

債務不履行による損害賠償の範囲

——法制審議会の議論をめぐって——

石 崎 泰 雄

- 一、損害賠償の範囲に関する規定の基本構成
- 二、予見の主体および時期
- 三、故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則の要否
- 四、損害額の算定基準時の原則規定および損害額の算定ルールについて
 - 1 物の引渡債務の不履行に関する填補賠償の損害額の算定基準時に関する規定の要否
 - 2 損害賠償額の算定に関する大綱的規定の要否
 - (1)第三八回会議における議論
 - (2)第三分科会 第三回会議における議論

一、損害賠償の範囲に関する規定の基本構成

一般の民法（債権関係）改正の核心は、債務不履行による損害賠償とその免責（帰責事由）にあるが、それと関連してその損害賠償の範囲も重要な項目の一つである。現行法でこれを規律するのは、民法四一六条一項・二項の規定のみであり、また、その規定もその文言のまま適用するには困難があり、種々の解釈によって内容が補われて適用されているというのが現状である。

その第一項で、通常生ずべき損害、これが基本的には損害賠償として認められるものであることが示されている。そして、第二項において、当事者の特別の事情の予見可能性があった場合に、その特別の事情から生じた損害の賠償も認められるものである、ということが示されている。そこで、民法四一六条一項で、通常損害の賠償、二項で特別事情に基づく損害の賠償が規律されたものであるとの基本的理解のもとで、これまで判例・実務が運用されてきている。このように判例・通説・実務的運用がしつかりと定着していることを尊重すると、現行法の通常損害・特別損害という枠組みを基本的には維持しながら、その修正・改善を図るという方向（甲案：現行法である判例・通説の支持）が考えられる。

たとえば、経済界では、「通常損害と特別損害という現行のワーディングといえますか、概念といえますか、そういういたものが比較的分かりやすいということ、できれば継続した方がいいのではないかという意見が出ていた⁽¹⁾」とされ、また、「弁護士会でも、通常損害と特別損害という従来の考え方を用いて規律するのがいいという意見⁽²⁾です。」とされており、さらに裁判官の委員からも「特別損害と通常損害の区別というのは維持していただくほ

うが、安定的な運用をしやすいのではないだろうかという気がいたします⁽³⁾」との意見が出されている。

そして、その根拠として、次のようなきわめて示唆的な点が指摘されている。すなわち、「損害賠償請求訴訟においていくつかの損害項目の主張がある場合に、ある項目については、当事者に、特段、詳しく主張立証していただくまでもない、賠償の範囲に入るかどうかについての詳細な審理等をするまでもない、当然、これは賠償の範囲に入るということで法律家なら全員が感覚が共通すると思うものがあると思います。他方、この項目は賠償の範囲に入るだろうか、よく考えてみないといけないというものもある⁽⁴⁾」と。

これは、法律家であれば、誰でも通常損害になると意見が一致するというものがあり、それとは別に、賠償範囲に入るかどうか検討を要するというものがあって、これが特別損害にあたるかどうかというものであるとの指摘である。

ちなみに通常損害と特別損害の主張・立証の実務的運用はどのようになっていくかという質問が出されたが、これに対しては、「損害を請求する側にとってみると、通常損害と特別損害のどちらに該当することになってもいいわけ、自分の損害の主張としては総額はこうだと主張して、実はその中に特別損害が紛れ込んでいるとなると、相手方がその指摘をする、これに対してさらに請求される側が賠償されるべき範囲に入ることを主張する⁽⁶⁾」と回答される。

一方、通常損害・特別損害という区分を設けず、予見可能であった損害の賠償を請求することができる旨の規定(乙案)を支持する見解もわずかながらみられる。これは、「通常損害、特別損害という枠組みというのが果たしていいのかということに疑問を持って⁽⁷⁾」いて、「通常損害というもので考えられているものは予見可能なあるいは予見すべき損害であるというところで考えるのが、出発点としては望ましいのではないか⁽⁸⁾」とするものである。しか

し、同時にやはり、予見可能性だけを基準とすることに不安を抱えており、「予見可能性という概念を中核として契約に固有のルールを組み立ててよいのかどうか、迷うところがあります。むしろ、ここで問題となっているのは、契約の下で考慮したときに、債務者の負担とされるべき損害が賠償されるべきなのだという部分ではないでしょうか。それを予見可能性というタームで表現しつくすことができるかどうかという点について、疑問を抱くところがある⁽⁹⁾」とされている。

