

第1 瑕疵担保責任（検討事項（10）5～46頁）

1（1）債務不履行一般原則との関係

民法第570条については、その文言上、債務不履行の一般原則（同法第415条等）との関係や責任の法的性質が明確でない指摘されている。この点については、判例・学説も一義的な理解を示していないため、例えば、①同法570条が不特定物売買に適用されるか、②仮に適用されるとした場合、適用される場面に限定はあるか、③同条を適用するためには、いつの時点で瑕疵が存在している必要があるか、④同条が適用される場合、買主は売主に対して追完（完全履行）請求できるか、⑤同条により認められる損害賠償の内容はどのようなものかといった基本的な事項についてさえ、実務上の決着がついておらず、法的に不安定な状況にある。

そこで、民法第570条について、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・効果を規定する必要があるという指摘がされている。

民法第570条の法的性質については、法定責任説や契約責任説に代表される解釈論が展開されているところ、この議論を進める際には、まず、法定責任説の理論的根拠とされる特定物ドグマ及び原始的不能論に対する評価が問題となり得る。この点について、どのように考えるか。

また、契約責任説を採る立場からは、立法論として、瑕疵担保責任を可及的に債務不履行の一般原則に一元化する考え方が提示されている。民法第570条のような物の瑕疵に関する特則は基本的に不要であり、むしろ、売買の目的物に瑕疵があった場合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であるという考え方がなどである。

このような考え方について、どのように考えるか。

【意見】

契約責任説を前提とする立法論（以下立法提案という）に反対する。

立法提案は、救済内容が現行実務よりも劣っており、不当である。

瑕疵担保責任は、現在の条文のように、債務不履行責任と適用場面の区別が明確でない（条文適用が重複する（可能性のある））制度ではなく、現在の実務における通説的な使い方である、債務不履行による救済から漏れた場合（売主無過失など）に、公平（売買の等価的均衡）の観点から、買主に対し、特別の救済を与える制度（適用場面が重複せず、かつ、現行実務に沿う制度）として設計すべきである。

そして、救済の方法としては、解除・信託利益の賠償等を基礎におくべきである。

【理由】

1 総論（瑕疵担保責任の役割）

（1）現在の実務における法適用について

現在の民事訴訟実務では、契約における債務の内容の解釈が精密に行われるようになっており、殆どの事例では一般の債務不履行責任によって処理されるようになっている。

例えば、瑕疵担保責任の事例として、教科書では、購入した中古車の故障の事例があげられているが、現代の取引において、中古「車」として購入した以上は、特段の問題なく走行するということが債務の内容となっているから、一般の債務不履行として処理される。

そのため、現在の実務においては、瑕疵担保責任が適用される場面は極めて限定的であり、ある問題を考えるときに、これに適用されるのは、415条か570条かという考え方はしていない。

（2）現在の実務における実際の法適用

売買において履行された物について「瑕疵」があると考えた場合、現在の実務では、まず、415条による責任追及ができないかを検討する（履行利益が請求できるため）。

この際には、当時の当事者の状況等を精密に検討したうえで、当事者の合意内容を確定し、その「瑕疵」ある物を履行したことが、不完全履行に該当するかを検討する（特定物・不特定物の差はない）。

そして、415条による救済ができない場合、具体的には、売主が無過失である（帰責事由がない、免責事由がある）場合、当該「瑕疵」がない物を履行することが債務の内容といえないような場合に、初めて、570条に基づく、解除・損害賠償によって、買主の救済が図れないかを検討することとなる。

瑕疵担保責任による救済方法は、解除・信託利益の賠償であるが、主眼は、契約責任とは別に、公平の観点から、契約がなかったのと同じ状態に戻す・売買の等価的均衡を達成することにある。

（3）解釈（学説）との乖離とその理由

一方で、条文解釈（学説）は、これと乖離している。

この点について様々な意見があるが、例えば、不特定物の場合は415条、特定物の場合は570条といった解釈（旧来の法定責任説）、一般の債務不履行は415条、「瑕疵」がある場合は570条

といった解釈（契約責任説）のように、Aの場合は415条、Bの場合は570条というように、一定の関係を条件に、適用条文を区別する傾向にあるように思われる。

しかし、実務においては、その条件の前提となる事実が、当初の段階では分からないことも多いため、ある条件を前提に適用関係が変わることとなつては、請求が困難となって使いにくい。そのため、損害賠償の範囲の違いもあり、(2)で述べた使い方がされている。

(4) あるべき瑕疵担保責任の位置づけ

現在の法実務における瑕疵担保責任の位置づけ及び解釈（学説）との乖離の理由は、上述のとおりである。

かかる前提において、現在、瑕疵担保責任について、いわゆる契約責任説の考え方からの立法提案がなされているが、これだと、「瑕疵」がある物が給付された場合に、415条が適用されるのか、570条が適用されるのか、不明確であり（現在の民事訴訟実務では、訴状に明記する必要がある）、思考順序として不経済である（第2項(1)）。また、立法提案のうち、少なくとも検討委員会試案は、現行法に比して救済の範囲が狭くなっていることが明確であり、適切でない（第2項(2)）。さらに、追完請求権については、415条一般の議論としては検討するとしても、内容面で適切ではない（第2項(3)）。

この点から、今回の立法提案には反対である。なお、（立場は色々あるが）立法提案を前提とすると瑕疵担保の場合だけ短期の時効にかかるのかも説得的な理由が乏しいように思われる。

一方で、現在の法実務で行われている、①415条、②570条との順番で考える法適用は、思考方法としてもわかりやすいうえ、裁判規範としても攻撃防御方法が明確となるもので、非常に有益であり、これを否定しなければならない理由は全くない。

そのため、あるべき瑕疵担保責任としては、これらの内容を前提としたうえで、よりわかりやすく、明確となるような方向を検討すべきである（第3項）。

2 立法提案（契約責任説）の問題点

(1) 適用関係が不明確となること

立法提案を前提とした場合、「瑕疵」ある物が給付された場合、それを不完全履行として415条で追及するのか、瑕疵担保責任として570条で追及するのか、の点が不明確である。この問題は、特に、時効の点で差を設けている立法提案（検討委員会試案）を前提

とすると、大きな問題となる。

現在の民事訴訟では、要件事実と適用条文を明確化しなければならないため、（優先順位なく）両建てで主張することとならざるを得ないが、攻撃防御方法が曖昧となり、実務において不便である。この問題は、契約責任というフィルターを通すために、不可避免的に生ずる問題であり、その解釈に問題がある。

（２）救済が不十分であること

ア 立法提案によると、売主無過失（免責事由がある）の場合には、

①契約の解除、②代金減額請求、のいずれかを選択することとなるが、以下のとおり、いずれの方法も救済として不十分である。

イ ①契約の解除

現在の実務では、解除に加え、信頼利益の賠償が認められることとなっており、解除の結果、契約に必要となった費用の償還も含め、契約がなかったのと同じ状態に近づくこととされている。

一方で、立法提案を見る限り、売主無過失であれば損害賠償請求ができない以上、信頼利益の補填はなされないものであり、救済として不十分である。

例えば、土地の売買で、地中に廃棄物が埋まっていたの事案で、解除が可能な場合、現行実務によると、廃棄物除去費用、調査費用、契約に要した費用（印紙など）なども請求できることとなるが、立法提案だと、売買代金のほかは請求困難である（但し、除去費用は不当利得で請求可能な場合もある）。

ウ ②代金減額請求

（ア）単なる物の瑕疵といった場合に、適正価格を裁判所において判断することは極めて困難であるだけでなく、多大な費用と時間を要するもので、救済として適切でない。

（イ）適正価格算定の方法は、鑑定となると思われるが、不動産など現在の実務で鑑定が行われている物であればまだしも、一般の動産について、瑕疵による減額幅を定めることはおよそ不可能である。現行法で認められている代金減額請求は、数量指示の場合のように比較的容易に導きやすいものに限定されていることに留意すべきである。

なお、この点について、民事訴訟法２４８条を使えばよいとの反論が考えられるが、同条こそ、不安定な制度であり、債権法改正が目指しているはずの趣旨に反しており、自己矛盾である。

(ウ) また、鑑定を実施するには、50万円以上の金額の予納を求められることが通常であり、買主にとって多大な負担となる（事前に鑑定費用がわからない、予見可能性がないことも問題）。

しかも、鑑定を実施した場合の鑑定費用の負担についても、不明確であり、問題がある。

この点、鑑定費用の負担方法については、様々なやり方があり、例えば、倒産事件の担保権の価格決定事件などで行われている、原告と被告の主張額の乖離率で負担額を定める方法があるが、この方法だと、判決主文では半分以上勝訴しても、費用負担を考えると実質的には勝訴といえない事例がでてくることがあり、必ずしも適切でない。

(エ) 加えて、代金減額請求権は、債務不履行による損害賠償との区別が必ずしも明確でないうえ、逆に、一般の債務不履行を請求原因とした場合に、代金減額請求的な損害賠償請求が認められない可能性が生じることとなり、適切でない。

代金減額は、一部解除または損害賠償請求権と相殺という構成をとれば対応可能であり（新版注釈民法（14）211頁にも代金減額請求は一部解除と明記）、別途、観念する必要はない。

(オ) 以上のとおり、鑑定等の不安定な制度を前提とする代金減額請求を基礎に置く考え方は、机上の議論にすぎず、不当である。

一方で、現行法の実務によると、仮に解除ができない場合でも、信頼利益の賠償は可能であり、少なくとも実費相当の損害を回復することはでき（修補を実施した場合には修補代金も含まれる）、最低限の損害の回復は求めることができるうえ、実費なので損害の立証も比較的容易である。また、過失の有無について争点となり得ないので、紛争の早期解決にも資する。

しかも、仮に、請求額が大きいなどの理由で、鑑定を実施してでも減価相当額を主張したいという場合には、信頼利益に減価分も含まれると解釈されているので、実費等の損害に加えて、減価分の損害賠償請求を行うことも可能であり、より柔軟な制度設計となっている。現行実務の方がより適切である。

