

## 債務不履行における過失責任の原則について

田中, 教雄  
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/19931>

---

出版情報 : 法政研究. 78 (1), pp.168-140, 2011-07-29. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :

## 債務不履行における過失責任の原則について

田 中 教 雄

### 1 問題の確認

#### (1) 債務不履行による損害賠償と帰責事由

債務不履行による損害賠償について、民法415条は次のように定めている。

(債務不履行による損害賠償)

民法第415条 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。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。

履行をすることができなくなった場合について、「債務者の責めに帰すべき事由」(以下「帰責事由」ということがある)が要件として明示されているものの、債務不履行一般については、明示されていない。しかし、伝統的な通説・判例によれば、履行不能の場合に限らず、履行遅滞や不完全履行の場合を含む債務不履行による損害賠償責任に、帰責事由が必要であるとされている<sup>(1)</sup>。この帰責事由は、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であるとされ、<sup>(2)</sup>過失とは、債務者の職業、その属する社会的・経済的な地位などにある者として一般に要求される程度

<sup>(1)</sup> 内田貴『民法III〔第三版〕債権総論・担保物権』(東京大学出版会、2005年)140頁、我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、1964年)100頁、105頁(履行遅滞)、145頁(履行不能)、153頁(不完全履行)。

<sup>(2)</sup> 我妻・前掲注(1)105頁。同視すべき事由を含む点で、厳格な過失主義が緩和されており、故意・過失より広い概念であるとされる。

の注意（「善良なる管理者の注意」）を欠いたために、債務不履行を生ずべきことを認識しないこと、とされる。<sup>(3)</sup>

## (2) 法制審議会民法（債権関係）部会における検討

この民法415条が規定する「債務者の責めに帰すべき事由」について、法制審議会民法（債権関係）部会第3回会議（平成22年1月26日開催）に提出された部会資料「5-1 民法（債権関係）の改正に関する検討事項(1)」では、「第2 債務不履行による損害賠償」の「3 『債務者の責めに帰すべき事由』について（民法第415条後段）」において、次のように述べられている（同資料5頁）<sup>(4)</sup>。

### (2) 「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方

「債務者の責めに帰すべき事由」（民法第415条）の意味は、条文上、必ずしも明らかではない。そのため、この意味については、学説上、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義に求めるか否かという点に関連して、争われている。債権債務関係の最も基本的なルールの一つを定める規定の意味が不明確であることは望ましくないとして条文の文言等を再考すべきという考え方もあるが、このような点を踏まえ、「債務者の責めに帰すべき事由」の規定の在り方について、どのように考えるか。

その「詳細版」（部会資料5-2）では、<sup>(5)</sup>（補足説明）として、次のように述べられている（同資料28頁以下）。少し長くなるが、本稿に特に関係する部分を紹介したい。

#### （補足説明）

##### 1 債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠

「債務者の責めに帰すべき事由」（民法第415条）の意味は、学説上、以下のよ

<sup>(3)</sup> 我妻・前掲注(1)106頁。「善良な管理者の注意」とは、ドイツ民法にいう“im Verkehr erforderliche Sorgfalt”（取引上必要とされる注意）と同じであるとされる（同書26頁）。後述(2)(1)、ドイツ民法276条参照。

<sup>(4)</sup> <http://www.moj.go.jp/content/000023321.pdf>

<sup>(5)</sup> <http://www.moj.go.jp/content/000059836.pdf>（平成22年12月17日訂正）

うに、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義に求めるか否かという点に関連して争われている。

[A案] 過失責任主義に根拠を求める考え方

現行民法下の伝統的理解である。この立場は、債務者の故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由がない場合に損害賠償責任を認めたのでは、債務者の行動の自由を保障できないと考えるものである。

この立場に対しては、近時、自らの意思により契約を締結したという点に着目する立場から、私的自治の原則の下、自らの意思により契約を締結した当事者はその契約内容に行動が拘束されるのであるから、その当事者間に行動の自由を前提とする過失責任主義は妥当しないという理論上の問題点や、裁判実務上も「債務者の責めに帰すべき事由」が過失責任主義を根拠とした要件としては機能していないという問題点が指摘されている（判例の分析については後記（補足説明）2参照）。

[B案] 契約の拘束力に根拠を求める考え方

債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義に求めず、自らの意思により契約を締結したことによる契約の拘束力に求める考え方である。この考え方は、自らの意思によって契約を締結したことにより引き受けた結果については、その意思決定主体がその実現について責任を負うのが私的自治の原則に適合するのであって、その結果を実現できなかったという契約違反（債務不履行）の存在こそが損害賠償責任の根拠であるとし、例外的に、契約上のリスク分配の枠外にある外在的な障害に基づく損害についてのみ、債務者の免責が認められるべきとするものである。この考え方は、契約上のリスク分配を重視するが、その分配は必ずしも契約において明示的にされている必要はなく、契約に関する諸事情を総合勘案した上で、契約上いずれの当事者のリスクとして分配されていたと評価すべきか、という観点から判断するものである。

なお、現行実務は、債務不履行責任の判断作業として、①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、②その債務の不履行事実を確定し、③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3段階の

作業を行っているとされるが、上記 [A案] [B案] とも、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。すなわち、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③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。

## 2 判例の分析

「債務者の責めに帰すべき事由」の裁判例については、様々な分析研究が蓄積している。このうち、「債務者の責めに帰すべき事由」がないと認めた判例については、以下のような分析がされている（中田裕康「債権総論」岩波書店124頁以下参照）。

① 帰責事由がないと認めた最上級審裁判例は、次のとおりである。

- i) 売買契約後に目的物の取引を禁止する法律が公布された場合（大判明治39年10月29日民録12輯1358頁〔傍論〕）
- ii) 米穀取引所仲買人が委託者の注文に応じて定期米の買埋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6年5月23日民録23輯896頁）
- iii) 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16年9月9日民集20巻1137頁〔傍論〕）
- iv) 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11年3月7日民集15巻376頁）
- v) 患者に胆のう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7年4月25日民集49巻4号1163頁）
- vi) 他人の権利の売主が他人から権利を取得して買主に移転できなかった場合において、他人が売主に不可抗力で引き渡せなかった場合（大判大正13年3月14日新聞2247号22頁）
- vii) 他人の権利の売主が他人から権利を取得して買主に移転できなかった場合において、買主が他人に対して直接請求できる関係にあった場合（大判大正10年11月22日民録27輯1978頁）

② これらの判例を整理すると次のようになる。

事実としての不履行の原因が、

- I 不可抗力、債権者又は第三者の行為による場合、帰責事由がないとされた例があり、
- II 債務者側にある場合、抽象的には債務者の故意・過失に言及するものがあるが、具体的には債務者のなすべきこと（債務の内容）と帰責事由の有無が一体的に判断されているようである。

以上が第3回会議に提出された部会資料であるが、約1年に及ぶ審議を経た後の「中間的な論点整理」<sup>(6)</sup>では、次のようにされている。

(2) 「債務者の責めに帰すべき事由」の意味・規定の在り方

「債務者の責めに帰すべき事由」の意味は、条文上必ずしも明らかではないが、伝統的には、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義(故意・過失がない場合には責任を負わないとする考え方)に求め、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味を、故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由と解する見解が通説とされてきた。これに対し、判例は、必ずしもこのような帰責根拠・判断基準を採用しているわけではなく、また、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味を、契約から切り離された債務者の不注意と解しているわけでもないという理解が示されている。このような立場から、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味も、帰責根拠を契約の拘束力に求めることを前提として検討すべきであるとの見解が提示された。他方で、帰責根拠を契約の拘束力のみを求めることについては、それが取引実務に与える悪影響を懸念する意見もあった。

<sup>(6)</sup> 法制審議会民法（債権関係）部会第26回会議（平成23年4月12日開催）で決定された「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」8頁（<http://www.moj.go.jp/content/000074989.pdf>（平成23年6月3日補訂））。これは、第21回会議（平成23年1月11日開催）に提出された資料「21民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理のたたき台(1)」3-4頁（<http://www.moj.go.jp/content/000062563.pdf>）および第25回会議（平成23年3月8日開催）に提出された資料「25民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理のたたき台(1)(2)【改訂版】」5頁（<http://www.moj.go.jp/content/000071261.pdf>）をめぐる議論を経て決定されたものである。第21回会議議事録17頁以下（<http://www.moj.go.jp/content/000069691.pdf>）および第25回会議議事録2頁以下および4頁（<http://www.moj.go.jp/content/000073172.pdf>）ならびに「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」（平成23年6月3日補訂）（<http://www.moj.go.jp/content/000074988.pdf>）26頁以下参照。

