



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約責任決定規範の多元性（３）：アメリカ契約法におけるfaultの発見を端緒として
Author(s)	木戸， 茜
Citation	北大法学論集， 72(1)， 270[1]-199[72]
Issue Date	2021-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/81560
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_72_1_04_Kido.pdf



契約責任決定規範の多元性（三）

——アメリカ契約法における fault の発見を端緒として——

木
戸

茜

目次

序章	
第一節	問題意識
第二節	考察の対象と分析の視角

第三節 本稿の構成

第一章 アメリカ契約責任法理の形成と転換

第一節 はじめに

第二節 アメリカ契約法の発端

第三節 形式主義的契約観

第四節 厳格責任の確立

第五節 アメリカ契約責任法理の転換

第六節 小括

第二章 アメリカ契約法における fault の発見

第一節 はじめに

第二節 Muris の見解

第三節 Cohen の見解

第四節 Eisenberg と Hillman の見解

第五節 Cooter と Porat の見解

第六節 小括

第三章 アメリカの裁判例における契約責任決定規範

第一節 はじめに

第二節 裁判例の紹介

第三節 裁判例の分析

第四節 小括

第四章 日本法における契約責任法理の展開

第一節 はじめに

第二節 契約責任法理の起草過程

（以上、六八巻六号）

（以上、七一巻五号）

第三節 伝統的通説の形成とその評価

第四節 現代の契約法学における契約責任法理

第五節 二〇一七年債権法改正とその評価

第六節 小括

第五章 日本の裁判例における契約責任決定規範

終章

（以上、本号）

第三章 日本法における契約責任法理の展開

第一節 はじめに

本稿はここまで、契約責任の帰責根拠について具体的事案の実質的検討の積み重ねから論じられるべきであるという立場から、アメリカ契約法とその下での具体的な裁判例を検討してきた。

その中で、アメリカ契約法の伝統的通説とされる厳格責任主義が必ずしも普遍的なものではなく、客観的に明確かつ予見可能な形式的ルールへの要請から選択されるに至った経緯を指摘した。そして、約因に基づいて契約の拘束力を認め、厳格責任によって契約責任を決定する形式的な立場が、GilmoreやMacneilの研究による批判を受け、転換期を迎えたことを確認した。¹⁾近年のアメリカ契約法学では、特に契約違反に基づく救済の場面に着目し、帰責根拠は明示の義務違反にとどまるものではなく、契約当事者の fault の有無という規範的判断が持ち込まれていることを指摘する学説

が有力に主張されている⁽²⁾。嚴格責任主義を採用するアメリカ契約法においても、契約責任の判断にあたつては規範的な要素が考慮されてきたといえよう。

翻つてわが国では、契約違反に対する救済として強制履行、損害賠償請求、解除が用意され、契約法は伝統的に過失責任主義の立場に立つとされてきた⁽³⁾。とりわけ改正前民法四一五条は、その前段において「債務の本旨不履行」を、後段において「帰責事由としての過失」を要件として損害賠償請求を認めてきた。

しかし、二〇一七年債権法改正に至る学説の展開を見ると、ここでは過失責任主義の放棄が検討され、帰責根拠を「契約の拘束力」に求める立場が有力となっているようである⁽⁴⁾。ここではすなわち、債務者が契約に反したことそのものが帰責根拠となる。このような考え方は、嚴格責任主義を採用するアメリカ契約法の立場やCISG等における国際的潮流と合致するものであると評価される一方、従来の実務における判断構造を明確にするものであり変更する趣旨ではないとも説明されている⁽⁵⁾⁽⁶⁾。

いずれにせよ、わが国における実質的な契約責任の判断構造を分析するにあたり、従来いかに帰責根拠がとらえられてきたのか、また近年の議論において従来の考え方が変更を迫られているのか否か、学説の展開を追うことには一定の意義があろう。そこで以下では、わが国の契約責任法理の起草過程から二〇一七年債権法改正に至るまで、学説の状況を概観することとする。

なお、契約責任の帰責根拠は損害賠償責任の要件論の文脈で論じられることが多く、本稿においても民法四一五条が主な検討対象となる⁽⁷⁾。この他、損害賠償の範囲を決定する同四一六条、過失相殺により損害賠償額を調整する同四一八条⁽⁸⁾も併せて検討対象とする。前述したように、規範的要素としてのfaultを見出しつつあるアメリカ契約法においては、契約責任の有無の決定の場面だけでなく、契約責任が肯定された後の賠償額の決定の際にもfaultの影響が見

られた。⁹⁾このように契約当事者の fault は、契約責任決定規範としていわば横断的に機能しているといえる。わが国の契約責任法理における外在的規範の役割を今一度見直すためにも、賠償額の決定に至るまでの諸規定を横断的に検討することが必要であろうと考える。

（1）本稿第一章参照。

（2）本稿第二章参照。

（3）これらの三つの救済手段の関係について、伝統的通説は、債権の本来の効力は履行請求権であると考えてきた。参照、我妻栄『新訂 債権総論（民法講義Ⅳ）』岩波書店（一九六四年）五頁等。なお、履行請求権の第一義性に関する近年の議論として、内田貴「強制履行と損害賠償——損害軽減義務の観点から」同『契約の時代』岩波書店（二〇〇〇年）一七〇頁、吉政知広「事情変更法理と契約規範」有斐閣（二〇一四年）二〇一頁以下、森田修『契約規範の法学的構造』有斐閣（二〇一六年）二一七～二一八頁、同『債権法改正』の文脈——新旧両規定の架橋のために」有斐閣（二〇二〇年）二五五頁等がある。

（4）例えば、法制審議会民法（債権関係）部会では、契約違反に基づく損害賠償責任の帰責根拠を「過失責任の原則」から「契約の拘束力」へと転換する方針であることが説かれた。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（一）』商事法務（二〇〇九年）二四四、二四六～二四七頁。

（5）曾野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）と債権法改正」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅱ——取引・財産・手続』法律文化社（二〇一二年）三三二頁、松尾弘「民法改正とグローバル・スタンダード——統一化の要請と民法原則の動揺」法セミ六九三号（二〇一二年）一九頁。一方この点につき、嚴格責任主義を採用する英米法との統合をはかる社会的必要性はないとの批判や、国際的な動きへの配慮はされるべきであっても国際商取引の分野に合わせて債権法を全て改正する必要はないといった批判がなされている。参照、加藤雅信『民法（債権法）改正——民法典はどこにいくのか』日本評論社（二〇一一年）六七頁、吉田邦彦「近時の「民法（債権法）改正」目的・趣旨の再検討と法解釈方法論」法時八二巻一

二号（二〇一〇年）七八頁。

（6）民法（債権法）改正検討委員会（二〇〇九年）・前掲注4・二四五、二五四頁、商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第一集（第一巻）——第一回（第六回会議議事録と部会資料）商事法務（二〇一一年）四三七頁（部会資料五―二）民法（債権関係）の改正に関する検討事項（一）詳細版』。

（7）債権の発生原因には契約の他、事務管理（民法六九七条以下）、不当利得（同七〇三条以下）、不法行為（同七〇九条以下）等の法律の規定も挙げられる。さらに、一定の社会的接触関係にある者の間で、信義則上の義務が発生することがある（最判昭和五〇年二月二十五日民集二九卷二号一四三頁等）。このように債権の発生原因は様々であるが、本稿では契約による債権を議論の主な対象とする。

（8）この他、損害賠償にあたっては損益相殺的調整がなされ得る。わが国の民法典には明文の規定はないが、学説・判例は損益相殺を認める点で異論をみない。参照、奥田昌道編『新版注釈民法（一〇）Ⅱ 債権（一）』有斐閣（二〇一一年）五〇四頁以下〔北川＝潮見執筆部分〕。

（9）本稿第三章第四節参照。

第二節 契約責任法理の起草過程

以下では、債務不履行（契約違反）に基づく損害賠償を決定する諸規定のうち、特に本稿の問題意識とかわりの深い民法四一五条、四一六条、四一八条について、その起草過程を概観する。

一 改正前民法四一五条の起草過程

一―一 旧民法における債務不履行に基づく損害賠償責任

債務不履行を理由とする損害賠償責任については、民法四一五条に規定が置かれている。次節で述べるように、二〇一七年債権法改正前の同条の伝統的な理解によれば、（i）債務の本旨不履行、及び（ii）債務者の帰責事由が損害賠償責任の成立の要件であるとされてきた。さらに（ii）債務者の帰責事由とは、「債務者の故意過失または信義則上これと同視すべき事由」と定義されてきた。

しかし、同条の起草過程を見れば、このような理解は必ずしも立法当時から受け入れられてきたものではない。特に、同条において債務不履行の要件として掲げられている帰責事由については、同条のもととなった旧民法財産編三八三条では必ずしも積極的に規定されていたわけではない。そこで、以下では、旧民法財産編三八三条を中心に、契約責任の帰責構造についていかに規定されていたのか、簡単に触れておくことにする。⁽¹⁰⁾

旧民法は財産編第二章「義務ノ効力」の総則に一条を設け、直接履行の訴権（第一節）と、不履行の場合に付随的に与えられる損害賠償の訴権（第二節）とを義務の主たる効力とする。これを受けて、いかなる場合に債務不履行が成立するかについて、第二節「損害賠償ノ訴権」三八三条以下に規定が置かれている。

旧民法財産編三八三条は以下のように規定する。「債務者カ義務履行ヲ拒絶シタル場合ニ於テ債権者強制執行ヲ求メサルカ又ハ義務ノ性質上強制執行ヲ為スコトヲ得サルトキハ債権者損害賠償ヲ為サシムルコトヲ得。債務者ノ責ニ帰ス可キ履行不能ノ場合ニ於テモ亦同シ。又債権者ハ履行遅延ノミノ為メ損害賠償ヲ為サシムルコトヲ得。法律ヲ以テ損害賠償ノ額ヲ定メタル場合ノ外当事者之ヲ定メサリシトキハ下ノ区別及ヒ条件ニ従ヒテ裁判所之ヲ定ム」。ここでは、（i）債務者の履行拒絶、（ii）債務者の責めに帰すべき履行不能、（iii）債務者の履行遅滞の三つについて規定されている。

旧民法典の起草にあたって作成されたボアソナード草案四〇三条は、フランス民法一一四二条及び同一一四七条を引用している。⁽¹¹⁾ これらの規定はそれぞれ以下の通りである。⁽¹²⁾ フランス民法一一四二条「債務者側の不履行の場合には、な

す債務、または、なさない債務は、すべて損害賠償に転化する」。フランス民法一一四七条「債務者は、必要あるときは、不履行が自己の責めに帰することのできない外来の原因によって生じたものであることを正当づけることができない限り、たとひ自己の側にいかなる悪意なかったときであつても、債務不履行を理由として、あるいは履行における遅延を理由として、損害賠償の支払を命じられる」。

このため、旧民法財産編第三八三条はこれらの規定に由来するといえるが、フランス民法と旧民法との間には以下のような違いが指摘される。⁽¹³⁾ フランス民法一一四二条は、すべての作為・不作為債務は債務者の不履行により損害賠償に転化する旨を規定し、同一一一四七条は、債務の不履行もしくは履行の遅延による損害賠償責任を規定している。フランス民法では、損害賠償をもたらす債務不履行の態様として、(i) 債務の不履行 (inexécution de l'obligation) と、(ii) 履行遅滞 (retard dans l'exécution) の二種が挙げられていることになる。これに対して旧民法は、履行不能を「義務ノ消滅」の理由として明記したうえで、さらに積極的にそれを債務不履行の一類型としている。⁽¹⁴⁾

この点、フランス法においては、履行不能は債務不履行の独立した一類型として挙げられているわけではない。フランス民法一一四七条によれば、債務の不履行あるいは履行遅滞の場合に有責を要件として損害賠償義務が生ずるが、両者の関係について、履行遅滞が同時に債務不履行を意味するため、二種類の異なるものというわけではないとの指摘がある。⁽¹⁵⁾ 履行不能に対応するケースは、「確定的かつ取消しえない不履行 (inexécution définitive et irrévocable)」として、不履行に吸収されるのである。⁽¹⁶⁾

比較法的に見れば、履行不能は一般的に契約責任の構成要件としてよりも、解放効を持つ給付障害として重要な機能を果たしている。厳格責任主義を採用する英米型においても、無責の不能に契約からの解放効をみとめるドグマは形成されている。英米法において一七、一八世紀では、疑わしい場合は無制限に契約違反の責任が問われていたが、一九世

紀後半からは典型的な免責条項の一般化がなされた。⁽¹⁷⁾ただし、後発不能は免責事由とはならないのが原則であり、無責の後発不能に解放効を認めるといっても、法命題ではなく黙示の合意内容の解釈によって行われる。⁽¹⁸⁾ドイツ民法典は不能と遅滞の対比を積極的に規定している点で独特であるが、無責の履行不能を免責事由とすることは一般に行われている。⁽¹⁹⁾

以上のように、フランス民法と旧民法は、履行遅滞を独立の類型とする点で共通するが、前者にある不履行が後者にはなく、前者にない履行拒絶や履行不能が後者では規定されている。この点につき、ボアソナードは不履行の概念を多義的に用いていたとの指摘がある。⁽²⁰⁾すなわち、履行拒絶・債務者の責めに帰すべき履行不能・履行遅滞の上位概念として用いる場合、⁽²¹⁾前二者の上位概念として用いる場合、⁽²²⁾履行拒絶のみを指す場合がある。⁽²³⁾旧民法財産編三八三条は、不履行を債務不履行の態様としては掲げず、履行拒絶・履行不能・履行遅滞という、より具体的な類型によって規定したといえる。

一―二 改正前民法における旧民法からの変更点

以上のように、債務不履行における損害賠償について定める改正前民法四一五条は、旧民法財産編三八三条を經由して、フランス民法を母法とする規定であると理解されている。⁽²⁴⁾

改正前民法四一五条の第一草案は、損害賠償をもたらす原因を不履行と履行遅滞の二種としている点、免責事由を積極的に規定している点において、旧民法よりもいっそうフランス民法に近かった。⁽²⁵⁾一方で、付遅滞の制度は破棄されており、この点に大きな相違がある。これに対し、第二草案は、損害賠償の原因を不履行に一元化し、かつ、免責事由を「債務者ノ責ニ帰スヘカラサルトキ」という消極的な形の、より抽象的な表現に変えた。これはそのまま法典調査会原

案四〇九条となつた。⁽²⁶⁾

この点、履行不能に關して、「履行ヲ為ササルトキ」をいかに考へるか、起草過程で議論があつた。法典調査会において、穂積起草委員は、法典調査会原案四〇九条が旧民法財産編三八三条の「重モニ文字ノ修正ニ止マツテ居ル」と述べたうえで、次の通り説明した。⁽²⁷⁾「履行ヲ為ササル」とは、強制履行もせず任意履行もせずという両方を含む。「本旨ニ從ヒ」というので「不履行モ遅延モ両方共ニ含マレル積リ」である。但書は、諸外国では不可抗力等の場合を除外するが、「前ヨリシテ」「然ウ拳ゲズシテ」「過失ニ出デヌ」などの書き方になっているので、いかなる原因であれ不履行が債務者の責めに帰すべからざるときは、損害賠償責任は生じないことを広く断つただけのことである。

これに対し、土方委員が、不可抗力による履行不能の場合に債務が消滅することが別に規定されるのだとすると、債務者の責めに帰すべからざる不履行というのはそれに当たるから、本条但書は不要ではないかと質問した。穂積委員は、これに対し、「不能ト云フ字ヲ廣ク使ヒマスレバ其処デ済ムカモ知レマセヌガ之ハ不可抗力ノ場合デ不能ノトキノミノ場合デアリマセヌ……兎ニ角不能ト云フコトテハ如何ニモ狭ク為ルト思ヒマス夫レカラ本文ニ『履行ヲ為ササルトキハ』トアリマスカラ此履行ヲ為サヌノガ何ニノ原因テ為サヌノカ他ノ原因デ為サヌノカ自分ノ過失デ為サヌノカ一向分カリマセヌ夫故ニ但書ヲ置テ夫レ丈ケノ制限ヲ此処ニ付ケテ置カナケレバ往ケヌト思ヒマシタ」と答弁している。すなわち、但書の内容は不可抗力による不能に限らずより広いものであり、但書による制限を付けておかないと本文の「履行ヲ為ササルトキ」がいかなる場合か分らないため、制限を置く必要がある。こうして、原案通り可決された。⁽²⁸⁾

しかし、その後、起草委員は改めて次の修正案（法典調査会四一四条修正案）を法典調査会に提出した。富井起草委員は、修正案提出の理由として、前の規定にある「履行ヲ為ササルトキ」に履行不能を含ませるのは少し無理のように思われるからだとして述べた。梅起草委員はこれを捕捉し、「自己ノ直接ノ過失」で履行不能となつた場合は、「履行ヲ為サ

サルトキ」に含まれるが、「其履行ノ不能ニナツタ直接ノ原因ハ全ク債務者ノ意外ノ事柄テアツテ履行ヲ怠ツテ居ツタ」という場合は含まれないと解される余地があり、そうなるては困るからだと説明した。⁽²⁹⁾これが改めて原案とされた。

