

前稿に引き続き、本稿では、「契約及び取引上の社会通念」を取り上げる。

### 9. 契約及び取引上の社会通念

「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」や「契約及び取引上の社会通念に照らして」何らかの要件を判断するとの規定が、改正法案において散見される。以下に、該当条文を列記する。

改正法案
<p>(錯誤)</p> <p>第 95 条 意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであって、その錯誤が<u>法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは</u>、取り消すことができる。</p> <p>一 意思表示に対応する意思を欠く錯誤</p> <p>二 表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤</p> <p>2～4 (略)</p> <p>(特定物の引渡しの場合の注意義務)</p> <p>第 400 条 債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、<u>契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして</u>定まる善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない。</p> <p>(履行不能)</p> <p>第 412 条の 2 債務の履行が<u>契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして</u>不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない。</p> <p>2 (略)</p> <p>(債務不履行による損害賠償)</p> <p>第 415 条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が<u>契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして</u>債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。</p> <p>2 (略)</p> <p>(受領権者としての外観を有する者に対する弁済)</p> <p>第 478 条 受領権者(債権者及び法令の規定又は当事者の意思表示によって弁済を受領する権限を付与された第三者をいう。以下同じ。)以外の者であって<u>取引上の社会通念に照らして</u>受領権者としての外観を有するものに対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。</p> <p>(特定物の現状による引渡し)</p> <p>第 483 条 債権の目的が特定物の引渡しである場合において、<u>契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして</u>その引渡しをすべき時の品質を定めることができないときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない。</p> <p>(債権者による担保の喪失等)</p> <p>第 504 条 弁済をするについて正当な利益を有する者(以下この項において「代位権者」という。)がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位権者は、代位をするに当たって担保の喪失又は減少によって償還を受けることができなくなる限度において、その責任を免れる。その代位権者が物上保証人である場合において、その代位権者から担保の目的となっている財産を譲り受けた第三者及びその特定承継人についても、同様とする。</p> <p>2 前項の規定は、債権者が担保を喪失し、又は減少させたことについて<u>取引上の社会通念に照らして</u>合理的な理由があると認められるときは、適用しない。</p> <p>(催告による解除)</p>

第541条 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし、その期間を経過した時における債務の不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、この限りでない。

(定型約款の合意)

第548条の2 定型取引（ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なものをいう。以下同じ。）を行うことの合意（次条において「定型取引合意」という。）をした者は、次に掲げる場合には、定型約款（定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体をいう。以下同じ。）の個別の条項についても合意をしたものとみなす。

一 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。

二 定型約款を準備した者（以下「定型約款準備者」という。）があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき。

2 前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、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、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして第一条第二項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。

次に「契約及び取引上の社会通念」に係る質疑応答を引用する。なお、下線及びかつこ内は著者による。

12月2日

井出委員：（前略）民法改正の中で、「取引上の社会通念に照らして」、こういう言葉が随所に出てくるのですが、この「取引上の社会通念に照らして」、個別の条文についてはまた後ほど順次聞いていきますが、この言葉を今回この法律に盛り込む、また多用する、そこのあたりの意図を、まず民事局長から伺いたいと思います。

小川民事局長：御指摘ありましたように、改正法案におきましては、「取引上の社会通念に照らして」という言葉が、例えば善管注意義務を定めました四百条ですとか、履行不能を定めました四百十二条の二など、こういう場面では、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」などという形で、一定の法律要件などの存否についての判断の枠組みを示すために用いられております。

これは、現在の裁判実務において、ある法律要件などの存否を判断する際に、契約の性質などの、債権の発生原因となった契約に関する諸事情のほか、取引に関して形成された社会通念をも考慮していることを踏まえ、このような判断の枠組みを明らかにしたものでございます。全部で九カ条存在しておりますが、いずれも、抽象的な概念を用いた要件などの存否についての判断の枠組みを明確にする趣旨で規定されているものでございます。

井出委員：（前略）では、例えば四百十五条の債務不履行による損害賠償のところではいいますと、四百十五条の一で、その前段、「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。」。この後なんです、「ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び」、ここから「取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。」と。この条文を例にしますと、「契約その他の債務の発生原因」というところは、想像するに、当事者同士が契約をする、債務関係が発生する、ですから、契約をした目的とか契約の趣旨の部分のかなと思うんですが、その後の「及び」の後、私が取り上げている「取引上の社会通念」というものは、当事者間の契約の発生原因、契約の趣旨といったものよりは、簡単に言えば、取引の常識、常識的にはこうなんだよ、そういう意味合いのかなと受け

とめているのですが、それでよろしいのかどうか伺いたいと思います。

小川民事局長：社会通念という用語の意義自体は、一般的には、社会一般に受け入れられ通用する常識などと言われておりますので、御指摘がありましたように、取引上の社会の常識ということによろしいかというふうに考えております。

井出委員：（前略）まず、今お話をした四百十五条、債務不履行による損害賠償の部分でございます。これはもともと、現行の四百十五条は「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。」と。細かいところはちょっと、いろいろ説明し出すと切りがないんですが、私が先ほど読み上げた新しい方の法律も、ただし書きの前までは大体似たようなことが書いてあるんですね。ただしその債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らしても債務者の責めに帰すことができないときはこの限りではないと。

現行法と新法、ただし書きのついたものを読み比べますと、債務者が責任をとらなくていい、損害賠償をしなくていい、新たにそういうケースが、この条文だけ比較するとふえるのかな。現行法は、基本的には損害賠償を請求することができて、債務者に責任があるときはそうなんだよと書いてあるんですけども、今度は、ただし書きという形で、責任をとらなくてもいいケースを契約、債務の発生原因及び取引上の社会通念ということによって挙げられているんですが、これはやはりそういう、債務者が損害賠償しなくていいケースというものを新たに盛り込むということになるのかどうか、そこを確認したいと思います。

小川民事局長：条文の体裁自体は若干異なる部分はございます。例えば立証責任をひっくり返すような形で、これは確立した判例実務に従ったものですが、そういう条文の立て方にはしておりますが、基本的な内容は従来の判例と同様でございます。帰責事由そのものについても、現在の裁判実務においては、給付の内容や不履行の態様から一律に定まるのではなくて、個々の取引関係に即して、契約の性質、契約の目的、契約の締結に至る経緯などの、債務の発生原因となった契約などに関する諸事情を考慮して、あわせて取引に関して形成された社会通念をも勘案して判断されているということございまして、書かれている条文の書き方は異なるものの、実質は、あるいは運用としても、変わるところはないというふうに考えております。