これに対しては、ここでいう「契約」が、契約書の記載内容を意味するのではなく、当事者間の合意内容を、当該合意に関する諸事情を考慮して規範的に評価することにより導かれるものであるとの指摘があった。

以上の議論を踏まえ、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を契約の拘束力に求めることが妥当かという点や、仮に帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合には、損害賠償責任からの免責の処理はどのようにされることが適切かという点について、判例の立場との整合性、取引実務に与える影響、債務の種類による差異の有無等に留意しつつ、更に検討してはどうか。

その上で、「債務者の責めに帰すべき事由」という文言については、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠との関係で、この文言をどのように理解すべきかという検討を踏まえ、他の文言に置き換える必要があるかどうか、また、それが適切かどうかという観点から、更に検討してはどうか。その際、文言の変更が取引実務や裁判実務に与える影響、民法における法定債権の規定に与える影響、その他の法令の規定に与える影響等に留意しながら、検討してはどうか。

【部会資料5-2第2、3(2) [28頁]】

### (3) 民法（債権法）改正検討委員会による「債権法改正の基本方針」

部会資料5-2（詳細版）で紹介されている「〔B案〕契約の拘束力に根拠を求める考え方」は、民法（債権法）改正検討委員会による「債権法改正の基本方針」（以下「基本方針」という）において示されたものであり、損害賠償の免責事由について次のような提案をしている。<sup>(7)</sup>

<sup>(7)</sup> 民法（債権法）改正検討委員会編『別冊NBL 債権法改正の基本方針』（以下「基本方針」として引用する）（商事法務、2009年）136頁、同委員会編『詳解・債権法改正の基本方針II』（以下『詳解・基本方針II』として引用する）（商事法務、2009年）242頁以下。ちなみに、民法改正研究会（代表・加藤雅信）編『民法改正 国民・法曹・学界有志案』（法律時報増刊・日本評論社、2009年）162頁では、現行法の415条について、次のような提案がされている。

342条 債務不履行による損害賠償

債務者がその債務の本旨に従った履行をしない（以下「債務不履行」という。）ときは、債権者は、債務者に対し、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、債務不履行が債務者の責めに帰すべき事由によるものでないときは、この限りでない。

## 【3.1.1.62】（債務不履行を理由とする損害賠償）

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。

## 【3.1.1.63】（損害賠償の免責事由）

<1> 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、債務者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。

<2> 債務者が【3.1.1.54】または【3.1.1.55】に定められた抗弁権を有しているときには、債務者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。<sup>(8)</sup>

ここでは、民法415条の「債務者の責めに帰すべき事由」に代えて、免責事由として「契約において債務者が引き受けていなかった事由」が提案されている。それは、次のような考え方に立脚しているとされている。<sup>(9)</sup>

債務者は、契約により、債権者に対し債務を負担している（契約の拘束力。ここには、【3.1.1.03】（債権債務関係と信義則）<1><3>から帰結される信義則上の義務も含まれる）。ここで、債務者が契約に基づいて負担した債務を履行しなかったとき（債務不履行）、債務者は債権者に対して損害賠償責任を負う（【3.1.1.62】（債務不履行を理由とする損害賠償））。もっとも、債務不履行をもたらした事態（不履行原因）が契約において想定されず、かつ、想定されるべきものでなかったときには、債務不履行による損害を債務者に負担させることは、契約の拘束力から正当化できない。契約のもとで想定されず、かつ、想定されるべきものでなかった事態から生じるリスクは、当該契約により債務者に分配されていないため、このような損害を債務者に負担させることは契約の拘束力をもってしては正当化できないからである。それゆえ、本提案<1>では、当該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場合に、債務者は損害賠償責任を負わない（免責される）ものとした。

<sup>(8)</sup> 【3.1.1.54】は同時履行の抗弁権についての、【3.1.1.55】は不安の抗弁権についての規定である。

<sup>(9)</sup> 『基本方針』137頁、『詳解・基本方針Ⅱ』244頁（247頁、249頁も参照）。



以上の引用部分に続く部分では、「責めに帰すべき事由」という表現を避けたのは、「責めに帰すべき事由」という概念が、学理上、行為者の行動自由の保障を核としたドイツ型の「過失責任の原則」と結びつけられて論じられたきたことを考慮し、<sup>(10)</sup> 帰責原理面で「過失責任の原則」をとらないことを示すためである、とされている。

過失責任の原則はローマ法に由来し、<sup>(11)</sup> ドイツ民法の影響を受けてわが国に導入されたものであるが、<sup>(12)</sup> それを採用しなかった理由として挙げられているのは、<sup>(13)</sup> 以下のような理論的な問題である。

このように、契約上の債権において債務不履行による損害賠償が問題となる局面では、債務者は契約を締結することによって債権者に対し債務を負担している（規範的拘束を受けている）——契約により、一般的な行動の自由に対する制約を受けている——のであるから、およそ債務者の行動の自由の保障などという帰責の原理が妥当する状況にはない。契約により債務内容を実現することを義務づけられた結果として、その行動の自由に自ずから制約がある債務者について、債務不履行により債権者に生じた損害の帰責を説くにあたり、行動の自由の保障を基礎に据えた「過失責任の原則」を損害帰責の根拠とすることには、理論的に問題がある。

この理論的問題が、部会資料5-2で、[A案] について「この立場に対しては、近時、自らの意思により契約を締結したという点に着目する立場から、私的自治の原則の下、自らの意思により契約を締結した当事者はその契約内容に行動が拘束されるのであるから、その当事者間に行動の自由を前提とする過失責任主義は妥当しないという理論上の問題点や、裁判実務上も『債務者の責めに帰すべき事由』が過失責任主義を根拠とした要件としては機能していないという問題点が指摘されている」とされているものである（同資料29頁）。

---

<sup>(10)</sup> 『基本方針』137頁、『詳解・基本方針II』244頁（250頁も参照）。

<sup>(11)</sup> 潮見佳男『民事過失の帰責構造』（信山社、1995年）111頁以下、122頁以下。

<sup>(12)</sup> 『詳解・基本方針II』246頁、吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣、2003年）12頁以下。

<sup>(13)</sup> 『詳解・基本方針II』247頁。

#### (4) 問題の確認

議論を少し整理しておく必要があるが、争われているのは、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を、過失責任主義（過失責任の原則）に求めるのか、それとも、契約の拘束力に求めるのか、である。いずれの見解も、現行実務が行っている3段階の判断構造を維持するとされており、「基本方針」では、「責めに帰すべき事由」（帰責事由）という概念が、「過失責任の原則」と結びつけられて論じられてきたことを考慮し、帰責原理面で「過失責任の原則」をとらないことを示すために、この表現を避けたとされている。したがって、「基本方針」でも、債務不履行と帰責事由が区別されることが前提となっている<sup>(14)</sup>。そのうえで、帰責根拠を、過失責任の原則ではなく、契約の拘束力に求めようとするものである。

このように、債務不履行責任において過失責任の原則を維持することに疑問が出されているが、わが国が影響を受けたとされるドイツ民法は、2002年の債務法改正にもかかわらず、過失責任の原則を維持している<sup>(15)</sup>。そこで、以下では、まず、ドイツ債務法改正における「過失責任の原則」の取扱いについて確認したうえで、「基本方針」等で指摘された「理論的な問題」やそれに関連する問題について検討することにした。

