

Title	債務不履行における債権者の救済要件： 厳格訴権体系から誠実訴権体系への転換
Sub Title	Der Hilfsrahmen des Gläubigers bei der Nichterfüllung
Author	北居, 功(Kitai, Isao)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.19 (2011. 3) ,p.3- 30
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	豊泉貫太郎教授, マキロイロバート教授, 退職記念号 = Essays Commemorating the Retirement of PROFESSOR TOYOIZUMI KANTARO, PROFESSOR ROBERT MCILROY Presented by Their Colleagues and Former Students テーマ企画：民法(債権法)改正へ向けて(その1)
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110325-0003

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

債務不履行における債権者の救済要件

—厳格訴権体系から誠実訴権体系への転換—

北 居 功

1. 契約の基本モデルの転換
2. 債務不履行における債権者の救済システム
3. 履行義務と不履行責任の限界
4. 民法(債権法)改正検討委員会の基本方針
5. 小 括
6. 立法の基本的スタンス
7. まとめ

1. 契約の基本モデルの転換

(1) 特定物売買モデル

現行民法は、その規定の構造も、講学上の基本モデルも、契約の基本モデルを特定物売買ないしは特定物債務に置いていると評することができるであろう。これは、たとえば現行民法400条の特定物債務規定、534条の危険負担規定、560条以下の担保責任規定の存在とその配列などからも明らかとなるであろう。このような思考パターンは、我が国の民法がローマ法を基本に据えるヨーロッパ大陸法の伝統を継受したことを起点としている¹⁾。

古典期ローマ法は、諾成売買につき単純で無条件の特定物売買を「完成売買」として原則ルールを規律したうえで、その他の売買類型を、それがいつ完成す

るのか、すなわち、いつ、単純・無条件の完成売買となるのかという観点から規律する思考パターンを持っていた。ローマの完成売買の一つの特質は、買主が危険を負担するルールに求められる。すなわち、単純・無条件の特定物売買では、売買完成時とされる売買契約締結時点から、買主が危険を負担するルールが適用される。しかし、たとえば、停止条件付き売買において、条件成就前に目的物が毀損した後に条件が成就した場合には、買主が危険を負担するのに対して、目的物が滅失した場合には、売主が危険を負担するとされる。我が国の民法535条に定められたルールは、まさに、このローマ法の規律に忠実な規定であるが、その危険負担ルールの合理性には伝統的に疑念が持たれてきた。しかし、ローマ法のルールは、条件が成就した時点で売買契約が完成し、その時点で契約が成立することとなるため、契約が成立した条件成就時点で目的物がすでに滅失していれば、契約は原始的不能で無効となるから、当該滅失の危険は売主が負担せざるを得ない。これに対して、目的物が毀損しても条件成就により契約は有効に成立するため、危険負担ルールの原則に従って、買主が危険を負担することとなるのである。

このように、特定物売買を基本にする思考パターンは、瑕疵担保責任制度にも如実に現れる。ローマ時代の市場での奴隷や家畜の売買での隠れた瑕疵のために按察官布告で創設された瑕疵担保責任は、その例からも明らかなおり、特定物売買に固有の買主救済制度であるとの理解に異論を見ない。もともと、ローマ時代に種類売買が認められていなかったとするのが今日の通説の理解であるから、ローマ法の売買に適用される制度が特定物売買を基本モデルとして形成されたとする理解は、一般的な支持を受けると見てよいであろう。

中世ローマ法学は、ローマ法源解釈として種類売買を承認し、それが「特定」を介して特定物売買へと転換される思考パターンで、ローマの特定物売買の基本モデルを種類売買にも拡張した。この思考パターンが、基本的に近代のヨー

1) 以下の詳細については、拙稿「種類売買と供給契約——種類売買法理の歴史的概観から」池田真朗＝平野裕之＝西原慎治編著『民法(債権法)改正の論理』(別冊タートンヌマン・新青出版・2010年)271頁以下を参照。

ロップ大陸における各国の法典編纂へと承継されたのである。したがって、我が国の民法それ自体はもちろん、その解釈論においても、なおその思考パターンが強固に根づいていることは、ことさら怪しむに足りないのである。

(2) 種類売買モデル

種類売買法理が本格的に私法で扱われるようになるのは、産業革命が勃興する19世紀に入ってからであった。フランス民法典は、中世ローマ法学以来の解釈学の伝統を受け継いで、ローマ法にもすでにあった計量売買 (emptio ad mensuram) を種類売買として扱ったうえで、計量すなわち特定を介して、種類売買が特定物売買へと転換する規定を設けていた。これに対して、ドイツ私法学は、瑕疵担保規定を種類売買に適用できるのかどうかをめぐる議論を通じて、種類売買と特定物売買法理とを調和する解釈論を展開した²⁾。その結果、特定物売買でも、ローマの危険負担法理を排除したうえで、契約締結時点ではなく引渡時点を基準時にして、一律に瑕疵担保責任規定で処理する規定を編み出し、同様の論理を種類売買にも適用する規定を設けるに至った。ただし、特定物売買では、ローマ法以来の伝統規定に沿って、瑕疵ある売買目的物を受け取った買主は、代金減額または解除、売主が悪意もしくは瑕疵を秘匿した場合に損害賠償を請求できる旨を定めるにとどまったため、買主には修補請求権、すなわち完全履行請求権が認められなかった³⁾。これに対して、種類売買では、買主にまず代物請求権、すなわち完全履行請求権が認められ、買主がそれを断念する場合に、伝統的な瑕疵担保制度に基づく救済が認められるとの救済体系が採用されたのである。

ところが、1980年に成立した国際物品売買に関する国連条約 (United Nations

2) この議論の詳細は、拙稿「瑕疵概念の変容と商法528条の命運——ドイツ商法典378条の制定・解釈・削除の経緯から」法研82巻1号(2009年)527頁以下を参照。

3) 中世ローマ法での瑕疵担保責任の足跡を辿るのは、Jan HALLEBEEK, *The Ignorant Seller's Liability for Latent Defects: One Regula or Various Sets of Rules?*, in (ed.) John W. CAIRNS/ Paul J. DU PLESSIS, *The Creation of the Ius Commune from Casus to Regula*, Edinburgh, 2010, pp. 175 et seq.

Convention on Contracts for the International Sales of Goods: 以下、CISGと略称)は、このようなヨーロッパ大陸法のシステムからの大きな転換を示すようになる。それは、ローマ法以来のヨーロッパ大陸法の伝統的な瑕疵担保責任制度を放棄して、契約不適合に基づく債務不履行のシステムへと転換するのである。すなわち、「売主は、契約に定める数量、品質及び種類に適合し、かつ、契約に定める方法で収納され、又は包装された物品を引き渡さなければならない。」とされ(CISG35条)、買主にはその検査・通知義務が課されたうえで(CISG38条)、その不履行の救済が定められている(CISG45条以下)。このような契約不適合=債務不履行システムは、1999年のヨーロッパ共同体による「消費動産売買の一定局面に関する指令(Directive 1999/44 on certain aspects of the sales of consumer goods and associated guarantees)」でも採用され、それは近時、たとえば2002年のドイツ債務法の改正など、ヨーロッパ各国の売買法の改正に大きな影響を及ぼしている⁴⁾。