このように通常損害を廃し、予見可能性を中心とした規律とすることには様々な懸念が示される。たとえば、「予見可能性という言葉、判断基準に非常な不安を持つております。現実問題として債務不履行が起きた場合にどんな損害が生じるかということを検討しない契約はかなり多うございます。：現実問題として契約締結時に損害あるいは損害の額の予見をしない例が圧倒的に多い場合に、基準として予見可能性というのが決定的になって本当にいいんかどうかという疑問が最初にあります。：通常損害という言葉に弁護士会として非常に賛成が多いわけでございますが、：予見可能イコール通常ではなく、予見可能性以外に公平観念だとか、相当因果関係で、ここまでする相当だろうという、何か、そういう予見可能性以外の観念を忍び込ませて、通常というのを使っているんだろうと思います。そこに安心感がある。なおかつ判例の積み重ねがあります⁽¹⁰⁾」また、「予見可能性だけで足りるのか、それ以外の何らかの要素が必要なのか：やはり予見可能性以外の何らかの基準を必要としているのではないか：通常性の基準で織り込んでいるものもある⁽¹¹⁾」というように、予見可能性以外の要素が必要ではないかとする指摘がある。さらには、予見可能性という言葉を契約としての観点から解釈を加え、「単なる予見ではなくて、契約当事者がそこまで契約の責任として了解していたかどうか⁽¹²⁾」ということであるとその内容が示される。

また、予見可能性というものによって損害賠償の範囲が拡大されることへの不安から、「特別事情のところに出

てくる予見の概念に対して、何か制限すべきではないか⁽¹³⁾という問題に関しては、「債権者から契約締結段階で言われた事情、告げられた事情というのは予見可能どころか、債務者が知っている事情という話になりますよね。そういうものがすべて損害賠償の範囲に組み込まれるのかというと、必ずしもそうではないのか……まさに契約内容として、そういうリスクを引き受けたということが、きちんと読み取れるぐらいの合意があるということではない⁽¹⁴⁾」いけないとして、「契約の責任と了解」から一歩進め、「合意」内容となっていることまで求めようとするものもある。

次に、「予見の対象を現行法のように『事情』とするか、『損害』とすべきかという点について、『損害』を事実として捉えると、『事情』と『損害』は区別されない場合もある。区別できる場合でも、『損害』を具体的な『事情』を組み込んだものとして捉えると、そのような『損害』を予見の対象とすれば、結論に違いはない。こういう理由から、結論として、予見の対象は『損害』としても別に構わないのではないか⁽¹⁵⁾」と考えると、現行民法四一六条二項の分かりにくさもある程度解消される。そこで、乙案の別案、すなわち、「損害賠償の範囲に関し、①通常生ずべき損害、と②予見可能であった特別の損害」、とする見解に対して、「乙案の別案、これは弁護士から見ると何か甲案の別案で、事情を抜いてすっきりさせただけではないか：通常と特別を残して事情を抜くという案については、結構な支持がある⁽¹⁶⁾」、とか「基本的に予見可能性が基準になるのだけれども、ただ、通常損害であれば当然、予見可能性があるとみなされるので、具体的に予見可能性が問題とされるのは特別損害だ、ということ整理できるのではないか⁽¹⁷⁾」とされ、乙案の別案が支持される。

そして通常損害・特別損害という枠組みを維持することが、「定型的に捉えられるものと、より具体的に契約に即して更に検討する必要があるものがあるだろうと思います。そうであるなら、思考経済という観点からも、一

応、それを区別するということがよろしいのではないか」と指摘される。¹⁸⁾

この問題に関しては、判例実務がきわめて永い間、現行民法四一六条のもとで、「通常損害・特別損害」という基本的構成に従いながら、現実の紛争にそれを適用することに習熟してきたという事実を軽視すべきではなからう。そして、現実の問題に直面したとき、法律家であれば誰でも、これは紛うことなく通常損害であるという認識を共有することができるという部分があるという指摘も傾聴に値する。そうした反面、現行民法四一六条の文言が、そのままではわかりにくいものであり、そこに解釈の工夫を持ち込んで様々な解釈が示されているという現状も看過できない。通常損害・特別損害という言葉を持続するとしても、これをよりわかりやすいものへ整理して提示すべきであろう。

乙案のように、通常損害・特別損害という言葉を廃してしまつて、予見可能であつた損害の賠償をすることができ旨の規定にした場合には、乙案の主張者もその他の委員・幹事が懸念するように、債務者の負担とされるべき損害を予見可能性という言葉だけですべてカバーできるものかどうか問題である。当該契約の趣旨・目的等から債務者が負担すべき範囲のものをいうということになれば、それこそ「基準」がなくなつてしまいかねない。やはり、その内容をより具体化できる基準が必要であり、その基底となるのが、これまで積み上げられてきた通常損害・特別損害の概念であり、この基本構造を活かした形で、より精緻なものへと築き上げていくべきであろう。

