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

| | |
|---|---|
| Title | 債務不履行における債権者の救済要件：「要件事実」の観点から実務に与える影響 |
| Sub Title | Impact on "Required elements of the statement of claim in dameges lawsuits against obligees' default" under the proposal to reform the Japanese civil code |
| Author | 出縄, 正人(Denawa, Masato) |
| Publisher | 慶應義塾大学大学院法務研究科 |
| Publication year | 2011 |
| Jtitle | 慶應法学 (Keio law journal). No.20 (2011. 8) ,p.1- 29 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | テーマ企画：民法（債権法）改正へ向けて（その2） |
| Genre | Departmental Bulletin Paper |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110825-0001 |

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.

テーマ企画―民法（債権法）改正へ向けて（その２）

# 債務不履行における債権者の救済要件

## ――「要件事実」の観点から実務に与える影響[1)]――

出　縄　正　人

第１　はじめに
　１　法制審議会における議論と要件事実実務への影響
　２　「債務者の責めに帰すべき事由」に関する議論
　３　債権法改正に対する要件事実論からの視点
第２　債務者の責めに帰すべき事由の「適用範囲」
　１　法制審議会における「適用範囲」の論点内容
　２　修正法律要件分類説からみた「適用範囲」に関する検討
第３　債務不履行における損害賠償の帰責根拠としての「意味」の在り方
　１　法制審議会における帰責根拠としての「意味」に関する論点内容
　２　修正法律要件分類説からみた「帰責根拠」に対する検討
第４　「債務者の責めに帰すべき事由」の規定の文言の在り方

1）本稿は、平成22年11月27日に慶應義塾大学三田キャンパスにおいて開催された「民法改正シンポジウム「民法（債権法）改正へ向けて」（以下「本シンポジウム」という。）において筆者が発表させて頂いた内容に筆を加えたものである。本執筆時点においては、法制審議会民法（債権関係）部会における中間的論点整理、及びパブリック・コメント手続が未了であってその結果も公表されていない段階である（平成23年５月10日付で法務省は、民法（債権関係）部会第26回会議（平成23年４月12日開催）において、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」を決定かつ公表し、後日、パブリック・コメントの手続を実施する予定であることを併せて発表し、同年５月20日に追記としてパブリック・コメント（パブコメ）の受付期間を同年６月１から８月１日までとした。）。本稿は、パブコメ結果の公表前であるため、本シンポジウム開催時点と同様、平成22年１月25日開催の法制審議会民法（債権関係）部会「第３回会議」の議事内容を踏まえたものとして論じているものであることに留意されたい。

1　法制審議会の議論と「契約により引き受けていない事由」
2　現行法の「責めに帰すべき事由」の内容
3　修正法律要件分類説からの「債務者が引き受けていなかった事由」の検討
4　裁判例(大阪地裁昭和51年12月３日判決)の検討
第５　結　語

# 第１　はじめに

## １　法制審議会における議論と要件事実実務への影響

### ⑴　条文文言の変更と判断枠組みの不変更

法制審議会民法(債権関係)部会[2)](以下単に「法制審議会」という。)の討議資料及び議事録上においては、現行民法第415条後段の債務不履行責任における「責めに帰すべき事由」について、文言上の大幅な変更となる「契約により債務者が引き受けていない事由」を免責事由として規定するとの考え方が示されている。他方、この「契約により債務者が引き受けていない事由」を免責要件とする見解の代表的なものと思われる[3)]「民法(債権法)改正検討委員会」(以下「改正検討委員会」という。)の「債権法改正の基本指針」中の【3.1.1.63】の説明箇所によれば、この文言の大幅な変更は、実務による損害帰責に関する処理方法に関する判断枠組みの質的転換を求めているものではなく、判断枠組みを明確化しようとしたものであるとしており[4)]、同様の指摘が法制審議会の検討事項中でもなされているところである[5)]。

---

2)　法制審議会民法(債権関係)部会の概要については、http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi03500004.html参照。

3)　この点を端的に指摘するものとして、加藤雅信「民法典はどこに行くのか」(法律時報82巻９号)90頁以下参照。

4)　民法(債権法)改正委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ』(商事法務)254頁。

5)　法制審議会民法(債権関係)部会資料５－１中の29頁では「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を意図するものではない。」とされている。

### ⑵　文言変更が惹起する影響への市民からの関心

債権法改正議論においては、当初から、改正法を使用する市民からの視点が欠かせないとされてきたところであり[6)]、日常生活に関わる法であるとともに、経済活動の最も根本法の一つである民法の改正において影響を受ける企業もまたその改正に関して高い関心を有している。特に法務担当者などにおいては、商取引が想定どおりに進展しない場合に直面するであろう債務不履行に関する損害賠償責任の帰趨が、大幅な条文文言の変更によって、これまでの実務と差異が生じるのか[7)] あるいは生じないのか、差異が生じる場合には如何なる差異が生じるのか、その期待と不安感は決して低いものではなかろう。

### ⑶　債権法改正に対する法律実務家からの関心

債権法改正に関しては、司法制度改革によって、事前規制型社会から事後救済型社会への移行をめざすことがその基盤の一つとされ、それゆえに、市民にも理解できる改正を目指すものであるとされる。その意味でプロの法律家のための改正ではないともされる[8)]。

しかしながら、個人や法人からの依頼を受けて、当事者のためその代理人として法的サービスを提供する弁護士は、民法が如何様に改正された場合であっても、現行法の下と同様に、改正された法律の条文を駆使して、依頼者である当事者の救済を図る必要がある。それゆえ、特に、訴訟実務に携わる弁護士からは、今回の民法改正議論で想定されている条文文言の大幅な変更が、実務の大勢を占めている裁判実務、特に「要件事実」に対してどのように影響を与えるのか大きな関心事のはずである。さらに平成15年度に創設された法科大学院

---

6）内田貴『債権法の新時代』（商事法務）６頁参照。

7）潮見佳男（対談）「『債権法改正の基本方針』のポイント」NBL 917号（2009. 11. 15）46頁では、「現民法において過失の有無の判断がされることと比較して、どのように違ってくると思われますか」との問いがなされ、従前の実務に対する影響の有無に高い関心があることが示されている。なお、これに 関しての直接的かつ明確な回答はなく、「債務の内容としての契約で何を引き受けているのかに関しては、免責ルールとして何を仕組もうが異なるところはない」と言及されているに留まっている。

