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

Title	契約不履行に基づく損害賠償の理論(一)
Sub Title	Essai sur les dommages - intérêts pour l'inexécution du contrat
Author	白石, 友行(Shiraishi, Tomoyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2012
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.85, No.1 (2012. 1) ,p.79- 139
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20120128-0079

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.

契約不履行に基づく損害賠償の理論（一）

白石友行

序論
第一章　原理
第一節　性質
第一款　帰責・実現
㈠　賠償モデルと不履行＋帰責事由
㈡　履行モデルと不履行＋限界
第二款　異別・同一
㈠　賠償モデルにおける同一性の問題
㈡　履行モデルにおける同一性の意味
……（以上、本号）
第二節　対象
第一款　損害・契約
㈠　賠償モデルと損害
㈡　履行モデルと「損害」
第二款　制限・完全
㈠　賠償モデルと完全賠償・制限賠償
㈡　履行モデルと完全履行
……（以上、八五巻二号）
第二章　体系
第一節　不履行法
第一款　履行と賠償・履行と履行
㈠　賠償モデルにおける履行と賠償の関係
㈡　履行モデルにおける履行手段の二元性
第二款　制裁と賠償・離脱と実現
㈠　賠償モデルと解除＝責任モデル
㈡　履行モデルと解除＝離脱モデル
第二節　責任法
第一款　類似・相違
㈠　賠償モデルにおける制度の類似
㈡　履行モデルにおける制度の相違

第二款　拡大・縮小
㈠　賠償モデルと領域の拡大
㈡　履行モデルと領域の縮小？
結論　……（以上、八五巻三号）

序論

本稿は、契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論枠組みを用いて、契約不履行法、契約責任論を再検討し、その成果を契約法、損害賠償法の基礎理論と接合するための基礎的考察を行うものである。(1)

契約不履行に基づく損害賠償をめぐる議論は、それが、不法行為に基づく損害賠償と同じような意味で、不履行によって生じた損害を賠償するための制度であることを当然の前提として展開されてきた。このような構想は、契約不履行に基づく損害賠償と不法行為に基づく損害賠償を損害賠償債権という項目の下で統一的に論じていたかつての支配的学説に端を発し、(2)二つの損害賠償制度を共通の原理に服すべきものと理解した上で、要件・効果の両面について共通の準則を構築してきた、伝統的理解の中に明確な形で現れている。(3)これに対して、近時の学説は、契約を起点に据えた契約責任を標榜し、契約の拘束力、契約におけるリスク分配の考え方を基礎に契約不履行に基づく損害賠償の要件・効果を提示しており、契約責任の特殊性を強調するに至っているが、(4)ここでも、契約不履行に基づく損害賠償を把握するための原理として、賠償の論理が前提とされていることに変わりはない。そして、また、今日の債権法改正における議論に際しても、賠償の論理を所与の前提として、つまり、右の二つの立場に即して検討・提案が行われるのが一般的である。(5)

もっとも、契約不履行に基づく損害賠償を不履行によって生じた損害の賠償を目的とする制度として捉えるモ

デルは（以下、「賠償モデル」と呼ぶ）、唯一絶対的な論理というわけではない。契約不履行に基づく損害賠償を賠償の論理から切り離し、実現されなかった契約あるいは債務の履行を確保するための制度として、履行プロセスの中に位置付けるモデル（以下、「履行モデル」と呼ぶ）も存在するのである。[6] そして、これら二つのモデルを分析枠組みとして設定することによって、契約不履行に基づく損害賠償をめぐる議論に別の角度から光が当てられ、賠償の論理を前提とした従来の議論に存在する問題・課題を浮かび上がらせることができるだけでなく、それとは異なる方向性から、契約不履行に基づく損害賠償、更には、契約不履行法・民事責任法全体を包括する枠組みを示すことが可能となる。このように、本稿の課題は、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を用いて、日本法の議論を分析し、契約不履行法の領域に賠償という視点を持ち込む考え方に内在する問題と、履行の実現という視点から契約不履行に基づく損害賠償の議論を構築する立場の意義を示すことにある。以下で、本稿の検討対象をより明確に提示しておこう。

賠償モデルと履行モデルは、契約不履行に基づく損害賠償を、損害を賠償するための手段として理解するのか、それとも、契約の実現手段として把握するのかという点において、異なる原理を背景としている。このような原理の相違は、抽象的な理念のレベルにおける対立に止まるものではない。契約不履行に基づく損害賠償の基礎をどのように理解するかによって、より具体的な現象のレベルにおいても、大きな違いが生じてくるからである。そして、これまでの契約不履行に基づく損害賠償をめぐる議論の理論的・実際的な問題の多くは、この二つの原理を明確に区別してこなかったことにその原因を求めることができるように思われる。すなわち、我が国における契約不履行に基づく損害賠償の議論の特質は、損害の賠償という発想を所与の前提としていること、しかし、時に履行という異なる原理を利用していること、これらの結果、様々な局面において、極めて困難な問題を抱え込むに至っていることに存する。本稿の第一の課題は、契約不履行に基づく損害賠償に関する議論には、その前

提とする原理のレベルにおいて、多くの理論的・実際的問題が内包されているだけでなく、新たな契約不履行理論を構築するための枠組みとしても、多くの課題が存在することを明らかにし、契約不履行に基づく損害賠償を履行の実現として捉える方向性の意義と優位を提示することに存する（第一章）。

このような問題意識を、従来の判例・学説が論じてきた事項に接合させる形で具体化するならば、二つのレベルの問題に属する四つの具体的な検討課題として整理することができる。一つは、契約不履行に基づく損害賠償の性質、すなわち、契約不履行に基づく損害賠償の源はどこに存するのか、契約不履行に基づく損害賠償はどのような性質を持つ債権なのかという問いに関連する検討課題である。この契約不履行に基づく損害賠償の性質論は、債務者に対して契約不履行に基づく損害賠償を課す根拠は何か、これを民法の条文に即して言えば、帰責事由の意味及び要否という問題に大きく関わると同時に、契約不履行に基づく損害賠償が契約ないし契約債権とどのような関係にあるのか、これを各論的な問題に置き換えれば、損害賠償債権の消滅時効起算点や契約不履行に基づく損害賠償の領域における証明責任の分配ルールの正当化という問題に関わってくる（第一節）。もう一つは、契約不履行に基づく損害賠償の対象、すなわち、契約不履行に基づく損害賠償によって填補ないし充足される対象は何かという問いに関連する検討課題である。この契約不履行に基づく損害賠償の対象論も、判例・学説で多くの議論が積み重ねられてきた問いに関わる。ここでは、損害要件にはどのような意味が存するのか、また、契約不履行に基づく損害賠償の範囲はどのように確定され、そのルールはどのように正当化されるのかという問いが、検討の対象とされるのである（第二節）。

もっとも、これだけでは、先に提示した契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組み、そして、履行モデルの有用性を完全に示したことにはならない。このことを明確にするためには、賠償モデル・履行モデルという二つの見方が、契約不履行に基づく損害賠償それ自体だけではなく、より広く契約不履行法や民事責任法との関連にお

いて、どのような意味を持つのかを明らかにしておく必要がある。もちろん、これらは、契約不履行に基づく損害賠償の原理を確定すれば直ちに解答が与えられるというような問題ではない。しかし、従来の議論においては、賠償の論理が所与の前提とされていたことから、契約不履行に基づく損害賠償の原理と契約不履行法や民事責任法との影響関係が見過ごされてきてしまっているように見受けられる。従って、これまで抜け落ちていた視点を補うという意味でも、契約不履行に基づく損害賠償の理論モデルという視角から、契約不履行法、民事責任法を検討することには、大きな意義が認められよう。かくして、本稿における第二の課題は、契約不履行に基づく損害賠償の原理と、契約不履行法、民事責任法との関連性を明らかにし、それぞれの理論モデルから導かれる論理的な結果を分析した上で、契約不履行に基づく損害賠償を履行の実現として捉える方向性が、これらの局面においても有用であることを示すことに存する（第二章）。

こうした問題関心からは、以下の諸点が検討の対象とされなければならない。第一に、契約不履行に基づく損害賠償が、契約不履行に対するその他の救済手段とどのような関係にあるのかという問題である。この問いは、一見したところ、平凡なものであるように思われる。実際、履行請求及び解除と損害賠償請求の関係については、今日に至るまで、多くの議論の蓄積が存在する[7]。しかし、契約不履行に基づく損害賠償の理論モデルという視点から契約不履行に対する救済間の関係を眺めてみると、その把握の仕方、更には、制度設計に際して考慮されるべき本質的な疑問が浮かび上がってくることになる。従来の議論においては、それぞれの関係を構築するに際して、捩れや歪みが生じており、これは、契約不履行に基づく損害賠償の議論において、賠償・履行という視点を明確に意識してこなかったことに由来するのではないか（第一節）[8]。第二に、契約不履行に基づく損害賠償が、不法行為に基づく損害賠償とどのような関係にあるのかという問題である。ここには、二つの意味が込められる。一つは、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との関連で、その領域がどのように確定される

のか、その前提として、契約不履行に基づく損害賠償の原理という問題設定及びその態度決定が、契約について一定の見方を前提としているのかという問いである。もう一つは、それぞれの制度の相違をどのように理解するのかという問いである。これらの問題が、契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みと密接に関わるものであることは、容易に理解できるであろう（第二節）。

以上のように、本稿は、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を用いて、日本における議論を分析し、賠償モデルに内在する様々な問題と履行モデルの有用性を示そうとするものである。そのため、本稿の考察の基礎となった比較法、とりわけ、フランス法及びフランスにおける「ヨーロッパ契約法」の検討成果については、必要最低限の叙述に止めていることを断わっておく。

第一章　原理

契約不履行に基づく損害賠償に関する議論は、これまで、それが不履行によって生じた損害の賠償を目的とする制度であるという認識を暗黙の前提として展開されてきた。本章の課題は、契約不履行に基づく損害賠償を賠償の論理で捉える方法の他に、それを履行の実現という視角から理解する方法があるという認識を基礎として、前者に内在する問題を明らかにし、後者の理論的・実際的な意義を明確にすることにある。

第一章では、契約不履行に基づく損害賠償の性質及び対象という問題が扱われる。これらの問題を検討することによって、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の意味がより明確な形で提示されるだけでなく、契約不履行に基づく損害賠償に関する議論の中には、前提とする原理のレベルにおいて多くの理論的・実際的問題が内包されていること、新たな契約不履行理論を構築するための枠組みとしても多くの課題が存在する

ことが明らかにされ、契約不履行に基づく損害賠償を履行の実現という方向性から捉えるモデルの意義と優位が示されることになる。第一章は、序論において提示した第一の問題、すなわち、契約不履行に基づく損害賠償の性質及び対象という具体的・個別的な問題を検討することを通じて、そこから得られた成果を民法の解釈論及び制度設計論にまで高めるための基礎的作業を行うという意味を有するものである。

第一節　性質

契約不履行に基づく損害賠償の源はどこに存するのか。契約不履行に基づく損害賠償はどのような性質を持つ債権なのか。

一方で、賠償モデルによれば、不法行為に基づく損害賠償がその要件を充足することによって初めて発生する債権であるように、契約不履行に基づく損害賠償も、その要件を充足することによって発生する債権、つまり、本来的な契約債権とは別個の債権として理解される。また、近時の学説のように、契約を起点に据えて議論を構築するとしても、契約不履行に基づく損害賠償を損害塡補のための手段として捉えるならば、損害賠償は、やはり、契約債権とは別個の存在として観念されなければならない。これに対して、履行モデルによれば、契約不履行に基づく損害賠償は契約の代替的な履行手段として位置付けられるから、その源は契約それ自体に存し、従って、契約不履行に基づく損害賠償も契約債務と同質的なものとして構想される。

以下では、このような原理レベルでの理解の差異が顕著な形で現れる、帰責事由の意味・要否をめぐる議論と（第一款）、損害賠償請求権の消滅時効起算点及び契約不履行に基づく損害賠償の領域における証明責任分配ルールの正当化に関する議論（第二款）を素材に、より踏み込んだ考察を行うことにしよう。

第一款　帰責・実現[9]

伝統的通説は、債務不履行によって損害賠償請求権を生ずるためには、不履行という客観的状態の他に、主観的要件としての帰責事由が必要であるとし、ここで言う帰責事由とは、債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由を意味すると理解してきた[10]。この理解は、契約不履行に基づく損害賠償と不法行為に基づく損害賠償を、損害賠償債権という項目の下で統一的に論じ、損害の賠償を目的とする点において共通の性質を持ち、かつ、共通の原則に支配されるべきものと把握する立場を前提として、両者を過失責任主義に基礎を置く責任制度として構想したかつての支配的学説を[11]、その基本的枠組みにおいて承継したものであった。つまり、伝統的通説は、契約不履行に基づく損害賠償を、有責な行為によって惹起された損害を賠償するための責任制度と構想し、そこから、帰責事由を、過失責任主義を基礎とした損害賠償責任の発生原因として捉えているのである。従って、右のような契約不履行に基づく損害賠償の基本認識から出発し、二つの損害賠償制度における主観的要件を同一の枠組みによって規律しようとした伝統的通説の立場には、少なくとも、損害賠償の理論枠組みという視点から見れば、理論的な一貫性が認められるとも言える。

しかし、既に指摘されているように、手段債務の領域においては、不履行と善管注意義務違反を中核とする帰責事由の判断を明確に区別することは困難であるし[12]、伝統的通説が説くような帰責事由の概念は、判例において必ずしも機能しているとは言えない[13]。また、伝統的通説の立場によれば、帰責事由の有無を善管注意義務違反という画一的な基準によって決することになるから、理論上、契約の多様性に応じて損害賠償責任の成否を判定することができなくなる。この点、一部の学説は、債務不履行における帰責事由には、契約内容の差異等を反映して、高度の注意義務が要求されるものからそれを不要とするものまで、無限のヴァリエーションが存在することを説く[14]。しかし、このように理解する場合には、契約不履行に基づく損害賠償が、不法行為に基づく損害賠償と

同じ性質を持つ責任制度でありながら、何故に帰責事由が契約内容に応じて異なりうるのか、何故に帰責事由が要求されるものとそれを不要とするものが存在するのかという問題が、帰責事由を抗弁として位置付けるための理論的基礎という問題と共に提起されることになろうが、このような問いに対して、明確な解答は与えられていない。[15]

これに対して、近時の学説は、右の問題を克服するため、契約を起点とした帰責事由論を展開する。[16] そこでは、債務不履行責任における帰責性は、約束したことを履行しなかったこと、つまり、債務者が自らの意思によって設定した契約規範に従わなかったことに求めることができ、その帰責の根拠は契約の拘束力にあると説かれたり、[17] あるいは、債務不履行責任の帰責原理としては、保証された事態が発生しない場合に、債務者の具体的行為の当否を問題にすることなく、結果保証を帰責事由として責任を負わせる保証責任と、履行過程における給付義務の具体化としての行為義務の違反を問題とする過失責任が存在する等と主張されているのである。[18]

確かに、これらの見解によれば、伝統的通説が抱える諸問題は解消される。しかし、仮に帰責事由が不履行と一体的に評価されるのであれば、不履行とは別に帰責事由を論ずる意味はどこに存するのか。この点、先の学説は、帰責事由の存否が債務不履行に対して賠償責任という法的サンクションを付与すべきか否かを決定する要件として重要な意義を有する等と説く。[19] つまり、契約不履行に基づく損害賠償が本来的な契約の履行とは別個の賠償プロセスであるとの理解を前提とするならば、損害賠償責任を債務者に負担させるための枠組みが必要となるところ、ここでは、そのための要件として、帰責事由が要求されていると見ることができるのである。

