賠償の範囲は、履行利益にも及ぶとすべきである。(福岡弁)

- 売買の瑕疵担保責任を契約責任と構成し、必要な限度で売買の箇所に規定を設けるべきである。

たとえば、消費者が業者から中古車を購入するケースにおいては、両当事者は、少なくとも当該車両の走行が道路交通法に反しない程度に整備された車両を給付する旨合意しているといえるから、このような場合はブレーキが故障していれば債務不履行責任を肯定すべきであり、むしろこの場合に債務不履行が生じないと考えるのは一般常識に反し、一般国民にとって分かりにくい。すなわち、今回の改正法においては、一般国民の常識に照らし分かりにくい特定物ドグマから脱却するのが妥当である。

特定物ドグマを前提に現行の瑕疵担保責任を法定責任と捉えると、損害賠償の範囲が信頼利益に限定されるなど、瑕疵ある物を購入した者の保護に欠ける事例が多数生じる。特定物売買においても履行利益の賠償を認められるような立法を目指すべきである。

瑕疵担保責任の法的性質に関する最判昭和36年12月15日は、その理論構成が分かりづらく、裁判規範として機能しているか疑問がある。同判例のリステイトメントを目指すべきではない。(仙台弁)

- 市民に対して、現状渡し＝何ら責任を負わない、とはならないことをハッキリさせるべきであり、債務不履行の特則として規定すべきである。(広大有志)

- 少なくとも立法論としては、契約責任説（ないし債務不履行説）でよい。この場合、危険負担制度の存廃の問題、債務不履行に基づく無催告解除との関係、債務不履行責任の免責事由との関係など数ある問題を含め、制度間の矛盾が生じないように制度設計をする必要がある。

特定物ドグマを前提とする古典的な法定責任説ではいくつかの問題について妥当な結論を導けず、かといって、修正された法定責任説に

は理論的整合性に問題がある。少なくとも、立法論として考えれば、契約責任説の方が理論的整合性を保ち適切な結論を導くことができると考えられる。(兵庫県弁)

- 瑕疵担保責任の理論的根拠として、法定責任説の根拠である特定物ドグマ及び原始的不能論を採用する必然性はなく、一般の債務不履行と同様、契約で合意された目的物を給付する債務を履行しなかったことに責任の根拠を求めれば足りる。

ただし、瑕疵担保責任の理論的根拠の如何を問わず、売買契約一般の問題として紛争が生じやすい「物の瑕疵」については、一定の特則を設けるべきである。

現在の取引実務として、目的物が特定物か不特定物かを問わず、物の瑕疵があった場合に対する処理を契約上定めているのが通常である。その帰責根拠は、瑕疵ある目的物の給付が、本来契約で合意していた目的物の給付には当たらないため、その乖離を物的（瑕疵修補、代物請求）、金銭的（代金減額、損害賠償）及び契約的（解除）手段によって是正する必要があると考えていることにある。

よって、瑕疵担保責任の理論的根拠を契約責任（契約で合意された目的物を給付する債務を履行しなかったこと）に求めることは、裁判所による契約の解釈において、合意内容が明確に規定されている場合には、契約文言に忠実に解釈すべきであり、合意内容が不明確又は規定されていない場合に限り、当事者の合理的意思を探求するという実務運用がなされることを前提がある限りにおいて、契約実務の慣行に合致するため、支持できる。

すなわち、担保責任の法的性質・理論的根拠を契約責任に求める考え方からは、売主が責任を負うべき範囲を画定する「瑕疵」の存否について、当事者が契約において合意した内容の解釈が必要になるところ、裁判所が当事者の合理的意思の解釈として、当事者の合意内容である契約書文言の解釈の範囲を超えて、必要以上の弾力的判断を行うこととなれば、当事者間では売主がどのような責任を負うのかについて予見可能性を欠くことになる。

その結果、多数の相手方と多量の取引を行う事業者としては、裁判所の自由心証による当事者の予見し得ない解釈を防ぐため、契約書の文言の過度の詳細化（例えば、必要以上の確認的規定の増加等）などの対応をせざるを得なくなるとすれば、取引上の無用なコストの増加につながり、いずれの当事者にとっても、必ずしも望ましいとは言えない事態を招くおそれがある。

よって、以後の検討においては、可能な限り当事者の予見可能性を確保すべく、裁判所の判断裁量について一定の制約があることを前提として検討を進めることを提案する。すなわち、裁判所による契約の

解釈に際し、契約内容が契約書に明確に規定されている場合は、契約書の文言を前提とした忠実かつ通常取引慣行に照らした解釈がなされるのであって、契約内容が不明確又は規定がされていない場合に限り、裁判所により当事者の合理的意思が探求されるという実務運用がされる、ということを経験していることに留意されたい。

次に、売買の目的物に瑕疵があった場合の特則を設けるか否かについては、瑕疵担保責任の発生要件、効果、存続期間等を債務不履行の一般原則に一元化してしまうと、契約当事者間の関係を現行民法によるものより不明確にし、現在の取引実務に無用の混乱を招くことになる以上、特則を設けるべきと考える。

つまり、取引実務においては、予見可能性の確保の観点から、いかなる場合にいかなる責任が生じるかについて可能な限り具体的であることが求められるが、現行民法で売買契約という各論に位置付けられている瑕疵担保責任を、債務不履行という総論的な規定に集約することは、この要請に反する結果となる。特に、物の瑕疵に関する紛争のように、目的物の種類・性質を問わず、売買契約一般においてトラブルが生じやすい事項について、売買契約に関する規定群の中に明確な定めを置かないようにすることは、規定の分かりやすさという観点からも不都合が生じる。

また、取引実務においては、瑕疵担保責任は免責可能性が低く、通常の債務不履行責任よりも重い責任を定めたものであるとの考え方がされていることも多く、その観点からも、債務不履行の一般原則とは別に特則を設けることが、現在の取引慣行に合致するものと考えられる。

(法友会)

- 両当事者が一定の品質・性能を有する目的物を給付する旨合意しているのにまで、そのような目的物を給付する義務を否定する必要はなく、むしろこのような場合に債務不履行責任が生じないとするのは常識に反する。したがって、特定物ドグマ及び原始的不能論いずれも否定すべきである。

また、瑕疵担保責任を債務不履行責任に一元化する考え方に賛成する。このように考えることにより、特定物・不特定物の区別や、瑕疵が生じた時期を問題にする必要がなくなり、適用範囲の不明確さ等の問題が解消され、債務不履行責任の体系が簡明かつ明確となる。なお、売買契約に、債務不履行の一般原則から導かれる様々な権利を具体的に明確化する規定を設けるべきとの考え方については、一元化のメリットを失わないよう、慎重な検討を要する。(金沢弁消費者委)

- 瑕疵がある特定物を給付した場合にも、債務不履行が生じないとする法定責任説は一般常識に沿うものとは言い難い。法定責任説の根拠の1つとされる民法 483 条に関しては、実際に問題となる場面は乏し

く、その重要性は乏しいとされていることからすれば、同条を削除した上で、瑕疵担保責任が債務不履行責任と構成されることを明らかにすることが適当であるとの意見があった。ただし、その場合には、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を契約の拘束力に求めることについて反対であることは債務不履行について検討した通りであることが確認された。

これに対し、瑕疵担保責任の法的性質にこだわることなく、実務に即した機能論を論ずるべきだとの指摘がなされた。(パブコメWG)

○① 瑕疵担保責任の法的性質については契約責任説

② 特則を維持すべき

特定物ドグマ、原始的不能論を維持する必要はない。

双務契約の等価性を配慮した特殊な制度であり、債務不履行一般とは異なる取扱いが必要と考える。(広島弁)

○ 担保責任の法的性質について、契約責任説につき、賛成する。

法的性質から演繹的に導くのではなく、買主の救済の観点から、売買の場合の特則を検討するという点につき、賛成する。

担保責任の法的性質について、特定物であっても、一定の目的物の品質(属性・機能等)の物を給付することが売主の契約上の債務である以上、売主の担保責任の規定は、特定物・不特定物を問わず適用される、債務不履行責任の特則と理解すべきである(契約責任説)。

法的性質は債務不履行責任ではあるが、売買の場合に妥当な解決が得られるかという観点からどのような特則を設けるかを検討すべきである。(札幌弁)

○ 瑕疵担保責任に対する学説の対立があり裁判所が明確な立場を明らかにしていないために様々な立場がありえ、複雑な様相を呈していること、そのため一般市民には難解であることを、現行法の問題点と認識している。したがって、方向性としては、債務不履行責任に一元化し明確化をはかることに賛成する。国際的な潮流(ドイツ改正民法、オランダ民法、UCC、CISG等)とも平仄がとれる。とくにCISGは、国際取引に関する我が国において効力を有する法規範であり、CISGと民法との調和を考慮すべきと考える。(国際取引有志)

○ 債務不履行責任につき、過失責任主義を維持した場合、担保責任の制度設計として、衡平の見地からの対価的均衡論として担保責任を位置づけることになるが、この場合であっても特定物ドグマ、原始的不能論を特にリンクさせる必要はない。

債務不履行責任論につき、過失責任主義を採用しない場合、担保責任について、債務不履行への一元化を図る方が理論的には明確である。もともと、買主が一応の受領をした場合の責任制限ということで、危険負担的制度としての担保責任を考慮する余地は、十分にある。

追完請求権，損害賠償請求権，代金減額請求権，解除権の範囲の射程は，対価的均衡を制度目的にするのか，債務不履行責任（履行利益）を制度目的にするのかという選択に帰着する。

対価的均衡を効果としたとしても，契約責任説を前提とした危険負担的代金減額請求権との説があることから明らかなように，特定物ドグマ，原始的不能論と対価的均衡論は論理的な必然性はない。

不特定物についての判例を検討する限り，判例はあくまでも，効果の点で対価的均衡に立脚していると考えられる。不特定物についての受容，認容を求めているということは，買主が一応「納得する」履行がなされたことを重視して売主の責任を軽減していると考えられるからである。判例による不特定物についての担保責任の適用範囲が狭いことは不特定物についての完全履行請求権を考えればむしろ当然のことである。

債務不履行の一般原則への可及的一元化を図るか。

債務不履行について無過失責任化した場合，一元化することが理論的には明確である。現行制度に比べた売主の責任の加重が懸念されるが，担保責任的な問題については，短期で権利が消滅するとすればほぼ不都合は解消されるからである。しかし，債務不履行責任を無過失責任としたとしても，売主が引き受けていない事由は免責されるのだから，買主が一応の受領をしたことで危険を引き受けた場合の責任制限ということで，危険負担的な制度としての担保責任を考慮する余地は，十分にある。（愛知県弁）

- 債務不履行に一元化しつつ，物の性質に関する債務不履行の特則として設けることに賛成である。

債務不履行一元化説に賛成する理由は主に次の3点である。

- ① 法定責任説は特定物ドグマを基礎とするが，その考え方は当事者間の契約内容に組み込まれていると考えることができ（例：有名画家の絵の売買など売主の修復を期待していない特定物売買の場合は，完全履行請求権はもとより契約上生じない。その場合，修補ではなく価値下落分の損害は補填するというのが当事者の合理的意思。），当該合意内容に従って処理されれば良いから，債務不履行一元化とするのが妥当である。他方，不特定物売買，及び修補を期待できる特定物売買では，瑕疵が発見されれば代品納入または修補という完全履行を請求できる，もし完全履行を果たさなければ契約違反として取り扱うというのが当事者の合理的意思であり，当該合意内容に従って処理されれば良いから，これまた，債務不履行一元化とするのが妥当である。
- ② 契約責任説により570条を一般債務不履行責任とは別の無過失責任と構成することは買主保護の趣旨に比しても保護に厚過ぎるの



で妥当ではない。

- ③ 債務不履行責任に一元化することで法制度としてはシンプルになり、分かりやすい民法の実現に資する。

物の性質に関する債務不履行の特則として設けることに賛成する理由は、主に次の点である。

特則を設けないと責任期間を債権の消滅時効に一元化することとなるところ、時間が経過すれば通常の損耗や買主帰責による不具合と売主が責任を負うべき瑕疵との区別が困難になるという事情に鑑み、一般債権の時効消滅期間ではなく、引渡時を起算点とする、取引実務で受け入れられる合理的な長さ（3ヶ月、6ヶ月、1年が目安）の特別の除斥期間を設けるべきであり、それを規定する特則を設けるべきである。（三菱電機）

- 契約責任とすることに賛成する。売買の目的物に関する紛争の多くを債務不履行に基づく損害賠償請求事件として処理している実務に合致する。

瑕疵担保責任の要件・効果を法的性質の理論的な検討から演繹的に導くのではなく個別具体的な事案の解決にとって現在の規定に不備があるかという観点からの検討を行うべきとの意見に賛成する。法的性質から硬直的に要件・効果を導く議論は個別具体的な事案の適切な処理に資さない。（法友全期）

- 目的物に瑕疵がある場合に特有の規定と、債務不履行の一般原則から導かれる帰結をよりわかりやすくした規定とを置くべきである。

特定物を目的とする売買においても、修補や代金減額請求で解決することが相当な場合があるから、これを一箇所まとめて規定した方がわかりやすい。（堂島有志）

- 売買の目的物に瑕疵があった場合の買主の救済手段につき、特則を設けることに、賛成である。瑕疵担保責任の法的性質については、①近時、契約責任説が有力であり、②契約責任説と法定責任説も、それぞれ互いの不備を指摘しあい、それぞれに不備の解消を試みていて、両説が近接している。そのため、契約責任説を採用することに賛成意見も多かったが、少なくとも契約責任と構成すること否定しないとしても、いずれかの立場を採用すれば、一義的に要件効果が確定するものではない。

したがって、瑕疵担保責任の要件・効果等を法的性質の理論的な検討から演繹的に導くのではなく、個別具体的な事案の解決にとって現在の規定に不備があるかという観点からの検討を行うべきである。

その際、瑕疵担保責任の法的性質について、契約責任と構成するのを否定するものではないが、瑕疵担保責任の要件・効果等を法的性質の理論的な検討から演繹的に導くのではなく、個別具体的な事案の解

決にとって現在の規定に不備があるかという観点からの検討を行うべきである。

現行法の瑕疵担保責任の救済手段は、解除と損害賠償に限られることが問題であり、(瑕疵担保責任の法的性質にかかわらず)目的物の瑕疵に関する特則を設け、代金減額請求権を含め、買主の救済手段について、現行法における買主の救済手段の不備を補い、充実させるべきである。

ただし、かかる検討においては、瑕疵について善意の買主の保護が後退しないようにすべきである。(日弁連)

- 判例法理を明確化し、不都合がない限りこれを維持することを重視する観点からも、瑕疵担保責任については、必ずしも判例が確立されているとはいえず、基本的な要件・効果等についても安定した法規範が示されていない。わかりやすい民法という観点から、上記のような検討を行うことに異論はない。(二弁)

- 売買の目的物(特定物)に瑕疵がある場合に、損害賠償と解除に関する規定のみが置かれ、修補ができるのか不明確である現行法制は、特定物といっても不特定物が特定されたにすぎないことの多い工業製品の取引の実態にあわない。

売買の目的物(特定物)に瑕疵がある場合に瑕疵修補請求できるものとすることに賛成である。

瑕疵の修補に過分の費用を要する場合等、瑕疵修補請求権の限界事由について検討すべきである。

また、実務においては、特定物か不特定物かを明確に区別せず取引を行うことが多いことから、特定物に関するルールと不特定物に関するルールを統一化することを検討すべきである。(産業組織課)

- 瑕疵担保責任の法的性質について契約責任と構成することに特段反対はしない。

仮に、瑕疵担保責任の法的性質を契約責任と考えたとしても、瑕疵ある物の買主に、売主の債務不履行責任とは別に、売買契約における対価的均衡を保つための救済手段(代金減額請求権、差額にとどまらない費用等の損害賠償請求権等)を付与することは、十分に考えられることであり、買主の救済手段の具体的な要件・効果を定めるにあたっては、現行の判例および実務を大きく変更することがないように、また、瑕疵について善意の買主の保護が後退することがないように、慎重に配慮すべきである。(大阪弁)

- 契約責任説によって理解すべきである。

法定責任説が根拠とする「特別物ドグマ」や「原始的不能論」は、契約当事者の合意内容を無視した硬直的な処理を強いるものであり、特に消費者に対して過度な負担を強いるものである。また、比較法的

にはすでに克服された理論といわれている。これに対し、契約責任説は、これまで、①あえて民法が瑕疵担保責任の規定を設け、債務振り子の特則を設ける意義が不明確である、②目的物の給付義務は過失責任なのに目的物の性質については無過失責任とすることは体系的バランスを欠く、と批判されてきた。しかし、今回の債権法改正により債務不履行一元化論を進めれば、上記①②の批判を克服することは可能である。

したがって、簡明な法体系への再構築を図るため、債務不履行の一般原則へ一元化する債務不履行一元化論を採用し、瑕疵担保責任の性質については、契約責任説によって理解するべきである。(弁護士、弁護士)

- 契約の法的性質からは、瑕疵修補等を認めるという限りにおいては、契約責任と構成する方が取引実務には即している。ただし、契約責任だからといって、演繹的にその他の条件が定められるのは妥当ではない。この点、瑕疵担保について最も利害関係を有している製造業の契約書における規定のされ方などを参考に、要件・効果が検討されるべきである。この点、審議会において、売り手側の視点が足りず、買い手側の視点に偏った検討がされていることが若干懸念される。法的責任と各企業の自主努力による対応とは全く別の話であり、あくまで法的責任においては、売主と買主の平等な紛争指針として検討がなされることを希望する。(会社員)
- 契約責任として構成することは、賛成する。法定責任説のように、特定物ドグマや原始的不能論に依拠した上で説明されることは、一般人にとって決してわかりやすいものではなく、むしろ瑕疵のない物を履行すべき義務を負うと考えるのが、一般的な感覚に合致するように思えるからである。(学生)
- 瑕疵担保責任の法的性質については契約責任と構成することが適切である。

現代の取引社会において買主が自らの経済活動や生活を合理的に設計できるようにするためには、購入した目的物が意図したとおりの性質を備えていることが不可欠であり、特定物についても目的物の性質に関する合意に効力を認める必要性が高い。(弁護士)

- 法定責任説の根拠とされる特定物ドグマや原始的不能論に批判があることは否定しないが、法定責任説と債務不履行説のいずれが正しいかに決着をつけ、そこから演繹的に要件効果を導き出すという方法で改正を進めることで実務的に妥当な結論が得られるとは限らない。むしろ、現行法の解釈では適切な紛争解決がはかれなないなど、実務的に何か不都合が生じているのかを検証し、そこから改正の要否や方向性(要件、効果)を導く方が実態に即した問題解決を図りうる(例えば、

瑕疵修補請求権の明文化の要否、損害賠償の範囲の明確化など)。(横浜弁)

- 売主が売買契約に従ってどのような債務を負うか、それが債務不履行の一般原則とどのような関係に立つかを考えることは不可欠であり、責任の性質論よりも個別的な妥当性を優先させるという考え方は、何が妥当な救済手段であるかを判断する基準点がないことにならないか。

また、責任の性質論については一定の態度決定をする必要があるが、現行規定の解釈における責任の性質の争いとは異なり、改正に際しては、売主が売買において負うべき義務は何かをまず考えることが必要であり、そのような観点からすると、特定物ドグマを維持すべき理由はないと考えられる。

また、これと関連して、「担保責任」という言葉自体の当否も再検討すべきである。(大学教員)

- 瑕疵担保責任については、瑕疵担保責任の要件・効果等を法的性質の理論的な検討から演繹的に導くのではなく、個別具体的な事案の解決にとって現在の規定に不備があるかという観点からの検討を重視すべきであり、このような事項を検討事項として重視すべきではない。

瑕疵担保責任に関する規定のあり方については、法定責任説・契約責任説といった法的性質論からその要件や効果が当然のように導かれるといった関係にはなく、実務的な問題意識を十分踏まえていない一部学者の主張に振り回されることは、具体的な規定に関する結論の妥当性を確保する見地から相当でない。(弁護士)

- 法定責任説か、契約責任説かという議論に拘泥することなく、具体的な要件と効果をどうするかという観点から検討を進めるべきである。

損害賠償の範囲については「履行利益」を一律に否定すべきではない。少なくとも、売主が一定の目的に適合することを「保証」していると認められる場合や、瑕疵の発生につき売主の責めに基づくべき事由がある場合には、履行利益までの賠償を認めるべきである。他方、売主の責めに帰すべき事由がない場合については、売主に酷となる場合が生ずるのではないかという点について留意して検討することが必要である。

担保責任の性質について、法定責任と解するか、契約責任と解するか議論に拘泥することなく、具体的な要件・効果をどうするかという視点から検討することが有益である。

損害賠償の範囲について、下級審裁判例においては、損害賠償の範囲について、履行利益についての賠償責任を認める裁判例は少ない。他方、「信頼利益」に限定するものは多数ある。なお、修補費用、弁護士費用を肯定する裁判例もあり、瑕疵を知らずながら告げなかった場合には、履行利益の賠償を請求できるとする。

この点については、一律に「信頼利益」に限定するのは妥当ではない。瑕疵担保責任（特に代金減額請求権）を契約責任と解する場合はもちろん、瑕疵担保責任を無過失の法定責任と解したとしても同様である。少なくとも、売主が一定の目的に適合すること「保証」していると認められる場合や、瑕疵の発生につき売主の責めに基づくべき事由がある場合には、履行利益までの賠償を認めるべきである。

他方、売主の責に帰すべき事由がない場合にも、広く「履行利益」の賠償責任まで認めることは、売主（特に消費者の場合など）に酷に過ぎる結果となる可能性がある点にも留意が必要である。例えば、売主が消費者である場合などで、建物・中古車の売買において、売主の責に帰すべき事由がない場合に、買主たる事業者の営業利益の逸失についての損害までを賠償させることは、売主に酷となる場合が考えられる。

なお、瑕疵の意義や、買主の権利行使の順序・期間制限等については、後述する。（日弁連消費者委有志）

- 現在の規律でどのような問題や不備が生じているのかを明確にして検討するのが相当であるとの意見が多かった。（最高裁）
- ①法定責任説の理論的根拠である特定物ドグマおよび原始的不能論については、契約当事者の合意内容に反する硬直的処理を要求するものであり、常識に反する結果となるものであるが、一方で、瑕疵担保の規定自体は社会に一般的に受け入れられており、一定の役割を有しているものであることから、要件・効果の見直しに合わせて慎重な考慮を必要とする。

②民法570条のような物の瑕疵に関する特則を維持すべきか、債務不履行の一般原則への可及的一元化を図るかについては、検討の対象として取り上げるべきである。（親和会）

- 瑕疵担保責任を一般の債務不履行責任とは別に考える現在の不動産取引慣行は概ね定着していると思われ、これを抜本的に変更し、実務に影響をあたえることが無いように配慮されたい。ただし、現行の民法第570条は、準用規定でありわかりづらいことは事実であるから、実務に影響を与えない範囲で、要件および効果を明確化することには賛成する。（不動産証券化協）
- 債務不履行の場合と同様、重要事項説明書等の記載事項が膨大となり、知識の乏しい消費者にはかえって不利益になるのではなないか。（全宅連）
- 瑕疵担保責任を債務不履行責任とは別の責任とする現在の法制度は完全に定着しており、これを抜本的に変更することには賛成できない。ただし、現行の民法第570条は、準用規定でありわかりづらいことは事実であるから、要件および効果を明確化することには賛成する。

不動産売買において、物の瑕疵に関する瑕疵担保責任は重要な機能を果たしており、この制度を是非とも維持して頂きたい。また、一般的な債務不履行とは区別した除斥期間を設けることも、円滑な市場機能を維持するためには必要であると考えられる。

瑕疵担保責任を契約責任とし、債務不履行に一本化した場合、損害賠償の範囲が信頼利益に留まらず、履行利益にまで広がり、従前は追完請求が認められてないものが追完請求まで認められることになることが懸念され、慎重な検討をお願いしたい。

不動産売買の実務では、売主が取得した不動産を何ら手を加えず、売却することが行われているが、このような場合に、売主に瑕疵について過失が無いにもかかわらず、売主が担保責任を負担するとしても、履行利益まで責任を負担するのはやや酷ではないかと思料する。また、近時不動産売買においては、土壌汚染により、汚染除去費用が代金額より多額になる事例もあるが、債務不履行に一本化し追完請求が認められるとするならば、特に売主が汚染原因者でない場合は、やはり売主には酷である。(不動協)

- 瑕疵担保責任の要件・効果等は、個別具体的な事案の解決にとって現在の規定に不備があるかという観点からの検討を行うべきである。

契約責任説を前提とする立法論（以下「立法提案」という。）は、救済内容が現行法よりも劣っており、不当である。

現行の実務では、目的物に不具合があった場合、まず民法第415条の適用を検討し、それが出来ない場合に民法第570条による解除・損害賠償の可否を検討している。

立法提案は、民法第415条と第570条の適用関係が不明確となるほか、信頼利益の補填がなされないという問題があり、代金減額については、鑑定等を基礎に置く点で不安定である。追完請求権は、実効性等の点で問題がある。

瑕疵担保責任は、債務不履行では救済できない場合に、公平の観点から買主に対し、特別の救済を与える制度とすべきである。

救済の方法は、解除・信頼利益の賠償等を基礎に置くべきである。  
(一弁)

- 瑕疵担保責任の法的性質を契約責任とすることには反対である。瑕疵担保責任は特定物の場合に限定し、種類物の場合には不完全履行の問題として処理すべきである。債務不履行一般に瑕疵担保責任を取りこんでしまった場合、特に瑕疵担保責任を規定すること自体にどのような意義があるのかを検討する必要がある。両者の要件・効果にどのような違いがでてくるのか、出てくるとしてそのようにすることの意味はどこにあるのかの理由づけが必要であろう。(日大民研・商研)
- 瑕疵担保責任について根本的な見直しを検討しているが、瑕疵担保

責任の法的性格については、古くから法定責任説と契約責任説の争いがあるところ、判例においては法定責任的な考え方が主流を占めており、瑕疵担保責任をめぐる結論自体は混乱しているわけではない。不動産売買における瑕疵担保責任については、実務の世界では債務不履行とは異なる契約の有償性に基づく法定責任と認識して取引をしている。これを債務不履行と統一して理解することになれば、その要件の抜本的な見直しを行うことになり、これまで蓄積されてきた取引実務に多大な影響を及ぼすおそれがある。(不動産協)

- 瑕疵担保責任の対象領域が特定物売買から種類物売買を対象とするものへと歴史的推移がみられること、世界的・国際的状況との適合性、理論的簡明性、市民にとってのわかりやすさといった点を考慮すると、契約責任説的構成のほうが優れていると思われ、これを支持するという意見(石崎)がある一方で、意見書作成委員会では異論も出された。

すなわち、従来の瑕疵担保責任における引き渡された瑕疵物が、誰も瑕疵ある物の給付を望んでいないという意味において、売買契約の本旨に従っていないということについては、争いはないだろう。しかし、現行民法415条に「不完全履行」が含まれるということを前提とすると、それでは、「瑕疵ある物」が給付された場合には、民法415条に拠るのか、同570条に拠るのかが、法律家の解釈を通してすら明確ではない。そもそも、所謂法定責任説と契約責任説の論争は、民法学者の解釈上の紛争であり、いずれかの立場に立脚することを早計に断ずるべきではない。規定の不備を探すに際して、いずれかの立場に立脚することを前提にすることが、「買主の適切な救済を図る」ことになるかは、甚だ疑問である。立法は、民法学者の解釈上の問題解決を図る、自己満足のための道具ではない。世界の潮流も重要ではあろうが、EUですら売買契約において瑕疵ある物を引き渡された買主の権利保護につき(例えば、イギリスでは買主固有の権利として従来から認められている”right to reject”を放棄しておらず、また放棄しない方針である)、完全なる統一を果たしていないことに留意する必要がある。

全て「世界の潮流」に乗るのではなく、我が国独自の伝統を踏まえつつ、まず、「買主の適切な救済を図る」ことを第一義に考えるべきである。「民法学者の学問的満足を得る法」が、必ずしも我が国において「買主の適切な救済を図る法」となるとは限らず、ましてや「市民にわかりやすい法」になるとも限らないのである。(ドイツ民法研有志)

- 瑕疵担保責任については、特定物の場合と不特定物の場合により、状況が異なるから両者を区別して扱うべきである。

不特定物売買が一般的となっている現代において、特定物を念頭に

おいた現行規定が妥当性を失ってきていることは明らかであるので改正は必要と思われる。

しかしその法律上の性質を契約責任と決めて立論すべきではない。不特定物ならその性質に応じ売買当事者間で瑕疵についてについての規律は主として契約責任説的な処理が望ましいが、特定物ならむしろ法定責任説の対価制限説的な対応が当事者の意思に合致するのではなからうか？

とりわけ不特定物が特定した場合における瑕疵担保責任のあり方については、危険負担の適用時期との関係もあり、特定物売買と全く同じでいいかは問題があるところである。(弁護士)

- 瑕疵担保責任については法定責任と解することが民法体系に適合的であり、契約責任（債務不履行責任）と構成する必要はない（理論的な面において、契約成立時＝債権発生時を基準とした原始的不能の考え方は変更すべきではない）。条文の改正によって、対価的均衡是正の手段として、修補請求を認めることは可能であり、その場合でも、契約責任の考え方に転換したゆえの効果であると説明・理解する必要はない（法定責任としつつ、修補請求を政策的に認めることは背理ではない）。

ただ、現行法では、特定物・不特定物の扱いが条文上分かりにくいことから、特定物も不特定物もそれに瑕疵があった場合の条文は、「売買」のところに規定を置くのが望ましい。

いずれも現行法を基調とした改正をすればよく、根本的な理論・考え方を変更する必要はない。

また、損害賠償の範囲についても、信頼利益か履行利益かは解釈に委ねればよく、立法で決着をつける必要はない。(大学教員)

- 改定の必要があるとは思えない（個人）

## (2) 「瑕疵」の意義（定義規定の要否）

ア 「瑕疵」という文言からはその具体的な意味を理解しづらいため「瑕疵」の定義を条文上明らかにすべきであるという考え方があり、これを支持する意見があった。具体的な定義の内容に関しては、瑕疵担保責任の法的性質（前記(1)）を契約責任とする立場から、契約において予定された性質を欠いていることとすることが適切である等の意見があった。これに対し、瑕疵担保責任を契約責任とするならば、債務不履行の一般則のみを規定すれば足り、あえて「物」の瑕疵についてだけ定義規定を設ける意味があるのかという問題提起があったが、債務不履行の具体的な判断基準を確認的に明らかにする意義があるとの意見や、物の瑕疵に関する特則を設ける意義があるとの意見等があった。



また、「瑕疵」を「契約不適合」に置き換えるという考え方（部会資料15-2第2, 2(2) [18頁]）については、なじみのない用語であることや取引実務に過度の負担を課すおそれがある等の理由から消極的な意見があったが、他方で、債務不履行の一般原則を売買において具体化した概念として「契約不適合」を評価する意見もあった。

これらを踏まえて、「瑕疵」という用語の適否、定義規定を設けるか否か、設ける場合の具体的内容について、瑕疵担保責任の法的性質の議論（前記(1)）との整合性や取引実務に与える影響、労働契約等に準用された場合における不当な影響の有無等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

イ 建築基準法による用途制限等のいわゆる法律上の瑕疵の取扱いに関しては、物の瑕疵と権利の瑕疵のいずれの規律によって処理すべきかを条文上明らかにすることの要否について、更に検討してはどうか。また、売主が瑕疵担保責任を負うべき「瑕疵」の存否の基準時に関しても、これを条文上明らかにすることの要否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 2(2) [17頁], 同（関連論点） [18頁]】

#### 【意見】

- 「瑕疵」という用語を使用することに、賛成する。現行法との継続性から「瑕疵」という用語を継続して使用するのが妥当である。

明確性の観点から、「瑕疵」の定義を条文上明らかにすることについては、賛成する。

「瑕疵」の定義内容を「契約において予定された性質を欠いていること」とする考え方には、反対する。「瑕疵」の内容・定義については、主観的瑕疵（契約において予定された性質を欠いている）のみではなく、客観的瑕疵（その種類の物として通常有すべき品質・性能を欠いている）も判断要素とされるべきである。同様の理由から、「瑕疵」を「契約不適合」に置き換える考え方には、反対する。

法律上の瑕疵の取扱いに関して、物の瑕疵と権利の瑕疵のいずれの規律によって処理すべきかを条文上明らかにすることについては、賛成する。法律上の瑕疵について、物の瑕疵とするか権利の瑕疵とするかを条文上明らかにすることは明確性の観点からは妥当である。そして、判例と同様に、法律上の瑕疵も物の「瑕疵」に含まれると考えるのが妥当である。また、強制競売においても、法律上の用途制限については買主が調査可能であり、物の瑕疵として処理しても不都合はなく、担保責任の対象にならなくてよいと考える。

売主が瑕疵担保責任を負うべき「瑕疵」の存否の基準時に関して、条文上明らかにすることについては、賛成する。対価的均衡論でも、

債務不履行一元化論でも、引渡時をもって基準時と考える考え方が比較的一般的であり、基準時を明確化することは必要と考える。(愛知県弁)

- 瑕疵の定義を条文上明らかにすることについては賛成する。瑕疵担保責任の法的性質を契約責任と解したとしても、瑕疵ある物の売買における買主の保護については、上記のとおり、債務不履行の一般原則にとどまらない救済手段を慎重に検討すべきであり、「瑕疵」の概念自体は残すべきである。そして、市民にとってわかりやすい民法の観点からは、瑕疵の内容を明らかにする定義規定を置くべきである。

「瑕疵」に代えて「契約不適合」との用語を用いることには反対である。「瑕疵」について定義規定を設けてその内容を明らかにすれば足り、取引実務に影響が及ぶ危険性があるにもかかわらず、「契約不適合」との用語に置き換えるまでの必要性はない。

瑕疵の定義規定の内容としては、契約において予定された性質を欠いていること、としてよい。契約において予定された性質を欠いているとの定義は、現在の判例とも整合的であり、また、種々のケースを想定して妥当な結論を導くことができるものと評価できる。なお、いわゆる客観的瑕疵についても、契約において予定された性質を欠いているか否かの判断において考慮されることは当然の前提である。

瑕疵概念については、労働契約等に準用しない方向で慎重に検討すべきである。上記のとおり、瑕疵ある物の売買における買主の保護については、債務不履行の一般原則にとどまらない救済手段を慎重に検討すべきであるが、その一例である売主側の事情を問わない代金減額請求権や善意の買主の損害賠償請求権が、労働者等に適用されると、本来使用者において負担すべき経営上のリスクが容易に労働者等に転嫁されることとなり、不当な結果を招く。

法律上の瑕疵の処理を条文上明らかにすることに特段反対しない。法律上の瑕疵については、現在の通説判例に従い、物の瑕疵として捉えるということでもよいが、強制競売において物の瑕疵と権利の瑕疵を区別する必要はなく、法律上の瑕疵を物の瑕疵と権利の瑕疵のいずれに位置づけるかは特段重要ではない。

瑕疵の存否の基準時を明文化することに特段反対しない。ただし、具体的な危険の移転時期を引渡し、代金受領、登記移転等のいずれの時点とするかについては、慎重な検討を要する。市民からみてわかりやすい民法の観点からは、瑕疵の存否の基準時を条文上明確にできるのであれば、明確にした方がのぞましい。ただし、具体的な危険の移転時期については、危険負担及び解除制度との関係に留意する必要がある、慎重に検討すべきである。(大阪弁)

- 瑕疵とは、売買契約の目的物が「当事者の合意」した品質（品質につ

いて「当事者の合意」がなされていない場合には、「合意の趣旨」から判断される品質、「合意の趣旨」から判断できないときは、「取引の通念」に従って判断される中程度の品質）を有していない状態を指す旨明文の規定を設けるべきである。

売買の目的物に存する法律上の瑕疵についても、瑕疵担保責任の規定が適用される旨明文文化すべきである。

売買の目的物に関して、危険移転時までに瑕疵が存在した場合に瑕疵担保責任の規定が適用される旨明文文化すべきである。（福岡弁）

○ 「瑕疵」の定義規定を設けることに賛成である。

条文の分かりやすさという観点から、定義規定を設けるべきである。なお、定義規定を設けることで「瑕疵」という言葉のわかりにくさは解消されることから、あえて「契約不適合」などの文言への置き換えの必要はないと考える。

法律上の瑕疵の取り扱いについて、物の瑕疵と権利の瑕疵のいずれかの規律によって処理すべきかを条文上明らかにすることに賛成である。法律上の瑕疵について担保責任が生じることについては特に問題はないので、その点を明確にすべきである。法律上の瑕疵が物の瑕疵か権利の瑕疵かという点については、強制競売の場合に物の瑕疵と権利の瑕疵とで差を設けるべきではないと考えれば、分類の実益は乏しい。

瑕疵の存否の基準時は、引渡し時とすべきである。契約締結時に瑕疵が存在したものの、引渡し時までに瑕疵を修補して完全な物を引き渡した場合にまで瑕疵担保責任を問われるのは不合理である。また、引渡し時の取引観念上認識し得ない事情について、その後の取引観念の変遷により責任を問われるようになってしまうのは、売主に不可能を強いるもので、酷と思われる。（横浜弁）

○ 「瑕疵」という用語を使用することに、賛成意見が多い。契約責任説の立場からは、物の瑕疵に関する担保責任は、契約責任そのものであり、特則を設ける理由がないとの指摘もあるが、明確性の観点からは、物の瑕疵に関する担保責任の規定を置くことに賛成であり、さらに、その際、現行法との継続性、明確性の観点からは、「瑕疵」の用語を継続して使用すること、その定義を設けることに賛成である。

「瑕疵」の定義規定を設けることに、賛成意見が多い。その一方、「瑕疵」の内容を「契約において予定された性質を欠いていること」と定義することには慎重に検討すべきである。「瑕疵」の内容を「契約において予定された性質を欠いていること」とすることについては、現時点では、積極的にそうすべきかどうかまでは、議論が固まっていないから、慎重に検討すべきである。

「瑕疵」の内容・定義については、部会資料15-2第2, 2(2) [17頁]においては、当該契約において予定されていた性質を欠いて

いるという主観的瑕疵と、その種類の物として通常有すべき品質・性能を欠いているという客観的瑕疵を考慮するとの考え方が指摘されていた。これも、瑕疵の有無の判断に重要な要素であり、それはどの立場からでも変わらないところであると考えられるので、今後の検討においてこれらの要素についても、排除せず検討対象とすべきである。

「瑕疵」を契約不適合に置き換えることには、反対意見が多い。「瑕疵」を契約不適合に置き換えることについては、上記のとおり現行法との継続性の観点からも、「瑕疵」の用語を維持すべきであり、反対意見が多い。「瑕疵」の意義の検討に当たり、労働契約等の契約類型に準用された場合に不当な影響を与えないよう慎重に検討すべきである。「瑕疵」の定義に当たり、補足説明に指摘の通り、他の契約に準用された場合に、労働契約において被用者の健康上の問題が瑕疵とされるに至るのは妥当でないのは明らかであるから、こうした点について配慮しつつ、「瑕疵」の定義を慎重に検討すべきである。

法律上の瑕疵の取扱いに関しては、物の瑕疵と権利の瑕疵のいずれの規律によって処理すべきかを条文上明らかにすることに賛成である。律上の瑕疵について、物の瑕疵とするか権利の瑕疵とするかを条文上明らかにすることには反対しない。ただし、これは、物の瑕疵について、競売の場合に担保責任を認めるかに関連する。この点、物の瑕疵につき、競売の場合に担保責任を認めるとした上、また権利の瑕疵と物の瑕疵について救済手段に差がないとすれば、結果において、法律上の瑕疵が、物の瑕疵ないし権利の瑕疵のいずれとされても、差がないこととなる。

売主が瑕疵担保責任を負うべき「瑕疵」の存否の基準時を、条文上明らかにすることには賛成である。ただし、現行法での、善意の買主の保護が後退しないように留意すべきである。売主が瑕疵担保責任を負うべき「瑕疵」の存否の基準時に関しても、これを条文上明らかにすることには、明確性の観点から賛成である。これについては、「引渡時」とすることに賛成意見が多い。ただし、現行法との比較で、特に善意の買主の保護が後退しないようにすべきである。

この点、法定責任説では契約時、契約責任説では引渡時とするのが、通常の学説の分類であるが、両説は実際上差が出る場面が限られる。

契約締結時に、買主が瑕疵について善意であれば、法定責任説で買主が保護されるのは当然であるが、契約責任説でも、瑕疵の無い物の給付が契約の内容であるから、引渡時に瑕疵があれば、買主は、救済される。そして、この契約締結時に瑕疵について善意の買主は、物の引渡時に瑕疵について悪意であっても、瑕疵がある限り救済されることも両説は同じである。

これに対して、契約締結時に買主が瑕疵について悪意であれば、法定責任説では保護されないのは当然であり、契約責任説でも（原則とし

て) 瑕疵ある物の給付が契約内容であって、それ自体瑕疵がないことになる(そしてこの場合、いずれも引渡時にも瑕疵について悪意である)から、買主が救済されない点は両説同じである。

ただし、両説で異なるのは、契約締結時に買主が瑕疵の存在について悪意であるが、瑕疵を修補して引き渡すことが内容となっている契約の場合である。この場合、契約責任説では、契約締結時に瑕疵について悪意であっても、また、仮に引渡時に瑕疵の存在に改めて気づいたとしても、担保責任の追及ができることになる。法定責任説では、契約締結時に買主が悪意である以上、救済されないと考えるのが通常であろう。

最後の場合の買主を保護するかしないか、の問題であるとともに、上記の契約締結時ないし引渡時と、これらの時点買主の瑕疵についての善意悪意との関係により、買主が瑕疵担保責任で保護されるべき場面を明確にし、保護されるべき買主の保護が後退しないように配慮すべきである。(日弁連)

- 瑕疵については、当該契約において予定されていた品質・性能を欠いていることとする主観的瑕疵と、当該種類の物として通常有すべき品質・性能を欠いていることとする客観的瑕疵の両方の概念が考えられるので、かかる意味を条文上も明確にすべきである。また法律上の瑕疵についても、「瑕疵」にあたることを明確にすべきである。瑕疵の基準時(いつの時点で瑕疵がある場合に瑕疵担保規定が適用になるか)についても、明確にする必要があることから、これらも論点として取り上げるべきである。(親和会)

- 本文アについては、「瑕疵」の定義を条文上明らかにすることには賛成する。ただし、滅失、損傷など類似の概念との異同(言葉の使い分け)については整理すべきである。基本的な定義・原則なども条文に明記して分かりやすい民法にすることは賛成であり、その見地から、「瑕疵」の定義を条文上明らかにするのが望ましい。ただし、それに際しては、「瑕疵」「滅失」「損傷」などの類似概念も含めきちんと整理する必要があるだろう。

本文イについては、いずれも条文上明らかにすることについて検討すべき。立法論においては、現行民法の強制競売における担保責任の規定に引きずられて思考を出発させる必要はないことを指摘する。なお、強制競売は、もともと本来の売買契約ではないので、その担保責任の規定を民法に設けるのが良いかどうか(民事執行法に規定を設ける道もある。)を含めて検討すべきである。(兵庫県弁)

- 「瑕疵」という文言については、一般的に分かりやすい用語に修正するのが望ましいが、「契約不適合」という用語に改めるという点については慎重に考え、客観的瑕疵をも含めたより適切な用語を検討すべきである。「契約不適合」という用語はウィーン売買条約に従ったも

のと思われるが、「瑕疵」概念よりも狭義（より主観的瑕疵に親和的）と思われ、客観的瑕疵という意味が薄れてしまう懸念がある。「瑕疵」概念の中から、いわゆる客観的瑕疵に関して排除する方向での検討には反対。

「瑕疵」の定義既定に関しては、あえて「物」の瑕疵について定義規定を設けることの意義等に留意して更に検討すること自体には賛成。

法律上の瑕疵を明文化する方向性については賛成。法律上の瑕疵に関しては、明文に不備がある反面、判例はこれを認めている。強制競売でない場合と同様、買受人保護の必要性はあるため、強制競売の場合にあえて担保責任を認めない理由は現在ではほとんど存在しない。従って、物の瑕疵か権利の瑕疵か、という違いで決せられるものではない。

「瑕疵」の存否の基準時につき明文化することについては賛成する。分かりやすい民法とするためには、明文化が必要である。ただし、必ずしも瑕疵担保責任の法的性質により演繹的に定まるものではなく、実質的な側面から危険移転時を基準とする方向で検討するのが妥当である。（東弁）

- アについては、瑕疵という用語は現行法のとおり維持すべきである（「契約不適合」という用語に改めるという立場に、反対する。）。定義規定は設けるべきである。その具体的内容は、「契約において予定された性質を欠いていること」とすべきである。アについて、「契約不適合」という用語はなじみがなく、これに改めるとかえってわかりにくい。また、瑕疵の意義についてこれまで解釈が分かれていたことから、明文で規定すべきである。

イについては、法律上の瑕疵については権利の瑕疵の規律に従う旨、明文化すべきである。また、瑕疵の存否の基準時は、引渡時とする内容で、明文化すべきである。イについて、法律上の瑕疵は、権利の瑕疵と類似するため、これと同様に扱うことを明示すべきである。瑕疵の基準時については、これまで争いになっていたため、明らかにすべき契約責任説から、基準時は引渡時とすべきである。（札幌弁）
- 主観的および客観的瑕疵概念を示す用語として「契約不適合」（CISG35 条）を使用することが望ましい、また、その場合は適合性の判断基準時に関する規定が必要となるが、CISG36 条のように危険の移転時を基準とすることでよいとの意見があった。なお、CISG の「契約不適合」は、質的な相違、数量の相違、異種物の給付および包装の瑕疵を含む概念である。（国際取引有志）
- 主観的瑕疵と客観的瑕疵の双方を含む趣旨で瑕疵の定義を条文上明らかにすることに賛成。（金沢弁消費者委）
- 瑕疵担保責任を債務不履行責任として構成するのであれば、瑕疵の

定義を、例えば、「契約において予定された性質を欠いていること」とすることは適当であると考えられるが、「隠れた」という要件の要否に関しては、「例えば、買主が転売目的の事業者である場合など買主の属性によって契約時の検査義務を認めるべき事例等があり、その解釈根拠として「隠れた」（買主の善意無過失）という要件が機能する可能性があると指摘して、このような買主の属性や主観的要素等を全て「瑕疵」の要件のみで処理することは、「瑕疵」の内容が複雑になり望ましくないとする意見」があるように、「瑕疵」の定義のみによっては吸収し得ない場面が想定されることを踏まえ、慎重に検討されるべきである。

前提として、わかりやすい民法とするため、瑕疵の定義をすることは有意義であるとの意見に異論はなかった。（パブコメWG）

- 「瑕疵」の定義規定を設けることに賛成する。「瑕疵」の定義を「給付された物が売買契約に定めた目的物と異なるとき、または売買契約の趣旨、目的及び性質に照らし目的物として備えるべき性質（品質、性能、数量、種類を含む）を備えていないとき」とすべきである。瑕疵担保責任発生の要件を明らかにする上で必須である。その際、主観的瑕疵と客観的瑕疵を文言上できるだけ区別して規定するのが望ましい。

瑕疵担保責任を契約責任としつつ債務不履行とは別途「瑕疵」の定義規定を設けることに賛成。債務不履行責任とは別途に売買の場合の規定を設けたほうが、売主の債務不履行責任の要件をより明確にできる。

「契約不適合」という文言にすることには直ちに賛同しがたい。理論自体は受け入れ難くはないが、「契約不適合」という言葉が「瑕疵」より難解に感じられ「国民一般に分かりやすいものとする」という改正理念にそぐわない。

法律上の瑕疵は物の瑕疵に含まれるとの意見に賛成するが、明記すべきかは慎重に検討を要する。瑕疵を上記のように定義すると、法律上の瑕疵も物の瑕疵に含まれると考えられ、条文上明確にしておくことが望ましいが、一方で不都合が生じないかを慎重に検討すべきである。

「瑕疵」の存否の基準時を条文上明らかにできるのであれば賛成したいが、実際には困難と思われる。要件の明確化は好ましいが、実際に可能なのかを慎重に検討すべきである。（法友全期）

- 「瑕疵」の定義を条文上明らかにすべきである。「瑕疵」の定義は、当該契約において予定されている性質を欠いているという要素と、その種類のものとして通常有すべき品質・性能を欠いているという要素の両方を含む内容とする方向で検討すべきである。「瑕疵」の具体的な意味が条文上不明確であり、わかりやすい民法という観点から、定義規定を設けるべきである。

瑕疵の定義規定を設ける場合、その内容は、何が「瑕疵」に該当する

のかという契約解釈の基準・指針となるものであることが必要である。「瑕疵」の有無については、当該契約において予定されていた性質を欠いているという要素（以下「主観的要素」という。）と、その種類の物として通常有すべき品質、性能を欠いているという要素（以下「客観的要素」という。）の双方を考慮すべきである。契約責任説の観点に立ったとしても、実務的には、必ずしも具体的な契約において主観的要素を定めることが多いとまではいえず、客観的要素を定義に取り込んでおく必要は高い。この点については、従前学説上もそれほど異論がなく、判例も同様の判断をする傾向にあった。

そうであれば、「瑕疵」の定義も、上記の二つの要素を含む内容として定めるのが、契約解釈の基準・指針として明確である。

他方、「瑕疵」の定義について「契約において予定された性質を欠いていること」という主観的要素のみを規定して、「その種類の物として通常有すべき品質、性能を欠いていること」という客観的要素は契約内容の解釈、確定において考慮されるとする考え方を採ると、「瑕疵」の定義規定を見ただけでは「瑕疵」の有無の判断要素を知ることができず、「瑕疵」の定義規定の契約解釈の基準・指針としての機能が減殺される。主観的要素のみを規定すべきという考え方には、そのようなデメリットを上回る実質的なメリットを見出しがたい。

もともと、原則として主観的要素を検討し、当事者の合意内容が明確ではない場合に副次的に客観的要素を考慮すべきとすることは検討に値する。

また、「瑕疵」を「契約不適合」に置き換えるという考え方については、新たな用語を導入することにより、実務に混乱を将来する恐れが高く、反対する。「契約不適合」にすべきとの考え方からは、「瑕疵」が物の傷を連想させるため適切ではないとされるが、ソフトウェア等の開発等においても、「瑕疵」の用語は実務上定着しており、定義規定を設ければそのような懸念は解消される。

「法律上の瑕疵」は、「瑕疵」に含める方向で検討すべきである。「法律上の瑕疵」と「物質的な瑕疵」とを截然と区別することは困難である。物の品質・性能について、法令で一定の基準を定めている場合も多い。売買の目的物が法令で定めた基準に満たない品質・性能しか有していない場合には瑕疵担保責任の対象となると考えるのが通常であろう。しかし、これも「法律の規制に反している」という側面からみれば「法律上の瑕疵」と捉えることも可能である。

また、例えば、売買の目的物である土地に土壤汚染があった場合、「土壤が汚染されている」という物理的な瑕疵があるといえるが、他方、土壤汚染対策法に基づく措置命令として立入禁止命令が発出された場合には、「法律上の瑕疵」の典型例とされている法令等による用途制限が



付されている場合に類似する。この場合、土壌汚染を「物の瑕疵」とするのか、「法律上の瑕疵」とするのか、判断しにくい。このように、「法律上の瑕疵」と「物質的な瑕疵」の限界は不明確である。

「法律上の瑕疵」は「瑕疵」にあたらぬとする見解は、「法律上の瑕疵」について強制競売における瑕疵担保責任の適用が否定される（民法第570条ただし書）こととなり買受人の保護に欠けることを根拠としている。しかし、実務上、競売手続においては評価書が作成され、評価書には、土地であれば都市計画法・建築基準法その他の法令に基づく制限の有無及び内容等が記載される（民事執行規則第30条第1項第5号）ので、法律上の瑕疵について強制競売における瑕疵担保責任の適用が否定されても買受人の保護に欠けるとは言えない。

（二弁）

- 現民法の瑕疵担保責任における「瑕疵」は、現行法下争いなく認められている物に生じた物理的・法律的瑕疵に加え、ひろく契約締結の趣旨、過程に照らし、契約に不適合なものすべてを含む概念として定義するとともに、そのことを条文に明記すべきである。

現民法上、瑕疵担保責任における「瑕疵」を定義する条文は置かれていない。そのため、「瑕疵」の定義に関しては、目的物の客観的な品質性能を基準として瑕疵を定義づけていこうとする客観的瑕疵概念と、当事者間の合意内容を基準として瑕疵を定義づけていこうとする主観的瑕疵概念があるところ、目下、後者の立場が民法学説上の主流となっている。

裁判例を見ると、「瑕疵」の定義は、売買目的物に欠陥があり、そのために価値の減少が生じ、その通常の用途ないし契約で定めた用途に適合しないことを意味するとされているものや（大判昭和8年1月14日民集12巻72ページ）、目的物の客観的性質・性能の欠如を主たる理由として瑕疵を認定していると読みうるものもあり（横浜地判昭和60年2月27日判タ554号238ページなど多数）、これとは逆に、当事者間で示された性質・性能の欠如を主たる理由として瑕疵を認定しているものも見受けられる（大判大正15年5月24日民集5巻433ページなど多数）。

そうすると、瑕疵担保責任における「瑕疵」の定義としては、判例を文理解釈する限り、客観的瑕疵概念及び主観的瑕疵概念両方を取り込んだもの、すなわち、現行法下で争いなく認められている物に生じた物理的・法律的瑕疵に加え、ひろく契約締結の趣旨、過程に照らし、契約に不適合なものすべてを含む概念として定義するのが最も自然であり、瑕疵担保責任における「瑕疵」の定義もそのような形で条文化すべきである。（青司協）

- ①「瑕疵」の文言を残す。民法上定着している。

- ②「瑕疵」の定義規定を置く。分かりやすい民法という考えに資する。
  - ③「法律上の瑕疵」について「権利の瑕疵」の準用規定を置く。分かりやすい民法という考えに資する。判例のように第570条を準用したら競売の場合に支障が出る。
  - ④「瑕疵」存否の基準時について明文を置く。瑕疵担保の対象を特定物に限定しないとしたら、瑕疵存否の基準時が問題となるので明らかにする必要がある。(広島弁)
- 「瑕疵」の定義が、主観的事情及び客観的事情の双方を総合的に考慮して判断するという意味においてなされる限りにおいて、「瑕疵」の定義規定を設けることに賛成である。

ただし、「瑕疵」を「契約不適合」という用語に変更することには反対であり、「瑕疵」との文言を維持すべきである。

取引実務においても、いかなる場合に「瑕疵」があると認められるかについては、当事者間の主観的事情及び客観的事情の双方を総合的に考慮して判断しているため、特段の不都合はなく、現在の取引慣行に合致する。また、判例において示されたとおり、取引観念上、通常有すべき品質・性能は何であったかということ(客観的事情)及び当事者間で特に予定されていた性質は何であったかということ(主観的事情)の双方を考慮して、「瑕疵」の有無の認定が行われているため、かかる考え方が明文化されること自体については、特段の支障はない(なお、客観的事情のみならず主観的事情も考慮して「瑕疵」の有無を判断すべき一例として、コンピュータ・プログラムの不具合〔バグ〕がある。取引実務において、プログラムのバグは、完全になくすることは通常不可能であって、当初から引渡後の修補が予定されている性質のものである〔客観的事情〕。よって、引渡後に遅滞なく修補等される場合は瑕疵に該当しないことが合意されている場合〔主観的事情〕、瑕疵の判断はその合意に従ってなされるべきである)。

ただし、「瑕疵」を「契約不適合」という用語に変更することについては、かかる用語は法制審議会資料にあるような「主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念を包含するという趣旨」を表すというよりも、むしろ「専ら主観的事情のみを考慮して瑕疵の有無が判断される」という誤解を招くことに繋がるおそれがあるため、賛成できない。

かかる誤解が生じた場合、①買主の立場からは契約の合意内容を広く捉えられる方が救済の余地が広がるため、②売主の立場からも予見可能性の確保の観点から契約の合意内容を客観的な証拠上明らかにするため、事業者としては、契約書における目的物の属性、売主の保証の範囲・限界を示す規定を詳細化するという対応を選択することを招き、その結果として契約交渉が複雑化・長期化する可能性があるため、取引コストの増大に繋がることから望ましくない。

「瑕疵担保責任」という文言は、現在の取引実務において一般的に通用し共通理解が形成されていることから、維持すべきであると考ええる。

瑕疵の存否の基準時を明文化することには賛成である。

また、その基準時について、契約責任を瑕疵担保責任の理論的根拠とする立場から、買主への危険移転時（通常は引渡時）を採用することについても、特に反対するものではない。

瑕疵の存否の基準時を明文化することは、当事者の予見可能性の確保という観点から賛成である。

瑕疵の存否の基準時を買主への危険移転時とする契約責任説の帰結についても、動産売買について言えば、品質保証契約（条項）によって売主から買主へ目的物の支配可能性が移転する時（納品時など）に、瑕疵がないものを引き渡すことが要請され、仮にそのような保証ができない場合には個別の合意で排除しているのが一般的である。また、不動産売買についても、実務上、判別している瑕疵については、売主は買主に全て開示した上で、それ以外の隠れた瑕疵がないことを前提に引き渡すことが一般的には要請され、そのような保証ができない事項については瑕疵担保責任免責特約（現状有姿取引）で排除しているのが通常である。

（法友会）

- 分かりやすい民法を目指す観点から、「瑕疵」の定義規定を設けることに賛成である。

また、「瑕疵」の存否の基準時を条文上明らかにすることの要否については、分かりやすい民法を目指す観点から、条文上明記することに賛成であるとともに、債務不履行一元説が妥当と考えることから、引渡時を基準時とすべきであると考ええる。（三菱電機）

- 「瑕疵」という用語の適否、定義規定を設けるか否か、設ける場合の具体的内容について、審議会の議論の方向で検討すべきである。更に「瑕疵」に権利の瑕疵も含まれてくる場合は、用語の置き換えも検討すべきである。

「瑕疵」という言葉自体は、耐震強度偽装事件を始めとして建築物関係の事件が起こるたびに広く「瑕疵担保責任」という言葉がマスコミで流され、その説明もされたため定着しつつある。ただ、建物に関して使われることが多かったため、一般に物に対する欠陥というような言葉として捕らえられている。しかし、判例においては物の瑕疵、権利の瑕疵双方を含む広い用語としてとらえられている。そのため、「瑕疵」の定義を民法において判例の趣旨に従った物の瑕疵、権利の瑕疵を幅広くとらえた概念として定義付けを検討すべきであるが、その議論のなかでは、一般に権利に関して瑕疵という言葉はそぐわないような印象があるため、別の用語への置き換えを検討すべきである。（東京青司協）

- 瑕疵という用語を残し、その定義規定を置くべきである。

「当該契約において予定された性質（品質・性能）を欠くこと」とすべきである。

過去の判例実務で安定して用いられてきた用語であるから、他の表現に置き換えて実務を混乱させるのは、避けるべきである。

日常用語ではないので、定義を置いた方が分かりやすい。その定義は、当事者が定めた対価的均衡の回復に着目したものとすべきである。

目的物の法律上の瑕疵の扱いについては、あえて明文化する必要はない。

現行民法では物の瑕疵と権利の瑕疵で、競売の場合の扱いに差があったが、これを見直すので、差異がないから特に明記する必要はない。

動産について引き渡し、不動産について引渡し又は登記移転のいずれか早い方の時期を基準とすることを明記すべきである。

危険の移転時期を基準に判断するのが相当である。（堂島有志）

- 契約において予定された性質」というものは、両当事者の主観的意思のみに依拠するのではなく、規範的な評価という客観的な基準が入ってくるという理解がきわめて重要だと考える。「客観的瑕疵概念」のような定義規定も、その契約の趣旨・性質に即して、客観的に判断されるものである。いずれにしても、一般市民が客観的に瑕疵の有無を判断できるよう、瑕疵について、客観的瑕疵にも配慮した明確かつわかりやすい定義規定を設けることが望ましい。（ドイツ民法研有志）
- 瑕疵という用語法が適切かどうかは、考え方が分かれうるが、かりにこの用語を用いるとすれば、売買契約において定義規定を置くことが適切ではないか。

また、瑕疵という言葉が「キズ」を意味し、物理的なキズという意味で受けとめられる恐れがないとはいえない。「契約に適合しない物」という表現の採用可能性についても、さらに検討を進めるべきである。

公法上の用途制限については、物の瑕疵ないし不適合の問題として位置づけることが適切ではないか。権利の瑕疵は、移転すべき権利を移転しない場合であるといえるが、公法上の用途制限について、権利の移転義務の不履行とは考えられないのではないか。（大学教員）
- 瑕疵についての定義はぜひとも設けるべき。債務不履行の一般規定でよいというのでは、結果的に規律内容があまりに不明確になる。その際には、ドイツ民法434条1項3文にあるような、広告等に表示された性質を備えていないことを瑕疵とするかどうかについても検討すべき。（大学教員）
- 「瑕疵」の定義を条文上明らかにすることを検討することについては賛成である。もっとも、「瑕疵」の定義は、「当該契約において予定された性質を欠いていること」とのみ規定することには反対である。いわゆる「主観的瑕疵」だけではなく、いわゆる「客観的瑕疵」の双方が含まれることを明示すべきである。

建築基準法上の用途制限などのいわゆる法律上の瑕疵の扱いや、「瑕疵」の存否の基準時についても条文上明らかにすることに賛成である。

「瑕疵」の定義を定めることについては、より分かりやすい規定となることから賛成である。

「瑕疵」の具体的な定義は、「当該契約において予定された性質を欠いていること」とのみ定めるだけでは、漠然としてなお分かりにくいし、具体的なトラブルの解決におけるルールとしても使いにくい。

いわゆる「主観的瑕疵」（すなわち、当該契約において特に当事者が特に定め品質・性能を有さない場合）に加えて、いわゆる「客観的瑕疵」（その種の物と通常有すべき品質・性能を有さない場合）をも「瑕疵」にあたと規定すべきである。買主の立証の便宜という観点から、「客観的瑕疵」にも、独自の意義を認めるべきである（立証責任の分担という観点から、「主観的瑕疵」と「客観的瑕疵」を併用すべきである）。すなわち、通常有する以上の品質・性能の合意があった場合には、買主が「主観的瑕疵」を立証することにより売主に瑕疵担保責任を認めるべきであるが、その合意が明らかでない場合にも、買主が「客観的瑕疵」を証明すれば、原則として瑕疵担保責任は肯定し、もし、売主が瑕疵の基準を引き下げる合意があったことを立証しなければならないと扱うべきである。

民法の規定を分かりやすくするために、建築基準法上の用途制限などのいわゆる法律上の瑕疵の扱いや、「瑕疵」の存否の基準時についても条文上明らかにすることに異議はない。（日弁連消費者委有志）

- 「瑕疵」の具体的な意味が条文上不明確であることから「瑕疵」の定義を条文上明らかにすべきである。

瑕疵担保責任の法的性質（前記(1)）を契約責任とする立場からは、当該契約において予定された性質を欠いていることとすることが適切であり、最判平成22年6月1日判時2083号77頁とも整合性があると考えられる。ただし、瑕疵を「契約において予定された性質を欠くとき」という場合の「予定された」の中には、単に当事者が合意した性質だけではなくて、その種類のものとして通常有すべき品質や性能を欠いているという要素が考慮されているというのが実態に即している。（弁護士）

- 売買の規定は、現行民法559条により他の有償契約にも準用されるので、瑕疵の定義規定をその中に設けることは、他の契約にも与える影響が大きい。

従って、定義規定をいかに定めるとしても、実際の紛争で瑕疵の有無を判断する際には、対価額、当事者が契約を締結した趣旨、契約類型、当該取引と同種の取引において通常求められる品質といった諸要素に照らし判断される必要があることに十分ご留意いただき、瑕疵の定義規定

をご検討いただきたい。

具体的には、インターネット上のサービス、コンピュータシステム開発、コンピュータプログラムのライセンス契約といった取引では、その対象となるサービス、コンピュータシステム、コンピュータプログラムについて、どれだけの注意を払っても、およそいかなる不具合もなくすることは技術的に著しく困難であり、したがって、商慣習上は仮に何らかの不具合があったとしても、それをもって直ちに提供者やベンダー側の法的責任が問題となる「瑕疵」とは考えられていない、という取引の実態を考慮していただきたい。(ヤフー)

- 労働契約の成立と終了、労働条件変更については、労働契約法にいくつかの定めがあり、民法及び労働契約法の信義則・権利濫用の禁止により規律され、これらに基づき多数の判例法理が形成されてきたところ、「中間的な論点整理」の中には、労働者の権利水準を後退させるか後退させるおそれのある検討事項が少なからず存在している。

この点、瑕疵担保責任については、瑕疵の定義いかんによっては、就労開始後の疾病等を原因とする賃金減額がなされるおそれがある。

今後の検討過程で労働者の権利水準を後退させることが確実となる場合、法改正には賛成できない。(連合)

- 「瑕疵」という用語を維持すべきであり、「契約不適合」という用語には反対する。「瑕疵」という語は、広く用いられているから、変更すべきでない。むしろ、「契約不適合」という用語は、契約の合意原則が過度に強調されている面が否定できない。

定義については、瑕疵担保責任の他の条項との整合性や他の制度・法律への影響も含めて慎重に検討すべきであり、問題があるものであれば定義すべきでない。(一弁)

- 「契約不適合」という用語はかえって分かりにくいのではないかとの意見があった。(最高裁)
- 瑕疵の定義規定の必要性について疑問である。売買の目的物がどのような状態である場合に売主の債務が履行されたのかされないのかを明らかにすれば足り、瑕疵という表現を用いる必要もない。

目的物の給付を目的とする契約について、契約において予定されていた品質・性能を欠いていれば、債務不履行に該当するのは当然であるし、品質等を契約で定めていなければ、その種類の物として通常有すべき品質・性能を欠いていれば債務不履行に該当するのではないか。つまり、この瑕疵の概念の説明は、契約の解釈の問題に置き換えて説明することが可能である。瑕疵担保責任を債務不履行に可級的に一元化するのであれば、瑕疵の概念規定自体も原則として不要である。(仙台弁)

- 「(通常有すべき性能・品質を欠く)これにより契約をした目的を達することができない」で十分であり定義規定の体裁を採る必要はない。

(広大有志)

- 「瑕疵」を「契約不適合」という用語に変更することについては、以下の理由により賛成できない。
  - (1) このような用語は、「主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念を包含するという趣旨」を表すというよりもむしろ「専ら主観的事情のみを考慮して瑕疵の有無が判断される」という誤解を招くことに繋がるおそれがある。
  - (2) 「瑕疵担保責任」という文言は、現在の取引実務において用語として定着しており、維持すべきであると考え。(自動車リース連)
- 「瑕疵」を、中間論点整理の意見にある「契約において予定された性質を欠いていること」と定義した場合を含め、瑕疵担保責任について契約責任説をとると、当事者間の合意に従って成果物を製作すること自体がベンダー側の債務となるソフトウェアや情報システムの開発委託契約においては、瑕疵と債務不履行の区別が概念上不明確となる懸念がある。  
契約上は、瑕疵担保と債務不履行とで、請求期間等の扱いを異にしている場合もあるという現状をふまえ、瑕疵担保が適用される要件について、明確化すべきである。(ソフトウェア協)
- 現行の「瑕疵」という用語は定着しており、敢えて変更しなければならない理由は見当たらないし、変更した場合に解釈がどうなるか却って不透明になるので、用語を変えるのには賛成できない。瑕疵の内容については現在の判例の準則を明確化していけばよいと考える。  
建築基準法の用途制限等いわゆる法律上の瑕疵をどちらに位置づけるのか、契約で十分手当てできる以上、敢えて立法で整理する必要はない。  
不動産売買において、物の瑕疵に関する瑕疵担保責任は重要な機能を果たしており、この制度を是非とも維持して頂きたい。また、一般的な債務不履行とは区別した除斥期間を設けることも、円滑な市場機能を維持するためには必要であると考え。  
不動産売買契約においては「売主は瑕疵担保責任を負担しない」と特約することがあるが、単に瑕疵を「契約において予定された性質を欠くこと」とし、瑕疵担保責任を契約責任とした場合、この特約における合意内容を反映することが困難となる。(不動産協)
- 「瑕疵」という文言は、取引実務に定着したものとなっており、他の文言に変更すると取引実務が混乱するから、反対である。(チェーンストア協)
- 現行の「瑕疵」という用語は定着しており、敢えて変更しなければならない理由は不明であり、変更した場合に解釈がどうなるのか、実務上、不明になるものと懸念する。瑕疵の内容については現在の判例の準則を明確化すれば足りるものと考え。(不動産証券化協)

- 「瑕疵」の定義を条文上明らかにすることは、一見問題がないように見えるが、具体的な定義を設けることはかなり困難と思われる。同責任をめぐる訴訟では、当該事象が「瑕疵」かどうか大きな争点となるものが多く、その定義規定の明定によって、裁判官の判断がしやすくなることはない。また、仮に契約責任説の立場に立って「契約において予定された性質を欠いていること」などと定義されれば、学問的には問題ないと思われても、現実の実務においては、いかようにも解釈できるので買主の主観に基づく瑕疵主張のケースが増大するおそれがある。近時、自殺がなされた物件や暴力団員が居住するマンション等について、主観的感情的瑕疵が問題とされ、瑕疵が肯定される裁判例が相次いでいるが、もし「瑕疵とは契約において予定された性質を欠いていること」などと定義された場合、仮に立法の意図は客観的評価をするつもりでも、例えば売主の家族が目的物件で通常死をしたケースあるいは売主が倒産が原因で売却したケースなどにおいて、買主が主観的評価により瑕疵を主張する可能性がある。曖昧な定義規定は却って紛争の増加をもたらすおそれがある。(不動協)
- 現在の解釈論によりうまく処理できているので、あえて瑕疵概念を定義する必要はない。(日大民研・商研)
- 瑕疵の定義を具体的に明記することに反対する。具体的な定義がかえって柔軟な対応を困難にすることが懸念される。(森・濱田松本有志)
- 「瑕疵」の文言や定義規定について更に検討することには反対しないが、物の瑕疵に関する定義規定は不要である。

「瑕疵」の定義や、その文言の見直しについては、その法的性質論も含めて議論が尽くされていない状況にあるため、更に検討すべきである(瑕疵という用語を「契約不適合」に置き換えることについては、主観的瑕疵概念を認める近似の判例の考え方にも概ね適合していると考えられるので、特に反対はしない)。

なお、「瑕疵」とは別に「物の瑕疵」について定義規定を設ける考え方は、現行民法第570条の維持を前提とするものであり、瑕疵担保責任を債務不履行責任と構成した上で全面的な規定の見直しを行うのであれば、敢えて「物の瑕疵」についてのみ定義規定を設ける意味はないと考えられる。

いわゆる「法律上の瑕疵」は、物の瑕疵であるという判例法理を維持すべきである。

民法第566条にいう権利の瑕疵は、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場合をいうものであって、その基準は明確であり、かつ「契約をした目的を達することができない」か否かは、当事者の属性を問わず客観的に判断



できるものである。

しかし、学説上「法律上の瑕疵」と呼ばれているものは、購入した土地に建築基準法、都市計画法、河川法等による用途制限が付されていた場合を指すものであり、用途制限の重要性は買主の属性等によっても大きく異なるものであり、売主による説明義務等を観念出来ない強制競売の場面において、このような「法律上の瑕疵」を物の瑕疵に含める考え方は、強制競売の実務を不安定にさせるおそれがあり、また破産管財人が破産財団に属する財産を処分するために行う現状有姿の売却等も困難になるおそれがある。（弁護士）

- 文言が分りにくいというだけで、事業者間取引の実務上広く浸透している「瑕疵」の概念を変更しようとするに強い違和感を覚える。取引全般から見れば、現行の基本書等に規定される「瑕疵」の通説的な説明が最も妥当であり、それを規定上明確にすることはあり得ても、「契約不適合」のように、物の性質・安全性に問題はないが、仕様に微細な違いがみられるような事例にまで瑕疵担保責任を拡張することになりかねない定義に変更することは許容できない。（会社員）
- 改定の必要があるとは思えない。（個人）

### (3) 「隠れた」という要件の要否

買主の善意無過失（あるいは善意無過失を推定させる事情）を意味する「隠れた」という要件を削除すべきか否かについては、「瑕疵」の意義を当該契約において予定された性質を欠いていることなどの契約の趣旨が反映されるものとする場合（前記(2)参照）には、買主の主観的要素は「瑕疵」の判断において考慮されるため重ねて「隠れた」という要件を課す必要はないという意見がある一方で、「隠れた」という要件には、紛争解決に当たり買主の属性等の要素を考慮しやすくするという機能があり得る上、取引実務における自主的な紛争解決の際の判断基準として機能し得るなどといった意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 2(3) [19頁]】

#### 【意見】

- 「隠れた」の要件は削除し、当事者の合意内容や契約の趣旨・性質に照らして「瑕疵」があったかどうか、という観点から検討すべきである。特定物ドグマに立たない限り、特定物の場合にのみ特に「隠れた」瑕疵と要件を限定することの意味に乏しい。また、「瑕疵」に主観的瑕疵を含む以上、その点で主観面も考慮されていて、特に売買だから「隠れた」という要件を設けて売主を保護すべき必要があるという

わけではないはずである。買主の悪意有過失は過失相殺等で調整を図るべきである。ただし、買主の属性に応じた考慮という点に関しては、「隠れた」という要件がなければ考慮できないのかなお検討すべきである。(東弁)

○ 「隠れた」要件は不要である。(仙台弁)

○ 隠れたという要件は削除すべきである。

瑕疵担保責任を債務不履行責任(不完全履行)の一類型と考えれば、引き渡された物に瑕疵があった場合に、これについて売主が瑕疵担保責任を負担するかどうかは、「当事者の合意・合意の趣旨」又は「取引の通念」によって決まるので、隠れたという要件をあえて法律で規定する必要はない。(福岡弁)

○ 「隠れた」という要件を廃止することは賛成である。

「隠れた」という要件が徒に説明困難・理解困難を招いてきた面があり、これを廃止することには賛成する。ただし、「瑕疵」、「滅失」、「損傷」などの語の関係を整理すべきことを前述した。(兵庫県弁)

○ 「隠れた」という要件を削除すべきとの考え方に賛成する。(金沢弁消費者委)

○ 瑕疵担保責任の法的性質を契約責任と理解する限りにおいて、瑕疵の「隠れた」要件を削除することに特段反対しない。もっとも、債務不履行責任とは別に、善意の買主保護制度を設けるべきであり、その場合の要件としては、「隠れた」瑕疵であることを求めることも検討すべきである。(大阪弁)

○ 不要である。

瑕疵の定義を、当該契約において予定された性質とする以上、買主の主観的要素は定義に含まれるので、「隠れた」との要件による限定は不要である。(堂島有志)

○ 「隠れた」という要件を不要とする考えにつき、賛成する。買主の主観的要素は瑕疵の判断において考慮されるので、「隠れた」という要件を重ねて規定する必要はない。また、瑕疵の定義を明文化するので、「隠れた」を削除しても、買主の主観的要素が不要になったと誤解されることもない。(札幌弁)

○ 「隠れた」要件を不要とする意見に賛成する。「瑕疵」を適切に定義すれば足りる。(法友全期)

○ 買主保護の観点から、「隠れた」という要件を削除する方向で検討することに賛成である。

消費者(買主保護)の保護という観点からは、基本的には「隠れた」という要件を削除して、買主の保護を図ることに賛成である。瑕疵担保責任の要件・効果と一般の債務不履行責任との関係をどのよう

に考えるかにもよるが、「隠れた瑕疵」ではない場合には、その瑕疵は認識可能であり、「隠れた」の場合よりも責任を否定する事情も見出しがたい。それゆえ、売主に不当に過大な責任が生ずるということもないと考えられる（消費者が売主となった場合にも問題はない。）。（日弁連消費者委有志）

- 「瑕疵」の判断の中で考慮されるので必要ない。買主が瑕疵を知りえたからといって、売主が常に免責されるとすべきではないだろう。（大学教員）
- 「隠れた」という要件は、瑕疵の存否を当事者の合意や契約の趣旨に照らして判断することの中ですでに考慮されており、主観的・客観的瑕疵に当たるとされるにかかわらず、買主の認識可能性があったことを理由として売主が責任を免れることは適切ではないと考える。（大学教員）
- 現行法では民法第570条の「隠れた」の意味は条文上明らかにされていないが、そのような概念は条文上明らかに規定すべきであり、買主の目的物受領義務、検査義務、瑕疵（目的物の契約不適合）が発見された場合の通知義務、これらを怠った場合の法的効果について条文で規定することによって、あいまいな「隠れた」の概念を明確化できるとの指摘があった。（国際取引有志）
- 現行民法第572条では、瑕疵担保責任を負わない旨の特約をしたときであっても、売主が知っていて告げなかった事実について責任を免れることができないと規定している。この点については、売主が個人ではなく法人の場合で売買対象物の管理担当者と売却交渉担当者が別人である場合、法人としての売主が知っていても売却交渉担当者が悪意なく告げないことも十分ありうるし、また、わざわざ告げるほどの重要性はないだろうと判断して告げなかったところ後でたまたまその問題がクローズアップされて問題化することもある。そもそも瑕疵担保責任を負わない旨の特約を当事者間でしているのであるから、その効力を制限するような強行規定は、取引の予測可能性を妨げる恐れがあることを考慮した上で、検討してはどうか。

瑕疵が「隠れた」ものであるか否かについて買主の善意無過失を要することや買主の瑕疵発見能力によって差を設けるとすると、買主が瑕疵を調べる高い能力を有している場合や、慎重に売買対象物を調査した場合においては、かえって買主の過失が認められやすくなり、買主がデューディリジェンスをすればするほど売主に対して瑕疵担保責任を追及しづらくなるというジレンマが生じる。買主に過失がある場合については、過失相殺の理論等によって公平を図ることも可能であることも踏まえて、買主の善意のみ又は善意無重過失で足りるとする方向で、検討してはどうか。（長島・大野・常松有志）

- 「隠れた」という要件を削除する考え方については、賛否両論があった。更に検討すべきことに異論はない。(二弁)
- 「瑕疵」の判断に買主の主観的要素も考慮されることから、瑕疵担保責任の適用にあたって、「瑕疵」のほかに、「隠れた」を要件として要求する必要がないとの意見もあるが、「隠れた」という概念の存在意義も存することから、削除については慎重にあるべきである。(親和会)
- 「隠れた」の要件を削除することにつき、慎重に検討すべきである。
 

契約責任説的理解の立場から、「隠れた」の用語を不要とする見解がある。ただし、この見解は、引渡時に瑕疵の存在を知っていても、買主は保護される立場ともかかわるところである。仮にそうとしても、契約責任説及び法定責任説、いずれの立場からも、契約締結時に善意(無過失)の買主を保護すべき点は異論のないところである。

特に契約締結時に善意(無過失)の買主の保護につき、適正・明確な要件の構築する観点からは、現行法において用いられている「隠れた」の用語を使用することも考えられるから、「隠れた」の用語の存続・撤廃の両方について、さらに検討すべきである。(日弁連)
- 「隠れた」という要件は維持すべきである。というのは、①外形上明らかな瑕疵は含まれず、自主的な解決基準として有用である、②瑕疵通知義務、瑕疵検査義務等との関係で必要だからである。(日大民研・商研)
- 「隠れた」要件は必要である。「隠れた」要件は、外形的に明白な瑕疵を売主に帰責することを排除する役割を持っており、買主に検査義務を課すことは民法において不適切である以上、同要件による売主保護は必要である。(愛知県弁)
- 「隠れた」という要件を残すべきである。
 

「隠れた」という要件が機能する場面が散見される。

同要件を残したからといって特に不都合はない。

外見上明白な「瑕疵」を排除するという機能もある。(広島弁)
- 瑕疵の判断基準として、買主にとって瑕疵が明らかになっていないことと買主の善意無過失が要求されているが、その解釈の指針として「隠れた」という用語は実務上定着しており、削除することにより不動産実務が混乱し、取引等が不安定なものとならないように配慮されたい。(不動産証券化協)
- 「隠れた」要件を維持すべきである。内容は善意(無過失)とすべきである。瑕疵担保において、売主の過失を問わないで救済を求める以上、瑕疵について少なくとも善意を求めることは適切である。要件として記載されていたほうが明確であるし、裁判実務において攻撃防御が明確となる。(一弁)
- 瑕疵の存否の判断に際して具体的な事情の斟酌を容易にするとともに、

無用な紛争を抑止するためにも、「隠れた」という要件を維持することに賛成である。

「隠れた」要件は、実際の取引における瑕疵の存否の判断に際して、主観的瑕疵概念に収斂されない機能を有していると考ええる。

すなわち、第一に、判例・裁判例によれば、紛争になった場合の「隠れた」に該当するかどうかの判断に際し、「一般人に顕著かどうか」、「(建物の建築制限につき)売主が不動産取引業者の場合に業者の調査並びに判断に委ねていることが多い実情」等、買主の属性を踏まえた買主による検査への期待度や取引慣行を考慮したうえで、買主の善意無過失を判断していると考えられる。この判断過程は、契約締結当時時点での積極的な合意内容の探索を基礎におく主観的瑕疵概念には完全に含まれてはいないといえる。

第二に、「隠れた」要件により、少なくとも「外形上、明白な瑕疵」は除外されるのであるから、当事者間において、そのような明白な瑕疵についての担保責任追及を買主に許さないという意味で、紛争抑止機能を有している。この機能も主観的瑕疵概念には含まれていない。

したがって、「隠れた」要件を「瑕疵」と別に維持することには合理的理由があると考ええる。(法友会)

- 今般の改正は、一般市民にとってわかりやすく使いやすい法典とすることを目的としている。契約の趣旨・性質といったものを探究するという手法は、法律の専門家が、高度の法的解釈作業を経て、初めて「瑕疵」かどうかの判断が導けるものであるという迂遠さを伴うものである。したがって、この解釈作業の迂遠さを解消するという意味からも、「隠れた」を導入することは、市民にとって明快な基準が示されるということであり、法改正の本来の目的に資するものと考ええる。(ドイツ民法研有志)
- 条文の体裁は第566条を参考にして、「売買の目的物が通常有すべき性能・品質を欠くことを買主が知らず、かつ、これにより～」とすればよい。(広大有志)
- 「隠れた」という要件により買主の検査能力等に応じた瑕疵の認識可能性が考慮されていたところであり、これを合意の内容として認定できるか疑問があるとの意見、要件を外すことで善意無過失の内容を変容させることは相当ではないとする意見があった。(最高裁)
- 「隠れた」という要件は削除すべきではないと考ええる。「隠れた」という要件をなくすと、一見して明らかな瑕疵があった場合でも、当事者の合意の内容が瑕疵のない物の履行にあった場合に担保責任を問えることになり不都合である。(横浜弁)
- 「隠れた」という要件を削除することに反対する。「瑕疵」のみで買主の主観的要素が完全に考慮されているか明らかでなく、紛争解決

上も重要な機能を果たしている「隠れた」を削除することにより、結論に影響を与える可能性がないか慎重に検討すべきである。(森・濱田松本有志)

- 実際において、「隠れた」という要件には、紛争の解決に当たり買主の属性等を考慮しやすくするという機能を果たしており、実際のところ、取引実務においては自主的な紛争解決の際の有力な判断基準として機能している事実を重視すべきである。(会社員)
- 「隠れた」という要件の削除には反対する。

「隠れた」という要件については、買主が転売目的の事業者である場合など買主の属性によって契約時の検査義務を認めるべき事例等があり、その解釈根拠として「隠れた」(買主の善意無過失)という要件が機能する可能性があり、このような買主の属性や主観的要素等を全て「瑕疵」の要件のみで処理することは、「瑕疵」の内容が複雑になり望ましくないとする意見や、「隠れた」という文言があれば、少なくとも外形上明白な瑕疵は含まれないことが明らかになるから、自主的な紛争解決の際の判断基準として実務上意味があるという意見もあり、仮に契約責任説を採用する場合であっても、削除は相当でない。(弁護士)
- 民法第570条の「隠れた」という要件を削除すべきであるという考え方に反対する。当該契約において予定された性質の欠如とするなど契約の趣旨を反映させたものとして「瑕疵」の評価において買主の善意無過失等の主観的要素を考慮できるため、善意無過失(あるいは善意無過失を推定させる事情)を意味する「隠れた」という要件を重ねて課す必要はないとも言えるが、「隠れた」という文言があれば、少なくとも外形上明白な瑕疵は含まれないことが明らかになるから、自主的な紛争解決の際の判断基準として実務上意味があると考えられる。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない(個人)

#### (4) 代金減額請求権の要否

代金減額請求権には売主の帰責性を問わずに対価的均衡を回復することができる点に意義があり、現実的な紛争解決の手段として有効に機能し得るなどの指摘があったことを踏まえて、買主には損害賠償請求権のほかに代金減額請求権が認められる旨を規定する方向で、更に検討してはどうか。その検討に当たっては、具体的な規定の在り方として、代金減額のほかに買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定の要否や、代金減額の基準時等の規定の要否等について、更に検討してはどうか。

また、代金減額請求権が労働契約等の他の契約類型に準用された場合

には不当な影響があり得るという意見があることを踏まえて、代金減額請求権の適用ないし準用の範囲について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 2(4) [21頁]】

【意見】

- 代金減額請求権を認める方向で検討することについて賛成。減額請求で足りる場合もあり、柔軟な対応が図れるようにすべきである。もっとも、損害賠償と別個に認める必要性について疑問も出されており(第14回議事録 22頁岡委員)、この点を含め検討すべきである。

代金減額の他に買主が負担した費用を売主に請求できる規定を設けることについては、否定すべきである。買主の負担した費用に関しては、いわゆる契約締結上の過失の問題として検討すれば足りると思われる。

代金減額の基準時の規定を設けることについては、検討すること自体には反対しない。基準時については、いかなる場合に問題になり得るか、という解釈上の点も含めて検討することは反対しない

代金減額請求権の適用ないし準用の範囲について検討すること自体は賛成。代金減額の適用の範囲として、労働契約等、安易に減額請求をしてよいとは思われない場合もあることからすると、なお検討の余地がある。(東弁)

- 物の瑕疵の場合に、買主の救済手段として、代金減額請求権を認めることに賛成する。

瑕疵担保責任の法的性質を契約責任と捉えて規定を整理するとすると、瑕疵ある物を給付した売主も、帰責事由がない場合には、損害賠償義務を免れることとなる。一方で、瑕疵担保責任における損害賠償責任については、売主の善意(無過失)の買主に対する信頼利益についての無過失損害賠償責任と捉えるのが、なお実務上は支配的な考え方であると思料される。

したがって、瑕疵担保責任の法的性質を契約責任と捉えて規定を整理すると、少なくとも理屈のうえでは、善意の買主の保護は後退することとなる。

この点、「そもそも現行実務が債務不履行の一般原則において過失責任主義を文字通りに採用しているのかという点に疑問が呈されている。特に、引渡債務等の帰責事由の判断傾向については、引渡し等の遅滞があった場合には、それが不可抗力等によらない限り、原則として帰責事由を認めているとの判例研究が相当数蓄積されている。」との指摘もあるが、訴訟にはならない場合であっても、実務上は、売主の無過失責任としての瑕疵担保責任が存しているがゆえに、売主の帰責事由の点を問題とすることなく、瑕疵なき物の代金との差額や善意の買主の支出した

費用の弁償等の限度で損害賠償する形の解決も円滑に図られているのではないかと思料されるところであり、瑕疵ある物を給付した売主の無過失責任と瑕疵について善意の買主の信頼利益の回復は、それなりにバランスのとれたものとして受け入れられているのではないかと思料される。

代金減額請求権は、売主の債務不履行責任とは異質の買主の救済手段であって、上記のバランスを図ることに資するものである。瑕疵担保責任の法的性質を契約責任と捉えて規定を整理する場合、売主に帰責事由がない場合の買主の救済手段として、代金減請求権を認める必要性が大きい。

瑕疵について善意の買主について、代金減額のほかに、買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定を設けるべきである。

上記のとおり、瑕疵担保責任の法的性質を契約責任と捉えて規定を整理すると、少なくとも理屈のうえでは、善意の買主の保護は後退することとなる。また、現在の実務上は、売主の無過失責任としての瑕疵担保責任が存しているがゆえに、売主の帰責事由の点を問題とすることなく、瑕疵なき物の代金との差額や善意の買主の支出した費用の弁償等の限度で損害賠償する形の解決も円滑に図られているのではないかと思料されるところであり、瑕疵ある物を給付した売主の無過失責任と瑕疵について善意の買主の信頼利益の回復は、それなりにバランスのとれたものとして受け入れられているのではないかと思料される。

この点、代金減額請求権による救済は、瑕疵が存した部分について支払われた代金と瑕疵があるがゆえの価格との差額の填補のみでとどまるものとも思われるが、瑕疵について善意の買主についてはかかる救済のみで十分かを慎重に検討する必要がある。

瑕疵ある物を給付した売主に帰責事由が認められないものの、買主が瑕疵につき善意であるが故に負担した費用・損害があつて、これをすべて買主の負担に帰せしめるのが酷となるケースが皆無か否かにも配慮し、柔軟な解決を図ることのできる制度とすることにも留意すべきである。

具体的には、代金減額請求権の減額判断の中で瑕疵について善意の買主が支出した費用等についても考慮に入れること（買主の救済は代金額が限度となる。なお、この場合は代金減額請求権と矛盾する損害賠償請求権の範囲が広がることにもなる。）、あるいは瑕疵について善意の買主に差額にとどまらない費用等の損害賠償請求権を認めること、等も検討すべきである。

代金減額の基準時等の規定を設けるかについては、引き続き慎重に検討すべきである。市民からみてわかりやすい民法の観点からは、代金減額の基準時等を条文上明確にできるのであれば、明確にした方がのぞましい。

代金減額請求権については、労働契約等に準用すべきではない。売主側の事情を問わない代金減額請求権や善意の買主の損害賠償請求権が、労働者等に適用されると、本来使用者において負担すべき経営上のリスクが容易に労



働者等に転嫁されることとなり、不当な結果を招く。(大阪弁)

- 特に異論はない。(二弁)
- 代金減額については規定すべきである。対価的均衡を維持するために有用だからである。なお、本研究会においては、損害賠償(代金減額の損害賠償)の中で処理できるのではないかとの見解もあった。(日大民研・商研)
- 売買の規定ではなく、双務契約における債務不履行一般の規定として定めるべきである。

帰責事由がない場合にも成立する代金減額請求権は、売買のみならず双務契約約全般に認める実益があり、売買固有の規定として設ける必要はない。(仙台弁)

- 代金減額請求権を設けることに賛成である。売買契約時に合意された等価的均衡の維持という観点から、買主の権利として代金減額請求権を認めるべきである。(金沢弁消費者委)
- 買主に代金減額請求権を認められる旨を規定することに、賛成する。損害賠償請求、一部解除と実質的に全く同じ効果であり、規定として設けない別段の理由がない。

代金減額のほかに買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。

代金減額の基準時等の規定の要否については、慎重に検討すべきである。

代金減額請求権が労働契約等の他の契約類型に準用された場合に不当な影響を与えないよう、代金減額請求権の適用ないし準用の範囲について、慎重に検討すべきである。

これらの点について、検討することに特に反対するものではないが、未だ議論が定まっておらず、慎重な検討が必要である。(愛知県弁)

- 瑕疵担保責任を債務不履行責任として構成するとしても、追完請求権や代金減額請求権など、買主に認められる権利として、明文上、明らかでないものを規定することや相互の関係を明らかにすることは、権利関係の明確化に資するものであり、意義があるものと思われる。(パブコメWG)

- 買主には損害賠償請求権のほかに代金減額請求権が認められる旨の規定を置くべきである。

代金減額請求権の適用ないし準用の範囲につき規定を置く方向で検討すべきであるが、検討にあたっては、代金減額請求権が他の契約類型に準用された場合に不当な影響がおよばないように留意すべきである。現民法で代金減額請求権が認められるのは数量指示売買などに限られるが(現民法第563条, 同第565条), 一般論として、買主に損害賠償請求権のほか代金減額請求権が認められることとするのは合

理的である。また、有償双務契約の基本法である売買の諸規定中に代金減額請求権に関する規定を置くことは、少なくとも条文整理の観点からも有益であろうと考えられる。(日司連)

- 買主による修補請求，代物請求，及び代金減額請求を認めるべきである。

瑕疵担保責任に関する法的性質に関しては，民法学説上，いわゆる法定責任説と契約責任説の対立があり，長く論争が続けられてきた。しかしながら，目下，買主による修補請求，代物請求，及び代金減額請求を責任追及手段として認めるべきであること自体は，理論的な根拠づけのありようはともかくとして，結論において差異はほとんどない。

一方，買主と売主との間で，売買目的物の瑕疵をめぐり瑕疵担保責任が問題となる場合，実務的には，売主が買主に対して修補や代物の提供を行ったり，あるいは瑕疵に相応する分だけ売買代金を減額することによって，最終的な解決を図ろうとすることが多い。ところが，現民法において瑕疵担保責任追及の効果として明文をもって定められているのは解除と損害賠償請求のみであり，修補や代物提供，代金減額については，そもそも条文に定めがない。

よって，瑕疵担保責任上，買主による瑕疵修補請求，代物請求及び代金減額請求が認められることそれ自体は，少なくとも条文に明記すべきである。

なお，瑕疵担保責任に関する条文として修補請求，代物請求及び代金減額請求が認められることを定めた場合，買主に認められる各責任追及手段の優劣関係や，その行使方法をどのように規定すべきかという問題が残る。しかしながら，この点については瑕疵担保責任の法的性質に起因する理論上の問題があるほか，契約類型や契約目的物の種類によっても扱いが大きく異なりうる問題である。よって，労働契約などの他の契約類型に準用するにあたっては，当該契約の合理的解釈にゆだねるか，あるいは契約類型ごとに検討し条文化するほかないと考える。(青司協)

- ① 代金減額請求権を認めるべきである。
- ② 代金減額請求権を無過失責任，損害賠償請求権を過失責任として併存を認めるべきである。
- ③ 瑕疵があることによって買主が負担した費用の償還を認めるべきである。
- ④ 何らかの形で基準時を設けるべきである。
- ⑤ 契約の実情に合わせて代金減額請求権の適用範囲を制限すべきである。

取引の実情にあった解決が図れる。(広島弁)

- 買主には損害賠償請求権の他に、代金減額請求権が認められる旨を規定することにつき、賛成する。不動産取引上、代金減額で処理していることも多く、実務の現状にも沿っている。(不動産証券化協)
- 代金減額請求権を認める意見に賛成する。  
理論的には売買における買主の追完請求権の一態様として認めることができ、実際にも簡易迅速な解決に繋がる可能性があり、導入する意義は大きいと思われる。(法友全期)
- 民法第570条について、代金減額請求権を認める方向で検討すべきであるが、他の契約類型への準用はなされるべきではない。  
現行の取引関係では、損害賠償請求が事実上代金減額請求と同じ効果を有している。  
また、中古市場が発達している今日では、この程度の瑕疵があるものは幾らかという市場価格が、広く形成されつつある。民法第570条についてのみ代金減額請求権を認めない理由はなくなりつつあると思われる。損害賠償請求で損失補てんされるのであれば代金減額請求をあえて認める意義はないのではないかとの議論もあるが、むしろ一般取引においては、損害賠償を請求するより代金の減額を請求する方が通常である。ただし、それはあくまでも中古市場や個人間での中古品の売買が広く行われるようになった「物」などについて認められるのであるから、労働契約など他の契約類型に準用するべきではない。(東京青司協)
- 代金減額請求権が認められる旨規定することにつき、賛成する。  
買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定は、不要と考える。  
代金減額の基準時等の規定は、不要と考える。  
代金減額請求権は、有償契約の等価的均衡を保つための手段として機能するので、損害賠償請求権とは別に、制度として必要と考える。  
買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定の要否については、要した費用分を代金減額請求等の中で加味して解決できると考えるため、不要と考える。代金減額の基準時等については、個別の事案に即した柔軟な解決(調整)ができるように、あえて規定しない方がよいと考える。(札幌弁)
- 瑕疵担保責任の効果として代金減額請求権を明文化すべきである。  
瑕疵ある物の時価評価額が証明できれば、瑕疵ある物の評価額と売買代金との差額について代金減額請求という方法での瑕疵による減価分の請求ができる。瑕疵担保に関して、このような救済方法も認められるべきである。  
代金減額請求は追完請求に準じる性格を有することから考えて、売主に帰責事由がなくても追及できると考えるべきである。(福岡弁)

- 物に瑕疵がある場合であっても、損害額の算定が不可能とは言えないから、一部他人物売買や、数量不足、原始的一部不能の場合と同様に、買主の権利として代金減額請求権を認めることについて検討すべきである。(親和会)
- 帰責事由がなく免責されない場合の給付の対価的均衡を維持する必要がある、導入すべきものである。(ドイツ民法研有志)
- 買主に代金減額請求権を認めることに賛成である。売主の債務不履行の免責事由の有無にかかわらず、売買の対価性の観点からは、代金減額請求権による救済手段を買主に与えるべきであるから、瑕疵担保責任において、買主に代金減額請求権を認めることには賛成である。  
債務不履行の一般規定として規定することに賛成する意見もあったが、いずれにせよ、少なくとも、物の瑕疵につき、買主に代金減額請求権を認める特則を置くべきである。  
代金減額請求権のほかに買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定を設けることに賛成である。ただし、伝統的な法定責任說的立場と、代金減額請求を認めた場合の違いを考えると、瑕疵担保責任では、①瑕疵による減価部分と、②(隠れた)瑕疵がある故に買主が負担した費用・コスト、に対する救済手段が問題となる。伝統的な法定責任説立場では、①の救済は認められないものの、②の救済は信頼利益の損害賠償によって、救済される。この観点からは、代金減額請求を認めることにより①の救済は認められるものの、②に対する救済が後退するのは妥当ではない。よって、代金減額請求を認めた場合でも、②の損害賠償を認める規定を設けるべきである。  
代金減額の基準時等の規定の要否は、慎重に検討すべきである。代金減額の基準時等については、明文化することは妥当であるとしても、買主の保護に欠けることの無いよう慎重に検討すべきである。  
代金減額請求権が労働契約等の他の契約類型に準用された場合には不当な影響を与えないよう、代金減額請求権の適用ないし準用の範囲について慎重に検討すべきである。なお、労働契約には準用すべきではない。代金減額請求権が他の契約類型に準用されることによって、労働契約等他の契約類型に不当な影響を与えてはならないから、代金減額請求権の適用ないし準用の範囲についてはそうした不当な影響を与えないよう、慎重に検討すべきである。(日弁連)
- 民法第570条は買主の権利として損害賠償請求権と解除権のみを規定するが、代金減額請求権や修補請求権を「契約不適合」の場合に除外する合理性もないので、売主による契約違反の場合の買主の権利として、履行請求権(修補請求・代替品請求)、代金減額請求、契約解除、損害賠償の権利を認めるべきとの意見があった。(国際取引有志)
- 代金減額請求権を明文化することに特に反対するものではない。

現在の取引実務において、契約上、瑕疵担保責任の内容として代金減額請求を認めているものもあるため、法律においてかかる請求権が規定されたとしても特に不都合はない。（法友会）

- 代金減額請求を認める考え方に賛成である。その適用ないし準用の範囲について、慎重に検討すべきである。

代金減額による有償契約における対価的均衡を維持する必要性が認められる。算定が困難であるとの指摘がなされるが、損害賠償においても一定の金額を損害額として認定せざるを得ないのであり、算定が困難であることは代金減額請求のみの問題ではない。（横浜弁）

- 売主側の帰責事由の有無にかかわらず、代金減額請求ができることを明記すべきである。売主の帰責事由のいかんにかかわらず、対価的均衡の回復を保障する必要がある。

代金の減額に加え、買主が負担した費用の請求も認めるべきである。瑕疵の有無を調査する費用等は、瑕疵のない物の給付を約束した売主の負担にするのが衡平である。

瑕疵の存否の基準時とそろえるため、減額幅をはかる基準時は、危険移転の時とすべきである。（堂島有志）

- 認める方向で検討すべき。（大学教員）
- 代金減額請求権を認めることに賛成である。また、売主が免責事由を主張できる場合であるにかかわらず、買主の損害賠償請求が認められるべきであるとする、売買契約の売主以外の債務者との間で不均衡が生ずることにならないかどうか、慎重に検討することが必要である。（大学教員）

- 売主の帰責性を問わずに対価的均衡を回復する手段としての意味があり、買主保護の見地から、代金減額請求権を認めるべきである。

代金減額請求権は、売主に帰責性が認められない場合にも対価的均衡を回復する手段として意味があり、また、これを認めることが一般的な法感覚にも合致する。

また、損害賠償は一般の債務不履行責任としても肯定できる。また、修補請求・代物請求も一般の債務不履行の効果として認めることが可能である。解除については、債務不履行の効果として、あるいは、反対給付がない場合に離脱を認める制度として一般的に認められる。それゆえ、担保責任が、一般的な債務不履行とは別に規定される意義は、むしろ、この代金減額請求権にこそあるというべきである。（日弁連消費者委有志）

- 代金減額請求権については、売主の帰責性を問わずに対価的均衡を回復することができる権利として必要であり、購入した物に瑕疵があった場合に、その分の代金を返してほしいという素朴な法感覚に適合する現実的な制度であるため、その明文化に賛成する。（弁護士）

- 検討することに異論はなかったが、不当な代金減額請求の根拠規定とならないようにするため、雇用契約への適用には慎重であるべきとの意見があった。（最高裁）
- 代金減額と損害賠償を併存させるのであれば、損害賠償は減額ではなく真の意味での損害賠償となるので、違いを明記すべきである。（広大有志）
- 代金減額請求権は、不特定物の売買において一部に瑕疵があったような場合には減額すべき金額を比較的容易に算出できるので意義があると思われるが、特定物の売買においては、減額すべき金額を算出しづらいことが想定される。しかし、代金減額請求権は、当事者が合意していない条件で契約の拘束力を認めることになり、要件効果を明確に定めないと取引の予測可能性を損なう恐れがあるのでご留意頂きたい。（長島・大野・常松有志）
- 労働契約の成立と終了、労働条件変更については、労働契約法にいくつかの定めがあり、民法及び労働契約法の信義則・権利濫用の禁止により規律され、これらに基づき多数の判例法理が形成されてきたところ、「中間的な論点整理」の中には、労働者の権利水準を後退させるか後退させるおそれのある検討事項が少なからず存在している。  
この点、瑕疵担保責任については、瑕疵の定義いかんによっては、就労開始後の疾病等を原因とする賃金減額がなされるおそれがある。  
今後の検討過程で労働者の権利水準を後退させることが確実となる場合、法改正には賛成できない。（連合）
- いずれについても慎重に検討すべきである。  
代金減額請求権は、制度間の競合の問題を含めた履行障害制度の体系的整合性を強く意識する必要がある、履行障害法制の本質を左右する問題でもあると言える。代金減額請求権の法的性質を検討せずに単に規定を置く、という考え方自体、法体系を無視するものである。  
現行民法では、瑕疵ある給付をしても、代金債権はフルに発生し、その反対債権として損害賠償請求権が併存するという構図があった（典型的には、請負代金と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権がそうである。）。その枠組みからすると、たとえば医療過誤があっても、診療報酬自体は減額されず、損害賠償請求権が反対債権として併存するというのが本来の債権法の理解である。代金減額請求権は、この体系を揺り動かすものがある。さらに類似制度として危険負担制度との関係を整理する必要がある。反対債権の消長を規律するものとしての危険負担制度を廃止するならば、代金減額請求権が必要なのだろうと思われるが、むしろ、担保責任では代金減額請求権を規定せず、危険移転時期の規律を見直すことは前提としつつも、危険負担制度を存置したうえで、代金債権の当然減免を認める（もちろん免責事由を問わな

い) という法制が体系上すっきりしているのではないか。(兵庫県弁)

- メーカーの売買契約においては、一度瑕疵が判明した場合における代金減額規定(俗に、特別採用といわれる)が設けられているところ、更なる損害発生防止の観点から、メーカーがこの条項の削除を求めることが少なくない。代金減額請求権の明文化に当たっては、上記のようなメーカーの追加事故発生防止の交渉努力が、法律により阻害されることのないよう配慮されたい。(会社員)
- 特に反対はしないが、その規定が他の有償契約に準用される範囲については、慎重に検討すべきである。

売買契約について代金減額請求権を認めることに異論はないが、労働契約等他の契約類型に準用された場合には不当な結論を招くおそれがあることから、その規定が準用される範囲については慎重に検討すべきである。(弁護士)
- 代金減額請求は、鑑定に依存するなど、現行法の解決よりも劣る制度であるから、反対する。(一弁)
- 改定の必要があるとは思えない。合意により代金が減額されるのが通常である。(個人)

#### (5) 買主に認められる権利の相互関係の明確化

買主に認められる権利の相互関係の明確化については、相互関係を法定することにより紛争解決の手段が硬直化するおそれがあるため、可能な限り買主の権利選択の自由を確保すべきであるという意見と、相互関係についての基本的な基準を示すことなくこれを広く解釈に委ねることは紛争解決の安定性という観点から適切ではないので、必要な範囲で明確にすべきであるという意見があったことを踏まえて、更に検討してはどうか。その際、権利の相互関係が債務不履行の一般則からおのずと導かれる場面とそうでない場面とがあり、そのいずれかによって規定の必要性が異なり得るという指摘があることに留意しつつ、検討してはどうか。

また、代物請求権及び瑕疵修補請求権の限界事由の明文化の要否について、追完請求権の限界事由の要否という論点(前記第2, 4(3))との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 2(5) [21頁], 同(関連論点) [25頁]】

#### 【意見】

- 買主の権利の相互関係を明らかにする条文を設けるという考え方に賛成である。その場合、買主がどのような救済手段をどのような場合に行使できるかを具体的に明らかにすることは重要であり、明確化の観点からは、代物請求権と瑕疵修補請求権の関係等の問題を個々に解

決するルールを用意して条文を置くべきものである。(金沢弁消費者委)

- 買主に認められる権利の相互関係、代物請求権及び瑕疵修補請求権の限界事由については、必要かつ可能な限り明確化する方向で検討すべきである。

売主の不完全履行に対し、買主が行使できる権利、方法及び各権利の相互関係について、現民法の規定は不十分である。よって、買主に認められる権利の相互関係や限界事由につき、確立した考え方については、立法によって明確にすべきである。(日司連)

- 買主に認められる権利の相互関係については、できうる限り、具体的に定めるべきである。ただし、各救済手段の行使を基準として他の救済手段に制限をかけるのではなく、救済手段については買主の選択的行使を認め、相矛盾する結論となることを許容しない規律となるよう留意すべきである。市民からみてわかりやすい民法という観点からすれば、買主に認められる権利の相互関係については、解釈に委ねずにくむ範囲においては、できる限り、具体的に定めることがのぞましい。

もっとも、権利の相互関係を明確化するにあたっては、買主の権利行使(選択的行使)が不当に制限されないよう、十分に留意されなければならない。追完請求権の具体的内容としての代物請求権と瑕疵修補請求権の関係については、買主の選択的行使が可能であって、売主が修補で対応することで代物の給付を免れることは原則として認めるべきではない。

瑕疵修補請求については、代物請求よりも過分の費用を必要とする場合を限界事由として要件化することには特段反対しない。

修補で対応されること自体で経済的価値が下がるものもあり、そうでなくとも、一般的に見ても修理品ではなく代替品を求める買主の利益は、単に主観的なものであるとはいいがたく、十分に法的保護に値するものと思料される。

そもそも、種類物売買である以上、買主が、修補ではなく、本来的な給付として代物を求めるのは当然であるともいえるのであって、信義則に反しない限り、買主は原則として代物請求を選択することができるものと考えべきである。

代物請求に対する瑕疵修補での対応を要件化した場合、その適否判断が販売業者に委ねられてしまうケースも多いと思われ、事業者と消費者の情報格差・交渉力格差に照らせば、本来修補での対応が許されず、代物を供給しなければならないところを修補で済ませる方便として用いられるおそれも危惧されるところである。(大阪弁)

- 売買の目的物(不特定物)に瑕疵がある場合に修補や代物の請求ができるのか条文上不明確な現行法制は、大量生産・大量輸送・通信手段の



発達により追完が容易になった現代の取引の実態にあわない。

売買の目的物（不特定物）に瑕疵がある場合に瑕疵修補請求でき又は代物請求できるものとすることに賛成である。

瑕疵の修補に過分の費用を要する場合等、瑕疵修補請求権の限界事由について検討すべきである。

瑕疵の修補に過分の費用を要する場合には、代物提供によることが適切である一方で、買主が代物の提供を望んでいても、修補によるほうが経済合理的である場合もある。このような追完方法相互間の関係を規律する仕組みについて検討すべきである。（産業組織課）

○ 追完請求権の具体的内容としての代物請求権と瑕疵修補請求権の関係、追完請求権と代金減額請求権の関係、追完請求権と損害賠償請求権の関係、追完請求権と解除権の関係、代金減額請求権と損害賠償請求権の関係、代金減額請求権と解除権の関係については、整理するべきである。また追完請求権は、債務者に対して債務成立時に予定されていた行為とは異なる行為を要求するものであり、法文上もその限界を明確にすべきである。（親和会）

○ 近時の不動産取引や M&A 取引等の契約書において、債務不履行責任及び瑕疵担保責任のほかに、表明保証責任に関する規定を設けることが多いにもかかわらず、表明保証責任の法的性質や要件・効果について、裁判例等も未だ少ないため、解釈が確立していない点が多い。取引上規定される表明保証責任の内容は当事者の意向に応じて多岐にわたるが、大きく分けると、売主・買主の有効な存続、内部手続履行等の契約当事者に関する事項のほか、売買対象となる物・会社等についての表明保証が一般的に規定されることが多い。後者については、瑕疵担保責任と重なるところも多いが、当事者の関心事項を反映して、より個別・具体的に合意して規定されるため、紛争の未然防止にも資している。

表明保証責任の法的性質や要件・効果については債務不履行責任及び瑕疵担保責任との関係で議論されることがあり、また、今後もその要件・効果について訴訟等で争われることが想定できるため、今回の債権法改正にあたって、債務不履行責任と瑕疵担保責任との相互関係についての検討とあわせて、表明保証責任の法的性質や要件・効果（損害賠償、解除といった法的効果のほか、債務不履行責任又は瑕疵担保責任に基づき買主に認められる権利との間の相互関係も含む。）についても、規定する方向で検討してはどうか。（長島・大野・常松有志）

○ 買主に認められ得る権利（以下では「買主の救済策」あるいは単に「救済策」と称する）としては、追完請求権、代金減額請求権、解除権、損害賠償請求権等が考えられる。このうち、解除権は「契約をし

た目的を達することができないとき」にのみ認められるのであるから（現行 570 条が準用する 566 条 1 項参照）、原則として売主の追完によって契約の目的達成の可能性がある場合には、追完請求権に劣後させるべきであろう。ただし、代金減額請求権もドイツ民法（441 条参照）と同様に当然に追完請求権に劣後するかどうかは慎重に検討してもらいたい。（なお、損害賠償請求権は他の救済策と並列する（同列かどうかはその他の救済策ごとに検討すべきである）。要するに、買主の諸救済策は、経済的合理性を踏まえれば買主の自由な選択に任せるべきではなく、整序された救済策を規定すべきである。（ドイツ民法研有志）

- 「買主の権利選択の自由を確保すべき」としつつ、そこから生じる弊害は例外規定として「限界事由の明文化」をすることで対処する方向で検討すべきである。

私的自治の原則からすれば、瑕疵担保責任を追及する買主をどのような態様で保護するかは、買主自身の選択に任せるべきであり、また、売買の目的物の性質や瑕疵の内容、その程度によっては、「買主に認められる権利の相互関係の明確化」が、逆に買主の権利の行使を妨げる恐れも否定できない。なお、この場合、買主による瑕疵担保責任の追及に対して、売主に過度の負担を負わせないことにも配慮する必要があるが、この点に関しては、現行民法 634 条以下の請負契約における瑕疵担保責任におけると同様に、「限界事由の明文化」により対応すべきであると考えられる。（青司協）

- 「追完請求権の具体的内容としての代物請求権と修補請求権の関係」、 「追完請求権と代金減額請求権の関係」、 「追完請求権と損害賠償請求権の関係」、 「追完請求権を解除権の関係」、 「代金減額請求権と損害賠償請求権の関係」、 「代金減額請求権と解除権の関係」、 それぞれについて個々に解決するルールを用意して明文を置くべきである。

分かりやすい民法という考え方に資する。（広島弁）

- CISG では、契約解除や代替品引渡し請求を重大な契約違反（25 条）の場合に限定する、両立しない法的救済は認めない（46 条）、解除権行使の要件を明確化する（49 条）等により、救済のための権利の相互関係を規律する規定をおいている。このような救済のための権利の相互関係を規律する規定をおくことが明確で望ましいとの意見があった。

（国際取引有志）

- 買主にとっての救済手段が明確になる結果、取引の透明性が高まるため、規定することに賛成する。（不動協）
- 近年、第三者が作成したソフトウェアを、ベンダーがシステムに組み込んだ上でユーザーに提供する事例が増えており、第三者ソフトウェアについては、修補請求に直接対応することが困難となる場合があるため、

買主に権利選択の自由を認めることにより実務上問題が生じる。

中間論点整理では、必要な範囲で権利の相互関係を明確化すべき（買主の権利選択の自由を制限する）であるとする立場から、売買の追完請求権に特有の限界事由を定める必要がある場合等については相互関係の明確化をすべきであるという意見や、個別意見として、特定物売買の代物請求権や瑕疵修補請求権を強い権利として認めた場合、個人売主等に過重な負担を課す結果になることもあり得るため、修補等に代わる損害賠償請求権の要件を緩和するなどの検討が必要ではないかという意見があげられているが、更に積極的に、売主側の事情を考慮するような規定、例えば、ユーザーが修補請求を選択した場合であっても、ベンダー側で損害賠償等に救済方法を変更するなど、給付者側が、合理的理由から、選択内容とは異なる対応を望む場合の処理も併せて規定すべきと思われる。（ソフトウェア協）

- 売主側の利益にも配慮して、必要な範囲で、相互関係を明確化すべき。とくにドイツのように売主の修補権を優先させるべきかどうかについては、議論をしたうえで考えを明確にしたほうがよい。（大学教員）
- 買主に認められる権利の相互関係については、買主が選択的に権利行使できるようにすべきである。権利行使方法につき優先順位を認める必要はなく、買主の選択にゆだねるべきであるが、代金減額請求権（一部解除権としての効果）と解除権のように、両立し得ない権利行使は認めないとの規定は必要と考える。

代物請求権及び瑕疵修補請求権の限界事由の明文化については、何らかの限界事由を規定することには賛成する。債務者に過剰な負担を強いるのは妥当でない。（愛知県弁）

- 買主に認められる権利の相互関係については、買主が選択的に権利行使できるとすべきである。買主の複数の救済手段が認められる場合、救済手段の相互関係・順序が明確であったほうがよいとも考えられる。しかしながら、例えば、「代金減額請求をすると、他の救済手段が認められない」との立場に立った場合、代金減額請求をしても、効を奏しない場合（例えば、本来支払われるべき減額部分の一部しか支払われない場合など）については、代金減額請求と他の救済手段は同時に権利行使可能とすべきであるとも考えられる。買主保護の観点からは、買主が選択的に、複数権利行使できるとすべきである。

代物請求権及び瑕疵修補請求権の限界事由の明文化につき、慎重に検討すべきである。代物請求権及び瑕疵修補請求権の限界事由については、明文化できるならば、分かりやすい民法に資するとも考えられるが、限界事由の内容については、現時点では明確とは言えないから、慎重に検討すべきである。（日弁連）

- 認められる権利を個々に規定し、矛盾する権利行使は認められないという程度の規定を設けるにとどめ、原則として買主の選択権を認めるべきである。契約・物の性質等の事情によりどちらかの権利行使に限る場合はありうるが、その限界は不明確であって、これを明文化することは困難であり、また様々な事情がある中でそれを明文化する実益も乏しい。従って、矛盾する権利行使は認められないという点にとどめ、その他は解釈で対応すべきである。

代物請求権、瑕疵修補請求権の限界については、さらに検討することについて争わない。(東弁)

- いずれについても、今後の実務等を阻害しないよう慎重に検討すべきである。

各権利の発生要件を整理し、かつ相互関係を明確化することは必要なことではあり、それが可能ならば、そうすることが望ましいが、実際には大変困難である。将来の判例学説の発展を阻害するような立法化にならないよう慎重に検討すべきである。

代物請求権及び瑕疵修補請求権の限界事由の明文化の要否に関しても、売主が任意に追完をして解決を図ることは良いとしても、問題は、売主が反対の意思を持っていても強制される代物請求や瑕疵修補請求があつてよいのかという点であり、そこには自ずと限界がある。民法が請負において瑕疵修補を認めているのも、請負人が瑕疵修補において適任者であることを特に考慮したからであるが、売主の場合は状況が異なる。売主の環境・立場・職業・専門性にかかわらず代物請求権や瑕疵修補請求権が認められるわけではないことを明確にすべきである。(兵庫県弁)

- 売買において固有の規定を設ける必要があるかを慎重に吟味すべき。売買契約においては原則として瑕疵修補請求権は、売主の能力を考慮すると否定されるべきであり、その旨を売買において定めることは反対しない。

債権総論または契約総論において、追完請求権や代物請求権を規定するのであれば、権利の相互関係も当該箇所において適用する方がわかりやすい。

ただし、国民一般に対しわかりやすい法律を定めるという観点から必要といえる場合は固有規定を定めるべきということになる。

以下、個別の意見を述べる。

- ① 代物請求権と瑕疵修補請求権とでは、代物請求を原則とすべきである。瑕疵修補請求は、売買契約の趣旨に照らすと、原則として売主の合理的に期待できない場合に該当し(瑕疵修補能力は売主にはないのが原則)、履行請求できず、代物請求を原則とするのが相当。なお、これも検討委員会試案【3.1.1.56】を適正に解釈すれば自ず

と結論が出ると思われるが、国民にとって定めた方が分かりやすいのであれば、売買において定めること否定はしない。

- ② 追完請求権と代金減額請求権では、買主の自由な選択に委ねるべきとの考え方に賛成。
- ③ 追完請求権と損害賠償請求権とでは、債務不履行一般において検討委員会試案【3.1.1.57】のような規定を定めれば対応が可能ではないか。分かりやすいという考えのみで売買において重複して規定する必要があるか疑問。
- ④ 追完請求権と解除権の関係については、催告解除を原則として捉える以上、両者の関係を別途定める必要はない。(仙台弁)
- 買主に認められる権利を一覧できる規定は置くものの、相互関係を明らかにする規定は置かないとすべきである。

代物請求権，瑕疵修補請求権の限界事由について，明文化につき，反対する。

いかなる権利を行使するかは，買主の自由であり選択権がある。相互に矛盾する権利が認められないのは当然であるから，この点の規定は不要である。

代物請求権，瑕疵修補請求権の限界事由については，債権の基本的効力中の規定（検討委員会試案131頁【3.1.1.56】「契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合」など）で十分であり，これと別に規定する必要はない。(札幌弁)

- 法律ですべての類型を網羅できるかといえば困難であるとしか言いようがなく，基本的には契約に基づく処理に委ねる方が合理的な解決を導きやすいことを留意されたい。(会社員)
- 権利の相互関係については，基本的には買主の自由な選択を尊重すべきであると考えますが，現時点では多様な意見があり議論が尽くされていないことから，今後更に検討すべきである。(弁護士)
- 瑕疵担保責任の買主に認められる権利について，相互に矛盾する主張が同時に認められないことは明確化することはよいとしても，権利行使の手段の優先順位を法定することには反対である。買主（消費者）の保護の見地から，買主に認められる権利の相互関係については，事案に応じて買主の自由な選択に委ねられるべきである。特に，修補請求については，目的物の瑕疵の存否が問題となっているケースでは，当事者間の信頼関係が損なわれていることも少なくないし，また，無責任な売主が損害賠償責任の追及をかわそうとして，不誠実な修補の申出を行うこともある。それゆえ，修補請求を損害賠償請求に優先させるべきではない（現行民法第634条第2項参照）。

代物請求及び瑕疵修補請求についての限界については，「瑕疵が重要ではなく，かつ，代物の給付・瑕疵の修補に過分の費用がかかる場合」

に限定すべきである。代物請求及び瑕疵修補請求についての限界については、買主保護の観点から、民法634条第1項と同様に、「瑕疵が重要ではなく、かつ、代物の給付・瑕疵の修補に過分の費用がかかる場合」に限定すべきである。（日弁連消費者委有志）

○ 瑕疵修補請求権を明文化した場合、特に中古建物の取引実務に大きな影響を及ぼすおそれがある。中古建物の取引の場合、通常付帯設備等をあわせて引き渡すが、修補請求権が明文化されることにより、付帯設備等に係る修補請求が常態化すれば、トラブルが多発し現場の混乱が予想される。（全宅連）

○ 買主に①代金減額請求権、②修補請求権、③代替物請求権、④損害賠償、⑤解除を広く認める意見に賛成する。また、相互の権利関係については、詳細な規定を置くことは困難と思われるので、矛盾するもの行使を認めないという程度にとどめるべきである。救済手段を広く認めることが買主の保護にかなう、また迅速な解決にもかなう。その上で、その事例において買主に特定の救済手段を認めることがふさわしくない場合には信義則等で権利行使を制限すればよい。権利相互の関係については、権利関係の明確化からはできる限り詳細に規定することが望ましいが、あまり細かな規定を置いてしまうと実際の事案を柔軟に解決することができなくなってしまうおそれがあるので、矛盾する権利行使を認めないという程度の規定を設けるにとどめるのが適当と思われる。

売主の追完権の規定設置は反対。買主の過大な請求から売主を救済する必要があっても、それは事例毎に信義則等で買主の権利行使を制約すれば足り、あえて売主に買主の希望と異なる追完権を認めて保護する必要はない。（法友全期）

○ 買主に認められる権利の相互関係は、原則として民法でその前後の基準を示すべきではなく、買主に自由な選択を認め、矛盾する権利行使のみ認められないとする方向で検討すべきである。権利の相互関係が債務不履行の一般則からおのずと導かれない場面においては、新規の規定を設ける方向で検討すべきである。権利行使の性質によっては、その行使の前後を明確に民法で定める必要があるものもあるかもしれないが、基本的には行使者の自由な意志に任せるべきである。現代においては、売買取引自体が複雑化広域化している為、その取引状況の多様化は計り知れない。

その全ての状況に広く対応する基準を決めることは困難を極める。基準を設けることが出来たとしてもそれは相当複雑なものとなり、かえって分かりやすい民法という理念からかけ離れる結果となってしまう。

追完請求権の限界事由については明文化する方向で検討すべきである。権利行使の自由度を権利者に多く委ねることになるため、限界事由の明文化の規定は必要との方向で検討すべきである。（東京青司協）

- 買主に認められる権利の相互関係を条文上個々に明確化する必要はなく、矛盾した権利行使にならない限り、原則として買主の選択的な行使を認めるべきである。

現行の民法第570条は、取引実務上頻繁に利用される瑕疵担保責任の規定であるにもかかわらず、同法第566条を準用すると規定するにとどまっているため、責任の内容等が分かりにくいという問題があると考えられるため、明確化することが望ましいといえる。

ただし、明確化された権利の行使については、法律において一律に規定するよりも権利者である買主の自由な意思による選択に委ねる方が、取引実務上生じる具体的な紛争の解決に資すると考えられるため、相互関係を個別に明確化することまでは不要である。（法友会）

- 買主がその選択で行使することができる救済手段を並べるが、相互関係については、詳細な規定をせず、相互に矛盾重複した内容の請求ができないことと信義則上の制限があることの規定にとどめるべきである。

不完全履行に対する追完請求権と同様に、多数の手段の相互関係を一義的に規定すると硬直的で煩雑な規定となってしまう。（堂島有志）

- 相互関係を法定することにより、紛争解決の手段が硬直化し、事案に応じた紛争の解決が阻害されるおそれがあるため、解釈に委ねるのが適当であるとする意見が多かった。（最高裁）

- 原則として、買主に自由な選択にもとづく権利行使を認めて、特に相互の関係（優劣関係や、矛盾する権利行使の制限など）を定める必要がある場合に限り、個別に定めるべきである。

下記②及び③以外に相互の関係を定める必要はない。

② 追完請求権と解除権の関係については、「契約をした目的を達することができないとき」は無催告解除を認め、それ以外の場合には、催告（追完請求）後に解除を認めるべきである。

③ 代金減額請求権と追完に代わる填補賠償請求権の関係については、いずれか一方のみを選択して行使できると定めるべきである。

④ 代物請求権・瑕疵修補請求権の限界事由は、現行民法634条1項ただし書と同様の内容とする方向で検討すべきである。

瑕疵担保責任において買主に複数の権利（救済手段）を認めるのは、1種類の権利しか認めない場合よりも買主の保護を厚くすべきであるという政策的判断にもとづく。そうであれば、権利の性質が矛盾しない限り、原則として、買主に自由な選択にもとづく権利行使を認めて、買主の保護を厚くするのが妥当である。

これに対して、複数の権利の優劣関係を定めた場合、例えば、代金減額請求権又は損害賠償請求権の行使に先立って追完請求権を行使することを義務づければ、買主の権利として代金減額請求権又は損害賠償請求権のみを認めた場合と比べて買主の代金減額請求権・損害賠償請求権の

行使が制限されてしまい、買主の保護を厚くするために複数の権利を認めた趣旨が減殺される。

引渡債務のように契約における主たる債務であれば、債務者・債権者の双方が本来の給付の履行を望むことが多いであろうから、催告を填補賠償の要件としても不都合は少ないだろう。しかし、瑕疵の場合には、金銭的清算による方が簡便であり、当事者が代金減額や損害賠償による解決を望む場合も多いと思われる。填補賠償請求権の成立要件として催告（追完請求）が必要であることとの理論的整合性に拘泥することなく、当事者にとっての利便性を重要視すべきである。

買主が先に代金減額請求・損害賠償請求をした場合でも、売主が代物給付・瑕疵修補をすれば目的物の価値減少または損害が消滅して代金減額請求権・損害賠償請求権が消滅すると解すれば、売主の保護に欠けることもない。

上記に加えて、買主に認められる権利の相互関係をすべて規定しようとする、複雑な場合分けが必要となり、相互関係が複雑でかえってわかりやすい民法に反することになりかねない。また、相互関係が固定化されると実務的にも紛争が解決しにくくなる恐れがある。

解除権については、売買契約全体を解消するという重大な法律効果を発生させる点から、代金減額請求権や損害賠償請求権とは異なる扱いをすることに合理性があるので、債務不履行解除の原則に従って催告（追完請求）を必要とすることは妥当である。

民法第570条（及びこれが準用する第566条）の文言を維持し、「契約をした目的を達することができないとき」には、無催告解除が認められるべきである。

代金減額請求権と追完に代わる填補賠償請求権とはその経済的目的が同一であり、両者を同時に行行使することを認める必要はないので、どちらか一方を選択的に行使することを認めれば足りる。

代物請求権・瑕疵修補請求権の限界事由は、現行民法第634条1項ただし書と同様の内容とする方向で検討すべきである。ただし、瑕疵が重要であっても、契約の性質等からみて、修補にあまりに過大な費用がかかるときには、瑕疵修補請求が制限される余地を残すべきである。

（二弁）

- 買主に認められる権利を一覧できる規定を置くものの、相互関係を明らかにする規定までは置く必要はないと考える。

瑕疵担保責任の行使方法として、解除権と損害賠償請求権に加え、追完請求権（代物請求権・瑕疵修補請求権）や代金減額請求権を認める場合には、少なくとも、買主に認められる権利を条文上明記することで、採り得る手段が明確になる。

相互関係について明文化すべきかどうかという点については、個々の



請求権相互の関係を逐一明文化したところで、条文が分かりやすいものになるかどうかは疑問であり、また、解釈による弾力的な解決の幅を狭めることにもなるので、相互関係を詳細に規定することには賛成しかねる。さらに、詳細な相互関係を定める要請との関係で、担保責任の行使方法の選択権をいずれの当事者に与えるかについても、明文化する必要性が問題となるが、これについても、双方の利益を調整させる一般的な条文を規定することは困難である。（横浜弁）

- 瑕疵担保責任に関する各権利の相互関係について、詳細な規定を置くべきではない。

各権利相互間の関係について、具体的に検討してみると、以下のとおりである。

① 契約解除の場合

ア まず、追完可能なときは、特段の事情（例 定期行為の場合、売主に追完能力がない場合）がない限り、催告（実質は、追完請求）してからでなければ、解除できない。催告期間中に追完がなされれば、契約解除はできず、履行遅滞による損害賠償請求となる。催告期間中に追完がなされなければ、契約を解除して、てん補賠償請求となる。

イ つぎに、追完不能なときは、催告（実質は、追完請求）せずに解除でき、その場合は、てん補賠償請求となる。

② 損害賠償請求、代金減額請求の場合

ア 瑕疵の修補に必要な費用、瑕疵が存在することによって売買の目的物を安価にしか転売できなかったことによる得べかりし利益などについて損害賠償請求する場面において、他の権利との関係が問題となることはない。なぜなら、債務者（売主）に追完権を認めない限り、売主に瑕疵修補を頼むか、又は第三者に瑕疵修補を頼みその費用を損害賠償として請求するかは、買主が自由に決定してよいからである（なお、第三者に対する瑕疵修補に要した費用が高額である場合、過失相殺等の対象とはなりうるが、これは別問題である）。

イ 瑕疵による減価分を証明して、売買代金との差額について代金減額請求することも認められるが、代金減額請求をしたうえで、さらに損害賠償請求まで求めることはないであろう。

- ③ 以上のとおりであって、各権利相互間の関係はほぼ明白であって、あえて条文で明確化する必要はない

瑕疵が重大でなく、過分の費用を要する場合には、追完請求権を行使できない旨明文化すべきである。

契約に基づく履行については、たとえば過大な費用を要する場合であってもその義務が消滅することはないのが原則である。しかし、履

行がなされ、買主が受領した場合の瑕疵修補の限界については、売主がすでに債務を履行していることを考えると、別途考慮すべきであり、瑕疵が軽微か否か（通常の使用に耐えうるか）、費用が過分か否かが考慮要素と思われる。（福岡弁）

- 原則として買主の選択に委ねるべきであるが、完全履行請求については、「過大な費用」など限界事由を設けるべきである。（広大有志）
- ドイツのように履行請求権に優位を認めることには反対である。紛争の解決に必要な適切な手段を選択していくことになるので、優先順位を付けるなどした場合使いにくくなってしまふからであり、それで問題が出てきた場合には、信義則や権利濫用のような一般法理論で処理すべきである。（日大民研・商研）
- 買主に認められる権利の相互関係の明確化については、矛盾する権利行使は認められない旨の規定のみを置き、原則として買主の権利選択の自由を認めつつ、これを信義則や損害軽減義務等によって調整すれば足りるのではないかと考える。紛争の適切な解決方法は、様々な事情の総合判断によって個別具体的に決まるものであり、権利の相互関係が法律により固定化されると実務的に紛争を解決しづらくなるおそれがある。（弁護士）
- 複雑な権利関係を規定しなければならない法制度そのものに反対である。いくつもの権利の複雑な関係を規定あるいは想定しなければならないこと自体が不当であるとともに、規定を設けなければ最高裁判決が出るまで予見可能性が損なわれる。

検討された具体的な内容にも疑問がある。修補請求について、修補に過大な費用を要するかを事前に判断することは難しく、予見可能性がないから、法的安定性を欠く。追完請求を可能とした場合、催告前置を規定すると、催告により財産等を隠匿されるおそれがある。（一弁）
- 改定の必要があるとは思えない（個人）

## (6) 短期期間制限の見直しの要否

瑕疵担保責任に基づく権利は買主が瑕疵を知った時から1年以内に行使すべき旨の規定（民法第570条、第566条第3項）の見直しに関しては、このような短期期間制限を維持すべきであるという方向の意見と、債権の消滅時効の一般則に委ねれば足りる（短期期間制限の規定を削除する）という意見があった。後者の立場からは、買主が短期期間の間に通知などをしなかったことが救済を求める権利を失うという効果に結びつけられることに対して疑問が提起された。これらの意見を踏まえ、瑕疵担保責任の法的性質に関する議論（前記(1)）との関連性に留意しつつ、売買の瑕疵担保責任において特に短期期間制限を設ける必要性の有無について、更に検討してはどうか。

仮に短期期間制限を維持する場合には、さらに、買主は短期間のうちに何をすべきかという問題と、その期間の長さという問題が議論されている。このうち前者に関しては、期間内に明確な権利行使の意思表示を求めている判例法理を緩和して、瑕疵の存在の通知で足りるとするかどうかについて、単なる問い合わせと通知との区別が容易でない等の指摘があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。他方、後者（期間の長さ）に関しては、事案の類型に応じて変動し得る期間（例えば、「合理的な期間」）では実務上の支障があるという指摘を踏まえ、現在の1年又はこれに代わる一律の期間とする方向で、更に検討してはどうか。

また、制限期間の起算点についても議論されており、原則として買主が瑕疵を知った時から起算するが、買主が事業者である場合については瑕疵を知り又は知ることができた時から起算する旨の特則を設けるべきであるとの考え方がある。このような考え方の当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 2(6) [26頁], 部会資料20-2第1, 3(2) [16頁]】

#### 【意見】

- 短期期間制限は、原則として撤廃し、消滅時効の一般原則に一元化する方向で検討すべきである。売買の場合のみ短期期間制限を設ける必要があるのか、疑問がある。実質論としても、裁判上実際に問題となる不動産の売買契約などについては、あまりに短きに失すると考えられる。原則として、物の形状にかかわらず債務不履行責任に一元化するのであれば、売買のみ極端に短期化する必要性はない。

仮に短期期間制限を維持する場合には、その期間内に明確な権利行使の意思表示を求める判例法理を維持する方向で検討すべきである。少なくとも判例理論は維持する必要がある。単なる問合せとの違いは明確に区別する必要があるから、判例よりも緩和する必要性は乏しい。

民法に事業者に関する特則を規定すること、及び事業者が買主であり、売買の目的物に瑕疵があった場合に、「瑕疵を知ることができた時」から通知すべきとすることは強く反対する。この考え方は、買主の検査義務を現行商法の規定より加重するものであるが、実際上は「目的物の引渡を受けた時」から「瑕疵を発見できた」とされる危険性があり、概して瑕疵の発見能力が低い中小事業者に対して、このような瑕疵担保責任追及の期間制限を課するのは、「格差拡大の危険性」がある。（東弁）

- 瑕疵担保責任と債務不履行の一般原則との関係や時効制度の見直しに関する議論に伴って見直しをすべきである。端的には短期期間制限は廃止すべきである。

買主に通知義務を課すことには反対である。少なくとも消費者が買主である場合にまで一般的な通知義務は課すべきではない。

事業者にも目的物の検査義務を課し、瑕疵を知り又は知ることができたときから合理的な期間内に相手方に通知しなかった場合に救済を受けられないとする規定を設けることについては、具体的な必要性和合理性を十分に検討すべきである。(金沢弁消費者委)

- 瑕疵担保責任に基づく権利は買主が瑕疵を知ったときから1年内に行使すべき旨の規定の検討、②売買の瑕疵担保について特に短期期間制限を置くことの可否、③売買の瑕疵担保責任の期間制限(時的制限)を債権の消滅時効の一般原則に委ねる(短期期間制限の規定を削除する)ことの可否、について、売買の瑕疵担保責任の期間制限(時的制限)は債権の消滅時効の一般原則に委ねるべきであり、その期間は1年より長い期間にすべきである。④短期期間制限を維持するか債権消滅時効の一般原則に委ねるかは別として、瑕疵の存在の通知を要求することの可否、⑤瑕疵の存在を通知すべき期間の設定の可否及び設定方法、について、何らかの通知を責任追及の前提にすることはともかくとして、通知に期間制限を設けるべきではない。

①から③について、「期間内に権利を保全したらその後10年間は権利が存続する」という扱いは法律関係を早期に安定させようとする趣旨に反するし、かといって1年間という期間制限は短すぎる(例えば、消費者が家電量販店でテレビを購入し、映りが悪いと思いつつ使用を継続していたが、1年後に写らなくなった・・・というような場合にこれを救済できないのは不都合)。④と⑤について、売り主側の対応を確保するために「問い合わせ」等何らかの通知を要求するのはともかくとして、買い主の保護の観点から、通知に期間制限を設けて失権効まで認めるのは妥当でない。

担保責任や損害賠償責任を追及する側が事業者である場合でも、事業者の中には取引に営利性があるゆえに簡易・迅速を求める商人だけでなく、営利性のない取引を行う者も存在しうる。そうした営利行為を行わない事業者についてまで権利行使を制約する方向での特則を商法とは別に民法に取り込むことは知識・情報・交渉力などの格差を是正することとは必ずしも繋がらず、こうした特則規定を定める必要性があるのか疑問である。(広島弁)

- 短期期間制限の規定を削除して、一般則の適用に委ねるという見解につき、賛成する。制限期間の起算点について、事業者の特則を設けることにつき、反対する。

瑕疵ある物を給付した場合も債務不履行であることに変わりがない以上、瑕疵ある物を給付した場合のみ短期の消滅時効を定める合理的理由はない(ただし、民法総則の消滅時効期間を短期化する改正をす

ることが前提である)。

制限期間の起算点については、民法に事業者概念を持ち込むこと自体に反対する。(札幌弁)

- 1年間の短期期間制限に関しては、法制度の簡明性という観点からも、3年ないし5年と一般の消滅時効に統一する方向が望ましい(以上は石崎。意見書作成委員会では、本意見書「総論」でも言及されているように、追完請求権、代金減額請求権、解除権、損害賠償請求権の各救済策についてそれぞれ起算点・期間制限を検討してもらいたいという意見もあった)。また、買主の通知義務に関しては、買主が商人の場合であっても、通知義務違反による失権は妥当でないという認識がみられることを考慮すると、一般市民である買主に通知義務は課すべきではない。

(ドイツ民法研有志)

- 現状の1年の期間制限はやや短すぎるきらいがあるから、消滅時効の一般原則に限る必要はないが、現行法よりもある程度長期のものとして明確な時効期間を設けるべきである。

買主に通知義務を課すことは反対である。一般市民は通知義務の存在を知らないから、かえって権利行使の機会を失う。また、通知には、不到達のリスクのほか、通知の内容や期間の合理性といった点で紛争が増大する。

事業者についての特則を設けることにも反対である。不動産業者など一部を除いた業者について、消費者と区別する積極的な理由はない。

(一弁)

- 瑕疵担保について債務不履行に一元化論を徹底する立場からすると、売買瑕疵担保責任に特則を設ける必要はない。

買主に通知義務を課す案についても、「合理的な期間内」という曖昧な基準は、混乱を招くので反対する。(仙台弁)

- 瑕疵担保責任に基づく権利は買主が瑕疵を知った時から1年以内に行使すべき旨の規定(民法第570条、第566条第3項)を、見直すことは賛成意見が多い。現行民法第570条、第566条第3項においては、瑕疵担保責任に基づく権利は、買主が瑕疵を知った時から1年以内に行使すべきとし、これを除斥期間とした上で、1年以内に権利行使し、担保責任を問う意思を意思を裁判外で明確告げた場合に、損害賠償請求権が保全され、引渡後10年の時効に服する、こととなる。、しかしながら、かかる1年の除斥期間については、一般の時効期間との対比では、非常に短期に過ぎ、買主救済の妨げになっている。例えば、消費者が家電量販店で、テレビを購入し、映りが悪いと思いつつ、使用を継続した後、1年以上を経過してしまい、その後、テレビが完全にうつらなくなった、という事案では、現行法では救済されない。これは、1年の期間制限が短期に過ぎるからである。そのため、現行法の期間制限の規定を

見直すことには賛成意見が多い。

売買の瑕疵担保責任において、特に短期期間制限を設けるか否かについて、慎重に検討すべきである。その際には、売買の瑕疵担保責任において特に短期期間制限を設けること（ex 期間の延長など）については、売買の瑕疵担保責任の期間制限（時的制限）としては、現行民法の1年より長期の一定の期間制限を設けるべきことについては賛成意見が多いものの、その在り方については、様々な方法が考えられることから、その趣旨において、売買の瑕疵担保責任においては短期期間制限を設けることも一つの考え方ではあり、慎重に検討すべきである。ただし、具体的な1年より長期の一定の期間制限をの在り方としては、（債権の消滅時効の在り方次第ではあるが）現行法の問題は期間制限が1年間と短く、制度として歪であることに端を発しているのであるから、こうした現行法に拘泥することなく、原則に立ち返り、債権の消滅時効の一般則に委ねる（短期期間制限の規定を削除する）ことに賛成意見が多い。

売買の瑕疵担保責任の期間制限（時的制限）としては、債権の消滅時効の一般則に委ねる（短期期間制限の規定を削除する）ことに賛成意見が多い。（短期期間制限を維持する場合のみならず、売買の瑕疵担保責任の期間制限を債権の消滅時効の一般則に委ねるとした場合でも）瑕疵の存在の通知を要求する考え方は、瑕疵の存在の通知を怠った場合、瑕疵担保責任の追及ができなくなるという失権効を伴うものである。

そもそも、消費者ないし個人はもとより、事業者ないし商人であっても、瑕疵の存在の通知を怠ったことによって、瑕疵担保責任について失権効を与えること自体、妥当ではない。たとえ期間制限において、現行法より緩和されたとしても、瑕疵の存在の通知義務及びその違反の失権効により、大きく後退し、現行法より買主に不利益になる可能性が高く、瑕疵の存在の通知義務を課することには反対である。

短期期間制限を維持する場合のみならず、売買の瑕疵担保責任の期間制限を債権の消滅時効の一般則に委ねるとした場合でも、瑕疵の存在の通知を要求することには反対である。特に、瑕疵の存在を通知すべき期間について、変動の可能性のある曖昧な「合理的期間」とすると、CISGの実例では、1週間程度とされた事例もあるから、期間が不明確であるとともに、現行法より大きく後退し、買主への救済がほとんど与えられなくなるに至る可能性が否定できない。したがって、曖昧な「合理的期間」とすることには強く反対である。

固定した一定の期間とするとしても、1年間であれば現行法と変わらないから、現行法を見直したことはない。

そもそも、瑕疵の存在の通知を要求し、それに期間制限を加えるとともに、通知義務違反に失権効を与える、という制度自体採用すべきではなく、瑕疵担保責任の期間制限は、消滅時効一般に委ねれば足りる。

瑕疵の存在の通知をすべき期間を設定することにも反対であるが、特に、事案の類型に応じて変動し得る期間（例えば、「合理的な期間」）とすることには、反対である。なお、事業者ないし商人に、売買において目的物につき、検査義務ないし瑕疵の通知義務を、仮に認めたとしても、通知義務違反に瑕疵担保責任による救済の失権効を認めるべきではない。検査義務・通知義務を課するのみであり、瑕疵担保責任の面でのペナルティは無しにする、立法も十分に考えらえる。

