

民法（債権関係）改正検討と住宅の瑕疵担保責任

目次

はじめに	2
I これまでの検討の状況と今後の予定	3
1 研究者等のグループによる検討	3
2 法制審議会における検討	5
II 法制審議会民法（債権関係）部会の「中間試案」	9
1 基本的な原則の明文化	10
2 債務が履行されない場合の規律	15
3 売買の瑕疵担保責任	21
4 請負の瑕疵担保責任	28
5 小括	31
III 「中間試案」の瑕疵担保責任に関する規律が住宅に係る取引にもたらす 影響等についての考察	34
1 責任が認められるための要件	35
2 責任の内容	38
3 権利の期間制限	45
4 小括	47
おわりに	48

はじめに

現在、法制審議会において、民法（債権関係）の改正についての検討が進められている。

現行民法典のうち財産法の部分（第1編総則・第2編物権・第3編債権）は、明治29年（1896年）に公布され、明治31年（1898年）から施行されている。¹

施行後、社会経済状況の変化への対応等を図るため、工場抵当法（1905年（明治38年））、建物保護ニ関スル法律（明治42年（1909年））、借地法、借家法（大正10年（1921年））等の特別立法による民法典の内容の補充・修正がなされた。

第2次大戦後の昭和22年（1947年）には、家族法の部分の全面的改正がなされたが、あわせて、第1編総則の冒頭に、私権の公共の福祉への適合、信義誠実の原則、権利濫用の禁止を明記する第1条と、解釈の基準として個人の尊厳と両性の本質的平等を明記する第1条ノ2（現第2条）が置かれた。

さらに、近年になって、いくつかの重要な改正が行われている。第1編総則においては、成年後見制度の見直しによる改正（平成11年（1999年））、法人制度改革に伴う改正（平成18年（2006年））が行われ、第2編物権においては、担保・執行法制の見直しによる改正（平成15年（2003年））が行われた。平成16年（2004年）には、片仮名・文語体であった条文表記が現代語化されるとともに、第3編債権については、保証制度に関する部分的な見直しが行われた。² しかしながら、これらは、部分的な見直しにとどまるものであって、今般の検討は、制定以来はじめての債権関係についての全面的な改正の検討といえるものである。

ところで、国民の健康で文化的な生活にとって、住宅は不可欠の基盤であり、住宅の品質・性能を確保するためには、住宅の瑕疵の発生の防止が図られるとともに、取得した住宅に万一瑕疵があった場合には瑕疵担保責任が的確に履行されることが重要である。³

後述のとおり、このたびの法制審議会における見直しは、「契約に関する規定を中心」とするものであることが法務大臣の諮問に明記されている。⁴ 売買や請負の瑕疵担保責任は、「契約に関する規定」の一部であり、このたびの改正検討は、売買や請負の瑕疵担保責任にも及んでいる。

¹ 家族法の部分（第4編親族・第5編相続）は、明治31年（1898年）に公布され、財産法の部分と同時に同年から施行されている。

² 民法典の制定・改正等の経緯については、我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明「第3版 我妻・有泉コンメンタール民法―総則・物権・債権―」（日本評論社 2013）33-42頁、法務省民事局参事官室「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」（平成23年5月）（以下「中間論点整理補足説明」と略記する。）2頁により記述した。

なお、「中間論点整理補足説明」は、後述する「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」の「理解の一助としていただく趣旨で」公表することとされたものであり、「民法（債権関係）部会の事務当局である法務省民事局参事官室の責任において作成したものであり」とされている（中間論点整理補足説明1頁）。

³ 特定住宅瑕疵担保責任の履行の確保等に関する法律1条参照

⁴ 諮問第88号

そこで、本稿では、これまでの検討の状況と今後の予定にふれたうえで（Ⅰ）、売買や請負の瑕疵担保責任を中心に改正検討の内容を概観するとともに（Ⅱ）、その内容が、住宅に係る取引にもたらす影響等について考察することとする（Ⅲ）。

なお、後にみるように、現在提示されている「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」は、「瑕疵担保責任」の語を用いない提案となっているが、本稿においては、この「中間試案」の内容について述べる場合にも、従来用いられてきた「瑕疵担保責任」の語を用いることとする。

I これまでの検討の状況と今後の予定

1 研究者等のグループによる検討

債権法の分野を含む民法の改正について、民法施行100周年の1998年前後から学界を中心に活発な議論がなされてきたとされている。⁵ たとえば、平成10年（1998年）には、9名の民法学者による「債権法改正の課題と方向－民法100周年を契機として－」が公表されるとともに⁶、日本私法学会において「民法100年と債権法改正の課題と方向」をテーマとするシンポジウムが開催されており⁷、債権法の改正にむけての様々な提案がなされている。

さらに、このたびの改正検討の直接の前史と目される動向として、次のものがある。

<民法（債権法）改正検討委員会>

民法（債権法）改正検討委員会（以下「検討委員会」と略記する。）は、平成18年（2006年）10月に設立された。委員長は鎌田薫氏（早稲田大学教授⁸）、事務局長は内田貴氏（東京大学教授から法務省経済関係民刑基本法整備推進本部参与）であり、平成21年（2009年）3月に「債権法改正の基本方針」（以下「基本方針」と略記する。）をとりまとめた。⁹

検討委員会設立の背景について、「基本方針」の「序」によれば、「2006年に法務省

⁵ 法制審議会民法（債権関係）部会第1回会議事録8頁（筒井幹事（法務省大臣官房参事官）発言）

⁶ 「債権法改正の課題と方向－民法100周年を契機として－」（別冊NBL51号 1998）。

同書中債務不履行責任等について考察する能見善久「履行障害」（103-146頁）は、債務不履行責任と瑕疵担保責任の差を解消し、責任発生要件、効果の点で基本的に差がないという立場にたつとしており（143頁）、同論文と、後述するこのたびの法制審議会民法（債権関係）部会における瑕疵担保責任についての改正の検討は、方向性を同じくしているものと考えられる。

⁷ 私法61号（1999）3-114,321頁

⁸ 役職名については、その後に変更がある場合であっても、当時の役職名で記載している。以下も同様である。

⁹ 別冊NBL126号（2009）3,6,8頁。また、別冊NBL126号（2009）に、民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針（提案要旨付）」が掲載されている。

が債権法改正の必要性について検討に着手することを決めたことも大きな要因」とされている。¹⁰

「基本方針」は、民法第3編債権を中心に、第1編総則の法律行為、期間の計算、時効を検討対象としている。ただし、第3編債権のうち、法定債権については、若干の規定の補充等を提案するにとどまっている。

<民法改正研究会>

民法改正研究会は、平成17年(2005年)10月に設立された。代表は、加藤雅信氏(上智大学教授・弁護士)であり、平成21年(2009年)10月に、『日本民法典財産法改正 国民・法曹・学界有志案』(仮案)をとりまとめた。¹¹

この案における検討対象は、第1編総則、第2編物権(ただし、担保物権は検討対象外)、第3編債権(法定債権を含む第3編全体が検討対象)である。

<時効研究会>

金山直樹氏(慶應義塾大学教授)らによる時効研究会は、平成19年(2007年)から平成20年(2008年)にかけて行った共同研究の成果として、「時効研究会による改正提案」をとりまとめた。¹²

この案は、第1編総則の時効の規定を中心に、その他の領域における時効等に関する規定もあわせて検討対象としており、売買の瑕疵担保責任の存続期間についても提案を行っている。

<これらの提案の法制審議会における位置づけ>

これらの3提案については、「今後の議論においても大いに参考になると思」¹³われ

¹⁰ 「基本方針」の「序」(別冊 NBL126 号(2009)3 頁)。

なお、「民法(債権法)改正検討委員会設立趣意書」によれば、検討委員会の発起人には、大学教授である研究者のみならず、法務省民事局参事官も加わっている(別冊 NBL126 号(2009)6 頁)。「民法(債権法)改正検討委員会規程」によれば、検討委員会の全体会議・準備会・幹事会の構成員として法務省職員の参加が予定されており(別冊 NBL126 号(2009)7 頁)、「民法(債権法)改正検討委員会組織とメンバー一覧」(2009.3.31 現在)によれば、検討委員会の全体会議の委員として法務省官房審議官が、全体会議・準備会・幹事会の委員として法務省民事局参事官が、準備会幹事・事務局員として複数名の法務省民事局付が参加している(別冊 NBL126 号(2009)8 頁)。これらに関し、「基本方針」の「序」では、「・・・検討委員会の活動に対して法務省も当初から大きな関心を寄せ、設立の段階から担当官が参加することとなった。しかし、私的な研究会に法務省の立法担当官が加わることは珍しいことではなく、検討委員会は、あくまで学者を中心とする私的な研究会組織として活動を行った。」との記述がなされている(別冊 NBL126 号(2009)3 頁)。

¹¹ 加藤雅信『「国民の、国民による、国民のための民法改正」を目指して」(法律時報増刊(2009.11.10) 6-11 頁)6,10 頁。また、法律時報増刊(2009.11.10)に、民法改正研究会『日本民法典財産法改正 国民・法曹・学界有志案』(仮案)が掲載されている。

¹² 「消滅時効法の現状と改正提言」(別冊 NBL122 号(2008))の金山直樹「はしがき」(i 頁)。また、別冊 NBL122 号(2008)に、「時効研究会による改正提案」が掲載されている。

¹³ 法制審議会民法(債権関係)部会第1回会議議事録 8 頁(筒井幹事(法務省民事局参事官)発言)

るものとして、後述する法制審議会民法（債権関係）部会の第1回会議において参考資料として配布されている。¹⁴

2 法制審議会における検討¹⁵

<諮問>

平成21年10月28日、法務大臣から法制審議会に対し、次の諮問がなされた。

諮問第88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。¹⁶

このように、法務大臣の諮問は、見直しの観点として、①民法制定以来の社会・経済の変化への対応を図ること、②国民一般に分かりやすい規定とすること等を掲げている。これらに関し、法制審議会において、原幹事（法務省民事局長）から、以下のような趣旨の説明がなされている。¹⁷

① 民法第3編債権については、これまで全般的な見直しが行われることなく、お

¹⁴ この第1回会議において、鎌田薫委員が部会長に互選される際に、中井委員（弁護士（大阪弁護士会所属））から、「・・・「債権法改正の基本方針」・・・を取りまとめているのが民法（債権法）改正検討委員会ですが、鎌田委員はその委員長もなされておられます。そこで、今日白紙でここから議論が開始するのだという理解が間違っていないのかという確認と、この委員長の職と部会長の地位にももちろん特段の関係はないということについて確認をさせていただきたいと思っております。・・・」との発言がなされた。これに対し、筒井幹事（法務省民事局参事官）から、「まずは事務局から一言申し上げたいと思います。・・・民法（債権法）改正検討委員会から「債権法改正の基本方針」というものが既に公表されておりますけれども、これは、・・・あくまで学界有志のグループから公表された一つの案であって、他の研究者グループから発表されたものなどと同じような意味で、この部会の参考資料の一つとなるにすぎないものであると考えております。したがって、今、中井委員から御指摘がありましたように、この部会としてはもちろん一から議論を始め、そして、ここにお集まりの方々、そして国民各層の意見に幅広く耳を傾けて、議論を重ねていきたいと考えております。」との発言がなされ、また、鎌田委員を部会長に推薦した野村委員（学校法人学習院常務理事・学習院大学教授）からも、「今、事務局からお話がありましたとおりで、私自身もこの「債権法改正の基本方針」に何らかのプライオリティーを置いてこれから議論が進むというふうには全く考えておりません。・・・」との発言がなされた。鎌田委員からは、「・・・この「基本方針」は、学者が学者の立場から一つの案を提示するものでありまして、それを踏まえて各界の意見とのすり合わせをする、そのたたき台としてつくったというのがもともとの趣旨でございますので、正にこの場で様々な立場からの様々な御意見をちょうだいしながらいい方向性を出していくというのがこの部会の任務だろうと個人的には考えているところでございます。」との発言がなされた。（法制審議会民法（債権関係）部会第1回会議議事録3頁）

¹⁵ 本稿で参照した法制審議会および民法（債権関係）部会の資料、議事録等は、法務省ウェブサイト（<http://www.moj.go.jp/>）において公表されている。

¹⁶ 法制審議会第160回会議配布資料2

¹⁷ 法制審議会第160回会議議事録6-8頁（原幹事発言）

むね明治29年の制定当時のまま現在に至っている。しかしながら、この間に我が国の社会・経済情勢は、通信手段や輸送手段が高度に発達し、市場のグローバル化が進展したことなど、様々な面において著しく変化しており、現在の国民生活の様相は、民法の制定当時とは大きく異なっている。

民法は国民生活の最も重要な基本法典であるので、債権関係の規定についても、この変化に対応させる必要がある。そして、その中でも特に契約に関する規定については、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深いものであるため、早急な対応が求められている。

- ② 裁判実務は、民法制定以来110年余りの間に、解釈・適用を通じて膨大な数の判例法理を形成してきたが、その中には、条文からは必ずしも容易に読み取ることのできないものも少なくない。

そこで、民法を国民一般に分かりやすいものとするという観点から、現在の規定では必ずしも明確でないところを判例法理等を踏まえて明確化する必要がある。

また、見直しの対象範囲について、法務大臣の諮問は、「民法のうち債権関係の規定について」、「契約に関する規定を中心に」見直しを行う必要があるとしているが、原幹事（法務省民事局長）から、

- ① 第3編債権の規定に限定せず、第3編債権の規定と関係が深い第1編総則の規定（たとえば、法律行為、消滅時効）についてもあわせて見直しの対象とすることを想定する一方、
- ② 第3編債権のうち事務管理・不当利得・不法行為については、主たる検討対象とはせず、契約関係の規定の見直しに伴って必要な範囲に限り、最小限の見直しをすることを想定している

旨の説明がなされている。¹⁸

<民法（債権関係）部会の設置>

諮問第88号を受け、法制審議会では、民法（債権関係）部会（以下「部会」と略記する。）を設置して、同部会において審議を進めることとされた。¹⁹

平成21年11月24日に第1回部会が開催され、鎌田薫委員が部会長に就任した。

²⁰ 部会の委員・幹事には、学界（民法、商法、民事訴訟法、労働法）、法曹界、法務省・内閣法制局職員、経済界、労働、消費生活相談といった分野から就任している。

部会では、大きく分けて3つのステージで議論が進められている。²¹

¹⁸ 法制審議会第160回会議議事録7頁（原幹事発言）

¹⁹ 法制審議会第160回会議議事録14-15頁

²⁰ 法制審議会民法（債権関係）部会第1回会議議事録2-4頁

²¹ 法制審議会の経緯や今後の予定については、法務省ウェブサイトに掲載されている「法制審議会民法（債権関係）部会の審議の進め方について」、「法制審議会民法（債権関係）部会審議事項・部会資

<第1ステージ：論点整理（平成21年11月～平成23年4月）>

第1回～第2回部会において総論として改正の必要性等についての意見交換、第3回～第20回部会において第1読会として各検討事項についての審議がなされたうえで、第21回～第26回部会において中間的な論点整理についての審議が行われた。

<中間的な論点整理>

平成23年4月12日に開催された第26回部会において、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下「中間論点整理」と略記する。）が決定された。「中間論点整理」は、大項目でみても63項目にのぼるものである。

「中間論点整理」は、「次のステージで中間試案の取りまとめを目指すに当たって、議論すべき論点の範囲を明らかにするとともに、その論点についての同部会の議論の到達点を確認しようとするもの」という意義があるとの説明がなされている。²²

個別論点の記載に際しては、「～どうか。」という問いかけの形が採られており、更に、部会における議論の到達点に応じて、3通りに書き分けられている。基本形は「～について、更に検討してはどうか。」とされ、改正の方向性について部会の審議においてある程度のコンセンサスがあらたとみられる一部の論点は「～とする方向で、更に検討してはどうか。」、より具体的な内容についてのコンセンサスがあると見られる一部の論点は「～としてはどうか。」とされている。²³