二、予見の主体および時期

損害賠償の範囲の要件としての損害または事情を予見すべき主体および時期については、次のような考え方が

あり得るとして示されている。⁽¹⁹⁾ すなわち、「**【甲案】** 予見の主体は債務者とし、予見の時期は債務不履行の時とする。**【乙案】** 予見の主体は契約の両当事者とし、予見の時期は契約締結の時とする。そして乙案を採る場合であつても、契約締結後に予見可能となつた事情又は損害の取扱いについては、「**【乙―一案】** 特段の規定を設けないものとする。**【乙―二案】** 契約締結後に債務者に予見可能となつた事情による損害（又は予見可能となつた損害）につき、債務者が損害回避のための合理的な措置を取らなかつた場合には、その損害も賠償範囲に含まれる旨の規定とする。**【乙案の別案】** 契約時のリスク分配を重視する考え方をベースとしつつ、債権者保護の観点から、契約締結の時点において、債権者にとつては予見可能性がなくとも債務者にとつて予見可能性があれば、賠償範囲に含める旨の規定とする、といった案である。

まず、現在の判例・通説の考え方である、予見の主体は債務者とし、予見の時期は債務不履行の時とする甲案を支持する意見が、当然のことながら実務家の委員等を中心に表明される。「弁護士会の意見は圧倒的多数が現在判例、通説といわれている債務者を基準にして、かつ基準時は債務不履行時とするという考え方に賛成している」とされる。また、裁判官の委員からは、乙案以下に対する理論構成面における疑問が提起される。すなわち、「乙案についてもそれなりの根拠はあろうかと思ひますけれども、しかし、契約締結後の事情について、およそ一切、考慮に入れないというのはいかがなものだろろうかと思ひます。その点、乙―二案ではそういう問題がある程度は解消されているのだろろうかと思ひます。しかし、乙―二案につきましては、契約締結後の事情に対して合理的な措置を取らないといけないという要件を掛けるということになりますが、そうすると、契約締結前のものについては同じ要件を掛けなくてもいいのだろろうかというところが、よく分からない気がいたします。また、甲案を採らないで、乙案を採用しながら、乙―二案を採用することが果たして理論的に一貫しているのかどうかもよく分かりませんし、

実際問題として、甲案と乙―二案で具体的にどう違うのかというのがもう一つ理解できない⁽²¹⁾と。

そして、経済界の委員からは、「實際上、現行の裁判実務が甲案で動いているということはかなり重いという受け止めはしていますので、まず、本当にそれを覆っているのかというのが一つあると思います。：甲案を支持するとすれば、信義則か何かで具合的妥当性のある賠償範囲まで制限していくことをセットで考える、とりわけ、債権者側の履行期に至るまでの事情で、リスクをただ一方的に伝えるだけで自分で何もしなかったとか、そういうような事情があれば、そこは債権者のリスク軽減努力の不十分さ等も斟酌することになっていくのではないか⁽²²⁾と、賠償範囲の制限の必要性が指摘される。

これに対し、予見の主体は両当事者であるとし、予見時期は、基本的には契約締結時であるが、契約締結後に債務者に予見可能となった事情（又は損害）につき、債務者が損害回避のための合理的な措置を取らなかった場合には、その損害も賠償範囲に含まれる（乙案＋乙―二案）との見解を基本的に支持する意見は次のようなものであるが、特に特別損害が広がりすぎないようにすることの重要性の認識がみられる。

「予見の主体及び時期のところの問題としては甲案（筆者注：乙案の誤りか）を原則とし、両契約の当事者を予見の主体とし、時期も契約締結時とするのがよい：乙―二案の合理的な措置ということであると、これまた、かなり広がってしまう可能性がありますが、相当な措置、もうちょっと何かいい言葉があるといいのですけれども、少し絞りをかけるような表現で乙―二案を併せて採用するというのはどうか⁽²³⁾、あるいは、「契約の両当事者が契約締結のときに予見し得た事情というのを基本に考えるのが、契約の損害賠償としては原則だろう：、場合によっては債務者のみが予見可能であったというような場合に、債務者に損害賠償の責任を負わせてもいいというケースがあるかもしれない：債権者の側が、事情がこう変わってきたので私の損害はこんなに増えますということを債

