

# 債務者の帰責事由

—担保—

角 田 光 隆

## 目 次

- 一、問題の所在
- 二、Huber の鑑定意見
- 三、Jakobs の批判
- 四、結び

## 一 問題の所在

民法典四一五条における債務不履行責任が生じるためには、帰責事由として過失が必要であると解されている。<sup>(1)</sup>このような解釈は、近代民事責任法における過失責任主義が妥当すべきであると解された結果であり、特に、ドイツ民

債務者の帰責事由（角田光隆）

法典二七六条の影響を受けた結果であると解されている。他方で、金銭債務に関する民法典四一九条二項後段のほかに、売買契約における担保責任に関する規定を中心にして、贈与・消費貸借・使用貸借・請負などの契約にも担保責任に関する規定が見られる。また、医療過誤や労働災害の領域においても、担保責任の存在が指摘されている<sup>(3)</sup>。このような事情から、過失責任と担保責任という二つの帰責原理が存在することが理解できる。しかし、まず第一に、過失責任における過失を客観的意味で捉え、その内容をみた場合に、担保責任と共通する側面が存在するのではないのかという疑問が生ずる。したがってまた、第二に、過失責任と担保責任という両者の帰責原理の適用の仕方はどういうにあるべきなのかという疑問が生ずる。本稿は、第一の問題点に中心を置きながら、これらの疑問に答えようとするものである。その際に、Huber の鑑定意見に現われた、客観的過失責任を実質的に見て担保責任と捉える考え方や、それに対する Jakobs の批判を素材として、私見を交えながら論じてゆくことにする。主として、ドイツ民法改正草案のモデルの二七六条<sup>(4)</sup>が検討の対象になるであろう。

注(1) 民法典四一五条の後段はもちろんのこと、前段(主として遲滞を中心にして論じられた)も過失が必要であるとする。前段については、後段と異なつて、帰責事由を明示する文言がないので、論争の末に帰責事由としての過失が必要とされたのである。その根拠としては、履行不能との権衡、民法典四一九条二項後段の反対解釈、商法典三三七条・六一九条との権衡、過失不法行為責任との権衡などをあげることができる(川名兼四郎『債權法要論』大正四年・一六九頁、磯谷幸次郎『債權法論總論上巻』大正六年・三〇七頁、横田秀雄『債權總論』大正七年・二二六頁、石坂晋四郎『改纂民法研究下巻』大正九年・一一七頁、鳩山秀夫『債權法における信義誠実の原則』昭和三〇年(法学協会雑誌第四二卷一・二・五・七・八号・大正一三年)・二七九頁、嘉山幹一『改版債權總論』昭和二年・一五五頁、吾孫子勝『債權法要論』昭和三年・八一頁、三渚信三『債權法提要總論上冊』昭和五年・一二四頁、中島弘道『民法債權法論』昭和七年・四九三頁、近藤英吉・柚木馨『註釈日本民法債權編總則上巻』昭和九年・一六〇頁、岩田新『債權法新論』昭和九年・六四頁・八二頁、勝本正晃『債權總論中巻之三』昭和十一年・一八〇頁、沼義雄『綜合日本民法論別巻第四債權總論』昭和十一年・一九四頁、岡村玄治『全訂債權法總論』昭和十五年・八四頁、石田文次郎『債權總論』昭和二十三年・一七

○頁、林信雄『債權法総論』昭和二十八年・一〇四頁・一二四頁、小池隆一『債權法総論』昭和二十九年・一二五頁、我妻榮『新訂債權総論』昭和二十九年・一〇五頁など。過失債務不履行については、北川善太郎、奥田冒道編『注釈民法90債権(1)』昭和六二年・三八九頁以下に検討がなされている。

しかし、これとは異なった無過失とする考え方も存在したのである。その根拠としては、民法典四一五条前段の文言、民法典四一九条後段の反対解釈(中島玉吉『民法釈義卷之三債權総論上』大正一〇年・三四二頁)、債務者が債權關係を成立させた以上は、常にその履行の結果については予想しなければならず、過失がなければその責がないとすることは、債務者が当然負担する責任を軽減するものであって、その理由に乏しく、給付が可能である以上は、どんな理由が存在しても、その責を免れないとすること(鳥賀陽然良『債權総論綱要上冊』大正一三年・一八五頁)、債務者はすでに特定の履行をなすべき義務を負っているにもかかわらず、その義務を履行しない以上は、一定の責を負うべき理由は、この不履行の一事で十分であるということ(遊佐慶夫『民法原理』昭和二年・四九八頁)などをあげることができる。この無過失とする考え方は、過失責任が原則化される過程で批判されるに至ったが、過失責任が通説となった後にも、従来とはやや異なった観点から、たとえば、双務有償契約における等価値交換義務(於保不二雄『債權総論(新版)』昭和四七年・九八頁)、債權者の合理的な期待(長尾治助『債務不履行の帰責事由』昭和五〇年・二一八頁)、不可抗力と非帰責事由を同視しないことや債務者はみずから債務を負担したのでありこれを履行すべきであるという義務は絶対的であるのに対し、仮に債務者を免責せるとすると、債權者の方が無過失であるにもかかわらず不履行によって生じた損害を甘受しなければならないこと(岡島芳伸『債務不履行における債務者の責に帰すべき事由について』日本大学大学院法学研究科法学研究年報五・昭和五〇年・一一〇頁)などの観点から、無過失とする考え方が主張されている。また、後段についても、厳格に解釈して無過失に近づけようとする傾向が存在するのである(園田格『契約責任に関する一考察——履行不能・危険負担を問題として——』金沢法学一卷一号・昭和三〇年・五六頁)。

そのほかに、帰責事由を故意・過失または信義則上これと同視すべき事由と言いかえることに疑問を呈するのは、星野英一『民法概論Ⅲ債權総論』昭和五三年・五六頁、平井宜雄『債權総論』昭和六〇年・四一頁などがある。さらに、帰責事由の中に違法性を見い出すのは、長尾治助、加藤一郎・米倉明編『ジュリスト増刊民法の争点Ⅱ債權総論・債權各論』昭和六〇年・一六頁、平井宜雄、前掲書五三頁以下などである。

## (2) 第二七六条(自己の過失責任)

(1)債務者は、別段の定めがない限り、故意および過失に対して責を負う。取引に必要な注意を怠った者には、過失がある。第八二七条および第八二八条の規定が適用される。

(2)債務者は、故意に基づく責任を予め免れることができない。

(3) 新田孝二「債務不履行損害における因果関係」ロー・スクール第四〇号・昭和五七年・一四頁、新美育文『ジュリスト増刊総合特集・日本の医療——これから——』昭和六一年・一七五頁、平野裕之「契約責任の本質と限界——契約責任の拡大に対する批判的考察（序説）——」法律論叢第五八巻四・五合併号・昭和六一年・六一二頁など。

(4) モデルの第二七六号（帰責）

(1) 債権関係が契約によって成立した場合に、債務者が不履行の原因である事情に対して責を負う必要がないのは、債務者がこの事情を考慮し、回避あるいは克服する義務を契約によって負っていない場合である。基準となるのは、契約の内容および契約の締結時の当事者の意図である。特定の意図を確定することができない場合には、合理人が同様の状態で通常持っている意図である。

(2) 契約上の債務者は、別段の定めがない限り、故意あるいは過失によって生じあるいは阻止しなかったあらゆる事情に対して、疑わしい場合に責を負う。商工業、独立自由業あるいは債務者のその他の事業の範囲内で義務が発生した場合には、契約上の債務者は、別段の定めがない限り、職業上の知識や能力の瑕疵によって生じあるいは事業領域に源を有しおよび期待可能な措置によって通常回避することができるとするあらゆる事情に対して、疑わしい場合に責を負う。不履行が労働争議の結果である場合には、一文および二文は責任を根拠づけぬ。第一項に基づく責任は関係しない。