なお、審議に先立って、債務者の責めに帰すべからざる事由による履行不能を債務消滅原因として規定すること（旧民法財産編五三九条以下）は、当初の予定を変更し、取りやめることと決定された。このことは、この場合に債務が消滅することは疑いないからだとして説明されている。⁽³⁰⁾つまり、履行不能の効果としての債務消滅は当然の前提として規定を置かず、債務者の責めに帰すべき履行不能の場合の損害賠償義務の方を規定することにしたわけである。同修正案は、法典調査会決定案となり、条数の変更はあったものの内容の変更はなく、改正前民法四一五条となった。

上述したように、法典調査会原案四〇九条では履行不能は規定されていなかった。これは旧民法財産編三八三条を修正したもので、前文の「債務ノ本旨ニ従ヒタルトキハ此限ニ在ラス」に不履行も遅滞も双方とも含まれると説明されている。⁽³¹⁾ここではまだ不能は債務解放事由という形が強く、修正前の原案では、起草委員はフランス民法的な遅滞と不履行の二分構成を念頭においていたものと見られる。

これが、法典調査会四一四条修正案によって、改正前民法と同じく「債務者ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ為スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同ジ」とされた。これは「四一四条ノ書方ハトウモ少シ履行不能力嵌リ憎イト思フ……債務者ノ過失ニ依リ履行ヲ為スコトノ出来ナクナツタトキハ履行ヲ為サナイト云フノカ日本ノ言葉テトウテアリマセウ少シ無理テアラウ結果ハ同シコトニナラナケレハナラヌ只履行ヲ為サヌト云フ言葉ノ中ニ履行ノ不能ヲ含マスト云フコトハ少シ無理ナヤウニ思ヒマシカラ此修正案ヲ提出シタノテアリマス」という理由からであり、遅滞については、すでに四一一条の修正案で債務者の帰責事由として規定されているため、ここであえて再規定することはしないとの説明を与えている。⁽³²⁾

以上のように、原案では、履行不能は不履行の中に規定上包摂されていたわけであるが、修正案では逆に、「履行をしない」ことに「履行しえない」ことを入れるのは用語的に無理であるという考慮からこれを但書に移行している。すなわち、債務不履行の原則規定である改正前四一五条は、債務の本旨にしたがわぬ不履行一般の中に、履行遅滞・履行不能を例示的に取り込んでいるという構造を持つことになる。起草委員も、損害賠償額の予定に関する審議で、単に不履行について賠償額の予定をしようというのでは履行請求との関連で曖昧な点が生ずるとの質問を受けて、「是レハ不履行ノ所テ説明シマシタガ遅延ハ完全不履行ノ一種ナノデ遅延シナクテモ本旨ニ従ハスシテ不完全ニ履行スルコトガ幾ラモアル夫故ニ不履行ト書イタノデ或ル国デハ不履行若クハ不適當ナル履行ト云フ様ニ書イテアル位デ遅延丈ケヲ殊ニ取除イテハ少シ狭クハアリマセヌカ」と回答している。⁽³³⁾ このことから、債務不履行は、法文上直接には履行遅滞と履行不能が規定されているが、これをもつて債務不履行を二分する態様としていたものではないことが分かる。

また、改正前民法四一二条は、旧民法にいう付遅滞の制度を除くことを本来の立法趣旨としていた。⁽³⁴⁾ 当初は単に「債務ヲ履行スヘキ時期ニ付キ別段ノ定メナキトキハ債権者ハ何時ニテモ其履行ヲ請求スルコトヲ得」とし、⁽³⁵⁾ 富井委員は、履行を請求しさえすれば、旧民法にいう付遅滞の結果が生じ、別に付遅滞の行為自体は要求しないと説明している。このように、履行遅滞法は明白にフランス民法的な付遅滞から脱しており、不履行責任とは別個の独立性を持つ概念として積極的に規定されているわけではない。このことは起草委員によつて意識されていたところであり、「遅滞ノ責」の内容として損害賠償責任を挙げ、さらに改正前民法四一五条に関する審議過程でも「遅滞ニ付テハ前ノ四一一条ノ修正案ニ於テ遅滞ノ責ニ任スト云フコトガ採用サレマシタカラ債務者ノ責メニ帰スヘキ事由ト云ハハ遅滞ノコトハ明カテアラウト思ヒマス」と説明されている。⁽³⁷⁾

改正前民法における遅滞法の不合理な位置は、フランス民法の付遅滞と遅延賠償の制度をほぼ継受した旧民法の実質

的な修正を示しており、同時に、履行遅滞が債務不履行に吸収されたにもかかわらず、外形的にフランス民法から旧民法への系譜が残っていることを示していると解される⁽³⁸⁾。

一―三 改正前民法起草過程における「帰責事由」

以上を前提として、本稿との関係で、民法の起草過程に民法の起草過程における帰責事由において帰責事由がいかにとらえられてきたか改めて見ておくこととする。

そもそも、フランス民法一一四七条は「不履行が自己の責めに帰することのできない外來の原因」によって生じたことと規定し、同一一四八条は「外來の原因」が「不可抗力又は偶発事故」であることを示す。これに対し、旧民法財産編三八三条は、「債務者ノ責ニ歸ス可キ」というにとどまるが、ボアソナードは注釈で「そのことは、不履行が偶発事故又は不可抗力による場合、反対の解釈がなされることを含意する」と述べており、フランス民法との連続性が認められる⁽³⁹⁾。ボアソナードはさらに、履行不能が債務消滅をもたらす場合（旧民法財産編五三九条以下）にも言及し、帰責性の有無がその場合との区別をもたらしことを示す⁽⁴⁰⁾。つまり「責ニ歸ス可キ」という要件は、免責事由としての機能と、無責の履行不能による債務消滅との区別のための機能いう二重の構造を持っているといえる⁽⁴¹⁾。

また、改正前民法を体系的に見れば、同四一二条が履行遅滞について規定し、同四一五条が一般的包括的な規定を設けている。上述したように、履行遅滞は債務不履行の一態様として説明されるものの、これは法典の位置から見て明確であるとはいえない。旧民法財産編三八三条のボアソナード草案では、債務不履行に基づく損害賠償責任が発生する場面として、「債務者による履行の拒絶」もしくは「その責に帰すべき履行の不能」あるいは「単なる履行の遅延」が挙げられていた⁽⁴²⁾。このことから、債務者の帰責性が明確に求められていたのは、履行の不能の場面のみであった。また、

その帰責事由の内容は、注意義務違反、あるいは過失と説明されていたわけではなかった。

わが国の改正前民法は、債務不履行論について、系譜的にはフランス民法につながるにもかかわらず、後述するように、その後の学説はドイツ民法理論の圧倒的影響を受けることになる。

二 改正前民法四一六条の起草過程

二―一 旧民法における損害賠償範囲の決定

以下では、損害賠償の範囲がどのように決定されることが意図されていたのか、特に債務者の責任の原因がそこである役割を果たすことが意図されていたかを念頭に置きながら、民法四一六条の起草過程を検討することとする。⁽⁴³⁾

債務不履行によって債権者に様々な損害が生じた場合、そのうちのどこまでを債務者が賠償すべきか定める必要がある。民法四一六条は一項において、債務不履行の場合に通常生ずべき損害の賠償を規定し、二項において、特別の事情によって生じた損害については当事者が予見可能であった場合にその賠償を債権者が請求することができる旨を規定する。このように当事者の予見可能性を損害賠償の範囲の確定基準とするのは、一六世紀のフランスの学説に始まり、一八世紀のフランスの学説を経てフランス民法典に採用されたものであり、イギリスの判例法にも影響を及ぼした。⁽⁴⁴⁾ わが国の民法四一六条は直接的にはイギリスの判例法理を基本とし、さらに若干の変更を加えたものであると評価されている。⁽⁴⁵⁾

ボアソナード起草による旧民法財産編三八五条は、債務不履行に基づく損害賠償の範囲につき、以下のように規定していた。「①損害賠償ハ債権者ノ受ケタル損失ノ償金及ヒ其失ヒタル利得ノ補填ヲ包含ス。②然レトモ債務者ノ悪意ナク懈怠ノミニ出テタル不履行又ハ遅延ニ付テハ損害賠償ハ当事者カ合意ノ時ニ予見シ又ハ予見スルヲ得ヘカリシ損失ト

利得ノ喪失トノミヲ包含ス。③悪意ノ場合ニ於テハ予見スルヲ得サリシ損害ト雖モ不履行ヨリ生スル結果ニシテ避ク可カラサルモノタルトキハ債務者其賠償ヲ負担ス。」

同条一項は、債権者が受けた損失と債権者が失った利得が損害賠償に含まれることを宣言したうえで、二項と三項で賠償すべき範囲を制限することを定めたものである。二項は損失の予見可能性を基準とし、三項は不履行により生じた結果が避けることのできないものであったかどうかを基準としている⁽⁴⁶⁾。

二―二 改正前民法典原案四一〇条

改正前民法の起草にあたって法典調査会に提出された原案四一〇条は、旧民法財産編三八五条と体裁を大きく異にするものであった。同条は以下のように規定する。「損害賠償ノ請求ハ通常ノ場合ニ於テ債務ノ不履行ヨリ生スヘキ損害ノ賠償ヲ為サントスルヲ以テ其目的トス。当事者カ始メヨリ予見シ又ハ予見スルコトヲ得ヘカリシ損害ニ付テハ特別ノ事情ヨリ生シタルモノト雖モ其賠償ヲ請求スルコトヲ得」。

この規定は穂積委員が起草し、梅・富井両委員との三人から成る起草委員会での修正を経てできあがったものであるが、そこでは様々な議論が見られた。特に梅委員は損害賠償の範囲の制限に反対しており、なるべく損害賠償の範囲を拡大しようとしていた。⁽⁴⁷⁾ 試案の中には、「債務ノ不履行ノ結果トシテ債権者ノ受ケタル一切ノ損失ヲ回復スルヲ以テ目的トス」というように、改正前民法四一六条と対立する趣旨の規定も見られる。⁽⁴⁸⁾

原案四一〇条について、穂積委員は以下のように説明している。「……債務ノ履行ト云フモノニ依ツテ債権者ハ或ル利益ヲ予見シテ居ル其不履行ヨリ出タ結果デアリマスカラ立派ニ法廷ニ出シテ証明ノ出来ル位ノモノデアレバ之ハ債権者ヲ可成元トノ有様ニ返スト云フノガ当然ノコトデアラウト思ヒマスカラ此原因ニ直接間接ノ区別ヲ致サヌ方ニ吾々ハ

取極メマシタ⁽⁴⁹⁾。……債権者ノ有様ヲ標準ニ取ラヌデ債務者ノ有様ヲ標準ニ取ルト云フコトハ何ウモ理屈ガ可笑シイ之ハ徳義ノ方デ懲罰ヲ支ヘル方デモナイ又債務者ヲ懲戒スル方デモナイ債権者ヲ元トノ有様ニ回復スルト云フ方デアリマスカラ夫故ニ惡意善意ト云フ方夫レカラ過失ノ程度階級ヲ設ケテ此額ノ多少ヲ定メルト云フヤフナ標準ハ一切排斥致シマシテ此処ニハ採ラヌコトト致シマシタ⁽⁵⁰⁾。ここでは、原案四一〇条が、直接ないし間接の結果あるいは惡意過失によつて賠償の範圍に影響を与えるという立法主義を排斥していることが確認される。

そのうえで、損害賠償の範圍を定める標準をいかに定めるかについて、「損失ノ償金及び其失ヒタル利得ノ填補」と規定するのは当然のことであるとして、穂積委員は「今少シ慥カナ標準ヲ定メナケレバ⁽⁵¹⁾」ならないとする。そこで賠償範圍を制限する標準として挙げられるのが「予見」である。穂積委員は以下のように述べている。「予見ト云フコトハ何ウモ之ハ債務關係ノ性質ヨリシテ一ツノ標準ト致サナケレバナライト存ジマシタノデ当事者ガ始メカラ予見シテ居ツタ之ガ這入ルノハ論ヲ俟タヌコトデアリマスガ通常ノ人ガ或ル取引ヲ致シマスル或ハ売ル位置ニ在リマシタナラバ十人カ九人即チ注意深い人多數ノ者ガ然ウ云フ場合ニ於テハ之ヲ履行シナケレバ必ズ斯ウ云ウ損害ガ債権者ノ方ヘ生ズルト云フコトヲ予見シテ居リマスルシ又其予見シテ居リマスルモノガ賠償ノ額ヲ定メル標準ニ為ナラナケレバ住クマイ夫レヲ若シ予見又ハ予見スルコトガ出来マシタモノデアリマスレバ縱令ヒ特別ノ事情カラ生ジマシタモノデアツテモ其賠償ヲ請求スルコトガ出来ル……」⁽⁵²⁾。

このように、利得の填補がどこまで含むかという問題、すなわち賠償の範圍をいかに制限するかという問題に対して、「予見」が制限の標準とされている。換言すれば、ここでは完全賠償の原則が否定されているといえる。「予見」がどのような系譜に属するものかについては議論があるものの、穂積委員が「……英吉利杯ノ有名ナ判決例ノ規則杯デモ詰リ之ニ帰スルノデアツテ通常ノ結果カラ予見シテ居レバ特別ノ結果デモ之ヲ償フコトヲ要スル如何ニモ穩カナ規則ジヤラ

ウト思ヒマス夫故ニ本条ノ如ク標準ヲ定メタノデアリマス」と述べていることからすれば、原案四一〇条の母体となつたのは、同条で参照されている *Hadley v. Baxendale*, 9 Exch. 341, 354⁽⁵⁴⁾であることは明らかであるとされる。

二―三 賠償範囲と規範的判断

以上のように、改正前民法四一六条の系譜をたどると、ドイツにおける完全賠償の原則とは異なり、責任原因と賠償範囲とを結合するという構造を持ち、損害賠償の範囲を制限する機能を果たしていることが確認される。この点、契約締結時を基準時とし、その時点で当事者が引き受けていたリスクについては完全な損害賠償を認める立場は、損害賠償の範囲の決定にあたって規範的な要素は持ち込まれないといえる。これに対し、債務不履行時を基準とし、予見可能性の有無によって損害賠償の範囲を制限するとする考え方は、契約締結時の明示の合意にとどまらない規範的な要素が持ち込まれる余地を残すものといえそうである。

三 改正前民法四一八条の起草過程

三―一 民法七二二条二項との関係

債務不履行や不法行為に関して、債権者や被害者に過失があるとき、裁判所は損害賠償責任の有無又は賠償額を定めるにあたってその過失を斟酌する。わが国の民法は、四一八条で債務不履行の場合について、七二二条二項で不法行為の場合について、それぞれ過失相殺の規定を置いている。

このうち、債務不履行における過失相殺は、損害賠償制度を指導する公平の原則と債権関係を支配する信義則の具体的な一顕現であると説明される⁽⁵⁵⁾。これに対して、不法行為における過失相殺は、公平の原則と社会生活を支配する協同

の精神が適用される具体的な場面であるといわれる。⁽⁵⁶⁾しかし、「社会生活を支配する協同の精神」と「信義則」は異なるものではなく、両者はことさらに区別されない。⁽⁵⁷⁾

わが国での過失相殺制度の理論的分析については、特に不法行為における過失相殺を対象とする議論が多く見られる。そこでは、過失相殺の本質を、何らかのレベルでの被害者への帰責と考えるのか、あくまで加害者の減責を通じていわば反射的に被害者への損害負担が生ずるに過ぎないと考えるのか、立場が対立している。また、規範的な評価のレベルの問題なのか、因果関係等の事実的なレベルの問題なのかといった対立もある。⁽⁵⁸⁾

一方で、債務不履行の過失相殺については、こうした過失相殺の本質をめぐる議論は必ずしも盛んではない。これは、一定の債権関係を前提とする民法四一八条の債務不履行においては、信義則を通じて、債権者の過失の前提となる義務を比較的容易に考えることができるということにもよる他、不法行為における過失相殺では具体的問題となる被害者の能力等の問題も、同四一八条の場面では重要性が乏しいといったことによるものと考えられているようである。⁽⁵⁹⁾

とはいえ、損害賠償訴訟における当事者の関心が、損害賠償責任の有無と同時に賠償額にもあることは容易に想像でき、契約違反に基づく損害賠償請求の場面においてもそれは変わりない。そのため、賠償額の決定に直接関わるものとして民法四一八条が規定する過失相殺の制度の理論的な分析に重要な意義が与えられるべきことは当然である。⁽⁶⁰⁾

そこで以下では、改正前民法四一八条の起草過程にかかわる歴史的分析を手掛かりとしながら、わが国における契約違反の場面での過失相殺制度について整理する。⁽⁶¹⁾

三―二 旧民法における「被害者の過失」

ボアソナードの起草による民法草案では、損害賠償を定めるにあたって債権者の「非理」が斟酌されると規定されて

いる。⁽⁶²⁾ 旧民法財産編三八七条も同様に規定する。「遅延又ハ不執行ニ関シ当事者雙方ニ非理アルトキハ裁判所ハ損害賠償ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」。

