

民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(9)

目次

第1	契約に関する基本原則.....	1
1	契約自由の原則.....	1
2	債務の履行が契約成立時に不能であった場合の契約の効力.....	2
第2	契約交渉段階（契約交渉の不当破棄）.....	4
第3	売買.....	6
1	手付（民法第557条関係）.....	6
2	売主の義務.....	7
3	売主の追完義務.....	11
4	買主の代金減額請求権.....	13
5	損害賠償の請求及び契約の解除.....	16
6	権利移転義務の不履行に関する売主の責任等.....	19
7	買主の権利の期間制限.....	21
8	競売における買受人の権利の特則（民法第568条第1項）.....	25
9	代金の支払場所（民法第574条関係）.....	27
10	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条関係）...	28
11	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条関係）.....	29
12	目的物の滅失又は損傷に関する危険の移転.....	30
13	買戻し（民法第579条ほか関係）.....	31
第4	贈与.....	34
1	贈与契約の意義（民法第549条関係）.....	34
第5	請負.....	36
1	仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の注文者の権利の期間制限（民法第637条関係）.....	36
2	仕事の目的物である土地工作物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任の存続期間（民法第638条関係）.....	39
第6	組合.....	40
1	他の組合員が出資債務の履行をしない場合.....	40
2	組合員の一人についての法律行為の無効等.....	43
3	組合の財産関係（民法第675条及び第676条関係）.....	44

4	組合の業務執行（民法第670条関係）	47
5	組合代理	50
6	組合員の加入	52
7	組合員の脱退	53
8	組合の解散事由（民法第682条関係）	55
9	組合の清算	56

第1 契約に関する基本原則

1 契約自由の原則

契約自由の原則について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 当事者は、法令に特別の定めがある場合を除き、契約をするかどうかを自由に決定することができる。
- (2) 契約は、法令に特別の定めがある場合及び当事者間に別段の合意がある場合を除き、当事者の合意のみによって、成立する。
- (3) 契約の当事者は、法令の制限内において、契約の内容を自由に決定することができる。

○中間試案第26、1「契約内容の自由」

契約の当事者は、法令の制限内において、自由に契約の内容を決定することができるものとする。

(説明)

1 現行法の規定及び問題の所在

契約自由の原則には、①契約を締結し又は締結しない自由（契約締結の自由）、②契約の相手方を選択する自由（相手方選択の自由）、③契約締結の方式の自由（方式の自由）、④契約の内容を決定する自由（内容決定の自由）が含まれ、法令の規定などによる修正を受けることはあるものの、原則としてこれらの自由が認められることについては争いがない。しかし、現行民法上はこれらの自由に関する規定は置かれていない。

2 改正の内容

- (1) 素案(1)は、契約自由の原則のうち、契約締結の自由と相手方選択の自由を明文化するものである。相手方の選択の自由は、特定の相手方との間でその相手方と契約をするかどうかの自由と捉えることができるから、「契約をするかどうかを自由に決定することができる」という表現に包摂される。

原則としては当事者は契約を締結するかどうかを決定する自由を有するが、当事者の一方が契約の締結を拒絶することができないことが法律上定められている場合がある（道路運送法第13条、鉄道営業法第6条、ガス事業法第16条、水道法第15条、電気事業法第18条など）。また、契約の締結が義務づけられているわけではないものの、契約締結の拒絶が損害賠償義務を発生させ、当事者がその自由を完全に有するとは言えない場合もある。そこで、素案(1)は、原則として当事者が契約をするかどうかを決定する自由を有することとしつつ、「法令に別段の定めがある場合を除き」という留保を付すこととしている。

- (2) 素案(2)は、契約自由の原則のうち方式の自由を明示するものである。もっとも、法律上、契約が成立するために一定の方式を備えることを要件とする規定がある（保証契約に関する民法第446条第2項等）。また、当事者が契約書の作成などを待って契約を成立させることを合意している場合がある。このような場合には、合意のみによって直ちに契約が成立するのではなく、契約が成立するためには、法定の方式が具備

されることや、当事者が契約を成立させるために必要であるとした方式が具備される必要がある。そこで、素案(2)では、基本的には契約は合意のみによって成立することとしつつ、「法令に特別の定めがある場合」と「当事者間に別段の合意がある場合」という二つの場合をその例外として定めている。

(3) 素案(3)は、契約自由の原則のうち、契約内容を決定する自由を明文化するものである。もともと、どのような内容であっても当事者が合意した以上それが契約内容になるというわけではなく、強行規定に反したり、公序良俗に反する内容の合意をしたとしても、強行規定に反する部分の効力が否定されたり、契約自体が無効になる場合がある。素案(3)は、契約内容を決定する自由に対するこのような制約を「法令の制限内において」と表現している。

3 中間試案からの変更点

中間試案においては、内容決定の自由のみを規定し、契約締結の自由、相手方選択の自由、方式の自由については規定を設けないこととされていた。これは、内容決定の自由以外については法技術的な意味が乏しいと考えたことや、契約締結の自由、相手方選択の自由については、その自由を強調することに対する懸念も示されたからである。しかし、契約自由の原則のうち内容決定の自由だけを取り出して規定を設けるのはバランスを失すとも考えられ、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見にも同様のものが見られた。また、契約締結の自由については、「契約締結の自由と契約交渉の不当破棄」の項目において、契約を締結しなくても損害賠償責任を負わないという形ではあるが、当事者がこの自由を有するという原則を明文化することが提案されていたことからすると、これを明文化しないという理由も必ずしも決定的ではない。

そこで、素案では、内容決定の自由だけでなく、契約締結の自由、相手方選択の自由、方式の自由も含めて明文化することとし、これらを明文化することによる懸念に対しては、法律上の制限があることを併せて明文化することによって対応しようとしている。

2 債務の履行が契約成立時に不能であった場合の契約の効力

契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であった場合の契約の効力について、次のような規律を設けるものとする。

契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったときであっても、契約は、そのためにその効力を妨げられない。

○中間試案第26、2「履行請求権の限界事由が契約成立時に生じていた場合の契約の効力」

契約は、それに基づく債権の履行請求権の限界事由が契約の成立の時点で既に生じていたことによっては、その効力を妨げられないものとする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

契約に基づく債務の履行が契約締結時にすでに履行不能であった場合の当該契約の効力について、現行法は規定を設けていない。そのため、このような契約の効力は解釈に委ねられている。判例には、傍論ではあるが、原始的に不能である場合には契約は無効であるとしたものがある（昭和25年10月26日民衆4巻10号497頁）。

しかし、学説上は、原始的不能の契約は必ずしも無効ではないという見解が現在はいずれも多数となっており、原始的不能の契約が無効であるという理解は揺らぎつつある。

2 改正の内容

素案は、契約に基づく債務の履行が契約成立時に既に不能であったことは契約の無効原因にならないという規定を設けるものである。これは、次の理由に基づく。第1に、契約に基づく債務の履行が成立時から不能であったか成立後に不能になったかは偶然の事情に基づくものであり、場合によってはきわめて小さい時間差しかない場合もあるのに、契約の効力の有無や損害賠償の範囲の点で効果が大きく異なるのは相当ではない。第2に、契約を締結した当事者はそれに基づく債務の履行が可能であると考えて契約を締結するのであり、その履行がされなかった場合には、それが原始的に不能であったかどうかにかかわらず履行利益の賠償を認めなければ、債権者に不測の損害をもたらす場合がある。

もっとも、契約に基づく債務の履行がその成立時に既に不能であったことが他の無効原因に該当する場合に、その契約が無効になるのは言うまでもない。たとえば、当事者が、履行が可能であると認識して契約を締結したところ、実は契約成立時に既に履行は不能であった場合には、錯誤無効の要件を満たすのであれば、契約は無効になる。また、契約の解釈によって、当事者が、履行が不能であれば契約を無効とする合意をしていたと解されるときは、その合意の効力として契約が無効となる場合もあり得る。

【取り上げなかった論点】

○ 中間試案第26、3「付随義務及び保護義務」

中間試案においては、付随義務について「相手方が当該契約によって得ようとした利益を得ることができるよう、当該契約の趣旨に照らして必要と認められる行為をしなければならない」という規定を、保護義務について「相手方の生命、身体、財産その他の利益を害しないために当該契約の趣旨に照らして必要と認められる行為をしなければならない」という規定を、それぞれ設けることとされていた。現在でも、当事者間で明示又は黙示に合意された義務のほかにこれを補充する様々な義務が認められているが、これに明文の根拠がないことから、信義則に依存するのではなく、これらの様々な義務の根拠となる規定を設けようとしたものである。

しかし、契約の当事者が義務づけられることになる「契約の趣旨に照らして必要と認められる行為」については、「相手方が当該契約によって得ようとした利益を得ることができるよう」「相手方の利益を害しないため」という目的によってどのような行為がこれに含まれるかの判断基準が一応示されることになり、少なくとも民法第1条第2項の抽象的な文言のみに比べると、規範の内容が明確になるという意見がある一方、その内容が十分に明確であるとは言えず、契約当事者の予測可能性が高まるかどうかには疑

問もあり得るし、裁判規範として十分に機能するかどうかには疑問も残るとの批判もある。部会においてもこのような規律の有用性については意見が分かれており、パブリック・コメントに寄せられた意見も分かれている。以上から、この論点については取り上げないこととした。

○中間試案第26、4「信義則等の適用に当たっての考慮要素」

中間試案においては、情報や交渉力において格差がある当事者間で締結される契約に関しては、信義則等の適用に当たってその格差の存在を考慮しなければならない旨の規定を設けることとされていた。これは、現在でも、信義則や権利濫用などの一般条項の適用に当たっては様々な事情が考慮されており、契約上これらの規定が問題になる場合には、当事者の情報格差や交渉力格差なども考慮されていると考えられることから、これを確認的に規定しようとするものである。

これに対しては、部会の意見も一致しているとは言えない上、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見も先鋭に対立している。すなわち、一方では、社会が多様化し、事業者間を含めて対等ではない契約関係が存在することを重視し、民法の基本となる考え方は弱者の利益にも配慮したものでなければならない等として、中間試案を支持する意見も多い。他方で、一般法である民法に弱者の保護を目的とする政策的な考慮を持ち込む必要はなく、民法に特定の属性に基づく規律を設けることは民法の基本法としての性格を大きく修正することになることや、これとは異なる視点から、様々な考慮要素の中から情報及び交渉力の格差だけを特別視すべきではないこと等を理由として反対する意見も強い。

中間試案は、現在でも考慮されている要素を、今日の社会におけるその重要性に鑑みて確認的に規定することを意図したものであり、これが民法の性格を変化させるという批判には疑問があるが、いずれにしても、中間試案のような規定を設けることについては民法の性質という根本的なレベルから批判する意見も見られるのであり、考慮される要素の修正や追加や削除によって調整を図る余地は乏しいものと思われる。そのため、この論点については取り上げないこととした。

第2 契約交渉段階（契約交渉の不当破棄）

契約交渉の不当破棄について、次のような規定を設けるものとする。

契約を締結するための交渉の当事者が、契約の成立が確実であると相手方に信じさせるに足りる行為をしたにもかかわらず、正当な理由なく契約の成立を妨げたときは、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負う。

○中間試案第27、1「契約締結の自由と契約交渉の不当破棄」

契約を締結するための交渉の当事者の一方は、契約が成立しなかった場合であっても、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。ただし、相手方が契約の成立が確実であると信じ、かつ、契約の性質、当事者の

知識及び経験、交渉の進捗状況その他交渉に関する一切の事情に照らしてそのように信ずることが相当であると認められる場合において、その当事者の一方が、正当な理由なく契約の成立を妨げたときは、その当事者の一方は、これによって相手方に生じた損害を賠償する責任を負うものとする。

(注) このような規定を設けないという考え方がある。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

契約交渉が開始されても、契約が成立するまでは、当事者は契約を締結するかどうかを自由に決定することができるのが原則である（第1、1参照）。しかし、交渉の経緯によっては、当事者が契約交渉を破棄した場合などに、信義則上の義務違反を根拠として、交渉を破棄した当事者は相手方に対して損害賠償責任を負うとした裁判例もあり、学説上も、契約締結の自由に対する制約があることは支持されている。もっとも、契約交渉を破棄した場合に当事者が損害賠償義務を負う場合があるという法理には明文の根拠はなく、現在はその根拠は信義則という一般条項に求めざるを得ない。しかし、民法第1条第2項の抽象的な文言から、契約交渉段階で交渉を不当に破棄してはならないという義務を読み取るのは困難である。そこで、素案は、上記の判例や学説等を踏まえて、契約交渉の当事者が契約締結の自由の例外として損害賠償義務を負う場合について規定を設けるものである。

2 改正の内容

素案は、契約交渉の当事者が、契約交渉の過程において相手方が契約の成立を信頼してもやむを得ないと言えるような作為又は不作為による態度を示し、それにもかかわらずその後には契約の締結を拒むなどの契約の成立を妨げる行為をした場合には、それによって相手方に生じた損害を賠償しなければならないこととするものである。

あくまで契約を締結するかどうかは当事者が自由に判断することができるのが原則であることからすると、契約交渉の破棄が損害賠償義務を発生させるのは、それが相手方の信頼に反する形でされた場合であることが必要であると考えられ、相手方の信頼に反するといえるのは、一方で契約の成立を相手方に信じさせるような行為をしながら、これと矛盾する行為をした場合であると考えられる。素案が、交渉の当事者が契約の成立を相手方に信じさせる行為をしながら、他方で契約の成立を妨げた場合に損害賠償義務を負うとしているのは、このような理由に基づく。

3 中間試案からの相違点

中間試案においては、原則的な規定として、契約交渉の当事者は最終的に契約が締結されなかったとしても損害賠償義務を負わない旨の規定を設けることとされていた。しかし、この原則については契約自由の原則の一内容として規定を設けることとしているので、これとの重複を避ける趣旨で、この項目においては原則的な規定は設けないこととした。

契約交渉の不当破棄が損害賠償義務を生じさせる要件として、中間試案においては、相手方が契約の成立が確実であると信じ、そのことが相当であること、当事者の一方が

正当な理由なく契約の成立を妨げたことを定めていた。このうち後者については素案においても維持しているが、前者については、相手方が、契約成立を信じ、それが相当であることという要件から、当事者の一方が相手方を信じさせるに足りる行為をしたことに改めている。これは、中間試案の要件では、相手方が相当の理由によって契約成立を信じたのであれば、その信頼が必ずしも当事者の行為によって引き起こされたものでなくてもその当事者の損害賠償義務を発生させるとも理解し得るが、それは適当ではないと考えたからである。素案では、当事者が契約成立が確実であると相手方に信じさせる行為をしたにもかかわらず、契約の成立を妨げた場合に損害賠償義務が生ずることとして、その要件を明確化することを意図している。

第3 売買

1 手付（民法第557条関係）

民法第557条第1項の規律を次のように改めるものとする。

買主が売主に手付を交付したときは、買主はその手付を放棄し、売主はその倍額を現実に提供して、契約の解除をすることができる。ただし、その相手方が契約の履行に着手した後は、この限りでない。

○中間試案第35、2「手付（民法第557条関係）」

民法第557条第1項の規律を次のように改めるものとする。

買主が売主に手付を交付したときは、買主はその手付を放棄し、売主はその倍額を現実に提供して、契約の解除をすることができるものとする。ただし、その相手方が契約の履行に着手した後は、この限りでないものとする。

（説明）

1 現行の規定及び問題の所在

(1) 民法第557条第1項は、手付解除の要件について、「当事者の一方が契約の履行に着手するまでは」と規定しており、この文言からは、手付解除をしようとする者自身が履行に着手した場合にも手付解除ができなくなるように読める。しかし、判例（最判昭和40年11月24日民集19巻8号2019頁）は、同項が契約の履行に着手した後の手付解除をすることができないとした趣旨は、履行に着手した解除の相手方を保護する点にあるという理解に立って、相手方が履行に着手するまでは、履行に着手した当事者による手付解除が可能であるとしている。

これに対し、履行に着手した当事者による手付解除を無制限に認めると、相手方に不測の損害を与えるおそれがあるとの学説も有力であるが、履行を信頼したことにより損害を被る場合はその当事者について履行の着手があると評価できることが多いと考えられる上、手付解除をしようとする当事者本人が履行の着手をしたことにより相手方に契約が手付解除されることはないとの期待を抱かせたにもかかわらず、それを不当に裏切るような行為に対しては、信義則等による救済も可能であると考えられる。また、実務上も、不動産売買に関してこの判例法理に基づく取扱いが定着していると

言われている。そこで、民法第557条第1項の文言と上記の判例法理との齟齬を解消する観点から、これを明文化する必要がある。

また、「履行の着手」があったことの主張立証責任の所在も民法第557条第1項の文言からは判然としないが、手付解除を争う相手方が主張立証責任を負担するとするのが裁判実務であるため、これも明文化する必要がある。

- (2) 売主からの手付解除（いわゆる手付倍戻し）の要件として、民法第557条の文言は「倍額を償還」とあり、「償還」という文言からは現実の払渡し（買主が受領を拒んだ場合には倍額の供託）を要するようにも読める。判例（大判大正3年12月8日民録20巻1058頁、最判平成6年3月22日民集48巻3号859頁等）は、現実の払渡しをしなくても売主が買主に倍額の提供をすることにより手付解除をすることができるが、その「提供」は相手方の態度如何によらず「現実の提供」を要としている。買主が受領を拒絶している場合にまで現実の払渡しを要するのであれば、売主に不可能を強いることになること、「現実の提供」を要することにより買主の手付解除との均衡も取ることができるとすることなどから、この判例法理は合理的であり、一般的にも支持されていることから、この判例法理も明文化する必要がある。