## 2 ドイツ債務法現代化

### (1) ドイツ債務法改正

債務不履行による損害賠償責任について、ドイツ民法280条1項は次のように規定している。

<sup>(14)</sup> 『詳解・基本方針II』248頁。

<sup>(15)</sup> カール・リーゼンブーバー／渡辺達徳（訳）「債務不履行による損害賠償と過失原理」民法改正研究会（代表 加藤雅信）『民法改正と世界の民法典』（信山社、2009年）243頁。ただし、近時、Holger Sutschet, *Garantiehafung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag*, 2006は、履行利益についての債務者の責任の原則は、過失責任（Verschuldenshaftung）ではなく、保証責任（Garantiehafung）であり、歴史的な考察からしても、債務者は、有責な不履行についてだけ責任があるのではなく、債務として負担した結果を実現するか、あるいは、それに代えて同価値の金銭を給付しなければならないのであり、ドイツ民法典もこのような考え方を基礎にしていたが、2002年改正はこれを誤解したうえで行われた、と主張している。また、Winfried-Thomas Schneider, *Abkehr vom Verschuldensprinzip?*, 2007は、フランス契約法を参考にして、2002年改正後もドイツ契約法において維持されている過失責任主義について考え直すことを提案している。これらの見解を簡単に紹介しているものとして、渡辺達徳「帰責事由」（ミニ・シンポジウム「ドイツ債務法改革の7年」）比較法研究71号（2009年）158頁以下がある。

ドイツ民法280条（義務違反による損害賠償）1項

債務者が債務関係に基づく義務に違反した場合は、債権者はこれによって発生する損害の賠償を要求できる。債務者がその義務違反について帰責されない場合は除かれる。

「義務違反」は、債務者の行為が債務関係に客観的に対応していないことを意味しているだけであり、債務者がそのことに帰責されるかどうかという問題とは区別<sup>(16)</sup>されている（義務違反（Pflichtverletzung）と帰責事由（Vertretenmüssen）の区別）。「義務」には、契約による給付利益以外の債権者の権利や財産を損害から守ることを目的とした（単なる）保護義務（Schutzpflicht）が含まれており（ドイツ民法241条2項<sup>(17)</sup>）、「義務違反」は、債権者が証明しなければならない<sup>(18)</sup>。この「義務違反」と区別される「帰責事由」については、ドイツ民法276条が次のように定めている。

ドイツ民法276条（債務者の有責性）

- (1) 債務者は、より厳格な、あるいは、より緩和された責任が、定められておらず、また、債務関係のそのほかの内容、特に保証あるいは調達危険を引き受けたことから、導かれない場合には、故意と過失について帰責される。827条と828条の規定が準用<sup>(19)</sup>される。
- (2) 取引において必要な注意を怠る者は過失がある。
- (3) 故意による責任を債務者についてあらかじめ免除することはできない。

帰責事由と故意（Vorsatz）・過失（Fahrlässigkeit）との区別が前提にされていると思われるが、原則として故意・過失について帰責され、取引において必要な注意を怠ること（im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lassen）が過失であ

---

<sup>(16)</sup> Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002（以下、Canaris2002として引用する）、2002, S. 672f.; Bundestagsdrucksache（以下、BT-Drucks.として引用する）14/6040, S.135 f.

<sup>(17)</sup> 後述3(3)(c)参照。

<sup>(18)</sup> Canaris2002, S.672; BT-Drucks.14/6040, S.136.

<sup>(19)</sup> ドイツ民法827条は、精神障害等による免責・減責についての規定であり、同法828条は、未成年者の免責・減責についての規定であり、いずれも不法行為責任に関するものである。

るとされている。改正前の規定は、次のようなものであるが、以上の点については変更されていない。

#### ドイツ民法旧276条

債務者は、別の定めがない限り、故意と過失に帰責される。取引において必要な注意を怠る者は過失がある。

故意による責任を債務者についてあらかじめ免除することはできない。

改正に際して、政府草案理由付けは、次のように述べている。<sup>(20)</sup>

帰責事由は、給付障害法の中心的な概念である。債務者が、債務として負担した給付を実現しない、あるいは、それ以外の方法で、契約上の義務に違反した場合、債権者の権利が考慮されるが、それらの権利は、債務者にとって重大な負担となることがある。このことは、特に、第1次的給付義務(Primärleistungspflicht)から第2次的給付義務(Sekundärleistungspflicht)への移行に当てはまる。とりわけ、不履行による損害の賠償義務は、第1次的給付義務よりもずっと重いものになることがある。同じような負担は、遅延損害の賠償義務及び責任の厳格化(Haftungsverschärfung)からも生じることがある。それらは、これまで、276条と287条で規律されてきた。保護義務違反に基づく損害賠償請求権も、債務者にとって重大な負担となることがある。したがって、これらの法律効果を、債務者の特別な有責性(Verantwortlichkeit)に、すなわち帰責事由(Vertretenmüssen)に結びつけることが当然だと思われる。

<sup>(20)</sup> Canaris2002, S.664; BT-Drucks.14/6040, S.131. 理由付けの対象であった政府草案にあった「保証あるいは調達危険を引き受けたこと」につづく、「あるいは、債務の本質」という語句は、その後削除されている (Canaris2002, S.442, BT-Drucks.14/6040, S.6)。この語句によって想定されていたのは金銭債務であり、債務者が自らの資力について責任があるという一般的に承認されている命題を述べようとしたものである (Canaris2002, S.665; BT-Drucks.14/6040, S.132)。

<sup>(21)</sup> ドイツ民法旧287条

債務者は、遅滞の間、すべての過失について帰責されなければならない。その者は、遅滞の間に、偶然によって発生した給付の不能についても、責任がある。ただし、その損害が、適時に給付していた場合にも発生したであろう場合はこの限りでない。

この政府草案の理由付けにおいては、英米法や、ハーグ統一売買法条約、ウィーン売買条約、ヨーロッパ契約法原則は、ドイツ法を含む大陸法とは異なり、保証責任 (Garantiehftung) を前提とし、過失 (Verschulden) に注目していないことが確認されている。<sup>(22)</sup> しかし、結果においてそれほどの違いはないとされ、例外となる場合を、ドイツ民法旧276条よりも具体的に示しただけで、過失責任の原則は維持されている。注目すべきなのは、政府草案の理由付けで「債務者にとって重大な負担となることがある」とされている点である。<sup>(23)</sup> すなわち、損害賠償の義務が、契約により債務として負担している義務 (第1次的給付義務) よりも重くなることを考慮し、これを正当化するために、帰責事由が必要とされている。<sup>(24)</sup> 義務違反による損害賠償について帰責性を要求するドイツ民法280条1項2文についての政府草案の理由付けにおいても、<sup>(25)</sup> 損賠賠償義務の「厳しい」 (streng) 結果という表現がある。<sup>(26)</sup>

## (2) 保持と侵害

すでに指摘されているように、第1次的給付義務と第2次的給付義務を区別し、第2次的給付義務である損害賠償義務の発生に帰責事由を必要とするという考え方は、権利の対象の「保持」と、権利の対象の「侵害」とを区別することに関係している。たとえば、責任を基礎づける根拠としての過失責任の原則は、もともとドイツ法に由来するとしただけで、次のように述べられている。<sup>(27)</sup>

<sup>(22)</sup> 国際物品売買契約に関する国際連合条約79条1項

当事者は、自己の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こと及び契約の締結時に当該障害を考慮することも、当該障害又はその結果を回避し、又は克服することも自己に合理的に期待することができなかったことを証明する場合には、その不履行について責任を負わない。邦訳については、外務省「国際物品売買契約に関する国際連合条約」和文テキスト ([http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/treaty169\\_5.pdf](http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/treaty169_5.pdf)) による。

<sup>(23)</sup> Canaris2002, S.664; BT-Drucks.14/6040, S.131.

