

民法（債権関係）の改正に関する検討事項(1) 詳細版

目次

第1	履行の請求	1
1	総論	1
2	履行の請求（強制）（民法第414条）	1
3	追完請求権	7
4	履行請求権の限界	9
第2	債務不履行による損害賠償	15
1	総論	15
2	「債務の本旨に従った履行をしないとき」の具体化・明確化（民法第415条）	16
(1)	履行不能による填補賠償における不履行態様の要件（民法第415条後段）	21
(2)	履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の手続的要件	22
(3)	不確定期限付債務における履行遅滞の要件（民法第412条）	24
(4)	履行拒絶	25
(5)	追完の遅滞及び不能による損害賠償	26
(6)	民法第415条前段の取扱い	27
3	「債務者の責めに帰すべき事由」について（民法第415条後段）	28
(1)	「債務者の責めに帰すべき事由」の適用範囲	28
(2)	「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方	28
(3)	債務者の帰責事由による履行遅滞後の債務者の帰責事由によらない履行不能の処理	33
4	損害賠償の範囲（民法第416条）	34
(1)	損害賠償の範囲に関する規定の在り方	34
(2)	予見の主体及び時期等（民法第416条第2項）	40
(3)	損害額の算定基準時（原則規定）の要否	43
(4)	不履行後の価格騰貴の場合における損害額の算定ルール	47
(5)	被不履行当事者が第三者と取引関係に立っている場合における損害額の算定ルール	49
5	過失相殺（民法第418条）	51
(1)	要件	51
(2)	効果	55
6	損益相殺	56
7	金銭債務の特則（民法第419条）	56
(1)	要件の特則：不可抗力免責について	56
(2)	効果の特則：利息超過損害の賠償について	58

第3	契約の解除	59
1	総論	59
2	債務不履行解除の不履行態様等に関する要件の整序（民法第541条から第543条まで）	61
	(1) 民法第541条「債務を履行しない場合」の限定の要否	62
	(2) 民法第543条「履行の全部又は一部が不能となったとき」の限定の要否	72
	(3) 不完全履行による解除	73
	(4) 履行拒絶	74
	(5) 債務不履行解除の包括的規定の要否	76
3	「債務者の責めに帰することができない事由」の要否（民法第543条）	77
4	債務不履行解除の効果（民法第545条）	80
	(1) 解除による履行請求権の帰すう	80
	(2) 解除による原状回復義務の範囲（民法第545条第2項）	86
	(3) 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理	87
5	解除権者の行為等による解除権の消滅（民法第548条）	89
6	複数契約の解除	90
第4	危険負担（民法第534条から第536条まで）	92
1	総論	92
2	債権者主義（民法第534条）の適用範囲の限定	93
3	債務不履行解除と危険負担との関係	99
第5	受領遅滞（民法第413条）	103
1	総論	103
2	効果の具体化・明確化	104
3	損害賠償請求及び解除の可否	107
第6	その他の新規規定	108
1	追完権	108
2	第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任	112
3	代償請求権	114

第1 履行の請求

1 総論

現行民法上、債務者が債務を履行しない場合において、債権者には、主に①履行の請求、②損害賠償の請求、③契約の解除をすることが認められているところ、このうち、①履行の請求については、どのような点に留意して検討を行う必要があるか。

この点について、現行民法では、履行の強制に関する民法第414条のみが置かれているため、債権者に認められる基本的な権能に関する規定が不十分であるなどの問題点が指摘されている(後記第1, 2から4まで参照)。すなわち、債権者は債務の履行を請求することができることや、債務の履行が不完全だった場合には追完請求をすることができることなど、債権に関する基本的な法律関係について明文規定を置くことが望ましいという問題点の指摘である。このような点を含め、①履行の請求に関する規定の全般的な見直しに当たっては、どのような点に留意して検討をすべきか。

(参考・現行条文)

○ (履行の強制)

民法第414条 債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、その強制履行を裁判所に請求することができる。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでない。

2 債務の性質が強制履行を許さない場合において、その債務が作為を目的とするときは、債権者は、債務者の費用で第三者にこれをさせることを裁判所に請求することができる。ただし、法律行為を目的とする債務については、裁判をもって債務者の意思表示に代えることができる。

3 不作為を目的とする債務については、債務者の費用で、債務者がした行為の結果を除去し、又は将来のため適当な処分をすることを裁判所に請求することができる。

4 前三項の規定は、損害賠償の請求を妨げない。

2 履行の請求(強制)(民法第414条)

現行民法は、履行の請求(強制)に関する規律として、債権者が裁判所に対して債務の強制履行を請求することができることなどの履行の強制に関する規定(民法第414条)のみを置いている。

この点については、債権者が債務者に対して債務の任意の履行を請求することができることなどの基本的な権能を有していることが、条文上明らかでないという問題点が指摘されている。また、民法第414条についても、同条は強制執行の方法等を定めた手続法的規定であり、債権者が実体法上の権能として

裁判所に対して強制履行を求める権能を有することを示すものではないとする見解があるなど、実体法と手続法の機能分担という観点から同条をどのように理解すべきかをめぐって学説は分かれており、その規定の意義は必ずしも明確とはいえない。

そのため、履行の請求（強制）という債権者に認められる最も基本的な権能についての規定を整備することが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

（参考・現行条文）

○（履行の強制）

民法第414条 債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、その強制履行を裁判所に請求することができる。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでない。

2 債務の性質が強制履行を許さない場合において、その債務が作為を目的とするときは、債権者は、債務者の費用で第三者にこれをさせることを裁判所に請求することができる。ただし、法律行為を目的とする債務については、裁判をもって債務者の意思表示に代えることができる。

3 不作為を目的とする債務については、債務者の費用で、債務者がした行為の結果を除去し、又は将来のため適当な処分をすることを裁判所に請求することができる。

4 前三項の規定は、損害賠償の請求を妨げない。

（補足説明）

問題提起の趣旨

現行民法下の多数の学説は、履行の請求（強制）に関し債権者には、①債権者が債務者に対し任意に履行せよと請求できる権能（請求力）、②債務者がした給付を適法に保持できる権能（給付保持力）、③債権者が債務者に対し訴えによって履行を請求することができる権能（訴求力）、④給付判決が確定しても債務者が任意に履行しない場合において、強制執行手続をとることにより、国家機関の手によって債権の内容を実現できる権能（執行力・強制力）が認められるとしている（以下、債権者に認められるこれらの権能を併せて「履行請求権」ともいう。）。

この点について、現行民法は、第414条において、債権者が裁判所に対して債務の強制履行を請求することができることなどの履行の強制に関する規定を置く以外に、特段の規定を置いていない。そのため、債権者が債務者に対して債務の履行を請求することなどの基本的な権能を有していることが、条文上明らかではない。また、民法第414条についても、同条は公法上の強制執行請求権及び強制執行の方法を定めた手続法的規定であり、債権者に実体法上の権能として執行力等が認められることを定めたものではないとの見解も示されており、その規定の意義は必ずしも明確とはい

えない。

債権者が履行の請求（強制）に関して上記各権能を有していることが最も基本的な法律関係であることに照らせば、債権者がこれらの権能を有していることを条文上明確にすることが望ましいという考え方がある。

また、上記各権能のうち、債権者が訴求力を有するという点は比較法的に見て必ずしも自明なことではない。例えば、英米法では、契約違反の救済は金銭賠償が原則であり、債務を約束されたままの形で履行することを求めることができるのは例外とされている。そのため、債権者が履行の請求（強制）に関して上記各権能を有していることを規定することは、日本民法典が、英米法等と異なり、債権者に訴求力を認める法制を採用することを宣明するという意義を有する。

さらに、裁判実務においては、債権者は債権の成立を主張・立証しさえすれば債務者に履行請求できるのが原則であるということを示す意義を有するものと考えられる。

(比較法)¹

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第46条(1) 買主は、売主に対してその義務の履行を請求することができる。ただし、買主がその請求と両立しない救済を求めた場合は、この限りでない。

第62条 売主は、買主に対して代金の支払、引渡しを受領その他の買主の義務の履行を請求することができる。ただし、売主がその請求と両立しない救済を求めた場合は、この限りではない。

○ドイツ民法

第241条1項（債権債務関係から生じる義務）

債権債務関係に基づき、債権者は、債務者に履行を請求する権利を有する。履行は、不作為についても認められる。

○フランス民法

第1138条 [物の引渡しの債務]

① 物を引き渡す債務は、契約当事者の合意のみによって完全となる。

② この債務は、引渡しが行われなかった場合でも、物を引き渡すべきであったときから直ちに債権者を所有者とし、その物を債権者の危険におく。ただし、債務者

¹ 本資料の比較法部分は、以下の翻訳による。

国際物品売買契約に関する国際連合条約：公定訳

ドイツ民法：石川博康 東京大学社会科学研究所准教授・法務省民事局調査員参事官室調査員 訳

ドイツ債務法改正委員会草案：下森定，岡孝編「ドイツ債務法改正委員会草案の研究」（法政大学現代法研究所・1996年）

フランス民法：稲本洋之助ほか訳，法務大臣官房司法法制調査部編「法務資料第四四一号 フランス民法典—物権・債権関係—」（法曹会・1982年）

フランス民法改正草案：上記石川准教授・調査員訳

ヨーロッパ契約法原則：オーレ・ランドー／ヒュー・ビール編，潮見佳男 中田邦博 松岡久和監訳「ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ」（法律文化社・2006年）

ユニドロワ国際商事契約原則：曾野和明，廣瀬久和，内田貴，曾野裕夫訳「UNIDROIT 国際商事契約原則」（商事法務・2004年）

がその物を引き渡すことについて遅滞にある場合には、その限りでない。この場合には、その物は、債務者の危険にとどまる。

第1142条〔作為・不作為〕

行い、又は行わない債務はすべて、債務者の側の不履行の場合には、損害賠償に変わる。

第1143条〔同前：除去の権利〕

ただし、債権者は、約務に違反して行われたものを除去することを請求する権利を有する。債権者は、債務者の費用でそれを除去することの許可を受けることができる。必要がある場合には、損害賠償を妨げない。

第1144条〔同前：不履行の場合〕

債権者はまた、不履行の場合には、みずから債務者の費用で債務を履行させることの許可を受けることができる。

○フランス民法改正草案

カタラ草案1152条

- (1) 与える債務は、原則として同意の交換のみによって履行される。
- (2) ただし、与える債務の履行は、両当事者の意思、法律の規定、または事物の性質によって、延期され得る。
- (3) 与える債務は、その目的が何であれ、有体物であれ無体物であれ、現実に履行される。
- (4) 与える債務の履行は、引渡しが行われなかった場合でも、債権者を移転された権利に関する権利者とし、権利の目的である物を債権者の危険に置く。

カタラ草案1154条

- (1) なす債務は、可能な限り、現実に履行される。
- (2) なす債務の履行は、予定されている履行が極めて属人的な性質を有する場合でない限り、罰金強制またはその他の強制手段によって命じられ得る。
- (3) いかなる場合でも、なす債務は、債務者の自由または尊厳を侵害する強制によって実行され得ない。
- (4) 現実履行がないときは、なす債務は損害賠償に変わる。

カタラ草案1155条

- (1) ある物の使用を許与する債務は、物を引渡すこと、およびその終了後に所持者が返還義務を負う一定の期間につき、使用できる状態を維持することを義務付ける。ただし、反対の約定または反対の法律上の規定がある場合を除く。
- (2) 使用を許与する債務は、有体財産および無体財産を対象とすることができる。
- (3) 使用を許与する債務は、現実に履行される。

司法省事務局草案110条

与える債務、なす債務、またはなさざる債務は、原則として、現実に履行される。

司法省事務局草案112条

- (1) 与える債務は、所有権またはその他の権利の移転を目的とする。
- (2) 与える債務は、原則として同意の交換のみによって履行される。

(3) ただし、与える債務の履行は、両当事者の意思、法律の規定、または事物の性質によって、延期され得る。

(4) 反対の合意のない限り、与える債務の履行は、危険を債権者に移転する。

司法省事務局草案159条

債務負担の約束が履行されないまたは不完全に履行されたときは、当事者は、債務負担の約束の強制履行を求め、契約の解除を主張すること、および損害賠償を、場合によっては履行または解除に加えて、請求することができる。

司法省事務局草案162条

なす債務の債権者は、債務の履行が不可能であるとき、またはその費用が明らかに不相当であるときを除き、現実の履行を求めることができる。

司法省事務局草案163条

なさざる債務の不遵守のみによって、損害賠償が生じ得る。債権者は、将来におけるなさざる債務の現実履行もまた、求めることができる。

○ヨーロッパ契約法原則

9:101条 金銭債務

(1) 債権者は、履行期が到来した金銭の支払を請求する権利を有する。

(2) (略)

9:102条 非金銭債務

(1) 被害当事者は、金銭債務以外の債務について、履行請求権を有する。この履行請求権は、瑕疵のある履行の治癒を請求する権利を含む。

(2)(3) (略)

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7.2.1条 (金銭債務の履行)

金銭の支払義務を負う債務者が、これを履行しないときには、債権者は支払を請求することができる。

第7.2.2条 (非金銭債務の履行)

金銭の支払以外の債務を負う債務者がそれを履行しないときには、債権者は、その履行を請求することができる。(略)

(関連論点)

1 具体的な規定方法 (民法第414条第1項の取扱い)

債権者が前記各権能を有していることを規定する方法については、民法第414条第1項の取扱いとの関係が問題となり得る。すなわち、同条項の規定の性質については、立法論的観点から議論のあるところであり、大別すると、同条項は公法上の強制執行請求権を定めた手続法的規定であって、民法に規定することは適当ではないという見解と、同条項は履行の強制が可能であるという債権者に認められた権能を定める実体法上の規定であって民法に規定することが望ましいという見解がある。

このような点を踏まえて、債権者が前記各権能を有していることを規定する方法

としては、例えば、以下のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

[A案] 民法第414条第1項を削除し、債権者は、債務者に対して、債務の履行を請求することができる旨の規定のみを置く考え方

[B案] 債権者は、債務者に対して、債務の履行を請求することができる旨の規定に加えて、民法第414条第1項を基本的に維持する考え方

[A案] は、民法第414条第1項は公法上の強制執行請求権を定めた手続法的規定であって不要であるとした上で、「債権者は、債務者に対して、債務の履行を請求することができる」という内容の規定を置くことで債権者が前記各権能を有していることを読み込ませることができるとする考え方である。

[B案] は、民法第414条第1項は、実体法上の執行力等を定める規定として意義があり基本的に維持すべきとし、[A案] のような規定と併せて置くことで、債権者が前記各権能を有していることをより明確に示すことができるとする考え方である。

2 民法第414条第2項及び第3項の取扱い

民法第414条第2項及び第3項の規定の性質についても、立法論的観点から議論がある。すなわち、いずれの条項も強制執行の具体的な方法を定めた手続法的規定であり民法に規定することは妥当でないとする見解から、いずれも実体法上の規定であり民法に規定することが望ましいとする見解に至るまで、様々な見解が示されているところである。

このような点を踏まえて、同条第2項及び第3項の取扱いとしては、例えば、以下のような考え方があるが、どのように考えるか。

[A案] いずれも不要とする考え方

[B案] 民法第414条第2項は不要だが、同条第3項は存置することが望ましいという考え方

[C案] いずれも存置すべきという考え方

[A案] は、民法第414条第2項及び第3項は、強制執行の具体的な方法を定めた手続法的規定であり、不要とする考え方である。

[B案] は、同条第2項及び第3項を手続法的規定として民法に置くことは[A案]と同様不要だが、同条第3項については、不作為債権の債権者の権能として、違反結果の除去を請求するという積極的な権能が当然に肯定されるとは限らないから、債権者に認められる実体法上の権能の具体化として存置することが望ましいとする考え方である。

[C案] は、同条第2項及び第3項は、第1項と同様に実体法上の規定であり民法に置くことが望ましいという考え方から素直に導かれる立場であるが、このような規定の性質についての二者択一的な発想よりも、規定の分かりやすさという観点を重視して、この考え方を採用する立場もあり得る。すなわち、強制執行に関する要件・効果の規定は、実体法と手続法が入り組んだ密接な関係にあり、実体法的規定と手続法的規定を明確に分離して規定することが困難であることに加えて、民事執行法には強制執行の具体的な方法を一覧できる規定が置かれておらず見通しが悪い

ことなどを考慮し、民法において、前記（関連論点）1のような債権者に認められる実体法上の権能に関する規定を置いた上で、強制執行の具体的方法（直接強制、間接強制、作為債務の代替執行、不作為債務の代替執行等）及びその要件等を一覧できる規定を併せて置くことが望ましいという考え方であり、同条第2項及び第3項については、そのような規定の一部として存置することができるという考え方である。

3 追完請求権

債務者が不完全な履行をした場合には、債権者は、一般的に、代物請求権、瑕疵修補請求権等の追完請求権（完全履行請求権、補完的履行請求権）を有すると解されているが、現行法には、これが認められることを明示する規定が置かれていない。

そこで、追完請求権が認められることを条文上明確にすることが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

（補足説明）

1 問題提起の趣旨

判例・学説は、債務者が不完全な履行をした場合、債権者には代物請求権や瑕疵修補請求権等の追完請求権（完全履行請求権、補完的履行請求権）が認められると解しているが、現行民法には、請負に関して瑕疵修補請求権の規定（民法第634条第1項）が置かれているほかは、追完請求権に関する規定が置かれてない。追完請求権が、不完全な履行がされた場面で債権者が行使することのできる基本的で重要な権限の一つであることに照らせば、国民に分かりやすい民法とする観点から、これを条文上明確にすることが望ましいという考え方がある。

また、追完請求権における追完の具体的内容は、瑕疵修補請求、代物請求、追履行請求、再履行請求等、債権の内容や不完全な履行の態様等により千差万別であり、多くの場合、その内容は、債権成立時の履行内容と異なるという特徴がある。そのため、債務者による履行が全くない場面と異なり、当初の債権の内容と異なる内容の追完を望まない当事者をどこまで契約あるいは当該債権関係に拘束するか、追完を望まない債権者に対する債務者の追完利益をどこまで保障するかという新たな考慮要素が生じ得る。そのため、追完請求権に関する規定を置くことは、このような追完請求権の特徴を踏まえた解釈の発展を促すことにもつながり得る上、国民一般に分かりやすい民法とする観点から、追完の遅滞による損害賠償請求権や追完不能による追完に代わる損害賠償請求権の規定、追完請求権の限界に関する規定等、追完請求権の特徴を踏まえた規定を設けることを可能にするという意義も認められる。

2 「不完全な債務の履行」の意義

追完請求権の適用範囲を画するのは「不完全な債務の履行」という概念であるが、前記のような追完請求権が問題になる場面の特殊性（当初の債権の内容と異なる内容の追完を希望しない者をどこまで契約あるいは当該債権関係に拘束するか、その

場合の債務者の追完利益をどこまで保障するか)を考慮すれば、「不完全な債務の履行」とは、すなわち、債務者による無履行(全部不能及び全部遅滞)以外の不履行態様全般(債務者による何らかの履行がされた場合)を意味すると解することが想定される。

これによれば、例えば、履行された目的物・役務の性状に契約不適合がある場合、履行された給付が数量不足だった場合、異種物が給付された場合、付随義務違反等債務者が信義則上負担する義務に違反した場合等は、いずれも「不完全な債務の履行」に含まれると考えられる。

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第46条(1)(略)

(2) 買主は、物品が契約に適合しない場合には、代替品の引渡しを請求することができる。ただし、その不適合が重大な契約違反となり、かつ、その請求を第39条に規定する通知の際に又はその後の合理的な期間内に行う場合に限る。

(3) 買主は、物品が契約に適合しない場合には、すべての状況に照らして不合理であるときを除くほか、売主に対し、その不適合を修補によって追完することを請求することができる。その請求は、第39条に規定する通知の際に又はその後の合理的な期間内に行わなければならない。

第39条(1) 買主は、物品の不適合を発見し、又は発見すべきであった時から合理的な期間内に売主に対して不適合の性質を特定した通知を行わない場合には、物品の不適合を援用する権利を失う。

(2) 買主は、いかなる場合にも、自己に物品が現実に交付された日から二年以内に売主に対して(1)に規定する通知を行わないときは、この期間制限と契約上の保証期間とが一致しない場合を除くほか、物品の不適合を援用する権利を失う。

○ドイツ民法

第439条(追完履行) *売買の規定

(1) 買主は、追完履行として、買主の選択に従って瑕疵の除去または瑕疵のない物の引渡しを求めることができる。

(2) 売主は、追完履行のために必要な費用、特に運送、路用、労務、材料に関する費用については、これを負担しなければならない。

(3) 売主は、買主によって選択された追完履行の方法を、275条2項および3項に関わりなく、それが不相当な費用によってのみ可能である場合には、拒絶することができる。その際には、特に、瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の意味、および他の方法の追完履行が買主にとっての著しい不利益なしに用いられ得るかかどうかという問題が考慮されなければならない。この場合には、買主の請求権は、その他の方法の追完履行に限られる。第1文の要件の下でこれをも拒絶する売主の権利は、影響を受けない。

(4) 売主が追完履行のために瑕疵のない物を引き渡すときは、売主は、買主から346

条から348条の規定に従って瑕疵のある物の返還を求めることができる。

○フランス民法

規定なし

○フランス民法改正草案

カタラ草案1158条1項

あらゆる契約において、債務負担の約束が履行されないまたは不完全に履行された当事者は、債務負担の約束の強制履行を求め、契約の解除を主張し、または損害賠償を、場合によっては履行または解除に加えて、請求する旨の選択権を有する。

司法省事務局草案159条

債務負担の約束が履行されないまたは不完全に履行された当事者は、債務負担の約束の強制履行を求めること、契約の解除を主張すること、および損害賠償を、場合によっては履行または解除に加えて、請求することができる。

○ヨーロッパ契約法原則

9:102条 非金銭債務

(1) 被害当事者は、金銭債務以外の債務について、履行請求権を有する。この履行請求権は、瑕疵のある履行の治癒を請求する権利を含む。

(2)(3) (略)

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7. 2. 3条 (不完全な履行の修補および取換え)

履行を請求する権利は、それが適切な場合には、不完全な履行の修補、取換え、その他の治癒を請求する権利を含む。前2条の規定はこの場合に準用する。

4 履行請求権の限界

目的物の滅失等により債務の履行が物理的に不可能となった場合を始めとして、債務の履行が「不能」になった場合には、債権者は債務の履行を請求することができない（伝統的な理解では、不能について債務者に帰責事由がない限り、その債務は消滅する。）と解されているが、この点について現行法は、何ら具体的な規定を置いていない。債務の履行の請求に一定の限界があることは、債権債務関係の最も基本的なルールの一つであることから、そのような限界があること及び具体的な限界事由を条文上明確にすることが望ましいという考え方があがるが、どのように考えるか。

(補足説明)

問題提起の趣旨

現行法下において、履行の請求は、無制限に認められるものではなく、目的物の滅失等により債務の履行が物理的に不可能となった場合を始めとして、債務の履行が「不能」になった場合には、債務者は債務の履行を請求することができないと解されているが、この点について現行法は、何ら具体的な規定を置いていない。この解釈は、債務不履行による損害賠償請求権や危険負担の債務者主義の要件としての「履行するこ

とができなくなったとき」(民法第415条後段、第536条第1項)等の解釈によって導かれたものである。

すなわち、現行民法下の判例及び伝統的理論は、履行請求権の限界についての規定がない中、「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」には損害賠償を請求できるとする民法第415条後段の解釈から、そのような場合には履行請求権が損害賠償請求権に転化すると解釈し、「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」とする民法第536条第1項の解釈から、そのような場合には債務者の反対給付を受ける権利とともに債権者の履行請求権も消滅すると解釈することで、履行請求権の限界を認めてきた。

さらに、判例は、これらの規定の解釈として、「不能」と認められるのは、目的物の滅失等により債務の履行が物理的に不可能となった場合に限らず、当該目的物の取引が法律上禁止された場合(大判明治39年10月29日民録第12輯1358頁)や、目的物である不動産が二重譲渡され第二買主が所有権移転登記を備えた場合(最判昭和35年4月21日民集第14巻6号930頁等、大判大正2年5月12日民録19輯327頁参照)にも「不能」と認められるなどと判示することにより、「不能」の範囲を拡大しており、それに伴い、履行請求権の限界の範囲も拡大されている。

現行民法下における履行請求権の限界は、このような解釈論により導かれたものであるが、このことを現行民法の条文から読み取ることは困難である。履行請求権に一定の限界があることは、債権債務関係の最も基本的なルールの一つであることに照らせば、そのような限界があること及び具体的な限界事由を条文上明確にすることが望ましいという考え方があるため、前記問題提起をするものである。

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第46条(1) 買主は、売主に対してその義務の履行を請求することができる。ただし、買主がその請求と両立しない救済を求めた場合は、この限りでない。

(2) 買主は、物品が契約に適合しない場合には、代替品の引渡しを請求することができる。ただし、その不適合が重大な契約違反となり、かつ、その請求を第39条に規定する通知の際に又はその後の合理的な期間内に行う場合に限る。

第39条(1) 買主は、物品の不適合を発見し、又は発見すべきであった時から合理的な期間内に売主に対して不適合の性質を特定した通知を行わない場合には、物品の不適合を援用する権利を失う。

(2) 買主は、いかなる場合にも、自己に物品が現実に交付された日から二年以内に売主に対して(1)に規定する通知を行わないときは、この期間制限と契約上の保証期間とが一致しない場合を除くほか、物品の不適合を援用する権利を失う。

第62条 売主は、買主に対して代金の支払、引渡しの受領その他の買主の義務の履行を請求することができる。ただし、売主がその請求と両立しない救済を求めた場合は、この限りでない。

○ドイツ民法

第275条（履行義務の排除）

- (1) 債務者にとってまたは誰にとっても履行が不可能な場合には、履行請求権は排除される。
- (2) 債務者は、債権債務関係の内容および信義誠実の要請を考慮して、債権者の履行利益に対し著しく不均衡となる費用を要するときは、履行を拒絶できる。債務者に期待されるべき努力を確定する際には、債務者が履行障害につき責任を負っているかどうかについても考慮されなければならない。
- (3) 債務者は、履行を自ら行わなければならない場合であり、かつ債権者の履行利益とともにその履行を妨げる障害を考慮してそれが債務者に期待され得ない場合にも、履行を拒絶できる。
- (4) (略)

○ドイツ債務法改正委員会草案

第275条（給付義務の限界）

債務が金銭債務でない場合において、債務関係の内容及び性質によって義務づけられる努力によっては給付をすることができないときは、債務者は、その限りで又はその間は、給付を拒むことができる。(略)

○フランス民法

規定なし

○フランス民法改正草案

カタラ草案1157条2項

- (2) 不履行が不可抗力またはその他の正当な事由によって生じた場合、契約は、その不履行が治癒され得ない場合でないときにも、停止され得る。

司法省事務局草案161条

不履行が不可抗力によって生じた場合、双務契約は、その不履行が治癒され得ない場合でないときは、停止され得る。

○ヨーロッパ契約法原則

8:108条 障害による免責

- (1) 当事者の一方による不履行は、それがその当事者の支配を超えた障害によるものであり、かつ、その障害を契約締結時において考慮すること、または、その障害もしくはその結果を回避もしくは克服することが合理的に期待できなかったことが、この当事者によって証明される場合には、免責される。
- (2) 障害が一時的なものにとどまる場合には、本条による免責は、その障害が存する間、効力を有する。ただし、履行の遅延が重大な不履行になる場合には、債権者は、この遅延を重大な不履行として扱うことができる。
- (3) 不履行当事者は、障害の事実およびその障害が自らの履行の可否に及ぼす影響に関する通知を、自己がそうした事情を知りまたは知るべきであったときから合理的な期間内に、相手方が受け取ることのできるようにしなければならない。相手方は、この通知を受け取らなかったことによって生じるあらゆる損害について、

賠償を求める権利を有する。

9：101条 金銭債務

- (1) 債権者は、履行期が到来した金銭の支払を請求する権利を有する。
- (2) 債権者が自らの債務をいまだ履行しておらず、かつ、債務者に履行を受領する意思のないことが明らかであるときであっても、債権者は、自らの履行をして、その契約に基づく金銭の支払いを請求することができる。ただし、次の各号のいずれかに該当する場合には、このかぎりではない。
 - (a) 債権者が、過分の努力または費用を要することなく、合理的な代替取引をすることができたであろう場合
 - (b) 債権者が自らの債務を履行することが不合理であるような事情が存在する場合

9：102条 非金銭債務

- (1) 被害当事者は、金銭債務以外の債務について、履行請求権を有する。この履行請求権は、瑕疵のある履行の治癒を請求する権利を含む。
- (2) 前項の規定にかかわらず、次の各号のいずれかに該当する場合は、履行を請求することができない。
 - (a) 履行することが、違法または不可能である場合
 - (b) 履行することが、債務者に不合理な努力または費用をもたらす場合
 - (c) 履行の内容が、一身専属的な役務の提供である場合、または人的関係に依存するものである場合
 - (d) 被害当事者が、他から履行を得ることが合理的にみて可能である場合
- (3) 被害当事者が、不履行を知った時、または知らずにいることなどありえなかった時から、合理的な期間内に履行を請求しなかったときは、履行請求権を失う。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7. 1. 7条 (不可抗力)

- (1) 債務者は、その不履行が自己の支配を越えた障害に起因するものであることを証明し、かつ、その障害を契約締結時に考慮しておくことまたはその障害もしくはその結果を回避し、もしくは克服することが合理的にみて期待しうるものでなかったことを証明したときは、不履行の責任を免れる。
- (2) 障害が一時的なものであるときは、前項の免責は、その障害が契約の履行に及ぼす影響を考慮して合理的な期間についてのみその効力を有する。
- (3) 履行をしなかった債務者は、その障害およびその障害が自己の履行能力に及ぼす影響について債権者に通知しなければならない。その通知が、債務者が障害を知りまたは知るべきであった時から合理的期間内に債権者に到達しないときには、債務者は、不到達の結果生じた損害につき責任を負う。

第7. 2. 2条 (非金銭債務の履行)

金銭の支払以外の債務を負う債務者がそれを履行しないときには、債権者はその履行を請求することができる。ただし、次の各号のいずれかに該当するときはこの限りではない。

- (a) 履行が法律上、または事実上不可能であるとき

- (b) 履行または履行の強制が、不合理なほどに困難であるか、費用のかかるものであるとき
- (c) 債権者が、他から履行をうることが合理的にみて可能であるとき
- (d) 履行が、当該債権者のみになしうる性格のものであるとき
- (e) 債権者が、不履行を知りまたは知るべきであった時から合理的な期間内に履行を請求しないとき

(関連論点)

1 具体的な履行請求権の限界事由

具体的な履行請求権の限界事由について、どのように考えるか。

なお、現行民法における「不能」に関する判例としては、

- ① 不動産の二重譲渡がされて、第二買主が所有権移転登記を備えた場合（最判昭和35年4月21日民集14巻6号930頁）
- ② 他人物賃貸借の賃借人が、同一目的物について真の権利者とさらに賃貸借契約を締結した場合（最判昭和49年12月20日判例時報768号101頁）
- ③ 契約締結後、法律により目的物の取引が禁止された場合（大判明治39年10月29日民録12輯1358頁）
- ④ 賃借人の賃借物返還義務に関して、賃借建物の内部が焼損し、修復工事に相当高額の費用を要し、建物の使用が不可能な状態に至った場合（東京地裁昭和62年3月26日判例時報1260号21頁）

などがあり、講学上、「不能」には物理的不能のほか、法律的不能・社会的不能も含まれるなどとされている。

また、前記（比較法）記載のとおり、外国法等においては、具体的な履行請求権の限界事由として、

- I 物理的履行不可能、法律上又は事実上の履行不可能
- II 履行の合理的期待可能性がないこと、履行の経済的不合理性（給付に伴う債務者の負担と給付から受ける債権者の利益との重大な不均衡）
- III 履行内容が一身専属的である場合の不履行
- IV 代替取引の合理的可能性
- V 不履行を知るべきであった時から合理的期間内に履行請求権を行使しなかったこと

などが規定されている。

2 履行請求権の限界の判断基準

具体的な履行請求権の限界事由を設定する際の視点としては、履行請求権の限界の判断基準に関連し以下のような考え方があがるが、どのように考えるか。

[A案] 「社会通念上」不能といえるかという契約外在的基準による考え方

[B案] 「契約の趣旨に照らして」という契約内在的基準による考え方

[A案] は、伝統的学説の見解であり、社会通念ないし社会の取引観念を基準として、履行が「不能」になったと評価できるかという観点から、履行請求権の限界

を判断する考え方である。

この考え方は、現行法における「不能」の判断基準として主張されてきた考え方であり、履行請求権の限界事由についても、「不能」を中心に具体的な要件設定を行う考え方に親和的と考えられる。

[B案]は、契約の拘束力を重視する見解であり、合意ないし契約の趣旨、すなわち、契約の目的、性質、対象、当事者の属性、契約締結に至った事情その他契約に関する諸事情を総合考慮して、履行請求権の限界を判断する考え方である。

この考え方は、「不能」概念の拡大・多様化（履行が物理的に可能だが、それ以外の事由により不能と評価される場合の拡大・多様化）が進むにつれて、履行請求権の限界事由としての「不能」は、必ずしも決定的なものではなくなっているとの問題意識から、むしろ、当該契約の趣旨等に照らして、履行請求権の限界を認めるべき事情が存在するか否かを判断すべきとする考え方である。

このように「不能」概念から距離を置く考え方からは、上記（関連論点）1のIIに例示したような事由について、①債務関係・契約関係における債務者の利益と債務者の調達コストを比較衡量して判断する事由、あるいは、②給付に伴う債務者の負担と給付から受ける債権者の利益を比較衡量して判断する事由として位置付けるべきなどと主張されることがある。もっとも、条文化の方法としては、このようなアプローチにより導かれた具体的な履行請求権の限界事由を、改めて「不能」概念に包摂して規定することも可能であるという考え方もある。

