

民法 (債権法) 改正の 現状

1 契約締結過程における 説明義務・情報提供義務

民法改正問題特別委員会 委員 上田 純

1 問題の所在

契約締結の判断に際し、判断の基礎となる情報は当事者が自らの責任で収集するのが原則であるが、多くの裁判例において、一定の場合には、契約締結過程における信義則上の説明義務・情報提供義務を負うことがあるとされ、この考えは学説上も支持されている。

この契約締結過程における説明義務・情報提供義務を明文化すべきか否か、さらに明文化するとしてその具体的な規定の在り方が議論されている。

2 法制審議会での議論状況

明文化により迅速・活発な経済活動が阻害される、説明義務の存否・範囲は事案により様々で一律に明文化は困難である、無駄で過剰な情報提供に繋がる等を理由に、経済界・経産省は明文化に反対であったが、市民に分かりやすい民法やルールの明確化の観点から、学者を中心に明文化賛成派が多い状況である。

明文化する場合の具体的な規定のあり方としては、①対象を「当該契約に関する事項であって、契約を締結するか否かについての判断に影響を及ぼすべき重要な事項に関する情報」とすることの当否、②契約当事者の一方が①の事項についての情報を「有し/容易に得ることができ」、かつ、相手方が（当該相手方に合理的に期待できる方法で）その情報を得ることが不可能又は（著しく）困難であることを要件とすることの当否、③相手方が契約を締結するか否かを判断するに当たって、当該情報を考慮することが必要であると認められることを要件とすることの当否、④③の必要性を

判断するための考慮要素として、契約の性質、相手方の知識、経験、契約を締結する目的、契約交渉の経緯などを列挙することの当否、⑤③の必要性についての義務者の認識（可能性）を要件とすることの当否が議論されている。

3 日本弁護士連合会の意見

日本弁護士連合会は、2012年（平成24年）8月23日付「民法（債権関係）改正に関する意見書（その2）」^{※1}において、この契約締結過程における説明義務・情報提供義務については、少なくとも判例等をもとに法文化することが妥当とした上で、同義務違反による損害賠償責任の立法提案を次のとおり行っている。

「契約の性質、当事者の属性、当該契約の交渉の経緯、当該交渉過程でなされた合意の存在及び内容その他の事情に照らして、契約当事者の一方が相手方に対して、信義則上、契約を締結するか否かに関し相手方の判断に影響を及ぼすべき情報を提供しなければならない場合において、当該情報を提供しなかった一方当事者は、これによって相手方が被った損害を賠償しなければならない。」

なお、同意見書は、少なくとも「契約を締結するか否かの相手方の判断にとって必要不可欠な情報」については、これを提供しないことが信義則に反する場合には契約自体の取消権を認めるべきとの考え方もあるので、今後十分な検討が必要であるとしている。

※1 http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2012/opinion_120823_3.pdf

4 大阪弁護士会の意見

当会民法改正問題特別委員会は、市民に分かりやすい民法の観点から明文化に賛成している。

そして、具体的な立法提案として、次の条文骨子案を提案している。

第〇条(契約締結過程における説明義務・情報提供義務)

(1) 当事者は、契約の交渉に際して、相手方が意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項につき、契約の目的・内容・性質、各当事者の地位・属性・専門性、当事者間の情報の質、量、情報処理能力及び交渉力の格差、当該交渉における行動、並びに、交渉過程でなされた当事者間の取決めの存在及びその内容等に照らして、信義誠実の原則に従って情報を提供し、説明をしなければならない。

- (2) 前項の義務に違反した者は、相手方に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。
- (3) 第1項の義務の違反により、相手方が同義務の対象となる情報提供や説明の内容を認識せず意思表示をし、かつ相手方がその義務違反によって同義務の対象となる情報提供や説明の内容を認識しなかったこと及びそれによって意思表示をしたことについて、いずれも正当な理由が認められるときは、相手方はその意思表示を取消することができる。

第1項は契約締結過程における説明義務・情報提供義務を定めた規定であるが、予測可能性を高めるため、具体的な考慮要素を列挙している。また、その義務違反の効果として、第2項の損害賠償責任に加え、第3項において一定の場合には取消も可能とする提案内容となっている。



2 契約交渉の不当破棄

民法改正問題特別委員会 委員 奥津 周

1 問題の所在

当事者には契約自由の原則が認められている。このことから、当事者は、契約を締結するか否か自由であるのはもちろん、交渉をするかどうかや交渉をいつ打ち切るかも自由である。

しかし、未だ契約締結に至らない交渉段階においても、当事者は相手方に対して信義則上の注意義務を負う。そして、信義則に反して不当に交渉を破棄したり、信義則に反するような交渉の仕方をしたため、相手方に損害を生じさせた場合、損害賠償義務を負うことがあると理解されている。このことは、確立した判例法理であり、学説上も支持されている(契約準備段階の過失の法理などと呼ばれる)。

