

# 民法（債権法）改正案における 債務不履行損害賠償の要件構成

福 田 清 明

## 目次

- 第1章 本稿の意図
- 第2章 改正案415条の文言上の改正点
- 第3章 改正案415条における基礎的枠組みの転換
  - 第1節 損害賠償責任根拠の過失責任主義から契約の拘束力への移行
  - 第2節 統一的債務不履行概念の導入
  - 第3節 「損害賠償責任根拠としての契約の拘束力」と「統一的不履行概念導入」の相互関連性
    - 第1款 比較対象としてのドイツ民法311a条
    - 第2款 ド民311a条2項の損害賠償請求権の議論からの得られる知見
  - 第4節 免責事由
- 第4章 改正案で加えられた415条2項の立法趣旨
- 第5章 改正案415条の損害賠償の要件構成
  - 第1節 債務の本旨に従った履行がないこと（債務不履行の存在）
  - 第2節 損害が発生し、それと債務不履行の間に因果関係があること
  - 第3節 填補賠償請求権の場合の付加的要件
  - 第4節 免責事由の不存在
  - 第5節 履行請求権が填補損害賠償請求権に転化していることの不要性
- 第6章 履行補助者過失論と同時履行の抗弁権の要件構成への位置づけ
- 第7章 現行法415条とその改正案415条

## 第1章 本稿の意図

債権法を中心とした「民法の一部を改正する法律案」（以下では改正案と略称する）が2015年3月31日に閣議決定されて1年以上経過した。この改正案は、継続審議となっており、未だ審議の結論が出ていない。ビジネスにとって重大な取引の基本法に関する改正案であるから、解説書も数多く出版されている<sup>(1)</sup>。条文の異同はあるものの現在の判例を取り込んだことが中心となり、現在

の実務に影響を与えることが少ないという領域も多数ある。債務不履行の法的救済手段としての履行請求権と損害賠償請求権は、その一つに入るのであろう<sup>(2)</sup>。しかし、改正案415条は、現行法が本来有していた規律内容を一先ず棚上げして、現行法の伝統的解釈を前提とすると、基本的な枠組みには大きな変更をもたらした。改正案415条の適用の結果が、現行法の判例の結論と殆ど異ならないとしても、この基本的な枠組みの変更を理解することを、本稿の目的とする。

## 第2章 改正案415条の文言上の改正点

### 改正案

#### 第415条（債務不履行による損害賠償）

- 1項：債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、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。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして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。
- 2項：前項の規定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、債権者は、次に掲げるときは、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。
- 一 債務の履行が不能であるとき。
  - 二 債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
  - 三 債務が契約によって生じたものである場合において、その契約が解除され、又は債務の不履行による契約の解除権が発生したとき。

### 現行法

#### 第415条（債務不履行による損害賠償）

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。

現行民法（以下では現行法と略称す）415条の伝統的解釈によれば、同条前段で、履行遅滞も含めることができる債務不履行の一般規定を置き、同条後段で、債務不履行の一類型である後発的履

行不能を規定している。改正案415条は、1項本文で、履行遅滞も含めることができる債務不履行の一般規定と履行不能（原始的不能と後発的履行不能）の債務不履行類型の規定を置いた。現行法415条の伝統的解釈は、同条前段が債務不履行の一般規定を定めているにも係わらず、ドイツ学説継受の影響の下に、同条前段の履行遅滞と不完全履行の二つの債務不履行類型を読み込み、同条後段の後発的履行不能類型と合わせて、債務不履行三分説をとってきた。

改正案415条1項前段の一般的債務不履行規定に、履行遅滞と不完全履行の2類型が含まれると解し、同条1項後段に不能（原始的不能と後発的不能）類型が規定されていると解釈するならば、改正案も債務不履行類型の三分説を維持しているが、現行法とは異なり、改正案は、後発的履行不能だけでなく原始的不能をも債務不履行の問題として（改正案411条の2第2項）取り込んだ点だけが現行法の伝統的解釈と異なると理解するであろう。

債務者の帰責事由は、現行法415条の文言上では、同条後段の後発的履行不能類型の損害賠償請求権の積極的な成立要件になっているだけなのだが、同条前段にも読み込まれ、履行遅滞及び不完全履行に基づく損害賠償請求権の成立要件であると解されている<sup>(3)</sup>。債務不履行責任は過失責任主義をとるべきであるとの価値判断がなされ、それにしたがって、条文の文言である「債務者の責に帰すべき事由」が現行法415条前段にも読み込まれ、履行遅滞と不完全履行という債務不履行類型の損害賠償請求権の成立要件とされている。改正案415条の文言によれば、債務者の帰責事由がすべての種類の債務不履行で問題となることは明白である。現行法415条では、債務者の帰責事由は、「債務者の責めに帰すべき事由」と表現されている。それに対して改正案では、「その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という修飾語が前置される。この修飾語が前置されているにも係わらず、債務者の帰責事由とは、債務者の故意・過失およびそれと同視すべき事由と解すならば、改正案と

現行法の間には相違はないことになってしまう。改正案415条1項の措辞から、債務者の帰責事由の立証責任は、債務者にあり、債務者は、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰すべからざる事由であることを立証しなければ、債務不履行責任を負う。現行法415条の措辞によれば、債務不履行が債務者の責めに帰すべき事由によることを立証しなければ、債務者の債務不履行責任を成立させることができないように見えるが、判例では、この立証責任を債務者に負わせているので<sup>(4)</sup>、改正案と現行法で、債務者の帰責事由の立証責任に関して違いはない。

改正案415条2項は、新設された。新設の同条2項で、債務不履行に基づく損害賠償が、履行に代わる損害賠償である場合が、列挙あるいは例示されている。履行に代わる損害賠償は、現行法の文言にはないが、この語と同義語である「填補賠償」という概念は、遅延賠償と対で、講学上使用されている。若干目新しいのは、填補賠償＝履行に代わる損害賠償を発生させる債務不履行として、履行拒絶が明定されたことである。履行拒絶は、特に履行期前の履行拒絶が判例で債務不履行とされていた。その際、三分説に従い、3つの債務不履行類型の履行不能に取り込むという媒介を通して、債務不履行とされた。

### 第3章 改正案415条における基礎的枠組みの転換

#### 第1節 損害賠償責任根拠の過失責任主義から契約の拘束力への移行

現行法415条の解釈では、債務不履行責任の成立要件の一つとして「債務者の責に帰すべき事由」が挙げられ、「債務者の責に帰すべき事由」とは、債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由と解されている。このことから、現行法415条の債務不履行責任は過失責任主義に服しているといわれる。

改正案415条1項ただし書きで「債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会

通念に照らして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」と規定し、現行法415条の文言に「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という修飾語が明示的に挿入されている。付加された語である「契約その他の債務の発生原因」に照らし判断するというので、契約による債務の不履行責任の免責事由を判断するに際して、当該契約の趣旨等に求められる考え方を改正案は提示している。債務者の帰責事由という文言が引き続き415条に残っていることから、改正案415条も、現行法解釈と同様に、過失責任主義を採用していると見る向きがあるかもしれないが、それは誤りである。過失責任主義を否定したことを、法制審議会民法（債権関係）部会の幹事である潮見は、明言する<sup>(4a)</sup>。債務者の帰責事由という語が依然415条に残っているが、それは債務者の故意・過失を意味しないのである。修飾語が挿入されたことによって債務の帰責事由が債務発生原因等に則して判断され、契約で発生する債務の場合には帰責事由の存否が契約の趣旨等に照らして判断されるべきことが宣言されたのである。改正案において用いられる「債務者の帰責事由」という語は、債務不履行の原因につき債務者がそのリスクを負担すべきだったと評価できるか否かを契約の趣旨等から判断する旨を表現しているのである。

