

民法改正と売買・贈与における契約不適合責任

早稲田大学大学院法務研究科 教授 吉田 克己
よしだ かつみ

I はじめに

本年（2015年）3月31日に、「民法の一部を改正する法律案」が第189回国会に提出された。法制審議会における正式な改正作業に先立つ債権法改正検討委員会の作業が始まったのが2006年10月であったから、それからほぼ10年の時間を経て、改正法案の国会上程にまで至ったわけである。この改正法案は、安保法案審議のあおりを受けるなどして通常国会では結局審議されず、継続審議となった。臨時国会は召集されないようであるから、改正法案が成立するのは、ほぼ1年先送りということになりそうである。

債権法改正検討委員会が作成した『債権法改正の基本方針』（2009年3月。別冊NBL126号に収録されている。以下、『基本方針』と略す）は、民法の債権関係法の抜本的な改正を提案するものであった。これと比べると、今回の改正構想は、大幅に内容をそぎ落とされている。意見の対立する論点は改正を断念し、おおむね一致できるところで改正法案をまとめた結果である。しかし、それでも改正法案は債権法を中心とする民法の大改正であり、これが成立すると、不動産実務にも大きな影響を与えることになる。

本稿では、それらのうち、瑕疵担保責任（民570条）および権利の全部または一部が他人に属する場合の担保責任（「追奪担保責任」とも言われる。民560条以下）に関する改正法案の基本的考え方を検討する。中心は、瑕疵担保責任に置かれるこ

とになろう。もっとも、改正法案は、もはや「瑕疵担保責任」の表現を用いない。それは、「契約不適合責任」と呼ぶべきものになっているのである。従来の債権債務を中心とした思考様式（債権パラダイム）から、契約を中心とした思考様式（契約パラダイム）への移行は、改正法案の通奏低音をなす特徴である。「担保責任」から「契約不適合責任」への移行は、そのような基本的思考パラダイムの転換を示す最もよい例の1つである。

II 『基本方針』における契約不適合責任

まず、『基本方針』における契約不適合責任の考え方を整理しておこう。これが改正法案の源流をなすものと目され、改正法案の底流をなす考え方がそこに明瞭な形で見出されるからである。

1 基本的な改正構想

（1）基本的な考え方

『基本方針』は、まず、担保責任に関する法定責任説の一部が依拠する原始的一部不能理論を排斥する。そうすると、原始的不能論と結びつけて担保責任を原始的一部不能の場合として債務不履行責任と峻別する立場は、その論拠を失うことになる。『基本方針』はまた、いわゆる特定物ドグマの採用も拒否する。特定物について一定の属性を備えた物を給付する義務を想定することを論理的にありえないとして排除することは困難であり、一定の属性を備えた物を給付する義務を認めよう

えで、その履行ができない場合には、債務不履行責任の問題として処理することが可能だからである（以上について、『詳解・債権法改正の基本方針Ⅳ』〔商事法務、2010〕15頁。以下、このシリーズは『詳解』として引用する）。

このようにして、『基本方針』の基本的立場は、「当事者が債権債務の内容として何を合意したかという観点を重視し、また原始的不能の給付を目的とする契約が当然に無効となるものではないとする立場に依るかぎり、売主は合意の趣旨にしたがって権利および物の瑕疵のない物の給付義務を負うるとすることが整合的である」という形でまとめることができる。この結果、売買における売主の責任は、債務不履行の問題として再編成されることになる（『詳解』Ⅳ15-16頁）。担保責任に関する法定責任説の否定であり、いわゆる契約責任説に即した改正構想である。

（2）具体的改正構想

より具体的には、目的物に瑕疵がある場合の買主の救済手段としては、①瑕疵のない物の履行請求（代物請求、修補請求等による追完請求）、②代金減額請求、③契約解除、④損害賠償請求が認められる（【3.2.1.16】）。権利の全部が他人に属する場合については、権利供与義務が認められるとともに（【3.2.1.07】）、その違反があった場合の契約解除と損害賠償が定められる（【3.2.1.09-10】）。権利の一部が他人に属する場合については、代金減額請求、契約解除、損害賠償請求という3つの救済手段が認められる（【3.2.1.11】）。

