

契約としての賃貸借

—「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」 の立体的理解を求めて（1）¹

橋 口 祐 介

I. はじめに

1. 事前検討の必要性

民事基本法典である民法のうち、契約に関する規定を中心とした改正の検討作業が、法制審議会民法（債権関係）部会において進められている²。法制審部会において検討の対象とされている範囲は広範であり、その内容も多岐に亘る。このような本改正の規模、および検討対象である諸規定の市民社会における位置づけを前提とすれば、改正債権法が市民社会において実際に適用されることとなった場合、それが市民社会に与える影響は、たとえその内容がいかなるものであったとしても、多大であることは論を俟たない。それゆえ、改正債権法の成立・施行後に妥当する規範の充分な

1 本稿は2014年12月13日に開催された第60回新潟大学民事法研究会「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案—その各論的検討」における報告を基礎としている。当日、数多くのご教示をいただいた研究者、実務家の先生方—とりわけ、共同報告者であった香川崇富山大学教授にはここに記して御礼を申し上げる。

2 要綱仮案成立までの法制審部会におけるこの間の経緯を簡潔にまとめるものとして、筒井健夫「霞が関インフォ／法務省『民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案』の決定」ジュリスト1474号78頁（2014年）。

検討—「改正債権法の総点検」とでも言うべき一大プロジェクトが強く求められる点に疑問の余地はない。

法制審部会は、2014年8月26日に開催されたその第96回会議において、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」（以下、本稿において「要綱仮案」という）の決定を行った^{3・4}。この決定の対象は「仮案」と命名されているが、これはその後の条文案の作成、経過措置、関係法律の整備等の検討が想定されていることに起因したものであり、逆に言えば、この要綱仮案の段階で実質的な見直しの内容は固められたとされる^{5・6}。「改正債権法

-
- 3 法務省 Website: <http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900227.html>。要綱仮案全体の概要を示すものとして、潮見佳男『民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の概要』（きんざい・2014年）、山野日章夫「民法（債権関係）改正のビューポイント（1～4・未完）」NBL1038号8頁、1039号72頁、1040号68頁（以上、2014年）、1041号58頁（2015年）などがあり、要綱仮案に示された個別規定の内容を具体的に検討するものとして、法律時報1079号4頁以下（2014年）の特集「債権法改正を論ずる—要綱仮案の決定を受けて」の諸論稿、三上徹「債権法研究会報告 消費貸借」金融法務事情2008号24頁（2014年）などがある。
 - 4 法制審部会の第1ステージ、第2ステージにおいて「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」が取りまとめられているが、本稿では前者を「中間論点整理」、後者を「中間試案」という。商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務・2011年）、商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務・2013年）。
 - 5 筒井・前掲注（2）79頁、筒井健夫・村松秀樹「債権法改正の動向」NBL1041号18頁（2015年）。なお、「定型約款」については同決定の留保対象であり、以降の法制審部会の会議において改めて審議されることが予定されている。
 - 6 もっとも、要綱仮案決定後の法制審部会第97回会議で示された【部会資料84-1】および【部会資料84-3】を見れば、要綱仮案の段階から表現面のみならず、実質的内容面でも変更が加えられているように見受けられる規定が複数存在する。たとえば、本稿が対象とする賃貸借に限って見れば、減収による賃料の減額請求を規律する民法609条がこれに当たる。第94回会議において農林水産省の松下関係官から同条を維持する旨の意見が出され

の総点検」プロジェクトの出発点は、もちろん、その表現面や経過措置の在り方など細部に至るまで確定した段階で行われることがヨリ望ましい。しかし同プロジェクトの基礎資料として参照されるべき法制審部会の資料や議事録は極めて大部であることから、そのような段階において綿密な検討を行う基礎作業として、改正後の状況を見据えた検討をその実質的内容が確定した段階で進めることは、決して拙速と批判されるべきものではなく、十二分に正当化されるものであろう⁷。

2. 賃貸借を検討する意義とその方法

本稿はそのような「改正債権法の総点検」プロジェクトの一翼を担うべく、要綱仮案のうち賃貸借の規律につき検討を行う。要綱仮案の多岐に亘

たところ、潮見幹事、山野日幹事から否定的な意見が出され、要綱仮案でも同条は削除されることとなった（第94回会議議事録6頁、要綱仮案「第33-9. 減収による賃料の減額請求等（民法609条・610条関係）」）。にもかかわらず【部会資料84-3】16頁によれば、「関係省庁から、農地法第2条第1項に規定する農地及び採草放牧地の賃借人を保護する観点から、これらの土地については民法第609条等の規律は存置する必要があるとの指摘があったことを踏まえ、この規律の適用対象を必要な範囲に狭め、その限度で存続させることとしている」とされている。こうした経緯を踏まえれば、最終的に改正債権法の表現およびその内容が確定した段階で、要綱仮案との偏差を慎重に見極める作業が必要となることはもちろんである。先立つ中間試案と要綱仮案との比較については、松岡久和教授がwebsiteで提供している対照一覧表「民法改正案の概要—中間試案から要綱仮案へ」（2014年9月26日版）（<http://www.matsuoka.law.kyoto-u.ac.jp/research/ReformDraftofJapaneseCivilLaw20140926.pdf>）が参考になる。奥田昌道・松岡久和「[[インタビュー] 債権関係規定の見直し—要綱仮案を読んで」法律時報1079号4頁（2014年）も参照。