そこで、法制審議会においても、交渉を不当に破棄した場合などに損害賠償義務を負うことについて、明文化することが提案されており、その要件についても議論されている。

2 法制審議会での議論状況

法制審議会部会資料48において提案された規定は次のようなものである。すなわち、①契約交渉の当事者は、原則として、交渉の開始、継続又は破棄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旨の原則を示したうえで、②ア「交渉の経緯から相手方が契約の成立が確実であると通常考える場合において、当事者が合理的な理由なく契約の締結を拒絶したとき」、イ「アに掲げる場合のほか、当事者が信義則に違反して交渉を行い、又は破棄したとき」に損害賠償責任を負うという規定を設けるというものである。

交渉の破棄は本来自由であり、破棄によって損害賠償を負う範囲が不当に拡大することはあってはならないことから、①の交渉の破棄によって損害賠償義務を負わないという原則を明示すること自体については概ね異論がない状況にある。

②の要件について、損害賠償責任を負うのが相当で

あるのは、単にアのように交渉を不当に破棄した場合だけでなく、交渉態度が信義則に反する場合にも損害賠償責任を認めるべきであることから、②イの要件を設けることが提案され、議論されている（法制審の資料では、大学院入学を希望する学生が、同大学の学部主任などの助言によりまず学部編入学して大学院を受験することとしたが、編入学後大学院が廃止された事案で、慰謝料請求を認めた判例（東京高判昭和52年10月6日）が紹介されている）。

一方で、業者から執拗に勧誘された消費者が交渉の打ち切りを萎縮することのないようにする必要がある。そのため、②イの要件に関して、信義則に違反するか否かの判断要素として、当事者の地位や属性を考慮することを明示すべきであるという指摘がなされている。

なお、従来の議論では、交渉の不当破棄等による損害賠償の範囲は、信頼利益に限られるといった指摘があっ

たが、特にこの点を明文化することは提案されていない。

3 大阪弁護士会の意見

大阪弁護士会としても、交渉の不当破棄に関する規定を設けることに賛成している。もっとも、業者の勧誘に対して消費者が交渉を打ち切ることを萎縮させないためや、業者が消費者に契約締結を迫る材料にさせないためにも、上記①について、損害賠償責任を負わないと規定するのではなく、端的に、当事者は契約締結の義務を負わず、自由に交渉を開始し、継続し、打ち切ることができると規定すべきである。

また、やはり消費者保護の観点から、上記②イに関して、信義則違反となるか否かの考慮要素として、契約の性質、交渉の経過、当事者の地位・属性、交渉力の格差といった事情を考慮すべきことを明文化すべきである。

OBA MJ 特別連載 3 約款

民法改正問題特別委員会 委員 山本 健司 / 清和法律事務所

1 問題の所在

法制審議会民法（債権関係）部会においては、重要な論点の1つとして、「約款」を規律する新たな民事ルールの要否・内容に関する議論がなされている。具体的には、**1** 約款の組入要件に関する規定の要否、**2** 約款の定義、**3** 約款の組入要件の内容、**4** 不意打ち条項規定の要否、**5** 約款の変更に関する規定の要否・内容といった点が議論されている^{※2}。個々の論点の概要と議論状況は下記のとおりである。なお、約款に関する不当条項規制の議論は、別稿をご参照頂きたい。

2 法制審議会での議論状況

1 約款の組入要件に関する規定の要否

中間論点整理後の議論（いわゆる第2読会）における論点設定は、「約款を契約内容とするための要

件（組入要件）に関する規定を民法に設けるものとしてどうか」というものである^{※3}。

現代社会では、鉄道運送、保険など約款を使用した取引が広く行われているにもかかわらず、現行民法には約款に関する法規定が存在せず、約款の法的拘束力の要件・効果が不明瞭である。市民生活の基本的な民事ルールを定める民法において、約款に関する適正な規定を設けようという方向性は合理的である。

この点、約款の組入要件を規定することには賛成だが、約款の不当条項規制を規定することには反対であるという意見もある。しかし、約款を使用した取引では約款使用者の設定した条件を交渉の余地なく押し付けられる局面も多い。約款の法的拘束力を規定する際には、約款内容の合理性を担保する不当条項規制も併せ規定されるべきであろう。

※2 法制審議会民法（債権関係）部会の第50回会議（2012年（平成24年）6月26日）及び第2分科会第5回会議（2012年（平成24年）9月4日）において議論されている。部会資料や議事録などの詳細は、法制審のHPをご参照。

※3 第2読会における論点設定の内容については、法制審議会の部会資料42「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（14）」（<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900140.html>）に依拠している。

2 約款の定義

論点設定は「約款の組入要件に関する規定を設ける場合には、その適用の対象となる約款の定義として『(多数の契約に用いるために) 予め定式化された契約条項の総体』という趣旨の規定を設けるものとしてはどうか」というものである。

約款の定義(約款規定の適用対象)は、当事者の一方が画一的かつ大量の取引のため予め準備した定型的な契約条項を使用している場合には交渉を通じた契約内容の合理性が担保されないという立法目的から合目的的に決されるべきである。日常生活で「約款」と呼ばれていない、「約款」という表題が付いていないといった形式的な理由で約款規制の適用範囲が画されないようにする必要がある。なお、十分な不当条項規制を伴わない約款規定であれば、個別合意なしに法的拘束力を肯定する範囲(約款の定義)を拡大することには注意が必要である。