他方、近時の学説の中には、債務不履行と過失の完全な一元化を構想し、債務内容及びその違反レベルに議論を一元化して、主観化され過ぎていた債務不履行責任の客観化を志向する見解も存在する。[20] 先の見解が、不履行と帰責事由の判断を一体的に行いながらも、要件レベルにおける両者の独立性を維持するのに対して、この見解

は、更に議論を進めて、要件レベルにおいても、これまで帰責事由の名の下に行われてきた判断を不履行の中に一体化させようとするものと理解することができる。しかし、このように理解する場合には、客観的責任を問うための根拠や基礎が問題になろうし[21]、何よりも、契約不履行に基づく損害賠償の原理について賠償の発想を前提としながら、あらゆる事例について、債務者に損害賠償責任を課すための枠組みとして帰責事由を設定することなく、契約不履行に基づく損害賠償の帰責構造を説明することができるのかという問題が生じえよう。

ここから、更に、以下のような問題が浮かび上がってくる。仮に右のような認識が正当であるならば、不履行に加えて帰責事由という要件を設定せざるをえなくなるような契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みそれ自体が問題とされるべきではないのか。言い換えれば、賠償モデルの構想が、本来ならば不履行という判断を問えば足りるはずの損害賠償の要件に、帰責という無用な枠組みを付加させているのではないか。契約不履行に基づく損害賠償を実現されなかった債務の履行を確保する制度として捉えるならば、損害賠償を債務者に転嫁するために帰責を論ずる必要はなく、不履行の有無、つまり、実現の有無だけを問題とする要件論を構築することが可能になるのではないか。

かくして、本款における考察は、契約不履行に基づく損害賠償における帰責事由要件の意義、その要否を、賠償モデル・履行モデルという分析枠組みを用いて検討することに向けられる。

㈠　賠償モデルと不履行＋帰責事由

伝統的通説は、二つの損害賠償が同一の性質を有し、同一の原理によって支配されるべきことを議論の出発点として、債務不履行の領域における帰責事由を、不法行為の領域における主観的要件＝故意・過失と同じ意味を持つ概念として構築した。これは、二つの損害賠償制度が、いずれも、「有責かつ違法な行為によって他人に損害を生じさせた者は、当該行為によって惹起された損害を賠償しなければならない」との原理に基礎を置くとい

う点において共通している以上、その要件についても、同じ枠組みを構築すべきであるとの認識に出たものと言うことができる。以下、このような思考方法を「不法行為＋賠償モデル」と呼ぼう。

他方、今日の学説は、契約不履行に基づく損害賠償を、不履行によって生じた損害を賠償するための制度として捉える点においては、不法行為＋賠償モデルと同じ立脚点に位置しながら、その議論の構築に際して契約の視点を入れ、帰責事由の理解についても、契約ないし契約債務との関連性を強調するに至っている。これは、二つの損害賠償制度が損害の賠償を目的とする点においては共通するものの、制度の理解に際しては、損害賠償に先行する形で存在している契約の特性を考慮しなければならないとの認識に出たものと言うことができる。以下、このような思考方法を、「契約＋賠償モデル」と呼ぼう。

これら二つの思考モデルから導かれる帰責事由の意義とその問題について、本稿の視点からは、以下のような見方を提示することができる。

まず、不法行為＋賠償モデルを基礎とした上で、契約不履行に基づく損害賠償の主観的要件として帰責事由を掲げ、それを債務者の故意・過失と読み替える伝統的通説は、二つの損害賠償責任における責任原因を統一的に把握している点において、契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みという視角から見れば、理論的一貫性を持つものとは言える。しかし、問題は、契約責任を民事責任の中に統合し、その主観的要件としては、債務不履行によって性格付けられる契約上のフォートのみを要求するフランスの伝統的な見解とは異なり、あくまでも、不履行とは別に、故意・過失に体現されるところの帰責事由を要求している点にある。

フランスの伝統的通説は、契約責任と不法行為責任を同一の性質を有する二つの民事責任制度として位置付けている。このような前提に立つ場合、契約不履行に基づく損害賠償は、契約上のフォート、損害、因果関係という三要件を充足することによって初めて認められることになる。[22] ところで、多くの学説は、契約上のフォートを

契約から生じた債務の不履行と把握してきた。[23] これは、契約上のフォートと不法行為上のフォートを包括する民事フォートの概念が、義務違反、行為の過誤等の客観的要素のみによって基礎付けられるとの立場を前提に、[24] 契約債務の不履行＝契約上のフォートという等式を描いたものと見ることができる。他方、フォートの定義については、客観的要素に加えて、帰責性という主観的要素を考慮する立場も存在する。[25] これによれば、契約責任の要件としては、単なる不履行ではなく、フォートある不履行が要求されるから、この点で、契約上のフォートは不履行それ自体から区別されることになる。[26] しかし、この見解を先の理解と比べた場合、フォートの意味付けにおいては大きく異なると言わなければならないが、その実質についてはそれほど異なるものではないと理解するのが適切である。

このことは、手段債務・結果債務の区別との関連で見れば明らかとなる。一般的に、手段債務が問題となる場合、契約上のフォートは証明されなければならないが、結果債務が問題となる場合には、契約上のフォートは推定される等と説かれているところ、[27][28] フォートには主観的要素が必要であるとの立場によれば、この言明は、以下のような論理構造を前提とするものとして捉えることができる。一方で、債務者の行態の評価を伴う手段債務のケースにおいては、不履行の証明がフォートの証明を意味することになり、契約上のフォートの有無を評価するに際して、不履行とは別に債務者の帰責性の有無を論ずる必要はない。つまり、不履行は契約上のフォートと同義である。他方で、結果債務のケースにおいて、債務者の帰責性は、不履行が外的原因その他の事由に由来することを債務者が証明した場合にのみ否定されるに過ぎないと理解されているから、結局、外的原因によらない不履行は契約上のフォートを構成するということになる。言い換えれば、不履行の証明によってフォートが推定され、外的原因の証明、つまり、フォートの主観的な構成要素である帰責性不存在を証明することによって、その推定が覆されるわけである。このように見てくると、フォートに主観的要素を要求し不履行とフォートある不履

行を別のものとして構成する立場と、不履行を契約上のフォートとして把握する立場とでは、その実質に、相違がないことが分かる。後者の立場であっても、外的原因が証明された場合には債務者が責任を負うことはないから、両者の差は、外的原因という要素をフォートの問題として取り込むのか、それとも、フォート以外の問題として扱うのかという点に見出されることになる。これを反対から見れば、いずれの立場においても、契約上のフォートは、（外的原因によらない）債務の不履行からなると言うことができるのである。

これに対して、日本の伝統的通説は、帰責事由の中身として債務者の故意・過失を設定し、かつ、この場合における過失の意味を善管注意義務違反と規定した。[29] この理解には、手段債務の領域においては不履行の判断と善管注意義務を中核とする帰責事由の判断を明確に区別することができないという問題や、全ての事例において善管注意義務違反としての過失を要求する解釈が現実に適合しないという問題が存在する。そして、右に一瞥したフランス法との対比で見るならば、これらの問題を発生させた根本的な原因は、不法行為＋賠償モデルを前提としながら、フランスの伝統的通説が行ってきた不履行と帰責事由の解釈論的調整を試みてこなかったことに求められる。

フランスの伝統的通説が採用する不履行＝契約上のフォートの定式化は、二つの損害賠償を性質的に同一の制度として把握するところから出発して、二つの損害賠償制度における要件を同一化し、多様な事案を包含しうる統一的な民事フォートの概念を構想した上で、フォートによって不履行を吸収させるという四つのレベルの論理の上に成り立っている。日本の伝統的通説は、二つの損害賠償を統一的に論じ、両者に共通の要件枠組みを構築していた、かつての支配的学説に端を発するものであるから、第一及び第二のレベルの問題について、多くの議論を展開してきたことは、当然であるとも言える。[30] しかし、そこから先の第三及び第四のレベルの問題に関して言うと、伝統的通説はほとんど議論を行ってこなかった。少なくとも債務不履行の領域においては、多様な事案

をカバーしうるだけの過失ないし帰責事由の判断枠組みが構築され、それが一般的に受け入れられることはなかったし[31]、債務者の故意・過失によって体現されるところの帰責事由と不履行の関係に注意が払われることもなかったのである。

もちろん、第三のレベルの問題に関しては、一部の学説によって、債務不履行における過失の内容は、契約等による債務内容の差異を反映して、高度な注意義務からそれほどではないものまで、無過失責任、軽過失責任、重過失責任等、連続的なカーブを描くものであることが指摘されており[32]、議論が存在しなかったわけではない[33]。しかし、不法行為における過失判断のように、過失それ自体の中身について、そこに軽重の差を認めることは可能であっても、過失責任主義を前提としながら、注意義務違反の存在を問わない責任類型を認めることは、過失ないし帰責事由の理解を変質させるか、他の帰責根拠を説明しない限り不可能である[34]。この点については、帰責事由が問題とならない領域においては、帰責事由不存在の抗弁が提出されないことになるから、問題は存在しない旨の説明がなされているが[35]、理論的な正当化としては不十分である。帰責事由の不存在を抗弁として位置付ける理由が明らかでないからである。

確かに、判例は、古くから、帰責事由の不存在につき債務者が証明すべきものと判断しており[36]、この点は、学説上も、ほぼ異論なく承認されていると言える[37]。しかし、このような証明責任のあり方は、賠償モデルを前提とする立場、すなわち、債務者に損害賠償責任を課すための枠組みとして帰責事由を把握する立場を前提に、論理の問題として考えるならば、それほど自明の事柄とは言えない[38]。むしろ、損害賠償責任の根拠であるはずの帰責事由の存在について債権者側が主張しなければならないと理解するのが自然である[39]。証明責任のレベルで、契約不履行に基づく損害賠償の原理と調和しない解釈を行う以上、それが判例・実務に従ったものであるとしても、理論的に正当化するための説明が求められるのではないか。

このように見るならば、伝統的通説は、契約不履行に基づく損害賠償の領域に不法行為に基づく損害賠償の思考モデルを導入し、両者に共通の要件枠組みを構築しようとしたものの、フランスにおける伝統的理解とは異なり、契約不履行に基づく損害賠償における独自の要件である不履行を維持し、帰責事由の内実を行為態様の評価に求めたことから、右の問題を抱えることになったと言うことができよう。これを本款の問題関心に即して言えば、確かに、伝統的通説の下では、損害賠償責任の帰責枠組みについて二つの損害賠償が同一に扱われ、帰責事由が不法行為領域における故意・過失と同じ役割を果たすものとして、つまり、損害賠償債務の発生原因として観念され、かつ、不法行為法における故意・過失と同じ中身を持つものとして理解されるに至った。しかし、その一方で、不履行要件を維持したために、二つの損害賠償制度の枠組みを完全に同一化するには至らなかったし、フランスにおいて結果債務の違反がフォートとして観念されるような形で、帰責事由の中身が柔軟に理解されることもなかったのである。以上のことを本稿の分析視角を用いて表現すれば、伝統的な議論は、不法行為＋賠償モデルの発想を基礎としながら、フランスの学説とは異なり、それを徹底することができなかったということになろう。ここに、伝統的通説が抱える問題の根源を指摘することができる。

次に、契約＝賠償モデルを基礎として、契約と帰責事由要件との関連性を説く近時の学説を検討していこう。賠償の論理を前提とする限り、損害賠償責任を債務者に対して転嫁するための枠組みが必要となる。契約不履行に基づく損害賠償は、契約債務の履行とは別の賠償を目的とする責任事例として位置付けられるからである。フランスの伝統的通説は、契約上のフォートによって債務者への帰責を実現しており、過失責任の原則を強調する日本の伝統的通説も、これと同じく、債務者の故意・過失と同視されるところの帰責事由に、その根拠を求めているものと見ることができた。

これに対して、近時の学説は、過失責任の原則に基礎付けられた帰責原理を批判し、契約を起点とした契約責

任を展開しており、この点において、損害賠償責任を債務者に負担させるための要件として帰責事由を設定する必然性はないようにも見える。しかし、仮に契約責任が契約に基づく責任であるとしても、それを不履行によって生じた損害を賠償するための制度として把握するのであれば、理論上、契約不履行に基づく損害賠償は、本来的な契約債務の履行とは別個の賠償責任と構成されることになるから、この場合にも、帰責を正当化する要素を不履行とは別の形で提示しなければならないことに変わりはない。従って、ここで、帰責事由は、文字通り、損害賠償責任を債務者に帰責するための枠組みとして機能することになる。

ここで、近時の学説が説く帰責事由の意味をもう一度確認しておく。今日の学説によれば、債務不履行責任における帰責性は、約束したことを履行しなかったこと、つまり、債務者が自らの意思によって設定した契約規範に従わなかったことに求めることができ、その帰責の根拠は、契約の拘束力にあるとされる。[40] あるいは、債務不履行責任の帰責原理としては、保証された事態が発生しない場合に、債務者の具体的行為の当否を問題にすることなく、結果保証を帰責事由として責任を負わせる保証責任と、履行過程における給付義務の具体化としての行為義務の違反を問題とする過失責任が存在するとも説かれている。[41] 言うまでもなく、これらの見解によれば、帰責事由の存否は不履行と一体的に判断されることになる。それにも関わらず、ここで帰責事由という要素が維持されているのは、それがなければ、契約不履行に基づく損害賠償を債務者に転嫁することができないと考えられたからである。そうであるからこそ、近時の学説は、債務者が自らの意思によって設定した契約規範に従わなかったことを帰責事由と構成したり、保証引受の主観的モメントを帰責事由とする保証責任、[42] 給付義務の具体化としての行為義務違反を帰責事由とする過失責任という二つの帰責原理を構想したりすることで、帰責事由に、債務者に対し損害賠償責任を課すためのファクターとしての役割を与えようとしているのである。[43]

もちろん、こうした帰責のプロセスを、帰責事由という枠組みの外で行うことも考えられる。フランスにおい

ては、結果債務の不履行に基づく責任を、フォートに基づかない客観的責任として把握しようとする立場が存在したが[44]、これは、契約上のフォートの枠外で、契約不履行に基づく損害賠償における帰責の原理を構築するものと見ることができる。しかし、この見方に対しては、結果債務の不履行の場合に、契約上のフォートが存在しないにも関わらず、債務者が損害賠償責任を負うことになる理由を説得的に説明することができないという問題を提起しておかなければならない。確かに、この点については、契約の拘束力に基づくリスクの考え方が説かれたり[45]、因果関係レベルでの説明がなされたりしており[46]、一応の正当化は行われている。しかし、何故に結果債務を負うことがフォートなしの責任を正当化するリスクと把握されうるのか[47]、何故に結果債務の場合にだけ損害の原因となる不履行の存在によって責任が正当化されうるのか等[48]、多くの問題が未解決のまま残されていることも事実なのである。従って、契約不履行に基づく損害賠償について契約上のフォートを問題にしない解釈を行うことは、論理的には可能ではあるが、十分に説得的ではないと言うべきであろう。フランスにおいて、結果債務をフォートに基づかない責任として構想する理解が支持を集めていないのも、契約上のフォートなしでは、損害賠償責任の発生メカニズムを十分に説明することができないという理由に基づくものなのかもしれない。そうすると、帰責のプロセスを帰責事由の枠外で行い、不履行と過失の完全な一元化を構想する議論についても[49]、判例の現状に適合的な理解であり、伝統的通説の理論的問題を回避しうるという点において、魅力的な解釈ではあるが、帰責事由という枠組みを捨てたとき、それに代わる新たな帰責の枠組みを全ての債務類型について構築しうるかどうかには、なお疑問が残ると言わなければならないように思われる。

結局、従来の学説においては、賠償モデルの論理が暗黙の前提とされているために、たとえ不履行と一体的に判断される関係にあろうとも、損害賠償責任を債務者の転嫁するためのファクターとして、帰責事由という枠組みが維持され続けていると言うことができよう[50]。