この規定の趣旨について、ボアソナードは、債務者が義務を履行しないか、またはその履行を遅延するような場合に、債権者自身にも多少の過失(非理)があることは実際少なくはないので、このような場合には、「損害賠償ノ責罰(言渡)ヲ斟酌スルヲ以テ至当トス可キヤ必然ナリ」と説いている。⁽⁶³⁾ なお、ボアソナードが同草案の効果として、賠償責任の完全な排除まで認めていたか否かが問題となるが、債権者の非理には責任の否定(免責)という効果までは予定されていなかったと考えられる。⁽⁶⁴⁾

ボアソナード民法草案の起草に影響を与えた一八〇四年フランス民法典では、債務不履行の場合、「予見可能な損害(dommage prévu)」についてのみ責任を負うとする。⁽⁶⁵⁾ わが国における過失相殺に相当する規定はないものの、債権者自身の過失が共働することによって債務不履行が生じた場合には、賠償責任が完全な範囲で免責されると考えられる。⁽⁶⁶⁾ というのも、債権者自身の過失は、通常、契約締結の際には予見し得ないからである。ただ、債権者の過失が損害の一部のみに共働する(共働過失=faute commune)に過ぎない場合には、「予見可能な損害」には含まれないとしても、賠償されるべき損害の範囲から控除され、控除される範囲で賠償責任が軽減されるとされる。⁽⁶⁷⁾

三―三 改正前民法原案四一二条

改正前民法四一八条の原案四一二条は、「債務ノ不履行ニ関シ債権者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」と規定する。

同条の起草者である穂積委員によれば、債務不履行の場合には、債務者に普通の意味での過失がなくても責任が負わ

されることになっていたので、債権者側に過失があったような場合に依然として債務者をもとの責任関係に拘束させておくことは妥当ではない。⁽⁶⁸⁾ というのも、損害賠償の標準を定めた原案第四一〇条（改正前民法四一六条）の箇所で議定されたように、「損害賠償ノ多寡ト云フモノハ徳義上ノ関係トカ然ウ云フコトノ畢竟懲罰ノ意味ヲ含シテ之ヲ増減スルト云フコトハナイ」ためである。⁽⁶⁹⁾ そこで原案第四一〇条の例外を定める必要から本条を設けることになったようである。また、損害賠償額のみならず責任の有無までも斟酌できることにした点について、穂積委員は以下のように説明する。旧民法財産編第三八七条からは「明カニ法律ノ表ニ責任ノ有無迄モ含ヤト云フコトガドウモ分ツテ居リマセヌ」、「債務不履行ト云フコトガ債権者ノ過失ガ原因トナツテ其過失ニ依テ全ク不履行ガ生ジタト云フ時ハ全ク責任ガナイ不履行ノ原因ニ依テ責任者有無ノ問題ガ起ルコトデアリマスカラ責任ノ有無ニ付キ之ヲ斟酌スト書キマシタ」とはいえ、「債権者ノ過失ガ此不履行ノ原因トハナラズ不履行ヲ助勢致シマシタ場合ニ於テハ其金額ヲ定メマスニ付テノ裁判所ノ斟酌ト云コトガ必ズ必要ニナツテ来ル」ので、「裁判所ノ公平ナル判断」に委ねるといふ。⁽⁷⁰⁾

三―四 CISC 八〇条との類似性

以上のように、改正前民法四一八条の歴史的背景は、同四一五条の責任をどのように理解するかという点と密接に関連する。同四一五条の元となった旧民法財産編三八三条のボアソナード草案を見れば、債務不履行に基づく損害賠償責任が発生する場面として、「債務者による履行の拒絶」もしくは「その責に帰すべき履行の不能」あるいは「単なる履行の遅延」が挙げられていた。債務者の帰責性が明確に求められていたのは履行の不能の場面のみであり、その帰責事由の内容も、注意義務違反、あるいは過失と説明されていたわけではなかった。これに対して、債務者側に理由のない不履行や、債権者側の理由による不履行の場合に対応する必要が生じたことから、改正前民法四一八条が設けられたと

考えるのが自然である。

この点、改正前民法の起草過程において意図されていた構造は、国際物品売買契約に関する国際連合条約（CISG）⁽²¹⁾の構造と類似しているといえるように思われる。周知の通りCISGは、契約責任についてわが国のような過失責任主義を採用していない。同四五条（一）（b）は、「売主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合」の買主の救済方法として、「第七四条から第七七条までの規定に従って損害賠償の請求をすること」を挙げており、ここでは売主の過失は要求されない。同六一条（一）（b）では、「買主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合」、売主も同様に損害賠償を請求することができる旨定められている。すなわち、債務者の過失は要件とならず、契約上の義務違反があれば、債権者は損害賠償請求をすることができるのである。

これに対して、同八〇条は、債権者の作為、不作為によって生じた不履行について、「相手方の不履行が自己の作為又は不作為によって生じた限度において、相手方の不履行を援用することができない」とする。たとえば、売主が物品の発送を遅滞し、さらに買主が誤って指定した住所に物品が届けられた場合には、買主は誤った住所に届けられたことによって生じた損害の賠償を求めることはできないが、発送の遅滞によって生じた損害の賠償を求めることができるということになる⁽²²⁾。

なお、同七九条によれば、義務の不履行が自己の支配を超える障害によって生じた場合、当事者は損害賠償責任を免責される可能性が認められる。ただし、その障害の回避可能性・克服可能性がないことだけでなく、契約締結時におけるその障害の予見可能性がないことも要件とされているため、実際に免責が認められる場合は限られると評価される⁽²³⁾。帰責根拠を契約の拘束力に求める近時の契約責任論の立場もCISGをはじめとする国際的潮流に合致するものと評価されているが、債務者が合意に反したことをもって契約責任を肯定し、債務者に理由のない損害については別に免責す

る規定を設けるという構成も持つ起草当時の意図にも、CISGとの類似性を認めることができるのではないだろうか。

- (10) 一八九〇年四月二日公布「民法財産編」(明治二十三年法律第二八号)。旧民法から改正前民法四一五条に至る立法経緯について、参照、中田裕康「四一五条・四一六条(債務不履行による損害賠償)」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年第三卷——個別的觀察(二) 債権編』有斐閣(一九九八年)三頁以下、淡路剛久『債権総論』有斐閣(二〇〇二年)八七頁以下、奥田(二〇一一年)・前掲注8・八頁以下〔北川＝潮見執筆部分〕等。
- (11) ボアソナード草案四〇三条には、(i) 一八八二年版、(ii) 一八八三年版、(iii) 旧民法公布後の一八九一年版があるが、このうち(ii)及び(iii)においてフランス民法一一四二条及び一一四七条が引用されている。Boissonade (G.), *Project de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, livre II-IIe partie, 1882, p.316; 2e éd., t. 2, 1883, p.310; nouvelle éd., t.2, 1891, p.347.
- (12) 翻訳は、稲本洋之助ほか訳、法務大臣官房司法法制調査部編「法務資料第四四一号 フランス民法典——物権・債権関係」法曹会(一九八二年)による。
- (13) 中田(一九九八年)・前掲注10・三頁、奥田(二〇一一年)・前掲注8・八～九頁〔北川＝潮見執筆部分〕。
- (14) 旧民法財産編五三九～五四三条。なお、旧民法が債務不履行の一類型として履行遅滞を挙げるのは、フランス民法における付遅滞制度を継いだものである。履行遅滞の独立性につきボアソナードは、「遅れて弁済する者は過少に弁済す」という中世ローマ法学の注釈学派に由来する法格言によって説明する。ただし、付遅滞制度の承継は、改正前民法四一二条一項によって否定された。フランスにおける付遅滞制度の研究として、参照、森田修「フランスにおける債務転形論と『附遅滞』——履行請求権の存在意義に関する覚書(一)」法学志林九〇巻一号(一九九二年)一頁以下。
- (15) なお、これとの関係で、履行遅滞については「一時的で確定的でない不履行」という意義が与えられる。Laurent, *Principes*, tome 16, p.313 et s.; Constantinesco, *Inexécution et Faute contractuelle en Droit Comparé* (Droits Français, Allemand, Anglais) 1960, p.41.

- (16) この点について、履行不能を債務消滅事由とすることは一般的であるが、日本法のように債務不履行の一類型とすることは珍しいとの指摘がある。北川は、遅滞法と不能法を、ドイツ型、フランス・スイス型、北欧型、英米型に類型化して分析し、債務不履行を不能と遅滞の平行構成によって考える方向は、ドイツ民法典に独自のものであるとする（BGB, § 280）。北川善太郎『契約責任の研究——構造論』有斐閣（一九六三年）三八頁。
- (17) 谷口知平『英米契約法原理』有斐閣（一九三二年）四〇九頁以下。
- (18) 同一九三頁以下、新井正男「イギリス契約法における履行不能について」法学新報六二卷一号（一九五五年）四三頁。
- (19) 北川は、その意味で不能と遅滞の平行構成は消極的には受け入れられていると評価する。北川（一九六三年）・前掲注16・三八頁。
- (20) 中田（一九九八年）・前掲注10・四頁。
- (21) 旧民法財産編三八一条一項。
- (22) 旧民法財産編三八五条二項及び三項、三八七～三九〇条。
- (23) ボアソナード草案一八九一年版三四七頁。
- (24) 中田（一九九八年）・前掲注10・一頁以下。なお、法典調査会原案及び修正案について、前田達明監修『史料債権総則』成文堂（二〇一〇年）八六頁以下〔玉樹智文執筆部分〕。
- (25) 穂積第一原案第1条「債務者カ其義務ヲ履行セス又ハ其義務ノ履行ヲ遅延シタルトキハ債権者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得但其不履行又ハ履行ノ遅延力不可抗力又ハ意外ノ障礙ニ因ルトキハ此限ニ在ラス」。
- (26) 法典調査会原案及び修正案につき、前田（二〇一〇年）・前掲注24・一五五頁（玉樹執筆部分）。
- (27) 以下の法典調査会における議論につき、法典調査会民法議事速記録一八卷四九丁裏～五一丁表。
- (28) この間に条数変更があり、同条文は四一四条となっている。
- (29) 法典調査会民法議事速記録二三卷一五〇丁表～一五四丁裏。
- (30) 法典調査会民法議事速記録二三卷一四四丁裏～一四六丁表。
- (31) 法典調査会民法議事速記録一八卷四九丁裏～五〇丁表（穂積委員説明）。
- (32) 法典調査会民法議事速記録二三卷一五〇丁（富井委員説明）。

- (33) 法典調査会民法議事速記録一八卷八七丁、八九丁表～九三丁表。
- (34) 法典調査会民法議事速記録一八卷二九丁表～三〇丁表、民法修正案理由書・第三編債権ノ効力三四〇頁以下。
- (35) 法典調査会原案四〇六条、後に法典調査会四一一条修正案。
- (36) 法典調査会民法議事速記録二三卷一四八丁。
- (37) 法典調査会民法議事速記録二三卷一五一丁。
- (38) 川島は、起草委員が「履行不能」を「債務の本旨に従わない不履行」と対立的なカテゴリーとしたと見るより、むしろ後者の一例として履行不能を注意的に規定したものと見るのが妥当であると指摘する。川島武宜『債権法総則講義』岩波書店（一九四九年）九一頁。この点、北川は、改正前民法は明文で履行不能を規定している点で、履行遅滞と不履行を併置するフランス民法に比してドイツ民法にやや親近性を示すものの、起草委員の説明から見ると、これはパンデクテン法学が形成した履行不能論の継承というよりも、立法技術の便宜に由来すると指摘する。北川（一九六三年）・前掲注16・三〇三～三〇四頁。
- (39) 旧民法理由書五二三頁。
- (40) 同上。
- (41) 吉田邦彦「債権の各種——『帰責事由』論の再検討」星野英一編『民法講座（別巻二）』有斐閣（二〇〇三年、初出一九〇〇年）一頁。
- (42) ボアソナード草案四〇三条。
- (43) 民法四一六条の沿革に関する研究として、福島正夫「明治民法典における損害賠償諸規定の形成」川島武宜編『損害賠償責任の研究（上）』有斐閣（一九五七年）二五頁以下、北川善太郎「損害賠償論序説（二）」論叢七三卷三号（一九六三年）三八頁以下、平井宜雄『損害賠償法の理論』東京大学出版会（一九七一年、初出一九六四年）一四六頁以下等。
- (44) 中田（一九九八年）・前掲注10・二〇頁以下、同『債権総論（第四版）』岩波書店（二〇二〇年）一六二頁、奥田（二〇一一年）・前掲注8・五三二頁以下（北川「潮見執筆部分」）。
- (45) 平井（一九七一年）・前掲注43・一四六頁、中田（一九九八年）・前掲注10・二〇頁。
- (46) 旧民法財産編三八五条一項はフランス民法一一四九条、二項は同一一五〇条、三項は同一一五一条に従っている。ただし、

三項で用いられた「不履行ヨリ生スル結果ニシテ避ク可カラサルモノ」という文言が、フランス民法では、「合意の不履行の直接の結果」となっている点が異なる。林良平ほか『債権総論〔第三版〕』（青林書院（一九九六年）一三八頁、奥田（二〇〇一年）・前掲注8・三三〇頁）。

(47) 例えば、法典調査会民法議事速記録一八卷六八〜七〇丁、四〇卷一六九丁。

(48) 福島（一九五七年）・前掲注43・三二頁以下。

(49) 法典調査会民法議事速記録一八卷五二丁裏〜五三丁。

(50) 法典調査会民法議事速記録一八卷五三丁裏〜五四丁。

(51) 法典調査会民法議事速記録一八卷五四丁。

(52) 法典調査会民法議事速記録一八卷五四丁裏〜五五丁。

(53) 同上。

(54) 福島は、四一〇条は民法財産編三八五条とドイツ民法第一草案二一八条との「接合」であると説明する。すなわち、旧民法から「予見」が、第一草案から「通常の損害」および「特別の事情」が、それぞれ採用されたという。福島（一九五七年）・前掲注43・三七頁。これに対して平井は、穂積委員の説明にドイツ民法理由書をうかがわせるものがないではないとしながらも、ドイツ民法との関連性を強調することを否定する。というのも、ドイツ民法第一草案は逸失利益にのみ関連する規定であり、賠償範囲に関する旧民法の立法主義が否定されているためである。平井（一九七一年）・前掲注43・四九頁。

(55) 我妻（一九六四年）・前掲注3・一二八頁。

(56) 同上。

(57) 同一二九頁。

(58) 不法行為における過失相殺の理解の対立について、窪田充見『過失相殺の法理』有斐閣（一九九四年）、橋本佳幸『過失相殺法理の構造と射程——責任無能力者の『過失』と素因の斟酌をめぐって（四）』論叢一三七卷六号（一九九五年）二頁以下、奥田（二〇〇一年）・前掲注8・一五六頁以下（「能見執筆部分」）。その他、不法行為法における過失相殺と契約法におけるそれとの違いに言及したものとして、能見義久『「痛み分け」社会の民法』落合誠一編『論文から見る現代社会と法』

有斐閣（一九九五年）一〇三頁以下。また、長谷川は、債務不履行における過失相殺と不法行為におけるそれとを同じ趣旨に解する立場から、これを「損害賠償の調整制度」ととらえ、イギリス法との比較法研究を通じて損害軽減義務概念の受容の是非を検討している。長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造——請求者の行為と過失相殺理論の再構成のために』日本評論社（二〇一一年）。

(59) 奥田（二〇一一年）・前掲注8・五三八頁以下〔窪田執筆部分〕。

(60) 民法四一八条に関連する研究として、久須本かおり「民法四一八条の類推適用による履行請求権の割合的縮減」愛知大学法学部法経論集一六〇巻（二〇〇二年）一〇三頁は、損害賠償額の算定以外の場面で民法四一八条を類推適用し、履行請求権を一定の割合に縮減する判例・学説を検討する。

(61) 民法七二二条二項は、旧民法の施行延期により新たに民法が起草される際、ボアソナード民法草案財産編（債権）第四〇七条、旧民法財産編第三八七条と受け継がれてきた被害者の不注意・過失に関する規定を、債務不履行と不法行為の場合とに分けて設けられた結果である。ボアソナード民法草案には、不法行為の場合における被害者の過失に関する規定はなかったが、同四〇七条は加害者の不注意による不法行為の場合にも適用されると説明されていた。そのため、不法行為における被害者の過失に関する法条の源流は、旧民法三八七条、ボアソナード民法草案四〇七条に遡るといえる。不法行為法における過失相殺とともに債務不履行における過失相殺の歴史的概観を検討したものとして、長谷川貞之「法典編纂から見た『被害者の過失』——ローマ法からドイツ民法典の成立まで（二）」（四・完）駿河台法学第二巻（一九八八年）九三頁以下、同三巻一号（一九八九年）二七頁以下、同二巻五七頁以下、同四巻一号（いずれも一九九〇年）一四五頁以下、窪田（一九九四年）・前掲注58・一四〇頁以下。

(62) 財産編第二部人権第二章義務ノ効力第二節損害賠償ノ訴権第四〇七条（再閣修正民法草案では条数がずれて第九〇七条）。

(63) なお、そのような場合の例として「約束ニ恰好セスト過当ナル申立ヲ為シテ義務者ノ執行ノ方法ヲ適法ニ争議シ又ハ提供サレタル引渡ヲ拒絶シタルトキ」が挙げられている。この例が「当事者雙方ニ非理アルトキ」の適切な例であるかは疑問があるとの指摘がある。長谷川（一九八八年）・前掲注61・一〇五頁。

