

## 民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(3)

## 目次

第1	履行請求権等	1
1	債権の請求力	1
2	履行の不能（履行請求権の限界事由）	1
3	履行の強制（民法第414条関係）	3
第2	債務不履行による損害賠償	5
1	債務不履行による損害賠償とその免責事由（民法第415条関係）	5
2	債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第415条関係）	7
3	不確定期限における履行遅滞（民法第412条第2項関係）	10
4	履行遅滞中の履行不能による損害賠償	11
5	代償請求権	12
6	損害賠償の範囲（民法第416条関係）	13
7	過失相殺（民法第418条関係）	17
8	賠償額の予定（民法第420条第1項関係）	19
第3	契約の解除	20
1	履行遅滞等による解除の要件（民法第541条・第542条関係）	20
2	履行不能による解除の要件（民法第543条関係）	27
3	契約の解除の効果（民法第545条関係）	29
4	解除権の消滅（民法第548条第1項関係）	31
第4	危険負担	33
第5	受領（受取）遅滞	35
第6	債権の目的（法定利率を除く。）	37
1	特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第400条関係）	37
2	種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項関係）	38
3	選択債権	39
(1)	第三者の選択権（民法第409条第1項関係）	39
(2)	不能による債権の特定（民法第410条関係）	40

## 第1 履行請求権等

### 1 債権の請求力

債権者は、債務者に対し、その債務の履行を請求することができるものとする。

○中間試案第9、1「債権の請求力」

債権者は、債務者に対して、その債務の履行を請求することができるものとする。

(説明)

#### 1 問題の所在

民法第3編第2節の「債権の効力」には、履行の強制（同法第414条、後記3参照）や債務不履行による損害賠償（同法第415条、後記第2、1参照）など、債務が任意に履行されない場合に債権者が採り得る手段に関する規定が置かれている。もっとも、その前提として、債権者が債務者に対してその債務の履行を請求することができること（債権に請求力があること）については、債権の最も基本的な効力として異論なく認められているにもかかわらず、明文の規定が置かれていない。通常取引においては、ほとんどの債権が任意に履行されて消滅することに鑑みても、任意に履行されない場合に関する規定の前に、上記の基本的な効力に関する規定を置く必要があると考えられる。

#### 2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、債権者は、債務者に対し、その債務の履行を請求することができる旨を定めるものである。

### 2 履行の不能（履行請求権の限界事由）

- (1) 債務の履行が不能（その債務が契約によって生じたものである場合にあっては、当該契約の趣旨に照らして不能であることをいう。以下同じ。）であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができないものとする。
- (2) 金銭の給付を目的とする債務については、上記(1)は、適用しないものとする。

○中間試案第9、2「契約による債権の履行請求権の限界事由」

契約による債権（金銭債権を除く。）につき次に掲げるいずれかの事由（以下「履行請求権の限界事由」という。）があるときは、債権者は、債務者に対してその履行を請求することができないものとする。

ア 履行が物理的に不可能であること。

イ 履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものであること。

ウ その他、当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を請求することが相

## 当てない認められる事由

(説明)

### 1 問題の所在

債務の履行が不能であるときは、債務者はその債務を免れ、債権者はその債務の履行を請求することができないとされている。当該不能が債務者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債務者は、その債務を免れる一方で、その債務の履行に代わる損害賠償債務を負担し（民法第415条後段、後記第2、1(1)及び2(1)参照）、当該不能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、債務者は、その債務を免れる一方で、反対給付を受ける権利を失う（ただし、当該不能が債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、なお反対給付を受ける権利を有する）ことになる（同法第536条参照。なお、同条第1項については部会資料68B参照）。

債務の履行が不能である場合における当該債務に関する基本的な規律は以上のとおりであるが、民法は、以上の規律のうち、「債務の履行が不能であるときは、債権者はその債務の履行を請求することができない（債務者はその債務を免れる）」という最も基本的な規律に関する規定を置いていない。同法第415条後段や同法第536条（特に同条第2項後段の「自己の債務を免れたこと」という文言）が、上記の規律を当然の前提としているというにすぎない。そこで、債務の履行が不能である場合における最も基本的な上記の規律に関する規定を民法に置く必要があると考えられる。

### 2 改正の内容

#### (1) 素案(1)について

素案(1)は、上記の問題の所在を踏まえ、債務の履行が不能であるときは、債権者はその債務の履行を請求することができない旨を定めるものである。また、債務が契約によって生じたものである場合については、その債務の履行が不能であるかどうかは、当該契約の趣旨に照らして判断されるべきであるとされていることから、その旨を明記することとしている。ここにいう「契約の趣旨」は、契約の内容（契約書の記載内容等）のみならず、契約の性質（有償か無償かを含む。）、当事者が契約をした目的、契約の締結に至る経緯を始めとする契約をめぐる一切の事情を考慮し、取引通念をも勘案して、評価・認定されるものである。以後も、「契約の趣旨」という表現が用いられている箇所においては、同様である。

中間試案においては、契約によって生じた債権について、履行請求権の限界事由があるときは、債権者はその履行を請求することができないものとし、その履行請求権の限界事由として、「当該契約の趣旨に照らして債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる事由」などを挙げていたが（中間試案第9、2参照）、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、履行請求権の限界は契約によって生じた債権に限らず問題となるから債権一般に関する規律を設けるべきである旨の指摘、「履行請求権の限界事由」という表現は分かりにくい旨の指摘、「当該契約の趣旨に照らして債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる」という要件では、履行が不能となる範囲が広がるおそれがある一方で、例えば不動産の二重

譲渡をした者が一方の譲受人に対する所有権移転登記手続をした場合には、従来、他方の譲受人に対する債務は原則としてその履行が不能となるとされていたが、上記の「当該契約の趣旨に照らして債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる」という要件に該当すると言えるのか疑問がある旨の指摘などがあつた。そこで、素案(1)においては、契約によって生じた債権に限らず債権一般の履行が不能である場合に関する規律を定めることとした上で、契約によって生じた債権については当該契約の趣旨に照らして履行が不能であるかどうかを判断する旨を明記するという方式を採用した。もっとも、このような規定方式の選択は、全般的な規定の配置の在り方とも密接にかかわるので、最終的には、規定の配置に関する議論を踏まえ改めて検討する必要がある。

なお、素案(1)の「不能であるとき」という表現は、原始的不能と後発的不能とを区別しない考え方（原始的不能であることのみを理由として契約が無効となることは無いという考え方。中間試案第26、2参照）を前提としているが、原始的不能と後発的不能とを区別する考え方（原始的不能である場合には契約自体が無効となるという考え方）を前提として規定を設ける場合には、例えば「不能であるとき」という表現を「不能となったとき」に改め、「債務の履行が不能となったときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない。」とすることが考えられる。以後も、「不能であるとき」という表現が用いられている箇所においては、同様である。

#### (2) 素案(2)について

金銭の給付を目的とする債務（民法第419条第1項参照）については、履行不能を観念することができないとされている。そこで、素案(2)では、金銭の給付を目的とする債務については素案(1)の規律が適用されない旨を定めている。

### 3 履行の強制（民法第414条関係）

民法第414条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、民事執行法の規定に従い、直接強制、代替執行、間接強制その他の方法による履行の強制を裁判所に請求することができるものとする。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでないものとする。
- (2) 上記(1)は、損害賠償の請求を妨げないものとする。
- (3) 民法第414条第2項及び第3項を削除するものとする。

○中間試案第9、3「履行の強制（民法第414条関係）」

民法第414条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債権者が債務の履行を請求することができる場合において、債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、民事執行法の規定に従い、直接強制、代替執行、間接強制その他の方法による履行の強制を裁判所に請求することができるものとする。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでないものとする。

- (2) 上記(1)は、損害賠償の請求を妨げないものとする。
- (3) 民法第414条第2項及び第3項を削除するものとする。
- (注) 上記(3)については、民法第414条第2項及び第3項の削除に伴って、その規定内容を民事執行法において定めることと併せて、引き続き検討する必要がある。

(説明)

## 1 問題の所在

(1) 民法第414条は、第1項本文において「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」と定め、第2項本文において「債務の性質が強制履行を許さない場合」には代替執行を請求することができる旨を定めている。そのため、同条第1項及び第2項にいう「強制履行」とは、強制執行の方法の一つである直接強制（民事執行法第43条から第170条まで参照）を意味し、第2項本文は、債務の性質が直接強制を許さない場合（作為又は不作為を目的とする債務である場合）には代替執行を請求することができる旨を定めた規定であると解する余地がある。

もっとも、民法第414条第1項は、直接強制に限らず、債権者が国家の助力を得て強制的にその債権の内容を実現することができることを定めた規定（履行の強制を裁判所に請求することができることを宣言する規定）であると解されている。そこで、この一般的な理解に従い、同項の趣旨を明確にする必要があると考えられる。

(2) また、民法第414条第2項本文及び第3項は、代替執行（民事執行法第171条参照）について定め、同条第2項ただし書は、意思表示の擬制（民事執行法第174条参照）について定めている。もっとも、これらの規定は、民事執行法の中に一元的に配置するほうが、民法と民事執行法との役割分担を明確にするという観点から相当であると考えられる。そこで、民法第414条第2項及び第3項を削除した上で、その内容を民事執行法に移すのが相当であると考えられる。

## 2 改正の内容

### (1) 素案(1)について

素案(1)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第414条第1項の「強制履行」という文言を「履行の強制」に改め、その履行の強制は「民事執行法の規定に従い、直接強制、代替執行、間接強制その他の方法」によることを明記するものであり、素案(3)において「債務の性質が強制履行を許さない場合」には代替執行を請求することができる旨の同条第2項を削除することとあいまって、①同条第1項は直接強制のみに関する規定ではないこと、②同項は債権者が国家の助力を得て強制的にその債権の内容を実現することができることを定めた規定であることを明確にするものである。

また、これにより、民法第414条第1項ただし書（素案(1)ただし書）の「債務の性質がこれを許さない場合」という文言についても、債務の性質が直接強制を許さない場合という意味ではなく、債務の性質が国家の助力を得た強制的な債権の実現（履行の強制）になじまない場合（画家の絵を描く債務など）という意味であることが明

確になる。

(2) 素案(2)について

素案(2)は、現在の民法第414条第4項を維持するものである。

(3) 素案(3)について

素案(3)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第414条第2項及び第3項を削除するものである。これらの規定を引用して代替執行について定めている民事執行法第171条第1項などについては、所要の修正をすることとなる。

## 第2 債務不履行による損害賠償

### 1 債務不履行による損害賠償とその免責事由（民法第415条関係）

民法第415条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 債務者がその債務を履行しないとき（債務の履行が不能であるときを含む。）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ものとする。

(2) 上記(1)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（その債務が契約によって生じたものである場合にあっては、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することができない事由をいう。後記4において同じ。）によるものであるときは、債務者は、その債務の不履行による損害賠償の責任を負わないものとする。

○中間試案第10、1「債務不履行による損害賠償とその免責事由（民法第415条前段関係）」

民法第415条前段の規律を次のように改めるものとする。

(1) 債務者がその債務の履行をしないときは、債権者は、債務者に対し、その不履行によって生じた損害の賠償を請求することができるものとする。

(2) 契約による債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。

(3) 契約以外による債務の不履行が、その債務が生じた原因その他の事情に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。

(説明)

#### 1 問題の所在

(1) 民法第415条は、前段において履行不能以外の債務不履行に基づく損害賠償に関する規律を定め、後段において履行不能に基づく損害賠償に関する規律を定め、後段の履行不能に基づく損害賠償についてのみ、その履行不能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場合の免責を定めているが、前段の債務不履行に基づく損害賠償についても、その債務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場合には免責が認められるとされている。

もつとも、民法第415条は、上記のとおり後段の履行不能に基づく損害賠償についてのみ、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場合の免責を定めているため、前段の債務不履行についても同様の免責が認められるかについて疑義を生じかねない。そこで、上記の解釈を条文上も明記し、同条の趣旨を明確にする必要があると考えられる。

- (2) また、債務が契約によって生じたものである場合には、その債務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かどうかは、当該契約の趣旨に照らして、その債務不履行（契約違反）の原因が債務者の責めに帰することができない事由であるかどうかという観点から判断されるべきであるとされている（「契約の趣旨」については、前記第1、2の（説明）の2(1)参照）。主張立証責任の観点から見ても、契約に違反した債務者の側で、その債務不履行（契約違反）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ことを主張立証しなければならないとされている（ただ、この主張立証責任の点については、債務が契約によって生じたものではない場合も同様である。）。

もつとも、民法第415条後段は、「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」は、債権者は損害賠償を請求することができるのみ定めているため、債務が契約によって生じた場合における上記の解釈を読み取ることが困難であるし、主張立証責任の点についても、損害賠償の請求をする債権者の側で、その債務不履行が債務者の責めに帰すべき事由によるものであることを主張立証しなければならないように読める。そこで、上記の解釈をいずれも条文上明記し、同条の趣旨を明確にする必要があると考えられる。

