

タイトル	債権法改正における原始的不能と損害賠償：今後の解釈の方向性
著者	大滝，哲祐；OHTAKI, Tetsuhiro
引用	北海学園大学法学研究，55(2)：27-70
発行日	2019-09-30

債権法改正における原始的不能と損害賠償

— 今後の解釈の方向性

大 滝 哲 祐

I. はじめに

従来「原始的に不能な契約は無効である」という原始的ドグマが通説を形成してきた。その内容は、通説を代表する我妻説によると、契約の内容がその契約の締結当時から客観的に不能であるときは、その契約は無効であり、したがって、当事者はその契約で意図した債務を負担しないことは当然である。^①しかし、各人は契約を締結するにあたって、とくに注意して、無効な契約を締結することによって相手方に不慮の損害を蒙らしめないようにする信義則上の義務があるとする。^②そうだとすると、過失によって無効な契約を締結した者は、相手方がその契約を有効なものと誤信したことによって蒙る損害を賠償する責任があり、契約締結上の過失（culpa in contrahendo）の責任の問題とな^③

る。⁽⁴⁾ 契約締結上の過失による責任は、信義則を理由とする契約上の責任（一種の債務不履行）であり、一般の不法行為よりも重い責任を課するのが一層適切である。⁽⁵⁾ この責任を認めるためには、①締結された契約の内容の全部又は一部が客観的に不能（原始的不能）であるために、その契約の全部又は一部が無効であること、②給付をなすべき者が、その不能なことを知り又は知ることができたこと、③相手方が善意・無過失であること、の三つの要件を満たす必要がある。⁽⁶⁾ 効果は損害賠償であるが、その範囲は、相手方がその契約を有効であると信じたことによる損害（信賴利益）に限られ（目的物を検分に行つた費用や代金の支払いのために融資を受けた利息など）、契約が履行されたならば受けたであろう利益（履行利益）は含まれないとする（目的物の利用や転売による利益など）⁽⁷⁾。

我妻説のように、通説は、原始的不能な契約は無効であるとするが、原始的客観的不能の場合に、その法的性質については異なるものの、信賴利益の損害賠償を認める説が多かつた（Ⅳで後述）⁽⁸⁾。

しかし、二〇二〇年四月一日に施行予定である新債権法（「民法の一部を改正する法律（平成二九年法律第四四号）」より、改正後の民法（以下「新法」とする）は、新法四一二条の二第二項・四一五条二項一号により、債務不履行として損害賠償を認め、履行利益の賠償を条文に明記した。新法という立法によって、原始的不能な契約を有効とし、原始的ドグマを否定した。

では、債権法改正の経緯の中でどのような経緯を経て、原始的不能ドグマをなくしたのか。履行利益の損害賠償が認められるとして、その帰責性の根拠を、今後どのように解釈すべきなのか。また、原始的不能の問題は、契約締結上の過失の問題の一つでもあることから、契約締結上の過失との関連性はあるのか。⁽⁹⁾

本稿は、このような関心から、原始的不能と損害賠償に関する問題が、改正の経緯の中でどのように議論されたのか、わが国の債権法改正に影響を及ぼしたドイツ民法の改正前と改正後の条文構成、わが国の学説を検討して、原始

的不能な契約による損害賠償について、改正後の解釈の方向性を明らかにすることを目的にしたい。

検討方法は、債権法の改正経緯について、学者を中心とする第Ⅰフェーズ（平成一七年～平成二一年（二〇〇五年～二〇〇九年））と法制審議会での議論である第Ⅱフェーズ（第一ステージ（平成二二年～平成二三年（二〇〇九年～二〇一一年））、第二ステージ（平成二三年～平成二五年）（二〇一一年～二〇一三年）、第三ステージ（平成二五年～平成二七年）（二〇一三年～二〇一五年））を概観した後、ドイツ民法の概観、わが国の学説を紹介し、改正後の原始的不能による損害賠償の解釈の方向性について検討することにし¹¹⁾たい。

Ⅱ. 改正経緯¹²⁾と新法の内容

1. 原始的不能な契約の効力

（１）第Ⅰフェーズ

学者が中心となつてまとめた『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ―契約および債権一般（一）』¹³⁾では、原始的不能について次の提案（以下、「委員会試案」という）を行つた。

【3.1.1.08】（契約締結時に存在していた履行不可能・期待不可能¹⁴⁾）

契約上の債務の履行が契約締結時点で既に履行することが不可能であった場合、その他履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できなかった場合も、その契約は、反対の合意が存在しない限り、有効であ

る。

この委員会提案の要旨は、物質的契機を重視することで原始的不能の契約を無効としていた考えを排するとともに、わが国の学説の一部で説かれているような原始的不能の契約を常に有効とする考え方も採用しておらず、むしろ、これらの見解とは異なり契約当事者によるリスク分配を尊重して契約の有効・無効を決するとの立場を基礎に添えているとともに、一般の取引慣行・比較法的動向を考慮し、さらに「履行不能であるとの事実は、直ちに債務を消滅させるものではない」との法理に依拠して、意思不分明のときには有効とする処理を原則として立てたものであるという。⁽¹⁵⁾

解説では、原始的不能のドグマは、わが国では、ドイツ法学の影響下で「原始的不能の給付を目的とする契約は無効である」との考え方が伝統的に支持されており、旧ドイツ民法三〇六条に依拠したものであった。⁽¹⁶⁾ この原始的不能は、次の二つの考え方を基礎としており、契約の対象は物質的に可能なものでなければならぬとの認識（これは「物の譲渡の場合において、外界に実在する有体物のみが契約の対象となる」との考え方を一般化したもの）であり、もう一つは、履行不能を知っていれば、この給付を目的とする債務を負担していなかったであろうという当事者の意思の推及であるという。⁽¹⁷⁾ また、この提案により原始的不能な契約が有効とされる場合には、当事者間における調整は、後発的な債務不履行の場合に妥当するのと同じ準則によって処理され、債権者は履行請求権を行使することはできないが（[3.1.1.56]）、債務不履行を理由とする損害賠償を請求することができ（[3.1.1.62]）、また、債権者は契約の解除権を有するといふ。⁽¹⁸⁾

(2) 第Ⅱフェーズ

(i) 第一ステージ

『民法（債権関係）部会資料』（以下、「部会資料」という）⁽¹⁹⁾では、原始的不能について、原始的不能を無効とする考え方（無効説）と、契約締結時点で契約内容が実現不可能であったという理由では契約は無効にならないとする考え方（有効説）を紹介する。⁽²⁰⁾このうち無効説は、伝統に支持を集めてきた考え方で、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こと、洵に所論の通りである」（最判昭二五・一〇・二六民集四卷一〇号四九七頁）として一般論として無効説を前提にしていると説明する。⁽²¹⁾両説を、無効説では信賴利益の賠償のみを認めるのに対して、有効説は履行利益まで損害賠償を認める点で異なる⁽²²⁾と評価する一方で、信賴利益と履行利益の観念の違いはそれほど大きくないという評価も紹介している。⁽²³⁾そして、委員会試案が、有効説の立場から原始的不能により契約が無効とならないことを条文上明記すべきと提案するのに対して、国民・法曹・学会有志案（以下、「研究会試案」という）⁽²⁴⁾は、この問題に関する提案はないという。⁽²⁵⁾また、比較法の観点から、ドイツ民法等が、原始的不能を理由とする契約が無効とならないとの規定を設けていると紹介している。⁽²⁶⁾

『法制審議会民法（債権関係）部会第九回会議事録』（以下、「第九回会議」という）では、原始的に不能な契約を有効として、その損害賠償の範囲が履行利益となる場合、取引実務に悪影響を及ぼすのではないかと中小企業から意見があった。⁽²⁷⁾また、原始的不能は、両当事者間でそれを知らない場合の問題なので、一般の債務履行の問題として処理する方がスムーズである、⁽²⁸⁾部会資料の強調するデフォルト・ルールとして、当事者の意思を踏まえた考え方として適切なものの観点から考えるべきである、原始的不能をデフォルト・ルール化した場合、錯誤や公序良俗の問題にもなるが、懸念される部分についてはそれらのルールの適用による解決もあり得る、⁽²⁹⁾原始的不能を理論的に議論する

よりも、その効果（賠償の問題か、それ以外の問題か）を意識するべきである³⁰⁾、原始的不能の場合に履行請求をできなくすることはつきりさせておくべきだが、契約締結前は調査義務で、契約締結後は契約に基づく保存義務の債務不履行となることから、原始的不能と後発的不能では義務の根拠が異なる³¹⁾、などの意見があった。

『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（以下、「中間的な論点整理の補足説明」という）では、原始的に不能な契約の効力に関する規定を設けるべきであるとの意見に対してはおおむね異論がなかったとして、第九回会議の原始的不能に関する論点をまとめている³²⁾。

（ii）第二ステージ

その後の部会資料では、「原始的不能の契約は無効になるという伝統的な考え方は、旧ドイツ民法第三〇六条が不能の給付を目的とする契約は無効であると規定していたことを踏まえたものとされていたが、二〇〇二年に施行された現行のドイツ民法三一一条は、旧ドイツ民法三〇六条とは逆に、給付障害が契約締結の際に既に存在していることは契約が有効であることの妨げにならないという立場を採っている。」³⁴⁾として、「契約締結時点で既に生じていた場合においても、契約は、当然にはその効力を妨げられない旨の規定を設ける」という提案もドイツ民法と方向性を同じくするという³⁶⁾。契約時に履行請求権の限界事由が生じた場合には、当事者のリスク分配により、契約の有効・無効が決まり、契約が有効とされる場合は、損害賠償の範囲は履行利益となり³⁷⁾、また、解除も認められるという³⁸⁾。履行請求権の限界事由が生じた場合に債権者がリスクを負う場合は契約が無効となるが、その場合の債権者の救済手段に関しては、解釈に委ねるという³⁹⁾。錯誤を主張する場合の問題として、「契約成立時に既に履行請求権の限界事由が生じていた場合に、錯誤制度に基づいて契約の効力を否定することができるとすると、債務者は、錯誤制度によって履行利益の賠償を回避することができることになるが、これは、このような契約が当然に無効になるわけではないとして一定