井出委員：（前略）お配りをしている資料、出典は「図解による民法のしくみ」、神田さんという方が書かれている本。その真ん中の表と申しますかエクセルと申しますか、その部分を見ていただきたいんですが、「債務不履行には、以下の三つの類型がある」と。「履行遅滞」、「履行不能」、「不完全履行」。ここも議論はあるんですが、とりあえずそこはきょうはおいておきまして、その要件の中に、私がちょっとピンクの印をつけているんですが、その三つの類型があっても三つとも、やはり、「債務者に責任があること」をまず要件としている。ここは、この間、参考人でいらっしゃった加藤先生が、損害賠償は過失責任なのか無過失責任なのかははっきりさせてくれということをおっしゃっておったんですが、現行、こういう、三つの類型について、いずれも「債務者に責任があること」を要件と解説されている本がございまして。

その三つの類型の書き方も今回の新法で少し変わるんですが、ただ、いずれにせよ、債務不履行というものに対して、やはり債務者に責任があるということは、今回ただし書きが加わってもその大きな原則というものは揺らがないのか、そのことについてもう一度お願いいたします。

小川民事局長：債務不履行による損害賠償に関する現行法四百十五条は、履行不能の場合に限って債務者に帰責事由がなければ責任を負わない旨を規定しておりますが、判例は、履行遅滞など履行不能以外の債務不履行についても、債務者に帰責事由がないことによる免責を認めております。それが判例の確立した実務でござい

ざいます。

今の資料では「責任があること」というふうに書いていますが、恐らく、趣旨とすると、債務者に帰責事由がないとは言えないということだと思います。それをそのように書かれているのであって、実質としては、そういう意味では全く異なるところはないというふうに考えております。

井出委員：その責任を、あると書くのか、ないとは言えないと書くのかで、非常にここの部分はわかりにくいんですが、これまでの判例とまた運用は変わらない、そのことは確認をさせていただきました。

次に問題として取り上げたいのが、五百四十八条の二、定型約款のところでございます。定型約款の部分にも、五百四十八条の二の一で、まず、定型約款について説明をしている。五百四十八条の二の二項で「前項の規定にかかわらず、」「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、その定型取引の態様及びその実情並びに、」またここで「取引上の社会通念に照らして第一条第二項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。」と。ここは、今読み上げたところは、今回、定型約款を事業者と不特定多数の方とが結ばれるときに、約款を作成する側の方がいろいろな情報があったり知識もあったりして、そういうこともあって、不特定多数の方いわゆる消費者を守る側の観点なのかなと思うのですが、そこにも「取引上の社会通念」と、その前段に「定型取引の態様及びその実情」ということもくっついているんですが、消費者側からすれば留保がかかっておるんです。

ここを少し私なりに分析をしますと、「定型取引の態様及びその実情」というのは、お互いの、物を買ったりするときの、要は契約の目的、趣旨だと思うんですが、ただ、それは不特定多数なので、なかなか個別の趣旨というわけにもいかないと思うので、恐らく、定型取引の態様、実情と、先ほどの債務不履行のときと比べると少し言葉を変えられているのかなと。その一方で、「取引上の社会通念に照らして」ということも併記をされているんですが、ここの二つの部分のもう少し具体的な意味を御説明いただきたいと思います。

小川民事局長：御指摘ありましたように、五百四十八条の二の第二項におきましては、定型約款の個別の条項が信義則に反して相手方の利益を一端的に害すると認められるか否かについて、いわゆる考慮事由として定められておりまして、その内容が、「その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして」ということでございます。

こういった考慮事由を定めました趣旨でございますが、定型取引の態様というのは、まず、ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部または一部が画一的であることがその双方にとって合理的であると言える、これが定型取引の定義でございます。これにおいては、契約内容の画一性が高い取引であるため、相手方である顧客において、約款の具体的な内容を認識しようとはしないのが通常であります。このような特質に鑑みますと、相手方にとって客観的に見て予測しがたい条項が置かれている場合において、その条項が相手方に多大な負担を課すものであるときには、相手方においてその内容を知り得る措置を定型約款の準備者が講じておかない限り、そのような条項は不意打ち的なものとして信義則に反することとなる蓋然性が高いと考えられます。こういった定型取引の特質を考慮するというを示したのが定型取引の態様でございます。

今の定型取引の態様は、いわば定型取引の一般的な特質を踏まえた考慮要素でございますが、これに加えて、個別の取引の実情を具体的に考慮し、問題とされた条項が信義則に反するかどうかを検討することも必要となるわけでございます。具体的には、その取引がどのような経済活動に関して行われるものか、その取

引においてその条項が設けられた理由や背景、その取引においてその条項がその当事者にとってどのような利害得失を有するものかなどといった点も広く考慮されるべきものと考えられます。この趣旨で、個別の取引の実情という意味で、定型取引の実情とっております。

また、当事者間の公平を図る観点からは、条項が信義則に反するか否かに当たっては、その種の取引において一般的に共有されている常識、すなわち取引通念に照らして判断することも必要になると考えられます。このことをあらかず趣旨といたしまして、取引上の社会通念を考慮事由として示したものでございます。

井出委員：(前略)あと、「取引上の社会通念」、常識の部分なんですけど、そもそも定型約款の項目そのものは今回新設をされますので、さまざまなケースや判例があるのかもしれませんが、その常識というものは一体どういうふうに解釈をしていくのかなというところが大変気になるのですが。この定型約款というものは、弁護士会なんかもそうですけれども、やはり消費者の保護というものの視点に立って定型約款の部分を評価されていると。ただ、こうしたただし書きといいますか、留保のような条項が一体どのくらいの影響があるのかなというところは考慮していかなければいけないと思います。

前に、参考人の質疑のときにも少しここを議論させていただいたんですが、きょうはまた別の専門家の方の視点を少し紹介したいんです。「民法改正案の評価」、信山社という会社から出ている、加賀山茂さんという方が書かれている本なんですけど、そこでは、最大の問題点は、無効とすべき不当約款の判断基準から任意規定という概念が落ちて、かわりに取引上の社会通念という、約款の無効ではなく、むしろ約款の有効性を担保するのに好都合な概念を基準としている、約款が一旦作成をされ合意されたものとみなされると、それが取引上の社会通念とされることになるのであるから、それを約款の無効の判断基準としたのでは公正な判断基準とはなり得ない、定型約款の規定を新設した意義を大きく損ねていると。ちなみに、その加賀山さんも指摘をされているんですが、消費者の利益を一方的に害する条項の無効ということで、消費者契約法の第十条を見てもみますと、消費者契約法の第十条では、「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効」であると。

加賀山さんは、消費者契約法第十条、不当約款の判断基準は「民法、商法その他の法律の公の秩序に関しない規定」だ、それが今回、民法の新法では取引上の社会通念に成りかわってしまっている、そういう意味では、極めてそこがまず曖昧になって、さらに約款の有効性を助ける書きぶりになってしまっているのではないか、そういうことを指摘されているんですが、その点についてちょっと御見解をいただきたいと思えます。

