

研究ノート

民法（債権関係）改正要綱に関するノート（Ⅲ）

荒井 俊行

（はじめに）

今回の民法（債権関係）改正審議に関わられた、元法制審議会民法（債権関係）部会委員の松岡久男先生並びに同じく元法制審議会民法（債権関係）部会幹事の潮見佳男先生及び同山本敬三先生（いずれも京都大学大学院法学研究科教授）による「民法（債権関係）改正を知る」というタイトルのセミナーが、2015年3月25日、26日に、株式会社有斐閣の主催により、大阪市中之島中央公会堂にて各3時間づつ行われた。

ここでは特に、各先生の講義の中から、これまで筆者が本季刊誌の研究ノートにおいて報告した「民法（債権関係）改正要綱案に関するノート（Ⅰ）」（「土地総合研究」第22巻第4号、2014年11月）及び「同ノート（Ⅱ）」（「土地総合研究」第23巻第1号）において十分言及できていなかった「定契約款」、断片的・過小な報告にとどまっていた債権総論（債務不履行、解除、危険負担、受領遅滞等）及び売買等における契約不適合責任について、上記セミナーで得られた情報をもとに、これまでの記述を補完し、多少なりとも足らざる部分の補充を図ることにしたい。

本ノート（Ⅲ）は上記セミナー直後の3月31日に、記憶が薄れないうちにと考え、取り急ぎまとめたものであるが、同日には、法制審議会民法（債権関係）部会において2009年11月以来2015年2月まで5年以上の期間に渡り、99回もの審議を尽くした「民法の一部を改正する法律案」（以下、「民

法改正案」という。）が国会に提出された。民法改正案附則第1条には、「この法律は、公布の日から起算して3年を超えない範囲内において政令で定める日から施行する」と規定されていて、順調に行けば2018年（平成30年）中には新民法が施行される運びである。

なお、本ノート（Ⅲ）は、民法改正案の内容を照合して整理したものではないため、以下の本文に付された算用数字番号も民法改正案の条文ではなく、「民法（債権関係）の改正に関する要綱」における目次番号に対応しているものであることを付記する。

1. 第28：定型約款について

（総論）

本テーマは昨年8月26日の要綱仮案においては（P）（ペンディング）として、空欄のまま残され、年明けの1月24日の部会でも了承に至らず、2月24日の第99回の民法部会において、ようやく最終要綱案として固まったものである。以下では、その概要等を整理しておく。

民法（債権関係）改正が俎上に上がって以来、約款は民法の現代化の要請の象徴的な課題の一つであった。すなわち、約款は、1896年の現民法制定時には想定されていなかった典型的な現代的現象の一つであり、現に日々、約款準備者があらかじめ作成する定型的な契約条項集により、巨大化、多様化した約款取引が継続的・反復的におこなわ

れている。こうした中で、議論に長期間を要したのは、対等な当事者間において申込と承諾を必須の要件と考える古典的な契約観からすれば、極めて希薄な合意でしかない約款に「意思の合致」による拘束力を認めてよいのかという「組入れ規制」問題や契約内容に約款準備者のみが実質的に関与することに伴い、内容的に不当な条項や予想外の不意打ち条項が介在する危険性をどう排除するかという「内容規律問題」などを巡り、容易にコンセンサスが得られなかったためである。

加えて約款については、すでに2013年施行の消費者契約法が、事業者・消費者間の情報・交渉力の構造的格差の存在という観点から法規制の対象としており、ここでさらに、民法という私法の基本法において、約款準備者のみの作成関与、不当条項・不意打ち条項の介在可能性を根拠に新たな規制の対象とすべきなのかが大きな議論となった。結果的には、消費者契約法ではカバーしきれない事業者間契約の規律の必要性があること等を理由に、約款に関する規定が最終段階で要綱に追加された。

(28-1：定型約款の定義)

まず定款の定義については、統一的要件構成という考え方と共通要件構成という二つの考え方が対立した。前者の統一的要件構成論とは、すべての規律の適用対象は統一的に定められるべきであるという考え方であり、約款の定義は不当条項規制や約款の変更に関する規律にまで及ぶものに限定する必要があるとする。このため、規律の対象となる約款はかなり限定的となる。後者は、約款に共通する最低限の要件だけを定め、各規制の趣旨及び必要性に応じて付加的な要件の追加を認める考え方である。定款の組入れは、特別の規定がない限り本来認められない以上、組み入れ条件を定める定款の定義はできる限り広く取ることが要請されるとする。今回の要綱では前者の統一的要件構成案が採用されている。要綱における約款の具体の定義はやや難解であるが、以下のとおりである。

