

## 第18回講義の補足説明

2011/11/28

### 09関連

間接強制の根拠条文は、案外難しいです。通説と違って414条1項を現実的履行の強制全般を指すものと理解すれば、同項が根拠になり、民執172条・173条がそれを具体化していると理解しやすいのですが、通説のように414条1項を直接強制を規定するものとする、414条3項の「将来のための適当な処分」の中に読み込むことになりませんか。しかし、それでは代替執行ができない不作為債務の場合にしか間接強制ができないことになり、民事執行法の上記規定と齟齬します。そうすると民法の規定に実体法上の根拠を求めるのは断念して、それは条文はないものの当然に認められる法理であると理解することになるでしょう。民事執行法の上記規定そのものを実体法規とみるのは難しいように思います。

### 14関連

債務者に同時履行の抗弁権や留置権が主張できる場合は債務不履行でないのではないかと質問がありました。これも言葉の使い方の問題です。この場合には債務不履行ではない、という表現はもちろん可能です。しかし、免責事由がなければ債務不履行が一応成立するが、抗弁権により違法性が阻却される、と解することもできましょう。ただこの考え方は、免責立証があるかないか以前に客観的に債務の本旨に従った履行がないことを債務不履行と呼ぶ用語法に、より親近感を感じるでしょう。

### 18関連

18 通説によれば、債務者の帰責事由とは、債務者の故意または過失、~~おまびまたは~~信義則上これと同視すべき事由を意味する。債務者自身の故意・過失と同視すべき事由とは、履行補助者の故意・過失を言う。~~運送品が不可抗力で滅失した場合には、運送人に運送を頼んだ物の引渡債務者は、責任を負わない。~~ [基本]

上述のように、「および」は普通「または」と表現されています。ただ論理的には「および」でも間違いではありません。「債務者の帰責事由に入るものには、債務者自身の故意・過失、『および』履行補助者や履行代行者の故意・過失の2種類がある。」という表現が可能だからです。なお、講義中の回答で指摘されたように、履行補助者等第三者に履行させること自体が認められない債務についてこうした者を使用すれば、それ自体が債務者の帰責事由のある債務不履行となりますから、「信義則上同視すべき事由」を論じる必要がありません。もっとも、商品の配達を債務者自身が行わないといけない債務である場合はほとんどなく、運送人に運送を頼むこと自体が債務不履行となることはないでしょう。

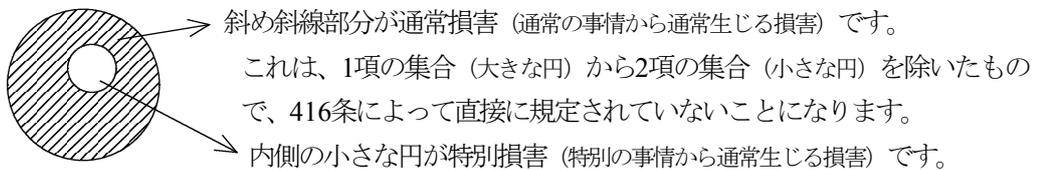
次に、本問は特定物の送付のつもりで作成しましたが、種類物が対象であるとする、前回の種類物の特定の話になります。そして、私自身は強く疑問を持つと申しましたが、通説と言われる履行地説では、送付債務の場合、履行地での現実の提供があるまでは特定が生じません。そうすると、不可抗力による場合でも、運送途中であり特定前に滅失・損傷が生じれば、売主は調達義務を負いますから、それを「(なお履行の) 責任を負う」と表現するのは正しいということになります。

さらに、よく事故がおこるといわれる運送人を選んで頼んだとすればどうかとの質問が

ありました。問題のある不良な運送業者であることを知り又は知りうるのに選べば、選任・監督自体に問題があるともいえますが、その場合でも選任・監督の懈怠と不可抗力による物の滅失・損傷には因果関係が欠けるように思われ、責任を負わないのではないのでしょうか。