(3) 追完請求権による救済は適切でないこと

ア 立法提案によると、瑕疵担保責任の効果として、追完請求権を認めることとしている。

しかし、この点については、当会が平成21年に行った「民法（債権法）改正の動向に対する問題提起（2）」で述べたとおり、

追完請求権は、救済として不十分であり、適切でない。以下、簡単に要点だけを記す。

イ 実効性の問題

追完請求権（代物請求・修補請求）について、実際の具体的な救済方法について何ら検討がない。

ウ 執行方法の問題

執行方法（最終的な救済）についても、以下のとおり、最終的な救済を受けることはほぼ不可能であり、妥当でない。

まず、直接執行は、実施できる事例が少ないうえ、可能な場合でも、執行する物の特定などの問題がある。

次に、代替執行は、極めて容易に代替物を調達できる場合でない限りは非現実的である。該当する場合は、買主は、代替物の調達・瑕疵の修補を行い、その費用を損害賠償請求した方が簡明である（保全もできる）。

最後に、間接強制は、圧倒的多数の事例では、結局、買主は、自己で調達・修補して、その費用を損害賠償とした方が簡明である。逆に、そうでない場合に、間接強制を認めるべきか疑問もある。

エ 買主の義務・権利行使の順番に関する問題

一方で、買主側に損害軽減義務を認める場合、修補請求を行うことは、損害軽減義務違反と構築されるリスクがある。

また、立法提案のうち、検討委員会試案は、修補請求可能な場合は、修補請求を行うことを義務づけているが、自ら修補して、その費用を損害賠償請求することを否定するように読める。

また、検討委員会試案は、追完請求が可能な場合は、催告を義務づけているが、その場合、催告をしたことで、財産等を隠匿される可能性もあり、仮差押えによる債権の保全を妨げる結果となりかねず、この点も不当といわざるを得ない。

3 瑕疵担保責任の方向性

以上のとおりであり、立法提案は、現在の瑕疵担保責任の機能を無視するばかりでなく、その適用範囲も不明確であるうえ、救済の範囲を狭めている。また、救済を受けられる場合も、費用と時間を要する、追完請求権では救済が受けられないなど、不当である。

上述のとおり、現在の法実務における瑕疵担保責任は、415条が適用されない場合に、特別に、570条によって、買主の救済を図る制度として利用されている。

この制度は、思考順序としても明確であるうえ、適用関係の不明確さという問題もない。また、損賠償請求権としては、信託利益とすることで、当事者間の等価的均衡を図ることもできるうえ、請求額のニーズに合わせて、実費の請求・実質的な代金減額の請求も可能であり、制度設計として柔軟である。範囲が曖昧との批判があるが、それは柔軟性の裏返しである。

従って、あるべき瑕疵担保責任としては、実際の運用においてすぐれている、現在の法実務を前提とした制度（４１５条を補完する制度としての瑕疵担保責任）を前提とした制度設計とすべきである。

具体的には、売買契約において、買主が売主の責任を追及するのは、まず、４１５条によるべきである。ここでは、当事者の合意内容の解釈を行い、売主の債務内容を確定し、それに対する不履行の有無について検討することとなる。

そして、売主が無過失などとして４１５条の責任が追及できない場合に、５７０条の責任の追及を認めるべきである。この場合には、５７０条が、買主に一般の責任を負わすことができない場合に特に公平の観点から損害賠償を認めた趣旨をとらえ、損害賠償は、売買の等価的均衡を図る限度（信託利益）とすべきである。

これらの前提で検討することとし、さらに議論すべき点は以下のとおりである。

- ① 不特定物の場合の考え方も同じでよいか。

※特定物ドグマとの関係

※上述の考え方の出発点は法定責任説の発想にあるが、特定物・不特定物にこだわる考え方ではない。明確性の観点からは両方に適用することがわかりやすいようにも思われる。

- ② ４１５条の責任において、追完請求権をどう考えるか。

※追完請求権の執行の問題など

- ③ ４１５条の責任が追及できず、５７０条による場合でも、なお追完請求権を認める必要があるか。

- ④ 信託利益の定義をどうするか。

- ⑤ 瑕疵担保責任として買主善意を要求しているが、等価的均衡の観点から全ての場合に貫徹すべきかどうか。

- ⑥ 時効のあり方をどう考えるべきか。一般の消滅時効とするか、他の規定を設けるべきか。

など

1 (2) 「瑕疵」の意義（定義規定の要否）（検討事項（10）17頁）

瑕疵の意味について主観的瑕疵（当該契約において予定された性質を欠いていること）と客観的瑕疵（その種類の物として通常有すべき品質・性能を欠いていること）の双方を含むという見解が有力であることを踏まえて、そ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るが、どのように考えるか。なお、瑕疵という言葉から契約不適合という用語に改めるべきとの考え方も示されている。

【意見】

反対する。

「契約不適合」という用語にも反対する。

【理由】

「瑕疵」という言葉は、単に少し古い言葉というだけで、純粋な法律用語ではない。現状の契約実務においては（弁護士の関与の有無と関係なく）、極めて広く用いられている用語であるから、これを変更すべきでない。

むしろ、「契約不適合」という用語では、契約の合意原則が過度に強調されすぎている面が否定できず、現在の「瑕疵」の考え方と乖離しているといわざるを得ない。

1 (3) 「隠れた」という要件の要否（検討事項（10）19頁）

「隠れた」という文言について、買主の主観的要素は、客観的瑕疵概念と主観的瑕疵概念を含む「瑕疵」の認定において考慮されているのであって、「隠れた」を独自の要件とする必要性はないとして、削除すべきとの考え方が示されているが、このような考え方についてどのように考えるか。

【意見】

反対する。

「隠れた」は、善意（無過失）と考えるべきである。

【理由】

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、少なくとも善意を要求することは適切である。

また、合意内容の認定の中で、買主の主観的要素が事実上検討されることは否定できないが、要件として記載されている方がより明確である。裁判実務においても、その方が、請求を否定する場合に容易に否定することができるし（瑕疵の事実認定の前に過失があるとして棄却できる）、攻撃防御も明確となる。

一方、これを不要とする立場からは、「売買契約の当事者が目的物に一定の性能・品質・数量が備わっていることを合意し、これに応じて代金を決定したような場合には、その目的物について備えるべき性能・品質・数量が備わっていなかったことについて、買主がこれを知り得たとしても、売主が履行すべき義務を履行していないことに変わりがないと考えられる」ということを理由とするが（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」73頁）、契約当事者間での合意があれば、それは415条の問題にほかならず、瑕疵担保の問題ではないのであり、瑕疵担保において、善意無過失を不要とする考えの理由あるいは反対説に対する批判とはなり得ない。

この問題は、売買における等価的均衡を保持させるという結論に対して、買主の主観的要件を求めるのが公平かどうかという、法感情の問題であり、その点を正面に据えて議論すべきである。

2 買主に認められる権利の相互関係の明確化（検討事項（10）21頁・35頁）

①追完請求権（代物請求権と瑕疵修補請求権）の関係、②追完請求権と代金減額請求権の関係、③追完請求権と損害賠償請求権の関係、④追完請求権と解除権の関係、⑤代金減額請求権と損害賠償請求権の関係、⑥代金減額請求権と解除権の関係等が考えられ、それらについてルールを置くべきという考え方があるが、どのように考えるか。

※検討委員会試案

- 1 代物請求は、契約及び目的物の性質に反する場合は不可
- 2 修補請求は、修補に過分の費用が必要となる場合は不可
- 3 代物請求と修補請求両方が可能な場合は、買主が選択可能
買主の修補請求に対し、売主は代物給付で修補免れる
買主の代物請求に対し、瑕疵の程度が軽微であり、修補が容易であり、かつ、修補が相当期間内に可能である場合には、売主は、修補をこの期間内に行うことによって代物給付を免れる
- 4 代金減額請求は、売主に免責事由がある場合等でも行使可能。
但し、追完請求が可能な場合は、追完請求の履行を催告しても売主がこれに応じない場合に限り、行使可能
- 5 解除は、契約の重大な不履行に該当することが要件
- 6 売主が免責事由を証明した場合には、損害賠償請求権は不可
- 7 追完請求可能な場合、損害賠償は、相当期間を定めて、追完請求を行ってからでないと行使できない。但し、相当期間経過のときは、追完請求の時点から遅滞に陥る
- 8 代金減額請求権を行使した場合、解除は不可。代金減額請求と相容れない損害賠償は不可

【意見】

いずれも反対する。

【理由】

- 1 いくつか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そのものが不当であり、これが市民のための民法なのか疑問がある。

一方で、現在の民事訴訟実務に照らせば、特段の規定を置かない場合は、権利の性質に反しない限りは、請求権者（買主）の選択によるものと思われるが、この帰結も最高裁判決で実務上固定されるまでは

争いが続き、その間の予見可能性が損なわれるので、不当である。

これらの点から見る限り、かかる権利行使の方法の要否そのものに問題があるといわざるを得ない。

- 2 立法提案のうち、具体的な規定を置く検討委員会試案について、以下の点で疑問がある。

即ち、まず、修補請求の成立について、修補に過分の費用を要するかを事前に判断することは難しく（２）、予見可能性がない。過分の費用を要すると判断して、修補請求せず、損害賠償請求や代金減額請求を行ったところ、裁判で、過大な費用を要しないため、修補請求を行使せずに損害賠償請求や代金減額請求を行使することは認められないとして、請求棄却されるリスクがあり（４，７）、法的安定性を欠く。

また、上述のとおり、自ら修補して、その費用を損害賠償として請求することを否定するかのように読める点（４，７）も不当である。

さらに、追完請求が可能な場合は、催告してからでないと、損害賠償請求ができないとされているが（７）、その場合、催告をしたことで、財産等を隠匿され、仮差押えによる債権の保全を妨げる事例が発生する可能性があり、この点も不当である。