2 改正の内容

素案本文は、売主からの手付解除の要件を「現実の提供」とするものである。なお、買主の態度如何によって例外的に口頭の提供等で足りる場面があるか否かについては、解釈に委ねるものとしている。

素案ただし書は、手付解除の相手方が履行に着手した後は解除することができないこととともに、「履行に着手した」ことの主張立証責任を手付解除の相手方が負うことを定めるものである。

2 売主の義務

次のような規定を新たに設けるものとする。

- (1) 売主は、移転すべき権利の内容（他人の地上権、抵当権その他の権利の負担の有無を含む。）に関し、その売買契約の趣旨に適合するものを買主に移転する義務を負う。
- (2) 売主は、売買の目的が物であるときは、性状及び数量に関して、その売買契約の趣旨に適合するものを引き渡す義務を負う。
- (3) 他人の権利を売買の目的としたとき（権利の一部が他人に属するときを含む。）は、売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負う。
- (4) 売主は、買主に対し、登記、登録その他の売買の目的である権利の移転を第三者に対抗するために必要な行為をする義務を負う。

○中間試案第35、3「売主の義務」

(1) 売主は、財産権を買主に移転する義務を負うほか、売買の内容に従い、次に掲げる義務を負うものとする。

ア 買主に売買の目的物を引き渡す義務

イ 買主に、登記、登録その他の売買の内容である権利の移転を第三者に対抗するための要件を具備させる義務

(2) 売主が買主に引き渡すべき目的物は、種類、品質及び数量に関して、当該売買契約の趣旨に適合するものでなければならないものとする。

(3) 売主が買主に移転すべき権利は、当該売買契約の趣旨に適合しない他人の地上権、抵当権その他の権利による負担又は当該売買契約の趣旨に適合しない法令の制限がないものでなければならないものとする。

(4) 他人の権利を売買の内容としたとき（権利の一部が他人に属するときを含む。）は、売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負うものとする。

（注）上記(2)については、民法第570条の「瑕疵」という文言を維持して表現するという考え方がある。

（説明）

1 素案(1)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第555条は、財産権移転義務を定めているが、移転すべき権利の内容については明らかにされていない。そこで、移転すべき権利の内容を明らかにする必要がある。

移転すべき権利に瑕疵があった場合の規律については（いわゆる権利の瑕疵）、民法第561条以下の規定群がある。この規定群については、素案(2)において詳述する物の瑕疵に関する民法第570条と同様に、債務不履行の一般原則との関係が必ずしも明確でないと指摘されており、理論的にもいわゆる法定責任説と契約責任説とが対立するなど、規定内容の理解が困難な領域の一つと言われている。

もっとも、判例は、他人物売買において、民法第561条の規定にかかわらず、買主が他人物であることにつき悪意の場合でも、他人の権利を移転しないことにつき売主に帰責事由がある限り、債務不履行責任を追及することができるとしている（最判昭和41年9月8日民集20巻7号1325頁）。また、この判決の調査官解説は、不可抗力でもない限り売主の帰責事由は肯定されると指摘している。これらを見ると、権利の瑕疵に関する売主の責任を論ずるに当たり、売主が売買の目的たる権利の移転をどこまで引き受けていたかについての契約解釈が重要な意味を有するとの認識は、裁判実務においても受容されていると思われる。また、契約実務においても、抵当権等の担保権及び賃借権等の用益権その他買主の完全な所有権の行使を阻害する一切の負担を排除する等の約定が、不動産売買を中心に広く用いられていることを考慮すると、民法第561条から第567条までに規定されたいわゆる権利の瑕疵と称される場面については（後記のとおり、民法第565条の数量指示売買については素案(2)で規律している。）、移転すべき権利に関する売主の義務を基本的に契約上の義務と整理した上で、その規定内容を明確化するのが相当である（中間試案第35、3(3)参照）。

(2) 改正の内容

素案(1)は、売主が移転すべき権利の内容（他人の地上権や抵当権等の権利の負担の

有無を含む。)は、売買契約の趣旨に適合したものでなければならないこととしたものである。

なお、売買の目的を地役権付きの土地所有権としたような場合には（民法第566条第2項参照）、実際には地役権がなかったとしても、売主が移転すべき権利の内容は「地役権付きの土地所有権」となることが想定されている。

2 素案(2)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

ア 目的物の引渡し義務について

民法第555条は、売主に財産権の移転義務があることのみを規定しているが、売主には、売買の目的が有体物であれば買主に目的物を引き渡す義務がある（判例通説）。この義務は、売主の基本的な義務であることから明文化する必要がある（中間試案第35、3(1)ア参照）。

イ 売買の目的物の性状等に関する売主の義務について

目的物の性状等に関する売主の責任の在り方については、主には民法第570条の解釈論（取り分け同条の法的性質論）として論じられてきた。その背景には、同条及び同条が準用する同法第566条は、買主の救済手段として、損害賠償請求権及び解除権の二つを示すのみであり、同法第570条と債務不履行の一般原則との関係や、当該瑕疵に基づいて買主が売主に対して瑕疵の修補や代替物の引渡しなどの履行の追完を請求することができるか否かといった基本的な問題点について、規定上不明確なところがある。これらの問題の解決については、いわゆる瑕疵担保責任の法的性質の理解とも絡む多様な学説があり、判例の立場も必ずしも一貫した理解が容易でないと指摘されている。

いわゆる法定責任説の典型的な考え方は、目的物が不特定物か特定物かによって救済の体系を峻別し、前者については一般原則によるとして買主の追完請求権、損害賠償請求権や契約の解除権を肯定しつつ、特定物である場合には民法第570条によるとして売主の追完義務を一律に否定するというものであるが、この考え方は非常に硬直的であり、工業製品が目的物の中心となっている現代の取引実務に適合的ではない。そうすると、民法において規定すべき売主の義務としては、目的物が不特定物であるか特定物であるかを問わず、売主は当該売買契約の趣旨に適合した目的物を引き渡す契約上の義務を負っているとするのが適切であり、この考え方に基づき売主の義務を明文化する必要がある（中間試案第35、3(2)参照）。

ウ 「瑕疵」の判断基準の明確化等

民法第570条では「瑕疵」という文言が用いられている。この文言からは、客観的な瑕疵のみを意味するようにも読めるが、裁判実務においては、いわゆる主観的な瑕疵も「瑕疵」に含める解釈がされている。そこで、これまでの「瑕疵」についての解釈の蓄積等を踏まえ、その意味内容を可能な限り条文上明らかにする方を講じることが望ましい。

民法第570条にいう「瑕疵」の有無の判断は、より具体的には、目的物が本来備えるべき性状を確定した上で、その「備えるべき性状」との対比において、実際

の目的物が当該「備えるべき性状」を有しているかどうかの評価であると考えられる。したがって、瑕疵の意義を条文上明記するのに際しては、「備えるべき性状」を確定する際に何を基準に求めるかを整理した上で、それを条文においてどのように表現するかを検討する必要がある。

この「備えるべき性状」をどのように画するかにつき、学説上、いわゆる主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念との対立が言われることがある。すなわち、主観的瑕疵概念は、契約において予定されていた性状を欠いていることをもって瑕疵を有すると考えるのに対し、客観的瑕疵概念は、目的物が通常有すべき性状を欠いているか否かという基準により瑕疵の有無を判断するとされる。もっとも、両者を対立的に捉える必要はないように思われる。すなわち、主観的瑕疵概念を採る立場においても、あるべき性状の確定につき、明示ないし黙示の合意内容を探求することのみに終始することなく、契約をめぐる諸事情から認められる契約の趣旨に照らして（そこでは、取引通念も考慮要素に含まれ得る。）、目的物が有しているべき性状を確定するのであって、そこでは客観的・規範的考慮が排除されているわけではない。また、客観的瑕疵概念に依拠するとしても、「通常有すべき性状」を画定する際に、契約をした目的等を一切捨象しているわけではないし、目的物の性状につき当事者間に合意がある場合にはそれが優先的に考慮されると考えられる。そうすると、瑕疵の存否は、結局、契約の趣旨を踏まえて目的物が有すべき性状を確定した上で、引き渡された目的物が当該あるべき性状に適合しているか否かについての客観的・規範的判断に帰着すると考えられ、裁判実務においても、民法第570条の「瑕疵」に該当するか否かは、基本的にこのような手法で判断されている（最判平成22年6月1日民集64巻4号953頁、最判平成25年3月22日判タ1389号91頁）。以上に基づき、「瑕疵」概念を明文化する必要がある（中間試案第35、3(2)参照）。

(2) 改正の内容

素案(2)は、売買の目的が有体物である場合には、売主が買主に目的物を引き渡す義務を負うことを定めるとともに、その引き渡すべき目的物は、それが不特定物であるか特定物であるかを問わず、性状及び数量に関して、当該売買契約の趣旨に適合したものでなければならないものとするものである。

これは、民法第565条（数量不足及び一部滅失）及び第570条（隠れた瑕疵）の適用場面をカバーするものである。数量不足及び一部滅失をここに含めているのは、これらは講学上いわゆる権利の瑕疵と分類されているが、むしろ物理的な欠陥と質的な連続性があると考えられ、そうすると、履行の追完を請求する権利や代金減額請求権を含む買主の救済手段のあり方についても物理的な欠陥の場合と共通の処理をすべきであると考えられるからである。

(3) いわゆる法律上の瑕疵について

いわゆる法律上の瑕疵の取扱いについては、現行法上明文規定がない。法律上の瑕疵を民法第570条の「物の瑕疵」に当たると解釈すると、同条ただし書により同法第568条の強制競売における担保責任に含まれないことになるが、同法第566条

のいわゆる権利の瑕疵に当たると解釈すると強制競売における担保責任に含まれることになる。判例（最判昭和41年4月14日民集20巻4号649頁等）は、建築基準法、都市計画法等の法令による用途制限（いわゆる「法律上の瑕疵」）がある場合について、同法第570条の「瑕疵」に含めて解釈をしているが、近時の下級審裁判例の中には、同条ではなく同法第568条及び第566条を類推適用して買受人の救済を図ったものもあり（東京高判平成15年1月29日判例時報1825号71頁、名古屋高判平成23年2月17日判例時報2145号42頁）、法律上の瑕疵の取扱いについての判例実務は定まっていない状況にあるとも言える。

中間試案第35、8では、物の性状に関するものを含めて契約不適合があれば、強制競売における担保責任が生ずるとする案が提示されていたが、この点について後記8のとおり現行法を維持することとする場合には、法律上の瑕疵を強制競売の担保責任に含めるか否かが改めて問題となる。ここでは、上記のとおり、この論点に関する判例実務が必ずしも定まっていないことを考慮して、明文化せずに解釈に委ねることとしている。

3 素案(3)について

素案(3)は、民法第560条を実質的に維持するものである（中間試案第35、3(4)参照）。移転すべき権利の全部が他人に属する場合（同法第561条参照）のみでなく、その一部が他人に属する場合（同法第563条第1項参照）をも適用場面とすることを明示して、売主は権利を取得して買主に移転する契約上の義務を負うことを定めている。

4 素案(4)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第555条は、売主に財産権の移転義務があることのみを規定しているが、売主には、対抗要件制度があれば買主に対抗要件を具備させる義務があるとされている（判例通説）。この義務は、売主の基本的な義務であることから明文化する必要がある（中間試案第35、3(1)イ参照）。

(2) 改正の内容

素案(4)は、売主が買主に対抗要件を具備させる義務があることを定めるものである。

3 売主の追完義務

次のような規定を新たに設けるものとする。

- (1) 引き渡された目的物が性状及び数量に関して契約の趣旨に適合しないものであるときは、買主は、その内容に応じて、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる。
- (2) 買主が請求した履行の追完の方法と異なる方法を売主が提供する場合において、売主の提供する方法が契約の趣旨に適合し、かつ、買主に不相当な負担を課するものでないときは、履行の追完は、売主が提供する方法による。

○中間試案第35、4「目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任」
民法第565条及び第570条本文の規律（代金減額請求・期間制限に関するも

のを除く。)を次のように改めるものとする。

(1) 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであるときは、買主は、その内容に応じて、売主に対し、目的物の修補、不足分の引渡し又は代替物の引渡しによる履行の追完を請求することができるものとする。ただし、その権利につき履行請求権の限界事由があるときは、この限りでないものとする。

(2) 略

(3) 売主の提供する履行の追完の方法が買主の請求する方法と異なる場合には、売主の提供する方法が契約の趣旨に適合し、かつ、買主に不相当な負担を課するものでないときに限り、履行の追完は、売主が提供する方法によるものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第570条は、目的物に瑕疵があった場合に、買主がその修補や代替物の引渡しといった履行の追完の請求をすることができるか否かについて言及していない。

従来、法定責任説の考え方では、特定物売買の場合はこれらの請求ができず、不特定物売買の場合にはこれらの請求ができるとされ、契約責任説の考え方では、特定物売買の場合も不特定物売買の場合もこれらの請求ができるとされてきたが、この点については、前記2(2)において契約の趣旨に適合した目的物の引渡義務を負う旨を定めることにより、契約責任説の立場に立つことを明らかにした。

また、前記2(2)の説明において述べたとおり、売買の目的物における工業製品等の占める割合が大きくなっている現代社会においては、不特定物売買の重要性が高まるとともに、例えば中古車売買のように特定物か不特定物かの区別によって取扱いを異にする合理性が乏しいと考えられる場面が増えている。このため、目的物が特定物か不特定物かを問わず、修補又は代替物の引渡しといった追完による対応が合理的であると認められる場面は、実際上也広く存在するようになっている。

以上より、特定物か不特定物かを問わずに、修補等の追完請求権を明文化する必要がある。

(2) 改正の内容

素案(1)本文は、特定物売買であるか不特定物売買であるかを問わず、引き渡された目的物が性状及び数量に関して契約の趣旨に適合していない場合に、買主が、その内容に応じて、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができるものとするものである。また、例えば新品の機械の売買において目的物に不具合がある場合など、ある契約不適合の追完につき修補による対応と代替物の引渡しによる対応のいずれもが想定される場合に、いずれを請求するかは買主の選択に委ねることとしている。適切な追完がされることに最も強い利害を有するのは買主であるから、買主に第一次的な選択権を与えるのが相当であると考えられるからである。

なお、中間試案第35、4(1)では、ただし書で履行請求権の限界事由がある場合の規律が置かれていたが、債務の履行が不能である場合の規律（部会資料68A第1、2）が追完請求権にも適用されることは明らかであると考えられることから、素案(1)ではこれを重ねて取り上げないこととしている。

2 素案(2)について

(1) 問題の所在

目的物の契約不適合の内容によっては、目的物の修補と代替物の引渡しといった複数の追完手段による対応が考え得る場面があるが、上記のとおり、素案(1)において、売主の提供する追完方法と買主の請求する追完方法とが異なる場合には、原則として買主の選択する追完方法によることとした。しかし、契約不適合の目的物を引き渡した売主に対する非難可能性はさまざまであって、買主による追完方法の選択を常に甘受すべきであるとは言えない。債務不履行をした売主に権利的な対抗手段を認めることには違和感があるとして、信義則や権利濫用（民法第1条第2項及び第3項）等の一般条項による解決に委ねれば足りるとの指摘もあるが、追完方法の適否は、売主と買主の利害が最も先鋭的に対立し、深刻な紛争となりやすい場面でもあるから、追完方法の選択を巡る紛争の解決を一般条項の解釈に委ねるのみでは、紛争解決の透明性を確保する観点からは不十分である。そこで、買主に追完方法の第一次的な選択権を与えつつも、一定の場合には売主の提供する追完方法が優先する旨の規定を設ける必要がある。その具体的な要件としては、買主に与えられる第一次的な選択の利益を不当に害しないものとするために、売主の提供する追完の方法が契約の趣旨に適合し、かつ、買主に不相当な負担を課すものでないことを要するものとするのが相当と考えられる。

(2) 改正の内容

素案(2)は、買主の選択する履行の追完の方法と売主が提供する追完の方法とが異なるときは、売主の提供する追完の方法が契約の趣旨に適合し、かつ買主に不相当な負担を課すものでないときに限り、履行の追完は、売主が提供した方法によることとするものである。

4 買主の代金減額請求権

次のような規定を新たに設けるものとする。

(1) 引き渡された目的物が性状及び数量に関して契約の趣旨に適合しないものである場合において、買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、売主がその期間内に履行の追完をしないときは、買主は、意思表示により、その不適合の割合に応じて代金の減額を請求することができる。

(2) 次のいずれかに該当するときは、買主は、上記(1)の催告をすることなく、直ちに代金の減額を請求することができる。

ア 履行の追完が不能であるとき。

イ 売主が履行の追完をする意思がない旨の確定的な意思表示をしたとき。

ウ 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内

に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、売主が履行をしないでその時期を経過したとき。

エ 買主が催告をしても履行の追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき。

- (3) 引き渡された目的物が性状及び数量に関して契約の趣旨に適合しないものである場合において、その不適合が契約の趣旨に照らして買主の責めに帰すべき事由によるものであるときは、買主は、代金の減額を請求することができない。

○中間試案第35、5「目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の代金減額請求権」

前記4（民法第565条・第570条関係）に、次のような規律を付け加えるものとする。

(1) 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものである場合において、買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、売主がその期間内に履行の追完をしないときは、買主は、意思表示により、その不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができるものとする。

(2) 次に掲げる場合には、上記(1)の催告を要しないものとする。

ア 履行の追完を請求する権利につき、履行請求権の限界事由があるとき。

イ 売主が履行の追完をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、売主が履行の追完をする見込みがないことが明白であるとき。

(3) 上記(1)の意思表示は、履行の追完を請求する権利（履行の追完に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。）及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示と同時にしなければ、その効力を生じないものとする。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

