

# 改正民法 415 条の「履行に代わる損害賠償」 と「その他の損害賠償」について

— 双務契約上の債務の不履行による損害賠償に関連して —

福 田 清 明

## 第 1 章 問題提起

改正民法 415 条 1 項（以下、条文番号のみの場合は改正民法のそれを指す）によれば、債務の本旨不履行があり、それが債権者に損害を生じさせ、本旨不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものではない場合、債権者は債務者に対して損害賠償を請求できる。

このような 415 条 1 項の要件を満たし且つ 415 条 2 項 1 号から 3 号のいずれかの号に該当する場合には、損害賠償の中でも「履行に代わる損害賠償」を債権者は債務者に請求できる。415 条 2 項の各号はいずれも「履行に代わる損害賠償」の付加要件となる。履行に代わる損害賠償で賠償されるべき損害の範囲は、416 条で決まる。

415 条 1 項の要件具備のみで成立する損害賠償により賠償される損害は、「履行に代わる損害賠償」により賠償される損害とは異なり填補損害に限定されない。この損害賠償を、「履行に代わる損害賠償」以外の損害賠償という意味で、「その他の損害賠償」と呼ぶことにする。その他の損害賠償で賠償されるべき損害の範囲も 416 条で決まる。

【事例<sup>1)</sup>】 軽食堂を営む X が 3 月 1 日に外食業向け調理器具会社 Y から

ドネルケバブ用の回転グリルを 15 万円で購入する売買契約を締結した。X は、この回転グリルを購入して、今まで既存のファーストフードだけであった提供軽食の幅を広げるためであった。その回転グリルの市場価格は 18 万円であったが、特別提供価格の 15 万円で約定した。回転グリルの納期は 3 月 5 日で、代金支払日は回転グリルが納入された後 1 週間以内と約定された。

Y はこのグリルを 3 月 5 日になっても引き渡さなかった。X が 3 月 15 日に、3 月 25 日までに納入すべしという催告期間を設定して催告した。この設定された催告期間が徒過した後の 3 月 26 日に、X は、本件売買契約を解除せずに、Y に対して、(1) 履行に代わる損害賠償として同種回転グリルの市場価格 18 万円と本件売買契約の代金 15 万円との差額 3 万円の損害賠償と、(2) 3 月 6 日から 3 月 25 日までの間に、ドネルケバブの調理用グリルがないことで逸失した 20 日間の利潤の合計金額 6 万円 (1 日当たり利潤を獲得し損なった金額 3000 円の日数分つまり  $3000 \text{ 円} \times 20 \text{ 日} = 6 \text{ 万円}$ ) の賠償を請求した。

上記事例の (1) と (2) のそれぞれの損害賠償は、415 条の「履行に代わる損害賠償」か、それとも「その他の損害賠償」か。415 条の本旨不履行があること、本旨不履行が債権者の損害を生じさせたこと、本旨不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものではないことといった要件を具備していなければならない。本事例において、415 条 1 項の各要件が具備されているので「その他の損害賠償」か「履行に代わる損害賠償」のどちらに分類されるかで、付加要件の具備の要否が決まる。そしてそのことが、損害賠償の成否に係わってくる。

X の請求している損害賠償が 415 条の「その他の損害賠償」に分類されるならば、415 条 1 項の要件は具備されているので直ちに当該損害賠償

---

1 Köhler/Lorenz, Prüfe dein Wissen, Rechtsfälle in Frage und Antwort, Schuldrecht I Allgemeiner Teil 22. Aufl. C. H. Beck, 2014, S.38 の Rechtsfall 35 を改変した事例。

改正民法 415 条の「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」について

請求権は成立する。他方、X の請求している損害賠償が 415 条の「履行に代わる損害賠償」に分類されるならば、415 条 2 項の 1 号から 3 号の付加要件をいずれかを具備しなければ損害賠償請求権は成立しない。同条 2 項 1 号、同条 2 項 2 号及び同条 2 項 3 号前段の要件は具備していない。残るは、415 条 2 項 3 号後段の要件である。それは、債務の不履行による解除権が発生していることである。調理器具の引渡しが無能になっておらず、売主が引渡債務の履行を拒絶する意思を明確に表示してもおらず、定期行為ともいえず（542 条 1 項 4 号）、「債務者がその債務の履行をせず、債権者が前条の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき」に該当しない（542 条 1 項 5 号）。541 条の法定解除権については、本事例の債務不履行が軽微ではないので問題となるのは、設定された催告期間の徒過である。

X が (2) で請求している損害賠償は、債務の履行が遅滞したことで債権者に発生した損害の賠償なので遅延損害賠償（遅延賠償）である。遅延損害賠償は、「その他の損害賠償」に分類されるので（理由については後述する。）、415 条 2 項のいずれかの号の要件を満たすことは不要で、415 条 1 項の要件を満たすことで直ちに成立する。

X が (1) で請求している損害賠償は、履行に代わる損害賠償なので（何が履行に代わる損害賠償に分類されるかは後述する。）、415 条 2 項の付加要件の具備が必要である。本事例において 415 条 2 項 3 号後段の付加要件である「法定解除権の発生」を具備している。541 条の催告による解除の要件、すなわち債務不履行の存在、債権者による催告期間の設定、その設定された期間の徒過、その期間を経過した時における債務不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして軽微ではないこと、という要件を満たしている。そこで、上記事例問題の X の (1) の損害賠償が認められる。

