

売主の担保責任と債務不履行責任に関する 法改正について (3・完)

——「債権法改正の基本方針」批判——

戸田 知行

【要旨】

「債権法改正の基本方針」が、契約当事者の意思(「引受け」)に基づく責任として、契約責任を「債務不履行責任」に統一する立法提案に反対し、責任について当事者に合意がない場合を認め、そのための要件・効果を立法すべきだ(理論ではなく具体的な基準の設定が立法の役割であると考えている)として、若干の立法提案を行う。

【キーワード】 売主の担保責任、債務不履行責任、債権法改正、補充規定、契約の解釈

目次

はじめに

第一章 「債務不履行責任」規定の検討

第二章 売主の担保責任に相当する規定の検討

序

第一節 売買契約

第二節 権利の瑕疵 以上第 62 巻第 4 号

第三節 物の瑕疵

第四節 強制競売等

第五節 債権の売主の責任

第六節 同時履行規定の準用

第七節 期間制限、瑕疵の検査・通知義務

第三章 「売主の担保責任」規定と「債務不履行責任」規定の総合的検討と提案

第一節 何が問題なのか——合意がない場合を認めるか？

第二節 前提問題の検討 **以上第 63 卷第 1 号**

第三節 立法提案——合意がない場合の処理

第一項 総論

第一目 補充規定を立法すべきである

第二目 債務不履行責任と売主の担保責任（代金減額等）の並立可能性

第三目 売主の担保責任は債務不履行責任であるとの学説を立法するのではなく、要件・効果を立法すべきである

第四目 現在の裁判実務に沿った債務不履行責任規定の改正では、売主の担保責任を統合することはできない

第五目 中間試案の債務不履行責任規定に隠された内容

第六目 まとめ——契約責任の多様性を認めるべきである

第二項 各論

売主の担保責任に相当する規定

- ① 瑕疵除去義務（修補義務等）
- ② 代金減額（機能をもつ損害賠償）
- ③ 代金減額と共に請求できる損害賠償——「信頼利益」の賠償
- ④ 瑕疵除去の費用の損害賠償，「履行利益」の賠償
- ⑤ 契約解除
- ⑥ 期間制限，瑕疵の検査・通知義務

第三項 延期の提案

まとめ

おわりに——立法・法改正と理論

第三節 立法提案——合意がない場合の処理

平成二五年(2013年)二月二六日に、「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」が決定された。そこには、「債権法改正の基本方針」の立場が、緩和された形で取り入れられている。「緩和」といっても、内容が更にあいまいになっただけで、その問題点はこれまで検討してきたことと変わらない。そこで、本節では、「基本方針」を背景にもつ「中間試案」に対して、その批判と立法提案を行うことにしたい。

なお、本節は、ハブリック・コメントとして提出したものを基にしている。そのため、これまでの記述の繰り返しもなされるが、ご了承願いたい。

〈文献の引用の仕方(追加)〉

「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」→「中間試案」

「民法(債権関係)の改正に関する中間試案(概要付き)」→「概要」

「民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明」→「補足説明」

として引用する。「補足説明～頁(概要)」は、「補足説明」の(概要)部分の記述の意味である。

第一項 総論

基本方針の「当事者の合意を基軸にすえた債務者の責任という考え方」(シンポ102頁)は、中間試案にも引き継がれている。ただし、その理論を体現する概念として、基本方針で用いられた「引受け」という概念は姿を消し、その代わりに「契約の趣旨に照らして」という概念が前面に現れている。中間試案(基本方針)の提案は、現行法の基準の変更というよりは、理論(根拠付け)の立法である。そのため、検討のほとんどは、この「契約の趣旨に照らして」という概念及びその理論に対するものになる。

第一目 補充規定を立法すべきである

契約責任について当事者に合意(リスク分配の合意)がない場合を認め、そのための補充規定(要件・効果)を立法すべきである。中間試案(基本方針も同様)は、

「契約の趣旨」という言葉を使い、これまで補充規定(任意規定)の解釈の問題とされてきたことを、契約の解釈の問題に移そうとする。

まず、「契約の趣旨」の内容は次のようなものである。

「ここにいう『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ことを示すものである。裁判実務において『契約の趣旨』という言葉が使われる場合にも、おおむねこのような意味で用いられていると考えられる。このことを明らかにするために、契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯や取引通念といった『契約の趣旨』を導く考慮要素を条文上例示することも考えられることから、本文ではブラケットを用いてそれを記載している。他のパートにおける『契約の趣旨』という言葉も、特に断りがない限り、このパートで用いているのと同様の意味を示すものとして用いている。」(補足説明 90 頁(下記第 8, 1 に関する説明, 下線は戸田))

「本試案において『契約の趣旨に照らして』というのは、明示的に契約内容とされているもののほか、契約の目的、性質、対象、当事者の属性、当事者が契約締結に至った事情その他両当事者を取りまく諸事情を考慮に入れて判断するという意味である。」(詳解Ⅱ 198 頁)

では「契約の趣旨」がどう使われているか。まず、「契約の趣旨」が補充規定(任意規定)の基準に置き換わるものがある。

「第 8 債権の目的

1 特定物の引渡しの場合の注意義務(民法第 400 条関係)

民法第 400 条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約によって生じた債権につき、その内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しまで、[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事情に基づき、取引通念を考慮し定まる] 当該契約の趣旨

に適合する方法により、その物を保存しなければならないものとする。

- (2) 契約以外の原因によって生じた債権につき、その内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しまで、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ものとする。」(下線は戸田)

契約によって生じた債権については、現行民法 400 条の「善良な管理者の注意」に換えて、「契約の趣旨を踏まえて画定される」注意をもって保存しなければならないとする。「善良な管理者の注意」は、「債務者の職業、その属する社会的・経済的な地位などにおいて一般に要求されるだけの注意」⁽¹⁾として、民法上の注意義務の原則とされてきた(ちなみにこの注意を欠くことが抽象的軽過失とされる)。これに対して、中間試案は「契約の趣旨」によって注意義務の程度が決まるとする。だが、契約を拡大して「契約の趣旨」としても、これによって常に注意義務の程度が決まるとはいえないのではないか。補充規定として、「善良な管理者の注意」の規定が必要ではないか。その適例が、次の規定である。

「第 10 債務不履行による損害賠償

6 契約による債務の不履行における損害賠償の範囲(民法第 416 条関係)

民法第 416 条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約による債務の不履行に対する損害賠償の請求は、当該不履行によって生じた損害のうち、次に掲げるものの賠償をさせることをその目的とするものとする。

ア 通常生ずべき損害

イ その他、当該不履行の時に、当該不履行から生ずべき結果として債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害

- (2) 上記 (1) に掲げる損害が、債務者が契約を締結した後に初めて当該不履行から生ずべき結果として予見し、又は予見すべきものとなったものである場合において、債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたときは、債務者は、その損害を賠償する責任を負わないものとする。」(下線は戸田)

第 2 項において、契約締結後に初めて予見した(すべきものとなった)損害についての回避義務内容が、「契約の趣旨に照らして」決まるというのは無理がある。契約締結時には予見不可能であった損害の回避行為が、なぜ契約を基準に決まるのか。ここまでいくと、「裁判実務において『契約の趣旨』という言葉が使われる場合にも、おおむねこのような意味で用いられていると考えられる。」(補足説明 89 頁(概要))というのは誤りであることが、明らかである。一般に、予見可能性を前提とする結果回避義務違反が過失とされるので、第 2 項は要するに債務者に過失がないときは免責されるというものである。だが、中間試案(基本方針)は、客観的な基準(善管注意義務や過失)を嫌うので、無理やり「契約の趣旨に照らして」を差し挟んだのではないか。中間試案は、契約当事者の関係はすべて「契約の趣旨」によって規律されるというドグマを立法しようとしている。現実を直視し、契約では決まらない場合の補充規定を設けるべきである。なお、基本方針の【3.1.1.67】(損害賠償の範囲)〈2〉は、「債権者は、契約締結後、債務不履行が生じるまでに債務者が予見し、または予見すべきであった損害についても、債務者がこれを回避するための合理的な措置を講じたのでなければ、債務者に対して、その賠償を請求することができる。」(強調は戸田)とする。「合理的な」の方がまだましである。

次に、「契約の趣旨」が補充規定(任意規定)の基準に接合されるものがある。契約による債務の不履行責任の規定である。上記第 10, 6(契約による債務の不履行における損害賠償の範囲(民法第 416 条関係))のほか、次の規定がこれに当たる。

「第 10 債務不履行による損害賠償

1 債務不履行による損害賠償とその免責事由(民法第 415 条前段関係)

民法第 415 条前段の規律を次のように改めるものとする。

- (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。
- (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。」(下線は戸田)

現行民法 415 条が、単に「責めに帰すべき事由」であったのを、「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」(裏から規定)とし、同 416 条 2 項が、単に「予見することができたとき」であったのを、「契約の趣旨に照らして予見すべきであった」とする。「責めに帰すべき事由」「予見することができたとき」は、補充規定(任意規定)の要件——合意が(はっきりし)ないときに備えた基準である。これに、合意を基礎とした「契約の趣旨に照らして」がどうして結びつくのか。「契約の趣旨」からは、「責めに帰すべき事由」「予見することができたとき」に代わる基準は導き出せないが、これらの判断に際し、「契約の趣旨」を尊重しろという意味だろうか。だが、これらは規範要件であり、その要件を充足するかの判断に当たり、当事者の契約関係が考慮されるのは当然である。「契約の趣旨に照らして」は不要である。それに、「契約の趣旨に照らして」とすると、考慮の対象が契約内容に限定されると誤解されるおそれがある。

中間試案は、考慮すべき事情を「契約の趣旨」に限定しようとするのかもしれない。だが仮にそうだとすると、限定する理由が分からない。また、「契約の趣旨」に限定して判断できるなら、「契約の趣旨」から判断基準が導き出せることになる。補充規定(任意規定)の基準は不要である。さらに、「契約の趣旨」は真の合意も含むので、その合意の対象を「責めに帰することのできない事由」「予見すべきであった」に限定することも理解できない。帰責性≠非難可能性があっても(例えば、軽過失があっても)、免責すると合意しても良いし、予見の有無にかかわらず賠償すると合意してもよいはずである。

結局、「責めに帰すべき事由」「予見することができたとき」と「契約の趣旨」は結びつかず、どちらか一方が基準となる。前者を基準とすると、今までどおり、「責めに帰すべき事由」「予見することができたとき」になり、後者を基準とする

と、(良い表現が思い浮かばないが、)例えば、「契約の趣旨が債務者の損害賠償義務の負担を指示するとき」「契約の趣旨により賠償すべき損害」ということになろうか。この問題については、後に改めて検討する。なお、「契約(の趣旨)により定まらない場合には」、「責めに帰すべき事由」「予見することができたとき」が基準になるという接合は可能である。私見(提案)は、契約責任の要件・効果が契約により決まらない場合を認め、そのための補充規定を立法すべきとの立場に立つので、前者(現在の規定の維持)である。

現行民法 415 条の「責めに帰すべき事由」を具体化すべきかも問題となる。具体化する場合には、帰責(免責)事由について当事者に合意がない場合を認めるので、まず、それに備えた補充(任意)規定を定める必要があり、それに併せて当事者に合意がある場合を注意的に規定するかを決めることになる。合意がない場合は、長く通説とされ、広く浸透している「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」⁽²⁾を、規定に取り入れるかが問題となる。合理人が帰責事由について合意したであろうことを基準とするのは、合意が例外的であるのと、民法は多様な主体について適用されるので、内容の予測がつきにくいので妥当でないことは、既に論じた通りである⁽³⁾。合意(「引受け」でも「保証」でも「損害担保」でも名称は何でもよい)がある場合は、合意が帰責(免責)事由の基準となる。これは、契約自由の原則上当然である。仮に、ドイツ民法第 276 条第 1 項のように、両方規定するなら、例えば「責任を負うべき事由について当事者に合意がない限り、故意・過失または信義則上これと同視すべき事由による不履行について債務者は責任を負う。」となろう(思いつきだが)。これに対し、「故意・過失」については、基本方針にみられるように、一部に反発が根強い。そのため、今回の改正では具体化は見送り、「責めに帰すべき事由」の維持でもよいと考える。

その次に、「契約の趣旨」が当事者の合意を拡張するものとして用いられている場合がある。

「第 35 売買

3 売主の義務

(1) 売主は、財産権を買主に移転する義務を負うほか、売買の内容に従い、

次に掲げる義務を負うものとする。

ア 買主に売買の目的物を引き渡す義務

イ 買主に、登記、登録その他の売買の内容である権利の移転を第三者に
対抗するための要件を具備させる義務

(2) 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とする。

(3) 売主が買主に移転すべき権利は、当該売買契約の趣旨に適合しない他人の地上権、抵当権その他の権利による負担又は当該売買契約の趣旨に適合しない法令上の制限がないものでなければならないものとする。

(4) 他人の権利を売買の内容としたとき（権利の一部が他人に属するときを含む。）は、売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負うものとする。」（下線は戸田）

「担保責任」の瑕疵の基準となる性状は、「売買契約の趣旨」により定まるということだ。特に、物の性状については、当事者が明示・黙示に合意したもの以外に、（その契約類型を選択した以上、）当然に前提としたと考えられるものや、当事者がある事態を想定すれば当然取り決めたであろうものも含めてよい。その意味で「契約の趣旨」という言葉を使うなら理解できる。当事者の合意の延長線上のある点まで合意内容を拡大したものを「契約の趣旨」というのは、その一般的な用法に合致する。それなら、条文にわざわざ「契約の趣旨」と示す必要はない。「売買契約の趣旨に適合」ではなく、単に「売買契約に適合」とすればよい。そうしないと、「契約」と「契約の趣旨」を条文上、区別することとなり、「契約」では、当事者が明確に合意した内容に限定されることになってしまうからである。

さらに、条文には現れていないが、補充規定（任意規定）のある要件を不要とする根拠として「契約の趣旨」が使われている。担保責任における買主の善意（・無過失）要件を削除することにつき、次のような説明がなされている。

「目的物が契約に適合しない場合の買主の権利（後記5の代金減額請求権も含む。）の行使要件について、その不適合が『隠れた』（民法第570条）ものである

という要件を設けないこととしている。『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、売主が引き渡した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。」(補足説明 404 頁(概要)(強調は戸田))

「明白な瑕疵は代金決定の際に織り込まれているはずであるとの想定が『隠れた』要件を設ける正当化根拠であると理解するのであれば、当該瑕疵等が代金決定に当たって織り込まれているか否かの判断は、結局(契約の趣旨を踏まえた)瑕疵の有無の判断に帰着するように思われ、それに重ねて瑕疵が隠れているか否かを問題にする意義は乏しいと考えられる。そして、そのような考え方は、判例の実際の判断の在り方にも適合的であると見ることが出来る。」(補足説明 407 頁(下線は戸田))

「契約当事者が契約締結時点では瑕疵の存在を認識していても、売主が当該瑕疵を修補した上で買主に引渡す義務を負うと解すべき事案があることも念頭に置くと(工業製品の売買においてはこのような場合は少なくないように思われる。)、契約締結時点における買主の主観的要件で一律に救済の可否を決する規律の在り方は適切でないと考えられる。むしろ、価格決定のプロセス等から当該売買契約で目的物に予定された品質等が何かを確定した上で、その品質等に適合しているか否かを問題にするほうが、適切な解決を図ることができるのではないかと思われる。」(補足説明 407 頁(強調は戸田))

「売主の権利移転義務に関する前記 3 (1) (3) (4) の規律を前提とすれば、売主がいかなる内容の権利移転義務を負っているかを契約解釈により確定した上で、その義務を履行したか否かを問題にすれば足り、買主が悪意であることのみを理由に一律に救済を否定すべきとする実質的理由はないと考えられる。取り分け、民法第 566 条第 1 項は、地上権等がある場合における売主の担保責任の要件として買主の善意を要求しているが、地上権等は登記をしなければ第三者に対抗することができず(民法第 177 条)、不動産について登記を確認しないで売買がされる事態は実際上想定し難いから、買主の善意悪意を問題にするより、むしろ登記さ

れている地上権等の負担につき当事者の間でいかなる約定があったかを契約解釈により明らかにする方が適切な解決を導くことができると考えられ、買主の主観的要件で救済の可否を区別する現行法の規定の在り方は、合理性に乏しいと考えられる。

以上を踏まえ、民法第561条、第563条及び第566条に規定されているような買主の主観的要件は設けないものとしている。もとより、権利の瑕疵についての買主の認識が契約解釈の一資料となることは否定されない。」(補足説明418頁(下線は戸田))

瑕疵について悪意、善意・有過失であるということは、瑕疵を定める基準がすでに存在していることを前提とする。すなわち、目的物の性状等についての合意内容が確定していることを意味する(それに合致しないから瑕疵となる)。それにもかかわらず、さらに契約内容(「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」とはどういうことか。すでに確定している契約内容につき、さらに「売主がいかなる内容の権利移転義務を負っているかを契約解釈により確定」とはどういうことか。意味不明である。想像するに、例えば、ある性状を有するとされる物を買主が購入した際、瑕疵があることを知っていた(過失によって知らなかった)場合、契約をめぐるその他の事情によっては、その性状は合意されていても契約内容にならないということだろうか。だが、善意、悪意で契約内容が変わるとするのは、意思表示理論に革命をもたらす考え方で、意思表示の規定も変える必要がある。それが意図されていることなら、正面から議論すべきである。

一方、「瑕疵が『隠れた』ものであるとの要件は、明白な瑕疵は代金に織り込まれているはずであるとの想定に基づく」とされる。」(補足説明407頁)との認識を示し、「当該瑕疵等が代金決定に当たって織り込まれているか否かの判断は、結局(契約の趣旨を踏まえた)瑕疵の有無の判断に帰着するように思われ」とする。だが、「隠れた」=買主の善意・無過失とされる現行法のもと、過失により瑕疵を知らない買主は、瑕疵を代金に織り込む(反映する)ことはできず、「想定」は成り立たない。このような想定が一般的だとは考えられない。また、「瑕疵等が代金

決定に当たって織り込まれている」(＝瑕疵の分だけ代金が下げられている)と瑕疵がないとされ、そうでないと瑕疵があるとされるということは、**代金に反映した性状が欠けることが瑕疵**であることを意味する。だが、基本方針・中間試案は、性状と代金との対応を**積極的に否定**して、565 条を 570 条に吸収させたのではないか。これと明らかに矛盾する。補足説明においては、結論が先にあり、その場限りの辻褃合わせをしているように思える。補足説明が説明しなければならないのは、代金に反映しない性状が欠けることを知っていた買主が、売主に対して履行利益の損害賠償を含む債務不履行責任を追及することができることの意味である。なお、補足説明は、「地上権等は登記をしなければ第三者に対抗することができず(民法第 177 条)…」とする。だが、近時の判例(最(二小)判平成一〇年二月一三日(平九(オ)九六六 民集 52 巻 1 号 65 頁)等)は、客観的に明らかで買主が認識可能な地役権については、買主が善意であっても、登記なしに対抗できるとする。他の用益権についても、実際に利用を開始している場合、同様に解される可能性がある。補足説明は、このことを知りながら無視しているのだろうか。

さらに根本的な誤りは、補充規定(当事者に合意がない場合の規定)を立法するという基本が分かっていないことである。「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」というのは、契約内容によっては、悪意(善意・有過失)であっても、一律に救済を否定することは適切ではないという意味だろう。だが、当事者に合意があればそれに従うのは当然である。現行民法また法定責任説の下でも、例えば、「現状では 100 馬力しか出ない電動機(特定物)を 120 馬力出るとして売った場合に、買主が契約締結時に 100 馬力しか出ないことを知っていても(瑕疵につき悪意)、設置及び調整も売主の義務内容になっており、チューニングで 120 馬力になるので、最終的には 120 馬力出るようになると思って買ったとき」には、調整しても 120 馬力出なければ、悪意の買主にも債務不履行の救済が認められるだろう。また、合意の内容は様々であるので、規定することはできないのも当然である。規定すべきは、当事者に合意がない場合の処理を定めた補充規定(任意規定)であり、その内容が「一律」なのは当然である。それと異なる合意がある場合を挙げて、補充規定の内容を批判するのは見当違いである。中間試案が、瑕疵があった場合の処理について常に合意があるとみ

て、そのことを規定するというのであれば、特定物に原始的瑕疵がある場合に、完全物給付義務(履行の追完)を課すかどうかも契約の内容によるのだから、「履行の追完」の規定を設けるのは不適切ということになってしまう。また、他人物売買でも、他人の物としての売買では、現行民法560条とは異なる合意をすることがあり、その内容は様々(例えば、売主が所有権を取得することを条件とする条件付売買のこともある)なので、一律に「売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負うものとする。」(第35(売買), 3(売主の義務)(4))と規定するのは不適切ということになってしまう。審議会は、何を立法するのかについてすら、方針が固まっていないように思える。なお、「指摘」では、「目的物が契約に適合しない」とあるが、正しくは「目的物が契約の趣旨に適合しない」であり、「過失」がある場合については触れられているが、「悪意」については触れられていない。これは故意にであろうか。

〈契約不適合の場合の処理〉

現行民法, 戸田(二段構成)

合意なし → 補充規定(これを立法)	合意あり → 合意に従う(内容は様々)
-----------------------	------------------------

中間試案(一段構成)

合意あり・なし → 「契約の趣旨」

中間試案は、「契約の趣旨」ということで一体何がしたいのか。

一つは、「契約の趣旨」というあいまいな概念で、売主の担保責任と債務不履行責任の差異を吸収し、契約責任の統一(担保責任の債務不履行責任化)をしようとしているのではないか。担保責任の善意(・無過失)要件を削除する理由として、契約(の趣旨)内容は様々であり、悪意(善意・有過失)の買主に一律に救済を否定すべき実質的理由はないとする(前記のようにこれは誤りである)。多様性を認める点は、本当の合意と同じ扱いである。また、買主の主観的要件は契約の解

積の問題に吸収されるとする。一方、売主の義務内容については、当事者は常に完全物給付義務（＝修補義務等）の合意をしているとみる。特定物の「売買契約」において、目的物にある性状が存在するとの合意は、ある性状を作り出す＝瑕疵があれば修補するとの合意を含んでいるとみるのである。当事者の合意に基づく責任で契約責任を統一するためには、それ以外に途はないからであろう。だが、それは事実と反する。売買契約の規定が補充規定であれば、法定の義務として完全物給付義務を規定し、特約でそれを排除するという処理が可能である。だが、合意に基づく義務として完全物給付義務を考えると売買契約が分裂する。ある性状を有する目的物の財産権を移転することしか約束しないこともあるはずである。その場合に備えた規定を設ける必要が生じる。しかし、そのような手当てはしない。完全物給付義務については、「契約の趣旨」といいながら、補充規定のように扱っている。

もう一つは、結論の正当化である。「契約の趣旨」は、判断基準（の認定の仕方）を示すものではない。たとえば、「善良な管理者の注意をもって」を「当該契約の趣旨に適合する方法により」に変えることで、どこがどう変わるのかの説明は全くない。具体例さえ示されていないので、それをもとに議論することもできない。また、「契約の趣旨に照らして」決まる内容（責任の要件・効果）の妥当性も、原則として問題としない。なぜなら、「合意」がその内容を正当化するからだ。「合意したのだから妥当なのだ」ということになる。もっとも、利益衡量が大幅に入った「契約の趣旨」から「契約の拘束力」を導き出すことは、もはやできないと考えられる。売主の担保責任に相当する規定が定める代金減額についても、買主の一方的な意思表示（単独行為）により基礎づける。「買主が自己に不利な内容を欲したのだから認めて良い（売主の同意は必要ない）」ということだろう。そのため、法規の要件・効果として何が優れているかという議論は、基本方針・中間試案ではほとんどできないことになる。

