

〈判例評釈〉

通常生ずべき損害と損害軽減義務

——最高裁平成 21 年 1 月 19 日第二小法廷判決
平成 19 年（受）第 102 号——

久須本 かおり

（事案）

原告 X は、カラオケ店などの経営を業とする株式会社である。被告 Y1 は、中小企業等共同組合法に基づいて設立された事業協同組合であり、昭和 42 年 10 月 1 日、福井県小浜市の JR 西日本〇〇駅前に「〇〇デパート」として本件ビルを建設し、これを所有するものである。なお、Y1 は、累積損失 1 億 3000 万円余以上を抱えて本件ビルを平成 7 年 9 月 28 日に訴外 A に売却している他、平成 8 年 8 月 31 日に解散して清算手続に入っており、Y1 の代表理事であった Y2 は清算人に就任している。

X は、Y1 から、平成 4 年 3 月 5 日に、期間を 1 年間、賃料を月額 20 万円、使用目的を店舗として、本件ビルの地下 1 階にある建物部分（以下、「本件店舗部分」という。）を賃借する契約を締結した（以下、この契約を「本件賃貸借契約」という。）。本件賃貸借契約は、その後、平成 5 年 3 月 5 日、平成 6 年 3 月 5 日にそれぞれ更新がなされたが、平成 7 年 3 月 5 日以降は、その継続に関する協議が成立しないままであった。これは、本件店舗部分において、平成 4 年 9 月頃から、浸水が頻繁に発生しており、Y2 はその都度、修繕を行ってきたものの、その原因が判明しない場合も多く、Y2 が貸し続ける自信を喪失していたことに加え、本件ビルの買主 A の意向もあって、平成 7 年 10 月 11 日付けの通知書をもって、本件ビルの老朽化を理由とする賃貸借契約の解除を申し入れていたためであるが、X はこの申し入れに応じることなく、本件店舗部分での

カラオケ店営業を継続した。

平成9年2月12日、本件ビル地下1階に設置された浄化槽室排水ピット内の排水用ポンプの制御系統の不良又は一時的な故障が原因となって、本件店舗部分は床上30cm～50cmまで浸水した（以下、「本件事故」という。）。本件ビルの地下1階では、同月17日にも同様の場所から汚水が出水し、同程度に本件店舗部分が浸水した。そのため、Xは、本件事故以来、本件店舗部分でのカラオケ店の営業ができなくなった。

Y1は、平成9年2月18日付書面をもって、Xに対し、本件ビルの老朽化等を理由として、本件賃貸借契約を解除し、明渡しを求める旨の意思表示をした。Y2は、本件事故直後より、Xからカラオケ店の営業を再開できるように本件ビルを修繕するよう求められていたが、これに応じず、上記解除により本件賃貸借契約は即時解除されたと主張して、Xに対して本件店舗部分からの退去を要求し、本件ビル地下の1階部分の電源を遮断するなどした。

本件ビルについては、平成9年1月、調査会社により、大規模改装に向けての設備及び建物状態の調査が実施されたが、そのビル診断報告書には、(1)電気設備については、今後思わぬ事故等の発生が懸念され、改装後の電力需要にあわせて全体的に更新する必要がある、(2)給水設備は、全体的に錆による腐食が進行しており、このまま使用すると漏水の懸念があり、周辺機器も含めて継続使用が難しい状態と判断される、(3)排水設備については、排水配管は全体的に更新する必要があると判断され、その他汚水配管、排水槽等は改装時に調査の上、その使用にあわせた改修及び清掃等が必要と思われるなどと記載されていた。とはいえ、本件事故前、直ちに大規模な改装及び設備の更新をしなければ当面の利用に支障が生じるものではなく、本件店舗部分を含めて朽廃等の事由による使用不能の状態にはなっていなかった。

Xは、平成9年5月27日、本件事故によるカラオケセット等の損傷に対し、Bとの間で設備什器を目的として締結していた保険契約に基づき、損害保険金として3109万6949円、臨時費用保険金として500万円、取り片付け費用保険金として101万9700円の支払を受けた。

Xは、本件店舗部分における営業再開のめども立たないため、平成10年9

通常生ずべき損害と損害軽減義務

月14日、Y1にはXの営業が再開できるように本件ビルを修繕すべき義務（以下「本件修繕義務」という）があるのに履行しないなどと主張して、営業利益喪失等による損害賠償を求める訴えを提起した。これに対し、Y1は、本件修繕義務の存在を否定し、さらにXに対し、平成11年9月13日、賃料不払等を理由として本件賃貸借契約を解除する旨の意思表示をし、本件店舗部分の明渡しを求めた。

（原審の判断）

原審は、Y1により行われた本件賃貸借契約解除の意思表示はいずれも無効であるとして、Y1のXに対する建物明渡等反訴請求を棄却するとともに、次のとおり判示して、XのYらに対する損害賠償請求を一部認容すべきものとした。

Y1は、Xに対し、本件事故後も引き続き賃貸人として本件店舗部分を使用収益させるために必要な修繕義務を負担しているにもかかわらず、その義務を尽くさなかった。また、Y2には、本件修繕義務の不履行について、Y1の代表者としての職務を行うにつき中小企業等協同組合法38条の2第2項所定の重大な過失があったというべきである。

Xは、本件事故の日から本件店舗部分でのカラオケ店営業ができなかったから、Y1に対し、本件事故の日の1か月後である平成9年3月12日からXの求める損害賠償の終期である平成13年8月11日までの4年5か月間の得べかりし営業利益3104万2607円（1年間702万8515円）を喪失したことによる損害賠償を請求する権利を有する。

これに対してY1は上告した。

（判旨）破棄差戻

本件事故の日の1か月後である平成9年3月12日から平成13年8月11日までの間の営業利益の喪失による損害につきそのすべての賠償を請求する権利があるとする原審の……判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

事業用店舗の賃借人が、賃貸人の債務不履行により当該店舗で営業することができなくなった場合には、これにより賃借人に生じた営業利益喪失の損害は、債務不履行により通常生ずべき損害として民法 416 条 1 項により賃貸人にその賠償を求めることができると解するのが相当である。

