



Title	代替取引義務（損害軽減義務）による履行請求権の限界づけ：履行遅滞の場合についての比較法的考察
Author(s)	程，坦
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第13286号
Issue Date	2018-09-25
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k13286
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/71798
Type	doctoral thesis
File Information	Cheng_Tan.pdf



代替取引義務（損害軽減義務）による履行請求権の限界づけ
—履行遅滞の場合についての比較法的考察—

程 坦

目次

序論

第1節 問題意識

第2節 考察対象と分析の視角

第3節 本稿の構成

第1章 国際取引法・ヨーロッパ私法

第1節 序

第2節 ウィーン売買条約

第1款 CISGにおける債権者の投機可能性の存在

第2款 損害軽減義務とその適用範囲

第3款 損害軽減義務と履行請求権との関係をめぐる見解

第4款 裁判例

第3節 本章のまとめ

第1款 債権者の投機可能性の存在

第2款 履行請求権の間接的制限事由としての代替取引義務の承認可能性

第2章 中国法

第1節 序

第2節 1999年統一契約法制定以前の法規定

第1款 「経済契約法」（1981）

第2款 「涉外経済契約法」（1985）

第3款 「民法通則」（1986）

第4款 改正後の「経済契約法」（1993）

第5款 1999年統一契約法の草案

第3節 現行法

第1款 履行請求権の位置付け

第2款 履行請求権の限界事由と強制履行

第3款 債務者の損害賠償責任

第4款 損害軽減義務とその適用に関する規定

第4節 学説の展開

第1款 継続履行責任・履行請求権に関する見解

第2款 損害軽減義務に関する見解

第5節 裁判例

第1款 「適時解除義務」ないし「適時解除義務を介在する代替取引義務」に関する裁判例

第2款 「適時修繕義務」ないし「適時解除義務」に関する裁判例

第6節 本章のまとめ

第3章 日本法

第1節 序

第2節 法律の沿革

第1款 民法418条の起草過程

第2款 民法416条の起草過程

第3節 損害軽減義務に関する学説の展開

第1款 過失相殺のもと債権者の過失を考慮する見解

第2款 損害賠償額算定の基準時との関係をめぐる見解

第3款 損害軽減義務と履行請求権との関係をめぐる見解

第4款 近時の見解

第5款 小括

第4節 裁判例

第1款 過失相殺に関する裁判例

第2款 損害賠償額算定の基準時に関する裁判例

第3款 最高裁平成21年1月19日判決とそれに対する評釈

第5節 本章のまとめ

第4章 履行請求権をめぐる学説の展開と債権法改正

第1節 序

第2節 履行請求権をめぐる学説の展開

第1款 学説の展開

第2款 債権法改正前の研究の到達点と残された問題

第3節 債権法改正における履行請求権と損害軽減義務

第1款 債権法改正の経緯

第2款 履行請求権と損害軽減義務に関する諸規定

第4節 本章のまとめ

第1款 第1段階の問題-履行請求権と填補賠償請求権との関係・履行請求権の限界事由

第2款 第2段階の問題-履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務の認否

第5章 終章

第1節 履行請求権への固執の制限の必要性

第1款 債務者の利益保護という要請から

第2款 社会資源の浪費の防止という要請から

第2節 損害軽減義務と履行請求権との関係についての比較法

第1款 履行請求権を排除するアプローチ（第1のアプローチ）

第2款 履行請求権を間接的に制約するアプローチ（第2のアプローチ）

第3節 日本法への示唆

第1款 改正前の日本法の状況

第2款 改正法の状況

第3款 履行請求権への固執の制限方法に関する解釈論の試み

第4款 規範的判断要素の提示

第4節 本稿の意義と残された問題

第1款 本稿の意義

第2款 残された問題

序論

第1節 問題意識

(1) 日本法において、履行請求権の存在は自明のものであり、その正当化根拠を「債権」それ自体に求める見解が従来の通説である¹。したがって、履行がなお可能であるのに債務者の責めに帰すべき事由によって履行がされないとき、すなわち、履行遅滞のとき、債権者が債務者に対して債務の履行を請求できることは当然のことである。

もっとも、現実において、次のような事例は少なくない。例えば、履行遅滞に遭遇した債権者は、市場で代替取引を行えば損害の軽減・回避をできるのにそれをせず、あえて損害の発生・拡大に任せて履行請求権に固執する。結果として、その発生・拡大した損害を、債務者は賠償しなければならない。債務者が履行遅滞により違約責任を負うべきであると言っても、債権者の履行請求権への固執により拡大した損害まで負担させるのは、信義則に照らして不合理と評価できる場合がある。このような事例において、債権者による履行請求権が制限なく認められるのは、妥当であろうか。

近年、損害軽減義務という観点から履行請求権を制限するような立法・学説に注目が集まっている²。

損害軽減義務 (mitigation) とは、債務者の違法行為によって損害を被った債権者に、損害の軽減あるいはその拡大を防止するため合理的措置を講じることを求める義務である³。日本法では、損害軽減義務を議論する際に、それが「損害避抑義務」、「損害避止義務」や「損害拡大防止義務」などと呼ばれることもある⁴。もっとも、「義務」といっても、その内容は、損害軽減義務を違反した債権者に、損害賠償などの責任を負わせるものではなく、ただその違反によって生じた損害賠償の減額という不利益を自ら負

¹ 潮見佳男『債権総論Ⅰ 債権関係・契約規範・履行障害〔第2版〕』（信山社・2003年）5-6頁。

² この点については、後で詳しく紹介する。

³ Chittyによると、mitigationは、次のようなものである。すなわち、「The claimant cannot recover damages for any part of his loss consequent upon the defendant's breach of contract that the claimant could have avoided by taking reasonable steps」CHITTY ON CONTRACTS, V.1 General Principles 1806 para. 26-077 (31th ed.2012)；損害軽減義務が不法行為という場面でも問題となりうるが、本稿は、契約という場面に限定してそれを議論する。

⁴ 例えば、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-」川島武宜ら編『我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣・1957年）；吉田和夫「債権者の損害避止義務及び損害拡大防止義務について」ジュリスト 866号（1990年）；岡林伸幸「損害拡大防止義務」『民法学の現在と近未来』田井義信編（法律文化社・2012年）。

担すべきであるというものである⁵。例えば、契約違反された当事者は、合理的措置をとらなかったことによって損害を拡大した場合、その拡大した損害を求めることができないとする。

債務不履行の場合に、損害を被った債権者にどのような合理的措置を要請できるかは、契約違反の具体的な場面に応じて異なっている⁶。ただ、その中で、損害軽減義務としての「代替取引義務」は、履行請求権との関係という場面で大きな問題となる⁷。

「代替取引義務」とは、「代替的な取引を行うことによって、もとの契約の不履行による損害を軽減する義務」である⁸。損害軽減義務は、もともと英米法に由来する法理である。英米法において、損害賠償請求権が原則的救済手段として認められ、特定履行 (specific performance) は例外的な場合にしか承認されないとされている⁹。すなわち、特定履行は、損害賠償によって債権者が十分な補償を得られない場合にのみ認められる (adequate test) ¹⁰。この adequate test の基準の一つは、債権者が市場において代替取引を行うことができるか否かにかかっている¹¹。したがって、債務不履行の場合に、代替取引を行うことが期待され得る債権者は、損害賠償しか請求できない一方、そ

⁵ 損害軽減義務が通常意味の法的義務ではなく、間接義務として認識されることは一般的理解となる。例えば、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社・1992年）212頁；内田貴『契約の時代-日本社会と契約法』（岩波書店・2003年）178頁。

⁶ Djakhongir Saidov は、自分の本の中で mitigation についてその形態を詳しく議論する。DJAKHONGIR SAIDOV, THE LAW OF DAMAGES OF INTERNATIONAL SALES THE CISG AND OTHER INTERNATIONAL INSTRUMENTS 125 (2008)；内田貴は、典型的損害軽減義務としてそれを分けて二つの類型を抽出する。すなわち、それは、「履行停止義務」と「代替取引義務」である。「履行停止義務」とは、「双方契約において、債務者が契約の履行を拒絶しているのに債権者が自らの債務の履行を続行し、投下費用を増大させることによって不履行債務者の賠償額を増大させる行為を行わない義務」である。内田（2003年）・前掲注5・178-180頁。

⁷ 履行停止義務も履行請求権との関係で問題となりうる。例えば、製造物供給契約や請負契約において、買主や注文者が契約の履行を拒絶する場合に、債権者は自らの履行を継続してかつ代金の支払いを請求できるかが問題となる。ただし、このような場合に、債務者に解除権を与えるという解決策が一般的に認められる。日本民法 643 条は、請負人が仕事を完成していない間は、注文者は、いつでも損害を賠償して契約の解除をすることができる、と定めている。

⁸ 内田貴（2003年）・前掲注5・180頁。

⁹ アメリカのホームズ裁判官は、契約を守る義務について次のようなものを述べていた。すなわち、“the duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it- and nothing else.” Holmes, *The path of the law*, 10 HARV. L. REV. 457, 462 (1897).

注意すべきなのは、英米法において、action for price (代価請求) は、damage (損害賠償) と同様に一般的に認められている。吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務 履行期前の履行拒絶に関する考察』（東京大学出版会・2010）23頁。

¹⁰ RESTATEMENT (Second) OF CONTRACTS § 360 ; E. Allan Farnsworth, *Legal remedies for breach of contract*, 70 Column. L. Rev. 1145 (1970).

¹¹ Restatement (Second) of Contracts § 360 ; TREITEL, THE LAW OF CONTRACT 19-114 (13th ed. 2011)；例えば、土地や不動産にひとつ一つの独特性があるから、債権者は、損害賠償を得るとしても、市場で当初買おうとするものを手に入れないはずである。このような場合に、債権者は、損害賠償によって十分な補償を得られないと考えられている。それゆえ、イギリス法は、このような場合に特定履行を認める。また、Restatement (Second) of Contracts 360 条によると、代替取引の可能性のほか、adequate test の基準には、損害賠償算定の困難さや賠償金取得のリスクなどもある、とされている。

の代替取引を怠ったことによって拡大させた損害は、損害賠償から減額されることになる¹²。

それによれば、英米法における損害軽減義務としての代替取引義務は、おもに損害賠償の場面で賠償額の減額調整制度として機能しており、履行請求権との関係という場面であり問題にならないということである¹³。

これに対して、大陸法において、履行請求権は、契約の成立によって生じる権利として捉えられる一方、それが契約違反の場合に原則的救済手段として認められるとされている¹⁴。それゆえ、英米法と異なり、債務不履行の場合に債権者は、債務者に対して履行を請求することができ、またある時点になって初めて履行に代わる損害賠償（「填補賠償請求権」と呼ばれることもある¹⁵）を請求することができる¹⁶。すなわち、債務の履行を請求するか、あるいは代替取引を行って填補賠償を請求するかは、債権者にとって権利であり、義務ではないのである。それによれば、履行がなお可能であるが、その見込みがないことが明らかであるときに、債権者は、市場において代替取引を行うことができるのにそれをせず、損害の発生・拡大に任せて履行請求権に固執することが可能である。

（２） 比較法の趨勢を見ると、損害軽減義務という観点から履行請求権を制約するという方向性を看取することができる。近年、損害軽減義務は、国際条約、私法統一国際協会の活動や EU 内での統一に向けた活動において広く受け入れられるようになっている¹⁷。これらの国際取引法・ヨーロッパ私法、例えば、ユニドロワ国際商事契約原則

¹² 動産売買契約を例として、アメリカ統一商事法典（UCC）§ 2-716 条（1）によれば、物品が唯一無二なものである場合、また他の特別の状況にある場合、特定履行の命令が出され得る、とされている。また、UCC § 2-713 条（1）によれば、売主が引き渡しをしないことまたは履行拒絶をしたことに対する損害賠償は、当該違反を買主が知ったときの市場価格と契約価格との差額に、本編に規定される付随的また結果的損害賠償を加算し、売主の違反の結果として節約することのできた経費を差し引いた額である、と定めている。それによれば、売買契約において、代替性のあるものが目的物とされる場合に、債権者たる買主は、債務不履行を知った時に代替取引を行うことができると予想されるのである。UCC において、金銭債務について同じような規定がある（§ 2-709 条（1）、§ 2-708 条（2））。イギリス法でも明文の規定がある。例えば、1979 年の物品売買法 S. 49 と S. 50（3）である。

¹³ 実は、イギリス法において、損害軽減義務は、履行期までの履行拒絶という場面で問題になる。吉川吉樹は、この問題を議論する。吉川吉樹（2010 年）・前掲注 9。

¹⁴ VANESSA MAK, PERFORMANCE-ORIENTED REMEDIES IN EUROPEAN SALE OF GOODS LAW 45（2009）。

¹⁵ 潮見（2003 年）・前掲注 1・359 頁。

¹⁶ 大陸法において、履行請求権が債権に内在しているから、債権者は、履行期が到来する前に債務者に対して請求することができるとされている。また、填補賠償請求の提起要件は、各国によって異なっている。例えば、中国法では、債務不履行が生じたときに、債権者が、履行請求権と填補賠償請求権のいずれかを選択することができるという見解は有力となっている。韓世遠『合同法総論（第三版）』（法律出版社・2011 年）612 頁；これに対して、日本法では（民法 541 条・543 条）、債権者は、履行不能や解除まで填補賠償を請求することができないとされている。

¹⁷ 例えば、ウィーン売買条約 77 条；ユニドロワ国際商事契約原則 7.4.8 条；ヨーロッパ契約法原則；共通参照枠草案Ⅲ：-3:705 条；共通欧州売買法（草案）163 条。

(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; PICC)、ヨーロッパ契約法原則 (Principles of European Contract Law; PECL) および共通参照枠草案 (Draft Common Frame of Reference; DCFR)、共通欧州売買法 (草案) (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law; CESL) は、履行請求権を設けるときに大陸法の法理を出発点とし、また様々な排除・制限事由を定めている¹⁸。これは、履行請求権に関する英米法と大陸法の相違を調和するため採用されるものである。そのうち、債権者による代替取引の可能性は、履行請求権を排除・制限する事由として注目が集まっている。

簡単に紹介すれば、金銭債務について、PECL、DCFR および CESL は、経済的現実・効率性を根拠とし、債務不履行に際し、債権者が合理的な代替取引をすることができる場合には、金銭の支払いを請求することができない、と定めている¹⁹。

また、非金銭債務について、PICC と PECL は、債権者による代替取引の合理的可能性を履行請求権の排除事由として規定している²⁰。DCFR では、PICC・PECL と異なり、権利濫用の防止を根拠とし、債権者は、代替取引が合理的に見て可能であるときに履行を請求することは可能であるものの、(合理的な代替取引をできる状況において) 履行請求権に固執することにより損害が拡大したときには、その拡大した損害の賠償を請求することができない、とされている²¹。これについては、「代替取引義務の観点からの履行強制の間接的な制約の方向性が現れている」という見解がある²²。

他方で、中国法でも、履行請求権が損害軽減義務によって制限される傾向が見られる。中国法は大陸法系に属するものであるが、その民法総則や 1999 年統一契約法が起草された時に国際取引法からの影響を受けている²³。一例として、損害軽減義務を定める次のような明文がある²⁴。すなわち、債務不履行の場合に、債権者は、履行を請求することができる。しかし、結論を先取りして言えば、裁判実務では、信義則や経済的効率性を根拠とし、債権者には、途中で損害賠償請求権に切り換える場合に、損害軽減義務としての「適時解除義務」や「適時修繕義務」を課すことがあり、それに反することに

¹⁸ Schelhaas, *Article 7.2.2*, in COMMENTARY ON THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (PICC) 785 (Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp eds., 2009).

¹⁹ PECL 9:101 条(2)(a); DCFR III:-3:301 条(2)(a); CESL 132 条 1 項。

²⁰ PICC 7.2.2 条(c); PECL 9:102 条(d)。

²¹ DCFR III:-3:302 (5)。

²² 潮見佳男『新債権総論 I』(信山社・2017) 291-292 頁; Hayk kupelyants, *Specific Performance in the Draft Common Frame of Reference*, UCL Journal of Law and Jurisprudence 18-19 (2012), “the seeming primacy of the specific performance is also undermined by the duty of the creditor to mitigate the loss, particularly regarding the fungible goods.”。

²³ 1999 年の統一合同法が起草された時に、ウィーン売買条約やユニドロワ国際商事契約原則の影響を受けている。『中国民法典草案建議稿付理由』梁慧星編(法律出版社・2013 年) 6 頁。

²⁴ 中国民法典総則 114 条、1999 年統一契約法 119 条。

よって損害賠償が減額されることになる。そうすると、債権者は、履行請求権に固執することが危険なので、その履行請求権の行使が損害軽減義務によって制限されることとなる。

(3) 日本法では、債権とは、「特定の人をして特定の行為をなさしめる権利である」²⁵、あるいは、「特定権利者（債権者）が特定の義務者（債務者）をして一定の行為（給付）をなさしめ、その行為（給付）のもたらす結果ないし利益を当該債務者に対する関係において適法に保持しうる権利である」²⁶と説明される。このように債権を債権発生原因（例えば、契約）から切り離して請求権と同一視する捉え方は、伝統的債権観である²⁷。

伝統的債権観を前提とし、履行請求権（債務者の給付を求める請求権）は、債権の本来的・第一次的内容をなしており、「給付に代わる損害賠償請求権」が、履行請求権と同一性を持ってその転形物として観念されるものである²⁸。こうした観念は、「履行請求権の第一義性」・「債務転形論」と呼ばれるものである²⁹。

伝統的な理解によると、給付に代わる損害賠償請求権は、「履行不能」ないし「解除」という時点で履行請求権が消滅すると同時に生じるものである、とされている³⁰。

それによれば、債権者は、履行がなお可能である場合に自らの履行請求権に固執することができる、とされる。他面で、履行請求権が消滅しない限りで、債権者は、履行請求権に応じなければならないし、填補賠償を請求することができないとする³¹。従って、履行がなお可能である場合に、債権者は履行請求権に固執して損害の発生・拡大に任せることが可能である一方、その履行請求権に固執する行為は、損害軽減義務違反や

²⁵ 我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店・2008年）5頁。

²⁶ 於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐社・1972年）3頁・5頁以下；奥田昌道（1992年）・前掲注5・3頁以下。

²⁷ 潮見（2003年）・前掲注1・5頁以下。

²⁸ 同上359頁以下。

²⁹ 我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店・1964年）101頁；於保不二雄（1972年）・前掲注26・108頁；森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣・2006年）535頁以下；吉川吉樹（2010年）・前掲注9・13頁。

³⁰ 潮見（2003年）・前掲注1・359頁。

実は、填補賠償の要件は、日本の判例法によって拡大されている。債権者が契約を解除せず直ちに填補賠償を請求し得る場合について、そのいくつかは認められる。例えば、履行不能の場合、定期行為の遅滞場合、執行不能の場合である。それに加えて、履行遅滞の場合に、相当の期間を定めて履行を催告した債権者が、その期間内に履行がなかったならば、直ちに填補賠償を請求できるかという問題について争いがある。債権者がこの場合に填補賠償を請求できると肯定する判例があるものの（大判昭和8年6月13日民集12巻1437頁）、この問題に対して「解除」が必要であるとする見解が有力であった。森田修「フランスにおける債務転形論と「附遅滞」-履行請求権の存在意義に関する覚書（その1）」法学志林第九十巻第一号（1992年）81頁；潮見佳男（執筆）〔奥田昌道（編集）〕『新版注釈民法（10）Ⅱ』（有斐閣・2011年）490-491頁；森田修「履行請求権：契約責任の体系との関係で（その1）」法学教室No.441（2017年）74-75頁。

³¹ 潮見（2003年）・前掲注1・359頁。

債権者に過失があると評価され得ないと考えられる。なぜなら、債権者は、解除しない限りは填補賠償をすることができず、履行請求権に拘束されるからである。

債権者が履行遅滞になる	債権者が相当期間を定めて履行を催告する	債権者が契約を解除した
債権者は、履行を請求できるし、また履行を請求しなければならない。	債権者は、填補賠償を請求することができる	

また、通説に従うと、履行請求権の認められる範囲が無限定に広がる可能性がある。山本敬三教授が言ったように、「債権者は、債務者に特定の行為をさせること—ないしは債務者の特定の行為を介して利益を獲得すること—を内容とする権利を有すると考えるため、債権者は債務者に対しその履行を当然に請求できる。それを制限するには、債権ないしはその発生原因である契約の拘束力とは別の根拠—信義則や権利濫用、あるいはその具体化としての事情変更の原則等—を持ち出すしかないわけである」³²。したがって、日本法では、債権本来の内容が履行可能である場合には、債権者が他の手段を通じて履行を実現させることができる場合でも、債権者は債務者に対して債務の履行を当然に請求できるのである。

以上のような学説から、日本法における履行請求権とその行使は、損害軽減義務によって制限されないことがわかる。ところが、近年、履行請求権と損害軽減義務との関係をめぐって、議論が大きく展開している³³。特に、裁判実務は、次のような問題に直面している。履行がなお可能であるのに、債務者が債務の履行をしないことを明確に表明した場合に、債権者は、合理的な代替取引が可能であっても、なお債務者による解約の申し込みを拒絶して長期間にわたって履行請求権に固執する。その結果、債務不履行に生じる損害は、拡大していく。

³² 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト No. 1318（2006 年）99 頁。

³³ 詳細は、第 4 章参照。

この問題に対して、最判平成21年1月19日判決は、債権者たる不動産賃借人が、「カラオケ店の営業を別の場所で再開する等の損害回避また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」賃貸人に対して請求することができないと認定した³⁴。

本判決によれば、賃借人が、別の場所で営業を再開することができるのにそれを怠って、履行請求権に固執することにより営業利益損失を拡大したとしても、損害が通常損害に当たらない、とされている。本判決は、「損害軽減義務」という用語を明確に使用してはいないものの、実質的に債権者に損害軽減義務を求めるものであり、履行請求権を制限する方向性を示していると思われる。

最判平成21年1月19日判決は、具体的解決として妥当であるが、伝統的通説との整合性に疑問が生じる。それゆえ、履行遅滞において、債権者による履行請求権が損害軽減義務によって制限されるのかを、検討する必要があると考える。

第2節 考察対象と分析の視角

本稿は、履行遅滞の場合における履行請求権と損害軽減義務との関係を論じる。具体的に言えば、履行遅滞の場合に、債権者に代替取引の可能性があることは、履行請求権の制限事由となるか、もしそうであれば、どのような制限であるか、またそのような制限についての判断がどのような場合にいかなる要件によって行われるか、という問題である。

研究の手法として国際取引法・ヨーロッパ私法、中国法との比較法研究を選択し、特に国際取引法・ヨーロッパ私法の立法理由、と中国法における裁判例を参照し、またそれらの事案における損害軽減義務に関する判断から、一定の判断ルールを抽出する。その上で、日本法のかかる規定とその起草過程、学説の状況、関連する裁判例の分析を通じ、履行請求権と損害軽減義務との関係を理解するのにあたり一定の示唆を与えることを試みる。

1 履行遅滞を考察対象とする理由

本稿は、履行遅滞を考察対象としている。その理由は、以下の点にある。

日本法の学説と中国の裁判実務に即して、履行請求権への固執と損害軽減義務（代替取引義務）は、次のいくつかの典型的場面に衝突があると考えられる。

³⁴ 詳細は、第4章参照。

1、種類物売買契約についていえば、次のような例があげられる。①売主が目的物を引き渡していないとき、あるいは買主が目的物の受領を拒絶するときに、目的物の市場価格が上昇や下落をしつつあり、債権者は、代替取引をすれば損害の拡大を防止できるのに履行を求める。②転売や生産のために売主から目的物を購入する買主は、債務不履行の後代替取引をすれば自らの転売利益損失や生産利益損失を回避できるのに、履行を求める。③目的物の保管が困難である場合に、買主から受領拒絶を受けた売主は、代替取引を行えば損害の拡大を防止できるのに履行を求める。

2、不動産賃貸借契約についていえば、次のような例があげられる。①賃借人が中途解約しようとするときに、賃貸人は、代替取引をすれば賃料損失を回避できるのに、履行を求める。②賃貸人が修繕義務に反するときに、賃借人は、別の場所で営業を再開すれば営業利益損失の拡大を防止できるのに、履行を求める。③賃貸人が修繕義務に反するときに、賃借人は、自ら修繕をし、あるいは他人に修繕をさせることによって営業利益損失の拡大を防止できるのに、修繕履行を求める。

以上から明らかなように、履行請求権への固執と損害軽減義務は、主に履行遅滞の場面に絞って問題となる。

また、履行遅滞のほか、損害軽減義務としての代替取引義務は、履行不能や履行期前の履行拒絶などの場面で問題となりうる。ただし、履行不能の場合に、債権者の履行請求権が不能の時点で消滅するため、履行請求権と代替取引義務の衝突は問題とならない。代替取引義務は、履行請求権との場面では問題にならない。

履行期前の履行拒絶における履行請求権と損害軽減義務との関係について、吉川吉樹博士は詳しく議論をなした³⁵。吉川吉樹博士は、従来の裁判例の基準に照らせば、履行期前の履行拒絶を「履行不能」に準じて処理できるという³⁶。すなわち、履行期前の履行拒絶を受けた債権者が履行不能概念の内容の拡張によって早期に履行請求権の拘束力から離脱するものと考えられるとし、また「そのことを通じて履行期前の即時解除が根拠づけられている」のである³⁷。

吉川吉樹博士の研究は、履行期前の履行拒絶以外の場合をカバーしない。また、本稿は、履行期前の履行拒絶を「履行不能」に準じて処理せず、代替取引義務という観点から履行請求権の行使に制限を加えるという理論の構築を試みる。

要するに、本稿において議論する履行遅滞とは、履行がなお可能であるのに、債務者が本来的債務の履行をしていない場合（履行期前または履行期後の履行拒絶の場合も含

³⁵ 吉川吉樹（2010年）・前掲注9。

³⁶ 同上349頁以下。

³⁷ 同上360頁。

まれる) や、修繕が可能であるものの、債務者が債権者による修繕請求に応じない場合を指す。

2 損害軽減義務の観点からの制限

損害軽減義務の観点から行う履行請求権の制限とは、具体的にいかなる制限であろうか。国際取引法・ヨーロッパ私法、中国法は、次の二つのアプローチを提示する。これは、履行請求権の排除事由としての損害軽減義務と、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務である。

本稿は、この二つの損害軽減義務、特に履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務を問題として議論する。また、ここにいる損害軽減義務は、「代替取引義務」ということができる。

(1) 履行請求権の排除事由としての損害軽減義務。

前述のように、金銭債務について、ヨーロッパ契約法原則 (PECL) および共通参照枠草案 (DCFR)、共通欧州売買法 (草案) (CESL) は、債権者が合理的な代替取引をすることができる場合には、債務者に対して金銭の支払いを請求することができないと定めている。また、非金銭債務について、UNIDROIT 国際商事契約原則 (PICC) と PECL は、債権者は他から履行を得ることが合理的にみて可能であるときに、債務者に対して非金銭債務の履行を請求することができない、と定めている。

このような場合に、代替取引義務は、履行請求権行使の要件として組み込まれ、履行請求権の排除事由となるということができる。

これまで日本法において議論されてきた損害軽減義務のほとんどが、(1) でいう損害軽減義務である³⁸。

(2) 履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務。

(1) における損害軽減義務とは異なり、(2) における損害軽減義務は、履行請求権と共存する関係に立つものである (「co-existence of specific performance and loss mitigation」³⁹)。すなわち、債務不履行を被った債権者は、合理的な代替取引をすることができる場合でも、債務者に対して本来の債務の履行を請求することができる。ただ、債務不履行を被った債権者は、合理的な代替取引をできる状態において、適

³⁸ 詳細は、第 4 章参照。

³⁹ SOLENE ROWAN, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT-A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE PROTECTION OF PERFORMANCE 154 (2012). “The co-existence of specific performance and loss mitigation is not unusual. An example can be found in the DCFR, which proposes both the primacy of specific performance and the adoption of a principle of mitigation.”

時に契約を解除しかつ代替取引をすることに代わって、履行請求権に固執したことにより損害を拡大させる場合がある。このような場合に、債権者は、填補賠償を請求する際に、その拡大した損害を請求することができないとする。

具体的に言えば、上記のような場合に、債権者が履行請求権に固執した行為（他面で、適時に契約を解除しかつ代替取引をすることをしなかった行為）に対して事後的かつ規範的評価を経る上で、信義則の観点から債権者の行為が損害軽減義務違反と評価されれば、債権者が主張した損害賠償は、減額されることになる。

履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務は、解除などの方途によって債権者を反対給付の拘束から解放することを前提とする代替取引義務というものである。その典型は、「適時解除義務を介在する代替取引義務」である。「適時解除義務」の介在が必要である理由は、双務契約における債務の牽連性により、債権者が契約を解除せずに代替取引を行うならば、債務者からの追履行によって債務不履行となり、あるいは二重支払いのリスクを負うということである。

債権者に「適時解除義務を介在する代替取引義務」を課すことによって、債権者は、事実上、損害賠償の減額という不利益を負わないため履行請求権に固執しないことをさせられる。この立場から、損害軽減義務が、履行請求権を間接的に制限すると解されるのは相当である。

共通参照枠草案は、非金銭債務の強制履行においてこのような損害軽減義務を規定している。中国法の裁判実務においても、このような損害軽減義務が肯定される裁判例が見受けられる。

注意すべきなのは、債権者は、契約を解除せずに代替取引をするとしても、債務者からの追履行により損害が生じない場合もあることである。例えば、動産賃貸借契約において、賃借人が、目的物を使用収益できないため、賃貸人に対して修繕履行を請求する場合である。不動産賃貸借契約と異なり、動産賃借人は、賃貸人が修繕請求に応じない場合に、契約を解除せずに臨機に他から同種の動産を調達するならば、その後賃貸人が翻意して修繕をすることにより、賃料の二重支払いのリスクを受ける恐れがないと思われる。なぜなら、賃借人は、債務不履行の状態を解消するときに代替品を第三者に返せるからである。このような場合に、債権者が損害賠償減額の不利益を負うべき理由は、履行請求権に固執したことではなく、適時に代替品調達をしなかったことにある。それゆえ、このような場合に債権者に課される代替取引義務は、履行請求権を間接的に制限する損害軽減義務ではないと考えられる。

3 2つの段階の問題

本稿は、履行遅滞における履行請求権と損害軽減義務との関係をめぐって、履行請求権の限界事由・履行請求権と填補賠償請求権との関係を第1段階の問題、さらに、債権者が代替取引をせずに履行請求権に固執する行為は損害軽減義務違反と評価されるかを第2段階の問題として議論を展開する。

第1段階の問題は、具体的にいえば、債務者がいつ履行請求権から解放されるのか、債権者がいつの時点から填補賠償を請求するのか、というものである。前述したように、日本法では、履行請求権は、債権の本来的機能として当然に認められる、とされている⁴⁰。また、履行請求権と填補賠償との関係について、填補賠償請求権が履行請求権の転形物として捉えられ、両者は同時に併存することができないとされる。

このような履行請求権の第一義性・債務転形論を前提とすると、債務者は、「不能」や「解除」という時点まで債権者による履行請求に応じなければならない。そして、債権者の履行請求権は、「不能」・「解除」以外の場合には排除されないのである。

また、債権者は、「不能」や「解除」という時点まで履行請求権に拘束されるため、「適時解除義務」を介する損害軽減義務が課される可能性がないのである。そして、債権者が適時に契約を解除して代替取引をするのではなく、履行請求権に固執する場合に、それによって拡大させた損害は、損害賠償から減額されないのである。

したがって、損害軽減義務が履行請求権を制限するという理論を構築するには、次の二つの問題を解決しておくべきである。

第一に、履行請求権の排除事由を考える際に、不能に限らず、他の正当化根拠は排除事由として導入されるか。例えば、代替取引義務は、履行請求権の排除事由として導入されるか。

第二に、債務不履行を被った債権者に対し、履行請求権と填補賠償請求権との行使について選択権を与えるか。すなわち、履行請求権と損害賠償請求権が選択関係に立つことを前提として、債権者の選択に際して、損害軽減義務からの制約が課されるのか否かが問われることとなる。

要するに、本稿の課題は、「履行請求権排除事由の拡張」と「債権者の履行請求権の拘束力からの解放」という問題の展開を経て、初めて検討が可能となる。

第2段階の問題は、債務不履行に対して債権者が、履行請求権と填補賠償請求権との行使について選択権を有するという意味において、債権者が代替取引をせずに履行請求権に固執する行為は損害軽減義務に反すると評価されるか、もしそうであれば、どの

⁴⁰ 奥田（2011年）・前掲注30・5頁以下〔北川・潮見（執筆部分）〕。

ようなことを正当化根拠とし、いかなる基準によって判断されるか、というものである。

第2段階の検討において、日本法における履行請求権の位置付けに即して、主に履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務に着目する。

第3節 本稿の構成

本稿の構成は、以下のとおりである。

序章では、問題意識、考察対象と分析の視角及び本稿の構成を提示する。

第1章では、英米法と大陸法との特性を融合する国際取引法・ヨーロッパ私法を検討する。本章では、履行請求権と損害軽減義務に関する条文の立法過程、また立法理由に着目し、学者の見解も紹介する。

第2章では、中国法を検討する。損害軽減義務と履行請求権との関係について議論が少ないが、裁判実務において、債務不履行後債権者が損害軽減に向けた行動をとらずに履行請求権に固執することを理由にして、それによって拡大した損害については賠償を認めないとする判例が複数ある。本章では、中国の現行法と損害軽減義務に関する学説を紹介し、さらに具体的事案の検討を通じ、それらの事案における判断ルールの抽出を試みる。

第3章では、日本法を検討する。そこでは、損害軽減義務に関する現行法の起草過程と学説を紹介し、裁判例を整理する。

第4章では、履行請求権の第一義性と債務転形論を批判する債権法改正前の学説を取り上げ、また債権法改正の経緯と関わる改正法を検討する。

終章では、国際取引法・ヨーロッパ私法と中国法を検討した上で、この考察が有し得る日本法への示唆について論じる。

第1章 国際取引法・ヨーロッパ私法

第1節 序

本章では、国際取引法・ヨーロッパ私法における履行請求権と損害軽減義務との関係について、議論が展開される。

前述したように、英米法において、損害賠償請求権が原則的救済手段として認められ、特定履行は、損害賠償によって債権者が十分な補償を得られない場合にのみ認められる (adequate test)。この adequate test の基準の一つは、債権者が他から履行を得るか否かである。すなわち、債務者が履行を遅滞 (又は拒絶) した場合に、債権者は、市場において代替取引をできるならば、債務者に対して履行を請求する権利を有しないのである。これに対して、大陸法において、債務者が履行を遅滞 (又は拒絶) した場合に、債権者は、原則として債務者に対して履行を請求する権利を有するのである。

ウィーン売買条約 (CISG)、ユニドロワ国際商事契約原則 (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; PICC)⁴¹、ヨーロッパ契約法原則 (Principles of European Contract Law; PECL)⁴² および共通参照枠草案 (Draft Common Frame of Reference; DCFR)⁴³、共通欧州売買法 (草案) (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law; CESL)⁴⁴ について、その適用範囲は、全世界あるいは EU 加盟国である。具体的に言えば、ウィーン売買条約は、国際物品売買契約⁴⁵を対象にし、締約国の批准によって国内の裁判所において直接に適用されることとなる⁴⁶。ユニドロワ国際商事契約原則は、国際商事契約

⁴¹ UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law 2016); 2010 版日本語の訳として、私法統一国際協会 内田貴＝曾野裕夫＝森下哲朗＝大久保紀彦 (訳) 『ユニドロワ国際商事契約原則 2010』 (商事法務・2013 年) がある。

⁴² PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW (Parts I and II) (Ole Lando, Hugh Beale eds., 2000); 日本語の訳として、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) がある。

⁴³ PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW-DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR) (Christian von Bar, Eric Clive eds., 2009); 日本語の訳として、窪田充見＝潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和＝山本敬三＝吉永一行 (監訳) 『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則-共通参照枠草案 (DCFR)』 (法律文化社・2013 年) がある。

⁴⁴ PROPOSAL FOR A REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON A COMMON EUROPEAN SALES LAW 2011/0284 (COD); 日本語の訳として、内田貴 (監訳) 石川博康＝石田京子＝大澤彩＝角田美穂子 (訳) 『共通欧州売買法 (草案) 共通欧州売買法に関する欧州議会および欧州理事会規則のための提案』 (商事法務・2012 年) がある。

⁴⁵ CISG2 条によれば、消費者売買、競り売買、強制執行その他法令に基づく売買、有価証券、商業証券又は通貨の売買、船、船舶、エアクッション (hovercraft) 又は航空機の売買、電気の売買について、ウィーン売買条約は適用されない。

⁴⁶ 曾野裕夫「国際物品売買契約に関する国際連合条約 (CISG) の概要 (一)」民事法情報 No. 275 (2009 年) 10 頁。

を対象にし、任意規範（ソフトロー）として全世界において適用される。ヨーロッパ契約法原則、共通参照枠草案と共通欧州売買法は、事業者・消費者のすべての契約を対象にし、任意規範（ソフトロー）として EU 加盟国において適用される。

そして、上記の条約や任意規範（ソフトロー）は、履行請求権の承認と限界事由を起草するときに、履行請求権に対する英米法と大陸法との相違を調和しなければならない⁴⁷。そのうち、債権者の代替取引の可能性と履行請求権との関係は、大きな問題となる。

本章は、条約としてのウィーン売買条約を中心に、ウィーン売買条約における、履行請求権と損害軽減義務に関する条文の立法過程の検討を通じて、損害軽減義務が履行請求権を制限するか否かという問題を解明する一方、任意規範（ソフトロー）としてのユニドロワ国際商事契約原則、ヨーロッパ契約法原則、共通参照枠草案と共通欧州売買法の条文だけをとりあげて（表 I-1）、その詳しい立法理由について終章で検討する。

第2節 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」（これは、「ウィーン売買条約」や「CISG」と呼ばれる場合もある）は、1980 年ウィーン外交会議で採択され、1988 年 1 月 1 日に発効している⁴⁸。中国は、1988 年 1 月 1 日にウィーン売買条約を承認により締結し、日本は、2008 年 7 月 1 日に加入した。

ウィーン売買条約は、1968 年に設置された国連国際商取引法委員会（UNCITRAL, United Nations Commission on International Trade Law）によって起草された。1968 年からの 10 年間の作業を経て、UNCITRAL は、1978 年草案を作成し、これを 1980 年外交会議に提出した⁴⁹。ウィーン売買条約は、次の 3 つの段階を経て作成された⁵⁰。すなわち、第 1 段階（1970-1977）：UNCITRAL は、作業部会（working group）を設置し、ハーグ統一売買法をベースにして CISG の起草作業を始めた⁵¹。UNCITRAL 作業部会は、1970 年から 1977 年にかけての作業を経て第 1 次草案を UNCITRAL 総会に提出した。第 2 段階

⁴⁷ 例えば、イギリス、アメリカ、オーストラリアといった英米法系に属する国は、ウィーン売買条約の締約国である。ヨーロッパ契約法原則、共通参照枠草案と共通欧州売買法が起草されたときに、イギリスは、当時加盟国であった。

⁴⁸ 曾野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）の締結とその文脈」法の支配 153（2009 年）20 頁。

⁴⁹ JOHN HONNOLD, DOCUMENTARY HISTORY OF THE UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES 1 (1989).

⁵⁰ Summary of UNCITRAL Legislative history of the CISG, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/linkd.html>

⁵¹ ウィーン売買条約の立法資料として、UNITED NATIONS COMMISSIONS ON INTERNATIONAL TRADE LAW YEARBOOK（以下で「YB」と呼ぶ）、UNITED NATIONS CONFERENCE ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, Vienna, 10 March-11 April, 1980, OFFICIAL RECORDS (A/Conf. 97/19)（以下で「O.R.」と呼ぶ）、John Honnold 1989, *Supra* note 49,（以下で「Docy. Hist.」と呼ぶ）。

(1977-1978) : UNCITRAL の全会委員会 (“Committee of the whole”) が、第 1 段階で作成された第 1 次草案について検討を展開した。第 1 次草案は、幾つかの修正を受けた上で、最終的に「1978 年草案」(ウィーン売買条約最終草案)として採択された⁵²。第 3 段階 (1980) : UNCITRAL は、「1978 年草案」を参加国と国際機関に送付してコメントと意見を求めるとともに、国際連合総会に対して「1978 年草案」を検討した条約を最終的に確定するため外交会議の開催を勧告した。

CISG の条文を検討する際に、他の国際条約に基づく 2 つの統一法に注意を払わなければならない。すなわち、有体動産の国際売買についての統一法 (Uniform Law on the International Sale of Goods ; ULIS) および有体動産の国際的売買契約の成立についての統一法 (Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods ; ULF) である。この二つの統一法 (ハーグ統一売買法と総称される) は、私法統一国際協会 (UNIDROIT) によって作成され、1964 年ハーグ外交会議で採択された。ハーグ統一売買法には、重要性があるにもかかわらず、その参加国がほとんど西欧の国であるため、世界に広く受け入れられなかった。それゆえに、国際取引の発展を促進するために、売買法に関する新たな条約を起草する必要性があった。そこで、CISG が、ハーグ統一売買法をベースにして起草されたのである。

以下では、本稿の関心と関わる CISG の履行請求権と問題点を検討することにしよう。

第 1 款 CISG における債権者の投機可能性の存在

CISG においては、債務不履行の場合に、債権者は、基本的に債務者に対して次のような三つの救済を請求することができる。第 1 に、債権者は、債務者に対して義務の履行を請求することができる。第 2 に、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。第 3 に、債権者は、契約を解除することができる。契約当事者は、解除によって将来の履行義務を免れる。

CISG の条文を見れば、履行請求権は、原則的救済手段として捉えられることがわかる⁵³。なぜなら、例えば、買主が売主に対して目的物の引渡しを請求することや、売主が買主に対して代金の支払を請求することを認める 46 条(1)や 62 条は、「一方当事者 (債務者) による契約違反の後における被害者 (債権者) の主たる関心事は多くの場合、債務者が当初約定したとおりに契約を履行することだという認識に立っている⁵⁴」からである。

⁵² Doc. B(1), YB vol. VIII 25, A/32/17, Annex I, Docy. Hist. 318.

⁵³ JOSEPH LOOKOFKY, UNDERSTANDING THE CISG 108 (3rd ed, 2008).

⁵⁴ 吉川吉樹 (訳) 曾野裕夫 (補訳) 『注釈ウィーン売買条約最終草案』(商事法務・2015 年) 139 頁、191 頁参照。

以下で、CISG における履行請求権と問題点を検討することにしよう。

第 1 項 履行請求権の承認とその限界事由

1 ハーグ統一売買契約法（ULIS）における履行請求権

CISG の前身であるハーグ統一売買法は、履行期到来後の契約違反の場合における債権者の履行請求権とその限界について、次のように定めていた⁵⁵。

⁵⁵ ハーグ統一売買法の日本語への翻訳は、谷川久（訳）「改訂（仮訳）有体動産の国際的売買についての統一法」国際商事法務第 2 巻（1974 年）3-23 頁参照。

第 16 条

本法の条項において、売買契約の一方当事者が、相手方の義務の履行を請求しうべき場合において、裁判所は、1964 年 7 月 1 日付の有体動産の国際的売買についての統一法に関する条約第 7 条の規定に従う場合を除き、特定履行を命ずる判決をし、又は執行することを拘束されるものではない。

第 24 条

1. 売主が引渡の日及び場所に関する義務の履行を懈怠したときは、買主は第 25 条ないし第 32 条に定めるところに従って次のことをすることができる。

(a) 売主による契約の履行を請求すること；

第 25 条

買主は、代替的に物品を買い入れることが慣行に適合しており、かつ、買主につき合理的に可能であるときは、売主による契約の履行を請求する権利を有しない。この場合には、契約は、かかる買い入れが効力を有すべき時から、必然的結果として無効とされる。

第 26 条

1. 確定期日における物品引渡の懈怠が、契約の基本的な違反となる場合には、買主は、売主による履行を請求することもできるし、又は、契約を解除することもできる。買主は、買主の決定を合理的期間内に売主に知らせなければならない。それをしないときは、契約はそのことの必然的結果として無効とされる。

第 61 条

1. 買主が、契約及び本法に従って代金を支払うことを怠ったときは、売主は、買主に対して、その義務の履行を請求することができる。

2. 物品の再売却が、売主にとって慣行に適合しており、かつ、合理的に可能であるときは、売主は、買主による代金の支払を請求する権利を有しない。この場合には、契約はかかる再売却が実行されるべき時から、必然的結果として無効とされる。

第 62 条

1. 確定期日における代金支払の懈怠が本質的契約違反となる場合には、売主は、買主に対して代金の支払を請求することもできるし、又は契約を解除することもできる。売主は、合理的期間内に、その判断につき買主に通知しなければならない。通知をしないときは、契約は、そのことの必然的結果として無効とされる。

(1) 履行請求権の承認

ハーグ統一売買契約法は、24 条(1)と 61 条(1)において、売買契約の債権者が、債務者が履行遅滞をした場合に、債務者に対して履行を請求できると定める。これ

は、ハーグ統一売買契約法は、履行請求権を救済の一つとして認める立場を明らかにしている。

（２） 履行請求権の排除

履行請求権の承認を前提とし、ハーグ統一売買契約法は、履行請求権の排除について幾つかの規定を定めている。

第一に、ULIS16 条によれば、売買契約の債権者が債務不履行の場合に債務者に対して履行を請求する権利を有するが、裁判所は、一定の場合を除き、現実的履行の強制を命ずるあるいは執行する義務を負わないのである。

第2に、ULIS25 条と 61(2)によれば、履行期到来後の契約違反に際して、債権者は、代替取引（買主の代替品購入や売主の再売却）が慣行に適合しかつ合理的に可能である場合に、債務者に対して履行を請求する権利を有しない、とされる。この場合に、契約は、かかる代替取引がなされるべきである時から「自動的に解除される」⁵⁶。すなわち、ハーグ統一売買法では、履行請求を排除する代替取引義務は、認められているものである。

第3に、ULIS26 条(1)と 62 条(2)によれば、債務者の履行遅滞が契約の基本的な違反となる場合には、債権者は、履行を請求するかそれとも契約を解除するかについての決定を合理的な期間内に債務者に通知しなければならない。通知しないときは、契約は、自動的に解除される。ハーグ統一売買法において、「事実の存在による解除 (ipso facto avoidance)」に関する規定が置かれた趣旨は、債権者が市価の変動を見て権利行使の決定を遅らせるという投機可能性の排除にあるのである⁵⁷。

2 ウィーン売買条約における履行請求権の起草過程

（１） 第1段階

UNCITRAL 作業部会は、第4 会期において、ULIS25 条をベースにし、債務不履行を被った買主の履行請求権が認められるべきかについて検討を展開して次の2つの選択肢を提

⁵⁶ ULIS Art.25: The buyer shall not be entitled to require performance of the contract by the seller, if it is in conformity with usage and reasonably possible for the buyer to purchase goods to replace those to which the contract relates. In this case the contract shall be ipso facto avoided as from the time when such purchase should be effected. 谷川久は、ハーグ統一売買法を日本語へ翻訳した時に、ipso facto avoided を「契約はそのことの必然的結果として無効とされる」と訳した。吉川吉樹は、ipso facto avoidance を「事実の存在自体による解除」と訳し、それは「一定の事実が存在する場合に、相手への通知を要することなく、契約が自動的に解除されたものとみなす制度である」と述べている。吉川吉樹（2010 年）・前掲注 9・130 頁。本稿は、ipso facto avoidance を議論する際に、吉川吉樹の見解を採用する。

⁵⁷ Docy. Hist. 91 ; 吉川吉樹（2010 年）・前掲注 9・160 頁。

案した⁵⁸。すなわち、選択肢 A は、条約が規律しない類似の売買契約について自国の法に基づいて履行請求権が認められる場合に、買主が売主に対して履行を請求する権利を有すると定めていた。選択肢 B は、条約のもとで買主が売主に対して履行を請求する権利を有すると定めていた。選択肢 A と選択肢 B においても、買主は、代替品の購入が慣行に適合しかつ合理的に可能であるときに、売主に対して履行を請求する権利を有しないのとされていた。

上記の選択肢 A と選択肢 B に対して、履行請求権の制限事由が条約により定められるべきであるとの考え方や、買主が売主に対して履行を請求する権利と現実的履行の強制を区別すべきであるとの考え方や、コモン・ローに属するメンバー国が選択肢 B を採用しにくいとの考え方も示された⁵⁹。結局、UNCITRAL 作業部会は、第 4 会期において、選択肢 B を採用したものの、買主が代替品の購入が慣行に適合しかつ合理的に可能であるときに、売主に対して履行を請求する権利を有しないという部分を採用しなかった（Proposed Art. 42 条）。また、売主の履行請求権についても、条約が規律しない類似の売買契約について自国の法に基づいて履行請求権が認められる場合に、売主は、買主に対して履行を請求する権利を有していると定められている（Proposed Art. 71）⁶⁰。

その後、UNCITRAL 作業部会は、第 6 会期において、債権者が債務者に対して履行を請求する権利と現実的履行の強制との区別を明らかにした（「1976 Sales draft」）⁶¹。すなわち、proposed Art. 42 (1) と Art. 71(2)に基づき、債務不履行の場合に、売買契約の債権者は、債務者に対して履行を請求する権利を有している。Proposed Art. 16 によれば、条約に基づき売買契約の債権者が債務者に対して債務の履行を請求することができる場合でも、裁判所は、一定の場合を除き、現実的履行の強制を命ずるあるいは執行する義務を負わない。

proposed Art. 42(1) と Art. 71(2)は、次のように定められている。

proposed Art. 42

(1) 16 条の規定が適用される場合を除くほか、買主は、売主に対して履行を請求することができる。ただし、買主がその請求と両立しない救済、特に 44 条に基づく解除、あるいは 45 条に基づく代金の減額を求めた場合は、この限りではない。

proposed Art. 71

⁵⁸ Doc. A (7); YB vol. VI 68, A/CN.9/75; Docy. Hist. 146.

⁵⁹ Doc. A (7); YB vol. VI 68-69, A/CN.9/75; Docy. Hist. 146-147.

⁶⁰ Doc. A (8); YB vol. V 85-86, A/CN.9/87, Annex IV; Docy. Hist. 164-165.

⁶¹ Doc. A (11); YB vol. VI 54, A/CN.9/100; Docy. Hist. 245.

(2) 16 条の規定が適用される場合を除くほか、買主が契約若しくは現行法に従い目的物の受領やその他の義務を履行することをしない場合に、売主は、買主に対してその義務の履行を請求することができる。

(2) 第2段階

「1977 “Sales” Draft」では、買主の履行請求権について、買主が、代替品を購入することが合理的に可能である場合には売主に対して履行を請求する権利を有しないという提案が提出された。その理由は、次のようなものである。すなわち、「買主が代替品を購入することが容易である場合に、売主が履行のために過大な費用を要するならば、売主に強いて目的物を引き渡させることは、合理ではないからである。この提案は、損害軽減義務の具体的適用であり、商習慣に従うものであると言われている。なぜなら、履行請求権は、裁判所に承認されるまで通常時間がかかるため、効率的な救済とは言えないものである」⁶²。これに対して、この提案を否定する見解があり、その理由は、次のようなものである。すなわち、「この提案を採用するならば、買主が契約の履行を請求する権利は、不当に制限されることになる。また、売主の利益の保護は、買主に債務不履行により生じた損害を軽減する義務を負わせることで十分である。さらに、債務不履行を被った買主に苦勞を惜しまず代替取引をさせることは、買主にとって不公平である。それに加えて、この提案を採用するならば、売主は、これを濫用し、故意に契約を違反する恐れがある。最後に、この提案の採用は、損害賠償額の算定に複雑化させる可能である」⁶³。以上の検討を経て、委員会は、結局この提案を採用しなかった。

また、売主が目的物を引き渡さないときは、買主は、引渡しの最終期限からの合理的期間以内に履行請求を提起するに限り、売主に対して目的物の引渡しを請求することができるという案が提出された⁶⁴。UNCITRAL の全会委員会は、この提案も採用しなかった。

「1978 年草案」における債権者の履行請求権は、次のように定められている⁶⁵。

⁶² Doc. B (1); YB vol. VIII 42, A/32/17, Annex I; Docy. Hist. 335.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Doc. B (1); YB vol. VIII 43, A/32/17, Annex I; Docy. Hist. 336.

⁶⁵ 「1978 年草案」における条文の日本語への訳は、吉川吉樹（訳）曾野裕夫（補訳）（2015 年）・前掲注 54。

第 42 条【買主の履行請求権】

(1) 買主は、売主に対してその義務の履行を請求することができる。ただし、買主がその請求と両立しない救済を求めた場合は、この限りでない。

第 58 条【売主の履行請求権】

売主は、買主に対して代金の支払、引渡しの受領その他の買主の義務の履行を請求することができる。ただし、売主がその請求と両立しない救済を認めた場合は、この限りでない。

(3) 第3段階

UNCITRAL 事務局は、「1978 年草案」における 42 条と 58 条について、次のような注釈を作成した。すなわち、「42 条 (1) は、売主による義務違反の後における買主の主たる関心事は多くの場合、売主が当初約定したとおりに契約を履行することだという認識に立っている。損害賠償のための法的措置は、費用を要し、かなりの時間を要することがある。さらに、買主が注文したとおりの数量及び品質の物品を必要とする場合には、買主は、必要な期間内に代替品の購入を行うことができないこともあろう。これは、代替的な供給源が他国にある場合に特に当てはまるのであり、契約が国際的な売買契約であるならば、そのようなことが多いであろう。それゆえ、42 条 (1) は、売主に対してその契約の履行を請求する権利を買主に与えるものである」とし、「58 条は、売主の主たる関心事が、買主が支配期日に代金を支払うことであるとの認識に立っている。それゆえ、54 条及び 55 条 [CISG58 条及び 59 条] の規定に基づき代金の支払期日が到来したにも関わらず、買主が代金を支払わない場合には、本条は、売主が、買主に対して代金の支払を請求することを認めている。58 条は、代金に関する売主の救済が制限されている幾つかの国の法とは異なるものである。それらの国では、買主は、契約に基づく実体的な支払義務を負うものの、原則として、売主は第三者に物品を再売却するための合理的な努力を行い、契約価格と代替取引で得た価格との差額を損害賠償として請求しなければならないとされる。そこでは、売主が代金を請求することができるのは、第三者への再売却が合理的に不可能である場合とされる。これに対して、58 条においては、買主が 54 条及び 55 条 [CISG58 条及び 59 条] に基づき代金を支払う実体的な義務を負う場合には、売主は、買主に対する代金の支払請求という救済を求めることができる」⁶⁶。

⁶⁶ Secretariat Commentary on the 1978 Draft, Docy. Hist. 428, 438. UNCITRAL 事務局の注釈の日本語への訳は、吉川吉樹（訳）曾野裕夫（補訳）（2015 年）・前掲注 54・139 頁、191-192 頁。

ウィーン外交会議において、アメリカ代表 Farnsworth は、買主が、代替品の購入をすることができ、かつ代替品を購入しても不合理な費用を要しないあるいは不便をかけない場合に (purchase substitute goods without unreasonable additional expense or inconvenience)、買主の履行請求権が認められるべきではないと提案した⁶⁷。この提案に賛成する発言があるものの、アメリカ提案に対して明確に反対を表明する見解が多かった⁶⁸。その反対理由は、主に以下の 2 点にあるのである⁶⁹。第 1 に、Pacta sunt servanda という原則に基づき、債務不履行を被った買主は、売主に対して履行を請求することができる。また、買主の履行利益は、填補賠償によって十分に補償され得ない。そして、アメリカ提案は、代替品のある目的物の売買において、売主が故意に契約を違反するという結果を導ける。なお、アメリカ提案を採用すれば、「不便」や「不合理な費用」についての主張・立証という問題が起きうる。第 2 に、債権者の履行請求権の承認に対して、英米法と大陸法が異なる立場をとっているが、この立場の相違は、26 条 [CISG28 条] によって調和されうる。

また、アメリカ代表 Farnsworth は、目的物の市場価格が上昇する場合に、買主が売主の利益を犠牲にして投機的な行動をとる可能であると考え、このような投機的な行動を防ぐために、買主が合理的な期間内に履行請求権を行使しなければならないと提案した⁷⁰。この提案に対して明確に反対を表明する発言が見られる。例えば、Norway の代表 (Rognlien) は、アメリカ提案を、契約に適合しない物品が引き渡された場合に限り受け入れる可能性があり、目的物が引き渡されない場合 (non-delivery of goods) や目的物の引き渡しが遅れた場合 (delayed delivery of goods) に受け入れにくいと発言した。すなわち、このような場合に、買主に合理的期間内に履行請求権を行使すべきであることを要求するより、むしろ売主は買主に対して履行を受け入れるか否かについて知らせることを要求したほうが適切である (it was rather for the seller to ask the buyer whether he still wanted the goods delivered)。それゆえ、目的物が引き渡されない場合や目的物の引き渡しが遅れた場合に、被害者たる買主は、合理的な期間内に履行を請求しないと履行請求権を失うことが、不合理である⁷¹。Sweden の代表 (Hjerner) は、目的物の市場価格が上昇する場合でも買主が待つ権利を有する (be entitled to wait) と発言した⁷²。結局、アメリカ提案は、採用されなかった。

⁶⁷ First Committee Deliberations, Doc. C (3); Docy. Hist. 552.

⁶⁸ アメリカ提案に賛成したのは、Norway、Italy、United Kingdom、Iraq と Australia の代表であり、アメリカ提案に対して反対を表明したのは、Netherlands、German Democratic Republic、Federal Republic of Germany、Japan、Sweden、France、Greece、Belgium、Union of Soviet Socialist Republics、Hungary、Chile と Spain の代表である。

⁶⁹ First Committee Deliberations, Doc. C (3); Docy. Hist. 552-553.

⁷⁰ First Committee Deliberations, Doc. C (3); Docy. Hist. 555.

⁷¹ First Committee Deliberations, Doc. C (3); Docy. Hist. 556.

⁷² *Ibid.*

3 ウィーン売買条約における履行請求権

(1) 履行請求権の承認

ウィーン売買条約は、履行請求権の位置付けについて大陸法の立場をとっている⁷³。すなわち、CISG46条と62条は、債務不履行を被った債権者が、債務者に対して履行を請求する権利を有すると定めている。これは、以下のように規定する。

第46条 【買主の履行請求権】

(1) 買主は、売主に対してその義務の履行を請求することができる。ただし、買主がその請求と両立しない救済を求めた場合は、この限りではない。

(2) 買主は、物品が契約に適合しない場合には、代替品の引渡しを請求することができる。ただし、その不適合が重大な契約違反となり、かつ、その請求を第三十九条に規定する通知の際に又はその後の合理的な期間内に行う場合に限る。

(3) 買主は、物品が契約に適合しない場合には、全ての状況に照らして不合理であるときを除くほか、売主に対し、その不適合を修補によって追完することを請求することができる。その請求は、第39条に規定する通知の際に又はその後の合理的な期間内に行わなければならない。

第62条 【売主の履行請求権】

売主は、買主に対して代金の支払い、引渡しの受領その他の買主の義務の履行を請求することができる。ただし、売主がその請求と両立しない救済を求めた場合は、この限りではない。

(2) 履行請求権の限界事由

以上で明らかなように、ウィーン売買条約は、売買契約の当事者の履行請求権を承認している。ただし、債権者の履行請求権は、次のいくつかの事由によって制限される。

第1に、債権者が履行請求権と両立しない救済を求めたこと。CISG46条と62条は、債権者が履行請求権と両立しない救済を求めた場合に債務者に対して履行を請求できないと定めている。例えば、債権者は、契約を解除するときや代金の減額を請求するときに、債務者に対して契約の履行を請求できない⁷⁴。

⁷³ Müller-Chen, *Art. 46 para. 1, in COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG)* (4th English ed., Schlechtriem, Schwenzer eds., 2016).

⁷⁴ *Id.* at para. 9.

第2に、CISG79条に基づく免責 (exemptions)。CISG79条は、1項において、債務者が、「自己の債務の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」、債務不履行について「責任を負わない」と定めている。また、同条5項は、「この条の規定は、当事者が損害賠償の請求権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」と定めている。CISG79条5項の文言からみると、免責の要件が満たされる場合に、債務者は損害賠償義務を免れるものの、履行義務から解放され得ないといえることができる。しかし、79条の定める免責要件が満たされる場合に、債権者は、債務者に対して履行を請求する権利を有しないとの解釈が、有力に主張されている⁷⁵。

第3に、参加国の国内法による履行請求権の排除。CISG28条によれば、当事者の一方がこの条約に基づいて相手方の義務の履行を請求することができる場合であっても、裁判所は、この条約が規律しない類似の売買契約について自国の法に基づいて同様の裁判をするであろうときを除くほか、現実の履行を命ずる裁判をする義務を負わない、とされる。すなわち、ウィーン売買条約は、参加国の国内法による履行請求権の排除を承認している。同条によると、現実的履行の強制が認められるか否かは、ウィーン売買条約の規定ではなく、法廷地法によって決されている⁷⁶。CISG28条は、ウィーン売買条約の前身であるハーグ統一売買法16条から由来するものである。これは、「伝統的に債権の効力として履行強制を認めてきた大陸法と、履行強制を例外的な救済手段としてのみ承認してきたコモン・ローの妥協によるもの」である⁷⁷。

第2項 解除権の行使 - 「ipso facto avoidance」から「declaration of the avoidance」へ

ウィーン売買条約の前身であるハーグ統一売買法は、「事実の存在自体による解除 (ipso facto avoidance)」を採用する。ウィーン売買条約は、解除制度を起草した時に、「ipso facto avoidance」を放棄し、「declaration of the avoidance」という解除制度を採用した。CISG26条によれば、契約の解除の意思表示は、相手方に対する通知

⁷⁵ Müller-Chen, *Art. 46 para. 9, in COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG)* (2nd English ed., Schlechtriem, Schwenzer ed., 2005); Hilaturas Miel, *S.L. v. Republic of Iraq*, 573 F. Sup.2d 781, available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080820u1.html>; 吉政知広『事情変更法律と契約規範』(有斐閣・2014年) 274頁。

⁷⁶ Will, *Art. 46 para. 1, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW: the 1980 VIENNA SALES CONVENTION* (Bianca, Bonell eds., 1987).

⁷⁷ 吉政知広『事情変更法律と契約規範』(2014年)・前掲注75・277頁; JOHN O. HONNOLD, *UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION* Art. 46 para. 281, 280 (2009).

によって行われた場合に限り、その効力を有する、とされる。すなわち、契約を解除するか否かが債権者の自由に委ねるため、債権者は、市価の変動を見て解除権の行使を遅らせることができる。

以下で、上記の解除制度の転換を検討する。

(1) ハーグ統一売買法における「ipso facto avoidance」

前述したように、ハーグ統一売買法は、「事実の存在自体による解除 (ipso facto avoidance)」を採用する。例えば、ULIS25 条と 61 条 2 項によれば、債務者が履行を遅滞した場合に、債権者が代替品の購入や目的物の再売却が慣行に適合し、かつ合理的に可能であるときに、債務者に対して履行を請求する権利を有しない一方、契約は、かかる代替取引がなされるべきであるときから自動的に解除される、とされる。

また、ULIS26 条(1)と 61 条(1)によれば、債務者の履行遅滞が重大な契約違反となる場合に、債権者は、履行を請求するかあるいは契約を解除するかについての決定を合理的期間内に債務者に通知しなければならない。そうしないときは、契約は、自動的に解除される。ハーグ統一売買法は、26 条(1)と 61 条(1)において「事実の存在による解除 (ipso facto avoidance)」に関する規定が置かれた趣旨は、債権者が市価の変動を見て権利行使の決定を遅らせるという投機可能性の排除にあるのである⁷⁸。

(2) ウィーン売買条約の起草過程--「ipso facto avoidance」の放棄

1971 年 12 月 9 日付の UNCITRAL 事務局による報告書において、ULIS における「ipso facto avoidance」の採否について検討が行われた⁷⁹。

そこでは、「ipso facto avoidance」に対して、参加国の政府から提出された意見書において、債権者による投機の可能性の排除や商慣行という視点から「ipso facto avoidance」を維持する意見がみられた一方、その概念の曖昧さや債権者の利益保護という視点から「ipso facto avoidance」を否定する意見もみられた⁸⁰。

また、ULIS における「ipso facto avoidance」に関する規定を検討した上で、次のような指摘がなされた⁸¹。

第 1 に、ULIS26 条と 61 条における「重大な契約違反」との関係について。「ipso facto avoidance」の発生は、契約違反が「重大な契約違反」に当たるか否かによって左

⁷⁸ Docy. Hist. 91 ; 吉川吉樹 (2010 年)・前掲注 9・160 頁。

⁷⁹ “Ipso facto avoidance” in the Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS): report of the Secretary-General (A/CN.9/WG.2/WP.9), III YB 41-50, Docy. Hist. 83-92.

⁸⁰ Doc. A (4); III YB 43, Docy. Hist. 85.

⁸¹ Doc. A (4); III YB 46-50, Docy. Hist. 88-92.

右される。しかし、ULIS10 条に基づく「重大な契約違反」⁸²の概念の定義自体に曖昧さがある一方、債務者の契約違反が重大な違反に当たるかどうかは債権者の主観的判断に掛からしめられている。それゆえに、「重大な契約違反」と「ipso facto avoidance」を結びつくのは、多くの場合に、当事者の権利義務関係に混乱をもたらすのである。

第2に、ULIS25 条における履行請求権の排除との関係について。ハーグ統一売買法を起草したときに、「ipso facto avoidance」の採用は、一度否定されたことがある。その理由として、売主は、「ipso facto avoidance」によって自動的に履行義務の拘束から解除される。これは、買主がまだ売主の履行を欲する場合には、買主の意思に反することとなるのである。そして、ハーグ統一売買法は、買主の利益保護と商慣行とも考慮し、ULIS25 条に関する草案において、契約の解除を原則として買主の意思表示に掛からしめ、「ipso facto avoidance」を買主が不利益を受けないという例外的な場合にのみ適用できると定めていた。これに対して、ULIS25 条は、買主による代替品の購入が慣行に適合しかつ合理的可能である場合に適用されるのである。しかし、現代商慣行のもとで、このような場合は、決して例外な場合とは言えない。そのため、「ipso facto avoidance」を維持するならば、この適用範囲は、広すぎる恐れがある。

第3に、ULIS26 条における債権者の投機可能性の排除との関係について。「ipso facto avoidance」を採用した理由は、買主が市価の変動を見て権利行使の決定を遅らせる投機的行為を防止することにある⁸³。しかし、債権者による投機可能性は、「ipso facto avoidance」によって排除されるより、むしろ「直接的な解決、すなわち、投機的な遅延があった場合に履行請求を拒絶するということや、あるいは損害賠償請求に際して、損害の拡大分を加えることを拒絶する条項が置かれるべき」である⁸⁴。

第4に、ULIS26 条(1)における「合理的期間」との関係について。すなわち、ULIS26 条(1)における「合理的期間」という概念自体に曖昧さがあるため、契約当事者は、契約がすでに解除されるか否かについて確信できない場合がある。

以上の検討を踏まえて、UNCITRAL 作業部会は、第3会期において、「ipso facto avoidance」を放棄すると決定した⁸⁵。その理由として、「ipso facto avoidance」を維持する唯一の利点は、買主の投機可能性を排除することにある。しかし、買主の投機の可能性の排除は、「ipso facto avoidance」を用いず、直接に対応されることが可能で

⁸² ULIS10 条：本条の適用上、契約違反は、契約締結の時において、相手方当事者と同様の地位にある思慮ある者で、同様な立場に置かれたものが、その違反及びその効果を予見したならば契約を締結しなかったであろうことを、違反当事者が知り、又は、知るべかりし場合には、基本的なものとなさなければならない。

⁸³ Doc. A (4); III YB 49, Docy. Hist. 91.

⁸⁴ 吉川吉樹 (2010 年)・前掲注 9・160 頁； III YB 49, Docy. Hist. 91.

⁸⁵ Doc. A (5); III YB 85, Docy. Hist. 102.

ある。「投機可能性の問題に関して何らかの利点があるにしても、こうした概念を維持することにより、当事者間のあらゆる関係にもたらされる混乱と不明確さの方が上回る」のである⁸⁶。結局、UNCITRAL 作業部会は、契約解除を債権者の意思表示に掛からしめる制度を採用すると決定した。すなわち、契約違反の場合に、債権者が契約解除の意思表示を行い限り、契約の拘束力は、維持されるべきであるとされた⁸⁷。

第3項 損害賠償額の基準時—「解除権発生時」から「解除時」へ

CISG48 条によると、売主は、引渡しの期日後も、義務の不履行を追完することができる、とされる。これを前提とし、債務者が契約を解除せずに履行に代わる損害賠償を請求しても、債務者からの追履行を拒絶し得ない。それゆえに、債権者は、契約を解除せずに填補賠償を請求しても、認められない。

CISG49 条(1)と 64 条(1)に基づき、売買契約の債権者は、債務者の義務の履行が重大な契約違反となる場合や付加期間内に履行がされない場合に、契約を解除して履行に代わる損害賠償を請求することができる。

以下では、契約が解除された場合における損害賠償の算定方法を検討することにしよう。

1 損害賠償の算定方法-CISG75 条と 76 条

ウィーン売買条約は、74 条・75 条・76 条において、損害賠償額算定についての基本準則を規定する。そのうち、74 条が損害賠償の範囲を定めるものであり、75 条と 76 条は、契約が解除された場合における損害賠償額の算定方法を規定するものである。75 条と 76 条は、以下のとおりである。

第 75 条 【契約解除後に代替取引が行われた場合の損害賠償額】

契約が解除された場合において、合理的な方法で、かつ、解除後の合理的な期間内に、買主が代替品を購入し、又は売主が物品を再売却したときは、損害賠償の請求をする当事者は、契約価格とこのような代替取引における価格との差額及び前条の規定に従って求めることができるその他の損害賠償を請求することができる。

第 76 条 【契約解除後に代替取引が行われなかった場合の損害賠償】

⁸⁶ 吉川吉樹 (2010 年)・前掲注 9・161 頁 ; Doc. A (5); III YB 85, Docy. Hist.102.

⁸⁷ Doc. A (5); III YB 85, Docy. Hist.102.

(1) 契約が解除され、かつ、物品に時価がある場合において、損害賠償の請求をする当事者が前条の規定に基づく購入又は再売却を行っていないときは、当該当事者は、契約に定める価格と解除における時価との差額及び第七十四条の規定に従って求めることができるその他の損害賠償を請求することができる。ただし、当該当事者が物品を受け取った後に契約を解除した場合には、解除時における時価に代えて物品を受け取った時における時価を適用する。

(2) (1) の規定の適用上、時価は、物品の引き渡しが行われるべきであった場所における実勢価格とし、又は当該場所に時価がない場合には、合理的な代替地となるような他の場所における価格に物品の運送費用の差額を適切に考慮に入れたものとする。

CISG75 条は、契約が解除され、買主が実際に代替品を購入した場合、または売主が実際に目的物を再売却をした場合の損害賠償額の算定方法を規定している。契約の価格と実際に行われた代替取引における価格との差額を賠償額とする算定方法は、「具体的算定方法 (concrete methods of damage-assessment)」と呼ばれるものである⁸⁸。債権者は、契約解除によって反対給付の拘束力から解放されるため、解除時になって初めて市場において目的物の再売却や代替品の購入をすることができる。CISG75 条に基づく損害賠償額を算定する際に、債権者による代替品の購入や目的物の再売却は、「解除後の合理的期間内」で行われるべきであると要求される。すなわち、CISG75 条は、損害軽減義務の考え方を内包するということができる⁸⁹。

これに対して、CISG76 条は、契約が解除されたものの、75 条の要件を満たす代替取引がない場合の損害賠償額の算定方法を規定している⁹⁰。CISG76 条(1)は、給付すべき目的物の価格に関する損失を算定する際に、解除時の市場価格を賠償額算定の基準として定めている。契約の価格と市場価格との差額を賠償額とする算定方法は、「市場価格則 (current market price)」や「抽象的算定方法」と呼ばれるのである⁹¹。

しかし、CISG76 条に基づく解除時を賠償額算定の基準時とするのは、債権者が契約の解除を遅らせて投機的行為をとるという危険を招く可能であると考えられている。ウィーン売買条約では、このような債権者による投機可能性に対して、どのような考慮がな

⁸⁸ JOHN O. HONNOLD 2009, *supra* note 77, at Art. 75, 76 para. 410.

⁸⁹ Knapp, *Art. 77 para. 2.2.*, in Bianca, Bonell (eds) 1987, *supra* note 76.

⁹⁰ JOHN O. HONNOLD 2009, *supra* note 77, at Art. 75, 76 para. 414.

⁹¹ *Id.* at para. 412; Müller-Chen, *Art. 76 para. 1*, in Schlechtriem, Schwenzer 2016, *supra* note 73; Jone Gotanda's opinion also shows that Art. 76 calculates the damage abstractly without the need to show a concrete measure of actual loss. Jone Gotanda, *Art. 76 para. 1*, in UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG) COMMENTARY (Kröll, Loukas Mistelis, Perales Viscasillas eds., 2011).

されるか、またいかなる対応は用意されるか。この問題を解決するため、契約の解除と CISG76 条の立法過程を明らかにしておかなければならない。

2 1978 年草案 72 条 (CISG76 条) とその修正

1978 年草案 72 条は、契約が解除されたが、代替取引が行われなかった場合における賠償額の算定方法を規定し、「契約解除の意思表示をする権利を有するにいたった時点」を賠償額算定の基準時として認める。72 条は、以下のとおりである。

1978 年草案

第 72 条【契約解除後に代替取引が行われなかった場合の損害賠償額】

(1) 契約が解除され、かつ、物品に時価がある場合において、損害賠償の請求をする当事者が前条の規定に基づく購入又は再売却を行っていないときは、当該当事者は、契約に定める価格と契約の解除の意思表示をする権利を有するにいたった時点の時価との差額及び第 70 条の規定に従って求めることができるそのほかの損害賠償を請求することができる。

その後、ウィーン外交会議 (the 30th meeting) において、Norway の代表 (Rognlien) は、「契約の解除の意思表示をする権利を有するにいたった時点 (at the time he first had the right to declare the contract avoided)」が現実の中に確定しにくいので、目的物の引渡時 (the time of delivery) 又は解除時 (the time of avoidance) のいずれか早い時を賠償額の基準時とすべきであると提案した⁹²。Canada の代表 (Ziegel) は、Norway 提案を否定し、目的物の引渡時の適用も難しいので、解除時のみ賠償額算定の基準時とすべきであると、たとえ解除時を採用したとしても、債権者による投機行為を促進させると提案する⁹³。結局、Norway 提案と Canada 提案は、採用されなかった。

次いで、全体会議 (the plenary conference) において、Australia、Greece、Mexico、Norway と Turkey の代表は、1978 年草案 72 条(1)について、次のような修正案を提出した。

⁹² Doc. C (4); O.R. 394; Docy. Hist. 615.

⁹³ Doc. C (4); O.R. 396; Docy. Hist. 616.