3 追完請求権の限界事由

追完請求権の限界事由に関する規定について、例えば、以下のような考え方があるが、どのように考えるか。

[A案] 履行請求権の限界事由と同様とする考え方

[B案] 瑕疵修補請求権について修補に過分の費用を要することを限界事由として規定するなど、追完請求権独自の限界事由を規定する考え方

[A案]は、履行請求権の限界事由を追完請求権にそのまま適用する考え方である。追完請求権の法的性質について、追完請求権は不完全履行の場面における履行請求権の具体化であり、両者は本質を同じくするという考え方と適合的である。

[B案]は、追完請求権の多様性に着目し、その多様性に応じた独自の限界事由を設ける考え方である。例えば、追完請求権のうち瑕疵修補請求権は、不完全な履行がされた後の治癒行為という、債権成立時に予定されていた行為とは異なる行為を債務者に義務付けるものであるから、これに要する費用が債権者の利益に比して債務者にとって過大になるときは、債権者は、他の手段によって満足を得るべきであるという観点から、瑕疵修補請求権の限界事由として、修補に過大な費用を要することを規定することなどが考えられる。この立場は、追完請求権の法的性質について履行請求権の具体化としつつ、不完全な給付をしたという点を考慮した特別の制約を許容する考え方や、瑕疵修補請求権の法的性質を「現実賠償」としての損害賠償請求権と位置付けることで、瑕疵修補請求権の内容を賠償額によって制限するという考え方に適合的である。

もつとも、[B案]に対しては、[A案]によっても具体的事案における限界事由の解釈によって同様の結論を導けるのであり、あえて明文で独自の限界事由を規定する必要はないとの批判がある。また、請負に関する民法第634条第1項ただし書のように典型契約に規定された個別の請求権の特質に応じて、個別に規定することも可能である。

第2 債務不履行による損害賠償

1 総論

債務不履行による損害賠償の規定に関しては、どのような点に留意して検討を行う必要があるか。

現行民法は、債務不履行による損害賠償に関して、損害賠償請求権の成立要件（第415条）、損害賠償の範囲（第416条）、損害賠償の方法（第417条）、過失相殺（第418条）、金銭債務の特則（第419条）、賠償額の予定（第420条、第421条）及び損害賠償による代位（第422条）の各規定を置いているところ、これらの規定については、後記第2、2から7までに記載のような問題点が指摘されている。これらの点を含め、債務不履行による損害賠償に関する規定の全般的な見直しに当たっては、どのような点に留意して検討をすべきか。

（参考・現行条文）

○（債務不履行による損害賠償）

民法第415条 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。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

○（損害賠償の範囲）

民法第416条 債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。

2 特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、又は予見することができたときは、債権者は、その賠償を請求することができる。

○（損害賠償の方法）

民法第417条 損害賠償は、別段の意思表示がないときは、金銭をもってその額を定める。

○（過失相殺）

民法第418条 債務の不履行に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める。

○（金銭債務の特則）

民法第419条 金銭の給付を目的とする債務の不履行については、その損害賠償の額は、法定利率によって定める。ただし、約定利率が法定利率を超えるときは、約定利率による。

- 2 前項の損害賠償については、債権者は、損害の証明をすることを要しない。
- 3 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。

○（賠償額の予定）

民法第420条 当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。

- 2 賠償額の予定は、履行の請求又は解除権の行使を妨げない。
- 3 違約金は、賠償額の予定と推定する。

民法第421条 前条の規定は、当事者が金銭でないものを損害の賠償に充てるべき旨を予定した場合について準用する。

○（損害賠償による代位）

民法第422条 債権者が、損害賠償として、その債権の目的である物又は権利の価額の全部の支払を受けたときは、債務者は、その物又は権利について当然に債権者に代位する。

2 「債務の本旨に従った履行をしないとき」の具体化・明確化（民法第415条）

現行民法は、債務不履行による損害賠償の要件として、「債務の本旨に従った履行をしないとき」（民法第415条前段）等の概括的な規定のみを置いているところ、判例・学説は、履行に代わる損害賠償（填補賠償）、履行が遅延したことによる損害賠償（遅延賠償）等を区別しつつ、その具体的な要件についての解釈論を発展させている。

債務不履行による損害賠償が、学理的な観点から債権法の理論的体系の中心を占める事項であるばかりでなく、実務的にも最も頻繁に検討対象とされる事項の一つであることから、今日までの実務と学説の到達点を踏まえて、その要件を、条文上できる限り具体化・明確化する方向で検討することが考えられるが、どうか。

（参照・現行条文）

○（債務不履行による損害賠償）

民法第415条 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。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

（補足説明）

問題提起の趣旨

現行民法は、債務不履行による損害賠償の要件として、第415条前段において「債務の本旨に従った履行をしないとき」に損害の賠償を請求することができる

いう概括的な規定のみを置いている。そのため、条文上、具体的にどのような場面において、どのような内容の損害賠償（填補賠償か遅延賠償か）を請求し得るかを読み取ることができない。

この点について、判例・学説は、填補賠償や遅延賠償等を区別しつつ、その具体的な要件についての解釈論を発展させてきた。例えば、履行遅滞に陥った債務者に対して填補賠償を請求するために契約の解除が必要かという点について、判例は、事案に応じた判断を示している上、学説も緻密な理論を展開しているが（後記第2，2(2)参照），それらの議論から導かれる要件を民法第415条の文言から読み取るとは困難である。

そこで、債務不履行による損害賠償請求権の重要性にかんがみ、後記(1)から(6)までの具体的論点の検討を踏まえて、債務不履行による損害賠償の不履行態様に関する要件及び手続的要件を整理し、条文上できる限り具体化・明確化する方向で検討することが考えられるが、どうか。

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第45条(1) 買主は、売主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合には、次のことを行うことができる。

(a) (略)

(b) 第74条から第77条までの規定に従って損害賠償の請求をすること。

(2)(3) (略)

第61条(1) 売主は、買主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合には、次のことを行うことができる。

(a) (略)

(b) 第74条から第77条までの規定に従って損害賠償の請求をすること。

(2)(3) (略)

○ドイツ民法

第280条（義務違反による損害賠償）

(1) 債務者が債権債務関係から生じる義務に違反したときは、債権者はこれによって生じた損害の賠償を求めることができる。債務者が義務違反について責任を負わないときは、この限りでない。

(2) 債権者は、履行遅滞による損害賠償を、286条の付加的要件の下においてのみ求めることができる。

(3) 債権者は、履行に代わる損害賠償を、281条、282条、または283条の付加的要件の下においてのみ求めることができる。

(4) (略)

第281条（履行がない場合または義務付けられた通りの履行がなされない場合における、履行に代わる損害賠償）

(1) 債務者が履行期に履行をせずまたは義務付けられた通りの履行をしなかったとき

は、債権者は、債務者に対し履行または追完履行のために相当な期間を定めたにもかかわらずそれを徒過した場合には、280条1項の要件の下で履行に代わる損害賠償を求めることができる。債務者が一部の履行を行ったときは、債権者は、一部の履行について債権者が利益を有しない場合にのみ、全部の履行に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が義務付けられた通りの履行をしなかったときは、義務違反が重大でない場合には、債権者は、全部の履行に代わる損害賠償を求めることができない。

- (2) 債務者が履行を真意からかつ終局的に拒絶した場合または両当事者の利益を考慮して即時の損害賠償請求の主張が正当化される場合には、期間の指定は要しない。
- (3) 義務違反の態様により期間の指定が問題とならないときは、それに代えて催告が行われる。
- (4) 債権者が履行に代えて損害賠償を請求したときは、履行請求権は排除される。
- (5) 債権者が全部の履行に代わる損害賠償を請求したときは、債務者は、346条から348条によって履行目的物の返還を求めることができる。

第282条（241条2項に基づく義務違反による履行に代わる損害賠償）

債務者が241条2項に基づく義務に違反した場合で、債務者による履行がもはや債務者に期待され得ないときは、債権者は280条1項の要件の下で履行に代わる損害賠償を求めることができる。

第283条（履行義務が排除される場合における履行に代わる損害賠償）

債務者が275条1項から3項によって履行する義務を負わないときは、債権者は、280条1項の要件の下で履行に代わる損害賠償を求めることができる。この場合においては、281条1項第2・第3文および5項が準用される。

第284条（無駄になった費用の賠償）

債権者は、給付に代わる損害賠償に代えて、債権者が履行を受けることを信賴して出損しかつ正当に出損し得べき費用の賠償を請求することができる。ただし、その目的が債務者の義務違反がなくとも達成されなかったであろう場合は除く。

第286条（履行遅滞）

- (1) 債務者が、履行期の到来後になされた債権者の催告に従って履行をしないときは、債務者は催告によって遅滞に陥る。給付の訴えの提起および督促手続における督促状の送達は、催告と同様とする。
- (2) 催告は、以下の場合には不要である。
 - 1 履行に関し、暦に従って時期が定められているとき。
 - 2 ある出来事が履行に先行すべき場合で、履行に必要な相当の期間がその出来事から暦に従って計算されるように定められていたとき。
 - 3 債務者が履行を真意からかつ終局的に拒絶したとき。
 - 4 特別の理由から、両当事者の利益を考慮して、即時に遅滞に陥ることが正当化されるとき。
- (3) 支払債権の債務者は、履行期が到来し請求書またはそれと同等の支払請求が到達した後30日以内に債務者が履行しない場合には、遅くともそのときには遅滞に陥

る。これは、消費者である債務者に対しては、請求書または支払請求においてこの効果が特に明示された場合にのみ、適用される。請求書または支払請求の到達の時点が明らかでないときは、消費者でない債務者は、履行期の到来および反対給付の受領から遅くとも 30 日後に、遅滞に陥る。

(4) 債務者が責任を負わない事情によって履行が行われなるときは、債務者は遅滞に陥らない。

第 241 条 (債権債務関係から生じる義務)

(1) (略)

(2) 債権債務関係は、その内容に従って、各当事者に対し、他方当事者の権利、法益および利益に対する考慮を義務付け得る。

○フランス民法

第 1139 条 [付遅滞]

債務者は、あるいは催告又は他の相当な行為によって、あるいは行為の必要なしに期限の到来のみによって債務者が遅滞となる旨を合意で定めるときはその効果によって、遅滞に付される。

第 1142 条 [作為・不作為]

行い、又は行わない債務はすべて、債務者の側の不履行の場合には、損害賠償に変わる。

第 1145 条 [損害賠償]

債務が、行わないことにある場合には、それに違反する者は、違反の事実のみによって損害賠償の義務を負う。

第 1146 条 [履行遅滞による損害賠償]

損害賠償は、債務者がその債務を履行するについて遅滞にあるときでなければ、義務づけられない。ただし、債務者が与え、又は行う義務を負ったものが債権者が徒過した期間内においてでなければ与え、又は行うことができないものであったときは、その限りでない。

第 1147 条 [損害賠償責任]

債務者は、必要がある場合には、その者の側になんら悪意が存しない場合であっても、不履行がその者の責めに帰すことができない外在的事由から生じたことを証明しないときはすべて、あるいは債務の不履行を理由として、あるいは履行の遅滞を理由として損害賠償の支払いを命じられる。

○フランス民法改正草案

カタラ草案 1158 条 1 項

あらゆる契約において、債務負担の約束が履行されないまたは不完全に履行された当事者は、債務負担の約束の強制履行を求め、契約の解除を主張し、または損害賠償を、場合によっては履行または解除に加えて、請求する旨の選択権を有する。

カタラ草案 1340 条

(1) 他人に損害を引き起こすあらゆる不法または異常な所為は、責任を負う者に対してその賠償を義務付ける。

(2) 同様に、債権者に損害を引き起こすあらゆる契約上の義務の不履行は、債務者に対してそれにつき責任を負うことを義務付ける。

カタラ草案1363条

有効に形成された契約から生じる債務の債権者は、不履行のときは、本節の規定に基づいてその損害の賠償を債務者に対して求めることができる。

カタラ草案1365条

履行遅滞から生じる損害の賠償は、債務者に対する事前の催告を前提とする。催告は、他の全て損害の賠償については、不履行を特徴付けるために必要なときのみ必要となる。

司法省事務局草案159条

債務負担の約束が履行されないまたは不完全に履行された当事者は、債務負担の約束の強制履行を求めること、契約の解除を主張すること、および損害賠償を、場合によっては履行または解除に加えて、請求することができる。

司法省事務局草案172条

損害賠償は、債務者が与えまたはなす債務を負ったものが債務者が徒過した期間においてでしか与えられまたはなされ得ないものでない限り、債務者がその債務の履行について遅滞にあるときにのみ義務付けられる。遅滞は、信書が十分な催告となるときは、信書によって遅滞が生じ得る。

司法省事務局草案173条

債務者は、必要があるときは、債務者の側に何ら悪意がない場合であっても、履行が債務者の責めに帰すことができない外在的事由から生じたことの証明がされないときは全て、債務の不履行または履行の遅滞を理由として損害賠償の責任を負う。

○ヨーロッパ契約法原則

8：101条 利用可能な救済手段

(1) 当事者の一方が、その契約上の債務を履行せず、かつ、その不履行が8：108条によって免責されないときは、被害当事者は、常に、第9章に定められたいずれの救済手段も用いることができる。

(2) (略)

8：102条 救済手段の重畳

矛盾しない救済手段は、重畳的に主張できる。特に、損害賠償請求権は、その他の救済手段を受ける権利の行使によって奪われない。

8：106条 履行のための付加期間を定める通知

(1) 不履行の場合に、被害当事者は、相手方に通知することにより、履行のための付加期間を与えることができる。

(2) その付加期間内であれば、被害当事者は、双務契約上の自らの債務の履行を留保し、かつ損害賠償を請求することができるが、その他の救済手段に訴えることはできない。被害当事者が相手方からその付加期間内に履行する意思がない旨の通知を受け、またはその付加期間が経過しても適切な履行がされていないとき、被害当事者は、第9章の下で利用可能ないずれの救済手段にも訴えることができる。

(3) (略)

9：103条 損害賠償請求権の存続

本節の規定によって履行請求権が排除されるときでも、損害賠償請求権は排除されない。

9：501条 損害賠償請求権

(1) 被害当事者は、相手方の不履行が8：108条によって免責されないとき、当該不履行によって生じた損害について、その賠償を請求する権利を有する。

(2) 損害賠償を請求することができる損害には、次の各号に掲げるものが含まれる。

(a) 非財産的損害

(b) 合理的にみて発生が見込まれる将来の損害

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7. 1. 5条 (履行のための付加期間)

(1) 不履行のときには、債権者は、債務者への通知により、履行のための付加期間を付与することができる。

(2) 前項の付加期間の間、債権者は自己が負う反対給付の債務の履行を留保し、かつ損害賠償を請求することができるが、その他の救済手段に訴えることはできない。債権者が、債務者から、その付加期間内に履行しないとのお知らせを受け、または、その付加期間が経過しても適切な履行がなされないときは、債権者は、本章の定めるいずれの救済手段に訴えることもできる。

(3) (4) (略)

第7. 2. 5条 (救済手段の変更)

(1) 非金銭債務の履行を請求した債権者が、指定の期間内、または期間の指定がないときには合理的な期間内に、履行を受けなかったときは、他のいかなる救済手段をも主張することができる。

(2) 裁判所の、非金銭債務の履行を命ずる判断が執行されえないときには、債権者は他のいかなる救済手段をも主張することができる。

第7. 4. 1条 (損害賠償請求権)

債権者は、いかなる不履行に対しても、排他的にまたは他の救済手段とともに損害賠償を請求する権利を有する。ただし、債務者が本原則のもとで免責されるときはこの限りではない。

(1) 履行不能による填補賠償における不履行態様の要件(民法第415条後段)

民法第415条後段は、債務の「履行をすることができなくなったとき」に損害賠償を認めている。この点について、判例は、債務の客体が不存在又は滅失した場合等の物理的な履行不能のほか、履行が物理的には可能であっても、二重譲渡における第二買主が所有権移転登記を備えた場合等、法的に履行不能と評価される場合があることを認めている。このような判例法理を条文上明確にすることが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

1 問題提起の趣旨

民法第415条後段は、履行不能に基づく損害賠償について規定しているところ、「不能」の意義について、履行が物理的に不可能な場合のほか、履行が物理的には可能であっても、法律的に履行が不能となったと評価できる場合も「不能」に当たるとしている（判例の具体例は、前記第1, 4（関連論点）1参照。）。

このような判例法理を条文上明確にすることが望ましいという考え方があるため、前記問題提起をするものである。

2 填補賠償請求権の成立要件と履行請求権の限界事由との関係

現行法下の判例及び伝統的理論は、前記第1, 4（補足説明）記載のとおり、履行請求権と填補賠償請求権との関係について、履行不能により前者が後者に転化するものとするので、原則として、履行請求権と填補賠償請求権は併存しないものと解釈してきた（債務転形論）。

しかし、このような解釈は論理必然的なものではなく、履行請求権の限界事由と填補賠償請求権の成立要件を異なるものとすることによって、両者を併存させた上で、債権者に行使の選択権を認めることも可能と解されている。すなわち、債権者はどの時点まで履行請求をしなければいけないのか（債権者はいつの時点から填補賠償を請求できるのか）という問題と、債務者はどの時点まで債権者の履行請求に拘束されるのか（債権者が履行請求をした場合に、債務者がその履行を免れるのはいつの時点か）という問題は、異なった価値判断に対応した別個の問題と考えることが可能であるとされている。特に、不履行に遭遇した債権者を保護するという観点からは、あえて債務転形論を採用することによって、債権者が債権を成立させたときに獲得しようとしていた利益を当初の予定どおりの形で獲得するか、金銭的価値にして獲得するかという点についての債権者の選択権を否定する理由は乏しいとの指摘がされている。このように考えることは、債権債務関係の当事者にとって必ずしも判断が容易でないことのある「不能」という概念によって行使できる権利の性質を画一的に決するよりも、債権者の実質的な被害回復に資する意義があるとも考えられる。

そのため、填補賠償請求権の具体的な成立要件を設定するに当たっては、履行請求権との併存を認めるか否か、仮に認める場合どのような場面で認めるかという観点から、履行請求権の限界事由（前記第1, 4参照）との関連性に留意する必要がある（この点は、後記第2, 2(2)等においても同様に問題となる。）。

(2) 履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の手続的要件

現行民法は、履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の要件について、特段の規定を置いていない。この点について、判例・学説においては、契約の解除が必要かという点について議論があり、例えば、以下のような考え方が示されている。

債務不履行による損害賠償の手続的要件を具体化・明確化するに当たり、この点について、どのように考えるか。

[A案] 契約の解除は必要

[B案] 契約の解除までは不要（相当期間を定めて催告し、その期間が経過することで足りる。）

（補足説明）

1 問題提起の趣旨

履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の要件については、現行民法上、特段の規定が置かれておらず、「債務の本旨に従った履行をしないとき」（民法第415条前段）の解釈にゆだねられている。この点については、履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償請求に当たり契約の解除が必要かという点について、学説上必要説と不要説の対立があり、判例も事例に応じた判断をしている。

すなわち、判例は、填補賠償を請求するには解除が必要とする（大判大正4年6月12日民録21輯931頁，大判大正7年4月2日民録24輯615頁）一方で、債権者は、相当の期間を定めて催告をすれば、契約を解除して消極利益の賠償を請求するか、契約を維持して填補賠償を請求するかを選択できるとするもの（大判昭和8年6月13日民集12巻1437頁）や、本来の給付を請求しつつそれが執行不能の場合に備えて填補賠償を請求する趣旨の訴えを承認するもの（大判昭和15年3月13日民集19巻530頁，最判昭和30年1月21日民集9巻1号22頁）もある。

しかし、これらの学説上の議論の結果や判例の判断を「債務の本旨に従った履行をしないとき」という文言から読み取ることは困難である。

履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償という場面が基本的な法律関係であることに照らせば、債務不履行による損害賠償の手続的要件を具体化・明確化するに当たり、この点を具体化・明確化することが望ましいとの考え方があるため、前記問題提起をするものである。

2 各考え方の内容

[A案] は、契約が維持されている以上、契約に拘束されている債権者は、本来の給付の履行（及び遅延賠償）を請求すべきであり、債権者は、填補賠償を請求したければ解除すればよいとする考え方である。この考え方によれば、契約の解除により履行請求ができなくなるため、この場面において、履行請求権と填補賠償請求権は併存し得ないこととなる（債務転形論）。

[B案] は、相当の期間を定めて催告し、その期間が経過することなどの要件は必要であっても、契約の解除までは必要ないという考え方である。この考え方は、解除せずに填補賠償を請求することに実益がある具体的場面として、①毎期の給付が現物である継続的契約において、履行期到来分については填補賠償を求めるが、将来分については契約を維持して現物の給付を求めたい場合、②交換契約において、反対給付を履行した債権者が、自己の履行した給付の返還を欲しな

い場合、③遺贈による債務のようにそもそも契約解除をなし得ない場合等があるとする。この考え方によれば、催告後、相当期間の経過により填補賠償請求が可能となっても、履行請求権は、その限界事由が認められない限り存続し、填補賠償請求権と併存することになる。この場合、債権者は、履行請求権と填補賠償請求権を選択的に行使できるものと考えられる（履行請求権と填補賠償請求権が併存可能なこと、併存による一般的な意義について前記第2、2(1)(補足説明)2参照）。

このように、[B案]は、履行請求権と填補賠償請求権の併存を認めることから、この見解の下では、いかなる場合に履行請求権と填補賠償請求権の併存を認めるか（履行請求権の限界事由ではない、填補賠償請求権の成立要件に独自の要件としてどのようなものを認めるか）という問題が生じる。

この点について、判例には、前記のとおり、債権者は、相当の期間を定めて催告をすれば、契約を解除して消極利益の賠償を請求するか、契約を維持して填補賠償を請求するかを選択できるとするもの（大判昭和8年6月13日民集12巻1437頁）や、本来の給付を請求しつつそれが執行不能の場合に備えて填補賠償を請求する趣旨の訴えを承認するもの（大判昭和15年3月13日民集19巻530頁、最判昭和30年1月21日民集9巻1号22頁）がある。

また、後記第2、2(4)の履行拒絶による填補賠償を認めることで、その場面における履行請求権との併存を承認するという考え方もあり得る。

(3) 不確定期限付債務における履行遅滞の要件（民法第412条）

民法第412条は、履行遅滞による責任の要件を定めているところ、同条第2項は、不確定期限（到来することは確実だが、その時期が不明確な期限）付債務の履行遅滞について、債務者が期限到来を知った時から遅滞の責任を負うと規定している。この点について、債務者が期限到来を知らなくても、債権者が期限到来の事実を通知し、それが債務者に到達すれば遅滞の責任を負うものとすべきという考え方が一般的とされるが、どのように考えるか。

（参照・現行条文）

○（履行期と履行遅滞）

民法第412条 債務の履行について確定期限があるときは、債務者は、その期限の到来した時から遅滞の責任を負う。

2 債務の履行について不確定期限があるときは、債務者は、その期限の到来したことを知った時から遅滞の責任を負う。

3 債務の履行について期限を定めなかったときは、債務者は、履行の請求を受けた時から遅滞の責任を負う。

（補足説明）

問題提起の趣旨

民法第412条は、履行遅滞による責任の要件を定めており、不確定期限付債務の履行遅滞については、同条第2項が、債務者が期限到来を知った時から遅滞の責任を負うと定めている。この点について、学説には、同条第3項が期限の定めのない債務について、債務者が履行の請求を受けた時から遅滞の責任を負うと規定していることとの均衡から、不確定期限付債務についても、債務者がその期限が到来したことを知らなくても、債権者が期限到来の事実を通知し、それが債務者に到達すれば遅滞の責任が生じると解するものが多い。この点を明文化するという考え方があるが、どのように考えるか。

なお、この点を除き、遅延賠償請求権の成立要件としては、民法第412条を維持する方向で検討することが考えられるが、どうか。

(4) 履行拒絶

現行民法は、債務者が債務の履行を終局的・確定的に拒絶した場合（履行拒絶）の債務不履行責任について特段の規定を置いていない。この点については、履行期よりも前に履行拒絶された場合や双務契約の両当事者が負担する債務の履行期が異なる場合において後履行義務者が履行拒絶をしたとき等に履行拒絶による債務不履行責任を認める実益があるため、履行期前に債務者が債務の履行を拒絶する意思を終局的・確定的に表明した場合を、填補賠償請求権の成立要件の一つとして規定することが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

1 問題提起の趣旨

現行民法は、債務者が債務の履行を終局的・確定的に拒絶した場合の債務不履行責任について、特段の規定を置いていない。この点について、学説には、特に履行期前の履行拒絶に関して、履行拒絶による債務不履行責任を否定する考え方と肯定する考え方がある。

これを否定する考え方は、履行期前の履行拒絶は、履行期到来を待って履行遅滞として処理することができ、実際に履行拒絶が訴訟等で問題となるときには履行期が経過していることが多いので特段問題はないとするものである。

この考え方によれば、判例が、債務者が履行期前に履行拒絶の意思を明確にし、履行がないまま履行期が経過した事案について、その債権者が自己の債務の弁済の提供をしなくても、債務者は履行遅滞に陥る旨判示している（最判昭和41年3月22日民集20巻3号468頁）ため、債権者は、履行期が経過しさえすれば、弁済の提供をするまでもなく、通常どおり填補賠償請求が可能となるから、あえて履行拒絶前の填補賠償請求の規定を設ける必要性は乏しいとすることになる。

これに対し、履行期前の履行拒絶による填補賠償を肯定する考え方は、履行期

前の不能が債務不履行の効果を発生させることから明らかなように、履行期の前か後かは債務不履行の効果にとって決定的ではないという理解を前提に、履行が終局的・確定的に拒絶された場合は、履行不能に準じて考えることができるものである。履行期よりも前の時点で履行拒絶がされた場合や、双務契約の両当事者が負担する債務の履行期が異なる場合において後履行義務者が履行拒絶をしたとき等において、履行期前の履行拒絶による債務不履行責任を認める実益があるとする。

この立場の中には、債権者は、履行拒絶をした債務者に対し、一定期間の猶予付きで拒絶意思を確認するための催告をしなければならないとする考え方もある。

また、この立場の中には、履行期前の履行拒絶だけでなく、履行期経過後の履行拒絶をも填補賠償の要件とすべきという考え方もある。履行期経過後の履行拒絶は、多くの場合、履行遅滞等として処理できるが、履行拒絶の意思が明確な場合は無催告による填補賠償請求をする余地を認めるべきという考え方である。

なお、裁判例には、解除に関する事案ではあるが、「債務者においてその債務（本件でいえば約定代金支払債務）の履行を履行期日の経過前に強く拒絶し続け、その主観においても履行の意思の片りんだにもみられず、一方その客観的状況からみても、右の拒絶の意思をひるがえすことが全く期待できないような状態においては、その債務の履行は民法所定のいわゆる履行不能と同一の法律的评价を受けてもよいと考えられるのであるから、債権者としては履行期日の経過前においても民法第543条の精神にのっとり、何等催告を要せずして契約を解除することができる」としたものがある（東京地判昭和34年6月5日下民集10巻6号1182頁）。

2 履行請求権と填補賠償請求権の併存論との関係

履行拒絶による債務不履行責任を認める立場によれば、履行拒絶を履行請求権の限界事由としない限り、この場面においても、履行請求権と填補賠償請求権の併存を認めることとなる。

(5) 追完の遅滞及び不能による損害賠償

現行法下において、追完の遅滞や不能による損害賠償の要件は、履行の遅滞や不能による損害賠償の要件（民法第415条）に準ずると解されているが、その旨の明文の規定は置かれていない。

そこで、追完の遅滞や不能による損害賠償の要件の規定を置くことが望ましいという考え方があるが、どう考えるか。

(補足説明)

問題提起の趣旨

現行法下において、追完の遅滞や不能による損害賠償の要件は、履行の遅滞や不能による損害賠償の要件（民法第415条）に準じて考えればよいと解されているが、現行民法には、その旨の明文の規定が置かれていない。そのため、現行法の条

文からは、例えば、既履行分を維持しつつ、追完部分についてだけ追完に代わる損害賠償を請求できるのかといった追完の場面に特有の問題に関するルールを読み取り難いという問題がある。

そこで、現行法下の解釈を明文化する観点から、追完の遅滞や不能による損害賠償の要件の規定を置く方向で検討することが考えられるが、どうか。

(6) 民法第415条前段の取扱い

民法第415条前段は、債務不履行による損害賠償の要件として、「債務の本旨に従った履行をしないとき」という包括的な要件を定めることで、あらゆる不履行態様を取り込んで規律しているが、個別の債務不履行態様に応じて要件を具体化・明確化する場合においても、このような包括的規定を併せて規定することにより、個別具体的な不履行事案を処理する当たり、当該不履行態様に対応した規定が存在しないという事態の発生を防げる利点がある。

そこで、個別の債務不履行態様に応じて要件を具体化・明確化した規定とともに、このような包括的規定を維持する方向で検討することが考えられるが、どうか。

(補足説明)

問題提起の趣旨

債務不履行による損害賠償の要件の具体化・明確化に関して、現行法下の伝統的理論は、債務不履行をその態様に応じて履行遅滞・履行不能・不完全履行の3類型に分類して、それぞれの要件を検討してきた。しかし、この伝統的理論に対しては、履行期前の履行拒絶や保護義務違反（履行の際に契約の相手方が保持している生命・身体・健康・所有権を侵害しないように配慮すべき義務の違反）等の3類型以外の不履行態様を規律できないなど批判が強い。そもそも、この伝統的理論は、民法第415条前段のような包括的規定を持たず、履行遅滞と履行不能の規定しかなかった旧ドイツ民法において、それ以外の不履行態様に対応する規律の必要性が認識される中で提唱された理論であって、既に包括的な規定を持つ日本民法典において、この理論を新たな立法事項として取り込む必要性は乏しいとの指摘がある。

むしろ、包括的規定を設けることには、個別具体的な不履行事案を処理するに当たり、当該不履行態様に対応した規定が存在しないという事態の発生を防げる利点があることを重視し、このような包括的規定を維持した上で、これと併せて、個別の債務不履行態様に応じて要件を具体化・明確化した規定を置く方向で検討することが考えられるが、どうか。この場合、前記第2、2(1)から(5)までにおいて検討した、個別の債務不履行態様に応じて要件を具体化・明確化する規定は、包括的規定に含まれる不履行態様の一部を抜き出して、その要件を具体化・明確化した規定として位置付けられることになる。

3 「債務者の責めに帰すべき事由」について（民法第415条後段）

(1) 「債務者の責めに帰すべき事由」の適用範囲

民法第415条は、債務不履行による損害賠償の要件として、文理上、履行不能についてのみ「債務者の責めに帰すべき事由」を要求しているように見えるが、判例は、履行不能に限らず、金銭債務を除く債務の不履行全般に「債務者の責めに帰すべき事由」が必要であるとしている。そこで、このことを条文上明らかにする方向で検討することが考えられるが、どうか。

（補足説明）

問題提起の趣旨

民法第415条は、債務不履行による損害賠償の要件として、文理上、履行不能についてのみ「債務者の責めに帰すべき事由」（以下「帰責事由」ともいう。）を要求しているように見えるが、判例は、履行不能に限らず、金銭債務を除く債務の不履行全般に債務者の帰責事由が必要であるとしている（大判大正10年11月22日民録27輯1979頁等）。なお、帰責事由の意味・規定の在り方については後記第2、3(2)記載のとおり争いがあるが、そのいずれの見解によっても、あらゆる債務不履行による損害賠償の要件として、帰責事由あるいは免責事由等が必要であるということにおおむね争いはない。

このように、債権債務関係の最も基本的なルールの一つを定めている規定において、条文の文言と判例法理とが必ずしも整合していないことは望ましくないという考え方があるため、これを条文上明確にする方向で検討することが考えられるが、どうか。

(2) 「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方

「債務者の責めに帰すべき事由」（民法第415条）の意味は、条文上、必ずしも明らかではない。そのため、この意味については、学説上、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義に求めるか否かという点に関連して、争われている。債権債務関係の最も基本的なルールの一つを定める規定の意味が不明確であることは望ましくないとして条文の文言等を再考すべきという考え方もあるが、このような点を踏まえ、「債務者の責めに帰すべき事由」の規定の在り方について、どのように考えるか。

（補足説明）

1 債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠

「債務者の責めに帰すべき事由」（民法第415条）の意味は、学説上、以下のように、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義に求めるか否かという点に関連して争われている。

[A案] 過失責任主義に根拠を求める考え方

現行民法下の伝統的理解である。この立場は、債務者の故意・過失又

は信義則上これと同視すべき事由がない場合に損害賠償責任を認めたのでは、債務者の行動の自由を保障できないと考えるものである。

この立場に対しては、近時、自らの意思により契約を締結したという点に着目する立場から、私的自治の原則の下、自らの意思により契約を締結した当事者はその契約内容に行動が拘束されるのであるから、その当事者間に行動の自由を前提とする過失責任主義は妥当しないという理論上の問題点や、裁判実務上も「債務者の責めに帰すべき事由」が過失責任主義を根拠とした要件としては機能していないという問題点が指摘されている（判例の分析については後記（補足説明）2参照）。

[B案] 契約の拘束力に根拠を求める考え方

債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義に求めず、自らの意思により契約を締結したことによる契約の拘束力に求める考え方である。この考え方は、自らの意思によって契約を締結したことにより引き受けた結果については、その意思決定主体がその実現について責任を負うのが私的自治の原則に適合するのであって、その結果を実現できなかったという契約違反（債務不履行）の存在こそが損害賠償責任の根拠であるとし、例外的に、契約上のリスク分配の枠外にある外在的な障害に基づく損害についてのみ、債務者の免責が認められるべきとするものである。この考え方は、契約上のリスク分配を重視するが、その分配は必ずしも契約において明示的にされている必要はなく、契約に関する諸事情を総合勘案した上で、契約上いずれの当事者のリスクとして分配されていたと評価すべきか、という観点から判断するものである。

