The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	債権法改正と民法（債権法）の学習 ： 中間試案の概要
Author(s)	内田, 貴
Citation	阪大法学. 2013, 63(2), p. 439-474
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/67947
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

講演

債権法改正と民法（債権法）の学習

――中間試案の概要――

内田　貴

過分なご紹介をいただきました、内田と申します。どうぞよろしくお願いいたします。

中間試案ができてから、解説会のために全国行脚をし、旅芸人のように旅行しているのですが、ほとんど実務家の方々が対象でして、学生の皆さんの前でお話しするのは本当に久しぶりです。もっとも、今日は先生方も何人かおいでいただき、緊張してしまいますけれども、学生の皆さんにお話しできるというので大変楽しみにしてまいりました。また、こういう立派な講堂で話をさせていただけることを大変光栄に存じております。

民法の債権法改正に関して、全国の弁護士会の中で、ごく初期のころから非常に真摯に取り組んでくださっているのが大阪弁護士会なのですが、その大阪弁護士会に招かれて、私は何度も大阪に来る機会がありました。そのときに藤本利一先生と接点ができまして、「うちの大学で話をしてくれないか」という大変光栄なご依頼をいただいて、今日、こうしてお話をさせていただくことになりました。

私の肩書きについて、経済関係民刑基本法整備推進本部の参与というご紹介をいただきました。ちょっと誤解が

ありまして、竹中先生からは「時の人」とも言っていただいたのですが、そんなに大した仕事はしておりません。参与というのは、英語で言うとアドバイザーで、やっているのは文字通りアドバイザーの仕事です。別に私が法務省で条文を書くわけではありません。実際、法制審議会の部会での審議を受けて、担当参事官のもとで資料を作っているのは、局付と呼ばれる若い実務家の人たちで、皆さんとそれほど年の離れていない人もいます。その人たちが原案をつくり、それを学問的な観点からチェックしたり、局付の人達からいろいろ質問を受けて、学問的にはこうだという助言をするのが私の仕事です。ちまたには私が主導して改正案を作っているかのような誤解があるのですが、事実はそうではございません。

今日は、非常に限られた時間ではございますけれども、レジュメに沿って、今回の民法改正の主要な論点のいくつかについてお話しし、どういうことが議論されているのかの一端を感じ取っていただければと思います。

一　中間試案に至る経緯

1　法制審議会への諮問

中間試案までの経緯について、話し出せばいろいろな話があるのですが、それはまた別の機会に、ということで、ごくごく簡略にお話をさせていただきます。

現在、法制審議会で、債権法を中心とした民法改正の審議が行われているのですけれども、これがスタートしたのが二〇〇九年一〇月で、当時の千葉景子法務大臣から法制審議会に諮問がなされました。

レジュメに諮問文が掲げてありますけれども、「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」、ここからが重要な部分ですが、「社会・経済の変化への対応を図る」というのがまず第一。そして

「国民一般に分かりやすいものとする」というのがもう一つ。「等」がついていますが、この二つの大きな目標を掲げまして、「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」と、こういう文体で諮問が出されるわけです。

「示されたい」との諮問に応じて、法制審議会で審議して、最終的に案ができますと、これが要綱と呼ばれ、それを大臣に答申するというのが法制審議会の役割です。

二〇〇九年一〇月に民法（債権関係）部会が設置されまして、一一月から審議がスタートしました。現在、約三年半が経過したことになります。

今回の改正の中心は、債権関係の規定のうちの契約に関する規定ということで、実質は契約法の改正であるといえます。民法典全体とか、あるいは債権編という切り方をせず、契約法という形で切っているのはなぜか、というのも関心の対象だろうと思います。詳しくご説明すると長い話になりますが、市場を支える一番重要な法的インフラである契約のルールは、世界的な市場の拡大とともに次第に共通化していくという動きが世界的に見られること、その中で日本も、過去一世紀あまり経験を蓄積し、それを踏まえて世界の現代的な契約ルールの形成に対して発信していくことのできる時期に達したというのが一つの理由であるということだけ申し上げておきたいと思います。

諮問は二つの目標を掲げています。第一に、社会、経済の変化への対応を図ること。これは一〇〇年以上前にできた民法を、現代化するということです。第二に、国民一般に分かりやすいものとすること。現在の民法は全く国民の目線に立っていません。なぜ立っていないのか、どのように立っていないのかという話も、おもしろい話がたくさんあるのですが、全て省略いたします。とにかく国民に分かるように書かれていないのですが、本来、民法は市民のための法であるわけですから、国民の目線に立って、国民に分かるような法にしよう、ルールの透明性を高

めようというのが第二のテーマです。

こういう二つの目標を掲げ、それぞれに応じてたくさんの論点がピックアップされています。現代化の論点の例として、代表的なものとして、消滅時効、保証、債権譲渡、約款を掲げております。一応、レジュメの後のほうには資料として載せているのですが、今日は、時間的にお話できないと思います。消滅時効、保証、債権譲渡については現行法を大きく変えるという提案がされていますし、約款については現行法に規定がありませんので、新設することが提案されています。

それから透明性向上の論点の例として、今日は時間の関係で全く立ち入ることができませんけれども、公序良俗（民法九〇条）の具体化として、「いわゆる暴利行為」と書いてあります。他人の窮迫、軽率、無経験に乗じて著しく過大な利益を得ようとする契約は無効であるという暴利行為の法理が確立しているわけですが、これを拡張するような裁判例の展開があります。もはや暴利行為という言葉で捉えきれない広がりがあるのですが、その裁判例の展開の中のコアの部分をルールとして明記しようというのが、透明性の向上の一つの論点です。

それから錯誤です。民法九五条に、意思表示は法律行為の要素に錯誤があるときは無効とするという条文があって、読んでもわけが分かりません。学生の皆さんは、まだ勉強が足りないからわけが分からないだけだと思うかもしれませんが、どんなに勉強してもわけが分かりません。要するに、ルールが書かれていないわけです。要素に錯誤があるときは無効だという条文を読んで、どういう判断をすればよいのかを導ける人は誰もいません。この辺が国民目線に立っていないということです。

さらに、条文には全く出てきませんけれども、動機の錯誤という概念があって、それと要素の錯誤との関係について詳細な判例ルールが形成されています。そのようなものがあるのなら、それが分かるように書こうではないか

というのがここでのテーマです。

それから、契約交渉の不当破棄。契約交渉が進展して、もう契約成立は間違いないと思うような段階になって突然、なかった話にしてくれと言われる、そういう事例があります。こういうときに一定の要件のもとで損害賠償の請求ができるという判例ルールが確立しています。これもきちんと書こうということです。契約の成立までは、権利義務の関係は何もない、ゼロの状態だ、という前提で民法の条文はできているわけですが、実際には契約成立の前の交渉段階で、信義則上さまざまな権利義務があるとされているわけです。その代表が、不当破棄であり、また、次の情報提供義務です。

こういった、裁判例を通してルールが形成されているものについては、きちんと書こう、国民にわかりやすく書こう、ということです。これらのルールは教科書を読めば書いてありますので、皆さんは余り違和感がないと思うのですが、明文化には反対も強いのです。実務家の先生方から、そういう判決がたくさんあるのは分かる、しかし、それらの個別事案の解決から、一般的なルールを抽出して言語化すると、正確に判決の結果を反映したものにはならない可能性があるし、濫用の恐れもある。今まで柔軟に信義則の適用で行ってきた判断ができなくなる可能性もあるという批判があります。法律家としては理解できる批判だと思いますが、国民の目線から見ますと、これらのルールを信義誠実の原則などの一般条項から読み取るのは無理です。実際に裁判所に行けばこういうルールが適用されますということを、ある程度予測可能性を高めるような形できちんと書こうではないか、というのが提案の趣旨です。

