

法学部第五学期専門科目

民法第二部

講義ノート

※これは第五学期の民法第二部のノートです。担当は森田宏樹教授です。

※法学部シケタイとかいうよくわからない人たちとは関係ないです。趣味で作りました。

※間違っていたらごめんなさい。

※寝ていたりしたところのノートをカーブ好きな友達が見せてくれました。感謝しています。

※ノートの中の「判例集」というのは、有斐閣の『民法判例集 債権各論（第3版）』のことです。

※進撃の民法（挿絵的な意味で）にしようと思ったのですが、ちょっと無理でした。ごめんなさい。

目次

003 0 0 0 イン트로ダクション

- 003 0 1 0 はじめに
- 003 0 2 0 法律との向き合い方
- 003 0 3 0 民法第二部

I 契約

004 1 0 0 契約の成立

- 004 1 2 0 契約の成立
- 006 1 1 0 隔地者間の契約の枠組み
- 008 1 3 0 隔地者間の契約
- 008 1 4 0 交渉過程の責任問題
- 012 1 5 0 契約交渉中の責任問題

014 2 0 0 契約の効力

- 014 2 1 0 契約から生じる責任
- 015 2 2 0 危険負担
- 018 2 3 0 同時履行の抗弁権
- 021 2 4 0 契約の解除

022 3 0 0 権利移転契約

- 022 3 1 0 やることの概観
- 023 3 2 0 売買の担保責任
- 027 3 3 0 数量指示売買の担保責任
- 028 3 4 0 債権売買と担保責任
- 029 3 5 0 権利の担保
- 030 3 6 0 贈与
- 031 3 7 0 交換

032 4 0 0 利用提供契約

- 032 4 1 0 消費貸借・使用貸借
- 032 4 2 0 賃貸借と特別法
- 037 4 3 0 敷金と礼金
- 039 4 4 0 契約存続中の問題
- 042 4 5 0 履行不能
- 042 4 6 0 VS 第三者① 譲渡・転貸
- 046 4 7 0 VS 第三者② 売買
- 048 4 8 0 借地と借家
- 050 4 9 0 相続の問題

051 5 0 0 役務提供契約

- 051 5 1 0 請負
- 052 5 2 0 請負と瑕疵担保責任
- 057 5 3 0 委任
- 059 5 4 0 寄託

II 事務管理

060 1 0 0 事務管理

- 060 1 1 0 事務管理

III 不当利得

061 1 0 0 不当利得

- 061 1 1 0 不当利得法
- 062 1 2 0 類型論
- 065 1 3 0 特殊な不当利得

IV 不法行為法

066 1 0 0 故意過失の要件

- 066 1 1 0 過失
- 068 1 2 0 他人の権利・利益の侵害
- 071 1 3 0 法的に保護に値するもの
- 080 1 4 0 因果関係

083 2 0 0 効果論

- 083 2 1 0 賠償額の算定
- 083 2 2 0 生命侵害の場合
- 086 2 3 0 損害概念
- 090 2 4 0 平井説：損害賠償の範囲
- 092 2 5 0 危険性関連説
- 093 2 6 0 別原因と損害賠償

095 3 0 0 損害賠償請求権者

- 095 3 1 0 家族の請求権
- 097 3 2 0 企業損害

098 4 0 0 損害賠償の減額事由

- 098 4 1 0 損益相殺
- 098 4 2 0 過失相殺
- 100 4 3 0 訴因の問題

101 5 0 0 特殊の不法行為

- 101 5 1 0 監督責任
- 102 5 2 0 使用者責任
- 106 5 3 0 物の状態に関する責任

107 6 0 0 共同不法行為

- 107 6 1 0 一般的な問題
- 109 6 2 0 寄与度減責

110 7 0 0 時効

- 110 7 1 0 時効の諸問題

000 イン트로ダクション

民法 森田 鬼 で検索！！

010 はじめに

011 教科書とか

まずは法律科目を学ぶにあたって、せっかくなので講義に際して伝えたいことを言いたいと思います。潮見先生の債権各論1を教科書にしようと思ってます。学生向けに平易な言葉でポイントを抑えてあるので良い。足りない部分の肉付けは授業の中でやります。

窪田先生の不法行為法も教科書。こっちはレベル高いけどしっかり説明してあって便利です。

他の教科書を使っても別に構わないのだけれど、別に深く突き詰めてないんだよね。(とくに内田民法)理解が表面的なところに留まることが多くって、問題があるところ、ややこしくなるところがある。

さらには判決とかも最近の重要な判例が判例集にもまだ載っていなかったりするので、何が言いたいかって、「授業に出てないと厳しいところはあるよ」ということ。

012 目的

目的は、基本的なことを学ぶっていうこと。初歩的って意味ではなくって、ある制度が「なぜ」作られたのか、根本を理解したいっていうことだから注意してね。そういうわけで全体の体系を基礎的な意味で、学んでいきたい。だから教科書を読むだけでわかるような部分は省略する可能性もあります。

013 特色

この授業では双方向式の授業をしてみたいと思っているらしい。

あらかじめ各人が判例等をよんできて、課題をやってくる。授業の中では学生にあてて質疑応答を繰り返す中で議論をしたい…そうしたいのだけれど、この大教室での授業ではなかなかそんなことも出来ない。具体的なケースに即して解決を導く練習がなかなかできないんだよね。体系的な知識が、具体的な事例に落ちてこない。少なくとも授業のなかでは。でもそういうことも少しはやりたいので、わりと頻繁に質疑をしながら講義を進めていったのが去年のこの先生だったとのこと。今年も頑張って踏襲したいそうです。

020 法律との向き合い方

021 試験とか気にすんなって

専門科目の試験の成績って出たよね。まあ**国際法の成績はこのときまだ出ていなかった**のだから、そこできっと、これまでのことを反省する機会を手に入れたはずである。

ただ、成績なんてのは正直留学とかでは意味がある(法科大学院とかでも)けれど、それ以外ではまだあんまり意味ない。だって所詮相対評価だし。良い方がいい、というだけ。

というか正直成績を気にし過ぎるきらいがある。法科大学院がそういっちゃったから皆成績を気にするんだけど、このせいで例えば「成績が悪いからもう無理だ～」と進学をあきらめてしまう人がいるのは、本末転倒だよね。だからまあ、どんな成績だろうが頑張って。

※ちなみに、試験を「来年ならいい点が」と受け控えても、無駄です。採点基準は一年分厳しくなるらしいです。今なんか明言されました。

022 暗記なのか

法律の勉強は、暗記ではない。詰め込んだことは頭のなかから零れ落ちるし、さらにはこんがらがる。反論とか、いわゆる「議論を展開」する作業はあくまで自分で行うモノだから、自分で納得したうえでの「習得」を出来るように心がけてほしい。そうすれば忘れないし。

本当に理解できるかどうかというのは例えば自分で他人(とくに、法律を知らない人)に説明できるかなんてのですぐわかってくる。必然的に、話すことや書くこと、アウトプットの訓練が必要になってくるよね。さっき「双方向の授業がしたい」と言ったのはこの文脈でのことだったりする。

ということで、予備校などに行くのは構わないけれど、金太郎飴みたいなパターン化された答えを吐き出すだけ、という存在にならないようにしてほしい。試験でもそういう答案がたくさんあったけど、全部「当たらずとも遠からず」要するに表面だけテキトーになぞった失笑答案だった。そのせいで「実務的にはありえねー」みたいな答案も多々生まれるように。そこで足りていないのは明らかに、「法律を勉強した後」への思考でしょと思う。予備試験とかでも、それはあくまで通過点。その先を考えよう。

