

民法416条1項の「通常生ずべき損害」と 損害軽減義務

(最高裁第2小法廷平成21年1月19日判決(平成19年(受)第102号)
損害賠償請求本訴, 建物明渡等請求反訴事件) 民集63巻1号97頁)

山 田 希*

【事実の概要】

カラオケ店を営む株式会社のX(本訴原告兼反訴被告・控訴人兼被控訴人・被上告人)は、平成4年3月5日、Y₁(中小企業等協同組合法に基づいて設立された事業協同組合。本訴被告兼反訴原告・控訴人兼被控訴人・上告人)から、期間を1年、賃料を月額20万円、使用目的を店舗として、Y₁が所有するビル(以下、「本件ビル」という。)の地下1階にある建物部分(以下、「本件店舗部分」という。)を賃借した(以下、X Y₁間の契約を「本件賃貸借契約」という。)。本件賃貸借契約は、平成5年3月5日と平成6年3月5日の2回にわたり、期間を1年として更新され、平成7年3月4日に期間が満了したが、その継続に関する協議が成立しないまま、Xは本件店舗部分でカラオケ店の営業を続けた。

本件ビルは、平成7年9月28日に訴外Aに売却されたが(所有権移転登記手続は未了)、その売却の際に、本件ビル内のテナントの立退きについてはY₁が責任をもって実行にあたりと合意されていたこともあり、Y₁は、同年10月11日、Xに対し、本件賃貸借契約を解除する旨の意思表示を書面で行った(第1次解除)。

* やまだ・のぞみ 立命館大学法学部准教授

ところで、本件店舗部分には、平成4年9月頃から浸水が頻繁に発生し、その原因が判明しない場合も多かったところ、平成9年2月12日、地下1階部分に設置された浄化槽室排水ピット内にある排水ポンプの制御系統の不良または一時的な故障が原因となって汚水が噴き出し、本件店舗部分は床上30～50cmまで浸水した（以下、この浸水については「本件事故」という）。このため、Xは、本件事故以降、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、同年2月18日付けの書面をもって、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する旨の意思表示をした（第2次解除）。

他方、Xは、同年3月頃、Y₁の代表者Y₂（被告・被控訴人・上诉人）に対し、賃料を現金で持参してその支払いをしようとしたが、受領を拒絶されたため、同年4月から翌年3月までの間、毎月、債権者の不確知を原因として賃料を供託した。また平成9年5月27日には、本件事故によるカラオケセット等の損傷に対し、訴外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3109万円余、臨時費用保険金として500万円、取片付費用保険金として101万円余の支払いを受けたが、これらの保険金のなかには営業利益損失に対するものは含まれていなかった。

Xの代表者とY₂は、同年6月6日頃、本件事故後の諸問題について話し合ったが、その席上、本件店舗部分での営業再開を申し入れるXに対し、Y₂からは立退料500万円の支払いと引換えに明渡しを求める提示があり、さらにXがこれを拒否する、というやり取りが行われた。また、Xが申し立てた民事調停の場でも、Y₁は立退料100万円で明渡しを要求する旨の回答に終始し、他方でXも本件店舗部分での営業再開にこだわったため、調停は不成立に終わった。その後も、XはY₂に対し、本件事故の原因を究明して必要な修繕をするよう求めたが、Y₂はこれに応じず、かえって地下1階の電源を遮断するなどした。

本件ビルについては、本件事故の直前である平成9年1月、調査会社により、大規模改装に向けての設備およ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、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合わせて全体的に更新する必要がある、給水設備は、全体的にさび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、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、排水層等は改装時に調査のうえ、その仕様に合わせた改修および清掃等が必要と思われるなどと記載されていた。もっとも、直ちに大規模な改装およ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腐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10年9月14日、本件事故がY₁の修繕義務(以下、「本件修繕義務」という。)の違反または本件店舗部分の隠れた瑕疵により発生したものであるとして、Y₁に対し、債務不履行または瑕疵担保責任を理由として、カラオケ機器の毀損による損害、建築物の改修費用および逸失営業利益の計1億876万円余の賠償を求めるとともに、Y₂に対し、民法709条または中小企業等協同組合法38条の2第2項(平成17年法律第87号による改正前のもの。以下、同じ。)に基づく損害賠償を求める本件本訴を提起した。

これに対して、Y₁は、平成11年9月13日、Xに対し、賃料不払い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(第3次解除)、本件店舗部分の明渡し等を求める反訴を提起した。

【第1審】 福井地方裁判所敦賀支部平成15年8月22日判決

裁判所は、まず本訴において、Y₁には本件建物の使用収益に必要な修繕を怠ったという民法上の修繕義務違反があり、これにより浸水事故が発生したものと考えられると述べ、本件事故に関するY₁の責任を肯定した。

そのうえで、本件賃貸借契約は、平成7年3月4日の時点で、その前の契約期限が更新の合意なしに経過していたが、Xが賃料を支払い続けていたこと、Y₂もXを事実上賃借人として扱っていたこと等の事情から、期間の定めのないものとして更新されたと解されるどころ、Y₁の平成9年2月18日付け書面による解除の意思表示により、それがXのもとに到達したと思われる同月20日には終了したとして、Xの請求のうち、カラオケ機器の中古品としての時価評価額320万円と、本件事故が起きた平成9年2月12日から本件賃貸借契約が解除により終了した同年2月20日まで（9日間）の営業逸失利益18万円の賠償請求を認容した。また、Y₂の不法行為責任については、本件事故につき重大な過失があるとまではいえないとして、否定した。