現行法は、物の瑕疵がある場合の買主の救済手段として、代金減額請求権を規定していない。その理由として、起草者は、物の瑕疵については減少すべき金額の算定が困難であると説明している。しかしながら、瑕疵による減価分についての損害賠償が認められている以上、代金減額請求権を否定する理由として必ずしも説得的なものとは言えないと考えられる。売買契約のような典型的な有償契約において対価関係にある債権債務の等価的均衡を維持する必要性があることには異論がないと考えられるが、そうであれば、権利の一部移転不能や数量不足の場合（民法第563条、第565条）と同様に、目的物の性状に契約不適合があった場合にも、等価的均衡を維持するための代金減額請求権を認めるのが相当である。

2 改正の内容

(1) 素案(1)について

素案(1)本文は、引き渡された目的物が契約不適合の場合における買主の救済手段と

して、その不適合の程度に応じて代金の減額を請求する権利（代金減額請求権）を付与する旨の規定を設けるものである。この権利は、履行の追完を請求する権利につき履行が不能である場合や、債務不履行による損害賠償につき免責事由がある場合であっても行使することができる点に存在意義がある。代金減額請求権は形成権であり、訴訟外における買主の一方的な意思表示で効力が生ずる。売主の側で不適合の追完をする利益に配慮する観点から、その原則的な行使要件として、相当の期間を定めた追完の催告を経ることを必要としている。したがって、その期間内に買主が求める内容による追完の提供がされたときは、買主は、代金減額請求権を行使することができない。また、売主が買主の選択と異なる追完の提供をした場合であっても、その内容が前記3(2)の要件に該当するときは、弁済の提供の効力を生ずるから、同様に代金減額請求権を行使することができない。

(2) 素案(2)について

素案(2)は、代金減額請求権の行使要件としての履行の追完の催告が不要となる場合を規定するものである。履行の追完をする売主の利益に配慮する必要がない場合には、履行の追完の催告が無意味になるので、ここでは無催告で解除をすることができる場合と同様の規律を設ける必要があると考えられる。その表現方法について、中間試案第35、5(2)では、履行に代わる損害賠償請求の箇所の書き方（中間試案第10、3(2)参照）を参考として簡略に表現していたが、解除の要件との関係が分かりにくいという問題があるように思われる。そこで、無催告で契約の解除をすることができる場合を定めた部会資料68A第3、1(2)(3)及び2(1)(4)の要件にならい、素案(2)アからエまでの要件を満たす場合には、代金減額請求の要件として追完の催告を不要とした。なお、部会資料68A第3、2(2)の規律（一部不能の場合の無催告解除）を代金減額請求権に当てはめると、契約不適合の部分の追完が不能である場合に、残存する部分のみでは買主が売買契約をした目的を達することができないときは、買主は代金全額の減額請求をすることができるという規律になると考えられ、これは全部解除の規律に委ねれば足りるものと考えられる。したがって、無催告で代金減額請求をすることができる場合に関する素案(2)では、部会資料68A第3、2(2)にならった規律は設けないこととしている。

(3) 素案(3)について

中間試案第35、5では、代金減額請求について、契約不適合が買主の帰責事由による場合の規律を特に設けていなかった。しかし、代金減額請求は契約の一部解除の性質を有するところ、契約の解除については、債務不履行が債権者の帰責事由によるものであるときは契約の解除をすることができないという規律がある（部会資料68A第3、1(4)、2(3)）。契約不適合が売主の帰責事由によらないことを理由として代金減額請求を否定することはできないが、その契約不適合が買主の帰責事由によるものである場合にまで代金減額請求を認めるべきではないと考えられる。そこで、素案(3)では、契約不適合が買主の帰責事由によるものであるときには代金減額請求ができないこととしている。

なお、前記3の売主の追完義務においても、契約不適合が買主の帰責事由によるも

のである場合に買主が履行の追完の請求をすることができない旨の規律が必要か否かが問題となり得る。特に後記12(2)において、いったん目的物の引渡しの提供がされるとそれ以後に目的物の滅失又は損傷が生じたとしても、それが売主の帰責事由によるものでなければ、買主は履行の追完等を行うことができないこととする規律を提案しているが、これとの均衡上、引渡しの提供より前の段階であったとしても、目的物の滅失又は損傷が買主の帰責事由によるものである場合には、買主に履行の追完請求等を認めるべきではないとも考えられる。代金減額請求（素案(3)）、契約の解除（後記5、部会資料68A第3、1(4)及び2(3)）及び損害賠償請求（後記5、部会資料68A第2、1(2)）については、引渡しの提供より前の段階であっても、契約不適合が買主の帰責事由によるものである場合には、買主はこれらの権利行使を行うことができないという案が示されている。この点について、どのように考えるか。

(4) 中間試案第35、5(3)について

中間試案第35、5(3)では、代金減額請求権行使の意思表示につき、履行の追完を請求する権利（履行の追完に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。）及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示と同時にしなければその効力を生じないものとしていた。これは救済手段の関係を明確にするとともに、形成権である代金減額請求の行使によりこれと矛盾する権利を喪失するとの規律を単純に導入すると、交渉過程で値引きの要求をしたことが代金減額請求権行使の意思表示とされて、履行の追完を請求する権利等を喪失するという予想外の事態が生ずるおそれがあることから、これを防止して買主を保護することを意図したものであった。

しかし、この論点については、パブリック・コメントの手續において、実際の民事紛争の場面では、全部解除や損害賠償請求等を希望しつつも、これらが認められるかどうか不明確である場合に、予備的に代金減額請求権を行使したい場合があり、解除権等の放棄を要件としてしまうと、柔軟な民事紛争の解決ができなくなってしまうこと等を理由として、多くの反対意見が寄せられている。このような意見分布を踏まえ、矛盾する他の救済手段を行使することができないことは明文規定がなくても解釈論として導くことが可能であると考えられることなどを考慮し、中間試案第35、5(3)の規律については、設けないこととした。

5 損害賠償の請求及び契約の解除

民法第565条及び第570条本文の規律（代金減額請求及び期間制限に関するものを除く。）を次のように改めるものとする。

引き渡された目的物が性状及び数量に関して契約の趣旨に適合しないものであるときは、買主は、債務不履行一般の規定による損害賠償の請求及び契約の解除をすることができる。

○中間試案第35、4「目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任」

民法第565条及び第570条本文の規律（代金減額請求・期間制限に関するものを除く。）を次のように改めるものとする。

(2) 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、債務不履行の一般原則に従って、その不履行による損害の賠償を請求し、又はその不履行による契約の解除をすることができるものとする。

(説明)

1 問題の所在

民法第565条及び第570条では、それぞれ同法第563条や同法第566条を準用し、売主の救済手段として損害賠償や解除が認められることを定めているが、この損害賠償等と債務不履行一般におけるそれとの関係については、瑕疵担保責任の法的性質論として論じられてきたところであり、これまで学説は多岐に分かれ、判例の立場も必ずしも一貫した理解が容易でないと指摘されてきた。この点については、前記2(2)の説明で述べたとおり、契約責任説の立場からの具体的な救済手段を明示する方向での改正を行う必要がある。その際に、前記2(2)では売主の引渡義務の具体的内容という観点から規律を置いているが、ここでは、その義務に違反して契約の趣旨に適合しない目的物を交付することが売主の債務不履行となり、債務不履行の一般原則が適用されることを明示する必要がある。

2 改正の内容

(1) 改正の内容

売主が引き渡した目的物が性状及び数量に関して契約の趣旨に適合していない場合には、買主は、売主に対して、債務不履行一般の規定により、損害賠償や解除をすることができる旨を定めるものである。

なお、民法第565条のうち同法第563条第1項（代金減額請求）を準用する部分については、前記4で対応している。また、同法第565条及び第570条でそれぞれ同法第564条及び第566条第3項（期間制限）を準用している部分については、後記7で対応している。

(2) 損害賠償について

損害賠償について、従来の法定責任説の立場からは、民法第570条による損害賠償責任は債務不履行の一般原則と異なり無過失責任である（免責が認められない）と解する一方、損害賠償の範囲については、信頼利益にとどまり履行利益までは認められないとの理解が示されることがある（もとよりこの点は法定責任説に分類される学説の間でも一様でない）。この理解を仮に前提として、今般の改正により債務不履行の一般原則に従って損害賠償が認められることとすると、帰責事由がない場合の免責を認める点では売主の責任が軽減される一方、損害賠償の範囲が履行利益にも及び得るとされる点で売主の責任が加重されるように見える。

しかし、損害賠償の免責の可否について、売主の債務のような結果債務については、債務不履行の一般原則によっても、帰責事由の欠如により損害賠償責任につき免責されるのは実際上不可抗力の場合などに限られるとの見方もあり、また、損害賠償責任につき免責事由があるとされる場合でも買主は代金減額請求権（前記4参照）の行使

が可能なので、具体的な帰結は、法定責任説から理解した現行法の実質とほぼ相違はないと言える。

また、損害賠償の範囲についても、そもそも伝統的学説や裁判例で言及される信頼利益や履行利益という概念自体、内実が不明確であるとの指摘があるほか、下級審裁判例においても、信頼利益の名の下に、瑕疵の修補に要した費用の賠償を認めるなど、実質的には履行利益の賠償を認めているものがあるとの指摘もあることからすると、損害賠償の範囲を一般原則に委ねることにより損害賠償責任の負担が重くなるというのは、必ずしも当を得た評価とは言えない。損害賠償の範囲が契約の趣旨を踏まえて確定されるのであれば（部会資料68A第2、6参照）、その範囲確定のあり方が現在の実務と大きく変更されるような事態は、想定しにくいように思われる。

(3) 契約の解除について

契約の解除について、民法第570条において準用する同法第566条は、契約の解除の要件として、瑕疵が「契約をした目的を達することができない」程度のものであることを要するとしている。今般の改正で、債務不履行による契約の解除の要件については、「契約をした目的を達することができないとき」（部会資料68A第3参照）とする案が検討されており、同法第570条を適用した場合と異なる帰結となることは想定されていない。なお、同条による解除について、現行法では催告は不要とされているが、「契約をした目的を達することができないとき」の判断に当たって「相当の期間」内の売主による追完の態様等も総合的に考慮するのならば、催告を解除の要件からあえて除外する必要はないと考えられる。

解除の要件としての帰責事由の点を見ると、民法第570条による解除について、条文上は売主の帰責事由が要件とされていないところ、今般の改正では、解除一般の要件として債務者の帰責事由の有無を問わないとすることが検討されており（部会資料68A第3参照）、帰責事由の要否との関係で解除が可能とされる範囲は変わらない。

(4) 「隠れた」という要件を設けないこと等について

目的物の性状が契約の趣旨に適合しない場合の買主の権利（前記4の代金減額請求権も含む。）の行使要件について、その不適合が「隠れた」（民法第570条）ものであるという要件は設けないこととしている。その理由は、以下のとおりである。

ア 瑕疵が「隠れた」ものであるとの要件について、判例は瑕疵に関する買主の（契約締結時における）善意無過失と解していると一般に言われているが（大判昭和5年4月16日民集9巻76頁参照）、過失があった買主については救済を全て否定するという結論は、買主に酷であると考えられ、買主の過失で瑕疵を見落としたような場合には過失相殺（民法第418条）により事案に応じた弾力的な解決を図るほうが適切であると考えられる。また、契約当事者が契約締結時点では瑕疵の存在を認識していても、売主が当該瑕疵を修補した上で買主に引き渡す義務を負うと解すべき事案があること（工業製品の売買においてはこのような場合は少なくないように思われる。）も念頭に置くと、契約締結時点における買主の主観的要件で一律に救済の可否を決する規律の在り方は適切でないと考えられる。

イ 瑕疵が「隠れた」ものであることを要件としたのは、明白な瑕疵は代金決定の際

に織り込まれているはずであるからと説明されているが、当該瑕疵が代金決定に当たって織り込まれているか否かの判断は、その目的物が性状に関して契約の趣旨に適合しているか否かの判断に帰着するように思われ、それに重ねて瑕疵が隠れているか否かを問題にする意義は乏しいと考えられる。

ウ 民法第565条においても、損害賠償及び解除について、買主の善意を要件としているが、同法第570条の「隠れた」の要件と同様に、不要とするものである。

6 権利移転義務の不履行に関する売主の責任等

民法第561条から第567条まで（同法第565条及び期間制限に関する規律を除く。）の規律を次のように改めるものとする。

前記3から5までの規定は、売主が買主に移転した権利の内容が契約の趣旨に適合しないものである場合及び売主が買主に権利の全部又は一部を移転しない場合について準用する。

○中間試案第35、8「権利移転義務の不履行に関する売主の責任等」

民法第561条から第567条まで（第565条を除く。）の規律を次のように改めるものとする。

(1) 売主が買主に売買の内容である権利の全部又は一部を移転せず、又は売主が移転した権利に前記3(3)に違反する他人の権利による負担若しくは法令の制限があるときは、買主は、売主に対し、一般原則に従って、その履行を請求し、その不履行による損害の賠償を請求し、又はその不履行による契約の解除をすることができるものとする。

(2) 上記(1)の債務不履行がある場合（移転すべき権利の全部を移転しない場合を除く。）において、買主が相当の期間を定めてその履行の催告をし、売主がその期間内に履行をしないときは、買主は、意思表示により、不履行の程度に応じて代金の減額を請求することができるものとする。

(3) 次に掲げる場合には、上記(2)の催告を要しないものとする。

ア 履行を請求する権利につき、履行請求権の限界事由があるとき。

イ 売主が履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、売主が履行をする見込みがないことが明白であるとき。

(4) 上記(2)の意思表示は、履行を請求する権利（履行に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。）及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示と同時にしなければ、その効力を生じないものとする。

(注) 上記(2)の規律は、抵当権等の金銭債務の担保を内容とする権利による負担がある場合については、適用しないものとするという考え方がある。

(説明)

1 問題の所在

前記2(1)のように、売主が、移転すべき権利の内容（他人の権利の負担の有無を含む。）

に関して、契約の趣旨に適合するものを移転する義務を負うこととすると、売主が契約の趣旨に適合しない権利を移転した場合には、不完全履行であるから、引き渡した目的物が契約不適合である場合と同様に、買主の追完請求、代金減額請求、債務不履行の一般原則に基づく損害賠償及び解除を認める必要があり、これらの規律を明文化する必要がある。また、他人物売買で全部又は一部の権利を移転しない場合についても、同様にこれらの規律を明文化する必要がある。

(1) 履行の追完について

移転した権利が契約不適合である場合（他人物売買で権利の全部又は一部を移転しない場合を含む。以下同じ。）、例えば、契約の趣旨に適合しない抵当権の負担があった場合にその抵当権を売主において消滅させるといった追完義務については、現行法上明文規定がない。しかし、前記2(1)において、売主には契約の趣旨に適合した権利を移転する義務があることから、売主には追完義務が認められるので、これを明文化する必要がある。

(2) 代金減額請求権について

現行法では、移転すべき権利の一部が他人に属する場合についてのみ代金減額請求権が規定されている（民法第563条第1項）。しかし、引き渡した目的物が契約の趣旨に適合しない場合について、等価的均衡の維持の必要性等を理由として代金減額請求権の規定を設けるものとしており（前記4参照）、この理は、移転した権利が契約不適合である場合にも広く妥当するものと考えられるので、この場合にも代金減額請求権を認める必要がある。

なお、売買の目的である権利に抵当権等の金銭債務の担保を内容とする権利の負担がある場合についても、この規律が適用されるものとするのが相当である。買主においてその金銭債務を弁済することを前提に、売主との法律関係については代金減額請求権の行使により終局的に処理することも想定されるからである（中間試案第35、8（注）の考え方は採用しない。）。

(3) 損害賠償の請求及び契約の解除について

民法第563条や同法第566条は、売主の救済手段として損害賠償や解除が認められることを定めているが、この損害賠償等と債務不履行一般におけるそれとの関係については、瑕疵担保責任の法的性質論として論じられてきたところであり、これまで学説は多岐に分かれ、判例の立場も必ずしも一貫した理解が容易でないと指摘されてきた。この点については、前記2(1)の説明で述べたとおり、契約責任説の立場からの具体的な救済手段を明示する方向での改正を行う必要がある。その際に、前記2(1)では売主の権利移転義務の具体的内容という観点から規律を置いているが、ここでは、その義務に違反して契約の趣旨に適合しない権利を移転することが売主の債務不履行となり、債務不履行の一般原則が適用されることを明文化する必要がある。

また、損害賠償及び契約の解除について、民法第561条、第563条及び第566条は、権利の瑕疵についての善意悪意といった買主の主観的要素を、損害賠償及び契約の解除の要件とし、債務不履行の一般原則とは異なる規律が設けられている。しかし、前記2(1)の規律を前提とすれば、売主がいかなる内容の権利移転義務を負って

いるかを契約解釈により確定した上で、その義務を履行したか否かを問題にすれば足り、買主が悪意であることのみを理由に一律に救済を否定すべき実質的理由はないと考えられる。取り分け、民法第566条第1項は、地上権等がある場合における売主の担保責任の要件として買主の善意を要求しているが、地上権等は登記をしなければ第三者に対抗することができず（民法第177条）、不動産について登記を確認しないで売買がされる事態は實際上想定し難いから、買主の善意悪意を問題にするより、むしろ登記されている地上権等の負担につき当事者の間でいかなる約定があったかを契約解釈により明らかにする方が適切な解決を導くことができると考えられ、買主の主観的要件で救済の可否を区別する現行法の規定の在り方は、合理性に乏しいと考えられる。以上を踏まえ、民法第561条、第563条及び第566条に規定されている買主の主観的要件は、これを不要とする必要がある。

