民法改正法案の構成とその問題点

石崎泰雄

1　意思能力（第三条の二）

人に関する根源的な問題である意思能力に関する規定が、民法典には存在していなかった。そこで、意思能力を有しない者の意思表示は無効であるとの判例法理[1]によって、関連する事例への対応がなされてきた。

今回、民法の一部を改正する法律案（民法改正法案）では、新たに意思能力に関し、「法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときは、その法律行為は、無効とする。」との規定が新設され、第2章「人」に関する規定として、第1節「権利能力」と第3節「行為能力」との間に、第2節「意思能力」として挿入された。ただ、「人」に関する規定として置かれるのであれば、より本質的には「意思表示をした者が、意思能力を有しないときは、その意思表示は無効とする」といった旨の規定とすることも考えられる。

審議会では、一貫して意思能力に関しては、心裡留保、錯誤、詐欺といった法律行為の項目下で審議されてきた

こともあって、そこでは、法律行為に関連した規律内容が考えられていた。そこで、「法律行為」の「章」の中の「意思表示」の「節」ではなく、「人」の「章」で規律することになっても、その議論の到達点がそのままの内容で導入されたため、法律行為と関連させた規律内容となったものと思われる。もっとも、第3節「行為能力」に関する規定も、制限行為能力者の「法律行為」と関連させた規定となっていることもあり、意思能力に関しても、法律行為と絡めた規定内容であっても、違和感は少ないと思われる。

したがって、人の章の中で、それぞれの節において権利能力、意思能力、行為能力と並べて、それぞれの内容・相違を分かりやすくさせるという意味からも、また人の能力の根本的なところを示すという意味でも、人の章に置くのがよく、そして行為能力とともに、法律行為と絡んだ問題に対応すべく解釈論が展開されていくべきものと考える。

2　法律行為・公序良俗（第九〇条）

(1)法律行為総則

民法典においては、第5章「法律行為」の第1節「総則」において、いきなり、法律行為を無効とする公序良俗違反（民九〇条）の規定から始まっており、本来であれば、より本質的な法律行為の一般的総則規定をその冒頭に掲げることが望ましいといえよう。審議会の委員・幹事の多くがそうした意見を持っており、実際にも、中間試案において、(1)法律行為は、法令の規定に従い、意思表示に基づいてその効力を生ずるものとする。(2)法律行為には、契約のほか、取消し、遺言その他の単独行為が含まれるものとする、といったように、法律行為の総則的規

定および法律行為にはどのような類型があるのかを示す規律が採用されていた。

こうした規律の方向に反対するのが、関係官一人だけであり、その反対理由は、「法令の規定に従い、意思表示に基づいてその効力を生ずるというこのことが法律行為の概念を示すにあたって、必要にして十分なものであるのかどうなのかというところも私には今一つよくわからない」[2]というものであった。この反対理由が論理的に破綻していることは、「法律行為は、…意思表示に基づいてその効力を生ずものとする。」という命題は、法律行為はどのような要素からどのようにして生ずるのかということを説明したものにすぎず[3]、決して必要十分条件を示したものではないことから明らかである。もし、必要十分条件を満たすものとして「定義」づけると、「法律行為とは、法律効果の発生を目的とした意思表示に基づく合意又は表示をいう。」[4]といったところとなろう。

したがって、もしこのような理由で法律行為の一般規定の立法化が実現できないとすれば、そこには立法上の重大な瑕瑾が認められよう。そこで、規定はないとしても、法律行為総則にこれに相当するような規定が存するものとして、様々な問題に対処していくことが必要だと考える。

(2)暴利行為

公序良俗を規律する第九〇条は、民法九〇条の僅かな文言の修正にとどまり、第二項に暴利行為に関する規定は置かれなかった。

審議会では、古い判例[5]法理を基にして作成された条文案が示され、検討が加えられてきたが、産業界・経済界からの反対が強いこともあり、その反対の意向を反映させた修正案を提示すれば、今度は、規律として不十分であるとの反対意見が出されるなど、まとめることの最も困難なテーマの一つであった。

暴利行為に関しては、社会状況の変化・進展に伴い、今後新たな形態の暴利行為が出現してくる可能性も否定できず、それらを射程に収めた規定を設けることは確かに難しいといえよう。したがって、判例法理を基礎として、学説の展開などを参考としながら新しい類型の暴利行為にも対応できる解釈を構築していくことが必要であろう。民法での立法化が実現できないとすれば、次善の策として、消費者契約法などの特別法において、新しい類型に即応できるように立法化を含めた対応をしていくという方向が考えられる。

3　錯誤（第九五条）

(1)要素の錯誤

審議会で最も激しい議論の対象とされた項目の一つとして錯誤がある。民法九五条本文では、「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。」という簡単な規定が置かれていた。これがいわゆる要素の錯誤といわれるところで、「表意者は錯誤をしていなければ意思表示をしていなかったと認められ、かつ、通常人も意思表示をしていなかったと認められる場合に要素の錯誤が認められる」とする判例(6)法理が確立しており、これが主観的因果性と客観的重要性の判断を示すものと理解されてきた。

この要素の錯誤の規律に関し、統一法秩序の中でこうした構成と最も近似した規定を有するのがユニドロワ国際商事契約原則である。すなわち、「当事者が錯誤により契約を取り消すことができるのは、錯誤に陥った当事者と同じ状況に置かれた合理的な者が、真の事情を知っていれば、実質的に異なる条項のもとでのみ契約を締結し、または契約を全く締結しなかったであろうほどに、錯誤が契約締結時において重要なものであり、…(7)」としており、

表意者の因果性を当然の前提としながら、合理人基準を導入したものである。

これが、改正案では、第九五条第一項柱書において、「意思表示は、次に掲げる錯誤に基づくものであって、その錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるときは、取り消すことができる。」とされ、第一号に「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」という表示錯誤がおかれ、第二号に「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」という動機の錯誤が挙げられている。これまで解釈によって、一定の動機の錯誤を錯誤に取り込む工夫がなされてきたが、これにより、動機の錯誤が錯誤に包摂された。

まず、従来の要素の錯誤に相当する第九五条第一項柱書の部分の「錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものである」という要件についてであるが、事務当局の説明では、これは従来の主観的因果性と客観的重要性の二つの要件を変更するものではない[8]とされる。しかし、実質的には以下のような変更が生じていると思われる。すなわち、「法律行為の目的」という文言からは、表意者の主観的因果性のみならず相手方の主観的因果性が加わり、さらにその規範的評価が介入する。また「取引上の社会通念」からは、従来の「客観的重要性」がより客観的規範的に評価される要素が強まると考えられる。したがって、これまでの表意者と通常人の行為態様に焦点が当てられていたものから、人的な側面では、表意者・相手方・通常人へと対象が拡大され、さらに客観的かつ多様な要素を判断対象としたよりきめ細やかな判断を可能とするものへと変容したといえるのではないだろうか。

