

# 債権法改正法下における「債権」概念について

大久保 邦 彦

## 1 問題の所在

伝統的な民法理論<sup>1</sup>は、債権には本来的履行請求権が常に備わっているという理解のもと、債務者の帰責事由により本来的履行が後発的に不能となった場合には、債権は同一性を維持したまま、その内容が填補賠償請求権に変更されると考えている<sup>2</sup>。この考え方によれば、本来的履行が原始的に不能な場合には、本来的履行請求権を欠く<sup>3</sup>ため債権は成立せず、債務不履行による填補賠償請求権も認められない。そして、かかる帰結を導くため、原始的不能の契約は無効とされていた<sup>4</sup>。

ところが、2017年の債権法改正法は、原始的不能というだけで直ちに契約は無効とはならないという新ルールを採用し、原始的に不能な契約が有効に成立した場合には、本来的履行請求権はないが（新412条の2第1項）、填補賠償請求権は生じうることを明規した（新412条の2第2項、

---

1 我妻米『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店・1964）6頁、同『債権各論上巻（民法講義Ⅴ<sub>1</sub>）』（岩波書店・1954）80頁。

2 判例にも、「債務者の責に帰すべき事由によつて履行不能を生じたときは、債権者の〔賃貸家屋返還〕請求権は、解除を俟つことなく填補賠償請求権に変わる」としたものがある（最判昭和30・4・19民集9巻5号556頁）。

3 不能なものの義務は存在しない（*impossibilium nulla obligatio est*）。

4 判例も、「一般に契約の履行がその契約締結の当初において客観的に不能であれば、その契約は不可能な事項を目的とするものとして無効とせられる」という一般論を述べていた（最判昭和25・10・26民集4巻10号497頁）。

新 415 条)<sup>5</sup>。その結果、改正後は、本来的履行請求権を欠く債権が生じうるため、上記の伝統的な民法理論は否定されたと見るのが自然である。

かかる事態に鑑みて、本小稿は、債権法改正法下における「債権」概念について若干の検討を加えることを目的とする。

## 2 条文の文言

検討の手始めに、主要な条文の文言を確認しておく。

まず、414 条は債務の現実的履行の強制を認める規定であるが、旧 4 項・新 2 項で強制履行は「損害賠償の請求を妨げない」旨が規定されているため、1 項で第一次的に想定されている「債務の履行」は本来的履行義務の履行である。しかし、損害賠償義務の強制履行も問題となるので、同条の「債務」には債務不履行による損害賠償義務も含まれると解釈すべきである。

旧 415 条本文・新 415 条 1 項本文の「債務の本旨に従った履行」や 412 条の「債務の履行」で想定されているのも、第一次的には本来的履行義務の履行であろう<sup>6</sup>。しかし、損害賠償義務の不履行も観念できる。損害賠償義務は期限の定めのない債務なので、履行の請求を受けた時から債務者は遅滞責任を負い（412 条 3 項）、遅延損害金が発生する<sup>7</sup>。したがって、これらの条文の「債務」には損害賠償義務も含まれると解釈すべきである（なお、金銭債務については 419 条の特則がある）。

また、新 121 条の 2 の「債務の履行」も第一次的には本来的履行義務の履行を想定していると思われるが、契約に基づく債務について填補賠償された後に、その契約が無効であることが判明した場合には、填補賠償に

---

5 本稿では、2017 年改正前の民法の条文を「旧〇条」、改正後の条文を「新〇条」、改正の前後での区別が不要な条文を単に「〇条」として引用する。

6 412 条 3 項の「履行の請求」は本来的履行請求権だと明示的に述べる説として、石崎泰雄『「新民法典」の成立』（信山社・2018）107 頁。

7 最判昭和 55・12・18 民集 34 卷 7 号 888 頁。この判例は安全配慮義務違反による債務不履行に関するものであるが、填補賠償請求を認容した前掲注 2・最判昭和 30・4・19 の事件でも、訴状送達の日からの遅延損害金請求が認められている。

についても原状回復が必要なので、同条の「債務」には損害賠償義務も含まれると解釈すべきである。

それに対して、債務の履行不能を要件とする新 412 条の 2・新 413 条の 2・新 415 条 2 項・新 422 条の 2 の「債務」として問題となるのは、本来的履行義務のみである。填補賠償義務が履行されたとしても、これらの条文において「債務の履行」があったことにはならない。

なお、新 533 条では「債務の履行に代わる損害賠償の債務の履行」が「債務の履行」に含まれる旨が特に定められている。旧 571 条は、売主の担保責任に基づく損害賠償義務と買主の代金支払義務ないし原状回復義務が同時履行の関係にあることを定めていたが、債権法改正により同条が削除されたため、533 条に括弧書が加えられたという経緯がある<sup>8</sup>。

