慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	権利侵害を伴わない債務不履行ないし担保責任と不法行為
Sub Title	La relation entre l'inexcution des obligation ou la garantie et la responsabilitédélictuelle…
Author	平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2007
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.7 (2007. 3) ,p.279- 336
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	平良木登規男教授退職記念号 = Essays commemorating the retirement of Professor Hiraragi Tokio presented by his colleagues and former students
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20070315-0279

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

民事実務フォーラム

権利侵害を伴わない債務不履行ないし担保責任と不法行為

平　野　裕　之

第１　はじめに
（1）債務不履行は不法行為の１類型か？
（2）本稿の提案及び議論の意義
第２「権利」侵害を介さない債務不履行と不法行為（総論）
（1）判例の状況（一般論を述べている判決）
（2）学説の状況（一般論）
第３「権利」侵害を介さない債務不履行と不法行為（各論）
１　契約を締結させたこと自体が不法行為になる場合
（1）詐欺による契約の場合
（2）契約締結段階における説明義務ないし情報提供義務違反
２　履行不能、履行遅滞および不完全履行の場合
（1）履行遅滞の場合――特に金銭債務の履行遅滞
（2）履行不能の場合
（3）拡大損害を生じない不完全履行の場合
第４　おわりに
（1）「権利」侵害を伴わない債務不履行と不法行為（総論）
（2）「権利」侵害を伴わない債務不履行と不法行為（各論）

第１　はじめに

（1）債務不履行は不法行為の１類型か？

（a）不法行為が「権利」侵害だけに限定されていたならば？

（ア）債務者による「債権」侵害は不法行為になるのか？

①　不法行為責任の拡大による債務不履行領域への侵攻　　709条の要件に

ついて、「権利」侵害という要件が必須の要件ではなくなり――2004年の民法改正で「権利又は法律上保護される利益」の侵害と明記された――、不法行為の成否の判別基準が「権利」侵害から違法性という要件にとって代わられている。極言すれば、違法に他人に損害を生じさせれば、不法行為の成立が認められるようになっているのである。そうすると、何らかの歯止めをかけないと、債務不履行や担保責任の事例も、「違法に他人に損害を与えた」ことになり、709条が債務不履行更には担保責任（以下、便宜上、担保責任も含めて債務不履行という）の事例すべてにまでに適用されかねず、債務不履行がすべて不法行為の侵攻の前に飲み込まれてしまい、不法行為の１つの特殊領域にさえなりかねなくなる。

しかし、債務不履行により身体、財産といった「権利」が侵害されれば、不法行為にもなり請求権競合の問題が発生するが、そうでない限り債務不履行しか成立せず不法行為は認められないというのが、これまでの一般的な理解であるといってよい。でも、それはどうしてなのか、不法行為が「権利」侵害以外に拡大されている現在、今一度問い直してみてもよい問題である。また、「権利」侵害を介さない場合には、一切債務不履行があっても不法行為は問題にならないのであろうか、もし例外を認めるとしたらその基準はどう考えるべきなのであろうか。これが、本稿の問題意識であり、また検討課題でもある。

抽象的に議論をしてもイメージがつかめないかもしれないので、簡単な事例を挙げよう。Ａの工場の機械をＢが壊すなどして工場の操業を妨害し、Ａが１週間操業ができなかったとしたならば、Ｂに故意または過失がある限り、Ｂに不法行為が成立し、ＡはＢに対して工場を操業していたならば得られたであろう逸失利益を賠償請求できる。では、ＢがＡに工場に設置する機械を販売しまたは製作の注文を受けたり、更には、機械の修理を請け負ったが、Ｂが機械の設置や修理を約束の期日より１週間遅れ、その間、Ｂが工場を操業できず、上記と同様の損害を受けた場合、これが債務不履行（ないし瑕疵担保）になる他に、不法行為にもなるのであろうか。受けた損害は同じである。工場の操業による得べかりし利益の喪失であるが、「営業」を１つの利益とすれば、「履行利益」

さえすべてこれに飲み込みかねず、その侵害の因果関係の糸を手繰り寄せていくと、不法行為と債務不履行のいずれにもたどり着くのである。

② 不法行為に「権利」侵害が必要であるならば？　もし、709条に「権利」侵害が要求されていたならば、身体、財産といった「権利」が、債務不履行または売買の目的物の瑕疵によって侵害された場合にのみ、債務不履行の他に不法行為の要件も満たすことになり、いわゆる請求権競合の問題が議論されるにすぎなかった。「権利」侵害を伴わない債務不履行では債務不履行責任だけが成立し、不法行為責任は成立しないのである。債務不履行が不法行為にならない理由は、「権利」侵害がないという理由だけでよかった。ところが、第三者の債権侵害も709条の「権利」侵害として肯定されるようになると、債務者による「債権」侵害にはどうして709条が適用されないのか、改めに疑問になってきたのである。これに対しては、学説は、債務者による「債権」のみの侵害については、不法行為法が排除されるという法条競合説を採用し、「権利」（債権以外の）侵害については請求権競合を肯定する学説も、ここでは法条競合説を採用したのである（詳しくは後述する）。

（イ）もし不法行為責任に一元化すると　ところで、もしすべての損害賠償責任を不法行為責任に一元化し、債務不履行をその不法行為の一類型と考えるならば（不法行為一元説[1]）、債務不履行規定は不法行為の特別類型についての規定ということになり、709条以下の不法行為の規定は一般規定であるということもできよう。そうすると、債務不履行も不法行為なので、不法行為規定との競合問題が生じるのは当然であり、規範の適用の序列の整理だけが必要になるに過ぎない。損害賠償責任はすべて不法行為なのであるが、債務不履

1）19世紀のフランス民法学においては、債務不履行も不法行為に統一してしまう不法行為一元説というものがあった。フランス民法では、不法行為において「権利」侵害という要件はなく、フォートにより損害を与えればよいので、債務不履行さえ不法行為の一種と理解することも不可能ではなかった。これに対して、契約責任を既存の契約上の債権の効果であり契約上の債権、不法行為をその他の権利、利益侵害による損害についての新たな損害賠償請求権であり、独自の債権発生原因と、２つの責任を極端に分離する学説もあった。

行という不法行為の特殊類型がありその特則――被害者に不利なものと有利なものとがある――が優先的に適用されるという処理も可能であり、「権利」侵害があるような特に違法性が強い場合には、例外的に特則のしばりをはずして、どちらの責任を選択することを被害者に認める「フリーパス」の状態になるという処理も考えられないではない。

(b) 債務不履行と不法行為は並列的な責任制度――２つの並列的な責任制度であり請求権競合が認められてよい　しかし、債務不履行は「債権の効力」として認められる「履行利益」という不法行為では考えられない利益を、債務の履行に依存されつつ――従って、債務者の信義に係るという脆弱性がある――保障をする特殊性があり（それがすべてではない）、不法行為の一類型というべきではない。確かに損害賠償という共通点からして民事責任として民法の中でひと括りにすることは許されるとしても、２つの責任は、やはり一般法（一般不法行為法）・特別法（特別不法行為法）の関係に立つものではなく、２つの並列的な責任「制度」であると考えるべきである。

これに反し、不法行為の内部では（債務不履行の内部でも同様）、709条と715条１項、717条更には特別法との関係については、不法行為に基づく損害賠償請求権は１つにすぎずその「法的根拠づけ」が複数あり選択できるにすぎない（訴訟物は複数）。特別規定も２つに分けられ、①製造物責任法、自賠法のように、特別の保護を被害者に与える付加的なものであり、それを主張するかは任意的な特別規定（→709条との選択可能）か[2)]、②自信をもって具体例を挙げる

2）製造物責任法６条は、本法の規定によるほか民法の規定によると規定しており、特別規定ではあるが、その事例に必ずその規定を適用しようとするものではない。単に、一般法に対してより有利な選択肢を追加しただけであり、被害者がその恩恵を放棄して、民法の一般規定によることを特に禁止する必要はない。その特別の責任に例えば特別の制限（例えば、実行は一般規定よりも短くするなど）があっても、必ずその事例についてその時効を適用しなければならないというものではなく、特別の恩恵を受けるためにはその制限をクリアーしなければならないというものである場合には、特別の制限の存在は民法の一般原則を当然に排除するものとはいえない。

ことはできないが、特別の規制を必ず適用し、民法の一般規定の適用を排除する排他的な特別規定（→709条など他の責任を排除）とに分類されるにすぎない。他方、不法行為と債務不履行は並列的な責任「制度」[3] であり、それぞれについて損害賠償請求権が１つずつ成立すると考えてよい。そして、いずれかの責任規定についても、①その事例には必ず適用されるべき制限を用意している場合には（例えば、高価品特則、１年の商事特別時効は排除できない[4]）、一般規定と特別規定ではないので、その場合でも２つの責任に基づく請求権の選択は認められるものの、その規範をいずれの責任についても適用すべきである[5]（請

すなわち、①一般規定に対して被害者に特に有利な保護を与えるというだけであれば――逆にいえば加害者に不利益を与えることになるが――、その恩恵を受けるかどうかを被害者の自由な選択に任せてもよいであろう（いわば任意的特別法）。そして、特にその恩恵を受けるためだけのための特別のハードルが設定されていても、その特別の恩恵を受けるための制限にすぎず、それがあるからといって、不法行為の一般規定による恩恵までその規律に服すべき必要性はない。しかし、これらに対して、②政策的にその事例にはその規律を絶対に適用すべきものとされる規定が創設された場合には、不法行為の一般規定によってその適用を排除することは許されるべきではない（いわば排他的特別法）。その場合には、不法行為の一般規定は一般法として補充的にのみ適用されるにすぎず、責任の中心的な根拠規定にすることはできない（選択を認めても特別法の制限を適用するというのでもよいが、立法技術としては特別法の責任に一本化するほうが美しい）。このように不法行為内部での請求権競合については、709 条と 715 条１項、717 条などと同様に、基本的には自由な選択関係にあり、かつ、損害賠償請求は各条文ごとに１つあるのではなく、１つの不法行為上間損害賠償請求権があるだけで、その根拠に何を用いるかという「法的根拠づけ」についての選択に過ぎない。

3）同じように、不法行為と不当利得のように、「制度」が異なる場合には、それぞれの制度ごとに請求権を１つずつ成立させ、その選択を認めてよいであろう。

4）どのような規定が必ず適用されるべき規定で、どのような規定が、それぞれの責任についての規定であり、その責任を選択した場合にのみ適用されるにすぎないのかは、解釈によって決めるしかない。不法行為を免責する失火責任法などは、不法行為だけの規定であり、債務不履行が選択された場合には適用されない規定と考えて不合理ではないであろう。また、いずれの責任にも必ず適用されるべき規定だとしても、故意の場合には適用がないと制限解釈をすれば、債務不履行にも不法行為にも適用がないという処理が考えられる。

求権が競合的する場合の拡大適用であり、類推適用とは異なる）。②そうでない規定ないし規範については、いずれの責任に依拠して損害賠償を請求してもその規定ないし規範のみがが適用される――債務不履行と不法行為のいずれに依拠するかで、遅滞時期など選択自由に任される事項はいずれの責任を選ぶかで変わってくる（よいとこどり的なモンタージュは認めない）――と考えてかまわないであろう（これは本稿の課題ではないので措く）。

(2) 本稿の提案及び議論の意義

(a) 本稿の提案　それでは、債務不履行と不法行為という並列的な責任制度が競合し、２つの損害賠償請求権が成立しその選択が問題になるのは、どのような場合であろうか。先ず、身体や財産といった「権利」侵害が債務不履行によって生じる場合には、債務不履行も不法行為もいずれの要件を満たして成立し、相互に他方の責任を排除するだけの効力は認められない。既述のように、その事例に必ず適用されなければならない特別規定があるか否かを考えるだけでよい。

他方で、「権利」侵害を伴わない債務不履行は不法行為になるかどうかは、不法行為の成立を認めるだけの違法性があるかにかかってこよう。冒頭の事例でいうと、積極的に機械を壊して営業を妨害したのではなく、機械を給付しないということに対しては、債権の効力があるから債務者に損害賠償が問題となるのであり、債務不履行は問題にできても不法行為の成立を認めるだけの違法性はない。そうすると、原則的には、債権によって初めて利益保障されている脆弱な利益の侵害による損害については債務不履行のみが成立し、不法行為は成立しえないと考えられる。しかし、「権利」侵害を伴わない債務不履行でも、①単に得べかりし利益の不獲得ではなく、信頼利益の損害として問題とされて

5）但し、これも弁論主義の規律を受けることになり、債務不履行の規律が不法行為を選択した場合にも適用されるとしても、被告となった債務者側が不法行為による損害賠償請求に対して、その規定を援用することが必要であり、主張がないので適用がされなかったということが生じることは事実上避けられない。

いるような無駄な支出をさせるような場合には、債務者が履行を信頼させてそのような支出をさせたような故意的な場合に限り、また、②債務者が故意に債務不履行をしたために、債権者に特別な精神的な苦痛を与えた場合（以上については、契約の当初から債務不履行の故意があったことは不要）、更には、③履行利益が問題となっていても、冒頭の工場の操業のように営業利益に還元される場合であり、かつ、債務者に契約当初から債務不履行の故意があったなら場合、これらの３つの場合については不法行為の成立を認めてよい強度の違法性があるといってよい。なお、③の場合には、契約をさせたことがそもそも不法行為となるといえ、その後の債務不履行は、債務の履行がされれば損害がなくなるというだけであり、支払った代金などの給付が損害となり、また、この場合には、上の①②の要件も満たしているので、①②の損害賠償も不法行為を理由に請求できてよい。

このように、本稿は、①「権利」侵害を伴わない債務不履行にはどうして不法行為が成立しないのかという疑問に対する解答を探すと同時に、また、②その例外はどのような場合に認められるのか、債務不履行と不法行為との請求権競合が認められる基準を明らかにするという課題について検討し、これらに対する上記の仮説を論証していきたい。なお、債務不履行と不法行為との請求権競合論それ自体は本稿では取り扱わず、また、競合領域の拡大には、不法行為の拡大のみならず、債務不履行責任の拡大（筆者はこれに賛成はしていないが）も原因をなしているが、この点も本稿では特に扱わないことにしたい[6)]。

6）アメリカ法では、いわゆる「契約を破る自由」というものが認められ、契約当事者は契約を履行せず損害賠償で問題を済ます自由が認められている（自由とはいうが、損害賠償義務は免れないので契約の拘束力がないのではない）。しかし、このような伝統的立場に対して、不誠実な不履行を不法行為とし、単なる契約違反よりも厚い救済を相手方に認めて、そのような契約違反を抑制しようという動きが見られるようになっている。今の所この例外が認められているのは保険契約であり、他の契約への広がりについては未知数である。この議論において、債務不履行責任を考える上で注目される指摘がされている（樋口範雄「不誠実な契約違反という不法行為」学習院大学法学部研究年報 21 号 63 頁以下）。

（b）債務不履行について不法行為責任を選択する意義について　なお、「権利」侵害を伴う請求権競合事例では、商法の特別規定や免責の合意を、不法行為を選択することにより回避するという実益があるために、債権者によって自分に不利な債務不履行規定の適用を回避するために不法行為が選択されるという経緯があった。そして、これに対して、そのような回避をどう阻止するかが検討されてきたのである。では、「権利」侵害を伴わない場合では、競合を認めることにどのような意義があるのであろうか。結論的にいうと、大きな意義はない。意義がないわけではないといった程度である。本稿の実務への寄与を考えると、いささか心細い限りである。

例えば、運送人の履行遅滞については商法566条が商法589条により準用されていて損害賠償請求権が１年の時効期間に服することになり、また、責任を制限する条項も考えられる。また、売買契約については、担保責任について１年の除斥期間がある。これらが、請求権競合論において絶対適用される規定ではなく、請求権の選択の自由にまかされるべき規定であれば、不法行為を選択肢として追加する実益があろう。不法行為では遅延損害金の支払が請求の時か

このような議論の背景には、一定の契約違反については、契約を破る自由を認めるべきではなく、不法行為と同様に契約違反の発生を抑制する法的手段をとるべきだという考えが強くなってきていることがある。これまでは、契約違反による損害賠償は、契約違反を抑制するような機能をもたず、いやむしろもつべきではなく、したがってその範囲はさまざまな制限がなされている。ここで考えられる方法は、①特定履行を命ずる方法、②契約違反に対する損害賠償への種々の制限を緩和・撤廃する方法、③一定の契約違反を不法行為であるとして不法行為の損害賠償を認める方法があり、この最後の方法が「不誠実な契約違反という不法行為」の理論である。