務者に通知すれば、突然、債務者の損害賠償義務がそれ以前よりもうんと重くなつてくるというか、その分の損害の賠償を自動的にしなければならなくなるという点で大変疑問なところがあります。また、損害回避のための合理的な措置あるいは相当な措置というものも、損害回避義務が発生することを前提にして、その義務の内容をこのレベル、あのレベルと考えましようと思はれますが、後で告げられたことによつて新たに分かつた事情がそもそも損害回避義務の対象になるのか、ならないのかということがまず問題になるのではないかと思はれます。すなわち、新たに判明した事情あるいは新たに債権者から告げられた事情に基づいて予見可能となつた損害を回避することが、契約の趣旨からいつて相当と評価される場合であれば、恐らく損害賠償の範囲に入るだろうということになると思はれます⁽²⁴⁾とし、予見可能性に基づく損害賠償の範囲を相当な範囲に制限する基準を契約の趣旨に還元する。そして「契約締結の後にある事情が生じ、契約の時点では認識できなかったけれども、それを債務者が知ることになつたとき、そのような債務者が、その状況下において当該契約に照らせば、その契約の下でどのような行動をすべきであつたのか、損害回避行動を取るべきであつたのかという観点から問題が捉えられることになる⁽²⁵⁾」というように、「契約の趣旨への還元」の内容が明示される。

このような「契約の趣旨」を重視する見解では、予見の主体は両当事者と考えることへとつながりやすいと思われる。これに対し、契約締結時のリスク分配を重視する考え方をベースとしつつ、債権者保護の観点から、契約締結の時点において、債権者にとつては予見可能性がなくとも債務者にとつて予見可能性があれば、賠償範囲に含める考え方（乙案の別案）を採るとまた違つた方向性が出てくる。ただその場合でも、やはり賠償範囲の制限というところに意識が向けられる。すなわち、「契約時において債務者が予見していた、ここは債権者ではなくて債務者が予見し、また、予見可能であつたものは契約時に覚悟しているものですから、それは損害賠償の範囲としていい

だろう。ところが契約を締結してから債務不履行時までには生じた何らかの事情を知った、そのことによって予見すべきであったと言われるものについて、その全部を賠償の範囲とすることについては疑問があり、何らかの制約原理が必要ではないか。：損害に関しては公平という言葉、契約の趣旨・目的若しくは公平に照らして、債務者の負担とするのが相当な損害について、賠償の範囲を限る、そのような何らかの原理が必要ではないか⁽²⁶⁾、とし「乙案の別案を採用した上で乙―二案を採用する。ただ、乙―二案の表現の仕方については、損害を回避するための合理的な措置を取らなかったという、この言い回しについては疑問を持っております⁽²⁷⁾」とされる。

あるいは、「予見の主体や時期については、乙―二案と乙案の別案というのとの組合せもあるかなとは考えておりますが、これはいろいろな組合せがあると思います。ただ、一つワーディングの問題なんですけれども、合理的な措置という言葉が乙―二案で出てまいりますけれどもこの合理的という言葉がやミスリーディングなのではないか。と申しますのは、それは経済合理人を想定しているかのようで、それについての抵抗感を抱かれる、あるいは懸念を持たれるという向きがあるのではないかと思います。：相当な措置とか、何かほかの言葉に替えて、やや翻訳的な言葉かもしれない合理的というのを、もう少し受け入れやすい言葉にすることとも考えられるかと思えます⁽²⁸⁾」とし、また「乙案を採りながら乙―二案を採るのは、整合的ではないのではないかという問題提起なんですけれども、乙―一案については懸念を持つ方々が多い。これはなぜかという点、恐らく契約解釈によってすべてが契約によって決まっている、あるいは契約に還元し得ることについての、それで大丈夫かな、あるいはそれに犠牲が伴わないだろうか、契約解釈に過重な負担をかけてしまうのではないかという、そういう疑念があるのだらうと思います。そこで、契約後の身勝手な行為とか、信義則に反するような行為をどうやって取り込むのかということが課題になっている：乙―二によって具体的に決めておいて、それを契約に還元するという立場

から説明することもできるでしょうし、二元的な立場からも説明することができるということ、どの立場からも説明できるという具体的な規律というのが模索されるべきではないか⁽²⁹⁾とされる。

この乙案の別案に乙―二案を組み合わせた見解の中で、最も内容的に詰められた見解が、次の意見である。すなわち、「契約によるリスク分配を重視すべきであると考え、したがって基本的には契約締結時の認識可能性をまずは基準にするという考え方を採るべきだと思います。ただ、そうすると、それが直ちに、両当事者の予見可能性を問題にすべきだということにつながるのかについては、私は疑問を持っており、むしろ債務者の予見可能性で足りるのではないか：乙案の別案を基本にして、それに乙―二案を組み合わせるという考え方を支持する：契約時のリスク分配といつても、ここで通常問題となるのは、具体的なリスク分配合意が当事者間でなされているということではありません。むしろそのような具体的合意がない場合に、契約締結時の当事者の認識等に照らして、リスクを債務者がどの範囲で負担すべき趣旨であったと評価できるのかという規範的な評価がここで問題となっている：両当事者の予見可能性を問題とするのではなく、債務者の予見可能性を問題にすれば足りる：そして更に：契約締結後に予見可能となった事情による損害についても、債務者がその損害回避のための措置を取るべきであったの取らなかつたというような場合については、賠償の範囲に含まれるということを加えるべきだと思います。：契約の趣旨によつては、たとえ予見可能性があつたとしても、そこまでのリスクを引き受けるべきだとはいえないということがあるかもしれない：まず予見可能性を基準として枠をくくり、その上で、例外として契約の趣旨・目的に照らして相当でない場合については、そこから除外するというような形も一つ考えられるのではないか⁽³⁰⁾とするものである。