今、挙げたものはかなり異論の強い部分なのですが、このほかに、ほとんど異論のない確立した判例ルール、解釈ルールの明文化の論点がたくさんあります。

2　民法（債権関係）部会における審議状況

法制審議会の部会では、三つのステージに分けて審議を行っています。第一ステージは二〇〇九年一一月から二〇一一年の四月までです。法制審議会がスタートする前に、あるべき改正内容について学問的な検討をしていた幾つかの私的な学者グループの中に「検討委員会」と略称されるグループがあって、非常に大部な解説付の改正草案を作りました。そのグループのまとめ役をしていた内田が法務省に移ったので、法務省はその草案でもって一気に突っ走ろうとしているのではないかという疑心暗鬼が生まれ、民法改正を学者だけが主導するのはとんでもないことだ、という批判が起きました。このため、学者の理想論で改正しようとしているのではないか、実務的にはそもそも改正の必要などないではないか、そういう批判の中でスタートすることになりました。そこで、第一ステージでは、本当に改正が必要かについて、一つ一つの論点ごとに、裁判例等の到達点を明らかにしながら、個別に検討していくという議論をしました。

最初は弁護士会や経済界から出ておられた委員・幹事の方々の中には、そもそも改正など必要ないのではないかという意見もあったのですが、一年半ぐらいかけて検討した結果、改正の内容についてはいろいろな意見があるにしても、やはり今のままではだめだというコンセンサスが形成されました。

そこで、二〇一一年四月に、それまでの審議の結果をまとめた「中間的な論点整理」を公表しまして、こういう論点について、このような改正をするということが議論されているが、さらに検討する必要があるかどうか、ということを問いかけるパブリックコメントの手続をとりました。個々の論点について改正への賛否を問うのではなく、改正の要否をさらに検討すべき論点について意見を求めるパブコメです。パブコメでは改正を検討すべき新たな論点を指摘する意見も出され、有益でした。

このパブコメを受けて二〇一一年七月から第二ステージの議論がスタートしました。今度は、個々の論点について、どのような改正をすべきかの方向を出そうとしたわけです。その結果、約一年半を経た今年の二月二六日に、改正を要する論点についてその内容をまとめた中間試案が採択され、これについてのパブコメの手続が、先日スタートしたというわけです。

パブコメは六月一七日まで行われ、その結果を踏まえて、今度は第三ステージの審議が行われることになります。第三ステージの審議にどのくらいの時間をかけるか、これはまだ分かりません。パブコメの結果も踏まえて審議をすることになります。第三ステージでは、中間試案の中身にさらに検討を加えて、本当に改正するものとそうでないものを区分けし、改正するものについてはどういう条文にしていくかを詰めることになります。

これがまとまりますと、「改正要綱案」が部会でまとまり、要綱案が法制審議会総会に報告されます。総会でさらに審議をして、承認されますと、「案」がとれて、「改正要綱」になります。これを大臣に答申する。それを踏まえて、今度は政府で法案をつくり、国会に提出することになるわけですが、そこまでにどれぐらいの時間がかかるかは、まだ分かりません。

通常は、何年度通常国会に提出するとか目標を掲げて作業することも多いのですが、民法の改正は制定以来一二〇年ぶりの大きな改正です。法務省は戦後できた役所で、戦前は司法省という、裁判所と一体となった官庁でした。戦後、司法権が独立してできた法務省という役所が取り組む改正の中でも、恐らく最大級の改正になりますので、いつまでにやりますなどという目標はそう簡単には掲げられないということで、いつまでにということは決まっていません。

解説会でいろいろなところに行ってお話をしますと、実務家の方々から、施行時期はいつかという質問が出るの

ですが、今はまだそのようなことを考える段階ではなくて、そもそもどういう内容の改正をするかを議論している段階です。

3　中間試案の特色

（1）論点の取捨選択

「中間的な論点整理」を、先ほどお話ししましたように、二〇一一年に行ったわけですが、そのときの論点の数は、私自身は数えたことがないのですが、数えた人によると五五〇ぐらいあるとのことです。

しかし、今回の中間試案は、論点の項目数でいうと二六〇ぐらいになっています。五五〇が二六〇になったということは、半分以下に絞り込まれていることになります。その際には、できるだけ、将来、法制審でコンセンサスが形成される可能性がある論点に絞るということで案が作られています。

その結果、非常に数が減ったわけです。誤解されている方から、「こんなに論点の数が減って、先生は残念ではないですか」と問われることがあります。何か私が、たくさんの条文の大民法典を作るのを目標にしていて、それが挫折してしまったみたいに思っておられるのですが、もともと私は大きな民法を作ろうなどと目指しているわけではありません。日本は、明治時代に条約改正のために大急ぎで外国から輸入して作った民法を、一二〇年近く運用してきました。その間大量の裁判例が蓄積しています。近代民法の運用実績としては、アジアで最も長い経験が日本にはあるわけです。それを条文の形にして、外から見える形にしたいというのが学者としての私の目標でした。そういう意味では、まさにその実務の成果が見えるような形で条文を作る方向に進んでいるのではないかと思います。

（2）中間試案の形式

「ＮＢＬ」という雑誌の九九七号には中間試案が掲載されていますし、法務省のホームページでも公表されています。このほか、概要という簡単な説明がついたもの、それから補足説明という詳細な説明がついたものと、三つのバージョンが公表されています。

中間試案の中身をご覧いただきますと、「何々するものとする。」という文末のものが大部分を占めます。大体、法制審議会で作られる要綱案の文体は、「何々するものとする。」という文末になっていまして、これは「ものとする。」を削除すると、そのまま条文になる、そういう内容が目指されています。

もちろん、いまはまだ中間試案の段階ですので、今の段階で「ものとする。」を削除しても、そのまま条文にはなりません。立証責任など、条文とする上でまだまだ細かく詰めなければいけないことが残されています。しかし、単なる提案よりは一歩条文に近づいた形の文章として中間試案がつくられています。

これに加えて、中間試案の本文の後には（注）がついているものがたくさんあります。全体の数でいうと半分ぐらい（注）がついています。そこには「このような規定を設けないという考え方がある」という文章が出てくるのですが、部会で、反対意見が強く出された場合、それを注記として入れます。あるいは、本文に対する別案が注記として入っている場合もあります。

それから、ごく少数、甲案、乙案という両案併記のものもあります。できるだけ両案併記にしないように中間試案はつくられていますが、どうしても意見が一本化されない部分については甲案、乙案の両案併記になっています。

また、「引き続き検討する」という文末になっているものもあります。私が法制審議会に初めて出たのは、借地借家法を作ったときで、まだ三〇歳をちょっと超えたぐらいの、若い助教授のころでした。その頃からの経験をも

とに言いますと、中間試案で「引き続き検討する」と書かれると、これは論点から落ちる、そういうメッセージだったのですが、今回の「引き続き検討」はそういうものではありません。文字どおり第三ステージで、本当に引き続き検討する論点です。中間試案では意見の対立があったことなどの理由で内容を詰めることができなかったけれども、第三ステージでさらに引き続き検討して、条文化を目指すかどうかを判断する、そういうテーマが「引き続き検討」となっています。