### 3 新たな債権観

新 412 条の 2 の債務の履行不能で想定されているのは本来的履行義務の履行不能である。後発的不能の場合には、債権に当初備わっていた本来的履行請求権が履行不能により脱落するという説明が可能である。しかし、原始的不能の場合には、当初から本来的履行請求権が存在しないにもかかわらず、本来的履行義務の履行不能を観念しなければならない点に矛盾が生じる。

この矛盾の発生を阻止する方法として、新たな債権観によることが考えられる。新たな債権観を唱える論考としては能見善久「履行障害」<sup>9</sup>などがあるが、ここでは最も包括的な検討を加えている潮見佳男の著作を検討の中心に置く。最初に、潮見自身の見解が前面に出ている潮見佳男『債権総論 I [第 2 版]』（信山社・2003）の見解を紹介する（次の（1）では同書を頁数のみで引用する）。

---

8 「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」（<http://www.moj.go.jp/content/001136445.pdf>）51 頁。

9 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 103 頁（1998）。

## (1) 潮見説

債権とは、債権関係において債務者から一定の利益（債権者利益）を獲得することが期待できる債権者の地位である。債権者には、①債権者利益を獲得するための法的手段（履行請求権・損害賠償請求権）と、②債権関係を解消の方向に向かわせるための法的手段（契約解除権）とが与えられる（3-4頁、139頁）<sup>10</sup>。債権者利益は、履行請求権がない場合にも、損害賠償（履行利益賠償）の形で実現されうる（25-26頁）。損害賠償の帰責原理には保証責任と過失責任とがあるが（267頁以下）、債務者は、履行義務の有無にかかわらず、契約または法律（例、419条）に基づき債権者利益の実現を引き受けている場合（結果実現保証）が規範的拘束の原則形態である（28-31頁）。原始的不能の場合も、両当事者が不能のリスクを甘受する意図で契約を締結したという事情が認められる場合には、その契約は有効なものと評価され、履行利益賠償と契約解除が債権者の中心的な救済手段となる（46-47頁）。債権者利益の実現が引き受けられている場合には、不可抗力が損害賠償の免責事由となる（277-279頁）<sup>11</sup>。

## (2) 検討

まず、潮見説によると、本来的履行義務が履行不能でも、填補賠償義務が履行されると、債務が履行されたことになる。かかる理解は、本来的履行義務の履行不能を債務の履行不能と捉える新412条の2・新413条の2・

---

10 奥田昌道編『新版注釈民法（10）Ⅰ債権（1）』（有斐閣・2003）27頁〔潮見佳男〕では、履行障害の際の救済手段として、履行請求権・損害賠償請求権・契約解除権以外に、代金減額請求権・代償請求権などが債権者に与えられる可能性がある旨が述べられている。

11 本文の内容のうち、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社・2017）で説明が変更された主要な点を注記しておく。まず、債権の捉え方については、権利意思説からの説明と権利益説からの説明が併記されているが（153-157頁）、潮見自身の見解は明示されていない。次に、保証責任と過失責任という損害賠償責任の二元的体系が放棄され、契約の拘束力による一元的体系が採られている（373-374頁）。最後に「契約利益」という概念は残っているが（461-462頁）、「債権者利益」という概念は使われていない。

新 415 条 2 項・新 422 条の 2 の文言に抵触する。

しかし、より大きな問題が生ずるのは、原始的不能が不可抗力による場合である。この場合に契約が有効だとすると、債権があるにもかかわらず、債権者利益を実現する法的手段たる履行請求権・損害賠償請求権の双方がないという面白くない事態が生じる。かかる事態の発生を避けるため、履行請求権・損害賠償請求権の双方が存在しない場合には、契約当事者の意思や錯誤取消し（新 95 条）により契約は無効になると解するならば<sup>12</sup>、代償請求権（新 422 条の 2）までが排除されてしまう<sup>13</sup>。たとえば、X が自己所有の軽井沢の別荘を Y に 2000 万円で売却したが、契約締結の前日に不可抗力（落雷・竜巻）によりその別荘が全部滅失していた事例において、別荘の客観的価値が 2500 万円であり全額が損害保険により填補されるときは、代償請求権があれば Y は 2000 万円を支払い 2500 万円の保険金請求権を取得できるが、契約が無効だとすると Y は有利な取引の結果を実現できなくなる。したがって、債権者利益を実現するためには契約の有効な成立を広く認めるべきであろう。ところが、そのように解すると、代償請求権が発生する事態は少ないため、債権はあるが履行請求権・損害賠償請求権・代償請求権はなく債権者は何も請求できない<sup>14</sup>という非常に面白くない事態が生じうる<sup>15</sup>。新たな債権観による場合、かかる事態に対する

---

12 潮見自身は、原始的不能の契約が有効とされる場合、錯誤取消しの要件は充足されないとする（潮見『新債権総論 I』84 頁）。

13 Claus-Wilhelm Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der “Unmöglichkeit” für das Recht der Leistungsstörungen, in: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S.63.