8）前出注6）『債権法の新時代』15頁。

制度の下、「点」から「プロセス」という一連の法曹教育[9]として「要件事実」に早くから触れる法科大学院生においても、関心のあるところではなかろうか。

### ⑷　裁判規範としての明確性と要件事実

改正法における条文文言の変更の目的の一つが、法律のユーザーである市民の視点に立って理解をしやすくするという点でありそのこと自体の妥当性には異論をはさむ必要はないと思われる。他方、事後救済型社会を目指すというのであれば、如何なる要件の下で裁判所による法的救済が受けられるのかを市民にも平易かつ明確に提示して、その予測可能性を向上させておくことが併せて重要であろう。そのためには、改正法の条文文言は、裁判の基準として裁判官が拘束される規範としての性格がより一層明確化され、かつ、これが条文文言上も反映されて、裁判規範としての十全の機能を発揮できるものとされることがより一層重要となるものと思われる。

大部分の弁護士は、要件事実教育としての司法研修所での修習過程を経て、万が一の紛争時における裁判の基準となる裁判規範として機能する実体法の考え方を身に付け、これを駆使して法曹実務家として市民に対してリーガルサービスを提供しているものである。特に、司法研修所においては、民事裁判科目だけでなく、民事弁護科目においても要件事実が法的思考の基本的な出発点であるところも疑いようがない[10]。今回の民法改正議論における条文文言の変更が、裁判規範として、実務の大勢を占めている要件事実論を前提にした主張立証責任の分配構造に影響を与えるのか、あるいは与えるものではないのか、以下検討することとしたい。

---

9）平成19年12月18日 中央教育審議会大学分科会他大学院特別委員会「司法制度改革の趣旨に則った法科大学院教育の在り方について（報告）」３頁。

10）司法研修所『７訂 民事弁護の手引』12頁。

## 2 「債務者の責めに帰すべき事由」に関する議論

### ⑴ 法制審議会での検討事項

法制審議会においては、債務不履行の要件、特に帰責事由に関しての検討事項としては、「債務者の責めに帰すべき事由」について（民法第415条後段）として、「債務者の責めに帰すべき事由」の適用範囲と「債務者の責めに帰すべき事由」（民法第415条）の意味・規定の在り方が取り上げられている[11)]。

### ⑵ 「債務者の責めに帰すべき事由」に関する３つの論点

上記の「債務者の責めに帰すべき事由」の検討事項を分解すれば、ⅰ）「適用範囲」、ⅱ）帰責根拠としての「意味」の在り方、及びⅲ）具体的規定文言の在り方、の３つの論点があることになる。それぞれについて、裁判規範としての性格における条文文言の明確性という点を意識して、現行の裁判実務として支配的とされる修正法律要件分類説としての要件事実論を基礎として、主張立証責任の分配構造への影響を検討し、現在の実務の判断枠組みないし判断枠組みに基づく判断結果への影響の有無を検証してみる。

特に、ⅱ）の帰責根拠としての意味の在り方に関しては、債務不履行における帰責根拠を、従前の過失責任主義をとらずに、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としての契約の拘束力に帰責根拠を求めることが、裁判規範としての明確性という点及び主張立証責任の分配構造にどのように位置づけられるのかを検討する。

また、ⅲ）の具体的規定文言の在り方に関しては、「契約により債務者が引き受けていない事由」を免責要件として規定する見解を採った場合に、「引き受けていない」という文言が抽象性を有するものである以上、従前の「責めに帰すべき事由」と比較してどの程度の明確化になるのか、そもそも疑問ではあるものの、改正検討委員会において提示されたときから、現行の裁判実務ひいては契約（書）実務[12)] へ与える影響の有無と程度が意識されているところで

---

11）前出注5）法制審議会検討事項「部会資料５－２」⑴詳細版 第２の２から７参照。

12）澤口実「企業間契約実務と債権法改正の基本方針NBL 921号（2010. 1. 15）11頁。

もある。それゆえ、当該条文文言への変更によって、裁判規範としての明確性という点及び主張立証責任の分配構造にどのような影響を与えるのかを検討する。

## 3　債権法改正に対する要件事実論からの視点

### ⑴　要件事実（修正法律要件分類説）と弁護士業務

司法研修所での要件事実教育や要件事実論そのものへの考え方に関しては、多数の研究がなされており、本稿はその内容や今後の方向性に関する検討をするものではない。むしろ重要なのは、現時点での司法研修所における要件事実教育とそれによる主張立証責任分配構造の考え方を前提にして、標準的な弁護士が、当事者の代理人として訴訟業務を初めとする法律業務を行っているということであろう。すなわち要件事実とは、権利の発生、障害、消滅等の法律効果を発生させる発生要件に該当する具体的事実[13]とされ、民事訴訟において主張立証責任の対象となるものとされる。そして主張立証責任の分配に関しては、実務の大勢は、いわゆる修正法律要件分類説に依っており、そこでは、法律効果を定める発生要件が実体法上の各法条において定められ、当該法条が権利根拠規定、権利障害規定、権利消滅規定、権利阻止規定に分類されることから、当事者は自己に有利な法律効果の発生を定める要件に該当する具体的事実について立証する責任を負っているとし、当該法条が上記のどの種類の規定に該当するのかは、条文の定め方を基準にして決め、これを基に立証責任の分配を考えるが、もし形式上の文言を基礎とすると立証の公平などに反する場合には、立証責任の負担面での公平・妥当性などの実質的考慮を基準として法律要件を考え、それを立証責任分配の基準とする、というものである[14]。

---

13）司法研修所『増補 民事訴訟における要件事実第一巻』３頁。また、前出注10）『７訂 民事弁護の手引』14頁以下でも「要件事実は、実体法規の構成要件に該当する事実である」とする。

14）前出注13）『要件事実第一巻』10頁。難波孝一「主張責任と立証責任」（伊藤滋夫編『民事要件事実講座１総論Ⅰ 要件事実の基礎理論』）175頁参照。

### ⑵　改正法の裁判規範としての明確化の必要性

さらに一歩進んで、例えば伊藤滋夫教授は、上記の修正法律要件分類説においては分類された各規定に対して「どのような根拠に基づいて分類するのか」が未だ明確になっていないという点に言及され、主張立証責任の対象事実である要件事実の決定のための最終的基準は、立証責任の負担の公平であり、それは第一には民法の定めている制度趣旨に従って、民法全体を体系的に検討し、民法の規範全体の持つ相互関係を基準として、何が正しい民法の規範構造かを判断して決定し、そのような規範構造が立証の困難性を考慮に入れてもなお維持できるかを検討する、というプロセスで決定されるべきとされる[15)]。

このような見解に基づけば、事後救済制度を支える裁判規範としての性格が重要視される改正法の立法においても、その主張立証責任の分配の基準を決定するために実体法たる改正法の各法条の規定の在り方がまずは重要であり、その基準決定のプロセスに関しては、改正法で定められる各法条の制度趣旨が非常に重要な役割を担っているということになろう。それゆえ、改正法の立法過程においては、 事後救済型社会における市民が安心していかなる救済を受けられるのか、その救済内容が分かるように裁判規範として機能する制度趣旨の定立と条文文言の採択がなされる必要がある。