目的物に瑕疵がある場合に即してその趣旨を確認しておく、①の履行請求は、買主に完全履行請求権を認める限り、当然の救済手段である。また、③の契約解除と④の損害賠償請求も、債務不履行責任の一般原則から認められるもので、それを明示的に掲げたという意味以上のものではない（『詳解Ⅳ』74頁）。なお、『基本方針』が契約責任説に立つということは、「売主は合意の趣旨にしたがって権利および物の瑕疵のない物の給付義務を負う」と（前出）ということの意味し、契約の

趣旨を離れて常に瑕疵なき物の給付義務を負うわけではない。契約の趣旨によっては、瑕疵なき物の給付義務を負わず、現状有姿での物の引渡しで債務が尽きることもありうる。そのような場合には、①③④の救済も認められないことになる。

以上の救済手段に対して、②の代金減額請求権は、その位置づけについて議論がありうる。『基本方針』は、これを「引き受けられた債務の履行がないことに対する売主の責任とは異なる性質のもの」であり（別冊NBL126号274頁）、「有償契約としての売買契約の等価性を根拠とし、その不均衡が生じた場合の買主の救済手段」として位置づける（『詳解Ⅳ』59頁）。債務が存在しないところでの対価的不均衡の是正という法定責任説の下での担保責任の根拠づけを彷彿とさせるような位置づけである。実際、『基本方針』によれば、代金減額請求権は、売主に免責事由が認められるか、さらには買主の履行請求権が認められるかどうかによって異なる救済手段である（【3.2.1.17〈エ〉】、『詳解Ⅳ』59頁、74頁）。このように、要件の点でも、代金減額請求権は、法定責任説の下での担保責任のあり方に近いものとなっている。

このようにして、代金減額請求権は、『基本方針』における担保責任の再編成において、ある種「異物」のような観を呈している。代金減額請求権は、契約責任として再編成された契約不適合責任に回収しきれない性格を帯びているのである。その意味で、『基本方針』は、いわば二元的救済体系を提示しているものと理解することができる。

それは、決して否定的に評価すべきものではない。現在の担保責任の下でも、実は、判例は、二元的救済体系を認めている。それを示す最高裁判決として、たとえば、権利の全部が他人に属する場合（他人物売買）に関して、履行不能が売主の責に帰すべき事由によるものであれば、買主は民法561条の規定にかかわらず、なお債務不履行一般の規定に従って、契約を解除し損害賠償の請求をすることができるとした最判昭和41年9月8日民集20巻7号1325頁を挙げることができる。また、数量指示売買において、土地の面積表示が

「代金額決定の基礎としてされたにとどまり売買契約の目的を達成するうえで特段の意味を有するものでないとき」について履行利益賠償を否定した最判昭和57年1月21日民集36巻1号71頁もここで挙げることができるであろう。この判決は、土地面積の表示が「売買契約の目的を達成するうえで特段の意味を有する」ことを主張立証することができれば、代金減額に止まらずに履行利益賠償が可能であることを示唆しているからである。

『基本方針』は、以上のような現在の裁判実務を、契約責任を前面に出して原則と例外とを逆転させる形で承継していると見ることができる。現在の裁判実務は、当事者間の権利義務関係の調整のあり方として妥当なものと考えられるし、裁判実務の承継は、一般的に言っても、立法の基本的態度として適切なものであろう。しかし、『基本方針』における現在の裁判実務の承継は、必ずしも全面的なものではない。改正構想のそのような性格は、改正法案にも引き継がれており、それが改正法案の1つの問題点となっていることは、後に見るところである。