1978 年草案

第 72 条(1)についての修正案

契約が解除され、かつ、物品に時価がある場合において、損害賠償の請求をする当事者が前条の規定に基づく購入又は再売却を行っていないときは、当該当事者は、契約に定める価格と解除時における時価との差額及び第 74 条の規定に従って求めることができるその他の損害賠償を請求することができる。ただし、当該当事者が物品を受け取った後に契約を解除した場合には、解除時における時価に代えて物品を受け取った時における時価を適用する。

修正案の趣旨について、Australia の代表 (Bennett) は、次のように説明した。すなわち、「解除権発生時を基準としたのでは、いつ解除権が発生したのかをめぐる紛争が生じてしまうことや解除権行使を促してしまうという問題がある」⁹⁴。また、1978 年草案 72 条で定める賠償額の算定方法は、確かに債権者が市価の変動を見て解除権行使をする投機的行為を防ぐために設けられるものである。しかし、債権者による投機可能性を防止する必要性は、債権者が目的物を受け取った時になって初めて生じる (the need to do so did not arise until the goods had been taken over)。すなわち、債権者による投機可能性を防止するための規定は、限られた範囲、すなわち債権者が目的物を受け取った段階について設けられてよい。

また、Norway の代表 (Rognlien) は、次のような説明を行った。すなわち、「現実には、誠意をもって契約を締結した当事者は、容易に契約を解除するわけではない。そのため、契約の当事者は、解除権行使を促進させるべきではない。例えば、引渡しがない場合に、買主が契約を解除する権利を有するものの、目的物を取得する利益があるため、契約を解除する前にしばらく待つことは、一般的である。このような場合に、義務を履行しないことを買主に通知するのは、売主の義務である。通知を受けた買主は、73 条 ([CISG77 条]) に従い、損害軽減のため合理的措置をとる義務を負うので、市価の変動を見て解除権を行使する投機的行為によって利益を得られないのである。それゆえに、引渡しがない場合に、契約の解除の意思表示をする権利を有するにいたった時より、むしろ解除時を損害賠償額の基準時とするのは、合理的であるように思われる」⁹⁵。」

1978 年草案 72 条(1)についての修正案は、最終的に採用された。

⁹⁴ Doc. C (7); O.R. 222; Docy. Hist. 757. Bennett の説明の日本語への訳は、吉川吉樹 (訳) 曾野裕夫 (補訳) (2015)・前掲注 54・254 頁参照。

⁹⁵ *Ibid.*

第4項 小括

以上のような検討を経て、ウィーン売買契約において、債務者の履行遅滞が重大な契約違反となる場合に、債権者は、履行を請求するか契約を解除するかについて選択権を有するといえることができる。また、契約が解除された後、代替取引がされない場合に、債権者は、解除時の時価と当初契約の価格との差額を損害賠償として請求することができる。すなわち、債務者の履行遅滞が重大な契約違反となる場合に、売買目的物の価格が上昇あるいは下落する状況において、債権者は、履行を請求し続けて解除権の行使を遅らせることができる。このような場合に、債務者は、債権者の行為によって拡大した損害を賠償せざるを得ない。

第2款 損害軽減義務とその適用範囲

以上で明らかなように、ウィーン売買条約において、債務者が債務の履行を遅滞（又は拒絶）した場合に、債務者は、市価の変動を見て解除権の行使を遅らせる投機的行為をとることができる。こうして債権者の投機可能性は、損害軽減義務に制限されるか。以下では、CISG77条とその起草過程を検討し、履行請求権と損害軽減義務との関係を明らかにしよう。

第1項 第77条とその起草過程

ウィーン売買条約は、77条において、損害軽減義務を規定している。CISG77条は、その前身であるハーグ統一売買法88条⁹⁶をベースにして設けられる規定である⁹⁷。

CISG77条 【損害の軽減】

契約違反を援用する当事者は、当該契約違反から生ずる損失（得るはずであった利益の損失を含む。）を軽減するため、状況に応じて合理的な措置をとらなければならない。当該当事者がそのような措置をとらなかった場合には、契約違反を行った当事者は、軽減されるべきであった損失額を損害賠償の額から減額することを請求することができる。

⁹⁶ ULIS88条：契約違反を援用する当事者は、違反から生ずる損失を軽減するための一切の合理的な措置を採らなければならない。その者が、かかる措置を採ることを怠った場合には、違反当事者は、損害賠償額の減額を請求することができる。

⁹⁷ Doc. A (10) (b); VI YB 108; Docy. Hist. 233.

CISG77 条の文言から、損害軽減義務違反の法的効果は、損害賠償の減額のみであると解することができる。しかし、1977 年草案と 1978 年草案における損害軽減義務を検討する際に、損害軽減義務の効果が損害賠償という救済方法に限定することなく、代価請求権や代価減額権にも影響を及ぼすべきであるとの提案が提出された。

1 1977 年草案

第 59 条

契約違反を援用する当事者は、当該契約違反から生ずる損失（得るはずであった利益の損失を含む。）を軽減するため、状況に応じて合理的な措置をとらなければならない。当該当事者がそのような措置をとらなかった場合には、契約違反を行った当事者は、軽減されるべきであった額を損害賠償の額から減額することを請求することができる。

1977 年草案 59 条の後半については、「当該当事者がそのような措置をとらなかった場合には、契約違反を行った当事者は、軽減されるべきであった額を損害賠償の額（代金支払請求を含む。）から減額することを請求することができる」という文言に改めるとの提案があった⁹⁸。その理由として、売主が契約を違反した場合に、買主が損害軽減に向けてとるべきである措置は、代替品の購入を含む可能性があることが挙げられた。しかし、59 条の文言から、買主が契約を違反した場合に、売主は、目的物を再売却することができても、買主に対して代金を請求する権利を有することを読み取れる。本提案は、このような場合に、売主の代金回復請求権（the seller's right of recovery）を制限するために設けられたものである。

しかし、この提案に対しては、批判する見解が大勢を占めたのであった⁹⁹。すなわち、この提案は、契約を違反した買主は売主が目的物を再売却できたのにしかなかったことを証明すれば、代金支払義務から免れることを肯定するものと思われる。これは、多くの法律体系に存在する代金請求権と損害賠償との区別を破壊させることがになる。そして、契約の拘束力がなお維持される場合に、売主は、買主に対して代金を請求する権利を有している。

この提案は、委員会に採用されなかった。

⁹⁸ “if he fails to adopt such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages, including any claim for the price, in the amount which should have been mitigated.” Doc. B (1); VIII YB 61; Docy. Hist. 354.

⁹⁹ *Ibid.*

第 73 条【損害の軽減】

契約違反を援用する当事者は、当該契約違反から生ずる損失（得るはずであった利益の喪失を含む。）を軽減するため、状況に応じて合理的な措置をとらなければならない。当該当事者がそのような措置をとらなかった場合には、契約違反を行った当事者は、軽減されるべきであった額を損害賠償の額から減額することを請求することができる。

（1） UNCITRAL 事務局（Secretariat）注釈¹⁰⁰

1978 年草案 73 条の適用範囲について、UNCITRAL 事務局は、次のように解釈している。すなわち、損害の軽減を行わなかった当事者に対する制裁として 73 条（〔CISG77 条〕）に規定されているのは、相手方が、損害賠償額の減額を請求することができるということにとどまる。58 条（〔CISG62 条〕）に基づく売主の代金請求や、46 条（〔CISG50 条〕）に基づく買主の代金減額権には影響は及ばないのである。

また、UNCITRAL 事務局は、73 条が履行期前の履行拒絶の場合にも適用されることができると指摘し、次のように述べている。すなわち、当事者の一方が重大な契約違反を行うであろうことが明白である場合には、相手方は、履行期日の到来を待つことなく、契約解除の意思表示をし、代替品購入や物品再売却などの方法によって契約違反から生ずる損失を減ずる措置をとらなければならない。

さらに、UNCITRAL 事務局は、損害軽減義務の適用が履行期前の履行拒絶の場合にどのように適用されるかを説明するために、次の例を取り上げた。

「例 73 A」： 契約において、売主が 12 月 1 日までに工作機械 100 台を総額 50,000 ドルで引き渡すべきことが定められていた。7 月 1 日に、売主は買主に対して書面を送り、今年いっぱいには確実に続くであろう価格上昇のために、買主が 60,000 ドルの支払いに合意しない限り、工作機械の引渡しを行わないことを告げた。買主は、売主が 50,000 ドルの契約価格で工作機械を引渡すように強く要求する旨の返事をした。7 月 1 日、そしてその後の合理的な期間内に、買主が他の売主との間で 12 月 1 日引渡しの約定で締結することができた契約の価格は、56,000 ドルであった。12 月 1 日に、買主は 3 月 1 日引渡し、代金 61,000 ドルの条件で代替品の購入を行った。工作機械の受取りが遅れたため、

¹⁰⁰ Secretariat commentary on the 1978 Draft, Doc. C (3); O.R. 61; Docy. Hist. 451. UNCITRAL 事務局による注釈の日本語への訳は、吉川吉樹（訳）曾野裕夫（補訳）（2015）・前掲注 54・257-259 頁参照。

買主は 3,000 ドルの追加的損失を被った。この例では、買主が損害賠償として請求できる額は、12 月 1 日まで待ってから代替品の購入を行なったために被った損失の総額 14,000 ドルではなく、7 月 1 日あるいはその後の合理的期間内に代替品の購入を行なったならば被っていたであろう損失の額である 6,000 ドルに限定される。

(2) アメリカ提案とその否決

ウィーン外交会議において、アメリカの代表 (Honold) は、「損害軽減義務違反の効果が及ぶ範囲を損害賠償という救済方法に限定することなく、ほかの救済方法、すなわち代価請求権、代価減額権にも、その影響を及ぼすべきである」と提案した¹⁰¹。

また、Honold は、次の例を取り上げて説明する。すなわち、「買主が売主に対してある物品の製造を注文したが、注文後当該物品が無用であることが判明したため、買主は売主に損害賠償を支払うので注文に応じないで欲しい旨を申し出た。しかし、売主がこの買主の申出を無視し、費用を投じて物品を製造した。このような事例において、売主が契約を解除して他所に再売却し、買主に対して損害賠償請求をなした場合には、CISG1978 年草案 73 条 ([CISG77 条]) が規定する損害軽減義務法理が適用されることになる。しかし、その反面で、売主が買主に対して代価請求をなした場合には、同条は適用されることなく、契約価格全額の請求が認められることになってしまう。これでは、重要な一般原理としての損害軽減の観念が潜脱されてしまうことになるため、このような狭くかつ誤った解釈を解除するため、修正が必要とされるという」のである¹⁰²。

アメリカ提案に賛成する発言も見られたが¹⁰³、これを否定する発言が大勢を占めたのであった¹⁰⁴。具体的に言えば、第 1 に、アメリカ提案に曖昧さがあるので、その適用範囲は限定されないとする見解がある¹⁰⁵。第 2 に、ウィーン売買条約は、債務不履行に遭遇した債権者が、債務者に対して履行を請求する権利を有することを明確に規定する。しかし、アメリカ提案が採用されれば、売主は、上記の場合において買主に対して代価の支払いを請求する権利を有しないことになる¹⁰⁶。第 3 に、Netherlands の代表

¹⁰¹ Doc. C (4); O.R. 396; Docy. Hist. 617. Honold の発言の日本語の訳は、吉川吉樹 (2010 年)・前掲注 9・133 頁参照。

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ United Kingdom と Australia の代表は、アメリカ提案を賛成する意見を表明した。Greece の代表は、最初にアメリカ提案を賛成したが、最終的に否定する意見を表明した。Doc. C (4); O.R. 396-397; Docy. Hist. 617-618.

¹⁰⁴ Federal Republic of Germany (西ドイツ)、Ireland、Canada、Sweden、Mexico、Argentina、Netherlands および Denmark の代表は、アメリカ提案を否定する意見を表明した。 *Ibid.*

¹⁰⁵ 西ドイツの代表 (Herber)、Mexico の代表 (Mantilla-Molina) と Argentina の代表 (Boggiano) の発言。 *Ibid.*

¹⁰⁶ Canada の代表 (Ziegel)、Sweden の代表 (Hjerner)、Mexico の代表 (Mantilla-Molina) の発言。 *Ibid.*

(Fokkema) は、「アメリカ提案が念頭に置いている事例が典型的な売買に特有のものではなく、むしろ CISG3 条が規定する『物品を製造し、又は生産して供給する契約 (contracts for the supply of goods to be manufactured or produced) 』（いわゆる製作物供給契約）に関する物であることを指摘した上で、このようないわゆる製作物供給契約について、フランス民法が注文者による解除を認めている」とし、買主がコストを支払えば契約を解除する権利を有するという新たな条項をウィーン売買条約に入ることと同意すると述べている (his country would be willing to agree to a new provision being inserted in the Convention to the effect that the buyer had the right to avoid the contract provided he paid the cost) ¹⁰⁷。

結局、アメリカ提案は、採用されなかった。

3 小括

(1) 損害軽減義務の適用範囲-履行請求権への影響の否定

以上で明らかのように、CISG77 条の起草過程において、損害軽減義務違反の法的効果が、損害賠償という救済方法のみに影響を及ぼすことが、明らかにされている。すなわち、債務者が契約を違反した場合に、債権者は、損害軽減のために代替物の購入や目的物の再売却をする義務を負わないのである。言い換えれば、ウィーン売買条約において、履行請求権の排除事由としての代替取引義務は、認められない。

(2) 損害軽減義務としての「適時解除義務を介在する代替取引義務」の存在の提示

UNCITRAL 事務局は、1978 年草案 73 条を解釈する際に、まず、損害軽減義務違反の効果が損害賠償の減額のみであることを明らかにし、次に、損害軽減義務の適用が履行期前の履行拒絶の場合にどのように適用されるかを説明するために「例 73 A」を取り上げた。

それは、目的物の価格が上昇している状況において、売主が、履行期日が到来する前に目的物の引渡しを拒絶する旨を買主に告げたのに対して、買主が、履行期日の到来を待って初めて他から代替品を購入して損害賠償を請求したという事例である。UNCITRAL 事務局は、買主が履行拒絶の通知を受けた後合理的な期間内に代替品の購入をすべきであることを理由に、買主が損害軽減義務に違反しているため、買主が主張した損害賠償を減額すべきであると指摘する。

¹⁰⁷ *Ibid.* Fokkema の発言の日本語の訳は、吉川吉樹（2010 年）・前掲注 9・134 頁参照。

損害軽減義務に関する UNCITRAL 事務局の注釈に対して、疑問を持つ見解も見られる。すなわち、「債権者は、代替取引をするために、契約を解除しておかなければならない。その理由は、債権者は、契約解除によって初めて将来の履行義務から免れ、代替取引をすることができるからである。買主が損害を軽減するために代替取引義務を負うべきであるとする事務局の注釈は、次のような結果を導ける。第1に、買主が、契約を解除せずに代替取引をした後、売主が翻意して目的物を引渡すならば、買主は、目的物の受領を拒絶し得ない。第2に、買主は、代替取引をする前に契約を解除する必要がある。この2つの結果のいずれも、損害軽減義務に関する条文の文言と立法経緯と一致しないと言わざるを得ない。すなわち、CISG46 条と 62 条を起草した時に、参加国の代表は、再三にわたって履行請求権の行使に損害軽減義務を要件として組み込むというアメリカ提案を否定した¹⁰⁸。」

上記の見解によれば、履行請求権を排除する代替取引義務を認める事務局の注釈は、正しくない、とされる。しかし、「例 73 A」は、買主が、最終的に契約を解除して履行に代わる損害賠償を請求する例であって、履行請求権を直接に排除しているのではない。すなわち、UNCITRAL 事務局は、履行期前の履行拒絶の場合に、被害者である買主が適時に契約を解除しかつ代替取引をすることをしなかったことを損害軽減義務違反と考え、買主が主張した損害賠償を減額すべきであると判断する。言い換えれば、UNCITRAL 事務局は、履行請求権を間接的に制約する代替取引義務―「適時解除義務を介在する代替取引義務」を承認するものと思われる。

UNCITRAL 事務局が作成した 1978 年草案の注釈は、ウィーン売買条約に関して正式な注釈 (official commentary) ではないが、「CISG の立案担当者の考えを知るための重要な資料として位置付けられる」ものである¹⁰⁹。それゆえ、この事務局注釈には、参考になる価値があると思われる。

第3款 損害軽減義務と履行請求権との関係をめぐる見解

CISG がウィーン外交会議で採択された後、CISG の注釈書や CISG を含む国際売買法に関する書籍は、次々に公刊された。それらの書籍の中に、損害軽減義務という観点から履行請求権への制約という論点について触れる学説は多くないが、この論点に触れる学説としては次のような見解がみられる。

1 Knapp の見解

¹⁰⁸ Shael Herman, *Specific performance: a comparative analysis*, Edin. L.R. 7(2) 194-217 (2003).

¹⁰⁹ 吉川吉樹 (訳) 曾野裕夫 (補訳) (2015 年)・前掲注 54・はしがき参照。

Knapp 教授 (professor of Law at the Charles University of Prague) は、CISG77 条に定める損害軽減義務の法的性質とその適用について、次のように指摘している。すなわち、第 1 に、CISG77 条は、ウィーン売買条約が規定する他の法的義務とは異なる。損害軽減義務違反を援用した債務者は、損害賠償額の減額という救済のみを得られる。CISG77 条に求められる義務の履行が強制されることができない一方、債権者が損害軽減義務に反した場合に、債務者は、これを理由に契約を解除することができない¹¹⁰。第 2 に、債権者が損害軽減義務に違反した場合に、債権者の損害賠償額の算定にあたって、まず、CISG74 条、75 条あるいは 76 条に基づき債権者の損害賠償額を算定し、次に、債権者が合理的措置（例えば、代替取引）を講じれば軽減されるべきであった損害額を損害賠償額から控除する¹¹¹。

また、Knapp 教授は、損害軽減義務と履行請求権との関係について次のように述べている。すなわち、損害軽減義務違反の効果は、損害賠償という救済方法に限定し、他の救済手段に影響を及ぼさない¹¹²。例えば、売主が CISG46 条に基づき買主に対して代金の支払いを請求する場合に、買主は、売主が損害軽減に向けた合理的措置をとらなかったことを理由にして代金の支払いを拒絶できない一方、代金の減額も請求することができない¹¹³。しかし、買主が契約を履行しないことが明らかである場合に、売主が、最初には契約を解除しかつ代替取引をせずに履行請求権を堅持したものの、最終的に契約を解除して損害賠償を請求する際に、買主は、売主が CISG77 条に違反したことを理由に損害賠償の減額を請求することができる¹¹⁴。ウィーン外交会議において、損害軽減義務違反の効果が代価請求権に影響を及ぼすべきであるとのアメリカ提案を否定する際に、アメリカ代表が取り上げた例において損害軽減義務があれば十分であるので、アメリカ提案が必要でないとの意見がある。それによれば、ウィーン外交会議は、履行請求権を排除する損害軽減義務を認めないものの、損害軽減義務を拡大的に解釈する立場をとっていると解することができる¹¹⁵。具体的にいえば、ウィーン外交会議がとる立場は、次のようなものである。（１）債務不履行の場合に、債権者は、契約解除権を有していても、債務者に対して履行を請求でき、契約を解除する義務を負わない。（２）債務の履行を請求する債権者は、債務者が契約の債務を履行しないこと、及び債務不履行によって自己に損失が生ずることを予見できる場合に、CISG77 条に基づき、契約解除とその後の代替品購入や目的物の再売却をすることが、損害軽減のための合理的な措置と考えられる

¹¹⁰ Knapp, *Art. 77 para. 2.10.*, in Bianca/Bonell (eds) 1987, *supra* note 76.

¹¹¹ *Id.* at para. 2.11., 2.12.

¹¹² *Id.* at para. 3.1.

¹¹³ *Id.* at para. 3.2.

¹¹⁴ *Id.* at para. 3.3.

¹¹⁵ *Id.* at para. 3.9.

のである¹¹⁶ (avoidance of the contract and a subsequent resale of the goods or a subsequent cover purchase are, however, considered reasonable measures to mitigate the loss under Article 77 in cases in which the party claiming specific performance was in a position to foresee that the other party would not comply with his obligations under the contract and that a loss would be caused to the injured party as a result of non-performance by the other party)。Knapp 教授は、
（２）の場合に、債権者は契約を解除しかつ代替取引をしなかったことを損害軽減義務の違反であると指摘する¹¹⁷。その理由として、損害軽減のための合理的措置は、債権者が債務者の契約不履行の可能性と債務不履行による生じる損害を予見できる時からできるだけ早く講じられなければならないからである¹¹⁸ (measures directed at mitigating the loss are to be taken as soon as the party to the contract could foresee the danger of breach of the contract by the other party and of his consequent potential loss)。

2 曾野和明・山手正史の見解

曾野和明と山手正史両教授は、「履行請求に対する事実上の制約である損害軽減義務」との観点から検討を行った¹¹⁹。すなわち、物品の引渡しがない場合や買主が契約に従った履行をしなかった場合に、債権者は、原則として履行を請求し続けることができる。また、「ウィーン売買条約は、引渡しがなされない場合の損害賠償額算定につき、契約解除後に代替取引がなされなかった場合には契約代金と解除時における時価との差額を基準としているので、契約目的物の市場価格が上昇している場合（あるいは下落し続けている場合）には、解除時が遅くなればなるほど損害賠償額は増加する。しかしながら、買主は代替取引により他から物品の入手が可能であるにも関わらず履行を請求し続け解除時を遅らせることに利益はない（売主は履行を請求し続け解除時を遅らせることにつき利益はない）。なぜなら、条約は、他方において当事者相互に損害軽減義務を課しているからである¹²⁰。」つまり、債権者は、債務者の「契約違反から生ずる損失を軽減するために、契約を解除して代替取引をすることを含め、その状況下で合理的な措置を取らなければならない、この措置を取らなかった場合には、債務者から損害軽減義務違反による減額を求められることになるからである¹²¹。」

¹¹⁶ *Id.* at para. 3.9.

¹¹⁷ *Id.* at para. 3.10.

¹¹⁸ *Id.* at para. 3.11.

¹¹⁹ 曾野和明＝山手正史『国際売買法』（青林書院・1993年）160-163頁、191-192頁。

¹²⁰ 同上160-161頁、191頁。

¹²¹ 同上191頁。

3 Honnold の見解

まず、ウィーン外交会議においてアメリカ代表としての Honnold は、どのような場合に損害軽減義務が問題となるかについて次のように述べている。すなわち、CISG75 条と 76 条は、「解除後の合理的期間」や「解除時」を損害賠償額算定の基準時として定める。これは、債権者が市価の変動を見て損害を拡大させることを防止することができる。それゆえ、債権者が CISG75 と 76 に基づき損害賠償を請求する場合に、損害軽減義務はほとんど問題とならない。これに対して、債権者が CISG74 条に基づき損害賠償、特に逸失利益損失 (as a consequence of the breach) を請求する場合に、損害軽減義務が、問題となり得る¹²²。Honnold 教授は、次のような 2 つの場合を分けて、買主が履行期の前に履行を拒絶する意思を表明した場合における売主の損害軽減義務を検討した。これは、(1) 転売を目的とする契約 (goods purchased for resale) の場合 (2) 生産のために原料・材料を購入契約 (materials needed for current production) の場合、である。

(1) の場合について、Honnold は、売主は、買主の履行拒絶を承諾して (accept the repudiation) 契約を解除する義務を負わず、売主が主張した損害賠償が減額されるべきではないと主張する¹²³。Honnold は、自分の見解を説明するために次の例 [例 77A] を取り上げた。すなわち、6 月 1 日に、買主 X は、売主 A から 10000 梱の綿を 1 梱にあたり 50 ドルで購入する契約を締結した。それによれば、A は、8 月 1 日に綿を引渡すべきであるとされる。X も A も綿の購入・転売を業とする商人である。綿の市場価格は、6 月 1 日以降下落しつつあり、7 月 1 に 1 梱にあたり 40 ドルになった。7 月 1 日に、X は、A に対して履行を拒絶する意思を表明し、A が早く綿を他に再売却すると請求した。A は、X の請求を拒否した。履行期が到来する日である 8 月 1 日に、綿の市場価格は、1 梱あたり 30 ドルに下落した。X は、綿の受領と代金の支払いを拒絶した。そして、A は、X の債務不履行を理由に契約を解除し、X に対して 2 万ドル (5 万-3 万) を損害賠償として請求した。X は、X が履行を拒絶する意思を表明した 7 月 1 日に、A が損害を軽減するために綿を 1 梱にあたり 40 ドルで再売却すべきであったと抗弁した。Honnold は、[例 77A] において、A が CISG72 条(1)¹²⁴に基づき契約を解除する権利を有するし、A が X の履行拒絶を拒否したことは、不当や不経済なことではないと主張する¹²⁵。なぜなら、綿の市場価格がいつ低に達するかは、誰も知っていないからである¹²⁶。

¹²² JOHN O. HONNOLD 2009, *supra* note 77, at Art. 77 para. 418.

¹²³ *Ibid.* at para. 419.1.

¹²⁴ CISG72 条(1): 当事者の一方は、相手方が重大な契約違反を行うであろうことが契約の履行期日前に明白である場合には、契約の解除の意思表示をすることができる。

¹²⁵ JOHN O. HONNOLD 2009, *supra* note 77, Art. 77, para. 419.1.

¹²⁶ *Ibid.*

これに対して、(2)の場合について、Honold 教授は、買主が生産利益損失の拡大を防ぐために他から代替品を調達する義務を負うべきであると主張する¹²⁷。

次に、Honold 教授は、ウィーン外交会議において自分の提案について、「ウィーン外交会議の最終段階における時間が切迫した状況での議論であることを重視し、基本的考え方で否定されるわけではない」ことを理由に、損害軽減義務違反の効果を売主の代金請求権に拡張すべきであると主張する¹²⁸。Honold は、自分の見解を説明するために次の例 [例 77E] を取り上げた。すなわち、「売主 A が建材用の鉄製桁を買主 X が契約で指定した寸法に切断して引渡すとの売買契約が 6 月 1 日に締結された。7 月 1 日に、売主が作業を開始する前に、買主への注文主が買主との契約を解除してきたので、買主は直ちに売主にこの新たな状況発生について通知し、桁を切断しないように頼んだ。しかし、それにもかかわらず、売主は、契約に定められた仕様に従って桁を切断し買主にその受領を迫ったが、買主はこれを拒絶した。そこで、売主はそれを他へ売却したが、その桁の長さは他の者には利用可能ではなかったからほとんど価値がなかった」¹²⁹。Honold は、[例 77E] において、A が履行を継続することが不必要な浪費を伴うため、CISG77 条が特別法 (lex specialis) として適用され、A の代価 (履行) 請求権が損害軽減義務によって制限されると主張する¹³⁰。

4 Stoll・Gruber の見解

Stoll (Professor of University of Freiburg) と Gruber (Legal Counsel of European Central Bank Frankfurt) 両教授は、損害軽減義務の適用範囲について次のように述べている。すなわち、損害軽減義務違反の効果は、損害賠償という救済方法に限定される。そして、債権者は、損害軽減義務に違反しても、損害賠償以外の救済を請求することができる¹³¹。つまり、ウィーン外交会議において、損害軽減義務違反の効果を履行請求権に及ぼすべきであるとのアメリカ提案は否定された。それゆえに、債権者は、契約を解除して損害賠償を請求すれば債務者にとって負担がより少ない場合でも、債務者に対して履行を請求する権利を有している¹³²。ウィーン売買条約において、債権者が最初は履行請求権を堅持したが、途中で契約を解除して損害賠償を請求する場合でも、債権者の最初の履行請求権への固執は、損害軽減義務違反と評価することができな

¹²⁷ *Id.* at para. 419.2.

¹²⁸ *Id.* at para. 419.3. 曾野和明＝山手正史 (1993 年)・前掲注 119・252 頁。

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Stoll, Gruber, *Art. 77 para. 4, in COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG)* (2nd english ed., Schlechtriem, Schwenzer eds., 2005).

¹³² *Ibid.*

い¹³³ (Generally the promisee's insistence on performance cannot therefore be criticized as a failure to mitigate loss within the meaning of Article 77, even if he subsequently avoids the contract and claims damages)。

5 Schwenzer の見解

Schwenzer (Professor of University of Basle) 教授は、損害軽減義務の適用範囲について次のように述べている。すなわち、CISG77 条の文言から見て、損害軽減義務違反の効果は、損害賠償という救済方法に限定されると言わざるを得ない。しかし、近時の通説によると、CISG77 に定められる損害軽減義務は、他の救済手段に影響を及ぼすべきである、とされる¹³⁴。例えば、債権者が投機的に解除権の行使を遅らせた場合に、債権者の解除権が排除されないものの、債権者が主張した損害賠償は、CISG77 条に基づき減額される可能である¹³⁵。

6 小括

(1) 履行請求権の排除事由としての代替取引義務の否認

以上で明らかなように、損害軽減義務違反の効果が履行請求権に及ばないという考えは、一般的理解である。すなわち、債務不履行の場合に、債権者は、契約を解除しかつ代替取引をすることができるにも関わらずしなかったとしても、債務者に対して履行を請求することができる。言い換えれば、ウィーン売買条約において、履行請求権の排除事由としての代替取引義務は、認められない。

もっとも、製作物供給契約において、売主の履行が注文をキャンセルした買主のみならず、ほかの者にとって無価値であるならば、売主が自分の債務の履行を完了することは、経済的な無駄を生じさせるのである。このような例外の場合に、売主の代価請求権が損害軽減義務によって排除されるか否かに関して、争いがある。例えば、売主は、損害を軽減するため、履行の続行をやめて契約を解除しなければならないか。この問題は代替取引義務と履行請求権との関係という本稿の関心に関わらないため、これについての展開は、省略する。

(2) 履行請求権の間接的制限事由としての代替取引義務の認否

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Schwenzer, *Art. 77 para. 4*, in Schlechtriem, Schwenzer (eds) 2016, *supra* note 73.

¹³⁵ *Ibid.*

債権者が、最初は契約を解除かつ代替取引をせずに履行請求権を堅持したものの、最終的に契約を解除して損害賠償を請求した場合、債権者は、履行請求権に固執したことによって損害を拡大させている。債権者は、債務者に対してこの拡大した損害を請求できるか。言い換えれば、このような場合に、債権者には、損害軽減義務としての「適時解除義務を介在する代替取引義務」を求めることができるか。この問題に対して、学者の見解は、必ずしも一致するとは言えない。また、債権者が「適時解除義務を介在する代替取引義務」を負うべきであると考えても、どのような場合に債権者にこの損害軽減義務を求めることができるかについて、学者の見解は、一致しないように思われる。

例えば、Knapp、曾野和明と山手正史及び Schwenzer 四教授は、債権者の「適時解除義務を介在する代替取引義務」を肯定すると思われる。Knapp 教授は、債権者は、相手方が契約の債務を履行しないこと及び債務不履行によって損失が生ずることを予見できれば、損害を軽減するため契約を解除して代替取引をすべきであると主張する¹³⁶。これに対して、曾野和明と山手正史両教授は、目的物の価格に変動があった場合に、債権者が、履行を請求し続け解除時を遅らせることに利益を有しないし、損害を軽減するために契約を解除して代替取引をとらなければならないと主張する¹³⁷。さらに、Schwenzer 教授は、債権者が投機的に解除権の行使を遅らせる場合に、債権者が主張した損害賠償は CISG77 条に基づき減額される可能であると主張する¹³⁸。

これに対して、債権者の「適時解除義務を介在する代替取引義務」を否定する見解がある。Stoll と Gruber 両教授は、債権者が最初的に履行請求権を堅持したが、途中で契約を解除して損害賠償を請求する場合でも、債権者の最初の履行請求権への固執は損害軽減義務違反と評価することはできないと考える¹³⁹。Honold 教授は、転売を目的とする売買契約において、債務者の履行期前の履行拒絶にたいして、債権者が履行拒絶を承諾して契約を解除する義務を負わないと主張する¹⁴⁰。

以上の検討を経て、次のようなものを明らかにできたと思われる。すなわち、ウィーン売買条約において、損害軽減義務違反の効果が損害賠償額の減額だけであり、これが直接に他の救済手段に影響を及ぼさないとの見解が、通説である。それによれば、債務不履行の場合に、債権者は、契約を解除しかつ代替取引をすることができる場合であっても、債務者に対して履行を請求することができるのである。

¹³⁶ Knapp, *Art. 77 para. 3.9.*, in Bianca/Bonell Commentary (eds) 1987, *supra* note 76.

¹³⁷ 曾野和明＝山手正史(1993年)・前掲注119・160-161頁、191頁。

¹³⁸ Schwenzer, *Art. 77, para. 4*, in Schlechtriem, Schwenzer (eds) 2016, *supra* note 73.

¹³⁹ Stoll, Gruber, *Art. 77, para. 4*, in Schlechtriem, Schwenzer (eds) 2005, *supra* note 131.

¹⁴⁰ JOHN O. HONOLD 2009, *supra* note 77, at Art. 77, para. 419.1.

しかし、CISG77 条の適用範囲を拡大的に解釈して、損害軽減義務違反の効果が他の救済手段に間接的な影響を及ぼすべきである見解も、見受けられる。すなわち、債権者は、合理的な代替取引をできる状態において、適時に契約を解除しかつ代替取引をすることに代わって、履行請求権に固執したことにより損害を拡大させる。このような場合に、債権者が履行請求権に固執した行為は、損害軽減義務違反と評価されることができると。それゆえ、債権者が主張した損害賠償は、CISG77 条によって減額されるのである。

第4款 裁判例

2016 年まで、CISG77 条に基づき、債権者の「適時解除義務を介在する代替取引義務」を肯定した裁判例が 1 件だけ見られる¹⁴¹。これは、以下のように規定する。

「I 1」時計売買契約案¹⁴²

【事実】

ウクライナの商人である X（原告）は、スイスの売主 Y（被告）から時計を購入する契約を締結した。本件契約締結後、Y は、ウクライナの A と独占的販売店契約を締結した（以下で「契約 1」と呼ぶ）。「契約 1」締結後、Y は、X に対して時計の引き渡しを停止した。それ以降、X は、本件契約の価格より高い値段で自分のライバルとしての A から時計を購入せざるを得ない。

2005 年 3 月 23 日付の通知において、X は、本件契約に基づき Y が遅くとも 2005 年 4 月 8 日に時計を引き渡さなければならず、時計の引渡しがない場合に X が本件契約を解除して損害賠償を請求する旨の意思を Y に告げた。

2005 年 9 月 22 日に、X は、Y を被告としてスイス州裁判所（Cantonal Court of Neuchâtel）に対して訴訟を提起し、本件契約の価格と転売契約の価格との差額を損害賠償として請求した。2009 年 7 月に、州裁判所は、X の請求を棄却した。その理由としては、X が転売契約の価格を証明できないため、損害賠償額は、確認されることはできない。また、州裁判所は、X が損害を軽減するためにウクライナにいる他の時計小売業者から時計を購入しなければならないと認定した。

¹⁴¹ UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2016 Edition) 356.
http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf

¹⁴² Switzerland, 17 December 2009, Case NO. 4A_440/2009, Supreme Court,
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091217sl.html>

X は、スイス連邦最高裁判所（Bundesgericht）に対して上告し、本件契約の価格と転売契約の価格との差額を損害賠償として請求した。

【判旨】

スイス連邦最高裁判所は、X が主張した損害賠償請求に対して、次のように述べている。すなわち、CISG30 条によれば、Y は、X に時計を引渡ししなければならない、とされる。Y が時計の引渡しをしないため、X は、Y に対して損害賠償を請求することができる。しかし、X が転売契約の存在を証明できないため、本件契約の価格と転売契約との差額としての損害賠償請求は、認められない。

なお、CISG77 条によれば、物の引渡しがないときに、買主は、代替取引をすることが合理的に可能であれば、代替品を購入しなければならない、とされる。このような場合に、買主は、CISG75 条に基づき、当初契約の価格と代替取引の価格との差額を損害賠償として請求することができる。買主が代替取引をすることが合理的に可能であるのにしなかった場合に、代替取引をすれば軽減されるべきであった損害額は、損害賠償の額から控除される。それゆえ、本件において、X に認められる損害賠償額は、本件契約の価格と転売契約の価格との差額ではなく、むしろ本件契約の価格と行われるべきであった代替取引の価格との差額である。州裁判所が X による損害賠償請求を棄却したことは、CISG74 条と 77 条に反したということである。スイス連邦最高裁判所は、X の損害賠償請求の一部を認め、一部を原審に差し戻す。

【コメント】

本件は、買主 X が填補賠償（本件契約と転売契約との差額）を請求した事案である。スイス連邦最高裁判所は、引渡しがない場合に、X が「適時解除義務を介在する代替取引義務」を負うべきであると認定した。X が代替取引をすることが合理的に可能であるのにしなかった場合に、本件契約の価格と行われるべきであった代替取引の価格との差額は、X の損害賠償額として認められる。

第3節 本章のまとめ

第1款 債権者の投機可能性の存在

本章第2節では、ウィーン売買条約における履行請求権、解除制度および損害賠償額算定の基準時を紹介してきた。結論として、ウィーン売買条約は、履行請求権の排除事

由としての代替取引義務を認めない。また、ウィーン売買条約において、債権者は、履行を請求し続け解除権の行使を遅らせるという投機的行為をとることができる。

1 履行請求権の否認

ウィーン売買条約の前身であるハーグ統一売買法は、履行請求権に対して、まず、大陸法の立場をとって履行請求権の承認を出発点とし、次に、英米法の状況を考慮して代替取引義務を履行請求権の排除事由として認める。すなわち、ULIS25 条と 61(2)によれば、履行期到来後の契約違反に際して、債権者は、代替取引（買主の代替品購入や売主の再売却）が慣行に適合しかつ合理的に可能である場合に、債務者に対して履行を請求する権利を有しない、とされていた。この場合に、契約は、かかる代替取引がなされるべきである時から自動的に解除される。

これに対して、UNCITRAL 作業部会は、ハーグ統一売買法をベースにしてウィーン売買条約を起草した時に、履行請求権に対して、*pacta sunt servanda* に基づいて大陸法の立場をとっており、債権者が債務者に対して履行を請求する権利を有することを承認する。また、ウィーン外交会議において、履行請求権が代替取引の可能性によって排除されるというアメリカ提案は、採用されなかった。すなわち、CISG28 条に基づき、債権者が代替取引をできるのに履行を請求する場合に、債権者による履行請求権が認められるか否かは、参加国の国内法によって取り扱われる問題である。

2 解除権の行使-「債権者の意思表示による解除」

ハーグ統一売買法は、ULIS26 条(1)と 62 条(1)において、債務者が履行を遅滞した場合に、債権者が合理的期間内に履行を請求するかあるいは契約を解除するかについての決定を債務者に通知しないと、契約が自動的に解除されると規定している。ハーグ統一売買法に採用された「事実の存在自体による解除 (*ipso facto avoidance*)」は、債権者による投機可能性を排除するため設けられるものである。

これに対して、ウィーン売買条約の起草者は、「*ipso facto avoidance*」と結びつく「重大な契約違反」・「合理的期間内」という概念自体にある曖昧さ、債権者利益の保護の要請、他の条文による債権者の投機可能性の防止の可能性を理由に、「*ipso facto avoidance*」を放棄して債権者の意思表示による解除制度を採用する。

3 損害賠償算定の基準時としての「解除時」

1978 年草案 72 条 (CISG76 条) は、契約が解除された後、代替取引がされない場合に、「解除権発生時」を損害賠償額算定の基準時として定める。ウィーン外交会議において、「契約の解除の意思表示をする権利を有するにたった時点（解除権発生時）」が現実確定しにくいとの意見があるので、結局「解除時」に改めるとされていた。

以上の検討を経て、売買契約において、債務者が履行を遅滞（又は拒絶）した場合に、債権者は、市価の変動を見て解除権の行使を遅らせる投機的行為をとることができると言わざるを得ない。

第2款 履行請求権の間接的制限事由としての代替取引義務の承認可能性

債権者は、合理的な代替取引をできる状態において、適時に契約を解除しかつ代替取引をすることに代わって、履行請求権に固執したことにより損害を拡大させる。このような場合に、債権者が履行請求権に固執した行為が損害軽減義務違反と評価され、債権者が主張した損害賠償は、CISG77条によって減額されることができ得るであろうか。

この問題は、CISG において正面から規定する条文が存在しない。学者の見解において、Knapp、曾野和明と山手正史及びSchwenzer 四教授は、債権者の「適時解除義務を介在する代替取引義務」を肯定する立場を示している。

しかし、CISG の立法経緯から見て、債権者による投機可能性という問題の解決が、正面から条文を規定することではなく、損害軽減義務の適用に委ねる方向は、示されていると思われる。その理由は、以下のものである。

第1に、「1977 “Sales” Draft」では、買主の履行請求権について、買主が、代替品を購入することが合理的に可能である場合には売主に対して履行を請求する権利を有しないという提案が提出された。この提案に対して、「売主の利益の保護は、買主に債務不履行により生じた損害を軽減する義務を負わせることで十分である¹⁴³」ことを一つの理由として否定する見解がある。結局、この提案は、採用されなかった。

第2に、1971年12月9日付のUNCITRAL事務局による報告書において、ULISにおける「ipso facto avoidance」の採否を検討する際に、「ipso facto avoidance」という制度の意義が債権者による投機可能性の排除にあるとし、債権者による投機可能性が「ipso facto avoidance」によって排除されるより、むしろ「直接的な解決、すなわち、投機的な遅延があった場合に履行請求を拒絶するということや、あるいは損害賠償請求に際して、損害の拡大分を加えることを拒絶する条項が置かれるべき」との反対意見がある¹⁴⁴。

第3に、1978年草案72条（CISG76条）の修正過程から見て、参加国の代表は、主に「解除権発生時を基準としたのは、いつ解除権が発生したのかをめぐる紛争が生じてしまうことや解除権行使を促してしまう」¹⁴⁵ことへの懸念から、基準時を「解除時」に改

¹⁴³ Doc. B (1); YB vol.VIII 42, A/32/17, Annex I; Docy. Hist. 335.

¹⁴⁴ 吉川吉樹（2010年）・前掲注9・160頁；III YB 49, Docy. Hist. 91.

¹⁴⁵ 吉川吉樹（訳）曾野裕夫（補訳）（2015年）・前掲注54・254頁参照。

めると提案し、債権者の投機行為の防止まで否定するわけではないということが出来る。また、Norway の代表は、「通知を受けた買主は、73 条（[CISG77 条]）に従い、損害軽減のため合理的措置をとる義務を負うので、市価の変動を見て解除権を行使する投機的行為によって利益を得られないのである（After being so informed the buyer should under article 73 have the duty to mitigate the loss by taking appropriate measures, and would consequently have nothing to gain by speculating in price movements thereafter）。それゆえに、引渡しがない場合に、契約の解除の意思表示をする権利を有するにいたった時より、むしろ解除時を損害賠償額の基準時とするのは、合理的であるように思われる¹⁴⁶」と指摘する。

第 4 に、UNCITRAL 事務局は、1978 年草案 73 条（CISG77 条）を解釈する時に、目的物の価格が上昇する状態において、売主の履行期前の履行拒絶を受けた買主が、履行期の到来を待つことなく、損害を軽減するために拒絶を受けた後合理的期間内に代替品を購入しなければならないと考える。すなわち、事務局は、買主が「適時解除義務を介在する代替取引義務」を負うべきであると認定する。UNCITRAL 事務局が作成した 1978 年草案の注釈は、ウィーン売買条約に関して正式な注釈（official commentary）ではないが、「CISG の立案担当者の考えを知るための重要な資料として位置付けられる」¹⁴⁷ものであるため、参考になる価値があると思われる。

第 5 に、1980 年外交会議において、1978 年草案 73 条（CISG77 条）に対して、アメリカ代表 Honnold は、損害軽減義務違反の効果が損害賠償という救済方法だけではなく、代価請求権や代価減額権に影響を及ぼすべきであると提案した。この提案によれば、債権者は、損害軽減義務に違反した場合に、債務者に対して履行を請求することができない、とされる。アメリカ提案は、最終的に採用されなかった。それゆえに、ウィーン売買条約において、損害軽減義務違反の効果は、損害賠償の減額だけである。

これに対して、債権者に「適時解除義務を介在する代替取引義務」を課すことは、損害賠償の減額という結果のみ導けるのである。このような損害軽減義務を認める場合に、損害軽減義務違反の効果は、他の救済手段に間接的な影響を及ぼすと思われる。この考え方は、1980 年外交会議で否定されるわけではない。

以上の検討を経て、ウィーン売買条約において、債権者の「適時解除義務を介在する代替取引義務」（履行請求権の間接的制限事由としての代替取引義務）は、認められるべきであると思われる。

（表 I-1）

¹⁴⁶ Doc. C (7); O.R. 222; Docy. Hist. 757.

¹⁴⁷ 吉川吉樹（訳）曾野裕夫（補訳）（2015 年）・前掲注 54・はしがき参照。

PICC 第 7.2.1 条（金銭債務の履行）

金銭の支払義務を負う債務者が、これを履行しないときには、債権者は支払を請求することができる。

PICC 第 7.2.2 条（非金銭債務の履行）

金銭の支払い以外の債務を負う債務者がそれを履行しないときには、債権者その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が、費用のかかるものであるとき
- (c) 債権者が、他から履行を得ることが合理的にみて可能であるとき
- (d) 履行が、当該債権者のみがなしうる性格のものであるとき
- (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

PECL 9:101 条（金銭債務）

- (1) 債権者は、履行期が到来した金銭の支払を請求する権利を有する。
- (2) 債権者が自らの債務をいまだ履行しておらず、かつ、債務者に履行を受領するいしのないことが明らかなきときであっても、債権者は、自らの履行をして、その契約に基づく金銭の支払い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場合には、この限りではない。

- (a) 債権者が、過分の努力または費用を要することなく、合理的な代替取引をすることができたであろう場合
- (b) 債権者が自らの債務を履行することが不合理であるような事情が存在する場合

PECL 9:102 条（非金銭債務）

- (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、他から履行を得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。

DCFR III.-3:301 条

- (1) 債権者は、履行期が到来した金銭の支払を請求する権利を有する。
- (2) 債権者が自らの債務をいまだ履行しておらず、かつ、債務者に履行を受領する
いしのないことが明らかなきときであっても、債権者は、自らの履行をして、その契約
に基づく金銭の支払い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
する場合には、この限りではない。

(a) 債権者が、過分の努力または費用を要することなく、合理的な代替取引を
することができたであろう場合

(b) 債権者が自らの債務を履行することが不合理であるような事情が存在する
場合

DCFR III.-3:302 条(5)

債権者が、過分の努力又は費用を要することなく合理的な代替取引をすることがで
きた状況において、履行を強制する権利を不合理に行使したことにより、損害額又は
予定賠償金の支払額が増加したときは、債権者は、当該増加額の限度で、損害賠償又
は予定賠償金の支払を請求することができる。

CESL 第 132 条（買主の債務に関する履行の請求）

1. 売主は、弁済期が到来した時に代金の支払を受ける権利、および買主によって
引き受けられた他のあらゆる債務の履行を求める権利を有する。

2. 買主が物品またはデジタルコンテンツをいまだ引き取っておらず、かつ買主に
履行を受けるいしがないことが明らかであるときは、売主は、それでもなお買主に引
渡しを受けることを求め、代金の支払を求めることができる。ただし、売主が著しい
努力または費用なしに合理的な代替取引を行うことができたときは、この限りでな
い。

第2章 中国法

第1節 序

前節では、国際取引法・ヨーロッパ私法において、損害軽減義務と履行請求権との関係を検討してきた。

本章では、国際取引法の影響を受けた中国法では、損害軽減義務と履行請求権との関係、すなわち、損害軽減義務が履行請求権にどのような制限を与えるかを明らかにする。第2節では、1999年統一契約法制定以前の法規定を紹介する。第3節では、履行請求権（継続履行責任）、損害軽減義務に関する現行法を紹介する。第4節では、履行請求権（継続履行責任）、損害軽減義務に関する学説の展開を検討する。第5節では、裁判実務における、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務の認否と判断要素の解明を試みる。第6節では、本章の内容をまとめる。

第2節 1999年統一契約法制定以前の法規定

1999年統一契約法が制定される前、民事・取引関係は、主に次の四つの法律で規律されていた。すなわち、これは、1981年の経済契約法、1985年の涉外経済契約法、1986年の民法通則、および1987年の技術契約法である。本節では、本稿のテーマと関係ある限りにおいて、立法の時間軸に照らして、前三者の法律を紹介することにしよう。

第1款 「経済契約法」（1981）

1950年9月27日に公布された「機関、国营企業、合作社契約締結の暫定方法」は、中華人民共和国において、契約法規に関する初めての立法である。その後30年にわたり、中国社会における取引関係は、このように個々の特定規定によって規律されていたのである¹⁴⁸。

1978年からの「改革・開放」政策は、中国社会に大きな影響をもたらし、深刻な社会変革を起こしたのである。それゆえ、社会変容とともに、取引関係を統一的に調整する法律も要請されていた。1981年に公布された「経済契約法」は、現代中国法における最初の契約法として位置付けられていた¹⁴⁹。また、この旧来の計画経済的要素を内包する「経済契約法」は、1993年に大幅に改正された¹⁵⁰。

¹⁴⁸ 柴振国「合同實際履行原則之我見-兼与梁慧星同志商榷」法学研究（1988年）66頁。

¹⁴⁹ 小口彦太・木間正道・田中信行・國谷知史『中国法入門』（三省堂・1991年）151頁。

¹⁵⁰ 小口彦太・田中信行『現代中国法』（成文堂・2004年）164頁。

第1項 法律規定

履行請求権、解除権及び違約責任に関する規定

6 条

経済契約は、法により成立するときは、法律上の拘束力を有する。当事者は、契約の義務を全面的に履行しなければならない。当事者のいずれの一方は、一方的に契約を変更、解除してはならない。

27 条

次のいずれにも該当する場合に、経済契約の変更や解除は許される。（一）当事者が合意によってそれを同意し、しかもその（変更や解除）は国家の利益に損失をもたらさかつ国家計画の施行に影響を及ぼしてはならない場合；（二）経済契約の締結に依拠した国家計画は変更または取消された場合；（三）当事者の一方が操業停止、休業、生産計画変更によって確かに経済契約を履行することができない場合；（四）経済契約は、不可抗力や当事者一方の責に帰すべきではないにもかかわらず防止できない事由によって履行されることができなくなる場合；（五）経済契約の履行は、当事者の一方が違約したことによって不必要になった場合、である。

35 条

当事者の一方が経済契約を違反した場合に、相手方に違約金を支払わなければならない。契約違反によって相手方に生じた損失が違約金より高い場合に、違約者は、さらに債権者に損害賠償をし、その違約金の不足の部分を賠償しなければならない。債権者が履行を請求するときに、違約者は、契約を継続して履行しなければならない。

過失相殺（損害軽減義務）に関する規定

32 条

1 項 一方当事者の過失によって経済契約の履行ができなくなり、あるいは完全な履行ができなくなる場合に、過失がある当事者は、違約責任を負わなければならない。当事者双方に過失がある場合に、実際の状況に照らして、各当事者は、契約違反に対して相応しい違約責任を負わなければならない。

39 条 建設工事請負契約違反責任

2 項 発注者の責任

2 号（発注者は）、工事停止、工期延長の場合に、損失の填補や減少する措置をとらなければならない。

46 条 財産保険契約違反責任

2 項 契約者は、保険された財産が危険な状況に陥ったことを知っている場合に、（危険）を解消するための措置を取らないとすれば、それによって引き起こされた損失を自分で負担しなければならない。保険会社は、賠償責任を負わない。

第 2 項 法規定の立場

「中華人民共和国経済契約法（草案）」に関する説明において、顧明氏（全国人民代表大会常務委員会法制委員会副主任）は、違約責任について次のように述べている。。すなわち、「違約責任は、原則として違約者が負担すべきである。経済契約が一方当事者の過失によって（完全）履行できなくなる場合に、過失がある当事者は、違約責任を負担するのである。違約者は、非違約者に対して違約金を支払うべきであるし、（約定された違約金をもたらされた損失よりも低い場合には）さらに債権者に対してその不足の部分を賠償しなければならない。債権者が履行を求める場合に、違約者は、契約を履行しなければならない、違約金をもって履行に代えることはできない。このような規定は、国家計画の実現を確保するために定められるものである。中国においては国家計画に基づき締結される契約が多いため、契約の不履行は国家計画の実現に悪影響を及ぼさるのである。したがって、このような〔実物履行原則〕¹⁵¹は、社会主義経済契約法を資本主義経済契約と区別する場合における重要な特徴である。」

¹⁵¹ 中国語は「実物履行原則」で表す。以下では同様である。ここでの「実物履行原則」は、日本語だと「現物履行原則」という意味に相当する。

第3項 最高人民法院による経済契約法の貫徹執行の若干問題に関する意見（1984年9月17日公布、2000年7月13日失効）

最高人民法院「経済契約法の貫徹執行の若干問題に関する意見」（以下では「経契法意見」という）は、履行の原則性を認めていたのである。以下では、経契法意見の違約責任の部分に照らしてその内容を見ておこう。

経契法意見

2条 経済契約に違反する責任に関する問題

1項 経済契約違反責任の確定

経済契約の事実関係を解明した後、経済契約法32条（1）に基づき各当事者の違約責任を確定することは、紛争解決の基礎となるものである。違約責任を確定する際に、次の二つの状況を区別しなければならない。一つは、契約違反によって相手方に損失が生じない場合に、違約者は、相手方に対して違約金を支払えばよい。もう一つは、契約違反によって相手方に生じた損失が違約金より高い、あるいは契約において違約金が約定されない場合に、違約者は、相手方に対して賠償金を支払わなければならない。前者の場合に、（違約者）に過失と違約行為があれば、（違約者の）違約責任は確定されることができる。後者の場合に、次の四つの要素を考えて（違約責任）を確定する。1、債務不履行や不完全履行の行為があること；2、財産上の損失の事実。すなわち、これは、債務不履行や不完全履行によって引き起こされた損失である。また、損失の算定について、その根拠は、あるべきものである。3、過失の存在。当事者による債務不履行や不完全履行は、（自ら）の故意や過失によって起こされたものである。4、行為と損失の間に因果関係がある。

いずれの場合においても、かかる法律、政策に基づき各当事者の責任の大きさ、それが全責任であるか一部の責任であるか、主な責任であるかそうでないかを明確しなければならない。

4項 経済責任が処理された後の契約の履行についての問題

違約者に経済責任を負わせるときに、違約金や賠償金の支払いは、そのうち最も主要な役割を担っているものである。ただし、違約金や賠償金の支払いは、現物履行（給付）や役務の履行に代わりうるものではない。経済合同法35条によれば、債権者が履行を請求するときに、違約者は、契約を継続して履行しなければならない。契約を履行できるにもかかわらず故意的に違約した債務者に対して、この条項はより厳格的に適用されるべきである。

第4項 学説

1 履行に関する見解

(1) 「實際履行原則」¹⁵²を肯定する見解

黄欣氏は、経済契約の履行に関する原則¹⁵³の一つである實際履行原則が次のものであると指摘した。すなわち、契約当事者は、契約が約定した目的物をもって債務を履行しなければならない。また、他の目的物をもって代えることができず、違約金と損害賠償をもって代えることもできない。また、債権者は、債務の履行ができない場合を除く、實際履行を請求しなければならない¹⁵⁴。また、黄欣氏は、経済契約の履行は当事者がお互いに負担する義務だけではなく、当事者双方が国家や社会に対して負担する義務であると主張する¹⁵⁵。経済契約法 35 条について、黄欣氏は、その中に定められた履行は、違約金や賠償金と異なり、それが実質的に変更された履行期限において完成する履行であると述べた¹⁵⁶。

王衛国氏は、社会主義計画経済と資本主義市場経済との区別に端を発して、債務の實際履行が中国社会主義契約法において基本原則として捉えられるものであり、強制履行が契約法における最も主要な救済方法であると主張する¹⁵⁷。また、王衛国氏は、次の 6 つの場合に、強制實際履行が適用されるべきではなく、あるいは制限されるべきである¹⁵⁸。第一に、客観的にみて契約の實際履行は無意味であり、あるいは不可能である（「指令性契約」変更や行政命令によって引き起こされる履行不能も含まれる）場合；第二に、強制履行が、経済的不合理的結果をもたらす場合；第三に、強制履行に、莫大な時間がかかる場合；第四に、履行の瑕疵について、瑕疵修補、代品給付、代金減少といった方法が適用され得ない場合；第五に、債務に、人格的要素を含む場合；第六に、契約の目的物が市場において供給が需要を超えるものであり、売主が債務の履行をしない場合、である。

(2) 「實際履行原則」を否定する見解

¹⁵² 中国語で「實際履行原則」と表す。これは、英語だと「Principle of Actual Performance」という意味である。梁慧星氏の論文「關於實際履行原則的研究」（法学研究 1988（2））のタイトルの英語訳文 - *A Study of Principle of Actual Performance* - を参照。In REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 41 note 6 (Mindy Chen-Wishart, Alexander Loke, Burton Ong eds., 2016).

¹⁵³ これは、實際履行原則、全面履行原則、協力履行原則及び経済的履行原則という四つの原則である。黄欣「關於經濟合同的履行問題」政法論壇（1982 年）58 頁以下。

¹⁵⁴ 黄欣（1982 年）・前掲注 153・58 頁。

¹⁵⁵ 同上 55-56 頁。

¹⁵⁶ 同上 58 頁。

¹⁵⁷ 王衛国「論合同的強制實際履行」法学研究（1984 年）46 頁。

¹⁵⁸ 同上 49 頁。

実際履行原則が指令性計画経済制度を根拠とするものであると考える梁慧星氏は、経済契約が指令性計画に基づき締結され指令計画の実現を確保する機能を有するため、経済契約関係は民法の外観を呈するにすぎず行政法律関係に過ぎないと指摘する¹⁵⁹。また、梁慧星氏は、実際履行原則は社会主義国が国家計画及び人民の基本生活需要を保障するため、商品供給の不足という問題を扱う時に使われる法律手段であるという¹⁶⁰。

旧ソ連民法を検討する上で契約当事者双方とも実際履行原則に拘束されると指摘する梁慧星氏は、契約当事者が、契約を実際に履行する義務を負う一方、国家に対しても義務を負うとし、そのため、契約当事者が、一方的に契約を変更や解除することができないだけでなく、合意によっても契約を変更や解除することができないと述べた¹⁶¹。また、梁慧星氏は、中国法が実際履行原則を採用しないと主張し、経済契約法 35 条及び民法通則 111 条は債務不履行の場合に債権者が履行と他の救済手段（例えば、損害賠償）を選択する権利を定めたものであるという¹⁶²。

王家福氏は、梁慧星氏の見解を支持し、実際履行原則が計画経済制度を反映する法原則に過ぎないと主張し、経済制度改革を進める中国法は実際履行原則を採用していないという¹⁶³。

2 損害軽減義務に関する見解

黄欣氏は、当事者の一方が契約を違反した場合に、債権者が協力履行原則によって損害を防止・減少しなければならないと主張する¹⁶⁴。

王家福氏は、債権者が債務不履行のことを知っている時に債務不履行によって生じた損失を減少するため適時に有効な措置をとらなければならないとし、債権者が自らの過失によって損害を拡大した場合に、その拡大した損害を自分で負担すべきであると主張する¹⁶⁵。

第5項 小括

以上から明らかなように、1981年に公布された経済契約法は、計画経済の性格を持つとし、債務不履行の場合に債権者による履行請求を重視すると解することができる。これは、国家計画に基づき結ばれた契約における債務者は、債権者だけではなく国家に対しても責任を負うからである。

¹⁵⁹ 梁慧星「關於實際履行原則的研究」法学研究（1987年）70頁。

¹⁶⁰ 同上72頁。

¹⁶¹ 同上69頁。

¹⁶² 同上77-78頁。

¹⁶³ 王家福『経済法要義』（中国財政経済出版社・1988年）180頁。

¹⁶⁴ 黄欣（1982年）・前掲注153・60頁。

¹⁶⁵ 王家福（1988年）・前掲注163・185頁。

それに加えて、債権者も自らの履行義務に拘束されと考えられる。梁慧星氏、王家福氏は、中国法が実際履行原則を採用せず、債権者が債務不履行の場合に救済手段についての選択権を有すると主張した。ただし、経済契約法 35 条によれば、債権者は、契約が履行不能となる場合や契約の履行が違約によって必要にならない場合のみ、契約を解除することができる。すなわち、債権者は、履行不能または履行不能と同視されうる場合にのみ契約を解除することができるのである。他面で、債務不履行の場合に、債権者は、直ちに填補賠償を請求する権利を有しないというものである。したがって、債務不履行の場合に、債権者が履行と損害賠償を選択する権利を有することは言いにくいと考えられる。

また、経済契約法 35 条は、履行請求権の限界も定めていた。35 条によれば、履行不能の場合や経済契約の締結に依拠した国家計画が変更ないし取消しされた場合に、契約は解除（変更）されることができるとされる。

注意に値するのは、35 条 3 項は、当事者の一方が操業停止、休業、生産計画変更によって確かに経済契約を履行することができない場合に、契約が解除されることができると定めていたのである。この場合に、債務者に解除権を与えるか否について、資料が少ないため、まだ不明である。このような定めは、計画経済制度のもとで、債務者が自ら履行できないときに市場において目的物を調達できないという現実を照らして設けられたと考えられうる。

以上のような検討を経て、中国法は、日本法におけるような「履行請求権の原則性」を論理的に承認しなかったにもかかわらず、計画経済制度を根拠として実質的に「履行請求権の原則性」を認めていたのである。それによれば、経済契約において、債権者が履行請求権を行使することが自らの損害軽減義務に違反すると評されることは言いにくいと考えられる。

第 2 款 「涉外経済契約法¹⁶⁶」（1985）

1985 年の「涉外経済契約法」（以下では「涉外契約法」という）は、履行請求権の位置付けについて「経済契約法」と異なる姿勢をとっていた。すなわち、涉外契約法は、履行をそれほど重視しないと考えられる。また、涉外経済契約法は、損害軽減義務を明確に定めていた。以下では、涉外契約法におけるかかる法律規定を見ておこう。

1 法律規定

¹⁶⁶ 18 条、22 条の日本語への翻訳は、王家福（執筆）北尻得五郎・佐々木静子（監修）塩田親文（編）『現代中国涉外取引法論』（法律文化社・1990 年）84-85 頁参照。

履行請求権に関する規定

16 条

契約法は、法により成立するときは、法律上の効力を有する。当事者は、契約の義務を履行しなければならない、相手方の承諾を得ることなしに契約を一方的に変更、解除してはならない。

18 条

当事者の一方が契約を履行しない場合、または契約上の義務の履行が約定の条件に適合せず、契約に違反している場合に、相手方は、損害賠償を請求し、またはその他の合理的な救済措置を取ることができる。その他の合理的な救済措置をとっても、相手方の受けた損害が完全に填補されない場合には、相手方は、さらに損害賠償の請求権を有する。

過失相殺・損害軽減義務に関する規定

21 条

当事者双方とも契約に違反している場合に、各自が負うべき責任を負わなければならない。

22 条

当事者の一方が、相手方の契約違反によって損害を受けた場合には、速やかに損害の拡大を防止する措置をとらなければならない。速やかに適切な措置をとらずに損害を拡大させた場合には、拡大した損害についての賠償を請求する権利を有しない。

2 小括

涉外経済契約法は、「実際履行原則」を採用しない。王家福氏は、涉外経済契約法において、損害賠償（金銭賠償）が、違約責任の基本形態として位置付けられていたと言う¹⁶⁷。すなわち、債務不履行を被った債権者は、履行請求権と填補賠償請求権のいずれを選択する権利を有している。

第3款 「民法通則¹⁶⁸」（1986）

¹⁶⁷ 同上 84 頁；王家福（主編）『経済法要義』（中国財政経済出版社・1988 年）652 頁。

¹⁶⁸ 日本語への翻訳は、小川竹一・國谷知史・田中信行・通山昭治（共訳）「中華人民共和国民法通則草案・中華人民共和国民法通則」法律時報 58 巻 9 号（1986 年）70 頁以下。

経済契約法、涉外経済契約法などの民事関係を規律する単行法が制定されたあと、1986年に民事法規の基本法としての位置を占める民法通則が公布された¹⁶⁹。民法通則は、違約責任法において履行請求権を損害賠償とともに救済手段として定めている¹⁷⁰。また、民法通則は、涉外経済契約法と同じく、債権者が契約違反に寄与した場合と債権者が損害の拡大に寄与した場合を分けて過失相殺と損害拡大の防止を定めていた。

84 条

債権・債務とは、契約の約定に従うか、または法の定めに従って、当事者の間に生じた特定の権利および義務関係である。権利を享有する者が債権者であり、義務を負担する者が債務者である。

111 条

当事者の一方が契約義務を履行せずまたは契約義務の履行が約定の条件に適合しない場合に、相手方は、履行を請求し、または補完措置をとることを請求する権利を持ち、損失の賠償を請求する権利を持つ。

113 条

当事者双方とも契約に違反している場合は、各自が負うべき民事責任を別個に負わなければならない。

114 条

当事者の一方が相手方の契約違反による損害を受けた場合、直ちに損失の拡大を防止する措置を取らなければならない、直ちにこの措置をとらなかったときは、拡大した損失の賠償を請求する権利を持たない。

第4款 改正後の「経済契約法」（1993）

計画経済から市場経済に転換したのがきっかけに、経済契約法は、1993年に大幅に修正された。また、旧経済契約法には民法通則と抵触する部分があるため、この抵触する部分について新経済契約法は、民法通則に沿う方向で修正されていた¹⁷¹。

新経済契約法では、履行請求権の位置付けや損害軽減義務に関する規定は、あまり変わっていなかったのである。

¹⁶⁹ 同上。

¹⁷⁰ 『中華人民共和国民法通則-配套規定（注解版）1』（法律出版社・2009年）152頁。

¹⁷¹ 小口彦太・田中信行（2004年）・前掲注150・165頁。

履行請求権に関する規定

6 条

経済契約は、法により成立するときは、法律上の拘束力を有する。当事者は、契約の義務を全面的に履行しなければならない。当事者のいずれの一方は、一方的に契約を変更、解除してはならない。

31 条

当事者の一方が経済契約を違反した場合に、相手方に違約金を支払わなければならない。契約違反によって相手方に生じた損失が違約金より高い場合に、違約者は、さらに債権者に損害賠償をし、その違約金の不足の部分を賠償しなければならない。債権者が履行を請求するときに、違約者は、契約を継続して履行しなければならない。

過失相殺・損害軽減義務に関する規定

29 条

1 項 一方当事者の過失によって経済契約の履行ができなくなり、あるいは完全な履行ができなくなる場合に、過失がある当事者は、違約責任を負わなければならない。当事者双方に過失がある場合に、実際の状況に照らして、各当事者は、契約違反に対して相応しい違約責任を負わなければならない。

34 条 契約工事請負契約における責任

2 項 発注者の責任

2 号（発注者は）、工事停止、工期延長の場合に、損失の填補や減少する措置をとらなければならない。

41 条 財産保険契約違反責任

2 項 契約者は、保険された財産が危険な状況に陥ったことを知っている場合に、（危険）を解消するための措置を取らないとすれば、それによって引き起こされた損失を自分で負担しなければならない。保険会社は、賠償責任を負わない。

第 5 款 1999 年統一契約法の草案

1990 年代に入ってから、経済改革とともに、裁判実務において新たな問題が登場してきた。例えば、「融資租賃」¹⁷²、外国貿易の代理や不動産取引の仲介といった問題で

¹⁷² 中国語で「融資租賃」と表す。これは、日本語だと「ファイナンスリース」という意味に相当する。

ある¹⁷³。また、経済契約法、涉外経済契約法及び技術契約法の内部において、矛盾する規定が存在することとなった。例えば、旧経済契約法から削除された 27 条（五）という規定は、技術契約法においてまだ残っているのである¹⁷⁴。上記の問題を背景にして、1993 年以降、統一契約法の制定が大きな課題になった。

1994 年 1 月に契約法起草会議が北京で行われており、同年 11 月に「中華人民共和国契約法立法方案」（以下で「立法方案」という）が可決された¹⁷⁵。また、1995 年 1 月に、梁慧星氏、張広興氏及び傅静坤氏によって、「中華人民共和国合同法草案（建議稿）」（以下で「第 1 稿」という）がまとめられた。その後、1995 年 10 月の第 2 稿、1996 年 6 月の第 3 稿及び 1998 年 9 月の統一契約法草案が、次々と作成された。

統一契約法の立法資料が非公開のものが多いため、以下では入手できる権威ある資料に限り、本稿と関係ある規定を次の表¹⁷⁶で紹介することにしよう。

¹⁷³ 王勝明「關於合同法的立法背景、指導思想及適用範圍」科技与法律 1999 年（01 期）15 頁以下。

¹⁷⁴ 小口彦太・田中信行（2004 年）・前掲注 150・165 頁。

¹⁷⁵ 梁 慧 星 「 『 中 華 人 民 共 和 国 合 同 法 』 立 法 方 案 」
<https://wenku.baidu.com/view/581a9ef9770bf78a65295444.html> 最終アクセス日 2017 年 11 月 22 日。

¹⁷⁶ 梁慧星「關於中国統一合同法草案第三稿」<http://www.docin.com/p-374761469.html> による 最終アクセス日 2017 年 11 月 22 日。

立法方案（1994）	第1稿（1995）	第3稿（1996）	統一契約法草案（1998）
1 統一契約法の規定は、国際条約と国際慣習と一致するのである。 2 実際履行原則が計画経済に適合するものであるため、統一契約法は、それを採用しない。 3 違約責任：違約金、損害賠償、強制履行、手付金の懲罰、修理・代品交換・作り直し 4 損害拡大防止義務、過失相殺、損益相殺、予見可能性といった制度は、制定される。 5 強制履行の適用要件：債権者の請求、履行がなお可能である；強制履行が必要である；債務が強制履行に適合することは、法院に認められる。	1 損害拡大防止義務、過失相殺、損益相殺の明文化 2 強制履行（154条）：債務不履行の場合に、債務の履行がなお可能であるとならば、債権者は、契約を解除しなくてもよい。債権者は、法院に対して強制履行を請求することができる。ただし、次のいずれの場合には、その限りではない。 （1）債務者に強いて履行させることは、莫大な費用がかかる場合； （2）契約の性質に従って債務は強制履行に適さない場合。	1 違約責任：違約金、損害賠償、強制履行、手付金、瑕疵修補。 2 損害拡大防止義務（85条）、過失相殺（94条）、損益相殺（86条）。 3 強制履行（89条）：債務不履行後、次のいずれも該当する場合に、債権者は人民法院に対して強制履行を請求することができる。 （1）本法 27 条によって契約が締結される場合； （2）目的物が不動産である場合； （3）市場において目的物の購入が難しい場合；（ 4）強制履行が必要となる他の場合。	1 損害拡大防止義務（122 条）：一方当事者が契約を違反した後、相手方は、損害の拡大を防止する適当な措置をとることができるにもかかわらず、これを怠ったときに、拡大した損失の賠償を請求することができない。 2 金銭債務の強制履行（115 条） 3 非金銭債務の強制履行（116 条）：一方当事者が非金銭債務を履行しない、あるいはその履行が契約の約定に適合しないときに、債権者は、強制履行を請求することができる。ただし、次のいずれの場合に、その限りではない。 （1）法律上あるいは事実上履行が不能となる場合； （2）目的物の代替物の取得は、市場において困難でない場合； （3）債務が強制履行に適さない場合、あるいは履行費用が過度に高額となる場合； （4）債権者が合理的期間内に履行を請求しない場合。

上記の立法経緯を見ても、次の3点をまとめることができると考えられる。

第一に、経済契約では、「履行請求権の原則性」が放棄され、履行請求権は、損害賠償と並ぶ救済手段として捉えられる。

第二に、損害拡大防止義務は、過失相殺から離れて独立の規定として定められている。

第三に、履行不能のほか、履行費用が過度に高額となることや、目的物の取得が市場において困難でないことが、（強制）履行請求権の排除事由として設けられている。

ただし、統一契約法草案 116 条（2）は、学者から激しく批判されていた。例えば、北京大学の学者は、次のように述べている。「債権者が契約をする目的は、目的物の取得にある。目的物の取得が市場において困難でない場合に債権者が強制履行を請求できないことは、その権利（義務）配分が公平原則に反し、契約自体と契約をする目的にも反するのである。すなわち、債権者は市場において目的物を取得しうるならば、わざわざ契約を締結する理由がないということである¹⁷⁷。」

結局、1999 年公布された統一契約法では、116 条（2）が削除された。

第 3 節 現行法

前節において、1999 年の統一契約法が公布される前の法律を紹介した。以下では、現行法（民法通則については前節で紹介したのでから、ここでは省略する。）、すなわち、統一契約法、最高人民法院による司法解释などを検討することにしよう。

第 1 款 履行請求権の位置付け

「債権の効力」のもとで履行請求権に関する内容を規定する日本法の構造とは異なり、中国契約法は、第 7 章「違約責任」において履行責任を定めている。韓世遠氏は、日本法のこのような構造を「権利効力法」、中国法のような構造を「責任法」と呼ぶとし、また「権利効力法」は権利アプローチ、「責任法」は救済アプローチに焦点を置くという¹⁷⁸。

契約法

契約法 107 条（違約責任）

当事者の一方が契約上の義務を履行しないとき又は契約上の義務の履行が約定に符合しないときは、継続して履行し、手当ての措置を講じ、又は損害を賠償する等の違約責任を負担しなければならない。

第 2 款 履行請求権の限界事由と強制履行

¹⁷⁷ 王成「關於統一合同法草案的修改建議」中外法学 1999 年（61 期）100 頁。

¹⁷⁸ 韓世遠（2011 年）・前掲注 16・584 頁。

契約法 109 条と 110 条は、債権者がどのような場合に金銭債務と非金銭債務の履行を請求できるかを定めている。

また、中国法においては、直接強制のほか、代替執行や間接履行を定める規定が存在する。1998 年に公布された『最高人民法院による人民法院の執行業務の若干問題に関する規定（施行）』は、金銭債務の給付、代替執行及び間接履行を定めている。また、2017 年に施行された民事訴訟法 252 条は、日本法のような意思表示擬制を代替執行という形で定めている。

契約法

109 条（金銭債務履行の請求権）

当事者の一方が代金または報酬を支払わないときは、相手方はその代金または報酬の支払いを請求することができる。

110 条（非金銭債務の違約責任）

当事者の一方が非金銭債務を履行しないとき又は非金銭債務の履行が約定に合致しないときは、相手方は履行請求することができる。但し、以下の事由の一つでもあるときを除く。

- (1) 法律上又は事実上、履行不能であるとき。
- (2) 債務の目的が強制履行に適さず又は履行の費用が過度に高額なとき。
- (3) 債権者が合理的期間内に履行の請求をしなかったとき。

『最高人民法院による人民法院の執行業務の若干問題に関する規定（試行）』

（1998 年 7 月 8 日公布、1998 年 7 月 18 日施行）「法釈「1998」15 号」

5 条 金銭給付の執行

32 項 銀行（その支店・営業所・主張所）・非銀行の金融機関・その他の貯蓄業務を有する組織）にある被執行人の預金に対し、照会・凍結・振替を行う場合は、（省略）の規定に従い行う。

38 項 被執行人は金銭能力がない場合、人民法院は被執行人のその他の財産に対して差押えの措置を採るような裁定することができる。裁定書は被執行人に送達されなければならない。

（略）

6 条 財産の引き渡しおよび執行行為の完了

57 項 有効な法律文書にて被執行人が特定物を引き渡すことを確定した場合、原状物を執行しなければならない。原状物が隠匿されまたは違法に移転されたときは、人民法院は、（被執行人が原状物を）引き渡すことを命ずることがでる。原状物が明らかに

変質し、損壊しまたは滅失した時は、金額に換算のうえ賠償し、または目的物の価値に基づいて被執行人のその他の財産を強制執行するよう裁定しなければならない。

60 項 被執行人が有効な法律文書によって指定された行為の履行を拒む場合、人民法院は、その履行を強制することができる。

代替履行できる行為については、関係組織またはその他の者に委託して完成することができるが、以上の行為を完成するために生じた費用は、被執行人が負担する。

被執行人のみで完成できる行為について、説示を経ても被執行人が履行をしないときは、人民法院は、執行妨害についての関係規定に従って行わなければならない。

中華人民共和國民事訴訟法（2017 年 7 月 1 日施行）

252 条 判決、裁定その他の法律文書が指定する行為について、被執行人が執行通知書に従って履行しない場合には、人民法院は、強制執行をし、または関係単位その他の者に委託して完了させることができる。費用は、被執行人が負担する。

第 3 款 債務者の損害賠償責任

契約法 113 条によれば、債務不履行によって債権者に生じた損失は、逸失利益損失を含むものの、その範囲は債務者の予見可能性に制限される。

契約法

113 条（損害賠償の範囲および経営者の損害賠償責任）

当事者の一方が契約の義務を履行せず又は履行が約定に適合しない場合において、相手方に損害を与えた時は損害賠償額は違約によって発生した損害に相当しなければならず、契約履行後の逸失利益を含むものとする。但し、契約に違反した当事者が契約締結時に予見し又は予見すべきであった契約の違反によりもたらし得る損害額を超えてはならない。

経営者が消費者に対し商品又はサービスを提供した場合において詐欺行為があるときは、『中華人民共和國消費者利益保護法』の規定に基づき、損害賠償責任を負うものとする。

第 4 款 損害軽減義務とその適用に関する規定

契約 119 条は、損害拡大防止義務を定めるものである。また、『最高人民法院による売買紛争事件の審理に関する法律適用についての解釈』によれば、契約法 119 条は、売買契約における逸失利益損失が請求される時に適用されうるのである。

