

平成30年9月14日

第98回 建設産業史研究会定例講演

『民法（債権法）の改正について』

—請負契約とその周辺を中心に—

弁護士 二宮 照興 氏

二宮照興と申します。松浦先生と六波羅先生から、98回目はテーマが民法改正で、できるだけ請負のことをという指示がありました。私は特に立法担当者でもありませんし、市販の本、あるいはいろいろな資料を見ているという意味では、今日ご参加の皆さま方と全く変わりません。

また、法案が成立して1年強たちましたので、だんだん定着してきて、実務に携わっている皆さま方はいろいろな場面でご準備いただいていると思うので、今日お話することはだいたいもうご存じのことだと思います。法律の話なので、あまり面白くないかもしれませんが、学生のとときの民法の講義の延長にあるような、もし民法の講義をお聞きになった方は、そうお感じになるかもしれません。

資料を用意させていただきました。4種類あり、1つは全体的なレジュメです。それから、条文をご覧になりながらお聞きいただいてもいいと思いましたが、現在の法律を条文にしました。改正法はレジュメの本文の中に書かれています。2つ並べると、見比べながらお聞きいただけます。

それから、別紙として、定型約款についてのものと消滅時効期間に関するものと2つあります。これはご覧になってすぐおわかりのとおり、レジュメと体裁が全く違い、2人の会話調になっています。内輪の会ですから内容を申し上げますと、私は建設業情報管理センターのほうで、民法改正をテーマに毎月メールマガジンをやらせていただいています。もう2年ぐらいやっているのですが、その中の定型約款と消滅時効のところを抜き出してくっつけたものです。若干手を入れています、基本的にはそのものなので、ご了解いただきたいと思います。内容的にはこれを見ていただくのが一番いいと思いましたが、お配りしました。最後のほうでこれを取り扱いたいと思います。

それでは、レジュメに沿ってお話ししていきたいと思います。

まず、1 ページ目をご覧くださいと思います。「民法の改正について」というテーマなので、民法はどんなものだったのか思い出していただくという趣旨で、少しだけ民法の全体的な話をしたいと思います。特に今回の民法の債権法の改正と言われている部分は、非常に広い範囲の改正があります。主として債権編の改正になるわけですが、ほかのところにも絡んでくることなので、全体の構成を復習しようということです。

改正法は 2020 年 4 月 1 日に施行させることが決まっています。経過措置が若干ありますが、基本的には 4 月 1 日を境に締結される契約には新法、その前は旧法ということになると思います。経過措置はいま紹介した別紙の定型約款の一番後ろのほうに付けてありますので、後で時間があれば触れたいと思います。

それでは、民法の構成です。これもご存じのとおり、全部で 5 編に分かれており、その中で財産法と言われている部分と家族法と言われている部分に分かれます。最初にある総則というところは、2 から 5 の中で共通項を抜き出してきている構成です。総則に書いてあることは、2、3、4、5 の全体に適用され、さらに 2、3、4 の中でも総則的なものは抜き出して前のほうに置いてあります。パンデクテンシステムという名前を聞かれたことがあるかもしれませんが、それです。今回の債権法の改正は、この中の第 3 編「債権」が中心になるわけですが、ほかにも若干絡んできます。

2 ページ目にいきます。この債権編も 5 つの章からできていて、ただいま申し上げましたように最初のほうに総則があります。そして、第 2 章が契約、第 3 章が事務管理、第 4 章が不当利息、第 5 章が不法行為という構成になっています。今回の債権法改正の中心となるのは債権編ということになります。

改正法の特徴ですが、大きく 2 つに分かれると思います。これまでの判例・通説の積み重ねがあるのですが、それを条文に反映させたのが 1 つあると思います。もう 1 つは、全く新しい制度をつくったのがあると思います。何しろ現在の民法は、明治 29 年にできて以来、100 年以上ほとんど根本的なこの方面での改正がなかったものですから、ある意味では古くなっています。

しかし、時代の流れに合わせて実務で使うのにあまり支障なく今日まで来ています。なぜかというと、それは裁判例の積み重ねによって対応してきているわけで、実務では条文に書いていないことがそのまま当然のごとく使われるようになったからだということが言えます。そろそろこういう実務に定着しているものを整理して法律の中に入れておこうと

ということが考慮されたと思います。

既存の判例・通説を条文に反映させたものは、すでに行っていることがあるわけです。したがって、今まであった、あるいはやってきたあれがこれになったのだなというように見ていただければよいと思います。

きっちり見ておかなければいけないのは、新しくできた制度だと思っています。その新しい制度もいろいろあるのですが、実務への影響ということを考えると、注目すべき制度は4つと言えると思います。

1つは消滅時効で、今日、後でやります。それから、法定利率も後でやります。3つ目は保証人の保護で、これは、今日は取り扱いません。4つ目が定型約款です。保証人の保護を今日取り扱わないのは、今回の改正の説明だけで済まないからです。保証人の保護の規定は、実は先行して平成16年に1度改正されています。今回の改正はその延長線上にあるということなので、両方の改正をまとめて見たほうがわかりやすいことから、今回は取り扱わないことにしています。

そして、新しい制度とは別にして、改正法の中で請負に関することとその周辺を今日はやろうということです。

まず、契約の話になってくるので、契約あるいは契約法の基礎的なことを復習していきたいと思います。契約の種類、分類ですが、いま2ページの下のほうに対概念を書きました。双務と片務があります。それから、有償と無償があります。双務・片務の務というのは債務を負うということなので、お互いに対価的な債務を負うのが双務契約、片方の債務だけがあるのが片務契約です。この対価的というものが債務ではなく給付という部分に注目すると、言葉が変わり有償、無償ということになります。双務契約は常に有償契約だと言えるのですが、有償契約の中には、つまり対価的な給付をするのだけれども債務としては片方しかないがあるので、この2つは分けられています。

それから、契約が成立するために、お互いの合意だけでできるか、あるいは何か物の引き渡しのようなものが要るかということで、要物と諾成の区別があります。それから、物を売ったり買ったりという単発的、一時的なものか、あるいは物を借りたり、家を借りたり、お金を借りたりという継続的な契約になるのが1つです。それから、継続的と言っても一方が他方に何かを給付するかどうかという観点からの区別があります。

3ページにいきます。さらに別の概念で、典型と非典型があります。民法には契約の種類が13個規定されているのですが、民法に載っているのが典型契約、載っていないのが

非典型契約と言っているのはご存じのとおりです。実際の社会ではいろいろな契約類型があるわけですが、典型契約がなぜあるのかということでは、それぞれの契約類型において本質的なことがそこからわかるということがあると思います。非典型契約でも、何だかよくわからなくなったときには、典型契約のどれに似ているのか、これに近いなということで、それに引き寄せて解釈したりするものですから、やはり規定されている意味があります。

典型契約の性格というか役割としては、2人の当事者間で約束しなかったこと、はっきりしないときには出てくる補充性があります。当事者間で自由に契約が決められるのは、民主主義国、契約自由の国ではそれが原則ですから、どのようにやってもいいわけですが、はっきりしないときには、この典型契約が出てきます。いま申し上げたことの見方を変えると、民法に書いてあることを、当事者が「これは使いたくない」ということで、当事者間の合意で排除できるものはたくさんあるわけです。こういうのを任意規定と言っています。ご存じのとおりです。当事者の合意で排除できないものを強行規定と言っているわけです。

典型契約の中の分類ですが、これも4つに分けてみました。1番は所有権など何か物を移転する形、2つ目は何かを利用する、3つ目は役務を提供する、4つ目はその他ということです。先ほど申し上げた有償契約と双務契約の話のところに出てきたことに関しますが、利用型の消費貸借契約が、利息付消費貸借契約は片務・有償と書いています。民法の教科書によく出てくる例ですが、利息を払うということは対価を払うので対価的な給付があります。しかし、消費貸借は要物契約なので、物を借りたときに初めて契約成立となりますから、そこにある債務は返す債務だけだから片務です。この辺りはすごく理屈っぽい話ですが、このようになります。あと各類型について有償、無償の区別を括弧の中に書いておきました。

