

民法（債権法）改正論議の動向と不動産取引

総括研究理事 小滝 晃

目次

- 1 はじめに
- 2 現行民法典の沿革
- 3 民法（債権法）改正論議の動向
- 4 不動産取引に関する主な論点
- 5 おわりに

2 現行民法典の沿革

民法（債権法）の改正をめぐる議論にふれる前に、まず、現行の民法典の制定及び改正の沿革を振り返る中で、その編纂の考え方を概観することとしたい^[1]。

1 はじめに

民法は、実質的意義においては、私人相互の関係を規律する私法の一般法のことを指すが、形式的意義においては、「民法（明治29年4月27日法律第89号）」のことを指し、これによる現行民法を、実質的意味の民法と区別する意味で、「民法典」とも呼ぶ。

民法（民法典）は、制定以来何度かの改正が行なわれているが、財産法については、大きな改正を経ることなく今日に至っていること等から、平成21年（2009年）に法務省の法制審議会に、民法改正（債権関係）部会が設置され、現在、平成25年（2013年）2月の中間試案作成に向けた審議が進められている。

民法（債権法）改正については、その必要性を含めさまざまな議論がみられるが、現時点ではそれらの議論が収束する段階には達しておらず、本格的な議論はこれからとなっている。

本稿においては、こうした一連の動向について概観をし、不動産取引に関係する各分野の実務家のための基礎的な参考情報として提供させていただくこととしたい。

2.1 ボアソナード等による旧民法の起草と法典論争（1890～1892）

明治維新後、各国との不平等条約、ことに治外法権を撤廃する政治的要請のため、近代的成文法体系の整備が急務とされ、民法典の制定準備が進められることとなった。

政府は、フランスの法律学者ボアソナードらに民法典を起草させ、明治23年（1890年）に公布し、明治26年（1893年）からの施行を予定した。

しかしながら、この法典については、我が国の国情に合わないとの反対論が生じ、明治25年（1892年）にその施行が無期延期された。

このときの民法典は「旧民法」と、この際の論争は「法典論争」と呼ばれている。

2.2 民法典の制定（1896～1898）

その後、明治26年（1893年）3月に、内閣に法典調査会が設置され、穂積陳重、富井政章及び梅謙次郎の三起草委員によって、ドイツ民法典、フランス民法、その他の近代法典を範にして作られたのが、現行の民法である。

まず、明治29年（1896年）に総則、物権及び債権の三編が公布され（法律第89号）、次に明治31年（1898年）に親族及び相続の二編が公布され（法律第9号）、ともに明治31年（1898年）7月16日から施行された。

このように、民法典は形式上は明治29年の法律と明治31年の法律の二つの法律から構成されているが、両者は一体的な関連性があることから、民法について言及するときは、「民法（明治29年4月27日法律第89号）」と称されるのが通例である。

2.3 民法典の形態をめぐる議論

民法典の編纂に当たっては、フランス民法典や旧民法が採用していた「インスティテュティオネス方式」による編別は排され、ドイツ法系の「パンデクテン方式」による編別が採用された。

パンデクテン方式とは、一般的・抽象的規定を個別的規定に先立つ「総則」としてまとめ、法典を体系的に編纂することに主眼をおいた著述形式である。

こうした編纂方式が採用されるに至った背景には、旧民法典に関する論争をはじめ、民法典の編纂方式（法律の形態）をめぐる議論の経過があった。

以下においては、民法典の形態をめぐる議論の経緯を概観する。

(1) 旧民法典の形態論（1892）

旧民法については、定義や例示など説明的な規定が多く冗長・煩雑である等の指摘がなされていた。

富井政章帝国大学法科大学教授らは、ドイツ法学の立場に立って旧民法の施行延期を主張する「延期派」として、フランス法学の立

場に立つ「断行派」の梅謙次郎（帝国大学法科大学教授）らと対立した。

明治25年（1892年）5月27日、貴族院における民法商法施行延期法律案の第一読会において、勅選議員となっていた富井は施行延期に関する演説を行った。

この演説は旧民法の施行延期に大きな影響を与えたと考えられるものであり、以下にその主要点を要約する^[2]。

- ・「私が此法典殊に民法には初から反対する最も重大なる理由は、若し斯る法典をば今日我が帝国の法律として実施すれば、我邦将来の法学の進歩と云ふものを止めて、我邦法学は卑ひ三百代言流の註釈術になってしまうと云ふことは固く信じて居ります。」
- ・「新民法は条文が頗る繁多にして分かり悪い。（中略）先ず分かり切った原則の適用を屢々掲げて居るといふことは、其冗文はいくらあるか知れませぬ。それから或は事物の定義を掲げ財産と云ふものは斯う云ふものである、契約と云ふものは斯う云ふものであると、事物の定義を掲げ区別の実用を掲げ又例えば何々の如しと云ふ様な例事を掲げ、実に錯雑した講義録と謂って宜い。（中略）臣民の権利義務を定ると云ふ法文の体裁は全く失って居ると思ひます。」
- ・「若し斯る法典を実施することになれば益々其浅薄卑近なる法律思想をば養成すると云ふことになると思ふ。必ず此の弊害が生ずると云ふことは仏蘭西が証拠である。仏蘭西の法律学と云ふものは此数十年來全く此卑しい註釈学問となって居る。（中略）是は皆此法典を・・・時勢に伴はない錯雑した法典を發布した結果であらふと思ふ。之に反して独逸が近年著しく進歩した訳