「定型約款とは、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。）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。」

(説明)

要綱は、取引類型を「不特定多数の者を相手方として行う取引」及び「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である取引」に限定した。そして、定型約款とは、「契約の内容とすることを目的として特定の者により準備された条項の総体をいう」ものとされた。定契約款の要素を平易に言い換えると、①個性のない集団を相手にした、②画一条件性を持った、③契約の内容とするという目的性を持った契約、であるといつて良いであろう。

まず、「不特定多数」とは、不特定または多数の意味ではなく、敢えて言えば、不特定かつ多数の意味である。不特定とは、相手方としての個性に着目しない集団を想定しており、例えば、労働協約は、従業員という多数を相手にしたものではあるが、従業員という特定集団を対象とし、個性のない不特定を相手にするものではないので、定契約款には該当しないと考えられる。次に、B to B取引も、契約内容を十分に吟味し、交渉するのが通常であり、個性に着目するものが少なくなく、また、交渉力格差により契約内容が画一的であるときは「双方にとって合理的」とは言えず、さらに、実施細則を定めるなど、「契約の内容とすることを目的」としない場合がしばしばあるので、基本的にはこの定義に該当しないと考えられる。

上記定義は、人によりイメージの異なる約款のうち、コアの部分、すなわち多くのひとのイメージが重なる部分を取り出したものであり、外縁部分は必ずしも判然とはしていない。この定義に該当しない約款の規律をどう扱うかが今後の解釈上

の重要な検討課題である。民法上の定型約款の定義に該当しない以上、約款としては無効であると考えられることも不可能ではないであろうが、約款の一般法理に照らして、できる限り本規定の趣旨を類推適用するなり、拡張解釈するなりして、約款の外延を広げる努力が必要ではないかと思われる。

(28-2： 定型約款についてのみなし合意)

「(1) 定型取引を行うことの合意(3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、定型約款の個別の条項についても合意をしたものとみなす。

ア 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。

イ 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) (1)の規定にかかわらず、(1)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民法第1条第2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。」

(説明)

ここでは、まず、携帯電話の売買をするとか保険に入るなどの定型取引を行うことの合意をした上で、みなし合意の要件として、①具体的に細部を承知していなくとも、詳しいことは約款によるといように、「定型約款を契約の内容とする」旨を合意するか、②常に①が合意できるとも言い切れないことから、「定型約款準備者があらかじめ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」ときは「合意したものとみなす」とこととされた。合意によらずに、相手方が見ることのできる表示のみで定型約款が契約の内容になる可能性を民法が承認していることが重要である。

なお、明文上の文面はないが、あらかじめの表示さえも難しい場合があることを踏まえ、定型約款準備者が当該定型約款を契約の内容とすることをあらかじめ公表(相手方が現実にはすぐには見られなくとも、見ようと思えば見られる状態になっていること)していたときも、みなし合意を認めることが含意されており、例えば鉄道・軌道・バス等による旅客の運送に係る取引、高速道路等の通行に係る取引等については、道路運送法、海上運送法、道路整備特別措置法等の改正によりこの公表方式が導入される予定である。

また、(2)の規定では、個別条項の内容に関する合意があったものと擬制するための組入れの成立要件及び個別条項の内容に関する合意があった

図表1 みなし合意からの適用除外要件

	消費者契約法 10 条	要綱 28-2 (2)
前段条件	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	(1)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
後段条件	民法第1条第2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	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民法第1条第2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
解釈方法	消費者契約法の趣旨を踏まえて信義則違反を判断	定型約款の特殊性を考慮し取引全体に関わる事情を考慮
効果	無効	合意をしなかったものとみなす
両者の適用関係	消費者は、定型約款のみなし合意の除外の抗弁と消費者契約法第10条の無効の抗弁とを選択可能である。	

という擬制が否定される阻却要件を一元的にみなし合意からの除外要件として規定しており、中間試案が採用していた、①約款が包括的に契約の内容になる組入れ条項と相手方が合理的に予測できない条項は契約の内容にならない不意打ち条項の二つからなる「組み入れ規制」と②包括的に契約の内容とされる約款の個別条項中、その内容の不当性を理由として無効とされる「内容規制」という二元的な構成は廃棄されている。「取引形態の態様及びその実情に照らして」という表現を用いることによって、条文上も、内容の不当な条項のみならず、不意打ち的な条項についても、みなし合意から排除し得る余地を残していると言えよう。

(2) のみなし合意の適用除外要件を消費者契約法と対比して示すと図表1のようになる。

(28-3：定型約款の内容の表示)