(64) 同一〇六頁。

- (65) 一八〇四年フランス民法典一一五〇条、一一五一一条。
- (66) 窪田（一九九四年）・前掲注58・一二二頁。
- (67) 長谷川（一九八八年）・前掲注61・一〇三頁。
- (68) 立法当時の理解では、民法四一五条にいう「帰責事由」が当然に「過失」を指すものでなかったことは前述した通りである。

(69) 法典調査会民法議事速記録三卷八一丁。

(70) 同上。

(71) 国際物品売買契約に関する国際連合条約（平成二〇年条約八号）、以下CISG。その規律内容については、甲斐道太郎はか編『注釈国際統一売買法ウィーン売買条約（一）・（二）』法律文化社（二〇〇〇年・二〇〇三年）、曾野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）の意義と特徴」ジュリ一三七五号（二〇〇九年）四頁、同「国際物品売買契約に関する国際連合条約の解説（一）」（三・完）民月六四卷一号七頁、同二号三二頁、同四号七頁（いずれも二〇〇九年）等。

(72) 曾野（二〇〇九年（三三）・前掲注71・二二頁。なお、同条は単に「相手方の不履行を援用することができない」と規定しているため、債権者は損害賠償請求だけでなく、履行請求、代金減額、契約解除、利息支払請求もすることができなくなる。

(73) 曾野（二〇〇九年）・前掲71・十頁。

第三節 伝統的通説の形成とその評価

本稿は、当事者の明示的な合意違反に還元されない帰責根拠の分析を通じ、契約責任判断構造における規範的要素の機能を検討するものである。契約違反に基づく救済の場面においては、規範的要素は、当事者の明示的な義務違反に還

元されない事由によって債務者に責任が認められる、あるいは免責されるという形で現れると考えられる。わが国では、上述したように、債務者が債務の本旨に従った履行をせず、その不履行に債務者の帰責事由が認められるとき、損害賠償責任が認められるとされてきた。

債務不履行は伝統的に、履行遅滞、履行不能、不完全履行ないし積極的債権侵害の三つに分けて理解されている。しかしこのような債務不履行の三分体系は、民法制定当時から意図されていたものではなかった。改正前民法四一五条がフランス民法一一四七条に由来するものであったことは上述した通りである。改正前民法四一五条は、その前段に「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき」、後段に「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も、同様とする」との文言を設けている。これは、「債務の本旨に従った履行をしない」という中に「履行できない」という意味が含まれないとの誤解を避けるためのものであり、「履行不能」が「債務の本旨に従わない履行」と対立した概念として債務不履行体系に規定されたわけではない。⁽⁷⁴⁾このように考えれば、民法四一五条は本来、あらゆる債務不履行を対象とするものであって、法の欠缺はなかったと考えられる。⁽⁷⁵⁾

そこで以下では、改正前民法典制定以降、債務不履行の帰責事由がどのように解されてきたか、伝統的通説の立場を概観する。⁽⁷⁶⁾とりわけ、ドイツ法的な債務不履行の三分体系——履行遅滞、履行不能、不完全履行——がわが国において受け入れられたことに着目し、それが民法四一五条の解釈論にいかに関与されるに至ったかを確認する。

一 伝統的通説の形成

—— ドイツ法学説継受と三分体系の完成

制定当時の理解にもかかわらず、わが国の伝統的通説は、債務不履行の三分体系——履行遅滞、履行不能、不完全履

行ないし積極的債権侵害——を支持するに至った。

その発端となったのは、一九六〇年に岡松によってわが国に紹介された、シュタウプの積極的契約侵害の理論であつた。⁽⁷⁷⁾ 当時のドイツ民法典においては、一九世紀後半のパンデクテン法学の影響を受けて、履行不能概念が債務不履行の主軸をなしていた。これに対してシュタウプは、履行不能を中核とする債務不履行体系は「部分大系」に過ぎないと批判した。シュタウプによれば、ドイツ民法の債務不履行体系は履行不能と履行遅滞という「消極的行為」による不履行の場合——すなわち、「履行できない」あるいは「履行しない」場合——のみを規定しており、「積極的行為」による債権侵害——給付をしたことで債権者を害した場合——の規定が欠けているという。そこで、履行不能、履行遅滞に加えて、積極的債権侵害類型が第三の不履行類型として提唱された。⁽⁷⁸⁾

岡松によって持ち込まれたシュタウプの理論は、日本民法学に承継され、債権総論の体系書にまとめられた。石坂音四郎は、シュタウプのいう「積極的契約違反」には様々な場面が含まれるが、「不作為債務違反」を「遅滞」の問題として処理し、「不完全給付」のみをもって「遅滞」および「給付不能」以外の独立の債務不履行として認めるべきであると説いた。⁽⁷⁹⁾ 川名兼四郎も、「遅滞」「不能」と並ぶ債務不履行として「不完全履行」を挙げている。⁽⁸⁰⁾ さらに川名は、これはドイツでは「不能」と「遅滞」のみを指定しているからおおいに争われているが、民法四一五条は債務の本旨に従った履行をしないことを不履行に属させているから、同条によりこの問題を決することができるとする。⁽⁸¹⁾ 石坂らを先鋒とするドイツ民法理論の継受は、同四一二条と四一五条の位置関係を捨象し、「債務者ノ遅滞又ハ履行遅滞トハ債務者カ履行ヲ為シ能フニ拘ラス履行期ニ履行ヲ為ササルヲ云フ。債務者ハ給付義務ヲ負フモノナル故ニ、履行遅滞ハ即債務侵害ナリ」との見解が打ち出され通説となつた。⁽⁸²⁾

また、鳩山は以下のように債務不履行を整理している。⁽⁸³⁾ ドイツおよびフランスでは、債権侵害の場合として「履行不能」

と「履行遅滞」とを規定している。これらはいずれも債務者がその負担した給付をしない消極の場合であるが、債権者または債務者が積極的にその負担した給付と異なったことをすることで相手方を侵害することもある。しかし、不作為債務違反については履行遅滞と見るのが正当であるから、広く積極的行為によつて債権を侵害した場合というよりは、債務者の負担した給付と異なった積極的行為をした場合というのがよい。日本民法上これを認めるべきであるかは疑問であるが、「不完全履行」については、日本民法上類推解釈を用いることなくこれを認めることができる。民法四一五条が債務の本旨に従った履行をしない場合というのは、全然履行をしない場合のみならず、とにかく履行はしたけれどもその履行が債務の本旨に従ったものではないという場合をも包含するからである。鳩山の分析により、債務者の負担した給付と異なった積極的行為をした場合を意味する「不完全履行」が位置を見出すこととなった。

一―二 過失としての帰責事由

改正前民法四一五条における「責めに帰すべき事由」については、過失と結び付ける議論が展開された。横田は、過失の基準となる規定として同四〇〇条に注目し、「民法第一一三七条ノ規定ヨリ来リ旧民法ニ之ヲ襲用シ我民法モ亦其儘之ヲ存置シタルモノニシテ仏国民法ノ下ニ於テ此規定ハ単ニ特定物ノ給付ニ関スル原則タルニ止マラス一般債務ノ履行ニ関スル原則タルヘシトハ学者間ニ解釈一致スル所ナリ」と述べている。⁽⁸⁴⁾すなわち、日本民法においても同四〇〇条を一般化し、「善良ナル管理者ノ注意義務」は「債務者ノ履行ニ付キ用フヘキ注意ノ一般ノ標準」とされるべきであるとする。⁽⁸⁵⁾さらに石坂は、過失を「意思ノ欠点」ないし「注意ノ欠缺」として主観的なものであるとらえた。それゆえに、主観的な要件としての過失（注意義務違反）と、客観的な要件としての給付義務違反（債務不履行）とが区別され、二元的にとらえられることとなった。⁽⁸⁶⁾

このように帰責事由と過失責任主義とを結びつける解釈は以降通説となり、損害賠償責任の帰責事由とは、債務者の故意・過失、または信義則上これと同視すべき事由（履行補助者の故意・過失）であると主張されるようになった。⁽⁸⁷⁾「行為者（債務者）の行動自由の保障」という基本原理を前提に、債務不履行・不法行為いずれにも共通する、帰責を導くための枠組として、（i）客観的要件としての行為の違法性——債務の本旨不履行がこれに該当する——、（ii）主観的要件としての帰責事由が挙げられるに至ったのである。⁽⁸⁸⁾

二 伝統的通説の評価

二―一 ドイツ法学説継受への批判

ドイツ法の学説継受によって持ち込まれた三分体系の議論は、その後、特に不完全履行をいかに解するかという観点から分析が進められた。分析は、一方では不完全履行における履行態様の積極性に注目した検討へと発展し、もう一方では不完全履行において違反された義務の性質に注目した検討へと発展した。

我妻によれば、債務不履行とは、債務者が債務の本旨に従った履行をしない場合を言い、履行遅滞・履行不能・不完全履行の三態様が含まれる。このうち不完全履行は、民法が明らかに定める観念ではなく、履行遅滞と履行不能だけについて規定するドイツ民法のもとで比較の後になって問題とされたものである。それは、債務者が単に履行をしないという消極的な場合ではなく、不完全なものを給付するか、または給付行為をなすにあたって不注意で損害を与えたような場合であって、民法四一五条の「本旨二從ヒタル履行ヲ為ササルトキ」に含まれるという。⁽⁸⁹⁾

このように学説において三分体系は定着することとなったが、一方で、ドイツ法学の学説継受による理論構成を反省し、母法であるフランス民法の研究を通して、日本民法に適合する契約責任論が台頭することとなる。末弘はドイツ法

学の学説継受の流れを批判し、積極的債権侵害をめぐる議論について、「遅滞」にも「不能」にも当てはまらないが、履行が債務の本旨に従っていない場合に、民法四一五条は同じく債務者に損害賠償責任を課していると指摘する⁽⁹⁰⁾。このことは日本民法の明文から明らかであるにもかかわらず、ドイツ民法上の議論をそのまま輸入することは疑問であるという⁽⁹¹⁾。

川島もドイツ的構成による三分体系を批判し、改正前民法四一五条がフランス民法の系譜を引くことを明らかにした⁽⁹²⁾。日本民法上の損害賠償規定に関しては、その大半がフランス民法から旧民法への系譜を有するのであり、日本民法の規定は根本においてフランス民法と異なるところがない。同四一五条の解釈によれば、広い意味での債務不履行は「履行遅滞」と「狭い意味での債務不履行」とに分かれるのであり、いわゆる「履行不能」も「不完全履行」も債務の本旨に従った履行をしないことに他ならないのであって、いずれも後者に含まれる。日本法においては、「不完全履行」という不履行の類型を解釈上認めることの困難はそもそも存在しない⁽⁹³⁾。

北川はドイツ法学説継受の流れについて、履行不能論と積極的債権侵害論とが、ドイツ法において見られた学説の対立や議論とは切り離され、「地盤協定のすんだものごとく」わが国に導入され体系化されたと指摘する⁽⁹⁴⁾。そのうえで、契約責任の意義について、本来は狭く契約債務不履行責任を指すところ、従来の契約責任概念では履行義務・給付義務にとどまらない各種の付随義務に十分対応することができないとする⁽⁹⁵⁾。契約の前・中・後における当事者の一定の法的態度に対しても、契約的保護に値する契約債権関係が発生していることから、契約責任を論じる余地が認められる⁽⁹⁶⁾。すなわち契約責任とは、単に履行義務の不履行を対象とする「基本的契約責任」に尽きるものではなく、各種の付随義務や注意義務が債権関係に定着することによって形成された「補充的契約責任」を含む段階的構造として考えられる⁽⁹⁷⁾。

星野もまた、改正前民法四一五条は旧民法を承継しフランス民法に連なるものであり、ドイツ民法に倣うものではない

いと指摘する。⁽⁹⁸⁾ 同条前段は、字の通り履行不能を除く債務不履行全般を指すと解すべきである。そのうえで、不完全履行についてはどのような場面を指すか、要件・効果はどのように考えるか、類型的研究をする必要を説いている。⁽⁹⁹⁾

二―二 三分体系の否定と帰責事由

このように、契約責任体系がドイツ法学の学説継受による三分体系から離れることとなり、端的に「債務の本旨に従わない履行」が分析の対象とされることになった。ここに至って、「債務の本旨に従わない履行」と共に損害賠償責任の要件となる「責めに帰すべき事由」——換言すれば、損害賠償責任の免責事由となる「責めに帰すべき事由」によること——の意味が問い直されることとなった。

改正前民法四一五条は、前段で「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、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」と規定する。さらに後段において「債務者の責めに帰すべき事由によつて履行をすることができなくなったときも、同様とする」としている。すでに指摘した通り、立法当時、現在の伝統的通説のように、「責二帰スヘキ事由」が故意・過失と同義ととらえられることはなかった。しかし、その後、明治末期から帰責事由の内容が積極的に議論されるようになり、ドイツ法の学説継受の流れの中でドイツ民法における帰責原理が取り入れられることとなった。⁽¹⁰⁰⁾ ここに至って帰責事由と過失とが等置されるに至ったのである。

そのうえで「債務の本旨に従わない履行」とはどのような場合をいうのか分析するにあたり、明示的な合意違反があった場合はともかく、契約解釈にあたって規範的判断が持ち込まれる場合に帰責事由がいかなる役割を果たすのか——従来理解されていたような「注意義務違反」との評価が妥当するのか——検討されることとなった。

二一三 損害賠償の範囲に関する学説の展開

ここで損害賠償の範囲に関する学説の展開にも触れておくこととする。損害賠償の性質について、通説は債務不履行による履行利益の損害賠償であると考えていた。⁽¹⁰⁵⁾ すなわち、解除は契約を溯及的に消滅させ、当事者に原状回復義務を負わせしめるが、しかしそれだけでは債務不履行による債権者の損害を償うに足りない場合が多いので、その損害賠償を認めるのだとする。したがって、その賠償の範囲も改正前民法四一六条の一般原則によって決せられることとなった。判例もまた、多くは債務不履行による損害賠償であるとする。⁽¹⁰⁶⁾

これに対して、解除が契約を溯及的に消滅せしめることから、履行利益の存在する理由がなく、民法五四五条三項にいう損害賠償とは信託利益の賠償であるとする反対説がある。⁽¹⁰⁷⁾ この他、原状回復が第三者の権利などによって不可能な場合、その原状回復に代わるものとして認められる損害賠償と見る説、⁽¹⁰⁸⁾ 契約が解除されることなく完全に履行されることを期待したことによる損害と見る説、⁽¹⁰⁹⁾ 債務者が履行を不能とし、または催告にもかかわらず履行せず解除をやむなくさせたこと、つまり契約の目的たる交換を挫折させたことによる損害の賠償と見る説がある。⁽¹¹⁰⁾

通説の採る債務不履行による損害賠償説と、その他の反対説との差異の根拠は、原状回復義務と損害賠償の関係、形式的には解除の遡及効をどのように見るかにあるとされる。⁽¹¹¹⁾ 解除の遡及効理論を抽象的に貫徹すれば、債務不履行による損害賠償と解除が両立するのは論理的矛盾である。⁽¹¹²⁾ 通説の立場からは、(i) 損害賠償の範囲で解除の遡及効は制限されるとするか、⁽¹¹³⁾ (ii) 上の形式論を排除するに足る解除の実質的目的を持ち出さねばならない。⁽¹¹⁴⁾ 他方、信託利益賠償説は、形式論の一貫性は認められるとしても、実質的に履行利益賠償説とどれだけ異なるか疑問であると指摘される。⁽¹¹⁵⁾ というのも、契約が実は無効であるのに有効と信じた場合には、その履行まで信託するのが普通であり、履行利益の喪失は通常の損害と考えられる。信託利益の喪失は履行利益の喪失より大きく算定しえぬという極めて消極的な差異しか

生⁽¹²⁾じない。

このように見ると、履行利益か信頼利益かの区別は抽象的形式論に過ぎない。問題は、具体的契約関係においてどの範囲の損害賠償が認められるかにあり、結局は具体的契約の法的保護の内容、いわゆる相当因果関係論によって決せられることになる。

(74) 北川善太郎『日本法学の歴史と理論』日本評論社（一九六八年）三四頁以下。

(75) この点、民法四一五条における「責メニ帰スヘキ事由」について、同条原案における「責ニ帰スヘカラサルトキ」は不可抗力を意味するとも考えられ、そうだとすると、原案は婦責事由を故意過失と同視する伝統的通説とは大きく異なるとの指摘がある。平井宜雄『債権総論（第二版）』弘文堂（一九九四年）・七七～七八頁。

(76) 明治期以降、ドイツ法学説継受によって三分体系が受け入れられ、その反省から契約責任論が台頭するに至るまでの議論の展開について、潮見佳男『債務不履行の救済法理』信山社（二〇一〇年）・一三頁以下。また、全体を通覧するものとして、北川（一九六八年）・前掲注74・三四頁以下、早川眞一郎「不完全履行、積極的債権侵害」星野英一編『民法講座（四）債権総論』有斐閣（一九八五年）四九頁以下。

