

改正民法の「不能」に関する一考察

山口 幹 雄

はじめに

現在、国会では、「民法の一部を改正する法律案」が審議されている⁽¹⁾。そして、同法律案によって改正された民法（以下「改正民法」という）では、「不能」という概念が重要な意味を持っている。例えば、改正民法では、債務の履行が「不能」であることが、債権の最も基本的な効力である履行の請求や追完の請求を制限する要件であるとともに、債務の履行や履行の追完に代わる損害賠償（填補賠償）の請求や、催告を要しない契約の解除（無催告解除）の要件ともなっている（同法第 412 条の 2 第 1 項、同 415 条第 2 項及び同 542 条参照）。そして、改正民法では、債務の履行が不能であるかどうかは「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⁽²⁾。しかし、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」とは、どのような場合を意味するのかよくわからないところがある。

例えば、売買という契約からは、財産権の移転や目的物の引渡し、そして代金（金銭）の支払いを内容とする債務が発生する（改正民法第 555 条、同

(1) 法律案の審議状況は国会のホームページで公開されており、法律案の内容と法律案の決定に至る経緯や立法資料は法務省のホームページで公開されている。本稿では、法務省のホームページで公開されている資料の「民法（債権関係）部会資料〇〇」を「部会資料〇〇」、「法制審議会民法（債権関係）部会第△△会議 議事録」を「第△△回議事録」と表記し、その他の資料は同ホームページの記載に合わせて表記する。

(2) 「第 91 回議事録」5 - 6 頁参照。

562条、同566条、同567条及び同573条から同575条参照）。そして、不能とは「できないこと」を意味する⁽³⁾。また、立法担当者によると、改正民法でも、「不能」はできないことと同義であり、「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」とは、「契約の内容（契約書の記載内容等）のみならず、契約の性質（有償か無償かを含む。）、当事者が契約をした目的、契約の締結に至る経緯を始めとする契約をめぐる一切の事情を考慮し、取引通念をも勘案して、評価・認定される契約の趣旨に照らして」という意味である⁽⁴⁾。

そうすると、改正民法では、当事者が契約をした目的や、契約の締結に至る経緯等に照らして権利の移転や物の引渡し、あるいは金銭の支払いができたりできなかつたりすることになる。しかし、これが何を意味するのかはよくわからない。なぜなら、権利の移転や物の引渡し、あるいは金銭の支払いができるかどうかは、当事者が契約をした目的や、契約の締結に至る経緯といった過去の事情ではなく、履行（請求）の可否が問題となっている現在の事実のみに照らして判断されるのではないかと考えられるからである。

本稿は、解釈の基本原則に基づいて、改正民法で重要な意味を持つにもかかわらず、その意味内容が不明確な債務の履行が「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」とはどのような場合を意味するのかを検討し、その検討過程を通じて、問題を見る新たな視点の提示を試みるものである。

第一 解釈の基本原則⁽⁵⁾

(3) 松村明編『大辞林 第三版』（三省堂、2006）（以下『大辞林』と表記する）2235頁、新村出編『広辞苑 第六版』（岩波書店、2008）（以下『広辞苑』と表記する）2476頁及び松村明監修『大辞泉 第二版』（小学館、2012）（以下『大辞泉』と表記する）3191頁参照。

(4) 「部会資料79-3」7-15頁参照。

検討を始めるに当たり、解釈の基本原則とはどのようなものかを確認しておこう。法の解釈とは、実定法規範の意味内容を一定の問題事例と相関的に解明し特定化する作業であり、民法のような制定法の解釈では、条文の文理解釈と体系的解釈が基本となる。文理解釈とは、法規の文字や文章の意味をその言葉の使用法や文法の規則（通常用語法）に従って（辞書的に）確定することによってなされる解釈であり、体系的解釈とは、同じ言葉や表現はできるだけ同じように解釈し、他の関係条文との関連等を考えて、法規が全体として論理的に矛盾のない体系をなすように解釈することである。そして、民法のような制定法の解釈では、このような条文の文理的・体系的意味の解明（特に前者）が、「すべての法解釈の出発点」となる⁽⁶⁾。

以上の解釈によると、不能とは「できないこと」を意味する。先にも述べたように、不能の辞書的な意味はできないことであり、改正民法でも、不能はできないことと同義に用いられているからである。ただし、改正民法では、不能に「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」という文語が付加されている。そして、文理解釈と体系的解釈とでは、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」とはどのような場合を意味するのかよくわからないことも、先に述べたとおりである。このときは、まず、様々な立法資料によって立法者や起草者が意図していた意味内容を探求し、それを規準にして、条文の意味内容を具体的に確定する作業が不可欠となる。このような立法者や起草者の意図も、条文の文言と並ぶ有力な論拠であり、「法律制定後日が浅く、社会経済的条件や社会の価値観の変化があまりみられない間は、このようにして確定されたものがそのまま法律の条文の規範の意味内容として妥当するのが原則」となるからである⁽⁷⁾。このため、以下においては、まず、様々な立法資

(5) 星野英一『民法論集 第1巻』（有斐閣、1970）1頁以下及び田中成明『現代法理学』（有斐閣、2011）463 - 473頁参照。

(6) 田中・前掲注(5) 467頁・472頁参照。

料によって改正民法の立法担当者（以下改正民法の立法担当者を「立法担当者」という）が意図していた意味内容を探求することとする。

第二 改正の経緯と立法趣旨に基づく解釈⁽⁸⁾

1 改正の背景と現行民法下の判例・学説

現行民法には、債務の履行が不能であるときは債権者が債務の履行を請求することができないという明文の規定があるわけではない。しかし、現行民法には、不能という文言を用いた条文がある（同法第133条、同410条、同543条及び同682条参照）。そして、判例や学説は、これらの「解釈」として、金銭債権を除き、一定の場合には、債権者が債務の履行を請求することができない（履行請求権には限界がある）と解してきた。

例えば、現行民法の通説的見解によると、「債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったとき」には債権者が損害賠償の請求をすることができるとする同法第415条後段の解釈として、そのような場合には、履行請求権が損害賠償請求権に転化すると解し、「当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を有しない」とする同536条第1項の解釈として、そのような場合には、債務者の反対給付を受ける権利とともに債権者の履行請求権も消滅する（したがって、債権者は債務の履行を請求することができない）と解してきた。

また、判例は、上記のような規定の解釈として「不能」の範囲を拡大しており、それに伴って、履行請求権の限界（の範囲）も拡大されている。改正

(7) 前同472頁参照。

(8) 民法（債権法）改正検討委員会『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、2009）194 - 198頁・232 - 234頁、「部会資料5 - 2」9 - 15頁、「部会資料32」5 - 8頁及び「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」と表記する）106 - 108頁参照。