「(1) 定型取引を行い、又は行おうとする定型約款準備者は、定型取引合意の前又は定型取引合意の後相当の期間内に相手方から請求があった場合には、遅滞なく、相当な方法でその定型約款の内容を示さなければならない。ただし、定型約款準備者が既に相手方に対して定型約款を記載した書面を交付し、又はこれを記録した電磁的記録を提供していたときは、この限りでない。

(2) 定型約款準備者が定型取引合意の前において(1)の請求を拒んだときは、2の規定は、適用しない。ただし、一時的な通信障害が発生した場合その他正当な事由がある場合は、この限りでない。」

(説明)

ここでは、定型約款準備者による開示等の行為を、組み入れ要件から原則的に排除していることが重要である。これは現実には、契約者が約款を見ようとししない事実がある中で、開示を常に要求すると事務手続が煩雑になり、また、仮に開示を要求してもその実効性がきわめて乏しいのでは意味がないと考えられた為である。代わりに、相手方

から請求があった場合に、定型約款準備者に対して遅滞なく相当な方法で定型約款の内容の表示義務を課することとし、その時期は定型取引合意の前、又は定型取引合意の後、相当の期間内とした。事前開示が基本であるとの議論もあったが、相当期間内であれば事後でもよいこととされたのである。ただし、定型約款準備者が、すでに相手方に定型約款を記載した書面を交付し、又はこれを記録した電磁的記録を提供している場合はこの限りではないこととした。これは請求があった場合の内容表示を原則的形態としたうえで、書面交付、電磁的記録により定型約款の内容をあらかじめ提示していればそれで足りるものとしたものである。

しかし、(2)では例外として、定型約款準備者が定型取引合意の前において、上記(1)による相手方からの請求を拒んだときは、みなし合意の規定は適用しないとされた。なお、ただし書きにより、内容表示は、通常、ネットの利用を通じて行われる場合が多いと考えられるが、一時的な通信障害等のアクシデントのために請求に応じられなかったような場合等は、みなし合意は無効にはならないとされている。

(28-4：定型約款の変更)

「(1) 定型約款準備者は、次に掲げる場合には、定型約款の変更をすることにより、変更後の定型約款の条項について合意があったものとみなし、個別に相手方と合意をすることなく契約の内容を変更することができる。

ア 定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき。

イ 定型約款の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、この4の規定により定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無及びその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき。

(2) 定型約款準備者は、(1)の規定による定型約款の変更をするときは、その効力発生時期を定め、かつ、定型約款を変更する旨及

び変更後の定型約款の内容並びにその効力発生時期をインターネットの利用その他の適切な方法により周知しなければならない。

(3)(1)イの規定による定型約款の変更は、(2)の効力発生時期が到来するまでに(2)による周知をしなければ、その効力を生じない。

(4) 2(2)の規定は、(1)の規定による定型約款の変更については、適用しない。」

(説明)

前回までの要綱案では定型約款の変更の要件としては、定型約款に民法の規定による定型約款の変更ができる旨の変更条項があることが必要であるとされていたが、これを必須とすることは適当ではないという意見があった。また、この要件を前提として、定型約款準備者が施行日までの間に一方的に変更条項を定めることができることとする経過措置を設けることは、経過措置により、原則である本則の規律とあまりに大きく異なるルールを設けることになり、適切でないとの指摘があった。

そこで定型約款の変更の要件として、定型約款の変更が「相手方の一般の利益に適合するとき」、かつ、「目的に反せず変更の合理性があるとき」という要件に該当すれば、変更後の定型約款の条項について合意があったものとみなされ、個別に相手方と合意することなく契約内容を変更することができることとした。現実に行われている運用を明文化したものといえよう。

「変更の合理性」の考慮要素としては、「変更の必要性」、「変更後の内容の相当性」、「定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無」、「定型約款の内容その他の変更に係る事情」があげられている。定契約款中にあらかじめ変更条項が置かれることは必須の要件ではないが、変更条項が置かれ、かつ、その内容が具体的である場合には、変更の可否に関する合理性の考慮要素となり、変更が認められやすくなると考えられる。

以上の案によれば、定型約款中に変更条項がな

くとも、変更条項を設けるための定型約款の変更が可能となることになる。施行日前に締結された契約に係る定型約款の変更条項が設けられていない場合についても、定型約款準備者は施行日前に変更条項を設けることができる旨の経過措置を設ける必要はない。

(2)、(3)では、変更の効力が発生するためには、定型約款準備者は効力発生時期を定め、かつ、定型約款を変更する旨及び変更後の定型約款の内容並びにその効力発生時期をインターネットの利用その他の適切な方法により周知しなければならない、効力発生時期が到来するまでに周知をしなければ、定型約款の変更は効力を生じないとされた。