予見の主体と時期に関する問題も、債務者の損害賠償の範囲を適切に画定するための道具立てであるということ

の認識が最も重要な点である。損害賠償をするのは債務者であり、契約関係に入った債務者は、債権者利益の実現を果たすためにいかなる義務を負い、いかなる範囲の損害賠償をすべきなのかということ画定できるような基準を明示することが重要である。

この点で、契約締結時点における両当事者のリスク分配によって損害賠償の範囲が定まるという考え方は、それを突き詰めていくと、それは契約締結時における両当事者による、いわば「損害賠償の範囲の予定」ということになってしまっているのではないか。やはり、ここには客観的な規範的なリスク分配という視点が重要であり、その視点を重視すればするほどそれは両当事者のリスク分配からは離れていき、結局損害賠償責任者たる債務者に対する客観的視点からの規範的な責任の割り当てということになるのではないか。つまり、規範的な評価ということであれば、その名宛人は賠償責任者たる債務者であり、予見の主体は債務者であるということに帰するのが適当ではないだろうか。

そこで、契約締結時における予見の主体としては、債務者ということになるが、そうした場合、契約締結時における予見可能性に限定することは不合理だといえよう。というのは、債務者は債権者と契約関係に入ることにより、債権者の契約利益を実現すべく少なくともその債務を完了するまでは、信頼関係の渦中に身をおいているのであり、もし、契約締結時から債務不履行時までの間に、債務者に損害発生の見込みがあれば、債務者はその損害の発生を回避すべき義務が生ずることになる。そしてその回避義務は、規範的に債務者に課され期待される相当な行為義務であって、その範囲は相当な範囲に限定される。したがって、契約の趣旨・目的に照らして決定されるというの正しいが、それでは基準を示すのを放棄したに等しく、ここで重要なのは、その基準を示すことである。

三、故意・重過失による債務不履行における損害賠償の範囲の特則の要否

債務者に債務不履行につき、故意・重過失があつた場合に、国際的な統一法秩序の規定の中には、生じたすべての損害の賠償を認めるとするものもみられることから、そのような規定をおくべきかどうかが議論される。しかし、この規定の導入に積極的な意見はきわめて少数であり、それもこの「考え方も必ずしも捨て難い³¹⁾」というものであり、その根拠も示されていない。圧倒的多数というか、他のすべての意見は、理由は様々であるが、導入に反対である。それぞれ次のような反対の理由が挙げられる。

「規定自体は、十分、あり得る考え方だとは思いますが。国際的にもそのような考え方を取り込んだものがあると思いますので、検討の対象にはなると思うんですが、ただ、余り選択肢を広げてしまうと、かえって議論が集約しにくいので、とりあえず、これは外しておいて残りで考えようというのが今回のご提案ではないのか³²⁾」、「こういう場面における重過失というのはいったい何なのかというところについて、かなり慎重にやらないといけない。その上に債務不履行の故意というのはいく何を対象として、どのようなものをイメージしているのかということの捉え方次第では、私たちが規定を設けるべきだと考えた際に想定していたのとは違うイメージで受け取られるおそれもあるのではないか；特に民法は一般法で、ある特定の取引類型に特化されたわけではないので、更に慎重にやるべきではないのか³³⁾」、「弁護士会は大多数は『設けない』で賛成ですが、消費者委員会のほうから詐欺的な商法の場合にはこのような規定が必要な場合もあると思うと。ただ、民法に一般論として書くことまでは主張しなくても、民法に消費者概念を入れるとすれば、消費者に対する詐欺的商法の場合についての規定、あるいはそう

いう解釈ができるような工夫をしていたら良かった」と、「一般に債務不履行の故意というものがそもそも何かというのがよく分からないまままでこれを定めるのは、問題がある」⁽³⁵⁾、「ここで考えているように全損害を賠償させようというのは、かえってどこまでいくのか、よく分からなくて、明文で書くのは避けたほうがいい」⁽³⁶⁾、といった具合である。そこで、一応の結論として、「大多数は規定無しでよいという意見であった」⁽³⁷⁾とされ、規定の導入は見送られることになる。指摘されるように、ここでの「故意・重過失」というものが、どのようなものかというのが明確でないような状況で導入すべきではあるまい。