しかしながら、前記事実関係によれば、本件においては、(1)平成 3 年 9 月ころから本件店舗部分に浸水が頻繁に発生し、浸水の原因が判明しない場合も多かったこと、(2)本件ビルは、本件事故時において建築から約 30 年が経過しており、本件事故前において朽廃等による使用不能の状態にまでなっていたわけではないが、老朽化による大規模な改装とその際の設備の更新が必要とされていたこと、(3)Y1 は、本件事故の直後である平成 9 年 2 月 18 日付書面により、X に対し、本件ビルの老朽化等を理由に本件賃貸借契約を解除する旨の意思表示をして本件店舗部分からの退去を要求し、X は、本件店舗部分における営業再開のめどが立たないため、本件事故から約 1 年 7 か月が経過した平成 10 年 9 月 14 日、営業利益の喪失等について損害の賠償を求める本件本訴を提起したこと、以上の事実が認められるというのである。これらの事実によれば、Y1 が本件修繕義務を履行したとしても、老朽化して大規模な改修を必要としていた本件ビルにおいて、被上告人が本件賃貸借契約をそのまま長期にわたって継続し得たとは必ずしも考え難い。また、本件事故から約 1 年 7 か月を経過して本件本訴が提起された時点では、本件店舗部分における営業の再開は、いつ実現できるか分からない実現可能性の乏しいものとなっていたと解される。他方、X が本件店舗部分で行っていたカラオケ店の営業は、本件店舗部分以外の場所では行うことができないものとは考えられないし、前記事実関係によれば、X は、平成 9 年 5 月 27 日に、本件事故によるカラオケセット等の損傷に対し、合計 3711 万 6646 円の保険金の支払を受けているというのであるから、これによって、X は、再びカラオケセット等を整備するのに必要な資金の少なくとも相当部分を取得したものと解される。

そうすると、遅くとも、本件本訴が提起された時点においては、X がカラオケ店の営業を別の場所で再開する等の損害を回避又は減少させる措置を何ら執ることなく、本件店舗部分における営業利益相当の損害が発生するにまかせて、

通常生ずべき損害と損害軽減義務

その損害のすべてについての賠償を Y らに請求することは、条理上認められないというべきであり、民法 416 条 1 項にいう通常生ずべき損害の解釈上、本件において、X が上記措置を執ることができたと解される時期以降における上記営業利益相当の損害のすべてについてその賠償を Y らに請求することはできないというべきである。

原審は、上記措置を執ることができたと解される時期やその時期以降に生じた賠償すべき損害の範囲等について検討することなく、X は、本件修繕義務違反による損害として、本件事故の日の 1 か月後である平成 9 年 3 月 12 日から本件本訴の提起後 3 年近く経過した平成 13 年 8 月 11 日までの 4 年 5 か月間の営業利益喪失の損害のすべてについて Y らに賠償請求することができると判断したのであるから、この判断には民法 416 条 1 項の解釈を誤った違法があり、その違法が判決に影響を及ぼすことは明らかである。

以上によれば、上記と同旨をいう論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そこで、Y らが賠償すべき損害の範囲について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。

(評釈)

1. 本判決の特徴

本判決の特徴は次の二点にある。

第一に、本判決は、Y1 により行われた本件賃貸借契約解除の意思表示がいづれも無効であるとして、賃貸借契約がなお存続していることを前提に、本件店舗部分を使用収益させるために必要な修繕義務の不履行を理由とする損害賠償請求を認めるにあたって、事業用店舗の賃貸人の債務不履行により賃借人に生じた営業利益喪失の損害が、民法 416 条 1 項の通常生ずべき損害にあたることを明らかにしている点である。営業活動に対する侵害により生じた営業利益喪失の損害につき、これを通常損害として扱った最高裁判例があり、事業用店舗の賃貸人の債務不履行により、賃借人の営業活動が阻害され、営業利益喪失の損害が生じた本件のような場合においても、先例と同様の解釈がなされたものとみることができる。もっとも、本件において、こうした処理の仕方自体が

妥当であったかどうかについては問題となりうる。すなわち、Y1は何度か賃貸借契約解除の申し入れをXに対して行っているが、これらはいずれも本当に無効と評価すべきなのか、また本件で請求されている営業利益喪失の損害は、本件事故から4年5カ月もの長期にわたるものであり、これを全て「通常生ずべき損害」と評価してよいのか、という点である。

第二に、本判決は、賃貸人の債務不履行に対して、賃借人の損害軽減義務を認め、損害軽減義務を果たさないことをもって、416条1項の通常生ずべき損害の範囲を制限している点である。損害軽減義務については、後述するように判例・学説上、一般的に承認されているとは言い難い状況において、本判決は、債務不履行の場合における債権者の損害軽減義務を正面から認めた最高裁判決として重要な意義を有する。しかしながら、第二の特徴に関しては、本件のような事案で賃借人に損害軽減義務を課することの理論的問題点や実質的妥当、416条1項の損害の範囲を損害軽減義務を介して制限することの理論的妥当性、こうした法律構成が民法理論に与えるインパクトの大きさなど、様々な問題点を孕むものである。

以下では上述した問題点について、更に詳しく検討する。

2. 民法416条1項の「通常生ずべき損害」

契約の不履行により債権者に種々の損害が生じるが、損害が思いもよらぬ範囲に拡大していくことがあり、そのうちどこまでを債務者に賠償させるべきなのか、その範囲について416条が規定を置いている。416条の理解をめぐっては学説上争いがあるところであるが、416条1項は、債務不履行と相当因果関係にある損害のみが賠償されるという相当因果関係の原則を規定するものであり、同2項は、相当因果関係の基礎とすべき特別事情の範囲を規定したものと解する相当因果関係説が、現在の判例・通説である⁽¹⁾。これによれば、416条1

(1) 416条の理解をめぐる学説状況については、潮見佳男「プラクティス民法 債権総論第3版」(2007年)135頁以下参照。

項の通常損害は、相当因果関係の原則、すなわちその種の債務不履行があれば生じることが普通と考えられる損害と理解される。ここでは、同条2項とは異なり債務者の予見可能性は問われないとされるが、具体的な予見可能性はなくとも定型的・抽象的に予見できる場合を意味する。