なお、現行実務は、債務不履行責任の判断作業として、①契約等の債務発生原因の分析等に基づき債務の内容を確定し、②その債務の不履行事実を確定し、③債務者に帰責事由がないという抗弁が成立するかを確定するという3段階の作業を行っていると言われるが、上記[A案][B案]とも、このような判断構造の変更を意図するものではないとされている。すなわち、いずれの考え方も、実務におけるこのような判断構造を維持した上で、上記③における抗弁事由の具体的な在り方を問題としている点で共通するとされている。

2 判例の分析

「債務者の責めに帰すべき事由」の裁判例については、様々な分析研究が蓄積している。このうち、「債務者の責めに帰すべき事由」がないと認めた判例については、以下のような分析がされている（中田裕康「債権総論」岩波書店124頁以下参照）。

① 帰責事由がないと認めた最上級審裁判例は、次のとおりである。

- i) 売買契約後に目的物の取引を禁止する法律が公布された場合（大判明治39年10月29日民録12輯1358頁〔傍論〕）
- ii) 米穀取引所仲買人が委託者の注文に応じて定期米の買埋をする義務について相場が成立しなかった場合（大判大正6年5月23日民録23輯896頁）

- iii) 更地として引き渡す債務を負う土地の売主が地上建物所有者を速やかに立ち退かせるのに必要な合理的な努力をした場合（大判昭和16年9月9日民集20巻1137頁〔傍論〕）
 - iv) 建物賃借人の返還義務が原因不明の出火による建物焼失のため不能となったが、債務者が善良な管理者の注意をもって建物を保存していた場合（大判昭和11年3月7日民集15巻376頁）
 - v) 患者に胆のう癌の疑いがあると診断した医師が当該状況のもとで結果的に患者の家族に説明をしなかった場合（最判平成7年4月25日民集49巻4号1163頁）
 - vi) 他人の権利の売主が他人から権利を取得して買主に移転できなかった場合において、他人が売主に不可抗力で引き渡せなかった場合（大判大正13年3月14日新聞2247号22頁）
 - vii) 他人の権利の売主が他人から権利を取得して買主に移転できなかった場合において、買主が他人に対して直接請求できる関係にあった場合（大判大正10年11月22日民録27輯1978頁）
- ② これらの判例を整理すると次のようになる。
- 事実としての不履行の原因が、
- I 不可抗力、債権者又は第三者の行為による場合、帰責事由がないとされた例があり、
 - II 債務者側にある場合、抽象的には債務者の故意・過失に言及するものがあるが、具体的には債務者のなすべきこと（債務の内容）と帰責事由の有無が一体的に判断されているようである。

3 条文の文言

「債務者の責めに帰すべき事由」の規定の在り方について、前記帰責根拠の各立場から考えられる幾つかの具体例を示すと、以下のとおりである。

[A案] からは、例えば、以下のような考え方があり得る。

① 「債務者の責めに帰すべき事由」を維持する考え方

[A案] が、現行民法の文言に基づき伝統的に主張されてきた理論であることに照らし、「債務者の責めに帰すべき事由」という文言を維持することが考えられる。もっとも、文言上、その意味が不明確であるという問題点は解消されない。

② 「故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由」とする考え方

債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義に求める[A案]の考え方を素直に条文化する考え方であり、現行民法下において、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味として[A案]が主張してきた内容である。

[B案] からは、例えば、以下のような考え方があり得る。

③ 「不可抗力」を免責事由として規定する考え方

[B案] は、契約によるリスク分配の枠外にある外在的障害に基づく損害を除外する考え方であるため、免責事由として「不可抗力」と規定することが考

えられる。もっとも、「不可抗力」は多義的であり、i)元来、人の力による支配・統制を觀念することのできない自然現象や社会現象、例えば、洪水、台風、地震、津波、地滑り、火災、伝染病、海難、戦争、大規模騒乱等を意味すると考えられているが、ii)最近では、政府による拘束・拘禁も含まれるとするものが通常であり、さらに、iii)全面的交通封鎖、ストライキ、ロックアウト、サボタージュ等についても、その外部原因性ゆえに「不可抗力」に含まれるとする見解も少なくない（なお、一般に、労働基準法第26条の「使用者の責めに帰すべき事由」は、民法第536条第2項の「債権者の責めに帰すべき事由」よりも広く解すべきとされているため、「不可抗力」についての労働基準法と民法の解釈が異なり得ることにも留意する必要がある。）。このように、「不可抗力」について「外部原因性」を強調すればするほど、「債権者の行為」や「債務者の支配領域外の第三者の行為」も不可抗力免責の対象となる可能性が出ることになり、「不可抗力」の意味があいまい化するという問題がある。そこで、これらの「不可抗力」の具体的内容を明文化することも考えられる。後記（比較法）記載の国際物品売買契約に関する国際連合条約、ヨーロッパ契約法原則及びユニドロワ国際商事契約原則等は、このような傾向を反映した立法例・立案例である。

④ 「契約により引き受けていない事由」を免責事由として規定する考え方

契約によるリスク分配の枠外にある外在的障害に基づく損害を除外するという[B案]の考え方をストレートに表現したものである。もっとも、この考え方に対してもあいまいな概念であるという批判があり得るため、より適切に[B案]の考え方を表現する方法が検討されるべきという指摘もある。例えば、契約により引き受けたか否かの判断要素を例示列挙するなどの工夫が考えられる。

⑤ 「責めに帰すべき事由」を維持する考え方

現行法の文言を[B案]の立場から解釈すれば足りるという考え方である。文言上、その意味が不明確であるという問題は残るが、現行法との連続性は確保される。

4 他の条文への影響

なお、[B案]は、債務不履行による損害賠償責任の根拠を「契約違反」あるいは「契約によるリスク分配」に求めるため、例えば、損害賠償の範囲（民法第416条）についても、「契約によりどの範囲の損害まで引き受けていたのか」という点に着目して規範を立てることになるほか、債権者の「過失」による責任の減免を認める過失相殺（民法第418条）の在り方や「無過失」による免責を定める規定等、過失の有無により責任内容を決する規定の在り方について検討が必要となる。また、[B案]は、契約の拘束力に着目することで、「契約」に特化した規範を立てることから、契約に基づかない法定債権の債務不履行による損害賠償責任の在り方についても検討が必要となる。

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第79条(1) 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。

(2) (略)

(3) この条に規定する免責は、(1)に規定する障害が存在する間、その効力を有する。

(4) 履行をすることができない当事者は、相手方に対し、(1)に規定する障害及びそれが自己の履行をする能力に及ぼす影響について通知しなければならない。当該当事者は、自己がその障害を知り、又は知るべきであった時から合理的な期間内に相手方がその通知を受けなかった場合には、それを受けなかったことによって生じた損害を賠償する責任を負う。

○ドイツ民法

第276条 (債務者の責任)

(1) 債務者は、より重いまたはより軽い責任について定められておらず、債権債務関係のその他の内容、特に損害担保または調達リスクの引き受けからも明らかにされ得ないときは、故意および過失について責任を負う。

(2) 取引上必要な注意を怠った者は、過失があるものとする。

(3) 故意に基づく責任については、債務者が事前に免れることはできない。

○フランス民法

第1147条 [損害賠償責任]

債務者は、必要がある場合には、その者の側になんら悪意が存しない場合であっても、不履行がその者の責めに帰すことができない外在的事由から生じたことを証明しないときはすべて、あるいは債務の不履行を理由として、あるいは履行の遅滞を理由として損害賠償の支払いを命じられる。

第1148条 [不可抗力による免責]

債務者が、不可抗力又は偶然事の結果として、債務を負ったものを与え、若しくは行うことを妨げられ、又は禁じられたことを行ったときは、いかなる損害賠償も生じない。

○フランス民法改正草案

カタラ草案1349条

(1) 損害が不可抗力の性質を有する外在的事由によるときは、責任を負わない。

(2) 外在的事由は、偶然の事象、被害者の所為、または被告が責任を負わない第三者の所為から生じ得る。

(3) 不可抗力は、被告が予見し得ないまたは適切な処置によっても結果の回避が可能な抑え難い事態に存する。

カタラ草案1364条

(1) 1149条の意味において債務者が結果の実現を引き受けたときは、不履行は、債務者が1349条の意味における外在的事由によって正当化しない限り、結果が

達成されなかった事実のみによって構成される。

- (2) その他の場合においては、債務者は、必要なあらゆる注意を怠ったときにのみ、賠償を義務付けられる。

司法省事務局草案173条

債務者は、必要があるときは、債務者の側に何ら悪意がない場合であっても、履行が債務者の責めに帰すことができない外在的事由から生じたことの証明がされないときは全て、債務の不履行または履行の遅滞を理由として損害賠償の責任を負う。

司法省事務局草案174条

不可抗力または偶然の事象の結果として、債務者が義務付けられたものを与えまたはなすことを妨げられ、または禁止されたことを行ったときは、いかなる損害賠償も生じない。

○ヨーロッパ契約法原則

8：108条 障害による免責

- (1) 当事者の一方による不履行は、それがその当事者の支配を超えた障害によるものであり、かつ、その障害を契約締結時において考慮すること、または、その障害もしくはその結果を回避もしくは克服することが合理的に期待できなかったことが、この当事者によって証明される場合には、免責される。
- (2) 障害が一時的なものにとどまる場合には、本条による免責は、その障害が存する間、効力を有する。ただし、履行の遅延が重大な不履行になる場合には、債権者は、この遅延を重大な不履行として扱うことができる。
- (3) 不履行当事者は、障害の事実およびその障害が自らの履行の可否に及ぼす影響に関する通知を、自己がそうした事情を知りまたは知るべきであったときから合理的な期間内に、相手方が受け取ることのできるようにしなければならない。相手方は、この通知を受け取らなかったことによって生じるあらゆる損害について、賠償を求める権利を有する。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7. 1. 7条 (不可抗力)

- (1) 債務者は、その不履行が自己の支配を越えた障害に起因するものであることを証明し、かつ、その障害を契約締結時に考慮しておくことまたはその障害もしくはその結果を回避し、もしくは克服することが合理的にみて期待しうるものでなかったことを証明したときは、不履行の責任を免れる。
- (2) 障害が一時的なものであるときは、前項の免責は、その障害が契約の履行に及ぼす影響を考慮して合理的な期間についてのみその効力を有する。
- (3) 履行をしなかった債務者は、その障害およびその障害が自己の履行能力に及ぼす影響について債権者に通知しなければならない。その通知が、債務者が障害を知りまたは知るべきであった時から合理的期間内に債権者に到達しないときには、債務者は、不到達の結果生じた損害につき責任を負う。

(3) 債務者の帰責事由による履行遅滞後の債務者の帰責事由によらない履行不

能の処理

債務者の帰責事由による履行遅滞の後に、債務者の帰責事由によらない履行不能が生じた場合でも、履行遅滞に陥ったがために当該履行不能が生じたという関係が認められる限り、填補賠償請求が認められるとする判例法理(大審明治39年10月29日民録12輯914頁等)を明文化することが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

問題提起の趣旨

判例は、債務者の責めに帰すべき事由に基づく履行遅滞の後に、その履行が不能となった場合には、その履行不能について債務者の責めに帰すべき事由が認められなくても、履行遅滞に陥ったがために当該履行不能が生じたという関係が認められる限り、債務者は、履行遅滞から生じる当然の責任として履行不能による責任を負うべきであるとしている(大審明治39年10月29日民録12輯914頁等)。この考え方は、学説からも広く支持されており、確立した判例とされることから、この考え方を明文化することが望ましいという考え方がある。

なお、大審明治39年10月29日は、「債務者が履行期限後履行を怠れる間に於て其責に帰す可からざる事由に因りて履行不能と為りたりとも債務者は其履行に関して責任を免るるを得ず。是れ債務者の履行の遅滞より生ずる当然の責任なり」と判示している。

4 損害賠償の範囲(民法第416条)

(参照・現行条文)

○(損害賠償の範囲)

民法第416条 債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。

2 特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、又は予見することができたときは、債権者は、その賠償を請求することができる。

(1) 損害賠償の範囲に関する規定の在り方

損害賠償の範囲を規定する民法第416条については、「通常生ずべき損害」や「特別の事情によって生じた損害」等の文言の意義が必ずしも一義的ではないため、規定の意味や読み方について、条文の文言からは読み取り難い複数の解釈がされている。例えば、同条には「相当性」等の文言がないにもかかわらず、判例の中には、同条を相当因果関係理論が規定されたものであるかのように解釈するものがあるところ、この解釈を批判する見解も有力とされている。

このような点を踏まえ、損害賠償の範囲に関する規定の在り方について、どのように考えるか。

(補足説明)

1 損害賠償の範囲に関する立法主義

民法第416条については、規定の意味や条文の具体的な読み方について争いがある。その争いは、損害賠償の範囲確定に関する理論的根拠（立法主義）の対立に由来しているため、まず、損害賠償の範囲確定に関する理論的根拠（立法主義）について整理する。

[完全賠償主義] 債務者に生じた損害のすべて、すなわち債務不履行と因果関係のある損害のすべてが賠償されなければならないとする立法主義である。ドイツ民法が採用している。この完全賠償主義の下では、損害の範囲が無限に拡大する可能性があるため、その範囲を適切に制限する概念として、「相当因果関係」（相当性による制限という法的評価を受けた因果関係）という概念が解釈上登場することになった。相当性の判断基準は解釈問題であり、必ずしも予見可能性を必要とするものではない。

[制限賠償主義] 債権者に賠償されるべき損害の範囲を制限するという立法主義である。フランス民法が採用している。フランス民法では、因果関係がある損害をすべて賠償範囲とするのではなく、その中から予見可能性のあるものだけが、賠償されるべき範囲の損害とされる。「予見可能性」により損害賠償の範囲を画する考え方であって、「相当因果関係」という概念とは無縁である。

2 民法第416条の制定経緯・解釈の推移

(1) 民法第416条の制定経緯

民法第416条は、フランス民法の予見可能性ルールを導入した旧民法の規定を維持しつつ、フランス民法の影響を受けたイギリスの判例法理（ハドレー事件判決）を取り入れて起草されたとされる。ハドレー事件判決が示した損害賠償の範囲確定ルールは、次のとおりである。

契約違反に対し他方の当事者が受けるべき損害賠償は、

- ①契約違反自身から、自然にすなわち事物の通常の経過に従って生じた公正にかつ合理的に考えられうるか、あるいは、
- ②契約をなした時に契約違反のがいは然的な結果として両当事者が予期したと合理的に考えられうる損害の賠償である。
- ③契約が実際になされた当時の特別の事情が原告から被告に通知されていたならば、つまり、その事情が両当事者に知られていたならば、契約違反から生じたところの両当事者が合理的に予期できる損害の賠償は、そのようにして知られておりかつ通知されている特別の事情の下において、契約違反から通例生じた損害の額である。

(2) 日本民法における相当因果関係説

このように民法第416条は、制限賠償主義の規定として制定されたとされるが、その後、ドイツ民法学の影響を受けた学説が、その制定経緯や、条文上「相当性」等の文言がなく「予見可能性」を規定しているという事情に反して、同条は相当因果関係理論を規定したものと解釈し、これが通説化した。判例も同様に解するに至ったため（大判大正15年5月22日民集5巻386頁）、実務にも広く定着した。

この日本における相当因果関係説の多くは、民法第416条を次のように読む。

- ① 第1項は、相当因果関係の原則を示す（「通常」を「相当」に読み替える）。
- ② 第2項は、相当因果関係を判断する際に基礎とすべき特別事情の範囲を示す。
- ③ 第2項は「特別の事情」に関する規定なので、「通常の事情」による損害については、第1項が規定していると読むしかない。したがって、第1項は、通常事情に基づく相当因果関係内にある損害を賠償すべき旨を規定する。
- ④ 第2項は予見可能性のある特別事情に基づく損害のうち、どこまでの損害を賠償すべきか直接規定していないので、第1項の「通常の損害」が第2項にも適用されると考える。したがって、第2項は、特別事情に基づく相当因果関係内にある損害を賠償すべき旨を規定する。

この見解に対しては、次のような批判がある。

I 制限賠償主義を採用する日本民法に、あえて完全賠償主義に基づく相当因果関係理論を持ち込む必要はない。

II 条文にない「通常の事情」という概念を持ち込んでいる。

(3) 保護範囲説・契約利益説

このような批判を前提に、近時、制定経緯に適合的な予見可能性ルールを中心とした見解（保護範囲説・契約利益説等と呼ばれる）が有力化している。この見解の概要及びこの見解による民法第416条の読み方は、以下のとおりである。

- ① 損害賠償の範囲確定は、i)債務不履行との間に事実的因果関係（あればこれなしの関係）がある損害を確定し、ii)その損害のうち賠償されるべき範囲（保護範囲）を規範的・評価的な作業により決定するものととらえるべきであり、民法第416条はその規範的・評価的作業(ii)のルールとして、予見可能性ルールを採用したものである。
- ② 民法第416条第1項は、通常生ずべき損害につき、予見可能性の有無を問わず賠償されるべきとしたものである。
- ③ 同条第2項は、特別損害については、予見可能性のある場合に限って賠償されるべきとしたものである。
- ④ 契約における保護範囲の決定は、契約当事者の職業、契約対象の種類、契約の目的、取引慣行等を考慮し、個別具体的な契約の内容として債務者がどの範囲までの損害を負担することにしたかを確定する作業と位置付けられる。

すなわち、「予見し、又は予見することができた」という要件は、事実的な概念ではなく、これらの観点に基づく規範的・評価的な概念である。

この見解は、契約当事者の意思や予測を重視するため、「責めに帰すべき事由」(民法第415条後段)について契約の拘束力を重視する見解(前記第2, 3(2)(補足説明)1の[B案])と親和的である。

- ⑤ 契約により分配するのはリスク、すなわち「損害」であるため、第2項の予見の対象は、「損害」と考えるべきである。

この見解に対しては、次のような批判がある。

- I ドイツでは、相当因果関係説によると損害賠償の範囲が広くなりすぎるという批判に基づき保護範囲説が登場したが、日本にはそのような批判はない。
- II 予見の対象として規定されているのは「事情」であり、それを「損害」と読み替えるのは困難。

(4) 現行民法の解釈重視説

これらの理論的対立とは別に、民法第416条の文言を素直に解釈すれば足り、その解釈によって導かれた損害賠償の範囲を「相当因果関係」と呼べば足りるという見解がある。この見解は、判例・実務が用いる「相当因果関係」という概念は、その具体的な意味があいまいであって、実際には、裁判所が民法第416条の解釈により導いた結論を「相当因果関係」と呼んでいるにすぎないと理解し、民法第416条の内容、すなわち「通常損害」と「特別損害」の解釈が重要であると考えられる。

(5) 相当因果関係説と保護範囲説・契約利益説の差

現行法下における相当因果関係説と保護範囲説・契約利益説の差については、後記第2, 4(2)のとおり、民法第416条第2項における予見の主体や時期について異なる結論を導き得ることや、損害賠償の範囲確定に関する基本的発想や判断手順、予見の対象等が異なることから損害賠償の範囲確定に関する具体的な結論が異なる可能性があることなどが考えられる。

その一方で、相当因果関係説は、損害の予見可能性は必要でないとしても、民法第416条第2項により、それを生じさせた特別事情については予見可能性が必要とされており、保護範囲説も、損害の予見可能性については契約内容等に基づく規範的解釈によって判断されるとしているため、実際の結論がどれほど変わるのかについては疑問が残されているとの指摘もある。

3 損害賠償の範囲に関する規定の在り方

以上のとおり、民法第416条については、その意味や読み方について、条文の文言からは読み取り難い複数の解釈が対立している状況にある。そのため、損害賠償の範囲確定ルールを明確化し、法的安定性を高めるためには、規定の在り方を再考することが望ましいという考え方があり得る。

損害賠償の範囲に関する規定の在り方の基本的な方針としては、例えば、次のような考え方があり得る。

[A案] 日本民法における相当因果関係説を条文化する考え方

- [B案] 予見可能性ルールを条文化する考え方
- [C案] 民法第416条を基本的に維持する考え方

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第74条 当事者の一方による契約違反についての損害賠償の額は、当該契約違反により相手方が被った損失（得るはずであった利益の喪失を含む。）に等しい額とする。そのような損害賠償の額は、契約違反を行った当事者が契約の締結時に知り、又は知っているべきであった事実及び事情に照らし、当該当事者が契約違反から生じ得る結果として契約の締結時に予見し、又は予見すべきであった損失の額を超えることができない。

○ドイツ民法

第249条（損害賠償の種類と範囲）

- (1) 損害賠償に関して義務を負う者は、賠償を義務付ける事情が生じなかったならば存在したであろう状態を回復しなければならない。
- (2) 人に対する侵害、または物の損傷によって損害賠償をしなければならないときは、債権者は、原状回復に代えて、それに必要な金額を請求することができる。物の損傷に際しては、第1文によって必要となる金額は、実際に課された限度においてのみ消費税を含む。

第252条（逸失利益）

賠償すべき損害は、逸失利益についても含む。事態の通常経過により、または特別の事情、とりわけ実施した措置および準備により、蓋然性をもって期待することができた利益は、逸失利益とみなす。

第284条（無駄になった費用の賠償）

債権者は、給付に代わる損害賠償に代えて、債権者が履行を受けることを信頼して出損しかつ正当に出損し得べき費用の賠償を請求することができる。ただし、その目的が債務者の義務違反がなくとも達成されなかったであろう場合は除く。

○フランス民法

第1149条〔損害賠償の範囲〕

債権者に支払われるべき損害賠償は、一般に、その者が受けた損失及びその者から奪われた利得である。ただし、以下の例外及び変更については、その限りでない。

第1150条〔予見可能性〕

債務者は、債務が履行されないことがなんらその者の故意によるのでないときは、契約のときに予見し、又は予見することができた損害についてでなければ、義務を負わない。

第1151条〔直接的因果関係〕

損害賠償は、合意の不履行が債務者の故意から生じる場合であっても、債権者が被った損失及びその者から奪われた利得に関して、合意の不履行の直接の結果であるものでなければ、含むことができない。

○フランス民法改正草案

カタラ草案1343条

財産的または非財産的であるか、個人的または集団的であるかに拘わらず、適法な利益に関する侵害に起因するあらゆる損害が、賠償され得る。

カタラ草案1344条

切迫した損害の実現を予防するためまたは悪化を回避するために要した費用、またそれらの結果を軽減するために要した費用は、それが合理的に引き受けられたものである限り、賠償され得る損害となる。

カタラ草案1345条

(1) 将来の損害は、それが現在の事物の状態に関する確実かつ直接的な延長であるときは、賠償され得る。

(2) 損害の確実性が将来の不確実な事象に依存するときは、裁判官は、その事象の発生に関する決定の実行に依存して、責任を負う者に対して即時に判決を下すことができる。

カタラ草案1346条

機会の喪失は、その機会が実現したならばその機会がもたらしたであろう利益とは別に、賠償され得る損害となる。

司法省事務局草案175条

債権者に支払われるべき損害賠償は、以下の例外および修正を除き、原則として、債権者が被った損失および債権者が奪われた利得である。

司法省事務局草案176条

債務者は、債務が全く履行されないことが何ら債務者の故意によるものでないときは、契約時に予見されまたは予見され得た損害についてのみ、損害賠償の責任を負う。

司法省事務局草案177条

損害賠償は、合意の不履行が債務者の故意によって生じた場合であっても、債権者が被った損失および債権者が奪われた利得に関し、それが合意の不履行の即時かつ直接の結果である場合でなければ、これを含むことができない。

○ヨーロッパ契約法原則

9；502条 損害賠償の一般的算定基準

損害賠償の一般的算定基準は、被害当事者を、契約が適切に履行されていたならば置かれていたであろう状態に、可能なかぎり近づける額である。この損害賠償には、被害当事者が受けた積極的損失および被害当事者から奪われることとなった将来の利益が含まれる。

9；503条 予見可能性

不履行当事者は、契約締結時に、自らの不履行から生じうる結果として予見し、または合理的に予見することができた損害についてのみ、責任を負う。ただし、不履行が故意または重大な過失によるものであるときは、このかぎりでない。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7. 4. 3条 (損害の確実性)

- (1) 損害賠償は、将来発生する損害を含め、合理的な程度の確実性をもって証明された損害に対してのみ認められる。
- (2) 機会の喪失についても、その機会の生ずる蓋然性に応じた賠償を認めることができる。
- (3) 損害の額を十分な程度の確実性をもって証明することができないときは、その算定は裁判所の裁量に委ねられる。

第7. 4. 4条 (損害の予見可能性)

債務者は、契約締結時に、不履行の結果として生ずるであろうことを予見しまたは合理的に予見することができた損害についてのみ賠償の責任を負う。

(2) 予見の主体及び時期等 (民法第416条第2項)

民法第416条第2項は、予見可能性に基づいて損害賠償の範囲を画しているが、予見の主体を「当事者」とだけ規定し、予見の時期については規定していない。そのため、条文上、だれの、いつの時点における予見を問題とすればよいのかが分からないという問題がある。

この点については、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠に関連して、判例・学説が対立していることから、損害賠償の範囲確定ルールを明確化し、法的安定性を確保するため、予見の主体及び時期を条文上明らかにすることが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

具体的な予見の主体及び時期としては、例えば、以下のような考え方があるが、どのように考えるか。

[A案] 債務者＝不履行時とする考え方

[B案] 両当事者＝契約締結時とする考え方

[C-1案] B案に加えて、契約締結後に債務者が予見し、又は予見し得た特別事情(損害)も損害賠償の範囲に加えるべきとする考え方

[C-2案] B案に加えて、契約締結後に債務者が予見し、又は予見し得た特別事情(損害)のうち、債務者が損害回避の合理的措置をとらなかったものを損害賠償の範囲に加えるべきとする考え方

[D案] 債務者＝契約締結時とする考え方

なお、この考え方においても、[C-1案]及び[C-2案]のように契約締結後の予見可能性を考慮する考え方があり得る。

(補足説明)

1 問題提起の趣旨

民法第416条は、損害賠償の範囲について、通常生ずべき損害の賠償に加えて特別の事情によって生じた損害のうち、「当事者」がその事情を「予見し、又は予見することができたとき」は、その賠償を請求できると定めている。

しかし、同条は、特別の事情を予見すべき主体について、単に「当事者」と定

めるのみであるため、これが契約の両当事者を意味するのか、不履行当事者である債務者のみを意味するのかが条文上判然としない。また、予見の時期については、何の定めもないため、条文から一定の予見時期を導くことは困難である。

損害賠償の範囲の規定が、不履行時の債権者に認められる金銭的救済の範囲を画する重要な規定であることに照らせば、その損害賠償の範囲を画する基準については、条文上明確であることが望ましいという考え方があるため、前記問題提起をするものである。

なお、本提案は、損害賠償の範囲確定ルール（前記第2，4(1)）において、民法第416条第2項が定める予見可能性に関する規律が維持されることが前提となっている。前記第2，4(1)（補足説明）3において、損害賠償の範囲確定ルールに関する幾つかの考え方を例示したが、そのいずれも同条項が定める予見可能性に関する規律を維持している。もっとも、損害賠償の範囲確定ルールに関し、それらの例示によらず、予見可能性を問題としないルールを採用すれば、本提案の検討は不要となり得る。

2 各考え方の内容

[A案]は、予見の主体を「債務者」のみとし、予見の時期を「不履行時」とする考え方である。この考え方は、債務者が債務不履行をする際に、特別事情について予見可能である以上、それによる損害は賠償すべきであって、それを避けなければ履行すればよいとするものである。判例の立場である（大判大正7年8月27日民録24輯1658頁）。

[B案]は、予見の主体を「契約の両当事者」とし、予見の時期を「契約締結時」とする考え方である。この考え方は、契約上の債権における債務不履行による損害賠償の範囲について、契約に基づく損害のリスク分配を重視する立場であり、契約責任においては、契約締結当初の合意によって債権者の保護されるべき利益が定まるのだから、契約締結時における両当事者の予見及び予見可能性を問題とすべきとするものである。

[C-1案]は、[B案]では、契約締結後の特別事情により損害が拡大し、債務者が契約締結後にその特別事情を予見し、又は予見できた場合であっても、契約締結時に予見できた損害の範囲で賠償すれば足りることになり、債務者の機会主義的行動を抑止できないという観点から、[B案]に加えて、契約締結後に債務者が予見し、又は予見することができた損害も賠償されるべきとする考え方である。

[C-2案]は、債務者が契約締結後に予見し、又は予見することができた事情のうち、債務者が損害回避のための合理的措置を講じたものを除外したものを損害賠償の範囲に取り込むという考え方である。債務者の機会主義的行動を抑止するという観点とともに、債務者は契約により契約利益の実現を保証した以上、契約締結後もその契約利益が債権者の下で実現されるように誠実に行動して、債権者の損害を回避すべきであるという観点を重視する立場である。

[D案]は、[B案]を基礎としつつ、債権者保護の観点からは、債務者に予見

可能だが債権者には予見不可能な事情による損害を賠償の範囲から除外する必要性はないとする考え方である。国際物品売買契約に関する国際連合条約、ユニドロワ国際商事契約原則、ヨーロッパ契約法原則等が採用する考え方である。この考え方についても、[C-1案]及び[C-2案]のように契約締結後の予見可能性を考慮するという考え方があり得る。

なお、[B案]、[C-1案]、[C-2案]及び[D案]は、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠及び「責めに帰すべき事由」（民法第415条後段）について、自己責任の原則・契約の拘束力を重視する見解（前記第2、3(2)（補足説明）1の[B案]）及び損害賠償の範囲（民法第416条）に関する保護範囲説・契約利益説（前記第2、4(1)（補足説明）2(3)）に適合的な考え方である。

比較法については、前記第2、4(1)（比較法）参照。

（関連論点）

1 予見の対象

民法第416条第2項は、予見の対象を「事情」と規定している。日本民法における相当因果関係説は、条文に従い予見の対象を「事情」とするものが多いが、保護範囲説・契約利益説は、契約締結時のリスク（損害）分配を重視するため、予見の対象は「損害」とすべきと考えるものが多い。この点について、予見の対象を、「損害」ではなく、その原因となる「事情」で足りるとする見解の方が、損害賠償の範囲が拡大しやすくなる可能性があるという指摘がある。

現行民法の文言を維持し、その解釈を重視する立場においても、損害と事情を区別することが必ずしも容易でないから、直さきに「損害」を予見の対象とすべきとする見解もあり、この見解からは、「損害」と「事情」の区別の実質的意義は乏しいということになる。

これらを踏まえ、予見の対象についてどのように考えるか。

2 故意・重過失による債務不履行の場合における特則の要否

債務不履行が債務者の故意又は重過失による場合の損害賠償の範囲について、現行法には何ら規定がないが、学説やヨーロッパの立法提案等において、以下のように、故意又は重過失による債務不履行という特殊性を踏まえた独自の規律を設けるべきという考え方がある。この点について、どのように考えるか。

[A案] 不履行につき故意又は重過失がある場合は、すべての損害を賠償すべきとする考え方

[B案] 不履行につき故意がある場合のみ、すべての損害を賠償すべきとする考え方

[C案] 不履行につき故意又は重過失がある場合でも、損害賠償の範囲に関するルールにより適切に処理できるため、例外規定は不要とする考え方

[A案] 及び [B案] は、債務者に不履行について故意や重過失がある場合には、故意又は重過失による損害惹起である点に強い非難の根拠を見だし、すべての損害を賠償させるべきとするものである。

これに対して、[C案] は、たとえ故意や重過失により債務不履行を惹起した場

合であっても、予見することさえできなかった損害についての責任を負わせるのは酷であると考えて、不履行が故意や重過失による場合の特則を置かないとするものである。

(3) 損害額の算定基準時（原則規定）の要否

填補賠償がされるべき場合において、賠償されるべき損害の範囲が確定しても、その損害の具体的金額が時の経過によって増減する可能性がある。例えば、中古車の売買契約において、売主の不注意による事故により車が大破したため、買主が中古車の価値相当分の填補賠償を求める場合、中古車が大破したという点が損害賠償の範囲に含まれるとしても、その中古車が事故後に製造中止となったため、その時価が契約締結時の5倍に跳ね上がったなどということがあり得る。そのため、いつの時点の価値をもって損害額とするかという損害額の算定基準時が問題となる。

現行法は、この損害額の算定基準時に関する規定を置いていない。そのため、判例は、この問題を民法第416条の損害賠償の範囲の問題と捉えた上で、具体的事例に応じて算定基準時の判断を重ねてきた。その結果として、履行不能による填補賠償については、確立した判例法理が形成されたと評価されることがあるが、その判例法理を現行法の条文から読み取ることは困難であるし、解除による填補賠償については、判例上も複数の異なる判断が示されている。

そこで、損害額確定ルールの透明性を確保する観点から、これらの判例を踏まえて、損害額の算定基準時に関する規定を設けることが望ましいという考え方があがるが、どのように考えるか。

(補足説明)

1 問題提起の趣旨

現行法は、填補賠償における損害額の算定基準時に関する規定を置いていない。この点について、判例は、損害額の算定の問題を民法416条の賠償されるべき損害の範囲の問題として処理し、次のように判断していると分析されている（いずれも代替取引がない場合を前提としている。）。

- ① 物の引渡しを目的とする債務の履行不能による填補賠償については、原則として、履行不能時の目的物の時価による（最判昭和35年12月15日民集14巻14号3060頁等）。
- ② 物の引渡しを目的とする債務の履行遅滞により解除した場合の填補賠償については、解除時を基準としたものが多い（最判昭和28年10月15日民集7巻10号1093頁等）。

しかし、解除の意思表示があつたにもかかわらず、履行期としたものもある（最判昭和36年4月28日民集15巻4号1105頁）。

- ③ 物の引渡しを目的とする債務の不履行につき、債権者が強制履行を請求しつ

つ、執行不能の場合に備えて、予備的に填補賠償をも請求した場合は、口頭弁論終結時を基準とする（最判昭和30年1月21日民集9巻1号22頁等）。

このうち、①及び③については、準則として確立しているとされるが、現行法の条文からは、このような具体的な準則を読み取ることは困難である。

さらに、②については、解除時を基準時とするのが判例の主流であるとされるものの、履行期を基準時とする判例もあるなど、準則が確立しているとは言いきれない状況にあるとされる。