四、損害額の算定基準時の原則規定および損害額の算定ルールについて

1 物の引渡債務の不履行に関する填補賠償の損害額の算定基準時に関する規定の要否

これに関しては、「債権法改正の基本方針」において、実体的多元説の立場から、〈ア〉履行が不可能なとき、その他履行が合理的に期待できないとき〈イ〉確定的な履行拒絶（履行期前の履行拒絶を含む）の意思を表明したとき〈ウ〉相当の期間を定めて履行の催告をし、その期間が徒過したとき〈エ〉契約が解除されたとき、が挙げられこれらのいずれかの時点を債権者が任意に選択して請求することができるとする案が、検討されようとしていた。

一方、物の価格の算定基準時に関しては、最高裁判例において統一的な基準が示されているのではないかとする見解⁽³⁹⁾が提示された。それは、民法四一六条一項において、「通常損害」についての基準時が、そして、予見可能性のある場合には二項において「特別損害」について基準時が、それぞれ優先順位とともに捉えられているとするも

のである。

このような状況において、いかなる方向が妥当かであるが、当初の検討案はすべて廃され、設けないことに議論の意見が一致した。たとえば、経済界の委員からは、「設ける必要はないのではないか」という議論が大勢であった⁽⁴⁰⁾、弁護士会では、「多数は賛成でございますが、有力単位会の一つが填補賠償における損害額の算定基準について請求権が発生した時点とする旨の判例法理もあるように解されるので、そのような規定を設ける方が望ましいという意見でした。」⁽⁴¹⁾とされる。また、「ここは規定を設けないほうがいいのではないか：物の引渡債務についての基準時がどうかという判例法理自体、そういうものがあるのかということについて、私自身は疑問を持っている」というように、設けないことに一致しており、「この部会の委員幹事の間では填補賠償算定基準時に関する規定は設ける必要はないと、こういうことで、一応、一致した」とされた⁽⁴²⁾。

この結果、規定は設けられないということになるであろう。当初目論まれていた、実体的多元説を背景とした「債権者が任意に基準時を選択できる」との規定が設けられないということであり、判例における準則があるとの指摘があることをも考慮すると妥当な結論だと思われる。

2 損害賠償額の算定に関する大綱的規定の要否

損害賠償額の算定に関する大綱的規定として、たとえば、「損害賠償額の算定にあたっては、契約が履行されていれば債権者が得られたであろう経済的地位を確保させることを内容とすべきである旨の規定を設ける」との考え方があがるが、このような規定を設ける提案に関して議論がなされる。

(1) 第三八回会議における議論

まず、第三八回会議における議論状況からみていききたいが、その意見の大勢は、「設ける必要はない」とするものである。それは次のような意見である。すなわち、「経済界の内部で議論したところ…この規定を設けることについては余り賛同する意見はございませんでした」⁽⁴⁴⁾「弁護士会でも、「ほとんどが設ける必要はないという意見でした。ただ一つ、得べかりし利益については当然入るのだから、それを明示したらどうか」という意見はありました」⁽⁴⁵⁾というにとどまっている。また、「今までの議論は、医療過誤とか安全配慮義務だといった、いわゆる拡大損害をあまり念頭においていない議論だった…損害賠償にはこんなタイプがあります。前向き、後ろ向き、横向きと三つありますということを注意喚起するような条文を置いたほうがいいということであれば、置いてもいいでしょうということなんですが、いかがなんでしょうか…一部だけ挙げると、他のタイプの損害賠償は日本民法は認めないかのような反対解釈になるリスクだけが残るのであれば、こんな事柄は教科書にお任せしましょうというほうがいいかもしれない」⁽⁴⁶⁾と、否定的意見である。

これに対し、唯一の賛成意見は、「債務不履行の賠償の方向性ということで、正、逆の両方があるということが仮によいということであれば、両方書いておくべきではなからうか、…大綱的な規定を置く場合でも、履行利益という言葉と信賴利益という言葉は使わないほうがいい…ドイツの二〇〇一年改正が入った二八四条という条文があります。…この種の規定は積極的に設ける方向で考えてみたほうがいいのではないか」⁽⁴⁷⁾というものである。