以上の基準によれば、一般的に、現に行われている営業活動に対する侵害によって生じた得べかりし営業利益分の損害は、定型的・抽象的に予見できるところの、生じることが普通と考えられる損害に該当するから、これを通常損害と解することに学説上特に争いはないであろう⁽²⁾。判例上も、不法行為の事例ではあるが、鉄道トラック追突事件で追突されたトラックの休車による得べかりし利益の賠償を通常損害とした最判昭和33年7月17日民集12巻12号1751頁や、トラックの売買で名義書換に売主が協力しなかったため、名義書換が遅れてその間使用できなかった営業利益を通常損害とした最判昭和39年10月29日民集18巻8号1823頁がある。

では、本件のように、事業用店舗の賃貸借契約が締結され、賃借人が営業を始めていたが、賃貸人の債務不履行により賃借人が当該店舗を使用できる見込みがなくなった場合に、賃借人に生じた営業利益喪失の損害は通常損害と言えるか。この場合も、営業利益喪失の損害は、現に行われている営業活動に対する侵害によって生じた損害と言えるから、上記の理屈に従えば通常損害と解することができそうである。事業用店舗の賃貸借契約における営業利益の損害賠償に言及した最高裁判例は存在しないが、下級審レベルでは次のような判例が存在する。

まず、青森地判昭和31年8月31日下民集7巻8号2359頁は、市の土地区画整理計画の施行に伴い、賃貸人が賃貸建物を取り壊し、移転先に建物を再築しなかったため、同建物を賃借して自動車修理業を営んでいた賃借人が、賃貸人に対して損害賠償を請求した事案において、賃貸人が賃借人に賠償すべき損失は、賃借人が新たに他に家屋を賃借して営業を再開するために通常要すべき期

(2) 北川善太郎「債権総論（第2版）」（1996年）156頁以下参照。

間の損失と解すべきであり、その期間は特別の事情のない限り借家法が解約申入期間として6カ月の期間を定めていることに鑑み、6カ月が相当であるとする。

また、大阪地判昭和56年1月26日判タ443号105頁は、千日デパートのビル火災により、賃借店舗での営業が不可能となった賃借人が賃貸人に損害賠償請求した事案において、賃借人らの代替店舗取得の困難さの度合い及び賃借人らの千日デパートにおける営業状態、特に従前の営業期間の長さ、のれん、顧客の定着度などに照らすと、賃借人らが代替店舗を取得し、同店舗で従前と同程度の営業上の収益をあげ得るに至るまでは、通常11カ月半ないし2年を要するとする。

さらに、福岡高判昭和58年9月13日判タ520号148頁は、賃借人が賃貸人による営業妨害により、喫茶店の営業の継続を断念せざるを得なかった事案において、賃借人の賃貸人に対する2年分の休業による損害の賠償を認めている。

最後に、東京地判平成8年5月9日判時1591号54頁は、建物を店舗として賃借していた賃借人が、賃貸人の右建物建替計画に応じ、新築後のビルの一部を改めて賃借することを前提として一旦右建物を明け渡したところ、賃貸人が新築ビルのうち賃借人に賃借する予定であった部分を第三者に賃貸してしまったため、賃借人が賃借できず営業が再開できなくなった事案において、3年分の得べかりし営業利益の賠償を認めている。3年分とされた根拠は、当事者間の合意では新築後の賃貸借契約の存続期間が3年とされていたことによる⁽³⁾。

これらの判例群から、事業用店舗の賃貸借契約の事案では、賃貸人の債務不履行により賃借人が当該店舗を使用できなくなったことにより生じた損害として、大体1年から2年の営業利益喪失分の賠償が認められていることがうかがわれるが、こうした相場に照らしても、Xが主張する4年5カ月分というのは

(3) 東京地判平成8年5月9日の事案では、新築後の建物について事前に賃貸借契約が結ばれており、右契約で定められた契約期間が営業利益の範囲を画する基準として採用されている点に、その他の判例にはない特徴がある。

期間が長いという印象を否めない。もっとも、上記の判例群は、いずれも賃貸借契約が賃貸人の責に帰すべき事由によって履行不能となったため、契約関係が終了したことを前提として、賃借人が賃貸人に対して請求する填補賠償の範囲に関するものであって、賃貸借契約の存続を前提とした修繕義務の不履行に基づく損害賠償の範囲を論じる本件とは事案を異にする。本件の営業利益喪失の損害が4年5カ月分の長期にわたり発生することになったのも、Y1からの解除が認められず、加えてY1が抜本的な修繕にかかる費用を捻出できない経済状態にある上に、建物の所有権が既に訴外Aに移っているという状況において、修繕義務の不履行を理由とするXからの解除がなされない限り、Y1の修繕義務の不履行状態は延々と続かざるをえないという事情により生じたものである⁽⁴⁾。

この点、本判決は、通常損害と位置づけられた営業利益喪失の損害の範囲を次のような理由で限定した。すなわち、本件店舗部分は老朽化して大規模な修繕を必要としており、Xが賃貸借契約をそのまま長期にわたって継続し得たとは考えがたいこと、Y1により賃貸借契約解除の意思表示がされており、本件

(4) もっとも、本件ビルは平成7年9月28日に訴外Aに売却されており、所有権の移転に伴って賃貸人の地位もY1から訴外Aへ移転するから、訴外Aの修繕義務を論ずれば足り、Y1が清算手続に入っていることは影響しないように思われる。しかしながら、この点、原審において、本件ビルの所有権移転については訴外Aに対する所有権移転登記が未了であって、本件ビルは依然としてなおY1の所有名義となっていることから、訴外Aは、本件ビルの本件店舗部分の賃借人であるXに対しては、本件ビル所有権の取得を対抗できず、その結果、自己が本件賃貸借契約上の賃借人であることも対抗できないことを前提として、Xは、平成9年2月まではY1に対して本件賃貸借契約に基づく賃料を支払い、Y1もこれを受領し、Xからの本件ビルの修理要求にも対応していること、また、Xは、訴外Aの所有権移転登記が未了ゆえに、本件ビルの所有権の帰属及び本件賃貸借契約上の賃借人たる地位の帰属が不明であると主張して、Y1がなお本件賃貸借契約上の賃借人たる地位にあるとして、平成10年9月14日にY1を被告として本件本訴を提起したことを理由に、Xとの関係では、なおY1が本件賃貸借契約上の賃借人の地位にあるものとされたのである。