の場合に債権者に履行利益賠償を得させようとした趣旨に反するとの批判があり得る。このような批判に従えば、錯誤の規定の適用を排除する（履行請求権の限界事由が生じていたことを動機の錯誤（事実錯誤）として契約の効力を主張することはできない）とすることも考えられる。」⁽⁴⁰⁾という。

『法制審議会民法（債権関係）部会第四八回会議事録』（以下、「第四八回会議」という）では、実務的には既に原始的に不能なものは無効だというのが、考え方としてはかなり定着した認識なので、それを一八〇度変えるというのは、実務の連続性から考えると非常に厳しいという意見があった。⁽⁴¹⁾これに対しては、原始的不能な契約は有効とする、履行請求権も反対請求権も基本的に成立しないが、損害賠償の範囲として信賴利益ではなく履行利益の賠償まで認められる余地が出てきたことをうまく説明すれば支持が広がるのではないかとの意見があった。⁽⁴²⁾また、原始的不能の問題の核心部分は、給付が可能か不可能かで契約の無効・有効が決まるわけではないことを示すことである。⁽⁴³⁾などの意見があった。

『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』（以下、「中間試案」という）は、次のような試案である。

第26 契約に関する基本原則等⁽⁴⁴⁾

2 履行請求権の限界事由が契約成立時に生じていた場合の契約の効力

契約は、それに基づく債権の履行請求権の限界事由が契約の成立の時点で既に生じていたことによっては、その効力を妨げられないものとする。

（注）このような規定を設けないという考え方がある。

『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（以下、「中間試案の補足説明」という）は、契約成立時に既に履行請求権の限界事由が生じていた場合には、「①履行の請求が可能であるかどうかを当事者が特に意識しないまま契約をする場合、②履行請求権の限界事由の有無が不明であることを前提に当事者が投機的な取引を行う場合、③履行が可能であることを債務者が保証した上で契約を締結する場合など、様々なケースが考えられ、特に②や③のケースを念頭に置くと、これらを一律に有効又は無効とするのは適当でないと考えられる」ため、契約成立時に既に履行請求権の限界事由が生じていた場合でも、契約の効力は当然には妨げられないということを条文上明らかにしたと説明している。⁽⁴⁵⁾ 原始的不能な契約を有効とした場合は、後発的不能が生じた場合と同じく、履行に代わる損害賠償と解除が救済手段となり、損害賠償の可否は帰責事由の有無によることになる。⁽⁴⁶⁾ そして、「原始的不能については、不能になったことについての帰責事由を問題にする見解と、債務者がそれを知らなかったことについての帰責事由を問題にする見解とがあるが、本文は特定の立場を支持するものではない。」⁽⁴⁷⁾ という。損害賠償の範囲については、「原始的不能の契約が無効であるとする伝統的な見解によれば、契約当事者が原始的不能の契約を締結したことについて帰責事由がある場合には相手方はいわゆる信頼利益の賠償を請求することができる」とされてきたが、本文のように、契約成立時に既に履行請求権の限界事由が生じている場合でも契約が有効になり得るという立場を採れば、契約が有効であるときは損害賠償請求権の範囲が信頼利益に限定されない点で、伝統的な無効説と異なることになる。」と説明する。⁽⁴⁸⁾ 契約が無効となった場合の債権者の救済手段については、解釈に委ねると説明する。⁽⁴⁹⁾

(iii) 第三ステージ

部会資料では、中間試案の文言を次のように修正した。

第1 契約に関する基本原則⁽⁵¹⁾

2 債務の履行が契約成立時に不能であった場合の契約の効力

契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であった場合の契約の効力について、次のような規律を設けるものとする。

契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったときであっても、契約は、そのために効力を妨げられない。

文言を修正した理由として、第一に契約に基づく債務の履行が成立時から不能であったか、成立後に不能になったかは偶然の事情に基づくものであり、場合によっては極めて小さい時間差しかない場合もあるのに、契約の効力の有無や損害賠償の範囲の点で効果が大きくなるのは相当でなく、第二に契約を締結した当事者はそれに基づく債務の履行が可能であると考えて契約を締結するのであり、その履行が足りなかった場合には、それが原始的に不能であったかどうかにかかわらず履行利益の賠償を認めなければ債権者に不測の損害をもたらす場合がある、と説明している。⁽⁵²⁾

『法制審議会民法（債権関係）部会第八四回会議事録』では、特に議論はなかったが、その後の『民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案） 補充説明（部会資料83―2）』（以下、「要綱仮案」という）では、次の表現に改めた。

第26 契約に関する基本原則⁽⁵³⁾

2 履行の不能が契約成立時に生じていた場合

契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であった場合について、次のような規律を設けるものとする。

契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったことは、第一⁽⁵⁴⁾に従ってその債務の履行が不能であることによって生じた損害の賠償を請求することを妨げない。

変更の理由は、契約の効力が妨げられないという消極的な規定ぶりによって、具体的にどのような法的効果が導かれるかが明らかでないとの問題があったので、「契約の効力が妨げられないことによって実現される最も代表的な法的効果として損害賠償を取り上げ、契約に基づく債務の履行がその契約の成立のときに不能であったことは、その債務の履行が不能であることによって生じた損害の賠償を請求することを妨げないことを明記することとしている。」と説明した。⁽⁵⁵⁾

『法制審議会民法（債権関係）部会第九六回会議事録』（以下、「第九六回会議」という）では解説に、せめて解除と代償請求権など主だったものを挙げてほしいし、更にこれから先の条文化に向けて二つ以上でも書けるのであれば、せめて解除は書いてほしい、⁽⁵⁶⁾できれば前の文章に戻した方がよく、交換契約の場合を考えて、一方の債務が原始的不能でも他方の債務が存在していることを前提にして効果を導くのがいいのではないか、⁽⁵⁷⁾損害賠償その他契約が有効である場合の効力を妨げないといったように、損害賠償は一つの具体的例示にすぎず、その他の効力も当然認められるのだということが明らかになるような書き方の方がいいのではないか、⁽⁵⁸⁾文言にとらわれると、原始的不能の契約は元々効力が発生するはずがないものであって、解除もあり得ないことから解除は主張自体失当であるというような解釈が出てくると、全体の体系的な整合性から非常に大きな問題をもたらしてしまう、⁽⁵⁹⁾など規定の文言に反対の意見

があった。これに対して、第八の二では、「債権の目的である給付の中に不能のものがある場合において」は、原始的不能と後発的不能を区別しない書き方をしておらず、原始的不能の場合にはそれだけで当然に契約が無効であるという理解を前提としていないこと、契約の解除の箇所でも、今回の改正案では、そこをあえて「不能であるとき」と表現しており、契約締結の前後いずれの時点で履行不能が生じたかを問わずに、とにかく履行が不能であれば契約の解除をすることができるという理解を前提とする表現としているので、今回の改正案を全体として見れば、原始的不能の場合にそれだけでは契約は無効にならないという基本的な考え方が十分に表れているのではないか、との説明があった。

その後の『民法（債権関係）の改正に関する要綱案』（以下、「要綱案」という⁽⁶³⁾）では、文言自体は変更されず、新法四一二の二第二項として条文化されることになった。

2. 新法の内容

新法四一二の二第二項と、損害賠償に関する四一五条二項一号の内容を概観する。

（履行不能）

第四一二条の二

2 契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったことは、第四一五条の規定によりその履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない。

（債務不履行による損害賠償）

第四一五条

2 前項の規定により損害賠償の請求をすることができる場合において、債権者は、次に掲げるときは、債務の履行に代わる損害賠償の請求をすることができる。

一 債務の履行が不能であるとき。

新法の内容としては、新法四一二条の二第一項が、①履行請求権の限界事由を「不能」概念で同時的一元的に把握していること、②その「不能」の判断を「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」行うべきものとしていることをその特徴としており、その「不能」が、後発的不能の場合だけではなく、原始的不能の場合も含むことを示す趣旨であるという。⁽⁶⁵⁾ 新法は履行請求権を認める宣言規定を設けなかったが、同項により、履行不能でなければ履行請求ができると裏から規定したという理解であるという。⁽⁶⁶⁾ そして、新法四一二条の二第二項・四一五条二項一号により、債務不履行を理由とする損害賠償、いわゆる履行利益の賠償を条文中に表記しており、注意を要するのは、原始的不能の場合、履行利益の賠償が唯一の効果ではなく、原始的不能を理由とする契約解除、代償請求権やその他の履行不能に妥当する規定の適用も否定されるものではないという。⁽⁶⁷⁾ 新法四一二条の二第二項は、債務の内容が原始的に不能であっても、当事者の合意の内容的次第では、契約が有効に成立する可能性があることを前提としており、その場合、債権者は——債務の履行を請求できないものの——履行がないことによって生じた損害の賠償を請求でき、また、同項は、損害賠償についてのみ規定するがこの他にも契約の有効性を前提とした場合の法的効果としては、債権者による契約の解除（新法五四二条一項一号）や代償請求（新法四一二条の二）などが考えられる。⁽⁶⁸⁾ そのほか、「原始的な不能の契約は有効である」というのが、ここでの最も根幹を形成する理念であり、その効果の例示に

一つとして「損害賠償」が挙げられているにすぎないと解釈すべきとするものがある⁽⁶⁹⁾。

立法担当者の解説では、契約に基づく債務の履行が契約の成立時に不能（原始的不能）の場合であっても、債務不履行に基づく損害賠償請求権を行使することは妨げられない旨の規定を新設している⁽⁷⁰⁾。また、債務の履行が不能であるにもかかわらず、契約が締結されていることから、動機の錯誤（新法九五条）を理由に契約が取り消される可能性はあり、このことまでこの規定によって否定されるものではない（契約が取り消された場合には、債務が存在しないこととなり、債務不履行による損害賠償を請求することはできない）という⁽⁷¹⁾。

3. 小括

第Iフェーズの委員会試案では、契約当事者によるリスク分配を尊重して契約の有効・無効を決するとの立場を基礎として、原始的不能であっても無効とならず、後発的不能と同様に履行利益を損害賠償として請求でき、さらに解除もできるとした。

第IIフェーズの第一ステージの第九回の会議では、従来の法的効果と異なると、取引実務に悪影響を及ぼすのではないかという懸念や、デフォルト・ルールとして、当事者の意思を踏まえた考え方として適切なのか、錯誤や公序良俗の問題の解決策、原始的不能の理論的な議論よりも、その効果を意識すべきではないか、原始的不能の場合に履行請求をできなくすることをはっきりさせておくべきだが、契約締結前は調査義務で、契約締結後は契約に基づく保存義務の債務不履行となることから、原始的不能と後発的不能では義務の根拠が異なる、などの意見があった。