- 7 立法提案がなされた時点ではなく、それ以前の要綱仮案の段階から研究の必要性を指摘するものとして、田原睦夫「債権法研究会報告—連載開始にあたって」金融法務事情2008号24頁（2014年）。

る改正項目のうち、なぜ本稿がその対象を賃貸借とするのかについては、本稿が採用する分析視角と密接な関係がある。そのため、まずは本稿が採用する分析視角について説明する。

民法における賃貸借の規律の改正を検討の対象とする際、その分析視角は何よりも重要である。というのは、広い意味で今日の我が国の賃貸借法制が置かれている位相を考えた場合、想定されるべき重要な課題がすぐさまいくつも立ち現れてくるからである—重複を恐れず、また極めて限定的ながら列挙すれば、日本の社会情勢の変化に伴う賃貸借法制・賃貸借法学の変遷との関連で改正賃貸借法の位相を探る視角⁸、民法において賃貸借を原理レベルでどのように取り扱うべきかという課題⁹、法制史的検討¹⁰や比

8 日本の借地・借家法制の歴史的展開については佐藤岩夫「日本民法の展開（2）特別法の生成—借地・借家法」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅰ』231頁（有斐閣・1998年）や内田勝一「借地借家法制の沿革」稲葉威雄・内田勝一ほか編『新借地借家法講座第1巻 総論・借地編1』4頁（日本評論社・1998年）など、戦後の各時代区分における賃貸借法学の課題とその変遷については瀬川信久「不動産の賃貸借—その現代的課題（1）」松尾弘＝山野日章夫編『不動産賃貸借の課題と展望』1頁（商事法務・2012年）を参照。

9 我が国においては、たとえば借家における居住利益・生活利益を想定した場合に、そのような利益・権利を市民法秩序との関係で、それと対抗する「社会的権利」と捉えるのか、あるいは「人格的自由権」として市民社会そのものに内在する利益と捉えるのが議論され（岡本詔治「『居住権』の再構成」松尾宏興ほか『借地借家法の新展開』[信人社・2004年]参照）、論者により古典的所有権論の射程および限界の観点に基づく検討の必要性が強調される（吉田・後掲注 [12] 参照）。後掲・注（11）も参照。

10 この観点の重要性は、広くローマにおける *locatio conductio rei* を参照点として近時の賃貸借法の改正を批判的に考察する木庭顕『『債権法改正の基本方針』に対するロマニスト・レビュー、速報版』同『現代日本法へのカタバシス』111頁、とりわけ134頁（羽鳥書店・2011年）が鮮やかに描き出す。木庭教授による *locatio conductio rei* の理解については、同『法存立の歴史的基盤』1053頁（東京大学出版会・2009年）、同『ローマ法案内—現代の法律家のために』179頁（羽鳥書店・2010年）などに見られるが、その叙述の多くにおいて今日の我が国の民法学が共有する賃貸借の法的構成との偏差

較法的検討¹¹、そしてまた現代的な住環境問題にいかに対処すべきか¹²、などである。いずれの視角も相互に関連し合い、多層的であり、そしてまた複雑でありながら、絡み合った糸を解きほぐすような慎重な検討が要請される。このような多層的な視角、課題あるいは問題群を意識しつつも、本稿は、法制審部会の議事録やそこで提示された資料を素材として、改正債権法の賃貸借に関する各規定の具体的内容やその正当化について、法制審部会においてどのような議論が存在し、そしてまたどのような想定が部会委員、幹事、および関係官において共有されていたのかを一定の観点から素描し、その内在的理解の具体化・明示化をその任とする。それはひとえに本稿執筆者の能力的限界にもよるが、このような作業は他の視角による分析、あるいは課題に取り組むうえで欠くべからざる共通の作業になるで

とその問題性が多分に意識されている。

- 11 少なくとも資料として法制審部会において参照された賃貸借関連の規定は、ドイツおよびフランスにおける「転賃借の効果」に関連するものに限定されている。法務省民事局参事官室（参与室）編『民法（債権関係）改正に関する比較法資料』236頁（商事法務・2014年）。近時、ドイツでは民法典における賃貸借規定の改正が行われているが、そこでは一定の規範的な目的—「弱者保護」や「環境保護」—に照らした改正がなされており、潮見佳男「ドイツ民法の現代化と日本民法解釈学」同『債務不履行の救済法理』403頁、とりわけ413頁（信山社・2010年）は、民法典の中に異質な原理・価値に裏付けられた規律群が混在することの意味を憲法秩序と私法秩序との関係を視野に入れた形で検討する必要性を説く。近時のドイツにおける賃貸借法の改正動向を紹介するものとして、藤井俊二「ドイツにおける賃貸借法改正概要」龍谷法学34巻4号473頁（2002年）、太田昌志「ドイツにおける新賃貸借法の導入と環境保護に対する配慮」千葉商大論集51巻2号75頁（2014年）。
- 12 吉田邦彦『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』（有斐閣・2006年）は、老朽化マンションや被災マンションの建替問題、ホームレスの不法占有・強制退去問題、高齢者・女性・在日外国人の居住差別など現代的な諸問題に対応するには従来の民法学が規定する借地借家法学では狭く、より広く「居住問題」としての検討が求められるとする。同『居住福祉法学の構想』（東信堂・2006年）も参照。