事故から1年7カ月が経過して本件訴訟が提起された時点では、本件店舗部分での営業の再開は実現可能性の乏しいものとなっていたこと、Xがカラオケ営業をそれ以外の場所で行うことができないとは考えられないし、カラオケセットの損傷に対しては保険金が支払われていたことなどの事情のもとでは、Xにおいて、カラオケ店の営業を別の場所で再開する等の「損害を回避又は減少させる措置をとる」ことなく発生する損害の全てについての賠償をYらに請求することは「条理上」認められず、Xが上記措置をとることができたと解される時期以降における損害の全てが民法416条1項にいう通常生ずべき損害にあたるということとはできないとする。しかしながら、この法律構成は様々な理論的問題を孕むものであり支持することはできない。

まず、ここまで論じてきた416条1項の解釈との関係で問題となるのは、一旦、416条1項の損害と評価された損害を、416条の枠組みの中で更に条理によって制限することの是非である。416条の理解に関し最近多数説となっている保護範囲説により指摘されているように、相当因果関係説が相当因果関係という名の下に行ってきた損害賠償の範囲に関する判断は、純然たる事実的なものではなく、契約当事者の職業、契約対象の種類、契約の目的、取引慣行等に照らして、当該債務者が負担すべき損害は何かを考察する極めて規範的な価値判断である。416条1項の通常損害であると認定された損害は、そうした規範的価値判断の結果として債務者が負担すべき損害と評価されたものである以上、損益相殺や過失相殺といった賠償額減額事由がない限り、それは全額賠償されるべきものであって、これとは別に条理を用いて二重に規範的評価を加えることは416条の予定するものではない。4年5カ月分の営業利益喪失の損害につき全部の賠償を認めることが規範的に認めがたいのであれば、そうした考慮は損害賠償の範囲を確定する上での判断要素としてあらかじめ取り込み、通常損害の範囲をはじめから損害回避措置を執ることができた時期までに限定すればよいのであって、一旦、債務者が負担「すべき」と判断された損害を同じ416条1項の枠組みの中で更に制限する必要はないのである。また、財産的損害については、債権者に個別の損害項目とその額の主張立証が義務づけられ、そうした主張を根拠として裁判所は損害賠償の範囲を客観的に確定しなければ

ならない。この点、裁判所の裁量により決定できる慰謝料とは大きく異なる。得べかりし営業利益の損害は財産的損害の一種であるから、損害の範囲は当事者の主張に基づき客観的に確定されねばならないはずであって、この場面に条理という不明確な要素は持ち込まれるべきではない。むしろ、こうした裁量的な賠償額の調整は、従来、過失相殺や損益相殺といった賠償額減額事由のなかで行われてきたものであって、本件でもそのように取り扱うことが可能であったと考える。

3. 損害を回避又は減少させる措置

次に問題となるのが、「損害を回避又は減少させる措置」を執らなかったという債権者側の事情を、損害賠償請求権の有無及び賠償額の算定という一連の判断過程の中で斟酌すること自体の是非である。こうした債権者側の事情は、債権者の損害軽減義務として一般的に論じられている問題であるが、この問題に関する判例・学説の議論状況は以下の通りである。

損害軽減義務とは、契約当事者の一方に不履行があった場合、被不履行当事者に、契約を速やかに解除し、代品購入や再売却などといった代替取引を行うことで、自己に発生する損害の拡大を防止する措置を講ずる義務を課すものであり、その義務違反は、合理的措置を執っていたならば回避可能な損害の部分が賠償額から減額されるという効果を生じさせるものである。損害軽減義務の法理は英米法に特有のものであったが、近年国際取引法の分野で採用されたことに伴って、右法理を我が国にも導入することを提案する学説がいくつか登場しているところであるが⁵⁾、その導入に当たっては、民法418条の過失相殺が解釈上の根拠とされている。すなわち、過失相殺は、債務の不履行に関して債権者に過失があったときに、損害賠償の責任およびその金額を定めるについて裁判所がこれを斟酌する制度であるが、債務不履行そのものについて過失がある場合に限らず、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合においても適用があると解し、上記の損害軽減義務違反をもって、ここでいう損害の拡大についての債権者の「過失」と捉えるのである。このように、債権者の損害軽減義務違反は、損害賠償の減額事由として斟酌されると解するのが判例・学

説上の一般的理解であり、これを416条1項の通常損害の解釈において問題としたのは本判決が初めてであるが、本判決の構成に問題があることは先に指摘したとおりである。もっとも、損害軽減義務に言及した判例は散見される程度であり、次に示すような理論的困難性もあって、損害軽減義務が我が国の判例学説上一般的に承認されているとは言い難い状況にある。

契約当事者の一方に債務不履行があった場合、不履行に陥った債務の債権者が執りうる法的手段としては、履行請求（強制履行を含む）、契約解除、損害賠償がある。日本民法上、契約解除権や損害賠償請求権の行使には、債務不履行の事実に加え債務者の帰責性が要件として必要とされているのに対して、履行請求権は債権の本来的・第一次的な内容として債権の成立とともに当然に認められるものであり、また、履行請求権を貫徹する手段である強制履行についても債務不履行の事実さえあれば可能とされていることから、日本民法では履行請求に他の手段に対する優位性が認められていると解されている⁽⁶⁾。それゆえ、債務不履行に直面した債権者が、契約を解除しないで履行請求に固執することは制度上当然に正当化されるし、債権者はいずれの方法をとるのか、いつ権利行使するかについて自由に選択できるのであって、債務不履行を受けた債権者について適時に解除しなければならない義務が課されているなどは考えられていない。そうすると、例えば、債務不履行に際して、給付の目的物の価格が上昇傾向にある場合、債権者が履行請求を続けることでいたずらに値上がりを待った後で解除をし、その時点での騰貴価格による賠償を請求してきたよ

(5) 損害軽減義務法理の我が国への導入を論じたものとしては、谷口知平「損害賠償額算定における損害抑制義務」我妻先生還暦記念・損害賠償責任の研究（上）（1957年）235頁、吉田一雄「債権者の損害抑止義務及び損害拡大防止義務について」ジュリ866号（1986年）76頁、内田貴「強制履行と損害賠償—『損害軽減義務』の観点から—」法時42巻10号（1990年）1頁、斎藤彰「契約不履行における損害軽減義務」石田＝西原＝高木還暦記念（中）損害賠償法の課題と展望（1990年）31頁、同「損害軽減義務と損害賠償額の算定の基準時」私法55号（1993年）204頁、森田修「損害軽減義務について」法志91巻1号（1993年）119頁がある。