(2)動機の錯誤

第九五条第一項で、「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」といういわ

ゆる動機の錯誤が、錯誤規定に取り込まれた。そして、この動機の錯誤は、第二項において「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り」取り消すことができるとされる。この部分に関する事務当局の説明では、これも判例法理の到達点を踏まえた忠実な明文化であるとのことである。[9]

しかし、判例法理が、「表意者の動機が表示され、それが法律行為（意思表示）の内容となったとき」というものであるとすると、その文言を見る限り、「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り」というように、「表示」までしか表現されてはおらず、これでは判例法理の一部しか明文化されてはいないということになり、結局それでは判例法理の内容が変更されて採り入れられたとの評価を受けても仕方がないのではないかと思われる。このような条文化がなされた理由を推察すると、「法律行為（意思表示）の内容になる」というところでは意見が先鋭に対立し軌を一にするところがなかった。そこで、一致が見られる「表意者の動機が表示されて」というところまでが、「議論の到達点」として明文化されてしまったということであろう。

民法典の他の意思表示規定、心裡留保、虚偽表示、詐欺又は強迫のいずれにおいても、相手方の態様をも顧慮した規律内容となっているのに対し、錯誤規定においては、表意者の態様にもっぱら主眼が置かれている。

こうした日本法の構成は、比較法的に見るとかなり異質なものである。統一法秩序の規定は次のようになっている。すなわち、ユニドロワ国際商事契約原則では、「相手方が、同じ錯誤に陥っていた場合、錯誤当事者の錯誤を生じさせた場合またはその錯誤を知りもしくは知るべき場合であって、錯誤当事者を錯誤に陥ったままにすることが公正な取引についての商取引上の合理的な基準に反するとき」[10]、ヨーロッパ契約法原則では、「相手方が錯誤を知りまたは知るべきであって、錯誤者を錯誤に陥った状態に放置することが信義誠実及び公正取引に反する場合」[11]、共通参照枠草案では、「錯誤者を錯誤に陥ったままの状態にしておくことによって、錯誤による当該契約の締結を

もたらしたこと。ただし、相手方が当該錯誤を知り、又は知っていたことを合理的に期待される場合において、信義誠実及び取引社会の公正に反するときに限る。[12]」、共通欧州売買法草案では、相手方が、「当該錯誤を知りまたは知ることを期待し得たと認められ、かつ、錯誤にかかわる情報を指摘しないことによって錯誤による契約の締結をさせたこと。ただし、信義誠実と公正取引に照らせば、相手方が錯誤を認識し指摘することが要請されることを要する。[13]」とされている。ここには共通の規律がみられる。一つには、相手方の認識可能性という相手方の主観的態様の規範的評価がなされる点であり、もう一つは、信義誠実及び公正取引という客観的規範的評価が加えられるところである。

実際のところ、判例法理が「動機が表示されて法律行為（意思表示）の内容になった」というのも、たとえば契約という法律行為の内容になるというところで相手方の主観的態様を取り込み、それを規範的に評価してきたのではないだろうか。

さて、そこで、改正案の条文をいかに解するかということであるが、第九五条第一項柱書の「錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであるとき」、かつ、第二項で、法律行為の基礎とした「事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたとき」に動機の錯誤が取り消しうるものとなる。契約の場合に、「法律行為の基礎とされていることが表示されていた」というところで、当然相手方の関与が前提となることから、ここに相手方の主観的態様を組み込むことができる。さらにそれを一項の柱書の取引上の社会通念をも併せて規範的に評価して判断する。こうすることで、「動機が表示されて法律行為（意思表示）の内容になった」とする従来の判例法理を引き継ぎながら、さらにより実態に即した解釈論を構築していくことが可能となるのではなかろうか。

4 「第3編　債権　第1章　総則」の冒頭に、債権・債務の内容および債務の「不履行」に関する規定が欠如していること

民法典債権編の第1章「総則」では、これまでと同様に、第1節「債権の目的」、第2節「債権の効力」の規定が置かれる。本来であれば、まずこの冒頭部分にたとえば、「債務とは、法律関係の当事者の一方である債務者が、相手方である債権者に対して負う履行義務をいう」[14]といったように債権・債務とは何かについてわかるような根本的な規定を置き、債権編の債権・債務の解釈の基礎を提供すべきであったと考える。また、「債権の効力」の節においても、まずは債権の基本的効力としてどのようなものがあるのか、特に本来的履行請求権が認められることを明示すべきであったと思われる。もっとも、第四一二条の二第一項の履行不能の規定において、「債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない。」とされており、「裏」から履行請求権の存在が示された形とはなっている。そして、債務の「不履行」とは何かについて、民法四一五条の損害賠償の規定から独立させて規定し、その効果が損害賠償のみにとどまらず、「不履行」の場合の法的救済としての履行請求権（不履行がない段階での本来的履行請求権と区別するために追履行請求権と呼ぶこともある）、契約債務の場合には契約解除権をも導く概念であることを明らかにすべきであったと考える。さらに、この「不履行」の箇所では、債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合に、いずれの救済手段も行使することができない旨を定めておくべきであった。この規定がないために個別に様々な箇所で規定を設けねばならず、実際に売買のところでちょっとした規定の遺漏（第五六五条参照）も見受けられる。

そこで、改正案では、債権・債務の内容、債権の効力における本来的履行請求権、債務不履行の内容、その法的効果、債権者の不履行、そしてこれらの位置づけ等は、解釈によって導くことになる。

5　善管注意義務の変質（第四〇〇条）

これまで民法四〇〇条ほかにおいて広く用いられてきた善良なる管理者の注意義務の内容が変質することになる。これまで善管注意義務は、債務の種類、契約の趣旨、目的、行為者の属性等から導かれる当該行為を行うべき通常人が果たすべき合理的注意義務として用いられてきた。たとえば、その行為の専門家であるのか全くの素人であるのかといった属性によって注意義務の水準が変動する抽象的過失の認定基準として用いられてきた。

今般の改正の最も重要なポイントの一つが、契約債務の不履行において「過失責任主義」を採らないということを明確にしたところである。これまでも判例・実務が過失責任主義に依拠していたと断ずることはできないが、第四一五条の損害賠償とその免責、売買の担保責任の構成において、債務者に過失がない場合にも損害賠償責任を認めるいわゆる「結果債務」が採り入れられている。そこで、たとえば物の売買における特定物の引渡しにおいては、結果債務であり不可抗力等の免責事由がなければ、過失がなくても債務者は損害賠償責任を免れることはできなくなる。新たに設けられた第四〇〇条の規定では、「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、契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして定まる善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならない。」とされており、結果債務の場合が含まれることになるため、これまでの抽象的過失の基準としてではなく、それを超えた変動する義務の基準として用いねばならなくなったといえよう。