(3) 債権関係が契約に基づかない場合には、債務者は、別段の定めがない限り、故意および過失に対して責を負う。

(4) 債務者は、故意に基づく責任を予め免れることができない。

## II Huber の鑑定意見<sup>(5)</sup>

### (1) 担保責任に基づく諸規定と諸原則

ドイツ法は、ドイツ民法典二七六条、つまり、過失責任主義を原則としている。しかし、この過失責任主義は、明文の担保責任や不文の担保責任によって修正を受けている。明文の担保責任としてまず第一にあげられるのは、ドイツ民法典二七八条<sup>(6)</sup>である。この規定は、法定代理人や履行補助者の行為に対する債務者の責任を定めている。債務者は自己の過失に対し責を負うのではなく、その法定代理人や履行補助者、つまり他人の過失に対して責を負うのであ

る。この債務者の責任は、担保責任として理解されている。<sup>(7)</sup> 第二は、ドイツ民法典二七九条である。<sup>(8)</sup> この規定は、種類債務者が給付の主観的不能に対して過失を考慮することなしに責を負うことを定めている。しかし、この規定は、履行のためにあらかじめ準備された物が過失なしになくなった種類債務者がドイツ民法典二七五条二項<sup>(9)</sup>に基づくことができないということ、つまり免責されないということだけを意味していると受けとめられている。しかも、このことは、ドイツ民法典二四三条<sup>(10)</sup>に基づいて認められていると解釈されており、そのために、ドイツ民法典二七九条は必要な規定であると解されている。<sup>(11)</sup> したがって、この規定は異なった解釈がなされている。すなわち、主観的不能とはかわりなく、種類債務者には、種類債務を期限通りに履行するために、個人的能力、器械、取り引き関係をいつでも使えるということに対する無条件な責任が生ずる、<sup>(12)</sup> というものである。しかし、債務者が契約の内容や類型に基づいて克服するために有効に担保を引き受けることができなかった障害は、債務者を免責させる。この点に関して、市場に関連した種類売買（売主は、市場で入手できる商品を提供する義務を負っている）が問題になっているのか、あるいは、単純な種類売買（売主は、自分の生産品あるいは特定の貯蔵品から商品を提供することを約束している）が問題になっているのかどうかということが役割りを果たしている。<sup>(13)</sup> つまり、売主の義務は、契約の意味によって突き止めることができる犠牲の限界によって制限されると解されている。<sup>(14)</sup>

第三は、ドイツ民法典二八二条、<sup>(15)</sup> 二八五条<sup>(16)</sup>である。これらの規定は、給付の不能や遅滞の場合における責に帰すべからざる事情の証明責任を債務者に負わせている。積極的債権侵害の場合には、債務者に証明責任を負わせることで一致しているわけではない。しかし、判例によれば、給付が契約に適合していないことが確定であるならば、<sup>(17)</sup> 債務者は、その瑕疵が自らの組織領域や支配領域において生じたのでないことを証明しなければならないとしている。このように、帰責事由の存否不明の場合には、証明責任を転換したことにより、債務者は責を負うわけであるから、債務

者には、実質上、担保責任が課されているのと同じことになる。第四は、ドイツ民法典三〇五条<sup>(18)</sup>である。この規定は、法律行為における債権関係の成立やその内容の変更について、当事者間の契約が必要であることを定めている。

この規定によって、過失を考慮することのない担保責任を契約によって創設することができる。<sup>(19)</sup>ただし、ドイツ民法典一三八条や二四二条の制約を受ける。<sup>(20)</sup>また、普通契約約款に担保責任が組み込まれる場合には、普通契約約款法九条のコントロールを受ける。<sup>(21)</sup>第五は、ドイツ民法典四六三条、四八〇条二項<sup>(23)</sup>である。これらの規定は、売買の対象となった物が保証された性質を欠いている場合やその欠如を知っていながら秘密にした場合に、売主に損害賠償責任を負わせている。この売主の責任は、黙示の保証という方法によって拡張されている。<sup>(24)</sup>しかし、単純な物の瑕疵の場合には、瑕疵結果損害に関して、証明責任の転換を伴う過失責任が売主に生ずると解されている。<sup>(25)</sup>

第六は、ドイツ民法典五三七条、五三八条<sup>(26)</sup>である。これらの規定は、契約の締結の際に存在した瑕疵に対し、過失を顧慮することのない担保責任が使用賃貸人に生ずることを定めている。売買のように、保証された性質の欠如と単純な瑕疵との区別は存在しない。第七は、ドイツ民法典六三五条<sup>(28)</sup>である。この規定は、仕事の瑕疵が請負人の責に帰すべき事情に基づく場合に、注文者が不履行を理由にして損害賠償を請求できることを定めている。より遠い瑕疵結果損害については、積極的債権侵害に基づいて損害賠償を請求できる。<sup>(29)</sup>これらの場合においても、保証された性質の欠如と単純な瑕疵とを区別していない。そして、仕事に瑕疵がある場合に、請負人にとって無過失の証明は困難であると考えられている。その根拠は、瑕疵なく仕事をすることを担保しているというものである。<sup>(30)</sup>

次に、不文の一般原理という形式で担保責任が存在する。たとえば、金銭的主観的不能に対して、つまり、金銭的給付能力に対して、債務者は過失を顧慮することなく責を負う。<sup>(31)</sup>この債務者の調達義務の基礎には、担保責任という考え方が存在する。この責任をドイツ民法典二七九条の適用下に置くかどうかについては、争いがある。この金銭債

務の責任に関する考え方は、特定物債務の領域にも援用されている。すなわち、売買契約の締結後に、売主の債権者が売買の目的物に強制執行を開始したので、売主が買主に売買の目的物を引き渡すことができなかった場合に、売主は、過失がなくても責を負わなければならないとされている点に援用されている。<sup>(32)</sup> その他の不文の担保責任としては、債務者は給付の原始的不能に対し常に責を負わなければならない、というものがある。特に、特定物売買における他人の物の売主には、過失とはかわりなく責を負わなければならない無条件な調達義務が生ずるのである。<sup>(33)</sup>

## (2) 客観的過失概念

過失責任における過失を客観的意味で捉えることが適切でない場合には、主観的意味で捉えることが必要である。<sup>(34)</sup>

しかし、その他の場合は、<sup>(35)</sup>客観的意味で捉えるのが正当であろう。ドイツ法において、この過失の客観化の中に、担保という要素を認める見解がある。<sup>(36)</sup> Löwisch<sup>(36)</sup>や Heinrichs<sup>(37)</sup>は、客観的な過失規準の根拠を信頼に置きながら、担保という要素を承認している。<sup>(38)</sup> Schmidt<sup>(38)</sup>は、客観的過失概念には、一度引き受けた行為を注意深く行なうことに対する危険責任にほぼ等しい保証義務が含まれていることを指摘している。さらに、Esser<sup>(39)</sup>は、客観的過失概念を採りながら、そこに、危険領域にはいることによって持っているなければならない一定水準の能力や経験を保証しなければならぬということ、すなわち、担保給付という要素を認めている。そして、この要素は信頼原則から生ずるとしている。<sup>(40)</sup> Larenz<sup>(40)</sup>は、必要とされる一般的なあるいは特別な専門的知識や能力があることに對する一種の担保給付が客観的過失概念の中に含まれていることを指摘する。そして、この根拠は、契約上の他方当事者がその職業あるいはグループにおける典型的な能力を持っていることを契約上の一方当事者が信頼し、信頼できなければならないということにあるとみているのである。<sup>(41)</sup>