本稿は、「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」の区別立ては何のためにあるのか、そして両者の損害賠償にどのような損害が入るのかを検討する。この問題を論じる際に、ドイツ民法の「給付に代わる損害賠償（Schadensersatz statt der Leistung）」と「給付と併存する損害賠償

償 (Schadensersatz neben der Leistung)」の議論を参考にする。

## 第2章 ドイツ民法における「給付に代わる損害賠償」と「給付と併存する損害賠償」

給付障害法における損害賠償の特徴は、給付障害の統一的な共通要件を取り入れ、とりわけ給付障害の中心概念である義務違反を導入したこと、契約各則のいくつかの典型契約に規定のある担保責任法と債務法総論の損害賠償を一元化したこと、債務法総論の損害賠償において損害の種類を定めたことである。

ドイツ民法（以下、条文番号に付するときはド民と略す）280条1項は、給付障害法の損害賠償の統一的な共通要件を定めると同時に単純な損害賠償と講学上呼ばれる損害賠償類型を規定する。ド民280条2項は、ド民286条を指示する規範で、この指示規範は、共通要件であるド民280条1項と付加要件である同286条とが、遅延損害賠償という種類の損害賠償に関する規定を構成することを示す。ド民280条3項は、ド民281条～同283条の各条を指示する規範で、この指示規範によって共通要件であるド民280条と付加要件である同281条、同282条、同283条がそれぞれ組み合わせられて、給付に代わる損害賠償という種類に属する3つの下位類型が作られることを示している。

単純な損害賠償、遅延損害賠償、給付に代わる損害賠償は、3つの損害の種類であるが、同じレベルに並列しているのではない。単純な損害賠償の要件（損害賠償の共通要件）を満たすが付加要件を満たさない損害賠償が、単純な損害賠償に分類され、付加要件をも満たす損害賠償は、ド民286条の付加要件を満たす遅延損害賠償又はド民281条から同283条の付加要件を満たす給付に代わる損害賠償に分類されるという関係にある。

### 第1節 給付に代わる損害賠償 (Schadensersatz statt der Leistung)

ド民280条3項は、給付に代わる損害賠償を導くための適用規範を指示し、「債権者は、ド民281条 [給付がないこと又は給付が契約に適合しないことに基づく給付に代わる損害賠償の要件]、ド民282条 [ド民241

改正民法 415 条の「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」について

条第 2 項による義務違反に基づく給付に代わる損害賠償の要件] 又は同 283 条に [給付義務が排除された場合における給付に代わる損害賠償の要件] より付加される要件を満たす場合においてのみ、給付に代わる損害賠償を請求することができる」と規定した。ド民 280 条 1 項にド民 281 条の要件が付加された場合、ド民 280 条 1 項にド民 282 条の要件が付加された場合、ド民 280 条 1 項にド民 283 条の要件が付加された場合に、それらの要件が具備されたときのみ、給付に代わる損害賠償は成立する。

1 給付が可能な場合の無履行を理由とする給付に代わる損害賠償  
(ド民 280 条 1 項、同条 3 項、ド民 281 条)

履行期が到来し且つ履行が可能であるのに、履行期に給付されない場合、原則として給付のための期間を設定してその期間徒過によって、債権者は債務者に給付に代わる損害賠償を請求できる。例外的に給付のための期間の設定が不要な場合もド民 281 条 2 項・3 項で規定されている。履行期が到来し且つ履行が可能である給付が履行期に給付されないことを、債務者の帰責事由を要する履行遅滞とは区別して履行遅延と呼ぶ。履行遅滞には債務者の帰責事由があることが必要であるが、履行遅延にはそれが不要である。履行遅滞とは履行遅延の一場合である。この用語法に従えば、履行遅延があり、給付のための催告期間の設定とその徒過があれば、ド民 281 条 1 項の付加要件を具備し、ド民 280 条 1 項と、ド民 280 条 3 項で指示された 281 条 1 項に基づき、債権者は、債務者に履行に代わる損害賠償を請求できる。

2 契約不適合を理由とする給付に代わる損害賠償(ド民 280 条 1 項、  
同条 3 項、ド民 281 条)

契約不適合の給付がなされた場合、原則として給付のための期間を設定してその期間徒過によって、債権者は債務者に給付に代わる損害賠償を請求できる。例外的に給付のための期間の設定が不要な場合もド民 281 条 3 項・4 項で規定されている。

3 後発的不能の場合の無履行を理由とする給付に代わる損害賠償  
(ド民 283 条)

無履行が後発的不能によって発生した場合の損害賠償を 283 条が規定している。無履行が原始的不能で発生した場合には、そもそも給付義務がド民 275 条に基づいて最初から発生していないことから、通常は義務違反に関連づけられて債務者の帰責事由を判断されるが、それが原始的不能（ド民 311a 条）の場合にはできない。このことから、ド民 280 条 1 項の損害賠償の要件構造があるとは理解されていない。換言すれば、原始的不能の場合の無履行を理由とする損害賠償は、ド民 280 条 1 項の要件に、同 280 条 3 項の指示規範により同 311a 条の要件が付加されたものを要件全体とする損害賠償要件構成とはなっていない（ド民 280 条 3 項で 311a 条が指示されていない）。後発的不能による無履行の損害賠償は同 280 条 1 項の単純な損害賠償と同じ法的性質を有するが、原始的不能による無履行はそうではなく、同 311a 条で独自の損害賠償の構造を持つとされる。もっとも、原始的不能を理由とする無履行の効果は、ド民 283 条の場合と同じく、給付に代わる損害賠償である。