したがって、改正案では、善管注意義務違反≠過失ということになるので注意を要する。

6　履行不能（第四一二条の二）

(1)第一項（履行不能）

これまで民法典では、債務の履行が不能であるとき、債権者はその債務の履行を請求することができないということを明示するような規定は存しなかった（これに関連する規定として、民四一五・五三六・五四三条は存在した）。一方、判例・実務では、物理的不能以外に、事実的不能、法律的不能、経済的不能等、社会通念上の不能といわれるものにまで拡大して運用されてきた。

このような実態に鑑みて、審議会の議論では、社会通念上の不能を含めて、履行不能を類型化して示そうという方向にあり、中間試案では、類型化としては不充分ながらも「ア　物理的な不能　イ　履行に要する費用の著しい過大性　ウ　その他、当該契約の趣旨に照らして、債務者に履行を請求することが相当でないと認められる事由」といったような類型化が提示されていた。殊にウはいわゆる受け皿規定であり、今後生じうるかもしれない新たな類型にも広く対応できるようにすることが意図されたものであった。

ところが、最終的に出来上がったものは、このような類型化を廃して、逆にこれらを統合して一つの規定としたような形となっている。つまり「債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない。」とされ、社会通念上の不能が、「不能」に取り込まれたものとなっている。本来であれば、いくつかの不能の類型を明示することで基準が明確になるところ、

契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして「不能」といえるかどうかを判断しなければならないということでいささか迂遠ではある。しかし、これまでの判例・実務に反することが意図されているわけではなく、改正案の下でもこれまでの運用を引き継ぐことになる。

(2)第二項（原始的不能）

これまで判例では、契約締結時にその契約上の債務の履行が不能であったときは、その契約は原始的に不能であって無効であるとされていた。[15]

これに対し比較法的には、契約締結時に債務の履行が不能であったという事実のみで、契約の有効性は影響を受けないとされており、[16]さらに契約に関する財産を処分する権限を有していなかったという事実のみで、契約の有効性が影響を受けることがないことも加えられている。これは、他人物売買等の法律的不能も社会通念上の不能ではあるが、契約は有効であるということで、こうした社会通念上の不能の契約であっても、契約締結後に目的財産を取得したり、処分権限を取得したりすることが可能となった場合を想定した規定[17]である。日本法でも、他人物売買（民五六〇条）の規定の存在は、こうした原始的不能の契約であっても、その契約が有効であるということを前提としていたともいえよう。

当初は、こうした統一法秩序の規律を導入して、原始的不能の契約であっても「契約の有効性は影響を受けない」といった方向で規定されようとしていたが、最終的には、「契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったことは、第四一五条の規定によりその履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない。」とされ、契約の有効性に影響はないとする文言に代え、損害賠償請求ができるということのみが規定された。

確かに実際のケースでは損害賠償ですむ場合がほとんどであろうが、解除等ほかの効果もあることから、審議会では当然異論が出されてはいた。

しかし、この規定では不都合だと思われる重大な問題があるのではないだろうか。つまり、原始的に不能な契約が、その後の社会状況の変化等によって、「可能」となることがあるのではないか。たとえば、法律によって販売が禁止されていた目的物の売買において、その法律が廃止された場合、法律によって禁止されていた目的物の輸出入禁止が解除された場合、売買の目的物の指輪を既に海に落としてしまっていて、その引揚げは技術的には可能であるが、その引揚げには過分の費用を要する場合で、契約が解除されていないため、自己の信用を保持したい債務者が過分の費用を賭して目的物を引き揚げ履行の提供をしたとき、これらのケースでは、債務の履行は原始的に不能であるが、契約が解除されない限り、債務者による履行の実現を認めてもよいのではなかろうか。そうした場合、第四一二条の二第二項の規定では、効果として損害賠償のみを挙げており、やはり不十分な規律だといえるのではないか。ここは解釈による修正または補充が必要となってこよう。つまり、「契約締結時に債務の履行が不能であったという事実のみで、契約の有効性は影響を受けない」という前提があって、ここでは、その効果の代表的例の一つとして損害賠償が挙げられているにすぎないと捉えるといった解釈の方向である。

7　受領遅滞（第四一三・四一三条の二第二項）

(1)第四一三条

改正案の受領遅滞の制度は、民法四一三条の規定から、受領遅滞の場合に「債権者は、履行の提供があった時か

ら遅滞の責任を負う」とする受領遅滞の債権者の一般的遅滞の責任を認めていた部分が削除されたものとなった。また債権者の一般的受領義務を認める規定も設けられず、その代わりにいくつかの個別的効果の規定が設けられた。それは、受領遅滞の場合に履行の提供をした債務者の注意義務が自己の財産に対するのと同一の注意へと軽減され（第四一三条第一項）、受領遅滞によって履行の費用が増加したときは、その増加額を債権者が負担すること（第四一三条第二項）、さらに受領遅滞の場合に履行の提供時以降に当事者双方の帰責事由なしに履行不能となったときに、その履行不能が債権者の責めに帰すべき事由によるものとみなされること（第四一三条の二第二項）である。

この受領遅滞において審議会の意見では、受領義務なる一般的義務を債権総則に掲げるべきではないとする意見が大勢を占めた。また売買等の個別の契約類型においても受領義務の規定は置かれなかった。受領という狭い局面に過度に傾斜した法制は望ましいものではなく、債権総則に受領義務を置かなかったことは適当であると考える。そこで、受領義務を必要とする一定の契約類型において必要に応じて受領義務を解釈によって認めていくということになろう。

比較法的には、債権者・債務者間において、当事者双方に相手方の債務の履行のために協力すべき義務が一般的に認められている[18]。本来、債権者と債務者間には、それぞれが債務を有し、債権を有するという関係が存するのであり、この意味で両当事者ともに自己の債務の実現を果たさなければならない。また、当事者双方は、主たる債務以外に様々な付随義務・保護義務に覆われており、両当事者は互いに協力してそれらの義務を果たしながら誠実にそれぞれの債務内容の実現を図っていくことが、債権・債務関係の根幹を形成している。こうした債権・債務内容の理解によれば、債権者の権利の側面に過度に傾斜した日本の法制は、未だ債権・債務の本質的理解には至ってい

ないと評価されても致し方がないのではないだろうか。債権者も債務者と同じく反対債務の債務者であるから、両当事者は等しくそれぞれ権利・義務を負っているのであり、日本法では債権者の義務の側面に関する規律がきわめて不十分である。したがって、当事者双方特に債権者に少なくとも、一般的「協力義務」を認めるべきであったと考える。そこで、債権者・債務者間には一般的協力義務の存することを解釈によって認め、債権・債務関係の諸問題を解決していくうえでの一つの重要な要素として活かしていくべきものと考える。この場合、債権者・債務者間の一般的協力義務から、一定の契約類型においては受領義務を導くことができ、付随的義務の違反の一つとしての処理が可能となると考える。

こうした一般的協力義務も、何も「受領遅滞」の局面に限定されるものではないので、より本質的にはやはり、債権編第1章「総則」第2節「債権の効力」のところに、債権者・債務者間の一般的協力義務として置くべきものと考える。

