HOKKAIDO UNIVERSITY

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（１）：履行遅滞の場合についての比較法的考察
Author(s)	程, 坦
Citation	北大法学論集, 75(3-4), 123-171
Issue Date	2024-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/93700
Type	departmental bulletin paper
File Information	04_Cheng_lawreview_75_3-4.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

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（1）

―― 履行遅滞の場合についての比較法的考察 ――

程　　坦

目　次

序章
　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　ウィーン売買条約
　第1節　序
　第2節　履行請求権と損害軽減義務との関係
　　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　（以上、本号）
　　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3章　債権法改正前の日本法
第4章　債権法改正と現行民法
第5章　終章

序章

第１節　問題意識

（１）日本法においては、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債権法改正前の通説であった[1]。したがって、履行がなお可能であるのに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、現実においては次のような事例は考えられる。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、あえて損害が発生し、拡大する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の行使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（duty to mitigate）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

---

[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）５－６頁。

[2] この点については、後で詳しく紹介する。

[3] Chitty on Contracts 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.” See Hugh Beale, Chitty on Contracts. Volume Ⅰ: General Principles (Sweet & Maxwell U.K., 31st ed. 2012), at 1806, para. 26-077；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

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、損害軽減義務に違反した債権者に、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、損害軽減のための合理的措置をとらなかったことによって損害を拡大させた場合、その拡大した損害を求めることができない。

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]。

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）；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）。

[5] 損害軽減義務は通常の意味の法的義務ではなく、間接義務とされるのが一般的理解である。例えば、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社・1992）212頁；内田貴『契約の時代：日本社会と契約法』（岩波書店・2003）178頁。

[6] Djakhongir Saidov は、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（Oxford: Hart Publishing, 2008）, at 125；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

「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（adequacy test）[10]。このadequacy 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]。

められる。日本民法641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に述べていた。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.” See Oliver Wendell Holmes, The path of the law, 10 Harvard Law Review, at 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〔増補新装版〕』（東京大学出版会・2020）23頁。

[10] Restatement（Second）of Contracts §360；E. Allan Farnsworth, Legal remedies for breach of contract, 70 Columbia Law Review, at 1154 (1970).

[11] Restatement（Second）of Contracts §360；Edwin Peel, Treitel: The law of Contract（Sweet & Maxwell, 13th ed. 2011）, at 19–114.

[12] 動産売買契約の例として、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、UCC 第２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、

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ま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）を請求することができる[15]。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の選択は、債権者にとって権利であり、債権者は代替取引をする義務は負わない。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

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、金銭債務についても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] イギリス法において、損害軽減義務は、履行期前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（2020）・前掲注９・23頁以下。

[14] Vanessa Mak, Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law（Oxford: Hart Publishing, 2009）, at 45.

[15] 例えば、ドイツ民法280条（義務違反による損害賠償）３項によると、債権者は、履行に代わる損害賠償を281条（履行がない場合または義務付けられた通りの履行がなされない場合における、履行に代わる損害賠償）、282条（241条２項に基づく義務違反による履行に代わる損害賠償）、または283条（履行義務が排除される場合における履行に代わる損害賠償）の付加的要件の下においてのみ求めることができる、とされている。また、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』（法律出版社・2018）774頁。

ができるのにそれをせず、損害が発生・拡大する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[16]。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（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 Refernce; 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[17]。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、債務不履行に遭遇した債権者がまだ反対債務を履行していない場合に、経済的現実・効率性を根拠とし、債権者が合理的な代替取引をすることができるならば、金銭の支払いを請求することができない、と定めている[18]。

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

---

[16] 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9:505条；共通参照枠草案Ⅲ :–3:705条；共通欧州売買法（草案）163条。

[17] Harriet Schelhaas, Article 7.2.2, in Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp (eds.), Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) (Oxford University Press, 2009), at 785.

[18] PECL 9:101条 (2)(a); DCFR Ⅲ :–3:301条 (2)(a); CESL 132条１項。

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[19]。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[20]。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[21]。

他方で、中国法においては、債務不履行が生じたときに、履行がなお可能である限り、債権者は原則として債務の履行を求めることができるとされている。もっとも、債権者が不合理に履行を請求し続ける場合に、その履行請求権は制限される可能性がある。それでは、どのような制限手段を取るべきかに関して、民法典制定の前後において学者や人民法院の見解が大きく変わっていくと言える。すなわち、「民法典」制定前において、裁判実務では、「民法総則」114条および「合同法」119条に基づき、債権者からの履行請求に対し、債権者に損害軽減義務としての「適時解除義務」があることを理由にその履行請求権が否定されたり、あるいは債権者が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」違反によって損害賠償額が減額されることになる。これに対し、2018年に公布された「民法典合同編草案（二次審議稿）」（以下「二次審議稿」という）353条３項[22]、お

[19] PICC 7.2.2条（c）; PECL 9:102条（d）。

[20] DCFR Ⅲ：-3:302(5).

[21] 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, at 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.”