売主の瑕疵担保責任の制限期間の起算点について、事業者について、現行法とは異なり、「瑕疵を知り又は知ることができた時」とすることについては、慎重な検討を要する。売主の瑕疵担保責任の制限期間の起算点については、現行民法566条3項は「買主が事実を知った時から」とし、現行商法526条2項において「瑕疵を発見した時」となっている。これに対して、事業者について、「瑕疵を知り又は知ることができた時」とすることについては、慎重な検討を要する。本論点は、瑕疵担保責任の期間制限について、短期期間制限を設ける場合だけではなく、一般の債権の消滅時効を採用した場合にも問題になりうる。そして、売買等の迅速性の観点からは、「瑕疵を発見した時」だけではなく、「瑕疵を知り又は知ることができた時」に、起算点を変更することにも、合理性があるとも考えられる一方で、「発見したとき」より前倒しになり、買主の責任を加重することとなることから、慎重な検討を要する。

（特に、期間制限を消滅時効の一般原則に委ね、一般原則について主観的起算点を採用する場合には、「知ることができた時」は、主観的起算点として明確性に欠けるから、慎重な検討を要する。）さらに、仮にかかる変更が合理性が認められるとしても、商人ではない非事業者についても適用を認め、適用範囲を商人から事業者に拡大することの当否についても、慎重に検討すべきである。また、仮に規定を設けるとしても、かかる規定を民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかも問題である。なお、現行商法526条に対しては、①商法526条2項の6か月を超えて瑕疵を発見した場合には、担保責任の追及が出来なくなるとの規定は、廃止されるべきである。また、②商法526条2項につき、「直ちに」を「遅滞なく」と変更することには、特に問題はない。（日弁連）

- 現行民法の短期期間制限を削除し、時効制度一般の議論に委ねる方向で検討すべきである。

売買について特に短期の期間制限を設ける合理的理由は乏しい。

現行民法の「知ってから1年」は損害賠償請求権を保全するために担保責任を問う意思を裁判外で明確に告げることについての除斥期間と解されているが、一般の時効期間との対比では短期に過ぎると思われる。一方で、現行民法においても、1年の除斥期間内に担保責任を問う意思を告げれば、一般の債権の消滅時効（期間10年）の規律に委ねられる

ことになる。

仮に、時効制度一般の議論において、債権の消滅時効において、現行よりも短期の時効期間が設けられた場合を想定すれば、現行民法の上記規律と比較して、売主にとってそれほど酷ではないし、買主にとって過度に有利でもないものと思われる。

そもそも、買主一般に何らかの意味での瑕疵の通知義務を課し、義務違反に救済手段の失権効を与えるべきではない。

本来、瑕疵ある物を給付した売主は買主に対して完全履行義務を負い、瑕疵のない物を給付しなければならないというのが出発点というべきである。したがって、買主からの瑕疵の通知がなかったことをもって、売主が、本来負うべき完全履行義務および債務不履行責任を一切免れるとの効果を認めるためには、それ相応の積極的な正当化根拠がなければならない。

この点については、債務の本旨に従った履行を完了したと信じた善意の売主の正当な信頼を保護するために契約当事者の協力義務の一環として通知義務を課したものであるとの説明がある（法律関係の早期確定の趣旨ではないとされる）。

しかしながら、現実の取引において、瑕疵ある物を給付した売主は、相当の期間が経過した後に、買主から瑕疵の指摘があった場合であっても、実際に引渡前の瑕疵であると判明する限りにおいては、完全履行義務を負う以上自らの責任とされてもやむをえないと考えるのが通常ではないかと思われ、上記のような意味での売主の信頼をどこまで保護する必要があるのか、そもそも疑問がある。目的物に対する判断能力のある（ことが一般的に期待される）事業者買主との関係であれば、売主に上記のような一定の信頼が形成されることも考えられるが、目的物に対する判断能力をもたず、また十分な検査を行うことも期待できない消費者買主との関係においては、上記のような信頼は現実にはきわめて希薄なものではないかと思われる。

さらに、買主の協力義務についても、そもそも目的物の給付義務を十全に果たしていない売主に対する関係において、買主の協力義務を過度に強調するのは衡平上相当ではない。買主の協力義務の一環である通知義務違反が、目的物の瑕疵を理由とする買主の一切の救済手段を剥奪するという買主にとってきわめて過酷な効果をもたらすものとされているが、何ゆえに買主の協力義務違反からかかる過酷な効果が帰結されるのかはまったく明らかではない。仮に「債務の本旨に従った履行を完了したと信じた善意の売主の正当な信頼」を保護する必要があるとしても、その方法にはいくつかの選択肢があるのであって、瑕疵ある物を給付した売主を完全に免責させることは明らかに過分な保護である。通知をしなかったことによる損害の拡大や売主の損害については賠償責任のフィ



ールドで調整可能であるし、著しくアンフェアな買主については、個別の事情に基づいて信義則で対応することも十分に考えられるところである。

この点、法制審においても、買主に通知義務を課し、義務違反に失権効を付与することについては、複数の強い反対意見が述べられている。まず、法制審の議論においては、経済界での議論においてすら、特に事業者・消費者間の取引で通知義務を課するのは負担感があるのではないかとの意見が出た点が指摘されている。また、①瑕疵を知って通知しなければ失権するというルールは、瑕疵を知れば通知義務を課したも同然であり、一般市民を基礎とする民法にそぐわない、②債権があれば自由に権利行使が可能であるが消滅時効期間が経過すれば行使できなくなるという一般ルールが存在する民法のなかで、売買の瑕疵担保責任についてのみ通知を怠れば失権するという異なる制度を設けることを正当化する理由が明確になっていない、③売主の履行に対する信頼の保護という観点も、売主に限らず債務者一般に当てはまることであり、債務者が不完全な履行をした場合について、すべて、瑕疵を知って通知をしなければ失権するというルールを一般的に認めてよいのか、といったきわめて説得力に富む反対意見が述べられている。

また、法制審においては、商法526条に関し、買主の通知義務違反の効果として、救済の権利を失うとされていることについては、通知義務の意義・目的に照らして効果が重大すぎる場合があるのではないかという批判が学会では強いとの意見も述べられているところである。

短期期間制限の期間につき、合理的な期間ではなく、一律の期間（具体的には、上記のとおり、一般の消滅時効期間となるが）とすることに賛成である。通知を発すべき「合理的な期間」との文言が、具体的にどの程度の期間を想定しているのか、文言からは全く不明であって、その解釈いかんによって、買主の保護は現行民法566条1項に比べても大きく後退することになる。「合理的な期間」との文言からすると、その期間が1年を超えると解釈されるケースは実際にはなかなか考えにくく、実質的には期間制限が大きく短縮され、買主に酷な結果を招く危険性が大きい。

実際にも、消費者である買主においては、目的物の多少の不具合を知りつつも、特段のクレームをつけることもなく、耐えうる範囲での使用を継続するといったケースは容易に想定され、このような場合に瑕疵を知ったと判断されると、いよいよ使用が不可能となった段階では、すでに「合理的な期間」を徒過してしまっているということになり、買主は何ら救済を受けられないという事態に至ってしまうことになる。この点については、「やむを得ない事由」で救済するとの考え方もあろうが、一般的な用語として、同文言を消費者としてのいわば個人的な事情まで

広く含むと解することは、実際上はきわめて困難となることが予想される。

また、「合理的な期間」との文言が抽象的で不明確であることで、予測可能性が乏しく、仮に事後的な評価としての裁判規範としては成り立ったとしても、行為規範としてはほとんど役に立たない。その結果、訴訟外の交渉の場においては、たとえば、合理的な期間を短く捉えることで、販売業者に瑕疵ある物を給付したことの責任を免れるための方便を与えることになりかねない。事業者と消費者との間の現実の情報格差・交渉力格差を考えれば、消費者も含めて一般に通知義務を課するのは、消費者である買主に酷な結果を招く危険が大きい。

さらに、訴訟の場においても、瑕疵の知不知に加えて、合理的な期間がどの程度の期間かが争われることとなり、いたずらに争点を増やすことになる危険が大きい。

この点、法制審においても、合理的期間という概念が曖昧であり、紛争の多発を招く面があるとの危惧が表明されるなど、複数の反対意見が述べられている。

制限期間の起算点については、消費者であるか事業者であるかを問わず、瑕疵を知ったときから、一般の債権の消滅時効期間が起算されるものとすべきである。商法526条においては、買主は、目的物に直ちに発見することができない瑕疵がある場合でも、目的物の受領後6か月以内に発見して、その後直ちに通知を発しなればならず、買主にとって相当に酷なルールとなっている。これに比べれば、買主が事業者である場合については瑕疵を知り又は知ることができた時から起算するとのルールは、穏当にも思える（商法526条については、少なくともこのようなルールに改めるべきとも思える）。

しかしながら、目的物についての知識を有することが期待され、商取引の敏活が要請される商人間の取引において検査義務を課するのであれば格別、必ずしも目的物についての知識を有していることも期待されず、また商取引の敏活の要請も存しない非営利事業者をも含む事業者に対して、実質として検査義務を課し、瑕疵を知ることができたときから期間を起算するというのは、相当ではない。（大阪弁）

- 現行法では、期間制限規定の存在が論争の種になっている面もある。契約責任と構成する以上は、一般の消滅時効に任せることでよい。修補や代物請求などの個別の救済のうち、必要なものに期間制限を課するという方向もあるのではないか。（大学教員）
- 売買契約の規定において具体化される売主の責任が債務不履行責任に他ならないとする考え方を一貫させると、売主の「担保責任」について短期の期間制限を認める理由は明らかとはいえない。

買主が、瑕疵の存在を知りながら、物の利用を継続することによっ

て物の価値を下落させるような場合に、その後には瑕疵を理由として売主の責任を問えるかどうかは、短期の期間制限を設けるかどうかとは別個に考慮すべき問題である。(大学教員)

- 基本的には、債権の消滅時効の一般原則に委ねれば足りると考えるが、この点に関しては議論が尽くされていないため、なお検討すべきである。(弁護士)

- 瑕疵を知ってから1年という権利行使(保存)期間は不合理であるから、債権の一般の消滅時効に委ねるべきである。また、商人間(もしくは事業者間)の取引以外において、あえて買主に通知義務を課すことも妥当ではない。

売主は瑕疵のないものを給付すべき義務があるのであって、瑕疵担保責任の追及は通常の債務不履行責任との追及と異なることなく、一般の債務不履行について認められる期間より短期間に売主の責任を消滅させる根拠に乏しい。権利行使(保存)の期間を1年として、これを経過した場合に買主が失権するというのは買主に酷であり、売主の保護に過ぎる。他方、売主としては、同じ物を購入した他の買主が瑕疵に気づくのが遅れた場合には、担保責任を行使される危険は残るのであり、法律関係の早期安定という売主側の利益を過度に強調すべきではない。一般の債務不履行の消滅時効に服するものとするれば足りる。

特に、消費者である場合には、目的物についての知識を十分に有していないことが多く、何をもって瑕疵であると判断することが困難であることも少なくない。また、「瑕疵」には、「瑕疵現象」と「瑕疵原因」があり、いつ「瑕疵を知った」といえるか、また、通知を要求する場合に何を通知すべきかの判断も難しい場合がある。

なお、一般の消滅時効の期間を短期化することを前提に議論することも妥当ではない。むしろ、消滅時効の期間は、民法167条1項のとおり10年でよい。(日弁連消費者委有志)

- 期間徒過による買主の権利喪失が生じないよう充分配慮して検討すべきである。買主が事業者である場合の特則を設けることには反対である。

容易に発見できない瑕疵もありうることから、期間徒過による買主の権利喪失が生じないよう充分配慮すべきである(「短期決済の必要性」は、業者間(商人間)売買に限定して強調されるべきである。)

また、事業者の特則を設けることの問題点については、「第62 消費者・事業者に関する規定」にて詳述する。(兵庫県弁)

- 短期期間制限を維持する場合に、制限期間の起算点を事業者について通常の場合よりも早めることに合理性があるかは疑問である。(大学教員)

- 瑕疵担保責任に基づく権利は買主が瑕疵を知った時から1年以内に

行使すべき旨の規定（民法第570条、第566条第3項）の見直しには、反対する。債務不履行責任と同等の期間、瑕疵担保責任を追及させることは現行法との連続性なくなり、売主の責任を加重することになることから不相当と考える。

瑕疵の存在の通知を要求すること、瑕疵の存在の通知をすべき期間を設定すること及び合理的な期間とすることには、反対する。合理的な期間に、瑕疵の存在を通知させるという方法により、上記問題を克服しようという考え方は、法的関係を不明確にするので反対。

売主の瑕疵担保責任の制限期間の起算点について、事業者については、現行法と異なり、「瑕疵を知り又は知ることができた時」とすることについては、慎重に検討すべきである。買主の責任が加重されることになるためである。

商法526条と同様の規律を設けることは慎重に検討すべきである。「消費者」に近い「事業者」に対して過大な負担を負わせる可能性がある。（愛知県弁）

- 短期期間制限については、権利の瑕疵と異なり、物の瑕疵については、経年劣化によるものなど、その存否自体の判断が困難であることなどの事情もあり、維持すべきものとするが、判例のような権利行使要件は厳格に過ぎるものと思われ、また、法的安定性や明確性の点からは、「合理的な期間内」といった期間ではなく、一律の期間が設けられることが適当である。（パブコメWG）
- 時間が経過すれば通常の損耗や買主帰責による不具合と売主が責任を負うべき瑕疵との区別が困難になるという事情に鑑み、一般債権の時効消滅期間ではなく、引渡時を起算点とする、取引実務で受け入れられる合理的な長さ（3ヶ月、6ヶ月、1年が目安）の特別の除斥期間たる短期期間制限を設けるべきである。当該期間内に買主は瑕疵の存在の通知を行うだけでよいとするべきである。（三菱電機）
- 瑕疵担保責任の存続期間は、引渡後10年及び買主が瑕疵を知ってから2～3年程度とすべきである。瑕疵担保責任を契約責任と考えれば、瑕疵担保責任の訴除く期間は、一般債権と同じく10年となるはずであり、判例も瑕疵担保責任は目的物引渡後10年間存続することとしている。

これに加えて、目的物の引渡し完了したという売主の信頼の保護を考えると、引渡後10年以内であっても、買主が瑕疵を知ってから一定の期間（2～3年間）を経過すれば、売主を免責すべきと思われる。

また、買主が瑕疵を発見した場合の通知義務であるが、買主が瑕疵を発見して長期間放置してから、売主に通知した場合、瑕疵の存在・程度、損害賠償の範囲等について、買主の証明が困難になるおそれがある。

あり、不利益を被るのは買主の方である。したがって、瑕疵担保責任を追及したければ、売主に瑕疵の存在・程度を早期に通知するのが通常であり、あえて通知義務を明文化する必要はない。

買主が事業者である場合の特則を民法に規定すべきではない。事業者に関する規定の特則は商法に規定すべきであって、民法に規定すべきではない。(福岡弁)

- 契約の解除又は損害賠償の請求は、引渡しを受けた日から一定年間にしなければ、その契約の解除権又は損害賠償請求権は消滅する、としていただきたい。買主が事実を知ったときからでは、売主が長い期間潜在的な負担を背負うことになり、個人売主に酷だからである。

期間は、消滅時効一般との関連もあるので、10年を堅持すべきかもしれない。(不情セ)

- この論点は、買主の検査義務の要否とあわせて検討すべきである。工業製品に関する事業者間の売買では、事前に綿密な検査が行われた後は、個別の受渡しの際の検査は省略されることが多い。この実態とCISG38条、商法第526条は必ずしも一致していない。CISGが買主に課す、物品受領後実行可能な限り短い期間内に検査を行う義務は、上記に照らして買主にとって過分の負担となるおそれがある。また、商法第526条の短期期間制限も、同様に買主にとって負担が過大である。これらを前提とした上で、買主が事業者である場合に限定し、物品受領後相当な期間内に検査を行う義務、および瑕疵を発見したときは遅滞なく通知する義務（これを怠れば、やむをえない事由による場合を除き救済手段を行使できない）を課すとする提案、民法第566条第3項の短期期間制限を削除し（買主が事業者の場合も同様）それを一般原則に委ねるのが妥当であるとの提案があった。(国際取引有志)

- 物の寿命によって期間を変えるべきである。(会社員)

- 事業者間取引でのみ取引される商材については、1年の短期期間制限の存在を前提に実務が回っていることが多い。全商材についていきなり債権の消滅時効の一般則に委ねるのでは取引の実態に即さず、また売主にとって酷すぎる結果を生む（買主にとっても、本来不必要な商材にまで、長期化した分の保証コストが売却価格に上乗せされるため、必ずしも有益なものとは言えない）ことから、短期期間制限は維持する方向で議論するべきである。また、買主が一般消費者の場合とはもかく、瑕疵の存在を知って放置した事業者たる買主には救済を与える必要性はないとすることは、事業者双方の損害軽減の観点からは何ら不合理なことではない。また、起算点については、買主が事業者である場合について、瑕疵を知り又は知ることができた時から起算する旨の特則を設ける方向で議論するべきである。(会社員)

- 商法526条は廃止するのか。これは色々な意味で商人の買主に厳しすぎるので、廃止して一般の買主と同じ扱いをすべきである。例えばウイルス対策ソフトを買った場合には買主がウイルス対策のプロでない限りは検査することは事実上不可能であり、商人の買主に過酷である。そうでないソフトウェアであっても、例えばExcelの全機能を検査することなど事実上不可能である。それから、宅建業者から例えば食料品店にするための建物を買う場合、売主は不動産のプロで、買主は食料品のプロではあっても不動産のプロではないのに、商法の瑕疵担保責任が適用されるのも買主に過酷であり、更に宅建業法40条は、現民法の瑕疵担保責任との関係は明確だが商法の瑕疵担保責任との関係が不明である。民法の改正内容によっては、民法と宅建業法40条との関係も問題になってくることに注意を要する。短期期間制限を時効にするなら、契約で変えられるのかという問題が生ずる。

「瑕疵を知り又は知ることができた時から起算する」とすればどうなのか。「知ることができた」と色々な機能のある機械やソフトウェアの場合に、売主側が「気づいていいはずだ」と言い買主側が「全機能使いこなせるわけがない」と言い、水掛け論になる。【強いて】厳しくする規定を作るとすれば、買主が事業「者」かどうかではなく、買主が買った「物」のプロかどうかで区別すべきである。例えばウイルス対策ソフトはウイルス対策のプロでない限りは厳しくはしない。もっとも、これも水掛け論になるだろう。例えば、プログラマにパソコンを売ったがハードに瑕疵があった場合に、売主は「プログラマはパソコンのプロじゃないか。」と主張し、買主は「私はソフトのプロであってハードのプロではない。」と反論することが予想される。(翻訳・出版関係)

- 検討委員会試案で、買主に通知義務を課すことが検討されていたようであるが、反対である。瑕疵があった場合、それを通知することが一般的であるとしても、それは口頭でなされるのが通常であり、訴訟のことまで考えると、いちいち瑕疵の通知のたびに内容証明郵便等で確実な証拠を取得しておかねばならないことになるが、それは一般人に対して過度な負担となるからである。(学生)
- 買主が合理的期間内に通知をしないと救済手段の行使が認められなくなるという通知義務違反の失権効の制度は賛成することができない。これも権利行使・権利主張を早くしない者は、その権利を喪失するという思想・発想によるものであって、日本人の行動様式にそぐわない。合理的な期間という期間制限の設定も曖昧であるため、結局、権利者の行為規範としてはすぐに通知をしなければいけないと受け取るほかなく、これはしばらく様子を見たり、権利主張に走らず待ちの姿勢をとって最後の最後で権利主張に至るといふ日本人によくみられる行動様式を否定

するものであって、これが改正によって導入されることは、その行動様式は正しくないものとすることでその精神性に悪しき影響を及ぼすことになるように思われる（「民法出でて忠孝減ぶ」の視点）。合理的期間内に通知することは「良き日本人」にとっては必ずしも容易なことではない。ヨーロッパ的な合理主義の精神あるいは商人間のルールからみればそれは適切なことであっても、そうした考え方を取り入れることは日本社会及び（権利主張を控えるという）健全な精神を阻害ないし否定する方向に導く要因となるものとする。また、悪質な業者（売主）に対して不当な反論の余地を与える機会ともなりかねない（新しい法制度・立法を考える場合は、それが常に悪用されないかを考える必要がある。常に最大限の悪用をしようとする者はいるのであって、そうした負の作用・弊害に対する慎重で緻密な検討（対策）は怠るべきではない。今回の原発事故のように想定外であったということで、あるいは、そんなことまで想定していたのでは何も進まないという態度は許されないが、わが国では立法であれ何であれ、あまりに想定が甘すぎる嫌いがある）。

なお、この通知義務の点は、改正提案のいたるところにある救済手段を封じる「合理的措置」とされているようなので、すべてにおいて再考を求めたい。（大学教員）

- 瑕疵を知ってから 1 年という現行法の任意規定を維持し、強行規定として宅地建物取引業法、住宅の品質確保の促進等に関する法律等の特別法で修正をしていくという考え方を変更しないことを望む。債務不履行責任の期間制限と同一の規定にすることは、売主にとって長期間にわたり不安定な地位を残すことになる。瑕疵担保の起算点についても、実際に「瑕疵を知ったとき」というのは不明確なため、不動産取引上は特約で引渡時を起算点としている。このような特約の効力を制限するような法改正とならないよう、特段の配慮を願う。（不動産証券化協）
- 「合理的な期間」というのは、非常にあいまいであり、実務にそぐわない。（名商）
- 宅建業法の瑕疵担保期間（引き渡しから 2 年）との関係はどうなるのか。責任期間が時効期間と同じと言うことになると、実務上大きな影響を生じる。（全宅連）
- 瑕疵担保責任に基づく権利行使は、買主が瑕疵を知った時から 1 年以内に行行使すべきとの現行法の規定は、原則的には維持すべきものと思われる。期間の起算点について買主が事業者である場合については「瑕疵を知り又は知ることができた時」から起算する旨の特則を設けるのは、その「知ることができた時」という基準が、その事実認定が極めて困難なことから問題である。たとえば、宅建業者が買収した土地に土壌汚染や地中埋設物が存した場合、どの時点をいうのであろう

か。またそもそも、なぜ事業者が買主のときだけそうするのか合理的な理由を見出せない。

任意規定としての現行法の規制を残し、強行規定として宅地建物取引業法、住宅の品質確保の促進等に関する法律等の特別法で修正をしていくという考え方を変更しないことを望む。債務不履行責任の期間制限と同一の規定にすることは、売主にとって長期間にわたり不安定な地位を残すことになる。瑕疵担保の起算点についても、実際に「瑕疵を知ったとき」というのは不明確なため、不動産取引上は特約で引渡時を起算点としている。このような特約の効力を制限するような法改正には賛成できない。

不動産売買においては、宅建業法に基づき引渡し時から2年と定められることが多く、実務慣例に影響を及ぼさないように十分配慮をお願いしたい。

債権の消滅時効の一般則に委ねることは、売主にとって長期間にわたり不安定な地位を残すことに繋がるため、賛成できない。(不動協)

- 現行法及び判例の通りの規定とすることに賛成する。売主の認識としては既に履行が終わったと考えているから、長期経過後に法律関係を覆すような請求を認めるべきではない。しかし判例の基準程度であれば、買主にとっても酷ではないし、売主の方でも予期に反することではない。また、買主が気がつかなくとも目的物引渡時から10年の消滅時効にかかり、長期間経過してから法律関係が覆されることはない。結局、判例に示された基準が最も明確で優れていると思われる。

買主の通知義務と失権効を規定することは反対。買主に通知義務を負わせ失権効を認めるのでは現行法に比べ買主の保護が後退してしまう。さらに合理的期間という要件も不明確。

瑕疵を知ることができた時を起算点とする考え方については、瑕疵の調査が必要となる中小事業者等の負担を考慮し、慎重に検討することが必要である。瑕疵を知ることができた時を起算点とする考え方については、瑕疵の調査が必要となる中小事業者等の負担を考慮し、慎重に検討することが必要である。(法友全期)

- 瑕疵担保責任の短期期間制限については、1年とする現行規定を維持すべきである。瑕疵担保責任の行使期間を債権の消滅時効の一般原則を適用する場合、仮に消滅時効期間の短期化を前提としても、現行期間と比較して長期化することは確実である。

そのため、売主にとっては、責任を負担する期間が長期化するという点で、取引実務に混乱を招く可能性がある。

なお、消滅時効の起算点と期間を任意で定め得るものとし、当事者間の合意による修正を認める余地も考え得るものの(検討委員会試案)、取引実務においては、特に事業者・消費者間取引では、取引条件の詳



細を明確に定めない場合も多く（契約書を締結しない場合も多い）、結果として、特約による修正を行い得ないこととなる可能性が高い。

法定期間は現行程度としつつ、対象物の特性に応じて、必要に応じ、個々の品質保証契約や消費者保護のための特別法等により、保証期間を長期化するという運用が望ましいものとする。

短期期間制限を維持したとして、買主は何をすべきかという問題につき、瑕疵の存在の通知で足りるとすべきではない。また、期間の長さについては、明確化すべきである。

実務上、事業者対消費者の売買取引において、消費者が対象物に瑕疵を発見した場合、消費者は事業者に対して、通常、「代品請求」や「代金返還」などと、具体的な権利行使を含めた意思表示を行っていることから、明確な権利行使の意思表示を要求することなく、単に「通知」のみで足りるとすることは、実務慣行に合致していないものと考えられる。

なお、仮に、「通知」のみで足りるとした場合、消費者には、事業者と異なり、様々な特性が認められ、かつ、消費者から事業者宛に、問合せ、相談、その他各種の連絡が頻繁になされ得ることから、事業者としては、消費者より事業者宛になされた各種連絡のうち、何をもって瑕疵の「通知」として取り扱うのか、取扱いに苦慮することが危惧される。

特に、当該通知の有無をもって失権の有無が生じるような場合には、「通知」の要件について、例えば、一定の定式化した方式を求めるなど、疑義が生じないような明確化が望まれるところである。

期間の長さを「合理的な期間内」とすることについては、事業者としては、瑕疵通知期間が一義的に確定しないことから、いつまで消費者から対応を求められる可能性があるのか不明確となり、取引関係の安定を著しく阻害する可能性がある。なお、実務上、消費者と事業者との間の取引においては、上述のとおり、両当事者間で、契約条件を明確化するケースは想定し難く、取引の性質に応じた通知期間を具体的に定めることは期待しづらい。取引実務の安定化のためにも、民法典に、具体的な通知期間を規定することが望まれる。（法友会）

- 瑕疵担保責任の存続期間を瑕疵通知義務と失権効によって規律する考え方に賛成する。

その内容は、買主は、目的物に瑕疵があることを知った時から1年以内に、瑕疵がある旨を売主に通知しなければ、担保責任の追及ができないこととすべきである。

瑕疵の有無、まして、引渡しの時点であったか否かの判断は、時間が経過すると困難になること、通知を受けることで、売主が買主の被る損害を小さくする対応をとることも可能となることから、瑕疵を知

ってから早期に通知させることが望ましい。また、目的物を引き渡した以上債務の履行を完了したと考えている売主の信頼は一定の保護に値する。

買主に具体的な権利行使までさせることを要求すると、対応方法をよく知らない買主に酷であるが、「瑕疵がある旨の通知」であれば、困難を強いるものとはならない。

通知の期間は、特定すべきである。

買主に検査義務まで負わせないために、起算点は「瑕疵があることを知った時」とすべきで、「瑕疵を知ることができた時」とすべきではない。(堂島有志)

- 検討することに異論はなかったが、「合理的な期間」とすることについては紛争を惹起し訴訟遅延を招くことを懸念する意見が多かった。また、買主を事業者とする場合については、民法に規律するのは相当ではないとの意見があった。(最高裁)
- 短期期間制限を見直すべきかどうかについては、これに賛成する意見と反対する意見があった。更に検討すべきことに異論はない。瑕疵担保責任と不完全履行の場合の債務不履行責任とは、その適用場面が類似・重複しているところ、瑕疵担保責任に限って短期期間制限を設けることが合理的とは言えないとして、短期期間制限を見直して、原則的な消滅時効期間(第36, 1, (1))の帰趨次第ではあるが、消滅時効の一般原則にゆだねるべきとの意見もあった。

一方、取引社会においては、瑕疵担保責任の短期期間責任については、取引の早期の安定化に貢献しており、これを維持すべきであるとの意見もあった。ただし、この場合においても、不動産に関しては、住宅の品質確保の促進に関する法律第95条や、宅地建物取引業法第40条などにおいて特則が定められているものの、一般的に現行民法よりも長い期間責任を定めるべきか否かを検討すべきであるとの考えも述べられた。

仮に短期期間制限を維持する場合には、「合理的な期間内」ではなく、一律の期間とする方向で検討すべきである。短期期間制限を設けた場合、その期間を「合理的な期間」とすると、予測可能性、紛争解決の基準としての明確性に著しく欠ける。期間の合理性を判断する場合の考慮要素・判断基準も不明確である。

「合理的な期間」の解釈について、瑕疵を知ってその存在を売主に通知するだけであれば数ヶ月で足りる、という解釈がなされる可能性も十分にある。そうであれば、明らかに現行法よりも瑕疵担保責任の存続期間が短くなり、買主保護の点で後退する。

買主や注文者が事業者である場合においては、売主や請負人の瑕疵担保責任の存続期間の起算点を瑕疵を知り又は知ることができた時とすることについて、反対する。

買主が、受領時に十分に瑕疵が確認できない場合も多く、瑕疵現象（不具合）を認識しても、それが瑕疵であること（欠陥原因や構造上の問題等の重大な欠陥であること）を理解できない場合は多い。そのため、特に個人事業者の場合、検査義務は過大な負担となることがありうる。

また、事業者であるからといって、必ずしも目的物に対し専門的な知識を有しているわけではなく（当然ながら事業者間であっても、知識・情報等の格差が生ずる場合もありうる）、自らの専門外の事項についても「発見すべき時から」遅滞なく通知しなければ権利を失うとなるのは酷となる場合があるというべきである。（二弁）

- 瑕疵担保責任に基づく買主の権利行使期間は、従来どおり買主が事実を知った時から1年とすべきである（ただし、1年では短すぎるとの意見もある）。

売主の履行を終えたとの期待を保護するために、買主の権利行使の期間は現行法の1年より長期化されることは避けるべきである。1年以内であれば無過失責任を追及することができ、それを過ぎてしまった場合には説明義務違反等の債務不履行責任を追及するという方法が実務において定着している。

また、買主に通知義務を課すという考え方には反対である。通知義務違反に失権効を認めるのは買主に酷すぎる（特に買主が消費者の場合など）。通知義務については、通知の内容としてどのようなものが要求されるのか定かでないし、また、合理的な期間内の通知という期間制限も曖昧であるため、通知の有無を巡って当事者間に深刻な対立が生じ、紛争の長期化を招きかねない（現行法の方が法律関係の早期安定に資する）。

期間制限の起算点につき、事業者間売買の特則を設けるべきであるとの考え方については、慎重な検討を要する。かかる規律の必要性には疑問がある。（横浜弁）

- 期間制限の起算点について、買主が事業者である場合の特則を設けることに反対である。買主が事業者であることのみをもって一律に起算点を変更できるものではない。（森・濱田松本有志）
- 現行法では、瑕疵担保責任に基づく権利について、買主が瑕疵を知った時から1年以内に行使しなければならないとしているが、1年の期間は社会的にも容認されており、物の売買について早期に法律関係の安定を図るという必要性も認められることから、見直しについては慎重であるべきである。（親和会）
- 瑕疵を知ってから1年の期間で十分と考える。また、売主に対しては明確な権利行使が必要と考える。買主が事業者の場合は商法に規定すれば良く、民法に規定する必要はない。（広大有志）

- もし瑕疵担保責任を債務不履行に取り込むとすると消滅時効の一般規定によることになるが、取り込む取り込まないのいずれの見解によったとしても、特に短期の期間制限を設けることの合理性をどこに求めるかが問題である。本研究会においては、取引の早期安定化を図る、短期にしないとどの時点で瑕疵があったか分かりにくくなる等、短期の期間制限を設ける必要が現在もあるとの見解が多数を占めた。なお、瑕疵を発見したなら合理的期間内に通知する義務を課するという形でこの問題を処理すべきである、との見解もあった。（日大民研・商研）
- 取引の早期安定を確保する観点から民法の短期期間制限を維持すべきである。民法の短期期間制限の規定が適用されて問題が生じているという取引実態はないと思われる。（弁護士）
- 改定の必要があるとは思えない（個人）

## 2 権利の瑕疵に関する担保責任(民法第560条から第567条まで)：共通論点

権利の瑕疵に関する担保責任に関し、債務不履行の一般原則との関係（権利の瑕疵に関する担保責任の法的性質）、買主の主観的要件の要否、買主に認められる権利の相互関係の明確化及び短期期間制限の見直しの要否の各論点については、物の瑕疵に関する担保責任における、対応する各論点の議論（前記1(1)(2)(5)及び(6)）と整合させる方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 3(1) [29頁], (2) [33頁], (3) [35頁], (4) [36頁]】

### 【意見】

- 上記1(1)で述べた内容と同旨である。なお、買主の主観的要件は削除すべきであるとの考え方に賛成。（仙台弁）
- 整合性をとる方向で検討すべきである。  
前記のとおり、瑕疵担保責任の法的性質についても、契約責任と考えており、権利の瑕疵についても同様に考えるべきである。（兵庫県弁）
- 債務不履行の一般原則に一元化し、特に例外規定を設ける必要があれば規定するという方針で整合を図ることを検討することについては賛成。債務不履行責任に一元化するのであれば、権利の瑕疵に関しても同様にするのが理論的に一貫するし、予測可能性も高まる。ただ、売買に関する例外を設ける必要があれば、柔軟に対応すれば足りる。（東弁）
- 権利の瑕疵の担保責任も、可及的に債務不履行の一般原則に一元化する方向で考えるべきである。  
また、買主の主観的要件の削除につき、特に反対する理由はない。

瑕疵担保責任の場合と同様、買主の権利の相互関係を明確化する規定を置くべきである。

短期期間制限は、廃止すべきである。(金沢弁消費者委)

- 権利の瑕疵に関する担保責任に関し、物の瑕疵に関する担保責任の議論と整合させる方向で検討することについては、反対しない。(愛知県弁)

- 瑕疵担保責任を債務不履行責任として構成するのであれば、権利の瑕疵についても、これと別異に解する合理的理由はないものと思われる。

とすれば、悪意の買主について、「悪意」のみを理由に、損害賠償請求を否定する理由はなく、また、そのように解することが、他人の権利の悪意の買主について、債務不履行の一般原則に基づく損害賠償請求を肯定する判例の立場とも整合的である。(パブコメWG)

- 瑕疵担保責任の法的性質については契約責任説。瑕疵担保との整合性を考えるべき。

特則を維持すべき。双務契約の等価性を配慮した特殊な制度であり、各則的には債務不履行一般とは異なる取扱いが必要と考える。(広島弁)

- 債務不履行の一般原則との関係(担保責任の法的性質)、買主の主観的要件の要否、買主に認められる権利の相互関係の明確化、短期期間制限の見直しの要否の各論点については、物の瑕疵に関する担保責任における、対応する各論点の議論と整合させることにつき、賛成する。

物の瑕疵に関する上記各議論は、権利の瑕疵についても共通するためである。(札幌弁)

- 第三者の権利の対象となっていない完全な所有権を移転することは、売主の基本的義務であり、C I S G 4 1 条～4 3 条と同様に、これを民法上も明記することが望ましい。また、この義務違反については、物の瑕疵の問題とも共通するが、債務不履行責任に一元化して扱うことが透明性を高める上で望ましいと考える。(国際取引有志)

- 権利の瑕疵に関する担保責任に関し、物の瑕疵に関する担保責任における、対応する各論点の議論と整合させることに賛成である。わかりやすい民法の観点から、取引実務上支障がないものについては単純化するべきである。(三菱電機)

- 中間的な論点整理の方向に賛成するが、内容は現行の実務を基準とすべきである。(一弁)

- 物の瑕疵に関する担保責任(民法第570条)の該当箇所におけるのと同様である。(法友会)

- 物の瑕疵に関する担保責任における各論点の議論と整合させるべきである。ただし、短期期間制限については、物の瑕疵と異なり、通知義務を置く必要はない。

基本的には、権利の瑕疵に関する担保責任の各論点は、物の瑕疵にお

ける議論と共通する。もつとも、短期期間制限については、証拠の散逸  
ということをも物の瑕疵ほどには勘案する必要はなく、また、期間の経過  
による性状・形状の変化を考慮する必要もない。(堂島有志)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 物の瑕疵の場合と整合させることについて賛成する。(大阪弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 権利の瑕疵に関する担保責任は、売買の目的物たる権利が移転できず、  
又は移転が制限される場合に関する債務不履行(不完全履行)の一類型  
と位置付けるべきである。

買主の主観的要件は不要とすべきである。(福岡弁)

- 権利の瑕疵に関する担保責任についても、法的性質(法定責任説か契約  
責任説か)、債務不履行の一般原則との関係を明確にする必要がある。た  
とえば、他人物売買において売主が責任を負うかどうかは、売主が負った  
債務の内容によって定まり、買主の主観的要件は債務内容の認定で考慮さ  
れるべきであるから、瑕疵担保責任の成立要件として買主の善意を要求す  
る必要はない。判例も、他人の権利の売買において、悪意の買主による損  
害賠償請求を認めている。他人の権利の売買等における瑕疵担保責任の成  
立について、買主の善意を要求する規定については、見直しの必要がある。  
(親和会)

- 物の瑕疵担保に関する債務不履行に関する議論と共通する形で考えるべ  
きである。(日大民研・商研)
- 権利の瑕疵に関する担保責任につき、物の瑕疵に関する担保責任の議論  
に整合させる方向性で検討することに賛成意見が多い。

ただし、瑕疵担保責任と同様、要件・効果等を法的性質の理論的な検討  
から演繹的に導くのではなく、個別具体的な事案の解決にとって現在の規  
定に不備があるかという観点からの検討を行うべきである。

その際、(特に、善意の買主について)、現行法より買主の保護が後退  
しないように、配慮すべきである。

個別論点について、物の担保責任に整合させることにつき(例えば、  
権利の瑕疵について、買主の善意悪意を問わないとすることについて、  
善意に限るべきとして)反対意見もあった。(日弁連)

- 権利の瑕疵に関する担保責任に関して、債務不履行の一般原則との関  
係(権利の瑕疵に関する担保責任の法的性質)、買主の主観的要件の要否、  
買主に認められる権利の相互関係の明確化及び短期期間制限の見直しの  
要否の各論点については、物の瑕疵に関する担保責任における各論点と  
共通に考えればいいのではないかと考える。(弁護士)
- 特に異論はない。(弁護士)
- これらについても、財産権移転義務の不履行の問題として位置づけた上  
で、債務不履行の一般原則との調和を図る方向で調整を行うことが適切で

ある。(大学教員)

- 物の瑕疵に関する担保責任における議論と整合させる方向で検討することには反対しない。一般論としては、権利の瑕疵についても、物の瑕疵に整合する処理をすることが分かりやすいので、その方向で検討することには反対しない。(日弁連消費者委有志)

- 整合させる方向での検討に賛成である。なお、買主の主観的要件については、削除する必要はないと考える。

買主の主観的要件は、債務内容の認定において考慮されるとしても、債務内容の認定自体が困難なケースもあり、債務内容と別の視点から買主保護の要件を規定しておく要請がある。(横浜弁)

- 物の瑕疵と権利の瑕疵での取り扱いは共通化すべきである。買主の主観は残すべき。(広大有志)

- 民法が制定された時代とは異なり、今日では、性能や品質といった物理的な性質のほか、キャラクター商品、ブランド品、コンピュータゲームといった知的財産権等の目に見えない付加価値が物と一体となって取引されているものが日常生活の中に多数存在します。そのため、瑕疵については、有体物であっても物理的な問題以外にも無視できない問題がある。

特に知的財産権を侵害した物について取引することが犯罪になるケースも存在する。

しかし、現行法ではこのような知的財産権による制限が瑕疵に含まれるのかについて明らかではなく、解釈も分かれている。

そのため、この債権法改正の機会に瑕疵にこのような知的財産権等が存在しないことが含まれるのかを法律上明確にし、そのうえで、買主、売主のどちらがその危険を負担するのが適切であるかについても議論する必要があると考える。(ヤフー)

- 債務不履行の一般原則に一元化せず規定を存置させる意見に賛成する。債務不履行とは別途規定することにより、売買における売主の債務不履行責任をより明確化できる。

要件や買主に認められる権利の規定については物の瑕疵の場合と同様に検討する。物の瑕疵と論点が共通しているためである。(法友全期)

- 通常の開発納入品は従来の規定で良いと考える。

数年間経過しないと問題が顕在化しないものは、別途契約項目として設定すれば良い。(システム・ユーザー協)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### 3 権利の瑕疵に関する担保責任（民法第560条から第567条まで）：個別論点

#### (1) 他人の権利の売買における善意の売主の解除権（民法第562条）の要否

他人の権利の売買において、善意の売主にのみ解除権を認める民法第562条に関しては、他の債務不履行責任等と比べて特に他人の権利の売買の売主を保護する理由に乏しいという指摘を踏まえ、これを削除することの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 4(1) [38頁]】

#### 【意見】

- 民法第562条の規定は削除すべきとの方向で検討することは賛成。他人の権利であることにつき善意であるとしても、他人の権利を自分の権利であると誤信する者を特に保護する趣旨は妥当ではない。また、562条については、関連する判例が特に見当たらず、実務上意味があるのかも疑問がある。(東弁)
- 民法第562条の規定は削除すべきである。この場合にだけ特別に売主の保護を図る理由に乏しい。(金沢弁消費者委)
- 削除に賛成する。他人物売買の売主のみ責任を軽減する理由に乏しい。(愛知県弁)
- 他の債務不履行責任等と比べ、他人の権利の売買の売主を、その善意を理由として保護する理由に乏しいことからすれば、削除することが適当である。

仮に削除しない場合であっても、善意無過失に限ることを明らかにすべきである。(パブコメWG)
- 現民法第562条を削除する方向で検討すべきである。

民法第562条の適用場面は事例として極めて稀であり、売買の目的物が自己所有であるか他人所有であるかを知らないということ自体、実務的には、売主としての責任を問われても仕方がないと考えられる。

すなわち、他人の権利の売主の責任が、特に他の債務不履行責任よりも軽いとする理由はなく、売買における売主を保護する規定の存在意義は、現状、ほぼ失われていると考えられる。(日司連)
- 削除に賛成。他人の権利の売主に特別に解除権を認める合理的根拠に乏しい。(広島弁)
- 第562条を削除することにつき、賛成する。他の債務不履行責任と比較して、他人の権利の売買の売主の場合に、特に解除権を認める理由が乏しい。(札幌弁)
- この場合に特段の規定を設ける合理性を欠くことから削除すべきと考える。(国際取引有志)



- 不要との意見に賛成。債務不履行解除の一般原則によれば足りる。  
(法友全期)
- 他人の権利の売買における善意の売主の解除権を認める民法第562条は、削除する方向で検討すべきである。  
特にこの場合のみ売主を保護する必要性は薄い。敢えて解除権を認めなくとも履行不能となり損害賠償請求権が発生することとなるため、他の債務不履行責任に対する規定と均衡を図るべきである。(東京青司協)
- 善意の売主にのみ解除権を認める民法第562条に関しては、削除すべきである。  
善意の売主に対して解除権を認めることの合理的な理由はとくにな  
い。一般原則に委ねるということで問題ない。(堂島有志)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 他人の権利の売買における善意の売主の解除権を定める民法第562条を削除することについて特段反対しない。他人の権利の売主について特別の解除権を認める合理的理由に乏しい。(大阪弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 売主の主観的要件を削除すべきである。  
権利の瑕疵を債務不履行(不完全履行)の一類型と位置付けると、  
売主からの解除が可能か否かは当事者の合意(「契約の内容・契約の趣  
旨」から判断される)によって決まるはずである。(福岡弁)
- 他の債務不履行と比べて特に保護を与える理由がないので、他人の  
権利の売買における善意の買主の解除権は削除すべきである。(日大民  
研・商研)
- 他人の権利の売主について特別の解除権を認める合理的理由に乏し  
く、民法第562条を削除することに賛成意見が多い。ただし、売主  
の解除権にも合理性があるとして反対意見もある。(日弁連)
- 第562条の削除に賛成する。
  - i) 契約関係が存続し続けることによって売主が被る不利益の防止  
は、損害軽減義務や現行民法第547条による解除権の消滅などで対  
処可能である。
  - ii) 瑕疵担保責任については、債務不履行の一般原則により対処す  
べきであり、本条文のような特別の規定を存続させる必要はない。(仙  
台弁)
- 削除する方向で検討すべきである。  
他人物売買の善意の売主を特別に保護する理由は見当たらない。(兵  
庫県弁)
- 民法第562条の削除に賛成する。判例及び実務では、他人物売買  
の売主に対しては保証責任とでもいうべき重い責任を認める傾向があ

り、売主の責任軽減を認める現行民法第562条の規定は、現行の判例及び実務の一般的な考え方と整合しておらず、一般市民に誤解を招くおそれがあるので削除すべきである。(弁護士)

- 検討することには反対しない。

債務不履行の責任の要件（帰責事由）の定め方にもよるが、売主の責めに帰すべき事由がある場合には、解除権を認める必要性はない。他方、売主の責めに帰すべき事由がない場合であっても、善意の買主を保護する（損害賠償を認めること）という扱いは、なお残しておくことも検討されてよいのではないか。(日弁連消費者委有志)

- 現行民法562条1項を削除することには反対する。同条2項に関しては、買主が悪意であることを理由に売主の損害賠償責任を免除することの是非については、更に検討すべきである。

現行民法562条1項に関して、他人の権利を取得して買主に移転することができないと認定された場合、もはや売主が債務を履行することは客観的に不可能となるから、この場合にまで善意の売主を売買契約に拘束しておく必要性は乏しく、売主からの解除権行使を認めても売主を特別に保護したことにはならない。また、この場合、売主は、善意の買主に対する損害賠償責任を負うことになるため、この点からも、契約を解除された買主を保護する手当てはなされており、同項は、売主および買主の双方の利益に配慮した規定であり、削除すべきではないと考える。売主が善意であるか否かは、売主に対する非難可能性の問題であり、また、悪意の売主であれば他人物売買契約を締結する際に、自らの債務の履行が不能となったときの対応策を契約上定めることも可能であることからすれば、売主の善意・悪意を基準に解除権行使の可否を決することには、合理的理由がある。

なお、現行民法562条2項によれば、買主が悪意であった場合に売主の損害賠償責任を一律に否定することになるが、契約交渉の過程、契約の内容、履行不能に至った原因等を考慮の上、悪意の買主であっても損害賠償請求を認める方が適切な場合があることも否定できないため、この点について更に検討すべきであると考えられる。(青司協)

- 削除に反対である。本条の趣旨は、善意の売主が、他人の権利を取り戻し、真の権利者への返還を認めることにあるのであり、単に売主の保護だけを図るものではない。(一弁)

- 単純に削除するのは反対である。現行の判例法理を踏まえ、分かりやすい準則を条文化すべきである。

現民法の起草者は、瑕疵について悪意の買主は、契約上負う債務の内容は当該瑕疵が含まれていることを前提に取引に応じたのであるから保護する必要性が乏しいとして、買主の主観的要件を規定したが、提案は、瑕疵担保責任が契約責任であるということから、契約内容の

解釈に一元化し主観的要件を削除するべきとしている。しかし、「瑕疵」とは主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念を包含するものであることであるとすれば、主観的要件を単純に削除しても、一体どのような準則が適用されるのか法律家でない一般の国民からは分かりづらくなってしまい、判例・通説が適用される売主に帰責事由がある場合であればともかく、それが無い場合は引き続き現行法の準則が適用される場面もあると思われる。

そこで、瑕疵について買主が悪意であっても、契約条件において瑕疵を売主が治癒する義務を負っている場合（判例・通説が問題としている場面）には、契約で合意された条件が優先するが、売主に帰責事由がない場合（例えば、不動産取引においてデューディリジェンスを行った結果買主が瑕疵を発見したが売主は瑕疵に気付かずそのまま契約締結に至った場合に、当該瑕疵があることを奇貨として買主による瑕疵担保請求を認めるべきではない）には瑕疵担保責任を負う必要はないという準則を分かりやすく条文化すべきだと考える。

また、売主の主観的要件について言及する民法第572条とのバランス上も、買主の主観的要件のみを削除するというのは、分かりやすい立法とは言えないと思われる。（法友会）

- 売主の解除権の規定を削除する必要はないと考える。  
債務の内容を実現することが不可能となった場合に、契約を存続させておく理由は乏しく、契約関係の早期の解消を認める利益がある。（横浜弁）
- 他人の権利の売買における善意の売主については、損害を賠償して解除する権利を与えることに合理性があるから、民法の規定を変更する必要はない。（親和会）
- 当事者間では売主に処分権があることが前提となっているのであり、特則として、規定を維持すべきである。（広大有志）
- 改定の必要があるとは思えない（個人）
- 時効があり、時効前に訴訟に至って消費者が勝訴判決を得ても、瑕疵について改善義務や賠償義務を無視されれば意味がない。また訴訟は高額なお金や時間、精神的苦痛等を伴うことから、あきらめる消費者も非常に多い。それで権利を行使しないので時効消滅と考えるのはおかしいのでは？（会社員）

## (2) 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 (民法第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(民法第565条)に関しては、数量指示売買における数量の不足及び物の一部

滅失が民法第570条の「瑕疵」に含まれるものとして規定を整理する方向で、更に検討してはどうか。その際、数量指示売買の定義規定等、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けることの要否について、数量指示売買における数量超過の特則の要否（後記6）という論点との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 4(2) [38頁]】

### 【意見】

- 民法第565条を削除し570条の瑕疵として整理する方向で検討することにつき、数量超過の特則との関連性について検討することに賛成。「瑕疵」の定義を設け、その中に客観的瑕疵を盛り込むのであれば、数量不足等の事情は客観的瑕疵に含まれるはずである。また、後述するように、570条に関し強制競売の例外を設けないという考えからすると、565条を物の瑕疵として特に規定する必要もない。（東弁）
- 規定を削除することに賛成。（金沢弁消費者委）
- 削除に賛成。

数量の不足及び物の一部滅失が民法第570条の「瑕疵」に含まれるものとして規定を整理することには、賛成する。数量の不足及び物の一部滅失は、当事者の合意や契約の趣旨、性質に照らして備えるべき状態を実現していない場合であり、物の瑕疵ととらえるべきである。

数量指示売買の定義規定等、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けることには、賛成する。その際、数量指示売買に関する規定を整備することは明確性に資する。（愛知県弁）
- ①数量指示売買における数量の不足及び物の一部滅失を民法570条の「瑕疵」に含まれるとして整理すること、②数量指示売買の定義規定を置くこと、③数量指示売買の特性に応じた規定を設けること、はいずれも賛成。

①につき、「瑕疵」の定義規定を置くことに賛成しており、その際、数量不足を含む形にすれば問題はない。

②につき、明確化の観点から定義規定を置くべきである。

③につき、取引の実際に合うように特別規定を置くべきである。（広島弁）
- 第565条の削除し、数量の不足及び物の一部滅失が570条の瑕疵に含まれるものとして規定を整理することにつき、賛成する。

その際、瑕疵の定義規定を定める際に、量的瑕疵を含むことを明記すべきである。

数量の不足及び物の一部滅失は、当事者の合意や契約の趣旨・性質に照らして備えるべき状態を実現していない場合であるから物の瑕疵

と理解される。そこで、570条の瑕疵に含まれるものとして規定を整理して、565条は削除すべきである。

わかりやすさの観点から、瑕疵には量的瑕疵を含むことを明記すべきである。(札幌弁)

- これらは物の瑕疵として捕捉することが可能であり、権利の瑕疵としての規定は不要と考える。(国際取引有志)
- 数量指示売買における数量の不足及び物の一部滅失が民法第570条の「瑕疵」に含まれるものとして規定を整理することに関しては、強制競売の場面における債権回収促進の観点から、その方向に賛成である。(三菱電機)
- 目的「物」の瑕疵に当たると解釈し、削除する意見に賛成。物の数量不足は本来権利の瑕疵ではなく目的物の瑕疵と解釈でき、物の「瑕疵」に数量についての瑕疵も含まれるとすべきである。したがって、物の瑕疵の規定があれば本条は不要となる。(法友全期)
- 数量指示売買における数量の不足及び物の一部滅失について、民法第570条の「瑕疵」と位置づけ、現民法565条は削除してよい。

数量の不足や物の一部滅失の場合も、当事者の合意や契約の趣旨等に照らして備えるべき状態を実現していない場合であり、かかる場合も、瑕疵担保責任の「瑕疵」に該当するとすべき。そうすると、あえて数量の不足等について別規定を置く必要はない。(堂島有志)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 数量の不足または物の一部滅失について物の瑕疵と位置づけ、規定を整理することに特段反対しない。

数量指示売買の定義規定等、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けることにも反対しない。

数量の不足または物の一部滅失については、契約において予定された性質を欠いていることとして物の「瑕疵」に包含される。

また、市民にわかりやすい民法という観点からは、数量指示売買の定義規定等、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けられるのであれば、できる限り、具体的に定めることがのぞましい。

(大阪弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 第565条の規定の削除に賛成である。

数量の不足又は物の一部滅失は、これまでは権利の瑕疵に属するとされてきたが、本来その物が備えるべき状態を実現していない点で、物の瑕疵と位置づけることが素直である。物の瑕疵か権利の瑕疵かによって強制競売の場面での差異を設けないと考えるのであれば、第565条の削除は問題ない。(横浜弁)
- 民法第565条は削除すべきである。売買の目的物が契約で定めら

れた数量から不足し、又は一部滅失していたような場合は、目的物の引渡しの一部が履行されておらず、給付された目的物が当事者の合意（「契約の内容・契約の趣旨」から判断される）に適合しないこととなり、物の瑕疵となる。

瑕疵担保を債務不履行（不完全履行）の一類型と位置付けると、この場合も、瑕疵担保責任が適用される場面となり、特別の規定は不要である。（福岡弁）

- 数量の不足や物の一部滅失の場合は、権利の瑕疵というよりも、物の瑕疵に該当するので、民法565条は削除を含めて検討すべきである。（親和会）
- 仮に同一の条文で扱うとしても、量的な不完全と質的な不完全は分けて規定した方が、市民にとっては分かり易い。（広大有志）
- 数量の不足及び物の一部滅失が民法第570条の「瑕疵」に含まれるものとして規定を整理することに、賛成である。また、数量指示売買の定義規定等、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けることに賛成である。

判例に基づく数量指示売買の定義は狭きに失するので、変更すべきであり、その際、数量不足及び物の一部滅失も、「瑕疵」に含まれると整理することに賛成する。したがって、数量指示売買の定義規定を置くことは、明確性に資するので賛成する。それ以外にも、数量指示売買における担保責任の特性を意識した規定を設けるべきである。ただし、数量不足を物の瑕疵に含まれるとするなら、数量不足に関する特別の規定を設ける必要はないとの意見もある。また、その際、数量超過の特則との関係も考慮すべきである。（日弁連）

- 民法第565条の削除に賛成する。但し、権利の瑕疵なのか物の瑕疵なのか、いずれと判断しても、買主保護に差異が生じないように留意すべき。

i) 数量の不足や物の一部滅失も、当事者の合意や契約の趣旨・性質に照らして備えるべき状態を実現していない場合とみて、物の瑕疵として「瑕疵」（民法第570条）に該当すると判断するのであれば、特別に民法第565条を残す必要はない。

ii) 物の瑕疵については、民法第570条ただし書によって、買主の保護が薄くなっているが、物の瑕疵と権利の瑕疵とで、保護の度合いを変える必要があるかは疑問。（仙台弁）

- 検討することに賛成である。

数量「指示」売買の意味が分かりにくい。物の一部滅失と物の「（隠れた）瑕疵」の区別も分かりにくい。（兵庫県弁）
- 単に数量不足の場合の扱いにおいては、担保責任というよりも債務不履行における不完全履行の問題として扱った方が実務的には整理が

しやすいので、その方向での議論がなされることを希望する。(会社員)

- 中間的な論点整理の考え方につき、特に異論はない。(弁護士)
- 瑕疵に関する担保責任の「瑕疵」に関する規定の中に位置づける方向で検討することに反対しない。物の瑕疵に関する担保責任と同質のものと考えたとしても、「瑕疵」の規定の中に定義等の数量不足に関する明示のルールを示すことは、好ましいと考える。(日弁連消費者委有志)
- 数量指示売買における数量不足等の担保責任は、物の瑕疵に関する担保責任と同質と考えられる。最判昭和43年8月20日民集22巻8号1692頁が示した数量指示売買の定義を明文化すべきである。(弁護士)

- 民法第565条の規定は削除しない方向で検討すべきである。更に数量超過の場合を考慮し、数量指示売買の規定等、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けることを検討すべきである。

数量不足又は物の一部滅失が、権利の瑕疵であるか物の瑕疵であるかという議論の前に、数量超過の場合の売主の権利との関係により、数量不足又は物の一部滅失の場合も規定すべきである。また、一般の感覚からすると数量不足と物の瑕疵を全く同一視することに対しては違和感がある。よって、数量指示売買における担保責任の特性を踏まえた規定を設けることを検討すべきである。(東京青司協)

- 不動産の売買取引や賃貸借取引において、対象不動産の地積や延床面積・賃貸面積を契約書に表示し、坪あたりの金額を内訳として記載した上で、売買代金・賃料を総額で記載することが多い。かような場合、数量指示売買に該当するか否かが争いになることが多いので、数量指示売買の定義を規定するにあたっては、判例理論も参照して、争いの生じにくいものを検討してはどうか。また、仮に契約書に一定の面積が表示され、坪単価も記載されていることから数量指示売買に該当すると判断する場合、その法的効果が不足部分の割合に応じて単純に代金の減額を認めればよいのかについては、一定の坪数の有無によって比例的ではなく段階的に対象物の利用価値が変わる場合もあることも踏まえて、数量の不足によって買主が被る損害を基準として考えることも検討してはどうか。

具体的には、民法第565条が定める「数量を指示して売買」とは、「当事者において目的物の実際に有する数量を確保するため、その一定の面積、容積、重量、員数または尺度あることを売主が契約において表示し、かつ、この数量を基礎として代金が定められて売買」と定義されている(最判昭和43年8月20日)。かかる判例による定義は、条文上の文言からは必ずしも一義的に導かれるものではないため、かかる判例の定義を明文化してはどうか。

判例の定義を明文化するにあたっては、不動産売買や不動産賃貸借のような特定物を対象とする取引においては、賃貸目的物の面積が契約書上表示され、その面積を基礎として金額が決定されているが、賃貸借目的物の面積が必ずしも賃借人の賃貸借の目的を達成するために関係のない場合もある。この点に関して、「土地の売買契約において、売買の対象である土地の面積が表示された場合でも、その表示が代金額決定の基礎としてされたにとどまり売買契約の目的を達成するうえで特段の意味を有するものでないときは、売主は、当該土地が表示どおりの面積を有したとすれば買主が得たであろう利益について、その損害を賠償すべき責めを負わない」と解している判例（最昭57年1月21日）も踏まえて明文化することも検討してはどうか。（長島・大野・常松有志）

- 物の瑕疵担保責任と同質と考えられるが、①代金減額になじみやすい、②数量超過について規定するとした場合に必要となるなどから、この規定は削除すべきではない。（日大民研・商研）
- 中間的な論点整理の方向に反対である。一般に数量の不足又は物の一部滅失が、権利の瑕疵に当たるとは考え難い。（一弁）
- 改定の必要があるとは思えない（個人）

### (3) 地上権等がある場合等における売主の担保責任（民法第566条）

地上権等がある場合等における売主の担保責任（民法第566条）に関しては、買主の主観的要件を不要とする考え方（前記2）を前提とした場合において、同条は地上権等がない状態で権利移転をすべき売主に適用される旨を条文上明記すべきであるという考え方や、買主の代金減額請求権を認めるべきであるという考え方について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 4(3) [40頁]】

#### 【意見】

- 基本的には562条に関してと同様に考える。ただし、地上権に関し特に明文化する点については争わないが、「地上権等が存在しないことを考慮せず代金を決定した場合」という点も明文化すべきではないか。例外的に、地上権の場合、物そのものではなく物に付随する権利がないという特殊性があることからして、単に民法565条を削除し、物の瑕疵と同様に考えるとするだけでは不明確になる面はあり得る。

代金減額請求権を認める方向での検討については賛成。566条の場合でも、代金減額分の算定は容易な場合があり、買主に柔軟に権利行使の手段を認めて良い。（東弁）



- 買主の主観的要件を不要とし、地上権等がない状態で権利移転をすべき場合に適用される旨を条文上明記することに賛成。(金沢弁消費者委)
- 民法第566条は地上権等がない状態で権利移転をすべき売買に適用される旨を条文上明記することについては、賛成する。  
買主の代金減額請求権を認めることについては、賛成する。(愛知県弁)
- 買主の主観的要件を不要とする考え方に立つのであれば民法566条は地上権等がない状態で権利移転をすべき売買に適用される旨の規定を置くこと、及び買主の代金減額請求権を認めることに賛成。  
買主の主観的要件を不要とする観点からは、同条が適用されるのは、売主が地上権等がない状態で目的物の所有権を移転をする義務を負っているべき場合であるといえるため、その旨の規定を置くのは当然であるし、地上権等によって所有権が制限される場合も価値減少分を代金に換算することは不可能ではなく、これを否定する理由もない。(広島弁)
- 地上権等がない状態で権利移転すべき売買に適用される旨条文上明記すべきという考え方につき、賛成する。  
代金減額請求権を認めるべきであるという考え方につき、賛成する。  
適用範囲を明らかにするという観点から、買主の主観的要件を不要とする代わりに、地上権等がない状態であることが前提となっている売買(にもかかわらず地上権等が設定されていた場合)に適用されることを明示する必要がある。  
代金減額請求権は、有償契約の等価的均衡を保つための手段として機能するので、必要なものであると考える。(札幌弁)
- 上記共通論点の項を参照。(国際取引有志)
- 要件を明確にすることに賛成。(要件について)主観的要件を定める現行法を改正するのであればできる限り明確にしたほうがよい。  
買主の代金減額請求権を認めることに賛成。(効果について)買主に広く権利を認めたほうが買主保護にかなう、また事例に則した迅速かつ柔軟な対応ができると思われる。(法友全期)
- 地上権等がない状態で権利移転をすべき売買に適用される旨を条文に明記すべきとの方向で検討すべきである。また、買主の代金減額請求権は認めるべきではないとの方向で検討すべきである。  
取引実態として、地上権が付着している場合であって、それについて買主が悪意である通常取引があるのであればその実態に規定を合わせるべきである。  
減額請求権については、地上権等付着の場合の減額分の計算が複雑であり、契約成立後の交渉で解決することは難しいことと、損害賠償とし

て請求することでそれと同様の効果が得られるので、あえて規定を設けるべきではない。(東京青司協)

- 法第566条について、地上権等がない状態で権利移転をすべき場合に適用される旨を条文上明記すべきである。

買主の代金減額請求権を認めるべきである。一部瑕疵がある場合とも考えられるし、他の担保責任の規定と同じように代金減額請求を肯定することが公平である。(堂島有志)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)

- 第566条の適用範囲を、地上権等がない状態で権利移転をすべき場合とすることには特段反対しないが、善意の買主保護のための制度も別途検討すべきである。

566条の場合についても、買主の救済手段として、代金減額請求権を認めるべきである。なお、代金減額請求権の減額判断においては、単に目的物の客観的価値としての差額だけではなく、瑕疵について善意の買主が支出した費用等についても考慮に入れることも検討すべきであり、あるいは、瑕疵について善意の買主について、代金減額のほかに、買主が負担した費用を売主に請求することを認める規定を設けるべきである。

瑕疵担保責任を契約責任として理解する限り、566条の適用範囲は、地上権等がない状態で権利移転をすべき場合ということになり、同条は権利の瑕疵についての善意・悪意を問わず適用されることになる。もっとも、権利の瑕疵について善意の買主の保護については、債務不履行の一般原則とは異なる救済手段も準備すべきである。

代金減額請求権は、売主の債務不履行責任とは異質の買主の救済手段であり、権利の瑕疵の担保責任の法的性質を債務不履行責任と捉えて規定を整理する場合、売主に帰責事由が認められない場合の買主の救済手段として認める必要性が大きい。

もっとも、代金減額請求権による買主の救済が、権利の瑕疵が存した部分について支払われた代金と瑕疵があるが故の価格との差額の填補のみで十分かは慎重に検討する必要がある。

権利の瑕疵がある物を給付した売主に帰責事由が認められないものの、買主が権利の瑕疵につき善意であるが故に負担した費用・損害があり、これを全て買主の負担に帰せしめるのが酷となるケースが皆無か否かにも配慮し、柔軟な解決を図ることのできる制度とすることにも留意すべきである。

具体的には、代金減額請求権の減額判断の中で権利の瑕疵について善意の買主が支出した費用等についても考慮に入れること(買主の救済は代金額が限度となる。)、あるいは権利の瑕疵について善意の買主に信頼利益の損害賠償請求権を認めること、等も検討すべきである。(大阪弁)

- 特に異論はない。(二弁)
- そもそも買主の主観的要件を不要とする考え方には賛成しないが、仮に主観的要件を不要とすべき考え方を採った場合には、566条の要件として、地上権等がない状態で権利移転をすべき場合に適用される旨を明記することに賛成である。
 

代金減額請求権を認めることに賛成である。代金減額による有償契約における対価的均衡を維持する必要性が認められる。算定が困難であると指摘がなされるが、損害賠償においても一定の金額を損害額として認定せざるを得ないのであり、算定が困難であることは代金減額請求のみの問題ではない。(横浜弁)
- 民法第566条は地上権等がない状態で権利移転をする売買契約に適用されること、代金減額請求が認められることを明文化すべきである。(福岡弁)
- 売主に瑕疵担保責任が生じるかどうかは、契約の内容、性質によって決せられるべきであり、買主の主観で決定されるわけではないから、瑕疵担保責任の発生要件として買主の主観的要件については、削除を含めて検討すべきである。代金減額請求権については、瑕疵担保責任についても適用を検討すべきである。(親和会)
- 悪意の買主は敢えて購入したのであり保護の必要性を感じない。もっとも、代価のバランスから代金減額は入れるべきである。(広大有志)
- 代金減額についても認めてよい。(日大民研・商研)
- 買主の主観的要件を不要とするかについては、瑕疵担保責任に合わせるとする方向に賛成である。
 

同条は地上権等がない状態で権利移転をすべき売買に適用される旨を条文上明記することに賛成である。

買主の代金減額請求権を認めることに賛成である。(日弁連)
- 瑕疵担保責任については、債務不履行の一般原則により対処すべきであることから、第566条の削除を検討すべきである。(仙台弁)
- 買主の主観的要件が不要であり、結局、給付義務についての解釈の問題に帰することには賛成。代金減額請求権については、担保責任としてではなく、危険負担制度とすべきである。理由は、第570条についてのべたところと同様である。(兵庫県弁)
- 中間的な論点整理の考え方には、いずれも特に異論はない。(弁護士)
- 代金減額請求権を認めることについて反対しない。他の担保責任の規定と整合的に検討し、要件・効果を定めることが好ましい。(日弁連消費者委有志)
- 地上権等がある場合等における売主の担保責任(現民法第566条)に関し、地上権等がない状態で権利移転をすべき売買に適用され

る旨を規定すること及び買主の代金減額請求権を認めることについては、慎重に検討すべきである。

不動産売買の実務においては、売買の目的物である物件に地上権等が存在している場合は、引き渡しまでに当該地上権等を除去するとの合意をし、当該地上権の除去がなされた上で、代金決済、引き渡し及び所有権の移転を行なうのが通例であり、そのような合意のない売買契約はほとんどない。そうすると、地上権等がある場合等における売主の責任について、他の債務不履行責任よりも重くする理由は特になく、善意の買主を保護する現民法の規定の存在意義は、現状、ほぼ失われていると考えられる。

また、決済の目的物を引き渡した後も何らかの事情で地上権等が残存した場合、目的物の用益もできないため、そのような決済の目的物の価値は、ほとんどないことが通例である。そうすると、地上権等がある場合等における売主の担保責任として、代金減額請求権はなじまないのではないかと考えられる。(日司連)

- 中間的な論点整理に示された考え方にはいずれも反対する。

買主が悪意であっても売主に責任を負わせる必要があるとの点については、一般の債務不履行責任の問題として処理すれば足り、瑕疵担保責任の問題ではない。民法第570条と同様、買主の主観的要件も設けるべきである。

代金減額請求権は不要である。地上権等が原因で契約の目的を達することができない場合には、契約を解除するのが一般であり、代金減額請求の必要性はほとんどない。(一弁)

- 改定の必要があるとは思えない(個人)

#### (4) 抵当権等がある場合における売主の担保責任(民法第567条)

抵当権等がある場合における売主の担保責任(民法第567条)に関しては、債務不履行責任が生ずる一場面を確認的に規定したものにすぎず不要な規定であるという意見と、債務不履行責任が生ずる場面を具体的に明らかにするなどの意義があるので、適用範囲を条文上明確にした上で規定を維持すべきであるという意見等があったことを踏まえて、確認規定として存置することの要否及び仮に規定を存置する場合には適用範囲を明確にするための要否について、他の担保責任に関する規定を維持するか否かという点との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 4(4) [41頁]】

### 【意見】

- 適用範囲を条文上明確にした上で規定を維持する方向で検討すべきである。不動産以外の財産権についても適用されるし、他の担保物権の場合にも適用されうるものであり、条文の存在価値はある。検討の際には、他の担保物権との関係等について検討すべきである。(東弁)
- 民法第567条を、①抵当権等の存在を考慮することなく売買代金が決定された場合に適用されることを明らかにすること、②売買の目的が動産その他の財産権である場合にも適用される旨を明らかにすること、③仮登記担保権等の担保物権が付された場合にも適用される旨を明らかにすること、④所有権を失っただけでなく、買主が所有権等の権利の移転を求められなくなった場合にも適用される旨を明らかにすること、に賛成する。(金沢弁消費者委)
- 抵当権等がある場合における売主の担保責任(民法第567条)に関して、確認規定として存置することに、賛成する。

規定を存置する場合に、適用範囲を明確にすることについて、賛成する。

争いのない判例及び学説を定式化するということであり、規定する必要性はあると考える。(愛知県弁)
- 債務不履行責任が生ずる一場面の確認として規定を維持することに賛成、規定を維持する場合、適用場面を明確にすることに賛成。

その際、イ) 567条の適用範囲を、抵当権等の存在を考慮することなく売買代金が決定された場合とすること、ロ) 売買の目的が不動産でなく動産その他の財産権であっても適用されること、ハ) 先取特権又は抵当権のみでなく仮登記担保権等の場合にも適用されること、ニ) 所有権を失ったときのみでなく、買主が所有権等の権利の移転を求められなくなった場合、にも適用されるべきである。

確認的にでも債務不履行責任が生じる場面を具体的に明確化することに意義がある。(広島弁)
- 確認規定として存置するという立場につき、賛成する。

その場合の適用範囲を明確化すべきである。具体的には、抵当権の存在等を考慮することなく売買代金が決定された場合に限り適用されること、売買の目的が不動産だけではなく動産その他の財産権であった場合にも適用されること、「先取特権又は抵当権」だけではなく仮登記担保権等の担保物権が付されていた場合にも適用されること、「所有権を失ったとき」だけではなく買主が所有権等の権利の移転を求められなくなった場合にも適用される旨をそれぞれ明らかにすべきである。

適用範囲を明らかにするという観点から、上記の各変更を加えるべ

きである。

抵当権の存在等を考慮して代金が低く決定された場合には担保責任を認める必要はないから、抵当権の存在等を考慮することなく売買代金が決定された場合に限って適用されるとすべきである。

買主の保護の必要性があるかという観点から見ると、売買の目的は、不動産に限らず動産やその他の財産権（例えば地上権や永小作権等）も加えるべきであり、「先取特権又は抵当権」だけではなく仮登記担保権等の担保物権が付されていた場合も適用すべきであり、「所有権を失ったとき」だけではなく買主が所有権等の権利の移転を求めることができなくなった場合も含めるべきである。（札幌弁）

- 上記共通論点の項を参照。（国際取引有志）
- 民法第567条については、これを存置することを前提とした上で、その適用範囲の明確化等を検討すべきである。

瑕疵担保責任を契約責任として再構成する場合であっても、同条は債務不履行責任が生ずる場面を具体的に明らかにする確認的規定として意義がある上、あえて削除した場合には規律内容を実質的に変更する意図があるなどの誤解が生ずるおそれもあるので、抵当権等の存在を考慮することなく売買代金が決定された場合に限って適用されることなどを明らかにしつつ、規定を維持するのが相当と考えられる。（弁護士・弁護士）

- わかりやすい民法の観点から、仮に規定を存置する場合には適用範囲を明確にするべきである。（三菱電機）
- 明確化に資する観点から、当該規定を、売買の箇所に存置するべきである。その内容としては、以下の通り明確化するべきである。
  - ① 抵当権等について悪意の買主の解除を否定することには反対。損害賠償を否定すれば足り解除を否定する必要ない。
  - ② 目的物を不動産に限らないとすべきである。担保権の実行により売買の目的を達成できなくなった場合に解除を認めるべきという点で不動産の場合も動産の場合も同じ。
  - ③ 先取特権、抵当権以外の担保権についても、解除権等が認められるべきである。担保権の実行により売買の目的を達成できなくなった場合に解除を認めるべきという点では抵当権の場合もその他の担保権の実行の場合も同じ。
  - ④ 所有権を失った場合に限られず、移転を求めることができなくなった場合も解除権等が認められるべきである。売買の目的を達成できなくなった場合に解除を認めるべきという点ではどちらも同じ。（法友全期）
- 抵当権等がある場合における売主の担保責任は、適用範囲を条文上明確にした上で規定を維持するとの方向で検討すべきである。特に仮

登記担保権等の担保物権が付されていた場合にも適用される旨を明らかにする方向で検討すべきである。

現状の取引実務および、判例が明確に出ているため、それにあわせて規定の整備をした上で、規定を維持することが必要である。(東京青司協)

- 抵当権等がある場合における売主の担保責任（民法第567条）の規定は、抵当権等の存在を考慮することなく売買代金が決定された場合に限り適用されることなど、その適用範囲を明らかにしつつ、規定を維持すべき

債務不履行責任が生ずる場面を具体的に明らかにしたものとすれば、規定を維持することに意義がある。(堂島有志)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 民法567条については、適用範囲を条文上明確にした上で規定を維持することに賛成である。民法567条が債務不履行の生ずる場面を確認的に規定したにすぎない規定と位置づけられるとしても、一つの例示としての確認にも意味はあるし、削除するまでの必要はなく、適用範囲をできる限り条文上明確化すべきである。(大阪弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 第567条を、適用範囲を条文上明確にした上で規定を維持することに賛成である。(横浜弁)
- 民法第567条は抵当権等がない状態で権利移転をする売買契約に適用されることを明文化すべきである。(福岡弁)
- 抵当権等がある場合の売主の担保責任の規定は、抵当権等の存在を考慮して売買代金が決定されているような場合には適用にならないと解されるので、その旨明文上も明らかにすべきである。また、民法567条の適用範囲（動産についても適用になるか、地上権などが抵当権の目的となった場合に適用があるか、仮登記担保、所有権留保、質権などが設定されていた場合にも適用になるか）についても明確にする必要がある。(親和会)
- 本研究会においては、債務不履行に他ならないので削除すべきとの意見が主張されたが、反対の意見も強く、更に検討すべきであるという意見である。(日大民研・商研)
- 抵当権等がある場合における売主の担保責任（民法第567条）に関して確認規定として存置すること及び適用範囲を明確化することに賛成である。

第567条に関して、不要な規定であるとの意見もあるが、確認の規定としても、債務不履行責任が生じる場面を具体的に明確化する意義があるので、確認規定として規定を存置することに賛成である。

その際、①567条の適用範囲を、抵当権等の存在を考慮すること

なく売買代金が決定された場合とすること、②売買の目的が不動産ではなく、動産その他の財産権であった場合にも適用されるべきこと、③「先取特権又は抵当権」だけでなく、仮登記担保権等の担保物権が付されていた場合にも適用されるべきこと、④「所有権を失ったとき」だけでなく、買主が所有権等の権利の移転を求めることができなくなった場合にも適用されるべきことにも、反対しない。

他の担保責任の規定との関連性、短期期間制限に復するかなどについては、慎重な検討を要する。(日弁連)

- 瑕疵担保責任については、債務不履行の一般原則により対処すべきであることから、567条の規定の削除を検討すべきである。(仙台弁)

- 以下のような点に注意を払いつつ検討すべきである。

この問題は、第577条・第578条の規律と合わせて考察する必要がある。不動産任意売買では、対抗されうる抵当権等の存否は登記によって確認できること、リスク配分について契約上取り決めがなされるのが通例であることから、この種の問題が発生する可能性は高くないが、各種の売渡請求権や買取請求権による形成権の行使に基づき成立する売買では、この種の問題が容易に発生することに注意をしたい。また、動産では、占有改定によって先行して対抗力ある譲渡担保権が成立することがあるので、動産についての規律も必要ではないか。

(兵庫県弁)

- 規定自体を削除するか、それとも、買主が履行を引き受けて担保責任を免除した場合を明らかにする規定とすること、いずれも検討することに異議はない。いずれにしても、分かりやすいものとするのが肝要である。(日弁連消費者委有志)

- 担保責任を債務不履行責任と構成することを前提に、同条が規定する責任の内容は債務不履行責任にほかならず、本来規定は不要である。売買目的物の用益が妨げられている場合に関する民法第566条には短期期間制限を設ける趣旨が妥当し得るが、抵当権等が存在するだけで用益が妨げられない場合には短期期間制限を設ける必然性がないと考える。(弁護士)

- 規定は残すべきである。(広大有志)

- 民法第567条を削除することに反対である。容易な解除や費用償還についての定めがあることに意味があるから、削除すべき理由はない。(一弁)

- 仮に、抵当権等がある場合における売主の担保責任を確認規定として置く場合は、失った権利が地上権等、所有権以外の権利である場合にも売主の担保責任を問えるよう規定を拡張するとともに、決済目的物の所有権等の権利の移転を求めることができなくなった場合にも、



売主の担保責任が問えるような規定ぶりにする方向で検討すべきである。

不動産売買の実務において、売買目的物の所有権等の権利移転の時期は、代金決済時かつ引き渡し時とする条件が付されるのが一般的である。そうすると、仮に抵当権等がある場合における売主の担保責任を確認規定として置くとしても、売買目的物の所有権等の権利の移転を求めることができなくなった場合に売主の担保責任が問えるような規定でなければ債務不履行の一般規定と何ら変わらず、確認規定を置く意義が薄れると考えられる。(日司連)

- 本条文と577条は抵当権等のついたまま売買することを「間接的に」禁止する条文と見るのが実務に即している。そのことを明確にした方がいい。なお、部会資料のように、抵当権を考慮して安く売買したときに本条の適用がないとすると、売主の債務は「事実上の自然債務になる」という珍妙な事態が生じる。(翻訳・出版関係)
- 割賦販売法と同じで、不動産でも瑕疵がある場合は、支払いの拒絶は当然必要。(会社員)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### 4 競売における担保責任（民法第568条、第570条ただし書）

競売における物の瑕疵に関する担保責任については、現行法を改めてこれを認める立場から、瑕疵の判断基準の明文化の要否や損害賠償責任の要件として債権者等に瑕疵の存在の告知義務を課すことの当否等の検討課題が指摘されている。そこで、まずはこれらの点を踏まえた制度設計が、競売実務や債権回収、与信取引等の実務に与える影響の有無に留意しつつ、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることの可否について、更に検討してはどうか。

また、競売において物の瑕疵に関する担保責任を認めることの可否は、競売代金の算定等に影響を及ぼすため競売手続全体の制度設計の一環として検討されるべきであることや、競売では、契約とは異なり、当事者の合意に照らした瑕疵の認定が困難であることなどを理由に、これらの規定は民法ではなく民事執行法に設けるべきであるという意見があることを踏まえて、民法に設けるべき規定の内容について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 5 [42頁]】

#### 【意見】

- 第570条但書を削除し、物の瑕疵、権利の瑕疵のいずれに当たるかではなく、瑕疵の程度（重大か否か、など）により決するべきであるとする考えをもとにさらに検討すべきである。強制競売の場合も、物の瑕疵か権利の瑕疵かという問題は重要ではなく、重要なのは買受人の保護

をいかに図るか、という点にある。すでに、第570条但書の趣旨は意味に乏しくなっている。(東弁)

- 民法第570条ただし書は削除すべきである。物の瑕疵と権利の瑕疵とは区別が明瞭でない場合もあり、瑕疵の種類によって買主の権利に差異を設けることは不合理である。

競売における競落人と債権者・債務者の公平の観点から、民法第568条において例外的に損害賠償責任が認められている場合の要件を「物又は権利の不存在」に限らず、物の瑕疵や他人の権利による制限等を含めるよう拡張すべきである。(金沢弁消費者委)

- 競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めるべきである。損害賠償責任の要件として債権者等に瑕疵の存在の告知義務を課すべきである。

強制競売における担保責任に関して、瑕疵が権利・物・法律のいずれから生じようとも、その担保責任を否定する理由はないと考える。確かに債務者は、自己の意思によりその所有物を売却したのではなく、債権者の申し立てにより、いわば物の売却を強制された立場にある。しかし、債務者には、債務の不履行を引き起こした責任があり、それ故に競売が開始されたことを踏まえるならば、物の瑕疵から生じた損害を買受人に負担させることは公平を失うと考える。また、この場合、瑕疵の種類が物質的であろうが、法律上のものであろうが、瑕疵の種類によって債務者の担保責任の存否を決めることには、合理的な理由を見出すことができない。ただし、瑕疵の程度や競売の対象である物の種類・性質に応じて、担保責任の内容を変えるべきであると考えられる。

また、買受人の債務者又は債権者に対する損害賠償請求の要件としては、強制競売が債務者の意思に基づかずに開始されること、債権者は物の瑕疵について知らない場合が多いことからすれば、現行民法568条3項と同様の規定を設けるべきである。(青司協)

- 競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めるべき。物の瑕疵と権利の瑕疵の区別がつきにくいこともあり、強制競売において両者を区別すべきではない。

規定は民事執行法に置くべき。競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めると、競売実務や債権回収等に影響を与える可能性があるため、民法ではなく民事執行法に規定を置くべき。(広島弁)

- 強制競売の場合に、物の瑕疵に関する担保責任を認めることにつき、賛成する。民法では、570条ただし書を削除し、権利の瑕疵に関する568条2項、3項と同様の規定を置くべきである。

物の瑕疵と権利の瑕疵の場合で区別する合理的理由がないこと、物の瑕疵が重大であった場合に買主保護に欠けることから、強制競売の場合物の瑕疵に関する担保責任を認めるべきである。

権利の瑕疵の場合と区別する合理的理由はないことから、これと同

じ規定を置くべきである。(札幌弁)

- 競売における物の瑕疵についても、担保責任を認める方向で検討すべきである。

競売においてのみ物の瑕疵について担保責任を認めないという規定に合理的な根拠は見当たらない。現行の規定では、物の瑕疵が重大であったときの買主保護に欠ける。特に一般人にも積極的に競売に入ってきてもらおうという現在の流れを考えれば、特に均等性を重視すべきである。(東京青司協)

- 現行法第570条ただし書を削除し、強制競売でも物の瑕疵担保責任の追及ができることとする案に賛成である。競落人は、瑕疵があるかもしれないことを前提に比較的低廉な価格で入札するとはいっても、具体的にどのような瑕疵があるのかは想定しておらず、少なくとも著しい瑕疵はないことを前提に入札価格を決めている。債権者ないしは債務者が、瑕疵がないことを前提にした金額を受領することは不公平であって、物の瑕疵についても、解除ないしは代金減額の限りでは、担保責任の追及を認めるべきである。

現在の競売実務は、瑕疵があるかもしれないことを前提に、裁判所は、低廉な評価をし、競落人も入札をしている。瑕疵担保責任の追求ができ、債権者に対しても減額請求ができるとすれば、競売価格の上昇も期待できるのではないか。そうすると、一概に債権者に不利、とも言い切れず、適正価格(時価)による競落に近づく。

競売物件の大半は、瑕疵のないものと思われる。現在のように不確定要素を含んで代金額を決めるよりは、瑕疵担保責任の追及ができることを前提に、安心して適正価格に近い金額で入札し、債権者(抵当権者)も適正価格に近い配当を受け、債務者もそれだけ債務が減少し、結果として瑕疵があった場合には、後に代金減額、解除で調整するという方が制度としてあるべき姿と思われる。

債権者が瑕疵の存在を知りながらこれを告げずに競売を申し立てた場合には損害賠償責任を負うとすべきだが、その後に瑕疵の存在を知った場合には、損害賠償義務を課すべきではない。

債権者が瑕疵の存在を知っているのに申告せずに申立をした場合に、損害賠償責任を負うことは公平である。そもそも不法行為が成立しうるとも考えられ、明文化することは問題ない。

もっとも、債権者は単なる債権者に過ぎず、売買の当事者ではないから、競売申立時に知っていたことを告知する義務を課すことはよいとしても、その後売却許可決定時までに入ってきたあらゆる情報を告知する必要があるというのは不当と思われる。(堂島有志)

- 競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることに賛成である。また、その際、競売実務について考慮すべきであるとともに、その規定

を民事執行法に設けることも検討すべきである。それを踏まえて、民法に設けるべき規定の内容について、更に慎重に検討すべきである。

同条ただし書の趣旨は、競売は①債務者の意思に基づかずして行われ(債務者の任意性の欠如)、②債権者にとっても目的物の性質について知る機会が乏しいのを通常とするところ(債権者の帰責性の欠如)、③買受人はむしろ自己の危険において買い取るべきものであるから(買受人の自己責任)、買受人の信頼の保護を犠牲にしてでも債権者・債務者を保護し、もって競売結果の确实性を期そうとする点にあるとされる。

また、現行民法典起草の際には、i 競売の場合には、その後担保責任を妥当させて買主の諸権利を認めたのでは、きわめて煩雑な結果をひきおこすことになる、ii 競売において物を買った者はその物に多少の瑕疵があることを予期して幾分か廉価でこれを買取るのが通常であるので、瑕疵担保に基づく権利を買主に認めなくても不公平な結果を生ずることはない、と考えられていたようである。

しかし、現行民法570条ただし書を存続させた場合、たとえば、債務者や債権者が目的物の瑕疵を知って競売を請求した場合にまで、買受人は何らその信頼を保護される手段がないということになって酷に過ぎる。また、起草者の懸念する「煩雑」さの点では、権利の瑕疵の場合と異ならないし、目的物に多少の瑕疵があることを予期して買受代金額が決定されると言い切ってしまうことにも疑問がある。さらに、そもそも権利の瑕疵と物の瑕疵の区別自体曖昧である。

したがって、担保責任における買主保護や売買における対価的均衡の観点からは、現行民法570条ただし書きを削除する方向で検討を行なうことについては賛成する。ただし、その制度設計如何によっては、競売実務や債権回収、与信取引等の実務に与える影響が大きく、この点に留意しつつ検討を行なう必要がある。

また、民法570条ただし書を削除することは民法の議論に収まるものではなく競売実務に与える影響を無視できないことから明らかなように、民事執行法の議論抜きには判断できないものである。そこで、現行法を改めるとの結論に至るまでには、要件、効果論のみならず、民事執行法との整合性、条文の割り振り等検討を要する課題が多いことから、より慎重な検討を必要とする。

なお、効果については、損害賠償については、民法568条3項の「物若しくは権利の不存在」から拡張して、「物の瑕疵」の場合にも損害賠償を認めることに賛成する。

また、同様に、「物又は権利の一部の不存在」、「他人の権利による制限」の場合にも損害賠償請求権が発生する場合を拡張することには賛成する。

さらに、債権者の瑕疵等の存在の認識の判断基準時は、「債権者がこ

れを知らながら競売を申し立てたとき」とすべきである。(大阪弁)

- 特に異論はない。(二弁)
- 競売の対象物件の瑕疵のうち、現況調査報告書、評価書、物件明細書に記載されるべき事項について記載がなく又は事実と異なる記載がなされ、仮に、それが正確に記載されておれば物件の評価に影響を与えた場合に、瑕疵担保責任が発生する旨明文化すべきである。物の瑕疵か権利の瑕疵かについて争いがあるものがあることを考えると、権利の瑕疵の場合のみ競売手続における瑕疵担保を認める現行法に問題があると思われる。

競売手続においては、現況調査、評価がなされ、現況調査報告書、評価書、物件明細書が作成され、土地の形状、占有者、都市計画法・建築基準法その他の法令に基づく制限等が記載され、それらをもとに、評価がなされる。したがって、仮に、物件に物又は権利の瑕疵があったとして、その瑕疵のうちこれらの書類に記載すべき事項について記載されず、又は虚偽の記載があり、それが評価に影響を与えるような場合には、瑕疵担保を認めてよいと思われる。そもそも、調査の対象とはならない瑕疵(例 建物内での自殺)、調査の対象となる瑕疵であっても評価に影響を与えない瑕疵(例 軽微な瑕疵)については、瑕疵担保は認められない。

競売物件の瑕疵担保責任については、民事執行法に定めるべきである。民事執行手続による債務者と買受人の関係に民法の売買が適用されるか否かは争いがあるため、民法ではなく、民事執行法に規定を入れるべきである。(福岡弁)

- 第570条ただし書の削除には賛成である。第568条3項において損害賠償責任が認められる場合の要件を、物の瑕疵や他人の権利による制限等を含めるよう拡張することには慎重であるべきである。

物の瑕疵と権利の瑕疵の区別につき疑義が生じる場面もあることから、強制競売における担保責任について、権利の瑕疵と物の瑕疵とで差を設けるべきでない。

しかし、救済の範囲を拡張することは、競落結果の安定性の観点からも慎重であるべきである。(横浜弁)

- 権利の瑕疵と物の瑕疵とを区別せずに規定することについては賛成するが、この場合の担保責任は、民事執行法に規定するべきである。(仙台弁)
- 物の瑕疵に関する担保責任を認めることの可否について検討することに反対しない。買主の保護の観点からは、物の瑕疵についても担保責任を認めることが好ましいといえるが、競売実務との関係等に留意しつつ検討を行うべきである。(日弁連消費者委有志)
- 競売での買受人に瑕疵担保責任「だけ」「ここまで」厳しくする意義

が他の条文と比較しても不明。とはいえ、通常の売買よりは買受人に厳しくはすべきである。なお「強制競売」という語も直すべきである。

(翻訳・出版関係)

- 競売において物の瑕疵に関する担保責任を認めることの可否は、民法ではなく、民事執行法に設けることが望ましい。(会社員)
- 競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることにつき、慎重に検討すべきである。規定の置き場所につき、民法ではなく民事執行法に規定を設けることに賛成意見が多い。

物の瑕疵と権利の瑕疵との区別が困難な場合もあることから、強制競売については両方で差を設けるべきではなく、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることに賛成する意見もある。

ただし、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めると、競売実務や債権回収、与信取引等の実務に影響を与える可能性があるから、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることにつき、慎重に検討すべきである。

その観点からは、競売代金の算定等に影響を及ぼすため競売手続全体の制度設計の一環として検討されるべきであることや、競売では、契約とは異なり、当事者の合意に照らした瑕疵の認定が困難であることはその通りであり、これらの規定は民法ではなく民事執行法に設けることに賛成する意見が多い。(日弁連)

- 民事執行法で規定すべきであるが、競売にも適用される旨を一言のべるなら、独立の条文にするかは別として、言及しておくべきである。

(広大有志)

- 本研究会においては、①権利の瑕疵とのバランス、②競売制度の信頼を高める、③民事執行法内に規定すべきであるとの理由から、民法第570条ただし書きは削除すべきであるとの見解を述べる者がある一方、現行法内の解釈でこの問題は適切に処理されているのでその必要はないとの見解も強く主張され、意見の統一には至らなかった。(日大民研・商研)
- 債権回収を早期に確定させ、債権者を保護する趣旨から、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることに反対である。(三菱電機)
- 競売の場合に売買の目的物の瑕疵担保責任を認めない現行570条但書を維持する意見に賛成。

競売は債権者の債権回収手続であって債権者の利益を重視すべきであり、債権者としては後から配当の返還を迫られる危険があるより低額でも回収額が早期に確定するほうが利益が大きい。(法友全期)

- 民法第570条ただし書の削除に反対であり、現行法以上に瑕疵担保責任の範囲を拡張すべきではない。競売の場合、通常の価格よりも廉価で売却されるのが通常であり、競落人は物の瑕疵などのリスクを織り込

んでしかるべきであり、適用範囲を拡大すべきでない。むしろ、現代の競売の状況からすると、競売手続の安定化を考え、逆に、瑕疵担保責任を否定することも検討に値すると思われる。(一弁)

○ 民法第570条ただし書の削除に反対である。

まず、そもそも、瑕疵担保責任は売主が買主に対して負担する責任であることからすれば、売主でもなく、何らの調査権も有しない債権者(担保権者)に売主が負担すべき瑕疵担保責任を負担させることは妥当でないと考えられる。また、強制競売及び担保権実行においては、裁判所が民事執行法に基づき現況を調査するほかには、債権者(担保権者)として当該物件の現況を調査しうる法制度上の保障もない。

競売手続を申し立てる債権者は、担保物件の調査手続に関与せず、また調査手続の機会も権限もないため、対象物件の瑕疵の存在を知らないのが通常である。

そして、実務上、任意売却により債権回収をする場合(競売手続と並行して行われることもある)には、現状有姿売買が行われており、売主(債務者又は担保提供者)が担保責任を負担しないにもかかわらず、強制競売を含む競売手続が選択されたことにより、債務者又は債権者が担保責任を負担することになるのは均衡を失する。

さらに、そもそも競売手続に参加する買受人は、瑕疵を含む様々なリスクを織り込んだ上で、通常の売買よりも低廉な価格で入札・競落をしているため、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認める必要性に乏しい(債務者又は債権者の犠牲において、買受人を不当に利することになりかねない)。他方、競売における担保責任を認めることにより売却価格が上昇するのであれば、買受人の金銭的負担が増えることになり、かえって廉価で物件を取得することができるという競売の魅力が損なわれ、競落率の下落など不良債権の早期処理に支障を来す可能性がある。

よって、競売における物の瑕疵に関する担保責任を規定することについて反対である。(サービサー協)

○ 競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることは、現況調査や評価時に当該物件の「あるべき状態」で評価することは実務上困難である、事後的な解除等で競売の結果が覆るとの規律が仮に設けられると、これを避けようとするため、不動産競売手続の迅速円滑な進行を妨げられるおそれがある、配当金返還訴訟等が増加する、評価の際に瑕疵の有無が考慮されていたといえるかなどの判断が困難である、解除等が認められると、債権者に不測の損害が生じる可能性があるなどの問題がある。

そのため、競売において物の瑕疵について担保責任を認めることは、民事執行実務に重大な影響を及ぼすことになるから、規定を民事執行法に設ける場合も含めて、検討することには反対であるとする意見が大半であった。(最高裁)

- 民法は、強制競売の買主は、物の瑕疵については、瑕疵担保責任を追及できないとする一方で、権利の瑕疵については瑕疵担保責任を追及できるとする。物の瑕疵と権利の瑕疵については、区別が明確でなく、差異を設ける合理性に乏しいとして、瑕疵の重大性などを基準として決定すべきであるとの見解もあるが、競売の際に、如何なる場合に瑕疵担保責任を追及できるかは明確にする必要があるので、現在の規定を変更する必要はない。（親和会）
- 以下の点に留意しつつ検討すべきである。
  - すなわち、競売（担保不動産競売を含む。）は、民法上の売買ではなく、それをなぞらえているだけであるから、民事執行法に規定を置くのが良いという考えもあり、民法に規定を置く方が一覽性の観点で優れているという意見もあった。いずれにしても、制度の再設計を前提にすると、民事執行法上の現況調査、評価、開示制度（3点セット）、地代等の代払の許可（民執56条・188条）、売却許可決定の取消しの制度などの制度環境との関係から見ていく必要がある。（兵庫県弁）
- 競売における物の瑕疵担保責任を認めた場合、瑕疵担保期間を経過しなければ一般債権者の配当率が確定せず、破たん処理が長期化するデメリットが考えられ、現行制度の維持が望ましいと考える。（農中）
- ①債権者が瑕疵担保責任を負うことになるのであれば、競売による換価・回収の確実性がなくなり、また、瑕疵をめぐるトラブルに巻き込まれることになることから、積極的に競売手続きを利用しなくなり、ひいては競売手続きを用いた担保物件や債務者財産の換価が行なわれなくなるおそれがある。
  - ②入札者は、瑕疵の存在を予測したうえで、入札するかどうか、価格を判断、決定することができるのであり、瑕疵担保責任が認められなくても酷ではない。
  - ③瑕疵担保責任が認められても、担保される範囲とその確実な履行が見込まれなければ、通常の売買による購入価格と同額で、入札者が入札することは考えづらい。瑕疵担保責任が認められるといっても、任意の売買で物件を購入するときに、売主を選び、また、具体的な契約条件を交渉する場合とは、状況が異なる。
  - ④上記のように、競売手続きの利用に換価が難しくなれば、不動産を担保として融資の条件にまで悪影響を及ぼしかねない。（オリックス）
- 競売における物の瑕疵に関する担保責任について、現行法を改めてこれを認めることについては、反対する。
  - 強制競売において、物の瑕疵についての担保責任が問われないことが、実務上大前提となっていることから、現行法の仕組みを維持すべきである。しかし、物の瑕疵と権利の瑕疵の区別が困難であること



は事実であり、議論が紛糾することをさけるため、条文の規定として具体的に「〇〇条の規定は強制競売の場合適用しない。」とするべきである。(愛知県弁)

- 競売において物の瑕疵に関する担保責任を認めない民法第570条ただし書を削除することに反対する。競売では瑕疵の認定が困難である上、物の瑕疵について解除や代金減額を認めることにすると債権回収に支障が生じ、ひいては与信取引に萎縮効果を与えるおそれがある。競売代金の上昇を期待して物の瑕疵に関する担保責任を認めるか、競売減価を前提に物の瑕疵に関する担保責任を否定するかという競売制度の仕組み方の問題であり、民法だけで決める問題ではない。(弁護士)

- 第14回会議に出た複数の意見の一部には、「物の瑕疵については、買受人の自己責任とすることは一貫性に欠ける」とあるが、競売市場参加者はすべて自己責任で買い受け希望する者と考えられている。市場参加者が自己責任であるからこそ、現況調査報告書の充実や内覧、分かりやすい評価書等の民事執行制度が深化していると考えられる。今後とも、買受人に自己責任とすることは一貫性があると考えられる。

なお、競売申立後に偶然知った瑕疵について告げる義務を課すことについては、債権者が瑕疵を知る機会は、現況調査報告書あるいは評価書の作成前に知る機会は通常はない。仮にあったとしても、債権の極大回収を図る債権者には告知義務が課されない以上、債権者倫理の立場で告知するインセンティブはない。

第568条の適用範囲につき、部会における意見の中には「存在しているはずの借地権がなかった場合には、類推適用を認めた判例があることに留意すべき」という指摘があった。売却基準価額の決定に際しては、評価に基づいて定めるものであり、評価は競売手続において売却実施するための評価を行っているのであるから、存在している借地権という評価を行っていたが、買受後はそれがなかった事案ではないと考える。仮に無くなったというのであれば、非訟手続という制度が整備されている。

また、存在していないかも知れない借地権であるなら、買受人にとって不測の損害が起こらないため、評価額ひいては売却基準価額決定において充分考慮されているはずである。

このような568条適用の範囲を表す意見としては、同条ただし書きの競売制度は、民事執行法で対処すべき範囲ではないかと考える。(兵庫鑑定士協)

- 民法第570条の削除には反対する。

いわゆる権利の瑕疵等では買主の属性によって瑕疵であるか否かの価値判断が異なる場合もあり、競売では瑕疵の認定が困難である上、物の

瑕疵について解除や代金減額を認めることにすると債権回収に支障が生じ、ひいては与信取引に萎縮効果を与えるおそれがあること、破産管財人等が行う現状有姿の売買にも影響を及ぼすおそれがあることから、強制競売における物の瑕疵の担保責任を認めるべきではない。

なお、同条の規定を改め、競売価格の適正化等の観点も含めて規定を整備するという考え方を採る場合には、民事執行法に規定を移すことも検討する余地がある。(弁護士)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)
- 競売の場合、瑕疵担保責任を持つのは差押債権者か所有者か。(会社員)

## 5 売主の担保責任と同時履行（民法第571条）

担保責任の法的性質を契約責任とする立場を前提に、民法第571条は、同時履行の抗弁（同法第533条）や解除の場合の原状回復における同時履行（同法第546条）の各規定が適用されることの確認規定にすぎないから削除すべきであるという考え方が示されているが、この考え方の当否について、担保責任の法的性質に関する議論（前記1(1)及び2）等を踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 6 [44頁]】

### 【意見】

- 民法第571条は削除すべきである。(福岡弁)
- 第571条を削除する考え方につき、賛成する。契約責任説から、571条は確認規定にすぎないから、不要である。(札幌弁)
- 瑕疵担保責任について同時履行の規定を削除することを検討すべきである。

瑕疵担保責任については、債務不履行の一般原則により対処すべきであり、確認規定にすぎない民法第571条を存続させる意義は乏しい。(仙台弁)

- 民法第571条を削除することにつき、あえて反対しない（ただし、同条があっても問題はない。）。

本論点については、一般的に担保責任の法的性質に関する議論と関連付けられて理解されている。すなわち、法廷責任説の立場からは民法第571条を残す意味があるが、契約責任説からは571条がなくても同時履行関係にあると認められるので、571条が削除されても問題はないとされている。具体的には、理論的に担保責任の性質につき契約責任説の立場にたつと、買主の損害賠償請求権は、買主の売主に対する債権の内容が変形したものと考えられ（本来的給付から損害賠償給付へと変形したもの）、買主の損害賠償請求権と売主の代金請求権とは、双務契約における債務・

反対債務の同時履行そのものに含まれる場合だといえる。その結果、571条は、損害賠償請求の点では注意規定に過ぎないことになる。

これに対し、法定責任説では、瑕疵を理由とする損害賠償請求権は本来の履行請求権が変形したものではなく、法律が特別に認めた請求権であるため、買主の損害賠償請求権と売主の代金請求権とは、双務契約上の債務として捉えられないので、571条に特別の意味が認められる。

契約責任説的立場に反対しない本意見書の立場からは、注意規定に過ぎない571条については、削除することも考えられるが、注意規定として残しておくことに問題はない。（大阪弁）

- 特に異論はない。（二弁）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 慎重に検討すべきである。債務不履行責任であることを明確にした上で立法がなされるか否かによる。（横浜弁）

- 民法第571条の規定を削除するかについて、慎重な検討を要する。

民法第571条は、法定責任説の立場では、買主の損害賠償請求権は、本来的権利ではないから、売主の代金請求権と同時履行の抗弁権の主張を認めるために、特別に民法第571条の規定を設けることの意味があった。

これに対して、契約責任説では、買主の損害賠償請求権も買主の本来的権利であるから、売主の代金請求権と同時履行の関係にあることを、第571条がなくても導き出せる関係にある。しかしながら、契約責任説でも、第571条があっても特に問題はない。

こうした観点からは、契約責任説立場に立って、第571条を削除すべきとの考え方があるとしても、担保責任の法的性質に拘泥せずに検討すべきとの立場からは、同条の削除も存置もいずれも考えられるところではあり、慎重に検討すべきであるが、存置されても特段問題はない。（日弁連）

- 民法第571条の削除については、慎重に検討すべきである。

仮に、瑕疵担保責任を契約責任と構成する立場を採ったとしても、同条は確認規定として意味があり、規定の削除は同時履行を否定したものと解するなどの誤解を招くおそれもあることから、慎重に検討すべきである。（弁護士）

- 削除しない方向で検討すべきである。仮に担保責任の法的責任について債務不履行責任と考えるにしても、本規定は確認的意味を有するのである。仮に法定責任と考えた場合には重要な意義を有する。従って、本規定を削除すべきではない。（東弁）

- 民法第571条の削除に反対する。あえて削除する必要はなく、具体的にどのような場面で準用の必要があるかは、解釈・運用に委ねれば足りる。（金沢弁消費者委）

- 民法571条の規定を削除することについては、反対する。分かり易

さのため、同時履行であることを明文化する必要はあると考える。(愛知県弁)

- 削除すべきでない。存置しても問題はない。分かりやすい民法の考え方に資する。(広島弁)
- 残存させる意見に賛成。契約責任説の立場からは理論的には削除することも可能だが、売買に固有の条文があったほうが分かりやすい。(法友全期)
- 民法第571条は削除しない方向で検討すべきである。  
契約責任説に立てば民法第571条は、注意的規定とも考えられるが、同時履行の抗弁権は非常に重要な権利であり、あえて削除する理由もないと思われる。(東京青司協)
- 民法第571条の削除に反対である。同時履行の抗弁が立つのか疑問もあるので。規定が存在したほうが明確である。(一弁)
- 第571条を削除することに反対。  
確認規定にすぎないこととなるにしても、現行法にある規定を、削除するよりも、残した方がわかりやすいから、あえて削除する必要はない。(堂島有志)
- 瑕疵担保責任の場合にも同時履行の規定は適用されるべきであり、571条の存在に意味がある。(親和会)
- 市民の行動指針としては、規定すべきである。(広大有志)
- 担保責任を債務不履行責任と捉えると当然のこととなり、削除されることになるが、そのような見解には立たないので、この規定は維持されるべきである。(日大民研・商研)
- 改定の必要があるとは思えない(個人)

## 6 数量超過の場合の売主の権利

数量指示売買における数量超過の場合の売主の権利については、契約解釈による代金増額請求権や錯誤無効等により保護されているなどとして特段の新たな規定を不要とする意見がある一方で、契約解釈による代金増額請求権や錯誤無効等では適切な紛争解決を導けない場合があり得るとする意見もあり、後者の立場からは、例えば、売主による錯誤無効の主張を認める一方、買主に対して超過部分に相当する代金を提供することにより錯誤無効の主張を阻止する権利を与えるなどの提案や、代金増額請求権の規定を設けることや超過部分の現物返還を認めることも考え得るとの指摘がある。これらの考え方を踏まえて、数量超過の場合の売主の権利に関する規定を設けることの要否について、取引実務に与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第2, 7 [45頁]】

## 【意見】

- 数量超過の場合の売主の権利についての規定を設ける方向で検討すべきである。

数量不足と同様、数量超過も通常取引で頻繁に起こりうるケースである。売主よりも買主の方が強者であり、かつ取引に習熟しているケースも増えており、対価的均等を考慮すると数量不足とあわせ何らかの規定をすべきである。(東京青司協)

- 民法のわかりやすさという観点から、C I S G 5 2条(2)と同様に、超過分の受領拒絶権、超過分を受領した場合の相当代金の支払義務を規定することが望ましい。(国際取引有志)
- 数量超過の場合の売主の権利に関する規定を設けることについては、賛成であるが、その規定の具体的内容については、取引実務に与える影響に留意しつつ、更に慎重な検討を要する。

この問題は、売買目的物の数量を指示して売買したところ、数量が約定のものを超過していたときに、売主は買主に対して超過数量に相当する代金の増額を求めることができるかという観点から問題とされてきたものである。

起草者は、元来(土地の)坪数などは売主が調べて売るべきで、注意が足りない売主に対し特約もないのに錯誤や代金増額請求という保護を与えれば買主が迷惑すると考えていたようである。

判例は、民法第565条が売主の責任規定である以上、逆に同条を類推適用することによって買主の責任を肯定することは解釈上許されないと述べて代金増額請求権を否定する。大審院判決は、「契約の一般の原則を適用し、売主に代金増額の請求権ありや否やの問題は一に売買当事者の意思を解釈して決すべきものとす」としている。

この点、起草者のような考え方が妥当とすれば、数量超過の場合の特別規定は不要とも考えられる。しかし、価値判断としては、「数量指示売買では単位数量に代金額算定の基礎がおかれている点にかんがみれば、数量過誤の危険を売主に終局的・確定的に負担させるのが適切な処理とは思われない。」という指摘は十分傾聴に値する。

よって、数量超過の場合の売主の権利に関する規定を設けることの要否について検討を行なうことに賛成である。

また、数量過誤の場合の処理については、①契約の解釈による解決、という方法と、②特別な規定を置いて規律する、という方法が考えられる。この点、当事者の意思が明確に認定できる場合であればよいが、必ずしも常に当事者の意思が明確でない場合も考えられる。

したがって、②数量超過の場合について明文の規定を置いて規律する、という考え方は十分に検討に値し、次に問題となるのはその規定の内容である。この点、本論点については、現段階では他に学説上広く承認さ

れている見解も存在しない状況であり、多種多様な見解がある。つまり、これまで実務においても何度も問題提起されてきた数量超過売買についてであるが（上記最高裁平成 13 年判決など）、具体的な規定を設ける意味も含め、その内容について議論が成熟しているかどうか問題であるとの指摘もある。

よって、数量超過の場合につき、具体的にどのような規律にするのかについてはさらに慎重な検討が必要である。その際、取引実務に与える影響の有無について留意するのは当然のことである。

数量超過の場合の具体的な規律の内容については未だ意見の一致を見ないところであり、その内容について議論が成熟しているかどうか問題であるとの指摘もあることから、さらに慎重な検討が必要であるが、その具体的内容としては、

1) 売主からの増額請求等に対して、買主が①数量超過部分の返還、②数量超過部分の代金の支払い、③契約の解除の選択ができるとすべきである。

2) また、①重過失ある売主の増額を否定する旨の抗弁を買主が提出できるとか、②数量超過について売主が善意無重過失であったことを売主に立証責任を負担させるなどの、制約を、売主側にも加えるというのが、考えられる。

即ち、具体的な規律の内容としては、理論的根拠はさておき、結論として、少なくとも以下の 3 つのいずれかの方法によって当事者間の利害関係を調整するべきであると考ええる。

i 数量超過部分の現物の返還

または

ii これに代わる数量超過部分相当額の代金の支払う

または

iii 解除の要件を充たせば解除

そして、このいずれの方法によるかについては、買主にその選択権があることとし、仮に売主がいずれかを請求しても、買主は他の方法を選択できるとすべきである。

なお、数量超過売買の場合に、売主側としては、錯誤の要件を充たせば無効ないし取消しの主張も当然認められると考える。

こうすることによって、売主が契約に従った数量を引き渡さなかったことに対する制裁として、買主の選択権を位置づけることが可能となる。

また、買主がいずれの方法を選択しない場合も考えられるので、売主に買主に対する選択権行使の請求を認め、買主がこれに応じない場合には、売主に代金の支払いを認める方が妥当であると考ええる。

売主側の保護の要件につき、数量超過の程度を考慮せず、一律に売主の保護をはかる、という価値判断が妥当か否かについては、さらに考慮

を要する。わずかな数量超過の場合にも、複雑な権利関係を残すことには疑問なしとしないが、では、どの程度数量が超過した場合に、売主の保護をはかるのが問題点であり、更に慎重な検討を要する。(大阪弁)

- 特に異論はない。(二弁)
- ①売主による錯誤無効の主張を認める一方、買主に対し超過部分に相当する代金を提供することにより(買主による)錯誤無効の主張を阻止する権利を認めることに賛成。
  - ②売主に代金増額請求権を与えること、③超過部分の現物返還を認めることにより(売主による)錯誤無効の主張を阻止する権利を認めること、にそれぞれ反対。
    - ①に対して、売主による錯誤無効に対抗できる権利を買主に与えるべき。
    - ②に対して、売主に代金増額請求権まで与えるのは売主を保護しすぎ。
    - ③に対して、目的物に個性がある場合(土地売買など)返還すべき超過部分を特定できない。(広島弁)
- むしろ土地以外の場合への影響が問題である。例えば、「コーヒー 200 ml 100 円」と称する物を買って飲んだら実は 300 ml あったら更に 50 円払わなければならないのか。「薄い」と思ったときもなのか。まして医薬品だったらどうか。錠剤 1 つが仕様よりも重かったら、むしろ責任問題であり代金増額など盗人に追銭に等しい。それから「増設メモリ 2 GB」と称する物が実は 3 GB あっても、パソコンに取り付けて認識されるメモリは上限がある。(翻訳・出版関係)
- 数量不足の場合に買主の代金減額請求を認めて減額された範囲内で売買を成立させることについては、その範囲内で売主買主の売買意思が重なり合っているので一定の合理性が認められるが、数量超過の場合に売主の代金増額請求を認めると、買主は合意した数量以上の物の購入およびそれに対する代金の支払を強制されることとなり、合理性や予測可能性を損なう恐れがあることを踏まえて、代金増額請求の可否について再考してはどうか。(長島・大野・常松有志)
- 特則を設けることの可否・内容について、当事者の属性(例えば、事業者・商人かどうか)の違いによって規律を変えるべきか否かという視点を含めて、慎重に検討すべきである。(金沢弁消費者委)
- 本研究会においては、売主は数量を検査できるし、契約の解釈によって代金増額請求を認めることや錯誤による保護も考えられるので規定を設ける必要はないとも意見もあったが、解釈で代金増額を導きだせるかは問題である、錯誤のハードルはかなり高いし、それによると契約目的物を保持できない等の理由から、数量超過の場合について規定できないか更に検討してはどうかとの意見が多数を占めた。(日大民研・商研)
- 規定を設ける必要性の有無を含めて、慎重に検討すべきである。一般

論としては、数量超過の場合の合理的な基本的なルールを明示しておくことは好ましいといえるが、消費者保護の観点からは、売主（事業者）が故意に数量超過させて、買主（消費者）に代金の増額を要求してくることが危惧される。また、一般的な規定を設ける必要性がどの程度あるのか（売主は数量に不安があれば検査することも特約を付すことも可能である）、また、消費者に限らず買主一般に不測の不利益を与えることになる場合（数量超過の土地に建物を建ててしまった場合など）の手当ても含めて、慎重に検討すべきである。（日弁連消費者委有志）

- 判例・学説において争いのある問題であり、条文化することによって具体的な権利義務関係を明らかにすることが適切であると考えられるが、他方において、売主を保護すべきかどうか、保護するとしてもどのような方法によって保護するかについては、議論が安定した状況にあるとはいえないことから、条文化を見送ることも考えられる。（大学教員）
- 契約当事者の意思解釈によるべきで特段の規定を設けない方向で検討すべきである。数量指示売買における数量は、基本的に売主が負担すべきである。また、契約の解釈として、数量超過について契約上どのように規定されているかということは、契約によって千差万別であり、準則化しにくい。（東弁）
- 数量超過に関する規定を設けることについて、反対する。  
超過分を受領した場合が問題になっているが、超過部分につき新たに契約が成立したと当事者の行動から解釈することが可能などときのみ、反対債権として超過部分の代金債権が発生すると考えるべきである。（愛知県弁）
- 数量超過の場合に、売主の権利に関する規定は、不要である。  
契約・合意以上に当事者を拘束する必要はないと考える。売主保護の必要性が低い。（札幌弁）
- 規定の新設は不要である。悪用される余地のある規定をあえて置く必要を感じられない。（法友全期）
- 数量超過の場合の規定は不要である。判例が示しているとおおり、これは当事者の意思解釈の問題に過ぎない。反対説は法的安定性を主張するが、この種事例の場合、契約の趣旨や当事者の行動を詳細に検討するしかないから、法的安定性が確保されるとはいえない。（一弁）
- 数量超過の場合について、特段の規定を設ける必要はない。  
継続的売買取引において数量超過が生じた場合はその後の取引で発注数量を調整するなどの柔軟な対応が可能であることから、売主の代金増額請求権について争いが生じ得るケースの多くは単発の売買取引であることが想定されるが、企業実務の観点ではそもそもそういった争いが頻繁に生じているという認識を持っていない。

買主からすれば数量指示売買においては売主側で事前に目的物の数量



を確認することが期待されるが、法令で明文化されることにより、売主が確認を怠り数量超過の状態でも目的物を納入した場合であっても売主に一定の保護を与えることとなり、売主の債務不履行を助長させるおそれも生じるのではないかと考える。

法令で明文化されることにより、売主の代金増額請求に備えるべく買主が受入時点において数量超過の有無をよく確認することが必要となるが、売買取引を頻繁かつ大量に行う企業（例えば、ネジ等の細かな部品を大量購入する企業など）にとっては受入検査の工数増・コスト増となることが予想される。

例えば土地の数量指示売買を想定しても、一律に規定される内容（売主の代金増額請求権や買主の解除権など）が当事者双方の意図に合っているのかどうか疑問である。

したがって、数量超過の場合は、取引の当事者や目的物の性質などに応じて当事者間の意思表示に委ねる現行法の取扱いが望ましいと考える。

（法友会）

- 明文の規定は不要である。数量超過売買といっても、その原因や数量を定めた経緯、目的物の種類・性質（特に可分か否か）、契約内容等は様々なものがありうるから、特定の規律を設けるよりも、契約の解釈によって、代金増額請求の余地を認めたり、錯誤無効の主張を認めたりする方が、柔軟で穏当な解決が得られると考える。錯誤無効（取消し）の主張に対して買主が増額代金を支払って錯誤主張を制限することも不要である。買主が増額代金を支払うと言うのに、売主が錯誤にこだわるケースは乏しいと思われる。仮に主張されても、信義則による制限や重過失の認定で対処することができる。（堂島有志）
- 実務上必要な場合はなく、契約当事者の意思表示の問題とすれば足りるとする意見が多かった。（最高裁）
- 数量超過の場合の売主の権利に関する規定を設ける必要はないと考える。判例上、当事者の意思表示の問題とされているし、紛争の場面では信義則などによる弾力的な解決に適すると考える。（横浜弁）
- 数量超過の場合の売主の権利を明記することに反対する。数量超過時の妥当な解決は個々の契約の趣旨・背景によって様々である。明文化はかえって柔軟な解決を阻害する。（森・濱田松本有志）
- 数量超過の場合の売主の権利を明文化すべきではない。

数量指示売買において、数量×単価で厳密に代金を計算するのであれば、数量が超過しているときは精算が必要となるはずであり、当事者双方にもそのような合意（少なくとも、黙示の合意）があるはずである。しかし、厳密に計算する趣旨でないときには精算までは想定していないことも多いはずである。

いずれにしても、契約当事者の意思表示（「当事者の合意・合意の趣

旨」の解釈)の問題であり、特に法文に明文化する必要はない。(福岡弁)

- 数量指示売買において、超過数量の交付がなされた場合の処理は当事者の意思表示によるべきであって、法律により明確にする必要はない(判例も同旨)。論点として取り上げる必要はない。(親和会)
- 規定は不要と考える。仮に、規定するならば、結果として数量超過であったからといって代金増額は認めるべきでなく、損害賠償で対応すべき。(広大有志)
- 数量超過の場合の規定を設けることに反対意見が多い。

本論点は、多くの学説が判例の立場を批判しているところであり、売主に代金増額請求権を認めつつ、当事者間の公平を図る規定を置くことも考えられる。

しかしながら、判例は代金増額請求を否定し、契約当事者の意思表示にゆだねているので、それで足りる。契約の合理的解釈として数量の過不足に従って代金を増減させるべき事例がありうるが、契約の解釈として個々に処理すればよい。

また、数量超過の場合は、紛争の場面では信義則などによる弾力的解決に適する。

さらに、規定を置けば法的安定性が確保できるというものでもない。

こうした観点から、数量超過の場合の規定を設けることに反対意見が多い。(日弁連)

- 規定を設けないものとすべきである。  
判例は、代金増額請求権を否定し、契約当事者の意思表示に委ねている。  
売主側に過失がある場合もあるし、そもそも一般的な取引でよくあるケースとは言い難く、信義則などによる柔軟な解決を図るべき。(仙台弁)

- 代金増額請求権については、否定すべきであり、明文化にも反対である。

売主が大きな数量の給付をしたからといって、買主の負担が当然増加すべき筋合いではない。質的過大の事例(たとえば、B級品を注文したのにA級品が給付された)では、この点は異論ないであろうし、数量指示売買であっても本質的に異なる理由がない。もっとも、数量指示売買に関する限り、契約の合理的解釈として、数量の過不足に従って代金を増減させるべき事例が往々してあることは否定しないが、それは契約の解釈として個々に処理すればよいことであり、規定を置くことは硬直的な解決を導きやすい点で好ましくない。(兵庫県弁)

- 数量超過に関する規定は不要である。  
いわゆる数量指示売買において、売主の給付した目的物の数量が契約で

定められた数量を超過していた場合の処理について、現行民法の趣旨は「数量は売主が調査すべきであって立法により売主を保護する必要はない」というものであり、判例も代金増額請求権を否定している。

したがって、現行法の規律を実質的に維持するのであれば規定は不要であり、仮に規定を設けるのであれば現行法の規律を実質的に変更することになるが、新たな規律として学説上提唱されている見解は、いずれもその根拠に疑問のあるものばかりで、立法論として採用することはできない。(弁護士)

- 売主は数量超過の有無を検査できるし、特約による対処や合意解釈による救済も可能である上、旧民法の数量超過の規定を削除した現行民法制定時の立法事実には大きな変更は見られないから、規定は不要である。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。話し合いにより超過分の返還がなされると思われる。(個人)

## 7 民法第572条（担保責任を負わない旨の特約）の見直しの要否

担保責任を負わない旨の特約の効力を制限する民法第572条に関して、このような規定の必要性の有無及びこれを必要とする場合には、売主が事業者か否かにより規定の内容に差異を設けるべきか否かについて、不当条項規制に関する議論（前記第31）との関連性に留意しつつ、検討してはどうか。

また、このような規定の配置について、一般的な債務不履行責任の免責特約に関する規定として配置し直すことの当否について、担保責任の法的性質に関する議論（前記1(1)及び2）との整合性に留意しつつ、検討してはどうか。

### 【意見】

- 第572条（担保責任を負わない旨の特約）は、不要であるので削除すべきである。

第572条の担保責任を制限するケースは、一般条項（不当条項規制等）で無効とできるものであるから、あえて規定する必要はない。(札幌弁)

- 民法572条の必要性の有無及びこれを必要とする場合の規定の内容、この規定を必要とする場合の規定の配置について、担保責任の法的性質との整合性に留意しつつ、慎重に検討すべきである。

このような規定を設ける場合には、売主が事業者か否かにより差を設けるかにつき、不当条項規制との関係に留意しつつ、慎重に検討すべきである。

担保責任に関する諸規定も、強行規定ではなく任意規定であるから、原

則として当事者間で民法の規定と異なる内容の合意をすることも可能なはずである。よって、売主の担保責任免除特約について、原則として有効である。

しかし、この原則に例外を認めないとすれば、契約当事者の置かれた具体的状況如何により、信義則上買主に酷な場合も考えられる。そこで、民法572条は、一定の場合に売主の担保責任免除特約の有効性に関する例外を認めている。

また、本論点は、担保責任の法的性質に関する議論からも影響を受けるものである。なぜなら、担保責任の法的性質につきいわゆる契約責任説を採用すれば、一般的な債務不履行責任の免責特約に関する規定として配置しなおすことも可能であると考えられるからである。一方、明文で明確にする意味はあるから、第572条のような規定を削除することには慎重な検討を要する。

そして、売主が事業者か否かにより、消費者契約法の適用の可能性も考えられるところから（同法8条1項5号，2項，同法10条），その区別は重要であるし、本論点は不当条項規制の規律如何から影響を受けるものである。

即ち、かかる特約については、事業者が消費者ないし中小の事業者に対して、一方的に不利な特約を押し付ける可能性はあるから、一方が事業者である場合の特則、や不当条項規制に復する場合について、慎重に検討すべきである。（大阪弁）

- 現行の民法572条を維持するのが妥当である。売主が事業者の場合にのみ572条のような規制を及ぼすべき旨の特則を設けることには、劣位者の保護にそぐわないから、強く反対する。

債務不履行責任の免責特約との関係に留意し、その配置に関しては、担保責任の法的性質との関係があることから、検討することに賛成する。

（東弁）

- 特に異論はない。（二弁）
- 基本的に賛成する。

担保責任を負わない旨の特約の効力については、一般的な不当条項規制のあり方とも関連する重要な問題であるため、不当条項規制に関する議論との関連性に留意する必要がある。（弁護士）

- 不当条項規制に関する議論との関連性に十分留意しつつ、慎重に検討すべきである。（横浜弁）
- 第572条のような規定を削除することには慎重な検討を要する。

一般的な債務不履行責任の免責特約に関する規定として配置し直すことについても、慎重な検討を要する。

このような規定を設ける場合には、売主が事業者か否かにより差を設けるかにつき、不当条項規制との関係に留意しつつ、差を設ける方向で

検討すべきである。

担保責任につき、契約責任説的立場からは、572条を、担保責任を負わない特約があっても、「物の瑕疵、権利の全部または一部の不存在、権利の制限について知っていたときは免責されない」と改正する考え方もあり、その延長で、一般的な債務不履行責任の免責特約に関する規定とする考え方もあるが、明文で明確にする意味はあるから、第572条のような規定を削除することには慎重な検討を要する。

ただし、かかる特約については、事業者が消費者ないし中小の事業者に対して、一方的に不利な特約を押し付ける可能性はあるから、一方が事業者である場合の特則、や不当条項規制に復する場合について、規定する方向で検討すべきである。(日弁連)

- 債務不履行における免責との関係、不当条項規制との関係等さらに検討すべきである。(日大民研・商研)
- 規定を存続する方向で検討すべきである。規定の配置の再検討についても反対しない。

不当条項規制のみでは、担保責任の免責条項の濫発を避けることができない。破産管財人の任意売却の場合のように、明らかに担保責任の免責を認めてよい場合ばかりとは限らない。(兵庫県弁)

- 民法第572条の規定を削除することについては、慎重に検討すべきである。民法第572条のような規定を明文で明確にする意味はあると考えられる。

同規定を必要とする場合に、売主が事業者か否かにより規定の内容に差異を設けるべきかについて、慎重に検討すべきである。事業者概念を民法に取り込むべきか否かについては、慎重な検討を要する。

一般的な債務不履行責任の免責特約に関する規定として配置し直すことについては、慎重に検討すべきである。担保責任の法的性質については、現行法との連続性も考慮して、慎重な検討がなされるべきである。(愛知県弁)

- 例えば宅建業者が自ら売主となる売買契約に関する瑕疵担保責任については、宅地建物取引業法上原則として免責特約が制限されている一方で、例外として、買主も宅建業者である場合は、免責特約も認められる。このような考え方と同様、担保責任を負わない特約の効力を制限する規定の内容については、売主の属性だけでなく、買主の属性（事業者か消費者か）についても考慮してほしい。(オリックス)
- 現民法第572条規定を維持する場合には、売主が事業者か否かにより規定の内容に差異を設けることについては、慎重に検討すべきである。民法は基本的な契約ルールを規定すべき法律であるから、適用の対象が特定の事物、人などに限られる取引等については、原則的には特別法による規定に委ねるべきであると考えられる。(日司連)

- ①担保責任を負わない旨の特約を制限する民法572条は必要と考える。明確性という観点から規定を置くことに意味がある。
  - ②売主が事業者かどうかにより規定に差異を設けるべきか否かについて、不当条項規制と関連して差異を設けるべき。免責規定は強者が弱者に対して事実上強制することが考えられるので、差異を設けるべき。
  - ③担保責任を契約責任と考えることを前提として一般的な債務不履行責任の免責特約に関する規定として配置し直すことは慎重に検討すべき。担保責任で明文を置くことに意味がありうるので慎重に検討すべき。(広島弁)
- 民法572条は削除すべきである。理由としては以下のとおりである。
  - ① 売主が瑕疵の存在を知りながら買主に知らせない場合にも色々あり、例えば、当然買主が知っていて然るべき状況だったので知らせなかったという場合もあり、その場合でも免責規定を無効とするのは行き過ぎである。
  - ② 知りながら告げなかった事実について免責できないとする点については、かかる事実を伝えなかった不作為による詐欺として免責特約を取り消すことができるし、要素の錯誤ならば無効主張も可能である。さらに、売主の行為態様によっては、公序良俗違反、信義則違反として扱うこともできる。(三菱電機)
- 担保責任を負わない旨の特約の効力を制限する民法第572条に関して、このような趣旨の規定を維持すべきと考える。民法第572条は強行規定として実務上完全に定着しており、これを敢えて変更する必要はない。(不動産証券化協)
- 瑕疵担保責任と債務不履行責任との関係が不明確なため明確な意見は述べられないが、どのような法構成にするにせよ、債務者が認識しているにもかかわらず告げなかった瑕疵については、結果として当該債務者が責任を負うべきであり、そのような法体系が維持されるべきである。(全宅連)
- 民法第572条の存在は、現実の取引において大きな意義を有しており、必要である。また、事業者が売主となるか否かで差異を設けることは、民法典の中では考慮すべきではない。宅地建物取引業者が売主で宅地建物取引業者でない買主との売買契約においては、宅建業法第40条に特則が置かれており、また宅建業者に限らず事業者が売主で消費者が買主の契約においては、消費者契約法第8条1項5号に特則を置かれているが、免責特約の効力は、このような当事者の属性によって個別の特別法に委ねられるべきである。そのような特別法が対象としていない領域においては、対等な当事者を念頭に、あくまでも契約自由の原則が支配するというのが民法のあるべき姿である。
  - 民法第572条は強行規定として実務上完全に定着しており、これを敢

えて変更する必要はない。(不動協)

- 現行法維持が相当である。免責特約により早期に法律関係を画定させようとする当事者の意思を尊重すべきである。

売主が事業者である場合の規定を民法に特別に置くことは反対(消費者保護法令に売主事業者の場合の規定を置くことについては異論ない)。民法に事業者消費者の色分け規定を置くべきでない。消費者保護法令上に規定するほうが使い勝手の点からも改正作業の効率化の点からも良い。事業者債務不履行の損害賠償責任免除条項を無効とする現行消費者契約法8条に合致する。(法友全期)

- 一般的に瑕疵担保責任が排除される旨の特約の効力を制限すべき理由があるとは考え難い。(一弁)
- 現行法上、強行規定として定着している現行規定を、抽象的な法的性質の議論から演繹的に廃止又は任意規定化すれば、実務は混乱することが予想され、また、現行法の規定を積極的に廃止しなければならない実務上の不具合もないため、変更を検討することには反対する。

現行の民法572条の規定は、強行規定として実務上定着している。

これに対して、当該規定がなければ、売主が明らかに知っている瑕疵について沈黙した上で瑕疵担保責任を免除する合意をすることが可能であるが、このような考え方は、我が国においては信義則に反すると一般的には考えられていると思われる。例えば、瑕疵担保責任とは厳密には異なるが同様の機能を有する表明保証事項が、事実と相違した場合の補償責任に対しても、同様の考えが適用されるとの実務的取扱いが定着している。

現時点において一般的に信義則に反していると思われることを敢えて許容するような法改正を行うべき強い立法事実のない中で、抽象的な法的性質の議論から演繹的に瑕疵担保責任を契約責任と全く同一に扱う結果として、知っていて告げなかった項目についても瑕疵担保免責の特約の効力を認めることには、反対である。

また、従来強行規定である規定を(一部)任意規定化又は廃止した場合、従来の民事一般法の改正のときと同様に従前の合意には遡及適用しないのであれば、実務上同一の規定が一方で有効であり一方で無効となるという結果となり、事業者のみならず消費者にとっても非常な混乱が予想され、その意味でも従来と異なる取扱いをするべきでないと考える。(法友会)

- 民法572条について特段の改正は必要ない。売主が事業者かどうかで差異を設ける規定も必要ない。

売買の目的物や契約の形態は様々であり、売主や買主が事業者・消費者で一律に差異を設ける規定をおいた場合に、全て結論が妥当になるのかわからない。不当条項規制で対応するというこでよいのではないか。(堂島有志)

- 検討することに異論はなかったが、破産管財人が任意売却する場合に瑕

疵担保免責特約を設けることには合理性があることに配慮してもらいたいとの意見があった。(最高裁)

- 売主が事業者か否かによって一律に差異を設けることに反対する。(森・濱田松本有志)
- 瑕疵担保責任を負わない旨の特約について、不当条項規制との関連及び一般的な債務不履行における免責特約の効力として議論すべきである。(福岡弁)
- 事業者か否かによって区別することには賛成できない。事業者について免責範囲を拡大する見直しは行うことができではなく、他方で、現行の第572条の規律とは別に免責範囲を縮小する適当な要素があるとは考えにくい。論点として取り上げるべきではない。(親和会)
- まず、担保責任を全く負わない合意は無効であることを明文化した上で、例外規定として残すべきである。(広大有志)
- 取引実務上は、担保責任を負わないことを前提に廉価で販売することがしばしば行われており、担保責任を負わない旨の特約の効力を、売主が事業者であることのみを根拠として制限することは、取引の自由や在庫処分柔軟性を損なう恐れがあるうえ、消費者に提供される購入価格を上昇させる恐れもある。売主に適用される業法で個別に規制することで消費者の保護を確保しうることも踏まえて、特約の制限の是非について検討してはどうか。(長島・大野・常松有志)
- 瑕疵担保責任を負わない旨の特約は実務上広く利用されているものであるから、民法第572条を削除することにより、実務に混乱が生じることのないよう留意する必要があると考える。(自動車リース連)
- 担保責任を負わない旨の特約の扱いについては、議論の対象や方向性を明確化した検討を行うべきである。売主が瑕疵等を知りながら告げなかった場合の責任の問題と、担保責任免除の特約の制限の問題とは性格が異なる。後者については、消費者契約法第8条第1項第5号は存続させた上で、約款による取引など一定の事業者間契約においても、担保責任の全部を免除する条項に制限を加えるべきである。

民法第572条の規定する担保責任免除に関する売主の責任は、不法行為責任の一種として位置付けることもでき、あえて規定することが不要とも解される(ただし、注意的に規定することにも意義が認められないわけではない)。

他方、消費者契約については、消費者契約法第8条第1項第5号が、担保責任の全部免除条項を無効としているところである(もっとも、これは売買に限定したものではない。)。この規定を廃止して債務不履行の場合(同項第1号)と同じ扱いとするか否かについては、瑕疵担保責任の位置づけ及び債務不履行の帰責性に関する議論(責に帰すべき事由とするか、引き受けていなかった事由とするか)に関連するので、その点に留意しつ



つ検討することが必要である。さらに、担保責任免除の特約の制限については、消費者契約以外にも、中小零細事業者等の保護の観点から、約款に基づく取引の場合にも、消費者契約と同様に担保責任の免除に関しては一定の制限を設けるべきである。（日弁連消費者委有志）

- 当事者の属性は、「瑕疵」の解借家認定などにより適切に考慮できるうえ、約款や不当条項に関する規定が新設されれば、それらに寄る対処も可能となるから、特則を設けることに反対する。（弁護士）
- 改定の必要があるとは思えない（個人）

## 8 数量保証・品質保証等に関する規定の要否

取引実務上用いられる数量保証や品質保証，流通過程で売買される物に関するメーカー保証等について，何らかの規定を置く必要がないかについて，検討してはどうか。

### 【意見】

- 実務上良く行われていることであり，規定を置くことについて検討に値する。（兵庫県弁）
- 必要と考える。実務上用いられている各種保証は多義的に利用されており，意義，効果（責任）を明確にする必要がある（広島弁）。
- 特に異論はない。（二弁）
- 取引実務上用いられる数量保証や品質保証，流通過程で売買される物に関するメーカー保証等について，何らかの規定を置く方向で検討すべきである。

商人同士の取引では，別途品質保証などをつけることは稀であるが，対個人取引においては，品質保証をつけることも多く，品質保証の軽重で購入先を決定することもある。

一般取引において相当重要な位置を占めつつあるので，何らかの規定を民法に設けることを検討する必要がある。（東京青司協）

- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 取引実務上用いられる数量保証や品質保証，流通過程で売買される物に関するメーカー保証等は，それぞれ多義的に利用されており，それぞれの数量保証・品質保証の意味を明確にする方向で検討すべきである。（日弁連）
- 数量保証や品質保証，流通過程で売買される物に関するメーカー保証等について，何らかの規定を置く必要がないかについて，慎重に検討すべきである。

取引実務上数量保証や品質保証，メーカー保証等の各種の保証が用いられていることは周知のところであるが，例えばかかる特約に対して何らかの制約を設けることについて，その必要性が認められ，かつ実際の

取引に萎縮的効果を生じさせない方向での改正が可能であるなら、その規定の内容について検討を行なうことも考えられる。

しかしながら、法制審でもその議論は熟していないところであり、それらについて現在不都合はあるのか、規定を設ける社会的要請があるのか、それらを民法に規定する必要があるか、規定を設けることによる弊害はないか等は、不明確であり議論を重ねる必要がある。(大阪弁)

○ 実務上の具体的ニーズの存否を踏まえて、慎重に検討すべきである。(横浜弁)

○ 検討すること自体には特に反対しないが、民法でなく商法等特別法で規定すべきである。取引実務上用いられる数量保証や品質保証、流通過程で売買される物に関するメーカー保証等について、それらが多義的に用いられており、その具体的効力が必ずしも明確でないことから、規定の必要性の有無について検討する必要があると思われる。もっとも、この点については、まだ具体的な立法提案が示されていないことから、仮に規定を設ける場合には、これに関する取引実態の調査等を広く行う必要がある。また、適用範囲は、多くの場合、一方が事業者の場合に限定されると考えられるので、民法ではなく、商法等特別法で規定すべきである。(東弁)

○ 取引実務上用いられる数量保証や品質保証、流通過程で売買される物に関するメーカー保証等について、何らかの規定を置くことについては、数量保証、品質保証等の意味が明確になる方向で検討することについては、反対しない。数量保証や品質保証等との用語は取引実務上多義的に用いられていることからすると、それらの意味を明確にすることは、分かり易い民法に資する。(愛知県弁)

○ 検討すること自体には反対しないが、今次の民法改正で明文の規定を設けることは困難ではないか。

取引実務上用いられる数量保証や品質保証、流通過程で売買される物に関するメーカー保証等について、それらが多義的に用いられており、その具体的効力が必ずしも明確でないことから、規定の必要性の有無について検討する必要があると思われる。

もっとも、この点については、まだ具体的な立法提案が示されていないことから、仮に規定を設ける場合には、その前提として取引実態の調査等を広く行う必要がある。今後特別法の制定を検討するのであればともかく、今次の民法改正でこのような問題を取り上げるのは、時間的制約もあり実際にはかなり困難ではないか。(弁護士)

○ 数量保証あるいは品質保証に関する民事ルールについて検討することに反対しない。

消費者保護の観点からも、数量保証・品質保証等について規定を設けておくことの意義は認めるところである。いわゆる「保証書」による

取引について、申込みと承諾により保証契約が成立するのか、それとも、単独の債務負担と考えるのかなど基本的な民事ルールを明らかにしておくことには意義があると考ええる。

もともと、具体的な立法提案もなく、また、実務的にも特に大きなトラブルは生じていないので、この点にあえて時間をかけて検討する必要性までは認められない。(日弁連消費者委有志)

○ このような規定を置く場合には、以下の理由により、売主に過剰な保護を与えぬよう留意する必要があると考ええる。

(1) 売主が著しく有利となるような虞れがあり、これを悪用するようなことも考えられる。

(2) いわゆるネガティブ・オプションなどの悪徳商法に理論的正当性を与えることのないよう、慎重に検討する必要がある。(自動車リース連)

○ 数量保証や品質保証、流通過程で売買される物に関するメーカー保証等につき規定を置くことについては、慎重に検討すべきである。

数量保証・品質保証の対象となる物やサービスは千差万別であり、求められる保証の内容や程度を一般化することは、極めて困難である。また、仮に数量保証・品質保証等に関する規定を置く必要があるにしても、数量保証・品質保証の対象となる物やサービスの種類に応じて、消費者契約法または各種の特別法に規定を置けば十分であり、民法に総論的規定を置く必要まではないと考える。(日司連)

○ 数量保証・品質保証等に関する規定は、不要である。数量保証・品質保証は、契約の解釈の指針になるものであるが、これについて特に規定する必要はない。(札幌弁)

○ 取引実務での取り扱いに委ねるべきであり、規定を置くことに反対である。(三菱電機)

○ 取引実務上用いられている数量保証や品質保証の内容は、それぞれの商品の特性により異なるものであり、全ての商品に対して共通の規定を置くことには賛成できない。(不動協)

○ 検討不要とする意見に賛成。どのように改正を検討したいのか不明である。改正作業の効率化から、そのような項目については検討作業から外すべき。(法友全期)

○ そのような規定を置く必要はない。

数量保証・品質保証等の内容・保証期間等については、実務上、対象の種類(工業製品か農産物か、ソフトウェアかハードウェアか、消費財・部品か大型装置か等)・用途(家庭用品か航空部品か等)に応じ、当事者間で多種多様な取決めがなされており、またそれが取引の実情に照らして合理的である。したがって、これらの多種多様な取引に共通に適用されることに意義がある規定を具体的に想定すること自体困難な上、

そのような規定を拙速に置けば、却って取引を阻害するおそれがある。  
(法友会)

- 現時点では特段の規定をおく必要はない。  
議論が全く煮詰まっておらず、どのような立法事実があるのか不明瞭である。(堂島有志)
- メーカー等の保証制度について特に異論はないが、この制度に関する規定を民法に設ける必要はない。民法にここまで規定する必要はないであろう。(福岡弁)
- 特に規定の必要を感じない。(広大有志)
- 本研究会においては、保証の要件・効果としてどのようなものを考えるのか更に検討する必要があるとの意見が強く主張されたが、規定せず債務不履行一般の問題として処理できるのではないかとの意見もあった。(日大民研・商研)
- メーカー保証等に関しては、基本的に各メーカーの品質保証上のポリシーに基づくものであり、メーカーの姿勢が最大限考慮されるべきなのは当然であって、法律上の規定を設けることによりそれが阻害されることになるのであれば、検討すること自体に反対である。(会社員)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 9 当事者の属性や目的物の性質による特則の要否

前記各論点の検討を踏まえた上で、担保責任について契約の当事者の属性や目的物の性質による特則を設ける必要があるか否かについて、消費者・事業者に関する規定についての議論（後記第62）との関連性に留意しつつ、検討してはどうか。

### 【意見】

- 担保責任について当事者の属性や目的物の性質による特則を設ける方向で検討すべきである。  
オークションなど一般個人が売主となる事例が増えており、瑕疵担保責任を無過失責任とすべきでない場合や賠償責任・瑕疵修補責任を制限すべき場合が考えられる。(広島弁)
- 担保責任について、当事者の属性（特に、消費者・事業者）や、目的物の性質による特則を設ける方向で検討すべきである。ただし、特則の内容による。  
また、消費者契約に関する特則については、第62で述べる。不動産については、品確法との調整を慎重に検討すべきである。品確法については、建物の請負の場合及び売買の場合について、担保責任に関する期間制限の特則がある。これが、売買及び請負の期間制限とどう調整すべきかの問題点があり、慎重に検討すべきである。(日弁連)