(2)第四一三条の二第二項

第四一三条の二第二項に設けられた新たな規定は、売買契約における特定物の引渡時危険移転説の採用（第五六七条第一項）と相まって、ここ債権総則では、受領遅滞による危険の移転を宣明するものとなっている。また当然のことながら、これと整合させるために売買契約においても、目的物の受領遅滞による危険の買主移転が規定される（第五六七条第二項）。というのは、たとえば取立債務において、債務者が口頭（言語上）の提供をした場合で、債権者が受領遅滞とはならない間（取立てに赴いている途中）に、当事者双方の責めに帰することができない事由によってその債務の履行が不能となったときは、債権者は受領遅滞とはなっていないので、その履行の不能は債権

者の責めに帰すべき事由によるものとはみなされないからである。

第九九回会議で、受領遅滞中、履行提供があったのと同時に履行不能となる場合に、債権者に帰責事由があるものとみなされて、債権者がこの場合のリスクを負担しなければならないという以外の解釈はとれないのかという質問[19]があったが、改正案の基本的な構成では、引渡時危険移転とそれを補完する受領遅滞危険移転が採用されており、本規定は、債権者が受領遅滞にあることが前提となっているため、ここは債権者がリスクを負担するというのが体系上整合的な理解かと思われる。

「4」の債務の「不履行」に関する規定の欠如というところで、債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合に、債権者はいずれの法的救済手段も行使することができない旨を定めておくべきであったということを述べていた。本規定においても、債権者がその他の権利行使、すなわち、履行請求権、損害賠償請求権、契約債務の場合の契約解除権等の権利行使ができなくなるということを規定する重要な機会であったが、ここでもその機を逸した。もっとも、他の規定によってこのことは導くことができる。すなわち、履行の請求は第四一二条の二第一項によりできないし、損害賠償の請求は第四一五条ただし書により排除され、そして契約債務の場合は第五四三条により契約の解除ができない。しかし、やはり本条本項に明示規定がないことは、一般市民にとってとうてい使い勝手の良い規律とはいえまい。ちなみに、売買契約において初めて危険移転時以降の両当事者に帰責事由のない目的物の滅失・損傷に対して、買主が履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない旨規定されている（第五六七条参照）。

8　債務不履行による損害賠償とその免責（第四一五条）

(1)債務の本旨に従った履行をしないとき

債務不履行による損害賠償を規定する第四一五条において「債務の本旨に従った履行をしないとき」という表現がみられる。既述したように債権総則の冒頭部分には、債務の「不履行」の一般的規定は掲げられてはおらず、ここ損害賠償に関する規定の文言、すなわち「債務の本旨に従った履行をしないこと」という表現から、債務の「不履行」の統一要件を解釈によって導くべきこととなろう。

実はこの「本旨に従った履行」なる表現は、審議会の議論にも全く上っていなかった。この点は、民法の一部改正という趣旨に則して、そのままにしておくべき根幹的部分はそのまま残すことが基本であって、これによりこれまでの判例・実務の蓄積との断絶を招くことなく、今後も継続した運用を可能としたいし、また入れるべきだとの事務当局の判断によるものであろう。

不履行の統一要件が、損害賠償から独立した規定として設けられていないこともあり、このようなその手がかりとなる表現が置かれていることにより、解釈によって不履行の統一要件を導くことが可能となる。なお、統一要件を解釈によって導くことで、将来生じるかもしれないあらゆる「不履行」に対応することが可能となるという実益もあるが、統一要件を導きながら、その類型化、たとえば、履行遅滞、履行不能、不完全履行ほかの類型を基にした解釈論の展開も妨げるものではないと考える。

(2)契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして

審議会の議論では、債務者の責めに帰すべき事由の存否に際し、それを「契約の趣旨に照らして」判断するという意見が有力であり、これでほぼ議論の一致を見ていた。ところが、「契約の趣旨に照らして」から「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」に置き換えられた。事務当局による説明では、これは決して「契約の趣旨に照らして」に関する審議会の議論の内容を変更するものではないとされるが、そこには、どちらかというと当事者の主観的要素の強い概念から、より客観的規範的判断要素の強い概念を用いることにより、従来の判例・実務との継続性をより確実なものにしたいとの事務当局の意図があるのではないかと推察する。

事務当局によって創設された「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念」なる表現は、比較法的に見ると、極めて近似するものが共通参照枠草案にみられる。そこでは、「債務の内容は、契約その他の法律行為、法令若しくは法的拘束力を有する慣習若しくは慣行又は裁判所の命令から明らかにすることができる」[20]とされ、そして債務の履行等に際しては、「信義誠実及び取引の公正に従う義務を負う」[21]とされる。また、契約を解釈するにあたって、考慮するべき事情として、(a)契約が締結されたときの事情(b)当事者の行為(c)当事者双方がその契約で用いたものと同一又は類似の条項又は表現に対して既に与えていた解釈及び当事者間で確立した慣行(d)当該活動分野においてそのような条項又は表現に対して一般に与えられている意味及びそのような条項又は表現について既に行われていた解釈(e)契約の性質及び目的(f)慣習(g)信義誠実及び取引の公正、が挙げられている[22]。そこで、契約債務の場合には、これらの考慮要素をも勘案され、債務の内容、債務者の行為が判断・評価される。

第四一五条では、債務の不履行が「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」債務者の責

めに帰することができない事由によるものであるのかどうか、ここに挙げられた要素により総合判断される。「契約の趣旨」だともちろん規範的評価もなされるが、やはりそれは両当事者の主観的要素が出発点としてその根本にある概念であるのに対して、事務当局によって創設された表現は、より客観的規範的評価の要素が強いものであり、これはこれまでの判例・実務の流れに沿った評価概念だといえるように思われる。

(3)責めに帰すべき事由

第四一五条に基づく損害賠償責任は、「その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、」これを免れることができる。従来と同様に責めに帰すべき事由（帰責事由）というタームが用いられてはいるが、「契約その他の債務の発生原因…」という修飾語句が付されている。これにより売買における目的物の引渡債務のような結果債務では、債務者に過失がなかったとしても、不可抗力等の免責事由がなければ、損害賠償責任を免れることができないという構成が明確に採用された。

この意味では、統一法秩序における免責の構成と結論的には一致するといえよう。統一法秩序における損害賠償責任の免責の構造は、たとえば、「当事者は、自己の義務の不履行が自己の支配を超える障害によって生じたこと及び契約の締結時に当該障害を考慮することも、当該障害又はその結果を回避し、又は克服することも自己に合理的に期待することができなかったことを証明する場合には、その不履行について責任を負わない」[23]とされており、履行障害という客観的要件とその予見の期待不可能性、プラス結果回避の期待不可能性の主観的要件とによって判断されるのは、基本的には統一法秩序にみられる共通の構成である（共通参照枠草案では、予見の期待不可能性要