14 債権者が解除権を有し、債務者が保護義務を負うことがあるが、それらは債権者利益の実現を目的とするものではない。

15 民法改正検討委員会や中間試案段階までの 547 条改正案は、債権はあるが履行請求権・損害賠償請求権・解除権のすべてを欠くという面白くない事態の発生を妨げていた（民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針 II』（商事法務・2009）335-338 頁、法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」（平成 25 年 7 月 4 日補訂。以下では「中間試案補足説明」として引用する。<http://www.moj.go.jp/content/000112247.pdf>）140-141 頁）。

説明が必要となるだろう。

そこで、かかる事態の発生を可能な限り避けるために、新たな債権観は損害賠償責任を厳格化している疑いがある<sup>16</sup>。新 415 条 1 項は債務不履行を理由とする損害賠償責任の厳格責任化・結果責任化を行うものではないと潮見は主張しており<sup>17</sup>、それには相応の理由があるが、契約の無効・取消しや解除による原状回復義務（新 121 条の 2・545 条）については、新たな債権観を基礎にしていると見られる民法改正検討委員会の案<sup>18</sup>では、原物返還が不能となった場合に厳格な価額返還義務を課すことが想定されている。次に、これに関する民法改正検討委員会と法制審議会の議論を見ることが出来る。

#### 4 原状回復義務の履行不能

##### (1) 契約の無効・取消しの場合

###### (a) 民法改正検討委員会

民法改正検討委員会では、「無効な法律行為の効果」について、次の規定を新設することが提案された<sup>19</sup>。

##### 【1.5.51】（無効な法律行為の効果）

- 〈1〉 法律行為の当事者は、無効な法律行為に基づいて、その債務の履行を求めることができない。
- 〈2〉 法律行為の当事者が、無効な法律行為に基づいて履行したときは、相手方に対して履行した給付の返還を求めることができる。

- 16 木庭顕『現代日本法へのカタバシス』（羽鳥書店・2011）124 頁は、民法改正検討委員会の損害賠償の免責事由に関する案【3.1.1.63】（『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ』243 頁）に対して、「引き受けた以上は絶対に履行結果を達成しなければならない、さもなくば賠償だ」というのは、「前代未聞の厳格責任主義であり、契約法の基本に反する」という批判を加えている。
- 17 潮見佳男「債権法改正と『債務不履行の帰責事由』」曹時 68 巻 3 号 637 頁以下（2016）。
- 18 山本豊「債務不履行・約款」ジュリ 1392 号 84-85 頁（2010）。
- 19 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅰ』（商事法務・2009）349 頁以下。

- 〈3〉〈2〉の場合において、相手方が受領した利益そのものを返還することができないときは、相手方はその価額を返還する義務を負う。
- 〈4〉〈2〉〈3〉の場合において、相手方が法律行為が無効であることを知らずに給付を受領したときは、相手方は利益が存する限度において返還する義務を負う。
- 〈5〉〈4〉の規定は、法律行為が双務契約または有償契約であった場合には適用しない。ただし、法律行為が無効であることを知らずに給付を受領した者は、当該法律行為に基づいて相手方に給付し、または給付すべきであった価値を限度として〈3〉の価額返還義務を負う。

その提案要旨によると、「〈3〉は、給付した利益そのものの返還ができない場合に、その価額返還義務を定める原則規定である。……何らかの事情によって原物が給付を受領した者の下において滅失・損傷し、あるいは役務給付におけるように、給付を受けた利益そのものを返還することが給付の性質上できない等の事情により、原物返還義務が履行できなくなったとしても、給付受領者は、その返還義務の不履行について義務違反行為があったかどうかにかかわらず、また、返還義務の履行が客観的に不可能となった時点において返還義務の存在を認識していたかどうかを問わず、価額返還義務を負うのが原則であるとするのが、この提案の趣旨である」（例外は〈4〉〈5〉）。〈3〉の価額返還義務については、不当利得法上の債務不履行（原物返還義務の不履行）の問題として処理すれば足りるとする見解も主張されたが、上記提案では、債務不履行の効果とは別個の問題として位置づけられている。

また、法律に基づく債務の不履行に関する特則を設けるかについての検討に際して、「物の返還を目的とする不当利得類型については、物が滅失・損傷した場合に物の返還義務が（全部または一部の）価額返還義務に転化し、この価額返還義務については債務者の免責の余地がないこと（その結果、物の滅失・損傷による不当利得返還義務の債務不履行を理由とした損害賠償という構成をとるまでもなく、価値返還が可能となること）」が述



べられ、その理論的根拠として、「そもそも法定の債務においては、債務を成立させるという評価のなかで、当該債務の不履行にかかるリスクを債務者に負担させるべきであるとの態度決定がされている」という考え方が示されている<sup>20</sup>。