過失責任主義を否定した改正案の債務不履行責任は、契約的債務の場合に、債務者の不履行責任の根拠をどこに求めるのだろうか。部会資料から、その根拠が説明されているところを引用すると次のようである。

「契約の拘束力に根拠を求める考え方（部会資料5-2 詳細版18頁）。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、契約上のリスクの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であるとするものである。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、契約上のいずれの当事者に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。」

森田宏樹の結果債務・手段債務に基づくフランスにおける契約責任の帰責構造分析によれば<sup>(5)</sup>、債務不履行責任における帰責性は、約束したことを履行しなかったこと、つまり、債務者自身が自らの意思（合意）によって設定した契約規範に従わなかったこと、という点に求めることができ、その帰責の根拠は、契約の拘束力にある。このような理解からは、債務不履行における帰責事由の判断は、契約上の債務の内容・射程についての解釈に帰着するという。

## 第2節 統一的債務不履行概念の導入

現行法は、415条前段で、債務の本旨不履行という債務不履行の統一的概念を持ちながらも、つまり債務不履行一元説を規定しているのに、ドイツの学説継受を介して、債務不履行類型として遅滞、後発的不能、不完全履行の三類型を窓口にして債務不履行を認定するという三分説が判例・通説であった。改正案415条は、現行法の通説的解釈である債務不履行三分説を否定し、債務の本旨不履行という統一的債務不履行概念を導入する（債務不履行一元説）、改正案415条1項本文を見ると、債務の本旨不履行と不能（原始的不能と後発的不能）の債務不履行二類型を規定しているように見るが、同条同項ただし書きで、本旨不履行と履行不能という二種の債務不履行形式を「債務の不履行」という一語で受けていることから、債務不履行一元説が示唆されると、法制審議会民法（債権関係）部会の潮見幹事は説明する<sup>(5a)</sup>。

債務不履行三分説によれば、契約プログラムか

らの逸脱事例が遅滞、後発的不能、不完全履行の三類型のどれかに属することによって、損害賠償を基礎づける債務不履行がはじめて認められるのである。債務不履行一元説は、契約プログラムからの逸脱事例が債務の本旨に従った履行をしないことという統一概念に含まれれば、債務不履行が成立し、損害賠償が効果として発生する。三分説の問題として指摘されるのは、三類型から零れ落ちるが債務不履行と評価して法的救済手段（損害賠償）を与えるべき事例の処理である。例えば、夜10時以降は一定の基準を超える騒音を出さない債務を契約上負った場合、その基準値を超える騒音を出してしまった場合、それは遅滞か、後発的不能か、それとも不完全履行なのか<sup>(6)</sup>。どれかの債務不履行類型に当てはまらなければ債務不履行になり得ないし、効果として損害賠償も与えられない。雇用契約上の秘密保持義務及び委任契約上の守秘義務は、三分説のどの債務不履行類型に属するのか（ドイツでは履行不能に入れる。）。また、雇用契約上の労務提供の無履行は、履行不能として、損害賠償を成立させなくてはならないのであろうか<sup>(7)</sup>。三分説によれば、損害賠償を与えるべき事例ならば、無理にでも3つ類型のいずれかに属させる必要がある。改正案のとする債務不履行一元説であれば、債務の本旨に従った履行のないことという包括的不履行概念に含められる事例は、債務不履行となり、免責が成立しない限り、損害賠償が債権者に与えられる。

### 改正案

#### 第412条の2（履行不能）

2項：契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったことは、第415条の規定によりその履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない。

修正案は、原始的不能な給付を含む契約を無効にせず、有効な契約の債務不履行問題として修正案415条の債務不履行責任を成立させる（修正案411条の2第2項の新設）。この新設条文から三分説の不能が、後発的不能だけでなく原始的不能までも覆うようになったと理解し、改正案415条

2項の二号から債務者の履行拒絶が債務不履行類型の三分説に新たに加わったとだけ理解するのは誤りである。後述するように、過失責任主義を放棄した上で包括的不履行概念を導入したことの意味を理解しなければならない。

### 第3節 「損害賠償責任根拠としての契約の拘束力」と「統一的不履行概念導入」の相互関連性

「損害賠償責任根拠としての契約の拘束力」と「統一的不履行概念導入」の意義と両者の関連性を理解するために、2001年のドイツの債務法改正法である現代化法を、比較対象として検討する。ドイツの債務法現代化法は、債務不履行損害賠償の責任根拠として過失責任主義を維持した上で（この点が日本の改正案415条とは異なる）、原始的不能な契約を無効とする原始的不能論を廃止し<sup>(8)</sup>（この点は日本の改正案412条の2と同じである）、債務不履行三分説（不能、遅滞、積極的債権侵害）の代わりに統一的債務不履行概念としての義務違反（ド民280条1項）を導入しようとした（この点も日本の改正案415条1項と同じである）。しかし、過失責任主義を堅持したがゆえに、原始的不能論を廃止したにも係わらず、統一的な義務違反概念で原始的不能事例を処理することはできなかった<sup>(9)</sup>。これが、以下の比較検討からの帰結である。

#### 第1款 比較対象としてのドイツ民法<sup>(10)</sup> 311a条

##### 第241条 債務関係に基づく給付義務<sup>(11)</sup>

- (1) 債務関係により、債権者は債務者に給付を請求することができる。給付は不作為でもよい。
- (2) 債務関係は、その内容に従い、各当事者に、他方当事者の権利、法的財貨、利益を配慮することを義務づける。

##### 第275条 給付義務の排除

- (1) 客観的不能と主観的不能の場合には、給付請求権は排除される。
- (2) 給付は理論的には可能であるが、給付は合理的な債権者によって真摯に期待され

えない場合に、債務者は給付を拒絶できる。

- (3) 債務者が個人的な給付をなさなければならないがそれを債務者に期待でない場合に、債務者は給付拒絶をすることができる。
- (4) 債権者の権利は、280条、283条から285条、311a条及び326条によって決まる。

##### 第276条 債務者の責任

- (1) 責任の加重又は軽減につき、定めがなく、債務関係その他の内容、特に損害担保又は調達リスクの引受けから推知することができない場合には、債務者は、故意及び過失につき責任を負う。827条及び828条の規定は、この場合に、準用する。
- (2) 社会生活上必要な注意を怠った者は、過失があるものとする。
- (3) 債務者の故意に基づく責任は、あらかじめ免除することができない。

##### 第280条 義務違反に基づく損害賠償

- (1) 債務者が債務関係から生じる義務に違反した場合には、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。これは、義務違反につき債務者に帰責事由がない場合に適用しない。
- (2) 債権者は、286条〔履行遅滞の要件〕により付加された要件を満たす場合においてのみ、給付の遅延に基づく損害賠償を請求することができる。
- (3) 債権者は、281条〔給付がないこと又は給付が契約に適合しないことに基づく給付に代わる損害賠償の要件〕、282条〔241条第2項による義務違反に基づく給付に代わる損害賠償の要件〕又は283条に〔給付義務が排除された場合における給付に代わる損害賠償の要件〕より付加される要件を満たす場合においてのみ、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