件が落とされている)。

判例にみる民法四一五条の損害賠償責任の対象は、そのほとんどが安全配慮義務や診療債務等のいわゆる手段債務である。[24] したがって、実務的には、債務者の行為義務に対して合理的注意義務が果たされていたかどうかの「過失」認定の判断が求められることがほとんどである。また、統一法秩序の主観的要件、すなわち予見の期待不可能性と結果回避の期待不可能性は「過失」の判断基準に相当するものである。

ここに新たに採用された表現、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」、債務者の帰責事由の存否を判断する場合には、主観的要素および客観的要素を総合考慮した規範的評価をすることになり、また実際のところ、その多くが「過失」の存否の判断が求められるものとなる。これは、これまで判例・実務が長い間実践してきたところと一致するものであり、これまで蓄積された膨大な判例を引き継ぎながら、しかも世界的基準にも合致するものであり、妥当な帰結を導いていくことができる基盤を提供するものだと思われる。

9　過失相殺（第四一八条）

過失相殺に関しては、特に不法行為においてその傾向が顕著であるが、債務不履行においても、純粋に債権者の「過失」を問題としているというよりもそれを拡大して捉えられており、人的側面では債権者側の過失にまで広げられており、さらには過失を超えて債権者に起因する事情をも組み込んだ判例・実務の運用がみられる。

原因主義に依拠する統一法秩序では、債務者の不履行が、債権者の作為または不作為によって生じた限度（範囲）において、債務者の不履行を主張することはできないとされ、[25] 債権者の法的救済の権利行使、たとえば、履行

請求権、損害賠償請求権、解除権の権利行使が排除される。実は、ここで、作為または不作為によって生じた限度（範囲）においてというところが、債務者の損害賠償額のところで影響する。つまり、債務者の債務不履行が認められ損害賠償責任を負う場合において、その損害の発生・拡大に債権者の行為が起因する場合に、債権者の寄与度分が減額されるのである。[26] もちろん原因主義に依拠するわけであるから、債権者の損害への「寄与度」が問題とされるのであり、「過失」が問題とされるわけではない。

日本法は過失相殺といいながらも、運用上は実質的には、債権者の「寄与度」にまで拡大した適用をしているといってもよかろう。本規定の本質は、債務者・債権者間の「過失」の相殺にあるのではなく、それぞれの寄与度に応じた損害額の配分にあるのではないか。この意味で過失相殺というタームがそもそもふさわしいものではない。本規定によると、これまでと変わらず、債権者の寄与度が認められる分の減額ということで運用されていくことになろう。

10　契約の成立（第五二二条第一項）

民法典の契約の章では、第1節総則の第1款として、「契約の成立」の款が設けられているが、承諾期間の定めのある申込みといったこまごまとした規定から始まっており、いかにして契約が成立するかといったその根幹的規定はなかった。今回の改正案で、第五二二条第一項に、申込みに対する承諾によって契約が成立する旨の規定が置かれた。確かに契約の成立の典型例としては、申込みと承諾によるものが挙げられよう。しかし、契約の成立の根源にあるものを表したものとはいえまい。契約の成立は、「両当事者の合意」によるというのが、その本質を示し

たものだと考える。世界的基準たるべきものでも次第にそのような認識に至ってきており、申込みと承諾による契約の成立は、契約の成立として一典型例ではあるが、その下位準則として捉えられるようになってきている。[27]

今日、申込みと承諾による契約の成立にはそぐわないいわゆる練り上げ型の契約があること、そして技術開発された様々な機器類を用いた契約の締結も次第に増加しており、それらによる契約の成立では、申込みと承諾という要素に当てはめるのが適当でないものもみられる。[28]今後、合意による契約の成立を根幹に据えた解釈が重要となってこよう。

11　契約の解釈（条文なし）

旧稿[29]で詳述したように、中間試案で採用されていた3つのルールは、いずれも「具体的当事者基準説」とでも呼ぶべきもので、当事者の意思をきわめて尊重しようというものであった。ただ、裁判官を中心とした実務家の委員・幹事の強い反対意見があって採用されなかった。

しかし、今般の改正は、契約を中心とした債権法の改正であり、その趣旨からすると契約の解釈に関する規定は、是非とも備えておきたいものであった。確かに中間試案で示されていたものは、学術的には大変興味深い具体的当事者基準説に依拠するものといえようが、それが現行実務と断絶することなく受け入れられるものでなければなるまい。

世界的基準たるべきものでは、次のようになっている。

① 契約は両当事者の共通の意思に従って解釈されねばならない。[30]

② 当事者の一方が特別の意味を与える意思を有していたこと、および相手方がその意思を知りまたは知らないことはあり得なかったときは、その当事者の意思に従って解釈されねばならない[31]。

③ ①・②によって意思を証明することができないときは、両当事者と同種の合理的な者が同じ状況のもとでその行為に与えるであろう意味に従って解釈されねばならない[32]。

規定が設けられなかったのでいたし方ないが、このような具体的当事者基準と合理人基準とを組み合わせた規律を基盤に据えた契約の解釈が必要となってこよう。

12 危険負担（第五三六条）

契約解除の要件として、債務者の帰責事由を必要としないという構成を採用すると、「当事者双方の責めに帰することができない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有しない」（民五三六条一項）という危険負担債務者主義の原則と契約解除とは内容的に重複するものと考えられ、審議会では激論となり、結局最終的には、妥協案としての危険負担の履行拒絶の抗弁権構成が採用された。

しかし、この履行拒絶の抗弁権構成を採用するといくつかの問題があることが指摘される。一つは、反対給付が履行済みであった場合の問題で、はたして非債弁済で解決できる問題なのかというものであり、もう一つは、雇用契約等で、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、債権者は、反対給付の履行を拒むことができない。」（第五三六条第二項）とする規律では、債務者が反対給付を請求することができるとされる場合の規定として不十分ではないかという問題であり、他の契約類型、請負や委任とも絡んで問題とさ

れる。

このように新たな危険負担の履行拒絶権構成の下では、今後、このほかにも様々な難問が生じてくる可能性がある。そこで、危険負担と契約解除とは本当に併存させるべきでないものなのか、再度問題提起をしておきたい。たとえば、売買契約の給付目的物が債務者の帰責事由なしに海に落ちてしまい、これを引き揚げるには過分の費用を要するという場合には、債務者の履行は（社会通念上）不能となり、債権者は、その債務の履行を請求することができなくなる（第四一二条の二第一項）。また、債権者は、反対給付（代金支払い）の履行を拒むことができる（第五三六条第一項）。しかし、契約が解除されていない間は、依然として契約は有効なままであり、この間に、債務者が自己の信用を保持したいとかの理由で、過分の費用を賭して債務の履行の提供をする場合には、取引上の社会通念に照らすと、債権者がこれを拒絶することは認められないと考えられる。なぜならば、契約を締結した債権者と債務者は、契約目的実現のために信義に従い誠実に、それぞれに課される様々な義務を協力して果たしていくべき契約関係という信頼関係の渦中に身をおいているからである。債権者が契約を解除していれば、もはや債務者がその債務の履行の実現をすることはできない。つまり、契約の解除は、債権者・債務者間の全債権・債務関係の解消をもたらすものであり、それに対して、危険負担法理は、反対債務の履行請求権または履行拒絶権の帰趨を決定するものにすぎないからである。