民法の立法資料によると、判例は、目的物の滅失等により債務の履行が物理的に不可能な場合のほか、以下の場合にも、債務の履行は「不能」であると判示している。

- (i) 目的物の取引が法律上禁止された場合 (大判明 39.10.29 民録 12 輯 1358 頁)
- (ii) 目的物である不動産が二重譲渡され、第二買主が所有権移転登記を備えた場合 (大判大 2.5.12 民録 19 輯 327 頁及び最一判昭 35.4.21 民集 14 卷 6 号 930 頁)
- (iii) 他人物賃貸借の賃借人が同一目的物について真の権利者とさらに賃貸借契約を締結した場合 (最二判昭 49.12.20 判時 768 号 101 頁)
- (iv) 賃借人の賃借物返還義務に関し、賃借建物の内部が焼損して修復工事に相当高額の費用を要し、建物の使用が不可能な状態に至った場合 (東京地判昭 62.3.26 判時 1260 号 21 頁)

他方、学説には、「不能」という概念に対する根強い批判がある。そして、一部の学説からは、立法論として、「履行が不可能な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い場合」に、債権者は債務の履行を請求することができないこととすべきであると主張されていた。この考え方によると、債権者が債務の履行を請求することができるかどうかは、「社会通念」という契約外在的な客観的規準ではなく、契約によればいかなる行為を債務者に期待することができるかという契約内在的な規準に求められる。そして、「契約の趣旨に照らして」とは、明示的に契約内容とされているもののほか、契約の目的、性質、対象、当事者の属性、当事者が契約締結に至った事情その他両当事者をとりまく諸事情を考慮に入れてという意味であり、上記の主張は現在の学説と実務（現在の判例法理に基づく実務的な帰結）に変化をもたらすものではないとも主張されていた。

2 中間試案と立法担当者の説明

(1) 中間試案の内容と明文化の必要性

以上のような状況を踏まえ、改正民法の規定内容を検討していた法務省の法制審議会・民法（債権関係）部会（以下「部会」という）では、以下のような規定を設けることが検討されていた。

「契約による債権（金銭債権を除く。）につき次に掲げるいずれかの事由（以下『履行請求権の限界事由』という。）があるときは、債権者は、債務者に対してその履行を請求することができないものとする。

ア 履行が物理的に不可能であること。

イ 履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過大なものであること。

ウ その他、当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる事由⁽⁹⁾」

この提案（以下必要に応じて「中間試案」という）について、立法担当者は以下のように説明している。

上記の提案は、「契約による債権につき、履行請求権がいかなる事由がある場合に行使できなくなるか（履行請求権の限界）について、明文規定を設けるものである。従来はこれを『履行不能』と称することが一般的であったが、これには物理的に不可能な場合のみならず、過分の費用を要する場合など、日常的な『不能』の語義からは読み取りにくいものが広く含まれると解されている（社会通念上の不能）。そうすると、これを『不能』という言葉で表現するのが適切か否かが検討課題となる。そこで、履行不能に代えて、当面、『履行請求権の限界』という表現を用いることとするが、引き続き適切な表現を検討する必要がある⁽¹⁰⁾。」

(2) 具体的な表現の検討

「その場合には、履行請求権の限界事由を具体的にどのように法文に表現す

(9) 「中間試案の補足説明」106頁。

(10) 前同。

るかが課題となる。判例は、上記の『履行することができなくなったとき』は、物理的な履行の不可能に限られないとして、これを解釈上拡張してきている(括弧内略)。そして、履行請求権の限界事由に該当するか否かの判断基準につき、伝統的な学説は『取引通念(社会通念)』によって判断するとしている一方、近時の学説は、契約の趣旨に照らして債務者に債務の履行を期待するのが相当か否かという観点から履行請求権の限界事由を判断しているとされる。もっとも、部会における議論を見ても、両者の考え方は、具体的な考慮要素等についてほとんど違いがないといえることができる。すなわち、履行請求権の限界事由を『契約の趣旨』によって判断する考え方は、明示の合意のみを考慮するという考え方ではなく、契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯等、当該契約をめぐるさまざまな事情に加え、その契約に関する取引通念をも考慮要素に含むものとし、そのような考慮要素に基づく判断を『契約の趣旨に照らして』と表現しようとする考え方である(括弧内略)。他方、『取引通念(社会通念)』を判断基準とすることを支持する考え方も、履行請求権の限界事由の有無を判断するにあたって当該契約をめぐる事情が中心的な判断基準となることは承認しており、明示の合意内容のみが過度に重視されることへの懸念から社会通念を補充的な考慮要素とすべきであるといっているのであって、契約をめぐる事情を一切捨象して不能か否かを評価判断すべきとする考え方は示されなかった⁽¹¹⁾。」

(3) 小括

「以上を踏まえると、履行請求権の限界事由を明文化するにあたっては『契約の趣旨』を基本的な判断要素として条文上明記することが適切であると考えられる。そこで、本文では、履行請求権の限界事由の有無が契約の趣旨に照らして評価判断されることを定めるものとしている(本文ウ)。本文ウでは、『契約の趣旨に照らして』を判断基準として明記しつつ、『債務者に債務の履

(11) 前同 107 頁。

行を請求することが相当でない認められる事由』という規範的評価を含む表現を用いている。その外延をできるだけ明確にする観点から、履行請求の限界事由に該当するものの例として、履行が物理的に不可能な場合（本文ア）及び履行に要する費用が履行により債権者が得る利益と比べて著しく過大なものである場合（本文イ）を示すこととしている⁽¹²⁾。」そして、履行請求権の限界事由が認められるときは、裁判上の履行請求が棄却され、履行に代わる損害賠償請求権を行使することができるほか、履行請求権の全部につき限界事由があるときは、債務者に対する催告をすることなく契約の解除をすることができることになる⁽¹³⁾。

3 パブリック・コメントと改正民法の条文

(1) パブリック・コメントと中間試案の修正

改正民法の立法過程では、中間試案に対するパブリック・コメントの手続も行われ、その手続に寄せられた意見を踏まえ、中間試案を以下のように変更することが検討された。

「債務の履行が不能（その債務が契約によって生じたものである場合にあっては、当該契約の趣旨に照らして不能であることをいう。以下同じ。）であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができないものとする（引用者注：以下「修正案」という）⁽¹⁴⁾。」

この修正案（中間試案からの変更）について、立法担当者は以下のように説明している。

(12) 前同。

(13) 改正民法第415条第2項第1号及び同542条第1項第1号並びに「中間試案の補足説明」107 - 108頁参照。

(14) 「部会資料68A」1頁。ここまでの段階では、金銭債務については履行不能に関する上記の修正案を適用しない旨を定めることとされていた（前同）。しかし、金銭債務の性質上、履行不能に関する規律が適用されないのは自明のことである一方で、金銭債務の履行不能を一切否定することには異論を述べる見解もあることなどを踏まえて明文化は見送られることとなった（「部会資料79 - 3」8頁参照）。

