

# 不動産取引と民法改正：請負の損害賠償をめぐる議論について

専修大学法科大学院教授 道垣内 弘人

## 1. はじめに

(1) 2017年5月に成立、2020年4月1日から施行された、いわゆる改正債権法は、不動産売買、不動産賃貸借など、広く不動産取引の実務に一定の影響を及ぼすものである。もっとも、規律の多くは、改正前の民法のもとで判例によって示されていた法理を整理し、提示したにとどまり、実際上的変化はさほど大きくない。ところが、とくに変化をもたらそうという明確な意図がなかったと思われるにもかかわらず、変化が生じたのではないかと、ということが議論されている箇所もある。請負に関する規律が、それである。

概括的には、法制審議会民法（債権関係）部会の委員であった中井康之弁護士が、次のように述べている。すなわち、「部会審議の前半では、解除一般論について喧々諤々の議論をした割に、個別契約類型に入って売買、更に請負あたりになると審議時間が十分ではなかったですね。特に、請負に関する種々の特則が消えたのは、かなり突然のことで、売買の準用だけでは済まない問題であったように思います」<sup>1</sup>というわけである。

具体的に議論が生じた点の一つは、改正前民法634条2項で規定されていた「修補に代わる損害賠償」が、改正法によりどのように

扱われることになったのか、ということである。

(2) 改正前民法634条2項に規定されていた「修補に代わる損害賠償」については、最判昭和52年2月28日金判520号19頁が、「民法634条1項所定の瑕疵修補請求権と同条2項所定の瑕疵修補に代わる損害賠償請求権とのいずれを行使するかは、注文者において自由に選択することができるのであつて、注文者は、瑕疵修補の請求をすることなく直ちに瑕疵修補に代わる損害賠償を請求することもできるものと解するのが相当である。」としており、学説にもほぼ異論はなかった。

ところが、改正により民法634条は削除された。そして、担保責任の規律は、売買契約の箇所に置かれ、請負契約については、この売買契約に関する規律が準用される（民法559条）こととなった。これが冒頭に引用した中井弁護士の発言、すなわち、「請負に関する種々の特則が消えた」ということである。

有償契約に関する一般的な規律を示すとされる売買契約に関する条文においては、買主の追完請求権（同562条）が定められ、売主が追完を行わない（不能を含む）場合について、買主の代金減額請求権が規定されている（同563条）。そして、そのうえで、民法564条が、「前二条の規定は、第415条の規定による

1 道垣内弘人＝中井康之編『債権法改正と実務上の課題』355頁〔中井康之発言〕（2019年）。

損害賠償の請求並びに第541条及び第542条の規定による解除権の行使を妨げない。」とした。以上が請負契約についても準用されるわけであるから、請負における損害賠償は民法415条の規定によることになる。そして、同条は、第2項で、「債務の履行に代わる損害賠償の請求」について定め、そのような損害賠償請求が認められる場合として、「債務の履行が不能であるとき」、「債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき」、「債務が契約によって生じたものである場合において、その契約が解除され、又は債務の不履行による契約の解除権が発生したとき」の3つをあげたのである。

したがって、改正前民法634条2項で規定されていた「修補に代わる損害賠償」が、改正民法415条2項にいう「債務の履行に代わる損害賠償」に該当するのであれば<sup>2</sup>、その請求ができるのは同項に定める場合に限られることになり、少なくとも、「修補の請求をすることなく直ちに」に請求することはできないようにも思われる<sup>3</sup>。上記の3つの場合のいずれにも該当しないのである。そうすると、ここで改正法は、請負における損害賠償について、従来の判例法理を変更する立法を行ったことになる。

(3) ところが、2018年3月に立案担当者が執筆した解説書が出版され、そこでは次のように説明された。すなわち、

「仕事の目的物が契約の内容に適合しないことを理由に修補等に代えて損害賠償請求をする場合については、新法第415条第2項の債務の履行に代わる損害賠償請求の

規定は適用されず（文言から明らかなように、この問題は規定の射程外である。）、基本規定である同条第1項の枠内で処理されるから、条文の文言上は解除権の発生等を考慮する必要はない（同条第2項第3号参照）。その上で、同条第1項に基づき具体的にどのような要件の下で損害賠償請求が許容されるかは解釈に委ねられているが、同条第2項とは切り離して理解し、解除権の発生等を考慮する必要はなく（催告をして解除権を発生させる必要もない。）、かつ、軽微な不適合が存するにとどまる場合にも損害賠償請求は可能であると解するのが適切ではないかと考えられる。<sup>4</sup>

