

Title	契約不履行に基づく損害賠償の理論(三・完)
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.3 (2012. 3) ,p.37- 99
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20120328-0037">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20120328-0037</a>

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 (三・完)

白 石 友 行

## 序論

### 第一章 原理

#### 第一節 性質

##### 第一款 帰責・実現

(一) 賠償モデルと不履行+帰責事由

(二) 履行モデルと不履行+限界

##### 第二款 異別・同一

(一) 賠償モデルにおける同一性の問題

(二) 履行モデルにおける同一性の意味

..... (以上、八五卷一号)

### 第二節 対象

#### 第一款 損害・契約

(一) 賠償モデルと損害

(二) 履行モデルと「損害」

#### 第二款 制限・完全

(一) 賠償モデルと完全賠償・制限賠償

(二) 履行モデルと完全履行

### 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

(一) 賠償モデルにおける履行と賠償の関係

(二) 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

(一) 賠償モデルと解除⇨責任モデル

(二) 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

(一) 賠償モデルにおける制度の類似

(二) 履行モデルにおける制度の相違

第二款 拡大・縮小

- (一) 賠償モデルと領域の拡大
- (二) 履行モデルと領域の縮小？

結論

..... (以上、本号)

第二章 体系

本稿においては、これまで、契約不履行に基づく損害賠償それ自体を対象とする検討を行ってきた。もともと、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は、より広く、契約不履行法、民事責任法等との関連においても、意味を持つものである。すなわち、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のかという点は、契約不履行法全体、更には、民事責任制度のあり方や構造にも大きな影響を及ぼしうるのである。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、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把握する構想が所与の前提とされていたことから、右のような影響関係が見過ごされてきてしまっているようにも見受けられる。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枠組みという視角から、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るように思われる。

このような問題関心にに基づき、本章においては、まず、契約不履行法の体系化問題と関連して、契約不履行に基づく損害賠償とその他の救済手段との関係、より具体的には、契約不履行に基づく損害賠償の原理が大きな意味を持つものに検討対象を限定し、損害賠償と履行請求及び解除との関係が扱われる。次いで、更に視野を広げ

て、契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みと民事責任法の影響関係、より具体的に言えば、二つの損害賠償制度の領域及び相違という問題が検討の対象とされる。このように、本章は、契約不履行に基づく損害賠償の原理を問い、そこから、契約不履行法・民事責任法の体系を考察することによって、日本の議論に新たな視点を提供するとともに、契約不履行法改正に向けた議論の基礎を構築しようとするものである。

## 第一節 不履行法

契約不履行に基づく損害賠償は、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。これが、本節の検討課題である。もともと、この問いそれ自体は、これまでの議論においても強く意識されてきたものである。実際、現実の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。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。従来議論においては、それぞれの関係を構築するに際して、振れや歪みが生じてしまっているのではないか。本節は、損害賠償と履行請求及び解除の関係をめぐる議論を素材として、このことを明らかにし、制度構築のための基礎的考察を行おうとするものに他ならない。

### 第一款 履行と賠償・履行と履行

契約不履行に基づく損害賠償と履行請求の関係について、従来議論においては、主として、現実の履行請求は損害賠償請求との関係で一義的な性格を持つのか、あるいは、現実の履行請求は債権や契約の効力なのか、それとも、債務不履行後に認められる救済手段なのかという形で問題が設定されてきた。<sup>(215)</sup> 判例によれば、履行が不

能となるか（あるいは不能に準じた状態になるか<sup>(216)</sup>）、契約が解除されない限り、原則として、填補賠償を請求することはできないが、債権者が相当期間を定めて催告し、その期間内に履行がなされない場合には、填補賠償の請求が認められるとされる<sup>(217)</sup>。これも、右のような枠組みの中で、理解されることになる。もちろん、このような問題設定が不要というわけではないし、こうした視点からの検討によって、議論が深められたことに疑いの余地はない。しかしながら、二つの制度の関係を検討する際には、両者の性質やその基礎にある考え方を前提としなければならぬはずであるのに、従来の議論においては、契約不履行に基づく損害賠償の性質が考慮されずまま議論が展開されてしまっている。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理解するのか、実現されなかった契約の履行を確保するための制度として把握するのかによって、それと現実の履行請求との関係性も大きく変わってくるのではないか。更に言えば、契約不履行に基づく損害賠償の原理をどのように理解するかによって、これまでの議論において前提とされていた、履行請求の一義性、契約の拘束力に対する侵害といった視点の持つ意味も、異なってくるのではないか。本款は、このような問題関心に基づき、あくまでも、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、契約不履行に基づく損害賠償と履行請求との関係を検討しようとするものである。

#### (一) 賠償モデルにおける履行と賠償の関係

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、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とするれば、損害賠償債権は、その要件を充足した時、より具体的に言えば、不履行によって損害が発生した時に発生する。しかし、判例は、これとは異なり、債務が履行不能もしくはそれに準じた状態になるか、契約が解除されない限り、あるいは、債権者が相当期間を定めて催告し、その期間内に履行がなされない場合でなければ、履行に代わる損害賠償を請求することができないとしており、学説の多くも、このような判例

の解決を支持してきた。<sup>(218)</sup><sup>(219)</sup>これを契約不履行に基づく損害賠償に即して言えば、その要件が充足されている場合であつても、右のような事由が発生するまでは、それを請求しえないことになる。確かに、このように考えるならば、損害賠償請求との関連における現実の履行請求の一義性は確保されるが、賠償モデルの論理構造の下で、この解決を理論的に基礎付けることができるかどうかには大きな疑問が残る。

賠償モデルによれば、契約不履行に基づく損害賠償は、その要件を充足した時に発生することになる。そして、債務に何らかの形で履行期が設定されている場合、債権者がその期日に債務の履行を受けなければ、その時点で、損害も発生するはずである。そうすると、単なる履行遅滞のケースであつても、履行期が経過すれば、債務不履行に基づく損害賠償の要件は完全に充足される。このような観点からは、その要件を充足しながら、右のような事情が発生するまで、履行に代わる損害賠償を請求することができないと構成する理由はないと言ふべきである。しかも、伝統的通説は、本来的債権と損害賠償債権の同一性を認め、本来的な債権がある一定の時期に損害賠償債権へと転化するという債務転形論を承認している。これによれば、右のような事由が発生するまで、損害賠償債権は存在していないと理解せざるをえない。<sup>(220)</sup><sup>(221)</sup>そうすると、ここでは、賠償モデルの論理構造と完全に矛盾した解釈がなされていると見なければならぬのである。もちろん、単に履行期を経過しただけでは損害が発生することはないと理解する余地もあるが、今度は、右のような事情があつて初めて損害が発生することをどのように説明するのかという疑問が生ずることになる。<sup>(222)</sup>

この点において、フランスの学説において展開された附遅滞の要否に関する議論は、少なくとも一九世紀末以降に限る限り、<sup>(223)</sup>一面においては、<sup>(224)</sup>賠償モデルから導かれる帰結、つまり、要件充足時の損害賠償債権発生という理解と、原則として附遅滞がなされない限り損害賠償を請求することはできないと規定する民法典一一四六条とを、どのように調整するのかという問題関心に導かれたものであつたように思われる。すなわち、一方で、賠

償モデルの考え方によれば、フォート、損害、因果関係という三要件の充足によって、損害賠償債権が発生することを認めざるをえない。しかしながら、他方で、民法典一一四六条によれば、損害賠償を請求するためには附遅滞が必要とされており、これは右の要請と相容れないように見える。しかも、フランスの学説の中には、不履行<sup>(225)</sup>行<sup>(225)</sup>フォートによって損害賠償債権が発生し、かつ、契約債務も消滅するとの理解を示すものが存在したから、不履行後も附遅滞がなされるまでは、債権者は損害賠償を請求することができず、履行請求をしなければならぬというのであれば、右の考え方と正面から矛盾することになる。ところで、フランスにおいては、この附遅滞があらゆる損害賠償請求の前提として要求されるのかという点が、古くから争われてきた。この議論の中で、一九世紀末以降、フォートを起点とした一連の議論が登場し、フォートによる損害賠償債権の発生という命題と附遅滞制度を理論的に調整する試みがなされたのである。

まず、マルセル・プラニオルは、民法典一一四六条によれば、附遅滞は損害賠償請求に必要な要件であるところ、債務を履行することができなくなった状態が債務者のフォートによるものである場合には、附遅滞は不要であると説く<sup>(226)</sup>。つまり、フォートが存在すればそれだけで損害賠償債権が発生し、債権者は附遅滞を行うことなく債務者に対して損害賠償を請求することができる<sup>(227)</sup>と理解されているのである。ところで、プラニオルは、先存債務に対する違反という包括的な民事フォートの定義を基礎に、二つの損害賠償制度の性質的一元性を強調する議論の端緒となった学説<sup>(227)</sup>なのであり、右のような理解は、まさに、フォートによる損害賠償債権の発生という基本構想と附遅滞制度を矛盾なく両立させようとしたものと見ることができ<sup>(228)</sup>るのである。また、アレックス・ヴァイユも、プラニオルの議論を引き継ぎつつ、以下のように述べている。民法典の条文及び判例において、附遅滞が不要とされているケースは、全て、債務者が既に不履行の責めを負わされている場合に関わるものである。つまり、これらのケースにおいて債務者は既に不履行について有責であるために、債権者は附遅滞を行うことなく損

害賠償を請求することができるのである。<sup>(229)</sup>そして、このような理解は、フォートによって権利関係が発生するという原則にも合致する。というのは、フォートがあれば、債務者は損害賠償責任を負うことになるはずだからである。<sup>(230)</sup>結局、ヴァイユの下においても、プラニオルと同様、賠償モデルの論理構造を前提として、債務者にフォートが存在すればそれだけで、そうでなければ附遅滞によって損害賠償債権が発生するものと理解されているのである。ここでも、フォートによる損害賠償債権の発生という基本構想と附遅滞制度の両立が試みられていることが分かるであろう。<sup>(231)</sup>こうした方向性を更に推し進め、附遅滞制度を賠償モデルの枠組みの中に取り込んだのがドミニク・アリックスである。アリックスは言う。民法典の条文や判例において附遅滞が不要とされているケースは、債務者が終局的に債権者の権利を侵害し、不履行が債務者の責めに帰すべきことが明らかな場合である。他方、附遅滞は、こうした状況にない場合について、債務不履行の帰責性を明らかにするために必要とされるものである。つまり、その性質上、不履行がフォートを含意している場合には、附遅滞は不要であり、それが不確かであるときには、附遅滞によって債務者のフォートを明確にすることが求められるのである。<sup>(232)</sup>結局、アリックスによれば、附遅滞はフォートという責任原因を明らかにするための手段として位置付けられることになり、いずれにしても、フォートによる損害賠償債権の発生という賠償モデルの論理が守られていることが分かる。

以上のように、フランスの一部の自覚的な学説は、要件充足による損害賠償債権の発生という賠償モデルの論理と附遅滞制度を両立させるべく、あるいは、後者の領域を限定し、あるいは、後者をフォートの中に組み込むうとしてきたのである。このような視点から見れば、契約の不履行が確定的であるかどうかによって、附遅滞の要否を決する方向性を示した近年の合同部判決は、肯定的に評価されることになろう。<sup>(234)</sup>もちろん、全ての学説がこのような理解を明示しているわけではない。また、こうした見方によれば、現実履行の損害賠償に対する優越性は大きく損なわれることになるようにも見える。この点について、右の学説がどのようにアプローチするのか

は明らかではないが、いずれにしても、ここでは、日本の学説とは異なり、賠償モデルとの論理的整合性だけは確保されているということを確認しておけば十分であろう。<sup>(235)</sup>

右のような問題関心から出発するならば、日本においても、填補賠償請求権は債務不履行時に発生するものと理解せざるをえない。その上で、損害賠償請求に対する履行請求の優越性を確保し、判例法理の解決を正当化するためには、一定の要件を満たすまで填補賠償請求権を行使することはできないとの構成に辿り着くことになる。つまり、債権者は、確定的不履行があるまでは履行請求に拘束され、それ以降になって初めて填補賠償を請求することができる<sup>(236)</sup>と理解するわけである<sup>(237)</sup>。このように理解すれば、賠償の論理から導かれる帰結を承認しつつ、履行請求の一義性を基礎に据えた解釈を展開することが可能となろう。

フランスの学説の中にも、このような見方を示しているように見受けられるものが存在する。例えば、以下のような議論がそれである。すなわち、附遅滞は、不履行を明らかにするという機能を持つが、それと同時に、債権者に対して警告を發し履行を促すという機能がある。この機能によって、損害賠償との関連における履行の優位性は確保される。そして、このことは履行における当事者間の協同関係あるいは信義誠実の原則によって説明されうるのである。<sup>(238)</sup>このような機能の二元性から、附遅滞の要否について、次のような見方が導かれる。履行が可能である場合、履行期が合意によって明確に決定されていない場合、あるいは、より一般的に債務者が履行遅滞にあることを正当に知りえない場合には、損害賠償に先立ち附遅滞を要求するのが有益である。このとき、附遅滞は、不履行を警告・予防する役割と、それを証明する役割を果たす。これに対して、履行が不可能となった場合や、債権者にとってその利益が失われた場合、また、債務者が不履行の事実について如何なる疑いも持ちえない場合には、附遅滞は、警告及び予防、証明の点での有用性を持たないから、完全に余分なものとなる。それ故、附遅滞は排除されなければならない。他方、履行は可能であり、かつ、債権者にとって利益をもたらすもの

であるが、不履行は確定的なものとなっている場合はどうか。このとき、附遅滞には、不履行を証明するという意味はないが、なお、警告・予防としての意味は持ちうるように思われる。<sup>(239)</sup>このような理解を先の問題関心に即して整理すれば、債務不履行が明確である場合にはそれ自体によって、そうでない場合には附遅滞によって、損害賠償債権は発生するが、履行請求の一義性を担保するために契約不履行に基づく損害賠償の行使要件として附遅滞が課され、それがなされるまでは、損害賠償を求めることはできないという見方として定式化することができよう。<sup>(240)</sup>

このように、フランスの一部の学説においては、附遅滞という制度を利用することによって、契約不履行に基づく損害賠償の行使に一定の制約が設けられていた。これに対して、日本においては、附遅滞に類するような制度は存在しない。そうすると、現行法の下で、右のような解決、つまり、契約不履行による損害賠償請求権の発生、確定的不履行に至るまでの行使の制約という解決を、どのような形で制度的に担保するのかという点については、問題も残ることになる。<sup>(241)</sup>しかしながら、この点は措くとしても、右の理解に対しては、より重大な疑問を提示しておく必要がある。

伝統的通説が、一定の事由が発生するまで填補賠償請求権が発生しないと理解する背後には、本来的な債権がある一定の時期に損害賠償債権へと転化するという債務転形論があり、この債務転形論は本来的な債権と損害賠償債権の同一性という命題によって支えられていた。そして、近時の議論が一定の範囲で履行請求と損害賠償請求の併存を認めたということは、言うまでもなく、この債務転形論と同一性命題を放棄したことを意味している。そのこと自体に問題はない。しかし、同時に、ここから一つの疑問も生ずる。すなわち、一方で、賠償の論理によれば、契約不履行に基づく損害賠償の目的は不履行によって生じた損害を賠償することにあるから、本来的な債権の目的とは異なることになる。他方で、本来的な債権と損害賠償債権の同一性という命題を放棄するならば、

これら二つの債権は互いに法的な結合関係から解き放たれることになる。このような前提に立つ場合、債権者が現実の履行請求を選択したときに、併存的に存在している損害賠償債権はどのように扱われるのか。反対に、債権者が填補賠償請求を選択したときに、本来的な債権はどのように処理されるのか。二つの債権は、一方の実現によって他方が消滅するという関係に立つのか。

もっとも、契約不履行に基づく損害賠償は不履行に対する救済手段の一つであるから、債権者が現実の履行請求を選択し、本来的な債権が履行されるに至れば、不履行も治癒され、その救済手段も消滅すると捉えることは可能であろう。しかし、第二の問題は残るのではないか。不履行によって生じた損害の賠償を目的とする請求権を行使したからといって、本来的な契約債権の目的は達成されえないのではないか<sup>(242)</sup>。理論的に見れば、履行請求権の排除原因が生じない限り、それは存続するのではないか。言うまでもなく、現実の履行請求と損害賠償請求を同時に認めることによって、債権者に対して二重の利得を得させるという事態は回避しなければならない。しかしながら、一方を債権の効力に基づく請求権として、他方を不履行によって生じた損害を賠償するための救済手段として捉えつつ、両者の併存を認めるという前提の下、その論理を説明することはできるのか。