中間試案（基本方針）がしようとしているのは、判断基準の変更ではなく（判断基準が変わるかどうかは裁判所がどのような「契約の趣旨」を認定するかにかかっている）、判断の根拠付けの変更である。そのため、「契約の趣旨」理論（当事者に真に合意がない場合に、利益衡量を経て得た内容を「契約の趣旨」として、補

充規定 (任意規定) に代えて、当事者の関係を処理する基準にする考え方を、ここではこう呼ぶ) の適否は、内容 (利益衡量の結果の妥当性) ではなく形式 (理論自体の妥当性) で決まる。それは、大きく「契約の趣旨」に説得力があるのかという問題と、「契約の趣旨」に客観性があり、裁判の結果の予測が可能になるのかという問題に分かれる。

まず、**客観性・予測可能性**についてみる。「契約の趣旨」は「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」とされるが、その「評価判断」は誰が行ってもほぼ同じになり (客観性がある)、その結果、例えば、ある売買契約をみれば、債務不履行の際の免責事由 (「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」) や、損害賠償の範囲 (「契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」) などが事前にわかる (予測可能性がある) のかという問題である。補足説明は、「一切の事情に基づき」とするだけで、例えば、契約のどのような事情と免責事由が対応しているのか、大ざっぱな対応関係すら示していない。これでは、客観性・予測可能性があるとはいえない。

では、**説得力**はあるのか。この点でも、補充規定 (任意規定) としての共通のルールの方が、中間試案の「契約の趣旨」 (基本方針の「合意」) よりも説得力ははるかに上である。真に合意がないのに、「合意した (そのような趣旨の契約を締結した) のだから従いなさい」といわれても、内容が自己に不利な当事者は納得しないだろう。合意に従えというのは、自由な意思決定をした場合にのみ通用する理屈だからである。法律 (補充規定) がこうなっているから (例 合意はしていないが、過失があるから) 責任があるといわれる方が、当事者が判決を受け入れやすいのではないか。横並びを重視する日本人の国民性 (それが良いかは別問題だが) からしても、他の人も同様の基準 (例 過失、不可抗力) に服することが、判決等を受け入れる大きな理由になると考えられる。

「契約の趣旨」「合意」を基準にすると、裁判官としては、法律という判決のよりどころを失うことになる。裁判官は、客観的な法の基準なしに、素手で問題に立ち向かわなければならない。法律がこうなっているから、従いなさいとはいえず、自分達で決めたことなので従いなさいと説得しなければならない。これに対して、結論に納得しない当事者としては、そのような合意をしていないと反論す

るだろう。これをどう説得するのか。裁判所としては、その当事者は、合意とみられる行動をとったから、合意があると扱われても仕方がないと説得することになるだろう。これは、客観性、予測可能性の問題に繋がるが、それでは、どのような行動・態度をとれば、その当事者が主張する内容を定めた合意（例 リスク分配）の認定がなされるのかを示す必要が出てくる。基本方針・補足説明はそれを全く示していない。補充規定（任意規定）として一定の基準を示すことをやめ、合意の認定基準も示さず、裁判官に全ての責任を押しつける。裁判官に大変な困難を強いることになる。この説得力の問題は、契約責任の多様性のところでもう一度論じる。

理論としての一貫性はどうか（説得力につながる）。この点、中間試案（基本方針）は中途半端である。中間試案は、「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。」（第 10, 1 (2)）と、免責事由（帰責事由）が契約により決まるかのような表現をする。だが、契約の目的・動機よりも契約から遠い不履行原因について合意（リスクの引受け）があるとみるのなら、契約解除、代金減額（代金増額）も合意の効果とみなければ一貫しない。「当該契約の趣旨に照らして代金減額（解除）が認められるべきとき」といった規定になるべきである。特に、中間試案（基本方針）の立場では、代金減額は当事者の合意がなければ認められるべきでないことは、後に示す通りである。また、中間試案（基本方針）は、売主の担保責任を債務不履行責任とするために、債務不履行責任にはない善意（・無過失）要件を削除する。

「買主の悪意や善意・過失の有無といった主観的事情は、契約内容、したがってまた瑕疵の存否の判断の中に解消されることになるというよいでしょう。」（シンポ 101 頁）

善意（・無過失）要件を削除するなら、悪意でも救済が認められるのかということ、そうではない。善意・悪意、過失の問題（利益衡量的問題）を、合意の認定の問題に押しやるのである。だが、善意・悪意、過失によって合意内容が変わるとする

なら、意思表示の規定(錯誤、心裡留保、虚偽表示等)が根本的に変わることになる。そのような大転換の必要性が果たしてあるのだろうか。また、基本方針自身もそのような立場で一貫しているとは思えない。その場限りの辻褃合わせではないだろうか。特に、目的物の性質の錯誤について、物の性質は給付義務の内容にならない=動機であるとする現在の判例の立場を追認して、判例の定式化(性質の認識=動機が法律行為の内容とされたら、法律行為の錯誤として取消しの可能性を認める)を行っている(第3(意思表示)、2錯誤(民法第95条関係)(2))のは、中間試案(基本方針)の債務不履行責任の考え方と矛盾する。その債務不履行責任の考え方からすると、「物の性質」の「認識」が「法律行為の内容とされた」ら、実際の物の性質を認識した物の性質に合わせる債務(完全物給付義務)が発生するのではないか。そして、債務不履行の問題として処理されることになるのではないか。

補充規定(任意規定)により一定の基準を示す必要性

仮に、契約当事者の関係は、基本的にすべて「契約の趣旨」によって規律されるという立場に立ったとしても、それと並んで、合意から離れた責任の規定(補充規定(任意規定))がどうしても必要になる。1当事者の合意(意思)がない場合、2当事者の合意(意思)内容がはっきりしない場合、3当事者の合意(意思)が無効とされる場合の3つの場合に備えるためだ。1と2は、契約内容を探求すれば合意が見えてくるといった言い逃れが可能かもしれないが、3の場合は、言い逃れはできない。

基本方針は、現行民法572条(担保責任を負わない旨の特約)に代えて、次のような条文を置くことを提案する。なお、中間試案には該当する規定がないが、売主の担保責任を債務不履行責任とするので、現行民法に同様の変更が必要になるだろう。

【3.2.1.23】(売主の債務不履行責任に関する特約)

売主は、本節に定める売主の義務を負わない旨の特約をしたときであっても、売主が権利の全部もしくは一部の不存在、他人の権利の制限または物の瑕疵の存

在を知っていたときは、その責任を免れることができない。

補充規定（任意規定）を修正する合意が無効とされれば、補充規定（任意規定）が適用される。だが、基本方針（中間試案）は合意に基づく義務・責任なので、合意が無効とされれば、義務・責任の根拠がなくなってしまう。何によってその「責任」を支えようというのだろうか。それに備えるためにも、「契約の趣旨」とは関係のない補充規定（任意規定）が必要となる。

また近時、消費者保護の領域において、補充規定（任意規定）により一定の基準を示す新たな意義が付け加わった。消費者契約法 10 条は、補充規定（任意規定）を基準に一方的に消費者に不利な契約内容を無効としている。契約自由の原則が支配する領域で、わずかだが、合意よりも公正を優先している。そこでは、公正の一つの内容を示すものとして、補充規定（任意規定）が使われている。補充規定（任意規定）を廃し、「契約の趣旨」を基準にするというのは、消費者法の領域でみられる「合意から公正へ」という動きに逆行している。

なお、補充規定（任意規定）の適用を排除するには、当事者間に真の合意（意思の合致）が必要である。そのため、仮に、従来の契約責任説に従い、特定物売主に完全物給付義務を課すという補充規定（任意規定）を立法した場合に、現在と同じような義務を特定物売主に負わせるには、現状引渡義務の特約が必要になる。その特約には、「瑕疵」があった場合の処理についての合意も含まれるのが通常であろう（通常は免責ではないかと考えられる）。これに対して、基本方針（中間試案）は、完全物給付義務を常に「合意」しているとみることに基づく契約責任説であるから、完全物給付義務排除の特約ではなく、「合意」をしていないことで義務が排除される。仮に、完全物給付義務の合意が推定されるとしても、合意を妨げるには、意思を合致させないという一方的意思表示・態度の表明で足りるはずである。特定物売主は、契約時に、どのような一言（一文）を差し挟めば、完全物給付義務を排除できるのか（従来の売買契約を締結できるのか）を明らかにする必要がある。そして、その場合の補充規定（任意規定）を設ける必要がある（瑕疵について責任を負わせないのでないなら）。

このように、契約責任に関する補充規定（任意規定）を設ける必要性・意義は明

白であり、中間試案の提案とは別に補充規定(任意規定)を作るか、中間試案の提案から、その各所にみられる「契約の趣旨に照らして」を削除する必要がある。私の提案は後者である。

補充規定(任意規定)による処理と真に当事者に合意がある場合の合意に基づく処理の二段構成を採るべきである。

中間試案では、契約上の債務の不履行責任については、すべて「契約の趣旨」というあいまいな場で処理をしるということになってしまう。契約責任について、真に合意がある場合とそうでない場合とでは、その処理に**有意的な差**がある。両者を分けるべきである。真に合意があれば、当事者の意思が尊重され、利益衡量が広く排除される。それに対して、真に合意がない場合には、そのための補充規定(任意規定)を設けるべきである。そして、その規定の解釈として、利益衡量を行うべきである。規範要件であれば、当事者の公平という観点から、正面から利益衡量を行い、妥当な結論を導き出すことができる。利益衡量に際しては、当事者の事情(例 当事者がどのような人か、その置かれた状況)の一つとして当該契約を考慮する(ただし外から観察)のは当然であり、「契約の趣旨に照らして」とすると、考慮の対象が契約内容に限定されると誤解されるおそれがあるので妥当ではない。なお、真に合意がある場合はそれに従うのは当然であるが、それを注意的に示すため「当事者に合意がない場合、」を付け加えてもよい。例えば、特定物の引渡しの場合の保存義務については、「合意によって決まらないときには、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」のようになろう。

損害賠償の範囲について、中間試案は、「契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」(第10,6(1)イ)とするが、反対である。予見の対象を「損害」とした場合、予見可能であった損害がすべて賠償の対象となる。「損害」を予見して、債務者へのリスク分配の合意を本当にしたのであれば、その損害が大きなものであっても、それを賠償範囲に含めてよい。だが、そのような合意のない場合、特に損害が予見可能にすぎない場合に、その損害のすべてを賠償させてよいのだろうか⁽⁴⁾。この点、予見の対象を「事情」として、原則として債務者が予見可能な「事情」から通常生じる損害が賠償されるとし(補充規定)、それを超える損害

については、当事者間に真の合意が必要（「責めに帰すべき事由」の要否は合意の内容による）だとする現行民法の二段構成の方が優れていると考える。ここでも、真に合意のある場合とない場合を分けるべきである。

〈この段階での提案〉

1 売主の担保責任、債務不履行責任及びその前提となる義務の規定から、「契約の趣旨」の言葉をすべて削除する。それに伴い、元の補充規定（任意規定）に戻すなどの必要な変更を行う。例えば、

「当該契約の趣旨に適合する方法により、その物を保存しなければならない」（第 8, 1 (1)）を「（合意によって決まらないときには、）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」（カッコ内は省略してもよい）に変更する。

「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」（第 10, 1 (2)）から、「契約の趣旨に照らして」を削除する。

「債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたときは」（第 10, 6 (2)）から、「債務者がその損害を回避する義務を尽くしたときは」に変更する。

「当該売買契約の趣旨に適合」（第 35, 3 (2) (3)）から、「当該売買契約に適合」に変更する。

となる。

2 「契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」（第 10, 6 (1) イ）から、「予見すべきであった特別の事情から通常生ずべき損害」に変更する。

第二目 債務不履行責任と売主の担保責任（代金減額等）の並立可能性

中間試案は、債務不履行責任の免責事由として「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」を、賠償される損害として「契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」を規定することから、基本方針の「当事者は契約により損害のリスク分配をしている」という見方を受け継いでいるものと考えられる。この見方からすると、そもそも代金減額及びそれと矛盾しない損害賠償請求は認められるのか。

契約によるリスク分配と代金減額 (法によるリスク分配) は相容れない

「5 目的物が契約の趣旨に適合しない場合における買主の代金減額請求権

前記4 (民法第565条・第570条関係) に、次のような規律を付け加えるものとする。

(1) 引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣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。

(2) 次に掲げる場合には、上記(1)の催告を要しないものとする。

ア 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とき。

イ 売主が履行の追完をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、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。

(3) 上記(1)の意思表示は、履行の追完を請求する権利(履行の追完に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。)及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示と同時にしなければ、その効力を生じないものとする。」

「8 権利移転義務の不履行に関する売主の責任等

民法第561条から第567条まで(第565条を除く。)の規律を次のように改めるものとする。

(1) 省略

(2) 上記(1)の債務不履行がある場合(移転すべき権利の全部を移転しない場合を除く。)において、買主が相当の期間を定めてその履行の催告をし、売主がその期間内に履行をしないときは、買主は、意思表示により、不履行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。

(3) 次に掲げる場合には、上記(2)の催告を要しないものとする。

ア 履行を請求する権利につき、履行請求権の限界事由があるとき。

イ 売主が履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、売主が履行をする見込みがないことが明白であるとき。

(4) 上記(2)の意思表示は、履行を請求する権利(履行に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。)及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示と

同時にしなければ、その効力を生じないものとする。」

売買契約当事者が、あるべき目的物と代金（例 100 万円）とを対価関係に置いた場合、あるべき目的物を取得できないリスク分配は法によることになる。現行民法 415 条は「債務者の責めに帰すべき事由」をリスク分配の基準として規定し、この帰責事由は、債務者に対する非難可能性として履行利益（対価を超える賠償（例 150 万円））の賠償を正当化するものとして機能する。帰責事由がないときは、債務者は債務不履行責任を免責されることになるが、これで終わりではない。あるべき目的物を取得できないことにより代金との均衡が崩れるが、これを是正するかの法による第二のリスク分配が行われる。後発的瑕疵については危険負担、原始的瑕疵については売主の担保責任がこれを定める。担保責任は、買主の善意（・無過失）を要件とすることもあるが、代金減額（機能を有する損害賠償）を認めることで、対価的均衡を維持するというリスク分配を行っている。さらに、これらの法によるリスク分配は、契約によるリスク分配で修正することも原則として可能である。このように、現行民法では、複数の法によるリスク分配と契約によるリスク分配とで、きめ細かな処理を行っている。

これに対し、中間試案（基本方針）では、不履行により債権者（買主）に発生する損害のリスク分配を含めた完全物給付義務と代金が対応している。代金を超える履行利益（150 万円）の賠償が契約により正当化されるなら、免責事由の存在により 50 万円の価値の目的物の取得しかできないことも契約により正当化される。免責事由も含めてリスクの分配は済んでいるので、これでバランスがとれている。従って、債務不履行責任の免責後に、法により代金減額を認めるのはおかしいことになる。もし、新たに債務者（売主）にリスクを負わせるのなら、その代わり代金を上げてくれという話になる。これは、中間試案（基本方針）が、合意による責任をまず規定して、不十分なところを法による責任で補うという、誤った立法の仕方をしていることに由来する。契約自由の原則が支配する領域での立法は、まず補充規定の立法でなくてはならない。その規定を前提に、当事者がリスク分配の合意をしたのなら、それは最終的なものであり、補充規定（任意規定）の内容を当事者が合意に取り込まない限り、補充規定（任意規定）は排除されることにな

る。結局、中間試案(基本方針)の立場では、代金減額は、合意で根拠づけられない限り、認められないことになる。

ところが、中間試案は、契約によるリスク分配に法によるリスク分配(代金減額、信頼利益の賠償)を無理やり接合する。それも、契約によるリスク分配(債務不履行責任)が尽きたところで問題となる**別の責任**(担保責任)という構成ではなく、履行の追完の催告後、「履行の追完を請求する権利(履行の追完に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。)及び契約の解除をする権利を**放棄する旨の意思表示**」(第35,5(3)(強調は戸田)、8(4)もほぼ同じ)と同時になす形成権の行使として「代金減額請求」を規定する。債務不履行責任との連続性をもたせるためなのか、履行追完請求権、債務不履行による損害賠償請求権と解除権から代金減額請求権と「履行の追完に代わる損害の賠償を請求する権利」を除いた損害賠償請求権への転換を買主の一方的な意思表示(単独行為)により基礎づける。買主の意思により、契約改定がなされ、代金減額と信頼利益の賠償が可能になるとするようだ⁽⁴⁾。だが、なぜそれが可能なのか。より大きい権利があるのに、小さい権利で満足すると買主が言っているのだから認めようということなのだろうか。規定はそうになっているが、代金減額請求が意味をもつのは、他の救済方法が採れないから、仕方なく代金減額請求する場合ではないだろうか(後述)。

最大の疑問点は、買主は自分に不利になるような代金減額請求の意思表示をするのだろうか、ということである。あってもほとんどないのなら、意思表示による転換構成は、代金減額等の救済が債務不履行責任と連続したものであるとする理論的な意味しかないのではないか。この規定は、種類物債権において、給付物に隠れた瑕疵があった場合に、「債権者が瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容し債務者に対しいわゆる瑕疵担保責任を問うなどの事情」があれば、債務不履行責任の問題から瑕疵担保責任の問題に転換するとする最(二小)判昭和三六年一二月一五日(昭三二(オ)一二二二 民集15巻11号2852頁)を一般化して、規定に取り入れたものと推測される。すなわち、代金減額請求の意思表示+「履行の追完を請求する権利(履行の追完に代わる損害賠償を請求する権利を含む。)及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示」=「債権者が瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容し債務者に対しいわゆる瑕疵担保責任を問

う」とみるわけである。だが、このような規定を置くことには反対である。買主が自ら、自己に不利な救済内容への転換を望んでいるのなら、もちろん認めても構わないが、そのようなことを望む買主は果たしているだろうか。この判決には、早くから疑問が呈されており⁽⁶⁾、実際に、この判例の基準に従い、担保責任への転換を認めた判例は出ていないのではないかと。中間試案で規定すべきなのは、買主の意思表示による転換ではなく、履行請求権の限界事由があり（履行請求権なし）、債務不履行責任の免責事由があり（損害賠償請求権なし）、契約目的の達成が可能（解除権不発生）なので、仕方なく代金減額を請求する場合ではないだろうか。この場合は、代金減額（機能をもつ損害賠償）を合意で基礎づけるか、債務不履行責任を法によるリスク分配の制度であると見直して、債務不履行責任の免責後になされる法による第二のリスク分配により、代金減額（機能をもつ損害賠償）や独自の損害賠償等を基礎づけるかを検討すべきであろう。

買主がわざわざ自己に不利になる救済内容への転換を望まないのなら、一般に何を望んでいるのか。履行の追完を催告したが追完がなかったときに、「代金減額請求」をするというのは、自分で修補等（の依頼）をするから、とりあえず修補等に代わる損害賠償として請求する（費用がそれ以上かかるなら追加請求する）とみるのが素直ではないだろうか（権利による負担等についても同じ）。修補等に代わる損害賠償を請求することは、修補等の請求及び契約の解除と相容れないが、修補等に代わる損害賠償を請求するには、これらの放棄を前提とすると規定するかをむしろ議論すべきであろう。例外的な、不利な内容への転換を望む場合を規定するより、中間試案で債務不履行責任とされる「目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任」の相容れない救済内容相互間の調整規定をまず置くべきである。

第三目 売主の担保責任は債務不履行責任であるとの学説を立法するのではなく、要件・効果を立法すべきである

理論ではなく、具体的な基準の設定が立法の役割であると考えられる。損害賠償についていえば、債務不履行の一般規定では、抽象的な基準にならざるを得ないが、売買目的物に瑕疵があった場合という限定された領域の責任の規定では、賠償さ

れるべき損害項目を、可能な限り個別に規定すべきである。少なくとも、法改正をするのだから、特に争いのある履行利益の損害賠償について、立法的判断の結果を規定すべきである。そして、その賠償範囲が、債務不履行責任の一般的・抽象的な基準に合致するか否かの判断は、立法後の人たちに委ねるべきである。また、債務不履行責任の基準に合致しないとすると、その理由は何か、責任の性質に関係するののかも、立法が決めるべきではない。

これに対して、中間試案は、いきなり、債務不履行の一般規定によると規定する。

「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」(第 35, 4 (2) (下線は戸田))

「買主は、売主に対し、一般原則に従って、その履行を請求し、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」(第 35, 8 (1) (下線は戸田))

では、賠償されるべき具体的な損害とその要件は何か、そしてそれが債務不履行の抽象的な基準に合致するかの実証は、すでになされているかということ、そうではないようである。基本方針は、「立場に依る」とこうなる、とするのみであり、中間試案の作成過程でも明らかにされた形跡はみられない。履行利益の損害賠償について、最高裁の基準⁽⁷⁾にどのような問題があり、それを解消するためにどうすべきなのか、そしてその基準が「債務不履行の一般原則」に合致するという実証はみられない。従来判例がどう変わるかの例すらあげられていない。これでは、特定の理論を、実証なしに正しいと立法するようなものである。

それに、そもそも「債務不履行の一般原則」規定をみても、「担保責任」(特に原始的客観的一部不能の場合(これで考える))の賠償範囲が分かるようにはなっていない。「担保責任」において、「通常生ずべき損害」とは何か、「不履行時に予見した・予見すべきであった損害」の「不履行時」とは契約締結時か履行期日か、原始的不能(中間試案の表現では契約締結時に履行請求権の限界事由がある場合)

は、賠償範囲に影響を及ぼさないのか、といった疑問がまず浮かぶが、説明がみられない。立法後の裁判に委ねるというのでは、具体的な基準の設定という立法の任務の放棄である。

「事物をもって語らしめる」べき
〈構造で示す〉

どうしても担保責任を債務不履行にしたいというのなら、まず責任の構造で示すべきである。債務不履行の一般原則における共通の要件は、「債務者がその債務の履行をしない」ということである。では、売買目的物の瑕疵の責任は、債務内容の確定と債務者による不履行という判断を経るのだろうか。

「3 売主の義務

(1) 省略

(2) 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とする。

(3) 売主が買主に移転すべき権利は、当該売買契約の趣旨に適合しない他人の地上権、抵当権その他の権利による負担又は当該売買契約の趣旨に適合しない法令上の制限がないものでなければならないものとする。

(4) 他人の権利を売買の内容としたとき（権利の一部が他人に属するときを含む。）は、売主は、その権利を取得して買主に移転する義務を負うものとする。」（下線は戸田）

(2) (3) (4) のうち、売主の義務を示しているのは (4) だけである。(2) (3) は「でなければならない」とするが、義務の規定としては意味不明である。誰がどのような義務を負うのかを示すべきである。「売主の義務」だから、(4) のように、売主がどのような義務を負うことを規定することになる。(2) は、「売主は…目的物を…当該売買契約の趣旨に適合させて買主に引き渡す義務を負う」、(3) は、「売主は…権利を…負担又は…法令上の制限を除去して買主に移転する義務を負う」としなければならない。