このアメリカ法の考察から、わが国に対してわが国の債務不履行に対する救済方法は、「本当に債務不履行を抑制し、債務の強制的実現をめざして組み立てられ、現実にそのように機能しているのであろうか」と課題を投げかけている。損害の填補を超えて、抑止といった機能をどの程度含めて考えるべきなのか、今後検討されるべき問題である。しかし、本稿の結論としては、わが国では不法行為を認めたからといって、被害者に特により厚い保護が提供されるわけではなく、抑止という観点からは不法行為を認めることが特に寄与するとは思われない。

らではなく不法行為の時からとされていることは、選択の自由にまかされてよく、これは実益と認められるが、先の１年の制限は微妙である[7)]。しかし、もし１年の制限が絶対的に適用すべき規定であるとしても、この１年の制限はいずれも除斥期間であり、また、故意ないし悪意がある場合には適用すべきではなく、債務不履行･不法行為をとわすその制限が認められるべきではなく、「権利」侵害のない事例について不法行為の成立が認められる例外的な事例は基本的に債務者が故意ないし悪意の事例であり、この点も不法行為を選べる実益とはいえないであろう。慰謝料請求や弁護士費用の損害賠償請求についても、不法行為が認められるような上記の特殊事例では、債務不履行によっても認められるべきであり、この点の実益はないというべきである。但し、債務不履行では、「権利」侵害を生じる場合以外は慰謝料請求は無理であるという理解もありえ、その立場では実益は大きいことになる。

実際の訴訟を見ると、契約関係にない関係者については不法行為により責任を追及するしかないが、関係者の責任を不法行為により統一的に構成し[8)]、共同不法行為として連帯を認めようという傾向がある。被用者の責任を問題にし、使用者責任によって責任を根拠づけるといった利点が考えられるが、しかし、不真正連帯債務は、不法行為と債務不履行でも認められるのであり、719条１項により連帯にするという点の実益はない。また、同じ事実を認定して、それを当事者により債務不履行として責任を負わせるか不法行為として責任を

7）西垣道夫「不動産取引と不法行為責任（1)」NBL222号（昭56）18頁は、不動産取引において不法行為責任を問題にするのは、契約当事者でない関係者の責任を追及する場合、及び、担保責任における期間制限などを回避する場合くらいしか考えられないという。また、実際の判例で、不動産取引における不法行為が問題となっているのは詐欺、二重譲渡の順であるといわれる。

8)「権利」侵害を生じない債務不履行の場合に、下請会社や従業員に不法行為が成立するのかという問題もある。これは、①不法行為法上の保護法益の侵害があるのかということに加えて、②下請会社や従業員は債権の相対性からして、下請けないし雇用契約の債務不履行となるが債権者との関係で債務不履行責任を負うだけで、元請会社や使用者の債権者に対して不法行為責任を負う余地はないのではないか、といった問題でもある。

負わせるかというだけであり、事実認定のところで共通するので、不法行為としなければ事実認定における共通性が認められないというものではない。

結局、総合的にみても、「権利」侵害を伴わない債務不履行事例に不法行為の成立を認める意義は殆どなく、被害者が単なる債務不履行ではなく不法行為にもなるほどの違法性があることを認めてもらうといった、自己満足的な意義にとどまることになろうか。なお、請求権競合論における不競合説では、債務不履行が成立する以上は不法行為の成立は排除されるので[9]、どのような場合に債務不履行のほかに不法行為の成立が問題になるのか議論する必要さえないことに注意すべきである。従って、この議論の意義は、競合説に立つ場合にのみ認められるものである。

第２　「権利」侵害を介さない債務不履行と不法行為（総論）

(1) 判例の状況（一般論を述べている判決）

先ず判例の一般論を取り上げるが、次のように、債務不履行によって権利侵害がある場合にのみ不法行為が成立し、それ以外の債務不履行では不法行為は成立しないという考えを表明している。その後、戦後の判決で、不法行為と債務不履行の関係について一般論を展開した判決は見られない。

9）不競合説の代表は川島博士であり、「契約関係は一般社会生活関係に対し１つの特別な危険関係を構成し、その社会関係の特殊性は契約外の一般関係とは異なる規律を要求する」、これに対して、「不法行為法の規律はかかる特殊な関係に適用されるに適しない所の一般的標準的内容を有しており、このように解して始めて不法行為法と契約法の規定の差異の合理性を理解し得るのである」という（川島武宜『民法解釈学の諸問題』129 頁）。この立場では、どのような請求までが債務不履行の排他的な適用領域なのかの線引きだけを考えればよいことになる。拡大損害が生じようと債務不履行が成立する以上は不法行為の成立は認められないのである。しかし、不法行為法をこのように狭く考えれるのは、取引的不法行為が権利侵害という要件が違法性に取って代わられて広く認められている現在では、認めることは無理であろう。そもそも前提としている不法行為観が根本から変ってしまっているのである。

(a) **大判明44・9・29民録17輯519頁**　本判決は、次のようにべて、債務不履行（＝債権の侵害）だけでなく別のある「私権」の侵害がなければ、不法行為の成立は認められないとしている。事例は、湯屋営業権が二重譲渡され履行不能となった事例であり、履行不能により売主（被告・被上告人）に買主（原告・上告人）の名義書替請求権の侵害がある外、他の権利を侵害したということはできないとして不法行為の成立を否定した原審判決への上告に対して、答えたものである[10)]。

> 「債務者が其債務を履行せざるに因り債権者か損害を被むりたる場合に付きては、民法第415条以下に規定あり。債権者は是等の規定に従い債務者に対して損害の賠償を請求することを要するは我民法の規定に徴して明確なり。但債務者が其債務の履行を為さざるは債権者の権利を侵害するに該り広き意義に於ては一の不法行為なりと雖も、民法第709条以下に規定する不法行為中には此種の不法行為を包含せず。民法第709条以下の意義に於て不法行為ありとするには常に必ず債務の不履行以外に於て或私権の侵害ありたることを要し、単純なる債務の不履行は一の不法行為なりとして債権者より之が救済を求むることを得ざるものとす。尤も債務者が債務の不履行に際し債権者の享有する他の権利を侵害したる場合に於ては、」不法行為も成立する（本稿で、引用文の下線は、筆者が付したものである）。

(b) **大判明45・3・23民録18輯284頁**　本判決は、傍論であるが、次のような一般論を展開している。借家における借家人による失火の事例について、賃貸人の債務不履行による損害賠償請求について、失火免責を認めた原審判決を破棄するに際して、その前提として事例を３つに整理し第三番目の事例であるとして、債務不履行について失火責任法の適用を否定したものである[11)]。

---

10) また、「屋営業権なるものは民法上存在せさるものなれば、上告人に於て之を取得すべき理由なく、其侵害を名として賠償を求むる上告人の訴の失当なるは論を俟たず。故に原院が被上告人は何等上告人の権利を侵害したるものにあらずと説示したるは結局相当」としており、たとえ権利侵害を問題としてもこの時代では、不法行為の成立が否定されていたのである。この点は、その後、判例変更がされるので、本文に述べた部分がその後もその先例価値が残されることになる。

「按ずるに凡そ一の行為より契約違反に因る請求権と不法行為に因る請求権との競合を来すことありや否やに付ては、三箇の場合を想像することを得べし。**第一の場合**は、行為と契約関係との間に内面的の関係なく、契約関係は単に不法行為の成立に機会を与ふるに過ぎさるものにして、例ば或物を贈与するに当り過失に因り之に伝染病菌を附着せしめ、為めに受贈者か感染したるか如き之に属す。此場合に於ては不法行為に因る請求権のみを生するものにして、契約違反に因る請求権を生することなし。**第二の場合**は、行為は契約関係の範囲を脱出せず、唯契約上の義務の履行又は権利の行使に付き注意の責を尽さざるに因り損害を生ずるものにして、例は破壊し易き物の売主が毫も破壊を防く装置を為さずして、之を送付したるか如き。若くは家屋の賃借人が使用上過失に因り壁を汚損したるが如き之に属す。此場合に於ては契約違反に因る請求権のみを生するに止まり不法行為に因る請求権を生ずることなし。**第三の場合**は行為が主観的若くは客観的に契約に因り達せんとする目的に超過する場合にして、例は受寄者が故意に寄託物を破毀し若くは馬の借主か過重に馬を使用し死に至らしめたるか如き之に属す。此場合に於ては契約違反に因る請求権と同時に不法行為に因る請求権を生し二箇の請求権の競合を来すものとす。或は一の行為よりは一箇の請求権の外生ずるものにあらず法規の競合あるも請求権の競合なきこと猶ほ一の行為が数箇の刑罰規定に触るるも一箇の犯罪たるに外ならざると同一なりとの見解あるも、一の行為が契約違反の要件を充すときは契約違反に因る請求権を生じ、其行為が亦不法行為の要件を充すときは同時に不法行為に因る請求権を生すとするに何の妨がある。恰も事務管理若くは不当利得に基く請求権か不法行為に基く請求権と競合することを得ると異るの理あるべからず。法規競合説を執る一派の学説は二箇の法規の一が一般法にして、他が特別法なるときは一般法は適用するを得ず不法行為は一般法にして契約法は特別法なるが故不法行為に因る請求権を生ずることなく契約違反に因る請求権のみを生ずと為せとも、契

11）この点については、「若し此等の責任が不法行為の責任の影響を受け其程度まて軽減せらるるものとせば、上告人所論の如く右商法の規定は全く蹂躙せらるるに至らん。故に不法行為の責任の軽減は契約違反の責任に影響を及ほすことなきは明白にして、賃借人が失火に因り賃借家屋を返還する能はざるに至りたる責任は、毫も右法律第四十号の規定の影響を受くへきものにあらず。本件に於て上告人の請求は被上告人か失火に因り賃借家屋を上告人に返還すること能はざるに至りたる契約違反を原因とするものにして不法行為を原因とするものにあらざること原判決及び之に引用したる第一審判決の事実の摘示に依り明瞭なるに拘らず、原院が右法律第四十号の規定を本件の場合に適用したるは上来説明の法規に違背したる不法あるを免がれざるものとす」としている。

約法は不法行為の一般の例に拠らさらしめんが為め特に設けられたる法規にあらざるを以て、不法行為法と契約法とは一般法と特別法との関係に立つものにあらず。左れは前示第三の場合に於ては不法行為に因る請求権と同時に契約違反に因る請求権を生ずるものにして、家屋の賃借人が失火に因り其家屋を焼失せしめたる場合は実に此に属す」

(2) 学説の状況（一般論）

(a) 709条において権利侵害が要求されていた時代の判例・学説

（ア）債務不履行も不法行為という理解　　債務不履行と不法行為の関係については、当初は深く研究されておらず、法典調査会においても、債権侵害の不法行為が問題となった際に、起草者である穂積陳重が、現行709条の「権利」には債権も含まれるが、「相手方が之を侵害致しましたならば、特別規定があるものでありますから、其方に依るのであって、而して夫れも不法行為たることは勿論であります。それ故に御見解の通り此処の適用が自ら無くなるのであります」と発言をしている（『法典調査会民法議事速記録五』304頁）。これによれば、債務不履行も不法行為であるが、債務不履行という特別類型になっていてその特別規定があるので、不法行為の規定は適用されないということになる。「不法」行為ということからは、債務不履行も「不法」な行為であると単純に考えているかのようである。

当初の学説も同様といってよいであろうか。岡松参太郎『註釈民法理由下巻』（明32）次465頁は、「債務の不履行は不適法の行為なりと雖も、其効果は民法上債権の効力として之を規定し、不法行為として処理することなきは各国法制の等しく認むる所にして、本法も亦之に従へり（415）。是れ債務の不履行を不法行為中より除外せる所以なり」という。

（イ）鳩山秀夫　　その後に、請求権競合論が議論されるようになり、鳩山秀夫「債務不履行と不法行為との競合」志林18巻12号（大５）33頁は、次のように説明する。

①　債務不履行しか成立しない場合　　「債務者が単純に債務を履行せざるに止まる場合に於ては債務不履行たるに止まり不法行為を構成することなきは

学者の疑はざる所にして又我民法の解釈上疑を容れざる所なり」とする。その理由としては、「蓋し債務不履行は債権侵害にして此点に於て第709条の要件を具備すと雖も、債務不履行に因る債権侵害に関しては特に債務不履行に関する法律規定あり此規定は不法行為に関する規定に対して特別法を為すものなるが故なり」[12] と説明されている（33頁）[13]。

② 不法行為も成立する場合　ところが、「債務者の一定の行為が債権侵害以外の関係に於ても尚不法行為たるの要件を具備するときは債務不履行のみに関する規定の適用ありと為すことを得ず」という。その理由としては、「蓋し或る法律事実に対して一般法を適用せず特別法のみを適用するに当りては特別法が其法律事実の全部を規定せることを要す」と説明し、債務不履行と同時に身体の侵害がある場合、同時に所有権の侵害にもなる場合を例に挙げている。そして、まとめて、「債務者の行為に因る債権侵害は其単純なる債務不履行なる場合換言せば債権侵害の理由によりてのみ不法行為の成立を阻却するに止まり、債権侵害たると同時に他の権利の侵害たる場合または其他の理由によ

12）鳩山秀夫『日本債権法各論（下）』（大13）950頁でも、「一個の社会現象が二個以上の法規に依りて請求権成立の原因と認めらるる場合に於て一方の法規が他方の法規に対して一般法規、特別法規の関係に在り且其特別法規が当該現象の全部を包括する場合あり。此の如き場合に於ては唯其特別法規に依りてのみ請求権を生ずるものにして請求権の競合を生ずることなし」として、「債務者が単純なる債務不履行を為したる場合」には、債務不履行による損害賠償請求権のみを生ずるという。これに対して、２個の法規が一般法特別法の関係に立たざる場合及び仮令此の如き関係に立つも当該の社会現象が総て特別法規に依りて包括せられざる場合」には２個の請求権が成立するが、不当利得返還請求権と物権的請求権は前者、債務不履行と不法行為とは後者により請求権の競合が生じうるという。

13）磯谷幸次郎『債権法論（各論）下巻』（昭４）835頁が、「債務不履行とは債務者が債務の本旨に従いたる履行を為さず債権を侵害する行為を謂うものにして性質上不法行為の一種に属するものと云うことを得べしと雖も、民法は債務不履行として格段なる規定を設くるを以て不法行為に関する規定は債務不履行には適用なく、不法行為と債務不履行とは互に異なりたる別個の法規の支配を受くべきものとす。従て民法に所謂不法行為とは民事上の違法行為中債務不履行に関するものを除きたる其他の違法行為を指称するものとす」というのも同旨といえよう。

りて不法行為たる場合には、不法行為の成立を阻却せざるものと言わざるを得ず」という（34～35頁）。

（ウ）**岡村司**（岡村司「損害賠償の二種」京都法学６巻４号78頁）　「債務者は債務不履行に因りて更に損害賠償の債務を負担す。然れども債務不履行は債権発生の一原因に非ず債務不履行に原因する損害賠償の債権は一種の救済権にして新たなる債権に非ず、第一の債権に原因し第一の債権が債務不履行に因りて侵害せられたるを以て之を救済せんが為に発生するものなり。故に契約に原因する債務を履行せざるに因りて更に損害賠償の債務を生ずるも、其債務は要するに契約上の債務にして其性質を変じて不法行為上の債務と為すものに非ず」（78～79頁）。

「債務者が其の債務を履行せずして乃ち債権者の債権を侵害するは是れ債務の不履行にして不法行為に非ず」。「債権の侵害は債務者が之を為したるときは特に名づけて債務の不履行と謂う。第三者が債権を侵害したる場合に於て始めて不法行為あり」（80頁）。しかし、債務不履行が不法行為の適用を受けない理由については明確に述べられていない。

（エ）**岡村玄治**（岡村玄治「請求権の競合否認論」154頁）　「債務の不履行は債務者の故意過失に因る（民419の場合は例外）債権の侵害也。而して故意過失に因りて他人の権利を侵害したる者の責任に付ては民法第709条不法行為の規定あるに拘らず、債務者が債権を侵害したる場合の責任に付ては民法第415条以下に特別の規定あるが故に、民法第709条の規定は一般法にして第415条以下の規定は特別法なりと云うを得べし。故に債務者が債権を侵害したるに止まり他の権利を侵害したるに非ざる場合には、不法行為の規定は其適用なく、随て債務不履行に因る請求権と不法行為に因る請求権と競合するやの問題を生ずることなし」（154頁）。「然れども債務の不履行が同時に債権以外の権利の侵害なる場合あり」。「此に於てか債務不履行に因る請求権と不法行為に因る請求権とが競合するや否やの問題を生ず」（154～155頁）