「中間論点整理」については、パブリック・コメントの手続（意見募集の期間は、平成23年6月1日から8月1日まで）が実施された。その結果、団体116団体・個人253名から意見が寄せられた。²⁴ 意見の概要は、部会資料33-1～33-7として、論点別にとりまとめられているが、これらの部会資料全体で3千頁を超える膨大なものとなっている。

また、平成23年6月の第27回～第29回部会においては、住宅・建設・不動産関係団体をふくむ21団体からヒアリングが行われた。このほかに、9団体に対し事務当局が行ったヒアリングの概要も第29回部会に提出されている。

<第2ステージ：中間試案に向けての審議（平成23年7月～平成25年2月）>

第30回～第63回部会において第2読会として各論点についての審議がなされたうえで、第64回～第71回部会において中間試案についての審議が行われた。

あわせて、補充的に審議を行う場として、部会の下に3つの分科会が設けられ²⁵、合

料・議事録一覧」、各回の部会の議事概要などの資料により記述した。

²² 中間論点整理補足説明 4 頁

²³ 中間論点整理補足説明 5-6 頁

²⁴ 部会資料 33-1 1 頁

²⁵ 部会資料 28、法制審議会民法（債権関係）部会第30回会議議事録 3-12 頁

計で18回開催された。

<中間試案>

平成25年2月26日に開催された第71回部会において、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下「中間試案」と略記する。）が決定された。「中間試案」は、大項目で46項目にのぼるものとなっている。²⁶

「中間試案」においては、個別項目について、「～ものとする。」という文末表現が採られている。これは、「改正が検討されている項目について、できる限り改正提案を一本化して提示する方針が採られた」²⁷ことによるものである。もっとも、一部の項目については、（注）で本文とは異なる考え方が掲げられている。これは、「部会の内部でもなお異論のある項目・・・では、必要に応じて「（注）」という欄を付して、反対意見や別案があることが紹介されている」²⁸ことによるものである。さらに、ごく一部の項目については、本文中に複数案が併記されているもの²⁹、本文の文末表現が「引き続き検討する。」とされているもの³⁰がある。いずれにしても、「中間試案の全体が、これまでの審議の成果を中間的に取りまとめたものであって、確定的な案を示すものではない」³¹とされている。

「中間試案」についても、パブリック・コメントの手続（意見募集の期間は、平成25年4月16日から6月17日）が実施された。その結果、団体193団体・個人469名（速報値）から意見が寄せられた。³² 意見の概要は、第3ステージにおける各項目の審議に間に合うよう、当面、項目ごとの速報版を作成することとされている。

³³

なお、「中間試案」決定後も、第72回・第73回部会において、第2ステージの審議を補充する趣旨で、いくつかの論点についての審議がなされている。

²⁶ 「中間論点整理」と「中間試案」では大項目のまとめ方が異なるため、単純に大項目数を比較することはできない。なお、第2読会では取り上げられたものの、「中間試案」の審議の段階では取り上げられなかった論点があることが部会資料53-部会資料59に示されている。

²⁷ 法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」（平成25年4月）（以下「中間試案補足説明」と略記する。）1頁。なお、「中間試案補足説明」の「（概要）」欄と「（補足説明）」欄は、いずれも法制審議会民法（債権関係）部会「における審議の対象とされたものではなく、専ら事務当局（法務省民事局参事官室）の文責において、中間試案の内容を理解していただく一助とする趣旨で記載したものである。」とされている（中間試案補足説明の表紙）。

²⁸ 中間試案補足説明1頁

²⁹ 債権の消滅時効における原則的な時効期間と起算点（第7, 2（10頁））、（債権譲渡の）対抗要件制度（民法第467条関係）（第18, 2（35-37頁））、（売買の）目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の権利の期間制限（第35, 6（55-56頁））、（請負の）仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の注文者の権利の期間制限（民法第637条関係）（第40, 2（3）（68-69頁））

³⁰ 根保証のうちの一部の論点（第17, 5（2）（3）（33頁））、保証人保護の方策の拡充（第17, 6（33-34頁））、約款の変更（第30, 4（51-52頁））、事情変更の法理（第32（53頁））

³¹ 中間試案補足説明1頁

³² 部会資料64-7 1頁

³³ 法制審議会民法（債権関係）部会第74回会議事概要1

<第3ステージ：要綱案の取りまとめに向けての審議（平成25年7月～）>

第74回部会から、第3読会として、要綱案の取りまとめに向けた検討が開始された。今後のスケジュールについては、①要綱案の取りまとめは、平成27年2月頃に法制審議会の答申をすることが可能な時期までに行うこと、②要綱案の取りまとめに先立ち、平成26年7月末までに「要綱仮案」の取りまとめを行うこととされている。

34

II 法制審議会民法（債権関係）部会の「中間試案」

Iで述べたように、平成25年2月26日に開催された第71回部会において、「中間試案」が決定された。

IIでは、瑕疵担保責任についての「中間試案」における提案内容を概観することとするが、瑕疵担保責任については、後述するように、債務不履行責任との関係について学説上の議論がある。このことをふまえると、本稿においては、そのテーマである瑕疵担保責任についての「中間試案」の提案のみを概観すれば足りるものではなく、債務不履行責任、さらには契約の目的物の滅失等により給付が不可能となった場合の処理をふくめて、債務が履行されない場合の規律全般について概観することが適切と考えられる。さらには、これらの責任の前提となる基本的な原則についての提案もみしておく必要がある。

そこで、IIでは、まず、現行民法典では明記されていない基本的な原則の明文化として、契約自由の原則、債権の請求力について概観する。また、「中間試案」は、契約の解釈に関する基本的な原則についても、新たに規定することを提案しており、その内容についてもふれることとする（1）。

次に、債務が履行されない場合の規律として、債務不履行の場合における履行の強制・損害賠償・契約の解除を取り上げるとともに（2-1）、契約の目的物の滅失等により給付が不可能となった場合（原始的不能・後発的不能）の処理について概観する（2-2）。

さらに、これらをふまえて、売買の瑕疵担保責任（3）、請負の瑕疵担保責任（4）について概観する。

最後に、これらの提案の特徴を整理する（5）。

ところで、後にみるように、「中間試案」は、契約による債務が履行されない場合の規律について、当事者間の契約の趣旨や当事者の選択を重視した処理を図るという特徴がみられる。

他方、本稿ではふれていないが、「中間試案」は、契約の内容や契約にいたるプロセ

³⁴ 法制審議会民法（債権関係）部会第74回会議事概要2

スの妥当性の確保に対する配慮も示している。たとえば、公序良俗規定（現行民法90条）における「暴利行為」の明記³⁵、錯誤による取消しの事由として「不実表示」を位置付ける規定の整備³⁶、信義則等の適用にあたっての契約当事者間の情報・交渉力の格差の考慮の明記³⁷、契約交渉の不当破棄についての規律と契約締結過程における情報提供義務の明記³⁸、「約款」に関する規律の新設に伴う不意打ち条項の排除や不当条項の規制に関する規定の整備³⁹などである。

1 基本的な原則の明文化

<契約自由の原則>

契約の自由については、現行民法典に明記されているものではないが、近代民法の原則とされている。契約の自由の意味として、「契約締結の自由」、「相手方選択の自由」、「内容形成の自由」、「方式の自由」といった側面（契約するかしないかについて禁止も命令もないという「契約自由の消極的側面」）と、「契約の承認請求権」、「契約の実現請求権」といった側面（国家によって契約を強制的に実現してもらう権利という「契約自由の積極的側面」）があることが指摘されている。⁴⁰

「中間試案」においては、これらのうち、「契約内容の自由」として、「契約の当事者は、法令の制限内において、自由に契約の内容を決定することができるものとする。」ことを明記することを提案している。⁴¹

これは、契約自由の原則のような「基本原則は、できる限り条文に明記されることが望ましい」としたうえで、「契約自由の原則の中でも契約内容を決定する自由は、単に原則や理念であるにとどまらず、契約内容が当事者の合意によって定まるという私法上の効果を持つものであり、比較的条文化になじみやすい。」ことを考慮したものとされている。⁴²

また、「中間試案」では、契約内容の自由には法令の制限があることが明記されている。「この法令には、具体的には、民法第90条やその他の強行規定が含まれる。」とされている。⁴³

³⁵ 中間試案第1, 2(2)(1頁)

³⁶ 中間試案第3, 2(2)イ(2頁)

³⁷ 中間試案第26, 4(48頁)

³⁸ 中間試案第27(48-49頁)

³⁹ 中間試案第30, 3 5(51,52頁)

⁴⁰ 契約の自由については、山本敬三「民法講義IV-1 契約」(有斐閣 2005) 17-18頁により記述した。

⁴¹ 中間試案第26, 1(47頁)

⁴² 法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の改正に関する中間試案(概要付き)」(平成25年3月)(以下「中間試案概要付き」と略記する。)117-118頁。なお、「中間試案概要付き」の「(概要)」欄は、「各項目ごとにそのポイントを要約して説明する」ものであり、法制審議会民法(債権関係)部会「における審議の対象とされたものではなく、専ら事務当局(法務省民事局参事官室)の文責において、中間試案の内容を理解していただく一助とする趣旨で記載したものである」とされている(中間試案概要付きの表紙)。

⁴³ 中間試案概要付き118頁

<債権の請求力>

契約は、債権発生の原因の一つである。債権に含まれる力として、「請求力」（債権者が債務者に対し、任意に履行せよと請求できる力（権能））、「給付保持力」（債務者のした給付を適法に保持できる力（権能））、「訴求力」（債権者が債務者に対し、訴えによって履行を請求することができる力）、「執行力」（債権者が給付判決を得て確定したが、なお債務者が任意に履行しない場合、債権者は強制執行手続をとることにより、国家機関の手によって債権の内容を実現することができる）があることが指摘されている。⁴⁴

「中間試案」においては、「債権の請求力」として、「債権者は、債務者に対して、その債務の履行を請求することができるものとする。」ことを明記することを提案している。^{45 46}

⁴⁴ 債権に含まれる力については、中田裕康「債権総論 第三版」（岩波書店 2013）61-63頁により記述した。

なお、同書では、従来の「債権の効力」という抽象的な概念を出発点とする発想に対し、「債権の効力という観念によるのではなく、不履行の際に債権者に与えられる救済方法はどのようなものかを債権の発生原因との関係で検討する、という新たな視点が提唱されている」ことが紹介されている。この新たな視点によれば、「特に、契約による債権については、履行されない場合に債権者が何をどの範囲でできるのかは、その契約において当事者がどのように合意していたかによる、という考え方が強調される。」とされ、これは、「すなわち、債権の効力から不履行時の規律を導くのではなく、契約が履行されない場合の救済方法の内容を契約の拘束力から導くという見方である。」とされる。（中田裕康「債権総論 第三版」（岩波書店 2013）72-73頁）

⁴⁵ 中間試案第9, 1（14頁）

⁴⁶ 部会の第2議会における部会資料32においては、「第1 履行請求権等」の「1 請求力等に関する明文規定の要否」として、「債権者は、債務者に対し、その債務の履行を請求することができる旨の規定を設けることとしてはどうか。」（改行）「これに加えて、①債務者が任意に債務を履行しないときは、債権者は、訴えによって、その債務の履行を請求することができる旨の規定や、②債権者は債務者のした給付を適法に保持することができる旨の規定を設けるとの考え方があり得るが、どのように考えるか。」と記されており（1頁）、その「補足説明」において、本文の第2パラグラフは「訴求力」と「給付保持力」について明文化することを提案するものであるとされている（2頁）。

これに対し、部会において「中間試案のたたき台」について審議した際の部会資料53「民法（債権関係）の改正に関する中間試案のたたき台(1)（概要付き）」においては、「第7 履行請求権等」の「1 債権の請求力」として、「債権者は、債務者に対して、その債務の履行を請求することができるものとする。【部会資料32・1頁】」と記載され（33頁）、【「取り上げなかった論点」】として、「○部会資料32第1, 1「履行請求権等」の第2パラグラフ[1頁]」が挙げられている（35頁）。すなわち、「訴求力」と「給付保持力」の明文化については、「取り上げなかった論点」とされている。部会資料58「民法（債権関係）の改正に関する中間試案のたたき台(1)(2)(3)（概要付き）【改訂版】」においても、「第9 履行請求権等」の「1 債権の請求力」（37頁）および【「取り上げなかった論点」】（39頁）において、部会資料53の前掲引用箇所と同一の文言が記載されている。そして、「中間試案」の「第9 履行請求権等」の「1 債権の請求力」の内容は、「債権者は、債務者に対して、その債務の履行を請求することができるものとする。」であり、部会資料53 33頁の前掲引用箇所と同一の内容である。

他方、部会メンバーである民法学者による「中間試案」についての著書においては、中間試案第9, 1・2について述べた箇所において、「・・・ここでいう「請求」とは裁判外での事実上の請求だけでなく（それができるのは当然のことです）、裁判に訴えて認容判決を得ることができる、ということの意味をしています。」と述べられている（内田貴「民法改正のいまー中間試案ガイド」（商事法務 2013）119頁）。なお、同書の「はしがき」において、内田貴氏は、民法（債権関係）部会の委員であり法務省の参与であるが、同書の内容は、個人的な見解であり、法務省の公式見解ではない旨述べられている

これは、現行民法典に置かれている「履行の強制（同法第414条）や債務不履行による損害賠償（同法第415条）など、債務が任意に履行されない場合に債権者が採り得る方策に関する規定」の前提となる債権の基本的な効力である請求力について明文化するものであるとされている。⁴⁷

この明文化についても、「民法上の基本的な原則は、それが専門家にとっては自明なものであったとしても、国民一般が読むことを念頭にできる限り条文上明らかにするという考え方に基づくものである。」とされている。⁴⁸

＜契約による債権の履行請求権の限界事由＞

「中間試案」は、「債権の請求力」と関連して、契約による債権（金銭債権を除く。）につき履行を請求することができない事由について、次の内容の明文規定を置くことを提案している。⁴⁹ ⁵⁰（この「履行請求権の限界事由」がある場合は、裁判上の履行請求は棄却される。⁵¹ また、後述の「履行の強制」も認められないと考えられる。）

2 契約による債権の履行請求権の限界事由

契約による債権（金銭債権を除く。）につき次に掲げるいずれかの事由（以下「履行請求権の限界事由」という。）があるときは、債権者は、債務者に対してその履行を請求することができないものとする。

ア 履行が物理的に不可能であること。

イ 履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものであること。

ウ その他、当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる事由

これは、従来「履行不能」と称されていたものについて、社会通念上の不能も含まれると解されていることをふまえ、「履行不能」に代わる表現を用いようとするものであるとされている（ただし、「履行請求権の限界」という表現については、引き続き適切な表現を検討する必要があるとされている。）。ウは、履行請求権の限界事由の有無について、「契約の趣旨」を判断基準として明記しつつ、「債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる事由」という規範的評価を含む表現を用いたものとされ、アおよびイは、履行請求権の限界事由に該当するものの「例として」示すも

る（i頁）。

⁴⁷ 中間試案概要付き 36 頁

⁴⁸ 中間試案補足説明 106 頁

⁴⁹ 中間試案第 9, 2 (14-15 頁)

⁵⁰ なお、「中間試案補足説明」108 頁において、「契約以外による債権についての履行請求権の限界事由についても、規定を設けるか否か、検討する必要があると考えられる」とされている。

⁵¹ 中間試案補足説明 107 頁

のとされている。⁵²

また、「契約の趣旨」とは、「合意の内容や契約書の記載内容だけでなく、契約の性質（有償か無償かを含む。）、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。」とされている。⁵³

なお、「中間試案」においては、「契約による債権」についての「履行請求権の限界事由」についての提案はなされているが、「契約以外による債権」についての「履行請求権の限界事由」については取り上げられていない。しかしながら、「契約以外による債権」についても「履行請求権の限界事由」が問題となり得ることから、規定を設けるかどうかの検討が必要であるとされている。⁵⁴

<契約の解釈>

契約の解釈については、現行民法典には規定は置かれていないが、学説上は、たとえば次のような整理がなされている。⁵⁵

○当事者が定めている事柄についての解釈

- ・意思主義の立場（表意者の内心の意思を探究する。）と表示主義（表示された言葉の客観的な意味を探究する。）の立場がある。
- ・当事者の与えた意味がくいちがう場合にどのような処理をするかという問題がある。