他方、反訴においては、上記解除による本件賃貸借契約の終了を理由に、Xに対し、本件店舗部分の明渡し等を命じる判決を言い渡した。

これらの判決を受け、XとY₁の双方が控訴した。

【原審】 名古屋高等裁判所金沢支部平成18年10月16日判決

裁判所は、Y₁の修繕義務の不履行が本件事故を招いたということではできないと述べる一方で、本件事故が本件店舗部分に存した隠れた瑕疵によって生じたものであるとして、民法570条に基づき、Xが本件事故によって被った物的損害（本件店舗部分に存在したカラオケ機器の毀損による損害および本件店舗部分の建築物の毀損による損害）についてのY₁の責任を肯定した。しかし、その一方で、この物的損害にかかわるXの損害賠償請求権は、BからXに保険金が支払われたことにより、商法662条1項および損害保険契約の約定に基づいてBに移転し、Xはこの請求権を喪失したと判断した。

他方、Y₁は、本件事故後も引き続き賃借人として、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たところ、その義務の不履行があったとして、これによりXが被った営業利益相当の損害を賠償

する責任があると述べた。また Y₂ にも、本件修繕義務の不履行に関し、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2項所定の重大な過失があったとして、その責任を肯定した。

そのうえで、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り、また借地借家法27条1項の解約申入れとしても、同法所定の正当の事由がなく無効であるところ、X は、本件事故後、本件店舗部分でのカラオケ店の営業ができなくなったから、Y₁ らに対し、本件事故の日より1か月(本件事故の原因を究明し、本件店舗部分を使用収益に支障のない状態にするために必要な修繕をするのに要する期間)が経過した平成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3104万円余を喪失したことによる損害の賠償を請求する権利を有すると判示した。

これに対し、Y₁ および Y₂ が、上告受理を申し立てた。

【上告受理申立て理由】

Y₁ らの上告受理申立て理由は多岐にわたるが、最高裁が受理した理由のうち本稿の問題関心にかかわるものに限って紹介すれば、X は、本件店舗部分の状態につき、30年に達した経年劣化によって不測の事故が起こりうるものであると知りながら、あえて契約期間の満了後も居すわり続けて本件事故にあったというべきであるから、X にも本件事故について斟酌されるべき過失があり、したがって、過失相殺を行うべきである、というものである。

【判旨】 一部破棄差戻し、一部棄却

最高裁は、以下のように判示して本訴請求に関する原審の判決を一部破棄し、Y₁ らが賠償すべき損害の範囲についてさらに審理を尽くさせるべく、本件を原審に差し戻した。

すなわち、「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項により賃借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、……本件においては、平成4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、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、 Y_1 は、本件事故の直後である平成9年2月18日付け書面により、 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、 Y_1 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、 X 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、その損害のすべてについての賠償を Y_1 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_1 らに請求することはできないというべきである。」

【研究】

1 はじめに

事業用店舗の賃貸人が店舗の修繕義務を履行しないために賃借人が店舗を使用できない状態が長期にわたって継続すると、賃借人の得べかりし営業利益は累積的に増えていくが、そのすべてを民法416条1項にいう「通常生ずべき損害」(以下、「通常損害」という。)であるとして、賃貸人が賠償すべき損害の範囲に含めることができるだろうか。この点が争われた本判決において、最高裁第2小法廷は、賃借人に生ずる営業利益喪失の損害を一般的・抽象的には「通常損害」にあたるとしたうえで、本件事実関係のもとでの具体的な結論としては、賃借人が別の場所で営業を再開する等の措置(損害軽減措置)をとれたと解される時期以降における損害のすべてを賠償範囲に含めることはできない、すなわち一部賠償しか認められない、とする判断を示した。

目的物を使用収益させる賃貸人の義務が賃貸人の責めに帰すべき事由によって履行不能となった場合については、従来の裁判例には、「代替店舗での開店後従前の営業利益があがるに至るまでの期間」の賃借人の損害を減収分に限定したものがある¹⁾。賃借人が代替店舗で開店した後は「収益が皆無というわけではない」という事情が考慮されてのことである。

他方、賃貸人の義務が履行不能でない場合に賃貸人が賠償すべき損害の範囲は、この点に関する裁判例は存在しないものの賃借人が依然

として履行請求権をもつ以上、基本的には当該義務が履行されて営業再開に至るまでの期間に賃借人が得られるはずであった営業利益の総額になるものと思われる。そして、この理に従うなら、本件における賃貸人の修繕義務は履行不能とまではいえないのであるから、口頭弁論終結時までの営業逸失利益の全額が賠償すべき損害の範囲に含まれたはずであった。

ところが、最高裁は、老朽化して大規模改装を必要としていた本件ビルにおいて、Xが本件賃貸借契約を長期継続しえたとは考え難い、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再開の実現可能性は乏しいものになっていた、Xが行っていた営業は本件店舗部分以外の場所では行えないとは考えられないし、それに必要な資金の相当部分も保険金のかたちで取得している、という事情をあげたうえで、Xが営業利益相当の損害のすべてをY₁らに請求することは条理上認められないと断じたのである。