さらに、『最高人民法院による当面の形勢における民商事契約紛争事件の審理に関する若干問題についての指導意見¹⁷⁹』は、いかなる利益損失が逸失利益損失に当たるかを明らかにする一方、逸失利益を計算する際に減損規則が考慮されるべきであると述べている。

契約法

119 条（損害拡大防止義務）

当事者の一方が契約違反した時に、相手方は適切な措置を取らなければならない。適切な措置を取らないことにより損害を拡大した時に、（契約違反を受けた当事者は）拡大損害の賠償を請求することができない。

当事者が損害の拡大を防止するため支出した合理的な費用は違約者が負担するものとする。

『最高人民法院による売買契約紛争事件の審理に関する法律適用問題についての解釈』

（2012 年 5 月 10 日公布，2012 年 7 月 1 日起施行）「法釈「2012」8 号」

第 29 条

売買契約の一方当事者の違約により相手方に損失が生じた場合において、相手方が逸失利益の損失の賠償を主張するときは、人民法院は、当事者の主張に基づき、契約法 113 条、119 条および本解釈 30 条、31 条の規定により認定しなければならない。

『最高人民法院による当面の形勢における民商事契約紛争事件の審理に関する若干問題についての指導意見』（2009 年 7 月 7 日公布、2009 年 7 月 7 日施行）「法發「2009」

40 号」

（国際金融危機の蔓延により引き起こされる民商事案件が増加している状況に適応し、また、マクロ経済形勢の変化によりもたらされた審理における実務問題に対応し、最高人民法院は、本意見を提出した。）

（3）逸失利益損失のタイプを正確に理解し、損失計算の原則を統一する。

第 9 条

¹⁷⁹ これは、人民法院内部における意見であり、裁判官が事案を審理する時に参考にするものにすぎない。

市場主体による契約違反が顕著になる目前のところ、（一方当事者の）違約行為は、普通（相手側に）逸失利益損失をもたらす。取引の性質、契約の目的などの要素に照らして、逸失利益損失は、主に（次の3種）生産利益損失、営業利益損失および転売利益損失に分けられる。生産設備および原料を目的とする売買契約の場合において、売主の違約により買主に生じた逸失利益損失は、常に生産利益損失である。請負経営契約、賃貸および経営契約、サービス又は役務を提供する契約において、一方当事者の違約によりもたらされる逸失利益損失は、常に営業利益損失である。持続的（物品の転売を目的とする）売買契約において、元契約の売主の違約により買主が生じる逸失利益損失は、常に転売利益損失である。

第10条

人民法院が逸失利益損失を計算し、認定する場合、予見の規則、減損の規則、損益相殺の規則および過失相殺の規則などを総合的に運用しなければならないとし、非違約側が主張する逸失利益の賠償総額から違約側が予見できない損失、非違約側の不当に拡大した損失、非違約側が違約により獲得した利益、非違約側にも過失があったことによりもたらされた損失及び必要となる取引コストを控除するとした。契約法113条2款により経営において詐欺行為がある場合、契約法114条1款により当事者が損害賠償額の計算方法を約定する場合、及び違約により人の生命、身体、精神に侵害がもたらされる場合において、逸失利益損失に対する賠償規則は、適用されない。

第4節 学説

前節では、継続履行責任とその限界事由、損害軽減義務に関する現行法を、紹介した。

本節では、学説の展開を整理して紹介する。まず、継続履行責任・履行請求権の位置づけをめぐる見解を紹介する。次に、損害軽減義務が、損害賠償・履行請求権との関係をいかに把握するかについての見解を紹介する。

紹介する前に、次の点を説明しておきたい。1999年統一合同法107条は、債務者が、債務不履行の時に継続履行責任を負うと定める。しかし、学者は、107条における「継続履行責任」を議論する際に、債権者の権利という観点から「強制履行請求権」¹⁸⁰という

¹⁸⁰ 中国語で「強制履行請求権」と表す。これは、日本語で「強制的履行請求権」と相当するものである。

形で検討を展開する場合もある。そのため、以下で継続履行をめぐる見解は、継続履行責任（強制履行責任）と強制的履行請求権という両方を含める。

第1款 継続履行責任・履行請求権に関する見解

第1項 通説

1 崔建遠の見解

崔建遠氏は、債務履行の継続は強制履行責任であるとし、「任意履行責任」¹⁸¹と次の二点で相違があると指摘する。第一に、履行の時点が異なっている、第二に、強制履行（責任）は、国家強制力を持つのである¹⁸²。

強制履行（責任）と他の違約責任、例えば、損害賠償責任との関係について、崔建遠氏は、これらの違約責任の適用順序は契約法 107 条の法文に置かれる順序によることなく、具体的事案に従い判断されるべきであると述べる¹⁸³。

2 王利明の見解

王利明氏は、崔建遠氏の見解と同じく、強制履行責任は任意履行責任と異なり、強制履行責任は、債務者が債権者に対して負う契約責任であるだけでなく、国家に対しても負う責任であると言う¹⁸⁴。また、王利明氏は、契約法 107 条で定める各違約責任が平等の関係に立つものであり、債権者はこのいずれかを選択できる一方、強制履行責任が契約違反責任において主要な責任方法として位置付けられると主張する¹⁸⁵。

3 韓世遠の見解

韓世遠氏は、強制履行責任、損害賠償責任または違約金責任などの違約責任について、その適用は 107 条の法文に置かれる順序によることなく、平等の関係に立つため債権者の選択によって決めると主張する¹⁸⁶。

¹⁸¹ 中国語で「任意履行責任」と表す。前述したように、中国法は、債務不履行の場合に、債務者の責任という視点から債務者の違約責任を定めている。これに対して、日本法は、債務不履行の場合に、債権者の権利という視点から債権者の救済手段を定めている。そのため、中国法の「任意履行責任」について、その反面は、日本法における「任意履行請求権」に相当するものである。

¹⁸² 崔建遠『合同法（第6版）』（法律出版社・2016年）254頁。

¹⁸³ 同上 258頁。

¹⁸⁴ 王利明『債法総則』（中国人民大学出版社・2016年）436頁。

¹⁸⁵ 同上 435-436頁；王利明『合同法新問題研究』（中国社会科学出版社・2003年）636頁。

¹⁸⁶ 韓世遠（2011年）・前掲注 16・612頁。

その理由について、韓世遠氏は、次のものを提示する。計画経済時代において、契約の履行は、企業、国家にとって重要であり、企業には履行請求権の行使が強いられるとすることができる。もっとも、1992年に入って計画経済から市場経済へ変更するとともに、市場において代替物のある商品が多くなってきた。それによれば、債権者は、不履行の時に原則として各救済手段の行使について選択権を有するのである¹⁸⁷。

4 李永軍の見解

李永軍氏は、契約法が私法であり、契約利益が私法上の利益であるため、他の責任方法により契約利益を実現できるときに、現実履行を原則的な（責任方法）として認めなくてもよいと主張する¹⁸⁸。

第2項 少数説とそれに対する批判

1 少数説-王洪亮の見解

王洪亮氏は、違約責任ではなく、債権者の救済という視点から、継続履行について次のように述べている¹⁸⁹。すなわち、契約法107条は、債務不履行の場合に、債務者は継続履行責任を負うと定める。その反面で、債務不履行の場合に、債権者は、債務者に対して継続履行を請求することができる と解することができる。また、民法通則84条によると、債権者は、債権に基づき債務者に対して履行をする権利を有するとされる。債権者の履行請求権は、任意履行請求権（債権者は、債務者に対して任意に履行を請求する権利）と強制的履行請求権（債権者は、裁判所に対して履行の強制を請求する権利）を含める。継続履行請求権は、強制的履行請求権である。以上の検討を経て、継続履行請求権は、履行請求権の一部であり、債務不履行の時ではなく債権の成立とともに生じるものであるとする。

また、王洪亮氏は、「契約は守られるべし」を正当化根拠とし、強制的履行請求権は、次の2つの内容を含むと考える。第一に、履行がなお可能な場合に、債務者は債務を履行しなければならず、債権者は債務の履行を請求できる。第二に、債務不履行後、債権者は、まず履行請求権を行使しなければならない。債権者は、相当の期間を定めて債務の履行を催告し、その期間内に履行がないときになって初めて解除または損害賠償を請求することができる¹⁹⁰。

¹⁸⁷ HAN SHIYUAN（韓世遠），THE PERFORMANCE INTEREST IN CHINESE CONTRACT LAW: MONETARY AWARDS, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 41（2016）。

¹⁸⁸ 李永軍『合同法（第3版）』（法律出版社・2010年）540頁。

¹⁸⁹ 王洪亮『請求権基礎的解釈与反思』（法律出版社・2015年）190頁。

¹⁹⁰ 同上192頁。

2 解亘からの批判

解亘氏は、日本の近時の学説及び債権法改正の内容を参考にした上で、履行請求権の位置付けを債権・債務という抽象的概念に端を発する王洪亮氏の見解を批判し、中国法が日本法のような債権・債務観を取らないと指摘する。また、解亘氏は、潮見佳男教授の見解に賛成し、債権とは債権関係において債務者から一定の利益を獲得することが期待できる債権者の地位であるとし、履行請求権は損害賠償と並ぶ救済手段の一つに過ぎないと主張する¹⁹¹。

3 孫良国からの批判

孫良国氏は、債務不履行の時に債権者のいかなる救済手段が認められるかは、救済手段の費用の大きさにかかると指摘し、王洪亮氏の見解が「契約は守られるべし」というドグマにこだわりすぎて経済的効率性を見逃していると述べる¹⁹²。

第3項 小括

(1) 中国契約法における履行請求権に関する内容は、履行責任という形で議論されているのである。通説によれば、履行責任が他の違約責任と同列に扱われ、債務者が違約責任のいずれを負うかが債権者の選択に委ねるとされる。これを債権者の視点から考えれば、中国法においては、日本法と異なり、履行請求権と填補賠償請求権との関係について「債務転形論」が観念されておらず、履行請求権と損害賠償請求権は、併存関係に立つものということができるのである。

序章で明らかなように、併存関係を前提とし、損害賠償を請求する場合において債権者が履行請求権を行使する（逆に言えば、代替取引を適時にしない）ことによって損害を拡大する場合に、損害軽減義務違反と評価されうると考える。

(2) 民法通則 84 条によれば、債権・債務とは、契約の約定や法の定めに基づき、当事者の間に生じた特定の権利および義務関係である。権利を有する者が債権者であり、義務を負担する者が債務者である、とされている。伝統的理解によれば、債権とは、「特定の人をして特定の行為をなさしめる権利」とであるとされる¹⁹³。王洪亮氏は、債権に履行請求権が内在していることを理由に、債務不履行ときに履行請求権が填補賠償に対して体系的優位性があると主張する。これに対して、中国法では、債務不履行のときに、

¹⁹¹ 解亘「我国合同拘束力理論的重構」法学研究 2011 年第 2 期 74 頁以降。

¹⁹² 孫良国「違約方的合同解除権及其界限」当代法学 2016 年第 5 期 51 頁。

¹⁹³ 楊立新『債権総則研究』（中国人民大学出版社・2006 年）3 頁。

履行請求権と填補賠償請求権いずれの行使が債権者の選択に委ねられるとする見解は、通説である。もちろん、王洪亮の見解も通説にもよれば、履行請求権と填補賠償請求権は、併存関係に立つものであるとされる。その相違は、ただ債務不履行が生じたときに、債権者の履行請求権と填補賠償請求権との選択の自由は、広く承認されるか、それとも、例外的許容されるかという点にある。

しかし、履行請求権と填補賠償請求権いずれの行使が債権者の選択に委ねられるとの通説は、民法通則 84 条および上記の債権の定義に関する通説とどのように整合するかが、再考の余地があると思われる。

第 2 款 損害軽減義務に関する見解

損害軽減義務は、早い時期に中国法に導入されたが、それについての検討は少ない。中国の学者は、最初に英米法に由来する損害軽減義務と大陸法系における過失相殺が、どのような関係を持つかを議論の中心としていた¹⁹⁴。そのあと、2000 年代の後半から初めて、損害軽減義務をどのような制度に取り込んで、どのように位置付けるかという問題を視野に入れて検討している。しかしながら、損害軽減義務を理解するにあたり、その法的性質と内容が何なのか、それと損害賠償および履行請求権との関係がいかに関把握されるかなどの問題は、まだ明らかにされていないのである。以下で、損害軽減義務をめぐる見解を紹介する。

1 損害軽減義務の法的性質・内容に関する見解

(1) 韓世遠の見解

中国の学説として、損害軽減に関する理論を初めて本格的に検討したのは、韓世遠氏である。すなわち、韓世遠氏は、早くとも 1990 年代の後半（1999 年統一契約法の起草前）に民法通則 114 条の解釈論を示し、その上で損害軽減に関する理論を整理した¹⁹⁵。本論文との関係がある限りで、次のようにその内容を整理しておくとする。

第一に、損害軽減義務は、“義務”という文言を含むが、その実質は、損害軽減に反する場合に強制履行（責任）請求権あるいは損害賠償請求権を発生させず、単に違反者に権利や利益の喪失ないし縮減を生じさせるに過ぎない法制度である。すなわち、損害軽減義務は、弱い強制力しか認められない不真正義務あるいは間接義務（obligenheit）である。

¹⁹⁴ 崔建遠『合同責任研究』（吉林大学出版社・1992 年）218 頁。

¹⁹⁵ 韓世遠「減損規則論」法学研究 1997 年第 1 期 144 頁以降。

第二に、信義則および経済的効率性は、損害軽減義務の正当化根拠として捉えられるのである。損害軽減義務の存否を判断するにあたり、信義則と経済的効率性という視点は、一致しないわけではないのである。

第三に、損害を軽減するためにいかなる合理的措置を要請されるかについて、韓世遠氏は、履行コストの拡大を防ぐ場合と損害の拡大を防ぐ場合によって、履行停止、代替品の調達、契約改訂申し込みの承諾および履行というような措置を想定する。

（２） 陳華彬の見解

ドイツ法における損害軽減義務に関する見解を考察する上で、陳華彬氏は、民法通則 114 条および契約法 119 条で定められる損害軽減義務は、債権債務関係における他人に対して負う給付義務ないし付随義務とは異なるものと捉えている。すなわち、損害軽減義務に違反した場合の法律効果は、強制履行（責任）あるいは損害賠償責任ではなく、行為者の権利の喪失を生じさせるまたは行為者自身に不利益な結果をもたらすに過ぎないものであるため、損害軽減義務は、弱い強制力しか認められない間接義務・自己に対する過失（Verschulden gegen sich selbst）として観念しうると主張する¹⁹⁶。

（３） 崔建遠の見解

崔建遠氏は、損害軽減義務が、次のような作為義務と不作為義務を含めっていると主張する。第一に、債権者は、債務者の契約違反により生じた損害を最小限度に止めるために積極的な措置を取らなければならない。第二に、債務者が契約を違反した場合、債権者は、違約により生じた損害を不当に拡大しないように自らの履行を停止しなければならない¹⁹⁷。

2 損害軽減義務と他の法制度との関係についての学説

（１） 李永軍の見解

李永軍氏は、損害賠償額算定の基準時を決める際に一般的に認められる「契約違反の時点」、「損害賠償請求の時点」または「被害当事者が契約違反を知った時点」に対して、「被害当事者が契約違反を知った時点」を損害賠償額算定の基準時として捉えるのが合理的であると主張し、それは契約不履行後被害当事者は損害の拡大を防ぐために合

¹⁹⁶ 陳華彬『債法総論』（中国法制出版社・2012 年）127-128 頁。

¹⁹⁷ 崔建遠（2016 年）・前掲注 182・269 頁。例えば、製作物供給契約において、買主は、目的物が無用であると判明したため、契約を解除したとしている。このような場合に、売主は、損害を不当に拡大しないために自らの履行を停止しなければならない。

理的措置をとる義務があるからであると述べる¹⁹⁸。また、李永軍氏は、被害当事者が合理的措置を適時に採った場合に、損害賠償額は、元契約の価格とその時の市場価格との差額であると指摘する¹⁹⁹。

（２） 肖紅の見解

中国法における履行期前の履行拒絶の場合²⁰⁰に損害軽減義務がいかに適用されるかがまだ不明であるとする肖紅氏は、イギリス法とアメリカ法のかかるルールを参考にし、中国法がイギリス法のようなルールを導入すべきであると主張し、履行拒絶を受けた当事者にこれを契約違反とみなすか否かの選択権が認められるべきであり、履行拒絶を受けた当事者が履行拒絶の承諾を選択した場合のみに損害軽減義務を負うと述べる²⁰¹。

その理由は、以下のものである。第一に、アメリカ法において、債権者が履行期前の履行拒絶に際して直ちに損害軽減に向けて合理的な行動をとることを要請されるのは、多くの場合に債権者の履行請求権が否定されることになるという結果に結びつくのである。第二に、契約違反責任は、あくまで自己決定により引き受けた結果である。被害当事者に過大な義務を課すのは、公平原則に反する。第三に、契約法 107 条により、履行請求権は、中国法において主要な救済手段として認められている。アメリカ法のようなルールが導入されるとすれば、債権者の履行請求権がより容易に否定される一方、債権者の主張する損害賠償は損害軽減義務に違反することにより減額されることになるのである。最後に、イギリス法においては、債権者には、履行の続行を主張することに「正当な利益」を有することが要請される。中国法においても、債権者の履行請求権の成否を判断する際に「正当な利益」と同じような考慮もある。つまり、契約法 110 条により、債権者の履行請求権は、債務者に債務の履行をさせることが「経済的不合理」である場合に否定されることになる²⁰²。

（３） 劉廷華の見解

劉廷華氏は、中国法における損害軽減義務は、法文から見れば、被害当事者が契約違反後損害の拡大を防止する場合のみ義務付けられるようであるが、実際に債権者に損害

¹⁹⁸ 李永軍（2010 年）・前掲注 188・232 頁。

¹⁹⁹ 同上。

²⁰⁰ 契約法 108 条（契約履行の拒絶が明らかな場合）「当事者の一方が契約上の義務を履行しない旨を明確に表示し又は自己の行為をもって表明したときは、相手方は履行期の到来する前においてもその違約責任を負担するよう請求することができる。」

²⁰¹ 肖紅「論予期違約中減損規則」社会科学家 2007 年第 5 期 118 頁以降。

²⁰² 同上。

を軽減する場合に義務もあるとし、また、被害当事者が損害発生の後損害を軽減できるにもかかわらずこれを怠って措置を積極的に取らないことも、損害軽減義務違反と評価しうると指摘する²⁰³。

また、劉廷華氏は、被害当事者の履行請求権と損害軽減義務について衝突があるとき、すなわち、被害当事者が最終的に損害賠償を請求する場合において、履行請求権を行使することにより損害を拡大させたとき²⁰⁴（例えば、買主による目的物の受領拒絶に対して、売主は履行を請求することにより損害を拡大させる場合、あるいは目的物の価格が上昇している状況において、被害買主が履行を請求することにより損害を拡大させる場合）、経済的効率性（社会的費用を最小化する、あるいは、社会所得を最大化するため）という視点から、被害当事者が市場において代替取引をできる場合には、履行請求権が損害軽減義務に制限されるべきであるとし、被害当事者が履行請求権を行使することにより拡大させた損害を求めることはできないと主張する²⁰⁵。

劉廷華氏は、市場において代替品を容易に入手できる状況においては、債権者が代替取引をして損害賠償を請求することにより本来の契約の目的を達成できるため、債権者に代替取引義務を課することが正義と経済的効率性に従うものであると指摘する²⁰⁶。また、劉廷華氏は、これを「実質的履行」と呼び、その「実質的履行」に次の二つのものが含まれると主張する。第一に、被害当事者は、契約違反の後、損害を軽減するため適時に代替取引を行わなければならない。第二に、被害者が損害を軽減するため支出した必要となる費用は、違約者が負担すべきである²⁰⁷。

（４） 王燕霞の見解

王燕霞氏は、中国契約法が起草された際に、大陸法と英米法のルールが共に導入された結果、契約違反の場合における主要な救済手段としての債権者の履行請求権行使と、損害の拡大を防ぐために債権者が負うべき損害軽減義務の適用について衝突が起きうる

²⁰³ 劉廷華＝洪葉「強制履行及減損規則的衝突及協調」宜賓学院学報 2011 年第 5 期 49 頁以降

²⁰⁴ 劉廷華氏は、違約者側よりむしろ契約違反を受けた当事者側が損害軽減の措置を取ることが容易であると考え、経済的効率性から契約違反を受けた当事者が損害軽減行動を要請されうると主張する。例えば、売買契約において、違約者である売主は、損害を軽減するために市場において元契約の目的物と同じくものを買って買主に交付するという措置しか取れない。これに対し、自分の要求を知っている買主は、損害を軽減するために市場において元契約の目的物と同じくものを買う一方、他の措置を取ることにより自分の要求を満たすことができ、少なくとも買う代替品が元契約の目的物と同じくものであるとは限らないのである。つまり、債権者は、損害軽減の措置を取ることがより容易である一方、履行請求の行使により損害を拡大することになりうる。劉廷華氏は、これを理由として債権者の履行請求権と損害軽減義務の間に衝突があると言う。同上 50-51 頁。

²⁰⁵ 同上 49 頁以降；劉廷華「論實際履行的適用及限制的法經濟学依据」北方法学 2010 年第 6 期 117 頁以降。

²⁰⁶ 劉廷華氏は、これを「実質的履行原理」と呼ぶ。劉廷華＝洪葉（2011 年）・前掲注 203・51 頁；劉廷華（2010 年）・前掲注 205・118 頁。

²⁰⁷ 同上。

と考える²⁰⁸。また、損害軽減ルールの正当化根拠が信義則および経済的現実であると考ええる王燕霞氏は、債権者が市場において代替取引を行うことが可能であるにもかかわらずこれを怠って履行請求権に固執することにより損害を拡大したことは信義則に反し²⁰⁹、経済的現実にも照らしても相応しくないと指摘する。一方で？大陸法系において現実履行がより広い範囲で認められても、代替性のない履行の場合を除き、債権者が実際に現実の履行より金銭賠償方法を望むからであると述べる²¹⁰。

さらに、履行請求権と損害軽減義務との衝突について、王燕霞氏は、次のように主張する。第一に、契約の目的物が市場に存在する代替物である場合、あるいは他から履行を得ることが合理的である場合、債権者の履行請求権は、認められるべきではない。第二に、契約の目的とされたのと同種の代替商品・サービスを市場において調達することができる状況において、債権者が商業上の合理的期間内に代替取引をしなければ、損害賠償額は、損害軽減義務により減額されるべきである。この場合の損害賠償額は、当初の契約の価格と行うべきであった代替取引の価格との差額となる。第三に、当事者の一方が履行をする意思のないことを明確に表明している場合に、履行拒絶を受けた債権者は、自分の義務が先履行義務であり、かつ自らの履行を完了するために違約者からの協力が必要でないまたは履行の続行に正当な利益がある場合に限り、自らの履行を完成して違約者に対して履行を求めることができる²¹¹。

3 小括

以上の整理を踏まえていえば、中国法における損害軽減義務についての研究の到達点は、それほど深いとはいえず、なお検討の余地があると考ええる。

(1) 損害軽減義務の内容を把握するにあたり、債権者に要請される適切な措置が、損害の拡大を防ぐ場合にとどまるか、それとも、損害を軽減する場合まで及ぶかという問題を、確認しておく必要がある。損害軽減義務は民法通則 114 条および契約法 119 条が「損害拡大防止義務」という名のもとで規定されるが、上述の各見解において、債権者にどのような行為態様を要求するかを理解するに際し、消極的な行動-履行停止義務²¹²にとどまらず、積極的行為²¹³-例えば、代替品の調達かつ代替取引義務も考慮に入れるべきという共通点を、抽出することができるのである。債権者の行動態様という問題は、契

²⁰⁸ 王燕霞＝劉艷梅「減損規則与債權人行使履行救済權的冲突及協調」人民司法（応用）2007 年第 4 期 67 頁。

²⁰⁹ 同上。

²¹⁰ 同上 88 頁

²¹¹ 同上 68 頁。

²¹² 吉川吉樹教授の言葉を参照。吉川吉樹（2010 年）・前掲注 9・40 頁。

²¹³ 同上。

約実践において重要性をもつと考える。すなわち、中国裁判官は、損害の回避・軽減をするため債権者がどのような措置をとるべきかを判断するときに、主に債権者による損害の拡大を防ぐ行為、例えば「契約の適時解除」に着目し、損害の軽減に向ける行為代替取引の可能性をあまり考慮していないように感じられる。詳しい検討は、第4節判例において行う。

(2) また、ドイツ法の概念を参考にして、中国法における通説によれば、損害軽減義務は、他人の利益のために課される給付義務・付随義務という「真正な法的義務²¹⁴」とは異なり、訴えによって強制履行（責任）または損害賠償責任を生じさせず、違反者の権利ないし利益に不利益をもたらすことだけを法律的效果とする強制力の弱い法的義務（間接義務）である。しかしながら、韓世遠氏、及び、陳華彬氏は、損害軽減義務についてその法的性質だけを紹介したとどまり、損害軽減義務の法的性質を「真正義務」と「不真正義務」とそれぞれ捉えることによって異なる法的効果と結びつくべきという検討は、全くされていない。

損害軽減義務を不真正義務として捉える場合、債権者に損害軽減義務を認めることができるか否かを考える際には、紛争が生じてからの債権者側の行為態様を事後的にかつ規範的に評価して判断すべきことが導かれると考える。損害軽減義務を履行請求権との関係で議論するにあたり、債務不履行後の債権者側の行為態様—債権者が履行請求権に固執する（他面で、代替取引をしなかった）こと—を事後的にかつ規範的に評価した上で、これにより拡大した損害を債権者が請求できるかどうかを判断すべきであると考え。

これに対して、王燕霞氏の見解によれば、代替取引が可能である場合に、債権者が損害軽減のために代替取引をしなければならず、結果的に債権者の履行請求権が排除されることになる。すなわち、王燕霞氏は、損害軽減義務を不真正義務ではなく給付義務・付随義務というような真正な法的義務として捉えている。損害軽減義務を真正な法的義務と解した場合に、代替取引義務をあらかじめ規定されているルールとし、債務不履行の後、市場において代替取引が可能である場合に、債権者に代替取引という行為を法的に要請することにより、債権者による履行請求権が排除されることになる。

もっとも、経済的効率性・現実性を正当化根拠にして債権者の履行請求権が代替取引義務によって排除されるという見解は、中国現行法の規定と一致しないと考える。履行請求権についての立法経緯を見れば、履行責任は、契約責任法において主な違約責任として位置付けられているものである。王燕霞氏の見解によれば、損害賠償責任は、契約責任法において原則的地位を占めるようになるのである。また、なぜ債務者の債務不履行により不利益を受けた債権者が、債務者の利益のために自分の履行請求権を犠牲にし

²¹⁴ 椿寿夫教授の言葉を参照。椿寿夫＝右近健男『ドイツ債権法総論』（日本評論社・1988年）7頁。

なければならないのかについて、王燕霞氏が経済的現実性を正当化根拠として提示するが、これは問題の一部を説明し得るとしても、契約法の他の原理・規範とどのように整合するかがまだ不明であり、検討する余地があると考ええる。

(3) さらに、債務不履行の場合に、債権者が填補賠償を請求する際に、債権者の主張した損害賠償が損害軽減義務により減額されるかについて、その議論は、まだ不十分であると考ええる。李永軍氏は、損害軽減義務に基づく「債権者が契約違反を知った」時を損害賠償額算定の基準時として観念づける。劉廷華氏、物の引き渡しを目的とする債務において、目的物の価格に変動があった場合を例にして、「代替取引が可能である時」を損害賠償額算定の基準時として主張する。王燕霞氏は、契約の類型を問わず、損害賠償額が代替取引を行うことが想定されることによって減額されると主張する。

上述の各見解では、債権者に損害軽減義務を求めることができるかを考える際に、代替取引の可能性のみが判断要素として言及された。これでは、妥当性・正当性を欠く結論が導かれると思われる。したがって、代替取引が可能である場合に、損害軽減義務の認否を判断するにあたって、他の何らかの要素が必要とされるかについて検討の余地があると考ええる。

第5節 裁判例

前節は、損害軽減義務と履行請求権との関係をめぐる学説を検討してきた。損害軽減義務は、現行法において明確に規定されるが、それと他の法制度、特に履行請求権との関係についてあまり展開されていない。そのため、中国法における損害軽減義務の全体像を把握するために、裁判実務において、履行請求権を制限する損害軽減義務が存在するか、もし存在すればこの認否にあたってどのような要素が考慮されるかを検証する必要があると思われる。

本節は、「無訟」という中国法に関する裁判例が比較的豊富なデータベースを選ぶことにする²¹⁵。

以上で明らかのように、1999年統一合同法が起草された時に、債権者による代替取引の可能性が履行請求権の行使の要件として提案されたが、この法案最終的に採用されていなかった。そのため、現行法において、履行請求権の排除事由としての損害軽減義務は、認められないということになる。これを前提にして、以下では、裁判実務におい

²¹⁵ <https://www.itslaw.com> 「無訟」におけるすべての裁判例は、最高人民法院が設立した「裁判文書網」 <http://wenshu.court.gov.cn> という裁判例データベースから収録されるものである。「裁判文書網」は、日本でアクセスしにくいいため、「無訟」を選ぶことにする。本論文で扱う全ての裁判例は、「無訟」によるものである。

て、履行請求権を間接的に制限する損害軽減義務は、存在するか否かを検討する。まず、本来の債務の履行が遅滞である場合に関する裁判例を整理し、次は、修繕義務の履行が遅滞である場合に関する裁判例をまとめることにする。

第1款 「適時解除義務」ないし「適時解除義務を介在する代替取引義務」に関する裁判例

『最高人民法院による売買契約紛争事件の審理に関する法律適用問題についての解釈』の29条、『最高人民法院による当面の形勢における民商事契約紛争事件の審理に関する若干問題についての指導意見』の第10条によれば、人民法院は、逸失利益損失を算定する際に、予見規則、減損規則、損益相殺規則と過失相殺規則を総合的に運用しなければならない、とされる。

最高人民法院は、逸失利益損失を算定する場合のみ損害軽減規則を考慮すべきであることを明らかにし、逸失利益損失以外の損失を算定する場合、例えば、債務の内容である給付価値損失や債務不履行により債権者に生じた積極的損害を算定する場合に損害軽減義務が考慮に入れるべきか否かについて言及していない。

また、最高人民法院は、各人民法院に対して、逸失利益損失を算定する際に、損害軽減規則を考慮すべきであることのみを建言し、債務不履行後の債権者の行為態様が損害軽減義務に違反したか否かという判断が、具体的にどの要素によって行われるかも言及していない。すなわち、損害軽減義務について、その規定が現行法で存在するものの、これがいかなる損害算定の場合に考慮されるべきなのか、どのような要素によって判断されるべきなのかという問題は、まだ明らかであるとは言えない。

そのため、以下では、逸失利益損失算定の場合、積極的損害算定の場合と給付価値損失算定の場合によって裁判例を分析し、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務が、いかなる損害算定の場合にどのような契約のもとで大きな問題となるか、また、裁判所が損害軽減義務を判断する際に具体的にどのような要素を考慮に入れるかを解明することにしよう。

裁判例の検索にあたって、「無訟」において、〔合同法 119 条〕、〔即時解除合同〕²¹⁶、〔減損＋継続履行〕、〔金銭債務＋減損〕、〔非金銭債務＋減損〕をキーワードとして行った²¹⁷。

第1項 債務不履行により債権者に生じた逸失利益損失の算定に関する裁判例

²¹⁶ これは、日本語で「適時に契約を解除すること」に相当するのである。

²¹⁷ 最終アクセス日は、2017 年 3 月 13 日である。

1 生産利益損失に関する裁判例

「C1」種類売買契約紛争²¹⁸

(買主の適時解除義務を肯定したもの)

【事実概要】

2013年12月13日に、買主であるX(原告)は、入札に付して売主であるY(被告)から鋼材を購入する契約を締結した。XとYは、Yが2014年1月25日まで鋼材をXに引き渡すべきであり、Yの引渡しが10日以上遅れる場合にXが本件売買契約を解除することができることと約束した。Yは、履行すべき日になるまで本件鋼材をXに引き渡さなかった。Xは、Yに対して債務の履行を催告したが、Yがそれに応じなかった。2014年2月11日に、Yの工場に行ったXは、Yが本件契約締結後鋼材を用意せず、鋼材を引き渡すことができないことが判明した。同月15日に、XはYに対して契約を解除する旨の通知を送したが、Yが返事をしなかった。Xは、同日に他の売主たるA会社から鋼材を購入する契約を締結した。XとAは、Aが同年3月16日の前に鋼材を引き渡すべきであると約束した。A会社は、約束通りに債務を履行した。

〈Xの請求〉 Xは、Yの債務不履行によってXの生産予定が50日遅れた(2013年1月25日から同年3月16日になるまで)ことを理由に、Yに対して101.6万元を損害賠償として求めて起訴した。

一審(涇源县人民法院(2014)涇民初字第314号)

一審の審理中、法院は、Xの申請により資産評価会社に依頼し、Xの損失についての評価を行った。資産評価報告書によると、Xは、生産予定が50日遅れたことにより、逸失利益101.6万元に相当する損害が生じたとされる。

【判旨】

契約法98条、107条、113条1項、民事訴訟法144条、「最高人民法院による売買契約紛争案件審理における法律適用問題に関する解釈」29条に基づき、Yは、Xに損害賠償20万3200元を支払え。

²¹⁸ 涇県甲会社および河北省乙会社案

【判決理由】

本件売買契約は、合法有効である。Yは、債務を履行せず、また履行期を徒過して履行しなければ損害賠償を負うべきことを知っているにもかかわらず履行しなかった。Yの行為は、重大な契約違反に当たり、違約責任を負うべきである。それによれば、Xは、Yの債務不履行を理由として本件売買契約を解除する権利があるのである。

契約法 113 条 1 項²¹⁹により、Xは、契約終了後Yに対して損害賠償を求めることができる。本件契約の約定に基づき、Yは、Xに対し、債務不履行によりXに生じた2014年1月25日から同年2月5日までという10日間の逸失利益に相当する損失のみ賠償しなければならないとする。Xは、約定解除権行使の条件を満す日に本件契約を解除せず、その代わりに10日遅れてようやく2月15日に契約を解除した。Xの解除権の行使が10日遅れたことに生じた損失をYに負担させるのは、Yにとって不公平である一方、Xには損害の拡大に対して手を拱いた疑いもある。Yは、履行期満了日である1月25日から約定の解除条件を満す日（2014年2月5日）になるまで生じた損害を賠償しなければならない。

「コメント」

本件は、売主が鋼材を引き渡さない場合に、買主がそれによって受けた生産利益損失の賠償は、損害軽減義務違反によって減額されるかを問題とする事案である。法院は、買主が、契約解除権を行使できた時に契約を解除しなかったことによって逸失利益損失を拡大した場合に、買主の逸失利益損失の賠償額を減額すると認定した。

ただし、本件の判決理由に対して、疑問がある。本件において、売主の債務不履行によって不利益を受けた買主は、契約解除権を行使できる時に契約を解除しなかったということを、損害軽減義務違反と認定した。買主は、2014年2月11日になって初めて売主の履行をする意思のないことを判明した。買主は、市場において代替取引をするのに時間がかかる。なぜ、買主は、解除権を行使できる時に契約を解除しなければならないか。法院は、その理由について何も言っていなかった。

第2項 債務不履行により債権者が生じた積極的損害の算定に関する裁判例

「C2」事業用不動産賃貸借契約紛争²²⁰

²¹⁹ 「一方当事者が契約義務を履行せず、また契約義務の履行が約定に適合していない場合において、相手方に損害を与えたとき損害賠償額は違約によって発生した損害に相当しなければならない、契約履行後の逸失利益を含むものとする。ただし、契約に違反した当事者が契約締結時に予見し又は予見すべきであった契約違反によりもたらし得る損害額を超えてはならない。」

²²⁰ ハルビン報達展覽策劃有限公司およびハルビン振国房地產開發有限公司案

(賃借人の代替取引義務を肯定したもの)

【事実概要】

2009年3月6日に、賃借人であるX(原告・被控訴人・被上告人)は、2009年4月10日から2019年4月10日にかけて賃貸人であるY(被告・控訴人・上告人)所有する建物を賃借する契約を結んだ。本件契約の7.3款によると、契約の存続する期間において、Yは、本件建物を売ろうとする場合にあらかじめ三ヶ月前にXに通知しなければならずとし、Xが同じ条件で先買権を有する、とされる。また、本件契約の8.2款によると、Yが一方向的に契約を解約する場合に本件契約が終了するとし、またYは、すでに支払われた当年度の賃料をXに返済しなければならないとされる。

2013年6月13日に、Yは、会社の社長が本件建物の所有権を娘に移転してから、本件契約を解約する旨の通知をXに送った。その通知において、Yは、Xが2013年9月13日前本件建物から退去することを求めた。2013年9月15日に、Yは、Xに本件建物から退去させるために、会社の法務AをXのところに行かせた。Xは、Aの請求を拒否した。その後、Aは、大勢の人を嫌がらせのためにXの営業場所(本件建物)に行かせた。その結果、Xは、一ヶ月程営業を停止せざるを得なかった。

2012年10月25日に、Xは、2012年11月25日から2018年11月24日にかけてB会社に対して展覧サービスを提供する契約を結んでいた(以下で「契約1」と呼ぶ)。

2013年10月24日に、Bは、Xの営業停止のため、債務不履行を理由にXとの契約を解除する旨の通知をXに発送し、または賠償金915万元を求めた。その後、Bは、ハルビン仲裁委員会に申し立て、Xに対して915万元を求めた。仲裁委員会の裁定²²¹によると、Xは、Bに賠償金900万元を支払うべきであり、また仲裁費用67873.77元を負担すべきであるとされる。

また、Xは、「契約1」を違反したため、Bに対して2012-2013年度のサービス料金90万元を請求することができない。

〈Xの請求〉2013年11月22日に、Xは、Yを被告として本件契約の解除、または損害賠償1005万元を求めて訴えた。

一審(黒竜江省哈爾濱市中級人民法院(2013)哈民二民初字第133号)

【判旨】

契約法96条、98条、107条、114条(2)、民事訴訟法13条(2)に基づき、①Yは、Xに2013年4月10日から2014年4月9日になるまでの賃料30万元を返せ。②Yは、本

²²¹ (2014) 哈仲裁字第012号

件契約不履行により X に生じたサービス料金損失 90 万元を支払え。③Y は、X に 900 万元および 67873.77 元を支払え。

【判決理由】

本件契約は、すでに解除された。契約による解約権は、認められない。そのため、Y は、契約を解約したことによって契約違反となった。Y は、X に 2013 年 4 月 10 日から 2014 年 4 月 9 日になるまでの賃料 30 万元を返済しなければならない。

X は、Y の債務不履行によって 90 万元のサービス料金損失を受けた一方、B 会社に 900 万元の賠償金、67873.77 元の仲裁費を支払った。契約法 107 条によれば、Y は、自らの契約不履行によって X に生じた上述の損失を賠償しなければならないとされる。

〈Y の上訴〉Y は、一審判決に不服があるとして、黒竜江省高級人民法院に上訴した。その上訴理由については、Y は、契約を違反したと判決されるとしても、X の損失を賠償する義務がない。契約法 119 条によると、X は、損害の拡大を防ぐために措置をとらなければならないとされる。

二審（黒竜江省高級人民法院（2015）黒民終字第 108 号）

【判旨】

原判決維持、上訴棄却。判決理由も原審と同様である。

上告審（最高人民法院（2016）最高法民再 351 号）

【判旨】

民事訴訟法 207 条（1）、170 条 1 項（1）、175 条に基づき、①一審、二審の判決を破棄。②Y は、X に 2013 年 4 月 10 日から 2014 年 4 月 9 日になるまでの賃料 30 万元を返せ。③Y は、X にサービス料金損失 90 万元を支払え。

【判決理由】

Y は、契約の履行期内に合意なく一方的に契約を解約しようとしたことにつき、契約違反となった。Y は、2013 年 11 月 12 日に、別の訴訟において、本件契約の解約を求めて訴えた。それによれば、Y は、本件契約を履行する意思がないということである。また、X も、本件契約の解除を求めて訴訟を提起した。X が Y の債務不違反によって営業ができなくなるため、本件の契約目的は、達成できないといえることができる。したがって、本件契約は、解除されるべきである。

また、本件契約の 8.2 款によると、契約に違反した Y は、X に当年度の賃料 30 万円を返済しなければならないとされる。

さらに、本件契約は、2009 年 3 月 6 日に締結されたのであるが、「契約 1」は、2012 年 10 月 25 日に締結されたものである。それゆえ、Y は、本件契約を締結するときに、X が B と「契約 1」を結んだことを予見できなかった。そのため、本件契約違反によって X に生じた間接的損失も予見できなかったということである。合理的な人という基準に基づき判断すれば、Y は、X と B の間に展覧サービス提供契約が存在することを知っているとしても、決して自らの債務不履行によって X に 900 万元損失が生じたということを見ることができない。また、X は、Y から 900 平方メートルの建物を賃借したが、40 平方メートルしか展覧サービス提供の場所として利用しなかった。これらの事情を考えれば、900 万元の損失額は、Y が本件契約を締結したときに予見できなかった、あるいは予見すべきである範囲を超えると解されるのは、相当である。

それに加えて、原審は、Y が X に 900 万円を支払えという判決が、損害軽減ルールに反するのである。すなわち、Y は、すでに解約のことをあらかじめ三ヶ月前に X に通知した。X は、損害の回避・軽減のため、合理的期間において適時に措置をとって他の建物を賃借して営業を再開しなければならなかった。したがって、契約法 119 条に基づき、X は、これを怠ったことによって損害を拡大した場合に、その拡大した損害を自分で負担すべきであるとする。

他方で、特別の約定がない限り、一方当事者（債務者）が相手方（債権者）に賠償すべき損害額は、契約を履行すれば債務者が受け取る反対給付に相当しなければならない。たとえ契約違反した者に懲罰を与えるとしても、損害賠償額が反対給付を超える程度は、それほど高くしないということが妥当である。本件において、Y は、4 年間に合計 120 万元の賃料を受け、X に 30 万元の賃料を返済した後に、90 万元の賃料しかを得なかった。Y は、X に 90 万元のサービス料金損失を賠償した。したがって、Y は、本件契約の履行を通じて何の利益も得なかったといえる。Y は X に 900 万円を賠償すべきとする原審判決は、〔損益的相当性〕²²²に反するということである。

そのほかに、本件において、X が B に支払った賠償金 900 万元は、あくまで X と B が任意に約定したものであり、Y による契約違反とは必ずしも関わらないということになる。

「コメント」

²²² 中国語で〔損益的相当性〕と表す。これは、日本語で「債務者が賠償すべき損害と反対給付の間に相当性があること」という意味である。

本件は、賃貸人の債務不履行によって賃借人に生じた賠償金損失は、損害軽減義務違反によって減額されるかを問題とする事案である。

最高人民法院は、本件契約の 8.2 款を賃貸人の「解約権の留保」という条項として認めない。判決理由によると、本件契約は、賃借人が契約の解除を求めたことによって解除されるのである。2013 年 11 月 22 日に、X は、本件契約の解除を求めて訴訟を提起した。それによれば、本件契約は、同日に解除されたと解することができる。

最高人民法院は、損害軽減ルールに基づき、次の理由で賃借人による損害賠償を減額する。すなわち、賃借人は、2013 年 6 月に賃貸人からの解約する旨の通知をもらった後他の場所を探して営業を再開すれば B に支払った賠償金 900 万元を回避できるのに、それをしなかった。従って、損害軽減義務を一つの重要な理由として、賃借人の 900 万元の請求は、認められない。

もっとも、不動産賃貸借において、賃借人は、他の場所で営業を再開する場合に、元の契約を解除するのが、一般的である。そうでないと、賃借人は、契約を解除せずに代替取引をする場合に、賃貸人からの追履行によって二重支払いのリスクを受ける恐れがある。最高人民法院が賃借人に代替取引義務を課すことは、賃借人に本件不動産の使用収益を断念させるものと言わざるを得ない。

要するに、本件において、最高人民法院は、契約違反を被った賃借人に対し、損害回避・軽減のために履行請求権を間接的に制限する損害軽減義務を課すか否かについて、積極的な姿勢を表明している。

「C3」建築および内外装工事請負契約紛争²²³

(注文者の適時解除義務を肯定したもの)

【事実概要】

2006 年 11 月 11 日に、X（原告・反訴被告・控訴人）と Y（被告・反訴原告・被控訴人）は、2006 年 11 月 18 日から 2007 年 2 月 15 日にかけて Y が自ら材料の一部を用意して X 所有の別荘を造作し、X が Y に代金 166029 元を支払うという契約を結んだ。本件契約によれば、工事に瑕疵がある場合に、Y は、それを修補しなければならず、かつ一日にあたり 166029×0.02 元を遅延賠償金として X に支払わなければならない、とされた。

本件契約締結後、X は、2007 年 5 月 6 日になって初めて仕上げ図の確認を完成し、Y に別荘の鍵を交付した。X の原因により工事の実施時期を遅らせたため、2007 年 9 月 23 日に、X と Y は、本件契約の履行期の変更について約束を交わした。すなわち、本件契約の履行期間は、2007 年 9 月 22 日から同年 12 月 28 日までに変更された。2007 年 10 月

²²³ 傑森海洋工程（中国）有限公司および東易日盛家居裝飾集團株式有限公司武漢分公司等案

27日に、Yは、本件契約の履行を始めた。その後、XとYは、材料と造作方法について合意を達成できなかった。そのため、Yは、本件契約の履行を停止した。

2008年11月13日に、Yは、工事の再開についてXとの合意を達成した。履行期間は、2008年11月13日から2009年3月20日までに変更された。しかし、その後、XとYは、材料と造作方法について改めて合意できなかった。そのため、Yは、本件契約の履行を停止した。

2009年10月19日に、Yは、自分の提案に基づいて履行をする旨の通知をXに発送したが、Xがそれを拒絶した。

2010年1月18日に、Xは、Yが本件契約の約定に従って履行すべきという旨の通知をYに発送した。

2010年2月8日に、Yは、もしXが自分の提案に同意すれば、それに基づいて履行するという旨の通知をXに発送した。しかし、2010年3月1日に、Xは、Yが本件契約の約定に従い履行すべきであると返事した。

2007年2月16日から2011年2月にかけて、Xは、Yの債務不履行によって別の場所を事務所利用のため賃借した。Xは、それによって255452万元賃料に相当する損失を受けた。（明らかにされたもの）

〈Xの請求〉 2011年3月8日に、Xは、Yを被告として、本件契約の履行、Yの契約不履行によって生じた損失合計1028108.73元（賃料損失255452元、Xは本件契約不履行によって第三者との原材料購入契約にも違反したため、第三者に支払った賠償金452656.73元、造作コスト（材料費と人件費）が上昇することによって生じた損失32万元）、遅延賠償金465213元（2007年2月16日から2011年3月8日まで合計1401日＊166029＊0.02）を求めて訴えた。

〈Yの抗弁と反訴〉 Yは、Xの請求に対して次の理由をもって抗弁した。すなわち、本件契約の履行期は、すでに2009年3月20日までに変更されたため、Xが主張した2007年2月16日であるべきではない。Xの履行請求と、造作コスト（材料費と人件費）が上昇することによって生じた損失の請求は、矛盾する。Xは、Yが2009年10月19日に提出した提案書に同意せず、また適当な措置をとらなかったことによって損害を拡大させた。Yは、本件契約の解除と代金17164元の支払いを求めて反訴した。

一審（武昌区人民法院（2012）鄂武昌民重字第00004号）

2012 年 6 月、7 月に、法院は、本件契約が強制履行に適さないため、X に履行請求をやめるよう釈明した。2012 年 8 月 3 日に、X は、法院の釈明に同意せず、履行請求を堅持した。

【判旨】

①Y は、X に 37100 元を損害賠償金として支払え。

【判決理由】

1 X の履行請求の認否について

本件契約が締結されてからすでに 6 年間が経過したにもかかわらず、本件契約が履行された部分は、わずかである。また、Y は、契約の解除を求めて反訴し、審理中に履行をする意思のないことを明確に表明した。さらに、本件契約は、契約法 110 条に基づき、強制履行に適さない契約である。そのため、X の履行請求は、認められない。

2 X の損害賠償請求の認否について

Y は、約定された履行期限-2009 年 3 月 20 日の前に本件契約の履行を完成しなかったため、契約違反となった。そして、Y は、債務不履行によって X に生じたすべての賃料損失を賠償しなければならない。

しかし、2010 年 2 月 8 日に、Y は、自ら 2009 年 10 月 19 日に提出した提案書（この提案書は、事実上に本件契約の約定に基づいて提出されたものである）に従ってそれを履行する旨の通知を X に発送したが、X がそれに同意しなかった。また、X は、損害の拡大を防ぐために適当な措置をとるべきであったのに、とらなかった。以上の事実を照らし、X は、自分の行為によって賃料損失を拡大させたのである。従って、契約法 119 条に基づき、Y は、X に対して 2009 年 3 月 21 日から 2010 年 2 月 8 日までの賃料に相当する金額合計 37100 元を支払わなければならない。

また、X が主張した 452656.73 元賠償金損失について、証拠不足のため認められない。さらに、X が主張した造作コストが上昇することによって生じた損失 32 万元という損害賠償請求は、履行請求と矛盾するため、認められない。それに加えて、X による遅延賠償金請求は、認められない。

3 Y の解除の反訴請求の認否について

Y に法定ないし約定解除権がないため、Y の解除請求は、認められない。

X は、上訴した。

二審（武漢市中級人民法院（2013）鄂武漢中民終字第 00123 号）

【判旨】

原判決維持、上訴棄却。

X は、上告審を求めた。

上告審（湖北省高級人民法院（2013）鄂民申字第 01072 号）

【判旨】

本件を二審の法院に差戻す。

差し戻し審（武漢市中級人民法院（2014）鄂武漢中民再終字第 00037 号）

【判旨】

一審、二審を取り消す。本件を一審法院に差戻す。

上告審の一審（武昌区人民法院（2014）鄂武昌民再重字第 00002 号）

審理中に、X は、次のものを請求した。①Y は、本件契約を履行しなければならない。Y が履行しない場合に、X が第三者に本件契約を履行させるために要する費用を Y は負担しなければならない。②Y は、X に合計 1106908.73 元という損失（賃料に相当する損失 334252 元、X は本件契約不履行によって第三者との原材料購入契約に違反したため、第三者に支払った賠償金 452656.73 元、造作コストが上昇することによって生じた損失 32 万元）を賠償しなければならない。③Y は、X に遅延賠償金 465213 元を支払わなければならない。

Y は、本件契約を履行する意思のないことを明確に表明した。

【判旨】

①Y は、X に 88028 元を損害賠償金として支払え。

【判決理由】

1 X の履行請求の認否について

Y は、本件契約の解除を求めているが、法定ないし約定解除権を有しない。これに対して、X は、法定解除権を有するが、それを行使せずに契約の履行を請求した。それによれば、本件契約は、解除されるべきではないものである。

しかし、本件契約の内容は、Y が X に対して請負・建設行為を提供するものである。契約 110 条（2）によれば、役務を提供することを目的とする契約は、強制履行に適さないものとされる。そのため、X の履行請求は、認められない。また、X は、第三者に履行さ

せるために要する費用をYに負担させることができない。それゆえに、Xは、Yに対して損害賠償しか請求することができない。

2 Yの債務不履行の時点の確定とXの損害賠償請求の認否について

XとYは、Xの原因で本件契約の履行期を2007年9月22日から2007年12月28日までに変更すると合意した。その後、本件契約は、Yが約定に従わない材料ないし技術を使用したため、その履行について二度にわたって停止されざるを得ない。Yは、2007年12月29日から履行遅滞に陥ったということになる。

また、本件において、Yは、第2回に履行を停止してから契約の履行についてXと再三にわたって相談をしたが、結局合意を達成できなかった。Yは、2009年3月20日になるまで工事の再開について見込みがない。それによれば、Yは、本件契約を履行する意思のないことが明らかであるといえることができる。そのため、Xは、損害の拡大を防ぐために合理的期間において契約を解除しなければならない。2009年3月20日の後6ヶ月間は、合理的期間として認められる（2009年3月20日-2009年9月20日）。Xは、解除権の行使を怠ったため、損害を拡大させた。従って、Xは、2009年9月20日以降に生じた損失を自分で負担しなければならない。

Yは、Xに賃料に相当する損失合計73500元（21ヶ月（2008年1月-2009年9月）＊3500元）を賠償しなければならない。また、法院は、造作コストの上昇率が一年にあたり5%と認定した。従って、Yは、Xに造作コストが上昇することによって生じた損失合計14528元（166029元＊5%/12ヶ月＊21ヶ月）を賠償しなければならない。

〈Xの上訴〉Xは、上告審の一審判決に不服があるとして、本件契約の履行、遅延賠償金465213元および損失1106908.73元を求めて武漢市中級人民法院に上訴した。

上告審の二審（武漢市中級人民法院（2016）鄂01民再21号）

【判旨】

原判決維持、上訴棄却。判決理由も、原審と同様である。

「コメント」

本件は、建築および内外装工事請負契約において、請負人が履行遅滞に陥った場合に、注文者による損害賠償（賃料に相当する損失、造作コストが上昇することによって生じた損失）は、損害軽減義務により減額されるかを問題とする事案である。

法院は、請負人に強制履行をさせることができないということを理由に、注文者による履行請求権を認めない。また、法院は、上記の損失を、損害軽減義務としての「適時解除義務」により減額した。

その判決理由から、次のようなものを読み取ることができる。①役務の提供を目的とする本件契約は、契約法 110 条 (2) によれば強制履行に適さないものである。また、X は、第三者に履行させるために要する費用を Y に負担させるべきではない。それによれば、X は、損害賠償しか請求することができない。②Y は、履行遅滞に陥ってから 1 年 3 ヶ月を経過した時点においても、工事を再開する見込みがない。Y は、本件契約を履行する意思のないことが明らかである。③X は、Y による債務不履行後、履行請求を継続し、少なくとも 6 年間が経過した。④X は、損害の拡大を防ぐために、Y の履行をする意思のないことが明らかである時から 6 ヶ月以内に契約を解除しなければならない。

しかし、『最高人民法院による人民法院の執行業務の若干問題に関する規定（施行）』（1998 年）第 60 条は、「被執行人が有効な法律文書によって指定された行為の履行を拒む場合、人民法院は、その履行を強制することができる。代替履行できる行為については、関係組織またはその他の者に委託して完成することができるが、以上の行為を完成するために生じた費用は、被執行人が負担する」と定めている。私見では、本件において、請負人という性格からみれば、X は、Y の費用をもって第三者に履行させることが十分可能であると考えられる。そのため、役務の提供を目的とする本件契約が強制履行に適さないものであるという法院の判断は、妥当ではないということができる。

本件において、X の履行請求権が認められるとしても、X が主張するであろう履行に要する費用は、損害軽減義務により減額されうと思われる。なぜなら、上記規定の第 60 条に基づき、X は、第三者に履行をさせ得るし、その費用を Y に対して請求することができる。このような金銭給付の形式による履行には、損害賠償という側面があると思われる。したがって、造作コスト（材料費、人件費）が上昇している場合に、X は、適時に第三者に履行をさせることに代えて Y に対して履行請求をし続ければ、損害軽減義務違反と評価されうと考えられる。また、このような場合に、X が Y に対する履行請求権に固執することによって拡大させた賃料相当損失も、損害軽減義務により減額されうる。

本件において、法院は、造作コストが 1 年にあたり 5% で上昇すると認定し、かつこれを根拠として造作コストが上昇することによって X に生じた損失を算定した。また、法院は、X に、損害の拡大を防ぐために 6 ヶ月を合理的期間としてその期間内に契約を解除すべきであることを求め、それ以降の賃料相当損失を X は請求できないと認定した。このように算定された賠償額は、X が実際に第三者に履行させるならば生じるであ

ろう損失（代替取引と当初契約の価格との差額＋工事が完了するまで生じる賃料相当する損失）をカバーできない場合がある。

それゆえに、本件の法院の判決において、信義則に基づき、上記の②と③により X が損害軽減義務に違反したという判断が正しいと思われるが、本件契約が強制履行に適するものであることと、第三者に履行させるという代替性の検討が???漏れたことは、X の保護に足りないと評価することができる。

第3項 債務の内容である給付価値損失の算定に関する裁判例

1 給付すべき目的物の価格に変動があった場合における目的自体の損失に関する裁判例

「C4」種類物売買契約紛争²²⁴

（買主の代替品購入義務を肯定したもの）

【事実概要】

2007 年 10 月に、売主である X（原告・反诉被告・控訴人）は、2007 年 11 月 28 日から 2008 年 11 月 30 にかけて塩化カリウム 12000 トンを 1 トンにあたり 1850 円で（合計 2200 万元）買主である Y（被告・反訴人原告・被控訴人）に売る契約を結んだ。本件契約締結後、Y は、2200 万元あまりを前払いした。これに対して、X は、Y からの前払金を受けたまま契約を履行しなかった。そして、Y は、2008 年 3 月から同年 5 月にかけて 4 回にわたり、他人から塩化カリウムを 1 トンにあたり 2420 元（3 月 7 日）、3170 元（4 月 9 日）、3300 元（4 月 25 日）、3700 元（5 月 10 日）、それぞれの価格で購入した。

2008 年 8 月 30 日に、X は、契約締結の後自分の設備・技術に問題があることにより履行できないから、本件契約を解約する旨の通知を Y に送った。同年 12 月 14 日に、X が本件契約の紛争解決案を提出したが、X と Y は、これに対して合意を達成しなかった。

〈X の請求〉X は、本件契約の終了を求めて訴訟を提起した。

〈Y の反訴〉Y は、X の契約不履行により自分が他人から塩化カリウムを購入してその差額に相当損失を受けたことを理由に、本件契約の履行、履行遅滞を理由とする違約金 610 万 5000 元および他人から塩化カリウムを購入したため支払われた代金 1320 万元の賠償、を求めて反訴した。

一審（青海省高级人民法院（2009）青民二初字第 2 号）

²²⁴ 青海省大柴旦大華化工有限公司および江蘇綠陵潤發化工有限公司案

【判旨】

契約法 107 条、113 条（1）、119 条および民事訴訟法 128 条に基づき、①本件契約を解消する。②X は、Y に前払金 22058540.83 元を返せ。③X は、Y に違約金 111 万元を支払え。④X は、Y に損害賠償 684 万元を支払え。

【判決理由】

1 債務者は、履行すべきかについて

X が、契約の履行をしなかったことは、契約違反に該当するため、X は違約責任を負わなければならない。本件契約の期間が満了し、しかも X が違約責任を負う旨の意思を表示したから、X に履行させることは、意味がない。したがって、本件契約は、終了すると認定した。契約終了後、X は、Y に前払金 22058540.83 元を返済しなければならない。

2 Y の損失の確定について

Y は、X の契約不履行により他から塩化カリウムを購入して損害を受けた。契約法 119 に基づき、Y は、代替品を購入した最初の日（2008 年 3 月 7 日）に塩化カリウムの市場価格が上昇していることを知っているはずであったため、その時に代品を購入するという損害軽減義務を負うべきであるとする。すなわち、Y による代替取引初日を、損害賠償額算定の基準時として認定した。従って、X は、Y に 684 万元損害賠償を支払わなければならない（〈2420 元-1850 元〉×12000 トン）。

〈X の上訴〉 X は、一審判決に不服があるとして、最高人民法院に上訴した。その上訴理由については、Y は、より早期に X が履行する意思を有しないことを知っていた。そのため、2007 年 12 月から 2008 年 3 月までの間のある日を、損害賠償額算定の基準時とすべきである。

二審（最高人民法院（2009）民二終字第 91 号）

【判旨】

原判決維持、上訴棄却

【判決理由】

X が正当な理由なく 120000 トンの塩化カリウムを Y に引き渡さなかったことにより、Y は、他人からより高い値段で代替品を購入し、損失を受けた。X は、違約責任を負わなければならない。一審の法院は、本件契約の価格と代替取引の初日の価格との差額を基準として損失を算定する。これは、法律の誤りがない。

「コメント」

本件は、契約不履行後、給付すべき目的物の価格が上昇している場合に、損害賠償額算定の基準時をどの時点にするかを問題とする事案である。

本件買主 Y は、訴訟を提起したときに、履行とそれに代わる填補損害賠償両方とも求めた。原審では、本件契約期間が終了したこと、かつ売主 X が違約責任を負う旨の意思を表示したことを理由で、X による契約の終了請求は認められた。

また、原審法院と最高人民法院は、買主 Y が代替品を購入した初日である 2008 年 3 月 7 日を賠償額の基準時として認定した。

私見では、その判決理由から、次のようなものを読み取ることができる。①Y は、代替取引を行った初日に、目的物の市場価格が上昇していることを知るべきであった。②Y は、その日に、市場において残りの全ての塩化カリウムを他から購入することができる。

本件において、法院は、実際の代替取引を行った日ではなく、「代替取引すべきであった日」を損害賠償額の算定基準時として認定したと読み取れる。しかしながら、法院は、目的物の市場価格が上昇していることを知っている買主が、実際に代替取引を行った最初の日に残りの全ての目的物を他から購入する可能性のみを考慮して、ほかの要素（例えば、買主の資力や売主による履行の見込みの有無など）を一切に捨象することは、規範的な判断を逸脱しかねないため、妥当ではないと考えられる。

「C5」種類物売買契約紛争²²⁵

(売主の再売却義務を否定したもの)

【事実の概要】

2006 年 6 月 16 日に、X (原告・被控訴人) は、訴外者 A から 2500 トンの亜鉛黄を 819 万 3705 円で購入する契約を締結した。

2006 年 11 月 28 日に、X は、Y1 (被告・控訴人) に 2400 トンの亜鉛黄を 1080 万円で売り渡し、X が 2006 年 12 月から 2007 年 3 月にかけて亜鉛黄を毎月 600 トンで船積みして韓国に運送するという売買契約を締結した (以下で「契約 1」と呼ぶ)。同日、Y1 と韓国の Y2 (被告・上诉人) は、「契約 1」と同じ内容の売買契約を締結した (以下で「契約 2」と呼ぶ)。「契約 2」によると、Y2 は、亜鉛黄 1 トンにあたり 10 ドルを Y1 に支払うべきである、とされる。

2006 年 12 月に、Y2 は、銀行に対して X 宛ての信用状 (L/C) の発行を依頼した。発行された信用状によると、最初に引き渡される 600 トンの亜鉛黄は、遅くとも 2007 年 1

²²⁵ 韓昌産業株式会社および中国西部鋳業 (香港) 有限公司案

月 6 日より前に船積みしなければならない、とされる。しかしながら、上述の亜鉛黄は、実際に 2007 年 1 月 7 に船に積まれたが、信用状の期限より 1 日遅れた。

最初の積荷が 1 月 8 日になって初めて上海から運送されたため、Y 2 は、X が計画通りに契約を履行することができるかに疑いを抱いた。そして、2007 年 1 月 11 日に、Y1 は、Y 2 が「契約 1」を解約する旨の通知を X に発送した。同月 19 日に、X は、返事の中で第 2 回の履行について Y 1 に対して信用状の発行を求めた。

2007 年 1 月 26 日に、Y1 は、「契約 1」の未履行部分を解約することを前提として最初に給付された亜鉛黄を受領するという Y2 の旨を X に伝えた。X は、これを拒否した。そして、Y 2 は、最初に引き渡された 600 トンの亜鉛黄を受け取らない一方、「契約 1」の残りの債務も履行しなかった。

2008 年 9 月から 2009 年 2 月にかけて、X は、訴外者 B、C、D に 2500 トンの亜鉛黄を合計 289 万 7384 ドルで売った。

2006 年 12 月の亜鉛黄の市場価格は、1 トンにあたり 4404.5 ドルであった。その後、亜鉛黄の市場価格は、下落を続け、2007 年 3 月に 1 トンにあたり 3270.82 ドルになった（明らかにされた事実）。

最初に韓国に運送された亜鉛黄その受領を Y 2 が拒絶したため、X は、やむを得ず韓国から上海までに上記の亜鉛黄を取り戻した。そのために、運送費用は、合計 4 万 1092 ドルがかかった。また、保管のため、2007 年 3 月 14 日から 2008 年 12 月 31 日にかけて保管料金は合計 4 万 419 ドルがかかった。

X は、Y 2 を被告として損失を求めて訴訟を提起した。

一審（上海市第二中级人民法院（2007）滬二中民五（商）初字第 130 号）

【判旨】

契約法 8 条、44 条（1）、94 条、107 条、113 条（1）、126 条（1）に基づき、①Y 2 は、X に積極的損失 5377831.92 ドルを支払え。②Y 2 は、X に逸失利益損失 70 万ドルを支払え。

【判決理由】

1 X と Y2 の関係について

「契約 1」と「契約 2」の内容は、ほぼ同じである。「契約 1」と「契約 2」によれば、X が Y 2 に対して対亜鉛黄を引渡し、Y 2 が X 宛てに信用状を発行する、とされる。Y1 は、「契約 2」に基づき Y2 から亜鉛黄 1 トンにあたり 10 ドルのみを受け取る。それによれば、X と Y 2 がお互いに引渡義務と代金の支払い義務・受領義務を負うため、Y1 は、X と Y2 の間の仲介人にすぎないということである。

2 Y2は「契約1」を解除できるかについて

亜鉛黄の第1回船積み日は、信用状の期限より1日遅れた。これは、重大な契約違反に当たらない。それゆえ、Y2は、契約を解除することができない。Y2は、最初に給付された亜鉛黄を受け取らず、残りの債務も履行しなかった。Y2は、契約を違反した。

3 Xの損失について

Xは、Y2の契約違反により積極的損失と逸失利益損失を受けた。積極的損失は、以下のものである。①Xが訴外者Aから購入した亜鉛黄の価格とXが訴外者B、C、Dに売った亜鉛黄の価格との差額（ $(8193705-2897384)=529万6320$ ドル）。②韓国から上海まで運送費用4万1092ドル③保管料金4万419ドル。Xの逸失利益損失は、70万ドルである。

要するに、Y2は、自ら契約違反によりXに生じた損害を賠償すべきである。

〈Y2の上訴〉Y2は、次のものを主張して上訴した。すなわち、Xは、紛争が生じてから2年間が経過して初めて亜鉛黄を転売した。Xは、適時に本件目的物を転売しなかったことによって損害を拡大させた。その拡大損害をXは負担すべきである。

二審（上海市高级人民法院（2010）滬高民二（商）終字第78号）

二審の審理中に、Xは、Y2が自分に40万ドルを逸失利益損失の賠償として支払えばよいと請求を変更した。

【判旨】

一審判決の②を変更。Y2は、Xに40万ドルを支払え。

【判決理由】

亜鉛黄は、2年間において適切な方法で保存されれば、その使用収益価値が減少しないはずである。また、バルク商品としての亜鉛黄が常に国際市場価格からの影響を受け、その価格が上がったり下がったりすることは一般的である。そして、二年後の亜鉛黄の価格の騰落に関する予見は、難しい。

他方で、Xは債務不履行の後ずっと履行を請求した。それによれば、2009年の頭になって初めて本件目的物を転売したXには、過失があるとは言えない。従って、Xは、自らの行為により損害を拡大したと評価できない。

「コメント」

本件は、物の引き渡しを目的とする債務において、目的物の価格に変動があった場合に、債務不履行により売主に生じた損害の額の算定を問題とする事案である。法院は、売主が損害軽減義務に違反しなかったと認定し、売主による賠償請求のすべてを認めた。

その理由として、次のようなことが看取できると思われる。①売主は、債務不履行の後ずっと履行を請求していた。②売主は、債務不履行後に、目的物の価格の騰落に関する予見は、難しい。③本件契約の目的物は、劣化しやすいものではない。

私見では、結論に賛成できるが、その理由①について疑問がある。すなわち、法院がその2年間の中にXがずっと履行請求権を行使し続けることによって目的物を再売却する義務を負わないと認定することが、妥当ではないと考えられる。履行請求権の行使が無制限にされるべきではないことは、一般的な理解である。なぜならば、無制限の履行請求権の行使は、信義則に反する場合があるからである。

「C6」 種類物売買契約紛争²²⁶

(売主の適時解除義務を肯定したもの)

【事実の概要】

2013年2月1日、買主であるX(原告・反訴被告・控訴人)は、売主であるY(被告・反訴原告・被控訴人)から100トンの銅を1トンにあたり59300円で購入する契約を結んだ。XとYは、以下の内容を約束した。契約によれば、YはXからの注文電話を受けてから債務を履行し、Xは、本件目的物をYの倉庫から引き取る義務を負う。また、債務不履行が発生する場合に、銅の市場価格に変動があれば、違約者は、相手方に本件契約の価格と市場価格との差額を賠償金として支払わなければならない。さらに、債務不履行の場合に、違約者は、本件契約代金の3割を違約金として相手方に支払わなければならない、とされる。

本件目的物である銅の市場価格は、2013年2月1日から同年9月21日にかけて1トンにあたり58680元から52230元まで下落し続けることがわかる。

Xは、Yが銅を用意していないことを理由とし、2013年3月17日から同年4月10日にかけて銅を1トンにあたり57000元で他社から購入した。

Yは、本件契約を履行するために、訴外者たるAに4回にわたって銅を注文し、Aと四つの契約を結んだ。しかし、Yは、最初の契約のみを履行し、代金を支払った。2013年5月14日、Yは、Aと「交渉書」を締結し、以下の内容を確認した。すなわち、2013年

²²⁶ 宜興市聯宜金屬製品有限公司および無錫市晟茂銅業科技有限公司案

5月14日まで、YがAに未払い代金は、合計1373537.24元であり、その利息が103763元である。その他の3つの契約は、解除されると合意した。Yは、2013年5月14日の銅の市場価格とその他の3つの契約の価格との差額をAに損害賠償することになる。

〈Xの請求〉Xは、次のことを理由にして本件契約の解除と代金1730013.60元の返済を求めて提訴した。すなわち、Xが本件契約締結の後Yに350万元を前払いしたが、Yは30トンの銅しか渡さなかった。Yには、重大な契約違反がある。

〈Yの抗弁と反訴〉Yは、次の理由として抗弁をした。すなわち、Xは、注文電話をしない一方、すでに注文した銅も引き取らなかった。そのため、Yは、Aとの売買契約を履行できなくなったため、Aにおよそ200万元を賠償した。Yは、本件契約の解除が認められるべきではないことと、違約金644767元を求めて反訴を提起した。

一審（宜興市人民法院（2013）宜官商初字第0337号）

一審の審理中、以下の内容が、明らかにされた。すなわち、2013年9月3日、9日に、Yは、Xに対して通知を発送した。その通知には、Xがこの通知をもらってから5日以内にすでに注文した銅を引き取るべきであるという内容が、記載されている。Xは、9月11日の返信の中に銅の引き取りを拒否した。

また、一審の審理中、Yは、2013年11月6日に、本件契約の解除に同意した。

【判旨】

契約法8条、60条、93条、97条、107条、114条1項、119条に基づき、①2013年11月6日に、本件売買契約は、解除された。③Xは、Yに違約金400813.45元を支払え。

【判決理由】

Xは、銅を引き取る義務を負わなければならない。それにもかかわらず、Xは、契約を履行せずに契約の解除を求めた。Xの行為は、重大な契約違反に該当するといえることができる。したがって、Xは、Yに対して違約責任を負わなければならない。

Yは、2013年9月12日の銅の価格を損害賠償額算定の基準とし、違約金644767元（2013年9月12日の銅の市場価格と本件売買契約銅の価格との差額が1トンにあたり59300元-52230元=7070元*引き取られていない銅70.152トン*1.3）を請求した。その請求は、認められない。

債務不履行の後、被害当事者は、損害の拡大を防ぐために合理的措置を取らなければならないとする。これを怠ったことにより損害を拡大させた場合に、被害当事者は、そ

の拡大した損害を請求できない。YとAが締結した「交渉書」によると、その他の三つの契約が解除されると合意され、YがAに違約金を支払う、とされる。2013年5月14日に、Yは、Aとの契約を解除した時に、Xが本件契約を履行する意思のないことを知るべきだったと推測されうる。それにもかかわらず、Yは、2013年9月12日の銅の市場価格を基準として損害賠償を請求した。また、2013年2月1日から同年5月14日まで銅の市場価格が下落し続けることに照らして、本件契約の履行が認められれば、Xは、不利益を受けるということになる。

従って、Yは、適時に契約を解除しなかったことによって損害を拡大し、その拡大した損害を請求できないというべきである。Xは、Yに違約金400813.45（2013年5月14日銅の市場価格と本件売買契約銅の価格との差額1トンにあたり（59300元-54905元）*70.152トン*1.3）を支払うべきである。

〈Xの上訴〉 本件契約には、その履行期に関する約束はない。2013年3月7日に、Xは、Yと別の売買契約を締結した。その契約によれば、本件契約の履行期は、2013年3月14日前に履行されなければならないと認定されうる。本件契約の履行期が到来した後、Yは、合理的期間内にXに対して債務の履行を催告したことなく、また銅の価格が下落し続ける状況においてAからの仕入れ品を迅速に処理しなかった。そのため、Yは、自らの損害を拡大させた。Xは、Yが損失を受けたと認定されるとしても、2013年3月14日の銅の価格を損害賠償算定の基準としてYの損失を算定すべきであると主張して上訴した。

〈Yの上訴〉 YとXとも法院に対して本件売買契約を2013年5月14日に解除するというような主張を提出したことがない。2013年7月15日にXが本件契約の解除を請求したが、本件売買契約は、実際に2013年11月6日に解除されることになった。YとAが2013年5月14日に締結した「交渉書」は、YとAのみを拘束したものである。原審法院がその日の銅の市場価格を賠償額算定の基準として判断したのは、妥当ではない。Yは、Xによる訴訟の提起日、すなわち、2013年7月15日の銅の市場価格を損害賠償の基準として主張して上訴した。

二審（無錫市中級人民法院（2014）錫商終字第0777号）

【判旨】

原判決維持、上訴棄却。

【判決理由】

本件契約によると、Xは、2013年2月24日からYの履行が完了する時点まで、Yに対して履行を請求することができる、とされる。したがって、2013年3月14日は、本件契約履行の最後期限ではない。この日の銅の価格は、損害賠償算定の基準として認められない。

2013年5月14に、Yは、Aとの契約の解除を合意し、またAに損害を賠償した。それによれば、Yは、その日に、Xが本件契約を履行する意思のないことを知っているべきだったと推測されうる。また、銅の特殊性とその価格の変動性を考えれば、Yは、その後、他の取引先から銅の入荷をしないことも推測されうる。それによれば、2013年5月14日の銅の市場価格は、債務不履行によりYに生じた損害その額算定の基準として認められる。2013年5月14日後銅の市場価格が下落することにより生じた損害を、Yは自分で負うべきである。

「コメント」

本件は、契約締結後目的物の価格が下落し続ける場合に、損害賠償額算定の基準時をどの時点にするかを問題とする事案である。本件契約締結後、目的物の市場価格は、下落し続けている。買主は、他人から目的物を購入し、さらに2013年7月に契約の解除を請求した。売主は、2013年11月に契約の解除を確認した。法院は、2013年5月14日の銅の市場価格を損害賠償額算定の基準として認めた。

その理由として、次のようなことが看取できると思われる。① 売主は、銅の市場価格が下落し続けている状況を知っている。② 2013年5月14日、売主は、Aとの契約の解除を合意する時に、買主が本件契約を履行する意思のないことを知っているべきだったと推測されうる。③ 銅の特殊性とその価格の変動性を考えれば、Yは、今後市場において銅の入荷をしないことも推測されうる。④ 売主は、2013年11月になって初めて契約の解除に同意した。

私見では、法院は実際の解除日ではなく、「解除すべきであった日」を損害賠償額の算定基準時として認定したと読み取れる。ここでの「解除すべきであった日」という認定の作業は、規範的な判断を経て行わなければならない。本件において、実際に、法院が、上記の①②③という三つの要素を介して、2013年5月14日を「解除すべきであった日」として具体的に認定したことは妥当であると考えられる。

「C7」種類物売買契約紛争²²⁷

(売主の適時解除義務を肯定したもの)