あろうと考えるからである¹³。

もっとも問題は、そこにいる「一定の観点」とは何であり、「内在的理解」とは何を指すのか、という点である。素材を法制審部会の議事録および資料として、その議論動向を素描する、そして改正債権法の賃貸借にかかる規律の内在的理解を図るといっても、その課題においてすらなお多様な観点を想定しうる¹⁴。ここにおいて本稿が採用するのは、法制審部会において各規定の改正の在り方が検討される場面において、その規定が契約に関する他の規定、とりわけ契約総論や債権総論など契約の一般法理との関係がどの程度考慮され、そしてまたどのように把握されていたのか、との観点である。言い換えれば、賃貸借の「契約」としての特性に着目し、「契約」に関連する諸制度が典型契約類型としての賃貸借においてどのように協働し、またある規定に一般論には解消されない独自性が想定されているとすれば、それはどのような特殊性に着目するゆえか、を確定する試みであ

13 同時に、少なくとも賃貸借に関する法制審部会の議事録を読む限りにおいて、既述のような今日の広義の賃貸借法の刷新において必要とされる問題意識が取り上げられることが限定的であることも挙げられる。このような傾向は、明示的に述べられることは少ないが、本改正の対象はあくまで民法の規定についてであり、借地借家法はその対象ではない、少なくとも必要に応じて参照するに限る、という自己規定に起因するものと考えられる。内田貴『民法改正のいま 中間試案ガイド』162頁（商事法務・2013年）。この自己規定は先行する民法（債権法）改正検討委員会においても見られるが、その自己規定ゆえに論者から賃貸借における改正の方向性が不明確であると批判される。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 各種の契約（1）』231頁（商事法務・2010年）、木庭・前掲注（10）「ロマニスト・レビュー」134頁。

14 要綱仮案決定後の部会幹事・委員の発言において、審議会の構成やその在り方に検討の余地があるのではないかと指摘が複数なされている。奥田＝松岡・前掲注（6）9頁、鎌田薫・中井康之・道垣内弘人「対談 民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の公表」ジュリスト92頁（2014年）。それゆえ、法制審部会の議事録を読み解くにあたり、部会幹事・委員の出自やその推薦団体に着目するとの視角もありうるどころである。

る¹⁵。その意味で、一方で本稿は、賃貸借に関する規定ですらそのすべてを検討の対象とするわけではない。契約の一般法理との連関において検討された規定にその対象が限定されるからである。他方でそれゆえに本稿の主眼は、賃貸借それ自体に存在するのではなく、むしろ改正債権法における契約の一般法理にこそある。

本改正をめぐるのは、契約を基礎とする債務の不履行に関する諸問題—損害賠償請求権の免責の正当化及びその判断構造、賠償範囲の確定法理、履行請求権の具体化やその限界のあり方、解除制度の救済法における位相やその要件、そして危険負担制度との関係性など—にまつわる議論が注目を集めてきた¹⁶。そしてこのような議論は主として売買契約を想定して展開され、それゆえ債務不履行の救済法理についての一般法理が個別典型契約類型においてどのように具体化されているのかの試金石も、その多くが売買契約の規律に求められている¹⁷。このような状況を前提としたときには、売買以外の契約類型において契約の一般法理がどのように波及してきているのかの測定も重要であり、またすでに数多く検討されている一般法理以外にも、本改正において重要となる法理があるのではないかと、この検討も必要となろう。その意味で、本稿の作業は賃貸借の改正内容を検討す

15 2011年に日本私法学会で開催されたシンポジウム「不動産賃貸借の現代的課題」では、「現代的課題」との名称でありながら、なお私法の中核的概念—「契約」、「財産権」、「人」との関連性において賃貸借契約を学理的に考究することの重要性が山野日章夫教授により示されている。山野日章夫「不動産の賃貸借—その現代的課題（2）」松尾弘＝山野日章夫編『不動産賃貸借の課題と展望』19頁（商事法務・2012年）、シンポジウム「不動産賃貸借の現代的課題」[山野日章夫]私法75号52頁（2013年）。

16 これらの規定に関する中間試案段階での本稿執筆者の見解につき、橋口祐介「『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』に対する法務省民事局参事官室への意見」法政理論46巻2号115頁（2014年）。

17 たとえば、要綱仮案の決定を受けた法律時報・前掲注（3）の特集においても、「債務不履行」、「契約の解除」、「危険負担」が取り上げられるとともに、典型契約各論において取り上げられる契約類型は「売買」に限られる。

ることで、改正債権法の内容を多面的に理解することを可能とする前提作業を行おうとするものであり、以上が本稿における検討の対象として賃貸借を採用する所以である。

3. 検討の順序

本稿では改正債権法における賃貸借を検討するに際し、以上のような問題関心から、要綱仮案における規定の順序を踏襲して検討するのではなく、一定の体系的関心に沿った検討を行う。具体的には、まず第一に賃貸借の類型性について、ついで第二に賃貸借の継続性について、第三に当事者の地位について、そして最後に第三者との関係について検討を行う。