（オ）**以上の学説のまとめ**　当初の理解は、債務不履行と不法行為の競合を二段階に考えて、①債権以外の「権利」侵害がない場合については、債

務不履行は不法行為でもあるが債務不履行についての特別規定があるので、債務不履行のみが成立し不法行為は成立しないと法条競合説を採用し、他方で、②「権利」侵害という要件を満たす場合には、不法行為の要件である権利侵害を満たせば不法行為も成立すると考えて、損害賠償の上で、請求権の競合を認めるのであるが、請求権の競合を否定し法条競合説を貫徹する考えもあった。すなわち、少なくとも、単純な債務不履行については、どの考えによっても法条競合説が採用されていたのである。

（b）709条の権利が違法性に読み替えられた後の学説

（ア）戦前の学説――特別法という従前の説明が維持される　鳩山博士などによる債務不履行法は不法行為法に対して特別法の関係にあるという説明によれば、不法行為責任の領域が拡大してもそのままの説明を維持することが可能であり、実際にその後の学説も単純な債務不履行については法条競合説の説明をしている。

①　宗宮信次『不法行為論』（昭10）34頁　債務不履行については、債務不履行に関する規定が適用され不法行為についての規定は適用されない。「蓋し不法行為は、権利其の他の法益の外面的不可侵性を害する行為にして、債務不履行は債務者自身が債務自身の内部より違反し、権利の内容其のものを実現せざるものにして、両者観念を異にすればなり」、従って、債務者自身の行為が、債務の内容不履行の外に、同時に或る法益の外面的不可侵性をも侵害したりと認め得べきときは、債務不履行と不法行為と競合」するという。

②　沼義雄『綜合日本民法論別巻第５　債権各論下』（昭18）451頁　法条競合として特別法が適用される場合について、「例えば債務の不履行は債務者に依る債権侵害の一例なりと雖、民法は債務の不履行に付いて一般不法行為と之を区別して規定せるを以て、債務者に依る債権の侵害は単に債務の不履行を生ずるに止まり不法行為とは為らず。従て不法行為に関する第709条以下の規定の適用外にあるものとす」という。

そして、「然れども債務の不履行が不法行為の成立を阻止するは債務者の行為に因る債権の侵害が其の単純なる債務の不履行なる場合に限るものにして、

債権の侵害ためと同時に他の権利侵害に因り不法行為たる場合に於ては勿論不法行為の成立を妨ぐるものに非ず。従て此の場合に於ては債務の不履行と不法行為ともに存在し債務の不履行に因る損害賠償請求権と不法行為上の損害賠償請求権との競合を生ずるものとす。」

（イ）戦後の学説　戦後になると、法条競合なのかそもそも不法行為の要件を満たさないのか、この点について明確に述べられなくなる。しかし、債務不履行責任の研究が深化することにより、債務不履行と不法行為ということについては学者の注目はいままでになく注がれるようになる。いずれにせよ、709条に「権利」侵害という基準が失われたために、債務不履行と不法行為との限界付けをするために、種々の提案がされることになる。

①　内包的な損害か否かという基準　有泉教授は、①売買において、契約どおりの物が給付されず、または、契約された時期に給付がされなかったことに由来する損害について、「これらは契約に内包的な損害」であり、「このような損害に関するかぎり、もっぱら特別法としての契約規範の適用がある」とし、②契約の内容が相手方の人格権や財産権の安全についての配慮義務を含む場合には、その違反による損害も契約に内包的な義務であり、形の上では権利侵害があるが、「よって生じた損害は契約に内包的な損害である」とする。③これに対して契約上の債務の履行にあたって、一般に当事者がけによって全く予期しない損害が債権者に及ぶことがある」。「そこにはいわば『新たな権利侵害』があり、契約関係を別にすれば、不法行為の成立要件が満たされている。このような損害を一応外延的損害と呼んでよかろう」という[14)]。

理論的には特別法ということが不法行為の成立を排除する説明であるが、それがあてはまる領域を契約内包的損害とし、権利侵害でも契約内包的な義務の違反の場合には内包的損害とするのである。

②　利益ないし義務を基準にする学説　奥田昌道「契約法と不法行為法の接点」は、「不法行為が一般保護であるのに対し、契約法では、第一には、契

14）有泉亨「損害賠償請求権」『現代損害賠償法講座 1 総論』（昭 51）15 頁。

約利益の保護を目的としている。つまり、契約当事者が当該契約により達成しようとしている利益の保護が問題なのであり、これを離れては契約法の問題を考えることはできない」（209頁）。「これに対して、損害が右に述べた意味での履行利益の額を超えて――遅滞・不能による損害を超えて――、あるいは履行利益とは別の利益の侵害という形で発生するときには種々の問題が生じる」として、契約責任と不法行為責任の競合の問題を生じるものとする（210頁）[15]。医療契約において、医師が誤って患者に劇薬を与えたために、患者が死亡をした場合には、「一般的な不可侵義務にも反したことになり不法行為の要件が充足されている」として競合問題が生じることを肯定するが、「入院患者に対して医師がなすべき手術なり投薬を怠って患者を死に至らしめたときは、診療契約上の義務違反として債務不履行責任は発生しても、一般不法行為責任は発生しないとみることができる。その理由は、契約責任が不法行為責任を排除するからではなく、契約関係の存在、したがって契約法上の義務を度外視し、一般人としての不可侵義務のみを眼中に置くならば、決して、手術の義務や投薬の義務は存しない。したがって、死亡は一般人としての不可侵義務違反の結果ではないとみることができるからである。」[16]

不法行為が成立するためには、一般的不可侵義務に違反しなければならないとし、法条競合ではなくそもそも不法行為は成立しないという論法のようである[17]。権利侵害という限界付けを失ったため、一般的不可侵義務という基準を設定するものである[18]。

③　関係ないし危険を基準にする学説　　これに対して、松坂博士は、不法

15）奥田昌道「物品運送契約における債務不履行責任と不法行為責任」法学論叢 90 巻 4・5・6 号 176 頁が、「契約法によって不法行為責任が排除さるのは、当該の契約に関する実定法規が、その規律対象に関しては他の法規による責任を一切認めない趣旨を宣言している場合か、かような明示はなくても、法規の規律が完全であって、内容的にみて他の法規による責任を一切認める余地が存しないような場合に認められよう」と述べており、これは純粋な債務不履行について一般的にあてはまるものと考えているものといえようか。

16）奥田・前掲論文 213 頁注 7。

行為と債務不履行の「両者の責任はその成立要件・効果等において差異を生ずるが、それは両者が規律すべき社会関係の実質をことにするからである。すなわち、不法行為は未だその間に具体的な法律関係の存在しないところの市民相互の間における一般的社会生活関係を対象としているに反し、債務不履行は既に具体的な債務関係が存在するところの市民間の特別の社会生活関係を対象とするものである」とされる[19)]。

浜田教授も、契約責任は、「契約関係は特定の当事者の間の具体的な特殊的関係であり、それぞれの契約関係はそれに固有の特殊の危険＝損害発生の可能性を含んでおり」、「このような特殊の具体的な社会関係に固有な危険＝損害についての、その社会関係に固有な法律関係である」のに対して、「不法行為責任は、このような特殊的関係にたたない一般市民間相互の関係において、それ

17）四宮和夫『請求権競合論』91 頁も、「損害賠償に関する契約責任規範の本質的目的は、債務者の契約義務違反によって生じた債権者の損害を填補することになあり、不法行為規範の本質的目的は、社会人としての一般的法義務の違反によって他人に生じた損害を填補することにある」という。義務から差異を説明するものである。

18）債務不履行は拡大が思考されるが、不法行為を拡大しようという機運はない。在では 709 条が「権利」という制限が取り除かれ、利益侵害があればよくなり、契約法の領域に不法行為法が拡大することが可能になっているが、不法行為責任を取引法において活用しようとする論者とて、債務不履行の本来的・中核的領域にまで乗り込もうとはしていない。例えば、国井教授は、先ず次のようにいう。「取引法は給付関係を主軸に、その保護法益が侵害され、侵害の虞ある場合につき各種の救済手段をきめ細かく、かつ多元的に用意する。不法が取引行為に係る被害者を救済する場合、それは取引法上の救済手段とは別に、取引法に専属しない法益の侵害に対する取引法外在的な処理といえる」と（国井和郎「取引における不法行為の位置と役割」『現代取引法の基礎的課題』608 頁）。また、「不法行為は取引をめぐる法的処理のうち、本来的給付とこれに直結する利害調整には関与せず、違法な損害のみを扱う取引法外処理であり、その意味で取引法の補助的・補完的な役割わ果たす」ともいう（前掲論文 616 頁）。従って、国井教授もこの一般論を見る限りは、「本来的給付」という債務不履行の本丸にまで不法行為を送り込もうということは考えてはいない。

19）松坂佐一「信頼関係としての債務関係」同『債権者取消権の研究』279 頁。

に由来する損害にそなえて規定された、それに適応した法律関係である」という。この結果、両責任は、「その基礎とする地盤を異にし、その社会的機能を異にするもので、競合ないし重畳の関係を生ずる余地はない」ことになる[20)]。

このように、先の利益を基準として責任を区別するのであれば競合がありうるが、関係を基準として区別すると、そもそも競合はありえず、不競合説が必然的に導かれる。しかし、特殊な関係ないし危険か否かという基準が必ずしも明確とは思われない。給付義務の不履行と付随義務の違反を同一視してよいのかは疑問である。また、債務不履行の場合に不法行為が成立しないことを709条との関係でどう説明するのであろうか。権利さえも侵害されている事例が含まれているのであり、要件は満たすが特別規定として排除されるというのであろうか。しかし、そもそも不法行為の領域ではない、適用さえそもそも論において考えられないというのでなければ、関係ないし危険により区別した意味がないことになる。

第３　「権利」侵害を介さない債務不履行と不法行為（各論）

１　契約を締結させたこと自体が不法行為になる場合

(1) 詐欺による契約の場合

代金を支払うまたは目的物を引き渡す、約束の役務給付をするといった債務を履行するつもりもないのに、売買契約などを締結して目的物を取得したり代金を受けたりした場合に、相手方は代金不払い、目的物の引渡しがされないことなどに対して債務不履行に基づく損害賠償を請求でき、また、契約を解除して損害賠償も請求することができる。また、偽物を本物と偽って販売する場合にも、種類物の場合には債務不履行、特定物の場合には瑕疵担保責任を追及して、いずれにしても損害賠償を請求できる[21)]。そのような場合に、債務不履

20) 浜田稔「契約責任と不法行為責任」『山中康雄教授還暦記念　近代法と現代法』（昭48）227頁。

行や担保責任によらずに、詐欺を理由に不法行為による損害賠償を請求できるであろうか。

なお、判例には、原野商法など数多くの事例で不法行為を認めているが[22)]、代金を騙取するという損害を与えていることは疑いないものの、債務不履行ないし担保責任といった契約上の責任が果たして追及できる事例なのかは疑問がある事例である。契約からの解放は債務不履行によらずとも詐欺取消しや錯誤無効が認められるが、損害賠償については、不法行為によるしかないであろう[23)]。

(a) 担保責任が問題になる場合

（ア）判例の状況　　例えば、次のような判例がある。

① 横浜地判昭50・12・23判タ336号294頁　　本件土地売買契約締結に際し、売主Ｙが買主Ｘに対し現状のままで建築確認がおりる旨の虚偽の事実を旨を告げた事例。ところが、Ｙは前主より本件土地を購入する際に、本件土地は急傾斜崩壊危険区域内にあるため現状のままでは建築確認のおりないことを知っていたのであり、ＸＹ間の売買契約締結時においてＹは現状のままでは建築確認がとれないことを知りながら、Ｘに対し、現状のままで建築確認がとれることを保障する旨を告げ、Ｘをしてその旨誤信せしめて売買契約を締

21）詐欺による不法行為については、①意思の自由を侵害するものとし、710 条の自由権の侵害とする学説、②財産権を保有し、これを濫りに侵害されないという権利を融資、これは一種の人格権として詐欺はこの人格権の侵害と構成する学説、③単に財産権を侵害するものという学説、④違法性があればよく、違法な行為により損害を発生させればよいとして特に権利や法益の侵害ということに拘泥しない学説などに分かれる（宗宮信次『不法行為論』（昭 10）378 頁以下）。

22）錯誤無効や詐欺取消しをした上で不法行為による損害賠償の請求もでき、無効、取消しの主張をしない場合に限られない。債務不履行を問題にせず、不法行為と構成する利点としては、契約当事者である会社のみならず、代表者、実際に契約の勧誘を行って社員、更には事情をしりつつ共同して融資をした金融機関などについても、同じ損害を不法行為により賠償請求できるということにある。

23）契約交渉段階における信義則上の義務違反により債務不履行責任を認めるならば、ここでも故意的な債務不履行を問題にできるであろうが、筆者はこれには反対である。

結した事実を認めることができ、右認定を覆すに足りる証拠はない。「建物建築用地として土地を売買する場合において建築確認がおりるか否かは重大な要素であるから建築確認がおりないと知りつつ、建築確認がおりるようなことを告げてその旨誤信させ、売買契約を締結させることは詐欺に該当し、被告の右行為は不法行為を構成するものといわねばならない。よつて被告は右不法行為により原告に生じた損害を賠償する義務がある。」[24] 本件は担保責任も追及しうる事例であるが、原告は、理由は分からないが担保責任を主張していない。

（イ）学説の状況　半田吉信教授は、単に逸出利益等の履行利益や信頼利益の侵害を受けたに過ぎない場合に不法行為責任を認めることに対して、「本来的に担保責任等契約責任の追及が予定されている場合であり、かような場合までも不法行為責任の追及をなしうるとすることは責任体系上の問題が大きい」という[25]。西垣弁護士も、不法行為による利点として、１年の除斥期間をすぎた場合には不法行為によることをあげており、詐欺の場合に不法行為によって担保責任についての１年の期間制限が無にされることに特に反対はしていない[26]。

(b) 債務不履行となる場合

（ア）判例の状況　留学の斡旋契約で、そのようなサービスの提供ができないにもかかわらずできるかのような虚偽の宣伝・勧誘をして契約をさせた事例について、東京地判昭57・３・30判タ475号83頁（アメリカ語学留学の斡旋）は、次のように不法行為の成立を認めている。

「Y_1会社は、Ｘが応募し参加費を支払つた当時、大々的に留学生を募集勧

24）損害額としては、「建築確認がとれない場合の本件土地の価格はせいぜい金350万円程度が相当であること、しかるに原告は被告の「現状のままで建築確認がおりる」旨の言を信頼し売買代金として金700万円を支払つた事実が認められ、右事実によれば原告は被告の不法行為により金350万円相当の損害を蒙つたことが認められる。」とされている。

25）半田吉信「契約責任と不法行為責任の交錯」『民事法理論の諸問題上巻』（平５）385頁。

26）西垣道夫「不動産取引と不法行為責任（３・完）」NBL230号（昭56）46頁。

誘するだけの寮がなかつたことはもとよりのこと、ホームステイの体制も全くできていなかつたことが窺われるのであり、それにもかかわらず、Y_2は、事業拡大を企図する余り、自ら又は従業員を通じ、パンフレット等を配布するなどによつて、Y_1会社の主催する米国留学においては寮が完備し、ホームステイの体制も整つていて、安心して楽しい充実した留学生活を送ることができるかのように極めて魅力的な虚偽の事実を宣伝し、語学研修の内容についても誇大に宣伝してX等を欺罔し、その旨誤信させたうえ、留学の申込みをさせて参加費用名目でY_1会社に金員を振込み送金させ、これを騙取したものということができるのであつて、右欺罔行為は、留学を決する場合に多くの者が重視する事項についてなされているのであるから、社会通念上到底許容できる範囲のものではなく、その結果原告は米国に渡航したものの留学の目的を全く果せないまま早期自費で帰国せざるを得なかつたのであるから、Y_2は、右不法行為により、少くとも、XがY_1会社に支払った参加費用98万5000円と同額の損害をXに与えたものということができる。」「以上の次第で、Y_2は民法709条によりXの被つた前記損害を賠償する義務があるというべきであり、又Y_2の右不法行為は、前認定のY_1会社の目的からしてその代表取締役としての職務行為であることが明らかであるから、民法44条により、Y_1会社も又Xの被つた前記損害を賠償する義務を負うものというべきである。」