担保責任に相当する規定をみると、**三種類の責任**があるように書いてある。

それは、「4 目的物が**契約の趣旨に適合しない**場合の売主の責任」(強調は戸田)(物の瑕疵)、「8 権利移転**義務の不履行**に関する売主の責任等」(強調は戸田)(権利の瑕疵(現行民法561条～567条(565条は除く)相当の規定))、そして「9 競売における買受人の権利の**特則**」(強調は戸田)である。前二者は、それぞれ、契約違反の責任、債務不履行責任ということになる。問題は最後の競売である。「特則」となっているが、誤りである。競売の場合には、そもそも完全物給付義務がない。規定上も、前二者は、「引き渡された目的物が前記3(2)に違反して契約の趣旨に適合しないものであるとき」(下線は戸田)(第35,4(1)(履行の追完),(2)(債務不履行の一般原則に従った損害賠償請求・契約解除))、「売主が買主に売買の内容である権利の全部又は一部を移転せず、又は売主が移転した権利に前記3(3)に違反する他人の権利による負担若しくは法令の制限があるとき」(下線は戸田)(第35,8(1)(一般原則に従った履行請求,債務不履行による損害賠償請求・契約解除))のように、売主が義務に違反したと書いてあるが、後者は、「買い受けた目的物又は権利について買受けの申出の時に知らなかった**損傷, 他人の権利による負担その他の事情**(以下「**損傷等**」という。)がある場合」(強調は戸田)(第35,9(1)(代金減額請求),9(3)(損害賠償請求)も同)と、売主の義務違反の記載がない。また、「契約の趣旨に適合しない」とも書いていない。債務不履行責任でも契約違反の責任でもない第三の責任ということになる。これが、中間試案で債務不履行責任に統合し得なかった担保責任である。この場合は、中間試案も完全物給付義務を認めていないので、言葉を変えれば済むということにはならない。例えば、代金減額について、「不適合の程度に応じて」代金減額を請求できる(第35,5(1))、「不履行の程度に応じて」代金減額を請求できる(第35,8(2))、「**損傷等の程度に応じて**」代金減額を請求できる(第35,9(1))とあるのを、最後のものについては「不履行の程度に応じて」に揃えることはできない。

中間試案では、担保責任(ここでは競売における担保責任は置いておく)は債務不履行責任ではなく、契約違反の責任(責任の性質は不明)と構造上認めていることになる。条文外で「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。」「移転に係る権利に当該売買契約の趣旨に反するような他人の権利による負担等が存することは、売主の債務不履行を構成する」(補

足説明 398 頁 (概要)) と取り繕うが、規定上違えば違うのである。債務—不履行という判断過程を経ないものを、どうして債務不履行と呼べるのか。立法論だから、関係のないものを結びつけることができることにはならない。最低限、「債務不履行」について定義規定を設けるか、「みなす」「推定する」といった条文上の手当てをする必要がある。

中間試案では、契約責任を債務不履行責任で統一するため、特定物のドグマや原始的不能の理論の否定を債務レベルで考える。給付がたとえ客観的不能であっても債務は発生するとし、不能は履行請求権のレベルで考慮する (第 9 (履行請求権等), 2 (契約による債権の履行請求権の限界事由) 参照)。しかし、「法令の制限を除去して買主に移転する義務を負う」のような不能な債務の発生に違和感があるため、契約違反の問題にすり替えたのではないか。だが、例えば、法令の制限が「存すること」=「債務不履行」は、常に「債務者の責めに帰することのできない事由によるもの」に当たり、100% 免責されることになってしまう。免責事由 (帰責事由) も変えなくてはならない。

私見は、もっと素直に、特定物のドグマや原始的不能の理論の否定を契約レベルで考える。契約としては不能な内容でも有効とみる。だが、債権の発生は別であり、物理的不能のほか社会通念上不能などの場合には、債権は不発生とみる。債務が発生しその違反があると認められる場合は、債務不履行責任の問題となり、その他の契約違反 (債務不履行責任免責後も含む) は、独自の責任として考えていこうというものである。なお、給付された目的物が契約に適合しなければ、契約違反となるが、それだけでは責任が発生しない。帰責原因が必要である。債務不履行責任の場合は、「責めに帰すべき事由」、保証や約定担保責任は「合意」、法定担保責任は「買主の信頼が保護に値すること」(私見) である (私見については戸田知行『信頼責任の原理』(信山社 平成 16 (2004) 年) を参照)。

〈内容で示す〉

既述のように、「担保責任」では、賠償されるべき損害を可能な限り個別に規定すべきである。「担保責任」が債務不履行責任の性質を有するとしたければ、その損害賠償の内容を、債務不履行の一般原則に合致するように具体的に示すべきである。例えば、特定物売買で修補不能な原始瑕疵があった場合に、「通常生ずべき

損害」とは何か、「予見した・予見すべきであった損害」とは何かを示すべきである。それをせずに「一般原則に従う」では、規定が無駄である。

〈この段階での提案〉

売主の担保責任に相当する責任において、責任の性質を示す語句を削除する。例えば、「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に請求し」(第35, 4(2))から、「債務不履行の一般原則に従って、その不履行による」を削除する。債務不履行責任の規定を(一部)準用するかは解釈に任せる。

第四目 現在の裁判実務に沿った債務不履行責任規定の改正では、売主の担保責任を統合することはできない

ここでは、債務不履行責任関係の規定のうち、主に、第8(債権の目的)、1(特定物の引渡しの場合の注意義務(民法第400条関係))、第10(債務不履行による損害賠償)、1(債務不履行による損害賠償とその免責事由(民法第415条前段関係))、6(契約による債務の不履行における損害賠償の範囲(民法第416条関係))を取り上げ、検討する。

中間試案が、「債務不履行責任」の性質をどのように変えることにより、売主の担保責任を「債務不履行責任」に統合することを可能にしたのか、また、その統合で、現行民法415条、416条の規定がどのように変容するのかに関心をもって、該当規定とその「概要」「補足説明」を読んだ。しかし、補足説明によると、裁判実務の追認が改正の目的で、現行実務からの実質的な変更はないということだ。すなわち、裁判実務の判断のあり方を示す「契約の趣旨に照らして」を各所に付け加え、現行民法416条2項の「予見」についての判例法理を条文に明記することが変更の主な内容ということだ。これでは、「債務不履行の一般原則に従って」、売主の担保責任が扱ってきた問題を処理できない。

責めに帰することのできない事由

まず、現行民法415条は、債務の履行が可能であることを前提に、債務者が履行をしないあるいは履行を不能にしたことについて、債務者の行為を中心に帰責事由を考える構造になっている。中間試案も同様である。

「第 10 債務不履行による損害賠償

1 債務不履行による損害賠償とその免責事由（民法第 415 条前段関係）

民法第 415 条前段の規律を次のように改めるものとする。

- (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。
- (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) 省略」（下線は戸田）

「債務者がその債務の履行をしない」とは、債務の履行が可能なのに履行をしないことを意味する。また、「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」とは、債務者は給付の実現のための行為を（しようとして）しており、通常であればそれにより、契約で予定した結果が発生するが、債権者あるいは第三者の行為または自然力によってその実現が妨げられ、それらの克服が債務者に義務付けられていなかったことを意味する。その「事由」がなければ債務の履行がなされたのであるから、少なくともその「事由」が発生するまでは、履行が可能であったといえる。

では、帰責事由の内容はどうか。中間試案が「責めに帰すべき事由」（現行民法 415 条）から、「当該契約の趣旨に照らして」を付加して、「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」（裏から規定）としたのは、補足説明によると、内容の変更ではなく、裁判実務の追認・明記とそれに反する特定の学説（過失責任主義）の排除が目的である。

「部会の審議においても、契約による債務の不履行による損害賠償につき免責を認めるべきか否かは、契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯、取引通念等の契約をめぐる一切の事情から導かれる契約の趣旨に照らして、債務不履行の原因が債務者においてそのリスクを負担すべき立場にはなかったと評価できるか否かによって決せられるとの考え方が、裁判実務における免責判断の在り方

に即していることにつき、異論はなかった。」(補足説明 112～113 頁(下線は戸田))

それが本当なら、現状のまま「責めに帰することのできない事由」(裏から規定)でよいと思われるが、中間試案はそうはしない。

「もともと『責めに帰することのできない』という言葉自体は一定の理論的立場を想起させるようなものではないし、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考えられる。」(補足説明 113 頁)

裁判実務に相手にされない少数説を排除するために、わざわざ「契約の趣旨に照らして」という一定の理論的立場を法文上明記しようとする。

民法上の注意義務(また過失)の原則的な基準とされる「善良な管理者の注意」(現行民法 400 条)も「[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事情に基づき、取引通念を考慮し定まる]当該契約の趣旨に適合する方法により」に変更する。

「契約を発生原因とする債権にあつては、その内容が特定物の引渡しの場合であるときに、債務者が尽くすべき注意義務(保存義務)の具体的内容が契約の趣旨を踏まえて確定されることには、異論がない。」(補足説明 90 頁(下線は戸田))

これも、現在の裁判実務の判断の仕方を追認・明記するためのもののようなものである。
履行不能

履行不能についても、原始的不能への拡張を考慮に入れた形跡はみられない。

「3 債務の履行に代わる損害賠償の要件(民法第 415 条後段関係)

民法第 415 条後段の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 次のいずれかに該当する場合には、債権者は、債務者に対し、債務の履行に代えて、その不履行による損害の賠償を請求することができるものとする。
 - ア その債務につき、履行請求権の限界事由があるとき。
 - イ 債権者が、債務不履行による契約の解除をしたとき。
 - ウ 上記イの解除がされていない場合であっても、債権者が相当の期間を定めて債務の履行の催告をし、その期間内に履行がないとき。
- (2) 債務者がその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、債務者が履行をする見込みがないことが明白であるときも、上記 (1) と同様とするものとする。
- (3) 上記 (1) 又は (2) の損害賠償を請求したときは、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ないものとする。」(下線は戸田)

「本文 (1) アは、ある債務が履行請求権の限界事由に該当する(履行不能である)場合に、填補賠償請求権を行使することができるという、**異論のない解釈**を明文化するものである。」(補足説明 116 頁(強調は戸田))

売主の担保責任において、填補賠償請求権を行使できることに異論がないとは到底いえないので、これは従来の債務不履行責任についての規定である。

このように、履行が可能な状態で、履行という行為をしない債務者の責任(行為責任)として、債務不履行責任が構成されている。このことは、損害賠償の範囲の規定(現行民法 416 条に相当)で一層、明確にされる。

損害賠償の範囲

損害賠償の範囲についても、実務の追認が主な目的のようである。

「第 10 債務不履行による損害賠償

6 契約による債務の不履行における損害賠償の範囲(民法第 416 条関係)

民法第 416 条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約による債務の不履行に対する損害賠償の請求は、当該不履行によって生じた損害のうち、次に掲げるものの賠償をさせることをその目的とするも

のとする。

ア 通常生ずべき損害

イ その他、当該不履行の時に、当該不履行から生ずべき結果として債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害

(2) 上記 (1) に掲げる損害が、債務者が契約を締結した後に初めて当該不履行から生ずべき結果として予見し、又は予見すべきものとなったものである場合において、債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたときは、債務者は、その損害を賠償する責任を負わないものとする。」

「損害賠償の範囲を規定する民法第 416 条については、ドイツにおける相当因果関係論の影響を受けて我が国における解釈論が展開してきたという経緯から (学説の展開等については、部会資料 5-2 第 2, 4 (1) [34 頁] も参照)、条文にはない「相当性」という文言が実務上広く用いられるなど、同条の文言からは、現在の裁判実務が依拠している具体的ルールを容易に読み取ることができない状況となっている。このような現状認識については、部会のこれまでの審議においても、おおむね異論がなかった。そこで、民法第 416 条については、現在の裁判実務を踏まえつつ、より明確で安定したルールを提示するものに改める必要があると考えられる。本文 (1) (2) は、以上のような問題意識に基づき、契約による債務の不履行による損害賠償の範囲に関するルールとして、同条の規定内容の具体化・明確化を図るものである。」(補足説明 121 頁 (下線は戸田))

「民法第 416 条第 2 項における予見の主体と基準時について、判例・通説は、予見の主体は債務者で、予見可能か否かの基準時は不履行時と解しているとされる (大判大正 7 年 8 月 27 日民録 24 輯 1658 頁)。これを踏まえ、この判例法理を条文に明記することにより、規定内容の明確化を図っている。」(補足説明 122 頁 (下線は戸田))

大判大正 7 年 8 月 27 日の判例法理を条文に明記することには賛成である。だが、この判例を採用するには条件があり、中間試案の立場はその条件を満たして

いない。まず、そのことをみる。上記判例の判旨は次のようなものである。

「法律カ特別事情ヲ豫見シタル債務者ニ之ニ因リ生シタル損害ヲ賠償スルノ責ヲ負ハシムル所以ノモノハ特別事情ヲ豫見シタルニ於テハ之ニ因ル損害ノ生スルハ豫見シ得ヘキ所ナレハ之ヲ豫知シナカラ債務ヲ履行セス若クハ其履行ヲ不能ナラシメタル債務者ニ其損害ヲ賠償セシムルモ過酷ナラスト爲スニ在レハ特別事情ノ豫見ハ債務ノ履行期迄ニ履行期後ノ事情ヲ前知スルノ義ニシテ豫見ノ時期ハ債務ノ履行期迄ナリト解スルヲ正當トス」(民録24輯1666～7頁(下線は戸田))

債務を履行しなければ、特別事情の予見(可能性)により、債権者にある損害が発生することが分かっている(はずである)のに、債務者が、債務を履行しないか、その履行を不能にしたのだから、債務者にその損害を賠償させてもよいという価値判断が基になっている。ということは、債務者に債務の履行を**するかしない(不能にする)かの選択**ができることが前提となる。ところが、売主の担保責任を債務不履行責任とする中間試案では、原始的客観的不能の瑕疵についての売主の責任も債務不履行責任となる。その場合、損害賠償の範囲の画定につき予見可能性ルールを用いるにしても、大判大正7年8月27日の基準は使えない。契約締結時に売主(債務者)が事情そして損害について予見可能であったにもかかわらず、瑕疵がないものとして契約を締結したのだから、売主(債務者)にその損害を賠償させても苛酷ではないという価値判断に立つと、基準時は契約締結時になる。その他の価値判断も成り立つかもしれない。いずれにせよ、大判大正7年の基準は、担保責任の一部の場合は包摂し得ない。中間試案(補足説明)の言い方を借りるなら、「一律」に決めるのはおかしいことになる。場合分けをするか、現行民法と同じく予見の主体・基準時を限定しないことにすべきであろう。あるいは、もっと抽象的に、損害賠償の範囲は「相当因果関係に立つ損害」であると規定すべきことになる。

第10,6(2)で、契約締結後に初めて予見した(すべきものとなった)損害については、「債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたときは、債務者は、その損害を賠償する責任を負わないも

のとする。」とするのも同様である。過失(予見可能性を前提とする結果回避義務違反)がないことが免責事由となっており、債務不履行責任は行為義務違反の責任であることが前提となっている。原始的不能に対応した規定となっていない。

なお、現行民法 416 条からの変更点もわずかにあるようだが、明確に示されなかったり、理由が不明だったりする。

「民法第 416 条につき契約による債務に適用場面を限定することにより、不法行為への類推適用が困難となるとの指摘が想定されるが、本文の規律は、予見可能性を基本的な賠償範囲確定の基準として維持し、予見の主体・時期につき判例法理を踏襲するなど、実質的な規定内容を大きく改めるのではない」(補足説明 123 頁(下線は戸田))

「大きく改めるのではない」なら、何が変わるのかという疑問がある。変わる部分を明らかにして、その理由を示すことが立法立案者の役割ではないだろうか。だがそれは示されていない。

「予見」の対象を「事情」(現行民法 416 条 2 項)から「損害」に変更している点については、次のように述べる。

「『予見』の対象を『損害』に改めている。『事情』と『損害』とはもともと截然と区別できないものであって、予見の対象を『損害』としても具体的な事案における結論に差は生じないとの指摘があることを考慮したものである。」(補足説明 121 頁(下線は戸田))

「予見の対象を『事情』とすべきとする考え方に対しては、損害自体の予見可能性と因果関係判断の基礎となる事情の予見可能性とを厳密に区別できるのか疑問があるとの指摘や、実際に多くの裁判例も、予見の対象を厳密に論じているわけでないから、『事情』と『損害』の厳密な区別はむしろ実務の実態に即していないとの指摘がある。」(補足説明 122 頁(下線は戸田))

これでは改める理由になっていない。「結論に差は生じない」なら今のままでよい

ではないか。差が生じない具体例すら挙がっていない。これでは、補足説明は、中間試案の内容を理解させ、その良さを説得して支持を得ようとしているのではなく、変更は現在の実務に沿ったものでほとんど変わらないと安心させて、中間試案を通してしまおうとしているのではないかと疑いたくなってしまふ。

小括

以上のように、売主の担保責任等の債務不履行責任化による債務不履行責任の変容について考慮が全く払われていない。中間試案は、売主の担保責任に相当する規定に、「債務不履行の一般原則に従って」を挿入すること（担保責任は債務不履行責任であるとの学説を立法すること）で満足してしまったのか、その具体的内容・影響については、無関心である。

第五目 中間試案の債務不履行責任規定に隠された内容

中間試案の理屈

中間試案の主張は、契約責任を当該契約の具体的事情によって（「契約の趣旨に照らして」）決めろというものだ。そして、補充規定としての債務不履行責任規定・売主の担保責任規定を批判する。債務不履行責任関係では、補充規定の内容が「契約を離れて措定される」のはおかしいとして、「契約の趣旨」を基準として規定する。そして、それが実務に合致しているとする。売主の担保責任関係では、独自の要件を「一律」に決めるのはおかしいとして、削除を提案する。そして、「債務不履行責任の一般原則に従う」ことを規定する（契約責任の統一）。その結果、中間試案の規定は**内容の薄い**、いわば「契約の趣旨の名の下に妥当な解決を導け」といった規定になってしまう。このような立法に一体何の意味があるのだろうか。中間試案の提案は、自説に対立する学説の排除と、自己の学説を展開しやすい土壌を作り上げることが目的ではないだろうか。そのために送り込まれた尖兵が「契約の趣旨」ではないか。

「『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**ことができると考えられる。」（補足説明 113 頁（強調は戸田））

では、契約をめぐる一切の事情の総合考慮を意味する「契約の趣旨」と組み合わせられる「債務者の責めに帰することのできない(事由)」「予見すべきであった(損害)」に具体的な意味はあるのか。

まず前者であるが、「債務者の責めに帰することのできない」が「免責すべきである」を意味するのであれば、免責が妥当な場合に免責するといっているにすぎず、要件としての意味はないことになる。

「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。」(補足説明 113 頁)

「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」の「リスクを負担すべき」とは、その事由から債務不履行が生じた場合に、債務不履行責任を負担すべきという意味だろう。ということは、「債務不履行責任を負担すべきと評価できないような事由」=「免責すべき事由」となり、「債務者の責めに帰することのできない事由」は要件として意味がないことになる。従って、「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」とは、「債務者がその事由から生じる債務不履行について責任を負担すべきであったと、契約をめぐる一切の事情に基づき、取引通念を考慮した結果(=契約の趣旨に照らして)、評価できないような事由」となる。

次に、後者であるが、「予見すべきであった損害」が「賠償すべきである損害」を意味するのであれば、賠償すべき損害を賠償させるといっているにすぎず、要件としての意味はないことになる。中間試案について、まず生じる疑問は、「契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」の「契約の趣旨に照らして」は「予見すべきであった」=予見義務に係るのかということである。契約(の趣旨)が、賠償すべき損害を定めるというのならまだ分かるが、不履行時の予見義務の内容を定めるというのはいかにも無理がある。損害賠償の範囲を合意で決める場合に、

よほど特殊な事情でもない限り、不履行時の予見義務の内容を取り決め、その違反により予見しなかった損害を賠償させるといった定め方はしないからだ。契約の「趣旨」と拡大しても、その不自然さには変わりはない。補足説明(120頁)は、条文とは異なり、「予見すべき」=予見義務の範囲の確定ではなく、「賠償範囲の確定」が「契約の趣旨に照らして評価判断されるべきであると考えられる」としている。こちらが本音であろう。現行民法にあまり変化がないとして安心させ、中間試案を通すために、現行民法の枠組み(予見可能性)に「契約の趣旨に照らして」を無理やり接合したのでないか。補足説明(120頁)は、「ここにいう予見可能性とは、ある損害が契約をめぐる諸事情に照らして賠償されるべきか否かを判断するための規範的な概念であるとされており」という認識を示す。「契約をめぐる諸事情に照らして」とは「契約の趣旨に照らして」ということだろう。ということは、「契約の趣旨に照らして」、「賠償されるべき」と判断されれば、予見可能性があり、「賠償されるべき」でないと判断されれば、予見可能性がないことになる。従って、中間試案の予見可能性(「予見すべきであった」)は、要件として意味がないことになる。結局、中間試案では、「契約をめぐる一切の事情に基づき、取引通念を考慮して(=契約の趣旨に照らして)、賠償すべきであると評価判断される損害」が賠償される損害ということになる。

中間試案では、意味があるのは「契約の趣旨」であり、「契約の趣旨」が免責事由を決め、また賠償すべき損害を決めることになる。

免責要件に関し、「契約による債務にあっては、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する考え方を提示している(本文(2))。『契約の趣旨』という文言の意味については、前記第8,1と同様である。」(補足説明113頁(強調は戸田))

「このような賠償範囲の確定は、契約の趣旨に照らして評価判断されるべきであると考えられることから、本文(1)イに『当該契約の趣旨』(その意義につき、前記第8,1参照)という判断基準を明示している。」(補足説明122頁(強調は戸田))

「契約の趣旨」が「判断基準」であるとするが、「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」(補足説明 90 頁)ということなので、到底、判断基準とはいえない。では、判断材料を限定するものかということ、契約をめぐる事情を一切考慮しないで判断することを否定しているにすぎない。だが、契約をめぐる事情を一切考慮しないで判断することなどあるのだろうか。補充規定の解釈に当たっても当該契約の事情が考慮されるのは当然であり、補足説明によると、実務は、補充規定の解釈の名の下、「契約の趣旨に照らして」判断しているということである。そうすると、判断材料を限定するものではなく、補充規定として一定の基準(その基準は、契約(当事者の合意)による変更があるのはもちろん、契約をめぐる事情により変動するものである)を設けること、及び一定の基準を設ける学説(債務不履行責任の「債務者の責めに帰すべき事由」を「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」と解する学説、売主の担保責任の法定責任説など)を否定するもの——理論を限定するものである。

判断材料が契約締結時に存在しているか予測可能なものに限られるかについては、**不履行時に「予見すべきであった損害」**が「契約の趣旨に照らして」決まるとしたり、契約締結時には予見不可能であった損害の回避措置が、「契約の趣旨に照らして」決まるとしたりするなど、時間的な制限がないに等しい。

中間試案は、裁判官が妥当と考える結論を、法(補充規定)の基準ではなく、「契約の趣旨」を理由にして判決しろという理由付けの立法である。「妥当と考える結論」を導く具体的な判断基準は、裁判官の「契約の趣旨」の解釈に任せるということではないだろうか。だが、何度も繰り返すが、立法は要件・効果を定めることで、学説を定めることではない。要件・効果を具体的に定めることで、学説が制限されるのはよいが、要件・効果を具体的に定めずに、特定の学説を排除するような立法は許されないと考える。

「債務不履行」とは何か？

最後に行き着くのはこの問いである。一般的には、債務不履行すなわち「債務者がその債務の履行をしない」こと(第 10, 1 (1))とは、債務者が給付(=債権の内容たる債務者の行為)をなさないことを意味する。債務者が義務付けられた

行為をしないことが責任を基礎付ける。ということは、債務者がなすべき行為をしていれば、契約で予定した結果が発生しなくとも債務不履行責任を負わないことを意味する。責任の判断の出発点が契約違反であったとしても、免責事由の中心が、債務者が行為義務違反にないこと（すべき行為を尽くしたこと）であれば、債務不履行責任といえる。