(3) 瑕疵の意義

『基本方針』は、「瑕疵」を「物の給付を目的とする契約において、物の瑕疵とは、その物が備えるべき性質、品質、数量を備えていない等、当事者の合意、契約の趣旨および性質(有償、無償等)に照らして、給付された物が契約に適合しないことをいう」(【3.1.1.05】)と捉える。このように、瑕疵概念も、契約の趣旨に即して把握される。

『基本方針』は、瑕疵には主観的瑕疵と客観的瑕疵の双方を含むという現在の通説的理解を踏襲する(『詳解Ⅱ』20頁)。しかし、契約の趣旨を前面に出して瑕疵を把握することは、主観的瑕疵概念と親和的であり、客観的瑕疵概念との間で緊張関係を孕むことを否定できない。『基本方針』は、「物の瑕疵」を「物の契約不適合」とする考え方も紹介している(【3.1.1.05*】)。そのような考え方が採用される場合には、客観的瑕疵概念との緊張関係は、より強いものになるであろう。改正

法案は、実際に、契約不適合責任という考え方を明確化する方向で進むことになる。そこでは、客観的瑕疵概念は、事実上放逐されるに至るであろう。

他方で、現民法570条は、「隠れた」瑕疵であることを要件としている。この要件は、瑕疵の存否が契約の趣旨に即して判断されることになる場合、それと整合的とは言えない。たとえば、売買契約の当事者が目的物に一定の性質が備わっていることに合意し、それに応じて代金を決定するような場合には、仮に目的物にそのような性質が備わっていても、かつ、買主がそれを知りえたとしても、売主が履行すべき債務を履行していないことに変わりはないと考えられるからである。そうだとすれば、物に瑕疵がある場合の売主の責任について、瑕疵が「隠れた」ものであることを要求することは適切ではないことになる(以上『詳解Ⅳ』73頁、75頁)。このようにして、『基本方針』は、「隠れた」という要件を定めていない。

Ⅲ 改正法案における契約不適合責任

1 基本的改正構想

(1) 契約不適合責任構想の明確化

『基本方針』の多くの改正提案が、パブリック・コメントにおいて反対論が強かったという理由で、あるいは法制審議会において強い異論が提示されたという理由で脱落していったのに対して、契約不適合責任に関する改正提案は、最後まで残って改正法案に盛り込まれることになった。もちろん『基本方針』からの修正はあるが、基本的考え方自体は維持されている。

基本的考え方という点で重要なのは、『中間試案』の段階で、「瑕疵」という文言に代えて「契約の趣旨に適合」するか否かで売主の責任の成否を判断するという立場が採用されたことである(契約不適合責任の明確化)。「瑕疵」という文言が法律専門家ではない者にとって難解であることに加えて、この言葉が場合によっては物理的な欠陥のみを想起させることが、「瑕疵」という文言が不適切とされた理由である(『中間試案』400-401頁)。改正

を主導する契約パラダイムが一層明確なものとしたことになる。この立場は、改正法案においても、「契約の内容に適合」するかどうかで売主の責任の成否を判断するという形で受け継がれている（法案 562 条 1 項）。

（２）具体的改正構想

その上で、改正法案は、物に関する契約不適合責任に関しては、買主の追完請求権を規定し（その内容は、修補、代替物の引渡しまたは不足分の引渡しである。法案 562 条）、それとともに、債務不履行の一般原則として損害賠償と解除という救済も可能である旨を規定する（法案 564 条）。また、追完請求権の行使が可能である場合には、履行の追完の催告をし、その期間内に履行の追完がない場合には、代金の減額を請求することができる（法案 563 条 1 項）。履行の追完が不能であるとき、売主が履行の追完を拒絶する意思を明確に拒絶したときなどの場合には、無催告で代金減額を請求することができる（法案 563 条 2 項）。一見して明らかのように、ここでの代金減額請求権は、契約の一部解除と捉えられ、そのようなものとして要件を設定されている（潮見佳男「売買・請負の担保責任」NBL1045号〔2015年〕15頁参照）。

