

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、賃借人が損害を回避又は 減少させる措置を執ることができたとき以降に被った損害のすべてが民法416条1項にいう通常生ず べき損害に当たるといえることはできないとされた事例

—最二小判平21・1・19民集63・1・97（民事）—

三 木 千 穂

（静岡英和学院大学人間社会学部専任講師）

1. 事案

(1) 当事者

Y₁（上告人）：事業協同組合（賃貸人）

Y₂（上告人）：Y₁代表理事，Y₁解散後，清算人となる

X（被上告人）：カラオケ店などの経営を業とする株式会社（賃借人）

（平成7年9月28日 本件ビルをY₁と訴外甲会社が売買契約締結。手付金以外の残代金の支払期日を平成8年4月30日とし，所有権移転時期は残代金支払時との内容。平成8年3月18日に残代金を支払うが，移転登記はせず。）

（平成7年10月11日 Y₁はXに対して解除の意思表示をした（解除 i とする）が，XはY₁に賃料を払い続け，Y₁はこれを受領し，Xから本件店舗部分の利用上の不具合などの相談を受けていた。）
平成9年1月 調査会社による大規模改装に向けての調査

(2) 事実の経過

昭和42年10月1日 Y₁が本件ビルを建築

平成4年3月5日 間で賃貸借契約（期間：平成5年3月4日まで・使用目的：店舗・賃料：月額20万円）

平成5年3月5日 契約更新（期間：平成6年3月4日まで）

平成6年3月5日 契約更新（期間：平成7年3月4日まで）

平成7年3月4日 契約満了。しかし，継続に関する協議が成立せず，Xはカラオケ店の営業を継続。

平成9年2月12日 本件事故発生。店舗部分が浸水。この日以降，営業できず。
17日 12日と同様の場所から出水し，店舗部分が浸水。
平成9年2月18日 Y₁は書面によりXに対し賃貸借契約の解除（解除 ii とする），明渡しの意思表示。

(Xが3月に賃料を支払おうとすると受領を拒絶されたため、4月～平成10年3月まで毎月供託した。)

平成9年5月27日 Xは設備什器を目的とする損害保険金として約3100万円、臨時費用保険金として500万円、取片付費用保険金として約100万円の支払いを受けたが、営業利益損失に対するものは含まれず。

平成10年9月14日 XはY₁に対し、営業利益喪失等による損害賠償請求訴訟を提起。

平成11年9月13日 Y₁はXに対し、賃料不払い等を理由とする本件賃貸借契約の解除の意思表示(解除 iii とする)をしたうえ、店舗部分の明渡しを請求。(反訴提起)

2. 主な争点

- ①本件事故の原因
- ②Y₁甲間売買契約によるY₁の賃貸人の地位の有無
- ③Y₁についての貸主の修繕義務違反の有無及び本件店舗部分の瑕疵の存否
- ④Y₁のした本件賃貸借契約解除の効力の有無
- ⑤Y₂の損害賠償責任の有無
- ⑥Xの損害額、損害填補の有無

3. 争点①～⑤について

上告審は原審の判断を支持しており、この点は妥当であると考え。以下、原審の判断をまとめて、必要に応じて解説する。なお、争点①については事実認定の問題であり、争点⑤についても中小企業等協同組合法の解釈に関する問題なので、本稿では取り上げないこととする。

(1) 争点②について

Y₁は甲との間で本件ビルについて平成7年9月28日に売買契約を締結し、特約により残代金を支払った平成8年3月18日に本件ビルの所有権は甲に移転した。賃貸人が賃借物を第三者に譲渡した場合、賃借権に対抗力があれば、賃貸人たる地位は当然に譲受人に移転する。しかし、これを譲受人が賃借人に対抗するためには目的物について所有権移転登記を得る必要がある(民法177条。最判昭和49年3月19日民集28巻2号325頁)。本件ビルはいまだ甲への所有権移転登記が未了であり、Y₁の所有名義となっていることから、甲はXに対して本件ビルの所有権の取得を対抗できず、その結果、賃貸人であることも対抗できない。

原審はこれを前提に、Xが平成9年2月まではY₁に賃料を支払い、Y₁もこれを受領し、修理要求にも対応していること、またXがなおY₁が賃貸人たる地位にあるとしてY₁を被告として本訴を提起したことから、Xとの関係では平成8年3月18日以降もY₁が賃貸人の地位にあるものというべきであるとする。