小川民事局長：今お話がありました消費者契約法自体はもちろん消費者と事業者との関係の問題には適用されますので、先ほど言われた内容も、広く、定型約款も含めた形で適用はされる前提でございます。ただ、民法の条文としては、消費者契約法のような任意規定との比較という基準には立たなかったということでございますので、今言われた批判は必ずしも当を得ていないのではないかというふうに思っております。

12月6日

井出委員：(前略)前回の質問の中で、条文の中に「取引上の社会通念に照らして」という言葉が多用されているというところを紹介いたしました。その中で、小川民事局長の方から、その取引上の社会通念という言葉は、例えば「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念」、契約の個別の事情と、それから取引上の社会通念、もっと一般的な常識的な、そういう意味合いで使っているというような話がありまして、そ

こから、四百十五条の債務不履行による損害賠償と、それから定型約款の該当条文について少し議論をさせていただきます。

改めて前回の十二月二日の答弁を整理してみますと、それがお配りしました一枚、表裏の資料なんです。まず表、一ページのところをごらんいただきたいんですが、条文上、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」というのは、「一定の法律要件などの存否についての判断の枠組みを示すために用い」ている、その際、三行目になりますが、「契約の性質などの、債権の発生原因となった契約に関する諸事情のほか、取引に関して形成された社会通念をも考慮している」、これが前回の小川局長の答弁であります。そこで、四百十五条の債務不履行による損害賠償で、これは債務者の帰責事由があるなしの考慮事由となっているところなんです、この四百十五条については、小川局長は前回、「債務の発生原因となった契約などに関する諸事情を考慮して、あわせて取引に関して形成された社会通念をも勘案して判断されている」と。その下の大きな図に行ってくださいなんですが、少し整理をしますと、条文上は、その丸でくくっている「契約その他の債務の発生原因」、そこから「及び」となって「取引上の社会通念」になる。

小川局長の答弁は、前回、現在の裁判実務についてお触れになったときは、契約その他の債務の発生原因ほか、取引上の社会通念とお話しになって、その後、債務不履行による損害賠償、四百十五条の答弁、解説のところでは、契約その他の債務の発生原因と、取引上の社会通念をつなぐ言葉として、あわせてという言葉が使われているんです。議事録を読ませていただきますと、そのあわせてという言葉が複数回使われておりまして、ほかという言葉は、私が確認した限りでは、十二月二日は一度きりだったのかなと思うんです。

この、及びか、ほかか、あわせてか、どれも似ているようで、違うようでということなんです、このつなぎ文句というのは、「契約その他の債務の発生原因」、この大きな丸と、それから大きな四角、「取引上の社会通念」、この二つの関係性を示す重要な接続の用語であるかと思うんです。この債務不履行による損害賠償、四百十五条の条文を考えたときに、一体、契約その他の債務の発生原因と取引上の社会通念というものがどういう関係にあるのかというのを、まず御見解をいただきたいと思います。

小川民事局長：条文にありますように、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念」ということでございまして、これは、私が前回、ほかですとかあわせてという言い方で、少し紛れがございましたが、契約その他の債務の発生原因も、それから取引上の社会通念も、両方とも考慮要素とするということでございまして。

井出委員：お配りした資料の下の方に、丸と四角の関係を少し整理したんですが、契約その他の債務の発生原因と、取引上の社会通念が、それぞれ別個の独立したものとして、今、両方ともというお考えなのか。それとも、図の右側に移っていただいて、例えば、取引上の社会通念の中に契約その他の債務の発生原因というものが内包される、含まれるのか、そういう意味での両方なのか。そのあたりのお考えをいま一度伺いたいと思います。

小川民事局長：「及び」ということで、この資料で一ページの左側にあります、それぞれ、重なるものではなくていずれもというのが一般的な理解ではないかというふうに思いますが。

井出委員：今、「契約その他の債務の発生原因」、この丸の部分と、「取引上の社会通念」、四角の部分がそれぞれ別々で、それで両方だ、そういうお話だったかと思うんです。

法制審議会のこの部分に関する議論を見ますと、第九十回、平成二十六年六月十日に、この部分を少し議論されております。そのときに、契約その他の債務の発生原因と取引上の社会通念が一体どういう関係にあ

るんだというような議論をされている中で、まず、山本さんという幹事の方が、この部分は、「中間試案では「当該契約の趣旨に照らして」とされていたのを「取引上の社会通念」に置きかえて」いるんだ、それから、「契約の目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき、取引通念を考慮して定まるもの」とされてきたのではないかと、そういう問題提起をされております。それから、その後、中井さんという委員の方は、この方は弁護士なんですけど、当初の議論、法制審議会の議論を振り返りますと、「当初契約の内容、合意内容をかなり尊重したような」、丸を尊重したような「流れの議論が進んだことに対して危惧を表明したのは弁護士会」だ、裁判例等を見ても、「契約の内容、契約の目的、締結の過程等を十分審理」する、この丸の部分ですね。「十分審理した上で、そこへなお、四角の「社会通念ないし取引通念等によってその内容を明らかにしていくという作業が行われてきた」、こういうふうにお話をされております。

ですから、もう一度教えていただきたいのは、「契約その他の債務の発生原因」、丸の部分と、「取引上の社会通念」というものは、二つ、密接な関係があって、別々に、では例えば、債務者の帰責事由が、契約その他の債務の発生原因からすると責任はあるんだけれども、取引上の社会通念で見ると責任はないと解されるから免責されるんだとか、そういう、どちらか一方だけを選択して債務者の免責が認められる、そういう解釈を先ほど答弁されたのかどうか、教えてください。

小川民事局長：もちろん、これは考慮要素でございますので、いずれをも考慮するというのであれば、例えば契約その他の債務の発生原因を考慮した結果こちらに傾き、取引上の社会通念に考慮した結果反対方向に傾き、結果としてどちらかになるということは、先ほど言われた論理構造は十分あると思います。

井出委員：再度お尋ねをしますが、どちらか一方のみをもって判断するということは、ではあり得ないと。

小川民事局長：どちらも考慮要素とするということでございます。

井出委員：どちらも考慮要素にするということは、この条文が本当に出番となる、裁判になればこの条文が出番になると思うんですが、非常に重要なところを今お話しいただいているのかなと思います。

この文面に関しましては、九十回の法制審議会で山野目幹事という方がお話をされているんですが、「「及び」という接続詞でつながれたような、運用の仕方によっては全社会的な価値の方が」、ここが取引上の社会通念ですね。「全社会的な価値の方が当事者の自治に優越するような運用もあるかもしれない社会である」と見えたとき、これは私が今疑問として質問させていただいた、取引上の社会通念の方を過大評価してという御指摘なのかなと思うんですが、「全社会的な価値の方が当事者の自治に優越するような運用もあるかもしれない社会である」と見えたときに、そのことの影響というものは計り知れないのではないかと感じます。」と。