²²⁷ 無錫聖恩銅業有限公司および宜興市華鼎銅業有限公司案

「事実の概要」

買主である X（原告・反訴被告・控訴人）と売主である Y（被告・反訴原告・被控訴人）は、2011 年 8 月 12 日から同年 11 月 16 日にかけて電解銅を目的物として、14 の売買契約を締結した。そのうち、最初の 5 つの契約の履行が完了したが、そのほかの 9 つの契約は、まだ履行されていない。

2011 年 9 月 29 日に、Y は、残りの他の 9 つの契約において 710.087 トンの電解銅をまだ引き渡していないため、X から代金の支払を受けてから電解銅を引き渡す旨の通知を X に発送した。同年 10 月 3 日に、X は、次のような内容が記載されている返事をした。すなわち、X がすでに代金 1049.740745 万元を Y に対して支払ったにも関わらず、Y は、電解銅を引き渡さないため、違約責任を負うべきである。また、銅の価格が急激に下落している状況において、本件契約は、事情変更の原則に基づき改訂、あるいは解除されるべきである。

2011 年 10 月 6 日に、Y は、事情変更原則の適用を拒否する返事をした。Y は、同日に、185.127 トンの電解銅を X の住所までに運送したが、X がその受領を拒絶した。

2012 年 12 月 11 日に、Y は、本件契約の一部が未履行であり、また X が Y に預けた代金の一部（690.848345 万元）が足りないため、X が 15 日以内に電解銅をすべて引き取って代金を支払うべきという旨の通知を X に発送した。

2013 年 4 月 18 日に、Y が X に対して契約を解除する旨の通知を発送した。その通知は、同月 20 日に X に到達した。

2011 年 8 月から 10 月にかけて銅の価格は、下落し続けている。2011 年 8 月 1 日電解銅の市場価格が 1 トンにあたり 72350 元であったが、同年 10 月 31 日になるまで電解銅の市場価格が 1 トンにあたり 59500 元になった。また、2011 年 10 月 10 日と同年 10 月 18 日との間で、電解銅の平均価格は 1 トンあたり 55364 元であった。（明らかにされた事実）

〈X の請求〉2011 年 8 月から同年 11 月にかけて、X が Y に 3888.5 万元を前払いしたが、Y は、代金 3197.65165 万元に相当する電解銅のみを引き渡した。Y は、残りの代金 690.848345 万元に相当する電解銅を引き渡さなかった。X は、Y に対して代金 690.848345 万元の返済、かつ 2013 年 4 月 20 日から返済する日までの利息の支払いを求めて提訴した。

〈Y の抗弁と反訴〉Y は、X が契約を違反したと抗弁した。Y は、自分が 2013 年 4 月 18 日に契約を解除する旨の通知を X に発送し、その通知が X に到達した最初の取引日、す

なわち、2013 年 4 月 22 日の電解銅の平均価格（1 トンにあたり 50700 元）と本件契約の価格との差額を損害賠償として求めて反訴した。

一審（宜興市人民法院（2013）宜商初字第 0828 号）

【判旨】

契約法第 8 条、第 32 条、第 44 条、第 60 条、第 62 条、第 94 条、第 97 条、第 107 条、第 119 条に基づき、②X は、Y に 838.245749 万円を損害賠償として支払え。

【判決理由】

X は、Y に対して電解銅の発送をあらかじめ通知する義務と、銅の受領義務を負う。Y は、X に対して繰り返して履行の催告をしたが、X がそれに応じなかった。Y は、2011 年 10 月 6 日に X の会社まで電解銅を配送した。したがって、Y は履行遅延に当たらず、X が、受領遅延に当たる。X は、配送されてきた電解銅を拒否した。そのため、X の行為は、重大な契約違反に当たる。従って、本件契約は、Y による契約を解除する通知が X に到達する日、すなわち、2013 年 4 月 20 日に解除されたというべきである。X は、違約責任を負わなければならない。

2013 年 4 月 22 日の電解銅の市場価格を基準として損害額を算定するという Y の請求は、認められない。債務不履行の後、被害当事者は、損害の拡大を防ぐために合理的措置を取らなければならないとする。これを怠ったことにより損害を拡大させた場合に、被害当事者は、その拡大損害を請求できない。Y が 2011 年 10 月 6 日に X の会社まで電解銅を配送したが、X は、その受領を拒絶した。Y は、その時に X が契約を履行する意思のないことを知るべきだった。にもかかわらず、Y は、2013 年 4 月になって初めて契約を解除しかつ損害賠償を求めた。Y は、適時に契約を解除しなかったことによって損害を拡大した場合に、その拡大した損害を自分で負担すべきである。法院は、X が電解銅の受領を拒絶した 7 日の後、すなわち、2011 年 10 月 18 日の電解銅の市場価格を基準として損害額を算定すると判定した。

X は上訴した。

二審（無錫市中級人民法院（2014）錫商終字第 0060 号）

「判旨」

原判決維持、上訴棄却。判決理由も原審と同様である。

「コメント」

本件は、「C5」と同じく、契約締結後目的物の価格が下落し続ける場合に、損害賠償額算定の基準時をどの時点にするかを問題とする事案である。法院は、2011年10月18日を賠償額の基準時として認定した。

その判決理由から、次のようなものを読み取ることができる。① 売主は、目的物の価格が下落し続けることを知っている。② Yが2011年10月6日にXの会社まで電解銅を配送したが、Xは、その受領を拒絶した。Yは、その時にXが契約の履行をする意思がないことを知るべきであった。③Yは、2013年4月になって初めて契約を解除した。

私見では、「C5」の判旨と同じく、本件では、実際の解除日ではなく、「解除すべきであった日」は損害賠償額の算定基準時として認定されたと思われる。しかし、「C5」においては、債権者（売主Y）が市場においても銅の購入をする見込みないため、Yの再売却という可能性を規範的な判断要素として考慮に入れる必要はないことである。これに対して、本件では、事実から、債権者（売主Y）は、今後市場において銅を購入するかどうか、手元に銅を保有するかどうかについて判明できない。それゆえに、本件において、法院は、「解除すべきであった日」に規範的な判断をする際に、上記の①と②という要素のみを考慮して、売主Yが市場において銅を再売却する可能性に触れていないことは、妥当な判断とは言い難い。

2 給付すべき目的物が劣化しやすい場合におけるもの自体の損失に関する裁判例

「C8」種類売買契約紛争²²⁸

（売主の再売却義務を肯定したもの）

【事実の概要】

2009年5月27日に、売主であるX（原告・控訴人＝被控訴人）と買主であるY（被告・控訴人＝被控訴人）は、澱粉を目的物とする売買契約を結んだ。それによれば、Yは、毎年6月に20万キログラム以上の澱粉をXに注文するとし、Xは履行当時の市場価格を超えない価格でYに売る、とされている。契約締結後、Yは、2009年と2010年に、Xに対して澱粉を注文した。2011年9月7日に、Yは、50万キログラム（±15%）の澱粉を1キログラムあたり4.2円でXに対して注文をした。2011年12月12日に、Xは、22340キログラムの澱粉（合計93828元）をYに引き渡した。Yは、Xに88000元のみを支払っており、残り代金の5828元の支払いをしなかった。その後、Yは、Xによる契約履行の請求を拒絶した。

²²⁸ 内郷県趙店澱粉場および襄陽金芋食品有限公司案

2012年7月に、Xは、Yを被告として代金の支払いと澱粉の受領を求めて訴訟を提起した。Xの請求は、（2012）鄂老河口民初字第03664号の判決によって認められた。

Xは、2013年5月に澱粉を他の三つの会社に売ったと主張した。

〈Xの請求〉2013年11月に、Xは、改めてYを被告として、未払いの代金5828元と澱粉を他人に売ったことによって生じた損失1026433元を損害賠償として訴えた。

一審（老河口市人民法院（2015）鄂老河口民初字第00731号）

【判旨】

①Yは、Xに5828元を支払え。②Yは、Xに169117.2元を損害賠償として支払え。

【判決理由】

Xは、本件澱粉を他の三つの会社に売ったと主張した。しかし、Xの主張は証拠不十分であるため、認められない。本件契約によると、Yが受領しない澱粉の市場価格は、1691172元である、とされる。

本件澱粉の保存期間が6月間であるため、Xは、損害の拡大を防ぐために措置をとらなければならない。しかし、Xは、本件契約の履行期を徒過してから1年を経過して初めて損害の拡大を防ぐために合理的な措置をとった。そして、Yは、Xに169117.2元の1割を賠償しなければならない。

XとYともに、上訴した。

二審（襄陽市中級人民法院（2016）鄂06民終1775号）

二審の審理中、Xの取引先Aの社員は、Xが350000キログラムの澱粉を1キログラムあたり2元（合計70万円）でAに売ったことを証明した。

【判旨】

一審の判決を破棄。①Yは、Xに未払いの代金5828元を支払え。②Yは、Xに385000元を損害賠償として支払え。

【判決理由】

Xは、本件澱粉をAに売ったことによって77万円〔（4.2-2）*35000〕という損失を受けた。しかし、Xは、澱粉の保存期間を知っているにもかかわらず、Yが契約履行をする意思のないことを承知した後に本件澱粉を適時に他人に売らなかった。結果として、X

は、腐った澱粉をより安い値段で他の人に売らざるを得ない。Xの過失とYの違約責任を合わせて考えれば、Yは、Xに77万損失の半分を賠償すべきである。

「コメント」

本件は、目的物が劣化しやすいものである場合に、債務不履行を被った売主が適時に澱粉を他人に売らなかったのであれば、損害賠償が減額されるかを問題とする事案である。二審法院は、債務不履行による損害の拡大について売主に過失があることを理由に、売主の損害賠償額を減額すべきであると認定した。

私見では、目的物が劣化しやすいものである場合に、法的に売主に目的物の再売却など適当な処分措置を求めることは、一般的である。例えば、CISGの第88条(2)は、このような場合に損害を軽減するため物品保存義務を負う売主に目的物の再売却など適当な処分措置を求めるものである。何故ならば、このような場合に、売主が再売却などの処分措置をとらないと、双方当事者に不利益をもたらすだけではなく、社会資源の浪費につながっている。信義則から見ると、明らかに妥当ではないと考えられる。

3 金銭債務を履行しない場合における累積的に増える賃料・請負費相当損失に関する裁判例

「C9」生産設備賃貸借契約紛争²²⁹

(賃貸人の適時解除義務を肯定したもの)

【事実概要】

2013年4月5日に、本件賃貸人であるX(原告・被控訴人)は、コンクリート生産設備(以下で「本件設備」と呼ぶ)を210万円でA会社から購入した。2013年7月1日に、Y(被告・控訴人)は、Xの所有する本件設備を3年にわたって毎月ごとに10万円で賃借する契約を結んだ(以下で「本件契約」と呼ぶ)。

本件設備が使用されてから一ヶ月後、すなわち、2013年8月14日に、イーニン市国土資源局は、Yの土地の利用が違法であることを理由に、Yに対して業務停止を命じた。Yの営業は、今までに停止されつつある。(明らかにされたもの)

そのため、本件契約締結後、Yは、Xに対して賃料の支払いをしなかった。

本件契約の第6条によると、Yと訴外者Bとの間に存在するコンクリート売買契約(以下で「契約1」と呼ぶ)が本件契約を履行するための保障とされるものであるとし、

²²⁹ イリ雅暉混凝土製造有限公司および尹勝案

本件契約が存続する期間において、もし「契約1」が終了するのであれば、Xは、Yが他の履行の保証を提供しない限り本件契約を解除することができる、とされている。

2013年7月30日に、YとBは、「契約1」の終了について合意を達した。

〈Xの請求〉2014年7月に、Xは、Yを被告として、本件契約の解除、本件設備の返済、または2013年6月から2014年7月までの賃料合計160万元、解除後から本件設備を返済する日までの使用料金を求めて訴えた。

一審（新疆ウイグル自治区高級人民法院イリ・カザフ自治州分院（2016）新40民初68号）

【判旨】

①本件契約は、解除された。②Yは、Xに2013年6月1日から2014年8月28日までの賃料合計160万元を支払え。③Yは、Xに本件設備を返せ。④Yは、2014年8月28日から本件設備を返済する日までの使用料金を毎月ごとに10万元でXに支払え。

【判決理由】

本件において、Xは約束通りに設備をYに交付したが、Yは、Xに対して賃料の支払いをしなかった。そのため、Yは、債務不履行に陥っている。契約法94条（4）に基づき、Xは、Yの債務不履行によって契約目的を達成できない場合に、契約を解除することができる。本件契約解除後、Yは、Xに設備を返済しなければならない。また、Yは、未払い賃料および2014年8月28日から本件設備を返還する日までの使用料金をXに支払わなければならない。

二審（新疆ウイグル自治区高級人民法院（2017）新民終34号）

【判旨】

民事訴訟法170条1項（2）、175条に基づき、一審判決の①③を維持、②④を破棄。Yは、Xに2013年6月1日から2013年10月31日までの賃料合計50万元を支払わなければならない。

【判決理由】

一審、二審の審理中、Yは、2013年7月から今までに自分の営業が停止されていることを主張した。Xは、Yが2013年11月になって初めてコンクリートの生産をやめたと反論した。しかし、Xの反論には、証拠不足のため認められない。

「契約1」は、2013年7月の末にYとBの合意によって終了した。Xは、その時期からYの生産、営業が停止されたことを知っていた。契約法119条に基づき、Xは、本件契約の目的を達成できない場合において、自分の損失を軽減するため合理的期間以内に本件契約を解除しなければならない。しかしながら、Xは、解除権の行使を怠って債務不履行後の一年間を経て初めて訴訟を提起したため、自分の賃料損失を拡大させた。

以上の事実を合わせて考えると、本院は、公平原則に基づき、XがYの生産、営業が停止されたことを知っていた後の3ヶ月間を解除権行使の合理的期間として認定した。そのため、Xは、Yに対して2013年7月から2013年10月までにしか賃料合計50万円を請求することができない。

「コメント」

本件は、賃借人の履行遅滞により賃貸人にもたらした賃料損失は、損害軽減義務によって減額されるかを問題とする事案である。

新疆ウイグル自治区高級人民法院は、Xが損害軽減義務としての「適時解除義務」を負うことを理由としてXが主張した損害賠償額を減額すべきであると認定した。

私見では、その判決理由から、次のようなものを読み取ることができると思われる。すなわち、①Yは、本件契約を締結してから1ヶ月後、イーニン市国土資源局に業務停止を命じられたため、生産、営業を停止した。②Xは、Yの生産、営業が停止されることを知っていた。それによれば、Xは、Yが契約を履行する意思のないことを知るべきであった。③Xは、①の時期から解除権を行使することができるが、これをずっと行使せず、債務不履行後の一年間を経過して初めて契約を解除しかつ賃料損失を請求した。④Xは、損害を軽減するため解除権を行使できる時期から3ヶ月以内に契約を解除しなければならない。

本件の判決において、上記の①②③によりXが損害軽減義務に違反したという判断が正しいと思われるが、3ヶ月間を解除権行使の合理的期間とする判断が妥当であるか否かについて疑問がある。すなわち、Xは、Yが履行をする意思のないことを知っている時期から、本件設備を他人に賃貸するのに時間を要する一方、代替取引における賃料が本件契約の賃料よりも安い場合に損害を受ける可能性がある。本件において、法院がこの3ヶ月を合理的な期間とする妥当性についてその理由を一切に述べておらず、代替取引の可能性と合理性も考慮していない。このような判断は、妥当であるとは言い難い。

「C10」事業用不動産賃貸借契約紛争²³⁰
(賃貸人の適時解除義務を肯定したもの)

【事実概要】

2009年11月6日に、賃貸人であるX(原告・控訴人)と賃借人であるY(被告・被控訴人)は、2009年11月5日から2012年11月4日にかけて、YがXの所有するZ建物の3、4階を工場として賃借する契約を締結した(以下で「契約1」と呼ぶ)。「契約1」によれば、Yが賃料、水道料また電気料金の支払いをしない場合に、Xは、「契約1」を解除することができる、とされる。

2011年6月20日に、XとYは、2011年5月1日から2014年4月30日にかけて、YがZ建物の2階を工場として賃借する契約を締結した(以下で「契約2」と呼ぶ)。「契約2」によれば、「契約1」の履行期は、2014年4月30日までに延長される、とされる。

「契約1」と「契約2」の締結後、Yは、Z建物の2、3と4階を工場として使用し、2012年12月までの賃料を支払った。

2013年1月19日に、Yは、2013年1月と2月の賃料合計34300元をXの口座に振り込んだ。しかし、1月の賃料の支払いが遅れたことに対して、Xは、不満があつてYに異議を唱えた。このような異議を受けて、Yは、2013年4月16日に生産設備を工場から撤去し、2013年3月以降の賃料の支払いをしなかった。同年5月3日に、Yは、解約する旨のポスターを工場の入り口に貼っていた。

〈Xの請求〉 2013年11月5日に、Xは、Yを被告として「契約1」と「契約2」の解除、また2013年1月1日から同年10月31日までの賃料を求めて訴えた。

一審(中山市第二人民法院(2014)中二法古民一初字第13号)

【判旨】

契約法44条(1)、60条(1)、107条、108条、119条(1)及び「最高人民法院による民事訴訟における証拠に関わる若干の規定」第2条に基づき、①YはXに賃料15.6万元を支払え。

【判決理由】

²³⁰ 蔡徳志および曾新案

Yは、法定解除権を有しない。Yは、解約についてXの同意を得ず、一方的に工場から生産設備を撤去して賃料の支払いをしなかったことが、契約違反に当たった。そのため、Yは、Xに対して賃料を支払わなければならない。

しかし、Xは、Yが工場から生産設備を撤去して解約する旨のポスターを工場の入り口に貼っていた同月に、債務不履行が発生したことを知るべきであった。そのため、契約法119条に基づき、Xは、Yが工場から生産設備を撤去することと解約する旨の意思を明確に表明したことを承知した後、損害の拡大を防ぐために合理的期間内に工場を回収して他人に賃貸しなければならない。にもかかわらず、Xは、こうした措置を取らなかったことにより損害を拡大させた。

Xは、上記の状況を知っていた後の2ヶ月間（2013年6月1日—同年7月31）以内に損害軽減のための措置をとらなければならない。そのため、Xは、2013年7月31日以降の拡大した賃料損失を請求することができない。

Xは、上訴した。

〈Xの上訴〉 Xは、一審判決に不服があるとして、次の理由をもって中山市中級人民法院に上訴した。Xは、事実上、自分が2013年10月1日になって初めてYの退去を知っていたと主張した。そのため、Xは、2013年10月31日までの賃料を求めることができる。

二審（中山市中級人民法院（2015）中中法民一終字第454号）

二審の審理中、Yは、新たな証拠を提出した。証拠の内容は、以下のものである。2013年4月30日に、Yは、「私は、5月1日に工場を明け渡すため、時間があれば決算してほしい」という通知をXに送った。Xは、通知の宛先が自分の携帯番号であるということを承認した。

【判旨】

契約法44条（1）、60条（1）、107条、108条、119条、「最高人民法院による民事訴訟における証拠に関わる若干の規定」第2条、及び民事訴訟法第170条1項（2）に基づき、一審判決を破棄、①「契約1」と「契約2」は、2013年11月5日に解除された。②Yは、Xに15.3万元を支払え。

【判決理由】

「契約1」と「契約2」の存続期限は、2014年4月30日である。Yは、2013年4月に工場から生産設備を撤去しかつ同月30日にXに工場を明け渡す旨の通知を送った。そのため、Yは、自らの行為によって本件契約を履行する意思のないことを表明した。

Yは、法定解除権を有しないため、契約を解除することができない。これに対して、債務不履行を受けたXは、解除権を行使することができる。Xは、2013年11月15日に法院に訴訟を提起して「契約1」と「契約2」の解除を求めた。それゆえ、本件契約は、2013年11月15日に解除された。

2013年5月1日に、Yは、Z建物から退去した。また、Yは、退去のことを通知でXに告げた。通知の宛先は、Xの携帯番号である。それによれば、Xは、YがZ建物から退去したことを知るべきであった。

本件契約は、強制履行に適さないものである。Xは、Yが工場から生産設備を撤去して履行をする意思のないことを明確に表明したときに、損害軽減義務を負うべきである。Xは、損害の拡大を防ぐために合理的期間内に合理的措置を取らなければならない。すなわち、Xは、適時に本件契約を解除してZ建物を取り戻さなければならない。

本件においては、Xは、合理的な期間内に救済手段の行使を怠った。それゆえ、Xは、損害の拡大に過失があるため、その拡大した損害を請求することができない。

Yは、2013年5月1日から同年7月31日までの賃料をXに支払わなければならない。Xは、2013年8月1日以降の賃料相当損失を拡大した損害として自分で負担すべきである。

「コメント」

本件は、賃借人の履行遅滞により賃貸人に生じた賃料損失は、損害軽減義務により減額されるかを問題とする事案である。二審法院は、Xが「適時解除義務」を負うべきことを理由にXが主張した損害額を減額すると認定した。

私見では、その判決理由から、次のようなものを読み取ることができると思われる。すなわち、①本件契約は、強制履行に適さないものである。②Yは、Xとの関係が悪くなるため、本件建物から退去した。③Xは、Yの履行をする意思のないことを知っていた。④Xは、Yが履行をする意思のないことを知っている時から6ヶ月を経過して初めて、契約の解除と賃料の支払いを請求した。⑤Xは、損害の拡大を防ぐために、Yが履行をする意思のないことを知っている時から3ヶ月以内に、本件契約を解除しなければならない。

本件二審の判決において、本件契約が強制履行に適さないものであるという判断は正しくないと思われる。すなわち、本件において、YがXに賃料を支払うという義務は、金銭債務であるため、強制履行が可能である。また、上記の②③④によりXが損害軽減

義務に反したという判断は、妥当であるか否かについて疑問がある。もしこのような判断を妥当であると評価すると、上記の⑤によれば、3ヶ月間を解除権行使の合理的期間とするという意味が含まれる。しかし、「C9」と同じく、本件において、なぜ3ヶ月間を解除権行使の合理的期間と認定することができるかという理由を欠けている。換言すれば、本件においても、代替取引の可能性と合理性という規範的な判断が十分考慮される一例であると考えられる。

「C11」 事業用不動産賃貸借契約紛争²³¹

(賃貸人の適時解除義務を否定する裁判例)

【事実概要】

2007年7月26日に、賃借人であるY(被告・被控訴人)は、賃貸人であるX(原告・控訴人)の所有する店舗を3年間で賃借する契約を結んだ。本件契約によれば、Yが履行日過ぎてから20日以内に賃料を支払わない場合は、Xは、契約を解除することができる、とされる。本件契約締結後、Xは、店舗をYに引き渡し、Yは、2007年10月27日までの賃料を支払った。2007年10月から、Yは、売上不足を理由に本件店舗から退去した。Yは、2007年11月からの賃料の支払いをしなかった。2008年1月31日および同年2月18日に、Xは、Yに対して賃料の支払いを求めたが、Yがそれに応じなかった。2008年11月8日に、Xは、本件契約を解除する旨の通知をYに発送した(二審の審理中に明らかにされたもの)。

〈Xの請求〉2009年7月16日に、Xは、Yを被告として、①本件契約の解除、②2007年10月28日から2008年11月27日にまでの賃料200032元を求めて訴えた。

一審(深圳市龍岡区人民法院(2009)深龍法民初字第8299号)

一審の審理中、Xは、2008年12月に契約登記管理部門にて本件契約の解除が登録されたことを主張した。Xは、①請求を変更し、本件契約がすでに2008年12月に解除されたことを確認するよう求めた。

【判旨】

契約法8条、44条、60条、94条、107条、119条に基づき、①本件賃貸借契約は、2009年9月3日に解除された。②Yは、Xに2007年10月28日から2008年2月27日までの賃料を支払え。

²³¹ 牟某および深圳市xx租售房地產顧問有限公司案

【判決理由】

Xは、Yに対して賃料の支払いを請求することができる。しかし、Xは、Yに対して2008年11月までのすべての賃料を求めることができない。その理由について、以下のものである。

Yは、2007年10月に本件店舗から退去し、10月以後の賃料の支払いをしなかった。Xは、2008年1月、2月にYに対して賃料の支払いを請求したが、Yがそれに応じなかった。そのため、Xは、2008年2月に本件契約を解除することができる。

Xは、損害の拡大を防ぐために上記の解除できる時に契約を解除しなければならない。にもかかわらず、Xは、適時に本件契約を解除しなかった。それゆえに、Xは、Yに対して2008年2月以降の賃料に相当する損失を求めることはできない。

Xによる①請求の変更について、その証拠の提出期限が切れたため、認められない。

Xは、上訴した。

二審（深圳市中級人民法院（2010）深中法民五終字第111号）

二審の審理中、Xが2008年11月11日に本件契約を解除する旨の通知をEMSでYに送ったことは、明らかにされた。また、Xが本件店舗の鍵を2008年12月24日に回収したことも、明らかにされた。

【判旨】

契約法93条（2）、96条（1）、216条、227条、「最高人民法院による民事訴訟における証拠に関わる若干の規定」2条、76条および民事訴訟法153条1項（1）（2）（3）に基づき、一審判決の①②を変更。本件契約は、2008年11月11日に解除された。Yは、2007年10月28日から2008年11月10日までの賃料、および2008年11月11日から同年11月27日にまでの使用料金をXに支払え。

【判決理由】

1 本件賃貸借契約は、いつ解除されたかについて

Yは、2007年10月に本件店舗から退去した。にもかかわらず、その時、Yは、本件店舗をXに明け渡さなかった。本件契約締結後、Yは、三ヶ月間の賃料のみを支払った。そのため、Yには、契約違反が認められる。

本件契約によれば、Yが履行日過ぎてから20日以内に賃料を支払わない場合は、Xは、契約を解除することができる、とされる。もっとも、Xには、債務不履行の場合に契約を解除する義務を負わない。2008年11月11日に、Xは、本件契約解除する旨の通

知をYに発送した。また、この通知は、同日にYのところに到達した。そのため、本件契約は、2008年11月11日に解除された。

Yは、契約解除の後、本件店舗をすでにXに明け渡したことを証明しなかった。それゆえ、Yは、Xに賃料に相当する使用料金を支払わなければならない。

2 Xは、損害軽減のための合理的措置をとるべきか。

債務不履行を受けたXは、実際の解除日、2008年11月11日の前に本件契約を解除しなければならないか。

損害軽減義務によれば、一方当事者の債務不履行によって損害が発生した場合に、被害当事者は、履行請求の行使が不合理であると判断されるときに、損害の拡大を防ぐために合理的措置を取らなければならない。もっとも、このような措置をとるには、被害当事者の利益を害すべきではない。

本件において、Yが正当な理由なく賃料を支払わなかったことは、契約違反に当たる。しかし、Yは、契約を解消する旨の意思表示をしなかった。また、本件契約は、履行不能とされないものである。Xが履行を請求することは、社会の資源を無駄にさせるものではない。それゆえ、本件において、Xが履行を請求することは、不合理なものではない。換言すれば、Xには、損害を軽減するために、適時に解除権を行使しかつ代替取引をする義務がない。

Xが2008年2月27日に解除権を行使すべきであると認定した原審の判決は、法律の適用において誤ったものである。

「コメント」

本件は、履行遅滞に陥った賃借人が不動産を明け渡さない場合に、債務不履行により賃貸人に生じた賃料損失は、損害軽減義務により減額されるかを問題とする事案である。一審判決は、Xが「適時解除義務」を負うべきことを理由に、Xが主張した賃料損失を減額すると認定した。二審判決は、一審判決を変更し、Xの適時解除義務を否定した。

私見では、その理由から、以下のものを読み取ることができると思われる。すなわち、①Yは、2007年10月に売上不足を理由に本件店舗から退去したが、本件店舗をXに明け渡さなかった。そのため、Yは、契約を解消する旨の意思を表示しなかったといえる。②2008年11月8日に、Xは、本件契約を解除する旨の通知をYに発送した。2008年12月24日に、Xは、本件店舗の鍵を回収した。③本件契約は、履行不能とされないものである。また、本件契約の履行は、社会資源を無駄にさせないものである。

本件において、賃借人が契約の履行をする意思のないことが明らかではないときに、賃貸人が、適時に契約を解除するという損害軽減義務を負わないという判断は、妥当で

あると考えられる。なぜならば、賃借人の履行をする意思が不確定であるとき、賃貸人に適時解除義務や代替取引義務を負わせると、後から賃借人が翻意して追履行する場合に、賃貸人は追履行により債務不履行に陥る恐れがあると考えられるからである。

「C12」事業用不動産賃貸借契約紛争²³²
(賃貸人の代替取引義務を否定する裁判例)

【事実概要】

2012年2月20日に、賃借人であるY(被告・控訴人)は、スーパーの経営を目的として2014年6月1日から2029年5月31日にかけて賃貸人であるX(原告・被控訴人)の所有する建物を賃借する契約を結んだ。

本件契約によれば、Xが2014年3月1日に本件建物をYに引き渡すべきである(2.2条)とし、Yが本件建物の引渡の受領を拒絶する場合や他の方法で契約の履行を拒絶する場合に、本件契約は、解除されることができる(8.8条)。

本件建物の内外装工事は遅れたため、2014年7月19日に、XとYは、本件建物の引渡す日が2014年8月15日に変更する旨の補足契約を締結した。

しかし、2014年8月15日に、Yは、翻意して経営計画の変更を理由に本件建物の引渡の受領を拒絶した。Xは、2014年11月18日、2015年1月6日、2月11日、3月26日、8月10日に、Yに対して契約の履行を請求した。2015年8月28日に、Yは、Xに対し、契約の8.8条に基づき本件契約はYが建物の引渡の受領を拒絶した日、すなわち、2014年8月15日にすでに解除されたと返事した。Yの返事は、2015年8月29日にXの住所に届いた。同年9月4日に、Xは、本件契約の解除を認めない旨の通知をYに送った。

〈Xの請求〉2015年12月7日に、Xは、①本件契約の解除、②2014年8月15日から2016年5月4日までの賃料1854万3780元、を求めて訴えた。

²³² 江蘇五星建設有限公司および蘇果超市有限公司案

〈Y の抗弁〉Y は、契約の 8.8 条が約定解除権²³³を約束する条項ではなく、解除条件付²³⁴の条項であることを理由に、本件契約は Y が建物の受領を拒絶した日-2014 年 8 月 15 日に解除されたため、X が請求した賃料を認められるべきではないと主張した。

一審（溧陽市人民法院（2015）溧民初字第 1529 号）

一審の審理中、本件建物がずっと使用されないことは、判明された。

【判旨】

契約法 4 条、6 条、10 条、93 条、96 条、107 条、108 条、110 条、113 条、212 条に基づき、①Y は、X に賃料 1102 万 7600 元を支払え。

【判決理由】

1 本件契約の解除について

Y は、経営計画の変更を理由に本件建物の引渡の受領を拒絶した。Y の行為は、契約違反であると解しなければならない。

現行法において、契約違反した当事者が契約を解除する権利を有しないと明確に定める規定は、存在しない。しかし、契約当事者双方は、契約解除の権利を約定することができる。そのため、本件契約の 8.8 条は、解除条件付の条項ではなく約定解除権を約束する条項と解すべきである。それによれば、違約者である Y は、8.8 条に基づき約定解除権を有すると認定される。

2015 年 8 月 28 日に、Y は、契約解除の確認についての返信を X に送った。それによれば、Y は、契約を解除する旨の意思を X に告げたと解されることができる。その返信は、同月 29 日に X に到達した。そのため、本件契約は、2015 年 8 月 29 日に解除された。

2 X の損失について

本件契約の履行は、Y の債務不履行により事実上できなくなった。Y の債務不履行によって X に生じた損害額を算定する際に、法院は、残った契約の存続期間、代替取引の困難さ、代替取引をすれば得られるであろう賃料、および X と Y の過失の割合、それぞれの要素を考慮して判断することができる。

²³³ 契約法 93 条（合意解除と解除条件）「当事者の協議が一致したときは、契約を解除することができる。当事者は、一方当事者の契約の解除の条件を定めることができる。契約解除の条件が成就したときは、解除権者は契約を解除することができる。」

²³⁴ 契約法 45 条（条件付契約）「当事者は契約の効力につき条件を付する旨約定することができる。停止条件の契約は、条件が成就した時に効力を生じる。解除条件付の契約は、条件が成就した時に効力を失う。」

本件賃貸借契約は、普通の不動産賃貸借契約と比べると、いくつかの特殊性がある。

(ア) Xは、Yの要求に応じて本件建物をデザインして内外装を施した。すなわち、本件建物は、Yがスーパーマーケットを経営させるため用意されたものであり、その面積が2万平方メートルあまりである。また、Xは、本件契約によって毎年ごとに1000万元を超える賃料を得られるはずである。それによれば、Xは、短期間に本件建物を容易に他人に賃貸することができないと言わざるを得ない。

(イ) 本件建物は、スーパーの経営のために内外装を施されたものである。そのため、賃貸人は、他の用途で他人に本件建物を賃貸するときに、改装するのに莫大な費用がかからざるを得ない。

(ウ) 本件契約によれば、Yは、約定解除権を有する。Yは、2014年8月15日に経営計画の変更を理由に本件建物の引渡の受領を拒絶したが、2015年8月28日になって初めて契約を解除する旨の意思をXに告げた。Yは、解除権の行使を怠ったと言わざるを得ない。Yは、自らの過失に相応しい責任を負わなければならない。また、上記の

(ア)と(イ)という要素を合わせて考えると、契約違反を受けたXには、損害軽減義務を負うにも関わらず、Yが契約を履行する意思のないことが明らかになるまでに、引き続きYに対して契約の履行を請求しても、過失がないと解すべきである。

したがって、Yは、Xに2014年8月15日から2015年8月29日までの賃料1102万7600元を支払わなければならない。

Yは、上訴した。

二審（常州市中級人民法院（2016）蘇04民終3910号）

【判旨】

原判決維持、上訴棄却。判決理由も原審と同様である。

「コメント」

本件は、賃借人が債務の履行を拒絶した場合に、債務不履行により賃貸人に生じた賃料損失は、損害軽減義務により減額されるかを問題とする事案である。一審、二審の判決は、賃貸人の損害軽減義務を否定した。

私見では、その理由として、次のようなことが読み取ることができると思われる。すなわち、①本件建物は、Yがスーパーマーケットを経営するため用意されたものである。Xは、本件契約によって毎年ごとに1000万元を超える賃料を得られるはずである。そのため、賃貸人は、短期間に本件建物を容易に他人に賃貸することができない。②Yは、履行拒絶をしてから1年間を経過して初めて契約を解除する旨の意思をXに告げ

た。③Xには、Yが契約を履行する意思のないことが明らかになるまでに、引き続きYに対して履行を請求しても、過失がないと解すべきである。

本件の一審、二審判決において、Xが損害軽減義務に反したかどうかを判断する際に、代替取引の可能性と合理性が、以下の①本件建物はスーパーの経営に向けて特別に内外装されたものであること、②代替取引をすることでも本契約によって得られる莫大な賃料が保証されないこと、③他の用途のため建物を改装するに要する巨大な費用、という三つの要素をまとめることができる。これらの要素の実質は、契約目的物の使用の限定性、代替取引によって犠牲した対価、代替取引のために資金の調達、と抽出することができる。

また、本件においても、「C11」と同じく、賃借人が契約の履行をする意思が明らかであるかどうかは損害軽減義務の判断に重要な要素の一つとされたことは看過できないと思われる。

「C13」タクシー請負経営契約²³⁵紛争

(請負発注者の適時解除義務を肯定したもの)

【事実概要】

2012年11月28日に、Y(被告)は、タクシー会社であるX(原告)所有のタクシーを5年間で請負経営し、毎月ごとに請負費²³⁶、社会保険料などをXに支払うというタクシー請負経営契約を結んだ。

XとYは、以下の内容を約束した。Yは、Xの同意を得ない場合に、第三者に本件タクシーを下請負させることができない。Yは、交通事故や他の自動車に関する事故によりタクシーの運転をやめるときでも、Xに請負費を支払わなければならない。

本件契約締結後、Yは、2013年11月までの請負費をXに遅滞なく支払った。

2013年11月16日に、Yは、交通事故に遭ったため、負傷して入院した(以下で「本件事故」と呼ぶ)。2014年9月2日に、Yは、医師からこれ以降運転に関する仕事はやめた方がよい(やめるべきである)との診断を受けた。同年12月29日に、労働能力障

²³⁵ 民法通則第80条2項は、「法により集団所有または国家所有で集団の使用する土地に対する市民・集団の請負経営権は、法的保護を受ける。請負当事者双方の権利および義務は、法に従い請負契約で規定する」と定める。農村土地請負経営権は、これによって明文化されるものである。中国では、農村土地請負経営のほか、企業請負やタクシー請負経営は、よく見られる。なぜなら、農村土地の使用収益、企業の経営あるいはタクシーの運転について、かかる経営資格は必要とされる。そのため、請負経営者は、農村土地、企業あるいはタクシー運転の経営権を取得するために請負経営契約を締結し、請負発注者に対して定期的に費用を支払うのである。

²³⁶ 中国語で「請負費」と表す。これは、日本では、フランチャイズ契約において加盟者が相手方に支払うロイヤルティーに似ているものである。

害認定委員会は、本件事故でYの受けた障害が、労働機能障害1級に該当すると鑑定した。

Yは、本件事故が発生した後の6ヶ月分の請負費をXに支払わなかった。（2013年12月、2014年1月、6月、7月、8月、9月）。

2014年2月、3月に、Xは、しばらく代替運転手に本件タクシーを請負させた。

2014年9月2日に、Xは、本件契約を解除する旨の通知をYに発送した。

〈Xの請求〉2014年12月に、Xは、Yを被告して未払い6ヶ月分の請負費を求めて訴えた。

〈Yの抗弁〉Yは、自分が本件事故により運転をできなかったため、Xの請負費支払い請求が認められるべきではないと主張した。

一審（広州市荔湾区人民法院（2015）穗荔法民二初字第1123号）

【判旨】

契約法107条、109条、民事訴訟法64に基づき、YはXに9619元を支払え。

【判決理由】

2014年9月2日に、Xは、契約を解除する旨の通知をYに発送した。そのため、本件契約は、同日に解除された。

Yが提出した医師からの診断書および労働機能障害認定に照らすと、Yは、自動車、特に公衆安全に関わるタクシーの運転ができなくなった。また、本件契約によれば、Yは、第三者にタクシーを下請負させることができない、とされる。それゆえ、Yは、引き続き契約の履行をできないといわざるを得ない。Xは、損害を軽減するために合理的措置をとらなければならない。Xは、Yが本件事故により契約の履行ができなくなったことを知っていた。にもかかわらず、Xは、適時に契約を解除せず、2014年2月と3月のみに代替運転手にタクシーを請負させた。Xには、自分の請負費相当損失の拡大について過失がある。そのため、Xは、未払い請負費の半分を自分で負担しなければならない。また、Yは、契約の履行ができなくなったときに、Xに対して解除権の行使を催告する義務を負うべきである。Yは、この義務に違反した。そのため、Yは、請負費相当損失の半分を負担しなければならない。

「コメント」

本件は、タクシーの請負経営者が請負費を支払わない場合に、請負発注者による未払い請負費や請負費相当損失は、損害軽減義務により減額されるかを問題とする事案であ

る。本件判決は、請負発注者が適時解除義務を負うべきことを理由に、請負人が主張した請負費相当損失を減額すると認定した。

私見では、その理由として、次のようなことが読み取ることができると思われる。すなわち、①Yは、本件事故により契約を履行できなくなった。②Xは、①のことを知っていた。③Xは、本件事故が発生した後の9ヶ月を経過して初めて契約を解除した。④Xは、Yの履行をできないことを知っていた時点から、適時に契約を解除しなければならない。

本件判決において、Yが本件事故により履行をできなくなったという判断は、正しくないと考えられる。すなわち、本件において、YがXに請負費を支払うという義務は、金銭債務である。そのため、Yは、Xの履行請求に対し、履行不能をもって抗弁できない。

しかし、本件において、Xが損害軽減義務に違反したという判断は、妥当であると思われる。履行不能にならないと認定されとしても、Yが履行をする意思のないことが明らかであるときに、Xが代替取引をできる状況において、不当に履行請求権を行使することにより請負費を累積的に増えさせることは、認められるべきではないと考えられる。

もう一方で、「適時解除義務」の違反により、XとYが請負費を半分ずつ負担すべきであるという判断について、疑問がある。つまり、本件において、法院は、債務不履行後のXの行為態様が損害軽減義務に反したかどうかを判断する際に、代替取引の可能性と合理性を考慮せず、Xが何の時点で解除すべきかについても説明していない。

実際に、本件事故が発生した後2ヶ月の後（2014年2月）、Xは、代替運転手に本件タクシーを請負させた。その事実から見れば、Xは、債務不履行の後、より早い時期で代替取引をできるはずであると推測されうる。そのため、本判決は、妥当であるとはいえない。

「C14」企業請負経営契約紛争

（請負発注者の適時解除義務を肯定したもの）

【事実概要】

2012年6月14日に、Y（被告・控訴人）は、2012年7月1日から2015年6月30日かけてX（原告・被控訴人）所有の企業を請け負い、Xに請負費を支払うという企業請負経営契約を結んだ。本件契約によれば、Yが請負費を支払わない場合に、Xは、契約を解除しかつ企業を回収ことができる、とされる。本件契約締結後、Yは、本件企業を請負して経営している。

2012 年 10 月の末に、Y は、X の同意を得ずに本件企業の経営をやめた一方、請負費の支払いもしなかった。

〈X の請求〉2013 年 8 月 9 日に、X は、Y を被告として、本件契約の解除、また 2012 年 7 月から 2013 年 10 月までの 15 ヶ月分の請負費合計 33 万 7500 元、を求めて訴えた。

一審（銅川市王益区人民法院（2013）銅王民初字第 00334 号）

【判旨】

契約法 94 条 1 項（2）、107 条に基づき、①本件契約は、解除された。②Y は、X に請負費 33 万 7500 元を支払え。

【判決理由】

Y は、履行期限内に X の同意を得ずに一方的に本件企業の経営をやめた。その事実から見れば、Y は、自分の行為をもって契約を履行する意思のないことを表明したということができる。そのため、X は、契約を解除することができる。Y は、X に対して 2012 年 7 月から 2013 年 10 月までの請負費を支払わなければならない。

Y は、上訴した。

二審（銅川市中級人民法院（2014）銅中民二終字第 00013 号）

二審の審理中、次の事実は判明されたことである。X は、2012 年 10 月 21 日に本件企業を回収した。X の代理人は、2012 年 11 月 13 日に、Y に対して契約の履行について話し合う旨の通知を送ったが、Y は返事をしなかった。2013 年 3 月に、X の代理人は、本件契約の履行について Y の住所に行き話し合ったが、結果として Y との合意を達成しなかった。

【判旨】

一審判決の①を維持、②を変更。Y は、X に請負費相当損失 14 万 6250 元を支払え。

【判決理由】

Y は、2012 年 10 月の末に本件企業の経営をやめた。また、Y は、2013 年 3 月に X の代理人と会ったときに、契約を履行する意思のないことを明確に表明した。これらの事実を照らすと、X は、損害の拡大を防ぐために、適時に契約を解除して Y に対して損失賠償を請求しなければならない。にもかかわらず、X は、債務不履行の後手を拱いて合理的措置をとらなかった。X は、損害の拡大に過失があるということである。本件契約の

履行状況および当事者の過失を合わせて考えると、本院は、過失相殺により請負費相当損失の半分をXが負担すべきであると認定した。

「コメント」

本件は、企業の請負経営者が請負費を支払わない場合に、請負発注者による未払い請負費や請負費相当損失は、損害軽減義務により減額されるかを問題とする事案である。本件判決は、請負発注者が適時解除義務を負うべきことを理由に、請負人が主張した請負費相当の損失を減額すると認定した。

私見では、その理由は、次のようなものを読み取ることができると思われる。すなわち、①2012年10月の末に、Yは、企業の経営をやめた。②2013年3月に、Yは、履行をする意思のないことを明確に表明した。③Xは、2012年10月21日に本件企業を回収したが、2013年8月になって初めて契約の解除を求めた。④Xは、損害の拡大を防ぐために、Yが履行をする意思のないことを知っている時点から、適時に契約を解除しなければならない。

本件判決において、「C14」と同じく、法院は、「適時解除義務」に違反により、請負費相当の損失の半分をXが負担すべきであると認定した。しかし、法院は、Xがいつ時点で解除すべきかについて説明していない。それにも関わらず、半分減額を基準とすることを妥当であると結論づけることは相当ではない。なぜならば、このような判断は、債務不履行後のXの行為態様が損害軽減義務に反したかどうかを判断する際に、代替取引の可能性と合理性を考慮した上で行われるべきものであるところ、本件判断は、かかる考慮を欠いているためである。

「C15」企業請負経営契約紛争

(請負発注者の適時解除義務を肯定したもの)

【事実概要】

2008年12月31日に、X(原告・被控訴人)とY(被告・控訴人)は、2008年12月31日から2013年12月31日にかけてYがXの投資するAクラブの経営を請け負うという契約を結んだ。本件契約によれば、Yの請負費の支払いが30日遅れる場合に、Xは、契約を解除することができる、とされる。本件契約締結後、Yは、2010年11月15日までの請負費を支払ったが、それ以降の請負費を支払わなかった。2011年8月に、Yは、Aクラブの営業を停止した。2012年3月8日に、Xは、取締役会を行い、その結果では本件

契約が解除されることに決まった。しかしながら、Xは、この決定をYに通知しなかった。

〈Xの請求〉 2013年4月に、Xは、Yを被告として、契約の解除、2010年11月16日から2013年2月16日までの未払い請負費1548.75万元、Aクラブの返済と2013年2月17日から返済する日までの請負費に相当する使用料を求めて訴えた。

一審（杭州市蕭山区人民法院（2013）杭蕭商初字第1378号）

法院は、本件契約の存続期間が審理中にすでに満了したことを理由に、Xの解除請求を認める必要がないと認定した。

【判旨】

契約法60条1項、107条、119条1項に基づき、①Yは、XにAクラブを明け渡せ。②Yは、Xに2012年3月までの未払い請負費1016万7400元を支払え。

【判決理由】

Yは、長期間に請負費を支払わないため、重大な契約違反に当たる。Xは、2012年3月8日に取締役会を開催し、その結果、本件契約は解除されることに決まった。しかし、Xは、Yに対してこの決定を通知しなかった。Xは、損害の拡大を防ぐために合理的措置をとるべきであったが、とらなかった。以上の事情を合わせて考えると、Xは、2012年3月8日以降の請負費相当損失を請求することができないと認定されるべきである。

Yは、上訴した。

〈Yの上訴〉 Yは、一審の判決に不服があるとして、杭州市中級人民法院に上訴した。その理由については、次のものである。本件契約によれば、Yの請負費の支払いが30日遅れるときに、Xは、契約を解除することができる、とされる。そのため、Xは、2010年12月15日に本件契約を解除することができる。にもかかわらず、Xは、解除権の行使を怠って、2012年3月8日になって初めて本件契約を解除することに決まった。従って、2010年12月から2012年3月までの15ヶ月分の請負費の支払いというXの請求は、認められるべきではない。また、たとえ解除権の行使についてXに合理的期間を与えると認定されとしても、債務不履行後の3ヶ月間が合理的期間とされることは、適当である。

二審（杭州市中級人民法院（2014）浙杭商終字第 1451 号）

【判旨】

原判決維持、上訴棄却。

【判決理由】

本件契約において、「X は、Y の請負費の支払いが 30 日遅れる場合に、本件契約を解除することができる」という約定は、契約解除の条件を定めるものである。しかし、この約定では、解除権の行使期限が定められていない。また、Y は、請負費の支払いが遅れた後に、解除権の行使について X に催告しなかった。他方で、X の取締役会において契約の解除が決まったが、X はこれを Y に通知しなかった。これらの事実を合わせて考えると、Y が X に 2012 年 3 月 8 日までの請負費相当損失を支払うべきであるという一審の判決は、維持されるべきである。

「コメント」

本件は、企業の請負経営者が請負費を支払わない場合に、請負発注者による未払い請負費や請負費相当損失は、損害軽減義務により減額されるかを問題とする事案である。一審法院は、X が損害軽減義務に違反したことを理由に、X が主張した請負費相当損失を減額すると認定した。

私見では、その理由は、次のようなものを読み取ることができると思われる。すなわち、①Y は、2010 年 11 月 16 日以後の請負費を支払わなかった。また、2011 年 8 月に、Y は、A クラブの営業を停止した。②X は、2013 年 4 月になって初めて契約の解除を請求して提訴した。③2012 年 3 月 8 日に開催された X の取締役会において、本件契約は解除されることとなった。しかしながら、X はこの決定を Y に通知しなかった。そのため、X は、損害軽減義務に反したと評価されることができる。

上記②と③に照らすと、本件契約は、2013 年 4 月において、X が訴訟を提起した日に解除されたと思われる。本件において、一審、二審法院は、X が損害を軽減するため適時に契約を解除すべきであるということを明確に言及しなかった。しかし、X が 2012 年 3 月以後の請負費相当の損失を請求できないという判断から見ると、X が 2013 年 3 月までに契約を解除することが求められることを看取できると考えられる。

本件判決において、X に適時解除義務を求めるという判断は、妥当ではないと思われる。なぜなら、Y は、X が提訴した日に至っても X に A クラブを明け渡していない。このような事実から見れば、Y が、A クラブを占有し続けた状態がある以上、X は、A クラブ

を取り戻し、市場において代替取引を行うという損害軽減の措置を取ることが不可能であると考えられる。

第4項 裁判例の分析

1 「適時解除義務」や「適時解除義務を介在する代替取引義務」が問題となる典型的場面

以上で検討したのは、債務者が本来の債務の履行を遅滞した場合（債務不履行）により債権者に生じた損害が、「適時解除義務」ないし「解除義務を介在する代替取引義務」により減額されるという事案である。

以上15件の裁判例うち、1件が逸失利益損失の算定に関する裁判例であり、2件が債務不履行により債権者に生じた積極的損害の算定に関する裁判例であり、12件が債務の内容である給付価値損失の算定に関する裁判例である。なお、分析の便宜上、さらに逸失利益損失・積極的損害・給付価値損失に属する具体的損失、契約の種類、債務不履行の当事者側という分類を採用し、裁判実務において、履行請求権を間接的に制限する損害軽減義務が問題となる典型的な場面を明らかにする（表C-1）。

表 C-1	損害の種類		事案	契約類型	債務不履行の当事者側		損害軽減義務の認否
					物やサービスの給付側	給付を受ける側	
本来の債務が履行遅滞である場合に債権者に課される損害軽減義務： a「適時解除義務」 ないし b「適時解除義務を介在する代替取引義務」	逸失利益損失算定の場合（1件）	生産利益相当損失	C1	種類物売買契約	○		a 肯定
	債務不履行により債権者に生じた積極的損害算定の場合（2件）	債務不履行により債権者が第三者に支払った違約金	C2	事業用不動産賃貸借契約	○		b 肯定
		債務不履行を受けた債権者が別の場所を営業場所として賃借することによって生じた賃料相当損失、と造作コスト（材料・人件費）が上昇することによって生じた損失	C3	建築および内外装工事請負契約	○		a 肯定
	債務の内容である給付価値損失算定の場合（12件）	給付すべき目的物の価格に変動があった場合におけるもの自体の損失（4件）	C4	種類物売買契約	○		b 肯定
			C5			○	b 否定
			C6			○	a 肯定
			C7			○	a 肯定
		給付すべき目的物が劣化しやすい場合におけるもの自体の損失	C8	種類物売買契約		○	b 肯定
			C9	生産設備賃貸借契約		○	a 肯定
			C10			○	a 肯定
			C11	事業用不動産賃貸借契約		○	a 否定
			C12			○	b 否定
			C13	タクシー請負経営契約		○	a 肯定
			C14	企業請負経営契約		○	a 肯定
			C15			○	a 肯定

上記の表 C-1 から、次のようなことを読み取ることができると思われる。

第一に、裁判実務において、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務—「適時解除義務」や「適時解除義務を介在する代替取引義務」は、主に物やサービスの給付を受ける側が履行を遅滞する場合において問題となる（合計 11 件）。この 11 件のすべては、債務の内容である給付価値損失に関する事案である。また、この 11 件のうち、4 件が種類物売買契約に関する裁判例であり、7 件が賃貸借契約・請負経営契約に関する裁判例である。

以上のデータに照らすと、物やサービスの給付を受ける側が履行を遅滞する場合において、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務が問題となる典型的場面は、次のようなものであると思われる。

一つは、目的物の価格が下落している種類物売買契約において、債務不履行により売主に生じた目的物自体の損失を算定する際に、「代替取引すべきであった時点」や「解除すべきであった時点」は、賠償額算定の基準時として認められるべきかが、大きな問題となる場面である（合計 3 件）。

もう一つは、賃貸借契約や請負経営契約において、賃借人や請負経営者が中途解約しようとした場合に、賃貸人や請負発注者は、債務不履行により累積的に増える賃料相当損失、請負費相当損失の拡大を防ぐために「適時解除義務」や「適時解除義務を介在する代替取引義務」を負うべきであるかが、大きな問題となる場面である（合計 7 件）。これは、15 件の裁判例の約半分を占めるものである。また、この 7 件のうち、3 件が不動産賃貸借契約に関する裁判例であり、2 件が企業請負契約に関する裁判例である。

第二に、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務—「適時解除義務」や「適時解除義務を介在する代替取引義務」は、物やサービスの給付側が履行を遅滞する場合においても問題となる。しかし、この場合に関する裁判例の数は、給付を受ける側が履行を遅滞する場合に関する裁判例の数より少ない（合計 4 件）。この 4 件には、給付価値損失に関する事案（1 件）だけではなく、積極的損失（2 件）と逸失利益損失（1 件）に関する事案もある。また、この 4 件のうち、2 件が種類物売買契約に関する裁判例であり、1 件が事業用不動産賃貸借契約に関する裁判例であり、1 件が建築および内外装工事請負契約に関する裁判例である。

以上のデータに照らすと、物やサービスの給付側が履行を遅滞する場合において、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務が問題となる典型的場面はないと思われる。

2 損害軽減義務違反の認否にあたって考慮される要素

以下では、以上の 15 件の裁判例において、具体的にどのような要素によって損害軽減義務の認否が判断されたのか考察する。

（１）債務者の履行をする意思のないことが明らかであること

「適時解除義務」や「適時解除義務を介在する代替取引義務」が問題となる場面において、損害軽減義務の認否にあたって債務者の履行意思のないことが明らかであるかに言及する事案が多く見られた。

例えば、C2、C3、C6、C7、C9、C10、C13、C14、C15 では、法院は、債務者が履行をする意思のないことを明確に表明した、あるいは債権者が債務者の履行をする意思のないことを知っていたまたは知るべきであったことを一つの理由として、債権者の損害軽減義務を肯定した。

債務者に履行をする意思のないことが明らかでないことを理由に、債権者の損害軽減義務が否定された事案も存在する。C11 では、法院は、「Y（賃借人）が正当な理由なく賃料を支払わなかったことは、契約違反にあたる。しかし、Y は、契約を解消する旨の意思表示をしなかった」ことを理由に、「X（賃貸人）が履行を請求することは、不合理なものではない」と認定した。また、C12 では、法院は、「契約違反を受けた X（賃貸人）には、損害軽減義務を負うにも関わらず、Y（賃借人）が契約を履行する意思のないことが明らかになるまでに、引き続き Y に対して契約の履行を請求しても、過失がないと解すべきである」と認定した。

前述したように、債務者が履行をする意思のないことが明らかでないときに、債権者は、適時に契約を解除するという損害軽減義務を負わないという判断は、適切であると考えられる。なぜなら、債務者の履行をする意思が不確定であるとき、債権者に「適時解除義務」や「適時解除義務を介在する代替取引義務」を負わせると、後から債務者が翻意して追履行する場合に、債権者は、追履行により二重支払いや債務不履行に陥る恐れがあるためである。

（２）代替取引の困難さ

また、問題となった事案において代替取引の困難さに言及した裁判例が 1 件存在する。C12 では、法院は、残った契約の存続期間、契約目的物の使用の限定性、代替取引によって犠牲した対価、代替取引のために資金の調達といった要素を規範的に判断する上で、賃貸人が短期間に建物を容易に他人に賃貸することができないことを理由として、賃貸人の損害軽減義務を否定した。

（３）契約の履行が債務者にとって無意味であるか、大きな負担になるかという点

このほか、損害軽減義務の認否にあたって、契約の履行が債務者にとって無意味であるか大きな負担になるかに触れた裁判例がある。これは、給付を受ける側が中途解約しようとした継続的契約に関する判決においてよく見られる。

例えば、C9 では、生産設備の賃借人は、生産、営業を停止した。C10 では、賃借人は、不動産から退去した。C13 では、タクシーの請負経営者は、交通事故によりタクシーを運転できなくなった。C14、C15 では、企業の請負経営者は、企業の経営をやめた。上記の裁判例において、法院は、賃借人や請負経営者が目的物の利用や経営を停止したことを一つの理由として、賃貸人や請負発注者の「適時解除義務」を肯定した。

（４）目的物の価格の変動に対する予見可能性・認識

さらに、損害軽減義務の認否にあたって、給付すべき目的物の価格に変動があった種類物売買契約において、債権者がその変動を予見できるかあるいは知っているかに言及した裁判例が、存在する。

例えば、C4 では、買主は、代替取引を行った最初日に目的物の価格が上昇していることを知るべきであったと認定された。C6、C7 では、売主は、目的物の価格が下落していることを知っているとして認定された。これらの裁判例において、法院は、債権者が価格の変動を予見できること、または知っていることを一つの理由として、債権者が損害軽減義務に違反したと認定した。

債権者が価格の変動を予見できないことを理由に損害軽減義務を否定した裁判例もある。例えば、C5 では、法院は、売主が債務不履行後に目的物の価格の騰落を予見できないことを理由に、売主が損害軽減義務を負うべきではないと認定した。

（５）債権者が解除権の行使を遅滞すること

その他、損害軽減義務の認否にあたって、債務者に履行意思のないことを知っている債権者が解除権の行使を遅滞することを一つの理由として、債権者が損害軽減義務に違反したと認定された裁判例が多く見られた。

C2 では、不動産の賃借人は、賃貸人の履行をする意思のないことを知ってから 5 ヶ月を経過して初めて契約の解除を求めた。C3 では、注文者は、請負人が債務不履行をしてからずっと履行を求めて続けて、少なくとも 6 年を経過した。C6 では、売主は、買主の履行をする意思のないことを知った時から 6 ヶ月を経過して初めて契約の解除に同意した。C7 では、売主は、買主の履行をする意思のないことを知った時から 18 ヶ月を経過して初めて契約を解除した。C9 では、生産設備の賃貸人は、賃借人の履行をする意思のないことを知った時から 1 年間を経過して初めて契約の解除を請求した。C10 では、不動産の賃貸人は、賃借人の履行をする意思のないことを知った時から 6 ヶ月を経過して

初めて契約の解除を請求した。C13 では、タクシーの請負発注者は、請負経営者が交通事故により履行をできなくなったことを知った時から 9 ヶ月を経過して初めて契約を解除した。C14 では、企業の請負発注者は、請負経営者の履行をする意思のないことを知った時から 5 ヶ月を経過して初めて契約の解除を求めた。C15 では、企業の請負発注者は、請負経営者の履行をする意思のないことを知った時から 20 ヶ月を経過して初めて契約の解除を求めた。

要するに、上記の 4 つの要素は、債権者側と債務者側との要素を分類して、以下の通りである（表 C-2）。

（表 C-2）

債務者側の考慮要素	債権者側の考慮要素
債務者の履行をする意思のないことが明らかであること	代替取引の取得の困難さ
契約の履行が債務者にとって無意味であるか大きな負担になるか	目的物の価格の変動に対する予見可能性・認識
	債権者が解除権の行使を遅滞すること

3 損害軽減義務の認否に関する判決の不足点

序章で述べたように、なぜ、債務不履行を被った債権者による履行請求権の行使への固執は、損害軽減義務によって制限されるべきか。これは、債権者は、代替取引をして損害賠償を請求することによって、本来の履行があったのと同じ状態を実現できるからである。そのため、債権者が履行請求権を間接的に制限する損害軽減義務を負うべきか否かを判断する際に、最も重要なのは、代替取引の困難さに関する規範的判断であると思われる。

上記の 15 件のうち、損害軽減義務の認否にあたって、代替取引に言及した裁判例は 3 件存在する。しかし、この 3 件のうち、1 件だけが代替取引の取得の困難さに言及したものであり（C12）、その他の 2 件は代替取引取得の可能性自体の存在のみを理由に債権者の代替取引義務が肯定された裁判例である。例えば、C2 では、法院は、賃借人が賃貸人からの解約という旨の通知を受けてから 3 ヶ月以内に他の建物を賃借して営業を再開しなければならないと認定した。C4 では、法院は、買主が実際に代替品を購入した最初日に、残りのすべての目的物を購入しなければならない認定した。

また、上記の 15 件のうち、7 件は代替取引に触れず、解除自体だけに言及した裁判例である。その中に、4 件は債権者が債務者の履行をする意思のないことを知った時から 3 ヶ月間や 6 ヶ月間以内に契約を解除すべきであると認定される裁判例である（C2、C3、C9、C10）。しかし、なぜ、3 ヶ月間や 6 ヶ月間が解除権行使の合理的期間とされるかについて、この 4 件判決において、詳しく説明はない。その他の 3 件は、債権者が債務者の履行をする意思のないことを知った時点から適時に目的物を再売却すべきや、契約を

解除すべきであると認定される裁判例である（C8、C13、C14）。しかし、この3件判決において、何の時点から適時と認められるかは、説明されていなかった。にもかかわらず、法院は、債権者に過失があることを理由に、損害を半分減額すると認定した。

以上の検討を経て、裁判実務において、法院は、債権者が損害軽減義務に反したか否かを判断する際に、代替取引の取得の可能性と困難さをよく看過し、3ヶ月間や6ヶ月間という硬直な基準にこだわると思われる。このような柔軟性を欠く判決は、債権者への保護が不足である一方、個別事案の公平性を失うと考えられる。

（表 C-3）

事案	契約類型	債務不履行の当事者	損害の類型	損害軽減義務の認否と債権者に求められる行為態様	損害軽減義務の肯定ないし否定の判決理由	代替取引ないし解除権の行使をするために必要とされる合理的期間	
						賠償額算定の基準時	
C1	種類売買契約	売主	生産利益相当損失	買主の適時解除義務（肯定）	①買主は、2014年2月5日に契約を解除することができるが、解除権を行使しなかった。 ②買主は2014年2月15日になって初めて契約を解除して第三者と代替品購入契約を結んだ。	買主は、解除できる日に契約を解除しなければならない。	
C2	事業用不動産賃貸借契約	賃貸人	賃貸人の債務不履行によって賃借人が第三者に支払った違約金	賃借人の代替取引義務（肯定）	①賃貸人は、契約を履行する意思のないことを表明した。 ②賃借人は、①のことを知っているから5ヶ月を経過して初めて契約の解除を求めた。 ③賃借人は、他の建物を賃借して営業を再開することができる。	賃貸人からの解約という旨の通知を受けたあとの3ヶ月	
C3	建築および内外装工事請負契約	請負人	債務不履行を受けた注文者が別の場所を営業場所として賃借することによって生じた賃料相当損失、と造作コスト（材料費・人件費）が上昇することによって生じた損失	注文者の適時解除義務（肯定）	①本件契約は、強制履行に適さないものである。注文者は、損害賠償しか請求することができない。 ②請負人が履行をする意思のないことは、明らかである。 ③注文者は、請負人が債務不履行をしてからずっと履行を求め続けて、少なくとも6年を経過した。	請負人の履行をする意思のないことが明らかである時から6か月	
C4	種類物売買契約	売主	目的物の価格が上昇している場合に、買主は、代替品を購入したことにより受けた代替取引の価格と当初契約の価格との差額相当損失	買主の代替品購入義務（肯定）	①買主は、代替取引を行った最初日である2008年3月7日に、目的物の価格が上昇していることを知るべきであった。 ②買主は、①の日に、市場において残りのすべての目的物を他から購入することができる。		代替取引すべきであった日 (2008年3月7日)
C5	種類物売買契約	買主	目的物の価格が下落している場合に、売主は、目的物を再売却することにより受けた代替取引の価格と当初契約の価格との差額相当損失	売主の再売却義務（否定）	①売主は、債務不履行の後ずっと履行を請求した。 ②売主は、債務不履行後に、目的物の価格の騰落に関する予見は、難しい。 ③本件目的物は、劣化しやすいものではない。		

C6	種類物売買契約	買主	売主は、目的物の価格が下落していることにより生じた市場価格と当初契約の価格との差額相当損失	売主の適時解除義務 (肯定)	①売主は、目的物の価格が下落していることを知っている。 ②売主は、2013 年 5 月 14 日に、買主が契約を履行する意思のないことを知るべきであったと推測されうる。 ③売主は、今後市場において目的物を入荷しないことも推測されうる。 ④売主は、2013 年 11 月 6 日になって初めて契約の解除に同意した。		解除すべきであった日 (2013 年 5 月 14 日)
C7	種類物売買契約	買主	売主は、目的物の価格が下落していることにより生じた市場価格と当初契約の価格との差額相当損失	売主の適時解除義務 (肯定)	①売主は、目的物の価格が下落していることを知っている。 ②売主は、買主が目的物の受領を拒絶した日である 2011 年 10 月 6 日に、買主の履行をする意思のないことを知るべきであった。 ③売主は、2013 年 4 月になって初めて契約を解除した。		解除すべきであった日 (2011 年 10 月 18 日)
C8	種類物売買契約	買主	目的物が劣化しやすい場合に、売主は、劣化した目的物を安価で他人に再売却することによって受けた損失	売主の再売却義務 (肯定)	①売主は、澱粉の保存期間（6 ヶ月間）を知っている。 ②2011 年 12 月に、買主は、売主による履行を拒絶した。売主は、2013 年 5 月になって初めて澱粉を他人に再売却した。	売主は、買主の履行をする意思のないことを知っている時から適時に澱粉を他人に再売却しなければならない。	
C9	生産設備賃貸借契約	賃借人	賃料相当損失	賃貸人の適時解除義務 (肯定)	①賃借人は、本件契約を締結してから 1 ヶ月の後、イーニン市国土資源局に業務停止を命じられたため、生産、営業を停止した。 ②賃借人は、賃借人が履行をする意思のないことを知るべきであった。 ③賃借人は、①を知っているから 1 年間を経過して初めて契約の解除を請求した。	解除権を行使できる時からの 3 ヶ月	
C10	事業用不動産賃貸借契約	賃借人	賃料相当損失	賃貸人の適時解除義務 (肯定)	①本件契約は、強制履行に適さない契約である。 ②賃借人は、賃貸人との関係が悪くなるため、賃借する不動産から退去した。 ③賃借人は、賃借人の履行をする意思のないことを知っていた。 ④賃借人は、③のことを知っている時から 6 ヶ月を経過して初めて契約の解除を請求した。	賃借人の履行をする意思のないことを知っている時からの 3 ヶ月	
C11	事業用不動産賃貸借契約	賃借人	賃料相当損失	賃貸人の適時解除義務 (否定)	①賃借人は、売上不足を理由に本件店舗から退去したが、本件店舗を賃貸人に明け渡さなかった。そのため、賃借人は、契約を解消する旨の意思を表明しなかった。 ②賃貸人は、契約を解除する旨の通知を賃借人に発送した後、本件店舗の鍵を回収した。 ③本件契約は、履行不可能とされないものである。また、本件契約の履行は、社会資源を無駄にさせないものである。		

C12	事業用不動産賃貸借契約	賃借人	賃料相当損失	賃貸人の代替取引義務 (否定)	①賃貸人は、短期間に本件建物を容易に他人に賃貸することができない。 ②賃借人は、約定解除権を有するが、履行拒絶をしてから1年間を経過して初めて契約を解除する旨の通知を賃貸人に告げた。 ③賃貸人は、賃借人が履行をする意思のないことが明らかになるまでに、引き続き賃借人に対して履行を請求しても、過失がないと解すべきである。	
C13	タクシー請負経営契約	請負経営者	請負費相当損失	請負発注者の適時解除義務 (肯定)	①請負経営者は、事故により履行ができなくなった。 ②請負発注者は、①のことを知っていた。 ③請負発注者は、事故が発生した後の9ヶ月を経過して初めて契約を解除した。	請負発注者は、請負経営者が履行ができなくなったことを知っていた時点から、適時に契約を解除しなければならない。
C14	企業請負経営契約	請負経営者	請負費相当損失	請負発注者の適時解除義務 (肯定)	①請負経営者は、企業の経営をやめた。 ②請負経営者は、履行をする意思のないことを明確に表明した。 ③請負発注者は、請負経営者の履行をする意思のないことを知っている時点から5ヶ月を経過して初めて契約の解除を求めた。	請負発注者は、請負経営者の履行をする意思のないことを知っている時点から、適時に契約を解除しなければならない。
C15	企業請負経営契約	請負経営者	請負費相当損失	請負発注者の適時解除義務 (肯定)	①請負経営者は、2010年11月16日以後の請負費を支払わない一方、2011年8月に企業の営業をやめた。 ②請負発注者は、2013年4月になって初めて契約の解除を求めた。 ③請負発注者は、2012年3月に取締役会を行って契約を解除することに決めたが、この決定を請負経営者に通知しなかった。	請負発注者は、2012年3月に契約を解除しなければならない。

第2款 「適時修繕義務」ないし「適時解除義務」に関する裁判例

以下では、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務について、修繕債務の履行が遅滞である場合に関する裁判例をまとめることにする。また、裁判例の検索にあたって、「無訟」において、〔維修＋賃貸合同〕²³⁷、〔維修＋承攬合同〕²³⁸、〔維修＋売買合同〕をキーワードとして行う²³⁹。

第1項 逸失利益損失の算定に関する裁判例

²³⁷ これは、日本語で「修理＋賃貸借契約」に相当するのである。

²³⁸ これは、日本語で「修理＋請負契約」に相当するのである。

²³⁹ 最終アクセス日は、2017年9月21日である。

「C16」事業用不動産賃貸借契約紛争²⁴⁰

(賃借人の適時修繕義務・適時解除義務を肯定したもの)

【事実概要】

2010年5月26日に、賃借人であるX(原告・控訴人)は、2010年6月26日から2011年6月26日にかけて賃貸人であるY(被告・被控訴人)の所有する店舗をアイスクリーム販売のために賃借する契約を結んだ。本件店舗が引き渡された後、Xは、店舗に内装を施した。

本件店舗が履行期限内に雨漏れが発生したため、Xは、2010年11月25日にYに対して内装損失および営業利益に相当する損失を求めた。Yは、これらの損失をXに賠償した。(第1回目の事故)

2011年10月、Xは、本件店舗が水漏れと地盤沈下が発生したことを理由に、Yに対して内装損失18445元を損害賠償として求めた。Yは、Xが自分で修繕をすることを条件として15000元をXに支払った。2011年11月30日に、Xは、本件店舗の水漏れがすでに修繕され、その修繕の結果が合格であることをYに告げた。(第2回目の事故)

2011年11月30日に、ガス会社は、本件店舗の内装が違法であることを理由に、安全を守るためガスの提供を停止した。この事情がXに告げられた。

2011年11月に、Xは、本件店舗が改めて地盤沈下が発生したこと、店舗の安全性に問題があることを理由に、アイスクリーム店の営業を停止させられた。(以下で「本件事故」と呼ぶ)

〈Xの請求〉Xは、Yを被告として、本件事故により生じた内装損失16107元、アイスクリーム原料損失12000元、営業停止により生じた営業利益相当損失50000元を求めて訴えた。

一審(慶陽市西峰区人民法院(2012)慶西民初字第445号)

【判旨】

契約法122条、212条、216条、119条1項、220条、221条、236条、「最高人民法院による民事訴訟法に関する若干規定」2条に基づき、①Yは、Xに内装損失16107元を支払え。

²⁴⁰ 張莉艷および慶陽恒美物業管理有限公司案

【判決理由】

本件契約の存続期間が満了した後、Xは、本件店舗を継続に使用して契約の更新をしなかった。そのため、契約法 236 条²⁴¹に基づき、本件契約は、期間の定めのない賃貸借契約として扱われるものである。本件店舗は、履行期に 3 回にわたって雨漏れまたは地盤沈下といった事故が発生した。Xは、それによって損害を受けた。Yは、前 2 回の事故により生じた X の損失を X に賠償した。

本件の争点は、本件事故により X に生じた損失がどのように確定すべきなのかということである。契約法 216 条²⁴²、220 条²⁴³に基づき、Y は、本件店舗を X に使用収益させる義務、本件事故により生じた店舗の破損を修繕する義務を履行しなかったため、債務不履行に当たった。そのため、X は、Y に対して内装損失 16107 元の賠償を請求することができる。

契約法 119 条、221 条²⁴⁴に基づき、X は、損害の拡大を防ぐために、Y の費用をもって自ら修繕をすることができるはずであったが、これを怠った。また、X の陳述によれば、本件店舗の営業が停止する原因の一部は、ガス会社がガスの提供を停止したことにある、とされる。しかしながら、X は、本件事故が営業停止の唯一かつ不可欠な原因であるということを証明できなかった。

X は、アイスクリーム原料の損失額、営業停止により生じた営業利益相当損失額を証明できなかった。もし X がこれらの損失を証明できるとしても、本件事故が営業停止の唯一原因ではなく、かつこれらの損失を X が適時に自分で修繕することにより回避できるはずであったため、X の損害賠償請求は、認められない。

X は、上訴した。

二審（慶陽市中級人民法院（2013）慶中民終字第 159 号）

【判旨】

一審判決の①を維持。Y は、X に営業利益相当損失 3 万元を支払え。

²⁴¹契約法 236 条（賃貸借契約の更新）「賃貸借期間が満了した後も賃借人が賃借物を継続使用し、賃貸人が異議を提出しないときは、原賃貸借契約は継続して有効となる。但し、賃貸借期間は期間の定めのないものとする。」

²⁴²契約法 216 条（貸主の義務）「賃貸人は、約定に従って賃借物を賃借人に引き渡すとともに、賃貸借期間中、賃借物が約定の用途に符合するように保持しなければならない。」

²⁴³契約法 220 条（賃借物の維持補修-その 1）「賃貸人は、賃借物の維持補修義務を履行しなければならない。但し、当事者間に別段の約定がある場合を除く。」

²⁴⁴契約法 221 条（賃借物の維持補修-その 2）「賃借人は、賃借物の維持補修が必要な場合、賃貸人に対して合理的期間内に維持補修をするよう請求することができる。賃貸人が維持補修義務を履行しないときは、賃借人は自分が維持補修をすることができ、維持補修の費用は賃貸人の負担とする。賃借物の維持補修により賃借人の使用に影響あるときは、賃料の相応の減額又は賃貸借期間の相応の延長をしなければならない。」

【判決理由】

契約法 216 条、220 条に基づき、Y は、本件店舗を X に使用収益させる義務、本件事故により生じた店舗の破損を修繕する義務を履行しなかったため、債務不履行に陥っている。

契約法 221 条に基づき、X は、本件事故による店舗の破損を、Y の費用をもって自分で修繕することができる。また、契約法 232 条に基づき、期間の定めない賃貸借契約において、賃借人は、いつでも契約を解除することができる。契約法 233 条に基づき、賃借物の利用が賃借人に危険が及ぶ場合に、賃借人は、いつも契約を解除することができる。以上の規定に照らすと、X は、損害の拡大を防ぐために、自分が店舗の破損を修繕できるし、契約を解除することもできる、とされる。しかし、X は、このような修繕を怠ったのみならず、適時に解除もしなかったため、損害を拡大させることになった。

他方で、たとえガス提供の停止が X の営業停止の原因の一つになるとしても、Y は、約定に従い本件店舗を X に利用させることができない一方、修繕義務も履行しなかったと言わざるを得ない。そのため、Y は、自分の債務不履行に相応しい責任を負わなければならない。

X が請求したアイスクリーム原料損失は、損害軽減義務違反により認められるべきではない。これに対して、本件の事情に照らして考えると、X の営業利益に相当する損失の賠償請求は、適当に認められるべきである。

「コメント」

本件は、賃貸人が修繕義務の履行を遅滞する場合に、債務不履行により賃借人に生じた営業利益相当の損失は、損害軽減義務により減額されるかを問題とする事案である。二審法院は、X が適時修繕義務や適時解除義務を負うべきことを理由に、X が主張した原料損失を認めない一方、営業利益相当損失を減額すると認定した。