(2) 争点③について

まず、本件事故がY₁の修繕義務不履行によって生じたとして事故による損害賠償請求をしているが、認められるか。民法606条所定の修繕義務は、賃貸借の目的物について破損(腐朽による損傷を含む)が生じて賃借人による使用収益に支障が生じる状態になった場合に発生する義務であるからY₁は本件店舗部分を店舗として使用収益するために必要な修繕義務を負っているといえる。しかし、水回りのトラブルについてはY₁がその都度対応しており、本件事故発生直前においてはカラオケ店営業を営む上で支障となるような不具合が生じていたとは認められないので、本件事故が修繕義務を怠っていたために発生したとはいえない。

次に、本件事故の原因である排水用ポンプの不具合は「隠れた瑕疵」であるとして賃貸人としての瑕疵担保責任(民法559条・570条)に基づく損害賠償責任を負わないか。570条の「隠れた」と

は取引上要求される一般的な注意では発見出来ないこと、また「瑕疵」とは通常有すべき性質を欠いていることと解される。

原審は1台の排水用ポンプに故障が生じればもう1つの排水用ポンプが作動するような措置がされていない点について、本件ビルのように地下1階が店舗として利用されているような建物の排水用設備として通常有すべき安全性に欠ける状態にあったといえるとしている。また、これはビルにおける店舗部分の賃貸借契約において取引上要求される一般的な注意では発見できないといえる。本件ビルの賃貸借契約は平成7年3月5日に民法619条により更新したものと見え、排水用設備として通常有すべき性状を欠く隠れた瑕疵は平成7年3月の更新時には存在していたので、Y₁は瑕疵担保責任を負うこととなる。

もっとも、判例は瑕疵担保責任の法的性質を法定責任であるとするところから、損害賠償の範囲は信頼利益に限ると解している。よって、原審も「瑕疵担保責任の性質上」カラオケ機器の毀損による損害および建築物の改修費用については及ぶが、休業損害には及ばないとする。

では、本件事故により生じた損壊部分について、事故後Y₁が修繕義務を履行していないことを理由としてとしてXの休業損害について損害賠償責任を負わないか。

前述のとおり、賃貸人たるY₁は使用収益に支障が生じる状態になった場合に発生する修繕義務を負うが、事故発生についてY₁に帰責性がない以上、修繕に要する期間の休業損害についてY₁に責任を問うことはできない。原審はY₁において本件事故後直ちにその原因を調査し、その結果に基づき本件店舗部分の使用収益に支障のない状態にするために必要な修繕をするには1ヶ月程度の期間を要するものと推認されるとし、そのためY₁には本件事故の1ヶ月後からの修繕義務不履行によってXが被った損害を賠償する責任があるとしている。

(3) 争点④について

まず、平成7年10月11日にY₁がした解除iにつ

いてであるが、Y₁は建物の老朽化により本件ビルは給排水設備その他の設備を含めて使用に耐えない状態に陥ることが考えられること、平成4年以降本件店舗部分において浸水等があったことから平成6年の契約更新においても1年の契約期間としたことを挙げて借地借家法28条所定の「正当な事由」があったし、解除から6ヶ月を経過した時点で契約は終了したと主張している。すなわち、解除という文言ではあるが、これは同法27条の解約申し入れであるとの主張である。

これに対し原審は、まず解除の意思表示後のY₁の対応および訴外甲会社が平成8年1月にXらと食事会を開催し、この場で自分が本件不動産を買受けるようになった旨及び本件ビルを解体して駐車場にする予定であるが、当分の間おってもらっても良い旨述べている事実から、遅くとも平成8年1月には撤回されたものというべきとし、また、これらの事情だけでなく、平成7年10月の時点でXが従業員を使用してカラオケ店を営業していたのであるから、正当な事由の存在は認められず、同法27条1項の解約申し入れとしての効力も認められないとしている。

次に、本件事故後の平成9年2月18日の解除iiについては、本件賃貸借契約には、本件店舗部分が朽廃等の事情により使用不能となったとき、又は天災・火災等により大破、滅失したときは本件賃貸借が当然に終了する旨の約定があったが、このような事実は認められないし、そもそも同法28条に反する特約であるならば、賃借人に不利なものであり無効である（同法21条）。また正当な事由があったとはいえないため、同法27条1項の解約申し入れとしても無効である。