ところが、中間試案では、責任の判断過程において、売主の債務の具体化である義務（＝何を行為すべきか）の確定とその違反（＝すべき行為を行わないこと）の認定を経ない。中間試案の構造は、債務不履行ではなく、契約違反である。契約の趣旨に適合しない事態が、契約の趣旨に照らして決まる免責事由によらずに生じた場合に、「債務者」は、「不履行時」に予見した損害及び契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害を賠償しなければならないというものだ。契約の趣旨が「債務者」の責任を基礎付けるので、「**契約の趣旨責任**」ということになる。中間試案（基本方針）は、いくつもの民法の用語を「国民一般から見て分かりにくい」「誤読を招くおそれがある」などとして変更しようとする。だが、変更が必要なのは中間試案の債務不履行責任ではないか。「債務不履行責任」では、債務者の行為を中心に責任が判断されると誤解されることになってしまう。

中間試案の「債務不履行責任」の実体は債務不履行責任ではない。契約の趣旨から、契約の一方当事者が責任を負担すべきであるとされる契約不適合につき、その当事者が責任を負うという契約違反の責任である。表面上の変更内容（裁判実務の追認）に隠された真の変更内容（債務不履行責任の契約違反の責任化）の下で、売主の担保責任を「債務不履行責任」に統合しようということかもしれない。

だが、中間試案は、契約違反の責任を貫くことができない。行為義務違反の責任を損害賠償の範囲の規定（第 10, 6 (2)）に潜り込ませる。

「本文 (2) は、本文 (1) 記載の要件に該当する損害のうち、債務者が契約を締結した後に初めて予見し、又は予見すべきとなったものについては、当該損害を回避するために契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じた場合には、債務者が当該損害の賠償を免れるものとしている。本文 (1) の規律のみを設ける場合には、契約締結時と履行期が離れている場合に、契約締結後に予見し又は予

見すべきものとなった損害を全て賠償の対象とすることになり得るが、それでは賠償範囲が広くなり過ぎて妥当でないとの指摘があることを踏まえたものである。」(補足説明 122 頁 (下線は戸田))

賠償範囲を抑えるには、前述のように、予見の対象を事情にして、その事情から通常生じる損害が賠償されるという限定を付すべきである。そして、それを超える損害の賠償には改めて合意が必要である、という二段構成を採るべきである。異常な転売利益・違約金の賠償などを、単なる過失(予見可能性を前提とする結果回避義務違反)によって正当化することはできないと考える。また、過失をこの場合にだけ損害賠償の要件とすることには、次のような疑問がある。債務者が契約締結時に予見し又は予見すべき損害については、「当該損害を回避するために契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じた場合」でも、第10,6(2)の反対解釈からすると、免責されないことになる。だがそれはおかしい。予見した損害・予見すべき損害は、損害の回避義務の前提として意味をもつ。損害を回避できたのにそれをしなかったため、債務者にその損害の賠償義務を負わせてもよいという判断に結びつく。裏を返せば、回避義務を尽くしたのであれば、責任を負わないことになる。その回避行為が契約(中間試案では「契約の趣旨」)により定められたのであればなおさらである。保管義務と同様、法が義務の水準を定め(補充規定)、それを契約で修正あるいは義務違反の責任(法による責任)とは関係なく責任を負うべき場合を定めたのであれば、契約による責任が優先するのは当然である。だが、中間試案は、両方契約(中間試案では「契約の趣旨」)に基づくとする。それにもかかわらず、契約違反の責任が優先するとはおかしい。義務を尽くしたのなら免責されることを意図せずに、具体的な行為義務の内容を契約で定めることはないと考えられるからだ。さらに、債務者が契約締結後に予見し又は予見すべきものとなった損害については、義務違反が優先するというは一貫性に欠ける。

債務者が契約締結時に予見し又は予見すべき損害

→債務不履行が「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」(第 10, 1 (2)) によるときは免責

債務者が契約締結後に予見し又は予見すべきものとなった損害

→「債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたとき」(第 10, 6 (2)) は免責

本来の意味の債務不履行責任(すべき行為をしないことによる責任)の構造をもった規定に契約違反の責任(「契約の趣旨責任」)を無理やり結びつけたため、混乱が生じているのではないか。

第六目 まとめ——契約責任の多様性を認めるべきである

合意がない場合 (法定責任)	合意がある場合 (契約責任)
債務者の態様に基づく責任 (行為責任) 債務不履行責任 (現民 415 条以下) A	← 法定責任の修正
買主の態様に基づく責任 (信頼責任) 売主の担保責任 (現民 561 条以下) B	約定担保責任* (約定行為責任) C ← 法定責任の修正

* 合意で独立した責任を定める場合、普通、一定の行為をしない責任(約定行為責任)ではなく、品質保証のような契約違反(結果)に対する責任を定めるのではないか。

現行民法の債務不履行責任と売主の担保責任をどう理論構成するかについて、学説は様々に分かれるが、規定をみた場合に、確実にいえることがある。それは、債務不履行責任は、主に債務者の態様から責任を判断するのに対し、売主の担保責任は買主(財産権移転債権の債権者)の主観的態様から責任を判断するということである。債務不履行責任では、契約当事者間においても、一方当事者に債務を課し、その当事者に不履行があったかを認定し、さらにその当事者に帰責事由(免責事由)があるかを認定して責任の有無を判断する。これに対して、売主の担保責任では、瑕疵(契約違反)から出発する。瑕疵除去義務が発生する場合(560条)は除去義務を尽くしたが除去されないとき(561条, 563条参照)に、そうでない場合は原則として直ちに、買主の瑕疵についての主観的態様(善意、悪意など)に応じて責任の有無を判断する。債務不履行責任が行為責任、売主の担保責任が信

頼責任というのは私の読み込み(理論)だが、規定上、上記のような責任の構造の違いがあるのは否定できない事実である。

中間試案は、Aの債務不履行責任の規定を使い、Cの約定担保責任のような責任として契約責任(ABC)を統一しようとする。

まず、B(売主の担保責任)をA(債務不履行責任)に統合する仕方は、次のようなものである。この場合は、担保責任の規定を正面から変える(1)。

1 買主の主観的要件の削除

売主の担保責任独自の要件を削除し、「債務不履行の一般原則に従」(第35,4(2))うといった文言を挿入する。買主の主観的要件(善意・無過失)は、契約の解釈を通して、瑕疵(不履行)の有無の判断に吸収させるとのことだ。

2 特定物の売主に完全物給付義務を課す

規定上、売主の担保責任が債務不履行責任であるとしても、前提となる債務がなければ、債務不履行責任とはなしえない。そこで、特定物売買で、瑕疵のない目的物の給付がたとえ原始的に不能であったとしても、完全物給付義務を発生させる。

3 「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。」「移転に係る権利に当該売買契約の趣旨に反するような他人の権利による負担等が存することは、売主の債務不履行を構成する」(補足説明398頁(概要))と、契約違反を債務不履行と読み替える。

不能な給付について抽象的に完全物給付義務の発生を認めても、責任の認定の段階で、給付が可能なのに債務者がすべき行為を行っていない(不履行)という判断を経る必要がある。それはできない。そこで、原始的不能な給付について債務不履行があったというために、契約違反(瑕疵がある)という結果を不履行と無理やり読み替える。

次に、A(債務不履行責任)のC(合意に基づく責任)への統合の仕方だが、規定としては、A(債務不履行責任)の規定を廃止して、C(合意に基づく責任)の規定を新たに設けるということせず、A(債務不履行責任)の規定をC(合意に基づく責任)の規定として読み替えることをする。すなわち、ACの統合を、現行民法415条、416条の債務者の態様に基づく責任の構造を変えずに、「契約の

趣旨に照らして」を付加することで実現しようとする。だが、その仕方は、複雑で、かつ矛盾・混乱している。

「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」(第 10, 1 (2) (下線は戸田))

「契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」(第 10, 6 (1) イ (下線は戸田))

「債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置」(第 10, 6 (2) (下線は戸田))

一見、現行民法の規定(補充規定)の判断要素を明示しただけのように思えるが、全く異なる。

1 規定の性質が、当事者に合意がない場合の補充規定から、確認規定のようなものへと変わる。中間試案は、「契約の趣旨」とばかりしているが、債務不履行責任については常に合意がある(「契約の趣旨」で定まる)から、合意(「契約の趣旨」)に従って処理をせよという契約自由の原則の確認規定のようになる。もっとも、「契約の趣旨」は「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」(補足説明 89 頁(概要))なので、契約自由の原則は使えない。意思を超えるものは、法に根拠を求めることになるだろう。

2 「債務者の責めに帰することのできない(事由)」「債務者が... 予見すべきであった(損害)」を無意味な概念に変容させる。

債務者の態様からなる要件を、要件として無意味な概念にし、それに付加した「契約の趣旨に照らして」(両当事者の態様からなる要件)だけを実質的に残す。「債務者の責めに帰することのできない事由」は、「『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」(補足説明 113 頁)とする。また、「予見すべきであった」については、「ここにいう予見可能性とは、ある損害が契約をめぐる諸事情に照らして賠償されるべきか否かを判断するための規範的な概念であるとされており」(補足説明(120 頁))との認識を示す。これらなどから、「債務者の責めに帰することのできない事由」は「免責すべき事由」、「債務者が... 予見すべきであった損害」は「賠償されるべき損

害」へと変容していることが分かる。「免責すべき事由」があれば免責する、「賠償されるべき損害」を賠償させることになるのだから、これらの要件は無意味な概念である。

では、「債務不履行」はどうか。さきほど、中間試案は、売買目的物に瑕疵があるという契約違反を債務不履行と読み替えていることを指摘したが、この瑕疵には、売主の担保責任で問題となる原始的な瑕疵だけでなく、債務不履行責任で問題となる後発的な瑕疵も含まれる。

「今回の改正では、売買契約の売主の義務として、売主が売買契約に基づき引き渡す目的物は当該売買契約の趣旨に適合していなければならない旨の規律を設けるものとしており(後記第 35, 3 (2)), 引き渡した目的物が契約の趣旨に適合していなかった場合であっても売主が保存義務を尽くしていれば一律に免責されるとの考え方は採用していない。しかし、契約の趣旨に適合した目的物を引き渡さなかつた債務不履行(引渡しが履行期より遅延したことも含む。)による損害賠償につき免責事由(後記第 10, 1 (2))が認められるか否かの判断に当たって、保存義務を尽くしていたか否かが一つの考慮要素となり得ることには、異論がないと思われる。」(補足説明 91 頁(強調は戸田))

第 35, 3 の補足説明は、物的な瑕疵(権利の瑕疵についても同様(第 35, 3 (3) 参照))について、次のように述べる。「本文(2)では、民法第 570 条の『瑕疵』という文言に代えて、『瑕疵』に関する解釈の蓄積及び裁判実務における取扱いを踏まえ、『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』として、売主の責任の成否は、目的物の品質等につき契約の趣旨に適合しているか否かによって決せられることを直截に表現するものとしている。」(補足説明 399 頁～400 頁(下線は戸田))

中間試案の「債務不履行責任」の有無の判断においては、引き渡した目的物が売買契約の趣旨に適合しているかどうか(契約(の趣旨)違反の有無)が問題であり、債務者がある実現のための義務を尽くしたかどうかは、基本的に問題にならない。

ということは、中間試案では、契約（の趣旨）違反が「債務不履行」ということになる。ここでも変容が生じている。

その結果、中間試案の債務不履行責任は、規定の構造にかかわらず、債務者の態様に基づく責任ではなくなる。契約（の趣旨）によって「不履行」が決まり、契約（の趣旨）によって免責事由が決まり、契約（の趣旨）によって賠償範囲が決まる責任になる（C 類似の責任）。

ところが、中間試案は、損害賠償の範囲のところ（第 10, 6）で、矛盾した立法提案を行う。債務不履行責任が行為義務違反の責任であることを示す大判大正 7 年 8 月 27 日の判例法理を条文に明記しようとする。債務者が特別事情（中間試案では損害）を予見（しえ）たにもかかわらず、履行をしなかった（履行不能にした）から、債務者に特別事情から生じる損害を賠償させても良いとの価値判断から、予見の主体は債務者で、予見の基準時は不履行時とするものである。これは、履行することが可能なのにしなかったから責任を負わせるという伝統的な債務不履行責任の考え方に基づくもので、原始的不能を含む売主の担保責任を債務不履行責任に統合しようとする基本方針の立場と矛盾する。また、そこでの「責めに帰すべき事由」（現行民法 415 条）は、履行をしなかったことについてのもの、すなわち具体的行為義務違反となり、先ほどの「引き渡した目的物が契約の趣旨に適合していなかった場合であっても売主が保存義務を尽くしていれば一律に免責される」との考え方は採用していない。（補足説明 91 頁）との立場とも矛盾する。一律を嫌い、個別の契約ごとに考えることを主張し、また契約責任の統合を目指す中間試案では、規定は、抽象的・一般的なものとなるはずである。ところが、ここだけ判例が要件を具体化したものを立法化しようというのは奇異に感じられる。それも、従来の債務不履行責任の考え方に基づいた具体化である。

中間試案も、これには無理があると考えたのか、修正を加える。第 10, 6 (2) で、「上記 (1) に掲げる損害が、債務者が契約を締結した後に初めて当該不履行から生ずべき結果として予見し、又は予見すべきものとなったものである場合において、債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたときは、債務者は、その損害を賠償する責任を負わないものとする。」とする。契約締結後に予見した・すべき損害については、過失（予見

可能性を前提とする結果回避義務)がなければ賠償しなくてよいとする。その過失の位置づけだが、中間試案では損害賠償の範囲の条文に、賠償範囲を画定する基準として用いられている。しかし、「損害を回避する」といっても、債務者ができることは不履行原因を回避して債務を履行することだけではないか。それは不履行についての過失すなわち帰責事由ではないか。そうすると、帰責事由(免責事由)は、契約締結時に予見した・すべき損害と契約締結後に予見した・すべき損害とで異なることになる。前者は「契約の趣旨」により決まり、後者は過失(がないこと)である。後者は、賠償を認める場合を狭めるために過失を要件としたということだが、逆に、前者で免責、後者で有責ということも起きてしまう。契約締結時に予見不能不履行原因については、損害のリスク分配の範囲外であるとみれば、「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」ありとして、損害回避行動をとらなかったとしても損害賠償責任を負わないことになる。しかし、契約締結後に不履行原因・損害が予見可能になれば、「債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じ」なければ、特別損害については賠償責任を負うことになる。同じ不履行原因から発生した損害について、通常損害は免責、特別損害は賠償責任を負うという奇妙な事態が生じてしまう。

後者の過失と契約の趣旨の関係については、中間試案は、予見義務・回避義務の内容は「契約の趣旨に照らして」決まるとする。だが、すでに述べたように、損害が契約締結時に予見不能であるにもかかわらず、その損害の契約締結後の予見義務・回避義務の内容が「契約の趣旨に照らして」決まるのはおかしい。「契約の趣旨」は契約締結後に予見した・すべき損害には及ばないと解すべきである。そうすると、「債務者が...予見すべきであった損害」は「賠償されるべき損害」へと変容されることなく、判断されることになる。なお、ここでも、売主の担保責任の統合のことが考慮に入れられていない。結果回避義務の前提として結果回避が可能すなわち履行が可能ながある。原始的客観的不能な瑕疵がある場合に、契約締結後に買主が転売契約(転売利益、違約金)のことを売主に告げたとしても、結果回避が不能なので常に免責となるのであろうか。それとも別の免責事由を考えるのであろうか。

前者(契約締結時に予見した・すべき損害)の帰責事由(免責事由)は、「契約の趣旨」により決まるが、これと過失との関係はどうだろうか。中間試案は、契約違反の責任の面(「債務不履行責任」の要件・効果)だけでなく、契約内容を実現する面(契約に適合した目的物を買主に取得させるために行為をする義務(例 保存義務))も、「契約の趣旨」により個別的に内容が決まるとする。では、契約内容を実現するため債務者がなすべき行為した場合(過失がない場合)には、契約違反の結果が生じても免責されるのかということ、既述のように原則として免責されない。中間試案は、積極的に、故意・過失によらないことを免責事由から排する立場をとる。約定行為責任ではなく**約定結果責任**(合意した結果が生じなかったことに対する責任)として責任を考えるとということだ。だが、債務の発生・内容だけでなく、過失の前提となる注意義務の程度も個々の契約により決まるとするなら、その注意義務を尽くしたら(過失がなければ)免責にならなくては、おかしい。経験則上、免責を意図せずに、注意義務の程度を定めることはしないからである。また、注意義務の程度は補充規定によってではなく、個別の契約の解釈により決まるとするなら、明示の合意がない限り、その人の能力以上の行為を約束していない(行為を尽くしたのなら免責)とみるべきことになるのではないか。なお、補充規定で注意義務が決まるとすると、行為能力を有する以上、基本的に能力は同一に扱い(抽象化する)、注意義務の程度も、表現の上では同一にし(例 善良な管理者の注意)、実際の適用においては、契約の事情(例 債務者が専門家か消費者か)を勘案し幅を持たせることになろう。

契約締結時に予見した・すべき損害の予見の主体は誰か。ここでは、「債務者が...予見すべきであった損害」は「賠償されるべき損害」へと変容がなされているとみれば、「契約の趣旨」により賠償されるべき損害が賠償されることになり、「契約」であるから、基本的に両当事者ということになろうか。それとも、債務者に予見可能であれば、契約条項を自己に有利に変える(例 代金を上げる)などして、損害賠償の危険に備えることができたのだから、賠償させてもよいということで、予見の主体は債務者とするのだろうか。いずれにせよ、「予見すべき」は「**契約の趣旨に照らして**」というあいまいな概念により決まるので、大差はない。ここまでくると、基本方針の「契約に基づくリスク分配を基礎にして賠償範

囲を決すべきであるとの立場を基礎として、いわゆる予見可能性ルールを採用した」(詳解Ⅱ 263 頁)まで、あともう一步である。

【3.1.1.67】(損害賠償の範囲)

- 〈1〉 契約に基づき発生した債権において、債権者は、契約締結時に両当事者が債務不履行の結果として予見し、または予見すべきであった損害の賠償を、債務者に対して請求することができる。
- 〈2〉 債権者は、契約締結後、債務不履行が生じるまでに債務者が予見し、または予見すべきであった損害についても、債務者がこれを回避するための合理的な措置を講じたのでなければ、債務者に対して、その賠償を請求することができる。

中間試案が目指している規定内容は、これではないだろうか。それを「判例法理を条文に明記することにより、規定内容の明確化を図っている」の名の下に行おうとしている。それが正しいなら、正面から提案を行い、議論を行うべきである。また、基本方針の【3.1.1.67】〈1〉も、正面から契約違反(結果)についての責任(C)として規定すべきだろう。思いつきだが、例えば、「契約違反の相手方は、契約締結時に両当事者が契約違反の結果として予見し、または予見すべきであった損害の賠償を、契約違反を行った当事者に対して請求することができる。」となるだろう。要件についても同様である。帰責事由(免責事由)は、不履行の原因についてではなく、結果(契約違反)についての帰責事由を問題にすべきことになる。中立的・抽象的な表現では、例えば「(1) 契約当事者は契約に違反した相手方当事者に対し、その違反によって生じた損害の賠償を請求することができる。(2) 契約違反が、契約違反を行った当事者の責めに帰することのできないものであるときは、その当事者は、その契約違反によって生じた損害を賠償する責任を負わない。」となるだろう。なお、基本方針の提案に対する批判は、本論文(1)を参照いただきたい。

〈私見〉

以上のような、「契約の趣旨」という概念を使い、契約責任を統一しようとする

中間試案には反対である。債務—不履行—責任を、「契約の趣旨に照らして」を付加することにより、別物にする立法の仕方以前に、「契約の趣旨」という概念自体に問題があると考える。

中間試案は、「契約の趣旨」という概念を使って、何がしたいのか。抽象的・一般的な表現の背後には、何か具体的問題の解決という目的があるのか。例えば、ある場合に債務不履行責任から債務者を免責したいというのがあるが、「契約の趣旨」という概念を使えば、その結論を説明でき、かつ説得力を有することになる、というのだろうか。そうではないようである。自己の理論の立法化が目的のようである。

基本方針では、契約当事者は契約により常に損害のリスク分配を行っているという前提に立ち、免責事由のところでは、「契約の趣旨」ではなく「引受け」という概念が用いられていた。

基本方針の【3.1.1.63】(損害賠償の免責事由)〈1〉

「契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債務者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。」

これに対しては、一般に債務者は「引受け」などしていないとの批判が妥当する。しかし、狭い範囲——責任を負うべき場合につき真に合意があった場合や損害を予想しその負担を覚悟した(はずである)場合においては、「引受け」が責任負担の根拠として説得力をもつ。

これに対して、中間試案は、「引受け」がない(妥当しない)場面について、別の概念で処理・説明をすることをしないで、「引受け」概念をあいまいにすることで対処しようとする。そのための概念が「契約の趣旨」である。何度も繰り返すが、「契約の趣旨」は「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」(補足説明 89 頁(概要))であり、実際に合意がない場面にも適用可能なものである。これにより、適用範囲が広くなり、契約責任全体を処理しうる概念になった。契約責任の統一という理論的な目的が一応達成できることになる。しかし、その反面、犠牲になったのが**内容と説得力**である。

「契約の趣旨に照らして」には、契約をめぐる事情を一切考慮しないで客観的に決めることを否定するという意味しかない。一律に決めるのはおかしいということで、補充規定(任意規定)として一定の基準を設けることをやめ(例 善良な管理者の注意)、補充規定(任意規定)を前提とする学説(例えば、債務不履行責任における過失責任主義、売主の担保責任における法定責任説)を排除する。補充規定(任意規定)であっても、同一の基準の下(例 善良な管理者の注意)、契約の事情(例 債務者が専門家か消費者か)を勘案し、実際には基準に幅を持たせているので、契約の事情を一切考慮しないなどということはない。しかし、基本方針・中間試案は、契約の事情を一切考慮しないで一律に決めているとみるようである(下図③)。

従来

- 1 合意で決める
- 2 補充規定(任意規定)(一部は強行規定)で決める

中間試案

- | | | |
|---|---|---------------------|
| <ol style="list-style-type: none"> ① 合意で決める ② 契約の事情から決める ③ 客観的(契約の事情を一切考慮しないで一律)に決める——否定 | } | 「契約の趣旨」で決める(① ②を統合) |
|---|---|---------------------|

「契約の趣旨」は、「契約」という言葉を使っているが、当事者の意思(の延長)をはるかに超えており、また「評価判断」の材料は、契約締結時の事情に限られないようである。「契約」により限定されるものはほとんどなく、契約当事者間の利益衡量の結果そのものといってよい位である。そのため、意思の拘束力を連想させる「契約」という言葉は不適切である。その内容も、「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」(補足説明 89 頁(概要))とするだけで、どう利益衡量するのか全く示されていない。「契約の趣旨」は、到底、判断基準とはいえない。結局、「契約の趣旨」概念の使用には、契約責任の統一と特定の学説の排除という理論的意味しかない。判断基準として内容は

ないに等しい。中間試案の良し悪しは、裁判官がどのような「契約の趣旨」を認定するのか（運用）にかかることになる。

説得力についても同様である。「契約の趣旨が責任を基礎付けるから、責任を負え」では、責任の合意をしていない契約当事者は納得しないだろう。「契約の趣旨」の意思を超える部分について、なぜその「評価判断」に従わなくてはならないかを説得をする必要がある。中間試案は、その説得をしない。説得を捨てて、契約責任の統一などの理論の立法化に力を集中しているように思える。中間試案では、問題のほとんどが「契約の趣旨」の解釈に押しやられてしまう。説得の問題も、個々の判決理由の内容に委ねられることになる。説得は裁判官の役割、立法は理論的な整理だけという中間試案には反対である。