以上要するに、①完全履行請求権、②代金減額請求権、③契約解除、④損害賠償請求権という物の契約不適合に関して『基本方針』に示された買主の救済手段が、改正法案においてもすべて認められている。

売主が買主に移転した権利が契約の内容に適合しない場合、権利の一部が他人に属する場合においてその権利の一部を移転しないときについても同様である。それらについての権利供与義務が定められるとともに（法案 561 条）、①追完請求権、②代金減額請求権、③契約解除、④損害賠償請求を定める 3 条の規定が、この場合について準用されるのである（法案 565 条）。

これに対して、権利の全部が他人に属する場合については、権利供与義務が認められることは現 560 条と同様に明示されているが（法案 561 条）、

その場合については、契約不適合責任に関する規定の準用がない（法案 565 条参照。権利の一部が他人に属する場合は準用があるが、全部が他人に属する場合には準用がない）。この脱落は、『要綱仮案』（2014年8月26日法制審議会民法（債権関係）部会決定。NBL1034号に収録されている）から『要綱』（2015年2月24日法制審議会総会決定。NBL1045号に収録されている）に至る過程で生じたものであるが（この2つの文書の第30・6を対照されたい）、その理由は必ずしも明らかではない。上記①、③、④については債務不履行の一般原則でまかなえる、②の代金減額請求権については権利の全部が他人に属する場合の不履行については問題となる余地がないという趣旨であろうか。

2 改正法案の若干の具体的検討

（１）契約不適合責任（狭義）と代金減額請求権との関係

（i）二元的救済体系

以上に示されているように、改正法案は、『基本方針』において存在した二元的救済体系を踏襲している。1 つには、完全履行請求権、契約解除、損害賠償という債務不履行に基づくものと性格づけることができる救済であり（これを「狭義の契約不適合責任」と呼んでおく）、他の 1 つは、代金減額請求権による救済である。

（ii）二元的救済の相互関係

とすると、この 2 つの救済手段の相互関係が問題となる。この 2 つの救済手段は、まずもって重疊的關係にあると捉えることができる。買主は、狭義の契約不適合責任を追及しうる場合でも、代金減額請求権を選択して悪いわけではない。代金減額請求権のほうが、小さな救済ではあるが、売主から免責事由の抗弁を受けないがゆえに、確実な救済を得ることができるのである。そして、代金減額請求権を行使して代金減額を得た場合には、これに加えて狭義の契約不適合責任を追及することはできない。代金減額を認めるということは、契約不適合があることを前提として、それに対価

を合わせるといことであるから、契約不適合がない状態を回復しようとする狭義の契約不適合責任とは両立しないのである。そうすると、代金減額と、いわゆる履行利益の損害賠償や修補費用の損害賠償も両立しないことになる。これに対して、いわゆる信頼利益の賠償は、代金減額と整合的であって、両立が可能である（以上については、「民法（債権関係）部会第52回会議議事録」商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第2集〈第7巻〉』（商事法務、2014年）137頁、139頁の山本敬三発言参照。なお、この文書は、以下『資料集』と略して引用する）。

以上のように、2つの救済手段は選択可能であるが、実際には、代金減額請求権は、狭義の契約不適合責任が尽きたところで機能することになる。たとえば、法制審議会の部会審議において、法務省関係官は、この点について次のように発言している。すなわち、「代金減額請求権の存在意義というのは、免責事由が適用されないというところにございますので、損害賠償の免責事由に該当するあるいは追完の限界事由に該当するというところで、ほかの救済手段が尽きたような局面で、最低限のバランスをとるという制度」である（前出の「民法（債権関係）部会第52回会議議事録」『資料集』136頁における新井吐夢発言）。狭義の契約不適合責任のほうを買主にとっての救済が厚いから、現実の運用としては、当然にこのようになるであろう。