今般の改正案で、危険負担の履行拒絶権構成が採用されたが、「危険負担制度をなくさないとするとどう変えるのか」[33]ということで採られたものなので、依然として危険負担の制度は存在している。本改正案では、危険負担の履行拒絶権に関連して新たな問題が出てきたときには、履行拒絶権構成にはなっているが、危険負担法理が存在することを前提とした解釈で対応するということも必要となってくるかもしれない。

13 催告による解除（第五四一条）、催告によらない解除（第五四二条）

これまで、民法五四一条において「履行遅滞等による解除権」が規定され、民法五四二条に「定期行為の履行遅滞等による解除権」が、民法五四三条に「履行不能による解除権」が置かれており、民法は、催告解除を原則とし、催告によらない解除（無催告解除）の二つを例外として配置するという構成を採用していた。今般の改正案では、催告解除を原則とする（第五四一条）ところは維持されたが、催告によらない解除（第五四二条）として、無催告解除の統一規定が設けられた。そこには、履行不能、履行拒絶、定期行為のほか、契約をした目的を達することができない場合の無催告解除の受け皿規定が置かれており、第五四二条の本質は、この「契約目的達成不能」の場合の無催告解除の統一要件が置かれたことにより、「催告によらない解除」の処理が明確になることにある。

やはり問題は、催告による解除（第五四一条）である。これまでにも指摘してきたように、統一法秩序で重大な不履行（目的達成不能）解除一元論を採用するものはない。比較法的には、①重大な不履行を原則として、履行遅延の場合に催告解除で補完する二元論[34]か、②催告解除（軽微な不履行の場合を除く）を原則として、不適合の場合も催告解除に含める。そして重大な不履行の場合には無催告解除を認める二元論[35]とがある。日本民法改正法案は、これまで催告解除を原則としてきたこともあってか、②型の法制を採用した。

もし、これまでの判例・実務と基本的には齟齬のない法制を目指すという場合には、完全二元論[36]を採用することが考えられる。つまり、催告解除を、通常の履行の遅滞の場合と付随的債務の違反が契約目的達成不能かまたは重大な影響を及ぼし、要素たる債務の違反といえる場合に限って認め、履行の不能、履行拒絶や定期行為などの契約

の目的を達成できない場合に無催告解除を認めるという二元論である。付随的債務の違反の場合を催告解除に含めるのは、判例が付随的債務の違反の場合に、昭和四三年の最判[37]を含めて、要素たる債務と認めたものもそうでないものもすべて民法五四一条の催告解除の範疇で処理しているからである[38]。

このような二元論であれば、これまでの判例・実務と一致したものとなったであろうが、日本民法改正法案は、不適合の場合も催告解除に含める構成を採用した。ただ、そうした場合、従来、不適合（瑕疵物給付）の場合には、目的達成不能のときに初めて解除できた（民五七〇・五六六条一項）ものが、そうでない場合にも催告解除の俎上に載せることが可能となる。そして、ただし書で「その期間を経過した時における債務の不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、この限りでない。」として解除が制限されている。

このことによって、現行の瑕疵ある目的物の給付の場合の目的達成不能解除のときより、解除される範囲が拡大されてしまうのでないかという懸念が示された[39]。これに対して、通常の法制では催告する時点で不履行が軽微かどうかの判断がなされるのであるが、日本民法改正法案は催告期間経過時での軽微かどうかで判断をするという異例の法制を採用した。逆にここに現行法の実務に近づけた軽微性の解釈の可能性を指摘する見解[40]もある。

従来、瑕疵物給付の場合に目的達成不能の場合にしか契約解除が認められないとする規定が置かれたのは、奴隷・家畜の特定物売買が主たるものであったローマ法を引き継いでいた時代背景があるのではないか。それらの売買では少々の瑕疵があるのは一般的であり、契約の目的を達成することができないような重大な瑕疵がある場合に限って、このような厳しい解除要件として無催告での解除を適当とした。しかし、現代社会では特定物を対象とする場合より種類債務が一般的となっており、また科学技術の進展により、今日そして将来的にも不適合の場合の追完は一層容易なものへと発展していこう。そのような時代を想定すると、催告解除を原則とすることで、不適合の

場合には、債務者には追完の機会が与えられる。これにより、債務者には追完権が与えられるわけではないが、催告期間が付与されることで、債務者は債務内容を実現できる十分な機会を得るのである。したがって、改正により解除の範囲が拡大されたようにも思われ、実際解除されるチャンスは拡大するが、同時に債務者の方も追完により債務内容を実現することにより解除されないチャンスも拡大することになり、これからの時代にふさわしい法制となる可能性は十分にあると思われる。

そうすると、「軽微性」を無理に現行実務に近づけた解釈をすることなく、むしろ催告解除に伴う売主への追完の機会の付与により契約内容の実現を達成することへと資する法制であるとの評価も可能ではないかと考える。

14 債権者の責めに帰すべき事由による場合の解除権の排除（第五四三条）

従来民法五四三条では、債務者に責めに帰することのできる事由のある履行不能による債権者の契約の解除権が規定されていた。改正案では、債務者の帰責事由は不要となった。本来であれば、債権総則の債権の効力のところに、債務の「不履行」に関する規定を置いて、さらにそこで、債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合に、債権者は、いずれの法的救済手段も行使することができない旨の定めを置くべきであったということは既述した。

統一法秩序では、原因主義に依拠するので、債務者の不履行が債権者の作為・不作為または債権者に起因して生じたときは、債権者は債務者の不履行を主張できず、いずれの法的救済手段も行使できないとされる(41)。

これに対して、日本民法改正法案は、帰責事由主義に依拠するので、債務者の不履行が債権者の帰責事由によるものである場合には、債権者の法的救済権の権利行使はいずれも排除されることになる。

ここは、履行不能による解除権の箇所なので、こうした解除権に関する規定のみしか置くことはできず、その意味で本規定自体には何ら問題はないが、個別にすべての法的救済のところでもれなく規定せねばならず、場合によっては遺漏も生じてこよう。実際にも売買のところでちょっとした遺漏もみられる[42]（第五六五条参照）。

15　買主の追完請求権（第五六二条）

(1)契約内容への不適合

既述したように、債権総則の冒頭部分では、債権・債務に関しての根本的な規定が欠如している。その中の一つとして、「債権の効力」の箇所で、債権者に「本来的履行請求権」が認められるという本質的な規定を明記すべきであるが、第四一二条の二第一項において、履行不能の場合に履行請求が認められないとする旨の「裏」からの規律があるにすぎない点を指摘した。