##### 第311a条 契約締結の際に給付が妨げられていること

- (1) 債務者が275条第1項から第3項までに

基づき給付をすることを要せず、契約締結の際にすでに給付が妨げられていることによって、契約の効力を妨げられない。

- (2) 債権者は、その選択に従い、給付に代わる損害賠償又は284条が定める範囲の費用を賠償することができる。これは、債務者が契約締結の際に給付を妨げる事情を知らず、かつ、知らないことにつき帰責事由もないときは、適用しない。281条第1項第2文及び第3文並びに第5項は、この場合に、準用する。

ド民311a条<sup>(12)</sup> 2項の請求権は、ド民280条1項とは別個の独自の請求権の基礎を有する。ドイツの債務法現代化法によって、債務不履行に基づく損害賠償請求権は、統一的概念である義務違反に債務者の有責性が加わることで成立するとされた。損害賠償の種類によって損害賠償の要件は足したり引いたりされるが、共通要件としては、ド民280条1項に規定された債務関係上の義務に違反することに債務者の有責性が加わることである。このような損害賠償の要件の統一化においても、ド民280条1項とは異なる請求権の基礎を有する損害賠償請求権をド民311a条2項で定めざるを得なかった。それは、次の理由からである。すなわち、契約締結前の債務者の義務プログラムは、契約締結後の債務者の義務プログラムとは異なって形成され、契約成立後は、給付対象そのものに関する義務が問題となるのに対して、契約締結前は、本質的には、情報提供義務が問題となるからである。原始的不能に関する損害賠償は、後発的不能その他の契約締結後の義務違反に基づく損害賠償とは異なる要件に基づいて発生する。その要件は、契約締結後の義務違反構成とは別個独自のもので、情報問題及び錯誤問題に特徴的な問題性を考慮しなければならない<sup>(13)</sup>。このような説明から、ド民311a条2項で規律された債務者の賠償責任の根拠が契約上の情報義務違反であると理解してはならない。なぜなら、そのような契約締結前の情報義務違反は、ド民311a条2項で発生する、積極的利益賠償に向けられた責任を理

由づけることはできないからである。もし債務者が、情報義務を履行し、自己の給付能力に関する適切なイメージを契約締結前に有しそれを相手方(債権者)に伝えていたならば、当該契約は締結されなかったであろう。このような情報義務違反の結果発生する損害賠償は、契約が締結されていなかったならば在ったであろう債権者の利益状態に向けられた消極的利益の賠償になる。しかし、ド民311a条2項の損害賠償は、給付に代わる損害賠償ということで積極的利益賠償に向けられている。したがって同条同項の中に見出されるべき責任根拠は、有責な義務違反ではなく、ド民311a条1項で有効とされた給付約束の不履行である<sup>(14)</sup>。

原始的不能な契約における給付対象に向けられた義務の違反という問題に際して、ド民311a条1項で有効とされた契約が第一次給付義務を生み出さないとされた後で、そもそもいかなる給付義務が考えられていたかが、不明確であった。原始的不能な契約の場合でも、過失責任主義をとるド民280条1項1文により損害賠償請求権を基礎づけようとするれば、債務者の有責性をド民280条1項2文の枠内で義務違反に関連させなければならない。この関連づけがド民280条1項の枠内で可能ならば、わざわざド民311a条2項で独自の請求権の基礎を定めておく必要はない。契約締結時に原始的給付障害を知っていたか又は知ることができた債務者は、ド民280条1項2文に基づき、履行利益の賠償を導く「給付義務の違反」に、自己の有責性を関連させることはできない。ド民275条1項で、原始的不能な場合には給付義務は排除され義務違反が観念できないし、また、取えて観念できるとしても<sup>(15)</sup>、契約締結時に原始的不能障害を知っていたか又は知ることができたという有責性(過失)は、債務者の給付能力に関する情報提供義務違反に関連づけることはできても、給付をしなかったという義務違反には関連づけることができない。

ド民311a条2項の場合に、債務者の有責性は、責任根拠(給付約束の不履行)に結びつけられてはならず、債務者が自己の給付能力の認識を欠いていることに結び付けられている<sup>(16)</sup>。しかし、

原始的不能に関する、過失責任主義に服する<sup>(17)</sup>、債務者の履行利益賠償責任を適切であると考えた場合に、有責性の連結点と責任根拠が重ならないことは、不可避である<sup>(18)</sup>。責任根拠として考察されるのは、給付約束の不履行のみである。それに対して、有責性の連結点は、原始的不能についての情報義務違反である。

## 第2款 ド民311a条2項の損害賠償請求権の議論からの得られる知見

ド民311a条2項の原始的不能な契約における損害賠償の議論から、以下の知見が得られる。債務不履行に基づく損害賠償を過失責任主義に服させることは、行為者の有責性（故意又は過失）が、違法性（違法な行為）に関連づけられ、損害賠償は、違法な行為がなければ在ったであろう債権者の利益を有責な債務者に賠償させることを意味する。原始的不能な契約が、原始的不能であることを理由にして無効とされないとしても、有効とされる、原始的不能な契約の債権者は、債務者に対してどのような構成でいかなる賠償を請求できるかは自明ではない。約定された給付を当事者に義務づけることは、契約締結後にはじめて可能になる。給付義務違反というものは、その存在を契約締結前に観念することはできない。原始的不能の契約の場合に、債務者に義務づけることができるのは、情報提供義務に留まる。この情報義務に債務者が有責に違反したからといって、その効果として、情報提供義務の設定がその保護を目指してはいない履行利益を、賠償させる損害請求権を発生させることは、理論的には困難である<sup>(19)</sup>。そこで、政府草案理由書において、ド民311a条2項の損害賠償請求権の責任の根拠を、義務違反ではなく、ド民311a条1項で有効とされた給付約束の不履行であると説明される。もっとも、政府草案理由書では、「債務者が契約締結の際に給付を妨げる事情を知らず、かつ、知らないことにつき帰責事由もないときは」、同条同項の損害賠償責任は生じないとしている点を根拠に、過失責任主義に服していると説明される。原始的不能を知らずかつ知らないことに過失がないことで免責される可能性を残しながらも、同条同項は、有責性

を要件としない保証責任を規定したと解する学説もある<sup>(20)</sup>。

ドイツ債務法現代化法は、損害賠償責任分野で、過失を要件としない保証責任的要素をド民276条で取り入れながらも、過失責任主義を堅持した。他方で、損害賠償責任の統一的概念としての義務違反を導入し、これを損害賠償の中核的な要件とし、かつ、原始的不能な契約は無効であるという原始的不能論を廃棄した。過失責任主義は、債務者の行動の自由を確保するためという価値的側面もあるが、要件構成において行為の違法性判断と行為者の有責性判断との二段階の審査を行う点に特徴がある。そして有責性判断は、違法な行為を行為者に帰責できるかの判断であるから、有責性（故意・過失）は、違法性に関連づけられて判断される<sup>(21)</sup>。義務違反を認識し認容したのならば故意ありと判断され、義務違反について予見可能性と回避可能性があれば過失ありと判断される。原始的不能と後発的不能について差異のある取扱を止めようとしても、原始的不能の場合には、有責性に関連づけられる行為の違法性は給付能力不足に関する情報提供義務の違反である。それに対して、後者の場合には契約締結で発生した給付義務の違反である（給付義務以外の保護義務の違反もド民241条を介してド民280条に取り込まれるがここでは無視する）。違反される義務の相違から、賠償される利益の種類が異なってくる。損害賠償における過失責任主義のもとでは、原始的不能な契約を有効としたことから、後発的不能と同じ扱いが即座に理論上可能となるわけではない。