(b) 法制審議会民法（債権関係）部会

法制審議会でも同様の考え方が維持されており、中間試案では次の提案がなされた<sup>21</sup>。

第5 無効及び取消し

2 無効な法律行為の効果

- (1) 無効な法律行為（取り消されたために無効であったとみなされた法律行為を含む。）に基づく債務の履行として給付を受けた者は、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還しなければならないものとする。この場合において、給付を受けたもの及びそれから生じた果実の返還をすることができないときは、その価額の償還をしなければならないものとする。
- (2) 上記（1）の無効な法律行為が有償契約である場合において、給付を受けた者が給付を受けた当時、その法律行為の無効であること又は取り消すことができることを知らなかったときは、給付を受けたものの価額の償還義務は、給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額を限度とするものとする。
- (3) 上記（1）の無効な法律行為が有償契約以外の法律行為である場合において、給付を受けた者が給付を受けた当時、その法律行為の無効であること又は取り消すことができることを知らなかったと

20 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針V』（商事法務・2010）441頁。

21 中間試案補足説明 51頁以下。



きは、給付を受けた者は、それを知った時点でその法律行為によって現に利益を受けていた限度において上記(1)の返還の義務を負うものとする。

- (4) 民法第121条ただし書の規律に付け加えて、次のような規定を設けるものとする。

意思能力を欠く状態で法律行為をした者は、その法律行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負うものとする。ただし、意思能力を欠く状態で法律行為をした者が意思能力を回復した後にその行為を了知したときは、その了知をした時点でその法律行為によって現に利益を受けていた限度において、返還の義務を負うものとする。

(注) 上記(2)については、「給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額又は現に受けている利益の額のいずれか多い額」を限度とするのではなく、「給付を受けた者が当該法律行為に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額」を限度とするという考え方がある。

このうち、(1)後段の補足説明では、「給付されたものが給付を受けた者の下で滅失したり、給付を受けた者がそれを費消したりした場合や、給付されたものが役務であるなどその性質上給付自体を返還することができない場合がある。この場合には、原則としては、受け取った給付の返還に代えてその価額を償還しなければならない」と述べられていた(例外は(2)(3)(4))。そして、その理論的根拠として、「双務的な債務を負う当事者間においては、自己の所有に属する物の滅失・毀損の危険は、所有者自身が自らの責任において回避すべきであるという思想」が援用され<sup>22</sup>、物の「返還が不可能になった場合には、受領者が、法律行為の無効について善

22 ただし、所有者は返還請求権者なので、「所有」は「支配」ないし「占有」の誤りであろう。

意であるか悪意であるかにかかわらず、また、返還が不可能になったことについて帰責事由があるかどうかにかかわらず、原則として価額返還義務を負う」とされていた。

中間試案より後の段階では、価額償還義務に関する明示的規定は設けず、新 121 条の 2 第 1 項に結実する「原状に復させる義務を負う」という規律を新設して、その規律の中で価額償還義務があることを読み込むという整理がされたが、中間試案の基本的な考え方を改めるものではない<sup>23</sup>。

## (2) 契約の解除の場合

### (a) 民法改正検討委員会

民法改正検討委員会では、「解除の効果」について、次の規定を新設することが提案された<sup>24</sup>。

#### 【3.1.1.82】（解除の効果）

- 〈1〉当事者の一方が、その解除権を行使したときは、当事者はその契約の履行の請求をすることができない。
- 〈2〉当事者の一方が、その解除権を行使したときは、契約の全部または一部を既に履行している当事者は、相手方に対して、原状回復を請求することができる。ただし第三者の権利を害することはできない。
- 〈3〉解除権の行使は損害賠償の請求を妨げない。
- 〈4〉所有権移転を目的とする契約を解除する場合に、目的物が滅失または損傷したときは、当事者は目的物の価額または損傷による減価分について契約上の対価の限度で償還義務を負う。
- 〈5〉【3.1.1.54】は、〈2〉～〈4〉の場合について準用する。

23 「民法（債権関係）部会資料 66A」（<http://www.moj.go.jp/content/000118124.pdf>）36 頁、「法制審議会民法（債権関係）部会第 78 回会議議事録」（<http://www.moj.go.jp/content/001186486.pdf> 以下では「第 78 回会議議事録」として引用する）47 頁〔金関係官〕。

24 『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ』325 頁以下。

その提案要旨・解説によると、〈4〉は、①解除権が行使された後に目的物が滅失・損傷した場合と、②解除権が発生したが解除権が行使される前に目的物が滅失・損傷し、その後に解除権が行使された場合の双方に適用される。この償還義務は目的物返還義務者の支配領域内で生じたことに基礎を持つ特別の責任であり、目的物の滅失が返還義務者の保管義務違反によらない場合であっても、この償還義務からは免責されない。ただし、その額は契約上の対価を上限とすることで、利害の調整が図られている。贈与の解除前に目的物が滅失・損傷した場合については、「贈与が解除されたときは、受贈者は、解除時に利益を受けている限度において返還義務を負う」という特別規定が用意されている<sup>25</sup>。物の保管者に保管義務違反がある場合には、価額償還義務に加えて、損害賠償義務も問題となる<sup>26</sup>。なお、〈4〉は、所有権移転を目的としない賃借人の目的物返還義務には適用されない。賃貸借契約においては、賃貸目的物自体の滅失の危険は常に所有者に残っている<sup>27</sup>。