本来であれば、債権総則に「本来的履行請求権」が債権の最も基本的な効力として認められ、そこから、債務の「不履行」があった場合に法的救済としての「履行請求権」が生ずることを明記し、それが契約各論のここ売買では、契約の不適合の場合に「追完請求権」という形での法的救済が認められることを示すことにより、これら債権者の「履行請求権」の微妙な変異のありようを明示すべきであった。ただ、ここ売買規定において、契約不適合の場合の追完請求権が規定されたことから、ここから逆に一般的「履行請求権」の姿を推し量ることも可能となろう。さて、その売買の場合の追完請求権の要件であるが、売買契約の目的物が買主に引き渡されて、その目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主は履行の追完の請求が認められる。つまり、

「契約の内容への不適合」がこの追完の基本的な要件となっている。

審議会の議論では、「契約の趣旨」を重視して「契約内容への不適合」を判断しようという見解と「取引上の社会通念」を前面に出して客観的に判断しようという見解の対立があったが、ここは、以下のように考えるべきである。

債権総則の規定では、たとえば、特定物の引渡しの場合の注意義務として、「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」定まる善良な注意義務が求められ、履行不能および債務の不履行による損害賠償の帰責事由の判断に際し、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という表現が用いられている。また、契約総則の規定においても、たとえば、契約解除の際にこの概念は重要な機能を担わされている。そこで、契約各則の売買契約は、当然のことながら債権総則及び契約総則の範疇に属するものであるから、債務の不履行、つまり「契約内容への不適合」がある場合には、これら債権総則・契約総則の規律の影響を受けることになる。

したがって、契約内容への不適合の判断に際しても、当該売買「契約の内容及び取引上の社会通念に照らして」判断されることは一般的に認められよう。そして、「8　債務不履行による損害賠償とその免責（第四一五条）」のところで主として検討したように、この判断要素は主観的要素と客観的要素の総合判断であり、特に客観的規範的判断要素が強いものである。そこで、この契約内容への不適合においてもそのような主観的・客観的・規範的判断を要するものとなる。これに関しては、物品の契約適合性に関して規律する共通参照枠草案の規定[43]が参考となる。主観的基準としては、（a）特定の目的への適合性、客観的基準としては、（b）通常の使用目的への適合性、および（c）見本又はひな形との品質の一致、である。そこで、契約内容への不適合といえるかどうかは、特定の目的

が示されていた場合には、その目的からの逸脱を当該売買契約の内容及び取引上の社会通念に照らして規範的に判断され、特定の目的が示されてはいないときには、同じく通常の使用目的への適合性が、当該売買契約の内容及び取引上の社会通念に照らして規範的に判断され、そして見本又はひな形がある場合には、それとの品質の一致が規範的に判断されることとなろう。

(2)追完の方法

売買契約における追完の種類に関しては、第五六二条第一項に明記され、買主は、目的物の①修補、②代替物の引渡し、③不足分の引渡し、という三つの追完方法のいずれかを選択して売主に追完請求することができる。これに関して重要な点は、第五四二条の催告によらない解除の要件を充たす場合にはもちろん無催告解除が認められるし、さらに無催告減額（第五六三条第二項）も認められるが、催告解除が原則である（第五四一条）こととの関係で、買主は基本的には履行の追完の請求をして、売主に追完の機会を付与しなければ、減額請求や解除権の行使ができない（第五六三条第一項・第五六四条参照）というところである。

契約総則の催告解除（第五四一条）のところで既述したように、契約不適合の場合には、催告解除の範疇から外して、契約の目的達成不能の場合にのみ第五四二条の催告によらない解除（無催告解除）に服させるという法制を採用する途もあった。現行実務に完全に一致させたければそれが簡易な方法であったであろう。

しかし、改正案は、新たな道へと第一歩を踏み出した。それは、催告解除制度という大きな枠組みの中で、売主（債務者）に追完の機会を付与することにより、追完による契約内容の実現を達成させる方向へと舵を切った。これは、今後の科学技術の進歩・社会状況の進展に即応した法制であるとの評価も可能であろう。

またこの売主による追完の機会の付与に関しては、「買主に不相当な負担を課するものでないときは」という制約の下ではあるが、売主に3種類の追完方法の選択権が与えられている。「不相当な負担」に関する解釈においては、まず第一に、契約内容への不適合による不利益を被ったのは買主であるということ、そのこともあって、第一次的追完方法の指定権が買主に与えられていること、そして当該不適合の場合にいかなる追完方法が適したものであるのかをよく知り得るのは売主であること等に配慮することが必要であろう。

(3)買主の責めに帰すべき事由による不適合

既述したように、本来であれば、債権総則で、「不履行」の規定を設けるなどして、不履行が債権者の責めに帰すべき事由によってもたらされた場合には、債権者は法的救済として一切の権利行使ができない旨の規定を置くべきであった。

既述したように原因主義に依拠する統一法秩序では、債務者の不履行が債権者の作為または不作為によって生じた限度（範囲）において、債務者の不履行を主張できないとされており[44]、この場合債権者は、自己に帰責事由がなくても履行請求（追完請求）、解除、代金減額、損害賠償（その限度において）請求ができない。

これに対して、日本改正法案は、原因主義ではなく帰責事由主義を採用するので、債権者に帰責事由がある場合に、履行請求権（追完請求権）等の権利行使が排除される。

16　権利の不適合の場合の売主の担保責任（第五六五条）

権利の一部が他人に属する場合には、本条により第五六二条の追完請求の問題が対応可能となり、その不適合が買主の責めに帰すべき事由によるときは、買主は追完請求できない。権利の全部が他人に属する場合は、第五六五条が適用とならないので、売買契約のところにはこれに対応する規定がない。そこで、一般原則の適用が考えられるが、履行請求に関しては、履行請求権の一般原則で、債権者の責めに帰すべき事由により履行不能になる場合について特に規定がない。その結果として、全部不適合と一部不適合とで結論が異なってくるが、それでいいのかという指摘[45]がある。

これに対する事務当局の回答は、「履行請求権の箇所には明文の規定はないものの、売買の追完請求権の箇所に買主の帰責事由による債務不履行の場合の規定が置いてありますので、…追完請求権ではない履行請求権についても、実質的には同様の規律が妥当する[46]」というもので、本来規律されるべき債権総則の規定（第四一二条の二）に該当する規律がないので、結局売買のところの追完請求権（第五六二条）の法意または類推適用によって同様の規律を導くという趣旨であろう。

これまで債権総則の不履行の箇所に、債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合に、債権者が履行請求権、損害賠償請求権、契約債務の場合の契約解除権などの一切の法的救済としての権利行使ができなくなる旨の規定を置くべきであることを指摘していた。そしてそこに規定を置かないと、いたるとこでいちいち規定を設けなければならなくなり、どこかで規定の遺漏が生じる可能性のあることを懸念していたが、ここにその一端が現れたものだ