㈡　履行モデルと不履行＋限界

ここでの課題は、㈠の分析を受ける形で、履行モデルの下において、その要件枠組みがどのような形で構築されるのか、とりわけ、帰責事由にどのような意味が与えられるのかを明らかにすることにある。その際、㈠においては、その論理構造を提示するだけに止めておいた契約＝賠償モデルとの対比を行いつつ、このモデルの問題と限界を指摘することを通じて、履行モデルの意義及びその有用性を明らかにしていこう。

まず、近時の学説が強調する契約を起点に据えた契約責任とは何かを明確にしておこう。この議論の特質は、当事者が契約の履行を怠った場合に認められる責任も、契約の拘束力から基礎付けられると考える点、すなわち、自ら特定の行為をすることを契約で約束した以上、それを怠ったときに責任を負うことまで約束したこと、つまり、契約責任を契約の拘束力によって基礎付けられる責任として認識する点にあるとされる[51]。これは何を意味するのか。

この新たな契約責任をめぐる議論、とりわけ、帰責事由の意味に関する議論の中では、近時の学説の説く契約責任が、契約に基づく責任なのか、それとも、契約の効力なのかという点が問題とされた[52]。新たな契約責任論によれば、履行請求権だけでなく、損害賠償責任を負うことも、契約によって約束したと考えることになる。これを契約責任と呼ぶか、契約の効力と見るかは、責任というものをどのように捉えるかによる。つまり、適法でない行為に対して一定のサンクションを課すものを責任と呼ぶのであれば、契約不履行に基づく損害賠償は責任ではないし、適法でない行為によって一方当事者が他方当事者に対して負担する不利益を責任と呼ぶのであれば、契約不履行に基づく損害賠償を責任として差し支えないのである。

しかし、問題の本質は、契約不履行に基づく損害賠償が、契約上の責任なのか、それとも、契約の効力なのかという点、あるいは、責任という言葉の使い方だけに存するわけではない。本稿は、契約不履行に基づく損害賠

償を説明するためのモデルとして、賠償モデル・履行モデルを設定している。ところで、こうした分析枠組みの基礎を提供したフランスの議論においては、契約責任を誤った概念であると批判し、それを責任の考え方から解放するのか、[53]それとも、契約責任の実在性を強調し、責任の考え方を基礎として契約不履行に基づく損害賠償の問題を捉えるのか、[54]争われていた。つまり、フランスでは、契約不履行に基づく損害賠償が契約上の責任なのか、それとも、契約の効力なのかという点が、議論の根底に据えられており、この点にこそ、問題の核心があると認識されているのである。[55]従って、ここでは、契約不履行に基づく損害賠償の責任性・効力性に関わる議論は、単なる言葉の問題に還元することのできない、思考モデルの問題であることを確認しておかなければならない。

もちろん、より重要なことは、この思考モデルの中身にある。契約不履行に基づく損害賠償を契約の責任として捉える考え方の特質は、債務者に対して損害賠償責任を課すためのプロセスを観念しなければならないという点に求めることができる。フランスの伝統的通説においては契約上のフォートが、日本の伝統的通説においては債務者の故意・過失に体現されるところの帰責事由が、その役割を果たしており、また、近時の学説においても、不法行為責任のモデルからは解放された形ではあるが、契約の拘束力を基礎にした帰責事由に、損害賠償責任を転嫁するための機能が与えられていると見ることができる。これに対して、契約不履行に基づく損害賠償を契約の実現手段として構想するならば、契約とは別に損害賠償を債務者に課すためのメカニズムを説明する必要はない。ここに、契約不履行に基づく損害賠償を契約の効力として捉える考え方の特質が存する。従って、契約不履行に基づく損害賠償が契約の責任なのか、契約の効力なのかという問題は、このような思考モデルの相違になって現れることになるのである。

ところが、今日においては、右の理解とは原理的に異なるレベルに属するように見える説明がなされることもある。先に、今日の議論の特質として、当事者が契約の履行を怠った場合に認められる責任も、契約の拘束力か

ら基礎づけられると考えること、自ら特定の行為をすることを契約で約束した以上、それを怠ったときに責任を負うことまで約束したと見ることが挙げられている旨を指摘したが、後者は、必ずしも、右の思考モデル、更には、第一項で述べたような帰責事由の理解を前提としていないようにも見える。当事者によって予定された契約が実現されなかったことを帰責事由として債務者に損害賠償責任が転嫁されるという説明は、あくまでも、合意に対する違反を賠償責任転嫁のプロセスとして認識し、そこから債務者に損害賠償責任が課せられるという結論を導くものであるのに対して、予定された契約が実現されなかった場合に損害賠償責任が課されることは予め当事者の合意によって想定されているという説明は、損害賠償責任それ自体を当初の契約の効力として把握しようとするものに他ならないように見受けられるからである。従って、後者の理解は、前述の思考モデルで言えば、契約不履行に基づく損害賠償を責任ではなく合意の効力として捉えていることになろう。

しかし、この理解については、以下のことを指摘しておかなければならない[56]。それは、この理解が、契約不履行に基づく損害賠償を、本来的な契約の効力ではなく、損害賠償に関する契約の効力として捉えているということである。このことは、契約不履行に基づく損害賠償の正当化という文脈における合意の位置付けに現れる。すなわち、賠償の論理を前提に、契約債権と損害賠償債権とを理論的に切り離して把握するという前提の下、ここで言う契約の意味を考えるならば、そこには、契約それ自体に関するものと、不履行によって損害を生じさせた場合に負うべき損害賠償に関するものが含まれうる。つまり、当事者は、契約の内容を実現することに加えて、不履行の場合に生じた損害を賠償することまで合意していると言われるとき、この当初の合意には、本来的な契約に関するものと損害賠償に関するものという二つのレベルに属するものが存在しているのである。

このように見てくると、こうした発想の背後に、契約不履行に基づく損害賠償を契約それ自体とは法的に別個の存在として認識する立場があることは、容易に理解することができよう。契約不履行に基づく損害賠償が本来

的な契約の効力であるならば、損害賠償に関する契約を観念する必要もないからである。従って、ここで、契約不履行に基づく損害賠償は、確かに契約の効力ではあるが、本来的な契約とは別の損害賠償に関する契約、あるいは、責任に関する契約の効力なのである。そして、このような解釈を支えているのは、疑いなく、契約と損害賠償とを性質的に区別する賠償モデルの発想なのであり、そこから、この損害賠償に関する契約の効力に対して、債務者に損害賠償責任を課すためのプロセスとしての役割が担わされていると理解することができるのである。これを帰責の文脈に即して言えば、帰責事由は、約束したことを守らなかったことではなく、損害賠償について約束したことを意味することになる。

ここから、右の理解に立つ議論に対しては、当事者意思の擬制・捏造といった問題が指摘されることになる。[57] もっとも、この点については、制度的契約という考え方を基礎として、別の説明がなされる余地もある。すなわち、契約制度を構成するルールの中には、不履行によって損害が発生した場合には債務者に対して契約不履行に基づく損害賠償が課せられるというルールも含まれており、契約を締結するということは、このようなルールを含む契約制度を利用することに他ならないと見るのである。[58] このように理解するならば、契約不履行に基づく損害賠償に関する合意が、個々の契約において実際になされたかどうかを問題にする必要はなくなるから、それがなされていない場合もありうるのではないかとの批判は回避されることになろう。

もっとも、ここまで議論を進めてくると、その前提となっている思考モデルとの親和性が問題となりうる。右の理解において、契約不履行に基づく損害賠償は、個別の合意を問題にすることなく、契約が締結されたという事実を契機として始動する契約制度の一つとして認識されている。ここで、賠償モデルの考え方を前提とするならば、損害賠償責任を債務者に転嫁するモメントは、契約という制度を利用したことに求められなければならない。有力学説が説くように、約束したことを実現しなかったことを帰責の根拠とするのであれば、そもそも、こ

のコンテクストで、制度的行為としての契約という考え方を導入する意味は存在しないからである。もちろん、こうした解釈は可能である。

しかし、問題はその前提にある。ここで、契約不履行に基づく損害賠償を、不履行によって生じた損害を賠償するための制度として捉える意味はどこにあるのか。契約という制度を利用したことという意思的要素を帰責の契機として観念しなければならない理由はどこにあるのか。制度的行為としての契約という発想には、むしろ、契約不履行に基づく損害賠償を、契約一般の効力として把握し、履行されなかった契約の実現を図るための手段として構想する思考モデルの方が親和的ではないか。契約の履行という発想を議論の出発点として据えるのであれば、契約不履行に基づく損害賠償は契約の実現を保証するための制度として構想され、その結果、契約の実現が損害賠償によっていわば制度として担保されていると理解することができるだけでなく、ここでは、損害賠償を債務者に課すためのファクターを問題にする意味はないから、当事者が契約という制度を利用したという意思的要素を考慮することなく、端的に、契約という制度を利用したという事実のみを問題にするだけで、債務者に契約不履行に基づく損害賠償が課せられることを正当化しうるからである。

以上の検討から明らかになることを整理しておこう。今日の学説が説く、契約を起点に据えた契約責任の中には、帰責事由の問題に関して、二つの大きな方向性が存在する。一つは、契約規範に従わなかったことを帰責事由として、損害賠償責任を債務者に転嫁するためのプロセスを説明するタイプの議論であり、もう一つは、当事者の合意それ自体を根拠として、損害賠償責任の帰責メカニズムを解明しようとする議論である。そして、後者の見方については、契約不履行に基づく損害賠償を契約それ自体とは別個の存在とした上で、損害賠償に関する契約や、契約という制度を利用したという意思的要素を観念して転嫁のプロセスを説明するよりも、その前提とするモデルを排除し、契約不履行に基づく損害賠償の本性につき、履行されなかった契約の実現を確保するため

の制度として捉える方向性、つまり、損害賠償転嫁のファクターを考慮しない立場の方が、契約の効力としての損害賠償という基本的な発想と親和的ではないかと思われる。[59]

他方、前者のタイプの議論に対しても、以下のような疑問が提起されるべきであろう。近時の学説が主張するように、契約不履行に基づく損害賠償が、契約によって債権者に割り与えられた利益ないし価値を債権者に認めるための制度、つまり、契約利益の価値的な実現手段であるとするならば、[60]それを契約に基づく責任として捉える必要はあるのか。むしろ、端的に、契約において約束されたが実現されなかった履行を金銭によって実現するための手段として、契約不履行に基づく損害賠償を構成すべきではないのか。契約不履行に基づく損害賠償を損害賠償責任と理解するからこそ、帰責を説明するための枠組みを付加せざるをえなくなるのである。賠償モデルを放棄し、履行モデルを基礎とするならば、単純に履行実現の有無を判断する不履行とその限界を判断するファクターからなる要件を構築することが可能となるのである。もちろん、この場合には、四一五条後段の文言をどのように理解するのかという指摘がなされうる。しかし、この帰責事由という表現自体は、学説史的な文脈を離れれば、右の各構想との関連においてニュートラルなものであり、そこに履行モデルからの帰結、意味内容を読み込むことも十分に可能である。そうすると、契約を起点とした契約責任を志向する時点において、既に賠償モデルの原理的な正当性は失われており、履行モデルがそれに代わるべき理論枠組みとして定立されるべきであるように思われるのである。

更に、より広い視点から、契約＝賠償モデル一般との対比を行い、履行モデルの優位性を示してみよう。契約＝賠償モデルの問題は、合意の視点から導かれる、約束したことを守らなかったという契約の拘束力に対する違反のモメントや、制度的行為としての契約を利用したという主観的モメントだけで、あらゆるケースにおける契約ないし債務不履行に基づく損害賠償の帰責を説得的に正当化することができるのかという点にある。ここには、

二つのレベルの問題が含まれている。

一つは、契約を起点にした議論では、契約以外から生じた債務の不履行に基づく損害賠償の帰責根拠を説明することができないという問題である。日本の民法は、債権総則上に、債権一般に妥当する制度として、債務不履行に基づく損害賠償を規定しているところ、契約の拘束力や制度的行為としての契約といった視点からは、法定債務の不履行に基づく損害賠償に関して、債務者が本来的債務とは別の損害賠償責任を課せられる理由を説明することができない。従って、少なくとも、現行民法の体系を前提とする限り、契約＝賠償モデルは、あらゆる種類の債務不履行に基づく損害賠償に対応できないという欠点を持つことになろう。(61) もっとも、この問題は、契約＝賠償モデルのみならず、契約不履行に基づく損害賠償を契約の履行手段として位置付ける履行モデルにも等しく妥当するのであるから、後者が、前者との関連で、解釈枠組みとしての優位性を保持しているわけではないとの反論も予想される。

しかし、履行モデルは、契約債務が正確に履行されなかった場合に、債権者が契約債務の履行を通じて獲得していたであろう利益を、本来的な契約債務の実現とは別の金銭で実現するという考え方である。履行モデルは、契約不履行に基づく損害賠償に対し、契約債務の代替的な履行手段としての位置付けを与えているのである。従って、ここでの契約は、実現対象の有無や範囲を判断するための要素としては決定的に重要な意味を持つことになるが、債務者が損害賠償の支払いを義務付けられる理由を説明するためのファクターとなっているわけではない。言い換えれば、契約不履行に基づく損害賠償は、契約債権の保障形態として、その実現プロセスに組み込まれた一つの制度として捉えられるのである。そうすると、このような意味を持つ損害賠償を、契約債権に固有の制度として構築する必要はないと言うべきであろう。むしろ、その制度的要請は、あらゆる債権にも及ぶと言わなければならない。日本の民法の下では、契約から生じたものであろうと、それ以外の原因から生じたもので

あろうと、およそ債権というものは履行されなければならないとの立場を基礎としているからである。そうすると、履行モデルと、契約に特有の根本規範である契約の拘束力や契約制度へのコミットメントを問題にする契約＝賠償モデルとでは、その前提に大きな相違があり、履行モデルの論理の射程は、広く債務不履行に基づく損害賠償一般に及ぶと見ることができるのである。[62]

もう一つは、問題を契約の領域に限定するとしても、あらゆる契約不履行に基づく損害賠償の帰責根拠を、契約の拘束力や制度的行為としての契約といった視点から説得的に説明することができるかという問題である。もちろん、前提となる契約の思想や理論、契約構造論等によっては、この問題が妥当しない議論を構築することも可能であるが、ここでは、帰責のレベルでの問題の所在を指摘するという意味で、契約理論とは切り離して、問題点のみを提示しておこう。

伝統的な意味での給付義務が履行されなかったというケースはもちろん、契約当事者は、明示の合意がない場合であっても、契約の実現に向けて要求される様々な義務を課せられるところ、その不履行によって債権者が契約において予定した利益を得られなかった場合に、債務者に対して損害賠償が課せられることは、契約の拘束力からも基礎付けうるものである。しかし、当事者が本来的に契約で予定した利益の実現とは直接的に関わりのない義務、あるいは、判例が言う「ある法律関係に基づいて特別な社会的接触に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務」[63]の不履行のケースにおける損害賠償を、約束は守らなければならないの規範、契約の引受けという視点から、正当化することは可能か。

更に、今日では、一定の要件の下、交渉を不当に破棄した者の損害賠償責任や交渉当事者の情報提供義務・説明義務違反に基づく損害賠償責任が認められるに至っているが、これを不法行為責任とするのではなく、[64]契約責任として捉える場合、このような契約締結前の責任、とりわけ、前者のように契約が有効に成立しなかった場合

の責任を契約の引受けという視角から捉えることはできるであろうか。もちろん、中間的合意や前契約の理論によって[65]、契約交渉破棄の事例を契約の問題として構成する方法も考えられる。しかし、契約を起点に据えた契約責任の基礎には、契約の拘束力が存在するはずであり、本契約の締結に至っていない段階において、明確な形で中間的合意を認定することができないにも関わらず、こうした契約の拘束力に基づく責任を肯定することには、問題が存するのではないか。本契約の成立に至っていないということは、そのレベルでの契約規範への拘束が正当化されないことを意味するのであり、そうであるならば、契約を不当に破棄した者の責任を契約責任と理解することはできないと言うべきではないか。仮にこの問題をも契約責任の領域に含ませるのであれば、そこで言う契約の拘束力は、もはや、本契約が締結され、履行請求が認められるに至ったというレベルのものではなく、単に契約責任を認めるための仮託に過ぎないということになろう。