そこで、一応の結論としては、「分科会で少し検討いただいた上で、それを見て部会で最終的にどうするかを決めていただく」⁽⁴⁸⁾こととされた。

(2) 第三分科会 第三回会議⁽⁴⁹⁾における議論

第三分科会では、より踏み込んだ議論がなされたが、やはり否定論が多い。それらは次のような意見である。すなわち、弁護士会の意見では、「このような大綱的規定であれ、ここに記載されているような形で規定を設ける必要はない、つまり：反対であるというのがほぼ一致した意見です。」⁽⁵⁰⁾とされ、当の委員も「規定を設けることは困難ではないかという認識を持っており、結論としては設けないという考えではないのか：債務不履行がなかったときの状態と、現実起こった状態の差額を調整するような規定になるのかもしれないか：債務不履行が余りに大綱的で、その意味するところも逆に曖昧といえますか、場合によって都合のよい結論を導くだけになるのではないか」⁽⁵¹⁾とされる。また、他の幹事からは「履行利益か信頼利益かという形できれいに区別できないのではないか」⁽⁵²⁾との疑問も示される。そして「信頼利益か履行利益かという項目の話というのは、本来、予見可能性の条文があつて、同時に大綱的なこのような条文がありますと、その両者の関係は論理的には非常に理解困難なものになつてしまいます。そう考えますと、結論としてはなくとも良いのではないか」⁽⁵³⁾、あるいは「損害にはこういう種類のものがありますという損害のリストを全部挙げていかなければいけないということになりかねない。：学説にも必ずしも固まつていないものもあつたりするので、少なくとも損害内容の緻密化の方向だけは目指さないほうがいい」⁽⁵⁴⁾とされる。

そして、現在、「素案または仮案」のようなものとして挙げられている「大綱的規定」案に対して、具体的な内容の批判として次のような意見が示される。すなわち「契約が履行されていれば債権者が得られたであろうという部分が狭きに失するのではないか：債務不履行の内容によって契約の実現そのものに向けられたものばかりでないので、もし、大綱的というならば、債務や義務が履行されたならばあつたであろう地位ということで、それが例え

ば自己決定の確保に向けられたら、自己決定が確保されたならばどのような状態であったかというのが、原状回復的な損害であったりということになる。しかし、そのことが何らかの大綱であったとしても、指針的な意味を持ち得るかというのは、そこがそれだけではどうだろうか⁽⁵⁵⁾と。

これら否定論の根底には、規定を設けることが困難ではないかとの認識があるのではないかと思われる。

一方、肯定論としては唯一、次のような意見が出される。すなわち、「履行利益についても、それが指針として賠償額算定の判断基準にはなっている。契約あるいは債務が履行されたならば得られたであろう利益という形で、一応、指針にはなっていると思う。主張を展開する上で、大綱的な基準があつたほうが主張・立証しやすいのではないか⁽⁵⁶⁾。実際の裁判で法律にない概念が使われるということは、それなりに実務的な有用性があることだと思えますので、もう少し、実際の裁判で行われている判断が理解できるような手掛かりになるものがあつたほうがいいのではないか⁽⁵⁷⁾。債務が履行されたならば得られたであろう状態を実現するという方向と、それから、契約を締結する前の状態に戻すという二つの方向があるのだということを示すというだけの条文になると思います。そして、前者が拡大損害をカバーできるような表現を考える⁽⁵⁸⁾。」と。

このような肯定論もあることから、大綱的な規定で「もし本当に良いものが見付かるのならば、それは追及なさるということでよろしいのではないか⁽⁵⁹⁾」との意見も出され、第三分科会の結論としては、「大綱的な規定で現状を全てカバーできるような適切な文言がもし見付かるのであれば、それを入れてもいいという考え方と、特になくてもいいという考え方があるという整理⁽⁶⁰⁾」がなされた。