(77) 岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』有斐閣（一九五三年）二九五頁以下。

(78) 林良平「積極的契約侵害論とその展開（一）」（二・完）論叢六五卷五号（一九五九年）一頁、同七一巻二号（一九六二年）一頁、北川（一九六三年）・前掲注16・五六頁以下。

(79) 石坂音四郎『日本民法第三編債権（二）』（一九二二年）五九〇頁以下。

(80) 川名兼四郎『債権法要論』（一九一五年）一六五頁。

(81) 同上。

(82) 石坂（一九二二年）・前掲注79・四六一頁。この後、遲滞が過失責任かどうかが論争の対象となった。岩田によれば、民

法典制定以降、当初の遲滞を不履行に吸収する方向は必ずしも前面化していない。岩田新「過失論——『日本民法学における梅と富井統稿』」新報四九卷（一九四〇年）三八六、五一五頁。

(83) 鳩山秀夫『日本債権法総論』岩波書店（一九一六年）一四二頁以下。

(84) 横田秀雄『債権総論』清水書店（一九〇八年）二五九頁以下。なおここではフランス法に言及しているが、横田は最終的にドイツ法に志向している。

(85) 同様に、川名も民法四〇〇条の一般の債務への準用を説く。川名（一九一五年）・前掲注80・一四四頁以下。

(86) 石坂音四郎『民法研究Ⅱ』有斐閣（一九一九年）四一三頁以下。

(87) 我妻（一九六四年）・前掲注3・一〇五頁、奥田昌道『債権総論（増補版）』悠々社（一九九二年）二二五頁。

(88) 違法性は本旨不履行があれば原則として認められる。なお、以上のような解釈のもとでは、一般の債務の免責事由になるとされる民法四一九条三項の「不可抗力」と、「帰責事由」との関係が問題となる。従来、不可抗力は天災等の偶然事と説明されてきたが、そうすると、同様に債務不履行に陥ったものが責任を免れる場面であるはずの不可抗力と無過失との間にズレが生ずる。そこで石坂は、民法四一九条三項にいう不可抗力とは無過失と同じ意味であるとし、金銭債務については、不可抗力（＝無過失）は免責事由とならないが、一般の債務では免責事由となると説明した。石坂（一九一九）・前掲注86・五〇頁。

(89) 我妻栄『債権総論（民法講義Ⅳ）』（一九四〇年）九九頁。また、我妻によれば、不完全履行により生じた拡大損害について是一般に特別事情による損害と解される。同一五七頁。

(90) 末弘巖太郎『債権総論』日本評論社（一九三八年）一九〇頁。

(91) 同上。もつとも、末弘は日本における三分体系の妥当性自体に異論を唱えたわけではなかった。

(92) 川島武宜『債権法講義総則（一）』近代思想社（一九四八年）一三一頁。

(93) 同上。

(94) 北川（一九六三年）・前掲注16・四四頁。なお、履行不能論と積極的債権侵害論との対立について、林良平「ドイツ民法二八〇条における不能概念について」同『近代法における物権と債権の交錯』（一九八九年、初出一九五五年）一九一頁以下。

- (95) 北川（一九六三年）・前掲注16・一頁。
- (96) 同上。
- (97) 同五頁。契約責任が契約交渉段階から契約終了後に至るまで存続するとする北川による指摘は、その後の契約責任論の展開に大きな影響を与えた。
- (98) 星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』良書普及会（一九七八年）四六頁。
- (99) 同五一頁。
- (100) ドイツ民法二七六条（債務者の責任）「（一）債務者は、厳格化された責任または軽減された責任が定められてもおらず、とくに、保証または調達上の危険の引受けに基づく債務関係のその他の内容から推測されもしないとき、故意および過失について責めを負う。八二七条（責任の排除および軽減）および八二八条（未成年者）の諸規定は、準用される。（二）取引で必要な注意を払わない者は、過失で行為する。（三）故意に基づく責任については、債務者をあらかじめ免除することはない。」なお、ドイツ民法の翻訳は、ディーター・ライポルト著 円谷峻訳『ドイツ民法総論〔第2版〕』成文堂（二〇一五年）五五〇頁以下による。
- (101) 末弘厳太郎『債権各論』有斐閣（一九一八年）二六七頁、鳩山秀夫『日本債権法各論』岩波書店（一九二二年）二五〇頁、我妻栄『債権各論（民法講義Ⅵ）上』岩波書店（一九五四年）二〇〇頁、末川博『契約法（上）』岩波書店（一九五八年）一七〇～一七五頁。
- (102) 大判昭和八年二月二四日民集一二卷二五一頁、最判昭和二八年一〇月一五日民集七卷十号一〇九三頁。
- (103) 石田文次郎『債権各論』早稻田大学出版部（一九四八年）五二頁、柚木馨『債権各論（契約総論）』（現代法学全集）青林書院（一九五六年）三三四頁以下。
- (104) 勝本正晃『債権法概論（総論）』有斐閣（一九四九年）八五頁。
- (105) 石坂（一九二二年）・前掲注79・二三四二頁。
- (106) 三宅正男『契約法（総論）』青林書院（一九七八年）二五三頁。
- (107) 谷口知平『五十嵐清編『新版注釈民法（二三）債権（四）契約総則〔補訂版〕』有斐閣（二〇〇六年）八九六頁（山下執筆部分）。

- (108) 山中康雄「解除の効果」同『総合判例研究叢書(二) 民法』有斐閣(一九五八年)一五九―一六二頁。
- (109) 我妻(一九六四年)・前掲注3・一八八頁。
- (110) 末川(一九五八年)・前掲注100・一七一―一七四頁。
- (111) 於保不二雄『債権総論(新版)』有斐閣(一九七二年)一二七頁。
- (112) 谷口五十嵐(二〇〇六年)・前掲注107・八九六頁〔山下執筆部分〕。

第四節 現代の契約法学における契約責任法理

伝統的通説は、債務不履行に基づく損害賠償責任は、(i) 債務者が債務の本旨に従った履行をせず、(ii) 債務者に故意・過失または信義則上これと同視すべき事由があった場合に生じるとしてきた。しかしこれに対し、帰責事由を故意・過失と同視する現在の通説と立法者の理解が異なる点が指摘されるとともに、債務不履行におけるドイツ的な過失責任原則の妥当性が疑問視され、帰責事由の再構成が試みられてきた。

ドイツ民法に連なる三分体系への批判がなされた後の契約法学において、債務発生原因と債務内容、不履行評価を連続的・一体的にとらえる判断枠組みを提示する諸説が出現するに至った。これらの先駆けとなったのが平井宜雄による見解である。平井以降、帰責事由の内容を明らかにするにあたって、手段債務・結果債務を区別して論ずる方法は多く見られる⁽¹¹³⁾。すなわち、「一定の結果の到来そのものを目的とする債務を生じさせるために契約がなされる場合」の債務を意味する結果債務と、「一定の結果そのものではなく、そのための手段としての意味を持つ債務を生じさせるために、契約がなされる場合」の債務を意味する手段債務とが区別されるのである。

そこで以下では、平井の見解を概観した後、現代の契約法学において帰責事由がいかにとらえなおされてきたか、また、それらの議論が二〇一七年債権法改正にいかにつながっていくのか確認する。

一 結果債務・手段債務二分論

一 一 平井宜雄の見解

平井はドイツ民法独自の構造から生まれた三分体系、とりわけ不完全履行というあいまいな中間概念を放棄したうえで、端的に改正前民法四一五条の「債務の本旨に従わない履行」を分析する必要性を説いた。⁽¹¹⁴⁾ すなわち、債務発生原因が契約である場合には、個々の契約の解釈によつて解決されるべきである。その際、まずいかなる義務が当事者により默示的に合意されたのかを確定すべきであり、次に、契約の解釈という作業によつてもなお当事者の意思が明らかにならない場合には、⁽¹¹⁵⁾ はじめて規範的に判断して、当該契約によつて意図された目的をもつともよく達成するような義務が承認されるべきである。⁽¹¹⁶⁾ なお、法律論としては、最終的には信義則をその根拠として用いることになる。⁽¹¹⁷⁾

平井は、帰責事由を債務不履行責任の要件として扱うのではなく、債務不履行責任の成立を阻却する事由と位置づけたうえで、裁判例を以下のように分析する。⁽¹¹⁸⁾ 結果債務については、判例は、引渡しのない場合は特段の事情のない限り常に帰責事由の存在を認めている。たとえ第三者の行為が介在しても、判例は帰責事由の存在を否定するのに消極的である。これに対し、手段債務の場合には判例の立場は異なる。債務者がいかなる内容の債務を負っているか、どの程度の行為（作為・不作為双方を含む）をすれば要求された債務を履行したことになるか、あるいは債務の内容を實現するためにどのような結果を回避すべき義務を負っているかを特定したうえで、それらと現実になされた債務者の行為とを比較し、両者の間に食い違いがあれば帰責事由があるとする。

すなわち、結果債務では、結果不発生の事実があればそれだけで債務の本旨に従わない履行となり、かつ、債務者の「責めに帰すべき事由」の存在が高い程度で推測されるのに対して、手段債務では、結果の不到来という事実があっても、直ちに債務不履行ないし「責めに帰すべき事由」が存在するとはいえず、さらに立ち入って契約の趣旨を探索したり他の要件を考慮したりすることが必要になる。このような判断の構造は、手段債務の場合、債務の本旨に従った履行かどうかという判断と帰責事由の存否とが表裏一体の関係にあることを表している。手段債務については、債務者がなすべき債務をなさないことが原則として帰責事由に該当するから、帰責事由は主観的要件である故意・過失につきないものになっているといえる。

一―二 吉田邦彦の見解

吉田もまた、フランス法の議論にのっとり、裁判例を引渡債務、物の保存・保管債務、手段債務に分類して検討している。⁽¹⁹⁾これによれば、引渡債務の場合、帰責事由が否定されたのは戦争・災害、ストライキ、法令適用ないし取引の不許可・不承認、債権者の行為・妨害がある場合等であり、フランス的な「不可抗力」ないし「外来原因」と大差がない。⁽²⁰⁾ここでは帰責事由要件は積極的作用をしておらず、むしろ一定の債務不履行から類型的・結果的に帰責するという判断がなされており、帰責事由は実質的には免責要件として機能していると評価される。⁽²¹⁾

次に物の保存・保管債務の場合、善管注意義務・保管義務を論じながらも帰責事由に言及されなかったり、また義務違反が債務不履行と構成されたり、または実質的判断がなされた後に形式的に帰責事由に言及されたりする裁判例が多く見受けられるという。⁽²²⁾そもそも「善管注意を尽くして保管・保存する義務」とは、質借人・受寄者が負うべき債務の内容そのものであり、債務不履行と帰責事由とを二分して構成する必要はない。むしろ直截に「債務不履行ないしフォ―

トの推定」法理として構成すべきであると主張される。⁽¹²³⁾

最後に、手段債務の場面でも、前述した物の保存・保管債務の場面と同様の問題状況が見られるという。⁽¹²⁴⁾ 債務不履行と帰責事由の二元的構成を採るのが裁判例の主流ではあるが、ここでの帰責事由の持つ意義は必ずしも明らかでなく、受任者、運送人、請負人等の義務内容に還元することができる。裁判例の中には正面から「債務の本旨不履行」のレベルで処理するものもある。以上のように裁判例を見ていくと、契約責任におけるドイツ的な一律の過失責任主義から脱却し、英米法・フランス法的な客観責任（厳格責任）⁽¹²⁵⁾ に向けての、契約内容に即した多層的な処理への転換が表れているとされる。

一―三 森田宏樹の見解

森田（宏）は結果債務・手段債務を二分したうえで、契約責任の帰責事由を以下のように定義している。⁽¹²⁶⁾ 改正前民法四一五条の「帰責事由」とは、伝統的通説にいう違法性（客観的要件）と有责性（主観的要件）の両者を含んだ概念である。違法性と有责性とは峻別対置し、債務者に賠償責任を認めるべきか否かをこの二段階に分けて判断するという枠組みは、そのような区別をしていない民法典の規定の構造にも、かつ、わが国の判例法の実際にも適合しないものであり、妥当ではない。また、帰責事由の内容は、債務者が「契約において約束したことを履行しないこと」に含まれる。ここでは帰責事由の存否は、契約によって債務者が義務づけられた「債務の内容・射程」を媒介として判断される。

債務不履行の存否に関する実際の判断にあたっては、結果債務と手段債務とは、債務者の行為態様の評価が必要となるかどうかという点で違いがあるとされる。⁽¹²⁷⁾ 債務者が結果の実現が確実であると約束した場合（結果債務）には、不可抗力によらない結果の不実現があれば、債務者に帰責事由があると判断される。一方、債務者が結果を実現すべく一

定の慎重な注意義務を負うことしか約束していない場合（手段債務）では、債務不履行の存否につき債務者の具体的な行為態様を評価する必要がある。すなわち、債務者に注意義務違反があったかどうかという過失の判断がなされる。

森田（宏）は、上述した結果債務・手段債務が前提とする債務不履行責任における「帰責事由」のとらえ方に基づき、ドイツ法の学説を継受したわが国の伝統的通説における「帰責事由」を再検討する⁽¹²⁸⁾。そして、新たな「帰責事由」の理解が、わが国の民法典の規定の構造により適合的であり、わが国の判例法に示された実際の解決を説明し、体系化しうるものであると主張する⁽¹²⁹⁾。ここでは、契約責任の帰責根拠は、約束したことを履行しなかったこと、すなわち、債務者が自らの意思（合意）によって設定した契約規範に従わなかったことという点に求められる⁽¹³⁰⁾。

結果債務においては、約束された結果の不実現があれば、債務者がその不履行が不可抗力——すなわち、何人も予見も回避もしがたい事情——によることを立証しない限り、債務者には不履行について「帰責事由」があると判断される⁽¹³¹⁾。一方、手段債務については、債務者の不履行の事実とその「帰責事由」の判断とが実務上同一に帰し、「帰責事由」が独自の意味を有していないと認識される⁽¹³²⁾。

なお、森田は結果債務・手段債務の区別について、相対的なものであり、それぞれの内部においても均一ではなく、債務の強度に濃淡ないし段階があると説明している⁽¹³³⁾。この区分は、契約上の債務がすべて同一の強度または範囲にあるわけではないという正当な考え方を表現したものであるという。契約内容は当事者の意思によって自律的に決定されるとする意思自治の原則のもとでは、契約上の債務の射程ないし強度も、二つ以上の段階があるのは当然であるとされる。

二 結果債務・手段債務二分論を前提とした裁判例研究

二一 長尾治助の研究

改正前民法四一五条の母法であるフランス法研究から展開されてきた結果債務・手段債務二分論は、裁判例研究においても広く受け入れられた。すなわち、裁判例の研究においても、債務が手段債務であるか結果債務であるかによって帰責事由の判断枠組みが異なることが前提とされるようになったのである。

わが国の実際の裁判例の研究から契約法における帰責事由を再検討したものととして、長尾の研究⁽¹³⁴⁾が挙げられる。ここでは、契約法における帰責事由が、債務者の責に帰すべからざる事由（債権者側の事情、第三者の事情、人為的社会状況の変化、公権力による拘束、戦乱又は自然的災害）と責に帰すべき事由とに分類され検討されている。

このうち、結果債務の場面では、不履行の結果をもって過失が証明されることが多い。手段債務については、例えば、医師の注意義務について不可抗力ないし適正な措置を講ずることが著しく困難であることが認められない限り、債務不履行は医師の帰責事由によるとされる傾向にある⁽¹³⁵⁾。

ただし、長尾は結果債務か手段債務かの区別を重視するのではなく、債務不履行の事案一般について、予見義務、回避・防止義務を尽くしたか否かの判断要素を以下のように示している。⁽¹³⁶⁾ 契約の性質、債務者の地位・職業、契約の主目的の実現に対する当事者の期待の程度、契約締結後に生じた諸状況の他、不履行の内容が人の生命・身体・名誉に対する損害としてあらわれた場合か、財産に対する損害の場合か等について、具体的な類型ごとに基準を設定する必要がある。今日の義務の深化と多様化に比例して、債務者には従前以上に結果発生に対する予見義務、回避・防止義務が強かつ広く求められるようになってきているのであり、帰責事由にも、単に過失の有無で判断するのではなく、社会的性格が要請されている。

長尾は、債務者の責任とは、約束に対する期待が裏切られたことに対する債権者のための救済の制度であるとし、債権者の有する契約に対する合理的な期待を保護する法技術的用語として、帰責事由という概念が条文上明記されている

ものと理解する。そのうえで、帰責事由の中核は過失であるという考え方（過失責任主義）を、「人間の自由に対する社会的な保障制度の一としての意思尊重に基礎を有する一」の法律制度である」と評価しながらも、それを債務不履行の要件として取り込むことの必要性に疑問を投げかけている。⁽¹³⁷⁾

二二 中田裕康の研究

また、中田は、帰責事由の具体的内容につき、判例はどのように解しているのかを明らかにするためには、どのような場合に債務不履行者が責任を免れることができたのか、すなわち、帰責事由がないと認められた場合はどのようなものかを見る必要があるとする。⁽¹³⁸⁾

