

## 民法（債権関係）改正に関する意見書（その3）

2012年（平成24年）10月23日

日本弁護士連合会

2012年3月15日及び8月23日付けの当連合会の意見書に引き続き、民法（債権関係）改正に関する意見を述べる。

### 第1 約款について

#### 1 約款の規定（組入要件に関する規定）を設けることについて

##### (1) 意見

約款を契約内容とするための要件（以下「組入要件」という。）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) 理由

現代社会では、契約当事者間に格差のある契約であるか否かを問わず、約款を使用した取引が広く行われている。それにもかかわらず、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・効果は不明瞭である。民法が市民生活に関わる基本的な民事ルールを定める法律ということであれば、民法において約款に関する適正な規定を設けるべきである。

ただし、約款の規定を設けて契約としての拘束力を認めるとしても、それ自体、希薄な合意であって、相手方が約款の内容を十分認識していないことがあり、また、交渉の余地なく約款使用者の条件を押し付けられる側面が強い。したがって、約款の組入要件のみを規定して、少なくとも約款に関する不当条項に関する規定を設けないのは、本末転倒であり、約款に関する不当条項規制の規定を合わせて設けるべきである。

#### 2 約款の定義について

##### (1) 意見

約款の定義として「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。

##### (2) 理由

約款の定義は、約款の特性、すなわち「当事者の一方があらかじめ多数の相手方との画一的な取引のために準備した定型的な契約条項を使用し、交渉を通じた契約内容の合理性が担保されない」ことを念頭に検討されるべきで

ある。

この点、日常生活で「約款」と呼ばれていないとか、「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、約款規定が及ばなくなるのは約款使用者の相手方に不利益となり妥当でない。

それ故、定義として広く捉えるのが妥当である。もちろん、その際、名称や形態を問わない。ただし、いわゆる「ひな形」等を用いた契約であっても、真に個別合意した条項については約款規定を適用しないとする事については、後述のとおりである。

### 3 約款の組入要件の内容

#### (1) 意見

約款の組入要件として、「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に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。

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。

#### (2) 理由

約款を契約の内容とし法的拘束力を認めるための組入要件としては、契約が意思に基づくものである以上、約款を組み入れることに対する意思がないし合意が必要であるのは当然である。

さらに、約款を契約の内容とし法的拘束力を認めるためには、当事者の合意を基礎にする以上、約款の内容が開示され相手方に提示されるのが原則である。ただし、契約の性質上相手方に現実に提示することが著しく困難な場合もあり得るので、その場合には例外を認めるのが妥当である。こうした場合を考慮した形で規定するとした時に、少なくとも相手方からの視点から、相手方が容易に認識できる機会が確保されるべきであって、単に「合理的な行動を取れば」との程度にとどまらず、より明確に「相手方が容易に約款の内容を知ることができる状態に置いた時」とすべきである。さらに、相手方が約款にアクセスできるよう、その約

款内容を知るための方法を相手方に通知することも必要と考える。

#### 4 個別的交渉条項について

##### (1) 意見

約款を用いた契約において、約款の組入要件を充足する場合であっても、契約当事者が真に個別に交渉を経て合意した条項がある時は、当該条項について約款に関する規定を適用しないとするは賛成する。

##### (2) 理由

約款中の条項であっても、当事者間において真に個別に合意された条項がある場合（形ばかりの交渉しか経ていない場合は含まない。）は、通常の契約と異なるところはないのであるから、約款規定を及ぼす必要がない。

#### 5 不意打ち条項について

##### (1) 意見

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ことに賛成である（設けるべきである。）

かかる規定につき「約款使用者の相手方が事業者である時は適用しない」旨の規定を設けることに、反対である。

##### (2) 理由

上記のとおり、約款を契約の内容とし法的拘束力を認める正当化根拠が契約当事者の合意にある以上、もしくは約款の中に、取引慣行に照らして異常な条項又は取引の状況も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約款に含まれていると相手方が合理的に予期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。また、実際問題としても相手方に酷であるから、不意打ち条項については契約の内容とはならず、そもそも法的拘束力がない旨の規定を設けるべきである。

そして、不意打ち条項が契約の内容とはならない根拠は、それを契約内容にすることにまでは相手方の意思が及んでいないという点にあるので、事業者間契約か消費者契約かで区別する合理性はなく、実際問題としても、合理的に予期することができない条項の拘束力を肯定しては相手方

事業者が酷であるから、不意打ち条項が契約の内容とならない旨の規定を、相手方が事業者である場合には適用しない旨の規定を設けることには、反対である。

## 6 約款の変更について

### (1) 意見

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、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、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、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るべきである。

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想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。

### (2) 理由

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。

しかし、契約の一般原則からすれば、相手方の個別同意なくして契約内容を変更することはできないはずであり、上記の約款変更の必要性がある場合でも、とりわけ不利益変更については安易に許容するべきではないと思料する。

そこで、約款の変更については、相手方の不利益に変更することができないことを原則とするのが妥当である。

ただし、上記4つの要件が全て満たされる場合は、例外的に相手方の不利益となる方向での約款の変更が許されるとするのが妥当である。

すなわち、まず、約款使用者の相手方が、著しく多数で、変更のために個別同意を得ることが難しい場合は格別、そうでない場合は個別同意を得るべきであって、このような場合は、変更は許容されるべきではない。

次に、約款の組入要件と同様に、約款変更までに、約款使用者が相手方に対し、変更予定の約款内容を認識する機会を提供する必要がある、原則として変更予定の約款内容を提示することが必要である。また、約款変更の理由についても、相手方にその正当性について判断する機会を与えるために、その理由を通知する必要がある。ただし、契約の性質上、約款変更までに約款使用者が相手方に約款変更の理由及び変更後の約款を提示することが著しく困難な場合には、約款変更時までに、約款使用者が、相手方において約款変更の理由及び変更後の約款を容易に知ることができる状態に置き、かつそれらの理由と変更後の約款の内容を知るための方法を通知することが必要である。

さらに、一方的な変更を認める以上は、その変更の内容が、約款変更の理由に照らして必要最小限度でなければならない。

のみならず、契約の一般原則から見て、約款使用者による約款の変更は、上記の変更条項があれば無制限に行うことができるとするのは妥当でなく、約款の特性から見て、実際に個別具体的な約款変更について、その理由が正当であり、かつその変更内容が相当な範囲のものであるという意味で合理的な場合に限って許容されると考えるべきである。

この点、上記の約款の変更が認められた場合に、異議のある相手方の離脱を認めるべきか否かの問題がある。これについては、一方で常に相手方の離脱を認める考え方は、契約の一般原則に忠実であるが、他方であらゆる変更について異議による離脱を認めることは現実的とはいえず、精算等の難問が生じることも予想される。