II. 賃貸借という類型

1990年代後半からの我が国における典型契約論の進展¹⁸を通底音として、本改正でも民法典における典型契約が如何にあるべきかが検討の遡上に上げられている¹⁹。法制審部会の当初、中間論点整理の段階においては、一方で一定の個別契約類型を包摂するような中二階の規定—役務提供型契

18 代表的なものとして、大村敦志『典型契約と性質決定 契約法研究Ⅱ』（有斐閣・1997年）、山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」山本敬三・大村敦志ほか『債権法改正の課題と方向 別冊NBL51号』4頁（商事法務研究会・1998年）、石川博康『「契約の本性」の法理論』（有斐閣・2010年）など。

19 典型契約論との関係で債権法改正を論ずるものとして、吉田克己「典型契約の見直しは必要か」椿寿夫ほか編『民法改正を考える（法律時報増刊）』291頁（日本評論社・2008年）、小粥太郎「典型契約の枠組み」法律時報86巻1号45頁（2014年）。

約の受け皿規定²⁰や継続的契約²¹の創設の要否およびその具体的な内容が検討され、他方で個別契約類型においても、既存の契約類型のうち終身定期金契約の削除の是非が問われ²²、既存の13の契約類型に付加すべき新種の契約類型の有無が問われる²³など、その他様々な観点から現行の典型契約類型をめぐる諸規定あるいは体系の変更が検討の対象とされた。

法制審部会においてこうした契約の類型性をめぐる検討が進展する中で、「賃貸借」という契約類型はどのように捉えられていたのか—もちろん、ある契約類型において民法典がその類型性をどのように捉えているのかという評価は、民法典が当該契約類型に用意した個別規定群の分析を以ってはじめて可能となるのであり、ヨリ包括的な分析は次章以降の検討を待たなければならない。本章は、そのよう検討に先立って、要綱仮案における賃貸借の冒頭規定を中心に、個別規定の分析では必ずしもすくいだせない点、あるいは個別規定を分析するに際して前提となるべき事項につき検討を行う。具体的には、賃貸借契約の対象、および賃貸借契約の当事者を取り上げる。

1. 賃貸借契約の対象

(1) 賃借人の目的物返還債務の新設

要綱仮案における賃貸借契約の冒頭規定「第33-1. 賃貸借の成立（民法601条関係）」の変更点は、賃貸借を成立させるための合意として約することが必要な事項として、現行の民法601条に「引渡しを受けた物を契約が終了したときに返還すること」を付加するというものである。第68

20 「第50 準委任に代わる役務提供型契約の受け皿規定」中間論点整理・前掲注(4) 420頁。

21 「第60 継続的契約」中間論点整理・前掲注(4) 486頁。

22 「第54 終身定期金」中間論点整理・前掲注(4) 461頁。

23 「第56 新種の契約」中間論点整理・前掲注(4) 467頁。

回会議の部会資料に登場した²⁴このような変更案は、第79回会議の部会資料によれば²⁵、賃借人の目的物返還債務は基本的な債務であって質貸借を特徴づけている重要な要素であるところ、現在は民法616条が民法597条1項を準用することにより同債務を非明示的に²⁶規定しているにすぎず、同様の特徴を有する消費貸借や使用貸借は冒頭規定において借主が返還債務を負う旨を明示している（民法587条、民法593条）ことから、質貸借もその冒頭規定において賃借人が目的物返還債務を負う旨規定する必要があることに基づくとされる。このような変更をめぐる部会資料の説明については、次の二点において注意が必要である。

（ア）冒頭規定との関係

まず第一に確認されるべき点は、賃借人の目的物返還債務と冒頭規定との関係についてである。質貸借の冒頭規定の変更が主要な案として提示されたのは第68回会議の部会資料においてであり、それ以前において賃借人の目的物返還債務の明示化が具体的に検討されたのは、主として質貸借契約終了時の原状回復をめぐる領域においてである²⁷。そこでは、契約終了時の賃借人の取去義務や原状回復義務との関係で目的物返還債務が議論

24 【部会資料57】8頁。なお、「関連論点」としては初期の部会資料にも登場している。【部会資料16-2】34頁。

25 【部会資料69A】41頁。

26 ここで「必ずしも明示的に規定されていない」（【部会資料69A】41頁）とされるのは、現行民法597条1項が「契約に定めた時期に」と規定しているに過ぎず、その他の事由により契約が終了した場合の借主の返還義務を指示する規定が厳密には存在しないためである。民法（債権法）改正検討委員会・前掲注（13）233頁参照。

27 たとえば第55回会議の資料である【部会資料45】39頁も、「10 質貸借契約の終了時の原状回復等」において、「質貸借契約の終了に関する規律として、取去義務や原状回復義務などと並んで目的物返還義務の規定を設けるということも一応考えられる」とする。