判旨が、別の場所で営業を再開することができたと解される時期以降の賠償額をXの仮想的な減収分に制限することを示唆しているのだとすれば、その点は、履行遅滞の事案である本件を、賠償範囲に制限を設けるといって履行不能の場合と同様に扱うことにほかならない。しかし、修繕義務の消滅をもたらす履行不能の場合とは異なり、履行遅滞の場合には、賃借人が解除権を行使しないかぎり契約の拘束力は消滅せず、したがって、賃借人は引き続き賃貸人に対して修繕義務の履行を請求しうるはずである。そうであるとすれば、Y₁が修繕義務を履行するまでの間にXが得たであろう営業利益は、すべて損害のなかに含まれてよいようにも思われる。にもかかわらず、別の場所での営業再開を前提に賠償額を減額するためには、それを正当化しうるだけの根拠が必要である。

前述したように、最高裁は3つの事情をあげているが、これらの事情が、なにゆえに賠償額の減額という結論を導くのかについては、条理をあげるほかは、まったく言及されていない。このため、本判決においてどのような価値判断が行われたのかを探るためには、いわば判旨の行間を読む作業

が必要となる。

この点につき、先行する評釈類²⁾をみると、本判決には複数の読み方があるが、その違いが何に由来するのかを分析していくと、結局のところ、判例法理も含めたわが国の契約制度に対する捉え方の違いに行き着くことになる。誤解を恐れずにいえば、契約法のあるべき姿に対する論者の思想が、本判決の読み方に映し出されているといってもよい。

そこで、本稿では、このような読み方の違いにも焦点を当てつつ、本判決の意義について検討する。具体的には、別の場所における営業再開という損害軽減措置をとりえたことが、民法416条1項にいう「通常生ずべき損害」の解釈に及ぼす影響について、まずは検討する(2)。次に、そこで検討の対象とした条文の解釈が、本件に適用される借地借家法との間で惹き起こす問題について考える(3)。そのうえで、差戻審における判決の望ましいあり方を示し(4)、最後に、本判決の射程を明らかにしたい(5)。

2 損害軽減措置の可能性と民法416条1項の解釈

(1) 民法416条1項の「通常性」基準

民法416条1項が「通常の事情のもとで通常生ずべき損害」を債務者が賠償すべき範囲に含める規定であるとすれば、この条文には、対象が通常かどうかという、いわゆる「通常性」基準が、「事情」と「損害」の2つに関して設けられていることになる。このうち、前者の通常性が、債権者に予見可能性の証明責任を課す「特別の事情」が存在しない、という消極的意味をもつにすぎないのに対し、後者のそれは、賠償範囲に含めるべき損害かどうかを規範的に判断する積極的意味をもちうる。本判決については、このような理解を前提に、「通常性基準の適用において規範的判断をするものであり、その際、債権者が損害回避減少措置をとりえたことを考慮事情としたものだ」とする評価がある³⁾。

賠償範囲の画定基準については複数の学説があるが、相当因果関係とい

う概念を用いる伝統的通説⁴⁾や、契約規範により保護されている契約利益という観点からアプローチする有力説⁵⁾から、つとに通常性基準の規範的性質については指摘されていたところであり、筆者自身も、本判決に関する上記の指摘は正鵠を射たものであると考える。問題は、そこでいう「規範」とは何かであるが、この点につき改めて検討することとしよう。

（2）規範的判断における「規範」の内容 本判決における価値判断

（ア）経済的効率性

本判決の意義については、条理に基づいて損害軽減義務⁶⁾を認めた判決だと位置づける内田貴教授の見解がある⁷⁾。法源としての条理は、理性による「筋合」、「筋道」などと定義されているが⁸⁾、具体的には、「わが国の制定法、慣習法、判例を通じて窺われ、またそれらの基底に横たわるところの規範であり、さらに近代資本制文明諸国の私法を通じて看取せられる法的規範⁹⁾」であるといえる。では、本判決が考慮した「規範」とは、内田教授によれば、どのようなものになるのであろうか。それは、おそらくは経済的効率性である。

内田教授は、1990年に発表した論文¹⁰⁾のなかで、主に種類物の売買を念頭におき、次のような主張を展開していた。すなわち、市場価格の上昇しつつある代替物の引渡しを売主が拒絶する場合、買主としては、代品の取得が容易である限り、それを行ってみずからの損害を軽減しなければならない。にもかかわらず、買主が代替取引を怠った場合には、彼が売主に対して請求できる填補賠償の額は、不履行時の市場価格を基準に算定した額にとどめられるべきである。判決時（口頭弁論終結時）の市場価格を基準とすると、目的物の価格上昇を漫然と座視していた買主に値上がり分の賠償請求を認めることになり、妥当ではないからである。そして、そうであるとすれば、買主が売主に対して履行の強制を求めることも許されるべきではない。価格が上昇した時点で履行の強制を認めると、値上がり分の賠償請求を認めるのに等しい結果となるからである。

内田教授のこの主張の背景には、無駄なコストを強いることによる不経済を防止すべきだとする考え方がある。それは、「およそ経済性を無視した履行強制に、国家が力を貸すべきか、大いに疑問である」(4頁)という言説に端的に表れている。

本件における X と Y_1 の利益の総和をトータルで見れば、従前の店舗に対する X のこだわりを許し、そのために生じる営業逸失利益のすべてについて Y_1 に責任を負わせるよりも、賠償範囲を制限し、別の場所での営業再開を促したほうが、一見すると、経済的には効率的である。なぜなら、 X の主たる契約上の利益は営業利益であるが、それは Y_1 から取得しても自己の才覚で得ても、 X にとっては価値が変わらないのに対し、 Y_1 が X に賠償金を支払うとなると、 Y_1 の利益はその分だけ大きなマイナスとなるからである。