[22]「二次審議稿」第353条３項：「履行不能により契約の目的の実現が不能となったとき、契約解除の権利を有する者がその権利を行使しないことが権利濫用となり、または相手方に対して著しく公平を欠く場合、人民法院又は仲裁機関は相手方の請求に基づき、契約を解除することができる。但し、違約責任の負担

よび2019年９月に最高人民法院により公表された「全国法院民商事審判工作会議記要」（以下「九民紀要」という）[23]48条[24]は、債権者が契約を解除せず債務の履行を求め続ける場合に、一定の条件が満たされる限り、債務者が人民法院に対して契約を解除させるよう訴えることができる、と定めている。これをきっかけに、学者たちは「契約が行き詰まった状態」（contractual deadlock）[25]が生じた際に、債権者からの履行請求に対し、契約の拘束力から解放され得ない債務者（違約者）に解除権を与えるべきか否かについて盛んに議論していた。その後、「民法典（草案）」および「民法典（草案大会審議稿）」は「二次審議稿」の353条３項を採用せず、2020年５月に公布された「民法典」もこの条項を復活させていなかった。もっとも、注意すべきなのは、「民法典」580条が元「合同法」110条を修正し、同条１項「非金銭債務履行請求権の限界事由」に続けて、２項「前項が規定する除外状況のいずれかに該当し、契約目的の実現が不能の場合は、人民法院又は仲裁機関は当事者の請求に基づき、契約上の権利義務を消滅させることができる。ただし、違約責任の負担に影響

に影響を与えない。」

[23] 最高人民法院民事審判第二庭は、「記要は司法解釈ではないので、裁判の根拠として援用してはならない」と述べる。

[24]「九民紀要」48条：「契約の違反者は、自ら契約を解除することはできない。ただし、建物賃貸借のような長期契約では、契約に破局が形成されたとき〔形成合同僵局〕、一概に違反者による契約解除の訴えを許さないとすることは、時には双方に不利になる。この前提で、次の条件にあるときに違反者が契約解除の訴えを請求したときは、法院はこれを認める。(1) 違反者に悪意の違反状況がないとき。(2) 違反者が契約を継続するときは、明らかに公平を欠くとき。(3) 他方が契約解除を拒絶することが、信義誠実に違反すること。法院が判決で契約解除を命じるとき、違反者が負っていた違反責任は契約解除によって免除または減少されない。」

「九民紀要」48条の日本語への翻訳は、清河雅孝＝栗津光世「中国「全国法院民商事審判工作会議紀要」（通称：九民紀要）その２：従来型民商事紛争と新型民商事紛争の処理方策を詳細に解説・指導した権威性文件の全貌」産大法学57巻１号（2023）134頁参照。

[25]「契約に行き詰まった状態」はいかなる場合に生じるものであるかについて争いがある。詳細は第２章参照。

を与えない」[26]という規定が新設された。学界においては、「民法典」580条２項が違約者に解除権を付与する条項であるか否かによって見解が分かれている。現在、中国法において、債権者による履行請求権への固執がどのように制限されるべきかは、損害軽減義務と違約者による解除という二つの解決方途が提示されている。

（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」[27]、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」[28]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、債権法改正前の伝統的債権観であった[29]。

このような債権観を前提とすると、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[30]。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[31]。

債権法改正前の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[32]。それによれば、債権者は、

---

[26] 中国民法典の日本語への翻訳は、小田美佐子＝朱曄（共訳）「中国民法典（１）」立命館法学２号（2020）参照。

[27] 我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店・2008）５頁。

[28] 於保不二雄『債権総論（第２版）』（有斐社・1972）３頁・５頁以下；奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社・1992）３頁以下。

[29] 潮見（2003）・前掲注１・５頁以下。

[30] 同上・359頁以下。

[31] 我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店・1964）101頁；於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣・1972）108頁；森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣・2007）535頁以下；吉川吉樹（2020）・前掲注９・13頁。

[32] 潮見（2003）・前掲注１・359頁。

債権法改正前、実は、填補賠償ができる場合は日本の判例法によって拡大さ

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、債務者は、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[33]。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が発生・拡大する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。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、履行請求権しか行使できないからである。

また、債権法改正前の通説に従うと、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。山本敬三教授が述べたように、「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」[34]。

以上のような学説から、債権法改正前の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得ないことがわかる。とこ

れていた。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、定期行為の遅滞の場合、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った。債権者がこの場合に填補賠償を請求することが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90巻第１号（1992）81頁；奥田昌道編『新版　注釈民法（10）Ⅱ』（有斐閣・2011）490-491頁〔潮見佳男執筆〕；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。

[33] 潮見（2003）・前掲注１・359頁。

[34] 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）99頁。

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。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。この問題に対して、最判平成21年１月19日判決は、「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[35]。