このように見てくると、近時の学説が志向する帰責事由の捉え方は、帰責のレベルを超えて、契約不履行に基づく損害賠償の領域といった領域にも大きな変化をもたらすものと言えよう[66]。もちろん、この第二点は、契約＝賠償モデルの問題というよりも、前提とする契約思想や理論の問題であり、それ自体、契約不履行に基づく損害賠償の根拠を契約の拘束力や制度的行為としての契約に求める議論の欠点を示すものではない。しかし、これらの構想が、当事者の契約への意思的関与を問題にするものであるために、一定の問題を契約領域から放逐する契機を含んでいるということは、改めて確認しておくべきであろう。

第二款　異別・同一

一般的な理解によれば、契約不履行に基づく損害賠償請求権は、本来的債権の拡張または内容の変更であって、本来的債権と同一性を有するとされる[67]。そして、このような理解を基礎として、学説においては、本来的債権の

担保が損害賠償債権にも及ぶこと、損害賠償債権に関する消滅時効期間は本来的債権の性質によって定まること、損害賠償債権の消滅時効は本来的債権の履行を請求しうる時から進行し、本来的債権が時効により消滅した場合には、もはや損害賠償を請求することはできないこと等の帰結が導かれてきた。[68] 判例も、本来的債権と不履行に基づく損害賠償債権の同一性を理由として、損害賠償債権の消滅時効起算点について、学説の多数と同じ判断を示している。[69]

しかし、このような判例・学説の解決、そして、それを基礎付けている本来的債権と損害賠償債権の性質的同一性という命題は、伝統的通説が前提としてきた契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みと調和しているのか。契約不履行に基づく損害賠償が、不法行為に基づく損害賠償と同じく、有責な行為によって生じた損害を賠償するための制度であるならば、損害賠償債権は、有責な行為によって損害が惹起された場合に初めて発生する債権であり、本来的債権とは法的に別個の債権であると言わなければならないのではないか。そもそも、債務不履行理論の学説史から見れば、本来的債権と損害賠償債権の同一性という命題は、二つの損害賠償制度を損害賠償債権という項目の下で統一的に論じ、これらが性質的に同一であることを強調していた、かつての支配的見解に端を発するものである。[70] しかし、契約不履行に基づく損害賠償と不法行為に基づく損害賠償が、同一の性質を持ち、同一の枠組みによって規律されるべきとの理解を出発点としながら、何故に、不法行為に基づく損害賠償債権については、その要件を充足することによって発生する債権として構成し、契約不履行に基づく損害賠償債権に関しては、本来的債権と同一性を持つ債権として捉えうるか。このように区別して扱う時点において、既に、二つの損害賠償は性質の異なるものとして把握されているように見えるのである。

以上のような認識が正当であるとすれば、今度は、本来的債権と損害賠償債権の同一性という命題が、債務不履行理論においてどのような意味を持ってきたのかという問いが、提起されなければならない。伝統的通説の下

で、この命題は、前提となっている契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みから導かれる解決を覆すための装置として、機能しているからである。言い換えれば、以下の問いとして定式化することができよう。すなわち、伝統的通説及び判例は、本来的債権と損害賠償債権の同一性という命題によって、何を実現しようとしたのか。その背後には、契約不履行に基づく損害賠償について、ある一定の見方が暗黙のうちに存在しているのではないか。このような問いを立てるのは、契約不履行に基づく損害賠償を履行されなかった契約の実現を図るための手段として位置付けるならば、本来的債権と損害賠償債権の同一性という命題を介することなく、伝統的通説及び判例が同一性命題によって実現しようとしたことを果たしうるように思われるからである。

他方、今日の契約を起点に据えた契約責任を前提とした場合には、損害賠償債権と契約債権の関係について、どのような理解が導かれるのか。近時の学説の中では、この問題について、ほとんど言及されることがないが、(71) 前款の検討成果を踏まえれば、以下のような理解が示されることになろう。まず、この理解の下においても、契約不履行に基づく損害賠償は、不履行によって生じた損害を賠償するための制度として位置付けられていたから、損害賠償債権は、帰責事由と一体的に判断されるところの不履行によって損害が惹起された場合に初めて発生する債権として構成されることになるはずである。次に、近時の学説の中には、契約不履行に基づく損害賠償の基礎を損害賠償に関する契約に求めようとするものも存在したが、そこでも、本体としての契約と損害賠償とを相互に独立したものと見る構想が前提となっていたのであり、そうであるとすれば、契約不履行に基づく損害賠償は、不履行や損害といった要件を充足しない限り請求しえない債権として把握されることになろう。従って、近時の学説に依拠する場合であっても、仮に本来的債権と損害賠償債権の同一性という命題を採用するのであれば、基本的には、右に述べた伝統的通説に対するのと同じ問いを提起することが許されるであろう。(72)

かくして、本款の課題は以下のように設定される。すなわち、契約ないし契約から生じた債権と契約不履行に

基づく損害賠償の関係という問題を、賠償モデル・履行モデルという分析枠組みを用いて検討することである。

そのために、以下では、各論的な素材として、損害賠償債権の消滅時効起算点と証明責任分配ルールの正当化の問題を取り上げることにする。その理由について、一言しておこう。伝統的通説は、本来的債権と損害賠償債権の同一性という理由付けから、損害賠償債権の消滅時効の問題だけでなく、担保権存続の問題をも規律しようとしていた。もっとも、担保権の存続に関わる問題については、同一性という命題によることなく、当事者意思の視点からも正当化することは可能であるから、契約不履行に基づく損害賠償の性質を検討することを目的としている本款にとって、適合的な素材とは言えない。従って、以下では、担保権存続の問題は検討の対象から除外する。これに対して、判例は、学説とは異なり、債務不履行に基づく損害賠償における証明責任の所在を判断するに際しても、本来的債権と損害賠償債権の同一性という視点から基礎付けを行っている。[73][74] このような学説と判例における同一性命題への態度の違いは、本款における第二の課題、すなわち、同一性という命題に何が託されてきたのか、その背後には契約不履行に基づく損害賠償について一定の見方が存在していたのではないかという問いを考察するときには、非常に興味深い素材となりうる。従って、債務不履行領域における証明責任分配ルールについても、検討の対象に含めておくことが有益である。もっとも、この問題については、証明責任論一般からの考察が必要不可欠であり、証明責任分配ルールのあり方によっては、本款の検討対象である、契約ないし契約債権と契約不履行に基づく損害賠償債権の関係という問題とは直接的な関わりを持たなくなる。そのため、以下の叙述においては、一般的に受け入れられている証明責任の分配ルールを前提とした考察を行うことにする。

㈠　賠償モデルにおける同一性の問題

伝統的理解は、契約不履行に基づく損害賠償について、本来的債権の内容の変更または拡張であり、本来的債権と性質的に同一性を有すると理解してきた。本稿の分析枠組みを基礎とする場合、右の見方に対して、どのよ

うな視点を提示することができるのか。

契約不履行に基づく損害賠償と不法行為に基づく損害賠償の原理的な同一性を承認するのであれば、いずれの損害賠償も、有責な行為によって損害が惹起された場合に初めて発生する債権であり、本来的債権とは法的に別個の債権であると言わなければならないはずである。それにも関わらず、両者の損害賠償の性質が異なるとの主張を行うとすれば、それは、前提としている原理と矛盾した言明を説いていることに他ならない。[75] 賠償の論理を議論の出発点に据えながら、何故に二つの損害賠償制度においてその性質が異なるのかという点について、何らの説明も施すことなく、ただ、本来的債権と損害賠償債権は同一性を持つと述べるだけでは、契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みとの論理的な矛盾を解消することはできないのである。

このような理論的問題は、伝統的通説と同じく、契約不履行に基づく損害賠償と不法行為に基づく損害賠償を同一の性質を有する二つの責任制度と把握してきた、フランスの伝統的通説の見方を一瞥するだけでも明らかになろう。[76] すなわち、フランスの伝統的通説は、契約不履行に基づく損害賠償について、不法行為に基づく損害賠償と同じように、責任を生じさせる行為ないし所為、損害、因果関係という三つの要件を充足することによって初めて発生し、契約から生じた債権とは法的に別個の債権として捉えてきた。その上で、一部の自覚的な学説は、契約債権と損害賠償債権の関係について、前者とは法的に別個の存在である後者の成立要件が充足されたときには、契約から生じた債権は消滅し、これら二つの事象は、更改のメカニズムによって説明されうると理解してきた。[77] もっとも、賠償モデルの考え方を前提としながらも、フォートないし損害の発生による契約債権の消滅、更改による説明という二点に対しては、批判を提起する見解も存在したが、その場合であっても、契約不履行に基づく損害賠償が、契約債権とは法的に別個の存在で、要件を充足した時に初めて発生する債権であるという認識について、異論が示されることはなかったのである。[78] このような理解こそが、賠償モデルから導かれる論理的な

帰結と言うべきであろう。

あるいは、契約不履行に基づく損害賠償が問題となる場合には、不法行為に基づく損害賠償のケースとは異なり、契約関係が存在しているのであるから、こうした先存する契約関係を考慮に入れるべきであり、ここから、契約不履行に基づく損害賠償と契約債権の同一性という命題は導かれているとの指摘がなされるかもしれない。実際、学説の多くは、古くから、契約不履行に基づく損害賠償を、本来的債権の内容の変更ないし拡張と見て、両者の法的な同一性を導いてきたのであり、これは、契約債権の存在を考慮したものと見ることも可能である。(79)しかし、こうした理由付けに対しては、以下の諸問題を指摘することができる。

第一に、賠償モデルは、要件充足による損害賠償債権の発生と、契約から生じた債権と契約不履行に基づく損害賠償の法的異別性という命題を承認するものである。そもそも、賠償モデルは、契約不履行に基づく損害賠償を、不履行によって生じた損害の賠償を目的とする制度として把握しようとするものであるから、ここで問題となる損害賠償債権は、契約から発生した債権と、その目的を大きく異にすると言わなければならないのである。従って、こうした目的の全く異なる二つの債権を、法的に同一の存在と見ることはできないと言うべきである。

第二に、仮に目的の異なる二つの債権に対して法的な同一性を付与することができるとしても、ここでは、何故に本来的には別個の存在であるはずの二つの債権が契約関係の存在を理由に同一の存在として同定されることになるのか、何故に要件の充足によって契約債権が契約不履行に基づく損害賠償へと変更するのかを明らかにしなければならない。契約関係が存在するという理由で、本来的に別個であるはずの存在が同一化するとの説明は、前提とする契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みと、契約債権と損害賠償債権の法的同一性という命題との間に存在する、理論的緊張関係を緩和するための、ある種の感覚的な説明に過ぎないように思われるのである。

第三に、同じく、仮に本来的債権と損害賠償債権の性質的な同一性を承認しうるとしても、両者の関係をどの

ように把握するのかという問題が残されることになる。損害賠償債権を本来的債権の内容の変更と捉える通説的理解を文字通り捉えて、その意味を、本来的債権が損害賠償債権へと移行する旨を説くものと理解するのであれば、損害賠償債権へと移行した後には、本来的債権はその実在を失うことになるからである。[80] そして、これを回避するために、本来的債権の内容の変更を受けた債権が本来的債権とは別に生成されると主張するのであれば、そこでは、これら二つの債権の間に同一性を認めることは困難である。[81] いずれにしても、伝統的通説の下では、損害賠償の性質のみに関心が集中しているため、本来的な債権の帰趨という問題が、不明確なまま残されてしまっていると言えよう。

かくして、少なくとも、契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みという視点から見れば、賠償モデルを基礎とする伝統的通説の下において、契約債権と損害賠償債権の同一性を導くことはできないと言うべきである。それにも関わらず、伝統的通説が、二つの債権の同一性という命題を打ち立てたのは、どのような理由に基づくのか。賠償モデルとの抵触を覚悟の上で、契約債権と損害賠償債権の同一性という命題が承認されてきたのは何故か。この問いに対する一つの答えは、同一性命題が機能するものとされてきた具体的場面と、それに対する学説の評価を検討することによって、明らかとなる。

本款の冒頭で触れたように、学説は、古くから、損害賠償債権と本来的な契約債権の同一性という命題を根拠として、損害賠償債権の消滅時効、担保権の存続、抗弁権、遅延損害金の問題等を規律しようとしてきた。判例も、本来的債権と不履行に基づく損害賠償債権との同一性を理由に、損害賠償債権の消滅時効が本来的債権の履行を請求しうる時から進行し、本来的債権が時効によって消滅したときには、もはや損害賠償を請求しえないことを導いてきた。多くの学説は、これらの解決を所与のものとして受け止め、その理由として、損害賠償債権と本来的債権が同一性を有することを挙げているが、かつての学説の中には、これとは対照的に、これらの解決を

出発点として、二つの債権の同一性を基礎付けようとするものも存在した。すなわち、本来的債権と損害賠償債権の消滅時効を同一の規律に服せしめ、本来的債権に付せられていた担保権の効力を損害賠償債権にも及ぼすことが、損害賠償の目的に合致し、当事者の意思にも適合するから、これらを認めることによって、実際上の不都合を回避することができる。そうである以上、これらの解決を基礎付けるために、損害賠償債権と本来的債権の同一性を承認しなければならないのである。[82] そしてまた、このような価値判断は、とりわけ、損害賠償請求権の消滅時効起算点の局面では、今日においても、しばしば指摘されているところである。[83] 従って、伝統的通説が説く同一性命題の背後には、そのように理解しなければ、実際上不都合な結果が導かれてしまう、消滅時効の問題に即して言えば、その起算点を、賠償モデルから論理的に導かれる帰結である不履行時ではなく、本来的債務の履行請求可能時に求めるべきであるとの価値判断が存在すると言うことができる。

しかし、このような価値判断から説き起こして、前提とする契約不履行に基づく損害賠償の原理と相容れない命題を打ち立てる手法に対しては、以下の諸点を指摘しておかなければならない。

第一に、価値判断に支えられた同一性命題が機能する領域の問題である。本来的債権に付着していた担保権が損害賠償債権をもカバーすること、譲渡前に発生した遅延損害金が本来的債権の譲渡によって移転することは、当事者意思等の別の理由付けによっても正当化可能であるから、これらの解決を基礎付けるために、原理的な不整合を犯してまで同一性命題を介在させる必要はない。これを別の角度から言えば、これらの問題と契約不履行に基づく損害賠償の性質論は、理論的に直結するものではないということである。

より重要な点として、第二に、学説と判例における同一性の意味の相違である。仮に問題を損害賠償債権の消滅時効起算点に限定し、かつ、右のような価値判断が適切であるとした上で、その受け皿として同一性命題を構想するとしても、[84] このような消滅時効レベルでの価値判断は、[85] 契約不履行に基づく損害賠償だけでなく、その他

の債務不履行に対する救済にも及ばなければならないはずである。実際、我が国の一般的な理解によれば、解除も、損害賠償と同じく債務不履行責任の一つであるから、本来的債権の消滅時効とは別に解除権の消滅時効を観念する余地はないし、本来的債務が消滅したときには、その不履行に基づく損害賠償が請求しえない以上、解除に基づく原状回復も請求しえないと理解すべきであるから、本来的債権の消滅時効とは別に原状回復請求権の消滅時効を観念すべきではないとされてきた。[86] ところが、判例は、このような理解を示してこなかった。判例は、古くから、本来的債権の消滅時効とは別に、債務不履行時を起算点とする解除権自体の消滅時効を観念し、[87] かつ、解除によって発生する原状回復債権についても、解除時を起算点とする消滅時効を認めてきたのである。[88]