債務不履行の事案において帰責事由がないと認められた最上級審判決を見ると、債務不履行の原因が債務者側以外の事情によるものである場合については、債権者又は第三者の行為や不可抗力など、外部的事情が評価の対象となっている。一方で、債務者側に不履行の原因がある場合には、抽象的には債務者の故意・過失に言及していても、具体的には債務不履行の事実の有無と帰責事由とが一体的に判断されている。物の引渡しを目的とする債務については前者の場合が多く、役務の提供を目的とする債務については後者の場合が多い傾向がある。さらに、履行遅滞については、過失がないから債務者が免責されるというような事例はほぼ存在せず、免責されるのはいわゆる不可抗力に近いような場面であるという。⁽¹⁴⁰⁾

そのうえで中田は、裁判例は債務者の主観的有責性と本旨不履行とを必ずしも分けて考えていないと指摘する。⁽¹⁴¹⁾ 少なくとも、伝統的通説のいう、（i）債務者が債務の本旨に従った履行をせず、（ii）債務者に故意・過失または信義則上これと同視すべき事由があった場合に、債務者に損害賠償責任を認めるという枠組みに従っているとは言い難いだろう。

結果債務についていえば、債務者が契約において約束したことを履行しないのであれば、それが不可抗力といえるような理由によるものでない限り帰責事由が認められる場合が多く、債務不履行の事実と帰責事由とが必ずしも区別されて論じられているわけではない。また、医療契約のような手段債務については、債務不履行の有無の判断がまさに注意義務（過失）の判断と重なる点が指摘されている。ここでは裁判例は、債務不履行に基づく損害賠償責任の帰責事由について、ドイツ法的な過失責任主義によるというより、個々の具体的契約内容に即し、債務不履行と過失の有無とを一体として考慮して責任の成否を判断しているといえよう。

三 favor contractus へ「契約の拘束力」

一方で、債務不履行に対する救済における履行請求権の第一義性について再検討が行われる中で、近年、改めて履行請求権の第一義性を維持する立場が見られる⁽⁴⁴⁾。

森田（修）は、このような考え方の背景には、favor contractus（契約の尊重）と呼ばれる概念があると指摘する⁽⁴⁵⁾。この概念は、UNIDROIT 国際商事契約原則の起草過程及びその注釈の議論において、契約法の問題系列ないしそれに対する一般的な解釈態度を示すものとして用いられている。favor contractus は UNIDROIT 国際商事契約原則の基本発想のひとつであり、出来る限り契約を保存することであると定義される⁽⁴⁶⁾。そして、その有効性が疑問視されたり、履行期前に解消されてしまったりする局面をできるかぎり制限する。その背後には、通常は、市場に代替となる財・サービスを求めるより、もともとの取引を維持する方が両当事者の利益にかなうという思想がある。

また favor contractus の外延は、(i) 契約の成立 (Favouring binding agreements)、(ii) 契約の有効性 (Favouring contract validity)、(iii) 履行困難にも関わらなく契約の存続 (Favouring keeping the bargain alive despite

hardship)。(iv) 契約違反にも関わらない契約の存続 (Favouring keeping the bargain alive despite breach) に下位分類されている。⁽¹⁴⁵⁾このように、favor contractus がカバーする問題は広範にわたるが、そこには、契約の成立要件・有効要件にかかわるもの (i) (ii) と、契約責任法にかかわるもの (iii) (iv) とがいずれも含まれている。

日本法においても favor contractus は紹介されており、二〇一七年債権法改正の文脈においても注目されるに至っている。⁽¹⁴⁷⁾履行請求権との関係では、改めてその第一義性を認める立場から、favor contractus と履行請求権との密接な関係が指摘されている。⁽¹⁴⁸⁾曰く、そもそも契約規範は、契約当事者に、その諸々の利益を法的保護の対象とするために様々な義務を定位する。これらの義務群は、契約の履行プロセスの当初において、契約内容の本来の実現というひとつの方向に向かう指向性を帯びている。この指向性の根拠は、契約当事者の当初意思が契約のノーマルな展開に向けられているという点にある。履行プロセスの中で義務群のこの指向性を重視すればするほど、favor contractus の思想が、契約責任について実現される。履行請求権を契約責任の体系化原理とすることは、その存続のかぎり、上記の義務群にこの指向性を与えることを意味し、このような履行請求権が義務群を実質的に統御する。⁽¹⁴⁹⁾

このように、favor contractus とは、当事者が契約の維持を志向するなら、たとえ障害があってもなるべく契約を維持、存続させていこうとすることであるといえる。いったん設定された契約によって、当事者の間に特別な関係が生じたことが尊重される。もつとも、当初の契約内容や当事者意思はさほど重要視されず、債務不履行が生じた後に両当事者が再度交渉することで、なるべく契約関係を継続することが好まれる。履行請求権体系の立場からは、不履行に際して、契約関係を維持するか否かの被不履行者の決定が尊重されることが強調される。⁽¹⁵⁰⁾

四 新しい契約責任論

四― 潮見佳男の見解

学説からも裁判例の実情からも帰責事由の再検討が進められる中で、潮見は、ドイツ民法における過失の標準を分析したうえで、わが国の契約法における過失の合理性を論じている。⁽¹³⁾ 曰く、「過失の標準」の合理性を探索する場合、不法行為責任における注意と契約責任における注意は、その存立基盤を異にするものであるがゆえに、別個に検討する必要がある。そして契約責任について、「社会生活において必要とされる注意」の内容がどのようなものか、補充的契約解釈ないしは契約の意味適合的解釈によって探求されねばならないという。⁽¹²⁾

そこで潮見は、商品の提供を目的とする「与える債務」と、可視的要素に乏しくまた内容自体も履行過程の進展をまっではじめて具体的に確定されることの多い「なす債務」とを区別する。⁽¹³⁾ 「なす債務」では、履行過程における人の具体的な行為態様そのものへの法的評価（契約に即しての合法・不法評価）が問題となるという。つまりここでは、一定の目的をもつて意思決定され、展開される具体的行為自体が、個々の契約における債務の対象となる。

このように考えると、結果実現保証の約束がなされていない「なす債務」については、契約内容に適合した作為・不作為がなされたかどうかという「債務不履行」の面のみを議論すれば、これと別に「過失」の問題を論じる意味がないと潮見は指摘する。⁽¹⁴⁾ さらに、結果実現保証の約束を含んだ「なす債務」を想定すると、保証された事態が実現しなかった場合には、保証約束の違反を理由としてその結果が債務者に帰責されることになる。⁽¹⁵⁾ ここでは「保証約束」の解釈が問題となり、契約締結時にどこまでの危険が引き受けられたのかという観点からの契約内容の確定作業が行われる。

このような考え方は、森田（宏）同様、契約において合意した債務に従わなかったことをもって債務不履行ととらえ、かつ債務不履行と帰責事由を一体的にとらえ、契約の内容にに応じて帰責根拠を判断するものであるといえる。⁽¹⁶⁾

このように債務不履行責任の帰責事由を契約の拘束力に求める新しい契約責任論について、潮見は、さらなる課題と

して以下の二つを挙げている。第一に、「契約」という観点に基礎を据えて契約責任の問題をとらえるために、契約内容の確定法理と契約責任論とを関連づけた理論を構築する必要がある。契約責任を理論的に洗練するにあたり、「契約の拘束力」の持つ意味が重要になってきている他、契約責任論において契約内容の確定問題の占める割合が著しく増大することになる。第二に、契約責任論の現代化に取り組むグローバルな流れを受けて、わが国でも、現代社会において「あるべき契約責任の枠組み」を実現するために契約責任の理論を構築する必要がある⁽¹⁵⁷⁾。

四―二 山本敬三の見解

こうした新しい契約責任論は、伝統的な過失責任主義を放棄し、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力に求める。ここでは当事者が何を引受けていたか確定することが重要となる。

この点、同様に山本（敬）も、契約内容の確定を重要視している。山本によれば、債権の発生原因である契約によって拘束されていたことが損害賠償責任の根拠であり、それゆえ、契約内容の確定と帰責事由の有無の判断とが重なる。ここでは、契約の拘束力が認められる射程が決定的な意味を持つため、契約の内容をどのようにして確定するかということが避けて通れない問題となるが、私的自治の原則から、個々の当事者が契約により行った決定が優先されることになる。

このように当事者の合意を重視する考え方は、二〇一七年債権法改正に理論的基礎を提供するものであった。山本によれば、合意原則には「契約の当事者は互いに合意したことに拘束される」という積極的側面と、「契約の当事者は、本法その他の法律の定めによる場合を除き、互いに合意していないことには拘束されない」という消極的側面とがあると⁽¹⁵⁸⁾いう。

もつとも、このような合意原則は局面に応じて補完ないし制約されることがある。この点につき山本は、「契約自由に対する規制」を正当化する根拠として、「契約正義」にその根拠を求める考え方、「共同体の内在的規範」にその根拠を求める考え方、「権利・自由の保護」にその根拠を求める考え方があるとする。⁽¹⁰⁾ 山本はこのうち三つ目の考え方をとるとし、それゆえに契約規制の類型として秩序維持や弱者保護のための「他律型規制」よりも、当事者の自律を保護するための「自律保障型規制」が重視されることになると説明する。⁽¹⁰⁾

四―三 国際的潮流との調和

新しい契約責任論には、少なからず国際的潮流との調和を図ろうとする面がある。新しい契約責任論の特徴である（i）過失責任主義の否定、（ii）不能概念の否定は、例えばCISGにおける契約責任の構造と同様である。⁽¹⁰⁾

この点について内田は、世界的に契約法統一の動きが進む中で、共通法としての債権法のモデルの一つを発信する立場を積極的に評価している。⁽¹⁰⁾ 内田は、そもそも、債務不履行責任における過失責任主義は理論上の話であって、実際には裁判規範として機能していなかったと指摘する。とはいえ、過失がなければ債務不履行責任が免除されるというレトリックは、現在に至るまで判例・学説の議論を支配しているという。

帰責根拠を契約の拘束力に求める立場は、二〇一七年債権法改正においても、国際的潮流に即したものとして積極的を受け入れられることとなった。民法改正検討委員会は、契約で約束した義務を履行しなければ債務不履行責任を負うが、もともと契約で引き受けていなかったような事由で債務不履行が生じた場合、つまり予想していなかったような事態が起きた場合には免責されるという、常識的なルールを端的に書くことを提案している。⁽¹⁰⁾ 伝統的通説に見られるような、不注意がなければ債務不履行に陥っても損害賠償責任を負わなくてよいという不自然な結末を名実ともに否定する

ためには条文を変えるべきであり、検討委員会の提案はその点で評価しうる。

一方で、これらの主張に対し、新しい契約責任論の展開を受けた債権法改正を批判する動きもある。加藤からは、無過失責任（厳格責任）への転換であるとか、英米法や国際的潮流との統合をはかる社会的必要性はないといった批判がなされている⁽¹⁶⁾。また、吉田は、債権法改正の問題点として、以下の三点を挙げている⁽¹⁷⁾。第一に、これまでの民法改正は、例えば根抵当⁽¹⁸⁾であれ、仮登記担保⁽¹⁹⁾であれ、特別養子⁽²⁰⁾であれ、成年後見⁽²¹⁾であれ、一定の社会的要請・必要性があつて、それへの対応ということで個別的に改正がなされてきた。しかし、今回の債権法改正はこれらの場合と事情が異なる。第二に、「市民のための分かりやすい民法」を目指す⁽²²⁾とされているが、実際の法案は、既存の判例をこれまでの条文に盛り込んでいるため、長く読みにくい。第三に、「比較法的帰趨」からも債権法改正が求められているとされるが、国際的な動きへの配慮はされるべきであつても、国際的条約の批准によつて解決する問題であり、国際商事取引の分野に合わせて債権法を全て改正する必要はないという。

(113) 以下に紹介する論稿に先立ち、結果債務・手段債務的発想あるいは引渡債務・行為債務的発想を整理する研究として、参照、中野貞一郎「診療債務の不履行」同『過失の推認』弘文堂（一九七九年、初出一九七四年）六七頁以下、國井和郎「不完全履行」倉田卓次編『要件事実の証明責任 債権総論』西神田編集室（一九八六年）一四三頁以下。また、結果債務・手段債務論の学説史的展開を紹介するものとして、参照、潮見佳男「債務不履行・契約責任論史」水本浩平井一雄編『日本民法学史（各論）』信山社（一九九七年）一八三頁以下。

(114) 川島武宜『平井宜雄「契約責任」石井照久他編『経営法学全集（一八巻）』ダイヤモンド社（一九六八年）二五九頁以下。平井（一九九四年）前掲注75・七七頁以下。

- (115) 明示的に合意されたのであれば、それは本来の債務となることは言うまでもない。
- (116) 川島 平井（一九六八年）・前掲注114・二六五―二六八頁。
- (117) 同上。
- (118) 同二六八頁。
- (119) 吉田（二〇〇三年）・前掲注41・五三頁以下。
- (120) 同四九頁。
- (121) 同上。
- (122) 同上。
- (123) 同五〇頁。
- (124) 同上。
- (125) 同五一頁。
- (126) 森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について」同『契約責任の帰責構造』有斐閣（二〇〇二年、初出一九九三年）一頁以下。
- (127) 同二五頁以下。
- (128) 同上。
- (129) 同四八頁以下。
- (130) 同上四九頁。
- (131) 同上。
- (132) 同五〇頁。
- (133) 同三六頁以下。また、森田宏樹『債権法改正を深める——民法の基礎理論の深化のために』有斐閣（二〇一三年）三八頁以下も参照。
- (134) 長尾治助『債務不履行の帰責事由』有斐閣（一九七五年）。
- (135) 同 一七四頁。

(136) 同二一九頁。

(137) 同二二一頁。

(138) 中田（一九九八年）・前掲注10・三六頁。及び、中田裕康『債権総論（第四版）』岩波書店（二〇二〇年）三五頁。

(139) 売買契約の締結後、売主が履行遅滞に陥つてから、目的物（葉煙草）の取引を禁止する法律が発令された場合（大判明治三九年一〇月二九日、民録一二輯一三五八頁）、米穀取引所仲買人が受託者の注文に応じて定期米の買理をする義務について相場が成立しなかった場合（大判大正六年五月三日、民録二三輯八九六頁）、他人甲の権利の売主乙が、甲から権利を取得して買主丙に移転できなかったが、丙が直接甲に権利を請求できる関係にあった場合（大判大正一〇年一月二二日、民録二七輯一九七八頁）、他人甲の権利の売主乙が、甲から権利を取得して買主丙に移転できなかったが、甲が乙に引渡しができなかったのは不可抗力によるものであった場合（大判大正一三年三月一日、新聞二四七号二二頁）、建物賃借人の返還義務が原因不明の出火による建物焼失のため不能となったが、債務者が善良な管理者の注意をもって建物を保存していた場合（大判昭和十一年三月七日、民集一五卷三七六頁）、更地として引き渡す債務を負う土地の売主が地上建物所有者を速やかに立ち退かせるのに必要な合理的な努力をした場合（大判昭和十六年九月九日、民集二〇卷一一三七頁）、土地の立会測量をする義務について債権者が履行を妨害した場合（大判昭和十六年二月九日、法学一一卷七号八一頁）、患者に胆嚢癌の疑いがあると診断した医師が当該状況のもとで結果的に患者の家族に説明をしなかった場合（最判平成七年四月二五日、民集四九卷四号一一六三頁）。

(140) なお、医師の診療債務をはじめとする手段債務については、責任の成否を判断するにあたり、債務不履行の有無と過失の判断とが一体となつて行われているとの指摘がある。内田貴『債権法の新時代』商事法務（二〇〇九年）八三頁。

(141) 中田（一九九八年）・前掲注10・三六頁。

(142) 伝統的立場からは、履行請求権と填補賠償請求とが併存することを認めつつ、あくまで履行請求権を債権の本来的効力としてとらえられる。何らかの契約不適合があったとき、履行請求権と損害賠償請求権いずれかを債権者が選択できるものの、後者を選択するには厳格な要件を満たす必要がある。例えば、不能に先立つ段階で、確定的不履行のような場面で降債権者に履行請求権と填補賠償請求権との選択を認めると、債務者は、この場面で両請求に応じる準備を強いられる。

確定的不履行ありとする判断には、債務者がこのような負担を強いられても仕方がないという判断が含まれていなければならない。さらに、確定的不履行後であっても、たとえ債務不履行の被害者であるとはいえ、債権者にもなお、何等かの信義則上の義務があるとすれば、この債権者の選択権にも何らかの制約が課されるべきことになる。森田修『契約責任の法学的構造』有斐閣（二〇〇六年）一八一頁。

- (143) favor contractus の訳語としては「契約の尊重」という語が当てられるのが一般的である。この他「契約の保護」と訳されることもあるが、これらは、pacta sunt servanda との差異が必ずしも明確に表現されていないとの指摘がある。また、「契約の維持」という訳語は「favor contractus の一側面しかとらえていない」とされる。曾野裕夫「Favor contractus のヴァリエーション——CISGと債権法改正論議の比較を通じて」松久三四彦ほか編『民法学における古典と革新』成文堂（二〇一一年）二五五頁以下。

- (144) M. J. BONELL, AN INTERNATIONAL RESTATEMENT OF CONTRACT LAW 102-126 (3d ed. 2005).