は、諸君の御承知の如く学問を奨励したと云ふ結果であります。」

これらの論議の結果、旧民法の施行は延期されるに至った。そして、この演説の翌年、富井政章は、断行派の梅謙次郎、延期派の穂積陳重と共に民法起草委員に任命された。

(2) 穂積陳重の「法典論」(1890)

富井とともに後に民法典の起草委員となった穂積陳重の学風は、イギリス経験主義の影響を受けたものといわれるが、穂積は、富井と共に延期派として、自然法思想・フランス法学の立場に立つ断行派の梅謙次郎の対局に立っていた。

穂積は、明治23年(1890年)3月に、自らの「法典編纂論」(法律の形態論)を集大成した「法典論」を刊行した。これは、明治26年(1893年)5月に内閣の法典調査会が決定した「法典調査ノ方針」に影響を与えたと考えられるもので、現行民法の編纂方式の考え方がよく分かるものとなっていることから、以下にその要点を要約する^[3]。

○法典編纂論の性格

・「法律に実質及び形体の二元素あり。一国の法律は、果たして国利を興し、民福を進むべき條規を具ふるや否やの問題は、是れ法律の実質問題なり。一国の法令は、果して簡明正確なる法文を成し、人民をして容易に権利義務の在る所を知らしむるに足るや否やの問題は、是れ法律の形体問題なり。」〔第一篇「緒論」, 第一章「法典編纂論の性質」, p 1〕

・「実利哲学の祖 ジェレミー・ベンサム氏は、

法典編纂論の中興の祖とも称すべき人なり。現今欧米諸国に行わるるCodification(法典編纂)なる語は、同氏の鑄造する所に係ると云ふ。」〔第一篇「緒論」, 第二章「法典編纂論の沿革」, p 7〕

・「法典編纂論は、固より法律の形体論に属すべき者なり。(中略)法律の実質問題は、寧ろ政治論に属す。」〔第一篇「緒論」, 第三章「法律家と法典編纂」, p 14〕

○法律制定と民意の関係

・「法律は固と人民の創意より生ずる發達物にして立法者の私意に基く創製物に非ず。(中略)法律の人民中に發達するは恰も人文の開花と共に国語の發達するが如き者にして、立法者は濫りに其發達を妨げ、又は擅に之を製作すべきものに非ず。」〔第一篇「緒論」, 第二章「法典編纂論の沿革」, p 14〕

・「法典編纂は固より政府の挙行すべき事業なりと雖も、其国の法律家全体の翼賛を得るに非ざれば容易に其功を奏する能わざる者なり。(中略)法典編纂の業の如きは、法令發布の後ち、之が実施に任ずべき裁判官、代言人、及び之が註解批評に従事せんとする法学者等に於いて、之を不可とする時は、其の編纂の成り難きや、敢えて論を俟たざる所なり。」〔第一篇「緒論」, 第三章「法律家と法典編纂」, p 14-15〕

・「聞くところによれば、政府は法典編纂の奏功を期月の間に促すのみならず、続いてその成稿を發布せられんとすと。(中略)法律編纂の速成を期せらるるは、国家の為に畏懼せざるを得ず。」〔第一篇「緒論」,

第三章「法律家と法典編纂」, p 22]

- ・「又法律は之を遵奉すべき国民の必要に随って起こるべきものなるに、法典を編纂するに当たっては、朝令暮改を避け、後來社会の変遷を予想して、之に備えんことを期するが故に其必要未だ生ぜざるに先んじて法條を設け、国民をして遵守に苦しむることなしとせず。是れ学者が容易に法典編纂を可とせざる所以なり。」〔第一篇「緒論」, 第三章「法律家と法典編纂」, p 23〕

○法典編纂の範囲

- ・「一国の法律を法典に編成すと雖も其法典は決して同種の法令の全体を含む能ず。」〔第一編「緒論」, 第四章「非法典編纂論」, p 35〕
- ・「法典は一たび之を編成せば容易に変更し難き者なるを以て、時勢の変遷に従い屡々改正を要すべき性質の法律は、之を法典に編入するを得ず。」〔第一編「緒論」, 第四章「非法典編纂論」, p 36〕
- ・「細密の規定を要する法律は、法典中に編入する能ず。」〔第一編「緒論」, 第四章「非法典編纂論」, p 37〕
- ・「法典の範囲は便宜上より定まるべき者にして必ずしも一種の法律の全部を一個の法典に編入するを要せざるなり。」〔第五編「法典編纂の手續」, 第二章「法典の範囲」, p166〕

○法典の文体

- ・「法文を簡明にするは、法治主義の基本な

り。(中略) 全く通俗の文辞を以て法典を起草する時は、或は之が為に法典を浩瀚ならしめ、或は、通俗語の意義漠然たるが為に、疑惑を生じ、争訟を醸す等の虞なしとせず。」〔第五編「法典編纂の手續」, 第六章「法典の文体」, p.185〕

- ・「法文の繁簡精粗は其法典の種類によりて定まるものなれば、其中或は細則に涉るべき者あり、或いは原則に止むべき者ありて、到底一徹に之を概論するを得ず。例えば、訴訟法等の如き手續法は、其性質上細密の規定を要する者なり。行政法、商法も之を民法に比すれば、その条項亦自ら細密ならざるべからず。之に反して、憲法、民法、刑法等の如きは、原則、副則、変則に止まりて成るべく細密に涉らざるを要す。」〔第五編「法典編纂の手續」, 第六章「法典の文体」, p.188-9〕