このような伝統的理解と判例の対立構図からは、両者において、損害賠償債権と本来的債権の同一性という命題に仮託されてきた意味が異なっていることが分かる。すなわち、学説の多くは、賠償モデルから導かれる帰結を回避し、実質的に妥当であると考える解決を導くための概念枠組みとして、二つの債権の同一性を用いているのに対して、判例は、損害賠償債権の性質ないし属性それ自体として、本来的債権との同一性を語っているように見えるのである。というのは、債務不履行に基づく損害賠償についてのみ本来的債権との関わりを認め、解除に基づく原状回復債務については本来的債権との関係を否定するという態度は、価値判断のレベルで両者における消滅時効の規律を異にするための根拠が提示されていない以上、これら二つの債権を性質の異なるものとして把握していることを意味するからである。言い換えれば、判例上、債務不履行に基づく損害賠償は本来的債権と同じ性質を持ち、解除に基づく原状回復はそれとは異なる性質を持つと理解されているのである。

このことは、債務不履行に基づく損害賠償の領域における証明責任分配ルール及びその基礎付けという点からも明らかとなる。判例は、履行が全く存在しないケースに関しては、債権者が「履行しなかったこと」を証明するのではなく、債務者が「履行したこと」を証明しなければならないとしているが、その際、損害賠償債権と本

来的債権の同一性を根拠として挙げていた。[89] また、帰責事由について、その不存在を債務者が証明しなければならないとの解決を基礎付けるに際しても、判例は、損害賠償債権と本来的債権の同一性をその決定的な根拠として援用している。[90] これに対して、学説の多くは、帰責事由不存在が債務者側の証明責任に属することを認めながらも、その理由付けとして、損害賠償債権と本来的債権の同一性を援用することはほとんどなかったし、[91] また、債務者が「履行したこと」を証明しなければならないとの立場については、その結論それ自体が批判の対象とされてきたのである。[92] こうした債務不履行に基づく損害賠償の領域における証明責任の所在をめぐる議論を一瞥するだけでも、損害賠償債権と本来的債権の同一性という命題に付与されてきた意味付けが、判例と学説において異なることが明確になろう。

まず、学説が、不履行に関する証明責任の所在を決定する場面において、同一性という命題を用いていないのは、この問題に対して、消滅時効起算点の問題において妥当した価値判断を及ぼすことはできないと判断したからであると見ることができる。契約不履行に基づく損害賠償を、不履行を契機として新たに発生する、本来的な債権とは別の債権として捉えるならば、不履行は損害賠償債権の発生を基礎付ける要素となるはずであり、そうである以上、これは債権者側が証明しなければならない事実ということになる。損害賠償債権の消滅時効の局面では、実質的妥当性を図るために、このモデルから導かれる帰結を同一性という命題によって覆したが、この局面では、それが不要である、あるいは、それを行うことはできない、つまり、賠償の論理から導かれる帰結を貫徹しなければならないと考えられたのである。

次に、学説が、帰責事由の証明責任の所在を確定する局面において、同一性という命題を用いていないのは、それを援用しなくても、他の理由付けで十分であると考えたからに他ならないと言える。[93] 賠償の論理からすれば、損害賠償責任の根拠であるはずの帰責事由の存在については、債権者側が主張しなければならないと理解するの

が自然であるところ、それとは反対の解決を導くためには、あえて同一性という不明確な命題を持ち出さなくても、その他の理由で足りると判断されたのである。

最後に、判例が、これらの局面において、同一性という命題を用いているのは、価値判断の表明ではなく、債務不履行に基づく損害賠償の属性として、本来的債権との同一性を問題としているからである。債務不履行に基づく損害賠償が本来的債権と同一の実在であるならば、両者の消滅時効起算点は同じ規律に服するはずであるし、それを請求するために証明が求められる要素も、本来的債権の履行請求の場合と同じということになる。かくして、判例は、債務不履行に基づく損害賠償の性質一般として、本来的債権との同一性を設定し、そこから、損害賠償の性質に関わる諸問題の解決を導いていると見ることができるのである。

以上の考察を踏まえて、第三に、伝統的通説が同一性命題を用いることの妥当性である。仮に右の認識が正当であるならば、損害賠償債権と契約債権の同一性という命題は、前提となる契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みと原理的に対立し、かつ、消滅時効の局面における価値判断のみに支えられているということになるから、これを放棄するのが自然であるように思われる。言い換えれば、伝統的通説が採用してきた価値判断に基づく同一性命題は、理論的に見れば矛盾を、実際的に見れば混乱をもたらしていると評価しうるのである。

もっとも、損害賠償債権と契約債権の同一性という命題を放棄すれば問題が解決されるというわけではない。確かに、このように理解すれば、賠償モデルとの論理的な矛盾を回避することは可能である。そうすると、少なくともこの限りにおいて、契約不履行に基づく損害賠償の原理を問おうとする本稿にとって、本款における考察は副次的なものに過ぎないとも言える。しかし、この場合には、契約不履行に基づく損害賠償債権の消滅時効起算点を、本来的債権の履行を求めることができる時とする解決について、それをどのように基礎付けるのかという問題が生じうる。[94] この点は別としても、ここでは、判例が同一性という命題によって実現しようとしたことが、

学説の言うように、真の意味で是認しえないものなのかどうかを問う必要がある。履行モデルの立場から見れば、判例は、むしろ、損害賠償の性質から導かれる当然の帰結を述べているに過ぎないようにも思われるからである。

㈡　履行モデルにおける同一性の意味

履行モデルに依拠した場合に、契約不履行に基づく損害賠償が契約ないし契約債権とどのような関係にあるものとして把握されるのかという点を、損害賠償請求権の消滅時効起算点、証明責任の所在という個別的な問題も踏まえつつ、確認しておく。

履行モデルによれば、契約不履行に基づく損害賠償の源は契約それ自体の中に求められる。ここでは、伝統的通説が説くように、契約不履行によって、本来的な債権が損害賠償債権へと変形することも、本来的債権が拡張することもない。債務者が債務を正確に履行しなかった場合であっても、契約債務はそのまま存続し、ただ、債権者に対してその実現手段としての契約不履行に基づく損害賠償を利用する可能性が与えられるだけなのである。従って、契約不履行に基づく損害賠償は、契約債権の実現という目的を達成するための一つの手段に他ならないのであり、その結果、契約債権から離れて、独自の意味付けを与えられることも、独自の規律を受けることもないと言うことができる。

このような理解を基礎とした場合、㈠において触れた各論的問題については、以下のような展望が与えられる。

まず、契約不履行に基づく損害賠償の消滅時効の問題について言えば、損害賠償は契約債権の実現手段に過ぎないのであるから、両者の消滅時効も、同じルールに従って規律されることになる。より正確に言えば、損害賠償について、独自の消滅時効ルールを観念する必要はないということになろう。すなわち、契約債権が時効によって消滅しているのであれば、もはや、その実現手段としての損害賠償を請求することはできないし、損害賠償を請求することができるのも、契約債権の請求が可能である間に限られることになるのである。次に、契約不履

行に基づく損害賠償の領域における不履行、帰責事由の証明責任の所在についても、それを履行方式として捉えるモデルによれば、契約債権の履行を求める場合と規律を異にする理由は存しない。つまり、履行が全くなされていない状況において[95]、債権者が債務の存在を証明したときには、それによって損害賠償の存在は基礎付けられうるから、それを免れようとする債務者が「履行したこと」を証明しなければならないし、自己の責めに帰すことのできない事由によって債務の履行が妨げられたことも、債務の実現を免れようとする債務者がこれを証明しなければならないのである[96]。

履行モデルを基礎とした場合、契約ないし契約債権と契約不履行に基づく損害賠償の関係、そこから導かれる具体的帰結については、以上のような展望を得ることができる。そして、改めて強調するまでもなく、履行モデルを基礎とした場合に導かれるこれらの解決は、判例が損害賠償債権と契約債権の同一性という命題によって実現しようとした結論と同一であることが分かる。このような事実と、学説とは異なり損害賠償債権の性質一般として同一性を問題にしている判例の立場を併せて考えるならば、この問題に関する判例法理について、以下のような読み方を提示することができよう。すなわち、判例は、損害賠償債権と契約債権の同一性を前者の属性として捉えており、少なくとも契約不履行に基づく損害賠償の性質が問題となる局面においては[97]、その解決の背後に契約ないし本来的債権の実現という視点を有している。

このように、暗黙の前提とされてきた賠償モデルを放棄し、これまでほとんど説かれることのなかった履行モデルを共有するのであれば、ここでの判例法理は、損害賠償の性質から導かれる当然の帰結を述べているに過ぎないものとして理解することができる。そうすると、不履行の証明責任レベルにおける批判、解除に基づく原状回復債務の消滅時効と損害賠償債務の消滅時効の規律が異なることに対する批判については、こうした複数のモデルの存在を知らない、あるいは、債務不履行に基づく損害賠償の原理としては唯一賠償モデルのみが存在する

との前提からなされたものであって、こうした前提が成立しないのであれば、批判としても成り立ちえないと評価することができよう。

まず、履行が全くなされないケースにおける不履行の証明責任という問題について言えば、学説の批判は、賠償の論理を所与の前提とした上で、「履行したこと」の証明責任を債務者に負わせることは論理的に不可能であると説くものであるところ、履行の論理に従えば、こうした解決を何ら問題なく正当化することができるからである。また、解除に基づく原状回復債務の消滅時効の問題に関して、学説の多数は、本来的債務が消滅したときには、その不履行に基づく損害賠償が請求しえない以上、解除に基づく原状回復も請求しえないと理解すべき旨を説くが、こうした批判の背後には、債務不履行に基づく損害賠償債務と契約債務を同一の消滅時効期間に服せしめるべきであるとの価値判断の他に、債務不履行に基づく損害賠償と解除に基づく原状回復を同一に扱うべきであるとの価値判断、更にその奥には、契約不履行に基づく損害賠償と解除を全く同一の機能を持つ手段、つまり、債務不履行に対する責任として把握しようとする構想の存在を指摘することができる。[98] しかし、契約不履行に基づく損害賠償を契約の実現という視点から捉える立場によれば、契約の解除、契約解除を原因とする原状回復債務に対して、どのような基礎を与えようとも、契約の実現を目指す損害賠償と、契約の巻き戻し、あるいは、不履行に対するサンクションを目的とする解除の原状回復債務とは、その性質・規律を異にするはずであり、[99] 両者の消滅時効に関する規律を同一に扱うべき理由は、理論的には存在しないと言える。[100][101] そうである以上、この局面における批判も、損害賠償について特定のモデルを暗黙の前提としたものと評価しうるのである。以上のことを反対から言えば、履行モデルは、損害賠償の性質に関わる判例法理の正当化モデルとして提示されうるということになる。

もっとも、こうした判例の読み方については、一定の留保を付しておく必要がある。それは、安全配慮義務が

問題となる場面に関わる。周知のように、最高裁は、安全配慮義務違反に基づく損害賠償を債務不履行と性質決定しているが[102]、通常の契約不履行が問題となる場合とは異なり、損害賠償債務と安全配慮義務の同一性を明確に否定し[103]、その消滅時効起算点を、一般的には損害発生時、じん肺にり患したことを理由とする損害賠償請求に関しては、最終の行政上の決定を受けた時に求めており[104]、更に、じん肺によって死亡した場合の損害については、死亡の時から、その消滅時効が進行すると理解してきた[105]。つまり、判例は、安全配慮義務のケースのように、当事者が契約において実現しようとしたものが存在しないケースにおいては、損害賠償債務と本来的債務の同一性を否定し、そこから、損害賠償債務の消滅時効起算点を原則として損害発生時に求めているのである[106]。従って、判例においては、民法四一五条にいう損害賠償の中に性質の異なる二つのタイプの損害賠償が観念されていることになるから、この点において、履行モデルは、全ての判例法理を正当化するためのモデルとはなりえないということになろう。

しかし、不法行為に基づく損害賠償請求の期間制限との対比をも踏まえて、更に踏み込んで考えてみる必要がある。判例によれば、加害行為が行われた時に損害が発生する不法行為の場合には、加害行為の時が七二四条後段の期間制限の起算点となるが、「当該不法行為により発生する損害の性質上、加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する場合には、当該損害の全部又は一部が発生した時が除斥期間の起算点となる」とされているから、じん肺を理由とする損害賠償請求の場合には、損害発生時が民法七二四条後段の期間制限の起算点となる[107]。そうすると、少なくともこのケースにおいては[108]、被害者が安全配慮義務違反を主張する場合と、不法行為を援用する場合とで、消滅時効ないし除斥期間の起算点が、同一の時点に求められていることになる[109]。安全配慮義務の消滅時効に関する判決を、その理由付けも含め、右の判決との対比で見るならば、判例は、安全配慮義務違反に基づく損害賠償を債務不履行と性質決定し、そこから幾つかの具体的な帰結を導きつつも[110]、

損害賠償の性質に関わる側面においては、不法行為に基づく損害賠償と同質のものとして捉えていると評価することができよう。[111]

こうした状況を前にどのような方策を採るべきかは、契約不履行に基づく損害賠償の性質の検討を目的とする本款の課題ではないが、少なくとも、現時点では、以下の点を明確にしておくべきであろう。すなわち、損害賠償債権の消滅時効起算点に関する判例からは、安全配慮義務違反に基づく損害賠償と不法行為に基づく損害賠償の同質性、安全配慮義務違反に基づく損害賠償と本来的債務の不履行に基づく損害賠償の異質性を指摘しうること、民法四一五条の損害賠償の中に性質の異なる二つのタイプの損害賠償が観念されていること、[112]不履行法の領域から安全配慮義務という異質な要素を排除し、当事者が契約において実現を予定したものが問題となりうる局面に契約不履行に基づく損害賠償の対象を限定するのであれば、履行モデルを判例法理の正当化モデルとして定立しうることである。

ところで、このような契約不履行に基づく損害賠償の性質の捉え方と、判例理論の読み方は、債務不履行に基づく損害賠償の歴史的展開という視点によっても補強されうる。川島武宜は、損害賠償債権と本来的債権の同一性を肯定するに際し、その論拠として、近代法において損害賠償の把握の仕方が変化したことを挙げている。すなわち、かつて、債務不履行に基づく損害賠償は、本来的債権の効力ではなく、不法行為の効力として把握されていたが、その後、本来的債権は国家によって保障されるという意識が確立するようになると、損害賠償も本来の債権の効力として把握されるに至った。かくして、近代法において、損害賠償請求権は、本来の債権の内容が転換したものとして構成され、両者は一つの存在とされることになったのである。[113]しかし、このような歴史認識が正当かどうかは別としても、ここで言う損害賠償は、本来的債権の効力それ自体、あるいは、その実現手段として把握されているのであって、もはや、不履行を契機として新たに発生する債権として認識されているわけで

はない。つまり、右の歴史認識によって補強されうるのは、賠償モデルと同一性命題の組み合わせではなく、履行モデルに他ならないと言えるのである。学説の中には、こうした歴史認識を前提としつつ、損害賠償は本来的債権の代償でありそれと価値的な同一性を持つとの説明を介すことによって、両債権が同一性を持つことを正当化しようとするものも存在する。[114] しかし、不法行為の効果から本来的債権の効力へという歴史認識からは、履行実現の手段として損害賠償を構想する方向性を描くことが自然であるし、[115] 仮にこの歴史認識を問題にせず、価値的同一性のみを根拠とするときには、価値の同一性から法的同一性を導く手法それ自体が問題に付されなければならないのである。[116]