(6) 潮見・前掲注(1)65頁以下参照。

うなときも、これを認めざるを得ないことになる。しかしながら、これは契約を適時に解除し損害回避措置を講じた当事者よりも、漫然と履行請求を続けた当事者を不当に優遇する結果となり公平ではない。そこで、解除権の濫用的行使を通じた履行請求権への固執をいかに制限すべきかが問題となる。損害軽減義務法理の導入を主張する学説の問題意識もまさにここにある。

この点、谷口博士ならびに斉藤教授は、債権者に対し適時に解除する義務を認め、その義務違反を理由に、解除すべき時点から実際に解除した時点までの損害を回避可能な損害として賠償額から減額すべきであると主張している。また、内田教授は、損害軽減義務が課される結果として賠償額が減額されるべき場合には、逆に履行請求権の行使そのものが否定されるべきであると主張している。谷口・斉藤両説では、適時に解除する義務の概念を解して、現実解除がなされる前に損害賠償額の算定を観念することにより、その効果との関係で損害賠償額の算定の場面ではか機能しない損害軽減義務の法理を適用することを事実上可能とするものであるが、内田説では、損害軽減義務が履行請求権を直接制限する法理として位置づけられており、内田説の方がよりインパクトが強い。それゆえ、内田説に対しては、日本法が履行請求を一般的に承認する制度をとっていることを前提とする限り、損害軽減義務はあくまで損害賠償に関するルールであり、それとは別個の救済方法である履行請求をも制約しうのかという根本的な疑問が呈されている⁽⁷⁾。また、解除がなされない限り債権者は履行請求権を有しているということは、逆に債務者も、解除されるまでは追履行の権利を有していることを意味するのであり、従って解除をしなくて代替取引をすると、追履行がなされた場合には、債権者は二重の給付を得ることになり、それに伴って負担も二倍となってしまう。したがって、解除前の債権者に損害軽減義務を課すに当たっては、少なくとも債務者の追履行に対する債権者の受領拒絶をどのようにして認めるのかについての手当がなされていることが前提となるのであって、その意味では、損害軽減義務は履行請求権の存在と

(7) 前掲注(5)・斉藤論文参照。

矛盾なく認められるものに過ぎず、履行請求権を否定する効果を見いだすことはできないとする批判もある⁽⁸⁾。

以上に示すように、損害軽減義務法理の存在意義が、債権者が漫然と履行請求を続けることにより損害を拡張させた場合に、公平の観点から損害回避措置を講じることができた時点以降の損害賠償を否定することにあるとするなら、現実に適時の解除をせず、履行請求を続けている債権者に損害軽減義務を課すことは、「適時に解除すべき義務」を媒介にするかどうかには拘らず、履行請求権を直接的・間接的に制約するものであることは明らかである。履行請求権に対するこうした制約は、先に示した日本民法における履行請求権の位置づけや理解と矛盾するものであり、信義則に反するような例外的な場合を除き、日本民法の解釈上は一般的に想定されているとは言い難い。この点、英米法においては、契約不履行の救済は損害賠償が原則であり、強制履行に該当する特定履行は例外的救済であるので、履行請求の優位性を認める我が国のような理論的困難性は生じない。

以上の議論を本件にあてはめてみよう。本判決は、本件店舗の賃貸借契約が本件事故後も依然として存続していることを前提に、賃貸人は賃借人に対し修繕義務を負い続けており、その債務不履行を原因として本件店舗を使用できないことにより賃借人に生じる営業利益喪失の損害賠償請求において、損害を回避又は減少させる措置を執ることができたと解される時期以降の損害分について賠償を否定するものである。このことは、裏を返せば、賃借人は漫然と履行請求を続けていても、継続的な債務不履行から発生する損害は全て賠償されるとは限らず、損害を最小限に留めなければ、賃貸借契約を適時に解除して別の場所でカラオケ店を再開するしかないことになる。これは、賃貸借契約は未だ存続し、賃借人の現在に至るまでの使用収益権を当然の権利として評価する本判決の前提と矛盾することになるのではないか。

しかも、本件は、損害軽減義務を認めるには次の点でとりわけ不適切な事案

(8) 前掲注(5)・森田論文参照。

であるといえる。これまで、損害軽減義務の法理は、主として種類物売買においてその導入が議論されてきた。種類物売買においては代替取引が比較的容易であり、損害軽減義務を債権者に課すことはそれ程大きな負荷とはならないからである。これに対して、本件は事業用店舗の賃貸借契約に関して賃借人に損害軽減義務を課すものであるが、代替取引の容易さという点で、種類物売買とは明らかに事情が異なる点に注意を要する。事業用店舗の賃貸借においては、立地条件や賃借料、敷金や権利金等の準備、これまでの営業期間の長さや顧客の定着度などといった点で、代替店舗を調達することが必ずしも容易ではなく、このような状況において「別の場所でカラオケ店を再開」して損害を回避又は減少させる措置を執らなければならないというのは、賃借人にとって酷に過ぎるといえよう。

以上より、本判決が、賃借人の主張する4年5カ月分の損害賠償請求を適当な範囲に制限するための法律構成として、賃貸借契約がまだ存続していることを前提に、営業利益相当の損害を通常損害と認めつつ、代替取引が困難な賃貸借契約において、416条1項の解釈論の中で、その導入の是非が争われている損害軽減義務の法理を介して、条理という不明確な基準で賠償範囲を画す方法には賛成できない。

4. 解除と正当な理由

もっとも、判旨に示されたような諸事情を踏まえれば、その理論構成ともかく、賃借人に4年5カ月分の営業利益喪失分の全損害につき賠償を認めるべきではないという価値判断は妥当であると思われる。そこで、本件において、損害賠償の範囲を適切に制限するために他にどのような論理が考えられるのか、以下で検討してみよう。

まず、本件の賃借人Y1は、平成7年10月11日、平成9年2月18日、平成11年9月13日の3度にわたり、賃借人Xに対して賃貸借契約の解除の意思表示をしている。本判決はいずれの解除の意思表示も無効であるとするが、果たしてそうか。平成7年ならびに平成9年の解除は老朽化を理由とするものであり、平成11年の解除は賃料不払いを理由とするものであるが、少なくとも平成