法制審の議論をちょっと読み返してみますと、当初は契約の事情というものを中心に議論していた、そこに弁護士会の方がそれだけじゃ不十分だという御意見を述べられたというところは先ほど紹介をしたんですが、この資料の一番右下の丸の、あくまでも契約その他の債務の発生原因というものが中心にあって、その周りといいますか外縁を取引上の社会通念が覆うというのが、法制審の議論を一番わかりやすく明示するところということなのかな。あくまでその中心は契約その他の債務の発生原因、契約がどういう事情でどういう理由でどういう目的でというところが大きいのかなというふうに考えますが、その点についてはいかがでしょうか。

小川民事局長：図の理解にもよるといふふうに思いますが、右側の方の、四角の中に契約その他の債務の発生原因が入っているような理解は余りなかったんじゃないかと思います。むしろ、逆に、山本幹事がそうだと

いうふうに断定しているわけではございませんが、当初の議論は、契約その他の債務の発生原因の方を重視し、それだけで考えるという議論もあったわけで、取引上の社会通念が加わるといたしましても、取引上の社会通念をいわば中に取り込んだ形で、契約その他の債務の発生原因の解釈として取引上の社会通念を用いるというような、どちらかという包含関係は逆のような議論はあったのではないかと。あるいは、こういった幹事のお名前から察するに、そういう議論は十分あり得るのかなというふうには思っているところでございます。

井出委員：今お話をいただいたところは、あくまで「契約その他の債務の発生原因」が、どんと大きい丸があって、その中に「取引上の社会通念」というものが含まれている、丸の中に四角が入っているというようなお話だったと思います。丸の「契約その他の債務の発生原因」というのは契約の個別の事情で、「取引上の社会通念」、私、前回、常識というような言葉も使わせていただいたんですが、言葉だけを見ると、やはり常識とか通念の方が大きいのかなという疑問を私はずっと持ってきております。

肝心なところなので、再度念押しで伺いたいんですが、今小川さんがお話しになったような、では、契約その他の債務の発生原因、あくまでも契約当事者間でどういうことがあったかという中に四角が入るよ、そういう意味合いでこの条文がまとまったよ、そういう理解なんですか。

小川民事局長：私どもの理解は、この図でいいますと左側の方にあるような、契約その他の債務の発生原因と、取引上の社会通念は、いわば並列するものであるという理解でございます。

井出委員：並列をするとすると、ちょっとまた話がもとに戻るといえるか。並列はするけれどもその両方を考えなきゃいけない、どちらか一方だけ考えるようではいけない、そういうことですか。

小川民事局長：並列するという言葉の趣旨は、AもBもどちらも、そういう意味で、二つ並んでいるという意味でございます。

井出委員：どちらも。要は、ここが問題になったときに、例えば、債務者がどちらか一方だけから免責されるんだという主張をする、そういうことは少し、両方を見ての主張をされるということがこの条文の趣旨である、片っ方だけをもって主張してはいかぬ、そういうことでいいですか。

小川民事局長：これは判断の枠組みとしての考慮要素ですので、どちらも考慮した上で判断するということがこの内容でございます。

井出委員：どちらも考慮するということが私としては半分ぐらい納得したんですが、加藤先生はまだきっと御納得いただけないのかなと思うんです。もうちょっと研究をしてみたいと思います。

その裏に行っていただいて、今度は定型約款のところの関係する条文なんですが、ここはもう少し複雑でして、条文はどうなっているのかと申しますと、「定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして」。前回の小川局長のお話ですと、定型取引の態様というものは「定型取引の一般的な特質を踏まえた考慮要素」である、そして、定型取引の実情というものは「個別の取引の実情」だ、それから、取引上の社会通念というものは「その種の取引において一般的に共有されている常識」であると。

ここにこの三つのものが出てくるんですが、この答弁を確認させていただいたときに率直に疑問だったのは、一番の「定型取引の態様＝定型取引の一般的な特質を踏まえた考慮要素」、それから三番の「取引上の社会通念＝その種の取引において一般的に共有されている常識」、この三番の「その種の取引」というものが定型取引ともし当てはめれば、この一と三というのとは何か同じことを言っているんじゃないかな、という疑問を持ったんですが、その点について教えていただきたいと思っております。

小川民事局長：まず、定型取引の一般的な特質を踏まえた考慮要素ということですが、ここで申し上げており



ますのは、要するに一般的な特質というのは、画一的な契約内容ですので、そこから演繹されるそういう特徴、特質、定型取引のまさに抽象的な性格から演繹される特徴であるという理解かなと思います。

取引上の社会通念の方の、一般的に共有されているというのは、これはまさに一般的に認められるものでありまして、例えば、事業者が行った特殊な取り扱いが直ちに社会通念として受け入れられるというものではないというふうに考えております。

井出委員：事業者が行った特殊な取り扱いが直ちにその一般的な常識には入らないと。ただ、この三番の、「取引上の社会通念」を「その種の取引において一般的に共有されている常識」と。「その種の取引」というものを定型取引と読めば、前回は議論しましたし、ちょっとこの後も聞きますけれども、例えば定型取引の変更なんかは、いろいろ法律で規定はありますけれども、まさに約款をつくる側の意思で不特定多数の皆さんに対して契約の内容が変わったということを示すんじゃないかと思うんですが、この、その種の取引においてというのは定型取引とは違うんですか。

小川民事局長：ここでは、定型取引という類型とは別に、例えば電話で取引をするような場合ですとか、定型取引そのものがこの取引だというふうには考えていません。もうちょっと別の意味での類型化されたものという理解でございます。

井出委員：もう少し別のものというところ、もうちょっと具体的にまた今度聞きたいと思います。今は答えられないですね。何かありますか。もうちょっと何か例があれば教えてください。

小川民事局長：一番上の「定型取引」の方はまさに、定型取引の態様ということからわかりますように、定型取引の持つ画一性であったり、そういうところから導かれるものだと思います。

「取引上の社会通念」の方は、もう少し、もっと一般的なものであって、例えば、類型としますと、約款が使われるような場合を考えますと、保険の取引のようなものであるとか乗車契約のように、定型取引とは別個の取引社会といえますか、それが存在している世界の取引というような言い方が可能かと思います。

井出委員：ちょっと、私も、もう少し具体的な答えが引き出せるように再度研究をしてみたいと思います。ここでもう一度おもて面との関係で確認をしたいんですが、今お話しいただいたところだと、一の「定型取引の態様」も、二の「定型取引の実情」も、三の「取引上の社会通念」も、全て想定しているものは違う、その間を「及び」とか「並びに」でつないでいるんですが、先ほど債務不履行の損害賠償のところでも議論をさせていただいたように、三つがそれぞれあるんだけど、三つ全てを考慮した上で結論を出さなければいけない、どれか二つだけ、どれか一つだけということではいけない、そういうことでよろしいですか。