#### 4 期待可能性のない保護義務違反を理由とする給付に代わる損害賠償（ド民 282 条）

ド民 282 条は、保護義務違反に関するもので、給付に代わる損害賠償を定めている。同条によって給付に代わる損害賠償が発生するには、有効な債務関係の存在、給付に関連しない保護義務の違反（ド民 242 条 2 項）、債務者の義務違反についての帰責事由、当該義務違反から債権者に損害が生じたこと、債権者に期待可能性のないことである。次のような事例である<sup>2</sup>。すなわち、塗装屋は引き受けた塗装作業を適切に実行したが、しかし、時間を要する仕事の間住居の中の塗装すべき個所に行く途中で出入り口の扉及び調度品を不注意から何度も何度も傷つけたのである。このような場合、債権者は蒙った損害をド民 280 条 1 項で給付と併存する損害賠償を請求することができるが、ド民 242 条は、債権者がこのような度

---

2 BT-Drucksache 14/6040, S.141 で使われた事例。

改正民法 415 条の「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」について

重なる義務違反により発生する損害に耐えることを期待しえない場合に、債権者に給付に代わる損害賠償を与えて、問題のある塗装屋に任せることをやめることができるようにした。さらに、進んでこのような塗装屋との契約をド民 324 条で解除できるとした。

## 第 2 節 給付と併存する損害賠償 (Schadensersatz neben der Leistung)

給付に代わる損害賠償と対置される給付と併存する損害賠償は、ド民 280 条 1 項の「(単純な) 損害賠償」と「遅延損害賠償 (Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung)」とを一つのグループにまとめた講学上の概念である。これは、給付障害法の損害賠償の共通要件であるド民 280 条 1 項と、付加要件である同条 2 項及びド民 286 条とでもって定められたすべての要件を満たさなければ成立しない。給付と併存する損害賠償で賠償される損害は、考えられうる限りで一番後の時点で債務者から給付がなされたとしても、消え去ることのないすべての損害である。履行請求権が消滅する時点で既に確定的に発生している損害なのである。その典型は、完全性利益 (Integritätsinteresse) が侵害されたときの付随損害 (Begleitsschaden) である。それに対して給付に代わる損害賠償で賠償される損害は、浮動的損害で債務者が給付をすることで消え去る損害である。

### 1 遅延損害賠償 (ド民 280 条 1 項、同条 2 項、ド民 286 条)

①有効な債務関係の存在 (ド民 280 条 1 項)、②義務違反 (有効で、期限の到来した、貫徹可能な給付請求権の存在にも係わらず給付がなされないこと。ド民 280 条 1 項と同 286 条 1 項・2 項)、③債務者の遅延 (原則として債務者への警告の存在または例外的に警告がなくてもよい事情の存在。ド民 286 条 1 項・2 項)、④義務違反によって債権者に遅延損害が発生したこと、⑤義務違反について債務者に帰責事由があること (ド民 280 条 1 項、ド民 286 条 4 項)。

### 2 単純な損害賠償 (ド民 280 条 1 項)

給付義務、給付に関連した付随義務、保護義務の違反によって損害が確定的に債権者に生じた場合、その損害は、ド民 280 条 1 項の単純な損害

賠償で賠償される損害である。これに属する損害でもっとも想像しやすい損害は、保護義務違反で債権者の完全性利益を侵害して発生した損害である。

### 第3節 損害賠償の区分基準と区別の背後にある基本思想

「給付に代わる損害賠償」と「給付と併存する損害賠償」との区別基準についてのドイツの通説は、時間的区分説である<sup>3</sup>。それによれば、給付に代わる損害賠償の損害は、給付が最終的になにも為されない結果生じる損害である。給付が最終的になにも為されないとは、給付が不能である場合、ド民 275 条 2 項又は 3 項の不能の抗弁が成り立つ場合、債権者が給付に代わる損害賠償を請求した場合（ド民 281 条 4 項で給付義務が消滅する）、ド民 323 条等によって契約の解除がなされた場合である。想定可能な最も遅い時点で、債務者が義務として負った給付を為したとしたら消失する損害の賠償が「給付に代わる損害賠償」である。そのような給付をしても消失しないで存続している損害の場合は、「給付と併存する損害賠償」が問題となっている。

上記の区別基準を具体例に適用してみる<sup>4</sup>。事例は、次のようなものである。「売買されたペットの猫が細菌に感染していた。引き渡されたその猫を通じて買主の前から飼っていた猫が細菌に感染した」というものである。売買された猫の治療費は、追完に代わる損害賠償である。したがって給付又は追完に代わる損害賠償が問題になる。なぜなら、買われた猫が細菌に感染しているという損害は、売主が義務として負った給付（細菌に感染していない猫の引渡し又はその猫の治療という方法での追完。ド民 439 条）が為されれば、消失するからである。ド民 437 条 3 号、同 281 条 2 項との関連における同 280 条 1 項・3 項が適用され、この損害は、原則的に、