<sup>(24)</sup> 倫理的基礎については、後述3(4)、リーゼンフーパー・前掲注(15)259頁、拙稿「原始的不能による損害賠償について」法政研究72巻3号(2006年)769頁、Canaris2002, S.726; BT-Drucks.14/6040, S.165参照。

<sup>(25)</sup> 渡辺達徳「ドイツ債務法現代化における帰責事由」判例タイムズ1116号(2003年)24頁下段は「過失責任主義の法政策的関心は、一般的な行動の自由の保障にあり、社会生活上必要な注意を払う者は、自己が損害賠償義務にさらされることを懸念すべきではないという伝統的着想との親和性が、この結論を支持させているものと思われる。」とする。山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト1318号(2006年)89頁注8も「重い負担」について言及する。1984年に発足した債務法改正委員会とその最終報告書は、2002年債務法改正の際にも参考にされているが、そこでも同じ理解が示されている(渡辺・前掲23頁中段、Bundesminister der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.122参照)。

<sup>(26)</sup> Canaris2002, S.673 (vgl.S.160); BT-Drucks.14/4060, S.136. このような理解は、債務法改正委員会の最終報告書においても示されている(前掲注(25), S.130)。

ドイツ法の基礎にある考え方によると、同じく権利の侵害であっても、権利の対象が侵害者のもとにおかれているだけの場合と、侵害者が権利の対象を損なう場合が区別される。前者の場合は、権利者は、当然、権利の対象を取り戻すことができる。そこでは、本来侵害者のもとにあってはならないものを取り戻すだけである以上、侵害者の帰責事由は問題にならない。それに対して、後者の場合は、侵害者に責任を認めることは、侵害者の支配領域に対する介入を意味する。そのため、侵害者にこのような責任を認めるには、それを正当化するための根拠として、侵害者の故意・過失が要求されると考えるわけである。

このような理解は、債務不履行と不法行為とに共通するものであるが、次のように述べられている点<sup>(28)</sup>は、誤解を招きやすいように思われる。<sup>(29)</sup>

前述したように、伝統的理論は、債権そのもの——つまりその発生原因である契約の拘束力——から直接基礎づけられるのは、債務者に特定の行為をさせること——ないしは債務者の特定の行為を介して利益を獲得すること——であり、債務者がその行為をしなかった場合に認められるべき責任は、債権そのもの——つまり契約の拘束力——の内容を構成しないという理解を前提とする。だからこそ、後者の責任の根拠は、契約の拘束力とは別に、過失責任の原則に求められたわけである。

損害賠償責任が、債権そのもの（契約の拘束力）から「直接」基礎づけられる責任であるとはいえない点が強調されているが、別の箇所でも述べられているように、債務者がその行為をしなかった場合に認められるべき責任も「債権の効力」に属す

<sup>(27)</sup> 山本・前掲注(25)89頁。森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣、2006年）24頁以下も参照。

<sup>(28)</sup> たとえば、Bernhard Windscheid u. Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd.1, 9. Aufl., 1906, S.613f. (§122)。ここでは、権利侵害が継続的なものと一時的なものに区別されている。継続的なものが「保持」に対応し、一時的なものが「侵害」に対応する。なお、契約責任と不法行為責任を統一的に理解する「賠償」モデルと、契約不履行に基づく損害賠償を「履行」プロセスとして理解する「履行」モデルの違いを指摘する白石友行「契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデル」法学政治学論究（2006年）299頁以下、同「契約不履行に基づく損害賠償における『帰責』と『実現』」法学政治学論究（2007年）383頁以下、同「契約不履行に基づく損害賠償の原理と体系」池田真朗ほか編『民法（債権法）改正の論理』（新青出版、2010年）464頁以下も参照。

<sup>(29)</sup> 山本・前掲注(25)92頁。





という帰責事由を必要とする点で、不法行為と共通するが、本来の債権の変容と理解される点で、独自の債務関係を発生させる不法行為とは区別される。債務不履行に基づく損害賠償請求権は二重の性格を持っている。

### 3 過失責任の原則への批判とその検討

ドイツ債務法改正においては、保持と侵害との区別を前提に、義務違反と帰責事由が区別され、過失責任の原則が維持されている。では、なぜ日本において、過失責任の原則を維持すべきでないといわれるのであろうか。以下では、過失責任の原則の何が問題とされているのかを確認しながら、若干の検討を加えたい。

#### (1) 契約による拘束と行動の自由

「基本方針」において過失責任の原則の理論的な問題点として挙げられているのは、契約による拘束と行動の自由との関係である。先に示したように、「契約により債務内容を実現することを義務づけられた結果として、その行動の自由に自ずから制約がある債務者について、債務不履行により債権者に生じた損害の帰責を説くにあたり、行動の自由の保障を基礎に据えた『過失責任の原則』を損害帰責の根拠とすることには、理論的に問題がある。」とされている<sup>(34)</sup>。過失責任の原則は、注意をしていれば責任を負わないのであるから、無過失責任に比べて、その分だけ行動の自由は制約されない<sup>(35)</sup>。それに対して、債務者は、契約によって行動の自由が制約されているのであるから、その限りでは行動の自由を保障する必要はないと批判されているものと思われる。

しかし、ドイツ法において基礎にされている「保持」と「侵害」の区別を前提にすれば、このような批判は成り立たないと思われる。すなわち、契約による拘束に

<sup>(34)</sup> 『詳解・基本方針II』247頁。森田宏樹「論点講座 債権法改正を深める 第2回手段債務における債務不履行と免責事由の要件相互の関係」法学教室356号(2010年)82頁も、「契約責任においては、当事者が契約において一定の結果を実現することそれ自体を約束したのであれば、その合意による拘束によって債務者の行動の自由は制約されるのではないかとの疑問が生ずるであろう。」と述べている。なお、過失責任の原則が、行動の自由を保障することと、行動の自由を前提にしていることは別の問題である(後述3(4)参照)。

<sup>(35)</sup> 潮見・前掲注(11)141頁、リーゼンフーパー・前掲注(15)259頁。



対応するのは、「保持」である。契約により債務内容を実現することを義務づけられた結果として、債務者は、債務内容を実現する義務を負う。その際には、帰責事由は問題にならない。債務内容が実現可能であるかぎり、それを実現しなければならない。しかし、損害賠償請求は、保持の範囲、すなわち契約により負担している債務の内容の実現（履行請求）の範囲を超えることがあるのであり、その場合には、債務者の帰責事由が必要になる。契約による債務の負担という点で、債務者の行動の自由は制約されているが、契約により負担している債務内容が実現されない場合に、本来の債務の実現だけではなく、実現されないことによって発生した損害の賠償まで、債務者に負担させるには、債務内容の実現を約束したというだけでは足りず、約束した債務が実現されないことについて帰責事由が必要とされているのである。この帰責事由として、すなわち債務内容の実現を越える損害を負担させる根拠として過失を要求することが、契約により行動の自由が制約されていること、すなわち債務内容の実現を約束したと矛盾するとは思われぬ。過失は、債務内容を実現（履行）するための注意（配慮）を怠ったことであり、約束した債務内容が実現されていないこととは区別される。

## (2) 契約内容と過失

「保持」と「侵害」の区別に際して先に引用した論文においても見られるように、<sup>(36)</sup> 契約の拘束力と過失が無関係であるという指摘がある。しかし、日本民法でも、ドイツ民法でも、契約により過失の基準が善管注意義務と異なるものになることは認められている。<sup>(37)</sup> また、善良なる管理者の注意の内容も契約によって決定される。<sup>(38)</sup> す

<sup>(36)</sup> 山本・前掲注(25)92頁以下、森田(宏)・前掲注(34)88頁。「基本方針」【3.1.1.46】では、特定物の引渡しの場合の注意義務として「契約および目的物の性質に従って定まる方法によって保管しなければならない」ことを定めることが提案されているが、その際にも、「善良な管理者の注意」には、契約内容とは独立の義務が課されるという印象を与えることは否定しがたいとされている（『詳解・基本方針II』166頁、167頁）。法制審議会民法（債権関係）部会第19回会議の資料「19-2民法（債権関係）の改正に関する検討事項(04 詳細版) 3頁以下（<http://www.moj.go.jp/content/000058277.pdf>）参照。

<sup>(37)</sup> リーゼンフーバー・前掲注(15)244頁以下、Benno Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, Bd.2, S.15, S.24f.=Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888, Bd.2, S.27f., S.44f., Windscheid, a. a. O.(Fn.28), Bd.1, S.521f.(§101); Bd.2, S.101ff.(§265). 契約によって異なるもののできるほか、契約類型によっても異なっている。たとえば、日本民法659条（無償受寄者の注意義務）やドイツ民法690条（無償寄託における責任）では、「自己の財産に対するのと同一の注意」（diejenige Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt）とされる。なお、第一草案の理由書によれば、故意・過失がないこと（nicht verschulden）ことと帰責されな

なわち、債務を履行するために注意すべき事柄も、履行すべき債務内容と同じように、契約によって定まることになる。

このように、契約の拘束力と過失とは無関係ではないが、それでもなお、履行すべき債務内容と、債務を履行するために注意すべき事柄は、区別すべきものであると思われる。すなわち、債務内容が実現されたかどうかという債務不履行の判断と、債務を履行するための注意義務に違反したかどうかという帰責事由の判断は区別されるべきである。