3 約款の組入要件の内容

論点設定は、約款の組入要件として、①「契約の当事者がその約款を契約内容にする旨の合意(黙示の合意を含む。)をすることが必要である旨の規定を設けるものとしてはどうか」、②「約款使用者の相手方が契約締結時まで約款の内容を認識する機会があることが必要である旨の規定を設けるものとしてはどうか」というものである。

まず、約款を使用した取引においても、その法的拘束力の正当化根拠は契約当事者の合意(組入合意)である。したがって、上記①②を要件とすることは合理的である。

もっとも、上記②の要件について、約款の内容を認識する機会をどの程度保障するかについては更に議論が必要な状況である。少なくとも相手方が約款の内容を知りたいと考えた場合には容易に知りうる状態に置いたと言えることが必要であろうと思われる。この点、法制審議会の部会資料42では「相手方が約款の内容を知りたいと考えた場合に、合理的な行動を取れば約款の内容を知ることができる機会が保障されていなければならない」という考え方が例示されている。

4 不意打ち条項について

論点設定は、「上記①②の組入要件を充たす場合であっても、契約の外形、約款使用者の説明その他の当該契約を締結する際の具体的事情を踏まえ、約款に含まれていると約款使用者の相手方が合理的に予測することができない条項は、契約の内容にならない旨の規定を設ける」という考え方と、「設けない」という考え方の併記である。

かかる不意打ち条項の是非については、更に議論が必要な状況である。しかし、上述のとおり、約款を使用した取引においても法的拘束力の正当化根拠は契約当事者の合意である。したがって、もし約款の中に、取引慣行に照らして異常な条項や取引の状況若しくは契約の外形から見て約款使用者の相手方にとって不意打ちとなる条項(あるいは約款に含まれていると相手方が合理的に予測することができない条項)が存在した場合には、相手方に約款の拘束力を認めることはできないはずであるし、実際問題としても相手方に酷である。また、不意打ち条項が問題となるケースを不当条項規制でカバーすることはできない。不意打ち条項に関する規定を設けることは必要かつ相当と思われる。

5 約款の変更に関する規定の要否

論点設定は「約款を使用した契約が継続している期間中に、約款使用者が相手方の個別の同意無くして約款を変更できるか、どのような要件の下で変更することができるか」というものである。法制審議会の部会資料42では、さらに具体的な考え方や問題点が例示列挙されている。

現実の取引においては、法令の改正や社会の状況の変化に対応した約款の改正の必要が生じる。また、約款条項の変更に際して約款使用者に相手方の個別の同意取得を要求することは現実的ではない。しかし、一方において、契約の一般原則に照らしても、相手方の権利・利益の保護という観点から考えても、約款使用者に無制限な約款変更を肯定することは問題である。

この点、いかなる要件のもとで約款使用者による有効な約款の変更を肯定できるかについては、更に議論が必要な状況である。少なくとも、約款使用者が相手方の同意を得ないで約款を合理的な範囲で変

更改することができる旨を定めた約款中の条項（変更条項）が予め存在すること、約款使用者の相手方が約款変更の効力発生時まで約款の変更内容を認識する機会があること、約款使用者の約款変更の必要性の内容・程度と、変更により相手方が受ける不利益の内容・程度を総合考慮し、個別具体的な約款の変更が合理的であると認められること、といった要件を満たすことが必要でないかと思われる。また、変更後の約款内容に異議ある相手方の救済措置（契約関係から離脱する権限や旧約款の適用など）の要否・内容についても、さらに検討される必要がある。

3 日本弁護士連合会の意見

日弁連では、2012年（平成24年）10月23日、上記のような約款に関する諸論点に関する下記のような意見を含んだ「民法（債権関係）改正に関する意見書（その3）」^{※4}を公表している。

1 約款の組入要件に関する規定の要否

約款の組入要件に関する規定を民法に設けることに賛成である。ただし、その場合は、少なくとも約款に関する不当条項規制の規定も合わせて設けるべきである。

2 約款の定義

「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」とする旨の規定を設けることに賛成である。

3 約款の組入要件の内容

(ア) 「契約の当事者がその約款を契約内容にする旨の合意（黙示の合意を含む。）」及び「約款使用者の相手方が契約締結時まで約款の内容を認識する機会があること」が必要である旨の規定を設けることに賛成である。

(イ) 約款の内容を認識する機会の程度については、約款使用者が相手方に約款の内容を提示することを原則とするべきである。ただし、契約の性質上、相手方に現実に開示することが著しく困難な場合は、その例外として、約款使用者が、相手方にお

いて容易に約款の内容を知ることができる状態に置き、かつ、その約款を知るための方法を相手方に通知した場合には、その約款が約款使用者と相手方との間の契約の内容となるとすべきである。

4 不意打ち条項

約款の組入要件を満たす場合であっても、契約の外形、約款使用者の説明その他の当該契約を締結するに至る間の具体的な事情に照らし、相手方において、約款に含まれていると予期することができない条項（不意打ち条項）は、約款使用者と相手方との間の契約の内容にならない旨の規定を設けるべきである。

5 約款の変更

(ア) 約款使用者による約款の変更については、原則として相手方の不利益に変更することはできないとすべきである。しかし、次の4つの条件が満たされる場合は、その例外を認めるのが妥当である。