過失責任主義に代わって、損害賠償責任根拠として契約の拘束力を据える考えが登場したときには、どうなるか。この考え方によれば、損害賠償責任は、有効な契約において当事者が約束したことが実現されなかった場合、つまり約束違反の場合に、救済手段としての損害賠償が登場し、債務者は約束内容の代償的価値を金銭で債権者に賠償する。ここで賠償されるのは、違反した約束の代償的価値であり、違反した義務が向けられていた利益ではない。売買契約で目的物を引き渡すと約

束していた債務者が、その約束に違反した場合、その物の引渡しができなくなった理由または原因を問うことなく、約束したことの代償的価値が金銭で賠償される。原始的不能で滅失しようと、後発的不能で滅失しようと、その滅失が債務者の有責で生じようが生じまいが、賠償される金銭に差異を生じさせない。他方、債務者が違反した義務は、原始的不能か後発的不能かによって、異なってくる。また、契約締結後の物の滅失による後発的不能に債務者の有責性がなければ、過失責任主義では、債務者は賠償責任を負わない。

#### 第4節 免責事由

現行法415条の伝統的解釈によると、同条後段の「債務者の責めに帰すべき事由」は、損害賠償請求権の成立要件の1つで、客観的要件としての違法性に対置される主観的要件とされ、債務者の故意・過失または信義則上それと同視すべき事由と言い換えられてきた。まさに、このように債務者の帰責事由が解釈されていたのは、ドイツ法学説継受を受けて、現行法が過失責任主義を採用していると理解されていたからである。現行法415条の債務者の責めに帰すべからざる事由は、現行法419条2項の不可抗力とは、区別された。前者は後者を含むが、後発的不能、遅滞、不完全履行を惹起する行為であることを知って敢えて行為するのが故意であり、後発的不能、遅滞、不完全履行を惹起する行為であることを注意すれば予見できたのに注意を欠き予見できずに行うのが過失であった。判例は、その立証責任は、債務者にあるとしていた。

過失責任主義を廃棄した改正案は、現行法の表現を基にそれを否定形にした「債務者の責めに帰することができない事由」に、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という修飾語を挿入した。「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念」に照らし判断するというので、契約による債務の不履行責任の免責事由を判断するに際して、当該契約の趣旨等に照らして判断することが求められるので、債務者の故意又は過失を意味していないことを明らか

にした。これをもって、債務者の帰責事由という文言が引き続き415条に残っているが、改正案は、名実ともに過失責任主義と決別した。

過失責任主義と決別した上で、新たな免責事由を設けるべきとする提案は、新たな免責事由を導入することで、現在の判例・実務が変更されるのではない点を強調した。主観的要件であるとされていながら、帰責事由は、現行法の判例・実務においては、債務不履行の原因が、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、他方、債務不履行の原因が、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<sup>(22)</sup>。

「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」判断される帰責事由とは、いかなるものかについては、その表現とともに議論になった。債務不履行レベルと免責事由レベルの2段階で損害賠償責任を判断していくことに賛同は得られても、免責事由レベルでの要件が「契約において債務者が引き受けていなかった事由」と表現されることについては、大いに批判された<sup>(23)</sup>。批判の趣旨は、その表現が債務不履行レベルでの基準と混同される、または、引受が合意に含まれていれば免責されないで交渉力において勝る者が合意の様々な事項につき交渉力において劣る者にリスクを引き受けさせる事態が予想されるというものであった<sup>(24)</sup>。

#### 第4章 改正案で加えられた415条2項の立法趣旨

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、つまり填補賠償請求権の成立は、改正案415条2項1号から3号のいずれかの要件が具備される場合である。現行法でも、遅延賠償と対比される填補賠償が認められる場合はあったが、明文の規定はなかった。改正案は、填補賠償請求権の成立するのは、次の1号から3号のいずれかの場合であると明文の規定を用意した。

- 一 債務の履行が不能であるとき。
- 二 債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- 三 債務が契約によって生じたものである場合において、その契約が解除され、又は債務の不履行による契約の解除権が発生したとき。

現行法に関する学説・実務によれば、債務者の有責性要件が具備されることを前提に債務の履行が不能であるか、または債務を発生させた原因である契約が解除されたときには、債権者は、債務者に対して、履行に代わる損害賠償（填補賠償）を請求することができる。この現行法ルールに、改正案415条2項1号及び同条同項3号前段は、対応しており、現行法ルールに変更を加えていない。

民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明によれば、改正案415条2項2号は、「履行期の前後を問わず、債務者が履行の意思がないことを表示したことなどにより、履行がされないであろうことが明白な場合を、履行に代わる損害賠償を請求するための要件として条文上明記するものである。履行期前の履行拒絶によって履行に代わる損害賠償を請求できるか否かについて明示に判断した判例はないが、履行不能を柔軟に解釈して対処した判例があるとの指摘があるほか、履行期前であっても履行が得られないことが明らかとなった場合には、履行期前に履行不能になったときと同様に填補賠償請求権を行使できるようにすることが適切であるとの指摘がある。また、履行期前の履行拒絶の場合にも、債権者が契約を解除しないで填補賠償を請求できるようにすることに実益があると考え<sup>(25)</sup>、これを踏まえて起草された。改正案415条2項2号によって、債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示することが、債務不履行に含まれることが明らかになった。

改正案415条2項3号後段について、債権者が解除をしなくても債務者の確定的不履行による填補賠償請求権の発生を認めている。これについて、民法（債権関係）の改正に関する中間試案で

は、以下のような補足説明がなされている。

わが国の伝統的理論は、履行が可能であるにもかかわらず債務者が履行をしない場合に、履行遅滞を理由と遅延賠償は認めるものの、填補賠償を認めることには消極的である。消極説は、填補賠償が認められるためには債務を発生させた契約の解除を待たなければならないとの立場に立つ。消極説の背後には、「履行請求権は、履行不能または解除を原因として、填補賠償請求権に転形する」との考え方がある<sup>(26)</sup>。債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとしても、債権者の履行請求権が存続していることには変わらない。履行請求権が存続していることの帰結として、填補賠償請求権は発生しないと消極説は考えるのである。もっとも、従前より、一部の学説によって、債務の本旨に従った履行がされない状況下で、債権者が債務者に対して相当期間を定めて履行の催告をし、期間内に履行がされないときには、債権者は債務者に対し、填補賠償を請求することができるとの填補賠償積極説が主張されている。填補賠償積極説に対して、填補賠償消極説は、履行請求権転形論からの理論的な批判だけでなく、次のような実益論からも批判した。すなわち、履行期以後に履行がされないのであれば相当期間を定めて催告をし、相当期間が経過したときに契約を解除し、その後に填補賠償を請求すれば足りるというものである。しかし、債権者がみずから負担した給付義務（反対債務）を維持しつつ、相手方から填補賠償を獲得することに利益を有する場面では、契約の解除をしないで、履行が遅延した後に相当期間つきの催告をしてその期間が経過すれば填補賠償を請求できる可能性を債権者に認めてやる意味がある。例えば、特定物と特定物の交換契約の場面である。このような場面で債権者の利益を保護するために、改正案415条2項3号後段は、解除したときではなく、「債務の不履行による契約の解除権が発生したとき」にも、填補賠償請求権の成立を認めたのである。