この点において、アンリ・マゾーの賠償の理解は、右のような課題に応えうるものであったと評価することができる<sup>(243)</sup>。アンリ・マゾーは、賠償概念について、以下のような理解を示している。すなわち、賠償には、加害者がフォートを犯していなければそうであったであろう状態に被害者を回復させる「現実賠償」と、損害を消滅させるのではなく、それを填補することによって、被害者に対し被った損害に等しい利益を提供する「等価賠償」が存在する。このうち、前者は、「被害者に対して単なる等価物を提供するだけで損害を存続させるのではなく、被告のフォートによって生じた損害を消滅させ、消すこと」を意味し、履行の強制が、これにあたる。これに対して、後者は、損害の存続・填補を問題にするものであり、ここには、非金銭的等価賠償と金銭的等価賠償が存

在するのである。結局、アンリ・マゾーの理解においては、債務者による任意の履行以外は、全て、賠償の問題とされているのである。<sup>(244)</sup>ところで、アンリ・マゾーは、契約債権と損害賠償債権の関係について、更改のメカニズムを用いた説明を行っており、不履行⇨フォートを契機として、契約債権が消滅し、損害賠償債権が発生するとの理解を示していた。<sup>(245)</sup>このような損害賠償債権の性質に関する理解と右の賠償概念の捉え方とを併せて考えるならば、ここでは、債務者による不履行があつた場合には、契約債務の履行の問題からそれとはレベルの異なる賠償の問題へと移行するという構図が描かれることになる。かくして、アンリ・マゾーの言う現実賠償と等価賠償は、いずれも、責任法のレベルにおける同一の目的を持った制度として位置付けられることになるから、二つの手段の関係も整合的に説明することが可能となるのである。<sup>(246)</sup>

こうしたアンリ・マゾーの議論からは、履行請求と損害賠償請求の併存を認め、かつ、それらの関係を理論的に調整するためには、少なくとも、両者を同じ性質・目的を持つ手段として位置付けることが必要となるのではないかとの認識を得ることができると、一つの方向性としては、契約不履行に基づく損害賠償を、不履行に対する救済としての位置付ける形が浮かび上がってくる。<sup>(247)</sup>このように理解するならば、不履行を契機として、履行請求と損害賠償請求とが併存することを無理なく説明しうるし、その制約についても、債務者の追完権や両当事者の衡量から説明を付けることができる。<sup>(248)</sup>しかし、そうではなくて、現実の履行請求をあくまでも債権の効力として把握する構想を維持した上で、契約不履行に基づく損害賠償の原理を転換することによって、二つの手段の関係を整理することも可能である。履行モデルからの議論がそれである。

(二) 履行モデルにおける履行手段の二元性

契約不履行に基づく損害賠償を債権の効力として捉え、その履行を実現するための手段として位置付けるモデ

ルによれば、損害賠償請求も、現実の履行請求と性質を同じくするものとして把握される。すなわち、債権には、その現実的な履行を求める権能の他に、金銭という等価物によって履行を実現する権能が含まれている。言い換えれば、従来の議論において履行請求権と呼ばれてきたものも（以下、この意味での履行請求権を「現実の履行請求権」と呼ぶ）、損害賠償請求権も、債権が持つ広い意味での「履行請求権」の一形態であり、ともに債権の実現を確保するものとして理解することができる。債権が正常に履行されなかったときには、債権者に対して、その実現手段の一つ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に過ぎないのである。従って、現実の履行請求権と損害賠償請求権はその運命を共にし、一方によって「履行請求権」が充足されれば、他方も消滅するという関係にある。しかし、これは、あくまでも「履行請求権」の充足を前提とするから、現実の履行請求ができず、しかも、「履行請求権」が存続する場合には、当然、損害賠償請求によってこれを充足しなければならぬ。言い換えれば、現実の履行請求が排除されたとしても、直ちに、債権における「履行請求権」が消滅することにはならず、それが存在する限り、その力によって、契約不履行に基づく損害賠償が認められることになるのである。<sup>(249)</sup>

このような形で現実の履行請求と契約不履行に基づく損害賠償を理解すると、債務者による債務の不履行が存在する場合、債権者は、現実の履行を請求することも、契約不履行に基づく損害賠償を請求することもできる、言い換えれば、これらの手段の選択は債権者の自由に委ねられるということになる。いずれの手段も、債権者が有している「履行請求権」の具体的発現なのであり、そうである以上、その選択に制約を設ける理由は存在しないからである。<sup>(250)</sup>これが原則である。最初期の判例や学説が、民法の構造を正確に把握しつつ、債権の効力を強調して、不履行があれば直ちに填補賠償請求権を行使しようとしていたのは、この意味において理解することができよう。<sup>(251)</sup>

もつとも、こうした理解に対しては、二つの方向性からの疑問が提起されうる。

一つは、損害賠償請求との関連で現実の履行請求の優越性を認めないとすれば、契約の拘束力の原則が侵害されるのではないかという疑問である。しかし、この評価は、契約の拘束力の意味と、履行の捉え方による。すなわち、契約の拘束力から導かれるのは、「債権者は履行請求できる」、「債務者は履行へと義務付けられる」ということだけであり、「債権者は履行請求しなければならぬ」という債権者に対する法的拘束力は出てこないという理解や、<sup>(252)</sup>債務不履行に対する一定の救済が確保されていれば、<sup>(253)</sup>現実に履行されなかったとしても、契約の拘束力は侵害されていないと見る理解によれば、<sup>(254)</sup>契約不履行に基づく損害賠償を命ずることが、契約の拘束力を侵害することには繋がらない。また、本稿のように、契約不履行に基づく損害賠償を、本来的債権の効力として、その履行を確保するための手段として位置付けるならば、損害賠償が付与されることによって、契約の拘束力が侵害されることはない。そもそも、<sup>(254)</sup>契約不履行に基づく損害賠償によって契約の実現が確保されること自体、契約の拘束力を尊重するためなのである。

もう一つは、契約不履行に基づく損害賠償が契約の履行を実現するための手段であるならば、それは既に契約締結時から行使しうるはずであり、従って、モデルとして不適切ではないかとの疑問である。しかしながら、履行モデルは、契約不履行に基づく損害賠償を契約が正確に履行されなかった場合に金銭的等価物によってその利益を実現するための代替的な手段として捉えるものであるから、当事者の真の意図が現実履行の獲得にある以上、この代替的な履行実現手段を、債務不履行以前に認めることは不可能である。また、こうした方向性を更に推し進め、債務者による不履行があった後に一定の範囲で契約不履行に基づく損害賠償の行使に制約を設けたとしても、賠償モデルのように理論的な困難を生ぜしめるものではない。もちろん、これは履行モデルから直接導かれる帰結ではない。ここでは、不履行によって損害賠償請求権が行使可能となることを前提としつつ、契約締結か

ら現在に至るまでの当事者の関係、とりわけ、現実の履行に向けた信頼状況を考慮して、同じく債権の効力としての性格を有する現実の履行請求と損害賠償請求との間に優劣を設けることが問題となっているのである。このような視点からすれば、例えば、現実の履行請求が可能である場合において、債権者が現実の履行を受けることで別段の不都合がなく、また、損害賠償請求を負担させることが債務者にとって過大な負担になるときは、債権者による損害賠償請求に制約を設け、ただ、判例の言うように、債権者が相当期間を定めて催告をし、その期間内に履行がなされなかったときには、債権者による代替的な履行確保手段の行使を認めるといふ解決も、考慮に値するものであるように思われる。<sup>(256)</sup>

## 第二款 制裁と賠償・離脱と実現

解除と損害賠償の関係、より具体的に言えば、契約が解除された場合の損害賠償の範囲をどのように理解するのかという点については、解除の法的構成と関連して、古くから多くの議論が展開されてきたところ、<sup>(257)</sup>判例と学説の多数は、ここで言う損害賠償は四一五条のそれと異なるものではないと理解している。<sup>(258)</sup>他方、今日においては、契約の解除それ自体の機能及び性質に関しても、多くの議論がなされている。<sup>(259)</sup>伝統的な理解は、契約解除を帰責事由に基づく債務不履行責任として捉えてきたのに対して、<sup>(260)</sup>今日の学説は、解除について、有用ではなくなく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しようとするのである。<sup>(261)</sup>もともと、このような解除の本質に関する議論の転換は、解除の場合における損害賠償の理解について、何ら影響を及ぼしていないように見える。そして、今日においては、契約解除の場合においても、履行利益に相当する額の賠償が認められるべきであるとの結論についてはほぼ異論がないように思われる。

しかし、このような議論の状況に問題は存しないのか。そこには、なお検討すべき課題が残されているのでは

ないか。伝統的理解が、解除の遡及効の有無に関する議論とは別に、解除のケースにおける損害賠償を四一五条のそれと同一に理解してきた背後には、契約不履行に基づく損害賠償についての一定の見方が存在するのではないか。反対に、解除について、契約からの離脱を目的とし、かつ、ここでの損害賠償を、契約利益の実現を目的とする制度として理解するのであれば、これらの両立可能性を認めることは、原理のレベルで矛盾を抱えることになるのではないか。解除と損害賠償の関係は、議論し尽くされたかのように見えるが、契約不履行に基づく損害賠償の原理の面から光を当て直すことによつて、これまで余り意識されていなかった問題を再提示することができるように思われるのである。従つて、以下では、解除の機能と契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みと、この二つの視角を用いて、従来の議論において暗黙の前提とされていた論理構造を解明し、それぞれの理論枠組みの中で、両者の関係の理解につき、理論的にどのような可能性が存在するのかを明らかにしてみよう。

(一) 賠償モデルと解除⇨責任モデル

伝統的な議論が、解除のケースにおける損害賠償の範囲について、解除がない場合の損害賠償と異ならないと理解する背後には、解除を債務不履行に対する制裁ないし責任として捉える発想（以下、「解除⇨責任モデル」と呼ぶ）と賠償モデルが存在する。

まず、前者の解除⇨責任モデルについて一言しておこう。多くの学説は、解除を債務不履行に対する責任として理解し、そこから、あらゆる解除の前提として、損害賠償と同じ意味での帰責事由が必要である旨を導いてきた。<sup>(262)</sup> 帰責事由の要否という文脈で、既に先行研究によつて指摘されている通り、<sup>(263)</sup> このような理解は、損害賠償の思考モデルが解除へと移植されたことによつて実現されたものである。つまり、ここでは、解除と損害賠償が同じ債務不履行に対する責任制度として並列的に理解されているのである。この解釈、より正確に言えば、（履行遅滞）解除に帰責事由が必要かという問題関心自体、民法施行直後の学説には存在せず、<sup>(264)</sup> その後の学説によつて

作り上げられたものであること、解除の債務不履行責任化に先行するような形で、賠償モデルの考え方が受け入れられていたことを併せて考えるならば、<sup>(265)</sup>賠償という思考モデルが、日本の契約不履行法の議論に大きな影響を及ぼしてきたことが分かるであろう。いずれにしても、ここでは、伝統的な議論が、解除を損害賠償と同じ責任制度として捉えていることを確認しておこう。

ところで、伝統的通説は、解除によって契約が遡及的に消滅すると理解してきた。<sup>(266)</sup>この理解によれば、解除に伴って契約を前提とする債務不履行状態も消滅することになりそうである。ここから、解除の法的構成の当否も含めて、<sup>(267)</sup>解除と契約不履行に基づく損害賠償との関係に関する議論が展開されてきたわけである。しかしながら、少なくとも、原理のレベルで見ると、解除＝責任モデルと賠償モデルを前提として、二つの併存を認め、解除が損害賠償に影響を与えないと理解することは十分に可能である。というのは、契約の解除が帰責事由に基づく債務不履行責任であり、かつ、契約不履行に基づく損害賠償が不法行為と同じような意味での責任制度としての側面を持つのであれば、つまり、いずれの制度も有責な債務不履行を起点とする責任制度であるというのであれば、債務者に対するサンクションとしての債務不履行責任を問い、その具体的な制度である解除と損害賠償との併存を認め、解除の有無を問わず通常の損害賠償を課したとしても、原理的な矛盾は生じないからである。言い換えれば、解除の責任化という構成によってその特殊性が消し去られ、賠償モデルの論理と繋ぐことができるようになったのである。

もちろん、判例や一般的学説のように、契約を遡及的に消滅させながら履行利益に相当する額の損害賠償の付与を認めるとするのは、評価面での衝突を生み出すことになる。<sup>(268)</sup>これを重大な問題と見た学説は、あるいは、解除の遡及効を認めない議論を展開し、<sup>(269)</sup>あるいは、解除の場合の損害賠償の範囲を限定すること等で、こうした衝突を解消しようとした。しかし、解除と損害賠償との間で原理レベルでの矛盾が生じていない以上、評価面での

衝突を解消するためには、損害賠償の側面で解除の遡及効が制限されると言うだけで足りてしまうのである。こうして伝統的通説は、解除の有無に関わらず、損害賠償を同一の判断枠組みで規律することになった。結局、伝統的通説の解除Ⅱ責任モデルと賠償モデルによれば、解除の効果に関する法律構成レベルでの抵触は生じても、原理レベルでの矛盾は発生しえないのである。ここに、伝統的通説が解除の場合の損害賠償と解除がない場合の損害賠償とを同一視してきた原理的な意味がある。

このような見方は、構図こそ異なるが、フランスにおける議論状況からも裏付けられる。フランスでは、近年に至るまで、解除の場合の損害賠償が解除のない場合の損害賠償と異なるのかという問題意識が持たれることはほとんどなかった。その理由は、契約不履行に基づく損害賠償が、契約不履行法から切り離され、民事責任法の中に統合されているという体系的な問題の他に、契約不履行に基づく損害賠償がフォート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、完全に民事責任の枠組みによって規定されてきたことに求められることができる。すなわち、民事責任法では、フォートによって損害が発生しさえすれば損害賠償の請求が認められ、しかも、その範囲は「完全賠償原則」というある種のドグマによって規律されてきたことから、フランス法は、契約の解除の有無という点が問題関心として取り込まれにくい状況にあった。しかも、フランスにおいては、近年まで、履行利益・信頼利益の区別が受け入れられることもなかった。解除による契約の遡及的消滅を前提としても、日本の学説のように、契約の遡及的消滅と履行に相当する損害賠償の肯定との間における評価矛盾が意識されることもなかったのである。<sup>(27)</sup> そうすると、フランスでは、解除の場合の損害賠償と解除のない場合の損害賠償との同一性を導くに際して、解除の法的基礎に関する議論は影響していないように見受けられるが、これは、フランスにおける契約不履行に基づく損害賠償の議論が、日本以上に、不法行為のモデルに規定されていることによるものと理解しうる。日本においては、契約不履行に基づく損害賠償が、形式上、債務不履行法の中で捉え

られてきたから、解除の責任化によって賠償モデルの論理と係留する必要があったのに対して、フランスにおいては、それをする必要がない程に、契約不履行に基づく損害賠償が不法行為化したのである。

このような相違はあるにせよ、日本においても、フランスにおいても、解除の際の損害賠償と解除がない場合の損害賠償との同一性を導くに際して、賠償モデルの考え方が重要な役割を担っていたことは、確かであろう。

## (二) 履行モデルと解除Ⅱ離脱モデル

近時においては、伝統的議論が採用する解除Ⅱ責任モデルに対して、とりわけ、帰責事由という要件につき、激しい批判が提起されている。契約の解除は、債務者に対する制裁あるいは債務者の責任ではなく、債権者にとって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であるから、帰責事由という要件を課す必要はないと言うのである（以下、「解除Ⅱ離脱モデル」と呼ぶ）。そして、このような解除における議論と並行するようにして、契約不履行に基づく損害賠償についても、契約を起点とした契約責任が提唱されるに至っていることは、繰り返し述べている通りである。ここにおいて、一つの原理的な疑問が生ずることになる。すなわち、解除が有用でなくなった契約からの離脱を目的とし、かつ、契約不履行に基づく損害賠償が契約利益の価値的な実現を目的とする制度であるならば、これらの両立可能性を認めることは、原理のレベルで矛盾を抱えることにならないか。このような疑問は、当然、履行モデルにも及ぶ。債権者に対して、解除による契約からの離脱を認めながら、その代替的な履行実現手段としての契約不履行に基づく損害賠償を認めることは可能なのか。