債務不履行と帰責事由の区別は、過失責任の原則を批判し、契約の拘束力に帰責根拠を求める立場でも前提に<sup>(39)</sup>されている。免責事由という形で説明されているが、免責の根拠が、過失がないことではなく、「契約上の債務の内容・射程がそのような履行障害事由を克服してまでも結果を実現するということまで及んでいない」ことに求められる点に、従来<sup>(40)</sup>の見解との違いがある。しかし、過失責任の原則を前提にする見解においても、先に述べたように、過失が契約を参考にして決定されるのだとすれば、免責事由として判断される実質的な内容は、契約の拘束力<sup>(41)</sup>に帰責根拠を求める立場とほとんど変わらないものと思われる。

### (3) 債務不履行と帰責事由との区別の困難

「基本方針」では明示的には述べられていないが、そこで引用されている文献などで過失責任の原則の問題点として指摘されているのは、債務不履行と帰責事由との区別の困難である。特に手段債務における履行不完全と過失との区別の困難<sup>(42)</sup>である。

い (vom Schuldner nicht zu vertreten) ことは区別されている (Mugdan, Bd.2, S.24f. = Motive, Bd.2, S.45)。

<sup>(38)</sup> 潮見佳男『契約責任の体系』(有斐閣、2000年) 184頁以下、Ulrich Huber, *Zivilrechtliche Fahrlässigkeit*, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, 1973, S.260, S.286f. = ウルリッヒ・フーバー「民法上の過失」『ドイツ不法行為法論文集』(中央大学出版部、2000年) 106頁、136頁以下。

<sup>(39)</sup> 『詳解・基本方針II』248頁。「債務内容の確定」と「債務不履行」は先決問題であるとされている。森田(宏)・前掲注(34)86頁以下参照。冒頭に掲げた部会資料5-2でも、3段階の作業を行う判断構造は維持されるとされている。これを前提にすれば、債務不履行であるにもかかわらず損害賠償請求権が発生しない場合がありうることになり、履行請求権の消滅と損害賠償請求権の発生も区別されることになる(注(33)参照)。この点は、「基本方針」では、「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」(【3.1.1.56】)と「契約において債務者が引き受けていなかった事由」(【3.1.1.63】)の違いとして議論されている。部会資料5-2(前掲注(5)) 13頁以下、28頁以下及び部会資料25(前掲注(6)) 2頁、5頁参照。

<sup>(40)</sup> 森田(宏)・前掲注(34)87頁。

<sup>(41)</sup> 保証責任を原則としても、過失責任を原則とする場合と結果的には一致するようである(注23参照)。リーゼンフーバー・前掲注(15)258頁、261頁も参照。

そして、債務不履行と過失の一元化が提案されている。<sup>(43)</sup>冒頭で紹介した部会資料5-2でも、判例の分析の結果として、「債務者のなすべきこと（債務の内容）と帰責事由の有無が一体的に判断されているようである」とされ、過失責任主義に根拠を求める[A案]に対する批判として「裁判実務上も『債務者の責めに帰すべき事由』が過失責任主義を根拠とした要件としては機能していないという問題点が指摘されている」とされている。<sup>(44)</sup>

(a) 判例の分析への疑問

まず、部会資料5-2に示されている判示事項からすれば、そこに挙げられている判例のうち i)、ii)、vi)、vii)は、「I」、すなわち、不履行の原因が不可抗力、債権者又は第三者の行為にあり、債務者に帰責事由がないとされた場合に、iii)、iv)、v)は「II」の不履行の原因が債務者側にあり、抽象的には債務者の故意・過失に言及するものの、具体的には債務の内容と帰責事由の有無が一体的に判断されている場合に整理されるようである。しかし、iii)、iv)、vii)については、このように整理することができるのか、疑問である。

まず、「iii)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16年9月9日民集20巻1137頁〔傍論〕）」は、「即ち被上告人ハ移轉命令アルトキハ直ニ地上物件ヲ収去シ更地トシテ本件土地ヲ上告人ニ引渡スヘキ約旨ニシテ然モ區劃整理施行ノ爲移轉命令ノ發セラレタルハ昭和二年四月頃ナルニ拘ラス被上告人ハ爾來八箇月ヲ經過シタル翌年一月ニ至リ漸ク和解調書ニ基ク強制執行ニ出テタルモ既ニ相手方ニ於テ強制執行ヲ停止スヘキ旨ノ假處分ヲ受ケ居リタル爲一時之カ執行ヲ停止スルノ止ムナキ

<sup>(42)</sup> 吉田・前掲注(12)27頁、森田宏樹「契約責任の帰責構造」（有斐閣、2002年）3頁。Vgl. Thomas Riehm, Pflichtverletzung und Vertretenmüssen, in Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 2007, S. 1088ff.

<sup>(43)</sup> 吉田・前掲注(12)43頁以下、森田（宏）・前掲注(42)49頁。平野裕之「契約上の『債務の不履行』と『帰責事由』」伊藤進ほか編『現代取引法の基礎的課題』（有斐閣、1999年）512頁以下も参照。

<sup>(44)</sup> 中田裕康「民法四一五条・四一六条（債務不履行による損害賠償）」広中俊雄ほか編『民法典の百年III』（有斐閣、1998年）36頁でも、判例の分析の結果、「債務者側以外の事情が原因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るが、債務者側の事情が問題となる場合には債務不履行の事実の有無と帰責事由とが一体として判断されているようである。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。ここでも、前述の債務不履行事実と帰責事由との混淆が理論的課題となる。」とされている。

ニ至リタルヨリ更ニ二箇月餘ヲ經タル同年四月十日ニ至リ始メテ前示假處分命令ヲ得同月十七日之カ執行ニ着手シタルモノニシテ右ノ如ク被上告人ニ於テ數箇月ノ久シキニ<sup>マ</sup>互<sup>マ</sup>リ居住者ヲ退去セシメサリシハ前示約旨ニ基ク債務ヲ履行セサリシニ外ナラス」として債務不履行（遅滞）であることを確認したうえで、「被上告人ニ故意過失（被上告人ニ於テ其ノ間履行ニ努力シ居リタリトスルモ當時ノ情勢ニ應シテ速ニ立退カシムルニ必要ナル合理的ノ努力ヲ爲シタルニ非サレハ過失タルヲ免レス）ナカリシコトノ立證セラレサル限り不履行ノ責ヲ負ハサルヘカラス」としている（下線＝田中）。

部会資料5-2でも〔傍論〕と記載されているように、この判決は「債務者の責めに帰すべき事由」がないことを債務者（売主）が主張立証すべきであったとするものであり、「債務者の責めに帰すべき事由」がないと認めたものではない。（ ）内で「被上告人ニ於テ其ノ間履行ニ努力シ居リタリトスルモ當時ノ情勢ニ應シテ速ニ立退カシムルニ必要ナル合理的ノ努力ヲ爲シタルニ非サレハ過失タルヲ免レス」とされているにすぎない。この傍論部分が、債務の内容と帰責事由の内容が一体的に判断されている「II」の例とされているようであるが、疑問である。大審院は、数カ月間居住者を退去させなかったことを債務不履行（遅滞）と理解したうえで、「速ニ立退カシムルニ必要ナル合理的ノ努力ヲ爲シタルニ非サレハ<sup>(45)</sup>」、すなわち過失のなかったことが立証されない限り、債務不履行の責任を負うとしており、債務不履行と故意・過失が区別されている。数か月間退去させなかったことが債務不履行なのであり、退去させるのに必要な合理的な努力をしなかったことが、債務不履行なのではない。

また、「iv）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11年3月7日民集15巻376頁）」は、「本件ノ如ク火災ニ因ル賃借建物焼失ノ爲メ其ノ返還義務ノ履行不能ヲ來シタル場合ニ於テ其ノ出火原因不明ナル限り債務者カ賃借建物ノ保存ニ付善良ナル管理者ノ注意ヲ用キタル事実ヲ立證シタル以上一應其ノ履

<sup>(45)</sup> ただし、本件では、売主が取去義務を履行しないため買主が建物の所有者等と移転料を支払う契約をしたこともあって、売主が申請した仮処分命令執行をしようとした際には、すでに取去されている。