損害額の算定基準時が不履行により損害を受けた債権者の救済内容に直結する重要な規律であることに照らせば、現実に機能している判例法理を条文から読み取ることができず、あるいは、確立した準則が示されず法的に不安定な部分が残っていることは問題であるため、上記のような判例法理を踏まえて、損害額の算定基準時に関する規定を設けることが望ましいという考え方がある。

なお、物の引渡し以外の債務者の行為を目的とする債務については、価格の変動というような問題が生じないので、判例・学説の蓄積が乏しいとされる。そのため、ここで問題となるのは、主に物の引渡しを目的とする債務の填補賠償における損害額の算定基準時である。

2 損害額の算定基準時に関する原則規定の具体例

学説は、判例の整合的理解を試み、損害額の算定基準時に関する原則規定として様々な見解を示している。以下は、その具体例である。

[A案] 填補賠償請求権が発生した時とする考え方

[B案] 口頭弁論終結時を基準としつつ、債権者の損害軽減義務の観点から損害額の調整を図る考え方

[C案] 債権者は、填補賠償請求権の成立要件となる複数の時点から有利な時点を選択できるとする考え方

[D案] 裁判官の裁量にゆだねる考え方

このうち、[A案]は、判例は履行請求権が填補賠償請求権に転じた時点をもって算定基準時としていると理解する考え方である。この考え方に対しては、前記②において、履行期を基準時としている判例を統一的に説明できないなどの批判がある。

[B案]は、填補賠償においては債権者に債務が履行されたのと同じ利益を与えるべきという観点から、口頭弁論終結時を損害額の算定基準時としつつ、債権者に損害軽減義務違反が認められる場合（例えば、口頭弁論終結時までに特段の負担もなく安価な代替取引が可能だったのにこれを行わなかった場合等）、その違反の程度に応じて損害額を調整することで、適切な損害額の算定を可能にしようという考え方である。また、同様に損害軽減義務に着目する見解の中には、特定物・種類物という目的物の種類に応じて考える必要があるとし、特定物については、債務が履行されたのと同様な経済的地位に置くという原則が前面に出るので、できるだけ判決に近い時点が望ましく、種類物については損害軽減義務の観点から基準時を決すべきとする見解もある。

[C案]は、基準時を一元的に決するのは硬直的であるとの観点から、民事訴訟における当事者主義との適合性をも考慮し、債権者は、填補賠償請求権の成立要件となる複数の時点（例えば、履行不能時、催告後相当期間経過時、解除時等が考えられる。）の中から、自己に有利な時点を基準時として選択でき、裁判所は、債権者の選択した基準時に拘束されるという考え方である。この考え方の中には、当事者間の公平を図る観点から、債権者に損害軽減義務違反が認められる場合には、その違反の程度に応じて損害額を調整することで、適切な損害額の算定を可能にしようという立場もある。

[D案]は、民法第416条による損害賠償の範囲確定の問題と、それによって確定した損害の金銭的評価の問題は別問題であると位置付け、後者は、裁判官の創造的・裁量的判断の問題であり、債権者にできるだけ従前と同様の経済的地位を回復させるべきという考え方に基づいた裁判官の自由裁量にゆだねられるべきであるとする考え方である。この考え方は、物の引渡しを目的とする債務だけでなく物の引渡し以外の債務者の行為を目的とする債務を含めた統一的な説明が可能であるとする。もっとも、この考え方に対しては、裁量の基準が明確でなく裁判官の負担増をもたらす、安易な賠償額の算出につながりかねない、民事訴訟における当事者主義・処分権主義との関係で問題があるなどの批判がある。

3 損害賠償の範囲に関する規定との関係

損害額の算定基準時に関する規定と損害賠償の範囲に関する規定（前記第2，4(1)）との関係については、以下の考え方がある。

[a案] 損害賠償の範囲（民法第416条）の枠組み内の問題と位置付ける考え方

[b案] 損害賠償の範囲の問題とは別の問題であって、損害の金銭的評価の問題と位置付ける考え方

このうち、[a案]は、判例の立場であり、損害額の算定は、損害賠償の範囲（民法第416条）の問題であるとする考え方である。この考え方によれば、判例法理を踏まえた算定基準時の規定は、民法416条の「通常損害」、「特別損害」の認定基準を具体化する規定として位置付けられることになる。

この考え方は、損害額の算定を民法第416条の問題とするため、裁判所は、債権者が主張する基準時が誤っている場合でも棄却せずに、同条における「通常損害」「特別損害」の解釈・認定の問題として、適切な基準時を選択できるとする点に特徴がある。損害額の算定基準時に関する[A案]（前記（補足説明）2）は、損害額の算定基準時を填補賠償請求権発生時に固定しつつ、その後の価格の増減については民法第416条によって処理するとして、法体系的な位置付けについての[a案]をとるものが多い。

この考え方に対しては、民法第416条を適用するという事は、同一の損害について、一定の時点以前はこれを通常損害とし、それ以後は特別損害と考えることを意味するが、時間的基準によって損害概念を分断することの説明が困難であるし、比較法的にも支持されないという批判がある。

[b案]は、損害額の算定は、損害賠償の範囲確定ルールにより賠償範囲とされた損害についての金額換算の問題であり、損害賠償の範囲の問題とは別個独立の問題であるとする考え方である。この考え方は、損害賠償の範囲に関する規定の保護範囲説・契約利益説（前記第2，4(1)(補足説明)2(3))が採用する考え方であるが、相当因果関係説（前記第2，4(1)(補足説明)2(2))においてもこの考え方を採用することは可能と考えられる。損害額の算定基準時に関する[D案]（裁判所の自由裁量にゆだねる見解。前記(補足説明)2）は、法体系的な位置付けの[b案]を前提に主張された見解である。

[b案]によれば、賠償額の算定基準時を明文化した場合、裁判所はその規定に従って基準時を選択せざるを得なくなるため、現在の実務において、損害の金額算定を民法第416条の問題とすることで認められている裁判官の基準時選択の裁量が制限されるおそれがある。そのため、損害額の算定基準時に関する[C案]（填補賠償請求権の成立要件となる複数の時点からの選択を認める見解。前記(補足説明)2）の中には、前記のとおり、裁判官は債権者の選択した基準時に拘束されるとしつつも、損害軽減義務による額の増減を認めることにより、実質的に、現行実務との乖離を回避しようとする見解もある。この点は、損害額の算定基準時に関する[B案]（口頭弁論終結時とする見解。前記(補足説明)2）も同様と考えられる。もっとも、民法第416条の「通常損害」「特別損害」の解釈・適用によらず、損害軽減義務によるという意味で判断手法が異なることになる。

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第75条 契約が解除された場合において、合理的な方法で、かつ、解除後の合理的な期間内に、買主が代替品を購入し、又は売主が物品を再売却したときは、損害賠償の請求をする当事者は、契約価格とこのような代替取引における価格との差額及び前条の規定に従って求めることができるその他の損害賠償を請求することができる。

第76条(1) 契約が解除され、かつ、物品に時価がある場合において、損害賠償の請求をする当事者が前条の規定に基づく購入又は再売却を行っていないときは、当該当事者は、契約に定める価格と解除時における時価との差額及び第74条の規定に従って求めることができるその他の損害賠償を請求することができる。ただし、当該当事者が物品を受け取った後に契約を解除した場合には、解除時における時価に代えて物品を受け取った時における時価を適用する。

(2) (1)の規定の適用上、時価は、物品の引渡しが行われるべきであった場所における実勢価格とし、又は当該場所に時価がない場合には、合理的な代替地となるような他の場所における価格に物品の運送費用の差額を適切に考慮に入れたものとする。

○ドイツ民法

規定なし

○フランス民法

規定なし

○フランス民法改正草案

カタラ草案1372条

裁判官は、その確実性と価値に関して、また合理的に予見され得る将来的な展開に関して、影響を及ぼし得るあらゆる事情を考慮して、その判決の日における被害者の損害を評価しなければならない。

カタラ草案1373条

被害者が、確実で、合理的で、相応な手段によって、損害の範囲を縮小しまたはその拡大を回避することが可能であったときは、その手段が被害者の身体の完全性に対し侵害を及ぼす性質のものでない限り、賠償額の減額によってその懈怠が考慮される。

カタラ草案1374条

裁判官は、考慮の対象となる主張された損害項目ごとに個別に評価しなければならない。ある損害項目に関する請求を退ける場合には、裁判官は、その判決につき特別の理由を付与しなければならない。

カタラ草案1376条

賠償金は、1379条の3の規定に反しない限り、裁判官の選択によって、一時金または定期金の形式で支払われ得る。

○ヨーロッパ契約法原則

9:507条 時価

被害当事者が契約を解消し、かつ、代替取引をしなかった場合において、契約の目的とされた履行に時価が存在するときは、被害当事者は、契約価格と契約解消時における時価の差額について、損害賠償を請求することができる。この場合には、その他の損害についても、本節に基づき賠償が可能なかぎり、その賠償を請求することができる。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7. 4. 6条（時価による損害の証明）

- (1) 債権者が契約を解除し、かつ、代替取引を行わなかった場合において、契約の目的とされた給付につき時価が存在するときは、債権者は契約価格と解除時の時価の差額を請求することができるほか、その他の損害があればその賠償を請求することができる。
- (2) 時価とは、契約が履行されるべきであった場所において、類似の状況のもとで引き渡される物品または提供される役務に対して一般的に課される価格をいい、その場所に時価が存在しないときは、基準とすることが合理的とみられる他の場所における時価をいう。

(4) 不履行後の価格騰貴の場合における損害額の算定ルール

物の引渡しを目的とする債務の不履行後に目的物の価格が騰貴した場合における填補賠償の損害額の算定ルール（代替取引がされない場合）について

は、以下のような判例法理が確立しているとされる（最判昭和37年11月16日民集16巻11号2280頁，同昭和47年4月20日民集26巻3号520頁等）。

- ① 目的物の価格が騰貴しつつあるという特別の事情があり，かつ，債務者が債務を履行不能とした際，その特別の事情を知っていたか又は知り得た場合は，騰貴した価格を基準とする。
 - ② 目的物の価格がいったん騰貴し，その後下落した場合において，騰貴した価格で賠償請求するには，騰貴した時に転売その他の方法により騰貴価格による利益を確実に取得したであろうと予想されたことが必要である。
- これらのルールを現行法の条文から読み取ることが困難であるため，これを明文化することが望ましいという見解があるが，どのように考えるか。

（補足説明）

1 問題提起の趣旨

物の引渡しを目的とする債務の不履行後に目的物の価格が騰貴した場合における填補賠償の損害額の算定ルールについては，現行法上明文の規定がないところ，前記のとおり判例法理が確立しているとされる。この判例法理を現行法の条文から読み取ることが困難であるため，損害額算定ルールの透明性を確保する観点から，損害額の算定基準時に関する原則規定（前記第2，4(3)）に加えて，これを明文化することが望ましいという考え方がある。

もっとも，前記②のルールについては，損害軽減義務によって処理することによって同様の結論を得られるため（すなわち，中間最高価格を基準時とする債権者の主張が，損害軽減義務の観点からは是認できるかを判断することで同様の結論が得られる。）として，損害軽減義務の規定を導入すれば，前記②のルールの明文化は不要であるという見解もある。

2 損害額の算定基準時に関する原則規定との関係

損害額の算定基準時に関する原則規定についての各考え方（前記第2，4(3)（補足説明）2）と，本提案に基づく規定との関係については，様々な考え方が可能であると思われるが，その一例を示せば以下のようなことになると思われる。

原則規定についての〔A案〕（填補賠償請求権発生時説）は，基準時後の目的物の価格騰貴については民法第416条によるとするものが多い（前記第2，4(3)（補足説明）3のa案）ため，それを前提とすると，本提案に基づく規定は，民法第416条の解釈の具体化と位置付けられるものと思われる。

原則規定についての〔B案〕（口頭弁論終結時としつつ損害軽減義務による調整を図る見解）の下では，基準時の例外を認める規定，あるいは，損害軽減義務による調整の具体化との位置付けが可能と思われる。

原則規定についての〔C案〕（填補賠償請求権の成立要件となる複数の時点から自由に選択できる見解）の下では，基準時の選択肢を増やした規定と位置付けられるものと思われる。

原則規定についての〔D案〕（裁判官の自由裁量にゆだねる見解）によれば、本提案に基づく規定は不要となるものと思われる。

なお、契約の拘束力・契約によるリスク分配を重視する立場からは、前記判例法理が「債務者」の「不履行時」における予見及び予見可能性を問題としている点について再考の必要性があり得る。

比較法は、前記第2，4(3)（比較法）参照。

(5) 被不履行当事者が第三者と取引関係に立っている場合における損害額の算定ルール

被不履行当事者が第三者と取引関係に立っている場合における損害額の算定ルールについて、以下のような判例が存在する。いずれも売買契約に関し、売主が目的物の引渡しを目的とする債務を履行しなかった事例について、買主が第三者との間で行った取引における価格を基準に損害額を認定したものである。

- ① 買主が第三者との間で転売契約を結んでいた場合において、売主の不履行により契約を解除したときは、原則として、転売利益が通常損害となる（大判大正10年3月30日民録27輯603頁，最判昭和36年12月8日民集15巻11号2706頁）。
- ② 買主が転売契約の相手方に損害賠償をした場合は、その損害賠償額が通常損害となる（大判明治38年11月28日民録11輯1607頁）。
- ③ 買主が目的物を自己使用目的で購入した場合において、買主が売買契約を解除してやむを得ず第三者から代替物を購入したときは、当初の売買代金と代替物購入代金の差額が通常損害となる（大判大正7年11月14日民録24輯2169頁）。

現行法の条文からこれらの判例の結論を読み取ることは困難であるため、これらの判例を踏まえて、被不履行当事者が第三者と取引関係に立っていた場合には、当該第三者との契約における売買価格等が損害額となる旨の規定を置くことが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

（補足説明）

1 問題提起の趣旨

目的物の引渡しを目的とする債務に関する被不履行当事者が、転売契約を締結していた場合や代替取引をした場合等、第三者と取引関係に立っていたときには、その第三者との取引における売買価格等を踏まえることにより、被不履行当事者が被った損害額を具体的に算定しやすい。この点について、判例は、前記のような判断を示している。これらの判例の結論を現行法の条文から読み取ることは困難であるため、これらの判例を踏まえて、被不履行当事者が第三者と取引関係に立っていた場合には、当該第三者との契約における売買価格等が損害額となる旨の規定を置くことが望ましいという考え方があるため、前記問題提起をするもの

である。

2 損害額の算定基準時に関する原則規定との関係

損害額の算定基準時に関する原則規定についての各考え方(前記第2, 4(3)(補足説明)2)と, 本提案に基づく規定との関係については, 様々な考え方が可能であると思われるが, その一例を示せば以下のようになると思われる。

原則規定についての[A案](填補賠償請求権発生時説)の下では, 本提案に基づく規定は, 民法第416条の「通常損害」の解釈の具体化と位置付けるものが多いものと思われる。

原則規定についての[B案](口頭弁論終結時としつつ損害軽減義務による調整を図る見解)の下では, 基準時の例外を認める規定, あるいは, 損害軽減義務による調整の具体化との位置付けが可能と思われる。

原則規定についての[C案](填補賠償請求権の成立要件となる複数の時点から事由に選択できる見解)の下では, 基準時についての例外規定と位置付けられるものと思われるが, 基準時の選択肢を増やした規定と位置付けることも不可能ではないと思われる。

原則規定についての[D案](裁判官の自由裁量にゆだねる見解)によれば, 本提案に基づく規定は不要となるものと思われる。

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第75条 契約が解除された場合において, 合理的な方法で, かつ, 解除後の合理的な期間内に, 買主が代替品を購入し, 又は売主が物品を再売却したときは, 損害賠償の請求をする当事者は, 契約価格とこのような代替取引における価格との差額及び前条の規定に従って求めることができるその他の損害賠償を請求することができる。

○ドイツ民法

規定なし

○フランス民法

規定なし

○フランス民法改正草案

規定なし

○ヨーロッパ契約法原則

9:506条 代替取引

被害当事者が契約を解消し, かつ, 合理的な期間内に合理的な方法で代替取引をした場合には, 被害当事者は, 契約価格と代替取引価格の差額について, 損害賠償を請求することができる。この場合には, その他の損害についても, 本節に基づき賠償が可能なかぎり, その賠償を請求することができる。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7.4.5条(代替取引がなされたときの損害の証明)

債権者が契約を解除し, かつ, 合理的期間内に合理的な方法で代替の取引を行った

ときは、債権者は、契約価格と代替取引の価格の差額を請求することができるほか、その他の損害があればその賠償を請求することができる。

(関連論点)

1 第三者との取引における額や時期が不合理だった場合

第三者との取引における額が不合理に高額だった場合や取引時期が不合理だった場合、当事者間の公平を図る観点から、合理的な取引額や合理的な取引時期における取引額をもって損害額とすべきという考え方があるが、どのように考えるか。

なお、具体的な規定方法としては、これを書き下す考え方のほか、損害軽減義務の規定を設ける場合は、同規定による処理にゆだねれば足りるとの考え方等、様々なものがあり得ると思われるが、どのように考えるか。

2 不履行後に目的物の価格が下落し、その時点で代替取引をした場合

本提案に基づく規定を設ける場合、不履行後に目的物の価格が下落し、その価格で代替取引をしたときは、その下落した時点における代替取引額をもって損害額を算定することになる。これは、買主は債務が履行されていればその目的物を現在の値下がりした価格で保持しており、値下がり分の損失を受けていたはずであるから、目的物の財産的価値の賠償としては現在の値下がりした価格での賠償しか考えられないという考え方に基づく。すなわち、この値下がり分は、買主の契約リスクであって、売主の不履行という偶然の事情により、このリスクを回避することはできないと考える。

これに対し、下落した時点における代替取引額による賠償しか認めないことは、不履行後の価格下落のリスクを、不履行をしていない債権者に課すものであって妥当でなく、このようなリスクは不履行当事者である債務者に負担させるべきであるという考え方もある。この観点からは、不履行後に目的物の価格が下落した場合には、代替取引額に拘束されないことにすべきということになるが、どのように考えるか。

5 過失相殺（民法第418条）

(参照・現行条文)

○（過失相殺）

民法第418条 債務の不履行に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める。

(1) 要件

判例・学説は、過失相殺に関し、①債務不履行の発生について債権者に過失がある場合だけでなく、②損害の発生について債権者に過失がある場合や、

③損害の拡大について債権者に過失がある場合においても、過失相殺の規定により損害額を減額すると解しているところ、民法第418条の「債務の不履行に関して債権者に過失があったとき」という文言からは、上記②③の場合にも債権者の過失が考慮されることを読み取り難い。また、民法第418条が上記②③の場面にも適用されるという事情を考慮すると、同条の「過失」は、民法第709条（不法行為による損害賠償）の「過失」とは異なる意味で用いられているとの指摘もあり、同一法典上、「過失」という基本的な用語を異なる意味で用いることは望ましくないと考えられる。

そこで、過失相殺の要件について、損害軽減義務の発想を導入する観点から、債権者が合理的な措置を講じていれば、債務不履行による損害の発生及び拡大を防ぐことができたときという趣旨に改めることが望ましいという考え方があがるが、どのように考えるか。

（補足説明）

1 問題提起の趣旨

判例・学説は、債務不履行における過失相殺については、①債務不履行の発生について債権者に過失がある場合だけでなく、②損害の発生について債権者に過失がある場合や、③損害の拡大について債権者に過失がある場合においても、過失相殺の規定により、損害額を減額している。これは、債務不履行においては債権債務関係が事前に存在するという特質にかんがみ、債権者には、債務の履行に協力すべき信義則上の義務があり、また、損害を拡大しないよう自ら努める義務があると解すべきであるという発想の表れであるとされる。

しかし、民法第418条の「債務の不履行に関して」という文言からは、債務不履行自体に関する債権者の過失を考慮すること（前記①）を読み取ることはできても、債務不履行から離れた損害の発生や拡大（前記②③）についても債権者の過失を考慮することは読み取り難いため、判例・学説が示す適用範囲を条文上も明確にすることが望ましいという指摘がある。

また、民法第418条が上記②③の場面にも適用されるという事情を考慮すると、同条の「過失」は、民法第709条（不法行為による損害賠償）の「過失」とは異なる意味で用いられているとの指摘があり、同一法典上、「過失」という基本的な用語を異なる意味で用いることは望ましくないと考えられる。

これらの点を考慮し、過失相殺の要件である「債務の不履行に関して債権者に過失があったとき」について、損害軽減義務の発想を導入する観点から、債権者が合理的な措置を講じていれば、債務不履行による損害の発生及び拡大を防ぐことができたときという趣旨の文言に改めることが望ましいという考え方があがるため、前記問題提起をするものである。

なお、損害軽減義務の考え方をういた近時の判例としては、店舗の賃借人が賃貸人の修繕義務の不履行により被った営業利益相当の損害について賠償請求した事案に関し、「遅くとも、本件本訴が提起された時点においては、被上告人がカラ

オケ店の営業を別の場所で再開する等の損害を回避又は減少させる措置を何ら執ることなく、店舗部分における営業利益相当の損害が発生するにまかせて、その損害のすべてについての賠償を上告人らに請求することは、条理上認められないというべきであり、民法416条1項にいう通常生ずべき損害の解釈上、本件において、被上告人が上記措置を執ることができたと解される時期以降における上記営業利益相当の損害のすべてについてその賠償を上告人らに請求することはできないというべきである」と判示したものがある（最判平成21年1月19日民集63巻1号97頁）。

2 他の規定との関係

なお、債務不履行における「責めに帰すべき事由」（民法第415条後段）について、これを故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由と捉えずに、契約の拘束力を重視し、契約におけるリスク分配の枠外にある外在的な障害に基づく損害を免責する規定ととらえる見解（前記第2、3(2)（補足説明）1の[B案]）による場合、民法第418条の「過失」という文言を、そのまま維持してよいか検討が必要になるものと考えられる。

また、損害賠償の範囲や損害額の算定における各考え方においても、損害軽減義務の考え方を導入するものがあり、それらとの整合性にも留意する必要がある。

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第77条 契約違反を援用する当事者は、当該契約違反から生ずる損失（得るはずであった利益の喪失を含む。）を軽減するため、状況に応じて合理的な措置をとらなければならない。当該当事者がそのような措置をとらなかった場合には、契約違反を行った当事者は、軽減されるべきであった損失額を損害賠償の額から減額することを請求することができる。

第80条 当事者の一方は、相手方の不履行が自己の作為又は不作為によって生じた限度において、相手方の不履行を援用することができない。

○ドイツ民法

第254条（共働過失）

(1) 損害の発生に際して被害者の過失が共働したときは、賠償義務および履行すべき賠償の範囲は、諸事情によって、特に、いかなる範囲において一方または他方の当事者によって主として損害が惹起されたかによって定まる。

(2) 債務者が知らず、かつ知ることを要しない異常に大きな損害についての危険を被害者が債務者に知らせなかったこと、または被害者が損害を防止もしくは軽減しなかったことについて被害者の過失があるときも、同様である。この場合においては、278条の規定を準用する。

○フランス民法

規定なし

○フランス民法改正草案

カタラ草案1350条

被害者が自発的に損害を引き起こしたときは、被害者はあらゆる賠償から除外される。

カタラ草案1351条

一部免責は、被害者のフォートが損害の発生に寄与していた場合にのみ生じ得る。身体の完全性に対する侵害の場合に関しては、重大なフォートのみが一部免責をもたらす得る。

カタラ草案1373条

被害者が、確実で、合理的で、相応な手段によって、損害の範囲を縮小しまたはその拡大を回避することが可能であったときは、その手段が被害者の身体の完全性に対し侵害を及ぼす性質のものでない限り、賠償額の減額によってその懈怠が考慮される。

○ヨーロッパ契約法原則

9：504条 被害当事者に帰すべき損害

不履行当事者は、被害当事者が被った損害につき、被害当事者が不履行またはその結果に寄与した限度において、責任を負わない。

9：505条 損害の軽減

(1) 不履行当事者は、被害当事者が被った損害につき、被害当事者が合理的な措置を講じていればその損害を軽減することができた限度において、責任を負わない。

(2) 被害当事者は、損害を軽減するために要した合理的な費用の賠償を請求する権利を有する。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7. 1. 2条 (債権者による妨害)

当事者は、相手方の不履行が、自己の作為もしくは不作為により生じたとき、または自己がそのリスクを負担すべきその他のできごとにより生じたときは、その限りにおいて、相手方の不履行を主張することができない。

第7. 4. 7条 (債権者に部分的に帰せられる損害)

損害が、債権者の作為もしくは不作為、または債権者がそのリスクを負担する他のできごとに部分的に起因するときは、損害賠償の額は、各当事者の行為を考慮し、それらの要素が当該損害に寄与した限りで減額される。

第7. 4. 8条 (損害の軽減)

(1) 債務者は、債権者のこうむった損害につき、その債権者が合理的な措置を講ずることにより当該損害を軽減しえた限度において、賠償の責任を負わない。

(2) 債権者は、損害を軽減すべく合理的に費やした費用の返還を請求する権利を有する。

(関連論点)

損害の発生・拡大に関する防止費用の請求権の規定の要否

過失相殺の規定に関連して、債権者は、債務者に対し、損害の発生又は拡大を防

止するために要した費用を合理的な範囲内で請求できるという規定を設けることが望ましいという考え方がある（ヨーロッパ契約法原則9：505条(2)，ユニドロワ国際商事契約原則第7．4．8条(2)参照）が，どのように考えるか。

(2) 効果

民法第418条は，過失相殺の効果について，債権者に過失が認められる場合にはこれを必ず考慮するものとし，また，損害額の減額だけでなく，責任の免除をも可能としている（必要的減免）。

この点については，同じ公平の原則と信義則に基づく制度である不法行為の過失相殺（民法第722条第2項）が，任意的な軽減しか認めていないこととの不均衡が指摘されており，債権者の過失の考慮を「必要的」とする点については，運用を硬直化すると批判がされ，また，責任の免除まで認める点については，債務不履行一般に「債務者の責めに帰すべき事由」を必要とする現行法の下では債権者の過失により責任を免除することまで認めることは不要であるとの批判がされている。

そこで，民法第418条の効果を必要的減免から任意的軽減に改めることが望ましいという考え方があるが，どのように考えるか。

（補足説明）

問題提起の趣旨

民法第418条は，債務不履行に関し債権者に過失が認められる場合には，必ずその過失を考慮しなければならないとしている上，債権者の過失に基づき債務者の債務不履行責任を免除することも認めている（必要的減免）。

この点については，同じ公平の原則と信義則に基づく制度である不法行為の過失相殺（民法第722条第2項）が任意的な軽減しか認めていないこととの不均衡が指摘されており，具体的には以下のような批判がされている。

すなわち，債権者の過失の考慮を「必要的」とする点については，公平の原則と信義則に基づく制度の内容を硬直化すると批判がある。

また，債務不履行責任の免除まで認める点については，民法第415条が条文上「債務者の責めに帰すべき事由」を履行不能にしか要求していないことから，債務者に過失なく債務不履行責任が成立する場合があります。これを考慮して立法されたものとされるところ，判例が，履行不能に限らずすべての債務不履行に「債務者の責めに帰すべき事由」を要求している現在においては（前記第2，3(1)参照），そのような考慮は不必要であるとの批判がある。

これらの批判を踏まえて，民法第418条の効果を必要的減免から任意的軽減に改めることが望ましいという考え方があるため，前記問題提起をするものである。

なお，比較法については，前記第2，5(1)（比較法）参照。

6 損益相殺

裁判実務上、債務不履行により債権者が利益を得た場合、その利益の額を賠償されるべき損害額から控除すること(損益相殺)が異論なく行われているが、現行法は、この点について何ら規定を置いていない。そこで、損益相殺に関する規定を設けることが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

問題提起の趣旨

裁判実務上、債務不履行により債権者が得た利益の額を損害額から控除すること、すなわち損益相殺が認められることに異論はないところ、現行法は、この点について何ら規定を置いていない。そのため、債務不履行による損害賠償の損害額を決する重要な法理である損益相殺に関する規定を設けることが望ましいという考え方があるため、前記問題提起をするものである。

7 金銭債務の特則(民法第419条)

(参照・現行条文)

○(金銭債務の特則)

民法第419条 金銭の給付を目的とする債務の不履行については、その損害賠償の額は、法定利率によって定める。ただし、約定利率が法定利率を超えるときは、約定利率による。

2 前項の損害賠償については、債権者は、損害の証明をすることを要しない。

3 第1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。

(1) 要件の特則：不可抗力免責について

民法第419条第3項は、金銭債務の不履行について不可抗力免責を否定しているが、例えば、債務者が大震災の被害に遭った場合等、金銭債務においても不可抗力免責を認めることが妥当な場面が存在するとの批判がある。そこで、金銭債務の不履行について不可抗力免責を否定する民法第419条第3項を削除し、金銭債務の債務者にも債務不履行の一般則による免責の余地を認めることが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

問題提起の趣旨

民法第419条第3項は、金銭債務の不履行について不可抗力免責を否定しており、絶対無過失責任を定めている。これは、「金銭に不能なし」(金銭が世界から消滅することはあり得ず、必ずどこかから調達できるという考え方)というヨーロッパ

パ大陸法の伝統をくむものと理解されている。

しかし、阪神・淡路大震災において、金銭債務について不可抗力免責を認めないことの不都合が露呈したことや、金銭債務の場合だけ責任を強化する根拠にも乏しいことなどに照らせば、民法第419条第3項を削除し、金銭債務の債務者にも債務不履行の一般則による免責の余地を認めることが望ましいという考え方があるため、前記問題提起をするものである

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

規定なし

○ドイツ民法

第288条(遅延利息)

- (1) 金銭債務は、遅滞の間、利息を付されなければならない。遅延利息は、基礎利率に年5パーセントを上乗せした額とする。
- (2) 消費者が関与していない法律行為においては、報酬請求権についての利息は、基礎利率に8%を上乗せした額とする。
- (3) 債権者は、異なる法的根拠に基づいて、より高い利息を請求することができる。
- (4) 追加的損害の主張は、排除されない。

○フランス民法

第1153条〔金銭債務の特則〕

- ① 一定の金額の支払いに限られる債務においては、履行の遅滞から生じる損害賠償は、もっぱら法定利率による利息の支払命令に存する。ただし、商事及び保証に固有の規則〔の適用〕を妨げない。
- ② この損害賠償は、債権者がなんらの損失も証明する義務を負うことなしに、義務づけられる。
- ③ この損害賠償は、支払いの催告の日からでなければ、義務づけられない。ただし、法律がそれを法律上当然に進行させる場合には、その限りでない。
- ④ 遅滞にある債務者が悪意によってその遅滞とは独立の損害を債権者に生じさせた場合には、債権者は、債権の遅延利息とは別個の損害賠償を受けることができる。

○フランス民法改正草案

司法省事務局草案179条

- (1) 一定の金額の支払いに限られる債務においては、履行の遅滞から生じる損害賠償は、商事および保証に特有の規則がない限り、法定利率による利息の支払命令による。
- (2) この損害賠償は、債権者が何らの損失も証明する義務を負うことなく、義務付けられる。
- (3) この損害賠償は、法律がそれを法上当然に進行させる場合を除き、支払の催告の日から、または十分な催告となる信書のような他の行為の日から、義務付けられる。
- (4) 遅滞にある債務者が悪意により遅滞とは独立の損害を生ぜしめたときは、債権者

は、債権の遅延利息とは別の損害賠償を得ることができる。

○ヨーロッパ契約法原則

9：508条 金銭支払いの遅延

- (1) 金銭の支払いが遅延したとき、被害当事者は、その額に対する弁済期から支払済みまでの利息を請求する権利を有する。この場合の利率は、支払地において契約上の支払通貨に適用される普通銀行の短期貸出最優遇金利の返金利率とする。
- (2) 被害当事者は、その他の損害があるときは、本節に基づき賠償が可能なかぎり、前項の損害に加えて、その賠償を請求することができる。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7. 4. 9条（金銭の不払に対する利息）

- (1) 債務者が弁済期に金銭の支払をしないときは、その不払が免責されるか否かを問わず、債権者は、弁済期から支払済みまでの、その額に対する利息を請求する権利を有する。
- (2) 利率は、支払地において支払通貨に対して広く適用される、銀行による最優遇短期貸出の平均的利率とし、そのような利率がその地に存在しないときは、支払通貨の発行国における同様の利率とする。いずれの地にもそのような利率が存在しないときは、利率は支払通貨の発行国の法により定められた適切な利率によるものとする。
- (3) 不払により、それ以上の損害が生じたときは、債権者は、追加的な損害賠償を請求する権利を有する。

(2) 効果の特則：利息超過損害の賠償について

民法第419条第1項は、金銭債務の不履行の場合において、法定利率あるいは約定利率により損害賠償の額を定めるところ、判例は、これらの利息を超過する損害の賠償を否定している（最判昭和48年10月11日判例時報723号44頁）。この点については、利息超過損害の損害額が多額に及ぶ事案もあり得るところ、その損害の立証が容易な事案についてまで、一律に利息超過損害の賠償を否定することは不合理であるなどの批判がされている。そこで、金銭債務の不履行について利息超過損害の賠償を認めることが望ましいとの考え方があるが、どのように考えるか。

（補足説明）

問題提起の趣旨

民法第419条第1項は、金銭債務の不履行の場合において、法定利率あるいは約定利率により損害賠償の額を定めるところ、判例は、これらの利息を超過する損害の賠償責任を否定している（最判昭和48年10月11日判例時報723号44頁）。この見解は、金銭の用途は多様であり損害の判断が困難であることや、金銭は相当利息の支払により調達可能であり、この調達利息をもって損害と見れば足りること、不可抗力免責を認めないこととの均衡を図ることなどを根拠とするものとされている。