されていたのであり、同債務を冒頭規定に定め、賃貸借成立のための合意の対象とすることの意味まで明確に意識されていたわけではない。

もとより本改正においては、典型契約の冒頭規定の在り方につき、現在の効力発生要件を定める規定方式から各契約類型の定義を定める方式へと変更する方向で検討が進められていた。そこでは、一方で契約の効力を基礎づける根拠が民法においていかにあるべきか、典型契約・非典型契約の両者において統一的に根拠づけがなされるためにも冒頭規定は定義方式に改められるべきではないかとの意見が出され²⁸、他方で契約の成立の在り方について冒頭規定との関係性が議論の対象となっていた²⁹。しかし最終的には、条文の書き方そのものにかかわるとして改正の対象から外された³⁰。そして賃借人の目的物返還債務についても、それを冒頭規定に規律した場合には、同債務の性質およびその発生根拠に一定の影響がありうるが³¹、その点を意識した検討がこの冒頭規定の変更をめぐる議論において明確になされたわけではない³²。それゆえ賃借人の目的物返還債務、ある

28 第16回会議議事録4頁〔山本敬三幹事発言〕。冒頭規定と契約の効力の関係については、大村・前掲注（8）39頁、山本敬三『民法講義Ⅳ-1 契約』21頁（有斐閣・2005年）、石川博康「典型契約冒頭規定と要件事実論」大塚直・後藤卷則・山野目章夫編『要件事実論と民法学との対話』122頁（商事法務・2005年）などを参照。

29 第52回会議議事録1頁以下。

30 【部会資料56】38頁、第67回会議議事録61頁〔山本敬三幹事、筒井幹事発言〕。法制審部会における議論の在り方と条文化との関係について、奥田＝松岡・前掲注（6）8頁も参照。

31 たとえば民法（債権法）改正検討委員会による提案も賃貸借の冒頭規定に目的物の返還債務を明示的に規定すべきであるとするが、その解説において、このことが同債務の根拠に関する従来からの論争—主として契約成立説と契約終了説との対立に影響があることが意識されている。民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注（13）232頁。賃貸借の成立要件と目的物返還請求権との関係については、たとえば、滝沢昌彦「不動産の賃貸借を要件事実論で考える」大塚＝後藤＝山野目編・前掲注（28）332頁など参照。

32 【部会資料16-2】34頁においては「賃貸借と使用貸借の規定の順序や、

いは広く契約終了時の賃借人の義務については、このような冒頭規定との関係を含めてより綿密な検討がなされるべきであろう。

（イ）使用貸借規定の準用

確認されるべき第二は、使用貸借契約との関係についてである。既述のとおり賃借人の目的物返還債務を明確化するに際し部会資料の説明は、民法616条による民法597条1項の準用を取り上げ、そしてまた「同様の特徴を有する」使用貸借契約を参照するが、このような説明の前提として、民法597条1項を含めた賃貸借における使用貸借規定の準用の在り方、あるいは使用貸借契約と賃貸借契約との関係性はどのように考えられているのかが問題となる。たとえば民法（債権法）改正検討委員会による提案においては、体系的に大きな変更が企図されていた。すなわち、民法典における典型契約については、現代社会において果たされている機能の大きさから有償契約を無償契約より前に配列すべきであるとし、そこから賃貸借を使用貸借より先に規律されるべき類型としたうえで³³、賃貸借の規定を使用貸借に準用する立場を採り³⁴、準用するに値する規定の選別がなされていた³⁵。

冒頭規定の在り方…とも関連する問題である」とされ、それを受けた第15回会議においても亀井関係官から「贈与のところで取り上げている冒頭規定の在り方という関連論点がまだ審議未了ですが、いずれにしても賃貸借という契約の性質を明らかにするという趣旨で、目的物の返還義務を明示すべきではないかとの提案がありますので、ご意見をいただけたらと思います」と述べられているが、その後の法制審部会でこの点については主要な論点を形成していない。第15回会議議事録29頁。

33 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注（13）3頁。契約の類型性の把握の方法としてこのような構想を強く批判するものとして、木庭・前掲注（10）「ロマンスト・レビュー」134頁。

34 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注（13）231頁。

35 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注（13）355頁。

法制審部会においても、「規定の配置」をめぐる議論の一環として典型契約の配列を見直す点が検討の対象とされた。第20回会議、第61回会議においては、賃貸借と使用貸借との関係を念頭に置いたうえで、有償契約を無償契約より先に配列するべきであるとの意見が出され³⁶、これに賛意を示す意見も複数存在していた³⁷。しかし中間試案後の第72回会議においては、補充的な検討として「規定の配置」が取り上げられるも、そこで検討の対象とされたのは債権総則と契約総則との関係、新設規定の配置、「債権の目的」の節に置かれた規定の配置の在り方についてであり、部会資料を見る限り典型契約の配列を見直す点は取り上げられなかった³⁸。それゆえ賃貸借における使用貸借規定の準用についても、民法（債権法）改正検討委員会のような観点からの検討は行われておらず、個別の論点について準用が問題となる場合に限り、その在り方が検討されたにとどまる³⁹。要綱仮案段階においても準用の点についてどのような判断がなされるのかについて明確な叙述がなされていない以上、その条文構成が明らかとなった