こうした問題提起は、解除の法的性質についてどのような理解を示すのか、より具体的に言えば、解除によって契約が遡及的に消滅すると捉えるのかという点とは無関係に妥当することを付言しておく。解除のケースにおける、契約、契約債権等の帰趨について、どのような規律を与えようと、契約からの離脱と契約利益の価値的実現をどのように調和させるのかという原理レベルでの問題は当然生ずるし、また、解除によって行使することが

できなくなるはずの履行請求に代わる損害賠償をどのように基礎付けるのかという法的構成レベルの問題は、存続することになるからである。<sup>(271)</sup> 言い換えれば、これは、解除の原理と損害賠償の原理をどのように理解し、調整するのかという問題に関わるのである。従って、仮に判例法理の解決を前提としてこの点に関する制度設計を行おうとする場合には、それを正当化するための論理を提示しておかなければならない。

原理の側面から見た場合、右の問いに対する応対としては、二つの方向性を想定することができる。

一つは、契約不履行に基づく損害賠償からの議論である。すなわち、かつて一部の学説が契約の遡及的消滅と履行利益賠償との間の評価矛盾を解消するために説いていたように、<sup>(272)</sup> 契約の解除がなされた場合における損害賠償は、当該契約から得ることができたであろう利益を填補するものではなく、当該契約が正確に履行されるであろうと信じたことによつて被つた損害を賠償するものであると捉えるのである。もちろん、債務者との契約を締結していなければ、他の者との間で契約を結んでいたと考えることもできるから、この枠組みにおいても、他の者と契約を締結していれば実現していたであろう利益の賠償が否定されることはない。今日のフランスにおいては、等価物による履行論の問題提起を受けて、<sup>(273)</sup> 履行利益・信頼利益の区別や、解除と契約不履行に基づく損害賠償との関係についても、議論がなされつつあるが、右のような見方は、そこで、有力に主張されているものでもある。例えば、以下のような議論がそれである。契約不履行に基づく損害賠償の機能は、それが解除なしに請求されるときには、可能な範囲内で履行を受けなかった債権者を契約が正確に履行されていればそうであったであろう状況に位置付けることにあるが、解除とともに請求される場合には、契約が締結されなかったならばそうであったであろう状況に債権者を回復させることにあるところ、後者の場合にも、代替取引を締結する機会の喪失があったと見うるから、そこから得ることのできた利益の賠償を認めることができる。<sup>(274)</sup> 日本の議論状況から見れば、こうした主張自体に何らかの示唆が含まれているわけではないが、(一)で触れたようなフランスにおける従来

の議論状況との関連で見れば、解除との調整を図るために契約不履行に基づく損害賠償の中身からの議論がなされ、不法行為モデルからの離脱が図られていることは、確認しておくべきであろう。

しかし、こうした解釈は、少なくとも日本法に関する限り困難である。その理由は、何よりも、判例法理と実務に受け入れられている解決に反することに求められる。とりわけ、代替性のない取引の場合には、他の者と契約を締結していれば実現していたであろう利益を観念することはできないから、実際上の結論も現状と大きく乖離することになる。また、理論的に見た場合、右の理解によれば、契約不履行に基づく損害賠償が性質的に変更されることになってしまう。履行モデルはもちろん、契約Ⅱ賠償モデルにおいても、そこでの契約不履行に基づく損害賠償は債務者との間で締結された契約の利益を実現ないし填補するものとして位置付けられているから、他の者との契約から得られる利益の実現ないし填補をそこに含ませることは、理論的に不可能である。従って、仮にこうした要素を契約不履行に損害賠償の対象に含ませようとするならば、履行の実現あるいは契約を起点に据えた契約責任とは別の原理、枠組み、制度を用意しなければならないのである。<sup>(275)</sup>

もう一つは、解除からの議論である。確かに、契約解除は有用でなくなった契約からの離脱を認めるものであるが、これは、債権者に対してはや現実に履行されることが期待しえなくなった契約からの解除を認めるというだけで、その契約から得られるはずであった利益の放棄を強制するものではない。また、債務者側から見ても、解除の原因となる不履行を犯しながらそこから完全な離脱を認めることは適切ではない。<sup>(276)</sup> ローマ以来の長い伝統を持ち、今日の国際的立法やモデル・ルール、一部の国内法で使用されている表現を用いれば、債権者は、契約の解除によって、双務性の原理に基づき、被った損失に相当する部分を放棄しているが、そうであるからといって、失った利益に相当する部分を諦めているわけではないと理解するわけである。今日のフランスの学説にも、このような理解を示すものがある。例えば、フィリップ・レミイは、以下のように述べる。解除によって、債権

者は契約の対象への権利を失うことになるが、「そうであるからといって、契約からの離脱は、債権者が、その積極利益の一部を債務者に負担せしめることを放棄するわけではない。良く考えてみれば、不履行が債務者の責めに帰すべきものである場合に、何故、解除が債権者から全ての「正当な期待」を奪う効果を持つことになるのか。無効の場合に生ずる事態とは異なり、ここでは、有効な契約が締結されており、それによって債権者の履行利益は基礎付けられていたのである。給付を拒絶する権利や給付の返還を請求する権利に加えて、期待した利益の損失という効果を生じさせるならば、それは、恐らく、契約からの債権者の離脱以上のことを、解除の遡及効に要請していることになるのである」<sup>(278)</sup>。

契約不履行に基づく損害賠償の性質や中身に変更を加える議論には、理論的・実際的問題が内在していたから、履行モデルや契約Ⅱ賠償モデル下における契約不履行に基づく損害賠償と解除との関係を整合的に説明するための理論は、右のような解除からの議論に求められることになる。もともと、これは原理レベルでの調整であって、仮に解除の効果として契約の遡及的消滅を認めるのであれば、この点に対する対処も必要となる。しかし、右のように理解すれば、履行利益に相当する損害賠償を認めることと契約からの離脱を認めることの間には原理的な矛盾は存在しないことになるから、こうした法技術的問題は、それを制限するという形で容易に乗り越えられるのである。もちろん、その他の可能性もありうるのかもしれない。この意味で、本款の検討は、原理レベルの調整の一例を示したものに過ぎないとも言える。しかし、ここで重要なのは、契約不履行に基づく損害賠償や解除法理の原理的転換が叫ばれている中であって、こうした転換によって、契約不履行法の体系化にどのような影響が生じうるのか、現在の実定法における解決が成り立ちえなくなるのかという問題が生じうることを認識し、その問いを原理の側面から検討してみることなのである。従って、本款の検討は、契約不履行に基づく損害賠償の原理への問いを目的としている本稿にとって、極めて重要な意味を持つものと言うことができよう。

## 第二節 責任法

契約不履行に基づく損害賠償は、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。これが本節の検討課題である。契約不履行に基づく損害賠償の原理を問おうとしている本稿の立場からは、右の問いには、二つの意味が込められることになる。一つは、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に存在する制度上の相違をどのように理解するのか、より具体的に言えば、二つの損害賠償はいずれも損害の賠償を目的とする点において共通しているとの理解を前提に、類似の枠組みを用意し、それに基づいて制度を構築すべきなのか、それとも、二つの損害賠償が全く性質の異なる制度であることを前提として、類似の枠組みを用意する必要はないと考え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、改めて説明するまでもないであろう。もう一つは、契約不履行に基づく損害賠償の領域をどのように確定するのかという問いである。この問いは、契約責任の拡大や請求権競合問題として、多くの議論がなされてきた問題に関わるものであるところ、こうした問題が、契約不履行に基づく損害賠償の原理に対する態度決定に大きく依存していることは明らかであろう。

なお、具体的な考察に先立ち、本節の考察と右の諸問題に関する議論状況の関係について一言しておく。言うまでもなく、これらの問題については、いずれについても、膨大な量の議論の蓄積が存在しており、本稿の限られた紙幅の中で、その全てをフォローすることは不可能である。また、二つの損害賠償の関係を論ずるためには、不法行為からのアプローチも必要不可欠となる。しかも、不法行為法においては、その基本理念からして大きな対立があるし、現実の法は、多くの、そして、時に相反するような内容を持つ判例によって形成されてきたのであるから、この点から見ても、本稿で不法行為法のあり方を論じようとすることは無謀な企てであるとも言える。

しかし、伝統的学説において、契約不履行に基づく損害賠償の基本原理が不法行為のモデルに依拠して構築されてきたという経緯と、二つの損害賠償はいずれも同じ賠償の論理に属するという支配的理解に鑑みれば、契約不履行に基づく損害賠償の原理のあり方を問う本稿にとつて、その選択が不法行為法・民事責任法全体にどのような影響を及ぼすのかという問題は、重要な課題として浮かび上がってくる。そして、問題を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捉えるならば、たとえ不法行為法からのアプローチを試みなかったとしても（これを十分に踏まえていることはもちろんであるが）、右の諸問題に対する検討を深化させ、これまで抜け落ちていた視点を提供することができるよう思われるのである。

#### 第一款 類似・相違

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における制度の類似性ないし別異性という問題は、契約不履行に基づく損害賠償の性質に大きく関わっている。契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みをどのように捉えるのかによって、故意・過失による権利侵害・利益侵害の結果生じた損害の賠償を任務とする不法行為に基づく損害賠償との制度レベルにおける関係の捉え方も、変わってくるからである。なお、本款の検討は、現行民法の解釈論を対象とするのか、制度設計論を対象とするのかによって、異なる意味を持つことになる。まず、前者の文脈で言えば、現行民法は、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に対して、それぞれ異なる制度を与えているために、二つの損害賠償の間に存在する制度の相違をどのように正当化するのかという問いに結実することになる。これに対して、後者の文脈では、こうした現行法による制約を受けることはないから、二つの損害賠償に関する各制度をどのように設計すれば良いのかという問いが提起されることになるのである。後者の問題については、既に別稿で検討している<sup>279</sup>ので、ここでは、前者の問題のみに言及しておくことに

しよう。

ところで、二つの損害賠償制度の類似性・異別性という観点から取り上げられるべき対象は、極めて多い。しかしながら、その中には、損害賠償の原理に関わらない問題も多く含まれていることに鑑みれば、フランスの学説が行っているように、二つの損害賠償の規律のあり方を網羅的に取り上げて検討することは、叙述を徒に長大化させるだけで本稿の問題関心に適うものでもない。契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みと制度のあり方の関係を問うという本款課題からすれば、理論モデルによる相違が最も顕著な形で現れる、帰責・免責の問題と損害賠償の範囲の問題を議論の対象とすれば十分である。

(一) 賠償モデルにおける制度の類似

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を賠償するための制度として捉えるものである。このモデルにおいて、契約不履行に基づく損害賠償は、故意・過失による権利侵害・利益侵害の結果生じた損害の賠償を任務とする不法行為に基づく損害賠償と、同じメカニズムを有することになる。今日においては、両者の同一性を追い求める不法行為Ⅱ賠償モデルの他に、契約の特殊性を考慮した契約Ⅱ賠償モデルも提唱されているが、そうであるからといって、賠償のメカニズムが放棄されているわけではない。この場合であつても、契約不履行に基づく損害賠償は、契約的な色彩を帯びながらも、惹起された損害を賠償するための制度であるという点において、不法行為と共通性を持つことになる。そのため、このモデルの下では、二つの損害賠償制度の帰責・免責及び賠償範囲確定ルールについて、同じ論理を基礎とした判断枠組みが作られることになる。二つの個別問題に即して、その意味を確認していこう。

まず、帰責・免責の問題について見ると、<sup>(28)</sup>そこでは、二つの損害賠償ともに、一定の理由に基づいて損害賠償責任が課され、場合によって、一定の理由に基づいて損害賠償が免責されるという判断構造が、必然的に採用さ

れる。この点、二つの損害賠償制度を損害賠償債権なる項目の下で統一的に論じていたかつての支配的学説の流れを汲む学説や、フランスの伝統的通説は、いずれの領域においても、故意・過失ないしフォートに基づいて損害賠償責任が課されるという枠組みを構築した。これは、前述のような判断構造を前提に、そこに乗せる内容までも一元化しようとしたものと見ることが出来る。他方、契約を起点に据えた契約責任を標榜する近時の学説は、過失責任主義を放棄しているから、表面上は、必ずしも、右の判断構造に依拠していないようにも見える。しかし、ここでも、やはり、約束に違反したというモメントにより損害賠償責任が課され、不可抗力や契約において引き受けていなかった事由による債務不履行の場合には、損害賠償を免責するという判断枠組みが基礎になっている。<sup>(281)</sup> 帰責原理こそ異なるものの、二つの損害賠償において、帰責・免責という構造が基礎となっていることに変わりはないのである。従って、ここからは、賠償の論理に依拠する限り、二つの損害賠償の帰責・免責に関わる制度を同一の判断構造の上に構築せざるをえないことが分かるであろう。

このことは、賠償範囲確定ルールについても妥当する。<sup>(282)</sup> すなわち、賠償の論理の下では、不履行（有責・違法な行為）によって生じた損害である限り、その全てが賠償の対象になるという判断構造、あるいは、一定のルールに基づいてそれを制限するという判断構造が、必然的に基礎とされる。この点、伝統的通説及び判例は、賠償の範囲は相当因果関係の有無によって決せられるとの認識の下、債務不履行に基づく損害賠償の領域で相当因果関係を規定している民法四一六条が不法行為に基づく損害賠償にも類推適用ないし準用されると理解した。これは、先に述べた判断構造のうちの前者を前提に、そこに乗せる内容までも一元化しようとしたものと見ることが出来る。他方、契約責任の特殊性を強調する近時の学説は、相当因果関係による判断を否定し、契約利益の価値的実現という方向性を目指しているから、右の判断構造が放棄されているようにも見える。しかし、ここでも、やはり、二つの損害賠償が同一の判断構造に服していることに変わりはない。契約利益説の源流である保

護範圍説は、要件レベルでは原因行為と事実的因果關係に立つ損害の全てが賠償の対象になるところ、これを規範の保護目的の考え方によって制約し、しかも、二つの損害賠償制度に区別なく妥当させようとするものだからである。つまり、規範の保護目的の内容こそ異なるものの、いずれの損害賠償の領域においても、同じメカニズムによる賠償範囲の制限が問題となっているのである。従って、ここからは、賠償の論理を前提とする限り、二つの損害賠償の範囲に関わる制度を同一の判断構造の上に構築すべき要請が働くと言うことができよう。

これらの問題からも明らかになるように、賠償モデルの考え方からは、損害賠償の原理に関わるものについては、二つの損害賠償の各制度を、少なくとも賠償の論理に従った同一の判断構造に服せしめるべきことが帰結される。もちろん、伝統的通説のように、その判断構造だけでなく具体的なルールについてまでも統一する必要はなく、近時の学説が行っているような形で、判断構造を共有させつつ具体的なルールに違いを設けることも可能である。帰責・免責の枠組みで言えば、過失責任主義と契約の拘束力、賠償範囲確定ルールで言えば、規範の保護目的の中身の相違がそれである。しかし、現行民法は、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区別して扱い、少なくともその体系及び条文の上では、両者の判断構造を異なるものとして捉えている。そうすると、現行民法の解釈枠組みとしては、二つの損害賠償制度における判断構造が共通であることを前提とした議論、つまり、賠償モデルを展開することには大きな困難を伴う。これが(一)において確認されるべき認識である。

## (二) 履行モデルにおける制度の相違

(一)では、賠償モデルが、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各制度における判断構造の同一性、具体的ルールの類似性を要請するモデルであることを明らかにした。つまり、ここでは、二つの損害賠償制度の解釈及び設計に際して、それぞれの損害賠償の側からの制約が相互に課せられているのである。しか