「中間試案においては、契約によって生じた債権について、履行請求権の限界事由があるときは、債権者はその履行を請求することができないものとし、その履行請求権の限界事由として、『当該契約の趣旨に照らして債務者に債務の履行を請求することが相当でない」と認められる事由』などを挙げていたが(括弧内略)、パブリック・コメントの手续に寄せられた意見の中には、履行請求権の限界は契約によって生じた債権に限らず問題となるから債権一般に関する規律を設けるべきである旨の指摘、『履行請求権の限界事由』という表現は分かりにくい旨の指摘、『当該契約の趣旨に照らして債務者に債務の履行を請求することが相当でない」と認められる』という要件では、履行が不能となる範囲が広がるおそれがある一方で、例えば不動産の二重譲渡をした者が一方の譲受人に対する所有権移転登記手続をした場合には、従来、他方の譲受人に対する債務は原則としてその履行が不能となるとされていたが、上記の『当該契約の趣旨に照らして債務者に債務の履行を請求することが相当でない」と認められる』という要件に該当すると言えるのか疑問がある旨の指摘などがあった。そこで、素案(1)(引用者注：上記の修正案)においては、契約によって生じた債権に限らず債権一般の履行が不能である場合に関する規律を定めることとした上で、契約によって生じた債権については当該契約の趣旨に照らして履行が不能であるかどうかを判断する旨を明記するという方式を採用した⁽¹⁵⁾。」

(2) その後の修正とその理由

上記の修正案を改正民法第412条の2第1項の規定と比較すると、前者では、「債務の履行が不能(その債務が契約によって生じたものである場合にあっては、当該契約の趣旨に照らして不能であることをいう。以下同じ。)」と表現されていたことが、後者では、「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」と表現されている。その理由に

(15) 「部会資料68A」2-3頁。

ついて、立法担当者は以下のように説明している。

上記の修正案では、「①契約によって生じた債務と契約以外の原因によって生じた債務とで規律の定め方に差がある（括弧内省略）との問題、②『契約の趣旨に照らして』との文言からは取引通念が考慮されるべきであることが読み取りにくいとの問題があった。そこで、①については、債務の発生原因を問わずに適用される規律に改めることとし、②については、『取引上の社会通念に照らして』との表現を加えることとした。『取引通念』ではなく『取引上の社会通念』との表現を用いたのは、両者の意味が異なることを前提とするものではなく、『取引通念』との表現が比較的難解であることを理由とするものである。

契約によって生じた債務について言えば（引用者注：上記の修正案）の『契約の趣旨に照らして定まる』から『契約及び取引上の社会通念に照らして定まる』に変更されることになるが、規律の内容を変更する趣旨ではない⁽¹⁶⁾。」

4 小括

以上を要するに、改正民法で不能という文言が多用され、これに「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」という文言が付加されたのは、不能に関する現行民法下の判例を変更しないためであるといえよう。そして、立法担当者によると、現行民法の判例では、債務の履行が物理的に不可能な場合のほか、(i) 目的物の取引が法律上禁止された場合、(ii) 目的物である不動産が二重譲渡され、第二買主が所有権移転登記を備えた場

(16) 「部会資料 79 - 3」7 - 8 頁。ここまでの段階では、本文において債権者は債務者に対して債務の履行を請求することができる旨を定めたいと、そのただし書において、債務の履行が不能であるときはこの限りでないという規定を創設することが検討されていた。しかし、債務の履行が不能であるときは、債権者が債務の履行を請求することができない旨を定めれば、債権者が債務者に対して債務の履行を請求することができる旨の規律も表現されているとみることができる旨の指摘を受け、最終的には、改正民法第 412 条の 2 第 1 項のような上記のただし書に相当する規律のみが定められることとなった（「部会資料 83 - 2」8 頁参照）。

合、(iii) 他人物質貸借の賃借人が同一目的物について真の権利者とさらに賃貸借契約を締結した場合、そして (iv) 債務の履行に「過分の費用」を要する場合にも、債務の履行は「不能」と評価・認定 (判断) されている。したがって、解釈の基本原則によると、改正民法の下でも、債務の履行が物理的に不可能な場合のほか、上記の (i) から (iv) に該当するときは、債権者が債務の履行を請求することはできず、填補賠償の請求や、契約の無催告解除をすることができることになる。

もっとも、上記の解釈は、あくまでも立法担当者の見解 (立法趣旨に基づく解釈) にすぎない。そして、民法の解釈は文理解釈が基本である。したがって、民法の解釈としては、改正民法第 412 条の 2 第 1 項の文言から、その文理解釈として、上記の (i) から (iv) を導き出すことができるのか、すなわち、上記の (i) から (iv) では債務の履行をすることができないといえるのが問題となる。そして、上記の (i) から (iv) を「不能」と解することには、上記の他にもいくつかの問題や検討課題がある。以下に順を追って検討することとしたい。

第三 文理解釈としての許容性と判例との整合性

1 法律によって目的物の取引が禁止されたとき

まず、上記の (i) が「不能」であることの根拠とされている判例 (前掲大判明 39.10.29) は、債務の履行が不能であることを理由として、債権者による履行の請求 (本来的履行の請求) が否定された事案ではない⁽¹⁷⁾。むしろ、債権者の請求 (填補賠償の請求) を認めるため、債務の履行は不能と判断された事案である⁽¹⁸⁾。したがって、上記の判例を根拠として履行の請求を否定

(17) 本来的履行の意義については奥田昌道編『新版 注釈民法 (10) I—債権 (1) 債権の目的・効力 (1)』(有斐閣、2003) 383 - 384 頁 [潮見佳男] 参照。

(18) 前掲大判明 39.10.29 は、填補賠償額の算定基準時を定めるため、上記の (i) は不能に該当すると判示した判決である。

することには疑問がないわけではない。また、判例は、目的物の取引が法律上禁止されているときでも、それが「取締法規」であるか否かなどにより、履行請求の可否を柔軟に判断してきた（最二判昭 35.3.18 民集 14 卷 4 号 483 頁及び最一判昭 39.1.23 民集 18 卷 1 号 37 頁参照）⁽¹⁹⁾。したがって、今回の改正では、こうした判例を変更する意図がないとすると、たとえ目的物の取引が法律上禁止されたときでも、一律に履行の請求を否定することなく、一定の場合には、債権者による履行の請求を認める必要がある。そして、これらの判例が示すように、取締法規ではなく、私法上の効力を否定する法律によって目的物の取引が禁止されたときは、債権者が債務の履行を請求することができず、債務者は債務の履行をすることができない（その意味で、債務の履行は「不能」である）と解することも不可能ではない。

そもそも、債権者が債務の履行を請求することができるということは、法律上の権利として、債務者に一定の行為（給付）をするよう請求することができることを意味する。単に事実上の行為として、債務の内容を実現するよう請い求めることができることを意味するわけではない。すなわち、債権者が債務の履行を請求することができるということは、債権者が訴えを提起して債務者に債務の履行を命じる判決（給付判決）を求めることができ、給付判決が確定してもなお債務者が任意に履行しないときは、その強制を裁判所に請求することができることをも意味する⁽²⁰⁾。そして、取締法規ではなく、私法上の効力を否定する法律によって目的物の取引が禁止されたときは、債権者が法律上の権利として債務の履行を請求することはできず、債務者が法

