

## 講演

## 民法改正と債務不履行責任

能見善久

## 目次

- I はじめに
- II 債務不履行責任の全体像
- III 契約責任の起点としての「契約による債務」
- IV 履行請求権とその限界
  - 1 民法412条の2の趣旨
    - (1) 本条の経緯
    - (2) 「履行を請求することができない」の意味
  - 2 「履行請求権」の意味
    - (1) 履行請求権の三つのレベル
    - (2) 「履行請求権」の理論的位置付け
  - 3 履行請求権の限界事由としての履行不能
    - (1) 履行不能はどの意味での「履行請求権」の限界なのか？
    - (2) 履行不能が履行請求権の限界となる根拠
    - (3) 履行不能の意味
  - 4 原始的不能の場合の処理
- V 債務不履行による損害賠償責任 (民法415条等)
  - 1 債務不履行による損害賠償責任の正当化の根拠
    - (1) 基本的な立場の対立
    - (2) 契約の拘束力説からの説明
    - (3) 義務違反帰責説からの説明

## 2 免責事由について

- (1) 免責事由の根拠
  - (2) 免責事由の構造
  - (3) 免責事由の具体的判断
  - (4) 安全配慮義務の不履行と免責事由
- 3 損害賠償の範囲 (民法416条)
    - (1) 民法416条の基本的考え方
    - (2) 民法416条2項の予見の対象
    - (3) 予見可能性の判断時期
    - (4) 規範的判断としての「予見すべきであったとき」
    - (5) 民法416条による賠償範囲の画定と過失相殺の関係
  - 4 金銭債務の不履行に関する問題 (遅延損害の問題)
    - (1) 民法419条1項の改正点
    - (2) 遅延損害金・中間利息控除に適用される法定利率の基準時
    - (3) 法定利率が問題となるその他の場面 (民法404条1項)

## VI 危険負担制度の位置づけ・その機能

- 1 改正民法の規定と現行規定との比較
  - (1) 民法536条1項の規定する債権者の反対給付履行拒絶権
  - (2) 個別契約における危険負担関連規定
- 2 危険負担制度に関する議論
  - (1) 危険負担制度廃止論 vs 擁護論
  - (2) 危険負担的処理が必要な場面
- VII 売買目的物の契約不適合の場合の売主の責任
  - 1 買主の救済手段の概観
  - 2 追完請求権の位置づけとその性質
  - 3 契約不適合を理由とする損害賠償

## VIII 質疑応答

- 1 異時的不法行為における遅延損害金

- 2 訴え提起前の履行請求と裁判における遅延損害金の請求時期
- 3 原始的不能の場合における履行利益の賠償

## I はじめに<sup>1</sup>

本日のテーマは、改正民法のもとでの債務不履行責任ということですが、この問題に関してはすでにいろいろなる角度からの論稿が公表されています<sup>2</sup>。すなわち、起草・立法の過程における議論を丁寧にフォローし、どういう考え方に基づいてこれらの条文ができたのか、起草者の意思や立法者の意思を探求するものであったり<sup>3</sup>、あるいは、改正法の理論的基礎を肯定的あるいは批判的に分析するものであったり<sup>4</sup>、さらには、実務への影響を検討するものであったり<sup>5</sup>、いろいろなる議論がすでになされています。以上に対して、私の講演は、改正さ

<sup>1</sup> 本稿は、筆者が2019年7月5日に司法研修所第一部(令和元年度民事通常専門研究会1(債権法改正1))において行った講演の講演録に基づき、加筆修正を施したものである。

<sup>2</sup> 最近のものとして、山本敬三「債権法改正と契約責任——履行請求・損害賠償・解除・危険負担を中心として」司法研修所論集129号62頁以下(2020年)。

<sup>3</sup> 水野謙「債務不履行と不法行為の帰責構造——債権法改正の経緯に着目して」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学Ⅱ』1頁(商事法務, 2018年)が詳しい。