## 第２　債務者の責めに帰すべき事由の「適用範囲」

### １　法制審議会における「適用範囲」の論点内容

民法第415条は「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

15）伊藤滋夫「要件事実論の変遷と今後の展望―実体法の制度趣旨との関係を中心として―」（伊藤滋夫編『民事事実要件講座６　民法学と要件事実論との協働』39頁。なお、伊藤教授の「裁判規範としての民法」という用語が、「行為規範」、「要件事実」及び「主要事実」という概念との比較で、一般的に理解されている用語法とは若干異なるという指摘について、坂本慶一「新要件事実論―要件事実論の生成と発展」に平易に解説がなされている。

めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。」と規定する。これに対して、法制審議会における議論では[16]、「民法第415条は、債務不履行による損害賠償の要件として、文理上、履行不能についてのみ「債務者の責めに帰すべき事由」を要求しているように見えるが、判例は、履行不能に限らず、金銭債務を除く、債務の不履行全般に「債務者の責めに帰すべき事由」が必要であるとしている。そこで、このことを文理上明らかにする方向で検討することが考えられるが、どうか。」という問題提起がなされている。

## ２　修正法律要件分類説からみた「適用範囲」に関する検討

### ⑴　裁判規範としての条文の明確性

前述のとおり、主張立証責任の分配において実務における支配的見解となっている修正法律要件分類説は、立証責任の負担面での公平・妥当性の確保を考慮することの前提として、まずは実体法規の文言・形式をその基礎に置いている[17]。実体法規の解釈がより明確になって一見して理解も容易になることは、改正法における裁判規範としての性格を明確にするとともに、文言的に主張立証責任の分配構造がより一層明確になるものである。それゆえ、履行不能の場合に限らず、債務不履行全般に「債務者の責めに帰すべき事由」を要件として文理上明示することは、裁判規範としての機能を充実させるものであり、改正法における主張立証活動への指標を明確にするという点から好ましいことであることは当然であろう。

### ⑵　現行実務との整合性

ア　判例との整合性

もともと「債務者に責めに帰すべき事由」の適用範囲に関しては、古くから判例は、「債務者ハ債務ノ履行期ニ履行セサルノ一事ヲ以テ履行遅滞ノ責ニ任

16）前出注5）部会資料５－２　民法（債権関係）の改正に関する検討事項⑴詳細版28頁３⑴。

17）前出注13）『民事訴訟における要件事実第一巻』10頁。

ス可キモノニ非ス其ノ不履行ニ付キ過失アル場合ニ於テ其責ニ任ス可キモノナリ故ニ原院カ被上告人ニ於テ履行期ヲ過クルモ上告人ニ鉱業権ヲ移転セサリシコトニ付キ被上告人に責ム可キ不注意ナキヲ以テ履行遅滞ノ責ヲ帰ス可ラスト為シタルハ正論ナリ」[18] として、文理上明確な履行不能の場合に限らず、明文のない履行遅滞の場合であっても「債務者の責めに帰すべき事由」を要求していた。この点からすれば、判例実務は民法第415条に関しては、債務者の責めに帰すべき事由を免責要件として既に取り入れていると言え、かかる判例実務を基礎として改正法における条項として明文化することは、従前の判例実務を何ら変更するものではなく、修正法律要件分類説における主張立証責任の分配構造に与える影響はない。

イ　現行民法の制定過程との親和性

なお、現行法の制定過程においても、現行法第415条の原案の本文は現行本条前段と同内容であったとされる。当該現行法の原案のただし書は「但其不履行カ債務者ノ責ニ帰スヘカラサルトキハ此限ニ存ラス」とされていたものとされており[19]、これを、現行民法の条文にそのままあてはめてみれば、「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。但しその不履行が債務者の責めに帰すべきものではない事由によって発生した場合にはこの限りではない。」という内容になるであろう。それゆえ、条文構造としても、既に債務不履行全般の要件とすることにそもそも親和性を持っていたということであり、現行法として既に蓄積された裁判規範の延長線上としての性格を有するものとして、違和感なく受け入れられるところであると考えられる。

⑶　小括

以上、履行不能の場合に限らず、債務の不履行全般に「債務者の責めに帰すべき事由」が必要であるということを文理上明らかにすることは、主張立証責

18）大審院大正10年11月22日民録27－1979等。

19）大江忠『要件事実民法⑶債権総論』（第一法規）49頁では、「債務者の責めに帰すべき事由」の立証責任の分配に関して、かかる現行法制定過程での文言変遷を簡潔に紹介している。

任の分配を現行法より明確にすることを可能とするものであり、修正法律要件分類説からはこれを支持できる。

## 第３　債務不履行における損害賠償の帰責根拠としての「意味」の在り方

### １　法制審議会における帰責根拠としての「意味」に関する論点内容

法制審議会においては、現行民法第415条の「債務者の責めに帰すべき事由」における帰責根拠について、「債務者の責めに帰すべき事由」(民法第415条)の意味が条文上必ずしも明らかではないとする。その上で、債権債務関係の最も基本的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として、「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べきか、との問題提起をしている[20)]。

### ２　修正法律要件分類説からみた「帰責根拠」に対する検討

#### ⑴　法制審議会での帰責根拠に関する議論

ア　二つの考え方

帰責根拠については、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、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か、という点に関連して争われているものである。法制審議会での議論においても、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠に関しては、［Ａ案］として従前からの過失責任主義に帰責根拠を求める考え方と、［Ｂ案］として自らの意思によって契約を締結したことによる契約の拘束力に帰責根拠を求める考え方の二つの考え方が紹介されている。

イ　契約の拘束力を重視する考え方

上記二案のうち、契約の拘束力に帰責根拠を求める考え方である［Ｂ案］

20）前出注5）民法（債権関係）部会資料５－２　民法（債権関係）の改正に関する検討事項⑴詳細版28頁⑵１から４。

は、契約上の債権において債務不履行が問題となる局面で、契約によって規範的拘束力を受けている債務者は、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[21]とし、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ものであって、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とする。

### ⑵　修正法律要件分類説と学説の関係

#### ア　要件事実の中立性

前述したとおりそもそも学説上も、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、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か、という点に関連して争われているところではあるが、修正法律要件分類説をはじめとする要件事実は、条文文言を基礎とするものであるがゆえに、学説に対しては中立である[22]とされ、各学説に応じて主張立証責任分配の構造は定立し構成しうるものとされる。それゆえ、修正法律要件分類説においては、改正法において、特定の帰責根拠の考え方が反映された条文文言の変更がなされるのであれば、当該変更後の条文文言を基礎として主張立証責任の分配が決定され、それに従い実務としての対応をすることになろう。