今日のテーマの中心である請負契約は、役務型の中の1つということになります。役務型も全部で4つに分かれています。雇用、請負、委任、寄託です。そこに代表的な性格を少し抜き出しておきました。並べて比較していただくと、個々の特色などがわかっていただけだと思います。

雇用とは労働者が使用者に従属している関係で、決められた労働力を提供すればそれで終わりです。決めたことをやれば結果はどんなものでも構わないのが雇用です。

これに対し請負は、請負人は注文者に従属はしません。引き受けたことは自分の責任で

やります。それで仕事の結果が必要になってきて、結果を出さないと報酬はもらえないことになるわけです。結果債務性と言われます。

これに似ているのは委任で、独立性などは同じです。また、裁量性と書きましたが、請負も裁量があり、やはり似ているわけです。専門性と書きましたが、請負もやはり専門性があるわけです。

では、請負と委任の一番の違いはどこかということになってくるわけです。委任は結果が出なくても大丈夫です。努力すればよい。善良な管理者の注意義務（善管注意義務）を尽くしさえすれば、結果が出なくても大丈夫です。弁護士は訴訟に勝たなくても、頑張れば報酬はもらえるということです。請負はきちんと仕事を完成しないともらえません。

寄託は物を預かる特殊なものです。あとは組合、終身定期金、和解があります。

もう1つ見方を変えると、今度は与える債務と為す債務があります。与える債務は物の引き渡しが目的、為す債務は債務者が何かをすることが目的になります。それから、結果債務、手段債務はいま申し上げたとおりです。それから、主たる債務と付随的債務は、そこにあるようなメインと、それにくっついてくるものがあるわけです。だらだらと申し上げましたが、実はこれらが後で絡んできます。

さて、双務契約について2つのことを申し上げます。双務契約は、上の分類で申し上げましたとおり、お互いに対価的な意義を有する債務を負担するというので、当然有償契約です。世の中ではこれが重要です。社会はこれで成り立っていると思います。人はただではなかなか動きませんし、経済を支えているのは売買契約であり、その他の対価を有する契約なので、資本主義の基礎にはこれがあるといえます。

双務契約の主要な性格のうち、同時履行の抗弁権と危険負担についての話をしたいと思います。双務契約はお互いに引っ張り合う性格、牽連性があります。それぞれの債務が関連して引っ張り合っているという感じです。いろいろな場面で引っ張り合いは出ますが、履行するときには相手が履行するまで自分は履行しなくてもいいじゃないかという、これが同時履行の抗弁権という話です。

抗弁権は民事訴訟手続法上の言葉です。相手から何か請求されたときに、「あなたに権利があるのはわかっているけれども、こちらにも理由があるから、その理由があるうちは履行はしませんよ」、というようなとき、「抗弁権がある」と言います。そうすると同時履行の抗弁とは、そちらがやるまでこちらもしない、同時にやってねという抗弁を言える権利

があるというような捉え方をしていただけるとよいと思います。

そして、これは債権編の契約の総則にある 533 条です。現在の条文はお手元の条文集に載っていますが、3 ページの下のところ改正法の 533 条を載せておきました。見比べていただくとすぐおわかりになりますが、改正 533 条に下線を付した「(債務の履行に代わる損害賠償の債務の履行を含む)」が加わりました。

533 条は、本来は双務契約の同時履行の話だったので、物を買ってお金を払うようなところには何の疑問もなく適用されているとわかるわけですが、それが損害賠償になったときにはどうなるのでしょうか。もともと物を引き渡すという債務だったのが、何かの理由で引き渡せなくなったので損害賠償の話になったとすると、そのときに同時履行はどうなるのかということがあったのですが、解釈上、元の根っこが双務契約だったら損害賠償になったってそれは同時履行だよねというのが、通説・判例でほぼ争いのないところになっています。しかし、条文には書いていなかったなのでここで明示しました。

4 ページにいきます。危険負担です。そこに図を書きました。これは売買契約の図です。A が売主、B が買主で、双務契約ですから、お互いそれぞれ債務と債権を持っているわけです。債務を中心に図をつくりましたので、上のほうには A が負っている物の引渡債務、下のほうには B が負っている代金の支払債務があります。それぞれ A と B のところに「引渡請求債権」と「支払請求債権」と書いたのは、それぞれの債務に対応する相手を持っている権利という意味ですから、これは置いておき、今日は権利より債務のほうでこの図の説明をしたいと思います。

危険負担はどんな場面で出てくるかということ、A の上のほうに楕円形の丸をつけたところ。「物が消滅＝引渡不可」とあります。つまり、最初はそこに物があつたわけですが、A が B に引き渡さないうちに燃えてなくなってしまったのです。なくなってしまえば、もう引き渡せません。引き渡せないことは無理強いしても無理ですから、結局 A は物の引渡債務を履行できなくなったわけです。

4 ページの下ところに、「物が消滅＝引渡不可」の場合を 2 つに分けてあります。「ア」は A に帰責事由があるとき。つまり物が引き渡せなくなった理由は A に落ち度があつたから、A が悪かつたからだという場合があります。「イ」は A に帰責事由がないときです。

「ア」の場合は危険負担の場合とは言いません。A にミスがあるなら、それは A が債務者としての責任をきちんと果たさなかつたのだから債務不履行責任ですよねということで、そちらに姿が変わります。危険負担と言われているものは「イ」と書いた部分です。A に

帰責事由がないとき、この場合 B の代金支払債務はどうなるかという問題です。

これについては、3 つに分けて考えるのが一般的です。i) 債権者主義、ii) 債務者主義、iii) 履行不能が債権者 (B) の帰責事由による場合と書いてあります。

まず、i) 債権者主義です。不能となった債務の債権者 (B) が危険を負担するという考え方を債権者主義と言っています。不能になった債務の債権者が負担する形です。ということは残ったほうの債務はなくなる、代金支払債務は存続します。物はもらえないけれども代金は払います。つまり、A は代金を請求する債権を持つことになります。これは特定物に関する物権の設定・移転に関する債権者主義ということになっていて、現行法の 534 条に書かれています。非常に例外的な取り扱いとされています。

少し飛び、ii) 債務者主義の説明に入ります。不能となった債務の債務者です。債務者主義なので、債務者 (A) が危険を負担するということです。すると、残ったほうの債務もなくなり、代金は支払ってもらえないことになります。

3 つ目の○に「請負契約は債務者主義である」とあります。536 条によると債権者主義以外は全部債務者主義ということで、請負は 534 条に書いてある「特定物に関する物権の設定・移転に関するもの」ではないので債務者主義です。これは請負人の債務が履行できなくなった場合、お金をもらえるかどうかという話につながってくるわけです。基本的には債務者主義ですから、履行が不能になるとお金はもらえないことになります。

もう 1 つ、iii) の履行不能が債務者ではなく債権者に帰責事由がある場合です。これは 536 条の 2 項ですが、B に帰責事由がある場合です。A は反対給付を受ける権利は失いません。例としては、工事が完成した後、注文者が引渡しを受領遅滞をしています。つまり、業者のほうで「できたから引き取ってくれ」と言っているのだけれども、いろいろなことを言って引き取らない。そうこうしているうちに事故で目的物がなくなっていました。こういうときはどうなるかです。これは悪いのは注文者のほうなので、この場合は債権者に帰責事由があるということで、請負人は工事代金を失わないことになるわけです。A は反対給付を受ける権利を失わない点で、債権者主義と言えるかなということです。