「引き続き検討」となっている論点は三つあります。第一が保証です。新聞報道などでは、今回の民法改正で個人保証を廃止するらしいなどと書かれています。保証人が自殺するなどの悲惨な事件があり、そういう保証人を保護するために、個人保証を原則廃止する、そういう改正が検討されていると報道されることがあり、まるで保証の改正のために、今回改正をしているかのようなイメージを与えているのですけれども、保証の部分をご覧いただきますと、「5　根保証」は一項目以外が、「6　保証人保護の方策の拡充」については全てが、文末が「引き続き検討する」になっています。つまり、個人保証の保護の方策についてはまだ詰まっていないというのが実際のところです。

第二が約款です。「約款の変更」という論点は、約款を作成した側が一方的に内容を変更することを認めるかどうかという論点ですが、議論がまとまっていませんので、「引き続き検討する」となっています。

第三は、事情変更です。皆さんは多分「事情変更の原則」という表現で習っておられるかと思います。従来から「事情変更の原則」と呼ばれていましたが、部会で弁護士の委員から、極めて例外的にしか適用されない例外法理を「原則」というのはおかしいという批判がありました。それなら「原則」はやめて「法理」にしましょうということで、「事情変更の法理」と呼んでいます。これも異論が強いために、「引き続き検討する」になっています。

このように、まだ中身が詰まっていない部分も残っていますけれども、多くは「ものとする。」という文体で、特定の内容の改正が提案されております。

今日はその中から、契約法の一番の柱である債務不履行にかかわる分野についてお話をしようと思います。

二　履行障害法――債務不履行の救済手段――

「履行障害法」という呼び名は、ドイツ的な言い方かもしれません。講学上、そのように呼ばれることがありますが、契約をしたのに、相手が契約どおりに義務を履行しないというとき、どういう救済が与えられるかに関するルールで、これは契約法の中核をなします。この点について、どういう改正が提案されているかをお話したいと思います。

レジュメに逆三角形の図がありまして、一番上は「裁判実務」と書いてあります。右側に年表のようなものが書いてありますが、私は歴史の話が好きなものですから、この年表の話になると、今日はそれだけで時間が過ぎてしまいます。そこで、残念ながら全て省略いたしまして、一言だけ述べます。

日本の民法は、明治時代にヨーロッパから輸入して作られたということはご存じかと思いますが、とりわけ、ドイツとフランスの法学の影響を大きく受けています。実際には条文全体の中の半分くらいはフランス民法に由来しています。日本固有のものはありません。もちろん、それまでの日本に法がなかったわけではありません。しかし、西洋式の法学の伝統はありませんでした。江戸時代は先例主義で、イギリスとかアメリカのように、先例を重ねることによってルールを形成していました。実際、相当な規模の市場が日本に存在していたわけですから、市場を支える法制度が当然あったわけです。それをさらに発展させる余地もあったと思います。しかし、過去の蓄積を全て

廃棄して、一から全部西洋のものを輸入するという大決断を、明治政府はしたわけです。そうやって輸入してできたのが現在の民法です。

しかし、これが非常にシンプルなもので、条文の数は、モデルにしたドイツ、フランスの半分以下、先ほどの錯誤の規定ではありませんが、この条文を読んだだけではとても裁判などできないというような、シンプルで不親切な民法がつくられました。逆三角形の一番下に、条文と書かれているのがそれです。

この条文だけでは裁判ができませんので、民法ができてただちに、条文のすき間を埋めるといいますか、裁判で使う具体的なルールを、解釈論という名の下に形成することが行われます。その際、当時最も進んでいると言われたドイツ法の理論が輸入されました。大挙してドイツの理論が入ってきた。これによって、非常に精緻な理論が構築され、ルールが整備されたわけです。条文に書いていないのに、解釈と称してルールが精緻に作られる。しかし、実はそのルールは、ルーツをたどると、ドイツの条文にある、そういうような解釈論が作られたわけです。

ですから皆さんは、法学部に入って、さあ勉強しようと思って、民法を開いて読んでみてもわけが分からない。民法の教科書にはいろいろなことが書いてあるので、なるほどそうか、条文には書いていないけれども、深く読めばこんなことが分かるのだ、民法は奥が深いものだと思うかもしれませんが、全然そうではなくて、条文と解釈論は出自が違うわけです。条文からは導けないようなものがドイツから入ってきて解釈論になっている。その解釈論を作ったのが、鳩山秀夫とか我妻栄とかの先生方なのですが、その解釈論の上に乗っかって、この逆三角形の一番上の層ですが、大量の裁判例が蓄積されて、ルールが作られているというのが現代日本の民法の姿です。

専門家はこの三層の内容を全部を知っています、より正確に言うと、知っていることになっている。ですから、専門家は別に今の状態で何の不便もないわけですが、しかし、一般の国民が、トラブルに直面して、民法では一体

どうなっているのだろうと思って条文を見ても、わけが分からない。専門家に聞くと、二層目、三層目のいろいろな話を聞いて、なるほど、専門家に聞かないと分からないものだと思うわけですが、これはやはりもとの条文の作りがおかしいのだと思います。一般国民・市民のための法が、市民に分からないように書かれている。そこで、一番上の層をきちんと条文化していくというのが今回の改正の一つの大きな目的だということです。その日本民法のわかりにくさを象徴する論点が、債務不履行の救済手段の部分です。

皆さんが今、どういう内容で授業を受けておられるか存じませんが、最も古典的な形で授業をするとすれば、契約が締結されると債権、債務というものが発生する。そして、相手が債務を履行しない、契約で約束したことを履行しないというときに、債権者は何が言えるかというと、原則的には三つの救済手段がある。そういう説明がされると思います。三つとは、履行の請求、損害賠償、解除という救済手段である、そのように説明されます。そのことが正確に条文に書かれているか、そこからスタートするわけです。

1　履行請求

まず履行請求です。契約を結んで債権が発生すると、債務者は自分が負っている債務の内容をきちんと履行する義務を負う。逆に言うと、債権者はそれを履行せよと請求できる、これが民法に書かれているかというと、書かれていないわけです。現在の民法では、そのように履行の請求をして、履行せよという判決が出たときに、どうやって強制するかについての条文はあるのですが、その前提となる履行の請求について、何も書いていない。

そこでまず、原則を書こうということで、第九の一、「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」とあります。「ものとする。」をとったら条文になります。こういう提案について、実務

家の方々にお話しすると、みんな苦笑いをして、そんな無意味なことを書くために今、改正しているのかという顔をされるのです。「債権があれば請求できるのは当たり前じゃないか。なぜそんなことをわざわざ書く必要があるのか。」ということなのですが、これはそうではないのです。当たり前のことではありません。債権があれば債権者は債務者に履行しろと言える、事実問題として言えるのは当たり前です。しかし法の世界で言えるというときは、裁判に訴えて、この債務の履行をせよという請求をし、認容の判決が出る、これが法的な権利があるということの意味です。

それができますよ、というのがこの条文なのですが、これは当たり前ではありません。英米では、原則としてできない。契約上の義務に違反したら、原則として、救済はまず損害賠償です。例外として、契約どおりの中身を履行せよという救済が与えられる場合がありますけれども、原則は損害賠償です。フランスも、建前上はどちらかというと原則は損害賠償です（CC1142 条等参照）。これに対してドイツは、あくまでもとの債務の履行の請求ができるという原則をとっています。日本はそれを採用したわけですので、国際的に見ると当たり前でない原則がとられています。従って、まずそれを書くということです。