(b) 法制審議会民法（債権関係）部会

法制審議会でも同様の考え方が維持されており、中間試案では次の提案がなされた<sup>28</sup>。

第 11 契約の解除

3 契約の解除の効果（民法第 545 条関係）

民法第 545 条の規律を次のように改めるものとする。

25 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅳ』（商事法務・2010）205 頁以下。

26 価額償還義務は目的物の客観的価値を上限とするのに対して、損害賠償義務の範囲はそれを超えるので（例、転売利益の賠償）、別に損害賠償を認める意義がある。

27 潮見『新債権総論Ⅰ』605 頁注 117 も同旨を述べる。判例も同旨である（大判昭和 11・3・7 民集 15 卷 376 頁）。新 621 条も、賃借人の帰責事由によらない賃借物の損傷の危険は賃貸人が負うとする。

28 中間試案補足説明 138 頁以下。

- (1) 当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その契約に基づく債務の履行を請求することができないものとする。
  - (2) 上記 (1) の場合には、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負うものとする。ただし、第三者の権利を害することはできないものとする。
  - (3) 上記 (2) の義務を負う場合において、金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付さなければならないものとする。
  - (4) 上記 (2) の義務を負う場合において、給付を受けた金銭以外のものを返還するときは、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還しなければならないものとする。この場合において、その給付を受けたもの及びそれから生じた果実を返還することができないときは、その価額を償還しなければならないものとする。
  - (5) 上記 (4) により償還の義務を負う者が相手方の債務不履行により契約の解除をした者であるときは、給付を受けたものの価額の償還義務は、自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価額又は現に受けている利益の額のいずれが多い額を限度とするものとする。
  - (6) 解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げないものとする。
- (注) 上記 (5) について、「自己が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額又は現に受けている利益の額のいずれが多い額」を限度とするのではなく、「給付を受けた者が当該契約に基づいて給付し若しくは給付すべきであった価値の額」を限度とするという考え方がある。

このうち (4) 後段の概要では、「近時の有力な学説を踏まえ、返還できない原因の如何を問わず、その給付等の客観的な価額を償還する義務を負う」と説明されている<sup>29</sup>。ドイツ民法では 346 条 3 項に価値賠償義務が

---

29 潮見『新債権総論 I』601 頁も同旨を述べる。

例外的に認められない場合が列挙されているが<sup>30</sup>、潮見はその例外すら不要だと法制審議会で発言している<sup>31</sup>。

中間試案より後の段階では、無効・取消しの場合の原状回復義務に関する規律と平仄を合わせる観点から、価額償還義務に関する明示的規定は設けず、解釈に委ねることになったが<sup>32</sup>、基本的な考え方を改める趣旨ではない<sup>33</sup>。

---

30 ドイツ民法 346 条（解除の効果）

- (1) 契約当事者の一方が契約により解除権を留保した場合、または、契約当事者の一方に法定解除権が帰属する場合において、解除がされたときは、受領された給付は返還しなければならない。取戻した果実は引き渡さなければならない。
- (2) 給付の返還または果実の引渡しに代えて、債務者は、以下の場合には、価値の賠償を行わなければならない。
  1. 給付の返還または果実の引渡し、得られたものの性質により、排除される場合、
  2. 債務者が受領した目的物を費消し、譲渡し、担保に供し、加工し、または改造した場合、
  3. 受領した目的物が劣化または滅失した場合。ただし、定められた用法に従った使用によって生じた劣化は、考慮しない。契約において反対給付が定められているときは、それが価値賠償の算定に際して基礎とされなければならない。消費貸借の使用利益に関する価値賠償が給付されるべきときは、使用利益の価値がより低かったことを証明することができる。
- (3) 価値賠償義務は、以下の場合には認められない。
  1. 解除権を基礎づける瑕疵が、目的物の加工または改造の間に初めて明らかになった場合、
  2. 債権者が劣化または滅失について責めを負う場合、または、損害が債権者のもとでも同様に発生したであろう場合、
  3. 法定解除権の場合において、劣化または滅失が、解除権者が自己の事務に関して通常用いるべき注意を尽くしたにもかかわらず、解除権者のもとで発生した場合。残存する利得は、返還しなければならない。
- (4) 債権者は、第 1 項の義務の違反を理由として、第 280 条から第 283 条の規準に従って損害賠償を請求することができる。

31 「法制審議会民法（債権関係）部会第 1 分科会第 2 回会議議事録」（<http://www.moj.go.jp/content/000096738.pdf>）53-54 頁〔潮見幹事〕。

32 「民法（債権関係）部会資料 68A」（<http://www.moj.go.jp/content/000117654.pdf>）30-31 頁。

33 第 78 回会議議事録 47 頁〔金関係官〕。

### (3) 検 討

(3) では、「そもそも法定の債務においては、債務を成立させるという評価のなかで、当該債務の不履行にかかるリスクを債務者に負担させるべきであるとの態度決定がされている」という考え方 ((1) (a)) について検討する。不当利得に関する潮見の見解の中に、かかる態度決定の具体的な姿が見て取れる。