もとより、こうした瑕疵担保制度から契約不適合への転換の趨勢の理解の仕方も一様ではないであろう。これは、瑕疵担保責任がもともと債務不履行責任であるとする見解からすれば、そのことが明らかにされたと評することもできようし⁵⁾、瑕疵担保責任が特定物売買に固有の特殊な制度とする見解からすれば、その制度の廃止を意味することとなる。いずれにせよ、従来からの論争は、少なくとも、種類売買については、原則として、特定物に固有の瑕疵担保責任によるのではなく——それが債務不履行一般を意味するのか債務不履行としての瑕疵担保制度を意味するのかはともかく——債務不履行による解決が図られるべきことについて一致があったのであるから、種類売買法理が一般化され、特定物売買にも敷衍されたと見ることができる⁶⁾。そしてまた、このような理

4) 拙稿「ヨーロッパ契約法」庄司克宏編『EU法：実務篇』(岩波書店・2008年)237頁以下を参照。

5) 内田貴『債権法の新時代』(商事法務・2009年)181頁。

6) 拙稿「担保責任の将来展望——履行としての受領の意義」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』(日本評論社・2009年)49頁以下を参照。

解は、主として各種商品売買に見られる種類売買を典型的に想定する国際物品売買に関する国連条約の基本的な思考パターンとも符合するのである。

このようにして、今般の契約法の基本モデルは、伝統的な特定物売買モデルから種類売買モデルへと転換が図られていると見るべきものであろうし、少なくともその視点から眺めるのが民法（債権法）改正検討委員会の基本方針を理解する一つの視点といえることができるとはいえよう。したがって、種類債務の特定を介して種類売買モデルを特定物売買モデルへと転換する思考パターンは、本来、種類売買に固有の法理を論じるうえで役に立たない。種類売買の特定とは、種類売買を特定物売買の鑄型に当て嵌めるための道具概念にすぎないからである⁷⁾。

2. 債務不履行における債権者の救済システム

(1) 特定物売買モデルでの救済システム

特定物売買モデルで想定されている売主の債務は特定物の保存債務である(400条)。売主は履行期限まで目的物を保存し、その履行期限を徒過すると履行遅滞となり、また、履行期限前に目的物が滅失すると履行不能となる。履行遅滞の場合に、買主は売主に対してなお履行を請求することができ、強制履行も可能であるが、履行不能が生じた場合にはもはや履行請求は認められない。それらの場合に、売主に帰責事由があるときに限って買主は売主に損害の賠償を請求できるうえ、とりわけ双務契約では契約の解除を選択することで、債務の解消をもたらすことができる。この基本モデルを基軸として、種類売買に典型的な不完全履行を契機として、不完全履行の広範な領域も処理されることとなる。

7) したがって、現行民法401条2項をそのまま承継する旨を提案する民法（債権法）検討委員会の【3.1.1.47】は不当である。むしろ、401条2項の削除が検討されるべきである。詳細は、拙稿「種類売買と供給契約」前出注1) 289頁以下を参照。

(2) 種類売買モデルでの救済システム

種類売買で想定される売主の典型的な債務は目的物の調達債務である。「種類は滅失せず (genus perire non censetur)」との法格言に現れるとおり、典型的種類債務には履行不能は観念されないため、買主は売主に対して常に履行を請求することができる。もっとも、売主がなお履行に応じない場合に、買主が履行を強制できるとしても、調達義務を強制するには、一般的に代替強制によることとなろう⁸⁾。そうすると、買主は契約を解除して代替取引をするのと実質的にはほとんど異ならないのであるから、むしろ、買主には、あくまで履行を売主に請求することに固執するのか、それとも、契約を解消して代替取引へと移行するのかの選択権を与えることが有意義となる⁹⁾。そこで、買主が代替取引を選択する場合には、代替取引によって目的物を獲得すると共に、それに要した費用を損害賠償として請求することとなるが、ここで買主に確保される利益は、買主が売主から目的物を獲得したうえで、遅れた履行による損失を損害賠償で補填することと実質的に差はないであろう。

このように、種類売買モデルで想定される買主の救済システムは、買主が自身の契約利益を確保するうえで、履行請求権を選択するか、契約解除権を選択するか、その選択を認めたとうえで、目的物の獲得だけでは填補されない損失を損害賠償によって補填することに帰着するはずである。しかも、買主がもはや代替取引さえも断念するような場合には、そこで買主に確保されるべき利益は填補賠償によることとなるが、これもまた、買主が履行請求権と遅延賠償とで獲得できる利益に等しくなろう。したがって、こうした救済システムにおいて逢着するのは契約で確保されている買主の契約利益であるから、買主がどこまで履行を請求できるのかという履行請求権の限界という問題は、損害賠償請求権が認められるべき要件と平仄が合うというのが原則となろう。売主が履行を

8) 内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕』(東京大学出版会・2005年)124頁。

9) もちろん、ここで買主の損害軽減義務との調整も考慮される必要があるだろう。この点については、吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務』(東京大学出版会・2010年)2頁以下に問題の設定が纏められている。

	保存型債務	調達型債務
特定物債務	典型的特定物売買	他人物売買
種類債務	在庫売買	典型的種類売買

してくれないがゆえに履行請求を断念した買主が、損害賠償に固有の要件に阻まれて填補賠償に移行できないというのは、救済の選択の仕方によって契約で確保されるべき契約利益が図れなくなるという不都合を生じるためである¹⁰⁾。

こうして、特定物売買モデルと種類売買モデルでは、買主の救済システムの関係づけが大きく転換することとなる。つまり、保存債務を基本に据える典型的特定物売買モデルから調達債務を基本に据える典型的種類売買モデルへの転換である。そして、また、この基本モデルの転換は、売買における売主の義務を目的物の引渡しという静態的な保存義務から、目的物調達という動態的な行為義務へと転換することをも意味する。つまり、他の契約類型での行為義務と売主の義務との接点を確立する契機ともなるのである。

3. 履行義務と不履行責任の限界

(1) 厳格訴権から誠実訴権へ

では、種類売買で売主が履行義務から解放される場合は想定されなくてよい

10) 損害賠償を契約目的の範囲で確定しようとする保護範囲説は、損害賠償につき、すでにこうした当事者の契約利益の保護機能を求めると評価できるであろう。契約目的がこうした契約利益の確保を図る基準として機能する各種の局面については、拙稿「契約目的論」北居功＝花本広志＝武川幸嗣＝石田剛＝田高寛貴『コンビネーションで考える民法』（商事法務・2008年）74頁以下を参照。近時は、損害賠償を不履行の損害填補ではなく、実現されなかった契約の履行を確保する制度として再構成しようとする見解もある。白石友行「契約不履行に基づく損害賠償の原理と体系——民法（債権関係）改正を巡る議論に寄せて」池田真朗＝平野裕之＝西原慎治編著『民法（債権法）改正の論理』（別冊タートンヌマン・新青出版・2010年）463頁以下を参照。この見解によれば、履行請求権と損害賠償請求権とは、契約利益の確保に向けた二つの選択的制度としてパラレルな要件・効果の許で論じられるべきこととなる。

のであろうか。「特定物は債権者の許で消滅する、種類は滅失しない (species perit ei cui debetur, genus perire non censetur.)」との伝統的な法格言にある典型的な種類売買法理も、やはり特定物売買モデルとの対比で生じた思考パターンである¹¹⁾。すなわち、特定物売買では、目的物が滅失するとき、当該目的物の給付義務は不能によって消滅する。それとの対比で、種類売買では、市場からの調達可能性を盾に、目的物の滅失が観念されないため、不能による給付義務の消滅もまた想定されない。その中間に、不能が観念できるいわゆる制限種類売買が位置づけられるのである¹²⁾。