030 民法第二部

031 講義でやること

本講義で扱うのは債権の各論になる。民法だと521条「契約」からが債権各論。意思に基づいて債権を発生させる契約、一定の法律行為に対して債権が発生する不法行為について、ここでは触れていきたい。

ちなみに、契約という各論のなかにももちろん総論、各論がある。そう、パンデクテン方式だからね！各種の契約にもいろいろあるから、ここでは各論的な契約の類型についても触れていきます。

032 他の部との兼ね合い

民法第一部では、契約の効果が「帰属」する要件、「効果」が発生する要件については触れたはず。しかしながら、その「有効」「無効」の判断は、当然に契約が成立する前提に語られている。ではどうすればその契約は成立するのだろうか。そこまで踏み入るのが第二部である。

ある問題が起きたときに、どうなるのかというのは、どう請求出来て、そう裁判所は判断してくれるのだろうかという問いに言い換えることができる。

だから法律関係について論じる際には、「どんな請求がたてられるのか」「何をしてもらえるのか」という、民法第一部でやった判断以外の部分も考えていかざるを得ない。

I 契約

民法典のなかで債権各論と呼ばれるのは、「契約」「事務管理」「不当利得」「不法行為」という範囲である。これらは債権すなわち「人が人に対して何らかの行為を請求する権利」の発生原因とされるが、第二部では人の物に対する権利である物権とは視点の異なる、それでいて民法の核心にも迫る「人と人」との関係に着目したお勉強をしていくことになる。まずはその中でも「合意」がある場合として、契約による債権発生について時間を取って見ていくことにしよう。

100 契約の成立

民法 521 条から 532 条までには、「**契約の成立**」について書かれている。大きく分けて、前半は狭義の「契約の成立」について、後半は「隔地者間の契約について」のことになる。

まずは前半戦で契約、契約についてそれが隔地者間で行われている場合のルールをみていこう。まずは 110 段で、具体的な問題に立ち入る前に問題点、評価すべきフレームワークを概観しよう。

※便宜上、先にやった 110 段を 120 段の後に置いた。これは 110 段が、時間のないなか先に問題提起として 130 段以降の隔地者間契約に触れるために先に講義されたからである。問題に触れただけで解決させていない状態なので、120 段は読み飛ばしても構わないように思う。

120 契約の成立<合意>

121 問題提起

売買代金の発生を認めるためには売買契約の成立を言わなくてはならない。そうすればただちに(解釈の違いはあるが)売買代金債権の発生が認められる。

だが、契約が成立したと言う際には、いったい「何」を持って契約が成立したと言えるのだろうか。そして、じゃあその契約をしたと「言える」のは誰なのだろうか。

およそ法律問題が紛争として表面化する時、当事者それぞれの主張は、はっきり言って食い違っている。神様がいれば、どっちかが間違っていることが分かるのだが、裁判では証拠調べ<書面の提出、証人尋問など…>で事実関係を認定する必要がある。でも、「どういう事実を認定すればいいのか？」となる。

このとき当事者たちで食い違っているところは、例えば土地の入手がそもそも相続か贈与か、などなど。しかしながら、契約の成立に関係ないところまでいちいち気にしていてもしょうがないよね。必要なもの「だけ」を書かなくてはならないし、取捨選択が必要になる。

122 要件論

ここで裁判所は売買について、「**目的物**」とその「**代金額**」が確定可能だということ、そして「**合意**」が必要としている。合意とは、契約では一般的に「**申し込み**」とそれに対しての「**承諾**」である。

課題 1

請求の趣旨としては「2000 万円を Y は X に支払え」であるが、そのための立証としては、「代金の確定」と「合意」だけでよいのであろう。

貸金返還契約など別の契約には、別の要件がまた付されている。

課題 2

貸金返還請求では、消費貸借契約の成否が問題になっているが、ここでの契約成立の要件は**金銭の返還の合意**と、**金銭の交付**であるとされる。しかしながらここで貸金の「返還」をしてもらいたいのであれば、合意し

た返還の期日が来たことをいわなくてはならない。ちなみにその合意が出来てないのなら、当事者は相当の期間を定めて催告をし、その要件にかえることが出来る。

さらに利息を払ってほしいのならば利息を払うと言う合意がさらに必要になる。

このように、そもそも契約について、成立した、そこから債権が発生して履行を求める…というためには、その成立に不可欠な要素の存在が必要になっているのである。

当事者は当然それ以外にもたくさんの事実行為を行っている。例えば登記の移転の合意がなされていなかったとき、当該当事者間においては問題になることもあるだろうが、ここでは普通の場合、最低限の要件ではないだろう。ここに法的判断の際の取舍選択が必要になっていくのである。

もちろん、成立と履行とは別個に考える。以上の登記についても、同時履行の抗弁権などとして、履行の阻止などに関わってくる可能性はまたある。

※ちなみに契約は、民法の法典に定められているものでなくても、原則として自由に定められる。(契約自由の原則)そうすると、規定のない契約も合意さえあれば当然可能になるのである。電子書籍とか売買なのか怪しいところがあるんだけど、だからといって契約が無効になることはないよね。

こういう意味で民法典にのっている契約を**典型契約**、そうでないものを**無名契約**と言ったりする。非典型契約とは言わない。

無名契約に関しては、それぞれ解釈で成立要件を見出していかなくてはならないが、それが結構曖昧なので実務では面倒なところである。

1 2 4 要件事実の意味

さて、ここまで見てきたが、**要件事実**とは実務的な意味ではこれにあてはまるものを法的判断の枠に乗せる**基準**になる。当事者は勝手に色々なことを勝手にいうわけだし、そこから選ぶ際のふるいみたいな感じだよな。

しかし理屈から言えば、契約の原則は合意だとかうだうだ言っているけど、「なぜ合意だけじゃだめなの？」という問題があるのではないのだろうか。

売買でないのなら無名契約では？とか、屁理屈と言いますか、「なぜあんたたちが定立した「最低限」は必要なのか」ということだよな。合意は拘束するっていうじゃん。

民法典で財産移転する契約としては売買や贈与などがあるわけだが、贈与は相手に無償で財産を与えるものである。売買であれば対価を必要とするが、贈与は無対価である。

給付の命令に関してはそれが別に認められないのは、なぜなのか。

端的にいうてそれは「**意味が不明**」だからである。「なんかわからんが払えッ！」って危なすぎるよね。冷静に。物事には理由があるのであって、裁判所はそこを無視するわけにいかないんだよね。抽象的な給付約束が認められるならば、現実とはある種乖離した次元で効果「だけ」が発生しうるわけだけど、裁判所はこれを認めず、**法的な根拠**に対して拘束力を認めるのが良いとしていて、結局合意だけでない要件を定立することになったのだった。逆に言えば、裁判所の定立する基準は、「これくらいないと法的な合意とは言えないよね～」という意味での限定的解釈なのかも。

日本の裁判所では、法的な**関連性**のなかに初めて契約の成立(とにいたるような合意)を認めているんだ、ということだよな。

この連関、基本書にはなかなか書かれないのだけれど、ちゃんと頭の片隅に置いておいてほしいところ。ただの個々の合意が集まったところに契約を観念しているのではなくて、立体的に重なり合う部分、法的な意味で相互に関連すると評価されるところに成立を見ているのである。

1 2 5 補充

契約自体はそれさえクリアすれば、それ以降、ある程度の内容は「**任意規定**」が補充してくれる構造になっている。もちろんその補充の仕方については当事者間の合意等が推察される部分については柔軟な補充がなされる。画一的なルールを形式的にあてはめるということではないからね。