しかし、現実には、利息超過損害の損害額が多額に及ぶ事案もあり得る（例えば、貸付債権の返済が得られなかったため、その返済資金を原資として行う予定だった取引ができなくなり多額の利益を逸した場合や債権の取立てに多額の費用を要した場合等）ところ、その損害の立証が容易な事案についてまで、一律に利息超過損害の賠償を否定することは、債権者の保護として不十分であるとの批判がある。近時の学説は、この点を踏まえて、様々な法律構成を用いて利息超過損害の賠償を肯定している（例えば、利息超過損害を民法第416条第2項の特別損害として処理する構成、債務の目的物である金銭とは別の権利・利益として債権者が有している財産・営業利益等に対する保護義務違反として処理する構成、信義則により民法第419条の援用を禁止する構成、債務者に故意がある場合や帰責事由がある場合には実損害の主張立証を認める余地があると解する構成等）。

さらに、金銭債務の債務不履行責任の成立要件を、金銭債務以外の債務不履行責任と同様にする場合（前記第2, 7(1)参照）には、その効果についても、金銭債務以外の債務不履行の効果と同様にするのが望ましいという指摘もある。

これらの点を踏まえて、金銭債務の不履行における利息超過損害の賠償を認めることが望ましいという考え方があるため、前記問題提起をするものである。

なお、比較法については、前記第2, 7(1)（比較法）参照。

第3 契約の解除

1 総論

契約の解除の規定に関しては、どのような点に留意して検討を行う必要があるか。

現行法は、契約の解除に関して、解除権の行使（第540条）、履行遅滞等による解除権（第541条）、定期行為の履行遅滞による解除権（第542条）、履行不能による解除権（第543条）、解除権の不可分性（第544条）、解除の効果（第545条）、契約の解除と同時履行（第546条）、催告による解除権の消滅（第547条）及び解除権者の行為等による解除権の消滅（第548条）の各規定を置いているところ、これらの規定については、後記第3, 2から6までに記載のような問題点が指摘されている。これらの点を含め、契約の解除に関する規定の全般的な見直しに当たっては、どのような点に留意して検討をすべきか。

（参照・現行条文）

○（解除権の行使）

民法第540条 契約又は法律の規定により当事者の一方が解除権を有するときは、その解除は、相手方に対する意思表示によってする。

2 前項の意思表示は、撤回することができない。

○（履行遅滞等による解除権）

民法第541条 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

の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。

○（定期行為の履行遅滞による解除権）

民法第542条 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又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、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したときは、相手方は、前条の催告をすることなく、直ちにその契約の解除をすることができる。

○（履行不能による解除）

民法第543条 履行の全部又は一部が不能となったときは、債権者は、契約の解除をすることができる。ただし、その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。

○（解除権の不可分性）

民法第544条 当事者の一方が数人ある場合には、契約の解除は、その全員から又はその全員に対してのみ、することができる。

2 前項の場合において、解除権が当事者のうちの一人について消滅したときは、他の者についても消滅する。

○（解除の効果）

民法第545条 当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う。ただし、第三者の権利を害することはできない。

2 前項本文の場合において、金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付さなければならない。

3 解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げない。

○（契約の解除と同時履行）

民法第546条 第533条の規定は、前条の場合について準用する。

○（催告による解除権の消滅）

民法第547条 解除権の行使について期間の定めがないときは、相手方は、解除権を有する者に対し、相当の期間を定めて、その期間内に解除をするかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、その期間内に解除の通知を受けないときは、解除権は、消滅する。

○（解除権者の行為等による解除権の消滅）

民法第548条 解除権を有する者が自己の行為若しくは過失によって契約の目的物を著しく損傷し、若しくは返還することができなくなったとき、又は加工若しくは改造によってこれを他の種類の物に変えたときは、解除権は、消滅する。

2 契約の目的物が解除権を有する者の行為又は過失によらないで滅失し、又は損傷したときは、解除権は、消滅しない。

2 債務不履行解除の不履行態様等に関する要件の整序（民法第541条から第543条まで）

現行民法は、債務不履行による解除における不履行態様等に関する要件に関し、第541条において「当事者の一方がその債務を履行しない場合」における催告解除を、第542条において定期行為の履行遅滞における無催告解除を、第543条において「履行の全部又は一部が不能となったとき」における無催告解除をそれぞれ規定しているところ、伝統的理論は、第541条を主に履行遅滞の規定、第543条を履行不能の規定と整理している。

しかし、これらの規定内容や伝統的理解の整理では、必ずしも十分な規範が示されていないとの指摘がある。例えば、第541条及び第543条は、不履行に陥った債務の内容について何ら限定を設けていないところ、判例は、付随的義務違反による解除を否定するなどしており、条文の文言とは必ずしも整合しない解釈を示している。また、現行法は、追完の不履行による解除の場面について何ら規定を置いておらず、この点は専ら解釈にゆだねられている。さらに、現行法の規定だけでは、履行期前の履行拒絶による解除の可否等が不明確であり、この点についても解釈にゆだねられている。

このように、現行法における債務不履行解除の不履行態様等に関する要件についての規定内容は、判例法理と条文のそご、規定の不備等により、必ずしも十分とは言えない状況にある。このことを踏まえて、債務不履行解除の不履行態様等に関する要件を整序する方向で検討することが考えられるが、どうか。

（参照・現行条文）

○（履行遅滞等による解除権）

民法第541条 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その履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。

○（定期行為の履行遅滞による解除権）

民法第542条 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又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、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したときは、相手方は、前条の催告をすることなく、直ちにその契約の解除をすることができる。

○（履行不能による解除）

民法第543条 履行の全部又は一部が不能となったときは、債権者は、契約の解除をすることができる。ただし、その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。

（補足説明）

問題提起の趣旨

現行民法は、債務不履行による解除における不履行態様等に関する要件に関し、民法第541条から第543条までの3つの条文を置いている。これらの規定の適用関係について、伝統的理論は、民法第541条が主に履行遅滞による催告解除を規定したもの、民法第542条が定期行為（契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又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）の履行遅滞による無催告解除を規定したもの、民法第543条が履行不能による無催告解除を規定したものと整理している。

しかし、この規定内容や伝統的理論の整理では、必ずしも十分な規範が示されていないとの指摘がある。例えば、第541条及び第543条は、不履行に陥った債務の内容について何ら限定を設けていないところ、判例は、付随的義務違反による解除を否定するなどしており、条文の文言とは必ずしも整合しない解釈を示している。また、現行法は、追完の不履行による解除の場面について何ら規定を置いていない。そのため、この点は専ら解釈にゆだねられているところ、伝統的理論は、追完可能な場合は履行遅滞の要件に、追完不能な場合は履行不能の要件に準じて判断すると解しているが、このような解釈を条文の文言から読み取ることは困難である。さらに、現行法の規定では、履行期前の履行拒絶による解除の可否等が不明確であり、この点も解釈にゆだねられている。

このように、現行法における債務不履行解除の不履行態様等に関する要件についての規定内容は、判例法理と条文のそご、規定の不備等により、必ずしも十分とは言えない状況にある。そこで、債務不履行による解除権の重要性にかんがみ、後記(1)から(5)までの具体的論点の検討を踏まえて、債務不履行解除の不履行態様等に関する要件を整序する方向で検討することが考えられるが、どうか。

(1) 民法第541条「債務を履行しない場合」の限定の要否

現行民法は、第541条において、「債務を履行しない場合」に催告の上、解除できると規定しており、伝統的理論は、これを主に履行遅滞に関する規定と理解しているところ、同条は、履行しない「債務」の内容を何ら限定していない。しかし、判例は、付随的義務等の義務違反の場合には、解除の効力を否定しており、条文の文言と裁判実務上の取扱いが必ずしも整合していない状況にある。

そこで、条文の文言と裁判実務上の取扱いのそごを是正するとともに、同条による解除が認められる場面を適切に規律する要件（例えば、「重大な不履行（義務違反）」等の要件）を設けることが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

（補足説明）

1 問題提起の趣旨

現行法は、債務不履行解除の要件として、民法第541条において、「債務を履行しない場合」に催告の上、解除できると規定している。このように、条文の文

言上は、履行しない「債務」の内容に何ら限定がないため、主たる債務が完全に履行されていても付随的義務等の履行がされていなければ、催告の上、解除が可能であると読むことができる。

しかし、以下のとおり判例は、付随的義務等の義務違反しか認められない場合には、解除の効力を否定しており、条文の文言と裁判実務上の取扱いが必ずしも整合していない状況にある。

そこで、条文の文言と裁判実務上の取扱いのそごを是正するとともに、債務不履行解除が認められる範囲を適切に規律する要件を設けることが望ましいという考え方がある。

2 判例

付随的義務と解除に関する判例には、以下のようなものがある。

- ① 「公租公課及利息支払の義務は附随のものにして上告人の遅滞したりと認定せられたる分は而も其の一部に過ぎず法律が債務の不履行に因る契約の解除を認むるは契約の要素を為す債務の履行なく契約を為したる目的を達すること能わさる場合を救済せんか為めにして本件に付て云えは上告人か売買代金の支払に付き遅滞に在る場合に於ては被上告会社は之を理由として契約を解除しうへきも以上の如き附随的の義務を怠りたる場合の如きは特別の約定なき限り解除し得さるものと謂わさるへからず」と判示し、売買契約における公租公課及び利息支払債務の不履行による解除を否定した事案（大判昭和13年9月30日民集17巻1775頁）
- ② 「法律が債務の不履行による契約の解除を認める趣意は、契約の要素をなす債務の履行がないために、該契約をなした目的を達することができない場合を救済するためであり、当事者が契約をなした主たる目的の達成に必須的でない付随的義務の履行を怠ったに過ぎないような場合には、特段の事情の存しない限り、相手方は当該契約を解除することができない」と判示し、売買契約における租税負担義務違反による解除を否定した事案（最判昭和36年11月21日民集15巻10号2507頁）
- ③ 土地の売買契約において、所有権移転登記手続は代金完済と同時にし、代金完済までは買主はこの土地の上に建物等を築造しない旨の付随的約款がつけられている場合にあつて、この約款は契約締結の目的には必要不可欠なものではないが、売主にとって代金の完全な支払の確保のため重要な意義をもち、買主もこの趣旨のもとに合意したことに照らせば、「約款の不履行は契約締結の目的の達成に重大な影響を与えるものであるから、このような約款の債務は売買契約の要素たる債務にはいり、これが不履行を理由として売主は売買契約を解除することができる」と判示し、売買契約の付随的約款であっても、具体的事情の下では、契約目的達成に重要な影響を与え、要素たる債務に入るとして解除を肯定した事案（最判昭和43年2月23日民集22巻2号281頁）
- ④ 「宅地に転用するための農地の売買契約につき、買主が農地法5条による許可申請手続に協力しない場合であっても、同人が右売買代金の支払をすでに完

了しているときは、特段の事情のないかぎり、売主は買主が右協力をしないことを理由に売買契約を解除することはできない」と判示した事案（最判昭和51年12月20日民集30巻11号1064頁）

- ⑤ ゴルフクラブ入会契約において、会員募集のパンフレットに高級ホテルが建設されることが強調され、入会金等もそれに相応して高額だったにもかかわらず、実際に提供された施設が同パンフレット記載の高級ホテルに到底及ばなかった場合には、同「入会契約を締結した目的を達成できない可能性があることがうかがわれる。これらの事実、被上告人において、前記パンフレットに記載されたホテル等の施設を設置して会員の利用に供することが本件入会契約上の債務の重要な部分を構成するか否かを判断するに当たって考慮される必要のある事実である」旨判示して、解除を否定した原審を破棄し差し戻した事案（最判平成11年11月30日判例タイムズ1024号150頁）

3 具体的な要件設定

以上の判例を前提に、解除が認められる場面を適切に規律する要件の具体例としては、以下のような考え方がある。

[A案] 不履行・義務違反の程度により要件設定する考え方

[A-1案] 「重大な不履行（義務違反）」を要件とし、その定義規定を設ける考え方

[A-2案] 「重大な不履行（義務違反）」を要件とし、それを判断する際の考慮要素を列挙する考え方

[A-3案] 「契約の目的を達成できないこと」を要件とする考え方

[B案] 不履行となった債務の質により要件設定する考え方（「要素たる債務であること」を要件とする考え方）

なお、実務における主張立証責任の所在等を考慮し、いずれの案においても、それぞれの要件をただし書として規定する考え方があり得る。

[A案] は、不履行や義務違反の程度により要件を設定する考え方である。

このうち、[A-1案] 及び [A-2案] は、「重大な不履行（義務違反）」を解除の要件とする考え方である。この立場は、前記判例①②を踏まえ、判例は債務不履行解除の要件について、i) 契約の要素たる債務（要素をなす債務）の履行がないこと、ii) そのため契約の目的を達成することができないこと、という定式を確立しているとした上で、「要素」という用語の歴史的沿革に由来する多義性や、前記判例③に見られるように、付随的約款を上記定式i) の「要素たる債務」とする特段の事情の判断要素と上記定式ii) における契約目的不達成との関係の不明確性等から、上記定式i) ii) をそのまま要件として明文化するのは得策ではなく、これらを包摂する概念として「重大な不履行（義務違反）」という要件を設けることが望ましいとするものである。「重大な不履行（義務違反）」という概念は、比較法的に用いられることが多い。

この考え方に対しては、「重大な不履行（義務違反）」という概念が抽象的にすぎるという批判があるため、[A-1案] 及び [A-2案] は、それぞれ以下のよ

うに対応する。

[A-1案]は、「重大な不履行（義務違反）」の具体的な内容を定義する規定を設ける考え方であり、国際物品売買契約に関する国際連合条約第49条、第25条やヨーロッパ契約原則9：301条、8：103条等が採用している。

[A-2案]は、「重大な不履行（義務違反）」の判断要素を列挙する考え方であり、ユニドロワ国際商事契約原則第7.3.1条等が採用している。

[A-1案]や[A-2案]の考え方を採用する場合には、具体的な定義の内容や列挙する判断要素を検討する必要がある。

また、[A-1案]及び[A-2案]に対しては、現行民法が、売買の瑕疵担保責任を規定する第570条・第566条等において、「契約をした目的を達することができないとき」という要件を規定していることと整合しないという批判があり得る。

これに対して、[A-1案]及び[A-2案]は、第566条については、売買の目的物が他人の権利の目的となっているという特定の不履行態様を問題としており、そのような他人の権利の目的となっていない目的物を給付するということが売買契約の要素たる債務になっていると理解できるため、判例の定式と矛盾しないと反論する。

[A-3案]は、「契約の目的を達成できないこと」を解除の要件とすることにより、付随的義務違反等による解除を否定しようとする考え方である。現行民法は、売買の瑕疵担保責任を規定する第570条・第566条において、解除の要件として「契約をした目的を達することができないとき」と定めていることと適合的な考え方である。

この考え方に対しては、判例が上記i) ii)の定式を確立していることに反し、判例法理との乖離が生じるとの批判がある。

これに対して、[A-3案]からは、前記判例③は附随的約款が要素たる債務に入る理由について「契約締結の目的の達成に重大な影響を与えるものであるから」と判示していることに照らせば、上記判例定式のi)とii)の認定は表裏一体のものであるから、「契約の目的を達成できないこと」という要件のみでも判例法理との乖離は生じないという反論が考えられる。

[B案]は、「要素たる債務」の不履行であることを解除の要件とすることで、付随的義務違反等による解除を否定しようとする考え方である。判例が繰り返し用いる「要素たる債務」という概念を明文化するものである。

この考え方に対しては、「要素」という用語の意味が歴史的沿革に由来して多義的である、上記判例定式を適切に明文化することができないなどの批判があり得る。

なお、上記のとおり、これらのいずれの考え方においても、実務における主張立証責任等を考慮し、各考え方が提唱する要件をただし書として規定することも考えられる。

4 定期行為の履行遅滞による無催告解除（民法第542条）との関係

民法第542条は、定期行為の履行遅滞による無催告解除を規定している。前記各考え方の下における同条の位置付けは、以下のように考えられる。

[A-1案]の下では、「重大な不履行（義務違反）」と認められる具体例の一つと位置付けられると考えられる。

[A-2案]の下でも、「重大な不履行（義務違反）」と認められる具体例の一つとして、「重大な不履行（義務違反）」の考慮要素とは別に、直ちに無催告解除を認める規定として位置付けられると考えられる。

[A-3案]の下では、「契約の目的を達成できない」と認められる具体例の一つとして位置付けられると考えられる。

[B案]の下では、定期行為が「要素たる債務」の具体例の一つとして位置付けられると考えられる。

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第49条(1) 買主は、次のいずれかの場合には、契約の解除の意思表示をすることができる。

(a) 契約又はこの条約に基づく売主の義務の不履行が重大な契約違反となる場合

(b) 引渡しがない場合において、買主が第47条(1)の規定に基づいて定めた付加期間内に売主が物品を引き渡さず、又は売主が当該付加期間内に引き渡さない旨の意思表示をしたとき。

第64条(1) 売主は、次のいずれかの場合には、契約の解除の意思表示をすることができる。

(a) 契約又はこの条約に基づく買主の義務の不履行が重大な契約違反となる場合

(b) 売主が前条(1)の規定に基づいて定めた付加期間内に買主が代金の支払い義務若しくは物品の引渡しの受領義務を履行しない場合又は買主が当該付加期間内にそれらの義務を履行しない旨の意思表示をした場合

第25条 当事者の一方が行った契約違反は、相手方がその契約に基づいて期待することができたものを実質的に奪うような不利益を当該相手方に生じさせる場合には、重大なものとする。ただし、契約違反を行った当事者がそのような結果を予見せず、かつ、同様の状況の下において当該当事者と同種の合理的な者がそのような結果を予見しなかったであろう場合は、この限りでない。

○ドイツ民法

第323条 (履行がないことまたは契約に従わずになされた履行に基づく解除)

(1) 双務契約において債務者が履行期に履行をせずまたは契約に従った履行をしなかったときは、債権者に対し履行または追完履行のために相当な期間を定めたにもかかわらずそれを徒過した場合には、債権者は契約を解除できる。

(2) 以下の場合には、期間の指定は不要である。

1 債務者が履行を真意からかつ終局的に拒絶したとき。

2 債務者が契約で定められた期日または定められた期間内に履行をせず、かつ債

権者が契約において履行利益の存続を履行の適時性に結び付けていたとき。

3 両当事者の利益を考慮して即時の解除が正当化される特別の事情が存在するとき。

(3) 義務違反の態様によって期間の指定が問題とならないときは、それに代えて催告が行われる。

(4) 債権者は、解除の要件が満たされるであろうことが明らかなきときは、履行期の到来前に解除をすることができる。

(5) 債務者が一部の履行をしたときは、債権者は、一部の履行に債権者が利益を有していない場合にのみ、契約全部を解除することができる。債務者が契約に従った履行をしなかったときは、債権者は、義務違反が重大でない場合には、契約を解除することができない。

(6) 債権者が自己に解除権を生ぜしめた事情について単独であるいは主として責任を負う場合、または債務者の責に帰すべからざる事情が債権者が受領を遅滞しているときに生じた場合には、解除は排除される。

第324条（241条2項に基づく義務の違反による解除）

債務者が双務契約において241条2項に基づく義務に違反したときは、契約への拘束が債権者に期待され得ない場合には、債権者は解除をすることができる。

第241条（債権債務関係から生じる義務）

(1) (略)

(2) 債権債務関係は、その内容に従って、各当事者に対し、他方当事者の権利、法益および利益に対する考慮を義務付け得る。

○フランス民法

第1183条〔解除条件の意義・効果〕

① 解除条件は、それが成就するときに債務の消去をもたらし、債務が存しなかった場合と同一の状態に物を復する条件である。

② 解除条件は、債務の履行をなんら停止しない。この条件は、それが予定した出来事が到来する場合に、債権者が受領したものを返還することのみをその者に義務づける。

第1184条〔双務契約の解除：裁判上の請求〕

① 解除条件は、双務契約において、両当事者の一方がその約務をなんら満たさない場合についてつねに予定されている。

② この場合には、契約は、なんら法律上当然に解除されない。約務の履行をなんら受けなかった当事者は、あるいはそれが可能であるときは合意の履行を他方当事者に強制し、あるいはその解除を損害賠償とともに請求する選択権を有する。

③ 解除は、裁判上で請求しなければならない。被告には、状況に従って期間を付与することができる。

○フランス民法改正草案

カタラ草案1158条

(1) あらゆる契約において、債務負担の約束が履行されないまたは不完全に履行され

た当事者は、債務負担の約束の強制履行を求め、契約の解除を主張し、または損害賠償を、場合によっては履行または解除に加えて、請求する旨の選択権を有する。

(2) 解除を選択する場合、債権者は、裁判官にそれを請求し、または、債務負担の約束を満足させることにつき、債務者がそうしないことにより債権者に契約を解除する権利が認められる相当な期間内に、不履行に陥っている債務者に対し自ら催告することができる。

(3) 不履行が継続する場合、債権者は、債務者に対して契約の解除およびそれを基礎付ける理由を通知する。これは、相手方による通知の受領の時に効力を生じる。

司法省事務局草案165条

契約の解除は、解除条項の適用により、債権者から債務者への通知により、または裁判における請求によって、生じ得る。

司法省事務局草案168条

(1) 不履行が債権者から契約利益を失わせるときは、相当な期間内に債務負担の約束を履行することを不履行に陥った債務者に催告することができる。

(2) 催告は、債務者によってその債務負担の約束が履行されなければ、債権者がその責任において契約を解除する権利を有することになる明確な方法について、催告が言及しているときにのみ、効力を生じる。

(3) 債務者は、催告期間において、解除に異議を唱えるために裁判官に対し急速審理を申し立てることができる。この手続きは、解除を停止する。

(4) 不履行が継続しかつ裁判官による差押えがないときときは、債権者は、債務者に対して契約の解除およびそれを基礎付ける理由を通知する。これは、他方当事者による通知の受領の時に効力を生じる。

○ヨーロッパ契約法原則

9：301条 契約を解消する権利

(1) 当事者の一方は、相手方の不履行が重大なときは、契約を解消することができる。

(2) 履行の遅延の場合には、被害当事者は、8：106条3項に基づいて契約を解消することもできる。

8：103条 重大な不履行

債務の不履行は、次の各号のいずれかに該当する場合には、契約にとって重大である。

(a) 債務の厳格な履行が当該契約にとって本質的な要素である場合

(b) 不履行によって、被害当事者が当該契約の下で正当に期待することのできたものを実質的に奪われる場合。ただし、相手方がそのような結果を予見しておらず、かつ合理的に予見することができなかつた場合を除く。

(c) 不履行が故意にされ、かつ、これにより、被害当事者が相手方の将来の履行を期待できないと合理的に信じた場合

8：106条 履行のための付加期間を定める通知

(3) 履行の遅滞が重大でない場合において、被害当事者が合理的な長さの付加期間を定める通知をしたときは、被害当事者は、その期間が満了した時に、契約を解消す

ることができる。被害当事者は、その通知において、通知により定められた期間内に相手方が履行しないときに契約が自動的に解消される旨を定めることができる。定められた期間が著しく短いときは、通知の時から合理的な期間が経過した後はじめて、被害当事者は契約を解消することができ、または、契約が自動的に解消される。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7. 3. 1条 (契約の解除権)

- (1) 当事者の一方は、相手方の契約上の債務の不履行が、重大な不履行にあたるときは、その契約を解除することができる。
- (2) 債務の不履行が重大な不履行にあたるか否かを判断するにあたっては、特に次の各号に定める事情が考慮されなければならない。
 - (a) その不履行が、当該契約のもとで債権者が当然に期待することができたものを実質的に奪うことになるか否か。ただし、債務者が、そのような結果を予見せず、かつ、合理的に予見することができなかつたときはこの限りではない。
 - (b) その債務の厳格な履行が、当該契約のもとで、不可欠な要素であったか否か。
 - (c) その不履行が、意図的または無謀なものであったか否か。
 - (d) その不履行が、債権者に、債務者の将来の履行はあてにできないと信ずる根拠を与えているか否か。
 - (e) 契約が解除されたときに、債務者が、準備や履行のための行為を行ったことにより過剰な損失をこうむることになるか否か。
- (3) 履行の遅延の場合において、第7. 1. 5条のもとで付与された付加期間の満了までに債務者が履行しないときにも、債権者は契約を解除することができる。

第7. 1. 5条 (履行のための付加期間)

- (1) 不履行のときには、債権者は、債務者への通知により、履行のための付加期間を付与することができる。
- (2) (略)
- (3) 履行の遅延が重大でない場合に於いて、債権者が合理的な長さの付加期間を付与する旨通知したときは、債権者はその期間満了時に契約を解除することができる。付与された付加期間の長さが合理的でないときは、それは合理的な長さに延長される。債権者は、その通知において、債務者が通知により付与された期間内に履行しないときは契約は自動的に解除される旨定めることができる。
- (4) 前項の規定は、履行されていない債務が、債務者の契約上の債務の些細な部分にすぎないときはこれを適用しない。

(関連論点)

催告要件 (民法第541条) の位置付け

民法第541条は、解除のための手続的要件として、「相当の期間を定めてその履行の催告を」することが必要と規定している。この点について、前記の考え方に従い解除要件としての債務不履行の範囲を限定した場合、それに加えて更に催告要件

が必要なのかという問題意識が示されている。この問題は、以下のとおり、履行遅滞において無催告解除を認めるか否かという点にも関連する。前記各考え方における催告要件の位置付けについて、どのように考えるか。

① [A案]

不履行や義務違反の程度により要件設定する [A案] の下における催告要件の位置付けについて、例えば、以下のような考え方がある。

[A-a案] 催告解除を規定しない考え方

催告後、相当期間が経過しても履行がないという事情は、「重大な不履行(義務違反)」や「契約の目的を達成できないこと」等の有無を判断するための一事情として位置付けられるから、催告要件は「重大な不履行(義務違反)」や「契約の目的を達成できないこと」等の判断内容に解消されるとし、あえてこれとは別に催告手続を規定する必要がないとする考え方である。

この考え方によれば、履行遅滞の場合であっても、その程度が「重大な不履行(義務違反)」あるいは「契約の目的を達成できないこと」等と評価できる限り、催告手続を経ることなく解除することが可能となり、原則として催告手続を必要とする現行法(民法第541条)とは異なることとなる。

この考え方に対しては、現行法との乖離が大きい上、解除の可否を裁量的判断にゆだねることとなり予測可能性が低くなるとの批判があり得る。

[A-b案] 催告解除を規定する考え方

催告解除を規定する現行法との連続性を重視するとともに、催告要件の判断要素としての明確性を重視し、催告解除の規定を維持する考え方である。催告手続を経た場合は「重大な不履行(義務違反)」や「契約の目的を達成できないこと」等があると考えるものである。

「重大な不履行(義務違反)」や「契約の目的を達成できないこと」等という要件による解除との関係については、理論的には、両者を併存させて債権者の選択権を認める立場([A-b①案])と、履行遅滞においては、必ず催告手続を経る必要があるとして、「重大な不履行(義務違反)」や「契約の目的を達成できないこと」等を理由とした無催告解除を認めないという立場([A-b②案])があり得る。前者は、債権者保護を重視し、後者は、現行法との連続性を重視する立場と言える。

この考え方に対しては、それ自体重大な義務違反あるいは契約目的不達成などとは言えない債務不履行についても、催告後相当期間経過という形式的な事情のみで解除を認めることとなり、契約の拘束力を弱める上、付随的義務違反による解除を否定する判例との乖離が生じるとの批判があり得る。

この批判を受けて、催告解除が商取引において契約からの迅速な離脱を確保するために認められたという歴史的経緯を重視し、催告解除が認められる場面を、迅速性が要求される取引等一定の場面に限定するという考え方もあり得る。

[A-c案] 催告後相当期間経過時点における成立要件の有無を検討し解除の

可否を決する規定を設ける考え方

この考え方は、[A-b案]では、催告後相当期間経過までの当事者間の交渉経緯を評価せずに解除を認める点で硬直的な運用がなされ、契約の拘束力を弱めると考え、催告後相当期間が経過した時点で、それまでの当事者間における履行に向けた交渉内容等を加味して、「重大な不履行（義務違反）」や「契約の目的を達成できないこと」等の有無を検討し、解除の可否を決するという考え方である。

この考え方においても、「重大な不履行（義務違反）」や「契約の目的を達成できないこと」等による無催告解除との関係については、[A-b案]と同様、理論的には、併存させて選択権を認める立場（[A-c①案]）と、催告を経た「重大な不履行（義務違反）」や「契約の目的を達成できないこと」等による解除しか認めない立場（[A-c②案]）があり得る。

この考え方に対しては、解除の可否を裁量的判断にゆだねることになるという批判があり得る。

さらに、「重大な不履行（義務違反）ではないこと」や「契約の目的を達成できないこと」等を抗弁事由とする考え方の下では、例えば、以下のような考え方がある。

[A-d案] 催告要件を規定しない考え方

[A-a案]と同様、催告の有無を抗弁事由としての「重大な不履行（義務違反）」や「契約の目的を達成できないこと」等の有無の判断に解消する考え方である。

[A-e案] 催告要件を具備した場合は「重大な不履行（義務違反）ではないこと」や「契約の目的を達成できること」等という抗弁を認めない考え方

[A-b案]と同様、催告要件を具備しただけで解除を認め、「重大な不履行（義務違反）ではないこと」や「契約の目的を達成できること」等という抗弁を認めない考え方である。この立場においても、催告手続を経ない解除と併存させ選択権を認める立場（[A-e①案]）と、催告手続を経ない解除を認めない立場（[A-e②案]）があり得る。

[A-f案] 催告要件を規定し、これに対する「重大な不履行（義務違反）ではないこと」や「契約の目的を達成できないこと」等という抗弁を認める考え方

[A-c案]と同様、催告要件を具備した場合でも、それまでの交渉内容等を踏まえて「重大な不履行（義務違反）ではないこと」や「契約の目的を達成できないこと」等の有無を判断するという考え方である。この立場においても、催告手続を経ない解除と併存させ選択権を認める立場（[A-f①案]）と、催告手続を経ない解除を認めない立場（[A-f②案]）があり得る。

なお、[A案]の中には、原則として、「重大な不履行（義務違反）」や「契約の目的を達成できないこと」等を解除の積極的要件とし、例外的に、契約からの迅

速な離脱が要求される取引等についてだけ「重大な不履行（義務違反）ではないこと」を抗弁事由とする考え方もある。

② [B案]

「要素たる債務」という不履行となった債務の質により要件設定する [B案] の下では、例えば、以下のような考え方があり得る。

[B-a案] 催告手続を不要とする考え方

遅滞に陥った債務の重要性にかんがみ、要素たる債務の履行遅滞があった場合は、無催告で解除できるという考え方である。

この考え方に対しては、要素たる債務であっても、わずかでも遅滞すれば直ちに解除できることとなり、債務者に酷であるとの批判があり得る。

[B-b案] 催告手続を必要とする考え方

現行法との連続性を重視し、要素たる債務の履行遅滞においても催告手続を経る必要があるとする考え方である。

この考え方に対しては、いかなる場合においても一律に催告を要求することは形式的であるという批判があり得る。

[B-c案] 催告手続を必要としつつ、例外的に無催告解除を認める考え方

[B-b案] を前提に、催告が不要と認められる場合を類型化し、例外的に無催告解除を認める考え方である。例外としては、明確な履行拒絶等が考えられる。

(2) 民法第543条「履行の全部又は一部が不能となったとき」の限定の要否

現行民法は、第543条において、履行不能による解除に関し、「履行の全部又は一部が不能となったとき」に無催告で解除できると規定している。このうち履行の一部不能については、条文上、解除が認められるための不能の範囲について何ら限定がないため、その文言からは、軽微な一部不能にすぎなくても契約全部の解除が可能と読めるという不都合がある。そのため、学説の多くは、履行不能となった部分を除いた残部の履行では契約の目的が達成できない場合に限り、契約全部の解除が認められると解しているが、条文の文言からそのような解釈を読み取ることは容易ではない。

そこで、同条による解除が認められる場面を適切に規律する要件(例えば、「重大な不履行（義務違反）」等の要件)を設けることが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

問題提起の趣旨

民法第543条は、履行不能による解除に関し、「履行の全部又は一部が不能となったとき」に無催告で解除できると規定している。このうち、履行の一部不能については、条文上、解除が認められるための不能の範囲について何ら限定がないため、その文言からは、ごく軽微な一部不能にすぎなくても契約全部の解除が可能である

かのように読めるという不都合がある。

そのため、学説の多くは、当事者間の信義則の観点や、同じく一部不能の場面である売主の担保責任の規定（民法第563条、第566条、第570条）が「残存する部分のみであれば買主がこれを買受けたとき」、「契約をした目的を達することができないとき」という要件を定めていることとの均衡の観点から、履行不能となった部分を除いた残部の履行では契約の目的を達成することができない場合に限り、契約全部の解除が認められると解釈している。しかし、このような要件を民法第543条の文言から読み取ることは困難である。

そこで、同条による解除が認められる場面を適切に規律する要件を設けることが望ましいという考え方がある。これは、民法第541条における「債務を履行しない場合」の限定の要否という論点（前記第3，2(1)）と問題意識を共通にするものであり、具体的な考え方としては、同論点における[A-1案]，[A-2案]，[A-3案]及び[B案]に対応する形で、本論点においても以下のように[A-1案]，[A-2案]，[A-3案]及び[B案]があり得る。

[A案] 不履行・義務違反の程度により要件設定する考え方

[A-1案] 「重大な不履行（義務違反）」を要件とし、その定義規定を設ける
考え方

[A-2案] 「重大な不履行（義務違反）」を要件とし、それを判断する際の考慮要素を列挙する考え方

[A-3案] 「契約の目的を達成できないこと」を要件とする考え方

[B案] 不履行となった債務の質により要件設定する考え方（「要素の債務であること」を要件とする考え方）

なお、実務における主張立証責任の所在等を考慮し、いずれの案においても、それぞれの要件をただし書として規定する考え方があり得る。

比較法は、前記第3，2(1)（比較法）参照。

(3) 不完全履行による解除

現行法には不完全履行と解除の関係についての一般的規定がない。そのため、伝統的理論は、民法第541条及び第542条を履行遅滞による解除の規定、同第543条を履行不能による解除の規定と解した上で、不完全履行が追完可能な場合には履行遅滞に準じて、追完不能な場合には履行不能に準じて扱えば足りると解してきた。