<sup>4</sup> この方面の論稿は多いが、代表的なものとして、森田宏樹『債権法改正を深める——民法の基礎理論の深化のために』(有斐閣, 2013年)、特にその第1章、第2章。また、森田修『債権法改正』の文脈——新旧両規定の架構のために」と題して「法学教室」に連載された一連の論稿がある。この中で、本講演のテーマと関連するものとして、「履行請求権：契約責任の体系との関係で(その1)～(その3)」法学教室441号68頁、442号78頁、443号86頁(2017年)、「債務不履行賠償の要件論：帰責事由論を中心に(その1)～(その2)」444号90頁、445号104頁(2017年)、「売主の担保責任：一般債務不履行との関係を中心に(その1)～(その4)」446号82頁、447号70頁、448号80頁(2017年)、449号70頁(2018年)、「損害賠償の範囲：「予見すべき損害」論の展開を中心に(その1)～(その2)」450号70頁、451号100頁(2018年)、「解除と危険負担：要件論を中心に(その1)～(その3)」452号76頁、453号78頁、454号90頁(2018年)。なお、本稿の改正の段階で、これらの論文等を収録した森田修『債権法改正』の文脈——新旧両規定の架構のために』(有斐閣, 2020年)に接した。

<sup>5</sup> 業界や弁護士会でまとめられたものが多いが、ここでは道垣内私人＝中井康之『債権法改正と実務上の課題』(有斐閣, 2019年)の中の神野真巳＝岡正昌「解除と損害賠償」、道垣内私人＝高須順一「解除と危険負担」、山野目章夫＝中井康之「売買」の各項目を挙げておく。

れた条文を基にして、これらの条文の下でのどのような解釈論があり得、そして対立する可能性があるのか、既に主張されている幾つかの考え方を軸にして、議論したいと考えております。

特に、債務不履行責任に関しては、京都大学の潮見佳男教授<sup>6</sup>、山本敬三教授<sup>7</sup>を中心に、いわゆる契約の拘束力を基礎に説明する立場が有力に主張されており、これは、これは少し違う立場から債務不履行に関する諸問題について考えてみたいと思いますが、この二つの立場の下でどういふところが争点になるのかに焦点を当てながら話したいと思っております。

## II 債務不履行責任の全体像

債務不履行責任というテーマで講演をお引き受けしたときには、はじめは、損害賠償の話だけに絞ろうかと思っていたのですが、すぐにそれだけでは済まないという気が付きました。そこで、債務不履行の損害賠償責任に狙いを定めながらも、これと関連する問題領域についても議論することにしました。これらを、「債務不履行責任の全体像」として、問題領域AからDまでに整理しました。すなわち、A「債務の発生」、B「履行請求権」、C「損害賠償」、D「危険負担」の四つです。このほかに、本日は「解除」も重要な問題領域であり、今、挙げた四つの領域とも密接に関連するのですが、本日の講演では時間の関係もあり、他の問題と関連する限りで触れることにし、独立の問題領域としては取り上げないことにしました。また、以上の債務不履行の一般論のレベルでの問題領域とは別に、売買契約の売主の担保責任についても、債務不履行の一般論と関連する限りで、最後に、簡単に触れることにいたします。

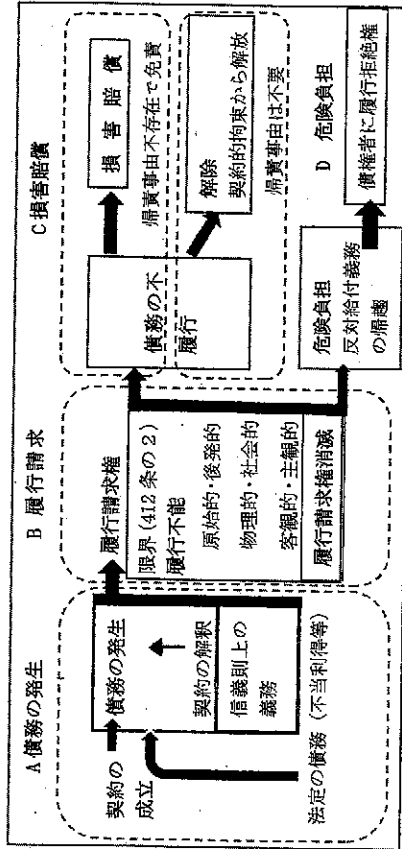
問題領域Aの「債務の発生」は、債務不履行として問題となる債務とは何か

<sup>6</sup> 潮見佳男「債権法改正と『債務不履行の帰責事由』」法曹時報68巻3号1頁(2016年)、同『新債権総論I』(信山社, 2017年)など。

<sup>7</sup> 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト1318号87頁(2006年)、同「債務不履行責任における『帰責事由』」法学セミナー679号10頁(2011年)、同「契約責任法の改正——民法改正法案の概要とその趣旨」法曹時報68巻5号1頁(2016年)。