そこで、民法に離脱の規定を設けるのではなく、異議がある相手方にどのような権利を与えているか（異議がある相手方の離脱権を確保しているか、離脱した場合の精算手続が用意されているかなど）を、変更内容の合理性判断に取り込む考え方に賛成したい。

なお、約款を変更するに当たっては一定の周知期間を設けて、相手方に約款の変更に対する準備の期間や離脱の場合はその時間的猶予を与えることが必要である。そこで、上記の要件を満たした後、一定期間が経過するので

なければ変更の効力が生じないとするべきである。

## 第2 不当条項について

### 1 不当条項規制の規定の要否及び適用対象について

#### (1) 意見

不当条項規制の規定を設けることに賛成である。

#### (2) 理由

そもそも、契約自由の原則は、対等な当事者による交渉ということが前提として想定されている。しかしながら、現実には、様々な事情から、当事者の対等性が確保できず、あるいは、実質的な交渉が確保できない場合が存在する。契約自由も一定の制約に服するのであって、相手方を不当に害するもの、当事者の対等性が確保されていない場合、さらには実質的な交渉が確保できていない場合などには、契約の内容的規制、すなわち不当条項規制は不可欠である。

とりわけ、約款の使用という状況は、上記のような特徴が顕著に見られる一つの局面である。約款が現代社会においてきわめて重要な役割を果たしている現状に鑑み、民法に約款の組入要件に関する規定を設け、契約内容としての約款の拘束力を正面から認めるとしても、約款においては、希薄な合意であること、約款使用者から相手方への条項の押し付けが行われることに鑑みると、その内容の適正化の手段が確保される必要があり、約款という一つの指標を基礎とした不当条項規制を設けることは、契約法の現代化という作業において、不可欠な要素である。

のみならず、少なくとも債務不履行による損害賠償責任の免除条項並びに売主の瑕疵担保責任及び権利の瑕疵についての担保責任の免除条項についても、後述のとおりその効力を制限する規定を設けるべきである。なぜなら、とりわけ債務不履行の損害賠償責任や売主の担保責任については、交渉力に優れる者（債務者、売主）が、これに劣る一般市民ないし消費者・中小零細事業者などの相手方（債権者、買主）に対し、その責任を免れる旨の特約条項を押し付ける事態が生じるおそれがあり、かつこの条項自体から実質的な交渉がなされていないことが十分に伺われるからである。

なお、消費者契約に関する不当条項規制は、消費者契約法において規律すべきであり、民法改正作業と並行して消費者契約法改正作業を行い、消費者契約法の不当条項規制に関する規定を現行法よりも充実させるべきである。

## 2 不当条項規制の対象から除外すべき契約条項について

### (1) 意見

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（乙案に賛成する。）

### (2) 理由

約款の不当条項規制においては、個別的交渉条項については、（特に主として約款において適用対象として意味のある事業者たる相手方を想定した時）個別に交渉した以上、希薄な合意でもなく、約款使用者による押し付けでもないから、約款の規定の対象ではなく、当然に契約としての拘束力があると考えられるが、個別的交渉条項については、不当条項にはならないとする考え方や、相手方が事業者であっても、個別的交渉を経た条項であっても、不当条項規制の対象とすべきとの考え方もあり得る。

しかしながら、いずれの考え方においても、事業者間契約における個別的交渉の可能性さえあれば、個別的交渉条項として不当条項規制から除外することは妥当ではない。すなわち、約款使用者の相手方が事業者であっても、約款の条項（特に不当な条項）を、約款使用者に押し付けられることは十分考えられるところである。とすれば、真に個別的交渉を経て合意がなされ約款規定の適用がない場合は格別、交渉の可能性さえあれば約款に関する不当条項規制の対象外とすることは失当であり反対する。

契約の中心部分に関する条項や対価に関する条項についても、携帯電話に関する契約条項のように、非常に複雑で、交渉の余地がなく、約款使用者から相手方に押し付けられる条項は多数ある。さらには、「契約の中心部分」や「対価」の言葉も限界が曖昧であり、かかる条項に該当するかしらないか判断できない場合もあり得る。のみならず、かかる契約の中心部分や対価に関する条項を不当条項規制の対象外とすれば、その他の不当な条項を契約の中心部分に関する条項や対価に関する条項に組み入れることによる脱法を許すこととなる。とすれば、契約の中心部分に関する条項や対価に関する条項であるからとって、約款における不当条項規制の対象外とすべきではない（乙案に賛成する。）

このことは、約款に対する不当条項規制のみならず、消費者契約におけ

る不当条項規制，契約一般に関する不当条項規制においても妥当する。

### 3 不当性の判断枠組みについて

#### (1) 意見

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るべきではなく，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。

#### (2) 理由

不当条項における不当性の判断において重要な点は，原則的な権利義務関係から逸脱したような契約内容，すなわち，契約条項の作成者に一方的に有利な権利義務関係を定めた契約条項か否かということにある。

そして，原則的な権利義務関係というものは，法令中の明文の任意規定だけでなく，判例等によって確立しているルール，明文のない基本原理などによって決まるものである。とすれば，比較の対象を任意規定に限るべきではなく，端的に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。

さらには，消費者契約法第10条前段の解釈論においても，「比較の対象は任意規定のみ」という考え方（限定説）を支持する見解は少なく，多くの学説も，当連合会の見解も非限定説の立場である。また，最判平成23年7月15日金判1372号7頁は，10条前段部分について「ここにいう任意規定には，明文の規定のみならず，一般的な法理等も含まれると解するのが相当である」と明瞭に判示している。

したがって，不当条項性の判断における比較対象を明文の任意規定に限定することは不合理であり，「当該条項が存在しない場合と比較して」との表現を採用すべきである。

### 4 不当条項リストを設けることの当否について

#### (1) 意見

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。

## (2) 理由

民法に約款に関する規定を設けるべきであるが、そうである以上は、まず、不当な条項を無効とする旨の一般規定を設けることが必要不可欠である。

のみならず、国民の予測可能性を高めるため、一般的な規定のほか、不当な条項と評価される条項とその可能性がある条項を具体的に列挙すること（不当条項リストを設けること）が不可欠である。

不当条項リストを設けるとした場合、これまで議論してきたところからすれば、ブラックリスト（常に効力を否定すべきであり、当事者が不当性を阻却する事由を主張立証することができない条項）と、グレーリスト（一応不当なものとして評価されるが、当事者が不当性を阻却する事由を主張立証することによって不当という評価を覆す余地がある条項）に分けて、規定するのが妥当である。