私見では、その理由として、次のようなことを読み取ることができると思われる。すなわち、①本件事故が生じた後、X は、店舗の破損を自分で修繕することができるのみならず、契約を解除することもできる。②本件事故が発生した当月に、ガス会社は、ガスの提供を停止した。③X は、①の措置をとる代わりに、アイスクリーム店の営業を停止した。

本件判決において、X に適時修繕義務を求めるという判断は、妥当であると思われるが、X に適時解除義務を求めるという判断について疑問がある。なぜなら、上記の本来の債務が履行遅滞である場合とは異なり、賃貸人は、自分が修繕義務の履行を遅滞することにより賃借人が目的物を使用できない場合に、賃借人に対して修繕義務を負担する

ほかに、賃借人に目的物を使用収益させる義務も負担するのである。そのため、賃貸人が修繕義務の履行を遅滞する場合に、賃借人のなし得る代替取引には、賃借人が適時に自分が修繕するか第三者に修繕させること、および賃借人が他人から同種の賃借物を賃借することという二つの方法がある。

賃貸人が修繕の履行を遅滞する場合に、修繕がなお可能であり、かつ賃借人が契約の履行が望ましいならば、賃借人の利益の保護という観点から、賃借人には、適時解除義務を課すことよりも、適時修繕義務を課した方が適切であると思われる。また、前述で明らかにしたように、債務者が履行をする意思のないことがまだ不明である段階に、債権者に適時解除義務を課するのは、債権者にとって酷である。本件において、Xが契約を解除する旨の意思を表明しないのみならず、Yの使用収益義務を履行する意思があるか否かについても明らかではない。そのため、本件判決において、Xに適時解除義務を課したという判断は、妥当であるとはいいがたい。

「C17」事業用不動産賃貸借契約紛争²⁴⁵
(賃借人の適時修繕義務を肯定したもの)

【事実概要】

2010年10月28日に、賃借人であるY(被告・反訴原告・被控訴人)は、2010年12月1日から2015年2月28日にかけて、賃貸人であるX(原告・反诉被告・控訴人)の所有する建物をレストラン(以下で「本件レストラン」と呼ぶ)として賃借する契約を結んだ。それによれば、Yが3ヶ月ごとにXに賃料を支払うべきであり、賃料の支払うべき日が満了してから60日過ぎるとYが賃料を支払わない場合に、Xは、重大な契約違反を理由に契約を解除することができる、とされる。

2012年10月13日に、本件レストランに水漏れが発生したことにより、Yは、損害を受けた(以下で、「本件事故」と呼ぶ)。本件事故の前に、Xは、財産損失と営業停止損失に保険をかけた。保険会社は、水漏れの原因かつ損失について調査書を作成し、本件事故が地盤沈下でパイプが破れたことによって生じたものであると認定した。2012年12月3日に、保険会社は、この事故について調査を完了し、また報告書を作成した。その内容は、次のようなものである。本件事故は、地盤沈下でパイプが破れたことによって生じたものである。本件事故により本件レストランの施設の一部に損傷が発生した。また、本件レストランの一階は、修繕のために15日ぐらい営業ができなくなると予想さ

²⁴⁵ 揚州京国実業有限公司および張健案

れる。そのため、Yは、本件事故によりおよそ 257778 元の物損と 12240 元の営業利益に相当する損失を受けた。

本件事故の後、Xは、本件レストランの修繕を行わず、Yに損害賠償も支払わない。

2013 年 3 月 31 日に、Yは、次のような内容が記載された通知を Xに発送した。すなわち、本件事故が発生してから数月を徒過したが、Xは、修繕義務を履行していない。2013 年 3 月にも水漏れが発生したことにより、Yは、重大な損失を受けた。Xは、今日からの 1 週間内に問題を解決しなければならない。そうしてくれないと、Yは、修繕のために本件レストランの営業を停止せざるを得ない。そのため、本件レストランの営業が停止することによって生じる営業利益に相当する損失を Xは負担すべきである。

〈X の請求〉 Xは、Yに対して賃料の支払いを何度も催告したが、Yが支払わなかったと主張した。そのため、Xは、2012 年 9 月 1 日から 2013 年 2 月 28 日までの未払い賃料 196714.68 元を求めて訴えた。

〈Y の抗弁と反訴〉 Yは、次の理由をもって抗弁した。すなわち、Yは、2013 年 3 月 1 日から 2013 年 5 月 3 日までの賃料 129798.15 元をすでに Xに支払った。Yが 2012 年 10 月 1 日から 2013 年 2 月 28 日までの賃料を支払わない原因は、Xが修繕義務を履行しなかったことにある。本件事故は、パイプのデザインに欠陥があることにより生じたものである。本件事故により、本件レストランの内装と施設に損傷が発生した一方、Yは、レストランの売上の減少という損害も受けた。本件事故が発生した後、Yは、Xに対して再三にわたって修繕を求めたが、Xがそれを拒絶した。このため、Yは、損害賠償 20 万元を求めて反訴した。

一審（揚州市邗江区人民法院（2013）揚邗民初字第 1044 号民事判決）

一審の審理中、Yは、B 資産評価会社に本件事故により生じた物損の額を評価することを依頼した。2013 年 9 月 16 日に、B 会社は、2012 年 10 月 13 日まで本件レストランの物損の額が 34224 元であると認定した。

【判旨】

契約法 107 条、119 条、226 条、民事訴訟法 64 条 1 項に基づき、①Yは、Xに賃料 196714.68 元を支払え。②Xは、Yに 119904 元（34224+85680）を損害賠償として支払え。

【判決理由】

Yは、賃料を支払わないため、契約に違反したということができる。したがって、Yは、Xに賃料 196714.68 を支払わなければならない。

本件事故が発生した日である 2012 年 10 月 13 日から、保険会社が調査報告書を作成した日である 2012 年 12 月 3 日までの間に、Xは、修繕義務を履行しかつ Y に対して損害を賠償することを請求していなかった。

Yは、Xの債務不履行により損害を受けた。にもかかわらず、Yは損害の拡大を防ぐために損害軽減義務を負うべきである。Yは、Xが自分の修繕請求に応じない場合に、2012 年 12 月 4 日から X に 15 日間の猶予期間を定めて修繕の履行を請求することができる。Xがこの猶予期間内に修繕をしない場合に、Yは、2012 年 12 月 19 日から自分が本件レストランを修繕しなければならない。修繕のため、15 日間の猶予期間が必要であると認定されるべきである。それゆえに、Xは、Yに対して 2012 年 10 月 13 日から 2013 年 1 月 4 日までの営業利益に相当する損失 85680 元を賠償しなければならない。

Xは、上訴した。

〈Xの上訴〉Xは、原審で承認された営業利益相当損失 85680 元が認められるべきではないと主張して上訴した。その理由は、次のようなものである。すなわち、保険会社が修繕義務を負わないため、Yは、保健会社が調査を行う期間において自分が本件レストランを修繕しなければならない。そのため、Yの営業利益相当の損失を算定する際に、保険会社の調査期間において債務不履行により Y に生じた営業利益相当の損失は、損害賠償の計算に入れられるべきではない。

二審（揚州市中級人民法院（2014）揚民終字第 1212 号）

【判旨】

原判決維持、上訴棄却

【判決理由】

本件契約によれば、Xは、Yが本件レストランを使用収益することができない場合に、適時に修繕義務を履行し、また Y に対して損害を賠償しなければならない、とされる。Yは、損害軽減義務を負うべきであるとはいえ、本件事故の調査を行う期間において、Xに対して修繕の履行や損害賠償を請求することに正当な利益がある。Xは、この期間内に修繕義務を履行しないのみならず、Yに対して損害も賠償しなかった。Yは、保険会社の調査が完了した後 X に与えられる猶予期間を経過した時点から、損害を軽減するため

に合理的な措置をとらなければならない。以上の事情に照らすと、原審の判断は、合理的なものであるため、認められるべきである。

「コメント」

本件は、「C16」と同じく、賃貸人が修繕義務の履行を遅滞する場合に、債務不履行により賃借人に生じた営業利益相当損失は、損害軽減義務により減額されるかを問題とする事案である。一審、二審法院は、Yが適時修繕義務を負うべきであることを理由に、Yが主張した営業利益相当損失を減額すると認定した。

私見では、その理由として、次のようなことを読み取ることができると思われる。すなわち、①本件事故が発生した日である2012年10月13日から、保険会社が調査報告書を作成した日である2012年12月3日までの間に、Xは、修繕義務を履行しなければならない。②Xがこの期間内に修繕義務を履行しない場合に、Yは、15日間の猶予期間（2012年12月18日まで）を定めてXに対して履行を催告することができる。③Xが②の期間内に修繕義務を履行しない場合に、Yは、損害を軽減するために、2012年12月19日からの15日間以内（2013年1月4日まで）に自分が本件レストランを修繕しなければならない。④Yは、Xが訴訟を提起した日（2013年4月に）まで自分が本件レストランを修繕しなかった。

本件判決において、保険会社が調査を行う期間とその後の猶予期間内に、YがXに対して修繕の履行を請求することに正当な利益を有するという判断は、妥当であると思われる。なぜなら、本件事故の原因や事故により生じた物損・営業利益相当の損失の額が判明されないときに、Yに適時修繕義務を課すのは、Yにとって酷であると考えられるからである。また、契約法221条によれば、賃借人は、賃借物の維持補修が必要な場合、賃貸人に対して合理的期間内に維持補修をするよう請求することができる、とされる。もっとも、保険会社の調査が完了した後、Yが猶予期間を定めてXに対して修繕の履行を請求する場合に、その猶予期間内になおXが修繕を履行せず、Yが営業利益相当の損失の拡大に任せて依然として修繕請求権に固執した行為は、信義則に照らせば、もはや合理的なものであるとはいえない。以上の理由に鑑みると、本件判決は、妥当的なものであると評価することができる。

第2項 裁判例の分析

1 「適時修繕義務」ないし「適時解除義務」が問題となる典型的場面

以上で検討したのは、債務者が修繕債務の履行を遅滞した場合に、債務不履行により債権者に生じた損害が、「適時修繕義務」ないし「適時解除義務」により減額されるという事案である。

「無訟」において、債務者の修繕義務の不履行に関する裁判例は、2017年9月21日まで合計675件がある²⁴⁶。この675件のうち、債権者は、瑕疵のある目的物を受けた後、損害の拡大を防ぐために早めにこの目的物の利用を停止しなければならないと要求される事案が多い²⁴⁷。他面で、債権者に「適時修繕義務」を求める裁判例は存在するが、その数が少ない一方、主に不動産賃貸借契約における営業利益相当損失の算定という紛争に集中する（表C-4）。

表 C-4	損害の類型		事案	契約類型	債務不履行の当事者		損害軽減義務
					物やサービスの 給付側	給付を受け る側	
修繕債務の履行が遅滞である場合に債権者に課される損害軽減義務：a「適時修繕義務」ないしb「適時解除義務」	逸失利益損失算定の場合	営業利益相当損失	C16	事業用不動産賃貸借契約	○		a・b 肯定
			C17		○		a 肯定

2 損害軽減義務の認否にあたって考慮される要素

債務者が修繕義務の履行を遅滞した場合に、「適時修繕義務」ないし「適時解除義務」が問題となる事案が少ないため、損害軽減義務の認否がどのような要素により判断されるかは、明らかであるとはいえない。もっとも、C17では、法院は、賃貸人が猶予期間内に修繕を履行しない場合に、賃借人は、猶予期間を経過した後、損害を軽減するため自ら修繕をしなければならないと認定した。

（表 C-5）

事案	契約類型	債務不履行の当事者	損害の類型	損害軽減義務の認否と債権者に求められる行為態様	損害軽減義務の肯定ないし否定の判決理由	代替取引ないし解除権の行使をするために必要とされる合理的期間
C16	事業用不動産賃貸借契約	賃貸人	営業利益相当損失	賃借人の適時修繕義務・適時解除義務（肯定）	①賃借人は、本件事故が生じた後、店舗の破損を自分で修繕できる一方、契約を解除することもできる。 ②本件事故が発生した当月に、ガス会社は、ガスの提供を停止した。 ③賃借人は、①の措置をとる代わりに、アイスクリーム屋の営業を停止した。	不明

²⁴⁶ 出所：「無訟」判例データベース キーワード：「減損」＋「維修」＋「賃貸借契約」；「減損」＋「維修」＋「請負契約」。

²⁴⁷ 例えば、（2014）臨商終字第344号、（2015）甘民一終字第165号等。

C17	事業用不動産賃貸借契約	賃貸人	営業利益相当損失	賃借人の適時修繕義務 (肯定)	①賃貸人は、保険会社が調査を行う期間内に修繕をしなければならない。 ②賃借人は、①の期間内に修繕がされない場合に、15 日間の猶予期間を定めて賃貸人に対して履行を催告することができる。 ③賃貸人が②の猶予期間内に修繕の履行をしない場合に、賃借人は、損害を軽減するため自らレストランを修繕しなければならない。 ④賃借人は、③の期間を経過して3ヶ月の後も自らレストランを修繕していない。	15 日間の猶予期間
-----	-------------	-----	----------	--------------------	--	------------

第6節 本章のまとめ

損害軽減義務と履行請求権との関係は、中国法において、あまり議論されていない問題である。また、学説上にこの問題について見解があるとしても、通説といえる見解は存在しない。

もっとも、裁判実務において、この問題に関する事案は少なくない。中国法において、裁判結果は、「その事件のみに効力を持つ²⁴⁸」ため解釈論としての規範性を与えるものとは言いきいが、この問題についての裁判の傾向を示すものといえる。

以下で、本章の内容を簡単にまとめることにしよう。

1 履行請求権の排除事由としての損害軽減義務の存否

1981 年の経済契約法は、〔実際履行原則〕を採用したものである。すなわち、違約金や賠償金の支払いは、現物履行（給付）や役務の履行に代わりうるものではないと考えられていた。債権者と債務者いずれも、履行不能ないし履行不能と同視されうる場合のみ契約の拘束力から解放されることができる。経済契約法の時代において、履行請求権は、計画経済を根拠として原則性が位置付けられたということができる。

その後、計画経済から市場経済への転換をきっかけにして、統一契約法のいくつかの草案は、〔実際履行原則〕を採用しないことを明確に表示したのである。

統一契約法草案（1998 年）116 条（2）は、市場において目的物の代替物の取得が困難でない場合に、債権者が強制履行を請求することができないと定めていた。それによれば、債権者による代替取引の可能性は、履行請求権行使の要件として取り込まれるのである。ただし、この規定は、学者から激しい批判を浴びた。結果として、1999 年の統一契約法は、この規定を削除した。そのため、現行法において、履行請求権の排除事由としての損害軽減義務は、存在しないということができる。

²⁴⁸ 木間正道ほか（2012 年）・前掲注 149・105 頁；高橋孝治「最高人民法院による無理のある判断-ある日本企業の中国での経験-」Law and Practice 2006 年（第 10 号）301 頁。

2 履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務の認否と判断要素

1999年統一契約法107条は、継続履行責任を損害賠償責任と並ぶ違約責任の一つとして定める。また、通説によれば、契約法107条にいう各違約責任の適用は、107条の法文に置かれる順序によらず、違約責任が平等の関係に立つため、債権者の選択によって決められるものとされる²⁴⁹。

他方で、「実際履行原則」を採用しない1999年統一契約法では、債権者の解除権は、より広い範囲で認められているのである。例えば、94条によれば、債権者は、履行不能の場合のほか、履行期前の履行拒絶の場合、催告後相当期間が経過したにも関わらず履行がされなかった場合、債務者の履行遅滞や他の債務不履行により契約の目的を達成できない場合等に契約を解除できるとされる。

上記の規定・通説を前提として、債権者が適時に契約を解除して代替取引をする代わりに、損害の拡大に任せて履行請求権に固執する行為は、信義則に照らせば、損害軽減義務違反と評価されうる場合があると思われる。

『最高人民法院による売買契約紛争事件の審理に関する法律適用問題についての解釈』29条、および『最高人民法院による当面の形勢における民商事契約紛争事件の審理に関する若干問題についての指導意見』9条、10条は、裁判所が債権者の逸失利益損失を算定するときに、予見可能性、損害軽減、損益相殺、過失相殺といったルールを総合的に運用して損害を判断しなければならないと定めている。最高人民法院は、逸失利益損失を算定する場合のみ損害軽減規則を考慮すべきであることを明らかにし、逸失利益損失以外の損失を算定する場合、例えば、債務の内容である給付価値損失や債務不履行により債権者に生じた積極的損害を算定する場合に損害軽減義務を考慮に入れるべきか否かについて言及していない。そのため、逸失利益損失算定の場合、積極的損害算定の場合と給付価値損失算定の場合によって裁判例を分析し、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務が、いかなる損害算定の場合にどのような契約のもとで大きな問題となるか、また、裁判所が損害軽減義務を判断する際に具体的にどのような要素を考慮に入れるかの解明を試みた。

裁判実務において、本来の債務が履行遅滞である場合に、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務が、主に給付を受ける側が履行を遅滞する場面において問題となり、その典型的場面は、次の二つのものである。

一つは、目的物の価格が下落している種類物売買契約において、債務不履行により売主に生じた目的物自体の損失を算定する際に、「代替取引すべきであった時点」や「解

²⁴⁹ 韓世遠（2011年）・前掲注16・612頁。

除すべきであった時点」を、賠償額算定の基準時として認められるべきかが、大きな問題となる。

もう一つは、賃貸借契約や請負経営契約において、賃借人や請負経営者が中途解約しようとした場合に、賃貸人や請負発注者は、債務不履行により累積的に増える賃料相当損失、請負費相当損失の拡大を防ぐために「適時解除義務」や「適時解除義務を介在する代替取引義務」を負うべきであるかが、大きな問題となる。

また、損害軽減義務の認否にあたって、債務者の履行をする意思のないことが明らかであること、債権者の代替取引の困難さ、契約の履行が債務者にとって無意味であるか大きな負担になるか、目的物の価格の変動に対する予見可能性・認識と債権者が解除権の行使を遅滞することが、判断要素として言及されている。

しかし、法院は、損害軽減義務の認否を判断する際に、債権者にどのような行為態様を要求するかについて、多くの場合に「解除」自体に注目し、「代替取引の可能性と困難さ」を看過している。それは、債権者が十分な填補を得ることができないという結果を導いてしまうと考えられる。

それに加えて、修繕義務の履行が遅滞である場合に、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務は、主に事業用不動産賃貸借における賃借人の営業利益相当損失の算定に問題となる。しかし、このような事案の数が少ないため、損害軽減義務の認否がどのような要素により判断されるかは、明らかであるとはいえない。

第3章 日本法

第1節 序

(1) 前章で、履行請求権と損害軽減義務との関係について、具体的事案の実質的検討の積み重ねから論じられるべきであるという立場から、中国法とその裁判実務における具体的な裁判例を検討してきた。

中国法では、履行請求権の排除事由としての損害軽減義務は、存在しない。統一契約法草案(1998) 116 条(非金銭債務の強制履行)は、一方当事者が非金銭債務を履行しない、あるいはその履行が契約の約定に適合しないときに、債権者は、市場において契約目的物の代替物の取得が困難でない場合には、債務者に対して本来の債務の履行を請求できないと定める。しかし、この規定は、学者から激しい批判をあび、結局、1999 年統一契約法には採用されなかった。

これに対して、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務については、議論が少ないが、裁判実務において、これを肯定する裁判例は少なくない。これらの裁判例は、履行遅滞を被った債権者による損害賠償請求に対して、裁判所が、契約当事者の性格、債務の履行の見込みや代替取引の合理的可能性などの諸事情を総合的に考慮する上で、債権者の履行請求権に固執する行為(他面で、適時に契約を解除して代替取引をしなかった行為)を損害軽減義務に反すると評価して損害賠償を減額するという傾向を示している。

(2) 大陸法に属する日本法では、損害軽減義務を正面から定める規定は存在しない。ただし、損害の発生・拡大に債権者が寄与した場合に、その損害について債権者が自ら責任を負うか否かについては、従来は過失相殺の枠組み(418 条)で捉えられうると考えられている²⁵⁰。

その後、英米法からの影響を受けて、損害軽減義務(代替取引義務)を、損害賠償額算定の基準時という問題(416 条)ないし履行請求権の排除という問題との関係で議論する見解も出てくる。

最高裁平成 21 年 1 月 19 日判決は、通常生ずべき損害を確定する際に、損害回避・減少のためにとるべき措置を債権者がとらなかったという行為を考慮に入れて、それらの措置をとることができた時以降の損失は、通常損害に当たらないと認定した。それによ

²⁵⁰ 我妻栄『新訂 債権総論(民法講義Ⅳ)』(岩波書店・1974 年)129 頁。

れば、損害軽減義務は、416 条 1 項の「通常損害」の判断基準として捉えられることになる、とされる。

次節では、まず、民法 418 条と 416 条の起草過程、次に、損害軽減義務に関する学説と判例を検討することにする。

第 2 節 法律の沿革

第 1 款 民法 418 条²⁵¹の起草過程

過失相殺とは、公平の原則および信義則を根拠として²⁵²損害を割合的に債権者・債務者間で分配する制度である。以下で、過失相殺の法理を定める旧民法と現行法のかかる規定を紹介し、損害の発生・拡大に債権者が関与した場合に過失相殺が適用されるかどうかを検討することにしよう。

1 旧民法における「債権者の過失」

旧民法において、損害賠償訴権についての規定である財産編 387 条は、過失相殺の法理を示す規定である。同条は、「不履行又ハ遅延ニ関シ当事者双方ニ非理アルトキハ裁判所ハ損害賠償ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」と規定する。

その立法理由は、次のものである。すなわち、債務者の債務不履行または履行の遅延に債権者自ら非理があり、またその不履行や履行の遅延に影響を及ぼす場合（例えば、債務者が目的物を引き渡そうとする場合に、債権者は、正当な理由なくこれが契約に適合しないことを理由として目的物の受領を拒絶する等）が稀ではないから、この場合において債務者の損害賠償責任が軽減されることは正当なものとして認められるというものである²⁵³。

旧民法財産編 387 条は、債務不履行自体関する債権者の過失についてのみ定めるものであり、損害の発生または損害の拡大の場合に関する債権者の過失には言及していない。

2 旧民法から現行民法典への移行

²⁵¹ 民法 722 条 2 項は、不法行為法において適用される過失相殺を定めている。ここで契約法に関する条項に限定されることにする。

²⁵² 我妻栄（1974 年）・前掲注 250・128 頁。

²⁵³ 『民法理由書第 2 卷（財産編人權部）』星野英一＝ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード民法典資料集成Ⅱ・後期Ⅳ』（雄松堂・2001 年）394-395 頁。

現行民法の起草において、法典調査会は、オーストリア一般民法 1304 条（1811 年）（「損害発生につき被害者にも過失の存するとき、その割合に応じて、被害者は、加害者と共に損害を負担する。その割合を定めることができないときは、均しい割合で負担する」）、スイス旧債務法五一条（1881 年）（「被害者にも過失があるときは、裁判官は、その割合に従い、賠償義務を軽減し、もしくは免除することができる」）、ドイツ民法第一草案 222 条（1888 年）および第 2 草案 217 条（1895 年）などを参照し²⁵⁴、原案 412 条を設けた。同条は、「債務ノ不履行ニ関シ債権者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」と規定する。

原案 412 条の趣旨について、穂積陳重は、次の 3 点をあげている²⁵⁵。第一に、債務者の債務不履行について、その原因がいかなることによって生じたにせよ、法律がこれを取り消さない以上、その損害の賠償をしなければならないという主義を採用した。第二に、旧民法が「損害賠償ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」と規定するが、「法文上は、これに責任の有無までも含むものかどうか」まだ不明である。原案 412 条は、この点についても裁判所が斟酌できると規定する。第三に、債務の不履行に関する債権者の過失の程度について様々な細かい規定を置く国もあるが、「かえってこのような細かいことが多くあるとその規則に狭められて公平を失うことがあるかもしれないから、裁判所の公平の判断に任せた方がよい」。

現行法 418 条は、原案 412 条の文言を修正しないまま採用した。同条は、「債務の不履行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、損害賠償の責任及びその額を定める」と規定する。

3 現行民法における「債権者の過失」

原案 412 条の文言および穂積委員の説明は、不履行に関する債権者の過失についての言及する。それによれば、不履行後の債権者の過失、すなわち、損害の発生・損害の拡大に関する債権者の過失が 418 条によって取り扱われるかどうかは、必ずしも明確ではないと思われる。

第 2 款 民法 416 条の起草過程

²⁵⁴ 奥田昌道（2011 年）・前掲注 30・534 頁〔窪田充見執筆部分〕；窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣・1994 年）142-143 頁。

²⁵⁵ 前田達明監修『史料債権総則』（成文堂・2010 年）107 頁。

以下では、損害賠償の範囲が決定される際に、通常損害と損害賠償額算定の基準時についてどのような判断要素が考慮されるべきかを問題点とし、民法 416 条の起草過程を検討することとする。

1 旧民法財産編 385 条から現行民法典原案 410 条への移行

ボアソナードが起草した旧民法財産編 385 条は、債務不履行に基づく損害賠償の範囲を次のように定めていた。「①損害賠償ハ債権者ノ受ケタル損失ノ償金及ヒ其失ヒタル利得ノ賠償ヲ包含ス ②然レトモ債務者ノ悪意ナク懈怠ノミニ出テタル不履行又ハ遅延ニ付テハ損害賠償ハ当事者カ合意ノ時ニ予見シ又ハ予見スルヲ得ヘカリシ損失ト利得ノ喪失トノミヲ包含ス ③悪意ノ場合ニ於テハ予見スルヲ得サリシ損害ト雖モ不履行ヨリ生スル結果ニシテ避ク可カラサルモノタルトキハ債務者其賠償ヲ負担ス。」

同条 1 項は、債務不履行によって債権者が受けた損失と失った利得が損害賠償に含まれると定める。同条 2 項と 3 項は、1 項に定められる賠償すべき範囲を制限することを定めていた。すなわち、同条 2 項は、損失の予見可能性を基準とし、同条 3 項は、債務不履行によって生じた結果が回避できないことを基準とする²⁵⁶。

法典調査委員会に提出された現行民法典原案 410 条の内容は、旧民法財産編 385 条と比べると大きく変化された。原案 410 条は、債務者の主観的態度、すなわち、悪意であるか過失であるかによる賠償範囲の区別を採用しなかった。原案 410 条は、次のように規定する。「①損害賠償ノ請求ハ通常ノ場合ニ於テ債務ノ不履行ヨリ生スヘキ損害ノ賠償ヲ為サシムルヲ以テ目的トス ②当事者カ始ヨリ予見シ又ハ予見スルコトヲ得ヘカリシ損害ニ付テハ特別ノ事情ヨリ生シタルモノト雖モ其賠償ヲ請求スルコトヲ得」。

原案 410 条の起草者である穂積陳重委員は、原案 412 条の 1 項における「通常ノ場合ニ於テ債務ノ不履行ヨリ生スヘキ損害」について次のように説明する。すなわち、「第一項の『通常ノ場合ニ於テ債務ノ不履行ヨリ生スヘキ損害』と言うのは、債務不履行があったら何時でも生ずべき損害という意味である。異常なできごとが起こって、それから生じた損害等を省くつもりで、右の文言を買いた。…原因結果がわかりさえすれば良いということであれば、第一項に、不履行より生ずる損害であれば賠償する…」²⁵⁷。また、穂積委員は、原案 412 条の 2 項における「予見シ又ハ予見スルコトヲ得ヘカリシ損害」については、次のように説明する。すなわち、「この特別の事情というものは、通常の原因結果の他に、なお予見することを要するという趣旨を、言うておくだけの値打があると思った」²⁵⁸。

²⁵⁶ 奥田昌道（2011 年）・前掲注 30・330 頁〔北川＝潮見執筆部分〕。

²⁵⁷ 前田達明監（2010 年）・前掲注 255・97 頁。

²⁵⁸ 同上。

2 現行民法典原案 412 条から現行法 416 条へ

現行法民法 416 条は、次のように規定する。「① 損害の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。② 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時は、債権者は、その賠償を請求することができる。」

民法修正理由書は、通常生ずべき損害と予見可能性について次のように説明する。すなわち、「本条ハ即チ既成法典財産編第三百八十五条ニ修正ヲ加ヘ此標準ヲ適当ニ指定スルモノニシテ、先ヅ債権者ノ受ケタル損害ト債務者ノ債務不履行トハ原因結果ノ関係ヲ有セザルベカラザルコトヲ明ニシ、然モ此関係ハ直接ノモノタルヲ要スルヤ将タ間接ノ関係ヲモ包含スベキカラ法文ニ記載スルハ、却テ錯雜ヲ増スキ過ギザレバズノ如キ區別ヲ為スコトヲ止メ、単ニ債権者ニシテ損害ト不履行トノ間ニ因果ノ関係アルコトヲヨウメイスルコトヲ得バ、之ニ賠償ノ請求権ヲ認ムベキ主義ヲ取り、即チ、債務者ハ債務ノ不履行ニ因リ通常生ズベキ損害ヲ賠償スベシト為セリ。…既成法典ハ又賠償ノ範圍ニ付キ予見シ又ハ予見シ得ベカリシ損害及ビ予見スルヲ得ザリシ損害ヲ區別シ、此予見ナルコトハ合意ノ当時ニ付テ之ヲ定ムト苟モ債務者ガ損害ヲ生ズベキ事情ヲ予見シ又ハ予見シ得ベカリシトキ及ビ合意後ニ於テ之ヲ予見シ又は予見シ得ベカリシトキト雖モ損害賠償ノ責任ニ任ズルハ当然ナレバナリ」²⁵⁹。

以上で明らかなように、現行法 416 条の起草過程において、通常損害の判断について、債権者の損害軽減義務は、考慮要素として言及されていなかった。また、損害賠償算定の基準時という問題は、あまり触れていなかった。

第3節 損害軽減義務に関する学説の展開

第1款 過失相殺のもとで債権者の過失を考慮する見解

第1項 損害の拡大に関する債権者の過失を考慮しない見解

前述で明らかなように、旧民法財産編 387 条および原案 412 条は、債務不履行に関する債権者の過失のみを規定し、不履行後の債権者の過失について何も言及していない。

²⁵⁹ 同上 102-103 頁。

その後、民法についての研究が深化するとともに、この問題は、学説において議論が展開されてきた。

戦前の学説は、過失相殺を定める 418 条における「債務不履行に関し」を広く解釈した。すなわち、418 条は、債務不履行それ自体だけではなく損害の発生にのみ債権者が関与した場合も規律すると解するのである。ただし、この時期において、損害の拡大について債権者に過失がある場合にも 418 条が適用されるのかという問題は、あまり意識されていないのである。

1 横田秀雄博士の見解

横田秀雄博士は、418 条でいう「債務不履行に関して」という表現を広義に解し、次のように述べている。すなわち、債務者側の債務不履行の発生に関して債権者に過失がある場合に、債務者は、全損害賠償責任を免れ、あるいはその責任に属する賠償の範囲を縮減されるのである。これに対し、債務者の過失による債務不履行において、その損害の発生²⁶⁰につき債権者にも過失が認められる場合には、債務者が損害賠償責任を負うべきであるものの、裁判所は、債権者の過失と債務者の過失が損害の発生に影響を及ぼした程度に従い、両者の負担すべき部分の割合を量定し、債権者に自分が負担すべき部分を賠償させるのである²⁶¹。

また、債権者の過失の有無と割合の判断について、横田博士は、裁判所が、各場合における実際の状況を斟酌し判断をなすべきだという²⁶²。

2 石坂音四郎博士の見解

石坂音四郎博士は、債務者の行為によって生じた損害について、もしその損害の発生が債権者の行為のみならず債権者が関与した時に、債務者がその全ての損害を賠償する必要はないと述べている²⁶³。その理由について、石坂博士は、債権者が自ら自己の利益を保護しない場合に法律上これを保護する必要がないとし、かつ、債権者の過失が、損害発生の原因になるため、債務者のみに全部の責任を負わせることは妥当ではないという²⁶⁴。

²⁶⁰ 横田博士は、損害の発生に債権者の過失が関与する場合の例として、「債務者が疫病に罹患した牛馬を債権者に引き渡した場合に、債権者はそのことを知っているにもかかわらずそれを受け取って、また病気になった牛馬と自ら所有する他の牛馬を隔離せず、同一の飼養場に雑居させた。その結果、債権者が所有する他の数十頭の牛馬は、病気でなくなった。」を取り上げる。（横田秀雄『債権総論』（日本大学清水書店・1908 年）347-348 頁）横田博士があげた例は、損害の拡大にも債権者が関与するものであると考えられる。すなわち、債権者は、債務者が瑕疵ある目的物を引き渡したことによって損害を受けたからである。

²⁶¹ 同上 345 頁。

²⁶² 同上 350 頁。

²⁶³ 石坂音四郎『債権法大綱（全）』（有斐閣・1923 年）63 頁。

²⁶⁴ 同上。

また、過失相殺の斟酌について、石坂博士は、裁判所が各場合の事情にしたがって特に過失の大小および原因力の強弱を見て判断すべきであると述べている²⁶⁵。

3 鳩山秀夫博士の見解

鳩山秀夫博士は、418 条が、債務不履行の発生について債権者の行為が寄与する場合のみを定めたものの、同条が単に損害の発生のみについて債権者の行為が関与する場合も含むと主張する²⁶⁶。

また、鳩山博士は、過失相殺の趣旨について、次のように言う。すなわち、「自己の故意または過失に基づく損害を他人に転嫁すべきではないことは、債権法を支配する信義誠実上当然とすべきものである²⁶⁷。」。鳩山博士は、債権者の過失が法律上の義務違反ではないとし、それを認める理由は、債権者の行為が社会観念上非難しうるものからであると指摘する²⁶⁸。

さらに、鳩山博士は、債権者過失についての判断を裁判官に任せると述べている²⁶⁹。

このように、戦前の学説は、418 条における「債務不履行に関し」を広く解釈して、債務不履行により生じた損害について、その「損害の発生に」債権者が関与する場合にも 418 条の適用を承認する。

第2項 損害の拡大に関する債権者の過失を考慮する見解

戦後の学説は、戦前の学説より一步進んで、損害の拡大に関する債権者の過失も 418 条の枠組みで処理されうると承認する。もっとも、債権者の過失の法的性質について、日本の学者は、これが法律上の義務違反ではないという点で共通するものの、具体的論点について必ずしも一致するとはいえない。

例えば、我妻栄博士は、鳩山秀夫博士の見解を継いで、債権者の過失は信義上の義務違反であるとし、於保不二雄博士は、石坂博士の見解を賛成し、債権者の過失は自己過失であるとし、その後、奥田昌道教授は、過失相殺の枠組みで「損害避抑義務」・「損害拡大防止義務」に触れており、またそれが損害賠償請求権を基礎付けない「間接義務」であると主張する。

²⁶⁵ 同上 64 頁。

²⁶⁶ 鳩山秀夫『増訂改版 日本債権法（総論）』（岩波書店・1928 年）95 頁。

²⁶⁷ 同上 91 頁。

²⁶⁸ 同上 92 頁、97 頁。

²⁶⁹ 同上 92-93 頁、98 頁。

上記の各見解において、債権者の過失の法的性質は異なるものであるが、その法的効果は、それほど相違がない。

1 我妻栄博士の見解

418 条が、損害の拡大に債権者が寄与する場合も規律しうると説かれる際に、我妻栄博士の見解が多く引用される²⁷⁰。

すなわち、過失相殺が「損害賠償制度を指導する公平の原則と債権関係を支配する信義則との具体的一顕現」であるとする我妻博士は、債務不履行自体だけではなく「債務不履行を生じた後に損害の発生または拡大に債権者の過失が加わった場合にも」過失相殺が適用されると指摘する²⁷¹。

また、我妻博士は、債権者に過失があることは「信義則上の義務違反」とであると解する。博士は、債権者に過失（違法な不注意）があるか否かを判断するに際して、その違法性は「必ずしも法律上の義務違反に限るべきではなく、むしろ、社会生活における協同の精神または債権関係における信義則に違反することをも含む」と主張する²⁷²。つまり、「債務の履行が完全に行われるように債権者もまたこれに協力すべきことは、信義則の要求するところだからである²⁷³。」と解するのである。

さらに、債務者の賠償責任を軽減あるいは否定する際に、裁判所がどのような要素を考慮に入れるかについて、我妻博士は、裁判所が公平原則に照らして当事者双方における「故意過失の大小、その原因としての強弱、その他諸般の事情を考量してそれを決定すべき」と指摘する²⁷⁴。

2 於保不二雄博士の見解

我妻博士と同様に、於保博士は、418 条は債務不履行自体だけではなく損害の発生または拡大について債権者に過失がある場合も規律すると述べる²⁷⁵。もっとも、於保博士は、債務者の債務不履行による損害の発生・拡大に債権者が寄与する場合の過失を「自己過失」と定義する。すなわち、それは、「賠償権利者は自己に損害を加えざるべき義務を負うものではなく、ただ、自己の不注意の結果を他人に転嫁することを許さないということである²⁷⁶。」

²⁷⁰ 奥田昌道（2011 年）・前掲注 30・538 頁〔窪田充見執筆部分〕。

²⁷¹ 我妻栄（1974 年）・前掲注 250・128 頁以下。

²⁷² 同上。

²⁷³ 同上。

²⁷⁴ 同上 130 頁。

²⁷⁵ 於保不二雄（1972 年）・前掲注 29・148 頁。

²⁷⁶ 同上 146 頁。

3 奥田昌道教授の見解

奥田昌道教授は、過失相殺における債権者の過失が、「他人に対する義務を前提とし、かつ義務違反による損害賠償の責任要件とされる通常過失」と異なる「自己過失」であると解する²⁷⁷。さらに、奥田教授は、自己過失を前提とし、損害避抑義務・損害拡大防止義務が「真正の法上の義務ではなく、ただ消極的に賠償請求権を失うとか賠償額を減額されるなどの不利益を被るに過ぎないとの間接義務」であると指摘する²⁷⁸。

第2款 損害賠償額算定の基準時との関係をめぐる見解

損害軽減義務が独立した制度として盛んに議論されるようになったのは、債務不履行後目的物の価格が変動する場合にいかなる時点を基準時として損害賠償額を算定するかという問題にかかっている。すなわち、それは、債務不履行における損害賠償額算定の基準時と代替取引義務との関連で議論されている。

従来通説によれば、損害賠償責任原因の発生時を損害賠償額算定の基準時とし、その後物価の変動があったことによって生じた損害が、416条2項で定められる特別損害として捉えられ、その認否は当事者の予見可能性にかかっている、とされる²⁷⁹。すなわち、通説によれば、損害賠償請求を認める場合に、損害賠償額算定の基準時が損害賠償範囲の確定とともに決されるのである。

1950年代に、谷口知平博士は、損害軽減義務²⁸⁰という制度（特にアメリカ法における損害軽減規則）を日本に紹介し、損害賠償額を算定する際に、債務不履行後の債権者の行為態様を考慮に入れるべきであると主張する。これ以後、損害軽減義務と損害賠償学算定の基準時との関係をめぐって、様々な議論はなされた。

1 谷口知平博士の見解

谷口知平博士は、損害賠償額を算定するに当たって責任原因との相当な因果関係の存否や予見可能性の能否についての判断を重視するという日本法の考え方では、損害賠償算定において被害債権者の態度に対する道徳的評価が見落されると指摘する²⁸¹。すなわち、不法行為や債務不履行によって損害が生じた時から損害賠償額が認定されるまで通

²⁷⁷ 奥田昌道（1992年）・前掲注5・213頁。

²⁷⁸ 同上212頁以下。

²⁷⁹ 於保不二雄（1972年）・前掲注29・142頁以下。

²⁸⁰ 谷口博士は、「損害避抑義務」という言葉を使った。

²⁸¹ 谷口知平（1957年）・前掲注4・250頁。

常長い期間を経過するため、谷口知平博士は、「この長い経過中の一切の事情を公平の原則と信義誠実の原則に則って判断」すべきであるとし、公平原則と信義則を具体的に顕現する制度としての債権者の損害軽減義務が「賠償額の算定に常に考慮に」入れられるべきだと述べる²⁸²。

英米法では、契約違反の救済は、損害賠償の救済が原則的であるとする。これに対して、日本法では、直接履行の救済が原則的であり、填補賠償請求には、解除が必要であるという学説が有力である。谷口知平博士は、このような有力説を前提に、債務者が恣意的に解除権の行使を遅らせて損害を拡大させることを防ぐために、債務者の不履行があった後における債権者の損害避抑義務として適時に解除権を行使する義務を課すべきであると指摘する²⁸³。

上記の適時解除義務について、谷口知平博士は、次のような場合に債権者が損害を軽減するため適時に契約を解除する義務を負うと解すべきであると述べている。例えば、債務不履行の際に、目的物の価格が騰貴する場合に、債権者は適時に契約を解除して損害を軽減する義務を負うものと解すべきであり、債権者が「徒らに値上がりを待って契約を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えない」と解すべきである²⁸⁴。また、債権者が転売契約をした場合に、債権者は、「他に同種目的達成の努力をして損害を最小限度に止める義務、解除義務を負うものとも」解すべきであるとする²⁸⁵。

それに加えて、谷口知平博士は、履行期前の履行拒絶の場合や継続的契約において一方当事者が中途解約しようとする場合に、信義則に従い、債権者が債務者の履行拒絶や解約の申し入れを承諾することを損害軽減義務として考えてよいとする²⁸⁶。

2 吉田和夫教授の見解

1980年代に、吉田和夫教授は、損害賠償額の算定に損害軽減義務を通じて被害者の態度への道徳的評価を加えるべきだという谷口博士の主張から出発し、損害軽減義務に関するアメリカ契約法とその後の動向（統一商事法典及びリステイトメント・セカンド）を紹介する²⁸⁷。また、特にアメリカ法における「履行停止義務」と「代替取引義務」という二つの損害軽減義務を検討する上で、吉田教授は、日本法においても「予見可能性

²⁸² 同上 250 頁。

²⁸³ 同上 253 頁。

²⁸⁴ 同上 254 頁。

²⁸⁵ 同上。

²⁸⁶ 同上。

²⁸⁷ 吉田和夫（1990 年）・前掲注 4・78 頁以下。

論や債権者の義務の内容・根拠などについて今後総合的に再検討する必要がある」と指摘する²⁸⁸。

3 斎藤彰教授の見解

1990年代に、斎藤彰教授は、英米法において、動産売買契約不履行の場合における賠償額算定についての中心的なルール、すなわち、損害軽減義務を検討した上で、日本法において、損害軽減義務に基づき損害賠償額算定の基準時を限定する手法の可能性を論じている。その上で、かかる手法の導入した場合に必要な調整について考察を行う。

まず、斎藤教授は、動産売買契約違反の場合の賠償額の算定において、英米法と国際取引法（ハーグ統一売買法や CISG）で採用されている市場価格則を次のように紹介する。すなわち、損害軽減義務の表れである市場価格則とは、「契約の不履行の場合に、目的物の契約価格と市場価格との差によって損害賠償額を算定するルール」である²⁸⁹。この市場価格則に基づき、「不履行により損害を蒙る当事者が代替取引を行う義務の存在を前提としており、かつ抽象的算定では実際に代替取引がなされた」場合に要する費用が、算定の基準とされるのである（抽象的算定方法）²⁹⁰。また、抽象的算定における賠償額算定の基準時について、特定履行を原則として認めないイギリス法とアメリカ法が、「不履行時」（イギリス法）や「売主不履行については不履行を知ったとき、買主不履行については引き渡しとき」（アメリカ法）を基準時として採用するが、履行請求権を承認する国際売買統一法は「解除時」を基準時とする立場をとる²⁹¹。

次に、斎藤教授は、「動産売買契約違反に対する填補賠償に関する判例」をまとめ、日本法において、「原則として履行請求権を無制限に認めるため、抽象的な算定の基準

²⁸⁸ 同上。

²⁸⁹ 斎藤彰「契約不履行における損害軽減義務-損害賠償額算定の基準時との関連において-」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊委員会編『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集（中）損害賠償法の課題と展望』（日本評論社・1990年）54頁。

²⁹⁰ 同上。斎藤教授は、代替取引を前提として損害を算定する場合に、2種類の算定方法があると指摘する。それは、抽象的算定方法、と「実際に行われ代替取引の費用を算定の基礎としてもちいる具体的算定方法」である。

²⁹¹ 同上 55-56頁。斎藤教授は、「アメリカの統一商法典では、基準時についての定めが、より実態に即し、具体的になっている」という。

これに対し、イギリスの1979年動産売買法51条3項では、売主が目的物を引き渡さない場合に、代品を市場において取得できれば、買主の損害は、目的物が引き渡すべきであった時の市場価格と当初の契約の価格との差額により算定されるのである（「Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price of the goods at the time or times when they ought to have been delivered or (if no time was fixed) at the time of the refusal to deliver」。）すなわち、イギリス法の「breach date rule」を前提とし、買主は、当初契約の目的物が引き渡されるべきであった時点で市場において代替取引をできると想定される。

時としては履行請求権が確定的に消滅する解除時が採用されるという点で英米法とは異なり、ハーグ統一売買法や国連国際売買統一法条約の立場に近い」と指摘する²⁹²。

上記の検討を踏まえて、斎藤彰教授は、市場価格則の基礎となる損害軽減義務を日本法に導入する場合には、その根拠を信義則（民法1条2項）や過失相殺（民法418条）に求めることができるとし、動産売買契約不履行の場合に「解除時」を損害賠償額算定の基準時とすべきであると主張する²⁹³。その理由について、斎藤教授は、次の点を指摘する。すなわち、日本法において、不履行を被った当事者は、契約を解除することによって初めて不履行者からの追履行を拒絶することが可能となり、その後代替取引を行うことができるのである²⁹⁴。

しかし、斎藤教授は、日本法において、解除権の行使を債権者の自由に委ねることにより、債権者が恣意に解除時を遅らせることができるという点があると指摘する²⁹⁵。この問題に対し、斎藤教授は、次のような調整を提案する。すなわち、「債権者があえて契約を解除せず履行を請求することは」、それが日本法の体系に即して権利として認められるしかないのである²⁹⁶。しかし、「それが功を奏さなかった場合に」において、口頭弁論終結時を賠償額の基準時とすれば、債権者への過剰な損害賠償を認めることになることへの懸念から、「解除が可能であるにもかかわらず履行請求を選択した当事者にそれが功を奏さなかった場合のリスクを負わせて、最終的に損害賠償のみが与えられる場合には、解除しようとするればできる状態になれたであろう最初の時点を基準時として、賠償額を算定すればよい」のであるとする²⁹⁷。

第3款 損害軽減義務と履行請求権との関係をめぐる見解

1990年に、内田貴教授は、「強制履行と損害賠償-『損害軽減義務』の観点から」という論文²⁹⁸の中で、損害軽減義務と履行請求権との関係について議論を行った。損害軽減義務を履行請求権行使の要件として捉える内田教授の見解は、多数の批判を招いた。また、21世紀に入って、吉川吉樹博士は、履行期前の履行拒絶の場合における損害軽減義務と履行請求権の関係について、比較法的観点から詳しい分析を行った²⁹⁹。

²⁹² 同上 74 頁。日本において、解除時が損害賠償額算定の基準時として認められる判例と損害賠償の算定に解除後の債権者による代替取引の価格が基準として用いられる判例がある。

²⁹³ 同上 76 頁。

²⁹⁴ 同上 68 頁、76 頁。

²⁹⁵ 同上 77 頁。

²⁹⁶ 同上。

²⁹⁷ 同上。

²⁹⁸ 内田貴「強制履行と損害賠償-『損害軽減義務』の観点から」法曹時報 42 卷 10 号（1990 年）〔同『契約法の時代』-日本社会と契約法（岩波書店・2003 年）に所収〕。

²⁹⁹ 吉川吉樹（2010 年）・前掲注 9。この本の最終章は、内田貴教授は補筆するものである。

1 内田貴教授の見解とそれに対する批判

(1) 内田貴教授の見解

まず、内田貴教授は、目的物の代替が容易な売買契約において、売主が目的物の給付を拒絶した場合の履行請求の可否について次のような懸念を示している。すなわち、このような履行請求を承認することは、経済性を無視して国家が力を貸すことになるのではないかとの疑問を呈する³⁰⁰。内田教授は、このような場合に、債権者は、他から代替品を取得することにより履行があったのと同じ状態を実現でき、逆にいえば「実質的損害」や「履行利益の損害」を受けないため、強制履行を認める必要がないと提唱する³⁰¹。

次に、内田教授は、債務不履行に対して債権者が代替品を取得すべきだという考え方が、「一種の損害軽減義務を認めることになる」と指摘し、損害軽減義務としての代替取引義務と損害賠償額算定の基準時との関係について次のように主張する³⁰²。すなわち、目的物の価格が一定であると仮定される場合のほか、種類物売買において目的物の価格が上昇または下降した場合、賠償額算定の基準時を口頭弁論終結時とするのが、債権者を過度に保護するものであり、妥当ではないため、「もし債務不履行が生じたときに債権者が容易に代替物を手当てし得たとすると、損害軽減義務が認められ、その後の値上がり分の請求は認めるべきではない」のである³⁰³。具体的に言えば、第一に、代替取引が容易である場合には、損害軽減のため代替取引をすべきことを前提とし、「代替取引すべき時」を賠償額算定の基準時とする。第二に、代替取引が容易ではない場合及び目的物が特定物の場合には、損害賠償の基準時を「口頭弁論終結時」とする³⁰⁴。

「代替取引時」が賠償額算定の基準時とされることを前提に、内田教授は、さらに一歩進めて、「債権者が損害賠償を請求するか強制履行を請求するかによって債務者の地位に大きな差が生じ」ないため、代替取引が容易である場合には、債権者の強制履行請求権も認められるべきではないと主張する³⁰⁵。

³⁰⁰ 内田貴（1990年）・前掲注298・2642頁

³⁰¹ 同上。

³⁰² 内田教授は、損害軽減義務を議論する際に、「代替取引義務」と「履行停止義務」を典型的な損害軽減義務として観念する。本稿は、代替取引義務に限定して内田教授の見解を紹介する。

³⁰³ 内田貴（1990年）・前掲注298・2644頁。

³⁰⁴ 同上・2665頁。

また、その後、内田教授は、種類物が目的物とされる場合において、被害者たる買主がすでに代金を支払ったならば、代替取引による損害軽減が期待されるべきではないため特定物と同様の基準が適用されるべきであると指摘する。内田貴『民法Ⅲ』（2006年）168頁。

³⁰⁵ 内田貴（1990年）・前掲注298・2643-2644頁。

内田教授は、いくつかの裁判例を分析した上で、日本の裁判例の中に、履行請求権と抵触しそれを制限する損害軽減義務という法理がすでに暗黙のうちに存在すると断言する³⁰⁶。

（２）森田修教授からの批判と「行為規範」・「評価規範」³⁰⁷を区別する見解

森田修教授は、「『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（その二）」という論文³⁰⁸の中で、内田説を詳しく検討・批判した上で、内田説と谷口・斎藤両説との区別を明らかにし、行為規範としての損害軽減義務を日本法に導入することの可否について、慎重な態度を示している。

まず、内田教授の見解に対して、森田修教授は次のような疑問を提起する。

第一に、日本の判例法においては、「確かに過失相殺に関する規定を理由として債権者の損害賠償額を減額する」事例が存在しており、「その限りで日本法における『損害賠償』の展開を論じることが可能である」が、代替取引義務を理由に債権者の履行請求権を否定する事例は存在しない³⁰⁹。

第二に、損害軽減義務を履行請求権の行使要件として捉える内田説は、日本法の契約責任法の実定的構造と抵触する。すなわち、民法 414 条に基づき、債務不履行のときに、債権者の履行請求権は、原則的に承認される。そのため、損害軽減義務の承認と履行請求権との承認とは矛盾すると言っても、否定されるべきなのは損害軽減義務の方である。他面で、日本法では、債権者は、解除をせずに代替取引をすれば、債務者が追履行をする場合にこの履行の受領を拒絶できない。そのため、債権者には、契約を解除せずに代替取引義務を要求することは酷に失するということができる³¹⁰。

次に、森田修教授は、内田説と谷口・斎藤両説との区別を明らかにする。すなわち、被害債権者が目的物の価格の上昇あるいは下落を待つて解除権の行使を遅らせる場合について、「解除時」ではなく、「解除すべきであった時点」を損害賠償額算定の基準時とすべきであるという谷口・斎藤両説は、「債権者の解除の自由を直接に制限するとい

³⁰⁶ 同上・2644 頁。

³⁰⁷ 行為評価・規範評価という概念は、最初に新堂幸司教授に提出された民事訴訟法上の概念である。新堂教授によると、「行為規範とは、これからある行為をすべきかどうか、どのようにすべきかを考える時に働く基準をいい、評価規範とは、すでになされた行為や手続をふり返ってこれにどのような効果を与えるか、また法的評価を加えるかという時にはたらく基準をいう。」新堂幸司『新民事訴訟法（初版）』（弘文堂・1998 年）45-46 頁。

³⁰⁸ 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（その二）」法学志林 91 巻 1 号（1993 年）〔同『契約責任の法学的構造』（有斐閣・2006）所収〕。

³⁰⁹ 森田修（2006 年）・前掲注 29・256 頁。

³¹⁰ 同上 258 頁。

う主張」（行為規範）ではなく、「解除の効力を認めつつ填補賠償の算定基準時の問題として、つまりいわば評価規範」とするものに過ぎないのである³¹¹。

森田教授は、上記の疑問を呈した上で、行為義務としての代替取引義務が日本法への導入の可否について次のように述べる。すなわち、契約を解除しない限り、債権者は履行請求権を有しているが、一方で、債務者は追履行の権利を有している。債権者は、契約を解除せずに代替取引をすれば、債務者からの追履行により不利益を受けるということになる。「この意味で日本法上行為義務としての代替取引義務は解除義務を論理的に内包する」のである³¹²。しかし、債権者が解除権を行使することには、相当期間付きの催告が必要とされる一方、その期間の徒過されるのを待つことも必要である。債権者に解除義務を内包する損害軽減義務を課せば、このような解除権行使の手続きを要求することは、「損害軽減のために代替取引できるように常に当該商品の市場に注意すべし」という損害軽減義務の前提とする要請とそもそも矛盾している」のである³¹³。また、「損害軽減義務」を認めるならば、「履行請求権の排除の要件の緩和」、すなわち、債務不履行という事実だけで債権者が契約の拘束力から離脱できる方途を認めなければならない³¹⁴。このような内田説の意味における「損害軽減義務」を日本法に導入することは、履行請求権の第一義性を認める日本契約責任法の実定的構造と抵触するのである³¹⁵。

（３）森田修教授の批判に対する内田貴教授の応接

内田教授は、代替取引義務を行うには解除を要するという意味において、損害軽減義務が適時解除義務として機能することになる点については、これを受け入れる³¹⁶。

（４）潮見佳男教授からの批判と実体的多元説＋損害軽減義務

潮見佳男教授は、損害賠償額算定の基準時（損害の金銭的評価）を議論するに際して、「代替取引の原則」と結びつける内田説に疑問を投げかけ、北川教授による実体的多元説を支持する上で、その基準時の選択が損害軽減義務によって制限されると主張する³¹⁷。

まず、潮見教授は、内田説に対して、次の二点について疑問を呈する。

³¹¹ 同上。

³¹² 同上・259頁。

³¹³ 同上。

³¹⁴ 同上・259-260頁。

³¹⁵ 同上・261頁。

³¹⁶ 内田貴（2003年）・前掲注5・175頁。

³¹⁷ 潮見佳男（2003年）・前掲注1・383頁以下。

第一に、「市場ルールと結合した債権者の代替取引義務を基礎とする」内田説は、信義則に依拠するが、「信義則の中に『債権者は市場ルールに従って行動すべきである』との行為準則を刷り込むことになる点」については疑問がある³¹⁸。

第二に、内田説によれば、「債務者に帰責性のある債務不履行がされた後に」、被害者たる債権者は合理的注意を尽くして市場ルールに即した合理的行動が要請されるのである。しかし、債務者の責に帰すべき事由による債務不履行が生じた後、被害者たる債権者に要請される行為の程度は、むしろ軽減されるべきではないかという疑問がある³¹⁹。

次に、潮見教授は、損害賠償額の算定との関係において損害軽減義務を議論する。すなわち、債務不履行によって填補賠償請求権が成立した後、債権者は原則として履行期以後から口頭弁論終結時までの任意の時点を経済額算定の基準時として選択できるが、「例外的に債権者による基準時選択が機会主義的行動である場合に限り」、その債権者による選択権は、損害軽減義務によって制限されるのである（「濫用的行動をしないこと」）と主張する³²⁰。

（５）中田裕康教授からの批判

中田裕康教授は、「実質論のレベル」と「債務不履行体系」という二つの視点から内田説を批判した。

第一に、内田説を前提とするならば、代替取引の要否や代替取引をすべき時点についての判断のリスクを被害者たる債権者に負担させることになり、妥当ではない（実質論のレベル）³²¹。

第二に、「動産の引き渡し債務の不履行の場合に、損害賠償請求しかできないのが原則である英米法」とは異なり、日本法では、「債権者は解除をせずに代替取引した時に契約になお拘束されていて、自動的に解放され」ないのである（債務不履行体系）³²²。

上記の二点を理由に、中田教授は、内田説を否定し、「原則として履行の強制を認め、例外的に、慣習、権利濫用または信義則による制限がありうるに止まる」と解すべきであると主張する³²³。

２ 吉川吉樹博士＝内田貴教授（補筆）の見解

³¹⁸ 同上 388 頁。

³¹⁹ 同上。

³²⁰ 同上 388-389 頁。

³²¹ 中田裕康『債権総論（新版）』（岩波書店・2012 年）83 頁。

³²² 同上

³²³ 同上。

吉川吉樹博士は、履行期前の履行拒絶を問題の出発点に据えており、比較法的観点から損害軽減義務と履行請求権との関係を議論していた。そこには、履行期前の履行拒絶を考察する際に、吉川博士は、次の２段階の問題を観念することができるという。すなわち、第一に、「履行期前の履行拒絶をめぐっては、それを債務不履行に基づく権利行使を基礎づける理由として認める第１段階」の問題と、第二に、「そのような権利行使が損害軽減義務により行われなければならないのであるかを判断する第２段階」の問題である³²⁴。

まず、第１段階の「契約拘束力からの離脱のあり方」（履行期前の履行拒絶に対して債権者はどのような手続をすれば契約から解放されうるか）について、吉川吉樹博士は、イギリス法における「選択理論」³²⁵、アメリカ法における「選択理論」の否定と「契約違反構成」（履行期前の履行拒絶自体により契約違反となること）、国際統一売買法（ULIS と CISG）およびドイツ法における履行期前の履行拒絶に基づく解除権の承認、といった比較法研究をした上で、いずれの法体系においても、履行期前の履行拒絶を義務違反と評価する場合に、債権者に早期に契約の拘束力から離脱させるという共通の判断が採用されているという法状況を明らかにする。

これに対し、日本法の伝統的通説が履行期前の履行拒絶その自体を債務不履行の形態としないものの、吉川博士は、履行期前の履行拒絶が問題となった裁判例を検討した上で、判例法で履行期前の履行拒絶を履行不能に準じて処理する傾向があることを明らかにしている。すなわち、「履行期前の履行拒絶事例にあたっては、履行そのものはなお可能であるにもかかわらず、履行意思の欠如が明確であり、翻意可能性がないことを媒介として、履行不能概念の意味内容の拡張がなされ、そのことを通じて履行期前の即時解除が根拠づけられている」と指摘する³²⁶。

次に、第２段階の「損害軽減義務の観点」からの制約（債権者は損害の軽減に向けた合理的な行動をとらなければならないか）について、吉川博士は、比較法研究をした上で、次のような法状況を明らかにする。

すなわち、特定履行を例外的に認める英米法では、履行期前の履行拒絶に際して、債権者は、損害軽減に向けた合理的な行動を取ることを求められる余地がある³²⁷。履行請求権を承認する CISG では、製作物供給契約において、買主が引渡しの受領を拒絶する場

³²⁴ 吉川吉樹（2010 年）・前掲注 9・75 頁。

³²⁵ 同上 23 頁以下。イギリス法において、履行期前の履行拒絶を受けた当事者は、履行拒絶を契約違反とみなすかどうかという選択権を有する。

³²⁶ 同上 360 頁。

³²⁷ 同上 21 頁以下。アメリカ法では、履行期前の履行拒絶の場合に、「債権者は、直ちに損害軽減義務に向けた合理的な行動を取ることを要請されるのである。イギリス法では、履行期前の履行拒絶を受けた当事者は、履行拒絶を契約違反とみなす場合に、損害軽減のため合理的な行動を取ることを要請される。

合に、売主が契約を解除することなく履行を完了して契約価格を請求するとなれば、売主の契約代価請求権は、損害軽減義務により調整されるという見解がある³²⁸。履行請求権の体系的優位性を維持するドイツ法では、「履行拒絶を受けた債権者は、あえて当初履行請求に固執し、自らに有利な時期を見計らって、後に履行拒絶を持ち出して損害賠償請求を行い得る」という債権者による投機可能性は存在する³²⁹。もっとも、この投機可能性への対応について、新 BGB の下では、「損害軽減義務の観点からの解決はなされ得ず、ドイツ法の基層にある契約の拘束力の原則から導かれざるを得ない“必要悪”として、こうした帰結は甘受しなければならない」のである³³⁰。

日本法の状況について、内田貴教授は、吉川吉樹博士の著書『履行請求権と損害軽減義務-履行期前の履行拒絶に関する考察』最終章に次のように補筆する。すなわち、日本法では、損害軽減義務という観点から、履行請求権への固執を制限すべきかの議論があまり展開されなかったが、仮に債権者が不当に履行請求に固執するというような事案が生じれば、その不当な履行請求は、損害軽減義務により阻止され得るのである³³¹。

「債権者による確定的な履行拒絶は『履行不能』に包摂される可能性が」高いため、履行不能により履行請求権が填補賠償に変わった状況において、「債権者が適時の権利行使を怠ることによる損害額に對して、過失相殺的な減額を適用することは難しくない」からである³³²。

しかし、内田教授は、日本法では、履行請求への固執を制限する損害軽減の発想の展開について、その必要があるかどうか疑問を呈する。内田教授は、上記の比較法上の判例を、履行拒絶を行った当事者側（すなわち、財やサービスの給付をする側と財やサービスの給付を受ける側との区別）という視角から分析し、次のように指摘する。

すなわち、目的物の価格が上昇する売買契約の場合でいえば、代替取引の市場が存在している状況において、売主が履行期に履行を拒絶したときに、「履行請求権に固執することはそれなりのコストを要するし、通常、買主は目的物を早く手に入れることに大きな利益を見出す」ため、合理的な買主なら、履行請求権に固執することなく、代品を取得するため早めに契約の拘束力から解放されたほうが望ましいということである³³³。また、このような場合に、仮に買主が不合理に履行を請求すれば、この種の履行請求権

³²⁸ 同上 135-136 頁。

³²⁹ 同上 323 頁。

³³⁰ 同上 324 頁。

³³¹ 同上 370 頁、376 頁〔内田貴補筆部分〕。

³³² 同上 370 頁。

³³³ 同上 374 頁。

への阻止について、特別のルールを創設する必要がなく、一般条項により対応することは可能である³³⁴。

これに対して、目的物の価格が下落する売買契約において、買主が給付の受領を拒絶する場合に、「一般に財やサービスの提供者には、当該給付を行うこと自体に価値を見出しいることが稀ではなく、履行請求のコストを考慮しても、契約に固執して約定の対価を手に入れたほうが有利と考えることがある」ため、契約を解除して目的物を再売却するインセンティブがないのである³³⁵。しかし、「買主にとってもはや目的物の給付を受けた意味がなくなってしまったような場合をも考えると、あえて売主に無駄な履行を認めて対価を取らせるより、履行を停止させたくえで発生した損害の賠償をするにとどめたほうが全体としてみて合理的だ」という考え方は生じている³³⁶。また、給付の受領を拒絶する当事者の債務が代金の支払であり、金銭債務は、「履行不能」で処理するのに無理がある³³⁷。

以上の検討を踏まえて、内田教授は、「履行請求権を制約する損害軽減義務が法的ルールとして必要となるのは、典型的には、財やサービスの給付をする側ではなく、給付を受ける側が履行を拒絶するという場面であることが多い」と述べている³³⁸。日本の裁判実務において、給付をする側が履行を拒絶する事例が多い³³⁹。それゆえ、内田教授は、日本法では、履行請求への固執を制限する損害軽減という考え方の展開について、その必要性に疑問を呈する。

第4款 近時の学説

前述で明らかなように、日本法における損害軽減義務は、起草当時は想定されていなかった問題であり、その後は、「損害軽減義務」を、過失相殺の中でとらえる立場、損害賠償額算定の基準時の問題として扱う立場、さらに履行請求権の排除事由として把握する立場等、議論が展開されてきた。損害軽減義務に関する従来の学説は、損害軽減義務がどのような義務として捉えられるのか、それを判断するにあたって債権者による行為態様がいかなる基準で評価されるのか、またそれがどのような制度との関連で考慮されるのかといった問題に関わるものである。

もっとも、これらの学説において、損害軽減義務を履行請求権の排除事由として捉える内田教授の主張は多数の批判を招いており、それを損害賠償額算定の基準時の問題と

³³⁴ 同上。

³³⁵ 同上。

³³⁶ 同上。

³³⁷ 同上 375 頁。

³³⁸ 同上 374 頁。

³³⁹ 同上 372 頁。

して理解する谷口・斎藤教授の主張も広く受けられるに至っていないように感じられる。

近時の学説は、損害軽減義務を観念できる領域とそれに関する法的性質を改めて考えるのである。以下で、長谷川義仁の見解と小林友則の見解を検討することにしてしよう。

1 長谷川義仁教授の見解

長谷川義仁教授は、損害賠償額調整のため考慮される要素としての請求者の「過失」について、「請求者の行為時」による区別に基づくイギリス法を研究した上で、「損害の部分」による区別に基づく日本法の過失相殺制度に対して疑問を呈しており、また損害軽減義務を過失相殺に導入する影響を明らかにした上で、債権者の過失の時期に応じた賠償額調整理論を提示する³⁴⁰。

まず、長谷川教授は、日本法の過失相殺制度に対して、次のような疑問を呈する³⁴¹。すなわち、民法 418 条にいう債権者の過失には、債務不履行においては、債務不履行の発生に関する債権者の過失、損害の発生に関する債権者の過失と損害の拡大に関する債権者の過失が含まれるのである。民法 418 条は、債務者の債務不履行による損害の見地から請求者（債権者）の過失を判断するアプローチをとるということである。長谷川教授は、418 条の構造について、『損害』については『発生部分』と『拡大部分』とを区分するものの、『過失』そのものについては区分しないため、過失相殺制度において考慮される請求者の『過失』は一つの判断枠組みで評価されるとの分析を示している。その上で、かかる構造に対しては、損害の発生と損害の拡大との区別が容易でない一方、「損害の部分による区分に基づいて請求者の『過失』を評価しても、損害賠償額の調整について差異が生じないことを指摘し、³⁴²上記のような区別に基づいて債権者の過失について問題を設定する意義が乏しいと述べている³⁴³。

次に、長谷川教授は、債権法改正において損害軽減義務概念を民法 418 条に導入すべきであるとの提案について、その導入を検討する際に、「『損害軽減義務』を捉える法的枠組みを明らかにする必要がある」と指摘する³⁴⁴。長谷川教授は、イギリス法を参考にした上で、損害軽減義務の観念できる領域は「請求者の損害軽減行為が可能となった

³⁴⁰ 長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造：請求者の行為と過失相殺理論の再構成のために』（日本評論社・2011年）；長谷川義仁「損害賠償調整の法的構造—過失相殺における『損害軽減義務』概念の導入に関する考察」私法第74号（2012年）162頁以下。

³⁴¹ 長谷川教授は、民法 418 条の過失相殺と 712 条不法行為法の過失相殺とも議論した。本稿は、契約法の規定に限り長谷川教授の見解を紹介する。

³⁴² 長谷川義仁（2011年）・前掲注 340・4 頁。

³⁴³ 同上。

³⁴⁴ 長谷川義仁（2012年）・前掲注 340・162-163 頁。

時点より後でなければ設定できない以上」、従来の損害の部分に基づく区分が適切ではないことを理由に、請求者の過失を請求者の行為時による区分に基づいて異なる枠組みで判断しなければならないと主張する³⁴⁵。具体的にいえば、第一に、損害賠償範囲の確定と損害賠償額の調整は、峻別されるべき問題である³⁴⁶。第二に、請求者の過失については、「請求者の行為時という観点に基づいて、『被告の権利侵害による損害発生時（権利侵害の認識時）』を起点に①損害発生以前の請求者の過失、と②損害発生後の請求者の過失（損害軽減義務）として区別されるべきである」とする³⁴⁷。

また、長谷川教授は、改正提案における民法 418 条の「過失」概念の「損害軽減義務」概念への置換により次のような問題が生じうると指摘する。すなわち、イギリス法との比較法研究に基づいて、「損害軽減義務」概念の観念できる領域が「損害発生後と解される限り、損害発生以前の請求者の行為の合理性の評価について理論的な空白を生じる」恐れがあるのである³⁴⁸。それゆえ、長谷川教授は、損害発生以前における債権者の不合理な行為に対して適用されうる法理を検討すべきであると指摘する。

最後に、長谷川教授は、債権者の過失を損害発生の前後で区別することによる賠償額調整理論について、その意義が、①損害発生以前・損害発生後の場合に請求者が求められる合理的な行動の標準の差異、②請求者の事理弁識能力の要否、③素因問題の生じる時期といった点にあると述べている³⁴⁹。

2 小林友則教授の見解

小林友則教授は、損害軽減義務と履行請求権との関係には触れず、損害軽減義務に関するドイツ法における学説³⁵⁰を検討したうえで、過失相殺制度における損害軽減義務の法的性質だけについて考察を行う。

³⁴⁵ 同上 165 頁。

³⁴⁶ 長谷川義仁（2011 年）・前掲注 340・167 頁；平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会・1971 年）178-180 頁。長谷川義仁教授は、大判昭和 15 年 5 月 8 日判決（全集 7 輯 17 号 13 頁）に関する平井宜雄による評釈を根拠とし、従来は「損害軽減義務」という法理を損害賠償の範囲に関する 416 条の枠組みで捉えることができる立場があるという。ただし、平井宜雄による「損害避抑義務」が債務者に課せられるものであり、それと長谷川義仁がいう債権者に課せられる「損害軽減義務」とは異なるものであると考えられる。

³⁴⁷ 長谷川義仁（2012 年）・前掲注 340・165 頁。

³⁴⁸ 同上 168 頁。

³⁴⁹ 同上。

³⁵⁰ 小林友則「損害軽減義務の法的性質に関する一考察-過失相殺制度を中心として」法政論集 270 号（2017）272 頁以下。小林友則は、被害者の過失の法的性質に関するドイツ学者の見解を次の四つの類型によって分ける。第一に、過失相殺における被害者の過失は、法的な義務に違反するような債務不履行との関係で問題とされる過失ではなく、被害者が自己の固有の利益を守るため要請される倫理的な義務に違反するものである（自己に対する過失）。第二に、オプリーゲンハイトは、相手方の利益と自己の固有の利益のために債権者に課される義務であるとする。過失相殺における被害者の過失は、損害賠償請求権や履行請求権を基礎づけないような弱い強制力しか認められない“オプリーゲンハイト”に違反するものである（オプリーゲンハイト）。第三に、被害者は、加害者の利益やそれを含める社会全体

すなわち、小林友則教授は、損害軽減義務をより広い範囲で認めてよいと考えており、それを達成するため損害軽減義務を法的義務として捉えるべきではない一方、「債権者が損害軽減措置を講じることが可能であったか、あるいは容易であったかという債権者側の事情だけでなく、債権者が損害軽減措置を講じることにより債務者が得られる利益の程度、およびその利益の取得に対する期待がどれだけ保護に値するかという債務者側の事情も考慮することが要請される」と主張する³⁵¹。

第5款 小括

1 対立の観点の整理

日本法において、損害軽減義務は、過失相殺、損害賠償額算定の基準時または履行請求権、それぞれの場面の問題として議論されている。もっとも、これらの学説は、必ずしも一致するとは言えない。その中にあるいくつかの対立の観点を明らかにしておく必要がある。

(1) 損害軽減義務の観念できる領域の相違——「損害の発生・拡大の部分」vs「損害発生後」

現行民法 418 条は、「債務の不履行に関して債権者に過失があった時は、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」と規定する。伝統的通説によれば、債務不履行における過失相殺については、債務不履行の発生の場合だけではなく、債務不履行による損害の発生・拡大について債権者に過失がある場合においても、過失相殺が適用されうるとされる。伝統的通説では、債務不履行による損害の発生・拡大について債権者の過失が関与する際に、損害軽減義務が機能するものとされる。

これに対して、長谷川義仁教授は、請求者の過失を損害発生前後で区別して異なる枠組みで判断しなければならないと主張し、損害軽減義務を、請求者の損害軽減行為が可能となった時点より後、すなわち損害発生後に観念できると述べている。

(2) 過失相殺・損害軽減義務に関する法的性質の相違——「間接義務」・「評価規範」・「行為規範」

の利益に反する場合に、自己加害行為を禁止することが法的に要請されるのである。それによれば、過失相殺における被害者の過失は、その自己加害行為を禁止する義務に反するものである（法的義務）。第四に、自己加害行為は、法的に非難性がないとする。債権者は、損害の回避または軽減を怠った場合に、自らの故意・過失について非難性がないにも関わらず、損害賠償請求権が矛盾行為の禁止によって制限されるとする（法的に中立行為）。

³⁵¹ 同上 278-280 頁。

伝統的な通説では、債務不履行において債権者に過失があることは「真正の法上の義務」違反ではなく、「信義則上の義務違反」ないし「自己過失」であり、損害軽減義務は「間接義務」である。それによれば、債権者が損害軽減義務に違反するとき、債務者が債権者に対して損害賠償や履行を請求することができず、ただ債権者は、賠償請求権を失うことや損害賠償額を減額されることなどの不利益を自ら負担するにすぎないとする。

谷口知平・斎藤彰は、損害賠償額算定において債権者の損害軽減義務を考慮に入れるべきであると主張し、それを前提とし、一般的に「解除時」を賠償額の基準時とするが、例外的な場合に債権者に「適時解除義務」を求め、「解除すべきであった時」を賠償額算定の基準時として捉える。森田修教授は、谷口・斎藤説の「適時解除義務」が評価規範であり、すなわち、「適時に解除すべきであったとして解除に伴う損害賠償額に不利益をもたらすものすぎず、いわば行為規範として作用して解除を無効として債権者の解除の自由を直接に制限するという主張ではない」と指摘する³⁵²。

これに対して、内田貴教授は、代替物のある動産売買において、債権者が代替取引をできるときに履行を請求することができないと主張する。内田教授が主張する「代替取引義務」が行為規範であり、それを前提とすると、債権者は、市場において代替取引をできる時に契約を解除して代替取引をしなければならないとする。

2 損害軽減義務と履行請求権との関係-内田・森田両教授の論争に対する考察

内田貴教授は、売買契約において、代替取引が容易である場合に、損害軽減のため代替取引をすべきことを前提とし、「代替取引すべき時」を賠償額算定の基準時とし、また、債務不履行に対して債権者による強制履行の請求が認められるべきではないと主張する。

森田修教授は、「損害賠償額算定の基準時について解除時ではなく、『代替取引すべき時』という基準をとっている」意味において、内田教授が主張する「損害軽減義務」を、「履行請求権の拘束に優先する」ものであり、「履行請求権と抵触しこれを制限する」ものであると評価する³⁵³。

³⁵² 森田修（2006年）・前掲注29・259頁。

³⁵³ 同上197-198頁。これに対し、森田教授は、谷口・斎藤説のような「適時に解除する義務」を介在する「損害軽減義務」を、履行請求権の存在と抵触しないものであると評価する。

内田教授は、その後、代替取引義務を行うには解除を要するという意味において、損害軽減義務が適時解除義務として機能することになる点について、森田修教授の批判を受けた。森田教授は、内田教授の修正に気づいたが、修正前の内田説を根拠として検討を行った。

森田修教授は、内田教授のあげた裁判例を分析し、その中で履行請求権を制限するような代替取引義務が存在するか否かについて検討を行う。内田教授のあげた過失相殺に関する裁判例（合計 11 件）について、森田修教授は、代替取引義務が問題となる場合（5 件³⁵⁴）において、契約を解除しない被不履行者に代替取引義務を課せば、債務者が追履行をするときに、債権者がその履行を拒絶できるか、あるいは債権者が損害を受けるかを基準とし、この代替取引が履行請求権を否定する効力を持つのかを判断する。