（2）売主の免責事由

そうだとすると、売主の免責事由がどの程度認められるかによって、代金減額請求権という救済の現実の意義が異なってくることになる。そこで、債務不履行の免責事由に関する改正法案の考え方を確認しておくことにしよう。

（i）『基本方針』における免責事由

まず、改正法案の源流にある『基本方針』の考え方によれば、債務不履行に基づく損害賠償責任の基礎には、「契約の拘束力」が据えられるべきである（『詳解』II 247頁）。その意味では、この責

任は、債務不履行責任というよりも「契約違反責任」と表現すべきものである。ともあれ、このような考え方から、その責任の免責事由も、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」と表現され、それが「過失」とは異なることが強調される。また、「責めに帰すべき事由」（帰責事由）という表現（現415条）も、それが過失責任の原則と結びつけて論じられてきたことを考慮して、用いないものとされた（以上、『詳解II』250頁）。

このようにして、売主が前主の卸専門業者を完全に信用しており品質上の問題をまったく知らなかった場合にも、無過失を主張して免責を受けることはできない（不特定物売買ケース）（『詳解II』249頁）。また、中古住宅の売主が構造上の欠陥をまったく知らない場合にも、その代金に見合う性能・品質を備えていることを買主に約束していたと考えられる限り、売主は、免責事由を主張することができない（特定物売買ケース）（『詳解IV』81頁）。

（ii）『中間試案』から改正法案へ

以上のような『基本方針』の考え方は、債務不履行責任における帰責事由を重視する論者（実務家に多かった）からの強い反撥を受けた。その結果、民法改正への『中間試案』（法制審議会民法〔債権関係〕部会2013年2月26日決定）では、免責事由として「債務者の責めに帰することができない事由」を維持するとの考え方が示された。しかし、そこでは、単に従前通りの帰責事由が維持されたのではなく、それに「当該契約の趣旨に照らして」という修飾語が付されたことが重要である（第10・1(2)）。

ここでの「契約の趣旨」は、より具体的には、「合意の内容や契約書の記載内容だけでなく、契約の性質（有償か無償を含む）、当事者が当該契約をした目的、契約締結に至る経緯を始めとする契約をめぐる一切の事情に基づき、取引通念を考慮して評価判断されるべきものである」と説明されている（第8・1(1)）。『民法改正中間試案の補足説明』（信山社、2013年）89頁。山野目章夫・中井康之「債務不履行とその救済等」ジュリ1456

号〔2013年〕42-43頁も参照)。「契約の趣旨」の文言が入ることによって、帰責事由の過失主義的理解が否定されているのである。このようにして、強い反撥にもかかわらず、契約の拘束力に根拠を置く債務者の責任という債権法改正検討委員会の考え方が事実上復活しているという評価が可能である。

改正法案では、規定の表現は、『中間試案』から少し変えられ、「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債務者の責めに帰すことができない事由」となっている(法案415条1項)。しかし、その趣旨は、『中間試案』と同様と考えてよい。

(iii) 小括

このように、改正法案において免責事由が認められる余地は、それほど大きくないと解される。しかし、それでも、免責事由が認められ、代金減額請求権が買主救済のために機能すべき場合はある。問題は、現行法と比較して、この場合の買主の救済が弱められることがないか、である。問題の焦点は、信頼利益賠償の可能性にある。

(3) 信頼利益賠償の可能性

(i) 代金減額請求権と信頼利益賠償

先に、代金減額請求権は、履行利益賠償とは両立しえないが、信頼利益賠償とは両立しうる旨を述べた。とはいえ、両立しうるということは、認められるということと同義ではない。それでは、代金減額請求権を行使しうる場合に、買主は、それとともに、信頼利益賠償という救済を受けることができるであろうか。