そして、こういう場合、A は自分の債務を履行しなくてよくなったことによって得た利得を返還しなければならないことが、536 条の 2 項の但書に書いてあります。どんなことかということ、工事の途中で注文者が一部引き渡しを受けて部分使用していたときに、その人の失火で目的物が滅失してしまいました。こういうときは、代金請求権は失わないのだけれども、残りの工事はしなくて済んだわけですから、それで得た利得があり得ます。例

例えば、買わなくて済む材料の分などは償還しなければいけません。実際には差引計算することになるわけですが、そういうことが言えます。この利得償還の話は、先ほど飛ばしてしまっただ上の債権者主義の4つ目の○のところに類推適用されるとあります。

こうやって見ていただくと、債権者主義は特殊なことがおわかりいただけると思います。双務契約は互いに対価的な意味を有する契約ですから、片方がだめになったら片方もなくなるのが普通の自然な考え方だと思います。それを無理やり残しているのが、4ページの債権者主義の3つ目の○に書きましたが、「所有者危険負担の思想：所有権あるところに危険ありという発想」です。この発想は、売買契約で物を買った瞬間に所有権は買主に移るのが原則だと考えることに基づきます。

今日は物権法の話はしませんが、民法の176条に、「物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる。」と書いてあります。意思表示のみによると書いてあるので、売った、買ったと言え、それで所有権は移るのが原則と読めます。これに基づくと、たとえ引渡しを受けていなくても、その段階でもう所有権は買主に移っていて、買主は所有権者になったからには自分のものが燃えてしまった場合でも代金は払わなければいけないという発想なわけです。

ただ、これは技巧的で好ましくないということから、できるだけこの適用される場面を狭めようということが従来から言われていました。そこで、4ページの1番下にある「ウ」をご覧ください。改正法では所有者危険負担の思想はあまりよくないということで、やめることにしました。534条がなくなり、従来の危険負担の発想は大幅に整理をされました。それが大きな改正点ということになります。

現行法では、レジユメの図で書きましたように、物がなくなってしまうと、Aの引渡債務はもう消滅してしまうと考えていたわけです。しかし改正法では、債務はなくならないと考えます。別に、債務がなくなると考えなくてもいいじゃないかというように考えを変えたのです。要するに、Aは履行を強いられなければいいわけだから、その理由は債務がなくなったからではなく、債務は形を変えて残っているけれども、とにかくAが履行を拒否できればいいという考え方が採用されました。

ということで、5ページにいきます。一番上です。534条、535条は削除されました。新しくできた536条を見ていただくと、いま申し上げたことが条項に表れているわけです。双方の責めに帰することができない事由で債務を履行することができなくなったときは、反対給付の履行を拒むことができると書いてありますが、その理由はその履行が不能にな



ったからだとは特に書いていないわけです。そして今度は、債権者の責めに帰すべき事由、Bが悪かった場合です。こういうときは、Bは反対給付の履行を拒むことができません。このように、履行を拒めるかどうかという観点で法律が整理されたということです。

ここまではいわば契約総論でやるような話です。次は、請負契約のほうに入っていきます。

第3の現行民法の請負契約を復習したいと思います。

条文集をご覧ください。632条以下に請負の契約を全部載せておきました。民法の現在の請負契約の性質としては、632条にあるように仕事の完成ということが基本的な債務ということになります。なお、目的物の引渡しについては633条が規定しています。

注文者の主たる債務は報酬の支払いということになります。諾成契約ということになっており、申込・承諾だけで成立します。しかし、建設工事請負契約は建設業法で契約書をつくれと言っているわけですから、これはつくらないと業法違反になってしまう。そこで事実上、要式契約になっていると言えます。

ただ、諾成契約ですから裁判になった場合、当事者間で口約束があるだけのときに、裁判官は「君たちは契約書をつくっていないから、その契約は無効である」とは言いません。当事者間がそれでいいと言っているのであれば、契約は有効と扱うことになります。

請負の規定は、先ほど契約の諸相で申し上げた任意規定がほとんどです。当事者の合意で排除できることになります。ですから、一般に契約書が詳細につくられています。標準請負約款をはじめ、民間の工事請負約款など、非常に詳細でよくできた契約書が社会で使われています。民法の請負契約の出る場面はあまりないかもしれません。

さて、契約の成立について、改正法は従来から言われていることを条文化しました。契約自由とか諾成というようなことも、そこに紹介した改正521条と522条のような形で改めて書きました。これも前から言われていることを条文化したものです。契約するかどうかは自由に決められます。契約の内容を自由に決定することができます。それから、申し込みと承諾で成立するが、原則として書面の作成その他の方式を具備することは要しない。法令に特別な定めがある場合は除くということになってくるわけです。

さて、また請負契約に戻りますが、報酬の支払いは引渡しと同時に履行関係に立ちます。先ほどの同時履行の抗弁で出てきた言葉です。引渡しを前提として完成が当然必要になってくるので、完成しないとお金は払ってもらえません。これがなかなか請負人には負担になってくるわけです。仕事完成義務は先履行義務ということになります。ただ、任意規定

ですから当事者が合意すれば報酬を前払いするのは別に構いません。そして、契約時にいくら、ここまで進んだらいくらなどと定めることも一般になされていると思います。

6 ページにいきます。注文者は仕事の完成前はいつでも解除できることになっています。受注生産なので、要らなくなったらそれ以上やるのは不経済だということですが、損害賠償を要します。ただ、どういう場合に解除できるかは、契約書の規定で対応することが多いと思います。

最初のほうで請負と委任の比較をしました。建設業関係は請負契約がすべてではありません。そこに書きましたように、設計だけであれば請負的な面が強いですが、監理になってくると委任ということになってきます。委任の中でも準委任ということになります。委任とは法律行為をすることを相手に頼むことなので、それ以外は委任の規定を準用する準委任ということになります。しかし、実質は変わりません。とにかく結果債務ではなく手続き的な債務でやってもらうのが委任ということで、そうすると監理業務などはそれになってきます。CM（コンストラクション・マネジメント）なども委任的です。CM 協会の標準約款や解説でも CM 契約は準委任とされていると思います。ただ、契約の実態を見て、何か完成させるのに近いものについてはまた変わってくるというようなことが、確か会則になっていたと思います。少し脱線しましたが、元に戻ります。

工事がうまく出来上がれば報酬までたどり着けますが、途中でうまくいなくなることもあります。その1つが債務不履行です。債務不履行については415条に、債務者が債務の本旨に従った履行をしない場合と書かれています。これは履行が遅滞するほか完全なものをつくらないというようにも読めるだろうということで、不完全履行も含むと考えられています。415条には、債務者の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も同様と書いてあります。これは履行不能です。そういうわけで415条はこの3つの類型について損害賠償ができることを規定しているわけです。

債務不履行になったらどうなるのでしょうか。(2) 債務不履行への対応というところですが、債権者は次のようなことができます。まず、決められたことをやってくださいと請求することは当然できます。履行の請求ですが、履行不能のときはできません。損害賠償は415条ですが、もう契約を解除してしまうこともできます。541条は履行遅滞の場合、543条は履行不能の場合の解除の規定です。

請負固有の特色として、請負人負担の原則という言葉が使われることがあります。6ページの6番です。これは完成までの滅失・毀損による危険（マイナス）は基本的に請負人が

負担するという意味です。この危険は、先ほどの危険負担の危険です。何かがあったときに、請負人のほうでいろいろな損失をかぶって仕事を完成させなければいけない。当然そこには履行不能の場合も出てくるでしょうということです。その話にこれから入っていきたいと思います。

仕事の完成前に目的物の滅失・毀損が発生しました。しかし、これからまだ完成できる。そういう場面が1つ目です。請負人は仕事を完成しなければいけません。契約の性質は仕事の完成ですから、それが可能である限りはやらなければいけません。