行不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ生シタルモノニ非サル事実ヲ證明シタルモノト認ムルヲ妥當トス」(下線=田中)として、出火原因が不明のまま、債務者側(宿直員)の事情を判断して過失を否定している。この判決も、賃貸目的物の返還義務が火災によって履行不能になったことを債務不履行であるとし、この履行不能について、建物の保管につき善良なる管理者の注意を用いたかどうかを帰責事由の問題として判断している。

さらに、「vii)他人の権利の売主が他人から権利を取得して買主に移転できなかった場合において、買主が他人に対して直接請求できる関係にあった場合(大判大正10年11月22日民録27輯1978頁)」は、履行遅滞につき過失がないとする原審の判断を前提に、履行期後に不能となったことについては、「本件鑑業権ノ移轉ニ付テハ被告上告人(売主)ハA(他人)ヨリ移轉登録ヲ受ケタル上更ニ上告人(買主)ニ移轉ノ登録ヲ爲スノ順序ヲ經ルヲ要セス上告人ハ直接ニAニ對シテ移轉登録ヲ求メ得ヘキ關係ニ在レハAカ鑑業権ヲ他ニ移轉シテ被告上告人ニ取得セシメス爲メニ被告上告人カ之ヲ上告人ニ移轉スルコトノ不能ヲ來シタルヲ被告上告人カAニ對シ登録手續強要ノ手段ヲ執ルコトヲ怠リタルノ結果ニ歸シ其不能ヲ被告上告人ノ責ニ歸スルヲ得ス」としている(括弧内=田中。また、引用に際して固有名詞部分を記号化している)。この判決は、不可抗力、債権者又は第三者の行為による場合である「I」に該当するのだと思われるが、判然としない。判決では、第三者である「他人」が他に売却したことによって履行不能になったことを問題にしているものの、その履行不能につき、債務者である「売主」の帰責事由を問題にしており、「第三者の行為による場合」ではないと思われる。「売主」の帰責事由については、債権者である「買主」が直接「他人」に履行請求できる以上、「売主」が移転登録しなかったからといって、「売主」に帰責事由はないとされており、履行不能の原因が「債権者の行為」にある場合に該当するようにも思われる。しかし、本件は、そもそも債務者である「売主」が履行不能にならないようにする注意義務を負っていなかった(あるいは、買主の記載のない売渡証を交付した時点で債務は履行された)ともいえるような場合であり、不可抗力によって債務者の帰責事由が否定される場合と同列に扱えるのかは疑問である。

## (b) 学説

特に iii)、iv) の判決は、いずれも債務不履行と故意・過失とを明確に区別しているにもかかわらず、「債務の内容と帰責事由の有無が一体的に判断されている」と理解されているようである。それは債務の捉え方の違いに由来している。すなわち、判決において帰責事由の問題とされている、退去させるのに必要な合理的な努力をすること (iii)、あるいは、賃貸人の目的物の保管義務 (iv) を、「債務」と理解している。そして、これらの債務が「手段債務」であることから、債務不履行と帰責事由が区別されないことになるようである。

手段債務は、「その内容が履行過程の具体的状況下での事態を前提として、具体的事情に即して確定されるというタイプのもの」の1つとされる。<sup>(46)</sup> 結果債務と手段債務の区別については一致したものがないようであるが、すくなくとも、一定の結果の達成が債務の内容になっている場合と、そうではない場合とが区別できるであろう。前者の場合には、一定の結果が達成されなければ債務不履行となり、後者の場合には、それだけでは債務不履行とならず、債務者が行うべきことを行っていない場合<sup>(47)</sup>にはじめて債務不履行となる。この区別は帰責事由と関連するものであるが、債務不履行と帰責事由との関係に注目する本稿では、帰責事由の問題とは一応区別しておきたい。

このような手段債務においては、行われた履行が完全なものでなかったこと（履行不完全）と、負担している債務内容を実現するように注意すべき義務に違反していることとの区別は困難であることが、学説によって指摘されている。<sup>(48)</sup> たしかに、

<sup>(46)</sup> 『詳解・基本方針Ⅱ』253頁。誠意債務・最善努力義務・手段債務型の債務が、このタイプに属するものとされる。

<sup>(47)</sup> 森田(宏)・前掲注(42)47頁は、「結果の不実現があれば、それが不可抗力によらない限り、その不履行の事実のなかに債務者の『帰責事由』が含まれていると判断される類型が結果債務であり、債務者に『帰責事由』があると認定判断するためには、結果の不実現のみならず一定の行為義務違反があったことの評価を必要とする類型が手段債務である。」とする。

<sup>(48)</sup> この点を指摘した先駆的な業績は、中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」(初出1974年)『過失の推認(増補版)』(弘文堂、1987年)とされる(吉田・前掲注(12)27頁、森田(宏)・前掲注(42)2頁、平野・前掲注(43)492頁)。中野によれば、「手段債務としての診療債務の性質上、その履行不完全の事実が診療経過における医師側の注意義務違反の具体的事実を内含せざるをえず、履行不完全につき患者側が負担する具体的証明責任が、実質上、一般の場合に帰責事由の証明責任の内容として取り扱われるべき事項をも大幅に背負い込む結果となり、そのかぎりにおいて、不法行為構成によったときに医師側の過失の証明責任を患者側が負担するのと大差がない」(前掲書101頁)。法制審議会民法(債権関係)部会の資料5-2で引用されている「v) 患者に胆のう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7年4月25日民集49巻4号1163頁)」がそれに該当するであろう。「本件において右の経緯の



手段債務の不完全履行という場合には、具体的状況において債務者が行うべきであったことと、実際に行ったことを比較する必要がある、注意義務が行為の外形を基準とするという意味で客観的なもの（いわゆる外的な注意）であり、その違反が、なすべき行為と実際に行った行為との比較によって判断されるとすれば、おそらく区別はできないであろう。

しかし、それゆえに、債務不履行と帰責事由の区別が無意味であるとは思われない。手段債務以外の場合には、両者を区別できることを別にしても、手段債務とされる債務においても、履行を請求する場合には、債務内容が実現されていないこと（債務不履行）だけが問題になり、また、損害賠償を請求する場合でも、不完全履行ではなく、そもそも履行が行われていない場合には、債務内容が実現されていないこと（債務不履行）と、そのことについて注意義務違反があること（帰責事由）とは区別可能である。

#### (c) 保護義務

むしろ、この点に関連して問題なのは、負担している債務の内容が実現されていないこと（第1次的給付義務の不履行）と無関係に、損害賠償義務が発生するかどうかである。サヴィニーのように債務不履行に基づく損害賠償請求権が債権の効力の1つとして理解されるのであれば、本来の債務（第1次的給付義務）がない（あるいは、それとは関係のない損害が発生した）場合には、損害賠償義務は発生しないのではないか、という疑問が生じることになる。いわゆる保護義務違反による損害賠償の問題であるが、先に述べたように(2(1))、保護義務違反による損害賠償は

---

下においては、医師が患者及び患者の配偶者に対して胆のう癌の疑いがある旨の説明をしなかったことを診療契約上の債務不履行に当たるとすることはできない。」(引用に際して固有名詞部分を修正)とされているが、その際に指摘されている事柄は、過失の前提となる注意義務違反を判断する際に考慮される事柄と重なるであろう。判決文中にも「相応の配慮をする必要がある」「責めに帰せしめることは相当でない」などの表現があり、債務不履行と帰責事由との明確な区別はされていないように思われる。「基本方針」の解説でも、手段債務については、債務不履行責任の成否判断とは別に、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」についての判断を行う必要がないとされている（『詳解・基本方針II』253頁）。

<sup>(49)</sup> 平井宜雄『債権総論（第2版）』（弘文堂、1996年部分補正）79頁、潮見・前掲注(11)188頁以下。

<sup>(50)</sup> 債務不履行と帰責事由との区別を不要とする見解は、手段債務以外の場合、すなわち、結果債務の場合には、債務不履行だけで損害賠償責任が発生し、免責事由は不可抗力だけであり、過失は問題にならないとする。これは、手段債務と結果債務の定義によるものであり（注47参照）、結果不実現のほかに帰責事由を問題にする場合は、推定を伴った「手段債務」になる（森田（宏）・前掲注(42)47頁、49頁以下）。