(19) これらの判例は、公序良俗違反による契約の有効性が問題となった事案であって、契約が成立した後で取引が禁止された事案ではない。しかし、契約が成立した後で法律によって取引が禁止された場合についても、同様の判断が必要になるのではないかと考えられる（最二判平 15.4.18 民集 57 卷 4 号 366 頁参照）。

(20) 改正民法第 414 条第 1 項並びに「部会資料 5 - 2」2 - 3 頁及び「部会資料 32」1 - 2 頁参照。

律上の義務として債務の履行をすることができるわけでもない。その意味で、上記の (i) では、債権者が債務の履行を請求することはできず、債務者が債務の履行をすることができない（その意味で、債務の履行は「不能」である）といえなくもない。

2 二重譲渡の第二買主が対抗要件を備えたとき

(1) 問題の所在

次に、上記の (ii) が「不能」であることの根拠とされている判例（前掲大判大 2.5.12 及び前掲最一判昭 35.4.21）は、いずれも、債務の履行が不能であることを理由として、債権者による履行の請求が否定された事案ではない。むしろ、債権者の請求を認めるため、債務の履行は不能と判断された事案である⁽²¹⁾。したがって、これらの判例を根拠として履行の請求を否定することには疑問がないわけではない。また、前掲大判大 2.5.12 は、「売主カ自己ノ所有物ヲ買主ニ売渡シタル後之ヲ第三者ニ譲渡シ其所有権ヲ第三者ニ移転シタルトキハ（中略）第三者カ果シテ再譲渡ノ要求ニ応スルヤ否ヤ売主カ果シテ第三者ヲシテ目的物ノ再譲渡ヲ承諾セシムルノ手段方法ヲ有スルヤ否ヤハ全ク不明ニシテ疑ハシキ場合ニ於テハ之ヲ否定スルヲ以テ取引上ノ通念ト為スニ依リ売主カ買戻其他ノ方法ニ依リテ第三者ヨリ目的物ノ所有権ヲ回復シ之ヲ買主ニ移転スルコトノ可能ナル事実ヲ証明シタル場合ハ格別其他ノ場合ニ於テハ売主カ買主ニ対シテ負担セル所有権移転ノ義務ハ履行不能」と判示しているのであって、不動産が二重譲渡され、第二買主が所有権移転登記を備えたときは、常に債務の履行が不能になると判示しているわけではない。したがって、この判例を維持するためには、不動産が二重譲渡され、第二買主が所有権移転登記を備えたときは、常に債務の履行が「不能」と判断することなく、一定の場合には、反証を許す必要がある。

(21) 前掲大判大 2.5.12 は買主による代金の提供と催告を要しない契約の解除及び填補賠償の請求を認めるため、また、前掲最一判昭 35.4.21 は填補賠償額の算定基準時を定めるために上記の (ii) は不能に該当すると判示した判決である。

また、民法の体系的解釈としては、そもそも、不動産の二重譲渡が可能であるかについても疑問がないわけではない。なぜなら、改正民法第176条によると、売主の債務である所有権の移転は、当事者の意思表示のみによってその効力を生じ、最高裁によると、不動産のような特定物を目的とする売買では、原則として契約と同時に所有権移転の効力が生じるため、法的には、売主が不動産を二重譲渡することなどできない（第一買主との関係では横領になる）ともいえるからである（最二判昭33.6.20民集12巻10号1585頁及び最二決昭33.10.8刑集12巻14号3237頁参照）。

(2) 解釈論としての許容性と必要性

ただし、目的物の所有権が契約と同時に移転するとしても、第二買主は目的物の所有権移転登記を備えることができるとすると、第二買主が所有権の登記を備えたときは、第一買主は第二買主にその移転を求める必要があり、売主に「債務」の履行を求めることができるとしても、その内容は、第二買主から目的物（の所有権や登記）を取り戻して第一買主に移転するという、いわば努力（義務）にとどまる（売主を被告として、「被告は、原告に対し、所有権移転登記手続をせよ」という判決を求めることができるわけではない）。そして、売主が第二買主から目的物を取り戻して第一買主に移転することができないとき（第二買主が目的物の買戻しに同意しないとき）は、債務者が債務の履行をすることができない。その意味で、「売主か買戻其他ノ方法ニ依リテ第三者ヨリ目的物ノ所有権ヲ回復シ之ヲ買主ニ移転スルコト」ができないときは、債権者が債務の履行を請求することはできず、債務者は債務の履行をすることができない（その意味で、債務の履行は「不能」である）といえなくもない。

他方、前掲最一判昭35.4.21（によって是認された甲府地判昭28.8.7民集14巻6号937頁）によると、上記の(ii)が「不能」であることの理由は、「原告（引用者注：売主）が本件土地建物を被告（引用者注：第一買主）に売渡しておきながらその登記をなさずして、さらにこれを訴外（引用者注：第二

買主)に売渡し同訴外人においてその登記を経由したため、被告は同訴外人に対する関係において右不動産所有権の自己に存することを主張し得ない」からである。

そうすると、改正民法の立法趣旨に基づく解釈としては、上記の (ii) だけではなく、賃貸借契約が転貸人の債務不履行を理由とする解除により終了した場合において、賃貸人が転借人に対して直接目的物の返還を請求したときにも、「転貸人の転借人に対する債務は、社会通念及び取引観念に照らして履行不能」になると考えられる(最三判平 9.2.25 民集 51 卷 2 号 398 頁参照)。このときは、「転借人が目的物の使用収益につき賃貸人に対抗し得る権原(転借権)を有することが重要」であり、「賃貸借契約が転貸人の債務不履行を理由とする解除により終了した場合において、賃貸人が転借人に対して直接目的物の返還を請求したときは、(中略)転貸人が賃貸人との間で再び賃貸借契約を締結するなどして、転借人が賃貸人に転借権を対抗し得る状態を回復することは、もはや期待し得ない」からである(前同)。ただし、転貸人が賃貸人から改めて転貸借の承諾を得るなどして転借人が賃貸人に転借権を対抗し得る状態を回復することが可能であるときは、上記の (ii) によって債権者は債務の履行を請求することができ、債務者は填補賠償や契約の無催告解除を免れることになる。他方、転借人が真の権利者である賃貸人とさらに賃貸借契約を締結したときは、次に述べる上記の (iii) によって転貸人の転借人に対する債務の履行は「不能」になると考えられる。

3 債務が履行された場合と同様の状態が実現されたとき

次に、上記の (iii) が「不能」であることの根拠とされている判例(前掲最二判昭 49.12.20)は、債務の履行が不能であることを理由として、債権者による履行の請求が否定された事案ではない。むしろ、債権者による反対給付(の履行)の拒絶を認めるため、債務の履行は不能と判断された事案である⁽²²⁾。したがって、上記の判例を根拠として履行の請求を否定することには疑問がないわけではない。しかし、他人物賃貸借の賃借人が同一目的物につ