ただし、ブラックリストに掲げられる規定といっても、不当性など評価的要件を、無効を主張する相手方が立証しなければならないとすると、当該条項は実質的には、グレーリストとして機能することとなるので、不当性の立証責任につき、約款使用者側がこれがないことを立証すべきなのか、無効主張する側である相手方が不当性のあることを立証すべきなのか等、リストに掲げる不当条項の表現・規定の仕方には注意を要する。

さらには、約款の規定において、このような具体的な不当条項を幅広く規定して、不当条項規制の制度趣旨を徹底し、併せて国民の予見可能性をより一層高めることも、今後検討すべきである。

のみならず、少なくとも債務不履行による損害賠償責任の免除条項及び売主の担保責任の免除条項についても、上記のとおりその効力を制限する規定を設けるべきである。その内容、特に効力が否定される程度の不当性とは何かについては様々な議論があり得るが、少なくとも、債務不履行に基づく債務者の損害賠償責任をあらかじめ免除する条項及び故意・重過失に基づく債務不履行による債務者の損害賠償責任を一部免除する条項は、実質的な交渉がなされていないことが十分に伺われる条項であって、不当条項と推定される旨を規定するのが妥当である。

また、売主の担保責任をあらかじめ免除する旨の特約条項も、同様の理由から不当条項と推定されるとするのが妥当である。

## (3) 条項骨子案

## 第 条（約款の定義）

この法律において「約款」とは、名称や形態のいかんを問わず、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をいう。

## 第 条（約款と不当条項）

- 1 約款は、法律に特別の定めがある場合を除き、約款使用者とその相手方（以下、この条において「相手方」という。）がその約款を契約の内容とすることに合意し、かつ、契約締結時までには、約款使用者が相手方にその約款を提示した場合に限り、約款使用者と相手方との間の契約の内容となる。ただし、契約の性質上、相手方に約款を提示することが著しく困難な場合には、契約締結時までには、約款使用者が、相手方においてその約款を容易に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することにより、約款使用者と相手方との間の契約の内容となる。
- 2 契約の外形、約款使用者の説明その他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、通常は約款に含まれているとは予期することができない条項は、約款使用者と相手方との間の契約の内容にはならない。
- 3 約款使用者は、法律に特別の定めがある場合を除き、相手方の不利益に約款を変更することができない。
- 4 前項の規定にかかわらず、約款使用者は、次の各号に掲げる要件の全てを満たす場合には、相手方の個別の同意なく約款を変更することができる。ただし、第二号に掲げる要件を満たした後、月を経過しなければ変更後の約款が約款使用者と相手方との間の契約内容とはならない。
  - 一 約款変更のために相手方の個別の同意を得ることが著しく困難であること。
  - 二 約款変更時までには、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、変更後の約款を提示すること。ただし、契約の性質上、約款使用者が相手方に約款変更の理由を通知すること及び変更後の約款を提示することが著しく困難な場合にあっては、約款変更時までには、約款使用者が、相手方において、その約款変更の理由及び変更後の約款を容易に知ることができる状態に置き、かつ、その約款変更の理由及び変更後の約款を知るための方法を相手方に通知すること。

- 三 約款変更の理由が正当であること。
- 四 約款変更の内容が、約款変更の理由に照らして必要最小限度であること。
- 五 約款変更が、相手方の受ける不利益の程度、当該変更に対して異議を有する相手方の契約からの離脱を許容するなどの代償措置の有無及び内容、その他の事情に照らして相当な範囲にとどまること。
- 5 前項の規定により約款変更がされた場合であっても、契約の外形、契約締結時の経緯、約款使用者の説明その他当該約款変更に至る間の具体的な事情に照らし、相手方において、通常は変更後の約款に含まれているとは予期することができない条項は、約款使用者と相手方との間の契約の内容にはならない。
- 6 約款に規定された条項（以下「約款条項」という。）において、次に掲げる条項は無効とする。
  - 一 約款使用者の債務の全てについて、一括して、任意に債務を履行しないことを許容する条項
  - 二 約款使用者の債務の全てについて、一括して、債務不履行又は不法行為による損害賠償責任を免除する条項
  - 三 約款使用者の債務の全てについて、一括して、故意又は重大な過失に基づく債務不履行又は不法行為による損害賠償責任を一部免除する条項
  - 四 その他当該条項が存在しない場合と比較して相手方の利益を信義則に反する程度に害する条項
- 7 約款条項において、次に掲げる条項は無効とする。ただし、その条項が正当な理由に基づいて設けられ、かつ、その内容が相当な範囲にとどまる場合は、この限りでない。
  - 一 特定の条項について、約款使用者が任意に債務を履行しないことをあらかじめ許容する条項
  - 二 特定の条項について、約款使用者の債務不履行又は不法行為による損害賠償責任をあらかじめ免除する条項
  - 三 特定の条項について、約款使用者の故意又は重大な過失に基づく債務不履行又は不法行為による損害賠償責任をあらかじめ一部免除する条項
- 8 前7項の規定は、約款を用いた契約において契約当事者が個別に合意した条項があるときは、当該条項について適用しない。

## 第 条（債務不履行による損害賠償責任の免除特約の効力）

次に掲げる契約条項は無効とする。ただし，その条項が正当な理由に基づいて設けられ，かつその内容が相当な範囲にとどまる場合は，この限りでない。

- 一 債務者の債務不履行による損害賠償責任をあらかじめ免除する契約条項
- 二 債務者の故意又は重大な過失に基づく不履行による損害賠償責任をあらかじめ一部免除する契約条項

## 第 条（売主の担保責任の免除特約の効力）

第 条（他人の権利の売主の担保責任），第 条（他人の権利による制限がある場合の売主の担保責任）又は第 条（売主の瑕疵担保責任）の規定に基づく担保責任をあらかじめ免除する契約条項は無効とする。ただし，その条項が正当な理由に基づき設けられ，かつその内容が相当な範囲にとどまる場合は，この限りでない。

### 第3 売主の瑕疵担保責任について

#### 1 意見

- (1) 基本的には契約責任説に立ち，特定物，不特定物を問わず，売買において，瑕疵ある物の給付がなされた場合の買主の権利を明文化することに賛成する。ただし，売買契約はじめ各種契約における瑕疵担保責任規定により認められる権利の要件，効果等については契約責任の原則から常に演繹的に導き出すべきではなく，個々に慎重に検討すべきである（特に無償契約の瑕疵担保責任）。
- (2) 瑕疵の定義を規定することに賛成する（「契約不適合」等の他の用語とすることには反対する。）。この場合，瑕疵の定義は以下のような内容とすべきである。

すなわち，瑕疵とは，「目的物が契約の趣旨及び取引通念に照らして備えるべき品質，安全性その他の性状もしくは数量を欠いていること」をいうとするのが妥当である。
- (3) 「隠れた」の文言を不要とすることに賛成する。
- (4) 売買の目的物に瑕疵がある場合の買主の救済策としては，次に掲げる権利を認めるのが妥当である。