核の部分が定まれば、残りはピタゴラススイッチのように決まって行くことになる。

※約款論

潮見さんの教科書には書いてあるはず。

様々な取引において約款が定まっていて、画一的な契約条件を不特定多数の(潜在的)契約当事者に提示することが出来る。約款は契約内容になるのだが、ここで「合意」したとは言えないことが多いこの約款の法的説明は難しいところだった。ホテルとかで約款読むのって、そもそも契約してチェックインしたあとだし。

読んでもいない約款に、拘束される筋合いはあるのだろうか。宿泊の場合、核となる部分(値段等)についての合意はあったはずなので、この説明は**補充規範**としてということになる。

ただ任意規定は法律と言う一般に周知のものなのに、約款は当事者の片方が勝手に作ったものなので、同列に語るのは難しいよね。

約款に関しては、その「変更」があった場合、そしてどこまでの約款が認められるべきか、と言う問題が存在している。消費者に不幸すぎるものは否定されるべきだけど、補充的意味にとどまるものは否定すべきとは言えないし、その中間地点とはどこなんだろう？ということね。まあ時間ないからこのくらいで。ただ、現在は消費者契約法によって、ある程度の消費者に不利な規定の排除が行われてはいる。ここにあるのは、消費者が相手の言うことを飲むか飲まないかしかないという立場に置かれていることへの配慮であるのは、言うまでもないだろう。

1 2 6 事実によって契約が成立するか

次に、承諾はいらない(承諾に対応する事実行為があればそれで成立を認めていい)場合が存在するような気はする。**事実的契約関係**という論で、結構注目されていたことである。

たとえば**懸賞広告**というのは情報提供者に 100 万円！みたいな奴のことで、これは契約だと思うんだけど、懸賞をみてなかったけど偶然情報提供した人とか、どうすんのって問題が出てくるよね。

契約とはそもそもどうとらえていくのかについては、かつては合意が中心だったのだけれど、社会的関係性や当事者の信頼、といった合意への対抗理論が主張されるなかで、いわゆる**事実的な契約関係**の存在が脚光を浴びたのである。輸入元はドイツ。

例えば電車に乗っただけで契約が成立するじゃないか！というわけ。ドイツでは最高裁がこの理論を認めたかのような判決(駐車場判決)があるんだよね。「金払わん！」と言いながら駐車場使ってた人に「いや金払えよ」と言った判決。

しかしながらこの理論は日本ではあまり受け入れられなかった。※契約にならないということではない。というのも、こうした行為は契約として認められるんだけど(たとえば「米 10 キロ頼む」と精米店に頼んだらしばらくして家の前に 10 キロの米が置かれていたような「意思実現」が起きた場合に、契約の成立が認められている)**基本的に信義則から説明することが出来る**からである。これで「契約成立してない！」とか言ってもある種の矛盾行為でしかなく、そういう意思表示はそもそも重きをおいて考慮されないとすれば、事実に着目しなす必要はないよね。ちなみにこれを**意思実現による契約**という。

もちろん「意思があるとはいえねーだろ」と言われてしまえばそれまでではあるのだけれど。

他にも、単に損害賠償もしくは不当利得の問題にしましても解決はできるのではないだろうか。契約が成立すると言うと保管義務などの義務が発生するぶん、この解決のほうが債権者にとっての得になるように見える。

あとはもう一つの例外としては、**交叉申込み**のパターンがある。これはお互いが同じ内容の申し込みを互いにした場合である。

1 1 0 隔地者間の契約の枠組み

1 1 1 隔地者

隔地者というと、一見地理的に離れている二者以上を指す形になりそうだが、決してイコールではない。北海道と沖縄との間で電話で行われた契約は、隔地者によるそれとはみなされていないのである。

ここでは、「相手方の反応をリアルタイムで見ることが出来ない」、隔地というより**隔時**というような概念として、隔地者間の契約と言う観念がなされていることに注意しよう。

実は、隔地でない、一般的な契約については、「当たり前」のことなので法典として載っていないのである。ボアソナードの起草時から、これは一般的原則に服せばよいということにして、契約としては扱うことをしなかった。

つまり逆に言えば、「隔地者間の契約については、一般原則とは違う理論がまかり通る」ということである。

1 1 2 問題提起

契約は「買う」という**申し込み**と、「売る」という**承諾**を経て締結されるのが一般的(この例では売買)なわけだが、実は承諾も申し込みも、ある法的行為としての「評価」に過ぎない。だから必ずしも社会的行為が必要だと言うわけではないことに注意しよう。

裁判所は一連の事実の法的な評価を下すわけだが、そこでは一定のフレームワークに事実を代入して答えを出そうとしていることになる、だからこの観点から、「何を」裁判所が評価しているのだろうかということはしっかりおさえていきたい。

隔地者間の契約で特徴的なのは、ここで「申し込み」「承諾」が同時に行われないがゆえに、そこに齟齬が生じやすい点にある。だからこそこの契約の成立の「隔地者」のところで、「申し込み」「承諾」に関しては、その法的評価をどうしていく必要があるのかを考えないといけない。

1 1 3 申し込み

「相手方がそれを承諾したら、それを**否定できない**確定的な意思表示」こそ、申込みである。たとえば「アルバイト急募」という紙を見てやってきた人と契約を結ぶ必要が絶対にあるかということそうではない。面接落ちたりするよね。ここでは申し込みの誘因が行われているだけで、合意により拘束される、「覚悟してきてる人」ではないわけだ。ということでこれは申込みではない。

ただしここで「覚悟」の評価は社会的な観点を含んで行われる。上の例が申込みに当たらないのは、絶対採用ではないのが「当たり前」だから。そういう慣習まで含めての評価として、申込みではないと言われる。

1 1 4 取り消し

申込みに対して承諾がなされれば、当然ながらそれに対して債権(なにかなすべきこと)が生じる。しかし、仮にそれが取り消されることになると、今度はその債権はどうなるのだろうか。これは債権が取り消された非常に総論的な話だが、じゃあ契約はいつ取り消せるのか、いつから取り消せない、もしくは賠償をしなくてはならないのか？という観点になってくると問題は契約の話に降りてくる。

契約は「意思表示」をもととするのだから、その意思表示の合致がいつ効果を発揮するのか？「申し込み」「承諾」の「タイミングが違うのならば」結構深く考えないといけないよね。これこそ隔地者の契約であつかうことのはず。ここも契約の前半戦で扱うことになるはず。

さらには、無効になった契約があるとして、さきに商品がきてしまったらどうするのか？他人のものなのだから、勝手に捨てたり使ったりするのもおかしい話だよね。ここには故意過失の要件(709条)とかもあるんだけど、じゃあ勝手に送りつけといて「あ、契約無効なのね。オッケー。じゃあ商品返して！え？捨てた？弁償しろ！」なんていう勝手にまかり通りかねない。ここでは特定商取引法とかの特別法も絡んでくるんだけど、どこまで「**原状復帰**」をするのか、その責任は誰に負わせるべきかという問題が存在する。

1 1 5 承諾

申込みに対して「**承諾**」するというのも、具体的には「効果を発生させる」ための意思表示なわけだが、じゃあサインした時に効果が発生するのか？それともその前にすでに何かの効果が発生すると見るべきなのかという問題は残る。

1 1 6 意思表示

意思表示についても、たとえば自販機で商品を買うという行為も、申込みの意思表示、承諾の意思表示なのか？申込みの意思表示は機械が行っているのだろうか？といった問題が出てくる。