(3) 「法典調査ノ方針」(1893)

以上のような背景の下で、明治26年(1893年)5月2日の第二回法典調査会総会において、「法典調査ノ方針」が議決された。以下に、「法典調査ノ方針」から民法典の編纂方針に直接関係する部分を抜粋する。

第二條 民法全典を五編に分ち其順序は左の如く定む

- 第一編 総則
- 第二編 物権
- 第三編 人権
- 第四編 親族
- 第五編 相続

第十一條 法典の條文は原則変則及疑義を生ずべき事項に関する規則を掲ぐるに止め細

密の規定に涉らず

第十二條 法典の文章は簡易を主とし用語は成る可く従来普通慣用のものを採る

第十三條 法典中文章用語に関し立法上特に定解を要するものを除く外定義種別引例等に渉るものはこれを刪除す

第二條において「人權」とあるのは、「債權」のことである。旧民法においては、財産に関する権利として、物權及び人權（債權）を規定していたが^[4]、「人權」という用語は「各人天賦の權利」の意味にも用いることから、民法典においては「人權」の用語を用いず、「債權」という用語に統一された^[5]。

このようにして、民法典は、ドイツ法系の「パンデクテン方式」による編別の下で、要点のみを簡明に示す等の起草方針で編纂された。

(4) その後の民法改正

その後、民法は、日本国憲法の制定を受け、昭和22年（1947年）に、奥野健一、我妻栄及び中川善之助起草委員の立案により、「個人の尊厳と両性の本質的平等」を基本原理とし、「家」の制度（戸主權と家督相続）を廃止し、夫婦の平等（夫婦別産制）、父母の平等（共同親權）を実現するとともに、公共の福祉、信義誠実の原則及び權利の濫用の禁止に関する規定を追加する改正が行われた。

さらに、平成16年（2004年）には、片仮名文語体から平仮名口語体への移行（現代語化）が行われた。

以上のほか、第1編総則については、平成11年（1999年）に成年後見制度の見直しによる改正が、平成18年（2006年）に法人制度改

革に伴う改正が行われ、第2編物權についても平成15年（2003年）に担保・執行法制の見直しによる改正が行われている。

しかしながら、第3編債權については、平成16年（2004年）の現代語化の際に保証に関する部分的な見直しが行われたほかは、これまで全般的な見直しが行われることなく、おおむね制定当時の規定内容のまま現在に至っている^[6]。

3 民法（債權法）改正論議の動向

3.1 民法（債權法）改正検討委員会の改正試案（2009）

平成18年（2006年）10月7日、第70回日本私法学会大会（於大阪市立大学）の前日に開催された発起人会合において、内田貴東京大学教授・法務省民事局参与を含む9名の民法学者によって、社団法人商事法務研究会内の委員会として、「民法（債權法）改正検討委員会」（全体会議委員長：鎌田薫早稲田大学教授、事務局長：内田貴東京大学教授・法務省民事局参与）が設立された。

同委員会の設立趣意書においては、「制定から110年を経て、債權編を中核とする部分について、抜本的な改正の必要性に直面している。すなわち、経済や生活は制定時の予想を超える大きな変化を遂げ、また市場のグローバル化はそれへの対応としての取引法の国際的調和への動きをもたらしした。」、「法典の解釈適用の過程で判例は条文の外に膨大な数の規範群を形成しており、基本法典の内容について透明性を高める必要性を痛感させている。」等の趣旨が述べられている。

同委員会は、2年半に及ぶ会議等を経て、平成21年（2009年）3月に「債權法改正の基

本方針」をとりまとめ、公表した^[7]。同基本方針は、改正民法の条文そのものではなく、条文起草の前提となる基本方針を示すもので、「検討委員会試案」や「改正試案」とも呼ばれている。

改正試案は、民法典を市民が読んでわかるものとする、多くの特別法による民法典の空洞化に対処すること、契約法の国際的動向との調和に対応すること等を基本に、現行民法の債権編を中心に、一部は総則編等にも及ぶ大部の提言を行っている。

この提言は、各方面において民法改正に関するさまざまな議論を呼ぶこととなった。

3.2 「民法改正研究会」の民法改正試案（平成20年（2008））

こうした同委員会の一連の動きに対して、平成17年（2005年）10月に約20名の民法学者が立ち上げた「民法改正研究会」（代表：加藤雅信弁護士）は、同委員会とは異なる独自の立場をとっており、平成21年（2009年）1月1日に、独自の民法改正試案をとりまとめ、「日本民法典財産法改正試案（民法改正研究会・仮案）〔平成21年1月1日案〕」として公表している^[8]。

この改正試案は、債権法にとどまらず、不法行為法や物権法の改正を含めた財産法全体に関する改正案となっているが、既存条文の改正のほか、債務引受、契約譲渡、差止の新設等の改正を提言するものとなっている。

3.3 法制審議会民法改正（債権関係）部会による審議（2009～）

以上のような経過を背景に、平成21年（2009年）10月28日、千葉景子法務大臣より法務省法制審議会に対し、諮問第八十八号「民事基

本法典である民法のうち債権関係の規定について、同法制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする等の観点から、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」が発せられた。

これを受けて、平成21年（2009年）11月に法制審議会に民法改正（債権関係）部会が設置され、平成25年（2013年）2月に中間試案を作成することを目指して、審議が開始された。