---

3 Medicus, Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil 21. Aufl. Beck 2015 Rdnr. 342.

4 Medicus/Lorenz (Anm.3), Rdnr. 343.

改正民法 415 条の「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」について

買主が売主に事前に追完の期間を設定してそれが徒過した場合にのみ、賠償される。

それに対して、買主が前から飼育していて今回感染した猫たちの治療費は、追完と併存する損害賠償である。なぜなら、最後の時点で（買主が給付に代わる損害賠償を請求する時点の直前に）、買主が義務として負っている追完（健康な猫の引渡し又は細菌に感染した引き渡された猫の治療）をしても、猫たちの感染という損害は消失せず存続するからである。買主の他の飼い猫たちの細菌感染という損害は既に最終的に発生していたのである。

履行に代わる損害賠償は、給付が可能であり給付に意味がある限りは、履行請求と損害賠償請求が競合しうる状態で、債権者が設定した履行のための期間の設定とその徒過という要件に損害賠償請求権を関連させることによって、債務者に再度の履行機会を与え、債務不履行の救済手段として履行請求を損害賠償に優先させることができる。2001 年の債務法現代化法による改正ドイツ民法がそうである<sup>5</sup>。

ドイツ民法は、損害賠償請求権を事前の履行又は追完のための期間の設定とその期間の徒過という要件にかかわらしめている。その理由は、損害が履行又は追完がなされたとしたら消去できたであろう場合には履行又は追完のための期間の設定を通して履行又は追完を促すことになるからである<sup>6</sup>。そうすれば、給付障害の事例で、損害賠償ではなく履行又は追完を通して解決を図ることができる。まさに、履行・追完の優位性を打ち立てるためにドイツ民法は給付に代わる損害賠償と給付と併存する損害賠償を区別していたのである。

---

5 Vortrag von Stefan Lorenz IN: Egon Lorenz (Hrsg.) Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002. Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2006, S.43.

6 Hirsch, Schadensersatz statt oder neben der Leistung – Aktuelle Fragen der Abgrenzung, JuS 2014, 97.

### 第3章 415条における「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」

#### 第1節 「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」を区別する意味

##### 【415条2項各号の規定】

415条1項で定められた諸要件は、2種類の、債務不履行による損害賠償(履行に代わる損害賠償とその他の損害賠償)に共通する要件であり、「その他の損害賠償」の要件の全部ではあるが、しかし「履行に代わる損害賠償」の要件の一部でしかない。

415条1項が債務不履行による損害賠償(「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」)の共通要件であり、415条2項は、損害が履行に代わる賠償である場合の付加要件という位置づけである。その他の損害賠償で賠償される損害が問題となった限りでは、415条1項の要件を具備しさえすれば、「その他の損害賠償」は成立する。415条1項の諸要件を具備しても、それによって「履行に代わる損害賠償」は成立しない。履行に代わる損害賠償を債権者が欲するならば、415条1項の諸要件を満たしたうえで付加要件である415条2項のいずれかの号の要件をも満たさなければならぬ。

415条2項1号は、債務の履行が不能であるときに履行に代わる損害賠償の付加要件が満たされる。不能は、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場合を指し(412条の2第1項)、原始的不能であっても、後発的不能であってもよい。不能の場合、412条の2第1項で履行請求権がない。履行請求権がないので、履行請求権と損害賠償請求権とが競合することはない。

415条2項第2号は、明確な履行拒絶であり、履行請求権は消滅しておらず、まずは履行請求権と損害賠償請求権は併存する。どの時点でどちらかの請求権に決まるのか、決まったら変更はできないのか、なぜ履行期前に明確な履行拒絶がなされるとそれが本旨不履行となるのかといった問題は改正民法の条文だけでは明らかにならない。

415条2項第3号前段は、約定解除又は法定解除で契約が解除された場

改正民法 415 条の「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」について

合なので、履行請求権は、約定解除又は法定解除がなされれば消滅するのであるから、履行請求権と損害賠償請求権とが競合することはない。そして 545 条 4 項で、解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げないので、解除が損害賠償請求権に影響を与えることはない。解除によって履行請求権は消滅するので、415 条 2 項第 3 号前段をも具備して成立した履行に代わる損害賠償請求権は、債務不履行の救済手段として、履行請求権と択一的に競合することはない。

415 条 2 項 3 号後段は、債務不履行による契約の解除権が発生したがまだ解除権を行使していないので（540 条）、債務不履行により損害が債権者に発生している場合には履行請求権と損害賠償請求権が競合する。解除権の発生原因は、541 条（催告による解除）及び 542 条（催告によらない解除）で規定されている。542 条で解除権が発生するのは、債務不履行の中でも債務の履行不能（1 項 1 号）、明確な履行拒絶（1 項 2 号）、定期行為の遅滞（1 項 4 号）を理由として債務者が履行をせず、債権者が催告をしても契約の目的を達するのに足る履行が期待できない場合（1 項 5 号）である。415 条 2 項 1 号及び 2 号にすでに規定されていることを考慮すると、415 条 2 項 3 号後段で履行に代わる損害賠償が認められるのは、541 条の催告期間の設定とその徒過によって解除権が発生する場合、542 条 1 項 4 号の場合、542 条 1 項 5 号の場合の三者である。そのうち、後二者は、催告期間の徒過がなくても債権者を契約に拘束することが正当化できない場合で債権者に損害が発生していれば直ちに損害賠償が認められてしかるべきであるから催告期間を設定すること自体に意味を見いだせない。他方 541 条の解除権発生は、その発生要件の中に、催告期間の設定とその徒過を含んでいる。