2 改正の内容

素案は、前記3から5までを準用し、移転した権利が契約の趣旨に適合しない場合（他人物売買で権利の全部又は一部を移転しない場合を含む。）に、履行の追完、代金減額請求（中間試案第35、8(2)から(4)まで参照）、損害賠償及び契約の解除（中間試案第35、8(1)参照）ができることとするものである。なお、民法第565条については前記5で、期間制限の規律については後記7で対応しており、ここでは対象から除外している。

3 民法第562条を削除する理由

民法第562条は、他人物売買における善意の売主の解除権を定めている。これは、他人の権利であっても売主にはこれを取得して買主に移転する義務が生ずるので（民法第560条）、契約の解除を認めて善意の売主を保護する趣旨の規定である。しかし、他人物であることにつき善意であることのみで売主に契約から離脱する権利を認めることは、前記2(3)で売主に他人の権利を取得して買主に移転する義務を負わせたことと矛盾するものである。そこで、民法第562条は削除することとしている。

4 民法第567条第1項及び第3項を削除する理由

民法第567条第1項及び第3項は、先取特権又は抵当権の負担のある不動産の買主がこれらの権利の行使によりその所有権を失ったときに、買主が契約の解除及び損害賠償をすることができることを定めている。しかし、素案が準用する前記5により、契約の趣旨に適合しない先取特権又は抵当権の負担がある場合には、これらの権利が実行される前後を問わず、債務不履行の一般原則により、契約の解除及び損害賠償をすることができることから、同条第1項及び第3項の規定は、素案が準用する前記5で規律されており、重複した規定となることから、これを削除することとしている。

7 買主の権利の期間制限

(1) 民法第570条本文の規律のうち期間制限に関するものを、次のように改めるものとする。

売主が性状に関して契約の趣旨に適合しない目的物を買主に引き渡した場合において、買主がその不適合の事実を知った時から1年以内に当該事実を

売主に通知しないときは、買主は、その不適合を理由とする前記3から5までの規定による履行の追完の請求、代金減額の請求、損害賠償の請求又は契約の解除をすることができない。ただし、売主が引渡しの際に目的物が契約の趣旨に適合しないものであることを知っていたとき又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでない。

(2) 民法第564条（同法第565条による準用を含む。）及び第566条第3項を削除するものとする。

○中間試案第35、6「目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の権利の期間制限」

民法第565条及び第570条本文の規律のうち期間制限に関するものは、次のいずれかの案のように改めるものとする。

【甲案】 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものである場合の買主の権利につき、消滅時効の一般原則とは別の期間制限（民法第564条、第566条第3項参照）を廃止するものとする。

【乙案】 消滅時効の一般原則に加え、引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを買主が知った時から〔1年以内〕にそれを売主に通知しないときは、買主は、前記4又は5による権利を行使することができないものとする。ただし、売主が引渡しの際に目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでないものとする。

(説明)

1 議論の経緯

民法第570条において準用する同法第566条第3項は、瑕疵担保責任に基づく権利行使につき「事実を知った時から一年以内」という期間制限を設けており（数量不足・一部滅失に関しても同様である。同法第565条、第564条）、判例は、上記期間内に買主がすべき権利行使の内容につき、「売主に対し具体的に瑕疵の内容とそれに基づく損害賠償請求をする旨を表明し、請求する損害額の根拠を示す」必要がある（最判平成4年10月20日民集46巻7号1129頁）としている。また、判例は、上記期間制限とは別に、同法第570条による損害賠償請求権につき、物を引き渡した時を起算点とする10年の消滅時効（同法第167条第1項）に服するとしている（最判平成13年11月27日民集55巻6号1311頁）。

前記のとおり、売買の目的物が契約不適合である場合の売主の責任を契約責任（債務不履行責任）として構成することとしたが（前記2（説明）欄参照）、その場合における買主の権利（前記3から5まで）が債権に関する消滅時効の一般原則よりも短期の期間制限に服するとするか否かについては、考え方が分かれることから、中間試案第35、6では甲案と乙案の両案を併記していた。

他方で、消滅時効の原則的な時効期間と起算点の見直しも検討課題とされ、ここでも

甲案と乙案が併記されていた（中間試案第7、2）。そして、この時効の乙案では、権利を行使することができる時から10年という現行の時効期間に加えて、「債権者が債権発生の原因及び債務者を知った時」からの短期の時効期間を設けることとされ、その具体的な期間として[3年間／4年間／5年間]という複数案が提示されていた。

2 甲案の検討

買主の権利に関する甲案は、引き渡された目的物が契約不適合である場合における権利の存続期間について、それ以外の債務不履行一般の場合と区別する合理的な理由がないという考え方にに基づき、その存続期間を消滅時効の一般原則に委ねることとして、これとは別の期間制限を廃止するという提案である。これに対して、パブリック・コメントの手続には、賛成意見が寄せられた一方で、①売主の地位を長期間不安定にするものであり、契約の趣旨に適合した目的物を引き渡したと考えている売主の保護に欠ける、②早期に契約不適合の事実を知ったならば、コストをかけずに履行の追完を行うことができたにもかかわらず、長期間の経過後に知らされると多大なコストをかけて履行の追完することを余儀なくされてしまうことなどを理由とする反対意見も寄せられている。

買主の権利に関する甲案は、その存続期間に関する現在の規律を廃止して消滅時効の一般原則に委ねるという考え方であるが、消滅時効の一般原則に関しては、現在のところ短期の時効期間を3年ではなく5年とする方向で検討が進められている（部会資料69A第1、1）。これを前提とすると、買主の権利に関する甲案を採る場合には、現在の1年という権利の存続期間が5年へと大幅に伸張される結果となるが、買主の権利の存続期間に関する現行制度にも一定の合理性が認められ、現に実務運用がされていることに照らすと、これほど大きな現状変更の理由を合理的に説明することは容易でないように思われる。

3 乙案の検討

買主の権利に関する乙案は、消滅時効の一般原則とは別に、買主が不適合の事実を知った時を起算点とする1年間の期間制限を維持するものである。現行法の期間制限（民法第570条本文、第566条第3項）の趣旨は、①目的物の引渡し後は履行が終了したとの期待が売主に生ずることから、このような売主の期待を保護する必要があること、②物の瑕疵の有無は目的物の使用や時間経過による劣化等により比較的短期間で判断が困難となるから、短期の期間制限を設けることにより法律関係を早期に安定化する必要があるなどと説明されており、乙案は基本的にこのような理解に基づくものである。その上で、乙案は、現行法の一部を改め、権利保存の要件を売主に対する契約不適合の通知で足りることとするとともに、売主が契約不適合について悪意又は重過失であるときに期間制限を適用しないこととしている。

乙案については、パブリック・コメントの手続において、相当数の賛成意見が寄せられている。

他方で、乙案に対しては、買主が契約不適合の事実を知ってから1年以内に権利保存のための行為をしなければ失権してしまうのでは買主に酷であるとの批判がある。これは、主に、現行制度に向けられた批判であると考えられる。もっとも、権利保存の要件について、判例は、上記のとおり、「売主に対し具体的に瑕疵の内容とそれに基づく損害

賠償請求をする旨を表明し、請求する損害額の根拠を示す」必要があるとしているが（上記平成4年10月20日）、この判例の示す損害賠償請求をする旨の表明等は、買主に加重な負担を課すものであるとの指摘がされている。そこで、乙案では、判例の示す権利保存の要件を緩和して売主に対する契約不適合の通知で足りることとしている。さらに、現行法では期間制限について売主の主観は考慮されていないが、乙案は、悪意又は重過失の売主については、買主の負担の下に期間制限の恩恵を与える必要性に乏しいことから、期間制限を適用しないこととしている。これらの見直しによって、乙案は、現行制度への批判にも応え得る内容のものとなっているように思われる。

4 移転した権利が契約不適合である場合及び権利の一部が移転されない場合について

民法第564条及び第566条第3項は、担保責任の権利行使につき「事実を知った時から一年以内」という期間制限を設けている。しかし、権利移転義務の不履行については、売主が契約の趣旨に適合した権利を移転したという期待を生ずることは想定し難く、短時間で契約不適合の判断が困難になるとも言い難い。そこで、目的物の性状に関する契約不適合について論じられているような、消滅時効の一般原則と異なる短期の期間制限を必要とする趣旨が妥当しないと考えられる。そこで、同法第564条及び第566条第3項は、単純に削除する必要がある（中間試案第35、8と同旨）。

5 改正の内容

素案(1)本文は、特定物か不特定物かを問わず、引き渡した目的物の性状が契約不適合である場合に、買主が契約不適合の事実を知った時から1年以内に当該事実を売主に通知しないときは、買主は、その不適合を理由とする前記3から5までの規定による履行の追完の請求、代金減額の請求、損害賠償の請求又は契約の解除をすることができなくなるものである。素案(1)ただし書は、目的物の引渡しの際に売主が悪意又は重過失である場合には期間制限が適用されないとするものである。なお、素案(1)の規律は、消滅時効の一般原則の適用を排除するものではなく、制限期間内の通知によって保存された買主の権利の存続期間は、債権に関する消滅時効の一般原則によることになる。

素案(1)の「通知」の意義については、商法第526条第2項の「通知」と同様に解釈するのが合理的であると考えられる。同項の「通知」は、売主に善後策を講ずる機会を与えるためのものであることから、瑕疵・数量不足の種類とその大体の範囲を通知する必要があるとされており（大判大正11年4月1日民集1巻155頁）、素案の「通知」もこれと同程度のものになると考えられる。また、商人間の売買の場合は商法第526条第2項が適用されるので、素案(1)の規律は、当事者のいずれかが商人でない売買か、当事者がいずれも商人でない売買について適用されることになる。

素案(1)では、目的物の性状に関する契約不適合のみを取り上げ、数量に関する契約不適合は対象としていない。これについては、素案(2)で該当規定（民法565条による同法第564条の準用）を削除することとしている。数量に関する契約不適合について、現在は、特定物の数量指示売買には期間制限がある一方（民法第565条、第564条）、不特定物売買における数量不足には特別な期間制限の規定がない。しかし、特定物売買であるか不特定物売買であるかを問わず、性状に関する契約不適合の場合と異なり、数量不足は外形上明白であり、履行が終了したとの期待が売主に生ずることは通常考え難

く、買主の権利に期間制限を適用してまで、売主を保護する必要性は乏しいと考えられる。また、数量不足の場合は、性状に関する不適合と異なり、目的物の使用や時間経過による劣化等により比較的短期間で瑕疵の有無の判断が困難となることから、法律関係の早期安定という期間制限の趣旨が妥当しない場面が多いように思われる。そこで、買主の保護が不十分であるという中間試案の乙案に対する批判も踏まえて、数量に関して契約不適合である場合における買主の権利については期間制限を適用しないこととするのが相当と考えられる。

なお、中間試案の乙案は、1年以内という期間をブラケットで囲んで提示しており、この点について、パブリック・コメントの手続には、1年間では短すぎるので2年間とするべきであるとの意見も寄せられている。この点について、素案(1)では、買主は権利保存のための行為として売主に対して契約不適合の通知をすれば足りるとしていること等、買主に有利な方向での現行制度の変更が含まれていることも踏まえ、期間については、現行法の1年間を維持することとしている。

素案(2)は、民法第564条（同法第565条による準用を含む。）及び第566条第3項を削除し、数量に関する契約不適合の場合、移転した権利が契約不適合の場合及び権利の一部が移転されない場合における買主の権利については、期間制限が適用されないこととするものである。これにより、以上の場合における買主の権利については、消滅時効の一般原則によることになる。

8 競売における買受人の権利の特則（民法第568条第1項）

民法第568条第1項及び第570条ただし書の規律を次のように改めるものとする。

強制競売における買受人は、前記4から7までの規定（目的物の性状において契約の趣旨に適合しないものである場合に関するものを除く。）により、債務者に対し、代金減額の請求又は契約の解除をすることができる。

○中間試案第35、9「競売における買受人の権利の特則（民法第568条及び第570条ただし書関係）」

民法第568条及び第570条ただし書の規律を次のように改めるものとする。

(1) 民事執行法その他の法律の規定に基づく競売における買受人は、買い受けた目的物又は権利について買受けの申出の時に知らなかった損傷、他人の権利による負担その他の事情（以下「損傷等」という。）がある場合において、その損傷等により買い受けた目的を達することができないときは、債務者に対し、契約の解除をし、又はその損傷等の程度に応じて代金の減額を請求することができるものとする。ただし、買受人が〔重大な〕過失によってその損傷等を知らなかったときは、この限りでないものとする。

(2) 上記(1)の場合において、債務者が無資力であるときは、買受人は、代金の配当を受けた債権者に対し、その代金の全部又は一部の返還を請求することができるものとする。

- (3) 上記(1)又は(2)の場合において、債務者が目的物若しくは権利の不存在を知りながら申し出なかったとき、又は債権者がこれを知りながら競売を請求したときは、買受人は、これらの者に対し、損害賠償の請求をすることができるものとする。
- (4) 買受人は、買い受けた目的物又は権利に損傷等があることを知った時から1年以内にその損傷等を債務者又は配当を受領した債権者に通知しなければ、上記(1)から(3)までの権利を失うものとする。ただし、買い受けた権利の全部が他人に属していたときは、この限りでないものとする。
- (注) 競売における担保責任に関して、現状を維持するという考え方がある。また、上記(2)の規律は、上記(3)の要件を満たす債権者についてのみ適用するという考え方がある。

(説明)

1 問題の所在

中間試案第35、9では、民法第570条ただし書を改め、強制競売においても物の瑕疵に関する担保責任の規律を及ぼすことが提案されていた。この提案では、競売手続においてはある程度の隠れた損傷等があることを折り込んで買受けが行われていると考えられることも考慮し、買受人を救済すべき場面を真に必要な範囲に限定する観点から、契約の解除のみならず代金減額請求についても買受けの目的不達成が要件とされていた。

しかし、パブリック・コメントの手続においては、多方面から、改正に反対する意見が寄せられた。その意見の主な理由は、①物の瑕疵についても担保責任の規律を及ぼすと現状よりも競売手続の結果が覆される機会が増大するので、配当受領者の地位が不安定になるという点、②執行裁判所としては競売手続の結果が覆ることによる関係当事者の不利益を懸念して手続を慎重に進めざるを得なくなり、競売手続の迅速円滑な進行が妨げられるという点、③上記①②の結果として競売制度が利用しづらくなるという点などである。中間試案第35、9では、これらの点にも配慮して上記のとおり買受けの目的不達成を要件とする案が提示されていたが、これを前提としてもなお多くの反対意見が寄せられていることを踏まえ、この点については論点として取り上げないこととした。

もともと、民法第568条第1項は「強制競売における買受人は、第561条から前条までの規定により・・・契約の解除をし、又は代金減額の請求をすることができる。」としているところ、前記のとおり同法第561条から第567条までの規律を改めることから、これに伴い同法第568条第1項（及び第570条ただし書）を改める必要がある。

2 改正の内容

素案は、前記4から7までの規定（目的物の性状において契約の趣旨に適合しない場合に関するものを除く。）により、強制競売の買受人に、代金減額の請求又は契約の解除をすることができることとするものである。これにより、買受人は、民法第568条第1項で認められていた契約の解除及び代金減額の請求のほか、移転した権利に契約不適合がある場合（同法566条参照）にも代金減額の請求をすることができることになる。

代金減額請求権の規律（前記4参照）に関する今回の議論の経緯に照らして、移転した権利に契約不適合がある場合に限って異なる取扱いをする理由はないと考えられるからである。

強制競売においては、その性質上、請求債権の債務者による履行の追完を観念することができないことから、今回の改正で新設する履行の追完の請求に関する規律（前記3参照）は強制競売には及ぼさないこととしている。これに伴って、代金減額の請求及び契約の解除をする際における履行の追完の催告も、解釈上不要であることが明らかになると考えられる。

また、民法第564条（同法第565条による準用を含む。）及び第566条第3項は期間制限を設けているが、これを撤廃する前記7(2)の規定により、買受人の権利については、消滅時効の一般原則によることになる。

なお、素案で民法第568条第2項及び第3項に言及していないのは、現行の規律を維持するという趣旨である。

9 代金の支払場所（民法第574条関係）

民法第574条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 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。
- (2) 上記(1)は、代金の支払前に目的物の引渡しがあったときは、適用しない。

○中間試案第35、11「代金の支払場所（民法第574条関係）」

民法第574条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 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ものとする。
- (2) 上記(1)は、代金の支払前に目的物の引渡しがあったときは、適用しないものとする。

（説明）

1 現行の規定及び問題の所在

弁済の場所に関する原則を定める民法第484条によれば、代金は、売主の現在の住所において支払わなければならないことになる。これに対し、同法第574条は、売買において目的物の引渡しと同時に代金を支払うべきときは、目的物の引渡しの場所をもって代金の支払場所とする旨を定めるものである。

判例（大判昭和2年12月27日民集6巻743頁）は、売買の目的物の引渡しと同時に代金を支払うべき場合であっても、代金の支払前に目的物の引渡しがあったときは、民法第574条は適用されず、同法第484条の規定により売主の現在の住所で代金を支払わなければならないとしている。目的物が先に引き渡されたときは、引渡しと同時に代金を支払うという関係がなくなるので、この判例法理は合理的であって、一般にも支持されていることから、これを明文化する必要がある。

2 改正の内容

素案(1)は、代金の支払場所に関する民法第574条の規律を維持するものである。

素案(2)は、売買において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、代金の支払前に目的物の引渡しが無かったときは、素案(1)の適用はなく、弁済の場所に関する原則である民法第484条の規定に従うこととするものである。

10 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条関係）

民法第576条の規律を次のように改めるものとする。

売買の目的について権利を主張する者があることその他の事由により、買主がその買い受けた権利の全部又は一部を取得することができないおそれがあるとき、又はこれを失うおそれがあるときは、買主は、その危険の限度に応じて、代金の全部又は一部の支払を拒むことができる。ただし、売主が相当の担保を供したときは、この限りでない。