法律(学)は説得の技術(学問)でもある。立法においては特にこの面が重視されるべきである。では、どうしたら説得力が生まれるか。中間試案の「契約の趣旨」のように、利益衡量の材料を示すだけでは説得力は生まれない。どう利益衡量するかを示す必要がある。最終的には、賠償(免責)を認めるのが「公平」であるということになるが、その結論に至る判断の過程を要件として示し、それがなるほどと思えるものであれば、説得力が生まれる。具体的には、売買目的物に瑕疵があった場合に、売主に責任があるかを判断するのに、様々な角度から、責任を検討することで説得力が生まれる。売主が債務者としてなすべき行為をしたのか(債務者の態様)から責任を検討し、また、買主が、瑕疵のない目的物を取得できると信じたことが保護に値するのか(買主の態様)から責任を検討し、また、これらに優先して、売買契約当事者(売主と買主)が責任について合意をしたのかから責任を検討する。裏から言えば、ある面から見て責任(損害賠償)は正当化されない、また別の面から見て責任は正当化されないと、何重にも検討して免責を正当化(説得)していくことになる。同一の責任内でも同様である。例えば、債務不履行責任では、不履行があったのかという判断、それが債務者の「責めに帰すべき事由」によったのかという判断、そして不履行を正当化する事由はないのかという判断の積み重ねで、債務者に損害賠償責任があることを説得していく。説得という目的からは、判断要素が重複してもかまわないのである。例えば、「債務者の責めに帰すべき事由」は、単に債務者に責任を負わせるという利益衡量の結果

を示すものではない。債務者の**非難可能性の面**から責任を検討することも意味する。「債務者の責めに帰すべき事由」を構成するとされる過失については、抽象的過失と解されており、能力の劣る人にとっては非難可能性があるとは言えないとの批判があり、別の根拠付けが必要であるにしても、多くの債務者にとっては、依然として非難可能性として機能する(説得力をもつ)。また、過失を具体的行為義務違反とすると、不履行の判断と(一部)重なることになるが、観点が異なるので、二重の判断も説得の点で意味をもつ。

法における説得の機能を重視すると、上記のように、多方面から責任を検討する契約責任の多様性を認める立場が優れていることになる。まず、責任について当事者に合意がある場合とない場合を分ける。真に合意がある場合には、合意が責任を根拠付ける(説得力をもつ)ことになる。合意がない場合は、基本的に補充規定(任意規定)として法が責任を定める。債務不履行責任と売主の担保責任である。責任について合意があれば、それだけで責任の発生を根拠付けることができるのに対して、法定責任は、責任を根拠付けるいくつかの要素を集めて、はじめて責任を発生させる(説得力をもたせる)ことができる。利益衡量はその責任を根拠付ける要素(要件)があるかを判断する際に行われることになる。

このような立場から、債務不履行責任について最終的な立法提案をする。債務不履行責任の行為責任(なすべき行為をしなかったという債務者の態様に基づく責任)としての性格をより明確にするため、前記大判大正7年8月27日の判例法理を条文に明記する。「債務者の責めに帰すべき事由」は、過失(=具体的行為義務違反)を中心とするものとして明確化をしてもよいが、既述のように反発も強いいため、免責事由として表現の変更をするにとどめた。売主の担保責任は、債務不履行責任で取りこぼした責任を、買主(財産権移転債権の債権者)の信頼の観点から再検討するものである(各論で論じる)。両責任はお互いに吸収されることなく存続するが、特定物の原始的瑕疵についても瑕疵除去義務(完全物給付義務)の範囲を拡大すれば、その義務違反は債務不履行責任の問題となり、債務不履行責任の適用範囲が拡大することになる。

〈債務不履行責任関係の規定の提案〉

「第 8 債権の目的

1 特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第 400 条関係）

債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、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。」
— 現行民法維持（変更なし）

「第 10 履行による損害賠償

1 債務不履行による損害賠償とその免責事由（民法第 415 条前段関係）

民法第 415 条前段の規律を次のように改めるものとする。

- (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。
- (2) 債務の不履行が、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。

（下線部分が中間試案からの変更。（3）は削除する。）

「第 10 債務不履行による損害賠償

6 債務の不履行における損害賠償の範囲（民法第 416 条関係）

民法第 416 条の規律を次のように改めるものとする。

債務の不履行に対する損害賠償の請求は、当該不履行によって生じた損害のうち、次に掲げるものの賠償をさせることをその目的とするものとする。

ア 通常生ずべき損害

イ その他、当該不履行の時に、債務者が予見し、又は予見すべきであった特別の事情から通常生ずべき損害」

（下線部分が中間試案からの変更。（2）は削除する。）

各論で検討・提案するする**売主の担保責任の位置づけ（私見）**をしておく。売主の担保責任は、債務不履行責任と同様、法定責任（当事者が責任について合意をしていない場合の責任（基本的に補充規定））である。しかし、債務不履行責任が債務者（売主）の態様（行為）の面から責任を基礎付けるのに対し、売主の担保責

任は、買主の態様(信頼)の面から責任を基礎付ける点に違いがある。担保責任は、完全物給付義務がないため、債務者(売主)の行為責任である債務不履行責任が問題にならない場合、あるいは完全物給付義務があっても、債務者(売主)に「責めに帰すべき事由」(現行民法415条)がないため、債務不履行責任が免責された場合に、買主の側からみて売主の責任を(再度)検討するものである。そこでは買主の信頼が保護に値するかが主に検討される。このような責任の位置付けから、問題となる瑕疵は、基本的に特定物の原始的瑕疵または種類物全部に存在する瑕疵ということになる。これらの法定責任は、契約自由の原則の下、基本的に、合意により修正することが可能であり、合意で独自の責任を定めれば、合意による責任が優先する。

売主の担保責任は、債務不履行責任とは別の責任として規定をする。「別の責任」の意味は、要件・効果を独自に検討して立法するということである。基本方針・中間試案のように、「債務不履行責任」に統合しきれないものは、切り捨てるか(売主の解除権(現行民法562条)、代金減額機能を有する損害賠償(同566条1項)、買主の善意(・無過失)等)、よく分からない理由で残す(代金減額請求権及びそれと併存する損害賠償請求権、強制競売における担保責任(同568条))ということをしな。理論からではなく、**必要性**から議論をしていく。例えば、代金減額が困難なことも多いのだから、理論的な理由から代金減額一本にするのではなく、無過失の損害賠償請求権と並んで代金減額請求権を認めるということも検討に値する。また、瑕疵担保責任を債務不履行責任とするため、完全物給付義務を売主に一律に課すという議論ではなく、売主の種類(事業者、消費者など)によって分けて検討することになる。なお、学者が後に、実は同じ性質の責任であるとの理論を発表することを妨げるものではない。説得を重視する立法と論理の純粹さを重視する理論とでは、次元が異なるので、両者が異なっても、それだけでお互いの価値を減ずるものではない。

第二項 各論

売主の担保責任に相当する規定

「4 目的物が契約の趣旨に適合しない場合の売主の責任

民法第 565 条及び第 570 条本文の規律（代金減額請求・期間制限に関するものを除く。）を次のように改めるものとする。

- (1) 引き渡された目的物が前記 3 (2) 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。
- (2) 引き渡された目的物が前記 3 (2) 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。
- (3) 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。」

「8 権利移転義務の不履行に関する売主の責任等

民法第 561 条から第 567 条まで（第 565 条を除く。）の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 売主が買主に売買の内容である権利の全部又は一部を移転せず、又は売主が移転した権利に前記 3 (3) に違反する他人の権利による負担若しくは法令の制限があるときは、買主は、売主に対し、一般原則に従って、その履行を請求し、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。
- (2) 上記 (1) の債務不履行がある場合（移転すべき権利の全部を移転しない場合を除く。）において、買主が相当の期間を定めてその履行の催告をし、売主がその期間内に履行をしないときは、買主は、意思表示により、不履行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。
- (3) 次に掲げる場合には、上記 (2) の催告を要しないものとする。
 - ア 履行を請求する権利につき、履行請求権の限界事由があるとき。

イ 売主が履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、売主が履行をする見込みがないことが明白であるとき、

(4) 上記 (2) の意思表示は、履行を請求する権利 (履行に代わる損害の賠償を請求する権利を含む。) 及び契約の解除をする権利を放棄する旨の意思表示と同時にしなければ、その効力を生じないものとする。」

「9 競売における買受人の権利の特則 (民法第 568 条及び第 570 条ただし書関係) 民法第 568 条及び第 570 条ただし書の規律を次のように改めるものとする。

(1) 民事執行法その他の法律の規定に基づく競売における買受人は、買い受けた目的物又は権利について買受けの申出の時に知らなかった損傷、他人の権利による負担その他の事情 (以下「損傷等」という。) がある場合において、その損傷等により買い受けた目的を達することができないときは、債務者に対し、契約の解除をし、又はその損傷等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。ただし、買受人が [重大な] 過失によってその損傷等を知らなかったときは、この限りでないものとする。

(2) 上記 (1) の場合において、債務者が無資力であるときは、買受人は、代金の配当を受けた債権者に対し、その代金の全部又は一部の返還を請求することができるものとする。

(3) 上記 (1) 又は (2) の場合において、債務者が目的物若しくは権利の不存在を知りながら申し出なかったとき、又は債権者がこれを知りながら競売を請求したときは、買受人は、これらの者に対し、損害賠償の請求をすることができるものとする。

(4) 買受人は、買い受けた目的物又は権利に損傷等があることを知った時から 1 年以内にその損傷等を債務者又は配当を受領した債権者に通知しなければ、上記 (1) から (3) までの権利を失うものとする。ただし、買い受けた権利の全部が他人に属していたときは、この限りでないものとする。

(注) 競売における担保責任に関して、現状を維持するという考え方がある。また、上記 (2) の規律は、上記 (3) の要件を満たす債権者についてのみ適用するという考え方がある。」

次に売主の担保責任に相当する規定を取り上げる。ここでは、売主の担保責任が債務不履行責任であるにせよ、より具体化して規定すべきである。抽象的な基準である「債務不履行の一般原則に従って」では規定の意味がない。売主の担保責任の性質が債務不履行責任であることを示すだけのまさに学説の立法になってしまう。

まず、問題を限定する。中間試案(基本方針)は、従来の担保責任の規定を、種類物、特定物を問わず、また原始的瑕疵、後発的瑕疵を問わずに適用される規定として作り変えようとしている。しかし、ここでは、従来の担保責任の原則的な適用領域である特定物売買で目的物に原始的瑕疵があった場合に問題を限定する。中間試案(基本方針)が変えようとするのは正にこの部分だからである。

① 瑕疵除去義務(修補義務等)

特定物売買でも売主に瑕疵(権利の瑕疵も含む)の除去義務を課すべきだろうか。現行民法は、補充規定として、他人物売買の場合にのみ瑕疵を除去する義務を課す(560条)。当事者が合意をすれば、他の場合にも瑕疵除去義務が発生するのは当然(法定責任説でも同じ)だが、合意がない場合の処理として、瑕疵除去義務が発生する場合を拡大すべきかは問題である。また、その義務は、売主の一般的義務である財産権移転義務から派生するとみるのか、それとも瑕疵があった場合の救済内容の一つとして認めるのかも問題となる。なお、競売においては、「売主」は瑕疵除去義務を負うことはない。

物的瑕疵について、特定物の売主一般に完全物給付義務を認め、それにより修補義務等を基礎づけるべきか。それは、典型契約である「売買契約」を選択した人の一般的意思による。ある性状を備えた目的物の財産権を移転する約束の中に、通常、ある性状を生じさせる＝瑕疵があれば修補することが含まれていれば、修補義務を補充規定に取り入れる方に傾く。この点について、私は、売買契約の当事者の通常の意味は、あくまである性状を備えた目的物の財産権を移転することであり、性状を生じさせる意思はそれに含まれないとみている。一般に売主に完全物給付義務・修補義務を課すと、売買契約と請負契約の差がなくなるが、そのような意識は一般には存在しないだろう。基本方針・中間試案は、「移転するこ

と」と「生じさせること」を区別しないが、国民の意識がそうなのか、アンケートをとるべきだろう。

特定物売買契約の当事者の一般の意思が目的物の「移転」にとどまるとしても、売主が事業者の場合、一般に修補等が期待される。また、事業者売主は、修補特約を結んでいなくとも、修補等の能力・用意があることも多いだろう。さらに、事業者は繰り返し取引を行うので、修補義務等を排除・制限したければ、契約条項を作るなどして対処できるだろう。これに対して、売主が事業者以外の場合、修補等は期待も想定もされていない。これまでは、非事業者（特に消費者）が売主になることは少なかったので、立法に際して無視をしてよかったのかもしれない。だが、社会は、大量生産・大量消費という消費社会から循環型社会へ変化が進みつつある。この認識が正しいのなら、消費者が最終使用者ではなくなり、消費者が売主となる場面が増えてくるだろう。また、中古品の流通（＝特定物売買）も増加するだろう。このことは、インターネットのように消費者が物を売りやすくなる環境が整うことで、より加速されるだろう。そのため、非事業者（特に消費者）が売主になることも想定して特定物売買の規定を設ける必要がでてきている。

以上のことから、売主が事業者かそれ以外かで規定を分けるべきであると考えられる。すなわち、「担保責任」の救済内容として、事業者である特定物売主に修補義務を課す改正（過分の費用を要しない等の要件はもちろん必要だが）を提案する。非事業者については、従来どおり、特約がない限り、修補義務を課すべきでないと考える。

特定物売買における物的瑕疵修補義務	売主が非事業者	売主が事業者
現行法	×	×
基本方針・中間試案	○	○
戸田提案	×	○

権利の瑕疵について、（一部）他人物売買の場合以外にも瑕疵除去義務を拡大すべきか。すなわち、用益権による制限のある場合等（現行民法 566 条）に、補充規定として、用益権者と交渉して用益権を消滅させる義務や「承役地」所有者と

交渉して地役権を設定する義務の発生を規定すべきか。同様に、担保権による制限のある場合(同 567 条)に、被担保債権を弁済するなどして担保権を消滅させる義務の発生を規定すべきか。

権利に関しては、完全な権利の移転のために広く「なす義務」を認めても良いと考える。権利者と交渉して売買目的の権利を取得すること(現行民法 560 条)と、権利者と交渉して権利(負担)を消滅させること(地役権を設定すること)にはあまり差はないと考えられること、売買契約の当事者の一般の意思として、権利移転に関してなすべき行為が、権利移転の合意や対抗要件を備えさせる行為に限定されるとは考えられないことが、理由として挙げられる。これらの権利(負担)の多くは、売主が設定したものであると考えられるので、消費者である売主にも瑕疵除去義務を課してもよいと考える。また、地役権が存すると称した消費者売主にも、地役権設定交渉義務を課してよいと考える。その消費者売主は、多くの場合、「承役地」所有者と何らかの関係があると考えられるからである。

以上のことから、**用益権による制限のある場合等(現行民法 566 条)と担保権による制限のある場合(同 567 条)にも、財産権移転義務から派生する義務として、新たに瑕疵除去義務等を規定することを提案する。**これに伴い、担保責任に相当する規定の救済は、売主が瑕疵除去義務を尽くした後(第一のリスク分配で売主が免責された後)に問題になることになる。現行民法 561 条の「売主がその売却した権利を取得して買主に移転することができないときは」、同 563 条の「売主がこれを買主に移転することができないときは」に相当する要件を、地上権等がある場合等における売主の担保責任(現行民法 566 条)にも付け加えるべきである。例えば、「売主がこれらの権利を除去することができないとき」「売主が地役権の設定を受けることができないとき」となる。抵当権等がある場合における売主の担保責任(現行民法 567 条)は、売主に瑕疵除去義務を課すことで、債務不履行責任の問題となる。抵当権等は被担保債権の弁済で除去できるので、売主が瑕疵除去義務違反(担保権を消滅させられないこと)につき免責事由があることは考えられないからである。買主の救済は債務不履行責任で尽くされることになる(第一のリスク分配のみ)。買主は、履行の催告後(抵当権等の実行により所有権を失えば直ちに)、債務不履行責任として解除や損害賠償請求ができる(買主の

善意・無重過失は要件にならない)。抵当権等の実行前に、買主に代金減額請求を認めるかは問題である(後述)。

なお、現行民法の規定が不都合であることを示す事案が裁判上現れたということはきかない(網羅的な判例研究をしていないので断言はできないが)、私も具体的な事例が念頭にあっていっているわけではない。問題点と解決法が明らかになり、改正の機が熟したものについてだけ改正を行うということであれば、現状のままでもよいと考える。

目的物の物・権利の瑕疵を除去する義務	現行民法 (補充規定)	基本方針 (当事者が合意 をしていると みる)	中間試案 (当事者が合意 をしていると みる?)	戸田提案 (補充規定)
権利が(一部)他人に属する場合	○(560条)	○	○	○
用益の権利による制限のある場合	×	○	○	○
担保権による制限がある場合	×	?	○	○
数量不足又は物の一部滅失の場合	×	○	○	△(事業者売主のみ)
隠れた瑕疵があった場合	×	○	○	△(事業者売主のみ)

・競売の場合は、すべて×(「売主」は瑕疵除去義務を負わない)

② 代金減額(機能をもつ損害賠償)

既述のように、基本方針及びその影響を残す中間試案は、契約により契約違反(債務不履行責任という形をとる)のリスクの分配を既におこなっているとみるので、それ以外に法によるリスク分配(代金減額)を認めるのはおかしいことになる。当事者が代金減額を合意していない限り、代金減額は認められないはずである。

以下では、債務不履行責任が法によるリスク分配(帰責事由、損害賠償の範囲が法により決まるという意味で法定責任)であるとして、債務不履行責任(履行利

益の損害賠償責任)の免責後に、別の法によるリスク分配として代金減額が認められるかを考える。

瑕疵が契約締結後に発生した場合は、危険負担の問題である。但し、中間試案では特定物の売主にも修補義務等が発生するので、それらの義務及び義務違反の責任が免責された後の、リスク分配の問題となる。この問題もここでは扱わない。ここで取り上げるのは、特定物に契約締結前から瑕疵が存在する場合である。従来、担保責任として論じられてきた問題である。そのうち、ここでは次の二点について検討・提案を行う。それは、1 契約締結時に瑕疵につき悪意の買主にも代金減額請求を認めるのかということと、2 性状と代金に対応していない(若しくはその対応関係がはっきりしていない)ときは、代金減額機能を有する損害賠償を免責事由なしに認めるべきではないのかということである。

1 まず、悪意の買主にも代金減額請求を認めるべきかである。これは理論で当然に決まる問題ではないが、考え方とおおまかな関連づけは可能である。それは契約締結時に瑕疵の存在につき悪意であっても、瑕疵除去の期待が許される場合には、代金減額請求が認められるというものである。「瑕疵除去の期待が許される場合」の主要な例が、完全物給付義務が認められる場合(中間試案では、さらに「履行請求権の限界事由」がないことが加わる)である。現行民法では、他人の権利の売買の場合にだけ完全物給付義務が認められる(現行民法560条)ので、権利の一部が他人の属する場合における売主の担保責任においてだけ代金減額が認められる(同563条1項)。なお、権利の全部が他人の属する場合における売主の担保責任においては、悪意の買主にも契約解除が認められることになる。抵当権等がある場合における売主の担保責任においては、被担保債権の弁済により抵当権等が消滅するとの期待が許されるという別の理由で、悪意の買主にも契約解除が認められる(同567条1項)。今回の改正提案(戸田)では、地上権等がある場合等(同566条参照)にも、新たに売主に瑕疵除去義務を課すので、その担保責任においても、悪意の買主に代金減額請求が認められることになる。抵当権等がある場合も同様に、新たに売主に瑕疵除去義務を課す提案を行ったが、瑕疵除去義務違反につき、売主に免責事由が認められることはないと考えられるので、買主の救済は債務不履行責任で尽くされることになる。債務不履行責任の特則(当

然、買主の善意、悪意を問わない)として買主に代金減額請求を認めてもよいが、被担保債権の弁済があるまで、代金の支払を拒絶できるという処理でもよいと考える。

物的な瑕疵については、完全物給付義務としては瑕疵除去義務を認めず、担保責任の救済内容として事業者売主に修補義務を課す改正提案(戸田)をした。そのため、契約締結時に悪意の買主には瑕疵除去の期待は許されず、代金減額請求を認めない提案をしたい。これに対しては、担保責任の救済内容としてであっても修補義務を課すのなら、瑕疵除去の期待は許され、代金減額を認めるという判断も成り立つ。これは価値判断の問題である。基本方針(中間試案)は、性状があるというのが契約の趣旨なのだから、その性状がなければ契約の趣旨に不適合であり、買主が悪意でも救済を認めるべきとするが、賛成できない。特定物に性状が「ある」という合意(任意(補充)規定である担保責任はこの場合を規定)だけでは、その性状は、一般の契約内容とは同じに扱えない。例えば、100万円の債務を負担する合意とは質が異なる。100万円の債務の弁済として80万円しか給付しないのであれば、20万円を追加で請求できるし、誤って120万円を給付したのであれば、20万円を返還請求できる。これに対して、特定物の性状は、特定物のドクマ等を否定しても、なお動機の面が残っている。中間試案(基本方針)は、性状の代金との対応を不要とし、単に性状があるという合意でよいとする。何をもちて合意内容とみるかは問題だが、広く、契約書・付属書類・商品の包装等に記された仕様、原材料・成分表示の内容を含むとすると、その一つ一つについて金銭支払いの合意と同じように扱えないだろう。確かに、性状の合意を重視すると、買主の善意、悪意を問わずに代金減額を認める見解につながるが、同時に代金増額も認める見解にもつながりやすい。逆にみると、目的物の性状が契約内容より良い場合、目的物が異なるとして引渡しを拒絶したり、代金増額請求したりすることを当然に認めないのなら、目的物はこの特定した物であり、性状については、契約内容より悪い場合に修補義務が認められることがあっても、契約内容としては一段下のものという考え方につながるやすい。買主(売主)の善意、悪意により救済が左右されてもおかしくない。例えば、**現行民法572条**は、無担保特約を結んでいても、瑕疵につき悪意の売主は責任を免れることができないとするが、中

問試案(基本方針)の考え方では、現状有姿でという合意をしたのだから(当然代金はそれに対応したものになっている)、売主は悪意でも責任を負わないということにならないか。もしそれを否定するのなら、性状は、通常の契約内容とは異なることを認めたことになる。この規定は、瑕疵について悪意であれば、それを相手方に告げなければならない(相手方も悪意であれば別)、告げなければ性状の合意(ここで無担保特約)の効力が否定されるという考え方を示しているとみることができる。さらに、実際問題としても、仮に悪意でも良いとすると、買主が瑕疵につき悪意で、性状があると合意し(あるいは仕様書の自分にとっては不要の機能が欠けることを知りながら購入し)、後でクレームをつけて代金減額、損害賠償(履行利益)をとろうということも考えられないことではない。また、逆に、売主が仕様書等に、買主が関心を持たない仕様につき低く書いておき(悪意)、後から追加代金を払わせようという問題も考えられないことではない(一種の押売り)。

代金に反映した性状および代金への反映が当然視される性状につき、買主が悪意で購入することはほとんど考えられない。また、その場合は、単なる性状が「ある」という合意を超えた合意があることが多いだろう。たとえば、目的物の調整・修繕なども義務内容とする合意があることが考えられる。その場合、契約締結時の目的物はいわば未完製品であり、買主が合意した性状を有しないことを認識していたとしても(悪意)、調整・修繕などを請求でき、その不履行があれば、債務不履行責任の問題となる。そのような合意がない場合に、悪意の買主が代金減額を請求するのは、自己の行為と矛盾した態度を取ることになるので、原則として保護に値しないとも考えられる。これは、債務の不存在を知ってした弁済(民法705条)に連なる問題である。さらに、悪意の買主がそのような行為をするのは、初めに高い金額を提示しておいて、売主に売却を決心させ、あとになって目的物の欠陥を指摘して、代金額を下げているという意図に基づくと推測される。そうであるなら、一種の罰として、代金減額も含め一切の救済を認めないということでもよいと考える。なお、売主も悪意なら、買主の非難可能性は相対的に低下し、代金減額を認めてもよいとも考えられる。私としては、そのことを規定することに反対はしないが、ほとんどあり得ない事態を規定する必要はないのではないかと考える。一般条項・一般法理(売主の悪質性が買主の悪質性を上回るときは、買