改正民法において、履行請求権と填補賠償請求権との関係、又は履行不能の限界事由についてはいくつかの変更が加えられている。例えば、改正民法415条２項は「不能時」と「契約が解除された時」の他に、債権者が「明確な履行拒絶時」と「解除権発生時」にも填補賠償を請求できると定めている。これにより、債権者は「明確な履行拒絶時」又は「解除権発生時」に履行請求権しか行使できない状況から解放され、代替取引を行って填補賠償を請求できるとされる。すなわち、改正民法は旧法における債務転形論を否定し、履行請求権の体系的優位性を承認する一方、履行請求権と填補賠償請求権との併存関係を認めると言われている[36]。また、改正民法412条の２第１項は「契約その他の債務の発生原因」および「取引上の社会通念」を履行不能の判断基準として掲げる。この条項により、履行不能に該当するかどうかについてより柔軟な判断が可能であると考えられ、その判断には、「契約によって債務者が引き受けたリスクを超える事態が発生したと評価されるか否か」および「契約の解釈」が重要であることが強調されている[37]。

上記の履行請求権に関する規定の変化に鑑みると、改正民法において、填補賠償請求権が発生した時に、代替取引を行うことが合理的に見て可

---

[35] 詳細は、第３章参照。

[36] 潮見佳男（2017）・前掲注21・482頁。

[37] 松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』（法律文化社・2020年）200頁〔松尾弘執筆〕。

能である債権者が履行請求権に固執して自らの損害を拡大させる場合、それは損害軽減義務に反すると評価され得る。もっとも、損害軽減義務は履行請求権の限界事由として機能すべきか、あるいは損害賠償額の算定に限って関与すべきか、損害軽減義務による履行請求権への制限の正当な根拠はどこにあるかといった問題について、さらなる検討が必要である。

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。具体的には、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が、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、損害軽減義務による履行請求権への制限が正当な理由は何か、という問題を扱う。

研究の手法として、UPICCやPECLの起草に際して参考されたウィーン売買条約（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods（1980); CISG)、中国法との比較法研究を選択し、特にウィーン売買条約の立法理由、中国法における民法典制定以前の裁判例と民法典規定を参照し、また裁判例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の理解について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で衝突すると考えられる。

第1に、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売主による債務不履行の場合に、転売や生産のために売主から目的物を購入する買主は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〔受領〕〔履行〕を求める。

第２に、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賃借人が期間の定めのある賃貸借を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、修繕義務の履行を求める。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、修繕義務の履行を求める。

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おいて問題となる。

たしかに、履行遅滞のほか、損害軽減義務としての代替取引義務は、履行期前の履行拒絶の場面でも問題となりうる。

債権法改正前、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、吉川吉樹博士が詳しく検討をしている[38]。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[39]。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[40]。

これに対し、債権法改正後、履行拒絶が履行不能から切り出され、改正民法542条１項２号により、「債務者によるその債務の全部の履行拒絶」

[38] 吉川吉樹（2020）・前掲注９。
[39] 同上・349頁以下。
[40] 同上・360頁。

が催告よらない解除の認められる事例類型の一つとして新設された[41]。このことを前提とし、債務者が履行期前にその履行の意思がない旨を示したときに、改正民法415条２項３号により、債権者は早期に履行請求権しか行使できない状況から解放され、市場において代替取引を行い、填補賠償を請求することができる。つまり、履行期前の履行拒絶の場面においても、債権者による履行請求権への固執は損害軽減義務に反すると評価されることも可能である。したがって、この場合に生ずる債権者による履行請求権への固執について、損害軽減義務に基づく対処は履行遅滞の場合とほぼ同様であると考えられる。

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。本稿では、吉川吉樹博士が扱っていない履行遅滞に絞って研究を進めたいと思う。また、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。

２　分析の視角

（１）損害軽減義務の観点から行う履行請求権の制限

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、ここにいう損害軽減義務は、「代替取引義務」ということができる。

第１には、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、まだ反対債務も履行していない債権者が合理的な代替取引をすることができたであろう場合、債務者に対して金銭の支払いを請求することがで

[41] 松岡久和ほか編（2020）・前掲注37・654頁〔渡辺達徳執筆〕。

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、こういう損害軽減義務である[42]。

第２には、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務。

履行請求権の排除事由としての損害軽減義務とは異なり、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務は、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」[43]）。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、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について、一つの例は、解除などの方途によって債権者を反対債務の拘束から解放することを前提とする代替取引義務であり、すなわち、「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、

---

[42] 詳細は、第３章参照。

[43] Solene Rowan, Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance（Oxford University Press, 2012）, at 154.