小川民事局長：ここが判断の枠組みを示す上での考慮要素ですので、論理構造は基本的に同じでして、どれも考慮要素として考慮するということでございます。

井出委員：今、四百十五条とそれから五百四十八条の二については、そういう書かれているものどれか一つに限ったような考慮はしない、そのいずれもきちっと考慮をした上で、免責の事由ですとか、定型約款の個別の条項が信義則に反しているかどうかの考慮をしていく、そういうことで一定の結論をいただいたのかな、そういうふうに思っております。

12月9日

井出委員：(前略)これは小川さんに、前回の定型約款と債務不履行の損害賠償のところ、「契約その他の債務の発生原因」と「取引上の社会通念」を丸と四角でいろいろ御議論させていただいたんですが、最終的に小川さんの結論は、契約その他の債務の発生原因、契約に関する諸事情、それと取引上の社会通念、一般常

識、それとこれとはそれぞれ別個にあって、併存して、その両方を勘案して物事を考えなければいけないというお話だったんです。

債務不履行の損害賠償のところの法制審の議論、この間もちょっと御紹介したんですけども、改めて読みますと、どちらかというと、やはり契約の諸事情、契約その他の債務の発生原因の方に、不等号でいえばきちっと重きを置いて、その中で社会一般の常識も。そこは何か、委員共通の理解もあるようでございますとか、今後検討しますみたいなところで九十回の議論は終わっているんですが、やはり「及び」という表現が大分問題にはなっていて、最終的には小川さんの結論に、結論はこの間伺ったんですけども、そこは、何かその後御議論を経て、契約の諸事情に不等号が向いていたものが、イコールで両方見ましょうということころをきちっと皆さんで合意が、そう変わったプロセスといたしますか、では、なぜ並列で両方見るという解釈になるか、その理由、その点をちょっと詳しく教えていただきたいと思えます。

小川民事局長：契約と取引通念をそれぞれ考慮事由として掲げるか、あるいは、その上位概念を例えば契約の趣旨などとして設けることとして、これを考慮要素とするかなどについて、法制審の中で、その審議の過程でも検討が行われておりました。さまざまな意見があるわけですが、これらの事由をそれぞれ掲げた場合には、特に帰責事由の存否は契約でどのように定めがされているかで定まるべきであるという立場もございまして、そういう立場からは、その趣旨がぼやけてしまうという批判がされておりました。他方で、これらの事由の上位概念を契約の趣旨などとして設ける考え方に対しては、弁護士や実務家の立場からは、契約条項で全て責任の有無が決められるように誤解されることとして批判もございました。

この上位概念を設ける考え方が合理的であるとする立場も、その判断に対して取引通念が考慮されることを否定するものではなかったこと、それから、実務上も契約内容や取引通念を考慮すると理解されていたことから、取引通念が考慮されないとの誤解を避け、両者を総合的に考慮することを明らかにする趣旨で、契約その他の債務の発生原因と取引上の社会通念を並列して考慮要素として規定したものでございます。

井出委員：確かに、日弁連、弁護士会の方が、契約だけで見ないで社会常識も入れろ、そういう判例もあるだろうということは御主張されているんですけども、ただ、その弁護士会のお立場の方も、契約の諸事情に重きを置きつつ社会常識を見ると。やはりイコールじゃなくて、どちらかというと、人と人の契約に重きを置いていたのではないかなと思うんですが、もう一度きょうの答弁を研究させていただきたいと思えます。

12月13日

井出委員：(前略) 何回か取り上げてきております取引上の社会通念と契約その他の債務の発生原因のところなんですが、これは、条文の中で「取引上の社会通念」というものが九カ所入る。その影響というものを考えて、特に四百十五条と五百四十八条の二についてこれまで聞いてまいりました。

四百十五条の関係で申し上げますと、小川局長の答弁は、契約その他の債務の発生原因と取引上の社会通念は、お互い並列、イコールの関係で、その両方を勘案すると。前回もそういう御答弁がありまして、そのとき、契約内容や取引通念を考慮するということがまず実務上ある、それから、弁護士や実務家の立場から、契約条項で全て責任の有無が決められるように誤解されることとして批判があった、そういうことで取引上の社会通念、常識というものが出てきたというのはおっしゃるとおりなんです、前回は、「両者を総合的に考慮することを明らかにする趣旨」で今回の条文になったという話だったんですが、それが最終的に本当に、取引上の社会通念と契約その他の債務の発生原因がイコール関係ということころは法制審できちっと合意が

されたのか。

私は、取引上の社会通念を入れてほしいと言った弁護士さんをして、やはり契約の事情をまず主体的に考えるべきじゃないかというお考えに立っているんじゃないかなと思うんですが、その点を改めて伺いたいと思います。

小川民事局長：契約その他の債務の発生原因と取引上の社会通念の関係がイコールという整理の仕方が必ずしも十分理解できていないのかもしれませんが、もちろん、この点については、法制審の中でも両者の関係をめぐっての議論というのはございました。契約と取引通念、契約あるいはその関連情報ということになりますが、それと取引通念をそれぞれ考慮事由として掲げるか、あるいは、その上位概念を例えば契約の趣旨などとして設けることとして、これを考慮要素とするかといったことについて、法制審の議論の中でも検討が行われております。

これらの事由をそれぞれ掲げた場合には、特に、帰責事由の存否は契約でどのような定めがされているかで定まるべきであるとの立場からは、その趣旨がぼやけてしまうという批判がされておりました。他方で、これらの事由の上位概念を契約の趣旨などとして設ける考え方に対しては、弁護士や実務家の立場からは、契約条項で全て責任の有無が決められるように誤解されるとして批判もございました。

しかし、この上位概念を設ける考え方が合理的であるとする立場も、その判断に際して取引通念が考慮されることを否定するものではなかったこと、それから、実務上も契約内容や取引通念を考慮すると理解されていたことから、取引通念が考慮されないとの誤解を避け、両者を総合的に考慮することを明らかにする趣旨で、契約その他の債務の発生原因と取引上の社会通念を並列して考慮要素として規定したものでございます。

以前の私の答弁は、こういった意味で、四百十五条の帰責事由の有無の判断に当たっては二つの考慮要素の両方を勘案することを述べたものでございます。

さらに、二つの考慮要素の関係をどう見るかということですが、法制審議会においては、さきに申し上げましたいずれの立場からも、契約その他の債務の発生原因を中心に判断がされるべきであるとの理解が示されておまして、少なくとも、当事者間の合意をおよそ無視して、社会通念のみに依拠して法律上の要件の存否を判断するなどといった、これは現在の裁判実務では起きていない事態だと思われませんが、こういうことが生ずることはないという点については異論がなかったものと考えられます。この意味で、二つの考慮要素のうち、契約その他の債務の発生原因がより重視されるべき考慮要素であると理解されていたものと考えられます。