したがって、本テーマに関し、新たな民法（債権関係）部会資料の中で、原案が示され、それを「部会」で議論したうえで、結論が導かれていくということになろう。

- (1) web資料 法制審議会 民法(債権関係)部会 第三八回会議 議事録(平成三年二月二〇日)(佐成実委員)二頁。以下、審議会「第三八回 議事録」として引用する。
- (2) 審議会「第三八回 議事録」(中井康之委員)六頁。
- (3) 審議会「第三八回 議事録」(村上正敏委員)一一頁。
- (4) 審議会「第三八回 議事録」(村上委員)一一頁。
- (5) 審議会「第三八回 議事録」(道垣内弘人幹事)四頁。
- (6) 審議会「第三八回 議事録」(岡崎克彦幹事)四頁。
- (7) 審議会「第三八回 議事録」(潮見佳男幹事)一〇頁。
- (8) 審議会「第三八回 議事録」(潮見幹事)五頁。
- (9) 審議会「第三八回 議事録」(潮見幹事)五頁。
- (10) 審議会「第三八回 議事録」(岡正晶委員)一八頁。
- (11) 審議会「第三八回 議事録」(中田裕康委員)七頁。
- (12) 審議会「第三八回 議事録」(能見義久委員)八頁。
- (13) 審議会「第三八回 議事録」(岡委員)一九頁。
- (14) 審議会「第三八回 議事録」(松本恒雄委員)一九頁。
- (15) 審議会「第三八回 議事録」(山本敬三幹事)七―八頁。
- (16) 審議会「第三八回 議事録」(岡委員)一九頁。
- (17) 審議会「第三八回 議事録」(鹿野菜穂子幹事)九頁。
- (18) 審議会「第三八回 議事録」(鹿野幹事)一四頁。
- (19) 民法(債権関係)部会資料三四・民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(6)三頁以下。
- (20) 審議会「第三八回 議事録」(中井委員)六頁。
- (21) 審議会「第三八回 議事録」(村上委員)一一―一二頁。
- (22) 審議会「第三八回 議事録」(佐成委員)一五頁。

- (23) 審議会〔第三八回 議事録〕(能見委員) 九頁。
- (24) 審議会〔第三八回 議事録〕(松本委員) 一二頁。
- (25) 審議会〔第三八回 議事録〕(潮見幹事) 一七頁。
- (26) 審議会〔第三八回 議事録〕(中井委員) 六一七頁。
- (27) 審議会〔第三八回 議事録〕(中井委員) 一〇頁。
- (28) 審議会〔第三八回 議事録〕(中田委員) 七頁。
- (29) 審議会〔第三八回 議事録〕(中田委員) 一七頁。
- (30) 審議会〔第三八回 議事録〕(鹿野幹事) 九一〇頁。
- (31) 審議会〔第三八回 議事録〕(松岡久和委員) 二二頁。
- (32) 審議会〔第三八回 議事録〕(中田委員) 二二頁。
- (33) 審議会〔第三八回 議事録〕(潮見幹事) 二二頁。
- (34) 審議会〔第三八回 議事録〕(岡委員) 二二頁。
- (35) 審議会〔第三八回 議事録〕(松本委員) 二二頁。
- (36) 審議会〔第三八回 議事録〕(野村豊弘委員) 二二—二三頁。
- (37) 審議会〔第三八回 議事録〕(鎌田薫部会長) 二三頁。
- (38) 民法(債権法)改正検討委員会編・債権法改正の基本方針(商事法務、二〇〇九年)一四〇頁。より詳しくは、民法(債権法)改正検討委員会編・債権法改正の基本方針Ⅱ(商事法務、二〇〇九年)二七〇頁以下。
- (39) 石崎泰雄「損害賠償額算定の基準時に関する最高裁判例にみる統一基準」(判例時報、二〇七四号)(二〇一〇年)三頁。
- (40) 審議会〔第三八回 議事録〕(佐成委員) 二三頁。
- (41) 審議会〔第三八回 議事録〕(岡委員) 二三頁。
- (42) 審議会〔第三八回 議事録〕(潮見幹事) 二三頁。
- (43) 審議会〔第三八回 議事録〕(鎌田部会長) 二三—二四頁。
- (44) 審議会〔第三八回 議事録〕(佐成委員) 二四頁。
- (45) 審議会〔第三八回 議事録〕(中井委員) 二五頁。
- (46) 審議会〔第三八回 議事録〕(松本委員) 二五頁。
- (47) 審議会〔第三八回 議事録〕(潮見幹事) 二四頁。

- (48) 審議会「第三八回 議事録」(鎌田部会長) 二五頁。
- (49) 法制審議会 民法(債権関係)部会 第三部会第三回會議(平成二四年四月二四日)。以下、第三分科会「第三回 議事録」として引用する。
- (50) 第三分科会「第三回 議事録」(中井委員) 二二頁。
- (51) 第三分科会「第三回 議事録」(中井委員) 二三頁。
- (52) 第三分科会「第三回 議事録」(深山雅也幹事) 二四頁。
- (53) 第三分科会「第三回 議事録」(道垣内幹事) 二五頁。
- (54) 第三分科会「第三回 議事録」(鎌田部会長) 二三頁。
- (55) 第三分科会「第三回 議事録」(沖野眞巳幹事) 二三頁。
- (56) 第三分科会「第三回 議事録」(内田貴委員) 二四頁。
- (57) 第三分科会「第三回 議事録」(内田委員) 二五頁。
- (58) 第三分科会「第三回 議事録」(内田委員) 二六頁。
- (59) 第三分科会「第三回 議事録」(山野目章夫幹事) 二六頁。
- (60) 第三分科会「第三回 議事録」(松本分科会長) 二六頁。