○当事者が定めていない事柄についての解釈

- ・「補充的解釈」がなされる。

○修正的解釈

- ・当事者が明確に定めている事柄が、公序良俗・信義則に反するとして修正されることがある。（「例文解釈」は修正的解釈を行った例といえる。）

「中間試案」は、契約の解釈について、以下のような規定を設けることを提案している。^{56 57}

⁵² 中間試案概要付き 37 頁、中間試案補足説明 107 頁

⁵³ 中間試案概要付き 32 頁

⁵⁴ 中間試案補足説明 108 頁

⁵⁵ 内田貴「民法Ⅰ 第4版 総則・物権総論」（東京大学出版会 2008）269-274 頁を参照した。

⁵⁶ 中間試案第 29（51 頁）

⁵⁷ もっとも、「中間試案」第 29 の（注）（51 頁）では、「契約の解釈に関する規定を設けないという考え方があ。また、上記 3 のような規定のみを設けないという考え方があ。」旨注記されている。これは、「契約の解釈に関する規定は解釈の硬直化を招き、事案ごとの個別の解釈に委ねるのが相当である等」という理由や、「本文 3 は必ずしも確立されたものではない」という理由によるものとされている（中間試案概要付き 128 頁）。

- 1 契約の内容について当事者が共通の理解をしていたときは、契約は、その理解に従って解釈しなければならないものとする。
- 2 契約の内容についての当事者の共通の理解が明らかでないときは、契約は、当事者が用いた文言その他の表現の通常の意味のほか、当該契約に関する一切の事情を考慮して、当該契約の当事者が合理的に考えれば理解したと認められる意味に従って解釈しなければならないものとする。
- 3 上記1及び2によって確定することができない事項が残る場合において、当事者がそのことを知っていれば合意したと認められる内容を確定することができるときは、契約は、その内容に従って解釈しなければならないものとする。

これらのうち、1は、「当事者の共通の理解を認定することができるときはこれに従って解釈する」ことを明文化するものとされる。契約書の記載や口頭の会話において用いられた表現の意味について「当事者の理解が一致しているにもかかわらず、これと異なる意味で契約を解釈することは、当事者が自分に関する法律関係を自由に形成できるという原則からしても相当でなく、「中間試案」は、「当事者の意思を離れた客観的な意味に従って解釈するという立場とは異なる立場を明示的に採るものである。」とされている。⁵⁸

2は、「当事者が用いた表現を共通の意味で理解していたかどうか明らかでない場合」や「当事者が用いた表現について異なる理解をしていたことが明らかである場合」についての解釈の原則であるとされる。「できる限りその契約の趣旨や目的に即した法律関係を形成するため、同種の合理的な人ではなく当該当事者を基準として、しかしその主観にそのまま従うのではなく、その当事者が合理的に考えればどのようにその表現を理解するのが合理的かを問題とするという考え方である」とされている。なお、錯誤との関係は、まず契約の解釈が先行し、契約の意味をあきらかにしたうえで、錯誤の有無が判断されることになるとされる。⁵⁹

3は、いわゆる補充的解釈の基準である。契約にとって本質的に重要な事項について内容を確定することができないときは、契約の成立が認められないが、付随的な事項について内容を確定できなくても、契約の成立自体は認められ、その事項について契約内容を補充するのが補充的解釈であるとされる。そして、この場合、慣習や任意規定等を直ちに適用するよりも、「当事者の意思にできるだけ即して補充を行うという観点から、・・・契約内容を確定することができない事項が残っていることを当事者が知っていればその事項についてどのような合意したと考えられるかをまず検討し、こ

⁵⁸ 中間試案補足説明 360-361 頁。

なお、内田貴「民法Ⅰ 第4版 総則・物権総論」（東京大学出版会 2008）270頁は、意思主義も表示主義も「実質的な結論は異ならないと思われる」とする。

⁵⁹ 中間試案補足説明 362-363 頁

のような合意をしたであろうという内容を確定することができるときは、それに従って契約内容を補充するという考え方を採るものであるとされている。⁶⁰

2 債務が履行されない場合の規律

2-1 債務不履行

債務者が債務を履行しない場合、債権者は、①履行の強制、②損害賠償の請求、③契約により生じた債務の不履行の場合は契約の解除をすることができる。これらのうち、履行の強制（①）は債権を存続させてその実現を図るものであるのに対し、契約の解除（③）は債権を消滅させるものであるから、これらは両立しない。これに対し、履行の強制（①）と損害賠償の請求（②）は両立し（民法414条4項）、契約の解除（③）と損害賠償の請求（②）も両立する（民法545条3項）とされている。⁶¹

債務者が債務を履行しない場合のこれらの規律について、「中間試案」は、以下に述べるような提案をしている。

<履行の強制>

現行民法414条は、履行の強制について規定している。民法414条については、①1～3項が実体法上の規定か手続法上の規定か、②履行の強制の各方法の間の順序づけをどのように考えるかについて学説の対立がある。

かつての通説のもとでは、①同条1～3項は強制執行に関する規定であり、民法中に規定するのは妥当ではない、②債務の性質が許す限り直接強制により、直接強制が許されない場合は代替執行により、それも許されない場合に最後の手段として間接強制が認められる（間接強制は債務者に対する不当の圧迫となり人格尊重の理想に反するおそれがある⁶²）とされていた。

これに対し、①起草者意思などをふまえ、414条1項本文は債権内容を強制的に実現できるという大原則を定めた実体法的規定であり、②具体的な強制執行の方法は民法の関知するところではなく手続法に委ねられるものであって、414条の解釈としては3種のいずれの執行方法も性質の許す限りどのような債務についても用い得るという解釈の余地があるとする説⁶³などが主張された。

立法上は、②について、昭和54年（1979年）の民事執行法制定の際には通説の理解を前提として間接強制は補充的な手段とする趣旨の規定（民事執行法172条1項）が置かれたが、平成15年（2003年）の同法改正の際には間接強制の補充

⁶⁰ 中間試案補足説明 363 頁

⁶¹ 債務者が債務を履行しない場合に債権者がなしうることについては、中田裕康「債権総論 第三版」（岩波書店 2013）69-71 頁により記述した。

⁶² 我妻榮「新訂 債権総論（民法講義Ⅳ）」（岩波書店 1964）89 頁

⁶³ ここでは、かつての通説を批判する説として、平井宜雄「債権総論〔第2版〕」（弘文堂 1994）247-248 頁をとりあげた。

性が排された（民事執行法173条1項）。⁶⁴

「中間試案」は、民法414条について、「(1) 債権者が債務の履行を請求することができる場合において、債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、民事執行法の規定に従い、直接強制、代替執行、間接強制その他の方法による履行の強制を裁判所に請求することができるものとする。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでないものとする。」「(2) 上記(1)は、損害賠償の請求を妨げないものとする。」と改めるとともに、「(3) 民法第414条第2項及び第3項を削除するものとする。」ことを提案している。^{65 66}

これについては、「国家の助力を得て強制的にその実現を図ることができること（履行の強制が可能であること）自体は債権の実体法的効力の一つであるとするのが、近時の学説の一般的な理解であると思われる」ことを踏まえ、「本文(1)は、債権の基本的効力の一つとして、国家の助力を得て強制的にその内容の実現を図ることができること（履行の強制）を定めるものである。」とされている。また、本文(1)は、「実体法と手続法を架橋する趣旨で、履行の強制の方法が民事執行法により定められる旨の文言を付加し」、「その際、直接強制、間接強制、代替執行といった執行方法のメニューを例示として掲げ」るが、「それぞれの執行方法がどのような場面で発動し得るかについては、民法では規定せず、民事執行法に委ねる」とされている。⁶⁷

この説明から、「中間試案」は、①履行の強制が可能であることを実定法的規定として定めつつ、②発動することができる履行の強制の具体的方法については手続法に委ねることを提案しているものと考えられる。

履行の強制ができるのは、「債権者が債務の履行を請求することができる場合」であるから、履行請求権の限界事由がある場合、すなわち、「当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる事由」⁶⁸がある場合には、履行の強制はできないことになると考えられる。

<債務不履行による損害賠償>

債務不履行による損害賠償について、「中間試案」は、10項目におよぶ提案をしている。そのうち、冒頭の第10、1においては、「債務不履行による損害賠償に関する一般的・包括的な根拠規定」⁶⁹として、

⁶⁴ 学説の理解、立法の経緯については、中田裕康「債権総論 第三版」(岩波書店 2013) 78-81 頁、内田貴「民法Ⅲ 第3版 債権総論・担保物権」(2005 東京大学出版会) 118-121 頁により記述した。

⁶⁵ 中間試案第9、3 (15 頁)

⁶⁶ なお、「中間試案」第9、3の(注)(15 頁)において、「上記(3)については、民法第414条第2項及び第3項の削除に伴って、その規定内容を民事執行法において定めることと併せて、引き続き検討する必要がある。」と注記されている。

⁶⁷ 中間試案補足説明 109 頁

⁶⁸ 中間試案第9、2 (14-15 頁)

⁶⁹ 中間試案概要付き 38 頁

(1) 債務者がその債務の履行をしないときは、債権者は、債務者に対し、その不履行によって生じた損害の賠償を請求することができるものとする。⁷⁰

との「民法第415条前段の規律を維持する」⁷¹内容を提案するとともに、とくに議論のあった免責事由については、「契約による債務」の場合と「契約以外による債務」の場合を分けたうえで、

(2) 契約による債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者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きは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。

(3) 契約以外による債務の不履行が、その債務が生じた原因その他の事情に照らして債務者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きは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。

とする提案をしている。⁷²

債務不履行による損害賠償について、伝統的学説によれば、「責に帰すべき事由」は「債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由」とされるとともに、この「過失」とは「債務者の職業、その属する社会的・経済的な地位などにある者として一般に要求される程度の注意」（「善良な管理者の注意」に同じ）と、「信義則上債務者の故意過失と同視される事由」として最も重要なものは「履行補助者の故意過失」とされてきた。⁷³

これに対し、「中間試案」の免責要件については、「中間試案概要付き」では、現行民法415条後段の「責めに帰すべき事由」という文言を維持して、債務不履行の原因につき債務者がそのリスクを負担すべきだったと評価できるか否かによって免責の可否を判断する旨を示すもの」であり、「契約による債務にあつては、その基本的な判断基準が当該契約の趣旨に求められることを付加」し、「契約以外による債務にあつては、・・・債務の発生原因たる事実及びこれをめぐり一切の事情・・・に照らして判断されることを示す」と説明されている。⁷⁴

さらに、「中間試案補足説明」では、より立ち入った説明がなされている。すなわち、「民法415条後段で用いられている「債務者の責めに帰すべき事由」を免責事由で

⁷⁰ 中間試案第10, 1 (1) (15頁)

⁷¹ 中間試案概要付き 38頁

⁷² 中間試案第10, 1 (2) (3) (15頁)

⁷³ 我妻榮「新訂 債権総論（民法講義IV）」（岩波書店 1964）105-106,145頁

⁷⁴ 中間試案概要付き 39頁

あることに即した表現である「債務者の責めに帰することのできない事由」とした上で、これを「債務者がそのリスクを負担すべきであったと評価できないような事由」を意味する言葉として維持するものである。「責めに帰することのできない」という現行法の文言を維持することについては、伝統的な定式である故意過失等という理解を維持するとのメッセージになりかねないとの批判が想定されるが、・・・後述するように「契約の趣旨に照らして」といった判断基準を付加することにより、当該契約の具体的事情を離れた抽象的な故意過失等を意味するなどといった解釈を封ずることができる」と述べられている。⁷⁵

この説明からは、「中間試案」は、免責事由について、文言は基本的に現行法を維持しつつも、その意味は、伝統的な理解とは異なり、「債務者がそのリスクを負担すべきであったと評価できないような事由」であると理解しているものと考えられる。

<契約の解除>

契約の解除について、「中間試案」は4項目の提案をしているが、ここでは、解除の要件について概観することとする。

現行民法543条では、履行不能の場合の契約の解除について、債務者の帰責事由を要件としている（現代語化された現行の条文に即して言えば、債務の不履行が「債務者の責に帰することができない事由」によるものであるときは、解除できない。）。さらに、伝統的学説においては、履行不能に限らず、債務不履行一般について、契約の解除には債務者の帰責事由が必要とされる（帰責事由がないときは解除できないという免責事由として位置付けられる。）。これは、履行不能とその他の債務不履行とで異なる取扱いをする理由はないこと、また、解除も、損害賠償請求と同じく債務不履行の効果として定められているものであり、損害賠償と同様の免責を認めることが要請されることによるものであるとされる。⁷⁶

これに対し、「中間試案」では、債務者の帰責事由は、解除の要件とされていない。

77 78

この提案の理由として、「裁判実務において、解除の帰責事由が具体的にどのような意味内容で運用されているかは、・・・不明確である」ことについての指摘などとともに、「近時の学説においても、解除制度につき、履行を怠った債務者への「制裁」としてではなく、契約の拘束力から解放する制度であると理解した上で、いかなる要件の

⁷⁵ 中間試案補足説明 113 頁

⁷⁶ 伝統的学説の理解については、山本敬三「民法講義IV-1 契約」（有斐閣 2005）161, 172-173 頁により記述した。

⁷⁷ 中間試案第 11, 1（18 頁）、中間試案概要付き 47 頁

⁷⁸ もっとも、「中間試案」第 11, 1 の（注）（18 頁）では、「解除の原因となる債務不履行が「債務者の責めに帰することができない事由」・・・による場合には、・・・契約の解除をすることができないものとするという考え方がある」旨注記されており、引き続き帰責事由を解除の要件とする考え方があることが示されている。

下であれば契約の拘束力からの解放が正当化されるかを正面から問題にすべきであるとし、解除の要件として債務者の帰責事由ではなく、解除により不利益を被る債務者との利害調整を「重大な不履行」などの要件において考慮すべきであるとの考え方が有力であることなどがあげられている。帰責事由を必要とすると、「例えば、債務者の工場が大規模自然災害により操業不能に陥った場合」に、「債権者が常に契約の拘束力を免れることができず、債務の履行が受けられないまま代替取引もできないなど、債務不履行によるリスクの引受けを強いられる」ことになるのは、「硬直的で不当な帰結であるように思われる」とも述べられている。⁷⁹

また、「中間試案」は、催告解除（現行民法541条）について、催告の「期間が経過した時の不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないとき」は、解除ができないことを明記することを提案している。⁸⁰

この提案については、「付随的義務違反等の軽微な義務違反が解除原因とはならないとする判例法理・・・に基づき、・・・阻却要件を付加するものである・・・この阻却要件の条文表現については更に検討する必要があるが、その具体例としては、履行を遅滞している部分が数量的にごく一部である場合や、不履行に係る債務自体が付随的なものであり、契約をした目的の達成に影響を与えないものである場合などが考えられる。」⁸¹とされている。

無催告解除の要件については、「中間試案」は、現行民法542条に規定する「定期行為の履行遅滞」の場合（ア）に加え、「その債務の全部につき、履行請求権の限界事由があること。」に該当する場合（イ）、さらに、「上記ア又はイに掲げるもののほか、当事者の一方が・・・催告を受けても契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であること。」に該当する場合（ウ）に、無催告解除が認められるとしている。⁸² 現行民法543条に規定する「履行不能による解除」のうち、全部不能の場合の解除については上記イにより維持され、一部不能の場合の解除については上記ウに包摂されるとされている。⁸³

さらに、「中間試案」は、履行期前の履行拒絶等の場合についても、無催告解除ができるとしている。⁸⁴

2-2 原始的不能・後発的不能

<原始的不能>

契約の締結時点において目的物の給付が不可能であった場合（例：別荘の売買契約の前日に、実は山火事ですでに別荘が焼失していた場合）には、伝統的学説によれば、

⁷⁹ 中間試案補足説明 135-136 頁

⁸⁰ 中間試案第 11, 1 (1) (18 頁)