いて真の権利者とさらに賃貸借契約を締結したときは、債権者である転借人にとって債務が履行された場合と同様の状態が実現しているため、債務者である転貸人にはもはや履行すべき「債務」が存在せず、その意味で、債務の履行をすることができない（その意味で、債務の履行は「不能」である）といえなくもない。そして、このように解したときは、上記の（iii）だけではなく、他人物売買の買主が売主を介することなく真の権利者から目的物を購入したときや、注文者が自ら又は第三者をして仕事を完成したときのほか、委任者が委託した事務を自ら又は第三者をして処理したときのように、債務が履行された場合と同様の状態が実現したときにも、債務の履行は「不能」になると考えられる（大判大元 12.20 民録 18 輯 1066 頁、大判昭 17.10.2 大民集 21 卷 939 頁、最一判昭 39.1.23 民集 18 卷 1 号 99 頁及び最一判昭 41.9.8 民集 20 卷 7 号 1325 頁参照）。

これらの場合には、債務者が債務の履行をやり直すことも不可能ではなく、その意味で、債務の履行をすることができないわけではない。しかし、債権者にとっては、債務が履行された場合と同様の状態が実現している以上、債務者が債務の履行をやり直すことは無駄であり、このときは、後述する上記の（iv）債務の履行に「過分の費用」を要する場合に該当し、債務の履行は「不能」であると判断されるように思われる。

4 小括

以上を要するに、上記の（i）から（iii）では債務者が債務の履行をすることができないと解することも不可能ではなく、その意味で、改正民法の文理解釈としても、債務の履行は「不能」であると解することも不可能ではない。ただし、こうした解釈には、上記の（i）から（iii）が「不能」であることの根拠とされている判例のより詳細な分析や、不能に関する他の判例による

(22) 前掲最二判昭 49.12.20 は、債権者である賃借人が賃料支払債務を負わないことを認めるため、上記の（iii）は不能に該当すると判示した判決である。

補足と修正が必要である。他方、上記の (iv) には、このような補足と修正にとどまらないいくつかの問題がある。

第四 「過分の費用」の解釈と不能の統一的理解

1 問題の所在と解釈論としての必要性和許容性

(1) 立法趣旨との整合性

まず、上記の (iv) 債務の履行に「過分の費用」を要する場合に債務の履行が「不能」であることの根拠とされている判決 (前掲東京地判昭 62.3.26) は、賃借人の賃借物返還義務が履行不能であることを理由として、賃貸人による目的物の返還 (建物の明渡) 請求が認められた事案である。そして、一般論としては、目的物の返還が不能であれば、その返還を求めることはできないように思われる。したがって、上記の判決を根拠として履行の請求を否定することには疑問がないわけではない。また、上記の (i) から (iii) と異なり、上記の (iv) では、最上級審の判決が根拠として挙げられているわけではなく、現行民法下の判例を維持するためには、上記の (iv) では債務の履行が「不能」とであると判断する必要があるのか必ずしも明らかではない。

もっとも、上記の (iv) が「不能」に該当することは、今回の改正で特に強調されており、一時はその明文化が検討されていた⁽²³⁾。また、明文化が見送られた後も、不能に「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」という文言が付加された理由は、その中に「過分の費用」を取り込むためであると説明されている⁽²⁴⁾。したがって、改正民法の立法趣旨に基づく解釈としては、上記の (iv) では債務の履行が「不能」とであると解する必要がある。

(2) 過分性の判断基準と比較の方法

(23) 「部会資料 32」7 頁、「部会資料 53」34 頁及び「中間試案の補足説明」106 頁参照。

(24) 「第 90 回議事録」45 頁。

次に、過分の費用という概念には、次のような問題がある。それは、どの程度の費用が「過分」といえるのかという問題である。

既に指摘されているように、過分の判断には、過分性の判断基準又は比較の対象が必要である⁽²⁵⁾。この基準又は対象としては、債務者に支払われる対価と、履行によって生じる債権者の利益という二つがあり、改正民法では、後者が基準又は対象となることに異論はない⁽²⁶⁾。したがって、債務の履行に「過分の費用」を要するかどうかは、債務の履行に要する債務者の費用と、履行によって生じる債権者の利益とを比較して判断されることになる⁽²⁷⁾。しかし、このように解したときは、次のような問題がある。それは、費用と利益という、一見すると同一の尺度や基準によって比較することができないものをどのようにして比較するのかという問題である⁽²⁸⁾。

もっとも、民法の解釈では、債務の履行に要する債務者の費用（履行の請求が認められることによって生じる債務者の不利益）と、履行によって生じる債権者の利益とを、金銭（の額）によって比較することも不可能ではない。なぜなら、債権（特に訴訟物である債権）は、元来、当事者の自由な処分には委ねられており、その内容である利益には、「経済的価値を有するもの—すなわち、金銭的評価にたえるもの—であって、一般に取引の目的となる性質」が認められている—そして、金銭は、「財や給付の交換、取引を媒介する一般的価値尺度となるものとして国家から一定の価格を与えられたもの」を意味する—からである⁽²⁹⁾。そして、現行民法下の判例でも、上記のような費用と利益は、金銭によって比較できることが当然の前提となっているようであ

(25) 「第 37 回議事録」9 頁及び「第 64 回議事録」45 頁参照。

(26) 「部会資料 5 - 2」14 頁、「部会資料 72A」4 - 5 頁、「部会資料 81 - 3」18 頁、「部会資料 83 - 2」47 頁、「部会資料 84 - 3」16 - 17 頁及び「部会資料 88 - 2」7 - 8 頁参照。

(27) 「部会資料 72A」4 - 5 頁。

(28) 改正民法の立法資料を見ても、両者をどのように比較するかについては、ほとんど言及がない。

る (最三判平 9.2.14 民集 51 卷 2 号 337 頁並びに最一判昭 58.1.20 判時 1076 号 56 頁及び同判決によって是認された大阪高判昭 53.10.26 判時 920 号 133 頁参照)。したがって、改正民法でも、債務の履行に「過分の費用」を要するかどうかは、債務の履行に要する債務者の費用と、履行によって生じる債権者の利益とを金銭の額によって比較検討することによって判断することも不可能ではない。しかし、このように解したとしてもなお、「過分の費用」という概念には次のような問題がある。それは、債務の履行に要する債務者の費用が履行によって生じる債権者の利益をどの程度上回れば債務の履行に「過分の費用」を要するといえるのか (債務の履行は「不能」であると判断されるのか) という問題である。

(3) 過分の費用と「著しく過分の費用」

先にも述べたように、今回の改正では、債務の履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて「著しく過大」なものであるときに、債権者は債務の履行を請求することができないこととする規定の創設が検討されていた。その背景には、「現民法 634 条 1 項ただし書きと同様、『履行を受けることについての債権者の利益』と『履行をすることに要する債務者の負担』との間に著しい不均衡があり、履行請求をすることが濫用的であるというに値する場合」に限って履行の請求を否定すべきであるという考え方が⁽³⁰⁾ある。この考え方は、一般的な法律家の感覚とも整合性を有しているように思われる。なぜなら、一般的な法律家の感覚としては、債権者が原則として (法律上の権利として) 債務の履行を請求することができる以上、「原則的ルール