というわけである。

これに対しては、即時に、「我々にとっては驚きであり、『本当だろうか』というメールが飛び交いました<sup>5</sup>という反応が生じたとされる。

(4) さて、この点については、私も、立案担当者解説を支持する立場から、一定の意見を述べたことがある。しかし、私の見解に対しても厳しい批判がなされている。

そこで、本稿では、この議論を紹介するとともに、今後の方向性について論じることにした。

## 2. 改正民法415条2項の適用を否定する論理とそれに対する批判

(1) 既に述べたように、立案担当者の解説は、「修補に代わる損害賠償」には改正民法415条2項の適用はなく、したがって、修

2 このような理解を示すものとして、たとえば、笠井修「請負（1）－契約不適合責任」潮見佳男ほか編『詳解改正民法』499頁（2018年）。

3 三枝健治「請負における契約不適合責任」法学教室469号101頁（2019年）。

4 筒井健夫＝村松秀樹編『一問一答・民法（債権関係）改正』341頁（注2）（2018年）。

5 道垣内＝中井編・前出注(1)324頁〔岡正晶発言〕。

補請求を経ず、直ちに修補に代わる損害賠償を請求することが可能である、としている。しかし、その理由付けは、「文言から明らかなように」というだけであり、明確ではない。

この点について、私は、次のように述べたことがある。

改正民法415条2項にいう「履行に代わる損害賠償」とは、履行請求権が法的に存在しない場合、あるいは、履行請求が不合理になっている場合に認められるものであり、その要件が同項に規定されている。しかるに、修補が可能なときに、修補に代わる損害賠償を請求するという場合は、履行請求権が法的に存在しない場合、あるいは、履行請求が不合理になっている場合に該当しないので、改正民法415条2項は適用されない。したがって、「修補に代わる損害賠償」は、改正民法415条1項に基づいて認められるものであり、催告などは要件とされず、直ちに請求できると解される<sup>6</sup>。

(2) しかし、このような見解は、森田修教授によって批判された<sup>7</sup>。6点にわたるが、それぞれ簡潔に記されているので、多少補足しながら紹介しておく。

① まず、改正民法415条1項を適用するとしても、そのことは「修補に代わる損害賠償」が請求できること、また、それが無催告で行使可能であることを意味しない。つまり、同項は、「債務の本旨に従った履行をしないとき」に損害賠償が請求できるというものであり、ここで「修補すべきこと」を債務であるとすると、修補の遅れについて遅延賠償を請求できることは当然だが、修補債務に代わる損害賠償が請求できるということには当然にはならない。

② そして、①を言い換えると、「修補に代わる損害賠償」は、改正前民法634条2項が存在し、「修補に代わる損害賠償」が独自のものとして規定されていることを根拠にして、その存在が認められ、かつ、修補請求との間での選択権が注文者に認められると解されていたのであり、同項を削除すると、そのような規律の根拠はなくなったというべきである。

③ 法制審議会民法（債権関係）部会における事務局の説明では、「修補に代わる損害賠償」が無催告で可能であるというのではなく、通常の場合には修補の催告があったと認定・評価できるであろうとされており、かえって催告が必要であることを前提とするような説明になっていた。

④ 請負契約に独自の条文として、無催告で、「修補に代わる損害賠償請求」ができるとする規律が存在しない以上、解釈によりそのような請求権を認めるときには、売買契約について規律されている一般規定の解釈として導かれるということになる。そうすると、売買契約において、目的物に契約不適合があり、改正民法562条1項に基づいて修補請求権が発生する場合についても、即時に、「修補に代わる損害賠償」の請求ができることになりそうだが、そのような議論はされていない。

⑤ そして、売買契約についても、請負契約についても、無催告で「修補に代わる損害賠償」を認めるとすると、代金減額請求権については改正民法563条1項で追完の催告が必要とされていることと不均衡になる。