最後に、Xによる損害賠償請求訴訟提起後の平成11年9月13日の賃料不払い等に基づく解除iiiについては、建物の賃貸借契約において、賃貸人の修繕義務不履行により賃借人が賃貸借の目的である建物を全く使用できない場合は民法536条1項の法意により、賃借人は賃料支払義務を免れるべきであるから、本件事故後本件店舗部分の使用収益ができないXには本件事故後は賃料支払義務はなく、解除の効力を否定する。さらに、債務不

履行に基づく解除として認められないとしても、借地借家法27条1項による解約申入れとして有効であるとの主張については正当な事由があるとは認められないため、無効であると排斥した。

同法27条1項による賃貸人からの解約申入れには「正当な事由」が必要とされ、その正当事由の判断については、当事者の建物の使用を必要とする事情が基本的要素として考慮され、補充的要素として建物の賃貸借に関する従前の経過、建物の利用状況、建物の現況、賃貸人による財産上の給付の申し出が考慮される（同項28条）。この基本的要素と補充的要素との関係について、立法者は、当事者双方の建物の使用を必要とする事情を考慮してそれで甲乙つけがたい場合に他の補充的要素が考慮されるとしている⁽¹⁾。

本件では解除iは現実にXが従業員を使用してカラオケ店を営業していたことから、解除ii、iiiについては、本件事故直前までカラオケ店を営業しており、事故後も本件店舗部分で営業を続ける意思を表明して、Y₁と営業再開のための交渉をしていた事実から、Xの建物の使用を必要とする事情の方が大きいとして正当な事由はないと判断している。なお、補充的要素の中には建物の現況も含まれるが、建物の老朽化等によって大修繕や建替えの必要性が生じるに至っていることが斟酌されることはありうるが、老朽化による建替えの場合、老朽化の程度には幅があるうえ、敷地の有効利用の観点と結びついていることが多く、この場合には正当事由を基礎づける事情として重視すべきではないという見解もある⁽²⁾。

いずれにしても、本件では借地借家法28条「正当な事由」の存在は認められないと解される。

4. 争点⑥に関する判断

(1) 原審（名古屋高金沢支判平成18年10月16日民集63巻1号123頁）

カラオケ機器の毀損、店舗部分の建築物の毀損による損害については損害保険金の支払いを受けているため、XはYらに対する請求権を喪失したというべきである。そして、休業損害については、

平成9年2月12日（本件事故の日）から平成13年8月11日までの4年6ヶ月間、本件店舗部分でのカラオケ店営業ができなかったのであるから、Yの本件修繕義務不履行（本件事故の1ヶ月後からの修繕義務不履行）により3104万2607円の逸失営業利益損害を被ったものといえることができる。

(2) 上告審

1. 事業用店舗の賃借人が、賃貸人の債務不履行により当該店舗で営業することができなくなった場合には、これにより賃借人に生じた営業利益喪失の損害は、債務不履行により通常生ずべき損害として民法416条1項により賃貸人にその賠償を求めることができると解するのが相当である。

2. しかしながら、前記事実関係によれば、本件においては、①平成4年9月ころから本件店舗部分に浸水が頻繁に発生し、浸水の原因が判明しない場合も多かったこと、②本件ビルは、本件事故時において建築から約30年が経過しており、本件事故前において朽廃等による使用不能の状態にまでなっていたわけではないが、老朽化による大規模な改装とその際の設備の更新が必要とされたこと、③Y₁は、本件事故の直後である平成9年2月18日付け書面により、Xに対し、本件ビルの老朽化等を理由に本件賃貸借契約を解除する旨の意思表示をして本件店舗部分からの退去を要求し、Xは、本件店舗部分における営業再開のめどが立たないため、本件事故から約1年7か月が経過した平成10年9月14日、営業利益の喪失等について損害の賠償を求める本件本訴を提起したこと、以上の事実が認められるというのである。これらの事実によれば、Y₁が本件修繕義務を履行したとしても、老朽化して大規模な改修を必要としていた本件ビルにおいて、Xが本件賃貸借契約をそのまま長期にわたって継続し得たとは必ずしも考え難い。また、本件事故から約1年7か月を経過して本件本訴が提起された時点では、本件店舗部分における営業の再開は、いつ実現できるかわからない実現可能性の乏しいものとなっていたと解される。他方、Xが本件店舗部分で行っていたカラオケ店の営業は、本件店舗部分以外の場所