## 第5章 改正案415条の損害賠償の要件構成

改正案415条の債務不履行に基づく損害賠償の要件は次の通りである。それぞれの要件のところ、問題になる点を検討する。

### 第1節 債務の本旨に従った履行がないこと

当事者間に存在する債務の内容の確定と、その確定内容と現実との乖離の有無による債務不履行の存否という二つのテーマに分けることができる。当事者間にいかなる債務が存在するかを契約の解釈又は法定債権の内容から確定する。契約債権の場合は、契約の解釈を通して、債務者が約束したことが債務内容となる。約束に違反したことが、債務者の損害賠償責任の根拠となる。債務不履行は、約束の内容つまり債務内容如何によって決まる。

契約的債務の場合には、それが結果債務か手段債務かによって、債務不履行の存否の判断方法が異なる（改正案には結果債務、手段債務という用語は出てこないが、近年は体系書には頻繁に登場する概念であり、かつ、契約で何を債務として引き受けたが不履行判断にとって必須となるので、これらの用語を使って説明する）。結果債務である場合には、債務者は、特定結果の実現を約束しているので、その結果が現実に生じていなければ債務不履行の存在が認められ<sup>(27)</sup>。債務不履行の存否判断は、比較的容易である。他方、ある業務の履行についての最善努力義務をすることである手段債務の場合には<sup>(28)</sup>、その内容を確定する際に、履行の具体的状況の中で、同種の合理的な者が同じ状況のもとでするであろう最善の努力とは何かを検討することが必要で、評価を要する難しい作業である。

いかなる特定結果を達成すべき結果債務であるかが確定されれば、結果債務の不履行の原因、理由又は事情は問われない。特定結果が実現されているか否かが決定基準であり、実現されなかった結果がいかなるプロセスを辿ったかは考慮されな

い。物の引渡し債務が結果債務の典型例であるが、目的物が契約締結前に滅失したのか、それとも契約締結後に滅失したのかという物の運命は、債務不履行判断に影響を与えない。運搬の手配が不手際で到着しなかったのか、ゼネラル・ストライキで交通が途絶してしまったという事情も債務不履行の有無の判断に影響を与えない。特定結果である目的物の引渡しが行われていないということ、つまり債務者の約束違反があれば、債務不履行の存在が確定される。

それに対して、手段債務の場合、債務者が約束しているのは、或業務の履行についての最善努力を尽くすことで、特定結果の実現でない。約束に違反したことの認定には、債務内容を特定する必要がある。それも具体的な状況の中で最善努力をすることであるから、その具体的状況を織り込まなければ最善努力の内容が決められない。具体的な状況が与えられてはじめて最善努力として為されるべき行為内容が特定できるのである。このようにして特定された行為内容が債務者の行為義務内容となり、その行為義務内容には、具体的状況が織り込まれている。履行過程の状況が顧慮されない結果債務の不履行判断と比較すると、手段債務の不履行判断は対照的である。診療契約上の債務不履行は、手段債務の典型であり、この場合、現実に生じた状況に応じていかなる具体的な措置を執るべきであったかどうかを確定することは、難しい評価問題である<sup>(29)</sup>。

債務不履行の有無が決まれば、後は、免責の可能性の有無が検討される。契約の拘束力に損害賠償責任の根拠を求める考えから言えば、債務者が契約で約束したことを遵守していなければ、約束に違反したことを根拠に債務者は損害賠償責任を負う。これは、契約の拘束力から損害賠償責任を根拠づける考え方である。約束したことが結果実現か最善努力かで約束違反とされる基準は異なるが、どちらも約束違反が損害賠償責任の根拠となっている点では共通である。履行義務の根拠はその履行を債務者が約束したからである。これは債権法改正論議と無関係に同意を得られていた。ここでの問題は、債務不履行に基づく損害賠償責任

任の根拠である。過失責任主義は、債務者が約束したことに基づいてではなく、履行過程における違法で有責な行為の制裁として債務者に賠償責任が課されると考える。過失責任主義を批判して登場したのが、契約の拘束力を根拠に損害賠償責任を根拠づける考え方である。この考え方によれば、債務不履行に基づく損害賠償責任も、債務者が約束したのにそれを遵守しなかった点に根拠を見いだすのである。

## 第2節 損害が発生し、それと債務不履行の間に因果関係があること

債権者に発生していなければならない改正案415条の損害は、損害事実説からは、損害原因事実である。416条の損害を差額説で捉える論者にとっても、金銭評価される前の損害原因事実となろう。なぜなら、債務不履行の要件論で問題にする損害と債務不履行の効果論で問題とする損害を区別する必要があるからである。同じ意味を持つ損害だとすると、債務不履行制度の要件論において、すでに効果論で扱う損害賠償の内容を取り込まなくてはならず、そうすると、そもそも制度の要件論と効果論という言い方ができなくなってしまうであろう。

## 第3節 填補賠償請求権の場合の付加的要件

### 【改正案415条2項の1号から3号までのいずれかの付加要件が具備する場合】

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。改正案415条2項1号から3号のいずれかの付加的要件が具備されると、填補賠償請求権が成立する。改正案415条1項が債務不履行を包括的に規定し、その要件を満たせば損害賠償請求権が成立する。改正案415条2項1号から3号のいずれかは、同条1項に付加される要件であり、その付加要件が具備されると填補賠償請求権が成立する。

### 【改正案415条2項の1号から3号までの付加要件が全く具備しない場合】

改正案415条1項の要件に付加される同条2項

の要件1号から3号のいずれの要件を具備しない場合、すなわち、改正案415条1項の要件だけが具備する場合に、いかなる損害賠償が発生するのかを検討する。

・何らの履行もされない場合 結果債務の場合になんらの履行もされていない場合に、いかなる損害賠償が発生するか。特定結果の実現を約束しているので、その結果が現実には生じていなければ債務不履行の存在が認められ損害賠償は認められる。その損害賠償はいかなるものか。ここでの叙述の前提は改正案415条2項のいずれの付加的要件も具備していない事なので、填補賠償請求はできない。では、いかなる損害賠償が発生するのか。救済手段としての履行請求権が、救済手段としての損害賠償及び解除に対して優先的地位に立つので、結果債務に対する履行がまったくなされていない場合でも、履行請求権が存在する限り、履行請求権の実現を図るために填補賠償請求権及び解除という救済手段を直ちに発動させない仕組みになっている（改正案541条で、原則として催告期間の設定とその徒過が解除権の発生には必要とされる。この期間設定・期間徒過の要件によって債務者が履行する機会を確保している。改正案562条は、契約不適合の場合に、まずは買主に追完請求権を与えることによって、売主に履行する機会を確保している）。したがって、結果債務の場合に何らの履行もされていないときに発生する損害賠償は、後に履行請求権が実現されることを前提にした損害賠償となる。これは現行法のもとにおいては遅延賠償請求権と言われている損害賠償である。遅延損害賠償請求権における改正案の現行法との相違は、過失責任主義を採っていないので、有責性（故意又は過失）が要件となっていないが、成立した損害賠償が免責される可能性がある点である。