V. Caemmerer<sup>(42)</sup>は、客観的過失概念の中に、契約上の担保引き受けという要素があることを承認しつつ、治療を

引き受けた医師、助言することを引き受けた弁護士、建築を引き受けた建築家、修繕を引き受けた職人は、職業上必要とされる知識や能力を保証しなければならないとする。そして、この知識や能力がないために不適切なやり方をした場合には、過失あるいは引き受け過失が問われることなしに、履行利益について責を負うとする。また、その他の場合についても、契約上の債務者は、過失に対して責を負わなければならないだけではないとし、その債務者の責任は相当な範囲で担保責任であるとする。たとえば、債務者は、原始的給付能力、必要な金銭的手段の存在、権利を取得させる能力、種類債務の場合における商品の調達能力、保証された性質、履行補助者の適切な行為に対して、契約の締結によって担保を引き受けているとしている。給付を行なうために必要とされる能力に対する保証も、この担保の領域に属するとする。そして、これらの担保の範囲は、契約の意味や諸事情に基づいて決定されるとするのである。この考えの抛り所となるものは、契約上の給付約束には、必要とされる能力があることに對する担保引き受けが含まれている、というものである。<sup>(42)</sup>

この V. Caemmerer の考え方を受け入れているのが、Huber<sup>(43)</sup> である。Huber は、本来の過失責任も客観的過失概念によって客観的保証義務の意味で修正されているとする。そして、判例や学説を支配している客観的過失概念の正当性は、不法行為法や法定債権関係（事務管理を除く）の責任においては疑わしいかもしれないが、契約上の（および準契約上の）債権関係に関する法においては、その正当性は疑いもないとする。すなわち、契約の対象・内容・類型によって特定される能力が前提とされている場合には、この能力が欠けていることは、債務者を免責させえないのであるとする。つまり、債務者は、自己の能力を有責に誤って評価したことに對して、引き受け過失の観点から責を負うだけでなく、自己の過大評価に對する個人的非難が債務者に生じない場合にも、単に、*pacta sunt servanda*（合意は拘束される）という原則に基づいて責を負うとする。実質上、客観的責任の場合には、過失責任ではなくて、担



保責任が問われているとしているのである。

以上のことから、担保責任に基づく諸規定と諸原則の場合はもちろんのこと、客観的過失概念においても、担保という要素が重要な機能を果たしていることが理解できよう。Huberは、このような傾向をふまえて、担保責任という考え方を体系化している。したがって、Huberの提案は、担保という要素の意義を検討するために価値があると思うので、この提案を次に採り上げてみることにしよう。

### (3) モデルの第二七六条

Huberは、民法改正草案のモデルの二七六条において、債務不履行責任における損害賠償責任の一般的な帰責根拠を示している<sup>(44)</sup>。その法政策上の基本思想は、契約上の債務者には、過失責任の要素と *clausula rebus sic stantibus*（事情変更約款）の要素によって緩和された担保責任が生ずる、というものである。この担保責任、つまり、契約上の債務者の担保の引き受けは、経験的・心理学的に、すなわち、債務者が給付義務を負うことによって、不履行の場合に損害賠償を行なうことを約束したような意味で理解されているのではない。この担保責任は、規範的な意味で、*Pacta sunt servanda* という原理の具体化として理解されている。この担保責任の考え方は、契約のない法定債権関係、たとえば、遺贈、不当利得、所有者—占有者関係には適用できないとしている。他方で、贈与、組合、無償寄託の場合における伝統的な責任軽減を維持しながら、物の瑕疵に関する規定においても適用される統一的な責任標準を立てようとしている。したがって、過失やさらに各々の帰責根拠によって説明されているドイツ民法典四六三条・四八〇条二項（売買における性質の保証に対する無制限な責任）やドイツ民法典五三八条一項（使用賃貸物の原始的瑕疵に対する使用賃貸人の無制限な責任）の特別な責任根拠が排除されることになる。また、Weyersの提案<sup>(45)</sup>、すなわち、性質の保証に対する特別責任を売買法から請負契約法にも採り入れることは、この担保責任とは相いれないと考

え、ドイツ民法典二七九条に基づく種類債務者の特別な担保責任も、この担保責任の一部になると考えている。

次に、民法改正草案のモデルの二七六条の内容をみてみることにしよう。<sup>(46)</sup>第一項は、担保責任の原理を示している一方で、免責の要件に重点を置いている。どんな事情が債務者を免責させるのか、ということに対する基準を与えるのは、契約であるとする。その場合に、契約締結の具体的事情（これに關係があるのは、当事者の意図を参照することである）や契約の類型（これに關係があるのは、合理人が当事者と同じ状態で通常持っている意図を参照することである）が問題となる。免責事由となるのは、債務者が考慮する必要がなく、回避する必要がなく、克服する必要がない事情である。したがって、まず第一に、債務者が給付障害を契約の内容や類型によって予見して、対応しなければならなかったかどうか問題となる。このような障害は債務者を免責しえない。この場合に、多くのことが、債務者の個性や契約の社会的環境に依存する。たとえば、私人は、職業上活動する契約当事者ほどあらかじめ配慮する必要がないし、大企業は、小企業よりもあらかじめ配慮しなければならないとしている。第二に、債務者が給付障害を回避しなければならなかったかどうか問題となる。たとえば、債務者の組織領域に源を有しない責のない事情は回避不可能であるとする。最後に、予見不可能で、回避不可能な給付障害は債務者によって克服されなければならないかどうか問題となる。たとえば、克服不可能な障害については、犠牲の限界を越える給付障害、つまり、行為基礎の脱落と考えられる障害が考えられている。

第二項一文・二文は、三つの責任の推定が行なわれている。まず第一に、二項一文によれば、債務者は故意あるいは過失によって生じた事情に対し責を負わなければならないということが推定される。この故意や過失に対する責任は、別のことが定められていない場合だけということと疑わしい場合にだけということという制約を受ける。前者は、有効に合意された契約上の免責の優先を守る（したがって、二項一文が強行法を含まないことを明らかにする）

ことだけでなく、法律上の責任の軽減（たとえば、贈与・組合・無償寄託に関する法において）あるいは法律上の責任の強化（たとえば、運送法において）の優先を守ることである。後者は、契約解釈の優位性を確保することになるとする。

第二に、二項二文によれば、商工業、独立自由業あるいはその他の事業の範囲内で義務を引き受けた債務者は、職業上の知識や能力の瑕疵に対し責を負う、との推定を受ける。この責任は、客観的過失概念によって根拠づけられてきた。しかし、これには、基本的な法政策的観点が欠けていると考え、職業上活動する債務者は、*pacta sunt servanda* の原理によって責を負うとしている。その根拠は、債務者は契約の締結によって職業上の専門的技能に対し担保を引き受けている、というものである。この職業上の能力に対する責任は、別のことが定められていないということや疑わしい場合にだけという制約を受ける。第三に、同じく二項二文によれば、債務者は自らの組織領域に対し責を負い、無過失証明の可能性はない、との推定を受ける。この推定は、商工業、自由業あるいはその他の事業の範囲内で、義務が発生したということと結び付くとしている。この組織領域に対する責任は、別のことが定められていないということや疑わしい場合にだけという制約を受ける。これらの三つの責任の推定は、契約上の義務が債務者の私的な家事や生活方式の領域で成立したのかあるいは事業活動の領域で成立したのかに応じて、責任の一定の段階づけを受けるものとする<sup>(47)</sup>。私的な義務については、伝統的な過失責任にとどまるが、しかし金銭的主観的不能については、厳格な責任のままであるとしている。