#### イ　修正法律要件分類説と実体法の制度趣旨の重要性

他方、改正法が裁判規範としても明確に機能するものであるべきであるという観点からは、制度趣旨の在り方は非常に重要な意味を有する。この点、帰責根拠という制度趣旨の変更により条文の具体的文言の在り方まで変更された場合は当然であるが、仮に具体的文言が変更されない場合であっても、立証責任の負担の公平という観点から、主張立証責任の対象事実である要件事実の決定のための基準として、何が正しい民法の規範構造なのかの判断が可能になるようにしておく必要がある。制度趣旨が何であるのかは規範構造を理解するための最も重要な要素と考えられるのであるから、改正法においては、裁判規範と

21）前出注4）『詳解債権法改正の基本方針Ⅱ』247 頁参照。

22）前出注19）『要件事実民法⑶債権総論』61頁。

して紛争解決のための機能が十全に果たされるという観点からも妥当であると理解され得る制度趣旨に立脚している必要があると思われる。

ウ　帰責根拠に関する改正法上の制度趣旨の在り方

改正法において、制度趣旨の変更によって、裁判規範としての性格を明確にして救済内容を明らかにすることが可能となり、裁判規範としての機能がより一層明確になるというのであれば、当該改正は十分に支持されてしかるべきである。しかしながら、もし変更された制度趣旨自体が民法全体の規範構造からみてその妥当性に疑問があるという場合や、当該変更された制度趣旨に基づく条文上の帰責根拠の明示[23]が、過去の裁判例や契約（書）実務の蓄積を踏まえたときに、紛争解決における主張立証における公平を欠くことになるなど、裁判規範としての十全な機能の発揮がなされないことになるというのであれば、そのような帰責根拠に基づく当該改正は回避すべきということになろう。

そこで、以下、帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合、改正法が、民法全体の規範構造を踏まえて、裁判規範としての機能がより一層明確になることを可能とするのか、この点の疑問点を以下若干触れておきたい。

⑶　契約の拘束力を帰責根拠とした場合に生じる疑問

ア　「賠償」という法律効果文言と制度趣旨との関係

事後救済型社会において救済内容が理解できるようにするためには、裁判規範としての機能がより一層明確になるようにする必要がある。そのためには法律のユーザーである市民が「制度」に対して受け止める感覚を無視することはできないところとなる。裁判規範としての明確性に留意するのであれば、法律要件のみならず法律効果の文言からも制度趣旨が理解できるようになっているべきであり、かかる要件・効果双方から制度趣旨が判断できるようなバランスを意識すべきである。それゆえ、法律効果の持つ文言の意味も軽視すべきでは

23）第一東京弁護士会「民法（債権法）改正の検討事項に関する当会の意見書⑴」（第一東京弁護士会会報2011. 11. 1 No. 452）５頁では、「帰責根拠を明示すること自体に意義があるのではなく、それが現行民法の法文上の表現と比して、国民の紛争解決規範としての妥当性が問題とされるべきである。」としている。

なく、ここでは「賠償」という文言が持つ「償い」という語感[24]を導く制度であることを明確に意識すべきではなかろうか。「償い」という語感からは、帰責根拠を主観的要件としての行為者に置くことの方が（もちろん過失に関しては客観化されていると言われてはいるが）より親和性をより持つように思われ、ユーザーである市民にも理解しやすいのではないかと思われる。この点、個人間、企業間を問わず我が国における契約社会においては、基本的な合意しかなされていない場合も多く、当事者間の契約の拘束力のみを根拠として「賠償」という法律効果が発生するという制度趣旨の説明が、市民にわかりやすいのかどうかは更に検討する必要があるのではなかろうか。

イ　民事執行としての国家権力との緊張関係

更に、契約の拘束力を帰責根拠とする考え方では、契約によって規範的拘束力を受けている債務者において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、と論じる。しかしながら、「自由保障機能」という場合には、当事者間だけではなく、対国家との関係を意識する必要はないのであろうか。すなわち、債権者がその債権の満足を得るためには、民事執行手続による最終的な（国家による）強制的実現が制度上不可避だからである。この点、「強制履行」の対象となる債務内容は、契約上での当事者の意思に直接由来するものであるが、「債務不履行に基づく損害賠償」はそもそも当事者が意思内容それ自体として欲したものではないため、強制履行における要件は、債務者の責めに帰すべきことを必要としないが、債務不履行においては、債務者の帰責事由を要件とする主体的責任の効果とされている[25]。

債務不履行に基づく損害賠償債務の発生に関してかかる帰責事由要件の存在は、自らが欲した効果とは異なるものではあるものの、最終的に民事執行として国家権力の介入を受けてしまう立場の債務者において、「民事執行という対

24）例えば広辞苑（第５版）によれば、損害賠償という文言のうち、専門用語（【法】）としての意味ではない「賠償」が持つ意味は、「他に与えた損害をつぐなうこと」（下線筆者）とされている。

25）奥田昌道『債権総論』（増補版）77頁。

国家権力」に対しての自由保障機能の役割を果たしているのではなかろうか[26)]。契約の拘束力を帰責根拠とした場合には、むしろ、契約上の意思内容の一つとして構成することも可能となって帰責事由そのものを要件とする必要はないという見解にも繋がる可能性があるが、帰責の根拠をむしろ過失責任に求めた方が、国家権力による助力体制が債権の満足のために不可避となっている現代型社会においては、個々人の権利保護を、対私人の観点だけではなく、対国家の観点からも説明をすることができ、法体系全体としてみるとより一層好ましいように思われる。

ウ　過失責任主義における契約の拘束力の取り込み

他方、過失責任主義の考え方においても、契約の拘束力に関する意識は帰責事由の要件の中において既に取り込まれており、実質的に、帰責根拠としての契約の拘束力と過失責任主義とは融合しているのではなかろうか。例えば、過失責任主義からの説明であっても、「……すでに給付をなすべき義務を負っておる債務者の責任は、何らの関係のない者の不法行為としての責任よりも加重されて然るべきものだからである[27)]。」とされており、その意味で既に契約当事者間での拘束力があることが帰責事由としても理解されており、契約の拘束力をさらに明示する必要まではないのではなかろうか。

エ　法定債権の債務不履行時の説明の整合性

加えて、契約の拘束力に帰責根拠を求める場合、契約に基づかない法定債権の履行遅滞等の債務不履行はどのように説明されるのであろうか。この点の整合性または一貫性を持たせることが、契約の拘束力に帰責根拠を求める見解からは困難になるものと思われ、民法全体の規範構造からみると、分かり易さを欠く結果となることが危惧される[28)]。