## 2 改正の内容

素案(1)及び(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第415条の前段と後段とを統合した上で（素案(1)）、その債務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債務者の免責が認められる旨を定めることによって（素案(2)）、①履行不能以外の債務不履行についても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場合の免責が認められること、②債務者の側でその債務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ことを主張立証しなければならないことを明確にするものである。また、その債務が契約によって生じたものである場合については、その債務不履行が当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときに債務者の免責が認められることを明確にしている（素案(2)括弧書き）。

中間試案においては、契約以外の原因によって生じた債務についても、その不履行がその債務が生じた原因その他の事情に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者はその不履行による損害賠償の責任を負わない旨の規律を置くこととしていたが（中間試案第10、1(3)参照）、前記第1、2（履行の不能）、後記6（損害賠償の範囲）、後記第6、1（特定物の引渡しの場合の注意義務）においては、債権一般についての規律を定めた上で、契約によって生じた債権を特に取り

上げてその規律を定めるという方式を採用しているため、これとの平仄を合わせる観点から、ここでも、債権一般についての免責事由に関する規律を定めた上で、契約によって生じた債権については当該契約の趣旨に照らして免責事由の有無を判断する旨を明記するという方式を採用することとした。もっとも、このような規定方式の選択は、全般的な規定の配置の在り方とも密接にかかわるので、最終的には、規定の配置に関する議論を踏まえ改めて検討する必要がある。

なお、民法第415条前段の「債務の本旨に従った履行をしないとき」という概念は、同条後段の「履行をすることができなくなったとき」（履行不能）を含み、後者は前者の一例であるとされているが、前段の「債務の本旨に従った履行をしないとき」という文言では、後段の「履行をすることができなくなったとき」を含むことが読み取れないという配慮から、両者を同条の前段と後段とに併記したとされている。また、同条前段の「その債務の本旨に従った履行をしないとき」という表現と同法541条の「その債務の履行をしない場合」という表現とは、同じ意味であるとされていることから、両者の表現を統一するのが相当であると考えられる。そこで、素案(1)では、同法第415条の前段と後段とを統合するに当たって、「債務者がその債務を履行しないとき（債務の履行が不能であるときを含む。）」という表現を用いることとした。「不能であるとき」という表現については、前記第1、2の（説明）の2(1)の第3パラグラフ参照。

## 2 債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第415条関係）

前記1により損害賠償の請求をすることができる場合において、次に掲げる要件のいずれかに該当するときは、債権者は、債務の履行に代わる損害賠償の請求をすることができるものとする。

- (1) 債務の履行が不能であるとき。
- (2) 債務者がその債務の履行をしない旨の確定的な意思を表示したとき。
- (3) 債務が契約によって生じたものである場合において、当該契約を債権者が解除したとき。
- (4) 債務が契約によって生じたものである場合において、当該契約を債権者が解除していないときであっても、後記第3、1(1)から(3)まで又は2(2)の要件のいずれかに該当するとき。

○中間試案第10、3「債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第415条後段関係）」

民法第415条後段の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 次のいずれかに該当する場合には、債権者は、債務者に対し、債務の履行に代えて、その不履行による損害の賠償を請求することができるものとする。
  - ア その債務につき、履行請求権の限界事由があるとき。
  - イ 債権者が、債務不履行による契約の解除をしたとき。
  - ウ 上記イの解除がされていない場合であっても、債権者が相当の期間を定めて債務の履行の催告をし、その期間内に履行がないとき。

- (2) 債務者がその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、債務者が履行をする見込みがないことが明白であるときも、上記(1)と同様とするものとする。
- (3) 上記(1)又は(2)の損害賠償を請求したときは、債権者は、債務者に対し、その債務の履行を請求することができないものとする。

(説明)

## 1 問題の所在

債務不履行による損害賠償の請求が認められる場合において、その債務の履行が不能であるときなど一定の要件を満たすときは、債権者は、債務の履行に代わる損害賠償（填補賠償）の請求をすることができる。

もともと、民法は、填補賠償の請求をすることができる場合に関する規定を置いていない。そのため、特に履行不能以外の債務不履行の場合に填補賠償の請求をすることができるかどうか（履行不能以外の債務不履行により填補賠償の請求をするためには契約の解除をする必要があるかどうか）について疑義を生じ、判例（大判大正4年6月12日民録21輯931頁、大判昭和8年6月13日民集12巻1437頁等参照）が、一定の要件を満たすときは、解除をしないで填補賠償の請求をすることができる旨を判示している（具体的な要件については、この説明の後記2(2)の第2パラグラフ参照）。また、判例（最判昭和30年4月19日民集9巻5号556頁）は、履行不能の場合についても、解除をしないで填補賠償の請求をすることができる旨を確認している。

そこで、これらの判例を踏まえつつ、填補賠償の請求をすることができる場合を条文上明記し、填補賠償に関する規律を明確にする必要があると考えられる。

## 2 填補賠償の請求をすることができる場合

(1) 填補賠償の請求をすることができる場合としてまず挙げられるのは、債務の履行が不能の場合である（上記最判昭和30年4月19日参照）。

また、履行不能の場合に類似するものとして、債務者がその債務の履行をしない旨の確定的な意思を表示した場合（いわゆる確定的履行拒絶があった場合）が挙げられる。例えば、東京地判昭和34年6月5日判時192号21頁は、「債務者においてその債務…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評価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五百四十三条の精神に則つて、何等催告を要せずして契約を解除することができる…。…本件債務不履行（前記の被告の履行拒絶も民法第四百十五条前段の債務者が其債務の本旨に従つた履行をなさざるときに該当するとみるべきである）により原告が蒙つた損害中、通常生ずべき損害としては、目的物の右解除時価格と約定価格との差額である…合計十万円相当のものと認めるを相当とし、…よつて、原告の本訴請求は、…右損害賠償金十万円…の支払を求めめる限度において…理由がある」と判示し、債務者が確定的な履行拒絶の意思を表示

した場合には債務不履行に該当することを前提として、その債務不履行による填補賠償（目的物の時価と約定代金との差額）の請求を認めている（ただし、上記説示のとおり債務不履行による解除をした事案ではある。）。

(2) 填補賠償の請求をすることができる場合として次に挙げられるのは、債務が契約によって生じたものである場合において、当該契約を債権者が解除したときである。

また、債権者が契約を解除していない場合であっても、①債権者が相当の期間を定めて履行の催告をし、その期間内に履行がないとき（上記大判昭和8年6月13日等参照）、②履行期が債務の性質又は特約等により債務の要素となっているため、履行期の徒過により履行不能と同様の状態を生じ、又は履行期後の履行が債権者にとって意味がないとき（上記大判大正4年6月12日等参照）、③履行の一部が不能であるが残部の履行は可能である場合において、残部のみでは債権者が契約をした目的を達することができないときは、いずれも、填補賠償の請求をすることができると思われる。この①から③までの要件は、それぞれ、①が民法第541条の解除の要件（後記第3、1(1)参照）、②が同法第542条の解除の要件（後記第3、1(2)参照）、③が同法第543条のうちの一部不能による全部解除の要件（後記第3、2(2)参照）に対応するものと考えられる。学説上も、填補賠償の請求を認めるための要件については、債務不履行による解除の類型を参考にすべきである旨の指摘がある。そこで、填補賠償の請求を認めるための要件として、「債務不履行による解除の要件を満たす場合」を挙げるのが相当であると考えられる。

### 3 改正の内容

素案は、上記の各検討を踏まえ、債務不履行による損害賠償として填補賠償の請求をすることができる場合として、(1)において履行不能の場合、(2)においていわゆる確定的履行拒絶の場合、(3)において債権者が契約を解除した場合、(4)において債務不履行による解除の要件を満たす場合を挙げるものである。

素案(3)の「債権者が契約を解除した場合」に該当するときは、通常、素案(4)の「債務不履行による解除の要件を満たす場合」にも該当する。もっとも、債務不履行による解除については、その要件の一部を不要とする特約（例えば、民法第541条の催告を不要とする特約など）をすることが認められているし、また、債務者が債務不履行に陥っている場合に債権者が法定解除（債務不履行による解除）ではなく約定解除（主に問題となるのは法定解除の要件の一部を不要とする内容の約定解除権の行使）をすることもあり得る。その場合には、素案(3)の「債権者が契約を解除した場合」に該当するが、素案(4)の「債務不履行による解除の要件を満たす場合」には該当しない。したがって、素案(3)の要件には独自の意義が認められる。

履行不能の場合における填補賠償には、①履行の全部が不能である場合における履行の全部の填補賠償、②履行の一部が不能である場合における履行の一部の填補賠償、③履行の一部が不能である場合における履行の全部の填補賠償があり得るが、①及び②の填補賠償は素案(1)によって請求し、③の填補賠償は素案(4)（後記第3、2(2)）によって請求することになる。なお、「不能であるとき」という表現については、前記第1、2の（説明）の2(1)の第3パラグラフ参照。

中間試案においては、填補賠償の請求をしたときは、債権者は債務者に対してその債務の履行を請求することができない旨の規律を設けることとしていたが（中間試案第10、3(3)参照）、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、現実に填補賠償がされるまでは履行請求権の行使を認めるべきである旨の指摘や、債権者が予想外に履行請求権を失うという事態を生じかねない旨の指摘があった。また、債権者が填補賠償を選択したことが債務者を拘束するか（債務者が本来の債務を履行することは否定されるか）という点を明確にしないまま上記の規律を設けるのは相当でない旨の指摘があったが、この点については、学説上も考え方が分かれているところである。そこで、上記の規律については明文の規定を設けずに、引き続き解釈に委ねることとした。

### 3 不確定期限における履行遅滞（民法第412条第2項関係）

民法第412条第2項の規律を次のように改めるものとする。

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ものとする。債務者がその期限の到来したことを知らない場合であっても、債権者がその期限の到来した後に債務者に対して履行の請求をしたときは、債務者は、その履行の請求を受けた時から遅滞の責任を負うものとする。

○中間試案第10、2「履行遅滞の要件（民法第412条関係）」

民法第412条の規律を維持した上で、同条第2項の規律に付け加えて、債権者が不確定期限の到来したことを債務者に通知し、それが債務者に到達したときも、債務者はその到達の時から遅滞の責任を負うものとする。

（説明）

#### 1 問題の所在

民法第412条第2項は、債務者が不確定期限（例えばAのBに対する債務をCが死亡した時に履行する旨の期限）が到来したことを知った時（AがCの死亡の事実を知った時）から債務者は遅滞の責任を負う旨を定めている。同項は、不確定期限が到来した時（Cが死亡した時）に履行期が到来することを前提として、債務者は不確定期限の到来の事実を知った時から遅滞の責任を負うとするものである。もっとも、債務者が不確定期限の到来の事実を知らない場合であっても、債権者が不確定期限の到来後に債務者に対して履行の請求（催告）をしたときは、債務者はその履行の請求を受けた時から遅滞の責任を負うとされている。同項は「債務者が不確定期限の到来の事実を知った場合には、その不確定期限の到来後に債権者から履行の請求を受ける前であっても、遅滞の責任を負う」旨を定めた規定であるとの理解である。

もっとも、民法第412条第2項は、上記のとおり債務者が不確定期限の到来の事実を知った時から遅滞の責任を負うとのみ定めているため、上記の解釈を読み取ることが困難である。そこで、上記の解釈を条文上も明記し、同項の趣旨を明確にする必要があると考えられる。

なお、民法第412条第3項は、期限の定めのない債務はその発生時に履行期が到来することを前提として、債務者は債権者による履行の請求を受けた時から遅滞の責任を負う旨を定めている。履行期が到来している状態で債権者が債務者に対して履行の請求をすれば、債務者はその履行の請求を受けた時から遅滞の責任を負うという意味において、上記の解釈と共通している。

## 2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第412条第2項に加えて、債務者が不確定期限の到来の事実を知らない場合であっても、債権者が不確定期限の到来後に債務者に対して履行の請求をしたときは、債務者はその履行の請求を受けた時から遅滞の責任を負う旨を定めるものである。

中間試案においては、債務者が不確定期限の到来の事実を知らない場合であっても、債権者が債務者に対して不確定期限の到来したことを通知し、それが債務者に到達したときは、債務者はその到達の時から遅滞の責任を負う旨を定めることとしていたが（中間試案第10、2参照）、素案においても、引き続き通説に従うことを前提に、民法第412条第3項の表現等を参照しながら、より適当な表現を用いる趣旨の修正をした。

## 4 履行遅滞中の履行不能による損害賠償

債務者がその債務について遅滞の責任を負っている間にその債務の履行が不能となったときは、その履行の不能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っても、債務者は、その履行の不能による損害賠償の責任を負うものとする。ただし、債務者が遅滞の責任を負っていなくてもその債務の履行が不能となるべきであったときは、この限りでないものとする。