しかし、このいわゆる客観的不能論は、ローマ法の古い厳格訴権システム——とりわけ問答契約と遺贈法理——に従う債務者解放原理による解釈理論であって、きわめて硬直的であり、むしろ信義誠実原則を基礎にする誠実訴権シ

11) Friedrich MOMMSEN, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig, 1853, S. 46ff.; Joachim LEMPPENAU, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, Kritisches zu § 279 BGB., Berlin, 1972, S. 30ff. すでに、アーブは、一般的な種類物 (incertum de incertis) の債務と制限的な種類物 (incertum de certum) の債務を区分したうえで、それら種類物の売買契約法理に、厳格訴権の問答契約法理や遺贈法理を当て嵌めることで、誠実訴権の諾成売買法理に厳格訴権の法理を接合した。すなわち、一般的な種類売買では「種類に適って義務づけられているものは滅失し得ない (quia quod in genere debetur, perire non potest)」という給付危険の法理を適用し、他方で、制限的な種類売買には在庫すべての滅失による債務者の解放という給付危険法理を敷衍する。そのうえで、買主が支払った代金は取り戻すことができ、支払っていない場合には抗弁を主張できるとして、ローマの諾成売買法理にある買主危険負担原則を排除する。それを受けてベラペルティカは、在庫売買は計量で特定されるべき有体的な分量の特定物売買ではなく、種類で定められた物の売買であるとして、計量に種類売買を特定物売買へと転換させる機能を担わせる。こうして、中世ローマ法学は、給付危険と対価危険を混在させて誠実訴権の諾成売買に厳格訴権の法理を混入するという「生産的な誤解」に基づいて種類売買法理の基礎を形成することとなったと評される。Martin BAUER, Periculum emptoris, Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf, Berlin, 1998, S. 103. Mathias SCHMOECKEL/ Joachim RÜCKERT/ Reinhard ZIMMERMANN/ Franz DORN, Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB., Bd.2, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 1. Teilband, Tübingen, 2007, Rdnr. 26, S. 383. も、種類売買法理は、もともと古典期ローマの諾成売買法理が種類売買も包摂するという中世法学の「誤解」に由来するという。

システムでは、具体的な当事者の債務関係に即した債務者解放原理が見出されるべきとの批判が向けられてきた¹³⁾。とりわけ、ローマ法の発展を、結果実現としての「弁済」から債務者の行為としての「履行」への発展として跡づけることで債務者の行為の側面から債務者の解放原理を引き出すべきことを主張したのが、フランツ・ヴィーアッカーである。すなわち、ローマ法の厳格訴権システムでは、弁済 (solutio) に現れる債権の充足 = 結果の実現に重きが置かれていたところ、誠実訴権システムではむしろ履行 (executio) に現れる債務者の義務の履行 = 行為の実現へと債務内容の理解が変容したという。つまり、信義誠実に債務者が何をなすべきかが、債務の内容として理解されるべきこととなる。そこで、信義誠実の原則に支配されるべき近代法にあっても、第一義に重視されるべきなのは債務者の行為義務であり、債務者にとって債務の履行ができないという「主観的不能」こそ、債務者の行為の限界を画する概念として再評価されるべきであるという¹⁴⁾。

たとえば、典型的な特定物売買で想定されているのは、売主が自身の支配領

12) フリードリッヒ・モムゼンの債務不履行論では、債務不履行にある債務者の損害賠償責任を基礎に、債務者が賠償責任を負わない場合として、履行不能の概念が抽出された。すなわち、債務者の責めに帰されるべきではない履行不能の場合には、もはや債務者は履行義務はもちろん、損害賠償義務を負うこともないとされる。したがって、履行が遅延した場合にも、債務者にとって履行ができないこと、反面で、債務者が履行できるにもかかわらず敢えて履行しなかった場合に、損害賠償の責任を負うこととされた。したがって、履行不能という概念は、履行期に客観的に履行不能と履行遅滞を分ける基準の意味を持つと共に、債務者の債務解放原因も意味する概念と理解されたのである。この観点を推し進めるときには、履行遅滞の場合であっても、時的不能による債務者の解放を観念することにより、客観的不能による債務者の解放原理が一元的に想定されよう。

13) 原始的不能論に関して、この理論的展開を検証するのは、磯村哲『Impossibilium nulla obligatio原則の形成とその批判理論』『石田文次郎先生還暦記念・私法学の諸問題(一)民法』(有斐閣・1955年) 397頁以下。もっとも、こうした厳格訴権システムと誠実訴権システムでの債務者解放原理の混同は、すでに中世ローマ法学でも行われていたが、19世紀のドイツ民法学もまた、その蹉跌を踏み、この混同を行ったことになる。

14) Franz WIEACKER, Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, in Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd.1, München/Berlin, 1965, S. 783ff.

域にある目的物を買主に売却するケースであり、それだからこそ、特定物売買の売主は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うこととなる(400条)。売主が善良な管理者の注意義務を果たしている限り、目的物が引渡時までには毀損すればそのまま目的物を引き渡せば足り(483条)、目的物がその間に滅失すれば、当該給付義務から解放されると想定されている。こうした客観的不能による債務者の解放原理が債務不履行体系の基本に据えられており、その解放原理がどこまで拡張されるのかは、「社会通念上の不能」の解釈に託されているのである¹⁵⁾。

ところが、種類売買で典型的に想定されるのは、売主の支配領域にない目的物の売却であり、市場からの目的物の調達債務である。したがって、種類売買で問題となるのは、売主がどのような範囲で、目的物の調達に義務を負うとさ

15) この点を指摘するのは、潮見佳男「日本における客観的不能と主観的不能の区別——学説継受とその遺産」『債務不履行の救済法理』(信山社・2010年)55頁以下を参照。この従来の枠組みからすると、履行遅滞の場合には、履行請求ないしは強制履行に併せて遅延賠償の請求もしくは催告解除が債権者の救済の原則形態となる。これに対して、履行不能の場合には、填補賠償もしくは無催告解除が債権者の救済の原則形態となる。不完全履行は、追完が可能かどうか、それら二つの基本的な救済形態への振り分けの基準とされることとなる。ただし、履行遅滞後に履行が不能となるか、もしくは、債権者にとって履行に利益がなくなる場合には、債権者は履行遅滞に基づく填補賠償を求めることが許される(我妻榮『新訂債権総論』(岩波書店・1964年)113頁、大判大正4年6月12日民録21輯931頁、大判大正7年4月2日民録24輯615頁)。問題は、履行遅滞後に債権者が相当の期間を定めて催告をして後、解除をすることなく填補賠償を求めることができるのかどうかである。判例はこれを肯定するとされ(大判昭和8年6月13日民集12巻1437頁)、これを認める学説も有力である(我妻『新訂債権総論』114頁、中田裕康『債権総論』(岩波書店・2008年)148頁)。契約上の債務が問題とならない場合や反対債務が現物給付を内容とするときには、契約解除が債権者の役に立たないだけでなく、催告をした後相当期間が経過するときには、もはや解除の意思表示があるかどうかは、債権者が得る結果においてほとんど差異はないからである。さらに、債権者が解除をしないで填補賠償を求める訴えを提起した場合に、訴えの提起それ自体に「強力な催告」があり、訴訟継続中に相当期間も経過するため、催告を省略できるとする見解もある(我妻『新訂債権総論』116・117頁)。しかし、この訴え提起に、相当期間を定めた催告とその期間経過を停止条件とする解除の意思表示が含まれるとする見解が有力である(中田『債権総論』148頁)。