なお、(4)では、入りの適用除外である2(2)については、(4)の定型約款変更に対しては、より適用の要件をきびしいものとする必要があるため、適用しないこととされた。定型約款の変更については、より厳格に、かつ、考慮要素も異なる4(1)各号の規律によることとするものである。このことを明らかにするため、2(2)と4(1)各号との関係が必ずしも明瞭ではないとの指摘を踏まえ、確認的に4(4)に「2(2)の規定は(1)の規定による定型約款の変更については、適用しない」を設けたものである。

(追補)

(1) 第548条の2について

3月31日に閣議決定され、国会に提出された「民法の一部を改正する法律案」によれば、要綱の「定型約款の定義」及び「定型約款のみなし合意」が民法第548条の2として1つの条文にまとめられている。条文案は以下のとおりである。なお、「定型約款の内容の表示」に係る第548条の3、「定型約款の変更」に係る第548条の4は、要綱がそのまま条文化されている。

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言う。以下同じ。)の個別の条項についても合意したものとみなす。

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。」

(2) 定型約款に関する経過措置について(附則第33条)

民法の一部を改正する法律案附則33条は、定型約款について遡及的適用を考えている。規定は以下のとおりである。

附則・第三十三条

新法第五百四十八条の二から第五百四十八条の四までの規定は、施行日前に締結された定型取引(新法第五百四十八条の二第一項に規定する定型取引をいう。)に係る契約についても、適用する。ただし、旧法の規定によって生じた効力を妨げない。

2 前項の規定は、同項に規定する契約の当事者の一方(契約又は法律の規定により解除権を現に行使することができる者を除く。)により、反対の意思表示が書面でされた場合(その内容を電磁的記録によってされた場合を含む。)には適用しない。

3 前項に規定する反対の意思表示は、施行日前にしなければならない。

(説明)

今回の民法改正案は附則第1条により「公布の日から起算して3年を超えない範囲内において政令で定める日から施行する。」とされ、民法改正案が今国会で成立すると、区切りのよい2018年1月施行か又は2018年4月施行あたりが有力になると考えられる。第1項は、施行日以降に、施行日前に締結された定型約款にも、遡って548条の2から548条の4までの規定が適用されることが示されている。理由は、定型約款の変更条項等を遡及適用させた方が消費者等に有利な場合もあるとの配慮から、既存の約款にも適用できるように措置する必要があると判断されたためである。

第2項は、債務不履行者のように、客観的に、定型約款の解除権を行使される者を除いて、遡及適用を望まない者(定型約款準備者を含む。)が書面でその旨を意思表示すれば、当事者の意思を尊重して、改正民法を当然には、施行日前に締結された定型約款に遡及適用させない趣旨である。すなわち、旧法(現行法)の枠組みで対応することも可能である。

第3項の規定は、附則1条2項により「公布の日から起算して1年を超えない範囲内において政令で定める日」から施行するとされ、第2項の反対の意思表示は、第3項の施行期日である「公布から1年を超えない範囲内で政令で定める日」前にしなければならないと定める。2年の準備期間を設けて反対の意思の有無をはっきりさせたうえで、遡及適用への準備を行わせる趣旨である。

2.5: 無効及び取消しについて

昨年の民法改正セミナーの中で、ある講師が、要綱5で提案された「無効及び取消しの」規定が予想外の効果を発揮するとのべていたが、その意味するところを理解することができなかった。しかし今回のセミナーで、その意義を示唆する具体的な指摘があったので、以下その概要を記すが、

先ず要綱の関連する規定は以下のとおりである。

「(1) 無効な行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、相手方を原状に復させる義務を負う。

(2) (1) の規定にかかわらず、無効な無償行為に基づく債務の履行として給付を受けた者は、給付を受けた当時その行為が無効であること（給付を受けた後に民法第 121 条の規定により初めから無効であったものとみなされた行為にあっては、給付を受けた当時その行為が取り消すことができるものであること）を知らなかったときは、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う。

(3) (1) の規定にかかわらず、行為の時に意思能力を有しなかった者は、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う。行為の時に制限行為能力者であった者についても、同様とする。」

(説明)

改正のポイントは、法律行為の無効及び取消しにおける原則としての原状回復義務の明文化（給付に法律上の原因がない以上、原状回復をしなければならないという基本原則の宣言）であり、例外的に無償行為の場合に現存利益に縮減されること、現存利益への縮減規定が制限行為能力者に加え意思無能力者についても明文化されたことである。(1) には明示されていないが、現物返還が不可能なときは価値償還義務となることが含意されている。