すなわち、①相手方が著しく多数であるなど、約款の変更のために個別同意を得ることが著しく困難であること、②約款変更までに、約款使用者が相手方に対し、約款を変更する旨及び約款変更の理由を通知し、かつ、変更予定の約款内容を提示すること。ただし、約款変更の理由の通知及び変更予定の約款内容を提示することが著しく困難な場合は、約款使用者が相手方において約款変更の理由及び変更予定の約款内容を容易に知ることができる状態に置き、かつ、それらの内容を知るための方法を通知すること、③変更の内容が変更の目的に照らして必要最小限度であること、及び④実際に個別具体的な約款の変更が正当な理由に基づき、その内容が相当と認められること、の4つの条件が満たされる場合に限って例外的に不利益変更が許容されるとすべきである。

(イ) なお、変更の実施までに一定の周知期間を置くべきであることから、上記②の要件を満たした後、一定期間が経過しなければ変更の効力が生じないとすべきである。また、変更後の約款内容が相手方にとって合理的に予期することができないものである場合は、不意打ち条項として約款使用者と相手方との間の契約の内容にならないとするのが妥当である。

※4 日本弁護士連合会「民法（債権関係）改正に関する意見書（その3）」の詳細については、日弁連のHP(<http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2012/121023.html>)をご参照。

4 不当条項規制

民法改正問題特別委員会 委員 葉袋 真司

1 問題の所在

「不当条項規制」については、**1** 不当条項規制の規定の要否、適用対象等、**2** 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項、**3** 不当性の判断枠組み、**4** 不当条項のリストを設けることの当否などが議論されている。

第1ステージの議論においては、どのような切り口（アプローチ方法）によって不当条項規制の導入を検討するかも含めて議論がなされていたが、第2ステージの議論においては、約款アプローチに基づく不当条項規制（約款の不当条項規制）を導入するか否かに主として焦点が当てられて議論が進められている。^{※5}

2 法制審議会での議論状況

1 不当条項規制の規定の要否、適用対象等

部会資料では、【甲案】約款が使用された契約を対象に、不当な内容の契約条項の効力を規制するための規定を設けるものとする考えと、【乙案】規定を設けないとの考えが紹介されている。

この点については、第50回の部会の会議で議論がなされた。^{※6} 経済界側からの慎重論も根強いが、約款を用いた取引における合意の希薄性あるいは交渉力の格差などを指摘して約款の内容規制が必要だとの意見が、研究者の委員・幹事から繰り返し述べられている。

2 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項

部会資料では、<1> 約款に含まれている契約条項であっても個別に交渉されたものは不当条項規制の対象としない旨の規定を設けてはどうか（さらに、約款使用者の相手方が事業者である場合には、現に個別交渉が行われなくても、その可能性があれば不当条項規制の対象としない旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか）、

との問題設定がなされた。

この点（及び以下の論点）については、第51回の部会会議で議論がなされた。^{※7} 個別の交渉がなされた条項を除外する方向性については賛同意見が多い。相手方が事業者である場合に除外の要件を緩和することについて、中井会員から、当会民法改正問題特別委員会の議論を踏まえて反対である旨の意見が述べられた。

次に、<2> 契約の中心部分に関する条項を不当条項規制の対象とするかどうかについて、【甲案】不当条項規制の対象をどのように規律するかにかかわらず、契約の中心部分に関する条項は不当条項規制の対象としない旨の規定を設けるものとする、その例外として、消費者契約においては、中心部分に関する条項も不当条項規制の対象とする旨の規定を設けるものとするとの考え方と、【乙案】規定を設けないものとするとの考え方が紹介されている。

中心部分に関する条項が不当条項規制の対象となるか否かの議論については、賛否相半ばしているような状況である。

3 不当性の判断枠組み

部会資料では、公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、約款使用者の相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、信義則に反して相手方の利益を一方的に害するものを不当な条項とする旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか、との問題提起がなされている。

この点については、任意規定との比較という基準部分については、これを不要とする意見が述べられている。中井会員からは、当会民法改正問題特別委員会での議論が紹介されている。

※5 法制審議会民法（債権関係）部会資料42「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（14）」<<http://www.moj.go.jp/content/000099450.pdf>>34頁以下。

※6 第50回会議議事録<<http://www.moj.go.jp/content/000103198.pdf>>参照。

※7 第51回会議議事録<<http://www.moj.go.jp/content/000103200.pdf>>参照。

4 不当条項のリストを設けることの当否

部会資料では、民法に不当条項に関する規定を設けるものとする場合に、不当な条項を無効とする旨の一般的な規定のほか、不当なものとして評価される（可能性がある）条項を具体的に列挙する規定（不当条項リスト）を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか、との問題提起がなされている。

この点については、紛争を誘発するのではないかと意見のほか、比較法的にみて不当条項をリスト化しているのが消費者契約の場合に限定されているようであることなどから消極的な意見も少なくない。中井会員からは、後記有志案のリストが紹介されている。

3 日本弁護士連合会の意見

1 日弁連は、2011年（平成23年）9月15日付「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理に対する意見」で、約款を使用した取引における契約条項を不当条項規制の適用対象とすることについては、賛成する意見が多いこと、契約の中心部分に関する契約条項を不当条項規制の適用除外とすることには反対する意見が多いこと、比較の対象を任意規定に限る考え方には反対であること、具体的な不当条項リストを作成することには、賛成する意見が多いことなどを紹介していた。^{※8}