○中間試案第10、4「履行遅滞後に履行請求権の限界事由が生じた場合における損害賠償の免責事由」

履行期を経過し債務者が遅滞の責任を負う債務につき履行請求権の限界事由が生じた場合には、債務者は、その限界事由が生じたことにつき前記1(2)又は(3)の免責事由があるときであっても、前記3の損害賠償の責任を負うものとする。ただし、履行期までに債務を履行するかどうかにかかわらず履行請求権の限界事由が生ずべきであったとき（前記1(2)又は(3)の免責事由があるときに限る。）は、その責任を免れるものとする。

(説明)

### 1 問題の所在

民法第415条後段は、債務者の帰責事由によらない履行不能について債務者は損害賠償義務を負わない旨を定めている。もっとも、債務者の帰責事由による履行遅滞が生じている間に、債務者の帰責事由によらない履行不能が生じた場合に、債務者がその履行不能による損害賠償の義務を負うかどうかについては、明文の規定がない。そのため、上記の場合に債務者が履行不能による損害賠償の義務を負うかどうかについて、解釈上

の疑義を生じ、判例（大判明治39年10月29日民録12輯641頁）が、上記の場合には履行不能による損害賠償の義務を負う旨を判示している。

また、上記判例を前提としつつ、債務者の帰責事由による履行遅滞が生じていなかったとしても履行不能が生じていた場合（履行遅滞と履行不能との間に因果関係がない場合）には、債務者はその履行不能による損害賠償の義務を負わないとされている（東京地判昭和49年12月10日判時781号89頁参照）。

そこで、上記の判例法理及び解釈を明文化し、履行遅滞中の履行不能に関する規律を明確にする必要があると考えられる。

## 2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、債務者が遅滞の責任を負っている間に履行不能となった場合には、その履行不能が債務者の帰責事由によらないときであっても、債務者は履行不能による損害賠償の責任を負う旨を定めた上で、債務者が遅滞の責任を負っていなかったとしてもその履行不能が生ずべきであったときは、債務者はその履行不能による損害賠償の責任を負わない旨を定めるものである。

## 5 代償請求権

債務の履行が不能となったのと同じ原因により債務者がその債務の目的物の代償である権利又は利益を取得したときは、債権者は、その受けた損害の額の限度で、債務者に対し、当該権利の移転又は利益の償還を請求することができるものとする。

### ○中間試案第10、5「代償請求権」

履行請求権の限界事由が生じたのと同じ原因により債務者が債務の目的物の代償と認められる権利又は利益を取得した場合において、債務不履行による損害賠償につき前記1(2)又は(3)の免責事由があるときは、債権者は、自己の受けた損害の限度で、その権利の移転又は利益の償還を請求することができるものとする。

(注)「債務不履行による損害賠償につき前記1(2)又は(3)の免責事由があるとき」という要件を設けないという考え方がある。

(説明)

### 1 問題の所在

代償請求権とは、債務の履行が不能となったのと同じ原因により債務者がその債務の目的物の代償である権利又は利益を取得した場合に、債権者が当該権利の移転又は利益の償還を債務者に対して求めることのできる権利をいう。この代償請求権が認められること自体については、実務上も学説上も異論がない。

もともと、民法は、代償請求権に関する規定を置いていないため、代償請求権が認められるかどうかについて疑義を生じ、判例（最判昭和41年12月23日民集20巻10号2211頁）が、以下のとおり代償請求権が認められる旨を判示している。すなわち、「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り、民法五三六条二項但書の規定は、この法理のあらわれである。』。そこで、この判例法理を明文化し、代償請求権に関する規律の明確化を図る必要があると考えられる。

## 2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、代償請求権に関する規律として、債務の履行が不能となったのと同じ原因により債務者がその債務の目的物の代償である権利又は利益を取得したときは、債権者は、その受けた損害の額の限度で、当該権利の移転又は利益の償還を請求することができる旨を定めるものである。

中間試案においては、代償請求権の要件として、履行不能による損害賠償について免責事由があること（その履行不能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こと）を必要とし、（注）においてこれを不要とする考え方を取り上げていたが（中間試案第10、5参照）、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、債務者の責任財産が十分でない場合に代償請求権を行使することができずに債務者からの履行に依存せざるを得ないとするのは債権者の保護に欠ける旨の指摘や、債権者に代償請求権と填補賠償請求権の選択を認めることによる特段の不都合はない旨の指摘があった。そこで、中間試案の（注）の考え方を採ることとし、上記の要件を不要とすることとした。

## 6 損害賠償の範囲（民法第416条関係）

民法第416条の規律を次のように改めるものとする。

債務の不履行に対する損害賠償の請求は、その不履行によって生じた損害のうち次に掲げるものの賠償をさせることをその目的とするものとする。

- (1) その不履行によって通常生ずべき損害
- (2) 上記(1)に該当しない損害であつて、その不履行の時点において債務者が予見すべきであつた損害（その債務が契約によって生じたものである場合にあっては、当該契約の趣旨に照らして債務者が予見すべきであつた損害）

○中間試案第10、6「契約による債務の不履行における損害賠償の範囲（民法第416条関係）」

民法第416条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 契約による債務の不履行に対する損害賠償の請求は、当該不履行によって生じた損害のうち、次に掲げるものの賠償をさせることをその目的とするものとする。
  - ア 通常生ずべき損害
  - イ その他、当該不履行の時に、当該不履行から生ずべき結果として債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであつた損害
- (2) 上記(1)に掲げる損害が、債務者が契約を締結した後に初めて当該不履行から生ずべき結果として予見し、又は予見すべきものとなったものである場合において、

債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたときは、債務者は、その損害を賠償する責任を負わないものとする。  
(注1) 上記(1)アの通常生ずべき損害という要件を削除するという考え方がある。  
(注2) 上記(1)イについては、民法第416条第2項を基本的に維持した上で、同項の「予見」の主体が債務者であり、「予見」の基準時が不履行の時であることのみを明記するという考え方がある。

(説明)

## 1 問題の所在

(1) 民法第416条は、第1項において、債務不履行による損害賠償はその債務不履行によって通常生ずべき損害の賠償をさせることを目的とする旨を定め、第2項において、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、その損害の賠償を請求することができる旨を定めている。同条の解釈については、大きく分けて、以下の二つの立場がある。

第一に、民法第416条は、債務不履行によって生じた損害のうち、第1項において、通常の事情によって通常生ずべき損害の賠償について定め、第2項において、特別の事情によって通常生ずべき損害（その特別の事情を当事者が予見し又は予見することができた場合に限る。）の賠償について定めたものであるとする立場である。第二に、同条は、債務不履行によって生じた損害のうち、第1項において、その債務不履行によって通常生ずべき損害の賠償について定め、第2項において、その債務不履行によって特別に生じた損害（その特別に生じた損害を当事者が予見すべきであった場合に限る。）の賠償について定めたものであるとする立場である。

両者の主な相違点は、民法第416条第2項に関して、①予見の対象を「特別の事情」とし、債務不履行によって生じた損害のうち、当事者が予見し又は予見することができた特別の事情によって通常生ずべき損害を賠償の範囲に含むとするか（第一の考え方）、②予見の対象を「特別の損害」とし、債務不履行によって生じた損害のうち、当事者が予見すべきであった特別の損害を賠償の範囲に含むとするか（第二の考え方）という点にある。

例えば、Aが大手不動産業者Bに対して甲建物を1億円（適正な時価）で売却する旨の契約を締結した後、BがCに対して甲建物を1億2000万円で転売する旨の契約を締結したが、その転売契約には債務不履行解除の場合の違約金としてBがCに対して1000万円を支払う旨の約定があったとする。その後、AがBに対して甲建物を引き渡す前に、Aの失火により甲建物が滅失したため、BはCから債務不履行解除の意思表示を受けるとともに違約金1000万円の支払を求められた。そこで、BはAに対して債務不履行解除の意思表示をするとともに債務不履行による損害賠償の請求をした。以上の事案において、Aの債務不履行によってBに生じた損害のうち、Bが転売利益2000万円を逸したことについては、第一の考え方を採るか第二の考え方を採るかにかかわらず、民法第416条第1項のいわゆる通常損害として損害賠償の範囲に含まれることになると考えられる。

他方、Aの債務不履行によってBに生じた損害のうち、違約金1000万円の支払を余儀なくされたことについては、いわゆる通常損害には該当しない場合が多いと考えられる。そこで、民法第416条第2項に関する第一の考え方によれば、BとCとの間の転売契約に違約金1000万円の約定があったこと（特別の事情）をAが予見し又は予見することができたときは、違約金1000万円の約定の存在という特別の事情によって通常生ずべき損害である違約金1000万円の支払を余儀なくされたこと（特別の事情によって通常生ずべき損害）は、賠償の範囲に含まれることになる。また、第二の考え方によれば、BとCとの間の転売契約に違約金1000万円の約定があったことによりBがその違約金1000万円の支払を余儀なくされたこと（特別の損害）をAが予見すべきであったときは、その損害は賠償の範囲に含まれることになる。

以上のように、第一の考え方は、予見の対象を「特別の事情」とした上で、債務不履行によって生じた損害のうち、「当事者が予見し又は予見することができた特別の事情によって通常生ずべき損害」を賠償の範囲に含むとすることによって、損害賠償の範囲を適切に画そうとし、第二の考え方は、予見の対象を「特別の損害」とした上で、債務不履行によって生じた損害のうち、「当事者が予見すべきであった損害」を賠償の範囲に含むとすることによって、損害賠償の範囲を適切に画そうとする。いずれの考え方を採っても、損害賠償の範囲の結論において差はないと説明されることもある。

もっとも、仮に上記事案においてBとCとの間の転売契約に債務不履行解除の場合の違約金5億円の約定があり、Aが当該約定の存在をBから告げられて認識していた場合については、第一の考え方によれば、BとCとの間の転売契約に違約金5億円の約定があったこと（特別の事情）をAが予見し又は予見することができた（当該約定の存在をAはBから告げられて認識していた）のであるから、違約金5億円の約定の存在という特別の事情によって違約金5億円の支払を余儀なくされたことは、特別の事情によって通常生ずべき損害に当たるとして、損害賠償の範囲に含まれるとされる可能性が少なくとも形式論理としてはあり得る。これに対し、第二の考え方によれば、BとCとの間の転売契約に違約金5億円の約定があったことをAがBから告げられて認識していたとしても、Bがその違約金5億円の支払を余儀なくされたこと（特別の損害）は、Aが予見すべきであった損害であるとは言い難いことから、損害賠償の範囲には含まれないとすることが可能である。

このように、第二の考え方は、損害賠償の範囲を「債務不履行によって生じた損害のうち、当事者が予見すべきであった損害」と捉えることによって、第一の考え方よりも、損害賠償の範囲を適切かつ柔軟に画することが可能であると考えられる。したがって、第二の考え方を採るのが相当であると考えられる。

- (2) ところで、以上の議論とは別の観点から、民法第416条第2項は、予見の主体を「当事者」とのみ定め、また、予見の基準時を明記していない。そのため、予見の主体及び基準時について疑義を生じ、判例（大判大正7年8月27日民録24輯1658頁）が、予見の主体は債務者であり、基準時は債務不履行時である旨を判示している。そこで、この判例法理を明文化し、同条の規律を明確にする必要があると考えら

れる。

また、債務が契約によって生じたものである場合には、当該契約の趣旨に照らして債務者が予見すべきであった損害であるかどうかを判断すべきであるとされている（「契約の趣旨」については、前記第1、2の（説明）の2（1）参照）。もっとも、民法第416条第2項は、契約によって生じた債務であるかどうかを問わずに要件を定めているため、上記の解釈を読み取ることが困難である。そこで、上記の解釈を条文上明記し、同項の趣旨を明確にする必要があると考えられる。

## 2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、まず(1)において、債務不履行によって生じた損害のうち、その債務不履行によって通常生ずべき損害が賠償の範囲に含まれる旨を定めている。ここにいう通常生ずべき損害とは、債務者が当然に予見すべきであった損害である。起草者も、民法第416条第1項に関して、製造業者が原料を注文し、その注文を受けた者が期日に履行をしなかったときは、製造業者はそのために製造を中止せざるを得なくなり、若干の損害を受けることになるが、そのような損害は、「通常生スヘキ損害ニシテ実ニ当事者ノ予見スヘキモノナルヲ以テ債務者カ常ニ其賠償ノ責ニ任セサルヘカラサルハ敢テ疑ヲ容レサル所ナリ」と説明している。

したがって、素案(1)の通常生ずべき損害は、素案(2)にいう債務者が予見すべきであったかどうかを検討するまでもなく、当然に損害賠償の範囲に含まれる。つまり、素案(1)の損害は、素案(2)の損害に包摂される関係にあると考えられる。そのため、素案(1)は不要であるとも考えられるが、素案(1)の通常生ずべき損害という概念は、従前の実務において既に定着し、安定的に解釈・運用されていると考えられること、素案(1)の損害の中には素案(2)の損害に包摂されない部分があり得るとの理解もあることを踏まえ、素案(1)の通常生ずべき損害を素案(2)の損害に並べて置くこととした。