○中間試案第35、12「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条関係）」

民法第576条の規律を次のように改めるものとする。

売買の目的について権利を主張する者があることその他の事由により、買主がその買い受けた権利の全部又は一部を取得することができないおそれがあるとき、又はこれを失うおそれがあるときは、買主は、その危険の程度に応じて、代金の全部又は一部の支払を拒むことができるものとする。ただし、売主が相当の担保を供したときは、この限りでないものとする。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

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」ために買主が買い受けた権利を「失うおそれがあるとき」に、買主保護の見地から、買主に代金支払拒絶権を与えている。

しかし、この代金支払拒絶権については、目的物上に用益物権があると主張する第三者が存在する場合が含まれるとされるほか、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も類推適用されると解されている。そこで、「権利を主張する者がある」場面だけでなく、これらの場合も代金拒絶権があることを明文化する必要がある。

また、この代金支払拒絶権は、買主が既に取得した権利を失うおそれがある場合だけでなく、買主が権利を取得することができないおそれがある場合にも適用があると解されている。そこで、買主が買受けた権利を「失うおそれがあるとき」だけでなく、権利を取得することができないおそれがある場合にも代金支払拒絶権があることも明文化する必要がある。

2 改正の内容

素案本文は、「権利を主張する者がある」という現行法の要件に「その他の事由」という文言を付け加えるとともに、「失うおそれがある」場合のほか「取得することができないおそれがある」場合も掲げることにより、買主は、権利の取得の前後を問わず、また売買の目的について所有権のみならず用益物権があると主張する者がいる等の場合についても、代金支払を拒絶することができることを、条文上明示するものである。

「その他の事由」とは、「売買の目的について権利を主張するものがあること」を、権利の喪失又は権利の取得不能を疑うにつき客観的かつ合理的な理由を要することを示すための一つの例示と見て、これと同等の事由がある場合を含むものである。

「買主がその買い受けた権利の全部又は一部を取得することができないおそれがあるとき、又はこれを失うおそれがあるとき」という要件は、権利取得を疑うことにつき客観的に合理的な根拠を要する趣旨であり、単なる主観的な危惧感によって代金支払拒絶を肯定する趣旨ではない。

素案ただし書は、買主が相当の担保を提供した場合に支払拒絶権が消滅とする民法第576条ただし書を維持するものである。

11 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条関係）

民法第577条第1項の規律を次のように改めるものとする。

買い受けた不動産について契約の趣旨に適合しない抵当権の登記があるときは、買主は、抵当権消滅請求の手續が終わるまで、その代金の支払を拒むことができる。この場合において、売主は、買主に対し、遅滞なく抵当権消滅請求をすべき旨を請求することができる。

○中間試案第35、13「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条関係）」

民法第577条の規律に付け加えて、先取特権、質権又は抵当権の負担を考慮して代金の額が定められたときは、同条の規定は適用しないものとする。

（説明）

1 現行の規定及び問題の所在

民法第577条は、抵当権等の負担のある不動産の買主が抵当権消滅請求（同法第379条）をする機会を確保するため、抵当権消滅請求の手續が終わるまで、買主は代金支払を拒絶することができるとするものである。

しかし、抵当権等の登記がある場合であっても、当事者が抵当権等の存在を考慮して代金額を決定していたときは、抵当権消滅請求の機会を与える必要がないことから、その場合に民法第577条が適用されないことには異論がない。そこで、条文と解釈論との齟齬を解消する観点から、この異論のない解釈を明文化する必要がある。

2 改正の内容

素案前段は、抵当権等の存在を考慮して代金額が定められていない場合、つまり契約

の趣旨に適合しない抵当権等の登記がある場合に限り、民法第577条が適用されることを明らかにする趣旨で、同条第1項前段に「契約の趣旨に適合しない(抵当権の登記)」という文言を加えることとするものである。素案後段は、同項後段を維持するものである。

12 目的物の滅失又は損傷に関する危険の移転

次のような規定を新たに設けるものとする。

- (1) 売主が買主に契約の趣旨に適合する目的物を引き渡した場合において、その引渡しがあった時以後にその目的物が売主の責めに帰することができない事由によって滅失又は損傷したときは、買主は、その滅失又は損傷を理由とする前記3から5までの規定による履行の追完の請求、代金減額の請求又は契約の解除をすることができない。
- (2) 売主が上記(1)の目的物の引渡しを提供したにもかかわらず買主が受領しない場合において、その提供があった時以後に、買主に引き渡すべきものとして引き続き特定されているその目的物が売主の責めに帰することができない事由によって滅失又は損傷したときも、上記(1)と同様とする。

○中間試案第35、14「目的物の滅失又は損傷に関する危険の移転」

- (1) 売主が買主に目的物を引き渡したときは、買主は、その時以後に生じた目的物の滅失又は損傷を理由とする前記4又は5の権利を有しないものとする。ただし、その滅失又は損傷が売主の債務不履行によって生じたときは、この限りでないものとする。
- (2) 売主が当該売買契約の趣旨に適合した目的物の引渡しを提供したにもかかわらず買主がそれを受け取らなかった場合であって、その目的物が買主に引き渡すべきものとして引き続き特定されているときは、引渡しの提供をした時以後に生じたその目的物の滅失又は損傷についても、上記(1)と同様とする。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

民法第534条は、特定物売買等において債務者の帰責事由によらない目的物の滅失又は損傷に関する危険負担の債権者主義を定めている。同条によると、契約と同時に目的物の滅失又は損傷の危険が債権者に移転するが、その帰結は不当であるとしてかねてから批判されており、目的物の実質的な支配が債務者から債権者に移転した時以後に適用場面を制限する解釈が広い支持を得てきた。もっとも、いかなる場合に支配が移転するかについて学説は分かれており、①目的物の引渡し、移転登記、所有権移転のいずれかがあった場合とする説、②引渡しがあった場合とする説、③所有権移転があった場合とする説などがある。このような危険の移転時期が最も典型的に問題となるのが売買契約であると思われるが、国内売買か国際売買かを問わず、契約実務においては、原則として、目的物の引渡しの時に目的物の滅失等の危険が売主から買主に移転するとの考え方が定着していると

考えられる。不動産の売買の実務においても引渡しの時を危険の移転時期とするのが通例である。そこで、目的物の滅失又は損傷の危険が買主に移転する基準時が引渡しであることを明文化する必要がある。

次に、売主が契約の趣旨に適合した目的物の引渡しを提供したにもかかわらず買主がそれを受領しなかった場合には、民法第413条の受領遅滞の効果として、その後の売主の帰責事由によらない目的物の滅失又は損傷の危険は売主から買主に移転することになる。同条は「債権者は、履行の提供があった時から遅滞の責任を負う。」と定めるのみで、その具体的内容は条文上明らかでないが、今般の改正で受領遅滞後に債務の履行が不能となった場合にはその不能による責任を負わないという規律を明文化することが提案されている（部会資料68A第5(3)）。したがって、受領遅滞後に生じた目的物の滅失又は損傷により売主の債務の全部又は一部の履行が不能となった場合については、この受領遅滞の規律の適用によって処理されることになる。しかし、受領遅滞後に目的物が滅失又は損傷したとしても、目的物の修補や代替物の引渡し等による履行の追完が可能であれば（前記3(1)参照）、売主の債務の履行が不能となったとまでは言えない場合がある。受領遅滞後に目的物の滅失又は損傷が生じた場合に履行の追完が不能であるか否かで差異を設ける合理的理由はないことから、履行の追完が可能な場合にも目的物の滅失又は損傷の危険が売主から買主に移転することとするのが相当であると考えられる。そこで、この規律も明文化する必要がある。

2 改正の内容

素案(1)は、目的物の引渡しがあった時以後に売主の帰責事由によらない目的物の滅失又は損傷が生じたときは、買主は、その滅失又は損傷を理由とする前記3から5までの規定による履行の追完の請求、代金減額の請求又は契約の解除をすることができないこととし、目的物の滅失又は損傷の危険が移転する基準時が目的物の引渡しであることを明らかにするものである。素案(1)の「契約の趣旨に適合する目的物を引き渡した場合」との文言により、引き渡した目的物が契約の趣旨に適合するものでなければ目的物の滅失又は損傷の危険が移転しないことを規律しており、中間試案第35、14(1)ただし書の規律を表現している。

素案(2)は、目的物の引渡しがなかったとしても、受領遅滞があれば目的物の滅失又は損傷の危険が移転すること明らかにしたものである。「買主に引き渡すべきものとして引き続き特定されている」の文言については、目的物の受領を拒絶された後にその目的物が滅失又は損傷したといえるためには、その目的物の特定性が維持されている必要があるとも考えられるので、注意的な規定と位置付けられるものである。

なお、受領遅滞後における売主の目的物の保管義務の程度は「自己の財産に対するのと同様の注意」義務に軽減するが（部会資料68A第5(1)）、売主が軽減された保存義務を尽くさなかったために目的物の滅失又は損傷が生じたときは、買主は、売主に対し、履行の追完等を求める権利を失わない。

13 買戻し（民法第579条ほか関係）

(1) 民法第579条の規律を次のように改めるものとする。

- ア 不動産の売主は、売買契約と同時にした買戻しの特約により、買主が支払った代金及び契約の費用を現実に提供して、売買の解除をすることができる。この場合において、売主が提供すべき金額について別段の合意があるときは、その合意に従う。
- イ 上記アの場合において、当事者が別段の意思を表示しなかったときは、不動産の果実と代金の利息とは相殺したものとみなす。
- (2) 民法第581条第1項の規律を次のように改めるものとする。
- 買戻しの特約を登記したときは、買戻しは、第三者に対しても、その効力を有する。

○中間試案第35、15「買戻し（民法第579条ほか関係）」

買戻しに関する民法第579条から第585条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

- (1) 民法第579条の規律に付け加えて、売主が返還すべき金額について当事者に別段の合意がある場合には、それに従うものとする。
- (2) 民法第581条第1項を次のように改めるものとする。
- 買戻しの特約を登記したときは、買戻しは、第三者に対しても、その効力を有するものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第579条前段は、売主が買戻権を行使する際に、売主が返還しなければならない金銭の範囲を「買主が支払った代金及び契約の費用」と定めており、これは強行規定と解されている。

しかしながら、この規定の適用を避けるために実務上再売買の予約が用いられているという実態を踏まえると、売主が返還しなければならない金銭の範囲を強行法的に固定する実益は乏しく合理性もない。担保以外の目的で買戻しが用いられる場面を念頭に、売主が返還しなければならない金銭の範囲につき柔軟な取扱いを認めて、実務上も買戻し制度を用いやすくするために、返還しなければならない金銭の範囲については、任意規定とし、当事者の合意で定めることができることとする必要がある。

次に、民法第579条前段が定める返還すべき金銭の範囲の規律を任意規定に改めると、返還しなければならない金銭の範囲について特に規定を設ける必要がないのではないかとの疑問も生じうる。しかし、現行法においても、買戻特約は特別法の中で種々に規定されており、売主が返還しなければならない金銭の範囲については、原則として「買主が支払った代金及び契約の費用」であると定めておく必要性は少なくないように思われる。また、こうした原則を定めておくことは、目的物である不動産の価格上昇や下落について、投機的な行動を抑止するというメリットがあるとの指摘もある。そこで、買戻特約がされた場合に、売主が返還しなければならない金銭の範囲

については、「買主が支払った代金及び契約の費用」とする旨の同条の定めを任意規定として残すのが相当であると考えられる。

なお、売主が買戻権を行使するに当たり、民法第579条の文言上は、支払った代金及び契約の費用を「返還」することが要件とされているが、売主側の手付解除の場合と同様に、「返還」は「現実の提供」を意味すると解釈されているので、これを条文上明らかにする必要がある。

(2) 改正の内容

素案(1)ア前段は、民法第579条前段を基本的に維持した上で、その「返還」という文言を「現実に提供」と改めるものである。素案(1)ア後段は、同条前段の「買主が支払った代金及び契約の費用」の部分と異なる合意がある場合にはその合意に従う旨を定めることにより、この部分を任意規定とするものである。これにより、買戻権を行使する場合には、売主が買主に「買主が支払った代金及び契約の費用」か合意により定まる金額を現実に提供すれば足りることとなる。

素案(1)イは、現在の民法第579条後段を維持するものである。

2 素案(2)について

(1) 現行の規定及び問題の所在

民法第581条第1項は、買戻しの特約が対抗力を生ずるために、買戻しの登記を売買契約と同時にすることを求めている。この点につき、買戻し制度を使いやすくする観点から、売買契約に基づく所有権移転登記の後であっても、買戻しの特約を登記することが可能となるよう、規定を改める必要がある。

(2) 改正の内容

素案(2)は、民法第581条第1項の「売買契約と同時に」という文言を削ることにより、売買契約に基づく所有権移転登記より後に買戻しの登記をすることができるようにするものである。なお、買戻しの特約を売買契約と同時にしなければならないこと定める同法第579条は、維持することを前提としている。

3 債権担保目的の買戻しに関する判例法理について

買戻しの特約付の売買契約という形式が採られていたとしても、それが債権担保の目的で締結されたものである場合には、その性質は譲渡担保契約であり、民法第579条以下の買戻しの規定は適用されないとするのが判例である（最判平成18年2月7日民集60巻2号480頁等）。素案(1)(2)は、このような判例法理に影響を与えることを意図するものではない。

【取り上げなかった論点】

○ 中間試案第35、1「売買の予約（民法第556条関係）」

双方に予約完結権がある場面をあえて加える実益がない反面、パブリック・コメントの手続にも、中間試案の予約の概念から義務型予約を排除しているように見えるとの意見が寄せられたことなどを考慮し、論点として取り上げないこととした。

○ 中間試案第35、7「買主が事業者の場合における目的物検査義務及び適時通知義務」

パブリック・コメントの手続には、①商人概念を拡大する「事業者」概念が明確にされているとは言えないこと、②「事業者」であっても売買の専門家とはいえない場合があり、検査義務を課すのは酷であること等を理由として、反対意見が寄せられたことなどを考慮し、論点として取り上げないこととした。

○ 中間試案第35、10「買主の義務」

パブリック・コメントの手続には、①判例では、買主には原則として目的物の受領義務はないとされていること、②受領義務の効果が不明確である上、損害賠償や解除まで認めるのは行き過ぎであること、③売主による濫用的な押し付けにつながり消費者被害が拡大するおそれがあること等を理由として、反対意見が寄せられたことなどを考慮し、論点として取り上げないこととした。

第4 贈与

1 贈与契約の意義（民法第549条関係）

民法第549条の規律を次のように改めるものとする。

贈与は、当事者の一方がある財産を無償で相手方に与える意思を表示し、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずる。

○中間試案第36、1「贈与契約の意義（民法第549条関係）」

民法第549条の規律を次のように改めるものとする。

贈与は、当事者の一方が財産権を無償で相手方に移転する意思を表示し、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずるものとする。

(説明)

1 贈与については、民法第549条において「当事者の一方が自己の財産を無償で相手方に与える」と規定しており、あたかも他人物の贈与は有効に成立しないことを前提とした規定振りとなっている。

しかし、売買（民法第560条）と同様に、他人の財産を目的とする贈与契約（他人物贈与）が有効に成立し、他人物贈与の贈与者は、他人物を取得してこれを受贈者に移転する義務を負うと解されている（最判昭和44年1月31日判時552号50頁）。

そこで、この判例と齟齬する「自己の」との文言を削除するものである（なお、中間試案においては他人物贈与に関する規律を整備することが検討されている。中間試案第36、2参照）。

2 中間試案においては、「財産を・・無償で与える」との文言を「財産権を・・無償で移転する」と改めることが提案されていた。これは、用益物権等の無償での設定行為などを贈与の対象から除外するとともに、売買と表現上の平仄を合わせることを目的としていた。

もっとも、このように贈与を限定的なものとしつつ、贈与の概念から外れた行為については贈与に関する規定の準用規定も設けなかったことについては、パブリック・コメントにおいて、かえって法律の適用関係を曖昧にするもので適切とはいえず、そうであれば、あえて贈与の定義を変更する必要に乏しいとの指摘が寄せられている。

また、「財産」を「財産権」に改める点については、財産権と呼ぶことのできないもの（例えば、顧客関係や営業秘密など、電気供給における電気等が財産権には含まれないと解されている。）を積極的に除外する意味を有し得ることになると思われるが、そのような必要があるとの指摘はパブリック・コメントにおいても寄せられていない。

さらに、この規定が定義であると理解する限り、「財産権を無償で相手方に移転する」と表現するだけでは、無償の消費貸借との区別が付かないとの難点もある。

そこで、上記の提案は取り上げないこととしている。

【取り上げなかった論点】

○ 中間試案第36、3「贈与契約の解除による返還義務の特則」

中間試案においては、贈与が解除された場合における受贈者の返還義務につき、現存利益の範囲に限定する旨の規定を設けることが提案されていた。贈与が無償契約であることに鑑みると、双務契約を念頭においた解除の一般原則どおり全面的な原状回復義務を負担させるのは相当でないとの理由によるものである。

もっとも、この規定は贈与者の債務不履行による解除のみならず、約定解除にも適用があるものであるところ、一般的に現存利益に限ることが相当であるかには疑問の余地がある。すなわち、中間試案でも「受贈者に著しい非行があった場合の贈与契約の解除」においては解除の原因が生じた時点の現存利益に限定しているが、このような配慮は約定解除の事由によっては同様に妥当するし、また、負担付贈与についても同様に妥当することがあり得ると解される。