第三項は、契約のない債権関係における過失責任を定めている。ただし、事務管理の場合には、この責任規準は疑わしいとし、事務管理者が商工業、自由業あるいはその他の事業の範囲内で活動している場合には、第一項、第二項に基づく重い責任が妥当すると推測している。このようなことから、民法改正草案のモデルの二七六条は、現行法に

対して修正をもたらすことになる。体系的修正としては、基本原理の点で、過失責任からではなくて、担保責任という原理から出発することになる。したがって、過失責任は、他の上位にある準則が適用されない場合に介入してくる二次的準則として現われてくる。また、実際の修正として、一定の責任の強化をもたらすとしている。たとえば、組織領域における *Ausreißer*（欠陥製品）やその他の欠陥に対する契約上の債務者の責任、商品の検査の瑕疵に対する後続の売主の責任、権利状態に関する責のない瑕疵ある評価に対する契約上の債務者の責任の領域においてである。

この民法改正草案のモデルの二七六条の背後には、<sup>(48)</sup> 純粋な過失責任主義も純粋な担保責任主義も正しくはないとし、仲介的な立場を定式化することが重要であるとする視点がある。この視点は今まで見落とされてきたとし、とりわけ、債務者が職業・事業上の能力に対して無条件に責を負わなければならないとする規定が欠けていると批判している。また他方で、債務者が債権債務関係を超越した給付障害に対して責を負う必要がないとする規定が欠けていると批判している。この後者の批判は、民法典二七九条のように法律上の担保責任が生じる場合、給付障害の克服それ自体は可能であるが、しかし債権関係の内容によって期待することができない場合にもあてはまるとする。後者の批判について、ドイツ民法典二七五条二項がこの問題のために規定されている、との見解がある。<sup>(49)</sup> しかし、この規定は、特定物債務だけにかかわるので非常に狭く解釈されているとか、主観的不能という明確に定義できない概念を利用しているという反論をしている。これらの場合について、一方では、客観的過失概念に基づいて、他方では、行為基礎の脱落という法律制度によって事態を正してきたという異議の出されることを推測している。しかし、この方法は、体系的に誤って位置づけられているとするのである。つまり、職業上の能力に対する責任は、客観的過失概念が示唆してきたように、過失責任ではなく、担保責任であるとする。また、犠牲の限界を越えていることは、公平を理由にし

た司法による契約の修正の問題ではなく、契約の意義によって法律上義務から免れるのであるとしている。

このような民法改正草案のモデルの二七六条の特徴をもう少し敷衍してみることにしよう。<sup>(50)</sup>この規定は、統一売買法七四條<sup>(51)</sup>の原理を承認している。この統一売買法七四條の基礎になっているのは、契約を引き合いに出すことであるとし、国連国際商取引法委員会草案六五條や国連売買法協定七九條一項が契約を引き合いに出していないことを批判している。したがって、統一売買法七四條をドイツ民法典に採り入れることは、契約による債権関係と契約によらない債権関係との責任規準を分裂させることに帰着するとしている。そして、契約による義務は担保要素を含むとし、契約によらない義務を負担する債務者は、一般的に取引において必要とされる注意義務以上のことに對して責を負う必要がないとしている（たとえば、むりもない法律の錯誤の場合には、その債務者は免責されなければならないとする）。このような二分化をしたうえで、契約上の担保責任を負う範囲を細分化している。すなわち、契約上の担保責任を負うのは、商工業、自由業あるいはその他の事業の範囲内で職業上活動している債務者であるとしている。他方で、契約上の義務を私的な家事や生活方式の範囲内で引き受けた債務者は、担保責任を負担しないとしているのである。

このようにして、統一売買法七四條一項を民法改正草案のモデルの二七六條一項に一致させ、統一売買法七四條に關する Stoll の注釈<sup>(52)</sup>を民法改正草案のモデルの二七六條二項の第一規定と第三規定に継受させている。つまり、債務者は民法改正草案のモデルの二七六條一項の範囲内で、故意や過失に對し、疑わしい場合に責を負うのである。また、商工業、自由業あるいはその他の事業の範囲内で義務が発生した場合に、事業の領域に源を有する、期待可能な措置によって通常コントロールすることができると事情に對し債務者は責を負うのである。民法改正草案のモデルの二七六條二項の第二規定は、職業上の知識や能力の瑕疵に對する責任を認めている。この規定は、請負契約や雇傭契約

の場合よりも統一売買法七四条で規制される売買契約の場合において役割は乏しいとみている。

したがって、民法改正草案のモデルの二七六条の背後には、統一売買法があることが明らかである。ここで、統一売買法の性格を概観してみることにしよう。<sup>(53)</sup> まず、統一売買法の出発点は、コモン・ローに基づいた債務者の担保責任という観念である。つまり、不履行自体が責任を生じさせ、債権関係は、不履行の場合に債権者に損害を被らせないという内容を有する債務者の担保約束と解釈されている。しかし、統一売買法七四条が出発点とする絶対責任は、いくつかの例外によって修正されている。債務者が不履行を生じさせた事情を考慮し、回避し、克服する義務を負っていない場合には、債務者は責を負わないのである。すなわち、給付障害を容易に予測できなかった場合、給付障害を回避することができなかった場合、努力することによって給付障害を克服する義務を負っていなかった場合には、債務者は免責されるのである。

これらの免責要件を有する統一売買法七四条の責任は、四つの基本的思想を背景に持っている。第一に、*culpa in contrahendo*（契約締結上の過失）という法思想、第二に、過失責任という考え方、第三に、担保責任という法思想、第四に、*clausula rebus sic stantibus* という法思想である。これらの四つの主要な観点が相互に補い合っている。ただし、過失責任という考え方よりも上位に位置づけられる担保責任という考え方から出発している。たとえば、担保責任が債務者に生ずる場合には、債務者は、過失にかかわらず責を負わなければならない。その反対に、債務者が担保を引き受けなかった場合には、債務者は、過失に対して、疑わしい場合に責を負うのである。しかし、この担保責任は無制限なものではない。この担保責任は、*clausula rebus sic stantibus*、つまり、犠牲の限界という考え方によって修正されるのである。ただし、契約の締結時に給付障害を考慮しなければならない場合には、債務者は、*clausula rebus sic stantibus* に依拠することができない。この点では、*culpa in contrahendo* という考え方が

上位にあるのである。

この統一売買法七四条の責任規定における重要な要素は、当事者の意図、つまり、契約の内容や意味を引き合いに出すことである。その際の重要な点は、個々の事例における当事者の一致した実際の意図である。このような意図を確定できない場合には、合理人が同種類の契約における当事者の立場で典型的に持っている意図である。この推論方法は、たとえば、*Ballerstedt* が行なった、種類売買が単純なものか、市場に関連したものかどうか、あるいは、ある性質が、ドイツ民法典四五九条一項の意味で、単なる適格性の記述なのか、ドイツ民法典四五九条二項の意味で、保証されているのかどうか、を確定するのと同様であるとする。また、この統一売買法七四条の責任範囲を決定するうえで引き合いに出されているのは、*Stoll* の考え方である。<sup>(54)</sup> すなわち、通常、過失に対して責を負うとしながら、領域理論を援用している。この領域理論とは、債務者の領域——債務者の家・債務者の工場・債務者の従業員——に源を有し、したがって、期待可能な措置によって通常コントロールすることができるとする事情に対し、疑わしい場合に責を負うとするもので、しかも、個々の場合において、例外的に過失がない場合にも責を負うとするものである。この考え方によって責任の範囲は広げられ、ドイツ法によれば免責されるが、統一売買法七四条によれば免責されない場合があるとする。ただし、私的売買については、もっぱら過失責任によるとしている。この領域理論は、国連国際商取引法委員会草案六五条一項や国連売買法協定七九条一項において、債務者の影響領域外の給付障害だけに對して免責されるという仕方では受け入れられているとみている。