⁸¹ 中間試案概要付き 47 頁

⁸² 中間試案第 11, 1 (2) (18 頁)

⁸³ 中間試案概要付き 47-48 頁

⁸⁴ 中間試案第 11, 1 (3) (18 頁)

債権（例：別荘の引渡しを求める買主の債権）は発生せず、対応する債権（例：売主の代金債権）も発生せず、契約は無効である（「不可能なことの債務は存在しない」というローマ法以来の法諺がある。）。ただし、債務者に「契約締結上の過失」がある場合は、損害賠償責任を負う。損害賠償責任は、履行利益（契約が有効に成立し履行されていれば得られたであろう利益）には及ばず、信頼利益の賠償（無効な契約を有効と信じたことによって被った損害の賠償）に限られるとされる。⁸⁵

「中間試案」は、この考え方を大きく転換しようとしている。すなわち、「契約は、それに基づく債権の履行請求権の限界事由が契約の成立の時点で既に生じていたことによっては、その効力を妨げられないものとする。」ことを提案している。^{86 87}

この提案は、契約成立時に履行請求権の限界事由が生じていた場合に「契約が有効であるかどうかは一律に定まるものではなく、当事者が履行請求の可能性についてどのようなリスク分配をしたかに委ねるべきであるという考え方に基づく」とされている。⁸⁸

契約成立時に履行請求権の限界事由が生じていた場合において、契約が有効とされるときは、債権者は、①履行を求めることはできず、②履行に代わる損害賠償の請求と③契約の解除ができる。ただし、②の損害賠償請求については、免責事由があるときは認められない。また、損害賠償の範囲は、信頼利益に限定されないとされている。

⁸⁹

<後発的不能>

契約成立後に目的物の給付が不可能となった場合には、伝統的学説によれば、①債務者に帰責事由がないときは、債務は消滅し、双務契約においては反対給付については危険負担（民法534条以下）の問題になる、②債務者に帰責事由があるときは、債務不履行（民法415条後段（損害賠償）・543条（解除））の問題になるとされる。⁹⁰

このように、従来、「解除」と「危険負担」は帰責事由の有無によって棲み分けがなされていたと理解されている。⁹¹

⁸⁵ 伝統的学説の理解については、中田裕康「債権総論 第三版」（岩波書店 2013）24-26,109頁により記述した。

⁸⁶ 中間試案第26, 2（47頁）

⁸⁷ もっとも、「中間試案」第26, 2の（注）（47頁）では、「このような規定を設けないという考え方がある」旨注記されている。これは、「履行請求権の限界事由が契約成立の時点で生じていた場合は、実務上は契約は無効であると考えられているという理由や、契約が有効であるか無効であるかは個々の事案ごとの個別具体的な解釈に委ねるのが相当であるという理由」によるものとされている（中間試案概要付き118頁）。

⁸⁸ 中間試案概要付き118頁

⁸⁹ 中間試案補足説明326-327頁

⁹⁰ 伝統的学説の理解については、中田裕康「債権総論 第三版」（岩波書店 2013）26,109頁により記述した。

⁹¹ 中間試案補足説明144頁

これに対し、「中間試案」は、まず、危険負担について債権者主義を定める民法534条について、契約締結と同時に債権者が危険を負担するのは不当であるとの従来の批判をふまえ、目的物の引渡し時を危険移転時期とするルールを売買のパートに設け、同条を削除することを提案している。⁹²

また、すでに見たように、「中間試案」は、解除について帰責事由を要件としておらず⁹³、債務者に帰責事由がない場合でも債権者は解除により自己の対価支払義務を免れることができることとしている。したがって、目的物の滅失の場面では、解除と、危険負担について債務者主義を定める民法536条1項とは、両債務の消滅という点で効果に違いはなくなる。また、債務者の帰責事由の有無を訴訟外で判断するのは通常はきわめて困難であるため、実務においては債務者の帰責事由の有無に関わらず解除による処理がなされていると考えられるとされる。このため、「中間試案」においては、民法536条1項を削除し、解除に一元化することが提案されている。^{94 95}

これに加えて、解除一元化のメリットとして、目的物損傷の場合に対価が当然に一部消滅することにはならず、債権者は、修補請求や対価減額のほか解除ができることになり、目的物滅失の場合も解除のほか代償請求権の行使が可能になるといったように、複数の選択肢からの選択を債権者に委ねることが可能になることがあげられている。⁹⁶

危険負担に関するその他の現行規定については、「中間試案」は、①民法535条1項・2項は、534条の特則であるから、同条の削除に伴い削除すること、②民法535条3項は、損害賠償や解除の一般ルールから導くことができるものであり、削除すること、③民法536条2項は、現行規定の規律を実質的に維持することを提案している。⁹⁷

3 売買の瑕疵担保責任

「中間試案」では、売買に係る瑕疵担保責任（現行民法570条（566条準用））について、以下に述べるような規律の見直しを提案している。

3-1 売主の義務

「中間試案」は、売主の義務として、「売主が買主に引き渡すべき目的物は、種類、品質及び数量に関して、当該売買契約の趣旨に適合するものでなければならないもの

⁹² 中間試案概要付き 51 頁

⁹³ 中間試案第 11, 1 (18 頁)

⁹⁴ 中間試案第 12, 1 (19 頁)、中間試案概要付き 51 頁、中間試案補足説明 143-144 頁

⁹⁵ もっとも、「中間試案」第 12, 1 (19 頁) の (注) では、「民法第 5 3 6 条第 1 項を維持するという考え方があり」旨注記されている。

⁹⁶ 中間試案補足説明 144-145 頁

⁹⁷ 中間試案第 12 (19-20 頁)、中間試案概要付き 51-52 頁

とする。」ことを明記することを提案している。⁹⁸

引き渡された目的物がこの売主の義務に違反して契約の趣旨に適合しないものであるときは、3-2で述べる売主の責任が発生する。これが、現行民法570条の「売主の瑕疵担保責任」および565条の「数量の又は物の一部滅失の場合における売主の担保責任」に相当する。⁹⁹ このように、「中間試案」では、現行民法570条で用いられている「瑕疵」の語を用いず、「契約の趣旨に適合しない」の語を用いている。

100

ところで、現行民法570条の瑕疵担保責任について、伝統的学説は、法定責任と理解する。これは、特定物売買においては、売主は「この物を給付する」債務のみを負い、目的物に瑕疵があっても「この物」を引き渡せば、債務を履行したことになる（債務不履行はない）と考える。あるいは、特定物売買においては、瑕疵のない物を給付することは原始的の一部不能であり、その限りで契約は無効になり、「この物を給付する」債務のみが有効に残ることになることから、同様の結論が導かれると考える。そのうえで、対価の不均衡を是正し、買主の信頼を保護するために法が特に認めた責任が瑕疵担保責任であるとする（債務不履行責任ではない。）。したがって、瑕疵担保責任は特定物売買に限り認められる。責任の内容についてみると、瑕疵のない物を給付する義務は存在しないため、完全履行請求権は認められない。損害賠償の範囲については説がわかるが、信頼利益の賠償とする説などがある。

これに対し、「瑕疵のない特定物を給付する」債務もありうると思うのが契約責任説である。契約責任説によれば、瑕疵のある物を給付すれば、売主の債務不履行となり、この債務不履行に関する特則として定められたのが瑕疵担保責任である。したがって、特則のない部分については、債務不履行に関する一般的な規定が適用される。契約責任説によれば、特定物売買・不特定物売買をとわず瑕疵担保責任の規定が適用される。瑕疵のない物を給付することも契約の内容になりうる以上、瑕疵のある物が給付されれば、完全履行請求も認められる。また、損害賠償の範囲については説がわかるが、瑕疵のない物が給付されていれば得られたであろう利益（履行利益）も含まれるとする説などがある。¹⁰¹

瑕疵担保責任の性質をめぐるこのような議論に対し、「目的物が種類物か特定物かによって救済の体系を峻別し、・・・特定物である場合には民法第570条によるとして売主の追完義務を一律に否定するという、典型的な法定責任説の考え方が、非常に硬

⁹⁸ 中間試案第35, 3(2) (54頁)

⁹⁹ 中間試案概要付き138頁

¹⁰⁰ もっとも、「中間試案」第35, 3の(注) (55頁)では、民法570条の「瑕疵」という文言を維持する考え方が旨注記されている。これは、「瑕疵」が定着した用語であることを理由とされている(中間試案概要付き138頁)。

¹⁰¹ 法定責任説、契約責任説の理解については、山本敬三「民法講義IV-1 契約」(有斐閣 2005) 262-293頁により記述した。なお、法定責任説、契約責任説とされる学説の中でもそれぞれバリエーションがあり、内容は一様ではない。

直的であって工業製品が目的物の中心となっている現代の取引実務に適合的でないと
の認識は、広く共有されていると考えられる。」¹⁰²との理解がなされる。そのうえで、
「民法において規定すべき売主の義務としては、目的物が種類物であるか特定物であ
るかを問わず、売主は当該売買契約の趣旨に適合した目的物を引き渡す契約上の義務
を負っているとするのが適切である。」¹⁰³とされ、「引き渡された目的物が契約の趣旨
に適合しないことは、売主の債務不履行を構成する。」¹⁰⁴とされる。このように、「中
間試案」は、工業製品が売買の中心となっているという状況をふまえ、契約責任とし
て規律を見直そうとしているものと考えられる。¹⁰⁵

また、「中間試案」は、「不適合が「隠れた」（民法第570条）ものであるという要件
」も設けないとしている。「隠れた」とは、瑕疵の存在についての買主の善意無過
失を意味するとされてきたが、・・・目的物が契約に適合しないにもかかわらず買主に
過失があることのみをもって救済を一律に否定することは適切ではなく、むしろ、目
的物に存する欠陥等がどこまで売買契約に織り込まれていたかを契約の趣旨を踏まえ
て判断すべきであるとの指摘を踏まえたものである。」とされている。¹⁰⁶

3-2 売主の責任の内容

「中間試案」は、前述のような契約の趣旨不適合により売主が負う責任のメニュー
として、現行民法570条（566条準用）に明記されている損害賠償請求、解除の
みならず、追完請求も明記することを提案している。さらに、売主に免責事由がある
ため損害賠償責任を負わない場合であっても代金減額請求が認められるとしている。

<追完請求>

現行民法570条（566条準用）は解除、損害賠償請求のみを明記し、修補など
の追完請求については明記していない。他方、住宅品質確保法95条は新築住宅の売
買について修補請求権を明文化している。

「中間試案」は、「引き渡された目的物が」前述の売主の義務「に違反して契約の趣
旨に適合しないものであるときは、買主は、その内容に応じて、売主に対し、目的物
の修補、不足分の引渡し又は代替物の引渡しによる履行の追完を請求することができ

¹⁰² 中間試案補足説明 399 頁

¹⁰³ 中間試案補足説明 399 頁

¹⁰⁴ 中間試案概要付き 138 頁

¹⁰⁵ この売主の義務と関連して、「中間試案」では、次のような提案もなされている。

- ① 民法 400 条（特定物の引渡しの場合の注意義務）については、「特定物の引渡しの場合の注意義務（保存義務）の具体的内容が契約の趣旨を踏まえて画定される旨を条文上明記する」よう改正する。（「中間試案」第 8, 1（12-13 頁）、「中間試案概要付き」32 頁）
- ② 民法 483 条（特定物の現状による引渡し）については、「実際にその適用が問題となる場面が乏しい反面、履行期の状態で引き渡せば、合意内容とは異なる性状で目的物を引き渡したとしても責任を負わないという誤った解釈を導くおそれがあると指摘されていることにより、削除する。（「中間試案」第 22, 6(1)（42 頁）、「中間試案概要付き」104-105 頁）

¹⁰⁶ 中間試案概要付き 140 頁

るものとする。ただし、その権利につき履行請求権の限界事由があるときは、この限りでないものとする。」ことを提案している。¹⁰⁷

これは、「売買の目的物における工業製品等の占める割合が大きくなっている現代においては、種類物売買の重要性が高まるとともに、例えば中古車売買のように特定物か種類物かの区別によって取扱いを異にする合理性が乏しいと考えられる場面が増えており」、「目的物が種類物か特定物かを問わず、修補又は代替物の引渡しといった追完による対応が合理的と認められる場面は広く存在するようになっている」ことをふまえたものであるとされている（なお、追完請求権も、「履行請求権の限界事由に関する一般原則に服する」とされている。）。¹⁰⁸

履行の追完の方法については、「中間試案」は、上述のように買主に第一次的な選択権を付与する一方で、「売主の提供する履行の追完の方法が買主の請求する方法と異なる場合には、売主の提供する方法が契約の趣旨に適合し、かつ、買主に不相当な負担を課するものでないときに限り、履行の追完は、売主が提供する方法によるものとする。」ことを提案している。¹⁰⁹

これは、「適切な追完がされることに最も強い利害を有するのは買主であるから、買主に第一次的な選択権を与える」¹¹⁰ものの、限定的な要件を設けたうえで売主の提供する方法が優先することを認めるものであるとされている。¹¹¹

売主がこの「要件を満たす履行の追完の提供をしたときは、弁済の提供としての効力が生じ、買主は当初選択した方法による履行の追完の請求ができない。」とされている。¹¹²

<損害賠償請求・解除>

損害賠償請求、解除は、現行民法570条（566条準用）でも規定されているが、「中間試案」は、「引き渡された目的物が」前述の売主の義務「に違反して契約の趣旨に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、債務不履行の一般原則に従って、その不履行による損害の賠償を請求し、又はその不履行による契約の解除をすることができるものとする。」¹¹³としている。損害賠償請求、解除が「債務不履行の一般原則」に従うものであることを明記したものである。

<代金減額請求>

「中間試案」は、「引き渡された目的物が」前述の売主の義務「に違反して契約の趣

¹⁰⁷ 中間試案第35, 4 (1) (55頁)

¹⁰⁸ 中間試案補足説明404頁

¹⁰⁹ 中間試案第35, 4 (3) (55頁)

¹¹⁰ 中間試案補足説明404頁

¹¹¹ 中間試案補足説明406頁

¹¹² 中間試案概要付き140頁

¹¹³ 中間試案第35, 4 (2) (55頁)

旨に適合しないものである場合において、買主が相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、売主がその期間内に履行の追完をしないときは、買主は、意思表示により、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ものとする。」ことを提案している。^{114 115}

これは、現行民法570条（566条準用）に規定のない代金減額請求を明記しようとするものである。¹¹⁶ 「売買契約のような典型的な有償契約において・・・権利の一部移転不能や数量不足の場合（民法第563条，第565条）と同様に、目的物に契約不適合があった場合にも等価的均衡を維持する必要性は認められる以上、代金減額請求権をも認めるのが相当であり、代金減額請求権は、「履行の追完を請求する権利につき履行請求権の限界事由がある場合や、債務不履行による損害賠償につき免責事由がある場合であっても行使することができる」とされている。¹¹⁷

また、「中間試案」は、代金減額請求の意思表示は、追完請求権（履行追完に代わる損害賠償請求権を含む。）および解除権の放棄の意思表示と同時にしなければ、効力を生じないとしている。¹¹⁸

これは、「代金減額請求権は、代金を減額することによって確定的に法律関係を処理し、それと矛盾する救済手段は行使しないという場面で機能することが想定されている権利である」という「性格付けを明確にする」ものであり、また、交渉過程における値引き要求が代金減額請求権行使の意思表示とされて、追完請求権等を喪失するという予想外の事態の発生を懸念する指摘をふまえたものであるとされている。¹¹⁹

<目的物の滅失または損傷に関する危険の移転>

¹¹⁴ 中間試案第35，5（1）（55頁）

¹¹⁵ 「中間試案」が代金減額請求権の原則的な行使要件として追完の催告を求めているのは、売主が不適合を追完する利益に配慮したことによるものとされる（中間試案概要付き140頁）。他方、「中間試案」は、例外的に、追完の催告をしないで代金減額請求ができる場合があるとしている。具体的には、①追完請求権につき履行請求権の限界事由があるとき、②売主が履行の追完をする見込みがないことが明白であるときである（中間試案第35，5（2）（55頁））。これは、履行に代わる損害賠償の要件と平仄をあわせたものとされる（中間試案概要付き141頁）。