次に、素案(2)においては、上記の第二の考え方及び予見の主体と基準時に関する判例法理に従い、素案(1)の通常生ずべき損害に該当しない損害については、債務者がその債務不履行の時点において予見すべきであった損害が損害賠償の範囲に含まれる旨を定めている。また、その債務が契約によって生じたものである場合には、当該契約の趣旨に照らして債務者が予見すべきであった損害であるかどうかを判断するという上記の解釈を明記することとした。

中間試案においては、契約によって生じた債務の不履行についてのみ、損害賠償の範囲に関する規律を設けることとしていたが（中間試案第10、6参照）、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中に、損害賠償の範囲は契約によって生じた債務の不履行の場面に限らず問題となることから、債務一般の不履行に関する規律とすべきである旨の指摘があったことや、前記第1、2（履行の不能）、前記1（債務不履行による損害賠償の免責事由）、後記第6、1（特定物の引渡しの場合の注意義務）との平仄を合わせる観点から、素案においては、債務一般の不履行による損害賠償の範囲に関する規律を定めた上で、契約によって生じた債務の不履行については、当該契約の趣旨に照らして債務者が予見すべきであった損害であるかどうかを判断する旨を明記するという方式を採用することとした。

また、中間試案においては、契約を締結した後に初めて債務者が予見し又は予見すべきものとなった損害については、債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたときは、債務者はその損害の賠償責任を負わない旨の規律を設けることとしていたが（中間試案第8、6(2)参照）、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、債務者が損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたのであれば、その段階でその損害は債務者が予見すべき損害ではなくなるから、上記の規律は不要である旨の指摘、債務者がその損害を回避するために当該契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたにもかかわらず、なお債務者がその損害を予見すべきであるという事態を仮に観念することができるのであれば、その場合には、むしろ債務者の損害賠償責任を否定すべきではなく、少なくとも損害賠償責任を常に否定すべきであるとは言えない旨の指摘があった。そこで、素案においては、上記の規律を設けないこととし、素案(2)の解釈・認定による適切な解決に委ねることとした。

## 7 過失相殺（民法第418条関係）

民法第418条の規律を次のように改めるものとする。

債務の不履行又はこれによる損害の発生若しくは拡大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ものとする。

○中間試案第10、7「過失相殺の要件・効果（民法第418条関係）」

民法第418条の規律を次のように改めるものとする。

債務の不履行に関して、又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して、それらを防止するために状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができるものとする。

（説明）

### 1 問題の所在

民法第418条は、過失相殺の要件を「債務の不履行に関して債権者に過失があったとき」と定めているが、同条は、「債務の不履行」に関して債権者に過失があった場合のみならず、「債務の不履行による損害の発生又は拡大」に関して債権者に過失があった場合にも適用されるとされている。裁判例を見ても、損害の発生又は拡大に関する債権者の過失を理由として過失相殺をする実務が定着していると言える（東京地判平成21年9月15日、同平成20年4月18日、同平成20年3月3日、同平成13年9月28日等参照）。

もっとも、民法第418条は、上記のとおり損害の発生又は拡大に関する債権者の過失を明記していないため、そのような過失相殺は認められないとの誤解を生じかねない。そこで、損害の発生又は拡大に関する債権者の過失を条文上も明記し、同条の趣旨を明

確にする必要があると考えられる。

## 2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、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」を「債務の不履行又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して債権者に過失があったとき」に改めるものである。

中間試案においては、債務の不履行又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して「それらを防止するために状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかったとき」に過失相殺が認められることとしていたが（中間試案第10、7参照）、パブリック・コメントの手续に寄せられた意見の中には、「過失」に代えて「それらを防止するために状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかったとき」という要件を用いると、過失相殺が認められる場面が広くなり債権者にとって酷である場面が生じかねない旨の指摘がある一方で、逆に、過失相殺が認められる場面が狭くなるから妥当でない旨の指摘があり、そもそも要件として不明確であるから妥当でない旨の指摘もあった。また、過失相殺にいう「過失」は、実務上定着した概念である上に、必ずしも一般市民にとって分かりにくいものではない旨の指摘もあった。そこで、素案においては、引き続き「過失」という要件を用いることとし、その要件の解釈・認定による適切な事案の解決に委ねることとした。

中間試案においては、過失相殺の効果について、現在の民法第418条の規律を変更し、過失相殺によって損害賠償の「責任」まで否定することは認めないこととし、また、債権者の過失が認定される場合であっても過失相殺をしないことを認めることとしていたが（中間試案第10、7参照）、素案においては、現在の民法第418条の効果を維持することとした。その理由は次のとおりである。すなわち、同条が責任の否定まで認める一方で、同法第722条第2項（不法行為における過失相殺）が責任の否定まで認めないのは、不法行為による損害賠償の場合には、過失割合が「被害者10：加害者0」であるときはそもそも不法行為が成立しないため、不法行為が成立していることを前提に損害賠償の責任を否定する必要がある場面は存在しないのに対し、債務不履行による損害賠償の場合には、過失割合が「債権者10：債務者0」であるときであっても債務不履行責任が成立することがあり得るため、債務不履行責任が成立していることを前提に債務者の損害賠償の責任を否定する必要がある場面が存在し得るという理由によるものであると説明されている。この説明に対しては、債務不履行による損害賠償の場合であっても、過失割合が「債権者10：債務者0」であるときは、その債務不履行は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して、債務不履行責任が成立しないのであるから、その点において不法行為による損害賠償の場合と何ら相違はないとの批判がされている。もっとも、債務不履行による損害賠償の場合には、例えば損害賠償額の予定（同法第420条）の形式で、「一定の債務不履行の事実が生じた場合には、それ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っても、債務者は〇〇円の賠償義務を負う」という趣旨の合意をすることがあり、かつ、そのような合意は公序良俗に反しない限り有効であるとされているから、過失割合が「債権者10：債務者0」であるにもかかわらず債務不履行責任が成立するという場面は、十分にあり得る。

そうであるとするれば、同法第418条が「責任」自体の否定を認めていることには、一定の合理性があるとも考えられる。また、上記のような場合において、債権者の10割の過失が認定されているにもかかわらず過失相殺を否定すること（損害賠償責任を一部でも認めること）は相当でないと言い得るのであれば、同法第418条が過失相殺を必要なものとしていることにも、一応の合理性があると考えられる。加えて、以上の検討においては、過失相殺という過失と債務不履行という債務者の帰責事由（免責事由）とが同様のものであることを前提としているが、前記1の（説明）の1(2)で述べたとおり、債務不履行という債務者の帰責事由は、少なくとも不法行為という過失とは次元の異なるものとして捉えられているところ、過失相殺という過失が両者のいずれと同じなのか、又はいずれとも違うのかについては、十分な説明がされていないようにも思われる。以上の各検討を踏まえ、過失相殺の効果については、現在の民法第418条を維持することとした。

## 8 賠償額の予定（民法第420条第1項関係）

民法第420条第1項の規律を次のように改めるものとする。

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ものとする。この場合において、その予定した賠償額が、現に生じた損害の額及び当事者が賠償額の予定をした目的に照らして著しく過大であると認められるときは、その賠償額の予定のうち著しく過大であると認められる部分は、その効力を有しないものとする。

○中間試案第10、10「賠償額の予定（民法第420条関係）」

(1) 民法第420条第1項後段を削除するものとする。

(2) 賠償額の予定をした場合において、予定した賠償額が、債権者に現に生じた損害の額、当事者が賠償額の予定をした目的その他の事情に照らして著しく過大であるときは、債権者は、相当な部分を超える部分につき、債務者にその履行を請求することができないものとする。

(注1) 上記(1)については、民法第420条第1項後段を維持するという考え方がある。

(注2) 上記(2)については、規定を設けないという考え方がある。

(説明)

### 1 問題の所在

民法第420条第1項後段は、当事者が賠償額の予定をした場合に裁判所はその予定額を増減することができない旨を定めているが、これは、同法第90条の公序良俗違反等を理由とする減額まで否定する趣旨ではないとされている。裁判例を見ても、現に生じた損害の額や賠償額の予定をした目的等を考慮して、賠償額の予定のうち著しく過大であると認められる部分等について、同法第90条の公序良俗違反等を理由に無効とする実務が定着していると言える（東京地判平成25年4月26日、同平成25年3月1

9日、同平成9年11月12日、同平成2年10月26日等参照)。

もっとも、民法第420条第1項後段は、上記のとおり裁判所は賠償額の予定の額を増減することができない旨を定めているため、いかなる場合にも一切の減額が認められないとの誤解を生じかねない。そこで、同条後段を削除した上で、一定の場合に賠償額の予定の額が減額され得ることを条文上明記する必要があると考えられる。

## 2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、賠償額の予定の額が、現に生じた損害の額及び当事者が賠償額の予定をした目的に照らして著しく過大であると認められるときは、その賠償額の予定のうち著しく過大であると認められる部分は効力を有しない旨を定めるものである。

中間試案においては、賠償額の予定が著しく過大であると認められる場合の効果として、相当な部分を超える部分の履行を請求することができないこととしていたが(中間試案第10、10参照)、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、現在の裁判実務で行われていると同様に賠償額の予定の一部を無効とする旨を規定するほうが簡明である旨の指摘や、「著しく過大」である部分と「相当な部分を超える部分」との関係やそれぞれの判断基準が不明確である旨の指摘があった。そこで、素案においては、賠償額の予定が著しく過大であると認められる場合の効果として、その著しく過大であると認められる部分が無効(一部無効)となる旨を明確にすることとした。

また、中間試案においては、著しく過大であると認められるかどうかの判断要素として、現に生じた損害の額及び当事者が賠償額の予定をした目的に加えて「その他の事情」を挙げていたが、素案においては、「その他の事情」を挙げなかった。その理由は次とおりである。すなわち、賠償額の予定の一部を無効とする素案の規律は、賠償額の予定の額と現に生じた損害の額との乖離の程度を判断要素の中心に据え、ただ、その乖離の程度が著しいと認められる場合であっても、それだけで賠償額の予定の額が著しく過大であると認めるのではなく、賠償額の予定をした目的の合理性によってその乖離の程度が正当化され得るかどうかを判断し、それらの判断の結果として賠償額の予定の額が著しく過大であると認められるときは、その賠償額の予定の一部を無効とするものである。素案の規律は、このように当事者の合意を無効とする場合の判断要素が定型化されている点において、民法第90条との関係における独自性が認められる。したがって、上記の判断要素とは異なる観点から賠償額の予定を無効とすべき場合(例えば当事者の一方が相手方の困窮に乗じて不当な賠償額の予定をした場合等)については、引き続き民法第90条や暴利行為に関する規律(中間試案第1、2参照)によって処理がされる。そうであるとすれば、素案の規律においては、現に生じた損害の額及び当事者が賠償額の予定をした目的のみを判断要素として挙げれば必要十分であり、「その他の事情」を挙げる必要はないと考えられる。

## 第3 契約の解除

### 1 履行遅滞等による解除の要件(民法第541条・第542条関係)

民法第541条及び第542条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 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、その期間を経過したときは、相手方は、契約の解除をすることができるものとする。ただし、その期間の経過時までには履行された部分のみであっても相手方が契約をした目的を達することができるときは、この限りでないものとする。
- (2) 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、上記(1)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ものとする。
- (3) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が上記(1)の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行を受ける見込みがないことが明らかであるときは、相手方は、上記(1)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ものとする。
- (4) 上記(1)から(3)までの債務の不履行が契約の趣旨に照らして相手方の責めに帰すべき事由によるものであるときは、相手方は、契約の解除をすることができないものとする。

○中間試案第11、1「債務不履行による契約の解除の要件（民法第541条ほか関係）」

民法第541条から第543条までの規律を次のように改めるものとする。

- (1) 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ものとする。ただし、その期間が経過した時の不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないときは、この限りでないものとする。
- (2) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、その不履行が次に掲げるいずれかの要件に該当するときは、相手方は、上記(1)の催告をすることなく、契約の解除をすることができるものとする。
  - ア 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こと。
  - イ その債務の全部につき、履行請求権の限界事由があること。
  - ウ 上記ア又はイに掲げるもののほか、当事者の一方が上記(1)の催告を受けても契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であること。
- (3) 当事者の一方が履行期の前にその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、その当事者の一方が履行期に契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であるときも、上記(2)と同様とするものとする。

(注) 解除の原因となる債務不履行が「債務者の責めに帰することができない事由」(民法第543条参照)による場合には、上記(1)から(3)までのいずれかに該当するときであっても、契約の解除をすることができないものとするという考え方がある。

○中間試案第12、2「債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合の解除権の制限(民法第536条第2項関係)」

(1) 債務者がその債務を履行しない場合において、その不履行が契約の趣旨に照らして債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、契約の解除をすることができないものとする。