この改正案の意義は、現民法では、法律行為の無効及び取消しの効果が不当利得について定める民法 703 条及び 704 条に規定され、これまでこの問題の処理を非常にわかりにくいものとしていたところ、今回、法律行為の無効・取消しの効果を総則に明記することにより、実質的には不当利得法の一部改正がなされたことを意味し、法律行為の無効・取消は、703 条及び 704 条から離脱した処理が可能となるとともに、不当利得の類型論の

採用を前提に、ここに給付利得論の規定が置かれたと見るができるということである。この改正は、今後、給付利得論以外の不当利得類型の解釈にも影響を及ぼすことになるであろう。

ここで、不当利得制度の趣旨について一言しておく、それは、形式的・一般的には正当視される財産的価値の移動が、実質的・相対的には正当視されない場合に、正義・公平の理念に従い、その矛盾の調整を試みる仕組みであると理解されている。しかし不当利得が問題となる場面には様々な類型が存在し、それぞれの類型により社会的意味づけが異なる。そこで不当利得の類型ごとに具体的な基準を明らかにする不当利得の類型論が学説上は有力になっている。

不当利得には大きく 2 類型がある。一つが一定の法律関係を前提に給付がなされたが、その原因が存在しなかった場合の給付利得類型であり、今一つが、物が本来その帰属すべき権利者ではなく、無権限者によって使用・収益・消費・処分などがされた場合に、利益を金銭で返還させる侵害利得類型である。実際には、両者が重なるような事例も少なくなく、受益者と損失者の間に中間者が介在する場合の多数当事者間の不当利得問題の類型もある（典型例は、契約上の給付が契約の相手方のみならず第三者の利益となった場合に、給付をした契約当事者がその第三者に利益の返還を

図表 2 不当利得の二類型

給付 利得	外形上有効な契約その他の法律上の根拠に基づいて財貨が移転したが、契約が無効であったり、取り消されたり、解除されたりして、何らかの瑕疵ともいふべき事情があったため、財貨を取り戻す類型
侵害 利得	法律上も事実上も契約関係にない当事者間において、法律上一方当事者に割り当てられている権利を他方が侵害し、権限なく利益を得た場合に、それによって得た利益の返還を求める類型

請求する転用物訴権)。

3. 債権総論について—主に契約不適合の視点から—

(1) 総論

今回の民法改正案では、契約規範は合意に基づいて発生し、契約当事者は合意に拘束され、合意に基づく契約は守られなければならないとする「パクタ原則」が、とりわけ履行障害法部分の改正においては大きな地位を占めている。民法が規定する履行障害法の規定は、この契約は守られるべきであるとの原則を保護するためのものであり、契約の一方当事者が契約内容を遵守しない場合に、他方当事者に対して与えられるべき救済手段を規定するものである。このような観点から、従来の債務不履行責任、契約解除、危険負担等について、その要件効果を見直すべきであるとの見解が今回の民法改正案の根底に大きく存在している。

(2) 第8：債権の目的（法定利率を除く）中の特定物の引渡しの場合の注意義務

要綱は、特定物の引渡しの場合の注意義務を定める民法400条について「債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しをするまで、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」と定めた。これは、いわゆる善良な管理者の注意が、債権発生原因とは関係のない過失を意味するものではなく、当事者の主観的意思及び当該契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他の取引を取り巻く客観的事情をも考慮して定まることがありうることを述べたものである。注意すべきは、「契約その他の債権の発生原因」と「取引上の社会通念」とが「及び」で結ばれているが、これは「契約その他の債権の発生原因」から契約内容を導くことができたときに、これを「取引上の社会通念」で上書き・修正することを容認する意図ではないということである。契約内容を導く際に当事者の主観的事情とともに客観的事情も考慮す

ることを示すために、この表現が用いられたに過ぎない。

今回の要綱の下では、特定物売買においては契約内容に適合したものを引き渡す義務があることが含意されているので、引き渡された目的物が契約内容に適合していなかった場合において、買主が売主に契約不適合を理由に損害賠償請求をしたときに、売主が契約不適合と直接関係のない保存義務を尽くしたとの抗弁を出しても、主張自体が失当であり、意味を持たないことに留意が必要である。

従って、要綱の規定による400条の存在意義は、今後は、引渡し前に特定物がひどい方法で保存されていた場合にその履行強制を求める場面に尽きるのではないかと考えられる。