主の悪意を主張できない) に任せてよいのではないか。

他の若干の法令に目を向けると、国際物品売買契約に関する国際連合条約 35 条 3 項は、「買主が契約の締結時に物品の不適合を知り、又は知らないことはあり得なかった場合には、売主は、当該物品の不適合について (2) (a) から (d) までの規定に係る責任を負わない。」と規定し、ヘーグ国際動産統一売買法 36 条は、「契約締結の時に、買主が適合性の欠缺を知っていた場合、または知らなかったとはなしえない場合には、売主は、第 33 条第 1 項 d), e), または f) 号に規定する種類の適合性の欠缺の結果について責に任じない。」⁽⁸⁾ と規定する。また、ドイツ民法 442 条 1 項は、「(1) 瑕疵に基づく買主の権利は、買主が契約締結時にその瑕疵を知っていたときは、排除される。買主が重大な過失により瑕疵を知らなかった場合には、買主は、売主がその瑕疵を知りながら告げず又は物の性状につき損害担保を引き受けたときのみ、その瑕疵に基づく権利を行使することができる。」⁽⁹⁾ と規定し、いずれも、買主の善意・無(重)過失を要件としている。もちろん、日本国民の売買契約についての意識がこれらと異なり、性状があるという合意は一定の性状を生ぜしめる合意を含んでいるというものなら、善意を要件にする必要はない。だが、そうでないことは、アンケートの結果を待たずとも明らかであろう。基本方針も、自説に無理があると考えたのか、〔適用事例〕はすべて買主が善意の場合である。結局、例外的な場合(当事者が性状について目的物の調整・修繕なども義務内容とした場合)を除き、買主の善意が要件になると考える。

では、過失についてはどうだろう。現行民法 565 条は買主の善意のみが要件だが、現行民法 570 条の「隠れた」は買主の善意・無過失を意味するものと解されている⁽¹⁰⁾。これらの規定について、変更の必要があるだろうか。これまで具体的な事案において、その不都合が明らかになったということは、私の知る限りない。そのため、変更の必要はないともいえる。だが、この機会に、具体的な事案は念頭にないが、抽象的に考察してみる。

買主の善意、悪意は、単なる主観的事実であるが、(重)過失の有無を加えると、規範的要素が入る。裁判所による柔軟な判断が可能となる。また、悪意の立証は困難であるが、それを軽減するためにも、当然知っているはずの場合を悪意と同

視することは許されよう。一方、善意・無過失を要件とすることについては、商人ならともかく、一般消費者に無過失まで要求するのは酷である。ではどう変えるかだが、規定の変更は、明確な理由がない限り、慎重に行う（大きく変えない）べきである。これらを総合すると、基本的に、買主の善意・無重過失を要件とすることに落ち着くのではないだろうか。「基本的に」とは、売主の態様により例外を設けることを意味する。まず、ドイツ民法のように、売主が悪意の場合は、買主に重過失があっても救済を認めてもよいだろう。また、買主が目的物の検査を怠ることを正当化するような売主の態様があった場合も同様である。売主が特定の性状を「請け合った」ような場合である。もっとも、このような場合には、買主には重過失がないとされるだろうから、規定の必要はないともいえる。

基本的に買主の善意・無重過失を要件とすると、瑕疵担保責任（570 条）については、善意・無過失から善意・無重過失と要件の緩和になるが、数量指示売買等（565 条）では、善意から善意・無重過失と要件の厳格化になる。これをどう考えるべきか。目的物の原始的一部滅失の場合はともかく、数量指示売買では、数量と代金の対応が明確である。このような合意がある場合には、売主が特定の性状を「請け合った」と場合と同じく、数量について調査をしなくとも、救済を認めてよいと考えられる。瑕疵担保責任で特定の性状と代金を対応させた場合も同様である。では、これらは買主の善意を要件にすべきか。善意の買主は、多くの場合、重過失がないとされるであろうから、規定としては、そこまで細かく定める必要はないのではないか。目的物の原始的一部滅失の場合は、滅失については売主が気づくべきであり、買主は善意であれば保護すべきであるとも考えられるが、これも重過失の認定で適切に処理できるので、他と区別して規定する必要はないと考える。

そこで、現行民法の 565 条と 570 条を物的瑕疵（数量不足等も含む）についての担保責任として統合し、原則として、買主の善意・無重過失を要件し、例外として、売主が瑕疵について悪意の場合は、買主の善意を要件とするという提案をしたい。なお、売主の悪意についても善意・重過失への緩和が考えられるが、本提案では単に「悪意」としておく。これに対しては、判例の集積もないのに、観念的に考えて、改正する必要があるのかという疑問も呈されよう。私としては、

時期尚早ということで、現行民法の規定を維持するという判断でも構わない。なお、この提案は、代金減額だけではなく、担保責任としての**損害賠償責任の要件**にもなる。

競売においては、別異の考慮が必要である。「売主」には瑕疵除去義務(完全物給付義務)が課せられていない。そのため、悪意の買主には、瑕疵のない目的物の取得の期待が許されず、損害賠償はもちろん、代金減額の救済もないという論理になる。中間試案(第35,9(競売における買受人の権利の特則)(1))でも、権利の瑕疵について悪意の買主には、代金減額請求、解除、損害賠償請求を認めていないが、私の立場からは以上のように説明がつく。ところが、中間試案は「競売における買受人の権利の特則」(強調は戸田)とするだけで、何の説明もない。「買受人の権利の特則」とは何の権利の特則だろう。「売主」は、瑕疵のない目的物の移転義務(完全物給付義務)を負っていないのだから、その義務違反による債務不履行責任として発生する損害賠償請求権、解除権の特則ではありえない。買受人の善意・無(重)過失、「買い受けた目的を達することができないとき」が要件となっていることから、「等価的均衡の維持」の要請に基づく代金減額請求権の特則でもないだろう。前にも書いたが、代表的な担保責任を債務不履行責任とすれば、すべての担保責任が債務不履行責任になるのではなく、完全物給付義務の有無などから一つ一つ考えていく必要がある。それに対応して、救済の要件・内容も変わっていくのである。

中間試案は、現行民法568条、570条ただし書の範囲内だけで変更を論じている。「契約の趣旨」責任としての債務不履行責任に取り込まれた売主の担保責任の他の規定との断絶がある。また、これまでの中間試案の用語法も貫かれていない。まず、責任の要件として買主の主観的要件(善意・無(重)過失)が何の説明もなく復活している。だが、中間試案の理窟では、主観的要件は「損傷」の要件に吸収され、買受人が知っていた・過失により知らなかったら「損傷」ではないとなるのではないか。また、中間試案は、「過失」を契約の具体的事情を離れて決まる抽象的な概念として捉えており、否定的な評価をしていたのではないか。競売では当事者に合意はないが、具体的事情は異なる。これまでの中間試案の論理からすると、入札者が一般人か専門家かで負う注意義務の程度が異なるのに、一律に決

めるのはおかしいとなるのではないか。

物的瑕疵を指す言葉として、「契約の趣旨に適合しない」を「損傷」へと変更する。だが、特則であるなら、変える必要はないはずである。競売では当事者に合意はないが、「契約の趣旨」は「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」（補足説明 89 頁（概要））なので、競売の事情（損傷が売却基準価額に反映されたか、現況調査報告書等の記載など）から「契約の趣旨」を導き出すことも可能なようにも思える。だが、「契約の趣旨」は、契約当事者の合意（約定担保のようなもの）から広げて考えるもので、合意がなければ「契約の趣旨」は使えないということだろうか、「契約の趣旨」は影を潜める。ではなぜ、「損傷」という言葉を使うのか。この「損傷」は、民事執行法 75 条の「買受けの申出をした後天災その他自己の責めに帰することができない事由により不動産が損傷した場合」の「損傷」を取り入れたものと推測される。この規定は実質的には危険負担に関する規定である（現行民法 534 条 1 項、535 条 2 項参照）。この規定は、買受け申し出前の損傷にも、一定の条件の下、類推適用されるとしても、瑕疵に置き換わるものではない。例えば、土地の面積が不足していた場合、24 金とされていたものが実は 14 金であったような場合、美術品が贋作であったような場合は、いずれも損傷したとは言えないのではないか。「瑕疵」という言葉を嫌うのはよいが、誤解・混乱を生じないように用語を考えるべきである。

結局、中間試案は、「契約の趣旨」責任に取り込めない法定担保責任の位置づけに困り、「競売における買受人の権利の特則」としてごまかしているのではないか。正確には、「特則」などではなく、全く別の責任（法定責任）である。

〈提案〉

強制競売においても、瑕疵担保責任を追及できるようにすべきである（現行民法 570 条ただし書の削除等による）。競売結果の確実性よりも、買受人の信頼の保護を重視するためである。その一方で、強制競売の特殊性（競売結果の確実性の要請）から、保護に値する信頼は通常の売買よりも狭くなる（要件が厳格になる）と考えるべきである。そこで、**買主の善意・無過失を要件とする提案**を行う（通常の売買では善意・無重過失（戸田提案））。また、競売においては、多少の瑕疵は買受人が覚悟すべきであることから、「**重大な**」瑕疵を要件とすることを提案

する。これらの要件は、同じ物的瑕疵である数量不足又は物の一部滅失の場合にも課すべきである。中間試案は、「買い受けた目的を達成することができないとき」を、解除だけでなく代金減額の要件にもしているが、買受人が一般に契約への拘束を欲しなくなるかという基準を代金減額の要件とするのは不適切であると考える。なお、信頼責任(私見)では、性状が存在するという信頼が保護に値するかどうかという観点から、瑕疵の前提となる性状を定めていける。物件明細書、現況調査報告書、評価書の記載等から決めることになるだろう。

2 次に、性状と代金に対応していない(若しくはその対応関係がはっきりしていない)ときの処理である。ここで問題なる性状は、物の性状に限られる。権利の存在は常に代金に反映する。目的物の権利があってもなくても(制限されていてもいなくても)、代金は変わらないということはないと考えられるからである。

客観的瑕疵については、特定の性状と代金とを対応させてはいないが、特定物売買でも、ある種類の物(基本方針の適用事例では、居住用の家屋)として代金を定めているのだから、その種類の物が通常有すべき性状と代金に対応しているといえる。従って、その性状を欠く場合には、理論的には代金減額が可能ともいえる。だが、通常有すべき性状のうち特定の性状が欠けた場合、そのような物の市場が存在しない限り、減額分の算定は困難である。特に動産では、市場がある場合でも、少しの傷でも二割三割引となるようなものについて、それを基に代金減額を認めてよいかは問題である。修補費用を代金減額分とすることについても、高額な商品を除き、修理代金が新品の価格を上回ることが稀でないことから、一般的な基準とすることはできない。主観的瑕疵については、当事者が特定の性状に対応させて代金を決定した場合には、その性状が欠けていたときに代金減額は可能である。しかし、特定の性状があるとの合意をしたが、それが代金に(直接)反映しない場合は、代金減額は不可能に近い。実際に、売りたいがために、物の性質・性能を偽るということは、いくらでもあることである。もちろん、偽った性質・性能分だけ代金を増額したのであれば、代金減額が可能である。しかし、「お買い得感」を出すために性質・性能を偽った場合——実際の性質・性能としては妥当な値段である場合(高めだが、同じ性質・性能で他にその値段で売って

る物もある場合), どのように代金減額をするのだろうか。

ここでは, 主観的瑕疵である数量について, 現行民法の数量指示売買の要件を満たさない場合(数量を基に代金を定めていない場合)に, 代金減額ができるのかを, 土地の売買で表示された面積に不足がある場合を例に考えてみたい。売買契約書に目的土地の登記簿上の面積が記載されていたが, 実際の実面積はこれに不足していた場合, 中間試案では, i 面積の記載が目的物の特定のためになされたもので, 面積自体に意味はないとされれば, 救済は一切なし, ii 面積の記載が, 目的物の性状(属性)を示すものであり, 合意内容になっているものとされれば, 代金が面積を基に決められていなくとも, 代金減額が認められることになる。しかも, 買主が契約前に独自に測量等を行うことにより, 面積不足を知っていた場合でも変わらないのである。なお, 売主に免責事由が認められなければ, 代金減額請求をせずに, 債務不履行として履行利益の損害賠償請求ができることになる。

中間試案では, 「不適合の程度に応じて」代金減額を請求できる(第 35(売買), 5(1))とするが, どうやって行うのだろうか。数量指示売買と同じように, 不足分の面積の割合に応じた代金減額が認められるのだろうか。基本方針は, 現行民法の, 割合的算定が容易なものについては代金減額を認め, 割合的算定が困難なものについては損害賠償でいくという区別に対して, 「適切かどうかは疑問がある」とするが, その理由は, 代金減額が認められる現民法 563 条と 566 条の場合も「割合的算定が必ずしも容易とは限ら」ないというものである。事例が挙げられていないので分からないが, 仮にそれが無視できない事実であるとしても, そこからは, 線引きを変えとか, 全ての場合に損害賠償でいくという提案は導かれても, 割合的算定が困難でも代金減額を認めるという提案は導かれない。割合的算定が困難な場合の, 代金減額の方法を規定するなら分かるが, そのような手当ては全くなされていない。結局, 裁判官に, 代金減額の方法を編み出す責任を押しつけることになる。何の手当てもしなければ, 裁判官としては, 代金減額が可能なものを瑕疵と認め, そうでないものは瑕疵ではないという処理をしてしまいはしないだろうか。

代金減額は, 数量指示売買以外に, 性状と代金の客観的対応が認められるものについては認めてよい。それ以外は, 数量不足により被った損害を免責事由なし

に賠償させる(代金を上限)という処理をすべきではないか(民事訴訟法 248 条も使える)。例えば、土地の面積不足により、計画していた施設を建設できないときに、数量不足ではなく、契約目的との関係で瑕疵をとらえ、損害賠償請求を認めるべきだと考える。そこで、**代金減額請求と並んで(どちらで行ってもよいという意味)、代金減額機能を有する損害賠償請求を債務者の免責事由なしに認める立法を提案する。**

③ 代金減額と共に請求できる損害賠償——「信賴利益」の賠償

中間試案によると、代金減額請求をするには、履行の追完に代わる損害賠償請求権を放棄する必要があるということだ。ということは、履行の追完に代わる損害以外の賠償請求はできることになる。では、どのような損害の賠償請求ができるのか。

債務不履行による損害－履行の追完に代わる損害＝？

基本方針によると、代金減額請求権と併存する損害賠償請求権とは、「買主が、移転されなかった権利を取得することができる」と期待してすでに費用を支出しており、その権利移転がなかったために、支出した費用が無駄になったような場合」(詳解Ⅳ 62 頁)の損害賠償請求権とされる。これは、信賴利益の賠償請求である。これは何のことはない、現行民法の担保責任を、形を変えて、基本方針の主張する独特な債務不履行責任に再び組み込もうとしているに過ぎない。この考えは、中間試案にもそのまま受け継がれていると思われる。

だが、この責任は、債務の不履行(不完全なものを給付したこと)による責任ではないだろう。信賴利益の賠償請求は、債務不履行責任とは別の責任(担保責任とか)として構成する必要があるのではないか。帰責原理(要件として免責事由に反映)が異なるからである。まず、履行利益の損害賠償の免責事由である債務不履行(＝結果の不発生)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こと」が、同時に信賴利益の賠償の免責事由になるのはおかしい。代金減額と同じく、「一部の履行がないことをそのまま前提と

して認めた上で」(詳解Ⅳ 62 頁)の救済だからだ。

次に、**信託利益の賠償請求は、買主の善意が要件になるのではないか。**

価値判断として、他人物につき悪意の買主が、引き渡された他人物に費用を支出したが、権利移転不能によりその費用が無駄になったとしても、保護に値しないのではないかと考えられる。たとえ、売主が所有者から所有権を取得して買主に移転してくれると信じたとしても、権利移転は所有者の意思にかかるので、権利移転不能の可能性は、通常の権利移転債務よりもはるかに高い。そうすると、悪意の買主は権利移転があるまで目的物に費用を支出すべきでないと考えられるからだ(なお、ドイツ民法 284 条参照)。その場合、民法 196 条により、所有者に対しては費用償還請求ができる。それで十分ではないだろうか。「他人の権利による負担若しくは法令上の制限があるとき」も同様である。

物的な瑕疵はどうか。権利の瑕疵とは異なり、その除去が他人の意思によることは普通ない。従って、特定物売買においても、瑕疵の除去が客観的に可能で、完全物給付義務を課すのであれば、瑕疵除去の可能性は高いといえる。そのため、買主が契約締結時に瑕疵を認識しているだけでは、保護に値しないとはいえない。修補があることを前提に費用を支出することも許され、瑕疵が除去されずに、支出した費用が無駄になったら、その損害賠償請求を認めるという価値判断も十分成り立つ。ただし、瑕疵が除去される可能性がない若しくは低い場合は別である。中間試案に沿っていうと、契約締結時に履行請求権の限界事由につき悪意の場合には、信託利益の賠償を認めるべきでないことになる。これに対して、完全物給付義務を認めないのであれば、契約締結時に瑕疵を認識していれば、保護に値しないと考えられる(第 35, 9 (競売における買受人の権利の特則) 参照)。私見は、買主に「担保責任」の救済内容として、事業者である特定物売主に対する修補請求を認めるものであるが、完全物給付義務を認めないので、これに属する。

善意・重過失の扱いについては、物的瑕疵における代金減額の場合と同じく、原則として、善意・重過失は悪意に準ずるものとして、保護の対象から外し、例外として、売主が瑕疵について悪意の場合は、保護すべきであるとする。

〈提案〉

1 代金減額請求と共に請求できる損害賠償(「信託利益」の賠償)責任の要件か

ら、債務不履行責任の免責事由(「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こと」)を外すことを提案する。

2 一方、契約締結時における瑕疵(物的瑕疵及び権利の瑕疵)についての買主の善意・無重過失(売主が悪意の場合は買主の善意)を、要件とすることを提案する。

④ 瑕疵除去の費用の損害賠償、「履行利益」の賠償

既述のように、損害賠償は、性質を規定するという改正ではなく、賠償される損害を個別に規定するという方向での改正を目指すべきである。そのうえで、債務不履行責任の規定を準用するかは解釈に任せるべきである。

物的瑕疵

事業者売主に瑕疵修補義務が発生する場合、買主が催告をしたにもかかわらず、修補がなされないときは、**修補費用の賠償請求**を認めるべきである。買主は、それにより別の事業者等に修補をさせることができる。この瑕疵修補義務は、担保責任の救済内容として課されるものなので、それに代わる損害賠償につき、改めて免責事由が問題となることはない。救済内容が、瑕疵修補という行為から金銭の支払いに変更になっただけである。

転売利益等の履行利益の損害賠償は、契約上、性状が「売買契約の目的を達成するうえで特段の意味を有するもの」である場合に認められる(最(一小)判昭和五七年一月二日の基準の一般化)と規定することを提案する。もっとも、「特段の意味」の内容は問題である。「特段の意味」が、「保証」等の合意を意味するのであれば、契約自由の原則から認められるので、特に規定はなくともよい。「保証」の合意までいかなくとも、契約当事者が、性状が重要であることを認識していた場合に、履行利益の損害賠償請求権を認めるというのであれば、規定が必要である。もう一步踏み込んだ形で提案できればよいが、現在のところ定式化はできない。その他に、観念的には、売主が瑕疵について悪意で、そのことを黙って売った場合に認めるとか、事業者間の売買では認めるとか、さまざまな議論ができる。しかし、この問題は、具体的な事例の積み重ねの中から帰納的に基準を作り上げていくべきだと考える。履行利益の損害賠償を認めるべき具体的な事例が、判例上も議論上も出てきていない現段階(すべてを見たわけではないが)では、履

行利益の損害賠償を認める「可能性」を残すにとどめるべきだと考える。その意味で「特段の意味」という規定を設けるべきか、「特段の意味」では内容が不明確であるので、立法には熟しておらず、規定を見送るべきか、迷っている。なお、一般に履行利益の損害賠償を認めることについては、性状は、代金に反映しなくとも「合意」があればよいと、広く解することを前提に考えると、反対である。また、消費者が住み替えのため、自己所有の不動産を事業者（転売が予見される）に売却した場合に、瑕疵が見つかり、履行利益の賠償をしなければならないというのには、抵抗を覚える。

以上は「完成品」としての特定物売買であり、完全物給付義務違反の責任ではないので、代金減額請求、信頼利益の賠償請求と同じく、買主の善意・無重過失（売主が悪意の場合は買主の善意）が要件となる。なお、当然ながら、履行利益の賠償が認められたら、これらの請求は認められないことになる。

例外的に、未完成品として特定物売買が行われることも考えられる。その場合、本来的な義務として完全物履行義務が発生し、「完成品」を給付できなければ、**債務不履行責任**として履行利益の賠償も認められる。例えば、「現状では100馬力しか出ない電動機を120馬力出るとして売った場合」に、買主が契約締結時に100馬力しか出ないことを知っていても（瑕疵につき悪意）、設置及び調整も売主の義務内容になっており、チューニングで120馬力になるので、最終的には120馬力出るようになって買ったときを考える。この事例では、買主は悪意でも、瑕疵のない物の履行請求ができ、120馬力出なければ、免責事由がない限り、履行利益の損害賠償請求ができるとしてよい。この場合は、補充規定を合意で修正している場面なので、特に規定の必要はない。なお、売主に免責事由があった場合の買主（善意、悪意を問わない）の代金減額請求については、後発的不能として危険負担（債務者主義）の問題として処理すればよいと考えている。権利の瑕疵の除去には、瑕疵となる権利者の同意が必要であることから、契約締結時の瑕疵は原始的不能の可能性を含むが、未完成品として特定物売買では、完成品とすることができなくなった原因は後発的に生じているからである。未完成品であるから、それを物的「瑕疵」とはいえないというのも理由である。もっとも、その違いはあまりなく、権利の瑕疵（現行民法563条1項）のように担保責任の

問題として、規定を設けてもよいと思う。

権利の瑕疵

権利の瑕疵については、買主の善意、悪意を問わず、完全な権利の移転義務として瑕疵除去義務を規定する(性質は補充規定)ことを提案した。売主がその義務に違反したときは、債務不履行一般の問題として、免責事由がない限り、履行利益を含む損害賠償責任を負うことになる⁽¹¹⁾。しかし、担保権による制限のある場合(現行民法 567 条)を除き、瑕疵除去には、瑕疵となっている他人の権利の権利者と交渉して権利の譲渡・消滅の同意を得る必要がある。地役権の設定についても、「承役地」所有者と交渉して設定の同意を得る必要がある。売主が同意を得るよう努力したにもかかわらず、権利者が同意をしないときには、免責事由あり(「責めに帰すべき事由」(現行民法 415 条)なし)として、売主は債務不履行責任を免れる。これが第一の法によるリスク分配である。このリスク分配は、現行民法上は、債務不履行責任一般の問題として、担保責任のところに規定はないが、今回の改正では、注意的に併せて規定してもよいと考える。

リスク分配はそれで終わりではない。権利の瑕疵について、さらに「担保責任」が発生しうる。そこでの損害賠償は、代金減額機能をもつ損害賠償(買主は悪意でもよい)および信頼利益の賠償(買主の善意・無重過失が要件)であり、原則として、履行利益の賠償は認められない。これが第二の法によるリスク分配である。以上は、現行民法の他人の権利の売買における規律(560 条～564 条、415 条以下)を用益権による制限のある場合等(現行民法 566 条)に拡張したものである。