しながら、本稿の考察によれば、こうした規律のあり方が絶対的なものでないことは明らかである。すなわち、履行モデルは、契約不履行に基づく損害賠償を、実現されなかった契約の履行を確保するための制度として把握するものである。この考え方を前提とするならば、契約不履行に基づく損害賠償は、債権の効力として位置付けられるべき実態を持つことになるから、ここに、不法行為に基づく損害賠償のような賠償の論理が介在する余地は存在しない。履行モデルの下では、同じ判断構造に基づいて二つの損害賠償の制度を解釈・設計すること自体が、論理矛盾となる。言い換えれば、契約不履行に基づく損害賠償の制度は、履行の論理に従って検討されるべき問題であるのに対して、不法行為に基づく損害賠償の制度は、賠償の論理に従って、それ自体、独立に検討されるべき開かれた問題なのである。

このことの意味を、(一)で取り上げた二つの問題に即して言えば、以下のようになる。

まず、債務者ないし行為者が損害賠償の支払いを義務付けられる根拠の問題について言えば、契約不履行に基づく損害賠償においては、不法行為法のように、帰責・免責という枠組みを採用する必要がない。履行モデルによれば、帰責のためのファクター、免責のための要素という枠組みを設定することなく、債務不履行と実現の限界からなる要件論を構築することができる。この点、現行民法及び改正の諸提案における債務不履行に基づく損害賠償の一般規定では、規定上、賠償モデルにおける帰責のプロセスが明確に表現されているわけではなかった。従って、実際上の規定のあり方としては、前述のような意味内容を、現行民法四一五条、民法改正研究会の正案三四二条、債権法改正の基本方針【3.1.1.62】及び【3.1.1.63】の中に読み込むことは、十分に可能であるし、むしろ、こうした読みの方が、条文の文言に適合的であるように見えるのである。

次に、賠償範囲確定ルールに関して言うと、契約不履行に基づく損害賠償については、履行の論理に従って、当事者が契約を通じて実現することを予定したものによってその範囲が画されるのに対し、不法行為に基づく損

害賠償においては、賠償の論理に従って、その範囲を確定するための規律が設けられることになる。従って、契約Ⅱ賠償モデルにおけるように、不法行為法において、規範の保護目的の考え方を取り入れなければならないとの要請は存在しない。言い換えれば、不法行為法の解釈・制度設計に際して、相当因果関係の論理に従った賠償範囲確定ルールを採用することも、規範の保護目的の考え方に基づいた賠償範囲確定ルールを取り入れることも、排除されないことである。これは、不法行為法の基本理念・思想を考慮した上で決せられるべき、契約不履行に基づく損害賠償から独立した問題として位置付けられるべきものである。そうすると、少なくとも、規定の上では、現行民法のように、債務不履行に基づく損害賠償についてのみ、契約の特殊性を考慮した賠償範囲確定ルールを設け、不法行為に基づく損害賠償については、何らの規定も用意しないという態度は、必ずしも、不適切なものとは言えないことになろう。<sup>(283)</sup>

## 第二款 拡大・縮小

叙述の便宜のために、一定の者に損害賠償を課すための規範の総体を民事責任と呼ぶことにしよう。<sup>(284)</sup> この民事責任という法領域において、二つの損害賠償の関係を問うとすれば、そこには、それぞれの対象領域、とりわけ、契約不履行に基づく損害賠償の領域をどのように確定するのか、仮にそれぞれの要件を充足するケースが存在するとして、二つの損害賠償の適用関係をどのように規律するかという、二つの異なった問題が浮かび上がってくる。このうち、第二の問題、すなわち、伝統的に請求権競合論と呼ばれてきた問題は、契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みという視点に関連するものではあるが、そこから、直接的に一定の帰結が導かれるという性質の問題ではない。もちろん、古くから指摘されてきたように、<sup>(285)</sup> 契約上の規律を尊重するという態度決定は、契約不履行に基づく損害賠償のルールを優先的に適用するという立場に親和的ではある。しかし、そうであるとすれ

ば、この契約の尊重という視点が持つ意味を、契約法（及び民事責任法）全体の考察を通じて明らかにした後でなければ、真の意味で契約不履行に基づく損害賠償を優先的に適用すべきであるのか、また、優先的に適用されるというのはどのようなことを意味しているのかという問いに応えることはできないはずである。この意味で、本稿が採用する視点のみから、この問題へとアプローチを試みることは、危険ですらあると言える。そこで、以下では、この第二の問題が重要であることを認識しつつも、第一の問題に限定して議論を行うことにする。<sup>(286)</sup>

ところで、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領域上の関係という問題は、前者の領域をどのように確定するのかという問いに関わるものである。もちろん、この問いに与えられる意味は、先に触れた第二の問題への対処方法によって異なる。フランス法のように、二つの損害賠償の非競合を前提とする法システムの下では、契約不履行に基づく損害賠償の領域を確定することは、不法行為に基づく損害賠償の領域を確定することに繋がる。これに対して、日本の実定法のように、二つの損害賠償の競合を前提とするならば、<sup>(287)</sup>右のような対応関係は存在しない。しかし、それでもなお、契約不履行に基づく損害賠償の領域確定のメカニズムを解明しておくことが有益な作業であるという点に疑いはないであろう。

念のため、本款の問題関心を確認しておく。契約不履行に基づく損害賠償の領域を實際上どのように確定するのかという問いは、議論の前提とされている契約思想・構想に大きく規定される。本款は、それ自体を問おうとするものではない。そうではなくて、ここでは、こうした契約思想、構想を考慮に入れつつ、各理論モデルの下における契約不履行に基づく損害賠償の領域確定のメカニズムを解明しようとするものである。

#### （一）賠償モデルと領域の拡大<sup>(288)</sup>

賠償モデルの論理構造によれば、債権者による契約不履行に基づく損害賠償の請求を認めるためには、有責かつ違法な行為によって損害が発生したこと、言い換えれば、有責かつ違法な行為、損害、因果関係という三要素

が充足される必要がある。もともと、伝統的通説は、フランスの通説的理解のように、有責性と不履行判断の調整を行っていないから、そこでは、右の三要素に不履行が付け加えられることになる。ところで、不履行以外の三要素に関しては、二つの損害賠償の間に理論的な相違が説かれることはなかった。そうすると、日本の賠償モデルの下では、不履行が認定されれば、あとは不法行為法と同じ判断プロセスを辿ることによって、契約不履行に基づく損害賠償の肯否を決定することができる。ここから、賠償モデルの論理構造においては、被害者による契約不履行に基づく損害賠償の請求を認めるかどうかを決定するに際して、不履行の存在が決定的に重要な役割を果たしているとの理解が導かれよう。このことを反対から言えば、不履行の存在が認められさえすれば、問題となっているケースを契約不履行に基づく損害賠償の領域に含めることができるということになる。結局、賠償モデルの下では、不履行判断の基礎となる債務を拡大すれば、それだけ、理論的な抵抗を受けることなく、契約不履行に基づく損害賠償の領域を拡大することができるのである。従来の議論における契約責任の拡張を支持していたのは、このような賠償モデルの論理構造に他ならない。

その最も典型的な例が、判例による安全配慮義務の生成、学説による統一的保護関係論の提唱である。周知のように、最高裁は、昭和五〇年二月二四日判決において、安全配慮義務の存在を認め、これを「ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の關係に入った当事者間において、当該法律關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として一般的に認められるべきもの」とした<sup>(289)</sup>。そして、下級審裁判例は、このような最高裁の立場を受ける形で、雇用・労働關係の事案を超え、多くの契約類型の中に安全配慮義務を発生・適用していった<sup>(290)</sup>。また、学説も、これと前後するようにして、契約締結段階、契約の履行過程、契約の履行後という各段階において觀念される、完全性利益の保護を目的とした保護義務の存在と、これを契約的接觸の關係から生ずる法定的義務として捉える構想を展開していったのである<sup>(291)</sup>。こうした見方を先に提示した賠償モデル

の論理構造から分析すれば、当時の議論が行ったことは、他人の生命や健康を害しないように注意するという一般的な注意義務を、公務員や労働者の「生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務」や保護義務として定式化し、契約不履行に基づく損害賠償の基礎としての不履行を多様化して、その領域を拡大させることであったと見るべきであろう。

こうした手法は、二〇世紀フランスの破毀院判例によっても採用されていたが、日本の判例・学説の手法をフランスのそれと対比するならば、そこには、顕著な相違を見出すことができる。すなわち、二〇世紀のフランスの破毀院判例も、各契約類型の中に安全債務を読み込むこと<sup>(292)</sup>や、他人のための約定を通じて安全債務の恩恵を契約当事者以外の第三者に拡大したり、あるいは、損害賠償を目的とする無償援助の合意を観念したりすること<sup>(294)</sup>で、契約責任の前提となる契約債務及び契約の拡大を実現してきた。しかし、これらの各契約類型における義務の拡大と、義務の源となりうる契約の拡大は、あくまでも契約に結び付けられる形で行われていた。これに対して、日本の議論において義務の増大と結び付いていたのは、「ある法律関係に基づく特別な社会的接触の関係」であって、契約ではなかった。つまり、純粹に理論的な視点から見れば、不履行に基づく損害賠償の要件としての不履行は、契約から生じた債務の不履行に限定されていないのである。このように契約と結び付けることなく不履行やその前提となる債務の範囲を増大させるということは、反対から言えば、契約という明確な枠による制御を受けることなくして不履行や債務を拡大しようということを意味している。そうすると、あくまでも「ある法律関係に基づく特別な社会的接触の関係」の意味をどのように捉えるかという点にはあるが、ここには、フランス以上に、契約不履行に基づく損害賠償の領域を著しく拡大させる契機が含まれていると同時に、こうした拡大に対して、契約と関連付けた形での批判的言明を提起する可能性を封ずる効果も内在していると見ることができるのである。

更に、こうした見方は二つの損害賠償制度の流動化へと繋がる可能性を秘めている。フランスの伝統的通説においては、その境界を明確に区別することができるかどうかは別として、少なくとも理論上は、契約や契約債務の有無によって、契約不履行に基づく損害賠償の領域が画されることになる。<sup>(295)</sup>なるほど、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は、同一の理論枠組みに基礎を置いている。しかし、前者が契約という指標を超えて拡大することはありえない。また、安全債務に典型的な形で見られるように、かつては不法行為法の領域で捉えられていたものが契約の問題として構成されることもありうるから、当該債務がいずれの領域に属するものと性質決定されるのかという意味での流動性は存在する。とはいえ、右のような意味での流動性を超えて、現行法の解釈の枠内で、ある事実の中に、契約、契約債務、契約債務の違反の存在が認定され、当該ケースが契約不履行に基づく損害賠償の問題と性質決定されながら、なお、不法行為に基づく損害賠償と同様の規律を受けるといふ事態が生ずることはない。言い換えれば、少なくとも個別的な問題の解釈論の枠内では、二つの損害賠償それぞれ自体が流動化することはないのである。<sup>(296)(297)</sup>

これに対して、日本の判例・学説の捉え方によれば、契約不履行に基づく損害賠償の領域は、契約及び「ある法律関係に基づく特別な社会的接触の関係」によって画されることになるが、後者から生ずる義務と不法行為に基づく損害賠償の基礎となりうるような社会的な義務の境界は、契約という指標を媒介していない以上、曖昧なものとなりうる。契約とは別の「ある法律関係に基づく特別な社会的接触の関係」には、法律関係という契約的なファクターと、社会的接触の関係という社会的なファクターがともに含まれているから、そこから生ずる債務、更には、当該債務の不履行に基づく損害賠償は、典型的な契約不履行に基づく損害賠償とも、典型的な不法行為に基づく損害賠償とも言えない性質を帯びることになるのである。ここにおいて、二つの損害賠償の制度的統一、<sup>(298)</sup>あるいは、二つの損害賠償の中間領域を構想する可能性が生ずる。つまり、日本の判例・学説が用いた手法は、

責任原因としての不履行の前提概念の捉え方が流動的であるため、その違反に基づく損害賠償の性質も流動的に理解せざるをえなくなるような議論だったのである。安全配慮義務の問題が盛んに論じられていた時代の学説の中には、安全配慮義務に基づく損害賠償を債務不履行と性質決定しつつも、それに対して不法行為規範を適用すべき旨を説くものが多く存在していたし、また、ここでの問題が契約責任と不法行為責任の中間的な領域に属すること等を理由として、それに適した規範の発見・創造が行われるべき旨を説く見解もあつたが、<sup>(299)</sup>こうした主張の背後には、利益衡（考）量という当時の民法学界における支配的な方法論の影響も指摘しうるが、それ以上に、右のような契約不履行に基づく損害賠償の基礎となりうる債務の捉え方の影響があつたと言ふことができる。これを別の視点から見れば、賠償モデルを前提とする場合、債務不履行に基づく損害賠償の基礎となる債務を契約から切り離し、債権総則上の制度であることを強調すればする程、それは、不法行為に基づく損害賠償へと接近、更には、融合せざるを得ないということになるのである。

しかし、こうした議論は、少なくとも現行民法の解釈としては困難を伴うものである。

まず、現在の民法の下において、二つの損害賠償制度を完全に一元化することは不可能である。次に、二つの損害賠償の中間領域を構想する議論についてはどうか。仮に、このタイプの議論が、安全配慮義務ないし保護義務違反に基づく損害賠償について、債務不履行に基づく損害賠償とも不法行為に基づく損害賠償とも異なる第三のカテゴリーとしての損害賠償を構築しようとするもの、あるいは、こうしたカテゴリー化、性質決定を問題にする必要がない旨を説くものであるとすれば、既に請求権競合論の場面における規範統合の議論に対する批判として繰り返し述べられてきたのと同じ指摘<sup>(301)</sup>、つまり、解釈の枠を超えろという批判が、ここでもなされることになる<sup>(302)</sup>。もちろん、こうした指摘は、法解釈の方法に関わるものであり、それ自体を本稿の問題関心から論ずることはできない。ただ、本稿の分析視角を用いて言えば、右のような議論の背後には、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が同一の性質と機能を有しているという認識、従って、これら二つのカテゴリーへの分類はそれほど意味を持たないという理解が存在し、その結果、有責な行為によって生じた損害を賠償するための制度として広大な領域を持つ損害賠償法を構想し、その中で事案の特性に合わせ多様なヴァリエーションを持つ制度を構築していこうとする解釈枠組みが生まれたものと見ることができると、このタイプの議論は、二つの損害賠償制度の完全な一元化を志向する立場と基本的には同じ前提に依拠しているということになる。

また、安全配慮義務や保護義務の中間的性質を強調する見解には、あくまでも問題を債務不履行に基づく損害賠償の枠内で捉えつつ、本来的な債務不履行とは性質的に異なっていることを理由に、それに適した要件・効果の枠組みを構築すべき旨を説くタイプの議論も存在する。<sup>303</sup>安全配慮義務に関する判例法理は、その違反に基づく損害賠償が債務不履行であることを基本としつつ、時効の局面に限って不法行為に基づく損害賠償と同じように損害発生時から消滅時効を起算させているわけであるから、まさにこのタイプの議論に属するものと言うことができよう。これらは、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という二つのカテゴリーが存在することを前提とした上で、問題となる事例をいずれかの領域に属せしめようとするものであり、この意味において、二つの損害賠償制度を一元化ないし融合化しようとする議論とは異なっているようにも見える。しかし、より踏み込んで検討するならば、このタイプの議論も、その実質においては、先に述べた二つの見解と相違ないように思われる。

この理解によれば、契約不履行に基づく損害賠償の中には、二つの（場合によっては、それ以上の）制度が予定されることになる。ところで、民法は、契約不履行に基づく損害賠償、不法行為に基づく損害賠償について、それぞれの領域で問題となる事例を想定しながらそれに適した基本原理を設定し、こうした基本原理から正当化する

ることの可能な制度を設計したはずである。前稿においては、このような問題関心に基づき、民法における債務不履行規定の分析を行い、その中に、債務不履行に基づく損害賠償を、履行されなかった契約債務の実現を確保するための制度として捉えるモデルを読み込んだわけであるが、<sup>(304)</sup> 仮に、こうした見方を共有しない、つまり、ここの損害賠償を、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モデルを前提とする場合であっても、基本原理から制度を正当化するという要請が消えるわけではない。この点、右の議論は、個人意思を法政策的な原理とする基本的契約責任と、社会制度Ⅱ組織的な原理を基礎とする補充的契約責任とを観念しているから、<sup>(305)</sup> こうした原理の相違から、それぞれの制度の差異を説明していくことになるのかもしれない。しかし、そもそも、こうした異なる原理に基づく複数の損害賠償制度を同一のカテゴリーの中で扱うことは可能か。仮にこれらの問題群が法の欠缺に属する事例であるとしても、このような取扱いは許されないのではないか。ここでは、個人意思に基礎を置くはずの債務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ような意味で、<sup>(306)</sup> 雑多な事案を包含する一般条項と化してしまっている。