#### 【法制審議会民法部会での議論】

法制審議会民法（債権関係）部会において、415 条 2 項を挿入すること、とりわけ同項 3 号後段を規定することの意味が、履行請求権の損害賠償請求権に対する優位性の確保にあるとは言われていない。

改正前の民法の時代に、415 条 2 項 3 号後段に関連した問題として議論

されたのは、債権者が債務を履行しないので催告期間を設定し催告したが相当期間が徒過した場合、債権者が債務者の履行受領を拒絶して填補賠償を請求できるかというものであった。判例<sup>7</sup>は、そのような場合、債権者に填補賠償を請求するか、契約を解除し実損害の賠償をするかの選択を認めた。この判例に対して批判学説は、日本民法は解除と損害賠償の併存を認めているので、債務法現代化法前のド民旧 286 条 2 項<sup>8</sup>のように、履行遅滞による填補賠償を規定する必要はなく、債権者が民法旧規定 541 条で契約を解除して、遅滞に陥っていた債務者から実損害賠償を得られれば、それで十分であると説いていた<sup>9</sup>。

415 条 2 項 3 号後段について、債権者が解除しなくても債務者の確定的不履行による填補賠償請求権の発生を認めている。これについて、民法(債権関係)の改正に関する中間試案では、以下のような補足説明がなされている<sup>10</sup>。

わが国の伝統的理論は、履行が可能であるにもかかわらず債務者が履行をしない場合に、履行遅滞を理由と遅延賠償は認めるものの、填補賠償を認めることには消極的である。消極説は、填補賠償が認められるためには債務を発生させた契約の解除を待たなければならないとの立場に立つ。消極説の背後には、「履行請求権は、履行不能または解除を原因として、填補賠償請求権に転形する(債務転形論)」との考え方がある。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しても、債権者の履行請求権が存続していることには変わりな

---

7 大判昭和 8 年 6 月 13 日民集 12 卷 1437 頁。

8 「給付が遅滞により債権者の利益とならないときは、債権者は、給付を拒絶して不履行に基づく損害賠償を請求できる。…以下省略」条文和訳は、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』日本評論社 1988 年、157 頁に依拠した。

9 民法改正前のこの問題の議論については、奥田昌道『債権総論 増補版』悠々社 1992 年 138 頁、潮見佳男『新債権総論 I』信山社 2017 年 478 頁を参照。

10 法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明」2013 年 4 月 <http://www.moj.go.jp/content/000109950.pdf> 116 ~ 117 頁。冊子体：商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明』商事法務 2013 年 116 ~ 117 頁。

い。履行請求権が存続していることの帰結として、填補賠償請求権は発生しないと消極説は考えるのである。もっとも、従前より、一部の学説によって、債務の本旨に従った履行がされない状況下で、債権者が債務者に対して相当期間を定めて履行の催告をし、期間内に履行がされないときには、債権者は債務者に対し、填補賠償を請求することができるとの填補賠償積極説が主張されている。この填補賠償積極説に対して、消極説は、履行請求権転形論からの理論的な批判だけでなく、次のような実益論からも批判する。すなわち、履行期以後に履行がされないのであれば相当期間を定めて催告をし、相当期間が経過したときに契約を解除し、その後に填補賠償を請求すれば足りるというものである。しかし填補賠償積極説は反論する。債権者がみずから負担した給付義務（反対債務）を維持しつつ、相手方から填補賠償を獲得することに利益を有する場面では、契約の解除をしないで、履行が遅延した後に相当期間を設定し催告してその期間が徒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と。例えば、継続的供給契約の債務の一部に不履行があった場合に、継続的供給契約自体は解除しないで、不履行に係る債務のみについて填補賠償を請求するような場面とか、特定物と特定物の交換契約の場面である。このような場面で債権者の利益を保護するために、改正案 415 条 2 項 3 号後段は、解除したときではなく、「債務の不履行による契約の解除権が発生したとき」にも、填補賠償請求権の成立を認めたのである。このように、改正民法は、債務転形論をとらず、債務不履行があった場合に解除しなくても解除権が発生すれば填補賠償を認めた。

【履行に代わる損害賠償をその他の損害賠償から区別する意味の読み込み】

法制審議会民法（債権関係）部会の議論の中で、履行に代わる損害賠償の制度趣旨が履行請求権の優先性にあることは述べられていないが、筆者は、ドイツ民法の「給付と併存する損害賠償」と対置される「給付に代わる損害賠償」の意味を参考に、日本の「履行に代わる損害賠償」を「その他の損害賠償」から区別する意味の中に履行請求権の優先性を読み込みた

い。

履行請求権（追完請求権<sup>11</sup>）と損害賠償請求権が競合する給付の不実行又は契約不適合の事例に適用されるド民 281 条 1 項 1 文は、「債務者が履行期到来の給付をせず、又は給付が契約に適合しない限り、債権者は、債務者に対して履行又は追完のために相当な期間を定め、その期間が徒過した場合には、前条 1 項の要件のもとで給付に代わる損害賠償を請求することができる。」と定めて、期間の設定とその徒過が給付に代わる損害賠償請求権を成立させるために原則として必要であると明言している（ド民 281 条 2 項は例外的にこの期間設定が不要になる例外的場合を規定する）。