仮に、何らかの規定を置くとしても、研究会試案のように、矛盾挙動を禁止すれば足りるようにも思われる。

3 短期期間制限の見直しの要否（検討事項（10）26頁・36頁）

現行民法の短期期間制限について、維持するという考え方と見直しをすべきとの考え方があるが、どのように考えるか。

例えば、瑕疵担保も債権の消滅時効の一般原則を適用すれば足りるが、代わりに買主が瑕疵を知ったときは合理的期間内に通知義務を課するという考え方がある。

【意見】

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にも反対する。

【理由】

現行法では、1年間という期間制限がされているが、これはやや短すぎるくらいがあることは否定できないため、それよりは長期の時効期間を考えるべきである。この際には、一般の消滅時効とすることも考えられるし、他の期間とすることも考えられる。

一方で、一般の消滅時効を前提に、買主に対して合理的期間内の通知義務を課すとの意見があるが、これは、以下の理由から、反対する。

即ち、一般市民は、かかる通知義務を知らないのが通常であり、かえって権利行使の機会を損なう。

また、通知は、届かないというリスクがあり、このリスクによる負担を一方的に買主に負わせる可能性がある点も不当である。こうした場合、弁護士は内容証明郵便で送付するのが通常であるが、一般市民はそうしたことは知らず、普通郵便で送付することも多い。そうすると、後に出した出さない・届いた届かない・内容に瑕疵の指摘がないなどという議論となり、それにより不利益を被る一般市民が出る。

しかも、通知義務を課すとの意見を前提にすると、本来であれば瑕疵の有無で争うべき問題であっても、行った通知の内容（瑕疵を具体的に指摘したのかなど）や期間の合理性といった本論と離れた争点が形成され、かえって紛争を拡大させる。これでは、改正の意味がない。

そのうえ、「合理的な期間」は、曖昧にすぎ、予見可能性がなく、この点からも不当である。この点について、判例が集積されれば問題がないとの反論が考えられるが、判例が集積するまでの間、予見可能性が失われ、その間に多くの者が余計な支出を余儀なくされるうえ、判例が集積されたからといっても、事例によって合理的な期間は異なる

ため、明確な予見を保証するものではなく、リスクが回避されない。

4 買主の主観的要件の要否（検討事項（10）33頁）

善意あるいは免責事由として買主の悪意について（561条後段，563条2項・3項，565条，566条1項・2項），削除すべきであるとの考え方があるが，どのように考えるか。

【意見】

反対する。

現行法を維持すべきである。

【理由】

主たる理由は，570条の「隠れた」要件に関する部分（上記1（3））で述べたとおりである。

なお，検討事項34頁第1項第2段落（「しかし」以下）について，例をあげて不当な例として批判しているが，この事例は，一般の債務不履行責任として問えばよいのであり，瑕疵担保責任の問題ではない。

一般の債務不履行責任を問うという考え方は，検討事項第2項において，①の判例として紹介されている事例の考え方にほかならず，現状の実務はこうした考えによっているものであるから，瑕疵担保責任において，買主の主観的要件を不要とする考え方にはつながらない。

5 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（検討事項（10）38頁）

他人物売買における善意の売主の解除権について、削除すべきであるとの考え方があるが、どのように考えるか。

【意見】

反対する。

【理由】

検討事項に記載されている民法第562条の立法趣旨に特段の不都合な点はない。

削除すべきとの立場は、売主に特別の保護を図る必要はなく、売主の主観的要素は契約内容の解釈で考えれば足りるなどと主張する。

しかし、民法第562条の立法趣旨の重要な点は、善意の売主が、他人の権利を取り戻し、真の所有者への返還を認めることにあるのであり（真の所有者の保護）、単に売主の保護だけを図るものではない。

一般に他人物売買において、売主の主観的要素をどのように考慮したとしても、売主からの契約の解除権を肯定することは非常に難しい。そのため、削除すべきとの立場によると、善意の売主が、他人の権利を取り戻し、真の所有者に返還することを認めないに等しく、真の所有者の保護として不十分である。

6 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）（検討事項（10）38頁）

数量の不足又は物の一部滅失（565条）は，物の瑕疵ととらえるべきであり，570条に吸収し，565条の規定を削除すべきであるとの考え方があるが，どのように考えるか。

【意見】

反対する。

【理由】

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。

例えば，100坪の土地の売買を考えた場合，98坪の土地は，2坪分の権利が不足していると考えるのが一般的である。物の瑕疵と考える考え方は，「土地」ではなく，「100坪の土地」という一つの物を観念する考え方を前提としているが，そうした考え方は余りにも観念的なものであり，妥当でない。

7 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）（検討事項（10）40頁）

566条について以下の立法提案があるがどのように考えるか。

- ① 買主の主観的要件を不要とするという前提に立ち，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。
- ② 代金減額請求権を認める。

【意見】

いずれも反対する。

【理由】

①について

批判する見解は，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，問題は債務内容の特定にあるとして民法第566条の存在について批判するが，買主が悪意で，売主に地上権等を除去して引き渡す旨の合意がある場合には，それに反すれば，一般の債務不履行責任を迫及できるのであって，瑕疵担保責任の問題ではない。

主観的要件を必要とすべき理由は，570条の「隠れた」の要否に関する部分（第4第2項）と同じである。

②について

代金減額請求権が不要であることは既に論じたとおりである。

地上権等が原因で契約の目的を達成できない場合には，契約を解除するのが一般的であり，代金減額請求の必要性は殆どない。

8 強制競売における担保責任（民法第568条，第570条ただし書）（検討事項（10）42頁）

570条但書（強制競売の場合に物の瑕疵は瑕疵担保としない）について，維持すべきとの考え方と削除すべきとの考え方があるが，どのように考えるか。

【意見】

維持すべきである（削除に反対する）。

【理由】

検討事項第1段落記載のとおりである。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，このような場合に物に瑕疵などのリスクがあることは織り込んでしかるべきであり，適用範囲を拡大すべきではない。

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ように思われる。

9 売主の担保責任と同時履行（民法第571条）（検討事項（10）44頁）

533条や546条等の規定が適用されることは確認規定であるから，これを削除すべきとの考え方があるが，どのように考えるか。

【意見】

反対する。

【理由】

同時履行の抗弁がたつのかどうか疑問もあるので，かかる規定が存在した方が明確である。なお，市民のための民法を標榜するのであれば，削除すべきではない。

10 数量超過の場合の売主の権利（検討事項（10）45頁）

数量超過の場合の売主の権利について、規定は不要との考え方と準則を規定すべきとの考え方があるが、どのように考えるか。

【意見】

規定は不要である。

【理由】

判例が示しているとおり、これは契約における当事者の意思解釈の問題にほかならない。

反対する立場は、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ほかなく、規定を定めたからといって、結局は事例によって異なる判断となるもので、法的安定性が確保されるとはいえない。

第2 売買の効力（担保責任以外）

1 売主の引渡義務及び対抗要件具備義務並びに買主の受領義務（検討事項（10）47～50頁）

売主が原則として引渡義務と対抗要件具備義務を負うことを明文化すべきであるという考え方が示されているが、どのように考えるか。

買主の受領義務を一般的に認め、その旨の明文規定を設けるべきであるという考え方がある。もっとも、判例は、継続的供給を内容とする売買契約において一般的な受領義務を否定しているため、判例は売買契約における一般的な受領義務を否定する趣旨と解されているとの指摘もされている。

これらを踏まえ、買主の受領義務を明文化するという考え方について、どのように考えるか。

※別に登記引取義務の点も問題となる。

【意見】

いずれも反対する。

【理由】

1 売主の引渡義務について

立法提案は、財産権移転義務とは外に、引渡義務を規定するとの提案のようなのだが、売買には、有体物だけでなく、債権の売買もあり、このような場合に引渡義務は観念しづらく、引渡義務が全ての売買の一般的な特則とは評価できない。その趣旨で引渡義務について反対する。

なお、有体物の売買に関する特則として、引渡義務を観念することは反対するものではない。

2 買主の引取義務について

受領は権利であり、それを義務とするには、やはり論理の飛躍があると考えざるを得ない。

判例も、最判昭和40年12月3日（民集19巻9号2090頁）において、民法413条の解釈として、特段の事情がない限り、債権者の受領義務を否定しており（請負の事案）、そのうえで、継続的給付を内容とする売買契約の事案（最判昭和46年12月16日）において、上記判例を前提として、特段の事情に該当すると考えているものである。つまり、判例の立場は、一般的には受領義務を否定したうえで、特段の事情がある場合に限り、受領義務を認めるとの立場であり、

現在の実務において、これを覆す立法事実はない。

また、目的物の受領義務を課した場合、目的物の引取請求訴訟を一般的に認めざるを得ないこととなるが、かかる訴訟が必要とは考え難いうえ、執行についても問題がある。即ち、直接強制として、執行官がその物を相手方の所在地まで持参し、置くという方法も考えられるが、実際どこに置くのか、拒絶された場合に置いておくことができるのか、数が多数に及び物理的に置くことができないという場合にどうするのかといった問題があり、余りにも非現実的である。この場合に可能となりうるのは、間接強制であるが、間接強制では、売主は最終的な目的を達することはできないのであり、適切とは言い難い。

3 対抗要件具備（引取）義務について

対象財産は、不動産・動産・債権（権利）があるが、通常、引渡を要する動産については、引渡義務＝対抗要件となるから、自然に義務を導くことができるが、不動産・債権については、契約の解釈によるもので、当然に義務があるとまでは評価できるか疑問である。

特に債権譲渡については、債権譲渡登記への一本化を前提にすればさほど問題はないのかもしれないが、現行法を前提に考えると、第三者対抗要件を備える義務なのか、債務者対抗要件を備える義務なのかで大きな問題となりうる（通知の到着の問題もある）。