れているのかとなるはずである。ところが、目的物の滅失を想定する客観的不能論では、こうした種類売買での目的物滅失が想定されないため、売主は無限の調達義務を負う結果となる。しかし、問題はむしろ、売主は契約においてどのような範囲の目的物調達義務を負うとされているのかにあり、それはもっぱら契約解釈によることとなる。したがって、種類売買が締結されたからといって、ただちに売主に無限の調達義務が課されるいわれはなく、むしろ、当該種類売買契約において売主がどこまで調達義務を負っているのか、個別具体的に解釈されなければならないこととなる¹⁶⁾。

ドイツ民法学では、こうした債務者解放原理としての主観的不能を具体化するのに、「犠牲の限度(Opfergrenze)」という概念が用いられることがある。つまり、契約において売主がどのような調達義務を負ったのかということは、裏返していえば、契約において売主がどこまで自らを犠牲にして目的物の調達を果たさねばならないのか、その限界を画すことを意味するからである¹⁷⁾。この観点からするとき、特定物売買、制限種類売買および種類売買の伝統的な区別は相対化されるべきものであり、この区別は、客観的不能による債務者解放原理を通じて、債務者が負担すべき行為義務の範囲の広狭が類型化された区別として把握されることとなる。反面でいえば、たとえ一般的な種類売買であっても、契約で売主が負うべき「犠牲の限度」を超えて、売主が目的物の調達義務を負うことはないのである^{18) 19)}。

16) 拙稿「種類債務法理の一考察」法学雑誌タートンスマン1号(1997年)53頁以下。

17) Philipp HECK, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen, 1929, S. 85f. 拙稿「売主瑕疵担保責任と危険負担との関係(二)」法研69巻6号(1996年)48頁以下を参照。

18) ドイツ民法典新275条

(1) 給付請求権は、給付が債務者または何人にとっても不能である限り、排除される。

(2) 債務者は、給付が債務関係の内容と信義則を考慮して、債権者の給付利益と大きな不均衡に立つ支出を必要とする限り、給付を拒絶できる。債務者に期待されるべき努力を定める際には、債務者が給付障害に責めを負わねばならないかどうかとも考慮されるべきである。

(2) 合意によるリスク分配原理

では、売主はどのような場合に債務不履行に基づく損害賠償責任を負うこと

- (3) 債務者がさらに給付を拒絶できるのは、彼が給付を個人的に調達しなければならないが、彼の給付を妨げる障害を債権者の給付利益と合わせて考慮して、給付が彼に期待され得ない場合である。

ヨーロッパ契約法原則 9:102条

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

ユニドロワ国際商事契約原則 7.2.2条

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

- (a) 履行が法律上、または事実上不可能であるとき
- (b) 履行または履行の強制が、不合理なほどに困難であるか費用のかかるものであるとき
- (c) 債権者が、他から履行をうることが合理的にみて可能であるとき
- (d) 履行が、もっぱら個人的な性質を帯びている場合
- (e) 債権者が、不履行を知りまたは知るべきであった時から合理的な期間内に履行を請求しないとき

なお、ヨーロッパ契約法原則の翻訳は、潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和監訳『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』（法律文化社・2006年）、ユニドロワ国際商事契約原則の翻訳は、曾野和明＝広瀬久和＝内田貴＝曾野裕夫訳『UNIDROIT国際商事契約原則』（商事法務・2004年）に拠った。

- 19) これとは反対に、種類売買では、その契約から見て、売主は目的物の調達＝給付の実現義務を負っているのであるから、引渡し以前に給付の実現義務から解放されるいわれはないはずである。したがって、引渡し以前に種類債務の特定を介して、売主の給付義務からの解放を認めるような解釈は、合意によるリスク分配の観点から否定されるべきこととなる。Wolfgang ERNST, Die Konkretisierung in der Lehre vom Gattungskauf, in (hrsg.) Wolfgang SCHÖN, Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln, 1997, S. 109.

となるのであろうか。特定物売買モデルでは、典型的に目的物の滅失に売主が責めを負うかどうか、あるいは、目的物の適時の履行がないことに責めを負うかどうかという観点で、売主の損害賠償責任が画されている²⁰⁾。つまり、債務不履行という事実に加えて、債務者の「帰責事由」という要件が加わることが損害賠償要件とされるのに対して、履行請求には損害賠償とは違って帰責事由が必要とはされない。

種類売買で典型的に想定されるのは、履行期日に売主が目的物を引き渡さない場合であり、買主が売主に対して損害賠償を求めるに際して、期日に履行がないという債務不履行に加えて、それが売主の帰責事由によることを必要とするのかどうかという問題設定となる。しかし、履行が請求できる場合には、それと共に、あるいはそれに代わって損害賠償請求が認められるべきであろう。これはすなわち、契約で売主が行うべきとされる給付義務からの解放が生じるのは、契約で売主が引き受けていなかったリスクが生じた場合を意味するのと同様に、売主が損害賠償の責任を負わないのもまた、売主が契約上負っていないリスクが生じた場合である。なぜなら、損害賠償請求権は、それが履行

20) 債務者が損害賠償責任あるいは契約解除を免れるには、自らに債務不履行について帰責性がないことを証明しなければならないとされてきた。ここでいわれる帰責性とは、伝統的に、「故意・過失または信義則上それと同視できる事由」と定義され、広い意味で過失と同視される。しかし今日、契約から発生する債務は給付義務にとどまらず、信義則上多様な義務が認められ、それらの義務の違反が過失と評価される構造と理解されている（前田達明『口述債権総論』（成文堂・1993年）122頁は、「以上のように、〈付随的（注意）義務〉が〈付随的履行義務〉に高められると、その〈付随的履行義務〉を守るための〈付随的（注意）義務〉が成立し後者の違反が〈過失〉となります。このような義務の構造を、私は〈義務の『入れ子型』構造〉と呼んでいます。」とする）。したがって、契約上の多様な義務の重層構造が債務者の帰責性を評価する基礎となっているのであるから、一般的・客観的な行為義務違反を想定する不法行為における過失とは異なり、当該契約に基づく具体的・主観的な行為義務違反が想定されると評することができるであろう。要するに、基本方針が提示する①客観的な不履行の存在と②免責要件という損害賠償要件の構造は、通説が提示する損害賠償要件の構造と相違はなく、異ならないし優劣の比較基準は、もっぱら「帰責事由」概念と「債務者が引き受けていなかった事由」概念に集約されることとなる。渡辺達徳「債務の不履行（履行障害）」法時81巻10号（2009年）14頁。

請求権と併存し、あるいは履行請求権に代替することによって、契約の利益を債権者に確保するからである。したがって、履行請求権と同じく、売主が契約上負う必要がない犠牲の限度を超えたりリスクについて、損害賠償責任を負うことはない。つまり、売主がどのようなリスクに対処すべきか、「契約におけるリスクの分配」が、まさに売主の損害賠償責任の範囲を画するのである²¹⁾。

たとえば、ウルリッヒ・フーバーは次のように問う。すなわち、「売主は、自身の会社で、その仕入先の会社で、あるいは、運送会社で、ストライキが起きないことを約束したのか。売主は、自身の工場が焼失しても、なお責任を負うのか。戦争、国際紛争、不可抗力、自然災害の介在についてはどうであろうか。ここでは、今一度、もっと正確に、売主が種類売買において言明した約束の意味が問題とされなければならない。すなわち、どのような危険と障害を、売主は克服することを約束し、あるいは、約束しなかったのか」^{22) 23)}。

21) Kurt BALLERSTEDT, Zur Lehre vom Gattungskauf, in Festschrift für Hans Carl Nipperdey, München/ Berlin, 1955, S. 274.