(2) (略)

(説明)

## 1 素案(1)について

### (1) 問題の所在

催告解除について定める民法第541条は、その前提となる債務の不履行について、「当事者の一方がその債務を履行しない場合」とのみ定めている。もっとも、債務不履行の程度や態様を一切問わずに催告解除をすることができるとする趣旨ではなく、不履行の程度が軽微である場合(不履行の部分が数量的に僅かである場合等)や、要素たる債務の不履行ではなく付随的な債務の不履行である場合(不動産の買主が所有権移転登記手続をするまでの固定資産税を負担する義務を履行しない場合等)には、同条の催告解除は認められないとされている。

もっとも、民法第541条は、上記のとおり「当事者の一方がその債務を履行しない場合」とのみ定めているため、不履行の程度や態様を問わずに催告解除をすることができるかどうかについて疑義を生じ、判例(大判昭和14年12月13日、大判昭和13年9月30日民集17巻1775号参照)が、軽微な不履行や付随的債務の不履行があるにすぎない場合には同条の催告解除をすることができない旨を判示している。例えば、付随的債務の不履行について、最判昭和36年11月21日民集15巻10号2507頁は、「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つ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」と判示している。そこで、催告解除の前提となる不履行の程度や態様に限定を加える上記の判例法理を明文化し、同条の趣旨を明確にする必要があると考えられる。

### (2) 改正の内容

素案(1)は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第541条にただし書を付加し、催告期間の経過時までに履行された部分のみであっても相手方が契約をした目的を達することができるときは、同条の催告解除が認められない旨を定めるものである。契約をした目的を達することができるかどうかという要件は、軽微な不履行や付随的債務の

不履行を催告解除の前提となる債務不履行から除外する際に、判例や学説において頻繁に用いられてきた要件である。また、民法においても、同法第566条第1項、第607条、第611条第2項、第635条等が解除の要件として用いている。同法第542条（素案(2)）においても、「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」という要件が用いられている。

以上に対しては、債権者が契約をした目的を達することができる場合であっても催告解除を認めるべき場合があるから、素案(1)ただし書のように、契約をした目的を達することができる場合には催告解除を認めない旨の規律を設けるのは妥当でないという考え方もあり得る。もっとも、素案(1)ただし書における「契約をした目的」の認定・判断は、事案に応じて柔軟にされ得るから、この批判が妥当するような事案は、必ずしも容易には想定されないと考えられる。また、真に「契約をした目的」を達成することができると思われる事案においては、催告解除をすることはできず、その不履行についての強制執行手続をすることや、要件を満たせば損害賠償の請求をするなどの方法を採用することによって満足せざるを得ないとも考えられる。

なお、素案(1)では、民法第541条本文に相当する部分（素案(1)本文）についても、若干の修正を加えている。すなわち、素案(1)では、ただし書において催告期間の経過時まで「履行された部分」を問題としているため、本文において現行法のように「履行の催告をし、その期間内に履行がない」という表現を用いると、本文とただし書との間で矛盾があるとの印象を与えかねない。そこで、素案(1)本文では、民法第542条（素案(2)）の文言を参照して、「履行の催告をし、その期間を経過したとき」という表現を用いることとした。なお、もともと同条本文の「履行の催告をし、その期間内に履行がないとき」という要件については、催告解除をする者が「履行がないこと」を主張立証する必要はなく、催告解除をする者は単に催告期間が経過したことを主張立証すれば足りるとされているから、上記の修正によっても同条本文の規律に変更があるわけではない。

## 2 素案(2)について

素案(2)は、定期行為の履行遅滞による無催告解除について定める民法第542条の規律を維持するものである。

## 3 素案(3)について

### (1) 問題の所在

民法は、第541条（素案(1)参照）において催告解除について定めた上で、第542条（素案(2)参照）において定期行為の履行遅滞の場合における無催告解除、第543条（後記2(1)及び(2)参照）において履行不能の場合における無催告解除について定めている。

もっとも、催告解除における催告の意義は、債務者に履行をする機会を与えて契約関係を維持する利益を保護する点にあることから、催告をしても債権者が契約をした目的を達するのに足りる履行を受ける見込みがないことが明らかであるときは、債権者に解除に先立つ催告を要求するのは無意味である。したがって、そのような場合には、無催告解除が認められるとされている。そこで、この解釈を条文上も明確にする

必要があると考えられる。

## (2) 改正の内容

素案(3)は、上記の問題の所在を踏まえ、当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行を受ける見込みがないことが明らかであるときは、相手方は、無催告解除をすることができる旨を定めるものである。

中間試案においては、素案(3)と同様の規律を設けることによって(中間試案第11、1(2)ウ参照)、①履行の一部の不能による契約の全部の無催告解除(目的物の瑕疵を理由とする解除を含む。民法第566条第1項、同法第635条参照)、②履行期後の確定的履行拒絶による無催告解除、③債務の不履行それ自体によりもはや契約をした目的を達することができないと評価されるため催告要件を課すこと自体が不適切である場合の無催告解除を可能とすることとしていた(中間試案の補足説明134頁参照)。もともと、この要綱案のたたき台においては、上記①については後記2(2)(一部不能による全部解除)、上記②については後記2(4)(履行期の前後を問わない確定的履行拒絶による解除)によって無催告解除を可能とし、改正内容をより明確にすることを試みている。また、この要綱案のたたき台においては、中間試案とほぼ同様に、④履行の全部の不能による契約の全部の無催告解除及び履行の一部の不能による契約の一部の無催告解除については後記2(1)(中間試案第11、1(2)ア参照)、⑤定期行為の履行遅滞による無催告解除については素案(2)(中間試案第11、1(2)イ参照)、⑥履行期前の確定的履行拒絶による無催告解除については後記2(4)(中間試案第11、1(3)参照)によって無催告解除を可能としている。したがって、素案(3)は、上記③の場合の無催告解除を規律の対象とすることになる。例えば、大型機材を用いたビルの清掃業務の委託契約において、債務者の従業員がその不注意によってビル内の人に大怪我を負わせた場合など、上記①②④⑤⑥のいずれの場合にも該当しないが、上記③の場合(債務の不履行それ自体によりもはや契約をした目的を達することができないと評価されるため催告要件を課すこと自体が不適切である場合)に該当するものが規律の対象となる。

なお、無催告解除が可能である場合に関する中間試案と要綱案のたたき台との関係について整理すると、以下の表のとおりである。

	中間試案	要綱案のたたき台(3)
履行不能による解除	第11、1(2)ア	第3、2(1)
定期行為の履行遅滞	第11、1(2)イ	第3、1(2)
一部不能による全部解除	第11、1(2)ウ	第3、2(2)
履行期後の履行拒絶	第11、1(2)ウ	第3、2(4)
その他の催告不要の場合	第11、1(2)ウ	第3、1(3)
履行期前の履行拒絶	第11、1(3)	第3、2(4)

#### 4 債務者の帰責事由について

(1) 民法第541条及び第542条は、同法第543条と異なり、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場合に解除が否定される旨を明記していないが、伝統的には、同法第541条及び第542条についても、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、解除をすることができないとされている。もっとも、この考え方に対しては、以下のとおりの問題点が指摘されている。

(2) 例えば、ある部品の製作物供給契約の債務者が、大規模自然災害による工場の一時的な稼働停止のため履行遅滞に陥ったという場合において、その履行遅滞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ことを理由に民法第541条による催告解除を否定してしまうと、債権者は、当該部品について他者との間で代替取引をしたとしても、工場の稼働を再開した債務者からの履行を受領してその代金を支払わなければならないことになる。また、例えば、その年のクリスマス商品に関する製作物供給契約の債務者が、大規模自然災害による工場の一時的な稼働停止のため履行遅滞に陥ったという場合において、その履行遅滞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ことを理由に同法第542条による無催告解除を否定してしまうと、債権者は、その年のクリスマスに間に合わせるための代替取引を余儀なくされた上、工場の稼働を再開した債務者からの履行を受領してその代金を支払わなければならないことになる（いずれの例も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ため損害賠償の請求をすることもできない。前記第2、1(2)参照）。

そもそも、債務不履行による解除の制度は、債務不履行による損害賠償の制度のように債務者に対して債務不履行の責任を追及するための制度ではなく、債権者に対して当該契約の拘束力からの解放を認めるための制度であると考えられる。したがって、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ため債務者に対して損害賠償の責任を追及するのが相当でない場合であっても、債権者に対して契約の拘束力からの解放を認めるべき事情がある以上は、債務不履行による解除を認めるべきである。そして、ここにいう債権者に対して契約の拘束力からの解放を認めるべき事情とは、すなわち債権者が契約をした目的を達することができないこと（素案(1)から(3)まで参照）である。例えば、賃貸借に関する民法第611条第2項は、債務者である賃貸人の責めに帰することができない事由による債務不履行（目的物の一部滅失）の場合であっても、債権者である賃借人が賃借をした目的を達することができないときは、契約の解除が認められることを前提としている。ほかにも、同法第566条第1項、第607条、第635条等においては、債権者が契約をした目的を達することができるかどうかによって、解除の可否が決められている。

もとより、例えば契約の継続性を保護すべき必要性が高いと認められる継続的契約については、債務不履行があるというだけで直ちに解除は認められないという場合があり得る。上記の例における製作物供給契約が、継続性を保護すべき必要性の高い継続的契約であると認められる場合には、大規模自然災害による工場の一時的な稼働停止により履行遅滞に陥ったというだけでは、直ちに債務不履行による解除を認めるべ

きではない場合があり得る。そこでは、債務者にとって酷であると認められる事情や債権者側の事情なども十分に考慮して、債務不履行による解除の可否が判断されることになる。もっとも、その判断は、当該債務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かどうかの判断ではない。それとは別のいわゆる継続的契約に関する法理によって解除権の制限が認められるかどうかの判断である（したがって、場合によっては、債務者の責めに帰すべき事由による債務不履行の場合であっても、解除権の制限が認められる場合があり得る。）。そのような解除権の制限の法理とは別に、当該債務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ことのみをもって債務不履行による解除を否定することは、現代の取引社会における適時かつ迅速な代替取引の必要性や、債務不履行解除の制度が債務者に対して債務不履行責任を追及するためのものではなく債権者に対して契約の拘束力からの解放を認めるためのものであることに照らせば、正当化することが困難である。債務の不履行がたとえ不可抗力によるものであったとしても、債務不履行解除の持つ機能や制度目的に照らせば、そのことのみをもって解除を否定するのは相当でないと考えられる。

以上が、従来の伝統的な考え方（債務者の責めに帰することができない事由による債務不履行を理由とする解除は認められないという考え方）に対して指摘されている問題点であり、それに加え、裁判実務においても債務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ことを理由に解除が否定されることはほとんどない旨の指摘や、取引実務においても債務不履行による解除をする際にその債務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かどうかを意識していないのが実情である旨の指摘がされている。これらの指摘を踏まえ、債務不履行による解除の要件としては債務者の帰責事由を問題とすべきではないという新たな考え方が主張されている。

- (3) 素案(1)から(3)までにおいては、上記の新たな考え方を採るという政策判断についてコンセンサスが得られることを前提に、債務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かどうかを要件として挙げていない（むしろ、後記2(1)及び(2)において、現在の民法第543条後段を削ることとしている。）。

#### 5 素案(4)について

上記のとおり、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ことを理由として債務不履行解除を否定することはできないが、その債務不履行が債権者の責めに帰すべき事由によるものである場合にまで債務不履行解除を認めるべきではない。現在は、債務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場合には債務不履行解除が認められないとされているため、その債務不履行が債権者の責めに帰すべき事由によるものである場合には債務不履行解除は認められないことになるが、この帰結の部分は、素案(1)から(3)までを前提としても同様であるというべきである。

そこで、素案(4)においては、債務の不履行が債権者（相手方）の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者（相手方）は素案(1)から(3)までによる解除をするこ

とはできない旨を定めている。債権者（相手方）の責めに帰すべき事由によるものであるかどうかの判断が当該契約の趣旨に照らして行われることは、前記第2、1(2)と同様である（前記第2、1の（説明）の1(2)参照）。

## 2 履行不能による解除の要件（民法第543条関係）

民法第543条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債務の履行が不能であるときは、債権者は、契約の解除をすることができるものとする。
- (2) 履行の一部が不能である場合において、残存する部分のみでは債権者が契約をした目的を達することができないときは、債権者は、契約の全部を解除することができるものとする。
- (3) 上記(1)又は(2)の履行の不能が契約の趣旨に照らして債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、契約の解除をすることができないものとする。
- (4) 債務者がその債務の履行をしない旨の確定的な意思を表示したときは、上記(1)から(3)までを準用するものとする。