次に、この統一売買法七四条は、ドイツ法に対しどんな具体的な変化を与えるのかを見ておく必要がある。<sup>(55)</sup> まず第一に、責のない法律の錯誤の結果として、義務がないことを前提としたことに對する免責の可能性がない。物品供給契約の場合に、売主は製造の欠陥に對して責を負い、免責の可能性はなく、いわゆる *Ausreißer* に對しても責を

負う、転売されてきた商品に関して検査義務がないことに転売先の売主がただちに基づくことができない、というようにならずかな強化があるとする。しかし、統一売買法七四条は、ドイツ民法典四六三条・四八〇条二項より免責の可能性があるとする。第二に、請負に関して、わずかしかな変らないであろうとする。なぜなら、請負人の領域に源を有する製造の瑕疵に対して免責されることが現行法においても困難であるからであるとする。第三に、使用賃貸借に関して、使用賃貸人の義務は、使用賃貸人が使用賃借人に物をすぐ使える状態で引き渡すということである。この点では、ドイツ民法典五三八条で規定されている過失に基づかない担保責任ほど広くはないとする。また、使用賃貸人が契約締結前に賃貸家屋の修繕のために動員した職人の過失に対し責を負うことについては何ら変りはないとする。しかし、使用賃貸借契約の締結の場合や使用賃貸物の引き渡しの場合に、使用賃貸人にとって認識できなかった瑕疵や使用賃貸人が使用賃貸物の製作あるいは修理に際し―使用賃貸借契約の前後に―動員した履行補助者によって引き起こされたのではない瑕疵に対する責任は、統一売買法七四条と一致しないとする。したがって、製造に瑕疵のあったスクーターに対する出品者の責任や洪水による損害に対する使用賃貸人の責任については、統一売買法七四条の原理によれば、使用賃貸人の責任は否定されることになる。使用賃貸人が事情により考慮する必要がなかった瑕疵が問題であったからである。

第四に、雇傭に関して、労務給付も通常、結果と関連しており、労務義務者は通常、その給付自体が望まれた結果を達成させることに適していることに對して責を負っているとする。労務義務者は、そのことに對し統一売買法七四条に基づいて責を負わなければならないとする。ただし、わずかしかな変らないとする。また、統一売買法七四条の重要な要素、つまり、企業的に活動する債務者がその能力の十分さやその組織の完全さに對し責を負っていることは、ドイツ民法典二七六条の注意義務概念に取り入れられているが、それでも限界事例においては、差異が生ずるとして



いる。たとえば、Deutsch, Geiger の鑑定意見<sup>(58)</sup>の中に現われている器械の機能的欠陥に対する病院や開業医の責任である。統一売買法七四条によれば、この責任は、領域理論によって説明されとする。これらのことは、民法改正草案のモデルの二七六条の現行ドイツ民法に対する実際の意味での存在意義となるのである。

Huber の見解の特色は、契約上の債権関係について、契約上の義務が債務者の私的な家事や生活方式の領域で成立したのかあるいは事業活動の領域で成立したのかに応じて責任の段階づけをし、事業活動の領域では、担保責任が生ずるとする点にある。この根拠づけとして、*pacta sunt servanda* という原理を機能させ、契約によって担保を引き受けていると解しているのである。客観的過失概念の中に、担保という要素を承認するにとどまっている見解よりもさらに一歩先に出ていると評価することができるのであろう。このように、担保責任を体系化した場合に、これと密接した問題関心として現われるのが、損害賠償の範囲を決定する規準である。Huber はこの点についても言及しているので、次に採り上げてみることにしよう。<sup>(59)</sup>

まず第一に、統一売買法の規定を分析している。統一売買法七四条に基づく責任の強化に対応するものは、統一売買法八二条<sup>(60)</sup>・八六条<sup>(61)</sup>・八七条<sup>(62)</sup>によって賠償されるべき損害の範囲を制限することであるとする。規準となるのは、契約締結時の予見可能性である。この規準の基礎になっている考え方は、債務者は契約どおりでない履行の場合に責を負わなければならない危険を契約締結時に見積もることが可能であるというものである。つまり、この考え方は、契約自体が給付障害の範囲に対する規準となると同時に、債務者によって賠償されるべき損害の範囲に対する規準となるということの意味していると判断している。第二に、ドイツ民法典における規律の仕方を分析している。ドイツ民法典は、完全賠償原則から出発していることを指摘する。しかし、明文の例外として、ドイツ民法典二五四条二項<sup>(63)</sup>をあげる。不文の例外として、相当性論や保護領域論をあげる。

この両者の損害賠償の範囲を決定する規準を概観したうえで、予見可能性という制限を導入することは、契約に依存する担保責任という原理を導入することによって定まれていることであるとし、不可分に結び付き合っているものであるとしている。<sup>(64)</sup>これを定式化する場合に明らかにしておかなければならないことは、相当でない損害あるいは保護領域外にある損害が賠償の対象とはならないということと経験的・心理学的規準ではなくて、規範的規準を導入することが問われているということであるとする。つまり、重要なのは、事実上の予測可能性ではなくて、債務者が契約締結時にどんな損害の可能性を考慮しなければならず、契約の意味に従って引き受けなければならないのかということであるとする。このような趣旨を含んだ損害賠償の範囲を決定する規準が、ドイツ民法改正草案のモデルの二八一条の一項一文に規定されている。<sup>(65)</sup>この規定において、相当でない損害は予見不可能であって、その予見可能性は最良の観察者が規準となるのではなくて、債務者が規準となる。侵害された義務の保護領域に入らない損害は、回避不可能である。考慮する必要がないのは、債務者の契約上の危険領域に入らない損害であって、債務者よりも債権者が制御し、回避することが容易な損害であると判断している。

このように、統一売買法七四条を模範とする担保の方向で強化された責任と統一売買法八二条・八六条・八七条・八八条<sup>(66)</sup>を模範とする賠償されるべき損害の限定との結び付きによって、Huberは、過失責任や完全賠償という伝統的な原則（現行法においてもすでにいたる所で修正されている）<sup>(67)</sup>を越える解釈学的熟慮を豊かなものにすると考えている。そして、Huber自らの提案をKoller<sup>(68)</sup>によって主張された抽象的支配可能性の原則・吸収原則・分業による原因付与の原則によって正当化しようとする。たとえば、抽象的支配可能性の原則の内容は、責のない契約障害から生じた損害が自らの領域から生じた当事者に帰責されるのが有意義であるというものである。この背景にあるのは、予見可能である限りこのような損害を埋め合わせるために備えをし、どんな備えが引き合うのかを予測することが最も

容易にできるのがこの当事者であるというものである。このような内容を持った抽象的支配可能性という原則が、債務者の事業領域に源を有する事情に対する責任のために、民法改正草案のモデルの二七六条で提案された過失責任主義から離れることを正当化する。それからまた、民法改正草案のモデルの二八一条の一項で提案された、責任を予見可能な損害に制限することも正当化すると判断している。

次に、吸収原則の内容は、意図に反した障害の危険を広くまき散らし、そうすることによってこの負担を多数の最少限度の負担に解消することが可能な当事者に損害―過失に依存しない―が帰責されるのが有意義であるというものである。このための最も重要な手段は保険である。したがって、どちらの当事者が契約障害の危険に対し保険を付することが最も容易にできるかが問われるとする。このような考え方は給付障害法において一般公式により実現することができないが、しかし、民法改正草案のモデルの二七六条と二八一条<sup>a</sup>は、この吸収原則を考慮することが裁判官にとって個々の事例において可能となる手段を示すものであるとしている。最後に、分業による原因付与の原則の内容は、他方当事者が一方当事者のために冒した契約障害における危険を一方当事者に帰責させようとするものである。この原則から、下請け会社自体が給付障害に対して責を負う場合にも、その下請け会社に最終生産物の製造と結び付いているすべての危険を負担させない法政策的傾向が導き出されるとする。民法改正草案のモデルの二八一条<sup>a</sup>は、この原則によっても裏づけられると判断している。