同部会においては、改正の必要性についても強い疑念が提示されていたことから、まず改正の必要性についての意見交換及び論点整理を進めるとの方針で審議が重ねられた。その結果、同部会は、平成23年（2011年）4月12日に、「民法（債権関係）改正の中間的な論点整理」（以下「論点整理」という。）を決定し、同年5月に公表を行った^[9]。その後においては、民法（債権関係）改正をめぐる議論は、この中間的な論点整理を土台にして行われている状況となっている。

この論点整理は、全編188ページに達し、「第1：債権の目的」から「第63：規定の配置」まで、多岐にわたる大部の論点があげられている。

この論点整理については、平成23年（2011年）6月1日から8月1日にパブリックコメントが実施され、並行して、同部会において、民法改正に関するヒヤリングが実施された。このヒヤリングにおいては、全国宅地建物取引業協会連合会、全日本不動産協会、不動産協会、不動産流通経営協会、日本賃貸住宅管理協会といった不動産関係団体や、日本弁護士連合会（消費者問題対策委員会）等からの意見聴取が行われている^[10]。

3.4 日本再生の基本戦略（2011）等

このような背景の中で、平成23年（2011年）12月24日に閣議決定された「日本再生の基本戦略」は、野田内閣が当面重点的に取り組む施策として、「経済のグローバル化等を踏まえた民法（債権関係）改正」を挙げ、「国際的にも透明性の高い契約ルールの整備を図るため、経済のグローバル化等を踏まえ、2013年初めまでに民法改正の中間試案をまとめる。」とした^[11]。

これを受けて平成24年（2012年）7月31日に閣議決定された「日本再生戦略」の別表「日本再生に向けた改革工程表」には、「民法（債権関係）の改正による契約ルールの透明性確保」が「2020年までに実現すべき成果目標」の一つにあげられ、「2012年度に実施すべき事項」として「国際的にも透明性の高い契約ルール中間試案を踏まえた同改正法の制定整備に向けた民法の具体的な改正の方向性に関する中間試案の策定」等が盛り込まれた^[12]。

4 不動産取引に関する主な論点

論点整理には、民法総則及び債権法等に関して、極めて多岐にわたる大部の事項が盛り込まれている。

以下においては、不動産取引に関する事柄として、どのような論点が提示され、それをめぐってどのような議論がみられるかを概観することとしたい。

不動産取引は、厳密に言えば、民法の全条文に関係するといっても過言ではないが、紙幅の制約もあり、不動産取引に特に深く関係する主要ポイントのみに絞り込んで概観していく。

また、論点に関する議論については、法制

審議会民法（債権関係）部会のヒヤリングにおける不動産関係団体及び日弁連（消費者問題対策委員会）の意見の中から主なものを要約・例示する^[13]。

4.1 全体的議論

○不動産関係団体の意見

〔改正の必要性〕

- ・この時期に「全部改正」を行う必要性があるのか慎重に検討すべきである。
- ・改正の必要な事項は「一部改正」で対応し、取引の混乱等を防止すべきである。
- ・民法（債権法）改正に当たっては、「取引の安定性を確保する」という視点を重視してほしい。

〔判例・学説との関係〕

- ・判例法理を条文化することは、取引の安定性を確保するためには望ましい。
- ・「論点整理」に判例学説として確立していない事項が盛り込まれていることについては疑問がある。

〔取引実態との調和〕

- ・取引慣行や法解釈が一気に大きく変更されることにより、取引に大きな混乱、停滞、負担が生じることや、法改正についていけない法律弱者を生むことが懸念される。
- ・仮に改正を行うのであれば、全国的論議を経て、取引実態に与える影響を十分に検証していくことが重要である。

〔不動産の既存消費者保護法との関係〕

- ・不動産取引に関する消費者保護については、既存の宅地建物取引業法や住宅の品質確保の促進に関する法律等に集約した方が、取引実務の円滑性や消費者保護の実効性を確保する上で望ましい。

○日弁連（消費者問題対策委員会）の意見
〔民法における消費者契約ルール〕

- ・市場の中で、消費者契約問題は大きな位置を占める。私法ルールである民法に消費者契約をきちんと位置づけてほしい。
- ・消費者問題への取組の根本として、消費者自身が被害救済できる私法制度（取引ルール）の確立が重要である。それを法制度化する方法は、①事業者規制法の中の民事特別規定（特定商取引法、割賦販売法等）、②それらを横断的に括る消費者契約法、③私法の一般法である民法、の三段階がある。
- ・現行民法は、当事者の格差を意識しない対等当事者間の枠組みで、当事者の格差は解釈の中で受け止めてきた。今後の民法の現代化に適合した一般私法ルールとして、当事者間（消費者・事業者だけに限定されない）の格差是正や社会問題の解決に使える規定を加える必要がある。
〔民法と諸法の分担関係〕
- ・消費者契約に係る規定については、民事特別法・消費者契約法・民法をどう有機的に組み合わせるかを検討すべき。
- ・日弁連は、消費者契約法について、今般の民法改正の論点と重なる提案（情報提供義務・説明義務の明定、消費者取消権制度や消費者契約法第10条の見直し、不当条項リスト制度の見直し等）を行っている。

これらを民法で立法化するか、消費者契約法で立法化するかを検討すべき。消費者庁と法務省の協力により、民法と同時に消費者契約法を改正することが望ましい。

- ・消費者問題は、社会実態に適合した迅速な法改正の必要性があり、消費者契約法の私法実体規定を民法に取り込んで消滅させること（消費者契約法の民法への統合）はしない方がいい。
- ・消費者契約法に消費者契約に係る特則が十