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権者が債務不履行となり、あるいは二重支払いのリスクを負うということである。

注意すべきなのは、債権者が契約を解除せずに代替取引を行う際に、必ずしも上記のようなリスクを負うとは限らないということである。すなわち、契約の目的物に代替可能性が高く、市場から調達することが容易であり、調達した物が債権者にとって処分しやすい、または今後の営業において利用できる場合に、債権者が代替取引をする際に事前に契約を解除する必要がないと考えられる。たとえば、動産売買契約の目的物に十分な在庫がある場合に、売主は目的物を第三者に販売しても、違約者である買主が代金を支払って債務の履行を請求する際に、同様の物を買主に引き渡すことができる。この場合に、売主が代替取引を行う際に契約を解除する必要がない。同様に、売主が履行遅滞に陥った場合に、一時的に他から商品を調達した買主は、違約者である売主が契約の目的物を引き渡すときに、その調達した商品を返品したり、または第三者に販売したりすることができる限り、代替取引をする際に契約を解除する必要はない。

一方で、契約の目的物に代替可能性が低く、市場からの調達が困難であり、調達した物が債権者にとって処分しにくい、または今後の営業において利用できない場合、債権者が代替取引を行う際に事前に契約を解除しないと、同じ内容の二つの契約の履行を求められるおそれがある。たとえば、不動産賃貸借契約において、賃貸人に債務不履行があったとき、賃借人が将来新しい場所で長期間にわたって居住や営業をする予定であれば、賃料の二重支払いリスクを避けるために、第三者と新たな契約を締結する前に元の契約を解除する必要がある。

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よう履行請求権に固執することを避けなければならなくなる。この立場から、損害軽減義務は、履行請求権を間接的に制限すると解することができる。

「適時解除義務を介在する代替取引義務」の他に、履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務には次のような例がある。すなわち、債務の内容が代替的な作為である場合に、債権者又は第三者が債務の内

容を実現できる前提として、債権者に課される「損害軽減義務」というものである。例えば、賃借物が要修繕の状態になった場合に、修繕義務を負う賃貸人が賃借人からの通知を受けても修繕を行わない一方、賃借人が自ら修理を行ったり、あるいは第三者に修理させたりすることができるにも関わらず、賃借人が引き続き修繕の履行を請求し、それにより自らの損害を拡大させる。賃借人に「適時に自ら修繕あるいは第三者に修繕させる義務」を課すことによって、賃借人は、事実上、損害賠償の減額という不利益を負わないよう修繕の履行請求を避けなければならなくなる。この立場からも、損害軽減義務が、履行請求権を間接的に制限すると解することができる。

共通参照枠草案は、非金銭債務の強制履行において履行請求権を間接的に制限する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。

ここで指摘したのは、本文で議論する「代替取引義務」は、「適時解除義務を介在する代替取引義務」を中心にして展開されるものであるということである。

（2） 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しか行使できない状態から解放されるのか、債権者がど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、改正前の日本法では、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[44]。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。

[44] 奥田昌道編（2011）・前掲注32・5頁以下〔北川善太郎＝潮見佳男執筆〕。

改正後の日本法において、履行請求権と填補賠償請求権との併存関係が認められる一方、履行不能の判断基準として契約の解釈が強調されるのである。これらの変化を考慮に入れ、損害軽減義務が履行請求権を制限する理論を構築するには、次の二つの問題を解決すべきである。

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、他の正当化根拠が排除事由として導入されるべきかどうかを検討する必要がある。具体的には、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べきかという問題である。

第二に、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かどうかが問題となる。もし制限される場合に、その正当化根拠がどこにある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しか行使できない状態からの解放」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で、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場合に、どのような基準によって判断されるべきか、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。

序章と第１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し、英米法と大陸法との特性を融合するウィーン売買条約を検討する。そこでは、履行請求権および損害軽減義務に関する条文の立法過程や立法理由に着目し、学者の見解も紹介する。

第２章では、中国法を検討する。民法典制定前の中国では、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かったが、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ず、あるいは履行請求権を否定するという判例が複数存在する。本章では、民法典制定前後の法律と損害軽減義務・違約者からする契約解除に関する学説を紹介し、債権者が履行請求権に固執することが問題となる場合に、違約者に解除権を与えるという解決策を否定することに至った。さらに、損害軽減義務が適用される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を抽出しようと試みる。

第３章では、改正前の日本法を検討する。そこでは、損害軽減義務に関する旧法の起草過程と学説を紹介し、裁判例を整理する。また、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るうえで、研究の到達点と残される問題を提示する。

第４章と終章では、履行請求権の法的性質や履行請求権の限界事由、そして履行請求権と填補賠償請求権との関係について、それらと関連する債権法改正の経緯と改正民法の規定を検討する。また、国際取引法・ヨーロッパ私法（特にウィーン売買条約）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。最後に、本稿の意義と残された問題を提示する。

第１章　ウィーン売買条約

第１節　序

ウィーン売買条約の正式名称は、「国際物品売買契約に関する国際連合条約」（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods,1980）であり、以下、用語統一のために“CISG”と呼ぶ。CISG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[45]。1988年、中国はCISGの締約国となり、日本は2008年にCISG

[45] 曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）の締結とその文脈」法の支配（153）20頁。

に加入しました。

CISGは、1968年に設置された国連国際商取引法委員会（United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL）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[46]。ウィーン売買条約は、次の３つの段階を経て作成された[47]。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[48]。UNCITRAL作業部会は、1970年から1977年にかけての作業を経て「1977年草案」をUNCITRAL総会に提出した。第２段階（1977-1978）：UNCITRALの全会委員会（“Committee of the whole”）が、第１段階で作成された「1977年草案」について検討を展開した。「1977年草案」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[49]。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」を検討しま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は、他の二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条約（Uniform Law on the International Sale of Goods；ULIS）および有体

---

[46] John Honnold, Documentary History of the Uniform Law for International Sales（Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989）（hereinafter Docy. Hist.）,at 1.