を扱う部分です。債務不履行責任の起点となる部分です。＜図1＞の「問題領域A（債務の発生）」には、契約によって生じる債務と並べて「法定の債務」をあげておきました。いわゆる債権総論の中に置かれている債務不履行責任に関する諸規定は、契約によって生じた債務だけでなく、不法行為や事務管理・不当利得を原因とする法定の債務にも適用されるということを示したものです。法定の債務については、損害賠償責任の成否判断の基準（415条）や損害賠償の範囲画定の基準（416条）などが契約による債務と同じなのか、異なるとしたらどのように異なるのか、といった問題があります。重要な問題ですが、本日の講演では、契約によって成立した債務についての債務不履行責任を中心にしたいと思います。

＜図1＞ 問題領域間の関係



契約によって成立する債務に絞っても、話はそう単純ではありません。契約上の債務の中には、契約当事者によって契約書等で明確に合意された債務もあれば、契約内容ないし契約条項の意味について当事者間で理解が対立している、最終的には裁判所による契約の解釈によって決着がつくような債務についての不履行が問題となる場合もあります。あるいは、信義則により付随義務が

発生するとされ、そのような信義則上の義務が契約上の債務の本身を構成する場合もあります。要するに、契約上の債務には、明確なもの（その内容に当事者間で異論のないもの）から不明確なもの（契約解釈で決着がつくもの）、契約のコアの部分をなすもの（中心的な給付義務）から周辺の部分をなすもの（付随的義務）といったいろいろなるレベルのものがあがるということです。そこで、履行請求権の限界や債務不履行責任の免責事由が問題となる場合に、これらの違いが影響するのか、影響すべきなのか、などが問題となります。これは、いわば契約責任の根本論ですので、この講演では扱いきれませんが、問題点の指摘はしておきたいと思えます。

次の問題領域Bは、債務の「履行の請求」です。今度の民法改正では、412条の2で、債務の履行が「不能」になった場合には、「債権者は、その債務の履行を請求することができない」、すなわち、履行請求権を行使できないという規定が設けられました。この規定の前提として、条文化はされませんでした。が、債権の効力として履行請求権があること、その場合の履行請求権の意味、履行請求権の権利としての性質など、結構難しい問題があります。これらを踏まえて、履行請求権の限界事由（履行不能）が生じると「履行を請求できない」とはどのような意味なのか。これは412条の2の解釈として問題になりますが、単純そうに見えて、実はいろいろ考える方があり得るところです。履行請求権が債務不履行責任の全体構造の中で持つ意味も重要です。すなわち、履行請求権の限界事由が発生すると、その後は、問題領域Cの「債務不履行の損害賠償責任」の問題に移行したり、あるいは問題領域Dの「危険負担」の問題になったりします。履行請求権の限界は、これらの問題の出発点・分岐点となるとともに位置しており、その意味で重要です。ただ、これらの問題が相互にどのよ

。債務不履行による損害賠償責任を契約の拘束力によって根拠づける立場において、あるときは、「契約当事者の合意」や「約束」に言及していることもあれば、あるときは、「契約の拘束力」という表現を強調していることがあるように見える。本来、両者には差があると思う。この点は、森田・前掲（注4）「債務不履行賠償の要件論：帰責事由論を中心に」（その1）90頁において議論されている「規範的合意主義」に関連する。

うに連結するのか(履行請求権と損害賠償請求権の関係、損害賠償請求権と危険負担による反対給付の履行拒絶との関係など)、必ずしも明らかでないところがあります。全てに触れることはできませんが、必要に応じて議論したいと思います。今回の改正では、原始的不能も、契約無効原因となるものではなく、単に履行請求権の限界事由として扱われることになり、理論的には大きな変更となりました。すなわち、412条の2第2項では、原始的不能の場合であっても415条が適用され、「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」と定められました。これを一体どういう意味に理解したらいのか、という問題です。