- 「格差」契約の場合に特則を設けることを積極的に検討すべきである。  
(横浜弁)
- 消費者契約に関する特則を設けるべきである。(福岡弁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 基本的に賛成する。特に、担保責任に関し消費者に不利な特約の効力を認めることには問題があるので、契約当事者の属性等を踏まえた特則の必要性を検討する必要がある。(弁護士)
- 消費者が売主の場合の瑕疵担保責任の制限については検討することには賛成であるが、制限の対象の範囲や要件、さらには法形式の選択(特別法によるべきか否か)等を慎重に検討すべきである。消費者保護の観点からは、自然人(非事業者)が売主の場合に、賠償責任を履行利益にまで認めることや瑕疵修補義務を肯定することには、問題があるようにも思われる。もっとも、売主に責めに帰すべき事由があるか否かによっても異なるであろうし、また、仮に規定を設けるとしても買主の属性をも考慮するか否かも問題となる(別言すれば、消費者契約〔B to C〕に限定するか、消費者間の契約〔C to C〕にも同じ扱いとするかが問題となる)。さらに、消費者契約に限定する場合には、消費者契約法において規律するのが妥当であるかもに検討する必要がある。

目的物の性質による特則については、検討をすることに異議はないが、適切な要件定立が可能かどうかという観点から、より慎重な検討が必要である。目的物等の特性に着目した特則については、不動産・動産・権利などどのように切り分けをして、いかなる形で規律するのかについて明確な基準は見出しがたいのではないか。また、民法に商品・役務の違いによる規律を設ける場合には、特別法との役割分担(住宅の品質確保の促進に関する法律95条参照)や、他の典型契約における取扱いとの整合性(例えば、借地借家契約や利息制限法の扱い)などをも考慮しなければならない。(日弁連消費者委有志)

- 事案に応じた解決が導けるよう、運用が硬直化しないような規律を検討すべきとの意見が多かった。(最高裁)
- 担保責任について契約の当事者の属性や目的物の性質による特則を設ける必要があるか否かについて、消費者・事業者に関する規定についての議論との関連性に留意しつつ、慎重に検討すべきである。

上記の問題提起は、契約当事者の属性や売買目的物が不動産か動産か債権かといった契約目的物の性質の違いによって、必要となる規定が異なり得るのではないかと、いうものである。

この点は、事業者に対して消費者買主を保護する必要性はある。また、建物については、品確法において建物の請負ないし売買につき、担保責任の期間制限に対する特則がある。こうした観点からの個人ないし消費者買主を保護する視点での特則は、検討すべきである。

そして、法制審では、売り主が個人か商人かによって、担保責任の規定を通常とは異なるものとすべきかの指摘があった。法制審においては、検討すべき具体例として、個人売主の瑕疵担保責任を無過失責任とすることの適否、瑕疵担保責任により個人売主に課す履行利益の賠償責任や瑕疵修補義務を制限する必要性の有無などがあるとされたようである。以前にも増してネットオークション等消費者が売主となる事例が増えていることから、個人売主を保護し配慮した規定も考えられるかもしれない。

しかしながら、こうした問題点については、当事者の属性は、「瑕疵」の解釈や認定等により適切に考慮できる上、約款や不当条項に関する規定が新設されれば、それらによる対処も可能となるという意見もあるところである。

こうした観点からは、消費者売主が登場するケースが増えているという事実に鑑み検討するとしても、安易に個人売主に対する担保責任を加重してはならず、売主・買主相互間の利益や属性についてバランスに配慮した規定となるべきである。そうした意味で、特則を設けるかどうか慎重な検討を要する。

消費者と事業者間の売買契約において適用される消費者保護の特則を設けることについて特に異論はない。

もともと、消費者契約における不当条項規制として、より一般的な消費者保護の特則を設けることを検討すべきである。

権利の制限および責任の加重を伴う条項により消費者が害される危険は、何も売買契約に限ったことではない。消費者と事業者間の売買契約についての消費者保護の特則の存在が、かえって、他の契約類型における消費者保護を軽視する結果をもたらすものとなってはならない。(大阪弁)

- 検討すること自体は否定しないが、これらについては消費者契約法その他特別法で規定する方向で検討すべきである。消費者・事業者の関係に関してのものであれば、消費者契約法その他特別法で規定する方が詳細で実効性のある規定にすることができる。(東弁)
- 担保責任について、契約の当事者の属性や目的物の性質による特則を設けることについては、慎重に検討すべきである。契約の当事者の属性や目的物の性質については、「瑕疵」の解釈や認定等によって考慮することが可能であると考えられる。(愛知県弁)
- 担保責任について契約の当事者の属性や目的物の性質による特則を設けることについては、慎重に検討すべきである。

民法は基本的な契約ルールを規定すべき法律であるから、適用の対象が特定の事物、人などに限られる取引等については、原則的には特別法による規定に委ねるべきであると考えられる。(日司連)

- 当事者の属性、目的物の性質は種々様々である以上、妥当な特則を設けることは困難であると共に、取引実務に無用な混乱を与えかねないの

で、反対である。(三菱電機)

- 現行法では①民法の原則のほか、前記の②宅建業法、③消費者契約法あるいは、④商法(第526条)、⑤住宅の品質確保の促進等に関する法律(品確法・第95条)による各特則があり、それぞれ当事者の属性や目的物の性質により、特則を設けているが、これらを民法に取り込む必要はまったくない。一般法である民法が、ただ、複雑になるだけである。

実際の取引の力関係や目的物は多様であり、それらすべてに対応する規定を作ることは現実には不可能である。いくつかの類型を規定すれば、実態に合わない処理も出てくることが考えられる。すべてを民法に規定すべきではない。

契約当事者間の力関係や目的物の性質は様々であり、定型化した規定を複数置いた場合であっても、すべての実態を網羅することは不可能であることから、民法にそのような特則を規定することには賛成できない。  
(不動協)

- 目的物が特定物か不特定物かによって効果(要件は同じ)を分け、特定物の場合には代物請求を認めないのが相当である。特定物の場合に代物請求を認めることに合理性がないからである。

民法に消費者と事業者で異なる特則を置くことは反対。消費者保護規定については消費者保護を目的とした法令において規定すべきである。  
(法友全期)

- 担保責任について契約の当事者の属性や目的物の性質による特則は設けないとの方向で検討すべきである。

現在の取引実態は、非常に多岐多様に渡っている。公平性の観点から、当事者の属性や目的物の性質による特則を設ける必要があるかも知れないが、それに対して広く網をかけようとする、かえって民法の分かりやすさから遠退いてしまう。また、インターネット販売での売主など属性を明確に決定できない場合も多い。よって、担保責任について契約の当事者の属性や目的物の性質による特則は設けないとの方向で検討すべきである。

(東京青司協)

- そのような特則を置く必要はない。

契約の当事者の属性による特則については、担保責任の項で設ける必要よりは、民法総則、債権総論、契約総論で触れる方が体系として分かりやすい。個別の項目ごとに取扱いが異なると却って実務は混乱すると思われる。

また、目的物の性質ごとに特則を設ける必要性自体は否定しないが、民法においてあらゆる性質ごとに特則を設けるのは非現実的であり、ごく一部の性質だけ敢えて民法で特則を置かなければならない積極的理由も見当たらないので、民法に特則を置くことは反対である。(法友会)

- 当事者の属性や目的物の性質による特則を設けるべきではない。

売買の目的物や契約の形態は様々であり、売主や買主が事業者・消費者で一律に差異を設ける規定をおいた場合に、全ての場面で結論が妥当になるのかわからない。買主が事業者なのか、消費者なのかといったことでも差異を設けるべきではないかとも思われ、結論の妥当性が常に確保できるのか疑問。

「瑕疵」概念の柔軟化、消費者契約法、不当条項規制で対応するということでよいのではないか。（堂島有志）

- 当事者の属性や目的物の性質については、具体的な事情に沿ったきめ細やかな認定が必要な事情であり、法令による類型化は、かえってきめ細やかな事実認定による柔軟な判断を阻害する。現行実務でも、「瑕疵」の解釈にあたり、当事者の属性や目的物の性質を適切に考慮しており、明文規定による手当の必要性はない。（親和会）

- 目的物の性質による特則を設けることについては、検討すべきであるが、当事者の属性による特則については、慎重であるべきである。

取引の多様化に応じ、売買の目的物の性質に照らして合理的な担保責任の規定を設けることは検討されるべきである。しかし、当事者の属性による特則、特に事業者に関する特則を設けることは、商法（商法総則、商行為法）の規律との関係整理が十分検討されておらず、問題がある（後記第62にて詳述）。（兵庫県弁）

- 事業者・消費者という属性による切り分けは、現行法の在り方と必ずしも整合しない部分もあるように考えられるため、賛成できない。

(1) 民法は私法の一般法であり、対等な当事者又は抽象的な「人」概念を前提とすべきである。

(2) 法律行為に対する法的評価は「消費者・事業者」にかかわらず同一であるべきである。消費者・事業者に関する規定を置くと、消費者による法律行為に対する法的評価と、事業者による法律行為に対する法的評価に差異が生じることになりかねず、妥当でない。

(3) 現行の特定商取引法では、申込者が「営業のために若しくは営業として締結するもの」等について適用除外とされており（特定商取引法第26条）、事業者・消費者という属性による規律は、必ずしも行われていない。（自動車リース連）

- 当事者の属性や目的物の性質による特約は、不要である。  
消費者・事業者に関する規定を民法に設けること自体に反対する。（札幌弁）

- 特則は特別法や業法で規定すべきである。（広大有志）

- 一定の属性等を前提とした特則を民法中におくことは妥当でない。（ヤフー）

- 商人（事業者）や消費者といった当事者の属性によって区別した規定は設けるべきでない。（日大民研・商研）



- 消費者である一般買主が、瑕疵の内容を十分に理解し通知することは容易ではなく、目的物の検査義務（商法526条1項）を負わない消費者に、商人と同等の負担を負わせ、合理的期間の経過により救済の途を閉ざすことは、消費者保護の観点から妥当ではない。したがって、事業者以外の買主について、目的物に瑕疵がある場合における通知義務を定めることには反対である。（弁護士，弁護士）
- そもそも、このような議論になっているのは、民法に消費者法の概念を無理矢理導入しようとしていることに起因するものであって、それ自体に無理があるものとする。消費者取引に関して特則を設けたいのであれば、現行の消費者契約法等で規定する方がよほど簡便であり、理解もしやすく、余計な弊害も生じにくいと考える。（会社員）
- 改定の必要があるとは思えない。特別法で考えるべきことである。（個人）

#### 第40 売買—売買の効力（担保責任以外）

##### 1 売主及び買主の基本的義務の明文化

##### (1) 売主の引渡義務及び対抗要件具備義務

一般に売主が負う基本的義務とされるが明文規定のない引渡義務及び対抗要件具備義務を明文化する方向で、後者については対抗要件具備に協力する義務とすべきではないかという意見があったことに留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3，2(1) [47頁]】

##### 【意見】

- 検討することに賛成である。（兵庫県弁）
- 対抗要件具備義務については明文化する方向で検討すべきである。動産における引渡義務や不動産における登記移転義務は、多くの売買契約において定められるべき要素である。対抗要件具備協力義務との意見もあるが、判決主文の書き方等の問題があることから、端的に具備義務とするべきである。（東弁）
- 対抗要件等を具備させる義務を明文化することに賛成である。（金沢弁消費者委）
- 売主の引渡義務及び対抗要件具備義務の明文化に賛成する。  
 売主が目的物引渡義務及び対抗要件具備義務を負うことは契約当事者の合理的意思に合致するといえ、当事者の合理的意思を確認する規定として明文化すべきである。なお、対抗要件具備義務を明文化したとしても、対抗要件を備えないという特約を排除するものではないので、仮に当事者がそのような契約を望んだのであればその内容を実現できるのでなんら不都合はないと考える。（愛知県弁）

- 売主の引渡義務の明文化に賛成する。また、対抗要件については「対抗要件具備に協力する義務」として明文化することに賛成する。

売主の引渡義務が同人の基本的義務であることに争いはなく、明文化は分かりやすい民法という考え方に資する。対抗要件具備については買主の協力を要することから「協力する義務」ととどめるべきである。(広島弁)

- 売主の引渡義務・対抗要件具備義務を明文化することにつき、賛成する。売主の重要な義務であるから明文化すべきである。ただし対抗要件具備義務の具体的内容は、買主が対抗要件具備をしようとする際にこれに協力する義務である。(札幌弁)

- 引渡義務及び対抗要件具備義務の明文化に賛成である。わかりやすい民法の観点から、一般に認められている考え方は基本的に明文化すべきである。但し、対抗要件具備義務については買主の対抗要件引取義務の肯否と関連して検討すべきである。(三菱電機)

- 売主の引渡し義務は明文化する方向で議論すべきである。対抗要件具備義務に関しては明文化する方向で検討すべきであるが、当事者の契約意思を尊重し強行規定とはせず、任意規定とする方向で検討すべきである。

売買が成立した以上、引渡しまでの義務は規定しても良いと思われる。また、対抗要件具備まで義務付けられていないため、不動産の場合売買契約が成立し引き渡しまで終了したにも関わらず登記は売主に残ったままということがあり、その為の種々の弊害も起きている。事実上、一般的に正常な売買取引等であれば登記すなわち対抗要件まで具備しないと終了しないということを鑑みれば、対抗要件具備の義務まで規定してもよいのではないだろうか。ただし、当事者同士の契約により引き渡しはしたが、一時、所有権は留保するようなケースもあり、一概に義務とし強行規定とするには、問題がある。(東京青司協)

- 引渡義務、対抗要件具備義務のいずれについても明文化すべきである。明文化により、売主の義務が明確になる。

対抗要件具備義務の内容については、協力義務にとどめるのではなく、対抗要件を備えさせる義務とすべきである。対抗要件具備義務の内容については、端的に、対抗要件を備えさせる義務、とする方がわかりやすい。(堂島有志)

- 売主及び買主の基本的義務の明文化について、賛成である。

現行民法の解釈として、売主は、財産権移転義務(現行民法第555条)、引渡義務(占有移転義務)、対抗要件具備義務を負うとされている。

わかりやすい民法という観点からは、問題なく認められると解されている売主の上記義務についても明文の規定を置いて、条文上も明らかに

すべきである。

他の典型契約の規定との整合性についても、売買契約のところで明文の規定を置くことで、たとえば賃借人の登記請求権について否定する判例の立場を踏襲し、賃貸借契約の効力として賃貸人の対抗要件具備義務について明文の規定を置かないという規律の仕方をすれば、両契約の違いが明文の規定から明らかとなり、むしろ分かりやすさという観点からは妥当と考える。

なお、対抗要件具備義務ではなく、対抗要件具備に協力する義務とすべきではないかという意見があるとのことであるが、両者の違いが何処にあるのか不明であるものの、仮に違いがあるのであれば、当然どちらの考え方を採用するかについて検討を要する。

仮に、両者の内容に違いはなく、後者の趣旨が、単に不動産登記法上、当事者共同申請主義（不動産登記法16条1項、60条）が採用されていることから、登記義務者が単独で登記申請できるような誤解を招かないために対抗要件具備に協力する義務とすべきであるというものであったとしても、条文の文言から不必要な誤解を招かないような規律にすることには意義が認められるので、やはり後者の見解についても検討を要すると考える。（大阪弁）

- 不動産売買契約の売主の義務として対抗要件具備義務を、買主の義務として登記引取義務を規定すべきである。

不動産売買の売主の義務として対抗要件具備義務を課すことは、一般の常識に合致するとともに、現在の不動産取引慣行に合致しその安全に資するものであり、明文規定を設けることが相当である。

買主の非協力によって所有権登記名義の移転がないことの弊害（工作物所有者の責任、納税義務の継続）等に照らせば、買主についても売主との均衡の観点から、登記引取義務を課すことが妥当である。（大司書）

- 判例上も、売買契約の売主は目的物を買主に引き渡す義務を負い、また、買主の取得した財産権の対抗要件を具備させる義務を負うとされているため、かかる判例法理を明文化することについては賛成する。（二弁）
- 売主が原則として引渡義務と対抗要件具備に協力する義務を明文化することに賛成である。

第三者に権利を主張するために対抗要件が必要とされる場合には、その対抗要件を備えさせることも契約の内容に含まれるのが通常である。（横浜弁）

- 売主の引渡義務、対抗要件義務を明文化すべきである。（福岡弁）
- 明文化に賛成。（広大有志）
- 明文化することに異論はない。（日大民研・商研）

- 売主の引渡義務及び対抗要件具備義務の明文化に賛成する。  
 売主が売買の目的物の引渡義務を負うことが売主の基本的な義務であることに争いはない。法律関係を明確にするためにも明文化すべきである。  
 売買の目的が不動産の場合、売主は買主に完全な所有権を取得させる義務があり、そのため登記義務まで負うとするのが判例である。  
 この判例の趣旨は、売買の目的が所有権の場合に限らず、動産や債権の場合など他の財産権においても同様に妥当し、これは当事者の通常の意味にも合致する。したがって、法律関係を明確にするため、上記引渡義務に加え、対抗要件具備義務についても、明文化すべきである。  
 なお、ここにいう「対抗要件具備義務」は、不動産でいえば買主の登記請求権に対応する義務を明確にするものと解されるため、「対抗要件具備に協力する義務」とするだけでは足りないものとする。（日弁連）
- 売主の引渡義務及び対抗要件具備に協力する義務を規定すべきである。（弁護士）
- 賛成。（大学教員）
- 「協力する」ではなく、「買主に対抗要件を取得させる義務」とすべきである。（会社員）
- 特に異論はない。（弁護士）
- 売主の対抗要件具備義務を明文化することについては疑問である。売主の義務にするのではなく買主が行う対抗要件具備に協力する義務として規定するほうが、実態とあっている。（不動産証券化協）
- 売主の対抗要件具備義務については、買主に対する協力義務にとどめるべきである。  
 対抗要件を具備するために必要な措置を採るべきことの義務化にとどめ、実際に対抗要件が具備されることまでを義務化する必要はない。  
 売主の引渡義務については、明文化することに異論はない。  
 売主の対抗要件具備義務については、買主に対する協力義務にとどめるべきである。  
 実務上、不動産売買、債権売買（特に、債権譲渡担保の場合）においては、対抗要件の具備は、買主が行っている。  
 すなわち、当該売買の際に、対抗要件を具備するために必要な書類を売主が買主に交付することで、売主の履行義務は果たされたものとし、実際に対抗要件を具備するための手続（不動産売買における登記、債権売買における債務者に対する通知）をなすか否かは、まさに、買主に委ねられるのが実務である。  
 このような実務状況を踏まえると、今、ここで対抗要件の具備までを

売主の義務と定められた場合、実務上の影響は大と言わざるを得ない。  
(法友会)

○ 明文化する場合には売買の目的物に応じた場合分けをしなければならなくなるのではないかとする意見、「協力する義務」の内容が不明確であるとする意見、現行法の解釈で十分足りており、明文化による他の規定との調整負担を考えると、明文化の必要性は高くないのではないかとの意見があった。(最高裁)

○ 売主の引渡義務を明文化する方向で検討することに反対する。売主の引渡義務は、売買の目的物となる財産権の移転義務に含まれることが法文上容易に判断できるものであり、特にそれだけを取り出して明文化する必要はない。かえって、法文が複雑になるため、現行の規定通り、財産権の移転義務のみを規定しておくべきである。

対抗要件具備義務について、明文化する方向で検討することに賛成する。対抗要件具備については、売買の目的物が不動産の場合に、登記義務を認めているのが判例であり、この趣旨は、他の財産権においても妥当するので、確定した解釈を明文化すべきである。

対抗要件具備に協力する義務とすべきではないかという意見があったことに留意しつつ、更に検討することについて反対する。内容は、移転登記手続請求権に対応するものだとすると、対抗要件具備に協力する義務というのでは足りない。(法友全期)

○ 売買契約の売主の義務として、対抗要件具備義務を規定すべきではない。

我が国の共同申請主義の下では、買主としては、対抗要件具備のためにいち早く登記をしなければならないのに、買主は、売主の協力を得なければ登記をすることができず、もし売主が登記に協力しなければ、対抗要件を得ることができない。つまり、登記の対抗要件主義と共同申請主義は、矛盾した制度である。そうであるにもかかわらず、登記の共同申請主義を前提に、売買契約の売主の義務として対抗要件具備義務を規定することは、矛盾した状況を確認としたものにしてしまう。(司法書士)

○ 改定の必要があるとは思えない(個人)

## (2) 買主の受領義務

民法は、買主の基本的義務として、代金支払義務を規定する(同法第555条)が、目的物受領義務については規定がなく、判例上も買主一般に受領義務があるとは必ずしもされていない。この買主の受領義務については、様々な事例において実務上これを認める必要性があると指摘された一方で、契約に適合しない物の受領を強要されやすくなるなど消費者被害が拡大することへの懸念を示す意見、買主に一律に受領義務を

認めるのではなく、契約の趣旨や目的等により買主が受領義務を負う場合があるものとする方向で検討すべきであるという意見、実務上の必要性が指摘される登記引取義務を超えた広い範囲での受領義務を認めるべきか否かという観点から検討すべきであるという意見、契約不適合を理由とする受領の拒絶を認めるべきであるという意見、「受領」が弁済としての受領を意味するのか、事実としての受け取りを意味するのかなど、「受領」の具体的内容について検討すべきであるという意見、債権者の受領遅滞に関する議論（前記第7）との関連性に留意しつつ、他の有償契約への準用可能性等を検討すべきであるという意見等があった。これらを踏まえて、買主の受領義務に関する規定を設けることの当否、規定を設ける場合の受領義務の具体的な内容等について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 2(2) [48頁]】

#### 【意見】

- 目的物が登記・登録できる物である場合において、売買の規定の中に、売主の買主に対する対抗要件を備えさせる義務（対抗要件具備義務）を定めるとともに、買主又は売主は、登記・登録の引取りを拒否できる正当な事由がある場合を除き、相手方に対して、目的物の登記・登録引取義務（以下「登記等引取義務」という。）を負うことを定めるべきである。

なお、第40 売買—売買の効力（担保責任以外）1 売主及び買主の基本的義務の明文化、（1）売主の引渡義務及び対抗要件具備義務、（2）買主の受領義務における登記に関する論点は関連性があるので、登記に関わる視点から、（1）及び（2）につき、同一箇所にて意見の趣旨・理由を申し述べるものである。

#### 【意見の理由】

現民法においては、明文をもって、登記請求権を直接認める規定は存在しないが、不動産を購入した所有者や、不動産に抵当権の設定を受けた者は、これらの物権が登記されないと、第三者に対抗できなかつたり、他人への譲渡が事実上できなかつたりするなどの不利益を受けるため、登記権利者たる買主や抵当権者は、登記義務者たる売主や抵当権設定者に対して、登記への協力を求める実体上の権利である登記請求権が認められている。この登記請求権の発生原因・法的性質には、確立した考え方がある訳ではないが、一般的には、次の三類型に分類されている。①物権的登記請求権といわれるものは、現在の実体的な物権関係と登記とが一致しない場合に、この不一致を除去するため、物権そのものの効力として発生する登記請求権である。例えば、A所有の不動産に、誤ってB名義の所有権移転登記がなされていると

き、Aは、Bに対し、所有権移転の抹消登記等を請求できる権利である。②物権変動的登記請求権とは、物権変動それ自体から生じる登記請求権である。例えば、A、B、Cと不動産が譲渡されたが、登記がまだAにある場合、Bは、Aに対して、所有権移転登記請求をすることができる。この場合、Bは既に所有権を失っているため、物権的登記請求権としては説明できず、物権変動的登記請求権として説明される。③債権的登記請求権とは、不動産の売買契約に基づく所有権移転登記請求や特約に基づく賃借権設定登記請求等、当事者の合意に基づき発生する登記請求権である。そして、登記引取請求権もこれに含まれる。

なお、登記引取請求権の具体例としては、売主から買主に対してする、登記名義を売主から買主に移転すべき所有権移転登記請求権や、売主から買主に対して所有権移転登記がなされたところ、何らかの事情により、当該売買契約が解除されたり、無効となったため、所有権移転登記を抹消する必要性が生じ、買主から売主に対してする、所有権抹消登記請求権等がある。その他、民法（債権関係）でないが、根抵当権の元本確定登記において、登記義務者たる根抵当権者の登記権利者たる根抵当権設定者に対してする、根抵当権元本確定登記請求権も登記引取請求権の一種である。

ところで、今回の中間的な論点整理第40 売買－売買の効力（担保責任以外）1 売主及び買主の基本的義務の明文化（1）売主の引渡義務及び対抗要件具備義務においても、「一般に売主が負う基本的義務とされるが明文規定のない引渡義務及び対抗要件具備義務を明文化する方向で、後者については対抗要件具備に協力する義務とすべきではないか」という意見があったことに留意しつつ、更に検討してはどうか。」との提言がなされている。

対抗要件制度の趣旨から、このような義務を明文で定めることについては、積極的に評価できる。ただ、売主には、上記のとおり対抗要件に関する義務規定（対抗要件具備義務）を置く提言がなされているものの、買主には、より直接的な表現では、対抗要件に関する義務規定（登記引取義務）を置く提言がなされていない。しかしながら、判例上、所有権登記名義人は、相手方に登記引取請求権を行使できることが認められているので（最判昭和36年11月24日民集15巻10号2573頁）、これを民法上の規定として盛り込むかどうか検討する必要がある。

なお、不動産登記法上は、判決による登記に関してはあるが、平成17年の改正前の旧不動産登記法第27条で『判決又ハ相続ニ因ル登記ハ登記権利者ノミニテ之ヲ申請スルコトヲ得』とされ、登記義務者が判決を得て単独で登記申請が出来る旨は明記されていなかったが、

新不動産登記法第63条第1項においては、『第六十条、第六十五条又は第八十九条第一項……の規定にかかわらず、これらの規定により申請を共同してしなければならない者の一方に登記手続をすべきことを命ずる確定判決による登記は、当該申請を共同してしなければならない者の他方が単独で申請することができる。』と規定され、登記義務者が判決を得て単独で登記申請が出来る旨（登記引取請求権の存在）が明記されている。

つまり、実体法である民法を先取りする形で、手続法である不動産登記法によって、登記引取請求権の存在が明定されている。

ところで、実社会においては、登記名義を売主のもとに留保した場合の弊害が散見されるところである。公租公課の賦課上の問題があり、例えば、固定資産税・都市計画税は、毎年1月1日の登記名義人に課税されるので、不動産の売買が完了していても、登記名義が売主のままであれば、その売主に課税される。又、自動車は、毎年4月1日の登録名義人に課税されるので、同様のことがいえる。悪質な場合には、固定資産税等を逃れるために登記を売主名義に留保しておき、買主が他に転売できそうになった場合に初めて、登記名義を買主に移すことも考えられる。

また、売主から買主へ所有権移転登記が完了したにもかかわらず、何らかの事情により、当該売買契約が解除されたり、無効となったにもかかわらず、売主が、当該所有権移転登記の抹消登記に協力しないケースも散見される。

あるいは、現民法第717条第1項但し書きの規定により、工作物所有者が二次的な無過失責任を負担する場合に、この規定における責任を負担する者は、形式的な登記名義人ではなく実質的な所有者である。この場合に、売主から買主へ、売買により所有権が移転されたにもかかわらず、登記名義が依然として売主のままであったとしたら、被害者は、登記名義人である売主を所有者と誤信して損害賠償責任を追及していくおそれがあり、登記名義を引き取って貰えない売主は無用の争いに巻き込まれる危険性もある。何より、売主に登記留保したということは、将来、買主名義に登記を移す時点まで、売主には、買主のために対抗要件を具備させる義務を負い続けることになり、しかも、不動産登記法上、所有権移転登記や売主が住所変更した場合の住所変更登記等は、一般市民から見れば、それなりに厳重な手続が要求されている。よって、売主に将来にわたってこのような義務を負わせ続けるいわれはなく、売主を早期にこのような義務から解放する必要も高い。

更にいえば、そもそも、所有権が売主から買主に移転したにもかかわらず、登記が売主のままになっているときは、真実の権利関係に合



致していない登記が存在することになり、権利変動の過程を忠実に反映するという登記上の要請にも背くことになる。よって、実体的な権利変動に応じた登記をするために、買主にも登記に協力する義務を負わせるべきである。

以上に述べたような弊害を防止する方策として、売買契約において、特約で登記等引取請求権を定めることも可能ではあるが、一般市民にそこまで要求することは酷である。

そこで、民法に明文の規定を置くことにより売主又は買主から、相手方に対する登記等引取請求権を認めたとしても、相手方にとっても対抗要件を具備することができ、弊害はないものと思われる。ただ、登記引取請求権自体が登記請求権の一種なので、一般的な登記請求権が明文をもって定められてないにもかかわらず、登記引取請求権のみ取り上げて明文に規定するのはバランスを欠く。

そこで、買主又は売主の一般的な義務として、目的物の登記等の引取義務を負わせることが考えられうる。しかし、登記引取義務を負わせれば、登記を強制したことと等しくなり、特に、不動産の権利登記は、一般的に申請主義を採用しており、登記強制主義はとられていないこととの関係で、登記権利者にそこまで負担を負わせる法律上のいわれはないとの指摘が予想される（新築建物の表題登記は不動産登記法第47条により申請義務があるが、所有権保存登記には申請義務はない）。確かに、一般的に登記は強制されていないものの、前記昭和36年最高裁判例においても、「真実の権利関係に合致しない登記があるときは、その登記の当事者の一方は他の当事者に対し、いずれも登記をして真実に合致せしめることを内容とする登記請求権を有するとともに、他の当事者に右登記請求に応じて、登記を真実に合致せしめることに協力する義務を負うべきというべきである。」と判示されているところであり、契約に基づく義務の履行として、履行を完成させるために、買主にも登記に協力する義務があるのは契約当事者として当然のことであり、一般的に登記強制主義が採用されていないことと登記引取義務を定めることは何ら矛盾するものではない。

もし、買主又は売主に、登記の引取りを拒否する正当な事由（売買不動産に担保権が存在している・登記留保の特約・登記費用は売主負担にもかかわらずこれを売主が支払わない等々）があれば、履行を拒めばいいだけである。そこで、登記引取義務を認める前提として、登記の引取りを拒否する正当な事由がないことを要件とすれば、弊害は生じない。

なお、登記引取義務について、ここまで不動産を中心にその必要性を述べてきたものであるが、この理は、動産にもあてはまり、不動産・動産の区別なく本意見を提言するものである。また、登記等引取

義務の規定位置が問題となるが、これが、実際に問題となるのは、典型契約の売買・交換・贈与等に限られるものと思われるので、売買の章に規定し、必要に応じて準用する取り扱いが取れるのではないかとと思われる。

以上のとおりであるから、今回の民法（債権法）改正においては、売主の対抗要件に関する義務規定を置くことにとどまらず、買主にも対抗要件に関する義務規定を置くことにより、初めて、契約当事者の衡平な地位が確保されることとなり、更には、不動産登記法等とも平仄が合わせられることとなる。よって、目的物が登記・登録できる物である場合において、売買の規定の中に、売主の買主に対する対抗要件を備えさせる義務（対抗要件具備義務）を定めるとともに、買主又は売主は、登記の引取りを拒否できる正当な事由がある場合を除き、相手方に対して、目的物の登記等引取義務を負うことを定めるべきである。（青司協）

- 売買契約において所有権が買主側に移転した場合、買主がいつまでも受領せずに放置していると、売主は目的物を処分することもできなければ、契約を解除することもできないという不都合が生じる。

例えば、通信販売で料金が前払いされている場合、商品の所有権は買主に移転していると考えられる。この場合、買主がいつまでも配送業者から商品を受け取らないと、売主は、その商品を処分することもできなければ、契約を解除することもできず、保管し続けなければならない。

さらに、同様の問題は、通信販売に限らず、オーダーメイドの商品を販売する場合、腐りやすいものを販売する場合の他、売買契約以外のクリーニング等でも発生するものと思われる。

このような場合に、売主等に解除権を認めたり、買主等の受取りを強制するために、買主等の受領義務を認めてもよいものとする。（ヤフー）

- 「当事者の合意」（「当事者の合意」がないときは「合意の趣旨」、  
「合意の趣旨」から判断できないときは、「取引の通念」）によって、買主の受領義務、登記引取義務が認められる場合には、買主は、目的物を受領し、移転登記を引き取る義務を負う旨明文化すべきである。

買主は売主に対して、目的物引渡請求権、対抗要件具備請求権といった権利を有していることは明らかであるが、当然に、同一の義務を負担しているとは考えにくい。

ただ、買主の受領義務に関して「当事者の合意」があればその合意に従うことは当然であり、例えば、売買の目的物を保管するために売主が過大な費用（倉庫料）を負担しなければならない場合、売主が登記名義人として留まることによって過大な固定資産税が課税される場合などのように、「合意の趣旨」又は「取引の通念」によって受領義務が認めら

れることがありうる。このような合意又は合意に準じる状況があれば、買主の受領義務等を認めてよい。(福岡弁)

- 買主の受領義務の規定を設けることに、賛成する。その具体的内容は、目的物受領義務のみであり、登記引取義務は規定しないものとするべきである。

買主が目的物を受け取らないと、売主は売買契約を履行することができないのであるから、目的物受領義務を認めるべきである。一方、登記は対抗要件に過ぎず、売買による所有権移転があったからといって登記をして対抗要件を備えるかどうかは、買主の自由である。したがって、登記引取義務を認めるべきではない。(札幌弁)

- 売買契約において、対象物の受渡しは主要な契約内容であり、買主の受領義務に関する規定を新設することに賛同する。(国際取引有志)
- 買主の受領義務に関する規定を設けることに賛成である。取引実務において、買主が受領しないことにより売主が保存に困り、損害賠償請求、契約拘束力からの離脱を検討することが有るためである。(三菱電機)

- 買主の受領義務に関する規定を設けることの当否、規定を設ける場合の受領義務の具体的内容等について、更に検討することに賛成する。判例上、買主一般に受領義務があるとはされていないが、現状において信義則上引取義務を認めるべきと思われるものもある。そこで、債権者の受領遅滞に関する議論との関連性に留意しつつ、類型化して引取義務を認めることができるものがあれば、明文化するという一方で、更に検討するべきである。(法友全期)

- 買主の受領義務を明文化する方向で検討すべきである。

買主の受領義務が明文化されていないために、紛争が解決しない事例も多く、その規定は必要である。よって、買主の受領義務を明文化した上で、契約に適合しない物の受領拒絶なども明確に規定し、消費者保護などを図るべきである。また、受領義務の具体的内容等については、更なる検討が必要である。(東京青司協)

- 買主一般に原則として受領義務を認め、明文化すべきである。物の売買の場合、危険負担の移転や保管義務・保管費用の軽減、などの点で、引渡しには債務者側のメリットもあることから、現行法下でも物の買主は、信義則上受領に向けて誠実に行動する義務を負うことが通常だと考えられており、買主の受領義務を明文化することは、結論としても妥当である。

明示的な規定があれば、受領を拒む買主に受領を促すために利用することができる。(堂島有志)

- 一般原則として買主の受領義務を認めるべきではないが、一定の場合に受領義務が発生する旨の規定を設けることについては検討すべきであ

る。

この点は債権の効力としての受領義務（受領遅滞の法的構成論）の問題にも関連するところ、債権一般の効力ではなく、個別具体的な契約の効力として、受領義務（引取義務）を認めるのが妥当であるケースがある。（兵庫県弁）

- 売買において、売主の目的物引渡義務については、法文上明らかにすべきである。対抗要件具備義務については、法文上明確にする必要はない。（親和会）
- 買主の目的物受領義務を規定することには賛成である。不動産取引においては、売買対象不動産に係る固定資産税及び都市計画税等の公租公課について、売買決済日前までは売主の負担、売買決済日以降は買主の負担として精算を行うことがほとんどである。にもかかわらず、買主が売買実行後も移転登記を経由しない場合、当該売買決済が行われた年度の公租公課はもとより、次年度の公租公課も登記上の所有者である売主に課せられてしまうという問題点がある。土地工作物等の所有者責任など目的物の所有者に課せられる義務もあり、所有権の移転を明確化するために、買主に登記引取義務を認め、登記引取義務に対応する登記移転請求権を行使して買主の意思表示に代わる裁判を求めることができるようにする方向で検討してはどうか。

買主に受領義務を課した場合、不必要となった物について受領義務を課すと受領した物を破棄することになり地球環境への負荷がかかるという意見については、買主が不必要になった物を第三者に転売して処分することも可能であるから、受領義務を否定する理由にならないのではないか、ということも踏まえて検討してはどうか。（長島・大野・常松有志）

- 規定することに異論はないが、受領遅滞との関係をどう理解するかについても検討する必要がある。（日大民研・商研）
- 買主の受領義務（目的物の引取義務）を明文化することには反対しない。もっとも、積極的に判例を変更する必要があるかについてはなお検討を要する。また、瑕疵ある物の場合には受領義務が認められないことを明確にすべきである。実務的な感覚としては、買主の受領義務（物の引取義務）については、特別に支障があるようには思われませんが、明示的な規定があると、受領を拒む買主に受領を促すために利用できるという意味において便利である（「行為規範」としての意義は認められる）。

もっとも、買主の受領義務の明文化は、判例のリステイトではなく、判例の変更であり、その必要性については、受領遅滞の制度（債権一般の受領義務の議論）その他の関係を含めて、なお検討を要する。

この点、買主に受領義務を認めることについては、債権者一般に受領

義務を認める説（債務不履行説），売買・請負等の契約類型には引取義務を認める説（折衷説），受領義務を否定する説など，学説には対立があるところである。

これに対し，判例は，原則としては目的物の引取義務を認めないが，「信義則に照らして」，あるいは，「特段の事由」があれば認めるとしている。そこで，判例をリステイトするのであれば，取引（特に目的物）の性質あるいは合意（の認定）から引取義務が認められる場合に限定する方向で明文化することも考えられるところである。

買主に一般的に受領義務を認めることについては，ウイーン売買条約のような国際的な動産売買ならば一般的に引取義務を明示するということが理解できないではないが，はたして，国内の売買一般に，目的物の受領義務（引取義務）を肯定する必要があるかどうかについては，疑問が残るところである（受領遅滞，供託・自助売却の制度もある。）。

もし，売買において目的物の受領義務を広く認めた場合，有償契約への準用規定との関係が問題となるが，準用規定が存続する場合には，原則として有償契約一般に目的物の受領義務が認められることになる。他方，有償契約への準用を廃止すると，売買その他明文化された契約のみにおいてのみ目的物の受領義務が肯定されることになる。学説の折衷説を採用したことになる）。後者の場合には，非典型契約にどのような扱いになるのかについて問題が生ずることになる。

なお，瑕疵ある物についてまで買主に受領義務を認めることは妥当ではないので，この点を明確にしておく必要がある。

買主に登記引取義務を認めることには反対しない。供託・自助売却等の認められる目的物自体の受領義務の問題と，登記の引取義務とは区別して検討をすべきである。買主が登記を引き取らない場合には，工作物責任（民法第717条）のリスクや固定資産税の負担などの不利益が継続する。特に，物の場合には供託・自助売却による対応が可能であるが，登記自体を供託することはできない。目的物引取義務以上に，登記引取義務を認める要請が認められる。

この点，判例が，登記引取請求権を肯定しており，実務上，登記（登録）の引取請求はすでに認められており，この点を踏まえて，明文の規定をおくことには反対しない。

買主の受領義務の問題については，受領遅滞や受領義務一般との関係を踏まえて慎重に検討すべきである。特に，供託・自助売却との関係や，受領義務違反の効果との関係を検討する必要がある。

買主の受領義務の問題については，受領遅滞や受領義務一般との関係を踏まえて慎重に検討すべきである。特に，供託・自助売却との関係や，受領義務違反の効果との関係を検討する必要がある。

なお，目的物の受領義務違反の場合における受領強制は，現実の執行

を考えると非常に困難であるように思われる。間接強制ということになるのであろうか。代替執行であれば、増加費用の請求を訴求する場合と大差ないのではないか。直接強制にはなじまないように思われる。

契約に適合しない目的物については、買主に受領義務を認めるべきではない。契約に適合しない物については、買主には受領拒絶権は当然に認められるべきである。

買主に一般的に受領義務を認めることが、契約締結過程に問題がある場合に受領を拒絶する買主（特に消費者）に対して、濫用的な受領の押し付けにつながらないように留意すべきである。買主（特に消費者）が受領を拒む事例のうちには、目的物が契約に適合しない場合のほか、契約締結自体についての不満・トラブルが背後にある場合がある。買主に受領義務を一般的に認めることが、問題のある契約における事業者側の口実として濫用されないよう慎重な検討が必要である。

他の有償契約への準用可能を検討する場合には、「目的物」の受領に限定した議論なのか否かを明確にしたうえで、検討をすべきである。

買主の受領義務について、他の有償契約への準用可能を検討する場合には、役務型の契約など目的物を観念しない契約も少なくないので、「目的物」以外の受領義務についてまで議論が及ぼすのか否かを明確にする必要がある。「目的物」の受領に限定した議論なのか否かを明確にしたうえで、検討をすべきである。（大阪弁）

- 売主の買主に対する対抗要件を備えさせる義務を定めるとともに、買主に登記等の引取義務を負わせることを民法上に規定すべきである。

ただし、買主の登記等引取義務については、いずれのケースでも義務を負わせるとすると買主にとって酷であることから、「買主が引取を拒む正当な事由が存在する場合」は、引取義務を負わないこととすべきである。（滋賀県司法・勉強会）

- 特に異論はない。（二弁）
- 不動産や自動車の登記、登録の引取義務を認めることには賛成する。売買の目的物が不動産である場合、買主が移転登記に協力しないと売主に固定資産税が課されたり、工作物責任等の負担が生ずるおそれがあり、また目的物が自動車の場合、同じく売主に自動車税が課されたり、運行供用者責任等の負担が生ずるおそれある。

その他一般の引取義務については慎重に検討すべきである。その他一般債権の受領義務については、判例に従い、個別的な事情に照らして、信義則上これを認めるべきか否かを判断するという考え方を採るべきである。一般的な形で受領義務を認めると、例えば、消費者が悪質な業者から契約不適合な目的物の引取を迫られるなどの不都合が拡大しかねない。（広島弁）

- 受領義務規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。

なお、明文化する場合は、事実上受領したからといっても、瑕疵ないし契約不適合が判明した場合の権利主張に支障のないよう、また濫用的な主張がなされないよう十分留意すべきである。

従来通り、個々の場面に応じて買主に受領義務を認めれば足りるとも思われるが、信義則上、買主側にも契約の実現に協力する義務を認めるべき事例が多いこともまた事実であり、濫用的主張を防ぎうる適切な規定を設けることができるか慎重に検討すべきである。

なお、明文化するとしても、「受領」にあまり重い法的効果を持たせると、瑕疵ないし契約不適合がないかの調査をする余裕やその能力がなく事実上受け取りをした場合に、不当に不利益になるおそれがあることには留意が必要である。（横浜弁）

- 買主の受領義務を明記することについては、その弊害の有無等を慎重に検討すべきである。一律に義務として規定するにはそぐわない面もあるように思われる。（森・濱田松本有志）
- 明文化まで必要かどうかは、更に検討を要する。（広大有志）
- 売買契約に限定するのなら反対しないが、準用により労働契約において労務受領義務を認めることは、労務受領義務及び就労請求権を否定した判例法理と反することとなり、影響が大きく、現行のルールを変える必要もないから反対である。（経営法曹会議）
- 不動産の登記や自動車の登録などについての引取義務を認めることについては賛成する意見があるものの、売買におけるその他の目的物受領義務については反対する意見が強い。

一般の受領義務については、判例（最判昭46年12月16日民集25巻9号1472頁）に従い、個別的な事情に照らして、信義則上これを認めるべきか否かを判断するという考え方を採るべきである。

この点、売買の目的物が不動産や自動車等である場合、少なくともその登記や登録については買主側に引取義務を認める必要性がある。すなわち、まず不動産についてみれば、登記が移転されないままであれば売主側に固定資産税が課される他、工作物責任（民法717条）等の負担が生じるおそれがあり、又自動車については自動車税の他、運行供用者責任（自動車損害賠償保障法3条）等の負担が生じるおそれがある。

以上の不動産や自動車の売主の負担に鑑みると、これらの売買における登記、登録等については、類型的に上記引取義務を認めるべき事情があるとみることもできる。

他方、不動産や自動車に関する現実の占有の引き取りや、その他売買の目的物が車両以外の動産である場合の引き取りについては、売主側の負担の内容、程度は一様ではない。

また、一律に買主に売買目的物の受領を認めるような規定がなされると、例えば、消費者が悪質な業者から契約不適合な目的物の引取を求め

られるなど、消費者被害の拡大の懸念があるとの指摘もある。

したがって、これらについては、受領義務一般の議論に委ねるべきであり、上記判例に従い、個別的な事情を充分斟酌して、信義則の見地から引取義務を認められるかを検討すべきである。(日弁連)

- 買主の受領義務について明文の規定を置くこと自体には反対しないが、その適用範囲については慎重に検討すべきである。

買主の目的物受領義務については、様々な場面で実務上これを認める必要性が指摘されていることから、これに関する明文の規定を置くことに反対はしないが、判例も買主一般に受領義務があるとしているわけではなく、買主全般に受領義務を認める旨の規定ではなく、契約の趣旨や目的等により買主が受領義務を負う場合がある旨の規定の方が望ましいという意見や、契約不適合を理由とする受領拒絶は認められるものとするべきではないかという意見等もあることから、具体的に受領義務を認める範囲については慎重に検討する必要がある。(弁護士)

- 買主の受領義務（目的物の引取義務）を明文化することには反対しない。もっとも、積極的に判例を変更する必要があるかについてはなお検討を要する。また、瑕疵ある物の場合には受領義務が認められないことを明確にすべきである。判例は、原則としては目的物の引取義務を認めないが、「信義則に照らして」、あるいは、「特段の事由（がみとめられれば）」があれば認めるとしている。そこで、判例をリステイトするのであれば、取引（特に目的物）の性質あるいは合意（の認定）から引取義務が認められる場合に限定する方向で明文化することも考えられるところである（奥田昌道『債権総論〔増補版〕』226頁参照）。

買主に一般的に受領義務を認めることについては、ウイーン売買条約のような国際的な動産売買ならば一般的に引取義務を明示するということが理解できないではないが、はたして、国内の売買一般に、目的物の受領義務（引取義務）を肯定する必要があるかどうかについては、疑問が残るところである（受領遅滞、供託・自助売却の制度もある。）。

買主に登記引取義務を認めることには反対しない。供託・自助売却等の認められる目的物自体の受領義務の問題と、登記の引取義務とは区別して検討をすべきである。最判昭和36年11月24日（民集15巻10号2573頁）が、登記引取請求権を肯定しており、実務上、登記（登録）の引取請求はすでに認められており、この点を踏まえて、明文の規定をおくことには反対しない。

買主の受領義務の問題については、受領遅滞や受領義務一般との関係を踏まえて慎重に検討すべきである。特に、供託・自助売却との関係や、受領義務違反の効果との関係を検討する必要がある。買主の受領義務の問題については、受領遅滞や受領義務一般との関係を踏まえ



て慎重に検討すべきである。特に、供託・自助売却との関係や、受領義務違反の効果との関係を検討する必要がある。

なお、目的物の受領義務違反の場合における受領強制は、現実の執行を考えると非常に困難であるように思われる。間接強制ということになるのであろうか。代替執行であれば、増加費用の請求を訴求する場合と大差ないのではないか。直接強制にはなじまないように思われる。

契約に適合しない目的物については、買主に受領義務を認めるべきではない。

買主に一般的に受領義務を認めることが、契約締結過程に問題がある場合に受領を拒絶する買主（特に消費者）に対して、濫用的な受領の押し付けにつながらないように留意すべきである。契約に適合しない物については、買主には受領拒絶権は当然に認められるべきである。

他の有償契約への準用可能を検討する場合には、「目的物」の受領に限定した議論なのか否かを明確にしたうえで、検討をすべきである。買主（特に消費者）が受領を拒む事例のうちには、目的物が契約に適合しない場合のほか、契約締結自体についての不満・トラブルが背後にある場合がある。買主に受領義務を一般的に認めることが、問題のある契約における事業者側の口実として濫用されないよう慎重な検討が必要である。（弁護士）

- 規定を置くと事案に応じた柔軟な解決が導かれずおそれがあると懸念する意見が多かった。（最高裁）
- 登記引取義務の法文化は格別、買主の一般的な受領義務の法文化は、契約に適合しない物の受け取りを強いるなど、「劣位者の保護」にそぐわないから、反対する。（東弁）
- 目的物に瑕疵がある場合にも受領義務を認めれば買主に損害が生じるおそれがある上、買主の目的物受領は本来的に権利であって義務ではないから、明文化に反対である。（金沢弁消費者委）
- 買主の受領義務に関する規定を設けることについて、反対する。  
買主の登記引取義務を認めるか否か、労働者の労務を受領する義務を認めるか等に関わってくることから、現時点において明文化をすべきではない。  
明文化を否定したとしても、個別事案毎に信義則上の受領義務を認めることで結論の妥当性を確保することはできると考える。（愛知県弁）
- 買主の目的物受領義務については、契約の解釈の問題であり、法文上明らかにする必要はない。（親和会）
- 売買契約において買主に受領義務を認めると、目的物の受領は義務ではなく権利である、という一般感覚との齟齬が生じる。また、消費者保護の観点からも、買主に一般的に受領義務を負わせることは妥

当ではない。したがって、買主の受領義務を法定することには反対である。(弁護士, 弁護士)

- 「買主の受領義務については、実務上これを認める必要性がある」との意見には反対である。「契約に適合しない物の受領を強要されやすくなるなど消費者被害が拡大する」に賛成する。(消費生活相談員)
- 受領が義務だとしたら手付との関係でどうなるのか。買主が受領したら買主側も履行したことになり、売主側からの解除もできなくなる。それはそれでいいのかもしれないが、従来解釈とは異なってくることは注意を要する。(翻訳・出版関係)
- 買主の受領義務を明文化することに反対である。

買主に一般的に受領義務を認めることは、売主(事業者)による濫用的な受領の押し付けにつながるおそれがある。買主(特に消費者)が受領を拒む事例の背後には、目的物が契約に適合しない場合(異なる目的物あるいは瑕疵ある目的物)のほか、契約締結自体についての不満・トラブルが背後にある場合もある(詐欺[民法第96条], あるいは不実告知・不退去など[消費者契約法第4条]等)。これらの場合に、売主(事業者)によって、買主の受領義務が持ち出され、受領を強いられることにつながる懸念される。

買主に目的物の一般的な受領義務を認める必要性は認められない。弁済提供の効果として、売主は、供託・自助売却(民法494条, 497条, 商法524条)が認められており、解釈上、増加費用の負担も認められる。また、登記引取義務については、目的物(物自体)の受領義務の問題とは区別して論じられるべきであり、これを理由に買主に目的物の一般的な受領義務を肯定することは妥当ではない。

なお、登記引取義務については、判例・実務上既に認められており、これを民法上明文化することについては反対しない。(日弁連消費者委有志)

- 買主の受領義務の明文化に反対する。実務では不動産登記の引取義務の必要性が意識される場面があるが、これを買主の受領義務として一般化すると思わぬ問題が生じるのではないかという懸念がある。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 2 代金の支払及び支払の拒絶

### (1) 代金の支払期限(民法第573条)

民法第573条は、売買目的物の引渡期限があるときは、代金の支払についても同一の期限を付したものと推定する旨を規定しているところ、不動産売買においては、登記の重要性に鑑み、目的物の引渡期限ではなく登記移転の期限を基準とし、代金の支払について登記移転期限と
--

同一の期限を付したものと推定する旨の特則を置くという考え方がある。このような特則を設けることについては、その必要性に疑問があるとの意見があったことを踏まえて、実務上の必要性の有無に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 3(1) [50頁]】

【意見】

- 両当事者の合理的意思解釈の観点から妥当であり、規定を設けることに賛成。(金沢弁消費者委)
- 不動産売買において、代金の支払について登記移転期限と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を置くことについて、賛成する。現行の不動産売買実務に合致する。(愛知県弁)
- 不動産売買においては、所有権移転登記の期限の定めがあるときは、代金の支払期限についても、同一の期限を付したものと推定する旨の特則を設けるべきである。

不動産売買においては、売主は、売買代金全額の受領と同時に買主に不動産を引渡し、かつ、売買代金全額の受領と同時に買主のために、所有権移転登記申請手続きを行わなければならないといった契約がなされることが一般的である(但し、ケースによっては、代金支払いを先行し、所有権移転登記は後日行うといった取引形態等も実際にはあるようである)。つまり、売買における代金の支払期限並びに所有権移転登記の期限及び不動産の引渡期限は、不動産取引の実務上、基本的には同一期限とされていることが多い。

このように不動産売買における代金の支払期限を、所有権移転登記の期限と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を設けた場合、一般的な取引実務と合致することとなり、基本的に評価できる。

ところで、現行民法第573条の売買目的物の引渡期限があるときは、代金の支払についても同一の期限を付したものと推定する旨の規定があるところ、不動産の売買において、代金の支払期限を、不動産の引渡期限でなく所有権移転登記の期限と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を設けた場合、一般的に不動産の所有権移転登記の期限と引渡期限が同一とされている以上、特則を設ける必要性は余りないとの指摘が予想される。

しかしながら、対抗要件の観点から言えば、民法上、動産では引渡しに対抗要件となるのに対し、不動産売買においては、所有権移転登記により、はじめて対抗要件を具備できることに鑑みれば、目的物の引渡期限ではなく所有権移転登記の期限を基準にすべき必要性は非常に高い。

よって、不動産売買においては、所有権移転登記の期限の定めがあるときは、代金の支払期限についても、同一の期限を付したものと推

定する旨の特則を設けるべきである。(青司協)

- 民法第573条の趣旨を尊重するとともに、登記移転に重きを置く不動産取引慣行に鑑み、代金の支払について登記移転期限と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を置くことに賛成である。(三菱電機)
- 不動産売買においては、目的物の引渡期限ではなく登記移転の期限を基準とし、代金の支払について登記移転期限と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を置くことについて、実務上の必要性の有無に留意しつつ、更に検討することに賛成する。

不動産売買の買主としては、引渡よりも登記を移転されることで、二重譲渡を回避できたことが確定するのであり、これと代金支払いをセットにすることを望むのが通常であり、不動産取引の実務においても、そのようになされているため、実態に即した特則を設けることも市民にとってわかりやすい民法を実現することになると考える。(法友全期)

- 不動産売買においては、登記の重要性に鑑み、目的物の引渡期限ではなく登記移転の期限を基準とし、代金の支払について登記移転期限と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を置く方向で検討すべきである。

不動産業者が仲介をする一般的な不動産売買については、契約書面において登記移転と代金の支払いを同時とする旨の規定が入るため、実務上の問題は生じていない。しかし、親族間の相対での取引など不動産業者が仲介に入らない取引では、登記の移転なく代金の支払いがなされる場合もあり、トラブルとなる可能性がある。不動産取引においては引渡しより登記移転に重要性があるため、代金支払いについても目的物の引渡期限ではなく、登記移転の期限を基準とし、代金の支払と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を置くべきである。(東京青司協)

- 不動産について、登記移転と代金支払いに同一の期限が付されたものと推定する規定を置くべきである。不動産売買における登記移転の重要性から、これを引換給付の対象とするのが当事者の通常の意味に合致する。(堂島有志)
- 登記移転期限と一致させる推定規定を設けることに賛成である。

二重譲渡のリスクが存在する以上、登記移転の時点にあわせて代金を支払う(=その時点までは代金の支払は留保する)との合意があったと推定することが合理的である。

これは、代金の支払時期についてのデフォルト・ルールをいずれの時点とするかの問題であり、登記よりも前に物の引渡しが行なわれる場合についても、登記時に代金を決済するのが通常であることに鑑みると、目的物の引渡期限ではなく、登記の移転期限と一致させることが合理的である。(大阪弁)

- 特に異論はない。(二弁)

○ 不動産売買における登記移転の重要性に鑑み、不動産売買においては、目的物の引渡期限があるときには、代金の支払について登記移転期限と同一の期限を付したものと推定する旨の規定を置くことは賛成である。実務の要請に沿うものである。(横浜弁)

○ 不動産の売買に関しては、移転登記手続の期限の定めがあれば、売買代金の支払時期についても同一期限を定めたものと推定する旨の規定を設けるべきである。(福岡弁)

○ 特則を置くことに賛成。なお、抵当権抹消の期限とも同一にすべきかにつき更に検討すべきである。

不動産取引の実態に合っている。なお、実務上、代金決済と抵当権抹消の為の書類交付が引き換えになされることが多い点をどう反映するか、について、更に検討すべきである。(広島弁)

○ 不動産売買において、登記移転の期限をもって代金の支払期限を付したものと推定する旨の特則を置くことについては、慎重に検討すべきである。

不動産売買における実務においては、一般的に、登記移転に期限が付されることはあまりなく、所有権移転と代金支払について同一の期限が付されることが多い。

すなわち、多くの不動産売買の登記実務においては、直ちに確実に登記移転ができるという司法書士等の発言によって、先に買主の代金全額の支払がなされ、その支払と同時に不動産の所有権が移転するという形となることが多い。このとき、買主は、所有権移転と同時に確実に移転登記がなされるという司法書士等に対する信頼に基づき、代金を支払っていることになる。

不動産売買においては、所有権移転と代金支払について同一の期限が付されているものと推定する規定を置く方が、上記の実務の流れに直接添う形となる。(日司連)

○ 規定すること自体に特に反対しない。必要性があるか否か含め、検討すべきである。代金の支払期限については、通常は契約に定めておくべき事項であるが、仮に定められていない場合、登記移転期限と同一の期限を付したものと推定したとしても、特に不合理ではない。(東弁)

○ 不動産売買においては、代金の支払について登記移転期限と同一の期限を付したものと推定する旨の特則を置くことに賛成意見が強い。

民法573条の趣旨は売買の両当事者間の衡平を図ることにあるが、不動産売買において、代金支払いと対峙すべきは、売買目的物の引渡よりも、第三者に対抗し得る完全な所有権を得させること、すなわち、登記を移転することである。

実務上も、不動産売買においては、二重譲渡を回避するため、代金の

支払について登記移転期限と同一の期限を付するのが通例であり、このような実態を反映した形で民法573条に特則を設け、明示しておくことが、当事者間の取引を円滑にすることに資する。(日弁連)

○ 検討すべきである。

関連して考える価値がある問題として、不動産売買における同時履行の抗弁権の整理の問題が指摘されたので附記する。大審院大正7年8月14日判決・民録24輯1650頁は、売主が所有権移転登記手続をしたが引渡しをしていない場合において、買主は、引渡しを受けていないからといって同時履行の抗弁権を主張して代金支払いを拒むことはできないとしており、問題が多い。(兵庫県弁)

○ あえて不動産売買についての推定規定を置く意味はある。(弁護士)

○ 不動産売買において、登記移転期限と同一の期限を付したものと推定するとの規定を設けることには賛成である。消費者保護の観点からみても、実際に取引をするにおいて、取引を行う当事者にとって、民法に手掛かりとなる規定があることが好ましく、また分かりやすい。(日弁連消費者委有志)

○ 不動産売買において、登記移転時期と目的物引渡時期が一致していれば現行規定どおりでも問題はなく、時期が異なるのであれば、当事者がそのいずれを重視しているかは一概には決し難く、登記移転時期を直ちに標準とするのは適当ではないのではないかとの意見があった。(最高裁)

○ 規定を設けるのであれば、不動産登記との関係でも規定を設ける必要がある。(日大民研・商研)

○ 不動産売買においては、登記移転の期限を基準とする特則を置くという考え方につき、反対する。

引渡期限・登記期限が合致していないケースを考えると、登記ではなく引渡が売買の本質であるから、支払期限は引渡時とすべきである。(札幌弁)

○ 不動産売買においては、売買代金の支払いと引換えに行われる物件の引渡しの直後に移転登記申請を行い、登記完了は後日となるのが通常であり、登記移転の期限を代金支払期限と推定する規定については、実態と合致しておらず、実務上の混乱が予想されるので、従来どおり引渡を基準とすべきである。(不動産証券化協)

○ 不動産売買においては、売買代金の支払いと引換えに行われる物件の引渡しと直後に移転登記申請を行い、登記完了は後日となるのが通常であり、登記移転の期限を代金支払期限と推定する規定については、実態と合致しておらず、実務上の混乱が予想されるので、従来どおり引渡を基準とすべきである。(不動協)

○ 代金の支払い期限を、目的物の引き渡しに加えて、登記移転がなされ

たときとすることについては、明文規定をおく必要はない。(親和会)

- 規定の必要性を特に感じない。(広大有志)
- 土地だけならともかく、建物がある場合に引渡しでなく登記の期限を用いる意義は疑問である。もっとも、登記を基準にしたとしても、登記移転はしたが引き渡さない場合には、買主は同時履行の抗弁権(533条)を行使して代金支払を拒否することは可能だが、初めから引渡しを基準にした方が話が簡単である。なお、あくまで契約上の期限なのだから、危険負担のところに書いた意見のような推定規定を作る意義もない。(翻訳・出版関係)
- このような規定は不要である。

売買契約で登記移転の期限を定めておきながら、代金の支払期限を定めぬ事例がさほどあるとは思われず、このような推定規定を設ける実務上の必要性は特になく考えられる。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない(個人)

## (2) 代金の支払場所(民法第574条)

代金の支払場所を定める民法第574条に関しては、「目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきとき」であっても、目的物が既に引き渡された後は、同法第484条が適用されるとする判例法理を明文化する方向で、また、同条が任意規定であるとする判例を踏まえて「支払わなければならない」という表現を見直す方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 3(2)[51頁]】

### 【意見】

- 判例を踏まえた内容で見直す方向で検討することに賛成。ただし、規定が冗長なものにならないようにすべきである。目的物が既に引き渡された場合には、代金の支払場所を目的物の引渡場所に限る必要はない。また、任意規定としている判例を明確化することは国民にとっても分かりやすい。(東弁)
- 判例法理を明文化することで分かりやすくなるから賛成。(金沢弁消費者委)
- 目的物が既に引き渡された後は、民法第484条が適用されるとする判例法理を明文化すること、同法第574条の「支払わなければならない」との表現を見直すことについて、いずれも賛成する。

確立した判例法理であり、明文化しても問題はない。(愛知県弁)
- 判例法理の明文化、及び、「支払わなければならない」という表現を見直すことに賛成。判例法理のとおりである。(広島弁)
- 目的物がすでに引き渡された後は484条が適用されることを明文化することにつき、賛成する。574条の「支払わなければならない

い」という表現を見直すことにつき、賛成する。

「目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきとき」であっても、目的物がすでに引き渡された後については、574条ではない484条が適用されることは判例法理であるので、これを明文化すべきである。

第574条の「支払わなければならない」という表現は、任意規定であることが明確になるように、文言を見直すべきである。(札幌弁)

- 「目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきとき」であっても、目的物が既に引き渡された後は、民法第484条が適用されるとする判例法理、及び、同条が任意規定であるとする判例の明文化に賛成である。わかりやすい民法の観点から、判例法理は基本的に明文化するべきである。(三菱電機)

- 目的物が既に引き渡された後は、同法第484条が適用されるとする判例法理を明文化し、また、同条が任意規定であるとする判例を踏まえて「支払わなければならない」という表現を見直すことに賛成する。

いずれも判例法理の具体化であり、市民にとってわかりやすい民法を実現することになると考える。(法友全期)

- 代金の支払場所を定める民法第574条に関しては、「目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきとき」であっても、目的物が既に引き渡された後は、同法第484条が適用されるとする判例法理を明文化する方向で検討すべきである。また、574条の「目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきとき」との文言は、同条が任意規定であるとする判例を踏まえて表現を見直す方向で検討すべきである。代金支払場所については、審議会の議論に従い見直す方向で検討すべきである。

強行規定であるか、任意規定であるかの区別は、一般人から見ると非常に分かりにくい。開かれた分かりやすい民法を標榜するのであれば、本来、強行規定と任意規定の区別をもう少し明らかにする必要があると思われる。少なくとも本条のように、判例が明確に出ているものに関しては、分かりにくい表現は改めるよう検討すべきである。(東京青司協)

- 目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきときは、代金の支払場所は、目的物の引渡場所と同じと推定するが、目的物が既に引き渡された後は、同法第484条による(債権者方持参払い)ことを明記すべきである。

判例法理による限定が定着しているから、これを明記してわかりやすくすべきである。(堂島有志)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 判例法理を明文化することに賛成である。表現を見直すことについて



ても賛成である。(大阪弁)

- 判例法理を明文化する方向での文言の修正に賛成する。  
上記判例法理は既に確立しており、実務もそれを前提にしている。  
かかる判例法理を明文化する方向での修正はわかりやすい民法に資すると考える。(二弁)
- 判例法理の明文化に賛成である。条文の分かりやすさという点から、判例法理の明文化により理解しやすくなる。(横浜弁)
- 不動産の引渡しが先履行の場合、売買代金の支払時期は民法484条による旨明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 「売買の目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきときは、その引き渡しの場所において支払わなければならない」というのは、判例上、任意規定とされており、また判例上、目的物が引き渡された後は、債権者の住所で支払うという484条が適用になるから、判例の趣旨に従って規定の整備を行うべきである。(親和会)
- 提案に賛成。(広大有志)
- 目的物の引渡と同時に代金を支払うべきときでも、目的物が引渡されたのちは民法第484条によるとの判例の内容を明文化することについては、とくに異論はない。(日大民研・商研)
- 目的物が既に引き渡された後は、同法第484条が適用されるとする判例法理を明文化すること、また「支払わなければならない」という表現を見直すことについて、いずれも賛成である。  
妥当性に争いのない確定判例(大判昭和2年12月27日民集6巻12号743頁)の内容を法文化して、国民に明示すべきである。  
民法574条は当事者の意思を推測して定められたものであるが、目的物が既に引き渡された後は最早その引渡が済んだ場所で代金を支払う意思があると推測することはできず、上記判例は合理的である。  
本条は強行法規的表現であるが、特約を許すものであるとするのが判例(大判大正3年1月20日民録20輯21頁)であり、この点争いもない。  
したがって、同条は任意規定であることを明確に規定し、分かりやすくすべきである。(日弁連)
- 判例・学説上承認された解釈論であるなら、これを明文化する方向で検討すべきである。(兵庫県弁)
- 「売買の目的物の引渡しと同時に代金を支払う『べき』ときは、その引渡しの場所において支払わなければならない。」と書いてあるから、文言どおり解釈すると、前半を守らなかったときにも後半を守るべきことになってしまう。一方、「べき」を削除してしまうと、そういう問題はなくなるが、引渡しと同時に代金を支払うときには「当たり前じゃないか。他にどこで支払えと言うんだ。他で『同時に』払うことな

ど不可能だ。」ということになり、何のためにある規定か分からなくなる。「売買の目的物の引渡しと同時に代金を支払うときは、第484条は適用しない。」とすることを提唱する。なお商法第516条第1項の方には「その行為の性質」という文言があるので、少なくとも民法573条との関係からは直す必要はない。(翻訳・出版関係)

- 規定が冗長なものとならないのであれば、特に異論はない。  
同条が任意規定である旨を条文上明らかにすることは、分かりやすい民法の実現という観点に照らし相応の意味があると思われる。(弁護士)
- 目的物が既に引き渡された後は、民法484条(持参債務)が適用されるとする判例を明文化することに賛成である。消費者保護の観点からみても、判例の解釈の結論に異論はない。判例ルールを明示するという意味で賛成である。(日弁連消費者委有志)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### (3) 権利を失うおそれがある場合の買主による代金支払の拒絶(民法第576条)

民法第576条は、売買の目的について「権利を主張する者がある」場合における買主の代金支払拒絶権を規定しているところ、買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも適用されるとする解釈論を踏まえ、これを明文化すべきであるという考え方がある。この考え方については、抽象的な要件を定めると濫用のおそれがあるから、要件を明確にし適用範囲を限定する方向の検討もすべきであるという意見があったことを踏まえるとともに、不安の抗弁権に関する議論(後記第58)との関連性にも留意しつつ、その具体的な要件設定や適用範囲について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 3(3) [52頁]】

#### 【意見】

- 買主の権利取得と相容れない主張がされ、買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合に拡張することに賛成である。(金沢弁消費者委)
- 買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも、民法第576条は適用される旨を明文化することについては、賛成する。  
いわゆる不安の抗弁権を売買契約の場合について具体化するものであって、明文化することは買主保護の見地から妥当である。(愛知県弁)
- 代金支払の拒絶を「権利を主張する者がある場合」から、「権利取得を疑うべき…場合」に拡張すべきかにつき、「権利取得を疑うべき…場

合」に拡張することに異議はない。

買主の保護の必要性（売主の債務履行が不完全なものとなることによる買主の不利益可能性）という点では、第三者が権利主張する場合と同じであり、異なった取り扱いをする理由は見出せない。

ただし、買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合一般に適用範囲を拡張すべきであるという考え方が示されているが、具体的な想定場面を明確にして（例えば、債権譲渡があった場合に、債務者が既に弁済にしていたと主張するような場合）、検討を行うことが好ましい。

権利を失うおそれのある場合（事情）の規定のあり方について、客観的・合理的な事情がある場合に限定することを明らかにするために、「相当の理由がある場合」との表現ではなく、「客観的かつ具体的な危険」などといった文言を用いるべきである。

根拠がない場合や根拠が薄弱な場合に、安易に履行を拒む口実に利用されたりして濫用されないようにするために、客観的・合理的な事情（理由）がある場合に限るとことを明確にしたほうがよい。

なお、不安の抗弁権、信義則の適用、さらには、類推適用による処理も可能なので、代金の支払拒絶の規定を包括的・網羅的にする必要は高くないのではないか。（大阪弁）

- 提案に賛成。（広大有志）
- 買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合一般に拡張して規定するという考え方につき、賛成する。

買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合には、不安の抗弁権により、代金の支払を拒絶できると考える。不安の抗弁権を明文化するものである。（札幌弁）

- 本条を類推して代金の支払いを拒絶できる場合については、より広く認められるべきであるが、不安の抗弁との関係を考慮して、規定を整備すべきである。（親和会）
- 買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも買主の代金支払拒絶権を認めることの是非については賛成意見が多いが、具体的に妥当な要件設定ができるか、適用範囲をどのようにすべきかについて、更に慎重に検討すべきである。

民法576条が、買主が権利を失う恐れがある場合に衡平の見地から買主を保護することを目的とすることからすれば、適用されるための要件として、「権利を主張する者がある」という外形的な状況がある場合に限る必要はない。

したがって、権利取得を疑うべき相当の理由がある場合も、現に権利を主張する者がある場合と同様に保護すべきである。

ただ、本条の効果は代金支払拒絶という重大な帰結をもたらすため、

ここで抽象的な要件を定めると、買主側が濫用しかねない。

この点は、「反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じた場合においても一定の要件の下で適用を認めるべきか」など、不安の抗弁権の議論とも共通するところであり、濫用を防止しうる要件設定や適切な適用範囲の限定が可能であるか、慎重に検討する必要がある。（日弁連）

- 買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合における買主の代金支払拒絶権を明文化することに賛成である。但し、具体的な要件設定や適用範囲については、濫用を防ぐという観点から、慎重に検討すべきである。

買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも、買主の保護の要請がある点では、権利を主張する者がある場合と変わらない。

（横浜弁）

- 売買固有の問題というより、むしろ、不安の抗弁権の問題として一般化することを検討すべきである。

上記問題意識は不安の抗弁権と同様であり、売買固有の問題として規定するより、不安の抗弁権の問題として考えるべきではないか。もちろん、不安の抗弁権自体も要件が難しいが、仮に、規定が可能となれば、土地建物の賃借人についても、第三者から明け渡しを求められる危険性が生じた場合に、賃料支払いを拒絶する（最高裁昭和59年4月25日民集29巻4号556頁）というように、一般化できる。（兵庫県弁）

- 買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも適用されるとすることについて明文化する場合に、要件を明確化して適用範囲を明確にすることが好ましい。

消費者保護の観点からみると、買主が権利の取得を疑うべき相当の理由がある場合に代金の支払を拒むことができることは、消費者が買主の場合を考えても好ましい面がある。反面、逆に、売主が消費者である場合に、買主に濫用的に代金の支払を拒まれる可能性も否定できない。そこで、要件を明確化してその適用範囲を明確にすることが好ましい。（日弁連消費者委有志）

- 不安の抗弁権との関係を検討する必要がある。（日大民研・商研）
- 買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合に買主の代金支払拒絶権については、その具体的な要件設定や適用範囲について、更に検討することに賛成する。

代金支払拒絶という強力な効果を認める以上、その要件設定・適用範囲について、濫用のおそれのないような規定がそもそも可能かという観点から、更に検討し、そのような規定ができないのであれば、改正すべきではない。（法友全期）

- 買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも、買主の代金支

払拒絶権を認めるべきであるが、要件を明確化し、適用範囲を限定する方向で検討すべきである。

売買について権利を主張する者があるときのみならず、買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも買主の代金支払拒絶権を認めた方が、より公平に資すると思われる。しかし、あまりにも抽象的な要件を定めると濫用のおそれがあるので、要件を明確化し、適用範囲を限定する方向で検討すべきである。（東京青司協）

- 債権売買に与える影響にも留意しつつ、慎重に検討すべきである

本規定が設けられた場合、債権売買において債務者が債務の存在を否定した場合に買主が代金支払を拒絶できる可能性が生じることになる。

かかる帰結は、（譲受人としては）適切な代金支払拒絶の選択肢の拡大となる可能性を生じさせる一方、（譲渡人としては）不当に代金支払を拒絶される契機となる可能性を生じさせることになる。

そこで、本規定の検討に際しては、債権売買に与える影響にも留意しつつ、慎重に検討すべきである。（サービサー協）

- 第576条の規定を拡張する方向性に賛成するが、要件・効果について慎重に検討するべきべきである。現行576条は、権利を失う恐れがある場合の買主を保護する趣旨の規定であるが、これは、「権利を主張する者がある」という外形的な状況がある場合に限られない。ただし、濫用の恐れがあるので、要件効果は慎重に検討するべきである。（東弁）

- 具体的に妥当な要件設定ができるか否か、更に検討を要する。

買主が権利取得を疑うべき相当な理由がある場合にも代金支払拒絶を認めるべきであるが、安易に抽象的な要件を定めると、買主側の濫用を招きかねないので、明文化するか、解釈論に委ねるか、慎重に検討すべきである。（広島弁）

- 買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも適用されるという限度で明文化すべき

権利取得を疑うべき相当の理由がある場合に代金支払い拒絶を認めた方が公平。

濫用事例は個別判断となるため、それらをすべて想定して規定を設けることは困難。解釈や運用によって、妥当な結論を導くことができる。（堂島有志）

- 「権利取得を疑うべき相当の理由」の要件が曖昧であることについて懸念する意見が多かった。（最高裁）

- 適用範囲の拡張については、慎重に検討すべきである。

買主に代金支払拒絶権を認めるというのは、買主の基本的義務を否定するイレギュラーな規律であり、その適用範囲をみだりに拡張すべきで

はない。また、買主の代金支払拒絶を認めるべき合理的理由のある場合については、不安の抗弁権に関する問題として処理すればよいとも考えられるので、売買に関する特別規定の必要性の有無について慎重に検討すべきである。(弁護士)

- 買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合にも代金支払拒絶権を認める旨の明文規定を設けることについては反対する。

「買主が権利取得を疑うべき相当の理由がある場合」について抽象的に要件を定めると濫用のおそれ大きい一方、「権利を主張する者がある」場合以外であっても買主が権利取得を疑うべき相当の理由があるときは買主の代金支払拒絶権を認めるとする判例法理が確立しているわけでもなく、かかる現状で一般的な要件の定立は困難であると考えられる。(二弁)

- 民法第576条の適用範囲を広げるべきではない。民法第576条の規定は、売買の対象物件上に抵当権が設定してありこれが実行されると所有権を喪失する場合、詐害行為取消の受益者の場合などに類推適用されている。裁判例も多くなく、悪用されるおそれもないとはいえず、とりあえず現行法のままとして、個別事案において類推適用されるか否かを判断する手法でよいと思われる。(福岡弁)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### (4) 抵当権等の登記がある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第577条）

民法第577条は、一般に、当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には適用されないと解されていることから、これを条文上明確にすることの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 3(4) [51頁]】

##### 【意見】

- 当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合に民法第577条は適用されない旨条文上明確にすることに賛成である。

民法第577条の趣旨は、当事者間の公平と簡便な決済にあると解される。安価で買い受けている買主は既に危険を織り込んでいるといえ、あえて代金支払いの拒絶権まで与えて保護する必要はない。(日弁連)
- 基本的な趣旨には賛成できる。ただし、「抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合（には適用されない）」というより、「買主が、契約上、抵当権等の存在による負担やリスクを甘受すべき場合（には適用されない）」というべきではないか。(兵庫県弁)
- 条文上明確にする方向で検討すべきである。当事者が抵当権等の存

在を考慮して代金額を決定した場合には、買主は、抵当権の実行の危険を評価していることから、あえて代金支払の拒絶権を認めるべき必要はない。(東弁)

- 明確化に賛成する。(金沢弁消費者委)
- 当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には、民法第577条は適用されない旨条文上明確にすることに、賛成する。

実際に抵当権の登記が設定された不動産を売買する場合に抵当権が存在していることを考慮し、抵当権が設定されていない不動産と比較して相応に安価な代金額が決定されるのが通常である。したがって、現民法においても、そのような場合にまで常に買主が代金支払拒絶権を有するという結論は不当であるとして、抵当権等が存在していることを考慮して代金額を廉価に設定した場合には、民法第577条を適用すべきではないという解釈をしてきた。それゆえ、この解釈を条文上明確化することは妥当である。(愛知県弁)

- 条文化することに賛成。分かりやすい民法という考え方に資する。(広島弁)

- 当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には適用されないことを条文上明確にすることにつき、賛成する。当然のこととは思いますが、明確化の観点から、規定すべきである。(札幌弁)

- 民法第577条は、一般に、当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には適用されないという考え方が通説と齟齬がない限り、分かりやすい民法を目指す見地から、明文化に賛成である。(三菱電機)

- 当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合に買主による代金支払の拒絶を認めないことを明文化することは賛成する。抵当権実行によるリスクを踏まえて代金額を決定した買主に対して、代金支払拒絶権を認める必要はない。(法友全期)

- 抵当権等の登記がある場合の、買主による代金支払の拒絶は、当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には適用されないとの規定を明確にする方向で検討すべきである。

当事者が、抵当権の存在を前提に価格を決定し、売買を行った場合、当然買主を保護する理由はないとする、実務上の取扱いが定着しており、それに沿って規定を設けたとしても特に問題はないと思われる。(東京青司協)

- 民法第577条は、当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には適用されない旨を条文上明確にすべきである。

支払拒絶権を認めるのは抵当権の存在を考慮していなかった場合に限るとの結論は、現行法の解釈として異論がない。(堂島有志)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)

- 当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には適用されないことを明確にすること自体に異議はない。

抵当権が設定されている場合に、買主が被担保債権の履行（第三者弁済）を引き受けて、売主に被担保債権を控除した金額を交付するような場合に、民法第577条は適用されないことと問題はない（逆に、適用することは不合理である）。

なお、抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には、いくつかのバリエーションがあるかもしれない。買主が履行を引き受けた場合のほか、近い将来抵当権が実行されることを前提に、それまでの利用を前提に低廉な金額を代金と定める場合もあるかもしれないのでこの点には留意する必要がある。

また、買主が被担保債権の履行（第三者弁済）を引き受けて、売主に被担保債権を控除した金額を交付するような場合に、「控除後の交付額」を代金とみることには疑問もある。「履行を引き受けた部分を含めた合計額」なのではないか。「抵当権の存在を考慮して代金額を決めた」のではなく、「抵当権の存在を考慮して代金の支払方法を決めた」ということではないのか。なお検討が必要である。

抵当権が設定されているにもかかわらず、被担保債権額を控除することなく全額を売主に支払うケースはむしろ少ないと考えられる。それゆえ、立証責任の配分は、検討委員会試案のように、「抵当権の存在を考慮することなく代金が決定されていたとき」であるとの立証を買主側に負担させることには合理性があると考えられる。（大阪弁）

- 特に異論はない。（二弁）
- 第577条に、同条は当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には適用されないということを条文上明確化することは賛成である。現行法下でもそのように解されている。（横浜弁）
- 当事者が抵当権等の存在を考慮して売買代金の額を決定した場合には、民法第577条が適用されない旨明文化すべきである。（福岡弁）
- 市民への分かり易さから規定を設けることに賛成である。（広大有志）
- 抵当権の存在を考慮して代金額を決定している場合には民法第577条は適用されないということを明文化すべきである。（日大民研・商研）
- 民法第577条は、当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定した場合には適用されない旨を条文上明確にすべきである。（弁護士）
- 中間的な論点整理の考え方に、特に異論はない。（弁護士）
- 抵当権等の存在を考慮して代金を決定した場合には適用されないことを明文化することに賛成である。



消費者保護の観点からみた場合、主に売主が消費者である場合が想定されるため、明文の規定があることが好ましい。(日弁連消費者委有志)

- 本条文と第577条は抵当権等のついたまま売買することを「間接的に」禁止する条文と見るのが実務に即している。そのことを明確にした方がいい。なお、部会資料のように、抵当権を考慮して安く売買したときに本条の適用がないとすると、売主の債務は「事実上の自然債務になる」という珍妙な事態が生じる。(翻訳・出版関係)
- 契約締結時において目的物に抵当権が存在することを考慮して代金を廉価に設定した場合に、本条が適用にならないことは間違いないが、このような場合についてまで、法律上明確にすべき必要はない。(親和会)
- 改定の必要があるとは思えない。合意が優先するのは当然のことである。(個人)

### 3 果実の帰属又は代金の利息の支払（民法第575条）

売買目的物の果実と売買代金の利息を等価値とみなしている民法第575条に関しては、その等価値性の擬制が不合理であるとして、売主は引渡期日までに生じた果実を取得し、買主は代金支払期日まで代金の利息を支払う必要はない旨を規定すべきであるという考え方がある。この考え方については、果実と利息の価値の差が大きい場合の不合理性等を指摘して賛成する意見がある一方で、決済の簡便性や果実と利息の等価値性を前提とした民法の他の規定との整合性等を重視して同条の規定内容を維持すべきであるという意見があったことを踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 4 [53頁]】

#### 【意見】

- 果実と利息の等価値性を否定することに賛成である。その一方で、これを肯定する方向の民法の他の規定との調整について更に検討するのが合理的である。(金沢弁消費者委)
- 民法の他の規定との整合性等を十分に重視した上で、果実と売買代金の利息の等価値性を否定し、売主は引渡期日までに生じた果実を取得し、買主は代金支払期日まで代金の利息を支払う必要はないとの旨を規定する方向で検討すべきである。

民法第575条については、決済の簡便性という利点はあるが、現在のように金利変動の激しい状況においては、一律に果実と利息を等価とみなし相殺することには、不公平感が伴うため、見直す方向で検討すべきである。ただし、民法の他の同様の趣旨の規定との整合性に注意しつつ、慎重に検討すべきである。(東京青司協)

- 検討を求める。ここで、簡便性や等価値性を持ち出すのであれば、解除における利息と使用利益との関係も検討すべき。（広大有志）
- 現在の決済の簡便性、果実と利息の等価値性という考え方は維持できないとの理由から、売る主は引渡期日までに生じた果実を取得し、買主は代金支払い期日まで代金の利息を支払う必要がないという形で規定を設けるべきである。（日大民研・商研）
- 検討すべきである。簡易な決済として維持すべきであるという意見が多く、また、消費者問題での取り消さないし解除後の不当利得関係においては、この条文が根拠となって消費者保護が図られる場合も多い。（兵庫県弁）
- 果実と利息の等価値性を擬制する現行の規定を変更する実務上の必要性があるのか慎重に検討すべきと考える。

民法第575条については、果実と利息の価値の差が大きい場合や先履行義務を負う売主が履行期を徒過した場合に不合理な結果になるとの指摘があるが、後者については、別途債務不履行による損害賠償が認められる限り、不合理な結果は回避できる（ただし、民法第575条の適用される場面では債務不履行による損害賠償が認められないという見解があることを考慮して、現行の規定を維持した上で、民法第575条が適用される場合であっても、別途債務不履行による損害賠償が可能であることを明文化することは検討する余地があると考え）。

他方、果実と利息の等価値性を擬制する現行の規定は、簡易な決済に資するものであるところ、同規定を変更する場合、指摘されているとおり、決済の簡便性が損なわれ複雑な処理が必要になる場合が生じる可能性があり、また、果実と利息の法的な等価値性を前提としている民法の他の規定との体系的な整合性の点で問題が生ずる恐れがある。

したがって、果実と利息の等価値性を擬制する現行の規定を変更する必要があるのか、立法事実に基づき、慎重に検討すべきと考える。（二弁）

- 消費者保護の観点からは、どちらともいえない（消費者が有利でもあれば不利な場合もありうる）。当事者の取り決めが明白ではない場合（多くは、非事業者間の取引）のことを考えると、デフォルト・ルールとしては、簡易な決済が好ましいとも思われる。（日弁連消費者委有志）
- 第575条を変更しない方向で検討すべきである。

現行実務は、果実と利息を等価値と擬制する575条に一定の合理性が認められることから、これを前提としつつ、実際に不合理性が生じる場合には契約条項で調整している。そのため、現状においては特段の不都合性はなく、575条を変更すべき必要性は乏しい。また、仮に変動利率が導入されたとしても、適切な利率が設定される限り、通常、売買目的物の果実との等価値性は保たれると思われる。（東弁）

- 売主は引渡期日までに生じた果実を取得し、買主は代金支払期日まで代金の利息を支払う必要はない旨を規定することについて、反対する。不動産質権に関する現民法第356条・358条や579条後段は、代金の利息と果実が等価値であることを前提としており、これらの規定との整合性を確保するためには、第575条を維持すべきである。このように考えても、当事者間で異なる内容の合意も可能とすれば不都合はない。(愛知県弁)
- 民法第575条を維持すべき。但し、法定利率につき変動利率を導入する場合には新たな検討が必要。実際に果実の価値と利息を比較して精算するとなると、複雑な利害関係が絡み、紛争を増加させかねない。その点、現行規定は、当事者間の簡易な決済を図って紛争を回避しており、更に、他の規定(民法第356条、第358条、第579条後段等)との整合性も考慮して、現行規定を維持すべきである。(広島弁)
- 第575条を維持する考えを支持する。決済の簡便性の観点から、575条を維持すべきである。(札幌弁)
- 売買目的物の果実と売買代金の利息を等価値とみなしている民法第575条に関しては、現行規定の内容を維持すべきであり、更に検討することに反対する。実務で問題がない以上、立法事実が存在しない。(法友全期)
- 現行法を維持すべきである。  
現行民法第573条により、目的物の引渡時期について定めがあるときは、代金の支払いについても同一の履行期を定めたものと推定され、相手方の履行の提供があるまで自己の債務の履行を適法に拒絶することができる。この場合、果実収取権の移転も代金の利息支払義務も発生しない第575条があった方が決済の簡便性を保つことができる。  
先履行義務を負う売主が引渡を怠った場合(かつ、買主が代金を支払っていない場合)、売主が引続き果実を収取することについては、買主が代金を支払っていない以上、公平の見地から常に不当であるとはいえない。果実の価値が圧倒的に高く、果実収取権の移転を帰結すべき場合というのは、極めて稀な例外に属するから、民法の定めた原則的規定を前提として、特約を設けるか否か当事者の合意に委ねるべきである。(堂島有志)
- 現行民法575条の下で、本提案で指摘されるような不合理性等が生じている事例は裁判実務上必ずしも多くないと考えられ、取引実務でも決済の簡便さ等同条を前提とした運用がされていると考えられるから、改正の立法事実があるかどうかを慎重に見極めるべきであると思われるとする意見が多かった。(最高裁)
- 現行法の規律を維持すべきである。  
現行法のルールで不都合はない。任意規定なので、価値の差を考慮し

ように思えば、特約で排除できる。デフォルト・ルールをどう設定するかの問題であり、デフォルト・ルールが適用されるような取引においては、精密なルールを規定する必要性は大きくない。

また、実務的な観点からは、現行法の方が紛争を円満・迅速に紛争処理はしやすいと思われる。果実（使用利益）や管理費用の精算は付随的な問題である。使用利益や管理費の評価はいずれも難しい面がある。これをめぐる争いが、本来的な問題の解決の妨げになる可能性があるからである。

さらに、果実と利息の法的な等価値性を認めている民法の他の規定（特に質権に関する356条・358条との整合性も見直さなければならなくなる。

もともと、価値の差が履行の拒絶の原因となっている場合には、現行法を改めた方が、紛争解決のインセンティブを与えることとも考えられるので、なお検討が要である。ただし、果実の引渡しと利息の支払いを認める処理をする場合にも、約定利息を適用することにより逆に均衡が崩れる場合も生ずる余地もあるので、慎重な検討が必要である。（大阪弁）

- 果実と利息の等価値性を擬制する現行法を変更する必要はないと考える。

果実と利息の等価値性を擬制する現行法に対しては、両者の価値に差がある場合に不合理な結論があることなどが指摘されているが、それは現行法が等価値性の要請よりも簡易な決裁の要請を優先したためであり、そのような価値判断は、現在においても通用するものであり、特に改正する必要があるか疑問である。

また、不動産質に関する現行法の規定も、果実と利息の等価値性を擬制しており、改正にあたっては、その規定の変更についても検討しなければならないので、現行法を変更する必要はないと考える。（横浜弁）

- 民法第575条を改正すべきではない。目的物の引渡日を基準として果実の配分を決め、その配分は引渡しの遅滞が売主の帰責事由に基づく場合であっても同様と解釈されているので、売主の引渡義務の履行が先履行で、引渡しの遅滞が売主の帰責事由に基づく場合であっても、買主は目的物からの果実を取得できず、同等の損害賠償請求もできない（通説、判例）。これは不合理なようにもみえるが、果実を取得するための費用、目的物を維持・保管するリスクを売主が負担していることも考えると、不合理とまではいえないであろう。上記事例で、仮に、過大な果実が発生する場合は、民法第575条と異なる「当事者の合意」がなされ、または、明確な合意がなくても、「合意の趣旨」から判断して、同趣旨の合意があった旨認定できるときもあろう。（福岡弁）
- 民法は、果実と利息の等価値性を擬制して、果実と利息の簡易な決済を図

ろうとしているのであり、その趣旨は相当であって、変更の必要はない。  
(親和会)

- 民法第575条を変更することに反対である。

果実と利息の精算は一般に複雑な関係をもたらす、紛争を増加させる可能性がある。現行法はこれらを排し、当事者間の簡易な決裁を図り、紛争を回避するメリットがある。

他の規定との整合性を保つためにも現行法を維持すべきである【部会資料15-2第3, 4 [54頁]】。

実務上、特段不都合は生じていない。本条は特約を許す任意規定であるから、例外的に果実と利息の価値の差が大きいような場合には、当事者間で特約をすれば足りる。(日弁連)

- 民法第575条については、現行法の規律を維持すべきである。

民法第575条は、目的物の果実と利息を法的に等価値と擬制することにより、簡易な決済を図る規定であり、仮に改正によってこの規定の適用範囲が制限される場合、引渡しの遅延があった場合の法律関係が極めて複雑になり、裁判実務に少なからず混乱をもたらすことが予想され、果実と利息の等価値制を認める他の規定との整合性も問題になる。(弁護士)

- 民法第575条の根拠とされる売買目的物の果実と売買代金の利息が等価値であるという擬制は、決済の簡便性にとって合理的である。果実の価値が圧倒的に高く、目的物を引き渡さない方が有利になる場合に売主の果実収取権を認めた大判大正13年9月24日民集3巻440頁は批判されており、立法事実はあると考える。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない(個人)

#### 4 その他の新規規定

##### (1) 他人の権利の売買と相続

同一人が他人の権利の売買の売主と権利者の法的地位を併せ持つに至った場合における相手方との法律関係に関しては、判例・学説の到達点を踏まえ、他人の権利の売主が権利者を相続したとき、権利者が他人の権利の売主を相続したときなどの場面ごとに具体的な規定を設けるかどうかについて、無権代理と相続の論点(前記第33, 3(2))との整合性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 5(1) [54頁]】

##### 【意見】

- 判例理論の明文化の方向で検討すべきである。基本的な場面における判例法理については、概ね実務上異論が少ないものと考えられる。(東弁)
- 賛成する。判例法理の明文化に反対する理由はない。(金沢弁消費者)

委)

- 同一人が他人の権利の売買の売主と権利者の法的地位を併せ持つに至った場合における相手方との法律関係に関して、無権代理と相続の論点との整合性を持たせつつ、判例法理を明文化することについて、賛成する。上記の場面について判例は固まっているといえるので、明文化すべきである。(愛知県弁)
- 無権代理の相続の問題と整合性を持つように解決すべきである。  
判例も、他人の権利の売主が権利者本人を相続した場合について、無権代理と相続人の論点と整合性を持つ判断を下しており、その内容に異論はない。(広島弁)
- 無権代理と相続の論点との整合性を留意しつつ基本的な場面について判例法理を明文化することに賛成である。わかりやすい民法の観点から、判例法理は基本的に明文化すべきである。(三菱電機)
- 同一人が他人の権利の売買の売主と権利者の法的地位を併せ持つに至った場合における相手方との法律関係に関して、無権代理と相続の論点との整合性を持つようにすることに賛成である。  
他人の権利の売主を権利者本人が相続した場合に関する確定的な判例(最判昭和49年9月4日民集28巻6号1169頁)も、無権代理と相続の論点と整合性を持つ判断をしており、その内容に異論はない。  
他人の権利の売買と相続の論点に関しては、無権代理と相続の場面と事実関係が類似するため、各類型について整合的な規定を設けることが合理的である。そこで、無権代理と相続に関する規定と同様に、判例の結論に異論のない範囲で明文化して、分かりやすくすることに資すべきである。(日弁連)
- 同一人が他人の権利の売買の売主と権利者の法的地位を併せ持つに至った場合における相手方との法律関係に関しては、判例・学説の到達点を踏まえ、他人の権利の売主が権利者を相続したとき、権利者が他人の権利の売主を相続したときなどの場面ごとに具体的な規定を設けることに賛成である。  
判例法理がおおよそ固まっている部分なので、明文化することで、市民にとってわかりやすい民法を示すことにつながる。(法友全期)
- 他人の権利に関する売買契約の権利者が死亡し、売主が権利者の地位を相続した場合、売主は、権利者が有する追認拒絶権を行使できない旨明文化すべきである。  
他人の権利に関する売買契約の売主が死亡し、権利者が売主の地位を相続した場合、権利者は、追認拒絶権に基づき、売主が負担している履行責任に基づく履行を拒絶することができる旨明文化すべきである。(福岡弁)

- 権利者が売主の地位を相続した場合、売主が権利者の地位を相続した場合については、判例が明確になっているので、判例の趣旨を明確にするためにも、明文化すべきである。(親和会)
- 市民の行動指針という点からは、売主は免れ得ないことをハッキリと記す方が良い。(広大有志)
- 賛成。(大学教員)
- 定着した合理的判例を明文化して分かりやすい民法にすることは反対しない。(兵庫県弁)
- 規定を置くかどうかについては、無権代理と相続の規定との関連を考慮して決すべきである。  
無権代理において相続があった場合と利害状況が類似することや、他人物売買と無権代理とは認定においても紙一重であることから、無権代理と相続についての規定を置くか否かにあわせるのが、基本的に妥当である。(大阪弁)
- 他人の権利の売買と相続に関する事項は、細目にわたるものであり、これを民法典において規定することについては慎重であるべきである。(二弁)
- 判例・学説の結論には異論はないが、具体的な規定を設けることについては慎重に検討すべきである。  
判例上結論に争いのないところであるが、日常頻繁に生じる場面とは言えず、逐一明文規定を設けるほどの必要性があるか疑問が残る。(横浜弁)
- 多くの場合を想定して網羅的に明文規定を置くことは困難ではないかとの意見があった。(最高裁)
- 規定を設けることに反対。このような変則的な場面についてまで、民法典に規定する必要はなく、判例実務に委ねるべきである。(堂島有志)
- 無権代理と相続の問題を含め更に検討すべきであるが、現在の判例によりうまく処理できていることでもあるので、あえて規定する必要はない。(日大民研・商研)
- 他人の権利の売買と相続について、場面ごとの具体的な規定は、不要と考える。  
他人の権利の売買と相続について類型化するにしても様々なケースがあり、これを規定すると条文が多くなりすぎる。他人の権利の買主にも権利者としての地位はあるとした上で、その行使を認めるべきかどうかは、個別に判断していけば十分である。(札幌弁)
- このような事項につき明文の規定を置く必要は無い。  
無権代理と相続について明文の規定を置くのであれば、その類推適用等で解決できる問題であり、このような細目についてまでわざわざ明文

の規定を置く必要は無い。(弁護士)

- 改定の必要があるとは思えない。ケースごとの規定を設けなくとも、法律の規定を素直に適用すればよいと考える。いずれのケースでも、相手方の立場には違いはないということも、認識しておくべき点である。(個人)
- 無権代理と相続に関する論点と同様、このような細目についてまで明文の規定を設ける必要はないと考える。(弁護士)

## (2) 解除の帰責事由を不要とした場合における解除権行使の限界に関する規定

債務不履行解除の要件としての帰責事由を不要とした上で(前記第5, 2), 解除と危険負担との適用範囲が重複する部分の処理(前記第6, 1)について解除権の行使を認める考え方を採用する場合(部会資料5-2第4, 3[100頁]における解除一元化モデルや単純併存モデル等)には, 双務契約の一方の債務が債務者の帰責事由によることなく履行できなくなったときに, その危険をいずれの当事者が負担するか(反対債務が存続するか否か)という問題(前記第6, 3等)は, どのような場合に債権者の解除権行使が否定されるかという形で現れる。

これを踏まえ, このような解除権行使の限界を, 双務契約の基本形と言える売買において規定すべきであるという考え方について, 更に検討してはどうか。

また, 買主が目的物の瑕疵を理由に売主に対し代物の請求を行い, それに伴って瑕疵ある目的物の返還義務を負う場合において, 目的物の滅失・損傷が生じたときのリスクを誰が負担するかという問題は, 上記の基準では処理できない。そこで, この点の特則を新たに設けることの要否について, 更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第3, 5(2)[56頁], 同(関連論点)[58頁]】

### 【意見】

- 規定を設けて解除権行使が否定される場合を明確化するのが妥当。しかし, 強行規定とするまでの必要はない。(金沢弁消費者委)
- 解除の帰責事由を不要とする考え方には反対であるが, 仮に, 帰責事由を不要とする考え方を採る場合, 解除権行使の限界を双務契約の基本形と言える売買において規定することについて, 賛成する。解除の帰責事由を不要とする考え方には反対であるが, 仮に, 帰責事由不要の立場を前提とすると, 売買契約における危険の移転時期を定める基準を定め, 買主の解除権を制限する規定は必要であると考え。瑕疵のある目的物が引渡後に滅失・損傷した場合の特則を新たに設けることについては, 反対する。理論的には明快であるが, 瑕疵ある



目的物の価額算定が困難であることは現民法における不当利得制度等を利用する場合と同様であって、明文化によって問題が解決するかは疑問である。(愛知県弁)

- 解除権行使の限界に関する規定を売買において設けることにつき、賛成する。

買主が売主に代物請求をし、これに伴って瑕疵ある物の返還義務を負う場合に、目的物が損傷・滅失した場合のリスクを誰が負担するかという点の特則を設けるべきである。内容としては、目的物が損傷・滅失が瑕疵と無関係に生じた場合には、買主に瑕疵ある目的物の価額返還義務を負わせて、一方、目的物が損傷・滅失が瑕疵に起因する場合には、買主に瑕疵ある目的物の価額返還義務を否定するとすべきである。

危険をいずれの当事者が負担するかという問題が、双務契約の基本形と言える売買でどのように現れるかを、明らかにすべきである。

買主が売主に代物請求をし、瑕疵あるものの返還請求を負う場合に、目的物が損傷・滅失した場合のリスクを誰が負担するかという点は規定がないので、これを設けるべきである。内容は、目的物の支配可能性の所在により危険を振り分け、上記意見のように規定すべきである。

(札幌弁)

- CISG 66条～70条は、瑕疵ある目的物が引渡し後に滅失・損傷した場合にあてはまる規定であり、基本的にこの条文と同様の規定をして明確化することが望ましいと思われる。(国際取引有志)
- 検討すべきである。特に、後段の問題提起において、契約解除・取り消し後の契約の巻き戻しが絡む場合について、一般的な規定を整備する方向で検討すべきである。解除に帰責事由が不要であるとする場合で、かつ、危険負担制度を存続させる、というときは、避けては通れない議論である。(兵庫県弁)
- 売買に契約総則の機能を持たせるのであれば、売買での規定に賛成。瑕疵物の返還において、瑕疵物の滅失毀損の原因が瑕疵物であれば、売主が危険を負担すべきである。(広大有志)
- 解除権行使の限界を、双務契約の基本形と言える売買において規定することに賛成する。いわゆる危険負担の問題は、売買契約の対価的牽連関係を基礎におくものであり、双務契約の基本形と言える売買において規定するのが一番合理的である。

買主が目的物の瑕疵を理由に売主に対し代物の請求を行い、これに伴って瑕疵ある目的物の返還義務を負う場合において、目的物の滅失・損傷が生じたときのリスクを誰が負担するかという問題について、特則を新たに設けることに賛成する。現行法に規定がない部分について、当事者間の公平を図る特則を設けることは重要である。(法友全)

期)

- 中間論点整理の前段について、危険移転の時を基準として、解除権行使ができなくなることを規定すべきである。解除権行使に帰責事由を要しないこととする以上、必要である。

中間論点整理の後段について、特段の規定を要しないと考える。第5（契約の解除）の3（債務不履行解除の効果）(3)（原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理）について、規定を不要とし、解釈に委ねたのと同じ趣旨である。（堂島有志）

- 売買契約において、目的物が買主に引き渡された後（引渡し以外に移転登記等がなされる場合で、引渡前に登記等がなされた場合は登記等がなされた後）に目的物が滅失・損傷した場合で、この滅失・損傷が売主の責めに帰すべき事由によって発生したときは、買主は契約を解除することができない旨明文化すべきである。

買主が引渡しを受けた物に瑕疵があり、買主が代物請求権を行使し代物が給付された場合には、買主は瑕疵ある物を売主に返還しなければならない。瑕疵ある物が、滅失・損傷、費消等によりその全部又は一部が返還できなくなった場合、返還ができなくなった部分の価額を返還する。ただし、その滅失等が瑕疵に起因して生じた場合、又は買主の保管義務違反によらずに生じた場合はこの限りではない。

この保管義務の程度は、自己の財産におけると同一の注意義務と考えるべきである。（福岡弁）

- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 双務契約の一方の債務が債務者の帰責事由によることなく履行できなくなったときに、その危険をいずれの当事者が負担するか（反対債務が存続するか否か）について、まず、「解除権行使の限界」という形に絞っての論点整理に異議がある。危険負担の制度を廃止することについては、特に慎重に検討すべきである。(1) 「解除権行使の限界」という形の議論に誘導するような論点整理は妥当ではない。

債務不履行解除の要件としての帰責事由を不要とした場合においても、危険負担制度の存続を認め、履行不能の場面においては、危険負担が優先するとする立場も尊重した形で検討を進めるべきである。「解除権行使の限界」という形で規定するという議論にとらわれるべきではない（危険負担の形で規定することも想定した議論を行うべきである）。

危険負担の制度を廃止することは、慎重な検討を要する。危険負担の制度は既にわが国において定着している制度である。また、賃貸借契約、雇用契約、さらには継続的供給契約（継続的売買）においては、解除の問題とは別に危険負担を問題にしなくてはならない。売買契約（単発型）についてのみ危険負担の問題を解除権行使の限界の問題に

還元することは、制度として理解しにくい。また、解除に帰責事由を不要とすると（第3，2），解除と危険負担との適用範囲が重複する部分が生ずるが（第4，1），より要件の厳しい制度に合わせることの合理性にも疑問が残る。

危険の移転時期に関し、534条の債権者主義を制限する方向で修正することに賛成である。この点についての具体的な議論こそが重要である。引渡し、登記移転、代金支払のうちいずれがあれば危険が移転するのかについて、十分に議論する必要がある。

現行民法の危険負担における債権者主義の妥当範囲（534条1項の修正）については、従来からその合理性に疑問が示されているところである。目的物が滅失したにもかかわらず、反対債務である代金債務を存続させることは公平とはいいがたい。代金を前払いしている場合も、この点では同じである。

基本的には、買主が目的物の現実的な支配をおさめた段階（正確にはおさめえた段階）で危険が移転するとすべきである。具体的に現実的な支配をおさめた段階としては、引渡し（現実の提供）、登記移転、代金支払が考えられるが、前2者については、引渡しと登記が同時になされない場合についていずれを優先させるか、いずれか早い段階で足りるとするかという問題があるし、代金支払については、現実的支配の移転を認めることの当否自体が問題となりうるところである。

危険の移転の問題は、非常に例外的な事象ではあるが、災害等の場合には必ず問題となりうる事柄であり、その場合には、危険の移転の有無によって当事者間の利害に大きく影響を及ぼすのであり、現実の取引実務の扱いや当事者間の公平などの観点から、十分な検討が必要である。

なお、危険の移転に関する規定は任意規定であるが、具体的な合意を定めなかった場合におけるデフォルト・ルールを明示することには十分に意味がある。

瑕疵ある目的物が引渡し後に滅失・損傷した場合の規定を設けるべきかについて、このような場面までを想定した規定を設ける必要があるかは疑問である。また、瑕疵ある目的物で、特定を認めるべきか否かについて、慎重に検討すべきである。さらに、仮に規律を設けるとしても、複雑な規律とならないよう慎重に検討すべきである。（大阪弁）

- 解除の要件として帰責事由を必要とするのが妥当であり、これを不要とする前提自体に反対する。これを不要とする前提での検討、とりわけ解除一元論については強く反対する。

買主が瑕疵ある目的物の返還義務を負う場合に、目的物が滅失・損傷した場合の処理について新たに規定を設けることについては、「分か

りやすい民法の実現」に資するから、賛成する。(東弁)

- 双務契約の基本形である売買において解除権行使の限界に関する規定を設けるべきか否かについて、仮に解除に帰責事由を不要とする立場に立ったとしても、解除権の限界に関する規定は契約総論の解除のところに設けるべきであり、売買契約の中に規定を置くべきではない。解除に関する規定を契約総論と売買に分けて設けることは一覽性に欠け、分かりやすい民法という考え方に反する。

瑕疵ある目的物が引渡後に滅失・損傷した場合の特則を設けることの要否について、こうした特則を設けることに賛成する。現行法に規定のない場合に関する当事者の法律関係を、危険負担と整合性を保ちつつ、規定を設けることは有益である。(広島弁)

- 解除権行使の限界にかかる議論については、そもそも債務不履行解除の要件につき帰責事由を不要とすべきではなく、これを前提とした本論点については、検討すること自体に反対する。

瑕疵ある目的物が引渡後に滅失・損傷した場合の特則の要否を検討することについては、特に異論はない。(二弁)

- 解除の帰責事由を不要とすることの賛否については措くとして、仮に帰責事由を不要とし、危険負担を廃止する立場や解除と危険負担の併存を認める立場を採用した場合に、解除権行使の限界に関する規定を置くことには問題がないと考える。現行法のもとでは、買主に危険が移転するのは、目的物の支配可能性が買主に移ったときからであるとする説が有力であり、引渡あるいは移転登記の時期を解除権行使の限界として明記することは、分かりやすい条文という点からも望ましい。

買主が目的物の瑕疵を理由に売主に対し代物の請求を行い、それに伴って瑕疵ある目的物の返還義務を負う場合において、瑕疵ある目的物が引渡後に滅失・損傷したときのリスクを誰が負担するかについての特則を置くことに賛成である。買主が代物請求をする場合の危険の負担につき、明文化することで分かりやすくなる。(横浜弁)

- 危険負担に関する規定は存続させるべきであって、危険負担の廃止を前提として買主の解除権行使が制限される場合について議論する必要はない。(親和会)

- 帰責事由を必要とする見解に立つので、この問題は生じない。(日大民研・商研)

- 解除の帰責事由不要論には反対である。仮に、債務不履行解除の要件としての帰責事由を不要とする考え方を採る場合、解除権行使の限界を双務契約の基本形と言える売買において規定すべきであるという考え方には賛成意見が強い。

瑕疵のある目的物が引渡後に滅失・損傷した場合の特則を新たに設けることについては賛成する。

現行法の規定がない場合に関する当事者間の法律関係について、危険負担と整合性を保ちつつ、規定を設けることは当事者間の公平を図ることに資する。(日弁連)

- 解除に帰責事由を不要とした場合に、危険負担と適用範囲が重なる部分については、あえて意思表示を求めること自体の合理性に疑問が残る。解除に帰責事由を不要とした債務不履行解除の要件としての帰責事由を不要とした上で(第3, 2), 解除と危険負担との適用範囲が重複する部分の処理(第4, 1)について、より要件の厳しい制度に合わせて、解除権の行使を必要とすること自体に合理性があるか疑問である。

危険負担の制度は既にわが国において定着している制度である。また、賃貸借契約、雇用契約、さらには継続的供給契約(継続的売買)においては、解除の問題とは別に危険負担を問題にしなくてはならない。売買契約(単発型)についてのみ危険負担の問題を解除権行使の限界の問題に還元することは、制度として理解しにくい。

民法第534条1項の債権者主義については、買主等に酷であるので、引渡し又は登記の移転時(正確には弁済の提供時)に危険が移転するものとすべきである(代金支払のみをもって危険の移転を認めるべきではない)。民法534条1項の債権者主義については、その合理性に疑問がある。目的物が滅失したにもかかわらず、反対債務である代金債務を存続させることは公平とはいいがたい。代金を前払いしている場合も、この点では同じである。買主が目的物の現実的な支配をおさめた段階で危険が移転するとすべきであり、引渡し又は登記の移転がなされるまでは、危険は債務者(売主)が負担するとすべきである。

買主が目的物の瑕疵を理由に売主に対して代物請求を行った場合に、引き渡されていた目的物が滅失した場合の規律を設けることについては慎重であるべきである。買主が目的物の瑕疵を理由に売主に対して代物請求を行った場合に、引き渡されていた目的物が滅失した場合の規律については、このような特殊な場合についての規定があると法律が煩瑣なものとなり、解釈に委ねることにも道理性がある。他方で、明文の規定があった方が分かりやすいという面もある。もっとも、例えば、消費者が買主の場合に、買主側の支配があったということで一律にリスクを負担させるのがよいかについては慎重な検討が必要である。(日弁連消費者委有志)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)
- ① 「解除権行使の限界」という形に論点整理したことは妥当でない。危険負担の制度を廃止することについては、賛成できない。危険負担の制度は既にわが国において定着している制度である。また、賃

貸借契約，雇用契約，さらには継続的供給契約（継続的売買）においては，解除の問題とは別に危険負担を問題にしなくてはならない。売買契約（単発型）についてのみ危険負担の問題を解除権行使の限界の問題に還元することは，制度として理解しにくい。また，解除に帰責事由を不要とすると（第3，2），解除と危険負担との適用範囲が重複する部分が生ずるが（第4，1），より要件の厳しい制度に合わせるのは合理的でない。

- ② 危険の移転時期に関し，534条の債権者主義を制限する方向で修正することに賛成である。この点についての具体的な議論こそが重要である。引渡し，登記移転のいずれかがあれば危険の移転を原則として認めるべきである。代金支払の支払だけでは危険の移転は認めるべきでない。現行民法の危険負担における債権者主義の妥当範囲（534条1項の修正）については，従来からその合理性に疑問がある。目的物が滅失したにもかかわらず，反対債務である代金債務を存続させることは公平とはいえない。代金を前払いしている場合も，この点では同じである。基本的には，買主が目的物の現実的な支配をおさめた段階（正確にはおさめえた段階）で危険が移転するとすべきである。
- ③ 危険の移転の問題は，非常に例外的な事象ではあるが，災害等の場合には必ず問題となりうる事柄であり，その場合には，危険の移転の有無によって当事者間の利害に大きく影響を及ぼすのであり，現実の取引実務の扱いや当事者間の公平などの観点から，十分な検討が必要である。なお，危険の移転に関する規定は任意規定であるが，具体的な合意を定めなかった場合におけるデフォルト・ルールを明示することには十分に意味がある。（弁護士）
- このような考え方には反対であり，今後検討の対象とすべきではない。双務契約における解除権行使の限界について規定を設けるのであれば，契約総論に規定を設けるべきであり，敢えて売買のところ規定すべきという考え方に合理性は認められない。そもそも，このような考え方は，債務不履行解除の要件としての帰責事由を不要とした場合であっても，危険負担制度を廃止して解除に一元化するという無理な構想の結果生まれたものであり，一般論として危険負担制度は不要とした上で，契約各論において危険負担的な発想に基づく規定を新設すべきという考え方は論理的にも整合していない。いわば，解除一元化論の行き着いた「最後の墓場」と評するしかない論理的に破綻した立法提案を，もはやこれ以上検討の対象とする必要性は認められない。（弁護士）

### (3) 消費者と事業者との間の売買契約に関する特則

消費者と事業者との間の売買契約においては、消費者である買主の権利を制限したり消費者である売主の責任を加重する条項の効力を制限する方向で何らかの特則を設けるべきであるとの考え方の当否について、更に検討してはどうか（後記第62，2④参照）。

【部会資料20-2第1，2 [11頁]】

#### 【意見】

- 賛成する。（仙台弁）
- 民法に消費者概念を取り入れることには賛成であり（後記第62にて詳述），消費者にかかる必要な規定を設けることは検討されるべきである。（兵庫県弁）
- 契約一般に適用されるべき規定に限って民法に取り込むことには賛成するが，特に消費者，事業者のみに適用される規定を民法に設けることには反対する。消費者契約法等特別法で規定すべきである。上記考え方は，特に消費者と事業者との間の売買契約に限定されるものであり，これについては消費者契約法その他の消費者法で規定すべきであり，民法には規定を置くべきではない。（東弁）
- 消費者と事業者間の売買契約において適用される消費者保護の特則を設けることについて特に異論はない。

もともと，消費者契約における不当条項規制として，より一般的な消費者保護の特則を設けることを検討すべきである。

権利の制限および責任の加重を伴う条項により消費者が害される危険は，何も売買契約に限ったことではない。消費者と事業者間の売買契約についての消費者保護の特則の存在が，かえって，他の契約類型における消費者保護を軽視する結果をもたらすものとなってはならない。（大阪弁）
- 更に検討することに異存はないが，消費者対事業者間契約に限らず，「格差」契約について特則を設けるべきである。

契約当事者間の有意な「格差」について，手当てをすべきである（後述第62）。（横浜弁）
- 消費者である売主の義務を加重し，消費者である買主の権利を制限する合意は，これによって，消費者の権利が侵害され，その程度が消費者保護の趣旨に反すると認められる場合には，無効とする。「消費者に準じる小規模零細法人等が事業外取引」として締結した場合も同様とする旨の明文の規定を設けるべきである。（福岡弁）
- 賛成。（大学教員）
- 基本的に賛成する。消費者と事業者との間の売買契約においては，事業者によって一方的に作成された不当条項により消費者が被害を受

けるおそれが高いことから、実務上考えられる様々な場面を想定して規定を整備する必要がある。(弁護士)

- 検討するという姿勢には賛成であるが、「売買契約に関する特則」という一般的な形で議論するのではなく、具体的な規律事項を明確にした上で議論を行うべきである。

売主の責任を減免する条項や買主たる消費者の責任を加重する条項については、消費者契約法の不当条項規制により既にカバーされている。消費者保護の観点からは、特に売買契約に限定した特則よりも、他の契約類型にも妥当する特則を置くことの方がより適切である。売買契約に関して民法に具体的にどのような規律が設けられるのかにもよるので、具体的な条項に即して議論することが有益である。

また、特則を消費者契約法ではなく民法で立法することの是非についても、慎重に検討すべきである。(日弁連消費者委有志)

- 中身が明確ではないので何とも言えない。抽象的に消費者契約の特則を設ける議論をすることには意味がないし、また、契約の不当性のメルクマールをアプリオリに消費者・事業者の二分法に依存させようとする傾向の表れとして適切でもない。商人に関する特則を事業者に拡大すること以上に、果たして特則が必要であるか疑問である。そもそも、デフォルト・ルールを商化することの代償措置であるとするれば、前提自体が不都合である。ただし、一定のデフォルト・ルールの無効規定を設ける必要があり、事業者あるいは商人を除外することが適切である場合には、そのような特則を設けることには反対しない。(弁護士)

- 慎重に検討すべきである。

民法に消費者・事業者の概念を取り入れるか否かについては、更に慎重な検討がなされるべきである。(愛知県弁)

- 消費者契約である売買契約において、消費者である買主の権利を制限したり、消費者である売主の責任を加重する条項の効力制限規定を民法に置くか否かについては、売買契約に限る必要性の有無、消費者契約法ではなく民法で定めることの是非などを、慎重に検討すべきである。

消費者である買主の権利を制限したり、消費者である売主の責任を加重する条項の効力制限規定には賛成であるという意見も多い。

その一方で、売買契約に限らずに広く不当条項規制で対応すべきではないか、消費者契約法等の特別法で対処すべきではないかという見解もあった。(日弁連)

- 規定は、一般法たる民法ではなく、消費者保護法制等の中で特別法としておくのが望ましいと考える。(農中)

- 消費者保護の規定を民法に取り込むべきではない。

消費者保護に関する規定は消費者保護法等により規定すべきであっ



て、私法の一般法である民法に敢えて消費者・事業者概念を持ち込む必要はない。また事業者の中には消費者に近い者も含まれ、こうした者の保護が不十分となるおそれもある。こうしたことから、消費者と事業者間の売買契約につき民法で特則を規定すべきでない。(広島弁)

- 消費者の権利を制限・責任を加重する条項の効力を制限する方向の特則を設けることにつき、反対する。

消費者保護の見地から、内容には賛成する。しかし、民法に事業者概念を持ち込むこと自体に反対する。特別法に規定すべきである。(札幌弁)

- 消費者と事業者との間の売買契約において特則を設けることには反対である。

そもそも民法に消費者・事業者概念を導入することには反対である(後記第62参照)。消費者契約法等の特別法での立法とすべきである。(二弁)

- 消費者契約法に委ねればよく、民法にて特則を設けることに反対である。(三菱電機)

- 消費者と事業者との間の売買契約において、何らかの特則を設けるべきであるとの考え方につき、制限すべき契約条項等は、個々の契約及び業態等により様々でありこういった規定は、政策的配慮を反映させることのできる特別法において手当てされるべきと考える。(不動産証券化協)

- 消費者保護の規定は、消費者契約法及び各種業法において定められており、既に十分に整備されていることから、更に民法で消費者保護の特則を定めることには賛成できない。(不動協)

- いわゆる消費者契約の問題であり、自由と平等を基本理念とする民法において、それを修正する規定を特則として取り込むことについては、基本的に反対する。

民法は私法における一般法であり、その理念は自由と平等を基礎とするところ、これを修正する消費者と事業者との規定は、本来的には消費者法の枠組みで規定されるべきものである。これは、法文の組立てを、これまでの演繹論的な組立てから、帰納論的かつ機能論的な組立てに変更するという場合であっても、変更する必要はないと思われる。(法友全期)

- 民法で規律することには反対する旨の意見が多かった。(最高裁)
- 仮に、事業者・消費者の定義など、消費者保護法理を一定程度民法に取り込むとしても、「私法の一般法」である民法典に消費者契約に関する特則を規定する必要性は認められない(消費者契約法等の特別法に規定すれば十分である)し、消費者契約のうち一部のみについて特則を設ける根拠(労働契約は取り込まない)にも乏しい。(親和会)

- 特にないが、民法に規定すべきかどうかは疑問である。(広大有志)
- 一定の属性を前提とした特則を民法中におくことは妥当でない。(ヤフー)
- 消費者保護は、消費者契約法等の消費者保護規制や業法等の事業者規制によって達成することが本筋であり、一般法である民法に契約当事者の属性に応じた規制を持ち込むのは適当ではないとの観点も踏まえて再考する方向で検討してはどうか。(長島・大野・常松有志)
- 消費者と事業者に関する規定は民法典中に規定すべきではない。(日大民研・商研)
- 反対である。インターネット等の発達により消費者の知識が事業者を凌駕している例も多いのではないかと。零細な事業者(例・町の小売業者)の責任が民法で加重されることは非常に疑問。(主婦)
- そもそも、一般法たるべき民法に消費者法の概念・規定を無理矢理導入しようとしている自体に無理があるものとする。消費者取引に関して特則を設けたいのであれば、現行の消費者契約法等で規定する方がよほど簡便であり、理解もしやすく、余計な弊害も生じにくいと考える。(会社員)
- 改定の必要があるとは思えない。消費者保護の考え方を民法に混入すべきでない。(個人)

#### (4) 事業者間の売買契約に関する特則

事業者間の売買契約に関し、以下のような特則を設けるべきであるとの考え方の当否について、更に検討してはどうか(後記第62, 3参照)。

- ① 事業者間の定期売買においては、履行を遅滞した当事者は、相手方が履行の請求と解除のいずれを選択するかの確答を催告し、確答がなかった場合は契約が解除されたものとみなす旨の規定を設けるべきであるとの考え方
- ② 事業者間の売買について買主の受領拒絶又は受領不能の場合における供託権、自助売却権についての規定を設け、目的物に市場の相場がある場合には任意売却ができることとすべきであるとの考え方

【部会資料20-2第1, 3(1) [14頁]】

#### 【意見】

- 事業者間の売買については商法にも特則があることを踏まえて、民法にかかる特則を設けて一本化するか、商法の特則を改正して一本化するか、検討してはどうか。(長島・大野・常松有志)
- 事業者間の売買において、定期売買の解除の要件に関する特則を設けるべきとの考え方や、売主の自助売却権の特則を設けるべきである

との考え方については、具体的な必要性と合理性を十分に検討する必要がある。(金沢弁消費者委)

- かかる規定に関し、商法525条における商人間から、事業者間に適用範囲を拡大することには、賛成する。

履行遅滞をした当事者の相手方に解除権を与え、解除するかどうかの選択肢を与えることも、賛成する。

履行遅滞をした当事者に、相手方に対して解除するかどうかの催告権を与えることも、賛成する。

ただし、かかる規定を特則として設けるかについては、消費者・事業者の特則を民法に設けるか否か、またかかる規定を民法に置くか商法などの特別法に置くかにもかかわるところであり、慎重な検討を要する。

本論点には、①現行商法525条に改正すべき問題点があるか、②現行商法525条(ないし改正した規定)を商人間から事業者間に適用範囲を拡大するか、③その場合に、かかる規定を民法に特則として規定するか、の論点がある。

商法525条の趣旨は事業者間売買に妥当するから、商人間に限定せずに、事業者間に適用範囲を拡大することに、賛成する。

商法525条においては、売主の負担において、買主が投機的行動に出るのを防止するために、解除するかどうかの考慮期間もなく、当然に解除になる。

しかしながら、当然解除になることに対する批判もあることから、検討事項の補足説明の提案のとおり、買主に解除するかどうかの選択肢を与える一方で、選択の期間を短くできるよう売主から買主に催告をして、確答がなければ解除したものとみなす規定を設けることにも賛成する。

なお、かかる検討事項の提案は、売主・買主どちらが不履行をした場合にも適用される前提であるものの、売主が不履行をした場合が重要であるが、こうした規定となることも、反対はしない。

そして、かかる規定を設ける場所については、民法に特則として設けることも考えられるが、消費者・事業者の特則を民法に設けるか否かにかかわるところであり、慎重な検討を要する。

さらに、かかる規定を、事業者に対する特則ではなく、事業者以外にも適用される一般的な規定とすべきかについても検討に値する論点である。

また、特に、かかる規定を(事業者に対する特則としても、または、一般的な規定としても)民法における特則として規定する場合には、他の有償契約に準用されることとなるかについても、配慮が必要である。

商人間の規定である商法第524条の適用対象を事業者間に拡大することについては、慎重に検討するべきである。

同条の規定は、商取引における簡易迅速性の要請に応じて、商人間の売買について特則を設けたものである。

しかし、事業者には、商人のみならず、営利を目的としない非営利法人も含まれている。そして、非営利法人の場合であっても、受領拒絶又は受領不能の場合に直ちに供託し、又は、催告の後に競売又は一定の要件の下で任意売却を認めてまで、商人の場合と同様に、取引の簡易迅速性を確保すべき必要性があるのか疑問である。

自助売却の方法として、目的物に市場性がある場合、任意売却を認めることの可否につき、仮に、民法において自助売却が認められる場合、目的物に市場性がある場合、任意売却を認めることについては、特に反対しない。商法第524条において自助売却が認められた趣旨は、売買代金の支払いを容易に受け取ることができるようにして、売主の保護を図ることにある。ところが、競売では、有利迅速な売却をすることができないことから、目的物に市場性がある場合、任意売却を認めることは同条の趣旨に合致する。（大阪弁）

- 商法525条の枠組みを変更することには賛成意見が多いが、かかる規定を①適用範囲を商人から事業者に拡大するか、及び②民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかにつき、慎重に検討すべきである。

商法525条は、商人間の定期売買について不履行がある場合には直ちに履行請求した場合を除き契約を解除したものとみなすとしている。

まず、かかる改正の必要性があるかについては、債務不履行の相手方に解除権を行使するか否かの選択権を与えつつ、商法525条の相手方の投機的行動を防止するとの観点から、かかる規定を改正して、原則現行民法542条の定期行為の解除の規定によりつつ、履行遅滞した当事者から相手方に解除するか催告権を与え、確答がなければ契約が解除されたものとみなすとする枠組みに変更することについては、取引の迅速性の観点から、賛成意見も多い。

しかしながら、かかる修正した規定の適用範囲を商人から事業者に拡大することについては、経済的利益に関する敏感さに商人と事業者では差があり、必ずしも商人と商人でない事業者を同一に評価することはできないことから、慎重に検討すべきである。

また、かかる規定を民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかも問題であり、慎重に検討すべきである。

商法524条に加えて、目的物に市場の相場がある場合に任意売却を許容することには賛成意見が多いが、かかる規定を①適用範囲を商人から事業者に拡大するか、及び②民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかにつき、慎重に検討すべきである。

商法524条は、商人間の売買における買主の受領拒絶又は受領不能の場合の供託権、自助売却権を規定しているが、これに加えて目的物に市場の相場がある場合に任意売却できるとすることには、売買の簡易迅速の観点から

賛成意見が多い。

しかしながら、かかる規定の適用範囲を商人から事業者に拡大することについては、必ずしも商人と商人でない事業者を同一に評価することはできないことから、経済的利益に関する敏感さに商人と事業者では差があり、必ずしも商人と商人でない事業者を同一に評価することはできないことから、慎重に検討すべきである。

また、かかる規定を民法に設けるか、商法等の特別法に設けるかも問題であり、慎重に検討すべきである。（日弁連）

- 事業者間契約の特則を民法に設けることは慎重であるべきである。中間論点整理の本文①及び②の規律につき、適用対象を商事売買に限らず事業目的の売買一般に拡大する必要性・妥当性につき疑問がある。（横浜弁）

- ①について、提案内容の特則を設けることにつき、反対する。定期売買では履行を遅滞した場合には解除されたとみなすことを、（事業者間の売買契約の特則ではなく）民法一般の原則として規定すべきである。定期売買の性質からして、事業者間の売買に限らず、履行を遅滞した場合には契約を解除したものとみなして不都合はない。

②について、提案内容の特則を設けることにつき、賛成する。しかし、民法に規定することにつき、反対する。民法に事業者概念を持ち込むこと自体に反対する。特別法に規定すべきである。（札幌弁）

- 定期売買の場合には、事業者間の売買契約だけでなく、事業者間でない売買契約についても、同様に催告期間内に確答がないときは、契約は解除されたものと扱うべきではないか。

商事ルールの適用を事業者間契約に拡張するとしながら、商法524条でも認められていない「競売に代えての任意売却」を事業者間契約につき定めることは矛盾ではないか。ここでは、民法と商法の逆転現象が生ずる。（大学教員）

- ①の考え方には賛成するが、②の考え方には反対する。

①の考え方は、定期売買に関する商法第525条を事業者間契約に関する規定として民法に移そうとするものであり、規定の内容として特に問題はなく、また民法典に規定を移した方が規律の一覧性という観点からも分かりやすいと考えられる。

これに対し②の考え方は、商法の供託権や自助売却権に関する規定のうち、買主の権利に関する規定（商法第527条及び同第528条）には手を付けず、なぜか売主の権利に関する規定（商法第524条）のみを一般法化して民法に移そうとするものであり、そのような考え方自体均衡を欠いている上に、規定の内容としても、当事者間の利益均衡が十分に図られているものかどうか疑問の余地がある。

なお、供託権等の拡張は債権の弁済のところでも検討の対象となっ

ており、債権一般のところでは規定の整備が行われるのであれば、売買に関する特則を設ける必要はないのではないか。（弁護士）

- 慎重に検討すべきである。

民法に事業者の概念を取り入れるか否かについては、更に慎重な検討がなされるべきである。

定期売買の解除要件につき、定期行為の性質や迅速な決済の必要上、反対はしないが、なお慎重に検討すべきである。

自助売却要件の緩和につき、現実的ではない競売よりも任意売却について規定を設けることは評価できるが、なお慎重に検討すべきである。（愛知県弁）

- 基本的には、事業者間契約に関する特則は、商法に規定を置くべきであって、一般法である民法に規定を置くべきではない。

① 商法第525条の適用範囲を、商人間ではなく事業者間の取引に修正する趣旨には賛成するが、その旨の商法改正をすれば足り、民法に規定すべきではない。

② 事業者間の売買について買主の受領拒絶又は受領不能の場合における供託権、自助売却権についての規定を設け、目的物に市場の相場がある場合には任意売却ができることとするのであれば、商法に規定すべきであって、民法に規定すべきではない。

基本的には、経済事情の変動に応じて迅速柔軟な改正が望まれる事業者間契約の特則については、商法に規定するのが妥当であり、機敏な改正が困難な民法に規定すべきではない。

特に、①については、商法の規定を商人間売買から事業者間売買に改正すれば足りるし、②も商法に規定すべきであり、民法に規定する必要はない。（東弁）

- 商法（524条、525条）の規定を一部変更した形のもを民法に取り込むべきではない。

事業者概念の中には営利行為を目的としない者も含まれており、商法の商人の概念とは異なる。事業者は商人のように営利を上げるため取引の簡易・迅速性を求めるとは必ずしもいえず、そうした事業者について商人間の売買を規律する商法の規定を敢えて民法に持ち込む必要があるとは思われない。現行の商法524条、525条に不都合があるのであれば商法の改正によって対応すべきである。（広島弁）

- そもそも、民法にこのような規定を設けること自体に反対である。ここで挙げられている事項も、全て商行為法の問題として論じられている問題であり、民法の問題ではない。（会社員）

- 事業者間の売買契約に関する特則を設けることに反対である。いずれも当事者間の意思に委ねればよく、民法にて特則を設ける必要はない。（三菱電機）

- 事業者間の売買契約に関する特則を設けることについては、基本的に反対する。

法は私法における一般法であり、その理念は自由と平等を基礎とするところ、これとは異なる原理が採用される事業者間の売買契約についての規定は、本来的には商法の枠組みで規定されるべきものである。これは、法文の組立てを、これまでの演繹論的な組立てから、帰納論的かつ機能論的な組立てに変更するという場合であっても、変更する必要はないと思われる。(法友全期)

- 商法の規定を参照しているものと思われるが、商人でない事業者一般に同様の規定が適用されるべきとは到底考えられない。(一弁)
- 民法で規律することには反対する旨の意見が多かった。(最高裁)
- 事業者間の売買契約に関し、特則を設けることには反対である。そもそも民法に消費者・事業者概念を導入することには反対である(後記第62参照)。

事業者間の定期売買において、履行を遅滞した当事者は相手方が履行の請求と解除のいずれを選択するかを確答を催告することができ、確答がなかった場合は契約が解除されたものとみなすことについては、商法第525条のまま、「契約の解除をしたものとみなす」方が、買主の解除があるまで契約の拘束力が維持される改正提案よりも、商取引の敏活決済に資する。他方、「直ちに履行を請求した場合」には解除をしたものとみなされないのであるから、買主の履行請求の利益は図られている。改正提案は、「解除の意思表示をすることは買主にとって大きな負担であるとはいえない」ことを前提としているが、売主と連絡が取れなくなる場合など、実務上、解除の意思表示が買主に取って負担となることは多々ある。また、かような改正をする立法事実は見出しがたい。

事業者概念を導入すると仮定した場合、事業者間の売買について買主の受領拒絶又は受領不能の場合における供託権、自助売却権についての規定を設け、目的物に市場の相場がある場合には任意売却ができるとすることにつき、考え方に異論はない。(二弁)

- 事業者間の売買契約について、民法に規定すべきではない。事業者間の売買契約については、商法に規定すべきである。(福岡弁)
- 仮に、事業者・消費者の定義など、消費者保護法理を一定程度民法に取り込むとしても、「私法の一般法」である民法典に事業者間契約等の特則を規定する必要性は認められず、商法をはじめとする特別法で規定すれば十分である。(親和会)
- 特にないが、民法に規定すべきかどうかは疑問である。(広大有志)
- 事業者に関する特則も民法典中に規定すべきではない。(日大民研・商研)

- 反対である。  
商法（商法総則，商行為法）の規律と民法の規律との整理・統合を検討することなく，事業者間の契約の特則を設けることには問題がある（後記第62にて詳述）。（兵庫県弁）
- 改定の必要があるとは思えない。事業者の特則を民法に混入すべきではない。（個人）

## 5 民法第559条（有償契約への準用）の見直しの要否

契約の性質に応じて売買の規定を売買以外の有償契約に準用する旨を定める民法第559条に関して，売買の規定が有償契約の総則的規定と位置付けられていることの当否や，準用される規定の範囲を明確にすることの可否等の観点に留意しつつ，同条の見直しの要否について，検討してはどうか。

### 【意見】

- 民法第559条の見直しに賛成する。分かりやすい民法にするためには，準用規定をより具体的にすべきである。（日弁連）
- 無償契約に関して，贈与の規定を準用すべきかどうかなどを含め，検討の必要がある。（兵庫県弁）
- 民法第559条の見直しについて，賛成する。準用規定が明確になることで，分かりやすい民法に資する。（愛知県弁）
- 見直しに賛成する。  
分かりやすい民法にするためには準用規定をより具体的にすべきである。（広島弁）
- 更に検討すべきである。売買の規定の変更に関連して，準用規定の見直しを検討する必要性は認められる。（東弁）
- 「契約の性質に応じて」という包括の準用規定は置かず，個別の条文を明示して準用する規定を設けるべきである。「契約の性質に応じて」という基準では，どの条文を準用するのか，わかりにくいので，条文上明記すべきである。（札幌弁）
- 見直しに賛成する。  
他の典型契約において準用してよいものと，準用することが適切でないものがありうる。他の典型契約それぞれの性質をふまえた適切な規定となるよう見直しをすべきである。（法友全期）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 準用される規定の範囲・内容を明確化することは賛成であるが，有償契約への準用規定自体を廃止してしまうことについては反対である。  
準用規定については，他の契約において具体的にどのような形で妥当するかについて必ずしも明確ではない点があることから，典型契約については，



具体的な内容を明らかにすることが好ましい。

もつとも、有償契約への準用を廃止してしまうことは好ましくない。非典型契約の処理の問題もあるし、また、すべての典型契約（有償契約）において、具体的な規定を設けることを貫くことは、困難・煩瑣だからである。（大阪弁）

- 特に異論はない。（二弁）
- 慎重に検討すべきである。（横浜弁）
- とくに異論はない。（親和会）
- 準用規定は解り難く、契約総則で種々の規定を置くことが望ましい。（広大有志）
- 基本的に賛成する。契約の性質に応じて売買の規定を売買以外の有償契約に準用する旨を定める民法第559条は、結論の妥当性を確保する観点からは有益な規定であるが、具体的な規律のあり方が不明確である点是否定できないので、準用の可否を明確にできる規定については明確化することが望ましいと考えられる。（弁護士）
- 準用される規定の範囲・内容を明確化することは賛成であるが、有償契約への準用規定自体を廃止してしまうことについては反対である。

準用規定については、他の契約において具体的にどのような形で妥当するかについて必ずしも明確ではない点があることから、典型契約については、具体的な内容を明らかにすることが好ましい。他方で、有償契約への準用を廃止してしまうことは好ましくない。非典型契約の処理の問題もあるし、また、すべての有償契約に必ず具体的な規定を設けることも困難だからである。（日弁連消費者委有志）
- 見直しの必要はない。有償契約の性質が準用を許すかという解釈の枠内で解決することができ、改正の必要が生じているとは認められない。（堂島有志）
- 本研究会においては、個別に規定していくと非常に複雑な問題が生じることになるので、解釈論を通じて具体的に妥当な結論を得ることができるのであるから、変更する必要は認められないとの見解が多数を占めた。（日大民研・商研）
- 売買の規定が有償契約の総則的規定となっていることを見直す必要はなく、他の有償契約に準用される範囲を明確にする必要もないと考える。（弁護士）
- 最近普及してきているインターネット上の「ダウンロード販売」は厳密に言えば民法の売買ではない。なぜなら、物の所有権が動いているわけではなく複製を許しているだけだから。しかし、「準用」はこの場合には認めるべきである。

ネット上の相談でよく見かける例として、請負の注文者が代金の一部を前払いしたものが「手付」と認められるのかという問題があるが、認

めること自体は別に問題はないと思う。ただし、注文者側が自分の方から手付流しによる解除ができるかどうかを相談するような事例では、請負人は「注文者に見える形で」履行に着手してはならないにせよ、原材料を発注する等、注文者に見えない形で既に履行に着手していると考えられるので、その場合は手付と解釈しても手付流しによる解除はできず、解除したければ641条により実損額を賠償して解除することになると言うべきである。(翻訳・出版関係)

- 改定の必要があるとは思えない(個人)

#### 第41 売買一買戻し、特殊の売買

##### 1 買戻し(民法第579条から第585条まで)

担保目的の買戻しは、譲渡担保として処理すべきであって民法の買戻しに関する規定は適用されないとする判例法理を踏まえて、民法の買戻しの規定は、担保目的を有しない買戻しにのみ適用されることを条文上明確にすべきであるという考え方について、検討してはどうか。

また、買戻しの制度を使いやすくする観点から、契約と同時に登記することを必要とする民法第581条の見直し等について、検討してはどうか。

このほか、買戻しの特約により売主が負担する返還義務の範囲(民法第579条)を、条文により固定するのではなく、合意等により決する余地を認めるべきであるという考え方や、買戻しに関する規定の意味を明確にする観点から「その効力を生ずる」という条文の文言を見直すべきであるといった考え方についても、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第4, 2 [61頁]】

#### 【意見】

- 民法579条の片面的強行法規性を見直しには反対しない。売主の返還義務の範囲を柔軟に決することを許容してもよいのでないか。

民法581条1項の「その効力を生ずる」という文言の修正には賛成である。一般的な解釈の明文化である。

民法582条の見直しは債権者代位権の規定と整合性を持たせる必要がある。債権者代位の要件・効果に関する議論と連動する問題である。

担保目的の有無で区別して規定する考え方の是非につき、担保目的の買戻しは、担保法の法改正の際に整備されるべき問題である。担保目的の買戻しについては、被担保債権との関係や清算原理に関する規定が必要である。担保法の法改正の際に整備されるべきである。(大阪弁)

- 売買を原因とする登記と同時に買戻特約の登記をする場合、売主は第三者に対抗することができるのであるから、条文上も「対抗力を得る」と規定すべきである。(滋賀県司書・勉強会)

- 特に異論はない。(二弁)
- 民法の買戻しの規定は、担保目的を有しない買戻しにのみ適用されることを条文上明確にすべきであるという考え方に賛成である。買戻しが実務上重要な役割を果たす担保目的での契約については、譲渡担保に関する規律に委ねる方が、適切と考える。
 

第581条の見直しについては、慎重に検討すべきである。実務上ニーズがあるか検討が必要である。

第579条を任意規定にすることに賛成である。売主の返還義務の範囲を支払った代金及び契約の費用に限定せず、柔軟に決定する必要がある場合もある。

第581条1項の「その効力を生ずる」という文言を見直す(「対抗することができる」と改める)ことに賛成である。

現行第581条1項の「その効力を生ずる」というのは「対抗することができる」という趣旨であるから、他の規定と文言を統一するため、改めるべきである。(横浜弁)
- 買戻しに関しては、実務上利用が可能となるよう柔軟に任意法規化する方向で検討すべきである。周知のとおり、買戻しは売主の返還義務の範囲が「支払った代金及び契約の費用」に限られていることから実際に利用される例は稀であり、同じ効果を有する再売買の予約の方法がとられている。そこで、買戻しに関しては、実務上利用が可能となるよう、売主の返還義務を任意法規化するなどの改正が必要である。(東弁)
- 返還義務の範囲の規定について柔軟に決する必要性と合理性が認められる場合には任意規定に改めるべきとの考え方に賛成。(金沢弁消費者委)
- 現民法第581条第1項を、「売買を原因とする権利の(移転又は保存の)登記と同時に買戻しの特約を登記したときは、売主は第三者に対しても、買戻しを対抗することができる。」と改めるべきである。

**【意見の理由】**

1 登記実務

不動産登記手続において、買戻し特約の登記は売買による所有権移転登記等(売買の実質を有する所有権保存登記や地上権移転登記を含む)と同時に申請しなければならず、後から買戻しの特約を付加する更正登記申請をしても受理されない。仮に登記官の過誤によって申請が受理され登記がなされた場合でも無効な登記であるから、利害関係人は異議申立てにより抹消を請求することができる(大決大正15年10月19日民集5巻738ページ)ものとされている。

2 ワーディング

ところが、現民法第581条第1項は、「売買契約と同時に買戻しの特約を登記したときは、・・・」とされており、実体規定上の売買契約と実

体関係成立後の手続である登記を並列に扱うような規定ぶりとなっている。

実体上の効力規定として、売買契約と買戻特約を同時にしなければならぬことについては、既に現民法第579条が充てられている。現民法第581条第1項は、買戻し権の第三者対抗力を規定する規律であるから、「売買契約」という実体関係を形成する文言を使用することは、厳密には不適切であり利用者の混乱を招く原因にもなりかねない。

### 3 結語

利用者にとって分かりやすい民法にすることが改正議論の大きな柱であることは論をまたない。より適切な表現とするため、意見の趣旨記載のとおり表現に改めるべきである。(青司協)

- ①民法の買戻しの規定は、担保目的を有しない買戻しにのみ適用されるとの明文を置くことについては、現時点では反対。在、担保目的の買戻しに関する規定が何ら存在せず、その内容が明らかでない状態で、買戻しの規定が先行して「担保目的の買戻しを除外する」旨の明文を置くことは妥当ではない。将来、担保物権法制が見直される際に整合性を持って新たに検討されるべきである。

②契約と同時に登記することを必要とする民法第581条を見直すことに賛成。契約後に買戻しの制度を利用することも認めるべきである。

③売主が負担する返還義務の範囲を合意等で決する余地を残すことに賛成。当事者の合意が成立するならば返還義務の範囲を柔軟化すべきである。

④民法第581条1項の「その効力を生ずる」という文言を見直すことに賛成。対抗要件であることを明らかにすべきである。(広島弁)