[47] Summary of UNCITRAL Legislative history of the CISG, https://www.uncca.org/cisg, last visited on June, 18, 2024.

[48] ウィーン売買条約の立法資料として、United Nations Commission 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, Documentary History of the Uniform Law for International Sales（1989）（以下で「Docy. Hist.」と呼ぶ）。

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

動産の国際的売買契約の成立についての統一法条約（Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods；ULF）が定める二つの統一法（ハーグ統一売買法と総称される）である。本論文で問題となるのは特にULISである。これらは、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基にして起草されたものである。

また、CISGの条文は近年の国際取引法・ヨーロッパ私法、例えばユニドロワ国際商事契約原則（UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; PICC）[50]、ヨーロッパ契約法原則（Principles of European Contract Law; PECL）[51]および共通参照枠草案（Draft Common Frame of Refernce; DCFR）[52]、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）[53]に影響を深く与えているのであ

---

[50] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts（UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law 2016）; 2016版日本語の訳として、私法統一国際協会　内田貴＝曽野裕夫＝森下哲朗＝大久保紀彦（訳）『ユニドロワ国際商事契約原則2016』（商事法務・2020）がある。

[51] Ole Lando,Hugh Beale（eds）,Principles of European Contract Law（Parts Ⅰ and Ⅱ）（Kluwer Law International B.V., 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）がある。

[52] Christian von Bar, Eric Clive（eds）,Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law– Draft Common Frame of Reference（DCFR）Full Edition（Sellier European Law Publishers, 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）がある。

[53] 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

る。

本章では、CISGを中心に、CISG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。

第２節　履行請求権と損害軽減義務との関係

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（adequacy 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ことが可能か否かである。すなわち、債務者が履行を遅滞（あるいは拒絶）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。

CISGおよびPICCなどを代表とする国際取引法・ヨーロッパ私法は、履行請求権の承認と限界事由を起草する際に、履行請求権に対する英米法と大陸法との相違を調和させなければならない[54]。そのうち、債務者による履行遅滞が発生した場合、債権者の代替取引の可能性と履行請求権の行使との関係は、大きな問題となる。

本節では、ウィーン売買条約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。

（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）がある。

[54] 例えば、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 EU の加盟国であった。

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、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手段を行使することができる。第１に、債権者は、債務者に対して債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）又は遅延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、三つの救済手段のうち、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[55]。実は、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条が、「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[56]」ものである。もっとも、履行請求権が原則として認められることには、妥当ではないと考えられる結果ももたらすことがある。たとえば、債務者による履行遅滞が発生したあと、目的物の市場価格が上昇や落下しつつある場合に、債権者がそれを見て履行を請求し続ける（すなわち、解除権の行使を遅らせる）ことによって高額の損害賠償を請求する。これは、債権者による投機可能性という問題である。

以下で、CISGにおける履行請求権とそれに関連する債権者の投機可能性問題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

---

[55] Joseph Lookofsky, Understanding the CISG: A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Kluwer Law International, 3rd ed. 2008), at 108, para. 6.2.

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

ていた[57]。

ULIS 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。
ULIS 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；
ULIS 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。
ULIS 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。
ULIS 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、

[57] 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）3-23頁参照。

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とされる。

ULIS 62条

1．確定期日における代金支払の懈怠が重大な契約違反[58]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

ULIS 24条(1)とULIS 61条(1)は、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することができると定める。これは、ハーグ統一売買法は、債務不履行の場合の救済手段の一つとして、履行請求権を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1に、ULIS 16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、ULIS 25条とULIS 61条(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（買主による代替品購入や売主による物品の再売却）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

[58] 本条1項にある「fundamental breach of contract」は谷川久教授によって「本質的契約違反」に翻訳されたが、現在においてこれを「重大な契約違反」とする翻訳が一般的である。

る」[59]。すなわち、ハーグ統一売買法では、履行請求権を排除する代替取引義務は、認められている。

第３に、ULIS 26条(1)とULIS 62条(2)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、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、第２と第３でみた「事実の存在による解除（ipso facto aoidance)」に関する規定群が置かれた趣旨は、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[60]。

２　CISG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、ULIS 25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、次の２つの選択肢を提案した[61]。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

---

[59] 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。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。吉川吉樹（2020）・前掲注９・130頁参照。

[60] Docy. Hist. 91；吉川吉樹（2020）・前掲注９・160頁。

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

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のいずれにおいても、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[62]。結局、UNCITRAL作業部会は、第4会期において、選択肢Aを採用した。しかし、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は採用されなかった（UNCITRAL作業部会第4会期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（UNCITRAL作業部会第4会期Proposed Art.71）[63]。