¹¹⁶ もっとも、現行法のもとでも、売買の瑕疵担保責任における損害賠償について、無過失責任としての代金減額的な性格を有するものとして理解する学説も提唱されている。「対価的制限説」は、無過失責任である瑕疵担保責任の根拠を有償契約における両給付の「均等関係」に求め、瑕疵担保責任は対価をもって限度とし、損害賠償の額は、代金と、瑕疵ある物としての価格との差額を標準とする（他方、売主に契約締結上の過失がある場合は信頼利益を標準とする損害賠償責任が発生するとする。）（勝本正晃「瑕疵担保責任の対価的制限」同『民法研究 第5巻』（巖松堂書店 1942）169-171,173-180頁（初出1939））。「危険負担的代金減額請求権説」は、売買契約の対価的均衡の確保のため、瑕疵による価値の低落に対応して代金債権を縮減することを認める必要があり、瑕疵担保における損害賠償請求権は、無過失責任としての代金減額請求権の実質をもつものであるとする（他方、売主に帰責事由がある場合は通常債務不履行による損害賠償責任が発生するとする。）（加藤雅信「売主の瑕疵担保責任—危険負担的代金減額請求権説提唱のために—」同『現代民法学の展開』（有斐閣 1993）399-401頁（初出1977））。なお、これらの学説の理解については、山本敬三「民法講義IV-1 契約」（有斐閣 2005）268,272,289,291頁を参照した。

¹¹⁷ 中間試案補足説明 409頁

¹¹⁸ 中間試案第35，5（3）（55頁）

¹¹⁹ 中間試案概要付き 141頁

「中間試案」は、「売主が買主に目的物を引き渡したときは、買主は、その時以後に生じた目的物の滅失又は損傷を理由とする」損害賠償請求権等「を有しないものとする。ただし、その滅失又は損傷が売主の債務不履行によって生じたときは、この限りでないものとする。」とする。売主が売買契約の趣旨に適合した目的物の引渡しを提供したが買主が受け取らず、その目的物が買主に引き渡すべきものとして引き続き特定されている場合に、提供時以後に生じた滅失・損傷についても同様とする。¹²⁰

これは、危険負担の債権者主義を定める現行民法534条について、契約と同時に危険が債権者に移転するのは不当であるとかねてから批判されていること、危険の移転時期が最も典型的に問題となる売買契約の実務上は原則として引渡し時に危険が移転するとの考え方が定着していると考えられることから、危険移転時期を引渡し時とし、その時以後に生じた滅失・損傷については買主は損害賠償請求権等を有しない旨を、最も適用場面が多いと考えられる売買のパートに規定するものであるとされている。¹²¹

3-3 買主の権利の期間制限

現行民法570条が準用する566条3項は、「契約の解除又は損害賠償の請求は、買主が事実を知った時から1年以内にしなければならない。」と規定している。最判平成4年10月20日民集46巻7号1129頁は、この期間を「除斥期間」と解し、買主は、この期間内に「裁判上の権利行使をするまでの必要はない」が、「少なくとも、売主に対し、具体的に瑕疵の内容とそれに基づく損害賠償請求をする旨を表明し、請求する損害額の算定の根拠を示すなどして、売主の担保責任を問う意思を明確に告げる必要がある」旨判示している。¹²²

この買主の権利の期間制限について、「中間試案」は、両案併記の提案をしている。

【甲案】は、瑕疵担保責任について消滅時効とは別の期間制限を設けず、消滅時効の一般原則に委ねるとする案である。

【乙案】は、消滅時効の一般原則に加え、買主は「契約の趣旨不適合を知った時」から「1年以内」に売主に「通知」することを要するとする（ただし、売主が引渡し時に契約の趣旨不適合を知り、または重過失により知らなかったときは、消滅時効の一般原則に委ねるとする）案である。¹²³

甲案は、「売買の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任を契約責任（債務不履行責任）として構成することを前提とし」たときに、「他の債務不履行と区別する合理的な理由はない」ことから、消滅時効の一般原則に委ねるとするものであると

¹²⁰ 中間試案第35, 14 (58頁)

¹²¹ 中間試案補足説明429頁

¹²² また、最判平成13年11月27日民集55巻6号1311頁は、「瑕疵担保による損害賠償請求権には消滅時効の規定の適用があり、この消滅時効は、買主が売買の目的物の引渡しを受けた時から進行する」とする。

¹²³ 中間試案第35, 6 (55-56頁)、中間試案概要付き141-142頁

されている。乙案は、①引渡し後は履行が終了したとの売主の期待を保護する必要があること、②目的物の使用や時間経過による劣化等により比較的短期間で瑕疵の有無の判断が困難となることを実質的根拠として、短期の期間制限を設けるものとされている。また、乙案については、前掲最判平成4年10月20日民集46巻7号1129頁の示す「損害賠償の請求」が買主に過重な負担になっているとの指摘をふまえ、「通知」で足りるよう改めるとともに、現行法の「1年」がやや短すぎるとの指摘をふまえ、期間の見直しの可否を問うものとされている。¹²⁴

なお、「中間試案」では、債権の消滅時効における原則的な時効期間と起算点についても両案併記の提案がなされている。甲案は、「権利を行使することができる時」から5年間（現行民法167条1項は10年間）とする案であり、乙案は、「権利を行使することができる時」から10年間、かつ、「債権者が債権発生の原因及び債務者を知った時（債権者が権利を行使することができる時より前に債権発生の原因及び債務者を知っていたときは、権利を行使することができる時）」から〔3年間／4年間／5年間〕とする案である。¹²⁵

3-4 買主が事業者の場合における目的物検査義務・適時通知義務

商法526条は、商人間の売買について、買主の目的物検査・通知義務を定めるとともに、その懈怠により買主は失権するものとしている。

「中間試案」は、商法526条の内容を参考にしつつ、その内容を一部修正したうえで、買主が事業者の場合のルールとして民法に規定を設けることを提案するものであるとされている。¹²⁶

具体的には、「買主が事業者であり、その事業の範囲内で売買契約をした場合」に、買主に、受取り後遅滞なく目的物を検査する義務（(1)）と契約の趣旨不適合を知ったときは相当な期間内に売主に通知する義務（(2)）を課し、(2)の期間内に通知をしなかったとき等には買主は失権するものとする（(3)）が、売主が引渡し時に契約の趣旨不適合を知り、または重過失によって知らなかったときは(3)の失権効は生じない（(4)）とするものである。^{127 128}

3-5 競売における買受人の権利の特則

¹²⁴ 中間試案補足説明 411-412 頁

¹²⁵ 中間試案第7, 2 (10 頁)

¹²⁶ 中間試案補足説明 414 頁

¹²⁷ 中間試案第35, 7 (56 頁)

¹²⁸ もっとも、「事業者」という概念を民法に導入するのは相当でないことなどを理由にこのような規定を設けないという考え方や、失権効といった一定の効果を明記する規定を設けずに債務不履行による損害賠償の一般原則に委ねるとの考え方があり（中間試案概要付き 143 頁）、「中間試案」第35, 7の（注1）（56 頁）では、このような規定を設けないという考え方や(3)の規定を設けないという考え方が旨注記されている。また、「中間試案」第35, 7の（注2）（56 頁）では、事業者の定義について引き続き検討する必要がある旨注記されている。

現行民法570条ただし書により、強制競売の場合は瑕疵担保責任の規定の適用の対象外とされている。

これに対し、「中間試案」は、民事執行法等に基づく競売の買受人は、買受けの申出の時に知らなかった損傷等により買い受けた目的を達成することができないときは、債務者に対し、解除、代金減額請求をすることができる（ただし、買受人が〔重〕過失の場合はこの限りでない。）としている。そのうえで、債務者が無資力の場合には買受人は代金の配当を受けた債権者に代金の返還を請求できること、債務者または債権者が目的物等の不存在を知っていたときは買受人はこれらの者に損害賠償請求ができること、買受人は損傷等を知った時から1年以内に通知しなければこれらの権利を失うこととしている。¹²⁹

これは、物の瑕疵であっても、買受人にとって重大な不利益となる場合があり得ることを考慮して、救済の対象を真に必要なものに限定したうえで、買受人の救済手段を整備するものとされている。^{130 131}

4 請負の瑕疵担保責任

「中間試案」では、請負に係る瑕疵担保責任（現行民法634条～640条）について、以下に述べるような規律の見直しを提案している。

4-1 要件

現行民法634条等において、請負人の瑕疵担保責任が認められるためには、「仕事の目的物に瑕疵」があることが必要とされている。

これに対し、「中間試案」では、売買契約の場合と同様に、仕事の目的物が「契約の趣旨に適合しない」ことが要件とされている。¹³²

4-2 請負人の責任の内容

「中間試案」は、前述のような契約の趣旨不適合により請負人が負う責任のメニューとしては、現行民法634条・635条と同様、瑕疵修補請求、損害賠償請求、解除を認めるが、その要件等について見直しを行っている。

<修補請求権の限界>

請負契約については、現行民法634条1項において、請負人の瑕疵担保責任のメニューとして修補請求が明記されているが、「瑕疵が重要でない場合において、その修

¹²⁹ 中間試案第35, 9 (57頁)

¹³⁰ 中間試案概要付き 145頁

¹³¹ もっとも、競売手続の円滑が害されるおそれがあることなどを理由に現状を維持すべきであるとの考え方などがあり（中間試案概要付き 146頁）、「中間試案」第35, 9の（注）（57頁）では、現状を維持する考え方がある旨などが注記されている。

¹³² 中間試案第40, 2 (68-69頁)

補に過分の費用を要するとき」は、修補請求が認められないとされている。

「中間試案」においては、修補請求が認められない場合を、「履行請求権の限界事由があるとき」としている。¹³³

これは、売買契約の場合と同様に、修補請求権の限界を、履行請求権の限界事由の一般原則に委ねるものであるとされている。¹³⁴

<解除>

「中間試案」は、解除について定める現行民法635条を削除することを提案している。¹³⁵

現行民法635条本文は、仕事の目的物に瑕疵があるために「契約をした目的を達することができない」場合に契約の解除ができると規定している。

「中間試案」が民法635条本文の削除を提案するのは、「仕事の目的物に瑕疵があることは請負人の債務不履行の一場面であるから、債務不履行による契約の解除一般について、債務不履行によって契約の目的を達することができない場合には契約を解除することができるという規律・・・を設けるとすると、規律の内容が重複することになり、「債務不履行による契約の解除に関する一般的な規定に委ねれば足り」ることによるものとされている。¹³⁶

現行民法635条ただし書は、「建物その他の土地の工作物」については、瑕疵があっても解除は認められないとする。

「中間試案」は、このただし書の規定を削除することも提案している。この提案によれば、土地工作物についても、債務不履行による契約の解除に関する一般的な規定にしたがい解除ができるようになるものと考えられる。¹³⁷

最判平成14年9月24日判タ1106号85頁は、「本件建物は、その全体にわたって極めて多数の欠陥箇所がある上、主要な構造部分について本件建物の安全性及び耐久性に重大な影響を及ぼす欠陥が存するものであった。すなわち、基礎自体せい弱であり、基礎と土台等の接合の仕方も稚拙かつ粗雑極まりない上、不良な材料が多数使用されていることもあいまって、建物全体の強度や安全性に著しく欠け、地震や台風などの振動や衝撃を契機として倒壊しかねない危険性を有するものとなっている。このため、本件建物については、個々の継ぎはぎ的な補修によっては根本的な欠陥を除去することはできず、これを除去するためには、土台を取り除いて基礎を解体し、木構造についても全体をやり直す必要があるのであって、結局、技術的、経済的にみ

¹³³ 中間試案第40, 2(1)(68頁)

¹³⁴ 中間試案概要付き171頁

¹³⁵ 中間試案第40, 2(2)(68頁)

¹³⁶ 中間試案概要付き171-172頁

¹³⁷ 中間試案補足説明481頁は、「民法第635条ただし書を削除することとし、この問題を個別の契約に委ねるとしている。」と述べているが、民法典のルールとしては、635条を削除する結果として、解除の一般原則に委ねられることになるものと考えられる。

ても、本件建物を建て替えるほかはない。」という事実関係のもとで、「建築請負の仕事の目的物である建物に重大な瑕疵があるためにこれを建て替えざるを得ない場合には、注文者は、請負人に対し、建物の建て替えに要する費用相当額を損害としてその賠償を請求することができる」旨判示している。

「中間試案」が民法635条ただし書の削除を提案する理由として、前掲最判平成14年9月24日判タ1106号85頁は、瑕疵の程度によっては請負人が解除と同様の負担を負うべき場合があることを前提としたものといえること、重大な瑕疵がある工作物が有効に利用されることを期待することは現実的でないことがあげられている。¹³⁸

4-3 注文者の権利の期間制限

現行民法637条は、「瑕疵の修補又は損害賠償の請求及び契約の解除」は、引渡し時または仕事終了時から1年以内にしなければならないとしている。

この注文者の権利の期間制限について、「中間試案」は、両案併記の提案をしている。

【甲案】は、瑕疵担保責任について消滅時効とは別の期間制限を設けず、消滅時効の一般原則に委ねるとする案である。

【乙案】は、消滅時効の一般原則に加え、注文者は「契約の趣旨不適合を知ったとき」から[1年以内]に請負人に「通知」することを要するとする（ただし、請負人が引渡し時に契約の趣旨不適合を知り、または重過失により知らなかったときは、消滅時効の一般原則に委ねるとする）案である。^{139 140}

これは、売買契約における買主の権利の期間制限と同様の内容である。売買と請負は、現実の取引においては類似しており、取扱いを異にするのは合理的でないとの考え方に基づくものとされている。¹⁴¹

土地工作物については、現行民法638条は、請負人の担保責任の存続期間について引渡し後5年（コンクリート造等は10年）とし、工作物が滅失・損傷したときは滅失・損傷時から1年とする。

「中間試案」は、638条の削除を提案している。¹⁴²

これは、638条1項については、637条について上記の甲案・乙案のどちらを採るとしても土地工作物についてこれと異なる規律を設ける必要性が乏しいこと、638条2項については、637条について上記の乙案を採る場合にはこれと同様の趣

¹³⁸ 中間試案概要付き 172 頁

¹³⁹ 中間試案第 40, 2 (3) (68-69 頁)、中間試案概要付き 172-173 頁

¹⁴⁰ 基本的に乙案の考え方によりつつ、債務の履行が完了したという請負人の信頼を保護するため、期間の起算点については民法 637 条を維持して「引渡し時または仕事終了時」とする考え方がある（中間試案概要付き 173 頁）。「中間試案」第 40, 2 (3) の（注）（69 頁）では、乙案について引渡し時（引渡しを要しない場合は仕事の終了時）を起算点とする考え方がある旨注記されている。

¹⁴¹ 中間試案概要付き 173 頁

¹⁴² 中間試案第 40, 2 (4) (69 頁)

旨の638条2項は不要となり、637条について上記の甲案を採る場合には消滅時効の一般原則と異なる規律を設ける必要ないし理由はないことによるものとされている。¹⁴³

なお、民法638条に定める期間については、これを「性質保証期間」すなわち「その期間中は仕事の目的物の有用性が存続することが想定され、その期間内に契約に適合しない瑕疵が判明した場合には受領時において既に瑕疵が存在したものと扱われる期間である」とする考え方がある。この考え方によれば、当該期間内に瑕疵が発見されたことを主張立証すれば足りる（引渡し時における瑕疵の存在を主張立証する必要はない）とされる。土地工作物について性質保証期間を定める規定を設けるという考え方も検討されたが、実務上合理的であることについて十分なコンセンサスが得られているとは言えないと思われること、土地工作物についてのみ性質保証期間を設けることの理由が明らかではないとの批判が考えられることから、「中間試案」においては、土地工作物について性質保証期間に関する規定を設けるという考え方は取り上げていないとされている。¹⁴⁴