注(5) Huber の鑑定意見の全体については、宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築―ウルリッヒ・フーバーの鑑定意見―」法学志林八〇巻三・四号(一九八三年)九七頁以下。

(6) 第二七八条(履行補助者の過失)

債務者は、法定代理人および義務の履行のために用いた者の過失に対して、自己の過失と同様の範囲で責を負う。第二七八条二項の規定は適用さ

債務者の帰責事由(角田光隆)

れない。

- (7) V. Glemmerer, *Verschulden von Erfüllungsschiffen*, *Festschrift für Haub* (1978) S. 36; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, AT. 14 Aufh. (1987) S. 298. 日本民法典四一五条においても、履行補助者の有責な行為に対する債務者の担保義務という考え方がすべてローチするところであると思う。

- (8) 第二七九条（種類債務における主観的不能）

債務の目的が種類だけで決定された場合には、その種類の給付が可能である限り、債務者は、過失がない場合にも、給付の主観的不能に対して責を負う。

- (9) 第二七五条（責に帰すべからざる客観的不能）二項

債権関係の成立後に生じた客観的不能と同等なのは、給付についての債務者の後発的主観的不能である。

- (10) 第二四三条（種類債務）

(1) 種類だけによって定められる物を負担する者は、中等の種類および品質を有する物を給付しなければならない。

(2) 債務者がこのような物の給付のために必要なことを行なった場合には、債権関係はこの物に限定される。

- (11) Emmerich, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II* (1979) §279 Ann. 2.

- (12) Staudinger-Löwisch, *Kommentar zum BGB Bd II*, (1979) §279 Ann. 1, 16.

- (13) Ballerstedt, *Festschrift für Nipperdey* (1955) S. 266ff.

- (14) Heck, *Grundriss des Schuldrechts* (1929) S. 94ff.

- (15) 第二八二条（客観的不能における証明責任）

給付の客観的不能が債務者の責に帰すべき事情の結果であるのかどうかに争いがある場合には、その証明責任は債務者が負担する。

- (16) 第二八五条（過失なければ遅滞なし）給付が責に帰すべからざる事情の結果として行なわれない限り、債務者は遅滞に陥らない。

- (17) BGH JZ 1971, 29; BGHZ 59, 303, 309.

- (18) 第三〇五条（発生）

法律行為によって債権関係を発生させ、ならびに債権関係の内容を変更するためには、法律が別段のことを定めていない限り、当事者間の契約が必要である。

- (19) Fikentscher, Schuldrecht, 7 Aufl. (1985) S. 326.
- (20) Jaernig, Vollkommer, BGB (Kommentar) 3 Aufl. (1984) §276. S. 252.
- (21) Soergel-Wolf, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. II 11 Aufl (1986) §276. Anm 201.
- (22) 第四六三条 (不履行による損害賠償)  
売買の目的物が売買の時点において保証された性質を欠いていた場合には、買主は、解除あるいは減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。売主が欠如を知りながら黙っていた場合にも、同様である。
- (23) 第四八〇条 (種類売買) 二項  
危険が買主に移転する時点において、物が保証された性質を欠いているか、あるいは、売主が欠如を知っていて黙っていた場合には、買主は、解除、減額あるいは瑕疵のない物の給付に代えて、不履行に基づく損害賠償を請求することができる。
- (24) BGH VersR 1966, 241; BGHZ 50, 200.
- (25) Huber, Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung, Acp 177 (1977), S. 291ff.
- (26) 第五三七条 (賃借物の瑕疵)  
(1) 賃借物が使用賃借人に委ねられた時点において、契約どおりの使用のための適性を消滅あるいは減少させる瑕疵を持っていたか、あるいは、使用賃借物の期間中にこのような瑕疵が発生した場合には、使用賃借人は、適性が消滅している期間中は使用賃借料の支払いを免れ、適性が減少している期間中は第四七二条、第四七三条によって定められる使用賃借料の部分だけを支払う義務を負う。適性の重大でない減少は考慮されない。  
(2) 保証された性質が欠けているか、あるいは、後に失われた場合にも、第一項一文が適用される。土地の使用賃借借において、一定面積の保証は、性質の保証と同等である。
- (3) 住居の使用賃借関係において、使用賃借人の不利益となる合意は無効である。
- (27) 第五三八条 (使用賃借人の損害賠償義務)  
(1) 第五三七条で示されている種類の瑕疵が契約の締結時に存在しあるいは後にこのような瑕疵が使用賃借人の責に帰すべき事情によって生じたか、あるいは、使用賃借人が瑕疵の除去につき遅滞に陥った場合には、使用賃借人は、第五三七条に規定されている権利にもかかわらず、不履行に基づく損害賠償を請求することができる。
- (2) 使用賃借人が遅滞に陥っている場合に、使用賃借人が瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求できる。

(28) 第六三五条（不履行による損害賠償）

仕事の瑕疵が請負人の責に帰すべき事情に基づく場合には、注文者は、解除あるいは減額に代えて、不履行に基づく損害賠償を請求することができる。

(29) Huber, aAO, (註(29)) S. 326ff.

(30) Huber, Leistungsstörungen, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Btl, (1981) S. 719.

(31) Huber, aAO, (註(30)) S. 718.

(32) V. Caemmerer, Das Verschuldensprinzip im Vertragsrecht in rechtsvergleichender Sicht. Nihon Univ. Comparative Law, vol. 1, (1983), S. 6.

(33) V. Caemmerer, aAO, (註(33)) S. 7.

(34) これは説明するもの、無償寄託・贈与・使用貸借などである。

(35) 担保責任や承認などの場合には必ずしも限らず。

(36) Staudinger-Löwisch, aAO, (註(31)) §276 Abm. 2.

(37) Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch 45 Aufl (1985) §276, S. 315.

(38) Soergel-Schmidt, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. II, 10 Aufl (1967) Anm. 17.

(39) Esser, Schuldrecht, Bd. I, AT, 4 Aufl, (1970) S. 248.

(40) Larenz, aAO, (註(〜)) §20 I, S. 278, §20 III, S. 286.

(41) V. Caemmerer, Die absoluten Rechte in §823 Abs. 1 BGB, Gesammelte Schriften I (1968) S. 577f. ders, aAO, (註(38)) S. 4. これに触れているのは、前田達明『不法行為帰責論』（一九七八年）一三二頁、網見佳男「債務不履行責任における違法性や過失」阪法第一三九号（一九八六年）四二頁。

(42) Plank-Sieber, Kommentar zum BGB Bd II. 1, AT, 4 Aufl (1914) §276 Anm. 2. S. 222, §306 Anm. 2. S. 322; V. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts (1918) Bd II. 2. §89, S. 489; Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd I, AT, 15 Aufl (1960) §213 S. 1322.

(43) Huber, aAO, (註(30)) S. 718.