709条の権利侵害との関係では、金銭を騙取したことが不法行為と構成しているものといってよいであろう。債務不履行との関係については特に何も議論されていない。判例としては、他にも詐欺ということが明言されていないが、予備校や専門学校の事例で、不法行為が認められており、この点については後述するところに譲りたい。

（イ）学説の状況　　相手方または第三者が詐欺により契約を締結させることが不法行為となることについては、学説上異論はないといってよい[27]。問題は、何の侵害とし、どのような損害を受けていると考えるかである。侵害対象の点については、契約についての自己決定権という人格権侵害という構成、財産権不可侵権の侵害、金銭などの騙取という財産の侵害そのものという

27）半田吉信「契約責任と不法行為責任の交錯」『民事責任理論の諸問題上巻』（平５）381頁参照。

構成などが考えられている。債務不履行行為が不法行為の権利侵害になる事例とは異なるので、不法行為の成立については疑問はないといえよう。そのため、半田吉信教授は、「このように不法行為責任の追及範囲が拡大してくると、被害者にとっては責任追及の選択肢が増えて好都合なものの、契約責任規定による合理的なリスク配分によるべき事例を不法行為規範により処理してよいかという問題が生じてこよう。」ところが運送契約とは異なり「他の契約類型では、債権者が不法行為に基づいて単なるエコノミックロスのみの賠償を請求する場合を含めて、必ずしも脱法のために不法行為責任を追及しているとみられる事例は存しない。」「かような場合に不法行為責任を追及して訴を提起した原告に裁判所が釈明権を行使して、理論的によりすっきりした契約責任を追及させることも考えられないではないが、その必要はないであろう。責任の競合を認めれば足りる」と述べている[28)]。

損害の点については、対価的給付を受ける債権を取得しているので損害がないのではないかといった疑問は残される。

（c）本稿の立場

（ア）契約を締結させたこと自体には不法行為を問題にできる　代金の支払、金銭以外の給付をするつもりがないのに、それを隠して相手方に契約をさせた場合、これは詐欺の事例になるといってよい。これらの場合、相手方は詐欺を理由に契約の取消しまた不法行為を理由とした損害賠償を請求できるが[29)]、更に、債務が履行されていないので、債務不履行を理由として損害賠償、また、契約解除をして代金の返還を請求することもできる。債務不履行に

28）半田吉信「契約責任と不法行為責任の交錯」『民事法理論の諸問題上巻』（平５）409 頁。

29）19 世紀のフランス民法学においては、債務不履行も不法行為に統一してしまう不法行為一元説というものがあった。フランス民法では、不法行為において（権利）侵害といった要件はなく、フォートにより損害を与えればよいので、債務不履行さえ不法行為の一種と理解することも不可能ではなかった。これに対して、契約責任を既存の契約上の債権の効果であり契約上の債権、不法行為をその他の権利、利益侵害による損害についての新たな損害賠償請求権であり、独自の債権発生原

よれば履行利益の損害賠償を請求できるが、履行利益の賠償を求めるのではなく、詐欺を行った者が給付をしないまたは給付として意味のある給付をしない場合、自己の支払った代金などの給付を取り戻し合わせて付随的な損害の賠償を請求するだけであれば、債務不履行を理由に契約を解除し代金の返還を求めたり、契約させられたこと自体を不法行為として損害賠償を請求するのでも十分であり、不法行為に基づく損害賠償請求を否定する必要もない。しかし、不法行為による損害賠償という名目でこれを認める実益も大きいわけではない。

ただ担保責任に対しては、不法行為に基づき損害賠償請求する実益として、担保責任についての１年の権利行使期間制限を排除するということが認められるが、悪意の売主には１年という除斥期間の適用を否定するならば、この実益も取り立てて強調するほどのものではないことになる。強いてあげれば、債務不履行を理由に解除をして損害賠償を請求するのに対して、遅延損害金の発生時期の点、慰謝料請求ができる点、弁護士費用が不法行為によったほうが認められ易い点くらいは指摘できようが、しかし、慰謝料請求や弁護士費用については債務不履行でも当然に否定されるものではない。被害者が債務不履行というだけの認定では気が済まず、契約の勧誘において不法行為があったことを認めてもらいたいという、被害者側の感情的な利益の問題が大きいのかもしれない。

（イ）債務不履行それ自体を不法行為といえるか　しかし、もしこの

因と、２つの責任を極端に分離する学説もあった。日本の民法も、債務不履行は「債権の効力」、不法行為は債権各論に規定をして債権の新たな発生原因と位置づけている。

安全配慮義務違反、契約締結上の過失など債務不履行の拡大領域においては、債権の効力であり新たな債権が発生するのではないといった図式があてはまらず、不法行為との競合が問題になることは疑いないが（経済的な損害については、債務不履行のみしか成立しえないという理解もある）、この事例では債務不履行を認めること自体議論のあるところであり、本稿では、旅客運送事故なども含めて、これらの事例は対象にしない。本稿では、債務不履行ということが明らかな事例で「拡大損害」が生じないような事例についても、不法行為が成立し、債権者は不法行為を理由に損害賠償を請求できるのかという問題に限定している。

場合に債務が履行されないことを問題にするのであれば、どういう権利ないし利益侵害の不法行為であり、また、どういった損害を受けているのか疑問があろう。代金を騙取されているというが対価を受ける債権を取得しているのであり――商品を騙し取られているが対価として代金債権を取得しているのである――、対価関係に立たないような土地をだまして販売したのではない場合には、この説明の点で考慮が必要である。契約を無効としたり取消しを主張して、債務不履行を主張しないのであれば、不法行為を問題にできようが、債務を履行しないことをどう不法行為と構成するのであろうか。

結論としては、契約時には履行するつもりであったが、故意的に履行をしなかった場合と同様に、単に履行をしなかったというだけでは、「権利」侵害がない以上、不法行為の成立を肯定するほどの違法性はないというべきである。従って、履行利益の賠償を不法行為を理由に請求することは認められないというべきである。但し、例外的に、得べかりし利益の損害賠償ではなく、信頼利益などといわれる無駄な支出をさせるような損害については、履行しないつもりなのに、履行を信頼させてそのような支出をさせ損害を与えた場合には、契約を締結させる不法行為と同様に、そのような支出をさせたことをもって１つの不法行為と構成できる場合も考えられよう。これも、本来履行にかかわる脆弱な利益であり、履行ができなくなったないしするつもりがなくなったのに、相手方に反対給付を信頼させて履行を受けるような場合と同様、相当強度の違法性が認められるような態様でなければ、不法行為の成立は認められないというべきである。以上は、債務不履行が特に被害者に精神的苦痛を与える場合についても同様というべきである。

(2) 契約締結段階における説明義務ないし情報提供義務違反

(a) 債務不履行が問題となる事例

（ア）債務不履行はない場合　故意的な詐欺の場合ではなくても、契約締結段階の説明義務ないし情報提供義務の違反を不法行為として認めることもできる。たとえば、フランチャイズ契約の交渉段階において、フランチャイ

ジーがフランチャイザー候補者に不適切な情報を提供し、契約を締結させて実際には見込み額よりもはるかに売り上げが下回り損害を受けた場合に、不法行為を成立させることができる[30)]。なお、この場合に、契約締結上の過失によって債務不履行としたり、または、契約上の義務として説明義務を問題にして債務不履行の成立を認めることも考えられるが（筆者は反対）、この点はここでは扱わないことにする。

（イ）債務不履行もある場合　先の場合に、契約締結時の説明義務違反により高収益を期待して契約をしたが、説明されたものとは程遠い収益しかえられなかっただけの場合、契約締結後の債務不履行を問題にできないが、もし契約締結後も経営指導などを適切に行わなかったという債務不履行がある場合は、どう考えるべきであろうか。やはりその後の債務不履行それ自体は不法行為ではないというべきであろう。ただし、故意的な場合ないし故意に準ずる重過失がある場合には、営業利益の侵害という第三者による不法行為も成立する利益侵害を問題にすることができる違法性が認められ、不法行為責任の成立も認めてもよいであろう。

結局は、「権利」侵害とまではいえない場合には、侵害される利益の強度によって侵害態様の要求される強度も変わってこようが、相当程度の強度の違法性が認められる場合でなければ、債務不履行を超えて不法行為の成立を認めることはできないというべきである。逆にいえば、「権利」侵害を伴わない債務不履行であっても、完全に債務不履行の排他的領域ではなく、不法行為も場合によっては成立する余地があるのである。

（b）担保責任が成立する場合　売買の目的物の瑕疵については、瑕疵ある目的物を販売したことをもって不法行為としてよいのか、瑕疵担保責任の他に不法行為の成立を認めるのが適切なのであろうか。確かに、瑕疵を隠して瑕疵のないものと積極的に欺罔して販売した場合には、（1）に見たように詐欺

30）例えば、名古屋高金沢支判平17・6・20判時1931号48頁。川越憲治『フランチャイズシステムの法理論』、金井高志『フランチャイズ契約裁判例の理論分析』参照。

により契約をさせたこと自体を不法行為と認めてもよく、それならば過失でも同じではないかと考えられよう。しかし、過失があるにすぎない場合には、本来別の責任制度が用意されているので、不法行為の成立を認めるのは、相当強度な違法性が必要であり、過失では足りないというべきであろう。その恩恵は、問題の行為を行った社員にも享受させてよく、過失があったとしても瑕疵ある商品を販売したからといって709条の不法行為は成立しないというべきであり、故意による詐欺の場合だけに従業員に709条の不法行為が成立し、使用者である会社は瑕疵担保責任のみならず715条１項の使用者責任が成立するというべきである――社員については契約当事者ではないので瑕疵担保責任は問題にならない――。

ここで不法行為を認める意義は１年の担保責任の除斥期間が、不法行為に基づく損害賠償を請求することにより回避できるということである。この規定が担保責任におけるキーポイントをなす重要な規定であり、不法行為を認めるための相当程度の違法性というのも、この期間制限を回避させるにふさわしいほどの保護を被害者に認めるべきか、逆にいえば、債務者（売主）側にこの１年という特別の保護を奪われてもやむをえない場合か、といったことを基準にすべきである。そうすると、筆者の考えでは、売主が悪意または重過失の場合には、１年の期間制限を適用しないので、過失の場合が問題になるが、過失の場合には先に述べたように、不法行為を問題にできないというべきである。

結局、売主が悪意または重過失の場合には、１年の保護自体を否定してよく、更に、不法行為を選択することも認めても何も問題はないということになる（逆に不法行為による実益もない）。

❶　**東京地判昭35・9・7下民集11巻9号1848頁**　　ＸとＹとの間に昭和29年に本件土地の売買契約が成立し、代金330万円が支払われた。ところが、その当時すでに本件土地について、旧特別都市計画法に基づく区画整理がなされ、本件土地のうち38坪３合８勺が換地予定地として指定された結果右換地予定地のほかはこれを使用収益できなかつたという事例で、ＸがＹに対して不法行為により損害賠償を請求した（566条ないし570条による損害賠償請求は、

１年の除斥期間の経過により否定された)。裁判所は、「Ｙまたはその父Ａが本件土地は51坪全部について実際に使用できるものであることを確言した証拠はなく、他にＹがＸに対し、その主張のように欺罔行為したことを認めるに足りる証拠はない」として詐欺は否定しつつ、次のように述べる。

本件土地および建物は、はじめＢがＹから買い受ける筈であつたが、同人がこれを止め、ＸがＢの紹介によつて本件契約を締結するに至つたこと、Ｘは当初Ｂから本件土地が51坪であることを聞いたが、それと現実に使用できる坪数との間にくいちがいがあろうなどとは夢想だにしなかつたこと、本件売買契約当時本件土地について、すでに区画整理による道路の拡張工事および本件建物の移転工事はすべて終り、そのうち38坪３合８勺を除くその余の部分が使用収益できないことは、確定的であつたことがそれぞれ認められ又Ｙの父Ａが本件土地について区画整理が終つたといつたこと、Ｙが本件土地は51坪あるといつたことは前記認定のとおりである。しかして、前記法律に規定する換地予定地指定の効力について正確な知識を持たない一般社会人としては右のごとき事情の下においてＹの父やＹの説明をきけばＸのように考えるのは無理からぬことであるからＹとしては、本件売買契約に際し、Ｘに対して、本件土地の所有権は51坪全部についてなおＹにあるが右のとおり換地予定地指定の結果使用収益できない部分のあることを具体的に明示するのが、信義則にかなつた行為であるというべきである。しかるにＹはこの挙に出でず、前叙のとおり、反対に一般社会人をして区画整理が終了し、従つて換地処分が行われた結果本件土地が51坪となつたと思わせるような言い方をしたのであるから、かゝる所為は積極的な欺罔行為と同視すべき違法行為といわなければならない。」[31)]

〈コメント〉本件では、担保責任の追及が566条3項の１年の除斥期間が満了しているためできなかったのであるが、不法行為により損害賠償請求を認めた意義は大きい。また、それが故にその評価は分かれるであろう。あるいは担保責任の規制を無にするので、不法行為を認めることに躊躇を覚えるであろう。筆者の立場でも、売主が瑕疵については悪意なので１年の期間制限を適用する必要はないと同時に、「欺罔行為と同視すべき違法行為」が認定されているので、不法行為の成立を認めてもかなわないと思われる。

❷　大阪高判平11・9・30判時1724号60頁、判タ1042号168頁（１審は瑕疵を否定して、原告の請求を棄却している）

「土地とその地上の建物の売買契約は、通常その敷地自体で接道要件が満た

31）このように判示し、損害額について、契約当時本件土地は、51坪の場合1,785,000円、38坪３合８勺の場合1,343,300円であつたことが認められるから、原告の損害額は金441,700円であるとして、その賠償を命じている。

されているものとして行われるというべきである。本件の場合にも、売買契約書及び重要事項説明書上、敷地が接道要件に欠けることについて何も記載されていないし、契約当時Ｙらがそのようなことがあり得ることを説明した形跡はなく、Ｘらが前記のように欠点のない土地を取得できると信じていたことが明らかであるから、それ自体で接道要件を満たす土地の売買契約であったと認めることができる。ところが、本件土地はこの要件に欠けるのであるから、敢えてそのように分筆して売買の目的土地としたＹらには、これによってＸらが被った損害について、債務不履行（Y_1ら）及び瑕疵担保（Y_2）並びに不法行為（Ｙら。Y_3にも説明義務違反がある。）による損害賠償義務がある。」

〈コメント〉仲介業者には説明義務の債務不履行違反と不法行為、売主には、瑕疵担保責任と不法行為の成立を認めた判決であり、除斥期間は問題になっていない。売主悪意の悪質な事例であり、１年という期間制限の恩恵を受けしめる必要はなく（566条３項の適用はない）、また、不作為による詐欺にも匹敵するので不法行為の成立を認めてもよいであろう。仲介業者についても、故意または重過失が認められるので、債務不履行のほか不法行為を認めてもかなわないであろう。

２　履行不能、履行遅滞および不完全履行の場合

(1) 履行遅滞の場合――特に金銭債務の履行遅滞

債務者が債務の履行を遅滞している場合に、債権者はそれを不法行為として損害賠償を請求することができるのであろうか。もしこのようなことが許されるならば、すべての債務不履行が不法行為でもあることになり、債務不履行は不法行為の中の一類型に過ぎなくなってしまうこと先に述べたようである。そのため、単なる履行遅滞について、債務不履行のほかに不法行為の成立を認める考えはないといってよいであろう。

金銭債務不履行の履行遅滞場合には、419条により法定利率による遅延利息しか損害賠償請求ができないが、それ以上の損害を受けていたり慰謝料の請求をするために不法行為に基づいて損害賠償請求をする利益がある。しかし、履行遅滞が、履行利益の取得できないことの損害ではなく、人格的利益を故意的に侵害するために行われたなど特別の事情がある場合に限って、そのような法益に対する別個の不法行為の成立が認められるにすぎないというべきである。