22) Ulrich HUBER, Einige Probleme des Rechts der Leistungsstörungen im Licht des Haager einheitlichen Kaufrechts, in JZ., 1974, S. 434.

23) 国際物品売買契約に関する国連条約79条

(1) 当事者は、自己の義務の不履行が自己の支配を超える障害によって生じたこと及び契約の締結時に当該障害を考慮することも、当該障害又はその結果を回避し、又は克服することも自己に合理的に期待することができなかったことを証明する場合には、その不履行について責任を負わない。

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

(5) この条の規定は、当事者が損害賠償の請求をする権利以外のこの条約に基づく権利を行使することを妨げない。

ヨーロッパ契約法原則 8:108条

(1) 当事者の一方による不履行は、それがその当事者の支配を超えた障害によるものであり、かつ、その障害を契約締結時において考慮すること、または、その障害もしくはその結果を回避もしくは克服することが合理的に期待できなかったことが、この当事者に

もつとも、履行請求権が認められないにもかかわらず、損害賠償請求権が認められるという両救済の要件上の「齟齬」が存在することもまた事実である。債務者の責めに帰すべき客観的不能の場合、あるいは、履行に過大な費用を要するような主観的不能の場合である。この「齟齬」を意識すればするほど、両救済の限界づけに差異を設けざるを得なくなる。しかし、こと種類売買を想定する限り、両救済の齟齬をもたらす事由は、むしろきわめて例外的な事象となる²⁴⁾。

(3) 行為努力型給付と結果保証型給付

ここで注意が必要なのは、問題の本質が個別具体的な契約でのリスク分配の

よって証明される場合には、免責される。

- (2) 障害が一時的なものにとどまる場合には、本条による免責は、その障害が存する間、効力を有する。ただし、履行の遅延が重大な不履行になる場合には、債権者は、この遅延を重大な不履行として扱うことができる。
 - (3) 不履行当事者は、障害の事実およびその障害が自らの履行の可否に及ぼす影響に関する通知を、自己がそうした事情を知りまたは知るべきであったときから合理的な期間内に、相手方が受け取ることできるようにしなければならない。相手方は、この通知を受け取らなかったことによって生じるあらゆる損害について、賠償を求める権利を有する。
- ユニドロワ国際商事契約原則 7.1.7条
- (1) 債務者は、その不履行が自己の支配を超えた障害に起因するものであることを証明し、かつ、その障害を契約締結時に考慮しておくことまたはその障害もしくはその結果を回避し、もしくは克服することが合理的に見て期待しうるものでなかったことを証明したときは、不履行の責任を免れる。
 - (3) 履行をしなかった債務者は、その障害およびその障害が自己の履行能力に及ぼす影響について債権者に通知しなければならない。その通知が、債務者が障害を知りまたは知るべきであった時から合理的期間内に債権者に到達しないときには、債務者は、不到達の結果生じた損害につき責任を負う。
 - (4) 本条は、当事者が、契約の解除権を行使すること、または履行を留保し、もしくは支払われるべき金銭の利息を求めることを妨げるものではない。
- 24) 現行民法は、請負に関する634条1項で、瑕疵が重要ではなく修補に過分の費用を要する場合に修補請求権を排除する。すなわち、履行請求権の限界を画す基準として、不履行の程度と履行に要する費用とのバランスを提示するのである。この基準をより一般的に履行請求権の限界を画す基準へと敷衍すべきかどうか、検討されるべき課題である。

解釈問題に帰するとはいえ、デフォルト・ルールとして、売主にどのような調達義務が想定されるのかという問題である。我が国でもすでに、他人物売買において、売主が負うべき権利調達義務の性質について議論がある。すなわち、売主が権利の調達に十分尽力したにもかかわらず、売主が権利を調達できない場合に、売主の担保責任を認める見解がある一方で²⁵⁾、売主は買主に権利の調達を保証し、その結果が実現しない限り、担保責任を負うとする見解がある²⁶⁾。これは、一方で、売主が権利の調達のためにいかなる努力を傾けるべきか、その努力が善良な管理者の注意という基準に照らして相応であると評価される限り、たとえ権利が調達されなくとも、売主の責任は問われたいとする行為努力型給付とする見解に対して、権利が調達されないという結果の実現自体が債務の不履行を意味するため、売主は担保責任を負担しなければならないとする結果実現型給付とする見解の対比である²⁷⁾。この対比に擬えるとき、他人物売買と同様に調達義務を内容とする種類売買においても、売主の義務を行為努力型の義務と理解する方向と結果保証型の義務と理解する方向とが対比され得ることとなるであろう。

ここで、フランス法に由来する手段債務と結果債務を峻別する議論によれば、結果債務においては、結果が実現されないこと自体が債務の不履行であるから、債務者が不可抗力免責を認められる余地が残るにすぎないのに対して、手段債務では、債務者の行為努力が基準に達しないことが不履行であるから、債権者は債務者の不履行を証明する過程で、債務者の責めに帰すべき事情も証明しなければならないとする。これに対して、ドイツ法に由来する帰責事由論によれば、債務不履行での帰責事由において、債務者の行為評価の場面に加えて、債務者の結果保証責任の場面も評価され得るとされる。

25) 石田穰『民法V(契約法)』(青林書院・1982年)134-135頁、星野英一「判批」法協84巻8号(1967年)1064-1065頁。

26) 内田貴『民法II[第2版]』(東京大学出版会・2007年)147頁、大村敦志『基本民法II 債権各論』(有斐閣・2003年)53-54頁。

27) 森田宏樹「買主が悪意の場合における他人の権利の売主の責任」法教355号(2010年)49頁以下。

こと種類債務についていえば、ドイツ法では調達保証責任が認められるべきとの解釈理論が確立されている。これは、2002年改正前のドイツ民法典279条の解釈論として展開された問題であり、そのような規定を有するドイツに固有の事情があることは疑いない²⁸⁾。とはいえ、種類売買では、売主の調達義務の不履行の場合に、売主はその調達保証責任として損害賠償義務を負い、ただ、それが契約締結時点で予見できなかった事情を免責要件として抗弁できるにすぎないとのルールが確立されている。このような考え方は、2002年改正後のドイツ民法典新276条の帰責事由の内容に取り込まれ、種類売買における調達保証も損害賠償を義務づける帰責事由の一環に位置づけられている²⁹⁾。

ここでは、一見して、債務不履行の事実に加えて、帰責事由要件が加わった伝統的な思考枠組が維持されているように映る。しかし、実質的に見たとき、期日に履行がないとの一事がすでに売主の損害賠償義務を生じさせ、売主がそれを免れる免責要件を抗弁できるときにだけ、その責任を免れるという賠償要件の構造を有しているのである。まさに、こうした構造を正面から認めるのが、国際物品売買に関する国連条約でもある（CISG79条³⁰⁾）。

28) ドイツ民法典旧279条をめぐる議論については、拙稿・前出注17) 46頁以下を参照。調達保証責任の詳細については、拙稿「他人物売主の担保責任——法定の権利調達保証責任として」法学雑誌タートヌマン8号（2006年）1頁以下。

29) *Zusammengestellt und eingeleitet von Wilhelm CANARIS, Schuldrechtsmodernisierung 2002, München, 2002, S. 666.* この調達保証責任は他人物売買での担保責任と同質性を持つ無過失責任と構成される。Dieter MEDICUS, *Die Konkretisierte Gattungsschuld*, in *JuS.*, 1966, S. 298.