これに加え、契約上、負担のないこと等が「売買契約の目的を達成するうえで特段の意味を有する」場合には、履行利益の賠償が認められる(最(一小)判昭和五七年一月二二日の基準の一般化)と規定することを提案する。「特段の意味」が保証等の合意であれば、第三の契約(保証等)によるリスク分配ということになる(第一、第二のリスク分配の修正(規程は不要))。「特段の意味」が合意ではなく法による評価であれば、第二のリスク分配の一部として規定することになる(買主の善意・無重過失が要件)(戸田提案)。

なお、抵当権等がある場合における売主の担保責任(現行民法 567 条)は、新たに提案した売主の瑕疵除去義務の違反につき免責事由があることは考えられな

いので、債務不履行責任の問題となる（第二のリスク分配はない）。

〈提案〉

1 事業者売主に瑕疵修補義務が発生する場合、買主が催告をしたにもかかわらず、修補がなされないときは、修補費用の賠償請求ができるとする規定を設けることを提案する。

2 契約に合致した目的物を取得できたなら得られたであろう利益の賠償（「履行利益」の賠償）責任の要件から、債務不履行責任の免責事由（「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こと」）を外すことを提案する。ここでの責任を、債務不履行責任が免責された後の独自の責任とするためである。そして、履行利益の賠償は、性状等が「売買契約の目的を達成するうえで特段の意味を有するもの」である場合に認められると規定することを提案する。なお、「特段の意味」では内容が不明確であり、立法には熟していないため、解釈に任せることにして、履行利益の賠償の規定は見送るということでもよい。

3 契約締結時における瑕疵（物的瑕疵及び権利の瑕疵）についての買主の善意・無重過失（売主が悪意の場合は買主の善意）を、履行利益の損害賠償請求の要件とすることを提案する（信頼利益の賠償請求と共通の要件）。なお、修補費用の賠償請求については、買主の善意・無重過失（売主が悪意の場合は買主の善意）が、すでに瑕疵修補義務発生の要件となっているため、この要件は不要である。

⑤ 契約解除

「第 11 契約の解除

1 債務不履行による契約の解除の要件（民法第 541 条ほか関係）

民法第 541 条から第 543 条までの規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めて履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができるものとする。ただし、そ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、この限りでないものとする。

(2) 以下 省略

中間試案は、基本方針と同じく、契約解除の要件から「債務者の責めに帰すべき事由」(現行民法 415 条)を削除する。一方、基本方針の「契約の重大な不履行」という要件を「契約をした目的の達成を妨げるもの」に変更する。「重大」の認定にあたり、債権者(買主)の事情をより重視するということだろうか。これは、現行民法の担保責任の「契約をした目的を達することができないとき」(566 条 1 項)、「残存する部分のみであれば買主がこれを買受けなかったとき」(563 条 2 項)に揃えたものと評価することができる。帰責事由を不要とした点も、担保責任による解除と同じで、担保責任に近づける形で、契約責任の解除の要件の統一を図っている。その成功は、担保責任の解除の要件から買主の主観的態様の要件を削除できるかにかかっている。

契約締結時に瑕疵について買主が善意であることが要件にならないか？

従来の担保責任の領域——特定物売買で目的物に原始的な瑕疵があった場合(売主が完全物給付義務として瑕疵除去義務を負う場合(現行民法 560 条、改正提案(戸田)では権利の瑕疵がある場合)は、債務不履行責任が免責されたことが必要)において、契約締結時に買主が瑕疵を知っていたときにも、買主は契約を解除できるとしてよいのか。買主の善意を要件にすべきかの問題である。基本方針・中間試案は要件としない(例外は第 35, 9(競売における買受人の権利の特則))のに対し、現行民法・私見は要件になることがあるとする。ここでは、私見のもと、買主の善意が買主の要件になる場合を述べる。なお、私見では、原則として、善意・重過失は悪意に準ずるものとして、保護の対象から外し、例外として、売主が瑕疵について悪意の場合は、保護すべきであると考える。

1 悪意、善意・重過失の買主にも代金減額請求が認められる場合、瑕疵が目的物全体に及べば、悪意、善意・重過失の買主であっても契約の解除ができるのは当然である。他人の権利の売買で売主が権利を移転できないとき(売主に責めに帰すべき事由なし)(現行民法 561 条参照)がこれにあたる。担保権による制限のある場合に担保権の実行により買主がその所有権を失ったとき(同 567 条 1 項参照)も同様だが、売主に瑕疵除去義務を課す提案を行ったので、これは債務不履

行責任の問題となる（免責事由が認められることはないだろう）。

2 善意・無重過失の買主にしか代金減額請求を認めない場合、瑕疵が重大であっても、悪意、善意・重過失の買主は契約の解除ができないのも当然である。物的な瑕疵のある場合（現行民法 565 条，570 条参照），競売における「担保責任」（中間試案第 35，9（1）は明示）がこれに当たる。

3 問題は，悪意，善意・重過失の買主にも代金減額請求が認められる場合，その瑕疵により買い受けた目的を達成することができないときに，悪意，善意・重過失の買主も契約の解除ができるかである。一部他人の権利の売買で売主が権利を移転できないとき（売主に責めに帰すべき事由なし）（現行民法 563 条参照）と用益権による制限のある場合等で売主が負担の除去等ができないとき（売主に責めに帰すべき事由なし）（同 566 条の改正提案（戸田））がこれに当たる。これは価値判断の問題だが，現行民法 563 条の規律（悪意の買主も代金減額請求できるが契約解除はできない）を用益権による制限のある場合にも及ばず提案をしておく。悪意，善意・重過失の買主は，瑕疵の除去が契約目的達成に必要なことを売主に告げ，解除権を留保しておくべきである。もっとも，明確な根拠があるわけではなく，悪意，善意・重過失の買主にも解除権を与えるということに特に反対というわけではない。なお，抵当権等がある場合における売主の担保責任（現行民法 567 条）は，売主に瑕疵除去義務を課すことで，債務不履行責任の問題となるので，抵当権等の実行前でも，債務不履行責任の解除規定（同 541 条）に従い，解除ができることになる。

〈提案〉

1 を除き，契約締結時に買主が瑕疵について善意・無重過失（売主が悪意の場合は買主が善意）であることを解除の要件とすることを提案する。ただし，売主が完全物給付義務として瑕疵除去義務を負う場合に，免責事由がなく，債務不履行責任が生じるときには，悪意，善意・重過失の買主も，その他の要件を満たせば契約の解除ができるとすべきである（債務不履行による解除）。少なくとも，この場合においては，債務不履行責任の免責事由がないことが，解除の要件となる（中間試案とは異なる）。免責事由があれば，上記の善意・無重過失を要件とする解除の問題となる。

悪意、善意・重過失の買主の救済(債務不履行責任免責後 or 不発生)	代金減額	損害賠償	解除
権利が全部他人に属する場合		×	○(実質的に全部代金減額)*
権利が一部他人に属する場合	○*	×	×
用益的権利による制限のある場合	○*	×	×
担保権による制限がある場合**			
数量不足又は物の一部減失の場合***	×	×	×
(隠れた) 瑕疵があった場合***	×	×	×

* 売主に瑕疵除去義務が課される場合である。その場合、悪意、善意・重過失の買主にも完全物取得の期待がある程度許される。そのため、瑕疵除去ができず、また売主に免責事由があるため債務不履行責任の追及ができないときであっても、買主は代金減額請求、契約解除(全部他人物の場合)ができることになる。なお、悪意、善意・重過失の買主も、売主に免責事由がなければ、債務不履行責任の追及ができる。

** この場合も、売主に瑕疵除去義務が課されるが、瑕疵除去義務違反につき免責事由があることは考えられないので、買主の救済は債務不履行責任(買主の善意・悪意を問わない)で尽くされる。

*** 競売においても、瑕疵担保責任を追及できるとする提案をした。但し、瑕疵は「重大な」ものに限り、買主の善意・無過失を要件とするとして、通常の売買よりも要件を厳格にした。同じ物的瑕疵である数量不足又は物の一部減失の場合の要件も同様である。

⑥ 期間制限、瑕疵の検査・通知義務

「6 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

民法第 565 条及び第 570 条本文の規律のうち期間制限に関するものは、次のいずれかの案のように改めるものとする。

【甲案】引き渡された目的物が前記 3 (2) に違反して契約の趣旨に適合しないものである場合の買主の権利につき、消滅時効の一般原則とは別の期間制限(民法第 564 条、第 566 条第 3 項参照)を廃止するものとする。

【乙案】消滅時効の一般原則に加え、引き渡された目的物が前記 3 (2) に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを買主が知った時から [1 年以内]

にそれを売主に通知しないときは、買主は、前記 4 又は 5 による権利を行使することができないものとする。ただし、売主が引渡しの際に目的物が前記 3 (2) に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでないものとする。」

「7 買主が事業者の場合における目的物検査義務及び適時通知義務

- (1) 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おいて、買主は、その売買契約に基づき目的物を受け取ったときは、遅滞なくその目的物の検査をしなければならないものとする。
- (2) 上記 (1) の場合において、買主は、受け取った目的物が前記 3 (2) に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを知ったときは、相当な期間内にそれを売主に通知しなければならないものとする。
- (3) 買主は、上記 (2) の期間内に通知をしなかったときは、前記 4 又は 5 による権利を行使することができないものとする。上記 (1) の検査をしなかった場合において、検査をすれば目的物が前記 3 (2) に違反して契約の趣旨に適合しないことを知ることができた時から相当な期間内にそれを売主に通知しなかったときも、同様とするものとする。
- (4) 上記 (3) は、売主が引渡しの際に目的物が前記 3 (2) に違反して契約の趣旨に適合しないものであることを知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、適用しないものとする。

(注 1) これらのような規定を設けないという考え方がある。また、上記 (3) についてのみ、規定を設けないという考え方がある。

(注 2) 事業者の定義について、引き続き検討する必要がある。」

〈提案〉

- 1 権利の瑕疵については、短期の期間制限の規定（現行民法 564 条、566 条 3 項）を廃止する代わりに、第三者から目的物について権利主張を受けた買主に、売主に対する通知義務を課する。通知義務違反の効果は、基本的に損害賠償である。
- 2 物の瑕疵（数量も含む）については、特定物の瑕疵に限り、同 566 条 3 項のような短期の期間制限の規定を設ける。種類物について、準用の可能性（瑕疵の存

在を知りつつ履行として認容したような場合)は否定しないが、規定はしない。瑕疵の通知義務は、短期の期間制限の問題に吸収されるとして、規定しない。

提案1は、権利の瑕疵については、登記(目的物が不動産)、引渡し(受領)(目的物が動産)により、売主が債務の履行を終えたと信じても特に保護に値しないとの価値判断のもと、基本方針・中間試案と同様に短期の期間制限の規定を廃止することを前提とした提案である。権利の瑕疵を売主が生ぜしめたのではない場合(売主が善意の場合)、多くの場合、売主はその前主に対して責任を追及することになる。そのためには権利行使期間内に瑕疵を知る必要がある。そこで、短期の期間制限を設けない代わりに、現行民法615条の賃貸人の通知義務のように、「売買目的物について権利を主張する者があるときは、買主は、遅滞なくその旨を売主に通知しなければならない。ただし、売主が既にこれを知っているときは、この限りではない。」という規定を設ける提案をする。

提案2は、まず、短期の期間制限の規定を設ける(維持する)というものである。物の瑕疵の場合、履行を終えたとの売主の信頼は、買主が弁済として一応認容して受領したこと又は目的物が支障なく使用されていると信じるのに相当な期間の経過をもって生じ、その信頼は保護に値する。また、瑕疵が、引渡前から発生していたものか引渡後に発生したものか区別がつきにくいことから、引渡後、比較的短期の期間制限を設けることに合理性があると考えられるからである。現行民法566条3項の1年の期間が妥当かどうかについては、検討の余地がある。売主が悪意の場合に短期の期間制限が適用されないことについては、中間試案を支持する。

次に、「7 買主が事業者の場合における目的物検査義務及び適時通知義務」については、明確な期間を設定できない限り、規定を設けるべきではない。

「本文で『事業者』という概念を用いているのは、商法第526条第1項における『商人』という概念(同法第4条第1項)よりも規定の適用範囲を広げる必要があるという問題意識によるものであるが、このような問題意識を踏まえつつ、事業者をどのように定義するかを検討する必要がある。」(補足説明414頁(概要))

事業者の定義よりも、明確な期間を定めないことが、期間制限の規定として問題ではないだろうか。明確な基準を設けるといふ立法者の責任を放棄していると非難されても仕方がない。基本方針は、事業者買主に目的物受領時から「相当な期間内」に検査する義務を課し、瑕疵を発見(すべき)時から「遅滞なく」通知をしなければ、失権することを定め、その例外として「買主にとってやむを得ない事由」による非通知を定めていた(【3.2.1.19】)。曖昧な基準を設けさらに曖昧な基準で例外を設けるといふ、法としての適格性を問われるものであった。これに対し、中間試案は、事業者買主に目的物受領時から「遅滞なく」に検査する義務を課し、瑕疵を発見(すべき)時から「相当な期間内に」通知をしなければ、失権することを定める。例外がなくなった代わりに、通知の期間が「遅滞なく」から「相当な期間内」と幅をもつ表現に変えられた。確かに、現行商法 526 条も、「遅滞なく」検査をし、瑕疵等を発見したときは「直ちに」通知を発する、といった規定の仕方をしているが、目的物の受領時から六箇月内に瑕疵等を発見しなければ、失権するという明確な区切りがある(同条 2 項後段)。しかし、基本方針・中間試案には、それに対応する規定がない。基本方針は、その理由として「少なくとも、商事売買におけるような迅速な売買契約関係の処理を前提としない民法の一般原則において、検査義務を尽くした事業者買主が、発見できなかった瑕疵について、売主に対する責任追及を短期間で遮断されるとすることは正当化が困難である。」(詳解Ⅳ 95 頁)とする。

ここでも、売買類型や責任の単一化による弊害が生じている。少なくとも、原則について明確な基準(例 1 年)が示せるまで売買を分けるべき(例 特定物売買と種類物売買、動産と不動産、主体(消費者、事業者、製造者、商人)による区分など)ではないだろうか。基本方針・中間試案では、買主が事業者か否かで分け、前者には瑕疵の有無について目的物の検査を課しているが、検査期間、通知期間ともあいまいであり、「やむを得ない事由」による例外もあり(基本方針のみ)、実際、両者にどれだけ違いがあるのか疑問である。商人間の売買から買主が事業者の売買への変更に伴い、現行商法 526 条 2 項後段の 6 箇月の期間を 1 年とか 2 年に延長するといった決断ができないのなら、両者を分ける意味はないのではないか。

第三項 延期の提案

中間試案・基本方針による契約責任の改正の提案は、その根本に問題があると考えられる。事実に基づかず、理論的にも一貫しない「当事者の合意を基軸にすえた債務者の責任という考え方」(シンポ102頁)に基づく特定の学説を、強引に立法しようとしている。その学説を体現する言葉が、基本方針ではリスクの「引受け」であり、中間試案では「契約の趣旨」である。単なる要件・効果の改正提案ではないので、部分的な手直しでは、とうてい対処できない。従って、延期を提案するものである。

延期期間中に改正作業を一からやり直すべきである。まず、前提となる事実について、ある・ないの水掛論にならないために、調査を行うべきである。

1 司法部への確認

「補足説明」には、随所に中間試案が裁判実務に適合している旨の表現が見られる。その中でも、

『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。裁判実務において『契約の趣旨』という言葉が使われる場合にも、おおむねこのような意味で用いられていると考えられる。(概要32頁(下線は戸田))

は到底信じられない。公正を期すためにも、司法部へ確認を取るべきである。「契約の趣旨」が、両当事者が意図した(であろう)ことを、契約をめぐる一切の事情をもとに確定したものなら理解できる。だが、中間試案は、それをはるかに超え、当事者が意図しないこと、また一方当事者の意図に反することさえも、利益衡量の結果妥当であると考えれば「契約の趣旨」としようとしている。ここでは二点に絞って取り上げる。

まず、担保責任の買主の主観的要件(善意(・無過失))を削除する理由として、瑕疵についての買主の認識は、契約(の趣旨)内容の確定の問題に解消されるとす

る。

「売主がいかなる内容の権利移転義務を負っているかを契約解釈により確定した上で、その義務を履行したか否かを問題にすれば足り、買主が悪意であることのみを理由に一律に救済を否定すべきとする実質的理由はないと考えられる。」「もとより、権利の瑕疵についての買主の認識が契約解釈の一資料となることは否定されない。」(補足説明 418 頁(強調は戸田))

「契約当事者が契約締結時点では瑕疵の存在を認識していても、売主が当該瑕疵を修補した上で買主に引渡す義務を負うと解すべき事案があることも念頭に置くと(工業製品の売買においてはこのような場合は少なくないように思われる。)、契約締結時点における買主の主観的要件で一律に救済の可否を決する規律の在り方は適切でないと考えられる。むしろ、価格決定のプロセス等から当該売買契約で目的物に予定された品質等が何かを確定した上で、その品質等に適合しているか否かを問題にするほうが、適切な解決を図ることができるのではないかと思われる。」(補足説明 407 頁(強調は戸田))

補充規定なので「一律」に決めるのは当然であり、「契約当事者が契約締結時点では瑕疵の存在を認識していても、売主が当該瑕疵を修補した上で買主に引渡す義務を負うと解すべき事案」では、合意がある事案なので補充規定が排除されるのは当然であり、それをもって補充規定の内容を批判するのは見当違いであることは置いておく。ここで問題にしたいのは、意思(合意)の確定と事実の認識の関係である。通常、両者は分けて考えられている。性状があるという合意と瑕疵の認識は区別される。(対)外国法をみても、例えば、国際物品売買契約に関する国際連合条約 35 条 3 項、ドイツ民法 442 条 1 項、フランス民法 1641 条・1642 条が、瑕疵について買主の善意・無(重)過失を要件とするのは、両者の区別を前提としている。ところが、中間試案では、買主が瑕疵について悪意の場合、対価等によっては、性状があると合意をしていても(合意内容になっていても)、その性状は「契約の趣旨」内容になっていないことになる。このような比較法的にも特異な解釈を本当に裁判実務は行っているのか、教えていただきたい。仮に、裁判実務が、

悪意、過失によって合意内容が変わるとする考え方を採っているとするなら、それが欠陥のある意思表示（錯誤、心裡留保、虚偽表示等）の処理においても貫かれているのかについても、教えていただきたい。

次に、契約締結後に生じた事態への対処についても、「契約の趣旨」で決まるとするものがある。それは**債務不履行における損害賠償の範囲**を定めた規定である。

第10（債務不履行による損害賠償）、6（1）イは、「当該不履行の時に、当該不履行から生ずべき結果として債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害」（強調は戸田）が賠償範囲に含まれるとするが、不履行時に予見すべき内容がどうして「契約の趣旨に照らして」決まるのだろうか。契約締結時に予見すべき内容が「契約の趣旨」（契約をめぐる一切の事情）に照らして決まるのなら分かる。もっとも、損害賠償を契約によって基礎付けることができるのは債務者が**予見した損害**に限られる。このような損害のみが対価に反映させることができ、リスク分配の対象になり得るからである。したがって、「予見すべきであった損害」の賠償は、当事者のリスク分配の範囲外であり、債務者の意思に反することになる。債務者の意思に反して賠償責任を負わせるのだから、契約（の趣旨）以外の根拠付けが必要である。司法部の考えを教えていただきたい。

第10（債務不履行による損害賠償）、6（2）において、**契約締結後に初めて予見した（すべきものとなった）損害**についての回避義務内容が、「契約の趣旨に照らして」（強調は戸田）決まるとするが、それが裁判実務に適合するなら、どうやって決めるのか説明を願いたい。契約締結時に予見不能な損害の回避措置を契約で取り決めているというのは説明としても無理がある。

保存義務に関しては、中間試案は、「契約を発生原因とする債権にあっては、その内容が特定物の引渡しの場合であるときに、債務者が尽くすべき注意義務（保存義務）の具体的内容が契約の趣旨を踏まえて確定されることには、異論がない。」（補足説明90頁（下線は戸田））とするが、本当であろうか。契約の趣旨を「踏まえて」が、「参考にして」という意味なら分かる。補充規定の解釈でも、契約が考慮されるのは当然だからである。だが、中間試案は、契約の趣旨で「決まる」と考えているようである。『契約の趣旨』が不明な場合にはこれによっては保存義務の内容を確定することができないとして、現行の規定の在り方が相当であると

する」考え方に対して、「契約の趣旨によって保存義務の内容を決める際には取引通念を考慮するものとされているから、契約の趣旨によって保存義務の内容が定まらない場面は想定しにくいとの反論がされている。また、取引通念を考慮してもなお契約の趣旨が不明であるような場合が仮に存在するとして、その場合に『善良な管理者の注意』という抽象的な文言によれば保存義務の内容が確定できるというのは、理解しにくい考え方であるとの批判が妥当し得る。」(補足説明 91 頁(強調は戸田))とする。「踏まえて」が「によって」に変わっているが、こちらが本音であろう。では、債権者が受領遅滞に陥った後の保存義務はどうなるか。中間試案の立場では、これも契約の趣旨により決まりそうだが、第 13(受領(受取)遅滞)イは、「債権の内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しまで、前記第 8, 1 の区分に従い、それぞれ前記第 8, 1 よりも軽減される保存義務を負うものとする。」(下線は戸田)とする。この場合は、契約締結後に生じた事態(受領遅滞)に対応した保存義務は、「契約の趣旨」により決まらないことを認めている。では、何によって決まるのか。法による一般的な基準(例「自己の財産に対するのと同一の注意」)は、全面的に否定したため、採ることができない。そのためか、「軽減される」となっているが、これでは基準になっていない。何によって軽減されるのか(例 裁判官の裁量)すらも示されていない。

では、それ以外は「契約の趣旨」によって保存義務の内容が決まるのか。補足説明は、「契約の趣旨によって保存義務の内容を決める際には取引通念を考慮するものとされているから、契約の趣旨によって保存義務の内容が定まらない場面は想定しにくい」(強調は戸田)とする。この「取引通念」を考慮すれば、注意義務内容が常に確定できるというのは、司法部の経験に基づく見解なのだろうか。それとも、単に言葉のイメージから言っているに過ぎないのだろうか。

保存義務についての「取引通念」とはどのようなものか。商人間の特定の種類の取引ならともかく、主要な取引すべてにおいて取引通念などあるのだろうか。例えば、上記の受領遅滞の場合に、「保存義務が軽減される」という「取引通念」はあるといえるかもしれないが、どの程度の保存義務を負うのか、受領遅滞に債権者の帰責事由が必要なのかといった点について「取引通念」はあるのだろうか。特定物ではないが、制限種類物売買における売主の保存義務についての取引通念

はどうなっているのだろうか。「善良な管理者の注意」(現行民法 400 条)と「自己の財産に対するのと同じの注意」(現行民法 659 条(無償寄託)、他に類似の規定として 827 条, 918 条, 940 条)の二段階の注意の標準でさえ、規定に代わり取引通念がその振り分けの基準となるとは思われない。例えば、無償の委任における注意義務は、取引通念ではどちらに振り分けられるのだろうか。私が知らないだけで「取引通念集」のようなものがあるのだろうか。具体的な「取引通念」を念頭におかずに、取引通念を考慮するから「契約の趣旨によって保存義務の内容が定まらない場面は想定しにくい」といっているなら、その判定は基本的に司法部に委ねられる。実際に「契約の趣旨によって保存義務の内容」を定めるのは裁判所だからである。長くなったが、司法部に確認したいのは、(文字になっていないだけで、)司法部には「取引通念」を含む「契約の趣旨」の判断基準があり、契約の趣旨によって保存義務の内容の確定、さらには一般的に注意義務の程度の確定ができると考えているのかということである。