例えば、大阪地判平11・1・22労働経済判例速報1705号24頁は、退職社員の競業避止義務違反を理由として退職金を一部しか支払っていない会社に対して、退職した社員がそれを不法行為として損害賠償を請求した事例で、「被告は原告に対し退職金の残額の支払を拒絶することはできないというべきであるが、退職金の不払自体は債務不履行を構成するにとどまり、それが直ちに不法行為となるものではない。そして、被告が退職金の残額の支払を拒絶したのは、原告の競業行為が退職金の支払を拒絶する理由となるとの被告の独自の解釈に基づくもので、単に原告に対する嫌がらせや不当な目的のためにしたものとまでは認められないから、右不払は、被告に、債務不履行責任の他に不法行為責任を生じさせるものではないというべきである」とした。そして、「以上のとおり、被告に不法行為は成立しないから、慰謝料の請求は理由がない。そして、弁護士費用は、被告の債務不履行と相当因果関係のある損害とは認められない」として、いずれも退けている。妥当な結論であり、嫌がらせなど故意的な場合には、債務不履行とは別個に不法行為の成立を認めてもよいであろう。

(2) 履行不能の場合

(a) 二重譲渡の事例　特定物売買において、目的物を売主が故意または過失により滅失ないし毀損した場合に、また、二重に譲渡してしまった場合に、当事者間では買主に既に移転した所有権を侵害したことになり、不法行為との競合が問題になるのであろうか[32)]。

(ア) 判例の状況

❶ 大判明44・9・29民録17輯519頁　屋営業権を二重に譲渡した事例で、既に述べたように「民法第709条以下の意義に於て不法行為ありとするには常に必ず債務の不履行以外に於て或私権の侵害ありたることを要し、単純なる債務の不履行は一の不法行為なりとして債権者より之が救済を求むることを得ざるものとす。」とした上で、「本件の如く被上告人は単に営業名義の書替

32) 不動産について第二買主の行為が不法行為にならないことについては判例があるが（最判昭30・5・31民集9巻6号974頁）、それとは別の問題である。

を為すべき債務の履行を為さざるに過ぎずして、上告人の享有する他の権利を侵害したるものにあらざるを以て、上告人が不法行為を原因として被上告人に損害の賠償を求めたるは失当なり」とした。湯屋営業権が709条の「権利」とは認められていなかった時代の判例であり、今はこの論理は通用しない。

❷ **東京高判昭29・11・6東京高民時報5巻11号277頁**　本件土地がもとY$_1$の所有であったが、Y$_2$に譲渡され、Y$_2$はこれを更に養子Aに贈与したが登記名義は依然としてY$_1$のままになっていた。その後、Y$_2$が本件土地をXに売却した。結局、Y両名及びA合意により中間登記を省略してY$_1$からAに対する所有権移転登記がなされた。これにより、Xは完全な所有権を取得し得なくなった。XはこれはYら両名及びAが共謀して故意にXの権利を侵害したものであると主張する。東京高裁は次のように判示する。

「Y$_2$被控訴人はすでにAに譲渡してあつた本件土地をXに売渡し、Xに対して所有権移転登記義務あるにかかわらず右移転登記を不可能ならしめ、もつてXをしてその完全な所有権取得を妨げその権利を害したものというべきであるから、これによつて生じた損害を賠償すべき義務があるといわなければならない。しかして当審における鑑定人鈴木美好の鑑定の結果によれば本件土地の右不法行為の当時……の価額は少くとも金20万円を下らないことが推認されるから、XはY$_2$の行為によつて当時同額の損害をこうむつたものというべく、XがY$_2$に対し右金20万円及びこれに対する右不法行為の日の翌日……から支払ずみまで年５分の遅延損害金の支払を求める請求部分は正当として認容すべきものである。」「次にXのY$_1$に対する請求について検討するに、Y$_1$としてはY$_2$との本件土地交換の当事者として本来Y$_2$に対しその所有権移転登記表手続をなすべき法律上の義務を負うものであり、それについて当事者合意の上中間登記を省略して右義博に直接移転登記することは、右義務が真にY$_2$からさらに所有権を取得したこと前記認定のとおりである以上、その本来負担する登記義務の履行として許されるところであるから、それ自体正当の行為というべきである。従つて右登記にあたりXの本件土地買受の事実についてXの権利を害する事実を知つており、又はY$_2$と共謀した事実があつたとしても、これをもつてXに対し不法行為の責任を負うべき筋合はない。故にY$_1$に対するXの本訴請求は失当として棄却すべきものである。」

既に他に譲渡してある不動産を更に売却し代金を取得する行為は、買主が不動産を取得しえない危険性があり、初めから移転登記をこれに対してするつもりがなければ、詐欺として不法行為になることは疑いないであろう。判例は代金騙取の意図があったか否か明確には認定していないが、そのような事例であれば判例は正当である。

❸ 大阪高判昭54・3・16判タ384号105頁　Y$_1$はXに本件溜池を売渡したが

移転登記がされないままになっており、20年以上してから、そのＹ$_1$はＹ$_2$にこれを二重譲渡しＹ$_2$が移転登記を受けたため、ＸがＹ$_2$に対して悪意であるとして移転登記の抹消、Ｙ$_1$に対して損害賠償を求めた。

「Ｙ$_1$は、その所有権移転登記手続をするべき義務があつたのに、これに反し、Ｘに本件溜池を二重譲渡し、所有権移転登記を経由し、Ｘに確定的に所有権を取得させ、その反面Ｘの所有権（対抗力はないが）及び登記名義を得て対抗力を備えるべき利益を喪失させてこれを侵害し、特段の事情が認められない本件では、右侵害によつて本件溜池の時価相当の損害を被らせたというべきである。」そして、「不動産の所有者がその所有権を侵害した不法行為者に対し損害賠償請求しうる額は侵害時の目的物の時価であることを原則とするが、目的物の時価が騰貴しつつあつて、これを不法行為者が知り又は知りうべきであつた場合は、所有者が当該不動産を他に処分したであろうと予想される時までに騰貴した時価を基礎として算定した金額による損害賠償をしうると解すべきである」と、不法行為を問題として、上昇した価格による損害賠償を認める。また、「Ｙ$_1$は、Ｘは本件溜池についての所有権移転登記手続を怠つていたがため、損害を被つたから、その損害賠償額の算定につきこれをしんしやくすべきであると主張するが、Ｙ$_1$はＸに対する本件溜池の売主として、すなわち登記義務者として（Ｘは登記権利者である。）所有権移転登記手続をなすべき義務があつたのにこれを怠つたばかりでなく、更に進んで前記不法行為に及んだもので、過失相殺するのは相当と認められない」とまで判示している。

〈コメント〉本件は二重譲渡の事例ではあるが、引渡しから22年近くが経過しており、譲受人が所有者として平穏に生活していた事例であり、もはや単なる債務不履行を超えている。「完全な所有権を取得する権利」の侵害を認めたのは適切であるが、更には、所有権侵害そのものを問題としてもよかったであろう。

（イ）学説の状況および私見　学説上はこの点についてほとんど議論がないところであるが、二重に売却する行為を、「第一買主の所有権を侵害する不法行為であって、売主は第一の買主に対して、損害賠償の責任を負う（民709条）」、所有権留保の特約がある場合には、債権侵害の不法行為が成立するとすることができるともいう主張がされている[33)]。また、債務不履行責任が追及できるのに、売主に対して不法行為責任を追及するのは、第二買主など関係者に対して不法行為責任を追及しているので、売主との関係でも不法行為構成がとられただけであり、不法行為責任構成による実益は共同不法行為を主張

する場合以外には考えられないと評されている[34]。

筆者としては、①原則として、他に二重に譲渡してそちらに移転登記をするつもりの場合や、既に他に譲渡しておりそちらに移転登記をするつもりで売却して代金を取得するような詐欺的な場合にのみ、そのような契約を締結させた行為を不法行為と考えられるだけと考えたい（❶❷の判例）。そうでない限りは、債務不履行となるだけで、不法行為は成立しないというべきである。未だ履行過程の所有権侵害は、「権利」侵害ではあっても、未だ債務者の履行にかかる脆弱な権利であり、「権利」侵害がない場合に準じて考えることができるからである。②但し、既に引渡しもされている例外的な事例では、単なる債務不履行ではなく取得した所有権についての保護が考えられてよく、❸の判例のように既に22年弱が経過している場合には（取得時効さえ問題にできる期間）、売主による所有権侵害を認めてよく、また、引渡しが済んでいれば取得時効のために必要な期間の経過は、不法行為の成立のために必要な違法性を満たすための必須の要件ではない。

(b) 二重譲渡以外の事例　履行不能といっても、寄託を受けた物を毀損したり滅失させたり、または、盗難にあったりした場合に、所有権侵害という「権利」侵害があり、不法行為が成立することは疑いない。それ以外の履行不能については、履行不能により給付を受けられないというだけでは、債務不履行以外に不法行為の成立を認めることは無理であろう。例は思い浮かばないが、履行不能になることを知りながら、契約をされて相手方契約当事者から代金を騙取したという場合には、契約をさせて債務不履行により損害を与えたことを全体として不法行為として評価できるだけである。

(3) 拡大損害を生じない不完全履行の場合

寄託契約で預けた目的物を盗まれたり壊されたりするように所有権などの不

33）清水信雄「不動産取引と不法行為責任（1）――売買契約と不法行為責任」『裁判実務大系第16巻不法行為訴訟法（2）』（昭62）474頁。
34）清水・前掲475頁。

法行為法上の保護法益が侵害された場合に、不法行為との競合が問題になるのはよいとして[35]、不完全履行があるが所有権等の不法行為法上保護される法益の侵害が伴わない場合に、給付利益を取得できないという債務不履行のみが問題となり、不法行為の成立はまったく考えられないのであろうか。この事例類型においては、次の２つの類型において興味深い判例が出されている。

（a）瑕疵ある商品の販売　　売主が瑕疵ある商品を販売し、買主がそれにより生じた事故によって身体や財産といった「権利」侵害を受けた場合には、不法行為の成立が問題となり、いわゆる製造物責任が取りざたされてきた。この点は、製造物責任法の制定により立法的に解決がはかられ、残された単純な瑕疵の場合については、議論がされることはない。ここでの問題は、単純な瑕疵について買主が売主に対して債務不履行ないし担保責任を追及する他に不法行為を問題にできるのか、もしこれを肯定するのであれば、直接の売主だけでなく、先行する売主全員に対して不法行為を理由に損害賠償が請求できることになり、その意義ははかりしれなく大きい。不法行為については、直接の売主と第三者たる売主とをパラレルに考えるべきであるとすれば、第三者たる売主に不法行為責任を否定する以上、直接の売主についても不法行為によらずに、瑕疵担保または債務不履行のみによるべきことになる。

この点については、議論がないが、私見としてはこう考えたい。悪意の売主については、契約を締結させたこと自体が詐欺として不法行為になることはすでに述べたようであり、先行する売買契約において売主Ａが悪意であれば、売

35）但し、奥田昌道「契約法と不法の接点」『於保還暦記念論文集（中）』213 頁注７は、物品運送契約において、「運送品の取り扱いを誤って物を壊してしまったときは、一般人としての不可侵義務にも違反したことになる」が、「途中で盗まれないように監視・保管する義務」は「一般人に課せられる不可侵義務を超えている。一般人は他人の物が盗まれないよう監視・保管する義務を当然に負うものではない」。「したがって、運送品の盗難による滅失の責任は契約責任ではありえても、一般不法行為責任は発生しえない、と見ることができる（ただし、この場合でも、契約法上の義務違反＝違法性が、不法行為法上の違法性に代わりうるとの考え方をとれば別論である）」。

主は買主Ｂに対して不法行為責任を負う。この買主Ｂが瑕疵を知らずに販売をした場合には、再買主Ｃは転売の売主Ｂに対しては不法行為責任を追及できない。そうすると、再買主Ｃが瑕疵を発見してから１年が経過した場合には、Ｂは損害がなくＡに不法行為責任を追及しえないことになり、Ａが免責されてよいのであろうか。Ａの不法行為によって損害を受けた被害者としてＣが、Ａの不法行為を知ってから３年間は、ＣがＡに対して不法行為に基づいて損害賠償請求をすることを認めてもよいであろう[36)]。

（b）瑕疵ある建物の建築・販売　欠陥住宅が建築された場合ないし販売された場合に、注文者ないし買主は、担保責任に基づいて修補請求、損害賠償請求、また契約解除ができるが（売買でも修補請求、請負では、建物について解除ができるかは問題はある）、不法行為により賠償請求ができるのであろうか[37)]。重大な欠陥住宅の事例においては、慰謝料請求及び弁護士費用の賠償を認める判決が多数あり妥当であるが、それは不法行為と構成しなければ認められないものではない。また、担保責任の売買１年の除斥期間の制限を回避するという点についても、現在ではいわゆる品質確保法が制定され10年に期間制限がされているので（95条１頁）、この実益もなくなっている。

判例は担保責任のみに限定するものと、不法行為の成立も認めるものとに分かれている。

36）なお、瑕疵担保責任ないし債務不履行責任については、ＣにＢのＡに対する損害賠償請求権について優先的な代位行使を認めるべきであり、その条文上の根拠として423条の債権者代位権の転用を考えているが、この点は本稿の課題ではないのでこれ以上の言及は避ける。

37）債務不履行の一般規定により損害賠償請求できるかも問題にされている。この問題につき松本克美「欠陥住宅訴訟における損害調整論・慰謝料論」立命館法学289号64頁以下参照。また、欠陥住宅の建築請負契約における損害について、濱本章子･田中敦「建築瑕疵紛争における損害について」判タ1216号39頁以下参照。

38）その他に、長崎地大村支判平12・12・22判例集［第２集］294頁は、請負人に

（ア）判例の状況[38)]

❶　大阪地判昭57・5・27判タ477号154頁（注文者→請負人）　建物の剛性が不足し、不等沈下や挫屈の危険が存する状態となつていた事例で、「本件建物の瑕疵は、被告が建築士としての設計、施工及び監理上の注意義務を怠つた結果として惹起されたもので、本件工事請負契約上の債務の本旨に従わない不完全な履行によるものであるから、不法行為との競合も問題とされる余地があり、いずれにしても被告は原告の蒙つた損害を賠償する義務がある」とする。不法行為が成立する理由については何も説明がない。

❷　神戸地判昭63・5・30判時1297号109頁、判タ691号193頁（青野博之・法時61巻9号104頁、岡孝・判タ698号22頁　注文者→請負人＋その代表取締役）

ⓐ代表取締役Y_1　「Y_1は、木材の取引については豊富な実務歴を有するものの、建築について専門に学んだことはなく、友人の大工の手伝いをしたりするうち見よう見真似で住宅建築の一通りの工程を身に付けたものに過ぎず、建築基準法や建築基準法施行令で定める建物の構造基準等に関する知識はきわめて乏し」く、「十分な施工管理ができたということは到底できない」。「のみならず、柱の傾きや床面の不陸など本件建物が住宅とした通常備えるべき品質・性能を欠いていることや、かもい高の不足のように明示の約定に反

瑕疵担保責任を認め、その代表者と担当建築士について709条の不法行為責任を肯定している。長崎地大村支判平12・12・22判タ1109号166頁も、原告が不法行為に基づいて損害賠償請求をしたのに対して、「本件建物は、建て替えによらずに補修することは、著しく困難である」として被告会社の責任を認めたが、責任の性質については何も明らかにしていない。「そして、被告会社が右認定の欠陥について瑕疵担保責任を、被告B、同Aにおいて、それぞれこれを防止すべき注意義務を負いながら、これを果たさなかった過失によりかかる欠陥を生ぜしめたと認められるから、不法行為責任を負うと認められる」として、代表者A及び同社の一級研究建築士Bの不法行為責任を肯定している。いずれも不法行為のときから遅延損害金の支払を命じている。これによると、不法行為のための特別の要件を設定することなく、契約当事者である請負人以外については不法行為により、担保責任の内容である損害賠償を賠償請求できることになる。

39）また、「Xは、選択的（択一的）主張ながら、Y_2会社に対し、民法415条に基づき債務不履行（不完全履行）による損害賠償を求めている。しかし、請負工事の瑕疵による請負人の責任については、不完全履行の一般理論は排斥されると解すべきである。けだし、請負工事の瑕疵による請負人の責任については民法634条以下に詳細な規定があり、これらは不完全履行に関する一般理論の特別規定とみるのが相当であるからである」ともいう。

して施工がなされた事実は、Y_1の施工管理がいかに杜撰であったかを推認するのに十分である。」また、「Y_1被告会社の代表者である被告芦田には品質不良の木材を使用することについて故意が認められる。」「よって、Y_1には、本件建物の瑕疵について、故意又は過失があるから、民法709条に基づく不法行為責任を負うべきである。」