では行うことができないものとは考えられないし、前記事実関係によれば、Xは、平成9年5月27日に、本件事故によるカラオケセット等の損傷に対し、合計3711万6646円の保険金の支払を受けているというのであるから、これによって、Xは、再びカラオケセット等を整備するのに必要な資金の少なくとも相当部分を取得したものと解される。

そうすると、遅くとも、本件本訴が提起された時点においては、X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、本件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Y₁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、X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Y₁らに請求することはできないというべきである。

3. 原審は、上記措置を執ることができたと解される時期やその時期以降に生じた賠償すべき損害の範囲等について検討することなく、Xは、本件修繕義務違反による損害として、本件事故の日の1か月後である平成9年3月12日から本件本訴の提起後3年近く経過した平成13年8月11日までの4年5か月間の営業利益喪失の損害のすべてについてY₁らに賠償請求することができると判断したのであるから、この判断には民法416条1項の解釈を誤った違法があり、その違法が判決に影響を及ぼすことは明らかである。

以上によれば、上記と同旨をいう論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そこで、Y₁らが賠償すべき損害の範囲について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。

5. 検討

(1) 債務者が債務を履行しないことによって債権者が損害を被った場合には、「これによって生じた損害」を債務者に対して賠償請求できる（民法

415条）。この損害とは何かといえば、判例は、債務不履行がなかったとしたら債権者が置かれたであろう利益状態と、債務不履行がされたために債権者が置かれている利益状態との差を金額で表現したものが損害であるとする（差額説）。本件では、Yが修繕義務を果たした場合のXの利益状態と修繕義務を果たさなかったために置かれたXの利益状態との差額が損害であるということとなる。では、その差額の範囲をどこで区切るか、損害の範囲については416条が定める。この416条の沿革はイギリスのハドレー事件判決⁽³⁾を元にしたものであるが、ドイツ民法学の継受を受けた日本においては異なる解釈がなされることとなる。すなわち、債務不履行と因果関係あるすべての損害を賠償すべきであるという完全賠償の原則を基礎とし、ここでいう因果関係は相当因果関係を意味すると、416条1項はこれを示したものであり、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したものであると解されたのである⁽⁴⁾。

本件の場合、Xが終期と主張する平成13年8月12日にYの修繕義務がまだ不履行であることから、修繕義務を果たすべき時からのその時までの営業利益が修繕義務不履行と相当因果関係のある損害であれば、その金額を請求できることとなる。

これに対し、損害とは債権者に生じた不利益な事実であるとし、損害の事実についての判断と損害の金銭的評価を分離して、損害概念は前者のみと考える立場がある（損害事実説⁽⁵⁾）。これによると本件の修繕義務不履行による損害は営業ができないという事実であり、その営業ができないという事実の金銭的評価については416条の問題ではないということとなる。本件では修繕すべき時からXの主張する時期までの営業利益損害が「通常生ずべき損害」にあたるかという問題となる。

一方で、債務者が債務を未だ履行しない場合、すなわち履行遅滞の場合は、本来の債務が履行可能であれば、債権者は本来の債務の履行を請求でき、併せて遅延賠償をすることとなる。逆から言えば、債権者は履行不能となるか解除するまでは、履行を請求しなければならないのであり、遅延損

害を請求することとなる。そして、解除義務を認める条文がない以上、履行を請求できる間は延々と遅延損害は膨らんでいくこととなる。

本件でも、原則から言えば、Yが修繕義務を履行しないという履行遅滞の状態にあるので、Xとしては解除をしない限り履行を請求できることとなり、その間は遅延賠償として逸失営業利益分を損害賠償請求できるはずであり、原審はこれを認めたものである。

これに対し、最高裁は別の場所で営業を再開するなどの損害を回避又は減少させる措置を執ることができたと解される時期以降の損害は、「条理上」416条1項の「通常生ずべき損害」にあたるとはいえないとしたのである。

これは事例判断ではあるものの、建物の賃貸人の債務不履行に基づいて賃借人が損害賠償請求する場合において、賃借人が損害回避義務又は損害軽減義務を負っていること、そしてその義務に違反することが416条1項にいう通常生ずべき損害に当たるか否かを判断する事情になる得ることを示したといえる⁽⁶⁾。