4-4 免責特約

現行民法640条は、瑕疵担保責任についての免責特約がある場合であっても、請負人が「知りながら告げなかった事実」については免責されないとしている。

これに対し、「中間試案」は、請負人が引渡し時（引渡しを要しない場合は仕事終了時）に「仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを知っていたとき」は、そのことを注文者に告げたとしても免責されないとしている。¹⁴⁵

これは、請負人が知っているにもかかわらず、注文者に告げるだけで免責されるとするのは妥当ではないとの考え方に基づくものとされている。¹⁴⁶

5 小括¹⁴⁷

Ⅱ1から4までにおける概観をふまえ、「中間試案」における瑕疵担保責任、債務が履行されない場合の規律全般、さらにはその前提となるような基本的な原則についての提案の特徴を整理すると、以下のとおりである。

① 基本的な原則の明記

「中間試案」は、現行民法では規定されていない基本的な原則について、明文で規定することを提案している。これは、民法上の基本的な原則は、専門家にとって

¹⁴³ 中間試案概要付き 173-174 頁

¹⁴⁴ 中間試案補足説明 485-486 頁

¹⁴⁵ 中間試案第 40, 2 (5) (69 頁)、中間試案概要付き 174 頁

¹⁴⁶ 中間試案概要付き 174 頁

¹⁴⁷ 出典等については、個別に示したもののほか、Ⅱにおける該当箇所を参照。

は自明であっても、一般の国民が民法典を読むことを念頭に、できる限り条文に明記することが望ましいという考え方に立脚しているものである。

「中間試案」は、具体的には、

- ・契約の当事者は、自由に契約の内容を決定できること
- ・債権について、請求力があること

についての明記を提案している。

当事者が自由に内容を決定することのできる契約などから債権が発生する。この債権に請求力があることが、債務が任意に履行されない場合に債権者が履行の強制や損害賠償の請求といった方策を採り得ることの前提となる。また、履行の強制や損害賠償が認められるかどうかは、当事者が自由にその内容を決定することのできる「契約」の趣旨に照らして判断される。

このように、これらの基本的な原則を示す規定が、債務が履行されない場合の規律を導く際のいわば起点となっている。

もっとも、契約内容の自由は無制限のものではなく、「法令の制限」内のものである。この法令には、公序良俗規定やその他の強行規定がふくまれる。(⑥も参照)

② 「契約の解釈」における「当事者の共通の理解」の重視

「中間試案」は、契約の解釈に関する基本的な原則についての明文化も提案している。この提案では、契約における表現の解釈において、当事者の意思を離れた「表現の客観的な意味」よりも、「当事者の共通の理解」を重視するという立場が示されている。この立場は、「当事者が自分に関する法律関係を自由に形成できるという原則」と整合性のあるものと理解されている。

③ 債務が履行されない場合の処理における債権発生原因である「契約」の趣旨の重視

債務が履行されない場合における履行の請求や損害賠償の請求について、「中間試案」は、債権の発生原因が「契約」である場合に注目したうえで、履行の請求が認められない事由（履行請求権の限界事由）や損害賠償請求が認められない事由（免責事由）の有無を判断する基準として、「契約の趣旨」を明記することを提案している。このように「債権の発生原因」である「契約」の趣旨を重視することは、「中間試案」の顕著な特徴であると考えられる。

すなわち、「履行請求権の限界事由」の有無については、「契約の趣旨」に照らして評価判断されるものであり、物理的不能も、そのように評価判断される事由の「例」としてあげられている。損害賠償における「免責事由」についても、「債務者の責めに帰することのできない事由」という文言は用いられているものの、「免責事由」の有無の基本的な判断基準は「契約の趣旨」であり、「契約の具体的事情を離れた抽象的な故意過失等」を意味するものではないとされている。このように、「契約による

債務」が履行されない場合に債権者による請求が認められるかどうかの判断において、当事者が自由にその内容を決定することのできる「契約」の趣旨が判断の基準とされている。

もっとも、「契約の趣旨」は、契約書の記載内容だけで評価判断されるのではない。「契約をめぐる一切の事情」に基づき評価判断するものとされている。また、この評価判断においては「取引通念」が考慮されるとされている。

④ 契約による債務の履行が不能の場合の処理における当事者の意思の重視への志向

「中間試案」においては、契約の目的物の滅失等により債務の履行が不能である場合についても、当事者の意思を重視した処理をしようという志向がみられる。

契約による債務が原始的に不能の場合について、「中間試案」は、契約を一律に無効とするのではなく、契約の有効・無効の判断は、当事者が履行請求の可能性についてどのようなリスク分配をしたかに委ねるべきであるとする。

また、双務契約における債務者に帰責事由のない後発的不能については、従来は危険負担制度によりカバーされてきた場面であるが、「中間試案」は、解除制度を、債務が履行されない場合に債権者が契約の拘束力から解放されるための制度であると理解する考え方もふまえ、解除について帰責事由を不要とすることとし、従来危険負担制度によりカバーされてきた場面の処理を解除に委ねようとしている。その結果、従来は危険負担により一律に処理されてきた場面において、債権者に救済手段の選択が委ねられることになることが解除一元化のメリットとして強調されている。

⑤ 瑕疵についての「契約の趣旨」不適合としての理解と債務不履行の一般原則による処理

従来売買や請負の目的物の「瑕疵」とされてきた問題について、「中間試案」は、目的物が、当事者が自由にその内容を決定することのできる「契約」の趣旨に適合しないこととしてとらえ、債務不履行の一形態であると位置づける。これにより、従来瑕疵担保責任で処理されてきた場面を、債務不履行の一般原則で処理しようとする。

たとえば、売買目的物に瑕疵があった場合の損害賠償請求や解除は、債務不履行の一般原則によるものとされる。また、従来典型的な法定責任説によれば追完請求が認められなかったところであるが、「中間試案」においては売買の目的物の瑕疵を債務不履行と位置付けることにより、追完請求権が認められることになるものと考えられる。そして、追完請求権は、履行請求権の限界事由に関する一般原則に服するものとされる。

請負の瑕疵担保責任については、従来から瑕疵修補請求権が明記されているが、

これも、履行請求権の限界事由に関する一般原則に服するものとされる。解除についても、従来は認められていなかった土地工作物の場合もふくめ、債務不履行の一般原則によるものとされるものと考えられる。

このように売買の目的物の瑕疵を債務不履行ととらえ、債務不履行の一般原則で処理するとすることの背景には、現代の売買取引が工業製品といった種類物が中心になっているという認識があり、また、中古品売買についても、追完請求を認めるのが合理的な場面が広く存在するようになってきているとの判断がある。このような立場からは、特定物か種類物かで取扱いを異にし、特定物については追完請求を認めない典型的な法定責任説による瑕疵担保責任の考え方は、現代の取引実務に適合的でないと判断される。

もっとも、「中間試案」も債務不履行の一般原則のみで処理しようとしているわけではない。有償契約である売買の等価的均衡を維持する観点から、売主に損害賠償の免責事由がある場合であっても、買主に代金減額請求権を認めようとする。¹⁴⁸ また、権利行使の期間制限についても、債権の消滅時効の一般原則に委ねるという案と、履行が終了したという売主の期待を保護して短期の期間制限を認めるという案の両案併記としている。

⑥ 契約の内容や契約にいたるプロセスの妥当性の確保に対する配慮

本稿では触れなかったが、「中間試案」の特徴としては、契約の内容や契約にいたるプロセスの妥当性の確保に対する配慮もみられることも挙げられる。たとえば、「中間試案」は、公序良俗規定（民法90条）において「暴利行為」を明記することを提案している。「中間試案」は、契約内容の自由の明記も提案しているが、この契約内容の自由は無制限のものではなく、たとえば、「暴利行為」についての明記がなされた公序良俗規定による制約に服することになる。

Ⅲ 「中間試案」の瑕疵担保責任に関する規律が住宅に係る取引にもたらす影響等についての考察^{149 150}

Ⅱでは、「中間試案」における瑕疵担保責任に関する提案等について概観した。Ⅲでは、「中間試案」に沿って瑕疵担保責任に関する規律が改められた場合に住宅に係る取

¹⁴⁸ 松尾弘「民法改正を読む—改正論から学ぶ民法」（慶應義塾大学出版会 2012）147頁は、民法（債権法）改正検討委員会の「債権法改正の基本方針」における代金減額請求についてであるが、「売主に履行免責や損害賠償免責が認められる場合でも生じるものとされており、それはやはり債務不履行責任を超える、一種の法定責任といわざるをえない。」とする。

¹⁴⁹ 出典等については、個別に示したものほか、Ⅱにおける該当箇所を参照。

¹⁵⁰ 部会の第3読会において、「中間試案」から変更された案が提示されている箇所もあるが、本稿においては、「中間試案」の文言をベースとして考察を行っている。

引にもたらされると考えられる影響等について考察する。考察は、責任が認められるための要件（１）、責任の内容（２）、権利の期間制限（３）に分けて行い、最後に、主な影響等について整理する（４）。

1 責任が認められるための要件

売買の瑕疵担保責任については、従来、売買の目的物に「隠れた瑕疵」があることが要件とされてきた（民法５７０条）。請負についても、瑕疵担保責任は、仕事の目的物に「瑕疵」があるときに認められる（民法６３４条・６３５条）。

「中間試案」は、従来用いられてきた「瑕疵」の語を用いず、目的物が「契約の趣旨」に適合しないことを、責任を認めるための要件としようとしている。

ところで、現行民法５７０条の「瑕疵」の意味については、「その種類の物として通常有すべき性質を欠いていることである」とする考え方（客観的瑕疵概念）と、「当該契約において予定された性質を欠いていることである」とする考え方（主観的瑕疵概念）があるとされてきた。¹⁵¹

「中間試案」に向けての部会での審議においては、「瑕疵」の意義について、多様な意見が交わされた。

経済界出身の部会メンバーからは、客観的瑕疵概念を基本とした表現とすべきであるという意見が述べられた。「契約不適合」のような文言については、契約書等に目的物の属性をきめ細かく記載しなければならないという誤解を生み、契約実務負担が大きくなり、法務部門が不備な中小企業に不利になることへの懸念が表明された。¹⁵²

弁護士である部会メンバーからは、原則、客観的瑕疵概念とし、当事者間で特約があれば主観的瑕疵概念によるとする考え方の紹介がなされた。¹⁵³ また、合意を尊重するというときに、不適切な合意を制約する、あるいは、合意がない場合に適正な効果を与えるために、社会通念や取引通念による制約があることを表現すべきだとする意見も述べられた。¹⁵⁴

これに対し、民法学者である部会メンバーからは、特段の合意がない場合に社会通念・取引通念上通常有すべき性質の物を引き渡すのが当事者の意思と推定することによって契約適合性の判断がなされるとする意見¹⁵⁵、契約書に明記されたことだけが考慮されるという誤解が生じる可能性があることをふまえて、契約の趣旨を導くための解釈指針を条文に規定することも考慮してよいとする意見¹⁵⁶、基本的にまず合意をとらえるという契約の解釈のルールとは異なる瑕疵のルールを設けることには賛成できな

¹⁵¹ 「瑕疵」概念の理解については、山本敬三「民法講義IV-1 契約」（有斐閣 2005）281頁により記述した。

¹⁵² 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録7頁（大島委員発言）

¹⁵³ 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録12頁（岡委員発言）

¹⁵⁴ 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録10頁（中井委員発言）

¹⁵⁵ 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録10-11頁（道垣内幹事発言）

¹⁵⁶ 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録11頁（鹿野幹事発言）

いとする意見¹⁵⁷などが述べられた。

これらの議論を経て、「中間試案」が取りまとめられたものである。「中間試案」における「契約の趣旨」とは、「合意の内容や契約書の記載内容だけでなく、契約の性質（有償か無償かを含む。）、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。¹⁵⁸

この説明は、契約が成立した後に（「事後的」に）、「契約の趣旨」を評価判断する場合の説明であり、かつ、その視点は、当事者のものではなく、「中立的な第三者」のものであるように思われる。すなわち、「契約の趣旨」の内容が当事者間の争点となるのは、売買契約が締結され、履行がなされた後に、引き渡された目的物に瑕疵（契約の趣旨不適合）があるかどうかについての紛争が生じた局面であり、その局面において当事者間の協議では紛争が解決せず、中立的な第三者（典型的には裁判所）による解決が求められる状況にいたれば、「契約の趣旨」が中立的な第三者により評価判断されることになる。その際、契約書の記載内容だけでなく、契約をめぐる一切の事情に基づき「契約の趣旨」が評価判断され、また、その評価判断にあたっては「取引通念」が考慮される。このようなことを、「契約の趣旨」についての上述の説明は述べているものと理解できる。

それでは、これから契約を締結しようという局面においてはどうかであろうか。この局面において登場するのは、一般的には、これから契約を締結しようとする「当事者」であり、中立的な第三者は登場しない。そして、上にみたように、「契約の趣旨」は、契約をめぐる一切の事情に基づき評価判断されるが、その「一切の事情」の中に、契約書の記載内容が当然にふくまれることになる。

したがって、「中間試案」の提案のように、「契約の趣旨」への不適合が売主の責任の要件とされることが明記された場合において、契約を締結しようとする当事者が、契約成立後の紛争発生を未然に防止し、あるいは将来紛争が発生した場合の処理についての予測可能性を高めようとするのであれば、契約締結時点においてできる限り当事者の共通の理解を明確にし、かつ、その共通の理解を当事者間の契約書に詳細に明記しようとする志向が生じる可能性もあると考えられる。これは、上述の「契約の趣旨は契約をめぐる一切の事情に基づき評価判断される」という説明を理解している当事者においても生じる可能性であると考えられる。

上にみた経済界出身の部会メンバーの発言は、このような局面に着目しているものと考えられる。すなわち、「契約の趣旨」に適合するかどうかにより売主の責任の有無が決せられるという趣旨が法律に明記されるとしたならば、これから契約を締結しようという局面において（「事前的」に）、契約を締結しようとする「当事者」の視点に

¹⁵⁷ 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録13頁（潮見幹事発言）

¹⁵⁸ 中間試案概要付き32,138頁

立ったうえで、その当事者がどのような志向を有することになるかを想定したものと考えられる。したがって、「契約の趣旨」についての上述の説明とは、念頭においている局面も、視点の取り方も、異なるのではないかと考えられる。

このように考えられるとすれば、売買契約の締結時点において、契約書に、「目的物が有すべき品質」を詳細に規定するような動きが生じる可能性もあるものと考えられる。(もっとも、「契約の趣旨」は契約書の記載内容のみにより評価判断されるものではないとの理解に立脚すれば、「事後的」に「契約の趣旨」の判断がなされる局面において、契約書に明記していない事項であっても「契約の趣旨」に含まれるとの評価判断がなされる可能性はあることになる。)

次に、このような動きが生じた場合、契約書の記載内容はどのようなものになるのであろうか。

一方では、契約交渉過程において、交渉力等において優位にある当事者が、自己に有利となるような内容を契約書に規定することを主張し、その結果、交渉力等において優位にある当事者にとって有利となるような内容が詳細に規定された契約が締結されるという可能性が考えられる。¹⁵⁹

他方、契約成立後、紛争が発生した局面においては、このような一方当事者にとって有利となるような契約について、その内容等によっては、中立的な第三者によって、公序良俗や信義則に反するとして修正的解釈がなされる余地もあり得ないものではないと考えられる。¹⁶⁰ ひいては、このような中立的な第三者の「事後的」な判断を、

¹⁵⁹ 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録7頁（大島委員発言）は、「交渉力」に明示的に言及しているものではないが、法務部門が不備な中小企業が不利な立場に立たされることを懸念している。

¹⁶⁰ 部会メンバーである民法学者は、「中間試案」についての著書において、「ここでいう「契約の趣旨」とは、契約書にどのように書かれていたかを基準にするという意味ではありません。これまで日本の裁判所が**契約の解釈**を通じて行なってきた判断を明文化しようとしたものです。」「・・・「当該契約の趣旨」という言葉で意味しようとしていることはここに書かれておりました。「契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯」を含む総合的な判断に加えて、取引通念まで考慮して契約の趣旨が定まる、というのですから、契約書の内容を意味しているわけではないことは明らかです。」