11年の解除については賃料不払が理由となりえないことは明らかであろう。賃貸人が修繕義務を履行しない場合に、それを理由に賃借人が賃料の支払を拒絶できるかについては、修繕義務が履行されるまでの期間につき賃料の支払債務が存続するか、その期間中の賃料が減額されるかについて議論があるものの、少なくとも修繕義務が履行されるまでの間は、賃借人は賃料の支払が拒絶でき、賃料不払を理由として契約を解除できないことについて争いが無い⁽⁹⁾。本件では平成11年の解除の時点で未だY1による修繕義務が果たされておらず、そのために本件店舗全部の使用が不可能な状態が継続していることから、Xが賃料全額の支払を拒絶することができることは当然であり、Xの賃料不払いを理由とする解除は認められない。

次に、平成7年10月11日の解除の意思表示は、XY1間の本件店舗の賃貸借契約が平成4年3月5日に期間を1年として締結されてから、平成5年3月5日、平成6年3月5日と2度にわたる更新を経て、3度目の更新の時期を経過して行われたものである。賃貸借の存続期間について、民法は20年という上限を定めてはいるが、これより短期の存続期間を定めることは自由であり、期間の満了とともに賃貸借契約は終了するとされるが、この点は借地借家法によって修正されている。借家契約の存続期間については、1年未満の期間を定めても無効とされ、期間の定めがない契約とみなされるほか、賃借人を保護するため、いわば自動的に法定更新が認められており、賃貸人がこの自動更新を阻止し、借家契約を終了させるためには、期間満了の1年前から6カ月前の間に、借家人に対して、契約を更新しない旨の通知をしなければならず、かつ、この更新拒絶は正当の事由がある場合でなければ認められないとされている。本件では、3度目の更新日である平成7年3月5日以前に、契約を更新しない旨の通知は存在せず、かつXが使用を継続していることから、賃貸借契約は平成7年3月5日に法定更新されたものと評価できる。法定更新が認められる場合、更新後の賃貸借契約は期間の定めのないものとされるから、解約申入れに

(9) 山本敬三「民法講義Ⅳ-1 契約」(2005年)431頁以下参照。

よって契約の終了が認められることになる。この場合、民法上はいつでも解約申入れが可能であるとされているが、この点も借地借家法により修正されており、解約申入れに正当な事由がなければ解約は認められず、また賃貸人が解約申入れをしたときでも、借家人が使用を継続する場合は、賃貸人が遅滞なく異議を述べない限り、解約は認められないとされる。平成7年10月11日の解除の通知は、この解約申入れに該当し、老朽化という理由が正当な事由に該当するかが問題となるも、仮に正当な事由に該当するとしても、Xは賃借物の使用収益を継続しており、また右申入れ後もY1は引き続き賃貸人としてXから賃料を受け取り、あるいはXの要請に応じて必要な修繕を行っていたことから、本件賃貸借契約は未だ終了していないと評価するのが当事者の合理的意思解釈であり、やはり解約は認められないということになる。

最後に、平成9年2月18日の解除はどうか。これも、平成7年の解除と同様、法定更新によって期間の定めのないものとなった賃貸借契約を終了させるために行われた解約申入れと評価することができる。そして、本件事故が発生した平成9年2月12日ならびに17日以降、Xは本件店舗を使用できておらず、またXからの修繕要求にY1は応じることなく店舗部分からの退去を要求している。したがって、ここでは、平成9年2月18日の解約申入れに正当な事由があるかがまさに問題となる。

借地借家法28条は、正当事由判断において考慮すべき要素として、①建物の賃貸人及び賃借人が建物の使用を必要とする事情、②建物の賃貸借に関する従前の経過、③建物の利用状況、④建物の現況、⑤建物の賃貸人が建物の明渡しの条件として又は建物の明渡しと引換えに建物の賃借人に対して財産上の給付をする旨の申し出をした場合におけるその申し出、を挙げている。本件では老朽化が解約申入れの理由となっていることから、④の要素が問題となるとともに、本件ビルでは従来2年とされてきた賃貸借期間が本件賃貸借契約では1年とされ、賃料も従来は25万円のところ20万円に設定したという事情について②の要素が、また本件店舗が営業用の貸店舗であることや、Y1が既に清算中であり大規模な修繕費用を捻出できないという事情などについて①の要素もあわせて問題となる。

④は、建物の老朽化等によって大修繕や建替えの必要性が生じるに至っているという事情を斟酌するものであるが、その前提として賃貸人の修繕義務の有無が問題とされることが多い。賃貸人の修繕義務は、物理的ないし技術的に可能であることだけでなく、経済的ないし取引上の観点から見て可能であることが前提とされ、修繕が不可能である場合には、いわゆる履行不能として賃貸義務がなくなり賃貸借契約は終了する。後者の観点が考慮されるのは、賃貸人による修繕義務の負担は、経済的に見れば、その費用を賃貸人が賃料の取受によってまかなうことを前提としているから、賃料額に比較して不相当に過大な費用を要する修繕をも全て賃貸人の義務とすることは、当事者間の経済的公平に反するからであると解されている⁽¹⁰⁾。

判例上、破損が著しく朽廃の迫っている建物については、賃貸人の修繕義務を否定した上、大修繕又は取壊改築のための明渡請求を正当事由に該当するとして認めたものが多い⁽¹¹⁾。その理由として、次のようなものが挙げられる⁽¹²⁾。

①建物の効用が全く尽き果てるのに先立ち、家主は大修繕により効用期間の延長を図るため、家屋の自然朽廃による賃貸借の終了以前に賃貸借を終了させる必要があり、その必要が賃借人の有する利益に勝る場合にまで、常に無制限に賃貸借の存続を前提とする賃貸人の修繕義務を考慮するのは不合理である。②建物の朽廃により賃借人は早晚賃借権を喪失する運命にあるのであるから、明渡しを受認すべきである。③修理が膨大な費用を要する割に建物の耐用年数が延びないのに、修理によって使用が可能な限り賃貸人としていつまでも修理を施し賃貸借を継続する義務があると解するのは、その収取する賃料額との関係