---

26）中野貞一郎『民事執行法』(増補新訂６版) ８頁では、「民事執行において、執行は実体法に従い債権者の権利を適正・完全に実現すべきことは、至上の要請ではあるが、そのために債務者の人格をないし、人権を無視することは許されない」とし、民事執行についても、利害関係人の基本的人権の保護が問題となり、実定的な法規制や執行処分の合憲性に関する言及がなされている。

27）我妻榮『債権総論（民法講義Ⅳ)』100頁。

### ⑷　小括

裁判規範としての明確性を持たせるべきとする観点からは、過失責任主義から、契約の拘束力に帰責根拠を変更したとした場合、変更された帰責根拠は民法全体の規範構造からみて、これまでの過失責任主義の考え方を凌駕するほどのものであるのかという点には未だ疑問がある。むしろ、民法全体の規範構造から、債務不履行における帰責根拠としての制度趣旨としては、帰責根拠をあえて契約の拘束力に求めて、「責めに帰すべき事由」という条文文言を解釈し、あるいは改正法として条文文言を変更するという必要性はないものと思われる。

## 第４　「債務者の責めに帰すべき事由」の規定の文言の在り方

### １　法制審議会の議論と「契約により引き受けていない事由」

#### ⑴　法制審議会における議論の内容

法制審議会では、帰責根拠に関して過失責任主義を基礎としたうえで、①「債務者の責めに帰すべき事由[29]」を文言として維持する考え方、②「故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由」を文言とする考え方と、帰責根拠を契約の拘束力に求めて、③「不可抗力」を免責事由文言として規定する考え方、④「契約により引き受けていない事由」を免責事由文言とする考え方、⑤「責めに帰すべき事由」を文言として維持する考え方が紹介されている。

#### ⑵　「契約により引き受けていない事由」

上記のうち④「契約により引き受けていない事由」を免責事由文言とする考え方は、改正検討委員会が提案している下記条項案が著名である（なお、法制審議会の議論における紹介では、上記改正検討委員会の条項案【3.1.1.63】と、正確には若干言い回しが異っている。「契約により引き受けていない事由」を免責事由と

28）民法（債権関係）部会資料19－２　民法（債権関係）の改正に関する検討事項⑭ 詳細版82頁において問題提起がなされている。

29）ちなみに、「責めに帰すべき」という文言は民法だけではなく、他の法令中においても少なからず使用されている文言であるように思われる。

して規定する考え方」とされて、改正検討委員会の条項案【3.1.1.63】の「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という文言とは時制の点で微妙な差異が生じているが、その理由は不明である。)。

【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】(損害賠償の免責要件)

〈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。

(下線は筆者挿入)

## 2　現行法の「責めに帰すべき事由」の内容

### (1)「債務者の責めに帰すべき事由」と規範的(または評価的)要件

#### ア　責めに帰すべき事由と規範的要件

修正法律要件分類説によれば、民法第415条の帰責事由に関しては、契約という合意によって取得した債権の実現を保護する債務不履行制度の趣旨に照らすと、債権者が債務者の給付義務の発生原因事実を主張・立証すれば、その義務を免れようとする債務者において、帰責事由の不存在について主張・立証責任を負うと解するのが制度趣旨に合致するとされる[30]。「債務者の責めに帰すべき事由」が事実的要件か評価的要件か、さらには評価的要件の中でも規範的評価を規定している規範的要件かどうかについては[31]、「正当事由」のように典型的な規範的要件としては掲げられてはいないものの、「一種の評価的要件」であると解されている[32]。一般には評価的要件も含んで規範的要件と呼ばれていることも多いようであるので[33]、以下では、「責めに帰すべき事由」につ

30) 前出注13)『民事訴訟における要件事実 第一巻』９頁。

31) 難波孝一「規範的要件・評価的要件」(前出注14)『民事要件事実講座１』200頁)。

32) 河村浩「債務不履行と不当利得の要件事実」(前出注15)『民事要件事実講座６』280頁)。

いては（評価的要件としての意味を持つ）「規範的要件」として論じる。

イ　評価根拠事実（主要事実説）

規範的要件は、法律効果の発生要件として、過失や正当事由など、規範的評価に関する一般的、抽象的概念を取り込んだと解される実体法条項であり、それぞれの規範的評価の成立が所定の法律効果の発生要件となっているものである[34)]。規範的要件における要件事実を当該規範的評価自体と解するか、規範的評価の成立を根拠づける具他的事実である評価根拠事実を要件事実とするかについては、弁論主義の観点からの不意打ちの防止等から、規範的評価は裁判所が行う法的判断であるとし、評価根拠事実を要件事実とする主要事実説が通説と思われる[35)]。そして、義務を免れようとする債務者において、帰責事由の不存在の成立を根拠付ける具体的事実としての評価根拠事実についての主張立証責任を負うものであり、これは債務者の抗弁と解されている。

### ⑵　「責めに帰すべき事由の不存在」の解釈内容

伝統的通説[36)] 及び判例[37)] では、責めに帰すべき事由の不存在の内容とは、「債務者に故意・過失がないこと、または債務者に債務不履行の責任を負わせることが信義則上酷であると認められるような事由があることをいう」とされる。裁判例の多くは、帰責事由の不存在の内容について、大きく分けて、①債務者からみてその事由の発生が外部から生じたものであること、②債務者が不履行の発生を防止することができる地位（結果防止地位）にないことという観点から捉えているとされる[38)]。

### ⑶　「責めに帰すべき事由」と評価根拠規定

上記⑵の①と②の関係については、不可抗力及びこれに準ずるような事由が存在する場合、②の債務者が結果防止地位にないこと（無過失）を満たすこと

33）前出注31）「規範的要件・評価的要件」204頁 。

34）前出注13）『民事訴訟における要件事実 第一巻』30頁以下。

35）同上。

36）前出注27）『債権総論（民法講義Ⅳ）』105頁。

37）最判昭和52年３月31日判例時報851号176頁。

38）前出注32）「債務不履行と不当利得の要件事実」280頁。

になるので、①が存在するときは、②の主張の余地はなく、②は①との関係では、①が存在しないときに初めて主張されるとする[39]。規範的(評価的)要件の一種であるとされる「帰責事由」においては、②の「債務者が不履行の発生を防止することができる地位(結果防止地位)にないこと」を根拠づける事実が評価根拠事実とされるものと解される。