しかし、そうは言っても、その原因を探っていくと、話はもう少し細かくなってきますねということで、滅失・毀損の原因というものに注目すると、次の3つに分けられます。請負人に責任がある場合、注文者に責任がある場合と、双方に責任がない場合です。

請負人に責任がある場合には、前に説明した債務不履行責任を負います。つまり、損害賠償と解除の話になってきます。しかも請負人は自分が悪いわけですから、この部分について報酬増額は請求できないと考えられています。

では反対に、注文者に責任があったときにはどうでしょうか。この場合、請負人は、遅れたのは注文者のせいだから、遅滞の責任を負いません。債務不履行責任にならないからです。そして反対に、請負人から損害賠償の請求はできると考えられています。いろいろな理由が考えられると思いますが、注文者のほうも、注文者としてのきちんとした、誠実に請負契約を完成させる義務のようなものを考えれば、それだって契約上の責任になるだろうし、債務不履行でなくても不法行為という構成でできることもあります。どちらにしても、何らかの構成でそのマイナスは回収できると思います。ということは、これは請負人から見ると、報酬を増額するという事実を持つと言えるわけです。

双方に責任がない場合はどうなるでしょうか。請負人は報酬増額請求できません。

7 ページにいくと、仕事完成前の滅失・毀損で完成不能ということですから、危険負担の債務者主義の話になります。履行不能ですから、もう仕事はしなくてよくなります。例えば、物の修理を請け負ったところその物がなくなってしまうと修理できないとか、特殊な材料を使った建物をつくることになっていたところその材料がなくなってしまう場合などが考えられます。

同じように、滅失・毀損の原因で考えていくと、請負人に責任がある場合には同じです。債務不履行責任の履行不能で、損害賠償と解除の話になります。注文者に責任がある場合には、請負人は不履行責任を負わないと同時に、536条の先ほどの危険負担のところで見

た規定を使って請求できます。そして、履行を免れた分の償還があり得るのは先ほど説明したとおりです。双方に責任がない場合は危険負担の債務者負担主義で、請負人は報酬請求ができなくなってしまう。この辺りは少し酷な話だと思います。

そしてもう1つ、完成した後、引渡し前にだめになってしまったときは、もう一度完成して引き渡すことはできるかもしれないけれども、完成後に改めてやるのは酷だということで、一般的に履行不能と見て(2)と同様に考えています。というのは、メインは完成義務であり、引渡しは、先ほど最初に紹介した従たる債務と考えられているからというのが一般的な捉え方です。ただ、簡単に直せるようなときは、それは(1)と同じでいいのではないかと考えられています。現在はこのように整理されているわけです。

請負で一番議論があるのは担保責任のところだと思います。これは634条から640条に規定があるところですが、7頁のタイトルにまず結論を書いてしまいました。すなわち、請負人の担保責任と言われているものは、仕事完成あるいは引き渡し後の問題とありますが、そこに至るプロセスを説明します。

まず、債務不履行責任との関係です。これは履行遅滞、不完全履行、履行不能ですが、請負の場合にも債務不履行責任は問題になります。その一方で634条から640条に規定があります。ここについては1つの考え方が確立され、判例も通説も固まっています。すなわち、634条から640条は、債務不履行責任の特則であるというように考えられています。

特則とは、634条以下の規定のほうが債務不履行の規定よりも優先的に適用されるという意味です。引き渡したものに傷があるというのは履行遅滞でも不能でもないので、不完全履行の一類型だと考えられますが、その不完全履行の一般的な理論は、634条以下の規定があるので適用されず、排除されるというのが判例の立場です。1度完成して引き渡された目的物の瑕疵については415条の債務不履行責任は適用されないと考えられています。工事の完成・引き渡し後に工事の不完全な点(瑕疵=何らかの欠陥)が発見されるとそれは瑕疵担保責任の問題になります。つまり、完成前は債務不履行、完成後は担保責任ということです。

債務不履行責任は基本的に債務者に帰責事由がある場合に出て来るのに対して、担保責任では請負人に帰責事由は不要で、無過失責任と考えられています。瑕疵担保責任の方が重いわけです。

ここまで説明すると、請負は仕事を完成させるのが債務だから、傷があるものを渡したときは完成にならないのではないかと疑問を持たれるかもしれません。632条は仕事の

完成が主たる債務だと言っているのだから引き渡した後に傷がある場合は未完成ではないかという疑問です。これは、債務不履行責任と瑕疵担保責任の分水嶺は完成としたためそうなっているわけで、すっきりしません。

学者の先生方の中には、主観的完成と客観的完成という概念を使い、この辺りを分けられる方もいます。客観的完成は、当初計画した工程を予定どおり全部終えて引き渡しましたことで、それが客観的には完成したといえ、あとはまた別というわけです。一つの捉え方だと思います。ここでは、完成・引渡し後は債務不履行ではなく瑕疵担保責任の話になることを押さえてもらえば結構です。

完成したかどうかで適用条文が変わってしまうため、過去の裁判例では工事が完成したかどうかで争われることがたくさんありました。

債務不履行との関係はそれでわかりました。実はもう 1 つあります。売買の担保責任との関係です。売買には 570 条という規定がありますが、同条は、売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは 566 条の規定を準用するとしています。これは売買の規定じゃないかと思われるかもしれませんが、条文集の 570 条の少し上を見ていただくと 559 条があり、「売買の節の規定は、売買以外の有償契約について準用する」と書いてあります。請負契約も有償契約ですから、570 条は 559 条で請負に適用され得るのです。

この 570 条はなぜあるかという点について伝統的な学説は、次のように考えてきました。

7 ページの 7 の (2) 売買の売主の瑕疵担保責任の 1 つ目の○をご覧ください。「特定物はそのまま引き渡せば債務（契約内容）を履行したことになる（特定物ドグマ）」と書きました。この特定物ドグマがあるので、570 条は意味があると言われていたのです。

483 条という条文があり、それを見ると、引き渡すときには現状で引き渡せばよいということが書かれています。483 条を見ると、「債権の目的が特定物の引渡しであるときは、弁済をする者は、その引渡しをすべき時の現状でその物を引き渡さなければならない」と書かれています。売買の目的物である特定物に瑕疵があっても、売主はそれを引き渡せばよいというのが 483 条です。ただ、債務としてはそれで履行したことになるけれど瑕疵が隠れていたときは買主を保護してあげたほうがよいでしょうという、しかし債務不履行ではないので 415 条系は使えないから、そのために特別に 570 条を設けたという位置づけだったのです。ですら売買の規定は債務不履行とは別に買主を保護するための法定責任と考えられたのです。買主が対価に見合わないものをもらって終わってしまうのはかわいそうだから瑕疵担保責任を置き、他方でその責任は除斥期間で早く打ち切ることにしたとみる

わけです。そういうわけで、この売買の 570 条は、売買固有の特殊なものなので、請負には適用されないと考えています。

8 ページをご覧ください。今のことを請負のほうから見ると、請負の 634 条以下の規定は、売主の担保責任の特則ということになり、こちらが優先的に適用されます。559 条による売主の瑕疵担保責任の準用はないのが現在の捉え方です。

今の売買の規定と請負の規定を比較した表がそこにあります。無過失責任は両方とも○です。どちらも無過失責任と考えられています。隠れた瑕疵に限定するでしょうか。570 条は隠れた瑕疵に限定しますが、請負はそうではありません。また、どんなことができるかというときに、売買は解除と損害賠償しかできないのですが、請負の場合には、直してくれということが言えます。瑕疵修補請求ができます。このほうが契約の実態に合っていますよね。