○中間試案第11、1「債務不履行による契約の解除の要件（民法第541条ほか関係）」

民法第541条から第543条までの規律を次のように改めるものとする。

- (1) (略)
- (2) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、その不履行が次に掲げるいずれかの要件に該当するときは、相手方は、上記(1)の催告をすることなく、契約の解除をすることができるものとする。
  - ア (略)
  - イ その債務の全部につき、履行請求権の限界事由があること。
  - ウ 上記ア又はイに掲げるもののほか、当事者の一方が上記(1)の催告を受けても契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であること。
- (3) 当事者の一方が履行期の前にその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、その当事者の一方が履行期に契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であるときも、上記(2)と同様とするものとする。

(注) 解除の原因となる債務不履行が「債務者の責めに帰することができない事由」（民法第543条参照）による場合には、上記(1)から(3)までのいずれかに該当するときであっても、契約の解除をすることができないものとするという考え方がある。

○中間試案第12、2「債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合の解除権

の制限（民法第536条第2項関係）」

(1) 債務者がその債務を履行しない場合において、その不履行が契約の趣旨に照らして債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、契約の解除をすることができないものとする。

(2) (略)

(説明)

## 1 素案(1)及び(2)について

### (1) 問題の所在

ア 民法第543条前段は、「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。」と定めているが、同条は、以下の三つの場合を想定した規定であるとされている。すなわち、①履行の全部の不能により、契約の全部を解除する場合、②履行の一部の不能により、契約の一部を解除する場合、③履行の一部の不能により、契約の全部を解除する場合である。また、③の履行の一部の不能により契約の全部を解除する場合については、その要件として、残部のみでは債権者が契約をした目的を達することができないことが必要であるとされている。

もともと、民法第543条前段は、上記のとおり「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。」とのみ定めているため、上記の規律、特に履行の一部の不能により契約の全部を解除する場合（上記③）に関する規律を読み取ることは困難である。そこで、上記の解釈を条文上も明記し、同条の趣旨を明確にする必要があると考えられる。

イ また、民法第543条後段は、履行の不能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、履行不能による解除をすることができない旨を定めている。もともと、前記1の（説明）の4で述べたとおり、債務不履行による解除の要件としては債務者の帰責事由を問題とすべきではないという新たな考え方を採るべきである。この新たな考え方を採るという政策判断についてコンセンサスが得られることを前提に、民法第543条後段を削る必要があると考えられる。

### (2) 改正の内容

素案(1)及び(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、素案(1)において、履行の全部の不能により契約の全部を解除する場合（上記①）と、履行の一部の不能により契約の一部を解除する場合（上記②）について定め、素案(2)において、履行の一部の不能により契約の全部を解除する場合（上記③）について定めた上で、それぞれについて、民法第543条ただし書に相当する部分を削るものである。「不能であるとき」という表現については、前記第1、2の（説明）の2(1)の第3パラグラフ参照。また、無催告解除が可能である場合に関する中間試案と要綱案のたたき台との関係については、前記1の（説明）の3(2)参照。

## 2 素案(3)について

前記1の（説明）の4で述べたとおり、債務不履行による解除の要件として債務者の帰責事由を問題とすべきではないという新たな考え方（民法第543条後段を削除する

考え方)を採る場合であっても、その債務不履行が債権者の責めに帰すべき事由によるものである場合にまで債務不履行解除を認めるのは相当でない。そこで、素案(3)では、履行の不能が債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は素案(1)及び(2)(民法第543条)による解除をすることができない旨を定めている。債権者の責めに帰すべき事由によるものであるかどうかの判断が、当該契約の趣旨に照らして行われることは、前記第2、1(2)と同様である(前記第2、1の(説明)の1(2)参照)。

### 3 素案(4)について

#### (1) 問題の所在

履行不能による解除の場合に類似するものとして、一般に、債務者がその債務の履行をしない旨の確定的な意思表示をした場合(いわゆる確定的履行拒絶があった場合)にも、無催告解除が認められるとされている(填補賠償に関する前記第2、2(2)参照)。例えば、東京地判昭和34年6月5日判時192号21頁は、「債務者においてその債務…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五百四十三条の精神に則つて、何等催告を要せずして契約を解除することができる」と判示し、債務者が確定的な履行拒絶の意思表示をした場合には債務不履行に該当することを前提として、その債務不履行による解除をすることができるとしている。

もっとも、民法には、いわゆる確定的履行拒絶による解除に関する明文の規定がないため、これが認められるかどうかについて疑義を生じかねない。そこで、上記の解釈を条文上も明記し、確定的履行拒絶による解除に関する規律を明確にする必要があると考えられる。

#### (2) 改正の内容

素案(4)は、上記の問題の所在を踏まえ、債務者がその債務の履行をしない旨の確定的な意思表示をしたときは、履行不能による解除に関する素案(1)から(3)までを準用することとするものである。

### 3 契約の解除の効果(民法第545条関係)

民法第545条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 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ものとする。ただし、第三者の権利を害することはできないものとする。
- (2) 上記(1)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ものとする。
- (3) 上記(1)本文の場合において、金銭以外の物を返還するときは、その受領の時以後にその物から生じた果実を返還しなければならないものとする。
- (4) 解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げないものとする。

○中間試案第11、3「契約の解除の効果（民法第545条関係）」

民法第545条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 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、その契約に基づく債務の履行を請求することができないものとする。
  - (2) 上記(1)の場合には、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負うものとする。ただし、第三者の権利を害することはできないものとする。
  - (3) 上記(2)の義務を負う場合において、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ものとする。
  - (4) 上記(2)の義務を負う場合において、給付を受けた金銭以外のものを返還するときは、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還しなければならないものとする。この場合において、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還することができないときは、その価額を償還しなければならないものとする。
  - (5) 上記(4)により償還の義務を負う者が相手方の債務不履行により契約の解除をした者であるときは、給付を受けたものの価額の償還義務は、自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額を限度とするものとする。
  - (6) 解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げないものとする。
- (注) 上記(5)について、「自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価額の額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額」を限度とするのではなく、「給付を受けた者が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価額の額」を限度とするという考え方がある。

(説明)

## 1 問題の所在

民法第545条第2項は、同条第1項の原状回復義務により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旨を定めているが、金銭以外の物を返還するときも、その受領の時以後に生じた果実を返還しなければならないとされている。

もともと、民法第545条第2項は、上記のとおり金銭の受領の時から利息を付すとのみ定めているため、金銭以外の物の受領の時以後に生じた果実は返還しなくてよいとの誤解を生じかねない。そこで、利息以外の果実も返還しなければならない旨を条文上も明記し、同項の趣旨を明確にする必要があると考えられる。

## 2 改正の内容

素案(2)は、上記の問題の所在を踏まえ、金銭以外の物を返還するときはその受領の時以後に生じた果実を返還しなければならない旨を定めるものである。素案(1)、(2)及び(4)は、現在の民法第545条第1項から第3項までの規律を維持するものである。

中間試案においては、①当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者はその契約に基づく債務の履行を請求することができないこと(中間試案第11、3(1)参照)、

②原状回復義務を負う当事者は、相手方から給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還することができないときは、その価額を償還しなければならないこと（同(4)後段参照）、価額償還義務を負う者が相手方の債務不履行により契約の解除をした者であるときは、給付を受けたものの価額の償還義務は、自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額を限度とすること（同(5)参照）といった規律を設けることとしていたが、当事者の一方がその取消権を行使した場合の原状回復義務に関する規律（部会資料66A第3、1参照）との平仄を合わせる観点から、ここでも、上記①から③までの規律は設けずに、引き続き解釈・認定による事案の適切な解決に委ねることとした。

#### 4 解除権の消滅（民法第548条第1項関係）

民法第548条第1項の規律を次のように改めるものとする。

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、消滅するものとする。ただし、解除権を有する者が解除権を行使することができることを知らなかったときは、この限りでないものとする。

○中間試案第11、4「解除権の消滅（民法第547条及び第548条関係）」  
(1) 民法第547条の規定は、解除権を有する者の履行請求権につき履行請求権の限界事由があり、かつ、履行に代わる損害賠償につき前記10、1(2)の免責事由があるときは、適用しないものとする。  
(2) 民法第548条を削除するものとする。  
(注) 上記(1)については、規定を設けないという考え方がある。

(説明)

##### 1 現行の規定

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著しく損傷した場合、②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返還することができなくなった場合、③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場合には、解除権が消滅する旨を定めている。その趣旨は、(a)上記の各場合には、解除権者はその解除権を黙示に放棄したものとと言えること、(b)上記の各場合には、解除による原状回復として契約の目的物を（従前の状態で）返還することができないため、解除を認めると相手方との間の公平を害すること、の二点であるとされている。

##### 2 問題の所在

民法第548条第1項は、解除権者が解除権を行使することができることを知らない場合であっても適用される。そのため、例えば、売買の目的物に瑕疵があった場合に、買主がその瑕疵の存在を知らずに加工等をしたときであっても、解除権は消滅してしま

うことになるが、この帰結は妥当でないとの指摘がされている。また、上記(a)の趣旨（解除権者が契約の目的物を著しく損傷したり、加工したりした場合には、解除権を黙示に放棄したものと見えること）との関係で見ても、解除権を行使することができること（上記の例で言えば、売買の目的物に瑕疵があったこと）を知らないのに解除権の黙示の放棄があったと評価するのは相当でないとも考えられる。取消権の黙示の放棄があったと評価し得ることを根拠とする法定追認（民法第125条）の制度についても、取消権者が取消権を行使することができることを知っていたことを要件とすることとしている（部会資料66A第3、3の（説明）の1(2)の第3パラグラフ参照）。

また、上記(b)の趣旨（解除による原状回復として契約の目的物を（従前の状態で）返還することができないため相手方との間の公平を害すること）との関係で見ても、解除権者が契約の目的物を著しく損傷したり、加工したりした場合であっても、解除による原状回復としてはその価額を償還することになるのであるから、金銭による原状回復では必ずしも十分でない場合があるとはいえ、相手方との間の公平をそれほど害するとまでは言えないと考えられる。

以上の各検討によれば、民法第548条第1項の適用は解除権者が解除権を行使することができることを知っていた場合に限定する必要があると考えられる。

### 3 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第548条第1項にただし書を付加し、解除権者が解除権を行使することができることを知らなかったときは、解除権は消滅しない旨を定めるものである。

中間試案においては、民法第548条を削除することとしていたが（中間試案第11、4(2)参照）、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、解除権を有する者がその解除原因を認識しながら目的物を滅失・損傷させ又は加工等をした場合には、取消権に関する法定追認と類似の状況にあるから、解除権の行使を認める必要はない旨の指摘や、現行法の規律を維持した上で、解除権者が加工等をした際に解除権があることを知らなかった場合等に関し解除権が消滅しないとすれば足りる旨の指摘があった。そこで、素案においては、民法第548条を維持した上で、解除権者が解除権を行使することができることを知らなかったときは、解除権は消滅しない旨を定めることとした。

また、中間試案においては、危険負担の制度を廃止すること（中間試案第12、1参照）を前提に、民法第547条に関して、解除権者の相手方の債務の履行が不能であり、かつ、その履行の不能が相手方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、解除権者は、相手方に対して本来の履行の請求も填補賠償の請求もすることができない上に、危険負担によって自己の債務を免れることもできないから、同条によって解除権まで失わせるのは相当でないとして、上記の場合には、同条を適用しないこととしていたが（中間試案第11、4(2)参照）、この点については、危険負担の制度を廃止するかどうかについての見通しが立った後で（部会資料68B参照）、改めて検討することとする。

## 第4 危険負担

民法第534条及び第535条を削除するものとする（民法第536条第1項については、部会資料68B参照）。

○中間試案第12、1「危険負担に関する規定の削除（民法第534条ほか関係）」  
民法第534条、第535条及び第536条第1項を削除するものとする。  
（注）民法第536条第1項を維持するという考え方がある。

○中間試案第12、2「債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合の解除権の制限（民法第536条第2項関係）」  
(1) 債務者がその債務を履行しない場合において、その不履行が契約の趣旨に照らして債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、契約の解除をすることができないものとする。  
(2) 上記(1)により債権者が契約の解除をすることができない場合には、債務者は、履行請求権の限界事由があることにより自己の債務を免れるときであっても、反対給付の請求をすることができるものとする。この場合において、債務者は、自己の債務を免れたことにより利益を得たときは、それを債権者に償還しなければならないものとする。

（説明）

### 1 民法第534条について

#### (1) 問題の所在

民法第534条第1項は、「特定物に関する物権の設定又は移転」を目的とする双務契約における危険負担について、いわゆる債権者主義を採用する旨を定めている。例えば、売買契約の締結後にその目的物（特定物）が滅失した場合には、債権者である買主は、売買代金の全額を支払わなければならない。その趣旨は、起草者によれば、売買契約の締結後に目的物の価額が騰貴した場合には買主がその利益を享受するのであるから、目的物の価額が下落した場合や目的物が滅失した場合にも買主がその不利益を負担すべきであるというものであり、当事者の通常の意味を推測したものであると説明されている。