また、特定物の現状による引渡しを定める民法483条について、要綱は「債権の目的が特定物の引渡しである場合において、法律行為の性質又は当事者の意思によっ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、その時の原状でその物を引き渡さなければならない」と定め、「弁済をする者は、その時の現状でその物を引き渡さなければならない」の前に修飾語を置くことで、この規定が任意規定であることを明らかにしている。売買の場合、種類、品質、数量が契約の内容に適合していることが債務内容となることを前提とした規律が設けられていることから、この規定が適用される場面はほとんどないと考えられる。本規定は特定物債権における種類、品質が合意内容にならないという特定物ドグマを明確に否定したという意味を持つのである。

(3) 第10：履行請求権等

要綱には「債権者が債権に基づいて債務者に対する履行請求権を有する」旨の明文の規定はないが、これを当然のことと前提したうえで、その限界事由として「債務の履行が契約その他の当該債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない」を提案している。契約上

の債権の場合、この「契約その他の当該債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」の文言から、履行不能が契約内在的に決まることが示されている。なお、履行請求権の限界に係る記述の重複を避けるために削除された請負における民法634条1項但書きの規定は、条文は消えても、改正後もなお、「債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大の費用を要する場面」が不能の概念の下でとらえ得る、有力な準則たり得るものと考ええる。

ところで民法559条、「この節(売買)の規定は、売買以外の有償契約について準用する。ただし、その有償契約の性質がこれを許さないときは、この限りでない」の規定により、請負にも基本的には売買に関する規定が準用され、請負による担保責任については、改正法の売買に関する562条(買主の追完請求権)、563条(買主の代金減額請求権)及び564条(買主の損害賠償請求権及び解除権の行使)(さらにそこから準用される415条、541条、542条)の規定が使われることになり、請負独自の規定としては、注文者が指図をした場合の請負人の契約不適合責任の制限に関する636条及び目的物の種類・品質に関する担保責任に関する期間制限を定める637条しか残らない。そうすると、現在の634条2項が「瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに損害賠償を請求できる」としていた規定が消えてしまい、先ず修補を請求し、履行されない場合に、次の段階で解除や損害賠償にたどり着くという手順が必要となる。現行法が認めていた、修補に代わる損害賠償請求規定が、曖昧なままに消えてしまっている問題をどう考えるのか、課題が残る処理である。

(4) 第26：契約に関する基本原則中、履行の不能が契約成立時に生じていた場合

契約に基づく債務の履行がその契約の時に不能であった場合について、原始的不能＝無効であり、せいぜい、契約締結上の過失の理論により、契約が有効であることを信じた債権者に対しては信頼利益を賠償するに留まるというこれまでのドグマ

に対し、今回の要綱26は、これを明確に廃棄することを示した規定である。契約は原始的不能を理由として無効になることはなく、放置すれば契約は有効なまま、履行利益の賠償が必要となる。要綱26「契約に基づく債務の履行がその契約の時に不能であったことは、第11の1(債務不履行による損害賠償)及び2(債務の履行に代わる損害賠償)の規定によりその履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない」は、原始的不能の場合でも契約が有効であることの代表的な効果を記述するようにという強い要請を受けて、契約不適合責任の規定の全部書くのが大変なので、その代表例として債務不履行を理由とする損害賠償が選ばれて記述されているのであるが、それ以外に、契約の解除もできるし、代償請求権その他の履行不能の場合に妥当する規定の適用も否定されない。代表的な効果をこのように一つだけ取り出して書くことに伴って生じる誤解にも目を向けるべきであったと考える。原始的不能の場合には、損害賠償請求しかできないと読まれる恐れが多分にあるからである。条文構成上は、この文言は412条の履行遅滞の規定の後に置かれるほかはないであろう(民法改正案では、412条の2第2稿として「契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったことは、第415条の規定によりその履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない」となっている)。

(5) 第11：債務不履行による損害賠償

従来の伝統的立場は、債務不履行には、履行遅滞、履行不能、不完全履行の三種類があり、ドイツ民法の学説継受により、債務者の故意・過失又は信義則上これと同視すべき履行補助者の故意・過失が債務不履行責任の要件とされていた。過失がなければ責任を負わないという過失責任の原則から、債務不履行には故意・過失が要求され、債務者の責めに帰すべき事由がなければ、無過失の抗弁が可能であり、ここには契約当事者のどちらがリスクを取るのかという考え方はなかった。要綱の考え方は、債務不履行を理由とする損害賠償

の成立要件を「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」とし、損害賠償の免責事由を「契約その他の当該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」とした。ここでの免責事由は、債務発生原因、契約の場合には免責の可否が契約の趣旨に照らして判断されるべきであり、免責の根拠はあくまで契約の拘束力であり無過失ではないことが明らかにされている。無過失とは、今後は債務者がその不履行のリスクを契約において負担していないことを意味するものとなる。「責めに帰すべき事由」という文言は従来通り残っているが、ここでの帰責事由の意味内容は、上記のようなパラダイム転換を遂げているのである。以上より、従来の過失責任原則は否定されるが、実務的に混乱が生じるというようなことにはならないであろう。