それから、解除です。瑕疵を理由とする解除は、売買はできます、請負の場合には△と書きました。基本的にはできるのですが、土地の工作物は×です。ということは、私どもの建設業で扱っている多くのものは解除できないことになってしまうわけです。これが実際の紛争では問題になってくることは、ご存じのとおりです。期間については、売買は 1 年、請負の場合は仕事の目的物によって異なります。責任免除の特約は、特約すれば OK。ただし、瑕疵を知って告知なきは NG。このような違いがあり、基本的に請負は自分のほうの規定だけで全部賄ってしまうから、売買の規定は準用しなくていいというのが現行法の扱いです。

今の請負における瑕疵修補請求と損害賠償請求について、簡単に復習しておきたいと思っています。

瑕疵修補の請求は、8 ページの (5) に書きました。これは相当の期間を定めて修補できます。修補というのは、本来備えている内容の不足を補い、欠陥を取ってしまうことだから、いつもやり直さなくても、合理的な方法でやればいいです。解体しか方法がない場合は、再施工ではなく補強工事でよいと考えられています。費用もできるだけ少なくていいです。

補修請求は請負人に対し本来の債務の履行を求める性格がありますから、代金の支払いとは同時履行の関係に立ちますよということで、533 条が適用されるわけです。ということは、修補がなされるまで代金の支払いの遅延損害金は払わなくてよいことになってくるわけです。この部分は、もしかしたら簡単な請負契約書に書いていないこともあるので、

こういう規定を使う場面が出てくるかもしれません。

それから、報酬の全部について同時履行の関係が成り立つというのが裁判例の大きな流れだと思います。費用がたくさんかかるときには修補請求できない。これは条文どおりです。

損害賠償の請求も、瑕疵の修補に代えて、あるいはそれとともにできるというように規定されています。「代えて」というのは、瑕疵があったために減ってしまった金額分をやってもら。「修補とともに」というのは、修補しても生じる損害が何かあればそれができる。このようなことです。

この損害賠償の支払いも、未払い報酬の支払いと同時履行ということになります。先ほど 533 条で括弧が新しく付け加わったという改正内容を紹介しました。実は、この 533 条の括弧書きの損害賠償の話は、今度は 559 条を使って準用されるようになります。ということで、634 条の 2 項は要らなくなってしまったということが、ここから言えるわけです。

1 つ裁判例を出しておきました。平成 9 年に最高裁はこんなことを言っていました。請負契約の目的物に瑕疵がある場合には、注文者は瑕疵の程度や各契約当事者の交渉態度等にかんがみ信義則に反すると認められるときを除き、請負人から瑕疵の修補に代わる損害の賠償を受けるまで、報酬全額の支払いを拒むことができます。そして、支払遅滞の責任も負いません。例外としては、全額の支払いを拒めると信義則に反するようときがあるけれども、基本的にはそれは全部拒めますと。

どうしてでしょうか。修補請求を行った場合との比較がそこに出てくるわけです。修補請求については、直してくれるまで全額について同時履行の関係が認められると考えられているのですが、損害賠償のときにこれができないとバランスが悪いだらうという理由です。これも定着した考えだと思います。

今のはお金を払わない方向ですが、今度は反対債権があるときに相殺できるかということでも、たくさん裁判例があります。相殺はできるというのが結論です。それが双方の便宜と公平にかなうということです。

基本的に同時履行関係にあるときは、相殺はできない、できるとすると、一方的に相手の相殺する債権を奪ってしまうことになるからというのが一般的な考え方ですが、ここではできるとしているわけです。そこに昭和 53 年の裁判例を引いておきました。確かに、同時履行の関係にはあるのだけれども、現実にお互いお金を払わせなければならない特別な利益はないでしょう。だから別に相殺を認めても、相手方の抗弁を不当に奪うことにはな

らないということで、これも認められていると思います。

それからもう1つ、建替費用相当額の損害賠償ができるかという問題があります。平成14年の裁判例をあげています。これは普通の家のようにですが瑕疵がひどかったのです。三世帯居住用の木造ステンレス鋼板葺の2階建ての建物を建てたところ、極めて多数の欠陥箇所があり、主要な構造部分について、安全性、耐久性に重大な影響を及ぼす欠陥があり、地震、台風などの振動や衝撃を契機として倒壊しかねない危険性を有するものでした。このため、この建物は個々のつぎはぎ的な補修によっては根本的な欠陥を除去することはできないと評価されました。

こういう建物があったときに、これはもうだめだということから損害賠償の問題となり、建て替えるしかないよねということで建替えの費用を請求したら、高裁ではだめだと言われたのです。なぜだめかというと、建物については担保責任で解除できないという規定があるという話をしましたが、全額について建替費用を損害賠償してしまうともう1個家をつくれるから解除したのと同じではないかということです。

こういう考え方は従前からあり、635条但書の規定の趣旨から言って、全額の賠償はできない、あくまでも減った分の価値しか損害賠償できないとしていました。しかし、本件ではさすがにそれはどうかということで、最高裁はこれをひっくり返しました。

理由としては、そこに書いておきましたが、もともとの635条の但書は、解除を認めてしまうと、請負人は自分が途中までつくったものを自分の費用で撤去したりしなければなりません。それは非常に過酷なことだし、せっかくなつくったものを全くなしにしてしまうのは社会経済的な損失も大きいからというのが理由です。しかし、本件のように請負人がひどいものをつくり、それを建て直させても別に社会的な損失はありません。こんなひどい建物が残っていても社会的な利益にはならないということで、これは解除できていいのだ、こういう場合もあるのだということを認めたのが大きいわけです。

ということは、635条但書の存在感がだんだん希薄になってきていることが言えます。わざわざこういうことを申し上げているのは、後で紹介する改正法にこれが絡んでくるからです。ちょっとご記憶ください。

担保責任の排除については、636条ですが、瑕疵があっても、材料を注文者のほうで提供したり、注文者のほうで指図したことが原因で生じたものについては責任を負いません。これは常識的なもので、636条の本文です。しかし、そうは言っても、それがやはり不相当だということを請負人が知っているときは、きちんと知らせなければだめですよ、知ら



せないでやったときには請負人が責任を負いますよ、請負人はプロですからという話です。これが 636 条です。

次は 9 ページの下のほうです。担保責任を負う期間については、そこに書いたように、ものによっていろいろあるのはご存じのとおりです。

10 ページにいきます。任意規定ですから、ここの期間の変更などはできるわけです。ご存じのとおり、住宅品確法では、これが 10 年に延ばされていることがあります。条文集の最後のところに品確法は載せておきました。ここの兼ね合いで品確法のこの規定があるのだということを思い出していただくという趣旨です。

任意規定なので、民法の規定にかかわらず特約で決められることは 640 条で明らかです。ただ、特約があっても知っていて告げなかった事実は免責されません。以上が現行法です。

10 ページで、今度は改正民法の請負契約に入っていきたいと思います。まず、債務不履行のところの改正についてお話します。債務不履行については、履行不能とは何かという概念が、定義されました。履行不能は、10 ページの真ん中、改正法 412 条の 2 というところに「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」という定義です。

履行不能のときどうなるかという、履行を請求することができない。これまでは債務がなくなるとか残っているとかが話だったわけですが、ここではあくまでも履行を請求することができないという建てつけになりました。先ほど危険負担のところ、債務者のほうから言うと履行を拒否できるという表現になったことを紹介しましたが、それとこれはセットになっているわけです。

さらに、いわゆる原始的不能と言われているものについても、412 条の 2 項で規定ができました。成立のときに不能であっても損害賠償の請求を妨げない。昔、原始的に不能であったときには、そもそも債務は発生しないのだから、こういうものは世の中になのだというような議論があったのをご記憶かもしれませんが、それが整理され、いったん当事者が合意した以上はそこに何らかの関係を持たせよう、損害賠償の関係でこれを維持していこうということが、そこに表れていると思います。

415 条を見ると、そこには債務者の帰責事由についての説明が前よりも詳細になされました。415 条の線を引っぱったところです。「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」うんぬんと書かれています。