もっとも、単発的契約である売買とは異なり、継続的契約である賃貸借の場合には、賠償額の減額により事実上とはいえ契約の拘束力を弱めると¹¹⁾、将来に対する計算可能性を損なうことになり、目的物に資本投下しようとする賃借人の意欲の低下を招いて、むしろ不経済を生む。したがって、かりに本判決において最高裁が経済的効率性への配慮から賠償額を減額したのだとすれば、それは「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、 X 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」という特別な事情ゆえのことであったと推測される。

ところで、本件のような建物賃貸借の場合、賃借人の契約上の利益のなかには、建物やそれがあつた場所への個人的な愛着等、経済的評価に馴染まないものも少なくない。個性のない種類物の売買とは決定的に異なる点である。しかし、事業用建物の賃貸借の場合、居住用建物の賃貸借に比べれば、賃借人の契約上の利益のうち、経済的利益の占める割合が相対的に高くなる。したがって、前者の場合には、経済的な指標をもとに法的判断がなされるとしても、その判断は時として容易ではないものの、それ

ほど深刻な問題は起こらないと考える。

（イ） 契約で保障された利益

上記のような判決の読み方に批判的な立場を示す潮見佳男教授は、「本判決は、……事業用建物賃借人に対してであっても、履行障害に遭遇した際に、経済的にみてもっとも効率的な行動をとることを義務づけたものでもない」と断言する¹²⁾。

もともと潮見教授は、経済的効率性に基礎づけられた損害軽減義務論に対しては懐疑的な立場をとり、「『市場ルール』に即した合理的行動をとらなかつたということによるリスクを、債務不履行につき帰責事由のある債務者ではなくて、なぜ被害当事者である債権者が負担しなければならないのか¹³⁾」と述べていた。本判決を履行請求権の帰趨まで視野に入れた判決だと捉えることについても「危険ですらある」と述べ、強い警戒感を示している。

とはいえ、潮見教授によっても本判決は、「債権者の損害軽減義務違反を理由とする減額のルールが、416条の定める賠償範囲・額画定ルールの一部をなすことを示唆するもの」である。もっとも、そこでいう損害軽減義務は、「修繕義務の不履行に遭遇した賃借人〔が〕、履行障害後の各時期において、目的物の状況、履行障害後の損失填補の状況その他に照らし、当該契約のもとで信義誠実に行動する者としてどのような措置をとるべきかを問題としたもの」である。

そもそも債権法は、潮見教授にとっては「債権者が債権関係を通じて獲得しようとする利益（債権者利益）」の実現を保障する体系であり、その最重要課題は、「当事者が契約を締結するにあたって、対象の存否ないし役務提供の可能性についてどのような表象を抱き、どのようなリスク負担（リスク分配）を想定して契約を締結したのか」という点を確認することである¹⁴⁾。したがって、本判決の争点である「通常損害」の解釈に際しても、「『契約を基点として価値判断をおこなう』プロセスに焦点を当てた分析が重要」であるし、同じ視点を「債権者の損害回避行動へ向けての行為

規範,すなわち,債権者の損害軽減義務(損害拡大抑止義務)・過失相殺制度とどのようにリンクさせるかという観点から」分析することも必要となる¹⁵⁾。

この指摘にもあるとおり,損害軽減義務は過失相殺の法理と同一枠組みで捉えられているが,そうすると,本件のように損害の発生・拡大に債権者の過失が関与したような事案では,両者の棲み分けをどうするかが問題となってくる。この点につき潮見教授は,「金銭的価値としてあらわれる経済的利益(economic gain)が保護法益(契約利益)となっており,その量的拡大にとって債権者の行為が不可避と考えられる場面,したがって,当該経済的利益(法益)の量的拡大に比例してそのマイナス面での評価としてあらわれる経済的損失(economic loss)も量的に拡大するという場面では,法益が侵害されたことにより債権者に生じた不利益である損害が何かを確定する段階で,債権者のとるべきであった行為態様が既に考慮され,債権者の損害回避・軽減措置義務の問題は416条の賠償範囲・額画定ルールに取り込まれることになる。そうではない場合(たとえば,肺の手術ミスで入院が長引いた患者が,医師に禁止されていた煙草を入院中に吸ったために,症状が悪化し,入院期間も長引き,治療費がかさみ,休業日も増えたような場合)には,本判決を前提としたときでも,債権者の損害軽減義務違反の問題は,416条の定める賠償範囲・額画定ルールによってではなく,依然として418条により処理されることになろう¹⁶⁾と述べている。

経済的利益の量的拡大にとって債権者の行為が不可避であるような場面は,損害軽減義務を経済的効率性によって基礎づける内田教授の見解においても,おそらくは416条が適用される典型的な場面の1つである。しかし,その見解によれば,当事者の締結した契約とは無関係に,もっぱら効率性の観点から損害軽減義務が課されることになる。

少し抽象的な表現にはなるが,内田説によるときには,効率性を重視する契約制度へ当事者のほうが適応していかなければならないのに対し,潮見説によるときには,契約制度とは,あくまでも当事者の意思を尊重する

かたちで運用されるべきものとなる。ここには、契約に対する哲学の違いが現われているといえよう。

（ウ） 通常の事業者の合理的行動 2つのバランス論を前提として

内田・潮見両教授が、本判決について、その内容はまったく異なるものの、明確な根拠に基礎づけられた損害軽減義務の違反を理由として賠償額を減額した判決だと分析するのに対し、中田裕康教授は、「本判決が、損害軽減義務を一般的に認めたというのは早計」であり、「民法416条1項の通常生ずべき損害の通常性の判断要素として債権者の損害回避減少措置の可能性を考慮に入れたもの」にすぎない、と指摘する¹⁷⁾。