なお、この点について、賛成する立場からは、売買契約の趣旨・性質に応じて、当事者間における反対の合意を認定すれば足りるとして対抗要件具備義務を設定すべきである旨主張するが、そもそも条文は、どちらとも合意が認定できない場合のルールとして定めるべきものであるから、その理由は論理矛盾しているし、仮に認定できない場合に認めるという趣旨であれば、それは単に自説の立場を主張しているだけで、反対説の批判とはなり得ない。

4 登記引取義務について

対抗要件具備（引取）義務に反対する以上、登記引取義務にも反対である。

なお、現行実務においても、契約の解釈の結果、不動産登記の引取義務を認めることができる場合もあると思われるが、その場合でも、かかる判決をもって、不動産登記法上、名義移転ができるかという問題があり（現状では難しいようである）、この論点を論ずるにあたっては、不動産登記法との関係での検討が必要不可欠である。

第3 贈与（検討事項（10）64～96頁）

1 成立要件の見直しの要否（民法第549条）（検討事項（10）65～69頁）

民法は、贈与を当事者間の意思の合致のみで成立する諾成契約としつつ、その無償性を考慮し、書面によらない贈与について、履行の終わった部分を除き、撤回を可能とすることで（同法第550条）、契約の拘束力の緩和を図っている。

贈与の成立要件については、このような贈与の特質をより重視し、契約の法的拘束力を認めるためには、契約書等の書面の作成や目的物の履行を必要とすべきである（要式契約、要物契約）との考え方もある。

これらの点を踏まえて、贈与の成立要件について、どのように考えるか。

なお、無償契約の成立要件の問題は、贈与に限らず、使用貸借等の他の無償契約にも共通する問題であるため、その整合性に留意する必要がある。

【意見】

現行法を改正し、贈与契約を要式行為、要物行為とすることにつき、反対する。

【理由】

贈与契約を要式契約・要物契約とすることで、単なる口約束であるにもかかわらず、国家の助力を得て、契約の履行を迫るという事態を避けることができる。

しかし、かかる事態については、現行法上も、550条において、書面によらない贈与は撤回することが可能とされており（既履行部分を除く。）、現行法に特段の不都合性はなく、本提案のように、要式契約・要物契約とする必要性はない。

また、書面によらず、未履行の贈与について、現行法上は、「贈与契約は成立しているが、撤回が可能」とするのに対し、上記提案では「贈与契約が成立していない」とする。いずれも、書面によらない贈与の未履行部分につき、拘束力を持たせないという点では共通するが、本提案のように、契約の成立自体を否定する必要性はない。むしろ、贈与契約として一般的に行われているものの多くは、例えば、親が子に小遣いを与えるものなど、何らの要式性もないものであり、口約束ではあっても、約束をした以上、契約自体は成立すると考える方が、一般的な理解にも

合致する。

このように、本提案は、改正の必要性がないばかりか、一般的な理解からも乖離するものである。

2 背信行為・忘恩行為等を理由とする撤回・解除（検討事項（１０）８６～９４頁）

民法には、受贈者の贈与者に対する背信行為や忘恩行為等を理由として、贈与者に契約の撤回や解除等を認める旨の規定は置かれていない。

しかし、贈与が典型的に当事者間の情愛や信頼関係等を基礎とすることが多いことや、無償で財産を与える点で贈与と同様の機能を持つ遺贈について受遺欠格事由が規定されていること（民法第９６５条、第８９１条）との均衡から、贈与についても、受遺欠格事由に類する背信行為や忘恩行為等があった場合には撤回や解除等を認めるべきであるという考え方がある。裁判例にも受贈者の背信行為や忘恩行為等を理由に贈与の効力を否定するものが見られるところ、その法律構成は、例えば、負担付贈与と認定し負担の不履行を理由に解除を認めるもの、信義則を理由とするもの、受遺欠格に準ずる事由がある場合に取消しを認めるものなど様々に分かれている。そのため、撤回や解除等が認められる範囲が不明確であり、安定した解釈・運用が行われているとは言い難い状況にある。

そこで、法的安定性を確保する観点から、贈与における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いう考え方があるが、どのように考えるか。また、仮にこのような規定を設けるとした場合に、具体的な要件設定について、どのように考えるか。

【意見】

本提案に係る法理の明文化には、賛成・反対の意見の両論があった。仮に、本提案に係る法理を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える。

【理由】

本提案が理由としてあげているように、受贈者の背信行為や忘恩行為等を理由として、贈与者に、契約の撤回や解除等を認める余地を認める点は首肯し得る。

もともと、当該法理を認めるとしても、現行法化において、負担付き贈与の柔軟な解釈や信義則等の一般法理により対応はできる、あるいは、現時点で議論が成熟していないとして、明文化には慎重な意見が見られた。

明文化すること自体には賛成であるとの立場からは、履行前・履行後で要件・効果を分けるべきであるとの意見が見られた。

第4 消費貸借（検討事項（11） 1～33頁）

1 消費貸借の成立—要物性の見直し（民法第587条）（検討事項（11） 1～5頁）

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）。

ところが、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いう問題点が指摘されている。

そこで、消費貸借について、これを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が提示されているが、どのように考えるか。

また、消費貸借を諾成契約とする場合であっても、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して、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並存させるという考え方や、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べきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

【意見】

消費貸借を諾成契約とすることにつき、反対する意見と賛成する意見がほぼ同数であった。

【理由】

（反対意見）

消費貸借契約の要物性を否定して原則諾成契約と変更する立法理由が特に見当たらず、ローマ法以来の要物契約性の原則を否定するまでの必要があるのか疑問である。

また、消費貸借を原則として諾成契約とした場合、以下のような事項について立法上の手立てが必要であり、諾成契約による消費貸借を原則とするには本提示の規定では不十分である。

- ① 借りる権利について債権譲渡や差し押えがなされた場合について
- ② 貸す債務と他の債権との相殺の可否について
- ③ 目的物交付前の利息の扱いについて
- ④ 貸付実行前に借主側に何らかの信用不安が生じた場合に貸主が貸付義務を免れるための規律について

- ⑤ 無利息消費貸借においても契約の拘束性を維持するのかあるいはこれを緩和するのかについて

(賛成意見)

現状、消費貸借契約の多くは諾成的消費貸借としてなされており、消費貸借を諾成契約とすることにより諾成的消費貸借の有効性を明示的に認めることは評価できる。但し、反対意見が本提示の規定の不備として挙げる①～⑤については、立法上の手当てをすべきである。

2 目的物の交付前における消費者借主の解除権（検討事項（１１）５頁）

消費貸借を諾成契約として規定した上で、書面によらない無利息消費貸借については、貸主が目的物を借主に交付するまでは、各当事者が消費貸借を解除することができるとする立法提案（参考資料１〔検討委員会試案〕・３４０頁）では、さらに、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も提示されている。この考え方によれば、事業者である貸主と消費者である借主との間で返還時期の定めのある利息付金銭消費貸借が締結された場合に、契約成立後に金銭を必要としなくなった借主は、この解除権を行使することにより、利息の支払の負担から解放されることになる。

他方、この考え方に対しては、借主が中小零細事業者である場合にも、解除権の行使による利息の支払の負担からの解放を認める必要性があるとして、貸主が事業者であれば、借主が消費者でなくても、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べきであるとの意見も提示されている。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

【意見】

いずれも反対する。

【理由】

消費貸借を諾成契約とすることに反対の立場からは、消費貸借を諾成契約とすることを前提とする本提案についても反対である。

また、消費貸借を諾成契約とすることに賛成する立場からも、民法典に消費者概念を持ち込むと規定が複雑化し分かりづらくなることから、消費者保護のための規定は消費者保護法にまとめるか、貸金業法等による業法による規制に委ねるべきであり、消費者や中小零細事業者という概念を用いて格別の定めをおくことについては反対である。

3 抗弁の接続（検討事項（11）10～33頁）

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が示されている。このような考え方について、どのように考えるか。

【意見】

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、反対する。

【理由】

最高裁昭和59年（オ）第1088号平成2年2月20日第三小法廷判決・裁判集民事159号151頁（以下「平成2年最高裁判決」という。）は、個品割賦購入あっせんについて、法的には、別個の契約関係である立替払契約と売買契約を前提とするものであるから、購入者が売買契約上生じている事由をもって当然にあっせん業者に対抗することはできず、昭和59年改正割賦販売法30条の4第1項の規定は、法が購入者保護の観点から新たに認めたものであると判示し、同改正前においては、①立替払契約において、販売業者に対して生じた事由に基づき購入者があっせん業者の履行請求を拒み得る旨の特別の合意があるとき、又は②抗弁の接続を認めるのを信義則上相当とする特段の事情があるときでない限り、購入者が、販売業者に対して生じた事由をもって、あっせん業者の履行請求を拒むことはできないと判示した。

この判断内容は、現在においても、何ら変わるところなく妥当する。

すなわち、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、平成2年最高裁判決が挙げるような事由がある場合、すなわち、(i)特別の合意がある場合や、(ii)抗弁の接続を認めるのを信義則上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。昭和59年改正割賦販売法第30条の4第1項の規定は、平成2年最高裁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。

仮に、一般法として抗弁の接続に関する規定を置くとすれば、平成2年最高裁判決が挙げる(i)特別の合意がある場合や、(ii)抗弁の接続を認めるのを信義則上相当とする特段の事情がある場合、を要件とすることになるであろう。しかし、(ii)抗弁の接続を認めるのを信義則上相当とする特段の事情があるかどうかについては、供給契約における供給者と消費貸借契約における貸主との資本関係及び人的関係、供給者による商品、権利又は役務の提供に対する貸主の関与の有無その他諸般の事情を総合的に考慮すべきものであり、法律要件として定型化するのには困難と思われる。そして、(ii)抗弁の接続を認めるのを信義則上相当とする特段の事情について規定を置かないのであれば、(i)特別の合意がある場合のみについて、あえて法律要件として規定する必要はないと考えられる。