契約不履行に基づく損害賠償の性質に関する考察の終わりに、本節の分析を総括する視点から一言しておこう。伝統的学説は、契約とは法的に別個の存在である損害賠償を債務者に課すための要素として帰責事由要件を構想する一方で、契約ないし契約債権と損害賠償債権の法的同一性を肯定しているのであるから、論理的に矛盾した状態にあると言える。帰責という考え方を採用している時点において、既に両者の法的異別性が承認されているのであり、反対に、損害賠償債権の性質一般として、契約ないし契約債権との同一性を認めるのであれば、帰責の考え方を排除しなければならない。帰責は異別を前提としているのである。他方、本稿が提示する履行モデルは、契約不履行に基づく損害賠償が契約の実現手段であることを出発点としている。このモデルによると、契約不履行に基づく損害賠償は、契約ないし契約債権それ自体なのであり、この意味において、契約不履行に基づく損害賠償と契約とは「同一」と言うことができる。そして、このように考えるからこそ、損害賠償を債務者に帰責するためのプロセスを観念することなく、不履行とその限界からなる要件枠組みを構築することが可能となったのである。言い換えれば、実現は同一を前提としているのである。

（1）本稿は、筆者が慶應義塾大学に提出した学位請求論文「契約不履行に基づく損害賠償の理論」の第一部「原理」のうち日本法に関わる部分を、掲載誌の都合によりごく圧縮した形で提示するものである。比較法に関わる部分の概要については、拙稿「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――フランスにおける契約不履行に基づく損害賠償の性質論の検討――」法政論究七〇号（二〇〇六年）二九九頁以下、同「契約不履行に基づく損害賠償の範囲の理論的基礎――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と「予見可能性」――」法政論究七一号（二〇〇六年）二五七頁以下、同「契約不履行に基づく損害賠償における「帰責」と「実現」――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と「帰責事由」の要否――」法政論究七二号（二〇〇七年）三八三頁以下、同「契約不履行に基づく損害賠償に関する理論モデルの変遷――民法典における債務不履行に基づく損害賠償の意義と賠償理論の実践的意図――」法政論究七四号（二〇〇七年）二五五頁以下、同「契約不履行に基づく損害賠償の対象――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と「損害」要件の意義――」法政論究七五号（二〇〇七年）二六九頁以下を参照。本稿は、これらの論文の中で示されていた構想を日本法の議論に即して展開しようとするものである（債権法改正の文脈で論じたものとして、同「契約不履行に基づく損害賠償の原理と体系――民法（債権関係）改正を巡る議論に寄せて――」池田真朗＝平野裕之＝西原慎治編『民法（債権法）改正の論理』（新青出版・二〇一〇年）四六三頁以下）。また、同第二部「統合」については、別稿で公表することを予定している。

（2）石坂音四郎『日本民法第三編 債権 第一巻（訂正第二版）』（有斐閣書房・一九一二年〔初版・一九一二年〕）二七一頁以下、鳩山秀夫『増訂改版 日本債権法総論』（岩波書店・一九二五年〔初版・一九一六年〕）六四頁以下、富井政章『民法原論 第三巻 債権総論 上』（有斐閣・一九二九年）一九六頁以下、勝本正晃『債権総論 上巻（訂正三版）』（巌松堂書店・一九三四年〔初版・一九三〇年〕）二七九頁以下等。

（3）我妻榮『民法講義Ⅳ新訂債権総論』（岩波書店・一九六四年〔初版・一九四〇年〕）九八頁以下、於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣・一九七二年〔初版・一九五九年〕）八九頁以下等。

（4）論じられている問題及びニュアンスの相違はあるが、森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について――債務不履行における「帰責事由」」同『契約責任の帰責構造』（有斐閣・二〇〇二年）一頁以下〔初出・鈴木禄弥先生

古稀記念『民事法学の新展開』（有斐閣・一九九三年）所収〕、潮見佳男『債権総論Ⅰ（第二版）』（信山社・二〇〇三年〔初版・一九九四年〕）二五八頁以下等。また、文献の所在も含めて、「特集 契約責任論の再構築」ジュリ一三一八号（二〇〇六年）所収の諸論稿、山本豊「契約責任論の新展開（その一）（その四）（その五）」法教三四二号（二〇〇九年）八四頁以下、三四七号六五頁以下、三四八号六〇頁以下等を参照。

（5） 文献の所在も含めて、拙稿・前掲注（1）「原理と体系」を参照。

（6） 拙稿・前掲注（1）「理論モデル」を参照。

（7） 議論の状況につき、履行請求権との関係について、窪田充見「履行請求権」ジュリ一三一八号（二〇〇六年）一〇三頁以下等を、解除との関係について、平野裕之「契約解除と損害賠償義務（一）～（三・完）――売買契約をめぐる各論的考察をかねて――」法論六九巻三＝四号（一九九七年）一九五頁以下、六号二七頁以下、七〇巻一号一二五頁以下等を参照。

（8） 契約不履行に基づく損害賠償との関係が問題となりうる契約不履行の救済手段は、履行請求と解除に限られない。例えば、代金減額請求も、契約不履行に基づく損害賠償との関係が考察されるべき救済手段である。契約不履行に基づく損害賠償を履行の実現という視角から捉えようとする立場に対しては、時に、その対象を代金減額の範囲に限定するものであるとの理解を前提とした批判がなされることがある。こうした見方が正当でないことは、前稿の検討からも明らかになるものと思われるが（とりわけ、拙稿・前掲注（1）「賠償範囲の理論的基礎」を参照）、この批判に明確な形で応えるためにも、両者の関係を整理しておく必要が存すると言える。もっとも、代金減額請求は、契約の拘束力や契約の改定といった問題との関連においても検討されなければならず、これらの課題に対応することは、本稿の問題関心から外れることになる。そこで、本稿においては、代金減額請求と契約不履行に基づく損害賠償との関係について独立した検討を行うことを留保し、右の批判に応接するのに必要な叙述だけをすることにした。

（9） 本款で扱う問題に関する比較法の概要については、拙稿・前掲注（1）「帰責と実現」を参照。本款の叙述の一部は、同論文を基礎とするものであるが、原形をとどめないほど大幅に加筆されている。

（10） 我妻・前掲注（3）一〇〇頁以下、於保・前掲注（3）九三頁以下、林良平（安永正昭補訂）＝石田喜久夫＝高木多喜男『債権総論（第三版）』（青林書院・一九九六年〔初版・一九七八年〕）九〇頁以下〔林執筆部分〕、奥田昌道

『債権総論（増補版）』（悠々社・一九九二年〔初版・一九八二年〕）一二四頁以下等。

(11) 石坂・前掲注（2）二七一頁以下、鳩山・前掲注（2）六四頁以下、富井・前掲注（2）一九六頁以下、勝本・前掲注（2）二七九頁以下等。

(12) 中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」同『過失の推認』（弘文堂・一九七八年）六七頁以下〔初出・有泉亨監修『現代損害賠償法講座4 医療事故・製造物責任』（日本評論社・一九七四年）所収〕等。

(13) 長尾治助『債務不履行の帰責事由』（有斐閣・一九七五年）、平井宜雄『債権総論（第二版）』（弘文堂・一九九四年〔初版・一九八五年〕）七八頁以下、吉田邦彦「債権の各種――「帰責事由」論の再検討――」同『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣・二〇〇三年）四八頁以下〔初出・星野英一編代『民法講座 別巻二』（有斐閣・一九九〇年）所収〕等。

(14) 加藤雅信『新民法大系Ⅲ債権総論』（有斐閣・二〇〇五年）一四九頁以下等。

(15) 森田宏樹＝加藤雅信＝加藤新太郎「〔鼎談〕瑕疵担保責任とは何か」加藤雅信＝加藤新太郎編著『現代民法学と実務（下）』（判例タイムズ社・二〇〇八年）二一頁以下〔初出・判タ一二一二号（二〇〇六年）〕を参照。

(16) 近時の学説を概観するには、小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ一三一八号（二〇〇六年）一一七頁以下が有益である。

(17) 森田・前掲注（4）四六頁以下。

(18) 潮見・前掲注（4）二六七頁以下。

(19) 森田・前掲注（4）五四頁。

(20) 吉田・前掲注（13）四三頁以下。

(21) 吉田・前掲注（13）六五頁以下〔付記〕は、森田・前掲注（4）論文に応接する中で、契約責任の要件構造として、不可抗力的な免責事由論に帰着させ、「帰責の根拠としては、pacta 原則なり、債権者の期待の保護なりで、多元的に考えればよい」と述べている。このような評価の前提として、どのような損害賠償の理論枠組みを採用しているのかは明らかではないが、仮に賠償モデルを前提とするのであれば、帰責の原理を説明するための枠組みである帰責事由を放棄することには問題が存するのではないかというのが、本稿の問題関心である。

(22) Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, Leçons de droit civil, t. II, vol. 2, 9ème éd., Montchrestien, Paris, 1998, pp.410 et s. ; Geneviève Viney et Patrice Jourdain, Les conditions de la responsabilité, 3ème éd., LGDJ., Paris, 2006 ; Jean Carbonnier, Droit civil, t.IV, Les obligations, 22ème éd., PUF., Paris, 2000, n°s155 et s., pp.295 et s. ; etc.

(23) Viney et Jourdain, supra note 22, n°445, p.374 ; Jean-Luc Aubert, Yvonne Flour et Éric Savaux, Droit civil : Les obligations : 3. Le rapport d'obligation, 6ème éd., Sirey, Paris, 2009, n°192, p.160 ; Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 4ème éd., Defrénois, Paris, 2009, n°s939 et s., pp.501 et s. ; etc.

(24) Henri, Léon Mazeaud et André Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t.I, 6ème éd., Montchrestien, Paris, 1965, n°s387 et s., pp.465 et s. ; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et Chabas, supra note 22, n°s440 et s., pp.450 et s. ; Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit civil, Les obligations, t.1, Les sources, 2ème éd., Sirey, Paris, 1988, n°s454 et s., pp.507 et s. ; etc.

(25) 一九六八年一月三日の法律により四八九―二条（現四一四―三条。「他人に損害を生じさせた者は、精神障害の状況にあったとしても、賠償を義務付けられる」）が付加される以前の一般的な理解である（René Demogue, Traité des obligations en général, t.3, Sources des obligations, Arthur Rousseau, Paris, 1923, n°s226 et s., pp. 241 et s. ; Henri Lalou, La responsabilité civile, principes élémentaires et applications pratiques, Dalloz, Paris, 1928, n°s 5 et s., pp.7 et s. ; Ambroise Colin et Henri Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t.2, 7ème éd., Dalloz, Paris, 1932, n°s185 et s., pp.174 et s. ; René Savatier, Traité de la responsabilité civile en droit français, t.I, LGDJ., Paris, 1939, n°s161 et s., pp.207 et s. ; etc.）。同条の成立後、破毀院は、未成年者の民事責任（及び過失相殺）を問題にする際に、当該未成年者に識別能力が備わっているかどうかを問う必要はないと判断するに至っており（Cass. ass. plén., 9 mai 1984 (5 arrêts), Bull. ass. plén., n°s1 à 5 ; D., 1984, 525, concl., Jean Cabannes, note François Chabas ; JCP., 1984, II, 20255, obs., Noël Dejean de la Batie ; JCP., 1984, II, 20256, obs., Patrice Jourdain ; JCP., 1984, II, 20291, rapport Fédou ; RTD civ., 1984, 508, obs., Jérôme Huet. ; etc.）、これを受けて、今日では、少なくとも、「実定法の理解」としては、フランスの民事責任法は、フォートから主観的要素を排除し、それを客観化する方向に進んでいるとの認識が一般的なものとなっている。

(26) Alain Sériaux, Droit civil, Droit des obligations, 2ème éd., PUF., Paris, 1998, n°59, p.241 ; François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil, Les obligations, 10ème éd., Dalloz, Paris, 2009, n°s566 et s., pp.570 et s. ; etc.

(27) Carbonnier, supra note 22, n°156, p.298 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, supra note 23, n°946, p.503 ; Terré, Simler et Lequette, supra note 26, n°577, pp.582 et s., et n°580, p.584 ; Flour, Aubert et Savaux, supra note 23, n°201, pp. 167 et s. ; etc.

(28) 不履行＝フォートと見る立場においても、本文のように説かれるのが一般的である。しかし、この理解によれば、手段債務・結果債務のいずれの領域においても、不履行を証明すればフォートが認定されるはずであり、フォートの推定やフォートの証明を語る必要はない。従って、この立場から見れば、手段債務・結果債務の区別は、債務内容の確定や証明の対象の相違というレベルにおいて、意味を持つに過ぎないことになる。ところが、フランスの伝統的通説においては、必ずしも、これらの区別が自覚されているわけではない。ここに、フランスにおける手段債務・結果債務論の理論的脆弱さと、この区別を日本法の問題として受け入れるに際して生じた混乱の一つの原因を指摘することができる。

(29) 我妻・前掲注（3）一〇六頁、於保・前掲注（3）九三頁・九六頁注⑯、林＝石田＝高木・前掲注（9）九一頁・三三頁〔林執筆部分〕、奥田・前掲注（9）一二五頁以下等。

(30) 石坂・前掲注（2）二七〇頁以下、鳩山・前掲注（2）六四頁以下、勝本・前掲注（2）二七九頁以下等。同時期の学説の中には、民法の体系に従って、「損害賠償債権」という項目を設けないものも存在したが、そこでの議論の内容は、二つの損害賠償を統一的に論ずる学説のそれとほとんど同一であった（注釈の形態を採用していた、中島玉吉『民法釋義 巻之三 債権総論上（訂正四版）』（金刺芳流堂・一九二四年〔初版・一九二一年〕）、近藤英吉＝柚木馨『註釋 日本民法（債権編総則）上巻（第三版）』（巖松堂書店・一九三七年〔初版・一九三四年〕）の他、磯谷幸次郎『債権法論（総論）（改訂五版）』（巖松堂書店・一九二七年〔初版・一九一七年〕）、三潴信三『債権法提要 総論上冊（第九版）』（有斐閣・一九三六年〔初版・一九二三年〕）等）。その後の学説は、債務不履行に基づく損害賠償と不法行為に基づく損害賠償を統一的に論ずる手法を放棄した結果、二つの損害賠償債権に関する性質上の同一性や損害賠償債権発生のための三要件を明確な形で提示することは少なくなったが、その基礎に右の理解が存在しているこ

とは明らかである（我妻・前掲注（3）九八頁以下、於保・前掲注（3）八九頁以下等）。

(31) 過失の標準は四〇〇条の善管注意義務に求められると説明するのが一般的であった（石坂・前掲注（2）四一二頁以下・四三三頁以下、鳩山・前掲注（2）二三頁以下・一五七頁以下、我妻・前掲注（3）一〇六頁、於保・前掲注（3）九三頁・九六頁注(16)等）。

(32) 川島武宜『債権法総則講義第一』（岩波書店・一九四九年）一〇一頁、加藤・前掲注（14）一五一頁等。

(33) 伝統的通説の中にも、過失判断の基礎となる注意義務の程度について、当事者の合意によって修正が可能であることを認めるものが存在した（石坂・前掲注（2）四三四頁、鳩山・前掲注（2）二四頁、勝本・前掲注（2）三三九頁以下等）。もっとも、これは、契約や債務の性質によって過失の判断枠組みが変化しうると理解するのではなく、あくまでも、特別の合意によって過失の標準が修正される可能性がありうることを認めたものである。

(34) ここには、二つのレベルの問題が存在する。一つは、何故に帰責事由が要求されるのかという問題である。加藤の見解においては、帰責事由の抗弁としての位置付けが強調されているが、それが、債務不履行に基づく損害賠償の構造の中で、どのような役割を持つ要素なのかが明確にされていない。そもそも、帰責事由が持つ役割を明らかにしなければ、その中身を語ることはできないし、それを抗弁として位置付けることもできないはずである。もう一つは、帰責事由を問わない責任を基礎付ける根拠の問題である。川島は、企業取引における結果保証の考え方を指摘するが（川島・前掲注（32）一〇〇頁）、加藤の見解においては、無過失責任の根拠を説明するという問題関心が見られない。