(29) 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) 62 - 63 頁 [田中実 = 安永正昭] 及び裁判所職員総合研修所『民事訴訟法概説 [九訂版]』(司法協会、2014) 66 - 67 頁・109 頁及び法令用語研究会編『有斐閣 法律用語辞典 [第 4 版]』(有斐閣、2012) 255 頁参照。梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編』(有斐閣、1984) 10 - 11 も頁参照。

(30) 「第 64 回議事録」44 - 46 頁及び「潮見佳男幹事『中間試案のたたき台 (1) についての意見』」3 頁並びに「第 90 回議事録」44 - 46 頁参照。

保護はすでに一方の側にあるから、それを修正する利益衡量判断では、原則ルール下での非権利者の側に、権利者の利益を著しく上回る利益の存在が要求される」ことになるからである⁽³¹⁾。しかし、以下の立法資料を見ると、改正民法では、上記のような考え方が採られていないようにも思われる。

「民法第 634 条第 1 項は、仕事の目的物に瑕疵があるときに、注文者に瑕疵の修補請求権があることを定めており、同項ただし書は、瑕疵の修補を請求することができない場合について規定している。同項ただし書の具体的な要件は、①仕事の目的物の瑕疵が重要でないことと、②修補に過分の費用を要することであり、②の『過分の費用を要する』という要件を満たすかどうかは、修補のために請負人が負担しなければならない費用と、修補によって注文者に生ずる利益とを比較して判断するものと理解されている。もっとも、履行請求権一般について、履行が物理的には可能であるとしても、過大な費用を要する場合には、履行が法律上不能と評価されることがあると理解されており、同項ただし書の『過分の費用』の程度について、履行請求権一般と別異に解する理由はない。したがって、②の要件を満たせば、通常は、それだけで瑕疵の修補を請求することはできない場合に該当すると解される。

そうすると、民法第 634 条第 1 項ただし書の意義は、履行請求権の一般原則によって修補請求をすることができないとされる場面を①の要件によって限定し、①に該当しない場合（瑕疵が重要である場合）には、修補に過分の費用を要するときであっても修補請求を認めることとする点にあるということになる。しかし、請負の場合に履行請求権の一般原則よりも重い修補義務を課すことは必ずしも合理的であるとは考えられない⁽³²⁾。」

(4) 小括

以上を要するに、上記の (iv) では債務の履行が「不能」であると解する

(31) 藤坂龍司「利益衡量の本質について」六甲台集 36 卷 1 号 74 頁以下（76 頁）参照。

(32) 「部会資料 72A」4 - 5 頁（下線は引用者による）。

ことには、次のような問題がある。それは、(Ⅰ) 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」という文言から、その文理解釈として、債務の履行に「過分の費用」を要するときや、債務の履行をすることができないときを導き出すことができるのかという問題と、(Ⅱ) 債務の履行に要する債務者の費用が履行によって生じる債権者の利益を上回るときは、基本的に、それだけで債務の履行は「不能」と判断されるのか、それとも、前者が後者を著しく上回る場合に限って債務の履行は「不能」と判断されるのかという問題である⁽³³⁾。

2 文理解釈としての許容性と残された課題の検討

(1) 文理解釈としての許容性

先にも述べたように、文理解釈とは、法規の文字や文章の意味をその言葉の使用法や文法の規則（通常用語法）に従って確定することによってなさ

(33) 特に、上記の(Ⅰ)は解釈論上の基本的な問題であり、法制審の部会でも、不能という文言から「過分の費用」を要する場合を導き出すことには無理がある(不能に代えて、又は不能とともに過分の費用という表現を明記すべきである)と主張されていた(「第37回議事録」8-16頁、「第78回議事録」2-4頁、「第81回議事録」40-43頁、「第84回議事録」6-7頁、「第90回議事録」44-46頁及び「第94回議事録」25-26頁参照)。それでもなお、「過分の費用」という表現を用いることなく、「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」という表現を用いた理由について、立法担当者は次のように説明している。「問題は十分に認識しているのですけれども、裸で不能という表現を用いて、その中に過分の費用を要する場合も含まれていると説明するのは確かに相当でないとも思いますが、今回の案は、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不能という表現を用いております。いわゆる社会通念上の不能などと呼ばれてきたものを想定した表現ですけれども、その表現で取り込もうとしているものの代表例が正に過分の費用を要する場合を履行不能と扱うということだろうと思います。」(「第90回議事録」45頁(下線は引用者による))。したがって、立法担当者によると、単なる不能では、その中に「過分の費用」を要する場合が含まれるわけではないものの、前者に「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」という文言が付加されることにより、「不能」には過分の費用を要する場合が含まれることになる。

れる解釈であり、通常用語法によると、「取引」とは、商人と商人又は商人と客との間で行われる経済行為を意味する⁽³⁴⁾。また、通常用語法によると、「社会通念」とは、社会一般に通用している常識又は見解であって、法の解釈における一つの判断基準として用いられるものを意味する⁽³⁵⁾。したがって、「取引上の社会通念」とは、その文理解釈として、経済社会一般に通用している常識であって、法の解釈における一つの判断基準として用いられるものを意味すると解される。そして、経済社会一般に通用している常識であって、法の解釈における一つの判断基準として用いられるものに費用便益分析に基づく合理的選択がある。

費用便益分析とは、効用の減少を意味する費用と効用の増加を意味する便益とを比較検討し、その差である純便益を最大（又は費用を最小）にしようとする分析方法であり、法制度や社会政策のような社会的選択の評価や分析に広く用いられている⁽³⁶⁾。ここにいわゆる効用とは、人の幸福を示す指標であり、幸福がどのようなもので構成されていても構わない。すなわち、費用便益分析にいわゆる費用とは、必ずしも金銭的な出費を意味するわけではなく、法律家に馴染み深い概念としては、不利益や損失に近い概念であり、便益は利益に近い概念である⁽³⁷⁾。そして、裁判を念頭に置く法の解釈と適用（判決）は、個人や企業の選択と異なる社会的選択（基本的には、原告の請求を

(34) 『大辞林』・前掲注(3) 1847頁及び相賀徹夫編『日本大百科全書11』（小学館、1986）841 - 844頁参照。

(35) 『大辞林』・前掲注(13) 1154頁、『広辞苑』・前掲注(3) 1295頁及び『大辞泉』1676頁参照。

(36) 本段落及び次段落の記述については、山口幹雄「法の解釈・運用と経済分析の考え方」法セミ722号（2015）56頁以下及び同稿に引用・参照の諸文献参照。

(37) このため、費用便益分析は、「利益と費用とを比較して、その差である社会的純余剰を最大にしようとする分析方法」と定義されることもある（岩田規久男「新幹線訴訟控訴審判決における利益衡量の経済学的検討」ジュリ840号（1985）14頁以下（14頁）参照）。