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」）[64]。すなわち、Proposed Art.42(1)とProposed Art.71(2)に基づき、債務不履行の場合、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。そのうえで、Proposed Art.16により、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とされた。

以上の検討を経て、Proposed Art.42(1)とProposed Art.71(2)は、次のように定められた。

> UNCITRAL作業部会第6会期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

[62] Doc. A(7); YB vol. Ⅵ 68-69, A/CN.9/75; Docy. Hist. 146-147.
[63] Doc. A(8); YB vol. Ⅴ 85-86, A/CN.9/87, Annex Ⅳ; Docy. Hist. 164-165.
[64] Doc. A(11); YB vol. Ⅵ 54, A/CN.9/100; Docy. Hist. 245.

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。
UNCITRAL作業部会第６会期Proposed Art. 71
（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」においては、買主の履行請求権に関して、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分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」[65]。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、買主に対して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労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」[66]。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。

[65] Doc. B(1); YB vol. Ⅷ 42, A/32/17, Annex Ⅰ; Docy. Hist. 335.
[66] *Ibid.*

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場合に限り、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[67]。UNCITRALの全会委員会は、この提案も採用しなかった。

なお、売主の履行請求権に関しては、上記のような議論は特にない。

以上の検討を経て、「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た[68]。

> 「1978年草案」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。
> 「1978年草案」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。だたし、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

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

[68] 「1978年草案」における条文の日本語への訳は、吉川吉樹（訳）曽野裕夫（補訳）(2015)・前掲注56参照。

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、買主が支払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［CISG 58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、代金請求権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、契約に基づく実体法上の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［CISG 58条及び59条］に基づき代金を支払う実体法上の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」[69]。

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的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[70]。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[71]。その反対理由は、主に以下の２点にあるのである[72]。第１に、Pacta sunt servandaという原則に基づき、債務不履行を被っ

[69] 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、UNCITRAL 事務局著，吉川吉樹（訳）曽野裕夫（補訳）(2015)・前掲注56・139頁、191-192頁参照。

[70] First Committee Deliberations, Doc. C(3); Docy. Hist. 552.

[71] アメリカ提案に賛成したのは、ノルウェー、イタリア、イギリス、イラクとオーストラリアの代表であり、アメリカ提案に対して反対を表明したのは、オランダ、東ドイツ、西ドイツ、日本、スウェーデン、フランス、ギリシャ、ベルギー、ソ連、ハンガリー、チリとスペインの代表である。

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

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結果を招く可能性がある。また、アメリカ提案を採用すれば、「不便」や「不合理的な費用」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［CISG 28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があると考え、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[73]。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、ノルウェー代表（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[74]。スウェーデン代表（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[75]。結局、アメリカ提案は、採用されなかった。

---

[73] First Committee Deliberations, Doc. C(3); Docy. Hist. 555.

[74] First Committee Deliberations, Doc. C(3); Docy. Hist. 556.

[75] *Ibid*.

３　CISGにおける履行請求権

（１）履行請求権の承認

CISG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[76]。すなわち、CISG 46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。

> CISG 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。
>
> CISG 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、CISG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

[76] Jens Kleinschmidt, in Nils Jansen and Reinhard Zimmermann (eds.), Commentaries on European Contract Laws (Oxford University Press, 1st ed. 2018), at 2093, para. 3.

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。CISG 46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[77]。

第２に、CISG 79条に基づく免責（exemptions）であること。CISG 79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。たしかに、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。CISG 79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うことができる。しかし、79条の定める免責要件が満たされる場合に、債権者が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は、有力に主張されている[78]。

第３に、参加国の国内法による履行請求権の排除。CISG 28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

---

[77] Markus Müller-Chen, Art.46, para. 7, in Ingeborg Schwenzer, Ulrich Schroeter (eds), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (Oxford University Press, 5th ed. 2022).

[78] 吉政知広『事情変更法理と契約規範』(有斐閣・2014) 274頁。

る[79]。CISG 28条は、ウィーン売買条約の前身であるハーグ統一売買法（ULIS）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[80]。

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。CISG 26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。

以下では、解除権行使についての立法経緯を詳しく検討する。

（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、ULIS 25条と61条(2)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、ULIS 26条(1)と61条(1)によれば、債務者の履行遅滞が重大な

---

[79] Michael Will, at Art.46, para. 1, in Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds.), Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention (Giuffrè, 1987).

[80] 吉政知広 (2014)・前掲注78・277頁 ; See John O. Honnold (edited and updated by Harry M. Flechtner), Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention (Kluwer Law International, 4th ed. 2009), at Art.46, paras. 281, 280.