この場合、機械のボタンをおしたら契約成立する申込みを、機械の設置業者が行っているということになるのだろうか。機械を介した意思表示の問題が結構面倒で、売れ行きの商品をレジでバーコード読んだら勝手に発注されるシステムなんていうものを作ったら、いつ契約が成立するのかなんて複雑になってくるとカオス極まりなくなってくる。人間が介在しないシステム同士の契約は、誰が行っているのだろうか？ということである。これについては、機械をそう組んだ奴が、最初からそういう契約をしていると見ることになるだろう。ようするに、意思表示も直接のものでなければ一定の擬制を必要とする、検討の必要な概念となる。あとは、「一週間以内に買わないって書いて返送しなかったら契約成立ね」という紙とともに商品が勝手に家に届けられていた場合、本当に返送しなければ契約が成立すると言えるのだろうか。このような問題をネガティブオプションの問題と言ったりする。

確かに当事者間で基本的な合意があれば、何もしない(否定しない)というのが承諾の意思表示ととらえられてもおかしくない。(契約した新聞は勝手にとどくし、勝手に引き落としを行う)

でも片方の人間が「一方的に」作成した契約内容に従う必要はないはず。ここでは意思表示のなかに「**合意**」性、もっといえばここでは「**応答**する義務のある場合/ない場合」が存在することを示唆する。

1 1 7 合致→1 2 0 段

そして、いざ意思表示が合致しても、「契約」のなかのどこまで合致すればいいのかという問題が残る。要するに「いつ引き渡すか以外は合意したぜ」という契約を無効にするのも忍びないけれど、事実その合意は出来ていないのだし、「契約の成立に最低限必要な要素とは何なのか」という枠組みを考えないといけない。売買について…555条がこの点「財産権の移転」とそれに対して「代金を支払う」という合意が必要だと答えを与えているのでこの二点が必要とされている。

※合意だけでいいのか

ちなみに種類・品質・数量の同一のものを返還することで生じるのが**消費貸借**といって、これはモノの交付(引き渡し)が必要なので、**要物契約**と言われる。対して売買などは合意のタイミングで契約成立する諾成契約と解される。結局、基本的には合意でいいけど、なかには例外もある。

まあこんな感じで、問題ありまくりなぐなので、ここからその要素とは？という点を詳しく考えていこう！

130 隔地者間の契約

131 問題点<到達主義か発信主義か>

521条から528条についてが、隔地者間の契約の問題になる。

この出発点になるのは、「いつ成立するのか」の問題である。526条1項は、隔地者間の契約は、期間の定めがなければ承諾の意思表示を**発したとき**に成立するとされている。

仮にこの項がないとすると、民法総則に一般ルールによって97条「相手方に**到達**」した時に成立するわけで、この項の意味は、おそらく「承諾について**発信主義**」をとることにあるのだろう。

※とくに隔地者間の契約で、期間の定めのある場合については、ここで到達主義と見る見方もある。

※とき…場合、ifの意味 時…ある時点の意味

実はこの条文の制定については発信主義と到達主義との間で議論があったのだった。ここでは発信主義のメリットとデメリットを考えなくてはならないだろう。

①**早さ**の基準

ここで、契約が成立した瞬間撤回が難しくなる(成立する前は自由に撤回できる)から、承諾期間を定めた場合と定めない場合で、それぞれ規律を設けて、信義則を具体化している、らしい。

承諾期間を定めた場合…期間内は撤回はできない。

期間を定めない場合…相当の期間がたつまでは撤回できない。

ようするに、「一度売るとか言ったら売れよカスが！」という規定である。ここで、一定の期間が過ぎちゃった場合、「承諾」VS「撤回」の意思表示早い者勝ちバトルが起きかねない。ここでの順位決定に、発信主義と到達主義で大きく差異がでることになる。

②**撤回可能性**

到達主義をとれば、ポストにインしたあとでも回収することが可能である。

③**不到達の場合**のリスク

なんらかの理由で承諾通知が届かなかったときに、発信主義をとれば契約は成立する。到達主義からは承諾者が、発信主義からは受諾者が責任を引き受けることになる。

ここでは非常に微妙なリスクの考量がなされているんだよね。実は、このバランスの結果、隔地者間の契約については**発信主義**を承諾に関して採用することになった。

だが、帰責がない場合に、どちらにリスクを負わせるべきなのかには当然に議論があるところであった。郵便による契約を開始したのは申込者じゃねーか！とか、「いやいや届くかわからないじゃねーか」とか、お互いに反論しあう形での議論。

※「とどくかわからねーじゃねーか」については、ネットを使った契約についてはすぐ確認ができる。受領確認を求められるし、迅速な契約締結が求められているので、特別法<**電子消費者契約法**>で到達主義を一般に採用している。まあ即時じゃないけど、受領確認の催促は一般にすぐに返ってくるわけだし。

ということで、**インターネットの契約が一般的に普及し始めた現在、実は「発信主義」のメリットが失われつつある**。そこで債権法改正試案では最初から発信主義を止めちまおうかなという案もあるらしい。

※期間の定めが「ある」ときは上の議論から発信主義を素直に適用するのに疑問を付す見解も少なくない。

潮見さんの教科書のその立場である。

140 交渉過程の責任問題

141 交渉過程の責任問題

いままでは交渉が成立する場合を頑張って考えていたのだが、交渉が失敗することもある。この時、費用を投じて契約成立に向けて準備が必要だった場合、泣き寝入りするしかないのだろうか？確かに基本原則としては契約締結のコストは自己負担であるのだが、全ての場合に泣き寝入りというとそんなことはなく、交渉過程における相手方の責任を問える場合として、大きくわけて三つの問題点が議論されている状況である。

①契約が成立しなかった場合

…どちらかが契約の成立を拒否した場合。契約の自由があるので、最終的な意思表示をするまでは自由を行使できるが、ある段階に至って契約を拒否することが**不当破棄**にあたる場合が存在するとされている。このとき、契約自由をどうしてねじまげてよいのかが説明されなくてはならない。

②成立した契約の**内容に問題**がある場合

…成立要件は満たしたのだけれど、内容に瑕疵が存在していた場合。交渉過程になんらかの問題があったときは、その責任を追及することになる。

③責任の内容

…以上のような契約の問題について、相手に請求できるのは**不法行為**、だとか**損害賠償**だとか、民法の条文からすると結構適用できそうなものがある。

1 4 2 二つの根拠

根拠その①709条の不法行為

故意過失で相手に損害を与えたのならば不法行為。

根拠その②415条の債務不履行

どちらを採用すればいいのだろうか？という問題は確かにある。だがここはまとめて論じる前に、まず債務不履行を前提として上の3つのパターンを考えてみたい。

1 4 3 契約が締結されなかった場合

契約締結は自由だ！というのが今まで確認したところだったはず。当事者間を拘束する規範が存在しないのだとすれば、ここで責任は問えなくなる。

交渉や準備にお金をかけたとしても、その分は損失となってしまうか、別の人と契約してそのぶん取り返してよということになる。確かにこれは原則なのだが、そもそも契約の破棄が**信義則**に反する場合が存在する。

判例集4事件（歯科医契約交渉破棄事件：最高裁）

賠償責任が認められていて、この分野でのリーディングケースとされている。これは分譲マンションの売買契約で、歯科医師が病院を開くため購入を考えていたときの事案。

もちろん歯医者にとっては開業できるような間取りがあるかどうかとも問題なのだが、それ以上に電気容量の問題があった。売り主はそのために設計変更を行ったのだが、その後で、なんと歯科医師は契約を締結しなかった。コストオブ設計変更が無駄無駄無駄になったので、ふざけんなと訴えを起こしたということである。ここで最高裁は、**契約準備段階における信義則を適用した原審の判断を支持した**のだった。ここでは信義則からの損害賠償請求を認めている。