そこで、債務不履行解除の不履行態様等に関する要件を整序するに当たっては、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追加不能な不完全履行については履行不能に準じて扱うという方針を維持する方向で条文を整序することが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

問題提起の趣旨

現行法には不完全履行と解除との関係についての規定がない。そのため、伝統的理論は、民法第541条及び第542条を履行遅滞による解除を定める規定、民法第543条を履行不能による解除を定める規定と解した上で、不完全履行が追完可能な場合には、履行遅滞に準じて、追完不能な場合は、履行不能に準じて扱えば足りると解してきた。

そこで、債務不履行解除の不履行態様等に関する要件を整序するに当たっては、追完可能な不完全履行については履行遅滞に、追完不能な不完全履行については履行不能に準じて扱うという方針を維持する方向で条文を整序することが望ましいという考え方があるため、前記問題提起をするものである。

この方針によれば、民法第541条及び第543条における債務不履行の範囲を限定する前記各考え方（前記第3，2(1)(2)の各考え方）のいずれを採用した場合でも、不完全履行の追完可能性の有無に応じて、それらの考え方を当てはめれば足りることになる。もっとも、国際物品売買契約に関する国際連合条約第49条(1)のように、履行遅滞については催告解除と「重大な契約違反」による無催告解除の併存を認めるものの、追完可能な不完全履行については、不完全とはいえ一応の履行を行った債務者の利益を考慮する観点から、催告解除を認めないという立場もある。

比較法については、前記第3，2(1)（比較法）参照。

(4) 履行拒絶

現行民法は、債務者が債務の履行を終局的・確定的に拒絶した場合（履行拒絶）の債務不履行責任について特段の規定を置いていない。この点について、履行期よりも前に履行拒絶された場合や双務契約の両当事者が負担する債務の履行期が異なる場合において後履行義務者が履行拒絶したとき等に履行拒絶による債務不履行責任を認める実益があるため、履行期前に債務者が債務の履行を拒絶する意思を終局的・確定的に表明した場合を、債務不履行による解除権の成立要件の一つとして規定することが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか（填補賠償の要件に関し前記第2，2(4)参照）。

（補足説明）

問題提起の趣旨

現行民法は、債務者が債務の履行を終局的・確定的に拒絶した場合（履行拒絶）の債務不履行責任について特段の規定を置いていない。この点について、履行拒絶の場合も履行遅滞・履行不能の規定によって対処可能であり、独自の要件を設ける必要はないとの考え方もある。

しかし、履行期前の履行拒絶に関しては、履行期よりも前の時点で履行拒絶された場合や、双務契約の両当事者が負担する債務の履行期が異なる場合において後履行義務者が履行拒絶をしたとき等、履行期前の履行拒絶による債務不履行責任を認める実益があるとして、これを認めるべきとする考え方もある。前記第2，2(4)（補足説明）1記載のとおり、下級審判例には、履行期前の履行拒絶による解除を認め

たものがある（東京地判昭和34年6月5日下民集10巻6号1182頁）。そこで前記問題提起をするものである。

なお、履行期前の履行拒絶においては催告手続を経る必要があるという考え方もあり得る。

また、履行期経過後の履行拒絶についても、履行拒絶により無催告解除ができることを明確にできるため、履行期経過後の履行拒絶の規定を設けることが望ましいという考え方もあり得る。

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第72条(1) 当事者の一方は、相手方が重大な契約違反を行うであろうことが契約の履行期日前に明白である場合には、契約の解除の意思表示をすることができる。

(2) 時間が許す場合には、契約の解除の意思表示をする意図を有する当事者は、相手方がその履行について適切な保証を提供することを可能とするため、当該相手方に対して合理的な通知を行わなければならない。

(3) (2)の規定は、相手方がその義務を履行しない旨の意思表示をした場合には、適用しない。

○ドイツ民法

第323条（履行がないことまたは契約に従わずになされた履行に基づく解除）

(1) 双務契約において債務者が履行期に履行をせずまたは契約に従った履行をしなかったときは、債務者に対し履行または追完履行のために相当な期間を定めたにもかかわらずそれを徒過した場合には、債権者は契約を解除できる。

(2) 以下の場合には、期間の指定は不要である。

1 債務者が履行を真意からかつ終局的に拒絶したとき。

2 債務者が契約で定められた期日または定められた期間内に履行をせず、かつ債権者が契約において履行利益の存続を履行の適時性に結び付けていたとき。

3 両当事者の利益を考慮して即時の解除が正当化される特別の事情が存在するとき。

○フランス民法

規定なし

○フランス民法改正草案

司法省事務局草案169条

当事者は、履行期の前から他方当事者がその本質的な債務を履行し得ないということが明らかなきときは、前条に定められた方法に従って、契約を解除する。

○ヨーロッパ契約法原則

9:304条 履行期前の不履行

当事者の一方の債務の履行期が到来する前に、その当事者が重大な不履行になるであろうことが明白なきときは、相手方は、契約を解消することができる。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7. 3. 3条 (履行期前の不履行)

債務者の履行期前に、その債務者による重大な不履行が起きるであろうことが明瞭であるときは、債権者は、契約を解除することができる。

(5) 債務不履行解除の包括的規定の要否

民法第541条は、債務不履行による解除の不履行態様に関する要件として、「債務を履行しない場合」という包括的な要件を定めることで、民法第543条の履行不能を除くあらゆる不履行態様を取り込んで規律しているが、解除の要件を整序する場合においても、このような包括的規定を維持することにより、個別具体的な不履行事案を処理するに当たり、当該不履行態様に対応した規定が存在しないという事態の発生を防げる利点がある。

そこで、債務不履行解除の要件を整序する際には、このような包括的規定を維持する方向で検討することが考えられるが、どうか。

(補足説明)

問題提起の趣旨

伝統的理論は、債務不履行態様を履行遅滞、履行不能、不完全履行の3態様に分類するいわゆる3分類説の立場から、民法第541条及び第542条を履行遅滞による解除の規定、民法第543条を履行不能による解除の規定と解した上で、不完全履行については、追完可能な場合は履行遅滞に準じて、追完不能な場合は履行不能に準じて扱うとしてきた。

しかし、この3分類説に対しては、3類型以外の態様の債務不履行に対応する解除規定がなくなるとの批判が強い。例えば、前記第3, 2(4)記載の履行拒絶は、3類型以外の態様の債務不履行の一例であるし、医師の診療過誤のように、物の引渡し以外の債務者の行為を目的とする債務の不完全履行については、履行遅滞か履行不能に二者択一的に分類することが困難な場合が少なくない。

そのため、「債務を履行しない場合」と規定する民法第541条が文言上不履行の態様を限定していないことから、同条を、履行遅滞を含めたすべての債務不履行態様を包摂する包括的規定と位置付けるべきとする見解が有力とされている。平成16年の現代語化のための民法改正により、同条の見出しが「履行遅滞等による解除権」と規定され、あえて「履行遅滞」に「等」が付けられたことはこの考え方の表れであり、また、同条の立法過程においても、同条の適用対象を履行遅滞に限定する意図はなかったとされている。

そこで、このような見解を踏襲して、民法第541条のような包括的規定を設ける方向で検討することが望ましいという考え方がある。

なお、このような包括的規定を維持した場合、民法第543条の履行不能による解除の規定を別の規定として抜き出す意義があるかが問題となり得る。現行法のように、履行不能について、帰責事由の所在によって解除と危険負担の適用範囲を区別する法制を採用する場合は、履行不能による解除の規定を別の規定として抜き出

す意義があるということになりやすいが、後記第3, 3（「債務者の責めに帰することができない事由」の要否）及び第4, 3（債務不履行解除と危険負担との関係）における検討の結果として、解除において帰責事由を不要とし、危険負担制度を廃止する法制を採用する場合等には、履行不能による解除の規定を別の規定として抜き出す意義は乏しいとも考えられる。また、この点は、前記第3, 2(1)(2)において、解除の要件を限定する立場を採用するか否かという点にも関連し得ると考えられる。履行不能による解除の規定を別に設けるべきか否かについては、これらの検討結果に留意する必要がある。

比較法は、前記第3, 2(1)（比較法）参照。

3 「債務者の責めに帰することができない事由」の要否（民法第543条）

現行民法は、債務不履行による解除に関し、履行不能について「債務者の責めに帰することができない事由」による免責を認めている（民法第543条ただし書）。この点について、伝統的理論は、過失責任主義の観点から、「債務者の責めに帰することができない事由」を債務者に故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由がないことと理解し、履行不能に限らず、すべての債務不履行解除に適用される要件であるとしてきた。

しかし、この立場に対しては、解除は不履行をした債務者への制裁ではなく、その相手方を契約の拘束力から解放することを目的とする制度であるという理解から、不履行をした債務者の帰責事由を解除の要件とすべきではなく、判例においても、債務者の帰責事由が解除の成否を左右するものとして重要な機能を営んでいるとはいえないという指摘がされている。また、このような帰責事由不要論は、比較法的に見て、国際的なすう勢になっているとの指摘もある。

そこで、債務不履行解除における債務者の帰責事由の要否について、以下の考え方があがるが、どのように考えるか。

[A案] 必要とする考え方

[B案] 不要とする考え方

（補足説明）

1 問題提起の趣旨

現行法は、債務不履行解除に関し、履行不能について「債務者の責めに帰することができない事由」による免責を認めている（民法第543条ただし書）。この債務者の帰責事由については、その要否について、以下のとおり、必要説と不要説の対立がある。

[A案] は、債務者の帰責事由を必要とする考え方であり、伝統的理論の立場である。この考え方は、過失責任主義の観点から、「債務者の責めに帰することができない事由」を、債務者に故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由がないことを意味すると理解し、履行不能に限らず、すべての債務不履行解除に適用される要件であるとする。

[B案]は、債務者の帰責事由を不要とする考え方である。学説上古くから提唱されており、比較法的観点からも、近時の国際的なすう勢とされる立場である。この考え方は、解除は、その効果が原状回復に限られていること（民法第545条）にも表れるように、当事者を契約に拘束することが不当な場合に契約の拘束力から離脱させることを目的とした制度であり、不履行をした債務者の帰責事由を解除の要件とすることにより解除制度を債務者に対する「制裁」と位置付けることは、解除の制度趣旨に反するとするものである。すなわち、判例が付随的義務違反による解除を否定し、解除が認められる場面を限定していることに照らせば、そのような付随的義務とは言えない義務の違反があるにもかかわらず当事者を契約に拘束しておく必然性はなく、債務者の帰責事由を問わずに契約の拘束力から解放される途を認めるべきと考える立場である。この考え方の中には、後記（補足説明）2のように、判例においても帰責事由が解除の成否を左右するものとして重要な機能を営んでいるとはいえないと指摘するものもある。

また、現行法上、債務者の帰責事由については、履行不能の場面において、債務者に帰責事由があれば解除の規定が適用され、債務者に帰責事由がなければ危険負担の規定が適用されるというように、解除と危険負担の適用範囲を区別する基準としての機能が与えられているとされる（民法第543条、第534条、第536条）。しかし、この点については、いずれの法律構成によっても反対債務が行使できなくなる（伝統的理論によれば反対債務は消滅する）という基本的な効果は同じであり、債務者の帰責事由がある場合には債権者の解除の意思表示を必要とし、債務者の帰責事由がない場合には債権者の解除の意思表示を必要としないというように、債務者の帰責事由の有無によって形式的に法律構成を異にする合理性は乏しいと考えることもできる。債務不履行解除と危険負担の適用関係が争われた判例を見いだすことは難しいという指摘もあることからすると、債務者の帰責事由によって、解除と危険負担の適用範囲を区別する必要性についても疑問がある。この観点からも、解除における債務者の帰責事由は不要ということになる。

なお、[B案]によると、履行不能における解除と危険負担の適用範囲を区別する基準がなくなり、両者の適用範囲に重複が生じるため、後記第4、3記載のとおり、解除と危険負担の関係をどのように考えるかが問題となる。

比較法については、前記第3、2(1)（比較法）参照。

2 判例の分析

「債務者の責めに帰することのできない事由」に関する判例については、以下のような分析がされている（渡辺達徳「民法541条による契約解除と「帰責事由」(1)(2)」商学討究44巻第1・2合併号239頁、第3号81頁〔1993年～1994年〕参照）。

(1) 大審院の判例

- ① 「不履行ノ責」又は「過失」を解除の要件としているが、その内容としては、相手方から適法な履行の提供を伴う催告を受けたにもかかわらず履行しない債務者は、「不履行ノ責」を負い、又は「過失」があると評価するものであり、債

務不履行解除の要件のうち、同時履行の抗弁権を持つなど履行しないことを正当ならしめる事情の有無の問題を、「不履行ノ責」又は「過失」の枠組みで扱っているといえる事案が多い（大判大正5年3月23日民録22輯568頁，大判大正9年1月29日民録26輯25頁等）。

- ② 小麦売買契約における小麦引渡義務の履行遅滞について、「義務を履行せざるか如きは反証なき限り自己の過失に原因するものと推定するを当然とする」と判示した事案がある。この判決についても、同時履行の抗弁権の帰すを「過失」の有無の基準としているとも評価できる（大判大正10年5月27日民録27輯963頁）。
- ③ 木炭売買契約における木炭引渡義務の履行遅滞について、催告をしたにもかかわらず履行がなかった場合は、債務者の故意又は過失を問わず、民法第541条の債務不履行解除をなし得ると判示した事案がある（大判大正8年9月11日民録25輯1607頁）。
- ④ 帰責事由の不存在を理由に解除を否定した事案は1件認められる。すなわち、土地売買契約における売主の立会測量義務違反を理由に買主から解除が主張された事案に関し、測量当日、売主が測量現場に赴いたところ、買主の代理人が本件売買契約に反対する借地人多数を現地に集めており、これらの借地人が売主らを取り巻き詰問し喧噪を極めたため、測量せず帰宅したという事情を認定し、責めは何ら必要がないのに借地人等呼び出した買主の代理人にあり、売主は買主代理人の指定どおり現場に赴いたとして、売主に解除の原因となる不履行の責めありとすることは不当と判示したものである。債権者側に非難されるべき要素が強い点に特徴がある（大判昭和16年12月9日法学11巻715頁）。

(2) 最高裁の判例

- ① 前記(1)①の趣旨を確認する事案や、解除の要件として帰責事由について言及するものの、その内容は、弁済の提供の問題を扱っているにすぎない事案が見られる（最判昭和29年7月27日民集8巻7号1455頁，最判昭和23年12月14日民集2巻13号438頁等）。
- ② 金銭債務の履行遅滞について債務者の故意又は過失を要するものではないと判示した事案がある（最判昭和32年9月3日民集11巻9号1467頁）。
- ③ 付随的義務違反による解除の可否が争われた事案においては、債務者の帰責事由の有無は、解除の可否を決定付ける重要な基準とされていないと評価できる（最判昭和42年4月6日民集21巻3号533頁，最判昭和43年2月23日民集22巻2号281頁，最判昭和51年12月20日民集30巻11号1064頁）。
- ④ 帰責性の不存在を理由に解除を否定した事案は1件認められる。すなわち、Yは、競売目的物件を競落人から買い受けてXに転売したが、履行期までの間に、競落許可決定に対する即時抗告があり競落手続が一時停止したため、履行期に履行ができなかったという事案において、「Yの責に帰することのできない

事由によるものと解するのが相当であるとした原審の判断は正当」である旨判示したものである。もっとも、この判例に対しては、債務者に帰責事由がなかったと言えるのか疑問がある上、競落許可決定に対する即時抗告に買主Xが関与していたという事情があり、債権者側に非難されるべき要素が少なくなく、それが結論に影響した可能性があるとの指摘もある（最判昭和57年7月1日判例時報1053号89頁）。

4 債務不履行解除の効果（民法第545条）

（参照・現行条文）

○（解除の効果）

民法第545条 当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う。ただし、第三者の権利を害することはできない。

2 前項本文の場合において、金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付さなければならない。

3 解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げない。

(1) 解除による履行請求権の帰すう

現行法下の判例・学説において、契約解除の基本的な効果として、①契約当事者がいずれも履行の請求ができなくなること、②契約当事者がいずれも相手方を原状に復させる義務を負うことの2点が認められることについては争いが無い。

このうち、②については、民法第545条第1項が規定するものの、①については、現行民法に何ら規定が置かれていないため、条文上、解除により契約当事者双方の履行請求権がどのように扱われるのかが判然としない。

そこで、解除の基本的な効果として、契約当事者は、契約の解除により、いずれも履行の請求ができなくなる旨の規定を置くことが望ましいという考え方があがるが、どのように考えるか。

（補足説明）

問題提起の趣旨

現行法下の判例・学説は、契約解除の基本的な効果として、①契約当事者がいずれも履行の請求ができなくなること、②契約当事者がいずれも相手方を原状に復させる義務を負うことの2点が認められるとしており、この点について争いは認められない。

このうち、②については、民法第545条第1項が規定するものの、①については、現行民法に何ら規定が置かれていない。そのため、条文上は、解除により契約

当事者双方の履行請求権がどのように扱われるのか判然としない状況にある。

契約解除が基本的かつ重要な債権債務関係の規律であることに照らせば、契約解除の基本的な効果については、条文上明確であることが望ましいという観点から、①を明文化することが望ましいという考え方があるため、前記問題提起をするものである。

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第81条(1) 当事者双方は、契約の解除により、損害を賠償する義務を除くほか、契約に基づく義務を免れる。契約の解除は、紛争解決のための契約条項又は契約の解除の結果生ずる当事者の権利及び義務を規律する他の契約条項に影響を及ぼさない。

(2) 契約の全部又は一部を履行した当事者は、相手方に対し、自己がその契約に従って供給し、又は支払ったものの返還を請求することができる。当事者双方が返還する義務を負う場合には、当事者双方は、それらの返還を同時に行わなければならない。

第84条(1) 売主は、代金を返還する義務を負う場合には、代金が支払われた日からの当該代金の利息も支払わなければならない。

(2) 買主は、次の場合には、物品の全部又は一部から得たすべての利益を売主に対して返還しなければならない。

(a) 買主が物品の全部又は一部を返還しなければならない場合

(b) 買主が物品の全部若しくは一部を返還することができない場合又は受け取った時と実質的に同じ状態で物品の全部若しくは一部を返還することができない場合において、契約の解除の意思表示をし、又は売主に代替品の引渡しを請求したとき。

○ドイツ民法

第346条 (解除の効果)

(1) 契約当事者が契約によって解除権を有するとき、または法律上の解除権を有するときは、解除に際して、受領した履行について原状回復し、収集した果実を返還しなければならない。

(2) 以下の場合には、債務者は、原状回復または変換に代えて、価値の賠償を行わなければならない。

1 原状回復または返還が、得られた物の性質によって排除されるとき。

2 債務者が受取った目的物を費消し、譲渡し、担保に供し、加工し、または改造したとき。

3 受取った目的物が損傷または滅失したとき。ただし、指示に従った使用によって生じた損傷については、この限りでない。

契約において反対給付が定められているときは、価値賠償の算定に際して基礎とされなければならない。消費貸借の使用利益に関する価値賠償が履行されるべきときは、使用利益の価値がより小さいことが立証され得る。

(3) 価値賠償義務は、以下の場合に消滅する。

- 1 解除を基礎付ける瑕疵が、目的物の加工または改造によって初めて生じたとき。
- 2 債権者が損傷または滅失について責任を負うとき、または債権者の下でも同様に損害が生じたであろうとき。
- 3 法律上の解除権の場合において、解除権者が自己の事務に関して通常用いるべき注意を尽くしたにもかかわらず、損傷または滅失が解除権者の下で生じたとき。残存する利益については、返還しなければならない。

○フランス民法

第1183条〔解除条件の意義・効果〕

- ① 解除条件は、それが成就するときに債務の消去をもたらし、債務が存しなかった場合と同一の状態に物を復する条件である。
- ② 解除条件は、債務の履行をなんら停止しない。この条件は、それが予定した出来事が到来する場合に、債権者が受領したものを返還することのみをその者に義務づける。

○フランス民法改正草案

カタラ草案1160条

解除は、履行が可分であるときは、契約の一部についてのみ効力を生じる。

カタラ草案1160条の1

- (1) 契約の解除は、当事者をその債務から解放する。
- (2) 継続的または段階的な履行を伴う契約においては、解除は解約告知に相当する。当事者の債務負担は、解除に関する召喚または一方的解除の通知の時から、将来に向けて終了する。
- (3) 契約の一部が履行されている場合において、交換された給付は、その履行が当事者のそれぞれの債務に適合しているときは、原状回復も補償も生じない。
- (4) 即時の履行を伴う契約においては、解除は遡及的である。各当事者は、本章第6節(契約の消滅後の返還〔1161条から1164条の7〕)に定める規定に従って、他方当事者に対して受領したものを返還する。

カタラ草案1162条

- (1) 契約の無効および遡及的な解除は、当然に、契約の履行において受け取った利得について、完全な返還を、また必要であれば相互の返還をもたらす。
- (2) 契約の無効および遡及的な解除が当事者の一方の責任によるときは、その当事者は、それに加えて他方当事者に全ての損害を賠償しなければならない。

カタラ草案1164条

返還は、履行済みの主たる給付と弁済期からの付随的な給付を対象とする。

カタラ草案1164条の1

返還の対象となる金銭に付随するものには、法定利息、および代金を受け取った者に対してそれを補うものとして支払われた税金が含まれる。

カタラ草案1164条の2

- (1) 返還が金銭以外の物を対象とするときは、付随的なものとして、果実およびその

物がもたらした使用利益を含む。

- (2) 天然果実、生産果実および民事果実の返還は、現実に返還されないときは、債務の弁済期日における物の状態に従って、返還の日において評価された価値に応じて行われる。返還を行った者による物の改善から生じた利益があるときは、返還は、当初の状態において生じたであろうものと対比して行われる。
- (3) 使用利益の返還は、判決の日において裁判官によって評価される。

カタラ草案1164条の3

契約によって生じた費用は、無効または解除について責任を負う当事者によって負担され得る。

カタラ草案1164条の4

- (1) 物に関する費用は、返還の対象となり得る。
- (2) 物が返還された当事者は、物の保存に必要なあらゆる費用を負担した者に対して支払わなければならない。
- (3) また、その当事者は、物の価値の増加をもたらした程度に応じて、物の状態を改善させるのに要した費用を支払わなければならない。

カタラ草案1164条の5

その代わりとして、物を返還しなければならない者は、その価値を減少させたまたはその消失をもたらした劣化および損傷について責任を負う。

カタラ草案1164条の6

返還される物について生じた価値の上昇および下落は、返還の日において評価される。

司法省事務局草案166条

- (1) 即時の履行を伴う契約においては、その不履行による解除は、契約の遡及的消滅となる。それは、その債務から当事者を解放する。
- (2) 継続的または段階的な履行を伴う契約においては、当事者の義務負担の約束は、償還または一方的解除の通知の時から将来に向かって消滅する。

司法省事務局草案171条

- (1) 各当事者は、他方当事者に対し、103条から109条の規定に従って、受取ったものを原状回復する。
- (2) ただし、継続的または段階的な履行を伴う契約においては、交換された給付は、その履行が当事者のそれぞれの債務に対応するときは、原状回復を生じない。

司法省事務局草案103条

契約の無効による返還に関して適用される規定は、特別の規定または合意のない限り、遡及効を生じる契約の消滅の後の返還に関する他の場合、とりわけ失効または解除の場合についても、同様に適用される。

司法省事務局草案104条

- (1) 契約の無効は、契約の履行において受け取った利得について、現実のまたは等価での完全な返還を、また必要であれば相互の返還をもたらす。
- (2) 無効に関して責任のある当事者は、さらにそれについての責任を負い得る。

司法省事務局草案105条

返還は、履行済みの主たる給付と弁済期からの付随的な給付を対象とする。

司法省事務局草案106条

返還の対象となる金銭に付随するものには、法定利息、および代金を受け取った者に対してそれを補うものとして支払われた税金が含まれる。

司法省事務局草案107条

- (1) 返還が金銭以外の物を対象とするときは、付随的なものとして、果実およびその物がもたらした使用利益を含む。後者は、判決の日において裁判官によって評価される。
- (2) 天然果実、生産果実および民事果実の返還は、現実に返還されないときは、債務の弁済期日における物の状態に従って、返還の日において評価された価値に応じて行われる。

司法省事務局草案108条

- (1) 返還額を確定する際には、物の保存に必要な費用およびその価値の上昇をもたらした費用が考慮される。
- (2) 物を返還しなければならない者は、その価値を減少させた劣化および損傷について責任を負う。
- (3) 返還される物について生じた価値の上昇および下落は、返還の日において評価される。

司法省事務局草案109条

契約において予定された債務の弁済に関して設定された担保は、返還義務に関しても担保する。

○ヨーロッパ契約法原則

9：305条 解消の効果・総則

- (1) 契約の解消により、両当事者は、将来において履行を実現する債務および履行を受領する義務から解放される。契約の解消は、9：306条から9：308条までの規定に服するほか、解消の時までに生じた権利および責任に影響を及ぼさない。
- (2) 解消は、紛争処理に関する契約上の定め、その他の解消後に適用されるべき契約上のいかなる定めにも、影響を及ぼさない。

9：306条 価値の減少した財産の返還

契約を解消する当事者が相手方からすでに財産を受領していた場合において、その財産の自らにとっての価値が相手方の不履行によって著しく減少したときは、その財産を返還することができる。

9：307条 支払済み金銭の返還請求

契約が解消された場合において、相手方の履行を受領しておらず、またはその履行を適法に返還した当事者は、相手方の履行に対するものとしてすでに支払った金銭の返還を請求することができる。

9：308条 財産の返還請求

契約が解消された場合において、自らが給付した財産が返還可能であり、かつ、

それに対する支払いその他の反対履行を受領していない当事者は、自らが給付した財産の返還を請求することができる。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7. 3. 5条 (解除の効果の一般)

- (1) 契約の解除は、将来の履行を実現しこれを受領すべき債務から両当事者を免れさせる。
- (2) 解除は、不履行に対する損害賠償の請求を妨げない。
- (3) 解除は、契約中の紛争解決のための規定、その他解除後にも適用されるべき契約の条項には影響を及ぼさない。

第7. 3. 6条 (原状回復)

- (1) 契約の解除により、各当事者は、自己が受領したものを返還するのと引換えに、自己が給付したものを返還するよう請求することができる。現物による返還が不可能または不適切な場合において、それが合理的であるときには、価額による返還がなされなければならない。
- (2) 前項の規定にかかわらず、契約の履行が一定期間にわたり、かつその契約が分割可能などときには、解除の効果発生後の期間についてのみ前項の請求をすることができる。

(関連論点)

解除の効果の法的性質に関する議論の位置付け

従来から解除の効果の法的性質については、学説が対立している。すなわち、解除は契約の遡及的無効をもたらすとする直接効果説(判例の立場とされる)、解除の効果は遡及せず、既履行給付については返還義務が生じ、未履行給付については履行拒絶の抗弁権が発生するとする間接効果説、解除の効果は遡及せず、既履行給付については返還義務が生じ、未履行債務は消滅するとする折衷説、解除の効果は遡及せず、解除により契約債権関係は原状回復債権関係に変容し、未履行債務は、原状回復関係の既履行債務に転化して消滅し、既履行債務は、原状回復関係の未履行債務に転化して、その履行により消滅するとする変容説等の対立である。

この点については、立法に当たり、判例法理を明文化する観点から、判例が採用する直接効果説の内容を条文上明らかにするという考え方もあり得る。

これに対し、学説上の対立は、理論的な説明の問題にすぎず、いずれの学説によっても契約解除の基本的な効果である前記①②が認められることに変わりはない以上、条文においてどの学説を採用するかを明らかにする必要性はないという考え方もあり得る。すなわち、これらの学説の対立は、未履行債務については、履行請求できなくなることの法律構成の説明に違いが生じるにすぎず(直接効果説・折衷説・変容説からは未履行債務が消滅したと説明し、間接効果説からは抗弁権が発生したと説明するなど。もっとも、各学説内部においても法律構成の違いが主張されており、必ずしも各学説において統一的な説明がなされるわけではない。)、履行請求できなくなることには違いがない。また、既履行債務に関する原状回復義務については、

従来は、直接効果説によれば一般不当利得請求権と性格付けられるのに対し、間接効果説・折衷説・変容説によれば契約は消滅せず、従来の契約関係に基礎を置いた原状回復請求権が新たに生じることになるため、後者によれば原状回復の在り方について従来の契約関係を反映させられるメリットがあるとされてきたが、この点についても、近時、不当利得制度において、外形上有効な契約関係に基づき移転した財貨を、契約の無効・取消・解除により取り戻すという給付利得類型と、外形的にも契約関係にない当事者間における利得の返還という侵害利得類型に分類した上、前者については、利得原因となる原契約関係を不当利得関係に反映させる解釈が定着しつつある。そのため、立法のレベルで、解除の効果に関する学説のいずれかを採用する実益も乏しいとの指摘がある。このような観点から、現行法下の解除の効果に関する解釈論自体にも多くの意義を認めない見解も示されている。

解除の効果として履行請求ができなくなる旨を規定する場合においても、その規定の方針については、解除の効果の法的性質との関係で、判例が採用する直接効果説を明文化する考え方と、条文において解除の効果に関するどの学説を採用するかを明らかにする必要はないとする考え方の2つの考え方があり得るが、どのように考えるか。

(2) 解除による原状回復義務の範囲（民法第545条第2項）

民法第545条第2項は、解除により金銭を返還するときは、受領時からの利息を付さなければならないと規定するところ、判例・学説は、これを例示にすぎないとし、金銭以外の返還義務についてもその果実や使用利益を付さなければならないとしている（大判昭和11年5月11日民集15巻808頁等）。

この点について、そもそも、原状回復義務の範囲については、現にされた履行の内容や目的物の性質、解除原因となった不履行の態様、解除された契約において果実ないし使用利益についていかなる合意がされていたと認められるか等の様々な事情を考慮して当該契約の清算として適切な範囲が個別具体的に決せられるべきであり、金銭返還債務の利息という特定の場面についてだけ画一的な基準を示すことは妥当ではないという観点から、民法第545条第2項を削除し、原状回復義務の範囲は契約の解釈にゆだねるべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

（補足説明）

問題提起の趣旨

現行民法は、解除による原状回復義務の範囲に関し、金銭の返還義務についてのみ、受領時からの利息がその返還義務の内容に含まれる旨を規定している（民法第545条第2項）。しかし、金銭以外の返還義務に何が含まれるかについて、現行民法は、何ら規定を置いていない。

この点について、現行民法の起草者は、金銭の返還義務に関する利息は、原状回

復義務の範囲に関する例示にすぎず、他の果実ないし使用利益についても原状回復義務の内容となるとの見解を示している上、判例・学説も、民法第545条第2項の利息の取扱いとの均衡から、利息以外の果実ないし使用利益についても、原状回復義務の内容としてその返還を認めている（大判昭和11年5月11日民集15巻808頁等）。

そもそも、原状回復義務の範囲については、現にされた履行の内容や目的物の性質、解除原因となった不履行の態様、解除された契約において果実ないし使用利益についていかなる合意がされていたと認められるか等の様々な事情を考慮して当該契約の清算として適切な範囲が個別具体的に決せられるべきものであり、一律に原状回復義務の範囲を規定することは困難であるところ、金銭債務と利息という特定の場面についての指針を示す民法第545条第2項は、例示としても突出しており、また、この規定から利息以外の果実や使用利益の返還について、上記のような判例法理を導くことも困難であるとの指摘がある。

そこで、民法第545条第2項を削除し、原状回復義務の範囲については広く個々の契約内容等に即した解釈にゆだねることが望ましいという考え方があるため、前記問題提起をするものである。

比較法は、前記第3、4(1)（比較法）参照。

(3) 原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理

解除により原状回復すべき目的物が滅失・損傷した場合において、解除に関する両当事者がいかなる義務を負担するのかという点について、現行法は、特段の規定を置いていない。目的物引渡義務が履行された後、解除による原状回復義務が履行されるまでの間に目的物が滅失・損傷することは、契約締結後、目的物引渡義務が履行されるまでの間に目的物が滅失・損傷することと同様に発生し得ることでありながら、前者についての規定が全く置かれていないことは法的安定性を欠くため、規定を置くことが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

具体的な規定内容としては、例えば、以下のような考え方があるが、どのように考えるか。

[A案] 民法第536条を類推適用し、原則として、原状回復義務は滅失・損傷の程度に応じて消滅し、それに依りて、反対給付の返還義務も同様に消滅するという考え方

[B案] 民法第536条の類推適用を否定して目的物の原状回復義務の帰すうと反対給付の返還義務の帰すうを関連させないこととした上で、目的物の原状回復義務は、滅失・損傷に応じて価額返還義務として存続し、反対給付の返還義務も従来どおり存続するという考え方

[B-1案] [B案]を採用しつつ、目的物の原状回復に代わる価額返還義務の上限額を、反対給付の返還義務の価額の限度に制限する考え方

(補足説明)

1 問題提起の趣旨

解除権行使により目的物の原状回復義務が発生した後に目的物が滅失・損傷した場合（あるいは、目的物が引渡後に滅失・損傷したものの解除権が消滅せず、解除権が行使された場合）、解除に関する両当事者がいかなる義務を負うのかという問題について、現行法は、特段の規定を置いていない。この点について、原状回復義務者が目的物の保管義務を負っており、その目的物が原状回復義務者の「責めに帰すべき事由」（民法第415条）により滅失・損傷した場合には、原状回復義務者が保管義務違反の債務不履行により目的物の原状回復義務の履行に代わる損害賠償責任を負うことになるが、それ以外の場面についていかなる処理がなされるのかについて、現行法の条文から一定の結論を導くことは困難である。

