
民法（債権法）改正における契約の自由の強化

野 澤 正 充

- I 日本の債権法改正の理念
 - 1 債権法の抜本改正
 - 2 改正の背景・理念
 - 3 本稿の課題と対象
- II 契約自由の貫徹
 - 1 契約自由の原則
 - 2 原始的不能・後発的不能
 - 3 危険負担・契約の解除
- III 契約自由の原則が前提とする人間像
 - 1 改正前民法が想定する「人」
 - 2 新しい債権法の想定する「人」と今後の課題

I 日本の債権法改正の理念

1 債権法の抜本改正

2017年6月2日に公布された「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律第44号）は、1896年に制定された民法の債権編（明治29年法律第89号）を、約120年ぶりに抜本的に改めるものである。この民法（債権法）改正（以下、「債権法改正」という。）は、そもそも民法典の抜本改正をすることを企図して始められたものであった。その1つの表れは、債務不履行責任における過失責

任主義の放棄に見られる。

改正前民法 415 条では、債務不履行責任が成立するためには、その不履行が債務者の「責めに帰すべき事由」（一般に帰責事由と呼ばれる）によることが必要であるとされていた。つまり、単に債務が履行されないという客観的な事実だけでは債務不履行責任は成立せず、その原因が債務者にあることが要件とされ、具体的には、債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき場合が帰責事由に該当すると解されていた。その背景には、民法の基本原則である過失責任の原則が存在する。すなわち、債務者は、その注意義務に反しない限り行動の自由が保障されるとする考え方である。しかし、債務不履行が問題となる局面においては、債務者は自らの意思によって契約を締結し、その債務に拘束されているため、行動の自由も制約されている。そうだとすれば、債務者が債務不履行責任を負うのは、その注意義務を尽くさなかった（＝過失があった）からではなく、契約による債務を履行しなかったからであると考えられる。

そこで、新しい 415 条 1 項条は、債務不履行責任における過失責任主義を否定した。すなわち、同条 1 項ただし書は、損害賠償責任の免責事由を、債務者の主観的な注意義務違反の有無ではなく、「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」判断するものである。そして、このような免責事由の具体例としては、戦争・内乱・大災害のような不可抗力のほか、債務不履行が債権者の帰責事由に基づく場合などが挙げられよう。

2 改正の背景・理念

このような債権法の抜本改正の背景には、次の 2 つの考え方がある。

1 つは、「契約」を中心とした、契約自由の貫徹ないし私的自治の復権である。すなわち、改正前民法典は、契約・不法行為等の債権発生原因を捨象した「債権」を中心に構成され、その履行不能や不履行の予見可能性を問題とする。しかし、債務の内容を定めるのは契約であり、その契約内容から離れて、「不能」や「予見可能性」を論じることはできない。そこで、債権法改正においては、「債権」ではなく「契約」を中心に考え、「契約の自由」を貫徹させることが企図されている。そして、「契約」の重視は、個人の意思ないし当事者の自

由を尊重するだけではなく、そのイニシアティブにより社会を形成してゆくことを意味する。換言すれば、「契約」を中心に据えた債権法改正は、個人の意思やイニシアティブを重視し、私的（意思）自治の原則を復権させるものである。上記の債務不履行責任における過失責任主義の放棄も、自らの意思によって契約を締結した以上、当事者はその契約に拘束され、客観的な免責事由が認められない限り、その債務の不履行については責任を負わなければならない、という文脈で捉えられる。

もう1つは、市場のグローバル化に伴う契約法のグローバル化である。周知のように、運送および情報・通信手段の飛躍的な進展は、市場のグローバル化をもたらし、個人であってもインターネットを通じて、世界中の事業者と自由に取引することが可能となる。しかし、その取引に適用される契約法が国によって異なっていたのでは、市場が混乱する。そこで、20世紀末からEUをはじめとする各国では、契約法のグローバル化に取り組んできた。その結果、今日では、ユニドロワ国際商事契約原則（UNIDROIT）やウィーン売買条約（国際物品売買契約に関する国際連合条約）などの実効性のある規律が、グローバル・スタンダードとして確立されている。そして、このグローバル・スタンダードを契約法に採り入れることが、契約法改正の潮流である。