それに対して改正民法は、415 条 2 項で催告期間の設定とその徒過が履行に代わる損害賠償の要件であると規定していない。もっとも同条同項 3 項で「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が発生したとき」に履行に代わる損害賠償請求権が成立すると規定してあることから、法定解除したこと又は法定解除権が発生したことの中に、541 条で催告期間の設定とその徒過が含まれるので、その限りで期間の設定とその徒過が履行に代わる損害賠償の成立要件になる。542 条經由で解除した場合には期間の設定とその徒過は履行に代わる損害賠償の要件にはなっていない。415 条 2 項 2 号で明確な履行拒絶の場合も、415 条 2 項 1 号で履行が原始的又は後発的不能である場合も、履行に代わる損害賠償は成立するが、期間の設定とその徒過はその成立要件になっていない。

他方ドイツ民法でも、日本民法 542 条の法定解除権の発生原因に対応する事由は、損害賠償の共通要件を満たせば給付に代わる損害賠償を成立させるが（ド民 281 条 2 項第 2 事例）期間の設定とその徒過はその成立要件ではない。日独とも同じである。原始的不能はド民 311a 条で、後発的不能はド民 283 条で給付に代わる損害賠償を成立させるが、どちらの

---

11 ドイツの給付障害法の損害賠償において給付と追完はほぼ同じに扱われており、明文の規定もある。例えば、ド民 281 条 1 項。しかし、改正日本民法にはそのように同じように扱う明文の規定がない。それにもかかわらず、拙稿では両者を同じように扱った。その根拠については他日を期したい。

改正民法 415 条の「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」について

不能の場合も当然ながら期間の設定とその徒過はその成立要件になっていない。

日本の履行に代わる損害賠償も、ドイツの給付に代わる損害賠償も、損害賠償の共通要件を満たせば、履行利益に向けた賠償請求権が直ちに成立する場合と、期間の設定とその徒過という付加要件の具備があつて初めて成立する場合とがある。前者の場合にどの事例が該当し後者の場合にどの事例が該当するかは日独で同じであるが、ド民 281 条 2 項・3 項の文言は、後者の場合を原則と位置づけ、前者の場合を例外と位置づけているように表現している。それに対して、日本の 415 条 2 項の文言は、原則・例外の関係を表現していない。

ドイツ民法がド民 282 条を有することと給付（履行）だけでなく追完への適用を明文で定めていることを除けば、日本の履行に代わる損害賠償とドイツの給付に代わる損害賠償は、同じ要件と効果を持つ制度であるといえる。そのような関係に立つ給付に代わる損害賠償の制度趣旨又は意味を、履行に代わる損害賠償について読み込むことはできると筆者は考える。

415 条 2 項 3 号後段は、債務不履行による損害賠償の成立要件に債権者の債務者に対する催告期間の設定とその徒過を取り込むことで、損害賠償を成立させる際に債権者に催告期間を設定させ、債務不履行による損害賠償成立に優先して履行請求権が実現するようにしている。415 条 2 項 3 号後段は、履行をしてない債務者に再度の履行のチャンスを提供している（zweite Andienung）。損害賠償請求権に対する履行請求権の優先性が履行に代わる損害賠償の制度趣旨である。

415 条 2 項 3 号後段によって 541 条経由で履行に代わる損害賠償が認められるのは、損害賠償の要件を具備しており且つ履行も可能でまた履行のための催告期間を設定することに意味がある場合である。すなわち、履行請求権と損害賠償請求権が競合しうる場合である。損害賠償請求権の成立に催告期間の設定とその徒過という要件を結びつけることによって、まず債務者に再度の履行機会を与え、それが奏功しなかったときにはじめて履行に代わる損害賠償請求権を債権者に与える。ここでは、救済手段とし

ての履行請求権と損害賠償権とが競合しうる中で、2001年のドイツ債務法現代化法がそうであったように、履行請求権を損害賠償権に対して優先させる。

## 第2節 履行に代わる損害賠償とその他の損害賠償

### 1 履行に代わる損害賠償（415条1項と同条2項）

履行に代わる損害賠償の履行とは給付義務の履行を指す。履行に代わる損害賠償とは、全部の給付義務が履行されないことから債権者に発生する損害に対する損害賠償（給付義務が履行されていれば在ったであろう債権者の財産状態と給付義務が履行されなかったので現実にある財産状態との差額すなわち履行利益が賠償される）である。さらに、415条2項は、追完にも類推適用されて、一部の給付義務が履行されないことから債権者に発生する損害に対する賠償も、415条2項を根拠に追完に代わる損害賠償として認められるべきである。債権者が履行に代わる損害賠償を請求するか獲得すると給付義務は消滅する。同様に、追完に代わる損害賠償が請求されるか支払われるかすると追完義務は消滅する。

- ① 415条1項の諸要件を満たした上で、全部又は一部の給付義務が履行不能となると、直ちに履行又は追完に代わる損害賠償が成立する（415条2項1号）。
- ② 415条1項の諸要件を満たした上で、全部又は一部の給付義務を債権者が明確に拒絶すると、直ちに履行又は追完に代わる損害賠償が成立する（415条2項2号）。
- ③ 415条1項の諸要件を満たした上で、契約の全部又は一部が約定解除されるか又は法定解除されると、直ちに履行又は追完に代わる損害賠償が成立する。
- ④ 415条1項の諸要件を満たした上で、契約の全部又は一部について542条経由で解除権が発生すると、直ちに履行又は追完に代わる損害賠償が成立する。
- ⑤ 415条1項の諸要件を満たした上で、契約の全部又は一部について