もっとも、四百十五条の帰責事由の判断に当たりましては、契約で明示的に決められていない事柄が問題となることもあり得ますので、取引上の社会通念を無視して契約その他の債務の発生原因のみが考慮されるということはなく、その二つの考慮要素はあくまで総合考慮されるものでございますので、いわばその重みをどうつけるかということについては、契約その他の債務の発生原因の方が重視されるとしても、特に取引上の社会通念に契約その他の債務の発生原因が優先するところまでは理解されていないということだというふうに思っております。

井出委員：答弁の後半の方は、何か、私が主張していた部分に沿った答弁が出てきたんですが、ちょっとまた最後の一文がうんという感じだったのですが、従前より丁寧に答弁をいただいているかと思います。そこで、取引上の社会通念と契約その他の債務の発生原因との関係は、四百十五条だけじゃなくて定型約款のところにも出てくるんですけれども、その定型約款の部分のところでも少しお話をしたいんですが、十二月十日

土曜日の毎日新聞の夕刊の一面にカード契約に関する記事が出ておりまして、「知らぬ間にリボ払い カード契約、小さい規約文字 高率な手数料相談急増」。(中略) カードの契約というのは恐らく定型約款なのかなと思うんですね。(中略) 取引上の社会通念と契約その他の債務の発生原因、例えばあるカード会社の入会時の会員規約の文字が一ミリ以下と小さい、そういうようなものがあつたときに、いや、でも定型約款できちっと合意が一度なされてチェックもされているんだから有効だとしてしまうのか、それとも逆に、いや、通常の常識からいったら、会員規約の文字が一ミリ以下と小さいということは常識上許容されないとなるのか、ちょっとこのケースについての御見解をいただければと思います。

小川民事局長：まさに不当条項の問題として、定型約款の個別の条項が信義則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるかどうかということだと思いますが、もちろん最終的には個別の事案によりますとしか申し上げようがないんですが、考慮すべき事由としましては、取引上の社会通念のみならず、その定型取引の態様ですとか実情といった点も考慮し、それに照らして不当条項かどうか、信義則に反するかどうかということ判断することとされておりますので、それらの事情を全て総合考慮した上での結論になるということだと思います。

井出委員：今、その定型取引の態様、実情、以前にも取り上げたんですが、カード契約の定型取引、一般的な特質と、それから個別の契約の実情ということで。なぜ法制審で弁護士の方が社会的な通念を入れるという御主張をされたのか。弁護士の方は、参考人質疑でも、消費者の視点に立ってこの問題に取り組んできた。本まで出されているのでそれはそのとおりにかなと思うんですが、特定の契約の発生原因等で、要は事業者側がいろいろ契約の情報も知っている、立場的に強い、立場的に弱いのは消費者である、契約だけで物事を解決されてしまったら消費者のためにならないから、社会通念、常識も入れてくれないかというような御趣旨だったんじゃないかなと考えるんです。

そうすると、まさに、例えばこの会員規約の文字が一ミリ以下と小さいという話は、これは、もしこの新法が始まれば、定型約款の定義、相手方に表示をするその仕方にもかかってくるんですが、こういうものが世の中に出回らない、相談件数がこれだけ多くなればできれば早急に改善してほしいですし、そういうことがないような定型約款の社会をつくらうというのが、当初弁護士会が主張した社会通念を取り入れるということだったんじゃないかなと思うんです。

この社会通念というものに、契約界のルールではなくて、契約の、弱い立場の側から見た常識、そういうものがきちっともう当然読み込める、そういうふうに解しているのかどうか、答弁をいただきたいと思います。

小川民事局長：契約の趣旨といいますか、契約書をどう見るかということと、それから社会通念の関係をどう理解するかというのはいろいろ理解はあり得ると思いますが、十一月二十二日付の岡参考人の御発言で、契約だけではなく取引上の社会通念というものも判断要素に入ることがプラスになったのではないかと考えているという、この条文の問題とは違いますが、一般論としてですけれども、ちょっと引用させていただきますと、「弁護士会としては、契約に決めたら契約が全てだ、そうすると契約強者が強くなってしまふ、こういう問題意識を持っておりまして、契約が中心だけでも取引上の社会通念も配慮はする、こういう条文になったことで、従来の実務がより明確になって、また明確にして充実したものに実務として対応しているのではないか、」ということを言われております。

やはり、考慮要素というのいろいろな意味でバランスをとる必要がございますので、契約の趣旨あるいは契約書の作成の経過などに尽きるのではなくて、取引上の社会通念によってもう一度考慮するという点が

重要であるということについての御認識は、私も、参考人の御意見のとおりかなというふうに理解しております。

井出委員：今、岡参考人の御発言、そのとおりというお話がありましたが、その発言については私も結構だと思しますので、今、一定の御答弁をいただいたのかなと思います。

この取引上の社会通念というものが債務不履行の損害賠償と定型約款以外にもありまして、そのところもきょう一応確認をしておきたいと思えます。まず、五百四十一条ですが、五百四十一条は、履行遅滞等による解除権です。現行法が、「当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。」。改正案は、まず現行法の文章をそのまま第一文に持ってきて、その後、ただし書きで、「ただし、その期間を経過した時における債務の不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、この限りでない。」と。

この「契約及び取引上の社会通念に照らして」という言葉と、あと、その後に「軽微」という言葉を入れられているかと思うんですが、この五百四十一条の、新法の趣旨について御説明いただきたいと思えます。

小川民事局長：現行法の五百四十一条は、契約の解除をするために必要な債務不履行の程度を文言上特に限定しておりませんので、ごくわずかな不履行を理由としてであっても契約の解除をすることができるように読めるわけでございます。もっとも、判例は、不履行の部分がわずかである場合ですとか契約目的を達成するために必須とは言えない付随的な義務の不履行の場合には、契約の解除を制限しております。その趣旨は、契約の解除は、債務の不履行により契約の目的を達成することができない債権者を救済するためのものであることから、不履行の程度が軽微なものにとどまる場合にまで解除によって契約関係を消滅させるのは相当でないというところがございます。

そこで、改正法案におきましては、催告解除の要件を具体化する観点から、これらの判例の基本的な考え方を前提に、解除が制限される要件を明文化することとしております。具体的には、催告の「期間を経過した時における債務の不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるとき」には、債権者は契約の解除をすることができない旨の規定を設けることとしております。