#### (a) 侵害利得

潮見は、侵害利得に関し、「所有物が他人により不当に占有ないし侵奪され、所有者がこれを利用できないというような場合には、原物の返還を欲する所有者は、自己に帰属している所有権に基づく返還請求権（物権的返還請求権）を行使することにより、正常な財貨帰属状態を回復することができます。／このように、原物返還が問題となる局面では、物権的返還請求権によるべきであって、不当利得に基づく返還請求権は行使の余地がありません。物の滅失・損傷により物権的返還請求権が行使できないときにはじめて、不当利得（侵害利得）を理由とする価値返還請求権が成立するのです」と述べる<sup>34</sup>。さらに別の箇所では、「動産・不動産の原物返還が問題となる場合に侵害利得を理由とする不当利得返還請求権が登場するのは、動産・不動産の占有を受益者がもはや有していない場合、たとえば、目的物が受益者から第三者に譲渡されている場合、目的物が受益者のもとで焼失してしまっているような場合や、添付（附合・混和・加工）により受益者が動産の所有権を取得した場合に限られます。／ここでは、当該目的物の客観的な価値が金銭に換算されて、返還の対象となるのです」と敷衍されている<sup>35</sup>。

このうち「目的物が受益者から第三者に譲渡されている場合」は、侵害

---

34 潮見佳男『債権各論Ⅰ 契約法・事務管理・不当利得〔第3版〕』（新世社・2017）325頁。

35 潮見『債権各論Ⅰ〔第3版〕』330頁。

利得が成立する典型場面である。ただし、原所有者が所有権を失っていないときは第三者に対して物権的返還請求権を行使できるので、原所有者の受益者に対する侵害利得返還請求権が成立するためには、即時取得・追完などによって原所有者が所有権を失っていることが要件となる。このとき「受益者」に譲渡の利益が帰属するので、侵害利得が成立する。

それに対して、「目的物が受益者のもので焼失してしまっているような場合」に侵害利得が成立するかは問題である。目的物が占有者のもので単に焼失した場合には、占有者に利益は帰属しないからである。「占有＝受益」ではない。そのため「受益者」と呼ぶこと自体が不適切である。占有者が受益するためには、目的物が占有者のために有益に利用されたこと、たとえば、占有者の部屋の暖房のために目的物を燃やしたことが必要である。

もっとも、かかる批判に対しては、この場合の価値返還義務は、焼失が占有者の支配領域内で生じたことに基礎を持つ特別の責任であり、目的物の滅失が占有者の保管義務違反によらない場合であっても、この義務からは免責されないと反論されるかもしれない。しかし、このような価値返還義務は 191 条の評価に矛盾する。191 条はまず、善意の自主占有者は占有物が占有者の責めに帰すべき事由によって滅失したときであっても、その滅失によって現に利益を受けている限度においてしか賠償をする義務を負わない旨を規定している。たとえば、家屋の占有者がその家屋を毀壊し、その木材・石材等をなお占有するときはこれを返還すべく、その木材・石材等を売却してその代価を占有するか、これを有益に使用したときは、その木材・石材等の代価を返還しなければならない<sup>36</sup>。このように、その効果は善意の不当利得の原則（703 条）に従う<sup>37</sup>。また、191 条の反対解釈からは、占有物の滅失・損傷が占有者の責めに帰すべき事由によらない場合には、悪意の占有者や他主占有者も含め、占有者はすべて賠償義務を負

---

36 梅謙次郎『民法要義卷之二物権編〔訂正増補 31 版〕』（有斐閣書房・1911）58 頁。

37 川島武宣＝川井健編『新版注釈民法（7）物権（2）』（有斐閣・2007）120 頁〔田中整爾〕。



わないという結論が導かれる<sup>38</sup>。かかる結論は、賃貸借契約において賃貸目的物自体の滅失の危険は常に所有者に残っているという解釈とも整合する。目的物が占有者のもとで焼失した場合に占有者は常に目的物の客観的価値の返還義務を負うと解釈するならば、191条は空文化するであろう。

目的物の譲渡と滅失とを同視する解釈がなされるのは、侵害利得の基本原則が十分に理解されていないからである。潮見自身、「ある利益が法秩序によって特定の人に帰属すべきものとされている（＝その人に利益保持の権原がある）にもかかわらず、利益の帰属について権原を有しない者（受益者）にその利益が帰属しているため、受益者の利益保持が『法律上の原因』を欠き、法秩序によって正当化されないという場合」に侵害利得が問題となると述べているが<sup>39</sup>、目的物の単なる滅失（利用を伴わない滅失）の場合には、占有者に利益は帰属しないから、侵害利得は成立しない。不当利得の類型論の通説化に貢献した Caemmerer は、BGB812 条 1 項の「その他の方法による利得の最も重要な諸場合を形成するのは、他人の財貨が使用（gebrauchen）、収益（nutzen）、費消（verbrauchen）または換価（verwerten）される諸場合である。……侵害者（Eingreifer）が有責に行為したときは、その者は損害賠償義務を負う（BGB823 条 1 項）。……無責の侵害の場合、被侵害者には、少なくとも使用された価値が補償されるべきであり、それは不当利得による」と述べている<sup>40</sup>。侵害利得が成立するのは、物が利用（＝使用・収益・費消・換価）された場合に限られる。それ以外の理由によって物が滅失・損傷しても、侵害利得は成立しない。