その上で、現在は解釈論として、債権者は債務者に履行の請求ができるが、一定の場合には、債務者はその債務を免れる、と言われています。これは条文の根拠は何もありません。ドイツ民法には条文の根拠があるのですけれども（BGB275 条）、レジュメの逆三角形の真ん中の層ですが、学説がドイツの理論を採用して、一定の場合に免責されると言っています。

どういう場合かと言うと、これまで説明されていたのは、履行が不能になった場合だという。なぜ免責されるかというと、「人は不可能なことを義務づけられない（Impossibilium nulla obligatio est）」というラテン語の法諺が

ありまして、これは普遍的な法格言だから、当然に解釈として読み込まれるというのです。しかし、ドイツには条文があるわけです。日本の民法には条文がないので、解釈論として、不能の場合には債権は免れると説明されてきました。

しかし、一番上の層、裁判実務の層を見ますと、本当に不能の場合だけかというと、これはどうもそうではないと思われます。そこで、不能という言葉で表せない場面でも免責されていることが分かるような条文にしようというのが、中間試案第九、二です。「契約による債権につき、次に掲げるいずれかの事由があるときは、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」とありまして、その事由のことを、「履行請求権の限界事由」と書いています。

これは新しい言葉ですけれども、「不能」とこれまで言っていたことが、実は不能概念では完全に包摂できていない。そこで不能よりも広い言葉でこれを表現する必要があるわけですが、適当な言葉がなかなかありません。そこで、履行請求権が限界を超えた場合であるということで、履行請求権の限界事由という言葉が使われています。

どういう場合が限界事由かというと、アが物理的不能です。イは社会通念上の不能と言われる場合です。例えば、教室設例では、売買契約をして、売主が指輪を買主に引き渡す債務を負っていた。ところが、その指輪を湖に落としてしまった。この場合、湖の底をさらって、コストをかけて探せば、湖の底にはあるわけですから、探すことは不可能ではない。しかし、目的物の価格から考えて、そこまでお金をかけて目的物を探し出す義務まではない、それはもう社会通念上不可能である、ということで本来の履行をする債務自体は免責されると言われていました。北朝鮮がミサイルを発射して、その断片が海に落ちたときに、韓国の海軍が、海の底からそれを探し出して、引き揚げたということがありましたけれども、ああいうことを考えると、本気になってお金をかけると、海の底から引き

揚げることもできるのだと思います。しかし、通常は、そんなことは求められないということで、社会通念上不能と言われています。

ここまでですと、不能概念でカバーしようと思えばできる。ところが、ウとして、「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」ということが書かれています。これはどういうことか。

こういう解説の会で、教室設例としてお話しする例を挙げますと、例えば日本で、中東のシリアで手に入る特産品を売買するという契約を結んだとします。売主はシリアに行って買い付けをしてきて、それを買主に引き渡すという売買契約を結んだ。ところが、その後、シリアが内戦状態になってしまって、今も現地に行くことはできるし、買い付けをすることは可能である。今までどおりの費用で行けますから、不能ではない。ただ、命の危険があるというような場合です。その場合に、売主はシリアまで行って、命の危険を冒して買い付けてくる義務があるかというと、これは契約によるだろうと思います。気軽に結んだ契約であれば、そこまで売主に無理強いできないだろうという場合もある、しかし、何があっても必ず引き渡しますと約束したのであれば、命の危険を冒してでも買い付けに行くべき場合もあるだろうと思います。

つまり、契約による。契約の趣旨によっては免責してもいい場合があるということです。それが分かるように書こうということで、「当該契約の趣旨に照らして」「請求することが相当でない」という表現が提案されています。この表現の中に出てくる「当該契約の趣旨に照らして」という言葉は、今回の中間試案のキーワードでして、いろいろなところに出てきます。

当初、法制審の部会の中では、「契約の趣旨」というと、結局、契約書にどう書いてあるかによって左右される

のではないか、そうすると、大企業で法務部を持っていて、契約書にいろいろなことを書ける、力のある当事者にとって有利になる、そういうルールだという批判もあったのですが、ここに言う「契約の趣旨」はそのようなものではありません。そのことが分かるように書こうということで、「第八、債権の目的」の一に、契約の趣旨という言葉の意味を補う表現が加えられています。

これは、現在の民法第四〇〇条の改正提案ですが、この部分で、中間試案の中では最初に「当該契約の趣旨」という言葉が出てきます。その最初に出てくる部分で、契約の趣旨が何を意味するかが分かるような言葉を補おうということで、ブラケットがついた形で「契約の趣旨」の中身を説明する言葉が前に書かれています。「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、取引通念を考慮して定まる」当該契約の趣旨と書いてあるところです。

「契約の趣旨」というのは、契約書にどう書いてあるかではない。契約書がない場合もあるわけですけれども、どういう趣旨でこの契約に至ったのかという事情を含めて、取引通念まで考慮して「契約の趣旨」を判断すると書いてあるわけです。

ここに書かれていることは、日本の裁判所が契約の解釈という操作で行っていることそのものです。日本の裁判所は非常に柔軟な契約解釈を行います。場合によっては契約書に書いてある言葉を無視してでも、本当に当事者がこの契約で目指したものはこういうことのはずだということを解釈で導くことすらあります。このような柔軟な契約の解釈によって、当事者が本当は何を意図していたかということが探られる。そうやって明らかになったものが契約の趣旨である、ということを分かるように書こうというわけです。この契約の趣旨に照らして免責されるかどうかが判断されるというのが、先ほどの第九の二の内容です。

2　損害賠償

第二の救済手段が損害賠償です。債務不履行による損害賠償については、これも古典的なスタイルで授業を受けますと、債務不履行には、履行遅滞、履行不能、不完全履行という三類型があって、履行が遅れるとか、履行が不可能になるとか、あるいは不完全な履行をする、それぞれの場合に応じて、債務不履行責任が生じるが、いずれも債務者に責めに帰すべき事由がなければ、言いかえると、過失がなければ、債務者は責任を免れる、と教わります。「責めに帰すべき事由とは何ですか。」と聞くと、「故意・過失、または信義則上これと同視すべき事由を言います」というふうに、旧司法試験時代の口述試験では答えが返ってきたのですが、そのようなことは条文には書かれていません。

どこに書かれているかというと、我妻先生の『民法講義』に書いてあり、これが通説となり、判例にも採り入れられている。信義則上、故意・過失と同視すべき事由とは、履行補助者の過失のことを言うとされます。この、条文に何の根拠もないルールが法律家の頭に入っていまして、過失がなければ免責される、と言われてきました。

どうして、債務の不履行があったのに、過失がなければ損害賠償責任を免責されるのかというと、過失責任主義が採用されているからだと説明されます。そのようなことは条文のどこに書かれているかというと、条文には書いていない。しかし、過失責任主義は近代法の大原則なので、条文に書いていなくても当然読み込まれると伝統的には説明されていました。

今は司法試験の勉強をするときに、近代法の大原則など覚えないと思いますが、ある一定年齢以上の実務家の方々の前で話をしますと、みなさん、にやっとされるのですね。当時は民法の勉強というと、まず近代法の大原則を覚えることから始まるわけです。所有権絶対、私的自治や契約自由の原則、そして過失責任主義、これが近代法

の大原則であり、条文に書かれていなくても、当然みんな読み込まれるというわけですが、実はこれはドイツ法に根拠があるのです。

過失責任主義は近代法の大原則であると言われてきたのですが、実は、契約上の義務を履行しなかったために債権者が損害賠償の請求ができる場合に、この損害賠償責任を債務者が無過失であれば免責するというルールを採用しているのはドイツだけです。英米でもフランスでも採用していない。