もっとも、現在では、むしろ、債権者（買主）が目的物に対する何らかの支配（引渡しなど）を得る前に目的物が滅失した場合には、債権者（買主）は売買代金を支払う必要はないというのが、当事者の通常の意味であるとされている。また、民法第534条第1項を形式的に適用すると、例えば、二重売買の事案（ある物の所有者であるAがその物をBとCに対して二重に売却した後、その物が滅失した事案）や、他人物売買の事案（Bの所有する物をAがCに対して売却した後、その物が滅失した事案）において、売主Aは、二重売買の事案ではBとCの双方から売買代金の支払を受けられることになりかねず、他人物売買の事案でもCから売買代金の支払を受けられることになりかねない。

そこで、特定物に関する物権の設定又は移転を目的とする双務契約において、目的

物が債権者に引き渡される前に滅失又は損傷した場合には、債権者は反対給付の債務を負わないという内容の規律に改めるべきであると考えられる。具体的には、民法第534条を削除した上で、債権者が反対給付の債務を負わないという上記の帰結を契約の解除のみによって実現する（解除の要件として債務者の帰責事由を不要とすることを前提に、民法第534条に加えて同法第536条第1項をも削除する）か、上記の帰結を契約の解除又は危険負担の双方によって実現する（解除の要件として債務者の帰責事由を不要とすることを前提に、同法第534条のみを削除する）かを検討することになる。この点については、部会資料68B参照。

## (2) 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第534条を削除するものである。

## 2 民法第535条について

### (1) 問題の所在

#### ア 第1項及び第2項

民法第535条第1項は、停止条件付双務契約の目的物が条件の成否未定の間に滅失した場合には、その後に停止条件が成就したとしても、同法第534条は適用されず、債務者は反対給付を受ける権利を有しない旨を定めている。もっとも、上記のとおり同法第534条を削除すれば、そもそも停止条件が成就した後に目的物が滅失した場合であっても、債務者は反対給付を受ける権利を有しないことになる。したがって、同法第534条の適用を除外する旨を定める同法第535条第1項は、同法第534条の削除により不要となる。

また、民法第535条第2項は、停止条件付双務契約の目的物が条件の成否未定の間に「損傷」した場合には、同法第534条が適用され、債務者は反対給付の全部を受ける権利を有する旨を定めている。もっとも、上記のとおり同法第534条を削除すれば、停止条件が成就した後に目的物が損傷した場合には、債務者は反対給付の全部を受ける権利を有しないことになる。したがって、同法第534条と同様の帰結を定める同法第535条第2項は、同法第534条の削除に伴いその内容の正当性に問題を生ずることになる。

#### イ 第3項

民法第535条第3項は、停止条件付双務契約の目的物が条件の成否未定の間に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、その後に停止条件が成就したときは、債権者は、①契約どおりの債務の履行請求、②債務不履行による解除、③債務不履行による損害賠償請求をすることができる旨を定めている。もっとも、この規律の内容は、停止条件の成就前に損傷が生じたか、成就後に損傷が生じたかにかかわらず妥当するものである。起草者も、民法第535条第3項は、同条第1項及び第2項が停止条件付双務契約の目的物が条件成就前に滅失又は損傷した場合に関する規律を定めていることから、それとの対比で債務者の責めに帰すべき事由による損傷の場合における当然の規律を明瞭にしておくためのものにすぎない旨の説明をしている。したがって、上記のとおり同条第1項及び第2項を削除するのであれば、同条第3項も削除するのが相当であると考えられる。

(2) 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第535条を削除するものである。

3 民法第536条第2項について

民法第536条第2項について、中間試案においては、①債務不履行が債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は契約の解除をすることができないとした上で（中間試案第12、2(1)参照）、②その場合には、債務者は反対給付の請求をすることができる旨を定めることとしていたが（中間試案第12、2(2)参照）、この要綱案のたたき台においては、中間試案の上記①及び②の規律の實質を維持しつつ、①については前記第3、1(4)及び2(3)に移すこととした。また、その関係で、②については、現在の民法第536条第2項の規定ぶりを基本的に維持することとした。

## 第5 受領（受取）遅滞

民法第413条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 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場合において、その債務の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、履行の提供があった時からその物の引渡しをするまで、自己の財産に対するのと同様の注意をもって、その物を保存すれば足りるものとする。
- (2) 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ことにより、その履行の費用が増加したときは、その増加額は、債権者の負担とするものとする。
- (3) 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場合において、履行の提供があった時以後にその債務の履行が不能となったときは、債務者は、その履行の不能による責任を負わないものとする。

○中間試案第13「受領（受取）遅滞」

民法第413条の規律を次のように改めるものとする。

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、履行の提供があった時から、次の効果が生ずるものとする。

ア 増加した履行の費用は、債権者が負担するものとする。

イ 債権の内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しまで、前記第8、1の区分に従い、それぞれ前記第8、1よりも軽減される保存義務を負うものとする。

(注) 前記第8、1で民法第400条の規律を維持することとする場合には、上記イにつき「自己の財産に対するのと同様の注意」をもって保存する義務を負う旨を定めるという考え方がある。

(説明)

1 問題の所在

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場合（受領遅滞）

の効果については、種々の議論があるものの、一般に、①民法第400条により善良な管理者の注意をもって目的物を保存する義務を負っていた者が、債権者の受領遅滞の後は、自己の財産に対するのと同じの注意をもってその目的物を保存すれば足りることになること、②債権者の受領遅滞によって増加した履行費用（目的物の保存費用を含む。）は、債権者の負担となること、③債権者の受領遅滞の後に生ずる履行不能の危険は、債権者の負担となること（いわゆる危険の移転）については、実務上も学説上も異論なく認められている。

もっとも、民法第413条は、受領遅滞の効果について「遅滞の責任を負う」とのみ定めているため、受領遅滞によって上記①から③までの効果が生ずることを条文から読み取ることが困難である。そこで、上記①から③までの受領遅滞の効果を条文上も明記し、同条の趣旨を明確にする必要があると考えられる。

## 2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、受領遅滞の効果として、(1)において保存義務の軽減、(2)において増加費用の債権者負担、(3)において危険の移転について定めるものである。素案(3)の危険の移転については、①危険の移転後に履行不能となった場合であっても、債務者は履行不能による債務不履行責任を負わないこと、②危険の移転後に履行不能となった場合であっても、債務者は反対給付を受ける権利を有すること、の二種類の効果が認められる。もっとも、上記②の効果については、そもそも危険負担に関する民法第536条第1項が削除されるのであれば（部会資料68B参照）、特段の規定を設ける必要はない。そこで、素案(3)においては、差し当たり上記①の効果のみを定めることとしている。仮に危険負担に関する同項が削除されないのであれば、素案(3)の後段として、例えば、「この場合において、債務者は、民法第536条第1項の規定にかかわらず、反対給付を受ける権利を有する。」などと定めることになると考えられる。

中間試案においては、素案(1)の保存義務の軽減と、素案(2)の増加費用の債権者負担についてのみ受領遅滞の箇所で規律を設け（中間試案第13参照）、危険の移転については売買の箇所で規律を設けることとしていたが（中間試案第35、14参照）、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中に、受領遅滞の箇所で危険の移転に関する規律を設けるべきである旨の指摘があったことなどを踏まえ、素案(3)において危険の移転に関する総則的な規律を設けることとした。ただ、これによって直ちに売買に関する危険の移転の規律（中間試案第35、14）が不要となるわけではないので、その取扱いについては、当該箇所の議論の際に改めて検討することとする。

また、素案(3)については、危険の移転後に履行不能となった場合であっても、その履行の不能が債務者の「自己の財産に対するのと同じの注意による保存義務」（素案(1)参照）に反する行為によって生じたものであるときは、債務者は履行不能による責任を負う（中間試案第35、14(2)参照）。もっとも、弁済の提供に関する民法第492条（中間試案第22、8参照）においても、上記と同様の問題があるが、同条は「債務の不履行によって生ずべき一切の責任を免れる」という原則的な規律のみを定めている。そこで、これを参照して、素案(3)においても原則的な規律のみを定めることとした。

なお、受領遅滞の効果として整理され得るものとしては、素案(1)から(3)までのほか

に、「債権者が受領遅滞にある間は、債務者は履行遅滞による債務不履行責任を負わないこと」が挙げられるが、これは、受領遅滞の効果ではなく、民法第492条の弁済の提供の効果として整理することとしている（中間試案第22、8参照）。

## 第6 債権の目的（法定利率を除く。）

### 1 特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第400条関係）

民法第400条の規律を次のように改めるものとする。

債権の目的が特定物の引渡しであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならないものとする。この場合において、債権が契約によって生じたものであるときは、債務者は、その引渡しをするまで、当該契約の趣旨に照らして定まる善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならないものとする。

○中間試案第8、1「特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第400条関係）」  
民法第400条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 契約によって生じた債権につき、その内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しまで、[契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他の事情に基づき、取引通念を考慮して定まる]当該契約の趣旨に適合する方法により、その物を保存しなければならないものとする。

(2) 契約以外の原因によって生じた債権につき、その内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は、引渡しまで、善良な管理者の注意をもって、その物を保存しなければならないものとする。

(注) 民法第400条の規律を維持するという考え方がある。

(説明)

#### 1 問題の所在

民法第400条は、特定物の引渡債務がいかなる原因によって生じたものであるかを問わずに適用される規定であるため、債務者は善良な管理者の注意をもってその物を保存する義務を負うとのみ定めているが、特定物の引渡債務が契約によって生じたものである場合には、当該契約と無関係に保存義務の内容や程度が定まるわけではなく、当該契約の趣旨に照らして定まる善良な管理者の注意をもってその物を保存する義務を負うと解されている（「契約の趣旨」については、前記第1、2の（説明）の2(1)参照）。

もともと、民法第400条は、上記のとおり善良な管理者の注意をもって保存する義務を負うとのみ定めているため、特定物の引渡債務が契約によって生じたものである場合であっても、当該契約とは無関係に客観的に保存義務の内容や程度が定まるという誤解を生じかねない。そこで、特定物の引渡債務が契約によって生じたものである場合における同条の趣旨を明確にする必要があると考えられる。

#### 2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、特定物の引渡債務が契約によって生じたもので

あるときは、債務者は当該契約の趣旨に照らして定まる善良な管理者の注意をもってその物を保存する義務を負う旨を定めるものである。

中間試案においては、①契約によって生じた債権の内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は当該契約の趣旨に適合する方法によりその物を保存しなければならないものとし（中間試案第8、1(1)参照）、②契約以外の原因によって生じた債権の内容が特定物の引渡しであるときは、債務者は善良な管理者の注意をもってその物を保存しなければならないものとしていたが（中間試案第8、1(2)参照）、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中に、「善良な管理者の注意」という概念は実務上定着しているから維持すべきである旨の指摘や、特定物の引渡債務の不履行に基づき責任を問われた債務者はその引渡債務の不履行が債務者の帰責事由によらないものであることを主張立証してはじめて免責されるのであって、善管注意義務を尽くしたことを主張立証すれば直ちに免責されるとの誤解を懸念する必要性は高くない旨の指摘があったことを踏まえ、素案においては、「善良な管理者の注意」という表現を維持することとした。また、前記第1、2（履行の不能）、前記第2、1（債務不履行による損害賠償の免責事由）、前記第2、6（損害賠償の範囲）との平仄を合わせる観点から、ここでも、特定物の引渡債権一般についての保存義務に関する規律を定めた上で、契約によって生じた特定物の引渡債権については、債務者は当該契約の趣旨に照らして定まる善良な管理者の注意をもってその物を保存する義務を負う旨を明記するという方式を採用することとした。

## 2 種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項関係）

民法第401条第2項の規律を次のように改めるものとする。

民法第401条第1項の場合において、債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了し、若しくは債権者の同意を得てその給付すべき物を指定したとき、又は債権者及び債務者が合意によりその給付すべき物を定めたときは、以後その物を債権の目的物とするものとする。

○中間試案第8、2「種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項関係）」  
種類債権の目的物の特定（民法第401条第2項）が生ずる事由につき、「債権者と債務者との合意により目的物を指定したとき」を付加するものとする。

（説明）

### 1 問題の所在

民法第401条第2項は、種類債権の目的物の特定が生ずる場合として、①債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了した場合、②債務者が債権者の同意を得てその給付すべき物を指定した場合の二つを挙げている。これは、債務者の単独の行為（①物の給付をするのに必要な行為の完了、又は②給付すべき物の指定権の行使）によって種類債権の目的物の特定が生ずる場合を挙げたものであるが、同項は、③債権者及び債務者が合意によりその給付すべき物を定めた場合にも特定が生ずることを当然の前提としている。

もつとも、起草者は、民法第401条第2項の「債務者が…債権者の同意を得てその給付すべき物を指定したとき」（上記②）の意味を、債権者及び債務者が合意によりその給付すべき物を定めたとき（上記③）のことであると理解していたとされており、また、現在でもこれと同様の理解をする立場があるため、同項の上記文言については、解釈上の疑義を生じている。そこで、現在の一般的な理解に従い、同項の上記文言は上記②の場合を指すものであることを前提に、上記③の場合にも特定が生ずることを条文上明記する必要があると考えられる。