30) 前出注23) 参照。ヨーロッパ契約法原則およびユニドロワ国際商事契約原則は、履行請求権の限界とは別に免責要件を定めている。しかし、そこで想定されている履行請求権は、実体法上の履行請求権というよりは、むしろ強制履行の救済をも意味するものと考えられる。したがって、本稿で問題にするような純粋な実体法上の履行請求権の限界付けの議論とは、別次元の議論も含むのである。

4. 民法(債権法)改正検討委員会の基本方針

(1) 合意原則による債務者解放原理

民法(債権法)改正検討委員会が提示する債務不履行の体系は、「契約」に起点を置く点の一つの特徴がある。債権総則で債務不履行を規律する現行法の体裁から、契約債務に関する規律へと移行することもさることながら、当事者の合意に依拠した契約内容の確定を基礎に、契約において各当事者が引き受けた「リスクの配分」に基づいて、債務不履行に際して各当事者が負うべき責任範囲を確定しようとする³¹⁾。すなわち、「債務者は、契約により、債権者に対し債務を負担している(契約の拘束力)。ここで、債務者が契約に基づいて負担した債務を履行しなかったとき(債務不履行)、債務者は債権者に対して損害賠償責任を負う。もっとも、債務不履行をもたらした事態(不履行原因)が契約において想定されず、かつ、想定されるべきものでもなかったときには、債務不履行による損害を債務者に負担させることは、契約の拘束力から正当化できない」という³²⁾。

そこで基本方針は、【3.1.1.53】「債権者は、債務者に対し、債務の履行を求めることができる。」として、履行請求権を定めると共に、【3.1.1.56】「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。」として、履行請求権の限界を画している³³⁾。もっとも、その説明によれば、履行請求権の限界は、従来の考え方を根本的に変更するものではないが、「社会

31) 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ1318号(2006年)88頁以下、潮見佳男「総論—契約責任論の現状と課題」ジュリ1318号(2006年)81頁以下。

32) 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NBL126号(2009年)137頁。

33) なお、債務者が不完全な履行をしたときには、債権者は履行の追完を請求することができ、債権者が催告をして相当期間を経過したとき、もしくは、「追完を債務者に請求することが、契約の趣旨に照らして合理的には期待できないときは」、債権者債務者に対して追完に代わる損害賠償を請求することができる(【3.1.157(1)~(3)】)。

通念」という契約外在的な客観的基準によるのではないとする³⁴⁾。つまり、期待不可能な場合に履行請求権を否定する結論自体は従来議論から変更はないが、「社会通念上の不能」という客観的な基準から合意という主観的な基準への変更を図るのが、基本方針の趣旨であるという。まさにこの契約に内在的な基準こそ、債務者に履行が期待できないという意味での主観的不能、ないしは、契約によって債務者が求められる「犠牲の限度」を基準とすることを意味するであろう。では、なぜこうした基準の変更をしなければならないのか。ここでの基本的な思考は、厳格訴権に由来する従来客観的不能論から、むしろ誠実訴権に由来する上述の意味での主観的不能論への根本的な思考枠組の転換を意味すると評することができるであろう。

(2) 損害賠償責任の要件

民法（債権法）改正検討委員会の基本方針は、【3.1.1.62】「債権者は、債務者に対し、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。」が、【3.1.1.63(1)】「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には、債務者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。」として、損害賠償責任の限界も画している³⁵⁾。ここでは、履行請求権の場合よりもいっそう「契約によるリスク分配」の考え方が率直に表現されている。契約によって予見され得ず、予見されるべくもないリスクについて、債務者は責任を負わないことが明らかにされている。

34) 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）197頁。ここで具体例としてあげられているのは、指輪を湖に落とした事例、産油国の紛争で航空機燃料の輸入が困難となった事例である。

35) なお、契約の解除についても、帰責事由による限界づけは放棄されており、「契約の重大な不履行があるときに」解除が認められるのを基本としつつ、相当期間を定めた催告があって、債務者が「催告に応じないことが重大な不履行に当たるとき」に、契約の解除が認められるとされている【3.1.1.77】。ここでも、契約の拘束力を期待し得ない限界づけが契約の重大な不履行という概念に求められ、これは、債権者が契約を通じて追及しようとした契約利益の挫折を意味するとされる。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NBL126号（2009年）145頁。

注意が必要なのは、先に見たフランス型的手段債務・結果債務の対比論が、ここで想定されていることである。民法(債権法)改正検討委員会が想定するのは、結果債務型給付では、結果の不実現が債務不履行となり、債務者の損害賠償義務を基礎づけるところ(【3.1.1.62】)、債務者が自己の引き受けていなかったリスクであることを証明することで、損害賠償責任を免れ得るとする(【3.1.1.63(1)】)。これに対して、手段債務型給付では、損害賠償要件が債務の内容の確定とその不履行の判断に尽くされることとなるため、もっぱら【3.1.1.62】の枠内で解決されることとなる³⁶⁾。

以上のように、民法(債権法)改正検討委員会の基本方針は、とりわけ種類売買を基本モデルとして考察してきた債務不履行システムの根本的な思考枠組の転換、いわゆるパラダイムの転換を背景にしていると見ることができる。すなわち、厳格訴権体系に由来する客観的不能から誠実訴権体系に由来する主観的不能による債務者の解放原理への転換方針である。しかし、これはあくまで債務不履行法ひいては契約法の基本的ないしは原理的な思考枠組の転換であって、これに基づいて、いかなる規範要件が構築されるべきなのかは、直ちには明らかとはならない。たとえば、「契約によるリスク分配」に基づいて、債務者の損害賠償義務の範囲を画すとしても、それを、ドイツ法のごとくあくまで帰責事由要件として処理するのか、それとも、国際物品売買に関する国連条約のごとく免責要件として処理するのか、なお規範要件化を試みるべきレベルでは議論の余地があろう。

5. 小 括

以上の検討を、ごく簡単に纏めておこう。

当事者が合意によって設定した枠組みの中で、債務者が実現すべき給付行為の限界づけが設定される。すなわち、合意原則とは、債務者への合理的な期待

36) 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)253頁。

可能性とリスク分配を通じて、債務者の義務と責任の基礎と範囲を確定する原理的ないし理念的原則である。反面でいえば、当事者は合意で設定された枠組みを超えて、合意で設定された相手方の利益の実現につき義務を負うことはないのである。したがって、債務が履行されない事態が生じた場合であっても、それがまず合意によって想定された範囲での事態であるのかどうかは確定され、その範囲とされるときに初めて、合意によって相手方に保障された利益の実現が図られる。その利益実現の方法が、合意内容それ自体の実現に向けられる履行請求権と金銭価値での実現が図られる損害賠償請求権の二つである。これらは、実現態様の相違にすぎず、その目指すところは、契約利益の実現へと集約される。