- 担保目的を有しない買戻しにのみ適用されると明記することにつき、賛成する。

契約と同時に登記を必要とする581条の見直しにつき、賛成する。

買戻しの特約により売主が負担する返還義務の範囲を任意規定と改めるとする考え方につき、反対する。

「その効力を生ずる」という文言を見直し、「対抗できる」に改めるべきであるという考え方につき、賛成する。

担保目的を有する買戻しは譲渡担保として処理すべき、民法の買戻しの規定は適用されないとするのが判例法理であるから、これを条文上明らかにすべきである。

買戻しの登記を契約と同時に要求する合理性はないと考えられるので、581条のうち「売買契約と同時に」という要件は削除すべきである。

買戻しというからには、契約を巻き戻す範囲を超えないとすべきから、買戻しの特約により売主が負担する返還義務の範囲は、支払った代金及び費用を超えないとすべきである。

登記は対第三者の対抗要件であるから、「対抗できる」に改めるべきである。(札幌弁)

- 中間的な論点整理の方向にいずれも賛成。(大学教員)
- 民法の買戻しの規定は、担保目的を有しない買戻しにのみ適用されることを条文上明確にすることについては、慎重に検討すべきである。判例法理を明確にすることには異論はないが、担保目的を有する買戻しについては譲渡担保法理で処理されることになるが、譲渡担保の規定が未だ整備されておらず、譲渡担保の規定の整備と合わせて検討がなされるべきである。

契約と同時に登記することを必要とする民法第581条の見直しについては、賛成する。買戻し制度の使い勝手を良くすることは有益であると考えます。

買戻しの特約により売主が負担する返還義務の範囲（民法第579条）について、合意等により決する余地を認めるべきであるという考え方には、反対する。譲渡担保に関する規定の整備がなされていない現時点においては、民法第579条の利息制限法の潜脱を防止するという趣旨は妥当すると考えるので、現民法の規定を維持すべきである。

民法第581条第1項の「その効力を生ずる」との文言を見直すことについて、賛成する。そもそも現民法においても、買戻し特約の登記が第三者対抗要件であることに争いはなく、その趣旨を明確にするように、見直すべきである。(愛知県弁)

- 買戻しの規定は担保目的ではない真の買戻しにのみ適用されること、登記を契約締結と同時にしなくてもよい旨に変更すること、売主の返還義務の範囲を固定しないことについて明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 不動産の売買に買戻し特約が付される場合も様々であるから、買戻しの際に売主が負担する返還義務の範囲について、「買主が支払った代金および契約の費用」に限定されるという579条の規定は任意規定とされるべきであり、その旨の修正がなされるべきである。なお、担保目的で行われる買戻しや再売買の予約については、譲渡担保に関する規定と合わせて整備される必要がある。(親和会)
- 担保目的の買戻しと担保目的を有しない買戻しとについて、契約上の文言を基準に判断する等の区別の基準を客観的に明確化し、買戻しの規定か判例担保法の規範かのいずれが適用されるか予測可能性を高めて、契約当事者が不測の損害を被る恐れを回避する方向で検討してはどうか。(長島・大野・常松有志)
- 譲渡担保との違いを明確にする必要があるが、この点については判例によってすでに明確な基準が打ち出されているので問題はないと思われる。買戻しをもう少し使いやすいものにするため、契約と同時に登記

する必要はないのではないか等、更に検討すべきである。(日大民研・商研)

- 民法の買戻しの規定を、担保目的を有しない買戻しのみ適用されることを条文上明確にすることに賛成する。また、その際、担保目的の有無の認定に関する議論も深められるべきである。(森・濱田松本有志)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 「買戻し」の利用実態について社会調査を実施することが必要である。少なくとも、担保目的とそうでない場合との区別をした上で慎重に検討すべきである。

「買戻し」が担保目的の場合には、利息制限法の潜脱という問題があり、担保目的でない場合との区別をする必要があるのであり、まずは利用実態の社会調査を行うべきである。また、見直しにあたっては「再売買の予約」(原則として強行法的規制を受けない。)と「買戻し」の関係・区別を整理する必要があるのではないか。(兵庫県弁)

- 検討することに反対しない。

消費者保護の観点からも、如何なる場合に民法の規定が適用されるか、また、どのようなルールが適用されるかについて明示的な規定があることは好ましい。

なお、建築条件付土地売買(抱き合わせ販売)について、独占禁止法上の抱合せ販売潜脱の疑義も指摘されているところである。(日弁連消費者委有志)
- 担保目的の買戻しは、譲渡担保であって買戻しではないのだから、買戻しの規定が適用されないのは当然であり、特に規定の必要性を感じない。強い効力を与える以上、登記については同時期に要求するのが適切である。(広大有志)
- 民法の買戻しの規定は、担保目的を有しない買戻しにのみ適用されることとする点について、現時点では反対である。担保目的を有する買戻しについては譲渡担保として処理すべきであるとされるが、その譲渡担保に関しては依然として規定がない。これは担保物権法制の見直しの際に整備されるべきであるが、この見直しの際に買戻しの規定を併せて検討すべきであり、あえて現時点で担保目的のものへの適用を排除する必要はない。

契約と同時に登記することを必要とする民法第581条について見直すことに賛成である。契約後に買戻しの制度を利用したいという要請がある場合に、これを制限する必要はない

売主が負担する返還義務の範囲(民法第579条)を、条文により固定せず、合意等により決する余地を認めること、又民法第581条1項の「その効力を生ずる」という条文の文言を見直すことにいずれも賛成である。買戻しの制度を使いやすくするという観点からは、返還義務の

範囲についても柔軟化すべきである。また、民法第581条1項については第三者に対する対抗要件であるという点に争いがなく、この点明確にすべきである。(日弁連)

- 担保目的の買戻しは、譲渡担保として処理すべきだという判例があったとしても、立法論の段階ではそれに縛られるべきではない。(会社員)
- 買戻しについては、法制審議会の討議で高須幹事の発言にあるように、従来余り積極的には使われてこなかったとしても、条件付きの売買契約においては、登記による第三者への対抗要件を備えることができることから、条件を守らせるのに有用な制度であると思われる。しかし、担保目的でない買戻しに限りて立法化することについては、法制審議会の討議で道垣内幹事が指摘されているように「背後に担保目的の買戻しを扱う条文がないと」、担保目的でない買戻しについて規律する条文が作れないのではないかと考えられる。仮に、「担保目的でない買戻しの特約」のみが規定されたとして、「担保目的の買戻しの特約」が実際に行われた場合には、そのすべてを譲渡担保と読み替えて、買戻しの規定が適用されないと解することになるのであろうか。しかし、その場合にも譲渡担保の規定がなければ、何をもって担保目的でない買戻しとするのか不明確であろうし、また買戻しの登記においても、混乱を生じるとと思われる。また、「買戻し」の定義として、「担保目的でない買戻し」のみを民法にいう「買戻し」とするという定義を入れ、担保目的をもつ買戻しは、そもそも民法の規定する買戻しではないという規定を置くことも考えられるが、民法の沿革からして、買戻しがもともと担保目的を想定して規定されたものであり、さらにこれまでの実務でも定着しているなかで、このような規定をおくことも困難であろう。基本方針では(民法(債権法)改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅳ 各種の契約(1)』[商事法務, 2009年] 131頁)、「譲渡担保に関する規定が整備されることになると、本提案は、具体的な条文として位置づけを与えられることになるが、現時点においては、一般的な方針にとどまるものである」とされており、このような方向性で考えざるを得ないのではないかとと思われる。「改正を考える」研)
- ① 民法の買戻しの規定が、担保目的を有しない買戻しにのみ適用されることを条文上明確にする考え方については、それが立法技術上可能かという点に関し、慎重に検討すべきである。その趣旨は理解できなくもないが、今次の改正では担保物権が見直しの対象とされておらず、担保目的の買戻しについて規定がない状況で、担保目的の買戻しについて民法上の買戻しの適用対象から外すというのは、立法技術上無理があるのではないか。
- ② 民法第579条の任意法規化及び民法第581条の見直しについては、賛成する。現行民法の買戻しに関する規制は、実務上再売買の予

約という法形式を用いることで容易に潜脱することが可能であり実質的に意味がないので、買戻しの使い勝手を良くするため、民法第579条の任意規定化や民法第581条の見直しについては、積極的に検討する余地がある。

- ③ 民法第581条の「その効力を生じる」という文言を改めることについては、特に異論はない。実質的な規律内容を変更する提案ではないので、どちらでも実務上特に支障はないと考えられる。(弁護士)
- 本来的な買戻しと担保目的の買戻しとを区別し、担保目的の買戻しについては、いわゆる特殊の貸主により利息制限法の脱法として用いられるという実態があることから、売主の返還義務の範囲については、利息制限法等の脱法として用いられないように強行法として規定する方向で更に検討してはどうか。(司法書士)
- 担保目的の買戻しと担保目的を有しない買戻しとでは必要な規律が異なり、判例も担保目的の買戻しについては譲渡担保法理に委ねるべきである旨を判示している担保目的の買戻しについて規定がない状況であるから、民法の買戻しの適用対象から担保目的の買戻しを除外することに反対する。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。本来、譲渡担保を廃止すべきである。(個人)

## 2 契約締結に先立って目的物を試用することができる売買

契約締結に先立って目的物を試用することができる売買については、民法上、特段の規定が設けられていないが、①契約の成立時期、②目的物の試用によって所有者に生じた損害の負担、③試用者が契約締結に関する意思表示をしない場合の法律関係等について問題が生ずるおそれがあるとの指摘がある。これを踏まえ、特別法等の規定のほかに民法に規定を設ける必要性があるか、また、必要がある場合にはどのような内容の規定が必要かといった点について、消費者被害の有無等の実態にも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第4, 3 [63頁]】

### 【意見】

- 仮に民法に試味売買やそれに類した役務提供に関する規定を設ける場合には、いわゆる「送りつけ商法」、試用品の返還をめぐる高額請求、買主やサービス受領者の明確な意思的関与がないまま無償契約から有償契約に移行させる商法による被害事例などが存在することに配慮した規定内容にする必要があると考える。

法律関係の明確化という利点は理解できるところであるが、仮に民法に



試味売買やそれに類した役務提供に関する規定を設ける場合には、いわゆる「送りつけ商法」、試用品の返還をめぐる高額請求、買主やサービス受領者の明確な意思的関与がないまま無償契約から有償契約に移行させる商法による被害事例などが存在することに配慮した規定内容にする必要があると考える。

具体的には、仮に民法に試味売買に関する規定を設ける場合、消費者や契約弱者保護の観点から、下記のような一般的な定め（少なくとも消費者契約の特則）を検討すべきである。

- (1) 試用期間中の試用品の通常の使用に伴う費消・損耗については、消費者の故意による場合をも含めて売主の負担とすべきである。
- (2) 返還費用の負担も売主（事業者）とすべきである（特定商取引法59条参照）。
- (3) 売買契約の成立について、買主（消費者）の明確な意思に基づかないままに契約が成立することのないよう十分な手当てをすべきである。
- (4) 売買契約が成立しない場合の返還費用の負担については、売主（事業者）の負担とすべきである。

また、同様の被害事例は、売買契約以外に役務提供型の契約においても問題となりうる（例・無償の役務提供契約が知らないままに有償契約に移行する場合など）。したがって、「第40, 5」の民法第559条（有償契約への準用）の見直しの要否に関する論点では、上記と同様の法規制が必要であると考えられる。（大阪弁）

- 特に異論はない。（二弁）
- 消費者保護の観点から、「試用売買において、買主が一定期間内に売主に対して承諾の意思を表示しなかった場合に売買契約が成立しないこと」を明文化するべきである。（弁護士、弁護士）
- 規定を新設する方向に賛成。（大学教員）
- その必要性・懸念される弊害などに留意して、規定を設ける必要性について慎重に検討すべきである。（横浜弁）
- 消費者であることが多い試用者に不測の損害が生じるおそれがあり、試用者の保護のための規定内容を十分検討する必要がある。（金沢弁消費者委）
- 契約に先立って目的物を試用することができる売買について、民法に規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。規定を設けるまでの必要性に疑問があり、規定を設けることで消費者被害を拡大させる危険性も否めない。（愛知県弁）
- 検討することに反対はしないが、慎重に検討すべきである。

契約締結前は、贈与や使用貸借の問題であり、その他、さまざまなパターンがあるが、それを売買に関する一律の契約類型とできるのかどうかについては慎重に判断すべき。他の典型契約等の範疇にはいる物を別の類型とする

ことは不自然。(兵庫県弁)

- 民法に規定を設ける必要は特にないと思われるが、仮に規定を設ける場合には、目的物の試用によって所有者に生じた損害の負担については、慎重に検討する必要がある。

試用売買に関しては、特定商取引法第59条が消費者保護の規定を置いており、消費者保護の観点から規制を強化する必要があるというのであれば、基本的に同法の規定を拡充すれば足りると考えられる。

また、目的物の試用によって所有者に生じた損害の負担について、試用者が損害賠償責任を負うのは悪意・重過失がある場合に限るものとする考え方(検討委員会試案)は、契約成立前に目的物を費消したが、結局契約が成立しなかった場合にも、賠償義務を生じさせるものと解されるおそれがあり適切ではないので、仮に規定を設ける場合には要件をさらに絞り込む必要がある。(弁護士)

- かかる規定を設けることに反対する。契約締結に先立って目的物を使用することができる売買については、通常契約の成立等について明確な合意がなされるのが通例であるとともに、実務上典型契約として規定するほどの立法事実はない。(東弁)

- 民法に新たな規定を設ける必要はない。

このような類型の売買が存在するのは事実であるが、そこで発生するトラブルの殆どは消費者に被害が及ぶという形で発生している。従って、その解決は特別法によって図るべきである(その方が機動的な対応ができる)。(広島弁)

- 試用につき、民法の規定は不要であるとする。

試用することができる売買が問題なのは、主に消費者(買主)被害の場面である。従って、消費者法等の特別法に規定することが妥当である。(札幌弁)

- 特殊な売買の例として、多くの教科書では、(a)見本売買(b)試味売買(c)継続的商品売買契約(d)割賦販売などがあげられているが、何故、(b)試味売買のみが、立法化されるのかについての理由(基準)が示されておれず、試味売買のみを民法で規定するのは、やや唐突な感じがする(継続的契約に関しては「第7継続的契約」部会資料19-2, 67頁以下で検討がなされている)。すなわち「契約締結に先立って目的物を試用することができる売買」についての規定が、特殊の売買のところで議論されていることからしても、合意の特殊性に着目されているわけではなく、あくまで、売買取引の一形態として議論がなされているものと思われるが、そのようなものが何故、特定商取引に関する法律ではなく、民法に規定が置かれなければならないのか、その理由を示す必要があるのではなかろうか。(「改正を考える」研)

- 試用目的の売買は個々の案件によって背景事情が異なり(売主が試用を薦

めるか、買主が試用を望んでいるか、目的物や買主の試用環境についての知識の有無)、それらを総合的に勘案して条件設定すべきであるところ、民法にてデフォルト規定を設けることは、かかる個別具体的考量に基づくべき当事者間の条件設定に一定のバイアスを与えかねず、反対である。また、試用期間については使用貸借として扱うという整理も可能であり、あえて新たな規定を設ける必要はないと考える。(三菱電機)

- 規定は必要ないとする意見が多かった。(最高裁)
- 民法上の規定は不要と考える。問題点は、消費者関連契約の場合にほぼ集約されており、特別法による対応のほか、民法における規定を新設する意義に乏しい。(森・濱田松本有志)
- 契約締結に先だって目的物を試用することができる売買契約に関する規定を設けるべきではない。ことさら明文化する必要はないのではないか。(福岡弁)
- 契約締結に先立って目的物を試用することができる売買を典型契約として規定する必要性に乏しい。(親和会)
- 当事者が交渉すれば良く、特に必要性を感じない。(広大有志)
- 規定することに異論はないが、特に規定を設けなくてもそれほど実務上困ることはない。(日大民研・商研)
- 契約締結に先立って目的物を試用することができる売買について民法に規定を設けることには反対する。

契約締結に先立って目的物を試用することができる売買については、通常契約の成立等について明確な合意がなされるのが通例であり、また、使用貸借と売買契約の複合契約と考えても問題は解決できるため、実務上典型契約として規定するほどの立法事実はない。

規定を設けることで「送りつけ商法」や「試用品の返還をめぐる高額請求」等の問題を生起させかねない。(日弁連)

- 民法にあえて規定を設ける必要はない。民法に規定を設けるとかえって、試用品の費消・損耗・返還費用の負担をめぐるトラブルを誘発する懸念がある。また、近年、いわゆる「無料お試し商法」という形での消費者トラブルが問題となっている。消費者保護の観点からは、試味売買であるかどうかを明示すべき義務や、有料期間への移行についての確認手続などを、行政ルールも有する特定商取引法において規律することがより適切である。

仮に民法に規定を設けるならば、消費者保護の観点からは、試用期間中の試用品の通常の使用に伴う費消・損耗については、(消費者の故意による場合をも含めて)売主の負担とすべきである。さらに、売買契約が成立しない場合の返還費用の負担については、売主(事業者)の負担とすべきである(特定商取引法59条参照)。売買契約の成立について、買主(消費者)の明確な意思に基づかないままに契約が成立することのないよう十分な手当てをすべきである。

民法に規定を設ける場合には、「送りつけ商法」や試用品の返還をめぐる高額請求、あるいは、不明確な形で売買契約（本契約）に移行させることなどを阻止できるようにする必要がある。

契約に先立って試用・利用するタイプの契約は、売買契約に限らず、賃貸借契約や役務提供型の契約においても存在するので、民法に規定を設ける場合には、規定の位置についても検討が必要である。上記「無料お試し商法」をめぐるトラブルでは、厳密には試味売買というよりも、むしろ、無料期間がついている有償契約であったようであるが、この例からも分かるように、契約締結に先だって給付内容を事前に試用するタイプの契約は、売買契約（「試味売買」「試用売買」）には限らず、賃貸借の場合にも、あるいは、役務提供型の契約の場合にも想定しうるところである（いわば「試用契約」）。それゆえ、民法に規定を設ける場合には、その位置についても検討すべきである（この点は、民法559条の準用規定の在り方の検討にも関連する。）。

（日弁連消費者委有志）

- 改定の必要があるとは思えない。特約の範疇である。（個人）

## 第42 交換

交換に関する民法第586条については、冒頭規定の規定方法について定義規定の形式に改めるかどうかを検討するほか（前記第37, 1）、現在の規定内容を維持するものとしてはどうか。

【部会資料15-2第5 [64頁]】

### 【意見】

- 中間論点整理では、交換に関する民法第586条については、基本的には現在の内容を維持するものとしてはどうか、とされており、また、準用元である売買については売主及び買主の基本的義務の明確化など、さまざまな提案がなされているところである。

この点、まず、金融実務においては、相互に金銭の支払を約束する取引が多く見られ、これは、大きく①現に支払われる金銭同士が対価関係にある（場合によっては手数料が上乘せされる）関係にある場合（いわゆる両替。通貨は同じである場合と異なる場合がある。）と、②そうでない場合、すなわち、相互に金銭の支払を約束するものの、そのうちの一方又は双方の支払が、その金額が一定の指標に基づいて定まることとされているために現に支払われる金銭そのものが他方の債務と対価関係にあるのではなく、その支払を得られる可能性が他方の債務と対価関係にある場合（現金決済型CDS、ローン・パーティシペーション、金利スワップ、通貨スワップなど）の2つがある。

このうち、①については、通説によると、金銭所有権の移転を相互に約束するものであるから、売買でも交換でもなく、無名契約であり、売買（主として買主に関する）の規定を類推すべきとされる。その実際的な意義は必ず

しも明確ではないが、少なくとも売主の担保責任といった規定が準用ないし類推されることはないように思われ、その意味では特に問題があるとは思われない。

かかる議論は①だけでなく②についても当然に当てはまるものと考えられるが、学説上、②のうち金利スワップ及び通貨スワップについて、これらがキャッシュフローの交換である点(ただし、通貨スワップは加えて元本の交換もなされる。)に着目し、交換契約とする見解も示されている。しかしながら、これらの取引においては、キャッシュフローを得る権利(金銭債権)そのものが交換されるのではなく、一定の指標に従って算出される金額の金銭所有権を相互に支払うことを約束するだけなのであるから、売買でも交換でもなく、①と同様の無名契約であると考えられる。したがって、②についても、①と同様に、売主の担保責任といった規定が準用ないし類推適用されることはないものと思われる。

しかしながら、②については、①と同様に売買の規定のうち買主に係る規定が類推されるおそれがあるものの、②において支払われる金銭は必ずしもそれ自体が対価として支払われるわけではないという性質上、理論的には①と異なる側面がある。

したがって、売買について特に買主の義務を定めるに当たっては、また、交換の規定について更に議論をするに当たっては、新たに設けられる規定が①や②の無名契約にどのように準用ないし類推適用されるかについて十分に留意のうえ、検討をされたい。(西村あさひ有志)

- 検討自体には特に反対しないが、現在の規定を維持すべきである。交換に関する規定は現行民法上1か条しか規定されていないが、実務上使用頻度が多いとはいえないこともあり、現時点で見直しが必要な状況にない。

(東弁)

- 現在の規定内容を維持することに賛成する。(愛知県弁)
- 賛成する。現行法で問題はない。(広島弁)
- 交換について、現在の規定内容を維持することにつき、賛成する。交換について、特に改正の必要性を見いだされない。(札幌弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 特に異論はない。(二弁)
- 現在の規定内容を維持することに賛成である。(横浜弁)
- とくに見直すべき点が見当たらない。(親和会)
- 形式的な定義規定であれば、現行のままでよい。(広大有志)
- 本研究会としては、現行の規制を維持すべきと考える。(日大民研・商研)
- 交換に関しては、現行の規定を維持すべきである。(福岡弁)
- 賛成する。交換に関しては現行法で特段問題がない。(日弁連)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### 第43 贈与

#### 【意見】

- 無償契約である特質を踏まえた規定見直しに賛成。  
また、贈与について、他の契約と同様に契約の定義規定を設けることが望ましい。(金沢弁消費者委)

#### 1 成立要件の見直しの要否(民法第549条)

贈与の成立要件に関して、書面によること(要式契約化)や目的物を交付すること(要物契約化)を必要とすべきであるという考え方については、口頭でされる贈与にも法的に保護されるべきものがある旨の意見があることを踏まえて、贈与の実態に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 2 [65頁]】

#### 【意見】

- 要式契約化、要物契約化について検討することに賛成である。  
検討するにあたっては、いわゆる「宗教トラブル」や高齢者への不適切な誘引等がなされる場合をも含め、消費者が贈与者である場合を十分に考慮すべきである。(日弁連消費者委有志)
- 無償契約であることにかんがみて、要式契約として、贈与者に注意を促す方向に賛成する。(大学教員)
- 贈与の要式契約化、要物契約化については、慎重であるべきである。  
贈与契約の成立要件の厳格化を必要とする社会実態があるのか否か、十分な調査・検討がなされているとは言い難い。(兵庫県弁)
- 贈与の成立要件を要式契約化すること及び要物契約化することについては、慎重に検討すべきである。  
贈与契約が無償契約であることからすれば、贈与者の意思を明確にするためにも、贈与を要式契約化・要物契約化することには一理ある。しかし、贈与は、親愛や好意、相互扶助の精神または社会的な慣習に基づき、広く市民社会に定着した法律行為であり、贈与を要式契約化した場合、これまで有効なものとして取り扱われてきた贈与が、今後は法律上の効果を認められなくなることになり、一般市民に混乱を与えることは明らかである。また、書面により契約内容が明らかになるという側面に着目すれば、確かに要式契約の方が優れているとはいえるが、契約の性質、内容によっては、契約の締結にあたり必ずしも書面の作成を必要とすることが適さない契約類型も存在し、親愛や好意などに基づく贈与は、まさにそうした契約類型の代表格に当たるものである。  
よって、贈与の形式を法律上限定することなく、当事者の選択した任

意の方式を尊重し、口頭・諾成契約による贈与であっても契約の成立を認めるべきである。(青司協)

- 書面による死因贈与がなされた場合には、受贈者の信頼を保護するために撤回を認めないとの規律を設けることについては、撤回の可能性を完全に排除してよいのか、硬直的な制度となって利用の阻害要因とならないかについて検討すべきである。その上で、撤回を留保する規律を設けるべきか検討すべきと思料する。

また、「書面」について判例では「方式については遺贈の規定を準用しない」としており、「書面」として認められる範囲については慎重に検討すべきと考える。

死因贈与と「債権の遺贈の物上代位（民法第1001条）」との関係について、預金が遺贈の目的となっている場合、遺言の撤回可能性を前提として、定期預金、貸付信託等が満期後書替えられている場合には当該書替え後の定期預金等が遺贈されたものと推定される。一方、遺言者が満期前に解約した場合は、遺言の撤回に該当するとするなどの意識が定着しているものの、近時は、定期預金等から投資信託等の別の種類の金融商品となる場合もあるなど、実務上は解釈が困難であるケースが多い。(信託協会)

- 贈与の成立要件について、その要式契約化や要物契約化には反対する。贈与契約の成立自体に要式性又は要物性を要求する場合、口頭でなされた贈与は無効ということになりかねないが、現実になされる贈与は口頭によるものが非常に多いことから、これら口頭でなされた贈与の効力をすべて否定するのは現実的に妥当ではない。また、将来の給付を約束する贈与についても法的に保護すべきものはあり、その拘束力をすべて否定するのは妥当でない。(東弁)

- 社会的認識としては、贈与契約は諾成契約であるから、それを維持すべき。(金沢弁消費者委)

- 贈与の成立要件に関して、書面によること（要式契約化）や目的物を交付すること（要物契約化）を必要とすることについては、いずれも反対する。

贈与契約は、個人間の情義を基礎として、口頭の合意でなされる場合がほとんどであり、贈与契約の成立要件として書面の作成や目的物の履行を要求するのは妥当ではない。

贈与契約の拘束力は、契約成立後の撤回の可否で調整をはかるべきと考える。(愛知県弁)

- 贈与の様式契約化及び要物契約化については、慎重に検討すべきである。

一般的に、口頭による贈与契約や贈与をするという諾成契約のみで目的物の交付が直ちに行なわれない贈与も多く見られるところであり、贈

与の要式契約化及び要物契約化が社会的慣行に必ずしも合致していない。  
(日司連)

- 贈与の成立要件として、書面によることを要求する（要式化）考え方に反対する。贈与を要式行為とした場合、親族間の贈与や、見本品の贈与など現実に多く行われている贈与が拘束力を失い、返還請求が可能になるという不都合が生じるし、書面によらない贈与は履行前は撤回可能とされ（民法第550条）、贈与者の保護も図られている。

贈与の成立要件として、目的物の交付を要求する（要物化）考え方に反対する。要物化を認めると、書面により締結された贈与の未履行部分の請求が求められないことになる。しかし、書面化されることで慎重に検討され、かつ、贈与意思も明確にされているような場合にまで効力を否定するのは妥当でない。（広島弁）

- 要式契約化・要物契約化すべきとの考え方につき、反対する。  
口頭の贈与は広く一般市民の間で頻繁に行われており、書面によらないものを全て無効とすることは、社会の実態に合わない結果となるため、要式契約化に反対する。

要物契約化とすると、贈与につき書面を作成したが、物を交付する前であれば、贈与しなくてもよいということになる。しかし、口頭の贈与が多い中、あえて書面を作成した場合には、受贈者は相当の期待を持つものであるから、これを保護して契約の拘束力を認めるべきである。したがって、要物契約化に反対する。（札幌弁）

- 現行法の規律を維持すべきである。  
現行法の規律を改め、贈与契約を要式契約とした場合には、それらの方式を満たさない贈与は無効となり、既に履行を終えたものであっても返還しなければならないといった不当な結論になるおそれがあること、また要物契約とした場合には、援助の趣旨で行われた債務負担行為の効力が一切否定されてしまうなど、実務に対する悪影響も否定できない。

なお、学業を援助するため将来に向けた分割給付を約束する贈与といったものは、税法との関係で実際に多額の分割給付を約束する贈与が行われることはまずない（税法との関係では、分割給付を約束した時点で受贈者がその全額を受け取ったものとみなされ多額の贈与税負担が発生してしまう）ので、贈与に関する規定の見直しは、税法との関係も考慮した上でその可否を検討すべきである。（弁護士）

- 贈与の成立要件につき、要式契約化・要物契約化しない方向で検討すべきである。

贈与契約が無償契約であることからすれば、贈与者の意思を明確にするためにも、贈与を要式契約化・要物契約化することには一理ある。しかし、贈与は、親愛や好意、相互扶助の精神または社会的な慣習に基づき、広く市民社会に定着した法律行為であり、贈与を要式契約化した場



合、これまで有効なものとして取り扱われてきた贈与が、今後は法律上の効果を認められなくなることになり、一般市民に混乱を与えることは明らかである。また、書面により契約内容が明らかになるという側面に着目すれば、確かに要式契約の方が優れているとはいえるが、契約の性質、内容によっては、契約の締結にあたり必ずしも書面の作成を必要とすることが適さない契約類型も存在し、親愛や好意などに基づく贈与は、まさにそうした契約類型の代表格に当たるものである。

よって、贈与の形式を法律上限定することなく、当事者の選択した任意の方式を尊重し、口頭・諾成契約による贈与であっても契約の成立を認めるべきである。(東京青司協)

- 贈与契約の要式契約化・要物契約化に反対する。現行法でも民法第550条で書面によらない贈与が撤回できることとされており、要式化・要物化する必要性はない。例えば、親が子に小遣いを与えるものなど、口約束であっても約束した以上契約自体は成立すると考える方が、一般的な理解に合致する。(一弁)
- 贈与を要式契約とすること及び要物契約とすることに、いずれも反対。(堂島有志)
- 要式化に賛成する意見もあったが、口頭贈与の多い我が国の実情を踏まえると、口頭の贈与後の返還を許すことになって紛争が誘発されることを懸念する意見が多かった。(最高裁)
- 贈与契約を要式契約とすることは、反対である。

お年玉をあげる等社会生活上頻繁に行われている家族や友人間における贈与は、情宜を基礎としてなされることから、書面は作成されず、口頭でなされることが多い。そして、贈与契約を要式契約とした場合、かかる情義を基礎とする典型的な贈与につき、贈与契約が成立せず、民法によって規律されないことになり、典型契約として粗漏である。

また、書面の作成を贈与の有効要件とすると、書面を作成せずして贈与が履行された場合、相手方は、贈与された物の返還に応じなければならないが、そのような結果を生じさせることには問題がある。加えて、特に贈与の目的物が消耗品であった場合には、その清算が煩わしくなり、妥当ではない。

贈与契約を要物契約とすることは、慎重に検討するべきである。贈与の目的物が有体物ではない場合には対応できない。特に、無体物である権利の移転を贈与の目的とする場合には、物の交付という概念を使うこと自体が難しい。将来の援助等を約束するケース、例えば、一定の期間贈与を受けることを想定して学校に通っているといったケースにおいて、贈与契約を要物契約とすれば、途中で履行されないことがありうる。(大阪弁)

- 贈与契約の要式化・要物契約化には反対する。保証契約については平

成16年の民法改正で要式化されたが、贈与契約と保証契約とを同列には論じられないし、書面によらない贈与は未履行部分の撤回が可能であるから、要式化・要物化を図る必要性はない。(大司書)

- 贈与を要式契約又は要物契約とすることには反対である。

贈与は書面によらずになされる場合が多い。贈与を要式契約とすると、受贈者は法律上の原因なく目的物を受領したため目的物の返還義務を負うことになるが、そのような帰結は不当である。贈与の成立要件として一律に書面の作成等を要求することは、このように書面なしに贈与が行われることが多いという社会的実態に合致せず、法的関係に混乱をきたすおそれがあることから、贈与を要式契約化すべきではない。

また、贈与を要物契約とすると、贈与の目的が有体物でない場合の贈与契約の成立の有無が明らかでないため、要物契約化すべきではない。

(二弁)

- 要式契約化、要物契約化ともせずに、現行どおりでよいと考える。

一般市民向け法律相談では、実際に書面によらない贈与が話題にのぼる相談が多いところ、結局贈与の効果が主張できない事例が多いとしても、すべて「撤回」可能性の問題でなく、そもそも贈与が「成立」しているかどうかの段階で効力を封じてしまうのは、相談者の納得を得にくく、一般市民感覚と乖離するように思われる。

書面によらず、かつ、履行を了していない贈与の撤回を認めるのであれば、贈与者に対する不当な拘束とはいえず、現行法の枠組みを大きく変更するほどの必要性は感じられない。(横浜弁)

- 我が国の慣習上、書面に基つかず贈与がなされることも多いことから、贈与を要式契約または要物契約とする必要はない。(親和会)
- 現行のままでよい。(広大有志)
- 本研究会としては、現行の規定のままで望ましいのではないかと考える。要式化・要物化することにより、有益な贈与をしづらくなることが懸念される。また、諾成的贈与が認められれば、要物契約化を図る意義がない。(日大民研・商研)
- 贈与を要式契約、要物契約に改める必要はない。

贈与契約を要式契約とした場合、現行法との違いは、書面によらない贈与契約に基づき履行された物について贈与者からの返還が可能となることである。例えば、AがBに対して、1万円を小遣いとして渡した場合であっても、書面の作成がなければ、Bは、後日1万円を返還しなければならないおそれがある。贈与は日常生活で様々な場面で利用されており、これを要式行為とする必要性はないと思われる。

贈与契約を要物契約とした場合、現行法との違いは、書面により締結された贈与契約に基づく未履行部分について受贈者からの請求権が否定されることになる。例えば、AがBに対して、不動産を贈与する契約を

締結したとしても、AはBからの履行請求を拒絶できることになる。しかしながら、書面化したということは贈与者の贈与する意思が明確化されており、その効力を否定する必要はないと思われる。また、死因贈与の場合（例 親が跡継となる長男に株式を死因贈与する契約）が無効になってしまうのも（死亡に際しての財産移転は遺言のみに限られるというのも）不当であろう。（福岡弁）

- 贈与の成立要件に関して、書面によることを必要とすべきであるという考え方（要式契約化）、又目的物を交付することを必要とすべきであるという考え方（要物契約化）にいずれも反対である。

贈与を要式行為とした場合、親族間での贈与や、事業における販促品の贈与など、日常生活の様々な場面で行われている現行法下の贈与行為が拘束力を持たず、返還請求が可能という帰結をもたらすことになる。このように、上記提案は法的に不安定な状況をもたらす。

書面によらない贈与は履行前は撤回可能とされており（民法550条）、贈与者の保護は、この範囲で図られている。

贈与を要物契約とした場合、現行法下での帰結と実質的に異なってくるのは、書面により締結された贈与契約の未履行部分について、受贈者からの請求権が否定される点である。例えば、AがBに対して、入学後の学資を提供する旨書面で約束していた場合、又不動産を提供する旨書面で約束をしていた場合などにおいても、AはBからの履行請求に対し、契約が成立していないことを理由に拒絶できることになる。

しかし、書面化の時点で贈与者には慎重な検討の機会が与えられており、贈与する意思も明確化されている。また、書面化により受贈者の信頼も強まるから、その効力を否定すべきでない。（日弁連）

- 贈与の考え方、特にその成立要件について、実務の実態を踏まえて効率かつ柔軟な要件を定める方向で検討がされることについて賛成する。

東日本大震災の被災者に対する義援金などで見られるように、カード会員が、カード決済により、義援金や公益団体への寄付を行うこと、カード会員がポイントを利用して公益団体等に対し寄付を行うことを申し出て、これに対応してカード会社が会員に代わりポイントに相当する寄付を行うことなど、法的には贈与と評価される行為がなされる例が少なくないが、これらについては例えば電話による申出で行われることも見受けられるところである。

贈与について、常に書面によらなければ取消しをなし得るとする場合、クレジット会社としては安定的で確実な事務処理を行うために寄付をしようとする者の意思を書面で確認しなければならないことになるが、これでは、かえって善意の行為を妨げる結果となりかねない。

このため、実務の実態を踏まえて効率かつ柔軟な成立要件を定めることは、社会的意義のある行為を促進することにもつながると思われる。

(クレ協, 全信販協)

- 現実には口頭による贈与が多い上, 例えば, 要物契約化した場合には, 学業を援助するため将来に向けた分割給付を約束する贈与等の効力が不安定化するおそれがあるから現行法を維持すべきである。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。(個人)
- 贈与が即時取得(第192条)の「取引行為」に含まれるかどうかという問題に関わってくる可能性がある。第192条側で解決すべきことかもしれないが, 只で貰った物に対する権利をそんなに尊重する必要もないし, また他人の物を勝手によこした人に対して感謝の念を抱かせないようにするためにも, むしろ贈与は取引行為に含めないようにすべきだと思う。(翻訳・出版関係)

## 2 適用範囲の明確化

贈与の適用範囲に関して, 贈与の目的が「財産」を与えること(民法第549条)と規定されているところを売買と同様に「財産権」の移転と改めるかどうかについては, まずは贈与の目的を「財産権」の移転とした場合の規定を検討した上で, その適用範囲を制限物権の設定, 権利放棄, 債務免除等の他の無償行為に及ぼすべきか否か, また, これを及ぼす場合には, 贈与の目的を拡大する形を採るか, 贈与の規定を準用する形を採るかといった点について, 無償契約への準用という論点(後記7(4))との関連性に留意しつつ, 更に検討してはどうか。

その際, 合意による無因の債務負担行為も有効であるとして, これを明文化することの当否について, 贈与の適用範囲との関係に留意しつつ, 検討してはどうか。

また, 他人の財産の贈与契約が有効であることを条文上明らかにするため, 民法第549条の「自己の」を削除することの当否について, 更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 2(関連論点)1[66頁]】

### 【意見】

- 民法第549条の「財産」を「財産権」と改めることには賛成するが, 贈与の適用範囲を制限物権の設定, 権利放棄, 債務免除やその他の無償行為に及ぼすことについては, 慎重に検討すべきである。これらも贈与に含めてしまうと, 書面によらない債務免除等は撤回できることになってしまうなど実務上の影響が大きいことから, 贈与に関する規定の適用ないし準用の可否は, その行為の性質に応じて個別に検討すべきである。  
合意による無因の債務負担行為について明文の規定を置くことについては, 慎重に検討すべきである。合意による無因の債務負担行為については, 金融商品の組成において現実の問題になることもあるので, これ

が有効である旨の規定を設けるのが妥当との指摘もある。しかしながら、手形や小切手といった特殊な法体系についてはともかく、消費者も当事者となり得る民法の一般規定として、無因の債務負担行為を正面から認めて良いかは疑問があるほか、民法体系全体の整合性との観点に照らしても問題が生じるおそれがあることから、そのような明文の規定を設けることの可否については、慎重に検討すべきである

民法第549条の「自己の」という文言を削除することには賛成する。判例は「他人の財産権をもって贈与の目的とすることも可能である」としており、(最判昭和44年1月31日)、現行法上も他人の財産権を目的とする贈与は有効と解されていることから、そのような解釈を明文化することが「分かりやすい民法」の実現に資する。(東弁)

○ 明確化の観点から、「自己の」を削除することに賛成。また、「財産」を「財産権」とすることも、今日の学説の一般的理解と合っているから、賛成(金沢弁消費者委)

○ 贈与の目的について「財産」を与えるとの現行規定を「財産権」の移転と改めることに、賛成する。売買契約の目的物を「財産権」と規定するのであれば、贈与契約の目的物も「財産権」とすべきである。

合意による無因の債務負担行為を有効として明文化することについては、反対する。無因の債務負担行為に関する規定を設けると、無因の債務負担行為が濫用される危険性も否定できない。

他人の財産の贈与契約が有効であることを条文上明らかにするため、民法第549条の「自己の」を削除することについては、賛成する。他人の財産の贈与が認められていることから、「自己の」の文言を削除する方が分かりやすい。(愛知県弁)

○ 「財産」を「財産権」と改めることには、賛成である。贈与の目的に権利が含まれることについては異論がなく、民法551条もそれを前提とした規定となっている。

贈与の規定を制限物権の設定等の無償行為に及ぼすかについては、社会的必要性を勘案しつつ慎重に検討すべき。仮に及ぼすとした場合、「贈与」の目的の拡大ではなく、「贈与」の規定の準用によるべきである。制限物権の設定等の無償行為について「贈与」の規定を及ぼすのが適当か否かは、個別に検討すべきである。また、規定を及ぼすとしても、贈与が「財産授与行為」と理解されている以上、制限物権の設定や権利放棄を「贈与」の概念に含めることには無理があり、贈与規定の準用によるべきである。

合意による無因の債務負担行為の有効性の明文化については、慎重であるべきである。合意による無因の債務負担行為についての規定を民法に設ける社会的必要性があるのか否かが検討されるべきである。

第594条の「自己の」を削除することは、検討してよい。他人物贈与

の有効性を認めた判例もあり、この点を明文化することは検討されるべきである。(兵庫県弁)

- 贈与の目的を「財産」を与えることから「財産権」を移転することに改めることに賛成。一般社会では、売買の場合と同じく「財産権」の移転が贈与と考えられており、実態に合った規定に直すべきである。

適用範囲を「制限物権の設定」「権利放棄」「債務免除」等他の無償行為にも及ぼすべきか、否かは慎重に検討すべきである。また、準用するにしても、各行為の性質に応じて慎重に検討すべきである。一般社会においても、「制限物権の設定」「権利放棄」「債務免除」までは贈与と理解されていないと思われる。また、贈与には「書面によらない贈与の撤回権」など、一方的に法律関係を解消する制度もあり、第三者の利害(信頼)も考慮にいれつつ、準用については慎重に検討すべきである。

適用範囲を広げる場合、合意による無因の債務負担行為に関する明文を置くことに反対。合意による無因の債務負担という考え方は極めて技巧的であり、商事の特殊領域でしか需要がないと思われるので、特別法で対処すべきである。

他人の財産の贈与契約が有効であることを明らかにするため、民法第549条の「自己の」を削除することに賛成する。判例も他人物の贈与を認めておりこれを否定する理由もない。(広島弁)

- 「財産」を「財産権」に改めることにつき、賛成する。

合意による無因の債務負担行為の明文化につき、慎重な検討を要する。

「自己の」を削除することにつき、賛成する。

売買では、「財産権」と規定していることから、贈与においても「財産権」と改めるべきである。まずは財産権の無償移転について贈与で規定し、これを財産権以外の周辺的行為に贈与の規定を準用するかは、贈与とは別の条文で規定すべきである。

合意による無因の債務負担行為を認めるかどうかにつき、十分な議論がなされているとはいえない。

他人の財産の贈与契約も、契約としては有効であることを明らかにするため、「自己の」を削除すべきである。(札幌弁)

- 財産権の移転とすることに賛成。

制限物権の設定、権利放棄、債務免除等の他の無償行為については、規定を置かず、個別の契約の状況に応じ、どの程度贈与の規定を及ぼすべきか、解釈に委ねるべきである。

「自己の」という限定を削除すべきである。(堂島有志)

- 検討することに異論はなかったが、他の無償行為についてまで適用範囲を広げることについて疑問を呈する意見、無因の債務負担行為の有効性を明文化することについて、濫用悪用のおそれがあることを懸念する意見などがあつた。(最高裁)

- 贈与の対象を「財産権」と規定することにつき、慎重に検討するべきである。「財産」とするよりも「財産権」と規定する方が贈与契約として規律される対象が狭くなる。そこで、「財産権」と規定することにより、従来贈与契約と位置付けられていたものが、贈与契約として規律されなくなるおそれがないか検討する必要がある。

無因の債務負担行為を明文化することに反対である。無因の債務負担行為の内容が十分審議されておらず、その内容が不明確であること及び無因の債務負担行為を明文化することで、民法の体系全体との整合性に問題が生じないか等の問題点がある。

「自己の」を削除することは、特に反対しない。第三者の財産を贈与することを内容とする贈与契約が有効であるとする判例の結論を明確化するものであり、特に問題はない。(大阪弁)

- 実務上のニーズがあり、また、否定すべき特段の理由も存在しないことからすれば、無因の債務負担行為を認めてよいと考えられる

銀行実務上、商品組成を考える場合に、具体的な原因関係を伴わずに債務者の単純な「支払約束」や「支払債務承認」により債務を発生させることができるのかが問題となることがある。例えば、担保付シンジケートローンを組成するに当たり、エージェントに担保権を一括管理させるために、借入人が「支払約束」により各貸付人とエージェントの間に連帯債権を成立させることができるか、という点等が問題とされている。

学説上は無因の債務負担を認める有力な見解が存在するが、その一方で消極的な見解も存在し、確定的な見解がないのが現状と思われる。

この点については、無因の債務負担を有効と考えるべき理由として、以下の点が考えられる。まず、原因関係が存在しない場合であっても、当事者が真に債務を負担する意思を有しているのであればその効力を認めて問題ないと思われ、その意思に瑕疵がある場合等には、意思表示の一般理論で対応することで足りると考えられる。また、贈与契約には典型契約としての地位が認められているが、一定の金額を贈与する契約を締結することと、ある相手に債務を負担する旨の「支払約束」をすることとの間に実質的な相違があるとは思われないことも、無因の債務負担行為を認めて問題ないことの理由として指摘される。

金融実務の安定のためには、無因の債務負担が有効であることを認める手当てがされることが望ましい。(全銀協)

- 特に異論はない。(二弁)
- これは、贈与の「典型」契約性をどう規定するか、無償契約への準用をどのように規定するかといった問題である。前者は、「典型」性につき典型契約の意義、贈与契約が典型契約でありながら、総則性が強い規定であることを考慮しつつ、明確に規定されたい。後者は、もっぱら立法技術上の問題であり、関係各制度との整合性を図りつつ、しかるべく規定の整合

性を図られたい。なお、「自己の」を削除すべきであるという考え方については、特段の異論はない。（日大民研・商研）

- 民法549条の「自己の財産」を「財産権」と改めるべきである。（福岡弁）
- 贈与の目的が「財産」を与えること（民法第549条）と規定されているところを売買と同様に「財産権」の移転と改めることについては賛成意見が強い。贈与の規定の適用範囲を制限物権の設定、権利放棄、債務免除等の他の無償行為に及ぼすについては、更に検討すべきであり、又仮に、贈与の規定を他の無償行為に及ぼす場合には、贈与の目的を拡大するのではなく、贈与の規定を準用する形を採るべきである。①現行民法の贈与契約について、一般社会においては売買と同様に「財産権」の移転契約であるにとらえられ、他人のための担保提供、債務の引受、債権の放棄、債務免除等は贈与契約に含まれるとは考えられていないものと解される。「分かりやすい民法」にするためには、「贈与」概念もできる限り一般通常人の感覚に沿って限定的に明確化し、通常贈与とは解されていない他人のための担保提供以下については別途贈与の規定を準用するか否かを明示的に定めることが望ましい。

合意による無因の債務負担行為を有効として明文化することについては反対である。贈与・保証を典型例として、当事者の一方が他方に対して一方的に利益を与える種類の取引について、民法は、取引類型の特性に応じて、契約の拘束力を限定的に解する態度をとっていると考えられる。このように取引類型の特性に応じた規定の仕方は比較法的にも同様であると考えられる。

この点、無因の債務負担行為に関する規定を抽象的に設けることになると、検討の前提とする取引類型がないため、当該契約の拘束力を限定する必要性・相当性を検討することは困難である。結果として、無因の債務負担行為が緩やかに認められる可能性が高く、濫用の危険性も高まるものと解される。

他人の財産の贈与契約が有効であることを条文上明らかにするため、民法第549条の「自己の」を削除することについては賛成である。他人の財産の贈与契約が有効であることは確定的な判例であり、明文化に異論はない。（日弁連）

- 贈与の対象は「自己の」財産に限られないから、民法549条の「自己の」の文言は削除すべきである。「財産」については、民法555条に合わせて「財産権」とすることを検討すべきである。（親和会）
- 財産権の移転で条文化すべき。その上で、担保設定や債権放棄などが恩恵的行為に該当する場合は、適用可能性を論じればよい。もっとも、抵当権設定や債権放棄の、動機としての贈与という位置づけになるため、さらに関係を整理すべきである。（広大有志）



- 贈与の適用範囲の明確化に関連して、「合意による債務負担行為も有効であるとして、これを明文化することの当否について、贈与の適用範囲との関係に留意しつつ、検討してはどうか。」との提案には賛成である。このように無因の債務負担行為を認めることに対して、部会において「合意による無因の債務負担行為を認めることが民法体系全体の整合性に問題を生じさせないか十分な配慮が必要である」という意見や、「無因の債務負担行為を正面から認めることには慎重であるべきである」という意見が挙げられている。しかしながら学説上、現行民法は無因の債務負担契約を典型契約として認めていないが契約自由の原則からいって有効に成立することは疑いないものであろうとの見解が存在する（我妻栄 債権各論 上54頁）。また、実務上、不動産流動化案件等において特別目的会社（SPC）の倒産隔離の一環としてSPCの取締役等の役員から倒産不申立誓約書の徴求を行っており、またSPCが借入金を本来の用途に使用せずに横領するなど一定の行為をした場合に貸付人に生じた損害をSPCのスポンサー（SPCを組成して流動化を行っている実質的な主体）が補償する旨の約束（スポンサーレターの差入れ）が行われているところ、これらの約束は無因行為と考えられるため、その民法上の有効性について明らかにすることは実務上意義がある（倒産申立権の放棄の倒産法上の有効性については別論である。）。（長島・大野・常松有志）
- 贈与の目的を「財産権」とすること、及び第549条の「自己の」という文言を削除することに異論はないが、その適用範囲を他の無償契約に拡張すること、合意による無因の債務負担行為に関する明文の規定を置くことについては、慎重に検討すべきである。

ソフトウェアの無償提供行為等を贈与としてよいかは、それらの行為の実態も考慮する必要がある（有償ソフトウェアの販売における無料体験版などとして、試味売買に類似するものもあれば、有償ソフトウェア等の利用に必要な基本ソフトとして利用されているなど、無償であっても利用者保護の必要性が高いものも存在する）ので、民法の贈与に関する規律を無条件に準用すれば良い問題ではない。

また、当事者の合意による無因の債務負担行為については、贈与に関する規定の潜脱行為として用いられる可能性があるため、民法でこれを認めることは慎重に検討すべきである。（弁護士）
- 適用範囲を明確化することを、検討することには反対しない。贈与契約の適用範囲について検討することについては、消費者保護の観点からは特に問題はない。

民法において、一般的に無因の債務負担行為を認める必要性は認められない。

仮に、無因の債務負担行為を認める場合には、事業者あるいは商人によるものに限定すべきである。無因の債務負担行為については、少なく

とも、消費者がこれを行う必要性が認められないほか（B to C， C to C いずれも），原因関係上の抗弁等が援用できなくなることを認めることは適切でもない。（日弁連消費者委有志）

- いずれも慎重に検討すべきである。（横浜弁）
- 広く無償行為を含めることに反対する。一律に贈与と同様の規律を適用すると混乱が大きい。（森・濱田松本有志）
- 中間論点整理では、贈与の適用範囲に関して、贈与の目的が「財産」を与えること（民法第549条）と規定されているところを売買と同様に「財産権」の移転と改めるかどうかについて、更に検討してはどうか、とされている（かかる議論は、贈与の目的が「財産」と規定されたのは、所有権移転のみならず、他人のための担保提供、債務の引受、債権の放棄、債務免除等をも贈与とする諸外国の学説を参照したものであるが、現在では、贈与契約は、売買と同様、財産権移転契約であると理解されているとの認識に基づくものと考えられる（部会資料15-2）。

この点に関連して、そもそも民法においては、「財産権」及び「財産」いずれの用語も用いられているが、両者の意義は条文上明らかにはされていない。

しかしながら、民法上の「財産権」及び「財産」がいかなる意義を有するかは、他の私法との関係でも解釈のメルクマールとなり得る重要な問題である（例えば、平成18年の信託法改正においては、信託の対象について、旧法が「財産権」と規定していたところ、「財産」と文言が改められており、その趣旨は、信託の対象が、具体的な名称で呼ばれるほどに成熟した権利である必要はなく、金銭的価値に見積もることができるもの全てが含まれるとの趣旨を明らかにするためと一般に説明されている。しかしながら、かかる説明によっても、結局のところ「財産」に何が含まれるのかは明らかではなく（例えば、営業上の秘密等の事実上の利益が含まれるか否かは明らかではない。）、信託を用いた取引実務上、いかなる対象を信託の目的とし得るか外延が明らかではないという問題がある。この点、民法上の「財産」の意義が明確にされれば、解釈上のメルクマールになると考えられる。）。

そこで、上記の議論にあたり、まず、民法上の「財産権」及び「財産」の意義について明らかにされることが望ましい。

また、上記の信託法改正の議論からすると、贈与の対象を「財産権」に限定する必然性はないように思われ、むしろ贈与の対象を「財産」とする規定を維持することが検討されてよいと思われる。

中間論点整理では、合意による無因の債務負担行為も有効であるとして、これを明文化することの当否について、贈与の適用範囲との関係に留意しつつ、検討してはどうかとされている。

この点、金融実務の観点からは、実務上広く用いられている保証社債に

ついて、保証人と社債権者との間の直接の保証契約の存在が明確に認定しにくいという問題がある。債権法改正との関係では、中間論点整理第12、1(1)で提案されている保証引受契約によって保証債務を成立させる方法も考えられるものの、保証人による一方的な無因の債務負担行為によって社債に保証を付すことができれば、保証社債の法律構成を説明しやすくなり、保証社債による投資がしやすくなるというメリットがあると思われる。

そこで、合意による債務負担行為に限らず、債務者の意思表示による一方的な無因の債務負担行為を明文化することについても検討されるべきである(なお、第16回会議においても、無因の債務負担行為を明文化することの当否について議論がなされているが、必ずしも合意による債務負担行為だけでなく、一方的な債務負担行為をも念頭に置いて議論しているように思われる。(西村あさひ有志)

- 贈与の目的を現在の「財産」を与える(民法第549条)から「財産権」の移転と改めるかどうかについては、財産権以外のものの取扱いを検討する必要がある。無利息消費貸借や使用貸借等の他の典型契約に該当するものはその規律によるとするかを検討し、次に、他の典型契約から外れる制限物権の設定、権利放棄、債務免除等の周辺の行為に贈与の規定を適用ないし準用すべきかを検討した上で決すべきである。

なお、他人の財産の贈与を有効とする判例法理を条文上明確にするため、「自己の」を削除すべきである。(弁護士)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### 3 書面によらない贈与の撤回における「書面」要件の明確化(民法第550条)

贈与の撤回(民法第550条)における「書面」要件に関しては、原則として贈与契約書の作成を要するとするなど、これを厳格化することによって、契約締結後の事情の変化に応じた合理的な撤回の可能性を確保すべきであるという意見と、「書面」要件の厳格化によって、実務上行われている法的に保護されるべき贈与の効力が否定されやすくなるおそれがあるという意見があった。これを踏まえて、「書面」要件の厳格化が現実の贈与取引に与える影響に留意しつつ、「書面」要件の内容を厳格化し、これを条文上明確にすることの当否について、更に検討してはどうか。

また、「書面」に電磁的記録を含めるべきか否かという点について、贈与に関する電子取引の実態を踏まえつつ、検討してはどうか。

さらに、書面によらない負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化することの当否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6、3[69頁]、同(関連論点)[72頁]】

## 【意見】

- 書面による贈与の要件を厳格化するという考え方については、慎重に検討すべきである。

書面による贈与の要件を明確化するという考え方についても、同様に慎重に検討すべきである。

「書面」に電磁的記録が含まれるべきか否かについて、贈与に関する電子取引の実態を踏まえつつ検討するということには賛成である。

負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化することには賛成である。

書面によらない贈与の撤回における「書面」要件に関しては、判例は、緩やかに書面要件を肯定する傾向にあると言われているが、判例は、個々の事案の妥当な解決という面から、書面の記載内容だけではなく、贈与の経緯・目的、書面作成の経緯等も参酌した総合判断をしていると考えられる。贈与が近親者等社会的に密接な関係にある者の間で行われ、贈与の約束を信じた受贈者を保護する必要がある場合があり、また、贈与者が死亡直前に生前贈与ないしは死因贈与を行っており、厳格な形式性を要求する遺贈と同様の規律を当てはめた場合酷な結果を招来しかねない場合があるなどの立法事実を鑑み、現行の判例実務を変更してまでこれを改めるべき積極的な理由があるのか、判例変更が実務に及ぼす影響も勘案しつつ、慎重に検討されるべきである。

民法第550条の趣旨である「贈与者の意思を明確にすること」及び「贈与者が軽率に贈与をすることを防止すること」は、上記の点を考慮して書面性を判断すればその趣旨を実現することが可能であり、それ以上に厳格な要件を求める必要があるのか、疑問がないわけではない。

上記のように、個々の事案の妥当な解決から従前の判例法理を評価する場合、書面による贈与の要件を明確化することにより、かえって上記のような判例のアプローチの妙味を失わせることにならないか、慎重に検討する必要がある。

書面に電磁的記録を含めないとすると、書面要件に当事者の署名を求めないことを前提とすれば、パソコンのワープロソフトで契約書を作成して印刷した場合には書面性が認められ、単にファイルのままメールでやり取りした場合には書面性が認められないといったアンバランスな事態となりかねない。電磁的記録の場合であっても、民法第550条の趣旨である

「贈与者の意思を明確にすること」及び「贈与者が軽率に贈与をすることを防止すること」という観点からは書面性を肯定してよいように思われる。電磁的記録でのやり取りが通常となっている現在においては、電磁的記録を含める方向で検討すべきである。

負担の履行が第550条の「履行」に当たるとした裁判例があることや、

最高裁も、負担付死因贈与の受贈者が負担の全部と同程度の履行をした事案において、負担の履行状況にもかかわらず負担付死因贈与契約の全部又は一部の取消をすることがやむをえないと認められる特段の事情がない限り、民法第1022条及び第1023条の各規定は準用されないと判示していることに鑑み、負担が履行された場合には撤回できない旨を明文化することは適当であると考え。 (二弁)

- 「書面」要件の内容を厳格化し、これを条文上明確化することに賛成である。書面要件が不明確なために、実務上紛争の原因になっていることは否めない。明確化することによって、紛争を防ぐことが期待できる。

「書面」に電磁的記録を含めるべきか否かについては、その必要性に留意しつつ、慎重に検討すべきである。厳格化することにより、現状よりも受贈者が保護されにくくなるが、無償の贈与においては、受贈者の保護の要請はさほど強くない。むしろ、贈与契約当事者間で作成され、贈与契約の内容(贈与当事者、贈与目的物の内容、無償の財産移転であること)が記載されていることを要するとするなどして、契約締結後の事情の変化に応じた合理的な撤回の可能性を確保しうるようにすべきである。

書面によらない負担付き贈与において、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化することに賛成である。負担が履行された後にも贈与の撤回を認めることは、受贈者の期待に著しく反し、当事者の公平を損なうので、否定されるべきだが、現行法はこの点が明確でない。

(横浜弁)

- 書面の厳格化には好意的な印象だが、要式行為的な対応には躊躇を覚える。未履行部分については、事情変更の原則で対応する方が妥当ではないか。(広大有志)
- いずれについても、社会実態や裁判例を踏まえてさらに検討することに賛成である。もっとも、静的安全保護の方向への検討にとどめるべきとする意見もあった。

「書面」の要件の具体化は望ましいが、「書面」の内容について、判例は、「書面に贈与がされたことを確実に看取しうる程度の記載があれば足りる」(最判昭和60年11月29日)としており、厳格には解していないため、立法による厳格化の必要性については、更なる検討を要する。

「書面」に電磁的記録を含めるかについては、保証契約においてはこれを含む明文規定があるが(446条2項, 3項)、贈与の特徴に照らして同様に考えてよいのか更に検討すべきである。また、多様な電磁的記録による贈与の実態(個人間の電子メールによる贈与の意思表示, サイト上のボタンのクリックによる寄付等)を更に調査・検討する必要もある。

負担付き贈与については、贈与の動機、「負担」と贈与目的物の価値の相関関係等に照らして、負担履行後の撤回を常に認めなくてよいのか更に検討すべきである。(兵庫県弁)

- 「書面」の具体的要件を明確化し、その要件を厳格化することに賛成。また、電磁的記録では意思確認や贈与者に自覚を促すという機能が期待できないため、「書面」に電磁的記録が含まれないことを明記すべき。(金沢弁消費者委)
- 中間的な論点整理の方向性(書面要件の明確化)にいずれも賛成。(大学教員)
- 贈与の撤回に関する書面要件を明確化することについて、検討することには反対しない。  
消費者保護という観点からは、不適切な誘引により消費者が不当に贈与させられることなどを考慮して、消費者たる贈与者の保護という視点にも留意しつつ検討を行うべきである。(日弁連消費者委有志)
- 「書面」要件の内容の厳格化には反対する。書面要件の厳格化については、これに賛成する意見もあるが、例えば判例が「書面」と認めている県知事宛の農地所有権移転許可申請書等は、部分的な債務の履行であるという観点からも肯定的に評価することができ、また書面要件を厳格化しても、実務的に有益な贈与の効力を否定する結果となるおそれがある一方で、有害な贈与の効力を適切に排除する効果はあまり期待できない。よって、書面要件は基本的に現状を維持すべきであり、経済状況の悪化等を理由とする贈与の有害な撤回等は、書面要件の厳格化とは別の規律として、明文の規定を設けることによって対処すべきである。  
「書面」に電磁的記録を含めることについては、基本的に賛成する。インターネットを介した寄付金の募集等についてこれを認めるべき実務上の要請もあること、情報技術の普及に伴い、書面に電磁的記録を含めないとする立法は将来的に妥当性を失っていく可能性が高いことから、一定の要件のもとに電磁的記録も「書面」として認めるのが相当である。ただし、軽率な意思による贈与を防止するため、電磁的記録の作成にあたっては、適切な贈与者の意思確認措置を義務づけるべきである。なお、電磁的記録の作成時における意思確認措置は、現行法上認められている保証契約を電磁的記録により行う場合(民法446条3項)についても必要であると考えられることから、併せて立法化を検討すべきである。  
書面によらない負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回できない旨を明文化することには、賛成する。負担付贈与について、負担が履行された場合にはもはや撤回は許されないというのが判例の立場であるが、民法第550条に規定する「履行」は贈与者による履行が予定されていることから、この点については別途明文の規定を設ける必要がある。(東弁)
- 「書面」の具体的要件を明確化、厳格化することには、反対する。判例は書面要件を緩やかに解しており、書面要件を具体化、厳格化することは、判例実務に反する。また、贈与契約の際に作成される書面の形式

は、様々であるところ、書面要件を具体化、厳格化することによって、柔軟な解釈が妨げられる恐れがある。

「書面」に電磁的記録を含めることには、反対する。書面要件は、贈与者が書面作成を通じて、無償で自らの財産権を相手方に移転する行為の意味を自覚するためのものでもあるところ、電磁的記録では、贈与者が自らの行為を自覚する契機としては不十分である。

書面によらない負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化することには、反対する。受贈者の負う負担の大きさも様々であり、贈与の価値に比べて著しく過小な負担や負担の極一部が履行された場合も一律に負担の履行を民法第550条の「履行」にあたるとするのは妥当ではない。よって、事案ごとに柔軟に解釈できるように、負担の履行を「履行」にあたるとして、撤回することができない旨を明記すべきでない。(愛知県弁)

- 贈与に関する昨今の電子取引の実態を踏まえ、インターネット上の決済を通じた寄付等一定の場合には「書面」に電磁的記録を含めることについて前向きに検討するべきと考える。

贈与に関する昨今の電子取引の実態としては、例えば、ネットを使った寄付が社会的に定着しており、これらは、自らの明確な意思・善意で拠出していると考えられる。(例) ふるさと納税(地方自治体への寄付)、ネットによる政治献金、東日本大震災での寄付

少なくともインターネット上の決済を通じた寄付の場合は、実態としても自らの明確な意思で拠出したと整理してもかまわないのではないかと考えており、それらにつき「書面」に電磁的記録を含めることについて前向きに検討するべきと考える。なお、自己の重要な財産の贈与について書面による贈与契約書がない限り撤回を自由に認めるべきであるとの従来の考えを否定する趣旨ではない。(eビジネス連)

- 電磁的記録を「書面」に準じて扱うこと、及び書面によらない負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回することができない旨については、共に明文化する方向で検討すべきである。

情報化社会の進展により、電磁的記録が書面と同様の機能を果たす場面は、飛躍的に増加している。電磁的記録についても書面に準じて規定するのが妥当である。

また、負担付贈与は双務契約であり、片務契約である典型的な贈与とは性質を異にする。双務契約である以上、一方当事者が負担を履行した場合、相手側が債務を履行するのは当然であるから、その点、撤回することができない旨の規定は妥当であると考えられる。(日司連)

- 書面によらない負担付贈与については、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化すべきである。

贈与は、片務・無償契約であるが、これに負担が付けられた場合、当

該負担部分に関しては、その限度において贈与者と受贈者との間には対価関係が成立するものといえる。

そうであれば、一方の受贈者が贈与契約に付せられた負担を履行したにもかかわらず、他方の贈与者において贈与契約を撤回することができるのであれば、これは両当事者間の衡平に失することになる。また、受贈者からすれば、負担を先履行した場合においても、贈与者からの贈与の撤回が自由に認められるのであれば、贈与が撤回された場合のリスク（贈与者から履行した負担部分を不当利得返還請求または原状回復請求により回収することのリスク）を受贈者にのみ負わせることになり、このことが、受贈者をして負担を履行することを躊躇させる原因となることも否定できない。よって、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化することには賛成する。（青司協）

- 贈与の撤回（民法第550条）における「書面」要件を厳格化することの当否につき、慎重に検討すべきである。贈与契約の無償性に照らせば、贈与者の撤回は緩やかに認めるべきである反面、余りに厳格に書面性を求めると、拘束力が認められてしかるべき贈与まで撤回できることになってしまう恐れもあるので、実務への影響を考慮しつつ慎重に検討すべきである。

「書面」に電磁的記録を含めることに反対。電磁的記録は極めて容易に作成できるものであり、安易に拘束力を認めるべきではない。

書面によらない負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化することの当否につき、負担の価値が贈与財産の価値に比して著しく小さい場合の扱いに注意することを留保しつつ、明文化に賛成する。負担が履行された場合、受贈者の信頼を保護する必要がある、と一応言えるが、負担の価値が贈与財産の価値に比して著しく小さい場合にはそうとも言えない。（広島弁）

- 書面要件の厳格化につき、反対する。（現状維持に賛成する。）。

電磁的記録は含めるべきではない。

書面によらない負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化することにつき、賛成する。

贈与者が書面を作る機会、つまり、法的意味を脱する機会があればよいとする判例は支持できるため、書面要件の厳格化に反対する。

電磁的記録は、法的意味を脱する機会としては不十分であるのことで、贈与は経済取引として行うことがほとんどないので電磁的記録を含めなくても不都合はないと考えられることから、これを含めないとすべきである。

負担付贈与の場合の負担の履行が、「履行」にあたること明確化すべきである。（札幌弁）

- 贈与における「書面」には、電子的記録を含めるべきである。



現行民法第550条に定める「書面」には、電磁的記録が含まれる旨の規定がなされていないことから、電磁的記録は含まれないとされている。

ところで、今日、インターネットを通じて寄付金等の募集を行うことがあるが、その際、贈与における「書面」に電磁的記録が含まれないことで弊害が生じている。

インターネット上の取引では、クレジットカード決済という利便性の高い決済手段が広く利用されており、このことはインターネットを通じた寄付等においても同様であるが、この場合には、決済事業者から受贈者への支払完了後に、寄付者（贈与者）から決済事業者へ支払いが行われることになる。そして、現行法下では、インターネット上での贈与の意思表示は書面による意思表示に該当せず、決済事業者から受贈者への支払完了後に贈与者が贈与を撤回する可能性が存在することから、法的安定性の確保のため、例えば、パソコンの壁紙を寄付者に購入していただき、その購入対価をもって、受贈者へ支払いを行う等の技巧的な対応を採らざるを得ない状況に陥っている。

なお、贈与における「書面」に電磁的記録を含めない理由として、保証契約との対比において、保証契約は個人的情義に基づくとともに、合理的な経済取引として行われるものでもあるため電磁的記録を含める必要があるが、贈与については合理的な経済取引として行われることが想定されないため含める必要がない、ということが主張されている。

しかし、贈与においても、合理的な経済取引として行われることはあり得る（例えば、オフィス賃貸借契約解約時に、賃借人が賃貸人（若しくは次の賃借人）に対して、撤去にかかる費用の負担を回避するために合理的な経済取引として、自ら敷設した通信ケーブルを無償で譲渡するといったことが行われている）。

また、電磁的記録による贈与では、贈与者に、自らの行為の法的意味を自覚する契機を与えないという主張もなされている。

しかし、今日では、コミュニケーションの手段として、電磁的記録は、紙と同様に日常的に頻繁に利用されており、単に「電磁的記録」という方法のみをもって、法的意味を自覚する契機を与えないとすることは早計であると言わざるを得ない。

上記のとおり、贈与における「書面」に電磁的記録を含めることは、実務上必要性があり、また、除外することに合理的な理由は認められない。については、贈与における「書面」には電磁的記録も含めるべきであると考えられる。（法友会）

- 贈与者が、相手方にどの財産権を贈与する意思表示しているのか、一義的に記載されていることを要する旨明確化すべきである。

しかし、差入書でもよい（受贈者の意思が記載されている必要はない）。電磁的記録は、当面、書面に含めるべきではない。

書面によらない負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化することに賛成である。（堂島有志）

- 明確化することにより事案に応じた柔軟な解決が図れなくなることを懸念する意見があった。また、書面に電磁的記録を含めることについては、消極的な意見があった。負担を履行したときの負担付贈与の撤回を認めないとの提案については、事案に応じた柔軟で適切な解決が図れなくなることを懸念する意見があった。（最高裁）
- 「書面」の要件を厳格化することは反対である。もっとも、「書面」の意義は条文上明確にするべきである。

判例は、「書面」の意義につき、緩やかに解している。判例の傾向にもかかわらず、「書面」の要件を厳格化して撤回しうる贈与契約の範囲が広くすることで、当事者間で一旦成立した贈与契約の効力を弱くする理由はない。

むしろ、贈与契約は、慈善団体への寄付のように単なる好意からなされることよりも、扶養や相続等の家族間の財産移転や遺産分割の一環として行われること、共同体内部での義理・恩等から生ずる義務の履行と観念されることが多く、無償ではあっても軽視すべきではなく、受贈者の保護を図る必要性が認められる。

また、契約締結後の事情の変化に応じた合理的な撤回の可能性の確保は、「書面」の要件を厳格化することで達成されるものではない。「書面」の要件の厳格化は、贈与契約一般において撤回可能性を広げるものであり、合理的な撤回のみならず、不合理な撤回を肯定することにもつながるからである。

もっとも、民法第550条本文の「書面」の文言では、「書面」の範囲が不明確であることは否めない。そこで、「書面」の意義は、「贈与者に贈与の意思があることを確実に看取しうる書面における贈与は…」等と明確にするべきである。

以上の次第で、「書面」の意義を緩やかに解する判例と異なる方向で、あえて「書面」の要件を厳格化することには反対である。もっとも、「書面」の意義は条文上明確にするべきである。

この点、「書面」に電磁的記録が含まないと考えるべきである。平成16年改正において、保証契約の成立要件としての「書面」（民法446条2項）には、電磁的記録が含まれるのに対し、民法550条の「書面」には電磁的記録が含まれないとした立法経緯がある。

負担付贈与における負担の履行により、原則として、撤回ができなくなることは特に反対しない。負担の履行も「履行」に含むとして、負担の履行によって撤回ができなくなることは、同旨の判例及び通説を条文化するものであり、特に反対しない。もっとも、負担の履行の程度がいかにか小さい場合であっても「履行」に含まれ、贈与が撤回（解除）できないとする

ことが妥当か、妥当でないとするれば、履行の程度と贈与契約の撤回（解除）との関係をいかに規律するかを慎重に検討する必要がある。（大阪弁）

- 書面によらない贈与は撤回が可能となっているところ、この「書面」に電磁的記録を含めるかどうかについては、引き続き検討されたい。

東日本大震災での寄付など、インターネットを利用した贈与が普及している中、こうした贈与が、書面によらない贈与とされるため、寄付者による贈与の意思表示後、クレジットカード会社が決済をするまでの間に、撤回されるのではないかという懸念により、こうした贈与のシステムが不安定な状態に置かれているという実態がある。（産業組織課）

- 判例上、贈与の撤回のできない書面による贈与を認める場合の書面要件は緩やかに解釈されているが、これは、贈与の経緯、目的、書面作成の経緯などを斟酌して総合的判断を行っているものと解釈されるが、贈与が行われる場面も多様であることから、判例の解釈は相当である。書面の要件をことさらに明確化する必要はない。（親和会）

- 現行法の下で書面によらない贈与の書面には電子的記録が含まれないとされていることが、寄附金や義援金等の募集をインターネットで行う際の弊害となっている。

インターネット上の決済の方法には様々なものがありますが、クレジットカードを利用する場合や寄附を受ける自治体やNPO団体等から決済事業者が収納権限を付与されている場合には、寄附者が寄附を行う意思表示をしてから支払いがなされるまで一定の期間があることがある。この場合、決済事業者による自治体等への支払いが完了してから、寄附者が決済事業者に支払いを行うことがあり、この後に来る寄附者の決済事業者に対する支払いによって、実務者の間では寄附者の履行が終わったと考えられている。このような場合において、寄附の意思表示をインターネット上で行った後に、その意思表示が書面によらないものであって、まだ履行が終わっていないということを理由として撤回ができるとすると、寄附の相手方や決済事業者の法的安定性を害することになる。

最近では、東日本大震災の復旧・復興支援に関して弊社だけで14億円もの募金が集まっているが、上記のような法的安定性が害されることを防止したいということも一つの要因となって、パソコンの壁紙を寄附者に好きな金額で購入していただいて、その対価を寄附するというような構成をとらざるを得ない状況にある。

ふるさと納税、政治献金などについてもインターネットを通じた寄付が普及し、取扱金額も増加してきている現状にあり、震災時等の寄付に限らず、金銭による募金インターネット上で効率的に行えるようになれば、日本においても社会貢献としての募金が増え、今後ますます増えていくのではないかと考えるし、「新しい公共」という概念が支える寄付制度も寄付とい

う法律行為の安定性があるからこそ実現可能となっていくものとする。

そのため、少なくともこのようなインターネットを通じた社会貢献的な寄附については、書面に電子的記録も含めていただきたいと考える。しかしながら、民法が予定してきた我が国における親族間の寄付というようなものについてまで、すべて、インターネットで合意形成が行われた場合に撤回ができないとすることが合理的とまでは判断しかねていますので、あくまでも、意見としては現在インターネットで行われている寄付者からみても明らかに寄付という法律行為であると判断できる行為について、通信手段を用いた寄付契約の成立を認めて頂きたいという趣旨である。

なお、当該課題を解決するための別のアプローチとして、例えば、インターネット上で寄付を行うために必要な決済手続（例えばクレジットカード決済の申込み）などが行われた場合に、当該行為によって寄付の「行為」が完了したと看做すというような規定が設けることなども考えられるし、そういったアプローチを否定するものではなく、幅広く議論を継続して頂きたいと考えている。（ヤフー）

- 「書面」要件については、判例の立場に従った規制を望むものである。規定の厳格化により、有益な贈与が否定されないよう慎重な検討が望まれる。なお、電磁的記録についても規定するかについては、かなりの部分が解釈でまかなうことが可能と考えるが、引き続き検討されたい。（日大民研・商研）
- 民法550条に定める「書面」について、要件を厳格化すべきではない。現時点において、書面を厳格化する方向で見直す必要があるかどうかであるが、判例の事案をみると、いずれも贈与契約を無効とすべき事案ではなさそうであり、特に、贈与が親族間でなされることが多く、種々の背景まで考慮してその効力を検討しなければならない事案が多いことから考えると、現行法の規定のままでよいと思われる。

「書面」に電磁的方法を含ませるべきではない。メール等の電磁的記録は気軽に書いてしまうことがあり、これをもって、贈与がされたことを確実に看取しうる記録とは考えられない。したがって、電磁的記録も書面に含まれると解釈すべきではない。

負担付贈与の負担部分を履行した場合も、民法550条但書の履行に該当する旨明文化すべきである。負担付贈与で受贈者が負担を履行した場合に、贈与の未履行部分を取り消すことができるとすると、不公平となる場合が生じる。したがって、受贈者が負担部分を履行した場合には、贈与者による未履行部分の取消はできないと考えるべきである。（福岡弁）

- 「書面」要件の内容を厳格化することについては、なお慎重に検討すべきである。贈与契約の無償性に照らせば、贈与者からの撤回は緩やかに認めるべきであり、「書面」要件を緩やかに認め、撤回を困難にする現在の判例法理は妥当でないとして、要件を厳格化する考えがある。しかし、こ

のような要件の厳格化は現在の判例法理を変更することになるので、これによって生じる実務への影響については慎重に検討する必要がある。

「書面」に電磁的記録を含めるべきか否かについては、なお慎重に検討すべきである。「書面」に電磁的記録を含めるべきか否かという点については、現在の情報技術の普及状況を前提とすると、書面に電磁的記録を含めないとする立法は将来的に妥当性を失っていく可能性が高いこと、又インターネットを介した寄附金の募集等についてこれを認めるべき実務上の需要もあることから、一定の要件のもとに電磁的記録も「書面」として認めるべき要請がある。

他方、書面に「電磁的記録」を含めることについては、メール等の電磁的記録は気軽に書いてしまうことがあること、平成16年改正において、民法550条についてはあえて電磁的記録を含めないこととした経緯があり、それから状況に大きな変化がないことなどから、現時点では依然として「書面」に電磁的記録を含めるべき必要はないとする慎重意見もある。

書面によらない負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回することができない旨を明文化することについては賛成である。ただし、負担の価値が贈与財産の価値と比較して著しく小さい場合の扱いなどについて慎重に検討すべきである。負担付贈与で受贈者が負担を履行した場合に、贈与の未履行部分を取り消すことができないというのが判例の立場である。ただし、同判例も負担の価値と贈与財産の価値との相関関係や利害関係者間の身分関係などによっては例外的な場合があることを示唆しており、当事者間の公平という観点からはその点についても慎重に検討すべきである。

(日弁連)

- 「書面」に電磁的記録を含めることについても検討されて良いと考える。また、書面によらない負担付贈与において負担が履行された場合には、撤回することができない旨を明文化すべきである。(弁護士)
- 電磁的記録が全面的に書面に含まれるとすると、例えば2ちゃんねるの書き込みも含まれることになる。2ちゃんねるの名無しさんの書き込みなど口約束よりもはるかに安直にできることなのに、口約束が撤回できて2ちゃんねるの名無しさんの書き込みが撤回できないとするのは不合理である。もっとも、2ちゃんねるの名無しさんの書き込みは心裡留保による無効を主張すればいいと言う余地はあるが、相手方が知り得ることを立証しなければならず、撤回の方が単純である。電磁的記録で贈与者を特定するための情報を意図的に記録した場合を書面に含めることを提唱する。そうすると、2ちゃんねるの名無しさんの書き込みも強引に書き込んだ主を調べることは可能だが意図的に公開したとは言えないので文書には含まれないが、電子メールは普通の出し方をすれば含まれることになる。(翻訳・出版関係)
- 「書面」要件の内容の厳格化には反対する。書面要件の厳格化について

は、例えば判例が「書面」と認めている県知事宛の農地所有権移転許可申請書等は、部分的な債務の履行であるという観点からも肯定的に評価することができ、また書面要件を厳格化しても、実務的に有益な贈与の効力を否定する結果となるおそれがある一方で、有害な贈与の効力を適切に排除する効果はあまり期待できない。

よって、書面要件は基本的に現状を維持すべきであり、経済状況の悪化等を理由とする贈与の撤回等は、書面要件の厳格化とは別の規律として、明文の規定を設けることによって対処すべきである。

「書面」に電磁的記録を含めることについては、基本的に賛成する。ただし、軽率な意思による贈与を防止するため、電磁的記録の作成にあたっては、適切な贈与者の意思確認措置を義務づけるべきである。書面に「電磁的記録」を含めることについては、インターネットを介した寄付金の募集等についてこれを認めるべき実務上の要請もあること、情報技術の普及に伴い、書面に電磁的記録を含めないとする立法は将来的に妥当性を失っていく可能性が高いことから、一定の要件のもとに電磁的記録も「書面」として認めるのが相当である。

なお、電磁的記録を書面として認める要件としては、贈与の意思表示をしたという証拠を保存する機能のほか、軽率な意思表示を防止するという機能も重視すべきであり、単に「電磁的記録による贈与」を認めるだけでは、単なるパソコンのワンクリックや携帯電話のボタン操作一つで贈与が成立してしまう可能性があり、軽率な贈与を防止するという観点から妥当ではない。

電磁的記録による贈与の効力を認める場合、例えばインターネット上における贈与の意思表示では、「この贈与の意思表示は記録として保存され、書面による贈与と同様の効力があります。すなわち、この意思表示を行った後は、贈与の意思表示を撤回することはできません。それでも贈与を実行しますか？」となどいった確認画面を表示して、意思確認を行う措置を講じることを、贈与の効力要件として義務づけるべきである（具体的な規定の文言については、電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律第3条の規定などが参考になる）。なお、電磁的記録の作成時における意思確認措置は、現行法上認められている保証契約を電磁的記録により行う場合（民法第446条3項）についても必要であると考えられることから、併せて立法化を検討すべきである。

書面によらない負担付贈与において、負担が履行された場合には撤回できない旨を明文化することには、賛成する。負担付贈与について、負担が履行された場合にはもはや撤回は許されないというのが判例の立場であるが、民法第550条に規定する「履行」は贈与者による履行が予定されていることから、この問題を同条に含めるのは相当でなく、負担付贈与に関する特則として別途明文の規定を設けるのが相当である。負

担付贈与について、負担が履行された場合にはもはや撤回は許されないというのが判例の立場であるが、民法第550条に規定する「履行」は贈与者による履行が予定されていることから、この問題を同条に含めるのは相当でなく、負担付贈与に関する特則として別途明文の規定を設けるのが相当である。(弁護士)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### 4 贈与者の担保責任（民法第551条第1項）

贈与者の担保責任の法的性質については、売主の担保責任の法的性質の議論（前記第39、1(1)及び2）との整合性に留意しつつ、契約責任と構成することが適切かという観点から、更に検討してはどうか。

贈与者の担保責任の法的性質を契約責任とする場合においては、無償契約の特性を踏まえた契約の解釈準則を設けるべきであるという意見があり、それに対して消極的な意見もあったことを踏まえて、解釈準則については債務内容確定のための準則と免責における準則を区別して議論すべきであるという指摘があることや使用貸借の担保責任に関する議論（後記第46、3）との整合性に留意しつつ、仮に解釈準則を設けるとした場合にどのような具体的内容の解釈準則を設けることができるかという点の検討を通じて、解釈準則を設けることの要否や可否について、更に検討してはどうか。

また、他人の権利の贈与者は、原則として他人の権利を取得する義務を負わず、結果として他人の権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負う旨の規定を置くべきであるという考え方の採否について、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6、4 [72頁]、同（関連論点）[76頁]】

#### 【意見】

- 現行民法第551条を改正し、贈与者の担保責任について要件・効果を規定することに賛成である。また、法的性質について、売主の担保責任を契約責任とするのであれば、同じように契約責任とすることに賛成である。

現行民法第551条は、贈与者の善意・悪意のみで贈与者の責任の切り分けをしているが、これが公平とも思えない。例えば、特定物の贈与で隠れたる著しい瑕疵があった場合に（土地や建物の贈与で土壌汚染があったとか、建物が耐震性を著しく欠いていたといったケース）、受贈者は瑕疵ある物を受けられるいわれはなく、少なくとも解除はできてしかるべきであって、適切な要件・効果を規定するべきである。その場合の法的性質については、売主の担保責任と平仄を合わせるべきである。

贈与の無償性に照らした解釈準則を設けるべきである。その場合、（贈

与の箇所におくかは別にして) 債務内容確定の準則と、免責に関する準則、いずれにおいても無償性が考慮されるような規律とすべきである。贈与の無償性や人間関係に基盤があることなどからすると、売買の売主の責任とは異なる責任と解されることから、そのための解釈準則を設けるべきである。不備があったとしても解除も認められないような場合もあれば(債務不履行にさえならない)、追完請求や損害賠償は贈与の趣旨から難しくても解除は認められてよい場合もあることから、債務内容確定の準則と、免責に関する準則は分けて考慮すべきであり、そのことを意識した解釈準則とすべきである。

他人の権利を贈与した者は原則権利取得義務を負わず、権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負うという規定をおくことに賛成である。

自己物であると誤信して贈与してしまったり、他人物であるが将来自己物になると信じてその物を贈与していた(例えばその他人から贈与を受けることが予定されていた)場合など、贈与の無償性からすれば、他人物の取得義務を負うのは酷である。贈与者の善意・悪意を問わず、取得義務を原則否定するというのでよいと思われる。(大阪弁)

- 贈与者の担保責任の法的性質を契約責任と構成することについては、賛成意見が強い。特定物ドグマを否定する観点から、法的性質について契約責任と構成すること自体に反対する意見はない。

贈与者の担保責任については、契約の解釈準則を設けることに賛成である。この解釈準則は、基本的に贈与者の担保責任を軽減する方向とすべきであり、これを検討するにあたり、債務内容確定のための準則と免責における準則を区別すること、使用貸借の担保責任に関する議論(後記第46, 3)との整合性に留意しつつ検討することについては賛成である。①贈与契約は当事者が親族である場合も多く、契約締結に至る経緯・背景に複雑な事情があることが多いことから、契約内容を確定する契約解釈にあたって一定の準則を定め、予測可能性を高めるべきである。②この準則を定めるにあたっては、贈与契約の無償性に鑑み、贈与者の担保責任を軽減する方向で検討すべきである。

また、贈与者の担保責任についての解釈準則を定めるにあたっては、場面を分けて検討することは、議論を明確化するものであり、有益である。

贈与と使用貸借は無償契約という点で共通しており、可能な範囲で整合性を保つことが予測可能性を高める意味でも有益である。

他人の権利の贈与者は、原則として他人の権利を取得する義務を負わず、結果として他人の権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負う旨の規定を置くべきことについては賛成意見が強い。

他人の権利の贈与においては、その無償性に鑑み、贈与者が他人の権



利を取得する義務まで負わないとするのが当事者の通常の意味であり、これを原則とすることは法律関係の明確化に資する。

ただ、他人の権利の贈与者といえども、結果として他人の権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負うことは当然であり、これは明確化すべきである。他方、受贈者が他の方法で解決することを可能にするなど、受贈者の法的地位を安定させる観点から、書面による贈与の場合であっても受贈者からの撤回を可能とする旨の規定も併せて設けるべきである。(日弁連)

- 贈与者の担保責任については、売主の担保責任についての解釈と整合させる方向で検討することに賛成である。

贈与者の担保責任を契約責任とする場合、合理的な解釈準則を設けることを検討することについては賛成である。

売主の担保責任と理論的整合性を保つ必要はあるが、贈与の無償性に鑑みれば、贈与者の責任は合理的な限度に軽減されるべき。(兵庫県弁)

- 贈与者の担保責任の法的性質について、売買の担保責任との整合性を保つべきである。そのようにするのが分かりやすく、一貫性を保つため。

贈与者の担保責任につき、無償契約の特性を踏まえた契約の解釈準則を設けるべきである。贈与契約は、親族間など特別の情誼関係にある者の間で締結されることが多く、細かい点について合意が形成されていないことが多いことから、解釈準則を設けるべきである。また、無償契約ということもあって贈与者の責任軽減についても準則を設けるべきである。

契約の解釈準則を設けるに際して、「債務内容確定のための準則と免責における準則を区別して議論すべき」の意味が今ひとつ分からないが、免責における準則については、贈与者が悪意である場合を除き、限定的な準則を設けるべきである。贈与が経済的な取引ではなく情誼に基づいて行われる場合が多いことから、贈与者が悪意である場合を除き、責任を限定すべきである。

使用貸借の担保責任に関する議論との整合性に留意すべきである。贈与と使用貸借とは無償契約という点で共通しており、可能な範囲で整合性を保つべきである。

他人の権利の贈与者は、原則として他人の権利を取得する義務を負わず、結果として他人の権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負う旨の規定を置くべきという考え方に賛成である。他人の権利の贈与においては、その無償性に鑑み「他人の権利を取得する義務までは負わない」とするのが当事者の通常の意味であるから、これを原則とすべきである。(広島弁)

- 贈与の担保責任を債務不履行責任と位置づけたうえで、無償契約の特性をふまえた準則を設けることに賛成。

目的物に瑕疵があった場合、瑕疵によって契約の目的が達成できない場合受贈者が解除できること、受贈者に損害賠償責任が生じるが、有償契約より内容を軽減すること、修補請求・代物請求は、特段の合意がない限り認められないこととすべきである。

他人の権利を贈与した者は原則権利取得義務を負わず、権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負うという規定をおくことに賛成である。(堂島有志)

- 贈与者の担保責任の法的性質は、契約責任説につき、賛成する。売買と同様である。

解釈準則を設けることの要否・可否につき、慎重な検討を要する。無償契約に共通する解釈準則をつくるべきかどうかについて決着を見ていないので、慎重な検討を要する。

他人の権利の贈与者は、原則として他人の権利を取得する義務を負わない旨の規定を設けることにつき、賛成する。贈与は無償契約であるから、売買と同様の担保責任を認めるべきではない。(札幌弁)

- 贈与者の担保責任について、債務不履行の一般原則との関係や責任の法的性質を踏まえつつ、その要件・効果を規定することに賛成。基本的な事項にさえ実務上の決着がついておらず、法的安定性が図られるべきである。

他人の権利の贈与者に関する担保責任の特則を任意規定として置くことに賛成。

受贈者は、贈与者が他人の権利を取得するまでの間、贈与が書面による場合でも贈与を撤回できる旨の規定を設けることに賛成。

他人の権利の贈与以外の権利の瑕疵(例えば、贈与の目的物である財産権が地上権の目的である場合等)についても、同様の考慮が必要であるとの考え方に賛成。(金沢弁消費者委)

- 贈与者の担保責任の法的性質を契約責任と構成することについては、不特定物贈与への適用の有無や売買の担保責任の法的性質の議論との整合性を考慮して、慎重に検討すべきである。売買の担保責任の議論と関連するため、それとの整合性を図れるように慎重な検討がなされるべきである。

贈与者の担保責任について、無償契約の特性を踏まえた契約の解釈準則を設けることについては、慎重に検討すべきである。贈与者の担保責任については、無償契約の特性を踏まえた内容を検討することについては反対しないが、売買の担保責任の議論との整合性を考慮して慎重に検討すべきである。

他人の権利の贈与者は、原則として他人の権利を取得する義務を負わず、結果として他人の権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負う旨の規定を置くことについては、反対する。贈与者は、権利

の瑕疵について担保責任を負わないのが原則であり、また錯誤無効によって権利の取得義務を否定することも可能である。(愛知県弁)

- 贈与者の担保責任の法的性質を契約責任と考えるべきである。売主の担保責任の法的性質を契約責任とするのに、贈与者の担保責任の法的性質を法定責任とすることには反対である。

悪意で告げなかった場合以外を免責する民法第551条第1項の枠組みが適切なのかについては、無償性を考慮した特則を設けるべきかという問題であり、贈与者の担保責任を契約責任とした場合であっても、民法第551条第1項の規律は成り立ち得ると考える。(弁護士)

- 担保責任の明確化及び準用規定を明確化することを検討していくことに反対しない。具体的な内容を明確化することは、好ましい。検討においては、消費者が贈与者となる場合に、不誠実な受贈者により不当に消費者が贈与させられないか、また、消費者が受贈者となる場合には、不誠実な贈与者により不当に消費者が負担をさせられないか、という2つの視点からの検討が必要である。(日弁連消費者委有志)

- 贈与契約に関する解釈準則として、現行第551条の規定を維持すべきである。瑕疵の存在を伝えて贈与している場合にも瑕疵担保責任が発生するとなると、贈与者にとっては明らかに酷である。また、贈与者としての瑕疵担保責任を追及されることを過度に恐れる結果、贈与自体があまり利用されなくなるおそれもある。

「結果として他人の権利を取得したとき」といった規定は、受贈者の法的地位について明確性及び安定性の観点から問題があるので、置くべきではない。他人物贈与について明文の規定を置く場合には、贈与者の権利取得義務についても明文の規定を置く必要があり、贈与の無償性に鑑みれば、原則として贈与者は他人の権利を取得する義務を負わないものとすべきである。そして、その旨を明らかにするためには、他人物贈与に関し、他人の権利の贈与者は、その権利を自ら取得するまでは、書面による贈与であっても撤回することができる旨の規定を置く必要があるが、そのような規定を設ければ足り、その他の立法措置は不要である。(東弁)

- 贈与には様々な性格を有するものが混在しているため、仮に規定を設けるのであれば、個別事案に応じた適正妥当な解決が妨げられることのないような規定となるよう検討すべきであるとの意見があった。(最高裁)
- 無償性に留意して、贈与者に加重な責任とならないよう、慎重に検討すべきである。(横浜弁)
- 贈与者の瑕疵担保責任については、不特定物贈与についても適用があるか、損害賠償の内容、拡大損害についての賠償の要否、受贈者による解除の可否などを明確にする必要がある。(親和会)

- 贈与者の担保責任の法的性質につき、契約責任と構成することには賛成であるが、現行法第551条と同様の規定とすべきである。

他人の権利の贈与者は、原則として他人の権利を取得する義務を負わず、結果として他人の権利を取得したときには受贈者に権利を移転する義務を負う旨の規定を置くということについては、賛成する。

法体系の整合性という観点から、担保責任につき、売買と同様に贈与の場合も契約責任と構成すべきである。

贈与契約の担保責任に関しては、有償契約の場合と同等の担保責任を贈与者に負わせることは、贈与契約の無償性からすれば、贈与者の保護に欠ける結果となりうることから、有償契約の場合と異なる制限を設けるべきである。贈与においては贈与者が目的物の瑕疵等について債務不履行責任を負わないとすることが通常の当事者の意思であると考えられることから、贈与契約の担保責任の性質を契約責任に求めるとしても、原則として、贈与者は債務不履行の一つとしての担保責任を負わないものと解すべきである。よって、結論としては、現行の枠組みを維持し、贈与者が瑕疵を知りつつこれを告げなかった場合のみ担保責任を負うものとするのが適当であると考えられる。(二弁)

- 贈与者の担保責任の法的性質について検討し、さらに解釈準則について検討することに異論はないが、例えば、目的物の瑕疵について、贈与者の追完請求権を原則として認めるような方向の改正には反対する。贈与の好意性や無償性に鑑みると、追完請求権を原則として認めることには抵抗がある。(弁護士、弁護士)

- 贈与契約に関する解釈準則として、現行第551条の規定を維持すべきである。他人物贈与について明文の規定を置く場合には、贈与者の権利取得義務についても明文の規定を置く必要があり、贈与の無償性に鑑みれば、原則として贈与者は他人の権利を取得する義務を負わないものとすべきである。

そして、その旨を明らかにするためには、他人物贈与に関し、他人の権利の贈与者は、その権利を自ら取得するまでは、書面による贈与であっても撤回することができる旨の規定を置く必要はあると考えられるが、「結果として他人の権利を取得したとき」に関する規定は、いつまでに贈与者が権利を取得すれば権利移転義務が発生するのか不明確であり、ひいては受贈者における贈与税納税義務の存否等、受贈者の法的地位さえも不明確にするといった問題があることから、このような規定を設けることは相当でない。

「結果として他人の権利を取得したとき」といった規定は、贈与者及び受贈者の法的地位について明確性及び安定性の観点から問題があるので、設けるべきではない。他人物贈与について明文の規定を置く場合には、贈与者の権利取得義務についても明文の規定を置く必要があり、贈

与の無償性に鑑みれば、原則として贈与者は他人の権利を取得する義務を負わないものとするべきである。

そして、その旨を明らかにするためには、他人物贈与に関し、他人の権利の贈与者は、その権利を自ら取得するまでは、書面による贈与であっても撤回することができる旨の規定を置く必要はあると考えられるが、「結果として他人の権利を取得したとき」に関する規定は、いつまでに贈与者が権利を取得すれば権利移転義務が発生するのか不明確であり、ひいては受贈者における贈与税納税義務の存否等、受贈者の法的地位さえも不明確にするといった問題があることから、このような規定を設けることは相当でない。(弁護士)

- 贈与は過去又は将来の反対給付的な利益が存在することが多いため、有償・無償の形式的な議論には馴染みにくい。贈与自体は無償であるから、贈与物については現状渡し以上の責任はないと考える。他人物贈与については、物上保証人は債務を負わないが抵当権設定契約から責任を負うのと同様に、契約した以上、取得義務を負うのでは（実質は反対給付的な利益がある）。(広大有志)
- 本研究会としては、売主の瑕疵担保責任の法的性質を法定責任説と考えているので、それとの整合性を図った規律が望みたい。学説上大きな争いがある分野につき、安易な立法で一方に決するような態度は慎みたい。(日大民研・商研)
- 贈与者の担保責任について、現行法以上の詳細な規定を設けるべきではない。

他人の権利を贈与の目的とした場合、贈与者は他人の権利を取得する義務を負わないが、結果として他人の権利を取得したときは、受贈者に権利を移転する義務を負う旨の規定を設けるべきではない。

贈与契約の当事者が親族であることが多いこと、契約締結に至る経緯・背景に複雑な事情があること、贈与契約に関する瑕疵担保責任が紛争に発展することが少なく判例等の蓄積がないことなどから考えて、当面、明文化せずに解釈にゆだねていよいいのではないか。(福岡弁)

- 改定の必要があるとは思えない(個人)

## 5 負担付贈与（民法第551条第2項、第553条）

負担付贈与における担保責任（民法第551条第2項）の内容は、一般に、受贈者が受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回った場合には、その差額分の履行拒絶あるいは返還請求が認められるというものであると解されており、これを条文上明確に規定することの当否について、更に検討してはどうか。また、負担付贈与への双務契約の規定の包括的準用（同法第553条）については、準用すべき規定を個別に明確にし、準用すべき規定がなければ削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

か。

【部会資料15-2第6, 5(1) [78頁], (2) [80頁]】

【意見】

- 負担付贈与における担保責任（民法第551条第2項）の内容について受贈者が受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回った場合には、その差額分の履行拒絶あるいは返還請求が認められるというものである旨規定することには賛成意見が強い。現行法の条文の理解として上記提案記載の内容が一般的であり、これを条文上明らかにすることに意義がある。

他方、実際の契約当事者の意思を考えると、契約の際、贈与の目的物と受贈者の負担の価値の関係まで考えていないのが一般であるから、この規定については慎重にすべきという考えもある。

負担付贈与への双務契約の規定の包括的準用（同法第553条）について、準用すべき規定を個別に明確にすることは、更に慎重に検討すべきである。適用される規定を明確化するという観点からは、準用規定も精査し明示することに意義があると解される。

しかし、負担と贈与との間には対価的牽連性はなく、又、贈与契約が親族間で多く行われるなど、当事者間の契約に至る経緯は様々であることからすれば、一律に準用すべき規定を規定することは困難であることから、現行法を維持することも含め、慎重な検討が必要である。（日弁連）
- 負担付贈与における担保責任の内容を、中間的な論点整理のような方向で明確に規定することに賛成する。

民法第553条については、現行法の規律を維持すべきであり、特に改正すべきではない。双務契約に関する規定を準用することの可否については、立法によって一律に決めるのではなく、負担付贈与については、具体的な当事者間の合意や贈与の原因・趣旨も含めて、その性質に反しない限り、双務契約に関する規定を準用する旨を定めた現行法の規律を維持すべきであり、改正すべきではない。（東弁）
- 贈与者の担保責任を、受贈者が受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回った場合には、その差額分の履行拒絶あるいは返還請求を認めるものとするに賛成。

同時履行の抗弁、危険負担及び解除の規定の負担付贈与に対する準用の可否を検討した上で、民法第553条の要否あるいは規定の具体化の要否等を検討するという考え方に賛成。その上で、民法第553条は維持すべき。（金沢弁消費者委）
- 負担付贈与における担保責任（民法第551条第2項）の内容が「受贈者が受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回った場合には、

その差額分の履行拒絶あるいは返還請求が認められる」ものである旨を条文上明確にすることに賛成。負担付贈与の担保責任については将にその様に解されており、条文上明らかにすべきである。

負担付贈与への双務契約の規定の包括的準用について、準用すべき規定を個別に明確にすることは慎重に検討すべき。負担付贈与における負担と贈与の間には対価的牽連性はなく、従って、双務契約の規定を準用すべき必然性もないことを考慮して、慎重に検討すべきである。(広島弁)

- 負担付贈与の担保責任の内容について、受贈者が受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回った場合には、その差額分の履行拒絶あるいは返還請求が認められるとする点を条文上明確にすることにつき、賛成する。第551条2項の「その負担の限度において、売り主と同じく担保責任を負う」という規定では、わかりにくい。差額分につき、負担の履行拒絶あるいは返還請求が認められることを明記すべきである。

負担付贈与への双務契約の規定の包括的準用は削除し、どの条文を準用するのか個別に明記して準用規定を設けるべきである。「性質に反しない限り」という包括的準用は、どの規定を準用するかわかりにくいため、個別に準用規定を設けるべきである。(札幌弁)

- 負担付贈与における担保責任の内容を、上記のような方向で明確に規定することに賛成する。上記のような処理は、条文上必ずしも明らかでないことから、その趣旨を明確化する必要がある。

民法第553条については、現行法の規律を維持すべきであり、特に改正すべきではない。負担付贈与契約について双務契約に関する規定が適用されるか否かは、当事者の意思表示の問題も含まれており、例えば同時履行の抗弁権については、負担と贈与との間に対価的牽連性はないので原則として準用すべきでない。

しかし、当事者間の合意のほか、贈与の原因や趣旨から、贈与の目的の給付と負担の履行との間に履行上の牽連性が認められる場合には、同時履行の抗弁を認めてよいと解される。

よって、双務契約に関する規定を準用することの可否については、立法によって一律に決めるのではなく、負担付贈与については、具体的な当事者間の合意や贈与の原因・趣旨も含めてその準用の可否を決すべきであり、そのような問題を考慮した議論は未だ不十分であることから、「その性質に反しない限り」双務契約に関する規定を準用する旨を定めた現行法の規律は当面維持すべきであり、準用の可否をすべて個別に明らかにする立法を行うことは時期尚早である。(弁護士)

- 受贈者が受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回った場合には、その差額分の履行拒絶あるいは返還請求が認められると明記することに賛成。現行法化で不明確な551条の解釈としてほぼ争いのなかったところを、明

記してわかりやすくすべきである。

解除、同時履行については準用を肯定し、危険負担については贈与義務が履行不能となった場合に負担が消滅することはよいが、負担が履行不能になった場合に贈与義務は存続させ、解除するか否かを贈与者の意思に委ねるべきである。包括的な準用よりも、何を準用するか明記した方が分かりやすい。  
(堂島有志)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 負担付贈与の担保責任の内容について、条文上明確にすることに賛成である。現民法では、負担付贈与者の責任の内容は不明確というのはその通りである。

負担付贈与への双務契約の規定の準用については、解除、同時履行の抗弁、危険負担等の見直しの内容をふまえたうえで、必要に応じて個別の準用規定をおくことで足りると思われる。具体的には、解除、同時履行については準用を肯定し、危険負担については贈与義務が履行不能となった場合に負担が消滅することはよいが、負担が履行不能になった場合に贈与義務は存続させ、解除するか否かを贈与者の意思に委ねるべきである。

あえて包括的な準用規定をおく必要もなく、個別的な準用規定をおくことの方が明確となる。

具体的に準用するかどうかであるが、解除は従前から準用されるというのが判例通説であり、準用されるということで問題ない(なお、準用する、という規定が必要かは解除の規律のされ方によると思われる。解除について片務契約も含めて契約関係からの離脱を認める制度として規定するのであれば、準用するという規定は不要となると思われる。)

同時履行の抗弁については両説あるが、準用を肯定してよいのではないか。対価的牽連性は不十分だが、受贈者にとって、贈与が受けられるからこそ負担を負ったという関係にあることが多く、受贈者からの同時履行の抗弁を認めるべきである。また、負担をしてもらえると考えて贈与した贈与者にとっても、受贈者が負担を履行しない場合に、解除してしまうよりも、まずは同時履行の抗弁によって負担の履行を促す方がよいと思われる。

危険負担も両説ある。贈与義務が履行不能になった際に負担が消滅するのは当然である。一方、負担が履行不能になったときに、当然に贈与義務を消滅させる必要はないと思われる。負担が履行不能となった場合に解除できるのであれば、解除するかどうかを贈与者の選択に委ねるといいことよい。(大阪弁)

- 特に異論はない。(二弁)
- 条文上明確にすることについて、賛成である。(横浜弁)
- 負担付贈与について、「贈与者は、その負担の限度において、売主と同



じく担保責任を負う」との規定は、受贈者が受け取った物の価値が負担の価値を下回った場合に、受贈者においてその差額分の負担の履行拒絶または返還請求ができるという趣旨であるが、民法の条文からはこの趣旨が明確でないので、条文の趣旨を明確化すべきである。また負担付贈与については、双務契約に関する同時履行の抗弁、危険負担、解除の規定が準用されると考えるべきで、包括的一般的準用規定を残しておくことに問題はない。（親和会）

- 賛成。（広大有志）
- 負担付贈与については、判例の立場に従った規制を望むものである。本論点はもっぱら立法技術に関するものであり、しかるべく規定されたい。（日大民研・商研）
- 負担付贈与に関する担保責任、双務契約の準用に関して、現行法以上の詳細な規定を設けるべきではない。

そもそも、贈与契約自体が惠与的性格を有しているのであるから、受贈者の負担が契約内容となったとしても、受贈者の負担の額・程度と贈与者から受ける贈与の目的物の額・程度が一致する必要はない。主観的な一致も必要ないはずである。上記3判例iiiの毎月3000円の報酬等と遺産、vの結婚生活と農地、下記判例iの不動産と養親の老後の面倒を見る行為とが同一程度の経済的価値を有することが前提とされたうえで、贈与契約が締結されたとは到底考えられない。したがって、受贈者による減額請求は認める必要はない。

贈与契約の当事者が親族である場合が多いこと、契約締結に至る経緯・背景に複雑な事情がある場合が多いこと、贈与契約に関する双務契約に関する規定の適用が紛争に発展することが少なく判例等の蓄積がないことなどから考えて、当面、明文化せずに解釈にゆだねてよいのではないか。（福岡弁）

- 負担付贈与における担保責任の内容について、受贈者が受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回った場合には、その差額分の履行拒絶あるいは返還請求が認められるといった旨を条文上明確に規定することには、反対する。負担付き贈与における「負担」には、扶養など財産的評価の難しい無形の負担も含まれるため、現行法の規定を変更し、あえて明確化する必要はない。

負担付贈与への双務契約の規定の包括的準用について、同時履行の抗弁、危険負担の準用についての議論がまとまらなければ、現状の包括的一般的準用規定でよい。解除の準用が認められることは争いがないものの、同時履行の抗弁については争いがあり、また、危険負担については本改正において危険負担が廃止される可能性もある。よって、解除の準用以外は、どの規定が準用されるのか明らかでない。そして、もし準用範囲についての議論がまとまらないのであれば、現状の包括的一般的

な準用規定を定めておくしかないと考える。(愛知県弁)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 6 死因贈与（民法第554条）

死因贈与について性質に反しない限り遺贈の規定を準用する旨を定める民法第554条に関しては、具体的にどの条文が準用されているかを明らかにすべきであるという考え方がある。この考え方については、遺贈の撤回に関する規定（民法第1022条）や遺言の方式に関する規定（同法第960条，第967条から第984条まで）等を準用すべきか否かという個別論点の検討を踏まえつつ，相続に関する規定，相続実務，裁判実務等に与える影響に留意しながら，更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6，6 [82頁]】

### 【意見】

- 民法第554条に関し，具体的にどの条文が準用されているかを明らかにすることに賛成する。分かりやすい民法という観点から明文で準用される規定を明らかにすべきである。

遺言の方式については準用を否定すべきである。遺贈の方式性は単独行為である点に求められており，契約である死因贈与にそぐわない。

包括遺贈に関する規定については，そもそも包括的な死因贈与が可能か否かを含めて慎重に検討すべき。包括承継の場合，消極財産も承継することになるが，贈与契約の時点では消極財産の内容が確定できず，この様な契約を認める必要があるか疑問である。包括承継については遺贈を求めれば十分である。

受遺者の死亡による遺贈の失効については，準用否定説に賛成する。受贈者が死亡した場合の扱いについては契約の解釈に委ねるべきである。

遺言撤回・取消については更に検討すべきである。判例は方式の点を除いて書面による死因贈与の取消を認めているが，未だこれに反対する見解も有力であり，慎重に検討すべきである。(広島弁)

- 準用の範囲について学説上の対立があることから，予測可能性を担保する必要がある。どの規定が準用されるかを可能な限り明らかにするという方向性に賛成。(金沢弁消費者委)
- 民法第554条に関し，具体的に遺贈のどの条文が準用されているかを明らかにすべきであるという考え方については，賛成する。

実務上，死因贈与において遺贈の規定の準用が争われるケースは多く，紛争予防の観点からも準用の範囲を明確化すべきである。なお，裁判例の傾向に合わせて，遺言の撤回に関する規定については準用を認め，遺言の方式に関する規定については準用を否定すべきと考える。(愛知県弁)

- 死因贈与を要式行為とすることについては、慎重に検討すべきである。死因贈与について、遺贈に関する規定の準用を明確にする方向で検討すべきである。

現民法第1022条（遺言取消しの自由と取消しの方式）は死因贈与に準用されないことを規定する方向で検討すべきである。

死因贈与が用いられる場面としては、家族構成員の間でなされる、財産の承継としての贈与が重要である。例えば、相続権のない家族構成員に対して行なわれる下記の事例のような死因贈与の意思表示を要式化によって無効とすることは、契約自由の原則に対する法による過剰な介入であり、国民にとって利益となる場合よりも不利益となる場合が多いと考えられる。

（事例）夫の死亡後、遺産分割協議により住宅と敷地を後妻名義にした後、後妻が「死んだら、お前にあげる」と先妻の子にいて、その子も了解していた。

このような事例の場合、死因贈与契約のほとんどが書面によらないものである。書面によらない死因贈与であっても、相続人の中に争う者がいなければ手続上も支障がなく、実務上そのまま認めることが自然である。

また、遺言の効力が裁判で争われた事件において、自筆証書遺言の方式の瑕疵により遺言としては無効とされながら、死因贈与としては有効と判断した裁判例が何例か存在する（東京高判昭和60年6月26日、広島高判平成15年7月9日等）。実務家は、自筆証書遺言に方式の瑕疵が存在し、その効力が争われた場合、予備的に、死因贈与としては有効という主張をすることが多いが、死因贈与も要式行為とすると、こうした場合に故人の遺志を生かすすべが完全に閉ざされることになる。

現民法は、死因贈与について「その性質に反しない限り、遺贈に関する規定を準用する」とだけ規定されおり、対象となる条文の多くは、準用されるか、準用されないかについて、判例、学説上は概ね争いはないが、条文を見ただけでは分からず、また、そのいくつかは、準用の可否につき解釈上の争いがあり、大変分かりづらいものとなっている。少なくとも、分かりやすい民法という観点から、準用の可否を明確に規定すべきである。

現在、実務では死因贈与契約はあまり利用されていないと思われる。その大きな理由は、判例が死因贈与についても自由な撤回を認めている（最判昭和47年5月25日、同昭和58年1月24日）ため、受贈者の法的安定が得られないためであると思われる。死因贈与がなされる背景にはいろいろな事情があり、単に受贈者が恩恵を受けるという単純なものではないケースが多い。贈与者の一方的な撤回を認めないとする一方で、受贈者の期待権を確保することが可能となる。

したがって、遺贈と明確に区別し、契約という側面を重視して自由な撤回を認めないものとするべきである。この立法により、遺言ではなく死因贈与契約を選択することの長所が明白となり、贈与者及び受贈与者双方の意向を実現する手段として広く利用されることとなると考える。(日司連)

- 第554条を改正し、どの条文が準用されるか明らかにすることにつき、賛成する。第554条の「性質に反しない限り」という基準では、どの条文を準用するのか、わかりにくいので、条文上明記すべきである。

なお、準用の可否について争いがある規定については、以下のとおりである。

- ① 遺言の方式に関する規定

→ 準用否定説をとる。

死因贈与の成立要件3. 2. 3. 16 (検討委員会試案311頁)には反対する。要式が整っていないことのみを理由に、相続人によって後から効力が否定されてしまうのは不都合である。無用な争いを招くおそれがある。

- ② 包括受遺者の権利義務(990条)

→ 準用否定説を採用する。

- ③ 受遺者の死亡による遺贈の失効(994条)

→ 準用肯定説を採用する。

- ④ 遺言の撤回・取り消し(1022～1027条)

→ 準用否定説を採用する。(札幌弁)

- 民法第554条に関し、具体的にどの条文が準用されているかを明らかにすべきであるという考え方には、賛成意見が強い。準用されること、又は準用されないことについて争いのない条文があるが、少なくとも争いのないものについてはその旨明記した方が分かりやすい。他方、ここでの明文化は実務上相続法や相続実務等に対する影響が大きいことから、遺言や遺贈に関する制度設計など、相続法全体の見直しと併せて検討すべき課題であり、契約法のみ立場からその明文化ないし実質改正の可否を議論することは相当でないとする慎重意見もある。

なお、例示されている個別論点に関する意見は以下のとおりである。

- ① 遺言の撤回・取消に関する規定については、更に検討すべきである。

遺言の撤回の規定(民法1022条)に関し判例(最判昭和47年5月25日民集26巻4号805頁)は、遺言の取り消しに関する方式の点を除いて書面による死因贈与の取消し(撤回)を認める。

この点、死因贈与が契約である以上、単独行為ゆえに認められている自由な撤回は認められるべきではなく、他の贈与と同様の撤回、取消しの規定によるべきであるとする考え方と、贈与者の意思を尊重する立場から撤回を認めるべきであるとする考え方がある。

- ② 遺言の方式に関する規定については、準用否定案に賛成する。
- a 遺言が方式を要するのは遺言の単独行為性に理由があると解されており、性質上、直ちに契約である死因贈与に準用することはできない。
  - b 遺言の方式を死因贈与に準用することになると、例えば、録音・録画装置を用いて贈与意思を確認した場合も贈与契約の成立が否定されることになるが、これは他の契約と比較して厳しすぎ、当事者の意思の合致を無視するもので妥当でない。（日弁連）
- 死因贈与には、遺言の方式の規定が適用されないことを明記すべきである。死因贈与に、遺贈の撤回の規定を準用すべきである。（堂島有志）
- 包括的準用規定につき、準用される、あるいはされないものとして異論がないところについては、死因贈与の中に具体的な規律を設けるべきである。準用すべきかどうかコンセンサスがないうところについては、包括的な遺贈の規定の準用規定を残し、解釈に委ねるものとすべきである。

遺贈の規定は多岐にわたり、また準用の当否についても諸説分かれており、全ての論点について準用の当否を決めて規定をおくというのは困難であるし、今後も解釈に委ねるという方がよいと思われる。もっとも、準用されるあるいはされないものとしてコンセンサスが得られているところについては、死因贈与のところに具体的に規律しておく方がわかりやすい。

遺贈の撤回、方式についての準用の是非につき、仮に個別の準用規定を全てないしは一部おくとしても、方式については、死因贈与の方式を限定することには反対である（遺言の規定を準用しないとする現最判を維持すべきである）。また、死因贈与について自由な撤回を認めないことにも反対である（遺贈の規定を準用するという現最判を維持すべきである）。

現在の最高裁判例は、死因贈与の方式(成立要件)は遺贈の規定を準用せず、特に限定していない。また、撤回については遺贈の規定を準用して自由な撤回を認める。いずれについても、現在の最高裁判例を覆すほどの立法事実があるのか疑問である。法的安定性を重視すべきと思われる。

方式については、遺言の方式に関する規定は、遺言が単独行為であることに基づくものといえるが、諾成契約である贈与は、方式を問わないとするのが自然である。

撤回については、死因贈与は、契約時から履行時までには時間的な隔たりがあることも多く、死亡までの財産状況や人間関係の基盤の状況の変化を反映させるべきである。また、死因贈与であれば撤回できないということを知った相続人予定者や親族、知人等が、老人等をそそのかし、

死因贈与契約を積極的に締結させるように行動することが予想される。これまで、相続人予定者等が被相続人をそそのかして遺言を書かせるといったケースが相当程度見られ、遺言の撤回・変更によってある程度これが解消されていると思われるが、死因贈与であればこれが不可能となることは適切ではない（詐欺や錯誤等の法的構成が必要となるのは迂遠である）。さらに、契約であるから債務者は拘束されるべきであるのはそのとおりであるが、贈与の無償性に鑑みれば、受贈者の保護の必要性は低く、一方で贈与者の死後の財産処分意思の尊重の必要性は高いといえ、契約の拘束性にとらわれる必要はない。（大阪弁）

- 死因贈与契約は要式契約にするべきであるが、公正証書を要するとまで求める必要はないものとする。

要式契約の要件を「公正証書又は自筆証書」にまで強制する必要はないと考えるが、要式行為を多少緩和した形で規定する方が良いと考える。

なぜなら、死因贈与については遺贈とも違う方式を要求し、一般市民に選択の自由を与えるような規定にする必要性は高いが、しかし生前に行われる贈与よりも、贈与者の死後に効力が発生する死因贈与の方が、贈与者の相続人と受遺者との間で紛争となる場合が多いと考えられるため、当事者間（特に受遺者）に一定の保護をあたえる必要性は高いものと考えられるからである。

ただし、遺贈との差異を設け、一般市民に選択権を与える為には、先に述べたように遺贈と同じような厳格的要式行為を求めるのではなく、「…公正証書等の書面によらなければ効力を生じない。」というように規定し、書面化の形式については、当事者に選択権を与える方が好ましいと考える。（滋賀県司書・勉強会）

- 死因贈与について具体的にどの規定が適用されるのかを明文化することには賛成するが、その際には死因贈与が契約であることから、受贈者の利益にも配慮した規定となることを望む。

民法第554条は死因贈与について性質に反しない限り遺贈の規定を準用する旨を定めるが、遺贈の規定のうち具体的にどの部分が準用されるのか明確でないという問題の指摘がある。

なお、現在の判例は、死因贈与の撤回についてその方式に関する部分を除いて準用を認め、贈与者に対して書面によらず広く撤回を認める。しかし、死因贈与は単独行為ではなく契約であるから、受贈者の信頼を保護すべきであり、書面により死因贈与がされた場合には撤回を認めないといった規律が必要という指摘がある。（全銀協）

- 死因贈与について、準用される遺贈の規定を可能な限り具体的に明文化する方向で検討すべきである。

現行法では、遺贈の規定のうちどの条文が準用されるか明らかでないため、予測可能性の観点から、これを明確化することは妥当である。

準用の可否につき争いのある主な規定としては、遺言の方式に関する規定と遺言の撤回・取消しがある。方式に関しては、死因贈与は当事者の意思の合致により成立する諾成契約であるとの性質からすれば、成立に関しては遺言規定を準用すべきではないと考える。撤回・取消しに関しては、贈与者の最終意思を尊重する観点から、自由な方式による撤回を認め、贈与に至る経緯等の個別事情によっては例外的に撤回が認められない場合があるとする判例の立場を踏襲し、遺言規定の全面的な死因贈与への準用ではなく、一部準用とすべきであると考えられる。(二弁)

- 遺贈に関する条文のうち、死因贈与に関して準用される条文を明記すべきである。

準用されることに争いのない条文、準用されないことに争いのない条文があるが、準用されることに争いのない条文についてはその旨明記した方が分かりやすい(準用されない条文については、準用されないことが明確となる)。

なお、準用されるか否か争いのある条文で、重要なものは以下のとおり。

- ① 死因贈与契約の方式であるが、遺贈と同様の方式を採用する必要はない(判例と同じ)。
- ② 死因贈与契約の取消しについては、死因贈与が契約である以上、自由な取消しはできず、後記7(2)で規定する程度の背信行為・忘恩行為等を理由とすることが必要である。(福岡弁)
- 条文の準用関係を明確化することには賛成である。

条文の準用関係を明確化する必要性については、異論がないと思われる。なお、死因贈与については、どのような場合に利用されるのかについての実態調査が必要ではないか。(兵庫県弁)
- 準用の範囲について明らかにすることに賛成である。

遺贈の撤回に関する規定や遺言の方式に関する規定については、遺言と同じ要件とすることに賛成である。

遺贈との実質的類似性に鑑みれば、遺言と同じ要件とするだけの合理性があるし、明確化・厳格化により紛争を防ぐ効果が期待できる。(横浜弁)
- 死因贈与において、遺贈に関する如何なる規定が準用になるかは明確でないことからこれを明確にする必要がある。(親和会)
- 賛成。(広大有志)
- 死因贈与について、遺贈の規定中どの条文が準用されているかを明らかにすべきという考え方について、さらに検討するということには異論はないが、例えば、死因贈与の方式を、公正証書または自筆証書に限るとするような方向の改正には反対する(現最高裁判例のとおり、死因贈与の方式を特に限定すべきではない)。

また、遺言の撤回および取消しに関する遺言の規定は、死因贈与に準用すべきである（現最高裁判例のとおり、自由な撤回を認めるべきである）。前者については、生前贈与について方式の限定がないこととの均衡、後者については、遺言の方式による遺贈であれば撤回が自由であることとの均衡を考えると、あえて現在の判例・通説を変更するまでの合理性があるといえるか疑問である。また、自由な撤回を認めないとなれば、高齢者の財産を狙った争いが激化するおそれがある。（弁護士，弁護士）

- 死因贈与に関する規定は、相続法の見直しと併せて検討すべきである。

死因贈与に関し、具体的に準用される条文を明らかにするという考え方については、その趣旨は理解できるものの、その明文化は実務上相続法や相続実務等に対する影響が極めて大きいことから、遺言や遺贈に関する制度設計の問題など、相続法全体の見直しと併せて検討すべき課題である。今次の改正においては、相続法が見直しの対象から除外されていることから、死因贈与に関して、単に判例上準用が認められている条文を明記するだけであっても、明記されない条文の解釈について混乱が生じる恐れがあり、実質的な影響を及ぼす可能性は否定できない。従って、契約法のみ立場から、遺言や遺贈を含む相続法制に影響を与える死因贈与で準用される条文を明文化することや、実質的な改正の可否を議論することは相当でない。（東弁）

- 死因贈与による契約は、不要式行為とし、これを公正証書または自筆証書に限定すべきではない。

書面によらない死因贈与については、現行民法に定められているとおり、当事者からの撤回を認めるべきである。

書面による死因贈与は、当該契約締結後、贈与者が自己の生計の維持若しくは法律上の扶養義務の履行が困難となった場合又は受贈者による忘恩行為があった場合その他契約締結にあたって当事者がその基礎とした事情に変更が生じた場合に限り、贈与者からの撤回を認めるべきである。

負担付死因贈与において、受贈者が約旨に従い負担の全部又はそれに類する程度の履行をした場合、特段の事情のない限り、贈与者による当該契約の撤回を認めるべきではない。

#### 【意見の理由】

- 1 要式行為とは、法律行為を成立させるにあたり、意思表示の他に一定の形式（書面の作成など）を必要とする行為である。契約自由の原則からすれば不要式行為が基本である。それにもかかわらず、要式行為が認められてきた理由は、①当事者をしてとくに慎重に法律行為をさせるため、②法律行為の存在をとくに明瞭にするため、③権利の範囲を明瞭ならしめるため、④近世の取引が外形を信頼して迅速・安全に行われることを必要とするためである<sup>1</sup>。しかしながら、死因贈与は



不要式行為とすべきであると考え。死後の財産を第三者に特定承継させる方法としては、現行民法上、死因贈与と遺贈が存在するが、この両者を区別する最も大きな指標は、当該行為が契約であるか単独行為であるかによるものである。そして、死因贈与が当事者の意思の合致を必要とする契約である以上、当該契約は契約自由の原則に鑑み不要式行為とすべきである。また、贈与契約が片務・無償契約であることからして、当該契約を要式行為とする必要性は乏しく、仮に死因贈与を要式行為とするならば、現行法に比して死因贈与と遺贈はより類似した法律構成を有することになり、死因贈与を一つの契約類型として法律上規定することの意義が不明確になるおそれがある。

現行法上、書面によらない贈与契約には当事者からの当該契約の撤回が認められており（550条）、仮に契約当事者が当該契約の撤回を望まぬならば、書面により贈与契約を締結すれば足りる。契約当事者が、贈与者の死後において、贈与者の相続人と受贈者との間で紛争が生じることを危惧するならば、法律上強制されなくとも当然に当該契約を書面により締結するはずであり、仮に書面によらずに契約を締結したことにより紛争が生じたとしても、当該契約の撤回を贈与者の相続人が行使すれば足り、贈与の恵与的性質からして、契約撤回による不利益は書面により契約を締結しなかった受贈者において引き受けるべきである。

確かに、遺言は単独行為であり、死亡により効力が発生するため、厳格な要式行為とすることで、不測の損害の発生を未然に防止することが可能になる。しかし、死因贈与に関しても、受贈者という契約の相手方が存在することから、死因贈与の贈与者からの撤回に一定の制限を課したり、贈与者が死亡する以前に仮登記の申請を認めることによって、受贈者の期待権を保護するための措置をとることが可能である。このように、死因贈与においても当事者の利益の保護を図ることができるならば、財産の死後処分に関しては、遺言のような厳格な要式行為を必要とする場合と、死因贈与のような不要式行為で足りる場合とをそれぞれ用意することにより、一般市民に選択の自由を与えることも必要なのではないかと考える。

- 2 書面によらない死因贈与については、現行民法に定められており、当事者からの撤回を認めるべきである。仮に当事者間、又は贈与者の相続人と受贈者との間で契約内容をめぐる紛争が生じたとしても、死因贈与契約が書面によらずに締結された場合においては、贈与の恵与的性格からして、当該契約の撤回により、贈与者側の利益の保護を図るべきである。これに対して、死因贈与を要式行為とし、当該契約の撤回を否定することは、私人間の契約に対する過度の介入（国家による過大な保護）と言わざるを得ない。また、死因贈与が片務・

無償契約であることに照らしても、当該契約の撤回を認めないことは、契約の拘束力を過度に強めるものである。

- 3 死因贈与が遺贈と異なり当事者の意思の合致に基づく契約であることを踏まえるならば、書面により死因贈与契約が締結されていた場合において、贈与者からの契約の撤回を認めることは、贈与に対する受贈者の期待を一方的に損なうものであり、遺贈（単独行為）ではなく死因贈与（契約）を選択した趣旨を没却するものである。

しかし、死因贈与が片務・無償契約であり、かつ、贈与者の死亡までの期間が長期に及ぶ場合もあることからして、受贈者による忘恩行為があった場合又は贈与者が自己の生計の維持若しくは法律上の扶養義務の履行が困難となった場合その他契約締結に当たって当事者がその基礎とした事情に変更が生じた場合においても、贈与者からの契約の撤回を否定することは、当該契約の拘束力を過度に強め、贈与の惠与的性質とは相反するものと言わざるを得ない。

よって、死因贈与が当事者の意思の合致による契約であることを踏まえ、原則として贈与者からの自由な撤回を認めるべきではないが（現行民法1022条の準用を否定）、当該契約が贈与者の死亡により効力を生じる死因行為であること、受贈者の当該契約に対する期待権はあくまで贈与者（その相続人）の一方的な負担から得られる利益にすぎないこと、そして死因贈与契約が惠与的性格を備えていることに鑑みれば、たとえ死因贈与契約が書面により締結されていたとしても、受贈者による忘恩行為があった場合等の特段の事情が認められる場合に限り、贈与者からの撤回を認めるべきである。

- 4 負担付贈与とは受贈者をして一定の給付をするべき債務を負担させる贈与契約であり、その負担の限度においては各当事者の給付は対価関係に立つものとされている。

つまり、この負担部分に関して言えば、贈与契約の付款ではあるが、反対給付が対等な関係にある有償契約としての性質を帯びることになる。現行民法における贈与者の担保責任（551条）、双務契約に関する規定の準用（553条）、負担付遺贈に関する規定の準用（554・1002・1003条）はその趣旨の表れである。

また、贈与と死因贈与を区別する基準として、契約の効力の発生時期を挙げることができる。贈与であれば、契約の締結と同時に効力を生ずるが、死因贈与の場合、契約の効力が生じるのは贈与者の死亡後である。そのため、死因贈与契約には、贈与の効力発生を先延ばしすることによって、贈与者の生前において自ら財産を使用できるというメリットが生じる。死因贈与契約に、贈与者に対する扶養・介護等を行なう「負担」を付けた場合を考えれば、高齢化が進む現在において、こうした死因贈与の特色は、その利便性を高めているといえる。

よって、負担付死因贈与において、当該負担の履行を確保するためには、死因贈与に対する受贈者の期待権を保護し、契約の拘束力を強める必要があり、受贈者が約旨に従い負担の全部又はそれに類する程度の履行をした場合には、特段の事情のない限り、贈与者による当該契約の撤回を認めるべきではない（1027条参考）。

なお、特段の事情としては、最高裁判例（最判昭和57年4月30日民集36巻763頁）において、死因贈与契約締結の動機、負担の価値と贈与財産の価値との相関関係、右契約上の利害関係者間の身分関係その他の生活関係などが挙げられており、撤回の可否を判断するにあたっては、こうした個別具体的な事情を無視することはできないものとする。

#### 5 登記手続上の視点から見た死因贈与

(1) 遺言書が作成される場合においては、不動産や預貯金等を遺言の目的物とされることが実際に散見されるところであり、それらの目的物は、しばしば多額の財産的価値を備えていることもあり、受贈者にとっても、将来有効に活用しうる資産であることが多い。そこで、これらの資産のうち、特に不動産を死因贈与の目的物とした場合を想定し、以下では不動産登記申請手続上の観点から死因贈与に言及することにした。

(2) 不動産に関する死後処分の方法としては、死因贈与の他、遺言によりその目的を達成することができる。この場合、遺言ではなく死因贈与を選択するメリットとしては、以下のものが考えられる。

一つ目としては、現行法上遺言に関しては、遺言者は、いつでも、遺言の方式に従って、その遺言の全部又は一部を撤回することが認められており（1022条）、遺言者が死亡するまでは、受遺者は何らの権利をも取得するものではなく、遺言書の内容に関する期待権すら否定されている（最判昭和31年10月4日民集10巻1229頁）。これに対し、死因贈与においては、判例上遺言の撤回に関する現行民法1022条の準用が認められているとはいえ（最判昭和47年5月25日民集26巻805頁）、特段の事情がある場合においては贈与者による死因贈与契約の撤回（取消）は否定されているところである（最判昭和57年4月30日民集36巻763頁、最判昭和58年1月24日民集37巻21頁）。また、本意見書趣旨3に記載のとおり、原則として贈与者からの自由な撤回を認めず、ある一定の事由が生じた場合に限り贈与者からの撤回をなしうるものとした場合、受贈者の地位は遺言書を作成した場合に比べより強く保護されているものといえる。

二つ目として、不動産を遺言の目的物した場合、遺言者は何時でも遺言書を撤回することができるため、遺贈予約を原因とした所有移転請求権仮登記をすることは実務上認められていないが、死因贈与にお

いては、前述のとおり贈与者からの贈与契約の撤回（取消）には一定の制約があるため、贈与者の死亡を始期とする始期付所有移転仮登記を申請することが可能であり（不動産登記法 105 条 2 項）、受贈者の財産権（登記上の順位）の保全が認められている。なお、現行相続税法上、生前贈与では、高額な贈与税が賦課される可能性があるものの、死因贈与では、相続税の対象となり、受贈者の立場により、税が加重される可能性もあるが、相続税の基礎控除（課税最低限）制度が適用され、税金が賦課されない可能性もあり、この点からも死因贈与は有用な制度といえる。

ところで、死因贈与の契約方式を公正証書または自筆証書に限定した場合、贈与者の生前においては、公正証書または自筆証書を登記原因証明情報として、贈与の目的物である不動産に対して、贈与者の死亡を始期とする始期付所有移転仮登記を行うことで、受贈者の期待権を保護することになるものと思われる。

但し、この点に関しては、現行法上認められている通り、死因贈与契約を私署証書により締結したとしても、登記手続上は特段の弊害は生じないものと考えられる。

けだし、登記原因証明情報には登記の原因となる事実又は法律行為及びこれに基づき権利の変動が生じたことを内容とする情報が記載されていることを必要とするが、当該契約書が同情報の要件に不適合であったとしても、登記官の形式的審査権からして、同情報を別途作成すれば、登記上は滞りなく処理されるからである。また、登記に関する手続の適正かつ円滑な実施に資し、もって国民の権利の保護に寄与することは、司法書士に求められる責務であることから、死因贈与契約が私署証書によって締結された場合においても、当該契約に基づく登記手続を司法書士に依頼すれば、司法書士は当該私署証書を調査し、当事者からのヒアリング等を行なうことで、登記手続に不慣れな依頼者を支援し、真正な登記の公示に寄与しうるからである。これは、贈与者の死亡後に行なう本登記手続においても同様である。

また、私署証書により作成された死因贈与契約書において執行者を指定していた場合（554 条、1006 条）、現行実務上は所有権移転登記又は始期付所有権仮登記の本登記にあたっての代理権限証書には当該契約書に押印した贈与者の印鑑証明書または贈与者の相続人全員の承諾書（印鑑証明書付）の添付を必要としておりこれにより登記の真正の担保が図られている。

以上のとおり、不動産登記手続上においては、死因贈与契約を公正証書または自筆証書に強制しなくとも、登記の真正を担保するための様々な仕組みが存在することに留意する必要がある。（青司協）

- 死因贈与による契約は、不要式行為とし、これを公正証書または自筆

証書に限定しない方向で検討すべきである。仮に死因贈与を要式行為とするならば、現行法に比して死因贈与と遺贈はより類似した法律構成を有することになり、死因贈与を一つの契約類型として法律上規定することの意義が不明確になるおそれがある。

書面によらない死因贈与については、現行民法に定められているとおり、当事者からの撤回を認める方向で検討すべきである。仮に当事者間、又は贈与者の相続人と受贈者との間で契約内容をめぐる紛争が生じたとしても、死因贈与契約が書面によらずに締結された場合においては、贈与の惠与的性格からして、当該契約の撤回により、贈与者側の利益の保護を図るべきである。これに対して、死因贈与を要式行為とし、当該契約の撤回を否定することは、私人間の契約に対する過度の介入（国家による過大な保護）と言わざるを得ない。また、死因贈与が片務・無償契約であることに照らしても、当該契約の撤回を認めないことは、契約の拘束力を過度に強めるものである。

書面による死因贈与は、当該契約締結後、贈与者が自己の生計の維持若しくは法律上の扶養義務の履行が困難となった場合又は受贈者による忘恩行為があった場合その他契約締結にあたって当事者がその基礎とした事情に変更が生じた場合に限り、贈与者からの撤回を認める方向で検討すべきである。死因贈与が片務・無償契約であり、かつ、贈与者の死亡までの期間が長期に及ぶ場合もあることからして、受贈者による忘恩行為があった場合又は贈与者が自己の生計の維持若しくは法律上の扶養義務の履行が困難となった場合その他契約締結に当たって当事者がその基礎とした事情に変更が生じた場合においても、贈与者からの契約の撤回を否定することは、当該契約の拘束力を過度に強め、贈与の惠与的性質とは相反するものと言わざるを得ない。

負担付死因贈与において、受贈者が約旨に従い負担の全部又はそれに類する程度の履行をした場合、特段の事情のない限り、贈与者による当該契約の撤回を認めない方向で検討すべきである。負担付死因贈与において、当該負担の履行を確保するためには、死因贈与に対する受贈者の期待権を保護し、契約の拘束力を強める必要があり、受贈者が約旨に従い負担の全部又はそれに類する程度の履行をした場合には、特段の事情のない限り、贈与者による当該契約の撤回を認めるべきではない（1027条参考）。なお、特段の事情としては、最高裁判例（最判昭和57年4月30日民集36巻763頁）において、死因贈与契約締結の動機、負担の価値と贈与財産の価値との相関関係、右契約上の利害関係者間の身分関係その他の生活関係などが挙げられており、撤回の可否を判断するにあたっては、こうした個別具体的な事情を無視することはできないものとする。（東京青司協）

- 相続法・裁判実務への影響が大きい分野であり、慎重な考慮が必要であ

る。どちらかという相続法改正にあたって本格的検討がなされるべき規定ではないかと思われる。規定の明確化により、「相続させる遺言」にみられるような実務の発展を阻害することがないよう、慎重に検討されたい。

(日大民研・商研)

- 死因贈与の主張に関連する訴訟が多く、いかなる範囲で遺贈に関する規定を準用するかについては実務に与える影響が大きいので、慎重に検討されたいとの意見が多かった。(最高裁)
- 死因贈与契約を公正証書か自筆証書によるものとする意見があるが、以下の問題があると思う。遺言書であれば検認手続で本人の直筆かどうか相続人の意見が出るが、死因贈与の場合では検認に相当する手続について上記意見でも言及がない。

受贈者が執行人になっている場合に自筆について確認をしようにも本人は既に死亡しているので本人に確認はできずその受贈者兼執行人に確認できるのみである。不動産登記では本人確認・意思確認をしているがこの場合は受贈者兼執行人の本人確認・意思確認をできるのみで、受託した場合に偽造等で後日訴訟等に巻き込まれる危険があるように思う。このような要式化を検討するならば検認手続に代わる方策も検討する必要があると思う。

全文手書きと実印押印で自筆かどうかを担保とするならば、実印、印鑑カードを管理できていた親族が偽造できてしまう可能性があり、妥当であるとはいえないのではないか。(司法書士)

- 死因贈与に関する規定は、相続法の見直しと併せて検討すべきである。死因贈与に関し、具体的に準用される条文を明らかにするという考え方については、その趣旨は理解できるものの、その明文化は実務上相続法や相続実務等に対する影響が極めて大きいことから、遺言や遺贈に関する制度設計の問題など、相続法全体の見直しと併せて検討すべき課題である。

今次の改正においては、相続法が見直しの対象から除外されていることから、死因贈与に関して、単に判例上準用が認められている条文を明記するだけであっても、明記されない条文の解釈について混乱が生じる恐れがあり、実質的な影響を及ぼす可能性は否定できない。

したがって、契約法のみ立場から、遺言や遺贈を含む相続法制に影響を与える死因贈与で準用される条文を明文化することや、実質的な改正の可否を議論することは相当でない。(弁護士)

- 死因贈与に準用される遺贈の規定を可能な限り明らかにするという考え方については、相続法(遺留分等)や相続実務、裁判実務への影響が大きい上、確実に準用できるものだけ明文規定を置くと、規定がない部分の議論に混乱が生ずるおそれもあるので慎重に検討すべきである。

遺贈とは異なる要請の具体例として、死因贈与について遺贈のような

撤回の自由（民法第1022条）を認めず、契約関係に一定の安定性を与えたいという要請がある。単独行為である遺贈と異なり、契約である死因贈与においては、合意によって相手方に対する信頼が生ずるため、撤回の自由を認めるべきではない。死因贈与の成立には公正証書か自筆証書を要するという考え方については、秘密証書遺言や危急時における遺言に与える影響等も問題となるので、慎重に検討すべきである。（弁護士）

- 友人に介護してもらうことを頼み「その代わり私の遺産を君に遺贈する遺言書を準備した。」と言って相手に渡した場合は、形の上では遺贈である。そう解釈する限りは撤回可能である。しかし遺産をもらえんと思っただけで介護したのに撤回されたのでは酷である。相続人がいなければ特別縁故者（958条の3）の扱いができるが、いる場合はそれもできない。しかし、これは名目は遺贈でも実質は負担付死因贈与だという余地があり、負担の方を死亡前に実行している限りは撤回不能と言うべきである。

なら、負担が死亡後の場合なら撤回可能として良いのか。友人に借家の連帯保証人になってもらうことを頼み、その際に「私の死亡時には迷惑をかける。その代わり財産を君に遺贈する遺言書を準備した。」と言って渡したらどうか。連帯保証人になること自体が負担と言えば負担であり、負担は生前からあるとも考えられるが、生前に大家との間に問題を起こさなければ、「実質的な」負担はあくまで死後である。撤回すれば友人は受贈者としての権利が無くなるのに連帯保証人としても義務は残ってしまう。確かに撤回されたとしても、友人が原状回復費用を出せば相続人に求償は可能だが、友人が大家にとやかく言われれば精神的苦痛が残ることは確かであるから、大いに負担と言って良い。これを「負担が死亡後だから撤回可能」とするべきではない。ただし、連帯保証人の地位を失えば、（必要とあれば求償に応じた上で）撤回は許されるべきである。

なお「私と同じ〇〇教の信者である君に遺産を遺贈する。その代わり私の葬式の喪主となり、〇〇教の教義に則った葬式をやってほしい。」のような場合は許されるべきである。これは実質的に負担付死因贈与と言うべきだが、撤回すれば負担の方も消えるのだから差し支えない。（翻訳・出版関係）

- 改定の必要があるとは思えない。（個人）

## 7 その他の新規規定

### (1) 贈与の予約

売買その他の有償契約には予約に関する規定が設けられている（民法第556条、第559条）ところ、無償契約である贈与にも予約に関する規定を設けるかどうかについては、その必要性の有無や規定を設けた

場合の悪用のおそれなどを踏まえるとともに、売買の予約に関する規定の内容や配置（前記第38，1）等に留意しつつ，更に検討してはどうか。

【部会資料15－2第6，7(1) [85頁]】

【意見】

○ 現行民法は贈与に予約に関する規定が準用されておらず，贈与の予約について法律関係が不明確であるから，明確にする必要がある。また，書面によらない贈与は撤回が認められているが，一方の予約時から予約完結権行使までに間に書面が作成された場合の取扱いについても，規定上明確にする必要がある。（金沢弁消費者委）

○ 贈与の予約の規定を置くべきとの考えにつき，賛成する。

売買の予約の規定があり有償契約に準用されているが，贈与を初めとした無償契約には予約について規定がない。規定を整備して，内容を明確にすべきである。（札幌弁）

○ 贈与の予約につき，必要性に疑問はあるが，規定を設けることには反対まではしない。贈与の予約がなされるのがどのような場合かあまり想定できず，必要性は乏しい。贈与者から贈与の申込みがあったが，受贈者がその時点では必要かどうかわからなかった場合であっても，受贈者がその目的物を現に欲するとき，改めて贈与契約をすれば足りるのではないかと思われるし，あえて予約という方式をとる必要があるケースがどのような場合かは疑問である。

とはいえ，現実に贈与の予約契約がなされた場合に，その効力を否定することもできない。そして，現に贈与の予約契約がなされた場合には，後述の予約完結権のことも含め，売買の予約とは異なる規律が必要であること自体は否定できない。