そうすると、規定上は、無償契約である贈与における返還義務は現存利益に限定されるとの規定を無留保で一般的に置くこととなるものの、多くの例外を認めることになりかねず、このような状況は適切なものとはいえないと考えられる。

また、別の観点からの問題として、取消しについては善意・悪意で返還すべき利益の範囲が異なるものとしているのに（部会資料66A35頁参照）、解除については解除の具体的な原因となった事実の発生を知っているか否かにかかわらず、現存利益の返還で足りるとすることは、バランスを欠くとの指摘があり得る。他方で、「解除の原因」として理解すべきものは約定解除等であればイメージがしやすいものの、債務不履行解除であると何がこれに当たるかは明瞭とはいえないと考えられる。

そもそも、贈与契約において、債務不履行解除等が行われ、その場合の返還義務の広狭が紛争となることは多くなく、解釈に委ねれば足りるとも考えられる。

そこで、この論点は取り上げていない。

○ 中間試案第36、4「贈与者の困窮による贈与契約の解除」

中間試案においては、贈与契約一般について贈与者の困窮を理由とする解除を認めるこ

とが検討されていた。

しかし、パブリック・コメントの手續においては、①その事情を問わず生活の困窮という贈与者側の事情のみで解除を認めることが適切か、②設けられた要件が抽象的であり、その要件の該当性等を巡ってかえって紛争を生ずるおそれがあるのではないかといった指摘が寄せられた。

他方で、この提案に賛成する意見からは、予見可能性の要件が設けられていることについては、この規定の適用範囲が狭まり、規定を設ける実益を失わせるから、この要件を撤廃すべきであるとの指摘が寄せられている。

以上のような意見対立があることに加え、そもそも、どのような事情に至れば「困窮した」といえるのかをより具体的に要件として定立することは容易ではないことなどを踏まえ、この論点は取り上げていない。

第5 請負

1 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の注文者の権利の期間制限（民法第637条関係）

民法第637条の規律を次のように改めるものとする。

請負人が性状に関して契約の趣旨に適合しない仕事の目的物を注文者に引き渡した場合（引渡しを要しない場合にあつては、仕事が終了した時に目的物が性状に関して契約の趣旨に適合しない場合）において、注文者がその不適合の事実を知った時から1年以内に当該事実を請負人に通知しないときは、注文者は、その不適合を理由とする履行の追完の請求、代金減額の請求、損害賠償の請求又は契約の解除をすることができない。ただし、請負人が引渡しの時（引渡しを要しない場合にあつては、仕事が終了した時）に目的物が契約の趣旨に適合しないものであることを知っていたとき又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでない。

○中間試案第40、2(3)「仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の注文者の権利の期間制限（民法第637条関係）

民法第637条の規律を次のいずれかの案のように改めるものとする。

【甲案】 民法第637条を削除する（消滅時効の一般原則に委ねる）ものとする。

【乙案】 消滅時効の一般原則に加え、仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを注文者が知ったときから〔1年以内〕にその適合しないことを請負人に通知しないときは、注文者は、請負人に対し、その適合しないことに基づく権利を行使することができないものとする。ただし、請負人が、引渡しの際に、仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでないものとする。

(注) 乙案について、引渡し時（引渡しを要しない場合には仕事の終了時）から期間を起算するという考え方がある。

(説明)

1 現行の規定

民法第637条は、仕事の目的物に瑕疵があった場合の請負人の担保責任（同法第634条及び第635条）に関して原則として1年間という期間制限を定めており、その期間の起算点を、仕事の目的物を引き渡した時（引渡しを要しない場合は仕事が終了した時）としている。これは、目的物の引渡後又は仕事の終了後は履行が終了したという請負人の期待を保護する必要があること、引渡し又は仕事の終了から長期間が経過することによって瑕疵の判定が困難となることを回避する必要があることなどを実質的根拠とする規定であり、売買における売主の瑕疵担保責任の期間制限（同法第570条、第566条第3項）と同じ趣旨に基づくものであると理解されている。

2 問題の所在

- (1) 担保責任の期間制限について、請負の民法第637条が引渡時又は仕事の終了時を起算点としているのに対し、売買の同法第566条第3項は買主が瑕疵を知った時を起算点としている。しかし、売買と請負が実際の取引において類似するものがあることや、同法第637条と同法第566条第3項が同じ趣旨に基づく規定であることからすれば、担保責任の期間制限について起算点を異にしているのは合理的ではないと考えられる。起草者も積極的に両者の相違を見いだしていたわけではないとの指摘もある。そこで、両者の起算点は同じくすべきであると考えられる。その際、同法第637条の起算点に対しては、注文者が契約不適合を知らないまま制限期間が経過してしまい、注文者に酷な場合があるとの指摘があることからすれば、同条の起算点のほうを改め、同法第566条第3項と同様に、仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを注文者が知った時とするのが合理的であると考えられる。
- (2) 民法第637条は、制限期間内に注文者がすべき行為の内容を「瑕疵の修補又は損害賠償の請求及び契約の解除」と定めている。判例は、売主の瑕疵担保責任について、買主が損害賠償請求権を保存するには、制限期間内に売主の担保責任を問う意思を裁判外で明確に告げることをもって足り、裁判上の権利行使をするまでの必要はないと判断している。そして、裁判外で告げるべき内容については、売主に対し具体的に瑕疵の内容とそれに基づく損害賠償請求をする旨を表明し、請求する損害額の根拠を示す必要があると説示している（最判平成4年10月20日民集46巻7号1129頁）。これを前提にすれば、請負において同条の権利を保存するために注文者がすべき行為も同様に解することになると考えられる。もっとも、1年という短期の制限期間内に、請負人の担保責任を問う意思を明確に告げ、請求する損害額の根拠まで示すことは容易ではなく、注文者に過度の負担を課すものであるとの指摘がある。注文者が請負人に対し目的物が契約の趣旨に適合しない旨を通知しさえすれば、請負人は適宜の対策を講ずることができ、履行が終了したとの請負人の信頼を保護し、長期間の経過により瑕疵の判定が困難となることを回避するという同条の趣旨を達成することはできると考えられる。そこで、裁判外の権利行使に代えて、不適合があることの通知で足りるとすべきである。

3 改正の内容

(1) 素案は、仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の注文者の権利に関する期間制限について、消滅時効の一般原則とは別に、固有の期間制限を維持した上で、その期間制限の内容を売買の目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の権利の期間制限（前記第3、7）と同様の規律に改めるものである。具体的には、まず、民法第637条の定める制限期間の起算点を、引渡しの時（引渡しを要しないときは仕事が終了した時）から、仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを知った時に改めることとしている。また、権利を保存するために注文者が制限期間内にすべき行為についても、売買におけるのと同様に、不適合の事実を通知すれば足りることとしている。このように、制限期間内において注文者がすべき行為を裁判外の権利行使でなく、それよりも簡易な通知に変更するのであれば、注文者が専門的知識を有しない場合であっても比較的短期間のうちに権利を保存することができると考えられることから、制限期間は現在と同じ1年としている。さらに、請負人が、引渡時又は仕事の終了時に仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことについて悪意又は重過失であるときは、期間制限を適用しないこととしている。なぜならば、このような請負人については、履行が完了したとの期待を短期の期間制限によって保護する必要がないと考えられるからである。

なお、素案の規律は、消滅時効の一般原則の適用を排除するものではない。したがって、制限期間内の通知によって保存された注文者の権利の存続期間は、債権に関する消滅時効の一般原則によることになる。

(2) 中間試案においては、素案の考え方のほか、仕事の目的物の瑕疵に関して民法第637条により消滅時効の一般原則とは別に設けられている期間制限（引渡時又は仕事の終了時から1年）を廃止し、仕事の目的物が契約に適合しなかった場合の注文者の権利の期間制限を消滅時効の一般原則に委ねることとする考え方（中間試案第40、2(3)の甲案）も取り上げられていた。パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、甲案に賛成する意見もあるものの、甲案によれば注文者が不適合の事実を知らながら目的物の使用を継続した後、時効期間の満了が近づいた時期に担保責任を追及し得ることとなり、当事者間の公平を害するとの指摘や、注文者の権利の存続期間が現状よりも大幅に長期化し、瑕疵の有無及び範囲の判断が困難となるおそれが強いなどの理由から反対する意見も相当数見られる。売買における買主の権利の期間制限についての議論と同様に、注文者の権利の期間制限についても、甲案を採る場合の大きな現状変更を合理的に説明することは容易ではないと考えられる。甲案に賛成する意見の中には、同条の定める制限期間が短すぎることを理由とするものが少なくないが、素案の考え方は、同条の制限期間について指摘されている現行制度の問題点を一定程度解消し得る内容であると思われる。これらを踏まえ、甲案の考え方を採らないこととしている。

(3) 素案の「知った時」とは、注文者がどのような事実を認識した時点を目指すのかについては、売買の担保責任に関する規定の解釈が参考になると考えられる。判例は、民法第564条の「知った時」の意義について、買主が売主に対し担保責任を追及し得

る程度に確実な事実関係を認識したことを要すると解するのが相当であると判断している（最判平成13年2月22日判時1745号85頁）。また、下級審において、同法第566条第3項の「知った時」について、契約解除ができる程度の重大な瑕疵を知った時と解すべきであると判断された事例がある（東京地判平成4年9月16日判時1458号87頁）。これらの判例の解釈は、素案の「知った時」の解釈にも基本的に妥当するものと考えられる。

- (4) 素案の「通知」の意義については、商法第526条第2項の「通知」と同様に解釈するのが合理的であると考えられる。同項の「通知」は、売主に善後策を講ずる機会を与えるためのものであり、瑕疵・数量不足があったことだけを通知したのでは不十分であるが、瑕疵・数量不足の種類とその大体の範囲を通知すればよく、その細目は通知する必要がないと理解されている（大判大正11年4月1日民集1巻155頁）。仮に詳細な通知を要求すれば、迅速な通知の妨げとなり、また、買主に過大な負担を課すことになるからである。なお、下級審において、合板の売買に関し、不良製品の正確な枚数を明示していなくても同項の「通知」として欠けるところはないと判断された事例（東京地判昭和56年8月19日判時1035号123頁）や、ゴルフネットの売買に関し、買主が売主に対し品質に多少問題があるようである旨の話をしたことが、同項の「通知」としては不十分であると判断された事例（東京地判昭和54年9月25日判時959号119頁）も参考となる。
- (5) 通説的な見解によれば、請負人の担保責任の規定（民法第634条から第640条まで）は、同法第559条の特則であるとともに不完全履行の特則であると理解されているが、仮に同法第570条の担保責任について前記第3の7の考え方を採り、かつ、請負人の担保責任について素案の考え方を採った場合には、両者はその要件・効果を同じくすることとなり、請負人の担保責任に同法第559条の特則としての意義はなくなると考えられる。もっとも、請負は売買と並んで担保責任が問題となる重要な契約類型であることに鑑み、重ねて規定を置くこととしている。

2 仕事の目的物である土地工作物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任の存続期間（民法第638条関係）

民法第638条を削除するものとする。

○中間試案第40、2(4)「仕事の目的物である土地工作物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任の存続期間（民法第638条関係）」
民法第638条を削除するものとする。

(説明)

1 現行の規定及び問題の所在

民法第638条は、建物その他の土地の工作物の請負人が負う担保責任について、特に長期の制限期間を設けている。これは、土地工作物については、引渡し又は仕事の終了から一定の期間が経過した後に瑕疵が発見される場合も少なくないことから、注文者

を保護するために、担保責任の存続期間を長期化したものと理解されている。

前記1において素案の考え方を採った場合には、制限期間の起算点が不適合の事実を知った時となるが、不適合の事実が注文者に明らかになっている以上、目的物が土地の工作物である場合について原則的な期間よりも長期の制限期間を設ける必要性は乏しい（民法第638条第2項参照）。そこで、同条第1項は削除すべきであると考えられる。

また、民法第638条第2項は、土地の工作物が滅失などしたときは注文者にとって瑕疵の存在が明白になることから、同条第1項の期間にかかわらず、滅失等から1年以内に権利を行使しなければならないとするものであるが、前記1において素案の考え方を採れば、仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の注文者の権利一般について同条第2項と同様の趣旨に基づく規定が設けられることになるから、同項の規定は不要であると考えられる。

2 改正の内容

素案は、以上を踏まえ、民法第638条を削除するものである。

第6 組合

1 他の組合員が出資債務の履行をしない場合

他の組合員が出資債務の履行をしない場合について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 組合員は、他の組合員が出資債務の履行をしないことを理由としては、自己の出資債務の履行を拒むことができない。
- (2) 組合員は、他の組合員が出資債務の履行をしない場合であっても、組合契約を解除することができない。

○中間試案第44、2「他の組合員が出資債務を履行しない場合」

- (1) 組合員は、他の組合員が出資債務の履行をしないことを理由として、自己の出資債務の履行を拒むことができないものとする。
- (2) 組合員は、他の組合員が出資債務の履行をしない場合であっても、組合契約の解除をすることができないものとする。

(説明)

1 現状及び問題の所在

民法は、組合を典型契約の一つと位置付けており、組合契約には、契約総則に規定される同時履行の抗弁権や契約の解除等の規律の適用もあり得ることとなるが、契約総則の規定を組合契約に適用する際には、組合契約の団体的性格に由来する一定の制約があるとされる。

組合契約の法的性質をどのように解するかについては、引き続き解釈に委ねざるを得ないとしても、契約総則の規定が組合契約にどのように適用されるのかが明確でなければ、組合契約を利用した場合の効果を十分に予測することができず、組合契約の活用の妨げともなりかねないことから、規律の明確化が必要である。

具体的には、①組合契約に基づく出資債務を履行しない組合員が、組合からの出資債務の履行請求に対し、ほかにも出資債務を履行していない組合員がいることを理由に、同時履行の抗弁権を主張して請求を拒むことができるか（民法第533条関係）、②他の組合員に組合契約上の債務の不履行がある場合に、組合契約を解除することができるか（民法第540条から第548条まで関係）が問題となる。

2 改正の内容

(1) 素案(1)について

同時履行の抗弁権は契約当事者間の公平の維持を目的とする制度であるところ、業務執行者（民法第670条第2項）が置かれている組合においては、業務執行者は全組合員を代表して出資債務の履行請求権を行使するのであるから、出資債務の履行をしない組合員がいる場合であっても、他の組合員は、業務執行者の請求に対し、同時履行の抗弁権を行使することはできないと解されている。また、業務執行者が置かれていない組合においても、既に出資債務を履行した組合員からその履行の請求を受けた組合員は、公平の観点から、他に出資債務を履行していない組合員がいることを理由として同時履行の抗弁権を行使することができないと解されている。

これに対し、業務執行者が置かれていない組合において、出資債務の履行を請求する組合員が自己の出資債務を履行していない場合には、同様に公平の観点から、その履行の請求を受けた組合員は、同時履行の抗弁権を行使してその履行を拒むことができるとする見解が一般的である。しかし、組合の業務の円滑の観点からは、このような場合であっても履行の請求を受けた組合員にその履行を拒むことを許すべきではないとの批判がある。

そこで、素案(1)では、業務執行者が置かれていない組合において、出資債務の履行を請求する組合員が自己の出資債務を履行していない場合も含め、組合員は、他の組合員が出資債務の履行をしないことを理由としては、自己の出資債務の履行を拒むことができないこととしている。このような規律に関し、組合契約には同時履行の抗弁に関する民法第533条の規定が適用されないという形で規定するか、中間試案のように実質的な規律を書き下す形で規定するかという問題があり得るが、素案(1)では、分かりやすさの観点から、中間試案の書き振りを維持している。

(2) 素案(2)について

民法第683条は組合の解散の請求について規定しているが、解散の請求とは、一方的に組合契約の効力を失わせるものとして、解除の一種とされる。したがって、形式上は、契約の解除に関する総則規定の適用があり得ることとなるが、組合契約の終了については、同条が「やむを得ない事由があるとき」に限り解散請求を許しているほか、その団体的性格に鑑み、組合員の脱退（民法第678条、第679条）、組合員の除名（同法第680条）等の特別の規定が設けられており、一部の組合員に債務不履行等の一般的な解除事由があることを理由として組合契約全体が解除され得るとすれば、組合の団体的性格に反するだけでなく、民法が上記の特別の規定を設けた趣旨を没却する。そこで、組合契約には、当事者が解除に関し特別の意思表示をした場合を除き、契約の解除に関する総則規定の適用はないとされる（大判昭和14年6月2

0日民集18巻666頁)。民法第684条は、賃貸借契約における解除の効力の非遡及について定める同法第620条の規定を組合契約の解除について準用しているが、これは、組合の解散の請求の効果について、当然のことを規定したにすぎないものとされる。

そこで、素案(2)では、このような判例の理解を前提としつつ、組合員は、他の組合員が出資債務の履行をしない場合であっても、組合契約を解除することができないものとしている。もっとも、この規律は任意規定であり、組合契約において、一定の事由がある場合にはこれを解除し得る旨の特約をすることも可能とされるため、この場合には、契約の解除に関する総則規定のうち解除権の行使方法に関する規定の適用があることとなる。他方で、組合契約に別段の定めのない限り、判例の趣旨によれば解除事由に関する規定の適用はなく、また、民法第684条により解除の遡及効に関する規定の適用もないこととなる。

契約の解除に関する総則規定について、条文ごとに適用の有無をまとめると次表のとおりとなるものと考えられる。このような規律に関し、個別の規定の適用除外の形で規定するか、中間試案のように実質的な規律を書き下す形で規定するかという問題もあり得るが、素案(2)では、当面、中間試案の書き振りを維持することとしている。