## 20関連

わかりにくかったようなので再説します。通常なら生じえないような損害であれば、原因（債務不履行）との間に、相当因果関係がないことになるでしょう。なお、判例も、特別の事情によって生じた損害の範囲は、この特別の事情から事物自然の性質に従い通常生ずべき損害に限られる、としています（大判昭和4・4・5民集8巻373頁）。民法416条1項は、相当因果関係の原則を示し、2項は相当因果関係を判断する際の基準として、基礎とすべき特別事情の範囲を予見可能性で限界づけるものです。



たしかに、上記の説明と異なり、「1項は通常損害を定めたもの、2項は特別損害を定めたもの」という理解も少なくありません。しかし、そのような理解を採っても、特別損害は、「特別事情から通常生じる損害」であって、通常なら生じえないような損害まで賠償の対象とするものではありません。

## 24関連

大審院も最高裁も価格騰貴を通常損害と見るものもあれば特別損害と見るものもあります。不動産の場合には特別損害とされやすく、最判昭37・11・16民集16巻11号2280頁も不動産売買の例です。これに対して、通常損害と認めた最判昭28・12・18民集7巻12号1446頁は、商人間の下駄材の売買の例です。この2つは、当事者や目的物によって扱いが異なることがよくわかる対照だと思えます。

25 金銭債務を履行しなかった場合、債務者は、たとえそれが大地震によるライフラインの寸断によるものであったとしても、損害賠償責任を負う。~~債務者が金銭債務の履行を遅滞したために、債権者が債権回収業者に取立てを依頼した場合、債権者は、この業者に支払った手数料相当額を、債務者に損害賠償請求できる。[超基本]~~

第1文は419条1項・3項により正しい。これに対して、金銭の遅延賠償は、約定もしくは法定利率によるものとされており、それ以上の損害の賠償は認められないというのが一般的です。もっとも、647条後段（受任者の金銭消費の責任）、669条（組合員の出資遅滞責任）、873条2項（後見人の金銭消費の責任）など、利息（法定利率で算定された遅延損害金）ではカバーされないその他の損害の賠償を肯定する特別規定がある場合は別です（悪意の不当利得者の責任を規定する704条もそのような規定と理解できますが、これは現在は松岡の1人説。一週間後に韓国での東アジア民法学会合同シンポジウムで発表します！）。さらに近時は、419条1項は、このような特別の損害の賠償を否定するものではないとして、遅延損害金を超える損害の賠償請求を許容する見解も増えています。

26 受領遅滞の効果については、法定責任説、債務不履行説、折衷説が対立するが、その実質的な違いは、片務契約上

の債務や先履行債務の受領遅滞について問題になる。判例は、受領遅滞に基づく解除や損害賠償を認めない。[基本]

同時履行関係にある双務契約、たとえば、売買契約では、売主は、通常、買主の受領遅滞を理由としなくても、買主の代金債務の履行遅滞を理由とすれば、解除や損害賠償の救済が得られます。ところが、贈与契約のような片務契約の贈与者や、双務契約である売買契約でも物の給付が先履行とされている場合には、反対債権を理由とする責任追及ができません。そのような場合にこそ、解除や損害賠償という積極的・攻撃的な効果を受領遅滞に認めるべきか否かが問題になるのです。

後段は、たしかに判例は、受領遅滞に基づく解除を認めていませんが、損害賠償を認めた例があり(最判昭46・12・16民集25巻9号1472頁・P113：硫黄鉱石事件)、最後の部分が誤りです。なお、この判例は、信義則によって当該事例で受領義務を認めたものですが、法定責任説の原則を崩していないとも、折衷説に歩み寄ったとも評価できます。

27 当事者が損害賠償額を予め合意していた場合、債権者がこの金額を債務者に請求するためには、債権の発生原因と債務不履行の事実および損害発生の実態を主張・立証すればよく、損害額についての主張・立証を必要としない。裁判所は、実損害額が立証されれば、その額まで減額することができる。[やや難+超基本]