損害賠償の範囲を定める 416 条について、今回本質の変更は加えられていない。要綱は履行請求権が不能または解除により填補賠償請求権に転形するという転形論を採用せず、履行請求権と填補賠償請求権が併存する「履行に代わる損害賠償」という考え方を新設している。発生事由としては①履行不能、②明確な履行拒絶、③、債務不履行を理由とする解除権の発生（実際に解除していなくとも可）、提案の位置は離れるが④履行遅滞中の履行不能で双方無責の場合があげられている。

(6) 第12：契約の解除

これまで解除は債務不履行を犯した債務者に対する責任追及の手段であった。要綱では契約の拘束力から、債務不履行をされた債権者の解放を図る制度とすることが意図されている。これが解除の要件にも反映しており、債務者の帰責事由が不要とされるとともに、契約を維持することの期待不可能性が加重条件とされ、債務者が債務を履行せず、催告にも応じなかった場合に、相当期間が経過した時点において当該債務の不履行が軽微なものにとどまると評価される場合は催告解除がで

きない。もちろん契約目的が達成不能であれば無催告解除が可能である。ここで、軽微とはどのような観点から判断されるのかを示す文言はない。不履行の態様や違反された義務内容の軽重が問われることになる。解除権の発生障害事由としては、536 条 2 項による債権者の帰責事由が考えられている。

(7) 第13：危険負担

解除制度と危険負担制度は、双務契約が履行不能になった場合に債権者を反対債務から解放するかどうかを定めるという目的を同じくする制度である。現民法は解除と危険負担のすみ分けを図り、債務者に帰責事由がある不能の場合を解除、債務者に帰責事由のない不能の場合を危険負担としている。要綱ではこの前提条件が大きく変わり、解除のための債務者の帰責事由は不要になった。そこで当然消滅構成をとる現危険負担制度をそのまま維持すると、理論的には矛盾が生じてしまう。

要綱は論理矛盾を回避して、解除制度と矛盾することの無いよう危険負担制度の意味を変えてしまおうと考え、当然消滅構成から履行拒絶権構成への転換を図った。要綱は「双務契約において当事者双方の責めに帰することのできない事由によって債務を履行できなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる」として、債務者の責めに帰することのできない事由によって債務の履行が不能となったときに、債権者が債務者からの反対債務の履行請求権を拒絶できるかという効果と結びつけて危険負担制度を再設計したのである。換言すれば、債務の履行不能を理由として反対債務を消滅させるためには、債権者は解除の意思表示を要する。ただし債権者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合に、債権者は反対債務の履行を拒絶することができない。

(8) 第14：受領遅滞

要綱は「遅滞の責任」という効果により一か条にまとめられている現民法の受領遅滞に関する規律を効果ごとに個別に規律するため、①保存義務

の軽減、②増加費用の債権者負担、③受領遅滞中の（債務者無責の）履行不能という3つの規定を置いた。

①は受領遅滞を理由として目的物保管義務を「自己の財産に対するのと同じ注意」へと軽減するものである。②は受領遅滞を理由として増加した費用の、債権者への償還請求権の規定である。③は、受領遅滞中に生じた債務者の責めに帰することのできない事由による履行不能につき、債権者の責めに帰すべき事由によるものとみなすことにより、債権者が契約を解除できないことを定め、双務契約にあっては、反対債務の履行拒絶をすることができないことを明記したものである。

なお要綱は受領遅滞に関し、債権者が受領義務を負うかどうかについて規定を設けていないため、契約又は信義則に基づく受領義務、協力義務については債務不履行の一般準則に従って処理されることになる。この規律は受領遅滞に関する法定責任説が意味を持たなくなることを明確に示している。

4. 売買の契約不適合について

(1) 第30：売主中、2. 売主の義務

要綱は、売主には、契約の内容に適合した権利を供与すべき義務及び物の種類、品質、数量に関し契約の内容に適合した物を引き渡すべき義務があることを前提に構成されている。これにより物が契約内容に適合していなかった場合の売主の責任が債務不履行責任であることが明らかである。すなわち法定責任説を否定して契約責任説を採用し、特定物の売買において性質は契約の内容にならないという特定物ドグマを明文で否定したことが重要である。要綱は、権利や物の「瑕疵」という表現を避け、これに代わり「契約の内容に適合した権利や物を供与する義務」という枠組み、すなわち、契約適合性という観点から規律を設け、担保責任の債務不履行責任への統合・一元化を実現したのである。