また、比較法的観点から見ても、検討事項(11)詳細版17頁によれば、一般法である民法に抗弁の接続に関する規定を置いているのはドイツのみであり、スイス、フランス及び米国は、いずれも消費者保護のための特別法に規定を置いている。

したがって、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である。

なお、検討事項(11)詳細版16頁に記載されているとおり、検討委員会試案は、抗弁の接続に関する規定を民法典に新設とした場合に、抗弁の接続を認めるための要件として、①供給契約及び消費貸借契約がいずれも消費者と事業者間の契約であること、②供給契約と消費貸借契約が経済的に一体のものとしてなされること、③供給者と貸主との間で、供給契約と消費貸借契約を一体のものとするに ついての合意があること、を提案している(【3.2.6.10】)。

しかし、②については、貸主が、供給契約に基づく事情による不利益を甘受すべき合理的な理由があるかどうかの問題であるから、供給契約と消費貸借契約が経済的に一体かどうかではなく、供給者と貸主との間の資本関係及び人事関係、供給者による商品、権利又は役務の提供に対する貸主の関与の有無等の事情を考慮し、貸主が供給者と共同して供給契約を締結したと評価できるかどうかの問題とされるべ

きと考える。そして、このような意味での一体性が認められるのであれば、③のような「合意」を要件とする必要はないと考える。また、供給者と貸主との一体性が認められるのであれば、①のように、抗弁の接続を認めるべき場合を、消費者と事業者との間の契約に限定する必要はなく、事業者間の契約にも認めるべきである。

但し、可及的速やかに消費者救済を図る事が望ましいとの理由から、抗弁の接続に関する規定については、将来的に特別法に移転することを前提として、現段階において可能な限り民法に盛り込むことにつき賛成であるという少数意見もあった。

第5 賃貸借（検討事項（11）34～71頁）

1 賃貸借の効力

（1） 賃貸借と第三者との関係

ア 目的不動産の所有権が移転した場合の賃貸借契約の帰すう（検討事項（11）42～44頁）

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、判例は、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としており、その際に賃借人の承諾は不要であるとしている。また、この場合において、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。さらに、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の要件について、判例は、新所有者が不動産の登記を備える必要があるとしている。

これらの法律関係について民法は具体的な規定を置いていないことから、以上のような判例法理を条文上明確にすべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

【意見】

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明文を設ける点については賛成する。

但し、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規定することについては反対する。

【理由】

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つ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する。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っ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。

イ 敷金返還債務の承継（検討事項（１１）４５～４７頁）

目的不動産の所有権の移転に伴って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ところなのが判例・通説であるとされている。そこで、これを条文上明記すべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

（関連論点）敷金返還債務の承継と旧所有者の責任について
敷金返還債務が当然に新所有者に承継されるところの場合に、旧所有者が一切の負担を免れるとするとすると、新所有者の資産状況によって債権者（賃借人）が不利⁴⁶ 益を受ける可能性があるという問題が指摘されている。賃貸人の地位の承継については、賃貸人が負担する債務（主に目的物を利用させる債務）の属人性が希薄であることなどを理由に、賃借人の承諾は不要であると解されているが、敷金返還債務の承継については、必ずしも同様に考えることができないという指摘である。このような指摘を踏まえて、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。
もっとも、この考え方に対しては、旧所有者は目的不動産の所有権を失った後も長期間にわたり賃貸借をめぐる法律関係から解放されず、敷金返還を求められるリスクを負担することになるという不都合が指摘されている。
以上を踏まえ、上記の考え方について、どのように考えるか。

【意見】

賛成する。

なお、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考え方には反対する。

【理由】

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（47頁）、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。

第6 請負

1 請負の意義（民法第632条）（検討事項（12）7頁から8頁）

請負は、役務そのものと区別される仕事の成果に対して対価が支払われる契約類型であるとされており、仕事が物と結合していないものも請負に含まれているとされ、目的物の引渡しを要しない類型の請負を想定した規定（民法第633条ただし書、第637条第2項）が設けられている。しかし、このように引渡しを要しない類型の請負には、請負人の瑕疵担保責任に関する規定など請負の規定の多くが適用されないことや、このような類型の請負においては仕事の成果と仕事そのものとを明確に区別できず、むしろ委任や準委任との類似性があることを指摘して、このような類型は請負から切り離すべきであるとの指摘もある。

そこで、請負の規律を、仕事の成果が有体物である類型や、仕事の成果が無体物であるが成果の引渡しが観念できる類型のものに限定すべきであるとの考え方が示されているが、どのように考えるか。

【意見】

反対する。

【理由】

1 民法において、請負の本質は、請負人がある仕事を完成し、注文者がその仕事に対して報酬を与えることを約することにある（民法632条参照）。

「仕事」は、有形でも無形でもよい。我が国社会において、請負の用語は広く用いられており、一般人は、「請負」との語を法律に規定された請負と同旨のものとして使用するのが通常である。

検討事項（12）では、「仕事の成果が有体物である類型や、仕事の成果が無体物であるが成果の引渡しが観念できる類型のものに限定すべきであるとの考え方」が提示されている。この考え方は、請負人側における請負の要素を仕事の完成及びその成果の引渡しとするもののようである。なお、この考え方は、「仕事の成果が有体物である類型や、仕事の成果が無体物であるが成果の引渡しが観念できる類型のものに限定すべきであるとの考え方」と要約されているが、検討事項（12）の補足説明や民法（債権法）改正検討委員会案を読む限り、正しくは、「仕事の成果が有体物であるか否かにかかわらず、その引渡しが観念できる類型のもの」と紹介されるべきものである。

この考え方によれば、注文者の設備や施設に対してする仕事（機械の設置、施設の保守点検、家屋の修理、清掃等）が請負概念から除外されるこ

とになる（検討事項（12）8頁）。

しかし、これらは、一般人がまぎれもなく請負と認識しているものであり、概念操作を行って請負概念から切り出すことは、規律を複雑化させ、混乱を招くものといわざるを得ない。

- 2 また、前記の考え方は、①「（民法には）目的物の引渡しを要しない類型の請負を想定した規定（民法第633条ただし書，第637条第2項）が設けられている。」，②「しかし，このように引渡しを要しない類型の請負には，請負人の瑕疵担保責任に関する規定など請負の規定の多くが適用されないこと」等から，③「仕事の成果が有体物である類型や，仕事の成果が無体物であるが成果の引渡しを観念できる類型のものに限定すべき」ものであると紹介されている。

このうち，③にいう「引渡し」は，成果の引渡しを想定しているようである。

②にいう「引渡し」が③の「引渡し」と同義のものとして用いているのかは不明であるが，仮に同義であるとする，「瑕疵担保責任に関する規定など請負の規定の多くが適用されない」との説明には疑義がある。瑕疵担保責任を定める民法634条の「仕事の目的物」は，有形的な仕事に限らず，無形の仕事でもかまわないとされており（我妻栄『債権各論（中）2』631頁，内山尚三『新版注釈民法（16）』138頁），家屋の修理等前記の考え方が「引渡し」がないとみる類型の請負にも適用があると考えられるからである。

他方，②の「引渡し」が評価的概念としての引渡しであるとするならば，②の説明内容そのものは正しいと考え得るが，②を③の理由とすることはできない。

このように前記の考え方は，現行法の説明として疑義があり，あるいは，論理的に理解ができないものである。

2 注文者の義務（検討事項（12）9頁から10頁）

売買契約について、買主に目的物の受領義務を認める考え方が提示されているが（部会資料15-1, 第3, 2（2）参照（10頁））、請負契約においても、仕事完成後は成果物たる目的物と対価の交換という売買契約類似の法律関係が生じることにより、請負人が仕事を完成したときには注文者は目的物を受領する義務を負うとの考え方が示されている。この考え方では、目的物の受領とは、占有の移転を受けるという単なる事実行為ではなく、仕事の目的物が契約内容に適合したものであるか否かを確認し、履行として認容するという意思的要素が加わったものとされている。そして、このような考え方を採る場合には、注文者が目的物を受領するにはそれが契約内容に適合したものであるか否かを確認する必要があることから、その機会が与えられなければならない、これを明文で規定すべきであるとの考え方が併せて提示されている。

また、注文者の義務として、請負人が仕事を完成するために必要な協力義務を負うことを明示すべきであるとの考え方も示されている。

これらの考え方について、どのように考えるか。

【意見】

請負人が仕事を完成したときには注文者は目的物を受領する義務を負うとの考え方について反対する。

【理由】

前記第2の1（売主の引渡義務及び対抗要件具備義務並びに買主の受領義務（検討事項（10）47頁から50頁））で述べたのと同じ理由（※）により、注文者の受領義務を規定するとの考え方に反対する。

なお、一定の請負取引については、下請代金支払遅延等防止法（昭和31年法律第120号）4条1項1号が親事業者（注文者）の受領拒絶を禁止している。

（※）受領は権利であり、それを義務とするには、やはり論理の飛躍があると考えざるを得ない。判例も、最判昭和40年12月3日（民集19巻9号2090頁）において、民法413条の解釈として、特段の事情がない限り、債権者の受領義務を否定しており（請負の事案）、そのうえで、継続的給付を内容とする売買契約の事案（最判昭和46年12月16日）において、上記判例を前提として、特段の事情に該当すると考えているものである。つまり、判例の立場は、一般的には受領義務を否定したうえで、特段の事情がある場合に限り、受領義務を認めるとの立場であり、現在の実

務において、これを覆す立法事実はない。

また、目的物の受領義務を課した場合、目的物の引取請求訴訟を一般的に認めざるを得ないこととなるが、かかる訴訟が必要とは考え難いうえ、執行についても問題がある。即ち、直接強制として、執行官がその物を相手方の所在地まで持参し、置くという方法も考えられるが、実際どこに置くのか、拒絶された場合に置いておくことができるのか、数が多数に及び物理的に置くことができないという場合にどうするのかといった問題があり、余りにも非現実的である。この場合に可能となりうるのは、間接強制であるが、間接強制では、売主は最終的な目的を達することはできないのであり、適切とはいえない。