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。

ULIS 25条、61条(2)、26条(1)および61条(1)においては、「事実の存在による解除(ipso facto avoidance)」に関する規定群が置かれた趣旨は、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を排除することにあるのである[81]。

（２）CISG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[82]。

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[83]。

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[84]。

第１に、ULIS 26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右される。しかし、ULIS 10条に基づく「重大な契約違反」[85]の概念の定義自体に曖昧さがある一方、債務者の契約

---

[81] Docy. Hist. 91；吉川吉樹（2020）・前掲注９・160頁。

[82] “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.

[83] Doc. A(4); Ⅲ YB 43, Docy. Hist. 85.

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

[85] ULIS 10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、知るべきであった場合には、基本的なものと見なされな

違反が重大な契約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、ULIS 25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際に、「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」によって自動的に反対債務を免れるとされたからである。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、ULIS 25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、ULIS 25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、決して例外ではない。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、ULIS 26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[86]。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[87]。

第4に、ULIS 26条(1)における「合理的期間」との関係について。すなわち、ULIS 26条(1)における「合理的期間」という概念自体に曖

ければならない。

[86] Doc. A(4); Ⅲ YB 49, Docy. Hist. 91.

[87] 吉川吉樹（2020）・前掲注9・160頁；Ⅲ YB 49, Docy. Hist. 91.

昧さがあるため、契約当事者は、契約がすでに自動的に解除されてい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[88]。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、買主の投機可能性を排除するためには、「ipso facto avoidance」を用いず、直接対応することが可能である。「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[89]。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う限り、契約の拘束力は、維持されるべきであるとされた[90]。

第３項　損害賠償額算定の基準時－「解除権発生時」から「解除時」へ

CISG 49条(1)および64条(1)に基づき、売買契約の債権者は、債務者の債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。

そして、以下では、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検討することにしよう。

1　損害賠償額の算定方法-CISG 75条と76条

CISG 74条、75条および76条において、損害賠償額の算定に関する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、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している。75条と76条の内容は、以下のとおりである。

---

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

[89] 吉川吉樹 (2020)・前掲注９・161頁；Doc. A (5); Ⅲ YB 85, Docy. Hist. 102.

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

CISG 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。
CISG 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】
　(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なっていないときは、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。

CISG 75条は、契約が解除された場合に、買主が実際に代替品を購入したときや売主が実際に目的物の再売却をしたとき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[91]。債権者は、解除した時点で初めて填補賠償を請求でき、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。CISG 75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、

[91] John O. Honnold, *supra* note 80, at Art.75, 76, para. 410.

CISG 75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[92]。

これに対して、CISG 76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[93]。CISG 76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[94]。

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ことは、債権者が解除権の行使を遅らせて投機的行為をとるという危険を招く可能性があると考えられている。CISG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されるか、またはいかなる対応が用意されているか。この問題を解決するため、契約の解除とCISG 76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（CISG 76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至った時点」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至った時点の時価との差額及び

[92] Victor Knapp, at Art.77, para. 2.2, in Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds), Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention (Giuffrè, 1987).

[93] John O. Honnold, *supra* note 80, at Art.75, 76, para. 414.

[94] *Id.* at para. 412.

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、ノルウェー代表（Rognlien）は、「契約の解除の意思表示をする権利を有するに至った時点（at the time he first had the right to declare the contract avoided）」が現実には確定しにくいため、目的物の引渡時（the time of delivery）又は解除時（the time of avoidance）のいずれか早い時点を賠償額の基準時とすべきであると提案した[95]。カナダ代表（Ziegel）は、目的物の引渡時の適用も難しいことを理由にノルウェー提案を否定し、債権者による投機行為を招く可能性があるにも関わらず、解除時のみ賠償額算定の基準時とすべきであると述べた[96]。結局、ノルウェー提案とカナダ提案は、採用されなかった。

次いで、全体会議（the plenary conference）において、オーストラリア、ギリシャ、メキシコ、ノルウェーとトルコ代表は、1978年草案72条(1)について、次のような修正案を提出した。

1978年草案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、オーストラリア代表（Bennett）は、次のようなに説明した。すなわち、「解除権発生時を基準時としたのでは、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

[95] Doc. C(4); O.R. 394; Docy. Hist. 615.
[96] Doc. C(4); O.R. 395; Docy. Hist. 616.

使を促してしまうという問題がある。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の行使を利用することによる投機的行為を防ぐために設けられたものである。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後に初めて生じる（the need to do so did not arise until the goods had been taken over）のである。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と思われる[97]。」

また、ノルウェー代表（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、契約の当事者に対して解除権の行使を促進すべきではない。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、債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。その通知を受けた買主は、73条（[CISG 77条]）に従い、損害軽減のため合理的措置をとる義務を負うため、市価の変動を見て権利行使の決定を利用することによる投機的行為で利益を得ることはできない。それゆえに、引渡しがない場合、契約の解除の意思表示をする権利を有するに至った時よりも、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[98]。」

1978年草案72条(1)についてのこの修正案は、最終的に採用された。

第4項　小括

以上のような検討を経て、CISG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うことができる。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

[97] Bennett の説明の日本語への訳は、吉川吉樹（訳）曽野裕夫（補訳）(2015)・前掲注56・254頁参照。Doc. C(7); O.R. 222; Docy. Hist. 757.