認めるか否かの二者択一)であり、履行請求の可否が問題となるときは、履行の請求が認められることによって生じる債権者の利益(履行の請求が認められないことによって生じる債権者の不利益)と、履行の請求が認められることによって生じる債務者の不利益(債務の履行に要する債務者の費用)とを比較することによってその合理性を判断することが可能である⁽³⁸⁾。なぜなら、前者が後者を上回るときは、債務は履行された方が合理的であり、このときは、履行の請求を認めることが社会の合理的選択となるからである。

他方、後者が前者を上回るときは、債務は履行されない方が合理的であり、このときは、履行の請求を認めないことが社会の合理的選択となる⁽³⁹⁾。このときは、債務の履行に不合理な費用を要することになり、その意味で、債務

(38) 一般に、法の解釈は、裁判外でも裁判を念頭におきつつ営まれることが多く、その限りで、裁判実務から決定的な制約を受ける(田中・前掲注(5)463-473頁参照)。そして、履行請求の可否が問題となる裁判(給付訴訟)では、原則として原告である債権者と被告である債務者が訴訟の当事者となり、給付訴訟の判決は、原則として原告の請求が認められ、又は認められないという形をとり、その効力は、原則として当事者にのみ及び、第三者には及ばない(民事訴訟法第115条第1項参照)。したがって、裁判を念頭に置く改正民法第412条の2第1項の解釈では、本文該当箇所記載のように、履行の請求が認められることによって生じる債権者の利益(履行の請求が認められないことによって生じる債権者の不利益)と、履行の請求が認められることによって生じる債務者の不利益(債務の履行に要する債務者の費用)とを比較することによって履行の請求を認めることの合理性を判断することが可能である。

(39) このときは、債務者が債務を履行することにより、社会的な損失が生じることになるからである。そして、民法には、このような社会的損失の回避を目的とする規定が少なくない(山口幹雄「役務提供契約の法的規律に関する一考察」松浦好治ほか編『市民法の新たな挑戦—加賀山茂先生還暦記念』(信山社、2013)461頁以下参照)。紙幅の都合上詳細は割愛するが、改正民法第412条の2第1項の基となった現行民法第634条第1項ただし書の規定も、上記のような社会的な損失の回避を目的とした規定である。したがって、債務の履行に要する費用が履行によって生じる利益を上回るときは、民法が回避しようとする不利益(社会的な損失)を生じることなく債務の履行をすることができず、その意味で、債務の履行が不合理であるときは、民法が許容する範囲で債務の履行を(請求)することができないことになる。

の履行に「過分の費用」を要することになる。また、債務の履行に不合理な費用を要するときは、「取引上の社会通念」である費用便益分析によって許容される費用の範囲で債務の履行をすることができず、その意味で、取引上の社会通念に照らして債務の履行（の請求）をすることができない。そして、債務の履行に要する債務者の費用と、履行によって生じる債権者の利益は、その発生原因である契約等によって定まるものである。したがって、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」とは、その文理解釈として、裁判を念頭に置く（訴訟の制約を前提とした）費用便益分析の結果として、債務の履行が不合理であるときと解することも不可能ではなく、このように解することにより、改正民法の立法趣旨に則した解釈が可能となる。

(2) 「過分の費用」と「著しく過分の費用」

また、裁判を念頭に置く法の解釈では、費用便益分析の対象となる費用と便益（履行の請求が認められ、又は認められないことによって生じる当事者の利益と不利益）を、金銭の額によって比較することが可能であり、費用と便益の定義から、その大小は、法の解釈と適用である判決の影響を受ける当事者（履行請求の可否が問題となるときは、債権者と債務者）自身の判断に委ねる必要がある⁽⁴⁰⁾。そして、一般に、当事者が既に有している権利を失うことによって生じる効用の減少（履行の請求が認められないことによって生じる債権者の不利益）は、同じ権利を取得することによって生じる効用の増加（契約成立時を基準にすると、債務が履行されることによって生じる債権者の利益）を上回ることが多く、前者は後者の数倍に達することもあることが知られている⁽⁴¹⁾。したがって、費用便益分析に基づく改正民法第412条の

(40) また、原告が請求の根拠として主張する権利（いわゆる訴訟物）としての債権は、元来、当事者の自由な処分委ねられており、その意味でも、履行の請求が認められ、又は認められないことによって生じる当事者の利益と不利益の大小は、当事者自身の判断に委ねる必要がある（前掲注(29)及び本文該当箇所参照）。

2 第 1 項の解釈としては、基本的に、債務の履行に要する債務者の費用が履行によって生じる債権者の利益を「著しく」上回るときに (のみ) 債権者は債務の履行を請求することができないことになる。

ただし、この結論は、履行の請求が認められ、又は認められないことによって生じる当事者の利益と不利益 (費用と便益の大小) が、当事者自身の判断に委ねられる結果として、一般論としては、債務の履行に要する債務者の費用が履行によって生じる債権者の利益を「著しく」上回るときにのみ、債務の履行が不合理であることを意味するにすぎない。そして、私的自治を基本原則とする民法の解釈では、当事者の自由な処分⁴¹⁾に委ねられている権利 (債権) の行使が認められ、又は認められないことによって生じる当事者の利益や不利益を、当事者自身の判断に委ねる必要がある。したがって、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」とは、債務の履行が不合理であるときと解することが必要であり、かつ、それで足りる (これを超える判断を持ち込むことは、当事者と異なる価値判断を押し付け、解釈者の恣意的な判断を許すことになる) と考えられる。そして、上記の解釈と、その基礎にある考え方は、債務の履行が物理的に不可能であるときを含めた「不能」に関する判例の統一的理解をも可能とする。以下にこれを敷衍して、本稿を締めくくることとしたい。

3 一般的な「不能」の解釈

(1) 債務の履行が物理的に不可能であるとき

先にも述べたように、目的物の滅失等により債務の履行が物理的に不可能であるときは、債務の履行は不能であると解されている。ただし、判例によると、目的物が滅失したときと、債務の履行が物理的に不可能であるときとは、必ずしも一致するわけではない。なぜなら、判例は、賃貸借の目的物で

(41) See e.g., Gregory Crespi, Valuation in the Cost-Benefit Analysis: Choosing Between Offer Prices and Asking Prices as the Appropriate Measure of Willingness to Pay, 39 J. MARSHALL L. REV. 429, 433-434 (2006).