中田教授は、最高裁の判断の背後に2つのバランス論が存在する可能性を示唆するが、そこでいうバランスとは、1つは、借家人の営業逸失利益について賃貸人の賠償責任を認めた下級審裁判例の判断とのバランスであり、もう1つは、本件に対する2つの見方 老朽化した本件ビルにXが賃貸借契約に固執して居座っている事案だとする見方と、Y₁が本件ビルを他人に譲渡してXに強引に立退きを迫る事案だとする見方 間のバランスである¹⁸⁾。前者のバランスは、類似の紛争類型との対照からみた衡平をいうものであり、後者のそれは、紛争当事者間の公平をいうものである。

これら2つのバランス論に配慮した結果、最高裁の採用した法律構成は民法416条1項の解釈による解決であったが、その構成は、本件において具体的妥当性をもつという。なぜなら、本件の客観的状況（本判決のあげる3つの事情）のもとで、「しかも、Y₁の履行拒絶の意思が明確である以上は、他の場所で営業を再開することが通常の事業者の合理的行動だと考えられる」ところ、「X・Y₁間では、賃貸借契約の存続については、賃貸借契約に関する一般的規律により、Y₁からの解消は認められないが、Y₁の債務不履行による損害賠償の範囲の判断においては、通常の事業者の合理的行動を基準としてよい」からである¹⁹⁾。

中田教授の分析する本判決の論理には、具体的な当為規範は出てこない。

そこにみられるのは一般条項的な民法416条1項であり、あえて形容するならば、条文の解釈を通して法的な環境を事業者の合理的思考に適したものにしようとする最高裁の姿勢である²⁰⁾。したがって、結論の妥当性は、裁判官の裁量的な価値判断に委ねられることになる。このように慎重な分析は、おそらくは本判決が「かなり特殊な場合」²¹⁾を対象にしたものであるという認識によるものである。

内田教授や潮見教授の読み方も、それを前提とした本判決の是非については、契約制度全体の捉え方にもかかわる問題であるだけに、改めて慎重に検討してみる必要があるもの、とくに本判決の判旨がその支障になるとは思われない。しかし、本判決のほかにも、債権者が損害軽減措置をとれたことを主たる理由に賠償額を減額した判例のない現段階においては、中田教授のような読み方が、まずは穏当なところであろうと思われる。

3 借地借家法との関係で生じる問題

(1) 法の趣旨と正当事由

1991年に成立した借地借家法は、借地借家をめぐる社会基盤の変化に伴い、従来の借地権・借家権の内容を弱めるものであったが²²⁾、借主の居住や事業活動の安定を図る種々の規定が盛り込まれていることから、依然として法的弱者を保護する社会法的な性質を維持するものであると思われる。借地借家法は、貸主による更新拒絶や解約申入れに「正当の事由」を要求する規定(6条, 28条)を置いているが、この規定は、借主保護の見地から契約自由を制約するものであり、まさに借地借家法の社会法的性質を表す代表的存在である。

原審で問題となった借地借家法28条は、建物賃貸人の解約申入れ等に必要の正当事由として、建物の使用を必要とする事情、建物の賃貸借に関する従前の経過、建物の利用状況、建物の現況、建物賃貸人が申し出をした財産上の給付を列挙しているが、条文の体裁からもわかるとおり²³⁾、正当事由の有無を判断するに際しては、の事情が主として

考慮される。したがって、本件のように建物が老朽化していたり立退料が支払われたりしていても、それだけで正当事由ありとは一般的には判断されない。また、賃貸人側の事情と賃借人側の事情とが相対比較されるため、賃貸人が自分にとっての必要だけで解約することも認められにくい²⁴⁾。Y₁は本件ビルとその敷地をAに売却し、Aはビルを取り壊して敷地を駐車場にする計画をもっていたようであるが、その事情だけでは正当事由の要件を充足するには弱かったと思われる。事ほど左様に、借家権は保護されているのである。

（2）賠償範囲の制限との関係

損害軽減措置がとれたことを理由に賠償額を減額することは、事業の継続を望むXに対し、賃貸借契約を適時に解除することを事実上、強制する。契約を解除していなければ、Y₁が修繕義務を履行した場合に、たとえXがすでに別の場所で営業を再開していたとしても、従前の契約に拘束され、Y₁に賃料を支払うことを余儀なくされるからである。しかし、そうすると、このような本判決の結論が、借家権を厚く保護する借地借家法との間で抵触を起こさないかが問題となってくる。

ところで、わが国の借地借家法は、少なくとも条文上は、事業用の借家と居住用の借家とを区別していない。しかし、事業を目的とする借家の場合には、経済的な利益の保護が問題となるのに対し、居住を目的とする借家の場合には、生活上の利益の保護が問題となる²⁵⁾。このため、両者間で保護の程度に差を設けることには一定の合理性があるともいえる。

この点、「わが国においては、なお、事業用の借家においても、生業用といわれているものを中心に、必ずしも経済的利益の観点からだけ問題になるとは限らないものが多い」²⁶⁾との指摘もある。しかし、本件のXは、問題となったカラオケ店のほかにも複数の店を経営する法人であり、この点からすれば、純粋に経済的な利益が保護法益になっているとも考えられる。したがって、かりに効率性の観点から賠償額を減額されて別の場所に