分に規定されれば、民法には、消費者契約の解釈や契約当事者間の格差是正に関する理念的規定を設けるだけでよい。

〔消費者の定義〕

- ・消費者の定義を消費者契約法より拡大し、実質的に個人と大差ない個人事業者等にも適用するのがよい。具体的方法は、消費者概念の相対化、消費者保護規定の準用・類推適用等も含めて検討するべき。

4.2 「第3 債務不履行による損害賠償」関係

○論点整理の提案内容

- ・債務不履行に基づく損害賠償請求権の要件として民法第415条後段に定められている「過失責任主義」（「債務者の責めに帰すべき事由」すなわち「債務者の故意又は過失」による不履行を要件とする考え方）を「契約責任重視主義」（「契約において債務者が引き受けていなかった事由」によって債務不履行が生じた場合に損害賠償責任を免除）に転換することの当否等の検討〔第3, 2, p.8-9〕

○不動産関係団体の意見

- ・過失責任主義の契約責任重視主義への転換は、引き受けていないリスク（耐震性、液化化、土壌汚染、アスベスト等）を契約書に網羅的に羅列する動きが強まり、契約書が長文化・複雑化する可能性や、弱者に不利な契約書が締結される可能性があり、結果的に消費者の利益にならないのではないかと懸念がある。

○日弁連（消費者問題対策委員会）の意見

- ・民法第415条後段が規定する履行不能とそれ以外の債務不履行を区別せず、統一的な

免責の要件を定める方向には賛成である。

- ・債務不履行責任の要件に関する条文を「債務者の責めに帰すべき事由」という文言から変更することは、過失責任主義の転換と論理的に直結しないこと、実務的な必要性がないこと等から、反対である。
- ・履行遅滞に陥ったために当該履行不能が生じたという関係が認められる限り損害賠償請求が認められるとする判例法理の明文化に賛成する。

4.3 「第12 保証債務」関係

○論点整理の提案内容

- ・保証契約時に債権者（貸主）が保証人に「保証人の知識等に照らし十分な説明」を行うこと、債権者（貸主）が主債務者（借主）の「資力に関する情報」を保証人に説明すること、連帯保証の効果の説明を具体的に受けて理解した場合のみ連帯保証となるべきこと等による保証人や連帯保証人の保護の拡充を検討〔第12, p.40-45〕

○不動産関係団体の意見

- ・民間賃貸住宅の家主の約85%が個人、かつ、その60%が60歳以上の高齢者であるが、提案されているような説明義務の強化は非常に大きな負担となる。
- ・建物賃貸借において、連帯保証人は、賃料滞納などの金銭的担保以外に、身元引受人的な意味合いでも、よりどころとなる唯一といってよい担保方法である。
- ・以上のように、不動産賃貸借に関する保証は、融資に係る保証など他の保証契約と性質が大きく異なる点に十分な配慮を願いたい。

○日弁連（消費者問題対策委員会）の意見

- ・保証は、多重債務や自殺等のトラブルの原因となっており、保証人保護の拡充等抜本的に見直しを図るべき。
- ・特に、自然人による保証は、個別保証・根保証、通常保証・連帯保証、事業者信用・消費者信用、第三者保証・代表者保証の別を問わず、撤廃することを検討すべき。

4.4 「第23 契約交渉段階」関係

○論点整理の提案内容

- ・契約交渉を「不当破棄」した場合の損害賠償責任規定新設の可否の検討〔第23, 1, p.75-76〕
- ・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」の明文化の可否の検討〔第23, 2, p.76〕
- ・契約交渉等に参加させた第三者（被用者その他の補助者、代理人、媒介者、共同交渉者等）の行為による交渉当事者の責任の規定創設の可否等の検討〔第23, 3, p.77〕

○不動産関係団体の意見

- ・不当破棄の損害賠償責任については、条件が折り合わないことによる契約の断念等との区別が可能なのかという懸念があり、明文化は困難ではないか。
- ・信義則上の説明義務・情報提供義務の明文化については、宅地建物取引業法第35条において重要事項説明、同第47条において告知義務についての詳細な規定が置かれているにもかかわらず、これと重畳的に民法上の説明義務・情報提供義務が課されることによる混乱や負担が懸念される。
- ・第三者が交渉等に関与することにより交渉の相手方が損害を被った場合に交渉当事者に責任を負わせることとすれば、売主が不

安に陥り、売却を断念したり、不安の対価を価格に転嫁したりするケースが出現し、不動産流通に支障をきたすおそれがある。

○日弁連（消費者問題対策委員会）の意見

- ・不当破棄という例外的場合のみを条文化することには、契約交渉の破棄は自由になし得るのが原則であること、悪質事業者が規定を悪用して消費者に契約締結を強要する懸念があること等から、賛成できない。
- ・契約締結過程における信義則上の説明義務・情報提供義務に関する規定を設けることに賛成だが、事業者・消費者間等の各当事者の情報・交渉力の構造的格差や属性・専門性に配慮すべき。
- ・契約交渉等に関与させた第三者の行為責任に関する規定を設けることに賛成だが、消費者が事業者に媒介を委託する場合等を念頭に、委託する交渉当事者の属性、交渉当事者と第三者との関係、交渉当事者の関与のあり方等を考慮し、要件を限定すべき。