改正 415 条には、本旨に従った履行をしないときと、債務の履行が不能であるときの 2 つの場合があります。これは現行法の 415 条と変わらないのですが、現行法の 415 条は「債務者の責めに帰すべき事由」が、文章の上では履行不能のほうにだけかかっています。解釈上は履行遅滞と不完全履行も帰責事由が必要とされていたのですが、それが条文上はうまくできていなかったので整理されました。

それから、損害賠償の内容も債務の履行に代わる賠償請求ができることが書かれました。その第 1 番に「履行が不能」が書かれています。要するに、本来の債務の履行をさせても仕方がないような場合はそれに代わる損害賠償がきるようにする。こういう建てつけにしたわけです。

416 条は予見可能性の表現が変わりました。416 条 1 項は改正がなく、2 項が「予見し、又は予見することができたとき」から「予見すべきであったとき」へと変わりました。11 ページに線を引っぱったところです。

契約の解除についても発想がだいぶ変わりました。改正法では、債務者の有責性を問わずに解除を認めるようになりました。先ほど復習したように、現在の債務不履行解除の現行の 541 条、543 とも債務者に帰責性が必要でした。しかし、改正法の解除はそうではありません。11 ページの契約の解除の図のところをご覧ください。AB 間の双務契約で A の負う債務が履行不能の場合です。B は不能となった債務の債権者ですが、B が自身の負う反対債務から解放されるためには、契約を解除する必要があるということになりました。

それは、履行不能になっても当然に債務がなくなるという建てつけにしたため、B は債務を免れるためには解除をしなければなりません。そこで、解除できる場合を広げ、帰責事由を問わずいろいろな場合に解除できますよということで、たくさんの場合をその 11 ページの条文のところにズラズラと並べたわけです。

要するに、解除されない限り B の債務はなくなるということです。たとえ不能になっても履行を拒めるだけで、危険負担のところ拒めるだけだということがわかりました。債務そのものは残ってしまいます。残しておいたほうが良いようなこともあるので、どうするかは自分で判断し、自分の債務を免れたい人はきちんと解除してください。それについては別に帰責事由の有無など問いません。こんな感じです。それで反対に「B は履行請求拒否権を持つ」というのは、先ほどお話したとおりです。そのような建てつけになったということです。条文の細かい紹介は省略します。

12 ページの 543 条にいきます。先ほどの危険負担的な発想がここにも出ており、債務

者のほうの責めに帰すべき事由は要らなくても解除できるが、債権者に帰責事由があるときには、債権者は自分から解除できませんよ、ということを新しく導入しました。

次にいきます。注文者の受益に応じた報酬です。この改正 634 条は、現在の 634 条と内容が全く違います。現在の 634 条は削除されました。そして、この番号の条文に新しい条文がつけられたわけです。仕事が完成しなかったときでも、仕事の進捗状況や事情により報酬の一部を請求できるという規定が新設されました。

その下に昭和 56 年 2 月 17 日の最高裁の判例を引いておきました。どんな裁判例かというと、仕事の内容が分けられていて、工事が途中まで進み一部が完成して、注文者はすでに完成した部分について利益を有するときには、すでに出来上がった部分について注文者は契約を解除できないという判断をしたものです。

この件は、請負人が経営困難になり工事が完成できなく放棄してしまったのです。なぜ解除できないかということ、もちろんそれはもったいないからというものもあるし、請負人を保護しようというものもあるわけです。そういうわけで最高裁は、請負人のほうに帰責事由があるにもかかわらず、完成部分については解除できないという判断しました。

普通だったら請負人に責任があるので、解除できてもいいかなという気はします。しかも全体としては未完成なので、債務不履行段階です。まだ請負人の担保責任の世界に入っていない時点の話だけれども、635 条但書の土地の工作物は解除できないという趣旨から、出来上がった部分については解除できないとしたわけです。

そこには、出来上がったところまでをできるだけ生かそう。しかも、たとえ何か問題があっても、出来上がった部分までは請負人に報酬を払いましょうという思想というか考え方が、ここから読み取れるわけです。そして、これが実は改正 634 条が出来上がった背景にあると言われています

改正 634 条によって、請負人は注文者の責めに帰することができない事由により工事を完成できなくなったときに報酬を請求できますが、注文者に帰責事由があるときは危険負担の規定によって請求できます。

改正 634 条は何らかの理由で仕事の前に契約が解除されたときも報酬請求できるとしてあります。解除は不能のときだけではありません。履行遅滞で解除されることもあります。とにかく、相手方が解除して自分の債務を免れた場合には、そこまでの部分の報酬を払って清算しましょうという発想になっています。

これまで紹介しているところが、いろいろなところで微妙につながっていることが、こ

れでおわかりいただけると思います。

さらに進みます。12 ページの下の方の 3、売買の規定の包括的準用というところです。ここで、先ほどあまり役に立たなかった 559 条が出てきます。先ほど、売買の担保責任は請負には適用がないという話をしました。改正法はガラッと変わり、これをものすごく準用することになります。その手掛かりは 559 条です。その理由は、売買の担保責任の内容が充実したからです。売買の担保責任は、先ほど比較表でご覧いただいたように、修補請求ができなかったり、隠れた瑕疵に限定されていたりして、いろいろ請負では使いにくいことがありましたが、売買の担保責任の規定が大幅に変わりました。大きく 3 つの点で変わったと言えます。12 ページの下の方の 3 のところに■で書いたところがそれです。

まず、「契約内容不適合」という新しい概念が登場します。12 ページの一番下のところに改正法の 562 条を書いておきましたが、その最初のところです。「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」。これです。この「契約内容不適合」という新しい概念が出てきました。もう瑕疵という言葉は使われなくなったのです。「契約内容不適合」のときはどうなるかという、「買主は、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる」と書いてあります。

さらに改正 563 条を見ると、同じようなことですが、前条第 1 項本文に規定する場合においては、催告したうえで減額請求ができると書いてあるわけです。そうすると、これをそのまま追完請求や減額請求あるいは契約不適合な場合というのを使えば、売買の規定を準用することで、請負のときもだいたいカバーできてしまうだろうと考えたわけです。現行法では、売買も請負も代金減額とか代替物の請求はできないわけですが、改正法では可能となりました。

先ほど出てきた特定物ドグマですが、そういうわけで瑕疵担保責任という売買の基本的な考え方が変わってしまったので、特定物ドグマはこれからも維持するのは難しいだろうということになり、ただの現状引き渡しではなく、改正された 483 条は、「契約その他の債権の発生原因や取引上の社会通念に照らして引渡しすべきときの品質を定めることができないときは、引渡しすべきときの現状で物を引き渡さなければならない」としています。現行 483 条には現状で引き渡せばいいとしか書いていませんが、現状引渡しは改正法では品質を定めることができないときの例外と位置付けられました。こうなると、当事者は品質を決めるのが普通になってくるでしょう。決めないと当事者がどんなことを目的としたかを深く追求することになって大変です。

そういうわけで、売買の規定が充実しましたので、それらがみんな 559 条によって準用されることとなります。「これからはなんたって 559 条」です。

そういうわけで 13 ページの下のほうに、担保責任の規定の整理があります。結局、売買の規定が準用されない例外的な規定だけが条文化され、634 条から 640 条までのうち、残ったのは 636 条と 637 条です。634 条は先ほど申し上げたように新しい内容だったので、元のが残ったのは、この 2 つだけになりました。削除された条項についての説明をそこに書いておきました。今日は時間もあまりないので、そこは省略します。基本的には 559 条で準用することで用は足りるということです。