森田教授によると、上記の 5 件のうち、その 4 件は、債務者からの追履行があっても債権者に損害が生じないもの、債権者は法定手続を履践すれば解除を待たずに代替取引をしても債務者の追履行によって債務不履行責任を負わないもの、債務者が追履行をしても債権者は履行を拒絶し得るもの、債権者が追履行を拒絶し得ないからこそ債権者の代替取引義務が否定されるもの、それぞれである。森田教授は、この 4 件の判決は、「履行請求権を制約するものとしての『損害軽減義務』の我が国における存在を裏付けるものではないのである」と述べている³⁵⁵。

また、残りの 1 件について、森田教授は、この判決が「確かに内田教授の理解を裏付けるものである」と言う³⁵⁶。

しかし、内田教授のあげたすべての裁判例（上記 11 件）は、履行請求権を求めるものではなく、あくまでも損害賠償を請求するものである。すなわち、これらの裁判例の存在自体は、損害軽減義務が直ちに履行請求権を否定するという結論を導けないと思われる。

それゆえ、森田教授の批判の対象となる「損害軽減義務」と内田教授が主張する履行請求権を排除する事由として捉える「損害軽減義務」とは、異なるものであると考えられる。すなわち、森田教授が議論したのは、履行請求権を間接的に制限する「損害軽減義務」というものであると思われる。

3 損害軽減義務と履行請求権との関係をめぐる学説の到達点

日本法において、損害軽減義務の問題は、過失相殺、損害賠償または履行請求権との関係で議論がなされている。特に、損害軽減義務が、どのように履行請求権を制限するかについて大きな論争は繰り返されている。

学説では、損害軽減義務の導入が、損害賠償額算定において評価規範として作用する見解（谷口・斎藤両説）と代替的動産売買において行為規範として作用する見解（内田

³⁵⁴ この 5 件裁判例は、本章第 4 節第 1 項にて検討する。

³⁵⁵ 森田修（2006 年）・前掲注 29・210 頁。この 4 件の裁判例は、本章の第 4 節で詳しく検討する。

³⁵⁶ 同上 206 頁。この裁判例は、本章の第 4 節で詳しく検討する。

説)がある。そこでは、内田説は、日本の実体法と抵触するため、あまり受け入れられないのである。内田説に対する批判をみれば、日本学者は、履行請求権との関係で議論される損害軽減義務に対して、より慎重な態度をとることがわかる。

以上の検討を経て、日本法において、損害軽減義務という観点から履行請求権の制限という問題を議論するときに、主に内田説を批判するというレベルに留まる。履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務は、あまり議論されていないものである。

また、谷口・斎藤説の「適時解除義務」が、履行請求権を間接的に制限する損害軽減義務といえるが、その適用は、動産売買契約において損害賠償額算定の基準時という問題に限定されとする。損害賠償額算定の基準時以外の場面に、履行請求権の間接的事由としての損害軽減義務が認められるか、あるいは認められるべきかについて、検討の余地があると考えられる。

第4節 裁判例

前章で明らかなように、中国裁判実務において、履行請求権の間接的な制約として機能する損害軽減義務³⁵⁷は、多くの場合に、主に売買契約・不動産賃貸借契約・請負経営契約に関するケースにおいて認められるのである。例えば、不動産賃貸人が中途解約しようとして建物から退去したときに、長期間にわたって賃料の支払いを請求した賃貸人は、最終的に契約を解除して損害賠償（賃料損失）を求める。裁判所は、賃貸人による損害賠償請求に対し、賃貸人が契約を適時解除しなかったことによって損害を拡大し、その拡大した損害が損害賠償から減額されると認定する。このような場合に、賃貸人は、契約を解除せずに建物を他人に賃貸するならば、賃借人からの追履行によって履行不能になる恐れがある。すなわち、こうして賃貸人に課される（代替取引に内包される）「適時解除義務」は、履行請求権を間接的に制約する方向性を示している。

上記のような目的物自体の損失³⁵⁸に関する例のほか、中国裁判実務において、売主の不履行によって生産利益損失（逸失利益損失）を受けた買主は、自ら適時に契約を解除しなかったことが損害軽減義務違反と見られるため、損害賠償がそれによって減額されるというケースもある。このような場合に、買主は、契約を解除せずに代品を他より購

³⁵⁷ こうして損害軽減義務は、多くの場合に、代替取引義務に内包される「適時解除義務」という形で現れている。

³⁵⁸ 上記の賃料損失のほか、動産売買契約において、目的物自体の価格の変動があったことによって債権者に生じた損失も目的物自体の損失に属すると思われる。潮見佳男は、債務不履行を理由とする損害賠償における価格変動事例における損害を、「物損」として論ずる。潮見佳男（2017年）・前掲注22・507頁。

入するならば、売主からの追履行によって二重支払のリスクを受ける恐れがある。従って、上記の例と同様に、こうして買主に課される（代替取引に内包される）「適時解除義務」は、履行請求権の間接的な制約方向性を表しているといえることができる。

履行請求権の原則性を認める日本法において、内田説のような、履行請求権の排除に機能する代替取引義務を認める事案は、存在しないように思われる³⁵⁹。また、第一章で明らかなように、日本法において、履行請求権は、履行不能や解除の時点で填補賠償に転形するものである。それによれば、履行がなお可能である場合に、債権者にしても、解除がされるまで履行請求権に拘束されるのである。従って、債務不履行の後、市場において代替取引を行うことができる債権者は、履行請求権を行使することによって損害を拡大しても、その拡大した損害を請求することができるとする。

ところが、学説において、損害軽減義務の観点から履行請求権を制限しようとする見解が相次いで出てくる、とされる。すなわち、解除権の行使が全く債権者に任せる日本法において、債権者が契約の解除を遅らせることによって拡大させた損害を、債務者に負担させることは妥当であるかが問題となるのである。従って、日本法における裁判例中に、不当な履行請求権の行使を間接的に制約する代替取引義務は、存在するか否かについて検討の価値があると考えられる。

本項で、「損害軽減義務」に関する学説に基づく、過失相殺および賠償額算定の基準時が問題となる裁判例を検討の対象とし、履行請求権を間接的に制約する損害軽減義務（代替取引義務）が判例法上に存在するか否かについて検討を行う。

第1款 過失相殺に関する裁判例

内田教授は、履行請求権を排除する損害軽減義務が日本法においてすでに存在すると主張し、またそれを証明するため、過失相殺が問題となる裁判例（11件）をその根拠としてあげた。これに対して、森田修教授は、追履行の観点から³⁶⁰、内田教授があげた裁判例における損害軽減義務が、履行請求権と矛盾しない限りで認められるものに過ぎないと批判する。ただし、前述したように、内田教授があげた例は、損害賠償請求に関するものであり、「損害軽減義務」の承認によって履行請求権を排除することを裏付けるものではない。森田教授が追履行の観点をもって内田説を批判したが、その検討対象となる「損害軽減義務」が履行請求権の間接的な制約として機能するものであり、内田教

³⁵⁹ 前述したように、内田教授が自らの所説を証明するためあげた事案は、「損害軽減義務」の承認によって履行請求権を解除することを裏付けるものではない。

³⁶⁰ すなわち、追履行がされた場合に、二重支払・履行不能リスクを生じるかどうかという観点である。

授による「損害軽減義務」とは異なるものである。それによれば、上記の裁判例について、再考の余地があると思われる。

従って、これから損害軽減義務に関する裁判例の検討ではなくて、内田・森田両説を検証するために両説で引用されている裁判例（「法的 mitigation」な意味での代替取引義務に関する裁判例だけ）を自分の観点から検討する。

（１） 「履行請求権を制限しない代替取引義務」を肯定したもの

「J1」 大阪高判年頁日不明評論 21 巻商法 547 頁³⁶¹

【事実】 昭和 3 年 12 月 20 日に、Y（被控訴人）は、株式取引所である X（控訴人）に対して自ら所有する新株 500 株を 1 株 54 円以上で売建の委託をなした。X は、同月 26 日のうち、200 株を 1 株 54 円で、翌 27 日に残りの 300 株を 1 株 54 円 20 銭（合計 2 万 7060 円）で売り建て、またこれを Y に通知した。ただし、その後、Y は X に対してこの株の引渡をしなかった。X は、昭和 4 年 1 月 9 日に、同月 13 日までに引渡がなければ X が他より同一株式を購入して受渡しをするので、それにより被った損害について直ちにそれを支払うべき旨の催告をした。しかし、Y は、引渡をしなかった。そこで、X は、売り先に対する引渡義務履行のため、やむを得ず昭和 4 年 1 月 14 日から同月 21 日までの間に数回にわたって他より同一株 500 株を 1 株 59 円ないし 59 円 62 銭 5 厘（合計 2 万 9733 円）で買い受けた。X は、これと本件契約の価格との差額 2673 円を損害賠償として求めた。

【判旨】 裁判所は、次のように述べる。すなわち、「前記賣値トノ差額 2673 円ノ損失トナリタルコトヲ認めメ得ヘシ然レトモ右證據ニ依レハ本件株式ノ價格ハ當時漸時昂騰シ居タルモノニシテ X ヨリ Y ニ對スル引渡催告期間ノ翌日タル昭和 4 年 1 月 14 日ニハ X ハ 1 株金 59 円ニテ買入レ得タルモ其後 17、8 日頃ニハ最騰貴シ 1 株金 59 円 62 銭 5 厘ニテ買入居ルコト明」らかであると認定した上で、「X カ同月 14 日ニ 500 株全部ヲ買入ルルトキハ前記ノ如ク 1 株ニ付金 59 円ノ割合ヲ以テ合計金 2 万 9500 円ニテ買入レ得ヘカリシモノニシテ売値トノ差額ハ金 2400 円トナルヘク斯クノ如ク株式ノ價格カ漸騰ノ趨勢ニアル場合ニ於テハ客カ株式引渡ノ義務ヲ履行セサル場合ニ於テモ取引員ハ速ニ同一種類ノ株式ヲ他ヨリ受入レ受渡ヲ了シ成ルヘク客ノ損失ヲ少ナカラシムルコトニ努ムルハ取引通例トスル所」であるとして、Y は、X に X が被った損害 2673 円のうち、2440 円（2 万 9500 円-2 万 7060 円）を支払えば足りるとした。

³⁶¹ この判決については、判決 [6] として、内田 [1990 年] 19 頁、森田修 [2006 年] 208、210 頁において検討がなされている。

本件は、Y が株の引渡をしなかった場合に、X が履行の催告期間を経過した後契約を解除しないまま他より同一株を購入して自らの売り先に交付し、またその差額を損害賠償として求めた事案である。森田修教授は、問題となる X による催告および催告期間徒過後の X の代替取引義務について、次のように考える。すなわち、「仮にこの催告を、遅滞に基づく填補賠償請求の要件としての履行拒絶文言付き催告と同視するか、あるいは方式的要件の緩和された解除の意思表示と理解することができれば、催告期間の徒過によって履行請求権たる引渡請求権は損害賠償請求権に転形し、もはや Y が株券引渡を追履行しても X は受領する必要はなくなっていた」のである³⁶²。

以上のような理解によれば、本件の争点は、解除なしに填補賠償請求できるかという点にあるとされる。すなわち、本件は、契約解除された後、債権者に損害軽減義務を求めるか否かに関する事案であり、履行請求権の制限という問題と関わらないのである。

「J2」 東京高判昭和 31 年 9 月 26 日下民集 7 卷 9 号 2625 号³⁶³

【事実】 X（被控訴人）の使用人 A は、Y（控訴人）の名義で甲株式の購入契約を結んだ（以下で、「本件取引」と呼ぶ）。本件取引は、A 自身があたかも Y からの注文を受け入れたものの如く装って自らのために自己の名義を持って X に通じて取引を成立せしめたのである。しかし、その後、Y は、甲株式の価格が漸落の傾向にあるにもかかわらず、X の懇請を受けて X に対して本件取引の結果を認め、自らの行為としてこれを受けたが、受渡期日をしばらく先に延引するよう求めた。昭和 28 年 4 月 11 日に、X は、Y に対して書信を發し、その到達の後 5 日以内に代金を支払ってその目的物たる株式申込証拠金領収書を受け取るべく、もしその支払いを怠った時は本件契約を解除する旨の催告並に条件付契約解除の意思表示をなした。Y は、その支払いをしなかった。それゆえ、本件契約は、同年 4 月 17 日の経過とともに解除されたものである。X は、同月 21 日に甲株式を他人に売却した。X は、転売契約と本件契約の価格との差額を損害賠償として求めた。これに対して、Y は、X がいたずらに時日を伸ばして、結局株式相場が底値となった時点で代金請求をしたものであって、売却して損害を軽減する義務を怠っているとして過失相殺を主張する。

【判旨】 裁判所は、次のように述べる。すなわち、「Y は自ら関知しないものであるにかかわらず、X の懇請を容れて本件取引の結果を引き受けたものであることは前期のとおりであり、自ら義務なくして債務を負担したものであるべきでその事情は諒とするに足りる。しかしいったん自ら債務を負担した以上その履行をすべきものであること

³⁶² 森田修（2006 年）・前掲注 29・208 頁。

³⁶³ この判決については、判決〔9〕として、内田〔1990 年〕20 頁、森田修〔2006 年〕208-210 頁において検討がなされている。

また一般の場合と異なるものではない。Xが本件株式を処分した昭和28年4月20日がこの株式価額の最低の時であったかどうかは必ずしも明らかでないが、売買当時からの処分の時まで株価が漸落をつづけたことは推認し得るところである。従ってXがYの本件引受を得た当時直ちに履行を催告し、その不履行によって直ちに契約を解除して株式を処分すれば、Xの損害はなお少額に止まり得たということを得るであろう。しかしYは甲第二号証により本件取引を引き受けると同時にその履行の延期をXに申し入れた。Xが直ちに催告・解除・処分の手続に出なかったのは、Yの右申入に従ったものと解すべきであり、すでにYが義務なくして債務を負担したものである本件において、しばらくその履行を待つのはむしろ債権者として道徳的に当然のことで、これを責められるべきいわれはない。従って本件において右処分のおくれたことをもってXに過失があるとするYの主張は採用しがたい。」

この判決について、森田修教授は、Yによる履行の延期の申し入れが実質的に追履行を予告するものであると考え、また「このような場合には、Yの追履行をXが拒絶し得ないからこそ代替取引義務が否定されると解すれば、この判決においても追履行に対する被不履行者保護の手当が『損害軽減義務』の前提となっていることが示されている」と述べている³⁶⁴。すなわち、Yが株式の引渡を延引するよう求めるときに、Xに代替取引義務を課すのは、妥当ではないのである。

ただし、注意に値するのは、裁判所は、「XがYの本件引受を得た当時直ちに履行を催告し、その不履行によって直ちに契約を解除して株式を処分すれば、Xの損害はなお少額に止まり得たということを得るであろう」と述べる。本件において、Xは、Yとの契約を解除しないまま甲株式を他人に売却するならば、その後仮にYが代金を支払って引渡を求めた場合に自ら履行不能になる恐れがある、とされる。それによれば、もしYが引渡の延期の申し入れをしなければ、Xに履行請求権を間接的に制約する代替取引義務を課することができるか、その可能性は一切ないとはいえないと考えられる。

「J3」 東京地判昭和34年7月22日判時195号18頁³⁶⁵

【事実】 食料品の販売を業とするX会社（原告）は、銀座でバーを経営するY（被告）に対して酒のつまみ物を継続的供給をする契約を結んだ。それによれば、長期にあたってYと取引をするXが、Yの日ごとの注文量が概ねその日の所要量であること、かつ

³⁶⁴ 森田修（2006年）・前掲注29・209頁。

³⁶⁵ この判決については、判決〔3〕として、内田〔1990年〕18頁、森田修〔2006年〕207-208頁において検討がなされている。

バーで提供されるツマミ物が材料値段に比して極めて高額であることを知っており、もしくは知りうるはずであったことは、予想されることができる。

本件契約締結後、Yは、代金の支払いが4、5ヶ月も遅れて昭和33年4月下旬まで売掛金として約15万円を滞納した。そこで、Xは、今後2ヶ月位で代金を支払ってもらいたくそれができなければ取引をしない旨を申し入れたが、Yが誠意のある返事をしなかった。Xは、Yに対して同月30日限りで今後取引は納品しない旨を宣言した。同年5月6日～8日にかけて、Yは、一日4000円に相当するツマミ物を注文したが、Xがこれを承認しながらその後催告を受けても注文品をYに納入しなかった。それによって、Yは、三日間合計2万7900円の逸失利益損失を受けた。Xは、未払い売掛金を請求して提訴した。Yは、この損害賠償をXによる代金請求に対して相殺の抗弁として提出した。

【判旨】 裁判所は、XがYの注文を承諾したと同時に注文品について売買契約が成立したため、その履行をしなかったXがYに対して不履行による生じた損害を賠償しなければならないと認定しながら、次の4点をあげてこの損害賠償を命ずることが信義則上、不相当であるとして全額について相殺を否定した。

すなわち、「(1) 代金は毎月末〆切翌月一五日払の約であるのに、四、五ヶ月も遅れ、その額が約金一五万円に達していること、而もこれに対しXより爾後の取引は2ヶ月位で支払って貰いたいと申し入れたのに対しYは回答しなかったため四月三十日取引の中止を申出たこと右のようなYの不誠意の態度が結局原告の前記不履行の原因となっていること、(2) 右のような状態ではYの新規注文品を納入してもその代金の支払はやはり四、五ヶ月に遅れるものと予想されるがそれでもXに対し注文品を納入するよう強いるのは信義則上酷であると認められること、(3) X方店員が催促に応じながらさっぱり納入しないと言う異常事実があれば、前記のような取引中止の申入れを受けたことを思いあわせ、Yとしては原告に取引する意思のないことは早急に感知しうべきものであったと考えられること、(4) 注文したツマミ物はX方に限らず諸所の食料品店で販売しているものであるから、臨機に他店から購入し急場をしのげた筈であり、仮にそれがXからの仕入と重複したとしても高々金四千円でこれすら翌日分に廻せば済むのであるから速やかに臨機応変の処置をとらなかったことは、損害の拡大防止についてYに不十分のものがあったと考えられる」、ということである。

本件は、買主Yが、売主Xの債務不履行によって逸失利益に相当する損害を受けた事案である。裁判所は、Yが臨機応変に他よりツマミを購入することができるにも関わらずこれを怠っており、それによって拡大した損害についてYに過失があると認定した。すなわち、Yは、他店からツマミを調達するとしても、その後Xからの追履行があってもその仕入れを翌日分に廻せば済むからである。本件は、森田修教授が指摘するように、

代替取引の後で X からの追履行があっても、その結果 Y に損害が生じないことを確認した上で Y に代替取引義務を課す事案である。言い換えれば、本件において、Y は、契約を解除しないまま代替取引を行えば、その後 X がツマミを提供してもその受領について二重支払のリスクを受ける恐れがないのである。それによれば、本件のような債権者に課される代替取引義務は、単なる損害賠償の問題であり、履行請求権の間接的な制約という機能を果たさないといえることができる。従って、前述したように、本件における代替取引義務は、本論文で検討しようとしている、履行請求権を制限するような「代替取引義務」ではない。

(2) 「履行請求権の間接的制限事由としての代替取引義務」を肯定したもの
適時解除義務を介在する代替取引義務

「J4」 大阪地判大正 6 年 3 月 26 日新聞 1298 号 29 頁³⁶⁶

【事実】 X (原告) は、訴外者たる A との間で牛脂を目的物とする売買契約を締結した (以下で「甲契約」と呼ぶ)。それによれば、X は、A に対して牛脂を 5 回にわたって納付するとし、また履行保障として 500 円の公債証書を A に差し入れ、かつ債務不履行の場合に未納品に対する代金 500 分の 1 を遅滞日数 1 日ごとに違約金として支払う、とされている。

X は、「甲契約」を Y (被告) に開示した上で、Y との間で牛脂売買契約を締結した (以下で、「乙契約」と呼ぶ)。それによれば、Y は直接に牛脂を A に納付するとし、A による検査後、X は Y に対して代金を支払う、とされている。大正 5 年 2 月 20 日に、第 5 回目の履行について、A は、牛脂の品質に問題があったためそれを受領しなかった。また、X は、その部分の代金について Y に対して支払いをしなかった。

A から 4 月 25 日までの猶予期間を得た X は、Y に対して履行を催告したが、Y がその期間内に牛脂を納付しなかった。同年 5 月 24 日に、A は、「甲契約」を解除した。また、A は約定に従い公債証書を没収し、X は A に対して違約金 136 円 93 銭を支払った。そこで、X は、Y に対して A に支払った違約金の賠償を求めて提訴した。

【判旨】 裁判所は、X に過失があるとし、請求額の 2 分の 1 についてのみ損害賠償を認めた。「右特約の存在を了知したる上本件当事者間の売買契約を締結したるものなる以上は Y の債務不履行の結果右損害の発生すべきことは Y に於て予見し若しくは予見し得べかりしものと謂ふべく従て右の如き特別の事情に基づく該損害に付き Y に於て之が損害賠償責任を負担背ざるべからざること他言を俟たざる所なり、然れども (甲契約と乙契約とは) 別個の法律関係なるが故に Y 抗弁の如く X に於いて右損害の発生を防止する

³⁶⁶ この判決については、判決 [2] として、内田 [1990 年] 18 頁、森田修 [2006 年] 199、207 頁において検討がなされている。

に適当なる方法即ち X に於いて Y の履行のみを期待せず第三者より履行の目的物を買入れて A に納付する等の方法を探りたりしならんには該損害の全部若しくは一部の発生を防止得べかりしものなることは本件売買の目的物たる牛脂の性質および A より X に対する契約解除の時期が大正 5 年 5 月 24 日にして履行の時期たる同年 2 月 20 日との間に 3 ヶ月の期間在りしことに徴し明らかなるを以て、X の A に対する、債務の不履行に関しては勿論右損害の発生に付ても亦 X に過失の責むべきものありと謂はざるべからず」。

森田修は、この判決が確かに内田説を裏付けるものであると述べる³⁶⁷。ただし、前述したように、本件は、債務の履行ではなく、損害賠償が求められる事案である。仮に森田教授が指摘したように、X は乙契約を解除しないまま他から牛脂を購入して A に納付する時に、Y からの追履行を拒絶し得ないことによって二重支払いのリスクを受けるの恐れがあると解すれば、本件は、あくまで代替取引義務が履行請求権を間接的に制限することを示すものである。すなわち、X による履行請求権の行使（適時に契約を解除しかつ代替品の購入をしなかった）は、損害を発生させ、これを拡大させた。裁判所は、X の行為について過失があったことを理由とし、X による損害賠償を過失相殺で減額すると認定した。つまり、この場合に、X に課される履行請求権と矛盾する適時解除義務・代替取引義務は、損害賠償を判断する際に機能する評価規範であり、X の履行請求権・解除自由を否定する行為規範ではないと考えられる。言い換えれば、X は、ただ自ら履行請求権を行使することによって生じた損害賠償の減額という不利益を自分で負担すべきことが要請される。（森田説と区別する）

「J5」 名古屋高判昭和 50 年 9 月 29 日下民集 26 巻³⁶⁸

【事実】 昭和 44 年 2 月 2 日に、自動車販売を業とする X（控訴人）会社は、鉄工業者である Y（被控訴人）に中古車（以下で、「本件自動車」と呼ぶ）を代金 39 万円で売渡し、またそれを直ちに Y に引き渡した。その代金の支払いについて、X と Y は、Y が昭和 44 年 3 月 27 日まで銀行から借り受けて、X に支払うことと約束した。X は、同年 3 月中旬以降、代金の支払いについて再三にわたり Y に催告した。Y は、再三の X による修理調整を受けたにもかかわらず本件自動車の軽微な整備不良を理由として、3 月 27 日の弁済期日まで代金を支払わず、かつ支払の意思がないとの旨を X に明言した。本件自動車は、昭和 44 年 8 月 21 日に仮処分執行により執行官の占有に移され、使用しないことを

³⁶⁷ 森田修（2006 年）・前掲注 29・206 頁。

³⁶⁸ この判決については、判決〔4〕として、内田〔1990 年〕18 頁、森田修〔2006 年〕207、209 頁において検討がなされている。

条件としてXの保管に委ねられた。Xは、同年10月13日に本訴を提起し、またYの履行遅滞を理由として、本件売買契約を解除する旨の意思表示を本件訴状によってなした。本件訴状は、同年11月1日にYに到達した。

本件自動車の市場価格は、昭和44年8月21日当時で25万4千円、昭和45年12月8日の本件鑑定時で12万9千円であったが、昭和49年4月23日当時にはスクラップ値段で5000円の価値しかない。Xは、売買代金39万円より右5000円と下取りによる入金11万円とを控除した残額27万5千円を、解除により被った損害としてYに対して求めて控訴した。

【判旨】 裁判所は、Xの解除を有効と認めた上で、Xに過失があったため本件仮処分執行以降の値下り額の半分（12万4500円）をXに負担させるのが相当であると認定した。その理由は、次の点にある。すなわち、「古い年式の車は次第に需要が減少するので、たとえその間使用しなくても年々取引価額は下落するし、特に法定償却期間を過ぎると部品の備蓄も少なくなることもあって、遂に屑鉄としての市場価格しか有しなくなることは」、XもYもこれを熟知していた。「それゆえ、本件自動車の引渡が遅延する間に生じた、右の理由による値下りは、なお本件解除による当然の結果として損害の中に含まれるものと解するのが相当である。」ただし、「本件自動車が仮処分決定の執行により執行官の占有に移されて相当期間を経過した場合は、XもYもすべからず民訴法750条4項または自動車及び建設機械強制執行規則第16条の2の各準用による換価手続の申立をなし、もって損害の拡大を防止すべき義務あるものといわなければならない。上記の総合するに、本件解除によりXの蒙った損害額は、本件自動車の売却価格39万円よりその現在価格5000円と下取り車の価格11万とを控除した残額27万5000円というべきである。しかしながら、右損害額のうち、本件仮処分執行時以後の値下りによる損害額（25万4000円と5000円との差額である24万9000円）は、前記のようにXおよびYが換価手続の申立を怠ったことにより拡大した損害というべきであるから、Xの右過失を職権をもって斟酌することとし、その半額の12万4500円をXに負担させるのが相当である。」

この判決について、森田修教授は、次のような評釈をなした。すなわち、「仮差押えをした債権者に法律上代替取引たる売却をする権利が与えられ、法定手続を履践しておけば仮処分後、解除およびその有効の判決による確定を待たずに、当該自動車を転売によって換価してもYの追履行（代金の提供）によってXが反対に債務不履行責任を負う

などのおそれはなく、その意味で X に換価手続＝代替取引義務を課すことは酷でなかった」のである³⁶⁹。

換価の申立とは、「仮処分目的物が生魚其の他腐敗変質し易いものであるとか、又は将来に向かって急激に価額の下落する虞のあるような特別の事情があって、債権者が将来に於て係争物其のものの給付を受けるよりは債務者に対する賠償請求権の行使を選ぶ方が利益である場合には、其の請求権の保全の方法として」許容されることができる制度である³⁷⁰。それによれば、債権者の履行請求権は、換価申立の許容によって填補賠償請求権に転形することができる。このような場合に、その後、仮に債務者が追履行をしても、債権者は、それを拒絶し得るのである。従って、換価の申立は、解除と同様に、債権者に履行請求権への拘束から解放させる手当として解するのが相当である。

本件において、古い年式車の取引の特徴を知っている X には、損害の拡大を防止するため、本件自動車は仮処分決定の執行により執行官の占有に移されて相当期間を経過した場合に換価手続の申立をなす義務が求められる。本件判決によれば、裁判所は、X に換価手続の申立義務を介する代替取引義務を負うと認定したのである。すなわち、X は、履行請求権を行使する（換価の申立を遅らせて本件自動車を他人に売却しなかった）ことによって損害を拡大し、その拡大した損害の半分を請求することができない。従って、この場合の代替取引義務は、履行請求権を間接的に制約する機能があるといえることができる。

（３） 裁判例の分析

事案	契約の種類	債権者	損害の種類	履行請求権を間接的に制約する代替義務の認否
J1	株式売建の委任契約	受任者	株式の価格が上昇することによって生じた損失	×
J2	株式売買契約	売主	株式の価格が下落することによって生じた損失	×
J3	ソマミ売買契約（継続的供給契約）	買主	逸失利益損失	×
J4	牛脂売買契約	買主	転売先に支払った履行保証と違約金	○
J5	中古車売買契約（仮処分の執行に関わる事案）	売主	中古車の価格が下落することによって生じた損失	○

³⁶⁹ 森田修（2006 年）・前掲注 29・208 頁。

³⁷⁰ 大阪高判昭和 29 年 3 月 25 日下民集 7 卷 2 号 252 頁参照。

以上のような検討を経て、上記過失相殺が問題となる裁判例において債権者に課される損害軽減義務について、次のように理解することができる。すなわち、

第一に、内田教授は損害軽減義務による履行請求権の排除を肯定するが、裁判上は、同義務による履行請求権の排除は認められていない。

第二に、裁判所の判断では、「債務転形論」を前提とし、契約が解除されるまで、債権者は、履行請求権を行使しなければならないとされる。それによれば、原則として、債権者は、自ら履行請求権を行使することによって損害を拡大した場合に、その拡大した損害を請求することができるのである。実は、「J1」～「J4」における代替取引義務は、履行請求権と矛盾しない（契約を解除しない場合に、債務者からの追履行により債権者には損害を生じない）限りで認められるものである。

第三に、履行請求権を間接的に制約する損害軽減義務は、日本裁判実務において、例外的な場合に限り認められる（「J1」・「J5」）。ただし、履行請求権の間接的な制約として機能する損害軽減義務の承認が、債務転形論とどのように整合するのかは、不明である。

第2款 損害賠償額算定の基準時に関する裁判例

財産的損害賠償を請求する場合において、その損害の算定にあたって損害が生じた時から口頭弁論終結時までのどの時点の価格を基準とするかは、債権者に得られる賠償の額に大きな影響を及ぼしうる。伝統的通説を前提とすると、債権者は、履行請求権を行使することによって損害を拡大させる恐れがあると考えられている。それによれば、損害軽減義務という問題は、損害賠償額算定の基準時と関連している、とされる。

すなわち、財産権移転型の取引や財産権利用型の取引³⁷¹における「給付価値」ないし「不完全給付価値」³⁷²に関する損失について、その損害を算定する際に、次の3つの場面で損害軽減義務が働く余地があると考えられている。すなわち、

³⁷¹ 奥田昌道（2011年）・前掲注30・286頁以下〔北川善太郎、潮見佳男執筆部分〕北川善太郎・潮見佳男両教授の見解によれば、財産権移転型の取引において給付の目的物の交換価値が問題となるのに対して、財産権利用型の取引において目的物に瑕疵のある目的物を使用し得ないため問題が起きうるのである。

³⁷² 同上。「給付価値」は、しばしば「債務の目的物である給付がされなかったことを理由に、遅延賠償や填補賠償を求めるにあたり、その目的物の一定の時点における価格を基準にして賠償額を算定する」場合（財産権移転型の取引）において問題となる。ここにいう「不完全給付価値」は、財産権利用型の取引において、修理費用損失、調達費用損失あるいは営業利益損失などの不完全履行により生じた損失を中心として問題となる。

① 売買契約における目的物の価格に変動があった場合

前述したように、谷口・斎藤両教授は、動産売買契約における売主の債務不履行の後、目的物の市場価格が変動（上昇や下落）する場合に、契約を解除した債権者による填補賠償額の算定がどのような時点を基準時に行われるかという問題について、（適時解除義務を介する）損害軽減義務が肯定される余地があると主張する。

② 瑕疵修補のため要する修補費用が上昇する場合

損害軽減義務は、瑕疵修補請求が提起される面との関連ではあまり議論されていない。しかしながら、瑕疵のある目的物を受けた債権者が瑕疵修補請求の後にそれに代わる損害賠償を求める場合に、その上昇している修補費用の損失は、どの時点を基準時として算定されるか。この場合においても、損害軽減義務が働く余地があると考えられる。

③ 執行不能に備えた代償請求が問題となる場合

債権者が、本来の給付を請求するとともにその強制執行が不可能な場合に備えて予め損害賠償を請求する場合に、代替取引義務は、問題になる可能性がある。特に、売主が引渡債務を履行しない場合に、物の価格が上昇しているならば、代金債務を負う買主は、漫然と価格の上昇を待って口頭弁論終結時を基準とする代償請求をなした恐れがあると考えられている。

上記の③について、大審院と最高裁の判決によれば、代償請求が求められる場合において、その給付に代わる損害賠償算定の基準時は、口頭弁論終結時を原則とするものである、とされる³⁷³。また、森田修教授は、内田教授が自説を証明するためにあげる代償請求に関する判例に、代替取引義務が問題となる余地がないと批判する³⁷⁴。すなわち、代償請求が求められるケースについて、債権者は、所有権に基づく所有物の返還、解除によって引き渡した物の返還、あるいは貸した物の返還を請求するとともにそれが執行

³⁷³ 田中稔「代償請求における物の価格の算定期（1）」沖縄法学論叢第8集（2016年）1頁以下。

³⁷⁴ 森田修（2006年）・前掲注29・214-220頁。森田修教授は、内田教授があげる代償請求に関する判例（11件）を三つの類型に分けて検討する。すなわち、第一は、「小作料ないし利息としての米の引渡に関する代償請求のケース」である；第二は、「預託株券の返還に関する代償請求のケース」である；第三は、「それ以外のものに関する代償請求」のケース（例えば、解除後の原状回復が問題となるもの、契約の取消が問題となるもの、および解除なしに填補賠償請求できるかが問題となるもの）である。森田教授は、上記の判例のいずれも、「『損害軽減義務』の判例上の存否の検討対象となり得ないケースであるように思われる」と述べている。

不能である場合に物の価値の賠償を請求する事案が多い³⁷⁵。以上の検討を経て、①の場面において、代替取引義務が承認される可能性はないと考えられる。

したがって、これから、上記①と②場面で、履行請求権を間接的に制限する損害軽減義務が認められるケースが存在するか否かについて検討を行う。

(1) 動産売買契約の解除における填補賠償額の算定

「J6」大判明治 37 年 11 月 7 日民録 10 輯 1404 頁

【事実】 商人間の綿実売買契約において、売主 Y の債務不履行により、買主 X は、任意に履行期日を指定しその期日に履行されなかったことを理由として、その日における綿実の市場価格と本件契約との差額を損害賠償として請求した。原審は、これを認容した。Y は、「商人ト雖モ買主ナキトキハ其買得品ヲ持越シ却テ買得代金ヨリ廉価ニ売却スルコトナシトセス故ニ相場差額ハ商人間ノ売買ニ対シ絶対的損害ノ標準トナル可キモノニアラス要スルニ其当時ニ於テ他ニ売却シ得可カリシモノナルコトヲ証スルニアラサレハ単ニ商人タルノ故ノミヲ以テ相場差額ヲ直ニ損害ノ標準ト見認ムル能ハス」と上告した。

【判旨】 大審院は、次のように述べて Y の上告を棄却した。すなわち、「特約又ハ特別ノ事情ナキトキハ商品ニ関スル損害賠償額ハ契約ノ価値ト市場ノ相場トノ差額ヲ標準ト為スヲ通例トスルカ故ニ原院カ Y ニ於テ X ニ売却シタル本件綿実ノ引渡ヲ約旨ノ如ク履行セサリシヨリ後チ騰貴シタル其市価ト売買代価トノ差額ヲ以テ損害額ト定メタルハ相当ナリ」。

本判決は、履行期限経過した後 X が任意に指定した時（「任意の価格騰貴時」³⁷⁶）を基準とすることを認めたものである。もっとも、本件において、X が本件契約を解除したかどうかは、不明なものである。

「J7」大判明治 38 年 11 月 28 日民録 11 輯 1607 頁

【事実】 売主 Y から燕麦を買い受けた X は、これを同一価格で A に転売する契約を結んだ。Y の不履行により転売契約を履行しなかった X は、A に対して賠償金 1200 円を支払った。そこで、X は、Y に対して 1200 円を賠償請求した。原審は、転売契約の価格と本件契約の価格が同一のものであるため X が通常損害を被っておらず、また X が主張

³⁷⁵ <http://lex.lawlibrary.jp/lexbin/DBSelectAC.aspx>（データベース）で、「代償請求」をキーワードとして 193 件裁判例がある（2018 年 1 月 23 日まで）。その中に、①に想定される問題は、見つからない。

³⁷⁶ 斎藤彰（1990 年）・前掲注 289・63 頁。

した損害が特別の事情によって生じた損害であるがその予見可能性についての証明がない、ことを理由にXの損害賠償請求を退けた。Xは、上告した。

【判旨】 大審院は、「(売買後ニ目的物ノ価格) 其騰貴ハ經濟上ノ趨勢ニ因リ自然ニ生シタルモノト認メラレルニ非サルヲ以テ其騰貴価格ハ不履行ニ因リ通常生スヘキ損害」であるため、「Xカ不特定物ナル係争燕麦ヲYヨリ買受ケタル後同一価格ヲ以テ直チニ之ヲAニ売渡タルト否ト拘ハラス其履行ナキ本件ノ如キ場合ニ於テハXハYハ不履行ニ因リ右騰貴額ノ損害ヲ受ケタルモノト云フサルヲ得ス」としている。

本判決は、XがAに支払った賠償金を特別損害として認める原審を破棄し、またXがAに対して支出した賠償を、Yの債務不履行によりXに生じた通常損害として認める。それによれば、本件は、損害賠償額がどの時点を基準にして算定されるかという問題に関する事案であると解することが可能である。すなわち、XがAに支払った賠償額は、燕麦の市場価格の上昇によって生じた損害であり、本件契約の価格と騰貴時の価格との差額に相当するものである。(例えば、Aは、Xによる債務不履行後任意の騰貴価格で他より目的物を購入し、またXに対してそれと契約価格との差額を賠償請求した。)

「J8」大判明治41年3月18日民録14輯290頁

【事実】 買主Xは、売主Yより大麦千石を一石につき代金4円45銭で購入する契約を結んだ。Yの債務不履行により、Xは、契約を解除し、また本訴当時の価格1石5円30銭との価格との差額合計830円を賠償請求した。原審は、これを認めた。Yは、「買主カ更ニ有償ノ譲渡ニヨリ第三者ヨリ其差額タル利益ヲ得ル事実ナキニ於テハ時価ノ差額ハ買主ノ資産ヲ確定的ニ増加スヘキモノニアラサルヲ以テ之ヲ買主ノ現ニ得ヘキ利益ト云フヲ得ス」を理由として上告した。

【判旨】 大審院は、「商人カ營業ノ目的トシテ或品物ヲ買受ケタルニ売主カ違約シテ其履行ヲ為ササル場合ニ於テ其履行期限後ニ至リ売買ノ目的タル物品ノ価格騰貴シタルトキハ買主カ之ヲ他ニ売却セハ其騰貴シタル差額ハ買主ノ利益ニ歸ス可キモノナルニ売主カ契約ノ履行ヲ為ササルヨリ買主ハ之ヲ他ニ売却シテ如上ノ利益ヲ得ルコト能ハス換言スレハ売主ノ不履行ニ因リテ買主ハ売買契約後其目的物ノ騰貴ヨリ生シタル利益ヲ受クルコト能ハサルニ至リタルモノナレハ縱令買主カ實際之ヲ他ニ売却セサルトモ其差額ハ損害トシテ売主カ之ヲ買主ヘ賠償ス可キハ当然ナリ依テ本論旨ハ採用スルヲ得ス」をいい、Yの上告を棄却した。

本判決は、解除後の任意の価格騰貴時を基準時として採用すると考えられる。

「J9」大判大正5年10月27日民録23輯1991頁

【事実】 売主X（被上告人）は、買主Y（上告人）に牛皮を売却する契約を結んだ。また、Xは、Yの代金支払債務不履行により、本件契約を解除し、その1ヶ月後に下落した価格で牛皮を第三に売却した。Xは、その下落した価格と本件契約価格との差額を請求した。原審は、これを認めた。Yは、解除時を基準時とすべきだと上告した。

【判旨】 大審院は、次のように述べてYの上告を棄却した。すなわち、「売主カ買主ノ代金支払いノ債務不履行ヲ原因トシテ売買契約ヲ解除シタル上多少ノ時日ヲ経過シタル後ニ至リ其売買ノ目的タリシ物件ヲ下落シタル時価ニテ他ニ売却シタル場合ト雖モ其代金ト時価トノ差額ヲ以テ右債務不履行ニ因ル契約解除ノ為メニ事物自然の趨勢ニ従ヒ通常生スヘキ損害ト為スニ足ル以上ハ之ヲ損害トシテ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルモノト謂ワサルヘカラス」

「J10」大判大正7年11月14日民録24輯2169頁

【事実】 買主Xは、売主Yから亜鉛引鉄線を購入する契約を結んだ。Yの債務不履行により、Xは、大正4年1月22日に契約解除の意思表示をなし、同月30日に他より代品をより高い値段で買入れた。Xは、その代品の価格と本件契約価格との差額を請求した。原審は、契約が解除された場合に解除までの損害を賠償すれば足りるとして、Xの請求を棄却した。

【判旨】 大審院は、次のように述べて原判決を破棄差し戻した。「其損害賠償請求権ノ目的タル損害ノ範囲ハ民法第四一六条ノ規定ニ則リテ定ムヘキヲ至当トカスルカ故ニ苟モ其債務不履行ニヨリテ通常生スヘキ損害ナルニ於テハ仮令契約解除後ニ生シタルモノト雖モ普通ノ取引觀念ニ於テ其間ニ因果関係ノ存スルモノト認ムルヘキモノナル以上ハ賠償ノ請求ヲ為スコトヲ妨ケサルモノト解スルヲ妥当トス」

本判決と上記の「J9」は、契約解除後の代品購入時と再売却時を基準時とするのである。

「J11」大判大正9年8月28日民録26輯1298頁

【事実】 売主Y（上告人）が目的物（捲揚機）の引渡義務不履行により、買主X（被上告人）は、契約を解除した。また、Xは、解除後1年を経過した時の騰貴価格と契約価格との差額を損害賠償として求めた。原審は、Xの請求を認容した。Yは、契約当時の時価によるべきことを主張として上告した。

【判旨】 大審院は、次の理由をもって原判決を破棄・差し戻した。すなわち、「民法545条3項ニ依リ請求スルコトヲ得ヘキ損害ノ範囲ハ契約解除当時既ニ生シタル損害

ニ基キテ算定スルヲ原則トシ解除後生シタル損害ヲ標準ト為スヘキモノニ非スト雖モ右ノ法則ハ解除後ニ生シタル損害ノ賠償請求ヲ絶対ニ排斥スルノ謂ニ非ス苟モ其損害カ普通ノ取引觀念ニ於テ債務不履行トノ間ニ因果關係ノ存スルモノト認ムルヲ相当トスル場合ハ其損害発生ノ事実カ多少契約解除ノ後ニ亘ルモ之ヲ以テ直ニ其請求ヲ排斥スヘキモノニ非ス而シテ此等ノ特別ノ事由ナキ限りハ契約解除後ニ生シタル事実ヲ標準トシテ損害賠償ノ数额ヲ算定スヘキモノニ非ス……本訴ノ請求ハ売買契約解除後一年後ノ時価ヲ標準トシテ損害ノ賠償ヲ請求スルモノナルヲ以テ原院ハ須ク右ノ損害ト上告人ノ債務不履行トノ間ニ取引ノ觀念上因果關係アルモノト認ムルヲ相当トスヘキ特別ノ事由アルヤ否ヤニ付キ審理判断ヲ為ササル可カラサルニ原判決茲ニ出テス契約解除ノ場合ノ請求スルコトヲ得ヘキ損害ノ賠償ハ解除後何時ノ時期タルヲ問ワス請求当時ノ時価ヲ標準トシテ算定スルコトヲ得ルモノト判示シ依テ右二千元ノ請求ヲ認容シタルハ契約解除ノ場合に於ケル損害賠償ノ法則ヲ誤解シタルモノニシテ原判決ハ破棄ヲ免カレス」

本判決は、損害賠償の範囲が解除時にすでに生じた損害に限られるとし、解除時をもって損害賠償算定の原則的基準時とするとした³⁷⁷。ただし、本判決によれば、解除時まで生じた損害を通常損害とみる理由は、明らかではないと考えられる。

「J12」大判大正10年3月30日民録27輯603頁³⁷⁸

【事実】 買主Xは、売主Yの債務不履行によりマッチ軸木売買契約を解除し、また解除の6ヶ月後の騰貴価格と契約価格との差額を請求した。原審は、Xが結んでいた転売契約の価格との差額しか認めなかった。Xは、上告した。

【判旨】 大審院は、次のように述べてXの上告を棄却した。すなわち、「債務不履行ニ因ル損害賠償ノ範囲ハ通常生スヘキ損害即チ各箇ノ場合ニ普通ノ取引觀念ニ照シ不履行ノ因果關係トシテ生スヘキモノト認メルルヘキ損害ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキモノナルヲ以テ買主カ売主ノ債務不履行ニ基キ売買契約ヲ解除シ損害賠償ヲ請求スル場合ニ於テモ其解除後目的物ノ価格騰貴シタルトキ若シ買主ニシテ売主ノ不履行ナカリシ場合目的物ヲ其価額騰貴当時依然保有スヘキ特別事情アルトキハ其売買価額ト解除後ニ騰貴シタル価額トノ差額ハ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタル損害額トシテ請求シ得ヘク即チ騰貴価額ニ依リテ損害ノ範囲ヲ定ムヘキコト勿論ナリト雖モ買主ニシテ目的物ノ引渡ヲ受ケタルモノトシテ其解除後目的物ノ価格騰貴シタル当時依然目的物ヲ保有スヘキニ非ス却テ其騰貴以前ニ目的物ヲ他ニ処分シ価額騰貴ニ因ル利益ヲ得ヘカラサル場合ニハ買主ハ

³⁷⁷ この判決については、斎藤彰（1990年）67頁、田中稔（2013年）64頁において、このような評釈もなされている。田中稔「解除時の時価が通常損害とされた事例」沖繩法学論叢第6集（2013年）。

³⁷⁸ この判決について、斎藤彰（1990年）68頁、田中稔（2013年）101頁において、紹介・検討がなされている。

其騰貴シタル価額ト売買代金トノ差額ニ付キ利益ヲ受ケ得ヘカラサルモノナレハ斯ル特別ナル事情ノ下ニハ其解除後ニ於ケル騰貴価額ヲ標準トシテ損害ノ範囲ヲ定ムヘキニ非スシテ其解除前ニ引渡ヲ得タルモノトシテ受ケ得ヘカリシ通常ノ利益ヲ標準トシテ之ヲ算定スヘキモノトス」。

本判決は、「『中間最高価格』請求を無条件で認めた判例を非難してきた」当時の学説からの影響を受けており、民法 416 条に基づき「解除後の価格騰貴を『特別ノ事情ニ因ル損害』と法律構成していると理解」されるべきだと評釈されている³⁷⁹。もっとも、本判決について、不適切だという批判もある。すなわち、売主の債務不履行により、買主が解除後の騰貴価格で他より代替品を購入してそれを転売契約の履行に当てた場合、あるいは、債務不履行の結果転売契約を履行しない買主が転売先に損害賠償を支払うべき場合に、本判決によれば、買主は十分な補償を得られないというものである³⁸⁰。

「J13」大判昭和 6 年 4 月 15 日新聞 3266 号 15 頁

【事実】 転売を目的とする買主 X（被上告人）は、売主 Y（上告人）から小麦粉を買い受けて契約を結んだ。また、Y の債務不履行により、X は、本件契約を解除し、その後の騰貴価格と契約価格との差額を請求した。原審は、これを認めた。Y は、騰貴価格の賠償を得るには騰貴価格によって目的物を処分するかその他騰貴価格によって利益を確実に取得する事情があること、および不履行時におけるその予見可能性の立証が必要であるとして上告した。

【判旨】 大審院は、騰貴価格による利益を得たであろう事実が推認できるとして、Y の上告を棄却した。すなわち、「買主ハ転売シテ利益ヲ得ルノ目的ヲ以テ本件小麦粉ヲ売主ヨリ買受ケタルモノト認ムルヲ相当トスルノミナラス売主ノ債務不履行ノ当時該物件ノ市価カ騰貴シ居タル原判示事実ニ稽フレハ若シ該不履行ナカリセハ買主ハ其ノ騰貴シタル市価ヲ以テ之ヲ他ニ売却シ因テ買入代金ト売却代金トノ差額ヲ利得シタルヘキ事実ヲモ推認シ得ヘク而モ這ハ必スシモ一片ノ希望ノミニ止マラスシテ寧ロ該利益ヲ確實ニ取得シ得タルヘキ事情ナリト認ムルヲ相当トス然ラハ買主ニ於テ冒頭説明ノ事実並右市価騰貴ノ事実ヲ主張且立証シタル以上ハ右差額ニ相当スル金額ヲ確實ニ利得シタルヘキ事情ヲモ主張且立証シタルモノニ外ナラサルノミナラス更ニ冒頭説明ノ事実ニ徴スレハ斯ル事実ハ売主ニ於テモ之ヲ予見シ又ハ予見シ得ヘカリシモノト推認スルニ難カラサル所ナルカ故ニ売主ハ其ノ債務不履行ニ因リ買主ニ生シタル損害トシテ右差額ニ相当スル金額ヲ賠償スヘキ義務アルコト勿論ナリトス」。

³⁷⁹ 平井宜雄（1974 年）・前掲注 346・292 頁。

³⁸⁰ 斎藤彰（1990 年）・前掲注 289・68 頁。

本件は、債務不履行後の価格騰貴を特別損害と認定し、また債務者たる売主が、債務不履行の時これを予見しまたは予見するべきであることが推認できると認定した上で、騰貴価格と契約価格との差額を損害として認めたのである。

「J14」大判昭和16年2月5日新聞4681号15頁³⁸¹

【事実】 買主X（上告人）は、売主Y（被上告人）から軽油二車分（1車にあたり238箱）を買い受けた。本件契約締結後、Xは、軽油について転売契約を結んだ。その後、Yの引渡債務の不履行により、Xは、本件契約を解除し、また解除時の騰貴した時価と契約価格との差額を請求した。原審は、そのうち転売契約の履行によってXが得られたであろう利益に相当する部分については損害賠償を認めなかった。Xは、上告した。

【判旨】 大審院は、次のように述べて原審を破棄差し戻した。すなわち、「凡ソ買主カ売主ノ不履行ヲ理由トシテ売買ヲ解除シ目的物ノ給付ヲ受クル債権ヲ失フト共ニ代金債務ヲ免レ解除当時ニ於ケル右目的物ノ時価カ代金額ヲ超過スルトキハ其ノ差額ハ畢竟売主ノ債務不履行ニ因リ買主ニ生スル通常ノ損害ニ外ナラス而シテ買主カ右解除前既ニ解除当時ノ時価ヨリ低キ代金ヲ以テ他ヘ転売ヲ約シ居リタル事実アリトスルモ若シ売主不履行ノ結果買主ニ於テ解除当時ノ時価ヲ以テ他ヨリ調達シタル品ヲ以テ転売先ヘ履行スルノ必要アルニ於テハ買主ハ尚解除当時ノ時価ト代金トノ差額ノ損害ヲ受ケタルモノト為スヘキヤ勿論ニシテ偶解除当時ノ時価ヨリ低キ代金ヲ以テ転売ヲ約シ居リタルノ故ヲ以テ直チニ買主ノ損害カ代金ト転売代金トノ差額ニ過キササルモノト速断スルコトヲ得ス」。

本件は、転売契約がある場合に買主による填補賠償について、その基準時を解除時として認める事案である。本件判決によれば、買主は、解除によって本来の代金支払債務を免れ、その結果、代替品を他より購入することが可能となり、またそれをもって自らの転売契約を履行することができるのである。すなわち、買主は、代替取引を行って転売契約を履行することにより、もとの契約が履行されればあったであろう経済状態を回復できると考えられる。これに対して、買主には、原審のように転売利益に相当する損害の賠償のみが認められるならば、自らの転売先に賠償すべき損害賠償を回復できないため、損失を受けるだろう。

「J15」最判昭和28年10月15日民集7巻1093頁

³⁸¹ この判決について、斉藤（1990年）70頁において、紹介・検討がなされている。

【事実】 昭和 20 年 12 月に、買主 X（被上人）と売主 Y（上人）は、木材を目的とする売買契約を結んだ。契約締結後 2 年余り、X は、Y の債務不履行を理由に契約を解除し、また解除当時の木材の価格を基準とし損害賠償を求めた。原審は、それを認めた。Y は、上告した。

【判旨】 最高裁は、次の理由をもって Y の上告を棄却した。すなわち、「物の引渡を目的とする債務の不履行による契約解除を理由として損害賠償の請求がなされる場合において、右賠償額の算定には、特別の事情のない限り契約解除当時における目的物の価額を標準とすべきである」。

「J16」最判昭和 28 年 12 月 18 日民集 7 卷 1446 頁（契約が解除された場合における賠償額算定の基準時）

【事実】 昭和 21 年 10 月に、買主 X（被上人）は、売主 Y（上人）から下駄材を代金 2 万 5 千円で買い受ける契約を結んだ。契約締結後 Y が目的物を引き渡さなかったため、X は、昭和 22 年 9 月に本件契約を解除し、解除当時の騰貴価格 8 万と代金 2 万 5 千円との差額 5 万 5 千円を請求した。原審は、それを認めた。Y は、上告した。

【判旨】 最高裁は、Y の上告を棄却し、その理由について次のように述べている。すなわち、「右契約締結の当時インフレーションのため物価騰貴の状況にあり、解除当時においては目的物の価格が八万円を下らなかったときは、右価格と売買代金との差額五万五千円は、Y の債務不履行により X に通常生ずべき損害と認むべきである」とし、「本件の如く売主が売買の目的物を給付しないため売買契約が解除された場合においては、買主は解除の時までは目的物の給付請求権を有し解除により始めてこれを失うと共に右請求権に代えて履行に代わる損害賠償請求権を取得するものであるし、一方売主は解除の時までは目的物を給付すべき義務を負い、解除によって始めてその義務を免れると共に右義務に代えて履行に代わる損害賠償義務を負うに至るものであるから、この場合において買主が受くべき履行に代わる損害賠償の額は、解除当時における目的物の時価を標準として定むべきで、履行期における時価を標準とすべきではないと解するのを相当とする」のである。

「J15」と「J16」は、解除時を基準時としている。その理由付けは、解除により本来の給付請求権が損害賠償請求権に変化するため、解除時が基準となるのである。

「J17」最判昭和 36 年 4 月 28 日民集 15 卷 4 号 1105 頁

【事実】 買主 X（原告・被控訴人・被上人）は、昭和 14 年 8 月 5 日から同年 9 月 30 日までの間数回にわたり売主 Y（被告・控訴人・被上人）より乾うどんを購入する

契約を結んだ。Y が昭和 15 年 4 月末まで一部を引き渡したのみで残りの部分を履行しないため、X は、同年 6 月 7 日に本件契約を解除した。本件契約締結後、目的物の価格は、騰貴しつつある。また、X は、これらの乾うどんについて第三者との間に転売契約を締結した（Y は、転売契約と本件契約の価格との差額が 1 箱につき 20 銭程度であると主張した）。X は、各納期における市価と契約の差額を損害賠償として求めて提訴した。原審は、「Y の不履行より X も転売先に対し契約不履行となるべきは通常の事例であり此の際 X は転売先に対して不履行時の時価と契約値との差額を損害として賠償せねばならぬわけである」ため、X の請求を認容した。Y は、X の損害が転売価格と本件契約価格との差額に基づき算定されるべきだとし、かつ X が第三者に対して賠償すべき損害が自ら予見し得ない特別損害である、と主張して上告する。

【判旨】 最高裁は、次のように述べて Y の上告を棄却した。すなわち、「原審が本件売買価格と履行期における大連又は営口における市価との差額をもって、Y の債務不履行によって X の通常蒙るべき損害と判断したことは正当であって、右損害をもって特別事情によって生じた損害であるとする論旨は採用できない。なお、Y は X が本件買受品を第三者に転売契約をしていたことを主張するけれども、Y は原審においてその転売代金の額について立証するところがないのであるから、右転売の事実にもとづく損害額の算定に関する所論も採用することはできない。」

本判決は、履行期を基準時としているものである。この事案において、債権者が履行における市価と当初の契約の価格との差額を損害賠償として請求し、裁判所は、この差額を債務不履行により買主に通常生ずべき損害として認定し買主の請求を認めた。本判決が履行時が採られるのは買主の請求どおりのものである。買主に代替取引義務を課すか否かについて最高裁は、触れていないのである。

「J18」最判昭和 38 年 1 月 22 日民集 64 号 63 頁

【事実】 木材売買契約における買主 X は、売主 Y の債務履行を理由に契約を解除し、かつ損害賠償を請求した。（X の請求と Y の上告は、不明である。）

【判旨】 最高裁は、「本件のように、売主が目的物を引き渡さないため売買契約が解除された場合において、買主の受くべき填補賠償の額は、解除当時における目的物の時価を標準として定むべきである」として上記「J16」の判決を引用したうえで、契約当時（昭和 27 年 6 月）の時価とその 1.8 倍に騰貴した契約解除当時（昭和 28 年 11 月）の時価との差額を填補賠償として認める原審が正当であると認定し、また Y の、当該価格の騰貴が大洪水という突発した事情によるとする上告に対し、「このような差額は、解除当時にも本来の給付を請求し得た筈の X にとっては、Y の不履行により通常生ずべき損

害である」こと、かつ「所論にいう大洪水によって突発した価格暴騰の事実に関し、その予見可能性の有無等を認定判示するところがなかったからといって、原判決に所論の違法があるとはいえない」ことを理由としてそれを棄却する。

本判決について、田中稔教授は、「解除時の時価は常に通常損害として扱われる点で、価格騰貴を招いた事情によって特別損害と見る余地のある」「J16」の判決と異なり、本件が、「解除時の時価を、買主が解除当時にも本来の給付を請求し得たことを根拠に、通常生ずべき損害であると見ている」と評釈する³⁸²。

（２）請負契約における瑕疵修補に代わる損害賠償とその額の算定の基準時

以上で議論したのは、動産売買契約において、売主が目的物を引き渡さない、あるいは買主が目的物を受領しない場合に、その損害賠償額の算定について、どの時点が算定の基準時として認められるかという問題である。すなわち、債権者が本来的履行請求権を行使すること（適時に契約を解除しなかった）によって損害拡大し、その拡大損害は、損害賠償に入れるかという問題である。

これから、契約の目的物に瑕疵があるにも関わらず、その修補が可能である場合に、その修補に代わる損害賠償額の算定について、どの時点が算定の基準時として認められるかを検討することにしよう。言い換えれば、債務者が債権者による瑕疵修補請求に応じない場合に、債権者が修補請求権に固執すること（適時に瑕疵に代わる損害賠償請求を提起しなかった）によって損害を拡大し、その拡大した損害は、損害賠償に入れるか。

民法 634 条 1 項は、瑕疵のある目的物を受けた注文者が、請負人に対して相当な期間を定めてその瑕疵の修補を請求することができる、と定めている。また、同条 2 項によれば、注文者は、修補に代えて損害賠償を請求できるとされている。通説・判例では、その修補に代わる損害賠償請求権が修補請求権と併存し、注文者が直ちにそれを請求できるとされている³⁸³。従って、この選択権の存在を前提とし、注文者が不当に修補請求を行使することは、損害軽減義務違反と評価されることが可能であると考えられる。

「J19」最高裁昭和 36 年 7 月 7 日第二小法廷判決（民集 15 卷 7 号 1800 頁）

³⁸² 田中稔（2013 年）・前掲注 377・66 頁。

³⁸³ 幾代通・広中俊雄（編集）『注釈民法（16）』（有斐閣・1989 年）148 頁〔内田尚三執筆部分〕。

【事実】 Y（被告・上告人）は、建築請負を X（原告・被上告人）に依頼して契約を結んだ。それによれば、Y は、X に請負代金 73 万と建築許可申請や建築設計製図の費用など合計 85 万円を支払うべきである、とされている。X は仕事を完成してそれを引渡したが、Y は 57 万円のみを支払った。そこで、X は、残金 28 万余円を求めて提訴した。これに対して、Y は、X から引渡を受けたがその改造工事が未完成である一方、工事の一部に問題があるため X に修補を求めたが相当期間を経過しても応じず、この修補に要する費用が請求当時では 10 万、現在では 25 万 8 千円余になるので、これをもって請負代金と対当額につき相殺の意思表示をすると主張した。

原審は、X がその修補をしなかった損害については、当該損害が修補に代わるものである限り、遅くとも修補の要求をしたときの損害の額をもって損害額算定の標準とするのを相当とすると判示し、25 万 6 千円余の限度で X の請求を認容した。Y が、上告した。

【判旨】 最高裁は、「請負契約における仕事の目的物の瑕疵につき、請負人に対し修補を請求したがこれに応じないので、修補に代る損害の賠償を請求する場合においては、右修補請求の時を基準として損害の額を算定するのが相当である」とし、Y の上告を棄却した。

本件は、瑕疵のある目的物を受けた注文者が、請負人に対して修補を請求したが相当期間を経過してこれがなされなかった場合に、最終的に修補にかわる損害賠償を請求した事案である。本判決は、騰貴しつつある修補費用損害の算定につき、修補請求の時を基準としたものである。ただし、最高裁は、本判決について十分な説明を行わなかった。判例評釈において、本判決をめぐる、「本来的履行請求権が相当の期間の付加と追完（修補）請求権というものへとその内容を変じており、その修補に代わる損害賠償請求であるため修補請求権行使時が算定の基準時ということになる」という見解があり³⁸⁴、請負人が瑕疵修補請求を応じない場合に注文者が自ら迅速に修補を行い、またその損害賠償を直ちに求めるべきであるという見解もある³⁸⁵のである。

本判決は、瑕疵修補請求の後にこれに代えて行使された損害賠償請求につき、修補請求時を確定した最上級審判決としての意義がある。その後の幾つかの判決は、本判決を引用し、請負契約における瑕疵修補に代わる損害賠償につき、修補時を基準時として認めた³⁸⁶。

³⁸⁴ 石崎泰雄「損害賠償算定の基準時に関する最高裁判例にみる統一基準」判例時報 2010 年（No. 2074）7 頁。

³⁸⁵ 坂本武憲「瑕疵修補請求の後に代えて行使される損害賠償額算定の基準時」『判例プラクティス民法Ⅱ』（信山社・2015 年）236 頁。

³⁸⁶ 東京地裁平成 24 年（ウ）第 19874 号；東京地裁平成 22 年（ウ）第 12730 号；東京地裁平成 23 年（ウ）第 9544 号；東京地裁平成 25 年（ウ）第 22560 号。

(3) 裁判例の分析

契約の種類	損害の種類	基準とされる価格	事案	履行請求権を間接的に制約する代替取引義務の認否
売買契約	目的物自体の価格 (給付価値損失)	債務不履行後任意の騰貴価格	J6, J7,	×
		解除後の騰貴価格	J8, J13	×
		解除当時の時価	J11, J14, J15, J16, J18	×
		買主が結んだ転売契約の価格	J12	×
		解除後の代替取引の価格	J9, J10	×
		履行期の価格	J17	×
請負契約	修補に代わる損害賠償 (不完全給付価値損失)	修補請求時の修補に要する費用	J19	○

以上のような検討を経て、損害賠償額算定の基準時が問題となる判決について、次のように理解することができる。

第一に、「債務転形論」が前提とされる場合に、給付価値に対する損害賠償額を算定する際に、債権者には、「適時解除義務」を介在する代替取引義務は求められないとする。

上記の判例を検討する上で、解除時まで生じた損害は、原則として通常損害と見ることがわかる。

また、種類動産売買契約において、債務者の履行遅滞により債権者が契約を解除した場合に、どの時点を損害賠償額算定の基準時とするかは、明治・大正時代の判例についてその基準が必ずしも明確ではない。もっとも、「J16」判決以降、解除時の時価が基準とされる傾向がみられる。

「J16」は、解除時の時価を基準にするものである。その理由は、「売主が売買の目的物を給付しないため売買契約が解除された場合においては、買主は解除の時までは目的物の給付請求権を有し解除により始めてこれを失うと共に右請求権に代えて履行に代わる損害賠償請求権を取得するものであるし、一方売主は解除の時までは目的物を給付すべき義務を負い、解除によって始めてその義務を免れると共に右義務に代えて履行に代わる損害賠償義務を負うに至るものであるから、この場合において買主が受くべき履行に代わる損害賠償の額は、解除当時における目的物の時価を標準として定むべきであ

る」にあるのである。すなわち、解除時を基準時とするのは、解除によって債権者の履行請求権が填補賠償請求権に転化するからである。

第二に、「債務転形論」が前提とされない場合において、不完全給付価値についての賠償額を算定する際に、請負契約の注文者には、適時に自ら瑕疵を修補してあるいは第三者を修補させて修補に代わる損害賠償を請求することを求めるのである。

第3款 最高裁平成21年1月19日判決とそれに対する評釈

以上では、損害軽減義務に関する従来の学説および裁判例を紹介・検討した。学説において、損害軽減義務という問題が、過失相殺、損害賠償額算定の基準時および履行請求権との関係で議論され、それについて様々な見解があるのである。そのうち、履行請求権との関係については、損害軽減義務が、履行請求権を間接的に制限するとする見解（谷口・斎藤両説）とそれを排除する見解（内田説）がある。もっとも、これらの見解は、日本の実体法と抵触するため、あまり受け入れられないのである。

また、裁判実務において、内田説のような履行請求権を排除する損害軽減義務は認められないが、履行請求権を間接的に制限する損害軽減義務は、下級審に限って例外的に認められる。

以上のような検討を経て、日本法は、履行請求権との関係で議論される損害軽減義務に対して、より慎重な態度をとっている、と見ることができる。

ところが、最高平成21年1月19日判決において、最高裁は、賃借人が損害を回避・軽減できるにもかかわらずそれを怠ったことを理由にして、これによって拡大させた営業利益損失が通常損失に当たらないと認定した。実は、最高平成21年1月19日判決は、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務を承認する。

これから、平成21年の最高裁判決とそれに対する評釈・見解を紹介・検討しよう。

1 最高裁平成21年1月19日判決

「J20」最判平成21年1月19日民集63巻1号97頁

【事実】X（原告・被控訴人＝控訴人・被上告人）は、カラオケ店を営む株式会社であり、Y1（被告・控訴人＝被控訴人・上告人）は、中小企業等協同組合に基づいて設立された事業協同組合である。Xは、平成4年3月5日に、Y1との間で、Y1所有の本件ビル of 地下一階部分（以下「本件店舗部分」という）を期間1年、賃料月額20万円で事業用を目的として賃貸借契約を締結した（以下「本件賃貸借契約」という）。

本件賃貸借契約は、平成 5 年 3 月と平成 6 年 3 月にそれぞれ期間 1 年として更新された。X は、平成 7 年 3 月に契約の更新を行わないまま、カラオケ店を営業し続けた。ところで、本件ビルは、平成 7 年 9 月 28 日に Y1 から訴外 A に売却されが、所有権移転登記はまだされていなかった。Y1 は、平成 7 年 10 月 11 日に、X に対して本件賃貸借契約を解除する意思表示をしたが（第一次解除）、X はこれに応じず、その後も賃料を支払い続け、Y1 はこれを受領していた。

本件ビルは、昭和 42 年に Y1 に建築されたものであり、本件賃貸借契約締結の時点で 24 年を超えており、平成 7 年 9 月ごろから、本件店舗部分に浸水が頻繁に発生していたが、その原因が不明な場合も多かった。また、平成 9 年 2 月 12 日に、本件ビル地下一階で汚水が噴き出し、本件店舗部分が床上 30-50cm まで浸水した（以下「本件事故」という）。それからまもなくして、2 月 17 日にも浸水した。それ以降、X は、本件店舗部分でのカラオケ店の営業ができなくなった。

実際に、平成 9 年 1 月、本件ビルについて継続使用の可否を判断する目的で、設備・建物等に対する調査が実施された。その結果によれば、本件ビルは、老朽化により大規模な改装とその際の設備の更新の必要があったが、直ちにこれをしないと、当面の利用に支障が生じるというものではなく、本件店舗部分を含めて朽廃等の事由による使用不能の状態になっていないということであった。

本件ビルの老朽化を理由とし、Y1 は、平成 9 年 2 月 18 日に X に対して本件賃貸借契約を解除し、明け渡しを求める意思表示をした（第二次解除）。本件事故以降、カラオケ店を再開するため、X は Y2（Y1 の清算人）に対して本件ビルを修繕することを求めているが、Y2 は、これに応じなく第二次解除により本件賃貸借契約は即時解除されたと主張して、X に本件店舗部分からの退去を要求した。さらに、Y2 は、本件ビルの地下一階の電気を遮断した。

他方、平成 9 年 3 月から同 10 年 3 月までの間、X は、債権者不確知を理由に家賃を供託している。また、5 月 27 日に、X は、保険会社から本件事故によるカラオケ機器等の損傷に対する保険金を受けた。しかし、営業利益損失に対するものは、保険金の中に含まれていない。

平成 10 年 9 月 14 日に、X は、修繕義務を履行しないことを理由として Y1 に対して訴訟を提起し、本件ビルの更新の費用及び営業利益喪失による損害賠償等を求めた。

平成 11 年 9 月 13 日に、Y1 は修繕義務の存在を否定し、X に対して賃料不払いを理由として本件賃貸借契約解除の意思表示をし、本件店舗部分の明渡しを求める反訴を提起した（第三次解除）。

【第一審】 福井地方裁判所敦賀支部平成 15 年 8 月 23 日判決

第一審は、Y1 が修繕義務を履行しなかったことにより本件事故が発生したと認定した。また、X が平成 7 年 3 月 5 日からずっと賃料を支払っていたことにより、本件契約を期間の定めない賃貸借契約になるとした。本件賃貸借契約の終了時期を Y1 から X への契約解除の意思表示が到達した平成 9 年 2 月 20 日であるとした上で、本件事故による営業利益の損害は事故発生時から本件賃貸借契約の終了時までには得られたであろう部分に限られるとして X の Y1 に対する請求を一部認容するとともに Y2 の X に対する本件店舗部分の明渡しを認めた。

これに対し、X・Y1・Y2 とともに上訴した。

【原審】名古屋高等裁判所金沢支部平成 18 年 10 月 16 日判決

原審は、Y1 による賃貸借契約解除の意思表示がいずれも無効であるとして、Y1 の X に対する建物明渡し等反訴請求を棄却するとともに、Y1 の修繕義務違反を認め、かつ Y2 には、Y1 の代表者としての職務を行うにつき重大な過失があったことを認定し、本件事故により X が被った営業利益喪失の発生期間を本件事故の日の一ヶ月後から X の求める損害賠償の終期（平成 13 年 8 月 11 日）までであるとして、X の Y1 及び Y2 に対する請求を認めた。

これに対し、Y1 及び Y2 が上告受理申立てをした。

【判旨】 最高裁は、次のように述べて原審を破棄し、以下のような判断を示した。

「事業用店舗の賃借人が、賃貸人の債務不履行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。」

「しかしながら、前記事実関係によれば、本件については、①平成 4 年 9 月こと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整備の更新が必要とされていたこと、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、いつ実現できるか分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の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かいわれる。

そうすると、遅くとも、本件本訴が提起された時期においては、Xがカラオケ店の営業を別の場所で再開する等の損害回避また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Y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、本件について、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Yらに請求することはできないというべきである。」

2 本判決に対する評釈

本判決をめぐり、多くの評釈がある。以下では、それらの評釈のうち、本件における損害軽減義務と履行請求権との関係を議論する部分に限って紹介することにしよう。

(1) 野澤正充教授は、「賃貸人の修繕義務が履行不能ではなく、かつ、その解除も認められない、つまり、本判決が賃貸借契約の終了していない段階における賃借人の損害回避義務を認めるものだからである」と述べている³⁸⁷。また、野澤教授は、「賃借人に損害軽減義務を認めることが、実質的にその解除を認めたと同じこと」とであると述べており、本件が、代替取引が必ずしも容易でない事業用店舗の賃貸借の事案であるから、損害軽減義務を認める本判決に問題があると考えている³⁸⁸。

³⁸⁷ 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」判例タイムズ No. 1298 (2009年) 65-66頁。野澤教授は、履行請求権の第一義性を前提として填補賠償請求の提起が解除によって初めて可能となるとする森田修の見解と異なり、内田教授の見解によって損害軽減義務が解除を前提とせずに認められると指摘する。

³⁸⁸ 同上 67-68頁。

(2) 日下部真治教授³⁸⁹は、本判決は賃借人に対して、損害の回避又は減少のため別の場所で営業を再開することを求めることが、本件賃貸借契約が有効に存続しているとする賃借人による裁判上の主張と矛盾すると「指摘されかねない行動を求めることに他ならない」と述べている³⁸⁹。

(3) 潮見佳男教授は、本判決が、履行請求権と損害軽減義務の関係をいかに捉えるべきかについて先例としての価値を有しないと述べている³⁹⁰³⁹¹。

(4) 中田裕康教授は、X が修繕義務の代替取引をできなかったという点において本件が動産売買契約における売主の債務不履行の場合と共通するとし、「X が本件ビルでの営業の断念をして他の場所での営業をすることにより損害を回避・減少することが問題となる」と指摘し、もっとも、本判決が「履行請求権の限界づけや、債権法における履行請求権の位置付けという問題にまで射程が及ぶとは言えない」と述べている³⁹²。すなわち、本件賃貸借が存続するうえで、賃借人の債務不履行による損害賠償の範囲を判断する際に、通常の事業者の合理的行動を、「通常生ずべき損害」についての通常性基準として考慮に入れるべきであるとする³⁹³。

³⁸⁹ 日下部真治・法律のひろば 62 巻 11 号 (2009 年) 56-57 頁。

³⁹⁰ 潮見佳男「店舗賃貸人の修繕義務不履行において賃借人が損害回避・減少措置をとらなかった場合の通常損害」ジュリスト (No. 1398) 2010 年 91-92 頁。

³⁹¹ 潮見教授は、本判決について、主に損害軽減義務と過失相殺それぞれの適用範囲という問題に着目する。また、潮見教授、自分の最新の本の中で、この問題を改めてまとめて次のように述べている。潮見佳男 (2017 年)・前掲注 22・503 頁以下。

すなわち、潮見教授は、過失相殺が問題となる三つの場面--①債務不履行そのもの、②債務不履行による損害の発生と③債務不履行により発生した損害の拡大に関して債権者に過失があった場合について、そのうち、②と③が、損害軽減義務違反が問題となる場合であると指摘する。また、潮見教授は、民法 418 条にいう債権者の「過失」が契約上の「自己危険回避義務」であり、その内容とその違反について契約の内容に従って判断されるべきであると主張する。

さらに、潮見教授は、上記の損害軽減義務 (自己危険回避義務) の思想が、損害要件と過失相殺の制度のいずれにおいても取り扱われることができるとし、またその境界について次のように述べている。すなわち、契約のもとで債権者がもつ権利・法益には、絶対権・絶対的法益とは違って、明確な外延がない。そこで、この権利・法益の該当性は、権利・法益主体に対してどのような行動 (作為・不作為) を要求することができるのか--債権者の行為態様についての評価--を経て初めて確定されることができる。それによれば、このような場合に、損害軽減義務の思想に従い「自己の権利・法益の管理に対する権利者の合理的行動 (作為・不作為) への要請は、債務不履行の結果として生じた債権者に生じた財産状態の差が何かを判断する」過程に組み込まれる、とされる。すなわち、このような場合に、債権者の行為についての評価は、過失相殺の制度のもとではなく、損害のレベルで処理されるべきものである。

(損害要件のもとで機能する損害軽減義務の思想)

これに対して、生命・身体・健康や所有権に代表されるような明確な外延を有する権利・法益について、その該当性への判断は、債権者の具体的行為態様についての評価を要しない。すなわち、このような場合に、損害軽減義務の思想は、「債務不履行により債権者に生じた財産的損害が何かを判断する際の基礎をなしていない」。このような場合に、損害軽減義務に従い自己の権利・法益の管理に対する権利者の合理的行動への要請は、損害のレベルで処理されるべきではなく、過失相殺制度のもとで考慮されるのである。(過失相殺の制度のもとで機能する損害軽減義務の思想)