瑕疵のない物の引渡請求権（以下「代物請求権」という。）又は数量不足の場合の不足分の引渡請求権（以下，両者を併せて「代物等請求権」という。）

ただし，当該契約の趣旨もしくは目的物の性質に反する場合は，これを認めるのは妥当でない。

のみならず，代物等の引渡義務の履行が，物理的に不可能もしくは取引通念上不可能と認められる場合，又は過大な費用を要するため代物等を引き渡させるのが相当でない場合（以下，これらを総称して「不能」という。）は，認められないとするのが妥当である。

瑕疵修補請求権。ただし，当該契約の趣旨もしくは目的物の性質に反する場合，又は瑕疵修補義務の履行が不能の場合は認められない。

債務不履行による損害賠償請求権（第415条）

契約の解除権（第541条以下）。この場合，一般原則により催告解除ができるほか，当該瑕疵によって売買契約の目的を達することができない場合は無催告解除を認めるのが妥当である。

代金減額請求権

(5) 上記の買主の権利については，相互に矛盾する権利行使による満足（ただし，解除については権利の行使自体がこれに当たる。）が認められないことを明確化するのが妥当であるが，各権利行使の優先順位を明文化することは反対する。なお，上記及び ， 及び の権利行使によっても補填されない損害についての賠償請求は妨げられないとするのが妥当である。

## 2 理由

### (1) 契約責任の原則について

基本的には，瑕疵担保責任を契約責任と捉えて法文化するのが妥当である。

なぜなら，従來說かれてきた特定物ドグマは必ずしも自明のものではなく，また判例もいわゆる法定責任説を採用しているわけではない。むしろ特定物・不特定物の区別や瑕疵が生じた時期にかかわらず，基本的には売主が，契約及び取引通念上，瑕疵のない目的物を引き渡すものとし，契約責任に一元化の方が簡明かつ明快になる。

ただし，瑕疵担保責任の法的性質が契約責任であるとしても，売買契約以外の契約も含めて，これによって生じる相手方の権利の要件，効果がストレートに導かれるとするのは硬直的であり，個々に慎重な検討を行うことが必要である（特に無償契約の瑕疵担保責任について）。

### (2) 瑕疵の定義

瑕疵の定義を、「契約の趣旨に照らして備えるべき品質等を欠いていること」とすることは、契約において目的物の品質等についての基準が示されている場合には当然であり、賛成する。

ただし、まず、このような定義とする場合であっても、何が契約の趣旨に照らして備えるべき品質等であるかの判断は、契約解釈の問題である以上、明示の合意がない限りは、契約時の取引通念から見た客観的・規範的判断を免れるものではない(その意味で「契約において予定されていた」よりも「契約の趣旨に照らして備えるべき」の方が適当である。)。この場合の考慮要素として最も重要なファクターとなるのは、目的物が、契約時の取引通念から見て、「通常有すべき品質等を欠いているか否か」であると思われる。

のみならず、「瑕疵」の意義については、主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念の双方が含まれるというのが現在の有力な考え方である以上、「契約の趣旨」に限らず、「取引通念」に照らし備えるべき品質等をも併せ必要とする方向で定義するのが妥当である。

### (3) 「隠れた」の要件について

「隠れた」の要件は、明白な瑕疵は通常は代金に織り込み済みであるから、売主は、隠れていない瑕疵については責任を負わないとの機能を果たすものであり、一般には買主の善意無過失を要求するものと理解されている。

しかながら、まず、軽過失にすぎない買主に瑕疵担保責任規定による救済手段を一切認めないというのは適切ではない。

また、目的物に外形上明白な瑕疵がある場合でも、修補による解決が適切な場合があるばかりか、買主の救済手段の要件として「瑕疵が隠れている」こと、すなわち買主の善意無過失を要求すると、買主に目的物検査義務を一律に課すのと同様となり、妥当でない。

### (4) 買主の救済策について

買主に認められる権利の内容、要件等について

瑕疵ある目的物が引き渡された場合の買主の救済策としては、売買契約による買主の履行請求権に基づく権利として、代物等請求権のほか瑕疵修補請求権を認めるのが妥当である。目的物に瑕疵があり、これを修復することが当事者にとって必要な場合や、代替物がなくその売主でなければ適切な補修ができない場合などにおいて、瑕疵修補を認めるべきであって、この権利を明文化することが必要かつ合理的である。

ただし、これらの権利については、当該契約の趣旨もしくは目的物の性質に反する場合はその行使を認めることは適切とはいえず、また、売主に

とってこれらに応じるための義務の履行が不能な場合は認められないとするのが妥当である。なお、履行不能の意義、要件については、別途新たに条項を設けて明確化する必要がある。その場合に、履行が物理的に不可能又は取引通念上不可能と認められる場合を含めるのは問題がないが、「履行について過分の費用を要する場合」については、単にその要件のみでよいとすると安易に不能が認められることになるおそれがあるので、妥当ではない。過分の費用を要するため「履行をさせることが相当でない場合」などの要件を付加するのが妥当である。

これに対し、損害賠償請求権は第415条に基づく権利であって、瑕疵についての売主の帰責性が要求される。

また、解除については、第541条以下に従って認められることになるので、催告の上で解除ができるほか、「当該瑕疵によって売買契約の目的を達することができない場合」は催告をする意味がないので、無催告解除を認めるのが妥当である。

さらに、売買契約における双方の給付の対価的均衡を維持する手段として、買主の代金減額請求権を認めるのが妥当である。この請求により減額できる代金の額については、「引き渡された目的物の引渡時の価額が、瑕疵なき目的物が引き渡された場合の当該引渡時における価額に対する割合のいかんにより決定する」旨の考え方が提案されているが、減額請求の基準時は、引渡時ではなく契約成立時とするべきであるとの考え方や立法例もあるので、さらに慎重に検討すべきである。

なお、代金減額請求権は、売買契約の一部解除の性質を有するものではあるが、この権利が「売買契約における双方の給付の対価的均衡を維持する手段」として認められる以上は、仮に解除の一般的要件として帰責性を要求する立場に立っても、瑕疵についての売主の帰責性を要求するのは妥当ではない。

ちなみに、代金減額請求の場合に、売主に瑕疵についての帰責性がなく損害賠償請求が認められない時は、買主が支出した契約費用その他の費用については補填されないことになるので、買主が瑕疵について善意無過失である場合に限り、代金減額分に相当する費用の支払請求権を買主に認めるのが妥当であり、今後検討すべきである。