3 本稿の課題と対象

本稿は、債権法改正による新しい規律を、契約自由の貫徹の観点から概説するものである。もっとも、その規律は、上記の債務不履行責任における過失責任主義の放棄のように、契約の自由のみならず、グローバル・スタンダードの観点からも説明されることが多い。そうだとすれば、グローバル・スタンダードも、契約自由の原則を徹底させるものであることが推測される。換言すれば、グローバル・スタンダードと契約自由の徹底とは、截然とは区別されず、両側面が重なり合うことが多いといえよう。

II 契約自由の貫徹

1 契約自由の原則

債権法改正における契約自由の貫徹は、契約自由の原則の明文化にも表れている。すなわち、新法は、契約締結の自由(521条1項)、契約内容の自由(同2項)および方式の自由(522条2項)を明文化している。しかし、より端的に「契約」の重視を表すのは、「履行不能」を規定する412条の2である。

2 原始的不能・後発的不能

改正前民法には明文がないものの、判例および学説は、「何人も不能な債務に拘束されない」(Impossibilium nulla obligatio est.)というローマ法以来の法格言に従い、履行が契約の成立前から不能(原始的不能)である場合には契約は無効となり、また、契約の成立後に不能(後発的不能)となった場合には当該債務が消滅する、と解してきた。とりわけ、「原始的に不能な契約は無効である」との命題は、学説によって「当然の事理」であるとされ(我妻栄『債権各論上巻』[岩波書店、1954年]80頁)、判例もこれを一般論として認めてきた(最判昭和25・10・26民集4巻10号497頁)。

これに対して、新法は、原始的に不能な契約であっても有効であるとし、債権者は、債務不履行の規定(415条)に従い、「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」とする(412条の2第2項)。また、「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」(後発的不能)であるときも、「債権者は、その債務の履行を請求することができない」だけで、債務そのものは消滅しないとした(同1項)。

この新法は、私的自治の原則を重視し、当事者が原始的に不能な契約を締結した場合にもその契約に拘束されるとともに、債務が後発的に不能となっても当然には消滅せず、その債務を消滅させるためには契約を解除しなければならない、とするものである。その半面、新法は、債権者が、債務者の帰責事由の有無にかかわらずに契約を解除することができるとし(541条以下)、履行不能

となった契約からの解放を容易に認めている（542条1項1号）。すなわち、「何人も不能な債務に拘束されない」という原則の放棄は、危険負担と契約の解除に大きな影響を及ぼす。

3 危険負担・契約の解除

(1) 危険負担①—対価危険

改正前民法では、売買契約の締結後、目的物の引渡し前にその目的物が滅失した場合には、売主の目的物引渡債務は履行不能（後発的不能）となる。そして、その履行不能につき債務者（売主）の責めに帰すべき事由がない場合には、売主の目的物引渡債務は履行不能によって消滅し、債権者（買主）が、売主の目的物引渡債務と対価関係にある反対債務（代金支払債務）を負うか否か、換言すれば、対価危険を負うか否かが534条以下の危険負担の問題であった。

これに対して、新法では、債務者（売主）の帰責事由によらずに目的物引渡債務が後発的不能となった場合においても、その目的物引渡債務は当然には消滅しないため、反対債務（代金支払債務）が当然に消滅するか（債務者主義）、あるいは存続するか（債権者主義）、という問題は生じない。そして、債権者（買主）が反対債務を免れるためには売買契約を解除しなければならない。その意味では、契約の解除という債権者のイニシアティブに基づく意思表示が必要であり、契約自由の原則が貫徹されているといえよう。もっとも、このような新法では、売買契約を解除するまでは債権者（買主）の反対債務（代金支払債務）が存続するため、債権者は、売主からの履行請求に対して、その反対債務の履行を拒絶することができるとする（536条1項）。