第IIフェーズの第二ステージでは、部会資料⁽⁷²⁾の現行のドイツ民法の改正で、原始的不能の場合にも明文の規定をもって損害賠償を認めたことと、今回の民法改正も方向性は同じであるとし、また、履行利益の損害賠償が認められると、

錯誤の場合と不均衡が生じるため、両者が競合する場合は動機の錯誤として錯誤の適用を排除するとの考えもあるとする。第四八回会議では、依然として取引実務では懸念があること、問題の核心は、給付が可能か不可能かで契約の無効・有効が決まるわけではない、との意見があった。中間試案では、契約成立時に既に履行請求権の限界事由が生じていた場合でも、契約の効力は当然には妨げられないということを条文上明らかにしたこと、損害賠償の範囲は履行利益であること、契約が無効となった場合の債権者の救済手段については、解釈に委ねる、という説明があった。

第Ⅱフェーズの第三ステージの部会資料⁽²³⁾では、「履行請求権の限界事由」から「債務の履行がその契約の成立の時に不能であった時」と文言を変更した。その理由は、原始的不能と後発的不能は僅差の時間的問題であり、また、損害賠償の効果も両者とも履行利益とする必要がある、であった。要綱仮案では、「損害の賠償を請求することを妨げない」とさらに文言を変更した。履行不能の代表的効果として損害賠償を代表的効果として明記したというのが理由であった。第九六回会議では、前の表現の方がよかった、解除や代償請求権などの他の効果も列挙すべきとの反対意見があった。これに対して、今回の改正案を全体として見れば、原始的不能の場合にそれだけでは契約は無効にならないという基本的な考え方が十分に表れているとの説明があった。

新法の解説では、不能は、後発的不能の場合だけではなく、原始的不能の場合も含むこと、損害賠償が履行利益であること、損害賠償の以外の効果も認められること、が説明されている。

このように、新法四一二条の二第二項・四一五条二項一号により、原始的不能であっても契約が無効とならず、債務不履行として損害賠償その他の効果も認められることになった。この経緯を踏まえ、さらに検討を要するのは、原始的不能における帰責性の根拠をどこに求めるかである。なぜなら、改正の経緯の中では、原始的不能が無効とならず、後発的不能と同様に損害賠償等の効果が発生するかどうかの検討が中心であり、帰責性の根拠については議論さ

れた形跡が見当たらないからである。⁽⁷⁴⁾⁽⁷⁵⁾

この問題について、ドイツ民法（Ⅲ）を概観し、わが国の学説（Ⅳ）を検討することにした。

Ⅲ. ドイツ民法

ここでは、一九〇〇年に施行され、二〇〇二年のドイツ債務法現代化法（Gesetz zur Modernisierung des Schuldrecht）によって改正される前の民法（以下、「旧ドイツ民法」という）と、改正後の現行のドイツ民法の条文の構成を整理する。改正過程、理論及び学説については、先行業績に依拠し、必要な限度で言及する。⁽⁷⁶⁾

1. 旧ドイツ民法

旧ドイツ民法三〇六条・三〇七条は、次のような規定であった。⁽⁷⁷⁾

旧ドイツ民法三〇六条

不能な給付を目的とする契約は、無効である。

旧ドイツ民法三〇七条

（１）不能な契約を目的とする契約の締結に際して給付の不能を知り、又は知るべき者は、相手方が契約の有効を信賴したことによって被った損害を賠償する義務を負う。ただし、相手方が契約の有効につき有する利益の額を超えて賠償することを要しない。相手方が不能を知り、又は知るべきときは、賠償義務は、生じない。

(2) 前項の規定は、給付が一部についてのみ不能であり、可能な部分を考慮すれば契約が有効である場合、又は約束した数個の選択的債務のうちの一つが不能である場合に準用する。

この二つの規定は、原始的に不能な契約は無効であること(旧ドイツ民法三〇六条)、信賴利益を限度とする損害賠償の対象であること(旧ドイツ民法三〇七条一項一文・二文)、相手方(債権者)が原始的不能を知り、または知るべきであるときは、債務者の免責事由となる(旧ドイツ民法三〇七条一項三文)。一部不能の場合には、契約自体は有効に成立し、不完全履行や瑕疵担保の問題となる(旧ドイツ民法三〇七条二項)。また、法律上契約が禁止される場合は、旧ドイツ民法三〇七条・三〇八条が準用される。⁽⁷⁸⁾ 旧ドイツ民法三〇六条が規定する無効となる原始的不能は、一時的不能の場合は無効とならないことから(旧ドイツ民法三〇八条)、厳密には原始的客観的全部不能ということになる。そのため、原始的主観的不能の場合は依然として有効であり(旧ドイツ民法三〇六条・二七五条二項の反対解釈)、⁽⁸¹⁾ 双務契約の場合は、当事者に帰責事由がなければ反対給付が消滅し(旧ドイツ民法三二三条)、⁽⁸²⁾ 解除せずに損害賠償も可能となる。⁽⁸³⁾

2. 現行ドイツ民法

現行ドイツ民法の原始的不能に関する規定は、次の通りである。⁽⁸⁴⁾

ドイツ民法三二一a条 契約締結の際に給付が妨げられていること

(1) 債務者が第二七五条第一項から第三項までに⁽⁸⁵⁾ 基づき給付することを要せず、契約締結の際にすでにその給付

が妨げられていることによって、契約の効力を妨げない。

(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二八四条⁽⁸⁶⁾が定める範囲内の費用の賠償を請求することができる。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、知らないことに帰責事由もないときは、適用しない。第二八一条第二文及び第三文並びに第五項は、「この場合に」準用する。

ドイツ民法三一一条⁽⁸⁸⁾では、原始的客観的不能の場合に、契約はもはや無効でなく(一項)、さらに、ドイツ民法二七五条一項は、後発的及び原始的、客観的及び主観的不能、全部の及び部分的な不能を定めている。一項は、確定的意味を持つにとどまる⁽⁹⁰⁾。履行利益の賠償または無駄になった費用の賠償を選択的に請求することができ、それらは債務者の帰責事由による(ドイツ民法三一一条二項)。また、原始的に不能な給付は、ドイツ民法二七五条により、そのままの形では請求されず、反対給付義務も原則として消滅して(ドイツ民法三三六条一項)、結果的に債務関係は、第一次的給付義務なしに発生する。原始的に不能な契約の有効性は、損害賠償請求権(ドイツ民法三一一条二項)、代償請求権(ドイツ民法二八五条)の基礎としての意味を有する⁽⁹¹⁾。

ドイツ民法三一一条一項が確認の意味を持つ規定にした理由は、改正後の法状況が法律から明確になることが望ましいからと説明している⁽⁹²⁾。また、ドイツ民法二七五条一項とドイツ民法三一一条との関係については、ドイツ民法二七五条一項により、第一次的給付請求権は考慮されないが、ドイツ民法三一一条一項の不能な契約の有効性と論理的に矛盾するものではなく、給付が不能な場合に、契約は第一次的給付請求権を発生させないことを意味するにすぎないと説明する⁽⁹³⁾。そして、履行利益の賠償が認められるのは、給付約束(Leistungsversprechen)違反から生じるものであり、給付義務違反に基づくものではないという⁽⁹⁴⁾。

IV. わが国の学説の展開

原始的不能と損害賠償に関する学説について、債権法改正以前の学説（現行の民法典制定から二〇〇〇年代）を概観する。

1. 従来の通説の形成

石坂説は、旧ドイツ民法での原始的不能に関する学説を紹介し、履行期または債務者が履行をなすことを得べき期間給付が不能たるべき原因が契約締結当時存在する場合には契約は無効であるとして、原始的不能による契約の無効を認める⁽⁹⁵⁾。また、わが国には旧ドイツ民法三〇七条のような損害賠償を認める規定がないことから、損害賠償を認める必要ないとする一方で、特別の契約で当事者の一方が給付の可能を担保することは妨げないという⁽⁹⁶⁾。

末弘説は、原始的に不能な契約は無効であり、諸外国の立法（ローマ法の *Impossibilium nulla obligatio*、旧ドイツ民法三〇六条、スイス債務法二〇条、オーストリア民法八七八等を挙げる）でも認めているところで、民法上の解釈と何ら異論がないとする一方で、民法がこの原則を採用するかどうかは、成法の解釈により定まる問題で、純粹なる論理上の問題でないという⁽⁹⁷⁾。損害賠償については、石坂説に疑問を呈し、不能給付の債権者は、もしその不能の事実を知っていれば契約を締結しなかったことをもって、債務者の不能不告知は債権者の意思の自由に対する侵害として不法行為となり、損害賠償が認められるという⁽⁹⁸⁾。一部不能の場合には明文の規定に従い（五六五条、五六六条、五七〇条）、全部不能の場合は、条文がないことから不法行為として故意過失が要求される⁽⁹⁹⁾。損害賠償の範囲は、不能を知らなかった相手方がその可能なることを信頼したために被った損害、すなわち、消極的利益（信頼利益）にとどまる

とい⁽¹⁰⁾う。

鳩山説も、原始的に不能な契約を無効とするが、客観的全部不能の場合に信賴利益の賠償を認める旧ドイツ民法三〇七条を紹介し、契約締結の際においても締結後におけるのと同じの注意義務を認めることは社会の需要に適するものとし、また、債権法を支配すべき信義誠実の原則に適して、契約締結の自由に対する不当なる干渉として、七一〇条を適用する他ないとし、将来的には契約締結上の過失に関する特別規定を設けるのが望ましいとする⁽¹¹⁾。

その後、我妻説による精緻な体系化により、通説の地位を占めるようになった⁽¹²⁾。

2. 原始的ドグマを否定する説

戒能説は、日本民法の規定を見るに、売買契約の目的物は全部他人の所有に属するため、売主が買主にこれを引き渡さざる場合について規定した五六一条・五六二条の規定は、明らかに原始的全部不能の場合に関する規定であるが、この規定を目的物の不存在・全部滅失等による原始不能の場合にも拡張することは可能であるし、またそれで十分であると思われる、主観的不能というような曖昧な区別を用いる必要もないし、また結果もはるかに妥当であると信じられるとい⁽¹³⁾う。