14 ページにいき、(3) 改正された条項について説明しておきます。これもほとんど売買と重なるのですが、さすがに請負的なことが色濃いものについて残してあると見ていただければいいと思います。636 条は、まず言葉の上で契約不適合性に代わったのが条文にあります。線を引っぱっておきました。「種類又は品質に関して契約の内容に適合しない」うんぬんというところは同じです。ただ、その後、次の線で「注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じた不適合」となると、これは準用だと少しきついなということで、請負にきちんと規定したほうが良いということで規定されたと思います。

もう 1 つの 637 条です。14 ページの一番下のところをご覧ください。「○改正 637 条：売買の改正 566 条」と書いてあり、その括弧の中に売買の 566 条を引用しています。「売主が種類又は品質に関して契約の内容に適合しない目的物を買主に引き渡したときは、不適合を知った時から 1 年以内に通知しないときは、不適合を理由として、履行の追完その他の責任追及ができない。ただし、売主が引渡しの際に不適合を知ったり、重大な過失によって知らなかったときはこの限りではない」とあります。637 条 1 項も不適合を知った時から 1 年以内に通知しないときというところは同じです。また、637 条 2 項は改正 566 条但書に相当する部分で、請負人がその不適合を知っていたり、あるいは重大な過失があつて知らないときには適用しないというものです。

637 条の改正点について 15 ページの一番上の ■ が 2 つ並んでいるところをご覧ください。まず一つ目の■です。現行法では、引き渡したときから始まりますが、改正法では、不適合の事実を知ったときからです。引渡しの際には客観的に決まってしまうため、そこから 1 年というとすぐ経ってしまいかねません。しかし、不適合の事実を知ったときとなれば、不適合の事実を知るまでは始まりません。次に二つ目の■です。その期間内に何をしなければいけないかというと、現行法では、具体的な責任追及をしなければいけません。し

かし、改正法では、ここが不適合だよと通知すればいいということで、注文者の負担はだいぶ軽くなったと言えます。

ということで、請負の規定はほんの少しになったわけですが、15 ページの真ん中の(4)をご覧ください。ここが請負の改正点全体を理解する要点だと思います。読みます。「改正法では、これまでの『仕事完成前は一般の債務不履行責任、完成後は瑕疵担保責任』という構図にはならない」。だいぶ変わりました。具体的には、基本的に債務不履行の一般的な規定が適用されます。これまではそれは完成を境に、完成前は債務不履行、完成後は担保責任となっていたわけですが、売買の規定を大幅に準用するようになり、しかも特定物ドグマも使わないことになってしまうと、一言で言って全部債務不履行責任ということになります。ただ、債務不履行責任という中で、毛色の少し違ったものが少しずつ優先的に適用されるという考えです。

そこで私は「三階建ての債務不履行責任」という言葉を使ってみました。ですから、一番下の段にまず、一般原則としての損害賠償は解除、415 条や 541 条以下の解除の規定を使うものがあり、その次に売買の売主の責任が乗り、さらに請負だけに適用すべきものに乗ると三階建てになるということです。

したがって、損害賠償については、売買や請負には規定はありませんが、415 条、416 条などを見る必要があるし、解除一般についても、改正後の 541 条、542 条、543 条などを参照する必要があると思います。そういうわけで今日は概略ですが、その辺りの説明をこれまでしたわけです。

判例をもう 1 つだけ紹介します。平成 15 年 10 月 10 日の裁判例です。これは関西のほうの神戸市内のワンルームマンションを建築するときの事案です。阪神・淡路大震災の後に請け負いました。それでワンルームマンションでつくることにしたけれども、地震の時に大学生が倒壊した下宿の建物の下敷きになるなどして多数の死者が出たので、施主が非常に神経質になり、本件建物の主柱、支柱については耐震性の非常に高いものを使いたいと、当初の設計内容を変更して、より強い鉄骨を使用することを業者に求めました。それで業者は「わかった」と了解したのですが、約束に反して約定よりも細い鉄骨を使用してしまいました。これで瑕疵担保になるかという事案です。

この事件の特色は、実際に使われた細い鉄骨でも、構造計算上は居住用建物として安全性に問題はないことが立証されている事案でした。高等裁判所は、構造計算上は安全だから瑕疵はないと判断しました。ところが、最高裁に行き、そうは言っても施主側はこれだ

けこだわって言っているのだから、約束どおりやらないのは瑕疵ではないかという発想をして、それを肯定したという事案です。

何が問題かという点、瑕疵は基本的に客観的な概念で、瑕疵とは通常有すべき安全性がないとされているため、当該事案を離れておよそ一般的にこういうものは瑕疵にあたるかという捉え方ができるわけです。しかし、契約違反ということを強調すると、客観的に見て瑕疵にならないものでも、その当事者間における固有の瑕疵というものを考えるようになってきて、そういう考え方でよいかという問題が出てくるわけです。

裁判例では結構、契約内容で決めたことが重視され、契約に合わないから瑕疵というのは、地裁レベルではよく出てきます。当事者がその点を争わなければそれで事はうまく収まりますし、和解などする場合にはそういう方向で当事者がお互いに譲り合っている例も多いと思います。ただ、理屈上は瑕疵だということが要件になっているので、これをあまり広げてしまうと、瑕疵とは何なのかわからなくなってくると言われていました。

ここで改正法に目を戻していただくと、瑕疵はなくなり契約不適合性になりました。つまり、その契約で当事者が何を求めたかということ正面から考えることになってきたのです。こういう事案を処理するときにはやりやすくなったと思います。この事案などは、まさに契約不適合だったという理由を言うことにより、すんなりその責任が認められたような気がします。改正法はそういう意味があると思います。

あと、注文者が破産したときの規定の改正がありました。現行法では施主が破産すると請負人は解除できることになっているのですが、それが、仕事が完成した後はできなくなり、仕事が未完成の間だけ請負人のほうから解除できる規定になりました。そこまでが 15 ページで、請負についての改正です。

16 ページにいけます。あとは駆け足でいきたいと思います。法定利率について紹介します。現在の法定利率は民事法定利率と言われているものが年 5% です。そして、商法の適用がある商事法定利率が年 6% です。一般の金融機関の金利に比べるとだいぶ高いです。この金利が高すぎるということで、いろいろ問題になっていたのを改正しました。変動制というものになりました。

16 ページにざっと書いておきましたが、最初の法定利率を年 3% とし、以後 3 年ごとに見直しを行うことになりました。見直しの方法について、大変なので読みませんが、かなり詳細な規定があります。いろいろな数値を持ってきて自動的に計算できるようになっていますが、いろいろな場面で法務省令を見ないとわからないことがあります。そういうこ

とを知っておいていただければよいと思います。

17 ページにいきます。改正法では新たに定型約款というものが登場したわけですが、その前提として約款の一般的なお話をしたいと思います。

現在、社会で約款という名前で使われているものには、実はいろいろなものがあります。17 ページの「第 6 約款」の 1 つ目のところに、「広義の約款」というタイトルで書きました。契約条項例やサンプルの類も約款と呼んでいます。また、単なる契約書の条項も約款と言うことがあると思います。しかし、法学上あるいは研究者や民法の解釈の中では、ある特定の意味で約款という用語を使うことがあります。例えば、銀行の預金通帳の後ろに細かい字で書いてあるものとか、保険契約の契約条項などを思ってください。あれです。普通契約約款とも言います。

企業が多数の者と同じ種類の取引を大量に行うために共通内容を決めておく必要があります。保険会社や銀行は契約内容を詳細に定型化して決めておき、契約相手方となる者はその内容をそのまま包括的に契約内容とする前提の下に契約を締結します。契約する以上はそれに従わなければなりません。そうしないと世の中がうまく回りません。大量の同じような契約を定型化して、機械的、一律的にやらないと資本主義社会はうまくいかないことはおわかりのとおりです。そして、後になって「このように約款に書いてあるとは自分は知らなかった」、「こんなことは読んでいない、自分はこれに拘束されたくない」などと言ってくる人にはお引き取り願いたいですよ。そこに理屈が必要になってきます。