ⓑ［請負人である会社Y_2］　「Y_2会社の代表取締役であるY_1に不法行為が成立すること前示のとおりであるから、Y_2会社も、民法44条１項に基づき不法行為責任を負い、Ｘの蒙った損害を賠償すべきである。」「以上によれば、Y_2会社は、請負人の担保責任又は法人の不法行為責任のいずれかにより、原告に対し、本件建物の瑕疵による損害について賠償責任を負うものである。」[39]

❸　**長崎地判平1・3・1消費者のための欠陥住宅判例［第１集］252頁（注文者→請負人）**　注文者による請負人に対する損害賠償請求につき、「本件は請負契約当事者間の債権債務関係に係るものであるから不法行為の規定が適用される場合には該ら」ないとする[40]。

❹　**東京地判平2・2・27判時1365号79頁、判タ743号180頁**（平野克明・判評389号32頁、岡孝・判タ757号43頁　買主→建築主（実質上の売主）＋仲介業者）

建ぺい率違反のマンションが建築、分譲販売された事例。「マンションを建築して分譲販売しようとする建築主としては、敷地面積に不足のない建築基準法上適法な建築物として販売すべき義務があることはいうまでもないところ、被告鈴木は、本件マンションの建築面積を拡大することを企図し、本件３の土地を敷地として使用することにつき地主の承諾を得る意思もなく、また賃借権者との間においてもマンション敷地として従前の建物を取り壊すとの合意もせず、本件３の土地を含めた敷地面積で建築確認を得、行政庁から建ぺい率違反であるとの指摘を受けた後も、これを放置していたものであるから、買主との関係において不法行為の責任を免れない。」「被告谷口は、本件マンションの売主の立場にあったものであるから、建築主と同様、敷地面積に不足のない建築基準法上適法な建築物を販売すべき義務があるところ、遅くとも行政庁からの右のような指摘があった後も、建ぺい率違反の事実を買主らに告知せず、漫然販売を継続し、登記手続を行なったものである。したがって、買主らとの関係において、被告鈴木とともに不法行為に基づく責

40）また本件建物は当初の請負契約及びその後の変更契約に基づいて建築工事が完成し引渡も完了しており、また、民法上請負契約における請負人の担保責任の規定は債務不履行の特則をなすものであるから債務不履行（不完全履行）の一般規定は適用がなく、専ら民法634条以下の瑕疵担保責任の規定により処理されるべき事案である」ともいう。

任は免れないものというべきである。」

❺　**東京地判平5・3・24判時1489号127頁（買主→売主）**　欠陥ある地下室のある建物を販売した売主に対して、買主が「不法行為に基づく損害賠償請求」をした事例。「被告水戸建設には、本件地下室に十分な防水・防湿処理を施さないまま、これを付置した本件建物を売却した過失が認められる」（原告は結局、地下室を消毒の上、出入口を完全に閉鎖してしまっている）。「被告水戸建設の本件不法行為により、本件地下室に虫、かび及び異臭が発生し、結局本件地下室は使用不能となって閉鎖のやむなきに至ったこと、本件擁壁の崩壊に伴い本件土地建物も崩壊の危険にさらされ、原告において新たな擁壁工事をせざるを得なくなったことが認められる。しかし、本件地下室の使用不能、本件擁壁の崩壊と新たな擁壁の工事の必要性は財産的な損害であるから、特段の事情がない限り、右の点を理由として慰謝料を請求することはできないと解すべきである。また、本件擁壁の崩壊により本件土地建物が崩壊の危険にさらされたことについても、原告は右崩壊の当時以前から本件建物に居住していなかったのであるから、慰謝料の請求を認めるだけの事情を欠くというべきである。したがって、慰謝料としては、地下室に虫、かび及び異臭が発生したことに対する不快感による精神的苦痛を慰謝するのに相当な額として10万円を認める。」

❻　**神戸地姫路支判平7・1・30判時1531号92頁、判タ883号218頁（反訴　注文者→請負人）**　「アＹの従業員であり一級建築士たるＡが、本件建物の設計及び工事監理にあたったこと、イ鉄骨の加工・溶接及び現場における組立ては、Ｙの下請業者から請け負ったＢ鉄工が施工したこと、３Ｂ淵鉄工による施工に関しては、原寸検査及び現場における組立ての際には、Ａないしその補助者が立ち会ったが、溶接作業については、何ら具体的指示及び監督を行わず、溶接の方法が設計図書の指示通りになされているかの確認もしていないこと、以上の事実が認められる。」「Ａは工事監理者としての右注意義務を怠り、その結果本件建物の構造上の瑕疵を招いたものと認められるのであるから、Ａの行為は不法行為に該当するものと解される（なお、後記のとおり、右瑕疵によって本件建物の安全な存続を図ることは困難であると考えられ、また、建物の完成により同瑕疵が隠蔽される結果となることに照らすと、右義務の懈怠の違法性は高いと言わざるを得ない）。」「Ｙは、Ａの使用者として、民法715条に基づき、Ｘの受けた損害を賠償すべき責任がある。」

❼　**神戸地判平9・8・26消費者のための欠陥住宅判例［第１集］40頁（買主→売主＋建築業者）**　平成７年の阪神・淡路大震災により欠陥住宅が倒壊したため、買主が、売主Y_1と、売主から建築工事を請け負った業者Y_2（売主の債務について連帯保証をしており、実質的な売主）に対して、民法570条、566条または709条に基づき損害賠償を請求した事例である。「Y_1は、かかる瑕疵

ある本件建物をＸに、売り渡したのであり、Y_2は、かかる欠陥のある建物を建築したのみならず、本件バテバテ契約から生ずる債務を連帯保証したのであるから、Ｎらは民法570条、566条に基づき、被告Y_1は民法709条に基づき、Ｘの被った損害を賠償する義務がある」とする。不法行為については売主Y_1についてしか認めていない、また、不法行為が成立する点についても何も言及がない。

❽　神戸地判平9・9・8判タ974号150頁（【判例評釈】國井和郎・判タ988号62頁　買主→売主＋建築業者）　買主により売主から建託を請け負った建築業者に対する損害賠償請求につき、次のように判示して不法行為責任の追及を否定する。なお、原告は本件土地・建物を第三者に転売する目的で購入し、売主もこれを認識しており、買主が瑕疵担保責任を理由に解除をして、売主にも損害賠償を請求したが、これは認容されている。

「本件建物に瑕疵があることは前述のとおりであるが、請負人が瑕疵ある建物を建築した場合、それが請負人の責めに帰すべき事由による場合であっても、請負人は民法634条以下に規定された瑕疵担保責任を負うにすぎず一般の債務不履行責任を負わないと解するのが相当であることからすれば、請負人が注文者や第三者に対し不法行為責任を負うのは、注文者やその後の建物取得者の権利や利益を積極的に侵害する意思で瑕疵ある建物を建築した等の特段の事情がある場合に限られると解すべきである。」[41]（被告において原告の権利や利益を積極的に侵害する意図で右地下壁工事を行ったなどの特段の事情があったことを認めるに足りる証拠はないとして、不法行為責任を否定する）

❾　神戸地判平10・6・11消費者のための欠陥住宅判例［第１集］320頁（注文者→請負人）　阪神・淡路大震災によるビルの倒壊による損害の賠償が請求された事例につき、注文者による請負人に対する不法行為の追及がされたが、引渡しから10年が経過しており瑕疵担保についての被告の除斥期間の抗弁が認められ、債務不履行については請求を退ける[42]。しかし、不法行為については、下請会社Ａが溶接の不完全によりビルの構造上の瑕疵を生じさせ、そ

41）国井・本件判批判タ 988 号 64 頁は、債務不履行が担保責任により排除されることから不法行為の成立を「特段の事情」ある場合に限定したが、第三者による債権侵害の場合と見たのかもしれないが論理の飛躍がないか、それは故意の不法行為であり、しかも、ありえない場合といえると批判的である。

42）「請負人の瑕疵担保責任に関する規定（民法 634 条以下）は瑕疵を生じた理由のいかんを問わず、瑕疵の種類や程度に応じて適当な要件と効果を定めたものであるから、これらの規定により不完全履行の一般理論は排斥されると解すべきである。」と述べる。

の存立上の安全性を欠くものになっていることから、「その義務の懈怠の違法性は高く、Aの右行為は不法行為にあたるというべきである」。そして、被告は元請・下請の関係にあり指揮監督県を持って居ることから、Aに対して被告を使用者として、民法715条により原告の被った損害を賠償する責任を負うとする。違法性が高いことが不法行為の成立の理由になっているが、建物自体が倒壊している事例であり、建物再施工費用、買いたい費用、営業損害などの損害が賠償請求されている。

❿　京都地判平10・6・16消費者のための欠陥住宅判例［第1集］194頁（注文者→請負人＋管理技師）　倒壊の危険があるという評価を受ける欠陥住宅が建築され、注文者から請負人及び管理技師に対して損害賠償が請求された事例において（請負人には主位的に709条、予備的に634条が主張される）、請負人について、「本件新築居宅は建て替える必要があり、被告Y_1は、建築計画及び施工を誤って、このような建築をしたものであるから、不法行為（民法709条）により、建て替えに伴う損害を賠償する責任を負う」ものとする。管理技師について契約が成立したとは認められないとして請求を棄却している。

⓫　福岡地判平11・10・28判タ1079号235頁（注文者→請負人）　注文者が請負人に対して、主位的に不法行為、予備的に瑕疵担保責任に基づいて損害賠償を責任した事例であるが、被告請負人は「債務者の責に帰すべき事由による一般の債務不履行の場合でも、当該債務不履行により、給付の目的以外の債権者の一般法益を積極的に侵害したのでない限り、債務者は単に債務不履行責任を負うに過ぎず、不法行為責任を負うことは原則としてない」、「ことに、本件のような請負契約においては、瑕疵担保責任が不完全履行の特則になると解し、いったん仕事が完成すれば、それが不完全なものであっても、請負人は瑕疵担保責任のみを負い、不完全履行（一般の債務不履行）の責任を負わないというべきである」と主張をしたが、裁判所は次のように述べてこれを一蹴している。

「原告の主位的請求は、不法行為による損害賠償請求権に基づくものであるところ、本件においては、原告の主張を前提とする限り、同一の社会的事実について、不法行為による損害賠償請求権と債務不履行による損害賠償請求権が発生するとされる場合であり（被告が主張するように債務不履行による損害賠償請求権が発生するからといって、不法行為による損害賠償請求権が発生しないことにはならない。）、そのような場合において、いずれの請求権を選択して訴訟物を構成するかは、原告の権能に属するものであり、原告が選択した訴訟物において、その発生原因が主張・立証される以上、同一の社会的事実について選択しうる可能性のある別の請求権を前提とする抗弁等を主張しても、それが原告の選択した訴訟物にかかる請求権に対する有効な抗弁等に該当しない限り、そのような主張は失当といわざるを得ないものであ

るところ、被告の主張１（一）は、原告が主張しない債務不履行による損害賠償請求権を前提とするものであって、主位的請求に関する限り失当というべきである。」

「まず、一般に建物の建築をする業者としては、安全性を確保した建物を建築する義務を負うものであるから、その前提として、建物の基礎を地盤の沈下又は変形に対して構造耐力上安全なものとする義務を負うものというべきであり、右義務を果たす前提として、建物を建築する土地の地盤の強度等についての調査すべきであり、その結果強度が不十分であれば、盛り土部分に対して十分な展圧を掛けるか、強度が出る地盤まで支持杭を伸ばして基礎を支える構造にするなどの措置をとる義務を負うものと解される。」「しかるに、右認定の事実によると、被告が本件建物を建築するに当たって本件土地の地盤の強度等の調査をしたことや、地盤の強度に対応する建物の基礎の構造をとるような措置や、そのような基礎の構造をとることが困難であるとすれば地盤の改良を検討するなどした形跡はないのであるから、この点において、被告には注意義務違反が認められるというべきである。」「被告は、建物の建築業者として、本件建物建築に当たり本件土地の地盤の強度を調査し、これに対応して構造耐力上安全な建物を建築する義務を負っていたものであるにもかかわらずこれを怠り、本件土地の地盤の強度の調査をすることなく、本件建物の基礎を本件土地の地盤の強度に対応できる構造としなかったことにより本件建物の基礎が破損し、その沈下を招いたものであるから、被告としてはこれにより原告に生じた損害を賠償すべき義務を負うものである。」

⓬　京都地判平12・2・3消費者のための欠陥住宅判例［第２集］332頁（注文者→請負人＋代表取締役）　「建築を業とする被告会社の取締役たるＹ$_3$としては、右のような経緯でその安全性を真摯に検討しないまま工事を行えば、本件建物が建築基準法令の要求する安全性を具備しない危険なものになるであろうことは、<u>極めて容易に知り得たというべきであるから、Ｙ$_3$は民法709条に基づく損害賠償責任を免れず、その使用者というべき被告会社も民法715条１項に基づく損害賠償責任を免れない</u>。」（解体費用、債務不履行地区費用などは認められているが、慰謝料は認められていない）

⓭　大阪地判平12・6・30消費者のための欠陥住宅判例集［第２集］170頁（買主→売主）　売主につき、「Ｙは、本件建物に重大な瑕疵があり、買主であるＸに対し不測の損害を与えることになることを<u>知っていたか、少なくとも容易に知り得た</u>にもかかわらず、本件建物を売却したものであって、<u>瑕疵担保責任のみでは律しきれない責任があるというべきであるから、Ｙには、不法行為責任も負う</u>」（名義を貸した建築士の不法行為責任も認める）。

⓮　大阪地判平12・9・27判タ1053号138頁（旧22の原審判決　買主→売主＋代表者＋建築業者）　Ｙ$_1$がＸに新築の建物を販売したが、購入後この建物が建

築基準法の構造基準を充たしていないことが判明した。XはY$_1$に契約を解除したが、Y$_1$またその代表者Y$_2$、建築施工者Y$_3$及び建築士Y$_4$に対して、不法行為を理由に損害賠償を請求できるだろうか。

「不法行為が成立するというためには、当該行為により生命・身体・健康、所有権及びそれに準ずる法律上保護に値する利益（いわゆる完全性利益）が侵害されたといえることが必要であり、単に、契約に従った目的物の給付を受ける利益（債務者の行為を通して債権者が受けようとしている利益）のような契約上の利益が侵害されたというだけでは、詐欺行為等があった等特段の事情がない限り、不法行為が成立する余地はなく、右契約法上の利益侵害による損害賠償は、契約法上の責任として処理すべきである」。

そして、これを本件に適用して次のようにいう。

「したがって、建物の施工者が建築した建物に瑕疵が存する場合でも、右瑕疵により、注文者やその後建物を取得した第三者の生命・身体・健康、所有権及びそれに準ずる権利等（完全性利益）が侵害されたという場合であればともかく、単に、瑕疵の存在により当該建物自体の価値が低いというのみでは、原則として、施工者の行為によって建物取得者の権利が侵害されたということはできない。もっとも、施工者が単に瑕疵ある建物を建築したというにとどまらず、積極的に、あたかも当該建物が建築確認のとおりに建築された瑕疵のない建物であるかのように説明をして当該建物の購入を勧誘するなど、不当に誘導して当該建物を購入させたというような特段の事由が存在する場合には不法行為が成立しうる」。

そして、売主の代表者には欺罔行為があったとして不法行為の成立を認めたが、施工者Y$_3$や工事管理者Y$_4$についての不法行為の成立は否定した。

⓯ 札幌地判平13・1・29消費者のための欠陥住宅判例集［第２集］72頁（買主→売主）　売主につき、自ら設計・管理及び施工を自ら行っており、工事管理について責任者・担当者が定められておらず、実質的な工事管理及び及び工事監理が行われなかったことにより瑕疵が生じたとして、このような要因により瑕疵を生じた建物について、瑕疵の存在を知りながら、あるいは、漫然これを見逃して原告らに販売したものであり、被告会社は民法709条の不法行為責任に基づき損害賠償責任を負うという。被告会社の代表取締役も商法266条の３により損害賠償義務を負い、設計施工部分を統括する責任者についても709条により損害賠償義務を負うものとされている。

⓰ 東京地判平13・1・29消費者のための欠陥住宅判例集［第２集］124頁（買主→売主）　新築住宅の売主について、再築を必要する重大な欠陥のある事例につき、「瑕疵の内容、特に、本件建物が多くの点で建築基準法等の法令の定める安全性に関する基準を満たさない内容のみのであることに照らすと」、被告会社の「本件不動産の販売行為は、専門業者として尽くすべき注意義務