2 さらに、日弁連は、2012年（平成24年）10月23日付で、「民法（債権関係）改正に関する意見書（その3）」の中で、不当条項規制に関し、次のような意見を表明し、具体的な条文提案を行っている。^{※9}

(ア) 不当条項規制の規定を設けることに賛成である。

(イ) 仮に約款を対象とする不当条項規制に関する規定を設ける場合に、「約款使用者の相手方が事業者である場合には、現に個別交渉が行われなくても、その可能性があれば不当条項規制の対象としない旨の規定を設ける」ことには、反対する。契約の中心部分に関する条項あるいは対価に関する条項を不当条項規制の対象としない考え方

には反対である。

- (ウ) 不当条項の不当性の判断枠組みに関する規定を設けることには賛成する。その際、不当性の判断における比較の対象を任意規定に限定すべきではなく、端的に「当該契約条項が存在しない場合」との比較対照という基準によるべきである。
- (エ) 不当条項に関する規定を設ける場合には、不当な条項を無効とする旨の一般的な規定を設けるべきである。さらに、上記の一般的な規定に加えて、不当なものとして評価される条項ないし可能性がある条項を具体的に列挙する規定（不当条項リスト）を設けるべきである。

4 大阪弁護士会の意見及び特別委員会有志案

1 中間論点整理に対する意見

当会は、既に2011年（平成23年）7月28日付の『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に対する意見書において、新たに不当条項規制に関する規定を設けるべきことについて、以下の諸点などを指摘し、賛成することを表明していた。^{※10}

- (ア) 民法に不当条項規制の規定を新たに設けることに賛成である（当事者の属性や契約の類型にかかわらず不当条項規制をも含めての賛成意見）。
- (イ) 中心的部分に関する契約条項を適用除外とすることに反対である。
- (ウ) 比較の対象を任意規定に限る考え方には反対である。「当該契約条項の内容と当該契約条項が存在しない場合の当事者の権利義務関係を比較すべき」である。
- (エ) 「具体的な不当条項のリストを作成して条文上明記すべきである」という考え方に賛成である。

2 当会では、第2ステージにおける不当条項の議論に先立って、民法改正問題特別委員会及び消費者保護委員会の有志において、約款に関する不当条項規制についての事前の検討会を実施した。そこでの議論を踏まえて、法制審議会第51回会議において、

※8 同意見書<<http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/110915.pdf>>198頁以下参照。

※9 意見の理由及び具体的な条項案については、同意見書<http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2012/opinion_121023.pdf>6頁以下を参照されたい。

※10 同意見書<http://www.osakaben.or.jp/web/03_speak/iken/iken110728.pdf>287頁。なお、大阪弁護士会編「民法（債権法）改正の論点と実務<上>」778頁以下参照。

民法改正問題特別委員会有志が、「約款に関する不当条項の一般規定とリスト化に関する提案」を提出している。この意見書は、一般条項に関する提案の

ほか、立証責任の分配と一般条項との関係を整理しつつ、26項目の具体的なリストを提案している。

※11 大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志「約款に関する不当条項の一般規定とリスト化に関する提案」<<http://www.moj.go.jp/content/000099821.pdf>>



5 売買の効力(売主の責任)

第1 物の瑕疵に関する売主の責任

民法改正問題特別委員会 事務局員 辻村 和彦

1 問題の所在

現行民法の売買の瑕疵担保責任については、債務不履行の一般原則との関係及び責任の法的性質が、文言上必ずしも明確でないため、この点を巡り、法定責任説(従来の通説)、契約責任説(近時の通説)及び危険負担的代金減額説などの考え方が提唱され、判例も一義的に明確な考え方を示していない状況にある。このため、瑕疵担保責任については、不特定物売買への適用の有無、瑕疵の存在時点、追完請求権の行使の可否、損害賠償の内容といった基本的な事項についてすら、法的に不安定な状況にあるとされる。そこで、今般の改正においては、瑕疵担保責任を債務不履行の一般原則の特則として位置づける方向で考え方を整理することが提唱されている。また、現行民法の瑕疵担保責任は、無過失責任である点、買主の救済手段が損害賠償と解除のみである点、解除に契約目的不達成という制約が課される一方催告が不要である点、1年間の期間制限が設けられている点などで、債務不履行の一般原則と異なるとされているが、これらの相違点についても、瑕疵担保責任を債務不履行の特則と位置づけた場合のあるべき規律が議論されている。

2 法制審議会での議論状況

第2ステージの検討事項では、瑕疵担保責任を債務不履行の特則と位置づけることを前提に、①瑕疵なき物の引渡義務を明文化する、②瑕疵の定義を「目的物が[契約において予定されていた/契約の趣旨に照らして備えるべき]品質、数量等に適合し