個々の救済手段の関係について

これについては、買主に認められる権利を規定した上で、相互に矛盾する権利行使による満足を図ることはできないものとするのが妥当である。

そして、それらの救済手段の関係についても、基本的にはその趣旨を規定するにとどめ、その余は買主の選択に委ねるべきである。

すなわち、買主が瑕疵ある物を受け取った後であっても、売主との信頼関係が失われていない場合や、売主との関係を維持すべき理由（瑕疵修補に特殊な技能を要するなど）がある場合等は、代物等請求や瑕疵修補請求で解決されるのが通常であるが、そのような信頼関係が失われた場合や売主との関係を維持すべき理由がない場合も実務上は多いので、代物等請求権や瑕疵修補請求権を、損害賠償請求権に優先させるべきではなく、買主が両立するいずれかの権利を選択して行使をすることを認めるのが妥当である。

また、売主も瑕疵ある物を引き渡したことが契約違反になる以上は、両立するいずれの権利の行使をも甘受すべきである。

次に、代物等引渡又は修補（以下、併せて「追完」という。）に代わる損害賠償請求、あるいは代金減額請求については、売主に追完をするか否かについての考慮期間を与えるために催告が必要との考え方もあるが、いずれの権利行使をするかを買主の選択に委ねる以上は機動的な権利行使を認めるべきであり（特に代金減額請求については、目的物引渡の際に瑕疵が発見されて直ちに代金減額請求で処理されることが実務上は多い。）、かつ瑕疵ある物を引き渡した売主は催告がなくても損害賠償請求や代金減額請求を受けることを容認すべきであるとの意見もあるので、慎重に検討すべきである。

なお、無催告解除は、当該瑕疵により売買契約の目的を達することができない場合に限って認められるのであるから、催告が不要であるのは当然である。

### 3 条項骨子案

#### 第 条（売主の瑕疵担保責任）

この節において「瑕疵」とは、売買契約の趣旨及び取引通念に照らし備えるべき品質、安全性その他の性状又は数量を備えていないことをいう。

#### 第 条

1 売主が、買主に対し、瑕疵のある目的物を引き渡した場合は、買主は売主に対して次に掲げる権利を行使することができる。

- 一 性状において瑕疵のない物の履行の請求（以下「代物請求」という。）
- 二 不足した数量分の引渡しの請求
- 三 性状における瑕疵についての修補の請求



#### 四 代金減額の請求

五 第 条（債務不履行による損害賠償）の規定による損害賠償の請求

六 第 条（催告解除）の規定による解除

- 2 前項第六号の解除をしようとする場合において，当該瑕疵により売買契約の目的を達することができない時ときは，第 条（催告解除）の規定にかかわらず，催告をすることを要しない。
- 3 第 1 項第一号から第三号までの請求については，当該請求が，当該契約の趣旨もしくは目的物の性質に反する場合又は当該請求に対する履行が第 条（履行不能）に該当する場合は，これを行うことができない。
- 4 買主が第 1 項第六号の解除をした場合には，同項第一号から第五号までの請求を行うことができない。ただし，解除によっては填補されない損害の賠償の請求については，この限りでない。
- 5 前項に規定するほか，買主は，第 1 項各号の権利が，相互に矛盾する場合には，それらを共に行使することができない。ただし，同項第一号から第四号まで又は第六号の権利行使によっては填補されない損害の賠償の請求については，この限りでない。
- 6 前 5 項の規定は，売買契約の目的物が不動産の場合において，その引渡し以前に権利移転登記手続がなされた時に瑕疵が存在した場合にも適用する。

#### 第 4 消費貸借について

##### 1 意見

- (1) 消費貸借について，利息の有無を問わず要物性を要しない類型（以下「諾成的消費貸借」という。）をデフォルトルールとして規定することは賛成するが，書面の作成を必要とするべきである。ただし，書面作成がない場合でも，金銭その他目的物の引渡しが発主から借主に対してなされた場合には，消費貸借の成立を認めるのが妥当である。
- (2) 諾成的消費貸借において，借主の，消費貸借の目的物と同種，同品質，同量の物（以下「同種等の物」という。）の返還義務は，目的物の引渡しを受けるまでは発生しないとすべきである。
- (3) 借主は利息を支払う旨の合意がある場合に限り，利息を支払う義務を負うこと，及び利息は，目的物の引渡しが行われた日からその返還が行われた日の前日までの間の引渡しを受けた元本について発生する旨の規定を設けるのが妥当である。

- (4) 少なくとも、利息付き諾成的消費貸借において、借主は、目的物引渡しより前は、損害賠償をすることなく任意に消費貸借契約を解除することができるとするのが妥当である。また、この趣旨を徹底するためには強行法規とすべきである。
- (5) 返還時期の定めのある利息付き諾成的消費貸借において、借主は、いつでも期限前弁済をすることができる旨の規定を設けることには賛成するが、この場合に「借主は、貸主に対し、返還時期までの利息相当額から期限前弁済によって貸主が当該目的物を再運用等することができたことによる利益相当額を控除した額の損害賠償をする義務がある」旨を規定することには反対する。

## 2 理由

- (1) 現行法では要物契約が原型類型であるところ、消費貸借の予約に関する規定があり（第589条）、学説においては諾成的消費貸借の契約としての拘束力を肯定するという考え方が一般的であるばかりか、実務上も金銭の引渡し以前に金銭消費貸借公正証書が作成されたり、消費貸借契約を原因とする抵当権等の設定登記がなされており、判例も諾成的消費貸借の概念を用い（最判平成5年7月20日判時1519号69頁）、かつ特定融資枠契約に関する法律第2条も、諾成的消費貸借を前提としている。

このような点から見て、民法において、諾成的消費貸借を原則的規定として設けて、その要件、効果等を定めることは賛成する。

しかし、諾成的消費貸借は、金銭交付前の法律関係を正面から認めるもので、そのことによる問題点も多く、その対策のための規定（引渡前解除権、貸す債務の相殺禁止、引渡請求権の処分禁止等）を設ける旨の提案がされている。このうち、後述するように、少なくとも利息付き消費貸借については、目的物引渡し前の借主による消費貸借の解除権を認めるべきであるが、それ以外については、問題点もあり、今後慎重に検討すべきである。

さらに、このような対策を講じたとしても、単なる口約束だけで遅延利息を超える損害賠償の可能性もある債務を借主に負担させるというのは、相当とはいえず、当事者が、うかつにこうした契約関係を成立させないようにする手当をするべきである。この観点からすれば、諾成的消費貸借については書面によることを要求すべきである。