[98] Doc. C(7); O.R. 222; Docy. Hist. 757.

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しつつある状況において、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。もっとも、このような場合に、債権者が自らの投機的行為によって拡大した損害を請求できないというCISG起草者からの指摘があった。

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、損害軽減義務によって制限されうるかどうかを検討する。以下では、CISG 77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　CISG 77条とその起草過程

CISGは、77条において損害軽減義務を規定している。CISG 77条は、その前身であるハーグ統一売買法88条[99]をベースにして設けられた規定である[100]。

> CISG 77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

[99] ULIS 88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。

[100] Doc. A (10) (b); Ⅵ YB 108; Docy. Hist. 233.

ることができる。

CISG 77条の文言から、損害軽減義務違反の法的効果は、損害賠償に限定され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、損害軽減義務の効果が損害賠償に限定されることなく、代金請求権や代金減額請求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[101]。すなわち、売主が契約に違反した場合に、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。これに対し、59条の文言から、買主が契約に違反した場合に、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、売主の代金支払請求を制限するために設けられたものである。

[101] “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.

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[102]。すなわち、この提案によれば、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なかったことを証明できるとすれば、代金支払義務から免れることになると思われる。この結論は、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。

2　1978年草案

> 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[103]

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（[CISG 77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（[CISG 62条]）に基づく売主の代金請求や、46条（[CISG 50条]）に基づく買主の代金減額請求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

---

[102] Doc. B(1); Ⅷ YB 61; Docy. Hist. 354.

[103] 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）曽野裕夫（補訳）(2015)・前掲注56・257-259頁参照。

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、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賠償額は、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、アメリカ代表（Honnold）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や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[104]。

[104] Doc. C(4); O.R. 396; Docy. Hist. 617 .Honnold の発言の日本語の訳は、吉川吉樹（2020）・前掲注９・133頁参照。

また、Honnold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（[CISG 77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、同条は適用されず、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回避するため、修正が必要とされるという」のである[105]。

アメリカ提案に賛成する発言も見られたが[106]、これを否定する発言が大勢を占めたのであった[107]。具体的に言えば、第１に、アメリカ提案に曖昧さがあるため、その適用範囲は限定されないとする見解がある[108]。第２に、CISG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。も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金の支払いを請求する権利を有しないことになる[109]。第３に、オランダ代表（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

[105] Doc. C(4); O.R. 396; Docy. Hist. 617. Honnold の発言の日本語の訳は、吉川吉樹（2020）・前掲注９・133-134頁参照。

[106] イギリスとオーストラリアの代表は、アメリカ提案を賛成する意見を表明した。ギリシャの代表は、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.

[107] 西ドイツ、アイルランド、カナダ、スウェーデン、メキシコ、アルゼンチン、オランダおよびデンマーク代表は、アメリカ提案を否定する意見を表明した。Doc. C(4); O.R. 396-398; Docy. Hist. 617-619.

[108] 西ドイツ代表（Herber）、メキシコ代表（Mantilla-Molina）とアルゼンチン代表（Boggiano）の発言。Doc. C(4); O.R. 396-398; Docy. Hist. 617-619.

[109] カナダ代表（Ziegel）、スウェーデン代表（Hjerner）、メキシコ代表（Mantilla-Molina）の発言。Doc. C(4); O.R. 396-398; Docy. Hist. 617-619.

買に特有のものではなく、むしろCISG 3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を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)[110]。

結局、アメリカ提案は、採用されなかった。

第2項　小括

1　損害軽減義務の適用範囲－履行請求権の排除への否定

以上で明らかなように、CISG 77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、債務者が重大な契約違反を行った場合、債権者は損害軽減のために契約を解除して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、CISG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に限定され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、目的物の市場価格が上昇している状況において、売主が履行期日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

[110] Doc. C(4); O.R. 397-398; Docy. Hist. 617-619. Fokkema の発言の日本語の訳は、吉川吉樹（2020）・前掲注9・134頁参照。

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、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額を減額すべきであると指摘する。

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、債権者が契約解除によって初めて反対債務から免れ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のである。すなわち、契約の解除を伴わない代替取引を行った買主は、違約者である売主が翻意して目的物を引渡しようとする場合、その目的物の受領を拒絶することができない。そのため、買主は、同じ内容の二つの契約の履行を求められないために代替取引を行う時に、元の契約を解除しておかなければならない。このような結果は、損害軽減義務に関する条文の文言およびその立法経緯と一致しないと言わざるを得ない。すなわち、CISG 46条および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[111]。」

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、買主が履行に代わる損害賠償を請求する例であって、目的物の引き渡しを請求するものではない。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

[111] Shael Herman, Specific performance: a comparative analysis, Edinburgh Law Review, 7(2), at 194-217 (2003).

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[112]。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。

[112] 吉川吉樹（訳）曽野裕夫（補訳）(2015)・前掲注56・はしがき参照。