4.5 「第28 法律行為に関する通則」関係

○論点整理の提案内容

- ・公序良俗違反の一類型として、「暴利行為」に関する規定を明文化することの可否の検討〔第28, 1, p.86-87〕

○不動産関係団体の意見

- ・暴利行為の要件は、伝統的には、相手方の窮迫、軽率又は無経験に乗じるという主観的要素と、著しく過当の利益を獲得するという客観的要素からなるとされてきたが、正当な行為との違いを具体的に定められるかが懸念される。

○日弁連（消費者問題対策委員会）の意見

- ・判例を踏まえた公序良俗違反の具体化として、「暴利行為」の明文化を検討すべき。主観的要素として、相手方の従属状態、抑圧状態、知識の不足に乗じること等を、客観的要素として著しく過当とまでいえなくても不当な利益を得るものであること等を検討すべき。

4.6 「第39 売買一売買の効力（担保責任）」関係

○論点整理の提案内容

- ・瑕疵担保責任について、現行民法の「法定責任」の考え方を見直し、「契約責任」として債務不履行責任へ一本化することの可否の検討〔第39, 1(1)-(2), p.118-119〕
- ・瑕疵担保の救済手段としての「代金減額請求権」、「代物請求権」及び「瑕疵修補請求権」の追加の可否の検討〔第39, 1(1), (4)-(5), p.118-120〕
- ・現行民法第570条及び第566条3項に基づく「短期期間制限」（瑕疵担保責任に基づく権利は買主が瑕疵を知った時から1年以内に行使すべき旨の規定）の見直し（削除又は期間の長さの変更）の検討〔第39, 1(6), p.120-121〕

○不動産関係団体の意見

- ・瑕疵担保責任に代物請求、修補請求などの完全履行請求や代金減額請求のメニューが新設される結果、手続きが複雑になり実務の安定が損なわれる懸念がある。
- ・買主が事業者である場合の検査・通知義務の新設は、宅建業法に定める瑕疵担保責任の権利行使期間（引渡し時から2年）との整合性や不動産取引実務への影響が懸念される。買主は「契約の性質に従い合理的な

期間」内に瑕疵を売主に通知しなければ、瑕疵担保責任を追及できなくなる可能性が懸念される。

- ・買主が事業者である場合に、瑕疵を発見したときに遅滞なく売主に瑕疵の存在を通知しないと売主への責任追及が出来なくなるおそれがある。また、瑕疵を知らなかった場合も「瑕疵を発見すべきであった時」から遅滞なく瑕疵の存在を通知しない限り売主に対する責任追及ができなくなる可能性が懸念される。

○日弁連（消費者問題対策委員会）の意見

- ・法定責任説か契約責任説かに拘泥せず、具体的な要件と効果の検討を進めるべき。損害賠償の範囲については「履行利益」を一律に否定すべきでない。瑕疵の定義を条文上明らかにする検討は賛成だが、主観的瑕疵だけでなく客観的瑕疵も含むことを明示すべき。買主保護の観点から「隠れた」との要件を削除する方向に賛成。
- ・代金減額請求権は、売主の帰責性を問わずに対価的均衡を回復する手段としての意味があり、買主保護の見地から認めるべき。
- ・代物請求権及び瑕疵補修請求の限界については、「瑕疵が重要ではなく、かつ、代物の給付・瑕疵の補修に過分の費用がかかる場合」に限定すべき。
- ・短期期間制限は、瑕疵を知ってから1年との権利行使期間は不合理だから、債権の一般の消滅時効に委ねるべき。商人間（若しくは事業者間）取引以外において、あえて買主に通知義務を課すことも妥当でない。

4.7 「第45 賃貸借」関係

○論点整理の提案内容

- ・「敷金返還債務の承継」の判例法理（目的

不動産の所有権の移転に伴い、敷金返還債務は新賃貸人に移転するとの法理）の明文化、承継される場合における旧所有者もその履行担保義務を負うこととするものの当否の検討〔第45, 3(4), p.136〕

- ・「賃貸物の修繕に関する賃借人の権利」（賃貸物を賃借人が自ら修繕する権限）の明文化の当否の検討〔第45, 4(2), p.137〕
- ・「目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額」（目的物の一部が利用できなくなった場合には、その理由の如何を問わず（賃借人に帰責事由がある場合も含めて）、賃料が当然に減額されるべきとの考え方）の導入〔第45, 5(2), p.138〕
- ・「賃貸借終了時の賃借人の原状回復義務」に係る規定の整備（賃借物の通常損耗は含まないこと、これに反する特約の無効化の明文化等）〔第45, 7(2), p.139-140〕

○不動産関係団体の意見

- ・「敷金返還債務の承継」の判例法理の明文化に賛成だが、旧所有者も敷金返還債務の履行を担保する義務を負わせるのは、旧所有者の地位を不安定化させ、賃貸物件の流通を阻害する可能性が高く賛同できない。
- ・「賃貸物の修繕に関する賃借人の権利」については、客観要件として特定することは不可能であり、行き過ぎた修繕が頻発することによる紛争を回避するためにも、明文化には反対である。
- ・現行の民法の運用の下で何ら問題がないにもかかわらず、「賃貸物件の一部が利用できない場合の賃料の当然減額」を導入することは、賃借人の誤解の助長や、悪意の賃借人の出現（古い物件をわざと壊して賃料減額を請求する等のモラル・ハザード）の助長の懸念があるほか、当然減額の範囲や程度、賃料（減額）への反映の仕方などを