「日本の裁判所は、たとえ契約書に書いてあっても、契約をめぐるさまざまな事情を総合判断して、（契約書が一方的な力関係で作成された場合など）契約書の記載と異なる内容で契約を解釈することがありますが、中間試案には、そのような現在の裁判実務を変更する意図はまったく含まれていません。」と述べている（内田貴「民法改正のいまー中間試案ガイド」（商事法務 2013）120頁。なお、同書の「はしがき」において、内田貴氏は、民法（債権関係）部会の委員であり法務省の参与であるが、同書の内容は、個人的な見解であり、法務省の公式見解ではない旨述べられている（i頁）。）。

また、部会メンバーである別の民法学者は、「中間試案」をめぐる対談において、「「当該契約の趣旨に照らして」ということの意味については、いろいろな誤解があるようにもみえます。」「まず、それは“当該契約書を参照して”ではありません。すべてを契約書に記しておかなければ損害賠償を免れないと説かれることもあります。少なくとも中間試案の正当な理解ではないでしょう。」「・・・当事者間の交渉経過や契約書の記載のみから単純に、あるいは素朴に契約の趣旨が定まってしまうものから、交渉力において勝る者が有利になる弱肉強食の契約観であると非難する向きもありますが、やはり誤解であると考えられます。」「契約とは、すぐれて社会的なものであって、契約の趣旨は、当該個別の当事者の意図とともに、その種類の契約に係る一般の観念も参酌して見定められるものであると、少なくとも私は理解しております・・・」と述べている（「特集 民法（債権関係）の改正に関する中間試案をめぐる対談 債務不履行とその救済等」における山野目章夫発言（ジュリ

契約締結過程において当事者が予測することができるような場合には、そのような予測が契約締結過程における当事者の行動や判断に影響を与え、修正的解釈を事後的に受けることが明らかであるような内容の条項については、契約締結時点においてその使用が抑制されることとなるといった可能性もあり得ないものではないと思われる。

2 責任の内容

<売買における追完請求権の明記>

民法における売買の瑕疵担保責任の規定（民法570条（566条準用））は、修補等の追完請求を明記していない。

これに対し、住宅品質確保法95条においては、新築住宅の構造耐力上主要な部分と雨水の侵入を防止する部分に対象を限定したうえで、売買契約においても修補請求権を明記している。

「中間試案」は、住宅品質確保法95条で明記されたような修補請求権をふくむ追完請求権を、新築住宅に限らず売買一般について規定することを提案するものであり、この提案によれば、新築住宅のうち住宅品質確保法95条の対象とならない部分や既存住宅についても、これまでは法律上規定されていなかった修補等の請求が明文で認められることになる。

他方、「履行請求権の限界事由」があるときは、追完請求はできないとされている。「履行請求権の限界事由」の存否は、「当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を請求することが相当でない」と認められる事由」等の有無により判断されるとされており、追完請求の可否は、「契約の趣旨」に照らして判断されることになる。したがって、「責任が認められるための要件」において述べたのと同様に、契約書において、「履行請求ができない事由」を詳細に規定するような動きが生じる可能性もあると考えられる。

<請負における修補請求>

請負については、現行民法634条1項でも修補請求権が明記されているが、同項では、①「瑕疵が重要でなく、かつ、②「修補に過分の費用を要するとき」は修補請求ができないとされている。

これに対し、「中間試案」では、「履行請求権の限界事由」があるときは修補請求ができないとされており、現行法との異同が問題となる。

1456号（2013） 43頁）。

これらの記述・発言も、契約締結後に（「事後的」に）、「中立的な第三者」により「契約の趣旨」が評価判断される場面を念頭に置いているものと思われる。そのうえで、①「契約の趣旨」は、契約書の記載内容のみにより評価判断されるものではないこと、②「契約の趣旨」の文言を用いることにより、交渉力等において優位にある当事者にとって一方的に有利となるような契約書の記載内容がそのまま適用されるような判断がなされることになるとは必ずしもいえないことに言及しているものと思われる。

①については、瑕疵が重要な場合には、現行民法634条1項では修補請求ができるが、「中間試案」では、論理的には、瑕疵が重要であっても修補請求が認められない場合があり得ることになると考えられる。これについては、部会審議においても、「現在の実務では、瑕疵が重要な場合には常に修補請求で対応しているので、そうした実務への影響が及ばないように慎重に考えてほしい」との意見が紹介されている。¹⁶¹

②については、「「過分」の程度は、履行請求権一般の限界事由が生じるまでには至らない程度のものを意味すると理解することもできる。すなわち、民法第634条第1項ただし書は、瑕疵が重大でない場合については、履行請求権一般の原則よりも緩やかな要件の下で修補請求権を制限していることになる。」との説明がなされている。¹⁶² このような理解によるとすれば、瑕疵が重要でない場合には、現行民法と比較して修補請求が認められる範囲が広がる可能性があることになる。

<売買における損害賠償請求>

売買の瑕疵担保責任による損害賠償責任は、従来、①無過失責任であるとされ、また、②法定責任説によれば、損害賠償の範囲は信頼利益にとどまる¹⁶³とされてきた。

これに対し、瑕疵担保責任を債務不履行責任と構成し、売主の損害賠償責任を債務不履行の一般原則に委ねる「中間試案」では、①一定の場合に免責事由が認められる点で売主の責任が軽減される一方で、②損害賠償の範囲については履行利益にも及び得る点で売主の責任が加重されることになるように見える。¹⁶⁴

①については、「中間試案補足説明」は、債務不履行の一般原則によっても、売主の債務のような結果債務では免責は不可抗力の場合などに限られるとの見方もある一方、免責事由がある場合でも代金減額請求は認められることから、「中間試案」の具体的な帰結は、法定責任説と実質において相違はないとする。¹⁶⁵

ところで、部会審議では、売主無過失の場合に、代金減額に加え、実費請求が認められれば、従来の法定責任たる瑕疵担保責任の信頼利益賠償がカバーされることになるという趣旨の考え方が、弁護士である部会メンバーから紹介されたところであり¹⁶⁶、また、代金減額請求と、無駄になった費用の賠償という意味での信頼利益の賠償とは理論的には両立しうるとの発言も民法学者である部会メンバーからなされたところで

¹⁶¹ 法制審議会民法（債権関係）部会第56回会議議事録39頁（佐成委員発言）

¹⁶² 中間試案補足説明479頁。なお、部会資料46-16頁においては、「民法第634条第1項ただし書」の「「過分」の程度は、履行請求権一般の限界事由が生じるまでには至らない程度のものを意味するという理解が一般的であるように思われる。」とされたうえで、請負における瑕疵修補請求権について、履行請求権一般の限界事由と異なる考え方を採る理由はないように思われる旨述べられていた。これに対し、中間試案補足説明478-479頁においては、「過分」の程度について「履行請求権一般の限界事由が生じるまでには至らない程度のものを意味する」との理解が「一般的である」とまでは述べられていない。

¹⁶³ ただし、法定責任説とされる学説の中でもバリエーションがあり、内容は一様ではない。

¹⁶⁴ 中間試案補足説明405頁

¹⁶⁵ 中間試案補足説明405頁

¹⁶⁶ 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録17-18頁（岡委員発言）

ある¹⁶⁷。売主が「無過失」の場合にも何らかの請求が認められ得るという意味においては、「中間試案補足説明」が述べるように「中間試案」と法定責任説に相違はないとしても、売主無過失の場合における「無駄になった費用の賠償」が法定責任説では認められ得るのに対し、「中間試案」では認められなくなると思われるという点においては、実質的な帰結に相違が生じ得ることになると考えられる。

また、②については、「中間試案補足説明」は、信託利益・履行利益という概念自体、内実が不明確であるとの指摘があるほか、下級審裁判例では修補費用の賠償を認めるなど、実質的には履行利益の賠償を認めるものがあるという指摘もあることから、売主の責任が重くなるというのは必ずしも当を得ているとはいえず、損害賠償の範囲が契約の趣旨をふまえて確定されるのであれば、現在の実務が大きく変更される事態は想定しにくいとする。¹⁶⁸

なお、部会審議では、修補に要する費用が過大である場合には修補請求が認められない以上、修補に要する費用の賠償請求もその限りで否定されるのが整合的であるとの意見が述べられている。¹⁶⁹ 「中間試案」が提案するように「履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものであること。」が「履行請求権の限界事由」として明記され、かつ、「履行請求権の限界事由」がある場合には売主への追完請求は認められないとされた場合には、当該「著しく過大な費用」は損害賠償の範囲に含まれないこととなる可能性があるものと思われる。¹⁷⁰

<請負における損害賠償請求>

「中間試案」においては、請負人の担保責任としての損害賠償について規定する現行民法634条2項については、改正提案はなされていない。

しかしながら、上にみたように修補請求権の限界についての改正がなされるとすれば、請負における損害賠償にも影響が及ぶ可能性があると考えられる。

最判昭和58年1月20日判時1076号56頁は、造船の請負契約について、瑕疵が比較的軽微であるのに対して瑕疵の修補には著しく過分の費用を要する場合に、民法634条1項ただし書の法意に照らし、瑕疵の修補に代えて改造工事費等に相当する金員を損害賠償として請求することはできない旨判示している。

¹⁶⁷ 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録19頁（山本（敬）幹事発言）

¹⁶⁸ 中間試案補足説明405頁

¹⁶⁹ 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録32頁（山本（敬）幹事発言）。債務不履行による損害賠償全般についての部会審議の際にも、履行に過分の費用を要する場合を「履行請求権の限界事由」に位置付けるのであれば、このような場合に完全な履行をするために要する費用は「履行に代わる損害賠償」からは除かれるのではないかとの発言がなされ（法制審議会民法（債権関係）部会第37回会議議事録8-9,26頁（山本（敬）幹事発言））、その後の分科会審議の際に、当該発言の趣旨に賛意を表するとともに、賠償すべき損害の範囲の問題として処理できるのではないかとの発言がなされている（法制審議会民法（債権関係）部会第3分科会第2回会議議事録20-21頁（山野目幹事発言））。

¹⁷⁰ なお、請負契約についてその後最判昭和58年1月20日判時1076号56頁参照。

「中間試案」が提案するように「履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものであること。」が「履行請求権の限界事由」として明記され、かつ、「履行請求権の限界事由」がある場合には請負の修補請求ができないと規定された場合において、引き続き前掲最判昭和58年1月20日判時1076号56頁の判旨が妥当とするならば、「履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものである」場合には、「中間試案」に沿った改正後の修補請求の規定の法意に照らし、瑕疵の重要性いかににかかわらず、このような「著しく過大な」費用を修補に代わる損害賠償として請求することは認められないと判断されることになるのではないかと考えられる。¹⁷¹

<売買における解除>

売買の瑕疵担保責任における解除について、現行民法570条(566条1項準用)は、「契約をした目的を達することができないとき」にすることができるとしている。

一方、「中間試案」は、売買において引き渡された目的物が契約の趣旨に適合しない場合の解除は、債務不履行の一般原則に従ってすることができるとしている。また、「中間試案」は、債務不履行の一般原則として、「不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないとき」は催告解除ができないとする(第11, 1(1))とともに、「催告を受けても契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白である」場合には無催告解除ができるとしている(第11, 1(2)ウ)。

このような「中間試案」により解除が認められる範囲が、現行民法570条(566条1項準用)と比較して異同があるかどうかの問題となる。

両者はおおむね同一となるという考え方が「中間試案補足説明」において示されている。すなわち、民法570条において準用する566条1項は、「契約をした目的を達することができない」場合に解除ができるとする一方で、「中間試案」は、「債務不履行が「契約をした目的」に与える影響如何によって解除の可否が決められるとの考え方」に基づき解除の要件の具体化を図るものとしていることから、両者はおおむね同一となるものと思われるとされる。なお、「中間試案」では、引き渡された目的物が契約の趣旨不適合の場合についても、催告解除の規律が妥当し得るものとされる。¹⁷²

173

もつとも、この点については、これと異なる理解がなされる可能性もあると思われる

¹⁷¹ 第29回部会(平成23年6月28日開催)に提出された池本誠司ほか「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見書～消費者の観点から～141-142頁は、「瑕疵が重要であるかどうかにかかわらず、修補に要する費用が契約の趣旨に照らして過分である場合には、注文者は請負人に対して修補を請求することができないこととする考え方」について、「当該考え方のような規定が設けられた場合、認定される損害賠償の範囲も当該規定に規律される結論となる」可能性を指摘している。

¹⁷² 中間試案補足説明405-406頁

¹⁷³ 従来は、民法570条において準用する566条1項の解除は、無催告解除を認めたものとして理解されてきたとされている。(山本敬三「民法講義IV-1 契約」(有斐閣 2005)292頁)

る。現行民法570条において準用する566条1項の「契約をした目的を達することができない」については、「修補が容易かつ低廉にできない場合」であることを要するという解釈¹⁷⁴、あるいは、「修補が不能または困難な場合」は原則として契約目的を達成できないといえるとするという解釈¹⁷⁵がなされている。他方、「中間試案」において催告解除が認められない場合とされている「不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないとき」については、数量的にごく一部の履行遅滞の場合や、不履行に係る債務自体が付随的な債務の不履行の場合などであるとされている。これらの見解を前提とすれば、修補が容易かつ低廉にできる場合は、現行民法570条において準用する566条1項では解除は認められないのに対し、「中間試案」では債務不履行の一般原則に従い催告解除が認められ得ることになり、「中間試案」のほうが、解除が認められる範囲が広がるとの理解がなされる可能性があると思われる。¹⁷⁶

分科会において解除の一般原則についての審議がなされた際に、売買における瑕疵担保責任について、現行法の「契約をした目的を達することができない」に該当するまでにはいたらないが、催告をしても修補がなされない場合に、解除を認めることとするのかどうかとの問題提起が民法学者である部会メンバーからなされた。¹⁷⁷ これに対し、弁護士である部会メンバーからは、売買の瑕疵担保責任における解除については、解除の一般原則がそのまま妥当すべきとは必ずしもいえず、別途の考えもあり得る旨の発言がなされたところである。¹⁷⁸ しかしながら、この点について、その後、部会において必ずしも議論が深められていないようにも思われる。¹⁷⁹

「帰責事由」の要否については、現行民法570条において準用する566条1項は、規定上帰責事由を要件としていない。一方、「中間試案」でも、債務不履行による解除について、帰責事由は要件とされておらず、帰責事由が不要であるという点にお

¹⁷⁴ 我妻榮「債権各論 中巻一（民法講義V2）」（岩波書店 1957）290頁

¹⁷⁵ 山本敬三「民法講義IV-1 契約」（有斐閣 2005）292頁

¹⁷⁶ 中間試案補足説明134頁においては、中間試案第11、1(2)ウの無催告解除は、現行民法566条1項の無催告解除も包摂する旨述べられている。この中間試案補足説明134頁の見解を敷衍すれば、「中間試案」においては、現行民法566条1項に相当する場合は中間試案第11、1(2)ウの無催告解除が認められることに加え、現行民法566条1項に相当する場合以外の場合にも中間試案第11、1(1)の催告解除が認められ得ることになり、現行民法566条1項よりも、「中間試案」のほうが、解除が認められる範囲が広いとの理解にいたる可能性があると思われる。

¹⁷⁷ 法制審議会民法（債権関係）部会第1分科会第2回会議議事録37-39頁（山本（敬）幹事発言）

¹⁷⁸ 法制審議会民法（債権関係）部会第1分科会第2回会議議事録39頁（高須幹事発言）、39-40頁（中井委員発言）

¹⁷⁹ 本文で言及した第1分科会第2回会議（平成24年1月24日開催）から半年以上たつてなされた請負についての審議（部会第56回会議（平成24年9月11日開催）の段階においても、解除の一般原則についての議論が収束していないことを前提とした審議である旨の発言がなされているという状況である（法制審議会民法（債権関係）部会第56回会議議事録36-37頁（笹井関係官発言））。もっとも、この審議の際に、請負についての現行民法635条の「契約をした目的を達することができないとき」の解除は今後も無催告解除として認めることに加え、修補が可能である場合について催告解除を認め、結論として解除の一般原則によることに賛成する旨の発言も、弁護士である部会メンバーからなされたところである（法制審議会民法（債権関係）部会第56回会議議事録37-38頁（中井委員発言））。