(10) 星野英一「借地借家法」(昭和44年)616頁以下、幾代=広中編「新版注釈民法(15)」(1999年)213頁以下参照。

(11) 最判昭和29年7月9日民集5巻7号1338頁、同昭和35年3月26日民集14巻6号1091頁、東京地判昭和35年1月30日判時215号30頁、同昭和33年12月3日判時180号47頁、東京高判昭和40年6月22日東京民時報16巻6号121頁、名古屋高判昭和53年9月27日判時929号84頁、その他多数ある。

(12) 前掲注(10)・注釈民法214頁。

からいっても賃貸人に酷であり、むしろ改築を相当とする。そして、④その際賃貸人の側に多少の修繕義務違反があったとしても、そのことは上記のような結論を覆すものではない。さらに、判決例には、⑤建物朽廃がさほど著しくない場合でも改築や大修繕を理由とする明渡請求を認容したものがある。ただし、この場合には、修繕不可能というだけでは十分な理由とはならず、他の特殊事情の存在（使用目的や、代替家屋・立退料の提供があるなど）があわせて考慮される⁽¹³⁾。

これに対して、朽廃に近い状態にあるが、賃貸人が相応の規模の修繕を施せば相当期間使用できる、朽廃の程度が著しくないので、賃貸借を終了させるには当たらないなどの理由で正当事由の存在を否定したものは、相対的にわずかである⁽¹⁴⁾。

本判決では、本件ビルは、老朽化による大規模な改装とその際の設備の更新の必要があったが、直ちに大規模な改装及び設備の更新をしなければ当面の利用に支障が生じるものではなく、本件店舗部分を含めて朽廃等の理由による使用不能の状態にはなっていなかったと認定されており、上記否定判例と同様の判断を行っている。しかしながら、度重なる漏水・浸水事故のため、本件ビルの地下1階は地上階とは比較にならないぐらいに老朽化していたことは推測に難くない。また、たとえY1が本件店舗の汚水を排出し、本件事故の直接的原因と考えられている排水ポンプを取り替えたとしても、ビル診断報告書において示されているように、電気設備、空調設備、給水設備、排水設備、建物の外壁と屋上防水のいずれについても全面的に更新する必要がある、とりわけ給水設備や排水配管の錆による腐食や汚れによる管内閉塞の進行が著しい本件ビルの賃借を続ければ、近い将来、再び水回りの不具合が発生することは容易に予想されるところである。このような状況においてもなお、賃借人に使用収益さ

(13) 長野地飯田支判昭和33年9月4日下民集9巻9号1755頁、東京地判昭和46年2月22日判時642号38頁。

(14) 東京地判昭和34年10月20日下民集10巻10号2203頁、東京地判昭和33年8月9日判時163号20頁。

せるのに当面必要ではあるが、抜本的な解決にはつながらない事後的な小修繕を繰り返すことを Y1 に義務づけることは、Y1 に酷ではないだろうか。また、X の側としても、これまで Y1 が行っていた場当たりの応急処置では、本件事故のような不測の事態が再び生じ、その度に営業不能の状態に陥るのは困るのであるから、今後はこのような事故が生じないような十全の修繕を希望するのが通常であろう。しかしながら、Y1 は累積損失 1 億 3000 万余円以上を抱えて本件ビルを訴外 A に売却し清算手続に入っており、排水工事及び排水ポンプの修繕にかかるとされる 112 万円の支払も不可能な状態に陥っているのである。また、本件ビルの大修繕を行うことは経済的に不可能であるという状況において、いつ再び大規模な漏水事故が発生するか分からず、その場合には Y1 は高額な損害賠償義務を負うことになりうることを考えれば、本件事故を契機に本件賃貸借契約を解除せざるをえないとした Y1 の判断はむしろ合理的なものであるといえよう。

さらに、本件賃貸借契約は、居住者のいない商業利用の建物を対象とするものである。借地借家法 28 条の正当事由制度の目的趣旨を、経済的弱者に居住あるいは営業の場という生存の条件を保障するものと理解するのであれば、本件のような純粋に営業用の貸しビル・貸店舗については、営業継続の経済的価値・重大性は自明であるものの、一方でそれらは経済的な条件に置き換えることが可能であり、立退料などの経済的補償が十分であれば、正当事由の具備を認めてよいように思われる⁽¹⁵⁾。とりわけ、X のように本件店舗以外でも複数の店舗を営業している場合には、営業の成否が本件一店舗の営業成績にかかっているというわけではないため、立退料などの経済的補償が与えられれば、移転に営業全体の成否がかかるような致命的な影響を与えるものではないといえよう。

また、本件賃貸借契約では、これまで再々水漏れや浸水事故が発生しているという本件ビルの現況を踏まえ、当初から存続期間が 1 年という短期に設定さ

(15) 稲葉威雄ほか「新借地借家法講座 3 借家編」(1999 年) 62 頁以下参照。

れているほか、賃料は低額に据え置かれ、敷金が2カ月分支払われているものの、高額な権利金や保証金などの支払いもされていない。こうした状況から、Xとしても、本件賃貸借契約がそのまま長期にわたって存続しないであろうことはある程度予測できていたはずであって、Y1による老朽化を理由とする解約申入れが長期的視野に立ったXの営業計画を不当に裏切るものとは言えない。また、賃料額が低く抑えられていた本件賃貸借契約において、過大な費用を要する修繕を賃貸人の義務とすることは、当事者間の経済的公平に反するといえよう。

以上の事情を総合的に考慮すれば、平成9年2月18日に行われたY1による老朽化を理由とする解約の申入れは、立退料などの経済的補償が十分であれば、正当事由の具備を認めてよいと考える。もっとも、本件訴訟の中では、Y1は明渡しのみを求めており、立退料の支払を申し出していない。借地借家法28条の文理からいっても、当事者の意思の尊重という点からいっても、賃貸人が無条件の明渡しのみを求めている場合に、裁判所が立退料との引換給付ないし条件付明渡しの判決をすることは許されないと解するべきであり⁽¹⁶⁾、立退料の申し出がない本件では一定額の金銭給付を条件として明渡しを命じることはできないことになる。しかしながら、Xは訴訟外においてY1に対し相応の明渡料(3000万円相当)を請求する通知書を発しており、また、Y1は、本件事故後、本件訴訟に先立って行われた民事調停において、500万円の立退料を提案したがXに拒絶され、最終的に100万円の立退料を提案しているものであり、本件事故に関わって本件訴訟提起までに行われたXY1間のこうしたやりとりの経過を全体として考慮すれば、Y1による立退料の申し出はあったものと判断しても、必ずしも両当事者の意思に反することにはならないであろう。これに、賃貸人が解約申入れ後に提供を申し出た立退料等を参酌して正当事由を判断することを認めた最判平成3年3月22日判決、ならびに裁判所が所有者の申し出た額を超えた額の立退料の支払いと引換えに明渡しを命じうるとした最判昭