このように考えてくると、右の議論は、民法における債務不履行に基づく損害賠償の制度について、必ずしも原理に基礎付けられた要請とは見ておらず、それを純粹に技術的なもの、あるいは、不法行為法と同じく損害の衡平な分担を可能にするための道具と認識した上で、議論を展開しているように見受けられる。仮に民法の債務不履行規定が特定の原理に基づく要請として受け止められているのであれば、それと同じカテゴリーの中に、それとは異なる要件・効果を持つ制度を構築することは困難であるように思われるからである。そうすると、この見解は、契約不履行に基づく損害賠償というカテゴリーに重要性を見るものではない、別の言い方をすれば、契約不履行に基づく損害賠償に対して、不法行為に基づく損害賠償を含めた広大な損害賠償法における、一つのありうる衡平の図り方を示した制度としての位置付けしか与えないものと言うことができよう。かくして、ここで

の議論は、結局のところ、民法の予定しない第三のカテゴリーの構築を回避するために、問題となる事例を債務不履行というカテゴリーに押し込めて、表面的な体裁を整えているだけであるように思われるのである。そうであるとするれば、このタイプの議論は、二つの損害賠償制度の完全な一元化を志向する立場、第三のカテゴリーの損害賠償を構想する立場と、基本的には同じ前提に依拠しているものと見ることができるのである。

ところで、こうした契約責任の領域を著しく拡張する方向性での見解に対しては、賠償モデルの論理構造を利用した形での議論を共有し、保護義務の存在を肯定する立場からも、疑問が投げかけられており、その後、保護義務と契約の関連性を問うべきである旨の議論が展開されている。<sup>(307)</sup> 例えば、完全性利益の保護が契約で保障された給付利益の実現と関連付けられているかどうかを問い、問題となるケースを、完全性利益が主たる給付利益を構成している場合、完全性利益の保護が契約目的実現のために求められている場合、完全性利益が契約目的実現の過程に関連付けられる場合、完全性利益の侵害が事実的な社会的接触で生ずる場合とに区別した上で、第三の類型については、完全性利益の開示、注意の相手方への付託、給付利益実現過程性、危険実現の特殊性という四つのファクターを満たす場合に限って、これを契約の問題とする一方、第四の類型に関しては、契約ではなく不法行為責任の問題として捉える見解等が、これである。<sup>(308)</sup>

右の議論は、保護義務の基礎を契約と関連付けて把握しようとするものであるから、ここでは、安全配慮義務や統一的保護関係理論に見られた、契約を超えた責任原因の構想、二つの損害賠償制度の流動化という特徴が後景に退き、それに代わって、契約ないし契約規範という視点が前面に押し出されていることが分かる。つまり、この立場は、契約を超える義務の存在を観念し、当該義務の不履行を債務不履行に基づく損害賠償の対象に含ませようとする議論ではない。これは、あくまでも契約と結び付けた形で契約領域における義務の多様化を実現し、これを契約不履行に基づく損害賠償の問題に取りこもうとするものなのである。このことを賠償モデルの論理構

造という問題意識から捉えるならば、以下のように言うことができよう。賠償モデルは、不履行、そして、その前提となる債務の範囲を拡張すれば、それだけで契約不履行に基づく損害賠償の領域を拡大しうる理論モデルであるところ、この立場は、契約上の義務を多元化することによってこれを成し遂げようとするものである。もちろん、この議論は、契約不履行に基づく損害賠償の領域拡大とは反対に、契約ないし契約規範の構造分析を踏まえて、それ以前の議論によって広がり過ぎた契約責任の範囲を限定するという問題意識に出たものであるから、<sup>(309)</sup>学説史の文脈で見れば、契約不履行に基づく損害賠償の領域を拡大するという叙述は、必ずしも正確とは言えない。しかし、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分析枠組みとして設定するならば、右のように評価することができるのであって、このことは、正確に認識しておくべきであろう。

また、この立場については、以下の諸点を指摘しておかなければならない。

第一に、保護義務が契約の内容や目的から直接的に導かれない場合、反対から言えば、完全性利益が契約目的実現の過程に関連付けられ、その結果、保護義務が契約責任の領域に服せしめられる場合（第三の類型）においては、このような保護義務違反に基づく損害賠償と、通常の契約不履行に基づく損害賠償を、同一の原理、同一の制度に服せしめることができるのかという点である。例えば、近時の学説のように、契約不履行に基づく損害賠償における帰責の根拠を契約の拘束力に対する違反に求めることを前提として、保護義務違反に基づく損害賠償の基礎付けを考えてみる。なるほど、契約の拘束力による帰責の説明の意味を自らの意思によって設定した契約規範に従わなかったという文脈で捉えるときには、仮に自らの意思に重きを置かず契約規範に従わなかったという部分に重点を置くのであれば、保護義務違反に基づく損害賠償を正当化することが可能になるのかもしれない。しかし、そうではなく、この意味を約束したという文脈で捉えるときには、保護義務違反に基づく損害賠償について、こうした視点から基礎付けを行うことには困難を伴う。<sup>(310)</sup>また、契約不履行に基づく損害賠償の範囲を

当該契約によって保護されている利益によって画する立場を前提に、保護義務違反に基づく損害賠償の範囲の確定ルールを考えてみる。確かに、保護義務を契約規範の中に取り込むのであれば、完全性利益も契約規範によって保護された利益ということになるから、こうした原理によって賠償範囲の問題を規律することができる。しかし、契約の内容や目的を構成していない利益に関わる賠償の範囲を民法四一六条の予見可能性という規範言明によって説明することは困難である。このように、保護義務の問題を契約との関連において正当化しようとする議論においては、それが適切な範囲に限定されている限り、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融合化という問題は生じないが、前者の中に本来予定されているものとは異質な性質を持つ損害賠償が含まれる結果、原理の理解や制度の説明のレベルにおいて問題を生ぜしめる可能性が存在しているのである。

第二に、当事者意思や契約類型から導くことのできない保護義務を觀念することに、どのような意味が存するかという点である。周知のように、安全配慮義務や保護義務の議論が登場するに至ったのは、これらを債務不履行と性質決定することによって、被害者に（適切と考えられた）賠償を提供するという目的に出たものであった。しかし、今日においては、消滅時効期間の単純な長短を除き、<sup>(31)</sup>これらの義務を債務不履行と性質決定する実践的な理由は存在しない。<sup>(32)</sup>また、安全配慮義務や保護義務の問題は、不法行為法によって十分にカバーしうるものである。<sup>(33)</sup>そうすると、賠償モデルの論理構造を利用して、契約の内容や目的から直接的に導くことのできない保護義務を觀念することに、現代社会の要請から見て実質的な意味は存しないということになる。このことは、契約不履行に基づく損害賠償の諸問題を考察するに際して、賠償モデルを基礎としなければならない必然性が存しないことを意味している。従って、問題は、右のように一定の保護義務をも含む形で契約や契約規範を捉え、これを契約不履行に基づく損害賠償の枠内で受け止める議論と、契約の内容や目的を構成しない保護義務については、契約を取り巻く規範ではあるが、契約制度で規律されるべきものではないと見た上で、これを契約不履行

に基づく損害賠償の枠内から除外する議論とにおいて、どちらが契約という民法の中核をなす制度の基本的な思想・考え方に適合的なモデルであるのかという点に存することになる。そして、これを本稿の問題関心に即して見ると、前者の議論を可能ならしめているのが賠償モデル、後者の議論に親和的であるのが履行モデルということになるから、結局のところ、右の問いは賠償モデルと履行モデルとにおいて、どちらが契約不履行に基づく損害賠償に関する諸問題を理論的に説明しうるモデルであるのか、あるいは、より広く、契約不履行法、民事責任法、更には、民法全体との関連で、どちらが体系的な整合性を持ちうるモデルであるのか、更には、契約という制度の本質に適合するモデルであるのかという問いへと繋がることになる。これまでにおける考察からは、本稿が履行モデルを基礎とした議論を構築すべき旨を説くものであることは、明らかであろう。以下、項目を改めて、この点を明確に提示しておくことにする。

## （二）履行モデルと領域の縮小？

履行モデルによれば、契約不履行に基づく損害賠償によって充足される対象は、契約によって実現されることを企図したが実際にはそうならなかった利益である。従って、ここでは、契約不履行に基づく損害賠償を、こうした要素以外の損害を賠償するために用いることはできない。これが、履行モデルの下における契約不履行に基づく損害賠償の領域確定の基準となる。もちろん、契約ないし債権の内容が一義的に定まるものでない以上、この命題を超えて、その実現手段である契約不履行に基づく損害賠償の領域を明確にすることは不可能であるが、さしあたり、右のような基本的理解を確認しておく必要がある。

まずは、契約当事者の身体的完全性の問題を考えてみよう。右の理解によれば、身体的安全の問題が当事者の個別の合意や類型的判断により契約の中で予定されているものと評価することができる場合、それは契約不履行に基づく損害賠償の対象となりうる。しかし、そうでない限り、身体的損害の賠償は広い意味での不法行為法の

管轄に属する。現実の履行請求と損害賠償請求を論じたコンテキストでの表現を用いて言えば、ここでは、各契約において身体的完全性の保護が債権の持つ「履行請求権」の内容を構成しているかどうかという点が決定的に重要となるのである。この点、フランスにおける等価物による履行論は、必ずしも明確ではないが、身体的損害の全てを契約不履行に基づく損害賠償の領域から除外しているようにも見受けられた。しかし、契約不履行に基づく損害賠償を契約において予定した利益の実現方法として捉えるとしても、生命、身体、健康等の保護が、契約の中身を構成している場合や、契約の目的実現に必要な不可欠である場合においては、これらの問題が契約で予定された利益を構成しているわけであるから、生命や身体に対する侵害が生じたときには、契約不履行に基づく損害賠償によって、その利益の実現が確保されなければならない。これが履行モデルから導かれる帰結である。また、右のように捉えると、これまで保護義務として観念されてきたものに一定の限定を加えることになるが、そうであるからといって、日本法の現状の下で、何らかの実際的不都合が生ずるわけではない。

このように理解すると、履行モデルにおける契約不履行に基づく損害賠償の領域は、現在の法状況、より正確に言えば、賠償モデルを前提とした議論の中に存在する領域拡大の可能性との関連では、確かに、その領域を縮小するものと言えるが、当事者が予定した利益の実現という契約本来の機能を基点にして見たときには、その領域を縮小するものとは言えず、むしろ、契約の機能をそのまま損害賠償の領域論に移行させたものと言うことができる。(二)の表題に「？」を付けた意味はそこにある。

また、こうした理解は、契約上の債務や義務の捉え方にも反映する。履行モデルは、債権者が契約を通じて獲得しようとした利益が実現されているかという点を決定的に重要なものとして認識するモデルである。これによれば、契約不履行に基づく損害賠償は、不履行によって何らかの損害が発生したことではなく、不履行によって満足が得られなかったことを理由として、その支払いを命ぜられる。このような視点から見た場合、契約当事者

間において、契約利益の実現に向けた様々な債務が課されることは何ら否定されない。契約利益の実現を最適化し、あるいは、その保持を確実にするための拘束を、契約当事者が負うべき契約債務として観念することは自然なことでもある。ただし、ここでは、あくまでも、これらの契約上の諸債務によって契約利益の実現が妨げられたことを原因として、契約不履行に基づく損害賠償の請求が認められるという構造になっていることを、改めて強調しておかなければならない。

別の視点から言えば、契約利益の実現に関わらない拘束は、たとえ契約当事者が負うものであっても、契約不履行に基づく損害賠償における不履行判断の基礎となる契約債務ではないということになる。近年の判例で問題となった貸金業者の取引履歴開示義務を例にとれば、<sup>314</sup>貸金業者に課される取引履歴開示義務は、貸金法の適用を受ける金銭消費貸借契約の目的それ自体でないことはもちろん、その実現に寄与したり、あるいは、それを最適化するものでもない。つまり、貸金業者による取引履歴の開示・不開示は、借主が金銭消費貸借契約で予定した利益の実現には影響を及ぼさない。従って、仮に貸金業者が取引履歴を開示しなかったことによって借主に損害が生じたとしても、これが契約不履行に基づく損害賠償によって填補されることはないのである。<sup>315</sup>最高裁が、貸金業者に対し「貸金法の適用を受ける金銭消費貸借契約の付随義務」として取引履歴開示義務を負わせながら、この義務違反に基づく損害賠償を不法行為と性質決定したのも、このような趣旨を言うものとして理解することができる。これに対して、賠償モデルの論理構造によれば、損害が契約債務の不履行によって生じたものと評価される限り、債権者は契約不履行に基づく損害賠償を請求しうるはずであるから、契約上の義務の存在を認定しながら、その違反に基づく損害賠償を不法行為と性質決定することは許されないであろう。<sup>316</sup>

以上のことをより一般化して言うならば、次のように定式化することができる。契約不履行に基づく損害賠償の領域は、当事者が合意や類型の選択により契約で予定した利益の範囲によって、かつ、その利益が実現されな

かつた範囲によって画される。もちろん、契約当事者に対しては、契約利益の実現に向けた諸債務だけでなく、それとは直接関わりのない諸義務が課せられていることもあるし、その違反によって相手方に損害が生ずることもある。しかし、こうした契約利益の実現とは関わりのない損害を契約不履行に基づく損害賠償の対象に含ませることはできない。そもそも、契約利益の中身に直接関わらない義務群は、たとえ契約当事者が負うものであっても、社会生活における一般的な要求が当該契約ないし特定の契約類型との関連で具体化されたものに過ぎないと見るべきである。<sup>(317)(318)</sup> 例えば、契約当事者に対しては、相手方の利益に配慮した誠実な行態が求められるが、これも、各契約（類型）における目的の実現に必要な不可欠なものとなっている場合を除き、社会生活において各人に求められる誠実と同じレベルの問題として捉えることができる。そうである以上、契約の存否という事実のみによつて、当該義務の性質が変わるものと理解すべきではない。<sup>(319)</sup> 反対に、問題となっている拘束が当該契約ないし特定の契約類型に固有の要請であるというのであれば、それは契約債務であり、当事者によつて予定された契約上の利益を構成しているのである。

そうすると、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は、債務や義務の問題と密接不可分の関係にある契約観、契約思想、契約構想といった問題について、特定の考え方を前提としなければ成り立ちえないものではないということになる。フランスにおいては、契約不履行に基づく損害賠償の性質をめぐる議論の背後に、契約の基本構想や思想に関する法政策的な議論を読み取り、等価物による履行論に対して、こうした契約に関わる諸義務を契約から排除しようとする構想、より一般的なコンテキストで言えば、意思自治論者、あるいは、そこまでいかなくても、意思主義論者の主張であり、意思に基づく契約法の再生を試みようとするテーゼであるとの批判を行う学説も存在する。<sup>(320)</sup> しかし、このような理解が適切でないことは明らかである。等価物による履行の本質、そして、そこでの議論を基礎として日本法のコンテキストの下で再構成した履行モデルは、契約不

履行に基づく損害賠償を、契約によって予定された利益を等価物によって実現するための制度として位置付け、その実現に向けた拘束のみを契約の問題として捉えるものである。より広い視点から見れば、契約利益の実現と離脱に関わる問題を契約不履行法の内容として定立するものであると言える。とはいえ、社会一般の要請が各契約（契約類型）の下で具体化され、契約を取り巻く規範群として階層的に構築されうることは何ら否定されない。ただ、履行モデルの下では、その違反によって生じた損害が、契約不履行に基づく損害賠償ではなく、不法行為に基づく損害賠償の対象になるというだけである。履行モデルにおいても、こうした広い意味での契約法を観念することが可能である以上、このモデルが、一定の契約思想や構想に親和的であるとは言えても、それだけにコミットするものでないことは明らかであろう。<sup>(321)</sup>