民法第540条	適用あり	解除権の行使方法について規定するものであり、民法第683条の場合や、特約による解除権を行使する場合に適用がある。
民法第541条 第542条 第543条	適用なし	民法第683条及び判例の趣旨により、適用がない。
第544条	適用あり	組合契約においては、相手方当事者が数人ある場合として、適用がある。
第545条 第546条	適用なし	民法第684条により、原状回復義務に関する規律の適用はない。
第547条	適用あり	特約による解除権の行使につき期間の定めがないときは、適用がある。
第548条	適用なし	法定解除事由について消極的に規定するものであり、民法第541条から第543条までと同様に、適用がない。

3 危険負担に関する規定の適用について

契約総則の規律が組合契約に適用されるかどうかを巡っては、素案に掲げたもののほかに、危険負担に関する規定の適用の有無も問題となる。組合員の出資債務が不可抗力により履行不能となった場合（民法第536条第1項参照）については、これまで、当該組合員は将来に向かって脱退するものと解されてきたが、危険負担については、同法

第534条及び第535条の削除が提案されている（部会資料68A第4）ほか、同法第536条の在り方につき、なお検討が続けられている（部会資料68B第1参照）。そこで、これらの規律の組合契約への適用の有無については、規律の在り方が概ね固まった段階で、改めて検討することとする。

2 組合員の一人についての法律行為の無効等

組合員の一人についての法律行為の無効等について、次のような規律を設けるものとする。

組合契約は、組合員の一人について法律行為の無効又は取消しの原因があっても、他の組合員の間においては、その効力を妨げられない。

○中間試案第44、1「組合契約の無効又は取消し」

組合契約に関し、組合員の一部について意思表示又は法律行為に無効又は取消しの原因があっても、他の組合員の間における当該組合契約の効力は、妨げられないものとする。

（説明）

1 現状及び問題の所在

(1) 組合契約の法的性質をどのように解するとしても、組合契約の締結は、意思表示によってされることから、その意思表示については、法律行為の無効又は取消しに関する規定の適用があり得ることとなるが、組合契約につきその適用を制限する特別の規定は設けられていない。

しかし、組合契約は団体的な性格を有し、一人又は数人の組合員について契約締結の意思表示が無効となり、又は取り消されることによって、組合契約全体が無効となり、又は取り消されることとなれば、他の組合員は契約の目的を達することができず、組合の外形を信頼して取引関係に入った第三者の利益も害される。

(2) そこで、学説上は、組合が第三者と取引を開始した後かどうかに分けて、法律行為の無効又は取消しに関する規定の適用を制限する見解が一般的とされる。具体的には、取引開始後は、第三者の利益保護の観点から、意思表示に無効又は取消しの原因がある組合員を組合から脱退させることによって処理し、当該無効又は取消しの効果が組合契約全体に影響を及ぼさないようにすべきであるとされるのに対し、取引開始前は、第三者の利益保護の要請が働かないことを理由に、組合契約は原則どおり無効となり、又は取り消され得ることとなるものとされる。

もっとも、この見解に対しては、組合が第三者と取引を開始する前であっても、他の組合員の意思を尊重して組合契約の効力を認める必要があると考えられること、第三者と取引を開始する前か後かを巡り紛争を生ずるおそれがあることから、実務上問題があるとの指摘もあり、この見解をそのまま明文化することは適切でない。

他方で、一部の組合員の組合契約締結の意思表示について、法律行為の無効又は取消しに関する規定の適用を制限する規律を設けない場合には、組合契約全体の法的安

定性が損なわれ、組合契約の利用の妨げともなりかねないことから、規律を新設する必要がある。

2 改正の内容

素案では、上記の問題の所在を踏まえ、第三者との取引の開始の前後を問わず、組合員の一人について法律行為の無効又は取消しの原因があっても、組合契約は、他の組合員の間においては、その効力を妨げられない旨の規律を新たに設けることとしている。この点については、これまで、意思表示の瑕疵に関する規定の適用を中心に議論がされてきたが、一部の組合員についてのみ、その組合契約締結の意思表示が民法第90条に反すると評価される場合もあり得ることから、この場合も対象に含めるべく、民法第433条の規定振りなどを参照しつつ、意思表示よりも広く、「法律行為」の無効又は取消しという文言を用いている。

素案の規律によれば、法律行為に無効又は取消しの原因がある組合員は、組合に対し、当該原因に基づく無効又は取消しの効果を主張し、出資した財産がある場合には、原状回復としてその返還を求めることができるが、他の組合員の間においては、当該原因に基づく無効又は取消しの効果は及ばず、組合関係が存続する。もともと、この規定は任意規定であり、組合契約において別段の定めをすることも可能である。

なお、法律行為に無効又は取消しの原因がある組合員を除くと二人以上の組合員が残らない場合の処理は、組合の解散事由の有無の問題として処理すべきであると考えられる（後記8参照）。

3 組合の財産関係（民法第675条及び第676条関係）

(1) 民法第675条の規律を次のように改めるものとする。

- ア 組合の債権者は、組合財産に属する財産に対してその権利を行使することができる。
- イ 組合の債権者は、各組合員に対して等しい割合でその権利を行使することができる。ただし、組合の債権者がその債権の発生の際に組合員の損失分担の割合を知っていたときは、その割合によってのみ、その権利を行使することができる。

(2) 民法第676条の規律を次のように改めるものとする。

- ア 組合員は、組合財産に属する財産についてその持分を処分したときは、その処分をもって組合及び組合と取引をした第三者に対抗することができない。
- イ 組合員の債権者は、組合財産に属する財産に対してその権利を行使することができない。
- ウ 組合員は、組合財産に属する債権について、その持分に応じて分割してその権利を行使することができない。
- エ 組合員は、清算前に組合財産に属する財産の分割を求めることができない。

○中間試案第44、3「組合の財産関係（民法第668条ほか関係）」

(1) 組合の財産関係について、民法第668条、第674条、第676条及び第677条の規律を維持した上で、次のような規律を付け加えるものとする。

ア 組合員の債権者は、組合財産に属する財産に対し、その権利を行使することができないものとする。

イ 組合員は、組合財産に属する債権について、自己の持分に応じて分割して行使することができないものとする。

ウ 組合の債権者は、組合財産に属する財産に対し、その権利を行使することができるものとする。

(2) 民法第675条の規律を改め、組合の債権者は、各組合員に対しても、等しい割合でその権利を行使することができるものとする。ただし、組合の債権者がその債権の発生の際に組合員の損失分担の割合を知っていたときは、その割合によってのみその権利を行使することができるものとする。

(注) 上記(1)アについては、このような規定を設けるべきではない（解釈に委ねる）という考え方がある。

(説明)

1 素案(1)アについて

(1) 現状及び問題の所在

組合財産の帰属について、民法は、総組合員の「共有」に属するという建前をとりつつも（同法第668条）、組合財産につき、持分の処分や分割請求を禁ずる（同法第676条）など、組合員の固有財産からの独立性をある程度持たせ、物権編の「共有」（同法第249条以下）とは異なる帰属態様を規定している。

このような帰属態様は、一般に「合有」と称されており、組合の債務についても、各組合員に分割されて帰属するのではなく、1個の債務として総組合員に帰属し、組合財産がその引当てとなると解するのが一般的であるが、明文の規定が設けられておらず、条文上、具体的な規律の内容が明らかでないという問題がある。

(2) 改正の内容

素案(1)アでは、組合の債権者の権利の行使に関する規定として、上記の解釈を明文化し、組合の債権者は、組合財産に属する財産に対し、その権利を行使することができるという原則を示している。その権利行使に当たっては、組合財産に属する財産が組合財産に属することの証明を要するものと考えられる。

なお、「組合財産」という用語については、民法第676条第1項において、組合財産に属する個々の財産を指すのか、それとも総体としての組合財産を指すのかを巡り議論されている。判例（最判昭和33年7月22日民集12巻12号1805頁）は、前者の考え方を前提とすると理解されているが、規定の文言上は必ずしも明らかではない。そこで、素案(1)アの規律では、実際に権利行使の対象となるのは組合財産に属する個々の財産であることから、「組合財産に属する財産」との文言を用いることにより、その趣旨を明らかにしている。

2 素案(1)イについて

(1) 現状及び問題の所在

民法第675条は、組合の債権者がその債権の発生の際に組合員の損失分担の割合を知らなかったときは、各組合員に対して等しい割合でその権利を行使することができるとして、組合財産と並んで各組合員の固有財産もその引当てとなることを規定しているが、これに対しては、債権者に組合員相互の損失分担の割合を知らなかったことの証明を求めるよりも、均等割合を原則とした上で、これと異なる分担割合の定めがある場合には、各組合員において、これを債権者が知っていたことを証明することとすべきであるとの指摘がある。

(2) 改正の内容

素案(1)イでは、上記の指摘を踏まえ、組合の債権者は、原則として、各組合員に対して等しい割合でその権利を行使することができるが、例外的に、その債権の発生の際に組合員の損失分担の割合を知っていたときは、その割合によってのみその権利を行使することができることとし、主張立証責任の所在を明確化している。

3 素案(2)アについて

素案(2)アは、民法第676条第1項の規律を維持するものである。なお、「組合財産」という用語を「組合財産に属する財産」との文言を用いて改める点については、素案(1)アの説明において記載したとおりである。

4 素案(2)イについて

(1) 現状及び問題の所在

組合員が組合財産上の持分を処分することを禁止している民法第676条第1項の趣旨から、組合員の債権者が当該組合員の組合財産上の持分を差し押さえることはできないと解されている。持分の差押えは、組合活動の財産的基礎を損なうという意味では、持分の処分と変わらないからである。このことは、仮差押え等の他の権利行使についても同様であると考えられる。

(2) 改正の内容

素案(2)イでは、この解釈を前提に、組合員の債権者による差押え、仮差押え等の権利行使一般について明文化し、組合員の債権者は、組合財産に属する財産に対し、その権利を行使することができないものとしている。なお、「合有」関係においては、組合の債務は、各組合員に分割されて帰属するのではなく、1個の債務として総組合員に帰属し、組合財産がその引当てとなることから、ここでいう「組合員の債権者」には、組合の債権者は含まれない。

この考え方に対しては、パブリック・コメントにおいて、公示制度を整備しないまま、組合員名義でありながら組合員の債権者が差し押さえることのできない財産の創出を認めると、債権者の信頼を害し、執行妨害に利用されるおそれもあるとして、反対する意見も寄せられたが、同様のことは、権利能力のない団体に帰属する財産を第三者名義で登記する場合等にも妥当し、組合特有の問題ではない。また、債権者を害する目的で組合契約が締結された場合には、詐害行為に当たるものとしてこれを取り消す余地もある。加えて、強制執行の手続においては、組合員の債権者による差押え

に対し、組合の側が、第三者異議の訴え等により強制執行の不許を求める必要がある
のであるから、執行妨害に利用されるおそれは、それほど大きくないとも考えられる。

5 素案(2)ウについて

(1) 現状及び問題の所在

民法第677条は、組合活動の財産的基礎を確保する観点から、組合財産に属する
債権には分割主義の原則（同法第427条）が妥当しないことを前提に、当該債権の
債務者がその債務と組合員に対する債権とを相殺することを禁じており、同法第67
6条第2項も、組合員は清算前に組合財産の分割を求めることができないとしている。
その結果、組合財産に属する債権は、総組合員が共同してのみ行使することができ、
個々の組合員が組合財産に属する債権を自己の持分に応じて分割して行使することは
できないと解されている（大判昭和13年2月12日民集17巻132頁参照）。

(2) 改正の内容

素案(2)ウでは、この解釈を明文化し、組合員は、組合財産に属する債権について、
その持分に応じて分割してその権利を行使することができないものとしている。

債権のみを規律の対象とするのは、債権については、規律を設けない場合には分割
主義の原則（民法第427条）が妥当し、持分に応じた分割行使が可能となってしまう
のに対し、物権については、共有物等につき当然分割の規律は採用されておらず、
素案(2)エの規律により、清算前の共有物分割請求等も禁止されているため、別途規律
を設ける必要がないことによる。

6 素案(2)エについて

素案(2)エは、民法第676条第2項の規律を維持するものである。なお、「組合財産」
という用語を「組合財産に属する財産」との文言を用いて改める点については、素案(1)
アの説明において記載したとおりである。

4 組合の業務執行（民法第670条関係）

民法第670条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 組合の業務は、組合員の過半数をもって決定し、各組合員がこれを執行する。
- (2) 組合の業務の執行は、組合契約の定めるところにより、一人又は数人の組合員又は第三者に委任することができる。
- (3) 上記(2)の委任を受けた者（以下4において「業務執行者」という。）は、組合の業務を決定し、これを執行する。
- (4) 業務執行者が数人あるときは、組合の業務は、業務執行者の過半数をもって決定し、各業務執行者がこれを執行する。
- (5) 業務執行者がある場合であっても、総組合員の同意によって組合の業務を決定し、又は執行することは、妨げられない。
- (6) 組合の常務は、上記(1)から(5)までにかかわらず、各組合員又は各業務執行者が単独で決定し、これを執行することができる。ただし、その完了前に他の組合員又は業務執行者が異議を述べたときは、この限りでない。

○中間試案第44、4「組合の業務執行（民法第670条関係）」

民法第670条の規律を次のように改める。

- (1) 組合の業務は、組合員の過半数をもって決定し、各組合員がこれを執行するものとする。
- (2) 組合の業務執行は、組合契約の定めるところにより、一人又は数人の組合員又は第三者に委任することができるものとする。
- (3) 上記(2)の委任を受けた者（業務執行者）は、組合の業務を決定し、これを執行するものとする。業務執行者が二人以上ある場合には、組合の業務は、業務執行者の過半数をもって決定し、各業務執行者がこれを執行するものとする。
- (4) 業務執行者を置いている場合であっても、総組合員によって組合の業務を執行することは妨げられないものとする。
- (5) 上記(1)から(4)までにかかわらず、組合の常務は、各組合員又は各業務執行者が単独で決定し、これを執行することができるものとする。ただし、その完了前に他の組合員又は業務執行者が異議を述べたときは、この限りではないものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現状及び問題の所在

民法第670条第1項は、業務執行者（同条第2項参照）を置かない場合の組合の業務の執行について、組合員の過半数で決すると規定するが、これは、意思決定の方法について定めるものにすぎないと解されており、その意思決定を実行する方法が明示されていない。決定された意思の実行については、原則として、各組合員が業務執行権を有するものと解されていることから、その旨を明示する必要がある。

(2) 改正の内容

素案(1)では、業務執行者を置かない場合の組合の業務の執行について、以上の解釈を明文化し、組合の業務は組合員の過半数で決定するとして民法第670条第1項の規律を維持しつつ、これに付け加えて、各組合員が組合の業務を執行することを明示することで、業務執行権の所在を明らかにしている。

なお、パブリック・コメントにおいては、「組合員の過半数で」組合の業務執行を決するとする民法第670条第1項について、「出資の価額の過半数で」決することとすべきであるとの意見も示されたが、組合契約においてそのような特約をすることは妨げられない反面、出資の形態によっては、業務執行の決定の都度、出資価額の割合を確定することが煩雑な場合もあり得ることから、素案(1)では、特約がない場合の任意規定として現行法の規律を維持することとしている。

2 素案(2)から(5)までについて

(1) 現状及び問題の所在

民法第670条第2項は、業務執行者について、組合契約で業務の執行を委任した

者と定義するにとどまり、誰に業務の執行を委任することができるのか等については規定していないが、組合契約の定めるところに従い（大判大正6年8月11日民録23輯1191頁）、組合員以外の第三者に対しても業務の執行を委任することができる と解されている。

次に、業務執行者の権限についても、民法第670条第2項は、複数の業務執行者を置く場合について一定の規定を設けているが、業務執行者を一人のみ置く場合にその者が組合の業務を決定し、これを執行することについては、明文の規定を欠いている。

また、民法第670条第2項は、複数の業務執行者を置く場合の組合の業務の執行について、業務執行者の過半数で決すると規定するが、これは、同条第1項と同様に、意思決定の方法について定めるものにすぎず、決定された意思の実行については各業務執行者が業務執行権を有するものと解されており、その旨を明示する必要がある。

業務執行者に業務の執行を委任した場合には、一般に、個々の組合員は業務執行権を失うと解されているが、その場合であっても、組合員全員によるときは、なお業務を決定し、又は執行することができるものとすべきであるとの指摘がある。この考え方は、代理法理から当然に導かれる帰結でもあり、これによれば、組合の業務執行者が誰であるかが明らかでない場合であっても、組合員全員に意思表示等を行うことにより、組合に対する意思表示等を行うことが可能となる。

(2) 改正の内容

以上の解釈を明文化し、まず、素案(2)では、組合の業務執行は、組合契約の定めるところにより、一人又は数人の組合員又は第三者に委任することができるものとし、この委任を受けた組合員又は第三者を「業務執行者」と定義している。「組合契約の定めるところにより」との文言は、組合契約によってこのような委任行為が行われることを意味するものである。

次に、業務執行者を置く場合の組合の業務の執行について、素案(3)では、各業務執行者が単独で組合の業務を決定し、これを執行する権限を有するという原則を明示している。また、素案(4)では、複数の業務執行者を置く場合について、素案(1)と同様に、業務の決定方法に関する民法第670条第2項の規律を維持しつつ、各業務執行者が組合の業務を執行することを明示することで、業務執行権の所在を明らかにしている。

さらに、素案(5)では、上記の指摘を踏まえ、組合の業務の執行を業務執行者に委任した場合であっても、総組合員によって組合の業務を決定し、又は執行することは妨げられないものとしている。

3 素案(6)について

素案(6)は、組合の常務の執行について、民法第670条第3項の規律を基本的に維持するものであるが、素案(1)から(5)までにおいて、組合の業務の決定と執行とを区別して規律する考え方を採用していることから、これに合わせ、組合の常務を「行う」という文言を「決定し、これを執行する」という文言に改めている。