(2) 英米法には「債務不履行による損害を縮小し、また拡大を防ぐために、債権者にも合理的な行動をとる義務がある」という損害軽減義務 (a duty of mitigation) という法理⁽⁷⁾がある。これは日本も加入しているウィーン売買条約 (国際物品売買契約に関する国際連合条約 [CISG]) にも明文化 (77条) されている法理であるが、日本の現行民法ではこれに当たる条文は見当たらない。なお、損害軽減義務は、「義務」という表現を用いているが、これに違反すると損害賠償責任を負うというような法的義務とは異なり、違反すると損害賠償額の減額事由となるにとどまる。これから述べる日本法における議論においてもそういった性質の「義務」であることが前提となる⁽⁸⁾。

日本法において、この損害軽減義務についてまったく議論がなされてこなかったかというところではないが、その議論は主に物の引渡しを内容とする契約における債務不履行に基づく損害賠償額、特に填補賠償額の算定基準の問題に関してな

されてきたと言える。

例えばXがYからある不動産を2000万円で購入したが、Yは引渡しに応じない (Xの代金支払も未了とする) ため、Xが解除したとする。不動産の価格が高騰し、履行期には2500万円、解除時には3000万円、損害賠償請求時には3500万円になっていた場合、損害賠償請求額はどの時点を基準にするのかという問題である。Xは解除するまでは履行請求をすることが可能であり、解除して初めて填補賠償を請求できる。とすれば、Xは価格が上がりきるのを待って、解除をすればよいということとなるが、谷口博士は公平の原則と信義誠実の原則に則って債権者は適時に解除して損害を抑制する義務を負うものと解すべきであり、徒らに値上がりを待って解除してもその解除時の騰貴価格による賠償を認められるべきではなく解除すべきであった時の価格による賠償しか認められないという主張をされた⁽⁹⁾。つまり、先の事例で目的物の価格が騰貴している場合、XにはYが騰貴を待って3000万円の時点で解除をしたとしても当初の価格との差額1000万円の損害賠償は請求できず、履行期以降解除までの間で解除すべきだった時の価格との差額のみ請求できるということとなる。このように解すると、債務不履行における損害軽減義務の内容としては解除義務が導かれることとなる。

これに対して、内田博士は日本の判例上、損害軽減義務の法理がすでに暗黙のうちに損害するとの議論が可能であるとし、その典型的な内容として代替取引義務、すなわち、代替的な取引を行なうことによって、元の契約の不履行による損害を軽減する義務を認める。そして、損害賠償額の算定時についても、市場の存在する代替物に関してはまず損害軽減のための代替取引をすべきときであり、損害軽減が期待できない場合および特定物については判決時 (口頭弁論終結時) であると考えべきであるとする。そしてさらに、市場の存在する代替物の売買において、現実的履行の強制は、代替取引による損害軽減が期待できない場合、つまり判決時 (口頭弁論終結時) の評価で履行利益の賠償が全額認められる場合に限って肯定すべ

きで、それを要件に掲げるべきであるとするのである⁽¹⁰⁾。

この内田博士の論文に対しては森田修教授からの強い批判がなされた。強制履行を認めつつ損害軽減義務を承認することは矛盾するという点は内田博士の指摘するとおりであるが、日本民法は414条に規定されるように履行請求権を承認するのが原則であるから、否定されるべきは損害軽減義務の方であるということにならざるを得ないという指摘である。その結果、「損害軽減義務」を導入するにしてもそれは、解除義務によって論理的には解除による債務転形を介在させて履行請求権と抵触しない限度において初めて可能になる」とされたのである⁽¹¹⁾。

この議論は履行請求権の位置づけ、損害賠償との関係などの議論へ発展することとなる⁽¹²⁾。

(3) 本件で、最高裁は、過失相殺を用いずに、損害を回避あるいは軽減できた時以降の損害は「条理上」416条1項の「通常生ずべき損害」にあたらぬとしている⁽¹³⁾。民法は416条で損害の範囲を定め、これを調整するものとして過失相殺を認める（418条）。この418条でいう「債権者に過失があったとき」とは債務不履行自体について債権者に過失がある場合だけでなく、損害の発生もしくは拡大について債権者に過失がある場合をも包含する⁽¹⁴⁾。さらに過失相殺における「過失」が抽象化されてきている判例上は、本件でXに損害の発生もしくは拡大について過失があったと認めて過失相殺により損害を減額するということもあり得たわけであるが、最高裁はこの明文の制度を用いずに、損害軽減義務があったとして条理を根拠に損害の範囲を狭めたわけである。内田博士も「損害軽減義務の存在は、債務不履行や損害発生そのものに対する債権者の寄与という典型的な過失相殺とは類型を異にする、新たな賠償額減額事由を提供する。それは過失相殺一般の中で論じる場合にも、特別な類型として論ぜられるべき法理であり、損益相殺・（狭義の）過失相殺と並ぶ減額事由という位置づけも可能であろう」とされており、広義の過失相殺の枠組みで考