まあ判例の言うことを読むと一応その通りだと言えそうだけど、歯医者が「設計変更が必要だな」とたしかに言ったものの、売り主は買い主側に確かめることなく設計変更をしていた事案だった。見方を変えればただの**先行投資**とも言えなくもない。なぜそれにもかかわらず、「不当」として損害賠償を認めたのだろうか。実は問題は、歯医者側の**悪意**だったことである。設計変更したことを聞いても歯医者は誤りを正そうともせず、契約を是認しているかのような態度を取っており、ここで「矛盾した行為」が行われていたことを最高裁は評価したのである。相手方の誤信を強め、そのあとで矛盾する行為として契約を締結しなかったために、損害賠償責任が認められた。

これ以外にも誤信を放置して責任を認定された…という事案は結構ある。

学説のなかにはここから「**契約の熟度論**」を説くものがある。

契約は伝統的には無から契約の瞬間に有が生れる構造と捉えられたのだが、ここでは契約の交渉段階からなだらかに契約の熟度が熟していき、契約締結の時にマックス状態になる…というわけ。

内田先生は**関係性理論**として、契約当事者間の社会関係の濃度が交渉のなかで増していく中、段々と責任が増してくることを説いた。

川上先生も熟度論を説いたが、ここで「小さな約束が積み重なり、大きな約束となるのだ」と比喻した。

これはイメージとしてはまあ理解できるが、事実としてその熟度から何が生れるのか、どうやって計測するのかときくと答えに詰まってしまう。

小さな約束も、代金を支払う約束、移転の約束が積み重なって契約となるが、ここでは個々の小さな約束が個々の限度で効力を持っているわけではない。具体的なケースで信義に反するとすると、以上のように何らかの具体的行為に帰責性を見いだせないといけなさそう。

1 4 4 交渉の効力

交渉過程においては、中間的合意といった「**合意**」が交渉過程のなかでなされた場合の効力が問題になる。例えば不動産売買において、買い手が「買うか検討する」と言っている間は、売渡証明書、買い付け証明書を出して、検討期間の間に他の人に売り渡されるようなことがないようにするということは良くある。

しかしこれは、「売る用意があるよ」というだけで、最終的な判断を保障しているわけではないし、期間としても一定の間のみを考えている合意である。（他の人に売る可能性はゼロではない）

時間とコストがかかる大規模な取引の場合も**中間合意**がなされることが多い。その種の合意をどう評価する
と言う問題だが、ここで課題の2をみてほしい。

課題2

Xが新規の工場を建設しようとして、用地を開発するA店、土地を持つB県との間でも契約を結ばなくてはならなかった。お金が足りないのでメインバンクのYに融資を頼むわけだが、メインバンクは**融資証明書**を発行した。それを手に建設手続きを進めたのだが、その後Yが融資を一方的に断ったため、Xは契約解除をせざるをえなくなり、損害賠償責任をAとBに対して支払った。

このとき、XはYに対しては泣き寝入りするしかないのだろうか？

確かに「融資証明」が渡されているし、もはやそれで契約成立と見ることもできそう。そうすれば債務不履行に伴う損害賠償責任を追及できるはず。でもお金を貸すってのは金銭消費貸借契約だから、ここでこれは「金銭の受け渡し」がなくてはならないよね。**要物契約**だったし。とするとここでは融資証明だけでは契約が成立したとは言えない。

確かに575条の「要物」契約としてはそうだよ。だが、融資をしますよという約束が、消費貸借前の「**消費貸借の予約**」にあたるのではないかと考えられないだろうか。

少なくとも589条は、消費貸借の「予約」の存在を示しているから、これに当てはまらないだろうか。

これに照らし、売買の予約(556条)を準用して売買が相手方の意思表示で予約としての効力を持つことを考えれば、これは「**契約を締結する権利**」を提供している契約なのだと解することができる。当該期間の後にこの権利を行使すれば、その内容の売買が成立するということである。

これにより、契約期に再考したうえで得なら権利を行使し、損ならば行使しない、ということが出来る。消費貸借において、売買契約の規則の準用を安易に考えていいのかは少し微妙だが(利息を取っていけば問題ない。559条が有償契約への同規定の準用を認めるので)、いずれにせよ融資をするという約束が確定的に成り立っているのならば、それは契約と言って差し支えないだろう。

よって融資の完全な約束ならば契約としていいことになるが、この事件だとまだそのレベルでない(融資証明書はそれ以前の段階で出されていた)。しかしこの証明書は、確実な融資を皆に誤信させたといえる。

誤信を抱かないような形で証明書が作られるなり説明がされるなりしていれば銀行の過失はなかったといえるだろうが、そうでなければ信義則の判断に考慮され、賠償責任が認められることもあるだろう。

※**誠実交渉義務**を課す中間合意がなされることがある。信義則との違いが問題になるが、ここでは当事者の合意という主体性の面での違いがあるほかは事実上の差異はあまり生じない。

さらには第三者とは交渉しない、交渉情報を伝えないという約束をする場合もある。

判例集6事件(平成16年8月30日：最高裁)

UFJが経営が思わしくない状況を打開するためにある事業部門を住友に売ろうと交渉を進めて、中間合意をしていた。約束がなされ、第三者への競合の禁止条項を盛り込んだというのに、まあ結局三菱と統合しちゃったよね。婚約をして結婚式しようとしたら別の人と結婚してしまったような感じ。当然訴えるのだが、ここで「第三者とは協議しない」という約束を破りやがったじゃないかというのが問題になっていた。

ここでは別のところと交渉すんなよ！と、交渉中止の仮処分を求めてまず争いが起きた(そうでないと時間かかりすぎて意味がなくなる)が、結局仮処分が認められなかった。

判例は、以下のような議論をした。

実体法上…**第三者と協議しないという義務は、白紙撤回することは認められない**。これは交渉を円滑に進めるための基本合意。これの失効は円滑にする必要がなくなったとき、すなわち本契約の可能性が客観的になくなったと言えるとき。でなければ一方的に撤回されても、違反した状態になるだけであって、いまだ有効である。

仮処分…ゆっくり裁判してたらダメなので、保全の必要性があるから仮処分は行われる。これは事後的に損害賠償では対応しきれないなどの意味を含んだ「必要性」であるが、ここではその必要性は認められない。

ということで、**義務違反に対しての損害賠償請求は認められるとした**。本契約して事業提携はするつもりだったが実際にそこまで達していないので、期待していた費用(もうけられたはずの額)はさすがに無理。交渉に投じた投資額の回収位だろう。実際のところ1000億の賠償を求めたが25%くらいにされた。

145 契約が成立した場合

今までは、契約が成立する前の決裂を扱っていたけれど、今度は、契約が成立したとしても、実は望まない契約だった場合を考えてみよう。

例えば、こんな場合である。

課題3

Y 不動産の 12 階建のマンションの最上階の区分建物を購入した X。購入の際に Y の説明から日当たりにひかれて買ったのだが、なんとそばに 15 階建てのマンション設計がなされるという悪夢な事態に。

Y 不動産はその旨知っていたのに、X に説明しなかったのだった。このとき X は Y に法律上いかなる請求をすることが出来るだろうか。

基本的には契約を解除して、払ったお金を返してもらいたいということになるが、アプローチは3つくらいか。しかしながらどうしてこれでいけるのかを言うにはぶっちゃけ債権各論を知り尽くす必要があるので、まだ現段階ではざっと流す程度でいきましょう。

<契約責任からいう>

はっきり言って、欲しかった住宅は手に入っていないのだから、給付されたものの中に「瑕疵」があったことになる。(瑕疵と言えるかには議論もあるが通説は言えるとする)