ていないこと」などとする、③「隠れた」要件は削除する、④追完請求権を明文化する、といった提案がなされている。

そして、債務不履行の一般原則に対する瑕疵担保責任の特則たる部分として、⑤買主の救済手段として新たに代金減額請求権を明文化する、⑥追完請求権の具体的内容である瑕疵修補請求権と代替物等請求権の障害事由に、「物理的不能や過分の費用が必要といった契約の趣旨に照らして瑕疵の修補または代替物の給付を求めることができないとき」だけでなく、瑕疵修補請求権について「売主が瑕疵のない代替物の提供をしたときであって、代替物による追完が買主に不合理な不便を課すものでないとき」を、代替物等請求権について「売主が瑕疵の修補を提供した場合であって、当該修補が買主に不合理な不便を課すものでないとき」を加える(例えば、買主が代替物の提供を求めても売主は買主に不合理な不便を課さない瑕疵の修補を提供すれば代替物の提供を免れる。)、との提案がなされている。さらに、⑦期間制限については、消滅時効の一般原則に委ねるとする考え方と期間制限の特則を設けるとする考え方が示され、後者の特則の内容として、瑕疵を知った日から1年/2年とする案、瑕疵を知った日から相当期間内に瑕疵の存在を通知することを求める(やむを得ない事由によらず通知を怠れば失権とする)案、買主が事業者である場合は瑕疵を発見「すべき」であった時から相当期間内に瑕疵の存在を通知することを求める案、が提案されている。なお、期間制限の特則についてはいずれの案を採用したとしても、売主が瑕疵について悪意の場合は特則が適用されないとの規定を設けること

も提案されている。

さらに、⑧買主の救済手段としての追完請求権、損害賠償請求権、解除権及び代金減額請求権の相互関係について、追完請求権とその他の救済手段の関係として、その他の救済手段行使のためには追完催告を要するとする案、瑕疵修補に代わる損害賠償請求権及び代金減額請求権は追完催告不要で行使できるがその余の救済手段は追完催告を要するとする案が提案され、また、代金減額請求権とその他の救済手段の関係として、代金減額請求権を行使した場合には追完請求権、追完に代わる損害賠償請求権及び解除権を行使することができないとする案が提案されている。

3 日本弁護士連合会の意見

中間論点整理に対する日弁連の意見は「瑕疵担保責任を契約責任と構成するのを否定するものではないが、瑕疵担保責任の要件・効果等を法的性質の理論的な検討から演繹的に導くのではなく、個別具体的な事案の解決にとって現在の規定に不備があるかという観点から検討を行うべきである。」としている。

瑕疵の定義規定については、設けることには賛成であるが、瑕疵を「契約において予定された性質を欠いていること」と定義すること、及び「隠れた」要件を削除することについては慎重に検討すべきとしている。

代金減額請求権については、明文化には賛成であるが、瑕疵による減価部分だけでなく、瑕疵があるが故に買主が負担した費用・コストについての損害賠償を認める規定も設けるべきであるとしている。

代物請求権と瑕疵修補請求権の限界事由については慎重に検討すべきとしており、また、期間制限については、債権の消滅時効の一般原則に委ねることに賛成意見が多く、瑕疵の存在の通知をすべき期間を設定することには反対、事業者について起算点を「瑕疵を知り又は知ることができた時」とすることは慎重に検討すべきとしている。

救済手段相互間の関係については、買主が選択的に権利行使できるとすべきとしている。

4 大阪弁護士会の意見

日弁連の意見と同じく、瑕疵担保責任を契約責任と構成すること自体に積極的に反対はしていないが、仮に契約責任と構成したとしても、代金減額請求権のような売買契約における等価的均衡といった別の観点からの救済手段の特則を設けることもできるのであるから、瑕疵担保責任の要件効果を考えるにあたっては個別具体的に特則の要否を検討すべきであるとしている。

以上の観点から、①の瑕疵なき物の引渡義務の明文化、③の「隠れた」要件の削除、④の追完請求権の明文化には賛成している。②の瑕疵の定義についてはおおよその方向性については賛成しているが、実務上問題となるのは当事者間に品質等について明確な合意がない場合であることから、立証対象の明確化及び現状の裁判実務との整合性も考慮して、「瑕疵とは、目的物が契約の趣旨に照らして備えるべき品質、数量等を欠いていることをいう。目的物がその種の契約の当事者間において通常予定されていた品質、数量等を欠いているときは、瑕疵があるものと推定する。」との提案を行っている。また、当事者間に明確な合意がない場合の「契約の趣旨に照らして備えるべき品質、数量等」の判断要素を具体化する観点から、「瑕疵とは、目的物が契約の趣旨に照らして備えるべき品質、数量等を欠いていることをいう。契約の趣旨に照らして備えるべき品質、数量等は、当事者の合意内容が明らかでないときは、契約の内容（例：対価の額）及び性質（例：有償・無償）、予定された目的物の用途、その種の契約において通常予定される目的物の品質、数量等、契約締結に至る経緯、当事者の属性その他の事情を斟酌して決定する。」との提案も行っている。

⑤の代金減額請求権の明文化にも賛成しているが、これに加えて、瑕疵について善意の買主については、瑕疵があることを知らなかったために支出した費用の償還請求権を認めるべきであるとの提案を行っている。

⑥の代替物等請求権の障害事由については、買主が本来的な給付として代替物を求めるのは当然であることなどから、買主が代替物等請求権を行使した際に、売主が瑕疵修補で対応することは原則として認めるべきではないとの意見を述べている。