## 2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、債権者及び債務者が合意によりその給付すべき物を定めた場合（上記③）にも特定が生ずる旨を定めるものである。

## 3 選択債権

### (1) 第三者の選択権（民法第409条第1項関係）

民法第409条第1項の規律を次のように改めるものとする。

ア 第三者が選択をすべき場合には、その選択は、債権者又は債務者に対する意思表示によってするものとする。

イ 上記アの意思表示は、債権者及び債務者の承諾を得なければ、撤回することができないものとする。

○中間試案第8、5「選択債権（民法第406条ほか関係）」

選択債権に関する民法第406条から第411条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

(1) 民法第409条の規律に付け加えて、第三者が選択をすべき場合には、その選択の意思表示は、債権者及び債務者の承諾がなければ撤回することができないものとする。

(2)(3) (略)

(説明)

### 1 問題の所在

選択債権について選択権を有する債権者又は債務者は、①相手方に対する意思表示によって選択権を行使し（民法第407条第1項）、②選択の意思表示をした場合には、相手方の承諾を得なければ、その選択の意思表示を撤回することができない（同条第2項）。

他方、選択債権について選択権を有する第三者（債権者又は債務者以外の者）は、i 債権者又は債務者に対する意思表示によって選択権を行使し（民法第409条第1項）、ii 選択の意思表示をした場合には、債権者及び債務者の承諾を得なければ、その選択の意思表示を撤回することができない（明文の規定なし）。

選択債権に関する以上の規律のうち、選択権者である第三者が選択の意思表示を撤回するには債権者及び債務者の承諾を得る必要があるという規律（上記ii）については、上記のとおり明文の規定はないが、民法第409条がこれを当然の前提としていると解

されている。債権者及び債務者の双方の承諾を得る必要があるのは、第三者による選択の意思表示によって、債権者及び債務者の双方がそれぞれ独自の利益を有することになるからである。

もつとも、民法第409条第1項は、上記のとおり第三者による選択の意思表示の撤回に関する規律を明記していないため、第三者による選択の意思表示の撤回がそもそも可能かどうか、可能であるとして債権者及び債務者の双方の承諾を得る必要があるかどうかといった点について、解釈上の疑義を生じかねない状況にある。

## 2 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、第三者による選択の意思表示は債権者及び債務者の承諾を得なければ撤回することができない旨を定めるものである。

### (2) 不能による債権の特定（民法第410条関係）

民法第410条の規律を次のように改めるものとする。

債権の目的である給付の中に不能のものがある場合において、その不能が選択権を有する者の過失によるものであるときは、債権は、その残存するものについて存在するものとする。

○中間試案第8、5「選択債権（民法第406条ほか関係）」

選択債権に関する民法第406条から第411条までの規律を基本的に維持した上で、次のように改めるものとする。

(1) (略)

(2) 民法第410条を削除するものとする。

(3) 選択の対象である給付の中に履行請求権の限界事由（後記第9、2に掲げる事由をいう。）があるものがある場合（第三者が選択をすべき場合を除く。）において、その事由が選択権を有する当事者による選択権付与の趣旨に反する行為によって生じたときは、その選択権は、相手方に移転するものとする。

(説明)

### 1 現行の規定

民法第410条第1項は、選択債権の目的である給付の中に原始的不能又は後発的不能のものがある場合には、選択権者は、その不能の給付を選択することができず、したがって、当初の選択肢が二つであるときは残存するほうの給付に債権債務が確定し、当初の選択肢が三つ以上であるときは残存する二つ以上の給付に選択肢が絞られる旨を定めている。また、同条第2項は、第1項の例外として、選択権者でない当事者の過失によって給付が不能となった場合には、選択権者は、その不能となった給付を選択することもできる旨を定めている。以上の規律は、不能の給付の選択は原則として認めないこととしつつ、選択権者でない当事者の過失によって不能となった場合にまで選択権者の選択権を奪うのは公平でないことを根拠とするものである。

例えば、A給付とB給付を選択肢とする選択債権の選択権者である債権者が、B給付

の履行を受ける必要がなくなったため、A給付のほうを選択しようとしていたが、選択権者でない債務者の過失によってA給付の履行が不能となった場合には、選択権者である債権者としては、不能となったA給付のほうを選択して、履行不能を理由とする損害賠償の請求をしたり、履行不能を理由とする解除をして自己の債務を免れたりすることを選択するほうが合理的である場合があり得る。また、同様の選択債権の選択権者が債務者であった場合においても、その債務者が、B給付の履行をすることが不都合となったため、A給付のほうを選択しようとしていたが、選択権者でない債権者の過失によってA給付の履行が不能となったときは、不能となったA給付のほうを選択して、履行不能を理由とする自己の債務の消滅と民法第536条第2項による反対給付の請求を選択するほうが合理的である場合があり得る。同法第410条第2項は、以上のような選択権者による柔軟な選択の余地を認める趣旨のものである。

## 2 問題の所在

上記のとおり、民法第410条は、選択債権の対象である複数の給付のうちの一部が不能である場合には、その不能の給付を選択肢から除外することを原則としつつも、選択権者でない当事者の過失によって給付が不能となった場合には、その不能の給付を選択する余地を認め、事案の柔軟な解決を図ろうとするものである。

もっとも、選択権者でない当事者の過失によって不能となったわけではないが、選択権者の過失によって不能となったわけでもない場合、すなわち当事者双方の過失によらないで給付が不能となった場合においても、選択権者の選択権を奪わずに、不能の給付を選択する余地を認めることによって、事案の柔軟な解決を図るのが合理的であるし、民法第410条第2項の趣旨とも矛盾しないと考えられる。選択権者でない当事者にとっても、もともと選択権者による自由な選択権の行使に従わざるを得ない立場にあったのであるから、このような規律の変更をしても、特段の不利益はないと考えられる。

また、民法第410条は、第三者が選択権者である場合についても、不能の給付の選択は原則として認めないこととしつつ、選択権者でない当事者（債権者又は債務者）の過失によって給付が不能となった場合には、第三者の選択権を奪うのは相当でないことから、不能の給付を選択する余地を認めることとしている。もっとも、選択権者でない当事者（債権者又は債務者）の過失によって不能となったわけではないが、選択権者である第三者の過失によって不能となったわけでもない場合には、上記と同様に、第三者の選択権を奪わずに、不能の給付を選択する余地を認めるのが合理的であると考えられる。

## 3 改正の内容

素案は、上記の問題の所在を踏まえ、民法第410条第1項について、給付の不能が選択権を有する者の過失によるものである場合に限り債権の特定が生ずるものとし、かつ、同条第2項を削除するものである。「選択権を有する当事者」ではなく「選択権を有する者」としているのは、選択権を有する第三者を含む趣旨である。

中間試案においては、選択の対象である給付の中に不能のものがある場合において、その不能が選択権を有する当事者による選択権付与の趣旨に反する行為によって生じたものであるときは、その選択権は相手方に移転する旨の規律を設けることとしていた(中

間試案第8、5(2)及び(3)参照)。もっとも、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、相手方はもともと選択の対象である給付のうちのいずれでも良いと思っていたのであるから、選択権の相手方への移転は相手方の保護として過剰である旨の指摘や、「選択権付与の趣旨に反する行為」の具体的意味が明確でない旨の指摘があった。そこで、素案においては、民法第410条第1項の残存する給付に特定するという効果は維持しつつ、その要件に上記のと通りの修正を加えることとし、また、同項の「過失によって」という表現を維持することとした。

なお、素案は、原始的不能と後発的不能とを区別しない考え方（原始的不能であることのみを理由として契約が無効となることはないという考え方。中間試案第26、2参照）を前提としている。原始的不能と後発的不能とを区別する考え方（原始的不能である場合には契約自体が無効となるという考え方）を前提とするのであれば、例えば次のとおりの規律とすることが考えられる。「債権の目的である給付の中に、初めから不能であるもの又は後に至って不能となったものがある場合において、その不能となったことが選択権を有する者の過失によるものであるときは、債権は、その残存するものについて存在するものとする。」

**【取り上げなかった論点】**

○ 中間試案第8、3「外国通貨債権（民法第403条関係）」

パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、債権額が外国通貨で指定されていたとしても、履行地の為替相場による日本通貨での支払を認めることは、反対の意思が明示されていない限り、当事者に格別の不利益を生ずるものではない旨の指摘、外国通貨建ての認容判決に基づく強制執行手續において、円建てで配当をすることが可能であるかについて疑義を生ずる旨の指摘、手形法や小切手法ですら「支払地ノ通貨ニ非ザル通貨ヲ以テ支払フベキ旨ヲ記載シタル為替手形ニ付テハ満期ノ日ニ於ケル価格ニ依リ其ノ国ノ通貨ヲ以テ支払ヲ為スコトヲ得」（手形法第41条第1項）と定めているのに、民法第403条を改めてよいのかという懸念を示す指摘があった。以上の指摘などを踏まえ、この論点については取り上げないこととした。

○ 中間試案第10、8「損益相殺」

パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、労災保険の休業特別支援金、障害特別支給金等の特別支援金、自損事故保険による保険金、被害者加入の生命保険の保険金等、損益相殺が認められない種類の利益が存在するほか、事案の特性に応じて損益相殺を認めない事案もあるから、損益相殺につき法的安定性をもって解決することのできる基準を定めることは困難である旨の指摘、保険給付等と損害賠償との対象損害の同質性や相互補完性を損益相殺的調整の要件とする判例法理の枠組みを緩めることになり、損益相殺の対象が広がることになる旨の指摘、本来要件等が異なるはずの損害賠償の範囲の確定の問題、損益相殺の問題、損益相殺的調整の問題等を明確に区別せずに、これらの全てを裁判所の裁量的な判断に委ねることは相当でない旨の指摘があった。以上の指摘などを踏まえ、この論点については取り上げないこととし、引き続き、解釈・

運用に委ねることとした。

○ 中間試案第10、9「金銭債務の特則（民法第419条関係）」

民法第419条第1項に関してパブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、法定利率を超える損害が予測される場合には、当事者間で合意をすることで債権者側の保護は可能であり、このような合意がないケースにおいては、利息超過損害を認めなければ社会的正義にもとるという実務感覚はない旨の指摘、現行法は、法定利率によって定まる額の損害賠償義務を一律に課す一方で、利息超過損害については賠償義務を認めないことによって、債権者と債務者との間のバランスを取りつつ、大量に発生する金銭債務の履行遅滞に関する紛争を抑止する機能を有している旨の指摘、利息超過損害の賠償請求を認めると、債権者が取立費用や弁護士費用など様々な名目で債務者に過酷な請求をすることになるおそれがある旨の指摘、利息超過損害の賠償請求を認めると、破産手續において多くの破産債権者が利息超過損害の発生を前提に債権届出をして破産管財人がこれらについて異議を述べるようになり、手續が長期化するおそれがある旨の指摘があった。

また、民法第419条第3項に関してパブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、大災害による送金手段の途絶のような例外的な事例については、信義則や権利濫用等の一般条項による対応、被災した債務者に対して支払猶予を行うなどの実務上の対応、個別の立法による対応などに委ねるのが適切であり、一般原則として金銭債務についての免責の余地を認めるべきではない旨の指摘、金銭債務は反復的かつ大量に発生するから、それにつき逐一、不可抗力を理由とする免責の可否を問題にすることは、紛争解決のコストを不必要に高めるおそれがある旨の指摘、多くの顧客を相手に大量の取引を行う者にとっては、個別の事実調査をして履行遅滞の免責事由の有無を判断するのは、實際上極めて困難である旨の指摘などがあった。

以上の指摘などを踏まえ、この論点については取り上げないこととし、同条を維持することとした。

○ 中間試案第11、2「複数契約の解除」

パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、実務において契約を複数に分けていながら効力を連動させようとする場合には、契約中にその旨を明示するのが通例であって、不明確な要件の下で関連契約全部の解除が認められるのは妥当でない旨の指摘、最判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁は、極めて一体性の高い複数の契約が問題になった特殊な事例であり、この判決の後に同様の法理が妥当するとされた事例の集積が重ねられている状況にはなく、現時点で条文として一般化することが相当であるのか疑問がある旨の指摘、一つの契約の解除の効果を他の契約に及ぼすかどうかは、契約締結の趣旨や代替品の調達可能性など様々な考慮要素を総合的に判断する必要があるが、様々な考慮要素を適切に要件化することは困難である旨の指摘、債権譲渡の譲受人が債権を譲り受ける際、当該債権の発生原因である契約と関連する契約の有無及び関連する契約全ての解除原因などを確認する作業が必要となってしまう旨の

指摘があった。以上の指摘などを踏まえ、この論点は取り上げないこととし、引き続き解釈に委ねることとした。