## 結論

本稿は、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、契約不履行法を再検討し、その成果を契約法、損害賠償法の基礎理論と接合しようとするものであった。その具体的な成果については、既に各章で詳細に提示してあるので、ここでは、結びとして、本稿の提示する理論の要旨だけをごく簡潔な形で示しておくことにしよう。

契約不履行に基づく損害賠償は、契約から生じた債権の効力であり、その代替的な履行確保のための手段として位置付けられるべきである。このような基本認識を持つことによって、契約不履行に基づく損害賠償に関わる諸問題（帰責事由の意味、損害賠償請求権の消滅時効、証明責任の所在、契約不履行に基づく損害賠償の対象、損害賠償の範囲等）について、判例上の解決を無理なく説明しつつ、理論的に一貫性のある枠組みを構築することがで

きるし、また、契約が問題となる場面では、その特性を考慮に入れた理論を提供することができる。そして、こうした方向性は、契約不履行法、契約法、民事責任法の体系化に向けた有用な視座ともなりうるのである。日本の一般的な理解のように、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捉えられるべきではない。

最後に、残された課題に言及しておこう。本稿の基礎となった比較法的考察、本稿の内容に直接関わる問題については、適宜、後注の中で言及しておいたので、ここでは、本稿の主張に関連する範囲で、以下の二点を指摘しておく。

第一に、契約類型との関連における契約不履行に基づく損害賠償の検討である。ここには、二つの問題がある。一つは、各契約類型における契約不履行に基づく損害賠償の検討である。契約不履行に基づく損害賠償が、実現されなかった契約の履行を確保するための制度であるならば、各契約類型の中に予定されている損害賠償制度も、当該契約の特性を反映した代替的な履行確保のための手段として位置付けられることになる。そうすると、担保責任のような民法の中に存在する各典型契約の損害賠償制度についても、本稿の分析視角から検討することが求められるであろう。例えば、売買契約における瑕疵担保責任に関しては、法定責任説と契約責任説の対立、危険負担との類似性を指摘する学説の登場から、受領に焦点を当てた研究、契約責任の再構築の中での瑕疵担保責任研究等、今日では、他面的かつ複合的な議論がなされているところ、本稿が採用した契約不履行に基づく損害賠償の理論枠組みからの検討は、こうした瑕疵担保責任の議論に対しても、一定の有益な視点を提示しうるのではないかと考えられる。もう一つは、各契約類型からの契約不履行に基づく損害賠償の検討である。契約不履行に基づく損害賠償の領域を契約において予定された利益の実現という視点から画し、それに伴って契約債務や義務を契約利益や契約目的の実現から階層的に把握していくという方向性を採用するときには、個別の契約のみなら

ず、各類型毎にその内容を分析していく作業が必要不可欠となる。これは、契約類型の中身を構造化しつつ、契約不履行に基づく損害賠償の領域を確定していくプロセスの実践としての意味を持つものである。第二に、契約の尊重との関連における契約不履行に基づく損害賠償の検討である。本論の中でも言及したように、二つの損害賠償の適用関係を考察するためには、契約の尊重という視点が持つ意味の解明が必要となる。また、契約の尊重との関連で契約不履行に基づく損害賠償を検討することは、契約不履行法の体系化の文脈で体系化原理としての履行請求権を強調する立場からの議論に承接することにもなるし、更には、本稿の中では検討を留保した代金減額請求権の意味付け、それと損害賠償との関係を解明することにも繋がる。

以上の諸点の他にも、本稿の問題関心の中で扱い切れなかった検討課題は、数多く存在する。こうした点も含めて、残された課題の検討については、他日を期すことにしたい。

(215) 近時の学説を概観するには、窪田・前掲注(7)一〇三頁以下が有益である。

(216) 大判大正四年六月二日民録二一輯九三二頁等。

(217) 大判昭和八年六月一日民集一二卷一四号一四三七頁。

(218) 挙げられている問題に相違はあるが、石坂・前掲注(2)四九九頁以下、勝本正晃『債権総論 中巻之二』(巖松堂書店・一九三六年)一九一頁以下、我妻・前掲注(3)一二二頁以下、於保・前掲注(3)一一〇頁以下、奥田・前掲注(10)一三七頁以下等。

(219) これに対して、かつての判例は、債務不履行によって損害が発生すれば、それだけで、履行に代わる損害賠償を請求することができるとしていた。例えば、大判明治三四年三月三〇日七輯九三頁。初期の学説も同様である。松波 仁保 仁井田・前掲注(161)一一五頁、岡松・前掲注(161)八三頁、横田秀雄『債権総論 全(訂正第九版)』(清水書店・一九一二年(初版・一九〇八年)二四〇頁・三二七頁(ただし、留保が付せられている)等。これらの判例・学説においては、不履行に基づく損害賠償を債権の効力として捉える考え方が強調されていることに注目してお

くべきである。

(220) かつての学説の中に、履行請求と損害賠償請求の併存関係を説明することができないとして、同一性理論を否定するものが存在したことを想起すべきであろう(岩田・前掲注(75)八〇頁以下、小池・前掲注(75)八一頁以下等)。

(221) 本来的債権と損害賠償債権の同一性、本来的債権から損害賠償債権への転化、要件充足による損害賠償債権の発生という三つの命題を矛盾なく結合しようとするれば、債務不履行によって損害が発生した時に本来的債権が損害賠償債権へと転化することを認めざるをえない。しかし、これでは、債務不履行後において、債権者は一切の履行を求めることができなくなってしまう。

(222) このような問題提起は、既に、一部の学説によってなされていたところである(北川・前掲注(106)九八頁以下、奥田編・前掲注(106)四六五頁〔北川執筆部分〕)。

(223) このような留保を付すのは、一九世紀の学説において、契約不履行に基づく損害賠償は、契約の履行方式として捉えられており(この点については、拙稿・前掲注(1)「理論モデルの変遷」二六〇頁以下を参照)、従って、そこにおける附遅滞の要否に関する議論を、本文で述べたような視点から捉えることはできないからである。

(224) フランスの附遅滞については、森田修「フランス法における『附遅滞』」同『契約責任の法学的構造』(有斐閣・二〇〇六年)九九頁以下〔初出・志林九〇巻一号(一九九二年)〕が、債務転形論という問題意識から詳細な検討を行っている。以下の叙述は、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、フランスにおける議論の一つの読み方を提示するものである。

(225) Grandmoulin, *supra* note 77, pp.7 et s.; Bruun, *supra* note 77, n<sup>os</sup>89 et s., pp.109 et s.; Mazeaud, *supra* note 77, n<sup>os</sup>5 et s., pp.555 et s.; etc.

(226) Marcel Planiol, Note, sous Cass. civ., 11 janv. 1892, D., 1892, pp.257 et s.

(227) Marcel Planiol, Étude sur la responsabilité civile : du fondement de la responsabilité civile, Rev. crit., 1905, pp.277 et s.; Id., Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des faculté de droit, t.II, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 1902, n<sup>os</sup>862 et s., pp.261 et s.

- (228) プラニオルは、単純な遅滞のケースを除くと、債務が確定的に履行されない状態には、三つの類型が存在すると言う。第一に、永続的な遅滞や債務者の履行拒絶のケースである。この場合には、附遅滞を不要とする理由はない。第二に、外的原因によって債務の履行が妨げられるケースである。この場合には、民法典一三〇二条によって問題が解決される。第三に、債務者のフォートによる不履行のケースであり、この場合、附遅滞は不要である (Planiol, *supra* note 227, pp.257 et s.)。ところで、プラニオルによれば、フォートは先存債務に対する違反と定義されているところ、右の叙述からは、履行遅滞の場合、附遅滞によって債務の不履行(つまり、フォート)が明らかにされるといふ理解を読み取ることができるから、結局、プラニオルの下においては、フォートによって損害賠償債権が発生し、附遅滞はそれを制約する制度ではないと捉えられているように見える。
- (229) Alex Weill, *Dommmages-intérêts compensatoires et mise en demeure*, *Rev. crit.*, 1939, n°13, pp.223 et s., et n°17, p. 228.
- (230) Weill, *supra* note 229, n°20, pp.233 et s.
- (231) マリ・ジャンヌ・ピエラルは、民事責任の論理によれば、フォート、損害、因果関係という三要件が充足されると、損害賠償債権が発生するのであるから、原則として、附遅滞は不要であるが、単純な遅滞の場合には、債権者が債務者に対し黙示的に期限を付与したとみなされるから、この点において、その要件を明らかにするために、附遅滞が必要である(説文)。(Marie-Jeanne Pierrard, *La mise en demeure et les dommages-intérêts compensatoires*, *JCP*, 1945, I, 466. *Adde. Id.*, *Obs.*, sous *Cass. soc.*, 17 déc. 1943, *JCP*, 1947, II, 3373)。これは、プラニオルやヴァインユの見方と同じ論理を共有している。それを、遅滞とそれ以外の不履行という伝統的な区別に結び付けたものである。
- (232) Dominique Allix, *Réflexions sur la mise en demeure*, *JCP*, 1977, I, 2844.
- (233) *Cass. ch. mixte*, 6 juill. 2007, *Bull. civ. ch. mixte*, n°9; *D.*, 2007, *AJ.*, 1956, *obs.*, Inès Galmmeister; *D.*, 2007, 2642, note Geneviève Viney; *D.*, 2008, *pan.*, 2975, *obs.*, Bénédicte Fauvarque Cosson; *JCP*, 2007, II, 10175, note Mustapha Mekki; *JCP*, 2008, I, 125, *obs.*, Philippe Stoffel-Munck; *Gaz. Pal.*, 2007, 2574, note Marie-Laure Lanthiez; *RTD civ.*, 2007, 787, *obs.*, Patrice Jourdain; *Contra. conc. consom.*, déc. 2007, n°295, 16, note Laurent Leveneur; *Dr. et pat.*, mai 2008, 94, *chr.*, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck; *Petites affiches*, 27 sept. 2007, n°194, 17, note Stéphanne Prigent; *Petites*

- affiches, 8 janv. 2008, n°6, 9, note Philippe Cosson ; Petites affiches, 25 janv. 2008, n°19, 15, note Mathias Latina ; Defrénois, 2007, art. 38667, 1442, note Éric Savaux ; RDC, 2007, 1115, obs. Denis Mazeaud ; RLDC, nov. 2007, 6, note E. Garaud.
- (234) Jourdain, *supra* note 233, pp.688 et s. ; Leveneur, *supra* note 233, p.17 ; Gallmeister, *supra* note 233, p.1957 ; etc.
- (235) このような問題が明確な形で意識されているのは、契約不履行に基づく損害賠償が民事責任法の中に組み込まれていることによるのであろう。
- (236) ニュアンスの相違はあるが、例えば、北川・前掲注(106)九九頁、奥田編・前掲注(106)四六五頁以下〔北川執筆部分〕、森田宏樹「売買契約における瑕疵修補請求権——履行請求権、損害賠償又は解除との関係——」同『契約責任の帰責構造』(有斐閣・二〇〇二年)二五八頁以下〔初出・法学五三卷六号(一九九〇年)、五四卷二号、五五卷二号(一九九一年)〕等。
- (237) 債務不履行によって損害賠償請求権が発生することを前提としつつ、一定の範囲内で権利濫用や信義則による請求権行使の制約を認めていたかつての有力学説も、同様の方向性を目指すものであろう。鳩山・前掲注(2)一三九頁以下、三瀧・前掲注(30)一二七頁以下等。
- (238) こうした機能は、とりわけ、近年の学説によって強調されているところである。Cf. Xavier Lagarde, Remarques sur l'actualité de la mise en demeure, JCP., 1996, I, 3974, pp.423 et s. ; Rémy Libchaber, Demeure et mise en demeure en droit français, in, Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé, sous la direction de Marcel Fontaine et Geneviève Viney, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université Catholique de Louvain, XXXII, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2001, pp.113 et s. ; etc.
- (239) Viney, *supra* note 233, p.2645.
- (240) このように、信義則を利用しながら、債権者に債務者への通知を要求する解釈論は古くから主張されていた。例えば、ヴァイユは、不履行を知らない債務者に対して損害賠償を負担させることはできるかという問題を設定し、ルネ・ドゥモーグの契約思想を援用しながら、債権者に対して、協力義務、その具体的発現としての警告義務を課す。その上で、彼は、債権者にこの意味での協力義務違反がある場合には、外的原因が存在すると見ることができから、

損害賠償請求が否定されることになる(Weill, supra note 229, n.35, pp.253 et s.)。もともと、ヴァイユにおいては、本文で述べた見方とは異なり、警告の機能が附遅滞には結び付けられておらず、従って、附遅滞が契約責任の行使要件として機能することもない。ここでは、あくまでも、フォートないし附遅滞による損害賠償債権の発生という論理が基礎に据えられており、債権者に協力義務違反が存する場合には、外的原因の存在を認め、契約責任それ自体が成立しないと理解されているのである。

(241) 従って、民法の条文だけを見る限り、契約不履行に基づく損害賠償の要件を充足すれば損害賠償を請求することができるという理解が導かれる。中島・前掲注(30)五二二頁以下、前田・前掲注(75)「口述債権総論」二二二頁以下等。

(242) Cf. Faure-Abbad, supra note 53, n.269, pp.234 et s.; Remy-Corlay, supra note 53, p.25; etc.

(243) H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et Chabas, supra note 170, n.2302 et s., pp.614 et s.

(244) 一般的な用語法によれば、マゾーの現実賠償が履行に、非金銭的等価賠償が現実賠償に、金銭的等価賠償が損害賠償に相当する。

(245) Mazeaud, supra note 77, n.5 et s., pp.555 et s.

(246) 従って、こうした賠償と履行の捉え方は、しばしば、単なる術語の問題との評価がなされているが(Ex. Roujou de Boubée, supra note 172, pp.139 et s.; Grosser, supra note 54, n.76 et s., pp.93 et s.; Courtau, supra note 54, n.316, p.177; etc.)、極めて重要な理論的・体系的意味を持つと言つことができる。

(247) 潮見・前掲注(4)二六頁。

(248) 潮見・前掲注(4)三六九頁以下。

(249) 森田修は、履行請求権を、「救済としての履行請求権」と「体系化原理としての履行請求権」とに区別した上で、以下のような議論を展開している。債務不履行後、契約関係は、当初の契約意思の拘束を離れて維持され、当事者がそこで負う義務には契約の存続を志向するという方向性がある。これを法技術的に基礎付けるのが、履行請求権である。「確かに履行請求権はその成立は当初契約意思であるが、契約の履行プロセスの或る段階でノーマルな展開に障害が生じたという意味での債務不履行後は、契約当事者間の権利義務関係の内容は、当初契約意思によって内容的に

規定され尽されるものではなくなる。そこでは履行請求権こそが、権利義務関係を逐次的に形成していく基準点となる。そして契約債権当事者間の義務群に、「契約の尊重」という志向性が失われることを「履行請求権の排除」が法技術的に表現する」。この場合、救済としての履行請求権は行使できなくなり、填補賠償請求権が可能となるのである（森田修「民法典」という問題の性格——債務法改正作業の「文脈化」のために——」ジュリー一三一九号（二〇〇六年）四一頁以下、同「履行請求権か remedy approach か——債権法改正作業の文脈化のために」ジュリー一三二九号（二〇〇七年）八三頁以下）。ところで、本文の理解は、契約利益を追求する権利としての「履行請求権」が存在していることを前提とするから、この点において、右の見解、更には言えば、債権や「履行請求権」の理解を別とすれば、伝統的な議論とも共通している。しかも、この「履行請求権」は、当初の当事者意思のみならず、契約締結後の交渉や客観的な規範によっても形成されうることが予定されている（その一つの現れとして、賠償範囲確定ルールにおける予見（予定）時期の問題がある。この点については、第一章・第二節・第二款を参照）。また、債務不履行後も「履行請求権」それ自体が存続している限り、債権を通じて獲得しようとした利益を求める地位自体は存続しているから、場合によっては、それを基点として新たな関係が構築されていくこともありうる。そうすると、本文の理解は右の見解と何ら矛盾するものではない。もっとも、森田の理解においては、救済としての履行請求権だけでなく、体系化原理としての履行請求権も含め、そこでの履行請求権が、（本稿の言う）現実の履行請求権に結び付けられており、債権を通じて獲得しようとした利益の金銭による実現＝損害賠償が、（本稿の言う）「履行請求権」から切り離されている。これに対して、本稿の理解は、現実の履行請求権が排除されたからといって、直ちに、債権が持つ「履行請求権」が消滅するわけではなく、むしろ、それが存続する限り、債権者には債権を通じて獲得した利益を求める地位があると見て、損害賠償という手段を通じて可能な限りその地位を実現していく方向性を指すものである。

(250) 現実の履行請求と損害賠償請求の体系的な位置付けは大きく異なるが、この認識自体は、潮見・前掲注（4）三六七頁以下と同じである。

(251) 本文で述べたような形で、現実の履行請求と損害賠償請求の選択権を無制限に認める場合には、長期間、債務者を不安定な地位に置かないために、一定の對抗手段を設けておく必要がある。現行民法の様々な場面における利益バランスのとり方を参考に制度設計を行うとすれば、債務者に催告権を与え、期間内に確答がなされない場合には、損

害賠償を選択したものとみなすというような規律を設けることが望ましいであろう(レメディ・アプローチからの議論として排斥するものではあるが、森田・前掲注(249)「履行請求権」八六頁を参照)。

(252) 潮見・前掲注(4)三六八頁。

(253) Ex. Lathier, supra note 54, n<sup>os</sup> 15 et s., pp. 37 et s., et n<sup>os</sup> 278 et s., pp. 365 et s.; Id., La Prétendue primauté de l'exécution en nature, in, Exécution en nature, exécution par équivalent, Colloque du 14 octobre 2004, Cour de Cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, RDC., 2005, pp. 161 et s.