ある建物が隣家からの類焼を受け、「建物を完全に修復するには多額の費用を要し、その将来の耐用年数を考慮すると、右破損部分を修復するよりも、却つてその階上階下の全部を新築する方がより経済的である」などの事実が認められるときは、「本件建物は類焼により全体としてその効用を失ない滅失に帰した」と判断しているからである（最一判昭 42.6.22 民集 21 卷 6 号 1468 頁参照）。しかし、いずれの場合にも、債務の履行に「過分の費用」を要することに変わりはなく⁽⁴²⁾、その効果に違いがあるわけでもない⁽⁴³⁾。したがって、目的物が滅失したときと、債務の履行が物理的に不可能であるときとは、必ずしも一致するわけではないとしても、いずれの場合も債務が履行されることが不合理であることに変わりはなく、このようにして、前者と後者を統一的に理解することが可能となる。

(2) 法律によって目的物の取引が禁止されたとき

次に、上記の（i）目的物の取引が法律上禁止されたとき——その法律が取締法規ではなく、私法上の効力を否定するものであるとき——は、たとえ個々の当事者にとって取引内容を実現することが当事者双方の利益になるとしても、社会的には、その実現を禁止することが合理的選択になるときであると考えられる。ただし、この選択は立法府の判断に属しており、訴訟の制約を遵守して、法の解釈と適用による個別の紛争解決や、当事者間の具体的な利害関係の調整を行う裁判所に判断できるわけではない⁽⁴⁴⁾。そして、裁判所に判断できないことは、裁判所の判断に委ねない方が合理的である⁽⁴⁵⁾。したがって、目的物の取引が法律上禁止されたときは、原則として履行の請求を否定

(42) 前掲最一判昭 42.6.22 のように、目的物が「滅失に帰した」と判断される場合や、債務の履行が物理的に不可能であるときは、債務者が債務の履行をしようとしても、債務者には何の利益も生じないことから、そのための費用が無駄になり、いずれの場合にも、債務の履行に「過分の費用」を要することになるからである。

(43) 前掲最三判平 9.9.25 によると、賃貸人の債務が「履行不能」となったときは、賃貸借契約が当然に終了し、前掲最一判昭 42.6.22 によると、賃貸借の目的物である建物が「滅失」したときも、賃貸借契約は当然に終了する。

することが裁判所にとっての合理的選択となり、法体系を全体として見れば、裁判所が履行の請求を否定することが、社会の合理的選択になると考えられる。

(3) 二重譲渡の第二買主が対抗要件を備えたとき

次に、上記の (ii) 目的物が二重譲渡され、第二買主が対抗要件を備えたときでも、売主が目的物を取り戻し、これを第一買主に移転することができる（第一買主が対抗要件をも備えることができる）ときは、売主が債務の履行をすることができないわけではない。ただ、売主が二重譲渡をしたために、債務の履行に要する費用が増加したにすぎない。そして、売主が目的物を取り戻して第一買主に移転する費用が移転によって生じる第一買主の利益を下回るときは、債務は履行された方が合理的であり、このときは、第二買主にも利益が生じることになる。そうでなければ、第二買主が目的物の買戻しに応じるとは考えられないからである。したがって、売主が第二買主から目的物を取り戻して第一買主に移転することができ、そのための費用が目的物の買戻しとその移転によって生じる第一買主の利益を下回るときは、売主の「債務」は履行された方が合理的であり、このときは、前掲大判大 2.5.12 の「売主力買戻其他ノ方法ニ依第三者ヨリ目的物ノ所有権ヲ回復シ之ヲ買主ニ移転スルコトノ可能ナル事実」があるときに該当し、第一買主は、その履行を請求することができると考えられる。

他方、売主の債務（目的物の買戻しと第一買主への移転）の履行に要する費用が履行によって生じる第一買主の利益を上回るとき（第二買主にとって目的物に第一買主より高い価値があるときなど）は、債務は履行されない方

(44) 田中・前掲注 (5) 507 頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第六版）』（岩波書店、2015）245 - 299 頁及び法令用語研究会・前掲注 (29) 449 頁・521 頁・672 頁・1035 - 1036 頁・1154 頁・1156 頁参照。

(45) 常木淳「『法と経済学』は、何を教え、何を教えなかったか」ジュリ 1356 号 (2008) 40 頁以下 (44 頁) 参照。

が合理的であり、このときは、前掲大判大2.5.12の第三者（第二買主）が再譲渡の要求に応じず売主が「第三者ヲシテ目的物ノ再譲渡ヲ承諾セシメルノ手段方法」を有しないときに該当し、第一買主は債務の履行を請求することができないと考えられる。そして、第一買主にとって目的物に第二買主より高い価値があるときは、第一買主が第二買主から目的物を（直接）購入することもでき、第一買主が第二買主から目的物を購入したときは、次に述べる上記の（iii）によって売主の債務は「履行不能」となり、第一買主は、売主に対して填補賠償として第二買主から目的物を購入することに要した費用の支払いを請求することができると考えられる（改正民法第415条参照）。

（4） 債務が履行された場合と同様の状態が実現されたとき

最後に、上記の（iii）債権者が自ら又は第三者をして債務が履行された場合と同様の状態を実現したときは、債務者が債務の履行（のやり直し）をすることができないわけではない。しかし、このときは、債務者が債務の履行をやり直したとしても、債権者には何の利益も生じることがなく、むしろ、不利益が生じると考えられるため、債務の履行に「過分の費用」を要すると考えられる。したがって、上記の（iii）では、債務は履行されない方が合理的であり、その意味で、債務の履行は「不能」であると考えられる。

4 小括

以上を要するに、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」とは、その文理解釈として、債務の履行が不合理であるときと解することも不可能ではなく、このように解することにより、改正民法の立法趣旨に即した解釈が可能となる。そして、この解釈と、その基礎にある考え方は、立法趣旨に基づく解釈によっても解決が困難な問題の検討にも有用であり、一見すると相互無関係な「不能」に関する判例の統一的理解をも可能とする。

もっとも、今回の改正では、どのような場合に債務の履行をすることができないかというよりも、むしろ、どのような場合に履行の請求を認めること

が相当でないかという観点から「不能」の内容が検討されており、前者と後者とでは、必ずしもその内容が一致するわけではない。しかし、債務の履行が「不能」であることの効果は、債権者が債務の履行を請求することができず、填補賠償の請求や契約の無催告解除をすることができることである。そして、これまでの検討は、その要件として必要にして十分なものであり、その意味で、解釈論としても、必要にして十分なものではないかと考えられる⁽⁴⁶⁾。

おわりに

冒頭に記載のとおり、本稿は、解釈の基本原則に基づいて、改正民法で重要な意味を持つにもかかわらず、その意味内容が不明確な債務の履行が「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」とはどのような場合を意味するのかを検討し、その検討過程を通じて、問題を見る新たな視点の提示を試みるものである。

これまでの検討を踏まえると、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」とは、訴訟の制約を前提とした費用便益分析の結果として、債務の履行が不合理であるときと解することも不可能ではなく、このように解することにより、改正民法の立法趣旨とも整合性のある解釈が可能となる。

また、上記の解釈と、その基礎にある考え方は、一見相互無関係な「不能」に関する判例の統一的理解を可能とし、立法趣旨に基づく解釈によっても解決が困難な問題の検討にも有用であった。

もとより、本稿の検討対象は限られており、残された課題も少なくない。しかし、これまでの検討を通じて本稿が、解釈の基本に基づく解釈の必要性和、そこから生じる新たな解釈理論の可能性を示しているとするならば、その目的はほぼ達成されたといつてよいであろう。

(46) 田中・前掲注(5) 463頁参照。