めぐるトラブルに結びつくと予想される。

- ・賃貸借終了時の原状回復義務については、通常損耗補修特約や敷引特約を明確に認識して契約締結に至った場合は、経済的合理性を有する行為と評価すべきであり、判例でもそのように認められているが、そうした特約を無効とすると非常に大きな混乱が予想される。

○日弁連（消費者問題対策委員会）の意見

- ・敷金返還債務の承継と旧所有者の責任については、賃借人の承諾を得ない場合は、旧所有者にも一定の責任を負わせるべき。
- ・目的物の一部が利用できなくなった場合は、その原因が帰責事由が認められる賃借人にある場合を含め理由を問わず、賃料は当然に減額されるところに賛成。
- ・賃貸人を事業者とし、賃借人を消費者とする借家契約において、原状回復の範囲に「通常損耗」及び賃借物の経年劣化に伴う「自然損耗」が含まれないことを片面的強行法規として明文化することに賛成。通常損耗又は自然損耗を賃借人の原状回復の範囲に含める特約や賃借人の原状回復義務を加重する特約は無効とすべき。

4.8 「第49 委任」関係

○論点整理の提案内容

- ・「媒介契約」の定義、媒介者の情報収集・提供義務、媒介者の報酬支払請求権等の明文化の可否の検討〔第49, 6(1), p.156〕

○不動産関係団体の意見

- ・個々の媒介契約に応じて「必要な情報」の提供内容は異なることから、不動産取引における媒介契約の複雑さを考慮した慎重な検討が必要である。

○日弁連（消費者問題対策委員会）の意見

- ・媒介者が利益相反的な立場になりがちであるので、中立義務、契約締結時・契約締結後の説明義務・情報提供義務を定めるのであれば、特に反対しない。

4.9 「第62 消費者・事業者に関する規定」関係

○論点整理の提案内容

- ・抽象的な「人」概念に加え、消費者や事業者概念を民法に取り入れることの可否の検討〔第62, 1, p.183-184〕
- ・消費者や事業者概念を民法に取り入れる場合に、消費者契約を不当条項規制の対象にすること等の消費者契約の特則について検討〔第62, 2, p.184-185〕

○不動産関係団体の意見

- ・すでに消費者契約法で対応済みであり、一般法である民法に規定する必要はない。仮に規定するにしても理念的なものに留めるべき。少なくとも消費者契約法上の消費者概念を拡大すべき根拠は不明。不動産の賃貸契約の貸し主は「事業者」ではあるが、多くは高齢で零細な個人貸主であり、過度な消費者保護にならないよう配慮されたい。
- ・消費者保護は特別法に委ねるべきである。
- ・宅建業法は、消費者の利益保護を図ることを目的としており、宅建業者とその取引の相手方との間に成立する契約に関する法的規制は、すべて宅建業法に定める立場を守っていただきたい。

○日弁連（消費者問題対策委員会）の意見

- ・民法に「当事者間に知識・情報等の格差がある場合には劣後する者の利益に配慮する

必要がある旨の抽象的な解釈理念」を規定すべきとの考え方に賛成する。

- ・消費者契約に関する特則を法制化する必要は高く、民法と消費者契約法を同時に改正する方向で立法化することが望ましい。
- ・消費者契約法の同時改正によって消費者契約に関する特則が十分に規定されれば、民法には、消費者契約の解釈や契約当事者間の格差是正に係る理念的規定だけでよい。
- ・消費者契約を対象とした不等条項規制・不等条項リストの拡充には賛成だが、消費者契約法ではなく民法で立法することは慎重に検討すべきである。

5 おわりに

民法は、我が国及び我が国の国民生活にとって極めて重要な社会基盤であり、その改正を行う場合は、国民の理解・支持を得ながら進めていく必要がある。

法制審議会民法（債権関係）部会は、平成25年2月を目途に民法（債権法）改正のための中間試案を公表する見込みであり、民法（債権法）改正についての本格的な議論はこれからである。

不動産市場に関係する各方面の主体は、消費者保護や適正かつ円滑な宅地建物取引を旨として、法制審議会等での議論の動向に適切に対処していく必要があると考える。

【注】

[1]「2 現行民法典の沿革」の記述全体について、次の文献を参考とした。

- ・末川博他編集「民法学辞典 上・下 増補版」（有斐閣，昭和43年（1968年）2月1日）
- ・竹内昭夫・松尾浩也・塩野宏他編「新法律学辞典第三版」（有斐閣，平成元年（1989年）10

月30日）

- ・谷口知平・石田喜久夫編集「新版注釈民法（1）改訂版」（有斐閣，平成10年（1998年）10月30日）
- ・広中俊雄・星野英一編「民法典の百年Ⅰ」（有斐閣，平成14年（2002年）11月30日）
- ・金子宏・新堂幸司・平井宣雄他編「法律学小辞典」第4版補訂版（有斐閣，平成20年（2008年）10月20日）
- ・内田貴「民法改正」（ちくま新書，平成23年（2011年）10月10日）
- ・大村敦志「民法改正を考える」（岩波新書，平成23年（2011年）10月20日）

[2] 杉山直治郎編集「富井政章先生追悼集」（信山社，日本立法資料全集別巻558，平成21年（2009年）6月）。引用に当たり、平仮名化及び句読点の補足を行っている。