なぜ、ドイツで過失責任主義が債務不履行の場面でも貫かれているのかということについては、歴史的な研究があります。ヨーロッパでドイツの資本主義の出発が遅れたので、資本家が自由な経済活動ができるように、経済活動の自由を保障するために、過失がない限り責任を負わなくてよいという原則が採用されたのだという分析もあります。いずれにしても、これはドイツのルールであって、世界普遍のルールではないし、近代法の大原則などではないということです。

これが、逆三角形の真ん中の層ですが、それでは日本の条文はどうなっているのかというと、四一五条は「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者はこれによって生じた損害の賠償を請求することができる」とあって、第二文に、「債務者が責めに帰すべき事由によって履行することができなくなったとき」、つまり不能の場合については帰責事由が必要だと書いてありますが、不能以外の債務不履行については、免責のことは一言も書いていません。

そもそも遅滞、不能、不完全履行という三分法など書かれていない。三分法を採っているのはドイツです。逆三角形の真ん中の層で、ドイツの理論が入ってきたために債務不履行は三類型で説明されますが、日本の四一五条はフランス法に由来しますので、不能の場合については、危険負担との棲み分けで帰責事由を規定していますけれど

も、不能以外の債務不履行一般について、遅滞とか不完全履行といった区別なしに債務不履行全体を対象とする規定が置かれ、そこには免責事由が書かれていないわけです。債務不履行があれば損害賠償請求できるとだけ書いてある。

では、一切免責されないかというと、金銭債務の特則を定めた四一九条の三項に、「第一項の損害賠償については、債務者は、不可抗力をもって抗弁とすることができない」とあります。

お金はその気になれば必ずどこかから調達してくることができますから、履行不能はあり得ない。大災害が生じようが戦争が起きようが、つまり不可抗力の場面が生じても、お金が調達できないことはないから、金銭債務の履行が遅れたことについて免責をしないというルールがここに書かれています。

これは世界的にも稀な、きわめて厳格なルールで、学界ではかねて立法論として批判されていました。そこで、今回の中間試案では四一九条三項を削除することが提案されています。それはともかく、金銭債務について不可抗力でも免責しないということをわざわざ書いているということは、反対解釈すれば、金銭債務以外の債務は、不可抗力があれば免責されると読むことができます。

したがって、現行民法の条文に素直な解釈としては、債務不履行があれば損害賠償請求できる、しかし不可抗力があれば免責される、となるはずです。これが逆三角形の一番下の層ですが、真ん中の層で過失責任主義が入ってきた。では一番の上の層、裁判実務はどうなっているかということですが、これについては、責めに帰すべき事由がないとして免責された先例がいくつかありますけれども、それらについての実証的な研究が既にありまして、学界でほぼ共有財産として言われていることは、裁判実務は過失責任主義を採っていないということです。

過失責任主義でいう「過失」というのは、交通事故のような不法行為でいう過失が典型ですけれども、主体の行

為態様を評価する概念です。交通事故を起こしたときに、過失があるかどうかを評価するためには、運転者がどういう行為をしていたかということを見て、そこに注意義務違反があれば過失と評価します。あるいは、医療過誤で、医師に過失があったかどうかを評価するためには、医師がどういう診療行為を行ったかということを評価して、注意義務違反があれば過失と評価する。

では、債務不履行の場合に債務者が損害賠償責任を免責されるときに、債務者の行為態様の評価がなされているかというと、そうではないというのが学界の共有財産となっている研究成果だろうと思います。

実際の裁判例をベースにした教室設例を一つ挙げてご説明しますと、例えばレアアースというのが今話題になっています。ある外国からレアアースを輸入して、それを売りますという売買契約を日本国内で結んだとします。その輸入業者はこれまで何年もずっとその国から何の問題もなく輸入して、それを販売してきた。それと全く同じように今までどおり上手くいくと思って、何月何日に引き渡しますという売買契約を結んだ。ところが、輸入先の国で、突然輸出手続に時間がかかるようになった。全く理由は分からず、政治的な理由らしいというのですが、突然ものすごく時間がかかるようになって、履行期に引渡しができないという事態が起きたとします。

このときに免責されるかどうかですが、場合によっては免責されるだろうと思います。しかし、免責されない場合もある。例えば売主が、こういう稀少な鉱物の輸出入には、往々にして輸出入の手続にリスクが伴う。しかし、自分を通せば絶対大丈夫だと請け合って売買契約を結んだのであれば、想定外の事態で輸出の手続に時間がかかるようになったとしても、やはり売主がリスクを負担して、遅滞の責任を負うべきだという評価がされる場合はあると思います。しかし、そういう特別な保証がなく、当事者双方とも、今までどおり上手くいくと思って売買契約したのに、突如として輸出に時間がかかるようになって、履行遅滞に陥ったという場合には、売主が免責される場合

もあるだろうと思います。

ここで免責されるかどうかは何によって判断しているのか。債務者の行為態様を評価して、注意義務違反があるかどうかの判断をしているのかというと、そのようなことはしていないわけです。売買契約を結んだ当事者の合意を解釈して、この想定外の事態は、合意の中でどういうふうにリスク分配されているか、どちらがリスクを引き受けるという趣旨で契約がされているのかということが「解釈」されているのだろうと思います。実際に類似の事件で免責された事例もあり、そういう事例を裁判例で見ると、言葉では、債務者に責めに帰すべき事由がないと言っていますけれども、実際には、過失判断の際の行為態様の評価は行われていない。別の判断が行われているというのが学界の評価だろうと思います。

そうだとすれば、実際に行われている判断を示すことのできる用語を使うべきだと思われます。そこで、法制審の前に作られた学者グループのうちのひとつである「検討委員会」と称するグループは、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」によって不履行が生じたときは損害賠償責任を免責されるという表現を提案したのです。ところが、これが実務界からはたいへん警戒感をもって受けとめられました。

実際の裁判例の事案を見ますと、まさにそういう判断がなされているように思われるわけで、それを表現しようとしたわけですが、実務家からは、次のような批判を受けました。

「契約において引き受けていなかった事由」というと、実務では、契約書にどう書いてあるかによって判断されかねず、そうすると、契約書に「こういうことは責任を負いません」と書けば、大抵のことが免責されてしまうことになる。つまり、詳しい契約書が作れない人は免責を受けられないけれど、法務部を持っていて詳しい契約書を作れる会社は免責を受けられる。そのようなことでよいのか、という批判を招いたわけです。

もともと、検討委員会の案でいう「契約」というのは、様々な事情を考慮した契約解釈の結果明らかになる契約のことであって、契約書のことではなかったのですが、その点がなかなか理解されませんでした。実務家は、今まで「責めに帰すべき事由」「責めに帰することのできない事由」という表現を使っていたので、この表現を使うべきだと主張し、学者からは、その表現はこれまで過失と同視して使われてきたので、それを使い続けるのは誤解を招く、表現を変えるべきだとの主張がされました。

しかし、法制審の部会での、激しくはあるけれども生産的な議論を経て、ようやく議論が収斂しました。やはり契約において引き受けていたかどうかという表現はまずいということで、中間試案で採用された表現が第一〇の一の（2）で、「当該契約の趣旨に照らして」とまた「契約の趣旨」が出てくるわけですが、「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」免責するという表現が提案されています。