⑦の期間制限については、消滅時効の一般原則に委ねるべきであるとの意見を述べており、仮に短期期間制限を維持するとしても、現行の1年は短期に過ぎることから、その期間は2年とすべきであると、瑕疵を知った日から相当期間内に瑕疵の存在を通知することを求める案には強く反対している。

最後に、⑧の救済手段相互の関係については、規定の具体化に賛成し、他の救済手段の行使要件として追完催告を要するとする案に賛成している。代金減額請求権と他の救済手段との関係については、一旦代金減額請求権行使の意思を表示すると解除等他の救済手段の行使ができなくなるというのは相当ではないことから、各救済手段の行使を基準として他の救済手段に制限をかけるのではなく、行使については買主の自由な選択を認めつつ、結論として相矛盾する結果となることを許容しないとの規律とすれば十分であるとの意見を述べている。

第2 競売における担保責任

民法改正問題特別委員会 副委員長 林 邦彦

1 問題の所在

現行民法では、権利の瑕疵には競売手続においても担保責任の規定の適用がある。即ち、競落人は、債務者（所有者）に対し、561条から567条の規定に従い契約の解除ないし代金減額請求ができるとともに（568条1項）、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（同条2項）、さらに、債務者が物若しくは権利の不存在を知らずながら申し出なかったとき、又は債権者がこれを知らず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（同条3項）。これに対して、競売の目的物に瑕疵があっても瑕疵担保責任の適用は無い（570条ただし書）。

しかしながら、物の瑕疵と権利の瑕疵のいずれであるかの区別が困難な場合もありえることや、競売不動産に後日シロアリの存在が発覚した場合等に売却許可決定の取消しの可能性があることからすれば、競売手続において物の瑕疵がある場合においても、瑕疵担保責任の規定の適用を認めるべきではないか、が問題となる。

2 法制審議会での議論状況

中間論点整理や第2ステージの検討事項では、570条のただし書を削除し、競売手続において物の瑕疵にも瑕疵担保責任の適用を認める案が示されている。また、損害賠償についても、債務者（所有者）が瑕疵の存在を知らずながら申し出なかったとき又は債権者が瑕疵の存在を知らずながら競売を申し立てたときは、買受人がこれらの者に対し損害賠償を請求することができる旨の規定を設ける案が示されている。

これに対して、法制審においては、裁判官の委員から、競売において瑕疵担保責任の適用があるとすると、現況調査をより慎重に行う必要が生じて民事執行手続が遅滞するおそれがあるし、配当受領者の地位の安定に配慮する必要があるから、現行法を維持すべきとの意見が述べられた。

これに対しては、①こうした批判は権利の瑕疵の場合にもあてはまるものである、②数量不足や一部滅失を物の瑕疵に含める方向性での改正の議論の下では、現行法より適用場面が狭くなってしまふ、③物と権利の瑕疵は曖昧である、④競売の目的物に瑕疵があった場合に買受人に救済手段が認められないとする理由が見いだせない等の反論があった。

3 日本弁護士連合会の意見

中間論点整理に対する日弁連の意見は、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることにつき、慎重に検討すべきとするとともに、民法ではなく民事執行法に設けることに賛成意見が多い、としていた。即ち、物の瑕疵と権利の瑕疵との区別が困難な場合もあることから、強制競売については両方で差を設けるべきではなく、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めることに賛成する意見もあるものの、競売における物の瑕疵に関する担保責任を認めると、競売実務や債権回収、与信取引等の実務に影響を与える可能性があるから、慎重に検討すべきとしていた。

これに対して第2ステージにおいては、570条ただし書を削除して、競売においても物の瑕疵について瑕疵担保責任の規定を適用することに賛成している。ただし、競落人に損害賠償請求権を認めるこ

とについては、賛成・反対の両方の意見があった。

4 大阪弁護士会の意見

570条ただし書を削除し、競売手続において物の瑕疵につき瑕疵担保責任の適用を認めるべきであり、権利の瑕疵と同様の救済手段を認めるべきとの意見を述べている。その根拠は、上記2の①から④の他、不動産競売手続きにおいては、より正確な

情報を広く提供し、一般人を含む買受人を広く募る建前であること等である。

ただし、競売手続は、当事者の意思に基づかないものであり、債務者の協力も期待できないし、債務者による瑕疵の修補も期待できず、通常の売買とは異なることは否定できないから、「瑕疵」の判断はより慎重であるべきとしている。



6 贈与契約

第1 贈与契約の成立要件と「書面」の意義

民法改正問題特別委員会 委員 阪上 武仁

1 問題の所在

贈与契約は、諾成契約とされている（民法549条）。

しかし、無償契約である贈与契約においても、有償契約と同様に、当事者の合意のみによる契約の成立を認める必要があるのか。また、贈与契約の成立要件として、書面の作成を要求するのであれば、書面の意義をどのように考えるべきであろうか。

2 法制審議会での議論状況

法制審においては、現在、①書面による当事者の合意があるか（以下「書面の作成」という。）、又は②当事者の合意があり、かつ、目的物の引渡し若しくは対抗要件の具備（以下「目的物の引渡等」という。）がされたときに贈与契約が成立するという考え方が出されている（部会資料52）。