改正民法 415 条の「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」について

給付義務の不履行に基づいて 541 条経由で解除権が発生すると、直ちに、すなわちこの場合は 541 条の解除権発生要件である催告期間の設定とその徒過があると、履行又は追完に代わる損害賠償が成立する。⑤の場合、履行請求権（追完請求権）と損害賠償請求権とが競合しうるのであり、その時に、履行（追完）に代わる損害賠償が、催告期間の設定とその徒過を要件として含んでいることから、履行請求権（追完請求権）の損害賠償請求権に対する優先性が現れていると見なせる。

## 2 その他の損害賠償（415 条 1 項）

「履行に代わる損害賠償」の背後に、履行請求権の優先性がある。「履行に代わる損害賠償」に対置される「その他の損害賠償」は、設定された催告期間とその徒過を介在させ債務者に再度の履行チャンスを与えることはせず、415 条 1 項の要件が具備されれば、直ちに損害賠償が成立する。そのように損害賠償請求権が成立しても、履行請求権の優先性の原則と評価的に矛盾・抵触しないものがその他の損害賠償である。

- ①その他の損害賠償の損害には、まず遅延損害賠償が入ってくる。遅延賠償は、債務の履行が遅滞したことによって生じた損害の賠償である。これは、給付義務の履行が後からなされるか又は既になれた場合でも、履行請求権に影響を与えない。
- ②安全配慮義務違反に基づく損害賠償は改正前民法 415 条に位置付けられている。改正民法では、その他の損害賠償に入ってくる。被用者の生命・身体が侵害されたことによる損害賠償が認められても、被用者の労務給付に対する賃金請求権は何ら影響を受けない。これも、履行請求権の優先性と評価的に矛盾・抵触しない。安全配慮義務違反に基づく損害賠償は、ドイツ法的な義務の概念を使って表現すれば、保護義務違反に基づく損害賠償であり、履行利益以外の利益・権利又は債権者の生命・身体・財産という利益・権利が侵害される。
- ③説明義務違反による損害賠償は、給付に係する付随義務の違反による損害賠償である。例えば、機械の引渡しを義務づけられた債務者が

機械の使用説明を怠ったことにより債権者に損害が発生した場合である。説明義務違反により債権者が損害賠償をすることが、当該債権者が有する、機械引渡し請求権に影響を与えることはない。

- ④給付義務たる為す債務の不完全履行は、一定の結果の惹起を債権者に約する債務（給付義務）の不完全履行ではなく、適切な行為をすることを約する債務（給付義務）の不完全履行である。債務者の行為はあったが契約に契約適合的な行為がなかったことで債権者に損害が発生した場合である。追完が意味を持ち得ない場合がある。古典的な設例として<sup>12</sup>、ある鉱山の購入を検討している依頼者（債権者）から委託を受けてその鉱山の調査をした者（債務者）が不完全な調査報告書を債権者に提出し、その結果無価値な鉱山を依頼者が購入してしまった事例がある。有償契約（ここでは委任契約）に売買の担保責任法の規定が準用されるとの立場からは、契約適合性の有無が問題となり、次に追完の可能性が問題となる。ドイツ流の現在の考えを日本法に当てはめれば、おそらく給付義務の不完全履行により給付義務違反が認定され、同時に保護義務違反が認定されるのではないか<sup>13</sup>。

為す債務の完全履行又は契約適合の目的とは、時には履行が与える

- 
- 12 我妻栄『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』岩波書店 1964年 150,153頁。この事例は、債務者の追完に意味はなく追完不能であるグループに分類され、一部不能が全部不能として扱われとし、給付にわる損害賠償が請求できるという。
- 13 Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 17. Aufl. Vahlen 2019, S. 207. が、この事例を以下のように説明しているところからすると本文に述べたようになると考える。弁護士が依頼人から頼まれて、依頼人の第三者に対する 1000 ユーロの額の債権の訴訟上の請求をすることになっていた。弁護士の過誤で、その債権の消滅時効が完成し、訴えを提起しても敗訴することが確実になった。弁護士は瑕疵給付を行った。そのことで依頼人は財産に 1000 ユーロの損害を蒙った。この損害は、本来の履行請求の代わりに発生したものではなく、その損害の賠償請求は本来の履行請求と併存すると考えることができるものである。その請求の基礎は、ド民 280 条 1 項である。それに対して、給付に代わる損害賠償は、他の弁護士に依頼して依頼人が現に発生した以上の損害を回避して債権者の利益を守ろうとした場合の報酬を、最初の弁護士に請求する場合に問題となる。ここでは為す債務の主たる給付義務違反と同時に保護義務違反がある。

改正民法 415 条の「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」について

債務とは異なりある利益を与えることではない。例えば、宝石店のセキュリティを引き受けた警備会社の為す債務は、与える債務で通常考えられるプラスの利益を与えることを目的としていないで、債権者の現状の利益を守ることが目的である。このような場合に債務者が不完全履行をすれば、債権者に確定的に損害が発生する。ここで問題となるのは、給付と併存する損害賠償である。与える債務の不完全履行・契約不適合の場合は、足りないプラス利益を追完することが可能であり、その追完によって不完全履行・契約不適合で債権者に発生した損害は消失する。ここで問題になるのは、追完に代わる損害賠償である。