山中説は、全部不能の場合も、一部不能の場合と同様に契約の解除を肯定したうえで、填補賠償の請求を許すべきとする⁽¹⁴⁾。理由として、①給付の原始的不能により債権の成立が阻却されるという一方的債権関係の原理が、双方的債権関係においては、反対給付債権の存在により否定され、原始的不能給付の債権も一応有効に成立し、そのうえで、原始的不能給付の債権につき損害賠償となる、②損害賠償に関しては、完全に履行利益が実現されねばならぬことへの等価的均衡の要請に基づき、さらに履行利益の範囲は、債務不履行損害賠償の場合と同一と解すべきである、など

磯村説は、原始的不能の沿革を研究して、モムゼン・ウィンドシャイドの履行不能論とイエーリングの信賴利益賠償論の結合の方法が、今や一九世紀末葉の普通法の主流を占めることになり、不存在の債権の場合を除く（その理由付けは異なるが）原始的客観的不能の契約の無効と少なくとも過失ある締約者の信賴利益への責任、原始的主観的不能の契約の無条件的有効性、という構成が、いまやひろく承認されているが、信賴利益の賠償責任における過失の要・不要、その「構成」自体に見解の差が見られるに過ぎない、と分析する。⁽¹¹⁾

星野説は、履行利益・信賴利益の觀念はあまり明瞭でなく、前者の方が賠償の範囲が若干広いとしても、自分の責に帰すべき事由によって履行をすると約束しながらそれが不可能であったのだから、通常の債務不履行と同様に扱ってよいのではないか、という。⁽¹²⁾

奥田説は、原始的不能の全ての場合を一律に無効とすべき必然性は存しないと考えられ、給付が原始的かつ確定的に不能であることを両当事者が認識しながらかかる給付を目的とする法律行為をなすときには、虚偽表示に準じこれを無効とするのが妥当である。⁽¹³⁾ しかし、当事者の双方が、給付の客観的・原始的に不能なることを知らず、主観的には、不能・可能の不明なる状態で、不能なる場合のリスクを管理する意図で契約を締結する場合（一種の投機的行為）には、後から原始的不能を理由とする無効の主張を許すべきではなく、むしろ、契約を有効として可能なる反対給付債務の成立を認めるべきである。⁽¹⁴⁾ 当事者の一方または双方が主観的には給付の可能なることを期待していたが実は原始的・客観的不能であった場合の取扱いについては、一般には、この場合は契約を無効とし（債権不成立）、ただ、無効なることを知り、または知りうべかりし当事者は、相手方に対して信賴利益を賠償すべきものと解されており（契約締結上の過失）、それが妥当であるが、不能なる給付の債務者が契約締結に際して履行の可能性を保証するような場

合には、原始的不能にもかかわらず給付義務を成立せしめ、有責の後発的不能の場合と同じく相手方に対し履行利益を賠償すべきものとするのが妥当であろう、という。⁽¹³⁾

前田説は、原始的不能の内容を目的とした契約締結について帰責事由がある場合（軽井沢の別荘の売買契約をしたところ、その前日に焼失したという場合において、焼失したことを知っていてそれを秘して、あるいは過失で知らないで契約を締結した場合）と、目的たる内容の実現自体を原始的に不能としたことについてきて帰責事由がある場合（その別荘の焼失について故意過失がある場合）を区別する必要がある、民法四一五条は後者の帰責事由のある場合と付合し、前者の帰責事由のある場合は、従来の通説のいうように、旧ドイツ民法三〇七条のように、信賴利益の賠償を認め、相手方にも帰責性あるときは（相手方が焼失自体に帰責事由ある場合も含めて）、過失相殺（民法四一八条）を類推適用すればよいとする。⁽¹⁴⁾ 後者の帰責事由がある場合には、通常の債務不履行と同様の利益衡量が許されるであろうから、民法四一五条後段、民法四一六条と同様の解決が望ましい。⁽¹⁵⁾ 理論的には、前者の帰責事由なく後者の帰責事由がある場合と、両者の帰責事由ある場合という類型が可能であるが、前者の帰責事由は後者の帰責事由に包含されるところと考えて、共に、通常の債務不履行と同様の法的処理をするのが簡明であろう、という。⁽¹⁶⁾

3. 近年の学説

加藤（雅）説は、不能論の体系を検討し、原始的不能・後発的不能の概念区分を破棄するとともに、契約締結上の過失という概念も破棄し、契約が有効に成立した後の責任については、それを契約責任の枠組みでとらえるという考え方を提唱する。⁽¹⁷⁾ 「前提的保証債務」という考え方であり、車の売買の例で、車の物理的存在だけでなく、走行可能であるという自動車の属性・機能も両当事者の合意（黙示的合意）に含まれていたものであり、なぜ、黙示的合意が契約

外の問題として取り扱われなければならないかは、再度問われなければならない⁽¹⁸⁾。一般的な保証契約には二種類あり、契約当事者の意思内容が絶対的保証を意図しているもので、保証内容が実現しなかった場合には保証債務者の帰責事由を問うことはなく、保証債務者が責任を負うタイプのものと、契約当事者が内心それほど強い保証を意図しておらず、保証債務者の注意力の範囲内で一定の保証をするというタイプがあり、後者の場合に保証内容が実現されなかった場合は、保証債務に帰責事由がある場合にのみ、保証債務者が損害賠償債務を負担することになる⁽¹⁹⁾。結論としては、不能の場合、無責であれば、原債権が消滅し、双務契約の場合のみ危険負担の問題となり、有責であれば、履行不能による損害賠償を認めるという⁽²⁰⁾。

潮見説は、奥田説を前提に、「契約においていかなる給付対象が観念されたのか」という問題を捉えたとき、「原始的不能の給付を目的とする契約は無効である」との命題を契約締結上の過失理論で修正することを考える前に、当事者が契約締結に当たって対象の存否ないし給付の可能性につきどのような表象を抱き、かつ、どのようなリスクを負担して想定して契約を締結したかという点を吟味する必要がある⁽²¹⁾。そして、例えば投機行為に典型的に見られるように、不能な場合のリスクを管理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、たとえ給付が原始的に不能であったとしても、当該契約を有効として処理すべきである（履行の利益賠償へと進む）、という⁽²²⁾。

円谷説は、わが国の瑕疵担保責任を分析した結論として、保証という観点から問題の解決を図ることが適切であり、「契約の保証責任の範囲は、契約の合理的範囲によって決まるのである。換言すれば、この場合、当該契約を締結した当事者の意思、契約締結に際して存在した諸事情が考慮されて、責任の範囲と内容が定まるのである。保証責任の帰責事由は、過失ではない。契約当事者の一方が、信義則などから保護されるべきと評価される『保証に対する信頼』を相手方に与え、それを裏切ったことをもって、帰責事由と考えるべきではあるまいか。」という⁽²³⁾。保証責任は開かれ

た要件である四一五条の「責めに帰すべき事由」の一つとして考えることができ、故意、過失の場合は、契約締結後における作為、不作為に対する法的な評価が問題となるが、保証の場合は、原則として契約締結後ではない。⁽¹²⁾このように理解することは、当事者の信頼に対する保護を配慮し、「買主注意せよ」という思想よりも「売主注意せよ」という思想に重きが置かれる現代契約法の要請に即したことになるという。債務者がこのような保証をしたかどうか、そして、どのような保証をしたかどうかは、結局は契約の解釈の問題になるという。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

なお、一九九八年の日本私法学会のシンポジウムでは、原始的不能の場合にも有効に契約が成立し、後発的不能と同様の債務不履行の処理になるとする「提案H」が提案された。⁽¹⁶⁾

4. 小括

わが国の民法典制定から従来の通説の形成までは、石坂説は、旧ドイツ民法の学説を紹介し、原始的不能な契約は無効であり、また、わが国には旧ドイツ民法三〇七条のような規定がない以上、損害賠償も認める必要もないとした。末弘説は、原始的不能な契約が無効なることに異論はないとするが、損害賠償については、不法行為責任が発生し、信頼利益の賠償が認められるべきであるとする。その一方で、民法がこの原則を採用するかどうかは、成法の解釈により定まる問題で、純粹なる論理上の問題でないともいう。鳩山説は、原始的不能な契約は無効であるが、信頼利益の賠償が認めるべきだが、それは信義則を根拠とし、七一〇条を適用するほかないとする。我妻説も、原始的不能な契約は無効と解するが、債務不履行責任として、信頼利益の賠償を認める。

従来の通説は、旧ドイツ民法三〇六条の影響から、原始的不能な契約を無効とすることでは一致している。しかし、旧ドイツ民法三〇七条では、原始的客観的不能について故意または過失のある者に信頼利益の賠償を認めていたので、

石坂説を除き、論者により法的性質は異なるが、信賴利益の賠償を認めていた。

原始的ドグマを否定する説では、戒能説が、五六一条・五六二条の規定を目的物の不存在・全部滅失等による原始不能の場合にも拡張して、損害賠償を認める。山中説は、双方的債権関係の観点から、原始的不能に場合の損害賠償を認め、等価的均衡の要請に基づき、履行利益の損害賠償を認めるとする。これに対して、磯村説は、原始的不能の沿革を研究から、旧ドイツ民法の、信賴利益の損害賠償につき、「構成」自体に見解の差が見られるに過ぎないとする。星野説は、自ら履行を約束しながらそれが不可能であつたのだから、通常の債務不履行と同様に扱つてもよいという。奥田説は、一種の投機的行為には、後から原始的不能を理由とする無効の主張を許すべきではなく、むしろ、契約を有効として可能なる反対給付債務の成立を認めるべきで、原始的客観的不能の場合、通常は、契約締結の過失により、信賴利益の賠償が問題となるが、不能なる給付の債務者が契約締結に際して履行の可能性を保証するような場合には、有責の後発的不能の場合と同じく相手方に対し履行利益を賠償すべきとする。前田説は、原始的不能には、債務者に、目的物が原始的不能になっているにもかかわらず契約を締結したことに帰責事由がある場合と、目的物が原始的不能になったことに帰責事由がある場合があり、前者は、従来の通説と同じく、信賴利益の賠償と過失相殺（四一八条）の類推適用でよいが、後者は、四一五条と四一六条により履行利益の賠償が望ましいとする（債務者に両者とも帰責事由がある場合は、後者によるという）。