- (145) *Ibid.*

- (146) 内田（二〇〇〇年）・前掲注3・二六〇頁以下、円谷峻「ファヴォール・コントラクトス（契約の尊重）」好美清光先生古稀記念論文集刊行委員会編『現代契約法の展開』経済法令研究会（二〇〇〇年）三頁以下。

- (147) 森田修「『契約の尊重（favor contractus）』について」遠藤光男元最高裁判所判事喜寿記念文集編集委員会『実務法学における現代的諸問題』（二〇〇七年）一九九頁、曾野（二〇一一年）・前掲注143・二五六頁。

- (148) 森田（二〇〇七年）・前掲注147・二〇九頁。

- (149) 同上。もっとも森田によれば、remedy approach のもとでもこのような指向性の実現され得ないわけではない。しかし契約規範は、もはや当初契約意思に固定されたものではなく、紛争解決後の当事者の交渉の中での自治的関係形成によって変容し、履行プロセスを通じて存続する。履行請求権概念は、このように変容する契約規範と当初契約意思とを媒介する装置なのである。

- (150) 森田（二〇〇七年）・前掲注147・二二一頁。

- (151) 潮見佳男『契約責任の体系』有斐閣（二〇〇〇年）一九九頁以下。

- (152) 同二〇一頁。

- (153) 同二二一頁以下。
- (154) 同二二四頁。
- (155) 同二二五頁。
- (156) 森田宏樹は、これを「債務の強度」に応じた帰責事由の内容決定と表現する。なお、潮見も伝統的な過失責任主義を批判し、債務不履行の事実と帰責事由とを一体としてとらえようとする姿勢を共有している。潮見（二〇一〇年）・前掲注76・一二三頁。
- (157) 潮見佳男「総論——契約責任論の現状と課題」ジュリ一三一八号（二〇〇六年）八一頁。
- (158) 国際化の流れの中で契約法理をとらえなおそうという発想は、潮見の以下の著作でも見られる。潮見佳男『契約法理の現代化』有斐閣（二〇〇四年）二九〇頁以下。
- (159) 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ一三一八号（二〇〇六年）八七頁、同「債務不履行責任における『帰責事由』」法セミ六七九号（二〇一一年）一〇頁。
- (160) 「座談会 債権法の改正に向けて」ジュリ一三〇七号一二〇頁〔山本（敬）発言〕。
- (161) 山本敬三『民法講義Ⅳ（二）』有斐閣（二〇〇五年）一九頁。また、同「契約規制の法理と民法の現代化（二）」（二・六）「民商一四一巻一号一頁以下・同二号一七七頁以下（いずれも二〇〇九年）、同「日本における債務不履行法の変遷と課題——ドイツ法との対比から」小野秀誠ほか編『民法法の現代的課題』商事法務（二〇一二年）四〇五頁以下も参照。
- (162) 山本（二〇〇九年（二）・一〇、三三頁以下、同（二〇〇九年（二）・一七八頁以下・いずれも前掲注161）。
- (163) CISC四五条（一）（b）は、「売主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合に」買主の損害賠償請求を認めている。また、同六一條（一）（b）は「買主が契約又はこの条約に基づく義務を履行しない場合に」売主の損害賠償請求を認めている。ここでは帰責根拠としての過失は要求されない。また、不能概念の否定により、債務不履行の三分体系は否定され契約責任は一元化される。この他、瑕疵担保責任や危険負担といった制度もCISCにおいては存在しない。この点につき、参照：曾野裕夫「ウィーン売買条約（CISC）における瑕疵担保責任の不存在とその理由」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』日本評論社（二〇〇九年）一一七頁以下。
- (164) 内田（二〇〇九年）・前掲注140・八二頁以下。

(165) 同八四頁。基本方針【3.1.6】は「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」とのミ端的に書いており、帰責事由についての言及は一切なかった。

(166) 加藤（二〇一一年）前掲注5・六七頁。また、加藤は法制審議会による債権法改正の問題点を指摘したうえで、自ら「国民有志案」を提案している。同『迫りつつある債権法改正』信山社（二〇一五年）。

(167) 吉田（二〇一〇年）前掲注5・七六頁、同『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」』有斐閣（二〇一一年）三八五頁以下も参照。

第五節 二〇一七年債権法改正とその評価

このように、近時の議論においては、過失責任主義から脱却し、債務不履行責任の要件を本旨不履行及び帰責事由（過失）とするのではなく、契約の拘束力そのものに求めることが主張されてきた。ここでは、契約責任を論じるにあたり、債権・債務の発生原因である個別・具体的な「契約」から説き起こして問題がとらえられるようになったといえる。当該債務が「契約」に基づいて生じたものであることや、当該債務を発生させた「契約」の内容が、債務不履行の問題を処理するための法理論にどのような影響を与えるかという点に関心が向けられる。このような考え方は、二〇一七年債権法改正に大きな影響を与えることとなった。

以下では、特に損害賠償に関する諸規定に関する改正作業を振り返るとともに、改正後債権法に対する評価を概観する。⁽¹⁶⁸⁾

一 債権法改正作業の過程

わが国の民法典は制定後百年を超え、その間に大きな時代の変化、社会の進展をみた。こうした背景に対し、民法典の規定内容との齟齬が拡大したこと、また、取引法改正の世界的潮流に対応することを目的として、二〇〇九年から法制審議会民法（債権関係）部会が民法改正に向けての議論を開始した。⁽¹⁶⁾その後、二〇一一年には「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」が、二〇一三年には「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」が公表された。それからも法制審議会での審議が進み、パブリック・コメントの手続きを経たうえで、二〇一四年に「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」が決定された。最終的に法制審議会は、二〇一五年に「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」を決定したうえ、同年二月二四日開催の第一七四回会議において、原案通りの内容で「民法（債権関係）の改正に関する要綱」を採択した。

法制審議会の要綱に基づき、法務省において「民法の一部を改正する法律案」、「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案」が立案され、二〇一五年三月三十一日の第一八九回国会に提出された。⁽¹⁷⁾その後、両法律案は、二〇一六年一月一六日の一九二回国会において審理が開始され、二〇一七年五月二六日に成立⁽¹⁸⁾、二〇二〇年四月一日から施行された。

二 民法（債権関係）改正法案における損害賠償に関する諸規定

二一 民法四一五条改正法案

二〇一七年債権法改正作業において、債務不履行に基づく損害賠償責任の要件論については、「過失責任の原則」を基礎とする伝統的学説の立場から、帰責の正当化根拠を「契約の拘束力」によって基礎づける最近の学説の考え方に転

換するものであると説かれる。⁽¹⁷⁾

この提案の考え方は「債務者が契約によりいかなる債務を負担したのかを確定した上で、次に、どのような事態について債務者が損失の負担をしないでよいのかを契約内容に即して判断し、債務者の『責めに帰すべき事由』の有無を評価しようとしている従前の実務の処理方法を明確にすることこそあれ、これと矛盾するものではない」とも説明されている。⁽¹⁸⁾

この他、「現行実務は、債務不履行責任の判断作業として、（i）契約等の債務発生原因の分析等に基づき債務の内容を確定し、（ii）その債務の不履行事実を確定し、（iii）債務者に帰責事由がないという抗弁が成立するかを確定するという三段階の作業を行っている」とされる⁽¹⁹⁾が、契約の拘束力に根拠を求める考え方も、「このような判断構造の変更を意図するものではないとされている」とし、「いずれの考え方も、実務におけるこのような判断構造を維持した上で、上記（iii）における抗弁事由の具体的な在り方を問題としている点で共通するとされている」と指摘されている。⁽²⁰⁾

基本方針【31.162】「債務不履行を理由とする損害賠償」は「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」と規定する。そのうえで、【31.163】「損害賠償の免責事由」として、「（一）契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債権者は【31.162】の損害賠償責任を負わない。（二）債務者が【31.154】または【31.155】に定められた抗弁権を有しているときには、債権者は【31.162】の損害賠償責任を負わない」とする。

ここでは、当事者が合意に反したことによってただちに損害賠償責任が肯定されること（【31.162】）、そのうえで【31.163】は免責事由として機能することが明確にされている。そして、免責にあたっても、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という表現が用いられ、従来注意義務違反としての過失と分かちがたく結びついて解され

てきた「責めに帰すべき事由」の文言が排されている。基本方針においては、あくまで帰責根拠は当事者の合意から導かれるとの立場が貫かれているといえる。

これに対して、中間試案は「債務不履行による損害賠償とその免責事由」を以下のように規定する。「(一) 債務者がその債務の履行をしないときは、債権者は、債務者に対し、その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ものとする。(二) 契約による債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする。(三) 契約以外による債務の不履行が、その債務が生じた原因その他の事情に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする」。

ここでは、基本方針で用いられていた「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という文言がなくなり、「債務者の責めに帰することのできない事由」という表現が復活している。この点については、「責めに帰すべき事由」という文言を維持して、債務不履行の原因につき債務者がそのリスクを負担すべきだったと評価できるか否かによって免責の可否を判断する旨を示すものであると説明される⁽¹⁶⁾。

ただし、契約に基づく債務については、「当該契約の趣旨に照らして」との文言を付加することで、その基本的な判断基準が契約の趣旨に求められることを示すという⁽¹⁷⁾。ここでは、基本方針に比べて明確ではないものの、帰責根拠をあくまで契約の拘束力に求めるという姿勢は維持されているようである。

基本方針、中間試案を経て、民法四一五条の民法（債権関係）改正法案における改正案は以下の通り規定することとなった。「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」。

ここでは、債務者が免責事由を主張立証して損害賠償を免れることができることが明確にされている。一方で、債務不履行と損害との間に因果関係が認められるならば、その損害を債務者が常に賠償しなければならず、債務者は、抗弁を提出して損害賠償責任を免れることは一切できないという考え方は採用されていない。免責の成否は、不法行為法上の過失の有無の判断とは異なり、個別の契約の文脈に照らし、その趣旨を踏まえて判断されることとなる。⁽¹⁷⁾

二―二 民法四一六条改正法案

損害賠償の範囲に関する民法（債権関係）改正法案四一六条は、一項については改正前民法四一六条と変わらず、二項において以下の通り規定する。⁽¹⁸⁾「特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見すべきであったときは、債権者は、その賠償を請求することができる」。

どの範囲の特別損害の賠償をするべきであるかに関して、改正前民法が「当事者がその事情を予見し、又は予見することができたとき」とするのに対し、「当事者がその事情を予見すべきであったとき」と改められている点が最大の変更点であろう。⁽¹⁹⁾これは、現行法の規定ぶりに規範として問題があり、予見可能性が自然的な事実に即した判断ではなく、規範的な評価に服するものであることを強調した結果であると説明される。⁽²⁰⁾特別損害に当たるとするために予見すべきであったという規範的な評価をするかどうかは、契約および取引上の社会通念に照らして判断される。債務者が単に知っているとか、告げられていた、というのみで予見可能であるとされるものではないという。

改正前の同条の問題点の改良にあたっては、同条の起草の元となった *Hadley v. Baxendale* 事件が改めて参照され、予見可能性を適切にコントロールすることで認められる損害を確定しようとする考え方が積極的に評価されている。⁽²¹⁾

二―三 民法四一八条改正法案

新しい契約責任論とその後の債権法改正作業において盛んに議論された、契約責任における帰責事由については、民法四一八条に関する議論もかわりが深い⁽¹⁸⁾。というのも、同条は「過失」相殺に関する規定であり、結局は改正後民法四一八条においても「過失」の語が維持されるに至ったためである。

基本方針は、改正前民法の債務不履行における過失相殺の趣旨を、「契約上で債務者に課された債務の履行がないことを理由として債務者に対して帰責されることとなった損害の一部を、損害回避のための合理的措置をとらなかった債権者に対して負担させる」という、損害リスクの債権者への(再)転嫁⁽¹⁹⁾であると理解したうえで、改正作業においてもこの理解を踏襲するとした⁽²⁰⁾。

一方で、改正前民法四一八条を基本的には維持しながらも、債務不履行による損害の発生を抑えないし軽減するため、債権者にどのような行動を求めるかという観点を全面に押し出すと説明されている⁽²¹⁾。「過失相殺そのものについては、一応債権者の側の損害抑止・軽減義務のところで、従来の過失相殺を取り込んだような考え方をと⁽²²⁾」るといい、「それとは別に、免責要件の中でどういう考え方をとるのかという問題はあろう⁽²³⁾」としている。

ここでは、契約の拘束力によって契約責任を肯定し、損害軽減理論によって損害賠償額を調整するという新しい契約責任論の立場の影響がうかがわれる。この立場は、英米法の従来の立場である他、CISGやUNIDROIT国際商事契約原則、PECLが採用してきたものでもあり、国際的潮流の一部であるともいえる。特に、従来日本法では必ずしも明確に論じ分けられていなかった、債権者が債務不履行の発生に寄与したために損害賠償が否定される場面と、債権者が損害軽減義務に反して損害の発生・拡大を招いたために損害賠償が否定される場面とが、区別されようとしている点は意義深い⁽²⁴⁾。

基本方針【3.1.73】は「債権者の損害軽減義務」と題して以下のように規定する。「（一）裁判所は、債務不履行により債権者が被った損害につき、債権者が合理的な措置を講じていればその発生または拡大を防ぐことができる」ときは、損害賠償額を減額することができる。（二）債権者は、債務者に対し、損害の発生または拡大を防止するために要した費用の賠償を、合理的な範囲で請求することができる」。ここでは、「過失相殺」の文言は排され、「損害軽減義務」によって損害賠償額が調整されることが意図されていた。

しかし結局、改正後債権法においては「過失相殺」の文言が残されることになった。損害賠償の範囲に関する改正後民法四一八条は以下の通りである。「債務の不履行又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める」。

ここでは、債権法改正作業において、損害賠償責任や賠償額の決定にあたって従来の過失責任主義を採用しないことが強く指向されながらも、最終的には「過失」相殺の規定が残った点に注目すべきである。この点につき潮見は、「過失」「過失相殺」という用語法を維持したのは、過失相殺の制度の意味に関して——不法行為における過失相殺の制度も含めて——多種多様な理解があるところ、今回の改正によってその理解に影響を及ぼすことになるかもしれない態度決定をすることを避けたと説明している⁽¹⁸⁾。

三 改正後債権法における契約責任法理の評価

三―一 新しい契約責任論の取込み

債権法改正は二〇一七年に成立後、二〇二〇年四月に施行され、その改正前後の変更点や実務への影響について現時点までに一定の議論の蓄積が見られるところである。

現代の契約法学において契約責任の帰責根拠を「契約の拘束力」に求める見解が有力となった過程は上述した通りであるが、この新しい契約責任論が改正において取り込まれた点については積極的に評価されているようである。

松尾は、「契約の拘束力」をめぐる近時の議論について、シビル・ロー的契約法理とコモン・ロー的契約法理とのいずれに軸足を置くかという議論であると指摘し、以下のように整理する。⁽¹⁸⁾曰く、シビル・ロー的契約法理とは、個々具體的な当事者の合意ないし意思から抽象化され、一般化された債務者の故意・過失ないし過責を中心とする帰責事由に契約責任の根拠を求める考え方であり、日本法の伝統的な帰責事由主義はこれにあたる。これに対し、個々の契約の文言に現れた当事者の合意ないし意思、すなわち、契約で当事者が約束したことないし引き受けたことそのものを契約責任の根拠とする考え方を、コモン・ローの契約法理である契約責任主義と呼ぶ。

帰責事由主義によれば、債務不履行を理由とする損害賠償請求等に帰責事由を要するが、債務者の帰責事由によらない後発的不能の場合は債務の当然消滅を認める。その結果、債務者は自己の債務を逃れるために契約を解除する必要があるが、双務契約の反対給付請求の可否に関し、危険負担ルールを必要とする。債務者の帰責事由によらない原始的不能の場合も債務は存在しないため、瑕疵担保責任に関するルールが必要になる。⁽¹⁹⁾

一方、契約責任主義は、瑕疵も契約不履行に包含し、債務者の帰責事由を問わずに履行請求、損害賠償請求、解除に関するルールを適用する。債務者に帰責事由のない履行不能の債務も契約が解除されない限り存続するから、解除制度が危険負担の領域をカバーすることになる。⁽²⁰⁾

小粥は、債権法改正作業にあたって新しい契約責任論が取り込まれることについて、当初は新理論が十分に浸透していないことを指摘しながらも、積極的に評価した。⁽²¹⁾曰く、改正作業にあたっては帰責事由論固有の領域を超えて、様々な事柄との関係の中で新理論の内容、意義と課題等が検討されている。それによれば、新理論には、伝統理論（過失責