上記のような区分について、潮見教授は、その意味が主張・立証の点にあると指摘する。すなわち、「損害の発生 (および額) については被害者側が主張・立証責任を負うのに対して」、過失相殺において加害者側が立証責任を負うのである。

³⁹² 中田裕康・法協 127 巻 7 号 (2010 年) 128、134 頁。

³⁹³ 同上 132 頁。

（５）内田貴教授は、本判決が「条理」に基づく損害軽減義務を認めたものであるとし、これを前提とするなら、「不当な履行請求権への固執が『条理上認められない』と判断される可能性も決して小さくないというべきである」と述べている³⁹⁴。

（６）山田希教授は、契約を解除しない限り別の場所で営業を再開する X が、Y1 による修繕義務が履行される場合に Y1 に賃料を支払うべきであるため、損害軽減義務を理由に賠償額を減額する本判決が、「事業の継続を望む X に対し、賃貸借契約を適時に解除することを事実上、強制する」という³⁹⁵。

また、山田希は、本判決が履行の強制を限界づけるか否かについて次の２点を述べている。すなわち、第一に、価格が上昇しつつある動産売買の場合と異なり、修繕に要する費用が一定であることを前提とし、修繕義務の履行を認めるとしても、これが「拡大した営業逸失利益の賠償責任を賃貸人に課すのと同じ結果にはなるとはいえない」ため、賃貸借契約の場合には、損害軽減義務が履行請求権を排除することがない³⁹⁶。第二に、ただし、本件における具体的状況に照らして（建物の老朽化により契約の長期継続が望めないなど）、賃貸人に修繕義務の履行を強いることは、経済的に不効率であると評価されうる。だからこそ、最高裁は、本判決においてこの点をあげたと分析している³⁹⁷。

以上の紹介を経て、本件において、債権者に課される損害軽減義務と履行請求権との関係について、これらの評釈は必ずしも一致するとはいえない。例えば、本判決は損害軽減義務が履行請求権を排除するという方向性を示しているという見解がある一方、本判決は履行請求権の限界づけという問題に触れないという見解もある。すなわち、上記の評釈は、適時解除義務を介在する損害軽減義務が履行請求権を排除するか否かという問題に焦点を置くということができる。もっとも、本判決は、損害軽減義務という観点から履行請求権の間接的な制約の方向性を示していると解することができる。この方向性は、あまり議論されていない。そこで、以下では、この問題を中心にして検討を行うことにしよう。

３ 本判決についての考察

³⁹⁴ 吉川吉樹（2010 年）・前掲注 9・371 頁（内田貴執筆部分）。

³⁹⁵ 山田希「民法 416 条 1 項の『通常生ずべき損害』と損害軽減義務（最高裁第 2 小法廷平成 21 年 1 月 19 日判決〔平成 19 年（受）第 102 号損害賠償請求本訴、建物明渡等請求反訴事件〕民集 63 卷 1 号 97 頁）」立命館法学（2011 年・第 3 号）519 頁。

³⁹⁶ 同上 525 頁。

³⁹⁷ 同上。

最高裁は、X が適時に別の場所で営業を再開することによって損害を回避・軽減できるにもかかわらず、これを怠ったことによって損害を拡大し、その拡大した営業利益相当の損失が、通常損害に当たらないため損害賠償に含まれないと認定した。平成 21 年最高裁判決は、「損害軽減義務」という言葉を明確に用いていないものの、実質的に債権者に損害軽減義務を求めるものであると思われる。

本件の事実関係は、次のようなものである。本件契約は、締結後何度も更新されたが、本件事故が発生する前に、期間の定めない契約となった。本件事故の後、賃借人は修繕履行を請求したが、賃貸人はそれに応じず、契約を解除する旨を表明した。借地借家法 28 条によれば、正当な事由がないときに賃貸人による解約の申し入れは認められない、とされている。本件において、賃貸人には、正当な理由がないと認められるため、解約することができない。また、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による使用不能の状態にまでなっていたわけではない。それゆえ、賃借人は、賃貸人に対して修繕履行を請求することができる。賃借人は、本件事故から 1 年 7 ヶ月を経過して初めて営業利益損失を求めて訴えた。

一般的な理解によれば、動産賃貸借において、「賃借人は、解除せずに代替取引をする場合は、債務不履行状態が解消され、本来の賃貸借物の使用収益が再開することを」期待しているのである³⁹⁸。これに対し、本件契約は、事業用不動産賃貸借である。実態としては、不動産賃借人が、別の場所で営業を再開するときに元の契約を解除するのが一般的である。そうでないと、賃貸人からの追履行によって、賃借人が賃料の二重支払リスクを負うからである。それによれば、本件の賃借人に他の場所で営業を再開することを求めるのは、事実上、賃借人に本件ビルの使用収益を断念させるということができる。それゆえ、本判決における損害軽減義務は、履行請求権を制限する方向性を示していると思われる。

本件では、賃借人による営業利益損失の請求に対して、最高裁は、単なる賃借人が代替取引をしなかったことによって拡大させた損害が、通常損害に当たらないと認定し、賃借人の履行請求権を否定するまでとは言えない。それによれば、本件に賃借人に課される損害軽減義務としての代替取引義務は、債権者の履行請求権を排除するものではなく、「適時解除義務」を介在して履行請求権を間接的に制限する機能を果たすものであると解することができる。すなわち、賃借人は、履行請求権に固執することによって生じた損害賠償減額の不利益を自ら負担すべきであるとする。

こうして損害軽減義務の承認は、「履行請求権の第一義性」・「債務転形論」を認める現行法と矛盾する。そして、妥当な結論を導くため、最高裁は、「条理」を根拠と

³⁹⁸ 中田裕康（2010 年）・前掲注 392・127 頁。

し、債務不履行後の債権債務関係・債権者の行為態様に対して規範的な判断を行ううえで、賃借人に履行請求権を間接的に制限する損害軽減義務を課すと考えられる。本件判旨を見ると、最高裁は、次の要素を考慮にいて判断を下したものであるといえる。

① 本件契約は、事業用不動産賃貸借契約である。居住用不動産賃貸借と異なり、賃借人は、本件ビルにこだわる利益を有しない。

② 本件契約の履行について、その可能性が低い。すなわち、賃貸人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、賃借人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、いつ実現できるか分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。

③ 賃借人は、本件事故の時点から1年7ヶ月を経過して初めて訴訟を提起した。

④ 賃借人は、別の場所で営業を再開することができる。

⑤ 本件事故によって生じたカラオケセットの損失について、賃借人は、保険金を受けている。賃借人は、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はいえる。

第5節 本章のまとめ

伝統的通説によれば、履行請求権は、「履行不能」や「解除」との時点で消滅すると同時に填補賠償に転形する、とされている。履行はなお可能であるものの、債務者の責めに帰すべき事由によって履行がされない場合に、債権者は、「解除」まで履行請求権を行使しなければならないとする。従って、履行がなお可能である場合に、債権者は履行請求権に固執して損害の発生・拡大に任せることが可能である一方、その履行請求権に固執する行為は、損害軽減義務違反や債権者に過失があると評価され得ないと考えられる。

また、日本法は、従来から、損害の発生・拡大に関して債権者に過失がある場合に、過失相殺により損害賠償を減額するのである。1950年代に、英米法からの影響を受けて、谷口知平博士は、損賠賠償額算定において債権者の行為態様を考慮すべきであると考え、これを前提として目的物の価格が騰貴する場合に損害賠償額の算定にあたって、債権者に「適時解除権行使義務」を介して損害軽減義務（代替取引義務）を求めることができると主張する。

その後、1990 年代に、内田貴教授は、代替取引義務を履行請求権行使の要件に組み込んで議論をなした。もっとも、内田説は、大きな反論を受けている。内田説のような「履行請求権の解除事由としての損害軽減義務」は、裁判実務において、存在しない。

これに対して、裁判実務では、債権者が適時に代替取引をしなかったことによって損害を拡大した場合に、その拡大した損害は、過失相殺により減額されるという裁判例がある。問題となるのは、債権者は、契約を解除せずに代替取引をする場合に、債務者が翻意して追履行すれば、それにより損害を受けるかということである。上記の裁判例の中に、解除などの方途によって債権者を反対給付から解放することを前提とする代替取引義務、すなわち、履行請求権を間接的に制限する代替取引義務を肯定するケースが存在している。

他方で、物の価格の算定基準時に関する判例について、動産売買契約において、債権者が債務不履行を理由として契約を解除する場合に、解除までに生じた物の価格損失が通常損害と捉えられる一方、「解除時」は、原則として基準時として認められるのである。すなわち、このような場合に、債権者は、適時に契約を解除して代替取引を行う義務を有しないということである。

瑕疵修補に代わる損害賠償について、最高裁は、「請負契約における仕事の目的物の瑕疵につき、請負人に対し修補を請求したがこれに応じないので、修補に代る損害の賠償を請求する場合においては、右修補請求の時を基準として損害の額を算定するのが相当である」と認定した。すなわち、請負人が瑕疵修補請求を応じない場合には、注文者には、適時に修補義務が課されると解されるのが相当である。

要するに、履行請求権の第一義性を認める日本法において、裁判例レベルで損害軽減義務という観点から履行請求権への固執行為を制限するという事案は、存在するのである。

最近の最判平成 21 年 1 月 19 日判決は、「条理」を根拠とし、事業用不動産賃貸借契約において、修繕履行を応じされない賃借人が、適時に別の場所で営業を再開しなかったことによって営業利益の損害を拡大した場合に、その拡大した損害が通常損害に当たらないと認定した。本判決は、「損害軽減義務」という言葉を明確に使うことがないものの、実質的に債権者に損害軽減義務を求めるものであり、履行請求権を制限する方向性を示している。

最高裁による本判決が先例性を持つため、履行請求権の制限事由としての損害軽減義務その適用範囲は、これによって広げられる可能性がある。

第4章 履行請求権をめぐる債権法改正前の学説の展開と債権法改正

第1節 序

前章で、日本法について、損害軽減義務に関する現行法の起草過程と学説を紹介し、裁判例をまとめた。

前述で明らかなように、「履行請求権の第一義性」と「債務転形論」を認める伝統的理論は、履行請求権と損害賠償請求権との関係について、債務者が履行をしない場合に、履行がなお可能である限り、履行に代わる填補賠償を認めることには消極的である。それによれば、債権者は、「不能」や「解除」という転形の契機が生じるまで代替取引を行うことができないと言わざるを得ない。それゆえに、伝統的理論のもとでは、履行遅滞の場合に、債権者が履行請求権を行使することによって損害を拡大させた場合に、その拡大した損害は、認められるべきことになる。

これに対して、裁判実務において、履行請求権の間接的な制限事由としての代替取引義務が、例外的に肯定される事例がある。それは、具体的結論として妥当性があるものの、伝統的理解との整合性は、問題となる。

近年、日本法においては、「履行請求権の原則性」と「債務転形論」を認める伝統的通説に対してたくさんの批判がなされてきた。例えば、債務転形論を否定したり、履行請求権の原則性に疑問を投げかけて履行請求権を損害賠償請求権と並ぶ単なる救済手段として捉えたり、履行請求権の排除について効率性という視点を導入したりするさまざまな考えが出てくる。しかし、履行請求権をめぐる議論は、かなり多岐にわたり、そこでは性質の異なる問題も数多く含まれている³⁹⁹。

日本の学者たちは、まず、履行請求権と填補賠償請求権との関係を問題の出発点とし、填補賠償請求権がある時点に同一性が持つ履行請求権から転化させるという「債務転形論」を批判した。さらに、この問題を意識しなから、「債務転形論」と直結する「履行請求権の第一義性」まで否定する見解も出てきた。

すなわち、契約の拘束力を認めることと、履行請求権の存在を自明視することが、論理必然的に結びつくものではないとの批判がなされた⁴⁰⁰。履行請求権を「債権・債務」という抽象的概念のもとで「債権の内容」として位置付けること（債権モデル）を否定し、具体的な「契約規範」のもとで把握しようという主張（契約モデル）は、有力となる。もっとも、上述のとおり、履行請求権を「契約モデル」のもとで債務不履行の効果として捉えると言っても、学者たちの主張は、必ずしも一致しているとは限らない。つ

³⁹⁹ 窪田充見「履行請求権」ジュリスト no. 1318（2006年）114頁。

⁴⁰⁰ 吉川吉樹（2010年）・前掲注9・13頁。

まり、その中に、性質の異なる問題をめぐって、履行請求権と損害賠償請求権との関係に主眼を置いている見解と、履行請求権の限界に着目する見解さまざまがある。

また、2009 年からの債権法改正作業において、履行請求権の位置付け・限界事由、填補賠償の要件論、損害軽減義務・過失相殺、損害賠償の範囲に関する新たなルールが、設けられている。

本章は、まず、履行請求権をめぐる債権法改正前の学説を取り上げ、その到達点と残された問題を確認する。さらに、債権法改正における履行請求権と損害軽減義務を紹介し、改正法において、損害軽減義務から履行請求権への制約を検討する。

第2節 履行請求権をめぐる債権法改正前の学説の展開

第1款 学説の展開⁴⁰¹

1 森田宏樹による問題の提起とそれに対する森田修の批判

(1) 森田宏樹による問題の提起

森田宏樹教授は、売買契約における瑕疵修補請求権と損害賠償との関係、すなわち、買主にとって瑕疵修補請求が法的に可能であっても、その履行請求が現実には困難である場合、あるいは、重大な瑕疵あるものを給付した売主の専門的・技術的能力に対する信頼が失われた場合がありうるため、このような場合に買主の利益を考慮すれば直ちに修補に代わる損害賠償を認めてもよいのではないだろうかということの問題意識とし、填補賠償請求権が履行請求権の転形物であると理解してきた伝統的通説に対して疑問を投げかける⁴⁰²。

伝統的通説によれば、理論的に、瑕疵修補請求権と填補賠償請求権との関係は、履行請求権と債務不履行に基づく填補賠償との関係を定める「債務転形論」に規律されるものである。履行請求権が消滅するときにその形を填補賠償請求権と転形させるという「債務転形論」を考察の出発点として、瑕疵ある物を受ける買主は、瑕疵修補が可能な限り、まず瑕疵修補請求をしなければならない。つまり、伝統的通説は、買主の瑕疵修補請求権とそれに代わる損害賠償請求権との行使についての選択権を否定する。買主は、追完可能な場合に、相当の期間を定めて完全な履行を請求（催告）し、それに応じ

⁴⁰¹ 以下にみる学説の展開（特に1～4）は、吉川吉樹（2010年）6-14頁を基礎として、まとめたものである。

⁴⁰² 森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣・2002年）198頁、254頁-255頁。

ない場合にのみ（解除を経て）損害賠償を請求できるとする⁴⁰³。これは、履行請求権は、履行不能又はそれと同視されるべき事情が生じたときに損害賠償請求権に転形（内容変更）するという命題から導かれる⁴⁰⁴。

フランス法からの示唆を受ける森田宏樹教授は、伝統的通説を批判し、履行請求権と填補賠償請求権との関係を考え直した。すなわち、履行請求の拘束力には、①「債権者に対する拘束力」、つまり債権者はどの時点まで履行請求権を選択しなければならないかと、②「債務者に対する拘束力」、つまり債務者はいかなる時点まで債権者の履行請求に拘束されるのか、という二つの側面があるとし、両者が区別されるべきだと述べる⁴⁰⁵。もっとも、「履行不能」または「解除」という時点を本来の履行請求権から填補賠償請求権へと転形する時点として捉える伝統的通説は、①の時点と②の時点に一致させる。森田教授は、これは、債務者の利益を十分に保護できるが、債権者の利益を不当に制約するではないかという、①と②が、それぞれ異なった価値判断に対応する別個の問題であるべきだと指摘する⁴⁰⁶。

上記の問題を意識しながら、森田宏樹教授は、①について、契約の目的に照らしてまた債権者の利益を考慮し、その実現が不確実な履行請求をするよりも填補賠償を請求する方が望ましいと認められる場合に、債権者が、「確定不履行」となった時点から履行を拒絶して、填補賠償請求をなしうるようになると述べる⁴⁰⁷。森田教授は、本来給付の履行請求権がある一時点をもって損害賠償請求権に転形するという伝統的通説を否定し、履行請求権と損害賠償請求権には、同一性を有するものの、債務不履行の後「確定不履行」に至るまでの一定の範囲で択一的関係に立ちつつも併存するという関係があると指摘する⁴⁰⁸。

また、いかなる場合に「確定不履行」と認められるかについて、森田宏樹教授は、一般的に契約の目的を基準に判断すべきであると言う⁴⁰⁹。

（２） 森田修からの批判

森田修教授は、「債務転形論」を基本的に維持する立場から、債務不履行後「確定不履行」に至るまで債権者が履行請求権と填補賠償請求権のいずれについて選択権を有するという森田宏樹教授の主張（森田修教授が「選択権構成」⁴¹⁰と呼ぶ）を批判し、この

⁴⁰³ 同上 254-256 頁。

⁴⁰⁴ 同上 257 頁。

⁴⁰⁵ 同上 258 頁。

⁴⁰⁶ 同上 258-259 頁。

⁴⁰⁷ 同上 258-260 頁。

⁴⁰⁸ 同上 260 頁。

⁴⁰⁹ 同上。

⁴¹⁰ 森田修（1992 年）・前掲注 30・71 頁。

「選択権構成」の「債務転形論」に対する優位性は認めることができないという⁴¹¹。すなわち、「選択権構成」によった場合には、債権者が追完請求権を求めるのに債務者が填補賠償を志向する場合、あるいは、債権者が填補賠償を求めるのに債務者が追完給付を志向する場合には、何らかの例外的事由がない限り、債務者は、債権者の請求に応じなければならないとされる。

森田修教授は、上記の問題を適切に解決するため、債務不履行の判断とは別個、債務不履行後の当事者関係に対する考慮を転形事由の判断に取り込むことにより「債務転形論」を柔軟させるという方法を提示した⁴¹²。

(3) 森田宏樹による応接

転形事由を柔軟化しても、上記①と②が一致するという「債務転形論」を維持する森田修教授の主張に対し、森田宏樹教授は、①の意味での債務転形事由をどのように構成するのかという問題と、①と②の時点を一致させるのかとは、理論的に別の次元に属する問題であるとし、自分の主張である「なし崩しの債務転形論」と森田修教授の主張する「債務転形論」との相違が、債務転形事由の捉え方の違いに帰着するのではないかと応接する⁴¹³。

2 森田修教授による「債務転形論」と「契約責任の体系化原理としての履行請求権」

森田修教授は、森田宏樹教授の指摘とそれを支持する学説の大勢の立場を受け、填補賠償請求権が履行請求権と同一性を持つ転形物であり、かつ両者が併存関係に立たない伝統的債務転形論を放棄したと示した⁴¹⁴。そこで、森田修教授は、伝統的債務転形論その放棄の意味が、債務不履行前後を通じて当事者の権利義務関係にあるとし、当事者の権利義務関係が、債務不履行によって不履行プロセスという新たな段階に入っていると指摘した⁴¹⁵。すなわち、債務不履行後の当事者の権利義務関係は、必ずしも契約締結時の当初合意に拘束されず、むしろ債務不履行そのものと区別される債務不履行後の当事者の行動態様（例えば、債務者の追完機会の保障、債権者の代替取引機会の保障、市場性の問題また債権者の手続イニシアティブの所在）を催告要件として規範的評価を経て決定されるべきである⁴¹⁶。

⁴¹¹ 同上 74 頁。

⁴¹² 同上 76、77 頁。

⁴¹³ 森田宏樹（2002 年）・前掲注 402・283 頁。

⁴¹⁴ 森田修（2006 年）・前掲注 29・444-445 頁。

⁴¹⁵ 同上 539-540 頁。

⁴¹⁶ 同上 350-354 頁 414-415 頁。

森田修教授が主張する「債務転形論」は、次のものである。不履行後の当事者の関係を「交渉拒絶型」と「再交渉型」、すなわち、早期に予期に反する契約から離脱して、市場での代替取引によって本来的契約目的を図るか（交渉拒絶型）、あるいは、紛争解決のための再交渉を通じて契約の維持を志向するか（再交渉型）によって分けて、そのいずれの選択、つまり、履行請求権から填補賠償請求権への「転形」が、被不履行者（債権者）に委ねられているということである⁴¹⁷。しかしながら、履行請求権から填補賠償請求権への転形事由する「解除」の可否を決せられる際には、不履行後の当事者の行為態様に対する規範的評価は、催告要件によるとされている⁴¹⁸。

森田修教授は、履行請求権と損害賠償請求権との同一性を認める「債務転形論」を放棄するにもかかわらず、債権の本質として想定される履行請求権の位置づけ、すなわち、「（実体法上の）履行請求権の第一義性」を堅持するという立場をとっている。そこで、「履行請求権の第一義性」と言う場合には、履行請求権という語に存在する次元の違いによって、「救済手段としての履行請求権」と「体系化原理としての履行請求権」は、区別されなければならない⁴¹⁹。森田修教授は、前者の意味での「履行請求権の優越・第一義性」を批判することが、契約責任の体系化として後者の意味での「履行請求権の優越・第一義性」まで批判するわけではないと指摘していた⁴²⁰。すなわち、「（実体法上の）履行請求権の第一義性」を承認することには、論理必然的に債務転形論が必要になるわけではない。債権者・債務者が、それぞれの請求について選択権を有するが、この選択権の行使に制約がついていることは、「（実体法上の）履行請求権の第一義性」を認める場合にも、当然に有りうるのである⁴²¹。

また、履行請求権を契約責任の体系化原理として認めれば、それにどのような内容・論理構造を与えるべきか。森田修教授は、次のいくつかの要点を指摘している。

⁴¹⁷ 同上 444-448 頁。契約の存続を重視する森田修教授も、債権者が契約の拘束力からの離脱を規範的に評価する上で、初めて代替取引義務を課すかについて慎重な態度を採っていると思う。しかしながら、森田修教授は、債権者による市場の計算可能性を考慮に入れ、次のように述べたことがある。すなわち、「債務不履行後の当事者関係の第三の考慮要因である「市場性」が高ければ高いほど、催告期間の機会費用は高くなるので、それに応じて相当期間は短縮されるべきであろう。民法 541 条は、履行請求権の「厳格な排除」の類型に分類されるが、「簡易な排除」の類型に近づけて運用する方向で催告期間に関して裁判所の裁量は許される。これによって被不履行者は、為すべきことを為せば迅速に不履行契約から離脱する方途を与えられる。」

⁴¹⁸ 同上 414-415 頁。

⁴¹⁹ 同上 2-3 頁。

⁴²⁰ 同上 3 頁。

⁴²¹ 同上 4 頁。

第一に、契約において、債務者の負うさまざまな結果の実現に向ける義務（給付義務に限らない）が、それに対応する「債権者利益の総体」が、「履行請求権」と呼ばれる。すなわち、履行請求権は、「債務の本旨」と内容的に等しいものである⁴²²。

また、履行請求権の内容が、すべて契約締結時の当事者の意思による決定されるのではなく、それは、事後的な契約当事者の交渉関係の中で具体化され、さらに変容していく一方、当事者の自治的な意思の外部にある客観的な規範によって成形されて制御される面もあるのである⁴²³。

第二に、当初意思によって定められた契約規範は、契約内容の本来の実現、すなわち、「契約の維持（favor contractus）」に向かう指向性を帯びている。履行請求権を諸救済の調整を図る契約責任の体系化原理として捉えることは、その存続の限りでこの指向性を与えることを意味するのである⁴²⁴。それによれば、履行請求権の排除事由を決定するのは、①契約規範によって決まる債務者に求められる努力の限界であるが、②この努力の限界が到来する前に、債権者が契約を解除するためには、催告解除の手続きを履行しなくてはならない、されている⁴²⁵。

3 能見善久の見解

（１） 能見善久教授は、債権法改正の課題の中で、履行請求権の意味、履行請求権の限界、また履行請求権と損害賠償請求権との関係、といった問題を議論する。能見教授は、「履行請求権」という表現が、いろいろなレベルで異なる意味をもって使われるにより議論を混乱させやすいし、つまり、これが、「債権の内容」のレベルではなく、債務不履行の場合に「被害者の救済手段」のレベルで用いられていると言う⁴²⁶。また、能見教授は、債務不履行の場合に被害当事者に与えられる救済手段、すなわち、①「契約利益の本来の実現に向けられた救済手段」である履行請求、②「契約利益を金銭による代替的方法で実現する救済手段」である損害賠償、③「契約的拘束からの解放（契約違反当事者からの契約利益の剥奪）」である解除、そのいずれの行使が、矛盾としない限りで被害当事者の自由な選択に委ねられるべきだと提案した⁴²⁷。

（２） 履行請求権の限界をめぐって、能見善久教授は、次の２点を述べている。第１に、履行請求権を、裁判外で履行請求できる権利（任意的履行請求権）と裁判で履行

⁴²² 森田修「履行請求権か remedy approach か-債権法改正作業の文脈化のために」ジュリスト No. 1329（2007 年）83 頁。

⁴²³ 同上。

⁴²⁴ 同上。

⁴²⁵ 同上 84 頁。

⁴²⁶ 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 NBL 51 号（商事法務研究会・1998 年）108 頁。

⁴²⁷ 同上 107 頁。

請求する（強制的履行請求権）によって区別して理解する。前者が、債権存在のかぎりですべての場合に存在することに対し、後者の強制的履行請求権は、すべての債権について存在するわけではない。したがって、「履行請求権の限界」という問題は、「（強制的）履行請求権の限界」という問題として捉えられる。債権者は、「強制的履行請求権」を有しない場合に給付請求の訴えを提起すると、請求棄却になる⁴²⁸。第2に、履行請求権は、「自然債務」、「物理的な履行不能」、「経済的不能」、「不代替的作為債務」また「事情変更」といった理由で制限される⁴²⁹。

履行請求権と賠償請求権との関係について、能見善久教授は、履行請求権を制限する要件を、損害賠償請求権を認める前提とせず、両者がそれぞれ別の要件で決せられると言う⁴³⁰。すなわち、損害賠償請求権の要件は「契約義務違反」のほか、「帰責事由」の存在であるということになる。

（3） 損害軽減義務が履行請求権を制限するかについて、能見教授は、履行請求権をいかなる要件のもとでどこまで制限するのかさらに検討する必要があると指摘する⁴³¹。また、民法 418 条「過失相殺」の文言が明確ではないから、責任発生段階で被害者の過失が寄与する場合を過失相殺として純化し、損害拡大段階での問題を損害軽減義務の問題とするのが適当ではないかと提案する⁴³²。

4 潮見佳男の見解

（1） 潮見佳男教授は、債権関係発生原因から切断された抽象的概念としての「債権」を基点に据え、「請求権」を中心として債権債務関係を捉える伝統的理解を批判し、債権関係発生原因（たとえば契約）を基点に据え、債権者が債権関係を通じて獲得しようとする利益（債権者利益・契約利益）を中心として、債権関係の体系を再構築しようと言う⁴³³。したがって、伝統的な債権・債務観のもとで債権の本来的内容として捉えられる履行請求権は、新しい債権観のもとで、新しい意味を付与されることとなる。

⁴²⁸ 同上 110 頁。

⁴²⁹ 同上 110-113 頁。能見教授は、立法論として「（強制的）履行請求権」を提案する。この提案における 2（c）によって「履行するための費用が著しく過大であり、債務者に履行を求めることが信義に違反する場合」には、履行請求権を請求することができないとされる。能見教授は、「（c）はいわゆる経済不能に相当する事由を考えているが、経済的不能という概念は明確でないので、もう少し具体的な判断基準を示したものである」と指摘する。また、能見教授は、本来の履行請求権とは区別される「補完的履行請求権（修補請求権・代物請求権）」について、本来の履行請求権についての制限（履行不能等）のほか、経済的合理性に反することを理由に修補請求を制限するものがあると指摘して、「過大な費用を要するというのは、経済的不能の場合にまで至らないものも含む」と言う。

⁴³⁰ 同上 113 頁。

⁴³¹ 同上 128-130 頁。

⁴³² 同上 128 頁。

⁴³³ 潮見佳男（2003 年）・前掲注 1・22-23 頁。

潮見教授は、履行請求権が、履行障害に直面した債権者が、契約利益獲得のため、債務者に特定の具体的行為（作為・不作為）を請求するときに与えられる救済手段の一つに過ぎないと指摘する⁴³⁴。そこで、救済手段の一つとして捉えられる履行請求権には、裁判外で履行を請求できる権利（任意的履行請求権）と裁判で履行を請求できる権利（強制的履行請求権）その両者がある⁴³⁵。この意味で、履行請求権は、もはや伝統的債権観が想定したような債権の本来的内容として債権に内在し、債権の潜在的権能として観念されるものではないのである⁴³⁶。

（２） 履行請求権を債権の本来的内容として観念しないことによって、履行請求権と填補賠償請求権との関係にどのような影響が及ぶのかについて、潮見教授は、次のように説明をする。両請求権は、連続性をもってある一時点で履行請求権から填補賠償請求権への転形するような関係で捉えられるのではなく、債務不履行の結果として債権者に認められる別個の救済手段として独立に併存するものと捉えるべきである⁴³⁷。

すなわち、潮見教授は、「契約は守られなければならない（*pacta sunt servanda*）を根拠とする契約の拘束力が、「債権者が履行を請求できる」と「債務者が履行へと義務づけられる」のみを導くとし、「債務不履行に遭遇した債権者は、まず履行請求権を行使しなければならない」という考え方は、債権に本来給付の請求権が内在しているという点を意識しすぎていると指摘する⁴³⁸。

契約違反に与えられる救済手段の相互関係について、潮見教授は、「債務不履行があった場合に、履行請求をするか填補賠償請求をするかは、原則として債権者の自由であり、また債権者が債務者に対して履行請求をすることなく、いきなり債務不履行を理由として填補賠償を請求することができる」と言うが、「契約の拘束力」と「債務不履行をした債務者に対する帰責性」を考慮に入れ、「損害軽減義務」によって債権者が合理的な選択を要請されていることも指摘する⁴³⁹。

（３） 履行請求権をめぐって、履行請求権と填補賠償請求権との関係のほか、潮見教授は、履行請求権の排除についても議論をしていた。ヨーロッパ契約法原則・ユニドロワ国際商事契約原則のルールまたは内田貴教授による損害軽減義務を分析する上で、

⁴³⁴ 同上 26 頁；奥田昌道（編集）『新版注釈民法 10（1）』（2003 年）25-26 頁〔潮見佳男執筆部分〕。

⁴³⁵ 潮見佳男（2003 年）・前掲注 1・26 頁。

⁴³⁶ 同上。

⁴³⁷ 同上 362-364 頁。

⁴³⁸ 同上 367-368 頁。

⁴³⁹ 同上 368-370 頁。潮見教授は、債務不履行があった場合に直ちに損害賠償を求めることを債権者に求める場合を、損害軽減義務の法理を適用する例としてあげる。すなわち、本来の給付が可能である場合においては、債務者からの追履行の不都合がないことや、填補賠償請求をしたのでは債務者にとって自らの犯した不履行と比較して過大な負担を課す結果となることを考慮に入れ、損害軽減義務によって債権者の損害賠償請求は制約されるとする。

潮見教授は、不能以外の「履行請求権の貫徹障害事由」について、日本の民法の解釈論として債務者に対する履行請求権の貫徹可能性の優位性を維持すべきことを理由に、「費用便益分析・効率性」と「損害軽減義務」などといった観点を否定した⁴⁴⁰。その根拠として、第一に、契約で合意された利益そのものを受けることと損害賠償による満足の異質性；第二に、「自己決定による自己責任」の原理；第三に、「契約で実現を保障された利益の保持へ向けての債権者の期待は最大限保護されるべきである」という債権者の期待利益保護の観点からの価値判断をあげる⁴⁴¹。結論として、履行不能以外の履行請求権の排除事由については、認めるべきではないという⁴⁴²。

5 吉政知広の見解

ドイツ新債務法における正当化原理を参考にして、「履行請求権の限界」という問題を「契約規範」という視点から考え直すのが、吉政知広教授の見解である。すなわち、伝統的見解では、債権の存在が考察の出発点に据えられていることの帰結として、債務者が契約においていかなるリスクを引き受けているのかや、給付障害について自らが締結した契約に照らして責任を負わなければならないのか、という分析が完全に抜け落ちてしまったとする⁴⁴³。

吉政教授は、履行請求権が「契約規範」という視点から必ずしも当然に認められるべき性格のものではないとし⁴⁴⁴、また、債権者による履行請求がいかなる場合に認められるのかという問題が、債務者が給付障害を克服して履行を行うことを契約上義務付けられているのか、という点が検討されなければならないのであると述べる⁴⁴⁵。

もっとも、「履行請求権の限界」を契約内容の確定という問題として捉えるとしても、履行請求権の特殊性ゆえに債権者による履行請求権が遮断されるべき場面が存在し（たとえば、客観的不能となった場合や、債権者の給付利益と比して債務者の給付出費が著しく大きなものである場合などである）、吉政教授は、これまで「履行不能」に関して展開されてきた議論を「履行請求権の限界」というレベルで考え直されるべきであると指摘する⁴⁴⁶。

6 山本敬三の見解

⁴⁴⁰ 同上 174-175 頁。

⁴⁴¹ 同上 174 頁以下。

⁴⁴² 潮見教授が主張する「履行不能」は、従来の「履行不能」とは異なっているものである。

⁴⁴³ 吉政知広「履行請求権の限界」の判断構造と契約規範（二）—ドイツ債務法改正作業における不能法の再編を素材として」民商法雑誌 130（2）（2004 年）272-273 頁。

⁴⁴⁴ 吉政知広「履行請求権の限界」の判断構造と契約規範（一）—ドイツ債務法改正作業における不能法の再編を素材として」民商法雑誌 130（1）（2004 年）38-39 頁。

⁴⁴⁵ 吉政知広（2004 年）・前掲注 443・272 頁。

⁴⁴⁶ 吉政知広『事情変更法理と契約規範』（有斐閣・2014 年）263 頁。

(1) 山本敬三教授は、そもそも契約の拘束力が何を意味し、その射程がどこまで及ぶのかを分析の出発点に据えて、伝統的理論と新たな契約責任理論とでは契約責任の要件・内容についてどのような相違が導き出されるかという問題意識に基づいて、次のように議論をまとめた。

すなわち、契約責任問題を、債権・債務の発生原因をとして捉える伝統的理論においては、債権者が債務者に特定の行為をさせること——ないしは債務者の特定の行為を介して利益を獲得すること——を内容とする権利を有することから、履行請求権は、債権の本体的な効果であり、債権つまりその発生原因である契約の拘束力から直接基礎付けられる権利として位置付けられるとする⁴⁴⁷。それによれば、填補賠償請求権が同一性を持つ履行請求権からの変形物であり、また、履行請求権の認められる範囲が無限定に広がる可能性があるとして指摘する⁴⁴⁸。

これに対し、契約責任の問題を債権・債務の発生原因である契約に接合させる新たな契約責任論においては、損害賠償責任と解除は、履行請求権と同様に契約の拘束力から導かれるものであると考えられ、また、履行請求権が、債権の本体的効果とみるものではなく、他の救済手段と並ぶ救済手段として捉えられるとする⁴⁴⁹。そして、新たな契約責任論によれば、履行請求権と填補賠償請求権の間の選択可能性と、履行請求権の限界づけは、考え直される可能性も認められるのである⁴⁵⁰。

(2) 履行請求権を救済手段の一つであるとみる考え方——いわゆる「レメディーアプローチ」——をとる場合でも、その具体的な内容や結論は必ずしも一致するとは限らない。例えば、形式に関わるものと実質的なものがある⁴⁵¹。これを意識しながら、山本教授は、契約責任に関するルールの内実を修正しようとする場合に言われるレメディーアプローチを、「法定効果一元論」と「契約効果一元論」によって区別し、次のように整理した。

すなわち、すべてのレメディーを法定の効果として位置づける「法定効果一元論」は、次のように考える。第一に、法は、履行障害の場合に、債権者に与えられる救済手段のルールを定める；第二に、履行請求権の成立自体には、他律的・契約外在的な制約の余地がある。

⁴⁴⁷ 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト No. 1318 (2006 年) 88 頁。

⁴⁴⁸ 同上 97-99 頁。

⁴⁴⁹ 同上 91 頁。

⁴⁵⁰ 同上 97-99 頁。

⁴⁵¹ 同上 96 頁。すなわち、契約責任ルールに関する内実を変えようというのではなく、それらのルールを体系的に整理するための 1 つの手法である。例えば、「原因 (cause) アプローチ」または「process アプローチ」と区別される意味でのレメディーアプローチである。

これに対して、すべてのレメディーを契約に基づく効果として「契約一元論」においては、履行請求権も損害賠償請求権も、当事者に割り当てられた利益や価値の取得を実現するための手段であると理解されるから、そのいずれを選択するのかは、債権者が決めることができるとし、また、履行請求権が認められるのは、当初の契約によって各当事者に割り当てられた利益や価値の範囲内においてであり、その範囲を超えた負担をもたらすような「完全な」履行請求権は認められないのである⁴⁵²。

7 窪田充見の見解

履行請求権をめぐる近時の学説を整理する上で、「履行請求権をめぐる議論は、かなり多岐にわたり、そこでは性質の異なる問題も数多く含まれている」⁴⁵³と指摘する窪田教授は、この現実を意識しながら、これらの学説をまとめて検討した。

窪田教授は、履行請求権と損害賠償請求権を「選択関係」に立つものや、効率性基準を履行請求権の限界として位置付けるものそれぞれの議論は、「債権と履行請求権を直結させる」という伝統的立場を否定して初めて出発できると言う⁴⁵⁴。すなわち、近時の学説と伝統的通説の立場の対立からは、「契約モデル」と「債権モデル」の対立といった図式を見出すことが可能であるのである⁴⁵⁵。

窪田教授は、「契約モデル」の意味自体は必ずしも一義的ではないが、債権概念を基点としない近時の多くの議論において、履行請求権と損害賠償請求権などを選択的な救済手段として位置付けるという立場が、ある程度共通のものとして見出されると指摘する⁴⁵⁶。しかしながら、履行請求権を救済手段として位置付ける論者のすべてが、効率性を履行請求権の制限として導入することを支持するわけではない。このような結論の相違は、「契約利益の保護」に焦点を当てるとしても、そこで「契約利益」として理解されるものが異なっていること、あるいは、履行請求権の内容の確定のレベルにおける立場の相違から生じていると言う⁴⁵⁷。

また、窪田充見教授は、経済的効率性という視点から履行請求権が排除され得る場合——履行の実現が不当に過大なコストを伴い、また債権者が市場において代替取引を行うことが可能である一場合における債権者の履行請求権は、伝統的通説の不能論のレベルで扱われていった可能性があると言うが、「不能」と判断されれば、当事者間の権利義務関係自体が否定される（可能性もある）と指摘する⁴⁵⁸。

⁴⁵² 同上 98-99 頁。

⁴⁵³ 窪田充見（2006 年）・前掲注 399・114 頁。

⁴⁵⁴ 同上 115 頁。

⁴⁵⁵ 同上。

⁴⁵⁶ 同上。

⁴⁵⁷ 同上 112 頁。

⁴⁵⁸ 同上 111 頁

8 山本豊の見解

山本豊教授は、「履行請求権の第一義性」を堅持する見解や、履行請求権を救済手段の一つとして捉える見解は（「レメディアープローチ」あるいは「履行請求権救済手段論」と呼ぶ）、いずれにせよ、以下の二つの帰結を導き出しているとする。すなわち、第1に、債務転形論の排斥（債権ないし履行請求権と填補賠償請求権の同一性の否定、履行請求権と填補賠償請求権との選択の自由の広汎な承認（あるいは、履行請求権の原則性）を堅持する見解によれば選択の自由の例外的許容））、第2に、履行請求権の排除と債権の帰趨との切り離し（履行請求権の排除は、債権自体を消滅させるものではない）である⁴⁵⁹。また、両見解とも、「損害軽減義務の観点からする履行請求権の制限」を認めないとする⁴⁶⁰。

上記の帰結を念頭におく、山本教授は、履行請求権救済手段論を採らなければ、必ずしも債務転形論の排斥を導き出せないとは限らず、履行請求権が債権の内容として当然に成立するという考え方を否定するという点について疑問を投げかける⁴⁶¹。

しかしながら、山本教授は、履行請求権救済手段論は、履行請求権の排除事由に関する議論の展開を促進する点について意義があると指摘している⁴⁶²。

第2款 債権法改正前の研究の到達点と残された問題

第1項 履行請求権と填補賠償請求権との関係—「債務転形論」から「選択関係」へ

債務転形論を認める伝統的通説において、填補賠償請求権とは、履行請求権と同一性をもって履行請求権が消滅すると同時にそれから生じる転形物である。

これに対して、債権者が早期に契約の拘束力から離脱するという観点から、「債務転形論」を否定し、履行請求権と損害賠償請求権が選択関係に立つ立場をとると主張するのは、森田宏樹教授、森田修教授、能見教授である

森田宏樹教授の「確定不履行」説、森田修教授の「履行請求権の第一義性」説、さらに能見教授が提出する債権法改正案においては、履行請求権が契約違反際にして原則的救済として捉えられ、損害賠償請求の提起には、契約違反の事実の他に何らかの付加要件が必要であるという意味で、履行請求権が損害賠償請求権に対する「体系的優位性」

⁴⁵⁹ 山本豊「契約責任論の新展開（その2）—履行請求権」法学教室 no. 344（2009年）126—127頁。

⁴⁶⁰ 同上127頁。

⁴⁶¹ 同上126—127頁。

⁴⁶² 同上127頁。

は、認められるのである⁴⁶³。もっとも、債権者は、填補賠償を請求するときに解除をしておかなければならないのかについて、森田宏樹教授と森田修教授の見解には、ずれがある。

例えば、森田宏樹教授は、債権者が、「確定不履行」の時点になって初めて債務者からの履行を拒絶して填補賠償を請求することができると主張する。森田修教授は、有力説からの批判を受けて伝統的債務転形論を放棄したものの、「体系化原理としての履行請求権」を堅持する立場をとっている。森田修教授は、「体系化原理としての履行請求権」が、「損害論の基礎付けとしては履行期前に存在しているということを意味する」という⁴⁶⁴。このような「体系化原理としての履行請求権」を前提とし、債権者は、債務不履行の場合に、早期に契約から離脱し、あるいは契約の維持について選択権を有するが、填補賠償を請求するときに解除をしておかなければならないとする。また、契約の解除の可否を決せられる際に、不履行後の当事者の行為態様を規範的に評価するという催告要件は、必要である。

これに対し、潮見佳男教授は、さらに一步を進めて、履行請求権を債務不履行の救済手段の1つとして捉えており、債務不履行の場合に、履行を請求するのがあるいは直ちに填補賠償を請求するのかが、原則として債権者の自由であるとし、その選択権が損害軽減義務によって制限されると主張する。

上記の見解は、履行請求権と填補賠償請求権が選択関係に立つという点で共通し、両請求権の選択の広狭についてズレがあるにすぎない。すなわち、その選択の存在自体は、債権者による履行請求権の行使が損害軽減義務によって制限される可能性を与えると思われる。

第2項 履行請求権の排除事由-代替取引義務の導入の否定

債権・債務という抽象的概念に端を発する伝統的通説において、履行請求権は、債権の本来的内容と見ることができる。それによれば、履行請求権は、自明視されるものであり、無限定に広がっているものである。

これに対して、履行請求権を救済手段の一つとして捉える立場においては、「履行請求権と債権の運命を切り離すことに」より、「履行請求権が排除されても、他の救済手

⁴⁶³ 吉川吉樹（2010年）・前掲注9・15-16頁。

⁴⁶⁴ 改正法案 415 条2項3号によれば、債権者は、履行期前の履行拒絶に基づいて、解除なき填補賠償を請求することができる、とされている。森田教授は、債権者による填補賠償の根拠づけを論じる時に、「体系化原理としての履行請求権」をあげる。森田修「履行請求権：契約責任の体系との関係で（その3）」法学教室 No. 443（2017年）93頁注（14）。

段は別途承認されうる道」が開ける⁴⁶⁵。しかし、「remedy アプローチ」をとる潮見教授は、「費用便益分析・効率性」・「損害軽減義務」などといった観点から履行請求権を排除する考え方を否定する⁴⁶⁶。

潮見佳男教授、吉政知広教授と森田修教授は、履行請求権が契約規範に照らして債務者に義務付けられる範囲において認められると主張である。もっとも、契約の解釈問題として履行請求権の内容を考える際に、森田修教授は、債務不履行後の法律関係を当事者間で新たに形成されていくものとして強調する一方、潮見・吉政両教授は、契約当事者が当初締結した契約規範を重視するのである⁴⁶⁷。

要するに、代替取引義務（損害軽減義務）を履行請求権の排除事由として導入することに対して、日本の学者は、慎重な態度をとっていると思われる。

第3項 残された問題

以上から明らかなように、日本法では、履行請求権と填補賠償請求権との併存の承認が、有力説になっている。しかし、この併存関係のもとで、債権者が解除なく填補賠償を請求するときに、債務者は翻意して履行をして填補賠償責任を免れることができるか、また債権者は、引き続き履行請求権を請求できるか。この問題は、十分に議論されていない。

前述したように、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務は、具体的には、解除などの方途によって債権者を反対給付から解放することを前提とする代替取引義務である。従って、この問題は、本稿の問題の解決に関わる残された問題である。

第3節 債権法改正における履行請求権と損害軽減義務

第1款 債権法改正の経緯

日本民法典は、1898年に施行されてからすでに120年を超えた。この120年の間に大きな時代の変化があるため、民法典の内容は、時代に遅れたものになっている。このよ

⁴⁶⁵ 山本豊（2009年）・前掲注459・127頁。

⁴⁶⁶ 潮見佳男（2003年）・前掲注1・174-175頁。

⁴⁶⁷ 森田修（2007年）・前掲注422・84頁；吉政知広（2014年）・前掲注446・260頁「契約制度の意義は、当事者が自律的に権利義務関係を設定することを承認する点に存在すると考えるならば、ある給付障害が発生した場合に、債務者が当該給付障害を克服する義務を負っているのかという判断は、当事者が設定した契約規範に照らして行われるべきものだと考えられる。」

うな背景から、社会の急激な変化に応じるため、日本の学者は、20 世紀の末から債権法を中心として民法改正に向けた議論を始めた⁴⁶⁸。その後、2006 年 2 月に、法務省は、民法の債権法部分について抜本的な見直しを行うという方針を決定した⁴⁶⁹。同年 10 月に、学界では、民法（債権法）改正検討委員会（以下で「検討委員会」と呼ぶ）が民法学者を中心とする法学者によって成立され、2009 年に、検討委員会が「債権法改正の基本方針」を公表した。

また、2009 年から、日本政府（法制審議会民法（債権関係）部会）は、学界での動きを踏まえて民法（債権法）改正に向けた作業を開始した⁴⁷⁰。その後、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（2011 年）、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（2013 年）が公表され、パブリック・コメントの手続きが実施された。2015 年 2 月に、最終的に法制審議会民法（債権関係）部会は、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」を決定し、同年 2 月開催の第 174 回の総会において、これを原案の内容通りに採択した。

法制審議会の要綱に基づき、法務省は「民法の一部を改正する法律案」を立案し、この法案は 2015 年 3 月 31 日の第 189 回国会に提出された。この法律案は、2016 年 11 月 16 日の 192 回国会で審議が開始され、2017 年 5 月 26 日に成立し、同年 6 月 2 日に公布されるに至った。改正法は、2020 年 4 月 1 日から施行される予定である。

第 2 款 履行請求権と損害軽減義務に関する諸規定

序章で述べたように、損害軽減義務が履行請求権を制限するかを議論する際に、2 つの段階の問題を議論しなければならない。第 1 段階の問題は、債務者がいつ履行請求権から解放されるのか、債権者がいつの時点から填補賠償を請求することができるのか、というものである。つまり、履行請求権の限界事由と填補賠償の要件という問題である。第 2 段階の問題は、債務不履行に対して債権者が、履行請求権と填補賠償請求権との行使について選択権があるという意味において、債権者が代替取引をせずに履行請求権に固執する行為は、損害軽減義務に反すると評価されるか、もしそうであれば、どのようなことを正当化根拠とし、いかなる基準によって判断されるか、というものである。

⁴⁶⁸ 例えば、能見善久ほか「民法 100 年と債権法改正の改題と方向」私法 61 号（1993）；山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向—民法 100 周年を契機として（別冊 NBL51 号）』（商事法務研究会・1998）。

⁴⁶⁹ <http://www.moj.go.jp/MINJI/minji99.html>

⁴⁷⁰ 大村敦志「民法（債権法）改正の「契約・契約法観」民商法雑誌（2017 年）57 頁。

前章で第2段階の問題、損害軽減義務と過失相殺、損害賠償額算定の基準時または履行請求権との関係をめぐって、現行法、学説と裁判実務を検討してきた。本章第2節は、第1段階の問題、履行請求権と填補賠償請求権との関係および履行請求権の限界事由をめぐる債権法改正前の有力説を取り上げた。

上記の2つ段階の問題に照らして、損害軽減義務と履行請求権との関係を解明するために、債権改正において以下の問題を明らかにしなければならない。

第1段階の問題について、第一に、履行請求権の位置づけ。履行請求権は、債権に内在するものであるか、それとも債務不履行に対する救済手段の一つとして捉えられるものであるか。第二に、履行請求権の限界事由。仮に履行請求権が救済手段の一つとして把握されれば、代替取引義務は、履行請求権の限界事由の一つとして認められるか。第三に、填補賠償請求権の要件。填補賠償請求権は、履行不能や解除の時点で履行請求権から転形させるものであるか、それとも、ある時点まで履行請求権と併存関係に立つものであるか。

第2段階の問題について、第四に、損害賠償の範囲。債務不履行による通常生ずべき損害の通常性を判断する際に、債権者の損害軽減義務は、考慮されるか。損害賠償の算定にあたって、「解除すべきであった時」や「代替取引すべきであった時」は、損害賠償額算定の基準時として認められるか。第五に、過失相殺・損害軽減義務。履行請求権を間接的に制限する損害軽減義務、例えば、「適時解除義務を介在する代替取引義務」は、認められるか。

以下では、上記の5つの問題をめぐって、債権法改正においてかかる法案と改正法を検討することにしよう。

第1項 債権の請求力（履行請求権）に関する諸規定

1 基本方針の立場

【3.1.1.53】（債権と請求力）

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。

履行請求権を債権の本来的効力として捉える見解が通説であるものの、現行法では、これについての明文規定は存在しない。

基本方針【3.1.1.53】は、「債権には履行請求力が内在しているという考え方を基礎とし、このことを明らかにしたものである」とする⁴⁷¹。すなわち、基本方針【3.1.1.53】によれば、債権者は、債権の成立を主張・立証しさえすれば、債務者に対して履行を請求することができる」とされる。

債権の基本的効果としての履行請求権を明文化するのは、法律的専門家でない一般市民が債権に関する基本ルールをわかりやすい一方、「債権に内在する請求権能から展開する債権者の諸権能の基礎を示す点で、学理的にも意義を有するものである」⁴⁷²。

基本方針【3.1.1.53】は、伝統的理解を明文化するものにすぎないため、従来の考え方に大きな変更を加えないとする⁴⁷³。

2 中間試案の立場

第9 履行請求権等

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。

債権には「請求力」、「給付保持力」、「訴求力」および「執行力・強制力」があるということは、一般的に認められている⁴⁷⁴。ただし、現行民法は、履行の強制（民法414条）のみを規定している。第3回審議において、強制力その他、債権者には請求力や訴求力等の基本的権能が認められることを条文上明確にすることが望ましいとの考えが示された⁴⁷⁵。

その後、第37回審議では、債権者に請求力や訴求力等の基本的権能の明文化について、これが「実務上積極的な意義はなく、かえって条文が増加して分かりにくくなるから慎重に検討すべきであるとの」考えが示される一方、請求力の明文化が「特段の合意または法律の規定がある場合を除き、債権の成立原因を主張立証しさえすれば債務者に対し履行請求ができることを導くことができるという意義があるとの」指摘もされた⁴⁷⁶。

⁴⁷¹ 民法（債権法）改正検討委員会『詳解債権法改正の基本方針Ⅱ』（商事法務・2009年）186頁。

⁴⁷² 同上 184-185頁。債権の有する諸権能は、次のものである。すなわち、①債権者は、債務者に対して履行を請求できる（請求権能）；②債務者が任意に履行をしないときに、債権者は訴訟を提起して債権の実現を求めることができる（訴求力）；給付判決を得ても債務者がなお履行をしないときに、債権者は、債務名義をもって強制執行を裁判所に求めることができる（執行力）、である。

⁴⁷³ 同上・184頁。

⁴⁷⁴ 給付保持力とは、「債務者がした給付を適法に保持する権能」である。部会資料5-2第1、2。

⁴⁷⁵ 部会資料5-2第1の2、3頁。

⁴⁷⁶ 部会資料32第1の2、2頁。

第 64 回審議では、債権の「請求力」は明示的に規定され、その規定が中間試案に至るまで維持されている⁴⁷⁷。

3 改正法の立場

債権の基本的効力としての履行請求権の明文化は、第 95 回審議に至るまで認められる。その規定は、以下の通りである。

部会資料 82-1 第 10「履行請求権等」 1「履行請求権と履行の不能」

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。ただし、債務の履行が契約そのほかの当該債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、その限りではない。

しかし、第 96 回審議において、債権の請求力に関する規定は、設けられないことになった。その理由は、「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れば、債権者が債務者に対してその債務の履行を請求ことができる旨の規律も表現されているとみることができる」というものである⁴⁷⁸。すなわち、債権の請求力は、新規定 412 条の 2 第 1 項「履行不能」その反面から読み取ることができると指摘される。

第 2 項 履行請求権の限界事由に関する規定

1 基本方針の立場

【3.1.1.56】（履行を請求することができない場合）

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。

現行民法下での学説では、履行不能には、物理的不能にもかかわらず、社会的取引観念に照らせば債権者にとって履行することが期待できない場合の「社会通念上の不能」

⁴⁷⁷ 部会資料 53 第 7 の 1、33 頁。

⁴⁷⁸ 部会資料 83-2 第 10 の 1、8 頁。

も含まれるのである⁴⁷⁹。しかしながら、「社会通念上の不能」を「不能」の問題として処理することに対して、これを「期待不可能」として扱う見解〔が〕〔も〕、有力である⁴⁸⁰。

基本方針【3.1.1.56】は、履行請求権の排除原因を「不能」に限定せず、履行不可能の場合を履行請求権の限界事由の一例とし、その他の場合を含め、履行をすることが、「契約外在的な『社会通念』という基準ではなく、明示的合意その他契約の趣旨に即して」債務者に合理的に期待できない場合に、債権者が履行を請求することができないと定める⁴⁸¹。もっとも、「不能」概念と「期待不可能」概念「いずれの立場からでも債務者にとって履行することが契約の趣旨に照らして合理的に期待できない場合にまで債権者の履行請求を認める必要はないとする点では違いがない」ため、基本方針【3.1.1.56】は、「結論面で、現在の学説と実務に変化をもたらすものではない」とされる⁴⁸²。

基本方針【3.1.1.56】は、履行請求権の限界づけを契約に基づいて画する点、すなわち、履行請求権の限界事由を「社会通念」というような契約外在的な客観的基準ではなく、契約内在的な基準に求める点で、大きな意味をもつとする⁴⁸³。

なお、基本方針【3.1.1.56】において、「契約の趣旨に照らして」というのは、「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とりまく諸事情を考慮に入れて判断するという意味である」⁴⁸⁴。

また、基本方針【3.1.1.56】は、「契約規範に従って債務者に課される努力の限界を超える事態が発生した場合に」履行請求権が排除されると規定し、代替取引可能性があることにより履行請求権が排除される立場をとらない⁴⁸⁵。その理由は、「当該契約債権について代替取引可能性が高いことは、不履行債務者の側の調達義務等を重くする方向で作用し、その努力限界を超えにくくするものではありうる」ため、「PECLのような代替取引可能性のあることをもって履行請求権の排除原因とする方向が論理的に一義的に出てくるとは言えない」からである⁴⁸⁶。

2 中間試案の立場

⁴⁷⁹ 我妻栄（1964年）・前掲注29・144頁。

⁴⁸⁰ 民法（債権法）改正検討委員会（2009）・前掲注471・197頁。

⁴⁸¹ 同上・195頁。

⁴⁸² 同上・195頁、197頁。

⁴⁸³ 同上・197頁。

⁴⁸⁴ 同上・195頁。

⁴⁸⁵ 同上・233頁。

⁴⁸⁶ 同上・234頁。

第9 履行請求権等

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、債権者がりこう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でないと認められる事由

現行民法では、履行請求権の限界事由について正面から定める条文は、存在しない。また、現行法の下では、債務不履行による損害賠償請求権（現行民法 415 条後段—債務者の責めに帰すべき事由による履行をできなくなったときに債権者は損害賠償を請求することができる）と危険負担（現行民法 536 条 1 項—債務者は、双方の責めに帰することができない事由によって債務の履行をすることができなくなったときに反対給付を受ける権利を有しない）の解釈により、履行不能は履行請求権の限界事由として導かれるものである⁴⁸⁷。さらに、通説によれば、履行不能には、「物理的不能」と「社会通念上の不能」が含まれているのである⁴⁸⁸。

第 3 回審議では、履行請求権の限界事由は解釈論から導かれるものであるが、それを「現行民法の条文から読み取ることが困難である」ことを理由に、履行請求権に限界があることおよびその限界の具体的判断基準を明文化することが、最初から異議なく提案された⁴⁸⁹。もっとも、履行請求権の行使について、その判断基準のあり方は、必ずしも一致するとはいえない。そこには、「不能」・「不能概念にとらわれずより広い構成」（不能概念の採否について）や「社会通念」・「契約の趣旨」（限界の基準について）というような対立見解が存在する⁴⁹⁰。

例えば、第 3 回審議では、履行請求権の限界の判断基準について、「不能」を中心に社会通念ないし社会取引観念を基準とする「A 案」と「不能」概念から離れて契約の拘束力を重視する「B 案」は提出される⁴⁹¹。「A 案」と「B 案」は、以下の通りである。

⁴⁸⁷ 部会資料 5-2 第 1 の 4、9-10 頁。

⁴⁸⁸ 潮見佳男（2003 年）・前掲注 1・160 頁。

⁴⁸⁹ 部会資料 5-2 第 1 の 4。

⁴⁹⁰ 森田修（2017 年）・前掲注 464・82 頁。

⁴⁹¹ 部会資料 5-2 第 1 の 4、13-14 頁。

「A 案」 - 「社会通念上」 不能と言えるかという契約外在的基準による考え方

「B 案」 - 「契約の趣旨に照らして」という契約内在的基準による考え方

その後、第 37 回審議では、「伝統的な学説・判例における『不能』概念とその判断基準を明文化」する「甲案」と履行請求権の限界事由が「不能という画一的概念によって決まるのではなく、当該取引ないし契約の趣旨に即して判断されるべきである」との近時の学説を支持する「乙案」が、提出された⁴⁹²。「甲案」と「乙案」は、以下の通りである。

「甲案」- 履行が物理的に不能となった場合のほか、「社会通念/社会観念/取引観念」により履行が不可能であると評価される場合を履行請求権の限界事由とする。

「乙案」- 履行が物理的に不能となった場合のほか、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を履行請求権の限界とする。

上記の「乙案」は、履行請求権の限界事由が契約の趣旨に照らして判断される立場をとっており、「この立場が、伝統的学説・判例も『不能』概念の中に社会通念上の不能等が含まれるとし、これを拡大、柔軟化していることから、現在の判例法理に基づく実務的な帰結を変更しようとするものではない」とされる⁴⁹³。

また、第 37 回審議において、「債権者が他から履行を合理的に得られるときも履行請求権の限界とする」ことが、「乙案」に入る余地があるとの考え方も示された⁴⁹⁴。

次いで、第 64 回審議では、履行請求権の限界事由は「物理的不能」と「履行に過分の費用を要すること」を含めており、またその判断基準は「契約趣旨」に求めると決定された⁴⁹⁵。これが、中間試案まで維持されているのである。

3 改正法の立場

⁴⁹² 部会資料 32 第 1 の 3、7 頁。

⁴⁹³ 部会資料 32 第 1 の 3、7 頁。

⁴⁹⁴ 第 37 回議事録 PDF 版 13-14 頁中田委員の発言。

⁴⁹⁵ 部会資料 53 第 7 の 3、34 頁。

第 412 条の 2 第 1 項

債務の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。

中間試案第 9 の 2 に対して、パブリック・コメントでは様々な批判がなされている。例えば、その〈ウ〉に対して、わかりにくいという批判がある一方、履行請求権の排除の範囲が広すぎるという恐れもある⁴⁹⁶。結局、第 78 回審議において、履行請求権の限界事由については、「不能」という 1 つの概念にまとめる方策が採用され、次のように提案された。

部会資料 68A 第 1 「履行請求権等」 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

その後、第 90 回審議において、履行請求権の限界事由の判断基準について、中間試案に置かれた「契約の趣旨」一本化の構成が放棄され、「契約の趣旨」と「社会通念」との「並列構成」が採用された⁴⁹⁷。その提案は、次のようなものである。

部会資料 79 第 7 「履行請求権等」 1 「履行請求権と履行の不能」

履行請求権と履行の不能について、次のような規律を設けるものとする。

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。ただし、債務の履行が契約その他の当該債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、この限りでない

上記の検討を経て、最終的に、改正法 412 条は、「不能一元論」および「契約の趣旨」と「社会通念」との「並列構成」を採用することとされた⁴⁹⁸。

第 3 項 填補賠償請求権の要件に関する諸規定

⁴⁹⁶ 部会資料 68A 第 1 の 2、2-3 頁。

⁴⁹⁷ 森田修（2017 年）・前掲注 464・85 頁。

⁴⁹⁸ 同上 85-86 頁。

1 基本方針の立場

【3.1.1.65】（履行に代わる損害賠償）

〈1〉 債権者は、次の各号に掲げる事由が生じたとき、「3.1.1.62」のもとで、債務者に対し、履行に代わる損害の賠償を請求することができる。

〈ア〉 履行が不可能なとき、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とき

〈イ〉 履行期の到来の前後を問わず、債務者が債務の履行を確定的に拒絶する意思を表明したとき

〈ウ〉 債務者が債務の履行をしない場合において、債権者が相当の期間を定めて債務者に対し履行を催告し、その期間内に履行がされなかったとき

〈エ〉 債務を発生させた契約が解除されたとき

伝統的通説によると、填補賠償請求権は、履行請求権が「不能」ないし「解除」によって消滅すると同時にそれから転形することによって生じるものである、とされている⁴⁹⁹。これに対して、近時は、履行請求権と填補賠償請求権との関係について、履行請求権から填補賠償請求権への転形という伝統的立場を否定し、填補賠償の要件と履行請求権の限界事由を区別すべきであるとの考え方が、有力となっている⁵⁰⁰。また、従来から、履行期前後を問わず、「債務者が債務の履行を終局的かつ確定的に拒絶した場合に、それは履行不能の場合に準じて填補賠償が認められてよい」との学説があった⁵⁰¹。

他面で、裁判実務において、催告後に相当期間が経過したにもかかわらず、履行がされない場合に、債権者が解除をせずに填補賠償を請求し、その請求を認める判例が存在する（大判昭和8年6月13日民集12巻1437頁）。また、履行期前の履行拒絶事例にあたって、それを「履行不能」の場合に準じて処理する裁判例が存在する⁵⁰²。

基本方針は、現行民法の伝統的理論を踏まえた上で、学説において論じられる問題及び裁判において承認されるものを填補賠償の要件として認める。すなわち、基本方針

【3.1.1.65】〈1〉は、填補賠償の要件と履行請求権の限界事由を区別する立場をとっており、「履行の不可能・期待不可能」及び「契約解除」による填補賠償請求権（ア・エ）と「確定的不履行」による填補賠償請求権（イ・ウ）とも規定する⁵⁰³。

⁴⁹⁹ 潮見佳男（2003年）・前掲注1・359頁。

⁵⁰⁰ 森田宏樹（2002年）・前掲注402・258頁以下。

⁵⁰¹ 民法（債権法）改正検討委員会（2009）・前掲注471・260頁。

⁵⁰² 吉川吉樹（2010年）・前掲注9・349頁以下。

⁵⁰³ 民法（債権法）改正検討委員会（2009）・前掲注471・259頁、261頁。

本提案〈1〉のうち、〈ア〉と〈エ〉では、填補賠償請求権は、履行不能や解除の時点で履行請求権から転形させるものであり、履行請求権が存続している限りで発生しないとするものである。〈イ〉と〈ウ〉では、債権者は、確定不履行の時点で履行を請求できるし、填補賠償も請求することができる。すなわち、〈イ〉と〈ウ〉は、履行請求権と填補賠償請求権の「併存の余地を認める」のである⁵⁰⁴。また、債権者が不能や解除、確定的不履行の時点になって初めて填補賠償を請求できることに照らして、本提案〈1〉は、「履行請求権の優位性」を認めるのである⁵⁰⁵。

なお、本提案〈1〉の〈ウ〉の明文化は、「債権者が自らの負担した給付義務（反対債務）を維持しつつ、相手方からの給付については填補賠償を獲得することに利益を有する場面」、例えば、特定物と特定物交換契約の場面で、「契約の解除をしないで、履行が遅延した後に相当期間付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」のである⁵⁰⁶。

2 中間試案の立場

第10 債務不履行による損害賠償

3 債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法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。

⁵⁰⁴ 同上 261 頁。

⁵⁰⁵ 同上。

⁵⁰⁶ 同上 260 頁。

現行法では、債務不履行による損害賠償の要件として、民法 415 条前段「債務者が債務の本旨に従った履行をしないとき」という概括的な規定のみが存在する⁵⁰⁷。また、判例・学説は、填補賠償・遅延賠償を区別する上で、債務不履行による損害賠償の具体的要件について解釈論を発展させてきた。例えば、前述したように、「債務転形論」を認める伝統的通説と相当期間を定めて催告し、その期間が経過することに基づく填補賠償請求権を肯定した判例や履行請求権と併合して執行不能に備えて填補賠償を請求できることを承認した判例⁵⁰⁸がある。

ただし、上記のような判例・学説から導かれる填補賠償の要件論は、現行民法 415 条から読み取ることが困難である。それゆえ、債務不履行による填補賠償その具体的要件の明文化が、最初から提案された⁵⁰⁹。

第 3 回審議では、填補賠償の成立要件と履行請求権の限界事由を区別する上で、填補賠償の成立要件を「不能」によって画一的に決することを放棄し、債権者の利益保護という観点から履行請求権と填補賠償請求権の併存関係を認める方向が示されている⁵¹⁰。すなわち、履行請求権と填補賠償請求権との関係について、「債務転形論」が「論理必然的なものではなく」、「債権債務関係の当事者にとって必ずしも判断が容易でないことのある『不能』という概念によって行使できる権利の性質を画一的に決するよりも、債権者の実質的な被害回復に資する意義がある」との考え方がある⁵¹¹。両請求権の併存関係を認める前提として、理論的に債権者に行使の選択権を認めることが問題となるため、履行遅滞に陥った債務者に対する填補賠償の要件として解除の要否、履行期前または履行期後の履行拒絶に基づく填補賠償請求権の可否といった問題についての議論がなされた⁵¹²。

具体的に言えば、相当期間を定めて催告し、その期間が経過することによる填補賠償請求権を、「解除せずに填補賠償を請求することに実益がある」場面で、例えば、「毎期の給付が現物である継続的契約」、交換契約、遺贈契約において、認められる必要があるとの考え方がある⁵¹³。また、履行期前または履行期後の履行拒絶に基づく填補賠償請求権を認める余地があるとの考え方もある⁵¹⁴。

⁵⁰⁷ 部会資料 5-2 第 2 の 2、16 頁。

⁵⁰⁸ 大判昭和 15 年 3 月 13 日民集 19 卷 530 頁、最判昭和 30 年 1 月 21 日民集 9 卷 1 号 22 頁。

⁵⁰⁹ 部会資料 5-2 第 2 の 2、17 頁。

⁵¹⁰ 部会資料 5-2 第 2 の 2 (1) 22 頁。

⁵¹¹ 同上。

⁵¹² 部会資料 5-2 第 2 の 2 (2)、(4) 22 頁以下。

⁵¹³ 部会資料 5-2 第 2 の 2 (2)、23-24 頁。

⁵¹⁴ 同上 24 頁。

その後、第 37 回審議において、履行請求権と填補賠償請求権との併存を認める方向で審議が進んでおり、履行遅滞において解除なき填補賠償請求権の承認、履行期前の履行拒絶を填補賠償請求権の発生原因の 1 つとする考え方が取り上げられた⁵¹⁵。

次いで、第 64 回審議において、填補賠償の要件について、「転形型」と「併存型」という 2 つのタイプが提案された⁵¹⁶。この提案は、中間試案まで維持されるものである。

中間試案第 10 の 3 (1) の〈ア〉と〈イ〉は、履行請求権の限界事由と解除を填補賠償の要件として明記するものである（転形型）。(1) の〈ウ〉と (2) では、解除なき填補賠償が承認され、一定の要件を満たすときに填補賠償は履行請求権が存続している状況において成立するのである（併存型）。

また、「(1) の〈ウ〉と (2) のように履行請求権と填補賠償請求権とが併存する状態を肯定する場合には、本来の履行請求権と填補賠償請求権と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」ため、(3) のような規定が、設けられるのである⁵¹⁷。

3 改正法の立場

第 415 条 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。

- 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拒絶する意思を明確に表示したとき。
- 3 債務が契約によって生じたものである場合において、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発生したとき。

第 79 回審議では、中間試案にいくつかの修正が、加えられた。例えば、部会資料 68A 第 2 の 2 において、履行請求権の限界事由が「不能」に限定される一方、履行拒絶について債務者による確定的な意思表示の要件が明示されるようになった。部会資料 68A 第 2 の 2 は、債務不履行による填補賠償の要件として、次の 4 つの場合を定める。すなわち、(1) 履行不能の場合、(2) 確定的履行拒絶の場合、(3) 債権者が契約を解除した場合

⁵¹⁵ 部会資料 32 第 2、13 頁以下。

⁵¹⁶ 部会資料 53 第 8 の 3；森田修（2017 年）・前掲注 464・86 頁。

⁵¹⁷ 民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）NBL No. 143（2013 年）41 頁。

と（４）債務不履行による解除の要件を満たす場合、である⁵¹⁸。そのうち、（１）と（３）は従来の通説に承認されるものであり、（２）と（４）は判例・学説に論じられるものの明文化である⁵¹⁹。

さらに、中間試案第10の2（3）について、中間試案に対するパブリック・コメントでは、「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指摘があった」一方、「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」あったため、この規定は、削除されることになった⁵²⁰。結果として、履行請求権と填補賠償が併存するような場合に、債権者による救済手段の行使は、解釈論に調整を委ねると決される⁵²¹。部会資料 68A 第 2 の 2 は、以下の通りである。

部会資料 68A 第 2 「債務不履行による損害賠償」 2 「債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法 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時であっても、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。

次いで、第 90 回審議では、解除権の行使に基づく填補賠償請求権と解除権の発生に基づく填補賠償請求権が、並列させて要件として定められたのである。部会資料 79 第 8 の 2 は、以下のとおりである。

⁵¹⁸ 部会資料 68A 第 2 の 2、9 頁。

⁵¹⁹ 同上 8-9 頁。

⁵²⁰ 同上 10 頁。

⁵²¹ 同上。

部会資料 79 第 8「債務不履行による損害賠償」2「債務の履行に代わる損害賠償の要件」

債務の履行に代わる損害賠償の要件について、次のような規律を設けるものとする。

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。

- (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する意思がない旨を明らかにしたとき。
- (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。

部会資料 79 第 8 の 2 の提案は、改正法まで維持された。

第 4 項 損害賠償の範囲に関する諸規定

1 基本方針の立場

現行民法 416 条（損害賠償の範囲）は、そもそもイギリスの判例法理（ハドレー事件判決）に由来する規定である⁵²²。日本民法がドイツ法の学説を継受した結果、損害賠償において、賠償範囲は相当因果関係によって定まるのである。相当因果関係論によると、債務者が故意・過失行為によって債権者に生じた損害について、その債務不履行と「因果関係」のあるすべての損害は、賠償されるべきであるとされた（完全賠償原則）⁵²³。これに対して、近時は、416 条は相当因果関係論を定めるものではなく、制限賠償主義を理論的根拠として予見可能性ルールと結びつくという見解が、有力となっていた⁵²⁴。

損害賠償の範囲について、基本方針【3. 1. 1. 67】は、「契約に基づくリスク分配を基礎にして賠償範囲を決すべきであるとの立場を基礎として、いわゆる予見可能性ルールを採用したうえで、契約締結後、債務不履行が生じるまでに債務者が予見すべきであった損害についても、契約に即して債務者に損害回避のために誠実な行動を促すべく、この損害を回避のための合理的な行動をとらなかった債務者に負担させるルールを採用した」ものである⁵²⁵。

⁵²² 潮見佳男（2003 年）・前掲注 1・335 頁。

⁵²³ 潮見佳男（2017 年）・前掲注 22・450 頁。

⁵²⁴ 平井宜雄（1974 年）・前掲注 346・90 頁以下。

⁵²⁵ 民法（債権法）改正検討委員会（2009）・前掲注 471・263 頁。

基本方針【3.1.1.67】は、損害賠償の範囲について、次のような規定を設ける。

【3.1.1.67】（損害賠償の範囲）

〈1〉 契約に基づき発生した債権において、債権者は、契約締結時に両当事者が債務不履行の結果として予見し、または予見すべきであった損害の賠償を、債務者に対して請求することができる。

〈2〉 債権者は、契約締結後、債務不履行が生じるまでに債務者が予見し、または予見すべきであった損害についても、債務者がこれを回避するための合理的な措置を講じたのでなければ、債務者に対して、その賠償を請求することができる。

基本方針は、物の価格の賠償が問題となる場面における目的物の価格騰貴問題については、賠償範囲の問題としてではなく、賠償額算定基準時の問題として処理するのである⁵²⁶。

前述したように、基本方針【3.1.1.53】は、代替取引可能性があることだけにより履行請求権が排除されるという立場をとるものではない。基本方針は、損害軽減義務と履行請求権との関係について、「損害軽減義務を導出する前提としての解除義務を論じること避け、もっぱら信義則による損害賠償額を軽減する際の基準の具体化として、代替取引の可能性を問題としている」⁵²⁷。すなわち、損害軽減義務の考え方は、損害賠償額算定の基準時の問題に導入されるのである。

具体的に言えば、上記の基本方針【3.1.1.65】（履行に代わる損害賠償）〈1〉によれば、債権者は、履行不能、履行拒絶、催告後相当期間の経過と解除それぞれのときに、履行に代わる損害賠償を請求することができる、とされる。基本方針【3.1.1.69】は、債権者が、【3.1.1.65】〈1〉の各号に掲げた時点の目的物の価格に相当する額を任意に選択して請求できると定める。もっとも、債権者の選択権は、【3.1.1.73】の損害軽減義務によって制約されるのである⁵²⁸。

物の価値に相当する額の賠償が問題となる場合において、【3.1.1.65】のほか、基本方針【3.1.1.70】は、不履行後目的物の価格が騰貴したときの算定ルールのうち、代替取引がされなかった場合に関するルールを定めるものである。この提案の但し書きは、代替取引が可能である状況において、債権者が代替取引をすべきであった場合に、損害軽減義務の違反を理由として損害賠償を減額するという考え方を採用するのである⁵²⁹。

⁵²⁶ 同上・267頁。

⁵²⁷ 同上・234頁。

⁵²⁸ 同上・270頁。

⁵²⁹ 同上・273頁。

また、基本方針【3.1.1.71】は、物の価格が賠償されるべきである場合において、債務不履行後債権者が代替取引をした場合に関するルールを定めるものである。この提案〈2〉と〈3〉は、損害軽減義務の考え方〔も〕〔を〕採用するものである。

【3.1.1.69】（物の価格の算定基準時）

物の価格が賠償されるべき場合、債権者は、【3.1.1.65】〈1〉の各号に掲げた事由が生じたいずれの時点における物の価格を選択して請求することができる。

【3.1.1.70】（物の価格の算定基準時—不履行後の価格騰貴の場合）

物の価格が賠償されるべき場合において、債務不履行後に物の価格が上昇したときは、騰貴価格がなお維持され、かつ、債務者が当該価格騰貴を予見すべきであったのであれば、当該騰貴価格によって、賠償されるべき物の価格を算定することができる。ただし、債権者が契約に照らせば債権者が自らに生じた損害の発生または拡大を回避するための措置として代替取引をすべきであったときには、【3.1.1.73】により、賠償額が減額される。