法は、本来の権利客体だけでなく、その利用による利益も権利者に割り

---

38 我妻栄『債権各論下巻一（民法講義V<sub>4</sub>）』（岩波書店・1972）1105-1106頁、内田貴『民法Ⅱ〔第3版〕債権各論』（東京大学出版会・2011）596頁。なお、我妻・同1071頁は、善意の受益者は自己の財産におけるのと同じの注意を負うとする。

39 潮見『債権各論Ⅰ〔第3版〕』323頁。

40 Ernst von Caemmerer, "Bereicherung und unerlaubte Handlung", in: Caemmerer, Gesammelte Schriften, Bd. I, 1968, SS.228-229. 加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』（有斐閣・1986）170頁に紹介がある。

当てているところ、権利者に帰属すべき利益がその割当内容に違反して無権利者のもとで実現した場合に、その利益を権利者に回復するための制度として侵害利得制度を設けている。侵害利得返還請求権は、侵害された元の権利の継続効(Rechtsfortwirkung)と見ることができる。かかる考え方はWilburgに由来する<sup>41</sup>。

(b) 給付利得

潮見は、給付利得についても、給付目的物の滅失により返還不能となった場合には、原則として、目的物の客観的価値の返還義務を認める<sup>42</sup>。ただし、例外として、目的物の滅失につき返還請求者の側に帰責事由があるときは、返還義務者は価額返還義務から解放され、また、121条の2第2-3項・消費者契約法6条の2が適用されるときは、返還義務の範囲は現存利益に限られるとする<sup>43</sup>。

給付利得の場合の価額返還義務は、物権的請求権・侵害利得と給付利得との関係や、契約の無効・取消しの場合における特殊の取扱いの要否の問題と関わっており、本小稿では、十分な検討を加えることができない。しかし、従来の議論では、権利継続効に基づく価額返還請求権の可能性が考慮の外に置かれることが多かったため、その可能性を考慮に入れたとき、従来と異なる地平が開ける可能性がある。解除による原状回復義務も給付利

---

41 Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994, SS.169-172; Franz Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S.242; 川角由和『不当利得とはなにか』(日本評論社・2004)73-80頁。

42 わが国の多数説だと思われるが(川村泰啓「契約の無効・取消と不当利得」『契約法大系Ⅶ(補巻)』(有斐閣・1965)181頁、藤原正則『不当利得法』(信山社・2002)135頁以下、窪田充見編『新注積民法(15)債権(8)』(有斐閣・2017)101頁[藤原正則]、悪意の受益者につき、松坂佐一『事務管理・不当利得[新版]』(有斐閣・1973)252頁[善意者については239頁]、四宮和夫『事務管理・不当利得』(青林書院新社・1981)131頁[善意者についても同頁])、加藤『財産法の体系と不当利得法の構造』374頁、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為[第3版]』(有斐閣・2001)35頁、内田『民法Ⅱ[第3版]』596頁は異なる見解を主張しており、通説とまでは言えない。

43 潮見『債権各論Ⅰ[第3版]』342-344頁。

得とその基礎を共有するので、同様の説明が可能である。

給付目的物の返還が問題となる多くの場面では、給付利得返還請求権と所有権に基づく返還請求権との競合が問題となるが、後者に付随する規範として 191 条がある。物の返還が問題となる場面で、所有権に基づく返還請求権を根拠にすると 191 条により占有者は免責されるのに、給付利得を根拠にすると免責されないという解釈はバランスを欠く。したがって、191 条の評価は給付利得においても尊重されるべきである。

次に、給付利得の場合の価額返還義務の原理的根拠としては、Lübtow の見解<sup>44</sup>を援用することができる。Wilburg が給付による利得とその他の方法による利得とを峻別し、前者の基礎を債権関係の欠落に、後者の基礎を権利継続効に求めたのに対して、Lübtow は両者の基礎の同質性を強調した<sup>45</sup>。Lübtow によると、原物が利得債務者の財産に存在する限り返還請求権の対象はその原物であるが、特定物が偶然に滅失したときは利得債務者は債務から解放され価額返還義務も負わないのに対して、その物が費消されたときは「権利の残余 (Rechtsrest)」として価額返還を目的とする新たな請求権が残される。所有権に基づく返還請求権が実現されない場合には、不能になった履行請求権の残余 (Rest) ないし継続効 (Fortwirkung) として損害賠償請求権が発生する (BGB989 条≡日民 191 条) と述べ、「残余＝継続効」と考えているので、Lübtow は給付利得返還義務の対象が原物返還から価額返還に変わる原理的根拠を権利継続効に求めていると言える<sup>46</sup>。