これはどういうことかと言いますと、「責めに帰することのできない事由」というのはちょっと文語調の表現ですが、現代の口語表現に直すと、責任を負わせることのできない事由、責任を負うべきでない事由となると思います。つまり、「責任を負うべき事由があるときには責任を負う、責任を負うべき事由がないときには責任を負わない」と言っているだけで、ほとんど無内容な言葉です。それを我妻先生が故意・過失または信義則上これと同視すべき事由と言い替えたので、過失責任主義と結びつけて捉えられていたわけです。そこで、「当該契約の趣旨に照らして」を冒頭に付ければ、この表現はもはや過失という意味にはとられないだろうということで、この表現が採用されています。

3　解除

続いて解除です。このような調子で話をしますと、現代化の論点にすら入れないで終わってしまいそうですが、ただ、なぜこういう改正案が提案されており、背後にどういう議論があるのかをぜひ理解していただきたいと思いますので、少し時間をかけてご説明をします。

（1）付随義務違反

解除について、現在の民法は、五四一条で、「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、期間内に履行がないときは、相手方は契約を解除することができる」と規定しています。

これは履行遅滞による解除の規定と伝統的には説明してきたのですが、履行遅滞とは一言も書いていません。条文上は、債務の履行がないときには催告して解除できる、それだけが書かれています。履行遅滞という解釈を加えたのは、逆三角形の真ん中の層、ドイツの理論の影響です。条文だけを見ますと、契約上発生する債務について不履行があれば、催告して解除ができるように読めます。

しかし、どのような債務でも解除ができるのかというと、判例はそのようなことを認めていません。その例が、昭和一三年九月三〇日の大審院の判例です。著名なリーディングケースで、現在も維持されています。

この判決は、いわゆる付随義務に違反した事例です。事案は複雑ですが、戦前の農地の売買契約で、買主は代金支払義務という本体の債務に不履行はありませんでした。しかし、それに付随する債務、この事例では公租公課の一部を買主が負担するという約束になっていたのに、その部分が履行されなかったので、売主が催告解除したという事件です。

しかし、実は公租公課の部分は全体の債務のごく一部であって、しかもこの土地は小作地でしたが、売主は小作料を自分で収受して公租公課に充てることも可能であったような事案でした。つまり、この程度のことで解除するのはおかしいと思えるような付随的な義務の不履行の事案だったのです。このような事案で、裁判所は、（原文は片仮名ですが）「法律が債務の不履行による契約の解除を認むるは契約の要素をなす債務の履行なく契約をなしたる目的を達することあたはざる場合を救済せんがためにして」とあって、債務不履行で催告解除できるのは、要素をなす債務について不履行があり、契約の目的が達成できなくなった場合である、そうでない場合には解除できないと述べています。

同じような判例がその後繰り返し出ていて、最高裁判例の中には「要素」という言葉を使わず、「重要な債務」という言い方をするものもあります。ただ、「要素」とか「重要な」という形で、債務の種類を区別して、この債務の不履行なら解除できる、この債務の不履行なら解除できないと、その債務の種類で判断を分けるアプローチは適当ではないと思います。

付随的な義務でも、繰り返し不履行が行われますと、信頼関係が壊れて解除できるという場合がありますので、債務の種類で分けるのは適当ではない。それでは、「軽微な不履行」という言い方はどうか。それももうひとつはっきりしない。ということで、この判例への異論はないのですけれども、それをどう明文化するかについて論争がありました。

最終的に採用されたのは、この判決の中で使われている「契約をなした目的を達することあたはざる場合」という表現です。つまり、契約目的が達成できるかどうか、これが最終的な判断基準になっているはずなので、この文言を条文の中に入れることによって、単なる付随義務の違反では解除できないという判例を明文化することが提案

されました。

これが第一一の一でして、前半部分では民法五四一条をそのまま維持した上で、ただし書の「その期間が経過した時」、つまり催告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」という言い方をして、判例の明文化を試みています。この表現で上手く明文化ができているのかどうかについては、まだ議論があります。最終的にどういう表現になるかは、パブコメを経て、さらに言葉を選ぶ必要がありますけれども、規定の目的は判例で明らかになったルールを明文化するということです。

ちなみに、昭和一三年の大審院判決は、単なる付随義務違反では催告解除できないというルールを確立した著名なリーディングケースで、原審破棄の判決ですが、原審破棄を勝ち取った上告理由を書いているのが鳩山秀夫です。逆三角形の真ん中の層で、ドイツの理論を日本に輸入して精緻な解釈論の体系を構築した先駆者が鳩山秀夫という先生で、大正時代には民法といえば鳩山、鳩山といえば民法と言われていました。

鳩山秀夫のお兄さんが元首相の鳩山一郎です。その孫に当たるのが、元首相であったり元大臣だったりするご兄弟ですけれども、そのご先祖筋に当たる鳩山秀夫先生は、大変著名な学者でした。東大の教授をしていて、同僚の末弘巌太郎先生から、鳩山理論はドイツの理論の引き写しだと批判され、あるとき、家にいた書生の手を取って涙を流されたという逸話があるのですが、そのときの書生が我妻栄先生です。その後まもなく、鳩山先生は四〇代で東大の教授を辞めてしまわれて、弁護士になられました。そして、弁護士としての仕事を楽しんでおられたようで、晩年には、弁護士時代が一番楽しかったという言葉を残しています。その弁護士として勝ち取った判決が、この昭和一三年の大審院判決です。

（2）帰責事由の要否

もう一つ重要な論点が帰責事由の要否です。伝統的な通説は、債務不履行によって債務者が責任を負うのは過失責任主義によって過失がある場合であって、無過失の場合には損害賠償責任を負わないし解除もされないと言ってきました。

しかし、それはおかしいのではないかということが最近言われるようになっています。例えば、神戸大学から早稲田に移られた磯村保先生などは比較的早くからこのような主張をしておられましたが、今では多くの学者が共有している考え方です。債務不履行をしていながら債務者に過失がなければ債権者は解除できないというのはおかしい。もちろん条文そのものには帰責事由が必要だなどとは書いていないわけで、解釈論として帰責事由を要求するのはおかしいというわけです。

例えば東日本大震災で、福島のほうでも大きく揺れたわけですが、実は、紙を作っているメーカーが福島にたくさんあるのだそうです。本を作る紙というのは印刷機械に取り付けるために巨大なロールに巻いてあるわけですが、倉庫にあったその紙が地震で崩れてしまった。ロールに巻いてあるものが崩れて緩みますと、もう一回いちから作り直す必要があるのだそうで、こうして紙のメーカーがたくさん地震による被害を受けたために、紙の供給ができなくなりまして、東京では、地震の直後、本や雑誌を出すための紙が不足するという事態が起きました。

この事例を使いますと、ある本を出すので、紙の質や色など細かく指定して注文した。ところがメーカーの倉庫が地震で崩れてしまって、保管していた紙が全部だめになった。もちろん紙は種類物ですから、履行不能ではないわけで、「また急いで作ります。数ヶ月待ってください。」とメーカーのほうでは言っている。ところが、出版社としてはいま出せば爆発的に売れるという、村上春樹の小説のような本を出そうということで紙を注文しているので、今すぐ紙がないと困る。そういうときには、やはり契約を解除して、同じ紙を別のところから代替取引で手に入れ

ることを認める必要があるわけです。

しかし、地震ですから、売主のほうには過失はない。売主に過失がなければ解除できないとなりますと、代替取引をしても、数ヶ月後にもう必要がなくなった紙を供給されて、代金を支払わなければいけないことになります。それはやはりおかしいと思います。解除制度は、債務不履行した債務者に対するサンクションではなくて、売主（債権者）を契約の拘束から解放するための制度と考えるべきです。