えられてはいるものの、「特別な類型」だとされている⁽¹⁵⁾。

最高裁が本件について過失相殺を用いず、416条1項の「通常生ずべき損害」にあたらぬとしたということは、これまでの判例からすれば、損害軽減のための措置を講ずべき時期からの損害は、Y₁の修繕義務違反との間に相当因果関係がないと判断されたということとなる⁽¹⁶⁾。

ところで、Xの履行請求権はどうなるのであろうか。最高裁はこの点には触れていない。前述のように、内田博士の論文に対する森田教授の批判から履行請求権と填補賠償請求権との関係が議論されることとなり、現在では、履行請求権と填補賠償請求権の併存可能性を肯定する見解も有力である⁽¹⁷⁾。しかし、本件でXが求めている損害賠償請求は遅延賠償であり、その請求権はXの履行請求権と当然併存する権利、むしろ履行請求権があるからこそ認められる権利である。すなわち、本件で最高裁が損害軽減のための措置を講ずべき時期以降の損害を認めなかったということは、損害軽減義務を負う時には履行請求権を失うということの意味するとも考えられるのである。過失相殺で処理するならば、その効果としてXの履行請求権まで奪うことはできないが、損害軽減義務違反の効果として、その後の遅延損害は本来の債務不履行との相当因果関係がないとすれば、結果的に履行請求権もなかったこととなり、遅延賠償はできないが履行請求権はあったという矛盾はおきない。

では、損害軽減義務をそのようなものとして肯定するとしても、本件でXに「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執る」義務があったとすることができるか。

最高裁は、①Y₁が修繕義務を履行していたとしても、老朽化していた本件ビルでは賃貸借契約が長期にわたって継続していたとは考え難いこと、②事故から1年7ヶ月経過してからの本訴提起時点では、本件店舗部分での営業の再開は実現可能性の乏しいものとなっていたこと、③カラオケ店の営業は他の場所でも行うことができるこ

と、④Xは保険金を受け取っておりカラオケセット等の整備をする資金を有していたことを理由として、遅くとも本訴が提起された時点ではカラオケ店の営業を別の場所で再開する等の損害を軽減する義務があったとしている。

確かに、上記①、②、④からは他の営業場所を探して営業を始めて損害を軽減すべきであったとする根拠となると思われる。そして③についてもカラオケ店の営業は他の場所でも営業は可能であるといえる。しかし、カラオケ店という店舗の形態は個室を多く設置する必要があり、また騒音も伴うなどの点で他の飲食店や販売店などは多少形態を異にし、どんな不動産でも営業が可能だったとはいえない。さらに、本件ビルは駅前であり、Xも主張するように交通利便かつ人通りが多いという恵まれた立地条件にあった。このような事情のもと、Xに他の場所で営業すべきであったと容易に認めることは、借家人を保護する借地借家法の目的にも反することとなる。

最高裁が、通常生ずべき損害にあたらぬのは「Xが上記措置を執ることができた」と解される時期以降としていることから明らかなように、損害軽減義務を根拠に相当因果関係が否定されるのは、損害を軽減する措置がとることができたことが前提である。本件のカラオケ店の営業のための店舗の賃貸借契約という特殊な事情は、損害軽減義務の発生時期の判断に重要な要素となると思われる、差戻し審でもこの点について考慮されるべきであると考えられる。

(4) 民法（債権法）改正検討委員会が2009年に発表した『債権法改正の基本方針』（以下、『基本方針』とする）では、【3. 1. 1. 73】において「〈1〉裁判所は、債務不履行により債権者が被った損害につき、債権者が合理的な措置を講じていればその発生または拡大を防ぐことができたときは、損害賠償額を減額することができる。〈2〉債権者は、債務者に対し、損害の発生または拡大を防止するために要した費用の賠償を、合理的な範囲内で請求することができる。」と損害軽減義務の明文化が提案されている。この提案要旨には「本提案

〈1〉は、現民法418条を基本的に踏襲した上で、債務不履行による損害の発生ないし拡大を抑止するために債権者に対しても合理的行動が求められるべきであるということ、および、損害軽減義務の違反があれば賠償額が減額可能であることを明らかにしたものである」と説明されている⁽¹⁸⁾。