- (44) Huber, aaO. (註(30)) S. 738f.
- (45) Weyers, Werkvertrag, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, (1961) S. 1115ff.
- (46) Huber, aaO. (註(30)) S. 789ff.
- (47) 債務不履行責任の段階については、意思責任的債務不履行（無償寄託・贈与・使用貸借）と行為責任的債務不履行に分類し、後者はさらに、客観責任的債務不履行（売買・賃貸借）と結果責任的債務不履行（食品・医薬品の販売、航空機による運送などの特別危険行為）に分類する見解がある（石田穰『損害賠償法の再構成』（一九七七年）一一一頁以下）。その他に、このような注意義務のレベルの段階づけを承認しながら、これとは別に、個人的行為・業務的行為・企業的行為によっても注意義務のレベルを段階づけようとする見解がある（沢井裕『債権総論』（一九八五年）八五頁）。
- (48) Huber, aaO. (註(30)) S. 762.
- (49) Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung (1969) S. 126ff. Beiner, Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt (1979) S. 203ff.
- (50) Huber, aaO. (註(30)) S. 724.
- (51) 第七四条（免責）
  - (1) 当事者が自らの義務を履行しなかった場合に、当事者が不履行に対して責を負う必要がないのは、不履行が契約締結時の当事者の意図に基づいて考慮する義務がなく、回避する義務がなく、あるいは、克服する義務のなかった事情に基づいていることを当事者が証明した場合である。当事者の意図が欠如している場合には、合理人が同様の状態で通常持っている意図に基づく。
  - (2) この事情が当事者が履行を単に「一時的に妨げたようなものである場合に、遅滞している当事者がそれでもやはり最終的に自らの義務を免れるのは、契約に定められている義務とはまったく別の義務の履行であるほど、履行が遅滞によって根本的に変わっている場合である。
  - (3) 一方当事者のためにこの条文で定められている免責は、この法律の他の規定に基づく契約の取消を妨げず、他方当事者からこの法律に基づいて帰属する減額する権利を奪わない。ただし、免責を正当化する事情が他方当事者あるいは他方当事者が責を負わなければならない者によって生じた場合を除く。
- (52) Dölle-Stoll, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht (1976) Art. 74 Anm. 54.
- (53) Dölle-Stoll, aaO. (註(52)) S. 433ff. S. 233ff. Huber, aaO. (註(30)) S. 719ff.

- (54) Dölle-Stoll, aaO. (注(5))
- (55) Huber, aaO. (注(30)) S. 721ff.
- (56) BGH NJW 1962, 908.
- (57) BGH NJW 1971, 424
- (58) Deutsch-Geiger, Medizinischer Behandlungsvertrag, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II. (1981) S. 1049ff.
- (59) Huber, aaO. (注(30)) S. 726ff.
- (60) 第八二条（予見可能な損害の賠償）  
契約が取消されなかった場合に、当事者が行なった契約違反に対する損害賠償として、他方当事者に生じた損害および逸失利益が賠償される。ただし、損害賠償は、契約に違反した当事者が知っていたかあるいは知らねばならなかった事情を考慮して、契約締結時に契約違反の可能な結果として予見しなければならなかった損害および逸失利益を越えてはならない。
- (61) 第八六条（その他の損害の賠償）  
第八四条および第八五条に基づく損害賠償は、不履行によって生じた相応の費用だけ、ならびに、契約に違反した当事者が知っていたかあるいは知らねばならなかった事情を考慮して、契約締結時に契約違反の可能な結果として予見しなければならなかった現実が発生した損害および逸失利益の総額まで上昇しうる。
- (62) 第八七条（市場価格がない場合の具体的な損害の算定）  
物に市場価格がない場合には、損害賠償は第八二条に基づいて算定される。
- (63) 第二五四条（共働過失）二項  
被害者は債務者が知らなかったか知るに及ばなかった異常に高い損害の危険を債務者に喚起させなかったこと、あるいは、被害者が損害を回避あるいは減少させなかったことに被害者の過失が限定される場合にも、同様である。第二七八条の規定が準用される。
- (64) Huber の考え方に従うならば、日本民法典四一五条の帰責事由に担保を含め、その担保の場合に、四一六条の適用が可能になると思う。帰責事由に担保を含めることについては、担保責任制度の再構成にも役立ちうるものと思う（岡谷峻「瑕疵担保責任」法学教室一九八七年九月八四号四一頁）。



(65) モデルの第二八一条の(損害賠償)一項一文

債務者が債権関係の内容および自分にとって認識可能な事情を考慮して、不履行の可能な結果として予見し、回避し、自ら態度をとって考慮に入らなければならないかった損害の賠償だけを債権者は不履行の結果として請求することができる。

(66) 第八八条(損害軽減義務)

契約違反を引き合いに出す当事者は、発生した損害の減少のためにあらゆる適切な措置を講ずる義務を負う。当事者がこれを怠った場合には、他方当事者は、損害賠償の引き下げを請求することができる。

(67) Koller, Die Risikozurechnung bei Leistungsstörungen in Austauschverträgen (1979) S. 1ff.

(68) Huber, aaO. (注(3)) S. 731f.

(69) モデルの第二八一条 a (損害賠償) 一項二文

債権関係が契約に基づく場合には、債務者が契約締結時に知っていたかあるいは知らなければならなかった事情が基準となる。

二項

債権者は、損害を回避あるいは減少させるために、諸事情に基づき適切かつ期待可能な予防措置を講ずる義務を負う。債権者が必要な予防措置をしなかったことによって損害が圧倒的に生じた場合には、債務者は、損害を賠償する必要がある。その他の点では、第二五四条一項が適用される。

### III Jakobs の批判

この Huber の見解に対しては、Jakobs の過失責任主義を擁護する立場からの批判がある<sup>(70)</sup>。すなわち、Huber が過失責任主義を過小評価していることに対して、Jakobs は批判しているのである。したがって、民法改正草案のモデルの二七六条に反対して、現行の民法典二七六条で妥当であるとの判断を下しているのである。その批判の対象は、Huber が強調した担保責任というものである。それ故、この担保責任を導入することは、契約責任秩序が二千年間抛り所としてきた基盤が問題になるとし、この担保責任の強調を現行法にとって最も重大な変革と受け取めている。

るのである。なぜなら、法秩序が諸々の原理によって形造られており、細部の判断に際し不安になる場合には、原理だけが拠り所となるからであるとしている。このような意識をいだきながら、Huber のいう、過失責任主義の例外の承認が非常に多く、しかも重要であるので、現行法において原則と例外の関係が逆転したということや、契約上の債権関係の場合には、過失責任主義は、過失に基づかない担保責任の方向への重大な修正を伴ってこそ妥当するといふ判断は、過失責任主義を非とすることで、これを除くことは、現実の法状態に適合するにすぎないということに対し、批判的態度をとる。また、民法典二七六条における過失は、個人的な非難可能性を意味せず、特に、*impetia culpa adnumeratur*（無経験は過失に数えられる）は常に明らかであった。つまり、取引に必要な注意は一義的であると述べながら、本来の過失責任は客観的過失概念によって客観的保証義務の意味で修正され、実質上、過失責任ではなくて、担保責任が問われている、という Huber の主張は、真実でないと判断するのである。

このようなことから、Jakobs は、客観的な意味における過失責任主義の立場を採っていることは明らかである。そして、この過失責任の根拠は、契約にあるとする。Jakobs のこうした基本的な態度から、民法改正草案のモデルの二七六条に対する批判が生じてくるのである。まず第一に、民法改正草案のモデルの二七六条と現行民法典二七六条との相異に関して、両者の違いを見い出せず、民法改正草案のモデルの二七六条には、現行民法典二七六条と比較して、他のより多くの言葉だけを見出し、コメントールを法律の中に書く努力だけがあるとしている。さらに、Huber が過失責任主義の放棄に伴って考えていることは、本質的には、単なる術語上の違いにすぎないのであって、Huber が言っているところの、二次的に適用されるにすぎないもの、つまり、過失責任も契約に基づいて適用されるならば、この術語上の違いさえも無に帰するとする。第二に、民法改正草案のモデルの二七六条の中で、特に、二項二文について、これによって、統一売買法七四条と民法典二七六条との実質上の相違が正しく理解されるかもしれ