手段債務の場合になんらの履行もされていない場合には、現行法下でも履行遅滞ではなく単純に債務不履行と言われているように、何らの履行もしていない手段債務を負う債務者は、ある業務の履行についての最善努力義務をする内容をもつ手段債務に違反していると評価される。手段債務の

場合には、履行遅滞の問題は、手段債務の不履行という問題に吸収される。

・一応履行はされたが本旨履行でない場合 一応履行はされたが本旨履行でない場合の損害賠償は、追完の遅滞及び不能による損害賠償という表題のもと、第3回会議においては議論された<sup>(30)</sup>。しかし、その後は審議されず、規定を設けるには至らなかった。

結果債務の場合に一応の履行はなされたが、約束通り結果実現がされていない場合に、いかなる救済手段が与えられるのか。そして損害賠償が与えられる場合いかなる損害賠償になるのか。ここでも、415条2項のいずれの付加的要件も具備されていないことが前提である。特定結果の実現を約束しているのだから、その結果が一部でも現実に生じていなければ債務不履行の存在が認められ損害賠償は認められる。その損害賠償は、救済手段としての履行請求権の優位性から、履行請求権が行使されることを前提にした損害賠償である。つまり、一部遅滞の遅延賠償である。決して、結果の一部不現実が将来に渡り固定していることに対する損害賠償ではない。結果債務の典型である売主の債務において契約不適合が生じた場合、買主に追完請求権が与えられるが(改正案562条1項)、追完請求権によっても415条の損害賠償が妨げられない(改正案564条)。この415条の損害賠償請求権は、追完されるまで約束の一部実現がなされなかったことに対する損害賠償であり、追完が遅延したことによる遅延損害賠償である。次に、履行請求権(追完)を顧慮しない損害賠償が問題となる。第一段階の損害賠償から第二段階の損害賠償に移行する条件を詰めて考えるのが、今後の課題となろう。

手段債務の不履行損害賠償の場合にも、上述のことが具体的には当てはまる。

#### 【改正案415条2項1号と同条同項3号の関係】

現行法415条の伝統的解釈によれば、債務不履行の類型は重なり合うことはなく厳格に画されていた。履行不能である場合は履行遅滞にはならず、遅滞の要件に給付が可能であることが挙げられた。履行不能でも履行遅滞でもない場合にはじ

めて不完全履行とされた。改正案415条2項1号において不能が付加的要件として規定されている。不能がどうかを債権者が判別するのが困難である場合があるから、実際には不能であっても、改正案415条2項3号の解除をしたこと、又は解除権の発生をもって、債権者は、債務者に填補賠償を請求できるのであろうか。これは、解除権の発生のところでも問題になる。不能であるなら改正案542条1項に該当し催告によらない解除によって解除権が発生すべきである。しかし、債権者が不能かどうか判別できないときでも改正案541条の催告による解除によって解除権を発生させることが可能かは1つの問題である。

救済手段としての履行請求権の優位性を保持するために催告による解除を原則にしており、重大な不履行のときには債務者が追って履行をする機会を奪うことになるが、催告を要しないで解除ができると定めている。不能の場合も、遅滞の場合も、救済手段としての解除が認められており、催告を要する解除権の発生は、債務者の利益を害さないで、実際は不能であっても催告を要しない解除権の発生は認められるべきであろう。

#### 第4節 免責事由の不存在

「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由」は、債務者の主観的要件でもなく、違法な行為という違法性要件に関連づけられて免責の有無が判断されるわけでもない。免責事由は、客観的免責要件である。その不存在は、損害賠償請求権の成立要件となる。立証責任については、措辞通り、債務者が免責事由の存在について負担する。

#### 第5節 履行請求権が填補損害賠償請求権に転化していることの不要性

改正案415条2項2号及び3号後段は、履行請求権と填補賠償請求権が併存することを認めている。履行請求権が填補賠償請求権に転化していなくても、填補賠償請求権という救済手段を選択することができる。このように改正案において、債

務不履行による填補賠償請求権の要件として、履行請求権が填補損害賠償請求権に転化していることが不要になった。

履行請求権が存在しているも、填補賠償請求権が成立し、両者が併存することから、両請求権の関係が問題となる。「填補賠償請求をしたときは、債権者は、債務者に対し、その債務の履行を請求できないものとする」といった規定を設けるかどうかが中間試案（法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」114頁）で問われた。このような規定は、本来の履行請求と填補賠償請求のいずれを履行すべきかがいつまでも不確定であると、債務者が不安定な地位に置かれ得ることなどを考慮したものである。規定の具体的な仕組み方は引き続き検討する必要があるが、例えば、選択債権の規律（現行法407条、408条）にならったものとするのが考えられるとの補足説明がなされているが、その後、具体的な仕組みは起草されなかった。

両請求権を一種の選択債権として、407条・408条を類推適用して、選択権をまず債権者に帰属させて、債権者が選択を行使しない場合には、債務者が相当の期間を定めて催告をし、その期間が経過したら、選択権を債務者に移転するとすべきであろう。

## 第6章 履行補助者過失論と同時履行の抗弁権の要件構成への位置づけ

現行法415条の伝統的解釈では、債務者の帰責事由が「故意・過失又は信義則上それと同視すべき事由」と言い換えられ、「同視すべき事由」の箇所、履行補助者の過失の問題は扱われてきた。過失責任主義を廃棄した改正案では、履行補助者の過失と呼ばれる問題は、415条の要件構成のどこに位置づけられるべきか。潮見は、この問題が、①債務不履行の有無を契約内容に即して確定する際に、履行補助者の「行為」をどのように組み込むかというレベルの問題と、②債務不履行が認められた場合に免責事由有無を判断する際に履行補助者の行為をどのように評価するかという

レベルの問題に解消されるという<sup>(31)</sup>。

双務契約によって発生した債務に同時履行の抗弁権が付着している場合に、反対債務が提供されないで履行拒絶権が発生する。現行法415条の伝統的解釈は、債務不履行類型毎に構成要件があり、その構成要件に該当する行為は違法であるが、違法性阻却事由がある場合には違法性が阻却されると要件構成をして、違法性阻却事由として同時履行の抗弁権の存在を位置づけて、同時履行の抗弁権の付着した債務の不履行は債務不履行責任が成立しないと説明してきた。違法性、有責性という要件構成をとらない改正案では、同時履行の抗弁権をどのように位置づけるのかが問題となる。同時履行の抗弁権が存在するときは、そもそも債務不履行と評価されず、「債務の本旨に従った履行がない」という要件のもとで、考慮され、その要件が具備しないと評価されるべきである<sup>(32)</sup>。

## 第7章 現行法415条とその改正案415条

改正案415条は、現行法415条を改正すべく起草された。改正されるのは、現行法415条というよりも、同条に関するドイツ法からの学説継受によって特徴づけられた伝統的解釈であろう。現行法は、原始的不能論を採用していたのか否か、統一的債務不履行概念を持っていなかったのか否か、さらに過失責任主義を採っていたのか否かという基本枠組みに関する事項において、改正案が目指していたものを、既に持ち合わせていたのではない。