(2) 危険負担②—給付危険

上記のように、改正前民法では、履行不能につき債務者（売主）の責めに帰すべき事由がない場合には、目的物引渡債務が当然に消滅し、債務者は目的物の調達義務を免れ、その半面、買主は、目的物の給付を受けることができなくなる。その意味では、債権者が給付危険を負うものである。問題となるのは、その給付危険が売主から買主に移転する基準時である。

この問題について、改正前民法は、目的物の所有権の移転時をその基準とし

ていた。すなわち、所有権の移転時期については学説上争いがあるものの、少なくとも改正前民法の文理解釈上は、特定物の所有権は売買契約締結時に売主から買主に移転する(176条)。それゆえ、売買契約締結後引渡しまでの間に目的物が滅失または損傷しても、その所有権はすでに買主に移転しているため、買主はなお代金を支払わなければならない(債権者主義=534条1項)こととなる。また、不特定物の売買においては、目的物の特定によって所有権が売主から買主に移転し、危険も移転する(534条2項)。

新法は、このような「所有権者が物の危険を負担する」(Res perit domino)という意味での所有者責任主義を放棄し、534条を削除した。そして、目的物の引渡しとその受取りを基準とする引渡時移転主義を採用した。すなわち、後述する契約不適合責任(新562条以下)に関して、567条1項前段は、売主から買主に目的物の引渡しがあった時以後にその目的物が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滅失または損傷したときは、買主は、その滅失・損傷を理由として、後述の4つの救済手段を行使することができないとする。そして、この規定の反対解釈からは、目的物の引渡しを基準時として、目的物についての危険(給付危険)が売主から買主に移転することが明らかである。

この新法の規律は、目的物を事実上支配し、危険を防ぐことができた者がその危険を負担するとの考えに基づく。その背景には、後述するウィーン売買条約などのグローバル・スタンダードが存在する。

(3) 契約の解除

前述のように、新法においては、当事者が契約を締結した以上は、たとえその契約が原始的または後発的に不能となっても当該契約に拘束されるため、契約自由の原則が貫徹される。そして、当事者が契約の拘束を免れるためには、自らイニシアティブを採って当該契約を解除しなければならないという点でも、権利義務関係を自らの意思によって形成する私的自治の原則が重視され、これを復権するものである。

ところで、改正前民法は、契約の解除についても債務者の帰責事由を要件としていた(現543条参照)。しかし、契約の解除は、債務を履行しない債務者に

対するサンクションではなく、債権者を契約（反対債務）から解放しその損害を最小限に食い止めるためのものである。そうだとすれば、解除の要件は、債務者の帰責事由の有無ではなく、債務不履行があっても当該契約を維持することについて債権者に利益があるか否か、という債権者の観点から考えるべきこととなる。そして、債務者の帰責事由を不要とし、重大な契約違反を解除の要件とすることは、グローバル・スタンダードにも合致する。すなわち、ユニドロワ（UNIDROIT）国際商事契約原則は、債務者の帰責事由を要件とせず、その債務不履行が重大な不履行であるときに、債権者に契約の解除権を認めている（7.3.1条）。また、ウィーン売買条約49条、ヨーロッパ契約法原則9:301条および第二次契約法リステイメント241条も同様であり、重大な契約違反を解除の要件とすることが、グローバル・スタンダードであるといえよう。

新法は、このような国際的動向を踏まえ、かつ、双務契約の拘束力からの解放という制度趣旨を重視し、解除の要件としては、債務者の帰責事由を不要とする。そして、現行民法541条を維持した「催告による解除」を原則としつつ（新541条本文）、債務者が相当な期間を経過しても債務を履行しなかった場合において、「その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、契約の解除が認められないとする（同ただし書）。それゆえ、債務不履行が「軽微であるとき」は、契約の解除が一切認められず、債権者は、損害賠償その他の救済方法に頼らざるをえないため、軽微であるか否かは重要である。具体的には、①債務不履行の部分が数量的にごくわずかである場合や、②付随的な債務の不履行であって、契約をした目的の達成に影響を与えないものである場合などが、「軽微である」と評価されよう（中間試案の補足説明132頁）。