目的物引渡義務が履行された後、原状回復義務が履行されるまでの間に目的物が滅失・損傷することは、契約後、目的物引渡義務が履行されるまでの間に目的物が滅失・損傷することと同様に発生しうることでありながら、前者についての規定が全く置かれていないことは、法的安定性に欠けるおそれがある。

そのため、原状回復の目的物が滅失・損傷した場合の処理についての規定を設けることが望ましいという考え方があることから、前記問題提起をするものである。

2 各考え方の内容

[A案]は、解除後の法律関係は、解除前の契約における履行関係を巻き戻す関係であり、解除前の契約関係と同様の法律関係が存在していることから、解除後の法律関係についても解除前の契約に適用された規定の趣旨を反映させるべきであるとする考え方である。[A案]によれば、原則として民法第536条が類推適用されるため、原状回復の目的物が滅失した場合、原状回復義務が消滅することにより、反対給付の返還義務も消滅することになる。

もっとも、この考え方に対しては、解除原因が存在している以上、両当事者の原状回復義務は、対価的に均衡していないことがあるのであって、双務契約における双方の履行義務が対価的に均衡していることを前提とする危険負担制度を適用する前提が欠けているという批判がある。すなわち、10万円の製品を購入したところ、製品に瑕疵があり1万円の価値しかなかったため、契約を解除したが、天災により当該製品が滅失してしまった場合、製品の買主は、1万円相当の製品の原状回復義務を免れるものの、10万円の代金相当額の原状回復請求権を失ってしまうことになり不公平な結果を招くことになるという批判である。

[B案]は、目的物が滅失・損傷した原状回復義務は、価額返還義務として存続し、反対給付の返還義務も存続するという考え方である。公平の観点から、価値的な原状回復を重視する考え方である。

[B-1案]は、[B案]を前提に、原状回復の目的物に代わる価格返還義務の上限額を、反対給付の返還義務の価額の限度に制限する考え方である。この考え方は、[B案]では、上記事例で製品の価格が100万円だった場合に契約の解消

が認められたとすると、買主に100万円の価格返還義務を負わせることになるが、10万円を支払えば製品を取得できると考えていた当事者の信頼を損なうことになり不公平であるとして、原状回復義務者は、反対給付の返還義務の10万円の限度で価額返還義務を負うにすぎないことにすべきと考えるものである。

比較法は、前記第3、4(1)(比較法)参照。

(関連論点)

1 本提案の適用範囲

本提案の適用範囲については、「所有権移転を目的とする契約」に限るべきであるという考え方がある。この考え方は、賃貸借契約のように所有権移転を目的としない契約においては、目的物滅失の危険は、常に所有者が負担すべきであると考えるものである。本提案の適用範囲を「所有権移転を目的とする契約」に限定するという考え方の採否について、どのように考えるか。

2 原状回復義務の目的物がその義務の債権者の責めに帰すべき事由により滅失・損傷した場合の処理

原状回復義務の目的物がその義務の債権者の責めに帰すべき事由により滅失・損傷した場合について、判例は、引渡しを受けた売買目的物が他人物として真の所有者に追奪されたため買主が解除した事案において、「返還不能が、給付受領者の責に帰すべき事由ではなく、給付者のそれによって生じたものであるときは、給付受領者は、目的物の返還に代わる価格返還の義務を負わないものと解するのが相当」と判示した(最判昭和51年2月13日民集30巻1号1頁)。

そして、[A案]によれば、民法第536条第2項の類推適用により、反対給付の返還義務は存続しつつ、原状回復義務は消滅することとなり、判例と同様の結論が導かれる。

これに対し、[B案]及び[B-1案]によれば、反対給付の返還義務が消滅しない点は同じであるが、原状回復義務は価額返還義務として存続するため、目的物の滅失・損傷について帰責性のある債権者が原状回復に代わる価額返還請求権を有し続けることになり、判例と異なった不公平な結論になるという批判がある。そこで、[B案]あるいは[B-1案]の下でも、原状回復義務の債権者の帰責性により原状回復の目的物が滅失・損傷した場合には、原状回復義務はその限度で消滅とする考え方があるが、どのように考えるか。

5 解除権者の行為等による解除権の消滅(民法第548条)

民法第548条は、解除権者が解除権の存在を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合でも解除権は消滅するとしている。本来、契約の履行として契約の目的物の引渡しを受けた者は、当該目的物を自己の物として自由に加工又は改造できるにもかかわらず、解除権の存在を知らない解除権者が契約の目的物を加工又は改造をした場合でも解除権が消滅するという現行法は不合理であるとして、加工又は改造により解除権が消滅する場面を適切に限定することが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

(参照・現行条文)

○ (解除権者の行為等による解除権の消滅)

民法第548条 解除権を有する者が自己の行為若しくは過失によって契約の目的物を著しく損傷し、若しくは返還することができなくなったとき、又は加工若しくは改造によってこれを他の種類の物に変えたときは、解除権は、消滅する。
2 契約の目的物が解除権を有する者の行為又は過失によらないで滅失し、又は損傷したときは、解除権は、消滅しない。

(補足説明)

問題提起の趣旨

民法第548条第1項は、①解除権者が自己の行為又は過失によって契約の目的物を損傷し、又は返還することができなくなったとき（この「行為又は過失」とは、一般的に「目的物の滅失又は損傷についての故意又は過失」と解釈されている。）、②解除権者が加工又は改造によって契約の目的物を他の種類の物に変えたときには、解除権が消滅すると規定している。これらの場面においても解除権者に解除を認めることは信義則上許されないという趣旨の規定である。

このうち②の場面については、民法第548条第1項の文言上、解除権者が解除権の発生を知らずに契約の目的物を加工又は改造した場合でも、解除権が消滅することになるが、本来、契約の履行として目的物の引渡しを受けた者は、当該目的物を自己の物として自由に加工・改造できるにもかかわらず、その後に解除原因の存在を初めて知った場合に解除権を消滅させることは、解除権者に酷であるという指摘がある。この観点から、加工又は改造により解除権が消滅する場面を適切に制限すべきという考え方があるため、前記問題提起をするものである。

6 複数契約の解除

同一当事者間の複数の契約について、そのうちの一つの契約の不履行に基づき複数の契約全体の解除を認めた判例（最判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁）を踏まえて、複数契約における一つの契約の不履行に基づく複数契約全体の解除に関する規定を置くことが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

(補足説明)

1 問題提起の趣旨

現行民法には、複数の契約のうち、一方の契約の不履行に基づき複数の契約全体の解除を認める規定は置かれていない。しかし、生活が多様化し、取引が複雑化・高度化した現代社会においては、個別に締結された複数の契約が相互に密接な関連性を有しており、その一部の契約の履行のみでは複数の契約全体の目的を達成でき

ないような事例が現れており、このような事例について、一つの契約の不履行に基づき複数の契約全体の解除を認める必要性が高まっているとも言える。

判例においても、同一当事者間において締結された複数の契約について、それらの契約の目的が相互に密接に関連付けられており、社会通念上、いずれかの契約が履行されるだけでは契約を締結した目的が全体としては達成できないと認められる場合に、一つの契約の不履行を理由に、複数契約全体を解除できるとするものがある（最判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁）。

この点について、複数契約の解除に関する規定を設けることが、これらの事案の適切な処理を可能にし、さらに、将来にわたる複数契約の解除に関する議論を深めることを促進することになり望ましいという考え方があることから、前記問題提起をするものである。

2 最判平成8年11月12日の概要

〔事案の概要〕

Aは、Bから甲リゾートマンション（以下「本件マンション」という。）の一区分（以下「本件不動産」という。）を買受けた。Aは、これと同時に、Bから乙スポーツ・クラブ（以下「本件クラブ」という。）の会員権一口を購入した。

①本件不動産の売買契約書には、「本件クラブ会員権付き」との記載があり、また、特約事項として、買主は、本件不動産購入と同時に本件クラブの会員となり、買主から本件不動産を譲り受けた者についても本件クラブの会則を遵守させることを確約する旨の記載がある。②Bによる本件マンション分譲の新聞広告には、「甲スパークリングリゾートコンドミニウム（本件クラブ会員権付き）」との物件の名称とともに、本件マンションの区分所有権の購入者が本件クラブを会員として利用することができる旨の記載があった。③本件クラブの会則には、本件マンションの区分所有権は、本件クラブの会員権付きであり、これと分離して処分することができないこと、区分所有権を他に譲渡した場合には、会員としての資格は自動的に消滅すること、そして、区分所有権を譲り受けた者は、Bの承認を得て新会員としての登録を受けることができる旨が定められている。

Bは、本件マンションの区分所有権及び本件クラブの会員権を販売するに際して、新聞広告等に、本件クラブの施設内容として、屋内温水プール等が完成の予定である旨を明記していた。その後、Bは、Aに対し、屋内プール完成の遅延を告げるとともに、それに関連して金員を交付した。

Aは、Bに対し、屋内プール完成の遅延を理由として、本件不動産の売買契約及び本件クラブの会員権契約を解除する旨の意思表示をした。

〔判決概要〕

「同一当事者間の債権債務関係がその形式は甲契約及び乙契約といった二個以上の契約から成る場合であっても、それらの目的とするところが相互に密接に関連付けられていて、社会通念上、甲契約又は乙契約のいずれかが履行されるだけでは契約を締結した目的が全体としては達成されないと認められる場合には、甲契約上の債務の不履行を理由に、その債権者が法定解除権の行使として甲契約と

併せて乙契約をも解除することができるものと解するのが相当である。

これを本件について見ると、本件不動産は、屋内プールを含むスポーツ施設を利用することを主要な目的としたいいわゆるリゾートマンションであり、前記の事実関係の下においては、Aは、本件不動産をそのような目的を持つ物件として購入したものであることがうかがわれ、Bによる屋内プールの完成の遅延という本件会員権契約の要素たる債務の履行遅滞により、本件売買契約を締結した目的を達成することができなくなったものというべきであるから、本件売買契約においてその目的が表示されていたかどうかにかかわらず、右の履行遅滞を理由として民法541条により本件売買契約を解除することができるものと解するのが相当である。」

3 具体的な要件設定

前記判例を前提とした場合、一方の契約の不履行による複数契約全体の解除を認める要件としては、①複数契約が同一当事者間で締結されていることの要否、②複数契約間の密接関連性の程度、③契約全体の目的不達成という要件の要否、④一方契約についていかなる事情があればよいか（解除原因の存在が必要か、解除の意思表示まで必要か等）などが問題となり得る。

また、一方の契約の不履行による複数契約全体の解除という問題は、その問題状況が、複数契約の一方契約が無効な場合に他方契約が無効となるかという問題や抗弁の接続の問題（割賦販売法第30条の4等）等との共通点があるため、それらとの関連性にも留意する必要がある。

第4 危険負担（民法第534条から第536条まで）

1 総論

危険負担の規定に関しては、どのような点に留意して検討を行う必要があるか。

現行法は、危険負担に関して、債権者の危険負担（第534条）、停止条件付双務契約における危険負担（第535条）及び債務者の危険負担等（第536条）の各規定を置いているが、これらの規定については、後記第4、2及び3に記載のような問題点が指摘されている。これらの点を含め、危険負担に関する規定の全般的な見直しに当たっては、どのような点に留意して検討をすべきか。

（参照・現行条文）

○（債権者の危険負担）

民法第534条 特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において、その物が債務者の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、その滅失又は損傷は、債権者の負担に帰する。

2 不特定物に関する契約については、第401条第2項の規定によりその物が確定した時から、前項の規定を適用する。

○（停止条件付双務契約における危険負担）

民法第535条 前条の規定は、停止条件付双務契約の目的物が条件の成否が未定である間に滅失した場合には、適用しない。

2 停止条件付双務契約の目的物が債務者の責めに帰することができない事由によって損傷したときは、その損傷は、債権者の負担に帰する。

3 停止条件付双務契約の目的物が債務者の責めに帰すべき事由によって損傷した場合において、条件が成就したときは、債権者は、その選択に従い、契約の履行の請求又は解除権の行使をすることができる。この場合においては、損害賠償の請求を妨げない。

○（債務者の危険負担等）

民法第536条 前2条に規定する場合を除き、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。

2 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。この場合において、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。

2 債権者主義（民法第534条）の適用範囲の限定

現行民法は、特定物の物権の設定又は移転を目的とする双務契約において、契約当事者の帰責事由によることなく目的物が滅失又は損傷した場合、その滅失又は損傷の負担を債権者に負わせている（民法第534条第1項）。すなわち、債権者は、自らの債権の履行の全部又は一部が不能になっても、自らが負う反対債務をそのまま負担し続けることになる（債権者主義）。

この債権者主義については、目的物が滅失又は損傷した場合の対価に関するリスクは、本来、滅失又は損傷しないよう現実に対処できた者が負担することが公平にかなうなどの批判が強く、学説では、民法第534条の適用範囲を制限するべきであるとの見解が支配的である。

この点について、例えば、以下の考え方があるが、どのように考えるか。

[A案] 債権者主義の適用範囲を目的物の支配可能性が移転した時からとする考え方

[B案] 民法第534条を廃止し、目的物が滅失又は損傷した債務について、その時点で履行が終了していたか否かを実質的に判断する考え方

[C案] 現行法を維持する考え方

（補足説明）

1 問題提起の趣旨

現行民法は、特定物の物権の設定又は移転を目的とする双務契約において、契約当事者の帰責事由によることなく目的物が滅失又は損傷した場合、その滅失又

は損傷の負担を債権者に負わせている（民法第534条第1項）。すなわち、債権者は、自らの債権の履行の全部又は一部が不能になっても、自らが負う反対債務をそのまま負担し続けることになる（債権者主義）。

この条文を文言どおりに解すると、売買契約の買主が売買の目的物を全く手にしていない場合であっても、代金全額を支払う必要が生じる。例えば、二重売買の事案において引渡未了の時点で契約当事者の帰責事由によることなく目的物が滅失した場合、売主は、二重売買の買主双方に対し代金全額を請求できることになるし、他人物売買の事案において売主が目的物の調達未了の時点で契約当事者の帰責事由によることなく目的物が滅失した場合でも、売主は、買主に対し代金全額を請求できることになり、明らかに公平を害する結果となる。そのため、学説では、民法第534条第1項の適用範囲を制限するべきであるとの見解が支配的である。

これらを踏まえて、特定物の物権の設定又は移転を目的とする双務契約の目的物が契約当事者の帰責事由によることなく滅失又は損傷した場合における危険の負担の規律を見直すべきという考え方があることから、前記問題提起をするものである。

2 各考え方の内容

[A案]は、目的物の支配可能性が移転した時に、目的物の滅失又は損傷に関する危険が債権者に移転するとする考え方である。債権者がいつ目的物の支配可能性を取得したとするのかについては、例えば、以下の考え方がある。

① 引渡時とする考え方

この考え方は、債権者が目的物の使用収益できるようになった時点あるいは目的物の管理可能性を取得した時点を基準とするものである。

② 引渡・登記移転のいずれかがされた時とする考え方

この考え方は、債権者が目的物を使用収益ができるようになった時点のほか、対外的に権利を処分できるようになった時点を基準とするものである。

③ 引渡・登記移転・代金支払のいずれかがされた時とする考え方

この考え方は、②に加えて、債権者が果実収受権を取得した時にも危険の移転を認めるべきとするものである（民法第575条第2項参照）。

もっとも、「代金支払時」に危険の移転を認めることに対しては、代金を早く支払った債権者ほど早くに危険を負担することになり公平に反すると批判されている。

[A案]によれば、危険移転時が画一的に決まるので、法的安定性に資するという利点があるが、処理が硬直化し具体的妥当性に欠ける結論が導かれるおそれもあり得る。

[B案]は、危険の移転時期を画一的に決めるのではなく、目的物が滅失又は損傷した債務について、その時点で履行が終了していたか否かを実質的に判断し、履行が終了する前に生じた滅失又は損傷のリスクは債務者が負担し、履行が終了した後（すなわち、履行により債務が消滅した後）に生じた滅失・損傷のリスク

は債権者が負担するのが公平であるとする考え方である。

[B案]によれば、個別具体的な事案の特性に応じた妥当な解決を導き得るといふ利点があるが、危険の移転時期の判断が不明確であり、法的安定性・予見可能性に欠けるといふ問題があり得る。

[C案]は、現行の債権者主義を維持する考え方であり、現在の判例は、この立場を採用するものと理解されることがある。しかし、リーディング・ケースとされる最判昭和24年5月31日民集第3巻第6号226頁は、目的物の引渡しが進んでいた事案であり、債権者主義の妥当性が議論される典型的な事例とはいえず、その後新しい最高裁判例はないため、判例の立場は必ずしも明確ではないという指摘もある。

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第66条 買主は、危険が自己に移転した後に生じた物品の滅失又は損傷により、代金を支払う義務を免れない。ただし、その滅失又は損傷が売主の作為又は不作為による場合は、この限りでない。

第67条(1) 売買契約が物品の運送を伴う場合において、売主が特定の場所において物品を交付する義務を負わないときは、危険は、売買契約に従って買主に送付するための物品を最初の運送人に交付した時に買主に移転する。売主が特定の場所において物品を運送人に交付する義務を負うときは、危険は、物品をその場所において運送人に交付する時まで買主に移転しない。売主が物品の処分を支配する書類を保持することが認められている事実は、危険の移転に影響を及ぼさない。

(2) (1)の規定にかかわらず、危険は、荷印、船積書類、買主に対する通知又はその他の方法のいずれによるかを問わず、物品が契約上の物品として明確に特定される時まで買主に移転しない。

第68条 運送中に売却された物品に関し、危険は、契約の締結時から買主に移転する。ただし、運送契約を証する書類を発行した運送人に対して物品が交付された時から買主が危険を引き受けることを状況が示している場合には、買主は、その時から危険を引き受ける。もっとも、売主が売買契約の締結時に、物品が滅失し、又は損傷していたことを知り、又は知っているべきであった場合において、そのことを買主に対して明らかにしなかったときは、その滅失又は損傷は、売主の負担とする。

第69条(1) 前二条に規定する場合以外の場合には、危険は、買主が物品を受け取った時に、又は買主が期限までに物品を受け取らないときは、物品が買主の処分にゆだねられ、かつ、引渡しを受領しないことによって買主が契約違反を行った時から買主に移転する。

(2) もっとも、買主が売主の営業所以外の場所において物品を受け取る義務を負うときは、危険は、引渡しの期限が到来し、かつ、物品がその場所において買主の処分にゆだねられたことを買主が知った時に移転する。

(3) 契約が特定されていない物品に関するものである場合には、物品は、契約上の物品

として明確に特定される時まで買主の処分によだねられていないものとする。

※危険移転後に生じた滅失・損傷については、売主の義務に当たらないため、買主は契約を解除することができないことになる（解除制度一元化）

○ドイツ民法

第326条（履行義務の排除の場合における反対給付からの解放と解除）

- (1) 債務者が275条1項から3項によって履行義務を負わないときは、反対給付に関する請求権は消滅する。一部履行の場合については、441条3項が準用される。第1文は、契約に従った履行をしない場合に債務者が275条1項から3項によって追完履行を要しないときには、適用されない。
- (2) 債務者が275条1項から3項までに従って履行義務を負わないことを基礎付ける事情につき、債権者が単独でまたは主として責任を負い、または債務者の責に帰すべからざる事情が債権者が受領を遅滞しているときに生じた場合には、債務者は反対給付に関する請求権を保持する。ただし、債務者は、債務者が履行から解放されたことによって免れたもの、自己の労働力をその他の目的に用いたことによって得たもの、または悪意によって取得しなかったものについて、控除しなければならない。
- (3) 債権者が285条によって履行の目的物に関して取得した賠償物の引渡しまたは賠償請求権の移転を求めるときは、債権者は引き続き反対給付に関する義務を負う。ただし、これは、賠償物または賠償請求権の価値がなされるべき履行の価値を下回る限りにおいて、441条3項に従って減額される。
- (4) この規定によっては義務付けられていない反対給付について履行がなされたときは、履行目的物は346条から348条によって返還が求められ得る。
- (5) 債務者が275条1項から3項によって履行義務を負わないときは、債権者は解除をすることができる。解除に関しては、期間の指定が不要であるという基準とともに323条が準用される。

第275条（履行義務の排除）

- (1) 債務者にとってまたは誰にとっても履行が不可能な場合には、履行請求権は排除される。
- (2) 債務者は、債権債務関係の内容および信義誠実の要請を考慮して、債権者の履行利益に対し著しく不均衡となる費用を要するときは、履行を拒絶できる。債務者に期待されるべき努力を確定する際には、債務者が履行障害につき責任を負っているかどうかについても考慮されなければならない。
- (3) 債務者は、履行を自ら行わなければならない場合であり、かつ債権者の履行利益とともにその履行を妨げる障害を考慮してそれが債務者に期待され得ない場合にも、履行を拒絶できる。

第285条（賠償の返還）

- (1) 275条1項から3項によって債務者が履行をすることを要しないことを基礎付ける事情により、債務者が義務付けられた目的物に関して賠償または賠償請求権を取得したときは、債権者は賠償として受領した物の引渡しまたは賠償請求権の移転を請求することができる。

(2) 債権者が履行に代えて損害賠償を求めることができる場合に、債権者が1項に定められた権利を行使するときは、得られた賠償または賠償請求権の価値の分だけその権利は減少する。

※第346条は、前記第3、4(1)(比較法)参照。

第323条は、前記第3、2(1)(比較法)参照。

○フランス民法

第1138条 [物の引渡しの債務]

- ① 物を引き渡す債務は、契約当事者の合意のみによって完全となる。
- ② この債務は、引渡しが行われなかった場合でも、物を引き渡すべきであったときから直ちに債権者を所有者とし、その物を債権者の危険におく。ただし、債務者がその物を引き渡すことについて遅滞にある場合には、その限りでない。この場合には、その物は、債務者の危険にとどまる。

第1182条 [停止条件の意義：危険負担]

- ① 債務が停止条件のもとで締結されたときは、合意の内容をなす物は、債務者の危険にとどまる。債務者は、条件の成就の場合にのみそれを引き渡す義務を負う。
- ② その物が債務者の過失なくして完全に滅失する場合には、債務は、消滅する。
- ③ その物が債務者の過失なくして毀損した場合には、債権者は、あるいは債務を解除し、あるいは価格の減額なしにその物をそれが存する状態で要求する選択権を有する。
- ④ その物が債務者の過失によって毀損した場合には、債権者は、あるいは債務を解除し、あるいはその物をそれが存する状態で損害賠償とともに要求する権利を有する。

第1302条 [目的物の滅失による債務の消滅]

- ① 債務の目的であった特定物が滅失し、取引外に置かれ、又は遺失してその存在がまったく知られないときは、債務は、物が債務者の過失なしに、かつ、[債務者が]遅滞になる前に滅失し、又は遺失した場合に[限り]、消滅する。
- ② 債務者が遅滞にあるときでも、偶然事について責任を引き受けなかった場合で、物を債権者に引き渡したとしても債権者のもとで同様に滅失したであろう場合には、債務は、滅失する。
- ③ 債務者は、主張する偶然事を証明する義務を負う。
- ④ 盗品の喪失は、それがいかなる仕方でも喪失し、又は遺失したかにかかわらず、それを窃取した者による代価の返還を免除しない。

○フランス民法改正草案

カタラ草案1152条

- (1) 与える債務は、原則として同意の交換のみによって履行される。
- (2) ただし、与える債務の履行は、両当事者の意思、法律の規定、または事物の性質によって、延期され得る。
- (3) 与える債務は、その目的が何であれ、有体物であれ無体物であれ、現実に履行される。
- (4) 与える債務の履行は、引渡しが行われなかった場合でも、債権者を移転された権利

に関する権利者とし、権利の目的である物を債権者の危険に置く。

カタラ草案1152条の1

- (1) 与える債務は、物を引き渡す債務、および、善良なる家父の注意の全てを尽くして、引き渡しまでその物を保管する債務を含む。
- (2) 物の滅失は、それが債務者のフォートなしに生じたことが債務者によって証明される限り、債務者をその債務から解放する。ただし、その物に関して補償する権利または訴権があるときは、債務者はそれを債権者に対して譲渡する義務を負う。

カタラ草案1152条の2

- (1) 債務者が物の引渡しについて遅滞にあるときは、その物は債務者の危険にとどまり、または債務者の危険に移る。
- (2) 物が滅失したときは、遅滞に陥っている債務者は、その物が債務者に引き渡されていたとしてもそれが債権者の下で同様に滅失したであろう場合を除き、代金を返還しなければならない。

カタラ草案1182条の1

- (1) 債務関係が停止条件の下で締結されたときは、合意の内容をなす物は、条件成就の場合にのみをそれを引き渡す義務を負う債務者の危険にとどまる。
- (2) その物が完全に滅失したときは、債務は消滅する。
- (3) その物が損傷した場合には、債権者は、契約を解除するか、あるいは代金の減額なしにその物をそれが存する状態で要求するかについての選択権を有する。
- (4) いずれの場合においても、物の滅失または損傷が債務者のフォートによるときは、民事責任に関する規定に従って債権者に与えられるべき損害賠償は失われない。

司法省事務局草案112条

- (1) 与える債務は、所有権またはその他の権利の移転を目的とする。
- (2) 与える債務は、原則として同意の交換のみによって履行される。
- (3) ただし、与える債務の履行は、両当事者の意思、法律の規定、または事物の性質によって、延期され得る。
- (4) 反対の合意のない限り、与える債務の履行は、危険を債権者に移転する。

司法省事務局草案113条

- (1) 与える債務は、物を引き渡す債務、および、合理的な人の注意の全てを尽くして、引き渡しまでその物を保管する債務を含む。
- (2) 物の滅失は、それが債務者のフォートなしに生じたことが債務者によって証明される限り、債務者をその債務から解放する。ただし、債務者は、その物に関しその権利者となり得る権利または訴権を債権者に譲渡する義務を負う。

司法省事務局草案114条

- (1) 債務者が物の引渡しについて遅滞にあるときは、その物の危険は債務者にとどまり、または債務者に移る。
- (2) 物が滅失したときは、遅滞に陥っている債務者は、その物が債務者に引き渡されていたとしてもそれが債権者の下で同様に滅失したであろう場合を除き、代金を返還しなければならない。

司法省事務局草案124条

- (1) 債務関係が停止条件の下で締結されたときは、その物は、条件成就の場合にのみをそれを引き渡す義務を負う債務者の危険にとどまる。
- (2) その物が損傷した場合には、債権者は、契約を解除するか、あるいは代金の減額なしにその物をそれが存する状態で要求するかについての選択権を有する。
- (3) 物の滅失または損傷が債務者のフォートによるときは、債務者は、民事責任に関する規定に従って、債権者のために損害賠償の責任を負い得る。

○ヨーロッパ契約法原則

9：303条 解消の通知

- (1) 当事者の契約を解消する権利は、相手方に通知することによって行使しなければならない。
- (2) (略)
- (3) (略)
- (4) 8：108条に基づき全体的かつ永続的な障害を理由として当事者が免責されるときは、契約は、障害の発生時において、通知を要することなく、自動的に解消される。

8：108条 障害による免責

- (1) 当事者の一方による不履行は、それがその当事者の支配を超えた障害によるものであり、かつ、その障害を契約締結時において考慮すること、または、その障害もしくはその結果を回避もしくは克服することが合理的に期待できなかったことが、この当事者によって証明される場合には、免責される。
- (2) 障害が一時的なものにとどまる場合には、本条による免責は、その障害が存する間、効力を有する。ただし、履行の遅延が重大な不履行になる場合には、債権者は、この遅延を重大な不履行として扱うことができる。
- (3) 不履行当事者は、障害の事実およびその障害が自らの履行の可否に及ぼす影響に関する通知を、自己がそうした事情を知りまたは知るべきであったときから合理的な期間内に、相手方が受け取ることのできるようにしなければならない。相手方は、この通知を受け取らなかったことによって生じるあらゆる損害について、賠償を求める権利を有する。

○ユニドロワ国際商事契約原則

規定なし（解除制度一元化）

3 債務不履行解除と危険負担との関係

現行民法は、双務契約において一方当事者が負担する債務が履行不能に陥った際の他方当事者が負担する債務の帰すうについて、履行不能について債務者に帰責事由が認められる場合は債務不履行解除の規定を適用され、帰責事由が認められない場合には危険負担の規定を適用されることとしている。

そこで、債務不履行解除の要件から債務者の帰責事由を排除した場合（前記第3、3）、債務不履行解除と危険負担の適用範囲が重複するという問題が生じ

る。

この点について、解除制度と危険負担制度を併存させるという考え方もあるが、この考え方に対しては、いずれの制度も反対債務からの解放を実現するものであるから、両制度を併存させる意味は乏しいなどの批判がある。

このような批判をする立場の中にも、反対債務からの解放を当事者の意思にゆだねる方が契約関係からの離脱時期が明確となり予測可能性に資する上、債権者が反対債務の履行について利益を有する場合や不能となった債権につき代償請求権を有する場合等、債権者が契約関係を維持することに利益を有する場合があり、債権者にこの利益を維持するか否かの選択権を与えるべきであるという観点から、危険負担制度を廃止し、解除制度に一元化することが望ましいとする考え方がある一方、履行不能において常に解除の意思表示を要求することは迂遠であるとして、履行不能の場面については解除権の行使を認めず、危険負担制度に一元化することが望ましいという考え方もある。

このような点を踏まえて、解除制度と危険負担制度の在り方について、どのように考えるか。

(補足説明)

1 問題提起の趣旨

現行民法は、双務契約において一方当事者が負担する債務が履行不能に陥った際の他方当事者が負担する債務の帰すうについて、履行不能について債務者に帰責事由が認められる場合には債務不履行解除の規定が適用され、債務者に帰責事由が認められない場合には危険負担の規定が適用されることとしている。すなわち、現行民法は、解除制度の適用範囲と危険負担制度の適用範囲を、債務者の帰責事由の有無を基準にして区別しており、両者の適用範囲に重複が生じないようにしている。

そのため、解除制度の要件として債務者の帰責事由を不要とする立場（前記第3，3 [B案]）を採用した場合、履行不能について債務者に帰責事由がなくても解除が可能となるため、債務者に帰責事由のない履行不能の場面において、危険負担と解除の双方が適用される可能性が生じることとなる。

そこで、両制度の適用範囲について調整が必要であるという指摘があることから、前記問題提起をするものである。

比較法は、前記第4，2（比較法）参照。

2 各考え方の内容

両制度の適用範囲の調整については、例えば、以下のような考え方がある。

[A案] 解除一元化モデル

危険負担制度を廃止し、解除制度のみによって処理する考え方

[B案] 危険負担一元化モデル

履行不能の場面において、解除権の行使を否定し、危険負担制度による当然消滅のみによって処理する考え方

[C案] 単純併存モデル

解除制度と危険負担制度を併存させ、被不履行当事者に自由な選択権を認める考え方

[D案] 解除優先の併存モデル

原則として解除制度によるが、例外的に、全体的かつ永続的な障害を理由として当事者が免責されるときに限り、契約が障害発生時に自動解消するという考え方

[A案] は、危険負担制度を廃止し、解除制度のみによって処理すれば足りるとする考え方である。この考え方は、①現実の取引においては、履行が不能になったか否かが一義的には明らかでないことが多いため、契約当事者にとっては、被不履行当事者の不履行当事者に対する解除の意思表示によって契約関係からの離脱が決められる方が法的安定性を確保できる、②債権者にとっては、自らの債権の履行が不能になった場合でも、反対債務の履行について利益を有するときや、代償請求権を行使できるときなど、契約の維持に利益を有することがあり、当該利益を維持するか否かについて被不履行当事者である債権者に選択権を与えることが望ましい、③危険負担制度による場合、不能となった債務と反対債務との牽連性の有無等を判断する必要があるが、取引が複雑化・高度化した現代契約においては、不能債務及び反対債務の特定、さらには、それらの債務の牽連性の有無等の判断が困難な事案があるため、そのような判断を経ることなく、債務不履行の有無という客観的な要件のみで判断できる方が法的安定性に資するなど考えるものである。

この考え方に対しては、債務の一時的不能や一部不能の場合に、債権者としては対価の減額は望んでも契約の解消までは望まない場合には、契約を消滅させてしまう解除は不適切であり、むしろ危険負担制度によって障害に対応する反対給付部分のみを縮減することが望ましいという批判がある。これに対しては、そのような例外的事例に対応する特則を設ければ足りるとの反論がある。

[B案] は、履行不能の場面において、解除権の行使を認めず、危険負担の適用範囲を拡大することによって、当然消滅のみによって処理しようとする考え方である。この考え方は、解除制度による場合、①被不履行当事者は、自己の債権が不能により履行請求できない状態であるにもかかわらず、反対債務を免れるためにあえて解除の意思表示をする必要が生じ、手続的に迂遠であるから、意思表示によらず当然に反対債務を消滅させる危険負担制度によることが合理的である、②継続的契約、特に賃貸借契約における賃貸目的物の滅失の場面に関し、目的物滅失後、解除権行使までの期間、賃借人は、反対給付義務である賃料支払義務を負うことになり、不合理であるなどと考えるものである。

もっとも、この考え方に対しては、[A案]の立場から、①'現実の取引においては、履行が不能となったか否かが一義的に明らかでないことが多いため、いつ契約関係が自動消滅したのか分からず、法的安定性を害する、②'解除権の行使は、無方式の一方的な意思表示で足りるため、手続的に迂遠とは言えず、むしろそのような一挙手一投足を懈怠した者が不利益を被ってもやむを得ない、③'継続的契約については当然消滅を認めるという特則を設ければ足りるとの反論がされている。