ただし、金銭その他の目的物が現実に引き渡された場合は、もはやそのような配慮の必要はないので、書面がなくても消費貸借が成立するとしても問題はない。

(2) 借主の「返す債務」は、貸主の「貸す債務」すなわち目的物引渡債務の履行があった後に生ずるものと考えられるし、そうするのが妥当である。

よって、借主の返す義務は「目的物の引渡しを受けた場合に限り発生する」旨を正面から規定すべきである。

(3) 無利息消費貸借が原則であることを踏まえた上で、利息は、消費貸借の合意とは別に利息の支払合意がある場合に限り発生することが条文上も明らかになるので妥当である。ただし、「引渡しを受けた元本について」発生する旨を条文上明記すべきである。なお、貸金業法施行規則・割賦販売法施行規則などでは実質年率の表示は借入日から弁済の日の前日までとしており、「片端入れ」を前提としている。「両端入れ」を認めると、借換え等の場合に利息の二重取りとなるなど不都合な点も出てくるので、民法でもそのような規定を設けるのが妥当である。

(4) 借主は、諾成的消費貸借の場合、目的物の引渡し前には、貸主に対する「金銭その他の目的物の引渡しを求めることができる権利」、いわば、「借りる権利」を有している。

そして、債権者は権利者であり義務を持たないとの一般的な理解からすると、借主に借りる義務を認めることを否定すべきである。

また、実際上も、借主が利息付きの諾成的消費貸借を締結したことを奇貨として、貸主が借主に不必要な借入れを強要し、利息の支払のみならず「借入れしないことを原因とする違約金条項」等をもとに違約金等の支払を強要する事態が生じることが予想される。

これでは、借りる義務を認めたとが故に、いわば「押し貸し」といった社会的状況が多発する可能性がある。このような状況が民法改正を契機に出現することは妥当とはいえない。

それ故、少なくとも利息付き消費貸借においては、「借りる義務」はなく、したがって、消費貸借の目的物の引渡しより前においては、借主は任意に消費貸借契約を解除でき、かつ損害賠償の義務も一切負わないとするのが妥当である。さらに、その趣旨を徹底するためには、これに反する特約は無効とすべきである。

(5) 利息付き消費貸借の借主が期限前弁済をすることができることを明文化することは「分かりやすい民法」の実現に資する。

しかしながら、少なくとも、この場合に「返還時まで発生すべきであった利息相当額から、期限前弁済によって貸主が当該目的物を再運用等による利益相当額を控除した額」の損害賠償をしなければならないとするのは妥

当ではない。

なぜなら、まず、貸主による再運用とは、仮に第三者に対する貸付けを想定しても、金利や返済期限等が千差万別であるだけでなく、貸付け以外の運用には投資、自己の第三者に対する債務弁済に充てる場合など様々な方法が考えられるから、再運用による利益を一律に算定することは事実上不可能である。

のみならず、返還時期の定めのある利息付き消費貸借において、期限前弁済により貸主に損害が発生し、かつ、貸主が損害賠償請求権を実際に行使することが想定されるのは、友人間のような対等当事者間における消費貸借ではなく、銀行又は消費者・事業者金融などの消費者又は事業者に対する貸付け、つまり、貸主が借主に比し圧倒的に有利な立場にある場合が一般的であろう。

したがって、少なくとも、期限前弁済による損害賠償として、このような弱者ともいえる借主に過大な損害賠償の義務が課されるとすることは失当といわざるを得ない。

ちなみに、住宅ローンなどの期限前弁済の実務では、手数料名目で比較的低廉な損害賠償額が予定されており、必ずしも部会資料提案のような損害が観念されているとはいえない。

また、期限前弁済があった場合、本来であれば貸し手が長期間負うはずであった借り手の信用リスクが消失又は低減する側面もあることも参考にされるべきである。

### 3 条項骨子案

#### 第 条（消費貸借）

- 1 消費貸借は、書面により、当事者の一方（以下、この節において「貸主」という。）が金銭その他の物（以下、この節において「目的物」という。）を引き渡すことを約し、これに対し相手方（以下、この節において「借主」という。）が、引渡しを受けた目的物と種類、品質及び数量の同じ物（以下「同種等の物」という。）を返還することを約すことによって、成立する。ただし、書面が作成されない場合であっても、貸主から借主に対して目的物が引渡されたときは、消費貸借は成立する。
- 2 前項本文の場合には、貸主は、借主に対し、目的物を引き渡す義務を負い、借主は、貸主に対し、その目的物の引渡しを受けた場合に限り、同種等の物を返還する義務を負う。

#### 第 条（利息付き消費貸借）

- 1 借主が利息を支払う旨を約した消費貸借（以下「利息付き消費貸借」という。）においては、借主は、目的物の引渡しを受けた日から同種等の物を返還した日の前日までの間の、引渡しを受けた目的物の元本についての利息を支払わなければならない。
- 2 利息付き消費貸借において、同種等の物の返還の時期が定められていた場合であっても、借主は、任意の時期に返還をすることができる。
- 3 利息付き消費貸借においては、借主は、目的物引渡しよりも前においては、何ら損害の賠償をすることなく、任意に消費貸借契約を解除することができる。これに反する特約は無効とする。

## 第5 事業者に関する規定について

### 1 事業者間契約の特則について

#### (1) 意見

事業者間契約に関する特則を民法に規定することについては、反対する。  
下記 ないし についても、反対する。

事業者間契約は、債務者が催告に応じなければ原則として契約を解除することができ、重大な契約違反に該当しないことを債務者が立証した場合に限り、解除が否定されるところ

事業者間の定期売買においては、履行を遅滞した当事者は相手方が履行の請求と解除のいずれを選択するかを確答を催告することができ、確答がなかった場合は契約が解除されたものとみなすこと

事業者間の売買について買主の受領拒絶又は受領不能の場合における供託権、自助売却権についての規定を設け、目的物に市場の相場がある場合には任意売却ができるところ

#### (2) 理由

##### 1) 事業者に関する特則を民法に規定すること全般について

事業者に関する特則については、一般化して民法に取り込むことができる場合を除き商法に規定を置くべきである。

また、仮にそのような特則の取り込みをすると、今後は適時・迅速な法改正を行うことが困難となるおそれがあり、かえって事業者の利益にそぐわないと思料される。

この点、消費者契約の特則については、別途意見書で述べるとおり一部を民法に規定することを認めるべきであるが、その理由は以下のとおりである。

すなわち、一般私法たる民法の基本ないし原則となる法規範は、契約自由

の原則や契約の拘束力のみを強調したものであってはならず、現実社会における多くの非対等な契約関係の存在や契約弱者の利益にも配慮したバランスのある規定内容とされなければならない。その点、現代社会における代表的な格差契約である消費者契約に関する規定を民法において規定することは、非対等な契約関係における格差への配慮の表れとして有益なものとする。

のみならず、近い将来において消費者統一法典の制定（ないしこれに匹敵する既存消費者法の抜本的改正）がなされる場合は格別、そうでない場合はその間の消費者保護のために民法に規定を設ける必要がある。