この点、現行法の下では、権利の一部が他人に属する場合であれ、数量指示売買であれ、代金減額と併せて、買主が善意であることを要件として、売主無過失での損害賠償の可能性が認められている(民563条3項、民565条)。権利の全部が他人に属する場合(他人物売買)においても同様である(民561条)。この損害賠償は、裁判実務においては、信頼利益と解されている。

この信頼利益の賠償の可否という論点があるこ

とは、『基本方針』の段階では意識されていた。売買目的物の一部が他人に属していたが、それを知らずに費用を支出して手入れを行っていたという具体例を挙げつつ、転売可能価格との関係で代金減額請求のほうを買主にとって有利である場合に、代金減額とともにその費用の損害賠償が認められるものとされていたのである(『詳解IV』63-64頁)。「詳解」は、「信頼利益」の語を用いることを慎重に避けているが、ここで論じられているのは、通常は信頼利益と呼ばれる損害についての賠償の可能性である。なお、売主が免責事由の存在を立証しうる場合には、この損害賠償が排除される旨が併せて説かれている点にも注意を要する。この扱いは、現行法とは異なっている。

法制審議会の審議においては、この論点に関する議論は低調であった。この論点にかかわる若干の質問は出された(第14回会議、第52回会議。いずれも岡正晶発言。『資料集第1集〈第4巻〉』16頁、『資料集第2集〈第7巻〉』135頁)。これに対する法務省関係官の回答は、次のようなものであった。「信頼利益で処理されていた部分がどうなるのかというのは、信頼利益というものの内実が余り明らかでないところもありますので、実質が変わるのかどうかとか、あるいは今までと同じような解決が可能かというのは、なかなか、はっきりとは答えにくいところではあります。この点は代金減額請求権の減額の在り方をどのようにするかということとも関連していて、そのような点を検討する中で、おおむね従来の解決の在り方というのは維持できるのではないかと、差し当たりの見通しとしては持っています」(『資料集第2集〈第7巻〉』新井吐夢発言。136頁)。この趣旨は明確ではないが、仮に代金減額請求権によって信頼利益の損害賠償もカバーしうると回答しているとすると、それは、理論的には正確さを欠くと言わなければならない。代金減額請求権と信頼利益賠償とは別物だからである。

(ii) 他人物売買と信頼利益賠償

信頼利益賠償は、他人物売買の場合には、実務的な重要性を増す。他人物売買(法案561条)につ

いては、契約不適合責任に関する規定（法案 562 条から 564 条）の準用が認められない（法案 565 条）ことは、先に触れた。そうすると、他人物売買における契約不適合は、債務不履行に関する一般原則に従って処理されることになる。具体的には解除と損害賠償である。

問題は、債務者（売主）に免責事由が認められる場合である。この場合には、損害賠償（履行利益）は認められない。しかし、解除は可能であるはずである。改正法案における解除には債務者の帰責事由が要件とされていないし（法案 543 条。現 543 条と比較するとよい）、他人物売買における債務不履行ケースでは、法案 541 条または 542 条に規定する解除の要件は通常は満たされるものと考えられるからである。そうすると、解除によって無駄になってしまった費用の損害賠償すなわち信頼利益賠償の可否が、重要な問題として浮上する。

現行法の下では、この賠償が担保責任を根拠とする信頼利益賠償として無過失で認められることに問題はない。しかし、改正法案の下では、それが認められるかどうかは明確ではない。売主が無責である以上、損害賠償は、信頼利益賠償であっても、認められないという趣旨なのであろうか。『基本方針』においては、権利の一部が他人に属する場合を想定しての記述であるが、そのような考え方が採られていた（前述）。それは、1つの立法政策として十分にありうる考え方である。しかし、そうであれば、現行法の解決を変更するわけであるから、その正当化のための説明があつてしかるべきであろう。あるいは、現行法の解決を変えるつもりはないということなのかもしれない。先に引いた法務省関係官の回答は、権利の一部が他人に属する場合を想定しての発言であるが、そのような趣旨と受け取ることも可能である。しかし、条文の支えなしに解釈で債務者無責の場合の損害賠償を基礎づけることは、簡単なことではない。損害賠償とは性格が異なる代金減額の中でそれを調整するというわけにはいかないのである。