3 報酬に関する規律

(1) 報酬の支払時期（民法第633条）（検討事項（12）10頁から11頁）

民法第633条によれば、請負契約における報酬は、仕事の目的物の引渡しと同時に（同条本文）、目的物の引渡しを要しないときは仕事の完成後に（同条ただし書）支払わなければならないとされている。請負契約における報酬の支払時期について、基本的にこの規定の内容を維持しつつ、請負契約においては、注文者が仕事の目的物を受領することによって仕事の完成による具体的報酬請求権の発生が確認されるから、そのときに請負報酬を支払うべきであるとの考え方がある。また、請負の意義を見直し（前記1参照）、目的物の引渡しを要しない役務提供型契約を請負契約から除外することとするのであれば、同条ただし書は不要になると考えられる。

以上から、請負契約の報酬支払時期についての規定としては、受領と同時に支払わなければならない旨を規定すべきであるとの考え方が示されているが、どのように考えるか。

【意見】

反対する。

【意見】

1 この考え方は、「受領」を「占有を受けるという単なる事実行為ではなく、仕事の完成を承認するという意思的要素が加わったものであり、仕事の目的物が契約内容に適合したものであるか否かを確認した上で履行として認容するもの」と構成することを前提としている（検討事項（12）9頁参照）。

ところで、民法633条本文は、「報酬は、仕事の目的物の引渡しと同時に、支払わなければならない。」と規定する。この規律の下では、目的物の引渡し未了のまま請負人が注文者に対して請負代金請求訴訟を提起した場合において、請求が認容されるときには、判決は「被告は、原告に対し、原告から●●の引渡しを受けるのと引換えに、■■円を支払え。」となる。簡明であり、執行を具体的に観念できる。

しかし、前記の考え方を採った場合には、原告（債権者）が被告（債務者）に目的物を提供しても、被告（債務者）がそれを履行として認容しない限り執行ができなくなるのであって、実務への影響は甚大である。

2 また、複雑な機械器具やコンピューター・システムなど、請負の目的物には例えば半年以上を検収に要するものがある。そして、これらの請負契約が下請代金支払遅延等防止法（昭和31年法律第120号）の適用対象取引として行われた場合には、親事業者（注文者）は下請事業者（請負人）に対し

て給付を受領した日から起算して60日以内で、かつ、できる限り短い期間内に下請代金を支払わなければならないとされていることから、検収（すなわち、前記の考え方にいう「受領」）の終了いかんにかかわらず、仕事の目的が完成、すなわち、予定された最後の工程まで一応終了している限り同期間内の報酬支払を要することになる。ここで前記の考え方を採った場合には、検収が済むまで報酬の支払を要しないというのがデフォルト・ルールとなる。我が国全体の法秩序上履行として認容したか否かにかかわらず報酬を支払わせようとしているものについて、民法が報酬を支払う必要がないというメッセージを送ることになるのであって、妥当でない。

- 3 下請代金支払遅延等防止法の適用のない請負についても、現行民法よりも請負人に不利益な結果をもたらすことになる。殊に、検収に時間を要する類型の請負への影響は甚大である。もちろん、当事者間の合意により、前記の考え方と同様の報酬支払時期とすることはよく見られることではある。しかし、当該合意に至るまでに、当事者（特に請負人）は民法のデフォルト・ルールを引き合いに出し、注文者が履行として認容するまでの期間、すなわち、検収期間をなるべく短くするように交渉を行うので、検収後に報酬を支払うことが原則とされた場合には、請負人への影響は大きい。

なお、報酬支払時期として、注文者が履行として認容した時点を用いることには反対するが、後記6のとおり、瑕疵担保責任の権利行使期間の起算点としてこれを用いることに反対するものではない。法律問題が顕在化しない圧倒的多数の請負取引のために、報酬支払時期は引渡しとの同時履行としておくべきであるが、仕事の成果に瑕疵があるためにその損害の回復を図る必要がある例外的な局面においては、現行民法が請負について売買等と比べて対価を支払う側に極めて厳しい態度をとっているようにみえること（637条）を明文により緩和するのが妥当であると考ええる。

(2) 仕事の完成が不可能になった場合の報酬請求権 (検討事項 (12) 11
頁から 14 頁)

請負契約においては、仕事を完成させなければ請負人は報酬を請求することができないのが原則である。しかし、仕事の完成が不可能になった場合であっても、それについて注文者に帰責事由があるときは請負人は報酬を請求することができると考えられているなど、上記の原則が貫徹されない場合があるとされている。

そこで、仕事を完成させなくても請負人が報酬を請求し得る場合としてどのような場合があるか、また、その場合にどのような範囲で報酬を請求することができるか (既履行部分に対応する報酬か、仕事が完成された場合と同様の報酬か。) などが問題となる。

一つの考え方として、請負人が仕事を完成することができなくなった場合であっても、①その原因が注文者に生じた事由であるときは既に履行した役務提供の割合に応じた報酬を請求することができ、②その原因が注文者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができることとする考え方が提示されている。さらに、上記の①及び②以外の原因で仕事の完成が不可能になった場合 (例えば、請負人の債務不履行を原因として注文者が請負を解除した場合) であっても、既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、注文者は未履行部分について契約の一部解除をすることができるにすぎず、この場合、解除が制約される既履行部分について請負人は報酬を請求することができるものとすべきであるとの考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

【意見】

民法 536 条 2 項に規定する「債権者の責めに帰すべき事由」の概念を用いるのをやめて①と②の場合分けをした上で規定することに反対する。

請負人の債務不履行を原因として注文者が解除した場合等において、一定の要件の下に解除を制限し、報酬請求することができる旨の法文を置くことに賛成する。

【理由】

- 1 提示される考え方の①「注文者に生じた事由」の意味が不明確であり、②「注文者の義務違反」との区別がつかない。また、①及び②の擬律は、検討事項 (12) 13 頁で紹介される最判昭和 52 年 2 月 22 日民集 31 卷 1 号

79頁で十分であって、過度の場合分けは徒に混乱を招くだけである。

そもそも、提示の上記考え方は、民法536条2項にいう「債権者の責めに帰すべき事由」という概念が多義的で維持するのは適当でないとの発想に基づくものであるが（検討事項（12）13頁）、「責めに帰すべき事由」との法文・概念を維持すべきことは、民法（債権法）改正の検討事項に関する当会の意見書第1の1（第一東京弁護士会会報452号4頁から6頁）において「債務者の責めに帰すべき事由」に関して述べたことが、同様に当てはまる。すなわち、「債務者の責めに帰すべき事由」の概念に反対する考え方は、債務不履行責任の根拠を「契約の拘束力」「契約に基づくリスク分配」に求めるところ、紛争解決に当たっては、当初の契約当事者の意思だけではなく、他律的な規範的評価も踏まえて基準を確定すべきであり、この考え方が提案する「契約において・・・引き受けていなかった事由」といった要件定立では、あたかも「契約に基づくリスク分配」が当初の契約当事者の事実としての意思で確定されているかのような混乱を国民に与えることとなる。同様に、「債権者の責めに帰すべき事由」についても、上記考え方が提示する「注文者に生じた事由」「注文者の義務違反」といった擬律は、国民に無用の混乱を与えるものと評さざるを得ない。

- 2 解除の制約と報酬請求権の認容に関しては、建物その他の土地の工作物については、大判昭和7年4月30日民集11巻780頁及び最判昭和56年2月17日判時996号61頁の立場を明文化するものであり、賛成する。その他の目的物についても、当事者間の衡平を図りつつ社会経済に資する解決をもたらすものであり、賛成する。

5 瑕疵担保責任（民法第634条から第640条まで）

（１）総論（瑕疵担保責任の法的性質）（検討事項（１２） １５頁から１６頁）

請負人の瑕疵担保責任については、売主の瑕疵担保責任におけるのと同様に、債務不履行の一般原則（民法第415条等）との関係や責任の法的性質をめぐって見解が対立している。

買主の瑕疵担保責任については、近時、これを債務不履行責任の特則と理解する立場を基本としながら、立法論として、可及的に債務不履行の一般原則に一元化する等の考え方が提唱されているが、このような考え方に従えば、請負人の瑕疵担保責任についても、基本的にこれを債務不履行責任と理解しつつ、請負人について特則を設ける必要性を検討することが考えられる。このような考え方について、どのように考えるか。

【意見】

瑕疵担保責任を債務不履行責任と理解しつつ請負人について必要に応じて特則を設けるとの考え方に反対する。

【理由】

1 前記第1の1（瑕疵担保責任（検討事項（10） 5頁から46頁））で述べたとおり、売買において給付された物について「瑕疵」がある場合には、まず、一般の債務不履行として415条の適用を検討し、それが困難なとき（具体的には帰責事由がないとき等）に570条による解決が可能かを検討するのが現在の実務である。415条であれば履行利益の賠償を求められるのに対し、570条では信頼利益の賠償にとどまるとされているからである。

このように債務不履行責任と瑕疵担保責任の関係を考えたときに、瑕疵担保責任には独自に救済を与える領域があると捉えられている。この買主の瑕疵担保責任を債務不履行の一般原則に一元化するとの考え方については、第1の1で述べたとおり、①適用関係が不明確であり、思考順序としても不経済である、②現行法よりも救済範囲が狭くなる、③追完請求権による救済は適切でないことから反対である。

そうであるならば、このような考え方を基礎として請負人の瑕疵担保責任を債務不履行責任と整理することにも反対せざるを得ない。

2 他方、上記考え方を採らない場合であっても、検討事項（12）が補足説明（16頁）で指摘するとおり、請負人の瑕疵担保責任の規定は、559条の準用規定による売主の瑕疵担保責任の特則であるとともに、請負人の仕事完成義務（瑕疵のない仕事を完成する義務）違反を擬律するものであること

から、不完全履行の特則であると捉えられている。その結果、請負人の瑕疵担保責任の規定は、無過失責任（例外は636条に規定する場合）であり、賠償範囲は履行利益に及ぶものとされる。