肯定されている。

保護義務は、債権者の財産状態の変更を目的とした給付義務とは異なり、各当事者の現在の財産状態の維持だけを目的とするが、ドイツ債務法現代化法は、従来の理論を採用し、241条2項によって、保護義務を明文化している。<sup>(51)</sup>

#### ドイツ民法241条（債務関係に基づく義務）2項

債務関係は、その内容により、各当事者を、相手方当事者の権利、財貨、利益を配慮することに義務づけることがある。

保護義務は債務関係に基づくものとされているが、この債務関係が、常に制定法に基づくものであるのか、それとも、有効な法律行為に基づくこともあるのかについては、学説に委ねられている。<sup>(52)</sup> いずれにしても、この保護義務違反においても、義務違反と帰責事由とを区別しようとしているようである。<sup>(53)</sup>

しかし、本来の債務（第1次の給付義務）が想定されない場合には、債務内容を基準とした「保持」と「侵害」という区別はできない。保護義務に違反して相手方当事者の所有する物を破損した場合のように、被侵害利益が権利である場合には、権利を基準として「保持」と「侵害」を区別することができるが、それは、物権的請求権と不法行為による損害賠償請求権の区別に対応するものであり、保護義務の義務内容それ自体について「保持」と「侵害」が区別されるわけではない。保護義務は債権者の権利（債権）を基礎づけるものではなく、相手方当事者の権利・財貨・利益を保護するための義務であり、それは、本来の債務（債権）内容を実現するための注意義務と同じ役割を果たすものである。相手方当事者の権利・財貨・利益を保護する保護義務と、それらを侵害しないようにする注意義務とを区別することは困難であるように思われる。<sup>(54)</sup>

<sup>(51)</sup> Canaris2002, S.652f.; BT-Drucks.14/4060, S.125. 相手方当事者の財貨の高度な保護は給付義務の内容ともなりうることや、説明義務は給付利益にも保護利益にも役立つことから、給付義務と保護義務との区別は困難とされる。なお、吉田・前掲注(12)29頁以下は、「給付義務」を基軸とする分類は、日本の債務不履行法の理解としてなじまないとする。

<sup>(52)</sup> Canaris2002, S.654; BT-Drucks.14/4060, S.126.

<sup>(53)</sup> ドイツ民法276条・280条。Canaris2002, S.664, S.672; BT-Drucks.14/4060, S.131, S.136.



## (4) 主観的な過失概念

心理主義的過失論によれば、過失の基礎は意思にあり、十分に緊張しなかったことである。すなわち、ほかの行為が選択可能であったにもかかわらず、「違法な結果」を招いた当該行為を行ったことを非難するのである（「できるのにしなかった」）。このように過失を主観的に理解することに対して、債務不履行と過失との区別に関連して、批判がされている。<sup>(56)</sup>

## (a) 注意義務の客観化

この批判を検討するには、まず、過失を主観的に理解する、あるいは、客観的に理解する、ということの意味を確認しておく必要がある。過失は、債務不履行と不法行為に共通する要件であるが、日本のこれまでの通説的見解によれば、いずれの場合でも善管注意義務違反である。<sup>(57)</sup> ドイツにおいても、過失は、民法典が制定される前から、原則として善管注意義務違反である。<sup>(58)</sup> したがって、過失の有無を判断する基準は、行為者ではなく通常人であり、当該行為を行う通常人に期待される注意を尽くしたかどうかの問題になる。そして、具体的行為者が平常払っている注意やその心理状態（緊張の程度）ではなく、通常人に期待される行為（なすべき行為）を行ったかどうか、すなわち行為の外形を基準として判断されることになる。

しかし、通常人に期待される注意という意味で「客観化」しているとしても、そのことが直ちに、過失を主観的に理解することと矛盾するわけではない。通常人を基準とするために、要求される緊張の度合いが具体的行為者毎に異なり、場合によっては具体的行為者にかかなりの緊張を要求することになるとしても、そのことは、具体的行為者に不可能なことを要求していることにはならない。このことは、たとえ

<sup>(54)</sup> 保護義務及び注意義務と、それらに違反する行為の違法評価との関係は問題である。権利を直接に侵害するのではない行為（間接的な侵害や不作為）や権利以外の利益を侵害する行為を違法と評価する場合には、行為義務が問題になるが、この行為義務と保護義務は重なりあっていると思われる。そして、この行為義務と、過失の基準である注意義務（特に行為の外形を基準とする客観化したもの）とを区別することは困難であるように思われる。なお、行為義務を課すことによって避けようとした結果が発生しない場合にまで行為を違法評価する必要はないことから、行為義務違反は、違法性評価の一要素であるとしても、違法性評価そのものであるというわけではない。

<sup>(55)</sup> 潮見・前掲注(11)122頁以下、140頁以下、152頁以下、リーゼンフーバー・前掲注(15)259頁。

<sup>(56)</sup> 吉田・前掲注(12)42、43頁、森田（宏）・前掲注(42)48頁、同・前掲注(34)81頁。

<sup>(57)</sup> 我妻・前掲注(1)106頁、26頁、加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（有斐閣、1974年）68頁。

<sup>(58)</sup> 前田達明『不法行為帰責論』（創文社、1978年）66頁以下、Windscheid, a. a. O.(Fn.28), Bd.1, S.521 (§101), Bd.2, S.102 (§265), Mugdan, a. a. O.(Fn.37), Bd.1, S.507, Bd.2, S.15=Motive, Bd.1, S.279; Bd.2, S.27.

ば自動車の運転免許を取ったばかりの初心者とベテラン運転手の違いを考えれば容易に理解できよう。初心者に緊張を強いることになるにしても、それは不可能なことを要求しているものではない。そこでは、なお「できるのにしなかった」という主観的な非難が可能である。通常人を基準とし行為の外形によって判断されるとしても、それが注意義務の程度に関する限りでの客観化であり、具体的行為者に不可能なことを要求するものではない限り、過失を主観的に理解することと矛盾しない。

#### (b) 予見可能性の客観化

問題になるのは、予見可能性の基準である。過失があるとされるためには予見可能性が必要であるが、今日では、この予見可能性についても、通常人を基準とすることによって「客観化」している。<sup>(59)</sup>すなわち、具体的行為者が行為時に精一杯意思を緊張させていたにもかかわらず、その知識や能力からは、当該行為の結果を予見できなかった場合であっても、通常人が予見可能であれば、過失があったと判断される。しかし、具体的行為者に予見可能性がないにもかかわらず、過失があったと判断される場合は、かなり例外的な場合である。

まず、通常人というのは誤解を招きやすい表現であるが、平均的な人という意味ではない。当該行為をするのに期待される予見能力を持った人という意味である。たとえば自動車運転において問題になる予見能力は、平均的な運転者の予見能力ではなく、自動車運転をするのに最低限必要とされる予見能力である。そうでなければ、現に自動車を運転している人のかなりの部分は、必要とされる予見能力がないことになってしまう。

<sup>(59)</sup> 前田・前掲注(58)187頁以下。平井宜雄『債権各論II不法行為』(弘文堂、1994年部分補正)27頁以下は、予見義務を基礎とする予見可能性とする。この点は、ドイツにおいても同じである(リーゼンフーバー・前掲注(15)249頁、潮見・前掲注(11)225頁、エンスト・フォン・ケメラール/柳澤弘士(訳)「比較法的視野での契約法における有責性原理」日本法学50巻2号(1984年)112頁、Ernst von Caemmerer, *Gesammelte Schriften*, Bd.1, 1968, S.572ff.)。具体的行為者を基準として予見可能性を決定する場合には「主観的」ということになるが、通常は、責任能力(日本民法712条、713条、ドイツ民法827条、828条——ドイツ民法276条で準用されているため債務不履行にも適用がある)の問題とされる(平井・前掲書56頁以下)。そうであれば、責任能力が肯定される以上、主観的な過失も肯定可能になるといえるかもしれない。なお、過失があるとされるためには、予見可能性とともに回避可能性が必要である。しかし、行為を中止することによって回避可能であることが通常であり、むしろ、予見可能でなければ回避可能性も否定されることから、以下では、特に区別しない限り、予見可能性だけを問題にする。