結局、給付目的物が滅失した場合は、原物返還義務は履行不能により消滅し (新 412 条の 2)、履行不能が受領者の責めに帰することができない

---

44 Ulrich von Lübtow, Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht, 1952, SS.27-29.

45 Wilburg と Lübtow の見解については、加藤『財産法の体系と不当利得法の構造』150-164 頁を参照。

46 返還義務者が目的物を消費したり第三者に処分したりした場合に、四宮『事務管理・不当利得』136 頁が「給付利得のわく内における侵害利得的局面」を語るのも、同じ発想に基づくものであろう。

事由によるものであるときは、損害賠償義務は生じないが(新 415 条 1 項)、給付目的物が受領者のために利用されたことにより滅失したときは、受領者は権利継続効に基づき価額返還義務を負うことになる<sup>47</sup>。

## 5 まとめ

### (1) 新たな債権観について

新たな債権観に従うならば、填補賠償義務の履行により債権者利益が実現されるので、債務が履行されたことになる。しかし、このような理解は、本来的履行義務の履行不能を債務の履行不能と捉える新 412 条の 2・新 413 条の 2・新 415 条 2 項・新 422 条の 2 の文言に抵触する。新たな債権観は、まず民法典の用語法に整合しない。

次に、価額返還義務を目的物返還義務者の支配領域内で生じたことに基礎を持つ特別の責任と位置づけるのは、191 条の評価に矛盾する。かかる評価矛盾が生じたのは、価額返還義務を基礎づける原理的根拠を捉えそこなったからである。価額返還義務の原理的根拠は、支配領域内における危険の実現にではなく、権利継続効に求めるべきである。

したがって、債権者利益を獲得するための法的手段として、債権者には、履行請求権・損害賠償請求権・代償請求権のほかに、少なくとも権利継続効に基づく価額返還請求権が与えられうる(新 121 条の 2・545 条のほか、新 424 条の 6 の価額償還で問題となりうる)。この可能性に気づけば、191 条と矛盾する仕方でも無責の債務者に厳格な責任を課すことなく、債務者に価額返還義務を課すことが正当化されうる。

### (2) 「債権」概念の捉え方

伝統的な民法理論による「債権」概念の捉え方も、民法典の用語法には

---

47 橋本佳幸ほか著『LEGAL QUEST 民法V事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣・2011) 42 頁、49-51 頁 [大久保邦彦]。Larenz/Canaris, a.a.O. (Fn.41), SS.262-263, SS.295-296, S.314, SS.327-332; Bydlinski, a.a.O. (Fn.41), SS.287-291 も参照。

整合しない。2で述べたように、損害賠償義務の強制履行（414条）や損害賠償義務の不履行（415条）も問題となるからである。しかし、第三の妙案が思い浮かばない以上、ひとまず伝統的な民法理論に従った上で、民法典の用語法に適合するように微修正を加えるのが、不必要な混乱を招かないために望ましい態度であろう。たとえば、「債権＝本来的履行請求権」と捉えた上で、本来的履行義務の不履行により損害賠償義務が発生した場合には、それも財産性を有するため債権に昇格する、というように入れ子構造的に考えれば、損害賠償義務の強制履行や不履行について414条・415条が適用される現象も説明できる<sup>48</sup>。最大の難関の原始的不能の場合については、生命侵害による損害賠償請求権の相続に関する時間的間隔説<sup>49</sup>のように、債権成立時には債権に本来的履行請求権が備わっているが、それは原始的不能により直ちに脱落するという説明で切り抜けてはどうか。この考え方に従えば、損害賠償請求権・代償請求権が生じるときは、それが債権に昇格し、双方とも生じないときは、本来的履行請求権の脱落によって債権も消滅する、と説明することになる。

〔付記〕 浅木学兄とは、私が初めてテニユアを得た神戸学院大学でご一緒させていただいた。学兄のまったりとした生き方は、私の学者生活の理想とするところであり、私が私学のロースクールから現在の職場に移ったのも、学兄の唱える「持たず、作らず、欲しがらず」という非ロースクール3原則に触発されてのことである。神戸学院大学の『法学部案内』の教員紹介の欄には、私のところだけ、学兄の筆になる同僚記がある。そこには「渾然とした空間に身を置くうちに公表する論文や講義の言葉まで渾沌とした代物になるという学者がたまに居るが、彼には未だそのような兆候は見られない。彼の吐く言葉は決して悪魔の言葉ではない」と書かれている

48 奥田昌道『請求権概念の生成と展開』（創文社・1979）229頁注5、231-235頁も参照。

49 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下巻）』（岩波書店・1924）871-872頁、大判大正15・2・16民集5巻150頁。

債権法改正法下における「債権」概念について

が、本小稿でも相変わらず整然と天使の言葉を語れていれば幸甚である。