『基本方針』では、債務不履行の際の損害賠償や解除について債務者に過失があることを要求しない。これは債務不履行責任を「過失責任から約束に基づく責任へ」転換を図るものであり、「端的に、契約で約束した義務を履行しなければ債務不履行責任を負うが、もともと契約で引き受けていなかったような事由で債務不履行が生じた場合には免責されるというきわめて常識的なルールをストレートに書くことを提案している」⁽¹⁹⁾とのことである。そして、損害賠償請求の根拠条文として「債権者は、債権者に対し、債務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。」（【3. 1. 1. 62】）としたうえで、「契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたとき」および債務者が「同時履行の抗弁権」および「不安の抗弁権」を有しているときには損害賠償責任が免責することが提案されている（【3. 1. 1. 63】）

このように債務不履行において債務者に過失があることを求めない以上、債権者に過失があるときに過失相殺するということは理屈としておかしいことになるだろう。そういう意味で【3.1.1.73】の内容はこれまでの過失相殺と同じ内容を規定していると説明されているのである⁽²⁰⁾。

しかし、『基本方針』の【3. 1. 1. 56】には「履行が不可能な場合その他履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合、債権者は、債務者に対して履行を請求することができない」とも提案されている。現行民法における履行不能となるかどうかの判断は、社会通念に従って判断されるとするのが判例・通説であり⁽²¹⁾、履行不能となれば、それが債務者の過失によるか否かに関わらず、履行請求権は消滅すると伝統的に解されてきた。これに対して、『基本

方針』は「その他履行することが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合」にも履行請求権は消滅するとしているのであり、伝統的に履行不能であるとされてきた状況に至らなくとも履行請求権を失うことを肯定することを明文で認めるのである。

提案趣旨によると「契約趣旨に照らして」とは「明示的に契約内容とされているもののほか、契約の目的、性質、対象、当事者の属性、当事者が契約締結に至った事情その他両当事者を取りまく諸事情を考慮に入れて判断するという意味」であり、また「履行することが合理的に期待できないかどうかは、契約外在的な『社会通念』という基準ではなく、明示の合意その他契約の趣旨に即して判断される」ということである⁽²²⁾。本件事案であれば、いずれかの時点で「履行することが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない」とされれば、【3. 1. 1. 56】により、Xの履行請求権が否定され、その結果、それ以降の遅延賠償が否定されることも考えられる。

一方で、『基本方針』には物の価格が賠償されるべき場合の算定基準時について、代替取引がされなかった場合（【3. 1. 1. 70】）、代替取引がされた場合（【3. 1. 1. 71】）に分けて詳細な規定が置かれており⁽²³⁾、これまでの議論の上で想定されてきた損害軽減義務の内容はこれらの規定でカバーされていることとなる。

これらの『基本方針』の内容と今回の最高裁の判断は、債権者・債務者間において契約による損害リスクの分配規範、履行請求権の限界について同じ方向性を指すものではないかと思われる。本件の最高裁の判断は、あくまで事例判断ではあるが、大きな転換期を迎えた債権法の方向性を示唆するものとも考えることもできるのではないかと⁽²⁴⁾。

注

本判決の評釈として、野澤正充「賃貸人の修繕義務の不履行と賃借人による損害の回避廣峰正子」判タ1298号63頁以下（2009年）、廣峰正子「損害軽減と416条1項にいう損害の範囲」法時81巻12号112頁以