(35) 加藤・前掲注（14）一五一頁以下等。

(36) 大判大正一〇年五月二七日民録二七輯九六三頁、大判大正一四年二月二七日民集四巻九七頁、最判昭和三四年九月一七日民集一三巻一一号一四一二頁等。

(37) 石坂・前掲注（2）四八九頁以下・五八〇頁、鳩山・前掲注（2）一三七頁・一六〇頁、我妻・前掲注（3）一〇五頁・一四六頁、於保・前掲注（3）九五頁・一〇七頁等。

(38) 大正一四年二月二七日民集四巻八七頁は、帰責事由不存在の証明責任が債務者の負担に属することの正当化根拠として、給付の不能があれば一応過失の存在は推定されること、民法四一九条二項との対比の他に、本来的債権と損害賠償債権の同一性を挙げている。しかし、この最後の理由自体、賠償モデルと相容れないものである。この点につ

いては、本節・第二款を参照。

(39) 潮見佳男「債務不履行の構造と要件事実論――債務不履行を理由とする損害賠償請求における要件事実論と民法学――」同『債務不履行の救済法理』（信山社・二〇一〇年）一五四頁以下・一七九頁以下〔初出・大塚直＝後藤巻則＝山野目章夫編著『要件事実論と民法学との対話』（商事法務・二〇〇五年）所収〕を参照。

(40) 森田・前掲注（4）四六頁以下。

(41) 潮見・前掲注（4）二六七頁以下。

(42) 笠井修『保証責任と契約法理論』（弘文堂・一九九九年）一頁以下・三三一頁以下。

(43) 過失責任という帰責原理とは別に保証責任を構想する学説が、保証責任を基礎付けるためのモメントを提示し、それを帰責事由の中に読み込もうとしてきたのは（潮見・前掲注（4）二六七頁以下、笠井・前掲注（42）一頁以下・三三一頁以下、円谷峻『現代契約法の課題――国際取引と民法理論――』（一粒社・一九九七年）一九三頁以下、渡邉拓「ドイツにおける性質保証概念の展開」神戸四七巻二号（一九九七年）四二八頁、同「帰責事由としての性質保証と損害担保――ドイツ債務法改正における損害担保責任の導入とその企業買収実務に与える影響を参考にして――」法政研究八巻三＝四号（二〇〇四年）一九四頁以下等）、帰責事由を損害賠償責任転嫁のファクターとして観念しつつ、その中身を柔軟化する目的に出たものと評価することができる。

(44) Christian Larroumet, Droit civil : Les obligations, t.III, Le contrat, 2ème partie : Effets, 6ème éd., Economica, Paris, 2007, n°s606 et s., pp.635 et s. ; Muriel Fabre-Magnan, Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral, PUF., Paris, 2008, n°243, pp.627 et s. ; etc.

(45) Jean-Christophe Saint-Pau, Droit à réparation / Conditions de la responsabilité contractuelle / Fait générateur, Obligations, J.-Cl. Civil, Art. 1146 à 1155, Fasc 171-10, 2003, n°110, p.26.

(46) Larroumet, supra note 44, n°607, p.638 ; Jean-Christophe Saint-Pau, Droit à réparation / Conditions de la responsabilité contractuelle / Inexécution imputable à une cause étrangère, J.-Cl. Civil, Art. 1146 à 1155, Fasc 171-20, 2004, n°s60 et s., pp.18 et s. ; etc.

(47) リスクによる正当化に対しては、帰責原理の視点から、以下のような疑問を提示することが可能である。ここで

問題にしているのは、債務者がどの範囲で責任を負うのかという問いではなく、債務者が契約不履行に基づく損害賠償を負うのは何故かという問いであるところ、何故に、結果債務の不履行の場合にだけ、約束は守らなければならないという規範によって、不履行リスクの所在が決定されるのかが明らかでない。手段債務の不履行のケースにおいても、約束は守らなければならないという規範の違反は存在するはずである。ここでは、債務ないし責任の範囲というレベルの問題と責任の基礎というレベルの問題が混同されてしまっているのである。

(48) 「外的原因によって免責されるのは、フォートを犯さなかったからではなく、損害の原因となる行為を犯さなかったからである」という言明によって説明・正当化することができるのは、何故に債務者が外的原因によって生じた不履行について責任を負わないのかという問いであり、何故に債務者が外的原因によらないで生じた不履行について責任を負うのかという問いではない。

(49) 吉田・前掲注（13）四三頁以下。

(50) 従って、今日の学説が帰責事由の語を用いる理由は、必然的なものではなく、民法四一五条の解釈上、それが要件とされているからにすぎないとの見方も可能であるとの評価（小粥・前掲注（16）一二一頁）には、一定の留保が必要である。本文で述べたように、帰責事由は、債務者に対して損害賠償責任を課すために必要不可欠な要素として機能している。賠償モデルの論理を前提とする限り、帰責事由という表現を用いるかどうかは別として、この概念が担ってきた損害賠償責任を転嫁するための枠組みそれ自体を排斥することはできないのである。

(51) 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ一三一八号（二〇〇六年）九二頁。

(52) シンポジウム「契約責任論の再構築」私法六九号（二〇〇七年）一〇頁以下に掲載された、森田宏樹教授の質問に対する山本敬三教授による回答、同二七頁以下に掲載された、森田宏樹教授の質問に対する小粥太郎教授による回答を参照。

(53) Denis Tallon, Pourquoi parler de faute contractuelle ?, in, Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à Gérard Cornu, PUF., Paris, 1994, pp.429 et s. ; Philippe Rémy, La «responsabilité contractuelle» : histoire d'un faux concept, RTD civ., 1997, pp.323 et s. ; Pauline Rémy-Corlay, Exécution et réparation: deux concepts?, RDC., 2005, pp.13 et s. ; Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, 2010-2011, 9ème éd., Dalloz, Paris,

2010, n^os^801 et s., pp.320 et s. ; etc. テーズとして、Jean Bellissent, Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : à propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile, th. Montpellier, préf. Rémy Cabrillac, Bibliothèque de droit privé, t.354, LGDJ., Paris, 2001 ; Hélène Aubry, L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, th. Paris II, préf. Alain Ghozi, PUAM., Aix-en-Provance, 2002 ; Marianne Faure-Abbad, Le fait générateur de la responsabilité contractuelle : Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat, th. Poitiers, préf. Philippe Rémy, Collection de la faculté de Droit et des Sciences socials de Poitiers, t.2, LGDJ., Paris, 2003 ; etc.

(54) Patrice Jourdain, Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle, in, Publication de la Faculté de droit et des science sociales de Poitiers t.32, PUF., Paris, 1997, pp.65 et s. ; Christian Larroumet, Pour la responsabilité contractuelle, in, Études offertes à Pierre Catala, Le droit français à la fin du XX siècle, Litec, Paris, 2001, pp.543 et s. ; Geneviève Viney, La responsabilité contractuelle en question, in, Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI siècle, LGDJ., Paris, 2001, pp.921 et s. ; etc. テーズとして、Paul Grosser, Les rèmedes à l'inexécution du contrat : essai de classification, th. Paris I, dactyl., 2000 ; Marie-Noëlle Courtiau, Responsabilité contractuelle et inexécution (Pour une autonomie de la responsabilité contractuelle), th. Paris I, dactyl., 2001 ; Yves-Marie Laithier, Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, th. Paris I, préf. Horatia Muir Watt, Bibliothèque de droit privé, t.419, LGDJ., Paris, 2004 ; etc.

(55) この点については、文献の所在も含め、拙稿・前掲注（1）「理論モデル」を参照。

(56) 以下の叙述は、実際にそのような見方が提示されているということではなく、契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みから考えると、そのように理解することができるという趣旨である。

(57) 当事者意思の擬制・捏造という批判は、しばしば、「新たな契約責任論」一般に対して向けられているところであるが、その多くは、契約内容の確定というレベルの問題に属するものである。損害賠償責任の正当化という文脈で、この点を指摘するものとして、シンポジウム・前掲注（52）二九頁以下に掲載された、加藤雅信教授の質問を参照。

(58) 山本・前掲注（51）一〇一頁以下において示唆されている見方である。

(59) 山本敬三は、契約の拘束力によって契約不履行に基づく損害賠償を基礎付けるとしても、そこには、二つの可能性が存在すると説く。一つは、契約を守らなかったが故に債務不履行責任を課せられると考える可能性であり（懈怠責任（違約帰責）構成）、もう一つは、「債務者は特定の行為をすることを契約で約束した以上、それをしなかったときに責任を負うことまで約束したと考えられるがゆえに、債務者は債務不履行責任を課せられると考える可能性」である（契約効果構成）。その上で、山本は、契約不履行に基づく損害賠償を「履行」の実現という視角から捉えようとする筆者の議論についても、契約効果構成と同じ方向性を志向するものと理解し、以下のように述べる。「債務者が特定の行為をすることが契約で約束されたときは、その特定の行為がなされた状態を実現することが契約で約束されたと考えられる。そのような契約の趣旨によると、その特定の行為がされなかったときには、それがされたのと同じ状態を価値的に実現すること――損害を賠償することによりそのような状態を実現すること――が要請される。その意味で、こうした責任を負うことは、契約の趣旨から当然要請されることであり、その意味で契約の内容をなしているとみることは可能だと考えるわけである」（山本敬三「債務不履行責任における「帰責事由」」法セ六七九号（二〇一一年）一一頁以下）。このような山本の理解は、契約不履行に基づく損害賠償を契約それ自体とは別個の存在とした上で、契約という制度を利用したという意思的要素を観念し、債務者への損害賠償転嫁のプロセスを説明しているわけではなく、契約の効力としての損害賠償を前面に押し出して議論を展開するものであるから、本稿の立場と軌を一にするものと見ることができる。もっとも、本稿が提示する履行モデルは、契約不履行に基づく損害賠償だけではなく、広く債務不履行に基づく損害賠償一般をも包含しうる射程を有している。そうすると、ここに山本の議論と筆者のそれとの相違が見出されることになろう。なお、この点については、フランス古法以来の理論的展開を踏まえて、契約不履行に基づく損害賠償を履行の実現という視点から捉えるモデルの内部においても、二つの異なるアプローチが存在しうる（存在した）ことを、別稿で論ずる予定である。

(60) 潮見・前掲注（4）三〇七頁以下を参照。

(61) 法制審議会の民法（債権関係）部会は、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」の中で、「債務不履行による損害賠償の帰責根拠を契約の拘束力に求めた場合（中略）における法定債権の債務不履行による損害賠償の免責事由の在り方」を検討課題として挙げている（一八三頁）。しかし、免責事由のあり方を問う前提として、そ

もそも、この場合の帰責根拠がどこに存するのかを明らかにしなければならない。

(62) この点についての詳細は、学位請求論文「契約不履行に基づく損害賠償の理論」の第二部「統合」の一部を要約した、近刊予定の別稿で詳細に論ずる予定である。

(63) 最判昭和五〇年二月二五日民集二九巻二号一四三頁。

(64) 最判平成二三年四月二二日民集六五巻三号一四〇五頁。本判決は、契約締結前の説明義務違反の事例に関するものであるが、そこでの理由付けは、契約交渉破棄の事例にも及ぶものである。

(65) 中間的合意につき、河上正二「契約の成立」をめぐって（一）（二・完）——現代契約論への一考察——」判タ六五五号（一九八八年）一一頁以下、六五七号一四頁以下等を、前契約につき、横山美夏「不動産売買契約の「成立」と所有権の移転（一）（二・完）——フランスにおける売買の双務予約を手がかりとして——」早法六五巻二号（一九八九年）一頁以下、三号（一九九〇年）八五頁以下等を参照。

(66) これを回避するためには、契約の拘束力によって基礎付けることができないものについて、それ以外の帰責根拠を与えるという方向性も考えられる。ただし、この場合には、契約不履行に基づく損害賠償の基礎が二元的に構成されるという問題が生ずる。そして、仮にその基礎を過失責任に求めるならば、改めて、これらの義務違反に基づく損害賠償を契約の領域で規律することの当否が、更には、契約＝賠償モデルの正当性が問われることになろう。

(67) 於保・前掲注（3）一二三頁、我妻・前掲注（3）一〇一頁、林＝石田＝高木・前掲注（10）一三二頁〔林執筆部分〕、奥田・前掲注（10）一四九頁、平井・前掲注（13）七四頁等。

(68) 挙げられている問題に差異はあるが、石坂・前掲注（2）五六九頁、鳩山・前掲注（2）六八頁、富井・前掲注（2）一九七頁以下、我妻・前掲注（3）一〇一頁、林＝石田＝高木・前掲注（10）一三二頁〔林執筆部分〕、平井・前掲注（13）七四頁等。

(69) 大判大正八年一〇月二九日民録二五輯一八五四頁、最判昭和三五年一一月一日民集一四巻一三号二七八一頁、最判平成一〇年四月二四日判時一六六一号六六頁。また、事案は不明であるが、大判昭和一八年六月一五日法学一三巻二六五頁。

(70) 鳩山・前掲注（2）六八頁、富井・前掲注（2）一九七頁等。

(71) 第二章で触れるように、近時の学説も、履行請求と損害賠償請求の関係を論ずる中で、伝統的通説が採用する、契約債権と損害賠償債権の同一性という命題に疑問を提示している。もっとも、これは、履行請求権の位置付けという視角からなされた問題提起であって、契約ないし契約債権と損害賠償の関係という視角からの批判ではない。

(72) 民法（債権法）改正検討委員会の『債権法改正の基本方針』は、契約債権、履行請求権の異同を説明する中で、以下のように述べている（民法（債権法）改正検討委員会『債権法改正の基本方針Ⅱ』（商事法務・二〇〇九年）二三〇頁以下）。契約債権は、「契約によって債権者が債務者に対して認められる法的地位の総体」を意味する。また、履行請求権は、「契約債権」が一段階具体化されたものであり、債権者が債務者に任意の履行を請求できる地位を基礎付ける（【3.1.1.53】）。契約が成立すると、契約債権が発生し、これは、履行請求権が排除されたとしても（【3.1.1.56】）、存続する。このとき、履行に代わる損害賠償の要件が充足される場合には（【3.1.1.65】）、塡補賠償請求権が認められるが、この損害賠償請求権を基礎付けているのも、契約債権である。これを読む限り、債権法改正の基本方針における契約不履行に基づく損害賠償は、契約債権に内在する効力として把握されているようにも見える。しかし、以下で述べるように、賠償モデルを前提として、契約不履行に基づく損害賠償の帰責根拠を契約の拘束力に求める場合において、その意味を、「自ら設定した契約規範に違反した」というレベルで捉えるときには、契約不履行に基づく損害賠償について、契約を一つの契機として発生する債権として捉えることはできても、契約債権それ自体と同視することはできない。損害賠償の帰責という考え方は、それと契約債権の法的異別性を前提としているからである。従って、仮に、先に検討したような形での帰責根拠を想定するのであれば、契約不履行に基づく損害賠償は、契約債権それ自体ではなく、やはり、「債務不履行の効果」として発生するものと見なければならないのである。改正検討委員会・基本方針の中に見られる契約債権が損害賠償請求権を基礎付けるという叙述も、このような意味において理解されなければならない（実際、【3.1.1.62】の解説では、「本提案は、債務不履行の効果としての損害賠償請求権が発生することを示したものである」と述べられている（前掲書二四二頁））。

(73) 帰責事由の不存在が債務者側の証明責任に属することの正当化根拠として、本来的債権と損害賠償債権の同一性を援用する、大判大正一四年二月二七日民集四巻九七頁、債権者が「履行しなかったこと」を証明しなければならないのではなく、債務者が「履行したこと」を証明しなければならないとの解決を導くに際して、本来的債権と損害賠