おける営業再開を促されたのだとしても、建物が老朽化して賃貸借契約の長期継続が望めないうえに賃貸人の履行拒絶の意思が固いという本件の具体的な状況のもとでは、上記の判断もあながち不当なものとは思われない。

他方、潮見教授が主張するように、当該契約関係によるリスク分配の観点から損害軽減義務を課すという場合には、その前提として、契約が締結された時点で将来のリスクがすべて考慮されていることが必要であるが、この点は、継続的契約であるばかりか借地借家法の適用によって解約権が制限されている賃貸借にも妥当するのであろうか。

たしかに、居住用の借家の場合には、生活の安定が賃借人にとっての重要な法益であるために居住開始後の様々な事情による期間延長の必要を顧慮すべきであり、また、そのために法定更新・正当事由制度が設けられているのであるから、契約締結時における当事者間のリスク分配に関する決定の自由は、借地借家法によって一定の制約を受けざるをえない。しかし、事業用の借家の場合には、投下資本の事業収益による回収への期待が主たる保護法益であるところ、将来の収益力は、契約締結時の現在価値に引き直して計算されているはずであるから、居住用の借家ほどには、事業開始後の諸事情による期間延長の必要を顧慮しなくてもよいと考える。

4 差戻審における望ましい判決

(1) 一部賠償の始期

本件のXが、本件店舗部分におけるカラオケ店での営業再開を断念し、代わりの店舗を探し始めたとしても、適当な店舗がすぐに見つかるとは限らない。また、かりに代わりの店舗を確保できたとしても、種々の準備を整えて営業を再開するまでには一定の期間が必要である。このため、本判決のいう「上記措置を執ることができたと解される時期」(一部賠償の始期)とは、本件店舗部分における営業再開を断念し代わりの店舗を探し始めるべき時期(損害軽減措置を開始すべき時期)ではなく、代わりの店舗で営業を再開できるであろう時期(損害軽減措置を完了するであろう時

期)だと解されることになる²⁷⁾。

それでは、本件における損害軽減措置を開始すべき時期とは、いつの時点をいうのであろうか。可能性のあるもっとも早い時期は、Xがカラオケセット等の損傷に対して保険金の支払いを受けた日である。なぜなら、保険金の受領が賠償額減額の理由とされているうえ、この時点では、すでにY₁による第2次解除の意思表示がなされており、修繕義務の履行を拒絶するY₁の意思も明確になっていたからである。

しかしながら、損害軽減措置を開始すべき時期は、本件本訴が提起された日と解すべきである²⁸⁾。なぜなら、原審の認定事実によれば、保険金の受領後に行われた話合いの席で、営業再開の申入れをしたXに対し、Y₂からは立退料の提示がなされており、その後も本件本訴が提起された日の直前まで、民事調停の場において同様のやり取りが行われているからである。

事業を目的とした賃貸借における主たる保護法益は、借主が事業によって得る経済的利益である。そして、貸主が支払う立退料は、契約期間の途中で事業の終了を余儀なくされる借主にとって、十分に得ることのできなかった経済的利益を補ってくれる重要なものである。そうであるとすれば、営業の再開か立退料の支払いかをめぐって当事者が攻防を続けている以上、損害軽減措置を前提とした賠償額の減額はすべきではない。ただし、これはあくまでも、Y側の提示した立退料が借地借家法所定の「正当の事由」要件を充足するのに十分な金額であるにもかかわらず、Xがそれを不当に拒絶しているという事情がない、という留保のもとにである。

以上に述べた理由により、損害軽減措置を開始すべき日は本件本訴が提起された日と解すべきであるから、その日から、Xが代替店舗を取得して営業再開までにかかる一定の期間を経過した日が、一部賠償の始期となる。それまでの営業逸失利益は、全部賠償される。

(2) 一部賠償の終期

X が代わりの店舗を確保して営業を再開したとしても、以前の店舗で得ていたのと同程度の収益をあげるまでには、さらに一定の期間が必要である。その間の減収分は損害として Y らに請求しうるが、それは、いつまでなのか。賠償期間の終期が問題となる。

この点については、損害賠償の範囲を「本件店舗部分における X の従前の利益水準（ ）と X が他の相当な場所で営業を再開したと仮定してその場所における営業の通常の利益水準（ ）との差額」だとしてうえで、賠償期間の終期を「賃貸借契約が Y₁ の解約申入れ（一定期間経過後は正当事由が認められうるだろう）、又は、本件店舗部分の滅失等により終了すべかりし時」²⁹⁾ だとする見解がある。契約の拘束力を維持したまま賠償額の減額を導ける点に妙味がある。

もっとも、この見解の妙味も、本判決が示したルールを行為規範としてみたときには、半減してしまうおそれがある。というのは、次のような理由による。すなわち、かりに X が勤勉な事業者であれば、Y₁ との契約を早期に解除したうえで、別の場所での営業に力を注ぐことになるであろう。契約を解除しなければ、Y₁ が修繕義務を履行したときに、Y₁ に対しても賃料を支払わなければならないからである。しかし、そうすると、X は Y₁ との契約を解除しているがゆえに この見解のいう との差額を、解除しない場合と比べると相対的に短い期間しか受け取れないことになる。これに対して、X が、それほど勤勉ではなく、別の場所で営業を再開しようとは考えない事業者である場合には、契約が解除されないため、この差額をより長期間にわたって受け取れることになる。このように、勤勉な事業者ほど損をする仕組みは、あまり望ましいものではない。合理的な事業者であれば、別の場所で営業を再開するためには契約を解除するのが通常であると考えられるから、それを前提に賠償額を算定すべきである。したがって、損害軽減措置を完了するであろう時期（一部賠償の始期）すなわち営業を再開できるであろう時期以降の賠償期間は、結局