任の原則）を破壊する相における強さと同時に再構築する相における弱さがあり、あるいは議論の実益が見えにくいとの印象を与えるという。⁽¹⁹²⁾

一方で小粥は、新理論は少なくとも、結果債務類型において伝統理論が擬制的な過失判断によって帰責事由を認めたところを契約内容——不履行があれば免責事由のない限り帰責事由がある——から合理的に説明することを可能とし、手段債務類型においても判例・学説における不履行判断と帰責事由判断との一致の減少に理論的な説明を与えているという。⁽¹⁹³⁾ この点において、裁判官が行ってきた法的処理と価値判断およびその理由付けそのものを対象として客観的に分析し、法的処理の性質の差異を明らかに析出するとともにその価値判断を導く因子と理由付けとを論理的に整合的命題として構成して判決行動の客観的科学的認識を可能ならしめる概念ないし論理を提供する「理論」としては、伝統的理論に勝ると評価している。⁽¹⁹⁴⁾

もつとも、改正後債権法について「過失責任の原則」が放棄されたとみることはただちにはできないとの指摘がある。⁽¹⁹⁵⁾ 改正後民法四一五条は、契約責任の免責事由の有無が「契約……及び取引上の社会通念に照らして」判断されるとしている。これにより、債務者は契約とは切り離れた客観的な注意義務違反がない限り損害賠償責任を負わないとする考え方は少なくとも否定されたといえる。免責されるか否かは債務者が契約上どのような義務を負っていたかによって判断されることになり、その判断にあたって、債務者の行為態様の評価が問題とならないわけではない。⁽¹⁹⁶⁾ このような判断構造をもって「過失責任の原則」の否定と見るか否かは、結局、同原則ひいては「過失」概念をいかに理解するかによることになる。⁽¹⁹⁷⁾

三―二 帰責事由と「取引上の社会通念」の意味

契約責任の帰責根拠を「契約の拘束力」に求め、契約に違反したことそのものが帰責性を生じさせるという一見シンブルな構造を指向した債権法改正であるが、最終的には、改正後民法四一五条は「債務者の責めに帰することのできない事由」という文言を維持している。この帰責事由に関しては、改正により「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」との修飾句が加えられた。

すなわち、契約に基づいて生じた債務の不履行の場合の免責事由については、「契約」とともに「取引上の社会通念」という基準が用いられることになる。このうち前者は、基本方針においては「契約において債務者が引き受けていなかった事由」、中間試案においては「当該契約の趣旨に照らして」と表現されていたものと同じ趣旨であろう。一方で、後者の「取引上の社会通念」の意味、及び両者の関係は文言から明確であるとはいえず、その理解が問題となる。⁽¹⁹⁸⁾

この点、「取引上の社会通念」という修飾句が入れられたということは、当然、契約責任の有無の判定をすべて当初契約に求めるべきとする考え方は否定される。「取引上の社会通念」という表現は、契約違反の場合の免責事由たる「債務者の責めに帰することができない事由」が契約当事者の主観的意思のみによって定まるのではなく、当該契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他の事情をも考慮して定まることがあり得ることを示すためのものであると説明される。⁽¹⁹⁹⁾

「取引上の社会通念」と「契約（及びその他の債務の発生原因）」との関係については、並列で記されているが、前者を抜きにして後者の基準のみから判断されることを意味するものではないと説明されている。⁽²⁰⁰⁾ すなわち、「取引上の社会通念」が契約を離れて独立の判断基準となるわけではない。契約から契約内容（契約規範の内容）を導くことができる。ときには、これを「取引上の社会通念」で上書き・修正することを容認する意図はないとされる。⁽²⁰¹⁾

このような説明からすると、改正後債権法はあくまで当事者の明示的な当初契約に軸足を置き、これを補充する形で

「取引上の社会通念」概念を用いることを指向しているようである。とはいえ、条文の文言上はあくまで両者が「及び」で並置されていることからすると、このような理解は当然のものとはいえない。山野目は、免責事由とは、当該個別の当事者の意図と共にその種類の契約に係る一般の観念も参酌して見定められるものであるから、免責の成否の考慮事由には取引上の社会通念ということも掲げられるとする。そのうえで、一般の意識を背景にしながらさらに当該当該契約の個別性と向き合う思考が、免責事由の存否の判断に他ならないという。⁽²⁰²⁾

松尾は、改正後債権法の立法趣旨からすれば、契約において債務者の帰責不能自由としての免責事由を明示的に排除していたり、免責事由を限定列举していたときは、それらに加えて「取引上の社会通念」によって帰責不能事由を追加的に判断することは難しくなつたと解する。⁽²⁰³⁾これに対し、契約において免責事由が明示的に定められていないような場合は、「取引上の社会通念」により帰責不能自由が補充される余地がある。実際には、個々の具体的な契約の定めがいずれに当たるか判断が困難なことが予想され、改正後民法四一五条の位置づけについてはなお解釈の余地が残されているという。⁽²⁰⁴⁾

結局、契約責任は、当事者の合意に明示的に表れる契約内容に限らず、契約をめぐる一切の事情や取引通念を考慮しつつ判断されることになる。この判断の過程においては規範的要素が介入することは必須であり、それは「取引上の社会通念」概念を通して反映されることになる予想される。従って、今後はとりわけ「取引上の社会通念」概念の定義の明確化の中で、契約責任決定規範の実態が問われることになる。⁽²⁰⁵⁾

三―三 実務への影響

契約を当事者の合意に基づいて理解し、帰責根拠を契約の拘束力に求める立場は、債権法改正の当初の議論において

は明確に意図されていたように思われる。しかし改正後民法四一五条においては、帰責根拠が当事者の合意違反のみに求められるわけではなく、「取引上の社会通念」による規範的判断が行われる余地があることは明らかであろう。問題は、具体的事案において「取引上の社会通念」概念がどのように解釈されるかであり、この解釈によって、従来の債務不履行責任における帰責事由主義が維持されるか否かが決することになる。

改正後債権法は二〇二〇年四月に施行され、現時点においてはその下での判例の立場が明らかになったとは言い難い。しかしながら、学説レベルにおいては、帰責事由のとらえ方に関する実務への影響を研究するものが見られる。

例えば、取引実務上、「取引上の社会通念」の基準時を契約締結時とみるか、不履行が生じた段階とみるかが問題となり得る。⁽²⁶⁾ 前提として、当事者は契約時の取引上の社会通念を前提に合意するのであり、この社会通念が契約内容確定にあたっての手がかりとなる。その上で、「契約の趣旨」に尽きない、すなわち契約解釈によつては取り込むことのできないものも考慮し得るとすれば、履行段階における信義則などが入り込む余地がある。⁽²⁷⁾

また、改正後民法四一五条の免責事由との関係で、会社法四二三条一項の役員等の任務懈怠責任要件への影響が検討されている。⁽²⁸⁾ 会社法四二三条一項においては、任務懈怠と過失とが別要件とされており、これは債務不履行による損害賠償責任につき過失責任主義をとる伝統的民法学説を同条に妥当させたものと考えられている。そのため、改正後民法四一五条の解釈によつては、会社法四二三条一においても取締役の故意または過失が要件とされないとの解釈につながりうるという。⁽²⁹⁾

(168) 債権法改正の基本方針に対するコメントとして、内田(二〇〇九年)・前掲注140、また、中間試案に対するコメントとし

て、同『民法改正のいま——中間試案ガイド』商事法務（二〇一三年）、森田（二〇一三年）・前掲注133がある。改正法案の概要を紹介、考察するものとして、潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』きんざい（二〇一五年）、石崎泰雄『新民法典成立への扉——法制審議会の議論から改正法案へ』信山社（二〇一六年）、改正法案の問題点を指摘するものとして、加賀山茂『民法改正案の評価——債権関係法案の問題点と解決策』信山社（二〇一五年）等がある。要綱仮案について債権法改正のポイントをまとめたものとしては、山野目章夫『新しい債権法を読みとく』商事法務（二〇一七年、初出二〇一四年）がある。

(169) 商事法務（二〇一一年）・前掲注6・一〇頁。

(170) 内閣提出法律案第六三号及び六四号。

(171) 「民法の一部を改正する法律（平成二十九年法律第四四号）」同年六月二日公布。

(172) 民法（債権法）改正検討委員会（二〇〇九年）・前掲注4・二四四、二四六～二四七頁。

(173) 同二四五、二五四頁。

(174) 商事法務（二〇一一年）・前掲注6・四三八～四三九頁（部会資料五—二「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（一）（詳細版）」）。

(175) 『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』商事法務（二〇一三年）一一一頁。

(176) 同上。

(177) この点は、契約責任法理において不法行為法の過失と同じ判断手法を用いることは適切でないとの潮見による指摘の影響が見られる。潮見（二〇一〇年）・前掲注76・八九～九四頁。

(178) 債権法改正における損害賠償の範囲に関する議論を扱ったものとして、石崎泰雄「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」都法五三卷二号（二〇一三年）四七頁以下。また、同（二〇一六年）・前掲注168・五七頁以下も参照。

(179) 特別損害の概念に対し、通常損害の概念が従来通り用いられていることについて、潮見は以下のように説明する。通常損害と特別損害を区別しないで、契約および取引上の社会通念に照らし、賠償すべきものは賠償し、賠償する必要がないものは賠償しないということではないかという議論もあるかもしれない。実質はそうであるとして、そのように

規範を表現し、契約の解釈一本でゆこうとすると、やや実務に負荷を課す恐れが気になる。賠償すべき損害であることに
ついて特に説明を要しない種類のものと、特段の説明とそれを支える立証があつてはじめて賠償が得られるものと、二つ
の形態があるという仕方では規範を提示しておくことで、安定感のある運用が期待されるとも見られる。潮見（二〇一五年・
前掲注168・六二頁）。

(180) 同上。

(181) 内田（二〇一三年）・前掲注168・一二五頁。

(182) 債権法改正における過失相殺制度について論じるものとして、参照、道垣内弘人「債務不履行における過失相殺——債
務不履行法改正との関係において」法曹六五巻一号（二〇一三年）一頁以下。また、特に損害軽減義務について論じるも
のとして、参照、長谷川（二〇一一年）・前掲注58、岡林伸幸「損害拡大防止義務」田井義信編『民法学の現在と近未来』
法律文化社（二〇一二年）一二三頁以下。

(183) 民法（債権法）改正検討委員会（二〇〇九年）・前掲注4・一四三頁、二八四―二八五頁。

(184) 民法（債権法）改正検討委員会全体会議第二回議事録二七頁。

(185) 同三〇頁。

(186) 英米法やCISG、UNIDROIT国際商事契約原則、PECL²¹は、両者は理論的には区別されている。

(187) 潮見（二〇一五年）・前掲注168・六四頁。

(188) 松尾（二〇一二年）・前掲注5・一八頁。

(189) 同上。

(190) 同上。

(191) 小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ一三一八号（二〇〇六年）一一七頁。

(192) 同上。

(193) 同上。

(194) 平井（一九七一年）・前掲注349・一七頁。

(195) 小川浩三「幾度もサヴィニーの名を——法学と法典」法時八二巻十号（二〇一〇年）二六―二七頁。

- (196) また、債務不履行がある以上、債務者の免責は認められないとの考え方が採用されたわけでもない。その意味で、改正後債権法においていわゆる「厳格責任」ないし「無過失責任」になったと考えることは相当でないとの指摘がある。潮見佳男「債権法改正と『債務不履行の帰責事由』」曹時六八卷三三三号（二〇一六年）六三五頁以下。中田裕康ほか『講義債権法改正』商事法務（二〇一七年）八九頁以下（道垣内弘人執筆部分）、潮見佳男ほか編『詳解改正民法』商事法務（二〇一八年）一五〇～一五一頁〔荻野奈緒執筆部分〕も参照。
- (197) 小川（二〇一〇年）・前掲注195・二六～二七頁。
- (198) なお、改正債権法の下での債務不履行の免責事由に関して、改正後民法四一九条三項の「不可抗力」との関係も問題になると指摘されている。免責事由の有無は契約の趣旨に照らして判断されるところ、不可抗力概念を人の支配の及ばない外的事象と解するのであれば、これを免責事由と同視することはできなくなる。潮見ほか（二〇一八年）・前掲注196・一五三頁〔荻野奈緒執筆部分〕。
- (199) 松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』法律文化社（二〇二〇年）二二三頁〔潮見佳男執筆部分〕。
- (200) 潮見（二〇一五年）・前掲注168・六〇頁、同『民法（債権関係）改正法の概要』きんざい（二〇一七年）六七～六八頁。
- (201) 松岡ほか編（二〇二〇年）前掲注199・二二三～二三四頁〔潮見佳男執筆部分〕。
- (202) 山野目（二〇一七年）・前掲注168・八九～九〇頁。その他、平野裕之『新債権法の論点と解釈』慶応義塾大学出版会（二〇一九年）、大村敦志『民法読解 旧民法財産編（一）人権』有斐閣（二〇二〇年）も参照。
- (203) 松尾弘「債権法改正を読む——改正論から学ぶ新民法」慶応義塾大学出版会（二〇一七年）七五～七六頁。
- (204) 同七六頁。なお松尾は、従来の帰責事由主義は一般市民の契約意識にも法実務にも定着しており、慎重な検討が必要であつたにも関わらず、国会での実質的な議論なしに法案が通過したと指摘している。
- (205) この点、参照、森田修「債権法改正」の文脈——新旧両規定の架橋のために」有斐閣（二〇二〇年）三三三頁以下。
- (206) 道垣内弘人ほか編『債権法改正と実務上の課題』有斐閣（二〇一九年）五八～五九頁〔沖野発言〕。
- (207) 同上。この点、実務的な感覚では、補充的契約解釈においては、契約締結時に遡って当事者がどのような合意をしていたかより、今あるべき合意は何かが基準となるとの指摘がある。
- (208) 鎌田薫ほか『重要論点実務民法（債権関係）改正』商事法務（二〇一九年）二六二頁以下〔篠原孝典執筆部分〕。

(209) 同二六四頁。ここでは、民法四一五条にかかわる債権法改正の趣旨が、従来の裁判実務の枠組みの明確化に過ぎず、従って会社法の解釈に影響を与えるものではないとの見解が示されている。しかしながら、改正民法四一五条が従来の帰責事由主義を実質的に変更するものであるか否かはまだ結論を見ていない。

第六節 小括

周知の通り、わが国の契約法は伝統的に過失責任主義であるとされてきた。改正前民法四一五条は(i)債務者が債務の本旨に従った履行をせず、(ii)債務者に故意・過失または信義則上これと同視すべき事由があった場合に、債務者に損害賠償責任を認めるものと解されてきた。しかしこのような考え方は、一九世紀のドイツ法学の思想を反映したものであり、民法の起草過程からは必ずしも導かれなかつた指摘がかねてよりなされてきたところである。

そこで、ドイツ法学説継受への反省、母法であるフランス民法の検討を通じ、債務不履行の三分体系が否定され一元的にとらえられるようになるとともに、契約責任を「契約に基づく責任」としてとらえる立場が展開されてきた。これは、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力そのものから導き、従来の過失責任主義を放棄しようとするものである。このような新しい契約責任論は、英米法の従来の立場である他、CISGやUNIDROIT国際商事契約原則、PECLが採用してきたものでもあり、国際的潮流の一部であると評価される。

この点、本稿が指摘するように、債務者が合意に反したことをもって契約責任を肯定し、債務者に理由のない損害については別に免責する規定を設けるCISGの立場は、そもそもわが国の民法の起草当時の意図と親和的なものであるといえる。特に、改正前民法四一五条と四一八条の関係について見ると、損害賠償責任は債務者の過失を要せず認められ

ており、これに対して、債務者側に理由のない不履行や、債権者側の理由による不履行の場合に対応する必要があることから、同四一八条が設けられたようである。これは、CISG四五条ないし六一条と、同八〇条との関係に類似しているといえる。

二〇一七年債権法改正においても、新しい契約責任論の主張が色濃くあらわれている。とはいえ、最終的に成立した改正後債権法においては、新しい契約責任論の立場が貫徹されているとは必ずしも言えないようである。例えば、民法四一五条の改正について、基本方針は「過失」や「帰責事由」概念を排除し、免責事由は「契約において債務者が引き受けていなかった事由」であるとして、帰責根拠は当事者の合意からのみ導かれることを明確にしていた。しかし最終的には免責事由について「債務者の責めに帰することができない事由」の語が維持され、それは「契約その他の債務の発生原因」とともに「取引上の社会通念」によって判断されるという。二つの判断基準の関係は必ずしも明確でない。また、民法四一八条については、結局「過失相殺」という文言は維持されることとなったものの、英米法やCISG等の損害軽減理論を参照した経緯がうかがわれる。

いずれにせよ、二〇一七年債権法改正において従来の意味での過失責任主義が放棄されることは明らかとなった。しかし、帰責根拠を契約の拘束力に求める枠組みを受け入れたとしても、契約責任の決定にあたって規範的ないし介入的な判断が行われる余地はなお認められよう。そこで以下では、これまで実際の裁判例において明示的な義務違反にとどまらない契約両当事者の帰責根拠がいかに判断されてきたか分析することで、改正債権法の下で「取引上の社会通念」概念を通じて現れると予想される契約責任決定規範の検討の手がかりとする。

（未完）

【付記】

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一七年三月二三日授与）「契約責任の帰責根拠としての fault の役割——アメリカ契約法における fault の発見を端緒として——」を修正・加筆したものである。なお、本稿の執筆にあたっては、JSPS 科研費15J00526の助成を受けた。