また、書面の意義については特に規定を設けないという考え方が出されている（部会資料52）。

3 大阪弁護士会の意見

(1) 贈与契約の成立要件

贈与契約は、書面の作成又は目的物の引渡等を成立要件とするべきである。

契約の拘束力の根拠が当事者の合意にある以上、無償契約である贈与契約も、諾成契約とする

ことは十分に考える。

しかし、無償契約である以上、受贈者に利益を保持させる必要性は、有償契約と比較して低いといわざるを得ない。

すなわち、贈与者は、何ら対価を得ないにもかかわらず、単なる口約束のみで受贈者から強制執行を受ける可能性があるが、これは贈与契約が恩恵の要素を含む以上、贈与者に過度の負担を課すものといえる。かかる負担を贈与者に課してまで、受贈者の利益を優先することには疑問がある。この点、反対給付が存在する有償契約とは、債務者に対して契約の拘束力を及ぼすべき必要性が異なる。

そこで、当事者の合意以外にいかなる要件が必要かが問題となるが、口頭による安易な贈与を防止する見地から、合意に加え、書面の作成又は目的物の引渡等が贈与契約の成立要件とされるべきである。

(2) 成立要件たる「書面」の意義

贈与契約の成立要件である書面は、撤回の可否の基準となる民法550条の書面よりも厳格に考え、贈与の意思表示が記載されていることが必要とされるべきである。理由は以下のとおりである。

まず、書面の作成が目的物の引渡等と並ぶ契約の成立要件とされることに鑑みれば、書面は目的物の引渡等と同視しうる内容である必要がある。次に、書面の作成によって契約が成立した後、原

則として、贈与者の撤回を認めない以上、書面の意義を厳格に解さなければ、安易な贈与によって贈与者を不当に拘束することになる。また、書面の作成又は目的物の引渡等を成立要件とすることが、消費貸借等の他の契約でも問題になる以上、贈与契約において書面性を緩やかに解すると、その緩やかな書面の意義の解釈が、他の契約にも影響を及ぼすことになる。

(3) まとめ

以上の次第で、贈与契約は、書面の作成又は目的物の引渡等を成立要件とし、契約成立に必要とされる書面は、贈与の意思表示が記載されていることが必要と考えるべきである。

第2 背信行為等を理由とする 贈与契約の撤回(解除)

民法改正問題特別委員会 委員 奥津 周

1 問題の所在

現民法では、贈与者が契約後に贈与契約を解除することができるのは、書面によらない贈与を履行前に撤回する場合(民法550条)と、負担付贈与に双務契約の規定が適用されることにより(民法553条)、負担が履行されない場合に解除(民法541条)できる場合とに限られる。

もっとも、贈与は贈与者・受贈者の人間関係に基づくものが多いところ、受贈者にその前提を破壊するような重大な背信行為があった場合にまで贈与契約に拘束されるのは相当ではなく、贈与契約の撤回(解除)が認められるべきとも思われる。

そこで、このような背信行為等を理由とする贈与契約の撤回(解除)の規定を設けるか、設けるとすればどのような要件を設定するかが議論されている。

2 法制審議会での議論状況

法制審議会部会資料44では、①受贈者が贈与者に対し、虐待、重大な侮辱その他の著しい非行を行

ったとき、②受贈者が詐欺、強迫により書面によらない贈与の撤回を妨げたとき、③贈与者に対し、民法第877条第1項により法律上の扶養義務を負う受贈者が、経済的に困窮する贈与者からの扶養請求を受けたが、扶養義務の履行を拒絶したときには、贈与契約を解除できる旨の規定をおくという案が示された。

これに対して、特に贈与義務の履行前は広く撤回(解除)を認めてよいのではないかと、背信行為に限らず、贈与契約時点では想定していないほど贈与者が困窮した場合にも撤回(解除)を認めてよいのではないかと、撤回(解除)を認める要件の適切な設定は困難ではないかと、忘恩行為による解除を広く認めることにコンセンサスが得られるかは疑問であるといった意見が出された。背信行為等による解除を認めることの合理性自体にはそれほど異論はないが、要件については、一定の方向性が示されているとは言えない状況にある。

3 大阪弁護士会の意見

大阪弁護士会の意見は、特に贈与の履行前においては、背信行為等による解除を広く認めるべきというものである。上記の部会資料44の提案は、贈与者に対する直接的な背信行為に限られるが、例えば、弁護士を目指す経済的に困窮している学生に対して毎年金銭的援助をするという贈与契約をしたが、その後全く勉強せずに大学も退学したというような場合や、父から息子への贈与契約後に、母親に対する虐待があった場合など、贈与者への直接的な背信行為がない場合でも、少なくとも贈与の履行前においては解除を認めてよいものと思われる。また、背信行為に限らず、贈与契約時に比べて贈与者が経済的に著しく困窮状態となり、贈与義務の履行が困難になった場合なども、贈与契約があるから履行を強制されるというのは酷であるので、履行前においては撤回(解除)が認められてよいと思われる(比較法的にも、このような困窮を理由とする解除等の余地を認める例は少なくない)。