(16) 前掲注(10)・注釈民法940頁。

和46年11月25日民集25巻8号1343頁を踏まえて考えれば、解約申入れ後、本件訴訟提起に先立つ民事調停において立退料の申し出がなされた本件においては、裁判所が申出額を越える相当な額の立退料の支払いと引換えにXに明渡しを命じることも可能であったと考える。

なお、ここでいう相当な額の立退料の算定に当たっては、権利金等が支払われておらず、純粋に営業目的の貸店舗であることを考慮すれば、移転費用ならびに移転に伴う営業補償が中心となるものと考えられること、またY1の修繕義務が経済的に履行不能になっていると判断してよい事例であることから、先に述べた事業用店舗の賃貸借が履行不能になった場合における営業利益喪失の損害賠償と内容的には同じと考え、2年程度の営業補償を認めればよいと考える。

その他の方法として、本件訴訟が提起された時点では、本件店舗での営業再開は実現可能性の乏しいものとなっており、Xもはや営業再開を期待しないと考えられることから、本件訴訟が提起された時点で、本件賃貸借契約が社会通念上は履行不能となったとして、あるいはXのY1に対する履行請求権が実質的には放棄されたと解して、その時点からXが代替店舗を取得し、同店舗で従前と同程度の営業上の収益を上げるに至るまでの営業利益の喪失分の賠償を認めることも可能であり、かつ本件事案において賃借人の損害軽減義務を肯定しうる事情を考慮すれば、その期間としては3カ月（民法617条1項2号）ないし6カ月（借地借家法27条1項）が考えられ、仮に3カ月とすれば、本件事故の時点から合わせて約2年間の営業利益の補償が認められるとする指摘がある⁽¹⁷⁾。この法律構成は、本件訴訟が提起された時点を境に、Xの履行請求権を遮断し、その後は純粋な損害賠償のみが問題となるとした上で、賃借人はこの時点から損害回避措置を取ることが義務づけられ、その結果、民法617条や借地借家法27条の定める明渡猶予期間の範囲でしか営業利益の補償が認められないとするものであり、本判決の法律構成が抱えるところの、Xの履行請求

(17) 野澤正充・判タ1298号（2009年）68頁。

権と損害軽減義務との理論的衝突をうまく回避する構成となっている。しかし、次の点で理論的に問題が残る。第一に、Xの履行請求権が本件訴訟提起時以降は遮断される理由につき、1つには本件賃貸借契約が社会通念上履行不能になったとするが、何をもってそのように評価しうるのかがはっきりしない。本件店舗での営業再開のためには、少なくとも排水工事と排水ポンプの修繕は必要不可欠であるが、Y1にはこれを行う資力が無いことは先に指摘した通りである。このように、Y1による修繕義務の経済的な履行不能という事情は、本件事故発生時から既に存在しているのであって、Xによる訴訟提起を契機として突如として発生した事情ではない。加えて、履行不能であるかどうかは債務者の履行に向けての態様から判断されるのであって、そこでは債権者側の主観の事情、すなわち履行への期待などは斟酌されないはずである。第二に、履行請求権が遮断されるもう一つの理由として、本件訴訟提起をもってXのY1に対する履行請求権が実質的に放棄されたものとみることができることが挙げられているが、本件訴訟の中で、Xは、本件賃貸借契約は更新されて現在まで続いており、Y1に修繕義務があること、逆に言えばXに修繕義務の履行請求権があることを前提とした立論をしているにもかかわらず、右権利の放棄があったとみなすことはXの意思に反することになるのではないか。第三に、判旨のような理由で履行請求権が本件訴訟提起の時点から遮断され、損害賠償の問題になることを認めるにしても、賃貸借契約のような代替取引が容易でない取引類型において、損害賠償の範囲を限定するために損害軽減義務の法理を持ち出すことの問題性は、先に指摘したとおりである。

5. まとめ

本判決は、賃貸人による賃貸借契約の解除を認めず、賃貸人の修繕義務が存続していることを前提として、修繕義務の不履行について賃借人の賃貸人に対する損害賠償の範囲を制限するために、賃借人の損害軽減義務を認め、その義務が生じた後の損害は条理上、416条1項の通常損害ではないとする。しかしながら、416条1項の損害を条理で制限することの妥当性、賃貸借契約の存続を前提として賃借人に損害軽減義務を課すことによりもたらされる履行請求権

との理論的衝突、代替取引が容易でない賃貸借契約の賃借人に損害軽減義務を課すことの実質的妥当性の点で、本判決には問題がある。むしろ、本件ビルの修繕義務は経済的に履行不能の状態に陥っており、使用できない店舗の賃貸借契約に両当事者を縛り続ける合理性は失われているのであるから、本件事故後になされた解約申入れにより賃貸借契約は終了したものとし、あとは賃借人に生じるであろう経済的損失の補償（立退料）の問題として処理するのが適当であろう。そして、立退料の額については、契約の経過等を踏まえて、事業用店舗の賃貸借契約が履行不能となった場合における営業利益喪失の損害賠償の相場に従って、1～2年程度の営業利益喪失分につき賠償を認めればよいと考える。

本判決を一事例判決と位置づけ、これを支持する評釈が多いが⁽¹⁸⁾、本判決は単なる事例判決に止まらず、損害軽減義務と履行請求権との関係について重大な示唆を含むものとして、今後の解釈論に与えるインパクトはかなり大きいものと思われる。

(18) 本判決に対する評釈としては次のものがある。金法 1862 号（2009 年）33 頁，商事法務 1866 号（2009 年）46 頁，中村肇・法セミ 654 号（2009 年）128 頁，廣峰正子・法時 81 卷 12 号（2009 年）112 頁。なお、前掲注(17)・野澤評釈は本判決の判断に否定的である。