そこで、債務者はどこまで履行義務を負うのか。すなわち、債権者は債務者に対してどこまで履行を請求できるのか、履行請求権の限界が問題となる。厳格訴権体系に由来する客観的不能から誠実訴権体系に由来する主観的不能による債務者の解放原理への転換方向が、19世紀普通法学が確立した特定物売買モデルからの脱却を方向づけることとなる。ここでは、合意によって債務者がなすべき義務の範囲を超えて、債務者の履行義務も、それに対応する債権者の履行請求権も観念されない。いわば、合意によって債務者が引き受けた犠牲の限度を超えて、履行のために犠牲を強いられることはないのである。反面で、債権者が債務の不履行に際して救済を求め得るとしても、それはあくまで、合意で確定された限界の中での履行義務の実現を求めることができるにすぎない。そして、履行請求権が債権者にとって債務不履行の救済制度であることは、他の救済制度である損害賠償制度との関係も明らかとする。

損害賠償制度もまた、債務不履行における債権者の救済制度であり、その目的は、合意で確定されている契約利益の実現である。それは、履行請求権とは異なる履行利益の確保手段ではあるとはいえ、双方の救済は共に、契約利益の確保に向けられている以上、原則として、それらの要件が齟齬を来すことはない。その機能は履行請求権と同一の方向性を持っているからであり、その原理もまた同じなのである。すなわち、損害賠償の要件は、契約に基づいて、どこ

まで債務者が契約利益の実現を引き受けたのかであり、債務者によるこのリスク負担の範囲を確定するものこそ、合意原則なのである。

6. 立法の基本的スタンス

以上のような履行請求権と損害賠償請求権の限界づけないしは成立要件をいかなる形で立法するのが適切と評価できるのかが、次の問題となろう。この問題を検討するにあたって、いくつかの基本的な方向性が、すでに提示されている。

まず、①原理的規範での規律方向がある。すなわち、民法(債権法)改正検討委員会の基本方針が提示するように、履行請求権も損害賠償請求権も、ともに当事者の合意によって当事者に振り分けられ、債務者に負担されるものとされたリスクの限界を持つものと理解されることからみて、直接的に、この合意によるリスク分配を条文として明記する方向である。おそらく、理論的にみて、履行請求権と損害賠償請求権の合意によるリスク負担による限界づけを正当とみるとき、その理論をそのままに表現することが、その理論に沿った法の運用をもっとも確実・正確に保障できるはずである。しかも、理論的なレベルと運用面での整合性と統一性が確保されることは、法の正当性と安定性をもっとも保障することにつながるというメリットが想定されるであろう。

しかし、反面で、そもそも「合意によるリスクの分配」という理論自体が、すでに十分に浸透しているということができるのであろうか。仮に、その理論的浸透が十分であるとしても、「合意によるリスクの分配」という表現自体が、法の安定的な運用を確保できるほど明確な規範といえるのであろうか。とりわけ、損害賠償の要件をめぐって、すでに各種の批判が提起されている現状は³⁷⁾、

37) 大阪弁護士会編『実務家からみた民法改正——「債権法改正の基本方針」に対する意見書』別冊NBL131号(2009年)93頁以下、佐瀬正俊=良永和隆=角田伸一編『民法(債権法)改正の要点——改正提案のポイントと実務家の視点』(ぎょうせい・2010年)123頁以下のコメントを参照。

この理論の浸透あるいはこの表現の理解を十分安定的に確保するというのからは、ほど遠いと評さざるを得ないのではないか。理論的に正当な考え方であるとしても、その理論をそのまま条文に反映することは、その理論の抽象度が高く、原理的な内容であればあるほど、実際の規範内容が空疎化する危険を孕むことは避けられない。特に、当事者が契約で損害賠償など救済の要件を明確に合意すれば、民法の規定は直接的には適用されないのであるから、民法の規定としては、当事者の合意がない、もしくは不明確な場合に、いかなる要件で救済が認められるのかを明示することが必要となる。しかしながら、その要件が「合意によるリスク分配」であると定められるとするなら、当該要件は、いわば「問いをもって問いに答える」結果となるにほかならないといわざるを得ないであろう³⁸⁾。

次に、②抽象的規範での規律方向がある。すなわち、履行請求権と損害賠償請求権の限界づけを、理論的には合意によるリスク分配と解しつつも、その限界づけを統一的・抽象的な免責要件として規定する方向である。CISCがこの方向を提示しているといえよう。もとより、この免責要件の要素・表現をいかにすべきかについて、なお議論は十分とはいえないのが実情である。本稿も、この免責要件の具体的な規定を提案することはできない。しかし、ここで重要なのは、「合意によるリスク分配」という理論の具体的な解釈に際して、いかなる要因を考慮すべきかという手がかりを免責要件に定めることを通じて、合意内容が明確ではない場合に、救済要件を現実に解釈・運用することができるというメリットである。まさに、①の方向が提示する問題を解消する手がかりを与えるのである。おそらく、免責要件を定めるに際しては、「合意によるリスク分配」を解釈・具体化する要因を注意深く選択する必要があるだろうが、合意時点での当事者に期待される予見可能性と仮にそれが予見できた場合の結果回避可能性が基準として提示されることとなるのではなかろうか。

このように理解することができるのであれば、現行法の「帰責事由」の解釈

38) デフォルト・ルールとしての免責事由に関する指針の必要性を指摘するのは、飛松純一＝倉持喜史「債務不履行」NBL927号（2010年）62頁。

と大きく異なることはない。したがって、現行法を変更する必要がないのであれば、現行法の「帰責事由」要件を改正する必要がないとの反論が容易に予想されよう。そして、この反論には相応の根拠もあると評することもできるであろう。というのも、すでに現行法の運用において、「帰責事由」を古典的な過失要件とする解釈理論は、すでに克服されているとみられるからである³⁹⁾。しかし、そもそも、現行法が前提にする債務不履行と帰責事由との二元的な要件構造自体が議論を混乱させているのも事実である。すでに指摘されて久しいが、結果保証型債務での責任要件を明確化するのに、こうした二元的構造は適切といえるとしても、手段努力型債務では債務不履行自体の認定に債務者側の不適切な行為要素が入り込むため、「債務不履行」とは別途「帰責事由」を観念することが難しい。むしろ、債務の不履行という事実自体が債権者の救済を発動する直接動因であって、ただ、結果債務において免責が許される例外的場面にも、救済が認められないにすぎないという債務不履行の統一的な理解こそが、「合意によるリスク分配」を基礎づけるのである⁴⁰⁾。したがって、現行法の二元論を維持すべきかどうかという問題は、債務不履行という事態そのものが債権者の救済を発動し、債務者の責任を正当化するに十分なかどうかという点に絞られることとなろう⁴¹⁾。

最後に、③具体的規範での規律方向がある。2002年のドイツ債務法の現代化

39) たとえば、契約上の重層的な義務構造を順次「帰責事由」へと取り込む「入れ子構造」を提示する前田理論に明らかであろう。前出注20)参照。債務内容の確定をした後、契約に照らして免責の有無を判断する枠組みは、「現在の実務の留意点を示唆しているものと素直に考えるべきように思える」とするのは、澤口実「企業間契約実務と債権法改正の基本方針」NBL921号(2010年)11頁。