第1文がやや難です。損害発生の実態は主張・立証する必要がない、と判例(大判大11・7・26民集1巻431頁)は判示しています。したがって、この立場からは第1文も誤りといえましょう。もっとも、若干の注意が必要です。判例のように損害を具体的金銭額で考える立場では、損害発生の実態の証明は、損害額の証明と同義になるのです。そして、損害額の立証の困難を避けるため違約金や損害賠償の予定の特約が合理的なものとして許されるのですから、判例が、損害発生自体も立証不要とするのは理解できます。

しかし、近時の学説のように、不利益の生じた事実を損害とみて、損害額はその金銭評価の問題だと考えるならば(典型的には平井宜雄の損害事実説)、損害発生の実態自体の立証は難しくありません。たしかに、違約金が債務不履行に対する制裁であることを強調すれば、違約金の場合には、債務不履行の事実だけで足りるとも考えられます。しかし、損害賠償の予定は、あくまで損害が発生したことを論理的前提としますので、損害事実説に立てば、損害発生の実態の立証は不可欠ではないでしょうか。

第2文は、民法420条1項の明文に反します。もっとも、不当に高額な損害賠償の予定などは、たとえば消費者契約法9条、割賦販売法6条のような特別の規定や公序良俗に反すれば、無効となります。また、債権者の過失を考慮した過失相殺による減額は、420条1項の規律と関係なく、許されます。

28 違約金が合意されている契約において債務不履行があった場合、債権者は、違約金に加えて損害賠償をも請求することができる。[基本]

請求ができる場合が限定されていますので、無限定な命題は誤っています。違約金は損害賠償の予定と推定されますから(420条3項)、債権者が黙っていれば、損害賠償の予定に加えて損害賠償を求めることは、たしかにできません。しかし、違約金の約定が違約罰であって、損害賠償の予定とは異なり、損害賠償とは別途請求できる性質のものであるとの特段の合意があったことを債権者が立証できれば、違約金+損害賠償請求が可能となります。

29 XがYから借りていたバイクを壊してしまったため、壊したバイクの価額をYに弁償したとき、Xは、Yに対し、~~このバイクの所有権を自己に移転するよう請求することができる。~~ [超基本]  
422条の賠償者代位により、Xは、当然にバイクの所有権を取得します。

30 YがXに売却した別荘が、Xへの引渡し前にAの放火で滅失した場合、~~YがAに対して損害賠償請求権を取得し、この損害賠償請求権は、履行不能となったYの債務の代償である。~~所有権が代金完済まで留保された建物の売買契約において、この建物が火災で滅失した場合、売主Yが保険会社Aに対して取得する保険金請求権は、履行不能となったYの債務の代償である。いずれの場合も、Xは代償請求権を取得する。 [難]

**代償請求権を賠償者代位**（損害賠償をした者が債権者の取得すべきであった物や権利を譲渡行為を要せず当然に取得する。422条）と混同しないようにしてください。本問第1文の場合には、判例によれば、特段の事情や特約がなければ、売買契約時に別荘の所有権はXに移転しますから、所有権侵害を理由に損害賠償債権を取得するのはXです。また、534条の債権者危険負担主義がそのまま適用されれば、Yの代金債権は残りますので、Yには損害もありません。この場合には、代償請求権を問題にする余地はありません。

第2文の場合には、所有権者であり保険契約の締結者であるYがAに対する保険金請求権を取得します。534条を制限する解釈を採れば、管理可能性移転以前では536条1項が適用され、Xの代金債務も消滅しますので、利益の均衡のために代償請求権を認める必要はありません。これに対して、単純に534条が適用される場合には、Yの引渡債務が履行不能で消滅しながらYが保険金請求権を取得し、他方で、Xの代金債務は消滅しないため、Xが不均衡に不利益を受けます。このような不合理を緩和するため、Yの取得する保険金請求権に対するXの代償請求権が必要とされるのです。