### 第 3 節 415 条の債務不履行による損害賠償の諸要件の審査順序

どのように 415 条の債務不履行による損害賠償請求権の成立を審査するか。まずは、債権者が賠償を欲している損害がどちらの損害種類であるかを確定する作業が必要である。これにより履行に代わる損害賠償とその他の損害賠償のどちらを審査するかが決まり、415 条 1 項に規定された共通の統一要件だけでよいか、付加要件の 415 条 2 項をも基準としなければならぬかがわかる。次に、履行に代わる損害賠償を債権者が望んでいれば、415 条の共通要件から審査していく。①債務の本旨不履行があり、②それが債権者に損害を生じさせ、③本旨不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものではない場合、債権者は債務者に対して損害賠償を請求できる。①の審査の際に、契約の解釈から債務者の負った債務が何かを確定し、その本旨不履行があるかないかを検討する。不履行形式としては、履行遅滞、不能、不完全履行といった民法改正前によく使われていた債務不履行形式ではなく、履行の不実行、履行の遅延、不完全履行（契約不適合）でよいのではないか。不能（415 条 2 項 1 号）も、明確な履行拒絶（415 条 2 項 2 号）も、履行の不実行の理由又は原因に過ぎない。不能又は明確な履行拒絶による債務不履行要件の微調整は履行の不実行の枠内で論じればよい。415 条 2 項 3 号前段は、債権者が契約を有効に解除しているかどうかを審査すればよい。415 条 2 項 3 号後段は、債権者に債務

不履行による解除権が発生しているか否かを審査すればよい。その他の損害賠償の場合には、415条1項の諸要件が具備されているかを検討すればよい。

以上

ドイツ民法の関連条文の和訳（和訳は、岡孝編・著『契約法における現代化の課題』法政大学現代法研究所叢書21 法政大学出版社2002年、190頁以下に依拠した）

ド民第280条 義務違反に基づく損害賠償

1 債務者が債務関係から生じる義務に違反した場合には、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。これは、義務違反につき債務者に帰責事由がない場合に適用しない。

2 債権者は、第286条〔履行遅滞の要件〕により付加された要件を満たす場合においてのみ、給付の遅延に基づく損害賠償を請求することができる。

3 債権者は、第281条〔給付がないこと又は給付が契約に適合しないことに基づく給付に代わる損害賠償の要件〕、第282条〔第241条第2項による義務違反に基づく給付に代わる損害賠償の要件〕又は第283条〔給付義務が排除された場合における給付に代わる損害賠償の要件〕により付加される要件を満たす場合においてのみ、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

ド民第281条 給付がないこと又は給付が契約に適合しないことに基づく給付に代わる損害賠償

1 債務者が履行期到来の給付をせず、又は給付が契約に適合しない限り、債権者は、債務者に対して履行又は追完のために相当な期間を定め、その

改正民法 415 条の「履行に代わる損害賠償」と「その他の損害賠償」について

期間が徒過した場合には、前条 1 項 の要件のもとで給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が給付の一部しか履行しない場合には、債権者は、給付の一部について利益を有しないときにのみ、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者の給付が契約に適合しない場合において、その義務違反が重大でないときは、債権者は、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができない。

2 債務者が給付をすることを断固としてかつ終局的に拒絶するとき、又は当事者の双方の利益を衡量して損害賠償請求権を即時に行使することを正当化するような特別な事情が存在するときは、期間の定めを要しない。

3 義務違反の性質から期間の定めが考慮されないときは、これに代えて、警告を基準とする。

4 債権者が給付に代えて損害賠償を請求したときは、給付請求権は、ただちに消滅する。

5 債権者が全部の給付に代えて損害賠償を請求する場合には、債務者は、第 346 条から第 348 条までに基づきすでに給付したものの返還をただちに請求することが出来る。

ド民第 282 条 第 241 条第 2 項による義務違反に基づく給付に代わる損害賠償

債務者が第 241 条第 2 項による義務に違反する場合において、債権者が債務者から給付を期待することができないときは、債権者は、第 280 条第 1 項の要件のもとで給付に代わる損害賠償を請求することができる。

ド民第 283 条 給付義務が排除された場合における給付に代わる損害賠償

債務者が第 275 条第 1 項から第 3 項までにより給付を要しないときは、債権者は、第 280 条第 1 項の要件のもとで給付に代わる損害賠償を請求することができる。第 281 条第 1 項第 2 文及び第 3 文並びに第 5 項は、この場合に準用する。

第 311a 条 契約締結の際に給付が妨げられていること

1 債務者が第 275 条第 1 項から第 3 項までに基づき給付をすることを要せず、契約締結の際にすでに給付が妨げられていることによって、契約の効力を妨げられない。

2 債権者は、その選択に従い、給付に代わる損害賠償又は第 284 条が定める範囲の費用を賠償することができる。これは、債務者が契約締結の際に給付を妨げる事情を知らず、かつ、知らないことにつき帰責事由もないときは、適用しない。第 281 条第 1 項第 2 文及び第 3 文並びに第 5 項は、この場合に、準用する。