⑥ また、⑤に関連して、無催告で、修補に代わる損害賠償を認めることは、追完の催

6 道垣内＝中井編・前出注(1)324～326頁〔道垣内弘人発言〕。

7 森田修「請負関連規定に関する民法改正経緯」法協136巻10号136頁（2020年）。

告が必要とされる代金減額請求権を死文化させることになる。

(3) 以上のうち、③については、審議過程中の事務局説明に大きな意味を認めることはできないと思われるが、他はいずれも説得的な批判である。したがって、先に公にした私見は、その結論が正当であっても<sup>8</sup>、その論理においてかなりの精緻化を要求されることになる。そのすべてを本稿で行うことはできない。しかし、その精緻化の前提となるのは、「修補に代わる損害賠償」とは何か、ということである。

以下、この点についてのみ、覚え書きを記しておくことにする。

### 3. 「修補に代わる損害賠償」の意味

(1) 一般に、債務不履行における損害賠償の算定においては、債務不履行がなければ債権者にあるはずであった財産状態と現実の財産状態の差額をもって損害とする、という考え方がとられる。いわゆる差額説である。

しかし、「修補に代わる損害賠償」は、「修補にかかる費用」からのみ算定されるのであり、それ以上でも以下でもない<sup>9</sup>。

たとえば、ある注文者Aが自宅の壁の塗り替えを請負人Bに依頼したが、請負人が間違っ  
てしまい、指定の塗料とは異なる色の塗料で塗ってしまったとする。このとき、Aは、Bに対して、塗り直しというかたちでの修補を請求できる<sup>10</sup>。実際に用いられた塗料の方が高額のものであり、Aの自宅の評価額は、塗り直しをしない方が大きくても、修補請求は可能である。そして、「修補に代わる損害賠償」を認めるとき、その賠償額は、修補されればAにあるはずであった財産状態と修補されない時点の財産状態の差額ではない（それはマイナスである）。端的に、「修補にかかる費用」が、「修補に代わる損害賠償」における損害額となるのである。

修補工事中、当該自宅が一時期使用できないことによってAに生じる損害も、遅延による損害も、「修補に代わる損害賠償」に含まれない<sup>11</sup>。別個の債務不履行の問題として処理される。

また、民法563条の定める代金減額請求権における減額の算定とも異なる。同条の減額は、あくまで不適合の程度に応じて行われるものであり、たとえば、建築請負において、予定された性能が欠けた状態で一応の完成に達したとき、そのような性能が欠けたものが

8 潮見佳男「売買・請負目的物の契約不適合と『追完に代わる損害賠償』」消費者法ニュース118号156頁(2019年)は、「請負における担保責任における修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権の規律に関しては、今回の民法改正に際しての立案段階で、改正前民法下での処理を大きく変えることは企図されていなかった」のであり、「この点に関する従前の実務が合理的なものであったのであれば、そこで採用されていた処理を改正民法の下でも実現できるような解釈を模索するのが適切であろう」とする。

9 この方向を示す解釈論として、道垣内=中井編・前出注(1)327頁〔道垣内〕、平野裕之『新債権法の論点と解釈〔第2版〕』506頁(2021年)。これに対して、「修補に代わる損害賠償」についても、履行利益、すなわち瑕疵によって生じるすべての損害であるとするものとして、我妻栄『債権各論中巻2(民法講義V3)』632~633頁(1962年)、幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(16)』136頁〔広中俊雄執筆〕(1989年)。

10 このとき、一応は完成して引渡しされたら評価できるのか、という問題もある。一応の完成に至っていると評し得ない場合には、修補請求ではなく、単純な履行請求であるとも解される。ここでは、修補請求として話を進める。さしあたり、道垣内=中井編・前出注(1)333~336頁参照。

11 三宅正男『契約法(各論)下巻』905頁(1988年)。

建築されるのであれば、その請負報酬はいくらになるのか、を基準として算定されるものである。欠けてしまった性能を加えるべく修補するために要する費用とは異なる。

(2) さらに、「修補に代わる損害賠償」には、民法415条1項ただし書は適用されないと解すべきである。民法562条1項による修補請求権は、請負人に帰責事由のない場合でも存在するのだから、それに代わる損害賠償も請負人に帰責事由がなくても請求できることになる<sup>12</sup>。