債務不履行の補完または特則と解される「**瑕疵担保**(570 条)責任」が適用できる可能性が高い。この場合、当事者には損害賠償請求権と契約取消権が与えられる。考え方によればここで「追完」を求めることも出来るが、この場合には物理的に無理である。邪魔な建物を消し飛ばすとかピッコロ大魔王か何かかという話。※この損害賠償請求の「損害」は判例は信託利益(契約を結ぶに至るまでに投資したお金)になり、履行利益(その契約によってもうけられたら…とかいう利益まで含んだ利益)は含まない。瑕疵担保の理解次第では完全な契約責任として履行利益まで含む見方もある。

<不法行為責任からいう>

Y は、X の様態次第では「こいつ景観目当てだな～」と思うかもしれない。

実は契約締結の時には、情報が当事者間で格差のある形で分配されている場合に、一定の信託関係のあるとき「情報提供義務」そして「助言義務」、さらには契約できそうもない(判断能力がないってこと)人にはそもそも助言とかも意味ないとする「適合性の理論」が存在するとしている。

それをスルーして契約を結んでいるのであれば、ここで自己決定権が不当に侵害されたとして 703 条の不法行為責任を 709 条によって追及することができる。

※「一定の信託関係」といったのは、ここで判断できないなんて事情を知らない、初対面の人との契約とかでこんな言われてもこまるよねって言う意味を含む。

ここでも損害賠償を請求できる。

<不当利得からいう>

そもそも契約を無効にしてしまえばいい。**錯誤**がまず手段として考えられる。

ただ、動機の錯誤になるためには、表示されたうえで「契約の内容になった」と言えるようでないといけない。例えば「このペンなくしちゃったんですよ～」とコンビニ店員に言っただけでは契約内容にはなっていないはず。ここの境界線は微妙だが、そもそも消費者の側と相手方との関係で正当化できるようなステージに上がっていないと錯誤は言えない。この物件は見晴らしもいいし眺望もいい。だから買います！みたいな意思表示、「そうですよね～」みたいな同意。その様態次第だろう。

あとは**詐欺**も。

これは相手方の違法行為なので、動機の錯誤だろうがなんだろうが関係なく取り消し自由となる。欺瞞行為には、不作為の詐欺と作為の詐欺とがある。そもそもこういうことは義務違反として言わないとだめだった、それを言わないことで意思表示をさせようとした！という点が認められるのだが、この故意は非常に立証が難しい。

ほかには**消費者契約法**を使うというのもアリかな。消費者契約が虚偽の事実から消費者を守っている。でもまあ過失による詐欺を認めない詐欺との緊張関係から、「**消極的な虚偽**」については消費者契約法もここからセーフにしとこうという規定だったりするので、ここを含めていいのかって問題は残る。

ただ、「全体で見て有利な事実のみ、ゆがんだ情報を提供している」と一連の売り手側の行為が見られれば、これを虚偽と見ることも可能か。

146 各請求の差異

いろんな請求が浮かんでくるが、契約の意思表示の無効や解除を求め、不当利得の返還請求や損害賠償責任を問うことになる。**損害賠償**だと、払った代金が不当に高い場合の差額もしくは解除の場合は全額がもらえるし、**不当利得**でも払った額は帰ってくることになるわけで、実際にこの二つは結果にあまり差異を生じな

い。こう言う事案だとやっぱり情報提供義務違反で損害賠償責任を追及するケースが多いとのこと。ここで共通している観念は、「不完全な情報は誤った意思表示を導きやすい」ということである。

まあドイツ法的な起源からしてももともと共通のものだったというのもあるんだけどね。いずれも契約は有効だが、代金の移動の正当性を否定するというわけである。

しかし、無効取り消しは全部無効しか考えないと普通は考えられる。不法行為ではいざとなれば原状回復的損害賠償で住み続け差額をもらうこともできるし、表意者に過失があった場合も過失相殺を可能と、かなり**柔軟な解決が可能**になってくる。これはメリットだよ。だから無効取り消しと(不当利得)、原状回復的な損害賠償(不法行為)は結局似てはいるが微妙にやわらかさが違ったりする。

147 損害賠償

損害と言う場合、故意過失によって権利を侵害という条文の「権利」を判断したいが、ここでは「**自己決定権**」の侵害と言える。契約では自己決定権は確かに行使されているが、自己決定権はいつでもどこでも行使されているものである。

人格的利益にどこまでなりうるのかは自己決定の性質次第。今回の自己決定は財産的利益に関するものなので損害賠償も財産の範囲にされるだろう。では、**慰謝料**はとれないのだろうか。

課題4

火災保険の契約に際して、保険には地震免責条項があったことを知らなかったケース。

説明を受けていなかったの、そんな事なら火災保険に入らなかったよ！という場合。

慰謝料として「ちゃんと自己決定できなかった精神的損害」が請求できるかが問われた。前提として、確かに適切な情報提供はなされなかった。ここで最高裁は、「火災保険に入るっている財産的利益に関する自己決定は財産上の請求でしょ、特段の事情がないなら慰謝料みたいな精神的な損害への請求はできないよ」と、**自己決定なら慰謝料！というわけではない**とした。

財産的損害があったかどうかについても、後から「そうだったら絶対入ったのに～」とはいくらでも言えるのであって、ここでは選択の機会が奪われたに過ぎない。(たとえば、試験受けてたら東大受かったのに～というだけで東大に入れなかった機会費用を払う必要はないだろう。厳密な議論は不法行為でやります)ということで現代の判例ではまだ財産権の侵害とは言えないとした。

判例集8事件(平成16年11月18日：最高裁)

これは例外的に慰謝料を認めたケース。公団に建て替え問題が出てきたため、優先取得条項をつけた条件を提示して住人に出ていってもらったのだが、工事した後、価格が値下げされちゃって、優先して入った人の方が高いお金を払って損をしてしまった事案。知らせろよ！と訴訟になったわけだ。

締結時点において、値下げが行われることを予測していたのにもかかわらず、**信義誠実の原則に著しく反する形で決定する機会を奪ったので、慰謝料の請求を認めた**。

まあこんな感じで損害賠償はあるんだけど、今回ののはこれから先に詳しくやるものをざっと見ている感じなので迷ったらここではなく「瑕疵担保」や「不法行為」「不当利得」のところを見るべき。

150 契約交渉中の責任問題

151 契約上の義務

前回は契約の締結前。今日は責任の問題。

義務の違反に基づく**損害賠償責任**が、709条**不法責任**なのか、415条**債務不履行責任**なのかが問題だった。

判例は基本的には「自己決定権の侵害」などとして709条で攻めるけど、契約の熟度論からは、契約の段階次第では、契約責任として見る道も残されていたということである。

前回は不当破棄についてだったから、中間的合意がなされているなら、そこから誠実交渉義務だとかの義務が出来る。その義務の違反に対して損害賠償を請求することもできた。

でも合意がなかったら？そういうときどうすれば責任が認められるだろうか？

※契約締結上の過失の理論

不法行為ではないが、契約に準じた状態である「契約締結」上の責任が発生すると言う説明。ただ、「契約締結上にも責任があるんだ」と言ってるから責任がある！というただの循環論法の感もある。

例…軽井沢の別荘を買う契約を結んだつもりだったが、契約締結の前日に火事によって滅失していた。この場合、売買契約に基づく義務(目的物を引き渡すアンド代金払う)が果たせない履行不能が生じている。しかも、契約の締結の「前」にである。

ここでは「**原始的不能**」が生じている。後発的不能ではない。およそ不能なことを目的とする債務は観念しえず、原始的不能に対しては契約は無効だ！と言われる。これに従えば軽井沢契約は無効になる…。