36 第20回会議議事録52頁〔山本敬三幹事発言〕、第61回会議議事録18頁〔大村幹事発言〕。

37 第20回会議議事録55頁〔中井委員発言〕、第61回会議議事録19頁〔佐成委員発言〕。ただし、契約類型をめぐる議論の難しさ、まさに賃貸借契約の位置づけめぐってより慎重な検討を求める意見も出ていた点は、賃借物の一部滅失等による賃料債務の減額等めぐる議論を踏まえたときには、決して看過されるべきではない。第20回会議議事録53頁、第61回会議議事録19頁〔いずれも中田委員発言〕。

38 【部会資料61】1頁。

39 民法597条1項の準用という点に限れば、第56回会議において返還時期と終了時期との関係について、そして第94回会議において期間の定めのない賃貸借の契約終了の規律方法について議論されている。第56回会議議事録9頁〔松本委員発言〕、第94回会議議事録21頁〔中田委員、住田関係官発言〕。準用に限らず、賃貸借と使用貸借との比較で個別の論点につき議論がなされているものとしては、契約終了時の原状回復の範囲に関するデフォルト・ルールとして通常損耗が除外されるか否かという問題がある。第71回会議議事録35頁。

段階で、再度この点につき検討がなされるべきであろう⁴⁰。

（2）「ある物」

賃貸借契約において使用・収益の対象とされる目的物について、要綱仮案の冒頭規定では「ある物」とされ、現行からの変更はない。もっとも、広く賃貸借の類型性という観点からは、賃貸借の目的物につき大きく二つの点が検討の対象とされた。一つは物の性質に応じた体系的整理の可能性であり、もう一つは物以外の賃貸借の可能性、具体的にはライセンス契約の創設についてである。

（ア）「物」の体系的整理

賃貸借において適用されるべき準則は目的物の性質に応じて変わりうることから、法制審部会においても、早くから目的物の性質に応じた規定整備の必要性、たとえば①不動産・動産に共通する規定、②不動産に固有の規定、③動産に固有の規定のような分類、さらには、不動産についても借地や農地に分類する方法、などが部会委員・幹事から提案された⁴¹。もっとも、このような全体的な規定整備は見直し後の賃貸借の規定内容が固まってから議論する必要があるためか⁴²、その後法制審部会において正面

40 要綱仮案以後となるが、第97回会議の部会資料として示された「検討中の改正条文案と要綱仮案との対照表」においては、使用貸借の規定を準用する民法616条は「賃借人による使用及び収益」とのタイトルの下、民法594条1項のみを準用する規定に変更され、それ以外の使用貸借の規定の準用については、別途、独立した条文が民法622条において用意されている。【部会資料84-2】126頁、128頁。

41 第15回会議議事録31頁 [木村委員、鹿野幹事発言]、中間論点整理・前掲注（4）369頁。賃貸借法の改正による目的物の種類に応じた規定の整序を主張するものとして、内田勝一「賃貸借規定の全体的見直しは必要か」椿ほか編・前掲注（19）298頁。

42 【部会資料45】44頁。

から検討された形跡はなく、中間試案に至る前段階において改正対象から外された⁴³。

このような全体的な規定整備が行われなかったがゆえに、個別規定、とりわけ新設の規定については当該規定がどのような目的物を想定しているのが重要となり、そして検討課題となる。たとえば、要綱仮案において明示的にその対象を「不動産」と限定したのは、賃借人と第三者との関係に関連する「33-4. 不動産賃貸借の対抗力、賃借人たる地位の移転（民法605条関係）」、「33-5. 合意による賃貸人の地位の移転」、「33-6. 不動産賃貸借による妨害排除請求権等」であるが、その立案過程においては、「動産」賃貸借における第三者との規律の要否およびその内容が検討課題として提示されている⁴⁴。他方で対象を「不動産」に限定しない新設の規定として「33-7. 敷金」があるが、敷金は従来から主として不動産賃貸借を念頭にその準則が議論されてきていたことから、「動産」賃貸借における敷金をもその対象とするのが問題とされる⁴⁵。

（イ）ライセンス契約と賃貸借

「物」の体系的整備が検討されると同時に、使用・収益の対象とされる目的物について検討対象とされたのが、「物」以外の利用関係の規律についてである—具体的には、ライセンス契約の典型契約化が検討された⁴⁶。

43 【部会資料57】19頁。

44 中間論点整理・前掲注（4）359頁、【部会資料45】18頁。ただし、すでに中間試案の前段階において改正の対象から除外された。【部会資料57】18頁。

45 第79回会議議事録51頁〔岡委員、金関係官発言〕、同53頁〔中田委員発言〕。

46 本改正との関係でライセンス契約類型の新設を論ずるものとして、松田俊治「民法（債権法）改正作業の現状と、特許ライセンス契約等の実務への影響—ライセンス契約の典型契約化の論点を中心に—」Law and Technology 58号33頁。ライセンス契約と債権法改正との関係は、本稿が対象とする契

賃貸借と関連付けた方式でライセンス契約の典型契約化が部会資料において登場したのは、法制審部会の中盤、具体的には第59回会議の部会資料が初めてであるが⁴⁷、ライセンス契約自体はそれ以前から検討素材とされてきたため、全体的な文脈でその位置づけを探る必要がある。