2007年10月より2014年7月まで法務省経済関係民刑基本法整備推進本部参与を務めた民法研究者の内田貴は、法制審議会民法（債権関係）部会が法務大臣から民法（債権関係）の改正の諮問を受ける前に立ち上げた民法（債権法）改正検討委員会の債務不履行に基づく損害賠償に関する試案について、次のように語った。すなわち、「過失がなければ債務不履行責任が免除されるというレトリックは、現在に至るまで、判例学説の議論を支配している。不注意がなければ債務不履行をしても損害賠償責任を負わなくてよい、という不自然

な帰結を名実ともに否定するには、やはり条文をかえるべきであろう<sup>(33)</sup>。レトリックは現行法415条に根ざしてはおらず、ドイツ法からの学説継受によって作り出されたものであるが、その影響力の強さから、条文そのものを変えるしかないということである。

また、内田貴は、過失責任主義の廃棄について、民法（債権法）改正検討委員会が「ラディカルな主張をしているように見えるが、実際には、債務不履行に関する規律を実務に適合した規定にするというのが主たる目的とあってよい」とも述べ<sup>(34)</sup>、改正提案は実務の行っていることを素直に規定の形にただけで、実務に影響を与えることは少ないと言いたげである。

内田貴の言葉は、民法の解釈を生業とする者達が現行の日本民法典のもつ本来の力を出させていられ、実務の判断プロセスに適合しているばかりではなく、今回の「改正」も不要であったとも読める。民法の解釈を生業とする者の末席にいる私にも突き刺さる言葉である。

以上

### 【邦語参照文献】

- ・阿部・井窪・片山法律事務所『民法（債権関係）改正案 逐条解説』清文社2015年
- ・内田貴『債権法の新時代——「債権法改正の基本方針」の概要』商事法務2009年
- ・岡孝編『契約法における現代化の課題』法政大学出版局2002年
- ・加賀山茂『民法改正案の評価——債権関係法案の問題点と解説策——』信山社2015年
- ・梶谷総合法律事務所「民法改正の重要条文を大解剖」『ビジネス法務』2015年7月号 11頁～20頁
- ・小林一俊「原始的不能廃止の動向と課題——二一世紀ドイツ法改正を中心として——」『法学志林』101巻1号（2003年）55～98頁
- ・潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』きんざい2015年
- ・末廣裕亮、篠原孝典、河上佳世子、畑江智、青山大樹『条文から分かる 民法改正の要点と企業法務への影響』中央経済社2015年
- ・曾野和明・廣瀬久和・内田貴・曾野裕夫・訳『ユニドロワ国際商事契約原則』商事法務2004年
- ・高須順一「債務不履行責任（損害賠償責任および解除権）のあり方と要件事実論」伊藤滋夫『債権法改正と要件事実 法科大学院要件事実研究所報第8号』日本評論社2010年 100頁～109頁所収。
- ・田中教雄「原始的不能による損害賠償について——ドイツ民法第三一一a条の立法過程を手がかりにして——」『法政研究』72巻3号（2006年）759頁～808頁
- ・田中教雄「債務不履行における過失責任の原則について」『法政研究』78巻1号（2011年）168頁～140頁
- ・中田裕康「債権法における合意の意義」『新世代法政策学研究』Vol.18（2010）1頁～28頁
- ・中田裕康『債権総論』第3版岩波書店2013年
- ・浜辺陽一郎『スピード解説 民法（債権法）改正がわかる本』東洋経済新報社2015年
- ・半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』信山社2009年
- ・平井宜雄『債権総論』第2版弘文堂1994年
- ・[部会資料]と略した：民法（債権関係）の改正に関する検討事項 法制審議会民法（債権関係）部会資料（詳細版）民事法研究会2011年
- ・福田清明「ドイツ新民法典284条の費用賠償請求権」『明治学院論叢 法学研究』74号1頁以下（2002年）1-24頁
- ・法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」2013年4月 <http://www.moj.go.jp/content/000109950.pdf> 冊子体：商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』商事法務2013年
- ・宮本健蔵「債務不履行体系の新たな構築——ウルリッヒ・フーバーの鑑定意見」下森定ほか編著『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（日本評論社・1988年）121頁～162頁所収（初出：法学志林80巻3 = 4号97頁以下（1983年））
- ・民法改正研究同人会『民法大改正ガイドブック——ビジネスと契約のルールはこう変わる』ダイヤモンド社2015年
- ・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契約および債権一般（1）』商事法務、

2009年

- ・森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義」太田知行, 荒川重勝・編『鈴木祿弥先生古稀祈念 民法学の新展開』有斐閣1993年109頁～168頁所収（森田宏樹『契約責任の帰責構造』有斐閣2002年第一編にも所収）
- ・山本豊「債務不履行・約款」『ジュリスト』1392号（2010年1月）84頁～92頁。

### 【欧語参考文献】

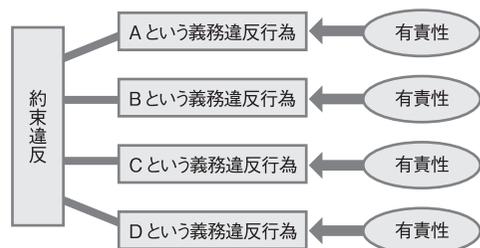
- ・Altmeyden, Holger, Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, DB 2001, 1339-1405
- ・BT-Drucks 14/6040: die 6040. Bundesdrucksache der 14. Wahlperiode
- ・Canaris, Claus Wilhelm, Grundlagen und Rechtsfolgen der Haftung für anfängliche Unmöglichkeit nach § 311a Abs. 2 BGB, in: Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, hrsg. von Stephan Lorenz, Alexander Trunk, Horst Eidenmüller, Christiane Wendehorst, Johannes Adolff, Beck, 2005
- ・Ehmann, Horst / Suschet, Holger, Modernisiertes Schuldrecht, Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, Vahlen, 2002
- ・Ermann BGB: Kommentar Dr. Otto Schmidt, 14. Auflage 2014
- ・Huber, Ulrich, Leistungsstörungen— Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben? in: „Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts “ Bd. I herg. vom Bundesminister der Justiz, Bundesanzeiger Verlag 1981 333-333
- ・Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432 von Wolfgang Krüger und Gregor Bachmann Beck; 6. Auflage: 2012

### 注

- (1) 加賀山, 潮見, 阿部など, 民法改正研究同人会, 末廣裕亮など, 浜辺の各著作。
- (2) 梶谷総合法律事務所20頁は, 改正案415条1項について, 「『帰責事由=過失』を意味するものでないことが明確化された。理論的には重要な改正だが, 実務に与える影響は少ないと思われる」と評している。
- (3) 大判大正10年11月22日民録27輯1978頁は, 帰責事由のあることを, 履行不能以外の債務不履行の場合の損害賠償の要件とする。
- (4) 帰責事由の不存在について債務者が立証責任を負うとした判例は, 履行遅滞について大判大正10年5月27日民録27輯963頁, 履行不能については大判大正14年2月27日民集4巻97頁などがある。
- (4a) 潮見60頁。
- (5) 森田157頁。
- (5a) 潮見60頁。
- (6) 内田・民法改正のいま118頁で示した事例。
- (7) ノーワークノーペイの原則とは, 雇用契約において, 使用者の責めに帰すべき事由に起因しないで, 労務が提供されない場合に, 反対給付たる賃金も被用者に支払われないというものであり, 法律上の根拠は, 民法536条1項に求められている。つまり, 労務提供義務の無履行は, 後発履行不能に位置づけられている。労務提供義務の無履行が被用者の帰責事由による場合には, 履行不能に基づく損害賠償責任が発生することになる。
- (8) ド民311a条1項は, 原始的不能であるが故に契約の効力がなくなることはないと規定し, 日本の改正案412条の2は, 原始的不能でも改正案415条で損害賠償を請求することを妨げないと, 規定している。どちらも原始的不能な契約が, 公序良俗違反又は錯誤等によって, 効力を有しなくなることは排除していない。
- (9) 1980年代に債務法改正改訂に向けた鑑定意見書を債務履行法の領域で担当したUlrich Huberは, 国連動産売買条約のモデルを取り入れて, 不履行という統一的概念の導入と, 過失責任主義の廃止(保証責任の導入)とを提言した(Huber S.699ff.