だが、この火災について、売り主に過失があったらどうだろうか。売り主の不手際からの過失で不能が生じたとするならば、買い主の契約締結にむけての費用を補填させるべきではないだろうか。

履行利益まではいかずとも、信頼利益ぐらいいは弁償させるべきではないか。ここから契約締結上の過失理論が唱えられたのである。同様のことは無権代理や錯誤無効の問題でも出てくる。

このために、契約責任を契約成立前に認めるフィクションが必要とされたのである。ここから、先の情報提供義務などの「締結後」の問題で出てくる過失、義務違反も含めて理論化がなされたのである。

※ドイツからの議論だったりする。

※別荘を買う契約を締結したけど、その数時間前に滅失していた場合、原始的不能だから無効！という考え方は、現在の学説では適当ではないとされる。

だって契約締結の一時間後だったら履行不能なんでしょ？そうすると移転登記引渡しはできないけど損害賠償は帰責事由があれば認められるわけじゃん。なんでこの一時間の違いで、結果に差がでてしまうのさ！というわけである。そもそも原始的不能という概念自体が適当でないとされているのが現在の通説。例えばツチノコを探してもらった契約は無効なのだろうか？「いないかもしれない」覚悟のうえで、おっさんに金払ってアマゾンの奥地を探させるのはダメなんですかねって言われるとぐぬぬとなる。

152 不法行為か契約責任か

故意または過失によって他人の利益を侵害したものは、それを賠償しないといけない。日本はこういう一般条項を709条で定義したのだが、これと契約における責任条項である415条とのかかわりが、かなり問題になる。ドイツ法などでは三つくらいの個別の条項があるという方式で対象が限定されているのだが、そうでない一般条項としての不法行為がある日本では、普通に不法行為を認めればよくね？という考え方もできなくもない。というわけで、潮見さん含め最近はそのような見方が有力化しつつある。

情報提供義務などの説明に際しては非常に分かりやすくなるので、学説には強い。

※つまり解釈論として、「契約上(主観的)」の義務に違反したら履行責任があると言えることになる。近時の通説では、709条における過失は、**客観的な義務違反**だとされ、法秩序全体から観念された法義務を観念するんだという。刑法で言う帰責性ではなく、違法性に近い概念であるが、その違法性に信義則上の責任も取り込む構成にできるのである。

だが、契約と言うのは申込み・承諾で成立するものなので、一見すると信義則上の責任が「安全配慮義務」などの形で契約上の責任に含まれてくることにもなりそうである。よってここで両者の兼ね合いが問題になってくる。以下、どのように判例がこれを使い分けているかを少しだけ見てみよう。ここでは画一的な判断が出来るわけではなく、**責任の性質**を具体的に加味して考慮する必要があることに気を付けよう。

例①生命・身体

生命・身体が契約とか(とくに労働契約)では保護されるべきとされる。信義則上のこの義務が**415条のほうで損害賠償責任に結びつく**とされたのがこの判例である。

415条時効と709条時効とで期間が違うんです！だからこの点はっきりさせる実益はとてもある。

例②説明義務

最高裁は契約の中心的義務か、付随義務かという点に関わらず、**契約責任は生じない**とした。(不法行為責任)契約をするかしないかの情報を提供する義務について、①同意がなくても社会的接触に入れば責任が生じる！だとか、②合意の効力は交渉全体(締結前)に遡って契約責任を生じさせるんだ！という理論の立て方はありうる。だが最高裁は、「説明義務を果たしていればその契約は結ばれなかっただろうという場合、義務を果たせば契約が結ばれなくなり、**契約責任は遡る効力を失う**。これは論理循環であり、このような理論構成は認められない！」として、信義則上の①の義務は**不法行為責任**につき考慮する構成に立った。

つまり、信義則上の義務については、「その義務を果たせば契約が成立しない(つまり、契約責任が生じなくなる)」場合に、さかのぼっての契約責任を認めない立場なのである。逆に言えばそれと関係ない「安全配慮義務」など**契約内容を実質化**するための義務については契約責任に吸収されるのである。

時効の問題が絡んでくると、このような責任の性質を考え、区別を設けなくてはならなくなる。

153 415条と709条

415条(債務不履行)について

債務者の責めに帰すべき事由があるとき(帰責事由)免責。帰責事由とは故意過失と伝統的に解される。信義則上は履行補助者の故意過失も含む。とにかく帰責事由がないと立証できれば免責される。というのが但し書きなので、**不履行者**に立証責任がある。

709条(不法行為)について

故意過失について他人の利益を侵害したとき効果が生じるので、**被害者側**が立証する。

これだけ比べると 415 条のほうが訴える人にしてみれば有利な感じもするし、事実そう考えるのが有力だった。1980 年代くらいまでは、つまり、契約責任のほうが重いとされたのである。いわゆる「契約責任」に関しての義務が考えられ理論化されたのはこのためである。

ただし、良く考えるとそうでもない。

確かに「何日に何をする」かが特定された債務「結果債務」に対してはすぐ不履行を言える。でも「手段債務」(どうやるのか、何をすることが場合による債務。例えば「事故を起こさないように注意する」)に関しては、その不履行に際して事実上 709 条故意過失の帰責事由が証明される(だって、上の例でいえばその不履行とは、「事故を起こした」である)ことになる。こういうのに関しては別にわざわざ 415 条で保護する必要もないし、それゆえさきの「説明義務」などはわりとすんなりと 709 条責任で処理したのである。

200 契約の効力

いちおう、総務契約、片務契約についてはいいよね。

双務契約…当事者双方が債権、債務を持つ契約のこと。さらにこれらの債務が対価関係に立つものを「双務有償契約」とよぶ。

片務契約…当事者の一方のみが債務を負う契約のこと。金銭消費貸借契約がその例である。

と、何故か良くわからないフォローが入ったが、まあここからは契約の効力について述べていくことにする。

210 契約から生じる責任

211 三つの責任

まずは端的に、**債務不履行**の時にいえることを考える。

①履行強制

普通はほしいもんはよこせ！といってもらっちゃう。ただ、415 条の実現には民事執行の知識があるのでこの点民事訴訟法にもたよらないといけない。私的救済は禁じられているからね。間接強制として、債務不履行が続くことに sanktion が課される(一日遅れるといくら払うなど)こともある。

②損害賠償

だが、なかには間接強制すらなじまないタイプの債務もあるよね。そういうときはお金をもらうほうが理にかなう。論理的には傷害賠償で担保して見らっている形になる。

ただ、賠償にはこのように「遅れたんでもう金で解決する」という意味での**補填賠償**と、履行は可能ではあるけど遅れて迷惑かけちゃったぜというときの**遅延賠償**が存在している。

③契約の解除

543 条では、履行不能による解除権を規定しており、債務者に帰責事由があるときには、債権者が解除をすることができる。また 541 条により、履行不能じゃなくても相当の期間を指定して催告を行うのであれば、その期間以降は契約を解除も出来る。例えば引き渡さなくて困るから別の人から買っちゃった…みたいなときに使える。

これには催告があるわけだが、542 条に規定するように、**定期行為**の履行遅滞については、債権者は催告不要で解除が可能である。

※定期行為

誕生日終わった後にケーキ持ってこられても困るよね。このように「定期」に行われることに意味がある行為の場合である、このとき給付内容とは別の次元で履行が意味をなさなくなる可能性がある。

212 解除の効果

○契約が**なかった状態**に戻す

というのが根本的目的。これによって、債権者は債務から解放され、たとえば買い主が「この売り主くそ野郎だから別の奴から買い物したいな」とか思った時に、商品引き渡しの債務を消滅させて別の契約を締結できるようになる。