のところ，履行不能の場合と同じ長さになる。

1でも述べたように，目的物を使用収益させる賃貸人の義務が履行不能となった事案においては，別の場所における営業が従前と同程度の営業上の収益をあげるに至るまでに要するであろう期間の賃借人の減収分が，賃貸人によって填補される。本件は，賃貸人の義務が履行不能になったとまではいえないものの，それに極めて近い事案である。したがって，履行不能の場合に用いられる手法を借用することにも一定の合理性があるように思われる。

なお，賠償期間の長さと同額は，本件ビルの付近における標準値をもとに，抽象的な可能性として決定されることになろう。

5 本判決の射程

本判決は，事業用店舗の賃貸人が修繕義務を怠っていることにより目的物の使用ができない状態が継続しているという事案につき，賃借人の営業利益相当の損害を画定するという局面で，民法416条1項の「通常生ずべき損害」の判断要素として，賃借人が損害軽減措置をとれたという事情を考慮したものである。賃貸人の修繕義務が履行不能となっているわけではないにもかかわらず，営業逸失利益の一部が損害賠償の範囲から除外された点に，本判決の特殊性がある。

本判決の重要性は，ひとえにその射程をどのように捉えるかにかかっているが，この点に関しては，判断の分かれうる，いくつかの問題がある。

第1に，本判決が示した民法416条1項の「通常生ずべき損害」の解釈が，事業用不動産の賃貸借以外の契約類型にも適用されるかどうかである。具体的には，居住用不動産の賃貸借や雇用契約等への適用可能性が問題となるが，それは本判決が損害軽減義務を一般的に認めたのかどうかと関係する。

最高裁は，債権者の損害軽減義務が賠償額の減額事由になることを一般的なルールとして示したわけではなく，あくまでも建物が老朽化して本件

賃貸借契約の長期継続が望めないうえに営業再開の実現可能性も乏しいという本件の具体的状況のもとでの結論を示したにすぎない。したがって、他の契約類型において、債権者が損害軽減措置をとりえたことが賠償額の減額を招くかどうかは、今後、個別に判断されていくことになる。もっとも、損害額算定の基準時を遅らせることが損害の拡大をもたらすような事案については、本判決が参考にされる可能性は否定できないと思われる。

第2に、本判決が、不法行為に基づく損害賠償請求事件の先例となりうるかどうかである。本件のXがY₁に対し不法行為に基づく損害賠償請求をした場合のように、紛争の実質が契約責任の追及にあるときには、本判決が先例とされる可能性は高い。

また、事実的不法行為の場合でも、本判決が先例とされる可能性は否定できない。たとえば、第三者の不法行為により店舗が滅失し、それによって営業不能となった賃借人が、第三者に対して営業逸失利益につき賠償請求するというような事案では、損害軽減措置をとりえたことが賠償額減額の事由になりそうである。

しかしながら、本判決の射程に不法行為の事案を含めることには、より慎重になるべきである。なぜなら、同じ賠償額の減額を導く法理でも過失相殺によるときは、被害者の事理弁識能力の有無が考慮に入れられるなど、当事者間の公平が個別具体的な観点から確保されるのに対し、本判決のように416条1項の解釈によるときは、被害者の属性にかかわらず一律に賠償額が減額されてしまい、場合によっては被害者に酷な結果をもたらすからである。当事者の行動に一定の合理性を要求しうる契約と、被害者の救済を第1の目的とする不法行為とでは、賠償額の減額につき対応に差があっても構わないと考える。

第3に、本判決が履行の強制を限界づけるかどうか、換言すれば、損害軽減措置をとりえたことが債権者の履行請求権を排除しうるか、である。たとえば、本件のような状況のもとで賃借人が貸借人に対して修繕義務の履行請求をする場合、今後、その請求は認められるであろうか。

前述したように、価格上昇の局面にある動産の売買の場合には、履行の強制を認めることは、売主に値上がり分の賠償責任を課すに等しい結果を招く。これに対して、賃貸借の場合には、修繕にかかる費用が一定であることを踏まえると、修繕義務の履行強制を認めても、拡大した営業逸失利益の賠償責任を賃借人に課すのと同じ結果にはなるとはえない。したがって、この点だけをみれば、かりに本判決を内田教授のように理解しても、賃貸借の場合には、損害軽減措置の可能性が履行請求権を排除するようなことはないようにも思われる。

しかし、建物の老朽化により契約の長期継続が望めないような状況で賃借人に修繕費用の支出を強いることは、経済的な観点からいえば非効率だと判断される余地もあり、だからこそ、最高裁は、本判決においてこの点を理由にあげたとも考えられる。かりに本判決の基礎に経済的効率性に対する配慮があるとすれば、履行請求の場面で本判決が参照される可能性は完全には否定しきれない。