(3) 以上のように考えると、「修補に代わる損害賠償」は、民法415条1項を形式的な根拠とするものではあるが、むしろ、民法562条1項の定める追完請求権のコロラリーとして存在するものだと評価すべきである。「修補せよ」という請求が認められることから当然に、「自分で修補するから費用を払え」という請求も認められるというわけである。

このとき、Bは、B自らが修補すれば要する費用以上に支払う必要はない。あくまで、Bが修補することを金銭的に評価しているだけだからである。

また、修補に代わる損害賠償の請求に対して、Bは、民法562条1項ただし書に基づき、別の方法による追完を選択することもできると解すべきである。繰り返しになるが、この損害賠償は、修補に代わるものにすぎず、修補がBの義務でないときには生じないのであ

る。

(4) 以上のような考えをもとに、森田修教授による批判に答えておこう(①から⑥は、2(2)に述べた各批判点に対応する)。

① まず、民法415条1項から「修補に代わる損害賠償請求権」が導かれると考えるべきではなかろう。あくまで、民法562条1項の解釈として導かれるというべきである<sup>13</sup>。

② そして、たしかに、「修補に代わる損害賠償」とその特殊性を基礎づける改正前民法634条2項はなくなったわけだが、なお民法562条1項の解釈として特殊な損害賠償請求権が導かれると考えられる。

③ 法制審議会民法(債権関係)部会において事務局が、むしろ修補の催告があったと認定・評価できるであろうとしているのは、「修補に代わる損害賠償」と修補請求との連続性を強調するものだと理解できよう(もともと、既に述べたように、私自身は審議中の事務局説明には大きな意味を認めていない)。

④ 以上のように、「修補に代わる損害賠償」を、「修補せよ」という請求が認められることから当然に、「修補するから費用を払え」という請求も認められるものと考え、また、民法562条1項ただし書に基づき権利行使が調整されるものとするならば、売買契約において同様の請求権を認めても差し支えない。

⑤ そして、代金減額請求権における減額分と、「修補に代わる損害賠償」の賠償額と

12 なお、修補費用分については債務者の過失が不要であるが、それ以外については過失が必要であるとする考え方(潮見佳男『契約規範の構造と展開』249頁(1991年)。平野裕之『民法総合5 契約法〔第3版〕』579頁(2007年)はこれに賛成する)も、結局、修補費用分とそれ以外の損害の賠償とを分けて考えるものである。

13 森田宏樹「売買における契約責任」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』287～頁(2019年)は、売買契約に即してであるが、修補請求権を給付義務の履行請求権の性格を有するとともに、現実賠償としての法的性格を有すると説く。そのうえで、後者の性格から、追完請求権の要件についての調整が行われるとする。請負について、同様に考えるときは、「修補に代わる損害賠償請求権」については、修補請求権の特性からの調整が行われるというべきであり、したがって、民法562条1項の解釈として導くことが可能であると考えらるべきであろう。

は、異なる観点から算定されるものであり、それぞれの要件が異なることを不均衡であると評価する必要はない。

⑥ そして、無催告で、「修補に代わる損害賠償請求」を認めても、代金減額請求権には独自の意義があるというべきである。

#### 4. むすびに代えて

本稿は、森田修教授による的確な批判をきっかけに、さしあたって考えたことの覚え書きにすぎない。「決め手を欠いた形で解釈に委ねられている」というのは同教授の指摘するとおりであり、より詳細な検討が求められていると言える<sup>14</sup>。

債権法改正によってルールが明文化され、わかりやすくなったところも多い。しかし、新たな問題もまた生じてくるのである。

---

14 潮見・前出注（8）157頁、三枝・前出注（3）101頁は、民法563条2項の要件についての解釈論によって処理することを提案している。そのほかに、松本克美「改正民法と建築瑕疵責任」吉田和夫ほか編『市民生活関係法の新たな展開（大西泰博古稀記念）』21頁以下（2019年）。さらに、田中洋「履行・追完に代わる損害賠償」潮見ほか編・前出注（2）139頁は、契約類型によっては、その特性から、追完に代わる損害賠償の要件について別異の解釈が展開される可能性がある、とする。