## 3　修正法律要件分類説からの「債務者が引き受けていなかった事由」の検討

### (1)　問題の所在

それでは、仮に改正法が、改正検討委員会の条項案である【3.1.1.63】と同様の「契約において債務者が引き受けていなかった事由」を免責事由文言とする場合に、現行法上の「責めに帰すべき事由」における主張立証責任の分配構造との結果の異同はどのように理解されるであろうか。改正検討委員会の解説では、「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もなかったとき(契約の趣旨に照らしてみたときに、両当事者としては、想定できなかったとき)には、債務不履行による損失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。契約上の債務につき、債務の不履行が存在する場合に、その不履行を発生させた原因が契約で想定されていなかった事由(「契約において債務者が引き受けていなかった事由」)である場合に、損害賠償責任からの免責を認める[40]。」とする。そして、この考え方の場合、契約上のリスク分配を重視するが、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うえで、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されるべきか、という観点から判断するものであるとされる。

39)　同上280頁、281頁。

40)　同上249頁参照。

### ⑵ 「引き受けていなかった事由」における事実と評価の混在

ア　規範的要件としての「引き受け」

a　債務発生と帰責根拠の二つの引受け概念

「契約において債務者が引き受けていなかった事由」における「引き受け」文言に関しては二つの概念があり[41]、①契約において債務者が債務として何を「引き受けていた」のか、という概念と、②上記①の債務を前提にして、債務不履行時に、債務不履行原因に関して、当該履行障害事由の発生のリスクを債務者が「引き受けていなかった」のか、という概念があるとされる。

b　規範的要件としての「引き受けていなかった事由」と評価根拠事実

「債務者が引き受けていなかった事由」を免責要件とする場合、その帰責根拠として契約上のリスク分配が重視されつつ、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うえで、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されるべきかという観点から判断するものであるとされていることから、この要件も、前述した規範的要件または一種の評価的要件として捉えることが可能である。この場合、主要事実説に基づけば、「契約により債務者が引き受けていなかった事由」それ自体は法的な評価ということになる。また、主張立証の対象となる事実である要件事実は、「債務者が引き受けていなかった事由を」基礎づける具体的な事実としての評価根拠事実が債務者の抗弁事由となるものと解される。

イ　合意事実としての「引き受け」

a　「引き受けをしなかった」という合意

他方、前述したとおり、ⅰ）引き受け概念には、契約において債務者が債務として何を「引き受けた」のかという概念もあり、この場合の「引き受けたかどうか」という内容は「債務の内容」に関する具体的合意事実そのものということができると解される（以下「第１類型」という。）。ⅱ）更に、ⅰ）で発生した債務を前提にして、上記アで指摘したとおり、債務不履行原因に関する履行

41)「債権法改正の基本方針のポイント　企業法務における関心事を中心に⑩」（NBL 917号47頁）。

障害事由の発生のリスクを「債務者が引き受けていなかった」のかという概念がある。この要件は、規範的要件であり、「引き受けていなかった」ことそれ自体は法的評価であって、評価根拠事実が要件事実であると考えることになる(以下「第２類型」という。)。ⅲ)その一方で、「引き受けていなかった」は、ⅱ)の意味での履行障害事由の発生リスクの「引受けをしなかったという合意の事実」としても存在し得るものと思われる[42](以下「第３類型」という。)。

ｂ　合意の事実の実例

第３類型に関しては、例えば、筆者が現実に扱った例としても、履行障害事由の発生リスクを引き受けないことにより免責を得るための要件としての合意として、倉庫業者と大口保管主との間の倉庫保管契約において「不可抗力」条項中の地震の取扱いを詳細に合意することとし、地震の揺れの程度を問わず免責を求めてこれを債権者のリスクとしたい倉庫業者と、揺れの少ない地震の場合は倉庫業者が負うべきリスク部分があるはずであるとする保管主との間で、保管方法等一定の条件を満たしていれば、地震の程度を問わずに損害賠償義務は免責されると合意をするような事例があった(これが倉庫業者の保管債務の内容の一部を構成する(すなわち第１類型)での「引き受け」とみる考え方もあろう。)。

ウ　主張立証責任分配構造の混乱の可能性

ａ　免責要件内部での事実と評価の混在による混乱

上記「引き受け」という文言は、第２類型として規範的要件における法的評価を示す場合もあれば、第３類型の趣旨で、履行障害事由を債務者が引き受けた(または引き受けなかった)という具体的合意事実を示す場合もあることになる。法的評価として取り扱われる文言と、合意事実として取り扱われる文言が法文上同一であって併存している場合、裁判上での主張立証活動においては、第３類型の意味での合意事実としての「引き受け」の有無を争っているつもりの当事者が、実際には、第２類型における評価根拠事実として裁判所が争点と

42)永石一郎「解釈の転換を図る債務不履行に基づく損害賠償請求」ビジネス法務2011年１月号 43頁。

して考えていることに気づかず、当該第２類型の意味での引受けによる裁判所の法的評価へ働きかけることに留まる主張立証活動を行ってしまっているという可能性があり、意図するところとは異なる結論（弁論主義では法的評価は裁判所の権限である。）が出され、不意打ちになる可能性もあるのではなかろうか。

ｂ　「引受け」と債務内容及び免責事由引き受けの混在による混乱

加えて、契約において債務者が債務として何を「引き受けた」のかという概念における具体的事実は、債務者側ではなく、債権者側が主張立証責任を負担している[43)]。この点からは、第１類型の意味としての「引受け」合意と第３類型の意味での「引受け」合意とで、主張立証責任の分配が異なっており、債務者側は履行義務の内容（第１類型）として捉えて債権者側に主張立証責任があるものとして「引受け」を争っていたら、免責要件である（第２類型）として債務者側に主張立証責任があるとして結果的に敗訴するという予測しえない不意打ちを受ける可能性もあるものと解される[44)]。特に、契約書の記載や他の証拠方法によっても、履行障害事由の発生リスクのリスク分配が明らかではない場合、第２類型の「引受け」として扱われれば、抗弁が成立しないという帰結になり、第３類型の場合でも、事実認定の問題として当事者間の合理的意思解釈で決定されることになって、合意事実の認定ができなければやはり抗弁が成立しない、ということになる。しかし、もし第１類型であると扱われる場合には、そもそも債務内容となる関係上、請求原因が成り立たないということで債権者側が敗訴という結果になるものと思われる。

裁判規範としての機能を明確にさせるべき改正法においては、かかる主張立証責任の分配に混乱を生じさせるような文言の採択は可能な限り避けるべきものと思われる。

---

43）前出注13）『民事訴訟における要件事実第一巻』９頁。

44）この点、法制審議会第３回会議において岡健委員（裁判官）は、債務不履行の免責の根拠を契約の拘束力に求めることに理解を示しつつも、契約により引き受けていない事由という文言に関しては、免責事由というよりも債務の内容の確定の要件に近いという印象を持つ旨を述べられており、裁判官が債務内容の確定の問題として捉える可能性が皆無ではないことを示しているように思われる。