17 ページの真ん中辺りに○がいくつかあり、その中の 1 つ「約款による合意は当事者が認識していなくても成立する」という解釈が昔からあります。最高裁ができる前の大審院が大正 4 年に示した判例がそういう解釈をしています。保険会社の担当者が持ってきて、「これは約款です。あなたとの契約はこれでやります。いいですね」と約款を見せられて言われ、「はい。いいです」と答えれば、詳しく読んでいなくても、「その約款による」という意思是そこであったのだと推定するというものです。こういう考え方が長く続いてきています。そして、この推定が覆ることはよほどのことがない限りないと思います。

ただ、こういうことが許されるためには、この約款の内容が適切でなければなりません。ひどい内容の約款で、読みもしないのに拘束されたらたまりません。そのために、行政がきちんとチェックをして、認可制にしたり、間違いのないことを公にきちんと確認してくれているようなものに限るといった工夫で対応してきました。

しかし、だんだんこれだけでは追いつかなくなってきました。特にインターネットの普



及により、あらかじめ決められた契約条項をいわば一方的に押し付けられることが増えました。そこに出てくる契約内容は、保険や電気のように行政がしっかりチェックしているとは限りません。これまでは業界の自主規制で対応してきましたが、だんだん追いつかなくなってくるだろうということで、この際、民法に一般的な規定を置こうということで登場したのが定型約款です。

ところで、工事請負でも約款という言葉がたくさん出てきますが、実はあまり定型化にはなじまないです。単品受注生産ですから、細かいこと、具体的な内容はその都度決めることも少なくありません。定型約款の1つの特色として、個別の修正に応じられないという性格があると言われていています。すると、工事請負には予め全部決めておいて個々の修正はしないという定型約款のような発想にはなじまないと思います。やってみないとわかりませんが、施行された後の実務の動きをよく見る必要があると思います。

18 ページにいきます。ここから2つのテーマは別紙参照となっており、細かいことは別紙を見ていただくとわかるようになっています。大まかなところだけピックアップしてみました。せっかく別紙があるので、少しだけ別紙を見ていただきます。

定型約款の大まかなことはいま説明しましたが、別紙の2ページ目にフローチャートのようなものがありますのでご覧ください。定型約款にあたるためには、まず定型取引というものにあたるかどうかということのチェックが必要です。これに当たらなければはじかれてしまいます。定型取引とは何かというと、レジユメの18ページにあります。不特定多数を相手方にし、かつ、内容の画一的なことが当事者双方にとって合理的である。こういうものが定型取引です。具体的には実態を少し見ないとわからないと思います。

さて、これがイエスだとすると、その定型取引をする合意をしたかどうかが問われます。それで合意をすると、次に事業者の方で定型約款を用意します。次に、この出来上がった定型取引を内容とする定型約款というものについて合意したかどうかに進み、あまり正確に中身を知らなくても合意があったことになるという話になっています。「みなし合意」というところで、定型約款利用の合意、または定型約款利用の表示と書いたのがそれです。

今のところの詳しい説明は、別紙の3ページの一番下のところにこの言葉があります。利用の合意は、先ほどの大正4年の裁判例でも紹介したような場面です。「これでやるから、これでいいね」と言うと、中身を読まなくても、これについての合意があることになります。イメージとしてはこんなものです。これが「利用の合意」です。

改正法が施行された後に活用されそうなのは「利用の表示」です。そこまでの合意がな

くても、表示しておくだけで一定のみなし合意となってしまうのが別紙の 4 ページです。一番上に「約款利用の表示」と書いておきました。定型約款準備者、約款をつくる側の人、相手に対しあらかじめ行う定型約款を契約内容とする表示です。「うちのこういう定型取引では、こういう約款を使いますよ」とあらかじめ表示しておけばそれでのみなし合意が成立します。

そうは言っても、実際に定型約款を見たいという人に見せないのはまずいです。これについては、のみなし合意などを成立させる前にきっちり見せるべきではないかという議論もあったようですが、結果的には、見たいという人に見せればいいことになりました。つまり、要求を受けるまでは見せなくてよい、要求を受けたら見せなければいけないという建てつけです。ただ、個別に対応するのも大変なので、あらかじめ示しておけば要求があったときにいちいち見せなくてもよいということにもなっています。詳しくはここに書いてあります。

それから、問題は契約の中身です。定型約款の内容が適切かどうかは、契約が成立する前にしっかり固まっているほうが好ましいといえますが、これについては便利さを優先して、内容が不適切と考える人が後から主張する形にし、不当条項があったときにはのみなし合意をなしにするという建てつけになりました。これが別紙では 8 ページに書かれています。

4、内容の否定というところをご覧くださいと、せりふになっていますから読んでみると、「定型約款では、定型約款準備者が用意した内容を相手方はそのまま受け取るようになりますが、内容がひどいものだと困りますね」「はい。そのため、定型約款中の不当な内容は当事者を拘束しないことになっています」。不当なものは、のみなし合意がなかったこととなります。不当なものが何かというと、そこに書いてあるような条件を満たすようなものですが、これは実際の場面でどう使われてくるかということ、いったん契約が成立してしまった後で、その契約後に拘束されていると言われた側が、「いやいや、この内容は不当な内容なので、私は拘束されません」というような反論をする場面が出てくると思います。

裁判になった場合には、被告になったほうが反論するような形になってくるので、最終的に内容が否定されるとしても、消費者の負担は結構重くなると思います。この辺りは、これからの運用にかかってくるかと思っています。同じようなことが、実は消費者契約法にもあるのですが、そことの比較はこれをご覧くださいればよいと思います。

あと、1 度合意した後、変更することができるかというような場面でもこれは出てくる

のですが、それも一定の条件を満たせば変更はできることになっており、実際にこれが使われるようになってくると、使い勝手は結構いいのかなという気がします。

もう1度、定型約款の別紙の12ページをご覧くださいと、経過措置が書かれています。最初に説明したように、経過措置がここに書かれています。基本的には法律行為をしたときに、これが適用されることとなります。ただ、定型約款についてはさかのぼって適用されるということで、ここに特別なことについて書いておきました。経過措置は、別紙13ページの下の改正法附則にあります。別紙の最後の14ページを見ていただくと、定型約款に関する経過措置が書かれています。

最後に、時効のことについて少し紹介します。これも別紙で対応できるように準備しています。

今回の大きな時効の改正点は、消滅時効の期間がいろいろあるのをまとめたことです。消滅時効の別紙の3ページをご覧ください。そこに「2消滅時効期間の整理」という項目があります。現在はいろいろなものについて、あまり根拠のない消滅時効の短い期間が書かれています。弁護士報酬は事件が終わってから2年です。工事の請求権は3年です。なぜ弁護士のほうが短いか、よくわかりません。それから、小売商人が売った商品の代金は2年なのに、飲み屋の代金は1年です。合理的な理由はわかりません。ということで、こういうのを維持しても仕方がないということで、これをまとめましょうということになりました。

結論として、次の4ページを見ていただくと、時効期間を統一化し、さらに少し短くします。それから、起算点の主観化ということが行われました。4ページの真ん中を見ていただくと、①と②という記載があります。そこが一番肝心です。債権者が権利を行使することを知ったときに、主観的な起算点から5年間、それから権利を行使することができる時から10年間、このどちらかですよということです。10年たたなくても、権利を行使することができるを知った時から5年たっしまえば消滅時効は完成します。ここを押さえていただければよいと思います。

時効の別紙10ページの下をご覧くださいと、時効の完成猶予・更新という言葉が出てきました。これが実質的には今の時効中断と似たような効果がありますが、まず言葉が変わったことと、取り扱いが若干変わりましたので、詳しくはこの辺りをご覧くださいとよいと思います。

これで予定したものは終わりました。ご清聴いただき、ありがとうございました。