を怠ったものとして、不法行為を構成するものと認められる」と判示する（取り壊し、再築費用、弁護士費用、慰謝料200万円などの賠償が認容される）。

⓱ **岡山地倉敷支判平13･5･2消費者のための欠陥住宅判例集［第２集］282頁（注文者→請負人）**　「Y_1は、本件請負契約の請負人として、上記瑕疵による損害につき賠償責任を負う（民法634条２項）。また、本件建物の瑕疵は、一般建築業を営むY_1が建築施工者として、当然なすべき施工をしなかった結果であると認められ、不法行為（民法709条）にも該当する。そして、Y_2はY_1の代表者として、民法44条２項によりY_1の同不法行為による損害につき連帯して責任を負う」（取り壊し、再築費用、引越し費用、弁護士費用、慰謝料100万円などの賠償が認容される）。

⓲ **横浜地川崎支判平13･13･20消費者のための欠陥住宅判例［第１集］426頁（注文者＋賃借人予定者→請負人）**　「Ｙは、本件建物の施工者として、建築基準法令等に適合するよう工事を施工すべき注意義務を怠ったものであり、その結果、上記認定のような重大な瑕疵のある建築をしたものと認められのであるから、X_1［注文者］に対し民法634条２項または709条に基づき、X_2［その場所で飲食店を行う予定であった者］に対し民法709条に基づき、それぞれ損害を賠償すべき責任がある」

⓳ **神戸地判平13・11・30消費者のための欠陥住宅判例［第２集］466頁（注文者→請負人）**　「それらの瑕疵の発生は、少なくともこれを施工した被告会社の過失によるものと認められるから、被告会社は、原告に対し、民法634条の瑕疵担保責任の規定及び民法709条の不法行為責任の規定に基づき、原告が被った損害を賠償する責任がある」（取り壊し、再築費用、引越し費用、弁護士費用、慰謝料100万円などの賠償が認容される）

⓴ **大阪地判平12・10・20消費者のための欠陥住宅判例集［第２集］148頁（買主→売主）**　「被告工務店は、故意に、耐火性能に関する建築基準法の規定に違反し、建築確認図書とも異なる仕様で本件各建物を建築し、あえてこれを明らかにしないばかりか、かえって原告らの利益となるかのように誤信されて原告らに販売したものと認められるから、不法行為責任も負う」とする。

㉑ **大阪高判平13・11・7判タ1104号216頁（14の控訴審判決）**

Y_3の不法行為　「Y_3は、Y_1から注文を受けて、本件建物を建築したものであるところ、本件瑕疵はＹ3の建築工事によって生じたものであるから、Y_3の不法行為によって一審原告の財産を侵害したと認めることができる。なぜならば、建築基準法は、国民の生命、健康及び財産の保護を図るため、建築物の構造等に関する最低基準を定めているところ（法１条）、およそ建築物を建築する者は建築基準法に従って建築物を建築して、他人の生命、健康及び財産を侵害しないようにしなければならないのであるから、これに違反して他人の財産を侵害し、損害を被らせたときには、不法行為に基づきその損害

を賠償させるのが相当である。」（責任肯定）

Y$_4$の不法行為　「Y$_4$は、本件建物の建築確認申請書に、自らを工事監理者として記載してこれを提出し、建築確認を受けたのであるから、Y$_4$は、本件建物が建築確認申請書に添付した図面と同一の建築物が建築されるように監理しなければならなかったにもかかわらず、これに怠ったため、Y$_3$が前記図面と異なり、建築基準法に違反する本件瑕疵のある本件建物を建築したのであるから、Y$_4$の不法行為によってXの財産を侵害したと認めることができる。なぜならば、建築基準法は、国民の生命、健康及び財産の保護を図るため、建築物の構造等に関する最低基準を定め、この基準に違反する建築物が建築されないようにするため、建築工事前に建築主事等に建築物がこれに適合するものであることの確認を受けさせ（法６条）、建築工事完了後に建築主事等にこれに適合するものであることの検査を受けさせる（法７条）のみならず、建築主に一定の資格を有する建築士を工事監理者として選任させてその工事の監理をさせることとし（法５条の４第２項）、しかも、これを実効あるものとするため、工事監理者となった建築士の氏名を建築確認申請書に記載しなければならないものとし……、建築主が工事監理者を選任せずに工事をすることはできないものとしている（法５条の４第３項）。したがって、建築確認申請書に工事監理者として記載された建築士は、建築基準法に適合した建築物が建築されるように監理をして、他人の生命、健康及び財産が侵害されないようにしなければならないのであるから、これに違反したために他人の財産が侵害され、損害を被らせたときには、工事監理者に不法行為に基づきその損害を賠償させるのが相当である。」「Y$_4$は、設計図面と異なる本件建物が建築されていることを知らなかったと主張する。しかし、工事監理者は、設計図面と異なる違法な建築物が建築されないように監理するのが職務であるから、Y$_4$がこれを知らなかったとしても、その責任を免れることはできない。また、Y$_4$は、Y$_1$と工事監理契約を締結しておらず、建築確認申請のために名義を貸したに過ぎないと主張する。しかし、前記のとおりの工事監理者の職責、建築確認申請書に工事監理者を記載する理由等に鑑みれば、Y$_4$が建築主であるY$_1$と工事監理契約を締結していなかったとしても、Y$_4$の承諾に基づいて建築確認申請書に工事監理者としてY$_4$の氏名が記載されている以上、その責任を免れることはできないと解するのが相当である。

㉒　福岡高判平16・12・16判タ1180号209頁（買主→建築会社＋設計管理会社）

建物を注文主から買い受けた買主が、施工した業者と設計管理を担当した業者に対して（契約関係にないので）、不法行為を理由に損害賠償を請求した事例において、次のように判示されている。

「本来瑕疵担保責任の範疇で律せられるべき分野において、安易に不法行為責任を認めることは、法が瑕疵担保責任制度を定めた趣旨を没却することに

なりかねない」。「請負の目的物に瑕疵があるからといって、当然に不法行為の成立が問題になるわけではなく、その違法性が強度である場合、例えば、請負人が注文者等の権利を積極的に侵害する意図で瑕疵ある目的物を製作した場合や、瑕疵の内容が反社会性あるいは反倫理性を帯びる場合、瑕疵の程度・内容が重大で、目的物の存在自体が社会的に危険な状態である場合等に限って、不法行為責任が成立するに余地がでてくる」にすぎない。本件のような建物の建築請負においては、「請負人であるＹらが本件建物の所有者の権利を積極的に侵害する意図で瑕疵を生じさせたという場合や、当該瑕疵が建物の基礎や構造躯体に関わり、それによって建物の存立自体が危ぶまれ、社会公共的にみて許容しがたいような危険な建物が建てられた場合に限って、Ｙらについて不法行為責任が成立する可能性があるものというべきである」（結論としては、いずれの要件も満たしていないとして、請求棄却）[43]。

（ウ）判例の分析

ｉ）契約当事者間について　判例は、請負人ないし売主の瑕疵担保責任が成立する場合に債務不履行による損害賠償請求は認めないが、不法行為に基づく損害賠償請求は認めるものがある。それも次のように整理できようか。

①　特に基準を設定しない判決　先ず、特に不法行為が成立する理由を述べず、また、特に事例の限定もしない判例もある。判例❶は、不完全履行であり、不法行為との競合の余地もあると述べる。判例❺（売主）、❼（売主）、❿（請負人）も過失を認め、売主の不法行為を肯定している。また、判例⓳も、少なくとも過失によるものとして不法行為の成立を認める。

43）神戸地判平９・９・８判タ974号150頁は、害意があるなど特段の事情が必要としただけであるが、福岡高判平11・10・28判タ1079号235頁は、「請負人が、その建築に係る建物に瑕疵を生じさせたことが、請負人の故意による場合や、あるいは、過失による場合であっても、その瑕疵が居住者の健康に重大な影響を及ぼすようなものである等、当該瑕疵を生じさせたことの反社会性ないし反倫理性が強い場合には、請負人は、瑕疵担保責任のみならず、不法行為責任をも負うものと解するのが相当である」と判示する（結論としては、要件を満たしていないとされた。但し、瑕疵担保責任に基づいて慰謝料や弁護士費用の賠償まで認められている）。

② 44条１項ないし715条１項による判決　代表取締役に709条の不法行為を認め、それを根拠として請負人である会社に44条１項の責任を認める判例として、判例❷があり、社員に709条の不法行為を認め、会社に715条１項の使用者責任が認められた判決として、判例❻、⓬がある。

③ 不法行為が成立するための要件を設定する判決

ⓐ 一般的法益侵害を要件とする判決　判例❸は、契約当事者間の債権債務関係にかかるため不法行為規定は適用されないという。判例❽は、建物取得者の権利や利益を積極的に侵害する意思で瑕疵ある建物を建築したような場合でなければ不法行為にならないとする（結論としても否定）。一般法益を侵害しない限り原則として不法行為は成立しないとする判決として判例⓫があり、判例⓮も、いわゆる完全性利益の侵害がない限り、詐欺行為等があったといった特段の事情がない限り不法行為は成立しないという。

ⓑ 行為態様を問題にする判決　義務の懈怠の違法性が高いことを理由に、請負人の行為が不法行為にあたるという判決として、判例❾がある。また、基準とは一般論として述べていないが、判例❹また判例⓴は、売主の故意を認定し不法行為の責任を免れないという。判例⓬、⓭は、安全性の欠陥につき悪意またはきわめて容易に知り得た（重過失）ため不法行為責任も負うとしており、判例⓯も瑕疵を知っていたか漫然これを見逃したことから不法行為の成立を認めており同趣旨である。判例⓰も、専門事業者として尽くすべき注意義務を怠ったとして不法行為の成立を認め、また、判例⓱も、当然なすべき施工をしなかったということから不法行為の成立を認め、判例⓲も、重大な欠陥のある建築をしたということから不法行為の成立を認めており、ほぼ同趣旨といえよう。判例㉒は、害意があるか、、瑕疵の内容の反社会性あるいは反倫理性を帯びる場合、または、瑕疵の程度・内容が重大で、目的物の存在自体が社会的に危険な条様態である場合などに限って不法行為を認めるという。

学説は、瑕疵惹起損害についても瑕疵担保責任の適用があるのかということは議論し、その場合には不法行為責任の成立は疑いなく、瑕疵担保責任も成立すると考えれば両責任の関係が問題になるが、身体、健康、財産等の侵害がな

い場合に担保責任を超えて不法行為にまでなるのかは、否定されることが当然視されているものといえようか。全くといってよいほど議論はない。

ⅱ）契約当事者以外について　また、契約当事者以外の第三者に対する不法行為責任については、契約当事者間において不法行為責任が限定されることから、第三者である買主に対する責任も制限する判例と、そのような問題意識を持たない判例とに分かれる。

①　特別の考慮をしない判例　代表者につき故意または過失があるからと709条の責任を認める判例❷、安全性の欠陥についてきわめて容易に知り得たとして代表者に709条の責任を認めた判例⓬がある。判例⓮は、代表者について欺罔行為を認めて709条の責任を認めたが、施工業者や工事管理者については不法行為責任を否定している。後２者については、ⅱ）について故意または重過失がなければ契約当事者間で不法行為は問題にならないとしても不法行為が認められることになり、結論的に特に不当な点はない。

②　特別の考慮をする判例　買主の建築会社への損害賠償請求につき、請負人について瑕疵担保責任が問題になるにすぎず（売主の瑕疵担保責任は認容される）、害意があったなどと件の事情がない限り不法行為は成立しないとして退けた判例❽がある。

なお、判例⓮については、建築士の責任について、買主の売主に対する債権が侵害されたというのではなく、建築士の買主に対する工事監理上の行為義務を問題にしているのであるとして、反対をする学説がある[44)]。また、被侵害利益についても、「契約に従った目的物の利益を受ける利益」の侵害ではなく、欠陥のない建築物を取得するという意味での財産権の侵害であり、「このような場合の権利侵害は、生命や身体の侵害をもたらす危険性のある建物の安全性に関する権利侵害をも問題にしているのである」ともいう（同頁）。

（エ）本稿の立場　本稿としては、売主が重大な欠陥について悪意で販売したり、または、請負人ないし建売の売主が、重大な欠陥ある建物を建築

44）松本克美「欠陥住宅と建築士の責任」立命館法学 271・272 号（平 12）919 頁。

する意図であるのにそれを隠して、買主や注文者と契約をすることは、少なくともマイホーム取得の夢が悪夢に変わるほどの瑕疵が重大なものである場合には、担保責任だけでなく、そのような契約をさせたこと自体が不法行為になるというべきであると考える。また、悪意の代表者や請負人（下請人）も、不法行為責任を負い、販売した従業員も悪意であれば不法行為責任を免れない。なお、下請人が手抜き工事をし、元請負人や売主が知らなかった場合には、売主や元請負人は不法行為責任を負わないが、先の転々売買がされた場合と同様に、請負人は注文者である売主ないし元請負人に対してのみならず、買主ないし注文者に対しても不法行為責任を負うというべきである。

(b) 教育サービスの不履行

（ア）判例の状況　予備校や専門学校において、大学受験やそれぞれの専門の職業に就くための勉強を期待したのに、その期待にこたえない教育しかされずに、貴重な時間が浪費された場合に、不完全履行に応じた学費などの返還だけでは十分ではなく、慰謝料まで請求したいところである。この点については、不法行為の成立を認めて慰謝料、弁護士費用の賠償を肯定した判決として、以下のような判決がある[45)]。他方で、債務不履行としながら慰謝料、弁護士費用の賠償を認めた判決もあり（大阪地判平5・2・4判例時報1481号149頁）、慰謝料や弁護士費用の賠償請求のためであれば債務不履行によっても可能であり、不法行為による実益はない。

❶　福井地判平３年３月27日判時1397号107頁（大学受験予備校）　「昭和63年度にも前記本件予備校の入学勧誘のパンフレット及び募集要項とほぼ同内容

45）静岡地判平８年６月11日判時1597号108頁、判タ929号221頁（中学生の学習塾）は、「ＹはＸ〔生徒〕らに対し、本件契約においてＹに期待されるような指導を何らしていないのであり、本件契約に基づく義務を履行していないというほかない。Ｙは、本件契約の当事者であるＸ〔親〕らに対し、右債務不履行による損害を賠償する義務がある」とする一方で、「Ｙが本件契約に反して右のような指導態度に終始したことは、Ｘ〔生徒〕らに対する不法行為を構成し、Ｙは、Ｘ〔生徒〕らに対し、右不法行為により被った精神的損害を賠償すべき義務がある」として、Ｘ生徒らにつき各20万円を認容している。

のパンフレット等が作成され、Y_2はこれらに目を通していたのであるから、Y_2は、その職責上からも前記３点についての宣伝及び入学志望者に対する本件予備校の従業員の説明が虚偽であることについて、故意又は過失があると推認されるので、Y_2は民法709条によりＸらの損害を賠償する責任がある。仮にY_2が主張するように、本件予備校の業務一切を従業員に権限を委任して行わせていたとしても、Y_1は民法715条２項によりＸらの損害を賠償する責任がある。」「Y_1会社は商法261条３項、78条２項、民法44条１項又は民法715条１項によりＸらの損害を賠償する責任がある。」

❷　大阪高判平10年６月12日判時1668号74頁、判タ998号196頁（ヘリコプター免許の取得のための留学斡旋　「Y_1会社は、Ｘに対する勧誘等に際し、説明義務違反があり、また適切かつ誠実に教習を行うべき義務に違反したというべきであるから、右債務不履行又は不法行為によってＸが被った損害について賠償責任を免れない。」

❸　神戸地判平14・3・19判例体系CDより（音楽塾）「ＹがＸに対し、音大プラスαの授業を行うとか特別のカリキュラムを組むなどと説明してカリキュラム代等を納めさせたことは不法行為にあたるとうことができる。したがって、Ｙは、Ｘに対し、損害賠償としてカリキュラム代として納入させた525万円を支払う義務がある。」