### ⑶ 「引受け」時点と当事者意思の擬制

ア　評価根拠事実の発生時点と法的評価の評価時点

債務不履行原因に関する履行障害事由の発生のリスクを債務者が「引き受けていた」のかという第２類型として考えてみた場合、「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。」との文言上、当該引受けという評価の成立を基礎づける具体的な評価根拠事実の発生時点と、「引受け」という法的評価がなされる時点はどのように考えるべきであろうか。

イ　法的評価における当事者意思の擬制

「引き受け」がなされたかどうかの判断時点は、「契約において」との文言を素直に受け止めれば、それは「契約締結時点において」と考えるのが自然であるようにも思われる。そうすると、契約締結後に発生した事実は評価根拠事実としては、「引受け」評価を基礎づける事実としてはその対象に包含できなくなるのではないのか、という疑問が生じる。反対に、もし裁判所が契約締結後に生じた具体的事実を評価根拠事実として評価の根拠として採用する場合には、契約締結時に遡って当事者の意思は「引き受けていた」と擬制して評価するという作業をするということになろう。すなわち、前述の第２類型における評価根拠事実及び「引受け」の法的評価はいずれも、契約締結時に遡って行うことになる。これは、現在の裁判実務よりも主張立証作業における過程と労力を増やしてしまう結果になってしまうのではないかが危惧される。むしろ直接的に、債務不履行時点において評価根拠事実及び法的評価を判断できる条文構造にしておいた方が、裁判規範としては、より直接的であり、主張立証責任の分配構造の理解としても平易なのではなかろうか。

### ⑷ 小括

改正法が、裁判規範としてより一層明確に機能するためには、修正法律要件分類説では、条文内に同一文言であるが異なる概念と性格の要件が混在することになるため、裁判規範としての十全な機能が発揮され得ないと思われる。

### 4　裁判例（大阪地裁昭和51年12月３日判決[45]）の検討

#### ⑴　事案の概要

本件は、医療器具等の販売会社である原告が、電気計測器、医療機械器具等の製造修理会社である被告との間で、昭和48年７月26日、低周波治療器（本件治療器）の製造委託契約を締結し、納入単価を１台あたり15,000円、納期及び納入個数を、昭和48年10月末から昭和49年４月末までの間で合計3000台とすることに合意したところ、被告が右約定の最終履行期である昭和49年４月末日を経過してもその債務の履行をしないので、原告が、同年７月22日、契約解除の意思表示をした上で、債務不履行に基づく金2100万円の損害賠償請求をした事案である。裁判所は、薬事法所定の厚生大臣の承認が得られなかつたために医療器具の製造が契約上の納期に遅れた場合に、右不承認が厚生省部内の公表されていない内規の変更によってもたらされたと認定して、契約上の債務不履行責任に基づく金2100万円の損害賠償請求に対して、債務者には帰責事由がないとして請求を棄却した。

#### ⑵　判決の理由中で認定された事実

①　本件契約書には、原告が被告に対し初回3000台の本件治療器を発注し、被告は「つぎのとおり生産納入する」という文言が記載されている。

②　その他の証拠から、当初被告側は「㈺の承認」を得る期間を考慮に入れて、昭和48年10月ころには本件治療器の製造が可能である旨考え、本件契約書を作成したことが認められる。

③　原被告間において本件治療器の第１回目の納期を、昭和48年10月末日から昭和49年４月末日に延期する旨の合意が成立した。

④　本件治療器を製造するためには、登録や許認可が必要であること、被告は昭和38年本件治療器と同種の低周波治療器を製造したが、当時は厚生大臣による薬事法に基づく許可及び承認のみで足りたこと、納期を延期する旨の合意が成立したこと、昭和49年９月27日に至って㈺の認可が得られたこと、以

45）大阪地裁昭和51年12月３日判例タイムズ352号273頁

上の事実は当事者間に争いがない。

⑤　また安全装置の附加をしているが、昭和49年４月以降電気用品取締法に関する通産省の省令改正により義務づけられることになることを考慮したものであること。

⑥　被告が昭和49年４月末日の延期された納期を徒過したのは、同時期まで厚生大臣による㈺の承認が得られなかったためであり、同時期までに右承認が得られなかったのは、㈡の認可を得るために行った電気用品試験所における甲種電気用品試験に約3.5か月を要したため、右認可申請が遅れ、それに伴って昭和49年３月29日に至ってようやく右承認申請の運びとなったこと及び右申請から厚生大臣の承認に至るまでに約６か月を要したことにその原因があること。

⑦　従って被告または被告と同視すべき履行補助者以外の第三者の許における事由によって納期を徒過せざるを得なかったものと認められる。

⑧　被告において㈺の承認を得るため厚生大臣に対して一旦提出していた申請が、ノイロメーターの感度の関係で不合格となりそのことが右承認を得るまでに長期間を要した一因をなしているものと認められるが、不合格は厚生省部内における公表されていない内規の変更によりもたらされたものであるところ、被告としてこのような未公表の内規をも調査すべき義務があるものとは到底考えられないから、この点について被告に過失の責があるとはいい得ないものと思料する。

⑨　さらに前認定の事実によれば、被告の行った各種申請手続に関する時期、内容には何ら本件契約にもとる点は見当らず、申請後においても再三関係官署に問合わせを行っているなど被告としてとり得る措置はこれを講じているものと認められ、この点についても被告に善良な管理者の注意義務を欠くと認められる事跡はない。

⑩　そうすると、被告が本件契約の履行を遅滞するに至った事由については、将来の改正省令に対処するための試作品改造、ノイロメーターの感度に関する内規が外部に公表されていないこと、被告の督促にも拘らず官庁内部の手

続が遅延したことが主要な原因をなしていると認められ、これらの事情は被告の責に帰すことのできない事由に因るものと解される。

⑶　検討

ア　伝統的通説・判例での考え方

前述のとおり、伝統的通説及び判例では、帰責事由の不存在の内容は、「債務者に故意・過失がないこと、または債務者に債務不履行の責任を負わせることが信義則上酷であると認められるような事由があることをいう」とされ、ⅰ）債務者からみてその事由の発生が外部から生じたものであること、ⅱ）債務者が不履行の発生を防止することができる地位（結果防止地位）にないことという観点から捉えているとされる。

本件では、被告が本件契約の履行を遅滞するに至った事由については、将来の改正省令に対処するための試作品改造、ノイロメーターの感度に関する内規が外部に公表されていないこと、被告の督促にも拘らず官庁内部の手続が遅延したことが主要な原因をなしていると認められる、としていることから、債務者からみて、その事由の発生が外部から生じたものであることであって、当該不履行の発生を防止しうる地位にはなく、結論として、被告の責に帰すことのできない事由に該当する、ということになるものと解される。また、外部的事情から生じたという側面だけではない被告による官公庁への申請手続の存在という点への配慮か、被告として未公表の内規をも調査すべき義務があるものとは到底考えられず、被告に過失の責があるとはいい得ないとし、かつ被告の行った各種申請手続に関し、申請後においても再三関係官署に問合わせを行っているなど被告としてとり得る措置はこれを講じているとして、善良な管理者の注意義務を欠くことはない、とする。