そうであるなら、債務の履行が遅れてもう契約の目的が達成できなくなった場合には、解除を認めないとおかしい。ということで、帰責事由があろうとなかろうと、解除するのに相応しい不履行があれば解除ができるというふうにすべきだというのが、現在多くの学説が言っているところです。これを明文化しようということが提案されています。

4　危険負担との関連

今挙げたのは履行遅滞の場面ですが、問題は、これを履行不能に適用した場合です。これも教室設例ですが、特定物の例として船の売買契約を想定します。売主が所有している船を買主に売却する契約をした。ところが、履行期を過ぎても売主が船を持ってこない。そこで、買主は相当な期間を定めて催告をし、それでも履行がないので解除した。

ところが、そのとき売主が、「いや、これは履行遅滞ではない。船は滅失してしまったので履行は不能になった。しかも、その原因は大震災で、自分には何の過失もない事由によって船が滅失した。」と主張したとします。帰責事由のない履行不能ということになると、債務者は不可能なことを義務づけられないのですから、債務者（売主）

は、船の引渡債務を免れることになります。

そして、五四三条によると、履行の全部または一部が不能となったときは解除できるけれども、「債務の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ものであるときは、この限りでない」ということで、現行民法の条文上、目的物滅失による不履行については、債務者に帰責事由がなければ解除できないということになっているわけです。

船は滅失したけれども、自分には帰責事由がありませんと売主が主張すると、買主は契約を解除できない。ではその後の処理はどうなるのか。

（1）特定物売買の危険負担

これを定めたのが危険負担に関する五三四条ですが、「特定物に関する物権の設定又は移転」とありますから、船の売買はまさにこれに当たるわけで、この規定を適用しますと、危険負担の債権者主義により、結論的には、買主は船の引渡しを受けられず、契約を解除することもできない。しかし、代金は払わなければいけないことになります。

この結論を是認するのであれば、五四三条で、帰責事由のない滅失の場合に解除を阻止する実益があります。ところが、五三四条については、立法論としても、また解釈論としても、その内容が不合理であるということに異論がありません。危険の移転時期が早過ぎる。売買契約と同時に危険が移転してしまうわけですから、これはおかしい。特定物の売買契約の場合には、特定物を引き渡してはじめて危険が買主に移転するとすべきであって、それまでは売主が危険を負担すべきだ。つまり、代金債務も消えることとすべきだというのが現在の五三四条の通説的な理解です。危険負担の債務者主義です。

この通説的な理解で五三四条を解釈しますと、いまの船の売買の事案で、船の引渡しがないということで買主が契約を解除し、これに対して売主が、帰責事由のない滅失であると言って解除を阻止したとしても、その結果、危険負担の債務者主義が適用されて、反対債務である代金債務も消えることになります。この結果は、解除したのと同じです。

ということは、五三四条を債務者主義で解釈して危険の移転時期を遅らせるのであれば、帰責事由のない滅失について、解除を阻止する意味がありません。解除を阻止したところで、危険負担が適用されて、結論は解除と同じになるからです。

そこで、実務でも、このような場面で、わざわざ危険負担を適用するために、帰責事由がないという抗弁を出して解除を阻止するなどということをしないわけです。実務的には解除で処理されている。そのほうが法律関係が明確ですので、買主は売主から船が来なかったので解除する、それで終わり、というのが実務の扱いだろうと思います。そうであれば、帰責事由のない滅失、つまり履行不能についても解除ができるように改めるべきではないかというのが中間試案の提案です。

そうなりますと、帰責事由のない履行不能についても解除は可能になりますから、危険負担と解除が重なってしまうわけですが、わざわざ重ねて危険負担を残す意味がありませんので、五三四条は削除するということが提案されています。これが中間試案第一二の一です。五三四条を削除して、解除に一元化するという提案です。

この提案に対して、実務界から非常に強い反対があります。その反対理由として言われるのは、例えば東日本大震災のように、目的物の船が津波で流されてしまった。しかも、売主（債務者）自身が行方不明で、どこにいるか分からない。生きているのかどうかも分からない。このような場合にまで買主は解除をしなければ契約関係を消せ

ないことになる。今まで、危険負担で当然消滅するはずだったのが、解除しなければ消せないというのは、買主（債権者）の負担が重すぎるではないか。解除の意思表示は、相手の所在が分からないと公示による意思表示（九八条）をすることになるわけですが、そのようなことまでさせる必要があるのかという批判です。

しかし、この批判は全くおかしいと思います。何がおかしいかというと、目的物の滅失について、売主に帰責事由があった場合には、解除をしないと契約は消えません。これは債務不履行ですから、解除しないと消えない。ところが、売主に責任がない場合、つまり契約が解消されてしまうことについて、何の責めも売主にはない場合には、当然消滅にしないと買主に酷だと言うわけですが、これはバランスを失していると思います。

売主に責めに帰すべき事由がある場合に、契約を解消するには解除の意思表示をしなければいけないということが、おかしいと言われたことは一二〇年間一度もない。それなのに、売主に責任がない場合に解除の意思表示を要求するのが買主にとって負担が大きすぎるというのはおかしいのではないかと思います。

売主（債務者）が行方不明の場合に困るではないかというわけですが、売主がみずからの過失で船を滅失させてしまって、夜逃げをしたという場合、解除しないと契約は消えません。売主の所在が分からなければ、公示による意思表示をしてでも、とにかく解除しないと契約関係は消えない。そのことについて、一二〇年間異論はなかったわけですが、これが売主に帰責事由がない場合にのみ不当だというのはなぜだろうという疑問を抱きます。

実際には、債務者が行方不明という場合に、解除する必要はないのです。解除しなくても買主は何も困らない。船の引渡しがなされることはもうない、そして、船の引渡しもせずに突然売主が現れて代金を支払えと言われれば、買主は同時履行の抗弁権もありますし、その場で解除の意思表示をすれば済むことなので、実際何の不都合もないわけです。

これまで危険負担という制度が存在していたものですから、危険負担を廃止して解除に一元化するというと、あったものが使えなくなるというので、大変な抵抗があるのですけれども、しかし、その抵抗には理由がないのではないかと思います。

（2）「前二条に規定する場合」以外の危険負担

問題は、危険負担という制度には、もうひとつ五三六条という規定があるということです。とりわけ五三六条二項に、「債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を失わない」という規定があります。五三六条は、「前二条に規定する場合を除き」とありますので、特定物売買のような場合を除いた契約に適用されます。典型は、サービスの提供を内容とする契約です。五三六条二項は、典型的には労働契約に頻繁に適用されています。しかも、労働契約については、労働基準法二六条に重要な特則が置かれています。

五三六条二項だけを適用すると、使用者の責めに帰すべき事由によって労務の提供ができない場合には、労働者は賃金の支払を請求できるという結論になるのですが、労働基準法二六条には、「使用者の責に帰すべき事由による休業の場合においては」、使用者は平均賃金の六〇％以上を労働者に支払わなければならないという休業手当の規定が置かれています。労働基準法の二六条に「責に帰すべき事由」という言葉が出てきて、五三六条のほうにも「責めに帰すべき事由」が出てくる。労働基準法の「使用者の責に帰すべき事由」によるときは六〇％の賃金が取れる。民法の「責めに帰すべき事由によるとき」には、全額が取れるとなっていて、矛盾するわけですが、労働法の先生方は、これは矛盾しないと説明します。「責めに帰すべき事由」という同じ言葉が民法と労働基準法で異なって解釈されているからです。民法のほうが狭く、労働基準法のほうが広いと解釈されています。この解釈はす