（iii）小括

代金減額請求権は、先に述べたように、契約不

適合責任における一種の「異物」である。それにもかかわらず、改正作業の中では、その法的性質について十分な位置づけがなされなかった。そのような理論的弱点が、信頼利益賠償の可否という論点において端なくも露呈してしまったということであろうか。それは、とりわけ他人物売買の場合について、重大な帰結をもたらす。

IV 贈与における契約不適合責任

1 問題の構図

同様の問題性は、贈与における契約不適合責任にも現れている。この点についても、簡単に触れておこう。

贈与において目的物に瑕疵等があった場合における贈与者の責任をどのように考えるかは、法制審議会の審議において意見が対立した論点の1つであった。すなわち、①現行 551 条の実質的内容を維持しつつ、「瑕疵」の語を「契約の趣旨に適合しないものであること」に改めるなど、売買契約における規定の見直しと平仄を合わせる形で見直しをするという考え方と、②特に規定を置かず、履行義務とその不履行による損害賠償および契約解除に関する規律をそれぞれ一般原則に委ねるという考え方とが対立したのである（『中間試案』第 36・2 を参照）。これは、贈与における契約不適合責任をすべて契約パラダイムに基づく債務不履行責任に回収しようという発想（②）と、それに止まらない何らかの責任が残るという発想（①）との対立であった。売買であれば、代金減額請求権が①の発想の受け皿になりうる。しかし、贈与の場合には、そのような受け皿が存在しないので、正面からの対立になったのである。

改正の基本的考え方からすれば、これだけの意見の対立があれば論点から落とすということになる。しかし、この論点については、売買に関して契約不適合責任という考え方に基づく改正を行う以上、論点から落として現 551 条をそのまま維持するという選択肢は、採用するわけにはいかないのである（第 86 回審議における内田貴発言参照。法務省 HP における議事録 PDF 版 57-58 頁）。その

ようにして、いずれかの立場の選択が迫られた。

2 改正法案の基本的考え方とその問題点

(1) 改正法案に至る経緯

『中間試案』は、以上2つの発想のうち①の発想を本案に掲げていた(第36・2)。しかし、これについては、契約の趣旨に適合したものの移転等を行うことが贈与でも債務内容になる(どのようなものを移転することが必要かは契約の趣旨に照らして個別に判断される)としつつ、契約の不適合があっても担保責任を負わないとのデフォルト・ルールを創設するものであって適切ではないとの批判が提示された(第86回会議に提出された部会資料76B13頁参照)。

そこで、その後は②の発想に転じるが、新たに示された案は、「贈与者は、贈与の目的である物又は権利を契約締結の時の状態で移転し、又は引き渡す義務を負うこと」を推定するというものであった(部会資料76B第2・1〔11頁〕)。これに対しては、②の発想から、法定責任説における特定物ドグマを前提にしているのではないかとの批判が提示され(第86回審議における潮見佳男発言。議事録PDF版49頁)、要綱案取りまとめに向けた最終段階になってようやく、「約したものと推定する」という案(第93回会議に提出された部会資料81B18頁)で一致が得られることになった。

このようにして、「贈与者は、贈与の目的である物又は権利を、贈与の目的として特定した時の状態で引き渡し、又は移転することを約したものと推定する」という改正法案の規定ができあがったのである(法案551条)。

(2) 改正法案の問題点

(i) 改正法案の基本的評価

この改正法案は、①贈与においても贈与者の債務を決めるのは契約であるという基本的観点を維持しつつ、②贈与の無償契約である特質を贈与者の債務内容に関する当事者の意思の推定というレベルで考慮するもので、それ自体としては積極的に評価すべきものである。実際、贈与における当