下（2009年）がある。

- (1) 幾代通＝広中俊雄編集『新版注釈民法（15）増補版』937頁（有斐閣，1996年）〔広中俊雄・佐藤岩夫〕
- (2) 前掲1 939頁
- (3) Hadley v. Baxendale [1854] 9 Ex. 341
- (4) 我妻榮『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』120頁（岩波書店，1964年）
- (5) 平井宣雄『債権総論（第2版）』72頁（弘文堂，1994年）
- (6) 判タ1289号86頁（本判決の「コメント」）（2009年）
- (7) 内田貴「契約の拘束力—強制履行と損害賠償」『契約の時代—日本社会と契約法』174頁（2000年，岩波書店）（初出は「強制履行と損害賠償—『損害軽減義務』の観点から」曹時42巻10号（1999年））
- (8) 前掲（7）178頁では伝統的に損害軽減義務は「あくまで債権者からの損害賠償請求に対して防御的にのみ機能すると解されている。その意味で、『義務』と呼ぶのはミスリーディングであり、体系書では賠償額の減額事由としての『回避可能性（avoidability）』とか『回避しうるコスト（avoidable cost）』等の表題のもとで扱われることも少なくない」と指摘されている。
- (9) 谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務—Avoidable consequencesの理論の示唆—」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究（上）』237頁以下（有斐閣，1957年）。特に250頁以下に日本法に関しての記述。
- (10) 前掲7内田195頁
- (11) 森田修「『損害軽減義務』について—履行請求権の存在意義に関する覚書（その2）—」法学志林91巻1号178頁（1993年）〔同『契約責任の法学的構造』（有斐閣，2006年）所収〕
- (12) 議論の状況については、吉川吉樹「損害軽減義務と履行請求権」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』175頁（有斐閣，2007年）、窪田充見「履行請求権」ジュリ1318号103頁（2006年）が参考となる。
- (13) 本件の上告受理申立て理由は、「本件建物部分は30年に達した経年劣化によって不足の事故が起りうる状態にあると知りつつ、あえて、賃貸借の契約期間満了後も本件建物部分に居すわり続けたことによって、本件浸水事故に遇ったというべき」であるとして過失相殺がなされるべきであることを理由としている。
- (14) 我妻榮＝有泉亨＝清水誠＝田山輝明『我妻・有泉コンメンタール民法（第2版）』759頁（日本評論社，2008年）
- (15) 前掲（7）194頁
- (16) 潮見佳男教授は本判例について「従来最高裁が考えてきた相当因果関係であれ、あるいは不履行時の予見可能性の基準であれ、損害が青天井

に広がっていくところを、債権者側の行為態様を考慮に入れて賠償範囲を画するという新しいルールを考える法行為に最高裁は動きつつあるのかなと思います。」と述べられ、最高裁が「相当因果関係」という言葉を使用していない点について「このあたりに、将来のあるべき賠償範囲ルールを策定することに対するヒントがあるのではないかと個人的には思っています」とコメントされている。道垣内弘人ほか「座談会 債権法改正をめぐって—企業実務の観点から」ジュリ1392号26頁（2010年）〔潮見佳男発言〕

- (17) 中田裕康『債権総論』149頁（岩波書店，2008年）
- (18) 民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』（別冊NBL No.126）143頁（商事法務，2009年）もっとも、この文言から主張立証責任に変化が生ずると考えることは可能であろう。
- (19) 内田貴『債権法の新時代—「債権法改正の基本方針」の概要』84頁（商事法務，2009年）
- (20) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ』285頁脚注（1）（商事法務，2009年）においても、「『損害軽減義務』という言葉から、本試案を英米法におけるエクイティ上のmitigationを連想して、この制度と直結する者がいるとすれば、大きな誤りである。本試案の『損害軽減義務』は、損害軽減を導く思想的基礎の面ではエクイティ上のmitigationと同様であるものの、後者と違って、債権者の実体
- 法上の義務として損害軽減義務を立て、その違反があるときの裁判所による減額可能性を認めたものである。本提案は、英米法の制度を継受したものではない。まして、本試案と同様の考え方は、大陸法でも一般に認められているものである（協働過失（Mitverschulden）を定めるドイツ民法245条1項および2項が、その典型例である。）」とされており、現民法418条を基本的に踏襲するものであると解説されている。
- (21) 前掲（14）750頁
- (22) 前掲（18）131頁以下
- (23) 前掲（18）141頁以下
- (24) なお、債権法改正案には不法行為法は予定されていないため、【3. 1. 1. 73】についても「本提案は不法行為を理由とする損害賠償責任を規律対象としない」（前掲（18）同頁）と述べられている。債権法改正案における損害軽減義務が「契約の拘束力」を根拠とするものである以上不法行為に基づく損害賠償請求権を対象としないのはもっともであるが、本判決のように「条理」を根拠とするのであれば、そうとは言い切れない。損害避抑義務を信義誠実の原則あるいは公平の原則から導く谷口博士は不法行為に基づく請求権も対象とされている（前掲（9）250頁）。もっとも、不法行為の場合は履行請求権との関係が問題とならないし、現行の722条2項あるいはその類推適用で過失の概念がさらに抽象化されていることから、取り立てて「損害軽減義務」を観念する必要はないように思われる。