この文言を加える理由ということになりますが、改正法案におきましては、こういった形で「軽微」という文言をまず加えております。これは、判例の基本的な考え方を前提に、解除が制限される要件を明文化するためというのが理由でございます。そして、判例上、軽微という非常に抽象的な要件が問題になるわけですので、そういった抽象的な要件の存否を判断する際に、判例の中でも、契約に関する諸事情及び取引に関して形成される社会通念を総合考慮するという判断の枠組みが採用されておりますので、そのような判断の枠組みを明らかにするという観点から、「契約及び取引上の社会通念」という文言を加えたということでございます。

井出委員：確かに、昭和十三、十四、昭和三十六年ですとか、そういう判例によりますと、「主たる目的の達成に必須的でない付随的義務の履行を怠つたに過ぎないような場合には、」「当該契約を解除することができない」というような判例がある、それを条文化されたということで、今、一定の説明をいただきました。

次に、五百四条、債権者による担保の喪失等のところですが、現行法は、「第五百条の規定により代位をすることができる者がある場合において、債権者が故意又は過失によってその担保を喪失し、又は減少させたときは、その代位をすることができる者は、その喪失又は減少によって償還を受けることができなくなった限度において、その責任を免れる。」と。新法の方は、五百四条の一が、ちょっといろいろ書きぶりが変

わかっていて少し複雑なんです、その上で、第二項で「前項の規定は、債権者が担保を喪失し、又は減少させたことについて取引上の社会通念に照らして合理的な理由があると認められるときは、適用しない。」と。

これは、一見すると、やはり例外規定のようなものが設けられたのかなと思うんですが、この「取引上の社会通念に照らして」というものを入れる必要性について御説明をいただきたいと思います。

小川民事局長：五百四条の説明をさせていただきたいと思います。まず、現行法の五百四条は、担保は、債権者のみならず保証人ですとか物上保証人などの代位権者、弁済による代位をする者の求償権、弁済による代位をした後で求償権を取得しますので、その確保にも資することから、担保が債権者の故意または過失により喪失または減少した場合には、代位をする者、代位権者は債権者との関係で免責されることとしております。このような効果が発生するため、債権者は一般に担保保存義務を負っていると言われることがございます。

これに関する実情ということになります、銀行などが行う融資におきましては、第三者が担保を設定している場合には、債務者の経営状況の変化などに伴い、担保の差しかえですとか一部解除の要請がしばしば行われておりますが、この担保の差しかえや一部解除を行うこと、これは形式的には、五百四条が定めます担保の喪失ですとか減少に該当いたします。そのため、債権者にとって、そういう担保の差しかえや一部解除をするという要請が合理的なものであったとしても、債権者としては代位権者全員の個別の同意を得ない限り債務者からの要請に応ずることができず、円滑な取引を阻害しているという指摘がございます。

そこで、改正法案では、債権者が故意または過失により担保を喪失または減少させたとしても、これについて合理的な理由があると認められるときは代位権者は免責されないこととしております。これが五百四条の二項の趣旨でございます。

そして、改正法案におきましては、判例が「金融取引上の通念から見て合理性を有し、保証人等が特約の文言にかかわらず正当に有し、又は有し得べき代位の期待を奪うものとはいえないとき」、こういう場合に担保保存義務を免除する旨の特約が有効であるという判断を示しておりますので、こういった点も踏まえまして、「合理的な理由」という点では非常に抽象的な要件ということになりますので、その抽象的な要件についての判断の枠組みを示すという意味で、先ほど申し上げました判例も踏まえて、「取引上の社会通念」を考慮して判断するという表現としたものでございます。

井出委員：次に、四百八十三条、特定物の現状による引き渡し。現行法は、「債権の目的が特定物の引渡しであるときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない。」。これに対して、新法ですと、「債権の目的が特定物の引渡しである場合において、契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らしてその引渡しをすべき時の品質を定めることができないときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない。」。

ここの追加された文言の趣旨について、御説明いただきたいと思います。

小川民事局長：現行法の四百八十三条は、「債権の目的が特定物の引渡しであるときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない。」、現状で引き渡せばいいんだということを決めています。この規定、現行法の規定ということになります、典型的には特定物の売買がされた場合について適用されるということと考えられているんですが、今般の改正におきましては、売買契約に関しては、その目的物にふぐあいがあった場合の買い手の救済手段を明確化するなどの観点から、引き渡すべきときの物の品質は、特定物の売買であっても当事者間の合意によって定まるという考え方を前提としております。いわゆる瑕疵担保責任についての見直しに関連するものでございます。要するに、特定物であっても当

事者間の合意によって引き渡すべきときの物の品質が決まるというのが売買などの契約の前提ということになりますので、現行法の四百八十三条のいわば存在価値が問題になってまいります。このため、四百八十三条の規定をそのまま存置することはできませんので、この規定の適用範囲を、引き渡すべきときの物の品質が当事者間の合意で定まらない場合に限定するということが考えられるわけでございます。

以上を踏まえまして、改正法案におきましては、四百八十三条の規律内容が「その引渡しをすべき時の品質を定めることができないとき」に適用される規定であることとしております。

そして、引き渡すべきときの品質が何に基づいて定まり得るものなのか、これも非常に抽象的なものでございまして、一見して明瞭なものとは言いがたいところでございますので、その判断の根拠を明示する趣旨で、契約を原因とする引き渡し債務であればその原因である契約自体、それから、不当利得などの法定債権につきましては、それを原因とする引き渡し債務であればその原因となる事実関係であることを明らかにしつつ、その際には、一般に、契約などの発生原因に加え、取引上の社会通念も含めた上で総合考慮されることを明示したものでございます。

したがいまして、その旨を文言上も明らかにするという趣旨で、「取引上の社会通念に照らし」という文言を加えることとしたものでございます。

井出委員：(前略)「取引上の社会通念」という言葉が九カ所入って、その前段に「契約その他の債務の発生原因」というものが入ったり入らなかったり、またもしくは、例えば九十五条では「取引上の社会通念」の前に「法律行為の目的及び」ということが入るんですが、共通しているのは、やはり現行の民法の規定、それはそのとおりなんだけれども、そうはいつでも、実態、いろいろな判例があるので、そういうところを象徴する言葉としてこの「取引上の社会通念」というものが入ってきているのかな、そういう推測に至るわけなんです。

そこで、この問題の象徴的な事例で伺いたいのは、以前の参考人質疑で加藤参考人がおっしゃっていた、四百十五条に戻りますが、債務不履行の損害賠償というものが過失責任なのか無過失責任なのか。九日に、階委員への答弁で、小川局長は、「無過失責任に変わることはございません。」と、無過失責任に変わることはないということをはっきりとおっしゃったんですが、果たして本当にそう言い切れるのかどうか、その点をもう一度伺いたいと思います。