❹　大阪地判平15・5・9判時1828号68頁　「Ｙ学園は、平成10年度ないし平成12年度入学志願者向けの学校案内（---）において、プロ野球界等に選手を送り出すことを目的として、著名な講師陣による充実した実技指導を行うとともに、英語及びスペイン語をはじめとした豊富かつ魅力的な授業を行うことなどを声高に標榜して入学希望者を募集していながら、上記２・で認定したように、上記学校案内の記載内容とは、およそかけ離れた形態において学校運営を行い、しかも、Ｘ〔父母〕らが、再三、運営を改善するよう申し入れたにもかかわらず（---）、これに対して特段の措置を講じず、その結果、学校案内に記載された内容どおりの教育を受け、充実した学園生活を送ることができる（または、自らの子にそのような学園生活を送らせることができる）とのＸらの期待を裏切ったものといえ、このような学校運営の実態及びその違法性に着目すれば、Ｙ学園は、単に、Ｘ〔学生〕らに対して債務不履行責任を負うにすぎないものでなく、Ｘらに対して不法行為責任をも負うものと解すべきである。」「なお、後記のとおり、Ｙ学園の不法行為は、Y_1の不法行為と主観的関連共同性を有することは明らかであるから、Ｙ学園は、Y_1とともに民法719条１項の共同不法行為者としての責任を負うものと解すべきである。」

「Ｙ学園の運営事項については、細部に至るまですべてY_1が決定していたものと認めるのが相当であり、そうである以上、……学校案内に記載された

内容とかけ離れた形態においてＹ学園の運営を行い、Ｘ〔父母〕らが、再三、運営を改善するよう申し入れたにもかかわらず、これに対して特段の措置を講じなかった点について、Y_1個人も、Ｘらに対して不法行為責任を負うものと解するのが相当である。」「そして、上記のとおり、Y_1の行為は、Ｙ学園の行為と一体化したものであり、両者の間には主観的関連共同性が認められるから、Y_1は、Ｙ学園とともに民法719条１項の共同不法行為者としての責任を負うものと解すべきである。」

（イ）判例の分析および私見　事案を見る限り、いずれもかなり悪質な事例である。詐欺の故意ないし未必的故意があるような事例であり、故意がないとしても重大な過失といえるほどの杜撰な履行の計画がされているものといえ、契約をさせること自体が不法行為になる事例といえる。従って、詐欺または故意的な説明義務違反などによって契約をさせた不法行為が成立する事例であり（たまたま履行ができた場合には損害なし。履行がされた割合に応じて損益相殺）、支払った代金、無駄に支出した費用の損害賠償また慰謝料の請求（また弁護士費用の損害賠償）が認められてよい。そうでない限りは、雇い入れた講師が不完全な授業しかしなかったといった場合でも、債務者である塾などに債務不履行の責任は生じても不法行為は成立しないというべきである。講師自身も不法行為責任を債権者である生徒に負うことはなく（名誉毀損などの「権利」侵害があれば別）、塾など使用者に対して、その契約関係に基づく債務不履行責任が問題になるだけである。

第４　おわりに

最後に、本稿の結論をまとめておこう。

(1)「権利」侵害を伴わない債務不履行と不法行為（総論）

(a) 不法行為責任の成立が否定される理由　不法行為責任と債務不履行責任とは一般法と特別法の関係に立つ責任ではなく、並列的な責任「制度」であり、１つの責任「制度」につき１つの損害賠償請求権が成立し、ある１つの

責任「制度」の中で複数の条文上の根拠づけが可能な点は、１つの損害賠償請求権を根拠づける複数の法的根拠があるにすぎないが、２つの責任「制度」に該当する場合にはそれぞれの責任制度ごとに１つの損害賠償請求権が成立・競合し、選択が可能である。この場合、他の責任「制度」と競合しようと必ず適用されるべき規定ないし規範は、他の責任「制度」にも派生的に及ぶべきであるが、そうでないかぎり、被害者により選択されたそれぞれの責任「制度」に差があっても、それぞれの規律に任されることになる。

では、どのような要件が満たされれば、債務不履行が不法行為にもなるのであろうか。債務不履行が「権利」侵害となる寄託を受けた物の滅失・損傷、賃借物の滅失・損傷、旅客運送に置ける旅客の負傷などの場合については、不法行為との競合を認めてよい。これに反し、債権の効力によって初めて保障される利益の保障をめぐる損害賠償については、債務不履行しか成立しえず、それを超えた何らかの「利益」を、債務不履行を超えて不法行為の成立が認められるほどの違法な態様で侵害した場合に限り、例外的に不法行為も成立すると考えるべきである。

そうすると、不法行為の成立を認めるだけの違法性がない債務不履行の場合には、一見すると709条は「権利」侵害を不要としたために適用の可能性があるようであるが、不法行為の成立要件である違法性が満たされていないので、そもそも不法行為は成立せず法条競合を問題にする必要もない。従って、本稿としては、かつての法条競合説によるのではなく、そもそも不法行為の成立要件が満たされていないと考えたい。これにより、「権利」侵害の事例は請求権競合、「権利」侵害以外は法条競合という区別は撤廃される。

（b）不法行為との請求権競合が問題となるための基準　債務不履行責任が成立する事例において、不法行為の成立も認められ、両責任の競合が問題となるのは、債権の効力によって初めて利益保障が認められるような利益を金銭に評価して履行するという事例を超え、かつ、不法行為の成立が認められるべき違法性がある場合であるが、それはどのような場合であろうか。

先ず、何度もいうように、身体、財産等の「権利」侵害がある場合には、債

権があるからそのような権利の侵害が禁止されるわけではなく、その「権利」の効力としてその侵害に対する保護が認められるのであり、契約関係の存在は基本的にはその保護を強化することになるだけで、不法行為の成立を排除するものではない。問題は、「権利」侵害を介さない債務不履行である。侵害される利益が代金との対価関係により保障される履行利益を超えた「利益」であり、債務の履行に基本的に当事者間でゆだめられた脆弱な利益であることから、債務者側の侵害「態様」において相当に強度な違法性が必要とされよう。並列的な債務不履行責任規範と不法行為責任規範とのいずれの適用（＝請求権競合）が認められる「フリーパス」が与えられるのは、原則としては「権利」侵害が認められる事例以外は、次のように考えるべきである。

①先ず、単に得べかりし利益の不獲得ではなく、信頼利益の損害賠償として議論されているような、無駄な支出をさせるような場合には、債務者が債権者に履行を信頼させてそのような支出をさせた故意的な場合に限り、債務不履行のみならず不法行為も成立するというべきである。②次に、債務不履行が債権者に――場合によっては家族などにも――特別な精神的な苦痛を与えた場合も、そのような精神的安寧を侵害することを独立した不法行為として構成することが許されるような、故意的で悪質な場合には、不法行為の成立を肯定してよいだけの違法性を認めてよい。以上については、当初から債務不履行の故意があったことは不要というべきである。③更には、履行利益が、機械そのものの価値の填補賠償ではなく、冒頭の工場の操業のように「営業」利益に還元される場合には、契約当初から債務不履行の故意があったように、「営業」侵害を問題にでき、また、不確かな債務不履行について過失だけで違法性を肯定するのは適切ではないので、特に債務不履行の故意を持ちつつ契約をし代金など反対給付を騙し取ったような悪質な場合に限り、不法行為を成立させるほどの違法性が認められるというべきである。この当初から債務を履行する意思がない場合については、先の①②の要件も満たすので、①②の損害も不法行為を理由に賠償請求することができるであろう。

以下には、この基準に従って、いくつかの類型について、本稿の結論をあて

はめていこう。

(2)「権利」侵害を伴わない債務不履行と不法行為（各論）

（a）契約を締結させたこと自体が不法行為になる場合　相手方契約当事者が、詐欺や説明義務違反により他方当事者に契約を締結させたこと自体が不法行為になる場合には――代金という財産権の侵害か自己決定権という人格権の侵害と構成するかという問題はおく――、被害者が不法行為により損害賠償を請求することができるのは当然である。その後に、もし万が一債務が履行されても、それは損害の発生という不法行為による損害賠償請求権の成立要件が満たされなくなるだけであり、不法行為自体は否定されない。

（ア）担保責任の場合

❶　売買契約の場合　重大な欠陥がある住宅であり、そのことを知ったならば買い手が付かないような物件であるのに、そのことを知りながらそのことを買主に隠して販売した場合、瑕疵担保責任が問題になると同時に、売主が買主にマイホームの夢が悪夢に変わるような物件の売買契約を締結させた詐欺という不法行為が成立する。瑕疵担保責任によっても、買主は、売主が悪意であるので１年の除斥期間に服すことなく（新築では、品確法があるので10年）、解除及び損害賠償を請求でき、解除をして代金の返還を請求すると共に（この場合に土地と建物とが一体に取引されているので、土地建物の売買を併せて解除ができるというべきである）、瑕疵担保責任によっても、慰謝料また引越し費用など無駄にかかった費用の賠償を請求できる。更に不法行為を認めると、担保責任以上のどのような救済が買主に認められるのであろうか。

まず、騙取された代金については、買主が契約解除をした場合には、代金の返還請求権を取得するので財産損害はなくなるようであるが、依然として実際に代金の返還を受けるまでは、支払った代金分の損害賠償請求権を有するものと考えるべきである。また、詐欺的な悪質な事例であり、その精神的苦痛は代金の返還や費用の賠償などによっては償われない特別事情があるので、710条により慰謝料請求もできよう。また、登記費用、引越し費用等その新居に居住

するつもりで費やした費用が無駄になった場合に、その費用の支出を損害と考えることができ、これも不法行為によって生じた損害として賠償請求ができるというべきである。

買主が、その土地（立地）が気に入ったため、解除をしないで（ないし、建物部分の解除が可能ならば一部解除して、建物の代金分の返還を請求するということも考えられる）建替えをした場合には、その建替え費用の賠償請求ができると考えてよいが（請負契約につき、最判平14・9・24判時1801号77頁、判タ1106号85頁）、やはり担保責任に基づく損害賠償請求権があることから損害がないという必要はなく、不法行為に基づいて建替え費用の損害賠償請求を認めてよい。

瑕疵担保責任では、慰謝料や弁護士費用の賠償請求ができないと考えれば、不法行為によることの実益が認められるが、欠陥による事故によって生じた損害について瑕疵担保の適用範囲なのか議論のあるところであり、これらが瑕疵担保責任のカバーする領域なのかは微妙である。なお、住宅以外についても、悪意で瑕疵ある物を販売する場合には、基本的には以上と同様の処理が認められてよい。

❷ **請負契約の場合**　請負契約の場合には、契約と同時には担保責任は成立せず、引渡しにより担保責任が成立するため、疑問がないわけではない。当初から欠陥住宅を作るつもりであれば、契約を締結させたことが不法行為といってよく、売買について上記に述べたところがそのままあてはまろうが、契約締結後に例えば下請会社が重大な欠陥のたる建物を建設したのを確認しながら、それを秘して注文者に引き渡してしまった場合には、そのことを不作為不法行為の一種として不法行為と肯定してよい（建売の売買契約でも問題になる）。請負人が過失で下請会社による欠陥を確認しなかった場合には、さすがに不法行為を認めるほどの違法性までは認められないというべきであろう（下請人の故意を請負人の故意とまで同視するのは無理）。

（イ）債務不履行の場合　予備校や学習塾の事例について見たように、初めから虚偽のカリキュラムや実績などを宣伝し勧誘して受験生に契約をさせ

た場合に、カリュキュラムなどについては契約どおりの履行がされず債務不履行を問題にできるが、初めから履行できない虚偽の情報を提示して契約の勧誘をしており、詐欺という不法行為を問題にすることができる。このように契約締結段階に不法行為があり、支払われた授業料などの金銭の喪失が損害であり、もし履行がその後されれば、その分の損害がなくなるというだけで、不法行為自体が消し去られるわけではない。債務の履行があり損害がなくなった分に応じて、不法行為に基づく損害賠償請求権も減少するだけである（不法行為から遅延損害金を支払うことになるので、その元本の計算は面倒。初めから減少した損害賠償額につき遅延損害金を問題にするのが簡単でよい）。

但し、債務不履行を理由としても慰謝料や弁護士費用の損害賠償が認められる余地があり、不法行為責任を認める実益は、履行遅滞の時期くらいしかないであろう。

(b) 債務不履行自体が不法行為になる場合　債務不履行それ自体は、原則として不法行為を成立させるほどの違法性は認められないが、債務不履行により「権利」侵害が生じる場合には、不法行為の成立を認めて、損害賠償請求権の競合を肯定してよい。但し、「権利」侵害を解さない場合でも、①履行をするつもりもないのに、債権者に履行を信頼させて、不要な支出を敢えてさせたり、②不完全な履行をすることにより、精神的な平穏などといった慰謝料を発生させる人格的利益の侵害が認められる場合で、故意によりそのような利益侵害を生じさせたといったような違法性が特に強い場合には、例外的に不法行為の成立を認めてもよい。なお、(a) のように契約勧誘行為に違法性が認められる場合には、その後の債務不履行と一体で不法行為を構成するものと考えてよいであろう。

建物建築請負において、注文者が当初は設計通りの建築をするつもりであったが、契約後に事業資金に窮するようになって、予算を省くためにあえて故意的に欠陥住宅を建築したような場合には、その悪質性から考えて、不法行為を成立させるだけの違法性が認められるというべきであろう。そのような、不完全履行により、積極的な財産支出や精神損害を与えた場合以外には、たとえ故

意的に債務を履行しなかったからといって、不法行為になるほどの違法性は認められないというのを原則と考えるべきである。なお、スキーリフトの故障で寒空の中で数時間、地上数メートルの空中で放置された場合には、恐怖を受けたことなどについて慰謝料を請求できるが、それは身体侵害という「権利」侵害と構成すればよい事例である[46)]。

以上までの結論を総合する限り、「権利」侵害を介さない債務不履行について不法行為を認める意義についてはほとんどなく、これまで通り、基本的には、債務不履行と不法行為との機能分担を認め、債務不履行の事例についてまで不法行為を認めて被害者を救済しようとして不法行為の成立する領域を広く拡大すべきではない。債務不履行と不法行為との選択が認められる競合領域においても、絶対的特別規定は必ず適用されるべきであり、それ以外の両責任の差は選択自由にまかされるが、実際には大きな差がないように運用されており――債務不履行でも身体侵害の場合に判例、慰謝料や弁護士費用の損害賠償請求も認められる――、本稿の結論はとりたてて疑問視されるべきものではなく、請求権競合一般の結論と歩調をあわせたものである。

(c) 関係者の不法行為責任　最後に蛇足になることを恐れるが、関係者の不法行為についてもまとめておこう。

❶ 上記(a)(b)の不法行為が成立する場合　上記の(a)および(b)のような行為を代表者が組織的に行わせていた場合には、代表者個人も709条

46) 確かに、上記の例外的に慰謝料請求が認められる事例も、これに近い。欠陥住宅において、不便な生活を強いられ、また、いつ大きな地震が起きて建物が倒壊して死にかねないという恐怖心を受けており、単にマイホームの夢が悪夢になったという、契約締結をめぐる問題ではすなまいのである。しかし、やはり特定の「権利」侵害を介さず、精神的安寧といった人格的利益が侵害されただけであり、信頼利益の賠償についても、「権利」侵害を介さず財産的損害を与えただけであり、いずれにしても「権利」侵害と構成できない事例といってよい。「営業」侵害と構成できる場合にも、それを「権利」侵害という必要はないであろう。いずれにせよ、「権利」を拡大すれば、本稿の例外の場合も「権利」侵害といえなくはないが、そう無理して「権利」を拡大する必要は、少なくともわが国ではないというべきである。

により不法行為責任を負い、会社は44条１項（現行）によって不法行為責任を負うということも考えられる。なお、この場合、従業員の行為につき使用者である会社には715条１項の使用者責任を認めることも可能である。いずれにせよ、上記の要件を従業員や代表者個人について満たすことが必要である。また、従業員や請負人についても、被害者に対して不法行為責任を認めることは可能であろう[47]。

❷ **債務者に不法行為が成立しない場合**　これに対して、債務者に不法行為が成立しない債務不履行の場合には、債権者の救済は、原則として債務不履行に基づく債務者に対する損害賠償責任に集中されると考えるべきである。従業員についても、例外的に、債権者に損害を与えようという害意でもあれば、第三者の債権侵害により不法行為責任を認めてもよいであろうが、そうでない限り、従業員（履行補助者）の行為は債権者に対して不法行為の成立を認めるだけの違法性はないというべきである。即ち、債務者と従業員との関係において、雇用契約の善管注意義務違反といった債務不履行が問題になるだけであり、従業員は債務者である使用者に債務不履行責任は負うことはあっても、債権者に対して不法行為責任を負うことはないというべきである（被害者による従業員への不法行為による損害賠償請求を認めると、この規律を無にしてしまう）。

47）これに対して、不法行為責任が成立しない単純な債務不履行においては、第三者・債務者間の債務不履行、債務者・債権者間の債務不履行のみが認められ、第三者の債権者に対する不法行為も認めるべきではない。