事者の通常の意味は、現状有姿での目的物の引渡しで、欠陥のない物の引渡しまでは、債務に含める意思を持っていないであろう。しかし、そこにはなお、問題点も残されているように思われる。

(ii) 贈与における契約不適合責任

改正法案の規定は推定規定であるから、贈与者の債務がそれとは異なるものであることを主張立証することは、当然に可能である。たとえば、叔父Aが和食料亭の経営を希望する甥Bのために、その敷地として土地を購入して贈与するという場合を想定してみよう。このような場合には、当事者の意思解釈から、料亭敷地として適切な質を確保された土地を供与する債務が成立していると思われるべきことが少なくないであろう。

そのようなケースにおいて、目的物に土壤汚染があったとする。贈与者Aの債務を上のように理解すると、このような土地の提供ではその債務は履行されたことにならない。そこで、債務不履行の一般原則に従って、BはAに対して完全履行を請求することができるし、催告のうえ贈与を解除することもできることになる。これが原則であるが、その費用が過大になるような場合には、社会通念上の履行不能が成立し(法案412条の2参照)、Aが債務から解放されることもありうるであろう。その場合には、損害賠償(履行利益)の問題が生じる。免責事由の有無が問題であるが、売買の場合よりも免責事由は広く認められることになろうか(法案415条参照)。ここでは、免責事由が存在すると仮定する。そのような場合には、受贈者は、損害賠償(履行利益)を伴わない解除という救済手段を与えられる。

(iii) 贈与における二元的救済体系

問題は、受贈者がこれに加えて損害賠償(信託利益)を得ることができるかである。受贈者には、契約に要した費用もあり、また土壤汚染に関する調査費用などの損害があるから、この損害賠償を受けることができるかは、受贈者にとって重要な問題である。

現行法の下では、贈与者が瑕疵の存在を知ってそれを受贈者に告げなかった場合には、贈与者は、

担保責任を負う（現 551 条）。担保責任の内容に解除が含まれるかについては若干の議論があるが、肯定すべきである。受贈物を所有していることは場合によって大きな負担となることがあり（たとえば、利益よりも負担の方が大きい、いわば負財とも呼ぶべきケース）、受贈者をそのような負担から解放する必要があるからである。そうすると、受贈者は、現行法の下では、解除と損害賠償（信託利益）という救済を得られることになる。

改正法案の下でも、贈与者が瑕疵の存在を知ってそれを受贈者に告げなかったような場合には、同様の結果を認めることが望ましいであろう。しかし、改正法案は、この場合に当然に損害賠償が可能だという考え方になっていない。贈与者の責任を認めるために、贈与者が瑕疵の存在を知ってそれを受贈者に告げなかった場合には、免責事由を否定するということになるのであろうか。この場合には、履行利益の損害賠償が可能になる。しかし、そのような事情が免責事由の存否判断に当たって考慮されるべき事情なのかには、疑問を呈する余地がある。あるいは、不法行為に基づく救済を考えるのであろうか。それはありうと思われるが、本筋は、契約の枠内での解決を考えることであろう。

先に、改正法案に至る審議の中で、贈与における契約不適合責任をすべて契約パラダイムに基づく債務不履行責任にとして捉える発想と、それに止まらない何らかの責任が残るという発想との間の対立が存在したことを指摘した。その上で、このいずれを採用するかが問題になったわけであるが、この2つの発想は、あれかこれかという二者択一的なものではなく、あれもこれもという両立関係にあるものだったのでなかろうか。このようにして両者をともに認めるならば、贈与においても、売買と同様に二元的な救済体系が認められることになる。そのような発想に至らなかったのは、売買における代金減額請求権という「異物」の理論的解明が必ずしも十分ではなかったことによるのではないか。今後、この点に関する理論的解明を進めることが期待される。