予約完結権の譲渡性を一般的に否定することも検討するべきである。売買契約の予約完結権は，譲渡性を認めるのが判例通説である。

売買予約に関する改正の論点において，この点は明示されていないが，改正後も従前の判例・通説どおり譲渡性は肯定されると考えられる。そうすると贈与の予約完結権も譲渡可能ということによいのか，贈与が当事者間の人間関係に基盤があることから問題になる。

その前提として，贈与契約に基づく目的物引渡請求権（受贈者の贈与者に対する履行請求権）自体が債権の性質がこれを許さないとして，譲渡できないのではないかの検討が必要と思われる。そして，この点に関する判例や，言及した文献は見当たらず，全ての贈与契約の履行請求権が債権譲渡の対象とならないとされるのか，あるいは個別の贈与契約の内容・性質に応じて債権譲渡の対象となり得るかが決まるのか，明確ではない。全ての贈与契約の履行請求権が債



権譲渡の対象とならないのであれば、予約完結権も譲渡不可能と思われ、この点を法で明示することも検討されるべきと思われる。個別の贈与契約の内容・性質に応じて債権譲渡の対象となり得るかが決まると考えられる場合、贈与の当事者間の人的関係による基盤を重視して予約完結権の譲渡性を否定する考え方や、一律に予約完結権の譲渡性を否定せず、予約契約の内容・性質によって予約完結権も譲渡可能かが定まるという考え方もあり得よう。

したがって、本提案における予約完結権の譲渡性を否定すべきかについては、贈与が当事者間の人的関係に基盤をおくものであることに鑑み、受贈者の履行請求権の譲渡可能性も含めて、慎重な検討が必要といえる。

なお、贈与の予約完結権の譲渡性を否定する条項をおくとしても、当事者が譲渡性を認める合意をしたときは、これを認めても特段問題は無いと思われるので、任意規定であることを明示しておくこともあわせて検討されるべきである。(大阪弁)

- 贈与の予約に関する明文の規定を設けるべきである。(福岡弁)
- 贈与の予約に関する規定を設ける場合には、予約についても書面を要求すべき。(大学教員)
- 売買の予約の規定は、他の契約への適用ないし準用が考えられるから、その配置を含めて検討する必要がある。(弁護士)
- 贈与に予約に関する規定を設けることについては更に慎重に検討すべきである。現実に贈与の予約がなされる事例はまれと思われ、その意味で実務上規定を設ける必要性に乏しい。規定を設けると悪用される可能性もあるとも指摘されており、更なる慎重な検討が必要である。(広島弁)
- 本研究会としては、贈与契約が典型契約の一つでありながら、無償契約に関する総則性が強いという特性に鑑み、弊害が懸念される本論点については慎重な考慮が必要であると考えます。(日大民研・商研)
- 贈与の予約の規定を設けることは、慎重に検討すべきである。實際上極めて少ない。その名称のものも、停止条件付贈与、負担付贈与である場合が大部分と思われる。実態調査も含めて、慎重に検討すべきである。(一弁)
- 贈与に予約に関する規定を設けることについては、更に慎重に検討すべきである。

現に贈与において予約がされた場合に備え、その場合についての規律を設けることは法律関係の明確化という点で意義がある。

しかし、現実の場面では贈与の予約がなされる事例は稀であり、その意味では実務上はこれに関する規律を設ける規定する喫緊の必

要性がなく、逆に、規定が設けられることでそれが悪用される恐れがあるとの指摘もある。この悪用の危険性について、更に具体的に検討した上で、規定することの是非を決すべきである。(日弁連)

- 贈与の予約について、検討することに異論はないが、例えば、贈与の予約について、贈与の予約完結権の譲渡性を一般的に否定すべき方向で検討すべきである。贈与の予約を規律する必要性はあるが、売買契約と同様に予約完結権の譲渡性を認めることは、人的繋がりを重視する贈与の実態にそぐわない。(弁護士、弁護士)
- 贈与の予約に関する規定は不要である。莫大な財産について贈与の予約をさせられるなど悪用のおそれがあり、規定の必要性にも疑問がある。(東弁)
- 贈与の予約に関する規定を設けることについては、反対する。  
贈与を予約するというケースは稀であり、あえて予約の規定を設ける必要はない。また、予約に関する規定を設けると悪用される危険もある。(愛知県弁)
- 贈与に、売買の予約に準じた規定を設ける必要はない。  
書面による贈与の予約がされた場合、これを公序良俗違反とすべきものとは考え難いが、贈与においては、予約上の権利を譲渡することは、できないものとするべきである。(堂島有志)
- 必要性について疑問があり、規定を設けることによって、かえって紛争を惹起させたり、他人の財産を不当に取得する目的で贈与の予約の制度を使うなど悪用や濫用されたりするおそれがあるとして、規定を設けることに消極的な意見が多かった。(最高裁)
- 贈与の予約に関する規定を置く必要性については疑問があり、贈与の予約については検討する必要はないと考える。  
贈与において予約の規定を置く必要性がどれだけあるのか、実務において贈与の予約がどのような場面において行われるのかが必ずしも明らかでないことを考えると、贈与の一方の予約に関する規定を置く必要性について疑問がある。(二弁)
- 特段、贈与の予約に関する規定を設けるべき必要性は感じられない。(横浜弁)
- 贈与の予約について規定を設ける必要性に乏しい。(親和会)
- 特に必要性を感じない。(広大有志)
- 検討する必要性につき疑問がある。  
「贈与」に関して「予約」を必要とする社会的需要があるのか疑問である。相続人間の紛争の原因になってしまう恐れがある(莫大な財産を有する者が生前に贈与の予約をさせられる等)。(兵庫県弁)
- 贈与の予約に関する規定を設けるべきではない。

贈与の予約に関する規定が設けられた場合、意思能力の不十分な高齢者等が莫大な財産について贈与の予約をさせられるなど悪用のおそれが高いほか、履行前の贈与と区別して「贈与の一方の予約」といった概念を認める実益があるとは思われない。(弁護士)

○ 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## (2) 背信行為等を理由とする撤回・解除

受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けることについては、相続に関する規定との関係、経済取引に与える影響、背信行為等が贈与に基づく債務の履行前に行われたか、履行後に行われたかによる差異等に留意しつつ、具体的な要件設定を通じて適用範囲を適切に限定することができるかどうかを中心に、更に検討してはどうか。

仮に、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けるとした場合には、贈与者の相続人による贈与の撤回・解除を認める規定を設けることの当否や、法律関係の早期安定のために、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の期間制限を設けることの当否についても、更に検討してはどうか。また、受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除とは別に、贈与後における贈与者の事情の変化に基づく撤回・解除の規定を新たに設けることについても、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 7(2) [86頁], 同(関連論点) [89頁]】

### 【意見】

○ 背信行為等を理由とする贈与の撤回(解除)に関する規定を設けることには、基本的に賛成する。これまで裁判上も安定した解釈・運用が行われておらず、明文化の必要性が認められる。

贈与者の相続人による贈与の撤回(解除)に関する規定は、贈与者の地位が一身専属的なものか否かという問題を中心に、相続法の見直しと併せて検討すべきである。贈与者の相続人による撤回(解除)については、受贈者が贈与者を殺害した場合など、相続人特有の撤回(解除)事由があり得るほか、相続人による撤回を認めるのが相当でない事由もあり得る。

背信行為等を理由とする贈与の撤回(解除)について、短期の期間制限を設けることには反対する。法律関係の早期安定より市民感情に即した正義の実現を優先すべきであるから、短期の期間制限を設けるべきではない。撤回(解除)権の行使期間は、最低でも、現行法による取消権の期間制限(民法126条)と同程度とすべきである。

贈与者の事情の変化に基づく撤回・解除の規定を新たに設けること

には、基本的に賛成する。贈与契約の無償性からすると、贈与者の経済状況の悪化が著しくなった場合、贈与契約の拘束力を無条件に認めるのは相当ではない。要件については厳格に定めるべきである。具体的な規定の在り方としては、「贈与者が、贈与後の事情の変化に伴い、自己の相当な生計を賄い、又は法律により自己に課された扶養義務を果たすことができなくなったとき」とする考え方を基本的に支持する。  
(東弁)

- 背信行為や忘恩行為等による撤回・解除の規定を設けるという考え方に賛成である。贈与は当事者間の情愛や信頼関係を基礎とすることが多いので、背信行為や忘恩行為等による撤回・解除を認めるが適当である。なお、経済取引一般に背信行為等を理由とする撤回・解除を認めることは適当でないとの指摘があるが、背信行為の要件を相続代替的な贈与に基本的に適用されるものに限定することによって解決が可能であると考えられる。

要件設定については、可能な限り、従前の判例法理を具体化する方向で検討すべきである。要件については、明確かつ過度に広汎でないことを強調する見解もあるが、受遺欠格各事由・相続人廃除事由を参考にした要件や「受贈者の扶養義務の履行拒絶」という要件に絞った場合、狭すぎて具体的事案における事案の妥当な解決に障害となるおそれもある。場合によっては信義則の活用も含め、従前の判例法理を具体化するような要件を検討すべきである。

「贈与者の事情の変化」に基づく撤回・解除の規定を新たに設けることについては、慎重に検討すべきである。「贈与者の事情の変化」を理由とする撤回・解除を認める考え方については、明確性に欠けること、受贈者の背信性等とは関係のない要件であること、受贈者が贈与財産を生活の基盤としている場合など贈与者だけでなく受贈者の事情の変化も考慮しなければ不当な結果となるおそれもあることから、反対である。場合によっては、事情変更の原則に従って処理することも可能である。

撤回・解除の期間制限を設けることについては、慎重に検討すべきである。贈与は、それまで一定の親密な人間関係を有していた者との間でなされることが少なくないと思われるが、贈与者が、そのような関係があった受贈者に対して、背信行為を理由として贈与を解除するか否かを検討する十分な期間（受贈者の態度を見ながら考えるといったこともあり得る）を与える必要があるものと思われ、短期の期間制限を設けることについては慎重に検討すべきである。(二弁)

- 背信行為・忘恩行為等を理由とする撤回・解除を明文で認めることに賛成である。ただし、適用範囲が広がりすぎないように、具体的要件の設定について慎重に検討すべきである。

裁判実務上、負担付贈与であったとの認定を得るのは、かなり困難である。負担付贈与として契約内容として特定されて合意されていることを認定させるまでに至らないが、信義則上贈与の撤回・解除を認めるべき要請は少なくない。

一般市民感情に照らしても、撤回・解除を認めるのが妥当である。

反面、撤回・解除を広く認めすぎると、法律関係が不安定となり、紛争の増大を招きかねない。(横浜弁)

- 贈与は当事者の情愛や信頼関係に基づいてなされるものであるから、受贈者の贈与者に対する背信行為や忘恩行為がなされた場合には、贈与者による贈与の撤回や解除を認めるのが相当であり、判例でも同様の結論が導かれている。如何なる場合に、贈与の撤回や解除ができるかを明確にすることは法律関係の明確化を図ることに資するから、明文において明らかにするのが相当である。(親和会)
- 規定を設ける方向で更に検討を望む。(広大有志)
- 背信行為等を理由とする撤回・解除権を認めることに賛成である。受贈者に贈与契約時には想定していないような背信行為があった場合にまで、贈与契約に贈与者が拘束されるというのは、一般的な国民感情にそぐわないものといえる。贈与が、当事者の人間関係に基盤をおくものであることからすれば、その基盤が失われた場合には、解除を認めるべきと考えられる。

履行の前後で、解除権発生の要件を変えること(履行前は比較的緩やかにする)や、特に履行前の場合に、バスケット条項(贈与者に対する直接的な背信行為に限らず、「契約を継続しがたい重大な背信行為があった場合」等)を入れることを積極的に検討すべきである。

背信行為等を理由とする撤回・解除権を認めるとしても、贈与者に対する侮辱など、直接贈与者に対して著しい背信行為があった場合に限定すべきという考え方もある。

確かに、贈与の履行後に契約が解除されて原状回復義務を負うことは、受贈者にとっても負担が大きい面があるので、解除権が発生する場合をある程度限定することは合理的と考えられる。

もともと、国民感情に照らせば、贈与者に対する直接の背信行為ではない場合でも、贈与の経緯に照らし、贈与の解除を認めるべき場合もないとはいえないように思われる。

そこで、契約を継続し難い重大な背信行為があった場合に解除を認めるというバスケット条項を入れることも検討に値する。

ただし、原状回復義務の負担や、法的安定性の確保という観点からも、履行後の解除が認められる場合を広く解することについては慎重でなくてはならない。

この点、履行前については、法的安定性の要請は小さく、また、契

約後の背信行為によって贈与の基盤となった人間関係が破壊されている場合に、贈与者に贈与の履行を強制するという事は国民感情にそぐわないと思われる。例えば、弁護士を目指すという経済的に困窮している高校生に対して、20歳になったときに相当額の現金の贈与をすると約束していた場合で、大学に入学してからは全く勉強せずに怠惰な生活を送り別の道をあゆむこととしたり、さらには犯罪を起こしたりした場合などにおいては、贈与者に対する直接的な背信行為ではないが、解除を認めることが相当とも思われる。このようなケースは、必ずしも事情変更の法理によって対処できるとは限らず、むしろ贈与という人間関係を基盤とした無償契約の特殊性に基づくものといえることから、履行前については契約を継続し難い重大な背信行為があった場合に解除を認めるというバスケット条項を入れることを積極的に検討するべきと考えられる。

贈与者の相続人による撤回・解除権行使の可否につき、相続人による撤回・解除権の行使も認められるべきである。贈与者が虐待により重い障害を負った場合には撤回・解除ができるのに、死亡すると（殺害されると）これができなくなるというのは不均衡である。また、履行前のケースでは、背信行為を受けた贈与者は、受贈者から履行を求められた場合にこの解除権を根拠に履行を拒絶できたのに、死亡すると相続人は拒絶できないのは不当と思われる。

撤回・解除権の期間制限につき、あえて短期間の期間制限を設ける必要があるのかは慎重に検討されるべきであり、一般の債務不履行解除の解除権の行使期間と同じとすることでよいのではないと思われる。一般の解除の場合と比較して短期間とするのであれば、相応に積極的な理由が必要と考えられる。法律関係の安定の要請や、解除がなされない場合、受贈者が贈与者は宥恕したと理解することに理があるということもそれなりにうなずけるものではあるが、それだけで債務不履行解除の場合に比較して短くすることに合理性があるのかは疑問である。特に、背信性の著しい場合に限定して解除を認めるのであれば、受贈者にとっての安定性は、ある程度制限されることもやむを得ないと思われる。そして、贈与者の多くは老人であることも想定され、解除権が発生していても、実際に解除をするかどうかには、親族等のアドバイスが必要とされる。一般の解除権の行使期間と同じとするということではよいのではないと思われる。

背信行為や忘恩行為以外の事由による撤回・解除権については、少なくとも履行前のものについては、一定の要件のもとで撤回・解除を認めてよいと思われる。履行後のものについても認める余地はあると思われるが、法的安定性の観点から、慎重に検討されるべきである。履行前のものは法的安定性をさして考慮する必要はないし、経済的に

困窮状態に陥った贈与者にさらに無償での譲渡行為を課するのは酷である。一方履行後は法的安定性、受贈者の予測可能性を確保することは重要であり、撤回・解除を認めることには慎重であるべきといえる。もっとも、例えば東日本大震災などのような天災等により著しく貧困状態になった場合で、受贈者にとっても特別の不利益がない場合など、返還の余地があってもよいかもしれない。ちなみにドイツ民法では、贈与から10年間の困窮による贈与物の返還を認めており（ただし、故意・重過失で困窮を招いた場合は除かれる）、参考になる。（大阪弁）

- 受贈者に背信行為・忘恩行為等がある場合、贈与者は贈与契約を解除することができる旨の明文の規定を設けるべきである。贈与契約の中には、受贈者の負担というところまでゆかないとしても、受贈者から一定の恩恵を受けることを前提としてなされるものがある。このような場合に、受贈者が忘恩行為・背信行為をしたときに、贈与契約を解除・撤回することができる制度とすることに異論はない。

受贈者に背信行為等があった場合の贈与者の有する撤回・解除権について、権利行使期間を定めるべきである。贈与契約の当事者が親族である場合が多く、贈与の対象とされた財産が受贈者の生活の基盤となっていることもあり、背信行為等による贈与契約の撤回・解除について、いつまでも権利行使が可能という状態は好ましくない。（福岡弁）

- 背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けることについては、賛成意見が強いが、具体的な要件設定については更に慎重に検討すべきである。①経済取引の中で贈与が行われる場合を除き、贈与は当事者間の情愛や信頼関係等を基礎として行われることが多いことを前提とすると、例えば、受贈者が贈与者を殺害するなど、受贈者に重大な背信行為（忘恩行為）等があった場合に、結論として贈与の撤回・解除を認めるべきという価値判断については異論がない。

しかし、このように贈与の撤回・解除を認めることは、結果として受贈者に対し、当該背信行為（忘恩行為）をしないという不作為義務を課する機能を有することになり、問題となりかねない。これは特に履行済みの場面では注意されるべきである。例えば、受贈者が贈与を受けた不動産に居住しているような場合、当該贈与が撤回・解除されるおそれがあるとすれば、受贈者は贈与者に対し、背信行為（忘恩行為）をしないように細心の注意を払いながら生活せざるを得ず、これは受贈者に過度の負担となりかねない。

したがって、「背信行為（忘恩行為）」の範囲や、規定の明確性については、例えば、履行前については、比較的緩やかな要件のもと贈与の撤回・解除を認めてもよいが、履行後については、厳格な要件を求

めるなど、更に慎重な検討をすべきであるとする。②なお、贈与が経済取引の一環として行われている場合、贈与者は様々なリスクを想定すべきであり、贈与後の受贈者の行為を拘束することは妥当でないから、贈与の撤回・解除を認めるべきではない。これは、背信行為（忘恩行為）による贈与の撤回・解除が認められている裁判例のほとんどが、養親と養子の関係や、親と娘婿の関係など、個人的な情愛や信頼関係を前提とし得る場合であることから根拠付けられる。

贈与者の相続人に背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除を認める規定を設けることについては、更に慎重に検討すべきであり、法律関係の早期安定のために、背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の期間制限を設けることについては、反対意見が強い。贈与の撤回・解除を認める趣旨は、贈与者と受贈者の間の人的な関係に求められている。そうであるとすれば、撤回・解除を認める事由は本来被相続人に属人的なものであり、相続人に撤回・解除を無条件に認めるのは妥当でない。しかし、例えば受贈者が贈与者を殺害した場合などに、受贈者が慰謝料等の賠償義務のみを負い、贈与の目的を返還しなくともよいとの結論は不当であると解される。これらを規定する場合、包括承継となる相続法との関連性が深いため、具体的な規定については相続法の見直しと併せて検討すべきである。②贈与の場合、商人間の売買などとは異なり、早期に法律関係を安定させなければならない必要性に乏しい。また、一定の親密な人間関係を有していた者との間でなされることが少なくなく、様々な要素について時間をかけて検討し、撤回・解除を判断しようとするのは不当ではない。

贈与後における贈与者の事情の変化に基づく撤回・解除の規定を新たに設けることについては、更に検討すべきである。受贈者に関係のない事由により贈与契約が解消されるとなると、受贈者の地位が不安定になる。この弊害は、履行後においてはより一層大きいものといえる。他方、贈与契約の無償性からすると、（受贈者と比較して）贈与者の経済状況の悪化が著しくなった場合、贈与契約の拘束力を無条件に認めるのは相当でないとする意見がある。履行前であれば、その弊害も小さいと考えられる。以上から、贈与者の事情の変化に基づく撤回・解除の規定については、その要件について更に検討すべきである。

（日弁連）

- 贈与において背信行為や忘恩行為等を理由とする撤回や解除等の規定を設けることは賛成である。具体的な要件設定については、さらに検討を要する。

その他については、特に意見はない。

規定を設けることで法的に安定した運用が可能となる。（兵庫県弁）



- 背信行為や忘恩行為等を理由とする撤回や解除等の規定を設けるべきであるとの考え方に賛成。贈与は当事者間の情愛や信頼関係が基礎となっているところ、背信行為等があれば、贈与の基礎が失われているといえる。

もつとも、解除を広く認めては、法律関係が不安定になるほか、家族財産の贈与に関しては、贈与者が解除可能性を振りかざして受贈者を支配することも考えられるから、受遺者欠格事由や相続人の廃除事由を参考に、限定的な場合にのみ、贈与者に贈与の解除を認めるべきである。

贈与者の相続人による撤回・解除に関する規定を設ける必要はない。無用の混乱を招くおそれがあり、撤回・解除権の相続という一般論に委ねるべきである。

撤回・解除の期間制限を設けることに賛成であり、期間は3年とすべき。継続的に虐待を受けている場合でも自由意思による解除の行使は可能と考えられるが、行使に躊躇する場合もあり得るから1年間では短すぎる。

贈与者の経済状況の悪化による贈与の撤回・解除を認めることには反対。条文上は解除原因を限定的にし、個別的な解決を柔軟に図るほうが妥当。(金沢弁消費者委)

- 背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けることについて、これを理由とする贈与の撤回・解除を認めることについては賛成であるが、新たな規定を設けるべきか否かについては適切な要件設定ができるかどうか、という点も含めて更に慎重に検討すべきである。贈与は当事者間の情愛や特別の信頼関係等を基礎にして行われることが多いことを前提とすると、受贈者に重大な背信行為があった場合に、結論として贈与の撤回・解除を認めるべきである、との価値判断には異論がない。しかし、新たに明文を設けて要件化するとすると、余りに要件が厳しすぎて事例的には撤回・解除を認めるべき場合であるにもかかわらず撤回等が認められなくなったり、また、贈与の履行後、例えば受贈者が贈与を受けた土地に建物を建てて居住している様な場合でも、背信行為等があったら撤回・解除されるとしたら、受贈者は贈与者に対する関係で最新の注意を払いながら生活をせざるを得ず、受贈者への過度の負担を強い、法律関係の安定性を害する等の不都合を生じかねないので、新たな規定を設けるべきか否かについては適切な要件設定ができるかどうか、第三者の保護をどうするかという点も含めて更に慎重に検討すべきである。

贈与者の相続人に背信的行為等を理由とした贈与の撤回・解除を認める規定を設けるべきか否かについて、慎重に検討すべきである。背信行為等を理由として贈与の撤回・解除を認める趣旨は、贈与者と受

贈者の個人的な関係に求められている。だとしたら、この権利は本来属人的な権利として、相続人に撤回・解除を無条件に認めるべきものではない。ただ、受贈者が贈与者を殺害した場合等にも撤回・解除を認めないというのも問題であり、更に慎重に検討すべきである。

法律関係の早期安定のために、背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の期間制限を設けることについては反対する。贈与は一定の親密な人間関係を有していた者の間でなされることが少なくなく、撤回・解除の判断を、様々な事柄につき長い時間を掛けて検討したとしても不当とはいえない。

贈与後における贈与者の事情の変化に基づく撤回・解除の規定を新たに設けることについては、更に慎重に検討すべきである。受贈者に関係ない事由により贈与契約が撤回・解除されるのは受贈者にとっても酷である反面、贈与契約の無償性を考えると、贈与者の経済状態が著しく悪化した場合など、履行前であれば撤回等の可能性を認めてもよいとも思えるので、これらの点を考慮して更に慎重に検討すべきである。(広島弁)

- 背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けることにつき、賛成する。

贈与者の相続人による撤回・解除権行使を認める規定は、不要である。

撤回・解除権の期間制限規定を設けることにつき、賛成する。内容は、贈与者又はその相続人が権利を行使しうる時から1年・贈与が履行されてから10年（ただし、取消権の消滅時効期間にそろえる）とすべきである。

背信行為や忘恩行為以外の事由による撤回・解除権の規定を新たに設けることに、反対する。(札幌弁)

- 受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を設けることに賛成。当事者間の人間的な信頼関係によって無償で財産権を与える贈与において、受贈者に契約時に想定されていない背信行為があった場合にまで、贈与者が契約に拘束されるのは、一般的な国民感情にそぐわない。規定のない現行民法下でも認める判例があることから、これを明記すべきである。

背信行為等が贈与に基づく債務の履行前に行われた場合に比べ、履行後に行われた場合は、解除の要件を限定的にすべきである。履行前においては、贈与者に対する侮辱など直接的な背信行為に限らず、贈与の経緯に照らし、契約を継続し難い重大な背信行為があった場合に解除を認めるというバスケット条項を入れることを検討すべきである。履行後に解除・撤回をされると、贈与の結果を前提として形成されることのある法律関係を安定させる必要があるし、受贈者にとっても

原状回復は負担となる面が否めないから、履行の前後で、解除・撤回の可否に差を設けるべきである。

贈与者の相続人による贈与の撤回・解除を認めることに賛成。背信行為によって贈与者が死に至った場合に、解除撤回ができないことは不合理なので、相続人による解除撤回を排除すべきではない。

短期の期間制限の規定を設けることには反対。法律関係の安定は、要件によってはかり、行使期間による制限は、他の解除権と同様にすべきである。法律関係の安定は、要件によってはかり、行使期間による制限は、他の解除権と同様にすべきである。

贈与契約後に生じた贈与者の事情の変化に基づく撤回・解除も、履行前のものに限って認める規定を設けるべきである。履行前の場合（履行前の部分に限れば）、贈与者に、契約時予想しなかった困窮によって、無償で負担した債務から解放することは、一般的な国民感情に沿うものとする。（堂島有志）

- 受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除、贈与後における贈与者の事情の変化に基づく贈与の撤回・解除について、新たに規定を設けることを検討することに賛成である。

消費者保護の観点からは、宗教団体等に多額の寄付をした後に、寄付者が生活に困窮した場合などに、一定の要件の下に贈与の撤回を認めるべきである。

忘恩行為による贈与の撤回・解除は、主に親族関係で問題になるものと思われる。もっとも、親族関係がない場合にも、高齢者に取り入って贈与を誘引し、贈与後に虐待等をした場合などには有効な対応ではある。事業者（企業）と消費者との間で、そのような問題が生ずることはあまり考えにくい。

他方、困窮による贈与の撤回については、宗教トラブルにおいて、被害者救済に役立つものと思われる。もっとも、これを広く認めることにも受贈者の保護という観点から問題があるように思われる。合理的な要件・効果の絞り込みが必要であると思われる。この点に関して、ドイツ民法529条は、贈与から10年間は、困窮による贈与物の返還を認めている（ただし、故意・重過失で困窮を招いた場合は除かれる）が参考になる。（日弁連消費者委有志）

- 贈与契約につき、背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けることについて、相続に関する規定との関係等に留意しつつ検討することに異論はないが、例えば、受遺者欠格事由および相続人の排除事由を参考とした限定的な背信行為を理由とする場合のみ解除を認める方向の改正には、反対する（解除事由を定めること自体に反対する）。解除事由を限定することで、従来一般条項で救済されてきた部分が認められなくなる恐れがある一方、解除事由を広げた場

合、要件該当性を巡って紛争が増加するおそれがある。

また、背信行為を理由とする解除については、例えば、解除権の行使期間を、解除権を行使しうるとき（解除事由を知ったとき）から短期間に制限する方向での改正には反対である。虐待の場合など、この期間制限では実質的に解除権行使の可能性がないと考えられる。（弁護士、弁護士）

- ① 背信行為等を理由とする贈与の撤回（解除）に関する規定を設けることには、基本的に賛成する。背信行為（忘恩行為）等を理由とする贈与の撤回については、従来不文の法理として可能であると解されてきたが、民法典に明文の規定がないため、これまで裁判上も安定した解釈・運用が行われておらず、明文化の必要性が認められる。
- ② 贈与者の相続人による贈与の撤回（解除）に関する規定は、贈与者の地位が一身専属的なものか否かという問題を中心に、相続法の見直しと併せて検討すべきである。贈与者の相続人による撤回（解除）については、受贈者が贈与者を殺害した場合など、相続人特有の撤回（解除）事由があり得るほか、相続人による撤回を認めるのが相当でない事由もあり得る。この問題は、相続法との関連性も深いことから、相続法の見直しと併せて検討すべきである。
- ③ 背信行為等を理由とする贈与の撤回（解除）について、短期の期間制限を設けることには反対する。背信行為等を理由とする撤回（解除）については、個人である当事者間の感情的な問題が主な動機となるものであって、迅速な権利行使を期待すべき事項ではなく、法律関係の早期安定より市民感情に即した正義の実現を優先すべきであるから、短期の期間制限を設けるべきではない。撤回（解除）権の行使期間は、最低でも、現行法による取消権の期間制限（民法第126条）と同程度とすべきである。
- ④ 贈与者の事情の変化に基づく撤回・解除の規定を新たに設けることには、基本的に賛成するが、要件については厳格に定めるべきである。贈与契約の無償性からすると、贈与者の経済状況の悪化が著しくなった場合、贈与契約の拘束力を無条件に認めるのは相当ではないと考えられる。

具体的な規定の在り方としては、「贈与者が、贈与後の事情の変化に伴い、自己の相当な生計を賄い、又は法律により自己に課された扶養義務を果たすことができなくなったとき」とする考え方を基本的に支持する。

もっとも、贈与者の相続人については、仮に、背信行為等を理由とする撤回権の行使を認める場合でも、贈与後の贈与者の事情の変化に基づく撤回権の行使は、認めるべきではない。また、贈与者に

における経済状況の悪化の要件については、受贈者の立場も考慮し厳格にすべきである。(弁護士)

- 規定を新設する方向に賛成。(大学教員)
- 背信行為等を理由とする撤回・解除の規定は、相続法と贈与を関連付ける観点から、主に相続代替的な贈与に適用することを想定して議論されており、適用範囲を限定する必要がある。相続の前倒し的な贈与等に対応できる規定にすることは検討に値する。(弁護士)
- 中間論点整理記載の法理の明文化には賛成、反対の両論があった。受贈者の背信行為や忘恩行為等を理由として、贈与者に契約の解除や撤回の余地を認める点は首肯しうる。もっとも、契約の柔軟な解釈や信義則等の一般法理によっても対応ができるほか、現時点で議論が成熟していないとして、明文化に慎重な意見が見られた。

仮に、明文化するとしても、履行前・履行後の区別を設けるなどの類型化が必要であると考えられる。(一弁)

- 規定を設けるのであれば要件を明確にするのが相当であるとする意見、規定を設けることにより、紛争を増大させ、審理の困難化を招くおそれがあることを懸念する意見があった。(最高裁)
- 当該制度については、一般的な制度としては明文化は不要であり、仮に規定を置くとしても、いかなる場合にかかる規定が必要であるかの「仕分け」を慎重に検討した上で、一定の限定された領域に関して、必要な限度で規定することで足りるように思われる。いずれにせよ相続法・裁判実務への影響を慎重に精査されたい。(日大民研・商研)
- 受贈者の背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の規定を新たに設けることについては、反対する。個別事案ごとに信義則や債務不履行(負担の債務不履行)等を適用した方が柔軟な解決が図れる。また、どのような場合に撤回・解除を認めるか具体的に列挙するのは困難である。

贈与者の相続人に背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除を認める規定を設けることについても、反対する。贈与の対象となった財産権の相続人に撤回・解除権を認めるべきであり、その根拠としては相続で足りる。

法律行為の早期安定のために、背信行為等を理由とする贈与の撤回・解除の期間制限を設けることについて、反対する。背信行為等を理由とする解除を規定した場合であっても、解除権行使をあえて短期間に制限する必要があるのか疑問であるし、解除権行使が著しく不当な場合には信義則により制限すれば足りる。

贈与後における贈与者の事情の変化に基づく撤回・解除の規定を新たに設けることについては、反対する。贈与者の経済状況の悪化

による贈与の撤回・解除を認める必要性があることは理解できるが、事情変更の法理を明文化するのであれば、同法理で解決すべきである。(愛知県弁)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

### (3) 解除による受贈者の原状回復義務の特則

解除による原状回復義務の目的物が滅失又は損傷した場合において、原状回復義務者に価額返還義務を認める見解(部会資料5-2第3, 4(3)[B案][B-1案][87頁])を採用する立場から、贈与においては、受贈者は、原則として解除時の現存利益の限度で価額返還義務を負うとの特則を設けるべきであるという考え方が示されている。このような特則の要否について、解除における原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理という論点(前記第5, 3(3))との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 7(3)[94頁】】

#### 【意見】

- 贈与者の経済状況の悪化を理由とする贈与の撤回を認める場合には、受贈者に帰責性がないことから、それによる原状回復義務の範囲を制限すべき(例えば「自己及びその扶養義務者の生活に支障のない限度」で価額返還義務を負う、など)である。  
それ以外の場合は解除一般と同様の考え方でよい。贈与契約について主に問題となるのは、負担付贈与契約の解除や、背信行為を理由とする撤回であり、いずれも受贈者の高い背信性を根拠とするものであるから、そのような受贈者を特に保護する必要はない。(東弁)
- 贈与の無償性に照らし、受贈者は、原則として解除時の現存利益の限度で価額返還義務を負うとの特則を設けるべきとの考え方に賛成。  
背信行為等による撤回・解除における回復義務については、背信行為等の解除原因が生じた時に受けていた利益の限度で返還義務を負うものとすべきとの考え方に賛成。(金沢弁消費者委)
- 贈与において、受贈者は、原則として解除時の現存利益の限度で価額返還義務を負うとの特則を設けることについては、賛成する。贈与契約は、受贈者にとって無償で利益を受けることを前提とした契約であり、解除時にまでに費消した利益について返還義務を負わせるのは妥当ではない。保管義務違反の問題として解決する考えは、保管義務違反の有無をどのように判断するのか不明確であるため、直接的な規定を設けるべきである。(愛知県弁)
- 受贈者の責めに帰すべき理由がないにも拘わらず贈与契約が解除される(贈与者の経済事情など)ということが認められるのであれば、

その場合について解除時の現存利益の限度で価額返還義務を負う、とすることに賛成である。受贈者の責めに帰すべき事由がないにも拘わらず贈与契約が解除される場合には、受贈者の原状回復義務を限定することにも合理的理由がある。しかし、例えば負担付贈与において、受贈者の責めに帰すべき事由に基づいて契約が解除された場合には、受贈者の責任を軽減すべき理由がない。(広島弁)

- 解除時の現存利益の限度で価格返還義務を負うとする特則が必要と考える。

有償の場合には、解除によって契約の巻き戻しがされると、双方に原状回復義務を追って、対価的均衡が取られている。しかし贈与の場合は、受遺者のみが原状回復義務を負い、対価となるものは存在しない。受遺者はそもそも無償で利益を受ける契約にすぎない前提で契約に入っているのだから、解除に至った場合に全額の価格返還義務を負わせるのは酷である。(札幌弁)

- (解除による原状回復義務の目的物が滅失又は損傷した場合に原状回復義務者に価額返還義務を認めるのであれば、) 受贈者は、解除時の現存利益の限度で価額返還義務を負うとの特則を設けることに賛成。(堂島有志)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)

- 受贈者の返還義務を解除時の現存利益とすることに賛成である。

受贈者は解除されるまで目的物を自由に処分できたのに、価額返還義務を負うのは受贈者にとって酷である。(大阪弁)

- 特に異論はない。(二弁)

- 原則として解除時の現存利益の限度で価額返還義務を負うとの特則を設けることに、特段反対しない。(横浜弁)

- 解除による原状回復義務の目的物が滅失、毀損した場合には、受贈者は現存利益の限度で価額償還義務を負うとするのが妥当であるから、法文上もかかる関係を明確にするのが相当である。(親和会)

- 特になし。(広大有志)

- 本研究会としては、解除に関する規定との整合性を図りつつ、慎重に検討していただきたいと考えている。(日大民研・商研)

- 贈与契約が解除された場合、受贈者は、原則として解除時の現存利益の限度で価額返還義務を負う。ただし、背信行為等を理由とする撤回・解除がなされた場合の回復義務の内容として、背信行為等の解除原因が生じた時に受けていた利益の限度で返還義務を負う旨の特則を設けるべきである。(福岡弁)

- 贈与において、受贈者は、原則として解除時の現存利益の限度で価額返還義務を負うとの特則を設けるべきであるという考え方については、更に検討すべきである。

ただし、贈与者の経済状況の悪化を理由とする贈与の撤回を認める立場に立った場合、当該撤回がされた場合に関し特則を設けることには賛成である。

受贈者は贈与契約が解除されるまで目的物を自由に処分できたのであるから、一般原則に従った価額返還義務まで負うのは酷であるという考え方があり得る。他方、贈与契約の解除や撤回について主として問題となるのは、負担付贈与契約において負担が実行されなかった場合や、前述した背信行為があった場合など、いずれも受贈者の高い背信性を根拠とするものであり、そのような受贈者を特に保護する必要はなく、この場合、特則は不要ということになる。

なお、贈与者の経済状況の悪化を理由とする贈与の撤回が認められた場合、受贈者には何ら帰責事由はない。したがって、この場合には現存利益の限度で価額返還義務を負うとの特則を設け、受贈者を保護すべきである。（日弁連）

- 検討することには賛成する。（兵庫県弁）
- 贈与者の経済状況の悪化を理由とする贈与の撤回を認める場合には、それによる原状回復義務の範囲を制限すべきであるが、それ以外の場合には解除一般と同様の考え方でよい。

贈与契約について主に問題となるのは、負担付贈与契約の解除や、前述した背信行為を理由とする撤回であり、いずれも受贈者の高い背信性を根拠とするものであるから、そのような受贈者を特に保護する必要はない。

もっとも、贈与者の経済状況の悪化を理由とする贈与の撤回を認める場合には、受贈者に帰責性がないことから、原状回復義務の範囲も制限する必要がある。この場合において、従来の「現存利益」という概念を用いると、贈与財産を通常的生活費として費消した場合利益は現存しているとみなされるなど、必ずしも妥当な結論は導かれないことから、例えば「自己及びその扶養義務者の生活に支障のない限度」で価額返還義務を負う、などといった特則を設けるべきである。

また、このような問題は親族間の扶養に関する問題に類似しており、通常の裁判手続きによる解決にはなじまないため、贈与者の経済状況の悪化を理由とする贈与の撤回に関する事件については、家事審判事項とするのが適当である。（弁護士）

- 改定の必要があるとは思えない。（個人）
- 背信行為を理由とする解除の場合も含めて考えると、一般的に現存利益の範囲での価額返還とすべきかは疑問。（大学教員）

#### (4) 無償契約への準用

贈与の規定を契約の性質に応じて他の無償契約に準用する旨の規定を
---------------------------------



新たに設けることの要否については、贈与の適用範囲の明確化という論点（前記2）との関連性及び民法における無償契約一般の規律の在り方にも留意しつつ、他の無償契約に関する検討結果を踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料15-2第6, 7(4) [95頁]】

### 【意見】

- 無償契約への準用について更に検討することに異論はないが、例えば、無償契約という共通性はあるものの、贈与はほとんど消費者間でのものと考えられるので、事業者取引でも用いられる使用貸借や無償寄託とはこの点で性質を異にすることを念頭において検討すべきである。（弁護士，弁護士）

- 慎重に検討すべきである。

恵与的な無償契約において、意に反する強制がないようにすべきとの要請はあるとしても、それを実現する仕組みとしては、①要物契約とする、②契約成立に証書を要する、③契約、解約権（撤回権）を柔軟に認める、④事情変更による契約改定を柔軟に認めるなど多様なものがありうる。贈与における規律が無償契約全体のデフォルト値にふさわしい規律を提示しているのかどうかは、もっと研究されるべきである。また、恵与的でない無償契約（より大きな法律関係や経済関係を背景にした無償契約）もあり、その規律も問題になりうる。（兵庫県弁）

- 包括的な準用規定はおかないという提案に賛成する意見と、おくべきという意見と両意見があり、慎重に検討されるべきである。

準用規定をおくことに否定的な考え方からは、次のような指摘があった。すなわち、無償契約には、有償契約のように市場における経済的取引という共通性に比して、共通性があるとは考えにくい。特に無償の委任や寄託は、経済的取引の中でも相当行われているともいえるし、多くは個人的な人間関係に基盤をおく贈与とは相当異なる契約類型であると思われる。

また、準用規定をおいたとしても、全ての規定が準用されるわけではなく、「その性質に反しない」場合に限って準用されることになる。そうすると、常に「性質に反しない」かどうかの解釈・適用が問題となり、今後、見解の対立もあり得、準用規定をおいたとしても、他の無償契約の解釈が明確になるとは限らないのであり、決して使いやすい民法とは言い難い。

無名契約に近い無償契約もある程度考えられるところ、準用規定をおく場合、贈与の規定を前提に準用を検討することになる。しかし、無償性を除いて贈与とは契約の性質が全く異なるものについて、当該無名契

約の性質に反しないかという点の検討が個別に必要になり、やはり明確性は結局十分とはいえないし、むしろ、贈与、貸借（使用貸借）、役務提供（委任等）それぞれの類似する性質を検討し、類推適用によって適用すべき規範群を見いだすという方が現実的とも思われる。

そして、贈与に関する規定はさほど多くはなく、必要に応じて、個別に準用すべきものを各契約の規定の中で定めることも可能であり、包括的な準用規定は不要といえる。

一方、準用を肯定する考え方からは、次のような指摘があった。すなわち、様々な無償契約の契約解釈・適用をするに際し、手がかりになる規定があった方がよい。贈与の規定を包括的に準用するとしておいたうえで、個別の無償契約における紛争において、贈与の規定を適宜使いながら解決していく方がよいと思われ、国民にとっても、法律家にとっても使いやすい民法になると思われる。（大阪弁）

- 特に異論はない。（二弁）
- 更に慎重に検討すべきである。（横浜弁）
- 贈与契約の規定が無償契約に準用される旨の準用規定を置くべきではない。

贈与は無償契約の典型例であるが、他の無償契約においてどの条文がどの程度適用されるかについて、判例等も乏しく、また、使用貸借契約、免除契約、保証契約等の無償行為はそれぞれ特殊性もあり、贈与の規定を準用する旨の規定を置く必要はない。（福岡弁）

- 一般的な準用規定は不要と考える。他の無償契約としては、使用貸借契約、無償の委任契約や役務提供契約などが考えられるが、その具体的態様は様々であり、贈与に関する規定をそのまま適用できる事例はあまりないと考えられ、具体的にどの規定を準用するのか個別の検討を行わずに包括的な準用規定を置くのでは、むしろ具体的規律の内容を不明確なものにするだけである。（東弁）
- 包括的準用規定を置かず、贈与の規定を必要に応じて個別に準用する規定を置くとの考え方に賛成。予め、贈与に関する規定のうち、ほかの無償契約への準用になじむものを明示しておけば、法的安定性に資する。（金沢弁消費者委）
- 贈与の規定を契約の性質に応じて他の無償契約に準用する旨の規定を新たに設けることについては、包括的な準用規定を設けることには反対する。

売買契約などの各有償契約は、経済活動全般に通じるルールを基礎としてしているが、贈与契約などの無償契約は、各契約類型の個性が重視されるべきであり、包括的な準用規定を設けるべきでない。（愛知県弁）

- 準用に関する一般的規定を新たに設けることには反対する。性質に

応じて個別に準用規定を置くことについては、更に検討すべきである。他の無償契約につき、その態様は様々であり、一般的な形で準用規定を設けることは、むしろ具体的規律を不明確にしかねない。準用規定を置くとしても、各契約の態様に応じて個別に検討すべきである。  
(広島弁)

- 「契約の性質に応じて」という包括の準用規定は置かず、個別の条文を明示して準用する規定を設けるべきである。「契約の性質に応じて」という基準では、どの条文を準用するのか、わかりにくいので、条文中明記すべきである。(札幌弁)
- 贈与の規定を契約の性質に応じて他の無償契約に準用する旨の規定を設けることに反対。

有償契約は、市場における経済的取引によって、標準化が容易であるが、無償契約は、その基盤とする人的関係によって、法律関係が多様なものとなりうるから、一概に贈与の規律を原則とするわけにはいかない。(堂島有志)
- 個別に準用規定を置くのが相当であるとする意見、準用の可否の検討は、贈与契約の要件と準用される無償契約の性質とを検討した後にすべきとする意見があった。(最高裁)
- 広く無償行為を含めることに反対する。一律に贈与と同様の規律を適用すると混乱が大きい。(森・濱田松本有志)
- 贈与は無償契約の典型であるが、贈与に関する規定を無償契約全般に準用する旨の規定を設ける必要性は認められず、他の無償行為において贈与の規定を準用することが必要であれば、必要に応じて贈与の規定を個別に準用すれば足りる。(親和会)
- 規定の必要性を特に感じない。(広大有志)
- もっぱら立法技術上の問題であり、関係各制度との整合性を図りつつ、しかるべく規定の整合性を図られたい。(日大民研・商研)
- 贈与の規定を契約の性質に応じて他の無償契約に準用する旨の規定を新たに設けることについては、一般的な準用規定を設けるとすれば反対であり、個別の準用規定を設けるとすれば、さらに慎重に検討すべきである。

他の無償契約としては、使用貸借契約、無償の委任契約、役務提供契約、免除契約、保証契約等などが考えられるが、その具体的態様は様々であり、判例等が乏しいことから、贈与に関する規定をそのまま適用できる事例はあまりないものと考えられる。したがって、包括的な準用規定を置くのでは、むしろ具体的規律の内容を不明確なものにするだけである。

準用規定を設けるとすれば、上記各契約形態につき、具体的にどの規定を準用するのか個別の検討が必要である。

なお、贈与の規定には、書面によらない贈与は撤回可能であることなど、法的安定性を害することにもなりかねない規定が含まれている。したがって、贈与の規定の適用ないし準用は、各行為の性質に応じて慎重に検討すべきである。(日弁連)

- 贈与の規定を契約の性質に応じて他の無償契約に準用する旨の規定の要否については、贈与の適用範囲を財産権の移転に限定した場合(前記2)における贈与に該当しない周辺の行為の規律の在り方及び無償契約一般についての民法の規律の在り方という2つの問題があることに留意すべきである。(弁護士)

- 一般的な準用規定は不要である。

他の無償契約としては、使用貸借契約、無償の委任契約や役務提供契約などが考えられるが、その具体的態様は様々であり、贈与に関する規定をそのまま適用できる事例はあまりないと考えられ、具体的にどの規定を準用するのか個別の検討を行わずに包括的な準用規定を置くのでは、むしろ具体的規律の内容を不明確なものにするだけであると思われる。

ただし、約款に関する規定や不当条項規制について、無償契約の特性を考慮した特則の在り方を検討することは、上記の論点に直結する問題ではなく、実務上も無償のソフトウェア提供契約等について問題となり得る事項であることから、特に反対しない。(弁護士)

- フリーソフトの現在一般的な入手方法はダウンロードだが、これは厳密には民法の贈与ではない。なぜなら、物の所有権が動いているわけではなく複製を許しているだけだから。メールで添付して送っても民法の贈与ではない。一方、フリーソフトが入ったCD-R等の「媒体」を無料でやる場合は民法の贈与である。しかし、實際上区別する意義も薄弱であり、こういった場合は「準用」を認めるべきである。

しかし、ボランティアで傷病者を病院に運ぶのを途中ですっぽかすのはどうか。30万円贈与する口約束をした人が、10万円贈与して残りをすっぽかすのが「撤回」として許されるからといって「準用」するのは許されるべきでない。(翻訳・出版関係)

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

## 第44 消費貸借

### 1 消費貸借の成立

#### 【意見】

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)
- 無利息消費貸借契約を諾成契約として規定した上で、借主に解除権を与える場合には、借主が目的物の交付前に利息付消費貸借契約を解除した場合と民法136条2項との関係について留意が必要である。この場

合、金銭の交付を停止条件とする契約であると理解すべきとの指摘がなされた。また、「無利息で貸そうといった相手方の約束」を盾にとった貸与請求に対する法的保護（貸主保護）の必要性（ローマ法の沿革）を根拠として、無利息消費貸借契約の合意の拘束力を緩和すべきであるとするのであれば、借主のみならず、貸主に対しても解除権を与えることが検討されるべきではないか。（パブコメWG）

- 準消費貸借契約（民法第 588 条）は消費貸借契約に基づく債務を基礎としても締結することができることは、すでに確立した判例理論である。この点を明示するため、同条の文言から「消費貸借によらないで」は削除してはどうか。（西村あさひ有志）

### (1) 要物性の見直し

消費貸借は、金銭その他の物の交付があつて初めて成立する要物契約とされている（民法第 587 条）が、実務では、金銭が交付される前に公正証書（執行証書）の作成や抵当権の設定がしばしば行われていることから、消費貸借を要物契約として規定していると、このような公正証書や抵当権の効力について疑義が生じかねないとの問題点が指摘されている。また、現に実務においては消費貸借の合意がされて貸す債務が発生するという一定の規範意識も存在すると言われている。そこで、消費貸借を諾成契約として規定するかどうかについて、貸主の貸す債務（借主の借りる権利）が債権譲渡や差押えの対象となる場合の実務への影響を懸念する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合には、借主の借りる義務を観念することができるのかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料 16-2 第 1, 2 [1 頁]】

#### 【意見】

- 諾成契約として規定する方向で見直すべきであるとの考え方に賛成である。ただし、利息の発生時期は、合意時ではなく目的物交付時からであることを明確にすべきである。（金沢弁消費者委）
- 実務の現実にあわせて諾成契約とすべき。軽率な借金を少しでも抑制する趣旨から、利息付消費貸借についても、一般的に要式契約としてはどうか。（大学教員）
- 金融実務では、既にコミットメントライン契約等の諾成的消費貸借契約が一般的である。このような実態を踏まえて、要物性を見直し、諾成化することに異論はない。ただし、諾成化した際に生じる「貸す義務」は、借りる権利を持つ者の信用力に依存している。このため、諾成契約とする場合は、貸す義務の免責事由（期限の利益喪失事由と同等）及び借りる権利の譲渡・差押禁止条項は必要と考える。（農

中)

- 金銭交付前に作成された公正証書（執行証書）や金銭交付前に設定された抵当権の効力についての疑義を条文上も解消する必要があることや、現に実務的に諾成的消費貸借が広く行われている以上は「貸す債務」（「借りる権利」）をめぐる法律関係等について条文上も明確にする必要があることなどから、消費貸借を諾成契約として規定することに賛成する。ただし、利息は金銭の利用の対価であることなどから、金銭交付前に利息が発生するのは不当である。貸主の貸す債務（借主の借りる権利）が債権譲渡や差押えの対象となると、借主の資金の利用目的や返済計画を吟味して貸付を実行する金融機関にとっては、安心して貸付の合意をすることが困難になる。そこで、借主の信用状態に不安が生じた場合には「貸す債務」の履行を拒むことができるようにする方法を検討すべきである。借主に「借りる義務」を負わせることには反対する。（弁護士）
- 実務では、金銭が交付前に公正証書（執行証書）の作成や抵当権の設定がしばしば行われていることから、消費貸借を要物契約として規定していると、このような公正証書や抵当権の効力について疑義が生じかねないとの問題点が指摘されており、消費貸借を諾成契約として規定することについて反対はしない。しかしながら、現在、当座貸越契約について、現行法が要物契約として規定されていることから、貸す債務を負担していないとの認識で運用されている。この場合、既存の当座貸越契約の解釈に影響を与えることから、改正により貸す債務の有無について金融機関と契約者との間での紛争発生が憂慮される。また、借主の借りる義務を観念することができるとした場合、借主が受領強制されることから生じる問題、不要な借入れの強要、いわば押し貸しのような弊害が、事業者借主（特に中小零細事業者）、消費者借主の類型によらず、予想される。（法友会）
- 多額の資金を貸し付ける金銭消費貸借契約（とりわけ責任財産を特定の不動産等の財産に限定したノンリコースローンや貸付人が複数の金融機関によって組成されるシンジケートローン）においては、金銭消費貸借契約の締結が貸付実行日の数営業日前になされるのが通常であり、担保権設定等が貸付人の貸付義務発生の前提条件とされるなど、実務上、諾成的消費貸借が広く行われていることからすると、消費貸借を諾成契約として規定し、その法律関係を明確化することは望ましいと考える。「借りる義務」についても、実務上は貸付前提条件の不充足の場合に貸付人に生じる損害（ブレイクファンディングコスト）を借入人が賠償する旨の義務が定められるなど「借りる義務」の存在が広く認識されていることも踏まえて、借りる義務を否定しない方向で検討してはどうか。借りる義務を認めることにより消費者保護の観

点から弊害が生じないかという観点からの検討も必要であるが、かかる点については、貸金業法等の特別法で消費者の借りる義務を否定する特則を設けることが考えられる。(長島・大野・常松有志)

- 現行実務における解釈による運用を明文化するものであり、条文の明確性を確保するという点で望ましい。(日大民研・商研)
- 消費貸借を諾成契約としての規定に改める考え方には、基本的に賛成する。ただし、仮にそのような考え方を採用する場合であっても、貸主の承諾を得なければ「借りる権利」の譲渡や差押えはできない旨を明文で規定すべきであり、また、借主の借りる債務については、基本的に認めないものとすべきである。現行民法が消費貸借を要約契約として規定しているのは、主として沿革に由来するものであり、諾成的消費貸借契約は、金銭交付前に作成される公正証書や抵当権の効力を正面から認めることのほか、いわゆるコミットメントライン(与信枠契約)の法的効力を明らかにするなど、実務上その効力を認める必要性は高く、現行法の解釈上も判例・通説が、既に諾成的消費貸借契約の効力を認めている。消費貸借の諾成契約化については、その必要性自体を疑問視する意見もみられるが、以上の理由により諾成契約化の必要性は認められるものとする。ただし、消費貸借を諾成契約とすることにより、金銭等の目的物を交付する以前における合意の拘束力を完全に認めるのは、相当でない。(弁護士)
- 消費貸借契約について、諾成契約として規定すべきである。(福岡弁)
- 消費貸借契約を諾成契約とすることを検討すべきである。但し、契約締結から目的物の引き渡しまでの間、借主が容易に契約から離脱できるように配慮すべきである。また、貸主の貸す債務(借主の借りる権利)については、原則として差押えや譲渡の対象となるものの、一定の制約を付す方向で検討すべきである。例えば、借主の借りる権利の譲渡につき、具体的な制約方法として、貸主の承諾が必要とするなどの方法を検討してはどうか。借主の借りる義務は観念できるとする方向で検討すべきである。借主に借りる義務がないと、貸主からの請求があっても借りることを常に拒否でき、かつ貸主を当該消費貸借契約で拘束できるとなると、貸主にとって不足の損害が生じかねない。判例でも一定の場合には要物性の緩和を認めており、現行実務の取引を鑑みると、必ずしも目的物そのものが交付されているか否かが重要視はされていないことも多い。一方で、消費貸借契約を要物契約としなければいけないような、明確かつ合理的な理由も見当たらない。但し、金銭消費貸借契約を原因として抵当権を設定する場合、被担保債権は貸主が元本を実際に交付した貸金債権であるところ、抵当権設定時に元本の交付がなされていない場合には、諾成契約だと消費貸借契約の

効力が生じているにもかかわらず発生しているのは貸す債務（借りる権利）だけであり、元本の交付が無いので借主の弁済義務が生じてない。その場合であっても金銭消費貸借契約の締結と同時に抵当権設定の効力が生じることになるので、附従性の要件を緩和することになると思われるが、その点につき問題が生じないかを更に検討する必要があると考える。（青司協，東京青司協）

- 消費貸借契約を諾成契約とする方向で検討すべきである。消費貸借契約の代表的な類型である金銭消費貸借において、金銭の交付がなされる前に、当該金銭消費貸借を原因として借主等の不動産に抵当権の設定がなされるケース、また、金銭の交付の前に先行して公正証書を作成するといったケースなどがあり、諾成的消費貸借契約を容認しているといってもよい実務運用がなされている状況にある。（日司連）
- 諾成契約にすることに賛成する（広島弁）
- 書面で明確に定めたときにのみ諾成的消費貸借を認める。なお、諾成契約とした場合には貸す債務を認めることとなり、それに伴い諸々の弊害がでてくることが予想されるが、こういった弊害を避けたければ、書面において、目的物を引渡したときに契約が成立するという形にすればよく、そのような形をとらない以上は弊害のリスクの負担はやむを得ない。借りる義務は認められることになる。（大阪弁）
- 金銭消費貸借契約を要物契約から諾成契約に変更すると、当事者との合意だけで金銭の交付をせずに契約が成立することになり、契約成立の時点で貸金業者には「貸す債務」（融資義務）が生じるため、合意してから金銭交付までの間に債務者に信用不安が生じたとしても、金銭を交付する義務を課せられるおそれがある。そこで、要物性の見直しを行う際には、当該規定を任意規定とする方向で検討を進めていただきたい。仮に、金銭消費貸借契約が要物契約から諾成契約に変更するとなると、その範囲で貸金業法およびこれに付随する法令等も変更の必要が考えられる。実務の例として、債務者に対して交付する書面には、契約締結日、貸付金額等の記載が必要であるが、諾成契約を前提とした場合には、関連する法令見直しの要否を検討する必要がある。（消費者金融協）
- 消費貸借契約は諾成契約として規定すべきである。ただし、任意規定とすべきである。実務上、金銭交付前の公正証書の作成や抵当権の設定がなされるケースも多く、諾成契約とすることにより、かかる実務を明快に説明することができる。現行法上も消費貸借の予約が規定されている。判例も諾成的消費貸借を有効であるとしている。貸す債務の差押えが生じかねないとの不都合は、契約と目的物の引渡を近接した時期（同時）に行うことや、不安の抗弁を使うこと等で回避しうる。また、当事者の特約で要物契約化する余地を認めれば、さらに回



避可能となる。任意契約としての諾成契約につき、民法として野放しにするのではなく、ある程度その内容が不当にならないよう規定すべきである。(横浜弁)

- 諾成的消費貸借契約は、実務上、定着しており、その法的性格は無名契約とされているが、そうであれば典型契約として正面から要物性が不要として民法に規定することにも、意味がある。ただ、諾成的消費貸借契約を典型契約として立法するとしても、貸主に「貸す義務」を認めることになるので、借主が、消費貸借上の権利を債権譲渡できるのではないか、借主が対象物や金銭の交付がなされる前に借りる必要がなくなった場合に、契約の解除権を認める必要があるのではないか、利息の発生時期をいつとすべきか等の問題点を十分つめるべきである。(親和会)
- 消費貸借の要物性を維持するか、諾成契約として規定するかは、両論いずれもありうるどころ、慎重に議論・検討されるべきである。諾成的消費貸借契約は、契約自由の原則から許容されるものであることは明らかであって、通説・判例ともこれを認めているものであるから、問題は、民法の用意する典型契約(任意規定のセット)として、どのようなものを提供するかである。この点、要物契約を維持すべきとする立場からは、「現行民法上、特段の不都合は生じておらず、目的物交付前の法律関係について規律する現実の必要性があるとは考えられない以上、『壊れていないものをいじるな』との考え方が通用する。また、諾成的消費貸借を民法上の原則とすると、『貸す債務』が生じるがゆえに、特殊な規律(交付されていない目的物について借主の返還義務の発生を阻む規律、目的物交付前における解除を認める規律、貸す債務を差押禁止・債権譲渡禁止とする規律など)が必要となりうるが、これでは任意規定が複雑になりすぎ、典型契約がマトリックス(思考の枠組み)として機能しなくなるおそれもある。」との主張がなされた。他方、要物性を見直すべきとの立場からは、「金銭交付前の抵当権の設定や公正証書の作成が行われている社会実態に照らせば、要物性は見直されるべき。要物性の緩和による弊害は、別途、これを防止する策を検討すればよい。」との主張がなされた。(兵庫県弁)
- 諾成契約とした場合の検討課題を広く中小企業に提示していただきたい。(全中)
- 諾成的消費貸借契約を原則型とすることについては、慎重に検討すべきであるとする。消費貸借契約を諾成契約とするとしても、諾成的消費貸借契約が双務契約なのか片務契約なのかはなお整理を要する点と解される。諾成的消費貸借契約が双務契約でないとすると、消費貸借契約締結後に貸主たる金融機関が破綻した場合、借主が、金銭引渡請求権を破産債権ないし再生債権として届け出ることが可能と思わ

れるが、その場合、借主と破産者や再生債務者が共謀して、多額の債権を作出することが可能となり、倒産手続をゆがめる危険性がある。そのようなことをしなくても、配当や弁済を受けた金員については、破産者もしくは再生債務者たる金融機関に返還する必要がある貸付金ということになり、倒産手続がいたずらに複雑になることが想定される。また、諾成的消費貸借契約を双務契約と考えたとしても、破産法 53 条 1 項、民事再生法 49 条 1 項や同種の規定により解除が可能であるかは疑義が残り、上記の不都合を回避できるかは明らかでない。すなわち、同条の伝統的な理解は、双務契約における両当事者の義務が同時履行の関係にあり、相互に担保視しあっているにもかかわらず、一方の債務が破産債権となり完全な満足は受けられず、管財人が完全な履行を受けることの不公平を是正するというところにあるところ、両当事者の義務が同時履行の関係に立たない消費貸借契約に、破産法 53 条 1 項、民事再生法 49 条 1 項の適用が可能となるかは明らかでないからである。したがって、仮に消費貸借契約につき諾成的消費貸借契約を原則型とするのであれば、上記弊害を回避するため、目的物が交付される前に当事者の一方（例えば、貸主たる金融機関）について、倒産手続（清算型、再建型双方）が開始された場合の規律についてもご検討いただきたい。また、諾成的消費貸借契約について倒産手続における解除が可能であっても、損害賠償請求の余地があると思われる。すると、金員を借り入れることができなかつたことによる多額の損害賠償請求権を主張して、借主が倒産手続に参加するという問題が生じる。その場合、借主と破産者や再生債務者が共謀して多額の損害賠償請求権を作出することも、制度上は可能となる。（預保）

- 消費貸借契約を諾成契約とする方向で検討する場合、「貸す債務」の内容及び関連する法律関係について明確化するように慎重に検討すべきである。（サービサー協会）
- 消費貸借を諾成契約として規定するかどうかについては、慎重に検討すべきである。消費貸借契約を諾成契約として規定するかどうかについては、反対意見と賛成意見が拮抗している。（一弁）
- 要物性の見直し（諾成契約の方向）については、慎重に検討すべきである。「貸主の貸す債務（借主の借りる権利）が債権譲渡や差押えの対象となると、金融機関にとっては、安心して貸付の合意をすることが困難になる」との指摘については、たしかにそのような弊害も十分に起こり得るとと思われる（実務上このような場合を約定解除事由とする任意規定を置くことに期待することも考えられるが、それで事足りるかも含め検討されるべきである）。また、諾成契約とした場合には、確かに借主の借りる債務を観念しうと思われるが、借りることを「義務」とすることにはやや違和感がある。判例・学説上、既に諾

成的消費貸借契約は認められており、これを典型契約とすることにより実務上かえって混乱が起きないか（例えば、貸主が負う目的物の交付義務や借主による目的物交付請求権の譲渡可能性等の目的物の交付前の法律関係の規律）、要物契約としての消費貸借を別の典型契約として存続させるのか等、特に金融取引における立法事実を精査したうえ、慎重に検討されるべきである。（二弁）

- 消費貸借契約を諾成契約として規定することについては、反対の意見も強く、慎重に検討すべきである。諾成契約として規定することに賛成する意見については、実務上、金銭交付前に消費貸借の成立を前提としてなされる行為（抵当権設定、公正証書の作成のほか、附帯する予約・スワップの成約等）があり、理論上、これを全て融資予約や附従性の緩和の問題とするのは、無理があるものとする。解釈論上も、無名契約としての諾成的消費貸借契約は認められており、諾成的消費貸借を認めることが妥当である。また、無利息消費貸借については、無償契約類型全般との整合を前提とした上で、書面によるものを除き目的物交付前における当事者の解除権を認めるのが相当である。なお、諾成的消費貸借を認めた上で、要物契約としての消費貸借を併存させることは、必要性に乏しいものとする。諾成契約として規定することに反対する意見については、たしかに消費貸借契約において要物契約とされていることによって、担保権設定契約の有効性との関係、公正証書の効力の問題、その他の問題が過去において発生してきたことは否定しないし、そこに理論的な問題が存在していることも理解できる。判例の結論は、要物性を緩和することによって貸し手側にとって有利となる結論を導いてきた。要物契約を諾成契約とすることの利益は、貸し手側にあるのであり、借り手側にはどのような利益が存在するのかについて、明らかでない。一部の貸金業者を相手とする事件において、契約書のみ存在し、実際の金銭の交付がなされていない事案において、金銭交付がなされていないことを立証することの困難性は未だに存在すると考える。単なる理論的な整合を求めるということから、要物契約という要件を無くした場合の実務に対する影響を危惧するものである。あわせて、目的物の交付前における借主の解除権を認めれば足りるという見解もなされるであろうが、借り手側が自由に解除権を行使しにくい状況が現実には存在する。まして、諾成契約として成立するとした場合には、貸し手側には貸す義務が存在するとしても、逆に借り手側にも借りる義務（有償の場合であろう）が存在することになりかねない。このような法律状態を発生させることは、かえって法律関係を混乱させるものとする。要物契約であることを維持することは、現在の判例理論や消費貸借の予約を前提とする限り、借り手側にとっては何らの不利益も存在しない筈である。貸し手側と

しても、消費貸借の目的物の交付を厳守すれば足りるのであるから、特段の不都合はない筈である。(愛知県弁)

- 本提案に対しては、諾成契約化に反対する見解と、諾成的消費貸借の存在はすでに判例・学説上で認められており、また、諾成的消費貸借契約の概念は銀行実務上も一定の範囲で用いられていることから、諾成契約化の提案には積極的に反対をするものではないという立場の双方が存在する。しかし、後者の立場からも、諾成的消費貸借契約に関しては銀行実務上懸念すべき論点が複数存在することから、この点について議論され、解決される必要があるという認識が示されている。この点について問題が解決されるのでなければ、諾成契約としての消費貸借という考え方に対して慎重な態度をとらざるを得ないという意見もあり、確立した銀行実務に対する影響が懸念されている点はいずれの立場においても同様であるため、この点に配慮した検討を望む。(全銀協)
- 実務上行われている諾成的な消費貸借の有効性を否定するものではないが、民法の用意するデフォルトルール(任意規定のセット)として、いかなる規定を置くかは慎重に検討すべきである。消費貸借を巡る紛争の大部分は貸金返還請求訴訟であることからすれば、貸金返還請求訴訟に関する問題を中心に簡潔・明瞭な規律を設けることが重要であり、消費貸借の予約を含めた新たな「消費貸借」の概念を用いて規律し直すことにより、規律を複雑化させるべきではない。また、立法事実であるかのように指摘されている金銭交付前の公正証書や抵当権の効力の点についても不都合は生じていないのであり、現行法の概念の整理を変更するに足る立法事実ではない。さらに、消費貸借の予約に関連する「貸す債務」・「借りる債務」の具体的内容は、債務不履行があった場合の効果も含め、日本では学説の蓄積すら不十分であり、デフォルトルールを設けるには機が熟していない。むしろ、かかる規律がデフォルトルールとして存在することとなった場合、合意したばかりに借りなければならなくなり、直ちに返しても期限の利益を楯にとられ高額の違約金を払わされる結果を招き、多重債務者問題が深刻する懸念がある。特則を設けて対処する方法もあるが、端的に、デフォルトルールを要物契約とするべきである。なお、金銭消費貸借を主として念頭に議論がされていると見受けられるが、消費貸借の対象にはそれ以外の物も存在するのであり、消費貸借一般の規律として適切かとの観点からの検証もなされるべきである(あるいは、金銭消費貸借の特則を設けるべきである。)(日弁連)
- 消費貸借を諾成契約として規定することは慎重に検討すべきである。諾成的消費貸借契約は、取引の実情においてその必要性も高く、現行法下においても判例・通説がその存在を承認している。しかし、

他方で、消費貸借を諾成契約と規定する必要性がないのではないかとの意見もあり、借りる権利の差押え等の難問もあるので、慎重に検討すべきである。仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合、借主の借りる債務を観念することができるとの考え方については反対である。当事者間でその旨を合意する場合はともかくとしても、一般人の感覚とは離れている。(東弁)

- 要物契約から諾成契約への見直しには反対である。消費者にとって、金銭消費貸借契約は、しないで済めばしたくないものであり、消費者が実際に金銭を受領した時点をもって、契約成立とする現行の要物契約で何ら支障はない。あえて要物性を排除し、諾成契約に見直した場合、実務的に、消費貸借の書面に記載した時点で、業者から契約成立として借金を強制される危険性がある。消費者の本意でない契約の履行を強制される可能性を広げることにつながりかねず、消費者保護の観点から反対である。現行であれば、一旦書面を交わしても、金銭を受領するまではやめることが可能で借金をせずに済む。また事業者にとっても、要物契約であっても殊更に不利益はない。(全相協)
- 諾成契約として規定すべきではない。理論及び実務は、すでに無名契約としての諾成的消費貸借契約を広く認めており、これによる特段の不都合は存在しない。しかし、立法で正面から諾成契約を認めてしまうと、借主の目的物交付請求権の差押え、債権譲渡、別口債権との相殺といった貸主側が被る弊害が発生してしまう。また、目的物交付前に借りる必要性が消滅したにもかかわらず、借主を貸金契約によって拘束させることについては、不都合がある。(仙台弁)
- 要物性を見直して諾成的消費貸借契約とする必要はないのではないか。要物性を見直しが公正証書や抵当権の効力の点のみにあるとすれば、すでに実務的に解決されている。立法化するのであれば、この点に関して要物性を緩和する規定を置けば足りるのではないか。また、消費貸借に関する規定が複雑化する。なお、諾成的消費貸借契約とする場合であっても、借主の「借りる義務」を観念すべきではない。貸主の「貸す債務」に対応して、借主は「借りる権利」を有するのであり、「借りる義務」を認めることはこの借主の有する権利性と矛盾する。このような義務は本来の給付義務として位置づけるのではなくて、受領義務の領域で考慮されるべきものである。また、「目的物の交付前における消費者借主の解除権」は「借りる義務」からの解放ではなくて、利息支払義務からの解放を目的とするものと考えべきである。この意味では、この解除権は利息付きの消費貸借に限定されるべきであろう。(大学教員)
- 消費貸借を諾成契約として規定することについては、反対する。消費貸借を諾成契約とすると、貸主に「貸す債務」が生じることとなり、

金銭の交付前に借主の信用不安が生じたとしても、特約がない限り当該義務を免れないこととなりかねない。また、特約を定めても、当該特約に定める事由に該当することを、貸主側で立証する責任が生じるものと考えられ、営業上のノウハウである審査基準を開示せざるを得ないなど各種の弊害が予測される。(クレ協, クレカ協, 全信販協)

- 原則として要物性を維持すべき。諾成的消費貸借契約の存在を否定するものではないが、特約で要物性を排除すれば良く、要物契約である現行法の原則を変える理由はない。仮に諾成契約を原則とすると、貸主の目的物の引渡義務と言う契約上の義務を譲渡することが出来るのか、また上記義務が相殺の対象となると思われるが、譲渡禁止あるいは相殺禁止特約を付加すれば、典型契約としては複雑になる。金銭消費貸借契約においては、要物性(具体的には契約時の金銭の引渡し)が明確でなければ、利息発生の時期が不明確になりかねない。(弁護士, 弁護士)
- 「消費貸借を諾成契約として規定する」に反対である。(消費生活相談員)
- 「借りる義務」を認めたとすると、何よりも悪用の危険性が問題になる。「借入限度額 50 万円」だと思ってカードを申し込んだのに「50 万円借りる義務がある」ことになったら困る。(翻訳・出版関係)
- 消費貸借契約につき、諾成契約とすることについては賛成できない。消費貸借を諾成契約とすると、貸主に「貸す債務」が生じることとなり、金銭の交付前に借主の信用不安が生じたとしても、特約がない限り当該義務を免れないこととなりかねない。また、特約を定めても、当該特約に定める事由に該当することを、貸主側で立証する責任が生じるものと考えられ、営業秘密である審査基準を開示せざるを得ないなど各種の弊害が予測される。(貸金業協)
- 従前、要物契約を原則としていたものが、諾成契約を原則とするものに変化することにより、目的物を引き渡す前の消費貸借契約の成立が認定されやすくなるとするならば、融資の約束の有無について争いが生じた場合に、貸主が借主に対して融資を行う旨の約束をしたことの認定が貸主側の意図に反してなされる可能性が高まるおそれがある。また、金融機関の融資実務では審査を行う前に融資を約束することはないが、消費貸借が諾成契約として構成されることにより、融資の合意の成立について顧客との間で無用のトラブルが増加するおそれもある。したがって、消費貸借契約を要物契約として維持する方向で検討すべきである。(信用組合)
- 要物性を見直すべき立法事実が認められない。実社会における市民感覚は、現実に金銭の交付をうけて初めて契約が成立したというものであり、市民感覚にも要物性の存在は根付いている。したがって、判

例上も実務の運用上も現在の法的状況を改正させるべき事情はない。消費貸借契約（特に金銭消費貸借契約）を諾成契約とする目的の一に抵当権設定契約時に金銭交付の事実が無くとも抵当権設定を有効とし、同様に公正証書成立も有効とすることにあるとすると、金融業者が金銭交付をすることなく抵当権など設定登記を取得しても、何の法的な問題がないこととなる。すると、金融業者は先に抵当権設定登記を求めた場合、債務者はこれに応じざるを得ない立場となる。民事介入暴力事案、暴力金融事案を取り扱ってきた弁護士の観点から言えば、暴力金融業者は、金銭の交付をしていないにも拘らず、借主から取得した契約書、領収書などを振りかざし、借主を暴力的に追い込んで、不当な利得を取得してきた事実がある。要物性が見直された場合、金銭交付の事実を争う以前の段階において担保権の設定や公正証書の作成が法的に正当なものと認められることによって、多くの被害が発生するおそれがある。消費貸借契約の要物性を見直しをすることは、暴力金融その他の悪い金融業者を利することになり、借主が過度な負担を負わされることにより不当な被害を受け、ますます困窮するおそれがあり、反対するものである。（弁護士）

- 典型契約としての「消費貸借」は要物契約であるとの原則は変えるべき理由はない。これに対し、契約自由の原則から諾成的消費貸借契約の考え方そのものは反対ではないが、諾成的消費貸借における「貸す債務」という考え方は庶民レベルでは必ずしも根付いているものではないし、諾成的消費貸借を原則とするならば、それに伴い、特殊な規律（交付されていない目的物について借主の返還義務の発生を阻む規律、目的物交付前における解除を認めるか否かの規律、貸す債務を差押禁止・債権譲渡禁止とするか否かの規律など）が必要となりうるが、これでは任意規定が複雑になりすぎ、「典型契約」として機能しなくなるおそれもある。そもそも、いわゆるコミットメントライン契約（融資枠契約）のような特別な商事契約を念頭に「典型契約」を改めるのは本末転倒である。仮に諾成的消費貸借を明文化する場合、わかりやすい民法を指向する立場からは、交付されていない目的物について借主の返還義務の発生を阻む規律のほか、目的物交付前における解除を認めるか否かの規律、契約成立後、元本引渡前の利息の規律などをあわせて規定しておくべきである。（日弁連消費者委有志）
- 実社会における市民感覚は、現実に金銭の交付をうけて初めて契約が成立したというものであり、市民感覚にも要物性の存在は根付いている。金銭の交付より先に抵当権設定のために必要な書類の交付を求めている金融機関は政府系の金融機関1社だけであるし（ただし確実に金銭の交付がなされる金融機関であるため実害は少ない）、公正証書についても、その有効性に関する判例が金銭の交付を消費貸借契約

の成立要件としているからこそ、現実の金銭交付が実行されるという実務の運用がなされている。また、消費貸借の合意がなされて貸す債務が発生するという一定の規範意識について、そのような規範意識が直ちに法的拘束力を持つことまでは認められない。消費貸借契約の予約については、明確に予約の合意をしなければならないものと考えられるところ、消費貸借契約の要物性を見直してこれと同一の契約内容に含ませて理解しようとするのは、予約としてなされる合意内容の問題と消費貸借契約自体の性質とを混同させるものであり、適切ではない。さらに、消費貸借を諾成契約とした場合には、金融業者が金銭交付をすることなく抵当権などの設定登記を求め、債務者はこれに応じざるを得ない立場となる。現実の実務においては、一部の金融業者が、金銭の交付をしていないにもかかわらず、借主から取得した契約書、領収書などを振りかざし、借主を暴力的に追い込んで、不当な利益を取得してきた事実がある。このような場合、要物性の存在は、借主側を守る唯一の砦といってよい。現実に金銭を交付したという事実を、単なる領収書といった書証ではなく、金員交付の具体的場面におけるいろいろな角度から指摘された事実の集積によつての立証を、債権者側に要求することによつて、真実を明らかにし、被害者を守ってきたのである。消費貸借契約の要物性を見直しをすることは、暴力金融その他の悪い金融業者を利することになり、借主が過度な負担を負わされることにより不当な被害を受け、ますます困窮するおそれがあり、反対するものである。なお、消費貸借契約の要物性を不要とし諾成契約とすることは、保証契約が要式契約とされたことと全く逆方向の改正であり、貸主側よりも弱い立場にある借主側に不利となることが明らかな、法改悪である。また、消費者と事業者という概念を持ち込むことによつて、要物性を見直した際に生じる問題点を解消しようとの考え方が提示されているようであるが、この考え方には賛同できない。なぜなら、金銭消費貸借契約の借主は単なる消費者といえる者のみでなく、事業者の多くも借主となっているのが実情だからである。(愛知県弁民暴委有志)

- 見直しの必要はない。金銭交付前の公正証書や抵当権は、追完あるいは将来債権という理解で対応が可能である。疑問が述べられている弊害の方が大きい。(広大有志)
- 諾成契約とすると、信用力のない者による借りる権利の債権譲渡の悪用、貸す債務の差押えによる貸主への強制貸付など様々な問題があるので、要物契約とした上で期待権侵害による損害賠償を認める現行法の解決のほうが適切柔軟な解決が図れるとする意見が多かった。利息については、交付後に発生するというのが相当であるとする意見が多かった。(最高裁)



- 消費貸借を諾成契約と規定することについては、反対する。消費貸借を要物契約とする現行法上も、諾成的消費契約は無名契約として認められているので、消費貸借を諾成契約として規定する必要性が高いとはいえない。また、諾成契約として規定すると、貸主の貸す債務が生ずることによる不都合を是正するための規定を設ける必要が生ずる。仮に消費貸借を諾成契約として規定する場合に、借主の借りる義務を観念することができるのかどうかについては、消極に解すべきである。借主には借りる権利があるにすぎず、借りる義務は観念できない。  
(法友全期)
- 消費貸借が要物契約であるとの方針を維持し、諾成的消費貸借においては、目的物交付前の権利義務関係に関し、特別な規律を要するから、①成立の認定を慎重にし、②当事者の明示の特約に委ねつつ、③相応の規制（ペナルティの上限等）を設けるべきである。諾成的消費貸借が有効であることは判例通説であり、その効力を否定する必要はないが、目的物交付前の債権債務（借りる権利・貸す債務と貸す権利・借りる債務）については、交付後の法律関係（借主の元本・利息返還債務）とは、異なる特殊な規律を要するから、消費貸借のすべてを諾成契約とするのは失当である。公正証書と抵当権は要物契約とされる現民法下でも有効とされており、その説明のために基本構造を変えるまでの必要はない（なお、諾成的金銭消費貸借を導入しても、返還請求権は貸渡しを条件とした債権なので、抵当権本登記の被担保債権としての適格性には依然として疑問が残る。）（堂島有志）
- 諾成契約とすることにつき、反対する。要物契約を維持すべき必要性が必ずしも高いとはいえず、また諾成契約とした場合に不都合が生じるような場面においては当事者が契約と金銭の交付を当時に行えば足りると思われる。（札幌弁）

## (2) 無利息消費貸借についての特則

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合（前記(1)参照）であっても、無利息消費貸借については、合意のみで貸す債務が発生するとするのは適当ではないとの意見もあることから、書面による諾成的消費貸借と要物契約としての消費貸借とを并存させるという案や、書面によるものを除き目的物の交付前における解除権を認めるという案などを対象として、無利息消費貸借に関する特則を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 2 [1頁]】

### 【意見】

- 無利息消費貸借の場合、書面によるものを除き目的物の交付前にお

ける貸主の解除権を認めるべきであるという考え方に賛成である。  
(金沢弁消費者委)

- 賛成。結果的に消費貸借全般について要式契約とすべき。(大学教員)
- 無利息の場合には、書面による契約に限定すべき。諾成的消費貸借契約を前提した場合、合意のみで貸主が「貸す債務」を負うことになり、何の利益も享受していないにもかかわらず責任を負いかねず、不公平となりかねない。そこで、無利息の場合には、貸主に課せられる義務を明確にするために書面での契約とすべき。(弁護士、弁護士)
- 消費貸借を諾成契約とする場合、書面によらない無利息消費貸借については、目的物を交付する前であれば、貸主はいつでも消費貸借の撤回ができる旨を明文で規定すべきである。消費貸借を諾成契約とする場合に、書面によらない無利息消費貸借については、経済的には貸主が一方的に負担を負うものでありながら、書面によらないという点で、ともすれば安易な合意がされ得ることなどを考えると、贈与におけるのと同じ関係を見出せるから、贈与に関する規律と整合がされるべきである。(弁護士)
- 無利息の消費貸借については、書面によるものを除き、目的物の交付前における解除権を認めるべきである。消費貸借契約を諾成契約とした場合、無利息の場合、贈与契約と同一の規定を設けることに異論はない。(福岡弁)
- 特に異論はない。無利息消費貸借契約に関し、書面による諾成的消費貸借と要物契約としての消費貸借とを併存させることについては特に異論はない。また、書面によらない無利息消費貸借について引渡前解除権を認める等により合意の拘束力を緩和することも適当と考える(「無償性」という点に鑑みれば、贈与や使用貸借と平仄を合わせることは適当と考える)。(二弁)
- 無利息消費貸借については書面による諾成契約と要物契約とを併存させること、もしくは書面によらない無利息消費貸借について交付前の解除権を認めることについて、賛成する。無利息については、利息付きとは異なる配慮が必要(広島弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 契約の成立については、無方式を原則としているので、書面によらない合意に基づく無利息消費貸借は認められるところである。ただし、金銭の貸借を約束した場合、貸主側にとって貸す債務が負担となることがあり得る。また、借主側も引き渡し前に借りる理由がなくなった場合にも借りなければならないことは煩瑣である。この点は、書面により契約した場合とそうでない場合で違いはない。よって、書面の有無を問わず、無利息消費貸借について、貸主・借主双方の引渡前解除

権を認めるべきである。(日弁連消費者委有志)

- 諾成的消費貸借は利息付のものに限るべきである。無利息消費貸借の借主が、目的物の交付を受ける前に諾成的消費貸借から解放されることを制約する必要はない。貸主を交付前に解放してよいかについて、無利息消費貸借は親しい間柄での情誼によるものなのに、貸す債務の履行を強制したり、遅延損害金を課したりするのは行き過ぎである。双方とも合意から自由に解放されてよいとすれば、交付前の諾成合意に法律上の効力を認める必要はない。(堂島有志)
- 借主は、無利息か利息付かを問わず、目的物の交付前ならいつでも解除できるように規定すべきである(ただし、書面によるものを除く)。書面によらない無利息消費貸借については、貸主も、目的物が交付されるまでは解除できるものとすべきである。消費貸借契約締結後、金銭交付までの間に借主側に借入の必要がなくなった場合、それが消費者契約であるか否かに関わらず、無利息であればわざわざ金銭等の授受をするのは無意味である。加えて、利息付であれば、借主に解除権を認めないと、特に返還時期が定められている場合には借主に利息の負担を強いる結果となりいわゆる押し貸しを助長することにもなりかねない。また、無利息消費貸借契約において、諾成的合意のみによって契約に確定的な拘束力を与えることは、貸主にとって酷となる。ただ、書面による場合には、借主側の期待も法的保護を受けるべき程度に高まり、一定の拘束力を認めることが相当であるから、「書面によらない」ことを要件として定めるべきである。(横浜弁)
- 諾成契約における拘束力の根拠は有償性に存在することから、無利息消費貸借における契約の拘束力については、適宜緩和させる必要があると思われる。ただ、利息付消費貸借と無利息消費貸借を分けてそれぞれ規定する必要性があるのか、書面による場合と電子的記録による場合とで、解除権の有無を分ける必要性があるのか、については疑問がある。(日大民研・商研)
- 消費貸借を諾成契約として規定することには、反対の意見も強く、慎重に検討すべきである。仮に、消費貸借を諾成契約として規定した場合には、無利息消費貸借契約の特則を設けることについては反対しない。(愛知県弁)
- 消費貸借を諾成契約として規定することについては反対であるが、消費貸借を諾成契約として規定する場合、無利息消費貸借に関する特則を設けることに賛成する。特則の内容は、贈与の規定と整合させるべきである。無利息消費貸借は、無償である点で贈与に類似するため、贈与に関する規定との整合性を図るべきである。(法友全期)
- 特則を置くことにつき、反対する。無利息消費貸借については、現実的には想定される場面がほとんどない以上、特段の規定は不要と考

える。(札幌弁)

- 無利息消費貸借は貸主による贈与という側面を有すると考えることもできるので、契約の成立や契約からの解放に関する規定を利息付消費貸借と同等に設けることは妥当ではない。そのため、贈与に関する規定との整合性を考慮しつつ、無利息消費貸借に関する特則を設けるべきであると考え。(日司連)
- 民法のデフォルトルールを諾成契約とすることは慎重に検討すべきであり、この立場からは、無利息か有利息かを問わず、特則はそもそも不要である。なお、仮にデフォルトルールを諾成契約とする場合には、無利息消費貸借契約の特則を設けることについて賛成する意見が強い。(日弁連)
- 消費貸借を要物契約とすることを維持する場合には、この特則は不要となるため、慎重に判断すべきである。仮に、消費貸借を諾成契約とする場合には、目的物交付前であればいつでも撤回できることを原則とするべきである。実際にも、貸す側と借りる側に構造的な格差が存在することに鑑み、このような撤回権が認められるべきである。(東弁)
- 無利息消費貸借の特則を設ける必要はない。(大阪弁, 広大有志)
- 合意の成熟性の問題として解釈すれば足りるように思われ、徒に特則を設けて手続的制約(書面性など)を付加するべきではないと考える。(親和会)
- 諾成契約として規定するべきではなく、特則も不要である。(仙台弁)
- 「合意のみで貸す義務が発生するのは適当ではない」というのは、理解しがたい。契約は合意のみで成立するのが原則である。(会社員)

### (3) 目的物の交付前における消費者借主の解除権

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合(前記(1)参照)であっても、貸主が事業者であり借主が消費者であるときには、利息の有無や書面の有無を問わず、貸主が目的物を借主に交付するまでは、借主は消費貸借を解除することができるの特則を設けるべきであるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、そもそも解除によって借主がどのような義務から解放されることを想定しているのかを整理する必要があるとの意見や、その適用場面を営業的金銭消費貸借(利息制限法第5条)の場合にまで拡張して、借主が事業者であるものも含めるべきであるなどの意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 2(関連論点)1 [5頁]】

### 【意見】

- 消費者契約たる消費貸借に限定せず、事業者が貸主である消費貸借について次のとおりの引渡前解除権の規定を置くべきである。貸主が事業者である場合には、利息の有無を問わず、また、消費貸借の成立が書面による場合であっても、貸主が消費貸借の目的物を借主に引き渡すまでは、借主は、消費貸借を解除することができる。この借主からの引渡前解除権を排除する特約は無効である。ただし、特定融資枠契約に関する法律が適用される借主については、この限りでない。なお、諾成的消費貸借を書面による場合に限定する弁護士会の意見では下線部分は不要となる。(大阪弁)
- 貸主が事業者であり借主が消費者である場合には、利息の有無や書面の有無を問わず、貸主が目的物を借主に交付するまでは、借主は消費貸借を解除することができるとする考え方に賛成である。さらには解除できる場合を消費者に限らず、目的物交付までは事業者であっても解除を認めるべきである。(金沢弁消費者委)
- 基本契約の解除も考えられるところであるので、解除権を認めるべき。(大学教員)
- 諾成的消費貸借とする場合、目的物の交付前における借主の解除権を規定するべきである。諾成契約とする場合であっても、目的物受領前の借主は、契約から解放されるべきと考えられる。なお、消費貸借を要物契約として維持する立場をとっても、諾成的消費貸借契約について、特に定めを置きこれが許容されることを明らかにするとともに、目的物の交付前における借主の解除権を規定するという考え方は採りうる。(兵庫県弁)
- 貸主が事業者であり借主が消費者であるときに限らず、また、利息の有無や書面の有無を問わず、契約成立から消費貸借の目的物の引渡しまでの間、借主が容易に契約から離脱できるよう配慮する方向で検討すべきである。現民法の下でのより良い貸付条件の貸主を探ることができるという借主の立場は実務上保護すべきで、消費貸借契約を諾成契約とする場合であっても契約成立から消費貸借の目的物の引渡しまでの間は、借主が容易に契約から離脱できるよう立法上の手当などの配慮をすべきであると考え。もっとも、他の貸借型契約や無償契約とのバランス上、離脱の要件に関し、利息の有無や書面の有無によって区別あるいは限定するといった配慮は、当然になされてしかるべきであると考え。(日司連)
- 諾成契約とする以上は、認める。借主が消費者である場合には、契約が書面によるもの・利息の有無にかかわらず解除を認める規定が妥当。諾成契約で利息がない場合には、贈与契約と同様、当事者双方に

強度の契約の拘束力を課す必要はない。双方ともに義務を履行していない以上は解除もある程度柔軟に認めるべき。(弁護士、弁護士)

- 特定融資枠契約に関する法律が適用される借主を除いて、全ての諾成的消費貸借について目的物交付前の任意解除権を認めるべきである。また、少なくとも営業的消費貸借の場合には、借りない自由(借主の任意解除権)を認めるべきである。仮に、任意解除権の主体につき、特則を設ける場合には自然人一般に認めるべきである。個人事業者の解除権を否定すべきではない。(弁護士)
- 引渡前解除権についてであるが、金銭消費貸借契約において貸主から借主に対する金銭の交付時期について定めがあれば、金銭消費貸借を解除することができることになり、特に、抵当権の設定登記がなされていた場合には、抵当権設定者は抵当権設定登記による不当な拘束から早期に開放されることとなる。そこで、貸主や借主の属性、利息の有無、借用証書など書面の有無を問わず貸主から借主の金銭が交付されるまでは、借主から貸主に対する引渡前解除権の行使を簡易な方法により認める方向で更に検討してはどうか。さらに、金銭交付前に債権保全の目的で抵当権の設定登記がなされており借主が引渡前解除権を行使したにもかかわらず、貸主が借主からの抵当権設定登記抹消登記手続請求に応じず、その旨の訴訟に発展したときは、抵当権設定者からの請求が裁判所により容易に認められるように主張・立証責任の分配について更に検討してはどうか。(司法書士)
- 消費者契約たる諾成的利息付き消費貸借について、消費者借主に、目的物の引渡前の解除権を認めること自体には賛成である。ただし、「消費者」借主に限らず、また利息の有無・書面の有無を問わずに、借主に引渡前解除権を認めるべきである。(日弁連消費者委有志)
- 消費貸借を諾成契約とする場合であっても、一般論として借主の「借りる債務」を認めることは相当でないことから、貸主や借主の属性を問わず、原則として、借主は目的物の交付を受ける前であれば、いつでも消費貸借の撤回ができるものとすべきであるが、任意規定とすべきである。もっとも、営業的金銭消費貸借の場合については、悪質な貸金業者等から顧客を保護する見地から、借主による消費貸借の撤回権を制限する特約(撤回の手数料や違約金を定める特約など)の効力を制限する規定を設けるべきであり、民法にそのような規定を置くことがその性質上なじまないと判断される場合には、利息制限法その他の特別法とすることを検討すべきである。(弁護士)
- 諾成的消費貸借契約において、貸主が事業者で借主が消費者の場合、借主は、利息の有無、書面の有無を問わず、目的物の交付を受ける前であれば、契約を解除できる。「消費者に準じる小規模零細法人等が事業外取引」として行った場合も同様とする旨の明文の規定を設ける

べきである。諾成的消費貸借契約であっても、借主の借りる義務が一律に認められるわけではなく、借主が目的物の引渡しを受けなければ、契約解除を認めなくても借主に不利益はないように思われる。しかし、契約が存続している間、借主が差し入れた担保や保証は残るのであるから、借りる可能性のなくなった契約を解消する必要性がないわけではなく、貸主が事業者で、借主が消費者の場合、及び「消費者に準じる小規模零細法人等が事業外取引」として行った場合（借主が消費者に準じる小規模零細法人等が、事業外の目的で、消費貸借契約を締結した場合）に限って、契約の解消を認めるべきであろう。（福岡弁）

- 借主は、消費者契約に限らず、（無利息か利息付かを問わず）目的物の交付前なら、いつでも解除できるように規定すべきである。消費貸借契約締結後、金銭交付までの間に借主側に借入の必要がなくなった場合、それが消費者契約であるか否かに関わらず、無利息であればわざわざ金銭等の授受をするのは無意味である。加えて、利息付であれば、借主に解除権を認めないと、特に返還時期が定められている場合には借主に利息の負担を強いる結果となりいわゆる押し貸しを助長することにもなりかねない。また、無利息消費貸借契約において、諾成的合意のみによって契約に確定的な拘束力を与えることは、貸主にとって酷となる。ただ、書面による場合には、借主側の期待も法的保護を受けるべき程度に高まり、一定の拘束力を認めることが相当であるから、「書面によらない」ことを要件として定めるべきである。（横浜弁）
- 貸付実行前に借主に信用不安が生じた場合など、貸主にとって貸す債務を免れたい場合には、借主に破産手続が開始した場合には消費貸借契約が失効するなどのルールや、破産以外の倒産手続が開始した場合や貸す債務（借りる債権）の差押えがあった場合など、貸す債務を免れることができるケースを明確にしておくべきである。金融機関は、契約が成立した時点から資金調達を行うので、契約を解除された場合は、借主は貸主の資金調達の解除コストを損害として賠償すべきと考える。仮に損害賠償責任なく解除権を認めた場合には、貸主は、借主に無償で解約オプションを与えることとなり、その見返りとしてオプション料相当の金額を貸付金利に反映せざるをえない状況が懸念される。（農中）
- そもそも借主が借りる義務を負っていないのであれば、借主が一方的に借入を辞退したとしても、金融機関に対する損害賠償責任は生じないはずである。（弁護士）
- 目的物の交付前における消費者借主の解除権については慎重に検討すべきであり、また、借主が事業主である場合にかかる解除権を拡張することに反対する。借主が消費者である場合といえども、貸主は目

的物の交付のために準備行為を行うのであり、目的物の交付前に無条件で借主が消費貸借を解除することができる権利を認めると、貸主が不測の損害を被ることになり、消費貸借制度の健全な成長を阻害する要因になりかねないため、慎重に検討すべきである。また、借主が事業主である場合は、消費者のような保護は不要であり、かかる解除権を拡張することには反対である。(森・濱田松本有志)

- 一般に、目的物交付前であれば、撤回できる規定とするべきであるが、特に貸主が事業者であり借主が消費者である場合には、消費者契約法において強行法規としてこの旨を規定すべきである。貸し主が事業者であり、借主が消費者である場合には、貸す側と借りる側の構造的な格差に鑑み、撤回権を強行法規として規定すべきである。(東弁)
- 借主が消費者かどうかに着目することには反対。貸主が事業として行う諾成的消費貸借について、借主に、交付前解除権を認めるべきである。ただし、一定の限度を超える高額取引については、約定交付期限まで相当な期間を置かない解除をした場合、特約で応分のペナルティを課すことを認めてよい。この種の規定は民法の任意規定というより業法規制法で定めるべきである。営業的消費貸借の貸主は、他の融資機会を探るか、自ら他の利用に供することが比較的容易である。この事情は借主が消費者か事業者かによって異なる。一方、事業者貸主といえども、特別な資金準備を要する多額の取引の場合には、かかったコストの転嫁を認めてよい(なお、信用調査に要したコストは、もともと融資しない場合でも負担することを覚悟していたはずのものなので、転嫁を認めるべきではない)。(堂島有志)
- 検討することに異論はなかったが、事業者、消費者などの属性に関する規律を民法に置くのは不適切との意見が多かった。(最高裁)
- そもそも、民法に「消費者・事業者」概念を導入することについては、反対であるが、利息付又は書面による消費貸借における引渡前解除権を借主が消費者の場合に限って認めるという考え方については、慎重に検討すべきである。この点、利息付及び書面による消費貸借も含めて、シンプルに、消費貸借契約を諾成契約とした上で引渡前解除権を消費者が借主の場合に限らず消費者以外の借主(又は両当事者)にも認めるという考え方も検討されてよい。(二弁)
- 解除権の規定を設けないか、または解除が認められる場合には当該コストを借主に損害賠償請求できることとすべきである。(全銀協)
- まず、解除権の特則が任意規定と強行規定のいずれを想定しているのか明らかにした上で検討を行うべきである。更に、借主が貸主の損害を賠償することなく貸付実行前に契約を解除することができるの特則を強行規定として置くことについては、金融実務の観点からは、



以下のとおり疑問が大きい。すなわち、かかる特則により貸主は経済的損害のリスク(利息収入の機会を失うリスク)を負うことになるため、①その対価が金利に上乗せされる等の形で借主側の負担とされるか、又は、②貸主が諾成的金銭消費貸借契約の締結を拒絶することによって当該リスクが回避されることになる。①については、借主としては、必ずしも望まない貸付実行前の解除というオプションを強制的に付与されるのと引き換えに、高い利率の負担を強いられ、かかる上乗せ分は、貸付実行前の契約解除を行った借主ではなく、その他の現実に借入れを行った借主が金利等の形で負担することになるから、安易な貸付実行前の契約解除というモラル・ハザードによって借主側の負担増大に歯止めがかからなくなるという問題も懸念される。また、②については、貸付資金の準備や貸付実行前提条件との関係で、高額な貸付については、実務上、諾成的金銭消費貸借とする必要性が高い(あるいは、そうせざるを得ない)が、かかる貸付については、結局、貸付実行前の契約解除がなされることにより貸主に生じる損失のリスクを嫌って貸付それ自体を行うことができなくなり、高額な借入れを希望する者の資金調達機会が極めて限定されることになる。よって、せいぜい、借主の支払うべき損害賠償の金額に合理的な上限を設ける(貸主に生じる実損ないし取引慣行等に照らして実損と同等と考える合理的な金額を限度とするといった抽象的な基準を定める)程度の規定とすべきである。(西村あさひ有志)

- 慎重に検討すべき。借主が消費者の場合、交付されるまでは利息や書面の有無を問わず解除できるとすれば、貸主は目的物(特に金銭)を準備したにも関わらず、解除されるおそれがあり、準備や資金繰りが不確定のまま進めなくてはならない。また、借主が嫌がらせで交付前に解除する恐れもある。契約を締結した以上、消費者であれ無条件に解除できるのは保護しすぎである。(広島弁)
- 民法のデフォルトルールを諾成契約とすることは慎重に検討すべきであり、この立場からは特則はそもそも不要である。なお、仮にデフォルトルールを諾成契約とする場合には、目的物の交付前においては、借主が消費者であるか事業者であるかを問わず、契約に拘束されないことをデフォルトルールとすることに賛成する意見が強い。(日弁連)
- 消費貸借を諾成契約として規定することには、反対の意見も強く、慎重に検討すべきである。仮に、消費貸借を諾成契約として規定した場合には、デフォルトルールとして、貸主が目的物を借主に交付するまでは、借主が消費貸借を解除することができることに賛成である。ただし、解除できる借主を消費者に限定することや、(消費者借主を前提としても)本条項を強行規定とすることには反対である。

消費貸借を諾成契約として規定することには反対の意見が強い。なお、実務上、借主が期限前弁済することは、一般に許容されているのであるから、その整合から、特段の合意がなければ、借主の交付前解除権を認めることは相当であり、これは借主が消費者に限定されるものではなく、事業者一般にも認められるべきである。一方、スワップ付消費貸借（金利固定等）等の特別な消費貸借においては、十分なスキームの説明義務の問題は別として、たとえ借主が消費者であっても、融資実行前の段階においても解除を認めるべきでない（解除する場合は違約金が発生する）取引も存在するものと考えられ、強行法規とすることには反対である。ただし、民法に「事業者」「消費者」概念を持ち込むことについては、多角的視点より十分慎重な検討が必要であると考えられる。（愛知県弁）

- 貸主が事業者であり借主が消費者であるときには、貸主が目的物を借主に交付するまでは、借主は消費貸借を解除することができるの特則を民法に設けるべきであるとの考え方に、反対する。消費者保護のための規定は特別法において規定すべきである。特別法において規定する場合には、目的物の交付前における消費者借主の解除権の考え方に異論はない。（法友全期）
- 反対する。貸主が事業者、借主が消費者の場面は特別法で規定すれば足りるので、民法での規律は不要と思われる。（札幌弁）
- 不要である。（広大有志）
- 諾成契約として規定すべきでなく、特則も不要である。目的物の交付前に借りる必要性が消滅したにもかかわらず、借主を貸金契約によって拘束させることについては、不都合がある。また、この不都合は、借主が消費者である場合のみならず、事業者であっても同様である。（仙台弁）
- 私法体系における基本法である民法で対応すべき内容ではなく、消費者契約法等の特別法によって対応すべきである。（日大民研・商研）
- 消費者保護の特例を民法に規定すべきではない。（個人）
- 仮に、事業者・消費者の定義など、消費者保護法理を一定程度民法に取り込むとしても、「私法の一般法」である民法典に消費者契約に関する特則を規定する必要性は認められない（消費者契約法等の特別法に規定すれば十分である）し、消費者契約のうち一部のみについて特則を設ける根拠（労働契約は取り込まない）にも乏しい。（親和会）
- 目的物の交付前における解除権は借主に認められるべきではない。諾成契約の成立により貸主には「貸す債務」が生じ、貸主はその履行のために消費貸借の対象物を調達しなければならなくなる。その調達

の後に借主により解除権が行使されると、貸主は消費貸借において得られたであろう利息等の収益の機会を失うとともに、消費貸借が解除されても調達に伴う支払利息等の負担は依然として生じてしまう。なお、仮に目的物の交付前における解除権が借主に認められるとするならば、解除権を行使されたことに伴う損害については、債権者が解除をした借主に損害賠償を請求することが出来るとすべきである。(日証協)

- 貸主が事業者であり借主が消費者であるときには、利息の有無や書面の有無を問わず、貸主が目的物を借主に交付するまでは、借主は消費貸借を解除することができるの特則を設けるべきであるという考えに反対である。(一弁)

#### (4) 目的物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合（前記(1)参照）には、目的物が交付される前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときに消費貸借契約が失効する旨の規定を設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

また、これに関連して、目的物が交付される前に当事者の一方の財産状態が悪化した場合にも貸主が貸す債務を免れるものとするかどうかについても、検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 2（関連論点）2 [5頁]】

#### 【意見】

- 明文化すべきであるとの考え方に賛成である。(金沢弁消費者委、大学教員)
- 金融機関としては、目的物が交付される前に借主に破産手続の開始決定があった場合のみならず、借主の財産状態が悪化した場合についても、「貸す債務」を免れることにならないと、安心して消費貸借契約を締結できなくなる。金銭を借り入れようとする者は財産状態が良好でないのが通常であるとしても、破産した場合は別である。(弁護士)
- 諾成的消費貸借契約において、目的物の交付を受ける前に一方が破産手続開始決定を受けたときは、効力を失う旨の明文の規定を設けるべきである。民法589条の趣旨は、諾成的消費貸借における目的物交付前の当事者間にも妥当する。(福岡弁)
- 借主の財産状態が悪化した場合には貸主は貸す債務を免れる旨の規定を設けるべきである。(全銀協)
- 民法のデフォルトルールを諾成契約とすることは慎重に検討すべきであり、この立場からは現行法どおり消費貸借の予約の効力が破産手

続の開始により失われることになる。なお、仮にデフォルトルールを諾成契約とする場合には、目的物の引渡前に破産手続が開始した場合に消費貸借契約が失効するとの見解に賛成する意見が強い。また、目的物が交付される前に借主の財産状態が悪化した場合については、何らかの貸主の保護を認めるべきとの意見が強い。(日弁連)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 現行法における消費貸借の予約の規定(589条)と同じ内容の規定を諾成的消費貸借と当事者の一方の破産の場合にも定めてよい。目的物が交付される前に当事者の一方の財産状態が悪化した場合に、一律に貸主が貸す債務を免れるものとするのは合理的ではなく反対である。(大阪弁)
- 現行法における消費貸借の予約の規定(民法589条)と同じ内容の規定を諾成的消費貸借と当事者の一方の破産の場合にも定めてよい。消費貸借の予約の法律関係と諾成的消費貸借の引渡前の法律関係は、当事者の一方が破産手続開始の決定を受けた場合に、基本的に共通しているので、現行法における消費貸借の予約の規定(民法589条)と同じ内容の規定でよい。(日弁連消費者委有志)
- 規定を置くことに賛成である。ただし、財産悪化時まで含めることについては、そもそも何をもって、また、どのような基準で財産状態「悪化」時とするのか不明確である。(日大民研・商研)
- 消費貸借を諾成契約として規定する場合、目的物が交付される前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときに消費貸借契約が失効する旨の規定を設けることに賛成する。借主が破産手続開始の決定を受けたときにまで貸主の貸す債務が存続するのでは、貸主に酷である。また、民法589条の「消費貸借の予約は、その後当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失う。」との考え方とも整合的である。目的物が交付される前に当事者の一方の財産状態が悪化した場合に貸主が貸す債務を免れるものとする規定を設けることに反対する。財産状態が良好でない借主の利益を害することになる。また、貸主は、不安の抗弁により貸す債務を免れることができるため、規定を設ける必要性に乏しい。(法友全期)
- 目的物を交付する前に、借主に破産手続が開始した場合、貸主に解除権を認めるべきである。貸主に破産手続が開始した場合、貸主の管財人の解除権を認めるべきである。借主の信用不安は解除事由としてよい(破産は総債権者のための包括差押えと見てもよい)。破産手続が開始したのに管財人に与信取引を強いるのは、穏当でない。(堂島有志)
- 諾成的消費貸借について現民法第589条と同趣旨の規定を明文化することに異論はない。なお、破産手続の開始のみならず、再建型倒

産手続（私的整理手続も含む。）の開始や財産状態の悪化についても検討する意義はあると考える。ただし、財産状態の悪化についても失効事由とする場合には、いかなる状態をもって財産が悪化しているとするのか（倒産法上という支払不能とするのか等）、特に、借主が金銭を借りる必要がある場合には、その財産状態が良好でない場面が多いことにも鑑み、慎重に検討されるべきである。（二弁）

- 諾成的消費貸借における目的物が交付される前に当事者が破産手続開始の決定を受けたときにはその効力を失う旨を規定すべきである。589条「消費貸借の予約は、その後当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失う」とされているが、その趣旨は、諾成的消費貸借における目的物が交付される前の当事者間にも該当する。目的物交付前に一方の財産状態が悪化した場合にも貸主が貸す債務を免れるものとするとの規定の明文化は、特に必要ない。一般的な不安の抗弁権が適用される余地があり、ここだけ特別に規定を明文化すべき根拠は特段見当たらない。（横浜弁）
- 仮に、消費貸借を諾成契約として規定した場合には、目的物が交付される前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときに消費貸借契約が失効する旨の規定を設けることには、賛成である。なお、現行民法第589条には合理性があり、同条の趣旨は、諾成的消費貸借にも妥当する。（愛知県弁）
- 賛成する。589条の趣旨が適切であることから、諾成契約としての消費貸借にも妥当すると考えることに合理性がある。（札幌弁）
- 今までの実務を大きく変えることなく、当事者間の法律関係を簡便にするためにも、目的物が交付される前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときに消費貸借契約が失効する旨の規定を置くべきである。（日司連）
- 諾成的消費貸借においても、破産手続開始により効力を失うことを明記すべきである。（広島弁）
- 仮に、消費貸借を諾成契約であると規定する場合は、当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときに、消費貸借契約が失効する旨の規定を設ける方向性に賛成する。なお、本考え方に対しては、再建型法的倒産手続においては、双方未履行の双務契約として金融機関が貸す義務を負うことになり、不都合との意見がある。当事者の一方の財産状況が悪化した場合にも貸主が貸す債務を免れるとの考え方には反対する。当事者の一方の財産状況が悪化した場合にも貸主が貸す債務を免れるとすると、財産状態が良好ではない借主の利益を害することにもなるので、民法にそのような規定を置くことは妥当ではない。（東弁）
- 概ね妥当である。ただし、貸主の引渡し滞りかつ破産手続が開始

始されたことによって借主に損害が生じた場合にどのような対応が可能か議論の余地がある。具体的な債権債務が生じていない以上、契約を維持する必要はない。しかし、貸主が破産手続開始をした場合に、引渡しを受けられなかった借主に損害が生じている場合にどのように補填するか疑問がある。(弁護士、弁護士)

- 諾成的消費貸借について、目的物の引渡前の当事者の一方についての破産手続の開始により消費貸借契約が失効する旨の規定を設けることには賛成。民法589条の趣旨は適切なものであり、消費貸借を諾成契約とする場合にもその趣旨は生かされるべきである。当事者の一方の財産状態が悪化した場合に貸す債務の免除については、慎重に検討すべきである。また、目的物交付前に当事者の一方の財産状態が悪化した場合については、一般的な不安の抗弁(第57)の規定を設けるか否かの問題とも併せて検討すべきである。(兵庫県弁)
- 当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときに、消費貸借契約が失効する旨の規定を設ける考え方自体に異論はないが、その適用対象は破産手続開始の決定があった場合のみならず、会社更生手続や民事再生手続を含む「倒産手続開始の決定」があった場合とすべきである。当事者の一方の財産状況が悪化した場合にも貸主が貸す債務を免れるとの考え方には反対する。消費貸借の予約において当事者の一方につき破産手続が開始された場合につき規定する現行の民法第589条の趣旨は、諾成的消費貸借においても妥当するから、これと同じ趣旨の規律を設けるべきである。もっとも、同条の趣旨は、当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときのみならず、会社更生手続や民事再生手続などの再建型法的倒産手続が開始した場合にも妥当すると考えられるほか、仮に対象を破産手続に限定した場合、再建型法的倒産手続においては、双方未履行の双務契約として金融機関が貸す義務を負うことになり、不都合との意見もあることから、立法論としてはむしろ、再建型の法的倒産手続を含む「倒産手続開始の決定があった場合」にその適用範囲を拡張すべきである。また、当事者の一方の財産状況が悪化した場合にも貸主が貸す債務を免れるという考え方については、コミットメントライン(与信枠契約)など、借主が対価を支払って与信枠を確保しているような場合に、単に貸主(金融機関等)の財産状況が悪化したというだけで借主が「借りる権利」を喪失するというのでは、当事者間の利益均衡という観点からも問題があり、企業が手元に置くべき予備の流動資金を減らし貸借対照表のスリム化を図るといったコミットメントラインの制度的基盤も崩壊してしまうことになるため、そのような考え方には強く反対する。(弁護士)
- 適用関係を明確にするために、破産手続の開始の決定を受けたときの扱いについては破産法に委ねるべきである。(親和会)

○ 目的物が交付される前に当事者の一方の財産状態が悪化した場合にも貸主が貸す債務を免れるものとする規定を設けることに反対する。現行法の実務でも、事業者を借主とする場合には、借主の財産状態の悪化が生じた場合には、貸主の貸付義務が生じない旨規定する金銭消費貸借契約も少なからず存するところであり、貸主とすれば、かかる契約上の規定によって自らの保護を図ることは可能である。一方、そもそも金銭を借り入れようとする者は財産状態が良好ではないことも少なくなく、財産状態の悪化を消費貸借契約の失効事由とする明文の規定を設けると、借主が不当に害されかねない（上記のような契約上の規定は、実際には謙抑的に運用されていることが多いが、かかる規定を設けることで、財産状態の悪化を理由とする不当な貸付不実行が増加しかねない）。また、貸主の財産状態が悪化したからといって、貸主の貸付義務を免除すべき理由はない。契約締結と貸付実行の期間の長短など、個別性の高い問題であり、法律により一般的なデフォルトルールを設定することも困難な論点と考えられる。（森・濱田松本有志）

○ 不要である。（広大有志）

○ 諾成契約として規定すべきではなく、特別の規定を設ける必要はない。（仙台弁）

## (5) 消費貸借の予約

仮に、消費貸借を諾成契約として規定する場合（前記(1)参照）には、消費貸借の予約の規定（民法第589条）を削除するかどうかについて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 2（関連論点）3 [5頁]】

### 【意見】

○ 消費貸借の予約の規定は、不要であるとする考え方に賛成である。（金沢弁消費者委、親和会、広大有志、日大民研・商研）

○ 仮に消費貸借を諾成契約として規定する場合、消費貸借の予約の規定は、存置する必要がなくなるので、削除する方向で検討することに賛成する。（兵庫県弁、横浜弁、札幌弁、広島弁）

○ 消費貸借の予約に関する規定を削除するとの考え方に賛成する。消費貸借契約を諾成契約とする場合、目的物が交付される前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときに消費貸借契約が失効する旨の規定を設けるのであれば、これと実質的に重複する現行民法589条の規定は削除すべきである。（弁護士）

○ 消費貸借を諾成契約として規定する場合、消費貸借の予約の規定を削除することに賛成する。消費貸借を諾成的契約とするのであれ

- ば、消費貸借の予約と消費貸借の成立の効果の差異はほとんどないから、消費貸借の予約を認める必要性は乏しい。(法友全期)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
  - 予約一般と同様に考えればよい。予約も要式契約とすべき。(大学教授)
  - 仮に、消費貸借を諾成契約として規定した場合、消費貸借の予約の規定を維持する必要があるかには、疑問がある。消費貸借契約を諾成契約とする前提の場合には、諾成的消費貸借につき現民法第589条と同趣旨の規定を置くことに加えて、消費貸借の予約についても現民法第589条と同趣旨の規定(のみ)を維持する必要があるかは確かに疑問である。もっとも、諾成的消費貸借と消費貸借の予約とでは法形式が異なり、実際に両者を使い分ける場面もありうる、ということであれば、両者の区別(異動)を明確にした上で(現民法第589条に限らない)必要な規定を設けるという考え方はあると思われる(なお、消費貸借に限らず予約一般にかかる規定を総則等に設けるという考え方もありうる。)(二弁)
  - 消費貸借を諾成契約として規定する場合には、消費貸借の予約の規定は、その意義の大半が失われることになる。ただし、法形式として、消費貸借を諾成契約として規定しても、あえて、消費貸借の予約が利用されることも想定されるので、消費貸借の予約には、目的物が交付される前に当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときの規定が適用されるよう配慮すべきである。(日司連)
  - 民法のデフォルトルールを諾成契約とすることは慎重に検討すべきであり、消費貸借の予約の規定はそのまま残すべきとの意見が強い。(日弁連)
  - 諾成契約化に慎重に考える場合には、予約の規定は維持すべきである。現行法における消費貸借の予約は、要約契約である消費貸借を補うものとして機能しているのであり、要約契約性を維持するのであれば予約の規定はなお存在意義がある。仮に、諾成契約とする場合であれば、消費貸借の予約と諾成的消費契約との間に大きな異同は見出せないから、あえて消費貸借の予約につき規定するまでもない。(東弁)
  - 諾成的消費貸借を導入(明記)したとしても、消費貸借の予約はそれとは別のものとして維持すべきである。消費貸借一般について、要約契約とする方針を維持すべきであるし、予約によって本契約(貸借合意と目的物の引渡)をすべき権利義務が発生する予約は、直ちに目的物引渡義務を発生させる諾成的消費貸借とは別物である。消費貸借の貸主の予約があれば、借主において予約完結の意思表示をすれば、貸主に目的物交付義務が発生し、借主は貸渡しを受けた



場合に利息支払義務と（返還期に）目的物を返還すべき義務を負うことになる（コミットメントラインといわれるものは、これか）。

（堂島有志）

- 民法589条を削除する必要はない。（福岡弁）
- 諾成契約として規定すべきではなく、削除する必要もない。（仙台弁）
- 消費貸借の予約の規定を置いておくべきである。（大阪弁）
- 消費貸借を諾成契約として規定することには、反対の意見も強く、慎重に検討すべきであり、消費貸借の予約の規定を維持すべきである。消費貸借を諾成契約として規定することには反対の意見が強い。なお、確かに予約完結権が行使されると諾成的消費貸借契約が成立すると考えることもできるが、諾成的消費貸借と消費貸借の予約ではあくまでも法形式が異なり、実務上も、当座貸越やコミットメントラインのような融資予約型契約類型が存在することから、予約の規定を維持すべきものとする。（愛知県弁）
- 予約であれば、強制履行を求められないのに対し、本契約であれば、強制履行を求められると言う違いがあり、貸付の実行を強制できるかどうかは非常に重要であるから、残すべきである。（会社員）
- 諾成的消費貸借の導入により、消費貸借の予約を利用する必要性が乏しくなったことは認められるが、両者は法形式が異なるし、予約完結権の行使により、借主が借りるか借りないかを定めることが可能な点で、諾成的消費貸借とは異なった機能が消費貸借の予約にあることから、消費貸借の予約の規定を置いておくべきである。（日弁連消費者委有志）

## 2 利息に関する規律の明確化

民法では、無利息消費貸借が原則とされているものの、現実に用いられる消費貸借のほとんどが利息付消費貸借であることを踏まえ、利息の発生をめぐる法律関係を明確にするために、利息を支払うべき旨の合意がある場合に限り借主は利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにする方向で、更に検討してはどうか。これに関連して、事業者間において、貸主の経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合には、特段の合意がない限り利息を支払わなければならない旨の規定を設けるべきであるとの考え方（後記第62、3(3)②参照）が提示されていることから、この考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、諾成的な消費貸借において元本が交付される以前は利息は発生せず、期限前弁済をした場合にもそれ以後の利息は発生しないとする立場から、利息が元本の利用の対価として生ずることを条文上明記すべき

であるという考え方が示されている。このような考え方の当否について、目的物の交付前における借主の解除権（前記1(3)参照）や、期限前弁済に関する規律（後記4）などに関連することに留意しつつ、検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 3 [6頁], 部会資料20-2第1, 3 (3) [20頁]】

### 【意見】

- 利息を支払うべき旨の合意がある場合に限り借主は引き渡しを受けた元本に対する利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにすることに賛成する。商人間の金銭消費貸借について、現行商法513条を変更し、事業者間において、貸主の経済事業の範囲内で金銭の消費貸借がなされた場合には、特段の合意がない限り、利息を支払わなければならないとの規定を置くべきである。諾成的消費貸借契約が成立した場合でも契約成立時からではなく元本の引渡を受けた後において初めて利息の支払義務が発生することを明記すべきであるし、さらに、弁済期の前であっても、元本を返済した後は、利息が発生せず、利息支払義務を負わないことも明らかにしておくべきである。利息合意があった場合に、利率についての合意がない場合の処理としては、消費貸借成立時の法定利率によることでよい。利息制限法との関係など利率についての定めを民法に置くべきである。（大阪弁）
- 条文上も明らかにすべきであるとの考え方に賛成である。諾成的消費貸借を認める場合には、合意だけではなく、目的物交付を利息発生要件とするべきである。（金沢弁消費者委）
- 利息を支払うべき旨の合意がある場合に限り借主は利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにすることに賛成する。また、利息の発生時期は金銭の交付時期とすることを明確化すべきである。条文上明確化することによって、分かりやすくなるし、元本の引渡前から利息が発生するという不合理な事態を防止できる。（仙台弁）
- 利息に関する合意の存在を利息発生要件とすることに賛成である。民法の原則としては、無利息消費貸借を維持すべきであり、貸主が利息を望むのであれば、特約をするべきである。商人間の消費貸借は有利息であるが（商法513条）、それを超えて、民法において事業者に関する特別規定を置くことには反対である。民法のデフォルトルールを諾成契約とすることは慎重に検討すべきであり、この立場からは元本の交付が利息発生当然の前提となる。なお、仮に民法のデフォルトルールを諾成契約とした場合には、元本の交付以前には利息は発生しないことを明記すべきとの意見が強い。利

息は、あくまで元本運用の対価であることからすれば、目的物の交付がされて初めて利息が発生し、目的物が返還されれば利息は発生しなくなる。また、弁済期の前後を問わず、元本が返還された後は、利息は発生しないことを明記すべきとの意見が強い。（日弁連）

- いずれも、賛成する。実務上、利息付消費貸借のほうが圧倒的多数であることからすると、利息の支払い義務を明文化しておく必要性が認められるが、利息の発生が元本利用の対価であることも併せて規定しておく必要があると思われる。（札幌弁）
- 方向性にいずれも賛成。（大学教員）
- 現在の民法では、消費貸借の利息については、民法590条（消費貸借の瑕疵担保）において触れられているだけで、利息発生について正面から定めた規定が欠けている。そこで、利息に関する問題を明確にするため、利息を支払う合意があったときのみ、借主に利息支払義務を生じる旨の規定を置くことが、相当である。（親和会）
- 利息に関する規定を置くこと自体は賛成。ただし、「元本の現実的交付が行われたとき」との要件および、利息発生の時期の合意がある旨を付加すべきである。消費貸借契約が本樂的に無利息であることを維持する以上、利息付加の合意をただけで、利息支払いの義務があるとするのは借主に不利益である。そこで、利息付加の合意と現実の元本の引渡しは当然利息支払い義務に必要であるし、かつ、利息発生を時期を明確にすべき（現実には元本受領の時であろうが）。（弁護士、弁護士）
- 利息を支払うべき旨の合意がある場合に限って借主は利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにすべきである。諾成的な消費貸借において元本が交付される以前は利息は発生せず、期限前弁済をした場合にもそれ以後の利息は発生しないとすべきであり、利息が元本の利用の対価として生ずることを条文上明記することに賛成する。（弁護士）
- 合意があって初めて利息の支払義務が生じるという原則を明らかにすることには反対しないが、「合意」という点のみを規定すると「合意のみ」によって利息の支払義務が生じるという解釈の生じる可能性がある。利息は、あくまで元本運用の対価であることからすれば、元本の交付を受ける前に運用することは出来ず利息の発生を認める根拠が見いだしがたい（最判平成15年7月18日参照）。利息の発生が元本引渡後とすることは、貸主にとって不利となることもない。こうした利息の法的性格と、法律関係の明確化の観点から、利息は、「合意」及び「元本の現実の交付」により発生するものであることを明らかにすべきである。さらに、この利息の法的性

格からすれば、弁済期の前後を問わず、元本が返還された後は、利息は発生しないのであり、この点についても、明記すべきである。

(日弁連消費者委有志)

- 利息を支払う合意がある場合には、借主は利息を支払わなければならない旨の明文の規定を設けるべきである。利息を支払う合意がある場合に限り借主が利息支払義務を負うことを明文化すべきである。利息は、引渡しを受けた元本に対して発生すること（引渡しを受けない元本については利息が発生しないこと）も明記すべきである。利息は元本の利用の対価であるから、元本の全部又は一部の引渡しが行なわれない場合には、引渡しを受けていない元本に対応する利息は発生しない。この点も明記すべきである。(福岡弁)
- 利息を支払うべき旨の合意がある場合に限り借主は利息の支払義務を負うことを明文で規定することに賛成である。現実に用いられる消費貸借のほとんどが利息付であること、利息が元本利用の対価であること等を踏まえ、利息が合意により発生することを明確にしておくべきである。事業者間において、貸主の経済事業の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合には、特段の合意がない限り利息を支払わなければならない旨の規定を設けるべきであるとの考え方について、特段反対しない。事業者が「経済事業」の範囲内で行う取引の実態に即する。利息が元本の利用の対価として生ずること（利息の発生には、元本の引渡が必要なこと）を条文上明記することに賛成である。額面上の「元本」からさまざまな名目で天引きする形で行われてきた利息制限法の潜脱を、判例において、受領・保持していない金員について利息は生じないとの解釈をして是正してきた。この判例実務における獲得成果たる利息制限法（消費者・事業者を問わず適用される。）の解釈を、民法において、利息の発生には元本の交付を必要とすることを明らかにする形で明文化すべきである。(横浜弁)
- 現行実務に対応した形での明文化については賛成である。ただし、一つ一つの内容をこと細かく規定していくことによる過度な条文数の増加には反対する。(日大民研・商研)
- 「利息を支払うべきことについての合意がある場合には、借主は、引渡しを受けた元本について、利息を支払わなければならない。」との規定を設けることに賛成である。利息については、支払の合意と元本の引渡しの2つが要件となることを明示すべきである。また、これにより、諾成契約とする場合にも元本交付前や期限前弁済後において利息が発生しないことが明確になるとと思われる。事業者間契約の特則を設けることには慎重であるべきである。諾成的消費貸借において、利息が元本利用の対価として生ずることを条文上明

記することについては、賛成しない。（兵庫県弁）

- 利息を支払うべき旨の合意がある場合に限り借主は利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにすることに賛成する。利息の有無について、無利息が原則である旨を民法で明文化しておくことが望ましい。事業者間において、貸主の経済事業の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合には、特段の合意がない限り利息を支払わなければならない旨の規定を設けるべきであるとの考え方に反対する。事業者間の規律については商法において規定を設ければ足りる。利息が元本の利用の対価として生ずることを条文上明記すべきであるという考え方に賛成する。諾成的消費貸借において元本交付前には利息が発生しないと考えるべきであり、期限前弁済においてもその後の利息は発生しないと考えるべきであるから、民法上もその旨を明記すべきである。（法友全期）
- 利息を支払うべき旨の合意がある場合に限り借主は利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにする。商法513条の反対解釈によって、民事消費貸借は原則として無利息とするとの扱いは分かりにくいので、明記すべきである。利息付消費貸借において利息は、目的物使用の対価であるから、目的物の交付を受けた時から発生することとすべきである。貸借の賃料が借用開始前から発生しうることとの比較については、金銭をはじめとする消費物と貸借目的物では流動性汎用性の違いから、貸手が他の利用に供しうる可能性に顕著な違いがある。したがって、賃料の始期と利息の始期をそろえる必要はない。（堂島有志）
- 利息を支払うべき旨の合意がある場合に限り借主は利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにすることに賛成である。事業者間において、貸主の経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合には、特段の合意がない限り利息を支払わなければならない旨の規定を設けることについては反対である。（一弁）
- 利息の支払いの明文化には賛成である。事業者間の規定は民法に不要である。（広大有志）
- 利息が元本の利用の対価として生ずることを明記することには異論がないが、事業者間の消費貸借契約においては、貸し付け義務発生の実行条件が成就しない場合や借入人が期限前弁済をした場合に貸付人に生じる損害（ブレイクファンディングコスト）を借入人が賠償する旨の義務が定められることが多い。かような損害の賠償や貸付人の費用償還については利息とは別であるので、利息が元本の利用の対価として生ずることを明記する際には、かような損害賠償や費用償還を妨げることのないよう留意してはどうか。（長島・大

野・常松有志)

- 利息に関する法律関係を明確化する点には賛成である。なお、民法に、「消費者・事業者」概念の導入には反対であるため、事業者間における消費貸借の特則を民法に規定することには反対であるが、「貸主の経済事業（反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの）の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合には、特段の合意がない限り利息を支払わなければならない旨の規定を設けるべきであるとの考え方」につき、その方向性自体には賛成である。もっとも、利息を元本の使用対価である旨を条文に明記することには、慎重を期すべきである。利息に関する法律関係を明確にする（規定化する）のが適当と考える。また、利息が元本の利用の対価としての性質を有することには異論はないが、必ずしもそれに限られない性質を有する場合もあると思われるので、条文上明示するかは、慎重に検討すべきである。（二弁）
- 利息を支払うべき旨の合意がある場合に限って借主は利息の支払義務を負うことを条文上明らかにすることについて、賛成する。事業者間において、貸主の経済事業の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合には、特段の合意がない限り利息を支払わなければならない旨の規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。消費貸借を諾成契約として規定することには、反対の意見も強く、慎重に検討すべきである。仮に、消費貸借を諾成契約として規定した場合には、元本が交付される以前は利息が発生しないことを明記することには反対しない。（愛知県弁）
- 利息支払には支払合意を要件とすることには賛成。事業者間において、貸主が経済事業の範囲内で金銭を貸す場合、特段の合意がなければ利息付とすることには反対。利息が元本の対価として生ずることの明記については賛成する。（広島弁）
- 利息を支払うべき旨の合意がある場合に限って、借主は利息の支払義務を負うことを条文上も明らかにするとの考え方の方向性に賛成する。規定の仕方において、借主が利息支払義務を負うことが原則であるかのような誤解を与えないようにする配慮が必要であると考える。しかし、民法に事業者に関する特則を規定すべきではなく、事業者間において、貸主の経済事業の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合には、特段の合意がない限り利息を支払わなければならない旨の規定を設けるべきであるとの考え方には反対する。民法は私法の一般法であって、事業者に関する特則を規定すべきではない。また、民法に「経済事業」概念を設けることについては、この概念が国民には馴染みがなく、かつ内容が不明確である。利息が元本の利用の対価として生ずることを条文上明示すべきであるという

考え方の方向性に賛成する。(東弁)

- 商法 513 条をそのままに、民法の「人」概念、商法の「商人」概念とは別に民法上に「事業者」「経済事業」という新たな定義を設けて提案のような規定を設ける意義が不明である、定義があいまいで、会社以外の様々な組織や団体、外国の組織等の締結する消費貸借契約についてこの規定がどのように影響するか疑問が残る、との指摘があった。(国際取引有志)
- 検討することに異論はなかったが、事業者概念の持込みについては、同概念の解釈をめぐる紛争を惹起するおそれが懸念されるとの意見が多かった。(最高裁)
- 特に反対する趣旨ではないが、実際には貸株(株式の消費貸借契約)など、金銭以外の物を目的物とした消費貸借契約も存在するため、借主は、「利息その他の対価」を支払うべき旨の合意がある場合に限って、借主は当該対価の支払義務を負う旨の規律とすべきである。なお、本論点に関連して、商法第 513 条(商人間の消費貸借における利息請求権)の規定を民法典に取り込むことを検討すべきとする意見があるが、この点に関し特に異論はない。(弁護士)
- 改定の必要があるとは思えない。現実には、無利息で、短期にお金を貸し借りすることは、日常的に行われている。(個人)

### 3 目的物に瑕疵があった場合の法律関係

#### 【意見】

- 改定の必要があるとは思えない。(個人)

#### (1) 貸主の担保責任

消費貸借の目的物に瑕疵があった場合の貸主の担保責任について規定する民法第 590 条に関し、売買における売主の担保責任(前記第 39)及び贈与における贈与者の担保責任(前記第 43, 4)の規律が見直される場合には、利息付消費貸借における貸主の担保責任の規律は売買における売主の担保責任の規律に対応するものに、無利息消費貸借における貸主の担保責任の規律は贈与における贈与者の担保責任の規律に対応するものに、それぞれ規定を改める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料 16-2 第 1, 4 [7 頁]】

#### 【意見】

- それぞれ改めるべきであるとの考え方自体は反対しない。但し、準用される売買の瑕疵担保の規定の問題点は別途検討されるべきである。

(大阪弁)

- それぞれ改めるべきであるとの考え方に賛成である。(金沢弁消費者委)
- 妥当である。現行法を維持し規定を具体化するものである。ただし、消費貸借契約が諾成契約を前提とする規定となった場合に規定が機能するかは議論を要する。(弁護士、弁護士)
- それぞれ規定を改めるとの考え方の方向性に賛成する。現行法の貸主の担保責任の法的性質をどのようにとらえるかはともかく、売買における売主の担保責任及び贈与における贈与者の担保責任の規律が見直されるのであれば、消費貸借固有の性質等を考慮した上で、これらの規律と整合的であることが望ましい。(東弁)
- 諾成契約化に伴う措置であり、異論はない。ただし、売買における売主の担保責任の検討内容に留意しつつ、更に検討すべきである。(日大民研・商研)
- 特に異論はない。(弁護士)
- それぞれ規定を改める方向に賛成する。利息付消費貸借契約は有償である点で売買と類似し、無利息消費貸借契約は無償である点で贈与と類似するから、担保責任について売買・贈与の規律に対応させることが整合的である。(法友全期)
- それぞれ規定を改めることに賛成である。売買と贈与の担保責任の規律を整理するのに合わせ、目的物の所有権が移転する消費貸借の担保責任も、これに準拠させるのがよい。貸主の目的物交付義務や所有権移転義務が債務とされない要物契約たる消費貸借において、借主が担保責任を問うることも明記して疑問を解消すべきである。(堂島有志)
- 貸主の担保責任につき、利息付消費貸借については売買の、無利息消費貸借については贈与の、各担保責任の規律に平仄を合わせるという考え方については、賛成である。(二弁)
- 利息付消費貸借における貸主の担保責任の規律は売買における売主の担保責任の規律に対応するものに、無利息消費貸借における貸主の担保責任の規律は贈与における贈与者の担保責任の規律に対応するようすべきである。利息付(有償)か無利息(無償)かによって規律が異なるのが、一般国民の感覚に沿うと思われ、それぞれ、売買、贈与の規律を準用することが分かりやすい。(横浜弁)
- 消費貸借の担保責任も、担保責任の一般規定である売買及び贈与の担保責任の規定と整合を図るべきである。(愛知県弁)
- 賛成する。有利息と無利息の場合とで差を設けることは合理的といえる。(札幌弁)
- 利息付きは売買における、無利息については贈与における担保責任



の規律に対応するものに改めるといふ基本的な考え方には賛成する。  
(広島弁)

- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 検討することに賛成する。利息付き消費貸借を売買の規律に、無利息消費貸借を贈与の規律に対応させることには合理性がある。(兵庫県弁)
- 有償契約と無償契約とで差を付ける考え方自体には、基本的に問題はない。もっとも、無償契約の中身につき、社会的実態として、贈与においては、(a)贈与者による目的物の交付しか存在しないのに対し、無利息の消費貸借に関しては、有利息の消費貸借の場合と同様、(a)貸主による物の交付と、(b)借主による物の返還が存在する。したがって、具体的にどのような規律とするのかさらに慎重な検討が必要である。(日弁連)
- 有償契約について売買の規定を、無償契約に贈与の規定を準用する考え方自体には、問題はない。しかし、売買の瑕疵担保自体には別個問題があるので検討する必要がある。(日弁連消費者委有志)
- 利息の有無に応じて、売買における売主の担保責任と贈与における贈与者の担保責任に対応した規律とすることでよいか否か慎重な議論が必要である。(親和会)
- 民法590条は維持すべき。要物契約であって、貸主の債務が観念できない以上、法定担保責任としての存在意義がある。(仙台弁)
- 消費貸借の貸主が担保責任を負担することに異論はないが、この趣旨を明文化する必要はない。消費貸借に関して担保責任が追及された事例もほとんどみあたらず、現時点において、無理に担保責任を明文化する必要はないのではないか。(福岡弁)

## (2) 借主の返還義務

民法第590条第2項前段は、「無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。」と規定する。この規定に関しては、利息付消費貸借において貸主の担保責任を追及しない場合にも適用されると解されていることから、利息の有無を問わないものに改める方向で、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 4(関連論点)[8頁]】

### 【意見】

- 民法第590条第2項前段は、「無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。」と規定し、文言上はその適用対象は無利息消費貸借に限定されているが、これを改めて、利息付消費貸借にも適用されるように規定することに賛成であ

る。(大阪弁)

- 民法第590条第2項前段は、「無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。」と規定するが、この規定を利息の有無を問わないものに改めるべきであるとする考え方に賛成である。(金沢弁消費者委)
- 賛成する。当事者の公平に資する。(仙台弁)
- 目的物に瑕疵があった場合の規律について、民法590条は、無利息の消費貸借についてのみ定めており、利息付の消費貸借に関し規定を欠いている。そこで、利息付の消費貸借についてもこの規定が適用されることを明記することは、必要であるし、わかりやすい民法にするという観点からも妥当である。(親和会)
- 妥当である。利息付きでも貸主が担保責任を負わないような場合には、当事者の公平の観点からも無利息の場合と区別する理由はない。(弁護士、弁護士)
- 借主に瑕疵あるものの価額返還を認める民法第590条第2項の前段の規定は、無利息消費貸借に限定される必要はなく、利息付き消費貸借にも適用されることが妥当である。(日弁連消費者委有志)
- 借主の返還義務につき、無利息・利息付消費貸借で差を設けないことにつき賛成する。ただし、利息付消費貸借については、利息の算定方法・基準、利息につきどこまで明文化するのか等につき更に検討すべきである。(日大民研・商研)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 特に異論はない。(弁護士、二弁)
- 民法第590条第2項前段の「無利息の消費貸借においては、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる。」との規定を、利息の有無を問わないものに改める方向に賛成する。利息付消費貸借においても民法第590条第2項前段が適用されると解されており、また、利息の有無によって返還義務の内容は異ならないはずである。(法友全期)
- 利息の有無を問わず、借主は、瑕疵がある物の価額を返還することができる旨を規定すべきである。目的物に瑕疵があった場合、瑕疵がある物の価額を返還すれば足りるとのルールは、消費貸借契約の有償性・無償性とは関連が薄い。そもそも消費が許されている消費貸借においては、目的物に瑕疵があった場合、「同じ物」の返還を期待することが物理的に困難なケースも多々想定される。(横浜弁)
- 賛成する。(愛知県弁)
- 賛成する。合理的な解釈である。ただし、現実の消費貸借の目的物のほとんどが金銭であることからすると規定の意味合いが薄いと思われる。(札幌弁)

- 目的物に瑕疵があった場合、無利息だけではなく、利息付きについても瑕疵がある物の価格を返還すればよいので、民法590条2項の規定を無利息に限定する必要はない。(広島弁)
- 利息を問わないものに改めるとの考え方の方向性に賛成する。利息付きであるときには、目的物に瑕疵があった場合、貸主に対する目的物引渡請求権の履行を求めることが本来であろうが、民法第590条第2項前段と同旨の規定を設けるのであれば、その妥当性は、利息の有無を問わない。(東弁)
- 特段の議論はない。ただし、(売買ではなく)消費貸借として契約をする以上、目的物を返還することを予定しているにもかかわらず、例えば工業製品の原料の不足分を事業者間で融通する消費貸借について、何らかの瑕疵があれば貸主が現物の返還を期待していても価額返還で良いとのデフォルトルールが創設されると、特に原料の調達に困難が生じるような局面において、混乱が生じる可能性があるとの指摘があった。(日弁連)
- 借主は、利息の有無にかかわらず、(1)の担保責任を追及しない場合、瑕疵がある物の価額相当額を支払うことによって、目的物返還債務を免れることができることを明記すべきである。現民法が無利息消費貸借の場合だけ規定していたが、利息付消費貸借にも及ぼしてよいと考えられる。また、担保責任を追及する選択がされた場合には、瑕疵による支障はそちらでの調整に委ね、返還は瑕疵のない目的物をさせるべきである。(堂島有志)
- 民法590条2項前段の規定が利息付消費貸借契約にも適用されることに異論はないが、この趣旨を明文化する必要はない。(福岡弁)

#### 4 期限前弁済に関する規律の明確化

##### 【意見】

- 金銭消費貸借契約の場合、現在の実務運用状況をみると、一般的に金融機関は期限前弁済に応じる運用がなされており、その際には損害賠償の請求はなされていない。また、金融の返還を受けた貸主は、当該金員を別の相手に利息付きで貸し付けることによって新たに利益を得ることができるのであるから、損害賠償を求めることができるとすると、二重に利益を得ることとなる。そのような方向での改正は、借主側の負担でもって貸主側の利益を図るものであって、不当である。貸主側の利益との調整については、借主側が期限前弁済を主張する場合には一定期間(せいぜい1ヶ月から8ヶ月程度)の事前の通知を要することとすれば足りる。すなわち、期限前弁済申し出前から契約終了時である弁済時までの利息を貸主側は取得し、その期間内に新たな借主を探せば良いのである。したがって、損害賠償しなければならないこ

とを条文上も明らかにすることには反対であり、損害賠償できないことを条文上明らかにすべきである。(弁護士)

### (1) 期限前弁済

民法第591条第2項は、消費貸借において、借主はいつでも返還をすることができる」と規定しているが、他方で、同法第136条第2項が、期限の利益を放棄することによって相手方の利益を害することはできない」と規定していることから、返還時期が定められている利息付消費貸借における期限前弁済の可否や、期限前弁済が許されるとした場合に貸主に生ずる損害を賠償する義務の有無が、条文上は必ずしも明らかではないとの指摘がある。そこで、返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることができ、その場合には、借主は貸主に生ずる損害を賠償しなければならないことを条文上も明らかにするかどうかについて、期限前弁済を受けた後の貸主の運用益を考慮すれば、ここでいう損害は必ずしも約定の返還時期までの利息相当額とはならないとの指摘があることにも留意しつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 5 [9頁]】

#### 【意見】

- 返還時期が定められている利息付消費貸借における期限前弁済を肯定する判例法理（大判昭9・9・15）を明文化することとあわせ、現民法136条2項ただし書の「相手方の利益」について、消費貸借契約の中には、期限前弁済が予定されず、借主が約定期間満了まで借入れを続けることを前提とした商品（期限前返済された元本の再運用先を確保することが困難な商品）など、約定期間満了までの利息分の取得が許容されるべきもの（プリペイメントフィーなど）があることへの配慮が必要である。消費者が債務者の場合であるか否かとして区別することは適切ではない。基本的には、現民法136条2項は存続させた上で、実務における運用にゆだねることが適切である。仮に期限前弁済を受けた後の貸主の損害賠償について、その損害額を、約定の返還時期までの利息相当額から貸主の運用益（見込み）を控除したものとした場合には、その算定が困難な場合が想定され、個別の商品によっては極めて困難な事態も想定される。なお、不当条項等にも配慮して検討するべきであるとの指摘がされた。（パブコメWG）
- 利息付消費貸借において期限前弁済をする場合において借主が一定の損害を賠償する義務を負担することが明文化されること自体は債権者としては賛成である。なお、実務においては、個別事案ごとに、経済合理性を勘案して合理的な約定が行われることが多いことから、か

かる実務運営に支障を生じさせる強行規定が設けられることのないように留意されたい。仮に、借主が期限前弁済の費用について一切賠償することを要しないこととされる場合、その損害については、スキーム全体のコストとして他の借主が負担する形にせざるを得ないが、かかる取扱いには合理性がなく、貸主が事業者であり借主が消費者であったとしても、借主は、期限前弁済の際の損害は賠償すべきと考えられる。(サービサー協会)