(254) Rénny-Corlay, supra note 53, p. 25; Rénny, supra note 53, La responsabilité contractuelle..., n<sup>o</sup> 43, pp. 352 et s.; Faure-Abbad, supra note 53, n<sup>o</sup> 276, pp. 238 et s. ｷﾝﾀﾞ Cf. Florence Bellivier et Ruth Setton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais: bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, in, Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, LGDJ, Paris, 2001, p. 108.

(255) 潮見・前掲注(4)三六八頁以下を参照。

(256) 本稿の理解は、債権が持つ「履行請求権」の存在を前提としており、この点において、現実の履行請求を含め全てを債務不履行に対する救済として把握する立場とは体系的に大きく異なっているが、本文で述べた結論は、結果として、レメディ・アプローチと呼ばれているものに近接している。

(257) 議論の状況については、平野・前掲注(7)等を参照。

(258) 大判明治三八年七月一〇日民録一一輯一一五〇頁等。また、我妻・前掲注(86)一九九頁以下、星野・前掲注(86)九三頁以下等。

(259) 危険負担との関係も含めて、今日の議論状況を概観するには、松岡久和「履行障害を理由とする解除と危険負担」ジュリー一三一八号(二〇〇六年)一三八頁以下が有益である。

(260) 我妻・前掲注(86)一五六頁、三宅・前掲注(86)一八七頁等。

(261) 好美・前掲注(99)一七九頁以下、辰巳・前掲注(99)三三一頁以下、山田・前掲注(99)論文等。

(262) 初期の論文として、石田文次郎「民法第五四一条に就て」論叢五卷六号(一九二一年)六五頁以下、小池隆一「契約の解除に就て」法研二卷三〇四号(一九二三年)四〇頁以下等。また、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論 上巻』

- (岩波書店・一九二四年) 二二五頁・二二二頁以下、我妻・前掲注(86) 一五六頁、三宅・前掲注(86) 一八七頁等。
- (263) 渡辺達徳「民法五四一条による契約解除と「帰責事由」(一)(二・完)——解除の要件・効果の整序に向けた基礎資料——」商討四四卷一・二号(一九九三年) 二二九頁以下、三号(一九九四年) 八一頁以下、同「契約解除の要件枠組みに関する総論的考察——民法五四一条の起草過程をてがかりとして——」商討四六卷一号(一九九五年) 二四七頁以下。また、ドイツの議論も含め、遠山純弘「不履行と解除(一)」「(三・完)」北研四二卷三号(二〇〇六年) 一頁以下、四三卷一号(二〇〇七年) 四七頁以下、二号三一頁以下。
- (264) 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎(穂積陳重・富井政章・梅謙次郎校閲)『帝国民法正解 第六卷』(日本法律学校・一八九七年) 八七四頁以下、岡松・前掲注(161) 四九六頁以下、小沢政許『日本契約法原論(訂正再版)』(有斐閣・一八九八年〔初版・一八九七年〕 二八九頁以下等。
- (265) 例えば、石坂音四郎は、日本の議論の中に賠償モデルの考え方をもち込んだ学説であり、債務不履行に基づく損害賠償については、履行遅滞も含め全ての場合に帰責事由が必要であるとしていたが、履行遅滞に基づく契約解除に關しては、それが不要であると理解していた(石坂音四郎『日本民法第三編 債権 第三卷(訂正再版)』(有斐閣書房・一九一五年〔初版・一九一五年〕 二二七九頁)。つまり、石坂の下では、債務不履行に基づく損害賠償の責任化は実現されていたが、解除のそれは未だなされていなかったのである。
- (266) 鳩山・前掲注(262) 一九八頁以下・二三〇頁以下、我妻・前掲注(86) 一八八頁以下等。
- (267) 議論の詳細については、北村実「解除の効果——五四五条をめぐって」星野英一編代『民法講座5 契約』(有斐閣・一九八五年) 一一三頁以下等を参照。
- (268) 例えば、山中康雄「解除の効果」同『総合判例研究叢書 民法(10)』(有斐閣・一九五八年) 一五二頁以下、四宮和夫『請求権競合論』(一粒社・一九七八年) 二〇七頁〔初出・法協九〇卷五号(一九七三年)、六号、九号、九一卷一号(一九七四年)、九四卷一〇号(一九七七年)、一一号〕等。
- (269) ニュアンスの相違はあるが、石田文次郎『財産法に於ける動的理論』(巖松堂書店・一九二八年) 四三三頁以下、松坂佐一『民法提要 債権各論(第五版)』(有斐閣・一九九三年〔初版・一九五六年〕 七〇頁以下(なお、同「解除と損害賠償」同『債権者取消権の研究』(有斐閣・一九六二年) 二五七頁以下〔初出・名法一卷三号(一九五二年)〕

等。

(270) Cf. Philippe Remy, Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat, in, La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, PUF, 2001, n<sup>os</sup>1 et s., pp.121 et s.

(271) 鶴藤倫道「契約の解除と損害賠償 (一) (二・完) —— 売買契約解除に関するドイツ法を中心に ——」民商一一〇巻三号 (一九九四年) 三一頁以下、四〃五号二六九頁以下 (特に、(二・完) 二九〇頁以下) が、ドイツ法の分析成果を踏まえて、契約解除と損害賠償の目的は、それぞれ逆を向いているから、双方を債権者に認めるのは矛盾であり、仮に、契約が遡及的に消滅しないと理解するにしても、そこから、直ちに、契約解除と履行利益賠償を重ねて認めることはできないと説くのも、同様の趣旨を言うものである (なお、同著者の手になる沿革研究として、同「旧商法典における解除と損害賠償との関係について —— 民法典の沿革的考察 ——」石田喜久夫先生古稀記念『民法学の課題と展望』(成文堂・二〇〇〇年) 五七一頁以下、同「旧民法典における解除と損害賠償との関係について (一) (二・完)」関東学園大学法学紀要一〇巻一号 (二〇〇〇年) 六九頁以下、二号二二七頁以下)。

(272) 石田・前掲注 (269) 四三二頁以下等。

(273) 近時有力に主張されている等価物による履行論が、不法行為のモデルに支配されてきたフランス民法学にもたらした成果の一つが、履行利益・信頼利益の導入と具体的な賠償範囲確定方法についての研究であった。この点については、等価物による履行論が生み出されるに至ったコンテクスト及びその他の成果も含めて、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」の一部を要約した別稿で論ずる予定である。

(274) Andrea Pinna, La mesure du préjudice contractuel, th. Paris II, préf. Pierre-Yves Gautier, Bibliothèque de droit privé, t.491, LGDJ, Paris, 2007, n<sup>os</sup>19 et s., pp.23 et s., et n<sup>os</sup>503 et s., pp.475 et s. 时期的には少し遡るが、Cf. Catherine Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilité, th. Paris I, préf. Jacques Cheslin, Bibliothèque de droit privé, t.218, LGDJ, Paris, 1992, n<sup>os</sup>112 et s., pp.83 et s. esp. n<sup>o</sup>160, p.110, et n<sup>o</sup>181, pp.120 et s.

(275) 等価物による履行論を支持する学説の中には、解除とともに請求する損害賠償について、この場合の損害賠償は等価物による履行ではないとした上で、それにも関わらず、フランス民法典が解除の場合の損害賠償の存在を認めているのは、そこに、単なる不履行とは区別されるフォートの存在を見ているからであると述べるものがある (Bellis-

sent, *supra* note 53, n<sup>os</sup>275 et s., pp.160 et s.)。この場合は、等価物による履行ではなく、フォートを基礎とする損害賠償責任が観念されているのである。

(276) シンポジウム・前掲注(52) 一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の回答を参照。

(277) ヨーロッパ契約法原則 9:502 条、共通参照草案 III-3:702 条、ユニドロワ国際商事契約原則 7・4・2 条等。

(278) Remy, *supra* note 270, n<sup>o</sup>5, pp.126 et s. また、Eddy Lamazerolles, Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente, th. Poitiers, préf. Philippe Remy, Collection de la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, t.1, LGDJ, Paris, 2003, n<sup>os</sup>395 et s., pp.374 et s.; Thomas Genicon, La résolution du contrat pour inexécution, th. Paris II, préf. Laurent Leveneur, Bibliothèque de droit privé, t.484, LGDJ, Paris, 2007, n<sup>os</sup>1033 et s., pp.744 et s. (ただし、本文で述べた二つのタイプの説明を統合し、解除がなされなかった場合も含めて、いずれのタイプの損害賠償を請求するかは、債権者の選択に委ねられていると主張するものである (n<sup>os</sup>988 et s., pp.714 et s.))

(279) 拙稿・前掲注(1)「原理と体系」を参照。また、そこでの考察の基礎となった、フランスにおける、また、フランス民法学から見た「ヨーロッパ契約法」における、契約不履行に基づく損害賠償の制度設計論については、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」の一部を要約した別稿で論ずる予定である。

(280) 文献の所在も含め、第一章・第一節・第一款も参照。

(281) これは、広い意味での不法行為法において、報償責任や危険責任等の無過失責任を基礎付ける原理を理由として損害賠償責任が課され、一定の事実の存在、例えば、不可抗力等を理由に免責されるという構造と同じである。

(282) 文献の所在も含め、第一章・第二節・第二款も参照。

(283) 本文で述べたように、古典的相当因果関係説は、契約不履行に基づく損害賠償の範囲と不法行為に基づく損害賠償の範囲について、同一の判断構造に基づき、同一のルールに従って、確定すべきことを主張するものである(賠償範囲確定原理の同一性+賠償範囲確定ルールの同一性)。他方、契約を起点に据えた契約責任を標榜する見解も、賠償の論理を議論の出発点としていないことには変わりはないから、それでも、最低限、二つの損害賠償制度において同一の論理に基づき賠償範囲を確定することが要請される。伝統的通説に対峙する学説が、相当因果関係という概念それ自体に対して批判を提起し、因果関係によって賠償範囲を画する論理を議論から放逐した上で、いずれの損害賠償制

度についても、規範の保護目的の考え方を基礎に賠償範囲論を構築しようとしたのは、そのためである。言い換えれば、この理解において、契約不履行に基づく損害賠償の範囲と不法行為に基づく損害賠償の範囲は、異なるルールに服しながらも、同一の論理によって規律されなければならないのである（賠償範囲確定原理の同一性+賠償範囲確定ルールの非同一次性）。かくして、新たな理論枠組みの下においては、相当因果関係なる概念が、およそ損害賠償法一般から排除されることになった。これに対して、二つの損害賠償が全く性質の異なる制度であるとすれば、それらの範囲が異なる論理の規律を受けるのも当然である。従って、契約不履行に基づく損害賠償の領域で相当因果関係説の問題に付したからといって、直ちに、不法行為に基づく損害賠償の領域においてもそれが成り立ちえないという帰結を導くことはできない。不法行為に基づく損害賠償の範囲は、契約不履行に基づく損害賠償のそれとは全く異なる視点から、つまり、賠償の論理に基づいて考察されるべき問題であり、少なくとも、第一章・第二節・第二款における考察を前提とすれば、不法行為法の領域における相当因果関係の論理それ自体は、必ずしも批判されるべき対象ではないと言えよう（「論理それ自体」というのは、不法行為に基づく損害賠償の範囲を因果関係によって画する手法を意味する。これを従来の議論に即して言えば、相当因果関係を民法四一六条と結び付ける解釈、相当因果関係の中に金銭的評価の問題を含める解釈を除けばという留保が付けられることを意味している）。

(284) このように述べるのは、民事責任法が、不法行為を中心とした責任法の領域であるならば、本稿の立場から見ると、契約不履行に基づく損害賠償を民事責任として把握することに対して、大きな疑問が生じうるからである。

(285) 川島武宜「契約不履行と不法行為との関係について——請求権競合論に関する一考察——」同『民法解釈学の諸問題』（弘文堂・一九四九年）一頁以下〔初出・法協五一巻一号（一九三四年）、二号、三号〕。

(286) フランス法においては、伝統的に、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非競合が前提とされ、この規範は、契約の尊重という視点から説明されてきた（Cf. Gérard Cornu, *Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, in, *Études de droit contemporain (nouvelle série)*, VI<sup>ème</sup> Congrès international de droit comparé : Hambourg 1962, rapports français, Préf. René Rodière, Cujas, Paris, 1962, pp.239 et s.; etc. ジェラルド・コルニユは、以下のように述べている。契約当事者に対し不法行為責任を援用することを認めるならば、契約規範の実質を失わせることになってしまふ。これは、「アナテマ (anathème)」、「トロ

イの木馬」であり、「混乱の誘因、無秩序の要因、法的不安定の原因」となる。というのは、ここでは、契約規範の意味が失われ、合意自由の原則が破壊されてしまうからである (P.247)。ところで、フランス民事責任論の有力な潮流は、可能な限り二つの損害賠償制度を二元化するため、多くの努力を重ねてきた。そして、一定の範囲内ではあるが、伝統的に契約の存在から正当化されてきた契約不履行に基づく損害賠償の特殊性を消し去ることも成功した。つまり、契約不履行に基づく損害賠償の規範のレベルでは、契約の尊重という要請が緩和されているようにも見えるのである。ここから、以下のような一連の疑問が生ずることになる。すなわち、こうした民事責任法の基本構想は、必ずしも契約の尊重を理由とした非競合原則と調和しないのではないか。それにも関わらず、フランスにおいて、非競合原則が確固たる規範として確立されているのはどのような理由によるのか。この錯綜は、契約の尊重という言葉に与えられている意味内容が、学説 (更に言えば、問題となる場面) によって、異なっていることを意味しているのではないか。こうした問題関心は、日本の議論から見ても、興味深いものである。というのは、日本の議論においても、契約の尊重という言葉の中で、様々な問題・意味内容が語られているように見えるからである。そこで、二つの損害賠償請求権の適用関係については、フランス法との比較法的考察も含め、契約の尊重に焦点を当てた別稿の中で検討することにした。

(287) 大判明治四五年三月二三日民録一八輯二八四頁、大判明治四五年三月二三日民録一八輯三一五頁、大連判大正七年五月一八日民録二四輯九七六頁、大判大正一五年二月二三日民集五卷一〇八頁、最判昭和三八年一月五日民集一七卷一一号一五一〇頁等。

(288) この点についての詳細は、比較法的考察も含めて、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を参照。

(289) 最判昭和五〇年二月二五日民集二九卷二号一四三頁。

(290) 淡路剛久「日本民法の展開(3)判例の法形成——安全配慮義務」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年 I 全般的観察』(有斐閣・一九九八年) 四四七頁以下、瀬川信久「安全配慮義務論・再考」高翔龍先生日韓法学交流記念『二一世紀の日韓民事法学』(信山社・二〇〇五年) 一九五頁以下等に簡素で優れた整理がある。

(291) 奥田昌道「契約法と不法行為法の接点——契約責任と不法行為責任の関係および両義務の性質論を中心に——」

於保不二雄先生還暦記念『民法学の基礎的課題 中』(有斐閣・一九七四年)二〇七頁以下、下森定「契約責任の再構成をめぐる覚書」Law school 二七号(一九八〇年)四頁以下、同「契約責任(債務不履行責任)の再構成」内山尚三・黒木三郎・石川利夫先生還暦記念『現代民法学の基本問題 中』(第一法規・一九八三年)一六三頁以下、宮本健蔵『安全配慮義務と契約責任の拡張』(信山社・一九九三年)所収の諸論稿等。また、これらに先立つ、北川善太郎『契約責任の研究』(有斐閣・一九六三年)。

(292) さしあたり、高世三郎「フランス法における安全配慮義務」司研六八号(一九八一年)二三頁以下、石川良雄「フランス判例における安全債務の諸問題」判タ六一四号(一九八四年)四五頁以下、伊藤浩「手段債務としての安全債務と結果債務としての安全債務(二)(二・完)——安全配慮義務の解釈視点——」立教二八号(一九八七年)五〇頁以下、三二号(一九八八年)八一頁以下等を参照。

(293) Cass. civ., 6 déc. 1932, D., 1933, I, 137, note Louis Josserrand ; S., 1934, I, 81, note Paul Esmain ; Cass. civ., 24 mai 1933, D., 1933, I, 137, note Louis Josserrand ; S., 1934, I, 81, note Paul Esmain ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 17 déc. 1954, D., 1955, 269, note René Rodière ; JCP., 1955, II, 8490, obs., René Savatier ; etc.