原始的不能ドグマを否定する学説は、他の条文を適用ないし類推適用や、双方債権関係に基づく等価的均衡により、原始的不能な契約においても、履行利益の賠償を認めるものと、当事者の約束ないし保証を根拠に履行利益の賠償を認めるものと、目的物が原始的不能になったことに帰責事由がある場合に、履行利益の賠償を認める。それぞれ理由付けは異なるが、原始的不能ドグマを否定する点で共通する。このうち、当事者の約束ないし保証という根拠は近年

の学説につながり、原始的不能が問題になる場合を二つに区別することは今後の議論にもつながっていくものと考えられる。また、磯村説の、原始的不能の沿革的研究で、原始的不能がローマ法以来の伝統に必ずしも基づくものでなく、後期普通法の学説の中で形成されたという分析は、特に原始的不能ドグマを否定する学説にとっては、歴史的経緯の点で影響があったと考えられる⁽³⁰⁾。

近年の学説では、加藤(雅)説が前提的保証債務を提唱し、保証債務者の帰責事由を問うことはなく、保証債務者が責任を負うタイプのものと、保証債務に帰責事由がある場合にのみ、保証債務者が損害賠償債務を負担するタイプの二種類の保証契約による解決を図るとする。潮見説は、奥田説を前提に、当事者が契約締結に当たって対象の存否ないし給付の可能性につきどのような表象を抱き、かつ、どのようなリスクを負担して想定して契約を締結したかという点を吟味すべきという。円谷説は、保証という観点から問題の解決を図ることが適切であり、契約の保証責任の範囲は、契約の合理的範囲によって決まるとする。

加藤(雅)説や円谷説は、当事者が契約で何を保証したかが問題となるのに対し、潮見説は、当事者の契約の締結にあたり、何を想定して契約を締結したのが問題となる。前者がまず保証の有無が問題となり、後者は契約の解釈そのものが問題となるが、最終的に契約の解釈の問題になるという点では共通するといえる。また、円谷説は、保証は四一五条の帰責事由に含まれ、故意、過失の問題ではないという。「提案H」は、債権改正法改正前のわが国の原始的不能をめぐる学説の到達点を示すものと考えられる⁽³¹⁾。

V. 検討

1. 条文の構成

第Ⅱフェーズの第三ステージの部会資料（部会資料75A）において、「履行請求権の限界事由」から「債務の履行がその契約の成立の時に不能であったとき」と文言を変更し、さらに、要綱仮案では、「損害の賠償を請求することを妨げない」とさらに文言を変更して、新法四一二条の二第二項となる。この新法の条文構成をどのように評価すべきだろうか。

まず、「債務の履行がその契約の成立の時に不能であったこと」は、新法四一二条の二第一項が不能を統一しており、原始的不能を明文化する必要はないとの解釈も可能であるが、改正の目的の一つである原始的不能ドグマを否定して、原始的不能な契約は無効とならず、不能という債務不履行の問題となることを明文化した点では意味がある。つまり、宣言的ないし確認的規定としての意味がある。そして、これは従来の解釈が変更されたことを意味するから、注意的規定としての意味を有しよう。また、ドイツ民法三一一a条一項の改正後の法状況を法律から明確にするために、確認的意味を持つ規定にしたという理由とも基軸を一つにするもの評価できよう。

しかし、要綱仮案の「損害の賠償を請求することを妨げない」への文言変更については、第九六回会議における反対意見と同じく、契約の有効性を意味する表現のままとすべきだったと考えられる。なぜなら、原始的不能な契約を有効としたことに改正の意味があり、損害賠償が請求できるとしただけでは、その改正の意味が薄れてしまうからである。たしかに、会議での説明や立法担当者による解説では、損害賠償は例示にすぎず、解除や代償請求も否定され

るものではなく、不能を統一していることから、全体として見れば、原始的不能の場合にそれだけでは契約は無効にならないという基本的な考え方が十分に表れているとしており、解釈上そのように理解することができよう。しかし、原始的不能な契約は原則として無効であるが、損害賠償だけが認められるという反対解釈を排除できないのである。また、従来の通説とは異なる制度を導入する以上、制度の周知を図るのが、債権法改正の趣旨の一つである国民一般に分かりやすいものに合致したのではないだろうか。⁽¹²⁾⁽¹³⁾

2. 原始的不能による損害賠償の帰責性の根拠⁽¹⁴⁾

Ⅱ―3で述べたように、改正の経緯の中で原始的不能が無効とならず、後発的不能と同様に損害賠償等の効果が発生するかどうかの検討が中心であり、何故原始的不能な契約を締結した者が履行利益の損害賠償責任を負うのかという帰責性の根拠については議論された形跡が見当たらないことから、その帰責性の根拠について、ドイツ民法とわが国の学説を基に検討する。

法制審議会に先立つ委員会試案は、契約当事者によるリスク分配の尊重、一般の取引慣行・比較法的動向を考慮して、原始的不能ドグマを否定すべきとした。改正の経緯の中では、第九回会議で、原始的不能の理論的な議論よりも、その効果を意識すべきではないか、契約締結前は調査義務で、契約締結後は契約に基づく保存義務の債務不履行となることから、原始的不能と後発的不能では義務の根拠が異なる、第四八回会議で、原始的不能の問題の核心部分は、給付が可能か不可能かで契約の無効・有効が決まるわけではない、との意見が散見されるくらいである。このように、損害賠償責任の根拠については、委員会試案の契約当事者によるリスクの配分の尊重が示されているのみで、その他の意見は、取引慣行、比較法や効果論に関するものである。

ドイツ民法では、ドイツ民法三一一条において、履行利益の賠償が認められるのは、給付約束 (Leistungsversprechen) 違反から生じるものであり、給付義務違反に基づくものではないとしている。このことは、契約の締結された後に履行不能が生じたわけではないので、帰責性の根拠を契約締結の際の約束を根拠としているが、わが国の解釈においても参考となる。この点については、シュレヒトリム (Schlechtriem) の考えをまとめて、契約締結上の過失責任と締結後の不履行責任の競合を認め、契約締結上の過失 (履行可能性確認義務違反) を独自に問題視するにせよ、また該責任を不履行責任の帰責事由として考慮するにせよ、履行利益の賠償を認めうることを説示するものとして理解できそうである、とするものがある⁽¹⁵⁾。

わが国の学説で、新法における原始的不能による損害賠償責任の帰責性の根拠を検討するのに、星野説の約束、奥田説の保証、加藤(雅)説の前提的保証債務、潮見説の給付の可能性の表象とリスク負担と、円谷説の保証、が有益であると考えられる。なぜなら、原始的不能が履行不能となり損害賠償責任が発生するにしても、その帰責性の根拠は常に契約前に求めるほかないからである。このうち、円谷説の説くように、四一五条が開かれた構成要件であれば(新法四一五条も同様に考えられよう)、保証等は帰責事由の問題として取り込まれると考えられる。つまり、後発的不能における保管義務違反という帰責性と、原始的不能における目的物の不存在を過失によつて知らなかったという帰責性は質的に異なるものと理解することになる。そうすると、原始的不能の場合に履行利益の損害賠償を認める実質的な根拠が何かが問題となる。

新法の解釈として、潮見説は、原始的不能の処理は、当事者の意思・評価に基づくリスク分配に依拠させればよく、新法は、このような理解を基礎に据え、給付が原始的に不能であることを唯一の理由としては契約が無効にならないとの考え方を示したものであり、そのようなアプローチをとり、原始的不能を目的とする契約を有効とされる場合は、

履行不能が契約締結前に生じたという理由をもって後発的不能の場合と違って取り扱うべきではないので、履行利益の賠償が認められるという⁽¹³⁶⁾。また、森田（修）説は、新法四一二条の第二項は、①原始的給付を目的とする契約がリスク分配合意の認定如何によつては有効となる場合があることが裏側から認められており、さらに加えて同項が契約を有効とする場合には、②原始的不能に際して、調査義務違反や情報を提供しなかったなどの過失があれば、新法四一五条二項の履行に代わる損害賠償が認められ得るとするための立法上の手当てをしたものであるという⁽¹³⁷⁾。

以上を踏まえて考えると、基本的には、新法四一二条の第二項は、原始的不能な契約であっても、当事者のリスク分配により、有効になる場合があるとしつつ、新法四一五条の履行利益の損害賠償は、給付約束を実現するための調査義務や情報提供をしなかったことに帰責性があると考えるべきであろう。つまり、契約締結前後の帰責性は同一視できないので、新法四一五条の履行利益の損害賠償は、債務不履行と契約締結上の過失が競合するとして解決する。そうすると、ドイツ民法の給付約束におけるシュレヒトリームの債務不履行責任と契約締結上の過失の競合として、履行利益の賠償を認めることと同じ方向性でよいのではないかと考えられる。たしかに、給付約束を帰責性の根拠とすると、森田（修）説が問題視するように、通常の注意をしても予見回避し得なかったため生じた原始的不能（別荘でのシロアリ被害を例としている）それ自体の過失と、原始的不能についての情報を提供しなかったという二つの過失をどのように取り扱うかの問題が残る⁽¹³⁸⁾。しかし、基本的には、後者の情報を提供しなかったという過失が前者の過失に含まれ、当事者のリスク分配により解決され得るものと考えられる⁽¹³⁹⁾。

VI. 結びに代えて

本稿では、債権法改正における原始的不能による損害賠償の帰責性の根拠を、債権法改正の経緯、ドイツ民法の条文構成、わが国の学説により検討してきた。今後の解釈の方向性としては、新法四一二条の二第二項・四一五条の解釈において、①原始的不能な契約が有効となるかどうかは当事者のリスク分配によること、②有効となった場合の履行利益の損害賠償は、契約締結上の過失の基づくこと、③その帰責性の根拠は、給付約束の不達成（原始的不能な契約であることの調査や情報の提供を怠ったことだけでなく、原始的不能それ自体への過失も含む）に求められる、ということを提示したい。

今後の課題としては、新法では、明文上、原始的不能による損害賠償が認められることになった。そうすると隣接制度とどのような関係となるのか。特に錯誤（新法九五条）の場合は、錯誤取消者に対して、損害賠償を認めることができるか。瑕疵担保と錯誤の問題であるが、原始的不能な契約による損害賠償を認めていることから、両者の関係が新法でも問題になると考えられる。⁽¹⁰⁾この問題の検討は、他日に検討することにした。