小川民事局長：まず、過失責任主義というのは何かということから申し上げたいと思うんですが、過失責任主義とは、一般に、ある行為について故意または過失がなければ損害賠償責任を負わないという考え方をいいます。現行法において、この過失責任主義は、不法行為責任に関する現行法第七百九条において明示的に採用されております。他方、債務不履行による損害賠償責任についても、伝統的な通説によれば、現行法四百十五条後段で債務者の帰責事由が必要とされているのは過失責任主義のあらわれであるという説明がされております。

もっとも、そもそも帰責事由を過失責任主義と関連するものと理解するか、また、過失責任主義を前提とするとしても、その具体的な内容をどのように理解するかについては、これは学説も非常に多岐に分かれておりまして、必ずしも明瞭ではないというのが現状でございます。

改正法案におきましては、現行法の四百十五条後段の債務者の帰責事由という要件を、債務不履行の全般を対象として維持することとしております。帰責事由という文言の意味内容についてどのように理解するかは必ずしも明瞭ではございませんので、これをめぐる学問的な、あるいは学理的な議論には踏み込まずに、債務者の帰責事由という現行法の文言をそのまま維持することとしたものでございます。

その上で、改正法案においては、帰責事由の有無の判断に当たって考慮すべき事情を明確化するために、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」との文言を加えることとしております。現在の裁判実務などにおきましては、帰責事由の有無は、個々の取引関係に即し、契約の性質や目的等の、契約その他の債務の発生原因に関する諸事情を考慮し、あわせて社会通念をも勘案して判断されておりますので、このような実務上の取り扱いを明確化するものでございます。

以上のとおり、改正法案は、債務不履行による損害賠償責任について、学理的な争いには立ち入らないこととした上で、従来の通説的見解からは過失責任主義のあらわれとされております債務者の帰責事由という要件をそのまま維持しておりますほか、現在の実務上の取り扱いに従って帰責事由の有無を判断する際の考慮事情を明確化しております。このように、改正後の条文の文言上、債務者は自己に帰責事由がなければ損害賠償責任を免れるとしていることに照らせば、帰責事由がなくとも債務者が損害賠償責任を負うなどといったことはなく、第四百十五条第一項の改正によって無過失責任主義に変わることはないと言えるということでございます。

改正法案では、帰責事由、軽微、信義則等の抽象的な要件の判断の枠組みを示すものとして、「契約及び取引上の社会通念に照らして」等の用語が使われている。部会審議では、当初「契約の趣旨」という、「契約」や「取引上の社会通念」の上位概念を設定し、判断枠組みとすることが検討されていたが、日弁連から、この用語では契約条項だけで決せられるかの誤解を生じるとの批判があり、「契約及び取引上の社会通念」等の用語が採られた。部会資料では「契約の趣旨」から「契約及び取引上の社会通念」に変わることににより、規律の内容は変わらないとされている<sup>1</sup>。

これは、不動産売買においても重要な判断枠組みである。売買における最も重要な規律の一つである瑕疵担保責任が契約不適合責任に変わることになるが、改正法案 564 条の規定により、買主の損害賠償請求及び解除権の行使については、415 条並びに 541 条及び 542 条の規定によることとなり、帰責事由の判断、軽微の判断に、「契約及び取引上の社会通念」が関わることになる。また、目的物が契約の内容に適合しないものであるときは、買主の追完請求権及び代金減額請求権の対象となるが、契約の内容に適合するか否かの判断枠組みも「契約及び取引上の社会通念」が関わることになる。部会審議では、当初売主の義務として、「売主は、売買の目的が物であるときは、性状及び数量に関して、その売買契約の趣旨に適合するものを引き渡す義務を負う」との規定を設けることを検討していたが、目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、売主には修補義務があること等を明記していることから規定が重複するため、この規定は設けられていない。しかし、部会資料では、「契約の内容に適合しないものであるか否かは、(取引通念も考慮した契約をめぐる諸事情から認められる) 契約の内容を踏まえて目的物が有すべき種類、品質を確定した上で、引き渡された目的物が当該あるべき種類、品質に適合しているか否かについての客観的・規範的判断に帰着する<sup>11</sup>」とされており、「契約及び取引上の社会通念」が判断枠組みとなるものと考えられていた。

法案審査において、「契約（その他の債権又は債務の発生原因<sup>111</sup>）及び取引上の社会通念」について、詳細な質疑応答が展開された。そして、「契約に照らして」とは、契約の内容のみならず、契約の性質、契約の目的、契約締結に至る経緯等の契約に関する一切の事情を考慮することであり、「取引上の社会通



念に照らして」とは、その種の取引において一般に共有されている社会常識を考慮することであることが示された。

また、「契約」と「取引上の社会通念」が及びで結ばれているが、この両者の関係は、「契約」と「取引上の社会通念」という二つの考慮要素を総合的に考慮することであり、当事者の合意を無視して「取引上の社会通念」のみを考慮することも、「取引上の社会通念」を無視して「契約」のみを考慮することもないことが明らかとなった。ただし、部会審議の中では、二つの考慮要素のうち、契約がより重視されるべき考慮要素であると理解されていたとの答弁があった。

不動産売買の目的物の品質について売主と買主との間で紛争が生じた場合を考えると、まず、契約書の記載事項等に照らし、次に、契約の記載事項のみならず、当該契約の性質、契約の目的、契約の締結に至る経緯等契約を巡る一切の事情に照らし、目的物の品質が契約の内容に適合しているか否かを判断し、さらに、取引上の社会通念に照らし目的物の品質が契約の内容に適合しているか否か（例えば、凡そ居住用建物の売買であれば、雨漏りがすることが明確に取引条件になっていない限り、雨漏りがしないことが建物の品質）が判断されることになると考えられる。

（大野 淳）

---

i 契約によって生じた債務について言えば、部会資料68A第6、1の「契約の趣旨に照らして定まる」から「契約及び取引上の社会通念に照らして定まる」に変更されることになるが、規律の内容を変更する趣旨ではない。部会資料68Aの2頁では、「契約の趣旨に照らして」とは、「契約の内容（契約書の記載内容等）のみならず、契約の性質（有償か無償かを含む。）、当事者が契約をした目的、契約の締結に至る経緯を始めとする契約をめぐる一切の事情を考慮し、取引通念をも勘案して、評価・認定される契約の趣旨に照らして」という意味であることを前提としていたが、素案の「契約及び取引上の社会通念に照らして」もこれと同様である。契約に「照らして」定まるものである以上、契約の内容のみならず、契約をめぐる一切の事情を考慮して定まることは明らかであるし、また、取引通念が考慮されるべきであることは、素案に明示することとしたため、疑義を生ずる余地はない。（部会資料 79-3p7）

ii 部会資料 75App9-10

iii その他の債権又は債務の発生原因としては、事務管理、不当利得及び不法行為がある。