[C案]は、[A案]と[B案]それぞれに対する批判を回避するため、危険負担制度と解除制度を併存させ、被不履行当事者に自由な選択権を認める考え方である。この考え方に対しては、①危険負担制度と解除制度は、いずれも反対債務の消滅という効果と同じくする以上、要件も同じ考え方に基づいて設定するべきであるが、そうすると要件・効果を同じくする2つの制度を併存させる意味がなくなる、②解除制度は、履行不能よりも広い範囲をカバーするものであり、反対債務からの解放を求めるかどうかを当事者のイニシアティブにゆだねる点で法的安定性を確保できる上、契約関係を維持することに利益を有する債権者の利益保護にも資するため、解除制度に一元化すれば足りるなどの批判がされている。

[D案]は、ヨーロッパ契約法原則が採用する立場であり、原則として解除制度により処理するものの、確定的な履行不能の場面においてまで解除の意思表示を要求することは迂遠であり、その場合は契約が自動的に解消されるとする考え方である。この考え方については、契約関係の自動消滅を認める点で、[B案]に対する批判が妥当すると思われる。

3 債権者主義の適用範囲の制限（前記第4，2）と本提案における各考え方との関係

債権者主義の適用範囲の制限に関する議論（前記第4，2）は、本提案においてどの考え方を採用するかによって、そのあらわれ方が異なってくる。

すなわち、本提案の[B案]によれば、前記第4，2の議論はそのまま当てはまる。また、本提案の[A案]，[C案]及び[D案]によれば、契約当事者に帰責性のない履行不能の場面において解除制度が適用される余地が生じるが、この場合においても、前記第4，2の議論は、目的物が滅失・損傷した債務の債権者がどの時点から解除権を行使できなくなるのかという形で同様に問題となる。

（関連論点）

1 民法第536条第2項の取扱い

民法第536条第2項は、履行不能について債権者の責めに帰すべき事由がある場合には、債務者は、反対給付を受ける権利を失わない旨を定める。この条文が規律する内容は公平かつ合理的であるため、仮に危険負担制度を廃止する考え方を採用する場合においても、同条項が規律する内容を存置すべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

2 民法第535条の取扱い

民法第535条は、停止条件付双務契約において契約の目的物が滅失又は損傷した場合の特則を定めているところ、この規定については、滅失した場合には債務者主義が適用され（同条第1項）、損傷した場合には債権者主義が適用されることになる（同条第2項）が、滅失と損傷の境界は不明確であるにもかかわらず、それにより正反対の処理をする合理的理由がない、瑕疵ある物の売買の場合には買主に解除及び損害賠償が認められること（民法第570条）と比べて、損傷の場合のルールが著しく不均衡であるなどの批判がある。

このような批判のある民法第535条の取扱いについては、危険負担を廃止する

立場（〔A案〕）を採用すれば、民法第535条も削除するという結論に結びつきやすいが、危険負担制度を維持する立場（〔B案〕から〔D案〕まで）を採用した場合には、上記批判を踏まえて、民法第535条の規律を見直すか否かが問題となるが、どのように考えるか。

3 危険負担廃止論と催告による解除権の消滅制度（民法第547条）との関係

民法第547条は、債務者の法的地位の安定という観点から、債務者は、解除権者に対し、相当の期間を定めて、その期間内に解除をするかどうかを確答すべき旨の催告をすることができ、その期間内に解除の通知を受けなかった場合は、解除権が消滅すると規定する。

この点について、危険負担制度を廃止し、解除一元化モデル（〔A案〕）を採用する場合、現行法によれば債務者主義が妥当する場面については民法第547条を適用しないことにすることが望ましいという考え方がある。すなわち、解除一元化モデルを採用した場合、現行法によれば債務者主義が適用され反対債務が自動消滅していた事案においても、債権者の解除権行使がなければ反対債務は消滅しないことになる。この場合に債務者の催告による解除権消滅を認めてしまうと、債権者は、自らの債権は履行不能であるにもかかわらず、解除により反対債務の負担から解放されることができなくなるため、現行法より債権者を不利にするおそれが生じると考えるものである。この点について、どのように考えるか。

第5 受領遅滞（民法第413条）

1 総論

受領遅滞の規定に関しては、どのような点に留意して検討を行う必要があるか。

現行民法は、受領遅滞に関して、第413条のみが置かれている。そのため、後記第5、2及び3に記載のとおり、その効果が抽象的で不明確であるから、これを具体化・明確化することが望ましいという問題点が指摘されている。この点を含め、受領遅滞に関する規定の全般的な見直しに当たっては、どのような点に留意して検討をすべきか。

（参照・現行条文）

○（受領遅滞）

民法第413条 債権者が債務の履行を受けることを拒み、又は受けることができないときは、その債権者は、履行の提供があった時から遅滞の責任を負う。

○（弁済の提供の効果）

民法第492条 債務者は、弁済の提供の時から、債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる。

○（弁済の提供の方法）

民法第493条 弁済の提供は、債務の本旨に従って現実にしなければならない。ただし、債権者があらかじめその受領を拒み、又は債務の履行について債権者の

行為を要するときは、弁済の準備をしたことを通知してその受領の催告をすれば足りる。

2 効果の具体化・明確化

現行民法は、受領遅滞の効果については、「遅滞の責任を負う」とだけ規定し、受領遅滞の前提となる弁済の提供の効果については「債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる」とだけ規定しており、弁済の提供に基づく受領遅滞の効果として、判例・学説上争いなく認められる具体的な効果（例えば、債権者の同時履行の抗弁権の消滅、特定物の引渡しの場合の注意義務の軽減、増加費用の債権者負担、目的物滅失等の場合の危険の移転等）を読み取ることが困難である。

そこで、これらの具体的な効果を条文上明確に規定することが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

（補足説明）

1 問題提起の趣旨

現行民法は、受領遅滞の効果について、「遅滞の責任を負う」とだけ規定している（民法第413条）。また、受領遅滞の前提となる弁済の提供の効果についても「債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる」とだけ規定している（民法第492条）。

一方、判例・学説上、弁済の提供に基づく受領遅滞の際に、①債務者の債務不履行責任の不発生、②債権者の同時履行の抗弁権の消滅、③特定物の引渡しの場合の注意義務の軽減、④増加費用の債権者負担、⑤目的物滅失等の場合の危険の移転等が生じることに争いが無いところ、これらが弁済の提供に基づく受領遅滞の際に認められることを、「遅滞の責任を負う」などの簡素な文言から読み取ることが困難である。

そこで、受領遅滞という基本的な法律関係の効果については、条文上明確にすることが望ましいという考え方があるため、前記問題提起をするものである。

2 弁済の提供との関係

現行民法は、前記のとおり、受領遅滞の規定（民法第413条）のほかに、その要件の一つとなっている弁済の提供について規定を置き（民法第492条）、それぞれについて前記のような簡潔な文言で効果を記載しているが、その文言が簡潔すぎるため、判例・学説上受領遅滞の際に認められる前記各効果が、受領遅滞の効果なのか、それとも弁済の提供の効果なのか判然としない状況にある。

そこで、現行民法が、受領遅滞について、「債権者は…遅滞の責任を負う」として債権者の責任について規定し、弁済の提供について、「債務者は…債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる」として債務者の責任について規定していることにかんがみ、受領遅滞は受領しなかったことによる債権者の責任を定めたもので、弁済の提供は専ら債務者の責任からの解放を定めたものとして整理することが望ま

しいという考え方が有力である。この考え方によれば、前記（補足説明）1に列挙した効果のうち、少なくとも①は、債務者の責任からの解放のみに関係する効果であり、受領遅滞の効果としてではなく、弁済の提供の効果として規定されるべきものと整理される。

（比較法）

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第53条 買主は、契約及びこの条約に従い、物品の代金を支払い、及び物品の引渡しを受領しなければならない。

第60条 引渡しを受領する買主の義務は、次のことから成る。

(a) 売主による引渡しを可能とするために買主に合理的に期待することのできるすべての行為を行うこと。

(b) 物品を受け取ること。

第61条(1) 売主は、買主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合には、次のことを行うことができる。

(a) 次条から第65条までに規定する権利を行使すること。

(b) 第74条から第77条までの規定に従って損害賠償の請求をすること。

※第62条は、履行請求権。第64条は、契約解除権。

○ドイツ民法

第293条（受領遅滞）

債権者は、債権者に提供された履行を受領しないときは、遅滞に陥る。

第294条（現実の提供）

履行は、それが実現されるように現実に提供されなければならない。

第295条（口頭の提供）

債権者が債務者に履行を受領しないであろうことを告げたとき、または履行の実現のために債権者の行為が必要となるとき、特に、債権者が目的物を取りに行かなければならないときは、債務者による口頭の提供で足りる。必要な行為を行うように債権者に求めることは、履行の提供となる。

第296条（提供の不要性）

債権者によって行われるべき行為に関して暦に従った期日が定められているときは、債権者が適時に行為を行う場合にのみ、提供が必要となる。行為がある出来事を前提としており、その出来事から暦に従って計算されるように行為に関して相当な期日が定められている場合についても、同様である。

第300条（債権者遅滞の効果）

(1) 債務者は、債権者が遅滞している間は、故意または重過失についてのみ責任を負う。

(2) 種類によってのみ定まる物について履行が義務付けられるときは、提供した物を債権者が受領しないことによって遅滞に陥った時点で、危険は債権者に移転する。

第301条（利息支払いの不要性）

債務者は、債権者が遅滞している間は、利息を生じる金銭債務に関し、利息を支払うことを要しない。

第302条（収益）

債務者が目的物の収益について返還しまたは賠償しなければならないときは、債権者が遅滞をしている間は、その義務は債務者が取得した収益に限られる。

第303条（占有放棄に関する権利）

債務者が土地または登録された船舶もしくは船舶建設物の返還につき義務を負うときは、債権者の遅滞が生じた後は債務者は占有を放棄することができる。放棄については、債権者に対して事前に警告をしなければならない。ただし、警告が適当ではないときは、この限りでない。

第304条（増加費用の賠償）

債務者は、債権者が遅滞をしているときは、奏功しなかった提供のために、また目的物の保管および保存のために費やさなければならなかった増加費用の賠償を請求できる。

○フランス民法

第1157条〔現実の提供及び供託の効果〕

- ① 債権者が弁済を受領することを拒否するときは、債務者は、現実の芸教を行い、債権者がそれを受諾することを拒否する賠償は、提供した金銭又は物を供託することができる。
- ② 供託を伴う現実の提供によって、債務者は、解放される。現実の提供は、それが有効に行われたときは、債務者にとって弁済に代わり、そのようにして供託された物は、債権者の危険にとどまる。

○フランス民法改正草案

カタラ草案1350条

被害者が自発的に損害を引き起こしたときは、被害者はあらゆる賠償から除外される。

○ヨーロッパ契約法原則

7:110条 財産が受領されない場合

- (1) 相手方が金銭以外の有体財産を受領または回収しないために当該財産の占有を続ける当事者は、当該財産の保護および保存のために合理的な措置を講じなければならない。
- (2) 次の各号のいずれかに該当する場合には、占有を続ける当事者は、引渡義務または返還義務を免れることができる。
 - (a) 相手方のために当該財産を合理的な条件で第三者に供託し、かつ、その旨を相手方に通知する場合
 - (b) 相手方に通知後、当該財産を合理的な条件で売却し、かつ、その純収益を相手方に支払う場合
- (3) 前項の規定にかかわらず、当該財産が急速に劣化しやすい場合、または、その保存に不合理な費用を要する場合には、占有を続ける当事者は、当該財産の処分のため

めに合理的な措置を講じなければならない。その当事者は、相手方に純収益を支払うことにより、引渡義務または返還義務を免れる。

(4) 占有を続ける当事者は、合理的に生じた費用について償還を受け、または、売却収益より控除する権利を有する。

7:111条 金銭が受領されない場合

当事者の一方が相手方から適切に提供された金銭を受領しないとき、相手方は、その当事者に通知をした後、支払地法に従い、その当事者のために金銭を供託することによって、自己の支払債務を免れることができる。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7. 1. 2条 (債権者による妨害)

当事者は、相手方の不履行が、自己の作為もしくは不作為により生じたとき、または自己がそのリスクを負担すべきその他のできごとにより生じたときは、その限りにおいて、相手方の不履行を主張することができない。

3 損害賠償請求及び解除の可否

現行民法は、受領遅滞の効果について、「遅滞の責任を負う」とだけ規定している（民法第413条）。そのため、「遅滞の責任」の内容として、債務者に損害賠償請求権及び解除権が認められるか否か、認められるとして常に認められるか否かという点が条文上判然としない。そこで、受領遅滞の効果として、損害賠償請求権及び解除権が認められるかという点を条文上明らかにすることが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

この点について、例えば、以下の考え方があるが、どのように考えるか。

[A案] 債権者は、権利を有するだけで義務を負うわけではないから受領義務を負わないのが原則であるという点を重視し、受領遅滞による損害賠償請求権や解除権の規定を置かないとする考え方

[B案] 債権者であっても、合意あるいは信義則等に基づき受領義務を負う場合はあるのだから、このような意味での受領義務違反があった場合には、損害賠償請求権や解除権が生じる旨の規定を置くことが望ましいという考え方

(補足説明)

1 問題提起の趣旨

現行民法は、受領遅滞の効果として、「遅滞の責任を負う」とだけ規定し（民法第413条）、その責任の具体的な内容を条文上明らかにしていない。そのため、「遅滞の責任」の内容として債権者に損害賠償責任が認められるのか、また、債務者に解除権が認められるのかという点について、債権者に一般的な履行の受領義務が認められるのかという点と関連して、学説上争いがある。

受領遅滞という基本的な法律関係の効果については、条文上明確であることが望ましいという考え方があることから、前記問題提起をするものである。

2 各考え方の内容

[A案]は、債権者は、権利を有するだけであって義務を負うわけではないから、受領義務を前提とした受領遅滞による損害賠償や解除の規定を設けることは望ましくないとする考え方である。

もっとも、この考え方に立って受領遅滞による損害賠償や解除の明文規定を置かない場合でも、個別具体的な契約関係・債権債務関係の内容等に応じて、合意あるいは信義則等に基づき受領義務が認められることを否定せず、このような受領義務が認められる場合には、受領義務違反に基づく損害賠償請求権や解除権の発生を認めるとする考え方もある。一般に判例も同様の考え方に立つとされる(最判昭和40年12月3日民集第19巻9号2090頁、最判昭和46年12月16日民集第25巻9号1472頁)。

[B案]は、債権者は、合意あるいは信義則等に基づき受領義務を負うことがあり、その受領義務に違反した場合の損害賠償や解除の明文規定を設けることが望ましいという考え方である。債権者が受領義務を負うことがあるということを明文で確認する方が、信義則の理念にも合致し、両当事者を公平に取り扱うことになり望ましいとするものと言える。

この考え方に立って、受領義務と受領義務違反による損害賠償や解除の明文規定を設けるとしても、規定の在り方として、いかなる範囲(要件)で受領義務を認めるかという点については、上記のような判例の立場を明文化するという限度で規定を設けるという考え方から、受領が必要な債権について広く受領義務を認める旨の規定を設けるという考え方まで、様々な考え方があり得る。

比較法は、前記第5、2(比較法)参照。

(関連論点)

合意に基づく受領強制

契約において債権者が履行を受領することを合意していたときには、受領を強制できるという考え方がある。この考え方は、受領することを内容とした契約上の合意があるときには、債権者に対して受領を求めることのできる債務者の地位が契約により保障されているのだから、この場合に受領強制を否定する論拠に乏しい上、供託が現実の問題となり得ないような場合には、受領強制を認める意味があるとする。このような考え方に基づき受領強制の規定を設けることが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

第6 その他の新規規定

1 追完権

債務者が債務不履行に陥った場合において、債権者には、契約解除権が認められているため、契約を解除し代替取引をすることで当初の経済目的を達成できるが、債務者には、債務を履行して反対給付を確保する利益を確保するための特段の規定が置かれていないため、当事者間の利益調整に不均衡を来すおそれがあるという指摘がある。

そのため、債務者の債務を履行して反対給付を確保する利益を保障する観点から、債務者に追完権（債務不履行に陥った債務者が行う履行あるいは追完が、債務不履行により債権者に認められた損害賠償請求権等に優先し、それら損害賠償請求権等の効力を停止させる権利）を認めることが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

（補足説明）

問題提起の趣旨

追完権とは、債務不履行に陥った債務者に認められる権利であり、一般的に、債務不履行に陥った債務者が行う履行あるいは追完が、債務不履行により債権者に認められた損害賠償請求権等に優先し、債権者の損害賠償請求権等の効力を停止させるものをいう。現行法には、これを認める規定が置かれていない。

現行法において債務者が債務不履行に陥った場合、債権者には、契約解除権が認められているため、契約を解除した上で代替取引を行うことにより当初の経済目的を達成することが可能となっている。これに対し、債務者については、不履行に陥った債務を履行あるいは追完して反対給付を得ることで当初の経済目的を達成するということを望んでも、そのような利益を確保するための固有の権利（追完権）が認められていないため、債務者には、債権者による追完請求権の行使への対応として、あるいは、債権者の催告解除における催告への対応として、債務を履行して反対給付を確保する利益が事実上保障されているにすぎない。

そこで、このような当事者間における利益調整の不均衡を是正するため、一定の要件の下で債務者に追完権を認めることが望ましいという考え方があるため、前記問題提起をするものである。

この考え方によれば、例えば、債権者が債務不履行により認められる権利を何ら行使しない場合において、債務者による履行ないし追完が合理的な期間内に可能であり、その履行ないし追完が債権者に不合理な負担を課すものではなく、債務者が履行ないし追完の意思があることを明確に表明しているようなときには、債務者に追完権を認めることができ、そのことにより債務者の債務を履行して反対給付を確保する利益を適切に確保することができるとする。このことは、特に追完の場面において、具体的な追完方法が複数あり得る場合に、債務者に具体的な追完方法の選択権を認めることを意味する。また、この考え方は、不完全な履行がされた場合において、債権者が損害賠償や解除のため追完の催告を行ったものの、債権者が求める追完の内容と債務者が望む追完の内容が異なるとき、上記のような要件の下で債務者に追完権を認めることには、債務者の債務を追完して反対給付を確保する利益を適切に確保する観点から意義があるとする。

(比較法)

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第37条 売主は、引渡しの日前に物品を引き渡した場合には、買主に不合理な不便又は不合理な費用を生じさせないときに限り、その期日まで、欠けている部分を引き渡し、若しくは引き渡した物品の数量の不足分を補い、又は引き渡した不適合な物品の代替品を引き渡し、若しくは引き渡した物品の不適合を修補することができる。ただし、買主は、この条約に規定する損害賠償の請求をする権利を保持する。

第48条(1) 次条の規定が適用される場合を除くほか、売主は、引渡しの日後も、不合理に遅滞せず、かつ、買主に対して不合理な不便又は買主の支出した費用につき自己から償還を受けることについての不安を生じさせない場合には、自己の費用負担によりいかなる義務の不履行も追完することができる。ただし、買主は、この条約に規定する損害賠償の請求をする権利を保持する。

(2) 売主は、買主に対して履行を受け入れるか否かについて知らせることを要求した場合において、買主が合理的な期間内にその要求に応じないときは、当該要求において示した期間内に履行をすることができる。買主は、この期間中、売主による履行と両立しない救済を求めることができない。

(3) 一定の期間内に履行をする旨の売主の通知は、(2)に規定する買主の選択を知らせることの要求を含むものと推定する。

(4) (2)又は(3)に規定する売主の要求又は通知は、買主がそれらを受けない限り、その効力を生じない。

第49条(1) 買主は、次のいずれかの場合には、契約の解除の意思表示をすることができる。

(a) 契約又はこの条約に基づく売主の義務の不履行が重大な契約違反となる場合

(b) 引渡しがない場合において、買主が第47条(1)の規定に基づいて定めた付加期間内に売主が物品を引き渡さず、又は売主が当該付加期間内に引き渡さない旨の意思表示をしたとき。

(2) 買主は、売主が物品を引き渡した場合には、次の期間内に契約の解除の意思表示をしない限り、このような意思表示をする権利を失う。

(a) 引渡しの遅滞については、買主が引渡しが行われたことを知った時から合理的な期間内

(b) 引渡しの遅滞を除く違反については、次の時から合理的な期間内

(i) 買主が当該違反を知り、又は知るべきであった時

(ii) 買主が第47条(1)の規定に基づいて定めた付加期間内を経過した時又は買主が当該付加期間内に義務を履行しない旨の意思表示をした時

(iii) 売主が前条(2)の規定に基づいて示した期間を経過した時又は買主が履行を受け入れない旨の意思表示をした時

○ドイツ民法

規定なし

○フランス民法

規定なし

○フランス民法改正草案

規定なし

○ヨーロッパ契約法原則

8 : 104条 不履行当事者による治癒

当事者の一方による履行の提供が、契約に適合していないことを理由に相手方によって受領されなかった場合において、履行期が未到来であるとき、または、履行の遅延が重大となるものではないときは、その当事者は、契約に適合した新たな提供をすることができる。

○ユニドロワ国際商事契約原則

第7. 1. 4条 (債務者による不履行の治癒)

(1) 債務者は、次の各号に定める要件が満たされるときには、自己の費用で、いかなる不履行も治癒することができる。

(a) 債務者が、不当に遅延することなく、治癒の方法および時期についての提案を示した通知をすること。

(b) 治癒が当該状況のもとにおいて適切なものであること。

(c) 債権者が、治癒を拒む正当な利益を有しないこと。

(d) 治癒がすみやかにもたらされること。

(2) 治癒をする権利は、解除の通知により妨げられない。

(3) 治癒の通知が有効になされたときには、債権者の権利のうち債務者の履行と相容れないものは、治癒の期間が経過するまで停止する。

(4) 債権者は、治癒がなされるまでの間自己の履行を留保することができる。

(5) 治癒がなされても、債権者は、遅延に対する損害賠償請求権、および治癒に起因する損害または治癒によって防ぐことができなかった損害に対する賠償請求権を保持する。

(関連論点)

1 適用範囲

債務者に追完権を認める場合、その適用範囲については、例えば、以下のような考え方があがるが、どのように考えるか。

[A案] 不履行の態様を問わず認められるとする考え方

[B案] 履行が不完全だった場合に限り認めれば足りるとする考え方

[A案] は、債務者の履行利益・追完利益を保障する必要性は、無履行の場合も不完全履行の場合も変わらないとする考え方である。

[B案] は、いわゆる無履行の場合、債権者は依然として履行請求権を有しているため、債務者が履行すべき内容は決まっており、特段利益調整の必要はないが、不完全履行の場合、追完の具体的内容として様々なものが考えられたため、債権者が求める追完の内容と債務者が望む追完の内容が異なることがあり、そのため追完権による利益調整が必要とする考え方である。

2 具体的要件

追完権を認める具体的要件について、どのように考えるか。

例えば、国際物品売買契約に関する国際連合条約第48条は、①債務者が不合理に遅滞しないこと、②買主に対して不合理な不便又は買主の支出した費用につき自己から償還を受けることについての不安を生じさせないこと、③自己の費用負担によることの3要件を規定している。

ユニドロワ国際商事契約原則第7.1.4条は、①債務者が、不当に遅延することなく、治癒の方法および時期についての提案を示した通知をすること、②治癒が当該状況のもとにおいて適切なものであること、③債権者が、治癒を拒む正当な利益を有しないこと、④治癒がすみやかにもたらされることの4要件を規定している。

ヨーロッパ契約法原則8:104条は、履行期が未到来であるとき、または、履行の遅延が重大な不履行となるものでないときという要件のみを規定している。

3 解除権との優劣関係

追完権については、一般的に、債権者の解除権との優劣関係をどのように規律すべきかが問題とされている。

この点については、その優劣関係を一律に決し、それをあらゆる場面に適用してよいかについては、検討が必要である。すなわち、例えば、債権者が経済的不能を理由に無催告解除をしたのに対して、債務者が追完権を行使した場合と、債権者が履行遅滞に基づく催告解除をしたのに対して、債務者が追完権を行使した場合を比較した場合、後者の場合には、相当期間を付した催告後、その期間が経過するまでの契約当事者の交渉経過を踏まえれば、催告解除権が発生した時点では、いまだ当事者に契約関係からの離脱を認めることが相当と言える利益状況にない可能性が高く、前者に比べて追完権の優越を認める余地が大きいと認められると言えるなど、その優劣関係の結論に違いが出るおそれがあるからである。

そこで、追完権と解除権の優劣関係については、追完権の成立要件をどのように設定するかという点と、解除権の成立要件をどのように設定するかという点を踏まえて決することが適切と考えられるが、この点について、どのように考えるか。

2 第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任

現行法は、債務を履行するために債務者が使用する第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任の有無について、何ら規定を置いていない。

この点について、現在の判例・学説は、結論において債務者の責任を認めるべき場合があるとする点で一致しているが、どのような場合に債務者の責任が認められるかという点については、見解が一致しない。

そこで、債務を履行するために債務者が使用する第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任の有無に関する規定を置くことが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

規定を置く場合、どのような場合に債務者の責任を認めるかという点につい

て、以下の考え方があり得るが、どのように考えるか。

[A案] 第三者を類型化して分類し、各類型に応じた要件を規定する考え方

[B案] 類型化による要件設定をせず、第三者の行為による責任をどこまで債務の内容に取り込んだかによって決する考え方

(補足説明)

1 問題提起の趣旨

現行法は、債務を履行するために債務者が使用する第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任の有無について、何ら規定を置いていない。

この点について、現在の判例・学説は、結論において債務者の責任を認めるべき場合があるとすることで一致しているが、どのような場合に債務者が責任を負うかという点については、見解が一致しない。すなわち、学説については、後記(補足説明)2記載のような争いがある上、判例も、承諾ある船舶の転貸借において、転借人の被用者の過失により船舶が座礁し返還が不可能になった事案において、転貸人及び転借人の賃貸人に対する損害賠償責任を認めた例(大判昭和4年3月30日民集第8巻363頁)や、承諾ある家屋の転貸借において、転借人の失火により同家屋が全焼した事案において、転貸人の賃貸人に対する責任を認めた例(大判昭和15年12月18日法律新聞4658号8頁)があるほか、賃借家屋の居住者の失火について、賃借人の責任を認めるものが続いているが、賃貸借の事案が多く、個別の事案に応じた判断を重ねているため、一般的な規範が確立されているとは言い難い状況にある。

そこで、債務を履行するために債務者が使用する第三者の行為によって債務不履行が生じた場合における債務者の責任に関する規定を設けることが望ましいという考え方があるため、前記問題提起をするものである。

2 債務者の責任を認める要件

どのような場合に債務者の責任を認めるかについては、学説上争いがある。

[A案]は、第三者を類型化して分類し、各類型に応じて責任の有無を定めるとする見解である。

このうち、伝統的通説([A-1案])とされる見解は、①債務者が自分の手足として使用する者を「真の意味の履行補助者」とし、その者の故意・過失を債務者の故意・過失と同視し、②債務者に代わって履行の全部を引き受けてする者を「履行代行者」とし、a)この履行代行者の使用が法律又は特約で禁じられているのに債務者が使用した場合は、履行代行者の故意・過失の有無を問わず、債務者は全責任を負い、b)履行代行者の使用が明文上許されている場合は(民法第106条、第625条第2項、第658条第1項)、履行代行者の選任又は監督に過失があった場合に限って責任を負い、c)それ以外の場合は①と同様の責任を負うと考える。

この見解に対しては、①と②の区別が不明瞭であり、②a)は債務者自身の責任に外ならず、②b)の責任が不当に軽く、②c)を①と同様に扱う根拠が不明であるなどと批判されている。

この批判を踏まえた学説（[A-2案]）は、他人の行為による不法行為責任と対比する観点から、第三者が「被用者の補助者」（民法第715条の「被用者」に相当）である場合及び「独立的補助者」（民法第716条の「請負人」に相当）である場合については、債務者は、使用者責任と異なり、選任又は監督上の過失の有無を問わず、その第三者に帰責事由が認められる限り責任を負うとする。

この見解に対しては、債務不履行における第三者に関する責任が、選任又は監督上の過失の有無を問題にする使用者責任等よりも厳格であることの理論的根拠が不明確であり、「他人の行為」が契約内容及び債務の履行過程にどのように取り込まれるのかという評価の視点が欠けているとの批判がある。

これらに対し、[B案]は、債務者が使用した第三者の行為による不履行責任を債務者が負うか否かは、その債務者が第三者の行為による不履行責任を負うという内容の債務を負っていたと認められるか否かの認定によるのであり、債務の内容を確定することにより責任の有無を確定すべきであるとする考え方である。

（比較法）

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

第31条 売主が次の(a)から(c)までに規定する場所以外の特定の場所において物品を引き渡す義務を負わない場合には、売主の引渡し義務は、次のことから成る。

(a) 売買契約が物品の運送を伴う場合には、買主に送付するため物品を最初の運送人に交付すること。

(b) (a)に規定する場合以外の場合において、契約が特定物、特定の在庫から取り出される不特定物又は製造若しくは生産が行われる不特定物に関する物であり、かつ、物品が特定の場所に存在し、又は特定の場所で製造若しくは生産が行われることを当事者双方が契約の締結時に知っていたときは、その場所において物品を買主の処分によだねること。

(c) その他の場合には、売主が契約の締結時に営業所を有していた場所において物品を買主の処分によだねること。

○ドイツ民法

第278条 債務者は、債務者の法定代理人および自己の義務の履行のために用いている者の過失につき、自己の過失と同じ範囲で責任を負わなければならない。276条3項の規定は、適用されない。

○フランス民法

規定なし

○フランス民法改正草案

規定なし

○ヨーロッパ契約法原則

8:107条 第三者への履行の委託

当事者は、契約の履行を第三者に委託した場合にもなお、履行に対する責任を負う。

○ユニドロワ国際商事契約原則

規定なし

3 代償請求権

現行法は、代償請求権（履行不能が生じたのと同じ原因によって、債務者が履行の目的物の代償と認められる利益を取得した場合に、債権者が目的物の引渡等に代えて、その利益の償還を求めるとのことができる権利）に関する規定を置いていないが、判例は、これを認めており（最判昭和41年12月23日民集第20巻10号2211頁）、学説もこれを認めるものが通説とされる。

そこで、代償請求権に関する規定を置くことが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

（補足説明）

問題提起の趣旨

代償請求権とは、一般に、履行不能が生じたのと同じ原因によって、債務者が履行の目的物の代償と認められる利益を取得した場合に、債権者が目的物の引渡等に代えて、その利益の償還を求めるとのことができる権利のことをいうが、現行法上、代償請求権を認める規定は置かれていない。

この点について、最判昭和41年12月23日民集第20巻10号2211頁は、「一般に履行不能を生ぜしめたと同じ原因によって、債務者が履行の目的物の代償と考えられる利益を取得した場合には、公平の観念にもとづき、債権者において債務者に対し、右履行不能により債権者が蒙りたる損害の限度において、その利益の償還を請求する権利を認めるのが相当」である旨判示し、代償請求権を認めている。

また、学説も、民法第304条が、担保物権の物上代位を規定し、第422条が、損害賠償者の代位を規定し、第536条第2項ただし書が、債権者が危険を負担する場合に、債務者は「債務を免れたことによって」得た利益を債権者に償還することを要すると規定していることの趣旨に照らし、民法上代償請求権を認めるべきであるとするものが多数を占めているとされる。

このような点から、代償請求権に関する規定を置くことが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか。

（比較法）

○国際物品売買契約に関する国際連合条約

規定なし

○ドイツ民法

第285条（賠償の返還）

(1) 275条1項から3項によって債務者が履行をすることを要しないことを基礎付ける事情により、債務者が義務付けられた目的物に関して賠償または賠償請求権を取得したときは、債権者は賠償として受領した物の引渡しまたは賠償請求権の移転を請

求することができる。

(2) 債権者が履行に代えて損害賠償を求めることができる場合に、債権者が1項に定められた権利を行使するときは、得られた賠償または賠償請求権の価値の分だけその権利は減少する。

○フランス民法

規定なし

○フランス民法改正草案

カタラ草案1152条の1第2項

物の滅失は、それが債務者のフォートなしに生じたことが債務者によって証明される限り、債務者をその債務から解放する。ただし、その物に関して補償する権利または訴権があるときは、債務者はそれを債権者に対して譲渡する義務を負う。

司法省事務局草案113条2項

物の滅失は、それが債務者のフォートなしに生じたことが債務者によって証明される限り、債務者をその債務から解放する。ただし、債務者は、その物に関しその権利者となり得る権利または訴権を債権者に譲渡する義務を負う。

○ヨーロッパ契約法原則

規定なし

○ユニドロワ国際商事契約原則

規定なし

(関連論点)

適用範囲

代償請求権が認められる範囲について、例えば、以下のような考え方があるが、どのように考えるか。

[A案] 債務者に代償が認められる場合に広く認める考え方

[B案] 填補賠償請求権等の他の方法がない場合に限って認める考え方

[C案] 双務契約において、填補賠償請求権等の他の方法がない場合に限って認める考え方

[A案]は、填補賠償請求権が認められるか否かに関係なく、債務者の下に代償が存在する場合には、債務者が損害賠償責任から免責されるかどうかに関係なく、債権者に代償を得させることによって、目的物を得たのと同等の価値的状態を債権者に実現させて、債権者の利益を確保すべきであるという考え方に基づくものである。そのため、償還できる代償の範囲は、契約の目的物の価格を上回らない程度に限られるとする。

これに対し、[B案]は、代償請求権により本来の給付と異なる利益の移転を求めることは債務者の財産管理権に対する干渉となるため、その行使の機会はできるだけ制限されるべきであるとの理由から、代償請求権は、他に当事者間の公平を確保するための方法がない場合に初めて認められるとする(補充性を必要とする)考え方である。

[C案]は、代償請求権は、双務契約において、一方の債務の履行が不可能・期待

不能となった場合において、双務契約における対価的均衡を確保するという観点から認められるべきとする考え方である。この考え方は、代償請求権が認められるのは双務契約の場面に限定されるとし、また、他の方法により対価的均衡を維持できる場合には代償請求権を認める必要もないとする。さらに、償還できる代償の範囲も、対価的均衡を確保する限度まで認めてよく、必ずしも契約目的物の価値を上限とする必要はないということになる。