でに安定していて何の問題もなく運用されているので、民法の五三六条二項の規定は、「責めに帰すべき事由」という言葉も含めてそのまま維持すべきだという議論をされています。

これが一般国民に分かりやすい議論なのかどうかです。同じ言葉が別の法律で異なって解釈されている。そのことが、安定して運用されているので現状を変えるなというわけですが、私は労働法の素人のせいか「分かりにくいなあ」と思いました。しかし、絶対に変えるなということですので、中間試案では五三六条二項は、その実質をそのまま維持することが提案されています。

そのうえで、五三六条一項ですが、双方に帰責事由がない場合には反対債務は消えるという規定が置かれています。これは危険負担の債務者主義ですが、仮に特定物の売買を想定した五三四条を削除してしまって、「前二条に規定する場合を除き」という言葉を除いて五三六条一項を残しますと、この規定は、危険負担一般における債務者主義を宣言した規定ということになる。そういう規定として意味があるから残せという声も強くあります。

しかし、現在の五三六条一項には、「債務者は、反対給付を受ける権利を有しない」と書かれています。日本の危険負担という制度は、対価危険と言われますが、双務契約に基づき債権債務が発生して、一方が履行不能で消えたときに、もう一方がどうなるかを定める制度として規定が置かれています。五三六条もそういう形で置かれているので、双務契約の債務の一方が消えたときに、もう一方の債務については、反対給付を受ける権利を有しない。債権はあるのだけれども、給付は受けられないというふうになっているわけです。

ところが、この規定が典型的に適用されるべき賃貸借やサービスの提供を内容とする契約（雇用、請負、委任など）は、使用収益させたり役務の提供をしなければ対価の債権は生じないと解されています。つまり、賃貸借契約を結んだら、物を貸さなくても賃料の請求ができるかというと、そのようなことはできない。使用収益できる状態

に置いてはじめて賃料債権が発生すると考えられています。

そうであるとすると、債権債務が両方並び立っていて一方が消えたときに他方の給付を受ける権利を有しないとか失わないとかという対価危険のルールで規律するのはおかしいのではないか。ということで、中間試案では、五三六条一項も削除した上で、賃貸借やサービスの提供を内容とする契約について、契約ごとに、賃貸借、請負、雇用、委任それぞれの契約に即した形で危険負担の規定を置くことが提案されています。

三　売買法（売主の担保責任）

恐れていたとおり、予定通り先に進めませんでしたけれども、売買について一言だけ述べておきます。

売主の瑕疵担保責任について、五七〇条に非常にわかりにくい規定があり、いまだに法定責任説と契約責任説が論争しています。しかも、各地で裁判官や弁護士の方々と話をしますと、日本の裁判実務が瑕疵担保責任についてどういう説をとっているかについて、意見が一致しないのです。「判例は法定責任説ですよ。」とおっしゃる実務家もおられれば、「いや契約責任説です。」とおっしゃる方もいるし、「どちらでもない。」とおっしゃる方もいる。学説が対決し、判例が何であるかもよくわからない。

売買の目的物に欠陥があったときに、買主にはどのような救済が与えられるかという、契約における最も基本的な場面ですから、争いの余地のないように明確な規定を置こうというのが今回の中間試案の内容です。

それに加えて、「瑕疵」という言葉はやめて「契約に適合しないこと」に置きかえるという提案をしています。これに対しては、実務家の方から反対がありまして、「瑕疵」という言葉は全然分かりにくくない、難しくないとか――難しくないとおっしゃる方は最初に勉強したときの印象を忘れているだけだろうと思いますが――、分かり

にくいとおっしゃる方も、「瑕疵」という言葉は難解かもしれないし漢字で書けと言われると書けない人も多いかもしれないけれども、しかし、この言葉を前提に契約書が作られ、実務が運用され、安定した取引実務が築かれている。基本概念の言葉を変えるとなると、全部改めなければならなくなって、莫大なコストがかかる。そこまでして変える必要があるのか。「瑕疵というのはこういう意味です」と分かるようにきちんと定義すれば済む話ではないか、というふうに言われます。

しかし、それは専門家の発想です。「瑕疵」という言葉の意味が分からないために、民法を読んでも意味が分からない。そういうコストが一般国民の間で実は日々生じている。このコストは、「瑕疵」という言葉をいま変えなければ、次の世代も、またその次の世代も、ずっと負担し続けることになります。「瑕疵」を定義する規定を置いても、わざわざ難解な用語を用いることは、実は素人にとってはコストを伴っているのです。

たしかに、専門家が言うように、概念を変えればいまコストがかかるけれども、思い切って言葉を変えてしまえば、国民目線に立ったコストという観点からは、将来の世代にとっては間違いなくプラスになります。そこで、「瑕疵」という言葉を変えてはどうかということも提案しているのです。

四　おわりに

質疑の時間を残さなければなりませんので、もうここで時間です。

債権譲渡などについては何も話ができませんでした。確かに、細部に立ち入り過ぎたかもしれません。けれども、中間試案というのは、言葉の一つ一つを作るために、大変な時間をかけて部会で議論した結果なのです。そのことを少しでも感じ取っていただきたいと思ってお話をしました。ですから、批判される場合も、賛成される場合も、

いずれであれ、ぜひ補足説明をお読みいただき、場合によっては過去の部会資料とか議事録も全て公表されていますので、そういったものをお読みいただいて、なぜこうなったかということをぜひご理解いただいた上で、ご議論いただければと思います。

非常に不十分な解説になってしまいましたけれども、私からのお話は以上で終了させていただきます。どうもありがとうございました。

［追記］　本稿は、二〇一三年四月二〇日、法務省経済関係民刑基本法整備推進本部参与の内田貴先生を招聘して、大阪大学会館講堂で行われた講演会「民法（債権法）改正と民法の学習――中間試案の概要――」の内容を記録したものです。本講演会は、本学高等司法研究科が主催するＡＬＥＣ企画の一環として行われました。本年三月に公表された『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』の中から、改正の目玉ともいえるテーマで、かつ学生の学習という観点からも特に重要と考えられるいくつかの論点について踏み込んだ解説を賜りました。具体的には、債務不履行の帰責事由、契約解除の要件、危険負担との関係、売主の担保責任など履行障害法の重要テーマを素材として、従来の裁判実務との関係性や改正の必要性をわかり易く解説してくださいました。今回の講演会により債権法改正に対する学生の関心がより一層深まったものと感じております。大変ご多忙な中、このような学生向けの解説会に貴重なお時間を割いてくださった内田先生のご高配に深く感謝申し上げます。また本講演会の実現にあたり多大な尽力を賜った藤本利一教授にもこの場を借りて御礼申し上げます。

当日は高等司法研究科・法学部の学生を中心として、学外からも多くの実務家・研究者・学生の方々のご来場があり、講演会は大盛況となりました。本講演録には掲載しておりませんが、講演後の質疑応答では聴衆の学生から多数の質問が寄せられ、たいへん興味深い議論が交わされました。条文を見ただけではルールの内容が判然としないという現行法の状況をどう改善すればよいか、グローバル化した現代社会にふさわしい民事基本ルールの現代化をどのように推進すればよいか、今回の講演会のテーマとしては取り上げられなかったものも含めて、今後、学界・実務界において、改正に向けて一層突っ込んだ議論が活発に展開されるであろうことを、確信しております。

（松川正毅・石田剛）