【3.1.1.71】（物の価格の算定の基準時—代替取引がされた場合）

〈1〉 物の価格が賠償されるべき場合において、債権者が債務不履行後に代替取引をし、かつ、その代替取引が合理的な時期にされたときは、代替取引の額が不合理に高額であった場合を除き、【3.1.1.69】および【3.1.1.70】にかかわらず、代替取引の額をもって、賠償されるべき物の価格とする。

〈2〉 代替取引の額が不合理に高額であったときは、代替取引がされた時点において代替取引に要したであろう合理的な額をもって、賠償されるべき物の価格とする。

〈3〉 代替取引が不合理な時期にされたとき、賠償されるべき物の価格の算定は、【3.1.1.69】および【3.1.1.70】による。

2 中間試案の立場

第10 債務不履行による損害賠償

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った損害

（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追わないものとする。

（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。

法制審議会は、損害賠償範囲のルール確定に当たって、「通常損害」と「特別損害」との区別を維持する案と、このような区分を設けず、予見可能であった損害の賠償を請求できるという案を出発点として検討をした⁵³⁰。また、損害賠償の範囲に関するルールの改正作業において、法制審議会は、損害の回避・軽減について、「履行過程における債務者の損害予見・回避義務」⁵³¹と、債権者の損害軽減義務の観点からの損害額の調整という二つの問題を検討している。

第3回審議では、損害賠償の範囲に関する規定の在り方について、「日本民法における相当因果関係説を条文化する考え方」（[A案]）、「予見可能性ルールを明文化する考え方」（[B案]）と「民法416条を基本的に維持する考え方」（[C案]）が、提出された⁵³²。また、予見の主体と時期を議論する際に、履行過程における「債務者の予見・回避義務」が、提案された⁵³³。

⁵³⁰ 部会資料5-2第2の4、34頁以下。

⁵³¹ 「履行過程における債務者の予見・回避義務」という言葉は、潮見佳男（2017年）・前掲注22・462頁参照。

⁵³² 部会資料5-2第2の4、38頁。

⁵³³ 同上40頁。

[A 案] 債務者＝不履行時とする考え方

[B 案] 両当事者＝契約締結時とする考え方

[C-1 案] B 案に加えて、契約締結後に債務者が予見し、又は予見し得た特別事情（損害）も損害賠償の範囲に加えるべきとする考え方

[C-2 案] B 案に加えて、契約締結後に債務者に予見し、又は予見し得た特別事情（損害）のうち、債務者が損害回避の合理的措置をとらなかったものを損害賠償の範囲に加えるべきとする考え方

[D 案] 債務者＝契約締結時とする考え方

なお、この考え方においても、「C-1 案」および「C-2 案」のように契約締結後の予見可能性を考慮する考え方がある。

上記の「C-1 案」は、債務者の機会的行動を抑止するという観点から、「B 案」に加えて、契約締結後に債務者が予見し、又は予見し得た特別事情（損害）も損害賠償の範囲に加えるべきとする考え方である。また、「C-2 案」は、「債務者の機会主義的行動を抑止するという観点とともに、債務者は契約により契約利益の実現を保証した以上、契約締結後もその契約利益が債権者の下で実現されるように誠実に行動して、債務者の損害を回避すべきであるという観点を重視」する考え方である⁵³⁴。

また、第 3 回審議では、損害軽減義務が損害賠償額算定の基準時に含まれるかどうかについて、次のような素案が提出された。例えば、賠償額算定の基準時に関する原則規定の具体例として、「B 案」（口頭弁論終結時を基準としつつ、債権者の損害軽減義務の観点から損害額の調整を図る考え方）、「C 案」（債権者は、填補賠償の成立要件となる複数の時点から有利な時点を選択できるとする考え方）が、提案された⁵³⁵。

次いで、第 38 回審議では、債務不履行による損害賠償の範囲について、通常損害と特別損害との区分を維持する【甲案】と通常損害と特別損害との区分を設けず、予見可能であったものを損害賠償の範囲とする【乙案】が、提出された⁵³⁶。【乙案】に対しては、実務から通常損害と特別損害との区別を設けないことが相当でない批判がある⁵³⁷。

【甲案】と【乙案】は、以下のとおりである。

⁵³⁴ 同上 41-42 頁。

⁵³⁵ 同上 44 頁。

⁵³⁶ 部会資料 34 第 1 の 1、1 頁。

⁵³⁷ 同上 3 頁。

部会資料 34 第 1 「債務不履行による損害賠償」 1 「損害賠償の範囲」（民法 416 条）

(1) 損害賠償の範囲に関する規定の在り方

損害賠償の範囲を規定する民法 416 条の見直しについては、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか（予見の主体および時期については後記（2）で検討する）。

【甲案】通常損害と特別損害という区分を維持しつつ、①通常の事情の下で通常生ずべき損害と、②予見可能性であった特別な事情の下で通常生ずべき損害の賠償を請求することができる旨の規定に改めるものとする。

【乙案】通常損害と特別損害という区分を設けず、予見可能であった損害の賠償を請求することができる旨の規定に改めるものとする。

予見の主体と時期について、上記【甲案】が「予見の主体は債務者とし、予見の時期は債務不履行の時とする」ものであり、【乙案】は「予見の主体は契約の両当事者とし、予見の時期は契約締結時とする」ものである⁵³⁸。また、契約締結時のリスク分配を重視する【乙案】を前提にし、「契約締結後の債務者の機会主義的な行動を抑止する必要があるという観点から、契約締結後に債務者が予見可能であった事情による損害（又は予見可能となった損害）について、債務者が当該損害回避のため合理的措置を講じなかった場合に限り、賠償範囲に含めるもの」という考え方がある⁵³⁹。予見の主体と時期について、詳しくは、以下のとおりである。

部会資料 34 第 1 「債務不履行による損害賠償」 1 「損害賠償の範囲」（民法 416 条）

(2) 予見の主体および時期等

ア 損害賠償の範囲の要件における損害又は事情を予見すべき主体及び時期については、以下のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 予見の主体は債務者とし、予見の時期は債務不履行の時とする。

【乙案】 予見の主体は契約の両当事者とし、予見の時期は契約締結の時とする。

イ 仮に乙案を採る場合であっても、契約締結後に予見可能となった事情又は損害の取扱いについては、次のように考え方があり得るが、どのように考えるか。

【乙-1 案】 特段の規定を設けないものとする。

【乙-2 案】 契約締結後に債務者に予見可能となった事情による損害（又は予見可能となった損害）につき、債務者が損害回避のための合理的措置を取らなかった場合には、その損害も賠償範囲に含まれる旨の規定を設けるものとする。

⁵³⁸ 同上。

⁵³⁹ 同上 5 頁。

さらに、物の引渡債務に関する賠償額算定の基準時に関する具体的ルールの特文化については、そのルールの確立が多様な判例法理・学説の存在により困難であるため、引続き判例や解釈論の展開に委ねるとし、特段の規定が設けられないとされた⁵⁴⁰。

上記の問題の所在を踏まえて、中間試案は、債務者に債務不履行によって通常生ずべき損害と債務不履行の時に債務者が予見し又は予見すべきであった損害を賠償させるとした。又、「損害」の意義については、「金銭評価を経ない事実として捉えるか、金銭評価を経た賠償されるべき数额として捉えるかについては、引続き解釈に委ねるものとしている」⁵⁴¹。

さらに、中間試案本文（2）は、履行過程における債務者の予見・回避義務を明記することとする。それは、本文（1）のみを規定する場合に、「契約締結時と履行期が離れている場合に、契約締結後に予見し又は予見すべきものとなった損害を全て賠償の対象とすることになり得るが、それでは賠償範囲が広くすぎて妥当でない」という指摘があるからである⁵⁴²。

3 改正法の立場

第 416 条（損害賠償の範囲）

債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。

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すべきであったときは、債権者は、その賠償を請求することができる。

第 64 回審議では、損害賠償の範囲について次のような素案が、提出された。

部会資料 53 第 8「債務不履行による損害賠償」5「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

⁵⁴⁰ 同上 8 頁。

⁵⁴¹ 『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』（商事法務・2013）43 頁。

⁵⁴² 同上。

イ その他、当該不履行の時に債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害

(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、当該損害を賠償する責任を追わないものとする。

(注) (1) ア の通常生ずべき損害という要件を削除する別案がある。

上記の素案 (1) における通常生ずべき損害とは「定型的に予見可能な損害とされており、それにつき予見可能性が否定されることが想定されないのであれば、ある損害が賠償範囲に取り込まれるか否かの判断は、結局のところ予見可能性の有無のみを問題とすれば足りる」ため、「法技術的な見地からは、通常損害と特別損害とを区別した上で後者にのみ予見可能性を要件としても受ける必要性はなく、むしろこのような区分は、いたずらに規定構造を複雑にしているとも」考えられている⁵⁴³。また、上記の素案が「『通常生ずべき損害』という区分を維持すべきであるとする主に実務界の意見を採用する」ものである。したがって、「『通常生ずべき損害』という文言を維持する必要性があるかどうかは」検討の余地があると指摘される⁵⁴⁴。

それに加えて、上記の素案 (2) は、素案 (1) のみを設ける場合に、「契約締結時と履行期が離れている場合に、契約締結後に予見し又は予見可能となった損害を全て賠償の対象とすることになりうるが、それでは賠償範囲が広くすぎて妥当でない指摘」があるため、「履行過程における債務者の予見・回避義務」を維持するものである⁵⁴⁵。

そして、第 79 回審議に提出された部会資料 68A 第 2 の 6 (1) は、債務不履行によって通常生ずべき損害が損害賠償の範囲に含まれるとされた。

部会資料 68A 第 2 「債務不履行による損害賠償」6 損害賠償の範囲（民法 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

⁵⁴³ 部会資料 53 第 8 の 5、39 頁。

⁵⁴⁴ 同上。

⁵⁴⁵ 同上。

(2) 上記 (1) に該当しない損害であって、その不履行の時点において債務者が予見すべきであった損害（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った損害）

上記の素案 (1) における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」ものであるとされる⁵⁴⁶。

また、第 78 回審議では、「履行過程における債務者の予見・回避義務」について、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中に、「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」の指摘がある一方、「債務者がその損害を回避するために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関わらず、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」旨の指摘もあった⁵⁴⁷。その結果、履行過程における債務者の予見・回避義務は、明文の規定が設けられず、引き続き解釈に委ねると決された。この決定は、最終法案まで維持されている。

「通常生ずべき損害」と「特別損害」という区分〔は〕〔も〕、改正法に至るまで維持されるものである。

第 5 項 過失相殺・損害軽減義務に関する諸規定

1 基本方針の立場

⁵⁴⁶ 部会資料 68A 第 2 の 6、16 頁。

⁵⁴⁷ 同上。

【3.1.1.73】（債権者の損害軽減義務）

〈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、合理的範囲で請求することができる。

現行民法 418 条は、過失相殺について条文を定める。基本方針は、そもそも不法行為を含める「過失相殺」の意味自体に多様な理解があるため、「『過失』という概念を避け、CISG77 条と同様に損害軽減義務という観点から準則を立てている」とし、これが「実務に変更を加えるものではない」と述べている⁵⁴⁸。基本方針【3.1.1.73】は、「損害の発生・拡大を抑止するために債権者に対しても合理的な行動を求めるという観点から、賠償額の減額に関する準則」を明文に規定する⁵⁴⁹。

2 中間試案の立場

第 10 債務不履行による損害賠償

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。

債務不履行による損害の発生・拡大に債権者に過失がある場合に過失相殺により減額をするという法理は、従来の判例・学説において異論なく承認されるものである⁵⁵⁰。その法理の明文化、および過失の要件とする損害軽減義務の導入が、第 3 回審議に提案された⁵⁵¹。第 3 回審議では、現行民法 418 条における「過失」と 709 条における「過失」とは「異なる意味で用いられる」ため、「過失の要件である『債務の不履行に関して債権者に過失があったとき』について、損害軽減義務の発想を導入する観点から、債権者

⁵⁴⁸ 民法（債権法）改正検討委員会（2009）・前掲注 471・284 頁。

⁵⁴⁹ 同上 285 頁。

⁵⁵⁰ 我妻栄（1974 年）・前掲注 250・128 頁以下。

⁵⁵¹ 部会資料 5-2 第 2 の 5、52 頁。

が合理的な措置を講じていれば、債務不履行による損害の発生及び拡大を防ぐことという趣旨の文言に改める」という考え方が示された⁵⁵²。こうして損害軽減義務の発想から過失相殺の規定を構成し直すという方向性は、中間試案まで肯定されている⁵⁵³。

3 改正法の立場

第 418 条

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。

中間試案の過失相殺の要件としている「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」という文言は、第 79 回審議では、「債権者に過失があったとき」に改められた⁵⁵⁴。その理由は、パブリック・コメントに寄せられた意見の中に、中間試案に置かれる要件を用いると、「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、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」旨の指摘もあったためとされる⁵⁵⁵。それゆえ、「過失」は、引き続き要件として改正法まで維持された⁵⁵⁶。

第 4 節 本章のまとめ

第 1 款 第 1 段階の問題—履行請求権と填補賠償請求権との関係・履行請求権の限界事由

(1) 伝統的通説においては、履行請求権は、債権と同視されるものであるため、その存在が自明視されているのである。填補賠償請求権は、履行請求権が「不能」・「解除」という時点で消滅する後その形から転形させるものにすぎない。これは、「履行請求権の第一義性」と「債務転形論」と呼ばれるものである。

⁵⁵² 同上。

⁵⁵³ 部会資料 34 第 1 の 2、9 頁以下；部会資料 53 第 8 の 6、39-40 頁。

⁵⁵⁴ 部会資料 68A 第 2 の 7、17 頁。

⁵⁵⁵ 同上 19 頁。

⁵⁵⁶ 部会資料 79-2 第 8 の 7、11 頁。

「債務転形論」を前提とすると、履行がなお可能である場合に、債権者は、契約を解除するまでは填補賠償請求をできないとし、債務者は、債権者の履行請求に応じなければならないとする。すなわち、「債務転形論」は、①「債権者がいつになると填補賠償請求権を行使できるか」という問題と②「債務者がいつ履行請求権から解放されるのか」という問題を一体のものとして処理する立場をとるのである⁵⁵⁷。

以上のような伝統的通説に対して、森田宏樹教授は、上記①と②の問題を区別した上で、債権者の利益保護との観点から、履行請求権と填補賠償請求権が、同一性を有することを前提として「確定不履行」に転化するまで一定の範囲で併存関係に立つものであると主張する⁵⁵⁸。森田宏樹教授の「確定不履行」論、森田修教授の「履行請求権の第一義性」論および能見教授の提案では、履行請求権が債務不履行の場合に認められるのに対して、填補賠償請求には債務不履行のほかには何らかの付加要件が必要とされるという意味で、履行請求権は、填補賠償請求権に対して「体系的優位性」を有するものである。

これに対して、潮見佳男教授は、履行請求権が填補賠償請求権に対する「体系的優位性」を認めず、履行請求権をするか填補賠償請求権をするかは原則として債権者の自由であると考え、債権者の選択権が損害軽減義務によって調整されると主張する⁵⁵⁹。

しかし、履行請求権の限界事由について、潮見教授は、履行請求権を救済手段の一つとして捉えるにもかかわらず、代替取引義務を履行請求権の排除事由とすることを否定する⁵⁶⁰。

これに対して、前章で検討したように、内田貴教授は、代替取引が容易である場合には、債権者の強制履行請求権も認められるべきではないと主張する⁵⁶¹。しかし、内田教授の見解は、日本の契約責任法の実体構造と矛盾して、広く受け入れられない。

ところが、近時は、履行請求権は、契約規範に照らして債務者に義務付けられる範囲において認められると見解も、有力となっている。

(2) 債権法改正において、基本方針は、債権に履行請求権が内在していることを明確にするという立場をとっている（【3.1.1.53】）。これに対して、改正法は、債権の請求力は新規定 412 条の 2 第 1 項「履行不能」の反面から看取することができることを理由にして、債権の本来的効力としての履行請求権の明文化を放棄した。

⁵⁵⁷ 森田宏樹（2002 年）・前掲注 402・257 頁以下。

⁵⁵⁸ 同上 258-260 頁。

⁵⁵⁹ 潮見佳男（2003 年）・前掲注 1・367 頁以下。

⁵⁶⁰ 同上 174-175 頁。

⁵⁶¹ 内田貴（1990 年）・前掲注 298・2643-2644 頁。

填補賠償の要件論については、基本方針（【3.1.1.65】）も改正法（第415条2項）も、履行請求権から填補賠償請求権への転形という伝統的通説を否定し、履行不能や解除による填補賠償請求権の他、判例・学説で承認された「確定的不履行」（例えば、履行拒絶、催告後相当期間の経過）を填補賠償の要件として認めるのである。

以上から明らかなように、基本方針と改正法は、「履行請求権の第一義性」を維持しているが、「債務転形論」を放棄した。

また、基本方針は、履行不能の場合を履行請求権の限界事由の一例とし、そのほかの場合に履行することが合理的に期待できないかどうかを「社会通念」というような契約外在的な客観的基準ではなく、契約内在的な基準に求めている（【3.1.1.56】）。これに対して、改正法は、履行請求権の限界事由を「不能」という1つの概念にまとめる上で、その限界の基準について「契約の趣旨」一本化の構成を放棄し、「契約の趣旨」と「社会通念」との並列構成を採用するのである（第412条の2第1項）。

基本方針は、代替取引の可能性だけにより履行請求が排除されることを明確に否定する⁵⁶²。法制審議会第37回審議においては、「債権者が他から履行を合理的に得られるときも履行請求権の限界とする」ことが「乙案」として検討されたが⁵⁶³、この考え方は、その後の審議会で展開されなかった。

要するに、改正法において、履行請求権は、債権の本来的効力として認められるとし、填補賠償請求権に「体系的優位性」を有するのである。また、改正法は、履行拒絶に基づく解除なき填補賠償請求権と解除権の発生に基づく填補賠償請求権を承認し、すなわち、履行請求権と填補賠償請求権との併存を容認する。他方で、改正法は、履行請求権の限界事由を「不能」という1つの概念に求めるが、不能に当たるかどうかを判断する際に契約当事者の合意ないし契約の趣旨を重視する姿を示している。

（3） 以上のような検討を経て、次のようなことが明らかであると思われる。

第一に、改正法において、履行請求権を排除する代替取引義務は、認められない。

第二に、改正法において、履行請求権と填補賠償請求権との併存関係を前提にし、合理的な代替取引をすることができた状況において、債権者が履行請求権に固執することにより損害額を増加したときに、その拡大した損害は、損害軽減義務によって減額される可能性がある。

第2款 第2段階の問題—履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務の認否

⁵⁶² 民法（債権法）改正検討委員会（2009）・前掲注471・233頁。

⁵⁶³ 第37回議事録PDF版13-14頁中田委員の発言。

(1) 前章で検討したように、伝統的通説によれば、債務不履行の発生だけではなく、債務不履行による損害の発生や拡大に関して債権者に過失があったときに、債権者が主張した損害賠償は、過失相殺により減額されることができるとされる⁵⁶⁴。損害軽減義務は、債務不履行による損害の発生と拡大に関して債権者に過失があった場合に問題となり得る。また、1950年代に、谷口知平博士は、損害軽減義務を損害賠償額算定の基準時ルールに導入することを提唱した。谷口博士とその後の斎藤彰教授は、履行遅滞に基づいて契約が解除された場合において、物の価格が賠償されるべきときは、原則として解除時を賠償額算定の基準時とするが、債権者が解除時を遅らせたとすれば、「適時解除義務」により「解除すべきであった時」を基準時として捉えるべきだと主張する⁵⁶⁵。さらに、裁判実務において、最高裁平成21年1月19日判決によれば、賃借人が、別の場所で営業を再開することができるのにそれを怠って、履行請求権に固執することにより営業利益損失を拡大したとしても、その損害は通常損害に当たらない、とされている。

本章第2節で検討したように、近時、潮見佳男教授は、履行請求権と填補賠償請求権のいずれを行使するかを債権者の選択に委ねた上で、債権者の救済手段の選択が損害軽減義務からの調整を受けるべきだと主張する⁵⁶⁶。また、潮見教授は、損害賠償の金銭的評価規範としての実体的多元説を支持した上で、「例外的に債権者による基準時選択が機会主義的行動である場合に限り」損害軽減義務違反を理由として損害賠償を減額するべきだと主張する⁵⁶⁷。

以上から明らかなように、債権法改正前の学説・判例では、「適時解除義務を介在する代替取引義務」、すなわち、履行請求権の間接的に制限事由としての損害軽減義務を賠償額の算定基準時の問題に導入する考え方がある一方、現行法416条1項にいう通常生ずべき損害の解釈から、債権者が代替取引をすれば回避できであろう損害が通常損害に当たらないという判例も存在する。

(2) 基本方針は、契約に基づくリスク分配を基礎にして賠償範囲を決すべきであるとの立場をとっており、現行法416条のような「通常損害」と「特別損害」を区分する考え方を採用しない。損害軽減義務を「通常損害」の通常性基準として捉えるかどうかについては、基本方針は、言及していない。

また、基本方針は、損害軽減義務という考え方を賠償額の算定基準時に導入することを試みる。基本方針【3.1.1.69】は、債権者がいくつかの時点での目的物の価格相当額

⁵⁶⁴ 我妻栄（1974年）・前掲注250・128頁以下。

⁵⁶⁵ 谷口知平（1957年）・前掲注4・253頁；斎藤彰（1990年）・前掲注289・77頁。

⁵⁶⁶ 潮見佳男（2003年）・前掲注1・369頁。

⁵⁶⁷ 同上389頁。

を任意に選択して請求できるとしており、その選択権は損害軽減義務による制約を受けるとする。基本方針【3.1.1.70】、【3.1.1.71】によれば、物の価格が賠償されるべき場合において、債務不履行後価格が騰貴する場合あるいは債務不履行後代替取引がされた場合に、債権者が損害の発生・拡大を回避するための措置として代替取引をすべきであったとなれば、賠償額は、損害軽減義務により減額される、とされている。

さらに、基本方針【3.1.1.73】は、「損害の発生・拡大を抑止するために債権者に対しても合理的な行動を求めるという観点から、賠償額の減額に関する準則」を明文に規定する。

なお、改正法は、債務不履行による「通常生ずべき損害」と「特別損害」との区分を維持する立場をとっている。法制審議会第64回審議では、「通常生ずべき損害」とは「定型的に予見可能な損害とされており、それにつき予見可能性が否定されることが想定されないのであれば、ある損害が賠償範囲に取り込まれるか否かの判断は、結局のところ予見可能性の有無のみを問題とすれば足りる」という考え方がある⁵⁶⁸。すなわち、「通常生ずべき損害」を判断する際に、損害軽減義務を「通常損害」の通常性基準として捉えるかどうかは、言及されていない。

改正法は、物の引渡債務に関する損害額の算定について、そのルールの確立が多様な判例法理・学説の存在により困難であるため、引続き判例や解釈論の展開に委ねるとするものである。

それに加えて、法制審議会民法（債権関係）部会の第79回審議では、中間試案の過失相殺の要件としている「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」という文言は、「債権者に過失があったとき」に改められた⁵⁶⁹。「過失」は、引き続き要件として改正法まで維持された。

（3） 以上のような検討を経て、次のようなことが明らかであると思われる。

第一に、改正法において、「通常生ずべき損害」を判断する際にあるいは損害賠償額算定の基準時を確定する際に、債権者に履行請求権を間接的に制限する代替取引義務を求めることができるのかは、まだ不明であり、将来の解釈論に委ねるものである。

第二に、改正法418条は、従来の通説を明文化するものである。それゆえ、改正法418条は、履行請求権を間接的に制限する代替取引義務を認めるかどうかは、まだ不明である。

第3款 残された問題——浮動状態

⁵⁶⁸ 部会資料53第8の5、39頁。

⁵⁶⁹ 部会資料68A第2の7、17頁。

前述したように、履行請求権と填補賠償請求権との併存との容認は、次のような問題をもたらす。すなわち、この併存関係のもとで、債権者が解除なく填補賠償を請求するときに、債務者は翻意して履行をして填補賠償責任を免れることができる。他面で、債権者は、履行請求権が存続している以上、債務者が填補賠償に応じる前に履行請求権を行使できる。森田修教授は、このような「一定の範囲で（債権者）および（債務者）の行動によって何らかの選択がなされるまでは権利義務関係が確定していない状態」を「浮動状態」と呼ぶ⁵⁷⁰。

中間試案第 10「債務不履行による損害賠償」3「債務の履行に代わる損害賠償の要件」（3）は、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、と定める。これは、履行請求権と填補賠償請求権との併存を認める場合に、両請求権「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」して設けられる規定である⁵⁷¹。この規定に対し、実務の観点からの批判がある一方、まだ成熟しているとはいえない論点であるという指摘もある。その結果、改正法案は、この規定を採用せず、履行請求権と填補賠償が併存するような場合に、債権者による救済手段の行使が解釈論に調整を委ねられている。

債権法改正後、この浮動状態の問題について、潮見佳男教授と森田修教授は次のような見解を述べている。

（1） 潮見佳男の見解

潮見教授は、履行請求権と填補賠償請求権が併存する場合に、「債権者が填補賠償を請求する場合であっても、債権者は、履行がなお可能であるときは、債務者に対し、債務の履行を請求することができる」とし、履行請求権が「債権者から債権者に対する填補賠償が現実にされたとき」に消滅する一方、填補賠償請求権は「債務者から債権者に対する履行が現実にされたとき」に消滅する、と主張する⁵⁷²。

また、潮見教授は、債権者の解除権が発生したにもかかわらずまだ行使されない場合に、債権者から填補賠償請求を受けた債務者は、「履行をすること（追完）によって履行に代わる損害賠償の請求を免れることができない」とし、「債権者が履行に代わる損害賠償の請求という手段を選択した以上、債務者はそれに拘束される」と述べている

⁵⁷³。

⁵⁷⁰ 森田修（2017 年）・前掲注 464・74 頁。

⁵⁷¹ 民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）NBL No. 143（2013）41 頁。

⁵⁷² 潮見佳男（2017 年）・前掲注 22・482 頁。

⁵⁷³ 同上 483 頁。

（２） 森田修の見解

浮動状態への対処について、森田修教授は、次のような二つの方向性を指摘する。すなわち、これは、（ア）信義則による調整と（イ）新しい転形事由の制定、である⁵⁷⁴。

（ア）が「併存する二つの請求権の行使を請求権者の自由に委ねつつ、その権利行使の経緯に照らして信義則上の制約をかけるというものである」とし、（イ）は「両請求権の併存を前提として、さらに別の具体的な事情を新たな転形事由として、行使可能な請求権を限定する」ものである（例えば、催告期間徒過を転形事由とする、あるいは、填補賠償請求権の行使を転形事由とする）⁵⁷⁵。

森田教授は、中間試案第10の3（3）を採用しない改正法案が、（ア）にいう信義則による調整に「丸投げされることとなってしまった」と言う⁵⁷⁶。

以上の検討を経て、改正法では、解除権行使の場合を除き、債権者は、解除なき填補賠償を請求する場合に、どのような手当を行えば反対給付から解放されるか。この問題は、まだ不明であり、信義則に委ねられるものである。

⁵⁷⁴ 森田修（2017年）・前掲注464・88頁。

⁵⁷⁵ 同上。

⁵⁷⁶ 同上89頁。

第1節 履行請求権への固執の制限の必要性

債務者が債務の履行を遅滞（又は拒絶）した場合に、債権者は、原則として債務者に対して履行を請求する権利を有している。これは、「契約は守られるべし（*pacta sunt servanda*）」という原理から当然に導かれる結論である⁵⁷⁷。すなわち、このような場合に、履行がなお可能であるので、債権者は、履行請求権に固執することができる。

もともと、現実において、債権者が履行請求権に固執ことによって生じた不利益を、債務者に負担させる事例は、少なくない。例えば、履行遅滞に遭遇した債権者は、市場で代替取引を行えば損害の軽減・回避をできるのにそれをせず、あえて損害の発生・拡大に任せて履行請求権に固執する。結果として、その発生・拡大した損害を、債務者は賠償しなければならない。

以下では、CISG、中国法と日本法の裁判実務において、債権者が履行請求権に固執したことによって損害を拡大させる裁判例をまとめる（表総合-1）。

⁵⁷⁷ VANESSA MAK 2009, *supra* note 14 at 8.

(表総合-1)	損害の類型		事 案	契約類型	債務不履行の当事 者側		損害軽減義務の認否
					物やサー ビスの給 付側	給 付 を う け る 側	
本来の債務が履行 遅滞である場合に 債権者に課される 損害軽減義務： a「適時解除義務」 b「適時解除義務を 介在する代替取引 義務」	逸失利益損失 算定の場合	生産利益相当損失	C1	種類物売買契約	○		a 肯定
		債務不履行により債権者 が第三者に支払った違約 金	C2	事業用不動産賃貸 借契約	○		b 肯定
	債務不履行に より債権者に 生じた積極的 損害算定の場 合	債務不履行を受けた債権 者が別の場所を営業場所 として賃借することによ って生じた賃料相当損 失、と造作コスト（材 料・人件費）が上昇する ことによって生じた損失	J4	種類物売買契約	○		b 肯定
			C3	建築および内外装 工事請負契約	○		a 肯定
	債務の内容で ある給付価値 損失算定の場 合	給付すべき目的物の価格 に変動があった場合にお けるもの自体の損失	I1	種類物売買契約	○		b 肯定
			C4		○		b 肯定
			C5			○	b 否定
			C6			○	a 肯定
			C7			○	a 肯定
			J5	中古車売買契約		○	適時に仮処分手続きを申 請する義務
		給付すべき目的物が劣化 しやすい場合におけるも の自体の損失	C8	種類物売買契約		○	b 肯定
			C9	生産設備賃貸借契 約		○	a 肯定
			C10			○	a 肯定
			C11	事業用不動産賃貸 借契約		○	a 否定
			C12			○	b 否定
			C13	タクシー請負経営 契約		○	a 肯定
			C14	企業請負経営契約		○	a 肯定
			C15			○	a 肯定
修繕債務の履行が 遅滞である場合に 債権者に課される 損害軽減義務： a「適時修繕義務」 b「適時解除義務」 c「適時解除義務を 介在する代替取引 義務」	逸失利益損失 算定の場合	営業利益相当損失	C16	事業用不動産賃貸 借契約	○		a・b 肯定
			C17	事業用不動産賃貸 借契約	○		a 肯定
			J20	事業用不動産賃貸 借契約	○		c 肯定
	修繕義務不履 行により債権 者に生じた積 極的損害算定 の場合	修補に代わる損害賠償	J19	請負契約	○		a 肯定

第1款 債務者の利益保護という要請から

(1) 金銭債務の債務者の利益保護

債務者が金銭債務の履行を遅滞（又は拒絶）する場合、債権者の履行請求権への固執を制約する必要性があると考えられる。その理由は、次のようなものである。

第 1 に、債権者の履行請求権への固執は、特に金銭債務の履行遅滞や拒絶の場合に多く見られる。

上記の（表総合-1）から見れば、中国法では、物やサービスの給付を受ける側が金銭義務を遅滞（拒絶）した場合に、債権者が履行請求権に固執して損害を拡大させる事例が多い（C4-C15）。特に、（不動産）賃貸借契約、請負契約というような継続的契約において、賃借人や請負経営者が代金支払い義務の履行を遅滞・拒絶した場合、賃貸人や請負発注者にとっては、早く契約を解除して代替取引をすることより、やはり契約に基づいて債務者から賃料や請負費を取得することの方が望ましい。また、目的物の価格が下落している種類物売買契約においても、売主にとっては、目的物を再売却するより、買主から代金を得たほうが望ましい。

なぜなら、賃貸人・請負発注者・売主が契約をする目的は、ただ金員（賃料・請負費・代金）の取得であるため、賃貸人・請負人・売主にとって、代替取引をするリスク、すなわち、代替取引の可能性、合理性と代替取引ための資金の調達というリスクを負うより、むしろ当初の契約に固執したほうが有利であると思われるからである。内田貴教授は、この現象について、次のように指摘している。すなわち、「一般に財やサービスの提供者は、当該給付を行うこと自体に価値を見出していることが稀ではなく、履行請求のコストを考慮しても、契約に固執して約定の対価を手に入れたほうが有利と考えることがある」のである⁵⁷⁸。

第 2 に、債権者は、損害の発生・拡大についてコントロールし得る立場に立っている。

まず、契約を違反した債務者は、契約を解除する権利を有しない一方、債権者の代金支払請求に対して、履行不能をもって抗弁することもできない。これに対して、金銭債務の履行を請求するかあるいは契約を解除するかは、まったく債権者の自由に委ねている。

次に、金銭債務の履行が遅滞である場合、物やサービスを、常に債権者の手元に保有する。例えば、不動産賃貸借契約、タクシーや会社請負経営契約において、賃借人や請負経営者は、契約に違反して中途解約しようとするときに、賃借建物、タクシーや会社を債権者に明け渡す場合が多い。また、買主が代金の支払を遅滞（拒絶）する場合に、売主は、目的物の引渡しをしていない場合が多い。

上記の金銭債務の債権者と債務者の権利のアンバランスを考え、損害の発生・拡大についてコントロールし得る立場に立たない債務者にその不利益を負担させることは、債務者にとって酷に失すると思われる。

⁵⁷⁸ 吉川吉樹(2010 年)・前掲注 9・374 頁〔内田貴補筆部分〕。

（２） 非金銭債務の債務者の利益保護

上記の（表総合-1）から見れば、物やサービスの給付側が履行を遅滞（又は拒絶）した場合に、その給付を受ける債権者が履行請求権に固執する事例の数は上記（１）の場合により少ない。

なぜなら、上記の物やサービスの給付側とは異なり、物やサービスの給付を受ける側が契約をする目的は、物やサービスの取得である。物やサービスの給付を受ける側が自己使用のために契約を締結するケースは、言うまでもなく多いが、現実において、給付を受ける側が生産・転売・営業のために、当初契約により物やサービスを取得しようとするケースも、少なくない。物やサービスの給付を受ける側は、迅速に代替取引をしないと、逸失利益喪失のほか、積極的損失、例えば、自己使用のためにしばらく他から代替品を調達することや、自分の債務不履行により第三者に対する違約金支払義務を負うことによって損害を受ける恐れもある。

もちろん、物やサービスの給付を受ける側は、債務者に対して損害賠償を請求できる。しかし、物やサービスの給付を受ける側は、損害賠償を請求する際に、交渉・訴訟のため時間がかかる一方、自分の債務が履行しないことにより営業信用を毀損する恐れがある。また、損害賠償額は、損害賠償額の調整制度により減額されるかどうかについても不明である。そのため、現実において、債務不履行に対して、物やサービスの給付を受ける側にとっては、履行請求権に固執することより、早く契約の拘束力から解放されて代替取引をしたほうが望ましいといえることができる⁵⁷⁹。

ところが、物やサービスの給付を受ける側が、履行請求権に固執することによって損害を拡大させるという例外的な場合がある。このような場合に、債権者の履行請求権への固執が制約される必要性がある。その理由は、次のようなものである。

すなわち、上記の（表総合-1）から見れば、裁判実務において、物やサービスの給付を受ける側は、履行請求権に固執することによって逸失利益相当損失や積極的損失が拡大するに任せる事例が多い（C1、C2、C3、C16、C17、J4、J19、J20）。このような場合に、債務者（物やサービスの給付側）は、契約を解除する権利を有しない。これに対して、債権者（物やサービスの給付を受ける側）は、契約を解除して代替取引をすれば損害の拡大を回避することが可能である。しかし、債権者は、履行請求権に固執して、契約の目的物自体の価格を著しく上回る損害リスクを債務者に転嫁する。このような場合に、債権者にこの損害のすべてを賠償させるのは、債務者にとって酷であると思われる。

⁵⁷⁹ 内田貴教授は、同じような旨の意見を述べている。同上 374 頁。

第2款 社会資源の浪費の防止という要請から

履行遅滞（拒絶）に遭遇した債権者は、履行請求権に固執することによって社会資源を無駄にさせる場合がある。

金銭債務の履行遅滞（拒絶）においては、例えば、不動産賃貸借契約において、賃借人は、契約に違反して中途解約しようとするときに、不動産を賃貸人に明け渡す場合が多い。賃貸人は、賃借人の賃料不払いによって契約を解除できるものの、契約を解除する義務を負わない。そして、賃貸人が、長期間にわたって、賃借人に対して賃料の支払いを請求し続ければ不動産は空室になることになる。仮に賃貸人が不動産を他の人に賃貸できるならば、賃貸人が履行請求権に固執して不動産を空室にすることは、社会資源の浪費をもたらし得ると思われる。

また、前述したように、物やサービスの給付側の履行遅滞（拒絶）においては、債権者が債務者に対して履行を請求し続けて逸失利益相当損失や積極的損失を拡大させる場合がある。このような場合、例えば、債権者である買主や賃借人は、代替取引をできる状況であれば、代替取引をすることによって工場での生産や店の営業を再開することができるにもかかわらず、債務不履行の後、手を拱いて工場での生産や店の営業を停止することは、社会資源の浪費をもたらすと思われる。

第2節 損害軽減義務と履行請求権との関係についての比較法

以上で明らかにしたように、債権者の履行請求権への固執は、制限される必要がある。

近年で、損害軽減義務（代替取引義務）という観点から履行請求権を制限する方法を考える際に、履行請求権を排除するアプローチ（第1のアプローチ）と履行請求権を間接的に制限するアプローチ（第2のアプローチ）が採用・検出されている。

ウィーン売買条約（CISG）、ユニドロワ国際商事契約原則（PECL）、ヨーロッパ契約法原則（PECL）、共通参照枠草案（DCFR）、共通欧州売買法（草案）（CESL）および中国法が採用するアプローチは、次のようなものである（表総合-2）。

（表総合-2）

アプローチ	金銭債務	非金銭債務
履行請求権を排除するアプローチ （第1のアプローチ） 債権者は、市場において代替取引をすることが合理的に見て可能であるときに、履行を請求することができない。	UPICC 第7.2.1条（official commentの解釈）	UPICC 第7.2.2条(c)
	PECL 9:101条(2)(a)	PECL 9:102条(2)(d)

	DCFR III. -3:301 条(2) (a)	
	CESL 第 132 条(2)	
履行請求権を間接的に制限するアプローチ (第 2 のアプローチ) ① 債権者は、市場において代替取引をすることが合理的に見て可能であるときでも、履行を請求することができる。 ② 債権者が、過大な努力または費用を要することなく合理的な代替取引をすることができた状況において、履行を強制する権利を不合理に行使したことにより、損害額又は予定賠償金の支払額が増加したときは、債権者は、当該増加額の限度で、損害賠償又は予定賠償金の支払を請求することができない。	CISG	
		DCFR III. -3:302 条(5)
	中国法	

第 1 款 履行請求権を排除するアプローチ（第 1 のアプローチ）

（1）金銭債務

UPICC、PECL、DCFR と CESL は、金銭債務の履行については第 1 のアプローチをとっている。すなわち、債権者が自らの債務をいまだ履行しておらず、かつ、債務者に履行を受領する意思のないことが明らかである場合に、債権者は、過分の努力または費用を要することなく合理的な代替取引をすることができれば、債務者に対して金銭の支払いを請求することができない。このような規定は、ハーグ統一売買契約法（ULIS）61 条に従うものであると指摘される⁵⁸⁰。

（2）非金銭債務

UPICC と PECL は、非金銭債務の履行についても第 1 のアプローチをとっている。すなわち、債権者は、他から履行を得ることが合理的に可能であるとき、債務者に対して非金銭債務の履行を請求することができない。その立法理由は、経済的現実（economic reality⁵⁸¹）や実務（practice experience⁵⁸²）にあると指摘される。

例えば、UPICC の Official Comment は、UPICC 第 7.2.2 条(c)の立法理由について、次のように説明する。すなわち、「多くの商品や役務は標準化されており、多くの業者が

⁵⁸⁰ PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW (Parts I and II) (Ole Lando, Hugh Beale eds., 2000) の日本語版、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）408 頁；PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW-DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR) Vol.1 827 (Christian von Bar, Eric Clive eds., 2009)；COMMON EUROPEAN SALES LAW (CESL)- COMMENTARY 580 (Schulze ed., 2012)。

⁵⁸¹ UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law 2016)。

⁵⁸² Ole Lando, Hugh Beale 2000, *supra* note 580 at 398。

同じ商品や役務を扱っている。そのような標準的な商品や役務を目的とする契約が履行されない場合、ほとんどの顧客は、相手方から契約の履行を引き出すために時間や労力を浪費したくないと考えるであろう。そのかわり、彼らは市場において代替の商品や役務を得たうえで、不履行に基づく損害賠償を請求する」のである⁵⁸³。UPICC の Official Comment の説明は「効率的契約違反 (efficient breach) 」という原理が UPICC 第 7.2.2 条(c)に影響が及ぶことを示唆するとの考えがある⁵⁸⁴。

また、PECL の Official Comment は、PECL9:101 条(2)(d)条の立法理由について、「本条 2 項 d 号は、損害賠償による救済が不適切な場合に限り履行請求権が認められるという意味での、損害賠償が認められるか否かに関する判断基準を示すものではない。本準則の趣旨は、むしろ、被害当事者が、完全な補償を受けることのできる複数の救済手段の中から、最も簡便に得ることのできる救済手段を選択することにある。実務的にみれば、解消や損害賠償の方が、履行の強制に比べて、より迅速かつ簡便に被害当事者の要望を満足させることが多いであろう」という立法理由を説明する⁵⁸⁵。

第 2 款 履行請求権を間接的に制約するアプローチ (第 2 のアプローチ)

(1) DCFR について

DCFR は、金銭債務の履行について第 1 のアプローチをとるが、非金銭債務の履行について第 2 のアプローチをとっている。すなわち、債権者が、過分の努力又は費用を要することなく合理的な代替取引をすることができた状況において、非金銭債務の履行を強制する権利を不合理に行使したことにより、損害額又は予定賠償金の支払額が増加したときは、債権者は、当該増加額の限度で、損害賠償又は予定賠償金の支払を請求することができない。

DCFR III-3:302 条は、PECL 9:102 条に承継するものであるが、PECL 9:102 条の内容と同じものではない。PECL 9:102 条と比べて、DCFR の起草者は、履行請求権について大陸法に近い立場をとっている。すなわち、III-3:302 条において、履行請求権の排除事由と

⁵⁸³ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law 2016) 245-246。UNIDROIT PICC (2016) と UNIDROIT PICC (2010) の第 7.2.1 条と 7.2.2 条の内容は、同じものである。UPICC の Official Comment の日本語への訳は、内田貴＝曾野裕夫＝森下哲朗＝大久保紀彦 (訳) ユニドロウ国際商事契約原則 2010 (商事法務・2010) 166 頁参照。

⁵⁸⁴ Schelhaas, *Article 7.2.2 para. 35, in COMMENTARY ON THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (PICC)* (Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp eds., 2009).

⁵⁸⁵ 潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和 (2006 年)・前掲注 580・418 頁。

しての代替取引義務は、存在しない。債権者は、他から非金銭債務の履行を得る場合でも、債務者に対して履行を請求することができる⁵⁸⁶。

DCFR の Official Comment は、III.-3:302 条(5)の立法理由について次のように説明する。すなわち、債権者が、容易に合理的な代替取引をできた状況において、債務者に対して履行を強制する権利を不合理に行使したことにより、債務者が支払うべきである損害額または日や週単位で計算される予定賠償金 (a stipulated payment for non-performance which is calculated by the day or week) を増加させることができる。このような債権者の権利濫用への制御方法の一つは、救済手段が信義則および公正な取引にしたがって行わなければならないという一般規定である (one control on such abuse is the general provision that remedies must be exercised in accordance with good faith and fair dealing)。もう一つのより具体的な制御方法は、III.-3:302 条(5)に定める規定である⁵⁸⁷。

しかし、なぜ非金銭債務の履行について第 1 のアプローチをとらないかについて、DCFR の Official Comment は、説明していない。この問題について、学界においていくつかの見解がみられる。これらの見解においては、主に次の 2 つの点が、指摘されている。

第 1 に、履行請求権の排除事由としての代替取引を削除したために、DCFR の起草者は、債権者が比較的容易に他から履行を得ることができるにもかかわらず履行を強制する権利に固執することができるという大陸法の立場のマイナス効果について考慮せざるをえなくなった (The deletion of the “cover transaction” exception make the drafters have to think about the negative effects of the civil-law solution if the aggrieved party has the possibility to rely on the right to enforce performance where a substitute transaction is relatively easy to obtain.)。それゆえに、DCFR の起草者は、債権者の権利の行使に一定の制限をかけようとし、DCFR III-3:302 条(5)を設けている。実は、DCFR III-3:302 条(5)は、債権者は代替取引が可能である場合に、躊躇せずに債務者に対して損害賠償を請求して他から履行を得るという実務に従っている (This section generally follows practice in which the creditor will not hesitate to claim damages from the original debtor and to obtain performance elsewhere if possible)⁵⁸⁸。

⁵⁸⁶ Martijn Van Kogelenberg, *Art. III-3:302 DCFR on the right to enforced performance of non-performance of non-monetary obligations: an improvement-albeit imperfect-compared with art. 9:102 PECL*, Rotterdam Institute of Private Law Working Paper Series 26 (2009).

⁵⁸⁷ Christian von Bar, Eric Clive 2009, *supra* note 580 at 833-834.

⁵⁸⁸ Martijn Van Kogelenberg 2009, *supra* note 586.

第2に、DCFR III-3:302条(5)がPECL 9:102条(2)(d)から離れる理由は、DCFRの起草者は、PECLの起草者と異なり、審査中のあるいは近い将来に審査される見込みのある現存のEU指令の適用を受ける場面もカバーする必要があるので、消費者関連法も取り込まざるを得なかったことにあると言われている。例えば、欧州消費者権利の指令（EC Directive 1999/44 of 25 May 1999）は、引き渡された消費財（consumer goods）が契約に適合しない場合に、消費者に履行を請求する権利を与える。すなわち、消費者は、売主に対して消費財の修理や取り替えを請求することができる⁵⁸⁹。

（2）CISGと中国法について

CISGにおいて、履行遅滞や拒絶に遭遇した債権者は、債務者に対して履行を請求する権利を有する。すなわち、CISGは、履行請求権を排除する代替取引義務を認めない。しかし、第1章で明らかなように、CISGの42条、61条、26条、76条と77条の立法過程から、債権者が債務の履行を請求し続けて解除権の行使を遅らせる投機的行為を防ぐために、債権者が履行請求権に固執したことによって拡大した損害は、77条に基づき減額されることができるという立法趣旨を読み取れる。

中国法は、大陸法に属するものであり、原則として債権者の履行請求権を認める。中国法は、履行請求権を排除する代替取引義務を認めないものの、裁判実務において、履行請求権を間接的に制限する代替取引義務を認める。すなわち、履行遅滞・拒絶に遭遇した債権者は、契約を解除して代替取引をすることに代わり、履行請求権に固執したことによって損害を拡大させる。その拡大した損害は、債権者の損害軽減義務違反にあたりとされて損害賠償から減額されることができる。

第3節 日本法への示唆

第1款 改正前の日本法の状況

日本現行法において、損害軽減義務を正面から規定する条文は存在しない。もっとも、日本法において、債務不履行によって生じた損害の発生・拡大に関して債権者が関与した場合に、債権者が主張した損害賠償は、過失相殺（民法418条）によって減額されることができる。

⁵⁸⁹ Gerard De Vries, *Right to specific performance: is there a divergence between civil and common law systems and, if so, how has it been bridged in the DCFR?*, European Review of Private Law 17(4) 575-596 (2009).

他方、日本法の伝統的理解において、履行請求権（債務者の給付を求める請求権）が債権の本来的・第一次的内容であるので、債権者は、履行がなお可能である場合に、債務者に対して債務の履行を請求することができるのである。また、履行に代わる損害賠償請求権（填補賠償請求権）は、「履行不能」ないし「解除」という時点で履行請求権が消滅すると同時に生じるものである（債務転形論）。この伝統的理解を前提とし、債務者が履行を遅滞・拒絶した場合に、債権者は、契約を解除して代替取引をすることに代わり、履行請求権に固執して損害の拡大に任せることができる。

日本の学者は、上記の債権者の履行請求権への固執という問題を意識して、損害軽減義務という観点からいくつかの解決策を提出する。例えば、より早い時期に、損害軽減義務という制度が日本法への導入を提唱した谷口知平博士と斎藤彰教授は、物の引渡しを目的とする契約において、目的物の価格に変動があった場合に、債権者が損害を軽減するため適時に契約を解除する義務を負うと解すべきであると主張する。

また、1990年代に、内田貴教授は、目的物の代替が容易な売買契約において、経済的効率性との要請から、「代替取引すべき時」を賠償額算定の基準時とし、また、債権者が損害賠償を請求するか強制履行を請求するかによって債務者の地位に大きな差が生じないため、債権者の強制履行請求権も認められるべきではないと主張する。その後、内田貴教授は、代替取引義務を行うには解除を要するという意味において、損害軽減義務が適時解除義務として機能することになる点という森田修教授の批判を受け入れる。

谷口・斎藤両説と修正した内田説のいずれも、債権者が契約を解除しないと填補賠償を請求できないという点を意識し、履行請求権との抵触しない限り、「適時解除義務」を介した代替取引義務を提示する。もっとも、谷口・斎藤両説と修正した内田説の法的効果には、相違点がある。森田修教授の指摘のように、谷口・斎藤両説は、債権者の解除の自由を直接に制限する行為規範ではなく、解除の効力を認めつつ、解除すべきであった時点を損害賠償算定の基準時とする評価規範である。これに対して、内田説は、債権者が代替取引をできる場合に契約を解除しなければならないという意味において、債権者の解除の自由を直接に制限する行為規範である。

すなわち、谷口・斎藤両説は、物の引渡しを目的とする契約において、損害賠償額算定の基準時という問題として、履行請求権を間接的に制限する代替取引義務を認めるものであり、内田説は、種類物売買契約において、履行請求権を排除する適時解除義務を介する代替取引義務を承認するものであると思われる。

しかし、伝統的通説によれば、履行がなお可能である場合には、履行請求権は契約が解除されるまで消滅しないので、債務者は履行請求に応じなければならないし、債権者は填補賠償を請求することはできないとされる。すなわち、債務者は、実際に契約を解除する前に履行請求権に拘束されるので、「適時解除義務」を負うべきではないと思わ

れる。谷口・斎藤両説と内田説は、「適時解除義務」と伝統的通説との不整合性を説明していない。また、内田説は、債権者の履行請求権が原則として承認される日本法の契約法の実定的構造と抵触するので、いろいろな批判を浴びて広く受け入れられない。

2000年代に入って、吉川吉樹博士は、比較法の視点から、履行期前の履行拒絶の場合における履行請求権と損害軽減義務との関係をめぐって検討を行った。吉川博士は、履行期前の履行拒絶が問題となった日本の裁判例を検討した上で、判例法で履行期前の履行拒絶を履行不能に準じて処理する傾向があることを明らかにしている。履行期前の履行拒絶を受けた債権者は、このような履行不能の概念の内容の拡張によって早期に履行請求権の拘束力から離脱されることができし、すなわち、即時に契約を解除することができる。また、債権者が契約からの離脱義務を負うかについて、内田貴教授は、吉川吉樹の著書『履行請求権と損害軽減義務—履行期前の履行拒絶に関する考察』の終章において、債権者による確定的な履行拒絶が履行不能に包摂される場合に、履行不能により履行請求権が填補賠償に変わった状況において、「債権者が適時の権利行使を怠ることによる損害拡大に対して、過失相殺的な減額を適用することは難しくない」と指摘する

590。
。

日本法の裁判実務において、損害賠償の算定にあたって、債権者に「適時解除義務を介在する代替取引義務」を求めた裁判例は、見受けられる。特に、最高平成21年1月19日判決において、最高裁は、賃借人が損害を回避・軽減できるにもかかわらずそれを怠ったことを理由にして、これによって拡大させた営業利益損失が通常損失に当たらないと認定した。しかし、これらの裁判例に関する評釈は、主に履行請求権が代替取引義務によって排除されるかという点に注目し、履行請求権を間接的に制限する代替取引義務（適時解除義務）をあまり議論していないと思われる。

第2款 改正法の状況

2009年から、日本政府（法制審議会民法（債権関係）部会）は、民法（債権法）改正に向けた作業を開始した。債権法改正の作業が2017年に完成し、改正法は、2020年4月1日から施行される予定である。

（1）履行請求権と損害軽減義務に関する諸規定

改正法において、履行請求権と損害軽減義務に関する諸規定は、次のようなものである。

⁵⁹⁰ 吉川吉樹（2010年）・前掲注9・370頁〔内田貴補筆部分〕。

第 1 に、法制審議会第 96 回審議において、債権の請求力は、新規定 412 条の 2 第 1 項「履行不能」その反面から読み取ることができると指摘される⁵⁹¹。

第 2 に、履行請求権の限界事由について、第 412 条の 2 第 1 項によれば、債務の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、とされる。

第 3 に、填補賠償請求権の要件について、改正法 415 条 2 項によれば、債権者は、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や、債務の不履行による契約の解除権発生したときに、解除せずに填補賠償を請求することができる、とされる。

第 4 に、損害賠償の範囲について、改正法 416 条によれば、債権者は、債務不履行によって通常生ずべき損害と予見すべきであった特別事情によって生じた損害の賠償を請求することができる、とされる。

第 5 に、過失相殺・損害軽減義務について、改正法 418 条によれば、債務不履行によって生じた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、とされる。

（２）改正法における第 1 のアプローチと第 2 のアプローチの承認可能性

まず、改正法において、履行請求権は、債権の本来的効力として認められるのである。法制審議会第 37 回審議においては、「債権者が他から履行を合理的に得られるときも履行請求権の限界とする」ことが、検討されたが、この考え方は、その後の審議会で展開されなかった。改正法は、履行請求権の限界事由を「不能」という 1 つの概念に求めるが、不能に当たるかどうかを判断する際に契約当事者の合意ないし契約の趣旨を重視する姿を示している。それゆえに、改正法において、代替取引可能性によって履行請求権を排除する第 1 のアプローチは、認められないと思われる。

次に、改正法においては、履行拒絶と解除権が発生した場合に、履行請求権と填補賠償請求権は、併存関係に立つのである。この併存関係を前提とすれば、債権者は、履行請求権と填補賠償の行使について選択権を有している。それゆえに、債権者が適時の解除権行使を怠った（その反面で、履行請求権に固執して代替取引をすることをしなかった）ことによって拡大した損害がある場合に、債権者の行為が損害軽減義務違反と評価されることは可能であると思われる。

しかし、改正法において、損害賠償の算定にあたって、債権者が適時に填補賠償を請求して代替取引をする義務を負うのかは、まだ不明である。すなわち、改正法 416 条（損害賠償の範囲）は、物の引渡債務に関する損害額の算定について、そのルール的確

⁵⁹¹ 部会資料 83-2 第 10 の 1、8 頁

立が多様な判例法理・学説の存在により困難であるため、引続き判例や解釈論の展開に委ねるとするものである。また、改正法 418 条（過失相殺）は、ただ従来通説を明文化するものである。それゆえに、改正法において、第 2 のアプローチの認否は、将来の解釈論に委ねられていると思われる。

第 3 款 履行請求権への固執の制限方法に関する解釈論の試み

本章第 1 節で明らかなように、債権者の履行請求権への固執は、制限される必要がある。比較法の趨勢を見ると、損害軽減義務という観点から履行請求権を制約するという方向性を看取することができる。すなわち、履行請求権の承認を出発点とする国際取引法・ヨーロッパ私法、中国法において、履行請求権を排除するアプローチ（第 1 のアプローチ）と履行請求権を間接的に制約するアプローチ（第 2 のアプローチ）という二つの制限方法がある。

日本法においても、債権者の履行請求権への固執という問題が存在しているので、その履行請求権への固執は、制限される必要がある。すなわち、日本法は、第 2 のアプローチを導入すべきであると思われる。その理由は、次のようなものである。

第 1 に、前述したように、第 1 のアプローチの立法理由は経済的現実と実務にある。すなわち、実務において、債権者にとっては、市場において代替取引をできるのであれば、時間や労力を要する履行強制を求めるより、迅速かつ簡便な救済手段である契約解除や損害賠償の方が望ましい。しかし、大陸法系国の実務において、履行を請求するかあるいは損害賠償を請求するかは、あくまで債権者の選択の自由であり、義務ではない。第 1 のアプローチを認めることは、債権者の権利行使の自由に直接に制限を加えることになる。これは、被害者である債権者を不利な立場に立たせるものであって適切ではないと思われる。

第 2 に、第 1 のアプローチを認めれば、債務者の契約違反を促してしまうという恐れがある。これは、大陸法における最も重要な原則-「契約を守るべし（*pacta sunt servanda*）」に悪い影響を及ぼす一方、契約当事者の権利義務関係に不明確さをもたらしてしまうと思われる。

第 3 に、日本法の実定的構造に従えば、債権者は、代替取引をできる場合でも、債務者に対して履行を請求することができる。改正法は、履行請求権を債権の本来効力として認めるとし、それを填補賠償請求権に対して「体系的優位性」を有すると承認する。すなわち、改正法は、履行請求権について大陸法の立場をとっているといえる。それゆえに、履行請求権の体系的優位性の維持と債権者の履行請求権への固執の制約という要請から、損害軽減義務と履行請求権が共存関係に立つ（*co-existence of*

specific performance and loss mitigation) という第2のアプローチが、適切であると考えられる。

また、改正法において、履行拒絶と解除権が発生した場合に、履行請求権と填補賠償請求権は、併存関係に立つのである。この併存関係を前提とすれば、債権者は、履行請求権と填補賠償の行使について選択権を有している。それゆえに、債権者は、適時に解除権の行使を怠った（その反面で、履行請求権に固執して代替取引をすることをしなかった）ことによる損害を拡大する場合に、過失相殺（改正法 418 条）による減額を適用することは難しくないと思われる。

第4款 規範的判断要素の提示

第2のアプローチを認める場合に、その判断は、いかなる要素によって行われるか。本稿は、第2アプローチを認める中国法の裁判例をまとめて分析した。中国の裁判実務において、損害軽減義務の存否の判断にあたって、債務者の履行をする意思のないことが明らかであること、債権者の代替取引の困難さ、契約の履行が債務者にとって無意味であるか大きな負担になるか、目的物の価格の変動に対する予見可能性・認識と債権者が解除権の行使を遅滞することが、判断要素として言及されている。

すなわち、債権者が履行請求権を間接的に制限する代替取引義務を負うかどうかを判断する際に、債権者側の事情だけではなく、債務者側の事情も考慮に入れて規範的な判断を行わなければならない。

第4節 本稿の意義と残された課題

第1款 本稿の意義

第1に、履行請求権と損害軽減義務との関係についての重要な先行研究としては、履行期前の履行拒絶の場合に絞った吉川吉樹博士の研究がある。同博士は、履行期前の履行拒絶を受けた債権者の履行請求権が、履行不能の準用を介して損害軽減義務によって制限されると指摘する。本稿は、履行請求権と損害軽減義務との関係について、履行期前の拒絶ではなく履行遅滞に着目し、また、履行不能の準用を介することなく、代替取引義務という観点から履行請求権の行使に制限を加えることを論じた。第2に、損害軽減義務と履行請求権との関係を議論する際に、今までの学説は、主に履行請求権を排除する損害軽減義務に注目してきた。これに対して、本稿は、国際取引法・ヨーロッパ私法、中国法との比較法研究をして、履行請求権を間接的に制限する代替取引義務の存在を明かし、また、その規範的な判断要件を裁判例から抽出することを試みた。

したがって、履行請求権と損害軽減義務との関係について、検討範囲を広げ、さらに第2のアプローチに一步を進めたことに本稿の価値があるものとする。

第2款 残された課題

損害軽減義務という観点から履行請求権への制限について、検討が不十分な点がある。本稿は、履行請求権が代替取引義務によって排除されるという第1アプローチと、債権者が履行請求権に固執することによる損害を拡大する場合に、損害賠償額は「適時解除義務を介在する代替取引義務」違反によって減額されるという第2アプローチを検討した。実は、損害軽減義務という観点から履行請求権への制限について、他のアプローチもある。

すなわち、第1のアプローチを承認しない中国法の裁判実務において、物やサービスの給付を受ける側（債務者）が金銭の支払を遅滞（拒絶）した場合に、債権者は、債務者に対して履行の続行を請求するケースが多く見られる。例えば、事業用不動産賃貸借契約において、賃借人が契約期間の途中で売上げ不足を理由に解約しようとし、不動産を賃貸人に明け渡したのに対して、賃貸人が、賃借人の解約請求を拒絶し、賃借人に対して残存期間分の賃料の支払いを請求した場合には、第2のアプローチも適用されない。なぜなら、賃貸人が賃料の支払いを請求し、填補賠償を請求しないからである。しかし、仮に賃貸人が合理的な代替取引をできるならば、賃貸人の残存期間分の賃料の支払い請求を承認することは、信義則に反すると思われる場合がある。このように金銭債務の履行請求については、損害軽減義務と履行請求権の関係をどのように処理すべきかについての検討を進める必要があり、今後の課題にしたい。

参考文献

序論

- 内田貴『契約の時代 日本社会と契約法』（岩波書店・2003）。
- 岡林伸幸「損害拡大防止義務」『民法学の現在と近未来』田井義信編（法律文化社・2012）。
- 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社・1992）。
- 奥田昌道編『新版 注釈民法（10）Ⅱ』（有斐閣・2011）。
- 於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣・1972）。
- 潮見佳男『債権総論Ⅰ 債権関係・契約規範・履行障害〔第2版〕』（信山社・2003）。
- 潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社・2017）。
- 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-」川島武宜編『我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣・1957）。
- 森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣・2006）。
- 森田修「履行請求権：契約責任の体系との関係で（その1）」法学教室 No. 441（2017）74—75 頁。
- 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト No. 1318（2006）99 頁。
- 吉田和夫「債権者の損害避止義務及び損害拡大防止義務について」ジュリスト 866 号（1990 年）。
- 吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務 履行期前の履行拒絶に関する考察』（東京大学出版会・2010）。
- 我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店・1964）。
- 我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店・2008）。
- Chitty on Contracts, Volume I, General Principles（2012）。
- Djakhongir Saidov, The Law of Damages of International Sales The CISG and other International Instruments（2008）。
- E. Allan Farnsworth, Legal remedies for breach of contract, 70 Column. L. Rev. 1145（1970）, 5。
- Haykakupelyants, Specific Performance in the Draft Common Frame of Reference, UCL Journal of Law and Jurisprudence（2012）18-19。
- Holmes, The path of the law, 10 HARV. L. REV. 457, 462（1897）。
- Stefan Vogenauer/Jan Kleinheisterkamp（eds）, Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts（PICC）（2009）。
- Solene Rowan, Remedies for Breach of Contract-A Comparative Analysis of the Protection of Performance（2012）。
- Treitel, The Law of Contract（13th edition 2011）。
- Vanessa Mak, Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law（2009）。
- 韓世遠『合同法総論（第三版）』（法律出版社・2011）。
- 梁慧星（編）『中国民法典草案建議稿付理由』（法律出版社・2013）。
- Restatement(Second) of Contracts。

第1章

曾野裕夫「国際物品売買契約に関する国際連合条約（CISG）の概要（一）」民事法情報 No. 275 (2009) 10 頁。

曾野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）の締結とその文脈」法の支配（153・2009）20 頁。

曾野和明＝山手正史『国際売買法』（青林書院・1993）。

吉川吉樹（訳）曾野裕夫（補訳）『注釈ウィーン売買条約最終草案』（商事法務・2015）。

吉川吉樹は、『履行請求権と損害軽減義務-履行期前の履行拒絶に関する考察』（東京大学出版会・2010）。

吉政知広『事情変更法律と契約規範』（有斐閣・2014）。

Bianca/Bonell (eds), Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention (1987)。

Hilaturas Miel, S.L. v. Republic of Iraq, 573 F. Sup.2d 781, available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080820u1.html>

Kröll/Loukas Mistelis/Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary (2011)。

John O.Honnold, Documentary history of the Uniform Law for International Sales (1989)。

John O.Honnold, Uniform Law for International Sale under the 1980 United Nations Convention (2009)。

Joseph Lookofsky, Understanding the CISG (3rd Edition, 2008)

Shael Herman, Specific performance: a comparative analysis, Edin.L.R.2003, 7(2), 194-217。

Schlechtriem/Schwenzer (eds), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), (2ed, Englished. 2005)。

Schlechtriem/Schwenzer (eds), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (4th Englished. 2016)。

Christian von Bar, Eric Clive (ed), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law- Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition (2009)。

翻訳：窪田充見＝潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和＝山本敬三＝吉永一行（監訳）『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則-共通参照枠草案（DCFR）』（法律文化社・2013）。

Ole Lando, Hugh Beale (eds), Principles of European Contract Law (Parts I and II) (2000) 。

翻訳：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）。

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law 2011/0284 (COD)

翻訳：内田貴（監訳）石川博康＝石田京子＝大澤彩＝角田美穂子（訳）『共通欧州売買法（草案）共通欧州売買法に関する欧州議会および欧州理事会規則のための提案』（商事法務・2012）

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law 2016)。

翻訳：内田貴＝曾野裕夫＝森下哲朗＝大久保紀彦（訳）『ユニドロワ国際商事契約原則 2010』（商事法務・2013）。

Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS)。

翻訳：谷川久（訳）「改訂（仮訳）有体動産の国際的売買についての統一法」国際商事法務第 2 巻（1974）3-23 頁。

UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2016 Edition)。

第 2 章

柴振国「合同實際履行原則之我見-兼与梁慧星同志商榷」法学研究（1988）66 頁。

崔建遠『合同責任研究』（吉林大学出版社・1992）。

崔建遠『合同法（第 6 版）』（法律出版社・2016）。

陳華彬『債法総論』（中国法制出版社・2012）。

韓世遠「減損規則論」『法学研究』1997（1）144 頁以下。

韓世遠『合同法総論（第三版）』（法律出版社・2011）。

黄欣「關於經濟合同的履行問題」政法論壇（1982）58 頁以下。

梁慧星「關於實際履行原則的研究」法学研究（1987）69 頁以下。

梁慧星「關於中国統一合同法草案第三稿」

アクセス：<http://www.docin.com/p-374761469.html>

梁慧星『中華人民共和國合同法』立法方案

アクセス：<https://wenku.baidu.com/view/581a9ef9770bf78a65295444.html>

李永軍『合同法（第 3 版）』（法律出版社・2010）。

劉廷華「論實際履行的適用及限制的法經濟學依据」北方法學 2010（6）117 頁以下。

劉廷華＝洪葉「強制履行及減損規則的衝突及協調」宜賓學院學報 2011（5）49 頁以下。

孫良国「違約方的合同解除權及其界限」『當代法學』2016（5）51 頁。

王成「關於統一合同法草案的修改建議」中外法學 1999（61 期）100 頁。

王洪亮「論強制履行請求權」『請求權基礎的解釋與反思』（法律出版社・2015）190 頁以下。

王家福『經濟法要義』（中国財政經濟出版社・1988）。

王利明『合同法新問題研究』（中国社会科学出版社・2003）。

王利明『債法總則』（中国人民大学出版社・2016）。

王勝明「關於合同法的立法背景、指導思想及適用範圍」科技與法律 1999（01 期）15 頁以下。

王衛国「論合同的強制實際履行」法学研究（1984）46 頁以下。

王燕霞＝劉艷梅「減損規則與債權人行使履行救濟權的衝突及協調」學術交流 2007（4）67 頁以下。

王燕霞＝柴建國「減損規則與債權人行使履行救濟權的衝突及協調」人民司法（應用）2007 88 頁。

解亘「我國合同拘束力理論的重構」『法学研究』2011（2）74 頁以下。

肖紅「論預期違約中減損規則」社會科學家 2007（5）118 頁以下。

楊立新『債權總則研究』（中国人民大学出版社・2006）。

小口彦太・木間正道・田中信行・國谷知史『中国法入門』（三省堂・1991）。

小口彦太・田中信行『現代中国法』（成文堂・2004）。

木間正道ほか『現代中国法入門（第6版）』（有斐閣・2012）。

北尻得五郎・佐々木静子（監修）塩田親文（編）『現代中国涉外取引法論』（法律文化社・1990）。

高橋孝治「最高人民法院による無理のある判断-ある日本企業の中国での経験-」Law and Practice 2006（第10号）301頁。

椿寿夫＝右近健男『ドイツ債権法総論』（日本評論社・1988）。

吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務-履行期前の履行拒絶に関する考察』（東京大学出版社・2010）。

Han Shi yuan, The Performance Interest in Chinese Contract Law: Monetary Awards, Remedies for Breach of Contract (2016)。

Mindy Chen-Wishart、Alexander Loke、Burton Ong, Remedies for Breach of Contract (2016)。

中華人民共和国民法通則草案・中華人民共和国民法通則

翻訳：小川竹一・國谷知史・田中信行・通山昭治（共訳）法律時報 58 卷 9 号（1986）70 頁以下。

第3章

幾代通・広中俊雄編『注釈民法（16）』（有斐閣・1989）。

石崎泰雄「損害賠償算定の基準時に関する最高裁判例にみる統一基準」判例時報 2010（No. 2074）7 頁。

石坂音四郎『債権法大綱（全）』（有斐閣・1923）。

内田貴「強制履行と損害賠償-「損害軽減義務」の観点から」法曹時報 42 卷 10 号（1990）2642 頁。

内田貴『契約の時代-日本社会と契約法』（岩波書店・2003）。

奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社・1992）。

奥田昌道編『新版注釈民法（10）Ⅱ債権（1）』（有斐閣・2011）。

於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣・1976）。

窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣・1994）。

小林友則「損害軽減義務の法的性質に関する一考察-過失相殺制度を中心として」法政論集 270 号（2017）272 頁以下。

斎藤彰「契約不履行における損害軽減義務-損害賠償額算定の基準時との関連において-」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊委員会編『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集（中）損害賠償法の課題と展望』（日本評論社・1990）54 頁以下。

坂本武憲「瑕疵修補請求の後に代えて行使される損害賠償額算定の基準時」『判例プラクティス民法Ⅱ』（信山社・2015）236 頁。

潮見佳男『債権総論Ⅰ債権関係・契約規範・履行障害〔第2版〕』（信山社・2003）。

潮見佳男「店舗賃貸人の修繕義務不履行において賃借人が損害回避・減少措置をとらなかった場合の通常損害」ジュリスト No. 1398（2010）91-92 頁。

潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社・2017）。

新堂幸司『新民事訴訟法（初版）』（弘文堂・1998）。

田中稔「代償請求における物の価格の算定期（1）」沖縄法学論叢第8集（2016）1 頁以下。

田中稔「解除時の時価が通常損害とされた事例」沖縄法学論叢第6集（2013）66頁以下。

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-」川島武宜ら編『我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣・1957）250頁以下。

中田裕康『債権総論（新版）』（岩波書店・2012）。

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」判例タイムズ No.1298（2009）65-66頁。

鳩山秀夫『増訂改版 日本債権法（総論）』（岩波書店・1928）。

長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造：請求者の行為と過失相殺理論の再構成のために』（日本評論社・2011）。

長谷川義仁「損害賠償調整の法的構造-過失相殺における『損害軽減義務』概念の導入に関する考察」私法第74号（2012）162頁以下。

平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会・1971）。

日下部真治「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解される時期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することはできないとされた事例[最高裁第二小法廷平成21.1.19判決]（民事判例研究（第37回））」法律のひろば62巻11号（2009）56-57頁

『民法理由書第2巻（財産編人権部）』星野英一＝ボワソナード民法典研究会編『ボワソナート民法典資料集成Ⅱ・後期Ⅳ』（雄松堂・2001年）。

前田達明監修『史料債権総則』（成文堂・2010）。

森田修「『損害軽減義務』について一履行請求権の存在意義に関する覚書（その二）」法学志林91巻1号。

森田修『契約責任の法学的構造』（有斐社・2006）。

山田希「民法416条1項の「通常生ずべき損害」と損害軽減義務（最高裁第2小法廷平成21年1月19日判決〔平成19年（受）第102号損害賠償請求本訴、建物明渡等請求反訴事件〕民集63巻1号97頁）」立命館法学（2011・第3号）519頁。

横田秀雄『債権総論』（日本大学清水書店・1908）。

吉田和夫「債権者の損害避止義務及び損害拡大防止義務について」ジュリスト866号（1990年）78頁以下。

吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務-履行期前の履行拒絶に関する考察』（東京大学出版会・2010）。

我妻栄『新訂 債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店・1974）。

第4章

内田貴「強制履行と損害賠償-「損害軽減義務」の観点から」法曹時報42巻10号（1990）2643-2644頁。

奥田昌道編集『新版注釈民法10（1）』（有斐閣・2003）。

大村敦志「民法（債権法）改正の「契約・契約法観」民商法雑誌（2017）57頁。

窪田充見「履行請求権」ジュリストNo.1318（2006）111頁以下。

斎藤彰「契約不履行における損害軽減義務-損害賠償額算定の基準時との関連において-」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊委員会編『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集（中）損害賠償法の課題と展望』（日本評論社・1990）77頁。

潮見佳男『債権総論Ⅰ〔第2版〕』（信山社・2003）。

潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社・2017）。

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-」川島武宜ら編『我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣・1957）253頁。

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NBL51号（商事法務研究会・1998）107頁以下。

平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会・1974）。

森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣・2002）。

森田修「フランスにおける債務転形論と「附遅滞」-履行請求権の存在意義に関する覚書（その1）」法学志林第九十巻第一号（1992）71頁以下。

森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣・2002）283頁。

森田修「履行請求権か remedy approach か-債権法改正作業の文脈化のために」ジュリスト（No.1329）83頁以下。

森田修「履行請求権：契約責任の体系との関係で（その2）」法学教室No.443（2017）82頁以下。

森田修「履行請求権：契約責任の体系との関係で（その3）」法学教室No.443（2017）86頁。

山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト（No.1318）88頁以下。

山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向-民法100周年を契機として（別冊NBL51号）』（商事法務研究会・1998）。

山本豊「契約責任論の新展開（その2）-履行請求権」法学教室（no.344）126頁以下。

吉政知広「「履行請求権の限界」の判断構造と契約規範（一）-ドイツ債務法改正作業における不能法の再編を素材として」民商法雑誌 第130巻第1号 38-39頁。

吉政知広「履行請求権の限界」の判断構造と契約規範（二）-ドイツ債務法改正作業における不能法の再編を素材として」民商法雑誌 第130巻第2号 272頁以下。

吉政知広『事情変更法理と契約規範』（有斐閣・2014）。

吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務-履行期前の履行拒絶に関する考察』（東京大学出版会・2010）。

我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店・1964）。

我妻栄『新訂 債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店・1974）。

民法（債権法）改正検討委員会『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ』（商事法務・2009）。

『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』（商事法務・2013）。

部会資料5-2 第1、第2。

部会資料32 第1、第2。

部会資料34 第1。

部会資料53 第7、第8。

部会資料68A 第1、第2。

部会資料79-2 第8。

部会資料 83-2 第 10。

終章

吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務-履行期前の履行拒絶に関する考察』（東京大学出版会・2010）。

Gerard De Vries, Right to specific performance: is there a divergence between civil and common law systems and, if so, how has it been bridged in the DCFR?, European Review of Private Law 2009, 17(4), 575-596。

Martijn Van Kogelenberg, Art. III-3:302DCFR on the right to enforced performance of non-performance of non-monetary obligations: an improvement-albeit imperfect-compared with art. 9:102PECL, Rotterdam Institute of Private Law Working Paper Series (2009), 26。

Schulze (ed), Common European Sales Law (CESL)- Commentary(2012)。

Stefan Vogenauer/Jan Kleinheisterkamp (eds), Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) (2009)。

Vanessa Mak, Performance-Oriented Remedies In European Sale of Goods law (2009)。

部会資料 83-2 第 10。

Christian von Bar, Eric Clive (ed), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law-Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition (2009) Vol.1。

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law 2016)。

翻訳：内田貴＝曾野裕夫＝森下哲朗＝大久保紀彦（訳）ユニドロワ国際商事契約原則 2010（商事法務・2010）。

Ole Lando, Hugh Beale (ed), Principles of European Contract law(Parts I and II) (2000)。

翻訳：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）。