[3] 穂積陳重「法典論」（哲学書院，明治23年（1890年）3月）。引用に当たり、文中の見出し及び句点を補足している。

[4] 旧民法財産篇総則には、「第一条 財産は各人又は公私の法人の資産を組成する権利なり。此権利に二種あり。物権及び人権是なり。」「第三条 人権即ち債権は定まりたる人に対し法律の認むる原因に由りて其負担する作為又は不作為の義務を尽さしむる為め行はるるものにして亦主たる有り従たる有り。従たる人権は債権の担保を為す保証及び連帯の如し。」といった規定が設けられていた。

[5] 民法典の起草者の一人である梅謙次郎が著した「民法要義 卷之三 債権編〔訂正増補第33版〕」（有斐閣書房，1912）は、第3編債権において、「債権は一にこれを人権（Droit personnel, Personliches Recht）といえり。これけだし物権にして言えるものにして物権は直接に物に付いて之を行うことを得るといへども債権は常に人に対して之を行うものにしてたとい間接には物をもってその目的とする場合といへども債権者は直接にその物の上にその権利を行うことを得ず、必ず債権者の行為を要するをもって之を人権といえるなり。然れども人権なる文字は「各人天賦の権利」の

意義にも之を用い日本人の従来の慣例にみて債権と同一の意義に之を用うことを極めて穏当ならざるが故に新民法においては常に債権なる文字を用い敢えて人権なる文字を用いず。然れどもその意義においては旧民法にいわゆる人権と少しも異なるところなきなり。」と述べている。

[6] 法制審議会民法（債権関係）部会第1回会議議事録 p. 6 参照。

[7] NBL 126号「債権法改正の基本方針」（商事法務，2009年5月）、「詳解・債権法改正の基本方針（全5巻）」（商事法務，2009年9月）等参照。

[8] 判例タイムズ1281号（判例タイムズ社，2009年1月）、法律時報増刊「民法改正国民・法曹・学会有志案」（日本評論社，2009年11月）参照。

[9] 「民法（債権関係）改正の中間的な論点整理」（平成23年4月12日決定）については、法制審議会民法改正（債権関係）部会ホームページにおいて公開されている。なお、本稿における引用に際しては、平成23年6月3日に追記された正誤表を反映させた補訂版によっている。
<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900074.html>

[10] これら団体の意見内容は、同部会第28回会議（平成23年6月21日開催）及び第29回会議（平成23年6月28日開催）の会議録に掲載されている。

[第28回会議（平成23年6月21日）]

- ・全国宅地建物取引業協会連合会
<http://web.moj.go.jp/content/000076164.pdf>
<http://web.moj.go.jp/content/000076165.pdf>
<http://web.moj.go.jp/content/000076166.pdf>
- ・全日本不動産協会
<http://web.moj.go.jp/content/000076167.pdf>
- ・不動産協会
<http://web.moj.go.jp/content/000076168.pdf>

- ・不動産流通経営協会
<http://web.moj.go.jp/content/000076169.pdf>
- ・議事録
<http://web.moj.go.jp/content/000077822.txt>
[第29回会議（平成23年6月28日）]
- ・日本賃貸住宅管理協会
<http://web.moj.go.jp/content/000076489.pdf>
- ・日本弁護士連合会（消費者問題対策委員会）
<http://web.moj.go.jp/content/000076490.pdf>
<http://web.moj.go.jp/content/000076491.pdf>
<http://web.moj.go.jp/content/000076492.pdf>
- ・議事録
<http://web.moj.go.jp/content/000077824.txt>

[11] 平成23年12月24日閣議決定「日本再生の基本戦略～危機の克服とフロンティアへの挑戦～」p. 8〔4.新成長戦略の実行加速と強化・再設計，（1）更なる成長力強化のための取組（経済のフロンティアの開拓），①経済連携の推進と世界の成長力の取り込み〕参照。
<http://www.npu.go.jp/policy/pdf/20111226/20111224.pdf>

[12] 平成24年7月31日閣議決定「日本再生戦略～フロンティアを拓き、「共創の国」へ～」p.105〔別表「日本再生に向けた改革工程表」，（1）V経済連携の推進と世界の成長力の取り込み～アジア太平洋経済戦略～，9.カネの流れ倍增，（3）円高メリットの活用等〕参照。
<http://www.npu.go.jp/saisei/images/pdf/RightNaviHonbun.pdf>

[13] 不動産実務関係者の意見については、法制審議会民法改正（債権関係）部会第28回会議（平成23年6月21日開催）及び第29回会議（平成23年6月28日開催）における全国宅地建物取引業協会連合会、全日本不動産協会、不動産協会、不動産流通経営協会及び日本賃貸住宅管理協会の意見を基本にしている。

ただし、「第62 消費者・事業者に関する規定」関係についてのみ、趣旨明確化のため、「民法改正の動向と宅地建物取引のあり方に関する調査研究報告書（全国宅地建物取引業協会連合会・民法改正動向と宅地建物取引のあり方に関する研究会（座長：松尾弘慶應義塾

大学大学院法務研究科教授), 平成24年3月)」
によって補足している。

[http://www.zentakku.or.jp/public/
researchreport/index.html](http://www.zentakku.or.jp/public/researchreport/index.html)

また、日弁連（消費者問題対策委員会）の
意見については、法制審議会民法改正（債権
関係）部会第29回会議（平成23年6月28日開催）
における日本弁護士連合会（消費者問題対策
委員会）の意見を基本としている。

（了）