40) 森田宏樹『契約責任の帰責構造』(有斐閣・2002年)48頁以下、同「手段債務における債務不履行と免責事由の要件相互の関係」法教356号(2010年)80頁以下、小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ1318号(2006年)117頁以下、潮見佳男「債務不履行の救済手段」ひろば62巻10号(2009年)10頁以下を参照。

41) すでに一元的な方向を支持する見解も提示されている。長坂純「契約責任(債務不履行)法の再構築——伝統的理論の修正と新理論の評価」円谷峻編著『社会の変容と民法典』(成文堂・2010年)190頁。

が示すのがこの方向と評することができるであろう⁴²⁾。もっとも、ドイツ民法典は、履行請求権の限界づけを不能論によって具体化したにすぎず、損害賠償要件は、伝統的な「帰責事由」要件を維持したままである。したがって、損害賠償要件の具体化に関する立法的な手がかりはない。しかし、履行請求権の限界づけを不能理論によって画するというのは、ドイツはもとより、我が国でも伝統的に論じられてきたところであり、従来理論と接合しやすいというメリットがある。いわば、従来「社会通念上の不能」を、より具体的な不能類型へと整理することへと向かうこととなろう。

では、ドイツ債務法の改正は、この履行請求権の限界づけに成功したといえるのであろうか。少なくとも、不能類型を客観的不能、事実的不能および個人的不能の三つに分類し、それぞれの効果も債務の当然消滅と抗弁権の発生とに分類しているその規定はきわめて複雑であり⁴³⁾、ある事態がどの不能類型に分類されるのかという無用な議論を新たに生み出す原因にもなりかねないように映る。とりわけ、「合意によるリスク分配」という視点から眺めるとき、当事者にとって重要なのは債務の履行を妨げる客観的な事態ではなく、債務者に履

42) ドイツ民法典がこの方針を採用している。その立法経緯については、吉政知広「〈履行請求権の限界〉の判断構造と契約規範(一)(二・完)」民商130巻1号(2004年)37頁以下、130巻2号250頁以下を参照。その内容については、大原寛史「ドイツにおける事実的不能の位置づけ」同法61巻6号(2010年)65頁以下を参照。

民法改正研究会(代表:加藤雅信)『民法改正と世界の民法典』(信山社・2009年)

340条1項 債権は、債務の履行が不能であるときは消滅する。ただし、第342条の適用があるときは、この限りでない。

342条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は、債権者は、債務者に対し、次の各号に定める損害の賠償を請求することができる。

- 一 債務の履行が不能であるとき、又は給付の追完が不能なときは、履行に代えた損害
 - 二 前条第2項により遅滞に陥ったとき、又は給付の追完が遅れているときは、遅延による損害
 - 三 前2号に定めるもののほか、債務の本旨に従った履行がないことに起因する損害
- 2項 前項の請求に対し、債務者は、その債務の不履行が自己の責めに帰すべき事由によるものでないことを証明して、その責任を免れることができる。

43) ドイツ民法典新275条については、前出注18) 参照。

行がなお期待できるのかどうかという当事者の視線での評価である。したがって、いわば精緻な不能分類論は、学理的に興味深いとはいえ、なおも伝統的な「不能論の桎梏」に囚われすぎた硬直的構成とはいえない。仮にそうではないにしても、履行請求権の限界づけが客観的不能論からの延長基準により画される一方で、損害賠償請求権が「帰責事由」に依拠する構造は、「合意によるリスク分配」という救済要件の根底にある統一的な理論的視点を極めて見えにくくするものである。

7. まとめ

民法(債権法)改正検討委員会の基本方針は、厳格訴権に由来する硬直した不能理論から、信義誠実の原則に支配される債権債務関係での債務者の行為義務の限界を画すという履行義務=履行請求権の限界を設定していると見ることができよう。また、合意での当事者のリスク分配による損害賠償の基礎づけを試みる点で、20世紀契約責任論の成果を、まさにそのまま反映するものと映る。しかし、履行請求権と損害賠償請求権との関係について、その齟齬を意識するあまり、両救済間の関係づけと要件調整について、なお曖昧さを残しているようにも見える。

すでに述べたとおり、契約に基づいて設定された債権者の契約利益の確保を図るといふ債権者の救済システムの観点から見て、履行請求権と損害賠償請求権とは基本的に利益の確保の仕方に違いがあるとはいえ、本質的に同じ要件の許で機能する契約利益の確保手段と位置づけるべきである⁴⁴⁾。

本来、債権者の救済が発動し、債務者が責任を負わねばならないのは、債務の不履行という事態の発生に起因する。しかし、債務不履行に債務者が責めを

44) もっとも、損害賠償で確保される利益が、契約利益にとどまらないとする基本方針の規定(【3.1.1.67】)の評価は別問題である。この局面にみられる損害賠償に固有の機能については、債務不履行時の再交渉という視点から論じられるべき点があるように思われるが、この検討は他日を期すこととしたい。

負う場合に損害賠償の義務を負うと構成することは、不履行と損害賠償債務の発生を直接結び付けることとはならず、ひいては、今日一般的に認められているとおり、履行請求権を発動する契機となる「不履行」と損害賠償請求権をもたらず「不履行」との二重の不履行概念をもたらずこととなる。これは、不履行概念の無用な混乱をもたらずにすぎない。

こうした観点から眺めるとき、売主の不履行に基づいて買主が履行を請求するとき、売主はそれが契約の趣旨から合理的に期待され得ない行為である旨を抗弁することにより、履行義務から解放され得る。この場合、履行請求権は遮断され、また同時に、履行する義務のない履行義務の不履行に基づく損害賠償も認められるべきではない。したがって、買主が売主に対して、履行を請求しあるいは損害賠償を請求できるのは、売主に合理的に期待され得る履行義務があることを要件とする。つまり、履行請求権と損害賠償請求権とを債権者の救済として発動する契機は、債務の不履行という事実それ自体ということができらるであろう⁴⁵⁾。

すでにみたとおり、売主の調達債務を本質とする種類売買では、典型的には結果実現型給付が想定されるべきであり、このことは、ドイツの議論の成果からも、また、調達債務の不履行を本質とする他人物売買での無過失の担保責任からも、明らかとなろう。その場合、その責任原理を明らかにするうえで、不履行による原則的な債権者の救済発動を債務者による免責によって制限する枠組みが、簡明で理解しやすいのではなかろうか⁴⁶⁾。この方向を示すのが、まさ

45) フーバーによれば、これら両救済手段は、いわば「コインの両面」を意味する。そのうえで、債務者の責めに帰すべき事由による客観的不能は、履行請求権を遮断するものの損害賠償の救済を許容するが、これは債権者が履行に有している利益に法的な保護を与える必要がないという一般的な根拠による。また、対費用効果の面から履行請求権が遮断される場合も、履行請求権の行使が権利濫用に該当するという根拠に拠っているという。吉政知広「〈履行請求権の限界〉の判断構造と契約規範(一)」民商130巻1号(2004年)71頁。もっとも、これらの両救済を並列的に関係づけるのか、それとも、履行請求権を第一次的救済に位置づけるのかという、両救済の関係づけは、なお、検討されなければならない。

46) この方向を示唆するのは、山本豊「債務不履行・約款」ジュリ1392号(2010年)89頁。

に特定物売買を基本モデルとする思考枠組から種類売買を基本モデルとする思考枠組への転換にほかならないのである。