- 方向性に賛成。(大学教員)
- 金融機関は、貸付期間(又は利払期間)に相当する資金調達を行っているので、期限前弁済を解除された場合は、借主は貸主の資金調達打ち切りコスト(ブレイク・ファンディング・コスト)を損害として賠償すべきと考える。仮に損害賠償責任なく期限前弁済を認めた場合には、貸主は、借主に無償で期限前弁済オプションを与えることとなり、その見返りとしてオプション料相当の金額を貸付金利に反映せざるをえない状況が懸念される。(農中)
- 返還時期の定めのある利息付消費貸借について、期限前弁済をすることができ、借主は貸主に生じる損害を賠償すべきとの規定を新設するとの案は、借り主の権利を保護するという意味で相当である。金融実務などで、期限前弁済が肯定されているけれども、それは金融機関が任意に受け入れているだけであり、借主の権利として認められているわけではないから、期限前弁済を権利として認める立法は、借主の地位を安定化させることになるからである。ただし、貸主に生じる損害は、未経過利息の全額と見るべきではないから、何が損害にあたるのか、明確にする必要がある。(親和会)
- 返還時期の定めのある利息付消費貸借において、期限前弁済をすることができることを明示すべきである。民法136条及び591条の解釈論としては、①期限の利益の放棄そのものは、常に債務者側から一方的に可能であること、②136条2項の「相手方の利益を害することはできない。」で言う「相手方の利益」とは、期限までの約定利息金全額の履行利益ではなく、貸主が損害回避のための通常而努力をしても実際にこうむる実損害であり、その立証責任は原則として貸主にあること、及びこの実損害については、別途損害賠償として請求されるべきこと、③期限の利益放棄時に支払うべき金額は、元本+弁済時までの約定利息であり、期限の利益を放棄した債務者がこれを提供すれば債務の本旨に従った履行となること、を前提とするべきである。期限前弁済の場合には、弁済後の利息は生じないことを明示すべきである。利息は元本利用の対価であり、元本利用を伴わない期間については、概念上当然に利息は発生しないことを明確に示すべきである。また、期限前弁済を受けた事業者は、その弁済を受けた資金を

他に運用することができる。(兵庫県弁)

- 借主が貸主に生ずる損害を賠償したうえで期限前弁済をすることができる旨の明文規定を設けることには賛成する。ただし、明文化に当たっては、任意規定であることを明らかにすべきである。(全銀協)
- 期限前弁済ができることの明文化、その場合の借主の損害賠償義務の明文化につき、賛成する。借主の損害賠償義務を明文化しておけば、期限前弁済を否定する理由がないと思われる。また、借主の損害賠償義務を否定すると、事実上借主の無理由解除権を認めるのと同様の結論になり、貸主に不当な損害をもたらすことから、その範囲はともかくとして、損害賠償義務を規定する必要がある。(札幌弁)
- 利息付消費貸借について、期限前に弁済することができ、借主の損害を賠償する義務を負うと明記すべき。(広島弁)
- 返還時期の前後に関わらず、また利息の有無にかかわらず、借主が期限前弁済をすることができる旨を条文上明記すべきである。現在の判例通説であり、明記してわかりやすくするのがよい。借主は、期限前返済によって貸主に生ずる損害を賠償しなければならないことを条文上明記すべきである。期限前に返済された場合、貸主はその後返還された金銭(または消費物)を他の用途に供することによって運用益を収受することができるので、期限までの利息全部を当然に払わせる現民法下での扱いは、貸主に過剰な利益を与えるもので相当でない。(堂島有志)
- 返還時期の定めのある利息付き消費貸借においても期限前弁済をすることができることを条文上も明らかにすることについて、賛成する。借主が期限の利益を放棄できるとの原則を明文化すべきである。返還時期の定めのある利息付き消費貸借において期限前弁済をする場合に、借主は貸主に生ずる損害を賠償しなければならないことを条文上明らかにすることについて、慎重に検討すべきである。貸主は期限前に弁済を受けた目的物につき新たな運用が可能であるから、期限前弁済により損害が生ずるとは限らない。仮に損害が生ずるとしても、期限までの利息全部が損害であるとは考えられないから、賠償すべき損害の内容については十分に検討する必要がある(そもそも、損害賠償が認められる根拠が不明確である。)。貸主の利益は特約を設けることによって確保が可能である。(法友全期)
- 返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることができることを条文上明らかにする方向で検討すべきである。借主が期限前弁済をすることは実務上多く見られる。ただし、借主が貸主に生ずる損害を賠償する規定については、慎重に検討すべきである。貸主は、弁済を受けた金員による運用を開始することができることともに、借主からも損害賠償を得ることができることとなり、事案によっ

ては利息制限法によって上限利率が定められている趣旨が損なわれることにもなりかねない。(日司連)

- 期限前弁済の規定を明文化することについて異論はない。貸主に生ずる損害の賠償にかかる規定の明文化については、それが不当な賠償要求につながらず適正な範囲での賠償となるように留意の上(そもそも、損害が観念できるのかという点も含めて)、検討されるべきである。具体的には、損害賠償義務の規定を置くとしても、常に約定の返還時期までの利息相当額全額を損害として請求できるものではなく、一定の場合(特に貸主が金融機関等の場合)には、賠償請求できる範囲は貸主の実損程度に制限されるべきこと、他方、期限前弁済にあたり上記手数料程度の徴収は許されるべき場合があること、といった観点から検討されるべきであろう。(二弁)
- 利息付消費貸借につき、「約定の返還時期までの利息相当額」を支払えば期限前弁済を認めることにつき賛成する。ただし、借主の貸主に対する「損害賠償責任」をどこまで認めるかについては更に検討すべきである。約定の返還時期までの利息相当額と損害賠償責任の範囲とが、接近することが望ましい。(日大民研・商研)
- 期限前弁済ができることを明記することには賛成である。その損害賠償については慎重に考えるべきである。返還時期の定めがあったとしても、期限前弁済をすることができるという基本的ルールは明示すべきである。また、賠償されるべき「損害」について、約定の返還時期までの利息相当額を当然に認めて、債権者に二重の利益を得させるのではなく、債権者が期限前弁済された金員を有効活用し得なかったことが立証された場合のみ、認定されるべきである。(横浜弁)
- 検討することに異論はなかった。(最高裁)
- 返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることができることを規定することは賛成である。期限前弁済のときに、借主は貸主に生ずる損害を賠償しなければならないとの規定を明記すべきではない。なお、期限前弁済がなされたときの約定期限までの利息相当額を損害ととらえることは、適切ではない。(大阪弁)
- これに反する契約上の定めが可能であることを明らかにするとともに、返還時期の定めのある利息付消費貸借契約においても期限前弁済をすることができる、その場合には、貸主は借主に生ずる損害を賠償しなければならないことを条文上も明らかにすべきである。その際の「損害」の概念については、実務においても案件ごとに様々であるので、デフォルトルールを設けるべきではない。任意期限前返済が可能であることと、その場合の借主の損害賠償義務については明らかにすべきであるが、当事者の意思がデフォルトルールに優先することを明示すべきである。また、「損害」の内容については各当事者や案件に

において多様なものであるので、デフォルトルールを設けるべきではない。(森・濱田松本有志)

- 返還時期の定めの有無を問わず期限前弁済が可能であるとの規定を設けることに賛成するが、借主の損害賠償義務に関する規定を設けることには反対する。最判平成15年7月18日民集57. 7. 895 (いわゆる日栄判決)は利息制限法に反する貸付がなされ、その後の弁済により過払い金が発生した場合に、当該過払い金は、弁済当時存在する他の借入金債務に充当され、貸主は充当されるべき元本に対する約定の期限までの利息を取得することができない旨判示している。仮に、明文化がなされた場合、上記日栄判決の判例的価値が失われる可能性がある。運用益のことを考慮すると、借主が期限前弁済をしたからと言って、利息相当額の損害が貸主に生じたとはいえない。貸主が賠償請求をするのであれば、個別に損害を立証すれば足りる。(仙台弁)
- 期限の定めのある消費貸借において、期限前弁済が可能であることを条文上明らかにすることは、借主にとって、利益となるし、実際の消費貸借においては、期限前弁済が認められていることでもあり、反対する理由はない。これに対して、期限前弁済がされた場合に、貸主に生じた損害を賠償しなければならないことを条文上明らかにすることは、次のとおり弊害が大きく問題である。利息は元本の現実利用に対する対価であり、利用していない期間の利息まで借主に負わせることはできない。他方、貸主は期限前弁済を受けた元本を他に運用することにより利益を得ることができ、期限までの利息相当額の收受を認めることは利息の二重取りを認めることになる。さらに、早期完済の際の期限までの利息相当額の損害賠償の支払を定める条項は、貸主の「平均的損害」を超える賠償を定める特約として不当条項(グレーリスト)となる(「利息制限法超過」ではない場合であっても)。賃貸借・リース契約と併せて中途解約と違約条項の不当性という観点から検討されるべきである。なお、民法第136条第2項ただし書は、期限の利益を放棄することによって相手方の利益を害することはできないと規定しているが、期限までの利息全額の授受という貸主の利益は、元本が弁済されている状況において、保護される利益と直ちにいえるのか疑問がある(最判平成15年7月18日参照)。元本返済から期限までの将来の利息相当額を損害とみること自体が不当である。次に、期限前弁済の場合に、貸主に利息相当額以外の損害が生じることについては、否定できないが、貸主は元本の早期返済を受けることにより損害は通常発生せず、損害が生じる場合は、限定的と思われる。しかるに、期限前弁済がされた場合に、貸主に生じた損害を賠償しなければならないことを条文上明らかにすると、常に損害賠償ができるかの



ような誤解を貸主に与え、借主をいたずらに法的紛争に巻き込むという弊害が生じることとなる。貸主は、一般法理により、損害を立証して賠償請求することは可能であり、問題はない。(日弁連消費者委有志)

- 金銭消費貸借契約の場合、現在の実務運用状況をみると、一般的に金融機関は期限前弁済に応じる運用がなされており、その際には損害賠償の請求はなされていない。また、金銭の返還を受けた貸主は、当該金員を別の相手に利息付きで貸し付けることによって新たに利益を得ることができるのであるから、損害賠償を求めるとすると、二重に利益を得ることとなる。期限前弁済の場合に損害賠償をしなければならないことを明文化した場合には、借主は損害賠償しなければ契約関係から解放されないこととなり不当である。金銭消費貸借契約期間が長期間に及ぶ場合にはその期間内の利息相当額あるいはさらに損害が発生したとしてそれ以上の金額の賠償を求められるおそれすらある。まして、損害賠償の定め方を当事者間の合意に求めることは、貸主側の強い立場に借主側は従わざるを得ず、著しく被害が増大する。もっとも、民法136条2項が存在することにより期限前弁済がなされた場合において、期限までの利息相当分が損害であるとする疑義を生じさせることも事実である。そこで、期限前弁済をすることができることを明文化する際には、明確に損害賠償請求ができないことも明文化すべきである。貸主側の利益との調整については、借主側が期限前弁済を主張する場合には一定期間(せいぜい1ヶ月から3ヶ月程度)の事前の通知を要することとすれば足りる。すなわち、期限前弁済申し出時から契約終了時である弁済時までの利息を貸主側は取得し、その期間内に新たな借主を捜せば良いのである。したがって、損害賠償できないことを条文上明らかにすべきである。(愛知県弁民暴委有志)
- 損害が利息相当額にならなくても、金銭債務の特則、損害賠償の予定との関係を整理する必要がある。金銭債務の場合には、高利であるからこそ期限前弁済が為されるのであるから、利息・損害賠償を支払え、というのは背理であるし、また、期限前に受け取った金額の運用可能という利益が復活しているので(業者は他に貸付可能)、金銭に限っては、利息・損害賠償を不要とすべきである。(広大有志)
- 返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることを認めることについては賛成である。また、期限前弁済の損害賠償義務をデフォルトルールとして条文上明らかにすることについては、反対する。この場合、特約の有無にかかわらず、損害賠償義務は発生しないものとすべきとの意見もある。現行民法136条2項を「損害賠償」とし、損益相殺を考慮するとしても、損害に得べかりし利益を

含む以上、その範囲は不明確である（損害を、約定の返還期限までの利息相当額と解する余地はある）。少なくとも金銭消費貸借契約に関する限り、金融実務上、明確な特約なく損害賠償を徴求する実務慣行はなく、また、特約により損害賠償を求める場合も、多くは、特殊なスキームにおける附帯するスワップ取引等により発生する積極損害を担保する意味合いのものである。期限前弁済という契約解除事由を認めて他方で特約としての「損害賠償」を容認した場合には、契約期限満了までの未払利息をもって「損害」であるとする特約がなされる恐れがあり、無用な法的紛争を引き起こす可能性があると考えられる。そもそも、期限前弁済がなされた場合には、貸し手側は当該弁済された金銭を利用することができるのである。しかも、消費貸借契約の対象物は極めて種類性が高いものである。期限前弁済という契約終了事由を適正なものとして認めながら、「損害の賠償」という概念を持ち出すことには賛成できない。なお、仮に貸し手側に配慮をして、利息を取得できる期待利益というものが侵害されるではないかという意見を採用するのであれば、民法第617条・第618条と同様に、期限前弁済を申し入れた時から一定時期（せいぜい1ヶ月から3ヶ月程度であろうか）の後に消費貸借契約は終了するものとし、それまでの利息を加えて支払うという制度とするのであれば、容認できないではない。（愛知県弁）

- 期限前弁済の可否等について条文上明確化することを検討すべきである。但し、借主が期限前弁済をした場合には、貸主に対し、原則として損害を賠償する必要がないとの方向で検討してはどうか。借主が期限前弁済をしたにもかかわらず、約定の返還時期までの利息を全て負担しなければならないとすると、借主にとって期限前弁済をするメリットがない。また、貸主が借主から期限前弁済を受けることによって、元金の回収リスクが減ること並びに他社（人）への運用益が得られることを考慮すべきであって、この場合、貸主の損害はほとんど無いものと考えても不都合はないと思われる。（青司協、東京青司協）
- 金銭消費貸借については、返還時期の定めの有無を問わず、借主はいつでも返還できることを原則とするべきである。また、利息付消費貸借契約において期限前弁済がされた場合の損害賠償義務を定めることは、かかる損害賠償を推奨しているようにみられるが、返還を受けた貸主は返還された物を利用することができるので、損害賠償義務が原則であることを民法で規定する必要性に乏しく、むしろ無用の混乱を招くものである。貸主が望むのであればその責任で契約の際に特約をするべきである。（日弁連）
- 期限前弁済をすることができるとの考え方に賛成する。返還時期の定めのある利息付消費貸借においても、現行民法第591条第2項が

「いつでも返還することができる」旨を定めているほか、返還時期までの借主による目的物の保有自体は、もっぱら借主の利益・利便のためであるのが通常であるから、借主の期限前弁済が認められるべきである。借主が損害を賠償しなければならない旨の明文規定を設けることに反対する。期限前弁済がされれば、貸主は、費用の支出を免れる面があり、また、返還された目的物につき新たな消費貸借をすることによって、これを利用することもできる。また、借主にとっては、例えば設備投資等のための長期間の借入等において、期限前弁済をするためには返還時期までの利息相当額を賠償しなければならないとすると、非常に酷な結果となる。さらに、このような規定が設けられなくとも、当事者間の特約によって適切な処理が期待できる（通常の金銭消費貸借契約においては、「期限前償還」に関する規定が存在する。）。

（東弁）

- 期限を定めた消費貸借契約の借主は、期限前であっても弁済をすることができることを明文化すべきである。期限前弁済をした場合に借主が損害賠償義務を負担する事例があることに異論はないが、この趣旨を明文化する必要はない。損害の発生の有無・範囲は、事案によって大きく異なるのであるから、あたかも期限までの利息が当然に損害であることを前提として、明文を設けることには賛成できない。（福岡弁）
- 期限前弁済に関して貸主に生ずる損害を賠償する義務を条文上明らかにすることが検討されているが、貸主に生ずる損害については、約定の返済時期までの利息相当額や期限前弁済を受けた場合の再運用コスト等、多様な概念が考えられるので、民法への明文化にあたっては貸主に生ずる損害賠償額の具体的内容を含め慎重な検討がなされるべきである。（農中）
- 更に検討が必要であると考え。現行法解釈の通説的見解であり、期限の利益を放棄し期限前に早期弁済するのは借主の自由であるから、貸主の利息受領に対する利益の保護を明確化することに不都合はない。一方で、利息付消費貸借契約の多くの場合が金銭消費貸借契約でありかつ貸主は業者であることに鑑みれば、期限前に借主から弁済を受ければ新たな借手に利息付で貸付けることが想定されるから貸主の保護を過大に重視する必要も無いのではないかと考えられる。「損害」の範囲が不明確になりかねず、借主に過度の負担を強いる可能性があることから、仮に明文化するとしても、具体的にどのような表現とするのかについて慎重に検討されなければならないと考える。（弁護士、弁護士）
- 実務上、期限前弁済時に借主が貸主に賠償すべき損害は、期限前弁済日から約定の弁済期日までの期間（残期間）に係る約定金利が、期

限前弁済額を貸付人が約定の返済期日まで再運用した場合に通常適用される金利（として貸付人が合理的に決定した金利）に基づいて計算される再運用利率を超える場合の、超過額とされることが多い。但し、当該再運用金利の利率をいかに定めるかについて疑義を生じさせないよう、残期間に近似する期間の国債の利率を参考にする等の基準を明確化することも検討してはどうか。（長島・大野・常松有志）

- 現行民法第591条2項（借主は、いつでも返還をすることができる）の規律を維持すべきであり、その場合において、借主が貸主に生ずる損害を賠償しなければならない旨の規律を設けることについては、強く反対する。金銭の消費貸借について借主が期限前返済をした場合に、実際の返済時から約定の返済期限までの間に発生する利息をも支払わなければならないという考え方は、国民の一般常識に反する上に、実務上も例えば住宅ローンの繰上げ返済をするときには、所定の手数料を取られる場合があるくらいで、実際の支払期限までに生じる利息全額を支払わなければならないとする実務慣行は一般的ではない。また、仮に期限前弁済における貸主の損害賠償請求権を認めるとしても、その損害額については、貸主が期限前弁済を受けた元本を運用することによって得べかりし利益の控除（いわゆる中間利息の控除）も認められて然るべきであり、判例（定期預金債権に関する大判昭和9年9月15日）も、中間利息の控除については明示的には判断していないと思われる。任意規定とはいえ、現状に比べ借主（その多くは消費者）にとって著しく不利となるような規定を設けることには、強く反対せざるを得ない。（弁護士）
- 期限前弁済があった場合の「貸主に生ずる損害」に関して、期限前弁済を受けた後の貸主の運用益を考慮すれば、必ずしも約定の返還時期までの利息相当額とはならないが、規定するまでの必要はないと考える。（弁護士）
- 消費者向けの金銭消費貸借契約については、次の①及び②のような事情が認められ、期限前弁済を制限し又は禁止する特約を行う必要性あるため、当該特約を一切認めないという趣旨であれば反対する。①貸金業者は、債務者に融資を実行するための資金を調達するにあたって利息を負担している事が多い。債務者と利息付金銭消費貸借契約を締結する場合には、貸金業者は予定された利息を取得し得ることについて相当の期待がある②弁済の方法として預貯金口座からの振替という方法を採用している場合があるが、期限前弁済がなされたタイミング次第では、振替を停止することができず、債務者等に混乱を生じさせるおそれがあること。（消費者金融協）
- 消費貸借契約において、期限前弁済を制限し又は禁止する特約が一切認められないとの趣旨である場合には、これに反対である。また、

借主が貸主に対して賠償する損害を実損害とすることには、反対である。借主が貸主に対して賠償する損害を実損害とする場合、實際上その立証の困難性から紛争が増加する可能性があり、また、不相当に過大な損害に関しては、利息制限法による制限によって対応すれば足りる。(貸金業協)

- 返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることができ、その場合には、借主は貸主に生ずる損害を賠償しなければならないことを条文上も明らかにすべきであるとの考え方には反対である。(金沢弁消費者委)
- 期限前の弁済の場合に、借主が損害賠償義務を負うとすることには反対である。借主はいつでも返還できることから(民法591条2項)、返還すれば借主は一切の責任を負わないというのが一般的な感覚ではないのか。そうだとすれば、消費貸借契約においては、民法136条2項の適用を排除する旨の特別規定を置けば足りるのではないのか。仮に損害賠償義務を課すとしても、貸主の損害軽減義務を考慮すると、借主に対して請求しうる損害額は実質的にはゼロと評価されるのではないのか。そうだとすると、このような規定を置くことは無意味ではないか。(大学教員)
- 消費貸借契約において、期限前弁済を制限し又は禁止する特約が一切認められないとの趣旨である場合には、これに反対である。また、借主が貸主に対して賠償する損害を実損害とすることには、反対である。クレジットカード会社、信販会社などは、多数の者との間で小口の貸付けを行いつつ、その返済については預貯金口座からの自動振替により受けることが通例である。このような取引の場合、借主が、期限前弁済を自由にできることとすると、弁済をした借主やその金銭消費貸借契約の特定が容易ではない、期限前弁済がなされた日如何によって、預貯金口座への振替を停止することがきわめて困難となる、場合によって、約定の弁済期日までの利息を收受することが利息制限法の制限利率を超える利息の受領に該当することとなり、貸金業法第12条の8に違反することとなりかねない、などの理由から、期限前弁済については、貸主の事前の承諾を必要とする、又は貸主への事前の連絡と指定された弁済方法に従うなどの特約が締結されていることが通例である。このような特約は、大量取引における画一的事務処理から外れるものについての的確に把握し対処するために合理的なものであり、改正後もその効力が認められてしかるべきものである。借主が貸主に対して賠償する損害を実損害とする場合、實際上その立証の困難性から紛争が増加する可能性があり、また、不相当に過大な損害に関しては、利息制限法による制限によって対応すれば足りる。(クレ協, クレカ協, 全信販協)

## (2) 事業者が消費者に融資をした場合の特則

仮に、返還時期の定めのある利息付消費貸借においても期限前弁済をすることができることを条文上も明らかにする場合（前記(1)参照）には、貸主が事業者であり借主が消費者であるときに、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることが許されるとの特則を設けるべきであるとの考え方が示されている。このような考え方の当否について、その適用場面を営業的金銭消費貸借（利息制限法第5条）の場合にまで拡張して、借主が事業者であるものも含めるべきであるなどの意見がある一方で、期限前弁済があった場合に貸主に生ずる損害を賠償する義務を負うことは交渉力や情報量の格差とは関係しないという意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1, 5（関連論点）[10頁]】

### 【意見】

- 返還時期が定められている利息付消費貸借であっても、貸主が事業者であり、借主が消費者である場合には、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることが許されるとの特則を設けるべきであるとする考え方に賛成である。（大阪弁）
- 考え方に賛成である。（金沢弁消費者委）
- 返還時期の定めのある利息付消費貸借において、貸主が事業者、借主が消費者の場合には、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく、期限前弁済をすることができることを強行規定として設けるべきである。期限前弁済を受けた事業者は、その弁済を受けた資金を他に運用することができるものであり（特に貸金業者の場合）、約定期限までの損害金を消費者から収受することを認めることは、二重利得を許容することになるので禁止するべきである。その適用場面は、営業的金銭消費貸借の場合に拡張するべきである。貸主が営業的金銭消費貸借、借主が事業者である場合にも二重利得を禁止すべきという考えは妥当する。（兵庫県弁）
- 貸主が事業者であり借主が消費者であるときに、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることが許されるとの特則を設けることについて賛成する。事業者貸主が損害を個別に立証しても賠償請求ができないという意味において、規定を設ける意味がある。（仙台弁）
- 消費者保護の見地から、消費者が借主となる場合について、損害を賠償することなく期限前弁済できる旨の規定を設けるべき。（大学教員）
- 基本的な価値判断としては賛成である。ただし、デフォルト・ルー

ルとしては、利息は実質的に禁制を利用してきている期間を原則とするものというべきであり、事業者をも含めて損害賠償を不要とし（片面的強行規定）、その上で事業者について合理的理由がある場合には例外を認めるという規制が好ましい。（弁護士）

- 貸主が事業者であり、借主が消費者である場合、消費者借主が、期限前弁済による事業者の損害をそのまま負担させられることは酷であるし、期限前弁済を認める意義がかなりの部分失われることとなる。これに対し、事業者側において、期限前弁済による損害を回避ないし軽減することは容易と思われることからすれば、特則を設けるべきである。なお、期限前弁済があった場合に貸主に生ずる損害を賠償する義務を負うことは、交渉力や情報量の格差とは関係しないという意見もあるようであるが、実務においては、期限前弁済のときに、一定の損害賠償をすることが予め契約条項に盛り込まれることが想定され、このような契約内容が盛り込まれないようにすることは、事業者との間で情報力格差、交渉力格差のある消費者には無理であって、この問題もやはり格差に関係している。（日弁連消費者委有志）
- 特則を設けることへの賛成意見が強い。また、借主の範囲を消費者に限定せずに事業者に拡張することについても、賛成意見が強い。ただし、民法ではなく特別法で規定すべきとの意見もあった。（日弁連）
- 検討することに異論はなかった。（最高裁）
- 損害賠償責任を課すなら明文で規定すべきであるが、民法の範囲で消費者契約を規定すること自体の問題点もあるので、その点も含めて更に検討が必要であると考え。また、事業者であっても個人事業主等様々な事業形態があるので、借主が事業者である場合にも原則として規定し、特約で排除するような構成の方が望ましいのではないかと。（弁護士、弁護士）
- 貸主が事業として行う金銭消費貸借の借主は、繰上返済額が一定額以下の場合には、損害賠償義務を免れることを明記すべきである。営業的金銭消費貸借では、貸主は、繰上返済を受けても、合理的な期間内に代替する運用や、キャッシュフローの調整をすることによって、損失負担を抑える（ゼロではないとしても、営業リスクとして受容すべき範囲におさめる）ことが期待できる。このことは、貸主と借主の情報力や交渉力の格差に由来するものでなく、金銭の特色と貸主の事業性に由来するから、借主が消費者か事業者かは関係がなく、貸主の事業性を基準とすべきである。貸金事業者においても、規模の大きな繰上返済があれば、代替する運用をなしえず、損害を被ることがあるから、返済額の規模によっては、免責の対象外（原則通り賠償を要する）とすべきである。なお、あくまでも繰上げられた返済額の多寡が

問題で、当初貸付額の多寡によるべきではない。(堂島有志)

- 金銭消費貸借契約において、消費者である借主が期限前に弁済した場合に関する損害賠償の予定のうち、事業者である貸主に平均的に発生する損害を超える部分は無効とし、「消費者に準じる小規模零細法人等が事業外取引」として締結した場合も同様とする旨明文化すべきである。期限前弁済によって貸主に損害が発生するか否か、仮に、損害が発生したとして賠償すべき範囲はどこまでかについては、事案によって異なり、これを一義的に決めることはできない。したがって、貸主が途中解約によって現実に損害を被ることも予測できるので、借主が消費者であること、又は「消費者に準じる小規模零細法人等が事業外取引」として行ったこと（借主が消費者に準じる小規模零細法人が、事業と関係なく消費貸借契約を締結したこと）だけを理由に、損害賠償請求を否定することは行きすぎであろう。かといって、損害賠償の予定を完全に自由化することも相当ではない。(福岡弁)
- 住宅購入ローンの繰り上げ返済等の損害金の支払いなどについて、例外を設ける必要があると思料する。ただし、「私法的一般法」である民法典に消費者契約に関する特則を規定する必要性は認められない（消費者契約法等の特別法に規定すれば十分である）し、消費者契約のうち一部のみについて特則を設ける根拠（労働契約は取り込まない）にも乏しい。(親和会)
- 貸し主が事業者であり借り主が消費者であるときに、借り主は貸し主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることが許されるの特則を設けることについて、慎重に検討すべきである。デフォルトルールとしては、事業者が消費者に融資をした場合に限定すべきではないし、事業者が消費者に融資をした場合であっても、期限前弁済に損害賠償金を支払う特約は認めるべきである。(愛知県弁)
- 消費者・事業者概念の導入は慎重に検討すべきであると考えため、意見を留保する。(日司連)
- 借主は貸主の損害を賠償することなく、期限前に弁済できるという特則を設けることは慎重に検討すべきである。特則を設けることで消費者保護に資するという意見もあるが、利息による利益が失われる貸主は結果的に利率を上げる結果となり必ずしも消費者保護とはならないという意見もある。(広島弁)
- まず、期限前弁済の特則が任意規定と強行規定のいずれを想定しているのか明らかにした上で検討を行うべきである。更に、特則を強行規定として置くことについては、金融実務の観点からは、以下のとおり疑問が大きい。すなわち、特則により貸主は経済的損害のリスク（利息収入を得る機会を失うリスク）を負担することになるため、①その対価が金利に上乗せされる等の形で借主側の負担とされるし、その



結果、特に②固定金利による借入れを妨げるという問題がある。①については、借主としては、必ずしも望まない早期返済のオプションを強制的に付与されるのと引き換えに、高い利率の負担を強いられる。それだけでなく、借主は、常に市中金利の動向を注視し常に借換えの機会を伺うという対応をせざるを得ないこととなり、金融の知識に乏しい借主は、完済するまで高額な固定金利を負担し続けることになる。また、②については固定金利の方が変動金利に比べて、約定利率と再運用利率の差が大きくなりやすく、期限前返済によって貸主に生じる可能性のある損害額もより大きくなることから、上乘せされる金利等の負担は高額となり、借主としては、固定金利の借入れを受けることが相対的に困難になると考えられ、その結果、借主から固定金利での借入れ、特に長期固定金利のローンを行う手段を奪われる懸念がある。よって、せいぜい、借主の支払うべき損害賠償の金額に合理的な上限を設ける(貸主に生じる実損ないし取引慣行等に照らして実損と同等と考え得る合理的な金額を限度とするといった抽象的な基準を定める)程度の規定とすべきである。(西村あさひ有志)

- 消費者法を民法に混入すべきではない。(個人)
- 借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前返済をすることが許される特則の創設には反対である。クレジット会社は、顧客との契約期間に合わせて資金調達等も行っている。借主の勝手な都合により一方的に期限前に何等ペナルティを課されることもなく、自由に返済することが出来るということになれば、契約を締結する意味もなく、あらかじめそのような事態を想定したコストを見込まなければならなくなり、借主が負担する手数料もその分高くなることになってしまう。利息制限法所定の利率を超える損害金である場合を除いて、これを制限する最高裁判例は存在しておらず、このような制度を設けることは多様な取引の有り様、契約の有り様をせばめることとなる。(クレ協、クレカ協、全信販協)
- 消費者や個人が借入人である住宅ローン、スプレッド貸付または固定金利貸出において、金融機関は、ブレイクファンディングコスト(いわゆる期限前返済手数料)を徴求できなくなる不都合があると考えられる。ブレイクファンディングコストは、期限前返済に伴う金融機関のファンディングロスを補填させる趣旨であり、当該期限前返済借入人に実費負担を求めるものである。(全信協)
- 当該特則を不要とする方向で、さらに検討を進めていただきたい。貸金業者は、債務者に融資を実行するための資金を調達するにあたって利息を負担している事が多いが、債務者と利息付金銭消費貸借契約を締結する場合には、貸金業者は予定された利息を取得し得ることについて相当の期待がある。期限前返済において債務者が消費者に限り

損害賠償を認めないとする考え方は、この期待に反し、貸金業者に損害を生じさせるものである。また、期限の利益は貸主である貸金業者のためにも設けられるものであること。(消費者金融協)

- 事業者が消費者に対して融資をした場合において、借主が貸主に生じる損害を賠償することなく期限前弁済をすることができる旨の特約を定めることについては反対である。金銭の貸付けを業とする者は、一般に、貸付のための資金を利息付で調達している。このため、貸付債権について、期限までの利息の収受に対して相当の期待を有している。仮に無限定で期限前弁済を自由にする事とした場合、資金調達と貸出とのミスマッチが生じやすくなることから、貸出における利率その他の取引条件で調整を図ることにならざるを得ないが、このことは、期限前弁済を予定しない借入人の負担において、期限前弁済をする者の利益に扱うということにつながるものであり、妥当でない。(貸金業協)
- 「単に消費者契約であることのみをもって、消費者は、自らの行為が原因であっても相手方事業者が生じた損害について賠償責任を負わない」とする規定は、濫用の危険性が非常に高くなる。(個人)
- 貸主が事業者であり借主が消費者であるときに、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることが許されるとの特則を設けることに反対する。期限前返済に際して貸主がいかなる損害を負うことになるかは、貸主の業態等に依存する問題であり、貸主と借主の交渉力の差や情報の非対称性に由来するものではない。仮にこのような規定が設けられれば、貸主により期限前返済から生じる損害のリスクを利息等に転嫁されるような動きが生じることになり、却って借主の負担を大きくする可能性がある。(森・濱田松本有志)
- 消費者保護は、貸金業法等の業規制で対応すればよいのではないか。(長島・大野・常松有志)
- 私法体系における基本法である民法で対応すべき内容ではなく、消費者契約法等の特別法によって対応すべきである。(日大民研・商研)
- 反対する。前提となる原則規定自体に賛成できないほか、期限前弁済は交渉力や情報量の格差と無関係な問題であるため、特則を設ける理論的根拠が薄弱である。(弁護士)
- 貸主が事業者であり借主が消費者であるときに借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることが許されるとの特則を民法に設けるべきであるとの考え方に反対する。消費者である借主が事業者である貸主に損害を賠償することなく期限前弁済をすることが許されるとの考え方自体には異論はないものの、消費者保護のための特別法において規定すべきであり、民法上に規定すべきではない。

(法友全期)

- 消費者契約における特則については、そもそも、「消費者・事業者」概念を民法に取り込むことに、反対である。必要に応じて(必要な範囲で)、特別法での規定が検討されるべきである。(二弁)
- 借主・貸主の性質・属性にかかわらず、契約所定の返済時期までの利息を支払うことなく債務の期限前弁済は可能とすべきである。ただし、利息の支払いを受けられなかったことを原因として、損害が生じたことが、一般的な損害として立証されれば、損害賠償請求をする余地は残す。住宅ローンの繰り上げ弁済のように、損害賠償なしで期限前弁済できることを期待する一般市民は少なくなく、弁済された資金をすぐに有効活用できる貸主については、損害賠償なしで弁済できるとすべきである。(横浜弁)
- 消費者借主が事業者貸主に対して、貸主の被る損害を賠償することなく期限前弁済ができる旨の特則を設けることに強く反対する。消費者を保護する内容の特則は、一般に事業者と消費者の交渉力や情報の格差に起因する不平等を是正するために設けられるものであるが、借主による期限前弁済は交渉力や情報の格差とは無関係に生ずる事態であり、消費者保護のための特則を設ける根拠に乏しいという見解がある。また、仮にこの提案が認められるとすると、貸主は期限前弁済の確率を見込むことによって生ずる損害を考慮して貸付時の利息を決定することになり、結果として一般の借主に転嫁されることになりかねず、一般の借主にも不利益が及ぶおそれがある。約定に反して期限前弁済した借主を保護するために、他の借主に不利益を及ぼす規律が公平なものであるとは考えられない。(全銀協)
- 反対する。事業者が行う金銭消費貸借については、特別法による規定が望ましい。(札幌弁)
- 民法に、消費者契約の特則を規定することについては賛成できない。民法は私法の一般法であって、消費者契約に関する特則を規定するのは妥当でない。消費者契約法等に規定する場合は、消費者保護の見地から、借主は貸主に生ずる損害を賠償することなく期限前弁済をすることが許されるとの規定を設けることに基本的には賛成である。その適用範囲を営業的金銭消費貸借の場合にまで拡張して、借主が事業者であるものも含むべきとの考え方についても、基本的に賛成する。但し、金融機関による住宅ローンの貸付の場合には、期限前弁済においては貸主である金融機関が約定によって手数料を得ているのが通常であり、その金額も単なる事務処理手数料にとどまらず、弁済金額の数パーセントとしている場合もあるため、なお全体的な利益、バランスを考慮すべきであるとする。(東弁)

## 5 抗弁の接続

消費貸借の規定の見直しに関連して、消費者が物品若しくは権利を購入する契約又は有償で役務の提供を受ける契約を締結する際に、これらの供給者とは異なる事業者との間で消費貸借契約を締結して信用供与を受けた場合に、一定の要件の下で、借主である消費者が供給者に対して生じている事由をもって貸主である事業者に対抗することができる（抗弁の接続）との規定を新設するべきであるとの考え方（後記第62、2⑦参照）が示されている。このような考え方の当否について、民法に抗弁の接続の規定を設けることを疑問視する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

また、その際には、どのような要件を設定すべきかについても、割賦販売法の規定内容をも踏まえつつ、更に検討してはどうか。

【部会資料16-2第1、6[10頁]】

### 【意見】

- 抗弁の接続の規定を消費貸借の中に置くことに賛成する。抗弁接続の規定は、消費者契約に限定すべきでない。抗弁接続の規定を第三者型与信契約にも適用出来るように検討すべきである。抗弁接続の要件としては、「供給契約と消費貸借契約に客観的な相互利用関係のある場合」とすることを提案する。（大阪弁）
- 物品等の購入契約等を締結する際に第三者との間で与信契約を締結した場合に、購入者等が供給者に対して生じている事由をもって与信者に対抗することができる、いわゆる抗弁の接続規定を新設するべきであるとの考え方には賛成する。しかし、同規定は消費貸借の章のみに規定されるべきではない。また、消費者契約に関する特則ではなく、第三者与信型の契約に関する一般規定とすべきである。（大司書）
- 第三者型与信契約における抗弁の接続を新設すべきであるとの考え方に賛成である。（金沢弁消費者委、大学教員）
- 第三者与信型の販売信用において、購入者は、販売信用取引を利用した商品等購入取引につき、販売業者等に対して生じている理由をもって、与信者に対抗することができるとの規定を設けるべきである。（兵庫県弁）
- 規定を設ける方向性については賛成し、要件（供給者と貸主の合意を要件に加えること）については慎重に吟味すべきである。抗弁を接続させる根拠は、2つの契約の経済的な一体性であると考えられる。そして、供給者と貸主の合意は、この一体性を基礎づける一つの事情にすぎず、必要不可欠な要件ではないとみられる。（仙台弁）
- 民法に抗弁の接続規定を入れることに賛成である。抗弁の接続規定は、割賦販売法に規定があるが、対象外のものには信義則で対応しかできず、

消費者トラブルの解決が困難である。複数当事者間での契約関係について整理の上、民法に規定を導入することで、消費者トラブルの解決に資するものとする。(全相協)

- 抗弁の接続の規定を置く方向で検討すべきである。割賦販売法における抗弁接続の解釈及び衡平を考えた場合、当事者の属性や契約の目的によって、抗弁接続の要件を限定する必然性はなくなりつつある。もっとも、金融機関と目的物交付者の密接関連性については、これまでの裁判例に基づいて要件化をはかるべきである。(日司連)
- 抗弁の接続について規定を設けることには賛成する。但し、その要件として、予め供給者と貸し主との間に供給契約と消費貸借契約を一体となすことの合意が存在した場合という要件を設けることには反対。供給と貸主との合意については、抗弁の接続を避けるためには合意をしなければ良いことになり、抗弁の接続を規定する意味がなくなる。(広島弁)
- 抗弁の接続の考え方には賛成が強い。消費者被害を防ぐためには抗弁の接続の規定は拡充されるべきであるものの、民法において抗弁の接続を原則とするのは行き過ぎであり、要件の具体的内容を検討した上で、特別法や事実認定(業者と金融機関が結託した場合)により対処するべきであるとの意見が強い。なお、抗弁の接続については、主体を「消費者」に限定するべきではなく、また、対象を「消費貸借契約」に限定せず、第三者与信型の「販売信用取引」にも広く適用されるべきとの意見が強い。さらに、販売業者と与信業者の合意を要件とすることには反対である。(日弁連)
- 我が国においては、抗弁接続の規定は、これまで割賦販売法に規定されているだけであるから、これを、民法の消費貸借の中に置くことは、消費者保護を前進させるものであり、原則賛成である。消費者契約たる消費貸借についてのみ抗弁接続規定を置くとの提案であるが、近時、消費者保護規制が進むに連れて、悪質リース商法などのように零細事業者をねらった悪質商法が台頭しており、供給契約と与信契約を別個の法主体にして供給契約に対する抗弁の対抗を受けないような仕組みのビジネスが横行する可能性がある。こうしたビジネスによる被害を防止するためには、抗弁接続規定を消費者契約に限定することは適切ではない。抗弁接続規定を消費貸借におくとの提案であるが、供給契約と与信契約が別個である場合の弊害は、消費貸借と他の第三者型与信契約とで大きな差異はないので、第三者型与信契約についても抗弁接続規定を設けることを検討すべきである。(電話リース弁護団)
- 抗弁の接続を民法に規定する方向で検討すべきである。要件については、与信の態様に関し、消費者契約に限定するのではなく、第三者与信型の取引に広く適用できるような規定にすべきである。具体的には、供

給契約と消費貸借契約の〔経済的〕一体性、両者を一体としてなすことについての供給者と貸主との合意を要件とすべきである。割賦販売法の個別規定によって、個別取引ごとに抗弁の接続が適用できるか否かを判断するというのは、分かりやすいルールという点から言って適切ではなく、包括的な抗弁の接続に関する規定を設けるべきである。通常、貸主が、融資契約と「一体」（融資者が積極的に、具体的購入先業者を紹介するなどして買入れを勧めたなど）なら、抗弁の接続が認められるべきである。それを正当化するのは、「一体性」なのであって、借主が消費者であるかどうかとは関係ない。中小零細事業者がクレジット被害やリース被害に遭っている実態がありニーズも高いうえ、この場面では逆適用の問題はあまり生じないと思われるので、消費者契約に限られずに抗弁の接続の適用範囲を拡大することに賛成である。（横浜弁）

- 抗弁の接続の規定を消費貸借の中に置くことに賛成する。抗弁接続の規定は、消費者契約に限定すべきでない。抗弁接続の規定を第三者型与信契約にも適用できるように検討すべきである。（電話リース弁護団）
- 一般法に取り込む方向で検討すべきである。（広大有志）
- 三者間与信（売買や役務提供者以外の者が与信を与える取引）の場合、供給契約に生じた事由をもって、与信者に対する抗弁とできる制度（抗弁の接続制度）を、明文化すべきである。与信の態様は、消費貸借に限定すべきでないし、与信を受ける当事者を限定すべきではない。少額の取引を対象外とすることは、ありえる選択と考える。下級審裁判例では、割賦販売法の適用対象とならない契約においても、信義則に基づいて抗弁の接続を認めているものがあり、衡平の見地にかなっているから、与信期間・利用者の属性・供給を受ける商品や役務の態様にかかわらず、一般化すべきである。ただし、少額の取引については、対象とすることによって、少額の供給契約にクレジットカード等が利用できなくなるとの指摘があることから、利便性を重視して適用除外とするか、潜脱防止を重視して利便性の低下を受容するかは、いずれでもよい。（堂島有志）
- 抗弁権の接続は、判例で一定の要件のもと肯定されてきているので、判例法理を民法の規定で具体化することは、わかりやすい民法にするという改正の趣旨に適合するもので妥当と考える。しかし、立法化するにあたり、消費者保護を後退させないように、割賦販売において認められている抗弁権の接続（割賦販売法30条の4）との関係を、慎重に検討すべきである。同法の適用を拡大するという方向も排除せず、議論すべきである。（親和会）
- 供給契約と消費貸借契約は当事者が異なる契約であり、抗弁の接続は極めて限定的に認められるべきであると考え。抗弁の接続を認めるにあたっては、割賦販売法がそうであるように、供給契約と消費貸借契約、

及び供給者・貸主・借主との間に、同等の関係があることを最低限の要件とすべきと考える。また、ファイナンス・リースを第三者与信型契約と位置付けて抗弁の接続を認めるべきとする主張がされているが、賛成できない。ファイナンス・リースにおけるユーザーとサプライヤーとの関係は様々であり、たとえば、自動車リースにおいては、ユーザーとサプライヤーとが一切接触しない形態も存在する。このようなファイナンス・リース契約の多様性を捨象してすべて一律に第三者与信型契約と位置付けると、実務上混乱が生じることが懸念される。(自動車リース連)

- 消費貸借のところに規定を設けるべきではなく、「販売信用」という形での規定を設けるべきである。デフォルト・ルールとしては、消費者・事業者を問わず抗弁が接続されるものとすべきである。片面的強行規定とし、自然人（非事業者）については例外を認めない。事業者については、合理的な理由がある場合に例外的に許容されると規定とすべきである（グレーリスト的規定）。抗弁の接続の問題は、消費貸借固有の問題ではなく、販売信用一般の問題である。この点を条文上明確にする必要がある。消費者に限定した特則を設けることは、販売信用の現実を見る限りにおいて、事業者が一律不保護となってしまいかねない。与信業者は、販売業者の販売促進のパートナーであることに鑑みると、デフォルト・ルールとしては抗弁を接続することが妥当である。事業者に対する販売信用の場合でも、一定の場合には切断を認めてよいと思われるが、現実には与信業者と被与信事業者との関係は、交渉力・情報の質量において、消費者に対する販売信用と異なる場合が少なくない。グレーリスト的な扱いをして、合理的な理由がない限り、抗弁の切断は認めるべきではない。(弁護士)
- ①事業者が、供給者の不履行などがあることを知り若しくは知りうべき状況であったにもかかわらず貸付を行った場合、②事業者との金銭消費貸借契約及び供給者との商品供給契約が一体として締結され一方だけの契約が想定されていない場合、③事業者と供給者が経済的に一体と考えられる場合、④その他事業者からの履行の請求が信義則に反すると認められる場合には、消費者が供給者に対して有する抗弁事由を事業者に対しても主張できる、とすべきである。「消費者に準じる小規模零細法人等が事業外取引」として行った場合も同様とすべきである。(福岡弁)
- 消費者契約たる消費貸借について抗弁の接続規定を明文化することについては検討に値するが、抗弁接続規定の必要性は、消費者契約以外にも認められるし、「消費貸借」以外の第三者与信型契約にも認められる。第三者与信の中心であるクレジット・賃貸借・リースを含めて「販売信用」について抗弁の接続規定が検討されなければならない。その場合に

は割賦販売法を参照しつつ、割賦販売法よりも購入者保護が後退することはあってはならない。「あらかじめ供給者と貸主との間に、供給契約と消費貸借契約を一体として行うことについての合意が存在した場合」という要件については、割賦販売法における抗弁の接続の規定でも要求されていないものであり、要件とすることには反対である。割賦販売法の抗弁接続規定の立法趣旨は、「消費貸借」に限定されるものではないし、「消費者」に限定されるものでもない。中小零細事業者をターゲットにしたクレジット被害やリース被害が頻発している。割賦販売法は、必ずしも消費者だけを対象としていない。「営業のためにもしくは営業として締結する場合」という適用除外規定（法 35 条の 3 の 60）に該当しない事業者には適用はある点に留意すべきである。要件としては信用供与契約と販売契約が手続的に一体である場合、販売業者と信用供与業者との間に反復継続的取引関係・相互依存関係がある場合など密接な牽連関係がある場合には抗弁の接続を認めるべきである。要件の具体化は容易ではないが「販売信用」を定義して抗弁接続規定を求めるアプローチと複数契約の結合関係・密接関連性・牽連性から無効・解除の効力連動と基を一にして抗弁接続規定を（契約総則に）設けるアプローチがあるのではないか。（日弁連消費者委有志）

- 異なる契約当事者間で締結された契約上の権利義務関係を当事者間の契約とは別に法律により規定することは、その目的や効果に応じて慎重に検討されるべき問題と考えられる。抗弁権の接続は、割賦販売法において創設的な規定として手当てされた経緯を考えれば、民法で規定することは均衡を欠くこととなり、目的や効果に応じて慎重に検討されるべき問題と考えられる。（リース事業協）
- 特定の契約が、異なる当事者による他の契約により影響を受けるということは例外的事象であるのだから、消費貸借取引の利用が不当に制限され、または取引コストが増加して借主の利便性を害することがないように、規定の可否を含めて慎重に検討すべきである。（オリックス）
- 抗弁の接続に関する規定を新設するべきであるとの考え方の当否については、民法という基本法の中で敢えて抗弁の接続に関する規定を設けることの必要性・許容性につき、慎重な検討が望まれる。規定を設ける場合には、その要件は包括的なものにならざるを得ないと考えられる。また、割賦販売法等個別法令で定められているような適用除外規定を設けることは、民法の消費貸借に関する規定の性質上、難しいと考えられる。どのようなものについて、どのような条件で抗弁の接続を認めるか、あるいは認めないかということは、すぐれて政策的な判断に依存するものであり、それは同時に法律を執行する行政庁の判断とも密接にかかわるといことは否定できない。一方、抗弁の接続の効果は、供給者とは異なる事業者との間で消費貸借契約を締結して信用供与を受けた場合で



あっても、借主である消費者が供給者に対して生じている事由をもって貸主である事業者に対抗することができるという強力な効果であり、また、消費貸借契約が、借主である消費者と供給者間の契約という別個独立の契約の効力から影響を受けるという意味で、法律関係の原則論からして極めて例外的なことである。(経済法令・研究会)

- 割賦販売法上の抗弁の接続の規定と同種の規定を民法に置こうとする考え方については、割賦販売法では、抗弁の接続は、いわゆるクレジット取引のうちの一定の種類と取引に限り認められているにすぎず、取引の実情に照らし、きめ細かく適用除外規定が設けられ、これによって消費者保護と取引の安定性との調和が図られているところ、民法で規定することによって適用範囲が不当に広くなることが懸念されることから、抗弁の接続の規定を債権法一般の規律として設けるべきではないとする意見があった。他方、抗弁の接続の規定を設けることの検討にあたっては、いわゆる第三者型与信契約は、消費貸借契約のみでなく法的な形式として多種多様であるため、消費貸借のみを対象とするのではなく、現行民法第 539 条（債務者の抗弁）等と併せて、第三者型与信契約に広く適用できるような規定を設けることについても検討すべきとの意見もあった。なお、与信契約と他の契約は基本的にはそれぞれ独立した契約であり、全ての第三者与信契約に抗弁の接続を認めることは、契約当事者の予測可能性を害し、取引の安定性、ひいては法的安定性を損なうこととなりかねない。そのため、第三者与信契約の全てに抗弁の接続規定を適用することは、適当ではなく、与信契約と他の契約との間に密接な関連性があることを要件とするなど、一定の条件立てが必要であると考えられる。(法友会)
- 割賦販売法の抗弁の接続は限定的に考えられており、これを変更することによる実務への影響を懸念する意見や、抗弁の接続を正当化できる場合を適切に切り分けられるか疑問を呈する意見など、要件について慎重な検討を求める意見が多かった。(最高裁)
- 特に反対はしないが、抗弁の接続に関する一般規定は、民法ではなく消費者契約法に規定を置く方向性についても検討すべきである。第三者与信型の販売信用においては、消費者は、物品の引渡しや役務の提供を受ける相手と、代金相当額の決済をする相手方が異なることから、現行民法の解釈上、供給者との間の契約において意思表示の瑕疵があったり、供給者に債務不履行があったりした場合であっても、信用を供与した事業者からの支払請求を当然には拒むことができない。このため、消費者保護の観点から、借主である消費者が供給者に対して生じている事由をもって信用を供与した事業者に対抗すること（抗弁の接続）を認める必要性が指摘されており、割賦販売法では第三者与信型の販売信用のうち一定のものについて抗弁権の接続が明文の規定により認められている。

しかし、割賦販売法といった業法で対応するにはもはや限界があり、消費者保護の観点に照らし、明文の一般規定が置かれることの意義は大きいと考えられる。もっとも、適用の対象を消費貸借契約に限定することは必ずしも妥当でない上に、抗弁権の接続を認める具体的な要件として提案されている、「供給契約と消費貸借契約が〔経済的に〕一体のものとして行われ、かつ、あらかじめ供給者と貸主との間に、供給契約と消費貸借契約を一体として行うことについての合意が存在した場合」といった規律については、現行の割賦販売法では必ずしも要求されていない要件を求めるものであり、その解釈・運用次第では、かえって消費者保護の後退に繋がる可能性も否定できないので、第三者与信型の取引態様をできる限り広く網羅するような規定の在り方を検討すべきであろう。また、抗弁権の接続は専ら消費者取引について問題となる法理であり、諸外国の立法例を見ても、民法ではなく「消費者法」「消費者信用法」などと訳される法典に規定を置いているものが多いこと、その具体的規律の在り方については社会情勢の変化等に応じて機動的な改正が必要であることから、民法よりはむしろ消費者契約法に規定を設けた方が適当ではないかという考え方もあり得る。(弁護士)

- 抗弁の接続に関する規定を民法に規定することの是非、及び仮に規定するとした場合にいかなる要件とするかについては、民法に於ける「抗弁権の接続」と消費者保護法との関係（民法に於ける「抗弁権の接続」も消費者保護法と性格づけるのか、より一般化するのか、消費者保護法と性格づけるならば、割賦販売法等の特別法との関係をどう整理するのか）、消費者保護法の体系のありかた、民法に「消費者」「事業者」概念を入れることの是非等を含めて、慎重に検討すべきである。「抗弁の接続」を消費者法と位置づけた場合、割賦販売法等の特別法との関係で民法に規定する意義が問題となるが、あえて一般法である民法に規定する必要性があるのか疑問である。（「抗弁の接続」を民法で保護する意義と必要性の観点からは、むしろその保護対象を中小企業等の事業者にも広げる必要があるのではないか。）（愛知県弁）
- 民法に「消費者」の概念を取り入れることに賛成する立場から、抗弁の接続について、「消費者」のみならず「個人事業主」にまで拡大してこれを認めるべきとの意見があった。実務では、消費者と同程度の知識・経験しかない個人事業主も保護すべきである。一方で、契約当事者に格差がある場合の対応は消費者関係法等の特別法に委ねるべきで、民法には一般的な規定に留めるべきであるとの意見や、個人事業主も事業者である以上相応の責任を負うべきと反対する意見もあった。（山口県弁）
- 私法体系における基本法である民法で対応すべき内容ではなく、消費者契約法等の特別法によって対応すべきである。（日大民研・商研）

- 抗弁の接続の規定を民法に新設するべきであるとの考え方に反対する。消費者保護という政策的領域については、柔軟な改正が容易な特別法において規定すべきである。仮に、抗弁の接続の規定を新設する場合に、どのような要件を設定すべきかについて割賦販売法の規定内容を踏まえつつ検討することについて、異論はない。割賦販売法の規定を踏まえつつ、消費者保護のために拡張する方向で検討すべきである。(法友全期)
- 前提として、民法に、「消費者・事業者」の概念を導入することは、反対である。また、仮に、「消費者・事業者」概念を民法に導入したとしても、現状、「抗弁の接続」を、民法(私法)の一般原則として規定化することは困難であり、実務上混乱を招来するおそれもあることから、民法において、抗弁の接続の規定化は避けるべきと考える。割賦販売法において一定類型について抗弁の接続が規定されている現状下では、かかる割賦販売法における規制の整理・拡大やその他特別法において必要な類型の規定を設けることを検討すべきであるし、一般法化するのであれば、統一消費者法典の制定等を検討すべきではないかと考える。接続の要件についても、「(経済的に) 一体のもの」(検討委員会試案344頁)との定義では、抽象的であり不明確である。また、「供給者と貸主との間の一体性の合意」とすることについても、これが明示の合意を要求するものであればその適用場面は限定されてしまうであろうし、他方で、たとえば「実質的にそのように評価される当事者の関係があれば足りる。」などと「合意」の文言からかけ離れた解釈等が行われることになれば、その適用範囲が不明確となり、実務が混乱するおそれもある。  
(二弁)
- 消費者契約の中に規定を置くべきではない。そもそも、柔軟な改正が困難となるから民法の規定に消費者法の規定を置くことは妥当ではない。本規定は①「供給業者と消費貸借契約が経済的に一体のものとしてなされ」かつ②「あらかじめ供給者と貸主の間には、供給契約と消費貸借契約を一体としてなす事についての合意が存在した場合」に適用されることだが、特に②の規定は借主に合意の存在の立証を科しかねない規定であり妥当ではない。(弁護士, 弁護士)
- 割賦販売法において規制の対象とされているものについては割賦販売法上の規定で対処すればよく、そうでないものについては信義則によって対処すればよいので、民法に敢えて規定を設けない方向で検討すべきである。(会社員)
- 抗弁の接続に関する規定を民法に設けることに反対する。割賦販売法において規制の対象とされているものについては同法の規定で対処すればよく、そうでないものについては必要な限度で信義則によって対処すればよいと考える。要件が一般化すると、抗弁の接続の規定の適用範囲

が不当に広がる懸がある。(弁護士)

- 割賦販売法では、抗弁の接続に係る規定が設けられているが、この規定はクレジット取引におけるクレジット会社と販売業者（加盟店）との密接な関係を前提としたものである。広く民法において抗弁の接続の規定を設けた場合には、このような密接な関係を必要とせずに、抗弁接続という特別な効果が認められる可能性をもたらすものであり、関係当事者（複数の契約が関係することから多数になる場合も想定される。）における法律関係が不安定になりかねない。そもそも、金融取引のうち融資を行うケースでは、債務者側の何らかの資金ニーズがあるところ、この資金ニーズの原因となる取引関係についても金融機関側で抗弁事由の有無など法的瑕疵等の確認等を経なければ契約できない場面も想定され、金融機能が著しく阻害されることが考えられる。これらの点からすれば、抗弁の接続を認めることには反対である。(消費者金融協)
- 売買契約等と与信取引との間の抗弁接続を認める規定を一般法である民法で定めることには反対である。売買契約等と与信取引との間の抗弁接続は、原則論として、民法原理から導かれるものではなく、政策的に規定されるものである。抗弁接続を規定する政策的判断は、消費者保護の観点のみならず、対象となる取引性質なども考慮すべきであるところ、例えば、割賦販売法では、支払停止の抗弁は、クレジット取引のうちの一定の種類の取引に限り認められ、かつ適用除外規定が設けられるなど、取引の実情に照らし、きめ細かな規定によって、消費者保護と取引の安定性との調和が図られているところである。しかるに一般法である民法の場合に、様々な取引の場合を想定して政策的な要件を定めることは困難であると考えられるのであり、健全な経済活動を阻害することが懸念される。(貸金業協)
- 反対である。本規定が設けられると債権譲渡の譲受人が債権を譲り受ける際、当該債権と関連する契約の有無及び当該契約の解除原因又は無効原因などを確認する作業が必要となるが一度に大量の債権を譲り受ける場合には、このような作業を行うことは現実的ではない。また、本規定が設けられると債権譲渡の譲受人が譲り受けた債権の発生原因となる契約自体に解除原因又は無効原因が無い場合であっても、関連する他の契約に解除原因又は無効原因があるときには、当該他の契約の当事者とならない債権譲渡の譲受人自身は当該解除原因又は無効原因の把握又は解消が困難であるにもかかわらず、譲り受けた債権について抗弁の対抗を受けることになりかねず、不測の影響をうけるおそれがある。なお、抗弁の接続については、割賦販売法においては、クレジット会社と加盟店との密接な関係が構築されていること等を根拠として、いわゆる支払停止の抗弁の規定が設けられている。かかる支払停止の抗弁については、一定の適用除外規定が認められ、対象事業の特質に合わせたきめ細かな

規定によって、消費者保護と取引の安定性との調和が図られているところである。かかる規定のように、消費者保護の観点からの規定を設けるべき要請については、価値中立的であるべき私法の一般法たる民法にて対処する必要はなく、各特別法による対処が可能かつ適切であると考えられる。(サービサー協会)

- 民法で抗弁の接続を規律することには反対である。なんら直接の帰責性がない一方当事者(与信者)に法的不利益を架すなど、私法の基本原則にそぐわない規律となりかねない。現に割賦販売法できめ細かく規律されており、同法で足りない点があるとすれば同法での調整が適切である。一部の消費者にとっては厚い保護となるが、その他多数の消費者にとっては、与信が困難になるという不利益や、抗弁の接続によるコストの負担が求められることになる。提供業者の責任負担能力・信用を与信者が補完することとなり、提供業者間の適切な競争原理を歪めることとなる。抗弁の対抗を受けた与信者と商品の提供者との事後的求償権関係等、周辺事情に関する議論がなされておらず、全体としてアンバランスな規律になる懸念がある。また、民法における抗弁の接続の規定を、与信の態様を消費貸借に限定して消費貸借契約の規定として設けるのか、第三者与信型の取引に広く適用できるよう新たな類型の規定として設けるのか、又は、信義則を具体化した一般規定として設けるのかにつき議論が固まっておらず、このような状況下で、妥当な結論を導き出すことは困難と思われる。継続的契約一般の解除について「信頼関係を破壊するような債務不履行」を要件とすることには反対である。「継続的契約」にも様々な類型があり、一律の規律は不適切である。取引関係が長期にわたる契約には多種多様なものがあり、判例及び学説において継続的契約の意味は一義的に確定していない状況である。このような状況下において、継続的契約一般に共通する適切な規定を設けることは困難と思われる。(弁護士・弁護士)
- 消費者保護のための特別法において抗弁の接続に関する規定を設けることは別として、抗弁の接続に関する規定を民法典に新設することには、反対意見が強い。物品若しくは権利の購入契約又は役務の提供を受ける契約(以下「供給契約」という。)と、消費貸借契約とは、別個の契約であり、供給契約における物品、権利又は役務の提供者(以下「供給者」という。)と、消費貸借契約における貸主とは、別個の法主体であるから、特別の合意がある場合や、抗弁の接続を認めるのを信義則条相当とする特段の事情がある場合でない限り、消費貸借契約における貸主に対し、供給者の債務不履行等の事由による不利益を帰せしめることを正当化すべき理論的根拠は存在しない。割賦販売法第30条の4第1項の規定は、平成2年最高判決が述べるとおり、購入者保護の必要性という政策的要請から、創設的に規定されたものであるから、これを一般法

化すべき合理的な理由はない。(一弁)

- 民法に規定を設けることに反対する。抗弁権の接続については、割賦販売法その他の特別法による対応や信義則などの一般条項の解釈によるべきである。民法の一般原則において抗弁権の接続を規定する場合、その要件にもよるものの、資金提供者として貸主のリスク対応の負担が過重になり、かかる負担が利息等に転嫁されるような動きが生じ得るものであり、却って借主の負担を大きくする可能性がある。(森・濱田松本有志)
- 売買契約等と与信取引との間の抗弁接続を認める規定を一般法である民法で定めることには反対である。売買契約等と与信取引との間の抗弁接続は、原則論として、民法原理から導かれるものではなく、政策的に規定されるものである。また、抗弁の接続規定の創設状況を諸外国の例から見ても、抗弁接続については様々な場合を限定して定められている。すなわち、政策的に一定の範囲を定めて認めており、一般的な法理に基づき定めているものではないと思われる。ここで、対象となる取引性質なども考慮すべきであるところ、例えば、割賦販売法では、支払停止の抗弁については、取引の実情に照らし、きめ細かな規定によって、消費者保護と取引の安定性との調和が図られているところである。しかるに一般法である民法に、抗弁接続規定を設けることは、たとえそれが消費貸借取引に限定され、かつ一定の要件の下で定められたとしても、健全な経済活動を阻害することにもなりかねず妥当でない。また、仮に一定の限定的な要件を定めたとしても、裁判規範として解釈運用される際には、政策判断を離れた拡張解釈、類推解釈などがなされて取引の安定を害することが危惧される。このような場合、事業者は、抗弁を受ける可能性のある取引を回避するということにつながりかねない。また、抗弁を受ける可能性のある取引を引き続き行う事業者は抗弁を受けるための費用を見越して、手数料など消費者が負担する費用を引き上げるおそれがある。(クレ協、クレカ協、全信販協)
- 規定を置くことにつき、反対する。制度自体には合理性があるが、細かい規定が必要となるため、特別法による規定は望ましい。(札幌弁)
- 抗弁の接続という考え方自体は賛成であるが、民法に消費者契約の特則を規定することについては賛成できない。一般化したルールとは言い難く、割賦販売法、消費者契約法等の消費者法において設けられるべきである。抗弁権の接続は専ら消費者取引について問題となる法理であり、諸外国の立法例を見ても、民法ではなく「消費者法」「消費者信用法」などと訳される法典に規定を置いているものが多いこと、その具体的規律の在り方については社会情勢の変化等に応じて機動的な改正が必要であることから、むしろ割賦販売法、消費者契約法等の消費者法に規定を設けた方が適当であると考えられる。(東弁)

- 民法の消費貸借に関して抗弁の接続の規定を設ける場合には、抗弁の接続の要件は包括的なものになるおそれがあり、また適切な適用除外事由を設けることも困難であると考えられるため、本来必要とされる範囲を超えて抗弁の接続の効果が認められる結果、実務に多大な混乱を生じさせることへの強い懸念が示されている。民法の消費貸借契約の項目に抗弁の接続に関する規定を設けることに強く反対する（全銀協）
- 抗弁の接続についての規定を民法に設けることについては賛成することができない。理由は、現行法において抗弁の接続の範囲は政策的に定められており、これを超えて民法において一般化されると、様々な弊害が考えられるからである。例えば、割賦販売法においては少額の取引や短期の与信の取引については抗弁の接続の対象外となっているところ、仮にこうした取引にまで抗弁の接続を認めると、クレジットカード会社が抗弁事由に関して行う調査コストや抗弁に応じるコストが増加するため、広く消費者に利用されている少額のクレジットカード取引に影響が生じかねない。また、資金用途を定めて行われる一般の融資取引にも影響が生じかねない。（産業組織課）
- 改定の必要があるとは思えない。消費者法を民法に混入すべきではない。（個人）

#### 第45 賃貸借

- 条文上明確となるため、賃貸借の冒頭規定ないし定義規定に賃貸借終了時における目的物の返還義務を盛り込むという考え方に賛成する（金沢弁消費者委）。
- 借地権・借家権を、事業目的利用で、より柔軟に利用できるように借地借家法の改定も、今回の民法改定あわせて実現できないか（オリックス）。
- 中間論点整理では明確に記載はされていないが、賃貸借契約における更新料の有効性や敷引特約の有効性など、現在の実務上大きな争点になっている点についても、近時の最高裁判決を踏まえて、検討の必要があるとの指摘がなされた（パブコメWG）。
- (1) 民法で規定する賃貸借については、(i) 動産の賃貸借、(ii) 民法の規定のみが適用される不動産の賃貸借、(iii) 借地借家法が適用される土地賃貸借および建物賃貸借、(iv) 農地法が適用される農地の賃貸借など、適用法令によって賃借人の保護の必要性は区々である。なかでも、借地借家法が適用される土地賃貸借および建物賃貸借は国民生活及び企業活動に大きく関わっている。特に建物賃貸に関しては借地借家法に則り経済活動の実務が行われているのが実態である。

今般の民法改正に当たっては、民法で規定すべき法理、特別法たる借地借家法で規定すべき法理を明確に整理し、（例えば、基本的には契約自由の法理が適用される領域を規律する民法と、賃借人の保護規定を含む借地借

家法の適用領域を従来の整理を超えて再度整理するなど)、上位法規たる民法が特殊例に引きずられることのないよう留意願いたい。

(2) 判例法理については、一般化し実務においても反映され明文化されても何ら支障がおきないものがある一方、特殊な状況を背景とするものや希少例も含まれており、これを一般化明文化することにより、特殊な背景を前提とした事例が原則となり企業実務が混乱する懸念もあり、判例法理の明文化はその内容を精査のうえ慎重に進めていただきたい(ビル協)。

- 論点整理を拝読しましたが、改定の必要があるとは思えません(個人)。
- 民法第601条の規定に、「賃料の重層表現部分(二重価格や三重価格の部分)は無効とする」旨の規定を加えるべき。理由は、賃料は一物一価であるべきことによる。礼金や更新料、敷引を賃料の一部とする論理(賃料の重層表現部分)には違和感を禁じえない。これだと賃料の実態が分からない。不動産の賃貸借契約書を作成する上で、この賃料を一物一価にする規定の導入は、大いなる指針になる(不情セ)。
- 賃貸住宅契約においては、礼金、更新料、敷引金、定額補修分担金など、物件使用の対価である家賃以外に、賃借人に一時金の支払を負擔させる条項があり、その妥当性が問題視されてきた。このような一時金は公営住宅法などの法律において禁止されており、公営・公的住宅においては使用されないなど公序を形成していた。

最高裁は敷引や更新料について、高額に過ぎるなど特段の事情のある場合を除き、消費者契約法10条により無効とはならないとの判断を示しているものの、それまでの下級審はこれらの一時金の支払い条項をおおむね無効と判断しており、最高裁判決に対しては学説等からの批判も強い。そこで、今般の民法改正に際し、賃貸住宅契約においては、名目如何を問わず、賃料以外の一時金の支払いを賃借人に負擔させる契約の効力を否定する旨の規定を置き、賃貸住宅契約の実質的公正を図ることが望ましい(民法協)。

- 賃貸借に関する審議においては、借地借家法への言及がほとんどなく、民法と借地借家法との関係調整の問題には関心が薄い。債権譲渡の対抗要件に関して動産・債権譲渡特例法の問題が重視される形で取り上げられているのは好対照であり、これがなぜであるかは理解しがたい。いうまでもなく、社会生活において、賃貸借の中でも不動産賃貸借が圧倒的に重要な機能を果たしており、紛争事例が多いことは、経験上明らかであるところ、賃貸借の存続期間、終了事由及び更新等に関し、民法と借地借家法の規律が重なり合っており、学習者や市民にとって見通しの悪い状況が生まれている。現に、部会第15回会議では、出席者から、借地借家法のうち重要な規定の内容を民法に取り入れるということが検討されてよいとの発言があり、特に反対意見も出なかったのであるが、その意見は、その後の審議の過程で取り上げられていない。なお、債権法改正の本来の主眼が履



行障害法制の現代化にあったのなら、今回は履行障害法制の改正に精力を注ぎ、売買は検討対象とするが賃貸借は検討対象としないという選択肢もありえたと思われる。要するに、単に検討範囲を広げるべきだという趣旨ではなく、中途半端な形で賃貸借に手を出すことに問題を感じるというのがここでの論旨である（弁護士）。

## 1 短期賃貸借に関する規定の見直し

民法第602条が定める短期賃貸借の主体として規定されている「処分につき行為能力の制限を受けた者」という文言については、未成年者や成年被後見人などのそれぞれの規定で手当てがされており、同条の規定により単独で短期賃貸借を行うことができるとの誤読のおそれがあること等から、これを削除するものとしてはどうか。

処分の権限を有しない者が同条が定める短期賃貸借の期間を超えて締結された賃貸借の効力については、これまでの裁判例等を踏まえて、法定期間を超える部分のみが無効（一部無効）となる旨を明記することとしてはどうか。

### 【意見】

- 行為能力の制限について別途規定が設けられていることから、「処分につき行為能力の制限を受けた者」という文言を削除すべきであるという考え方に賛成（金沢弁消費者委，広島弁，愛知県弁，親和会，法友全期，日大民研・商研，横浜弁，東弁，大阪弁）。

また、民法第602条の適用を受ける者が同条所定の期間を超えて締結した賃貸借の効力については、法定期間を超える部分のみが無効（一部無効）となる旨を明示すべきであるとの考え方に賛成（金沢弁消費者委，広島弁，愛知県弁，親和会，堂島有志，「改正を考える」研，日司連，法友全期，日大民研・商研，大阪弁）。

- 前段については規定存続の必要がなく，後段については裁判例等の実務に沿うものであるからこれを明文化することは妥当と思われる。いずれも賛成する（札幌弁）。
- 制限行為能力者が締結する契約の契約期間に関して，民法602条を残置する必要性がないことは明白である。したがって削除すべき。また，処分権限を有しない者が民法602条に定める期間を超えて契約した場合の効力については，例えば，相続財産管理人Aが，管理している建物をBに対して10年間賃貸する契約を締結したとする。この場合，例えば，Bが建物を長期間利用することが予定され，3年間の期間であれば契約をしなかったであろうというときは，契約全体を無効としなければならないこともありうる。したがって，一律に民法602条の期間内に短縮されるとする考え方を明文化することは相当ではない（福岡弁）。

- 現行民法第602条のうち「処分につき行為能力の制限を受けた者」という文言を削除することに賛成する。

また、部会資料16-2（検討事項(11)）第2、2(2)の補足説明2(1)〔37頁〕で引用されている裁判例等を踏まえ、一部無効となることを条文上明記することに賛成する意見が強い。もっとも、事案によっては契約全体を無効にすべき場合もあること等を理由に、一部無効となることを条文上明記することに反対する意見も複数ある（日弁連）。

- 「処分につき行為能力の制限を受けた者」という文言を削除することに賛成である。定期貸借の期間を超えて締結された貸借の効力は、短期貸借の範囲でのみ有効となる旨を明記することに賛成である。前者については、制限行為能力者に関する別途規定に委ねればよく、貸借において規定する必要がない。後者については、当事者の合理的意思に合致するものでもあり、規律が明確となる（仙台弁）。

- 民法第602条の短期貸借の主体として規定されている「処分につき行為能力の制限を受けた者」という文言に関して、未成年者、成年被後見人、被保佐人及び被補助人が該当し得るところ、これらの者が単独であることができる行為についてはそれぞれ別途規定が置かれており、同条のような規定を設ける必要がない。制限行為能力者であっても一律に短期貸借をすることができるとの誤読のおそれもあるから、これを削除すべきである。民法第602条の短期貸借の期間を超えて締結された貸借の効力についても、法定期間を超える部分のみが無効となることを明記する方向で検討すべきである。なお、法律行為に含まれる特定の条項の一部無効（前記第32、2(1)）との関連に留意する必要がある（弁護士）。

- 民法第602条の「処分につき行為能力の制限を受けた者」という文言を削除することには、特に異論はない。

処分の権限を有しない者が同条の期間を超えて締結された貸借の効力について、法定期間を超える部分のみを無効とすることには、反対する。また、仮にこのような規定を設ける場合であっても、借地借家法の潜脱行為を明文で認めるような規定を設けるべきではない（弁護士）。

- 処分につき行為能力の制限を受けた者を除外すること、法定期間を超える部分のみが一部無効となることを明示することについて、いずれも反対しない。

行為能力の制限を受けた者として考えられる未成年者、成年被後見人、被保佐人及び被補助人については単独でできる行為の規定が別途あるため、ここに記載する必要がない。逆にこれを残すと短期貸借契約を締結することができるとの誤解を生じる可能性がある。また、法定期間を超えた契約の効力についても超過部分が無効であるとの実務が固まっており、これを明示することを反対する理由はない（兵庫県弁）。

- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 賃借人の保護の観点から、一律に全部無効にすべきではないが、他方、一部無効（期間縮減）とするのが妥当といえない場合もある。例えば、処分権限のない者が、期間を30年とする不当に廉価な賃料での建物所有目的の土地賃貸借契約を締結した場合において、提案のように、常に5年の期間の契約になるというルールが適切とは限らず、契約そのものを無効とすることによって、処分権限を有する者（不在者財産管理人が選任されたケースでいえば本人など）の権利を守るべき事案も存在すると思われる。つまり、全部無効とすることによって本人の利益を図るべき場合もありうるから、一律に「一部無効」とするのではなく、解釈によって全部無効とする余地を残す規定にすべきである。したがって、処分の権限を有しない者が同条が定める短期賃貸借の期間を超えて締結された賃貸借の効力については、一律に一部無効とするのではなく、解釈によって全部無効とする余地を残す規定にすべきである（横浜弁）。

## 2 賃貸借の存続期間

賃貸借の存続期間の上限を20年と定める民法第604条を削除して、上限を廃止するかどうかについて、長期の賃貸借を認める実務的な必要性や、長期間に渡り契約の拘束力を認めることに伴う弊害の有無などに留意しつつ、更に検討してはどうか。

### 【意見】

- 現代の経済活動においては、賃貸借の継続期間が20年を超えるものもあることから、賃貸借の存続期間の上限を20年と定める民法第604条を削除して、上限を廃止する方向で検討するべきである（会社員）。
- 実際には不動産の利用にも地上権や永小作権はあまり用いられず、賃借権が多く用いられている。更に借地借家法に基づき長期の賃貸借が認められているが、長期であるための弊害は特に指摘されていないようである。したがって、賃貸借の存続期間に上限を設ける必要性は乏しい。ただし、極めて長期にわたる賃貸借は賃借人の使用収益義務が長期にわたり、目的物の劣化等から発生する債務に半永久的に拘束されるリスクがあることから、一定期間経過後の賃借人の使用収益義務の軽減規定を新設するなど、賃借人に対する保護規定を設けることで、調整を図る必要があるのではないか（滋賀県司書・勉強会）。
- 民法の立案当時は、長期の利用契約は地上権や永小作権で行うという想定があったが、実際にはほとんど賃貸借しか用いられていない。現実に20年を超える賃貸借（ゴルフ場の敷地など）を締結したいという当事者の意思を尊重すべきである。そのため、賃貸借の存続期間の上限を20年と定める民法第604条を削除して上限を廃止すべきである（堂

島有志)。

- 不動産取引においては、借地借家法の特別法が適用されないゴルフ場の敷地の賃貸借など20年を超えて賃貸借契約を締結したい事例が少なからずあることから、一律に期間制限を課す民法第604条を削除することについては賛成である(不動協)。
- 存続期間の上限を削除することについて特段の支障が生じることはないが、逆にこれを廃止すべき強い理由も見当たらないことから、法定期間の変更を含めて慎重に検討する必要があると考える。賛成する(札幌弁)。
- 部会でも議論されている通り、借地借家法等の適用がない物件の中にも長期間にわたって賃貸借契約を締結する実務上のニーズは存在するため、一律の期間制限を廃止することが望ましい。補足説明に記載されている例以外では、ホテルなどで建物の敷地になっていないがホテルと一体不可分として利用されている庭園施設などが挙げられる(長島・大野・常松有志)。
- リース契約や建物賃貸借で存続期間20年以上の契約を希望する事例が現実にあることから、期間制限を廃止する立法事実は現実に存在すると考えられるので、期間制限を廃止する方向で検討すべきである。ただし、所有権が実質的に形骸化されることのないよう配慮されるべきとの指摘があった(一弁)。
- 賃貸借の存続期間の上限を廃止(現行民法第604条を削除)することに特段反対しない(大阪弁)。
- 賃貸借の存続期間の上限を廃止することに賛成である。当事者が合意したものを否定する必要はない。特別法では相当長期間になることが予定されている(仙台弁)。
- 借地借家法の適用される契約は同法により修正されているし、また、その他の賃貸借契約においても期間上限を定める必要性はない。したがって、賃貸借期間の期間制限は撤廃すべきである(弁護士)。
- 日本の民法で賃貸借契約の存続期間の上限を20年とすると経済活動上の不都合が生ずるのではないかという疑問にも合理性はある。しかし、借地借家法や農地法といった特別法が適用されず、民法の期間制限が適用されるような賃貸借契約であっても20年を超えて賃貸借契約を締結したいという事例があるのかは疑問である。ゴルフ場の敷地の賃貸借などが指摘されているが、特段の不都合は生じていないのではないかと(弁護士)。
- 民法第604条は削除すべきである。そもそも、民法第604条は、長期の賃貸借を認めることの弊害を懸念して規定されたものではなく、単に土地の賃貸について、期間20年以下のものは賃貸借契約を利用し、それ以上のものは地上権または永小作権を利用するという棲み分けが企

図されたものに過ぎない。実際には、上記のような棲み分けは全く機能せず、現在では借地借家法や農地法の特別規定によって、民法第604条はその適用が大幅に排除されており、実際に同条の規定が適用されるのは、動産の賃貸借など限られた場面しかない。このように、民法第604条は実質的にあまり意味のない規制となっているほか、現在の経済活動においては20年を超える大型のプロジェクトも一般化しており、外国では20年を超えるプラントや重機のリースも行われていること、借地借家法や農地法といった特別法が適用されず、民法の期間制限が適用されるような賃貸借契約であっても、20年を超えて賃貸借契約を締結したいという事例は、ゴルフ場の敷地の賃貸借などで実際にあることから、同条の期間制限はこれを廃止する方向で検討すべきである。なお、この問題に関しては、民法第604条の規制に代えて、永久的な（あるいは極めて長期の期間にわたる）賃貸借契約を規制する規定を検討すべきといった意見もみられるようであるが、借家に関しては既に期間制限の上限が撤廃され、これによる弊害も特にみられないこと、仮に規制が設けられる場合、借家等にも当該規制を及ぼし得るのか明らかでないなどの問題があることから、特段の規制を設けるべきではない（弁護士）。

- 借地借家法の適用される契約は同法により修正されているし、また、その他の賃貸借契約においても期間上限を定める必要性はない。したがって、賃貸借期間の期間制限は撤廃すべきである（弁護士）。
- 賃貸借の存続期間の上限の廃止については、慎重に検討する必要があると考えられる。20年の上限があることの不都合が指摘されているサブリースやプラント・重機のリースなどでは、借地借家法の適用や非典型契約としてのリースとなることが考えられる。存続期間の上限を定めると、どのような場合に、どの程度の不都合が生じるのかを検証する必要がある（「改正を考える」研）。
- 社会経済関係の進展に伴い20年を超える賃貸借の需要が存在すること、それに対する供給もあることから上限を延長することは検討に値する。ただし、永久に長い期間貸主を拘束することも妥当ではないことから上限は50年程度にとどめるべき（親和会）。
- 20年を超える大型プロジェクト等を考えると上限を撤廃することに意義もあるが、一方で長期にわたる所有権制限を伴うことに鑑み、上限を撤廃することについては更なる検討が必要であり、期間制限の上限を定めるとしても合理的な期間を定めるべく更に検討することが必要ではないかとの意見があった（パブコメWG）。
- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 部会における議論の通り、一定の種類の契約について、賃貸借の存続期間の上限を延長又は廃止する必要性は認められる。しかし、あらゆる賃貸借について、所有と使用収益の分離を無制限に認めることは、所有

権制度の空洞化を招き、予想もしなかった弊害が生じる可能性がある。  
この提案は物権法の秩序にも関わる重大な問題であるので、今後、これらの点に十分留意しつつ、慎重に検討すべきである（東弁）。

- 例えば、ゴルフ場や道路用地のように、契約期間が20年を超えて存続する必要性があり、しかも、きちんと管理され目的物の荒廃などの懸念のない賃貸借契約が存在することは事実である。しかしながら、賃借人が途中で事業廃止することなども考えられ、現行法の20年を超える契約期間の定めが本当に必要であるかは不明である。上記のように20年を超えて契約が存続することが必要と思われる場合には、契約更新により対応すればよいと思われる（真に存続の必要性があれば、賃借人からの更新拒絶は権利濫用となろう）。また、不確定期限の契約の締結も可能であろう（例 期限を「ゴルフ場が存続する限り」とする）。したがって、現行法をあえて変更して長期間の賃貸借契約を可能とする必要性は少ないと思われる（福岡弁）。
- 概ね、部会資料16-2（検討事項(11)）第2、2(2)の補足説明3〔39頁〕で紹介されている現行民法第604条を維持すべきとする考え方や、従前の部会審議における現行民法第604条の削除については慎重であるべきという発言と同趣旨の意見が強い。今後の部会審議では、20年を超える賃貸借契約であって借地借家法や農地法の適用を受けないものを締結する経済活動上の必要性がどの程度あるか、また、仮にそのような必要性があるとして、20年を超える賃貸借を認めることによる弊害がないか、といった観点を踏まえつつ、実態に即して更に慎重に検討すべきである（日弁連）。
- 民法第604条を削除するかどうかについては、慎重に検討すべきである。

「借地借家法上、借地についての存続期間が30年を最短期とし、長期の制限規定を置かない方式を採用しているのであり、あえて期間制限を設ける必要性が乏しい」との意見もあったが、「削除するまでの必要もない」との反対論もあり、賃貸借契約一般について、長期制限を設ける必要性ないし弊害の有無について、実情を踏まえた更なる検討が十分とはいえない（兵庫県弁）。
- 民法第604条の規定が現在特に実質的な問題をもたらしているわけではないことから、第604条の規定を維持する考え方に賛成（金沢弁消費者委）。
- 永久賃貸借、超長期賃貸借は排除すべき合理性がある。借地権の保護は、借地借家法等の特別法で対応されている。現行で不都合はなく、上限を廃止する社会的必要性は不明であることから、民法第604条を削除することについては、慎重に検討すべきである（愛知県弁）。
- 上限を撤廃すれば、100年、200年という契約も法的に可能とな

るが、あまりに長期間拘束するのは、極めて低い賃料で長期間使用を強要する恐れなど思わぬ弊害が生じる恐れがある。民法の上限では不十分な賃貸借契約の形態については、特別法で対処すればよい。したがって、賃貸借期間の上限については、20年は実社会の要請を踏まえ検討しても良いが、上限を廃止することには反対である（広島弁）。

- 最近の国際プロジェクトでは、BOT や PFI といった仕組みを構成する中で、特定目的会社（SPC）を中心として、当該 SPC が政府、自治体、施設運営管理会社と超長期の賃貸借契約を締結することはあるが、PFI 法などの特別法などにより、長期の施設賃貸借について定めれば足り、民法の規定を変更する必要性はないとの意見があった（国際取引有志）。
- 特別法で定められているもの以外の賃貸借について契約上明確に合意しなかった場合に必要であることから存続期間の撤廃に反対（法友全期）。
- 長期にわたる賃貸借には、地上権や永小作権が利用されていないからといって賃貸借の存続期間の上限を廃止すべきではない。ただし、ゴルフ場の賃貸借等については、20年の上限期間は短いものもある。そのように長期の賃借権の存続期間を要するものについては、借地借家法等の特別法で対応するのが合理的ではないかとする意見もあった（日大民研・商研）。
- 一定の上限は必要である。特に事業用の長期間は更新で対応すべきである（広大有志）。
- あまりに長期の賃貸借を認めると、物に対する全面的・排他的な支配権としての所有権の観念と抵触しかねない。借地借家法や農地法の適用されない場面における賃貸借について、20年を超える存続期間を認める必要性は低い。また、存続期間の上限を定めたとしても、更新することまでを禁止している訳ではないのであるから、特段の不都合は生じない。そのため、賃貸借の存続期間の上限を20年と定める604条を削除して、上限を廃止することに反対である（横浜弁）。

### 3 賃貸借と第三者との関係

- 不動産賃貸借に関する対抗要件制度に関連して、例えば屋根や屋上の賃借権について賃借権の登記は認められておらず、かつ借地借家法による対抗力の具備も認められていない。そのため、屋根や屋上に関して、太陽光パネルの設置等の重要な資産を継続的に設置する目的で賃借をする賃借人は、当該物件の譲渡を受けた第三者からの撤去請求に対抗できない不安定な立場におかれることになる。これは、①物件の一部屋を賃借する場合との均衡を失するといえるし、②屋根や屋上などの有効利用の促進、ひいては社会経済の発展の観点からもマイナスであるといえる。そこで、このような場合についても、対抗要件制度が利用可能となるよ

う、改正をして欲しい（オリックス）。

#### (1) 目的不動産について物権を取得した者その他の第三者との関係

不動産の賃貸借の登記がされたときは、その後その不動産について「物権を取得した者」に対しても効力を生ずる（民法第605条）ほか、例えば、二重に賃貸借をした賃借人、不動産を差し押さえた者などとの関係でも、一般に、賃貸借の効力を対抗することができるかと解されている。そこで、登記した不動産の賃貸借と「物権を取得した者」以外の第三者との関係について、これを条文上明らかにする方向で、更に検討してはどうか。その際、具体的な条文の在り方については、「物権を所得した者」をも含めて、第三者に対抗することができるかと規定する案のほか、「物権を取得した者」との関係では同条を維持した上で、これとは別に、二重に賃貸借をした賃借人等との間の対抗関係について規定を設ける案があることを踏まえ、更に検討してはどうか。

#### 【意見】

- 裁判例等を踏まえて一般的な理解を明示的に規定する必要があることから、対抗要件を備えた不動産賃借権と「物権を取得した者」以外の第三者との関係について、条文上明らかとする考え方に賛成（金沢弁消費者委、広島弁、札幌弁、福岡弁、大阪弁、仙台弁）。
- 登記した不動産の賃貸借と「物権を取得した者」以外の第三者との関係について、これを条文上明らかにすることについて、賛成する。具体的な条文の在り方について、「物権を取得した者」との関係では同条を維持した上で、これとは別に、二重に賃貸借をした賃借人等との間の対抗関係について規定を設ける案に賛成する（愛知県弁）。
- 二重に賃貸借がなされた者や差押債権者との間でも対抗問題は生じ得るのであり、その点を条文上明確にすることが望ましい（親和会）。
- 登記した不動産の賃貸借と「物権を取得した者」以外の第三者との関係についても条文上明らかにすべき。具体的には「物権を取得した者」も含めて、第三者に対抗することができる方向で検討すべき（日司連）。
- 不動産の賃貸借の登記がなされた場合の、登記した不動産の賃貸借と「物権を取得した者」以外の第三者との現行法上の関係を明文化することは、権利関係の明確化に資するものとして異論はなかった。  
なお、不動産の賃貸借の登記はされない場合が多いとの現状を鑑み、不動産の賃貸借の登記がない場合についても、登記していない不動産の賃貸借と第三者との関係について、権利関係の明確化の観点から明文化することにつき検討してはどうかとの指摘があった（パブコメWG）。



- 不動産賃借権の対抗力について、民法に基本的条文を置くことには賛成。その場合、賃貸借の目的となっている不動産の所有権移転が生じた場合と、二重賃貸借や差押債権者との間の関係が問題となる場合とでは問題が異なるとしても、別に目的物の所有権が移転した場合の賃貸借契約の帰すうについて規定を設けるとすれば、前者の場合について対抗力がどのような意味を持つかは明らかとなるので、ここでは、「物権を取得した者、その他の第三者」に対して対抗することができるといった規定を置いておけば足りるのではないかと考えられる（「改正を考える」研）。
- 物権を取得した者以外でも、賃貸借の登記がされている場合には一般に対効力を有すると解されており、明文化しておくことが望ましい。また、「物権を取得した者」との関係では、賃貸借の効力を対抗できるだけでなく、賃貸人たる地位も法律上当然に移転するという法理を基礎づけており、「効力を有する」という表現が適切であるが、物権取得者以外の者との関係では、対抗関係の問題に過ぎない。物権取得者以外（差押債権者、他に賃借権設定を受けた者など）との関係においては、「物権を取得した者」とは区別して、対効関係の優劣について明文化することに賛成（堂島有志）。
- 「二重に賃貸借をした賃借人」、「不動産を差し押さえた者」などとの関係について、賃貸借の対抗力を認めるという従来の解釈を条文上明確化するもので、明文化してもよい。ただし、規定の仕方としては、「物権を取得した者」と「二重に賃貸借をした賃借人」との間では、対抗の局面が異なるため、規定を別にした方が良いように思われる（日大民研・商研）。
- 議事の方角で条文化すべきである（広大有志）。
- 「物権を取得した者」以外に、例えば、目的不動産について二重に賃貸借を受けた者や目的不動産の差押債権者との関係においても賃借人は賃借権を対抗できると解されているので、この点を条文上明記することが、分かりやすい民法の実現に資する。  
 目的不動産について物権を取得した者に対する関係と、二重に賃貸借を受けた者や目的不動産を差し押さえた債権者との関係とでは、問題となる法律関係の性質が異なることから、「物権を取得した者」との関係では650条を維持した上で、これとは別に、二重に賃貸借をした賃借人等との間の対抗関係について規定を設ける案に賛成である（横浜弁）。
- 登記した不動産の賃貸借と「物権を取得した者」以外の第三者との関係について、これを条文上明らかにすることに賛成する。その際の具体的な条文の在り方については、「物権を取得した者」との関係では同条を維持した上で、これとは別に、二重に賃貸借をした賃借人等

との間の対抗関係について規定を設ける案に賛成する意見が強い（日弁連）。

- 登記した不動産の賃貸借と「物権を取得した者」以外の第三者との関係について、条文上明らかにすべきである。その際の条文のあり方としては、「物権を取得した者」との関係では同条を維持した上で、これとは別に、二重に賃貸借をした賃借人等との間の対抗関係について規定を設けるべきである（東弁）。
- 規定新設に賛成。物権を取得したものも含めて、第三者に対抗できるという規定でよいのではないか（大学教員）。
- 目的不動産について物権を取得した者に対する関係では、賃借権は債権であり賃貸借契約の締結後に物権を取得した者に対しては効力を生じないのが原則であるところ、賃貸借の対抗要件を備えた場合には民法第605条により物権取得者に対して当該賃貸借契約の効力が及ぶこととなる。これに対し、二重に賃貸借を受けた者や目的不動産を差し押さえた債権者との関係においては、自らが賃借人であることを主張できるかどうかという対抗関係の問題であるという差異があり、この点に留意すべきである（弁護士）。
- 「物権を取得した者」との関係では現行民法第605条の規律を維持し、それ以外の関係（二重に賃貸借をした賃借人等との間の対抗関係）について規定を設ける考え方に賛成する。賃貸借の目的不動産について「物権を取得した者」との関係と、二重賃貸借がなされた場合における賃借人相互の関係とは本来別個の問題であり、規定の整備も別途に行うことが望ましいと考えられる。なお、賃貸不動産の対抗力に関しては、賃貸借の登記は実務上ほとんど行われておらず、実際の対抗力は借地借家法の規定に基づくものがほとんどであることから、対抗関係については借地借家法の規定を意識した規律を検討する必要があるのではないか（弁護士）。
- 登記した不動産賃貸借と「物権を取得した者」以外の第三者との関係について、条文上明らかにすることには賛成。規定のしかたについては、更に検討すべき。

現行民法605条は、「物権は債権を破る」の例外を定めるものであり、二重賃借人や差押債権者との関係（対抗問題）とは位相を異にするので、規定のしかたは、検討が必要（兵庫県弁）。
- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 特に異論なし（二弁）。
- 民法第605条は物権取得者との間で賃貸借が「効力を生ずる」ものとするものであり、対抗力の規定ではない。そのため、「物権を取得した者」以外にも対抗できるものを列挙することは適当ではない（法友全期）。

## (2) 目的不動産の所有権が移転した場合の賃貸借の帰すう

賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合における旧所有者との間の賃貸借契約の帰すうに関しては、次のような判例法理がある。すなわち、①不動産賃貸借が対抗要件を備えている場合には、特段の事情のある場合を除き、旧所有者と新所有者との間で賃貸人の地位を移転する合意が無くても、賃借人と旧所有者との間の賃貸借関係は新所有者との間に当然に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱する、②その際に賃借人の承諾は不要である、③この場合の賃貸人たる地位の承継を新所有者が賃借人に対して主張するためには、新所有者が不動産の登記を備える必要がある。そこで、これらの判例法理を条文上明記する方向で、更に検討してはどうか。また、判例は、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意が旧所有者と新所有者との間にあったとしても、直ちには前記特段の事情には当たらず、賃貸人の地位が新所有者に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱するとしている。このことを条文上明記するかどうかについては、実務上このような留保の特約の必要性があり、賃借人の保護は別途考慮することが可能であると指摘して、一律に無効とすべきでないとする意見があることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

新所有者が上記③の登記を備えた場合であっても、賃借人は目的不動産の登記の移転について一般に関心を有しているわけではない。このことを踏まえ、賃借人は、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができる旨の特則を新たに設けるかどうかについて、更に検討してはどうか。

このほか、賃借人が必要費を支出した後に目的不動産の所有権が移転し、賃貸人の地位が承継された場合には、必要費の償還債務も新賃貸人に移転すると解されていることを踏まえ、これを明文化するかどうかについて、検討してはどうか。

### 【意見】

- 裁判例等を踏まえて一般的な理解を明示的に規定する必要があることから、①から③を条文上明記する考え方に賛成。また、賃借人保護のルールを明確にする必要があることから、賃借人が賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができる旨の特則を新たに設ける考え方に賛成（金沢弁消費者委，日司連，札幌弁，福岡弁，横浜弁）。
- 判例上対抗力ある不動産賃貸借について不動産が第三者に譲渡された場合は借主についての地位も当然承継されると解されているが、条

文上明確でないので条文化することが相当である。その場合には、承継される賃貸借契約の内容はどこまでなのかも併せて検討することが必要（親和会）。

- 賃貸借の目的物の所有権が移転した場合、譲渡当事者間の合意の有無を問わず、賃貸借契約も新所有者に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱すること、賃借人の同意は不要であること（判例）を明文化することに賛成する（法友全期）。
- 賛成する。①、②、③については、判例法理を明文化するもので、妥当である。賃借人が賃貸人の地位移転を知らないで旧所有者に賃料支払いを行った場合についても、その支払いを新所有者に対抗できるという旨の規定も入れるべきである。また、必要費の償還債務が新賃貸人に移転するという規定も、導入したほうが明確ではないかと考える（日大民研・商研）。
- 判例法理で明文化すべきである。民法第177条との関係で、登記の意味を明確にすべきである（広大有志）。
- 判例法理を条文化する方向での検討に賛成（大学教員）。
- 従来、判例等によって形成されていた準則を明文化するものであり、規定をおくことに賛成である（弁護士）。
- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 賃貸借の目的たる不動産の所有権が移転した場合、賃借人が不動産賃借権の対抗要件を備えている場合には、賃借人の承諾がなくても、賃貸借契約関係は新所有者に当然に承継されるとの判例法理を明文化することに格別の異論はないが、その際、賃借人としては、新所有者が対抗要件たる登記を具備したかどうかについて格段の関心を有しているわけではないことに鑑み、二重払いの危険を賃借人が負担することのないよう、賃借人が賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、そのことを新所有者に対抗することとする旨の特則を設けるべき（民法協）。
- 賃借人の地位の移転に関する判例法理を条文上明確化する方向で検討すべきである。なお、併せて、賃借人が賃貸人の地位の移転を知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払いを新所有者に対抗できる旨の特則を設けるとともに、地位移転前に賃借人が支出した必要費の償還義務が新賃貸人に移転する旨の特則も設ける方向で検討すべきである（会社員）。
- 従来、判例等によって形成されていた準則を明文化するものであり、規定をおくことに賛成である（弁護士）。
- 賃借人が目的不動産の所有権の移転を知らずに旧所有者に対して賃料を支払った場合には、その支払を新所有者に対抗することができる旨の特則に賛成である（日弁連消費者委有志）。

- 判例法理である①から③を明記することについては、分かりやすい民法に資することから、判例法理を条文上明記することに賛成する。

同様の理由で、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意があったとしても、「特段の事情」には当たらず、賃貸人の地位が新所有者に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱することを条文上明記することについて、賛成する。ただし、特段の事情がある場合など例外についても明記すべきである。

他方、民法第478条で十分対応が可能であり、かつ柔軟な対応が可能であることから、新所有者が登記を備えた場合であっても、賃借人は、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができる旨の特則を新たに設けることについては、反対する（愛知県弁）。

- 賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合の賃貸借の帰すうについて、現在の判例法理を条文上明記することについて異論はなかった。

ただし、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意の効力を規定することについては、賃貸人の変更は避けたいという実務上の要請が少なからずあることに鑑み、賃貸人が知らない間に転貸人になるリスクがあることを踏まえると賃貸人の保護を別途検討する必要があるが、一律に無効とすべきではない。

また、この検討に際しては、賃貸人の地位移転の前に賃料債権が将来債権譲渡された場合の効果はどうすべきかという点にも配慮の上、検討すべきであるとの指摘がなされた。

また、賃借人が賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払った場合について、移転登記によって一律に決することによる法的安定性も無視できず、準占有者への弁済で対処できる問題であり、特則を設ける必要性はないとの指摘がなされた。その際には、過失の有無の判断について配慮の必要があるとの指摘もなされた（パブコメWG）。

- 賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意の効力に関してさらに検討してはどうかとされているが、賃借人の保護が十分に図られるよう考慮されるべきであると考え（電情産協）。
- 判例法理で広く認められ、争いがない論点については明文化すべきであり、第1段落の判例法理は明文化すべき。ただし、賃貸人の地位を譲渡人に留保する合意は実務上の必要性がある場合があり、一律に無効とすべきではない。新旧所有者との間で留保の合意をする際に旧所有者に与えられた権限について、後日利用権限が消滅しても転借人が新所有者に対して賃借権を主張することができるような仕組みがある場合には旧所有者に賃貸人の地位を留保する旨の合意が認められて

もよい。

賃借人が賃貸人の登記を恒常的にチェックする可能性は低いことから、賃借人が賃貸人の地位の移転を知らずに旧所有者に対してした弁済は有効な弁済として扱うのが相当であり、賃貸人の地位が移転した旨の通知義務を賃貸人に貸したとしても一般的に行われていることであり、過度な義務とはならない（青司協）。

- 確立した判例法理を明文化することには賛成する。

賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意があつたとしても、直ちに独断の理由にあたらず旧所有者は賃貸借関係から離脱するということの明記については反対である。

賃借人が登記を確認するのが一般的とはいえず、むしろ一般人は登記など確認しないのが通常であり、登記取得に絶対的な効力を認めることは実情に反する。そのため、新所有者が登記を備えた場合でも、賃借人が賃貸人の地位の移転を知らず賃料を旧所有者に支払った時は、新所有者に支払を対抗できる規定を設けることには賛成である。

必要費は新賃貸人の負担であるべきであり、明文化することが望ましい。そのため、賃借人が必要費を支出した後に目的不動産の所有権が移転し賃貸人の地位も移転した場合、必要費の償還債務も新賃貸人に移転することを明文化することには賛成である（広島弁）。

- 判例法理の明確化には賛成。ただし、賃貸人の地位の留保に関しては、特別に規定を設ける必要はなく、特約の問題として処理すれば足りると考える（「改正を考える」研）。
- 今までの判例法理を明文化する方向自体に違和感はない。ただし、目的不動産の所有権移転に際して、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の（新旧所有者間の）合意は無効であるとの判例法理では、賃借人は、旧所有者との間で賃貸借契約を締結したにもかかわらず、当該合意のみによって転借人と同様の地位に立たされ不測の損害を被るおそれがあるという前提に基づいている。しかし、賃借人が、転借人である地位につき十分に説明を受けかつ同意しているような場合等、地位変動による不測の損害は発生しないような場合にまで、当該判例法理を当てはめることが適当でない場合もあると思われるため、一律に無効とするべきではない（不動産証券化協）。
- 判例法理としてすでに確立しており、賃借人保護にもあたることから、不動産賃貸借が対抗要件を備えている場合には、旧所有者と新所有者との間で賃貸人の地位を移転する合意が無くても、賃借人と旧所有者との間の賃貸借関係は新所有者との間に当然に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱すること等の判例法理を明文化すべきである。

新旧所有者間で賃貸人の地位を旧所有者に留保する旨を合意していた場合に、一律無効とすべきではなく、解釈に委ねるべきである。元

の賃借人（現転貸人）の賃借人の地位が消滅した場合に、当然転借人の地位が消滅するのではなく、転借人が新所有者に対して賃借権を主張することができるような場合には、賃貸人の地位の留保を認めてもよいなど、事案ごとに判断すべきである。

賃借人の承諾を得ることなく賃貸人の地位の移転がなされる以上、目的物の所有権移転を知らずに旧所有者に賃料を支払う場面は十分に考えられ、賃借人保護が必要な場面であるから、特則を設けておくべきである（堂島有志）。

- 判例法理を明文化することによって、取引の安定性が更に高まることが期待できる。

賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転する場合、実務上、とくに流動化案件においては旧所有者と新所有者が合意のうえで、賃貸人たる地位を旧所有者に留保することが少なくない。このような留保特約を一律に無効としてしまうと、賃借人の承諾を得たうえで、旧所有者が賃貸人にとどまることもできなくなってしまうため、不動産実務に重大な影響を与えることが懸念される。また、新所有者と旧所有者が敷金返還債務を併存的に引き受けること及び新所有者と旧所有者との間の賃貸借契約が終了（旧所有者の債務不履行による場合を含む。）したとしても新所有者と賃借人との間で賃貸借契約が存続することを条件にすれば、賃貸人たる地位を旧所有者に留保しても特に賃借人の利益を害するわけでは無いから、このような条件に新所有者と旧所有者が合意しているような場合には、新所有者と旧所有者が賃貸人の地位を旧所有者に留保することを賃借人に通知さえすれば、賃借人の承諾なく賃貸人たる地位を旧所有者に留保することができるようにすべきと考える。

今までの判例法理を明文化する方向自体に違和感はないが、賃貸借といっても、(i)動産の賃貸借、(ii)民法の規定のみが適用される不動産の賃貸借（駐車場、ゴルフ場敷地等）、(iii)借地借家法が適用される土地賃貸借および建物賃貸借、(iv)農地法が適用される農地の賃貸借など、適用法令によって賃借人の保護の必要性は区々であり、判例がどのような事案を想定しているのかを分析することなく、一律に判例法理をすべての賃貸借に適用することには反対する。今まで判例となっていたのは、（借地法、借家法制定前の事案も含め、現時点での法規制上）借地借家法適用の不動産賃貸借に限られるのではないかと。そうだとすれば、この規定は借地借家法におかれるべきであって、民法に置かれるべきではない。仮にこのような判例法理を明文化するのであれば、なぜ不動産を譲渡すると、地位譲渡に関する一般法理の例外として、賃借人の同意なく賃貸人の地位が譲受人に承継されるのかについて、さらに突っ込んだ議論をしていただくことを期待する。も

ともとの背景には、賃貸人はいったん目的物を賃貸してしまえば、賃料を収受するだけで、後は大してやることはない、という価値判断があると思われるが、実際には、震災で明らかになったように、目的物を修繕維持する義務、預かり敷金を保全する義務など、賃貸人の義務もそれなりにある。そのような中であっても、賃借人の同意なく賃貸人である地位が承継されるという実務が定着しているという現状を踏まえると、現状を著しく変更する立法（賃借人の同意を要求する等）は望ましくないうえに、賃貸人が負っている義務について、明確化した上で、譲受人に承継されるという規定が望ましい。なお、この場合、あらかじめ賃貸借契約において、不動産譲渡をした場合であっても賃貸人の地位は留保されるという合意がなされている場合、従来の判例は原則として無効という処理をしていたが、賃借人にとって特段の不利益をもたらさない一定の類型の場合、賃貸人の地位は移転しないことを検討すべきである。たとえば、旧所有者が新所有者から目的物を賃借し、マスターレシーとして賃借人に転貸するような場合に、改めて所有者から旧所有者へ賃貸人の地位が移転することについて賃借人の同意を求めることは煩瑣なうえ、賃借人としては、賃貸人が従来どおりであることについて特段の不利益は存在しないはずである。賃借人が賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払いを新所有者に対抗できるという規定については、通常賃料支払いは前払いであり、賃貸人の地位移転は所有権移転が決定した後になされることから、常に「対抗できる」状態が起るので、このような規定が実務上阻害にならないのか、実態をさらに調査すべきである。

不動産の旧所有者と新所有者との間での賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意は、賃借人にとって不利益をもたらさない一定の場合であれば、従来の判例法理と異なり有効とすべき事例もあり得るため、民法にそのような合意は無効であり、賃貸人の地位が新所有者に承継され、旧所有者は賃貸借契約から離脱するとの規定を民法に定めることは賛成できない（不動協）。

- 判例法理を明文化する方向で検討すべき。また、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意が新旧所有者間にあった場合であっても、判例は一切の例外を認めない趣旨ではないことや実務上の必要性があることから、当該合意を一律に無効とすべきではない。第2段落の特則を設けることを検討すべき。第3段落については有益費と異なり必要費は費用が発生した場合直ちに賃借人の償還請求権が発生するものの、賃貸人音債務として顕在化している以上賃貸人の地位が移転すれば権利だけでなく債務も当然に承継されると考えるのが相当であり、その旨を明文化すべき（東京青司協）。



○ 「不動産賃貸借が対抗要件を備えている場合には、旧所有者と新所有者との間で賃貸人の地位を移転する合意が無くても、賃借人と旧所有者との間の賃貸借関係は新所有者との間に当然に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱する」という判例法理は、企業実務においても根付いており、また合理的な処理であると評価できる。したがって、一般市民にとってアクセスし難い「判例法理」を条文化することにより、市民間の法に関する情報格差を埋めるという観点から、当該判例法理に関しては、基本的には条文化に賛成する。

ただし、当該判例法理は、「賃貸人の義務は賃貸人が何びとであるかによって履行方法が特に異なるものではなく、新所有者に賃貸人としての権利義務を承継させることが賃借人にとっても有利である」という前提に基づいている。したがって、「特段の事情」等によりその前提がない場合についてまで適用する必要はなく、条文を作成するにおいては、十分配慮せられたい。

目的不動産の所有権移転に際して、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の（新旧所有者間の）合意は無効であるとの判例法理についても、「当該合意に従った法律関係が生ずることを認めると、賃借人は、旧所有者との間で賃貸借契約を締結したにもかかわらず、当該合意のみによって転借人と同様の地位に立たされることになり、不測の損害を被るおそれがある」という前提に基づいている。したがって、新旧賃貸人および賃借人の三者間において、敷金に関する法律関係を新賃貸人が承継しないこととする旨の合意がされている場合等、地位変動による不測の損害は発生しない場合についてまで、当該判例法理と同様の処理をすることは妥当ではない。判例が「特段の事情のない限り」と留保をしていることからしても、当該判例法理を条文化する際は、適用範囲を限定する文言を設けることが望ましいと考える（法友会）。

○ 現行法上の規定がない部分であることから、賃貸人たる地位の移転について、その効力を明文化することにつき、賛成する。ただし、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意の効力については賃借人の保護に留意すれば必ずしもこれを否定する必要はないと思われるので、否定する方向での明文化には反対する。また、賃借人が賃貸人の地位の移転を知らずに旧所有者に賃料を支払ったときには、賃借人の関与しない中で地位の移転が行われることに鑑み、賃借人が不測の損害を被らないような方向で特則を設けることはむしろ望ましいものと考え（札幌弁）。

○ 賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合の原則として、判例法理を明文化することに異論はない。

「賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意が旧所有者と新所

有者との間にあったとしても、直ちには前記特段の事情（賃貸人たる地位の承継を否定すべき特段の事情）には当たらず、賃貸人の地位が新所有者に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱する」ことを条文上明記することについては、賃借人の同意がある場合にもかかる合意を一律に無効とする趣旨であれば反対である。旧所有者が賃貸目的物を新所有者に売却した後もマスターレシー兼転貸人としてテナントへ賃貸目的物を転貸することへのニーズが実務上存在するため、上記特約の効力を認める必要性が認められる。すなわち、テナントの同意を取得して旧所有者がマスターレシーとして残る（同意しなかったテナントは新所有者からの直貸しになる。）ということが頻繁に行われている。所有権の移転に伴う賃貸人たる地位の移転を原則としたうえで、賃貸人たる地位を旧所有者に留保することは一種の復帰的な地位の移転であると考えた上で、テナントとの賃貸借をマスターリース化して転貸借化する場合と同様に、テナントの承諾を条件として賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意を有効とすることを検討してはどうか。

賃借人が、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払った場合の規律については、債権の準占有者に対する弁済の規定と同趣旨の規定を置くことを検討してはどうか（長島・大野・常松有志）。

- 賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意を一律無効とすると不動産の流動化が阻害されるケースが生じうる。当該合意が賃借人に不利益を及ぼすおそれ（例えば、新所有者が旧所有者との債権関係の消滅を理由に賃借人に明け渡しを求めるに至った場合）については、新所有者による明渡し請求等の主張を制限するルールを設けることによって解決可能である。そのため、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意が旧所有者と新所有者との間にあったとしても、直ちには前記特段の事情には当たらず、賃貸人の地位は新所有者に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱するとの判例の考え方を条文上明記することに反対。

一般的な解釈であり、実務上も頻繁に生じうる問題であるから、賃借人が必要費を支出した後に目的不動産の所有権が移転し、賃貸人の地位が承継された場合には、必要費の償還債務も新賃貸人に移転することの明文化に賛成（横浜弁）。

- 旧所有者と新所有者間で賃貸人たる地位の移転を留保する合意は無効とする旨の規定を明記すべきとの考え方は、賃借人保護の観点及び最判平成11年3月25日判時1674号61頁等を踏まえてのものと理解されるが、旧所有者が賃貸人たる地位を留保した上で、新所有者との間でマスターリース契約を締結する場合など、ケースによって

は留保する旨の合意の有効性を認めるべき（認めてもよい）ものもあると思われる（不動産信託，不動産証券化等）。すなわち，賃貸人たる地位の移転を伴わない目的物の譲渡を認める実益がありえるので，このように強行規定的な定め方で一律に無効とすべきとする考え方には疑問が残る。上記最判も「特段の事情」の有無の枠組みの中で判断していると思われることから，少なくともかかる従来の判例の枠組みで対応できる余地（有効と解釈できる場合がある余地）を残しておくべきではないかと考える。なお，この論点に関しては，賃借人は従前賃借人であったものが今後は転借人になってしまい，新所有者と旧所有者との間のマスターリース契約上の債務不履行が転借人の地位を覆滅されるなど，従前の賃借人の地位が不安定となるので，従前の賃借人の承諾を要件とすべきであるとの見解も従来述べられているところかと思われる。これを明文化する，といった取り扱いも考え得るかと思われる。

したがって，賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨の合意の効力を「一律に」無効とする旨を明文化する考え方については，反対である。その他については，特に異論はない（二弁）。

- 賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合における旧所有者との間の賃貸借契約の帰すうについては，実務上頻繁に生じる法律関係であるにもかかわらず，条文上の根拠がない状態となっている。そこで，そのような場合における法律関係を明確にするという観点から，上記①，②及び③の判例法理を条文上明記することが望ましい。なお，条文上明記するに当たっては，かかる規定が，契約上の地位の移転のためには契約の相手方の承諾を必要とするという原則（中間的論点整理第16，2）の例外を構成することを明確にすべきである。

部会資料16-2（検討事項(11)）で引用されている裁判例（最判平成11年3月25日判時1674号61頁）は，「従前からの賃貸借契約における賃貸人の地位を旧所有者に留保する旨を合意したとしても，これをもって直ちに前記特段の事情があるものということとはできない」（傍点付加）と判示しており，目的不動産の所有権が移転した場合に，「賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意」をもって賃貸人たる地位を旧所有者に留保することを一律に排除する趣旨ではないと解される。実務上，不動産の管理能力を十分に有する会社（旧所有者）が，所有する不動産を信託譲渡したり，SPCに譲渡した後，新所有者から当該不動産の一括転貸を受けて，引き続きテナントに賃貸（転貸）したりするという事例は多数存在する。このような事例においては，テナントとの関係で賃貸人たる地位を旧所有者に留保しておくことが便宜である。そこで，少なくとも，「賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意」をもって賃貸人たる地位を旧所有者に留

保することを一切排除するような形で明文化することは適当でない。その上で、賃借人が不測の損害を被ることのないような仕組みが担保されていれば、「特段の事情」に該当することを認める余地も残してよいという有力な指摘もある。

新所有者が上記③の登記を備えた場合であっても、賃借人は、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができる旨の特則を新たに設けることについては、賛成する意見が強い。他方、債権の準占有者に対する弁済（現行民法第478条）の規律で対応すれば足りるとして、かかる特則を設けることに反対する意見も複数ある。

賃借人が必要費を支出した後に目的不動産の所有権が移転し、賃貸人の地位が承継された場合には、必要費の償還債務も新賃貸人に移転するという解釈については特に異論はない。そこで、その点を明文化することは、基本的に望ましいと言える。もっとも、仮に礼金や更新料の授受を原因とする不当利得返還請求が認められる場合には、本(4)と同様の問題状況になると考えられ、本(4)の規律をどの程度の射程を有するものとするかについては、なお検討を要するものと考えられる（日弁連）。

- 不動産賃貸借が対抗要件を備えた後に目的不動産の所有権が移転した場合には、従来の賃貸人（旧所有者）との間の賃貸借関係も新所有者との間に移転し、従来の賃貸人は賃貸借関係から離脱するとされている点については、判例の蓄積により確固たるものとなっている（大判大正10年5月30日民録27輯1013頁、最判昭和39年8月28日民集18巻7号1354頁等）。そして、判例法理のもと認められる賃貸人の地位の移転は、「新所有者が旧所有者の賃貸人としての権利義務を承継するには、賃借人の承諾を必要とせず、旧所有者と新所有者間の契約をもってこれをなすことができる」とされ（最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁）、通常の契約上の地位の移転とは異なる規律に服する。以上の賃貸人の地位の移転をめぐる判例法理は、賃貸借契約における確立したルールを形成しているものであり、当事者間の法律関係の安定的な規律に資するものとして明文化すべきものと考ええる。なお、新所有者が賃借人に対して権利行使をするための要件として、不動産の登記を備える必要がある点も、上記規律の一環をなすものとして併せて明文化すべきである。

他方、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意の効力について、「判例は否定している」との単純な理解から明文を規定することについては反対である。この点に関する、近年の判例は、賃貸人の地位を留保する合意があつたとしても賃貸人の地位の移転を否定する特段の事情には当たらず、賃貸人の地位は新所有者に移転するとの判断

(最判平成11年3月25日判時1674号61頁、民集未掲載。なお、反対意見が付されている。)を示しているにとどまり、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意の効力そのものについて言及するものではない。ましてや、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意を一律「無効」と判断しているものとは解されない。それにもかかわらず、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意を、一律「無効」と規定する立法がなされれば、「特段の事情」をめぐる今後の法発展および実務における創意工夫を阻害することとなりかねない。実際、実務においては新所有者が賃貸物件につき管理上のノウハウが存しない場合に、旧所有者が賃貸人として管理にあたるべき要請が少なからず存する。そのため、上記判例における賃借人に不測の損害を被らせないとの配慮を十分に汲みつつ、新旧所有者間の賃貸人の地位の留保合意にいかなる特段の事情が加われば、賃貸人たる地位を旧所有者に留保することが可能であるかについては今後の法発展に委ねるべきである(一弁)。

- 賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合における旧所有者との間の賃貸借契約の帰すうについて、上記①～③の判例法理を条文上明記することに賛成する。

賃貸人たる地位を旧所有者に留保することについては、実務上の要請があり、このような合意を一律無効とするのは相当ではない。この場合に、自ら関与できない理由で転借人に転落する賃貸人については、一定の場合に当該転貸借の効力を新所有者に主張できるようにする等の方法で保護を図ることが可能である。

賃貸人から見てどのように行動すればよいかが明確であり、賃借人保護に資することから、賃借人は、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができる旨の特則を新たに設けることに賛成である。

必要費が支出されたということは、毀損した価値が賃借人の修繕等によって回復したということである。しかし、賃借人が修繕等の事実を賃貸人に伝えていない場合、必要費の費用償還債務が生じているかどうかは、当の賃借人以外は知ることができない。このような状況下において当該不動産が譲渡される場合、その価格は、賃借人の修繕等によって回復した価値によることが多いと思われる。従って、このような場合には、旧賃貸人(旧所有者)に必要費の償還義務を負わせることが妥当であると考えられる。しかし、本提案によると、新所有者は、その知・不知に関わらず、必要費の償還を義務づけられることになる。これは、新所有者が譲渡価格として修繕等により回復した価格を払っていた場合、新所有者に修繕分の価値の二重払いを強いるものであり、結論として不当である。この問題は、必要費の償還債務の有

無が新所有者から認識しがたいことに起因している。後記4(2)の通り、修繕をするにあたって賃貸人への通知義務を課するとしても、新所有者が賃借人による修繕を認識することは担保されていない。以上の理由から、必要費の償還請求権が新所有者に対して移転するという結論が常に妥当であると言うことはできない(東弁)。

- 不動産賃借権が対抗力を有する場合に賃貸人たる地位が新所有者へ当然に承継されること、賃貸人たる地位を承継した新所有者がその地位を賃借人へ対抗するための要件として新所有者が所有権移転登記を備える必要が有ることを明文化することについては、特段反対しない。

他方、賃貸人たる地位を旧所有者へ留保する旨の合意があったとしても、賃貸人の地位が新所有者に承継されることを条文上明記するという点については、明文でかかる留保合意を一律に無効とするという趣旨であれば、(有効とするべき場合が有り得るのではないか、一定の場合に有効とした上でその場合の法律関係を整理する方が妥当ではないかという点を含め)、その適否について更に慎重に検討すべきである。

目的物の所有権移転を知らずに旧所有者に賃料を支払った賃借人に対する救済規定を設けることについては特段反対しない。但し、賃借人保護の観点から、賃借人の悪意の立証責任を新所有者側に負わせる規定の仕方が妥当であると考え。例えば、賃貸マンション1棟を所有している者が第三者にビル所有権を譲渡するとともに、これをリースバックしてそのまま旧所有者が賃貸業務を継続しているという事例を念頭に置く。この点に関する従前の判例として以下のものがある。

「自己の所有建物を他に賃貸している者が賃貸借継続中に右建物を第三者に譲渡してその所有権を移転した場合には、特段の事情のないかぎり、借家法1条の規定により、賃貸人の地位もこれに伴って右第三者に移転する」(最判昭和39年8月28日、判タ166号117頁)。「新旧所有者間において、従前からの賃貸借契約における賃貸人の地位を旧所有者に留保する旨を合意したとしても、これをもって直ちに前記特段の事情があるものということとはできない。」(最判平成11年3月25日、判タ1001号77頁)。上記最判平成11年3月25日は、新旧所有者間における賃貸人の地位を旧所有者に留保する合意は、賃貸人の地位の新所有者への移転を妨げる「特段の事情」に該当しないことを示したものだが、他方で、かかる特約に加えて、さらに例えば、旧所有者・新所有者・賃借人の三者間における明確な合意は無いものの、賃借人が新旧所有者間のスキームをある程度認識した上で、事実上所有権譲渡後も旧所有者を賃貸人として賃料を支払っていたような、新旧所有者間の特約だけに止まらないが、三者間合意にまで認められるかは微妙という事情が有る場合にまで「特段

の事情」が認められないのかは不明である。新旧両所有者間の賃貸人たる地位を旧所有者に留保する合意を一律無効とする規定を設けた場合、上記事例では、賃貸借関係は法律上当然に新所有者と賃借人との間に移転する。旧所有者が賃貸業務を続けるという場合は、新旧所有者及び賃借人との間で別途三者間合意を締結することになる。上記仕組みはルールとしては明確で分かりやすく、正面から反対するものではない。しかし、反面、実際の事例において、そこまで割り切った一律の処理をすることが妥当な解決をもたらすことになるのか、一抹の疑問を拭えない。例えば、冒頭のような事例は実際に存在するが、実需に基づき生じているこのような事例について、賃貸人たる地位を旧所有者へ留保する合意を常に無効と割り切ってよいものか。賃借人が新旧所有者間のスキームを一定程度認識しつつ賃料を旧所有者に支払っているような場合には、従前の枠組みの下で「特段の事情」を認めて旧所有者に賃貸人たる地位を認めることで足りるケースが有り得るのではないか。その場合に賃借人が不測の不利益を被ることがあってはいけませんが、例えば、賃貸人たる地位を留保する合意が新旧両所有者間でなされている場合には、新旧両所有者ともに賃借人に対しては賃貸人としての責任を負うこととするなど、賃貸人たる地位の留保を有効としつつ、他方で、有効とした場合における法律関係を整理することにより、各種事案に適したよりよい解決を導くことの出来る仕組みとなるのではないか。上記のような観点からの議論も踏まえた上で、慎重な検討をすることが必要であると考えられる。

目的不動産の所有権移転に伴い必要費の償還債務が新賃貸人に移転することを明文化することについては特に反対しない（大阪弁）。

- 目的物不動産の所有者が移転した場合における判例法理を明文化することに賛成である。新所有者が承継した賃貸人の地位を主張するための要件としては、所有権登記が必要かつ十分である。賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨の合意については、一定の場合には有効とすることに反対しないが、賃借人の地位が不安定にならないような方策を採るべきである。旧所有者に対する賃料の支払を保護するための特則を設けることは反対である。必要費の償還債務の新賃貸人への移転については、明文化することに賛成である。

不動産賃借権の物権化傾向に則するものであるし、規律が明確となる。不動産賃借権の移転が指名債権譲渡とは異質であることは明確にすべきである。対抗要件については、不動産賃貸借は所有権と不可分の権利義務であり、所有権の第三者対抗は登記が必要かつ十分条件であるのと同様に考えるべきである。登記以外の要件を導入すると、登記とその要件とで齟齬した場合、賃借人が誰を賃貸人とすべきか混乱してしまうおそれがある。賃貸人たる地位を留保する旨の合意につい

ては、最高裁の判例でも特段の事情のある場合には旧所有者に賃貸借契約の賃貸人たる地位が残る場合があるとしており、現実の実務の要請の観点でも、賃貸物件を流動化する場面（ファンド、SPC、不動産の信託譲渡）において、旧所有者に賃貸借契約を存続させて、物件管理をさせる方が便宜な場合があり、そのような取引が多くに行われており、賃借人の地位が転借人になって地位が不安定になることについては、旧所有者と新所有者との間の何らかの利用権限が消滅したとしても、賃借人が新所有者に賃借権を主張できる仕組みを別途立法で行うことで対応することができる。旧所有者に対する賃料の支払いについては、債権の準占有者に対する弁済によって保護すれば足りる。その際、登記を確認しないことは、一切賃借人に過失にはならないとすべきである。必要費償還債務の承継については、明文化することで規律が明確となる（仙台弁）。

- 賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨の合意をした場合の効力に関して、これを認める場合の前提（転貸借関係が生じることの前提）として、転借人（当初の賃借人）の保護の問題、例えば旧所有者（転貸人）に与えられた利用制限が後日消滅しても転借人（元の賃借人）が新所有者に対して賃借権を主張できることなどが検討課題として挙げられている。検討を進めるにあたり、元の賃借人の合意なくかかる効力を認めることに関し、実務上の要請と賃借人の保護とのバランスを十分考慮すべきである。
  - ①実務上の要請（当初所有者が賃貸物件をセールアンドリースバックする場合に、現状では全ての賃借人の同意を得て、転貸する方式を取っているが、特に不動産の流動化により資金を調達する場合、売買当事者のみで転貸借関係が構築できるのであれば、取引の阻害要因が少なくなり、不動産の流通性向上に資すると思われる。）、②賃借人の保護（賃借人にとっては、敷金返還請求権の保全及び上記検討課題となっている賃貸借の消滅に伴う転貸借関係の帰すうが大きな問題となる。前者については、敷金返還債務は新所有者が連帯して責任を負うこととし、新所有者は転貸人の信用状況によっては敷金相当分を転貸人に預託させる対応が考えられる。後者については、賃借人の債務不履行等による賃貸借の消滅の場合は転借人に責任はなく、新所有者は転貸借契約を承継する義務を負う、とすることが合理的と思われる。）（会社員）
- 賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合の旧所有者との間の賃貸借契約の帰すうについては、不動産賃貸借が対抗要件を備えている場合には、賃借人と旧所有者との間の賃貸借関係は新所有者との間に当然に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱すること等の判例法理を明文化し、このような場合の法律関係を明確にすべきで



ある。その検討に当たっては、旧所有者と新所有者との間で賃貸人たる地位を移転する合意がある場合（合意承継）と無い場合（法定承継）とを意識的に区別して規定を設けるべきである。なお、賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨の合意をした場合の効力に関して、判例（最判平成11年3月25日判時1674号61頁）では賃貸人の地位の移転を否定する特段の事情には当たらず、賃貸人の地位は当然に新所有者に移転するとの判断が示されているものの、一切の例外を認めない趣旨ではないことに留意すべきである。賃借人が目的不動産の所有権の移転を知らずに旧所有者に対して賃料を支払った場合の賃料の取扱いに関しては、その支払を新所有者に対抗することができる旨の特則を設けることに賛成する（弁護士）。

- 上記①ないし③の判例法理を明文化すること、賃借人は、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができる旨の特則を新たに設けること、及び賃借人が必要費を支出した後に目的不動産の所有権が移転し、賃貸人の地位が承継された場合には、必要費の償還債務も新賃貸人に移転すると解されていることを踏まえ、これを明文化することに賛成する。

上記の判例法理は、いずれも賃貸人たる地位の移転に関する重要なものであり、現行民法の規定から当然に結論が導かれるものではないことから、明文化の必要性が認められる。ただし、賃借人は目的不動産の登記移転について一般的に関心を示しているわけではないことから、登記移転の事実を知らないで旧所有者に賃料を支払った賃借人の利益は法律上保護する必要がある。なお、判例は賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意が旧所有者と新所有者との間にあったとしても、直ちには前記特段の事情には当たらず、賃貸人の地位が新所有者に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱するとしているところ、このような結論には異論もみられるようであるが、不動産の旧所有者と新所有者との合意のみで①の適用除外を認めることは賃借人保護の観点から適切でないことから、賃貸人たる地位を留保する旨の特約を認める範囲については、これに代わる賃借人保護の方策を講じた上で特別法の規定により別途手当てを行うのが適切と思われる（弁護士）。

- 賃貸借目的物の譲渡があった場合でも、旧所有者が引き続き賃貸人の地位を保有し続けたいと考える場合はありえるのであり、その旨の合意を一律に無効とすべきではない。そのため、旧所有者に賃貸人の地位が留保されるという、旧所有者及び新所有者の合意の効力は、旧所有者が賃借人に対する賃貸を継続できる状況にある限り、これを有効とすることを明示すべきである（森・濱田松本有志）
- 「不動産賃貸借が対抗力を有する場合には、賃借人と旧所有者との

間の賃貸借関係は新所有者との間に当然に承継され、旧所有者は賃貸借関係から離脱する。」旨明示することによい。

賃貸借関係承継について、賃借人の承諾は不要である旨明示することによい。

賃貸人たる地位の承継を新所有者が賃借人に主張するためには対抗要件を備えることを要する旨定めることについては、反対しない。

賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意を無効と明記することには、慎重に検討すべきである。部会資料16-1によれば、賃貸人たる地位を旧所有者に留保する旨の合意の効力については、これを否定する判例があるとするが、判例（最高裁第1小法廷平成11年3月25日判決・判例時報1674号61頁）は、いかなる場合も留保の合意を無効とする趣旨とまでは解されない（合意があったとしても、賃貸人たる地位の新所有者への移転を妨げる「特段の事情」に該当しないことを示しているとはいえるが、他の事情が付加された場合にも常に「特段の事情」が否定されるのか疑問である。実務上もないとはいえない契約類型ではないか。）

新所有者が対抗要件を備えていても、賃借人が賃貸人の地位の移転を知らずに旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払いを新所有者に対抗できる旨の特則を設けることには賛成である。

賃借人が必要費を支出した後に、賃貸人の地位が承継された場合には、必要費の償還義務も新賃貸人に移転する旨を明文化することは賛成である（兵庫県弁）。

- 賃借人が必要費を支出した後に目的不動産の所有権が移転し、賃貸人の地位が承継された場合には必要費の償還債務も新賃貸人に移転する方向で検討すべき（日司連，青司協）。
- 不動産賃貸借といっても、(i) 民法の規定のみが適用される不動産の賃貸借（駐車場，ゴルフ場敷地等），(ii) 借地借家法が適用される土地賃貸借および建物賃貸借，(iii) 農地法が適用される農地の賃貸借など，適用法令によって賃借人の保護の必要性は区々である。今まで判例となっていたのは，借地借家法適用の不動産賃貸借に限られるところ，判例がどのような事案を想定しているのか分析することなく，一律に判例法理をすべての賃貸借に適用すべきでない。この判例法理を条文化することは，当事者の予測可能性を増すこととなり賛成であるが，条文化するのであれば，民法ではなく，むしろ借地借家法で条文化すべきであると思われる。なお，条文化するにあたっては，賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合において，特段の事情がある場合には賃貸人の地位を旧所有者に留保する旨の合意は有効とすべきである。また，「特段の事情」には事実上賃借人の地位が保護されている事情等も含むものとし，現在の判例よりも広く解される

べきである（ビル協）。

### (3) 不動産賃貸借における合意による賃貸人の地位の承継

対抗要件を備えていない不動産賃貸借においても、目的不動産の譲渡に伴いその当事者間の合意により賃貸人たる地位の承継が行われる場合があるが、このような場合にも、①賃借人の承諾は不要であること、②この場合の賃貸人たる地位の承継を新所有者が賃借人に対して主張するためには、新所有者が不動産の登記を備える必要があること、③賃借人は、賃貸人の地位が移転したことを知らないで旧所有者に賃料を支払ったときは、その支払を新所有者に対抗することができることを条文上明記するかどうかについて、更に検討してはどうか。

#### 【意見】

- 対抗力ある不動産賃貸借以外の場合についても規律を明確化する必要があることから、準用規定を設ける考え方に賛成（金沢弁消費者委，日司連，広島弁）。
- 対抗要件を備えていない場合でも、上記の判例法理は妥当し、それらの条文上明記した方が分かり易い民法に資する（愛知県弁，日大民研・商研）。
- 対抗要件を備えていない賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合における賃貸人たる地位の帰趨に関する規定を設けることについては、実務上、駐車場用地となっている土地について売買が行われる事案なども多くあり、権利関係の明確化を図る観点から有益と考えられるので、賛成である（不動協）。
- 判例，実務における一般的な解釈を明文化するものであり、権利関係の明確化に資することから賃借人の承諾不要，登記具備の必要性，旧所有者へ賃料を支払った場合の規律について条文を設置することに賛成する（法友全期）。
- 賛成。むしろ（2）よりも先にこちらを規定すべきである。仮に地位の承継が合意されていない場合でも、物件の所有権の移転により…，とすべきである（広大有志）。
- 賃借人の保護に資するため賛成（札幌弁）。
- 賃借人が第三者対抗要件を具備していない場合であっても、賃貸人たる地位を賃貸目的物の旧所有者から新所有者に承継することを旧所有者及び新所有者が望んでいるのであれば、かかる地位の移転を認めるのが合理的である。この場合、賃借人はそもそも新所有者に賃借権を対抗できない地位にあったことからすると、新旧所有者間での合意による賃貸人たる地位の移転につき賃借人の承諾を不要とすることにも合理性があることを踏まえて、検討してはどうか（長島・大野・常

松有志)。

- オーナーチェンジの法律関係を明確化する立法事実があり、実務上の要請もあると考えられ、①賃借人の承諾は不要であること、②賃貸人たる地位の承継を新所有者が賃借人に対して主張するためには、新所有者が不動産の登記を備える必要があること、及び③賃借人は、賃貸人の地位移転を知らないで旧所有者に賃料を支払ったときはその支払を新所有者に対抗できることを明文化することについて、賛成である（一弁）。
- 目的物の譲渡に伴い、賃貸人たる地位の承継がなされるべきであるということは、対抗力ある不動産賃貸借のみにあてはまるものではない。そのため、①ないし③を条文上明記すべきである（東弁）。
- 賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合における法律関係の明確化という要請は、対抗要件を備えていない不動産賃貸借にも妥当するものであること等を理由に賛成する意見が強い。他方、対抗要件を備えている不動産賃貸借について形成された判例法理をそのままの形で対抗要件を備えていない不動産賃貸借に適用し得るか疑問が残るといった点を理由として、更に慎重な検討を要するという意見も有力である（日弁連）。
- 賃貸借の目的物である不動産の所有権が移転した場合の旧所有者との間の賃貸借契約の帰すうについて、旧所有者と新所有者との間で賃貸人たる地位を移転する合意がある場合（合意承継）の規定を設けることに賛成する。契約上の地位の移転一般の取扱い（前記第16, 2）とも関係するが、賃借人の承諾が不要であると解されていることを条文上明記すべきであり、これは特に不動産賃貸借が対抗要件を備えていない場合に、実際上の意味がある（弁護士）。
- 上記①ないし③を条文上明記する方向で検討すべきである。  
目的物の譲渡に伴い、賃貸人たる地位の承継がなされるという考え方は、対抗力ある不動産賃貸借のみにあてはまるものではないことから、対抗要件を備えていない賃貸借にも当てはまる事項については、賃貸人たる地位の承継について同様の規定を整備すべきである（弁護士）。
- 上記①から③の規定を設けることに賛成である。対抗要件を備えない不動産賃貸借についても、法律関係を明確化する必要がある（兵庫県弁）。
- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 従前、賃貸人の地位の譲渡については、賃借人の承諾が不要と解されてきたが、これは、賃借人にとっても賃貸借契約が承継されることが有利に働くことが前提とされていたのではないか。たとえば、旧賃貸人が賃借人の承諾なしに、賃借人がその者との契約存続を希望しない新賃貸人に目的物を譲渡した場合（たとえば、譲受人が反社会的勢力に関わる者である場合）、賃借人は当該賃貸借関係からただちに離脱することが

できると解する必要がないか（大学教員）。

- 対抗要件を備えていない不動産賃貸借において、賃貸人たる地位の移転に関するルールを及ぼす必要性は乏しいため、規定を明文化するには及ばない（堂島有志）。
- 対抗要件を具備しない不動産賃貸借についてまで明文の規定を設ける必要はなく、契約上の地位の移転に関する一般的規律に委ねてよいと思われる（福岡弁）。
- 対抗力ある不動産賃貸借における判例の考え方をそれ以外の賃借権に及ぼしうるのか否か、また、その必要性の有無について、さらに慎重に検討する必要がある（横浜弁）。
- 対抗力を有しない賃貸借契約は、「物権は債権を破る。」との原則のとおり、賃貸人たる地位は当然には承継されず、賃貸人たる地位の承継があるのは特にその旨の合意がある場合である。即ち、この場合には単なる所有権の譲渡契約とは別に旧賃貸人から新賃貸人への契約上の地位譲渡契約が存在すると解すべきである。そうすると、所有権譲渡を伴わない場合で賃貸人たる地位が第三者に移転する場合（信託受益権の売買に絡んで実務上もよく起きる。）、と平行に考える必要がないかどうか、平行に考える必要があるとすれば、後者の場合、賃借人の同意が要件とされているが、これを変更することに不都合が生じないかどうかなど、慎重に検討すべきである（二弁）。
- 対抗力の有る不動産賃貸借以外に所有権移転に伴う賃貸人たる地位移転のルールを及ぼすという考え方自体には反対しない。但し、その移転の有無が新・旧所有者間の合意により変わるという考え方には反対。

例えば、対抗要件の無い不動産賃貸借目的物が譲渡された場合、現状の制度の下では、新所有者が旧所有者へ目的物返還を求めることが可能となる。しかし、この場合でも新所有者は、賃貸を継続することにメリットが有ると考えれば賃借人との賃貸借契約締結に同意する。提案の制度が導入されたとしても、賃貸人たる地位の承継の有無が新旧両所有者間の合意の有無により左右されるというのであれば、この点は変わらない。他方、賃借人は、現状制度の下では、賃貸継続にメリットを感じ、賃貸借契約締結を望む新所有者との間で個別に交渉・合意をすることが可能であるのに対し、提案の制度の下では、賃借人の同意無く従前の契約が承継されることとなり、交渉・同意の機会が無くなる。結局、賃借人側から見ると、提案の制度は、「現状から個別同意の機会をマイナスされることになる」だけであると考えられる。かえって、所有者が変わる毎に、賃借人の与り知らない新旧両所有者間の契約により、賃貸人たる地位が移転したりしなかったりということになり、賃借人にとってはかえって複雑・混乱の種ではなかろうかと考えられる（大阪弁）。
- 譲渡当事者間で合意するなら、それは対抗力ある賃借権と変わらない。

合意による賃貸人の地位の承継の場合にも、①②については明文化することは賛成である。③については、明文化することに反対である（仙台弁）。

- 賃貸人の地位の留保をする合意については、賃借人の地位を不安定としかねないので、留保合意の効力の範囲を広く認めるべきではなく、賃借人の同意がある場合などに限るべき。また、賃貸人の地位を主張できる要件として登記を必要とする見解が判例で採られているがそれを明確に規定すべき。賃借人が譲渡を知らないまま旧賃貸人に支払ってしまった賃料支払いが有効となる要件を定める規定を置くことが、賃借人保護のために必要（親和会）。

#### (4) 敷金返還債務の承継

目的不動産の所有権の移転に伴い賃貸人たる地位が新所有者に移転する場合において、賃借人から旧所有者に対して敷金が差し入れられていたときは、判例・通説は、旧所有者の下での延滞賃料債務等に充当された後の残額の敷金返還債務が当然に新所有者に承継されると解している。そこで、これを条文上明記することの当否について、更に検討してはどうか

また、これによって賃借人の同意なく敷金返還債務が新所有者に承継される場合には、賃借人の利益を保護する観点から、旧所有者もその履行を担保する義務を負うものとするものの当否については、旧所有者の地位を不安定にし賃貸不動産の流通を阻害するおそれがある等の指摘があることを踏まえ、更に検討してはどうか。

このほか、敷金に関しては、その定義を明らかにする規定や、敷金の充当に関する基本的な法律関係を明らかにする規定を設けるかどうかについて、検討してはどうか。

##### 【意見】

- 敷金については定義規定や充当に関する基本的な法律関係を明らかにする規定を設ける方向で検討すべき（日司連、青司協、東弁）。
- 敷金の返還債務については、有効な保全手段を取れないまま多額の敷金の預託を強いられている現状に鑑み、賃借人が免責的債務引受を承諾しない限り、旧所有者も敷金返還債務の履行を担保する義務を負う旨の規定を設けることに賛成する（電情産協）。
- 賃貸人たる地位が新所有者に移転する場合、賃借人から旧所有者に対して敷金が差し入れられていたときは、旧所有者下での延滞賃料債務等に充当された後の残額の敷金返還債務が当然に新所有者に承継されるとの判例・通説を明文化する方向で検討すべき。賃借人の同意なく敷金返還債務が新所有者に承継される場合には、賃借人の利益を保護する観点から、旧所有者の保護も考える必要があり、一定程度の期

間制限を設ける，旧所有者が賃借人に敷金返還の債務を履行した場合には新所有者に求償できるなどとする方向で検討すべき（青司協）。

- 第1段落については，判例を明文化することは意義がある。第2段落については，債務者の同意を得ないで債務引受をすれば併存的債務引受となるのが原則であり，旧所有者が債務を免れるためには本来債権者の同意が必要であることを鑑みれば旧賃貸人が一定の責任を負うことが相当。従って，旧所有者も履行を担保すべき方向で検討すべき。ただし，不動産を譲渡した後は貸借対照表の固定資産科目から不動産を削除するにもかかわらず，簿外債務を負い続ける可能性があることを鑑みれば，一定程度の期間制限を設けたり，旧所有者が賃借人に敷金の返還を履行した場合には新所有者に求償でききたりする方向で検討すべき。第3段落については敷金という賃貸借契約については半ば契約内容のひとつとして恒常化しているものについて法律上定義がされていないことは不都合であり明文化すべき。なお，定義だけでなく，敷金返還の発生時期を建物明渡し時とする旨など，敷金に関する基本的な法律関係について定めることも有益である（東京青司協）。
- 概ね賛成する。ただし，賃貸借契約と敷金設定契約は，異なる契約であるため，この点をどのように考えるべきかという問題が残る（日大民研・商研）。
- 一向に紛争が絶えない分野であるので，規定を新設し，できるだけルールを明確にすべき（大学教員）。
- 敷金の定義や充当関係について，立法技術上適切な規定を設けられるかという問題はあるが，そのような問題をクリアできるのであれば，敷金返還債務の承継といった問題についても併せて規定を設けることが，敷金の帰趨について賃借人の予測可能性を保護する観点に照らし適切と考えられる（弁護士）。
- 賃借人の承諾を得ない場合には，旧所有者にも一定の責任を負わせるべきではないか。

理由は，①賃貸物の所有権及び賃貸人の地位の移転に伴い，敷金返還債務が賃借人の同意なく新所有者に承継されるとすれば，賃借人は新所有者の資力の危険を負担することになるが，賃借人が知らないままになされた譲渡によりその危険を賃借人に負担させるのは妥当ではないこと，②賃貸物の譲渡に伴い新所有者に敷金返還債務が承継されるのは債務引受によるものであるから原則的には重疊的債務引受であり債権者である賃借人の同意なくして旧所有者は免責されないこと，③旧所有者の責任の重さや不動産流通を阻害するなどの理由から反対の意見がある。しかし前者については期間制限を設け，後者についても実際の譲渡交渉において旧所有者の債務が残らないように譲渡しようとするれば，新旧所有者と賃借人三者間で敷金清算についての一定の