これに対し、事業者については、既に商法が存在しており、必要に応じて商法を改正することにより、事業者の利益を擁護することが十分に可能であり、消費者契約の場合と同列に論じることはできない。

さらに、立法提案のように、民法に私人間の規律及び事業者と消費者間の規律のほかに、事業者間契約に関する規律、契約当事者の一方が事業者である場合の規律、及び事業者が行う一定の事業（経済事業）に関する規律の5種類の規律を設ける場合は、規律が余りに複雑化して、国民に分かりにくい民法とならざるを得ない。

例えば、上記(1) のとおり、「事業者間契約は、債務者が催告に応じなければ原則として契約を解除することができ、重大な契約違反に該当しないことを債務者が立証した場合に限り、解除が否定される」とする場合は、私人間契約において催告解除の原則を取らず、重大不履行による無催告解除を原則とすることとなる。

しかし、後述のように、この考え方の前提に問題があるばかりか、私人間と事業者間とは、いずれも対等な関係とされ、かつ事業者には後に述べるように実態としては消費者と異ならないような個人事業主やNPO法人等が含まれているにもかかわらず、私人との間で解除の基本的な要件が異なることになるので、国民やユーザー（企業、団体等）の間に誤解や混乱が生じるおそれがある。

また、「契約当事者の一方が事業者である場合の特則」については、「契約当事者の一方が事業者である場合」という区別の基準が余りに大まかで不明確であって、やはり国民やユーザーには分かりにくい。

さらに、事業者が行う一定の事業（経済事業）については、「反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの」と定義されているが、「収支が相償う」の意味が一般国民には不明で、その規律の対象範囲が分かりにくい。

のみならず、「収支が相償う」という概念を用いた場合は、営業活動の素人が集まっただけの団体（例えばNPO法人、PTA、マンション管理組合等）において、その団体としての活動が「収支が相償う」状況で行われていれば、それについても事業者の（経済）事業として規制が及ぶことになり妥当とはいえない。

そればかりか、事業者といっても、上記のNPO等のほか、実態としては何ら消費者と異ならないような小規模で零細な個人事業主や中小事業者なども存在するので、これらをも含めて一律に事業者として私人よりも厳しい規律を設けることは、かえって事業者間の格差を拡大するおそれがある。

そうすると、今回の改正において、「国民に分かりやすい民法」の実現のみならず、不実表示・不当条項規制や消費者契約の特則の規定などによる「格差拡大への対応」を期しながら、民法に5種類の規律を設けて複雑化させて分かりにくくし、かつ事業者間の格差を拡大させることは、自己矛盾といわざるを得ない。

それ故、民法の規律としては、「私人間の規律」及び「消費者保護のための事業者と消費者間の規律」の2種類に限定するのが妥当である。

なお、「事業者に関する規律を民法で一覧できることが重要である」との反論もあるが、それはいわゆるレファレンス規定を設けることで、十分に対処できるはずであり、そのために民法の規律を複雑化させ、格差を拡大させるのは本末転倒と考える。

## 2) (1)意見の ないし について

そもそも、私人間契約における解除の要件については、催告解除の原則に立って規定すべきであって、前提自体に反対する。のみならず、上記のとおり解除の要件ないし立証責任について、私人間と事業者間とで区別をする理由がなく、かつ国民やユーザーの間に混乱が生じると思料する。

上記のとおり商法第525条の問題であって、必要であれば商法を改正すべきであるが、そもそも、この規定の適用範囲を商人から事業者に拡大することについては、経済的利益に関する敏感さに商人とNPO法人等の「営業等の素人が集まっただけの事業者」では差があり、妥当とはいえない。

上記のとおり、商法第524条の問題であって、必要であれば商法を改正すべきであるが、そもそも、この規定の適用範囲を商人から事業者に拡大することについては、経済的利益に関する敏感さに商人とNPO法人等の「営業等の素人が集まっただけの事業者」では差があり、妥当とはいえ

ない。

## 2 契約当事者の一方が事業者である場合の特則について

### (1) 意見

契約当事者の一方が事業者である場合（ただし，消費者契約に該当する場合を除く。）の特則を民法に規定することについては，反対する。下記 ないし についても反対する。

債権者が事業者である場合には，特定物の引渡し以外の債務の履行は債権者の現在の営業所（営業所がない時は住所）においてすべきであるとする

事業者が事業の範囲内で不特定の者に対して契約の内容となるべき事項を提示した場合に，提示された事項によって契約内容を確定することができる時は，その提示を申込みと推定すること

事業者がその事業の範囲内で契約の申込みを受けた場合には，申込みとともに受け取った物品を保管しなければならないとする

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

賃貸人が事業者である場合においては，賃貸借の目的物の用法違反に基づく損害賠償を請求すべき期間の起算点を，損傷等を知り又は知ることができた時とする

寄託者が事業者である場合においては，返還された寄託物に損傷又は一部滅失があったことに基づく損害賠償を請求すべき期間の起算点を，損傷等を知り又は知ることができた時とする

役務提供者が事業者である場合は，無償の役務提供型契約においても注意義務の軽減を認めないとする

宿泊事業者が宿泊客から寄託を受けた物品について厳格責任を負う原則を維持しつつ（商法第594条第1項参照），高価品について損害賠償額を制限するには宿泊事業者が価額の明告を求めたことが必要であるとし，また，正当な理由なく保管の引受を拒絶した物品についても寄託を受けた物品と同様の厳格責任を負うとする

### (2) 理由

基本的には上記1で述べたとおりである。上記2(1)の から については以下のとおりである。



趣旨には反対しないが、商法の規定を改正すべきである。

上記のとおり、商法の問題であるが、そもそも、事業者からの不特定の者に対する提示を申込みと推定することについては、少なくとも、営業活動の素人が集まっただけの団体（例えばPTA、マンション管理組合、NPO法人等）については、そこまでの規定を設ける必要がないと思料する。

上記のとおり、商法改正の問題であるが、そもそも、商法第510条については、申込みを受けた者がそれと同時に物品を受け取った場合には、一方的に送付されたものであっても、商人間の取引であるからとして保管義務を申込み受領者に負担させるものであり、それ自体、合理性に疑問がある。

むしろ、商法第510条の適用範囲は、(継続的取引の類型に該当しないとしても)継続的な取引関係にある商人間のみ適用されるべきとの意見が有力である。

したがって、同条の適用範囲を商人から非商人を含む事業者に拡大することは妥当ではない。

上記のとおり、商法改正の問題であるが、以下に述べるとおり趣旨も失当である。

すなわち、事業者が買主である場合の瑕疵の通知期間を、瑕疵を「知ることができた時」から起算するとの考え方は、買主の検査義務を現行商法第526条第2項の規定より加重するものであるところ、瑕疵を「知ることができた時」から上記の起算をするという考え方では、実際上は「目的物の引渡しを受けた時」から「瑕疵を発見できた」と解されるおそれがある。