それから問題領域Cは、「債務不履行の責任(損害賠償)」です。本講演の中心テーマです。債務不履行によって発生する損害賠償責任の根拠をどのように説明するか、その正当化の根拠が議論されています。この議論は、当然、415条1項の免責事由(帰責事由の不存在)の根拠・説明をどうするかに関連してきます。「帰責事由」をどのように理解し、どのように扱うかは、改正法もとの債務不履行の損害賠償責任を考える上での重要な論点になります。そのほか、損害賠償の範囲画定の基準(416条)についても、形式的には大きな改正はなかったように見えますが、賠償範囲についての基本的な考え方の対立を抱えたまま、若干の文言の修正があり(「予見すべきであったとき」)、そのため、今後も、解釈論のレベルでの対立が続く可能性があるという意味で重要です。

以上の個別問題の前提には、より根本的な、債務不履行責任の全体(履行請求権の限界問題も含めて)を通じての考え方の対立が今回鮮明になりました。その対立は、最終的には改正条文(412条の2や415条など)の中に収れられているように見えますが、なお解釈論のレベルで議論が続くものと思われま

す。この講演でも、こうした問題に焦点を当てて議論したいと思います。

この対立の一方の極には、「契約の拘束力」を諸問題の究極の説明原理として用いる立場があります。本講演では便宜上これを「契約の拘束力説」と呼ぶことにします。詳しくは後述しますが、潮見教授・山本(敬)教授を代表とする立場で、契約当事者が契約で債務の実現を約束した以上、その債務が履行さ

れなかった場合には、不履行によって生じた損害を当然賠償しなくてはならない、と主張します<sup>9</sup>。すなわち、損害賠償責任発生の根拠を説明するに当たって、帰責事由は不要であり、「契約の拘束力」を根拠にするだけでよいという立場です。この立場は、損害賠償の問題だけでなく、履行請求権の限界など、さまざまな問題に関係してきます。損害賠償責任に関しては、その根拠付け、免責事由の位置づけ、賠償範囲画定の基準の問題などで、どのような説明がされるのか、見ていきたいと思えます。

これに対して、私自身は、契約の拘束力だけでは、債務者に損害賠償責任を負わせることを正当化することができない、単に契約で約束したということ以外に、債務者に不履行の場合の損害賠償責任を負わせることを正当化する根拠が必要であるという立場を主張したいと思っております。必ずしも適切な表現ではないのですが、ここでは「義務違反帰責説」と呼んでおきたいと思えます<sup>10</sup>。その狙いは、損害賠償責任が生じるためには、まずは債務の不履行といえるものがあり(履行不能とか履行遅滞だけではなく、安全配慮義務のような保護義務、付随義務に関する義務違反も含めます<sup>11</sup>)、かつ、その債務の不履行によって生じた損害を賠償する負担を債務者に帰せしめることを正当化する事柄ないし合理的な根拠が必要だと考えるところにあります。この正当化事由のないし合理的な根拠というのがこれまで帰責事由と言われていたものであり、改正後の415条でも帰責事由(「責めに帰することができない事由」)による不履行については損害賠償責任がないという形で規定)という表現を使っております。もともと、私は、それをより客観化し、かつ、債務者に債務不履行責任を負わせることの合理的な根拠になるようないろいろな要素をそこで考慮する

<sup>9</sup> 山本・前掲(注7)「契約責任法の改正」1221頁以下、特に1224頁、潮見・前掲(注6)「新債権総論I」377頁、379頁。

<sup>10</sup> 講演に際しては、「義務違反説」と呼んだが、責任を正当化する事由(帰責事由)が必要であるという部分を明確にするために、本稿では「義務違反帰責説」という呼び方に変更した。

<sup>11</sup> 能見善久「履行障害」『債権法改正の課題と方向——民法100周年を契機として』別冊NB L 51号114頁以下(1998年)参照。

ことができる枠組みが必要であると考えておきまして、これが415条の損害賠償責任の免責事由(帰責事由不存在)として規定されたものと考えています。つまり債務不履行による損害賠償責任が生じるためには、債務の不履行およびその結果として発生する損害賠償責任を債務者に帰せしめるための合理的な根拠(帰責事由)の二つが必要だということになります。なお、帰責事由を損害賠償責任の正当化根拠にする説に対しては、債務不履行責任は契約として債務の履行を約束した者の不履行の責任を問題とするのであるから、不法行為のように行行為者の行動の自由を原則とした上で社会的に要求された義務の違反を過失ととらえて責任を問うのと根本的に異なると批判されることがありますが、伝統的な通説(義務違反帰責説を含む)も、債務者が契約によって義務を履行すべき拘束を受けていることを無視して、不法行為の場合と同じ意味での帰責事由ないし過失を考えていたわけではありませぬので、この批判は、適当でないことを、ここで一言述べておきたいと思えます。