合意がなされるはずであるし、このような合意形成が困難な競売については旧所有者の資力もないので対象から除外すれば足りることによる（日弁連消費者委有志）。

○ 高額の敷金を受領した賃貸人が、目的物件を第三者に処分することにより、その返還義務を免れることができると解することには問題が多い。賃借人、旧賃貸人、新賃貸人の中での利益調整の仕方について、賃借人の敷金返還請求権をいかに確保するかという点からさらに検討が望まれる（大学教員）。

○ 裁判例等を踏まえて一般的な理解を明示的に規定する必要があることから、敷金返還債務の承継に関する判例・通説を条文上明記する考え方に賛成（金沢弁消費者委，愛知県弁，日司連，パブコメWG，広島弁，不動産証券化協，東弁）。

また、承継された敷金返還債務の履行を旧所有者も担保する義務を負うことの当否に関しては、旧所有者は目的不動産の所有権を失った後も賃貸借をめぐる法律関係から解放されないのは適当ではない一方で、新所有者に資力がないリスクを借主に課すことにも問題があり、慎重に検討すべき（金沢弁消費者委）。

○ 賃貸借の目的たる不動産の所有権の移転に伴い、賃貸人たる地位が新所有者に移転する場合、賃借人が差し入れていた敷金は、旧所有者の下で発生した滞納賃料等の債務に控除された部分を除き、新所有者に当然に承継されるとの判例法理を明文化することに格別の異論はないが、当該賃貸人たる地位の移転が賃借人の承諾を得ないでなされた場合には、賃借人が新所有者の無資力の危険を負担することのないよう、旧所有者も敷金返還債務を免れないとすべき。このように解することは、債権者の同意を得ない債務引受は免責的効力がなく、併存的債務引受と解されていることから当然のことであるから、旧所有者に不測の損害を与えるおそれはない（民法協）。

○ 敷金返還債務については、確かに賃借人に不利益を与える可能性はあるが、他方、旧所有者を長期に不安定な立場に置くことも妥当ではなく、敷金契約はあくまでも賃貸借契約に付随するものであることから、旧所有者に敷金返還の負担を強いるのは妥当ではない。そのため、賃借人の同意なく敷金返還債務が新所有者に承継される場合には、旧所有者もその履行を担保する義務を負うものとするについて、反対する（愛知県弁）。

○ 民法には敷金の定義規定がおかれておらず敷金と保証金との区別があいまいになって実務上混乱が生じていることから、定義規定を置くべき。具体的には「賃借人の賃貸借契約上の義務の不履行を担保するため、交付される金銭」などが考えられる。また、敷金の上限を金額や賃料の期間で規定することも一案だが、取引の実情を調



査するなどして慎重に検討すべき。

敷金が目的不動産の所有権の移転に伴い買主に当然承継されることや、その際に全所有者の下で生じていた未払賃料等が当然充当充当されることは判例で確立されていることから条文として明確化すべき。ただし、敷金返還債務が旧所有者にも残存し、新所有者と併存的債務引き受けの関係にあるとの立法をすることは、不動産流通を阻害しかねないため反対（親和会）。

- 敷金返還債務が新所有者に承継される場合、その債務を旧所有者が担保する規定を置くことについては、反対である。賃貸借の目的不動産を譲渡した旧所有者は、敷金返還債務から逃れるという実務が定着しているにもかかわらず、旧所有者が担保する規定を置くことになると、旧所有者は長期にわたり偶発的な債務を負うことになり取引が混乱し、賃貸不動産の流通が阻害される可能性が高い。また、当該規定を置く根拠となっている賃借人の利益の保護という観点からも、そもそも賃貸借は状態債務関係であり敷金はあくまで付随する契約であること、敷金に不安がある場合には敷金返還請求権を担保として抵当権を設定する等他の方法で対応することが可能であることを考えると、旧所有者の担保責任については規定すべきでない。この論点については、債務引受の一般的な考え方をそのまま適用すべき場面ではなく、敷金債権の債権者（賃借人）の同意がないからといって、当然に重畳的債務引受と同様の効果を導くべきではない（パブコメWG）。
- 旧所有者の責任について、履行を担保する義務を負うことについては、実務的な処理と異なり、混乱を招く。不動産取引の停滞を招きかねないため、反対（広島弁）。
- 新所有者に敷金が承継されるとの判例理論を明文化することは賛成。ただし、旧所有者が担保義務を負うことについては、明文化に慎重であるべきだと考える（「改正を考える」研）。
- 賃貸借の目的不動産の所有権が移転された場合に敷金返還債務が新所有者に承継される場合には、旧所有者も、その履行を担保する義務を負う旨の規定を設けるべきであるとの考え方がある。このようなルールを定めた場合には、旧所有者は、将来敷金を返還するかもしれないという不確実な義務を負うこと、敷金を返還した場合には、新所有者に対し不当利得返還請求権を取得するため、新所有者に対する信用リスクを負担することとなり、賃貸借の目的物たる不動産の譲渡の当事者となることの障害となる。不動産流動化の場面で考えると、信託財産である賃貸不動産を売却して、信託を終了する場合に、固有財産で担保義務を負担することになるため、信託財産である賃貸不動産から生じる経済的利益を全て受益者に移転せず、当該リスク相当額を信託財産に留保せざるを得ないが、これは、不動産証券化手法の障害と

なる。また、信託終了時に、信託財産である賃貸借不動産を委託者や受益者に交付する信託においても同様の問題が生じる。さらに、実際に旧所有者として支払う場面を想定すると、賃借人が未払い賃料等の支払義務を賃貸人に対して負担している場合には、それを調査して返還すべき敷金の額を計算する必要があるなど負担が大きい。このように、旧所有者が敷金返還債務の履行について担保義務を負担するというルールは、不動産売買や不動産流動化手法等の障害となり、経済の活性化の阻害要因となると考えられる。賃借人側には、判例・通説に従い新所有者が敷金返還債務を承継することが条文中も明文化されるのであれば、最終的には賃料債務との相殺という手段、または当該不動産競売時の競落人による債務承継という道が残されていることを考えると、旧所有者による「担保義務」までの保護は不要ではないかと考える（信託協会）。

- 旧賃貸人は新賃貸人の信用リスクを賃借人に保証するのに等しく、いつ敷金返還請求を受けるか安心できず、取引関係を不安定にする。また、融資を付けていた金融機関も、物件売却により融資を回収し安心していたところ、旧賃貸人から賃借人への敷金支払のための借入の申し出を受けるなど予期せぬ事態が想定される。賃借人のための敷金返還請求権の保全は別の制度的方策を考えるべきと考える（全信協）。
- 敷金返還債務の承継の明文化に伴い、その対象となる「敷金」の範囲・定義については、実務等を踏まえ、明確にすべきと考える。また敷金返還債務が新所有者に承継されるとする場合における、旧所有者の敷金返還債務に対する担保義務につき、明文化された場合、不動産の流通市場における実務を大きく阻害することが想定され、規定すべきではないと考える（不動産証券化協）。
- 判例では、旧所有者に敷金が差し入れられていた場合には、旧所有者のもとでの延滞賃料債務等に充当された後の残額の敷金返還債務が当然に新所有者に承継される、とされている。しかし、実務的には敷金は全額新所有者に承継されたとした上で、未払賃料請求権については旧所有者から新所有者に対し債権譲渡されるなどの方法がとられており、判例法理通りに運用されていることは少ない。また、新所有者は敷金全額を、その後の未払賃料等が発生した時の引き当てにしたいという期待を有している。そのため、敷金全額の返還債務が新所有者に承継されることとすべきである。

不動産取引においては敷金返還債務の承継を前提として売買価格が設定されており、担保義務が規定されれば賃貸不動産の流通を阻害するおそれがある。不動産が転々譲渡された場合に、いつまで敷金返還債務を負うのか不透明である。そのため、旧所有者が敷金返還債務の履行を担保する義務を負う旨の規定は設けるべきではない。

敷金については争いになる事案が多く、返還債務の発生時や不払賃料等の充当関係など判例法理が確立し、実務上もそのルールにのっとった運用がなされていることから、敷金の定義を明らかにし、返還債務の発生時や不払い賃料等の充当関係など、既に確立した判例法理を明文化すべきである（堂島有志）。

- 賃貸物件の所有権が移転した場合に、新所有者が負うこととなる敷金返還債務について、旧所有者が担保義務を負担することが検討されているが、実務では、賃貸物件のオーナーチェンジがあった場合、旧所有者が預かっている敷金については売買代金に反映させ決済が行われる。旧オーナーが返還債務の履行をいつまでも担保することとなるのは過度な負担となり、賃貸物件の流通を阻害するおそれがある（全宅連）。
- 目的不動産の所有権の移転に伴う敷金返還債務の承継について、判例・通説の解釈を条文上明記することは、契約当事者の意識喚起の意味でも賛成であるが、旧所有者もその履行を担保する義務を負うものとするのは問題である。取引実務においては、売主が敷金を買主に引き渡せないときは、これを売買代金の決定に当たって斟酌しており、それゆえ法律関係が明確となっている。賃貸不動産の売買が行われた場合、賃貸借がすぐ終了するわけではなく、それから長期にわたる期間の経過後に賃貸借が終了し、敷金返還の関係が顕在化するのであるが、旧所有者は遙か昔に所有者でも賃貸人でもなくなった物件について、敷金返還をせざるを得ない事態が生ずることがあり得る。このような事態の発生は、旧所有者の地位を不安定にし、賃貸不動産の流通を阻害する要因となる。

賃貸不動産を譲渡した後もなお敷金返還債務を負担し続けている状態を常態的に容認することは賃借人を過度に保護することになり、他方、賃貸借契約関係を複雑にする（旧所有者が賃貸借契約の存続や終了に関与し続けざるを得なくなる）ことから、かかる履行義務を負わせることは適当ではない。賃借人の保護については、個別事案毎に、旧所有者の債務引受を擬制する一部学説の見解等を適用することで手当てすることで対応可能である。また、市場参加者も、敷金返還債務からの即時離脱を前提に取引に参加しており、重畳的な保証機能を旧賃貸人に負担させるのは、不動産市場の価格形成にも重大な影響を与えかねない。

「目的不動産の所有権の移転に伴い賃貸人たる地位が新所有者に移転する場合において、賃借人から旧所有者に対して敷金が差し入れられていたときは、旧所有者の下での延滞賃料債務等に充当された後の残額の敷金返還債務が当然に新所有者に承継される」旨の規定を設けることについては、実務上、売買の当事者間において、上記のような

充当は行わずに（延滞賃料債務等は、引き続き旧所有者に留保すること、もしくは、当該債務等は別途旧所有者から新所有者に対して譲渡されることを前提として、）敷金返還債務を承継させる取り扱いとする意向が出てくることも少なからずあり、かつ、賃借人も同意していれば、そのような取り扱いをすることについて格別不合理とはいえないと思われるため、旧所有者、新所有者及び賃借人の合意があれば、そのような取り扱いをすることが可能となるようにしていただきたい。

敷金返還債務の承継が旧所有者も履行担保義務を負う併存的債務引き受けとなることには賛成できない。オーナーチェンジの場合、実務上は旧所有者が預かっている敷金は売買代金に反映させる形で決済が行われているため、旧所有者が敷金返還債務の履行をいつまでも担保することになれば旧所有者にとって過大な負担となり、賃貸不動産の流通を阻害するおそれがある

旧所有者の下での敷金返還債務が当然に新所有者に承継されるという法理を明文化することには賛成。ただし、敷金について、所有権移転時に延滞賃料債務等が法定充当されるという判例法理については、実務上必ずしも定着していないうえ、そのまま適用されれば混乱が多く、少なくとも一定額よりも少ない未収賃料等については、賃貸人の承継時に法定充当とならず、賃貸人において充当の意思表示をした場合に限るべきである。たとえば、翌月賃料を当月末日までに支払う賃貸借契約をしている不動産を月末に譲渡を行った場合において、承継される敷金額がいくらになるのか、譲渡日における賃料支払い状況によって変更されるということになると、契約書の記載が間に合わず、当事者の予期せざる債務不履行を惹起することになる。実務上は少なくとも1か月未満の延滞については、賃借人の手続きミスもありうるとして敷金充当はまずしないので、当事者においても、そのような延滞では敷金全額が譲渡人から譲受人に承継すると考えていることがほとんどである。また、賃貸借契約上「敷金」とされているすべてが賃貸人の地位承継に伴って移転するわけではないという執行実務も踏まえ、何が承継されるべき敷金か明確にすべきである。その際、敷金の額、賃料との比率、充当ができる範囲、返還についての定めなどを踏まえ、明確な基準を作成すべきである。なお、敷金として認めるべきなのは月額賃料6か月分程度であるという意見もあるが、オフィスビルにおいては通常12か月程度の敷金が預託されている。これは、現在の裁判実務上、賃料不払いを理由として賃貸借解除が認められるのは3か月程度の延滞が求められるうえ、これに建物明渡訴訟の期間、原状回復費用（オフィスビルでは間仕切りなど賃借人造作が多く、住宅よりも高額な原状復旧費用がかかる。）などを考えて賃貸人としては保全上少なくとも認められるレベルであって、決して高額であると

いう認識を持っていない。現にいったん賃料不払い、解除となると敷金では足りないことも多い。なお、競売実務上も、月額賃料 24 か月分程度の敷金については買受人に承継している。

以上のように敷金の定義を明確化したうえで、敷金については、新所有者に承継され、旧所有者には請求できないとするべきである。債務引受の原則どおり債権者の同意がなければ重疊的債務引受とするのが原則ではないか、という議論に対しては、所有権移転にもかかわらず賃貸人の地位は賃借人の同意がない限り移転しないという議論をとるのであれば格別、契約上の地位の承継の原則と異なり、所有権移転により当然に賃貸人の地位が承継されるという原則を前提とすれば、賃貸人の地位に含まれる敷金返還債務も同じ扱いにするべきである。(したがって、賃貸人の地位に付随する敷金と付随しない預託金とが明確に分けられることが必要である。) また、従来は旧所有者が引き続き敷金返還債務を負うかどうかは必ずしも明らかでなかったため、実務上は賃借人の同意を取る場合と取らない場合とがあつたが、もし制定法で旧所有者の責任が残ることが明記されれば、旧所有者としては、敷金返還債務のリスクを回避するため、敷金分を留保することを求めてくることが考えられる。そうすると、買主としては、売主のクレジットリスクを引き受けざるを得なくなるため、実務上きわめて影響が大きく、不動産流通市場に対する萎縮効果はきわめて大きいものと言わざるを得ない。期間制限を設ければよいという説もあるが、当該期間中においてはやはり問題は残るのであり、実務に与える影響はそれほど減らない。同意を取ればよいではないか、という説もあるが、賃借人の中には不合理に協議を拒絶したり、承諾料などの対価を求めてくる者も存在する。(現在でも同意を取る事例において、このような例は存在する。現行法上は、そのような場合最終的には通知で済ますという運用をしているが、旧所有者の担保責任が明文化されると、そのような運用もとりづらくなる。)

賃貸借の目的不動産の所有権が移転された場合に敷金返還債務が新所有者に承継される場合には、旧所有者も、その履行を担保する義務を負う旨の規定を設けるべきであるとの考え方がある。このようなルールを定めた場合には、旧所有者は、将来敷金を返還するかもしれないという不確実な義務を負うこと、敷金を返還した場合には、新所有者に対し不当利得返還請求権を取得するため、新所有者に対する信用リスクを負担することとなり、賃貸借の目的物たる不動産の譲渡の当事者となることの障害となる。不動産流動化の場面で考えると、信託財産である賃貸不動産を売却して、信託を終了する場合に、固有財産で担保義務を負担することになるため、信託財産である賃貸不動産から生じる経済的利益を全て受益者に移転せず、当該リスク相当額を信

託財産に留保せざるを得ないが、これは、不動産証券化手法の障害となる。また、信託終了時に、信託財産である賃貸借不動産を委託者や受益者に交付する信託においても同様の問題が生じる。さらに、実際に旧所有者として支払う場面を想定すると、賃借人が未払い賃料等の支払義務を賃貸人に対して負担している場合には、それを調査して返還すべき敷金の額を計算する必要があるなど負担が大きい。このように、旧所有者が敷金返還債務の履行について担保義務を負担するというルールは、不動産売買や不動産流動化手法等の障害となり、経済の活性化の阻害要因となると考えられる。賃借人側には、判例・通説に従い新所有者が敷金返還債務を承継することが条文上も明文化されるのであれば、最終的には賃料債務との相殺という手段、又は当該不動産競売時の競落人による債務承継という道が残されていることを考えると、旧所有者による「担保義務」までの保護は不要ではないかと考える。

旧所有者の下での敷金返還債務が当然に新所有者に承継されるという判例・通説を条文上明記することは賛成である。旧所有者も敷金返還債務の履行を担保する義務を負うものとすることについては、売買代金から敷金を控除する不動産売買の実務に著しい混乱を生じさせる可能性がある他、旧所有者が長期に敷金返還についての担保義務を負い続けることになりかねず、売主の立場が不安定となる。また、賃借人の同意を取るにしても不合理に同意を拒む賃借人や承諾料等同意の対価を要求する賃借人が出現するリスクも考えられ、賃貸不動産の流通を阻害するなど著しい悪影響が懸念されるため、賛成できない。賃借人の立場への配慮については、高額な敷金は賃借人から賃貸人への貸付金として敷金の対象から外すとの裁判所の実務が機能しているものと解される（不動協）。

- 「目的不動産の所有権の移転に伴い賃貸人たる地位が新所有者に移転する場合において、賃借人から旧所有者に対して敷金が差し入れられていたときは、敷金返還債務が当然に新所有者に承継される」という今までの判例法理を明文化することには賛成であるが、本来は民法ではなく借地借家法改正において実現すべきである。また、この場合、承継される敷金について明確な定義を条文化するべきである。

所有権移転に伴う賃貸人の地位の承継時に敷金が当然充当されるという判例法理の条文化には反対する。実務的には、賃貸借契約上、賃貸人が充当するか否かの決定権限を持つことが通常なので、賃貸人の地位の承継時には当然充当とはならず、また、実務上も定着していないため、条文化により混乱を招くこととなる。そのため、賃貸人において充当の意思表示を行った場合に限定すべきである。賃貸人が充当の意思表示を賃借人に行っていない場合は、新所有者は敷金の充当を

賃借人に対抗できないとすべきである。これも本来は借地借家法に織り込むべき規定である。

賃借人（敷金返還請求権者）の保護という観点から言えば、現状において賃貸人が破綻（民事再生及び会社更生）した場合、敷金返還債権は共益債権として一定程度優先的に扱われるなどの手当てが十分なされており、新たに当該規定を法制化することにより、賃借人の敷金返還請求権に対する保護をことさらに高める必要性はない。むしろ、賃貸人の負担を増加させ不動産流通市場を委縮させるという、マイナスの効果を招くことになるため、「賃借人の同意なく敷金返還債務が新所有者に承継される場合には、賃借人の利益を保護する観点から、旧所有者もその履行を担保する義務を負うものとする」ことを規定すべきでない（ビル協）。

- 敷金返還義務は新所有者に承継される（判例）旨規定することに賛成。旧所有者に履行担保義務を負わせるのは過度の負担であり現実的でなく、不動産の流通を阻害する。借主の同意も実際には得にくい（両方に対して請求できるのにわざわざ免責的債務引受に同意などしない）。旧所有者が履行担保義務を負うとすることには反対（法友全期）。
- 賃借人の同意なく敷金返還債務が新所有者に承継される場合に、旧所有者もその履行を担保する義務（以下「担保義務」という。）を負わせるのは相当ではないと考える。

理由は、(1) 不動産の流通を阻害するおそれがある。このような担保義務が明文化されれば、不動産の流通を阻害するおそれがあると思われる。すなわち、将来において担保義務を履行する可能性のある旧所有者は、敷金返還債務の履行能力に不安のある新所有者との間では、そもそも取引を控えるか、あるいは将来において担保義務を履行するリスク分を上乗せした価額での取引を望む可能性があるものと思われる。しかし、不動産の取引が必ずしも活発とはいえない現在の状況下で、不動産売買の成立可能性を狭めうる法改正を行うことは、必ずしも望ましいとはいえないものと思われる。(2) 免責的債務引受とは利害状況が異なる。担保義務を明文化すべきとする論者は、敷金返還債務が旧所有者から新所有者に引き継がれる場面は、免責的債務引受が行われる場面と同様の関係にあるにもかかわらず、賃借人の同意を得ていないことの代替措置としてこれを設けることを根拠とするようである。しかしながら、①敷金は賃借人が賃貸借契約から生じる債務を担保する目的で賃貸人に対して交付されるものであり（最判昭和44年7月17日民集23巻8号1610頁参照）、このような敷金の性質からすれば、賃貸人たる地位の移転により旧賃貸人との賃貸借契約が終了する際には、その時点における未払賃料等との精算がされるこ

とが敷金の性質から当然に予定されているといえ、賃借人の同意の有無にかかわらず、当然に旧賃貸人は敷金返還債務を免れると考えられること、②賃借人としても、賃貸人の信用力に不安がある場合等には、実務上は、賃貸不動産を明け渡すまでの賃料の支払いを調整することによって敷金返還請求権を確保することが可能であること等に鑑みれば、現在の実務を変えてまで、免責的債務引受と敷金返還債務の承継との理論的整合性を保つ必要性は乏しいように思われる。(3) 旧所有者に担保義務を課すことにより賃借人の利益を保護する理由が明確ではない。旧所有者の担保義務を明文化することは、判例法理を明文化することとは異なるため、十分な立法事実が必要であると解されるが、賃借人の利益を保護するために旧所有者に担保義務の負担を求める理由が明確ではないように思われる。中間論点整理においては、「賃借人の利益を保護する観点から」という理由が示されているが、なぜ旧所有者にこのような負担を求めることが正当化されるのかの理由が十分に明確ではないように思われる。なお、仮に、敷金返還債務の保全が必要であるという立法事実が存在するのであれば、例えば、敷金債務に関する保証制度を創設するなどの方法も検討の余地があるように思われる。

留意点として、(1) 賃貸人と賃借人が賃貸借契約の合意解除をした場合における転借人に対する敷金返還債務の取扱いについて。仮に旧所有者の担保義務を明文化する場合には、同様の利害状況が生じうる場面においても同様の取扱いをするかについての検討が必要であるように思われる。例えば、賃貸人と賃借人が賃貸借契約を合意解除した場合には、原則として転借人の権利は消滅しないとするのが判例（最判昭和37年2月1日裁判集民58号441頁）であるが、このような場合に転借人の敷金返還請求権を保護する観点から、賃貸人が当該敷金の返還債務を負うだけでなく、賃借人も担保義務を負うこととすべきかについても検討の余地があるように思われる。

(2) 不動産の流動化を阻害するおそれがある。不動産の流動化が行われる場面では、既に指摘されているとおり信託による仕組みを用いることが困難になるという問題がある。また、不動産の流動化等の実務においては、賃借人の同意を取得する方法が用いられることが予想されるところ、流動化の対象となる不動産に複数の賃借人が存在する場合において、そのうちの一名でも同意をしない可能性のある物件については、事実上、流動化による資金調達が困難となるおそれがあるように思われる（TMI有志）。

- 敷金設定契約は、賃貸借契約に付随する「従たる契約」であるから、賃貸人の地位の移転とともに敷金をめぐる契約関係も移転すると考えるべきである。また、実質的にも、目的不動産を新たに所有



することになる新所有者は、旧所有者に比して資力がある場合が多いと考えられ、賃借人の保護にも資すると思われる。そして、現在の企業実務においても、敷金返還債務が新所有者に承継されるとの判例法理に従って処理がなされており、このこと自体に大きな問題は生じていないと思われる。したがって、判例法理を明文化することについては基本的に賛成である。

ただし、承継の対象となる「敷金」について、現民法は定義を置いておらず、判例・学説によってその内容が確立されているに留まる。たとえば、最二判昭和48・2・2民集27巻1号80頁は、「家屋賃貸における敷金は、賃貸借存続中の賃料債権のみならず、賃貸借終了後家屋明渡義務履行までに生ずる賃料相当損害金の債権その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することのあるべき一切の債権を担保し、賃貸借終了後、家屋明渡しが行なわれた時において、それまでに生じた右の一切の被担保債権を控除しなお残額があることを条件として、その残額につき敷金返還請求権が発生するものと解すべき」としており、判例、学説、実務とも「敷金」をこのような内容のものとして認識していると思われる。そこで、敷金返還債務の承継についての上記判例同旨に明文化するとともに、その対象となる「敷金」の定義についても条文上、具体的かつ明確にすることが望ましい。また条文化する際には、敷金の性質や実務の状況等を踏まえ、敷金額の決定の際に考慮すべき要素や各地域における慣習等を考慮のうえで、統一した客観的な基準を設けるとともに、敷金の充当に関する基本的な法律関係についても実務の状況などを場面ごとに十分に検討のうえ、具体的に定めるべきである。

敷金返還債務が新所有者に承継されるところの場合における、旧所有者の当該債務に対する担保義務については、以下の各理由から、当該担保義務を設定する規定を設けるべきではないと考える。まず、①旧所有者が担保義務を負担するとした場合、不動産を譲渡した後も長期にわたって、当該担保義務の帰すうについて把握し、その義務の履行に備えなければならなくなる。これは、旧所有者にとって非常に負担の大きな義務となる。また、②不動産が転々流通した場合、どのように処理するかが問題となる。手形遡求権のように、賃借人が、過去の所有者に遡って債務の履行を求めることができるという制度では、旧所有者は、全く知らない第三者（不動産を譲渡した相手以外の所有者）の資力を担保することになって妥当ではないし、また、そのような担保義務を把握することは困難と考えられる。翻って、自らが不動産を譲渡した相手の資力のみを担保すればよい、というのであれば、二回目の譲渡からは、結局賃借人は、契約の相手方であった最初の賃貸人（旧所有者）の資力によって、敷金返還債務の履行を確保するこ

とができなくなってしまう、制度の正当性が維持できない。さらに、③当該規定を設けた場合、すでに設定されている敷金について、清算とそれに伴う賃料調整や保証会社の利用、手元から離れた不動産の敷金返還債務を把握するためのシステムの導入、契約書の書換え等、膨大な対応実務が発生することが予想される。加えて、④敷金返還債務の保護という観点から言えば、仮に賃貸人が倒産した場合、敷金返還債権は共益権として保護される（民事再生法第 92 条第 3 項等）など、ある程度の手当てがなされている。したがって、当該規定の設定は、賃借人の敷金返還請求権に対する保護と、それに伴う賃貸人の負担のバランスを欠く結果になると思われる（法友会）。

- 新所有者への敷金の承継についても現行法上明文化されていない部分であることから、条文上明らかにすることが望ましいと考える。旧所有者の担保責任については不動産の流通に大きな支障をもたらすばかりでなく、法律関係が複雑化するため望ましくない。また、敷金が目的不動産に伴って新所有者に承継されるとの前提理論にも沿わないと思われる。敷金の定義規定や充当に関する規定の新設は保証金や建設協力金等との区別のためにも明文化には賛成する（札幌弁）。
- 敷金が授受されているときは、旧所有者との間で発生した未払い賃料等が控除された残額が新所有者に承継される。旧所有者は敷金返還債務を免れる旨の明文の規定を設けるべきである。敷金に一定の定義があることは事実であるが、定義について明文化する必要はない（福岡弁）。
- 敷金返還債務が当然に新所有者に承継されることを条文上明記することには異論がない。しかしながら、以下に述べる理由から、旧所有者も敷金返還債務の履行を担保する義務を負う旨の規定を設けることには反対である。

第一に、判例（最判平成 11 年 3 月 25 日判時 1674 号 61 頁）は、傍論で「右のような場合に旧所有者に対して敷金返還債務の履行を請求することができるかどうかは、右の賃貸人の地位の移転とは別に検討されるべき問題である」と述べるに留まり、旧所有者の敷金返還債務が免責されるか否かについて態度を明らかにしていないものの、実務上は、旧所有者は敷金返還債務を負担せず新所有者のみが敷金返還債務を負担することを前提として、不動産の売買代金から敷金相当額を控除して決済する実務が定着している。仮に旧所有者も併存的に同債務を負担する旨の規定が設けられると、不動産の売却時に敷金相当額を売主が保持するか買主が保持するかを巡って交渉が難航するなど実務が混乱することが予想される（日本においては、売主および買主双方から独立した立場で資金を預かるいわゆ

るエスクローの実務はほぼ存在しないし、そもそも敷金相当額をかような形で塩漬けにすることは、資金の有効活用を妨げる)。この点について、併存的債務引き受けとすると取引に混乱を招く恐れがあるとの部会での議論はその通りである。さらに、本論点は確定した判例を立法により変更するものではなく判例上不明確な点を立法により手当するという性質を有するものであることから、上記規定が新設された場合には改正法の不遑及で対応することは難しく、改正前においても旧所有者が敷金返還債務を併存的に負担すると解釈されて旧所有者が敷金返還請求を受ける可能性がある。その場合、不動産の売却時に敷金相当額を売買代金から控除して決済していた旧所有者は敷金について二重払いの危険を負うことになり、相当ではない。

第二に、一点目の理由と重複する部分もあるが、賃貸不動産売却後も売主が簿外債務を負い続けることになるため、かかるリスクを反映して売却価格が上昇し、結果的に不動産取引が停滞する可能性がある（信託の方法による不動産流動化の場合にこれらの弊害がより顕著であることは部会で議論されている通り）。

第三に、敷金は賃借人の倒産時に一定の優先的な取り扱いが認められており（破産法第70条の寄託請求，民事再生法第92条第3項及び会社更生法第48条第3項の共益債権化が挙げられる。），これに加えて旧所有者に敷金返還債務の履行を担保する義務を負わせる必要はなく、むしろ上記の問題点の方がより深刻であると考えられる。

第四に、実際にも、居住用の賃貸物件では賃借人は賃貸人の信用力をそれほど重視していないものと考えられ、オフィス物件や商業物件など、敷金が高額で賃貸人の信用力を賃借人が重視しているケースにおいては、賃貸借契約において所有権の譲渡について賃借人の承諾や譲受人が一定の資力を有していることを要件としたり、賃貸物件に敷金返還請求権を被保全債権とする担保権が設定されることも多いことから、あえて民法の中に規定を設けてまで旧賃貸人に新賃貸人の敷金返還債務を併存的に引き受けさせる必要性は認められない。

第五に、仮に賃借人の敷金回収保全を実効的にするのであれば、敷金返還債務の履行を目的物の明け渡しと同時履行にする、賃借人に賃貸目的物について先取特権を認める、などの他のより合理的な手段も考えられる。

以上の理由から、前述の通り、旧所有者も敷金返還債務の履行を担保する義務を負う旨の規定を設けず、むしろ免責的な債務引き受けであることを明記する方向で検討してはどうか。

現行法では、敷金について明確な規定は存在しないが、不動産の賃貸借においては一般化している実務であり、紛争予防の観点から敷金

に関する判例理論を明文化する方向で検討してはどうか。・敷金についての規定を設ける場合、判例においては敷金と消費貸借としての性質を有する建設協力金とを区別し、後者については、賃貸人たる地位の移転に際して返還義務が承継されない等の違いを設けている。しかし、一般の取引実務においては、保証金等の名目で金銭が賃貸人に対して差し入れられ、敷金か建設協力金か判然としないものも多く、敷金についても賃貸人による分割返済や利息支払い義務を定めるものもある。敷金と建設協力金との区別の基準及び賃貸人たる地位の承継に伴う移転の範囲について明確化することを、検討してはどうか。・敷引き、更新料の支払い等の広く慣習的に行われている賃貸実務について、判例の大勢は、原則的には有効であるが、賃料、賃貸期間・更新後の期間等に照らして高額である場合にのみ無効とするようである（最判 H23・7・15 等）。かような判例理論の明文化を、取引の予測可能性に十分配慮して無効となる場合を明確かつ例外的に規定することを、検討してはどうか（長島・大野・常松有志）。

- 実務上頻繁に生じる問題であり、判例・通説の考え方による処理がなされることが一般的であるので、これを明文化することは、分かりやすい民法の実現に資する。したがって、目的不動産の所有権の移転に伴い賃貸人たる地位が新所有者に移転する場合において、賃借人から旧所有者に対して敷金が差し入れられていたときは、旧所有者の下での延滞賃料債務等に充当された後の残額の敷金返還債務が当然に新所有者に承継されることを条文上明記することに賛成である。

旧所有者は、新所有者に目的物を売却すれば当該物件とは一切無関係になれると考えるのが通常であるのに、制限なき担保義務を負わされるとすると、賃貸不動産の譲渡後、何十年も経ってから、突然敷金の返還を求められるというリスクにさらされることになってしまう。また、当該物件が転々売買された場合にも旧所有者は引き続き担保義務を負うとすれば、その責任が過大なものとなりかねず、旧所有者に酷であるばかりか、権利関係が極めて複雑化することにもなり、その結果、不動産の流通が阻害されるなど、実務上、様々な支障が生じるおそれがある。賃借人の同意なく敷金返還債務が新所有者に承継される場合の、旧所有者の履行担保義務の新設に反対である。

敷金に関し、その定義を明らかにする規定や、敷金の充当に関する基本的な法律関係を明らかにする規定を設けることに賛成である（横浜弁）。

- 「旧所有者も敷金返還債務の履行を担保する義務を負う」かについては、旧所有者が長期間にわたって不安定な状況に置かれかねないこと、不動産取引の阻害要件となることが懸念されることのほか、賃貸借関係が転々と移転した場合の責任の所在や求償関係等について

ても十分に検討する必要があるとする意見が多かった（最高裁）。

- 賃借人の同意がない場合は旧所有者に敷金返還債務の履行について担保責任を負わせるという提案の検討に当たっては、旧所有者が不確実なリスクを負い続けることとなり、転々譲渡された場合にも当該リスクを負い続けることを考え合わせると、賃貸不動産の流通が著しく阻害されるのではないかという強い懸念が示されている。現状の実務で敷金額を控除して、賃貸不動産の売買価格を決定しているという実務があるとする、当該実務に与える影響も甚大なのではないかと考えられる。例えば、次のような場面で、問題が顕在化する。テナント数が数百を超えるような大規模賃貸物件も存在し、そのような物件についてはテナント同意の取得は時間・コストとも膨大になり、賃貸不動産の流動性が著しく阻害される懸念がある。特に、不動産ノンリコースローンを取り組んでいる場合に債務者が融資対象物件を売却するケースは多いが、債務者すなわち融資対象物件の所有者は大半がSPCであり、担保責任を負うこととなると、当該SPCの解散や残余財産の清算等が出来ない事態も想定され、不動産ノンリコースローンによる資金調達が阻害される懸念がある。また、信託を利用した不動産流動化の場面を考えると、信託財産である賃貸不動産を売却して、信託を終了する場合に、提案のような改正を行うとすると固有財産で担保義務を負担することとなるため、信託財産である賃貸不動産から生じる経済的利益を全て受益者に移転せず、当該リスク相当額を信託財産に留保せざるを得ず、信託利用の不動産証券化手法の障害となるという指摘がある。加えて、信託終了時に、信託財産である賃貸借不動産を委託者や受益者に交付する信託においても同様の問題が生じる。実際に旧所有者として支払う場面を想定すると、賃借人が未払い賃料等の支払義務を賃借人に対して負担している場合には、それを調査して返還すべき敷金の額を計算する必要がある等負担が大きいという指摘がある。

以上の点に留意して、不動産流動化の観点から、敷金返還債務が新所有者に承継されるとする判例法理の明確化は賛成であるが、上記①のとおり、賃借人の保護の観点からその同意がない場合は旧所有者に当該債務の履行について担保責任を負わせるという提案には反対する。賃借人側には、判例・通説に従い新所有者が敷金返還債務を承継することが条文上も明文化されるのであれば、最終的には賃料債務との相殺という手段、または当該不動産競売時の競落人による債務承継という手段が残されていることを考えると、旧所有者による「担保義務」までの保護は不要ではないかという意見もある（全銀協）。

- 当該（旧所有者の担保責任の）規定を設けることは、重疊的債務引受となって確かに賃借人保護に資するであろうが、たとえば無期限の

担保責任を設定（明記）することは、実務の現状に比して旧所有者にとって酷過ぎる規定と思われる。旧所有者が企業ではなく個人である場合も多数あり、旧所有者に担保責任を負わせることが必ずしも弱者保護に繋がるわけでもない。却って、逆の結果になることも、実務上あり得るところである。また、かかる規定が置かれた場合、新・旧所有者間の譲渡の際の実務処理がどうなるのか（どうなることを想定しているのか。たとえば、新・旧所有者間では、実務処理として、敷金を実際にどちらが保有し、他方は自己が返還債務を履行させられたときの相手方への求償の担保をどうすることになるのか等）不明であるし、数次にわたり譲渡が行われる場合には、最初の譲渡人は、どこまでの新所有者につき担保責任を負うことになるのかも不明である（この点、仮に現実に敷金を受領した旧所有者のみが履行担保責任を負うと規定した場合であっても、数次にわたる譲渡が行われた場合には、当該旧所有者が直接の譲渡先でない（直接には知らない）間接的な譲渡先の敷金返還債務について履行担保責任を負うこととなってしまうことには変わらない。また、その場合、実務上は当該旧所有者が敷金相当額を手元に留保する扱いとせざるを得なくなることが想定され、取引価格への影響や後日の精算等の問題も残ることとなると思われる。）。その意味で、かかる規定を置くことは、いたずらに権利関係を不安定化または複雑化するおそれがあると思われ、不動産取引の混乱を招く等、その円滑化を阻害することにもなりかねず避けるべきと考える。賃借人保護の観点からは、新所有者が破綻した場合、破産法上の寄託請求（破産法第70条後段）や民事再生法上の相殺あるいは共益債権化（民事再生法第92条第2項、第3項）等の賃借人保護規定が存することから、上記不都合性に鑑みると、敢えてそれ以上に賃借人を保護する観点から、上記規定を置く必要まではないとも思われる。

したがって、旧所有者の担保責任の負担の規定を設けるとの考え方については、反対である。その他については、特に異論はない（二弁）。

- 敷金返還債務が当然に新所有者に承継されることを条文上明記すること自体については、判例・実務上確立された取扱いを明確化するものであり、特段の異論はない。ただし、新所有者に承継される敷金の額について、旧所有者に対する賃料の延滞等がある場合には、敷金から充当・清算され、その残額の返還債務が新所有者に承継されるという判例法理が実務上確立された取扱いかどうかについては、不動産取引の実態を踏まえつつ、更なる検討が必要であると考えられる。

賃借人の同意なく敷金返還債務が新所有者に承継される場合に旧所有者もその履行を担保する義務を負うとすることは、①現在確立されている不動産取引の実務と相反する規律であって実務に混乱を招く恐

れが大きいこと、②旧所有者に酷であり、賃貸不動産の流通を阻害する恐れがあること等を理由として、法制審部会における議論の趨勢と同じく、かかる規律に反対する意見が強い（なお、議事録における発言状況に照らすと、中間的論点整理の補足説明334頁における本論点に関する「議事の概況等」の記載は、誤解を招く恐れのある整理とも解される。）。他方、賃借人の利益を保護する観点や債務引受の一般原則から、かかる規律に賛成する意見も複数ある。なお、仮にかかる規律を民法に設ける場合には、旧所有者の責任は手形の裏書のように全ての前主に遡求できるものではなく、現実には敷金を受領した旧所有者のみが責任を負うことについて、（債務引受の一般原則との整合性に留置しつつ）明確にする必要があると考えられる。本論点については、部会審議において、実態調査の必要性が指摘されているところであり、今後、実態調査の上で立法提案の是非を検討すべきである。

敷金は、不動産賃貸借において、実務上極めて重要な機能を果たしているにもかかわらず、その定義や基本的な法律関係が民法に規定されていないということは、国民一般に分かりやすい民法にするという観点からは適当でない。そこで、敷金の定義を明らかにする規定や、敷金の充当に関する基本的な法律関係を明らかにする規定を設けるべきである。特に、上記の規律を条文上明記する場合には、不可欠であると考え（日弁連）。

- 賃貸借の目的不動産が譲渡され、不動産の所有権移転に伴い賃貸人の地位が新所有者に移転する場合、敷金返還債務も新所有者に移転するというのが判例・通説の考え方であり、かかる判例の考え方は、不動産が譲渡される場合の代金額の決定に際して敷金返還債務の残高相当額が控除されるという形で実務上も定着している。このような判例・通説における取扱いを条文上明文化することは、国民にわかりやすい民法典を提供するという観点から望ましい。

なお、本提案については、関連論点として、敷金返還債務が新所有者に承継される場合において、旧所有者もその履行を担保する義務を負う旨の規定を設けるべきであるとの考え方が提案されているが、これについては、反対する。まず、賃貸借の目的不動産を譲渡した旧所有者は、敷金の返還に関する債務を免れるというのが、これまでの判例・通説を踏まえ定着した実務の運用である。かかる運用の下においても、賃借人が差入敷金の返還に不安をおぼえる場合には、敷金返還請求権を被担保債権として抵当権を設定する、預金債権に質権を設定する等の対応も行われている。逆に、旧所有者が賃貸借の目的不動産を譲渡した後も敷金の返還に関する債務を免れないとすると、賃貸用不動産を譲渡した者が長期にわたり偶発的な債務を負担し続けるという不安定な地位に立たされることになる。確かに、旧所有者が敷金返

還債務を免責されるという現在の判例・通説は、債権者の承諾なしに一種の免責的債務引受けを認めるものであるとして、理論上の疑念を差し挟む指摘もある。しかし、目的不動産の所有権の移転に伴い賃貸人たる地位も当然に移転するとされており、賃借人は新賃貸人たる新所有者に対しても従前と同額の敷金を差し入れるべきであることを踏まえると、仮に旧所有者に敷金の返還に関する義務を負わせたとしても、①旧所有者が敷金の残高を賃借人に交付して精算し、②賃借人が新所有者に新たに敷金を差し入れ、③新所有者から旧所有者に対して敷金相当額を含めた金額で目的不動産の売買代金が支払われるということになり、三者間で金銭が循環するだけである。判例・通説の立場は、かかる循環の無駄を排斥するためあらかじめ簡易な決済をするものであるものと理解すれば、理論的にも不当であるとはいえない。以上から、賃貸借の目的不動産の譲渡に伴い賃貸人の地位が新所有者に移転する場合、旧所有者は敷金の返還に関して債務を免れるという判例・通説を維持すべきであり、旧所有者敷金の返還に係る債務を負担させる提案には反対する。なお、一方で、旧所有者が免責されるという考え方には原則として賛同しつつ、敷金の金額が多額である場合など一定の場合には、「一定の範囲を超える部分は『敷金』ではない」などの理由付けにより、例外的に旧所有者も敷金の返還に係る債務を負担すべきとの意見もあった。

なお、敷金についてはいわゆる保証金との差異や取扱について実務上の混乱があり、明確化の要請については一定の立法事実がある。ただし、実務に与える影響も大きいので、敷金の定義を明らかにする規定や敷金の充当に関する基本的な法律関係を明らかにする規定を設けるに当たっては、現在の実務への影響についても留意すべきである（一弁）。

- 敷金返還債務が免責的に新所有者に承継される実務は安定しており、これを変更することは、不動産の流通等に多大な影響を及ぼすことから、旧所有者には敷金返還債務の履行担保義務を負わせるべきではない（東弁）。
- 賃貸人たる地位の移転に伴い敷金返還債務が新所有者に当然に承継されることを明文化することについては賛成である。

新所有者（新賃貸人）の敷金返還債務に対する旧所有者（旧賃貸人）の担保責任を認めることには反対である。なお、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」における「（議事の概況等）」では、第15回会議において「賛成する意見が『複数』あった。」とする一方「反対する意見もあった。」とのみ記載されている。賛成する意見の方が多く、反対意見は僅かであったという印象を与えかねない記載となっている。しかし、15回会議の議事録を見れば



ば明らかなおと、実際の議論においては、「賛成意見よりも反対意見の方が『多数』存在した」。上記補足説明の記載は実際の議論状況と異なる記載と言わざるを得ない。しかも、従前、この点に関する「(議事の概況等)」については「反対する意見」が「多数あった。」と記載されていた。ところが、今回の補足説明では、敢えて、この「多数」という記載が削除されている。反対意見の方が多数存在したことを敢えて伏せていると考えざるを得ず、論点整理の記載自体が不適切なものと言わざるを得ない。

かかる規定が期間制限もない状態で設けられると、旧所有者は、賃貸不動産譲渡後、何十年も担保義務を負い続けることになりかねない。不動産が複数所有者間を短期間で転々売買されるケースはよく見受けられるが、このようなケースでは、売主は、直接の買主の債務のみを担保するのか、転売後の買主の債務をも担保することになるのか。仮に前者であれば、直接の売・買主の間にペーパーカンパニーを介在させれば潜脱可能となる。後者であれば、売主は自己の知らない将来の転売先に対しても担保責任を負うことになり不当。また、転売毎に担保義務者が増え続けることになり権利関係が複雑化し、混乱の原因となる。かかる規定が設けられた場合、賃貸不動産の売主は売却に際して賃借人との間の契約を敷金を含めて一旦精算するという実務になるであろうが、例えば、多数の賃借人が居住するマンションを所有して経営している業者の場合、従前の賃貸関係を精算した上で譲渡するということが時間的・実務的に難しいという一方で、かかる精算を経ずに不動産所有権を譲渡すれば、敷金担保義務という潜在的債務が発生することとなる。このようなマンションを複数所有して経営している会社の場合、不動産を売却すればするほど潜在的債務が累積して財務リスクを上昇させるため事実上売却が困難となり、不動産の流通を阻害し、その資金調達・再生を困難化する。

賃借人保護のために機能するのも疑問である。資金調達目的のためにその経営する賃貸マンションを売却しようとする業者の中には、そもそも資金繰りが苦しいために売却しようとする場合も多いと考えられる。上記のように円滑な不動産売却に支障を生じた結果、当該業者が資金調達できずに倒産すれば、結局、賃借人の敷金返還請求権が回収不能になり、円滑に売却が出来た場合と比べてかえって賃借人が害されるケースが発生する恐れがある。当該規定が導入されれば、例えば、ワンルームマンションであれば、敷金をゼロとして保証会社を利用するオーナーが増えるだろう。このようなマンションを所有しているオーナーは元々収益目的で所有しているのであり、最終的には売り抜けを念頭に置いていることが多く、売り抜けの際に足枷となる敷金担保義務を予め回避したいという動機が働くためである。そうする

と、保証会社が居住者に対し強引に退去を迫る「追い出し屋」などの被害が発生している現状において、かえって賃借人保護に反する結果を招く虞が有る。

必要性（立法事実）への疑問。当該規定は、新所有者の無資力の危険を賃借人に負担させるべきではないとの考えから採用が検討されているものと解される。しかし、仮に、新所有者の無資力の危険を賃借人に負担させるべきではないと考えるなら、敷金返還債務が賃貸人たる地位の移転後も旧賃貸人の下に残る（新賃貸人に承継されない）という構成を採用するのが本来の筋である。このように解すると旧所有者の無資力の危険を賃借人が負担することとなるが、旧所有者の無資力の危険については元々賃借人が負担していたものである。また、賃貸不動産の譲渡によって旧所有者には適切な譲渡対価が入るはずであることから同譲渡によっても旧所有者の責任財産に変動は無く、敷金返還債務が旧所有者の下に残ると構成しても賃貸不動産の譲渡により賃借人の回収不能の危険を増大させることにはならない（譲渡対価が廉価である場合は、詐害行為取消権等の別途の制度により保護すべき問題である）。理論的にも、賃貸人たる地位の移転に伴い敷金返還債務も当然に移転すると解さなければならないというものでもない。それにもかかわらず、従前、賃貸不動産の所有権移転及び賃貸人たる地位の移転に伴い敷金返還債務もまた新所有者に承継されると解されていた実質的理由は、新所有者の方が資力が有ると考えられていたからである。新所有者が所有することになる賃貸不動産自体が敷金返還債務の最終的な引き当てになり、敷金返還債務を新所有者へ承継させる方が、敷金返還請求権の保全を確実なものとして賃借人の保護に資すると考えられてきたからである。このように、旧所有者の資力よりも新所有者の資力の方が当てになるとの観念の下に、賃貸不動産の譲渡とともに敷金返還債務も新所有者に承継されると構成し、その旨の規定を今回明文化するにもかかわらず、他方で、新所有者の資力が当てにならないことを前提に旧所有者に対する敷金担保義務を認めることは論理不整合を生じていると言わざるを得ない。少なくとも、このような無理をしてまで、かつ、上記各種弊害が生じる危険を冒してまで、新旧両所有者に敷金返還の責任を負わせるだけの社会的必要性が生じているとは考え難い。例えば、敷金返還債務が新所有者に免責的に承継されるという点を逆手にとって、旧所有者が資力の悪化した別会社に所有賃貸不動産を敷金返還債務とともに譲渡して同返還債務を免れようとするという事案が散見されるというのであろうか。通常、賃貸人にとって賃借人は賃料を支払ってくれるという「お客様」である。新旧賃貸人双方とも「お客様」である賃借人とは長期に亘り良好な関係を築きたいと考えている。所有賃貸不動産売却を考えている旧

所有者にとっては賃借人との良好な関係を維持することは当該不動産の売却価値を向上させる。また、その不動産を購入しようとする新所有者にとっては賃借人との良好な関係を築くことが今後の自己の収益を大きく左右する。従って、通常、新旧両所有者において賃借人との関係悪化を招く行動を取る動機は無く、敢えて制度を悪用して賃借人との関係悪化を招く敷金返還債務を免脱するようなスキームを考案・採用しようとすることは考えにくい（大阪弁）。

- 旧所有者から新所有者に敷金返還債務が当然に承継されることを明文化することに賛成である。旧所有者に担保義務を負わせることは反対である。敷金の定義を規定することには賛成であるが充当に関する法律関係を明らかにする規定を設けることについては反対である。

敷金返還債務の承継についての規律が明確となる。敷金返還債務はもはや不動産賃借義務と不可分には扱えず、そのため、旧所有者に責任を課するのは相当でない。他方、賃借人保護のため、賃貸の目的物について留置権・先取特権を認めるのが良いのではないか。敷金の定義については、判例等においても一定の共通認識が認められ、またそれを定めることで、敷金と性質決定されるべきものの範囲が明確となる。充当関係について、様々なものがありうることから法律で一義的に規定するのは困難である（仙台弁）。

- 目的不動産の所有権の移転に伴い賃貸人たる地位が新所有者に移転し、敷金返還債務も当然に新所有者に承継されると解されることに伴い、賃借人の利益の保護について検討することに異論はないが、旧所有者もその履行を担保する義務を負うとすることは、賃貸不動産の流通を著しく害することから原則反対である。不動産の賃貸借にあたり、かかるリスクがある旨を賃借人に広く情宣することで十分と思われる。但し、多額の敷金を差し入れる可能性のある事業者である賃借人もいることから、敷金返還請求権の保全のため、期限を区切って何らかの手段を付与することは検討の余地があると思われる。

<手段> (①所有権の移転に伴い賃貸人が変更になった旨の告知を賃借人が受けてから一定期間（3か月から6か月程度）、賃借人に賃貸借契約を解除できる権限を付与し、その期間内に書面で賃借人が契約を解除する旨通知した場合は、新旧の所有者が敷金返還債務を連帯して履行する義務を負う。②所有権の移転後、新所有者の信用不安等により敷金返還が懸念される場合を想定し、一定期間内（1年から2年程度）に賃借人が賃貸借契約を解約する場合、6か月程度の期間を設けて解約告知のうえ、敷金保全のためその後新所有者（貸主）に支払った賃料の供託を請求できるものとする。→「議事の概況等」で賃料との相殺ないし当然充当という方法もあると記載されているが、通常は債務不履行となることから賃借人からかかる相殺・充当はできないの

ではないか。) (会社員)

- 不動産売買では、売買代金から敷金相当額を控除して決済されることが通常であるところ、旧所有者たる売主に敷金返還債務が残るとなると、決済方法に混乱を生じることになる。仮に敷金相当額を控除しないで決済するとすれば、買主が売主の信用リスクを負うことになるし、従来どおり敷金相当額を控除して決済するとすれば、売主が買主の信用リスクを負うことになり、いずれにせよこの点の取り決めについての合意が必須になるが、売主・買主が長期にわたってこのような合意に拘束されることは望まないと考えられる。

また、かかる提案は、信託を用いた不動産流動化の障害になる。なぜなら、かかる提案が立法化された場合、信託不動産の売却の際に信託受託者は敷金相当額の信託財産への留保を必ず要請するはずであり、物件が売却されたにもかかわらずいつまでも信託が終了しない可能性(したがって、信託報酬が発生し続ける可能性)が残るからである。新所有者に承継される敷金返還債務に関して旧所有者もその履行を担保する義務を負う旨の規定を設けることに反対である(弁護士)。

- 目的不動産の所有権の移転に伴う、敷金の承継は当然にして新所有者に承継されるべきものであり、旧所有者に対しても敷金返還請求権があるとするのは二重債権になるので、いくら借借人の利益を保護する観点からといえども認めるべきではない。理由は、契約書の作成に際し、敷金を新所有者へ移管する内容にしていなかった作成者(多くは宅建業者)をとがめるべきであり、その作成者に対して損害賠償責任を負わせるべきである(不情せ)。
- 旧所有者に借借人が差し入れた敷金の承継について、判例法理の明確化の方向で検討を行うべきである。なお、借借人の同意なく敷金返還債務が新所有者に承継される場合には、借借人の利益を保護する観点から、旧所有者もその履行を担保する義務を負うことについては、旧所有者の地位を不安定にし貸借不動産の流通を阻害するおそれがあることから、かような義務を負わないものとする方向で検討すべきである(会社員)。
- 目的不動産の所有権の移転に伴い貸借人たる地位が新所有者に移転する場合において、借借人から旧所有者に対して敷金が差し入れられていたときは、旧所有者の下での延滞賃料債務等に充当された後の残額の敷金返還債務が当然に新所有者に承継されるという判例を、その明文化には合理性がある。この点、債務者の同意を得ないで債務引受をすれば併存的債務引受となるのが債務引受の原則であり、旧所有者が債務を免れるには本来借借人の同意を得る必要があるところ、不動産を譲渡した後も長期にわたり簿外債務を負い続けることとなる可能性があり、借借人は貸借借契約を結ぶに当たり貸借人の信用力を重視

しておらず、旧賃貸人が新賃貸人の信用力を担保する必要性は小さいこと、賃貸不動産の流通を阻害するおそれがあることから、例外を認めるべきである。なお、敷金に関しては、その定義を明らかにする規定を設けるべきである（弁護士）。

- 賃貸不動産を譲渡する場合において、賃貸不動産の所有権の移転に伴い、敷金返還債務は新所有者が承継するため、当該譲渡と同時に新所有者に授受される処理を行うのが通常であった。しかし、仮に旧所有者が敷金返還債務の担保義務を負うこととなれば、旧所有者としては、当該担保義務相当額の金銭を自己に留保する必要性を検討する必要がある可能性が生じることから、賃貸不動産の売却に際して売主に負担が生じ、かかる負担が買主に売買価格の決定に際して転嫁されるなど、円滑かつ健全な不動産取引の実現に悪影響を生じさせる可能性がある。そのため、旧所有者も新所有者と併せて敷金返還債務を負担する旨を規定することに反対する（森・濱田松本有志）。
- まず敷金の定義や基本的法律関係を明確にし、その上で、敷金返還債務の承継等の具体的法律関係について、理論的に検討すべきである。

目的不動産の所有権が移転した場合に旧所有者の下での延滞賃料債務等に充当された後の残額の敷金返還債務が当然に新所有者に承継される旨の規定を置くことは慎重に検討すべきである。

敷金返還債務が新所有者に承継される場合に、旧所有者がその履行を担保する義務を負うとすることについては、賛成しない。賃貸借契約は何十年もの長期間継続されることが多く、旧所有者が長期間拘束されるのは、酷にすぎる。不動産取引実務が混乱するのではないか。転々譲渡された際の担保責任を負う者はどうなるのか不明確であり、全ての関与者に担保責任を認めるとすれば、いきすぎではないか。もともと旧所有者の無資力の危険は負担しており、新賃貸人への敷金返還債務によるリスクを受けさせないというのであれば、地位の譲渡によっても敷金返還債務は旧所有者に残すというのが筋ではないか。そもそも新所有者への承継は新所有者の方が資力があるであろうとの発想であったのではないか（兵庫県弁）。
- まず、敷金および利息の帰属、敷金の分別管理義務について明文規定を、強行規定として、置くべきである。そのうえで、敷金返還債務の承継に関する規定を置くのが望ましい。敷金預託者と受託者の関係が明確でないならば、その承継人との関係のみを規定しても内容が不明確な規定になるからである。敷金は多くの市民が経験し、最も法律に対する不信感が生じやすい問題でもあるので、きわめて重大な問題として捉えるべきである（広大有志）。
- 賃借人の立場からは、敷金返済請求権の相手方の継承と言える。原状回復義務の相手方も継承するのであり、これらは組にして扱うべき

- である。賃借人自身が買い取った場合は、敷金返済請求権も原状回復義務も混同により消滅する。組にしないで片方だけ言うと納得がいかない。むしろ、問題があるのは395条による場合である。この場合は買受人との間で貸借契約が受け継がれるのではなく猶予が与えられるだけだから、敷金は買受人でなく元の貸主から返還してもらうべきものと考えられている。しかし元の貸主は抵当権を実行されるぐらいだから、実際に返してもらうことは余り期待できないことになる。こちらの方を直すべきだと思う。なお、これを直さないとすると原状回復義務はどうなると解釈するのか疑問である。「少なくとも事実上は」元の貸主でなく買受人に対して原状回復するはずである。権利を失った元の貸主にとやかく言われる筋合いなどないし、言うつもりもないだろう。言うのは買受人に決まっている。原状回復義務の相手方と敷金返済請求権の相手方が異なるのは不合理である（翻訳・出版関係）。
- 現行民法619条2項本文の改正の要否についても、同時に検討されるべきと考えます（弁護士）。

#### (5) 動産賃貸借と第三者との関係

動産の賃貸借と第三者との関係に関しては、不動産に関する民法第605条のような規定がないことを踏まえ、目的物である動産の所有権が移転した場合における賃貸借の帰すうを明確にするため新たな規定を設けるかどうかについて、動産賃貸借の対抗要件制度の要否という問題を含めて、更に検討してはどうか。

##### 【意見】

- 目的動産を譲り受けた新所有者がその所有権を賃借人に対抗するための対抗要件は引渡しであり（民法178条）、賃借人が占有している場合の引渡しは、旧所有者から賃借人に対する通知、すなわち指図による占有の移転（民法184条）によることとなる。指図による占有の移転は、新所有者が承諾することが必要であり、新所有者は賃貸借を前提として目的物を譲り受けたことになる。したがって、目的動産を占有している賃借人、すなわち引渡しを受けた賃借人は、新所有者に対しても賃借権の効力を生ずるとすべきである（堂島有志）。
- 明文化すべきである（広大有志）。
- 不動産に比べて裁判例の蓄積も不足している分野であることから、新たな規定を設けることには賛成する（札幌弁）。
- 不動産取引においては、不動産の利用に供される動産（例えばホテルの備品等）が不動産とは別個に取引され、その後の動産の利用は賃貸借契約によって処理されるケースがあるため、動産賃貸借についても、目的物の所有権が移転した場合における賃貸借契約の帰趨を明確にする規定を設ける方向で検討してはどうか（長島・大

野・常松有志)。

- 動産については、所有権移転の対抗要件は引渡しであるが、賃貸借などで第三者が保有している場合には、指図による占有移転で新所有者が対抗力を取得すると解されている。このような場合、新所有者は、第三者が新所有者のためにする占有を承諾している（民法184条）のであるから、新所有者は、賃借権を前提として目的物を譲り受けたと考えられる。従って、引渡しがあった場合、動産賃貸借は新所有者に対抗できると考えるべきであり、それを明文化すべきである（部会資料16-2 41頁 補足説明2「動産賃貸借の対抗力」の説明に賛成）。このような明文化をすることで、自動車賃貸したが、当該自動車の所有者が変更となった場合等において、賃借人を保護することができるという実益がある（東弁）。
- リースに含まれない動産賃貸借についても重要性はあると思われるので、規定新設の方向で検討すべき（大学教員）。
- 目的物である動産の所有権が移転した場合における賃貸借の帰趨を明確化するために、新たな規定を設ける方向で検討するべきである（会社員）。
- 動産についても、目的物の所有権移転があった場合における賃貸借の帰趨を明確にする規定を設けるべきであり、その前提として、動産賃貸借の対抗要件についても明文の規定を設けるべきである（弁護士）。
- 賃貸借による社会資源の有効活用を促進する観点から、動産の賃貸借についても賃借人を保護するための規定を置く方向で検討がなされてよいという意見がある一方で、動産の賃貸借と第三者との関係を規律する規定を置くことについては、不動産の賃貸借と比べて必要性が必ずしも高くない等の理由で新たな規定を置くことに慎重な意見も強い（日弁連）。
- 動産賃貸借の対抗力に関する規定を設ける一方で、動産賃借権に基づく妨害排除請求権を肯定することまでは想定していないようであるが、そうなる点において占有妨害を排除できないなど中途半端になるのではないかと懸念が存在するが、他方で、法制審において、例えば、トランクルームの利用に関する紛争が報告されていること（第15回法制審議事録38頁及び39頁、加納関係官発言）を勘案すると一定の社会的必要性が存する可能性も有ることから、その必要性を勘案して慎重な検討を継続するべきである（大阪弁）。
- 目的物である動産の所有権が移転した場合における賃貸借の帰趨を明確にすること及び動産賃貸借の対抗要件制度を設けることに反対はしない。目的物である動産の所有権が移転した場合の権利関係

が明確となる。ただし、動産賃借において引渡に対抗力を認めるべきではない。対抗要件に関して引渡を対抗要件とする見解は、指図による占有移転において新所有者が承諾したことをもって、賃貸借を前提として目的物を譲り受けることになると主張するが、指図による占有移転にそのような効力を認めるのは乱暴である。たとえば、前主AがBに動産甲を賃借していたところ、これをCは、寄託であると聞いてAから甲を買い取り、指図による占有移転を受けたという事例では、Cは、動産甲の賃借権をBに対抗されてしまうという結論にもなりえることから妥当ではない（仙台弁）。

- 動産物権変動の改正とは別個に動産賃借権の対抗要件を論じることが困難であるが、今後の慎重な検討を要することには特に反対しない。（日弁連消費者委有志）。
- 検討すること自体には異論はないが、現状を変える必然性が特段認められないのではないかと指摘があった（パブコメWG）。
- 規定を設けることを検討することには賛成するが、より議論を深める必要がある（広島弁）。
- 検討することに異論はなかったが、動産賃貸借について対抗要件制度が創設されるとすると、対抗要件が具備されており、破産法第56条1項が適用される場合には、同法第53条1項、2項の適用が排除されることになるが、そうすると、破産管財人の換価業務に影響を与えることになるから、この点についても十分考慮に入れて検討されたいとの意見があった（最高裁）。
- 検討すること自体に特に異論はないが、動産賃貸借に対抗要件を具備させることによって当該動産の所有権の譲受人に対して対抗しえるとの制度を創設するのであれば、そのような実務上の要請があるのか、立法事実を慎重に検討すべきと考える（二弁）。
- 動産は代替性があることが多く不動産ほど問題となる可能性は少なく、動産の対抗要件を安易に明文化することにより、動産の賃借権を強化しすぎることとなることが懸念されるため、慎重であるべき（愛知県弁）。
- 議論が成熟しておらず法制審議会の議論の実で安易に立法論に結びつけることは適当ではなく、更なる検討を行うべき（親和会）。
- 規定を新設できるほどの判例、事例の集積がなく、規定するのが難しい（法友全期）。
- 動産の賃貸借契約についての対抗要件に関する規定に関しては、建機レンタル等具体的なニーズがあるものの、規定を設けるには疑問がある（日大民研・商研）。
- まず、物権取得者に対する関係について。例えば、AがBに対して建設機械を貸与していたところ、Aがその所有権をCに譲渡した



とする。この場合、AC間でBの賃借権を存続させる合意があれば、Bが機械の引渡しを受けていなくても、BはCに対して賃借権を主張することができるが、このような合意がなければ、売買は賃貸借を破るという原則に従って、Bは賃借権を主張することはできない。すなわち、対抗要件（民法178条）は問題とならない。

つぎに、賃借人間について。例えば、DがEに対して建設機械を貸与していたところ、Dが同一物をFにも貸与したとする。この場合、EF間では対抗問題となり、先に対抗要件（引渡し）を具備した賃借権が優先する。

このように、動産の賃貸借については、一律に対抗要件を論じることができないため、動産賃貸借と第三者との関係について明文化すべきではない（福岡弁）。

- 動産賃貸借に関する対抗要件制度の必要性に関する議論が煮詰まっておらず、明文化は時期尚早とも考えられる（横浜弁）。
- 従前、あまり議論がなされていない分野であり、かかる規定を設けた場合に弊害が生じないか等に関し慎重に検討すべきである（一弁）。

#### (6) 賃借権に基づく妨害排除請求権

対抗要件を備えた不動産賃借権について、賃借人の妨害排除請求権を認めている判例法理を明文化するかどうかについて、物権的請求権の規定の在り方とも関連する問題であることに留意しつつ、更に検討してはどうか。

##### 【意見】

- 条文として規定すると判例法理がより明確化されることから、明文化に賛成（金沢弁消費者委，堂島有志，横浜弁）。
- 判例上対抗力ある不動産賃貸借契約については賃借人に妨害排除請求権が肯定されている。この点を明確化するため立法化することが望ましい。ただし、債権法改正の枠組みを超えるものであり、債権法改正で取り入れるべきか疑問である（親和会）。
- 判例上認められており、特段の異存はない。物権法においてさえ明文を欠く状況の下で、賃借権に基づく妨害排除請求権のみを明文化するのは困難であるとの指摘もあるが、賃借権の性質を踏まえたうえでの結論であれば、何ら困難とは思われない。したがって、賃貸借の妨害排除請求権について明文化することに賛成である（広島弁）。
- 明文化すべきである。もっとも、物権的請求権も規定すべきである（広大有志）。
- 現行法上明文化されていない部分である反面、当該論点についての判例法理は確立しているため、条文上明らかにすることが望ましい

(札幌弁)。

- 現行法からは明らかではなく、明文化すべきである。また、条文化することによって、賃借権の強化にもつながる。なお、所有権に基づく妨害排除請求権についても明文の規定はないが、だからといって、債権法の分野における同種の規定を新設することができないという理屈はない(福岡弁)。
- 法律関係の明確化に資するとして、判例法理の明文化に賛成する意見が強い。他方、物権的請求権との関係を整理する必要があり、物権的請求権について明文の規定を欠くにもかかわらず、賃借人の妨害排除請求権について明文の規定を置くことは適当でないとして、判例法理の明文化に慎重な意見も有力である(日弁連)。
- 物権的請求権に関する規定を整備することを前提として、賃借人の妨害排除請求権を認めている判例法理を明文化すべきである(東弁)。
- 不動産賃借権に基づく妨害排除請求権を明文化することに特段反対しない(大阪弁)。
- 明文化することに賛成である。不動産賃借権の物権化傾向において、直接支配性を有する物権が、第三者対抗力を有する場合に、直接妨害排除ができることは自然の理である(仙台弁)。
- 要件に争いのある部分でもあり、規定を設ける方向で検討すべき(大学教員)。
- 判例法理を明確化する方向で検討すべきである(会社員)。
- 対抗要件を備えた不動産賃借権について、賃借人の妨害排除請求権を認めている判例法理を明文化することに賛成である(日弁連消費者委有志)。
- 賃借権が対抗力を伴わない場合についても、対抗力のない地上権に基づく妨害排除請求権の行使が認められることとのバランスを考慮しながら、さらに検討が進められるべきである。債権者代位権の転用などの範囲で認めるかは、この考え方とも関連する(大学教員)。
- 対抗要件を備えた不動産賃借権について、賃借人の妨害排除請求権を認めている判例法理を明文化することについては、反対するものではないが、まずは物権法における物権的請求権の規定の在り方を検討した上で、その派生問題として検討されるべき(愛知県弁)。
- このような問題は、まずは物権法における物権的請求権の規定の在り方を検討した上で、その派生問題として検討すべきである(弁護士)。
- 特に異論はないが、物権法においてさえ明文で規定されていない状況で、賃貸借に基づく妨害排除請求権のみを明文化することについての当否は慎重に検討すべきであるとの指摘があった(パブコメWG)。

- 物権法との関係や、対抗力を備えない不動産賃借権にも妨害排除請求権を認めるべきだとの見解も有力であることに鑑みれば、当分は解釈に委ねておくのがよいのではないかと考えられる（明文化に反対）（「改正を考える」研）。
- 物権に関する規定との整合性が必要なため、物権に関する規定の整備と同時に行うべきである（法友全期）。
- 明文化すべきではないと考える。なぜなら、物権法における妨害排除請求権の規定がないにもかかわらず、賃借権に基づく妨害排除請求権を規定するのは、均衡を失する。規定を置くにしても、物権他制度との関係を考慮する必要がある。また、代位請求権（民法第423条）との関係も検討すべきである（日大民研・商研）。
- 物権的請求権の明文がないにもかかわらず、賃借権についてのみこれを明文化することについて、慎重に検討されたいとの意見が多かった（最高裁）。
- 判例等によって形成された準則を明文化する意味で、かかる考え方自体は適当と考えるが、他方で物権法においてさえその明文化を欠く状況下で賃借権に基づく妨害排除請求権のみを（先行して）明文化することが相当かについては、なお慎重に検討すべきと考える。明文化する場合、たとえば借地上の建物が未完成で登記未了の土地賃借人のように、借地借家法に基づく対抗要件を備えていない賃借人についても妨害排除請求権を認める必要があると思われるので、妨害排除請求権が認められるのが対抗力を有する不動産の賃借人に限定されるべきか否かについても検討することが適当と考える（二弁）。
- 対抗要件を備えた不動産賃借権について、判例は賃借人の妨害排除請求権を認めているが、かかる判例法理を明文化すると、判例の事案が想定した以上の効果が波及的に及ぶのではないかと懸念する意見もある。本論点は、賃貸借の問題にとどまらず、今回の改正の範囲とされていない物権的請求権の規定のあり方にも関連するものでもあるから、慎重に検討すべきである（一弁）。
- 賃借権に基づく妨害排除請求権は、そもそも物権的請求権から派生した問題であるから、物権的請求権についての議論なくして賃貸借契約に基づくものだけ規定することに無理がある。まずは、物権的請求権の規定のあり方から検討すべきである（兵庫県弁）。

#### 4 賃貸人の義務

##### (1) 賃貸人の修繕義務

民法は、賃貸人は修繕義務を負うとする一方（同法第606条第1項）、賃借物が修繕を要する場合における賃借人の通知義務を規定している（同法第615条）。この通知義務に違反した場合の効果が不明確であ

るとして、賃貸人の修繕義務の不履行による賃借人の損害賠償請求の額の算定において考慮されるとともに、賃貸人に損害が生じたときは賃借人が損害賠償責任を負うことを明文化すべきであるという考え方がある。このような考え方については、もともと賃借人の通知義務の要件が不明確であり、義務違反の効果を明文化した場合に賃借人に不当な不利益を与えるおそれがある等の指摘があること留意しつつ、更に検討してはどうか。

### 【意見】

- 賃借人が通知をしない場合や通知の遅滞により賃貸人が損害を被った場合の法律関係を明確にする必要があることから、通知義務に違反した場合の効果を条文上明記する考え方に賛成（金沢弁消費者委）。
- 賃借物については、賃貸人は把握しておらず、修繕すべき点を賃借人が放置することは賃貸人に思わぬ損害を与える恐れがあり、賃貸人に通知義務やそれを怠った場合の効果を明記すべきである。また、賃借人は他人物を借りている者としてその程度の義務は負うべきである。したがって、賃借人が修繕義務に関し、通知しない効果売の効果について、損害賠償額の決定に際し考慮されることや遅滞によって生じた損害について賃借人に賠償責任が生じることを明文化することに賛成である（広島弁）。
- 修繕義務の要否については、最高裁昭和29年7月9日判決が大修繕についても制限されうるとしている点も踏まえて検討すべきではないか。

借主の注意義務及び損害拡大防止義務の観点、借主の占有部分であることから貸主側が発見することが困難であることなどにかんがみれば、借主からの通知を削除すべきではないし、当該義務違反の場合に損害賠償義務が生じることを否定する根拠はないのではないか。「賃借人の通知義務の要件が不明確である」のならば、その要件の具体化こそ図られるべきではないか。

借主の保存行為への協力義務（現行民法606条2項）に違反した場合の効果をより明確にすべきではないか（全宅連）。

- 賃貸人が修繕義務を負う場合、かかる修繕義務負担が経済的にみて賃貸借の維持が不合理と考えられる場合には、賃貸人に契約を解除する権利を与えることを検討されたい（不動協）。
- 賃借人の通知義務は、賃借目的物が賃借人の直接占有下にあり、修繕の要否について賃貸人が知りうる状況にないことに由来するものと解される。したがって、修繕の必要があることを明確に認識している賃借人が、漫然とその状態を放置することによって、賃借物の損傷を拡大させるような場合には、賃借人の保管義務の違反が生

ずるのではないか。賃貸人が修繕の必要性を認識している場合には、そのような損傷は賃貸人の義務の懈怠の結果であり、賃借人の責任は否定される（大学教員）。

- 特に反対しない（兵庫県弁）。
- 賃借物が修繕を要する場合における賃借人の通知義務違反の効果について明文化することについては、反対する意見が強い。反対する意見の理由は、大要以下のとおりである。確かに、現行民法上も、この通知義務に違反すれば、賃借人は賃貸人に対し債務不履行に基づく損害賠償義務を負担することはあり得る。しかしながら、実際には、賃貸借の目的物が修繕を要する場合であるか否かの判断は微妙な場合も多く、また、修繕を要する場合であっても、賃借人から賃貸人に対してその旨の通知がなされない場合も少なくない。仮に通知義務違反の効果をも明文化すると、賃貸借の目的物が修繕を要する場合であるにもかかわらず、賃借人が賃貸人にその旨を通知することなく、そのまま目的物を使用収益していたような事例で、賃貸人から賃借人に対する損害賠償請求権の行使又は敷金からの充当の主張が濫用的になされる恐れがある。

他方、現行民法でも賃借人の通知義務が規定されており、法律関係を明確化する観点から、賃借人の通知義務違反の効果をも明文化することに賛成する意見も複数ある（日弁連）。

- もともと賃借人の通知義務の要件が不明確であり、義務違反の効果をも明文化した場合に賃借人に不当な不利益を与えるおそれがないよう留意すべきである（会社員）。
- 通知義務については、修繕の必要な個所を探索する義務まで負うものではないことを明確にするため、「知ったとき」とするのが妥当である。しかし、効果について明文規定をおくことは、かえって条文数を多くし分かり難くすることとなりかねず、一般規定に委ねるべきであり、明文化には反対（愛知県弁）。
- 通知義務違反により損害賠償額を減額するとの立法をすることは、賃借人が通知をしないでそのまま利用を継続するケースが多くあるとの実情に照らし合わせると、賃借人保護に欠けることになり相当でない（親和会）。
- 賃借人の通知義務違反の効果をも明文化すると、賃借人が通知することを怠ったときに賃借人が債務不履行に基づく損害賠償義務を負う恐れがあり、賃借人に不当な理由による不利益が生じる恐れもあることから、賃借人の通知義務に違反した場合の効果も定めるべきではない（日司連）。
- 賃貸人であれば少なくとも賃借物について賃借人に使用収益させるために管理する義務があり、仮に賃借人が賃貸人に通知しなければな

らない事項について貸貸人が知らなかったとしても知りえるように努力すべきである。そうであれば、通知義務違反をしたことをもって一般規定の債務不履行以上の責任を負わせるべきではない（現在の提案要旨を見れば、通知義務の懈怠につき無過失責任であるように読み取れる。）。仮に賠償責任に関する規定を置くのであれば、一般の債務不履行よりも賠償責任の要件を厳しくし、賃借人が故意に貸貸人に通知しなかった場合に何らかの賠償責任を負わせるように限定すべきではないか。そこまで定めなくとも、本通知違反の効果は現以降の一般規定の債務不履行責任から導かれるもので十分である（青司協）。

- 改正の必要はないと考える。賃借物の修繕に関する賃借人の権利の立法化には反対。ただし、賃借物が滅失した場合における貸貸借の終了に関する規定を整備するなら、民法第607条の規定削除には賛成（「改正を考える」研）。
- 損害賠償責任を明文化することにより、修繕すべきかどうかの判断が困難であるにもかかわらず、通知義務違反による賃借人の責任が問われやすくなる。また、損害軽減義務違反による損害の減額又は損害賠償の相当な範囲の検討適用によって、同じ結論を導くことができる。そのため、賃借人が通知義務に違反した場合に、通知義務違反による損害賠償責任が生ずることを明文化すべきではない（堂島有志）。
- 修補が必要になった場合通知する程度のことは賃借人に求めたとしても過度の負担を課すものではないため現行法どおりとする（法友全期）。
- 貸貸人であれば少なくとも賃借物について賃借人に使用収益させるために管理する義務があり、仮に賃借人が貸貸人に通知しなければならない事項について貸貸人が知らなかったとしても、知りえるよう努力すべきであると考え。そうであれば、通知義務違反をしたことをもって一般規定の債務不履行以上の責任（現在の提案要旨を見れば通知義務の懈怠につき無過失責任であるように読み取れる）を負わせるべきではない。仮に賠償責任に関する定めを置くとなれば一般の債務不履行よりも賠償責任の要件を厳しくし、賃借人が故意に貸貸人に通知しなかった場合に何らかの賠償責任を負わせるように限定すべきではないか。そこまで定めなくとも、本通知違反の効果は一般規定の債務不履行責任から導かれるもので十分である（東京青司協）。
- 基本的に反対である。明文化するにしても、他制度とのリンクが必要ではないか。また、明文化するにあたっては、通知義務の要件に関しては、「修繕を要することを知ったとき」とすべきではないか（日大民研・商研）。
- 賃借人が通知しないことが、経年劣化や物損との間に、因果関係が在るわけではない。通知が「遅れた」ことの損害は、一般規定で対応

可能。規定の必要はない（広大有志）。

- 賃借人の通知義務の規定自体に妥当性がある以上、これを怠った場合の規定を設けることに不都合を見出すことはできないと思われる。明文化に賛成。賃借人の不利益に対する配慮は、通知義務の要件等を明確にすれば足りると思われる（札幌弁）。
- 賃借人の通知義務違反による賠償義務が認められる事例があることに異論はないが、この趣旨を明文化する必要はない（福岡弁）。
- 通知義務違反の効果については、損害賠償等の一般規定から導くことが可能である。賃貸借の目的物が修繕を要する場合であるにもかかわらず、賃借人がその旨を通知せず、我慢してそのまま使用を続けているケースは多々あると思われるが、賃借人の損害賠償責任が明文化されると、そのようなケースにおいて、賃貸人からの損害賠償請求権の行使等が濫用的になされるおそれがある。そのため反対（横浜弁）。
- 賃借人の通知を要することについて、賃借人に過度の負担を負わせるのではないかと懸念を示す意見が多かった（最高裁）。
- 賃借物が修繕を要する場合の賃借人の通知義務に関して、かかる通知義務の違反が賃貸人の修繕義務の不履行による賃借人の損害賠償請求の額の算定において考慮されること、及び通知義務に違反した場合に賃借人が損害賠償義務を負うことには異論はない。しかし、損害賠償が問題となるケースは通知義務違反以外の場合もあるはずであるから、ことさら通知義務違反の場合だけかかる損害賠償の規定を設けることについては違和感があるのとの意見が強かった（一弁）。
- 賃借人が通知をしないことが多い実態もあり、不測の損害を生じさせる危険がある。問題があるケースは、一般の損害賠償責任や権利濫用等で対応できると考えられる。そのため、通知義務違反が賃貸人の修繕義務の不履行による賃借人の損害賠償請求の額の算定において考慮されるとともに、賃貸人に損害が生じたときは賃借人が損害賠償責任を負う旨の規定を置くことには反対である（東弁）。
- 現行民法において、賃貸目的物が修繕を要する場合に賃借人に通知義務が有ることが規定されており、これを賃借人が怠った場合、一定の法的効果が生じることは勿論否定しない。しかし、修繕義務に関しては債権者である賃借人の「義務」及びその「義務違反の効果」を明記することで、債権者の義務が一人歩きし、濫用的に使用されるおそれもある。債権者（賃借人）が無能力者や事実上通知義務の履行を期待出来ない者であることもあり得るが、その場合も「義務懈怠による損害賠償責任」が発生するのか、本来、修繕義務は賃貸人の義務であり、賃借人の通知の有無にかかわらず修繕をす

るべき箇所は修繕するべきであるところ、かかる条文を明記することにより、債権者である賃借人の義務がかえってクローズアップされかねない。例えば ①調子が悪いクーラーを家主に遠慮して騙し騙し使っていたが、遂に壊れたというような場合、②クーラーの裏の壁にカビが生えていたことに賃借人が気づかなかつたが、それを理由に退去の際、家主から敷金減額を要求される場合などを想定すれば、賃借人に対するかかる義務規定及びその義務違反の効果を一律に課すこととは酷に過ぎると考えられる。かかる規定を設けなくとも、従前の枠組みの下、賃貸人の修繕義務の程度やその義務懈怠による損害賠償を論じる中で、賃借人の能力等の属性も加味した上で個別具体的に妥当な解決を図ることが可能であり、それで足りると考える（大阪弁）。

- 賃借人の通知義務違反を賃貸人の修繕義務の不履行による賃借人の損害賠償請求の額の算定において考慮するとともに、賃借人の債務不履行の一要素とすることを明文化することに賛成である。修繕通知を怠ることにより、他の賃借人に損害がでる場合もあるので、修繕通知義務の規定は設けるべきであるし、賃借人の義務である以上、その不履行によって賃貸人が損害を被った場合は賠償義務を負うのは、現行法上も同様である。他方、商人間売買における通知義務（商526）のような失権効は否定すべきである（仙台弁）。
- 賃借人の通知義務規定をおくことには反対である。  
なぜならば、賃借人には修繕を要する場合か否かの判断が困難なことや、賃貸人に通知すべき場合に該当するか否かの判断が困難なことがある。そのような場合に、賃借人の通知義務の遅滞によって賃貸人に生じた損害の賠償責任を賃借人にかすのは妥当ではない（弁護士）。
- 賃借人は、賃貸借の目的物が修繕を要する場合に賃貸人に通知する義務が規定されているが、通知義務違反の効果を明記することに反対。そもそも修繕請求は権利であって義務ではないのであるから、通知を怠ったことによって賃借人が債務不履行責任を問われるのは不合理である。修繕を要する場合かどうかの判断が賃借人には困難なことも多く、一律に通知義務を要求することに合理性はない。また、実務上、原状回復トラブルに関連して、賃貸人側から、自然損耗であるのにこれを通知しなかったことを理由に損害賠償請求（返還すべき敷金の減額）を主張する口実にも利用されている。加えて、通知義務違反が最も問題になるのは結露、カビであるが、冷蔵庫の裏側で発生するなど、通常の用法により使用していても「修繕を要」する状態にあることを知りえず、退去時に判明することもあるのであるから、通知義務を要求することが酷な場合も少なくない。



以上のことから、民法第615条は削除すべきであるか、少なくとも通知義務が発生するのは、客観的に「修繕を要」する状態にあることが明らかであって、そのことを賃借人が知っていた場合に限定すべきである（民法協）。

- 民法第615条には賃借人の通知義務が規定されているのみで、それに違反した場合の効果が明記されていない。この点、修繕を要する状態であるか否かの判断は容易でなく、損害賠償責任を明文化することによって通知義務違反による賃借人の責任が問われやすくなるおそれがあること、義務違反の効果を明文化しなくても一般則から損害賠償責任が生ずることから、明文化の必要はないと考える（弁護士）。
- 賃借人の修繕義務の不履行を理由とする損害賠償額の減額については、具体的事案によるその当否及び減額の範囲を裁判官の広い裁量に委ねざるを得ない問題であるため、わざわざ条文上明記する必要まではないとも思われる。

通知の遅滞によって賃借人に損害が生じた場合に、賃借人に賠償責任が生ずる旨を条文上明記することについては、修繕をめぐる法律関係は一般的に賃借人の権利に関する問題であって、通知の遅滞により賃借人に損害賠償責任を負わせるべき事態が生じることは極めて稀であるところ、明文化は誤解を招くおそれが高いことから相当でない。

通知義務の要件を、「修繕を要するとき」から「修繕を要することを知ったとき」に改めることについては、特に異論はない（弁護士）。

- 賃借人の通知義務規定をおくことには反対である。なぜならば、賃借人には修繕を要する場合か否かの判断が困難なことや、賃借人に通知すべき場合に該当するか否かの判断が困難なことがある。そのような場合に、賃借人の通知義務の遅滞によって賃借人に生じた損害の賠償責任を賃借人にかすのは妥当ではない（弁護士）。
- 通知の遅滞により賃借人に損害が生じた場合には賃借人に賠償責任が生ずることなど法的効果を条文上明記すべきことには反対である。

通知義務規定そのものを削除することも検討されるべきであるし、少なくとも修繕が必要であることを知っていることが通知義務の前提であることが確認されるべきである（日弁連消費者委有志）。

## (2) 賃貸物の修繕に関する賃借人の権利

賃借人が支出した必要費の償還について規定する民法第608条は、賃借人が修繕義務を履行しない場合には賃借人が自ら修繕をする権限を有することを前提としていると解されている。これを踏まえて、賃借人が自ら必要な修繕をする権限があることを明文化することの当否について

て、賃貸人への事前の通知の要否など具体的な要件に関する問題を含めて、更に検討してはどうか。

**【意見】**

- 疑義を避けるため条文上明確にすることに賛成（金沢弁消費者委，福岡弁）。
- 法律関係を明確化する観点から，賛成する。なお，民法607条の削除については，包括的な規定の検討が終了した後に，再度，検討すべきである（愛知県弁）。
- 法律関係を明確化するために検討が必要（親和会）。
- 賃貸人が修繕を行うまで賃借人が何ら修繕できないとすれば，賃借人はそれまで壊れた目的物を利用しなければならず，非常に不都合である。そのため，賃借人が自ら修繕をする権限があることを明文化する方向で検討すべき。また，賃貸人への事前通知を要する旨を定める方向で検討すべき（青司協）。
- 他人の物を修繕することになり，権利として明記すべきである。したがって，修繕に関し，賃借人が自ら必要な修繕をする権限があることを明記することに賛成である（広島弁）。
- 賃貸人が修繕義務を履行しない場合に，不利益を被る賃借人に修繕する権利があることをわかりやすく規定しておくべきである。なお，賃貸人への事前の通知の要否については，賃借人には修繕を要することについての通知義務があり，賃借人からの通知にもかかわらず（あるいは賃貸人が既に知っているにもかかわらず）賃貸人が修繕をしない場合の規定であるから，賃借人自ら修繕するに際してあらためて通知義務を課す必要はない（堂島有志）。
- 賃貸人が修繕を行うまで賃借人が何ら修繕できないとすれば賃借人はそれまで壊れた目的物を利用しなければならず，不都合である。賃借人が修繕をする権限があることを明文化する方向で検討すべき。また，賃貸人への事前通知を要する方向で検討すべき（東京青司協）。
- 賛成である。解釈上も当然に要求されることがらであり，明文化は妥当である。敷金との関係も考慮すべきではないか（日大民研・商研）。
- 通知して許諾（あるいは返答がなければ）修繕する権利がある，とすべきである（広大有志）。
- 明文化には賛成するが，どのような場合に賃借人が修繕することができるのかを明確にする必要があると考える（札幌弁）。
- 賃借人が賃貸人に必要費の償還ができるということは，賃借人が自ら修繕をなす権限があることを前提にしているものであるから，修繕

権限が存在することを明確に条文化することは、分かりやすい民法の実現に資する。但し、修繕の規模や内容等によっては、事前に賃貸人に通知することにより修繕義務の履行の機会を与えるなどすべき場合があるとも考えられるので、具体的な要件についてはさらに慎重な検討が必要である（横浜弁）。

- 法律関係を明確化する観点から、賃借人が自ら必要な修繕をする権限があることを明文化すること自体に特段の異論はない。賃貸人への事前の通知の要否など具体的な要件については、今後、実態を踏まえつつ更に検討すべきである（日弁連）。
- 賃借人による修繕の権限を明文化することについては賛成である。ただし、賃貸人に通知をした上で修繕を行うというプロセスが必要とされる場合もあることを踏まえて具体的な要件を検討すべきである（一弁）。
- 賃借人の目的物を修繕する権限を明文化することについて特段反対しない（大阪弁）。
- 賃借人が自ら必要な修繕をする権限があることを明文化することに反対はしない。賃借人が行う修繕の根拠が明確となるが、あえて明文化する必要性は無い様に思われる（仙台弁）。
- 賃貸人への事前の通知をした上で修繕できるという方向に賛成する（大学教員）。
- 賃貸住宅標準契約書8条3項にならい、いわゆる小修繕（電球の交換や障子紙の張替えなど安価かつ簡易にできる修繕）については、賃借人が賃貸人の許可を得ないで行うことができることを明記することも検討に値する。なお、最高裁昭和43年1月25日第一小法廷判決は「大小修繕は賃借人がする」と契約書に記載されているとしても、積極的に賃借人が修繕義務を負うものではないと解していることに留意すべきである（民法協）。
- 賃借人が自ら修繕をする権限があることを明文化する方向で検討すべきである（会社員）。
- 賃借人が自ら必要な修繕を行う権限がある旨を明文化するにあたっては、賃貸人に対する事前通知の要否といった具体的なルールを明らかにする必要がある、紛争防止の観点からそのようなルールを明確にする実益は大きいと考えられる。

なお、賃貸人への事前の通知に関しては、一般的にはこれを行うべきというのが常識的な感覚であるが、緊急性を要する修繕について常に事前通知を求めるのは賃借人に酷であることから、例外的に通知を不要とする場合についても検討すべきであり、また通知義務違反があった場合の効果についても、あまり厳格な規定を設けるべきではない（弁護士）。

- 特に反対しない（兵庫県弁）。
- 賃貸人が修繕義務を履行しない場合の賃借人の権利については、仮に明文化するのであれば、賃貸人の所有物に手を加えること、施工業者の選定等の問題があることから、まずは賃貸人側での対応を考慮するため、事前通知を要するとすべきではないか（全宅連）。
- 修繕の要否について当事者間の認識が異なる場合があり、賃借人が賃貸人に無断で修繕を行うことで紛争の原因となる可能性があるため、賃貸人への事前通知など、一定のプロセスを設けることの検討をお願いしたい。

賃借人が自ら必要な修繕をする権限があることを明文化することについては、現状、実務においては、賃貸人が賃貸物について修繕をし、賃借人がこれを行うときは、賃貸人の承諾を得るという取り扱いが一般的であるところ、賃借人に修繕をする権限があるとすることですることについては違和感がある。また、賃借人に修繕をする権限があった場合、賃借人は他人の所有物たる賃貸物を自己の裁量で修繕できることになり、賃貸人との間で修繕内容等をめぐって紛議が生じることが懸念される（不動協）。

- 現民法では 606 条で賃貸人の修繕義務を明確に定めつつ、608 条では賃借人の費用の償還請求権を認めている。特約のない限り賃貸人が修繕を行うことを前提としてその義務が果たされない場合に賃借人側でも修繕を行う権限が与えられていると解されており、その手順・要件を明確にすることが必要と考える。通常の実務においても、賃貸人が全く知らない状況で賃借人が勝手な判断で修繕を行った場合には、修繕の必要性、方法及び金額等について後日当事者間で紛争となることが懸念される。そのため、賃借人が自ら必要な修繕をする権限があることを明文化する場合には、賃貸人が修繕義務を履行しない場合で賃貸人への事前通知がなされるなど一定の要件を満たす場合にのみ認めることとすべき（ビル協）。
- 通知義務程度のことは負担させてもよいと考えるが、通知をしないで修補することも実際にはあり得る。この場合に費用償還が認められないのは賃借人に酷。賃借人が通知をしなかったことをもって費用償還請求を否定する規定の設置には反対（法友全期）。
- 賃借人の修繕が、修繕に名を借りた無断造作ではないかとの争いが多いという裁判実務に照らせば、賃借人の修繕権は限定されるのが相当であるとする意見、明文化すると、賃借人は通知さえすれば何でも工事ができてしまうという運用になることを懸念する意見があった（最高裁）。
- 民法第 608 条は賃借人に修繕権限があることを前提としているのはその通りである。しかし、原則として、修繕の方法は賃貸人が決す

るべき事柄である。そこで、まずは賃貸人に修繕するよう通知し、それに応じなかった場合に限り、賃借人が自ら修繕できる旨の規定とするべきである（東弁）。

- 民法第608条は賃貸人が修繕義務を履行しない場合には賃借人が自ら修繕をする権限を有することを前提としており、実務上も認められている。したがって、当該権限を規定すべき。他方、同条では、当該権限を行使する際には賃貸人に対する通知義務は課されておらず、また民法第615条の一般的通知義務があることから、当該権限を規定するに当たっては賃借人の事前の通知義務を設けるべきではない（日司連）。

### (3) 賃貸人の担保責任

賃貸物の瑕疵についての賃貸人の担保責任には、売買の規定が準用されている（民法第559条）。このうち、売主の瑕疵担保責任の期間制限の規定（同法第570条、第566条第3項）に関しては、賃貸物を継続的に使用収益させるという賃貸借の性質に照らして、賃貸借には準用されないことを条文上明確にするかどうかについて、更に検討してはどうか。

#### 【意見】

- 賃貸人が賃貸借期間中賃借人に対して賃貸物を使用収益させる債務を負っていることからすれば、瑕疵担保責任のみ期間制限に係るとすることは合理的ではなく、瑕疵担保責任の期間制限の規定は賃貸借には準用されないことを条文上明確にする考え方に賛成（金沢弁消費者委，広島弁，堂島有志）。
- 使用収益させる義務と瑕疵担保責任とは明確に区別することは困難であり、使用収益させる義務と同様に、瑕疵担保責任も期間制限されるべきではない。そのため、賃貸借には準用されないことを条文上明確にすることには、賛成する（愛知県弁）。
- 権利行使の期間制限を賃貸借に準用することは公平と言えないことから準用しないことが相当（親和会）。
- 担保責任の期間制限について、売買の期間制限の規定を準用しないこととする条文を置くことには賛成（「改正を考える」研）。
- 売買のような単発の取引ではなく継続的契約であることを考慮すべきである。契約関係が継続している限り認めるべきであり、契約が終了し返還した後は認める必要がない。売買の規定を準用する条文を削除し、特に期間を制限しない（契約期間に従うものとする）ことに賛成（法友全期）。
- 賛成である。賃貸借は継続的契約関係であって、賃借人が賃貸人に

対して瑕疵に関する通知をしなかったため、直ちに賃借人の権利が喪失するというのは妥当ではない（日大民研・商研）。

- 継続的契約である賃貸借に、売買契約の規定を準用すべきではなく、担保責任の規定については独自に規定することが望ましい（札幌弁）。
- 賃貸借は継続的な契約であり、賃貸人は目的物の引渡後も契約期間中は目的物を賃借人に使用収益させる義務を負っていることから、瑕疵担保責任が売買と同様の期間制限にかかり、契約期間中にもかかわらず賃貸人に対する責任追及が一切できなくなるというのは不合理である。そのため570条、566条3項に関しては、賃貸物を継続的に使用収益させるという賃貸借の性質に照らして、賃貸借には準用されないことを条文上明確にすることに賛成である（横浜弁）。
- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 売主の瑕疵担保責任の規定次第であるものの、継続的な関係である賃貸借の性質から、賃貸物の瑕疵についての賃貸人の担保責任について、債権の消滅時効とは別に期間制限を設けることは適当でない。したがって、仮に売主の瑕疵担保責任について期間制限の規定を残す場合（又は現行民法とは別の形の期間制限の規定を設ける場合）には、その規定を賃貸借に準用しないことを条文上明確にすべきであるという意見が強い（日弁連）。
- たとえば、新築マンションの売買において、買主は売主に対して住宅の品質確保の促進等に関する法律によって、10年間瑕疵について責任を追及できる（同第95条）ところ、賃借人は短期間しか責任追及できないのはバランスを失する。賃借人についても短期の期間制限を撤廃する方向の規定をおくべきである（東弁）。
- 賃貸人の担保責任の期間制限について、売主の担保責任に関する規定が準用されないことを明文化することに特段反対しない（大阪弁）。
- 賃貸物の瑕疵担保責任については、売買の担保責任の期間制限の規定を準用されないことを条文上明確にすることに賛成である。1回給付の売買と継続的利用関係である賃貸借では担保のあり方は違う。なお、担保責任につき債務不履行の特則と考えるなら、賃借人にかえって不利になるようなことがないように注意する必要がある（仙台弁）。
- 売主の瑕疵担保責任の期間制限については、それ自体を撤廃すべきであるから、賃貸借への準用は問題とならないのではないかと（弁護士）。
- 売主の担保責任の短期制限は削除し時効制度一般に委ねるべきであり、賃貸物の瑕疵についての賃貸人が負う担保責任についても同様とすべきである（日弁連消費者委有志）。
- 売買の規定が準用されるが、期間制限については準用されないことでよいのではないかと。賃貸借契約においては、賃貸借期間中は賃借人

に対して賃貸物を使用収益させる義務を負っているのであるから、瑕疵担保責任のみを期間制限にかかるとすることは合理的ではない（兵庫県弁）。

- 例えばAがBに対して、「賃料を1坪あたり1万円、坪数100坪で100万円」と定めて賃貸借契約を締結していたところ、坪数が90坪しかないことが判明したような場合、BはAに対して、賃料減額請求、契約解除などの瑕疵担保責任を追及することができるが（民法559条、563条）、この権利は、Bが事実を知ってから1年以内に行使しなければならない（民法564条）。賃貸借契約が継続的契約であるからといって、この権利行使について期間制限を設ける必要があるとまではいえないであろう。賃貸人の担保責任に関する権利行使期間について現行法を改めるべきではない（福岡弁）。

## 5 賃借人の義務

### (1) 賃料の支払義務（事情変更による増減額請求権）

借地借家法第11条、第32条、農地法第20条などを参照しつつ、契約締結後の事情変更による賃料の増減額請求権の規定を賃貸借一般を対象として設けるか否かについては、その必要性などを疑問視する意見があることも踏まえて、更に検討してはどうか。

#### 【意見】

- 賃料額の増減額請求がなされたときの法律関係を明確にする必要があるため、賃料額を調整する仕組みを民法に設ける考え方に賛成（金沢弁消費者委）。
- 契約締結後の事情変更による賃料の増減額請求権の規定に関し、賃貸借一般を対象として設けることについて、賛成する。なお、任意規定であることを明記することに反対はしない（愛知県弁）。
- 賃貸借契約の締結後、事情が変更したことに伴う賃料の増減額請求権を定める一般的規定を置くことは相当（親和会）。
- 借地借家法や農地法の適用のない賃貸借においても、賃料額を契約後に調整すべき事情が生じうるのは同じであることから、賃料額を調整する仕組みを民法に設けることに賛成（広島弁）。
- 基本的には賛成であるが、借地借家法・農地法の適用がある賃貸借を除いて、かなり長期の賃貸借契約がどの程度あるのか（規定を設ける必要性）について調査の必要があると考えられる（「改正を考える」研）。
- 賃貸借契約は長期に及ぶケースが多いことに鑑みると、契約当初の賃料を維持することが妥当でないことも珍しくない以上、事情変更による増減額請求権を規定しておくことには合理性があると思われる。

賛成（札幌弁）。

- 借地借家法の適用がある物件以外の物件についても、賃料増減額請求を認めるべきケースが存在すると考えられるので、賃料増減額請求の規定を設けることが望ましい。もっとも、借地借家法が念頭に置いている、賃借人保護の要請が強く認められるようなケースとは経済上の本質が異なる賃貸借もその対象に含まれてくることから、任意規定であることを明確にすべきである（長島・大野・常松有志）。
- 継続的な契約である賃貸借契約に基づく賃料の増減については事情変更の原則が妥当すること等を理由として、賛成する意見が少なくない。他方、賃貸借契約に基づく賃料の増減については、借地借家法第11条、第32条、農地法第20条など特別法における賃料の増減額に関する仕組みがあり、その必要性に疑問があること等を理由に、かかる規定を設けることに反対する意見も有力である（日弁連）。
- 契約締結後の事情変更による賃料の増減額請求権の規定を、賃貸借一般を対象として設ける考え方については、かかる規定を民法典に規定することは、契約の効力を弱めることにつながり弊害があるため、反対である（一弁）。
- 賃貸借契約は、更新された場合を含め、契約期間が長期に及ぶ継続的契約であることから、履行が1回で完了する売買契約とは異なり、事情変更の法理が妥当する契約形態である。借地借家法及び農地法においては、契約締結後に事情変更が生じた場合に増減額請求権が認められているが、工業用機械など長期の賃貸借期間が予定されている動産の賃貸借においても、契約締結時に予想し得なかった事情が事後に発生した場合に賃料額を調整する仕組みを設けることは、妥当である。ただし、賃借人が賃料を支払わない言い訳にするという濫用のおそれがあるので、条文化する際の表現に十分留意すべきである（東弁）。
- 事情変更による増減額請求権の規定を設けることは賛成である。但し、任意規定とすべきである。また、これを合わせて、民法609条、610条、614条但書及び617条は削除すべきである。賃料の支払い義務に関して、契約締結後の事情変更によりその増額又は減額を図るべき必要性は認められる。他方、全ての賃貸借契約について強行法規とするまでの必要はない（強行法規とする必要がある場合は、特別法にて別途定めるべき）。農地法20条により民法609条及び610条は存在意義を失っている。また、614条但書及び617条も、その存在意義自体に疑問がある上、仮に必要である場合には、専ら農地にのみ適用される規定なので、農地法で規定すべきである（仙台弁）。
- 基本的に賛成する。  
借地権の地代等や建物の借賃については借地借家法で、農地の賃貸



については農地法でそれぞれ増減額請求権が認められており、このような規定の趣旨は、特別法の規定が適用されない一般の賃貸借契約にも妥当しうるものである（実務上も、工業用機械など長期の賃貸借期間が予定されている動産の賃貸借について、規定の必要性を認める余地がある）。ただし、借地借家法や農地法の規定は専ら不動産の賃貸借等を想定しているのに対し、民法の規定は動産の賃貸借契約にも適用され得ることから、その適用要件については、借地借家法や農地法の規定とは別途に考察する必要があることに留意すべきである。

なお、規定の効果や賃料額改定の手続きについては、基本的に借地借家法や農地法の規定を参照して立案すればよく、農地法の規定により今日では全く機能していない現行民法第609条及び第610条は削除すべきである（弁護士）。

- 賃料減額請求権の特約による排除が可能であるとすると、交渉時において圧倒的に賃貸人が優位に立つ現状では、賃貸人が一方的に賃料減額請求権を排除する危険性が高い。したがって、賃料減額請求権の特約による排除は認めるべきでない。他方、賃料増額請求権については、上記と同様の理由により、特約による排除が事実上不可能となる。したがって、賃料増額請求権を認める規定については、要件を慎重に考える必要がある（弁護士）。

- 賃料額の調整を行う仕組みを設けること自体には、反対しない。ただし、民法にその仕組みを置くかどうかについては、慎重に検討すべきである。

借地借家法の適用対象外の賃貸借契約についても賃貸期間中の賃料増減額請求権を認めるべき事案もあると思われる。しかし、利用実態や需要が不明な現状において、民法に仕組みを置くかどうかについては、なお慎重に検討すべきである（兵庫県弁）。

- 継続的契約である賃貸借契約においては、契約締結後の事情変更により賃料を変更する必要があることは否定できないため、契約を締結した時点では想定できなかった事態が生じた場合に賃料額を調整する仕組みを民法に設けることについては賛成しうる。ただし、継続的契約とはいえ、リスクの分配として、一定期間、固定賃料で継続することを両当事者が納得の上で契約することはありうることである。また、当事者として、増減額交渉に巻き込まれること自体が不利益ともいえるのであり、そのような煩わしさを排除するために、一定の期間賃料等を増減額しない旨の特約を結ぶ利益はあり得る。よって、任意規定である旨を明示すべきである。なお、民法上の賃貸借には借地借家法が賃料増減額請求権を認めた趣旨が必ずしも妥当しないものが多いであろうし、多種多様な賃貸借について適切な要件を定めるのは困難であるとして、明文化に慎重な意見もある（横浜弁）。

○ 事情変更原則に関する一般的規定については明文化するべきではないが、契約類型毎の事情に応じて個別の立法措置を講じることについては、個別の必要性・合理性が認められる限り、一律に反対するものではない。賃貸借契約についてみると、賃貸借契約の対象・内容は多様であるため、借地借家法の適用対象外である賃貸借契約についても賃貸期間中の賃料増減額請求権を認めることに一定の合理性が認められるケースも想定出来なくは無い（例えば、賃貸期間が長期に及ぶゴルフ場敷地賃貸借契約など）。しかし、契約は守られるべきというのが原則である。当初契約時に設定した賃料が後日に多少不相当なものとなったとしても、それは、原則的には賃貸人ないし賃借人が契約締結時点において負担していたリスクが現実化したというに過ぎない。借地・借家契約の場合には、更新が事実上強制される等して賃貸期間が非常に長期に亘ることから、賃貸期間中に賃料が不相当なものとなることが避けられず、増減額請求権を認める合理性が有るのに対し、借地借家法が適用されない賃貸借契約の場合には、賃貸期間は比較的短期間であることが多く、また、更新が事実上強制されるという事情も無い以上、上記趣旨は直ちには妥当しない。契約は守られるべきというのが原則である以上、また、契約更新時における賃貸人・賃借人間の交渉を通じて賃料が適性化されることが期待出来る以上、仮に賃貸期間中の賃料増減額請求権を認めるとしても、その要件は、借地借家法の場合に比べても厳格に絞るべきである。もっとも、賃貸借契約の内容は多様であることもあり、要件を具体的かつ厳格に絞ることは困難であると考えられる。その結果、実際の運用において緩やかに増減額が認められることになりかねない（現在の借地借家法上の増減額が比較的簡単に認められているように）。また、効果の点についても、事情変更が発生すればどの程度の賃料が増減されるかを実際の紛争において導くことは困難であると考えられる（鑑定手法すら存在しない賃貸目的物も増減対象に含まれる）。

従って、仮に規定を設けるとしても要件・手続・効果については慎重に検討すべきであり、それらの明確化が困難であるなら規定の採用自体についても慎重に判断すべきである（大阪弁）。

○ 賃料減額請求権の特約による排除が可能であるとする、交渉時において圧倒的に賃貸人が優位に立つ現状では、賃貸人が一方的に賃料減額請求権を排除する危険性が高い。したがって、賃料減額請求権の特約による排除は認めるべきでない。他方、賃料増額請求権については、上記と同様の理由により、特約による排除が事実上不可能となる。したがって、賃料増額請求権を認める規定については、要件を慎重に考える必要がある（弁護士）。

○ 賃料の増減額請求権の規定は借地借家法に存在するが、その性質は

継続的な契約において事情変更が生じた場合の一般的な調整の仕組みと考えられ、特別法だけに置かれるのではなく、任意規定として民法に規定すべきという意見がある。しかし、このような規定を設けるとすれば借地借家法と同程度の詳細な仕組みが必要となるところ、現在特別法で規定されているもののほかに賃料の増減額の仕組みが必要な事例が実際にあるのか疑問である。明文化によって原則と例外が逆転してしまうリスクもあり、慎重に検討すべきである（弁護士）。

- 賃料の増減額については既に特別法で定める増減額請求権あるいは事情変更の原則で足り、賃貸借一般に広げて規定する必要はない（日司連、パブコメWG、不動産証券化協）。
- 借地借家法、農地法上の賃貸借は、契約関係の長期継続を強く保護されているため、増減額請求権が強行規定で定められている。民法上の賃貸借については、契約期間の設定、更新の有無、更新の際の条件変更が自由になされるから、当事者間の合意を尊重すべきである。したがって、事情変更による増減額請求権の規定を設けるべきではない（堂島有志）。
- 不動産会社の実務との関係では、借地借家法の適用のない賃貸借契約（類似契約を含む）において増減額請求を行う必要性が高いか否かという観点から検討すべき問題。典型的には駐車場使用契約や、広告物（看板）掲出契約などにおいて使用料等の増減額請求を認めるべきか、という点で問題となる。当該契約において増減額請求についての特約を設けておけば足りる問題、と考える。契約期間が短いこと、条件的に合わなければ借地借家法の保護を受けないものであり、解約等の選択肢があることからすれば、法定する必要まではないのではないか。

本規定を理由に賃料不払いを主張されやすくなったり、賃料の減額を要求される事例が増えるなど賃貸人の不利益を招くことのないよう、借地借家法と同等の詳細な規定を用意する等、十分な配慮をお願いしたい。

賃料の増減額請求権の規定を賃貸借一般を対象とすることには賛成できない。そもそも賃料増減額請求権は、契約で定めた賃料を裁判所が事後的に変更しうるものであり、長期的に賃借人の借りる権利を認める借地借家法の適用のある賃貸借に適合性を有する規定であり、広く賃貸借一般に認めるべきものではない（不動協）。

- どのような場合にどの程度の減額が認められるのかある程度明確な基準を示すことができないようなら混乱生じるだけになるおそれがある。新設は不要である（法友全期）。
- 賃料増額請求権に関しては、特別法の規定に委ねるべき事項であると考えられ、賃貸借一般を対象として、その規定を設けるのは妥当で

はない（日大民研・商研）。

- 特に必要性を感じない（広大有志）。
- 賃貸借契約のように長期間に及ぶ継続的供給契約においては、契約締結後に契約締結時に前提とされていた経済環境が大幅に変わることがある。しかし、契約当事者はそのような経済環境の変化も想定して条件を設定しているのが通常であろうから、契約内容を変更する権利を民法において規定する必要はない（当事者の予定を超える大幅な変化については、判例上一般論が認められている事情変更の法理で対応すべきであるし（第57）、仮に、変化に応じて契約内容を変更する意思があれば、その旨の契約条項を契約に盛り込めばよいし、契約条項がなくても、「契約の趣旨」によりこのような請求権が認められる可能性もありうる）。したがって、賃貸借契約一般について、賃料の増減額請求権についての規定を設けるべきではない（福岡弁）。
- 賃貸借全般に関し、一律に、事情変更による賃料の増減額請求権を設けることについては、いわゆる事情変更の原則が現在の実務上、かなり限られた場面でのみ適用されていることや、濫用的な主張を招く懸念があることも踏まえ、その妥当性を検討すべきであるとして、借地借家法の分野を超えて民法に規定することに反対する意見が多かった（最高裁）。
- 契約の条件が時間の経過とともに実態にそぐわなくなってくるのは継続的契約一般の問題であり、賃貸借契約に限定された問題ではない。減額請求権が規定されると、その濫用を防止する観点から、詳細な手続規定が必要になると考えられるが、特別法の手当が存在するもののほかに、このような手続規定において保護すべき対象が存在するのかわらかではない。そのため、賃料の増減額請求権の規定を賃貸借一般を対象として設けることに反対（森・濱田松本有志）

## (2) 目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額等

目的物の一部が利用できなくなった場合の賃料の取扱いに関して、民法第611条第1項は、賃借人の過失によらないで滅失した場合に限り、賃借人の請求によって賃料が減額されることを規定しているが、使用収益の対価である賃料は、使用収益の可能性がなければ発生しないものとすべきであるという理解に立って、目的物の一部が利用できなくなった場合には、その理由を問わず（賃借人に帰責事由がある場合も含めて）、賃料が当然に減額されるものとすべきであるとの考え方がある。この考え方の当否について、目的物の一部が利用できなくなった事情によって区別する必要性の有無や、危険負担制度の見直し（前記第6）との関係に留意しつつ、更に検討してはどうか。

他方、目的物の一部が利用できず賃借をした目的を達せられなくなっ

た場合の賃借人の解除権（民法第611条第2項）についても、利用できなくなった理由を問わないで（賃借人に帰責事由がある場合も含めて）解除権を認めるという考え方がある。このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

また、目的物が一時的に利用できない場合に関して、同様に賃料の減額や賃借人による契約の解除を認めるという考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

このほか、目的物が利用できない場合に関する以上のような規律を明文化するに当たっては、「滅失」という用語（民法第611条参照）ではなく、目的物の機能が失われたことに着目した文言を用いることの当否について、検討してはどうか。

### 【意見】

- 賃貸借契約の対価性を考慮した合理的な規定であるため、目的物の一部が利用できない場合には利用できなくなった部分の割合に応じて賃料が当然に減額されるものとすべき考え方に賛成。

また、賃借物の一部滅失と同様に考えられることから、目的物の一部が利用できない場合や一時的に利用できない場合で、賃借をした目的を達せられなくなった場合に解除を認める考え方に賛成。（金沢弁消費者委）。

- 危険負担との整合性を考えれば、当然に減額されるとすべきであり、目的物の一部が利用できなくなった場合には、その理由を問わず、賃料が当然に減額されるものとすべきであるとの考え方に、賛成する。

賃借人から見た場合、滅失の場合も利用ができない場合も状況は同じであり、結論に差異を設けるべきではない。そこで、目的物の利用ができず賃借をした目的を達せられなくなった場合の賃借人の解除権についても、利用できなくなった理由を問わないで解除権を認めるという考え方に、賛成する。

一時的に利用できない場合も、賃料が利用の対価であることから考え、当然に減額されるべきである。そこで、目的物が一時的に利用できない場合に関して、同様に賃料の減額や賃借人による契約の解除を認めるという考え方に、賛成する。

「滅失」という概念では対応困難な事例が、今後、多数生じてくることが予想されることから、「滅失」という用語ではなく、目的物の機能が失われたことに着目した文言を用いることについて、賛成する（愛知県弁）。

- 目的物の一部もしくは全部が使用できない場合の賃料発生の有無について、利用する対価としての賃料は利用ができないことにより

- 減額もしくは発生しないとすることは合理的で相当である（親和会）。
- 賃料は使用収益の対価であり、理由を問わず賃料は減額され、賃借人の帰責事由による場合は、損害賠償で対応すればよい。したがって、目的物の一部が利用できない場合は、理由を問わず賃料が減額されるという案に賛成である。

目的物の一部が利用できず、目的を達せられなくなった場合は、理由を問わず解除できるという案に賛成である。

目的物が一時的に利用できなくなった場合、理由を問わず賃料の減額や解除を認めるべきという案に賛成である。

使用収益できない状況は滅失に限定されないことから、「滅失」ではなく目的物の機能が失われたことに着目した文言を用いることに賛成である（広島弁）。
  - 賃料は目的物を使用収益することの対価であり、一部でも使用収益ができなかった場合には、それに応じた賃料が発生しないとするべきである。なお、賃借人側の事情によって目的物が利用できなくなった場合でも、損害賠償請求に過失を要求しないという改正案のもとでは、賃料が発生しなくても、賃貸人が賃借人に対して損害賠償請求するに際して負担が過大になるということもないから支障はない。

賃借目的物の一部の利用ができなくなり、契約目的を達することができなくなった場合に、賃借人からの解除権を認めるべきである。

賃料は目的物の使用収益に対する対価であり、目的物が一時的に利用できないという場合も当然に賃料の減額を認め、かつ、契約の目的を達成することができない場合における賃借人の解除権も認めるべきである（堂島有志）。
  - 賃借人の帰責と物の使用の対価は、別の問題なので、賃料減額の条文化に賛成である（広大有志）。
  - いずれの考え方についても賃貸借契約の趣旨に沿うものであり、賃貸人に不当な不利益をもたらすものとも考えられない。いずれも賛成（札幌弁）。
  - 目的物の一部の利用ができなくなった場合、利用できなくなった理由を問わずに、利用できなくなった部分の割合に応じて賃料が当然に減額され、目的が達成できなくなったときには解除できるものとするべきである。

賃貸借の目的物が一時的に利用できない場合も、一時的に利用できない原因を問わず当然に賃料が減額され、契約の目的を達成できないときは賃借人は契約を解除できる旨の規定を設けるべきである

賃貸借の目的物の一部が滅失した場合だけではなく、一部が機能的事由により利用できない場合についても、上記と同様の扱いをすべきである（福岡弁）。

- 賃料は目的物使用の対価なので、目的物の一部が利用できなくなったような場合には、賃借人の請求を待たずに当然に減額されることが合理的である（長島・大野・常松有志）。
- 賃料は目的物の使用収益の対価であるから、使用収益の可能性がなければそもそも発生しないと考えるべきである。もっとも、使用収益できなくなったことについて賃借人に帰責事由がある場合にまで賃料の減額を認めるのは不合理で、契約当事者間の公平を害することになるし、賃料は当然減額される一方で賃貸人は賃借人に対する損害賠償請求をするというのは迂遠な処理であるから、この場合には賃料の減額を否定すべきである。

目的物の一部が使用収益できず、賃貸をした目的を達せられなくなった場合にまで契約の存続を認める必要はない。そのため目的物の一部が利用できず賃借をした目的を達せられなくなった場合には、利用できなくなった理由を問わず（賃借人に帰責事由がある場合も含めて）賃借人に解除権を認めるという考え方について賛成。

「目的物が一時的に利用できない場合」とはどのような場合なのかの判断が必ずしも容易ではなく、この規律を明文化した場合、実務上混乱を招くおそれを否定できないので、基本的に賛成だが、明文化については慎重に判断すべきである。

目的物が利用できない場合に関する規律を明文化するに当たり、「滅失」という用語ではなく、目的物の機能が失われたことに着目した文言を用いることについて賛成である（横浜弁）。

- 目的物の一部が利用できなくなった場合には、その理由を問わず、賃料が当然に減額されるという考え方に賛成する意見が強い。賛成する意見は、概ね、部会資料16-2（検討事項(11)）第2, 3(3)イの補足説明2〔56頁〕で紹介されている考え方に特段異論はないとするものである。他方、賃借人に帰責事由がある場合であっても賃料が当然に減額されるのは適当でないとして、賃借人に帰責事由がある場合には、賃料が当然に減額されるものとすべきではないという意見もある。

目的物の一部が利用できず賃借をした目的を達せられなくなった場合の賃借人の解除権についても、利用できなくなった理由を問わないで解除権を認めるという考え方に賛成する意見が強い。賛成する意見は、概ね、部会資料16-2（検討事項(11)）第2, 3(3)イの関連論点1〔56頁〕で紹介されている考え方に特段異論はないとするものである。他方、賃借人に帰責事由がある場合であっても賃借人の解除権を認めるのは適当でないとして、賃借人に帰責事由がある場合には、賃借人の解除権を認めるべきではないという意見もある。

目的物が一時的に利用できない場合に関して、同様に賃料の減額や

賃借人による契約の解除を認めるという考え方については、慎重な検討を要するという意見が強い。部会資料16-2（検討事項(11)）第2, 3(3)イの関連論点2〔57頁〕で紹介されている考え方については、その方向性は基本的に首肯し得るものである。もっとも、「目的物が一時的に利用できない」とは、どのような場合かの判断は必ずしも容易ではなく、かかる規律を設けた場合に、実務上混乱を招く恐れもないとは言えない。そこで、かかる規律を設けるかどうかについては、実態を踏まえつつ、更に慎重に検討すべきである。

以上のような規律を明文化するに当たり、「滅失」という用語ではなく、目的物の機能が失われたことに着目した文言を用いることについては、賛成する意見が強い。去る平成23年3月11日に発生した東日本大震災に伴い、「滅失」という概念だけでは対応困難な事例も多く生じている。例えば、土地の液状化によって建物の傾きが生じた場合や、上下水道・電気その他のライフラインが停止した場合などである。これらの事例については、第1ステージの審議（第一読会）の段階では、（阪神・淡路大震災の経験はあったとはいえ）必ずしも顕在化していなかった問題であり、第2ステージの審議（第二読会）で具体的な事例における問題点を踏まえた検討がなされるべきである（日弁連）。

- 目的物の一部が利用できなくなった場合には、賃料が当然に減額されるものとするに賛成である。ただし、賃借人の過失による場合は除外すべきである。賃料債務は、使用収益の可能性がある場合にそれに対応して生ずるものである。但し、賃借人の過失による一部滅失の場合にも当然減額とした場合、賃借人は、残賃貸期間分の減額賃料相当額（及び滅失部分の価額等）の損害賠償義務を負うべきことになると考えられるが、減額賃料相当額の損害賠償請求権を賃貸人行使させるよりは、当初賃料が維持されたほうが法律関係として簡潔である。要するに、この場合、賃貸人には得べかりし賃料収入を得さしめるのが結論として妥当と思われる。契約の目的が達成できない場合の目的解除権については、i) 一部利用不能の場合も一部滅失の場合と同視できる。ii) 賃借人の過失による場合であっても、残存部分のみでは契約の目的を達することができない場合まで契約が存続するのは酷であることから認めるべきである。目的物が一時的に利用できない場合の賃料の減額等については、使用収益が妨げられているという点で目的物の一部が利用できない場合と同様である。但し、賃借人の過失に基づく場合には、上記論点の理由記載のとおり、当然の減額を認める必要はない。目的物が一時的に利用できない場合に賃借人に解除権まで認めることは賃貸人にとって不利益が大きいため認めるべきではない。



賃借物の一部が利用できず契約の目的が達成できない場合に賃借人に解除権を認めることに賛成である。目的物が一時的に利用できない場合の当然賃料減額を認めることは賛成であるが、賃借人の解除権を認めることは反対である。但し、賃借人の過失に基づく場合に当然に賃料の減額は認める必要はない。

「滅失」という用語ではなく、目的物の機能が失われたことに着目した文言を用いることに賛成である。「滅失」という用語は、物理的な滅失に限定されている様に読めることから、機能が失われたことも含む様な用語に変更すべきである。東日本大震災においては、賃借建物は「滅失」しなかったものの、ライフラインの長期停止により、賃借人が居住・営業など賃借した目的を達成できないのに賃料支払義務を追い続けるのかという相談が法律相談（電話相談）に多数寄せられた。現行法では、ライフラインの停止は民法611条の「滅失」には該当しないため、賃料の減額の理由にはならないと解釈せざるを得ないが、元々ライフラインの利用が出来るという前提で建物を賃借し、賃料が設定されていることからすると、このような結論は公平の見地から妥当とは言い難い。賃貸借当事者間の公平の見地からこのような場合も賃料減額の対象に含ませるような立法を検討してもよいと考える。「滅失」という概念だけでは対応困難な事例も多く生じている。例えば、土地の液状化によって建物の傾きが生じた場合や、上下水道・電気その他のライフラインが停止した場合などである。これらの事例については、第1ステージの審議（第一読会）の段階では、（阪神・淡路大震災の経験はあったとはいえ）必ずしも顕在化していなかった問題であり、第2ステージの審議（第二読会）で具体的な事例における問題点を踏まえた検討がなされるべきである（仙台弁）。

- 目的物の一部が利用できない場合に理由のいかんを問わずに賃料の減額等を認めることは、賃借人の保護をより強化するものであり、妥当である（弁護士）。
- 賃料はある一定期間にわたって目的物を賃借人の使用収益可能な状態に置いたことに対して具体的に発生するものであり、賃借人が利用できない場合には賃料も発生しないと考えるべきである。また、利用が不可能になった場合には、賃貸借契約を残しておく意味はないため、契約が当然に終了すると従来から解釈されてきており、そのことを明文化すべきである（弁護士）。
- 目的物の一部が利用できなくなった場合に、その理由を問わず（賃借人に帰責事由がある場合も含めて）、賃料が当然に減額されるものとすべきであるとの考え方、目的物の一部が利用できず賃借をした目的を達せられなくなった場合の賃借人の解除権（民法第611条第2

項)について、利用できなくなった理由を問わないで(賃借人に帰責事由がある場合も含めて)解除権を認めるという考え方には、基本的に賛成する。

目的物の「滅失」という用語に代えて、目的物の機能が失われたことに着目した文言の採用を検討することには、賛成する(弁護士)。

- 目的物の一部が利用できなくなった場合は、その原因が帰責事由が認められる賃借人にある場合を含め理由を問わず、賃料は当然に減額されるところに賛成する。

賃料は使用収益の対価であり目的物の一部が利用できず使用収益させることができないならば、その利用できない原因の如何を問わず、使用収益の対価としての賃料は発生しないというべきである。賃借人がその帰責事由により目的物の一部の利用ができなくなった場合は、賃貸人は帰責事由ある賃借人に対し、減額分等の損害につき賠償請求することができるので当該賃借人が賃料減額分を利得するわけではない(日弁連消費者委有志)。

- 目的物の一部が利用できない場合に理由のいかんを問わずに賃料の減額等を認めることは、賃借人の保護をより強化するものであり、妥当である(弁護士)。
- 目的物の一部が利用できない場合の賃料減額、解除、については、特に反対しない。目的物が一時的に利用できない場合については、慎重に検討されるべきである。「滅失」という用語の当否を検討することについては賛成である。一部利用不能による賃料の減額は、対価的均衡の見地から反対する理由はなく、規定を設けたほうがわかりやすい。一部の利用不能による解除を認めるべき場合も十分想定できる(例えばマンションのドアが開かなくなり中に入れず建物全体が使用不能となる場合)(兵庫県弁)。
- 確かに、賃料の支払いは使用収益の対価であり、使用の可能性を欠いている場合には、賃料債務が発生しないともいえるが、賃借人に帰責事由があるときにおいても、当然に賃料の減額を認めるべきかについては、疑問である(日大民研・商研)。
- 賃貸借目的物の一部が利用出来ない場合、当然に賃料は減額されるところとすること、その結果、賃借目的を達成できなかった場合に理由を問わずに解除権を認めることについて特段反対しない。目的物が一時的に利用できないという場合も当然に賃料の減額を認め、かつ、契約の目的を達成することができない場合における賃借人の解除権も認めるという考え方について特段反対しない。上記の明文化に際し、目的物の機能が失われたことに着目した相応しい文言を用いることに特段反対しない(大阪弁)。
- 目的物の一部が利用できない場合に賃料が当然に減額するとの考

え方について、現行制度（債務不履行や危険負担）の下でも各事情に応じて一定の賃借人の保護が図られているため、敢えて現行制度を変える必要性はない。賃料について当然減額とした場合、そもそも賃貸人からは目的物の一部が利用できなくなった時点や程度を知ることができないため減額の程度等当事者の協議が必要となる上、その後賃料の返還をするなど法律関係が煩雑になる可能性があるとの指摘がなされた（パブコメWG）。

- 目的物の一部が利用できない場合には当然に賃料が減額されるとの考え方は、滅失の範囲や程度と、それを賃料（減額）にどのように反映されるのかなどにつきトラブルが生じることは避けられないこと、滅失が物理的滅失だけを指すのか、機能的滅失（ライフライン等の停止等）も含むのかが不明確なこと、滅失部分の修繕義務の有無などの関係について更なる整理が必要なことなどからすれば、現行法のとおり、あくまでも賃料減額請求権の行使の中で個別事情に応じて検討していく方向が望ましいのではないかと（全宅連）。
- 賃料の減額請求ができる場合について、現行法が「賃借物の一部が賃借人の過失によらないで滅失したとき」に限定しているのを、その理由を問わず、すなわち賃借人の故意・過失によって目的物の一部が利用できなくなった場合でも減額請求できると改めることは適当ではない。この考え方は、その場合でも減額請求を認めつつ、別途、賃貸人からの損害賠償請求等で処理しようというものであろうが、徒らに法律関係を複雑にするだけと思われる。

目的物の一部が利用できない状況の態様に依りて効果が検討されるべきであり、軽微な利用上の障碍においてまで賃料の減額を認めるのは市場慣行に反するものである。また、解除権は、契約の目的が達せられない場合に限って認められるべきであり、安易に解除権が発生するような建て付けにすれば、合理性のない解除権を賃借人に与えることにならないか。

「理由を問わず」減額を認めることは賃借人側の行為等によって目的物が利用できなくなった場合にまで賃料債務の減免を認めることとなり、また、震災等貸主も被災者である場合にも当然に賃料が減額されることとなるなど、不合理な結果を招くおそれがある。

目的物の一部が利用できなくなった場合には、賃借人に帰責事由がある場合も含めて、賃料が当然に減額されるものとすることや、目的物の一部が利用できず賃借をした目的を達せられなくなった場合には、賃借人に帰責事由がある場合も含めて賃借人に解除権を認めることについては、さしたる合理性はないと思われる。また、賃料の減額については、賃借人の賃貸人に対する減額請求権と賃貸人の賃借人に対する損害賠償請求権等が交錯することとなり、法律関係がいたずらに複

雑になるおそれがあるので賛成できない。

現行制度においても、設備の故障等の場合、修繕および家賃減額など適宜状況に応じた対応がなされており、賃料減額請求権の行使の範疇で個別事情に応じて対応していくことが妥当と考える（不動協）。

- 賃借人に帰責事由がある場合においてまで、賃料が当然減額されることには合理的な理由がない。また、このような処理を行うと、賃貸人の損害賠償請求権との関係で法律関係が複雑になる。したがって反対（森・濱田松本有志）
- 使用収益権者（賃借人）の過失（帰責事由）で貸す義務が一部履行不能となった場合は、反対債権（賃料請求権）を失わない。そのため一部滅失のうち債務者の過失による場合に減額を認めない現行法を維持する。履行不能の場合は債務者の過失を問わず解除を認める。損害賠償は帰責事由の有無による。過失の有無を問わず賃貸の目的を達することができない場合について、解除、及び債務者に帰責事由がある場合の損害賠償義務についての規定を置く。残部で賃借の目的を達することができる場合に、滅失部分について賃借人が賃料の支払義務を負うか否かを滅失についての債務者の帰責事由の有無によって区別する規定を置くべきである。契約総則に危険負担の規定を置くべきか否かについては議論があるが、いずれにしても賃貸借の場合について別個の規定を置いたほうが分かりやすい（法友全期）。
- 当然減額とする考え方に対しては、賃貸人が賃貸目的物の状況を把握することは必ずしも容易でないものであり、賃借人からの請求等もなく賃料が当然に減額されることに疑問を呈する意見、利用不能の範囲が不明確な場合には法律関係が不明確になることを懸念する意見、元々不備がある場合は賃料が低く設定されているため解除権を認めれば足りるとする意見など、消極的な意見が多かった（最高裁）。
- 目的物の一部が利用できなくなった場合には賃料が当然に減額されるものとするべきであるとの考え方については、減額される前の従前どおりの賃料を支払った賃借人から賃貸人に対する不当利得返還請求を容認することとなり、かかる帰結は妥当でないという意見があった。  
他方、現行法のように賃借人からの請求を要件とする考え方については、災害により避難中の被災者など賃料減額請求の意思表示が困難な状況にある賃借人に対して負担を要求することになり酷であるとの指摘もあった。  
本項目の論点に関しては、東日本大震災下でも多くの具体的な事例が生じているはずであり、被災地の現場の生の意見も聞きながら、慎重に検討すべきである（一弁）。
- 賃借人の責めに帰すべき事由により目的物の一部の利用ができなくなった場合に、賃料が当然に減額されるものとする、賃借人が賃借

物を故意に破壊したような場合にまで賃料を免れることになり、国民の常識に合致せず「分かりにくい」と思料する。また、この考え方では、賃貸人は損害賠償請求によって損失を補填する他はないが、そうすると賃貸人は、損害賠償の要件事実（特に損害と因果関係）を主張立証しなければならなくなり、本来、契約関係の立証さえすれば賃料請求できた筈のものが、損害と因果関係の立証責任を追うことになるのであるから、賃貸人に不利益であると考え。したがって、賃借人の責めに帰すべき事由により、目的物の一部の利用ができなくなった場合に、賃料が当然に減額されるとする考え方に反対する。その余の場合も含めて、債務不履行又は危険負担法理（但し611条は維持）についての現行の考え方によるのが妥当である。

賃借人の責めに帰すべき事由により、目的物の一部が利用できず賃借をした目的を達せられなくなった場合に、賃借人の解除権を認めるという考え方も、賃借人が故意に一部破壊して賃借の目的が達せられなくなった場合にまで解除権を認めることになって、国民の常識に合致せず「分かりにくい」と考える。また、そもそも、そのような場合にまで解除規定を置こうとするのは、重大不履行解除論に立つことが前提となっていると思われるが、そのような前提自体が失当であると思料する。従って、この場合も解除の一般原則又は危険負担法理についての現行の考え方によるのが妥当である。

賃借人の責めに帰すべき事由により、目的物が一時的に利用できない場合に、賃料の当然減額や賃借人による契約の解除を認めるという考え方も、国民の常識に合致せず「分かりにくい」と思料する。のみならず、「理由のいかんを問わず減額する」という考え方は、危険負担制度の廃止及び解除一元論を取った場合の不都合を回避する（一時的に利用できない場合にも解除しなければ賃料の支払いを免れることができなくなる）ためのものと思料され、失当であると思料する。従って、この場合においても、債務不履行あるいは危険負担法理の現行の考え方によるのが妥当であり、この点を明確化するために明文の規定を置く方向で検討するのが適切であると思料する。

「滅失」という用語を廃して「機能が失われた」という趣旨の用語を用いる場合は、国民に分かりにくくなる可能性があり、慎重に検討すべきである（東弁）。

- 万一、賃借人に帰責事由がある場合であっても、賃貸借の目的物の一部が利用できなくなった場合は賃料が減額されるとする条項を規定するのであれば、同時に賃借人は賃貸借の目的物の一部が利用できなくなった原因を作った者として賃貸人に対し賃料減額幅（＝賃貸人の損害）についても別途賠償しなければならない（支払額が賃料＋賠償に足りない場合、充当額は賠償からとする）ことも明文化すべき

(個人)。

- 民法第611条にいう「滅失」について、目的物の機能が失われたことに着目した文言を用いることに賛成。東日本大震災においても、建物の損壊は免れたものの、ライフラインが途絶したり、放射性物質の影響により、賃貸借の目的物たる住宅を住居として使用することが困難になった場合は、使用できなくなった期間に応じた賃料の減額や住居として使用するという目的が達成できなくなったものとして解除権を付与することが適切であると見られるケースが散見される場所である(民法協)。

## 6 賃借権の譲渡及び転貸

### (1) 賃借権の譲渡及び転貸の制限

賃貸人に無断で賃借権を譲渡したり賃借物を転貸したりした場合の賃貸人の解除権(民法第612条第2項)に関して、「賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合」に解除が認められないとする判例法理を明文化するとともに、これによって解除が認められない場合の法律関係を明確にすることの当否について、原則と例外の関係を適切に表現する必要性などに留意しつつ、更に検討してはどうか。

#### 【意見】

- 判例等を踏まえて一般的な理解を明示的に規定する必要があることから、上記考え方に賛成(金沢弁消費者委)。
- 「賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合」には、解除は認められないとの判例法理は確立されたものであり、その効果として有効な転貸借等があったとみなして明文化することが、分かりやすい民法との改正趣旨に沿うと考えるので賛成(愛知県弁、親和会)。
- 貸主は一般に借主を信頼し賃貸借契約をしているのであるから、無断譲渡や無断転貸は原則として解除事由となり、例外的に信頼関係が破綻しないと評価しうる特段の事情がある場合には解除できないとする判例法理を明文化することは妥当(日司連)。
- 賃借権の譲渡及び転貸について、判例法理を明文化することに賛成する。その際、現在の企業活動の実態に鑑み、賃借権の譲渡及び転貸が適法になる特段の事情が認められやすくなるような規定となるよう検討いただきたいと考える(電情産協)。
- 判例法理を明文化する方向で検討すべき。ただし、判例法理は特段の事情がある場合煮例外的に賃貸人の解除権を制限するものであるから「特段の事情」の具体的な要件を明文化することによって一定の要

件が認められれば一律に解除が認められなくなるような内容になってしまうと原則と例外が逆転する結果となるので相当ではない。また、賃借人の保護の観点からも、「特段の事情」の具体的要件を定めることによって当該要件を満たさなければ常に賃貸人の解除権が認められるような限定列挙の内容になってしまう恐れがある。賃貸人・賃借人のいずれの利益を鑑みても、明文化の内容は規範的な内容にとどめ、具体的な要件まで明示しない方向で検討すべき（青司協）。

- 確立された判例法理であり、無断譲渡、転貸について「背信的行為と認めるに足らない特段の事情があるとき場合」には解除できない旨を明文化することに賛成である。

解除ができない以上、適法なものとして扱うことをはっきりさせるべきであり、解適法な転貸借や譲渡がなされたこととみなすこととする考え方に賛成である（広島弁）。

- 判例法理を明確化すること、解除が制限された場合に、適法な転貸借や賃借権の譲渡がなされたこととみなす規定を設けることには賛成（「改正を考える」研）。

- 無断譲渡の場合の賃貸借契約解除の可否について（確立された判例となっている）賃貸人に対する背信行為と認めるに足らない特段の事情がある場合には解除できない旨を条文化することに賛成。無断譲渡で解除できない場合について、賃借人の離脱に関する条文を新設する。無断転貸で解除できない場合については、適法に転貸した場合の規定に従う旨明記する（法友全期）。

- 判例法理を明文化する方向で検討すべき。ただし、「特段の事情」の具体的な要件を明文化することによって一定の要件が認められれば一律に解除が認められなくなると原則と例外が逆転してしまう結果となるので相当でない。賃借人の保護を考えても「特段の事情」の具体的要件を定めることによって当該要件を満たさなければ常に賃貸人の解除が認められるような限定列挙の内容になってしまう恐れがある。そのため、具体的な要件まで明示しない方向で検討すべき（東京青司協）。

- 賛成である。確立した判例法理（信頼関係破壊法理）については、その導入をすることは妥当である。なお、債務不履行の部分で賃貸借契約の信頼関係破壊法理は契約の重大な不履行で解決できるとする説明（民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ』（商事法務，平成21年）309頁）との整合性をどのように図るべきなのかという点については、疑問が残る（日大民研・商研）。

- 市民への行動指針としては、現行どおりを原則として、例外として判例法理を容れるべきである（広大有志）。

- 現行法上明文化されていない部分である反面、当該論点に関する判

例法理は確立しているため、条文上明らかにすることが望ましいと考える。賛成（札幌弁）。

- 賃借権の譲渡については、M&A 取引における事業譲渡合など、第三者との譲渡合意（但し譲渡実行前）に先立って、賃貸人の承諾を得ることが困難な場合がある。他方で、賃借人が勝手に変更されることを避けたいという賃貸人側の意向は、譲渡実行前に賃貸人の承諾を必要とすることで達成される。よって、賃貸人の承諾を停止条件とする賃借権の譲渡および転貸の合意を有効とした上で、当該合意をしたことを理由として賃貸借を解除することもできないとする方向で、検討してはどうか（長島・大野・常松有志）。
- 検討することに異論なし（最高裁）
- 特に異論はない。

なお、従来の議論は不動産に関するものであるが、動産について排除せず、これも含め賃貸借一般について信頼関係破壊の法理を適用することについても検討されてよいと思われるが、信頼関係破壊の法理は、もともと不動産賃貸借の場面で形成されてきたものであることから、単に「当事者間の信頼関係を破壊するに至らないものである場合」という規範的要件のみを規定して、これがそのまま動産の賃貸借一般にも適用されるかのような規定振りは（予測可能性の担保の観点からも）避けたほうがよいと思われる。したがって、仮に動産についても規定を置く場合には、「当該賃貸借の性質や種類、内容に照らして」などといった例示を列举する等、具体的な判断要素も規定しておくべきではないかと考える（二弁）。

- 確立された判例法理の明文化であり、法律関係を明確にする観点から、賛成する意見が強い。他方、確立された判例法理といっても極めて例外的な事例に関するものであり、また、賃借権の譲渡及び転貸の制限という民法の原則に違反した場合を正当化するような規律を置くことになるとして、反対する意見もある。

判例法理の明文化に賛成する立場の中でも、賃借権の譲渡及び転貸の制限という民法の原則に違反した行為を正当化すべきではないとして、解除が認められない場合の法律関係を明確にすることに反対する意見がある（日弁連）。

- 判例法理として、信頼関係が破壊されたと認めるに足りない特段の事情がある場合には、解除は認められないという法理が確立されているといえるので、明文化を検討すること自体には賛成するが、この法理の考え方は、原則は解除でき、例外的に特段の事情がある場合にはできないという趣旨であるから、これを明文化する場合、明文化の仕方によっては、原則と例外が逆転する恐れがある（第15回議事録57頁 深山幹事）。つまり、一定の事情がなければ無断譲渡・転貸をし



ても解除できないというような発想が原則のようになってしまうと、判例法理以上のものを規定することになるので、条文化する際の表現は、それが要件事実に関係を持つものであることも考慮の上、十分留意する必要がある。また、貸借関係において信頼関係法理が出現するのは、無断譲渡・無断転貸の場面に限られない。すなわち、賃料不払いの場合や用法遵守義務違反の場合などにも信頼関係法理は出現しており、実務上それらが出現する頻度は、無断譲渡・無断転貸よりも多いのであるから、それらを含めて判例法理を整理する必要がある。そして、賃料不払いの場合の信頼関係法理は、原則として貸借人側に信頼関係が破壊されたことの立証責任があるなど、無断譲渡・無断転貸の場合とは要件事実が異なるのであるから、信頼関係法理全体を整理する必要がある（東弁）。

- 無断賃借権の譲渡、無断転貸について貸借人の解除権を制限する判例法理を明文化すること、解除権が制限された場合における法律関係を明文化することについて特段反対しない（大阪弁）。
- 背信性理論に関する判例法理を明文化することに賛成である。判例法理によって解除が制限された場合の当事者の関係について適法な転貸借や賃借権の譲渡がされたとみなすとの定めを設けるべきである。判例法理を明文化することで規律が明確となるし、その場の法律関係も明確となる（仙台弁）。
- 判例法理を盛り込む方向に賛成（大学教員）。
- 原則と例外が逆転しないよう、条文を検討する際には細心の注意をする必要がある（個人）。
- 背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合において解除権が制限される判例法理を明文化することには合理性がある。なお、この法理は、原則として無断転貸や無断譲渡がされた場合には貸借借契約を解除できるとした上で、特段の事情がある場合には例外的に解除権を制限するものであり、明文化することによって原則を曖昧にしないよう留意すべきである。貸借借においては、賃借権の無断譲渡・転貸の場合だけでなく、それ以外の賃借人の債務不履行を理由とする解除権の行使についても、信頼関係の破壊の有無が問題とされており、信頼関係破壊の法理はより一般的な形で規定されるべきではないかとも考えられる（弁護士）。
- 基本的に賛成する。民法第612条は、これまでの判例法理の蓄積によりその実質的規律が大幅に修正されていることから、規定を実情に即したものに改めるとともに、適法とされる転貸借について、法律関係の明確化を図る必要がある。なお、信頼関係破壊の法理が適用されるのは、賃借権の無断譲渡・転貸の場合に限られるものではなく、賃料不払いの場合や用法遵守義務違反の場合にも同法理が問題となることから、これ