また、予見能力は、加害行為（たとえば交通事故の直接の原因となった行為）時だけでなく、加害行為に結びつく行為（たとえば自動車の運転それ自体）を開始する時点で判断されることもある。行為に伴う抽象的な危険（たとえば寝不足で自動車を運転すればどのような危険があるか）を予見「できたはず」である、あるいは、加害行為時に必要となる予見能力を身につけること（たとえば新しい交通法規の知識を得ること）が「できたはず」である（そのような能力はあった）という非難がされる。このように、加害行為時には、知識や経験不足のために十分な予見能力がなかったとしても、それ以前の段階での予見能力を問題にすることで、免責される場合が限定されることになる。

(c) 「客観的過失」

注意義務の程度が通常人を基準とする客観的なものになっているとしても、多くの場合には、具体的行為者の主観的な過失を肯定することができると考えられる（上述(a)）。そして、具体的行為者に予見可能性がないにもかかわらず、過失があったと判断される場合、すなわち、具体的行為者の予見能力が通常人よりも劣っているために、どんなに意思を緊張させても、行為時にも、そして、その前の段階においても、結果を予見することができなかつたような場合（「できたはず」ともいえない場合）は、かなり限定される（上述(b)）。この後者の場合をも、現在のドイツの通説的見解は、「客観的過失」（objektive Fahrlässigkeit）と呼んでいるようである。<sup>(60)</sup>しかし、過失の本質が、ほかの行為が選択可能であったにもかかわらず、違法な結果を招いた当該行為を行ったことを非難する（「できるのにしなかつた」）という点にあるとすれば（心理主義的過失論）、この意味での「客観的過失」については、具体的行為者に対して「できるのにしなかつた」という非難をすることができない。<sup>(61)</sup>

この「客観的過失」においては、具体的行為者に可能であるかどうかに関係なく、通常人に期待される行為を行ったかどうかという行為の外形だけが問題になる。それでもなお、「客観的な過失」と債務の内容が実現されていない場合（債務不履行）

<sup>(60)</sup> Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd.1, 1981, S.718.

<sup>(61)</sup> Caemmerer, a. a. O.(Fn.59), S.574は、そのような場合に責任を肯定すれば、過失責任の原理から離れることになるとする。

との区別は可能である。すなわち、通常人を基準とするとはいえ、予見可能性を問題にしている点で「主観的」な側面が残っている。それゆえに、通常人にも予見できないが、債務内容が実現されていないという場合がありうる。<sup>(62)</sup> 債務内容が実現されていないことと、債務内容を實現できないことを非難されることとは、この場合でも区別することができる。

また、「客観的過失」が認められるからといって、「主観的過失」が帰責事由の1つであることを否定する必要はないように思われる。むしろ、「主観的過失」がないにもかかわらず責任が認められる場合を区別し、その根拠を明らかにすることこそが重要である。もちろん、責任を負わされる根拠は、故意・過失だけではない。契約の内容によっては、結果の実現を引き受けている場合（結果が実現されなかったことについての過失の有無とは無関係に損害賠償義務を負担している場合）もあるし、通常人よりも高度な注意義務を特別に負担している場合も、逆に注意義務の程度が低い場合もある（ドイツ民法276条）。危険責任や報償責任のように、ある物の所有者、あるいは、事業主であるというだけで、責任を負わされることも認められないわけではない。そして、「客観的過失」の正当化に関しては、信頼原則、自己の能力の評価を誤った点に落度があること（引受の際の有責性Übernahmeverschulden）、あるいは、契約によって負担した債務の不履行の場合には、履行を実現するのに通常必要とされる注意をする能力（通常人の能力）があることを、契約によって引き受けていること（保証責任Garantiehftung）等が挙げられている。<sup>(63)</sup> 「主観的過失」がないにもかかわらず責任を負わされることの妥当性ならびにその根拠が吟味されるべきであって、「主観的過失」で説明できない場合があるからといって、「主観的過失」が帰責事由の1つであることを放棄する必要はないと思われる。

<sup>(62)</sup> Karl Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927, S. 91f. は、客観的帰責が可能である限りで違法性を承認する。潮見・前掲注(11)224頁、同・前掲注(38)202頁。

<sup>(63)</sup> 潮見・前掲注(38)180頁以下、リーゼンフーバー・前掲注(15)260頁、Huber, a. a. O.(Fn.60), S. 718; derselbe, a. a. O.(Fn.38), S.286f. (邦訳136頁以下)、ケメラー・前掲注(59)112頁、Caemmerer, a. a. O.(Fn.59), S.577f., Schneider, a.a.O.(Fn.15), S.127f. なお、契約を基礎とする「保証責任」を根拠とするのであれば、行為能力だけが問題になり、責任能力を問題にする必要はないことになるかもしれない。

#### 4 むすびに代えて

ドイツ法を参考に、「過失責任の原則」の基礎にある「保持」と「侵害」の区別、ならびに、債務の内容と債務不履行に基づく損害賠償との連続性を確認した。それによれば、日本において今日提起されている、過失責任の原則に対する批判は、必ずしも当を得たものではないと思われる。特に重要と思われる点をまとめておきたい。

##### ① 契約内容と過失

過失責任の原則を前提とする見解においても、契約責任の場合には、過失の基準となる注意義務は、契約によって負担した債務を実現することに向けられているのであり、契約内容を考慮して定められる。契約内容と無関係に定まるわけではない。

##### ② 債務不履行と過失の区別

債務不履行と過失の区別は維持すべきである。契約で負担した本来の債務の不履行と、本来の債務を履行するために注意する義務とは、たとえ両者ともに契約によってその内容が決定されるとしても、区別される。手段債務の不完全履行の場合や保護義務違反の場合を除けば、なお両者を区別することが可能である。

##### ③ 過失の客観化

過失が通常人を基準とし、行為の外形を基準とするという意味で客観的なものである場合でも、それは具体的な行為者に不可能を要求するものではなく、「できるのにしなかった」という非難は可能である。しかし、過失が予見可能性についても通常人を基準とし、もはや主観的過失とはいえない場合（「客観的過失」）にも、なお責任が肯定されるべき場合が存在することは否定できない。そのような場合、すなわち具体的な行為者が、その個人的な能力によっては予見できないにもかかわらず、通常人の能力からすれば予見できるという場合にも、責任を肯定するのであれば、それは、もはや「できるのにしなかった」という非難を基礎とするものではない。

このような「客観的過失」であっても、すなわち、過失が、たとえ通常人のそれ

であっても、予見可能性を問題としている限り、債務不履行との区別は可能である。また、帰責事由が主観的過失に限定されないからといって、過失責任の原則を放棄する必要があるとは思われない。主観的過失の場合と「客観的過失」の場合とを統一的に説明する必要はない。むしろ、主観的過失によらずに責任を負わせる根拠を明らかにすることこそが必要である。たとえば契約によって負担した債務の不履行の場合には、履行を実現するのに通常必要とされる注意をする能力（通常人の能力）があることを、契約によって引き受けたこと（保証責任）がその根拠として考えられる。

「基本方針」は、債務不履行と免責事由（帰責事由）を区別しており、債務不履行と過失の一元化を提案するものではないようである。「基本方針」は、契約による行動の自由の制約と過失責任の原則は両立しないとするが、債務不履行と帰責事由の区別を前提にすれば、両者は両立する。また、帰責根拠を過失責任の原則に求めることに対して批判的であるが、従来の見解が理解する「過失」の前提となる注意義務が、契約内容（債務内容）によって定まるものであるとすれば、「基本方針」が提案する「契約によって債務者が引き受けていなかった事由」を判断する際の基準との違いは明らかではない。違いがあるとすれば、予見可能性についてまで客観化している場合であろう。従来の見解は、このような場合も「客観的過失」として「過失」に含めるが、具体的行為者の非難可能性をまったく問題にしない場合を「過失」に含めることには問題がある。このような場合の帰責事由を表現するのに「契約によって債務者が引き受けた」という文言は適しているかもしれない。しかし、契約によって「過失」が不要とされることがありうるのは当然のことであって、そのような場合があるからといって、過失責任の原則を放棄する必要はないように思われる。

※ 本研究は科研費（21330003）の助成を受けたものである。