なお、<図1>では、債務不履行と関連させて解除についても記載していますが、学説では、解除は双務契約における相手方債権者を反対給付義務の拘束から免れさせるための制度であるという理解が有力です<sup>12</sup>。改正法の解除もこの理解に基づいています。それゆえ、解除の要件として帰責事由は不要であり、帰責事由不存在は解除を否定する事由になりません。すなわち、解除は、相手方の債務不履行によって利益を侵害された当事者に認められる救済手段の一つであることは確かですが<sup>13</sup>、債務不履行をした債務者の責任を問う制度ではないということです。解除は、双務契約において債権者を契約の拘束力から解放しますので、機能的には、危険負担(民法改正前も、改正後も)に近い制度です。時間の関係もあり、解除については、危険負担との関係で簡単に論じるとどめ、詳細な議論は省略させていただきます。

<sup>12</sup> 星野英一『民法概論 IV (契約)』69頁(良書普及会, 1986年)。

<sup>13</sup> 英米の契約法でも、契約違反の救済手段(remedies)として、損害賠償のほかは解除が挙げられている。例えば、統一商法典(UCC)では、売買契約の相手方の契約違反に対して利益を害された当事者からの解除を認めている(§ 2-703 (f), § 2-711 (1))。

問題領域Dは、「危険負担」です。危険負担は、債務者・債権者双方に帰責事由なくして履行不能が生じ、債権者の履行請求権が行使できなくなった場合に(412条の2)、債権者の負っている反対給付義務がどうなるか(「対価危険」などと呼ばれています)についての制度です。それゆえ、帰責事由(免責事由)としての帰責事由不存在)を要件とする債務不履行の損害賠償制度とは適用領域が異なり、両者の関係が問題となることは理論的には生じませぬ<sup>14</sup>。しかし、今回の改正で解除については帰責事由が不要となりましたので、解除と危険負担との関係をどのようにとらえるべきかが大きな問題となりました。法制審議会において当初は、危険負担的な処理が必要な場合に対処する方法としては、貸借契約や雇用契約などの個別の契約類型において特別の規定を設けるにとどめ、通則的な制度としては、危険負担は廃止して、解除に一元化するのが適当であるという意見が有力でした<sup>15</sup>。しかし、最終的には、通則的な危険負担制度を残すこととし、ただ、解除との差別化を図るために、その効果は債権者が反対給付義務の履行を拒むことができると定め(536条1項)。

その限りでは、すっきりした整理ができたと思いますが、反対給付の履行拒絶<sup>14</sup> もっとも、実際上は、債務者の帰責事由による履行不能が生じた場合に、債権者が債務不履行の損害賠償請求ではなく、単に反対給付義務を免れるために、危険負担(536条1項)を援用することが考えられる。これに対して債務者が自分に帰責事由があるから危険負担の制度は適用されないと主張することは、認めるべきではないであろう。これをもう一步進めて、理論的なレベルでとらえて、危険負担制度は、双務契約の一方当事者の債務が帰責事由の有無にかかわらず履行不能となった場合に、相手当事者が反対給付義務を免れるための制度である、と理解することも可能かもしれない。このような考えのもとでは、債務者に帰責事由がある場合には、債権者は、損害賠償の請求と危険負担の主張を選択できることになる。ドイツ民法275条(履行請求権の限界)、326条(275条で履行請求権が行使できない場合の反対給付義務の消滅)は、このような制度となっている。

<sup>15</sup> 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草案の補足説明」の「第12危険負担」142頁は、解除一元化の方が簡明ですぐれているとしてこれを提案する。しかし、パブリック・コメントにおける批判に配慮して、要綱草案の審議の中で536条1項を存置し、ただし、「債権者は、反対給付の履行を拒むことができる」とした。これが最終的に改正内容となった。