償債権の同一性を強調する、大判大正八年七月二二日民録二五輯一三四四頁。

(74) 「学説とは異なり」という表現には、二つの意味がある。第一に、学説は、一般的に、「帰責事由の不存在」が債務者側の証明責任に属することを認めているが（我妻・前掲注（3）一〇五頁・一四六頁、於保・前掲注（3）九五頁・一〇七頁、林＝石田＝高木・前掲注（10）九四頁〔林執筆部分〕、奥田・前掲注（10）一二四頁・一四八頁以下等）、その正当化根拠として、本来的債権と損害賠償債権の同一性を援用するものは、ほとんど存在しないということである。第二に、学説は、判例が採用し、実務においても受け入れられている（司法研修所編『増補 民事訴訟における要件事実 第一巻』（法曹会・一九八六年〔初版・一九八五年〕）二一頁以下等）、債権者が「履行しなかったこと」を証明しなければならないのではなく、債務者が「履行したこと」を証明しなければならないとの立場については、その結論自体に反対しているということである（奥田・前掲注（10）一三六頁、平井・前掲注（13）八二頁等。民事訴訟法学説においても、雉本朗造「大判大正八年七月二二日・判批」同『判例批評録 第三巻』（内外出版・一九二九年）八九二頁以下以来の一般的見解である）。

(75) 既に有力な学説によって指摘されていたところである。前田達明「安全配慮義務違反と消滅時効」同『民法随筆』（成文堂・一九八九年）一三二頁〔初出・判タ五〇二号（一九八三年）〕一三二頁、同『口述債権総論（第三版）』（成文堂・一九九五年〔初版・一九八七年〕）二二一頁。かつては、このような視点から、損害賠償債権と本来的債権の同一性を否定する学説が存在していたことも指摘しておくべきであろう。岡村玄治『債権法総論（四版）』（巌松堂書店・一九二九年〔初版・一九二四年〕）三九頁、小池隆一『日本債権法総論（第八版）』（清水書店・一九四一年〔初版・一九三三年〕）八一頁以下、岩田新『債権法新論（増訂八版）』（有斐閣・一九四一年〔初版・一九三四年〕）八〇頁以下等。

(76) この問題に関するフランス法の検討成果については、前掲注（1）掲記の諸論稿の中では触れられていないので、別稿で補充することを予定している。

(77) Jean Grandmoulin, Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelle dans l'ancien droit romain et dans le droit français avec application à la combinaison de l'incapacité et de la responsabilité dans le Droit français, th. Rennes, 1892, pp.7 et s. ; Henri Mazeaud, Responsabilité délictuelle et responsabilité

contractuelle, RTD civ., 1929, n^{os}5 et s., pp.555 et s. ; André Brun, Rapports et domaines des responsabilité contractuelle et délictuelle, th. Lyon, préf. Louis Josserand, Sirey, Paris, 1931, n^{os}89 et s., pp.109 et s. ; etc.

(78) フランスの学説の中には、契約不履行に基づく損害賠償について、契約債権の延長ないし変更として把握しようとするものが存在する（Ex. H. et L. Mazeaud et Tunc, supra note 24, n°101, pp.107 et s., et note 4. ; Christophe Radé, Droit à réparation / Conditions de la responsabilité contractuelle / Dommage, J.-Cl. Civil, Art. 1146 à 1155, Fasc.170, 1999, n°1, p.3 ; Courtiau, supra note 54, n^{os}172 et s., pp.85 et s., et n^{os}591 et s., pp.355 et s. ; etc.）。この説明は、一見すると、日本の伝統的通説と同じことを述べているようにも見える。しかし、ここでは、二つの債権が連続性を持って捉えられているだけであり、これらが法的に同一の存在であるとされているわけではない。契約から生じた債権と損害賠償債権はその目的を異にする以上、これらを同一の存在として認識することはできないとされているのである。

(79) 石坂・前掲注（2）二七二頁以下・五六九頁、鳩山・前掲注（2）六七頁以下、富井・前掲注（2）一九七頁、勝本・前掲注（2）二九一頁以下等。

(80) 従って、契約不履行に基づく損害賠償の要件が充足されたときには、仮に本来的債権の履行が可能であったとしても、その履行を求めることはできないという帰結が導かれる。

(81) 履行請求と損害賠償請求の関係をめぐる議論を分析するに際しての叙述であるが、潮見・前掲注（4）三六三頁の指摘を参照。

(82) 鳩山・前掲注（2）六八頁・注(4)、三潴・前掲注（30）二一三頁以下、中島・前掲注（30）五二一頁、富井・前掲注（2）一九八頁、近藤＝柚木・前掲注（30）一七四頁等。

(83) 内池慶四郎「民事法上の各種の債権ないし請求権の消滅時効期間を述べ、それらがどういう根拠によって定められているのかを吟味し、現代における妥当性を検討せよ」奥田昌道他編『民法学1〈総論の重要問題〉』（有斐閣・一九七五年）三二四頁の他（同論文は、最判平成一〇年四月二四日判時一六六一号六六頁のコメントでも引用されている）、飯塚和之「最判平成一〇年四月二四日・判批」ＮＢＬ六八六号（二〇〇〇年）七五頁、内田勝一＝藤田貴宏「最判平成一〇年四月二四日・判批」ジュリ一一七三号（二〇〇〇年）一三四頁等。

(84) ここでは、損害賠償債権の消滅時効という場面においてのみ妥当する価値判断が、損害賠償債権と契約債権の同

一性という一般的な命題にまで昇華させられていることになる。こうした方法論に対しては、価値判断を覆い隠す命題を立てること自体の当否が問題とされうるが、それとは別に、損害賠償債権の消滅時効という特定の問題を解決するために、同一性命題が用いられた結果、契約不履行に基づく損害賠償に関する基本原理との全面的・一般的な不整合を生ぜしめていることを再度指摘しておくべきであろう。

(85) もちろん、損害賠償債権と本来的債権の消滅時効は同一の規律に服すべきであるとの価値判断を否定することも可能である。例えば、岡村・前掲注（75）三九頁、小池・前掲注（75）八一頁以下、川島武宜編『注釈民法(5)総則(5)期間・時効§§138～174の2』（有斐閣・一九七四年）二八八頁〔平井宜雄執筆部分〕、金山直樹「時効期間と起算点をめぐる判例の展開――民法典一〇〇年の歩み」同『時効における理論と解釈』（有斐閣・二〇〇九年）九七頁〔初出・広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅱ個別的考察(1)総則編・物権編』（有斐閣・一九九八年）所収〕等。こうした理解によれば、損害賠償債権の消滅時効起算点という問題を解決するために構想された同一性命題は、完全に意味を失うことになる。

(86) 我妻榮『民法講義V_1債権各論 上巻』（岩波書店・一九五四年）二〇七頁以下、三宅正男『契約法（総論）』（青林書院新社・一九七八年）三〇二頁以下、星野英一『民法概論Ⅳ契約』（良書普及会・一九八六年）九五頁以下等。

(87) 大判大正六年一一月一四日民録二三輯一九六五頁。

(88) 大判大正七年四月一三日民録二四輯六六九頁。

(89) 大判大正八年七月二二日民録二五輯一三四四頁。

(90) 大判大正一四年二月二七日民集四巻九七頁。

(91) 例外として、石坂・前掲注（2）五八〇頁、近藤＝柚木・前掲注（30）一七五頁。

(92) 柚木馨（高木多喜男補訂）『判例債権法総論（補訂版）』（有斐閣・一九七一年）一一六頁、奥田・前掲注（10）一三六頁、平井・前掲注（13）八二頁等。また、前田達明「主張責任と立証責任」同『民法随筆』（成文堂・一九八九年）二八六頁〔初出・判タ五九六号（一九八六年）〕、議論の状況も含め、潮見・前掲注（39）四七頁以下も参照。

(93) あるいは、「履行しなかったこと」の証明責任が債権者の負担に属することを正当化するために、賠償の論理を貫徹し、同一性命題を放棄した以上、この局面においてそれを用いることはバランスを失すると考えられたのかもし

れない。

(94) ここでは、どのような理由付けをしようとも、損害賠償債権の消滅時効起算点を本来的債権の履行請求可能時とする解決は、賠償モデルとの間で論理的な齟齬を生ぜしめることになるという点を強調しておく。もちろん、判例と伝統的通説が採用してきた解決を離れて、要件の充足時を損害賠償債権の消滅時効起算点とすることは可能であり、そうすることによって、前提としているモデルとの一貫性を確保することはできる。

(95) 本文の叙述は、あくまでも、履行が全くなされていないケースを想定したものである。債務者により履行と言えるようなものがなされているときには、債務の存在を証明するだけでは、権利の存在を基礎付けることはできないから、債権者側は、「履行が不完全であること」を証明しなければならない。フランスの判例ではあるが、Cf. Cass. 3ème civ., 14 fév. 1996, Bull. civ., III, n°46 ; Cass. 1re civ., 19 mars 1996, Bull. civ., I, n°147。

(96) 本文の見方は、「履行したこと」や「債務者の責めに帰すことのできない事由」の証明責任が債務者の負担に属するという解決について、司法研修所や実務家によってなされている感覚的・価値判断的な説明を（司法研修所編・前掲注（74）九頁以下・二一頁以下、大江忠『要件事実民法(3)債権総論（第三版）』（第一法規・二〇〇五年）四三頁以下、牧野利秋＝土屋文昭＝齋藤隆編『民事要件事実講座3〔民法Ⅰ〕債権総論・契約』（青林書院・二〇〇五年）五二頁以下〔齋藤執筆部分〕等）、理論的に基礎付けるものと言うことができよう。

(97) ここで問題としているのは、あくまでも、損害賠償の性質に関わる諸問題について判断を示した判例である。損害賠償に関わる全ての判例について、本文のような読み方を提示しているわけではない。

(98) 解除と損害賠償を同一平面上の責任制度として位置付けたからこそ、伝統的通説は、両者の消滅時効を同一の規律に服せしめるべきであるとの価値判断を形成するに至ったと評価しうるのである。

(99) 伝統的通説のように、契約解除を帰責事由に基づく債務不履行責任として理解するにしても（我妻・前掲注（86）一五六頁、三宅・前掲注（86）一八七頁等）、近時の学説のように、それを有用ではなくなった契約からの離脱を可能にするための制度として把握するにしても（好美清光「契約の解除の効力――とりわけ双務契約を中心として――」遠藤浩＝林良平＝水本浩監修『現代契約法大系 第2巻 現代契約の法理(2)』（有斐閣・一九八四年）一七九頁以下、辰巳直彦「契約解除と帰責事由」『谷口知平先生追悼論文集2契約法』（信山社・一九九三年）三三一頁以下、

山田到史子「契約解除における「重大な契約違反」と帰責事由（一）（二・完）――一九八〇年国際動産売買契約に関する国連条約に示唆を得て――」民商一一〇巻二号（一九九四年）七七頁以下、三号六四頁以下等）、解除は、契約の実現を問題にする契約不履行に基づく損害賠償とは性格的に異なるものと言わざるをえない。

(100) このような視角から見れば、解除によって発生する原状回復債権の消滅時効起算点を解除時に求める判例の立場は、それが解除権の行使によって発生するものである以上、理論的な視角からも、実際的な視点からも、支持しうるものということになる。

(101) これに対して、解除権それ自体の消滅時効については、解除に基づく原状回復債権のそれとは異なる考慮を必要とする。解除権は本来的債権の不履行を前提とするものである以上、本来的債権が時効によって消滅し、その不履行を観念することができなくなった場合に、解除だけを肯定することには論理的に問題が存在すると言えるからである。そうすると、解除権の消滅時効については、学説の多数と同じく、本来的債権と同じ消滅時効期間に服すると解すべきことになろう。

(102) 最判昭和五〇年二月二五日民集二九巻二号一四三頁。

(103) 最判平成六年二月二二日労判六四六号一二頁。

(104) 最判平成六年二月二二日民集四八巻二号四四一頁。

(105) 最判平成一六年四月二七日判時一八六〇号一五二頁。

(106) このことは、安全配慮義務の消滅時効に関する判例が登場する以前にも、一部の学説によって、明確に自覚されていた。例えば、北川善太郎「損害賠償法における理論と判例」於保不二雄先生還暦記念『民法学の基礎的課題 上』（有斐閣・一九七一年）一〇二頁以下、奥田昌道編『注釈民法(10)債権(1)債権の目的・効力§399～426』（有斐閣・一九八七年）四六七頁以下（北川善太郎執筆部分）等。

(107) 最判平成一六年四月二七日民集五八巻四号一〇三二頁。

(108) 「少なくとも、このケースにおいては」という留保を付したのは、以下の理由に基づく。判例は、加害行為時と損害発生時の間に相当の時間的な間隔が存在するケースの全てにおいて、除斥期間の起算点を損害発生時に求めているわけではなく、「損害の性質上」加害行為の終了から相当期間経過した後に損害が発生する場合についてのみ、除

斥期間起算点を損害発生時としたものである。そうすると、「損害の性質上」加害行為の終了から相当期間経過した後に損害が発生する場合に該当しないケースでは、安全配慮義務違反に基づく損害賠償の消滅時効起算点と、不法行為に基づく損害賠償の除斥期間起算点が一致しない可能性も存するのである。もっとも、判例は、除斥期間の起算点が加害行為時に求められることになる場合と、それが損害発生時に求められることになる、「損害の性質上、加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する場合」のみに言及しているに過ぎないのであって、そのいずれにも入らないケースについては、何ら判断を示していないことに留意しておくべきであろう。

(109) 最判平成一六年四月二七日民集五八巻四号一〇三二頁は、具体的な除斥期間起算点については何ら判断を示していない。しかし、この判決は、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求の消滅時効起算点に関する判例と同じく、除斥期間の起算点が最終の行政上の決定時もしくは死亡時であることを当然の前提としているように思われる（山本隆司＝金山直樹「最判平成一六年四月二七日・判批」法協一二二巻六号（二〇〇五年）二〇五頁以下・二一一頁以下〔金山執筆部分〕、良永彌太郎「最判平成一六年四月二七日・判批」法時七八巻一号（二〇〇六年）八二頁等）。判例は、じん肺に関する損害について、各行政上の決定に相当する病状に基づく各損害が、その決定を受けた時に発生するとの理解を示しており、このような損害の捉え方は、損害賠償請求権の性質決定によって異なるものではないからである。

(110) 遅延損害金と遺族固有の慰謝料請求に関する最判昭和五五年一二月一八日民集三四巻七号八八八頁等。

(111) このことは、安全配慮義務違反を主張する場合と不法行為を理由とする場合とにおいて、被害者が行うべき主張・立証の内容がほとんど同じとされていることからも明らかとなる。最判昭和五六年二月一六日民集三五巻一号五六頁を参照。

(112) ここで結論だけを述べておけば、履行の実現を基礎とする債務不履行に基づく損害賠償の中に、賠償を目的とする要素を取り込んだことが、民事責任法に大きな混乱をもたらし、二つの損害賠償制度における相違の正当化を困難なものとしているのである。

(113) 川島・前掲注（32）八四頁以下。なお、ニュアンスは異なるが、山中康雄『債権法総則講義』（巌松堂書店・一九四八年）八八頁以下も参照。

(114) 勝本・前掲注（2）二九一頁以下、浅井清信『日本債権法総論』（立命館出版部・一九四二年）一二二頁以下等。

(115) 仮に不法行為の効果から債権の効力へという歴史認識が正当であるならば、契約不履行に基づく損害賠償を不法行為のモデルによって基礎付ける方法は、過渡期の理論枠組みと評すべきことになろう。

(116) 仮に価値的な同一性を承認することが法的同一性の肯定へと繋がるのであれば、例えば、目的物の物権的返還請求権と不法行為に基づく損害賠償請求等においても、両者の同一性を承認しなければならないであろう。

【付記】

本稿は、科学研究費補助金・若手研究B「契約不履行に基づく損害賠償における原理と体系」の研究成果の一部である。