らを含めた信頼関係破壊の法理全体を整理する必要がある旨の指摘にも留意すべきである（弁護士）。

- 賛成（兵庫県弁）
- 「賃借人の当該行為が貸貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合」に解除が認められないとする判例法理を明文化することについては、賃借権を特に保護する政策的必要性の高い賃貸借に限って認めるべきであり、それ以外の賃貸借一般に対してまで認める必要性は低いと考える（不動産証券化協）。
- 民法上の賃貸借契約においても信頼関係破壊の法理が適用されるかは疑問。明文化することによって、無断譲渡や無断転貸をしても、一定の事情がなければ解除できないことが原則となってしまう、貸貸人に不利益である。そのため、一律に、無断賃借権の譲渡、無断転貸について貸貸人の解除権を制限する判例法理（信頼関係破壊の法理）を明文化すべきでない。仮に明文化するとしても、不動産賃貸借に限定し、さらには原則として解除でき、例外的に信頼関係の破壊がない場合に限って解除権が制限される規定にすべきである（堂島有志）。
- 背信的行為論を明文化することについては、賃借権を特に保護する政策的必要性の高い住宅賃貸借に限って認めるべきであり、それ以外の賃貸借の場合、契約違反についての救済をあえて制限する政策的根拠は今日では少ないと考えるので、排除すべきである。

実務上は、適法な転貸借として貸貸人が容認することに躊躇される場合においては、賃借人が同居人の行為について一切の責任を取るとの約束のもとに同居を認める手続きを取るケースがある。かかる同居承諾についても、転貸借と区分した第三者の同居を認める方式として民法に取りこんで頂きたい。

背信的行為でなければ解除できない旨の判例法理を明文化することで、無断譲渡や転貸に対する抑止力がなくなる可能性がある。

貸主や管理会社にとっては、資力の問題等も含め「賃借人が誰であるか」が重要であるため、知らない間に入居者(テナント)が変わっている等の事態を容認することとならないよう十分な配慮をお願いしたい。

貸貸人に無断で賃借権を譲渡したり賃借物を転貸したりした場合の貸貸人の解除権（民法第612条第2項）に関して、「賃借人の当該行為が貸貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合」に解除が認められないとする判例法理を明文化することについては、実務上、特に不動産の賃貸借においては、賃借権の譲渡や転貸は契約上一律に禁止されているのが一般的であり、契約実務にそぐわないため、特段必要とは思われない。もし明文化するとしても、「原則禁止であるが、特段の事情がある場合にのみ可能」という関係を明確にする必要が

あると考える。

信頼関係破壊の法理を明文化することについては、賃借権を特に保護する必要性の高い居住用の借家契約に限って認めるべきであり、それ以外の賃貸借一般に対してまで認める必要性は低いと考える（不動協）。

- 建物賃貸借においては、無断転貸借等が適法な転貸借等と扱われた場合、賃貸人はその後の賃貸借関係において転借人がいることにより様々な制約を受けることとなり、場合によっては予期せぬ不利益を被る可能性がある。このため、無断転貸借において解除が認められない「特段の事情」については、例えば実質的に利用主体に変化が無い場合等、賃貸人に何らの不利益をもたらさない事例に限定的に認めるべきであり、明文化することにより、従来の判例法理より広く解される余地を残すべきでない。「背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合」に解除が認められないとする判例法理を明文化する場合には、明文化により「特段の事情」が広く解されることの無いよう十分配慮した規定とすべきである（ビル協）。
- 承諾を得ない賃借権の譲渡及び転貸の効力に関して一定の解釈が確立していることは事実であるが、賃借権の無断譲渡又は転貸がなされた場合、賃貸人は賃貸借契約を解除することができるのが原則であり、極めて限られた例外的な場合（しかも、明確に法に違反する場合）を正当化するかのような条文を民法に入れるべきではないであろう。この点は解釈に委ねるべきであろう。この解釈を明文化する必要はない（福岡弁）。
- 無断譲渡・転貸は原則として許されないというのが法の建前であり、上記判例法理は例外的に解除権を制限するものにすぎないのに、この法理を明文化したり、それを前提に、無断譲渡・転貸を理由とする解除が認められない場合には適法な転貸借等がなされたものと見なす旨の規定を設けたりすると、背信的行為と認めるに足りない無断譲渡・転貸ならしてもかまわないと法が正面からお墨付きを与えるかごとき印象を与えかねない。例外的状況の明文化にあたっては、法が行為規範としての機能を有し、明文規定を設ければ、かかる例外的状況を誘発することとなりかねないといった影響にも十分留意すべきである（横浜弁）。
- この改正により実務に与える影響は未知数である。現実の実務では現行の民法の規定及び借地借家法の規定に基づき借地権、借家権も含め安定した法律関係が築かれているとして、上記のような改正をしなければならぬ立法事実の存在を疑う意見があった。また、不動産賃貸借契約以外の賃貸借までかかる法理は必要でないとの意見が強かった（一弁）。
- 信頼関係破壊の法理は、些末な事由により賃借が継続できなくなることによる賃借人の不利益を防止するためのものであり、借地借家法の適用のある不動産を対象とするものであるから、動産の賃貸借に関してはその法理の対象外とすることを明記すべきである。一方で、借地借家

法の適用のある不動産に関しては、賃借権の無断譲渡・転貸の場合だけでなく、それ以外の賃借人の債務不履行を理由とする解除権の行使についても適用のある、より一般的な形で規定される方向で検討するべきである（会社員）。

## (2) 適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との関係

適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との法律関係に関しては、判例・学説を踏まえ、①転借人は、原賃貸借によって賃借人に与えられた権限の範囲内で、転貸借に基づく権限を与えられ、その限度で賃貸人に対して使用収益の権限を対抗することができること、②転借人は賃貸人に対して直接賃料債務を負い、その範囲は原賃貸借と転貸借のそれぞれの賃料債務の重なる限度であることなどを明文化すべきであるという考え方がある。このような考え方については、転借人は賃貸人に対して目的物を使用収益する権限が認められるわけではないことを前提として、転借人が賃貸人に対して直接に義務を負うということの意味をより精査する必要があることや、賃借人（転貸人）の倒産時に賃貸人の賃料債権に優先的地位を認める根拠とその方法のあり方を考える必要がある等の指摘がされている。そこで、以上の指摘を踏まえつつ、適法な転貸借がされた場合における賃貸人と転借人との間の基本的な法律関係や直接請求権に関する規定の在り方について、更に検討してはどうか。

また、適法な転貸借がされた場合に、判例は、原賃貸借が合意解除された場合であっても、転借人に対して原賃貸借の消滅を対抗することができないとする一方で、賃借人の債務不履行によって原賃貸借が解除された場合には、転借人は目的物を使用収益する権限を失うとしており、このような判例法理を明文化することの当否についても、更に検討してはどうか。

### 【意見】

- 判例等を踏まえて、一般的な理解を明示的に規定する必要があることから、上記考えを明文化することに賛成（金沢弁消費者委，親和会，広大有志）。
- 判例・学説を踏まえ、適法な転貸借がされた場合における賃貸人と転借人との間の基本的な法律関係や直接請求権に関する規定を明文化することについて、賛成する。ただし、直接請求権の行使に関する規定については、他の制度とのバランスを考え、かつ、過度に複雑にならないよう十分に検討をする必要がある。債権者代位権制度などとの整合性、また、行使の実効性についても十分に検討したうえで設けるべき。

適法な転貸借がされた場合に、原賃貸借が合意解除された場合であ

っても、転借人に対して原賃貸借の消滅を対抗することができないとする判例法理を明文化することについて、賛成する。

賃借人の債務不履行によって原賃貸借が解除された場合には、転借人は目的物を使用収益する権限を失うとする判例法理を明文化することについては、転借人に対して賃借人の債務不履行状態を解消させる機会を与える手続を定めることを条件に、賛成する（愛知県弁）。

- 現民法は適法な転貸借がなされている事案における転借人の保護の明記が不十分であり、賃貸借契約の終了により転借人にもその効果が及ぶ場合と及ばない場合とが条文上明確ではない。そこで判例を踏まえて規定を置くべき。賃貸借契約が合意解除された場合に転借人に対抗できるとすると賃貸人と賃借人が結託して転貸借契約を終了させることができるという結果を容認しかねないことになるので、合意解除の効果は適法な転貸借契約の転借人には対抗できないとすべき。さらに、転借人の地位を安定させるために、賃貸借契約と転貸借契約の目的物が同一である場合は合意解除の結果、賃貸人は転貸人の地位を承継することを規定すべきである。

賃貸借契約が賃借人の債務不履行によって解除される場合であっても、賃貸人に不利益の生じない限度で転借人を保護することが必要な場合がある。そのため、賃借人の債務不履行を理由に解除するときは転借人に対してその事実を伝え転借人に弁済の機会を与えることとする等の規定を置くことを検討すべき。また、賃貸人に通知義務を課す等の規定も併せて検討すべき（日司連）。

- 判例・通説を踏まえた賃貸人と転借人との関係を明文化することに意義がある。その上で、適法な賃貸借の場合には賃貸人は転貸借を理由に原賃貸借契約を解除することができず、転借人は賃貸人に対して自らが使用収益することの受忍を請求することができるという関係になることから「賃貸人は、転借人がその転貸借に基づいて賃借物を使用収益することを妨げてはならない」という趣旨の定め方にすべき。また、適法な転貸借がなされた場合には合意解除と債務不履行解除の場合とで、転借人の保護規定をそれぞれ定める方向で検討すべき。債務不履行解除の場合には当然に転借人の使用収益権限が消滅するのではなく、弁済の機会を与えるなど、賃借人の債務不履行状態を解消させた上で、直接契約が締結できるチャンスを転借人に与える方向で検討すべき（青司協）。
- 適法な転貸借がされた場合の法律関係を明らかにしておくべきことから、賃貸人と転借人との基本的な法律関係について明文規定を設けることに賛成である。

賃貸人の転借人へ直接請求権については、直接の契約関係ではなく、転借人の保護の観点から慎重に議論すべきである。

転借人の保護が必要であることから、賃貸借の合意解除を転借人に対抗できない案に賛成である。

転借人を追い出す為に、わざと賃借人が債務不履行をする可能性がある。賃貸人に転借人への履行を促す機会を義務づけるべきである。そのため、賃借人の債務不履行によって原賃貸借が解除された場合は、転借人は対抗できないと言う案には反対である（広島弁）。

○ 適法な転貸借がされた場合に、原賃貸借が合意解除された場合であっても転借人に対して原賃貸借の消滅を対抗できないが、賃借人の債務不履行を理由として解除された場合は、転借人は目的物を使用収益する権限を失うという判例法理の明文化については、実務上も混乱なく受け入れられているので、賛成する。なお、これに関連して、原賃貸借が合意解除された場合の効果として、賃貸人が転貸借契約における転貸人の地位を承継するのか、転借人が原賃貸借契約に基づく賃借人の地位を承継するのか、明確に規定する必要があると思われる（不動産証券化協）。

○ 適法な転貸がなされた場合の賃貸人と転借人との間の法律関係について、従前の判例・学説に従い整理して明文化すべきである。直接請求権については、債権者代位の制度との関係や、その要件をどのように定めるか、他の契約類型での直接請求権とも併せて検討すべきである。

- ・ 転借人の基本的な地位は、原賃貸借によって賃借人に与えられた権限の範囲内で、転貸借に基づく権限を与えられ、その限度で目的物を使用収益する権限を賃貸人に対抗できること。
- ・ 転借人が賃貸人に対して負う賃料債務の範囲は、原賃貸借と転貸借のそれぞれの賃料債務の重なる限度にとどまること。
- ・ 賃料の前払い（現民法 613 条 1 項後段）とは転貸借における賃料の弁済期前における賃借人（転貸人）への支払いをいうこと。
- ・ 賃貸人から転借人に対する直接請求権については、慎重に検討する必要がある。

原賃貸借の合意解除を、適法な転借人に対抗し得ない旨を明文化すべきである。さらに、この場合には賃貸人と転借人との間に直接賃貸借契約が成立することを明文化すべきである。（その賃貸借契約の内容が賃貸借契約を引き継ぐのか転貸借契約を引き継ぐのか、重なる範囲にとどまるのか要検討）

賃借人の債務不履行によって原賃貸借が解除される場合、原賃貸借の解除によって転貸借も終了することを前提とした上で、賃貸人から転借人に対し、賃借人に賃料不払い等の債務不履行があることを通知させ、転借人に履行の機会を与えるべきである（堂島有志）。

○ 転貸借において、賃貸人と転貸人が転借人に対して連帯債権を有す

るとした場合、賃貸人—転貸人関の賃貸借契約（例えば、マスターリース契約）と転貸人—転借人関の契約（例えば、サブリース契約）の間には、必ずしも条件の同一性はなく（賃料・その他の費用の水準、敷金の定め、違約金の定め等）、また、対象物自体もサブリースの対象が範囲が狭い可能性がある。従って、必ずしも「連帯債権」を容易に観念できるとは限らないのではないか。

適法な転貸借の場合、転借人が賃貸人に対して直接賃料債務を負う旨を明文化すること、転貸人の債務不履行解除の場合転借人は目的物を使用収益する権限を失う旨の判例法理を明文化することについては実務の観点からも妥当と考える。

適法な転貸借がされた場合に、原賃貸借が合意解除された場合であっても、転借人に対して原賃貸借の消滅を対抗することができないとする判例法理を明文化することについては、実務上、そのような場合には、原賃貸人が転貸借契約に基づく転貸人（原賃貸借の賃借人）の地位を承継し、転貸人（原賃貸借の賃借人）は転借人との間の転貸借関係から離脱することが一般的であると思われるので、そのような実務上の取り扱いを踏まえた規定にしていきたい。

転借人は賃貸人に対して直接賃料債務を負うという現行規定（民法613条1項）は、直接契約関係にない賃貸人と転借人との間で権利義務が発生することを前提としているが、この場合賃貸人と転借人の契約関係は原賃貸借契約になるのか転貸借契約になるのかははっきりしていない。その結果、賃貸人が転借人に対して敷金返還債務を直接負うのではないかという懸念があり、実務上は、転借人から敷金返還請求権の免責同意を取っていることがある。このような同意を取るとは煩瑣であり、転借人から見てもなかなか理解できることではない。また、転貸借契約が非常に賃料が低廉だったりした場合において、転借人は転貸借契約に基づく（低廉な）賃料を払えば賃貸人に対して賃借権を対抗できるのかといった問題もある。いずれにせよ、転借人が賃貸人に対して直接義務を負う規定については、精査の上でできるだけ限定すべきである。適法な転貸借がされた場合に、原賃貸借が合意解除された場合であっても転借人に対して原賃貸借の消滅を対抗できないが、賃借人の債務不履行を理由として解除された場合は、転借人は目的物を使用収益する権限を失うという判例法理の明文化については、実務上も混乱なく受け入れられているので、賛成する。なお、これに関連して、原賃貸借が合意解除された場合の効果として、賃貸人が転貸借契約における転貸人の地位を承継するのか、転借人が原賃貸借契約に基づく賃借人の地位を承継するのか、明確に規定する必要があると思われる。（実務上は契約で手当てしている場合も多いが、グループ企業においてオーナーから一括賃借し、グループ企業に転借してい

るような場合など賃借人と転借人との間で密接な関係があるなど特段の事情がある場合を除き、転貸借契約の内容を賃貸人が承継することが多いと思われる（不動協）。

- 転借人が賃貸人に対して直接賃料債務を負うという考え方は、直接契約関係にない賃貸人と転借人との間で権利義務が発生することを前提としているが、この場合賃貸人と転借人の契約関係は原賃貸借契約になるのか転貸借契約になるのかははっきりしていない。その結果、賃貸人が転借人に対して敷金返還債務を直接負うのではないかという懸念があり、実務上は、リスクに敏感な賃貸人は転借人から敷金返還請求権の免責同意を取るなど煩瑣な手続きを行っているが、転借人から見てもなかなか理解できることではない。また、転貸借契約の賃料が非常に低廉な場合、転借人が転貸借契約に基づく低廉な賃料を賃貸人に払っても、賃貸人に対して賃借権を対抗できるのかといった疑問もある。「転借人が賃貸人に対して直接に義務を負う」とはどのようなことか、明確な規定が必要であると考え。そのため、「転借人が賃貸人に対して直接に義務を負うこと」については、精査の上できるだけ明確かつ限定的にすべきである。

適法な転貸借がされた場合、原賃貸借が合意解除された場合であっても転借人に対して原賃貸借の消滅を対抗できないが、賃借人の債務不履行を理由として解除された場合、転借人は目的物を使用収益する権限を失うという判例法理については、実務上も混乱なく受け入れられているため、明文化には賛成する。ただし、本来は民法ではなく借地借家法改正において実現すべきである。

原賃貸借契約が合意解除された後の効果については学説・判例とも明確な意見がなく実務上不都合である。実務においては、特約があればそれに従うが、そうでない場合、特段の事情がある場合（グループ企業においてオーナーから一括賃借し、グループ企業に転借している場合など）を除き、転貸借契約の内容を賃貸人が承継すると取り扱うことが多いと思われる。原賃貸借が合意解除された場合の効果として、賃貸人が転貸借契約における転貸人の地位を承継するのか、転借人が原賃貸借契約に基づく賃借人の地位を承継するのか、その条文化の当否も含め慎重に議論を進めるべきである（ビル協）。

- 賃貸人と転借人との関係について、判例・通説を明文化すべき。合意解除と債務不履行解除の場合とで転借人の保護規定をそれぞれ定める方向で検討すべき。合意解除の場合は賃貸人や転借人が望めば、転貸人は契約関係から離脱し、賃貸人と転借人との間に直接賃貸借契約が成立する方向で検討すべき。債務不履行解除の場合に当然に転借人の使用収益権が消滅するのではなく、弁済の機会を与えるなど賃借人の債務不履行状態を解消させた上で直接契約を締結で



きるチャンスを転借人に与える方向で検討すべき（東京青司協）。

- 原則として賛成である。現行条文の「直接に義務を負う」という規定の不明確さからみても、これらの判例法理の導入には、賛成である（日大民研・商研）。
- いずれも現行法の規定が必ずしも明確とは言えない以上、明文化する必要があると考える。ただし、賃料の直接請求については無限定に認めるのではなく、その要件を明確にした上で、転借人に不利がないよう配慮する必要がある。いずれも賛成（札幌弁）。
- 適法な転貸借がなされた場合の原賃貸人と転借人との間の基本的な法律関係や直接請求権の内容につき学説・判例の解釈を明文化すること、及び、原賃貸借が合意解除された場合には原賃貸人は転借人に対して原賃貸借の消滅を対抗できず、転貸借契約上の転貸人の地位を承継することを明文化することに異論はない。

適法な転貸借がなされた場合に原賃貸借が終了する原因としては、①原賃貸借が合意解約や普通賃貸借における不更新により終了する場合、②原賃貸借の賃借人の債務不履行により解除される場合、③原賃貸借の賃貸人または賃借人の倒産により管財人等により解除される場合、などが考えられる。上記①②の場合において転貸借契約がどのような影響を受けるかについて、判例（①については、最判S62・3・24等により、合意解除等を転借人に対抗できないとしており、②については、最判H14・3・28等により、転貸借は終了するとしている）等を踏まえつつ、③の場合とあわせて、明文の規定を置くべきである。特に、マスターレシーが倒産した場合にマスターレシーの管財人等が倒産法の規定に基づいてマスターリース契約を解除することを選択した場合の転貸借契約の帰趨については、後述するマスターリース化に関する事情・経緯及び転借人の保護の必要性等に留意しつつ、マスターレシーの管財人等が倒産法の規定に基づいてマスターリース契約を解除した場合に当該解除を転借人に対抗することができるのか否か、対抗することができないとした場合の効果についてさらに検討してはどうか。

上記①の場合や上記③の場合において転借人に賃貸借の解除を対抗できないとするときの法律関係についても明文の規定を置くべきである。そして、これらの場合、原賃貸借の終了にあたって転貸借の内容を事前に吟味した上で原賃貸借の終了の可否を検討することも実務上可能（なお、かような観点から賃貸人に転貸借内容の開示請求権を認めることも検討してはどうか。）であることから、転貸借契約の転貸人たる地位を原賃貸人が承継するものとするのが合理的ではないか。実務上も、マスターリース契約における終了時の処理として、かかる規定を設けることが多い。その場合、転貸借契約

上の敷金返還債務の承継についても検討する必要がある。この点、賃貸目的物の売買に伴う賃貸人たる地位および敷金返還債務の承継の場合においては、買主が敷金相当額を控除して売買代金を支払うことにより敷金相当額を予め確保することができるのに対して、①や③の場合には賃借人に資力がないことも多く原賃貸人が予め転貸借敷金相当額の引き渡しを受けられない場合もあることを想定して、原賃貸人が原賃貸借の解除・不更新の際に転貸借敷金相当額の引き渡しを受けられることを条件として、転貸借契約上の敷金返還債務を免責的に承継する方向で検討してはどうか。

上記②の原賃貸借が債務不履行解除された場合の規律については、以下に述べる理由から、転借人に対して賃借人の債務不履行状態を解消させる機会を与える手続を定めるなど、転借人を保護する規定を設ける方向で検討してはどうか。転貸借関係が発生する一つの典型的なケースとして、当初直接賃貸借契約を締結した当事者間に、マスターレシーとしてマスターリース業者が入る場合が考えられる。実務上、賃貸人側からの要請に応じてマスターリース化されるケースが多いことからすると、賃貸人が手配したマスターレシーが転借人の関知しないところで債務不履行に陥った場合に、転借人に対して何らの機会も与えないまま賃貸人に対して転貸借関係に基づく主張ができなくなることは不合理である。マスターリース契約の中には、いわゆるサブリース等の賃料保証型のものもあれば、パススルー型（マスターレシーがテナントから受領したテナント賃料をそのままマスターリース賃料として賃貸人に交付する内容のマスターリース契約のこと。）のものもあり、近年、パススルー型のマスターリースが増えてきていることからしても、原賃借人が債務不履行に陥った場合の転借人保護の要請は高い（長島・大野・常松有志）。

- 民法第613条の規定の仕方はわかりにくいので、転借人が賃貸人に対して直接に義務を負うということの意味をより精査し、賃貸人と転借人との法律関係の明確化をはかるべきである。

賃借人が約定どおりに賃料の支払いを続けている場合にまで、賃貸人に転借人に対する賃料の直接請求権を認める必要はない。賃借人について倒産手続が開始された場合に、倒産手続開始前の未払賃料について賃貸人の転借人に対する直接請求権を認めると、賃借人に対する債権者間の公平を害する。そのため、賃貸人の転借人に対する賃料の直接請求権を無制約に認めることには反対である。

賃貸借が合意解除された場合であっても、転借人に対して原賃貸借の消滅を対抗することができないとする判例法理の明文化については、確立した判例法理であり、明文化が望ましいとの意見がある

一方で、合意解除の中には実質的に債務不履行解除と同視できるものがあり、その場合には、債務不履行解除と同様に考えるべきであるから、合意解除の場合には一律に転借人との関係では解除の効力は生じないとするのは行き過ぎであるとの意見もある。

賃借人の債務不履行によって原賃貸借が解除された場合には、転借人は目的物を使用収益する権限を失うとする判例法理の明文化について賛成である。なお、この場合、転借人に対して賃借人の債務不履行状態を解消させる機会を与える手続については、判例は不要としていること、原契約がマンション一棟の賃貸借契約（サブリース業者に賃貸し、サブリース業者が個別の部屋を複数人に転貸）の場合において、賃貸人がサブリース業者の債務不履行に基づき原契約を解除しようとする際、全ての転借人にいちいち催告しなければ解除できないとすると、賃貸人に過度の負担が生じる。また、そのケースにおいては、債務額全部を支払うことを個別に転借人に催告する必要があるのかなど、複雑な問題が生じてくること、原契約の解除後も、転借人は、明渡しを迫られるよりは、賃貸人と直接賃貸借契約を締結して使用を継続できるケースが多いと思われ、転借人の保護に著しく欠けることになることまでは考えられないことから、転借人に対して賃借人の債務不履行状態を解消させる機会を与える手続は不要とすべきである（横浜弁）。

- 賃貸人と転借人との間の基本的な法律関係や直接請求権の内容に関する明文規定を設けることは適当と考える。もっとも、内容面については、たとえば、「賃貸人が転借人に対して書面をもって賃料の支払請求をしたときは、その時以降に転借人が賃借人に対してした賃料の支払を賃貸人に対抗できない」との規定についていけば、無条件でこれを認めてよいか、要件として一定の縛りをつける必要がないか、等につき、慎重に検討すべきと考える。

合意解除にかかる規定について。判例等によって形成された準則を明文化するとの考え方は、基本的に適当と考える。ただし、明文化する以上、合意解除の効力が転借人との関係では生じない場合についてのその後の法律関係について、転貸人たる地位が賃貸人に承継される（賃貸人・転借人間の直接の賃貸借契約（従前の転貸借契約と同じ条件が妥当か）が成立する）などといった、より具体的な当事者の関係についても併せて明文化しておくことが適当である。なお、そのような場合、転借人に対する敷金返還債務も原賃貸人は承継するのかという問題も生じるが、実務的にも賃貸人・賃借人間の合意解除の場合であれば、転借人に対する敷金返還債務を原賃貸人に承継させたとしても、合意解除の際に、賃貸人・賃借人間で、預かり敷金の引継ぎを行うことができるので、特段の問題は生じな

いと思われる。

- 債務不履行解除にかかる規定について。賃借人の債務不履行に基づき、賃貸人が債務不履行解除を行った場合に関して、（現実の利用者である）転借人に利用権原の維持の機会を与える趣旨の手続規定を定めるとの考え方は、賃貸人及び賃借人が、合意解除における規制を潜脱するために、債務不履行解除という形式を取る場合も考えられることからすると、転借人保護に資するという意味では確かに魅力的と思われる。しかし、当該考え方を採用するにあたっては、次の点等について、さらに検討し議論を尽くす必要があると考える。まず、転借人が賃料を支払い、賃借人の債務不履行状態を解消した場合の法律関係についても併せて明文化する必要があると思われる（賃貸人の賃借人に対する債務不履行解除は有効で、以後は賃貸人と賃借人との間の賃貸借契約を転借人が承継することになるのか。また、この場合、賃貸人・転借人間の直接契約になるとしても、その間の敷金関係はどうなるのか等）。また、たとえば、賃貸人は、転借人に賃借人の賃料債務の不履行を告げたとて、転借人による賃借人の賃料債務の弁済がなされないことを確認しなければ、賃貸借契約の債務不履行解除を転借人に対抗することができないなどとされる場合、いつまでに転借人に当該事実を告知すべきか、また、催告期間をどの程度設ければよいのか、何をもって確認といえるのか等についても明確化する必要があると思われる。さらに、数次にわたる転貸借が行われている場合については、賃貸人はすべての転借人に告知・催告をしなければならないのか、たとえば転々借人が賃料債務を弁済した場合には転借人及び転々借人の契約は存続するのか等についても検討する必要があると思われる。更に、原賃貸借契約が賃借人（転貸人）の更新拒絶又は中途解約の意思表示によって終了した場合、転貸借関係も原則として終了するという下級審判例（東京高判平成11年6月29日）があるが、これをどう解するのか、係る場合にも転借人に権原利用維持の機会を与えるのかどうかという点についても検討する必要があるものと思われる（二弁）。
- 適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との法律関係については、必ずしも明確でない部分がある。これに関して具体的な権利義務を条文により明らかにすることについては賛成である。もっとも、当事者の利害が対立しやすい場面であり、現に行われている転貸借の実務への影響等も勘案しながら慎重に検討すべきである（一弁）。
  - ①転借人の基本的な地位について、原賃貸借によって賃借人に与えられた権限の範囲内で、転貸借に基づく権限を与えられ、その限度で賃貸人に対して使用収益の権限を対抗することができること、②転借

人が賃貸人に対して負う賃料債務の範囲も、原賃貸借と転貸借のそれぞれの賃料債務の重なる限度であること、③賃料の前払（民法第613条第1項後段）とは転貸借における賃料の弁済期前における賃借人（転貸人）への支払をいうこと、以上について明文化することに賛成である。但し、賃貸人が転借人に直接賃料支払請求権を行使しうる場合については、賃借人が債務不履行に陥っている場合等に限定すべきである。合意解約の場合に、転借人に対抗できないが債務不履行の場合には転借人は使用収益をする権限を失うという判例法理を明文化することに賛成である（仙台弁）。

- （議事の概況等）で「原賃貸借契約が合意解除された場合の転貸借契約に与える影響に関して、賃貸人が望めば賃貸人と転借人との間に直接賃貸借契約が成立し、転貸人は契約関係から離脱することについて検討すべきではないか」とあるが、上記内容を民法で明確にしたい。

信託方式による不動産流動化では、信託銀行の負担軽減のため、マスターリース契約を介在させているが、受益権譲渡や信託解除（次の投資家への売買に伴うもの）に当たり、マスターリース契約を解除し、一旦信託銀行と直接契約となることを前提に実務を進めていると思われる。かかる取扱い（直接契約）は通常マスターリース契約（賃貸借契約）に規定しているが、当該規定の有効性は明確でなくリーガルオピニオンで確認している状況にあり、明確化が望ましい（会社員）。

- 判例法理の明文化に賛成であるが、議論の過程で学説等の価値判断が混入して要件等が変更されることのないよう留意されたい（会社員）。
- 民法第613条は、適法な転貸借がされた場合の賃貸人と転借人との法律関係を十分に明確に規定しているとは言えず、より明確に法律関係を定める規定を置くべきである。転借人の権限はあくまで転貸借契約に基づく賃借権であるから、転借人が使用収益を要求できる相手は転貸人（原賃借人）と考えるべきであり、原賃貸人は転借人に対して賃貸人としての義務を負わない。適法な転貸借の場合には、原賃貸人は転貸借を理由として原賃貸借契約を解除することができず（民法第612条）、転借人は原賃貸人に対して自らが使用収益することの受忍を請求することができるという関係になることから、明文化に当たっては「賃貸人は、転借人がその転貸借に基づいて賃借物を使用収益することを妨げてはならない」という趣旨の書き方をする必要がある。原賃貸借契約が債務不履行解除された場合には転借人が目的物を使用収益する権限を失うという判例法理の明文化も検討すべきである（弁護士）。

- 転借人は、原賃貸借によって賃借人に与えられた権限の範囲内で、転貸借に基づく権限を与えられ、その限度で賃貸人に対して使用収益の権限を対抗することができることを明文化する考え方については、賛成する。

転借人は賃貸人に対して直接賃料債務を負い、その範囲は原賃貸借と転貸借のそれぞれの賃料債務の重なる限度であることなどを明文化すべきであるという考え方については、下請負人の直接請求権に関する議論を踏まえた上で、必要に応じて賃貸人の先取特権を認めるなどの代替案も含め、慎重に検討すべきである。

適法な転貸借がされた場合に、原賃貸借が合意解除された場合であっても、転借人に対して原賃貸借の消滅を対抗することができないとする判例法理を明文化することには賛成するが、賃借人の債務不履行によって原賃貸借が解除された場合に、無条件で転借人が目的物を使用収益する権限を失う旨の規定を設けることには反対であり、少なくとも、原則として転借人に対する賃料代払いの催告を解除の要件とすべきである（弁護士）。

- 賃貸人の承諾を得て転貸借契約が成立しているときに、賃貸人が賃借人の賃料不払いを理由に原賃貸借契約を解除するには、転借人に対する催告を要するものとし、転借人も賃料支払債務を履行しない場合に初めて賃貸人は原賃貸借契約を解除しその効果は転借人にも及ぶことを明文化すべきである（日弁連消費者委有志）。
- 転借人は転貸借契約により使用収益の継続について事実上強い利害関係を有しており、転借人の利益保護の要請は強い。他方、賃貸人にとっても、転貸を許可した場合に限定して転借人に引き続き使用就役させることを義務づけるのであれば、過度の負担となるものではない。したがって、適法な転貸借がなされた場合の賃貸人の債務不履行解除に関して、解除の効力を転貸人にも対抗しうるかについては、転借人の事情も考慮した規定をおくべきである（弁護士）。
- ①②のような明文規定を設けることについては、賛成する。ただし、適法転貸借における原賃貸借の債務不履行解除に関する判例法理の明文化については、慎重に検討すべきである。

①②についての明文規定を置くことに反対の理由はない。適法転貸借における原賃貸借の債務不履行解除に関する判例法理に関しては、債務不履行解除に際し転借人に弁済の確認（通知）をすることを不要とするか、要求するかについては、通知を要求することにより転借人の保護が図れる一方で通知を怠った場合の効果が不明確である問題もあることから、なお慎重に検討すべきである（兵庫県弁）。
- 適法な転貸借がされた場合における賃貸人と転借人との間の基本的な法律関係や直接請求権に関する規定のあり方について、明確性

の観点から更に検討すること自体には賛成であるが、②をそのまま明文化することは、慎重に検討すべきである。この点、賃借人（転貸人）の倒産の場合に、直接請求がそのまま認められると、賃貸人は、本来は破産債権となるものを、破産者の財産である転貸料債権から回収することが可能であるとも考えられる。すると、賃貸人は、破産手続によらずに端的に権利行使ができることとなり、賃貸人に大きな権限が生じるという問題があるから、倒産法との整合性を慎重に考えるべきである（第15回議事録60頁 沖野幹事）。また、直接請求については、債権者代位権の場面と比べても、いわゆる転用物訴権に関する判例の場面と比べても、賃貸人の権利が強すぎるように思われ、他の制度との均衡も再度検討されるべきである。さらに、転貸の場面と下請負の場面を平行に考えると、直接請求には相当な問題があると思われるから、下請負との関係も含めて検討されるべきである。

原賃貸借が合意解除された場合であっても、転借人に対して原賃貸借の消滅を対抗することができないとする判例理論を明文化することに対しては、賛成する。しかし、賃借人の債務不履行によって原賃貸借が解除された場合には、転借人に賃料を支払う機会を与える必要がある。そこで、この場合には、解除の要件として、賃貸人は転借人に対し催告することを必要とすべきであるが、他方で賃貸人が転借人に対する通知先を知らない場合にまで催告が必要であるとする、賃貸人に酷であるから、承諾転貸の場合に限り、転借人に対する催告を解除の要件とすべきである。原賃貸借に債務不履行があった場合に催告を要件とすれば、転借人が転貸人に対し賃料を支払ったにも拘わらず原賃貸借が解除される危険を防げるし、賃貸人が賃借人（転貸人）に債務不履行があることを知りつつ、転借人に対して請求せず、原賃貸借をあえて解除するように仕組むことも防止できる（東弁）。

- 適法な転貸がなされた場合の賃貸人と転借人の法律関係について、明確化することには賛成。ただし、賃借人の債務不履行によって原賃貸借契約が解除された場合については、明文化しない方がよいと考える（「改正を考える」研）。
- サブリース関係は貸主から共同物件を一棟丸ごと借り上げ、それを多数のエンドユーザーに転貸するということが多く、民法で想定される転貸借（原賃貸人1人・賃借人兼転貸人1人・転借人1人）とは異なることを踏まえ、別に規定内容を検討することなどが必要ではないか。例えば原賃貸借契約が解除される場合における原賃貸人から転借人への通知等を必要とする考え方は、サブリースの実務に則して考えた場合、貸主に極めて大きな負担を課すことになり、入居者の居住の安定を考慮してもなお、公平を失するものである。

合意解約の場合で転借人との関係では解除の効力が生じない場合の法律関係は、貸主・借主・転借人としての契約関係が残るのか、貸主・転借人との契約関係になるのかについても明らかにしたい。

解除の場合の法律関係（転貸借も消滅する）も確定した判例があることから、規定した方が明確であると思われる（全宅連）。

- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 現行民法第613条の規定の仕方が分りにくいことは確かであり、法律関係の明確化の観点から、賛成する意見が強い。他方、あえて詳細な規定を設ける必要はないものの、民法第398条を踏まえ、適法に転貸借契約が成立している場合、賃借人（転貸人）は賃借権を放棄しても、これをもって転借人に対抗できない旨の明文の規定を置くべきであるとの意見もある。

賃貸人の転借人に対する賃料の直接請求権に関する規定を置くことについては、反対する意見や慎重な検討を要する旨の意見が有力であり、その主な理由は以下のとおりである。①債権者代位権やいわゆる転用物訴権に関する判例（最判平成7年9月19日民集49巻8号2805頁）の場合と比較して、賃貸人の権限が強過ぎるきらいがある。②賃借人（転貸人）について倒産手続が開始された場合に、倒産手続開始前の未払賃料について賃貸人から転借人に対する直接請求権の行使を認めると、私的で簡易な権利行使となり、倒産手続における債権者平等の原則に抵触する恐れがある。他方、法律関係の明確化の観点から、賃貸人の転借人に対する賃料の直接請求権に関する規定を置くことに賛成する意見もある。

原賃貸借が合意解除された場合に関する判例法理を明文化することに賛成する意見が強い。

賃借人の債務不履行によって原賃貸借が解除された場合については、判例法理（最判昭和36年12月21日民集15巻12号3243頁）をそのままの形で明文化するのではなく、転借人に対して賃借人の債務不履行状態を解消させるために催告するなど転借人を保護するための措置を講じるべきであるとの意見が複数ある。他方、反対する意見や慎重な検討を要する旨の意見も有力であり、その主な理由は以下のとおりである。①賃借人の債務不履行によって原賃貸借を解除する場合に賃貸人は転借人に催告する必要はないというのが判例（最判昭和37年3月29日民集16巻3号662頁等）である。②仮に全ての転借人に対する催告を必要とすると、賃貸人に過度な負担を課すことになる。③転借人に対する催告を必要とした場合に、賃貸人が転借人に対する催告を怠ったときの取扱い（債務不履行解除が効力を生じるか否かなど）が明らかでない（日弁連）。

- 賃貸人の直接請求権の内容について。賃貸人の直接請求権について、



少なくともこれを無制限に認めることには疑問が有る。適法に転貸借がなされた場合、貸貸人及び転貸人は転貸借を了解している。他方、転借人は転貸関係に有ることを知らないケースも有り得る。直接請求権を無限定に認めると、転借人にとっては、突然、直接請求権を根拠として貸貸人から賃料支払の請求が来て、貸貸人、転貸人のいずれに支払うべきかが判断できず、不測の不利益を受けるという事態が生じる可能性がある。原貸貸借が債務不履行解除されることにより突然転借人の地位が失われることを防ぐためには、一定の場合に転借人が貸貸人に直接に賃料を支払う方法を認めることは必要であるが、そのためには、転借人が貸貸人への支払いを転貸人へ対抗出来る制度を設ければ足りる。転借人の利益のために貸貸人へ直接支払う方法を認めることと、貸貸人の利益のために貸貸人が転借人へ直接請求する権利を認めることとは別の問題である。適法に転貸がなされている時点で貸貸人は転貸を承諾しているのであるから、転借人に不測の不利益を生じるリスクを負わせてまで直接請求権を無限定に認めるべきではなく、直接請求権の必要性の検証、及びこれを認めるとしても直接請求の必要性が高い場合（転貸人の債務不履行の場合など）に限定する仕組みが必要ではないか、という点につき、慎重に検討する必要がある。

直接請求権の実効性を確保するための制度について。法制審部会資料16-2補足説明には、直接請求権の実行性を確保するため、貸貸人が書面をもって転借人へ賃料支払を請求したときは、以後の転借人の転貸人への賃料支払を貸貸人へ対抗出来ないこととするとの考え方が記載されている。しかし、書面一本で貸貸人が転貸料債権を差押えるのと同様の制度を認めると、混乱が生じ、転借人保護に反するのではないかと疑問が有る。

通常の債権差押のように不服申立制度も整備されていない状態で私的に転貸料債権を差し押さえることが認められれば、例えば、貸貸借契約の解釈について争いが有るような場合に混乱が生じ、転借人に不利益である。また、貸貸人の転貸料債権に対する権限の法的性格も不明である。転貸人が倒産した場合を想定すれば、貸貸人の権限が単なる一般差押類似の権限なのか、あるいは、例えば特別先取特権に基づく差押類似の権限なのか、差押類似の権限の法的性格も十分に整理されないままに制度が創設されることによる混乱が生じかねない。貸貸人の直接請求権の実効性を確保するための何らかの制度を設ける必要があるのであれば、執行法制や倒産法制との整合性を検討し、慎重な議論を尽くした上で、その手段を検討するべきである。

原貸貸借の解除に伴う転借人の地位の帰趨に関する判例法理の明文化について。判例によると、原貸貸借契約が債務不履行解除された場合、転借人は貸貸人に対して貸貸借関係に基づく主張をすることが出

来なくなる。この点、転貸を承諾した賃貸人が、転貸人の債務不履行を知らない転借人に対して無条件で明渡等を求めることが出来るというのは妥当ではない。転借人に対して転貸人の債務不履行を事前に通知し、転借人において転貸人の債務不履行を解消する機会を与えるなど、解除に際して一定の転借人保護のための方策を設けることは必要であると考え。ただ、その要件・効果の定め方は難しいと考えられる。例えば、賃貸人が転貸人に一棟建物を賃貸し、転貸人がその一部ずつを複数の転借人に転貸している場合、転借人は、自己の利用部分に関する転貸料のみを賃貸人へ直接支払えば足りるのか、施設全部の賃料を賃貸人へ支払わなければならないのか。転借人が自己の利用部分に関する転貸料のみを賃貸人に直接支払った場合、その効果としては、当該転貸人の利用部分についてのみ賃貸人との間で直接の賃貸関係に切り替わると解することになるのか（このように解すると、賃貸人はいわば虫食い状態で一部転借人との間でのみ賃貸関係を認めざるを得ず、次の賃借人の募集に支障を生じ、かえって賃貸人に酷な結果となるのではないか）といった疑問が有る。この点、転借人の保護を基本に据えつつ、要件・効果等の内容について慎重に検討をする必要が有ると考える。

以上より、適法な転貸がなされた場合の賃貸人と転借人との間の法律関係を従前の判例・学説に従い整理して明文化すること、それ自体については特段反対しない。但し、賃貸人の直接請求権については、その要件を絞ることを含め、内容を慎重に検討すべきである。また、原賃貸借の解除による転貸借契約の帰趨に関する判例法理を明文化するについても、その内容を慎重に検討すべきである（大阪弁）。

- 転借人は転貸借契約により使用収益の継続について事実上強い利害関係を有しており、転借人の利益保護の要請は強い。他方、賃貸人にとっても、転貸を許可した場合に限定して転借人に引き続き使用就役させることを義務づけるのであれば、過度の負担となるものではない。したがって、適法な転貸借がなされた場合の賃貸人の債務不履行解除に関して、解除の効力を転貸人にも対抗しうるかについては、転借人の事情も考慮した規定をおくべきである（弁護士）。
- 住宅のいわゆるサブリースにおいては、賃借人は契約の相手方である賃貸人が転貸人であるかが判然としないことが一般的であるから、転貸人の債務不履行による原賃貸借契約の解除によって、転貸人が住宅を使用する権限を失うとするのは通常の賃貸借契約と比較して住居権を著しく不安定にするものであって妥当でない。原賃貸借契約においては、そのような場合に、原賃貸人が賃貸人としての地位を承継するとの条項が定められていることが多く、住居権の安定に資すると思われるので、原則として、原賃貸人が賃貸人としての地位を承

継することとし、敷金返還債務の承継、賃料二重払いの危険負担の会費等の賃借人保護の定めを置くのが望ましい。もっとも、住宅サブリース契約においては、賃貸人と転貸事業者との間の権利義務関係についても規律すべき必要性が高いから、別途民事的効力を有する業法を制定することも検討されるべきである（民法協）。

- 承諾を与えた以上賃貸人が妨害してはいけないのは当然のことであり、あえて規定する必要があるか疑問。賃貸人の転貸人使用収益についての受忍義務を明文化することは反対。

理論的根拠がより明確にされるべき。また、直接請求に対して転借人が転貸人に弁済した場合にはどうなるのかも条文上明らかではないから、規定を新設して明らかにする必要がある。そのため賃貸人の転借人に対する直接請求権の内容について明確化することを検討することは賛成。

原賃貸借契約が合意解除された場合に転借人に対抗できないという判例法理を明文化することに賛成。その場合に賃貸人と転借人との間で賃貸借契約が成立するものとし転貸人が離脱することもあわせて明文化すべき。

賃貸人の債務不履行によって原賃貸借契約が解除された場合には転借人は使用収益権を失うとの判例法理を明文化することに賛成。転借人の転貸借契約解除権についてもあわせて規定を設けるべき。

そもそも準用規定は分かりにくい。加えて賃貸借と使用貸借では有償性等大きな差異があり、別個に規定するほうがよい。使用貸借の規定を準用している点を改め、賃貸借契約の中に規定を置くことに賛成（法友全期）。

- 例えば、AがBに対して賃貸している建物について、BがAの承諾を得てCに対して転貸した場合、CはAに対して直接義務を負うところ（民法613条1項）、その内容をさらに具体化すれば、賃料支払義務、契約継続中の付随義務（例 夜中に騒がない）、明渡時の原状回復義務などであろう。このような直接的な義務を認めると、例えば、Bに破産手続が開始し又は転借料が差し押さえられても、AはCに対して、転借料を請求し原状回復を求めることができる。しかし、CはAに対して権利行使できないため、例えば敷金返還をAに対して求めることはできない。このように、AC間の権利義務関係が複雑となるため、転貸借人の賃貸人に対する直接的義務に関する規定を民法に規定すべきではない。したがって、民法613条を削除すべきである。

適法に転貸借契約が成立している場合に、転貸人（賃借人）は賃借権を放棄しても、これをもって転借人に対抗できない旨の明文の規定を設けるべきである（福岡弁）。

## 7 賃借権の終了

### (1) 賃借物が滅失した場合等における賃貸借の終了

賃借物の全部が滅失した場合における賃貸借の帰すうについては、現在は規定がないが、一般に賃貸借契約が終了すると解されていることから、このことを条文上明記する方向で、更に検討してはどうか。

#### 【意見】

- 賃貸借契約の終了に関する規律として明文化する必要がある（金沢弁消費者委，広島弁）。
- 目的物が存在しないにもかかわらず、契約期限まで契約が存続することの意味がない。危険負担（賃借人帰責の場合）もしくは解除での処理では、迂遠である。そこで、契約が終了する旨を明記することに賛成する（愛知県弁）。
- 賃貸借の目的物の一部もしくは全部が使用できない場合の賃料発生の有無について、利用する対価としての賃料は利用ができないことにより減額もしくは発生しないとするのは合理的で、相当である（親和会）。
- 賃借物の全部が滅失した場合に賃料債務が存続すると解するのは妥当でなく、一般にも賃貸借契約が終了すると解されているところである。従って、条文上明記すべきである（日司連）。
- 判例があり、通説でもあることから、賃貸借契約が目的物の滅失により終了することを明文化すべきである（堂島有志）。
- 従来から、終了すると解釈されており、明確にするのが適当であるし、特段不都合もない（法友全期）。
- 賛成である。賃借物が全部滅失した場合においても、その責任を明確にするためにも条文により明確化した方がよい（日大民研・商研）。
- 現在の実務に沿うものであり、明文化の必要性が認められる。賛成（札幌弁）。
- 契約を終了させるか否かについては、目的物の修繕の可能性、使用できない除隊の継続状況等によって、当事者が判断すべきであり、終了させるのであれば、明確に解除の意思表示をすべきと思われる。目的物が全部滅失した場合、賃料請求権は発生しないが、契約が終了するか否かは解除通知を必要とする旨明文化すべきである（福岡弁）。
- 一般的な解釈の明文化であり、分かりやすい民法の実現に資するため、条文上明記することに賛成（横浜弁）。
- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 概ね、部会資料16-2（検討事項(11)）第2，4(1)の補足説明2第1段落及び第2段落〔66～67頁〕で紹介されている考え方に

特段の異論はない。なお、「滅失」の用語については、先般の東日本大震災における経験を踏まえつつ、前記「5 賃借人の義務」における規律と併せて検討すべきである（日弁連）。

- 賛成。現在の実務及び判例に沿う考え方であり、目的物が全く滅失した場合には、賃貸借契約を存続させる意味がないので、その時点で契約関係が終了するものとして取り扱うことに合理性がある。この点、目的物が全部滅失した場合には賃貸借契約が終了し、一部滅失した場合には民法611条による処理となるが、全部滅失した場合と一部滅失した場合には場面が異なるので、このような処理の差異が妥当である。すなわち、全部滅失の場合は契約自体を存続させる意味がないが、一部滅失の場合には契約自体を存続させる利益があるので、賃料減額による解決が合理的なのである（第15回議事録62頁 鹿野幹事）。なお、滅失以外の事由（他人物賃貸借における所有者からの返還請求など）によって目的物の使用収益ができなくなった場合にも、賃貸借契約が終了するとの考え方及びこの場合には賃借人の解除によって契約を終了させるとの考え方もありえようが、これらについては、場面に応じて結論を異にすべきであると考えられることから、個別に検討すべきであり、規定を設けるべきではない（東弁）。
- 賃貸借目的物が滅失した場合に賃貸借契約が当然に終了するとの規定を設けることについて特段反対しない（大阪弁）。
- 条文上明記することに賛成である。その様な場合に、賃貸借契約が終了することに争いはなく、明確に定めることで分かりやすくなる。なお、賃貸借契約が終了するのは、物理的に目的物の「全部が滅失」した場合に限定する必要はないものとする（仙台弁）。
- 賛成（大学教員, 弁護士）
- 条文上明記する方向に賛成である（会社員）。
- 賃貸借契約が目的物の滅失により終了すると解釈されてきており、また、それを変更する必要もないことから、その旨を条文として明記すべきである（弁護士）。
- 賃借物の継続的な使用収益が賃貸借契約の目的であるところ、賃借物の全部が滅失して利用できない以上、賃貸借契約は当然に終了することを明文化することが簡明である（日弁連消費者委有志）。
- 特に反対しない。

危険負担存続の立場をとった場合、条文上明記が必須とはいえないが、置いた方が分かりやすい（兵庫県弁）。
- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 特に必要性を感じない（広大有志）。

## (2) 賃貸借終了時の原状回復

賃貸借の終了時における賃借人の原状回復に関して、使用貸借についての簡略な規定（民法第598条）が賃貸借に準用されるのみである（同法第616条）という現状を改め、収去権とは区別して、賃借人の原状回復義務の規定を整備する方向で、更に検討してはどうか。その際には、賃借物に附属させた物がある場合と賃借物が損傷した場合の区別に留意し、後者（賃借物の損傷）に関しては原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記することの当否について、更に検討してはどうか。これを条文上明記する場合には、賃貸人が事業者であり賃借人が消費者であるときはこれに反する特約を無効とすべきであるとの考え方が併せて示されている（後記第62, 2⑧参照）が、このような考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

また、「原状に復して」（同法第598条）という表現は分かりにくいという指摘があることから、これに代わる適切な表現について、検討してはどうか。

### 【意見】

- 賃借人の原状回復義務について、収去権と別に定めた上で、自然損耗（通常損耗及び経年劣化）が除外される旨を明記することはおおむね賛成。また、賃貸住宅契約については上記の原則に反し賃借人に賃借人に自然損耗の修繕義務を負担させる特約を無効とする旨の規定を置くべきである。一部には原状回復費用を賃借人に負担させる代わりに毎月の賃料を相対的に定額に抑える賃貸住宅契約もあるとして特約無効規定に反対する見解もある。しかし、最高裁判平成17年12月16日判決は、「賃貸借契約は、賃借人による賃借物件の使用とその対価としての賃料の支払いを内容とするものであり、賃借物権の損耗の発生は、賃貸借という契約の本質上当然に予定されているものであって、「建物の賃貸借においては、賃借人が社会通念上通常の使用をした場合に生ずる賃借物件の劣化又は価値の減少を意味する通常損耗に係る投下資本の減価の回収は、通常、減価償却費や修繕費等の必要経費分を賃料の中に含ませてその支払いを受けることにより行われている」から、「建物の賃借人にその賃貸借において生ずる通常損耗及び経年変化についての原状回復義務を負わせるのは、賃借人に予期しない特別の負担を課すことになる」と述べて、自然損耗による賃借物件の価値の減少は家賃の支払いによって補償されるのが賃貸借契約の本質であり社会通念であって、自然損耗についても原状回復義務を負わせる特約は、「賃借人に予期しない特別の負担」を課すものであるというのである。同判決は、その上で、そのような特約が成立するには、契約書に具体的に明記されているなど明確な合意が要求している。こ

こからすれば、毎月の賃料がどれだけ減額されており、そのために通常損耗の補修費用が含まれていないのか、これに代わる自然損耗の補修費用はどれくらいであるのか等が明確に合意されることはなく、およそ「賃借人に自然損耗の修繕義務を負担させる代わりに、毎月の賃料を相対的に低額に抑える」特約が成立する余地はないのであるから、特約の効力を否定しても問題はなく、むしろ成立していない特約を根拠にして、社会通念や賃貸借契約の本質に反し、賃借人に自然損耗の修繕費用を請求するトラブルの発生を防止するためには、明確にかかる特約を無効とすべき必要性が高いといえる（民法協）。

- 賃貸借終了時の目的物に関する法律関係を明確にする必要があるとともに、賃借人の保護のため原状回復の範囲を明確にする必要があることから、原状回復義務と収去権とを区別して両者の関係を明確に規定することや原状回復の範囲には通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記することに賛成（金沢弁消費者委，親和会）。
- 賃貸借の終了時における賃借人の原状回復に関して、収去権とは区別して、賃借人の原状回復義務の規定を整備することについて、賛成する。

原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記することに、賛成する。

上記規律を条文上明記する場合に、賃貸人が事業者であり賃借人が消費者であるときはこれに反する特約を無効とすべきであるとの考え方については、事業者概念を民法に取り込むことについて慎重な検討がなされるべきであることから、慎重に検討すべきである（愛知県弁）。

- 賃貸借契約の終了時に賃貸人が敷金を適正に変換しないというトラブルは、一般に敷金の額が少額ということもあり、紛争が顕在化しないまま、賃借人が泣き寝入りすることも少なくない。そこで、紛争を予防する観点から、通常損耗についての原状回復義務について、判例に即して明文化する方向で検討すべきである（日司連）。
- 賃借人の収去義務と区別して賃借物の損傷に関する原状回復義務の規定を明文化する方向で検討すべき。現状の範囲については、国土交通省のガイドラインでは通常損耗とは別に経年劣化という用語を用いてその両方を賃貸人が負担すべきものとしていることに鑑み、同様の内容で明文化する方向で検討すべき。ただし、ガイドラインのように個別具体化して法律上定めることは困難なので「借主は、借用物が損傷した場合には自己が負担すべき箇所のみを修繕ないしは修繕費用相当額を負担して、借用物を明け渡すものとする」という規定はどうか（青司協，東京青司協）。
- 収去できる権利と原状回復義務とは別のものであり、費用償還請求

の行使との関連も含めて整理しておくべきである。

- ・ 賃借人は、自らの費用で目的物に付属させたものを収去できる。
  - ・ 賃借人は、賃貸借の終了に際して、目的物を原状に復さなければならない。ただし、自然損耗によって、目的物に生じた変化については、この限りではない。
  - ・ 賃借人が付属させた者の分離に過大な費用がかかる場合には、有益費の償還請求の規定に従い、その償還を求めることができる（堂島有志）。
- 基本的に賛成である。特約がある場合を除いて原状回復義務には含まれないという判例理論（最判平成17年12月16日裁判集民218号1239頁）を、賃借人保護のためにも条文上明確化した方がよい。原状回復義務と収去権とともに規定する現行民法の内容を改め、通常損耗部分が含まれないとすることについては、慎重に検討すべきである（日大民研・商研）。
- 賃貸借は、自らの使用機会と賃料を交換しているのだから、自然損耗分の回収を賃料以外から行うことは矛盾している。したがって、「賃料が不相当に安い場合を除き」と例外を付して、原状回復という用語ではなく、収去・明渡し・返還の義務のみを負う、とすべきである（広大有志）。
- 原状回復義務と収去権の区別については、現行法上は必ずしも明確とはいえない以上、これらを整備することが必要と考える。原状回復の範囲についても通常損耗の部分が含まれないことについても実務に沿うものであることから明文化の必要性が認められる。「原状に復して」に代わる適切な表現への変更についても、「原状に復して」との表現が必ずしも一般的な表現とはいえないと思われる。いずれも賛成する（札幌弁）。
- 賃貸借契約が終了した場合、賃借人は以下の撤去・修補義務を負う旨明文化すべきである。
- ① 賃借人は目的物に設置した物を撤去しなければならない。ただし、撤去することによって目的物を物理的又は機能的にき損するおそれのある場合は、この限りではない（撤去義務を負わない物については費用償還請求によって対応する）。
  - ② 目的物そのものの経年劣化については修補義務を負わない。ただし、賃借人の責めに帰すべき事由によってき損したものについては、この限りではない。

消費者である賃借人に不利に変更する合意は、これによって、消費者の権利が侵害され、その程度が消費者保護の趣旨に反すると認められる場合には、無効とする。「消費者に準じる小規模零細法人等が事業外取引」として締結した場合も同様とする旨の明文の規定を設ける



べきである（福岡弁）。

- 賃貸借の終了時における賃借人の原状回復に関して、収去権とは区別して、賃借人の原状回復義務の規定を整備することに賛成である。

原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記することに賛成である。この規律を条文上明記する場合には、「格差」契約であるときはこれに反する特約を無効とすることに賛成であるが、さらに一步進んで、全ての賃貸借について、通常損耗分は賃借人の負担とすることはできないことを強行法規として定めることも検討すべきである。その理由は、①消費者のみならず中小零細事業者の保護も視野に入れた立法を検討すべきであること、②オーナーと消費者たるエンドユーザーの間に事業者が入るサブリース形態の賃貸借において同特則が適用されないこととなってしまうこと、③全ての賃貸借について原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを強行法規として規定すれば、原状回復の範囲をめぐる紛争が多発している現状を変えることができるし、このような規定を設けたとしても、賃貸人側は家賃の金額を調整することなどにより対応することが十分可能であることが挙げられる（横浜弁）。

- 賃貸借の終了時における賃借人の原状回復に関して、収去権とは区別して、賃借人の原状回復義務の規定を整備することに賛成する。また、原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記することに賛成する。確立した判例法理及び実務の取扱いに沿う規律であり、国民一般に分かりやすいものとするに資すると言えるからである。なお、国土交通省の作成した「原状回復をめぐるトラブルとガイドライン」を参考に、「通常損耗」に加えて「経年変化」も原状回復の範囲に含まれないことを条文上明記すべきという意見もある。

上記の規律を条文上明記する場合に、賃貸人が事業者であり、賃借人が消費者であるときはこれに反する特約を無効とすることに賛成する意見が強い。賛成する意見は、消費者である賃借人を保護すべきことを理由とするものである。さらに、この考え方を進めて、賃貸人が事業者であり、賃借人が消費者であるときはこれに反する特約を無効とする規律によると、中小の零細事業者が賃借人である場合が保護の対象とならず、また、賃貸借契約の締結後に賃貸人や賃借人の属性が変更になった場合に合理的な取扱いとなるか疑義がある等の理由で、上記の規律を当事者の属性にかかわらず強行規定とすべきという意見も有力である。また、居住用の賃貸借に限って強行規定とすべきという意見もある（日弁連）。

- 収去権とは区別して、賃借人の原状回復義務の規定を整備することに対しては賛成である。基本的に現行実務に沿う考え方であり、わかりやすさに資する。また、実務上も問題となることが多い場面である

ことから、原状回復義務の規定を整備する必要がある。その際の実態については、賃借物に附属させた物がある場合は全部原状回復し、賃借物が損傷した場合には通常損耗は原状回復の範囲に入らないと区別する考え方自体は理解できるが、通常の場合、附属の場合、損傷の場合と分けたうえで、非常に回りくどい規定になると、一般人にとってかえって分かりにくくなる恐れがある。一般人から見ても、常識的に考えて、附属と損傷の場合には、附属物を撤去し、損傷部分を回復するというのはわかるであろうから、規定が過度に複雑にならないよう留意する必要がある。

民法に消費者と事業者との間の契約に適用される規定を設けることについては賛成できない。民法は私法の一般法であって、消費者契約に関する特則を規定するのは妥当でない。また、民法に規定した場合は適宜・迅速な改正が困難となって、かえって消費者保護にそぐわないと思料する。原状回復をめぐるトラブルは実務上多発しており、賃貸人が事業者であり賃借人が消費者であるとき、これに反する特約を無効とする旨の趣旨には賛成するが、消費者契約の特則は、消費者契約法その他の特別法に規定すべきである。

原状に復してという表現が分かりにくいので、これに変わる適切な表現について検討すること自体には賛成するが、解除の場合の「原状に復させる義務」（民法545条1項本文）との関係が問題となるので、さらに検討されるべきである。また、賃貸借の場合の原状回復に代わる表現としては、無理に造語を作成せず、文章で規定を設けるほうが適当である（東弁）。

- 賃貸借終了時の賃借人の原状回復義務の規定を整備することについて賛成である。原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記することについて賛成である。賃貸人が事業者、賃借人が消費者である賃貸借契約について、通常損耗について原状回復義務の範囲とする特約を無効とすることに賛成である。「原状に復して」に代わる適当な表現に改めることについて特段反対しない（大阪弁）。
- 判例ないし確立された解釈を明文化することに賛成する。事業者の概念については、民法に取り込むべきではない。「原状に復して」という表現を検討することに反対はしない。法律関係が明確となる。「原状に復して」という表現をさらに適切な表現とすることは困難と思われる（仙台弁）。
- 自然損耗による責任を賃借人が負担しないことを明記する条項を設けることに積極的に賛成する。このような条項は、事業者と消費者間とで規定と異なる特約の効力を否定するものであり、消費者契約法10条の要件を充足しているかを検討するよりも、効力を否定する基準が明確であるうえ、合理的である。もっとも、民法の規定ではなく借

地借家法で規律すべきとも考えられる（弁護士）。

- 通常損耗が含まれないことを明記し、事業者消費者間での賃貸借ではこれに反する特約を無効とすべき（大学教員）。
- 賃借物に附属させた物のうち経済的有用性があり取り外しに多額の費用を要するものや経年劣化による通常損耗に関しては、その契約当事者が事業者—消費者であるか、事業者同士であるかに限らず、賃借人が原状回復義務を免責される方向で議論されるべきである。また、事業者間の賃貸借においては、同一の目的物について、長期間にわたり数度の賃貸借契約が締結されることが多いが、退去時にどの時点にまで原状回復すべきなのかで争いが多いため、賃借人が原状回復義務を負う場合であっても、賃借人が明示的に前回以前の状態への原状回復に合意していない限り、原則として最後の契約における賃借開始時を原状回復の基準時とする旨の明文規定を設ける方向で議論するべきである（会社員）。
- 賃貸借の終了時の原状回復に関する法律関係について、収去権とは区別して原状回復義務を明確に規定すべきである。その際には、国土交通省のガイドラインでは、通常損耗とは別に経年変化という用語を用いて、その両方を本来賃借人が負担すべきものとしていることに留意すべきである（弁護士）。
- 収去権と区別して、賃借人の原状回復義務の規定を整備することに賛成する。

原状回復義務に関し、附属の場合と損傷の場合を区別して規定する実益は乏しいと考えられる。

消費者契約については、通常損耗の部分に原状回復義務を負わせる特約が無効であることを明文化すべきである。

「原状に復して」という表現については、一般的に通常損耗の部分にも原状回復義務があるとの誤解を与えかねないことから、これに代わる適切な表現のあり方を検討すべきである（弁護士）。

- 賃貸人を事業者とし、賃借人を消費者とする借家契約において、原状回復の範

囲に「通常損耗」及び賃借物の経年変化に伴う「自然損耗」が含まれないことを片面的強行法規として明文化することに賛成する。

前項の通常損耗又は自然損耗を賃借人の原状回復の範囲に含める特約や賃借人の原状回復義務を加重する特約は無効とすべきである。

消費者契約に限らずに上記のような規定を設けることも検討すべきである（日弁連消費者委有志）。

- 自然損耗による責任を賃借人が負担しないことを明記する条項を設けることに積極的に賛成する。このような条項は、事業者と消費者間とで規定と異なる特約の効力を否定するものであり、消費者契約法 1

0条の要件を充足しているかを検討するよりも、効力を否定する基準が明確であるうえ、合理的である。もっとも、民法の規定ではなく借地借家法で規律すべきとも考えられる（弁護士）。

- 原状回復の範囲には通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記すること、賃貸人が事業者で借借人が消費者の場合にこれに反する特約を無効とすること、「原状に復して」との表現を見直すことには、いずれも賛成する。

通常損耗について原状回復の対象とならないことは、判例実務に定着しており、原状回復の意義、範囲は条文上明確にされるべきである（兵庫県弁）。

- 原状回復義務と収去権を区別して両者の関係を明確化すべきことに賛成である。

判例理論を明確にして、原状回復義務の範囲を限定すべきであるが、特約を消費者が借借人の場合に常に無効とすべきという考え方については、判例も踏まえて慎重に検討すべきである（広島弁）。

- 原状回復義務と収去権を区別して両者の関係を明確に規定すること、通常損耗の部分が原状回復の範囲に含まれないことを明文化することには賛成。ただし、ここに消費者保護のための規定を設けることには疑問。当面は、消費者保護については、消費者契約法の解釈に委ねることとした方がよいのではないか。民法に消費者保護の規定を盛り込むか否かは民法の位置づけにも関する問題であるため、慎重な議論が必要だと考える（「改正を考える」研）。

- 賃貸借一般について、通常損耗を負担するべきかどうかは当事者の合意に委ねるべきと考える。政策的に保護すべき賃貸借の類型がある場合は、特別法にて、契約当事者の属性・契約内容を踏まえて規定を行うことが望ましい（不動産証券化協）。

- 原状回復義務については、最高裁平成17年12月16日判決及び最高裁平成23年3月24日判決（いずれも個人が借主の居住用賃貸借につき、通常損耗補修特約を可能とする）を踏まえて規定すべきであって、それらの判決内容や国が示している原状回復ガイドラインの考え方を無視して、賃貸人が事業者であり借借人が消費者であるときに通常損耗補修特約を一切否定する合理的根拠はないのではないかと（全宅連）。

- 原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを条文に明記することは、もしこれを強行規定とするのであれば、実務の実態を無視するものであり、また任意規定とするのであれば規定する意味がない。実務においては、まさにこの「通常損耗」の概念の具体的事例への当てはめが困難で評価が分かれてしまうので、居住用でも商業用でも、紛争予防の観点から、原状回復の対象範囲を当初の契約時に具体的に

定めている。新たな民法の規定が強行規定であるならば、ほとんどの契約条項がこれに抵触することになるであろうから、賃貸の世界に大混乱を生じさせることになる。また、任意規定であるならば、余りにも当然の原則規範を定めたもので、何ら問題解決に資するものでなく、仮に「通常損耗」の意味を条文化するとしても、たとえば「通常損耗とは、建物の価値が賃借人の故意又は過失によらない通常の居住によっても、時間の経過により減少することをいう」という程度にしか明文化できず、実際には紛争解決の規範にはなり得ない。また、賃貸人が事業者で賃借人が消費者であるときには、これに反する特約を無効とすべきであるとの考え方は、一般法である民法のありようとの関係からも賛成できない。

原状回復について通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記することについては、賛成できない。消費者が住宅について賃借する場合はすでに消費者契約法で手当てされており、判例も存在する。それ以外の賃貸借一般について通常損耗を負担するべきかどうかは当事者の合意に委ねないと、実務上思わぬ弊害が起こる可能性がある。(たとえば、賃貸人から洋服を借りて、洗濯して返すという合意をした場合、それが直ちに不合理だとは思われない。)

原状回復の範囲については、個別契約・物件毎に異なる部分もあり、また、いわゆる敷引き特約の有効性に関する最高裁判例の理解の問題もあり、一義的に原状回復の範囲が確定できるわけではない。また、特約の有効性についての議論も確立しているとは言い難いところであり、条文上明記することはかえって適切な処理を妨げるおそれもあるのではないか。

通常損耗が原状回復の範囲に含まれないことを明文化することは消費者契約法や判例等に基づき、実務では多くの場面で適切に対応がなされているため、特約の無効については慎重な検討をお願いしたい。

広く賃貸借一般について原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記することには賛成できない。また、賃貸人が事業者であり賃借人が消費者であるときはこれに反する特約を無効とすべきであるとの考え方は、現行の消費者契約法ですら課していない制限を事業者である賃貸人に課することになるため、反対である。消費者契約法第10条は、自然損耗を賃借人負担とする特約が、信義則に反し、かつ消費者の利益を一方的に害する特約であると認められた場合に初めて無効としているに止まる(不動協)。

- 消費者が住宅について賃借する場合、原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことは、消費者契約法の規定と判例で明らかである。一方、事業者間の不動産賃貸借においては、不動産等の特性や入居時の内部造作が多様であること等を勘案し、基本的には当事者の自由な

交渉により、原状回復義務の範囲も契約条件の一つとして賃料その他の条件が定められている。したがって、統一的な基準を明文化することにより、むしろ多様な取引ニーズに支障をきたすおそれがあり、いずれの場合においても、一般法化の必要はない。賃貸借終了時の原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを条文上明記すべきでない（ビル協）。

- 改正の必要がないため現行法のとおりでよい（法友全期）。
- 消費者が賃借人となる契約について通常損耗に関する原状回復を賃借人の負担とする特約を無効とすることについては、かかる特約が無効となるリスクを見込んでその分賃料が上昇するおそれがあるし、また、通常損耗だと主張して本来支払うべき修繕費の支払いを拒む一部の悪しき賃借人のリスクを一般の賃借人が賃料上昇の形で広く負担することにもなりかねず、結果として消費者保護に資するとは言えないと思われる。また、消費者保護に関する規定は、消費者保護法等の消費者保護規制や宅地建物取引業法等の業法で対応すればよいことであって、そもそも民法において規定すべきことではないと考える（長島・大野・常松有志）。
- 賃貸借の終了時における賃借人の原状回復義務の規定を整備することについては賛成である。ただし、賃貸人が事業者であり賃借人が消費者である場合に、原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを強行規定とする考え方には反対である。理由は、賃貸人が事業者であり賃借人が消費者である場合に、原状回復の範囲に通常損耗の部分が含まれないことを強行規定とし、これに反する特約を無効とする考え方は、現行の消費者契約法ですら課していない制限を事業者である賃貸人に課することになる。すなわち、消費者契約法第10条の適用によれば、自然損耗を賃借人負担とする特約が、①信義則に反し、かつ、②消費者の利益を一方的に害する特約である、と認められた場合に初めて無効としているのに、こうした条件を除外し一律に無効であると定めることは行き過ぎと思われる。賃貸事業を営む賃貸業者の中には、経営政策として、「毎月の賃料は安くする代わりに、契約終了時の原状回復費用については自然損耗を含めて賃借人負担とする。」との特約を設けて賃貸経営を行っている場合もある。本提案は、個別の事情をみることなく一律にかかる特約を無効とすることを内容とする提案であり、このような特約を一律に無効とする強行規定を新たに設ける場合には、賃貸業を営む事業者からは、営業活動の自由への阻害の程度が著しいとの反発が予想されるものであり、民法において消費者契約法以上に賃貸人の権利を制限する規定を設ける必要性があるか疑義がある（一弁）。
- 判例（最判平成17年12月16日・判タ1200号127頁）で

は、口頭による説明等により、賃貸人・賃借人において、特約が明確に合意された場合は、賃借人が通常損耗につき原状回復義務を負うことが認められている。もとより賃貸借契約においても通常損耗につき原状回復義務を負う代わりに、賃料を安くする等の多種多様な選択が認められるべきであり、一律にその効力を否定する規定をおくべきではない（森・濱田松本有志）。

○ 原状回復費用の「賃貸人負担」という言葉が誤解を生む原因となっていますが、賃貸人は賃借人から受領した使用収益の対価を元手に原状回復費用を賄うので結局賃借人にとっては原状回復費用を賃料に上乗せして払うか、退去時に一括して支払うか支払時期の違いということになる。このことから費用の支払いが退去時まで猶予される方が賃借人にとって有利となることは当然である。このような賃借人にとって有利であるかつ判例にも合致する「退去時一括払い」を無効として市場から排除する必要はない（個人）。

○ 原状回復ないし原状回復義務という用語は適切ではないのではないか。これは、解除の場合の原状回復義務と同じように（545条1項）、契約締結時の原状の回復と誤解される恐れがある。ここでの問題が、補足説明にあるように、(イ)賃借物に付属物が付いている場合と、(ロ)賃借物が損傷した場合の二つであるとすれば、前者は収去義務および収去権、後者は保管義務の観点から規定すれば足りるのではないか。また、通常損耗や不可抗力によって生じた損害は原状回復義務の範囲外というよりも、保管義務違反がないというべきではないか。このように考えると、ここで原状回復という用語を用いる必要はなくなる。なお、400条のところで既に述べたように、所有権移転型の契約類型では、保管義務について規定する必要がないとしても、物使用型の契約類型においては、保管義務を規定する必要があるのではないか。これらの類型では、本来の所有者への「その物自体」の返還が目的とされており、「給付されるべき物」は問題とならないからである。

通常損耗を原状回復の問題と考えるから、このような特別規定が必要となる。そうではなくて、保管義務違反の観点から考えると、通常損耗に関しては賃借人は賠償義務を負わない。これに反する条項は不当条項規制により処理できる（大学教員）。

○ 使用貸借の民法第598条を準用する賃貸借の民法第616条については、使用貸借の規定と賃貸借の規定をきっちり区分し、現代の社会にあった条項にすべきであり、区分することには賛成である。ここでは、賃貸借終了時の原状回復について、あり方を述べたい。

①建物や設備の管理者及び善管注意義務者の定義をすべき（建物の修繕維持管理者は貸主である、建物及び設備等の使用善管注意義務者は、借主である）。②賃貸借における原状回復は次のような項目に区

分し、その取扱いを規定すべき（賃貸人所有の建物本体、賃貸人が常設した各室の設備（台所、風呂、洗面、トイレ、クーラー等）の取扱い、賃貸人が常設した各室の畳・襖・障子・クロス等の取扱い）。③①②を踏まえ、②で区分したものの損耗についての定義を確定させるべき（貸主負担：自然損耗，経年劣化損耗，通常の使用損耗。借主負担：故意過失の損耗，善管注意義務違反によるもの，通常町の使用損耗）。

「建物の賃貸借の原状回復」を「建物の賃貸借の「借主の修復責任義務状態にまでの修復」という表現として、次のような条文とすべき。

1 賃借人の故意過失，善管注意義務違反，通常超の使用損耗については，賃借人の費用負担にて「借主の修復責任義務状態にまでの修復」をなし，これを賃貸人に返還しなければならない。

2 前項以外の建物の室内における自然損耗，経年劣化損耗，通常の使用損耗については，賃貸人の費用負担にて修復するものとする。

3 前2項において契約の条件に関わらず，また，実費精算，敷引精算等その他の名称形式の如何にかかわらず，民法第1条に反する事項を目的とする法律行為は無効とする。

民法第598条を使用貸借の終了と変更して，次のような条文とすべき

1 借主は，借用物を故意過失，善管注意義務違反，通常超の使用損耗等によって損傷を及ぼした場合は，「借主の修復責任義務状態にまでの修復」をなし，これを貸主に返還しなければならない。

2 借主が持ち込んだ物又は設置した物は収去しなければならない。収去に伴い借用物を破損した箇所がある場合は，借主はその破損箇所の修復をしなければならない（不情せ）。

- 賃貸人（大家）が事業者かどうかをどういう基準で判断するのか。税金上の5棟10室基準（あくまで通達）を準用するのか。税金と民法で違ってくるとなると，それも混乱の原因になる（翻訳・出版関係）。

### (3) 損害賠償及び費用の償還の請求権についての期間の制限

#### ア 用法違反による賃貸人の損害賠償請求権についての期間制限

賃借人の用法違反による賃貸人の損害賠償請求権に関する期間制限（民法第621条，第600条）については，賃貸借の期間中に賃借物に生じた損害について賃貸人に短期間での権利行使を求めるのは適当でないとして，これを廃止した上で，賃貸人が目的物の返還を受けた時を消滅時効の起算点（客観的起算点）としたり，目的物の返還から一定期間を経過するまでは消滅時効が完成しないものとしたりする



特則を設ける等の考え方がある。また、このような考え方を採った上で、賃借人保護の観点から、賃貸人に対して、返還後に目的物の損傷を知った場合には、一定期間内にその旨を賃借人に通知すべきことを義務付けるという考え方がある（ただし、賃貸人が事業者である場合には、目的物の損傷を知り、又は知ることができた時から起算するとの考え方がある（後記第6 2, 3 (2)⑤参照）。）。これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。

### 【意見】

○ 用法違反による損害賠償請求権について民法第6 2 1条のような期間制限を設ける合理性はないことから、用法違反による損害賠償請求権については民法第6 2 1条を削除した上で、賃貸人が目的物の返還を受けた時を消滅時効の起算点（客観的起算点）としたりする等の特則を置くべきであるという考え方に賛成（金沢弁消費者委）。

○ 賃借人は原状回復義務を負担しており、用法違反による損害賠償についても賃貸借継続中は請求することなく、目的物返還時の原状回復の問題として処理されることが多いことから、消滅時効の客観的起算点を、目的物返還時とすることが妥当と考える。そのため、賃借人の用法違反による賃貸人の損害賠償請求権に関する期間制限（民法第6 2 1条，第6 0 0条）を廃止し、賃貸人が目的物の返還を受けた時を消滅時効の起算点（客観的起算点）とする特則を設ける考え方に賛成する。

他方、消滅時効に特別の要件を加えることになるため、賃貸人に対して、返還後に目的物の損傷を知った場合には、一定期間内にその旨を賃借人に通知すべきことを義務付けるとの考え方については、反対する（愛知県弁）。

○ 用法違反による賃貸人の損害賠償請求権を短期で制限する規定を廃止することに賛成である。

賃貸人が目的物をの損傷を知った場合には、一定期間内に通知することを義務づけ、通知をしない場合には損害賠償請求できないとの考えに賛成である。なお、賃貸人が事業者の場合には損傷を知らなかったとしても知ることができた時から一定期間内に通知すべきとの規定を設ける案については、不動産賃貸の場合、一般の方が不動産業者に賃貸の管理を任せていることも多く、この場合にも特則をあてはめるのか、更なる議論が必要と思われる（広島弁）。

○ 賛成（広大有志）

○ 期間制限の見直しに関する考え方には妥当性があると思うが、期間の長短や起算点は賃貸借の期間や目的物の種類により、妥当な

期間等が異なると思われ、また用法違反による損害を与えた賃借人に比して、損害を受けた貸貸人の権利を不当に奪うようなことがないようにする必要がある。したがって、期間制限の見直しにつき、賛成するが、期間の長短や起算点は貸貸借の期間や目的物の種類により、妥当な期間等が異なると思われるので慎重な検討が必要と考える（札幌弁）。

- AB間の建物貸借契約が終了した場合、賃借人Bによる目的物の損傷などがあれば貸貸人Aによる損害賠償請求が可能であるが、この損害賠償請求権の存続期間は、一般債権と同じく10年となるはずである。売買の瑕疵担保に関しても、引渡後10年間存続することと解されている（最高裁平成13年11月27日判決・民集55巻6号1311頁）。したがって、基本は、返還後10年間とすべきである。

そのうえで、目的物の返還まで終了したという賃借人の信頼の保護を考えると、返還後10年以内であっても、貸貸人が瑕疵を知ってから一定の期間（2～3年間）を経過すれば、賃借人を免責すべきと思われる（福岡弁）。

- 賃借人の用法違反により貸貸借の期間中に賃借物に損害が生じた場合、目的物の返還までの間に消滅時効が完成し、貸貸人が損害賠償請求権を行使しえなくなるのは不合理である。したがって、賃借人の用法違反により貸貸借の期間中に賃借物に損害が生じた場合、目的物の返還から一定期間を経過するまでは消滅時効が完成しないとする特則を設けることに賛成。

貸貸人が賃借人に対し損害賠償請求権を行使しうる場合であるのにもかかわらず、通知義務を課し、義務違反に失権効を認めるのは、賃貸人に酷である。そのため、賃貸人に対して、返還後に目的物の損傷を知った場合には、一定期間内にその旨を賃借人に通知する義務を負わせる考え方について反対（横浜弁）。

- 部会資料16-2（検討事項(11)）第2，4(3)ア補足説明1，同2(1)〔68頁〕で紹介された考え方に一定の理解を示し、現行民法第621条で定める短期の期間制限を廃止すること自体には賛成する意見が強い。他方、現行民法第621条で定める短期の期間制限にも合理性があるとして、その維持を主張する意見も有力である。

賃貸人が賃借人に対して損害賠償請求権等を行行使し得る場合であるにもかかわらず、その旨を通知しなければ、損害賠償請求権等を行行使することができなくなるというのは賃貸人に酷であるとして、かかる失権効を認めることに反対する意見が強い。

賃貸人が事業者である場合には、目的物の損傷を知り、又は知る

ことができた時から起算するとの考え方については、第62、3(2)の論点に関する当連合会の意見を参照されたい(日弁連)。

- 用法違反による損害賠償請求権については、賃貸借契約期間中に発生した場合、賃貸目的物の返還後でなければ賃貸人が覚知することができず、その間に時効期間ないし除斥期間が経過した結果、賃貸人が返還を受けた後に損害賠償請求権を行使することができないこととなる。そのため、賃貸人が目的物の返還を受けた時を消滅時効の起算点(客観的起算点)としたり、目的物の返還から一定期間を経過するまでは消滅時効が完成しないものとしたりする等の特則を置くべきであるという考え方に対しては賛成である。なお、事業者に関する特則は民法に規定するべきではない。また、賃貸人が事業者である場合に、目的物の損傷を知ることができた時から制限期間を起算するとの考え方について、損傷を「知ることができた時」とは、実際には「目的物の返還を受けた時」とされる危険性があり、事業者である賃貸人は引渡時から速やかに損傷等を発見して通知すべきこととなり、とりわけ損傷等の発見能力に劣る個人事業者あるいは零細事業者に不利益であって、同種大手事業者との相対において「格差拡大の危険性」がある。

これに対し、この特則により、賃借人が、目的物の返還後に損害賠償請求を受ける可能性がある。そのため、賃貸人に損害賠償請求が認められることとの均衡から、賃貸人にも、賃借人に対し、一定期間内に通知義務を負うことを認める考え方に賛成する。實際上、賃貸人は、目的物の返還を受けた後、目的物の損傷を調べて敷金との清算をしているのが一般的であり、その際には賃借人に対して精算表などを交付するのが一般的であるから、上記のような考え方は現行実務に概ね適合するものと考えられる。また、目的物返還後、別の賃借人に賃貸するなどして元の賃借人以外の者が一定期間利用し、その後損傷が発見されたとしても、それがだれに起因する損傷であるのか分からなくなるのが通常であるから、通知は紛争の防止に実益がある。通知義務違反の要件及び効果については、更に検討すべきである(東弁)。

- 目的物を損傷させた賃借人がその損害を賠償等することは当然であり、これが議論の出発点である。賃貸人に一定の協力義務を課すとしても、これが過度の負担となるようなものであってはならない。賃貸人が非事業者の場合、通知義務を課すこと自体が過度の負担となり得るのであって、目的物を損傷させた賃借人との関係でかかる義務を課すことは公平を欠く。例えば、転勤に伴い自己所有家屋を他人に賃貸している個人の場合、賃借人が退去した後に新たな賃借人を直ちに募集するのでなければ、退去後直ちに詳細に損傷等をチ

チェックすることさえも期待し難い。賃貸人が通知義務を懈怠した場合に失権効まで認めるべきではないことは尚更である。目的物を損傷した賃借人との関係において、通知義務を懈怠した賃貸人が救済手段を全て失うことにならなければならない理由が無い。賃貸人が事業者の場合で、事業として賃貸業を営んでいるケースであれば、賃借人の退去に際して損傷等をチェックすることが通常であろうから、かかる場合に限定すれば賃貸人に通知義務を課すことは過度の負担とまでは言えないであろう。しかし、この場合でも通知義務を懈怠した賃貸人に失権効まで認めるようなら行き過ぎである。目的物を損傷等した賃借人との関係において、通知義務を合理的期間内に履行しなかったからといって、それ故に救済手段を全て剥奪することが公平上正当化されるとは考えられない。そもそも、長期間経過後であれば損傷の立証が困難になるのでトラブルになる可能性は低いのではないか。むしろ、目的物を損傷したにもかかわらず修繕を回避しようという悪質な賃借人の逃げ口上として利用される危険の方が大きいのではないかと考えられる。仮に、悪意で賃借人の退去後相当期間が経過した後に損害賠償を求める等の悪質な賃貸人が現れた場合には、権利濫用法理等をもって個別に対処すれば足りる。

以上より、用法違反による賃貸人の損害賠償請求権に関する期間制限の伸長（現行民法621条の廃止、時効制度の中に位置付けること）について特段反対しない。賃貸人（特に非事業者の賃貸人）に目的物損傷に関する通知を義務付けることは行き過ぎであり反対である。この義務を怠った場合に失権効を課すのであれば尚更行き過ぎであり、反対である（大阪弁）。

- 現行法は、1年の期間は除斥期間と解され、それとは別に時効期間が進行することとなるが、目的物の返還を受けるまでは、事実上、賃貸人にとって権利行使が困難な場合が多い。時効期間については、原則的な時効期間とする考え方もありうると思われるが、民法621条の趣旨から、1年間とすることもありうると思われる。通知義務については、賃貸人が賃貸を業とする者であればともかく、一般的に通知義務を課し、それを怠った場合には損害賠償請求が制限されるということでは、賃貸人に酷であると思われる（なお、事業者概念を民法に取り入れることは反対である）。

そのため、民法621条を削除した上、用法違反による損害賠償請求権は、賃貸人が目的物返還後に損傷等を知ったときは、目的物返還時を消滅時効期間の起算点とすることに賛成である。なお、時効期間については、現行民法621条の趣旨より、1年間とすることはありうる。賃貸人に、通知義務を課すことについては反対である（仙台弁）。

- 賃借人の用法違反による賃貸人の損害賠償請求権に関する期間制限を廃止した上で、賃貸人が目的物の返還を受けた時を消滅時効の起算点（客観的起算点）とすること、及び目的物の返還から一定期間を経過するまでは消滅時効が完成しないものとする等の特則を置くことには、賛成する。

賃借人保護の観点から、賃貸人に対して、返還後に目的物の損傷を知った場合には、一定期間内にその旨を賃借人に通知すべきことを義務付けるという考え方には賛成するが、賃貸人が事業者である場合には、目的物の損傷を知り、又は知ることができた時から消滅時効を起算するとの考え方には反対する（弁護士）。

- 通常賃貸人は目的物が返還されるまでは目的物の滅失や損傷の有無を確認できないため、時効制度の中に位置づけた上で、起算点を目的物返還時あるいは損傷等を知った時、という特則を設けるべきである。返還によって義務の履行を終えたと考えるのが通常であること、返還時点で損傷等があったか否か、それが賃借人の用法違反によって生じたものか否かは時間の経過によって、確認が困難になるから、賃貸人に損傷等があることの通知義務を負わせるべきである。具体的には、通知義務については、賃貸人が目的物の返還を受けた時と目的物の損傷等を知った時といずれか遅い方から1年以内に、損傷等があることについての通知をしないと、損害賠償請求権を行使できないこととする（堂島有志）。
- 民法621条、600条は賃借人の用法違反による損害賠償請求権の権利行使期間を目的物の返還を受けてから1年以内と短期の権利行使期間を定めているが、用法違反の有無は賃貸人が容易に知りえないことから長期化すべきとの意見もあるが、賃貸人が返還を受ければ用法違反の有無は確認が可能であることから長期化の必要は必ずしも認められない（親和会）。
- 期間制限を廃止することによって賃貸人と賃借人間の債権債務関係が長期化する恐れがあり、法的安定性が損なわれることから、当該期間制限の廃止はすべきではない（日司連）。
- 現行の制度を変える必要はない（パブコメWG、「改正を考える」研）。
- 現行法でも「貸主が返還を受けたときから」となっており、少なくとも消滅時効の起算点については、用法違反によって生じる損害で建物等に生じるものが具体的に発覚するのは借主が物件を明け渡した後であることから、現行法上の取扱を変更する必要はないのではないか（全宅連）。
- 行使期限が明確である。また返還から1年は決して短くない。現行法の通りでよい（法友全期）。

- 消滅時効一般の規定に委ねるものとする、長期にわたる賃貸借契約の場合に、賃貸人の保護は図られるものの、賃借人の保護は図られないのではないかと（日大民研・商研）。
  - 権利関係を早期に安定させるためには、現在の規律を変える必要があるのか疑問があるとの意見があった（最高裁）。
  - 賃貸人は目的物の返還を受ける時に損傷の有無を確認する機会がある。また、賃貸人は目的物の所有者であって損傷の有無を比較的容易に判断可能な立場にある。したがって、用法違反による賃貸人の損害賠償請求権について、目的物の返還を受けてから1年以内に請求しなければならないとする現在の制度には、相応の合理性があり廃止する立法事実はないと考える。ただし、新たな時効制度が如何なる内容になるか現時点では明確でないので、新たな時効制度との関連で検討すべきとの意見もあった（一弁）。
  - 賃貸借の目的物の変換を受けた後は賃貸人の支配下に置かれるのであるから、損害賠償請求は容易であるし、これを長期化すれば反証不能な時期になってから賃借人が損害賠償請求を受けるおそれもあることから、変更の必要を認めない（民法協）。
  - 賃貸借契約が終了すると賃貸人は賃借物に生じた滅失や損傷の有無を明渡し時に確認するのが通常であり、時間が経つと損傷がいつ存在したのかの立証も困難になる。返還時から1年以内に請求しなければならないという現在の規定は合理的である（弁護士）。
  - 賃貸人が商人（事業者にするのか？）の場合は、商法 526 条との関係を考慮すべきである。少なくとも、買った物を検査するよりはもともと自分の物を検査する方が容易なはずだから、商法 526 条より検査する側に甘くするのはおかしい。もっとも、商法 526 条の方を廃止しようというなら、そういう問題はないが（「短期期間制限の見直しの要否」の意見参照）（翻訳・出版関係）。
  - 目的物引渡後は、目的物は賃貸人の支配下におかれることとなり、賃貸人は早期に用法違反を把握できる一方で、目的物から離れた賃借人には長期間経過後に用法違反という検証困難な理由により予期しない損害賠償請求を受ける懸念がある。そのため、現行法通りでよいのではないかと（日弁連消費者委有志）
  - 慎重に検討すべきである。
- 賃借物に生じた損害について賃貸人が短期間で請求しなければならないとする合理的理由はないとの見解がある一方、現状の1年が社会実態に照らして短すぎるのか疑問もある（兵庫県弁）。

## イ 賃借人の費用償還請求権についての期間制限

賃借人が支出した費用の償還請求権に関する期間制限（民法第621条，第600条）に関しては，民法上のほかの費用償還請求権の規定（同法第196条，第650条など）において期間制限が設けられていないこととの平仄などの観点から，これを廃止して債権の消滅時効一般に委ねるといふ考え方の当否について，更に検討してはどうか。

### 【意見】

- 短期の期間規定は貸貸人・賃借人間の債権債務の早期処理にあるとされるが，この費用償還請求権は，民法に規定されているその他の費用償還請求権〔占有者の費用償還請求権（民法第196条），留置権者の費用償還請求権（同法第299条），受任者の費用償還請求権（同法第650条）など〕と同じ性格でありながら，これらについては期間制限の規定はなく一般的な消滅時効の規定に従って消滅するとの扱いであるのに賃借人の費用償還請求権についてのみ短期の期間制限を規定する必要性・合理性は乏しい。よって債権の消滅時効一般の規律によればよい（日弁連消費者委有志）。
- 民法第621条の費用償還請求権についてのみ短期の期間制限を規定する必要はないことから，民法第621条を削除し，債権の消滅時効一般の規律に従うこととすべきであるとの考え方に賛成（金沢弁消費者委）。
- 賃借人が支出した費用の償還請求権に関する期間制限（民法第621条，第600条）を廃止することに賛成する（愛知県弁，広島弁）。
- 民法621条，600条について，他の費用返還請求権よりも短期の権利行使期間と定める合理性がないことから，これを長期化することに合理性がある（親和会）。
- 賛成（広大有志，福岡弁）。
- 短期の期間制限に合理性を見いだせない以上，廃止して債権の消滅時効一般の規定に服するとの取扱いが妥当である。したがって，賛成（札幌弁）。
- 賃借人が支出した費用の償還請求権についてのみ期間制限を設ける合理的理由はなく，民法上の他の費用償還請求権の規律と平仄を合わせるべきである。したがって，賛成（横浜弁）。
- 賃借人の費用償還請求権についての期間制限を廃止して債権の消滅時効一般に委ねるといふ考え方に賛成する意見が強い（日弁連）。
- 貸貸借における費用償還請求権についてのみ短期の期間制限を維持すべき必要性・合理性はないことから，賛成（東京弁）。

- 賃借人の費用償還請求権に関する期間制限の伸長（現行民法621条の廃止，債権消滅時効一般の規律に従うものとする）について特段反対しない（大阪弁）。
- 債権の消滅時効一般の規定に委ねることに賛成である。他の費用償還請求権との均衡がはかられるべきである（仙台弁）。
- 1年間の行使期間制限を設ける現行法に比べて，期間制限を廃止し，債権の消滅時効一般の規律によることとするほうが，賃借人の利益となるため，妥当である（弁護士）。
- 消滅時効の一般規定にゆだねる方向でよい（大学教員）。
- 債権の消滅時効一般に委ねる方向で議論するべきである（会社員）。
- 賃借物に関して賃借人が支出した必要費，有益費に対する費用償還請求権に関して，民法に規定されているその他の費用償還請求権（占有者の費用償還請求権，留置権者の費用償還請求権（同法第299条），受任者の費用償還請求権（同法第650条））などと同じ性格であるとされている。これらの費用償還請求権については期間制限の規定はなく一般的な消滅時効の規定に従って消滅するとの扱いであるのに，賃借人の費用償還請求権についてのみ短期の期間制限を規定する必要性・合理性は乏しいから，債権の消滅時効一般の規定によって処理するべきである（弁護士）。
- 賃貸借の費用償還請求権についてのみ，短期の期間制限を維持する必要性・合理性は認められない。賛成（弁護士）
- 1年間の行使期間制限を設ける現行法に比べて，期間制限を廃止し，債権の消滅時効一般の規律によることとするほうが，賃借人の利益となるため，妥当である（弁護士）。
- 慎重に検討すべきである。  
賃借人の費用償還請求についてのみ期間制限を設けることには合理性がないとの見解がある一方，現状の1年が社会実態に照らして短すぎるのか疑問もある（兵庫県弁）。
- 特に現行法の考え方を改める必要はないのではないかと考える（「改正を考える」研）。
- 占有者，留置権者の費用償還請求権にはこの種の期間制限の規定はなく，賃貸借に限って期間制限をすべき理由はない（堂島有志）。
- 現行法の通りでよい。行使期限が明確である。1年は決して短くない（法友全期）。
- 消滅時効一般の規定に委ねるものとする，長期にわたる賃貸借契約の場合に，賃貸人の保護は図られるものの，賃借人の保護は図られないのではないかと（日大民研・商研）。
- 権利関係を早期に安定させるためには，現在の規律を変える必要



があるのか疑問があるとの意見があった（最高裁）。

## 8 賃貸借に関する規定の配列

賃貸借に関する規定を分かりやすく配列する観点から、例えば、①不動産・動産に共通する規定、②不動産に固有の規定、③動産に固有の規定という順に区分して配置するという考え方の当否について、検討してはどうか。

### 【意見】

- 賃貸借に関する規定を分かり易く配列することについては、反対しない（愛知県弁）。
- 対象物による区分を行うことが、本当に市民にとって分かりやすいのか否か、検討すべき（親和会）。
- 分かりやすい民法のため、賃貸借の規定について、①不動産・動産に共通する規定、②不動産固有の規定、③動産固有の規定という順に規定することについては、検討すること自体賛成である（広島弁）。
- 不動産、動産で規定が異なる場面が多いため、分かりやすく区分して配置すべき（堂島有志）。
- そもそも、民法における賃貸借の規定を見直し、不動産に固有の規定を民法に取り込むのであれば、その重要な要素である借地借家法についても、民法に取り込むなど、抜本的な見直しをする必要がある。（諸外国の民法典においては、民法において建物所有目的の土地賃貸借および建物賃貸借を規定している例が多い。）仮にそれが難しいという場合であっても、何が民法に規定され、何が借地借家法に規定されるのか明確に整理しないと、「国民にわかりやすい民法」にはならないのではないか。なお、民法の賃貸借の規定に事業者・消費者の区分を持ちこむことについては、借地借家法の整理と異なることを踏まえ、その整合性について、慎重に検討すべきである。また、現民法の起草者が本来は賃貸借の規定で規律されるべきとは考えていなかった土地の賃貸借について、地上権や永小作権の規定と、借地借家法や農地法の規定も合わせて統合することも検討すべきである（不動協）。
- 賛成（広大有志）。
- 分かりやすい民法という観点から賛成（札幌弁）。
- 規定の配列について、総則、不動産、動産という順序に並び変えるべきである（福岡弁）。
- 賃貸借に関する規定を分かりやすく配列することは望ましい在り方であり、賃貸借に関する規定をどのように配置すれば分かりやすくなるかについて、引き続き検討すべきである。上記①、②、③の順に区分して配置するという考え方の当否については、上記①、②、③のそれぞれに

規定する内容が決定しない段階で判断することは困難であると考えられる。なお、全般に、不動産賃貸借について形成された判例法理を明文化する場合に、上記①、②のいずれに位置づけるかについては、判例法理の射程や実務への影響も踏まえた慎重な検討が必要になると考えられる（日弁連）。

- 特段反対しない（大阪弁）。
- 現在はかつての住宅難の時代とは異なっている。借地借家法を民法に取り込む場合、単純に現在の条項を取り込むのではなく、旧借地法・借家法制提示から時代の変遷により現在の社会情勢にあわなくなっている部分がないか、見直しの要否についても検討すべき（個人）。
- 賃貸借に関する規定の配列について、不動産に関する規定、動産に関する規定、動産・不動産に共通の規定が混在していると分かりにくいし、また、不動産に関する規定の中でも借地借家に関するものと農地に関するものとが混在すると分かりにくくなることから、これらの区分に応じて規定を整理することを検討すべきである（弁護士）。
- 反対である。不動産と動産に分けて規定を置くことの合理性が見いだしがたい（兵庫県弁）。
- 賃貸借に関する規定を分かりやすく配列することに異論はないが、論点整理に示された考え方の当否は、今般の改正による具体的な規定内容が定まらないと的確に判断しえない（横浜弁）。
- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 現行法の通りでよい。目的物に従って規定すると無用に条文が多くなりかえって分かりにくい。各条項において必要の都度目的物に従って要件効果を分けて規定すればよい（法友全期）。
- ①、②、③に規定を区分するのは、困難であり、このような配列によって賃貸借に関する規定が必ずしも分かりやすくなるか疑問が残る（日大民研・商研）。
- 具体的にどうなるのか不明であるから、反対である（東弁）。
- 賃貸借に関する規定をわかりやすく配列することに積極的に反対はしない。あえて配列を変えるほどの必要性は感じられない（仙台弁）。
- 論点整理を拝読しましたが、改定の必要があるとは思えません（個人）。
- 具体的な配列方法にもよるが、上記のような配列方法の変更が、賃貸借に関する規定を分かりやすくする結果につながるとは限らず、賃貸借契約に関する規定を通則・不動産に関する特則・動産に関する特則に分けることは、規定のさらなる多層化と分属を招き、かえって規定を分かりにくくするおそれがある。慎重に検討すべき（弁護士）。

## 第46 使用貸借

### 1 使用貸借契約の成立要件

使用貸借が要物契約とされていること（民法第593条）に対しては、ほかの取引関係等を背景とする合理的な使用貸借もあり、一律に合意の拘束力を認めないのは適当でないとの指摘がある。これを踏まえ、使用貸借を諾成契約とした上で、両当事者は書面による合意をもって排除しない限り目的物の引渡しまでは契約を解除することができるものとするなど、契約の成立要件の緩和を図る方策を設ける方向で、更に検討してはどうか。

#### 【意見】

- 無償契約全体の規定との整合性から、諾成契約とした上で、契約の成立要件の緩和を図る方策を設けることについて、賛成する（愛知県弁）。
- 諾成的使用貸借契約の必要性は高く、要物性を維持する必要性は相対的に低いと考えられるため、使用貸借契約を諾成契約とすることが望ましいと考える。その上で、書面によらない使用貸借契約については、目的物の引渡し前の解除権を認めることも一考に値する（親和会）。
- 要物契約であれば目的物の引き渡し前に貸主が死亡した場合は使用貸借の成立は否定される。しかし、諾成契約であれば否定されない。従って、諾成契約とすべき。この場合、目的物の引き渡し前に使用貸借が不要になるケースもあり得るので、無償契約ということも鑑み、当事者が書面による合意をもって排除しない限り、目的物の引き渡しまでは契約を解除することができる旨の規定も併せて設けるべき（日司連）。
- 物が引き渡される前に何らかの合意がなされ、それに基づき物が引き渡されるのが通常であるから、物が引き渡されるまで契約が成立していないというのは一般的な感覚とはずれている。諾成契約とした上で、解除の要件を検討すれば良いと思われる（広島弁）。
- 典型契約としての使用貸借を要物契約としても、諾成的な使用貸借契約の余地を排除できない以上、諾成的な使用貸借について引渡前に解除できる場合とできない場合を明記した方がわかりやすい。引渡前の解除の余地を広く認める必要がある（なるべく要物契約に近付けるべきである）から、書面で排除しない限り、解除できるとするのが相当である（堂島有志）。
- 使用貸借を要物契約とする必要性に乏しい反面、書面による合意のような当事者間による強固な合意がある場合を除き、目的物の引渡しまで契約を解除することができることにより、現行法の要物契約的な要素を維持することができるものと思われる。賛成（札幌弁）。
- 使用貸借契約について、諾成契約とすべきである。書面によるものを除き、目的物の交付前における解除権を認めるべきである（福岡弁）。
- 特に異論なし（二弁）。

- 無償性にかんがみて、要式契約としてもよいのではないか（大学教授）。
- 使用貸借を諾成契約とした上で、両当事者は書面による合意をもって排除しない限り目的物の引渡しまでは契約を解除することができるものとするなど、契約の成立要件の緩和を図る方策を設ける方向で議論すべきである（会社員）。
- 使用貸借は、これを諾成契約とすべき実務上の需要に乏しく、目的物の引渡前における法律関係について詳細な規定を置く必要性までは認められない。

使用貸借の中には、親族等の情義的な関係に基づくものではなく、他の取引関係等を背景とする合理的なものもあるというが、そのようなケースはさほど多くないので、当面は無名契約としての諾成的使用貸借として処理すれば足りる。したがって要物性を維持する方向で検討すべき（弁護士）。

- 慎重に検討すべきである。消費貸借の諾成契約化の議論と同様、①要物契約のままでよいとする見解と、②諾成契約とすべきとの見解があった。消費貸借の諾成契約化に賛成する立場からは、「契約関係から容易に離脱できる制度的配慮は別途考えるとしても、諾成契約で一貫させるのが良い」との意見があった（兵庫県弁）。
- 使用貸借契約の成立要件と対抗力に関する規定の議論においては、最高裁平成8年12月17日判決（民集50巻10号2778頁）の判示内容も検討すべきではないか。

この事件は、被相続人と同居していた相続人が、相続開始後、同居していた不動産につき、他の相続人から共有物分割並びに賃料相当額の支払を請求された事件であるが、最高裁はこの事件で、「共同相続人の一人が相続開始前から被相続人の許諾を得て遺産である建物において被相続人と同居してきたとき」は、使用貸借契約が被相続人と同居の相続人との間に成立していたとし、相続開始後も遺産分割終了まではこの契約関係が存続するとした。しかしながら、このような場合に使用貸借契約が存在したと解釈するのは無理があるとの批判もあり、また使用貸借を認めるとしても、同居者間にどのような関係があれば使用貸借契約の合意ありとするのが不明確であるとの指摘もされている。

一般にこの問題は相続法の分野で論じられているが、使用貸借契約の成立の可否という点では、債権法（契約法）でも問題とすべきであろう。親との同居については、親の扶養という動機以外にも、成人した子に収入がないため、「親心」として同居を認める場合などもあり、同居の理由は様々であると考えられる。親子間の同居以外にも、相続人に該当しない親族や内縁関係者が同居することもある。このような現代における同居の多様性に鑑みると、同居と使用貸借に関する紛争

は増えてくると思われる。契約法の機能として、紛争の未然防止を考慮するのであれば、この問題も取り上げるべきであろう（「改正を考える」研）。

- 使用貸借の成立を諾成契約としつつ、合意の拘束力を緩和するために引渡しまでは解除する提案によれば借主の利益の保護という点では現行法と変わらない結果になる。なお、この引渡前解除権は書面によって合意した時は排除できると規定しているが、賃貸借と異なり使用貸借において契約書面を作成する場面は多くない。現行法であっても予約を用いればある程度は借主の期待を保護できる。仮に諾成的合意により成立するように者を引き渡すまでは撤回できるものとし、書面による合意の場合は撤回できないとするほうが、借主の期待権の保護につながりやすいと思われる。使用貸借を書面で合意するにしても契約書面に引き渡し前解除権を排除する条項を記載する場面が想定し難いからである。よって、現行法を改正してまで諾成的合意による使用貸借を導入する必要性はないように思われる（大司書）。
- 使用貸借契約は贈与契約と同様の無償契約であるが、使用貸借契約は貸借型の無償契約であることから、要物契約であることは維持すべきである。要物契約であることが不都合な場合には、当事者の合意で諾成的要物契約を締結すれば足りる（日大民研・商研）。
- 指摘される合理的な使用貸借は、金融期間の諾成的消費貸借契約同様に、諾成的使用貸借とすればよく、原則としての規定は、現行のままでよい（広大有志）。
- 弁護士会内においては、使用貸借契約を諾成契約とする論点整理案が示す方向性に賛成する意見と現行民法のとおり使用貸借契約は要物契約とすべきという意見（大阪、横浜、兵庫県、東弁法制委員会）が拮抗している。

要物契約であることを維持すべきとする意見の理由（諾成契約化に反対する理由）は、①使用貸借を諾成契約に改める社会的必要性が存在するのか疑問であること、②使用貸借を要物契約としている現行民法において格別の不都合は生じていないこと、③使用貸借を諾成契約とした上で、目的物の引渡しまでは契約を解除できるとするのは、却って法律関係が複雑になり、無用な紛争の原因となりかねないこと、④使用貸借には恩恵的な約束にとどまるものもあるが、諾成契約とすることでこういった約束をも強制する方向を指向することは市民感覚と乖離することになるなどであるが、こういった諾成契約化に反対する理由を排斥するに足りる必要性は示されていない。

かかる議論状況からすれば、使用貸借の諾成契約化については、その当否（現行民法同様要物契約を維持すること）の点からさらに慎重に検討する必要があるというべきである（日弁連）。

- 区分所有建物の土地の敷地権について、敷地となる土地の所有者が複数いる場合（敷地の所有が敷地権化されておらず筆ごとに違う所有者によっていわゆる分有されている場合）、土地所有者相互間において土地の無償使用を許諾することがある。かかる相互に無償使用を許諾する旨の合意は、互いに対価性があるため賃貸借であるとの解釈も可能であると思われる（「甲乙が各自その所有する土地を相手方に対して交換的に無償の使用収益権を設定する場合には、甲乙間に2個の使用貸借契約が成立するのではなく、甲乙間に1個の有償契約（賃貸借類似の無名契約）が成立する。」という判例（大判昭和10年3月28日）も存在する。）。取引実態的には、土地の所有者が相互に他の区分所有者に対して有償の敷地利用権を設定し、賃料を相殺していると認められること、借地借家法を適用して建物所有権登記による利用権の対抗要件具備を認めることが建物敷地利用権の喪失＝建物の収去といった重大なリスクを回避でき、社会通念上も相当であると考えられることから、かかる相互の無償使用は賃借権であるとみなす旨を明文化する方向で検討してはどうか。仮に、複数の土地所有者間の土地の相互無償使用はあくまで使用貸借であると解釈された場合、現行法の下では第三者に対して土地の使用権原を対抗する手段が存在しないという不都合があるため、使用貸借について対抗力を備える方法を設けることが望ましいと考える（長島・大野・常松有志）。
- 市民感情として、実際の物を渡さない限り恩恵的な使用貸借契約は成立しないという感覚があると思われる。一律、諾成契約にすることは、恩恵約束を強制する方向性を指向するものであり、市民感覚から解離する。また、諾成契約とすることを前提に、書面による合意をもって排除しない限り契約解除できる旨の条項を設けたとすると、単に、「目的物を無償で貸します」と記載していた場合に、意思表示の問題として、解除できるのか否かについてかえって紛争を招くなど、日常のトラブルの種になりかねない。また、贈与と使用貸借とでは同じく無償契約といっても、贈与は、所有権を完全に譲り渡して1回きりで終了するものであるのに対し、使用貸借は、継続的な契約であり、また、いつでも返してもらえたとの貸主側の気軽さがある点で異なり、実務上も使用貸借事例は多い（親族間の不動産使用など）との実感があるため、贈与を諾成契約としつつも使用貸借は要物性を維持することには合理性があると考えられる（横浜弁）。
- 諾成契約として成立要件の緩和を図る提案については、契約類型の本質にかかわる問題であり、訴訟における契約の成否の認定等をめぐり実務に混乱を及ぼすおそれがあり、慎重な検討を要するとの意見があった（最高裁）。
- 使用貸借については諾成契約に改める実務上の必要性が乏しく、わ

ざわざ諾成契約に改めた上で、これによる弊害を防止するための制度を設けるのは却って複雑になり分かりにくい。そのため、使用貸借については要物契約を維持する方向で検討すべきである（東弁）。

- 使用貸借を要物契約としている現行民法において格別の不都合は生じていない。それにもかかわらず、使用貸借を諾成契約に改める社会的必要性が存在するのか疑問である。諾成契約とすることは、使用貸借の貸主に引渡義務を課し、その履行強制まで可能とすることになると思われるが、使用貸借が無償契約であることからすれば、貸主に引渡義務を課し、その履行強制まで可能とすることが妥当と言えるか疑問が残る。使用貸借を諾成契約としたうえで、目的物の引渡しまでは契約を解除できるとするのであれば貸主に引渡義務を課したことは無意味であるうえ、法律関係が複雑になり、無用の紛争の原因となりかねない。そもそも、使用貸借にかかる諾成的合意に拘束力を認める必要性がどの程度あるのか明らかでない。

そのため、使用貸借を諾成契約としたうえで、契約の成立要件の緩和を図る方策を設けることについては、その当否を含めさらに慎重に検討すべきである。仮に使用貸借についての合意に一定の拘束力を認めるとしても、基本（原則）は要物契約としたうえで、合意による修正（諾成契約化）を認めるという形式をとるべきであり、諾成契約を原則とすることには反対である（大阪弁）。

- 「両当事者は書面による合意をもって排除しない限り目的物の引渡しまでは契約を解除することができるものとするなど」とあるが、550条との関係から言って「解除」でなく「撤回」とすべきである。「手付」の意見も参照。それから、「無料で家を貸すから、介護してほしい。」とやると使用貸借で、「月 5 万円で家を貸す。月 5 万円で介護してもらおう。これらの代金は相殺する。」とやると賃貸借（更に借地借家法も適用される）となってしまうのはおかしい。そもそも負担付贈与は不明確な形とはいえ一応は条文があるのに、負担付使用貸借は条文自体がないのもおかしい。相応の負担付きの使用貸借は賃貸借とみなす規定を作ることを提唱する（翻訳・出版関係）。

## 2 使用貸借の対抗力

土地を使用貸借して建物を建てる際に、建築資金の担保としてその建物を活用する必要性があること等を踏まえ、使用貸借についても登記その他の方法により対抗力を備えることができる旨の規定を新たに設けることの当否について、所有者には利用権も賃料収入もないため差押えが機能しない財産が生ずることへの懸念に留意しつつ、検討してはどうか。

### 【意見】

- 使用貸借についても対抗力を登記できるようにすることについては、土地を建設期間中使用貸借して完成後賃貸借を行う事業者の法的リスクを軽減できることから、賛成する（不動協）。
- この点については、賃貸借と使用貸借の規定を区別する必要性が乏しく、わかりやすさの観点からも同様の規定とする方向での見直しが妥当である。いずれも賃貸借の終了と同様の規定とする方向での見直しが望ましい（札幌弁）。
- 不動産の開発案件においては、建物の建築発注者が土地を使用貸借する事案が数多く存在する。とりわけ、信託を利用する不動産の開発案件においては、受託者が開発リスクを負い、その結果として受託者報酬が高額化することを回避するため、受託者が受益者に土地を使用貸借し、受益者が発注者となる方法が一般化している。そのような開発案件においては、開発期間中、土地の使用権原を第三者に対して対抗できるようにしておきたいという要請が強いため、使用貸借についても第三者に対する対抗要件を具備する方法を創設することが望ましいと考える。特に不動産流動化の案件については、特別目的会社（SPC）が発注者となる事案もあるため、SPC に対する投資家（特に海外の投資家）に対して SPC が土地の使用権原を有していることを明確にする要望があることも考慮してはどうか（長島・大野・常松有志）。
- 特に異論なし（二弁）。
- 居住用に限り対抗力を認めるなども考えられてよいのでは（大学教員）。
- 不動産（特に土地）の使用貸借には合理的な取引上の理由があるものも少なくなく、これに対抗力が認められていないことにより、使用貸借した土地の上に建設された建物を担保に借入を行うことが難しくなっているなどの弊害があるため、使用貸借の対抗力を認める規定を設ける方向で検討を行うべきである（森・濱田松本有志）。
- 使用貸借に対抗力を認めると、所有者には利用権がなく、対価も得られない状態となり、債権者が差し押さえても実際上の価値がないことになり、またそれを悪用して財産隠匿行為が行われる可能性も否定できないことから、使用貸借に対抗力を付与する規定を設けることについては、慎重に検討すべきである（愛知県弁）。
- 使用貸借には対価が存在しないことから、対抗力を認めると差押不能財産が創出されてしまい、執行妨害につながりやすい（親和会）。
- 無価値の土地を容易に作り出すことができ、財産隠匿行為の為に使われる恐れがある。そのため、使用貸借に登記その他の方法で対抗力を備えることができる旨の規定を設けることには反対である（広島弁）。
- 使用借権に対抗力まで与えると借主が土地を利用できる地位は安定するが、その反面で貸主が使用借権による土地利用を受任すべき関係が永



続化しかねず、相当でない。外部から資金調達までして、建物を建て、補修することを容易にしてやる必要はない（堂島有志）。

- 少子高齢化が進む中で、子供が親の土地の上に家を建てたいというニーズがあるが、その場合、賃料の授受はしないで土地の使用貸借がなされる。現状の使用借権は非常に弱い権利で対抗力を持ち得ないとされており、金融機関が子供から建物建築資金の融資を求められるときに、金融機関としては建物を担保に貸出しをすることができないという状況があることから、使用借権にも対抗力を持たせて担保として適格になるようにできないかという指摘がある。他方で、使用借権に対抗力を持たせることには、当該不動産物件の担保権者の立場から、詐欺的な利用がなされる可能性について懸念の指摘もある（全銀協）。
- 使用者に対抗力を付与する効果は、反射として、事実上不利益を受ける者である所有者・債権者とのバランスを維持すべき。そもそも使用借に対抗力はなく、対抗力を付与する方策が用意されるなら、賃貸借との均衡が維持され、土地利用上の対抗力が付与されれば、建物を建てて融資を受けるといふ担保融資制度の活性化に役立つ。民事執行法に基づく競売手続上、敷地占有権原のない建物が存在する場合、いろんな意見があろうが、建物がそこに存在するという経済価値は認められるところであり、仮に、強制執行で収去されるまでは存続でき、物理的価値のほか、そこに存続しうる期間はそれなりの付加価値が認めることができる。一方、土地はそれだけの使用収益できない限りにおいて、減価が発生するといえる。つまり、まさに実態が使用借であれ、一定程度の範囲において、対抗力があると見紛うことが現実には多数ある。しかも、このようなケースは競売市場では、結構多い（兵庫鑑定士協）。
- 使用貸借契約について対抗力を具備できる規定の新設については、対抗要件を具備できる他の貸借型の契約に賃貸借契約があること、使用貸借契約は無償契約であることを考慮して、反対である（日大民研・商研）。
- 特に必要性を感じない（広大有志）。
- AがBから無償で土地を賃借して建物を建築して居住している場合、Bが土地を第三者Cに売却すれば、Aの使用賃借権はCに対抗できず、Aは建物を収去しなければならず、社会的損失は少なくない。しかしながら、Aの権利はそもそも無償であり、強い保護が与えられるべきものではなく、第三者に対する対抗力を付与すべきではない。事案によって、第三者からの明渡請求が権利濫用となる場合があるにすぎない。したがって、使用賃借権に関して第三者に対する対抗力を認めるべきではない（福岡弁）。
- 無償の（対価のない）契約であり、所有者に過度の負担となる。遺産分割などで、一部の相続人が使用貸借「権」を主張する事例は非常に多

く、法律関係を複雑にすることは紛争の深刻化を招くため、使用貸借に対抗力を付与することに反対（横浜弁）。

- 不当な執行免脱のおそれや執行妨害が増加するおそれなどの点から、認める必要はないとする意見が多かった（最高裁）。
- 使用貸借に対抗力を付与する必要性が指摘されているが、審議会においても批判があったように、使用貸借に対抗力が認められると、所有者に使用権限も対価を得る権利もない無価値とも言える土地を作り出すことになり、そのこと自体の妥当性に疑問があるうえ、対抗力ある使用貸借が財産隠匿行為のために濫用的に利用されるおそれもあるから慎重な検討を要する（日弁連）。
- 使用貸借に対抗力を認められる方策を設けること、あるいは一定の使用貸借について対抗力を認めるべきであるとの見解が主張されているが、これを認めると、土地の所有者は使用する権利及び対価を得る権利もない状態となって土地の価値がほとんどなくなり、債権者が土地を差し押さえても無駄となる事態が生じるので、失当である（東弁）。
- 使用貸借に対抗力を認めると、所有者に使用権限も対価を得る権利もない無価値とも言える土地を作り出すことになり、そのこと自体の妥当性に疑問があるうえ、対抗力ある使用貸借が財産隠匿行為のために濫用的に利用されるおそれもある。そのため反対（大阪弁）。
- 使用貸借に対抗力を認めることに反対する。所有者には使用する権利がなく、対価も得られない状態となり、債権者がこれを差し押さえても実際上の価値がないことになり、妥当でない（弁護士）。
- 無償契約である使用貸借に対抗力を認める実務上の要請はあまりない一方、仮にこれを認めた場合、賃貸借と異なり所有者には利用権も賃料収入もないため、不当な執行逃れを目的とした使用貸借の登記等が濫用されるおそれが非常に高い。百害あって一利あるかどうか分からないような制度をわざわざ創設する提案には、極めて慎重に対処すべきである（弁護士）。
- 反対である。消費貸借の諾成契約化の議論と同様、①要物契約のままでもよいとする見解と、②諾成契約とすべきとの見解があった。消費貸借の諾成契約化に賛成する立場からは、「契約関係から容易に離脱できる制度的配慮は別途考えるとしても、諾成契約で一貫させるのが良い」との意見があった（兵庫県弁）。

### 3 使用貸借の効力（貸主の担保責任）

使用貸借の貸主の担保責任に関しては、贈与者の担保責任の規定（民法第551条）の見直しとも関連するが、現在と同様に贈与者の担保責任の規定と同様の規律をすべきである（同法第596条参照）との考え方があ

る一方で、贈与と異なり契約の趣旨等から積極的に基礎付けられる場合に

限って貸主の担保責任が認められることを条文上明記すべきであるとの考え方も示されている。これらの考え方の当否について、更に検討してはどうか。

また、負担付使用貸借の貸主の担保責任（民法第596条，第551条第2項）についても，現在と同様に負担付贈与の贈与者の担保責任と同様の規律をすべきであるとの考え方が一方で，負担付使用貸借は，負担の範囲内で賃貸借と同じ関係にあると考え，負担の限度で賃貸人と同じ義務を負うこととすべきであるとの考え方も提示されている。これを踏まえ，これらの考え方の当否についても，更に検討してはどうか。

### 【意見】

- 無償契約としての規定との整合性から，使用貸借の貸主の担保責任について贈与者の担保責任の規定と同様の規律をすべきであるとの考え方に，賛成する。

負担付使用貸借の貸主の担保責任については，現在と同様に負担付贈与の贈与者の担保責任と同様の規律をすべきであるとの考え方に，賛成する（愛知県弁）。

- 贈与の場合と同様に解することが望ましい。検討事項は，使用貸借においては自己が所有する特定の物が対象となることがほとんどであることから，合意又は契約の趣旨から特に貸主が担保責任を負うことが積極的に基礎付けられている場合に限って担保責任を負担するとの見解が示されているが，これは瑕疵の判断において勘案すべき契約の趣旨の問題として消化されると考えられ，使用貸借について別段の規律を設ける必要性は乏しい。また，負担付使用貸借における貸主の担保責任については，負担が対価性を有しないことから賃貸借ではない負担付使用貸借との概念が存在するのであり，この場合には修繕義務や必要費の償還義務などを貸主の義務としないことに意味がある以上，負担の限度で賃貸借と同様に解するとの見解には賛成できない（親和会）。
- 贈与の規律と同様の規定を設けるべきである。負担付使用貸借の貸主の担保責任については，継続的契約関係の特性に照らし，一回的に履行が終わる贈与とは異なる規律が必要なことから，負担の範囲内で賃貸人と同じ義務を負うこととすべきである（堂島有志）。
- 現在と同様に贈与者の担保責任の規定と同様とすべきであるとする考え方に賛成である。使用貸借契約は，贈与契約と同様に，無償契約であり，売買の担保責任に比して，責任が軽減されるべきである（日大民研・商研）。
- 使用貸借契約は，そもそも無償契約であり，経済合理性を抜きにした特定の当事者間の温情などにより締結，履行されるものである。したがって，現行法のように，悪意の場合に限り瑕疵担保責任を負担するとい

う考え方でよいのではないか。そもそも、使用貸借契約自体が経済合理性を抜きにした特定の当事者間の温情などにより締結、履行されるものである。したがって、使用借主の負担が契約内容となったとしても、使用借主の負担の額・程度と使用貸主から受ける使用貸借の目的物の利用権の価値が一致する必要はない。主観的な一致も必要ないはずである。また、負担付使用者貸借に関する紛争もほとんどなく、条項としては、現行法の規定程度を置いておけば十分で、あとは解釈に委ねたらどうか（福岡弁）。

- 貸主側の担保責任については、同様の無償契約として、贈与の規定と同様のルールにすることが平易である。

負担付贈与における贈与者の担保責任については、受贈者が受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回った場合に、その差額分の負担の履行拒絶が認められるとされているのと同様の規定にすべきである。使用収益させる義務（具体的には、修繕義務や必要費の償還義務など）を負担の範囲内で負うとすると、使用貸主の予期せぬ現金支出を招く可能性がある。負担付使用貸借を行ったケースは、使用貸主にとってみると、使用貸借という恩恵の代わりに一部負担をしてもらうということなのに、負担してもらった場合、常に修繕義務・必要費償還義務の履行（現金支出）という形で一定の積極的義務を履行しないとならなくなるといえることは、使用貸主として想定していないことであると思われる。使用貸主はたとえ負担をしてもらっても、貸主という面倒な立場になることを望まないというのが通常の意味であると思われる（横浜弁）。

- 使用貸借の無償性を考慮すれば、贈与と同様に、原則として担保責任は負わないとすべきである。そして、契約の趣旨等から積極的に担保責任が基礎付けられると認められる場合に限り貸主の担保責任を認めるべきであり、その要件の立証責任を借主に負わせるのが、その無償性に照らして公平であると考えられる。また、例外としての負担付使用貸借についても負担付贈与と同様に規定する（現状を維持する）考え方がより適当と考える。（二弁）。

- 「契約の趣旨等」という要件は、要件として不明確であり、解釈問題が生じる余地があり、妥当とは思われない。むしろ、贈与者の担保責任の規定と平仄を合わせる方が分かりやすい。

負担付使用貸借における負担は、目的物の使用収益の対価ではないので、負担の範囲といえども対価関係を前提とする貸主と同じ義務を負わせるのは妥当ではないから現行民法同様、負担付贈与の贈与者の担保責任と同様の規律とすべきとの意見が強い（日弁連）。

- 使用貸借は無償で財産を使用収益させるものであるから、貸主の担保責任についても特別の考慮が必要である。とりわけ、瑕疵担保責任

については、貸主の知・不知を問わず、「借主が瑕疵のない物の履行請求（代物請求，修補請求等による追完請求）ができる」とするのは貸主にあまりに厳しい責任を課すことになり，使用貸借が実際には利用されなくなる危険があり妥当ではない。それ故，契約責任としつつも使用貸借の無償性から貸主の責任を上記の限度にとどめるべきである。理論的根拠としては，現行民法の規定の下で契約責任説が通説的見解となっていること，及び「売買の瑕疵担保責任について契約責任と解する立場は現行民法の起草過程を根拠としている」旨の指摘がある（第16回議事録26頁 道垣内幹事）ことが挙げられる。なお，「贈与においては種類物を目的とする場合が少なくないのに対し，使用貸借においては自己の所有物を無償でそのまま貸すことが想定されるので，合意または契約の趣旨から特に貸主が担保責任を負うことが積極的に基礎づけられる場合に限って，そのような責任を認めるべきである」旨の提案がある。これについては，趣旨はもつともであるが，結局は贈与と同様に限定された責任を負わせることになり，贈与と同じ扱いとするのが分かりやすいので，あえて使用貸借についてのみ別異の規定を設ける必要はないと思料する。

負担付き贈与の贈与者の担保責任については，負担の限度において売主と同様の責任を負うこと，すなわち「受贈者が受け取った物等の価値が受贈者の負担の価値を下回った場合に，その差額分の履行拒絶あるいは返還請求が認められる」とするのが妥当であるが，負担付き使用貸借についても同様に上記の考え方に立つのが妥当である（東弁）。

- 負担のない使用貸借の貸主の担保責任に関しては，契約の趣旨等から積極的に基礎づけられる場合に限って貸主の担保責任が認められることを条文上明記する方向で議論するべきである（会社員）。
- 売主の瑕疵担保責任において目的物の性質についての合意が契約の内容にならないとする法定責任説は妥当ではないとする議論は，無償契約である使用貸借についても当てはまるものであり，貸主の担保責任は契約内容の解釈から定められるべきである（弁護士）。
- 使用貸借における貸主の担保責任については，無償契約であることから贈与者の担保責任と同様の規律とすべきであるが，贈与者の担保責任については現行法の規律を維持すべきであることから，使用貸借についても同様とすべきである。

負担付使用貸借については，借主が使用収益している物等の価値が借主の負担の価値を下回った場合に，その差額分の負担の履行拒絶あるいは返還請求が認められるものとするものについては，特に反対しない（ただし，規定の要否及び具体的な規律の在り方については，なお検討する余地がある）。また，負担付使用貸借の貸主は，負担の範囲内で貸借と同じ関係にあり，負担の限度で貸借人と同様の義務を負うものと

すべきである（弁護士）。

- 使用貸借の貸主の担保責任と贈与者の担保責任の規律を合致させることには、賛成である。また、物の品質性能について貸主の責任を限定することも賛成であるが、知りながら借主に告げなかった場合に限り担保責任を負う現行制度については、合理性に疑問がある。

使用貸借には多様な事例があるものの、使用貸借が無償であり、多くは恩恵的であること、そうでなくても、自己所有の中古品を現状有姿のまま貸す使用貸借の事例が通例であること等にかんがみ、原則的には、完全履行義務（完全履行請求権、追完請求権）及び貸主の担保責任は否定されるべきであるが（正確に言えば、「現状有姿」が契約上合意された給付であるため、現状を離れた品質性状は合意されておらず、瑕疵にならないと言うべきであるかも知れないが）、例外的に、品質保証（品質合意）があるときに損害賠償責任を認めるのが妥当であると思料する（兵庫県弁）。

- 現民法は使用貸借については贈与の規定を準用しているが、自分の物を他人に一定期間利用させるという点において賃貸借と共通する。そのため、賃貸借と同視し得る程度まで担保責任が積極的に基礎づけられる場合に限って貸主たる所有者が担保責任を負うとするのが望ましい。具体的には、負担付き使用貸借の場合に負担の限度で賃貸人と同じ義務を負うこととする方向で検討すべき（日司連）。
- 贈与と無償契約という点で同様であるからといって、安易に担保責任まで同様に考える必要はない。貸主の担保責任については、敢えて贈与の規定を準用する必要はなく、使用貸借契約に応じた担保責任を検討すればよい（広島弁）。
- 使用貸借の無償性や使用貸借が貸主が有するものをそのまま貸すということが一般的であることからすれば、貸主に担保責任まで負わせるのは酷であると思われるので、原則として貸主は担保責任を負わないとすべきであるが、当事者間の合意や契約の趣旨から瑕疵のない物の引渡が求められていると解釈できる場合には担保責任を追及できるとするのが合理的であり、かかる場合にまで担保責任を否定する理由はない。そのため、使用貸借の貸主は原則として目的物の権利の瑕疵や不存在について担保責任を負わないとしたうえで、合意又は契約の趣旨等から貸主が担保責任を負うことが積極的に基礎付けられる場合に限って貸主の担保責任を認めるべきとの考えに賛成である。

負担付使用貸借における負担は、目的物の使用収益の対価ではない。それにもかかわらず、負担の範囲内とはいえ、対価関係の存在を前提とする賃貸人の義務と同じ義務を負わせるのは、性格の異なる賃貸借の考え方を使用貸借に持ち込むもので妥当ではない。借主に、目的物の利用によって受ける利益の範囲まで負担の履行拒絶又は縮減請求を

認めることにより貸主，借主間の利益の調整を図ることが妥当と思われる。したがって，負担付使用貸借の貸主の担保責任については，現行民法同様，負担付贈与の贈与者の担保責任と同様の規律とすべきであるとの考え方に賛成である（大阪弁）。

- 検討することに異論なし（最高裁）。

#### 4 使用貸借の終了

##### (1) 使用貸借の終了事由

借用物の返還時期について定める民法第597条については，専ら分かりやすく規定を整理する観点から，使用貸借の存続期間を定める規定と貸主の解除権を定める規定とに条文表現を改める方向で，更に検討してはどうか。

また，無償契約である使用貸借の終了事由として，貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合や，貸主と借主との間の信頼関係が失われた場合における貸主の解除権の規定を新たに設けるかどうかについて，更に検討してはどうか。

##### 【意見】

- 借用物の返還時期について定める民法第597条について，使用貸借の存続期間を定める規定と貸主の解除権を定める規定とに条文表現を改めることについて，賛成する。

使用貸借の終了事由として，貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合や，貸主と借主との間の信頼関係が失われた場合における貸主の解除権の規定を新たに設けることについて，賛成する（愛知県弁）。

- 使用貸借においては，貸主は借主の使用収益を妨げないという消極的義務を負担するのみであることから，現行法のように目的物の返還時期の問題として整理することにも相応に合理性があり，賃貸借との対比においてはむしろ簡便な理解に資するとの評価も可能である。議論として検討することに異論ない。また，貸主にとっての目的物の必要性を理由とする返還請求又は解除を設けることは前向きに検討すべき。なお，借主の利用状況等に照らした具体的な利益衡量によって請求又は解除の可否が決定される枠組みとすべき。また，当事者の信頼関係が破壊されたことを理由とする返還請求又は解除を設けることも前向きに検討されてよい（親和会）。

- 使用貸借の存続期間や貸主の解除権を定める規定に整序することに賛成である。

無償契約といえども，継続的契約である以上，借主も一定期間借りることができるという前提で物事を行っており，貸主の一方的な事情

のみで解除を認めるのはあまりに酷である。無償契約と言う性質については、解除の当否を決めるときの1つの要素とすればよいと思われる。そのため、貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合や、信頼関係が失われた場合における貸主の解除権を追加すべきという考え方については、解除権を認めることには賛成であるが、要件に借主の事情も含めるべきである（広島弁）。

- 存続期間を定める規定と貸主の解除権を定める規定とに改めることに賛成。

また、①貸主に契約当時予想できなかった目的物を必要とする事由が発生し、かつ借主のの利用状況等に照らして使用貸借の終了を正当化するに足りるものである場合、②借主の行為によって、使用貸借の基礎となる当事者間の信頼関係が失われ、使用貸借を継続することが著しく困難となった場合に、貸主の解除権を認める規定を設けることに賛成（堂島有志）。

- 借用物の返還時期について、民法第597条の規定につきわかりやすく整理できれば、改正の趣旨に沿うため賛成である。使用貸借の終了事由として、民法第597条第2項本文の使用収益に足りる期間の経過は、最判昭和45年10月16日裁判集民101号77頁、最判平成11年2月25日裁判集民191号391頁、当事者間の信頼関係が破壊された場合には、最判昭和42年11月24日民集21巻9号2469頁による解決がされている。これらの判例法理を踏まえ、可能であれば、貸主の解除権の規定を新たに設けるべきである（日大民研・商研）。

- 民法597条は、分かりやすく規定しなおすべきである。終了事由として、貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由の発生、当事者の信頼関係の喪失等を明記すべきである（福岡弁）。

- 終了に関する条文を整理することに賛成である。概ね「期間の定めある場合は期間経過により、期間の定めないときは、契約に定められた目的に従い使用及び収益を終えたときに終了とする。」との検討委員会試案【3.2.5.08】に異存はないが、当事者が使用貸借の期間並びに使用及び収益の目的を定めなかったときは、貸主は、いつでも解除することができる旨を定めるべきである。相当の期間を定めず、ほぼ現行法と同様に終了させることができるように規定すべきである。

信頼関係が失われた場合の貸主の解除権を認める規定を設けることに賛成である。但し、その場合、借主の帰責性（信頼関係が失われた原因が借主側にあること）を要件とすべきである（横浜弁）。

- 使用貸借契約は、無償にて借主が他人の所有物を使用するという契約である以上、原則としては、無償契約を前提とした上記整理の考え方が採用されるべきであり、その点に関して、異論はない。



もつとも、不動産使用貸借契約は、必ずしも、親族等の情誼的な関係により締結されるものばかりではなく、貸主との取引関係等を背景として締結されるもの（例えば、取引関係上、一定の利益配慮をすることの見返りに貸主が有する建物を貸借するという使用貸借契約等も間々ある）も見受けられるところである。かような不動産使用貸借契約においては、民法第597条第1項等を形式的に適用し、無条件に借主に明け渡しを求めることに躊躇を覚える場面に遭遇することが少なくない。この点、下級審において、使用貸借契約終了に基づく不動産明渡等の請求において、貸主の請求を権利濫用（ないし信義則違反）として退ける裁判例（東京高裁平成2年9月11日判決〔判例タイムズ767号147頁〕等）や、理論的な根拠や立退料算定料の根拠等の問題点が指摘されているが、金員支払引換給付判決を下す裁判例（大阪高裁平成2年9月25日判決〔判例タイムズ744号121頁〕等）が散見されるところであり、例外的に、使用貸借契約終了に基づく明け渡し請求に何らかの制限を加える条項が検討されてもよいのではないかと思料する（二弁）。

- 借用物の返還時期について定める民法第597条を、使用貸借存続期間を定める規定と貸主の解除権を定める規定とに条文表現を改めることに賛成である。ただし、期間・目的の定めがない場合には、貸主はいつでも解除することができる旨の規定を置くべきという意見があった。

使用貸借の終了事由として、貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合及び貸主と借主との間の信頼関係が失われた場合における貸主の解除権の規定を設けることに賛成である。ただし、貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由による解除については、解除権の要件を厳格かつ明確にすべきとの意見があった（日弁連）。

- 現行民法の「借用物の返還の時期」の規定（第597条）のうち、同条1項と同条2項本文を「使用貸借の存続期間」の規定に移し、同条2項但書きと同条3項を「貸主の解除権」の規定に移して整理する方向で検討すべきである。新たな終了事由として「貸主にとっての目的物の必要性を理由とする解除権」の規定を設けることに賛成するが、要件を厳格かつ明確にする方向で検討すべきである。新たな終了事由として「当事者間の信頼関係破壊を理由とする解除権」の規定を設ける方向で検討すべきである（但し、贈与における「背信行為等を理由とする解除」との整合性に注意する必要がある）（東弁）。
- 借用物の返還時期について定める民法第597条を使用貸借存続期間を定める規定と貸主の解除権を定める規定とに条文表現を改めることに賛成である。なお、その場合の規律の仕方としては、以下のよう

に使用貸借の終了事由と貸主が解除できる場合を分けて規律するのがわかりやすいと思われる。終了事由（① 借主の死亡，② 契約で定めた返還時期の到来，③ 契約で定めた使用目的に従った使用収益の終了，④ 貸主の解除），解除できる場合（① 契約で返還時期を定めなかったが，使用収益の目的を定めた場合において，その目的に従い使用収益するに足りる期間が経過したとき，② 契約で返還時期も使用収益の目的も定めなかった場合はいつでも，③ 貸主にとって予期できない目的物の必要性が生じ，その必要性が借主の利用状況に照らして使用貸借の終了を正当化するに足りるものであるとき，④ 当事者間の信頼関係が失われたとき）

使用貸借の終了事由として，貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合及び貸主と借主との間の信頼関係が失われた場合における貸主の解除権の規定を設けることに賛成である（大阪弁）。

- 少なくとも賃貸借契約における賃貸人に認められる解除権は，使用貸借にも同様にみとめられるべき（個人）。
- 無償契約である使用貸借の終了事由として，貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合や，貸主と借主との間の信頼関係が失われた場合における貸主の解除権の規定を新たに設ける方向で議論すべきである（会社員）。
- 信頼関係が失われた場合や契約が著しく長期にわたった場合における契約終了の方策を検討すべきである（弁護士）。
- 現行民法597条の規定を整序し，使用貸借の存続期間や貸主の解除権を定める規定に改めることには賛成する。

使用貸借の終了事由として，貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合や，貸主と借主との信頼関係が失われた場合における貸主の解除権を追加することについては，いずれも賛成する（弁護士）。

- 使用貸借契約において，実務上紛争が多い事例は，期限の定めのない不動産使用貸借である。現行民法（597条）では，「使用及び収益の目的」が契約上定められたかどうかによって効果を分けているが，この要件は解釈上の疑義が生じやすい。というのは，「建物所有目的の土地の使用貸借」ならば建物が朽廃するまで使用貸借が存続し，「居住目的の建物の使用貸借」ならば借主が居住を継続しているかぎり使用貸借が存続するという解釈も論理的には可能であるからである。このように解すると貸主への拘束が強くなりすぎるので妥当でない。他方で，返還時期及び使用収益目的が契約上定められなかった場合，貸主はいつでも返還を請求できると規定されているが（597条3項），使用収益目的が契約上定められていないとはどういう場合であるかは疑問である。別段

の合意がないかぎり、物の本来の用法に従って使用収益することが契約上定められた目的であると解しうるからである。このように、「使用・収益の目的」を要素として契約終了事由を構成することは、多義的な解釈を招くので好ましくない。特に、親族間等における期限の定めのない土地建物の使用貸借において当事者間の信頼関係が失われた段階において契約終了が争われる事例は少なくない。いろいろな判例がある（笹村將文「不動産使用貸借の終了事由について」判例タイムズ906号4頁）。

- ① 老後の扶助を前提にした使用貸借において、関係悪化等によって老後の扶助が期待できない状況になったことについて、597条2項ただし書を類推適用して使用貸借の終了を認めた判例
- ② 599条にかかわらず、借主が死亡しても使用貸借が終了しないと判断した判例
- ③ 「借主の定収入がない状況下における借主に対する生活支援」という使用貸借に至った動機・目的を認定したうえ、相当な期間の経過をもって使用貸借の終了とした判例
- ④ 借主が建物内で一定の営業をすることを前提に締結された使用貸借であることから、借主の当該営業廃止をもって目的終了と判断した判例

以上のような判例の傾向は、条文との乖離があるにしても、事案の実情に即した妥当な解決を導こうとしているようである。

そこで、具体的な終了事由について、従来判例の結論を大きく変えないことを基本線としつつも、「相当期間の経過」、「信頼関係の破壊」、「貸主の自己使用の必要性」、「金銭給付の申出」などのファクターを総合的に考慮できるような「正当事由」のような要件設定は考えられないか、充分検討すべきである（兵庫県弁）。

- 貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合・貸主と借主の信頼関係が失われた場合には解除権を付与する合理性が認められる。この場合、原則として立退料の支払いなしで明け渡しが求められるようにして頂きたい（不動協）。
- 使用貸借について「信頼関係破壊」を理由とする解除権を肯定することは、労使紛争発生時に組合事務所、掲示板の使用継続が困難となるおそれがある。集団的労使関係について、現行法制上の権利義務関係を修正し、労働組合の地位を弱めるおそれのある法改正には賛成できない。仮に、法改正をすとしても、労働組合活動に影響が及ばないように措置する必要がある。（連合の大綱的指摘の第7点）（連合）。
- 「貸主に予期できなかった目的物を必要とする事由が生じた場合」を新たな終了事由とすることについては、双方の事情を総合考慮している現在の実務に反し、適正な紛争解決が阻害されかねないとの懸念

を示す意見があった（最高裁）。

## (2) 損害賠償請求権・費用償還請求権についての期間の制限

借主の用法違反による貸主の損害賠償請求権や借主が支出した費用の償還請求権に関する期間制限の規定（民法第600条）の見直しについて、現在はこの規定を準用している貸貸借における見直し（前記第45, 7(3)）との関連に留意しつつ、更に検討してはどうか。

### 【意見】

- 貸貸借の規定に整合させるべきである（愛知県弁，堂島有志，横浜弁）。
- 請求権の行使期間を目的物の返還を受けてから1年以内とする旨の制限は存続すべきであり，規定を削除することには賛成できないが，目的物の返還前に時効が完成したいる場合があり得るのは不都合であり，消滅時効の起算点を返還時とする等の見直しが必要である（親和会）。
- 目的物を使用させるという貸借型契約の特質に鑑みて，償還請求権の存続期間を長期化させる必要性に乏しいことから，現民法の規定を維持する方向で検討すべき（日司連）。
- 借主の用法違反による損害賠償請求や，借主の費用償還請求について，貸貸借における議論と同様に見直しを図ることに賛成である（広島弁）。
- 貸貸借契約との関係につき留意しつつ，更に検討すべきである（日大民研・商研）。
- 用途違反による損害賠償請求権の存続期間は，返還後10年及び貸貸人が用途違反を知ってから2～3年程度とすべきである。民法600条は削除すべきである（福岡弁）。
- 検討することに異論なし（最高裁）。
- 特に異論なし（二弁）
- 貸主の損害賠償請求権や借主の費用償還請求権に関する期間制限については，短期の期間制限を設ける特段の理由はなし，かつ，貸貸借と平仄を合わせるのが分かりやすいから，貸貸借と平仄を合わせる方向で検討することに賛成する意見が強い（日弁連）。
- 貸貸借と同様（東弁）。
- 貸主の損害賠償請求権や借主の費用償還請求権に関する期間制限については，貸貸借と平仄を合わせる方向で検討することに特段反対しない（大阪弁）。
- 使用貸借の損害賠償請求権・費用償還請求権に関する規律は，貸貸借に関する規定と平仄を合わせる必要がある。賛成（弁護士）。

- 貸借における論点と同様である（兵庫県弁）。