(294) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mai 1959, D., 1959, 524, note René Savatier ; JCP., 1959, II, 11187, obs., Paul Esmain ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 mai 1962, Gaz. Pal., 1962, 2, 210 ; Cass. soc., 14 fév. 1963, JCP., 1964, II, 13611, obs., Paul Esmain ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1969, D., 1970, 422, note Marc Puech ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 janv. 1993, Bull. civ., I, n°42 ; etc.

(295) 他人のための約定法理を用いた契約の拡張や、無償援助の合意に代表される契約の生成は、これらの法理がどのような場面で問題となりうるのかという点において、極めて不明瞭であるから、契約を基準としたからといって、契約不履行に基づく損害賠償の領域が明確な形で確定されるというわけではない。しかし、少なくとも、理論的に見れば、契約・契約債務の存在が、契約不履行に基づく損害賠償を始動させるために必要不可欠なファクターとなっているという限りにおいて、フランスの議論は、後に述べる日本の判例とは大きく異なっているのである。

(296) もちろん、「債務法及び時効法改正準備草案 (Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription)」や「民事責任の改正に関する法案 (Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile)」(及びその基礎となった「民事責任：その必然的な展開 (Responsabilité civile : des évolutions nécessaires)」と題する報告

書)に端的な形で見られるように、立法論や制度設計論のレベルにおいて、二つの損害賠償制度を統一しないし接近させようとする議論は存在する。また、解釈論の枠内でも、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有する制度であるとの認識から出発して、二つの損害賠償制度それ自体を、一般論として、可能な限り縮小化しようとする努力も試みられてきた。しかし、本文で述べるような日本の議論とは異なり、こうした一般論としての議論を超えて、特定の事案(例えば、安全債務違反に関するケース)についてのみ、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制度を接近させたり、両者を組み合わせたりするというような試みは、なされてこなかったのである。本文で述べた流動性は、このような意味を有するものである。

(297) ここには、フランス民法学におけるカテゴリーへの情熱が現れているようにも見える。小粥太郎「法的カテゴリーの機能」同『民法学の行方』(商事法務・二〇〇八年)八三頁以下〔初出・法学六九卷三号(二〇〇五年)〕を参照。

(298) 奥田・前掲注(291)二五七頁以下・二六三頁以下。下森・前掲注(291)「覚書」一一頁以下等。

(299) 藤岡康宏「安全配慮義務における規範の創造」同『損害賠償法の構造』(成文堂・二〇〇二年)三一六頁以下〔初出・民研三一八号(一九八三年)〕等。

(300) こうした主張は、債務不履行と性質決定される安全配慮義務の存在意義を否定する議論へと繋がりがうる。例えば、新美育文「安全配慮義務」の存在意義」ジュリ八二四号(一九八四年)九九頁以下、同「安全配慮義務の存在意義」再論」法論六〇巻四〇五号(一九八八年)五八三頁以下等。新美の見解は、一般的に、安全配慮義務(あるいは保護義務)の存在を否定する学説の代表として位置付けられているが、その論理展開を見るならば、そこでの議論は、本文で述べた立場(二つの損害賠償制度の流動化・一元化)に近いものとして理解されなければならない。新美は、安全配慮義務違反を債務不履行の問題として捉えることが、「債務概念の体系化ないし思考の整理といった点での実益を超えて、適用規範を異ならしめることなどのゆえに、現実の紛争解決にとって一定の実益を有するとみることに対しては、賛成できない」とした上で、「安全配慮義務についての規範適用の問題を、換言すれば、安全配慮義務の実益ないし存在意義を考えるにあたっては、安全配慮義務の性質決定が重要なのではなく、安全配慮義務がどのような特性を持つ法律問題ないし利害対立状況に直面するのか、そしてそのような法律問題ないし利害対立状況について最も適応するあるいはそのような問題の解決を予定する規範はどれかを探求することが肝要ではなからうか」と述べ

ている（前掲「再論」五八八頁）。ここでは、二つの損害賠償が同一の性質を持ち、かつ、同一の原理に支配されていること、従って、規範の統合ないし調整が可能であることを当然の前提とした上で、安全配慮義務の問題に適用されるべき規範の探求がなされているものと見ることができるといえる。言い換えれば、この議論において否定されているのは、債務不履行と性質決定される安全配慮義務違反に基づく損害賠償という構築物だけなのであって、安全配慮義務違反を債務不履行と性質決定することはできない旨が述べられているわけではないのである。この点において、新美の見解は、安全を非契約化し、この問題の全てを不法行為というカテゴリーで規律しようとする、フランスの有力学説とは、大きく異なっている。

(301) 請求権競合問題一般を視野に入れ、いわゆる全規範統合方式を提唱した、四宮・前掲注(268)論文が、本文で述べた議論に大きな影響を与えていたことを、想起すべきであろう。

(302) 問題となる場面は異なるが、最判平成二三年四月二二日民集六五卷三号一四〇五頁に付せられた千葉裁判官の補足意見が指摘するところでもある。

(303) 下森・前掲注(291)「覚書」八頁以下、同・前掲注(291)「再構成」一七九頁以下等。

(304) 拙稿・前掲注(1)「理論モデルの変遷」二六四頁以下。

(305) 下森・前掲注(291)「覚書」六頁以下、同・前掲注(291)「再構成」一七〇頁以下等。

(306) 補充的契約責任の領域における社会的関係や法政策的視点の重要性を強調すればする程、これを債務不履行ではなく不法行為のカテゴリーに含めさせる方向性が浮かび上がってくる。

(307) 潮見佳男「債務不履行・契約責任論史——明治期から一九九五年まで」同『債務不履行の救済法理』（信山社・二〇一〇年）三九頁以下（初出・水本浩Ⅱ平井一雄編『日本民法学史・各論』（信山社・一九九七年）所収）に、簡素で優れた整理がある。

(308) 潮見佳男「債務履行過程における完全性利益の保護構造」同『契約規範の構造と展開』（有斐閣・一九九一年）一四八頁以下（初出・民商一〇〇巻四号（一九八九年）、五号、一〇一卷一号）、潮見・前掲注(4)一〇二頁以下等。

(309) こうした視点が、契約ではなく債権を起点とする議論への問題提起、契約不履行法のコンテクストで言えば、契約を起点に据えた契約責任の提唱へと繋がっていくわけである。

(310) これに対して、帰責原理の異なる二つの契約責任を構想する立場、例えば、保証責任と過失責任という二つの帰責原理の併存を認める立場によれば（潮見・前掲注（4）二七二頁等）、保護義務の問題は後者の領域に属することになるから、本文で述べたような問題は生じえない。もつとも、この場合には、契約責任の中に二つの異なる帰責原理が存在することになるため、これらを同一の制度に服せしめることは可能かという問いが提起される。

(311) 安全配慮義務が承認された当時においては、公務・自衛隊関係事故の被害者が、国家（地方）公務員災害補償法に基づく補償金の他に損害賠償を請求しうることを知らなかったという事情もあったが、今日ではこうした認識が一般的に獲得されており、消滅時効の点を強調することにどれほどの意味があるのかという指摘をすることは許されよう。また、そもそも、期間制限の問題を考える際には、期間の長短のみならず、その起算点、適用制限等をも併せて考えなければならぬところ、民法七二四条前段における権利行使可能性を基軸とした起算点の解釈と、援用の制限等の活用により、従来、安全配慮義務を債務不履行と性質決定することの利点として強調されてきた消滅時効の問題の大部分に対しては、不法行為法の下においても、一定の解決を提供しうるようにも思われる。こうした期間制限の問題は、まず、それぞれの条文解釈の中で受け止められるべきものであって（瀬川・前掲注（290）二一九頁以下）、仮にそこでの議論によって問題を解消しうるのであれば、損害賠償法に理論的混乱をもたらしてまで、安全配慮義務の債務不履行という性質決定に固執する必要はない（問題となる場面は異なるが、最判平成二三年四月二二日民集六五卷三号一四〇五頁の説示を重く受け止めるべきであろう）。

(312) 安全配慮義務を債務不履行と性質決定する利点として理解されていた証明責任の点について言えば、最判昭和五六年二月一六日民集三五卷一号五六頁以降、これを不法行為と構成しても、証明責任の点で被害者にとって不利に作用するわけではないというのが、一般的な理解である（平井・前掲注（13）五八頁、内田・前掲注（138）一三四頁以下、淡路剛久『債権総論』（有斐閣・二〇〇二年）一三三頁、中田・前掲注（138）一一七頁等）。

(313) 不法行為規範は、特定の者の間に限定されるわけではなく、一般的な射程を持つものであるが、その規範の具体的発現、そして、そこから生ずる具体的な義務の内容は一律ではなく、当該事案を取り巻く諸状況、ここでの問題に即して言えば、契約・社会的接触の有無やその性質・目的によって異なりうるはずである。他方、安全配慮義務の局面で問題となっている、生命及び健康等を危険から保護するよう配慮しなければならないという要請は、当事者意思

や特定の契約類型等を基礎として自律的に設定されるものではなく（こうした要請が契約の内容を構成しているときには、ここで言う安全配慮義務ではなく、契約から生じた債務である）、人間の生命・身体という根本的な価値あるいは権利に根差した、生命及び健康等を害さないとの他律的な規範が、契約や社会的接触等の事実的ファクターを媒介として、通常のケースよりも高度化されつつ形成されたものと見るべきである。このような見方によれば、日本法の下では、契約や社会的接触を考慮して課される安全配慮義務について、これを不法行為法の中で受け止めることは十分に可能であると言わなければならない。なお、視点は異なるが、新美育文「最判昭和五九年四月一〇日・判批」下森定編『安全配慮義務法理の形成と展開』（日本評論社・一九八八年）三五八頁〔初出・昭和五九年度重判（ジュリ八三八号）（一九八五年）〕、同・前掲注（300）「存在意義」一〇一頁、高橋眞「安全配慮義務の性質論について」奥田昌道先生還暦記念『民事法理論の諸問題 下巻』（成文堂・一九九五年）三〇九頁以下、潮見・前掲注（4）一〇五頁等も参照。

(314) 最判平成一七年七月一九日民集五九卷六号一七八三頁。

(315) もちろん、取引履歴の開示が約款等によって予定されている場合は別である。そこでは、特別の契約利益が観念されているものと見ることができるのである。

(316) 潮見佳男「最判平成一七年七月一九日・判批」NBL八二二号（二〇〇五年）一七頁以下、小野秀誠「最判平成一七年七月一九日・判批」金判一二三〇号（二〇〇五年）六八頁等。また、加藤雅之「貸金業者の取引履歴開示義務と民事責任——最高裁平成一七年七月一九日判決を契機として——」神戸学院三五卷四号（二〇〇六年）二二頁以下も参照。

(317) 貸金業者の取引履歴開示義務について言えば、これは、金銭消費貸借契約というよりも、かつてのみなし弁済規定、制限利率問題等に起因する消費者信用全体、更には、ヤミ金問題を含めた貸金業規制一般からの要請という側面を持つものである。

(318) これは、契約締結前の交渉破棄事例や説明義務・情報提供義務違反の類型で、社会生活における誠実の一般的な要求が、交渉の内容や程度、予定されている契約の中身等を考慮して具体化されるのと同じメカニズムである。

(319) Cf. Philippe Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat : Essai d'une théorie, th. Aix-Marseille, préf. Roger Bout,

Bibliothèque de droit privé t.337, LGDJ, Paris, 2000, n°s11 et s., pp.21 et s. ; Philippe Jacques, Regards sur l'article 1135 du Code civil, th. Paris XII, préf. François Chabas, Nouvelle bibliothèque de thèses, t.46, Dalloz, Paris, 2005, n°s157 et s., pp.295 et s. ; etc.

(320) Christophe Jamin, Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif, in, Le renouveau des sanctions contractuelles, sous la direction de François Collart Dutilleul et Cédric Coulon, Economica, Paris, 2007, n°s8 et s., pp.9 et s. ; Philippe Bruun, Les mots du droit de la responsabilité : Esquisse d'abécédaire, in, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Libre droit, Dalloz, Paris, 2008, pp.126 et s. ; etc. キリトフ・シヤムン自身が明言しているわけはなすが、彼が契約上の連帯主義の旗手であることは明かである (Christophe Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuelle, in, Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI siècle, LGDJ, Paris, 2001, pp.441 et s. ; Id., Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique, in, Le solidarisme contractuel, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Economica, Paris, 2004, pp.161 et s. ; etc.) シヤムンが等価物による履行論に対して批判的な立場を基礎として見るべき理由はなからず。

(321) 例えば、クリストフ・シヤムンと並び、契約上の連帯主義の代表的論者であるゲナリー・マンローは (多くの論文・判例評釈があるが、むしろあたり、Denis Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle?, in, Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, Paris, 1999, pp.603 et s. ; Id., Le nouvel ordre contractuel, RDC, 2003, pp.295 et s. ; etc.) 契約が存在しなければ信義誠実義務も存在しないとの判断を示したかのように見える破毀院判決 (Cass, 3<sup>ème</sup> civ., 14 sept. 2005, D., 2006, 761, note Denis Mazeaud ; JCP., 2005, II, 10173, note Grégoire Loiseau ; RTD civ., 2005, 776, obs., Jacques Mestre et Bertrand Fages ; Contra. conc. consom., janv. 2006, n°1, 10, note Laurent Leveneur ; Dr. et pat., janv. 2006, chr., Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck ; Petites affiches, 1<sup>er</sup> déc. 2005, n°239, 16, note Soraya Messai-Bahri ; Defrénois, 2005, art. 38286, 912, note Yannick Dagonne-Labbé ; RDC, 2006, 314, obs., Yves-Marie Lathier ; RDC, 2006, 811, obs., Geneviève Viney) を論じた評釈の中で、以下のような見方を提示している。そもそも、契約は、二つの規範部分から構成されている。一方は、倫理的な合目的性を持ち、契約上の義務、契約当事者の行態に関わる部分であり、他方は、経済的な合目的性を持つ部分で

ある。前者においては、道徳的・社会的義務が問題となっているのであるから、これは、契約の存在と不可分の関係にあるわけではなく、また、契約の義務的内容を構成するわけでもない。この部分は、不法行為法によって規律される、行態についての一般的な規範の反映であり、契約領域を超えた普遍的要請である。つまり、「信義誠実は債務ではない。それは、道徳上の義務であり、社会における行為規範である。これらの契約的な性格は、それ自体、信用に足りるものではない」のである（Mazeaud, *supra*, n<sup>o</sup>7 et s., pp.763 et s.）。ドゥニ・マゾーの契約不履行に基づく損害賠償の見方は必ずしも明らかにされていないが、本文のような理解と彼の契約構想を結び付けることは十分に可能なのである。