- (1) 我妻榮『債権各論上巻（民法講義V1）』（岩波書店、一九五四年）三八―三九頁。
- (2) 我妻・前掲（脚注1）三九頁。社会に存在する無数の人から特に選んで契約関係に入ろうとする以上、社会の一般人に対する責任（すなわち不法行為上の責任）よりも一層強度の責任を課されることも当然の事理といわねばなるまいという（三九頁）。
- (3) 我妻・前掲（脚注1）三九頁。
- (4) 契約締結上の過失の類型には、①原始的不能による契約の不成立・無効の場合、②契約の準備交渉にとどまった場合、③契約は有効に成立したが、その交渉の段階で不正確な説明がなされたため、相手方が抱いた給付に対する期待が裏切られた場合（説明義務違

反)、④交渉段階での一方当事者の過失によって、相手方の身体・財産を侵害した場合、の四つがあるという(本田純一「『契約締結上の過失』理論について」遠藤浩・林良平・水本浩『監修』『現代契約法体系 第一巻 現代契約の法理(1)』(有斐閣。一九八三年)一九三頁)。

(5) 我妻・前掲(脚注1) 三九・四〇頁。

(6) 我妻・前掲(脚注1) 四〇頁。

(7) 我妻・前掲(脚注1) 四〇頁。

(8) 原始的客観の一部不能は、瑕疵担保責任の問題となり、また、原始的主観的不能は含まれないとするものもある。

(9) 契約締結上の過失の問題のうち、本稿で取り扱う原始的不能による損害賠償は、新法四二条の二第二項・四一五条二項一号で条文化されたが、契約交渉の不当破棄、契約締結過程における説明義務・情報提供義務と、契約交渉等に関連させた第三者の行為による交渉当事者の責任についての条文化は、最終的に見送られることになった。

契約交渉の不当破棄については、既に拙稿「債権法改正と契約交渉の不当破棄―到達点と今後の課題」(本誌五四卷三号九五頁以下(二〇一八年))で検討している。契約締結過程における説明義務・情報提供義務については、本稿の次に検討することを予定している。

(10) 第三フェーズとして国会審議(衆議院可決(平成二九年(二〇一七年)四月一日)、参議院可決・成立(同年五月二六日)、公布(同年八月二日))があるが、本稿では割愛する。

(11) 本稿で取り扱う原始的不能は、特に言及のない限り、原始的客観的不能の場合と原始的的主観的不能の場合とを区別しないことをあらかじめお断りしておく。理由としては、通説が、履行不能につき、主観的不能(債務者の一身上の理由に基づく不能)と客観的不能(その他の不能)があり、履行不能は後者に限るとするのが多数であるが、社会の取引観念を標準とし、本来の給付内容を目的とする債権を存続させることが不適当と考えられる場合に不能になると解して、このような区別をしなくても都合がないように思われるとしており(我妻栄・新訂 債権総論(民法講義Ⅳ)『岩波書店、一九六四年』一四四頁、原始的不能については、「契約の効力発生を阻止する不能は、社会経済的な観念である。不能に客観的不能と主観的不能を区別し、ここいう不能は前者に限り、後者すなわち、当該債務者にとっただけ不能な場合(例えば、語学の素養のない者が通訳をする契約をした場合)には、契約は有効に成立するものとして、履行することができないことについて、債務者に、履行に代わる損害賠償を認めようとする説がある。結論は正当であるが、不能の観念として区別する必要はないと考える」(我妻・前掲(脚注1) 八一・八二頁)としていることや、新法四二

条の二第二項で、履行不能は、「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とき」を含むものとしており、両者を区別する必要性はそれほどないからである。

- (12) 法制審議会―民法（債権関係）部会の資料については、特に断りのない限り、法務省のホームページの資料を使用している（http://www.moj.go.jp/shingai/shingai_saien.html）。

- (13) 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―契約および債権一般（1）』（商事法務、二〇〇九年）。

- (14) 前掲（脚注13）三四頁。

- (15) 前掲（脚注13）三五頁。

- (16) 前掲（脚注13）三五頁。なお、旧ドイツ民法三〇六条に関しては、Ⅲ―1「旧ドイツ民法」を参照されたい。

- (17) 前掲（脚注13）三五―三六頁。なお、この箇所は、磯村哲「*Impossibilium nulla obligatio*の原則の形成とその批判的理論―その1：独民法の『原始的不能』の学説史的背景」勝本正晃、村教三〔編〕『私法学の諸問題』（有斐閣、一九五五年）三九七頁を引用している。

- (18) 前掲（脚注13）三八頁。なお、委員会提案【3.1.1.56】と【3.1.1.62】は以下の通りである。

【3.1.1.56】（履行を請求することができない場合）

履行が不可能な場合その他の履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合、債務者に対して履行を請求することができない。

【3.1.1.62】（債務不履行を理由とする損害賠償）

債権者は、債務者に対し、債務不履行によって生じた損害の賠償を請求することができる。

- (19) 部会資料11―2。

- (20) 部会資料・前掲（脚注19）八頁。

- (21) 部会資料・前掲（脚注19）八頁。

- (22) 部会資料・前掲（脚注19）八―九頁。

- (23) 民法改正研究会〔編〕『民法改正 国民・法曹・学会有志案』（日本評論社、二〇〇九年）。

- (24) 部会資料・前掲（脚注19）九頁。

- (25) 部会資料・前掲（脚注19）九頁。

(26) 奈須野関係官発言・第九回会議一一頁。この意見に対して、潮見幹事は、「後発的不能の場合でも履行利益の算定を一体どうするのだという同じ問題が出てくるわけでありまして、履行利益の算定が難しいからということを理由に原始的不能の場合の契約を無効とした」という意見を持ち出すことには、危惧を感じる」と発言している(二〇頁)。

(27) 道垣内幹事発言・第九回会議一五頁。

(28) 沖野幹事発言・第九回会議一七頁。

(29) 中田委員発言・第九回会議二〇頁。

(30) 深山幹事発言・第九回会議二二頁。

(31) 岡委員発言・第九回会議二二頁。

(32) 中間的な論点整理の補足説明一八〇―一八一頁。

(33) 部会資料⁴¹。

(34) 部会資料・前掲(脚注33) 九頁。旧ドイツ民法及び現行ドイツ民法については、Ⅲ―2「現行ドイツ民法」を参照されたい。

(35) 部会資料・前掲(脚注33) 七頁。

(36) 部会資料・前掲(脚注33) 九頁。

(37) 部会資料・前掲(脚注33) 九頁。

(38) 部会資料・前掲(脚注33) 一一頁。

(39) 部会資料・前掲(脚注33) 一一頁。

(40) 部会資料・前掲(脚注33) 一二頁。

(41) 佐成委員発言・第四八回会議四三頁。

(42) 岡委員発言・第四八回会議四四頁。

(43) 潮見幹事発言・第四八回会議四四頁。

(44) 中間試案四七頁。

(45) 中間試案の補足説明三二五頁。

(46) 中間試案の補足説明三二六頁。

(47) 中間試案の補足説明三二六頁。

- (48) 中間試案の補足説明三二七頁。
 - (49) 中間試案の補足説明三二七頁。
 - (50) 部会資料75 A。
 - (51) 部会資料・前掲 (脚注50) 二頁。
 - (52) 部会資料・前掲 (脚注50) 三頁。
 - (53) 要綱仮案三四頁。なお、説明は、『民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その二)(部会資料80—1)』の「第一〇 契約に関する基本原則 二」(二二頁)を前提としているが、部会資料75 Aと見出し番号「第二六」と「第一〇」が異なるのみで同じ内容である。
 - (54) 第一 債務不履行による損害賠償
 - 1 債務不履行による損害賠償とその免責事由(民法第四一五条関係)
 - 民法第四一五条の規律を次のように改めるものとする。
 - 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が、契約その他の当該債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして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あるときは、この限りでない。
 - (55) 要綱仮案三五頁。
 - (56) 潮見幹事発言・第九六回会議三二頁。
 - (57) 中田委員発言・第九六回会議三二頁。
 - (58) 松本委員発言・第九六回会議三二頁。
 - (59) 山本幹事発言・第九六回会議三二頁。
 - (60) 要綱仮案は次の通りである。
- 第8 債権の目的(法定利率を除く。)
- 2 選択債権(民法第四一〇条関係)
- 民法第四一〇条の規律を次のように改めるものとする。
- 債権の目的である給付の中に不能のものがある場合において、その不能が選択権を有する者の過失によるものであるときは、債権

は、その残存するものについて存在する。

(61) 要綱仮案は次の通りである。

第12 契約の解除

2 無催告解除の要件①（民法第五四二条・第五四三条関係）

民法第五四二条及び第五四三条の規律を次のように改めるものとする。

次のいずれかに該当するときは、債権者は、一の催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる。

(1) 債務の履行が不能であるとき。

3 無催告解除の要件②（民法第五四二条・第五四三条関係）

無催告解除の要件について、次のような規律を設けるものとする。

次のいずれかに該当するときは、債権者は、一の催告をすることなく、直ちに契約の一部の解除をすることができる。

(1) 債務の一部の履行が不能であるとき。

(62) 金関係官発言・第九六回会議三三頁。

(63) 要綱案四五頁。

(64) 田中洋『履行請求権・追完請求権とその限界』潮見佳男・他編『詳解 改正民法』（商事法務、二〇一八年）一二四頁。

(65) 田中・前掲（脚注64）一二五頁。なお、部会資料68A・三頁を参照している。

(66) 平野裕之『新債権法の論点と解釈』（慶應義塾大学出版会、二〇一九年）九〇頁。なお、部会資料83―2の八頁を参照している。

(67) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（きんざい、二〇一七年）六二頁。

(68) 大村敦志・道垣内弘人（編）『解説 民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、二〇一七年）一〇八頁（加毛明執筆）。