724)。Huberの鑑定意見の全体については、宮本122頁以下を参照。

- (10) 以下ではドイツ民法の条文を挙げる際に「ド民」と略称する。
- (11) 以下のドイツ民法の条文訳は、岡孝編・契約法における現代化の課題に依拠した。債務法現代化法においては、給付に代わる損害賠償請求権が認められるときには、損害賠償請求権に代わってド民284条の費用賠償請求権を択一的に選択できることになったが、以下の叙述においては、費用賠償請求権には目を向けないことにする。費用賠償請求権については、福田1頁以下を参照のこと。
- (12) ド民311a条の立法過程と同条を巡る学説については、小林・55頁以下と、田中・原始的不能廃止の動向と課題759頁以下を見よ。
- (13) Begründung der Regierung zum Entwurf BT-Drucks 14/6040, S.165 f.
- (14) Begründung der Regierung zum Entwurf BT-Drucks 14/6040 S.165; Canaris, S.11, S. 27f.
- (15) MünchKomm/Ernst § 311 a BGB Rd. 4 und 6は、給付義務が履行されないままであることが、契約締結の時点ですでに債務者が給付する必要のない根拠であり、ド民280条1項2文の意味における義務違反として見るので、311a条2項は、余分であると主張する。この主張は、原始的不能な契約においても債務者の給付義務違反を観念できることを意味する。しかし、ド民311a条1項で有効とされた原始的不能な契約から第一次給付義務が産み出されない前提のもとで、この主張がいかなる給付義務を考えているのかは明らかでない。この主張に対してCanaris, 11, 35は正当にも反対し、原始的不能な契約において債務者に履行利益損害賠償を義務づける根拠を、義務違反ではなく、給付約束の不履行に求めている。311a条2項は、280条1項とは別個に必要なのである。なぜなら、280条1項の枠内では、債務者の帰責事由が義務違反に関連付けられねばならないからである。311a条2項がなくてもよいといえるのは、契約締結時に原始的不能を知っていたか知ることができた債務者が、280条1項に従い、給付義務が履行されないことに帰責事由を有する場合だけである。しかし、原始的不能事例においてはそうなっていない。したがって、311a条は必要なのである (Ermann/J. Kindl § 311 a Rn. 5a)。
- (16) MünchKomm/Ernst § 311 a BGB Rd.15.
- (17) ド民311a条の立法過程において、明示的に保証責任が否定され、過失責任主義が採用とされた。政府草案理由書で、保証責任原則は公平の観念に照らし決して納得しえない結果を導くし、過失責任原則のほうが、法倫理的説得力および柔軟性において優れていると述べる (Begründung der Regierung zum Entwurf BT-Drucks 14/6040, S.165)。
- ドイツ法との比較において改正案415条またはそれに繋がる草案の過失責任主義の放棄に対して批判を加えているのは、田中・過失責任主義141頁以下 (この箇所にも本論文で書かれた過失責任主義擁護論がまとめられている)、半田335頁、特に338頁。両者の見解とも、主観的要件の過失要件が客観化されていることを踏まえた上で、過失責任主義の放棄を批判する。
- (18) Erman/J. Kindl, § 311a, Rn.5a.
- (19) Altmeppen, DB 2001, 1339 f.によれば、ド民311a条2項の政府草案は、自己の給付能力を知らない又は不注意により知らないことを過失として履行利益賠償を認めているが、これは損害賠償の原則に反するので、このような理論的に混乱している条文案は削除されるべきである。
- (20) Ehmann/Suschet, S.30ff.
- (21) 違法性と有責性の2段階の判断を図示すると以下のようにになる。



過失責任主義をとることによって、約束違反の理由、原因に過ぎない諸種の義務違反行為が有責性 (故意・過失) に関連させられて、連結点として

- 登場し、約束違反が責任根拠とはならなくなってしまふ。
- (22) 中田・債権総論132頁から135頁、特に133頁。
- (23) 法制審議会の部会設置前の検討委員会試案についてであるが、山本88頁以下。
- (24) 高須・債務不履行責任101頁～105頁、特に103頁。
- (25) 法務省・中間試案の補足説明、PDFファイルの117頁（冊子体の117頁）。
- (26) 改正案は、履行請求権の填補賠償請求権への転形論を採らない。
- (27) 結果債務の定義は、ユニドロワ国際商事契約原則第5.4条を使用した（訳は曾野・ユニドロワに依拠した）。
- (28) 手段債務の定義は、ユニドロワ国際商事契約原則第5.4条を使用した（訳は曾野・ユニドロワに依拠した）。
- (29) 現行法415条においても、作為および不作為を義務として負う行為債務の債務不履行の有無を判断するための債務の内容の確定と、帰責事由（過失）の有無の前提である注意義務の問題が重なるとつとにいわれている（平井79頁）。現行法415条に位置づけられる安全配慮義務違反に基づく損害賠償において、債権者は、債務の内容にあたる安全配慮義務の具体的内容およびその債務不履行について立証責任を負い、それが奏功するか否かで、帰責事由を別個に検討することなく、損害賠償責任の有無が決まる。
- (30) 第3回会議（<http://www.moj.go.jp/shingi1/100126-1.html>）にアップされている議事録000047261.pdfファイル）の審議の概況は次の通りである。追完請求を受けた債務者が追完を遅滞した場合や追完が不能であった場合における追完に代わる損害賠償の要件を定める規定の要否について、適切な要件設定ができればよいが、追完方法の多様性からそれが困難であると思われる上、履行に代わる填補賠償請求権との相違も不明確であり、履行された目的物の返還義務やその使用利益の返還義務等の細則が増えて規定の明確性を損なうおそれがあるという意見、今後議論していくことに意味があるという意見、及び、瑕疵担保責任の問題と連動して検討する必要があるという意見があった。
- (31) 潮見61頁。
- (32) 中田・債権総論108頁以下。ちなみに、法制審議会で民法（債権関係）改正が審議される前にあった検討委員会提案によれば、債務不履行による損害賠償の免責事由という表題の条文【3.1.1.63】では、1項において、契約において当事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の免責を規定し、2項で、同時履行の抗弁権又は不安の抗弁を有しているときの免責を規定している（民法（債権法）改正検討委員会243頁以下）。この構成では、同時履行の抗弁権を「債務の本旨に従った履行がないこと」の要件の外で考慮している。
- (33) 内田・債権法の新時代83頁以下。
- (34) 内田・債権法の新時代82頁。