（i）無償契約としてのライセンス契約

契約の類型的処理との関係でライセンス契約が法制審部会においてはじめて取り上げられたのは、無償契約の再編成をめぐる議論においてである⁴⁸。そして無償契約の再編成をめぐる議論は、贈与の定義あるいは適用範囲の問題に端を発する。初期の法制審部会において贈与契約の検討をするにあたり、その部会資料においては、現行の民法549条が用いる「財産」との表現を売買の規定と同様に「財産権」へ改めるべきではないかとの関連論点が提示されていた⁴⁹。これに対し、このような変更により贈与契約の適用範囲は明確となるが、この明確化により無償による用益物権の設定など、従来贈与として性質決定されてきた行為が贈与契約から除外される

約類型の新設に止まらず債権者代位権との関係など広く問題となるが、こうした点を法制審部会の関係官が著者の一人となって論ずるものとして、奈須野太・伊達智子「債権法改正と知的財産法（特許法におけるライセンス保護を中心に）」知財ぶりずむ2010年10月号66頁。

47 【部会資料48】22頁。松田・前掲注（46）35頁は、ライセンス契約の典型契約化が第59回会議の部会資料において初めて明確化されたことを踏まえ、「ライセンス契約を典型契約化しようという動きはなくなったように、外部からは見えていた」と述べる。

48 贈与の適用範囲をめぐる論点以外でもライセンス契約が持ち出される場合もあるが、例示にすぎず、主要な論点を形成しているとははいえない。第15回会議議事録41頁〔中井委員発言〕など。

49 【部会資料15-2】66頁。民法（債権法）改正検討委員会においても同様の立法提案がなされているが、その変更については解説において立法経緯を含めた詳細な検証がなされており、「関連論点」であるとはいえ、その理由付けが極めて簡素であることは対照的である。民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注（13）149頁。この点については、木庭・前掲注（10）「ロマニスト・レビュー」133頁も参照。

こととなり、そのような行為類型への対応が問われ、さらにその延長線上において、贈与契約を無償契約一般へ包括的に準用するのか、また無償契約一般において贈与類型と使用貸借類型との関係をどのように整序するのかが問われた⁵⁰。このような無償契約をめぐる類型的規律の在り方をめぐる検討において、具体的問題として持ち出されたのがライセンス契約である。今日の取引社会においては無償によるソフトウェアの提供が多数行われているところ、そのような無償のライセンス契約に贈与の規定が適用される可能性につき問題点が指摘された。一方で贈与契約において「市場における経済的取引」と親和的ではない規定⁵¹が設けられる場合に、それがライセンス契約に適用されるべきではない旨が主張され、他方で贈与と使用貸借との関係を視野に入れた場合に、ライセンス契約はいずれの類型に位置づけられるのかも問われた⁵²。

もっとも、贈与契約の適用範囲、そして無償契約への準用について展開が見られる。すなわち、中間論点整理後の法制審部会では同論点について否定的な意見が相次ぎ⁵³、ヨリ具体的な検討が委ねられた分科会においても贈与は無償契約の典型であることへの懐疑から批判が相次いだ⁵⁴。その結果、贈与契約の適用範囲の明確化、贈与契約の無償契約の準用のいずれ

50 第16回会議議事録7頁、16頁〔中田委員、野村委員、松本委員、大村幹事発言〕。【部会資料15-2】95頁も参照。

51 この段階では「背信行為・忘恩行為等を理由とする撤回・解除」規定の新設が検討されており、その適用の有無が検討の対象となっていた。【部会資料15-2】86頁。

52 奈須野関係官の発言を中心に、第16回会議議事録12頁以下を参照。その後の中間論点整理段階においても、「贈与の適用範囲に関しては、ソフトウェアの無償提供行為等も問題となるという意見もあった」旨の紹介がされる。中間論点整理・前掲注（4）339頁。

53 第53回会議議事録30頁、48頁。

54 第2分科会第5回会議議事録46頁〔潮見幹事、中井委員発言〕。

もが改正の対象から落ちることとなり⁵⁵、無償契約の再編成との関係でライセンス契約を議論する素地が失われた。

（ii）有償契約としてのライセンス契約

贈与契約、そして無償契約一般の再構成への否定的な動きを横目に、次いで有償契約としてのライセンス契約の典型契約化の検討が始まる。この動きは大きく二段階に分かれる。

まず第一段階として、第59回会議の部会資料において有償契約としてのライセンス契約が提示される⁵⁶。この提案の特徴は、ライセンス契約に「新種の契約」として独自の契約類型の位置づけを与える点にある。もともとこの提案はその内容として賃貸借の規定を性質に反しない限りでの準用を指示するものであるから、一方でこの契約類型は賃貸借の下位類型にすぎないのではないか、他方であくまで独自の契約類型であるとするのであれば固有の規定を新設するべきではないか、それが出来ないのであればそのような契約類型を典型契約として定める必要性はないのではないか、との疑問がすぐさま立ち現れる。

このような疑問に対して、前者については、ライセンス契約は無体財産を対象とするため「引渡し」や「返還」といった賃貸借に本質的な概念を用いることはできないため賃貸借の下位類型とすることは難しく、もとより準用のみで固有の契約類型を構成するスタイルはすでに現行民法でも交換（民法586条）において採られているとされる⁵⁷。後者については、新規の契約類型につき固有の規定を創設することは困難であり、にもかかわらずこのような契約類型を新設することにも、「契約の認知のための手掛か