なお、民法第670条第3項は、業務執行者を置く場合と置かない場合とを明確に区

別せず、「各組合員又は各業務執行者が」単独で組合の常務を行うことができるとするが、業務執行者を置く場合には、業務執行者でない組合員は常務の執行権を有しないと解されており、その趣旨が条文上読み取りにくいという問題がある。もっとも、この点については、素案(5)の反対解釈から読み取ることも可能であることから、素案(6)では、現行法の規定振りを維持している。

5 組合代理

組合代理について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 各組合員が他の組合員を代理して組合の業務を執行するには、組合員の過半数をもって代理権の授与を決定しなければならない。ただし、組合の常務は、各組合員が単独で他の組合員を代理して行うことができる。
- (2) 業務執行者を定めたときは、業務執行者のみが組合員を代理する権限を有する。
- (3) 業務執行者が二人以上ある場合において、各業務執行者が組合員を代理して組合の業務を執行するには、業務執行者の過半数をもって代理権の授与を決定しなければならない。ただし、組合の常務は、各業務執行者が単独で他の組合員を代理して行うことができる。

○中間試案第44、5「組合代理」

- (1) 各組合員が他の組合員を代理して組合の業務を執行するには、組合員の過半数をもってした決定による代理権の授与を要するものとする。ただし、組合の常務に関しては、各組合員は、当然に他の組合員を代理してこれを行う権限を有するものとする。
- (2) 業務執行者を定めた場合には、組合員を代理する権限は、業務執行者のみが有するものとする。
- (3) 業務執行者が二人以上ある場合に、各業務執行者が組合員を代理して組合の業務を執行するには、業務執行者の過半数をもってした決定による代理権の授与を要するものとする。ただし、組合の常務に関しては、各業務執行者は、当然に組合員を代理してこれを行う権限を有するものとする。

(説明)

1 現状及び問題の所在

組合は法人格を持たず、自ら法律行為の主体となることができないため、組合が第三者と法律行為を行う場合には、組合員又は業務執行者による代理の形式を用いざるを得ず、この場合の代理の形式を「組合代理」という。

民法には組合代理に関する規定は設けられていないが、今般の改正では、内部関係である委任と外部関係である代理を区別して規定を設ける方向で検討されていること(部会資料66A第2、3、部会資料72A第2、1参照)から、組合契約についても、業務執行(組合内部の意思決定及びその執行)に関する規定とは別に、組合代理(組合が

第三者と法律行為を行う方法)に関する規定を設けることが考えられる。

2 改正の内容

(1) 素案(1)について

業務執行者を置かない場合には、各組合員は、組合内部においては、組合員の過半数をもって決定された組合の業務を執行する権限を有するが、第三者との関係では、組合を代理して法律行為を行うこととなる。この代理権をどの組合員に授与するかについては、組合の業務について意思決定をする際（民法第670条第1項）に、併せて組合員の過半数をもって決定される（大判明治40年6月13日民録13輯648頁、最判昭和35年12月9日民集14巻13号2994頁参照）。これに対し、組合の常務については、各組合員が単独で行うことができるとされており（民法第670条第3項）、そのために必要な代理権も当然に各組合員が有するものと解されている。

そこで、素案(1)では、業務執行者を置かない場合の組合代理について、以上の解釈を明文化し、各組合員が他の組合員を代理して組合の業務を執行するには、組合員の過半数をもって代理権の授与を決定しなければならないものとしつつ、組合の常務については、各組合員が単独で他の組合員を代理して行うことができることを明示している。

(2) 素案(2)について

業務執行者を置く場合には、その者にのみ組合の業務の執行に係る代理権を付与し、それ以外の組合員には代理権を付与しない趣旨であることが通常と考えられることから、組合の業務執行者を定めたときは、業務執行者のみが代理権を有するものとみるべきであると解されている。

そこで、素案(2)では、この解釈を明文化し、業務執行者を定めたときは、業務執行者のみが組合員を代理する権限を有するものとしている。

(3) 素案(3)について

複数の業務執行者を置く場合には、各業務執行者は、組合内部においては、業務執行者の過半数をもって決定された組合の業務を執行する権限を有するが、素案(1)と同様に、第三者との関係では、組合を代理して法律行為を行うこととなる。この代理権をどの業務執行者に授与するかについては、組合の業務について意思決定（民法第670条第2項）をする際に、併せて業務執行者の過半数をもって決定されるものと解されている。また、各業務執行者が組合の常務を行うために必要な代理権を有することについても、素案(1)と同様である（民法第670条第3項参照）。

そこで、素案(3)では、業務執行者が二人以上ある場合の組合代理について、以上の解釈を明文化し、各業務執行者が組合員を代理して組合の業務を執行するには、業務執行者の過半数をもって代理権の授与を決定しなければならないものとしつつ、組合の常務については、各業務執行者が単独で他の組合員を代理して行うことができることを明示している。

(4) 第三者保護規定について

組合代理も代理の一種である以上、通常の代理の場合と同じく、表見代理に関する規定の適用があるものと解される。判例（最判昭和38年5月31日民集17巻4号

600頁)も、「組合規約等で内部的にこの権限を制限しても、その制限は善意無過失の第三者に対抗できない」とするが、この帰結が民法第110条の適用によるものであるのか、法人代表者の代表権の制限に関する規律(一般社団法人及び一般財団法人に関する法律第77条第5項参照)を類推したものであるのかは明らかでない。

パブリック・コメントにおいては、組合代理が通常の代理と異なることを理由に、表見代理に関する規定の適用があることを明示すべきであるとの意見も寄せられたが、素案では、特段の留保なく「代理」の用語を用いており、表見代理に関する規定の適用を前提としている。また、組合が団体的性格を有するとしても、法人格を有せず、契約によって成立するものであり、法人と同水準の第三者保護規定を別途設ける必要性が高いとはいえない。そこで、素案では、組合代理について、第三者の保護に関する特段の規定を設けないこととしている。

6 組合員の加入

組合員の加入について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 組合の成立後であっても、組合員は、その全員の同意によって、又は組合契約の定めるところにより、新たに組合員を加入させることができる。
- (2) 上記(1)により組合の成立後に加入した組合員は、その加入前に生じた組合債務については、これを履行する責任を負わない。

○中間試案第44、6「組合員の加入」

(1) 組合の成立後であっても、組合員は、その全員の同意をもって、又は組合契約の定めるところにより、新たに組合員を加入させることができるものとする。

(2) 上記(1)により組合の成立後に加入した組合員は、その加入前に生じた組合債務については、これを履行する責任を負わないものとする。

(説明)

1 素案(1)について

(1) 現状及び問題の所在

民法は、組合成立後の組合員の加入につき明文の規定を設けていないが、他方、組合員の除名や脱退については規定(同法第678条から第681条まで)を設けており、組合の同一性を保ったまま組合員の構成に変動が生じ得ることを前提としていると考えられる。したがって、新たな組合員の加入も認められるものと解され(大判明治43年12月23日民録16輯982頁)、この規律を明示する必要がある。有限責任事業組合契約に関する法律第24条第1項も、組合員は、新たに組合員を加入させることができる旨の明文の規定を設けている。

(2) 改正の内容

前記のとおり、組合成立後に新たな組合員が加入することも認められるものと解されるが、その要件については、組合契約で特段の定めをした場合を除き、新たに加入する者と既存の組合員全員との合意を要するものと解されている。

そこで、素案(1)では、以上の解釈を明文化し、組合の成立後であっても、組合員は、その全員の同意によって、又は組合契約の定めに従い、新たに組合員を加入させることができるものとしている。

2 素案(2)について

(1) 現状及び問題の所在

組合成立後に新たに組合員が加入した場合には、加入前に生じた組合債務についても当該組合員の固有財産を引当てとする責任（民法第675条参照）を負うのかどうか問題となる。これについては、持分会社の場合（会社法第605条）と異なり、否定的な見解が一般的であるが、このような解釈は条文上明らかでないことから、これを明文化する必要がある。

(2) 改正の内容

素案(2)では、上記の一般的な解釈を明文化し、組合の成立後に加入した組合員は、その加入前に生じた組合債務については、これを履行する責任を負わないものとしている。

なお、この規定は任意規定であり、組合契約において、加入前に生じた組合債務についても責任を負う旨の別段の定めをすることを妨げるものではない。

7 組合員の脱退

組合員の脱退について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 脱退した組合員は、脱退前に生じた組合債務については、これを履行する責任を負う。この場合において、債権者が全部の履行を受けない間は、脱退した組合員は、他の組合員に担保を供させ、又は他の組合員に対して自己に免責を得させることを請求することができる。
- (2) 脱退した組合員は、上記(1)の組合債務を履行したときは、組合に対して求償権を行使することができる。

○中間試案第44、7「組合員の脱退（民法第678条から第681条まで関係）」
組合員の脱退について、民法第678条から第681条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

- (1) 民法第678条に付け加えて、やむを得ない事由があっても組合員が脱退することができないことを内容とする合意は、無効とするものとする。
- (2) 脱退した組合員は、脱退前に生じた組合債務については、これを履行する責任を負うものとする。この場合において、脱退した組合員は、他の組合員に対し、この債務からの免責を得させること、又は相当な担保を供することを求めることができるものとする。

(説明)

1 現状及び問題の所在

脱退した組合員が脱退前に生じた組合債務につき自己の固有財産を引当てとする責任

(民法第675条参照)を負い続けるかどうかに関しては、民法に明確な規定は置かれていないが、脱退後も責任を負い続けるものと解されている。

もっとも、持分の払戻しに際し、脱退した組合員が固有財産を引当てとする責任を負うことを前提に、通常よりも多額の払戻しがされたような場合を除けば、脱退した組合員が脱退後に組合債務を履行することは他人の債務の履行に当たる。このため、脱退した組合員は、脱退前に生じた組合債務を履行したときは、組合に対して求償権を行使することができるものと解されている。また、当該組合債務の履行がされない段階においても、同様に、組合は、組合財産をもって当該組合債務を履行したり、債権者から免除を得たりするなどして、脱退した組合員の固有財産を引当てとする責任を免れさせるか、相当な担保を供して脱退した組合員が不利益を被らないようにしなければならないと解されている。

以上の解釈は、条文上、必ずしも明らかでないことから、これを明文化する必要がある。

2 改正の内容

(1) 素案(1)について

素案(1)は、上記の解釈を明文化し、前段において、脱退した組合員は、脱退前に生じた組合債務については、これを履行する責任を負うものとしつつ、後段において、脱退した組合員が脱退前に生じた組合債務を履行する責任を負う場合には、債権者が全部の履行を受けない間は、他の組合員に担保を供させ、又は他の組合員に対して自己に免責を得させることを請求することができるものとしている。

素案(1)の後段は、委託を受けた保証人からの求償に応じた主たる債務者に関する民法第461条第1項の規律を参考としたものであり、脱退の時における組合財産の状況に従い、組合債務をマイナスの資産として計上して持分の払戻額を計算すること(同法第681条第1項)を前提としている。これに対し、脱退組合員が固有財産を引当てとする責任を負うことを前提に、通常よりも多額の払戻しがされたような場合には、別段の合意により、素案(1)後段の適用は排除されているものと考えられる。また、担保提供義務や免責を得させる義務については、義務のみを明文で規定しただけでは、いつまでその義務を負うのかが明らかにならないことから、同法第461条第1項と同様に、「債権者が全部の履行を受けない間は」との限定を付している。

なお、素案(1)の前段については、組合契約の目的によっては、投資者保護の観点から、脱退前に生じた組合債務について責任を負わない旨の別段の合意がされることも考えられる。

(2) 素案(2)について

素案(2)は、上記の解釈を明文化し、脱退した組合員は、脱退前に生じた組合債務を履行したときは、組合に対して求償権を行使することができるものとしている。

もっとも、脱退した組合員が固有財産を引当てとする責任を負うことを前提として持分の払戻しがされたような場合には、脱退の際に、脱退した組合員が自らの債務として組合債務の履行をすべき旨の合意がされていたものと見られ、脱退した組合員による脱退前に生じた組合債務の履行は、他人の債務の履行には当たらないことから、

求償権の行使は、特約により排除されているものと考えられる。

この規律は、中間試案では取り上げていなかったが、パブリック・コメントの結果、脱退後に組合債務を履行した場合の求償に関する規律について、実務的には重要と思われるにもかかわらず明文化の提案がないとの指摘が寄せられたことから、今回、新たに取り上げるものである。

3 その余の検討事項

以上のほか、中間試案では、民法第678条に関し、判例（最判平成11年2月23日民集53巻2号193頁）を受けて、やむを得ない事由があっても組合員が脱退することができないことを内容とする合意を無効とする旨の規律を設けることを提案していたが、パブリック・コメントの結果、一部の規定についてのみ強行規定であることを条文上明示する場合には、他の規定が全て任意規定であるかのような反対解釈を招くおそれがあることなどを理由に、複数の反対意見が寄せられたため、素案では、明文の規定を設けないこととしている。

8 組合の解散事由（民法第682条関係）

民法第682条の規律を次のように改めるものとする。

組合は、次に掲げる事由によって解散する。

- (1) 組合の目的である事業の成功又はその成功の不能
- (2) 組合契約で定めた存続期間の満了
- (3) 組合契約で定めた解散の事由の発生
- (4) 総組合員の同意

○中間試案第44、8「組合の解散事由（民法第682条関係）」

民法第682条の規律を改め、組合は、次に掲げる事由によって解散するものとする。

- (1) 組合の目的である事業の成功又はその成功の不能
- (2) 組合契約で定められた存続期間の満了
- (3) 組合契約で定められた解散事由の発生
- (4) 総組合員による解散の合意

(説明)

1 現状及び問題の所在

民法は、組合の解散事由として、事業の成功又は成功の不能（同法第682条）と、やむを得ない事由があるときの各組合員の解散請求（同法第683条）とを掲げているが、ほかにも、組合契約で定めた存続期間が満了した場合、組合契約で定めた解散の事由が発生した場合及び組合員全員が解散に同意した場合にも、組合は解散すると解されている。そこで、これらの解散事由を明示することにより、規律を明確化する必要がある。

2 改正の内容

素案では、民法第682条の規律を維持するとともに（素案(1)）、上記の解釈を明文化し、組合契約で定めた存続期間の満了（素案(2)）、組合契約で定めた解散の事由の発生（素案(3)）、総組合員の同意（素案(4)）の各事由を組合の解散事由に追加するものとしている。

なお、組合員が一人になった場合が組合の解散事由に当たるかどうかについては、学説上は、これに当たるとする見解が一般的であるが、これに対しては、例えば、建設共同企業体などにおいて、プロジェクトの途中で組合員の一人が破産するなどして残りの組合員が一人になった場合に、新たな組合員の加入を待たずに強制的に組合の清算が開始されるとすれば、実務上支障が大きいとする意見もある。会社法上の持分会社においては、社員が一人になった場合が解散事由とされていない（会社法第641条第4号参照）が、組合員が一人となることを解散事由に掲げつつ、2週間以内に新たに組合員を加入させるなどしたときはこの限りでないとする例（有限責任事業組合契約に関する法律第37条ただし書及び第2号参照）もあり、これらを踏まえつつ、引き続き解釈に委ねることが相当と考えられることから、素案では明示していない。

9 組合の清算

組合の清算について、民法第686条の規律に付け加えて、次のような規律を設けるものとする。

清算人は、その職務の範囲内で各組合員を代理する権限を有する。

○中間試案第44、9「組合の清算」

組合の清算について、民法第685条から第688条までの規律を基本的に維持した上で、同法第686条に付け加えて、清算人は、清算事務の範囲内で各組合員を代理する権限を有するものとする。

（説明）

現行法上、組合の清算人の対外的権限に関する規定（前記5参照）は設けられていないが、判例上、組合の清算人は、民法第688条所定の清算事務の範囲内で全ての組合員を代理する権限を有するとされている（大判大正14年5月2日民集4巻238頁）。

そこで、素案では、この判例の考え方を明文化し、清算人は、その職務の範囲内で各組合員を代理する権限を有することとしている。

【取り上げなかった論点】

○ 中間試案第45「終身定期金」

中間試案では、民法第691条が相手方による契約の解除を前提としていることを明確にするという提案がされた。これに対して、パブリック・コメントの手続に寄せられた意見の中には、実際にはほとんど使われていない制度であるという認識が共有されているにもかかわらず、あえて微細な点の改正をすることに疑

間を呈するものがあった。他方、中間試案では、終身定期金契約が現代社会においてほとんど利用されていない実態に鑑みて、終身定期金契約を典型契約から削除するという案も注記されていたが、これに対しては、パブリック・コメントの手続で、現在使われていないとしても、なお典型契約として存在することの意義はあるとして、規律を残すべきであるとする意見が寄せられた。これらの指摘などを踏まえ、この論点については取り上げないこととし、終身定期金に関する規定は現状を維持することとした。

○ 中間試案第46「和解」

中間試案では、和解によって生ずる確定効（和解された結果と反対の証拠が出てきたとしても和解の効力が覆らないという効果）の範囲についての判例ルールを条文上明確にする提案がされた。この提案についてパブリック・コメントに寄せられた意見の中には、判例法理を明文化することができれば和解後の不当な蒸し返しを防止することができるとして賛成する意見があった。他方で、①確定効が生ずる対象を示す「その争いの対象である権利の存否又は内容に関する事項のうち当事者間で争われていたもの」という中間試案の表現は不明確である、②和解契約に関する錯誤無効の主張を法律上・事実上困難とするような効果が生ずると一方当事者が不利益を受ける場合もあるといった理由により、反対する意見も多く寄せられた。また、現在の錯誤の規定の解釈によって解決可能であるとする意見もある。これらの指摘を踏まえ、この論点については取り上げないこととした。