この点、現行法は、559条による売主の瑕疵担保責任の準用を634条以下の明文により排斥するが、415条の特則であることについては、請負の仕事完成義務から導くのみで、明文を用意していない。請負人の瑕疵担保責任を債務不履行責任であると限定して捉えることには反対するが、債務不履行責任の特則をなすものであることについては明文を用意すべきと考える。

6 担保責任の存続期間の見直し（民法第637条、第638条第2項）（検討事項（12）18頁から21頁）

担保責任に基づく権利の行使は、土地の工作物を目的とするもの以外の請負においては目的物の引渡しの時（引渡しを要しないときは仕事の終了時）から1年以内に、土地の工作物を目的とする請負において工作物が瑕疵によって滅失又は損傷したときはその時から1年以内に、それぞれ行使しなければならない（民法第637条、第638条第2項）。

このような期間制限については、いくつかの見直しの方向性が提示されている。

一つの考え方として、担保責任の存続期間を一律に1年に制限する規定は削除した上で、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請負人の信頼は一定の保護に値するなどとして、注文者が目的物に瑕疵があることを知ったときは注文者はその旨を請負人に通知しなければならない、これを怠ったときは瑕疵に基づく権利を行使することができないものとする考え方が示されている。

他方、別の考え方として、担保責任の存続期間を1年とする規定を基本的に維持しつつ、その起算点を注文者が瑕疵を知った時とする修正を加え、その反面、注文者が仕事を履行として受領してから5年という新たな制限を設けるべきであるとの考え方も示されている。

これらの考え方について、どのように考えるか。

【意見】

前者の考え方に反対する。後者の考え方のように、注文者が瑕疵を知った時と注文者が仕事を履行として受領した時から起算する方向性に賛成する。

【理由】

- 1 前者の考え方は、注文者に通知義務を課すものであり、第1の3「短期期間制限の見直しの要否」（検討事項（10）26頁・36頁）で述べたのと同旨の理由により反対する。通知の有無、その内容の適否、通知が合理的期間内になされたか否か等を巡って紛争が拡大することになる。
- 2 請負人の瑕疵担保責任（民法634条から640条までの規定）は、559条の準用規定による売主の瑕疵担保責任の特則であるとともに、不完全履行の特則であると捉えられている。そうだとすると、引渡し又は仕事の終了から1年とする期間制限（民法637条）は、デフォルト・ルールとしては短いらいがある。そのような観点から、第一東京弁護士会司法制度調査

委員会においては、「民法（債権法）改正の動向に対する問題提起（２）」（第一東京弁護士会会報４４０号１９頁から２１頁）において、民法（債権法）改正検討委員会の案すなわち前者の考え方の問題点を指摘した上で、「例えば『引渡しから２年』といった形で、可能な限り具体的な期間を規定することが、紛争の激化の予防につながる」と提言したところである。

この点、後者の考え方は、①注文者が瑕疵を知った時から１年、②注文者が仕事を履行として受領してから５年のうち、いずれか短い方を権利行使期間とするものである。請負人が覚知することのできる事象をも起算点としつつ、注文者の権利行使期間を伸長するものであり、この方向性に賛成する。

第7 委任

1 報酬に関する規定

(1) 委任事務の処理が不可能になった場合の報酬請求権（検討事項（12） 42頁から44頁）

有償委任に基づく事務の処理が途中で終了し、その後の事務処理が不可能になった場合には、当該委任契約が成果完成型の報酬支払方式を採るものであるときは成果が完成していない以上報酬を請求することができず、履行割合型の報酬支払方式を採るものであるときは事務を処理した割合に応じて報酬を請求することができるにすぎないのが原則である。もっとも、このような原則に基づく処理が妥当でないと考えられる場合もあり、受任者が上記の原則を超えて報酬を請求し得る場合があるか、あるとすればどのような場合か、また、そのような場合にどのような範囲で報酬を請求することができるかなどが問題となる。

一つの考え方として、①委任者に生じた事由によって受任者が事務を処理することができなくなった場合は、受任者は既に行った事務処理の割合に応じた報酬を請求することができ、②委任者の義務違反によって受任者が事務を処理することができなくなった場合は、受任者は約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができることとする考え方が提示されている。また、上記の①及び②以外の原因で受任者の事務処理が不可能になった場合であっても、成果完成型の報酬支払方式を採る委任について、既に処理された部分が可分であり、かつ、委任者がその給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、委任者は未履行部分について契約の一部解除をすることができるにすぎず、この場合、解除が制約される既履行部分について受任者は報酬を請求することができるものとすべきであるとの考え方が提示されている。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

【意見】

①と②の場合分けをした上で規定することに反対する。

【理由】

①「委任者に生じた事由」の意味が不明確であり、②「委任者の義務違反」との区別がつかない。

2 準委任（民法第652条）（検討事項（12）48頁から49頁）

準委任契約は、役務提供型契約の受皿としての役割を担っており、役務提供型契約であって他の典型契約に該当しないものは、準委任に該当するとされている。しかし、準委任には委任に関する規定が準用されるところ（民法第652条）、その規定内容は、種々の役務提供型契約に適用されるものとして必ずしも妥当なものでないため、これらをすべて準委任に包摂するのは適当でないと指摘されている。

そこで、準委任の適用対象を、第三者との間で法律行為でない事務を行うことを目的とするものに限定する一方で、典型契約に該当しない役務提供型契約の受皿規定を準委任とは別に設けるべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

【意見】

賛成する意見と反対する意見とが拮抗している。

【理由】

- 1 賛成する意見は、裁判所が当該契約の法的性質決定に当たって、典型契約に引きつけて考える傾向が強い側面があることを重視し、そうであるならば、上記の考え方が指摘するとおり、役務提供型契約であって他の典型契約に該当しないものを準委任と性質決定することとなった場合に当該契約に適用することが適切でない規定を適用せざるを得なくなることを回避するために、受皿規定を置くことを積極評価するものである。
- 2 他方、反対する意見は、「役務提供型契約であって他の典型契約に該当しないものは、準委任に該当するとされている」との前提を絶対のものとは考えず、検討事項（12）が任意解除権に関する規律について言及する際（検討事項（12）68頁）に紹介する最判平成18年11月27日民集60巻9号3437頁が行うように、委任に関する規定の準用を排斥すべき要請の高い役務提供型契約については、無名契約として捉えることにより柔軟な解決が可能であることを重視する。
- 3 仮に受皿規定を設ける考え方を採ったときには、何を受皿規定に盛り込むかが極めて重要な問題である。特に、消費者契約法（平成12年法律第61号）10条との関係で、受皿規定に盛り込まれた内容は、消費者と事業者との間で締結される契約においては半ば強行規定となったのと同様の結果がもたらされることになる。例えば、既存の役務提供型の典型契約のいずれにも役務受領者の任意解除権の規定が設けられていること等を理由に、受皿規定にも同旨の規定を設けるべきとの考え方が紹介されているが

(検討事項(12) 67頁から68頁), このような規定は任意規定であるから当事者間の合意により異なる擬律を得ることが可能であるなどと問題を軽視することなく, 役務提供型契約類型が備えるべき姿とは何なのか, 契約は守られるべきなのか賠償による解放を許容するのかを慎重に検討し, その適否を判断する必要があるだろう。

他方, 受皿規定を設けないとの考え方を採った場合には, 安易に典型契約に引きつけることなく, 取引実態等を探求して法的性質決定を行うことが肝要であることはいうまでもない。

- 4 なお, 請負の概念変更を行うべきでないことは既に述べたとおりであり, そうだとすれば, 請負から切り出したものの受皿は不要である。

3 報酬の支払方式

(1) 役務提供の履行が不可能な場合の報酬請求権（検討事項（12）61頁から64頁）

役務提供の全部又は一部の履行が不可能になった場合には、その契約が成果完成型の報酬支払方式を採るものであるときは成果が完成していない以上報酬を請求することができず、履行割合型の報酬支払方式を採るものであるときは役務提供を履行した割合に応じて報酬を請求することができるにすぎないのが原則である。もっとも、このような原則に基づく処理が妥当でないと考えられる場合もあり、役務提供の全部又は一部の履行が不可能になった場合であっても役務提供者が上記の原則を超えて報酬を請求し得る場合があるか、あるとすればどのような場合か、また、そのような場合にどのような範囲で報酬を請求することができるかなどが問題となる。

一つの考え方として、①履行不能の原因が役務受領者に生じた事由であるときは既に履行した役務提供の割合に応じた報酬を請求することができ、②その原因が役務受領者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができることとする考え方が提示されている。

さらに、仕事の成果に対して報酬が支払われる役務提供型契約については、上記の①及び②以外の原因で成果完成が不可能になった場合であっても、既に行われた役務提供の成果が可分であり、かつ、当事者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、役務受領者は未履行部分について契約の一部解除をすることができるにすぎず、解除が制約される既履行部分について役務提供者は報酬を請求することができるものとすべきであるとの考え方が提示されている。

このような考え方について、どのように考えるか。

【意見】

①と②の場合分けをした上で規定することに反対する。

【理由】

①「役務受領者に生じた事由」の意味が不明確であり、②「役務受領者の義務違反」との区別がつかない。

第 8 雇用

1 総論（雇用に関する規定の在り方）（検討事項（12）72頁から74頁）

雇用に関する規定については、民法と労働契約法との関係について現状を維持することを前提として、報酬、解除、有期雇用契約における黙示の更新について見直しをすべきであるとの考え方が提示されており、また、見直しの留意点として、労働契約特有のルールの実質的な変更については労働関係法規の法形成プロセスの特性に十分配慮し、慎重に検討すべきであるという指摘がある。これららの点も含め、雇用に関する規定の見直しに当たっては、どのような点に留意する必要があるか。