55 無償契約への準用につき【部会資料57】4頁、「財産権」への変更につき【部会資料75A】34頁参照。なお後者については、部会資料の理由づけにつき否定的な評価がなされている。第84回会議議事録45頁〔山野日幹事、山本敬三幹事、潮見幹事発言〕。

56 【部会資料48】22頁。

57 【部会資料48】24頁。

りとなるカテゴリー」を提供する意味があるとされる。ライセンス契約は日本の経済社会において重要な実態を有する契約類型であり、それゆえに多数の裁判例が登場しているが、裁判上の紛争においては契約の性質決定が必要となり、その際には既存の典型契約との関係付けの作業が解釈上必須となる。このような作業を容易にするためには、既存の典型契約と関連付けた形にすぎなくとも固有の契約類型を定める意味があり、準用との形式もこの点では意味がある、というわけである⁵⁸。

このような構想に対しては、法制審部会において批判が多く、とりわけその焦点はライセンス契約の多様性に求められた。今日の経済社会において用いられるライセンス契約は、有償か無償かという点、そしてその目的たる知的財産権の性質に応じて多様なものが想定されるところ、そのうちの一部の場面に特化した形で典型契約の冒頭規定を置くことに問題はないのか、さらにそもそもライセンス契約の典型たるイメージが形成されているといえるのが指摘された⁵⁹。

このような指摘を受けた第二段階として、第68回会議の部会資料⁶⁰において、ライセンス契約を「新種の契約」として固有の契約類型とする案は放棄され、「賃貸借に類似する契約」として規定を新設することが提案された。具体的には、固有の契約類型としてではなく、賃貸借の節の中に、有償により知的財産権に係る知的財産を相手方が利用することを受忍する契約についてはその性質に反しない限りで賃貸借の規定を準用する旨指示

58 第59回会議議事録59頁〔内田委員発言〕。なお、同56頁〔大村幹事、三浦関係官発言〕も参照。一般に、法的認知とカテゴリとの関係については、山本敬三「民法における法的思考」田中成明編『現代理論法学入門』（法律文化社・1993年）、山本敬三「法的思考の構造と特質—自己理解の現況と課題」『現代法学の思想と方法』（岩波書店・1997年）、大村・前掲注（18）318頁などを参照。

59 第59回会議議事録51頁〔大島委員、三浦関係官発言〕、同54頁〔潮見幹事発言〕。

60 【部会資料57】17頁。

するということであり、少なくともその表現上は、ライセンス契約のうち一定の契約類型のみを規定し、一般的・典型的な契約類型を示さない方針に転換したように見受けられる⁶¹。しかし一定の類型に限られるとはいえ、ライセンス契約を賃貸借の下位類型とする点には批判も多く、賃貸借の規定を準用することに弊害が多いのではないかと、契約の目的物において有体物を前提としているか否かにおいて質的に決定的な違いがある以上、賃貸借の節に設けるべきではないのではないかと、との意見が出された⁶²。この案は中間試案においてなお維持されたが⁶³、パブリックコメントを受け本改正の検討対象から外された⁶⁴。ここにおいて、ライセンス契約は有償／無償契約の両方の領域において、改正の対象から外されたといえる。

ライセンス契約については民法（債権法）改正検討委員会においても検討の対象とされたが、独立した典型契約として民法典に規定することには消極的な見解が示されていた⁶⁵。その理由としては、多様なライセンス契約について統一的で有意な規律を設けることは困難であること、そして対象となる知的財産権に関する規定が民法典にないため、その規定の創設を検討する必要があるが、その作業は民法全体の問題としてなされる必要があり、契約各論に限定される問題ではないこと⁶⁶が挙げられていた。ライ

61 もっとも部会資料においては、「典型的なライセンス契約の要素を明文化する趣旨のものである」との説明も見受けられる。【部会資料57】18頁。

62 第68回会議議事録15頁〔山本敬三幹事、松本委員発言〕。

63 中間試案・前掲注（4）466頁。

64 【部会資料69A】65頁。その理由として、ライセンス契約については、その法的性質に確定的な考えがあるわけではない上、無償のクロスライセンス契約など多種多様な契約が存在し、それゆえ賃貸借の規定を準用すべきでない旨の反対意見が寄せられたことが挙げられている。

65 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注（13）10頁。

66 民法典における情報財の受容可能性につき、「物」概念、あるいは「財の法」の観点から検討する近時の研究成果として、水津太郎「民法体系と物概念」吉田克己・片山直也編『財の多様化と民法学』62頁（商事法務・2014年）、森田宏樹「財の無体化と財の法」同85頁がある。両研究は、基礎とす

センス契約をめぐる検討過程を概観したとき、こうした理由付けとの関連では、法制審部会においては主として前者との関係で検討が進められていたと評価できるが、その背景では、典型契約に関する一般理論—典型契約における有償／無償契約の位相、および社会的にその両面において大きな役割を果たす契約類型の規律、そして典型契約の果たすべき機能・役割などが問われていたといえる。

る比較法的アプローチがドイツ法とフランス法とで対照的でありながら、いずれも結論において情報財を一般法としての民法へ取り組むことに否定的な評価を下す。