(69) 石崎泰雄『新民法典』の成立―その新たな解釈論―（信山社、二〇一九年）四九頁。

(70) 筒井建夫・村松秀樹『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、二〇一八年）六八頁。

(71) 筒井・前掲（脚注70）七二頁（注2）。

(72) 部会資料41。

(73) 部会資料75A。

(74) 中間試案の補足説明では、不能になったことについての帰責事由を問題にするのか、債務者がそれを知らなかったことについての

帰責事由を問題にするのか、については、特定の立場を支持するものではないと説明するのみである。

- (75) この点に関して、法制審議会においては、原始的に不能な給付を目的とする契約を有効とするに際して、帰責の根拠について議論された形跡はないが、従来の債務不履行の帰責の根拠とは異なるものであることは間違いないものがある（角紀代恵『債権法改正について——原始的不能概念の破棄を中心に——』消費者法ニュース一〇六号一五六頁）。

- (76) ドイツ民法の改正の経緯については、『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（法政大学出版局、一九八八年）、下森定・岡孝〔編〕『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』（法政大学出版局一九九六年）、小林一俊『錯誤・原始的不能と不履行法』（一粒社、一九九六年）、岡孝〔編〕『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局、二〇〇二年）、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、二〇〇三年）、同『ドイツ新債務法と民法改正』（信山社、二〇〇九年）などがある。

ドイツの原始的不能を取り扱ったものには、廣瀬克巨『原始的不能論前史（一）』（二）』法学新報八四卷四・五・六号三七頁、七八・九号四五頁、米山隆『履行不能——西ドイツ原始的的主観的不能を中心として——』小川英明・他編『現代民事裁判の課題①（不動産取引）』（新日本法規、一九八九年）二三七頁、などがある。なお、一時的不能に関しては、橋本恭宏『一時的不能論序説——わが国における学説の推移を中心に——』明治大学大学院紀要十四集一九九頁（同『長期間契約の研究』（信山社、二〇〇〇年）所収）、中村肇『ドイツ債務法における一時的不能の取扱い』円谷峻・他編『損害賠償法の軌跡と展望』（日本評論社、二〇〇八年）四六五頁、などがある。

- (77) 旧ドイツ民法の条文の和訳については、椿寿夫・右近健男〔編〕『ドイツ債権法総論』（日本評論社、二〇〇八年（オンデマンド版）（初版は一九八八年））に依拠した。

- (78) 前田達明『原始的不能についての一考察』奥田昌道・〔編〕『現代私法学の課題と展望 下』（有斐閣、一九八二年）七一頁の図を基にまとめた。

- (79) 旧ドイツ民法三〇九条

契約が法律の禁止に違反するときは、第三〇七条及び第三〇八条の規定を之に準用する。

- (80) 旧ドイツ民法三〇八条

- (1) 不能を除去することができ、かつ、給付が可能になる場合について契約を締結しているときには、給付の不能は、契約の有効を妨げない。

- (2) 不能な給付を他の停止条件又は始期付で約束する場合において、条件の成就又は期限の到来前に不能を除去するときには、契約

は、有効である。

(81) 旧ドイツ民法二七五条 責めに帰すべからざる不能

(1) 債務者は、給付が債権関係成立後に生じた、債務者の責めに帰すべからざる事由により不能となる限り、給付の義務を免れる。

(2) 債務者の後発的主観的給付不能は、債権関係成立後に生じた不能と同じとする。

(82) 旧ドイツ民法三二三条 責めに帰すべからざる後発的不能

(1) 双務契約の当事者の一方は、自己が負担する給付が当事者のいずれの責めに帰すべからざる事由により不能となるときは、その反対給付請求権を失う。一部不能のときには反対給付は、第四七二条及び第四七三条により減少する。

(2) 相手方が第二八一条により債務の目的に代わる代償の引渡し又は代償請求権の譲渡を請求するときは、相手方の反対給付義務は存続する。ただし、反対給付は、代償又は代償請求権の価額が債務の目的である給付の価額に満たない限度で、第四七二条、第四七三条により減少する。

(3) 前二項の規定によって債務の目的とならない反対給付を行ったとき、給付した物を不当利得返還に関する規定によって返還請求することができる。

(83) 片務契約の場合は、当事者に帰責事由がなく、保証がなければ、債務者は免責され(旧ドイツ民法二七五条、債務者に帰責事由があれば損害賠償責任が発生する(旧ドイツ民法二八〇条)。なお、旧ドイツ民法二八〇条は次の通りである。

(1) 債務者は、給付が債務者の責めに帰すべき事由により不能となる限り、債権者に対し不履行によって生じた損害を賠償しなければならない。

(2) 一部不能の場合において、一部の履行が債権者の利益とならないときは、債権者は、可能な部分の給付を拒絶して義務の全部の不履行に基づく損害賠償を請求することができる。約定解除権に関する第三四六条から第三五六条までの規定は、この場合に準用する。

(84) 「ドイツ債務法現代化法(民法改正部分) 試訳」岡孝【編】『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局、二〇〇二年) 一八一頁に依拠した。

(85) ドイツ民法二七五条 給付義務の排除

(1) 給付債務者又は全ての人にとって不能である限り、給付請求権を行使することができない。

(2) 債務関係の内容及び信義誠実の原則に照らして、給付をすることが債権者の給付利益と比較して著しく均衡を失するような出費を要する限り、債務者は給付を拒絶することができる。債務者に給付されるべき努力を確定するに際しては給付が妨げられていることにつき債務者に帰責事由が存するかどうかも考慮する。

(3) 債務者が自ら給付をしなければならない場合において、給付者の債務者の給付が妨げられていることと債権者の給付利益とを衡量して給付を債務者に期待することができないときは、債務者は、給付を拒絶することができる。

(4) 債権者の権利は、第二八〇条、第二八三条から第二八五条まで、第三一一条及び第三二六条によって定まる。

(86) ドイツ民法二八四条 無駄になった費用の賠償
債権者が給付を受けることを信じて出費をし、かつ、それが正当な場合には、債権者は、給付に代わる損害賠償に代えてその費用

の賠償を請求することができる。ただし、債務者の義務違反がなかったとしても出費の目的を達することができなかったであろう場合は、この限りでない。

(87) ドイツ民法二八一条 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また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、前条第一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る。

(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、又は当事者双方の利益を考慮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、第三四六条から第三四八条までにに基づきすでに給付したものの返還を直ちに請求することができる。

(88) 渡辺達徳「ドイツ債務法現代化法における一般給付障害法 債務者の給付義務からのアプローチ」岡・前掲(脚注76)五五頁以下、半田・前掲(脚注76)「ドイツ債務法現代化法」を基にまとめた。

- (89) 半田・前掲(脚注76)、『ドイツ債務法現代化法』一六一頁。なお、最終的に一時的不能を表現する文言は最終的に削除された(渡辺・前掲(脚注88)一六〇頁)。
- (90) 渡辺・前掲(脚注88)六二頁。
- (91) 半田・(脚注76)、『ドイツ債務法現代化法』一六四頁。なお、ドイツ民法三二六条一項・二八五条は次の通りである。
- ドイツ民法三二六条 給付義務が排除された場合における反対給付からの解放及び解除
- (1) 債務者が第二七五条第一項から第三項までにより給付を要しないときは、反対給付請求権は、消滅する。第四四一条第三項は、一部給付の場合に準用する。前文は、給付が適合しない場合において、債務者が第二七五条第一項から第三項までに基づき追完を要しないときは、適用しない。
- ドイツ民法二八五条 代償の引渡し
- (1) 債務者が第二七五条一項から三項までに基づき給付することを要しない事情により、債務の目的につき代償又は代償請求権を取得したときは、債権者は、代償として受領した物の引渡しまたは代償請求権の譲渡を請求することができる。
- (2) 債権者は給付に変えて損害賠償を請求することができる場合において、前項に定める権利を行使したときは、賠償額は取得した代償又は代償請求権の価値だけ減少する。
- (92) 渡辺・前掲(脚注82)六二頁。なお、BT-Druck14/6040, S. 164を引用している。
- (93) 渡辺・前掲(脚注82)六二頁。なお、BT-Druck14/6040, S. 164を引用している。
- (94) 渡辺・前掲(脚注82)六三頁。なお、BT-Druck14/6040, S. 165を引用している。
- 三一a条の定める損害賠償は、債務者に帰責事由があることを要件として認められ、帰責事由の内容は原則として故意過失であり(ドイツ民法二七六条一項、損害賠償責任の根拠としての過失責任主義を維持した(ドイツ民法二八〇条一項)という(六三頁)。
- なお、ドイツ民法二七六条・二八〇条は次の通りである。
- ドイツ民法二七六条 債務者の責任
- (1) 責任の加重又は軽減につき、定めがなく、債務関係その他の内容、特に損害担保又は調達リスクの引受けから推知することができる場合には、債務者は、故意及び過失につき責任を負う。第八二七条及び第八二八条の規定は、「この場合に」準用する。
- (2) 社会生活上必要な注意を怠った者は、過失があるものとする。
- (3) 債務者の故意に基づく責任は、あらかじめ免除することができない。

ドイツ民法二八〇条 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は適用しない。

(2) 債権者は、第二八六条により付加される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、第二八一条、第二八二条又は第二八三条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。

(95) 石坂音四郎「給付不能論」『改纂 民法研究 下巻』(有斐閣、一九一一年)一五二頁(初出は、法学新報二二卷九号、一〇号、一号、同二二卷一号、二号、三号、四号、京都法学会雑誌七卷二号)。

(96) 石坂・前掲(脚注95) 一九〇―一九一頁。

(97) 末弘巖太郎「債権各論」(有斐閣、一九一八年)一九九頁。論文としては、同「双務契約と履行不能(1)―(4)完」法学協会雑誌三四卷三号、四号、五号、六号がある。

(98) 末弘・前掲(脚注97) 一二二―一二三頁。

(99) 末弘・前掲(脚注97) 一二四頁。

(100) 末弘・前掲(脚注97) 一二四―一二五頁。

(101) 末弘・前掲(脚注97) 一二五―一二六頁。信賴利益にとどまる理由として、積極的契約利益(履行利益)は、契約が有効であることとを前提とするものだからであるという(一二六頁)。

(102) 鳩山秀夫「日本債権法各論 上巻」(有斐閣、一九二四年)七一―七三頁。

(103) 我妻説については、Iの問題提起を参照されたい。同旨のものとして、末川博「契約法 上」(岩波書店、一九五八年)六〇頁以下、於保不二雄「債権総論」『新版』(有斐閣、一九七二年)一〇五頁、などがある。