そうすると、大手事業者に比べて瑕疵発見能力に劣る個人事業者ないし中小零細事業者が、引渡しを受けた時から速やかに瑕疵を発見すべきことになり、「瑕疵発見能力の格差」による不利益を受けるおそれがあり、失当である。

また、請負についても、例えば小売業など請負を業としない個人事業主や中小零細事業者が、建物の建築を注文した場合、上記と同様に、注文者は完成した建物の「引渡しを受けた時」から遅滞なく瑕疵を発見して通知しなければ、瑕疵担保責任を問えなくなるおそれがある。これでは、現行民法第638条の規定(建物の瑕疵について引渡時から5年ないし10年)より著しく短期間となってしまう妥当ではない。

しかも、上記のような個人事業主や中小零細事業者は、大手事業者に比

べ概して瑕疵の発見能力が低く、さらには小売業者など他の事業者にとっては、請負工事は専門外の事業であるから、瑕疵の発見能力は全くないといって良い。このような小規模事業者に対して、瑕疵担保責任追及についての上記の期間制限を課するのは、「瑕疵発見能力の格差」による不利益を生じさせるおそれがあり、失当である。

上記のとおり、商法改正の問題であるが、以下に述べるとおり趣旨自体失当である。

すなわち、賃貸人が事業者である場合には、損傷等を「知ることができた時」から合理的な期間内に通知しなければ賃貸借の目的物の用法違反に基づく損害賠償請求をすることができない旨の考え方についても、上記と同様に、事業者は実際には「目的物の返還を受けた時」から損傷等を発見して通知すべきこととなり、とりわけ損傷等の発見能力に劣る個人事業主や中小零細事業者に不利益であるので、妥当でない。

上記のとおり、商法改正の問題であるが、以下に述べるとおり趣旨自体失当である。

すなわち、寄託者が事業者である場合には、損傷等を知ることができた時から合理的な期間内に通知しなければ、返還された寄託物に損傷又は一部滅失があった場合の損害賠償請求ができないとする考え方も、上記及び 同様に事業者は実際には「目的物の返還を受けた時」から損傷等を発見して通知すべきこととなり、とりわけ損傷等の発見能力に劣る個人事業主や中小零細事業者に不利益であるので、妥当でない。

役務提供契約については、とりわけ準委任契約との区別について慎重な検討が必要である。

また、上記のとおり、商法改正の問題であるが、以下に述べるとおり趣旨自体失当である。

すなわち、無償の役務提供において役務提供者が事業者である場合には注意義務の軽減を認めないとすると、商人ではない事業者や、消費者に近い事業者について、高度の義務を負わせ過大な負担になるおそれがあり妥当ではない。

宿泊事業者が宿泊客の物品についての特別の責任を負う旨の規定を設けることについては、商法改正の問題であるばかりか、適用対象を場屋営業者から商人ではない宿泊事業者へ拡大することについては、商人ではない宿泊事業者に過度な厳格責任を課することになり、妥当ではない。

### 3 事業者が行う一定の事業について適用される特則について

#### (1) 意見

民法に、「反復継続する事業であって収支が相償うことを目的として行われるもの」という「事業」概念ないし「経済事業」概念を設けることには反対する。下記の「ないし」についても反対する。

事業者がその（経済）事業の範囲内で保証をした時は、特段の合意がない限り、その保証は連帯保証とすること

事業者間において貸主の（経済）事業の範囲内で金銭の消費貸借がされた場合は、特段の合意がない限り利息を支払わなければならないとすること

事業者が（経済）事業の範囲内において受任者、役務提供者又は受寄者として委任契約、役務提供型契約又は寄託契約を締結した場合は有償性が推定されるとすること

事業者がその（経済）事業の範囲内において寄託を受けた場合は、無償の寄託においても受寄者の注意義務の軽減を認めないとすること

組合員の全員が事業者であって、（経済）事業を目的として組合の事業が行われる場合は、組合員が組合の債権者に対して負う債務を連帯債務とすること

#### (2) 理由

一般国民にとっては「収支相償う」という意味自体が分かりにくく、「分かりやすい民法」の実現にそぐわない。また、このような不分明な「事業」ないし「経済事業」の概念で適正な適用範囲を確定できないとはいえない。

さらに、上記のとおり、事業者にはNPOその他の営業の素人が集まっただけの団体も含まれ、その団体としての「収支が相償う活動」が（経済）事業に当たることになり、妥当とはいえない。具体的には以下の「ないし」のとおりである。

商法第511条第2項に関しては、債権者にとって商行為であれば、保証人が非商人であっても連帯保証となるとの判例について学説の批判が多く、同条の適用範囲を保証人にとっての商行為の場合に限定することは妥当である。

しかしながら、これをNPOその他の団体の「収支が相償う活動」に伴う保証についても適用することになると、商人と異なる事業者に重い負担を負わせる結果となり妥当でない。

商人についての商法第513条の趣旨は妥当であるが、その規定を事業

者であるNPO法人等の収支が相償う活動にまで拡大して適用することになり妥当とはいえない。例えば、NPO等の「まちづくりの支援活動」の収支が相償う状況で行われていた場合、その一環としての他のNPOへの金銭貸付けが当然に利息付き消費貸借となるとの意識は当事者間には存在しないというべきである。

商人についてのみならず、事業者が（経済）事業の範囲内において受任者、役務提供者（役務提供型契約の規定を設ける場合）又は受寄者として委任契約、役務提供型契約又は寄託契約を締結した場合は有償性が推定されるとする特則を設けることについては、商人ではない事業者であるNPO等の収支が相償う活動にも拡大して適用することになり妥当とはいえない。例えば、NPOが他のNPOに対して、収支が相償う状況で行われている「まちづくり支援活動」の一環として作業を委任した場合に、当然に報酬が発生するとの意識は当事者間には存在しないというべきである。

商人のみならず、事業者において、事業者がその（経済）事業の範囲内において寄託を受けた場合は、無償の寄託においても受寄者の注意義務の軽減を認めないとする特則を設けることについては、商人ではない事業者であるNPO等の収支が相償う活動にも拡大して適用することになり妥当とはいえない。例えば、NPOにおいて収支が相償う状況で行われている「まちづくり支援活動」の一環として寄託を受けた場合に、常に重い注意義務を負うべきであるという意識は、当事者には存在しないと思料される。

組合員の全員が事業者であって、（経済）事業を目的として組合の事業が行われる場合であっても、組合は千差万別であり、実態は消費者と変わらない組合員で構成される組合もあるから、商法第511条第1項ないし第2項のような規定を、商人ではない事業者に適用することは妥当でない。

以上