答えは回答待ちだが、そのようには考えていないのではないかと。仮にそれが正しいとするなら、保存義務について真に合意がある場合とない場合を分け、真に合意がない場合に備えて、補充規定として、「善良な管理者の注意」「自己の財産に対するのと同じの注意」といった基準を二、三種類用意し、実際の適用においては当該事情(契約も含む)により幅をもたせるとするのが穏当ではないだろうか。現行民法の処理の仕方の維持である。なお、中間試案では、委任契約に関する現行民法 644 条「受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う。」は維持するようであるが、「契約の趣旨」によって個別に義務を確定するという立場と矛盾するのではないだろうか。

2 国民へのアンケートを実施し、特に合意についての日本国民の意識を調査すべきである。内容は、主要なものが二つある。

- (1) 契約を締結する際に、リスクの「引受け」あるいは、契約責任(帰責事由、損害賠償の範囲)や特定物の保存義務の内容につき合意をしているのか。
- (2) 特定物の売買契約を締結する際に、当事者が修補等の完全物給付義務の発生を意図しているのか。

(1) の調査で知りたいのは、契約で予定した結果が発生しない場合の処理につき、一般に契約当事者は合意をしているのか、またその意識があるのかということである。合意をしているのであれば、現在の裁判所の合意の認定が誤りということになる。裁判官の合意(事実)認定に対する規制も考えなくてはならなくなる。契約違反の責任は、契約当事者の意思に基づく責任として統一され、契約責任の規定は、基本的に**契約自由の原則の確認規定・意思の解釈規定**ということになる。

だが、そのような合意をしていないというのであれば、中間試案・基本方針の改正案は、その土台が崩れることになる。契約責任の規定は、基本的に、契約で予定した結果が発生しない場合の処理につき当事者に合意がない場合の処理を定めた規定(補充規定)ということになる。それは、契約当事者の意思に基づく責任とは異なる責任であり、契約責任の多様性を認めることになる。私は、債務不履行責任は債務者の態様に基づく責任(行為責任)、売主の担保責任は買主の態様に基づく責任(信頼責任)と考えているが、本稿では私見の展開はしない(戸田知行『信頼責任の原理』(信山社 平成一六年(2004))を参照)。

なお、中間試案は、「契約の趣旨」という言葉で契約を拡大し、補充規定の解釈の問題を契約の解釈の問題とする。これは、理由づけの問題で、日本人がどちらをより説得的に感じるかが、優劣を決める上で重要である。そのため、例えば、契約で決めた(リスクを引き受けた)から責任があると言われるのと、規定がこうなっているから(例 過失があるから)責任があると言われるのでは、どちらが説得力を有するか、アンケートをとるべきである。

(2) の調査は、典型契約である売買契約の内容として何を規定するのかを決めるためである。補充規定の内容として何を規定するかは、日本人が、物売る・買うということから、何を期待するか、何を覚悟するかを基にすべきである。日本の文化・日本人の感覚から出発する必要がある。この物(特定物)を売るという売買契約から、当然に修補義務等の完全物給付義務があると考えられるだろうか。売主が事業者の場合とそうでない場合とで異なることはないのだろうか。私見の、事業者売主のみ修補義務等を課すというのは、多くの日本人の感覚に沿うものであると考えるが、その調査で実証されるのではないかと期待している。

(1), (2) に加え、売主の担保責任における損害賠償の範囲についても、アンケートをとってもよいと思う。履行利益の賠償を認めるべきか認めないべきか、あるいは事業者間での売買と消費者が当事者になる場合とで分けるべきか、といった点についてである。決定的ではないが、重要な判断材料になる。特に、消費者が事業者に瑕疵ある物(例 不動産)を売却した場合に、事業者に履行利益の損害賠償を認めるべきかを聞くべきである。中間試案のように、最高裁の判決((最(一小)判昭和五七年一月二一日)を無視し、担保責任を債務不履行責任にしたいがために、「一般原則に委ねる」のではなく、個別の損害について検討すべきである。そのための資料収集である。

以上のような調査を行ったうえで、その結果を踏まえて、改正作業を行うべきである。中間試案(補足説明)のいうように、「契約の趣旨」によって債務者の義務内容が確定され(補充規定は基本的に不要)、「契約の趣旨」によって債務不履行の要件・効果(帰責事由、損害賠償の範囲)が決まるとというのが、裁判実務に適合した考え方であり、またそれが日本国民の感覚に合致しているというのであれば、そのまま立法作業を続ければよい。だが、そうでないなら、「契約の趣旨」という理論の立法をやめるべきである。一般的に、**立法は要件・効果を定めるもので、学説(理論)を立法すべきではない**。要件・効果(基本的に補充規定)の立法は、演繹ではなく100年以上にわたる裁判等の経験から帰納の方法により行うべきである。現実・社会の中に、文献の中の文字以上に「法」が眠っていると考える。具体的な事例を基に、個々の要件の適否を検討し、変更の理由は、具体的な事例によって示すべきである。これには大変時間がかかる。私も、本来は判例の総合的研究を行ったうえで提言をすべきであった。だが、それには最低でも5年はかかる。債権法改正にそのような時間をかけられないのであれば、中間試案・基本方針の提案で明確に変わる点、すなわち特定物売主に修補義務等の完全物給付義務を課すべきかに絞って改正を検討することでもよいと思う。私見については、既述のとおりである。

まとめ

中間試案がやりたいことは、結局、1 契約当事者の関係はすべて「契約の趣旨」

によって規律されるというドグマの立法と、2 売主の担保責任を債務不履行責任にすること（学説の立法化）の二点ではないだろうか。

具体的な判断基準（補充規定（任意規定））は、「一律に」決めるのはおかしいとのよく分からない理由で、削除しようとする。そして「契約の趣旨」が何かの解釈問題に押しやる。例えば、売主の担保責任で善意（・無過失）要件は、売主の義務内容の解釈（瑕疵の有無の判断）の問題に置き換えられる。そして、「債務不履行の一般原則に従って」処理すると規定する。では、契約責任説の採用により、「担保責任」の内容が変わるかという、これが違う。

帰責事由（免責事由）については、無過失責任である担保責任から、免責事由のある債務不履行責任になっても、「具体的な帰結は法定責任説で理解される現行法と実質において相違はないといえることができる。」（補足説明 405 頁）とする。条文にはない「結果債務」であること、根拠の不明な代金減額請求が免責事由があっても認められることを理由とする。

損害賠償の範囲についても、契約責任説の採用により、当然、履行利益の損害賠償も認められるはずだと考えると、これが違う。「損害賠償の範囲が**契約の趣旨**を踏まえて確定されるのであれば（前記第 10、6 参照）、その範囲確定のあり方が現在の実務と大きく変更されるような事態は、想定しにくいように思われる。」（補足説明 405 頁（強調は戸田））とする。

契約の解除についても、「解除が可能であるとされる範囲は、同法第 570 条を適用した場合とおおむね同一となるものと思われる。」（補足説明 405 頁）とする。

代金減額請求権については、瑕疵担保責任に相当する規定等で新たに規定しようとしている。だが、瑕疵担保責任等では、免責事由なしで損害賠償が認められるので、損害賠償名目で代金減額請求は可能である。この点変更はない。中間試案では、買主は常に減額分を証明しなければならなくなり、むしろその請求は困難になるといえるだろう。

結局、**明確に変わる**のは、特定物の売主に完全物給付義務（物的な瑕疵については修補義務等、権利の瑕疵については現行民法 560 条以外にも瑕疵除去義務）を課することだけである。

中間試案は、**基準（補充規定）**の立法ではなく、理由付けの立法である。

前にも書いたが、中間試案は、「契約の趣旨」というあいまいな概念で、担保責任と債務不履行責任の差異を吸収し、契約責任の統一（担保責任の債務不履行責任化）をしようとしている。担保責任を債務不履行責任としても、その内容はほとんど変わらない。ということは、契約の（趣旨の）解釈次第でどうにでもなるということだ。改正法（中間試案）の適否は、ほとんどその運用にかかることになる。ただ、理由づけ（「契約の趣旨」）が強制される。判決に際して、規定を根拠に使えない（規定がこうなっているから、こうなるとは言えない）。裁判官は、たとえば、契約から問題解決の基準が導けないと考えても、「契約の趣旨」がこうだから、こうなると言わなければならない。そして、判決内容に問題があれば、判例批評で学者等から「契約の趣旨」の解釈が悪いと批判され、不利な判決を受けた当事者からそんな趣旨の「契約」は締結していないと批判される。その批判は、裁判官が一身に受けることになる。立法者は、その責任の一端すらも引き受けようとはしない。なお、明確な基準を設けないという中間試案の姿勢は、期間制限の規定にも現れている。

買主が事業者の場合における目的物検査義務及び適時通知義務（第35, 7）に関して、「土壌汚染の場合など、目的物や契約不適合の性質等によってはその露見に長期間を要する場合があるから、受領から6か月で一律に失権するものとするのは商人間の売買であっても買主に酷な場合があるとの指摘」（補足説明415頁（強調は戸田））を踏まえて、商法第526条第2項後段に相当する規律は設けないとする。

明確な期間の区切りを設けないので、「(知ることができた時から) 相当な期間内」の解釈の問題となる。これも裁判官の責任である。

このような立法が許されるのだろうか。中間試案の「契約の趣旨」が実際に裁判実務で用いられているのかと併せて、特に司法部に問いたい。私は絶対反対である。

- (1) 我妻榮『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』(岩波書店 新訂版 昭和三九年(1964)(初版は昭和一五年(1940))) 26頁
- (2) 我妻・前掲注(1) 105頁
- (3) 戸田知行「売主の担保責任と債務不履行責任に関する法改正について(1)——『債権法改正の基本方針』批判——」経済学季報(立正大学経済学会編)62巻4号(平成25年(2013)) 206頁以下
- (4) 予見の対象を「損害」とすることの不都合は、すでに指摘されている。「予見の対象を事情ではなく損害であるとする第二説では、予見しさえすればどんな異常な損害でも賠償範囲に入ることになり、しかも、予見の時期を契約時でなく不履行時とすれば、債権者は、契約後に、異常性ある損害を予測してことごとく債務者に通告しておけば、すべて賠償範囲に入るという不都合を生ずる(不都合でないとの判断もありえようが)。」(奥田昌道『債権総論(上)』(築摩書房 昭和五七年(1982)) 181頁以下)
- (5) 基本方針は、「代金減額請求が、売買契約当事者の当初の合意を変更するものとして、一種の契約改訂機能を持つことは否定できないが、そのような改訂権を認める根拠は、有償契約における等価の均衡の維持にあると考えられる。」(詳解Ⅳ 60頁)とする。
- (6) 星野英一「判批(最(二小)判昭和三六年一二月一五日)」法学協会雑誌80巻5号708頁は、「瑕疵担保責任しか追及しない(すなわち、判例によれば、信頼利益の賠償しか請求しない、追完請求はしない、請求権は一年の期間制限にかかってよい)というつもりで、瑕疵を認容して受領するなどということがありうるだろうか。」と疑問を呈する。そして、「要するに、この構成は、フィクションなのである。このことは、右の理論を擬制としてでなくすなおに適用すれば、これにあたる例がまずなく、ほとんどすべての場合に、不完全履行の問題になるということである。」とする。
- (7) 最(一小)判昭和五七年一月二一日(昭五四(オ)一二四四 民集36巻1号71頁)は、土地の売買契約において、土地の面積の「表示が代金額決定の基礎としてされた」とどまらず、「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」であるときには、面積不足に際し、履行利益の損害賠償が認められる可能性を示唆する。この面積の表示が「売買契約の目的を達成するうえで特段の意味を有するもの」であるときは、調査官の解説によると、「売買契約の目的である特定の用途に適合するとか、あるいは転売の目的に合致することを担保するもの」

であるとき、あるいは「買主が売主に対し特定の用途のために一定の面積が必要である旨を説明し、売主もまたその特定の用途に適合するものとして、すなわち面積を保証する趣旨でその表示をしたものと解されるとき」とされる(淺生重機「判批」ジュリスト767号160頁、同「判解」最判解民事篇昭和57年度76頁は、「土地の売買契約において履行利益の賠償義務が肯定されるのは、おそらく、土地の面積の表示が売買にあたり買主の示した特定の使用目的その他の売買の目的に適合するものであることを担保する趣旨でなされ、売買をめぐる諸般の事情らみて、売主が不足分の土地の引渡又は引渡に代る損害の賠償を保証していると思われる場合に限られることになるであろう。」とする)。「特段の意味」の内容はなお問題であるが、履行利益の賠償が認められる場合を、数量指示売買の数量の表示があった場合よりもさらに狭めているのは確かである。

- (8) 北川善太郎「ヘーグ国際動産売買統一法と日本民法(1964年ヘーグ国際動産統一売買法)」比較法研究三〇号(昭和四四年(1969))92頁の訳による。
- (9) 岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局 平成一四年(2002))216頁の訳による。
- (10) 大判大正一三年六月二三日(大一三(オ)一〇一 民集3巻339頁)等
- (11) 最(一小)判昭和四一年九月八日(昭四〇(オ)二一〇 民集20巻7号1325頁)は、買主が悪意の事案で、「他人の権利を売買の目的とした場合において、売主がその権利を取得してこれを買主に移転する義務の履行不能を生じたときにあつて、その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、売主の担保責任に関する民法五六一条の規定にかかわらず、なお債務不履行一般の規定(民法五四三条、四一五條)に従つて、契約を解除し損害賠償の請求をすることができるものと解するのを相当とする」とする。

おわりに——立法・法改正と理論

「理論ではなく、試行錯誤の連続が発明の秘訣」です。これは、ある企業の経営者の言葉である。理論先行かとも思われる物の世界で、「やってみること」の重要性を述べたものである。物の世界ではまた、理論を先に立ててみても、それに基づいて作った物が現実に動くか動かないかという形で、正しさの検証ができる。

ところが、立法は、理論と同じ言葉の世界なので、それが「誤った」理論に基

づくものであっても、言葉の上ではうまく動いたようになってしまう。後始末は、それを現実に応用する段階に押しやられる。

マスコミや学者は、目新しい言葉を持ち出したがる。その言葉によって人々の意識が、また社会が変わるようなことを言う（「マニフェスト」が近時の例）。実際には、ほとんどが一時的なものに終わるが、変わることもあるかもしれないので、そのような主張をすることは構わない（誤っていれば引込めればよい）。だが、すべての国民が長期間にわたって拘束されるであろう法の作成・改正ではそのようなことをすべきではない。もっと地に足をつけた立法をすべきである。

基本方針の「引受け」は、出自は明らかにしていないが、恐らく外国から借りた言葉であり、日本では法律家の間ですら浸透していない。ほとんどの人が契約において「引受け」をしているという意識がなく、自分が「引受け」をしたのか、していないのかの基準が感覚的に共有されていない現状で、「引受け」を条文に使うということは、「引受け」理論を立法することを意味する。基本方針の作成者の著作が、事実上、新たな法源となることになる。さすがにそれには無理があると思ったのか、中間試案では「引受け」が条文から姿を消す。その代わりに、「引受け」を導き出す「契約の趣旨」という考え方を立法しようとする。そして、それが裁判実務に適合することを強調する。だが、「契約の趣旨」は判断基準ではない。「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」（補足説明 89 頁（概要））とされるので、評価判断の結果である。そのため、「契約の趣旨」に従えという条文は、契約の名の下に妥当な結論を導き出せという規定になってしまう。

立法は、あくまで判断基準の立法であるべきである。その判断基準は可能な限り明確であるべきだが、「責めに帰すべき事由」のように価値概念にとどめざるを得ないこともある。その場合は、現実の事例へのあてはめは、裁判官に任せることになる。立法と司法の領分を明確にする（事実認定も裁判所の専権）。ところが、基本方針は、その場合にも裁判官に理論の縛りをかけようとする。例えば、解除の要件の提案で、「契約当事者の一方に契約の重大な不履行があるときには、相手方は、契約の解除をすることができる。」（【3.1.1.77】〈1〉）と「重大な」という価値概念を使いながら、その後の規定や解説で、理論の縛りをかけようとする。そ

の結果、規定の内容は、「契約当事者の一方に契約の不履行があり、相手方が、契約意思を出発点として、『契約の解釈』および法律による『補充』をとおして決まる、契約当事者間の権利義務関係の総体によって、当事者が引き受けているリスクは何かという観点によって決定される、契約に対する正当な利益を失ったときには、相手方は、契約の解除をすることができる。」という、基本方針の深遠な理論の世界を体得した人でなければ、理解しがたいものになる。理論は、判断基準の方向付けをすることはあるが、法の外にとどまるべきである。

法理論は法の外にある 法は法理論の外にある

法理論は、法現象の整理・体系化だけでなく、新たな社会の動きや思想をいち早く取り入れ、法を導く面もある。だが、反対に、思いもよらなかった問題を現実の法現象(裁判等)から突きつけられ、理論の再構築を迫られることもある。現実(社会)は、将来はもちろん、現在であっても見通すことができないからだ。研究の素材は、外国の文献の中にもあるだろうが、それ以前に現実の中にある。理論は現実を導くと同時に導かれる(鍛えられる)両面をもっている。

立法は、判断基準(要件・効果)の提供を目的とし、司法は、その適用と判断基準の具体化(の名の下に行われる法創造)を担うとすると、学者にもその担うべき領分が残ることになる。それは理論である。もちろん、一定の理論に基づいて立法をすることも多いだろうが、それはあくまでも動機にすぎない。拘束力をもつのは判断基準のみである。その証として、現行民法の制度や条文について、立法者の考え・理論にとらわれずに、さまざまな説・理論が展開されていることが挙げられる。さらに立法者の判断基準についてすら、新たな説・理論により、制限や拡張が試みられている。これらは、民法(債権法)改正検討委員会また法制審議会民法(債権関係)部会に属する人達にも言えるだろう。ところが基本方針また中間試案は、特約で排除しない限り、特定物売主に完全物給付義務を課すべきだといった議論ではなく、契約責任説が正しいとして、学説(特定の理論)の立法化をしようとしている。

法理論を法とすることは、ある法理論によって社会を完全に把握できることを意味する。社会(現実)は、理論を鍛える場ではなく、理論の適用対象に過ぎなくなる。だが、実際にはそのようなことは不可能で、理論の枠からはみ出したもの

は、切り捨てる（存在を認めない）か、理論に合うように作り変える（事実を歪める）ことになる。あるいはそれを避けようとする、精神とか理念の立法になり、「法」（具体的な要件・効果）の定立は運用に押しやられることになる。

社会（現実世界）は、見えている部分は一部で、奥には闇が広がっている。そして、そこから思いもしなかった問題が現れたりする。それをある理論で把握できるとし、現実から学ぶことをやめ、法として固定してしまうのは誤りである。現実から新たに発生する問題に対応するため、開かれた規定を作るべきである。法改正（立法）の影響についても同じで、一部を変えると、思いがけない影響が現れたりする。そのため、法改正（立法）は慎重に手探りで行うべきで、法律にある具体的な問題が生ずれば、原則として、それを解決する最小限の変更にとどめるべきである。

法改正の基本は、社会が生み出した法を社会に代わって明文化することである。それは、まず、規定の表現が確定した解釈内容とずれてしまった場合に、表現を改め、その確定した解釈を明文化することである。そのずれは、解釈上、民法の概念を拡大・縮小したり、意味を付け加えたりすることによって生じる。また、民法の規定として抽象的な内容（価値概念等）が定められていたのが、判例の集積等により、その内容がより具体的に固まったものがあれば、それを規定する。民法の概念に付随する事項で解釈に任されているもの（例 予見可能性の予見の主体・時期）で固まったものについても同様である。次に、表現だけではなく、法自体を変えることもある。それは、ある問題に対して、判例・学説上、解釈論ではどうしようもなく、あとは法改正（判断基準の変更）をするしかないという煮詰まった状態で、はじめて許されるものである。社会の内部から高められ、立法に結実するもので、立法者の思いつきで改正が許されるものではない。そのため、改正の法文が一般的な表現を使っても、変更される具体的な事例が想定されている必要がある。では、一步先をいく立法はどうか。これはもちろん、考え方によるが、私は、先述のように、先のことは見通せず、立法は慎重に手探りで行うべきだと考えるので、正面から規定するのではなく、解釈の余地を残す規定（抽象的な規定）を設けるに留めるべきであると考え。

以上、理論の立法をやめ、判断基準（要件・効果）の立法（法改正）を、一から

やり直すべきである——これが私の最低限の、また譲れない主張である。

本稿は、立法という重要な問題を扱ったので、おかしいところははっきり書いた。最後に、基本方針(また中間試案)に対して、さらに一言いわせていただきたい。

法もちろん変化する。誤っていることもあれば、社会の変化に伴い法も変化が求められることもある。では、政治が変わるとどう違うのか。それは、法を変える場合には、常に説明が必要だということである。旧法のどこに問題があり、それを解決するための最適解として、この部分をこう変えるという説明である。法を変えることでの影響は、予測し尽くせないが、改正によって何がかわるのかという主要な具体例を想定し、それをもって説得する必要がある。この旧法と新法との間につながりをつけることが、変更の内容自体と同じぐらい重要である点に、法改正の特徴がある(判例変更を想起せよ)。それは旧法で不利益を受けた人に対する説明であり、また新法の内容に反対する人への説得でもある。

基本方針(また中間試案)で問題なのは、改正提案の内容以上に、その**姿勢**である。その説明に、改正内容の正しさを説得しようとする誠実さが感じられない。例えば、売主の担保責任においては、その採用する契約責任説が判例の立場や他の学説よりも優れているという説明がない。このような立場に立つ、とするのみである。では挙げられた例で、妥当性が示されているかということ、例えば、善意要件を削除するとしながら、挙げられた例はすべて買主が善意の場合である。また、瑕疵に当たることが重要で数量指示は重要でないとして、現行民法 565 条を廃止するとしながら、数量指示でない場合の代金減額の例が挙げられていない。一方、瑕疵についての例をみると、目的物の性能・品質・数量に応じて代金を決定したような場合しか挙げられていない。なお、この場合は、ほとんど買主が善意である。損害賠償については、拡大損害(法定責任説・判例でも認められる)の例があるのみで、最大の争点である履行利益の損害賠償については、従来の判例がどう変わるのかという説明はおろか、履行利益の損害賠償が認められる例一つすら挙げられていない。基本方針(また中間試案)の説明は、全体としてつるつるして、つかみどころがないという印象である。

債務不履行責任については、基本方針は、【3.1.1.67】(損害賠償の範囲)の規定

は「現民法と基本的に同様の考え方に立脚」(詳解Ⅱ 263 頁)するとしたり、【3.1.1.63】(損害賠償の免責事由)の規定により現在の契約責任に関する実務が質的に転換するかというと、「現状は変わらない」(シンポ 20 頁)としたりする。

このようにみてくると、現行法と変わらないことを強調して、実務家を安心させ、内容の分からないまま、とにかく法律を通してしまおうという魂胆ではないかと疑いたくなってしまふ。その契約責任の内容を単独でみた場合にも、ここまで精緻な理論を作り上げたのかという学者として感嘆するものでは、到底ない。学問・理論に対する誠実さにも欠けるといわざるをえない。このようなものによって、民法が変えられることに対する憤りが、本稿を書いた最大の動機である。

民法の改正が今後どうなるか分からない。また、このような文章を書いても、無視されて終わるかもしれない。だが、これまで、真剣に法に携わってきた人たちのために、また少なくとも、この改正の動きに異論を唱えた人物がいることを記録に残したいという私の存在証明のために、小論を書いた次第である。