物の瑕疵から契約内容への不適合という転換に伴うここでの責任の本質は、契約内容を離れて捉

えられる物の性質という意味での欠点にあるのではなく、当該契約の下で、契約当事者が売買の目的物に対していかなる意味を与えたかという観点からとらえられる契約内容の適合性からのかい離であると考えるのである。

物の契約不適合について、現民法の下では数量の瑕疵と品質の瑕疵とは異質のものととらえられており、別々の規律に服していたが「種類、品質」の不適合と「数量」の不適合のルールを原則として同列に位置付けた。ただし買主の権利の期間制限（失権）については、種類、品質面での契約適合性と数量面での契約適合性を区別し、失権が問題となる契約不適合は種類、品質に関する不適合のみである。ここで買主の期間制限（失権）とは、「不適合の認識+1年以内の通知なし」の場合に、不適合を理由とする救済が認められないことを意味している。ただし悪意・重過失の売主に対する関係では失権しない。失権の根拠としては、契約に適合した履行をしたと考える売主の信頼の保護、時の経過や使用により劣化が不適合の判断を困難にすることが考えられる。種類、品質に関する契約不適合責任の期間制限の規律とは別に、平成13年11月27日の最高裁判例によれば、二重の期間基準として、一般的な消滅時効期間との関係が引き続き解釈論として存在するので注意が必要である。なお、数量に関する不適合や権利に関する不適合は消滅時効で対処される。

さらに隠れた瑕疵（買主の善意無過失）概念が廃棄されたのは、買主側の認識可能性は、その売買契約において当事者が売買の目的物に与えた意味は何かという点（＝契約内容の確定）に関する判断に取り込まれている以上、瑕疵概念を契約適合性と分けて判断することは論理的に説明がつかないと考えられたためである。

(2) 第30：売買中、3. 売主の追完義務

買主の追完請求権は売買目的物の契約不適合に関して新設される規定である。これは、不完全な履行をされた買主が売主に対して追完請求権を有することは、履行請求の一態様として当然のこと

と考えられたためである。買主の追完請求権を一般的に認めることは、特定物ドグマを否定する意味を持つ。ただし買主に契約不適合の帰責事由があるときは、解除権のルールと平仄を併せるため、追完請求権は認められず、また、契約に適合しない物が引き渡されたときに、どのような追完方法をとるかは買主が第一次的選択権を持つが、買主に不相当な負担を課するのであれば、売主は別の方法での追完を選択することができる。

(3) 第30：売買中、4. 買主の代金減額請求権

現民法では売買目的物が契約の内容に適合しない場合、数量不足の場合を除いて代金減額請求権は認められていない。要綱は売買目的物が種類・品質・数量面で契約に適合しない場合に、買主の代金減額請求権を従来通りの形成権として認めている。代金減額請求権は売買契約の一部解除と同じ機能を営むので、その請求の要件を解除の場合と平行に規定している。代金減額請求権は損害賠償請求権ではなく、免責事由も想定されていないので、代金減額の主張に対して売主は、「契約不適合が売主の責めに帰することのできない事由によるものである」との抗弁を出すことはできない。また、買主の責めに帰すべき事由は代金減額請求権の発生障害事由である。なお、基本のルールとして、追完（目的物の修補、代替物の引渡し、不足分の引渡し）請求は、代金減額請求に優先する。要綱は「買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、その期間内に履行の追完がないときは、買主はその不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができる」と定めている。

(4) 第30：売買中、5. 損害賠償の請求及び契約の解除

要綱は種類、品質、数量の点で契約の内容に適合した物の供与を売主に求めている、その違反が債務不履行となる。ここでの損害賠償、・契約の解除は要件・効果とも債務不履行の一般規定による。従って、契約不適合を理由とする損害賠償が、信頼利益の賠償に留まるとか、無過失責任であると

かという従来の法定責任説の考え方は採る余地がない。また買主が悪意であるからといって、買主から契約不適合を理由とする救済手段を奪うという考え方も採る余地がない。

(5) 第30：売買中、6. 権利移転義務の不履行に関する売主の責任等

要綱は、30の3,4,5までの規定（条文上は562条ないし564条）の規定は売主が買主に移転した権利が契約の内容に適合しないものである場合（権利の一部が他人に属する場合においてその見地の一部を移転しないときを含む。）について準用するとした。権利の瑕疵（不適合）と物の瑕疵（不適合）の規律を共通にする趣旨である。

※本ノート（Ⅲ）は、2015年3月31日現在で記述した。

[あらい としゆき]
[(一財)土地総合研究所 専務理事]