また、新法は、「催告によらない解除」を定める（新542条）。すなわち、次の5つの場合には、債権者は、「催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる」とする（同1項）。

- ① 債務の全部の履行が不能であるとき。
- ② 債務者がその債務の全部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- ③ 債務の一部の履行が不能である場合または債務者がその債務の一部の履

行を拒絶する意思を明確に表示した場合において、残存する部分のみでは契約をした目的を達することができないとき。

④ 契約の性質または当事者の意思表示により、特定の日時または一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、債務者が履行をしないでその時期を経過したとき。

⑤ ①から④までに掲げる場合のほか、債務者がその債務の履行をせず、債権者が催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき。

この①から⑤は、いずれも、債務不履行により契約をした目的を達することができない場合 (= 重大な契約違反) である。また、債権者は、債務の一部の履行が不能であるとき、または、債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示したときも、催告をすることなく、直ちに契約の一部の解除をすることができる (同2項)。

Ⅲ 契約自由の原則が前提とする人間像

1 改正前民法が想定する「人」

近代市民法の基本原理の1つである私的自治の原則を採り入れた改正前民法典が想定した「人」は、「自らの意思により自由に自己に関する私法関係を形成しうる立法者」であり、その背後には「理性的・意思的で強く賢い人間像」が存在した¹⁾。しかし、現実の社会においては、契約当事者間の社会的・経済的不平等が明らかになり、私的自治の原則は破綻することとなる。その1つの契機が、大量生産される製品の売買において、売主である「事業者」とは情報の質・量および交渉力の格差があり、それによって不利な立場に置かれる「消費者」の登場であった。

この消費者は、「少し落着いて考慮するならばしなかったであろうような取引を、相手方の巧言に乗せられたり、さらには断りにくくなってしまい、後か

1) 星野英一「私法における人間」『基本法学1—人』(岩波書店, 1983年) 128頁。

ら後悔するような、他人に動かされやすく、感情的、軽率で気も弱い人間」、すなわち、「愚かな人間」として捉えられてきた²⁾。そして、このような「愚かな」消費者を保護するのが、訪問販売等に関する法律や割賦販売法などの消費者の保護に資する業法であり、また、消費者契約法である。

2 新しい債権法の想定する「人」と今後の課題

新しい債権法は、前述のように、私的自治を復権し、契約自由を貫徹するものである。そして、そこで想定されているのは、ひとたび契約を締結した以上はその契約に拘束され、自らの注意義務を尽くしても、債務を履行しない限り責任を免れることはなく（新415条）、また、債務の履行が不能となっても、自らがイニシアティブを採って、抗弁（新536条1項）を主張し、契約を解除する「人」である。換言すれば、契約を締結する際には、自らの債務の不履行のリスクを合理的に計算し、それを織り込んだうえでなお契約を締結する者が予定されている。のみならず、新しい債権法は、グローバル・スタンダードに準拠するものであるが、グローバル・スタンダードそのものが、国際的な商取引（特に不特定物である動産の売買）を行う事業者間のルールとして形成されてきたことを忘れてはならない。

このような新しい債権法の下で想定されている「人」は、現行民法典がその初期段階において想定されていた「理性的・意思的で強く賢い人間像」であり、具体的には「事業者」またはそれに近い者がイメージされる。そうだとすれば、民法典が対象とする一般的かつ抽象的な「人」と「消費者」との乖離は大きく、新しい債権法の下では、消費者の保護のさらなる充実が必要とされよう。

【付記】

本稿は、2017年11月25日に青山学院大学で行われた、日本台湾法律家協会のシンポジウムにおける報告原稿である。

なお、本稿をまとめるにあたり、日本学術振興会科学研究費補助金（課題番号16K03417）を受けていることを付記する。

2) 星野・前掲注1) 154頁。