この認定及びそれに基づく結論は、従来の判例の考え方を踏襲するものといえる。

イ　「債務者が引き受けていない事由」とした場合の考え方

㈠　判決文中の文言の置き換えによる検討

他方、上記⑵での理由中における「被告に過失の責があるとはいい得ないも

のと思料する」（⑧）、「この点についても被告に善良な管理者の注意義務を欠くと認められる事跡はない」（⑨）、「これらの事情は被告の責に帰すことのできない事由に因るものと解される」（⑩）はいずれも、通説判例と同じ見解を採用していることが前提となっていると思われる。そこで、契約の拘束力に帰責根拠を求めて、「契約により債務者が引き受けていなかった事由による」ことを免責事由とした場合に、その結論に影響が生じうるのか否かを以下検討する。

(イ) 本件における評価根拠事実と本件の理由の不整合の可能性

a　契約において債務者が引き受けていなかった事由

「契約において債務者が引き受けていなかったこと」を免責要件とする場合、契約上のリスク分配は必ずしも当該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うえで、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されるべきかという観点から判断するものであるとされている。この場合、規範的要件に関する主要事実説に基づけば、「引き受けていなかった事由」それ自体は法的な評価ということになり、主張立証の対象となる事実である要件事実は、「債務者が引き受けていなかった」ことを基礎づける具体的な事実である評価根拠事実が債務者の抗弁事由となるものと解される。

そこで、本件において履行障害事由から債務不履行になることについて「契約において債務者が引き受けていなかった事由」から生じた債務不履行かどうかという点を検証する。

b　認定すべき事実の範囲の拡大可能性

まず１番目の点とすれば、契約の拘束力に帰責根拠を求める見解においては、「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もなかったとき（契約の趣旨に照らしてみたときに、両当事者としては、想定できなかったとき）には、債務不履行による損失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、とされ、契約上の債務につき、債務の不履行が存在する場合に、その不履行を発生させた原因が契約で想定されていなかった事由である場合には、損害賠償責任からの免責を認める、というのであるから、

契約締結時において債務者がいかなる想定がなしえたのか、これを基礎づける具体的な評価根拠事実の存否が重要となる。

かような評価根拠事実となり得る事情として、本件では、契約交渉等の合意形成過程、特に契約締結時に債権者である原告と債務者である被告との間で、承認申請手続に関して如何なるやりとりがなされていたのか、当事者間の交渉事情を主張立証する必要が不可欠になり、審理の範囲は拡大するように思われる。免責事由との関係で、上記判決中の理由を見ても原告被告間の承認申請手続に関する相互の認識等の点についての特段の指摘があるわけではない。もし本件が改正法の下での訴訟である場合には、従来であれば必要とされなかった交渉過程でのやりとり等に関する審理を十分に行わせ、抗弁としての「引き受けていなかった事由」を基礎づける評価根拠事実に関する主張立証を的確に行わせるような、裁判所側の訴訟進行への配慮が必要になろう。

c　債務者が想定し得たか否かの評価

2番目の留意点とすれば、契約の拘束力に帰責根拠を求めて、「契約において債務者が引き受けていなかったこと」を免責事由とする場合においては、契約上のリスク分配は必ずしも当該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うえで、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されるべきかという観点から判断する、とされている点である。かかる分配評価の観点からは、本件の原告被告間では、右不承認が厚生省部内の公表されていない内規の変更によってもたらされたものであったにせよ、承認申請手続が遅延することも当然あり得ることを製造業者であれば、想定し得たはずである、という評価がなされることも十分あり得るのではなかろうか。この点で、上記判例の結論とは全く異なる逆の結論になる可能性がある。これは、通説・判例とは異なり、債務者が不履行の発生を防止することができる地位（結果防止地位）にあったかどうかが評価における重要な点ではなく、当事者が想定し得たか否か（想定容易性）が評価の重要な視点になるため、後者の方の評価のハードルの方が低くなりがちだからではなかろうか。

d　契約締結後の事情の考慮可能性

更に３番目として、通説・判例の立場では、「……申請後においても再三関係官署に問合わせを行っているなど被告としてとり得る措置はこれを講じているものと認められ、この点についても被告に善良な管理者の注意義務を欠くと認められる事跡はない（上記⑩）。」とし、契約締結後において債務者が不履行の結果発生を防止することができる地位にはなかったことを基礎づける事実の一つとして認定をしている。他方、「債務者が契約において引き受けていなかった事由」に基づく、ことを帰責根拠及び免責事由として判決理由とする場合、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もなかったとき（契約の趣旨に照らしてみたときに、両当事者としては、想定できなかったとき）には、債務不履行による損失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、という理由を基礎とするのであるから、「再三関係官署に問い合わせるなど被告としてとり得る措置はこれを講じている」という事実は、そのようなとり得る措置を講じたにもかかわらず、債務不履行結果が発生するということは契約締結時においては想定し得なかった、という意味合いで過去の契約時点に遡って取り入れることになろう。契約（特に契約締結時）において、招来発生した評価根拠事実を遡って評価するというのであれば、むしろ、契約締結後に債務者が履行をしようと出来る限りのことをしたにもかかわらず結果的にできなかった、すなわち結果を防止しうる地位にはなかった事実を、過去の契約締結時点と比較してより近接する債務不履行時点における評価として、すなわち「債務者の責めに帰すべき事由」としての評価をした方が要件として明確で理解しやすいのではないかと思われる。

## 第５　結　語

改正法における条文文言の変更に関しては、事後救済型社会として如何なる法的救済が受けられるのかという裁判規範として機能する民法になっていることが平易かつ明確に示されていることが、法律のユーザーである市民の予測可

能性を担保するという点において重要であることを失念すべきではない。その点からすると、帰責根拠を過失責任主義から契約の拘束力に求め、債務不履行における「債務者の責めに帰すべき事由」という要件の文言を変更して「契約において債務者が引き受けていなかった事由」とする文言の改正を採択した場合には、現在実務の大勢を占めている修正法律要件分類説を前提にした主張立証責任の分配構造に対して混乱やプロセスの増加という負担は与えるものの、これを凌駕するような、文言の平易性や裁判規範としての機能の明確性を付与するものではないと思われる。上記「債務者が引き受けていなかった事由」改正文言部分での改正の方向性は進めるべきではないと考える。