(104) 戒能通孝「債権各論」『第四版』(巖松堂、一九五〇年)六〇―六一頁。(イ)履行不能契約の相手方は契約の解除をなすことができるが、解除の上さらに損害賠償の請求をなし得る者は、契約の当時善意の相手方に限られる、(ロ)履行不能の給付を約束した当事者も、契約の通り履行不能の事実を知らなかったことを立証し得るならば、契約の解除権を保有する(六一頁)。ただし、彼はここにおいて債務不履行による責任の一部を軽減させられているのであり、彼が契約解除権を行使する場合、相手方が善意ならば損害賠償の義務を有し、相手方が悪意ならば損害賠償義務を有しない、と説明する(六一頁)。

- (105) 同旨の説として、広中俊雄『債権各論講義』（第六版）（有斐閣、一九九四年）七八頁以下がある。
- (106) 山中康雄『契約総論』（弘文堂、一九四九年）一九八頁。
- (107) 山中・前掲（脚注106）二〇一―二〇二頁。
- (108) 磯村・前掲（脚注17）四三五頁。補足すると、ローマ法には、不能な契約をした場合はいかなる訴権も生じないとする厳正契約（問答契約）がある一方で、契約が不能であっても一定の場合に契約の有効性が認められる誠意契約（売買）があり、後者では信賴利益の賠償が認められていた（四〇三―四〇七頁）。モムゼンは、厳正契約を近代的取引秩序の範型として選び、履行不能を直ちに一般に契約解放原因として規定することにより、契約の構成要件の一契機（Foltestandsmoment）として抽象化し、この構成を破るほどの取引の実際の必要性を認めず、一方で、債務者の悪意・重過失を理由に契約外の消極的利益の賠償を肯定する（四二四―四二五頁）。そして、ウインドシャイドにより承認され、通説化した（四二七頁）。その後、イエーリングが、通説を承継しながらも、本質的錯誤の場合に、無効契約をした過失者の責任を、取引の安全上必要として、契約責任と構成した（四二八―四二九頁）。
- (109) 磯村説と同じく原始的不能の沿革の研究から、原始的不能な契約を有効とする説の理論的歴史的意義の把握には、実際のな構成問題であるとして、当事者にとり二次的な締結時点における裸の要件に契約の効力を依存せしめる構成の不自然さ・担保責任とのアンバランス・原始的不能の立証困難・信賴利益の是認の困難などの技術的諸点がその支柱を与えるとするものがある（北川善太郎『契約責任の構造―構造編―』（オンデマンド版）（有斐閣、二〇〇三年（初版は一九六三年）二八一頁）。
- (110) 星野栄一『民法概論Ⅳ（契約）』（良書普及会、一九八六年）五一―五二頁。
- (111) 奥田昌道『債権総論』（増補版）（悠々社、一九九二年）三〇頁。
- (112) 奥田・前掲（脚注111）三〇頁。
- (113) 奥田・前掲（脚注111）三〇―三一頁。
- (114) 前田・前掲（脚注72）七七頁。
- (115) 前田・前掲（脚注72）七七頁。
- (116) 前田・前掲（脚注72）七七―七八頁。
- (117) 加藤雅信『「不能論」の体系―「原始的不能」・「契約締結上の過失」概念破棄のために―』（法政論集一五八号五六頁（一九九四年）。
- (118) 加藤・前掲（脚注117）六二―六三頁。
- (119) 加藤・前掲（脚注117）七五頁。

(120) 加藤・前掲(脚注117) 七五頁。

(121) 潮見佳男「契約締結上の過失」谷口知平・五十嵐清「編」『新板 注釈民法(13) 債権(4)』[補訂版](有斐閣、二〇〇六年) 一〇五頁。潮見佳男「債権総論」(信山社、一九九四年) 三八頁以下も参照。

(122) 潮見・前掲(脚注121) 一〇五～一〇六頁。

(123) 田谷峻「新・契約の成立と責任」(成文堂、二〇〇四年) 二四八頁。

(124) 田谷・前掲(脚注123) 二四八～二四九頁。契約締結前にそのような保証がされたとしても、契約締結段階でその保証が取り消されたわけではないのだから、契約締結段階における保証を前提とすることが、現行のわが民法の体系を崩さないことになるという(二四九頁)。

(125) 田谷・前掲(脚注123) 二四九頁。

(126) 田谷・前掲(脚注123) 二四九～二五〇頁。なお、売主による保証を債務不履行という観点から把握するためには、主観的な瑕疵を瑕疵担保責任における瑕疵概念から除外することが適切であり、本来は錯誤規定により処理されるべき問題が瑕疵担保責任の領域に不当に持ち込まれることになるからであるという(二五二～二五三頁)。

(127) 「契約は守らなければならない」し、「契約は履行しなければならない」(契約責任)が、その履行にとって重要な時点は契約締結時でなく履行期であり、履行期に履行できないことは、原始的不能も後発的不能も同じであることから、契約締結前の不能も締結後の不能と同じく不履行問題とするのであれば、履行不能のような必然的に不履行に直結する事情に関する締結前の調査義務違反(不能に対する責に帰すべき事由)は、その必然の結果として締結後に問題となる不履行Ⅱ履行義務の帰責事由を構成すると理解できるとするものがある(小林一俊「原始的不能法廃止の動向と課題」『二一世紀ドイツ法改正を中心として』法学志林一〇一卷一七六頁(二〇〇三年))。

(128) 能見善久「履行障害」『債権法改正の課題と方向—民法一〇〇周年を契機として—』別冊NBL五一号一〇三頁以下。提案Hは次の通りである。

「提案H」 原始的ドグマの否定

契約の目的物が契約締結前に滅失するなどの理由により給付が不能である場合にも契約の成立を妨げない。

(129) この主張が後に原始的不能な契約を有効とする学説から批判を受ける糸口になったと分析するものがある(田中宏治「原始的不能と契約無効」『阪大法学四八巻五号一—三頁(一九九八年)』)。

(130) 特に、瑕疵担保（五七〇条）の法的性質をめぐる議論において原始的不能の契約は有効たり得る、という契約責任説主張の根拠として援用されるようになったという（田中・前掲（脚注129）一一七頁）。

(131) 「提案Ⅱ」が、原始的不能ドグマをめぐる学説の到達点が改正提案という形で明らかにされたことは、①学説史を形成してきた諸業績に報いるものとしても、②今後の民法改正に資するものとしても、積極的に評価されるとするものがある（田中・前掲（脚注129）一二二頁）。

(132) 第一九二回国会 衆議院法務委員会第八号（平成二八年一月一六日（水曜日））金田勝年法務大臣（当時）発言。

(133) 社会通念上の不能の明文規定が設けられたのであるから、よりいっそう、原始的不能の契約の有効性を前提とした規定が望ましかったとし、原始的に不能な契約が、その後の社会状況の変化等によって、実現「可能」になる場合があるのではないかと、債務の履行は、原始的に不能であるが、契約が解除されない限り、債務者による履行の実現を認めてよいとする（石崎泰雄『新民法典』の成立―その新たな解釈論―（信山社、二〇一八年）一三七頁）。その理由として、契約を締結した債権者と債務者とは、契約目的実現のため信義に従い誠実に、それぞれに課される様々な義務を協力して果たしていくべき契約関係という信頼関係の渦中に身をおいているからであり、債権者が契約を解除していれば、債権者はもはやその債務の履行の実現はできないが、債務者が、債権者利益の実現という目的に向かって、履行の提供をしてきたときに、債権者が履行の提供を拒むことは、信義誠実の原則に反するのではないかと、比較法的にも、また改正法の法体系でも、履行の実現を優先する法制度が採用されており、履行を実現する方向が望ましいと考え、新法四一二条の二第二項では、規定にはその文言はないが、「契約上の債務の履行が不能であったという事実のみで契約の有効性は影響を受けない。」ということとその根底に置いた解釈をすべきではないかという（一三八頁）。

(134) 新法四一五条一項の損害賠償責任は、債務者に不履行があれば原則損害賠償責任を負うとして、例外的に、債務者に免責事由があれば、損害賠償責任を負わないという構成になった。免責事由は、「その債務の不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」判断される。しかし、同条同項但書で「債務者の責めに帰すること」として、債務者の帰責性自体は維持された。

(135) 小林・前掲（脚注127）七四頁。なお、Schlechtriem, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2003), S.142 (Rdnr.238) を参照せよ。

(136) 潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、二〇一七年）八三頁。

(137) 森田修『原始的不能ドグマの克服』と新債権法」安永正昭・他〔監修〕『債権法改正と民法学Ⅲ 契約（2）』（商事法務、二〇一八年）七二頁。

(138) 森田・前掲（脚注139）六一頁。

(139)

原始的不能ドグマ克服論における契約締結上の過失と債務不履行の関係について、円谷説と潮見説を前提に考えると、原始的不能ドグマ論においては原始的不能を目的とする契約は有効にすることから、この契約締結上の過失を構成する契約締結前の付随義務違反はたとえ契約前の問題といえども給付義務の債務不履行、すなわち、履行不能における過失の問題として捉えられ、このことにより、原始的不能ドグマ克服論における債務不履行説に論理的基盤が与えられる（松下英樹「原始的不能ドグマ克服論の体系」九州法学七三号二五〇頁（二〇〇六年））。そして、両者の帰責事由の区別は、契約締結の前に債務者が負うべき義務である「調査・解明・告知・説明義務」のカテゴリーに入り、「契約締結について帰責事由ある場合」、すなわち、売買の目的物が滅失したことを知ってそれを秘して、あるいは過失により知らないで契約を締結した場合なども当然その射程に入り、この類型の付随義務も、当然に債務不履行における過失として理解されることになる（二五〇頁）。したがって、これらの見解に立つ限り、原始的不能を目的とした契約締結について帰責事由ある場合と目的たる内容の実現自体を原始的に不能にしたことについて帰責事由ある場合とを区別する必要はなく、目的たる内容の実現を原始的に不能にしたことについて帰責事由がある場合だけでなく、原始的不能の内容を目的とした契約締結について帰責事由ある場合も、債務不履行として扱われることになる、と分析するものがある（二五〇～二五一頁）。

(140)

主要な論点として、①両者はそもそも両立するか、②両立する場合、優先・選択関係のいずれになるか、③選択が認められ、錯誤を選択した場合、錯誤取消者に対して、損害賠償が認められるか、を挙げられよう。