といえよう。

ここに指摘された問題は、不履行の場合の履行請求権の問題であったが、履行不能を規律する第四一二条の二に該当する規律はなく、そこに同様の規律を読み込もうとする解決方法の示唆であった。

しかし、より本質的には、債権総則の第2節「債権の効力」のところに、債務の「不履行」に関する規定を損害賠償の規定から独立させて設けて、さらにその効果としての法的救済権がこの「不履行」から導かれるものであること、そして債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合に、債権者はいずれの法的救済手段も行使することができない旨を定めておくべきであった。

今回指摘された履行請求権に関しては、第四一二条の二に偶々「裏」から規定されているので、回答に示唆される類推適用も可能かもしれないが、この問題に限らず他にも解決すべき問題が出てくる可能性もあり、既述した債務不履行の統一要件、不履行の場合の法的救済権に関しても、規定は置かれてはいないが、根底に存するものとして考えておくべきことになろう。

（1）　大判明治三八年五月一一日民録一一輯七〇六頁。

（2）　Web資料、法制審議会　民法（債権関係）部会「第八二回会議　議事録」（平成二六年一月一四日）（笹井朋昭関係官）二三頁。以下、審議会「第八二回　議事録」として引用する。

（3）　審議会「第八二回　議事録」（道垣内弘人幹事）二六頁。

（4）　たとえば、von Bar&Clive,Principles,definitions and model rules of European private law:draft common frame of reference, 2009. 等を参照。以下、DCFR: II.-1:101(2) として引用する。なお、この翻訳、窪田充見ほか監訳・ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則―共通参照枠草案（DCFR）（法律文化社、二〇一三年）も参照。

(5) 大判昭和九年五月一日民集一三巻八七五頁。
(6) 大判大正七年一〇月三日民録二四輯一八五二頁。
(7) Unidroit Principles of International Commercial Contracts,2010. 以下、UP:3.3.2(1) として引用する。なお、この翻訳、内田貴ほか訳・UNIDROIT 国際商事契約原則 2010（商事法務、二〇一三年）も参照。
(8) 審議会「第九六回 議事録」（平成二六年八月二六日）（筒井健夫幹事）二頁。
(9) 審議会「第九六回 議事録」（筒井幹事）三頁。
(10) UP:3.3.2(1)(a).
(11) Lando/Beale,Principles of European Contract Law,Parts&II,2000. 以下、EP:4:103(1)(a)(ii) として引用する。なお、この翻訳、潮見佳男ほか監訳・ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ（法律文化社、二〇〇六年）も参照。
(12) DCFR: II.-7:201(1)(b)(ii).
(13) Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Common European Sales Law,2011. 以下、CESL:48(1)(b)(iii) として引用する。なお、この翻訳、内田貴（監訳）・共通欧州売買法（草案）（商事法務、二〇一二年）も参照。
(14) DCFR: III.-1:102 参照。
(15) 最判昭和二五年一〇月二六日民集四巻一〇号四九七頁。
(16) UP:3.1.3,EP:1:102,DCFR: III.-1:104.
(17) なお、内田貴（監訳）・前掲注（13）六七頁も参照。
(18) UP:3.1.3,EP:1:202,DCFR: III.-1:104.
(19) 審議会「第九九回 議事録」（平成二七年二月一〇日）（潮見佳男幹事）二―三頁。
(20) DCFR: III.-1:102(5).
(21) DCFR: III.-1:103(1).
(22) DCFR: II.-8:102.
(23) たとえば、United Nations Convention of Contracts for the International Sales of Goods,1980. 以下、CISG:79(1) として引用する。なお、甲斐道太郎ほか・注釈国際統一売買法―ウィーン売買条約―（法律文化社、二〇〇三年）も参照。
(24) 石崎泰雄・契約不履行の基本構造―民法典の制定とその改正への道―（成文堂、二〇〇九年）一八頁以下。
(25) CISG:80,UP:7.1.2,EP:8:101,DCFR: III.-3:101(3).

(26) UP:7.4.7,EP:9:504,DCFR: III.-3:704.
(27) EP:2:101(1),2:201,DCFR: II.-4:101, II.-4:201, II.-4:204.
(28) たとえば、大阪地判平成一五年七月三〇日金判一一八一号三六頁の裁判例を参照。
(29) 石崎泰雄「法律行為・意思能力・錯誤・契約に関する基本原則・売買―法制審議会の議論から要綱仮案へ―」法学会雑誌五五巻二号(二〇一五年一月)六三頁以下。
(30) UP:4.1(1),EP:5:101(1),CESL:58(1),DCFR: II.-8:101(1).
(31) UP:4.2(1),EP:5:101(2),CESL:58(2),DCFR: II.-8:101(2).
(32) UP:4.1(2),EP:5:101(3),CESL:58(3),DCFR: II.-8:101(3),CISG:8(2).
(33) 審議会「第九一回　議事録」(平成二六年六月一七日)(内田貴委員)一六頁。
(34) CISG:49・64,UP:7.3.1・7.1.5,EP:9:301・8:106,CESL:114(1.)・115(1.),DCFR: III.-3:502・III.-3:503・III.-3:103(一般規定)がこのシステムを採用する。
(35) DIRECTIVE 1999/44/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 May 1999.(以下、EC:3(5)(6)で引用する)、BGB:323,DCFR: IV.A.-4:201(消費者売買)CESL:114(2.)(消費者売買等)、日本民法改正法案第五四一条がこのシステムを採用する。
(36) 石崎泰雄「錯誤・原始的不能・損害賠償・代償請求権・契約の解除・危険負担―法制審議会の議論から要綱仮案・要綱へ―」法学会雑誌五六巻一号(二〇一五年七月)二七六頁の表を参照。
(37) 最判昭和四三年二月二三日民集二二巻二号二八一頁。なお、この原審(福岡高判昭和四〇年九月二〇日金商九八号一二頁)で、催告に相当するものが認定されている。
(38) 付随的債務の違反の解除要件を充たすとして、催告解除が認められたものとして他に、最判昭和四二年四月六日民集二一巻三号五三三頁、最判昭和四七年一一月二八日集民一〇七号二六五頁、最判平成一一年一一月三〇日判時一七〇一号六一頁がある。
(39) 審議会「第九四回　議事録」(平成二六年七月一五日)(中井康之委員)四五、四六頁。
(40) 審議会「第九四回　議事録」(内田委員)四八頁。
(41) UP:7.1.1,EP:8:101(3),CISG:80,CESL:106(5),DCFR: III.-3:101(3).
(42) 審議会「第九七回　議事録」(平成二六年一二月一六日)(山本敬三幹事)四〇頁が、これを指摘する。
(43) DCFR: IV.A.-2:302.

(44) UP:7.1.2,EP:8:101(3),CESL:106(5),131(3),CISG:80,DCFR: III.-3:101.
(45) 審議会「第九七回　議事録」（山本（敬）幹事）四〇頁。
(46) 審議会「第九七回　議事録」（金洪周関係官）四〇頁。