ないと推測している。しかし、事実そうであるのか、統一売買法七四条の担保責任がより広範なものではないのかどうか、したがって、實際上、原理とみなせないのかどうかということは、過失責任主義に根拠があるものと認識されるならば、判断する必要がないとする。この場合に、過失責任主義が担保責任の方向で補充され、強化されるべきかどうかということが問題になるとしながら、この問題は、統一売買法に基づく債務者の責任は厳しいということだけでは答えにならないとしている。

第三に、給付をなすために必要とされる知識や能力の瑕疵に対する責任に関しては、過失概念が客観的なものであること、*imperitia*（無経験・無知識・未熟練）は *culpa*（過失）とみなされることにかかわるとしている。第四に、債務者の事業領域に源を持ち、期待可能な措置によって通常回避することができる給付障害に対して債務者が無条件に責を負わねばならないということに関して、たとえば、局外者によって売買の目的物が盗まれた場合に、営業に属する売買契約における営業上の売主は、窃盗に対し取引慣習上の安全措施を講じていたという免責立証が意のままにならないことになるとする。この規定のひな型は、統一売買法ではなくて、ローマ法における *custodia*（保管）責任にあるとしている。ローマ法において、この責任は、請負人のほかに、すべての売主、使用賃借人、使用借主に適用されていたとする。そしてここでは、他人の物―無因主義にもかかわらず、売却された物も他人の物に属する―を自らの目的のために保管する者は、保管の職務を行なうことに対して責を負う、という原則は十分な意味を持っているとする。つまり、支配可能な事変、すなわち、低次の事変の危険を引き受けているのである。このような歴史的系譜をたどったうえで、この危険負担原則を受け入れようとするならば、ローマ法にならって、売買の代価危険に関する結論も出さなければならぬとする。この場合に、この危険を売主が引渡しないし送付まで引き受けなければならぬとすることは、*Periculum emptoris*（買主の危険）を再び原則化するものによって正当化されないであろうと判

断している。結局のところ、この原則を受け入れることに對して、その基盤がないとして承認していないのである。したがって、この規定についても否定的な判断が下されることになるのである。

次に、Huber が主張した、民法改正草案のモデルの二七六条二文と二七八条一項二号<sup>(71)</sup>において規定されている債務者の責任の強化と不履行によって賠償すべき損害の限定が不可分に結び付いていることに對して、Jakobs が批判している。その根拠は、第一に、この責任の強化が特別な場合にだけ適用されるのに反し、完全賠償というものは一般的に放棄されねばならないということである。第二に、現在でもすでに債務者が強化されない過失責任に基づいて完全賠償にもかかわらず賠償する必要がある損害が賠償義務からはずされなければならないということである。つまり、Huber が主張した責任の強化と損害の限定は結び付き合っているものではないのであるとしている。<sup>(72)</sup>

注(70) Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungsrecht (1986) S. 19ff.

ただし、Jakobs も Huber に同調して、契約上の約束に担保という要素の存在を肯定する(a.o. S. 22)。これを指摘するのは、Medicus である (Gesetzgebung und Jurisprudenz im Recht der Leistungsstörungen, AcP 186 (1986) 3. S. 277)

(71) モデルの二七八条（履行補助者に関する責任）一項

債務者は、自己の過失に對して責を負う限り、不履行の原因である第三者の過失に對しても責を負う。

2 商工業、独立自由業あるいは債務者のその他の事業の範囲内で義務が発生し、第三者がその事業で働いている使用人に属する場合。

(72) 担保責任・客観的過失責任・主観的過失責任と損害賠償の範囲との関連の問題については、民法典四一五条の帰責事由の中に担保という要素を含めることや、帰責原理の適用の仕方の問題も含めて、別稿で検討する。

#### 四 結 び

担保責任という考え方は、ローマ法や、ローマ法の影響を受けなかったイギリス法（スコットランドを除く）にお

いても存在する。たとえば、ローマ法においては、他人の物を保管する者に生ずる *custodia* 責任の中に、また、イギリス法においては、とりわけ物品供給に関する契約の中に、担保責任という考え方が現われているのである。<sup>(73)</sup>しかし、ローマ法やイギリス法において、この担保責任と並んで、過失責任の機能する領域も存在するのである。そして、ドイツ法においては、初期の法秩序は担保原理に傾斜していたが、<sup>(74)</sup>一九世紀に入って、個人主義的思想を背景として、過失責任主義は、主要な責任原理となった。この過失責任と並んで、担保責任が承認されていたのである。この進展の結果が、ドイツ民法典に現われていると言えるであろう。<sup>(75)</sup>すなわち、過失責任は、ドイツ民法典二七六条に規定された。他方で、担保責任は、明文あるいは不文の形で個別的に認められてきた。たとえば、法定代理人や履行補助者の行為に対する債務者の責任（二七八条）、種類債務者の主観的不能に対する責任（二七九条）、不能や遅滞における帰責事由の証明責任の転換（二八二条・二八五条）、売買における物の保証された性質に対する責任（四六三条・四八〇条二項）、使用貸借における瑕疵担保責任（五三七条・五三八条）、請負における瑕疵担保責任（六三五条）、金銭債務の主観的不能に対する責任、給付の原始的不能に対する責任などである。

さらに、主要な責任原理となった過失責任も客観的意味で捉えた場合に、担保という要素を認める見解が存在する。しかも、V. Caemmerer によれば、弁護士・医師・建築家・職人として契約によって給付を引き受けた者は、契約の意味に従って、その委託を引き受けかつ適切に行ないうるために、相当する職業上の能力を持っていることを担保しなければならないとする。<sup>(76)</sup>そしてここでは、契約上の担保責任が問われることがあっても、過失責任が問われることがないと判断するのである。この見解の影響を受けて、Huber は、本来の過失責任も客観的過失概念によって客観的保証義務の意味で修正されており、この客観的責任の場合には、実質上、過失責任ではなく、担保責任が問題となっていると考えている。この傾向は、Huber の提案したドイツ民法改正草案のモデルの二七六条、とりわけ

職業上の知識や能力に対する担保責任に現われている。この V. Caemmerer や Huber の考え方も考慮に入れるならば、契約上の債権関係において、担保責任というものが大きな役割を占めていることが理解できるのである。

したがって、このような観点を考慮して推論するならば、まず、契約上の約束に担保という要素が承認できる場合には、担保責任が生ずる。次に、契約上の約束に担保という要素が承認できなかったり、制限される場合や、契約の性質から見て不適切である場合などには、主観的過失責任が生ずると考えるべきである。<sup>(77)</sup>そして、この帰責原理の適用の仕方から考えても、他に規定がなく、しかも担保責任を承認しなければならない場合を考慮して、民法典四一五条の帰責事由の中に担保という要素を含めるべきである<sup>(78)</sup>と考える。

注(73) Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts (1941), S. 107ff. Larenz, aaO. (注(7)) §20 I. S. 277, S. 279.

(74) Hübner, Subjektivismus der Entwicklung des Privatrechts, Festschrift für Kaser (1976) S. 731.

(75) Larenz, aaO. (注(7)) §20 I, S. 279.

(76) V. Caemmerer, aaO. (注(23)) S. 4.

(77) Huber, Jakobs やその他の見解をみてみると、担保責任と客観的過失責任の性質が類似していることは確かである。なお、Huber の見解について詳しくは、Zivilrechtliche Fahrlässigkeit, Festschrift für E. R. Huber, 1973, S. 253ff.; Einige Probleme des Rechts der Leistungsstörungen im Licht des Haager einheitlichen Kaufrechts, JZ, 1974, S. 433ff.

(78) 不法行為責任の領域においても、担保という要素を含んだ客観的過失概念を承認する (Esser, aaO. (注(6)) S. 249)

(一九八七年九月)