いて現行法と変更はないとされる。¹⁸⁰

<請負における解除>

現行民法635条本文の解除は、「仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないとき」に認められる。この要件については、修補が不可能または困難な場合は、原則として契約目的を達成できないといえるとの解釈がなされている。¹⁸¹ 他方、修補が不可能または困難とはいえないが、請負人が修補しない場合については、解除の一般原則（民法541条）に基づき催告解除ができるとする説と、民法635条がとくに解除の要件を限定したのは、解除の一般原則による解除を認めない趣旨であると解する説があるとされる。¹⁸²

「中間試案」は、現行民法635条本文の削除を提案している。解除の一般原則による解除を認めない説と「中間試案」とを比較すると、「<売買における解除>」において述べたのとほぼ同様に、「中間試案」のほうが、解除が認められる範囲が広くなるとの理解がなされる可能性があると思われる。

「中間試案」は、土地工作物に瑕疵がある場合について解除を認めない現行民法635条ただし書の削除も提案している。従来、重大な瑕疵があるために建て替えざるを得ない場合に建替費用相当額の損害賠償を認めた前掲最判平成14年9月24日判タ1106号85頁があったが、さらに、注文者のとり得る手段を解除にまで広げようとするものである。

「中間試案補足説明」は、土地工作物についての解除に関し、例えば「瑕疵が重大で建て替えるほかはない場合」に限定して解除を認めるとすることも考えられるとする。そして、「社会経済的な観点を強調すれば、完成した土地工作物によって契約目的を達成することができなくても、その土地工作物に何らかの用途があるのであれば、それを収去せずに利用する方が利益になるという考え方も成り立ち得る。」とする。しかしながら、「それによって契約目的を達成することができない以上、その工作物を利用する別の方法を見つける必要があるが、これが必ずしも容易ではなく、可能であるとしても注文者に過大な負担を強いるものとなる。」「そこで、・・・このような考え方を採用せず、民法第635条ただし書を削除することとし、この問題を個別の契約に委ねるとしている。」としている。¹⁸³

このように、「中間試案」は、前掲最判平成14年9月24日判タ1106号85頁の事案のような「重大な瑕疵があるために建て替えざるを得ない場合」に限定することなく、土地工作物についての解除を認めようとするものである。しかも、現行民法

¹⁸⁰ 中間試案補足説明 406 頁

¹⁸¹ 山本敬三「民法講義IV-1 契約」(有斐閣 2005) 692 頁

¹⁸² 学説の理解については、山本敬三「民法講義IV-1 契約」(有斐閣 2005) 692 頁により記述した。

解除の一般原則による解除権を認めない趣旨と解する説の例として、我妻榮「債権各論 中巻二(民法講義V3)」(岩波書店 1962) 635 頁。

¹⁸³ 中間試案補足説明 480-481 頁

635条本文の削除も提案されていることから、土地工作物についても、修補が容易かつ低廉にできる場合も含めて、催告解除が認められ得るとの理解がなされる可能性があると思われる。

＜売買における代金減額請求＞

これまで民法において規定されていなかった売買契約における代金減額請求権が、「中間試案」においては明記されている。「中間試案」においては、代金減額請求は、売買において引き渡された目的物が契約の趣旨に適合しない場合に買主が行使し得る権利として、追完請求、損害賠償請求、解除とは別に提案されている。¹⁸⁴

ところで、住宅品質確保法95条1項が規定する新築住宅の売買契約における売主の責任は、現行民法570条において準用する566条1項、634条1項・2項前段の責任、すなわち、解除、修補、損害賠償である。また、住宅瑕疵担保履行法が対象とする売買契約の瑕疵担保責任も、これらの責任であり（住宅瑕疵担保履行法2条4項）、同法による住宅販売瑕疵担保責任保険契約も、宅地建物取引業者がこれらの責任を履行したときに、その履行によって生じた損害をてん補するものである（住宅瑕疵担保履行法2条6項）。

したがって、住宅品質確保法における代金減額請求の位置づけの要否や、住宅販売瑕疵担保責任保険契約における代金減額請求の取扱いについての整理が今後必要になるものと考えられる。

また、減額できる代金の額の算定方法も問題になる。部会審議の過程においては、「減額できる代金の額は、現実に引き渡された目的物の引渡し時における価額が、契約に適合する目的物の当該引渡し時における価額に対して有する割合による（当該割合を約定代金額に乗じた額に代金額を減額することができる）旨の規定を設けるという考え方があり得るが、どのように考えるか。」との問題提起がなされた。これは、国際物品売買契約に関する国際連合条約50条等を参照したものとされていた。¹⁸⁵

これに対しては、弁護士である部会メンバーから、このような算定方法の明記についての疑問が提示された。¹⁸⁶ 民法学者である部会メンバーからも、基本的には問題提起における考え方に賛同しつつも、「不動産の売買などを想定しますと、現実に引き渡された目的物の引渡しにおける価額なるものが、常に不動産鑑定によって明確にできるかどうかということについて危惧がありますし、この規律を入れますと、常にそういう作業をしなければならないという問題も突きつけられるように感じます。」とす

¹⁸⁴ さらに、部会では、代金減額請求権は、「瑕疵」があることを前提として、代金をそれに合わせるという性格をもつという指摘がなされている。（法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議事録19頁（山本（敬）幹事発言））

¹⁸⁵ 部会資料43 18,20頁

¹⁸⁶ 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議事録20頁（中井委員発言）

る発言がなされた。¹⁸⁷

このような審議を経て、「中間試案」においては、「不適合の程度に応じて」という表現がなされるにとどまっている。

したがって、代金減額請求権が行使される場合には、減額できる代金の額の算定方法をどうするかが実務的な課題となることが想定される。

3 権利の期間制限

「中間試案」では、消滅時効の一般原則については、「権利を行使することができる時」から5年間などの複数の案が提示されている¹⁸⁸が、いずれも、生命・身体に生じた損害に係る損害賠償請求権をのぞき、現行の時効期間の原則よりも短期化することが意図されている。¹⁸⁹

また、「中間試案」では、瑕疵担保責任についての権利の期間制限についても、複数の案が提示されている。

「中間試案」に向けての審議においては、瑕疵担保責任についての権利の期間制限に関し部会資料に示された複数案について、多様な意見が交わされた。

経済界出身の部会メンバーからは、実務上、「1年以内」という現行の規律を前提とした運用がなされており、現行の規律を維持すべきであるという意見が述べられた。¹⁹⁰

弁護士である部会メンバーからは、消滅時効の規律が明確にならないと、瑕疵担保に係る期間制限についての態度が決めにくいとの前提のもとで、消滅時効の一般原則によるという考え方と、消滅時効の一般原則に加えて期間制限を設けるものの、現行の「1年以内の解除・請求」では短く、「2年以内の通知」といった程度に緩和するという考え方の双方に支持があるとの紹介がなされた。¹⁹¹

これに対し、民法学者である部会メンバーからは、期間は消滅時効の一般原則によるとしつつ起算点を「瑕疵を知った時」とすることも考えられ、また、消滅時効の一般原則に加えて短期の期間制限を置く場合にはその根拠は売主の期待の保護であり、売主の善意無過失が必要であるという意見¹⁹²、消滅時効の一般原則によりつつ失権効

¹⁸⁷ 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録21-22頁（山野目幹事発言）。

法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録34頁（鹿野幹事発言）は、問題提起における考え方について、「考え方に反対という訳ではないのですが、このような形で細かく書くことがよいのかというと、かえって分かりにくいような気がします。」としたうえで、「・・・契約で予定された性質をまず一方の基準とし、瑕疵があることによる価値の減少の割合に応じて、代金減額の請求ができるのだという考え方を書けば、それで十分なのではないかと思えます。」とする。

¹⁸⁸ 中間試案第7, 2（10頁）

¹⁸⁹ 中間試案概要付き24-25頁。これは、職業別の短期消滅時効の廃止（民法170-174条）（中間試案第7, 1（10頁））に伴う時効期間の大幅な長期化への懸念に対応するための方策としての意味があるとされる。

¹⁹⁰ 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録36頁（大島委員発言）

¹⁹¹ 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録36-37頁（高須幹事発言）、37-38頁（中井委員）

¹⁹² 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録38-39頁（道垣内幹事発言）

を伴わない通知義務を課すという意見¹⁹³などが述べられた。

これらの議論を経て、「中間試案」で示された複数の案が取りまとめられたものである。

このように、「中間試案」では、消滅時効の一般原則、瑕疵担保責任についての権利の期間制限のそれぞれについて複数の案が示されており、それぞれについてのどの案を組み合わせるかで、様々なバリエーションがある。

売買について考えると、全般的には消滅時効の一般原則の短期化の影響を受ける一方、短期の期間制限を廃止するとすればその限りにおいては長期化する面もあるなど、改正の影響は案の組み合わせによって一様ではないと考えられる。

請負についても、売買契約における買主の権利の期間制限と同様の内容を提案している。その中で、売買にはなく、請負特有の規定である民法638条の削除が提案されている。同条は「コンクリート造等の工作物については引渡し時から10年」を規定しており、これが削除されれば、少なくともその点に関しては現行法よりも短期化する可能性がある。

また、権利行使期間を引渡し時から10年間以上とする片面的強行規定を定める住宅品質確保法との関係が問題になる。請負人の担保責任の存続期間との関連で、第56回部会では、法務省民事局付である関係官から、

○笹井関係官 品質確保法との関係について、まだ、考え方が固まっているわけでもありません。品質確保法の場合は、この存続期間が片面的だったか、強行規定になっていますので、その点で少なくとも品質確保法に意義があるのだろうと思っております。民法の場合は、この期間を合意によって延ばしたり短くしたりすることが原則として可能だということになると思っておりますので、それを強行規定化するという意味では、少なくとも品質確保法に意義があると思っておりますが、最終的にどういう形になるのかは、また、改めて検討したいと思っております。¹⁹⁴

との発言がなされたところである。

この発言がなされた第56回部会では、民法638条の削除が提案されていたわけではない。むしろ、民法典においても、住宅品質確保法の規定にならって「構造耐力上主要な部分等については時効期間を10年とする」という考え方についても検討がなされていたものであり¹⁹⁵、民法典でそのような考え方をとるとしても、片面的強行規定である住宅品質確保法の存在意義はあるという趣旨の上述の関係官発言がなされたものである。

¹⁹³ 法制審議会民法（債権関係）部会第52回会議議事録39頁（沖野幹事発言）

¹⁹⁴ 法制審議会民法（債権関係）部会第56回会議議事録45頁（笹井関係官発言）

¹⁹⁵ 部会資料46 26-30頁

「中間試案」のとおり民法638条が削除された場合であっても、この削除によって、住宅取得者の利益の保護の観点から設けられている住宅品質確保法94条の片面的強行規定の存在意義が影響を受けるものではないと考えられる。売買契約に関する同法95条についても同様である。

4 小括

Ⅲ1から3までの考察をふまえ、「中間試案」の瑕疵担保責任に関する規律が住宅に係る取引にもたらす影響等について、主なものを整理すると、以下のとおりである。

① 契約書の内容の詳細化への志向の可能性

「契約の趣旨」に適合するかどうかにより売主の責任の存否が決められるという「中間試案」の示す内容が法律に明記されているという状況のもとで、これから契約を締結しようという「当事者」の視点に立ったうえで、その当事者がどのような志向を有することになるかを想定すれば、契約書に「目的物が有すべき品質」を詳細に規定するような動きが生じる可能性もあると考えられる。「履行請求ができない事由」についても同様の可能性もあると考えられる。

② 売主・請負人の責任の内容の変化

「中間試案」は、瑕疵担保責任を債務不履行責任として構成し、できる限り債務不履行の一般原則に委ねようとすることから、「中間試案」に沿った改正がなされた場合には、現行法と比較して、売主等の責任の内容に変化が生じてくる。

主なものとしては、売買においては、修補等の追完請求権が、新築住宅以外についても法律上明記されることになる。

請負においては、土地工作物についての解除が認められることが現行法と比較して大きな変化である。しかも、債務不履行の一般原則に従うとすれば、修補が容易かつ低廉にできる場合も含めて、催告解除が認められ得るとの理解がなされる可能性があると思われる（この点については、売買の解除についても同様である。）。

他方、「中間試案」によれば、売買・請負ともに、追完・修補請求は、「履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものであること。」に該当する場合には認められないとされることから、損害賠償についても、瑕疵の重要性いかにかわらず、このような「著しく過大な」費用についての損害賠償は認められないとすることが整合的であるという解釈がなされる可能性があると思われる。

③ 代金減額請求権の明記に伴う課題への対応

「中間試案」においては、売買における代金減額請求権が、法律上の権利としては、損害賠償請求権とは別箇のものとして提案されている。この代金減額請求権は、「瑕疵」の存在を前提として代金をそれに合わせるといった性格のものであるとの指摘がある。このような代金減額請求権について、住宅品質確保法における位置づけの要否等についての整理が今後必要になるものと考えられる。

また、実務上は、減額できる代金の額の算定方法をどうするかが課題となることが想定される。

④ 権利の期間制限の改正による影響

「中間試案」では、消滅時効の一般原則、瑕疵担保責任についての権利の期間制限のそれぞれについて複数の案が示されている。それぞれについてのどの案を組み合わせるかで、様々なバリエーションがあり、改正の影響は案の組み合わせによって一様ではないと考えられる。

その中で、請負について「コンクリート造等の工作物については引渡し時から10年」を規定する民法638条の削除が提案されており、少なくともその点に関しては現行法よりも短期化する可能性がある。

他方、権利行使期間を引渡し時から10年間以上とする住宅品質確保法の片面的強行規定の存在意義は、上述の民法における権利の期間制限の見直しによって影響を受けるものではないと考えられる。

おわりに

本稿では、現在進められている民法（債権関係）の改正検討について、「中間試案」に至るまでの検討の状況と今後の予定にふれたうえで（Ⅰ）、売買や請負の瑕疵担保責任を中心に改正検討の内容を概観するとともに（Ⅱ）、その内容が、住宅に係る取引にもたらす影響等について考察した（Ⅲ）。

「中間試案」は、契約による債務が履行されない場合における損害賠償請求等の可否を決するにあたり「契約の趣旨」を重視するとともに、瑕疵担保責任についても、「瑕疵」の語を用いずに、「契約の趣旨」不適合による債務不履行責任として構成することを明確にし、基本的には債務不履行の一般原則で処理しようとしている。

これに伴い、従来住宅品質確保法において新築住宅の売買について明記されてきた修補請求権が、その他の住宅をふくむ売買一般について追完請求権として明文で認められる。また、従来認められていなかった土地工作物に瑕疵がある場合の請負契約の解除についても、債務不履行による契約の解除に関する一般的な規定にしたがい認められるようになるものと考えられる。このように、売買や請負において瑕疵がある場

合の責任の内容を、債務不履行一般の場合の責任の内容と基本的に同一とすることが提案されている。(ただし、売主に免責事由がある場合にも代金減額を認めることや、権利の期間制限について消滅時効の一般原則に加えて短期の期間制限を設ける案も両案併記のなかの一案として提案されていることは、債務不履行一般とは異なる点である。)

他方、「契約の趣旨」に適合しないことが売主の責任を認めるための要件とされることから、住宅に係る取引をふくむ契約実務において、「目的物が有すべき品質」を詳細に契約書に規定するなどの動きが生じる可能性もあるものと考えられる。

もっとも、このたびの改正検討が住宅に係る取引にもたらす影響はこれらにとどまるものではない。本稿ではふれなかったが、契約の内容や契約にいたるプロセスの妥当性の確保への関心も、「中間試案」の特徴の一つと考えられる。これらに関する規律の充実も、住宅に係る取引に大きな影響をもたらすと考えられる。

部会では、引き続き改正の要綱案の取りまとめに向けた審議がなされている。今後とも、改正検討をめぐる動向を注視していく必要があると考えられる。

(2014年(平成26年)1月)