【意見】

雇用に関する規定は、法制審だけではなく、労働政策審議会でもあわせて審議すべきである。

【理由】

厚生労働省設置法9条は次のように規定している。

「労働政策審議会は、次に掲げる事務をつかさどる。

一 厚生労働大臣の諮問に応じて労働政策に関する重要事項を調査審議すること（後略）」

労働政策審議会は、雇用・労働政策の企画立案に関して、公労使三者の委員によって調査・審議・答申を行う審議会であり、雇用に関する規定の見直しに当たっては、同審議会の議論を踏まえる必要がある。

2 報酬に関する規律

(1) 労務が履行されなかった場合の報酬請求権（検討事項（12）76頁から78頁）

使用者の責めに帰すべき事由により労務が履行されなかった場合の報酬請求権の帰すうについて、判例・通説は、実際に労務が履行されなくても、民法第536条第2項を根拠として、具体的な報酬請求権が発生すると解している。この見解は、同項を、雇用契約に関しては、労務を履行していない部分について具体的な報酬請求権を発生させるという意味に解釈するものであるが、その解釈を条文の文言から読み取ることは容易でないという問題点が指摘されている。そこで、同項を含む危険負担の規定を引き続き存置するという考え方を採用する場合にも（部会資料5-1, 第4, 3（16頁）参照）、同項とは別に、労働者の具体的な報酬請求権の発生 of 法的根拠となる規定を設けるべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

また、労務が履行されなかった場合における既履行部分の報酬請求権の帰すうについて明らかにするため、明文の規定を設けるべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

上記のような規定を設けるべきであるとする考え方は、具体的な報酬請求権の発生要件について、以下のような考え方を提示している。これらの考え方は、民法第536条第2項の「責めに帰すべき事由」という概念が多義的であることから、学説による解釈論を踏まえて、これをできる限り明確化すべきであるという考慮に基づき、提案されているものである。

〔A案〕使用者の義務違反によって労務を履行することが不可能となったときは、約定の報酬から自己の債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができるという考え方（参考資料1〔検討委員会試案〕・360頁）

〔B案〕使用者側に起因する事由によって労働できないときに報酬を請求できるが、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、その利益を使用者に償還しなければならないとする考え方（参考資料2〔研究会試案〕・211頁）

【意見】

A案の文言「使用者の義務違反」及びB案の文言「使用者側に起因する事由」のいずれにも反対であり、536条2項の文言「債権者の責めに帰すべき事由」を維持すべきである。

【理由】

- 1 上記考え方の理由は、「責めに帰すべき事由」という概念が多義的であるから明確化すべきであるという1点に尽きる（検討事項（12）77頁）。し

かし、A案の「使用者の義務違反」、及び、B案の「使用者側に起因する事由」のいずれを見ても、「責めに帰すべき事由」と比較して、明確さの点で差があるとは到底言えない。

- 2 また、民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」の意味については、多数の裁判例・判例が形成されてきている。

検討事項（12）が提示する考え方のように文言を変更することには、次のデメリットがある（検討事項（12）77頁中段以下参照）。すなわち、A案の場合には、①現在は判例上肯定されていない就労請求権が解釈上肯定されることになるリスク、②報酬請求権の発生する場合が現在の判例より狭くなるリスク、他方、B案の場合には、報酬請求権の発生場合が現在の判例より広くなるリスクである。したがって、判例に基づく法的安定性を害することになる。

第9 和解

1 要件 - 「互譲」の要否（検討事項（13）37頁から39頁まで）

和解の意義（民法第695条）

和解は、当事者が互いに譲歩をして、その間に存する争いをやめることを約する契約であり、争いの存在と当事者の互譲がその要件とされる（民法第695条）。このうち、当事者の互譲の要件については、和解の中心的な効力である確定効（同法第696条）を与えるのが適当かという観点から、緩やかに判断すべきであると解されており、この見解を更に進めて、当事者の互譲の要件は不要であるとする見解も主張されている。もっとも、当事者の一方のみが譲歩している場合には、たとえ反対の証拠が出てあきらめるといふ意思があるとは言いにくいことを指摘して、当事者の互譲を和解の確定効を正当化する要素として位置付ける見解も有力に主張されている。

このような状況を踏まえて、和解の要件として当事者の互譲を不要とすべきであるという考え方が提示されているが、どのように考えるか。

【意見】

当事者の互譲は引き続き和解の要件とすべきである。

【理由】

民法の規定を「国民一般に分かりやすいものとする」という観点からすると、「互譲」の要件を残しつつ、一般的な用語法によれば、「互譲」と言いにくいような場合であっても、「互譲」の要件を緩やかに判断することで和解を成立させるというあり方には疑問がないわけではない。しかしながら、弁護士の実務感覚として、紛争を解決するために和解を成立させる過程において「互譲」の要件が便宜であることは確かであり、また、「互譲」の要件を必要とすることに理論的に相応の根拠がある¹ということであれば、「互譲」を引き続き和解の要件とするということによいと考える。

¹ 法制審議会民法（債権関係）部会第18回会議における中田委員発言（議事録35頁）、民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針Ⅴ－各種の契約(2)』（商事法務、2010）350頁。

2 効力 - 錯誤による和解の無効の主張が認められる範囲（検討事項（13）
39頁から41頁まで）

和解の効力（民法第696条）

和解の効力として、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和解の確定効が認められると解されている（民法第696条）。和解の確定効により、紛争の蒸し返しが防止されることになるが、他方で、理由のいかんを問わず常に和解の確定効が認められるのは適当ではないため、どの範囲で和解の確定効を認めるかという点が問題となるところ、この問題は、これまで、どの範囲で錯誤による和解の無効の主張（民法第95条）をすることができるかという問題として議論されてきた。

この問題について、通説は、①争いの目的となっていた事項については錯誤による無効主張は認められないが、②争いの目的である事項の前提又は基礎とされていた事項、③①②以外の事項については錯誤による無効主張が認められ得るとしており、判例も、上記の通説と同様の結論を採っているとされている。

このような判例・学説を踏まえて、当事者の一方又は双方が争いの対象となった事項にかかる事実を誤って認識していた場合であっても、錯誤による無効主張又は取消しの主張をすることができないとする旨の規定を設けるべきであるという考え方[注：甲案]や、当事者は争いの対象として和解によって合意した事項について、その効力を争うことができない（ただし、公序良俗違反や、詐欺・強迫の規定の適用についてはこの限りでない。）とする規定を設けるべきであるという考え方[注：乙案]が提示されている。このような考え方について、どのように考えるか。

【意見】

提案されている考え方にはいずれも反対する。

【理由】

確かに、一般論としては、紛争の蒸返しの許容範囲を明らかにするという意味では、和解と錯誤との関係を条文上明確化することは有益と言える。もっとも、仮に甲案又は乙案を条文化したとしても、和解契約の締結後に当事者間でその効力を巡り紛争になった場合には、紛争の蒸返しが許容されない範囲として提示されている、「争いの対象となった事項にかかる事実」（甲案）や、「争いの対象として和解によって合意した事項」（乙案）は、結局、当事者間の和解契約の解釈により画定せざるを得ない場合が多いと推察される。

つまり、甲案、乙案いずれも、紛争の蒸返しの許容範囲を明らかにするような明確な基準とまでは言い難い（また、現時点では、適当な代替案も見出せない。）。

このように考えると、この論点については、和解契約の解釈の問題として整理するのが適当である。結論として、甲案、乙案いずれも反対する。もっとも、和解と錯誤との関係を条文上明確化すること自体は望ましいものであり、明確な基準を立てることが可能であれば、当該基準に基づいて和解と錯誤との関係を条文上明確化することに反対するものではない。

第10 ファイナンス・リースの典型契約化の要否（検討事項（13）43頁から55頁まで）

ファイナンス・リース／総論（典型契約とすることの要否）

ファイナンス・リースとは、一般に、ユーザーが選定した物件をリース会社がサプライヤーから購入の上、これをリース会社がユーザーに賃貸する形式を採る契約であって、ユーザーが支払うリース料は物件の取得価額や諸費用の全額を元に算定され、ユーザーによるリース期間中の中途解約も認められないものなどとされている。

このようなファイナンス・リースは、現代社会において重要な取引形態として位置づけられており、また、民法の典型契約のいずれか一つに解消されない独自性を有していること等から、これを新たな典型契約として規定すべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。

また、ファイナンス・リースを典型契約とすること全般について、どのような点に留意して検討すべきか。

【意見】

ファイナンス・リースの典型契約化に反対する。

【理由】

ファイナンス・リースは、会計・税務上の取扱い次第で、その意義、要件・効果が変動し得るものである。そうすると、ファイナンス・リースに既存の典型契約と同程度の普遍性があると評価できるか、相当に疑問である。また、リース取引には、典型的な「ファイナンス・リース」の他、「再リース」、「譲渡条件付リース」、「リース・バック（セール・アンド・リース・バック）」、「転リース」、「提携リース」、「オペレーティング・リース」、「メンテナンス・リース」等の様々な形態がある上に²、それぞれの区別は必ずしも明確でない。ファイナンス・リースを典型契約化する場合には、典型契約としてのファイナンス・リースの範囲を画定する必要があるところ、既存の典型契約と同程度の抽象度でその範囲を画定することは容易ではないと言える。

更に、現時点では、ファイナンス・リースの一方の当事者であるリース事業者はファイナンス・リースの典型契約化に消極的な意見であり³、他方の当事者であるユーザーからも、ファイナンス・リースの典型契約化に積極的な意見は強くは表明されていないように思われる。

² 潮見佳男『契約各論Ⅰ』（信山社、2002年）376頁以下の分類による。

³ 法制審議会民法（債権関係）部会第18回会議における佐成委員発言（議事録47頁）、奈須野関係官発言（同49-50頁）を参照。

以上より、あえてファイナンス・リースを典型契約化する必要はないと考える。

なお、近時、提携リースその他のリースの形態をとった形での悪質な取引により、消費者や中小事業者に被害が多発していることについては、別途業法で手当てするのが適当である。

以 上