- 1) 大阪地判昭和56年1月26日判時996号89頁。このほか青森地判昭和31年8月31日下民集7巻8号2359頁は、賃借人の休業による損失について、賃借人が「新に他に家屋を賃借して営業を開始するために通常要すべき期間の損失と解すべきところその期間は他に特別の事情なき限り借家法が解約申入期間として6ヶ月の期間を定めていることに鑑み6ヶ月と認めるのが相当である」とする。
- 2) 本判決の評釈類としては、中村肇・法セ654号128頁、野澤正充・判タ1298号63頁、廣峰正子・法時81巻12号112頁、日下部真治・ひろば62巻11号53頁、川村洋子・セレクト200918頁、千葉恵美子・判時2051号168頁（判評609号6頁）（以上、2009年）、高橋謙・ジュリ1399号147頁（調査官解説）、渡邊拓・横浜国際経済法学18巻3号223頁、四ッ谷有喜・速報判例解説5号83頁、潮見佳男・ジュリ1398号（平成21年度重要判例解説）91頁、難波譲治・リマークス40号22頁、久須本かおり・愛知大学法学部法経論集185号59頁、中田裕康・法協127巻7号1008頁、住田英穂・甲南法学51巻2号1頁（以上、2010年）がある。
- 3) 中田・前掲注(2)135頁以下。
- 4) 澤井裕『テキストブック債権総論〔補訂版〕』（有斐閣、1985年）49頁。
- 5) 潮見佳男『債権総論〔第2版〕』（信山社、2003年）352頁。
- 6) 英米法圏で発展した損害軽減義務の法理については、谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務 Avoidable consequences の理論の示唆」我妻榮選暦記念『損害賠償責任の研究 上』（有斐閣、1958年）235頁、吉田和夫「債権者の損害避止義務及び損害拡大防止義務について」ジュリ866号（1986年）78頁、斎藤彰「契約不履行における損害軽

減義務 損害賠償額算定の基準時との関連において」石田喜久夫 = 西原道雄 = 高木多喜男選暦記念『損害賠償法の課題と展望 中』(日本評論社, 1990年) 51頁が紹介している。また、内田貴「強制履行と損害賠償 『損害軽減義務』の観点から」曹時42巻10号(1990年) 1頁〔同『契約の時代』(岩波書店, 2000年)所収〕は、損害軽減義務が日本民法上の原理としても存在することを説くが、この主張はその後、履行請求権の体系的な位置づけをめぐる議論へと発展した(森田修「『損害軽減義務』について 履行請求権の存在意義に関する覚書(その二)」法学志林91巻1号(1993年) 119頁〔同『契約責任の法学的構造』(有斐閣, 2006年)に所収])。なお、内田論文以降の議論状況は、吉川吉樹「損害軽減義務と履行請求権」内田貴 = 大村敦志編『民法の争点』(2007年) 174頁以下を参照。

- 7) 吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務 履行期前の履行拒絶に関する考察』(東京大学出版会, 2010年) 371頁〔内田貴補筆部分〕。
- 8) 末川博『民法 上巻(新版)』(千倉書房, 1948年) 9頁, 舟橋諱一『民法総則』(弘文堂, 1954年) 19頁。
- 9) 谷口知平 = 石田喜久夫編『新版注釈民法(1) 総則(1)〔改訂版〕』(有斐閣, 2002年) 5頁以下〔谷口知平 = 石田喜久夫執筆部分〕。
- 10) 内田・前掲注(6) 1頁以下, とくに5頁以下。なお、本文中にある括弧内の頁数は、この論稿(曹時)のものである。
- 11) 賠償額の減額は、契約または法律によって保障された契約期間における履行利益(営業利益)を賃借人が得られないことを意味する。したがって、賃借人が当初予定していた履行利益(営業利益)を獲得するためには、契約を解除して、新たな賃貸借契約を締結するほかない。契約の拘束力を事実上弱めるとは、このような状況を指すものである。
- 12) 潮見・前掲注(2)92頁。なお、本判決の評価にかかわる引用部分は、とくに断りのないかぎり、この論稿の同頁から抜粋したものである。
- 13) 潮見・前掲注(5)388頁。
- 14) 潮見・前掲注(5)23頁。
- 15) 潮見・前掲注(5)352頁。
- 16) 潮見・前掲注(2)92頁。
- 17) 中田・前掲注(2)144頁。
- 18) 中田・前掲注(2)138頁以下。
- 19) 中田・前掲注(2)142頁。
- 20) 潮見教授の分析によれば、具体的な契約当事者の意思を基準に損害軽減義務が指定されているのに対し、中田教授の分析によれば、抽象的な事業者の行動を基準に賠償額の減額が導かれている。
- 21) 中田・前掲注(2)144頁。
- 22) 瀬川信久「社会・都市の発展と借地借家法規制の方向 居住用借地を中心に」ジュリ1006号(1992年) 21頁以下。
- 23) 「建物の使用を必要とする事情」とその他の事情との間に、「のほか」という文言が挿入されている。

民法416条1項の「通常生ずべき損害」と損害軽減義務（山田）

- 24) たとえば、稲本洋之助＝澤野順彦編『コンメンタール 借地借家法〔第3版〕』（日本評論社，2010年）216頁以下参照。
- 25) 借地借家法制研究会編『一問一答新しい借地借家法 新訂版』（商事法務研究会，2000年）185頁以下参照。
- 26) 塩崎勤＝中野哲弘編『新・裁判実務大系 借地借家訴訟法』（青林書院，2000年）186頁。
- 27) 高橋・前掲注(2)149頁。
- 28) 中田・前掲注(2)127頁の見解に賛成する。
- 29) 中田・前掲注(2)127頁。本文でも述べたように，正当事由の有無は多種多様なファクターの総合的な判断によって決定される。したがって，賃貸借契約が「終了すべかりし時」を画定することは極めて困難であるように思われる。