ちなみに、解除の効果に関する見解については**直接効果説**と**間接効果説**がある。

直接効果説のはなし

契約は存在しなかったことになる。つまり債権債務関係は遡及的に消滅する。未履行債務については当然に消滅することになり、既履行債務については、不当利得となるため原状回復義務を負うことになる。

契約は存在しなかったことになるので、本来的には債務不履行による損害賠償請求権は発生し得ない。判例通説はこちらに立つが、契約の解除は、なんと損害賠償責任請求を妨げないことに修正する。

間接効果説のはなし

契約そのものは消滅せず、解除の効果として原状回復義務が発生する。この原状回復義務が履行されることによって、契約関係が消滅する。未履行債務については履行拒絶権が発生する。

こちらでは損害賠償請求権は契約が存在する以上当然に発生することになる。

判例通説はこの直接効果説が損害賠償請求を認めないことと 545 条第 3 項の「損害賠償請求を妨げない」という規定との整合性につき、ここでは**解除の効果は直接効果説なんだけど、それに債権者保護のため一定の制限がかかっている**と見るべきである、と言い訳している。

ただ、どちらにせよ 545 条第 1 項が、「第三者の利益を害することはできない」と制限をかけている点にも注意しよう。

○**危険負担**の問題…潮見さんの許可書では対価危険だとか言われたりする。一方の債務が消滅したときに、反対債務は成立するののかということ。520 段からくわしく扱っていきます。

この場合に問題については、536 条 1 項は原則として「債務者は反対給付を受ける権利を有しない」と定める。ようするに代金債務は引き渡し債務と連動して消滅するのであるが、これは両債務が対価の関係にあり、**対価関係にある債務は独立では存在し得ない**ことが根拠となる。

※ここから、原則は双務有償契約のときに妥当するといえる。

この条文を根拠に買主側が代金支払いを拒否することを「**危険負担の抗弁**」と呼ぶ。

ただし、534 条では、**特定物**に関する物権の設定または移転を伴う双務契約においては、債権者の危険負担に帰するとされる。これは 536 条 1 項の例外として妥当する。このような規定があるのは、不特定物であれば事実として滅失してもまた調達すればよいので法律上は履行不能とはならないが、特定物の場合は同じものを調達できない点で性質が異なるからである。

特定については後でも触れるが、401 条 2 項で規定される。目的物が特定物となったこの段階で、534 条により危険負担が債権者に移ることになる。以下に詳しくみていこう。

220 危険負担

221 債務者の帰責性ありパターン

自らの負っている債務から解放されると言うのが、契約の解除の効果であった。だが、履行不能の場合には非常に問題が生じやすい。例えば家屋の売買契約を結んだあとに火災で滅失してしまったような場合である。ここからそのような悲しい事故があったパターンの問題について考えていくが、大前提として「債務者に帰責事由があれば」それは単なる債務不履行である。危険負担の話とかはほぼどうでもいい。

滅失した場合は移転登記等の権利が履行不能になるわけだが、それが**売り主の責任**に帰する場合には、それは 415 条によって**損害賠償請求権**に変わるだけである。

そうすると目的物の代わりに賠償金が代金債務の対価になる。履行不能ならばそもそも代金債務も生じなくなるが、この場合も損害賠償請求権は残るから代金の限度で縮減した賠償請求権を得れる。

よって、基本的には 2000 万で家屋を買ったが売り主のせいで滅失したとかいう場合には、損害賠償請求権として代金債務 2000 万を得て、これが支払った額と相殺になるだろう。

ただ履行不能による解除ならば、損害賠償債権は**時価**でよいとされている。さっきの家屋が 2300 万円に価値が上がっていたのだったら、2000 万円だけを返されても 300 万円がのこっちゃうよね。この点で 415 条の責任たる契約責任は、重いといえよう。

222 債務者の責めに帰せないパターン

さて、ここからが本題で、「債務者悪くないよね」という場合に、どうそのリスクを分配していくのかという危険負担の話に入っていくことになる。

基本的には当事者双方の責めにきせない場合には、**債務者**がその危険負担を負い、反対給付を得る権利を失うことになっている。536 条第 1 項がその原則的態度を規定する。

しかし、例外として 534 条が問題になる。

こちらでは、**特定物**の物権の設定または移転(売買が典型)を目的とした場合の危険負担は、債権者が負うことになるとされている。種類物売買でも、**給付すべきものを指定したら特定される**(401 条)から、これを適用すれば、「この家を買っぜ」と決めたら、もっと言えばテレビとかでも「これ買っぜ」と言ったら、もう債権者が危険負担をしないといけないことになる。

課題 6

とある型のワープロ 500 台のうち 200 台を買う旨を定めた。ここではある目的物を特定したわけではない。だが、他に別の型のワープロがあってもそれを買わないのは明らかであって、このような状況における債権

を、種類物債権と特定物債権の中間として**制限種類債権**と言ったりする。この場合でも、ある一台を取り出して特定ができないので特定物売買とは言えないだろう。

このときは、残り 200 台になるまでは滅失しても履行不能は生じないことになる。よって危険負担もそこまでは問題にならない。

対して特定が生じたというならば残りの 300 台は関係がないので、滅失しようが関係ないことになる。

問題なのは、500 台のうち「この 200 台」と特定しちゃった場合である。このときはもう特定物売買になるが、ここで 200 台がおじゃんになったら危険負担の責任は債権者に生じるのだろうか。

買い主が同意を得て特定した場合は特定目的物となるだろうが、問題は損な同意もはっきりとないままに「てきとーに選んだ」とき。いつ特定がされることになるのだろうか。

このとき、401 条の特定が、「債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了し、又は」債権者の同意があったときに特定がなされるとするところから、同意を厳しく解釈したうえで「**債務者の側でなすべきこと**」をなすまでは危険負担は債務者側にある（すなわち、特定されていない）、と解されている。

ということで、債務者はどこまですればいいのか、という解釈問題になってくる。ここで参照しなくてはならないのが、弁済の規定だろう。**債務不履行と言えるような状況かどうかは、債務者にとって必要なことをしたかどうか、大きく関わっている**ことは疑えない。

① 弁済の場所

484、5 条参照。「別段の意思表示がない場合は、その費用は債務者の負担」で、さらに「特定物の受け渡しは債権発生の際にそのものが存在した場所に置いて、その他の弁済は債権者の現在の住所において」とされている。この債権に付随する「**持参債務**」があるときは、基本的に「持っていく」ところまで含むようである。ただ、不動産等の場合は持参と言っても代金支払いと登記移転を同時に行うのがほとんどだから、これはあまり気にならないような気がする。

② 弁済の提供

判例集 17 事件（昭和 30 年 10 月 18 日：最高裁）

タールを売り主のため池において、取りにくるという契約だった。これは**取り立て債務**になる。492 条、493 条は債務者は弁済の提供について定めており、基本的には出来ることをすべてすれば、債務不履行では責任を追及されない。ざっくりな説明だけど。

つまり、原則としては債務の提供は現実にしなくてはならないのだが、但し書きによって、債権者のほうの行為を要する債務に関しては、**相手が拒んでいるようなときには弁済の準備をして、相手にそのことを通知すれば債務不履行の責任を負わない**こととされている。

が、**このような言語上の提供になる場合、債務不履行かどうかと特定があったかどうかとは、やはり別物の話になる**ように思える。

いくら言葉の上で履行できるよと言ったところで、ため池のタールに特定が生じるというためには、やはりため池から分離して、個別の所有権を画定しないといけなさそう。だから、例えばドラム缶に入れて別にしていた、などの事由があれば 402 条の特定もあるといえるだろうが、この場合その作業をしていなかったの、「特定がなかった」として危険負担の問題とはされなかった。

ということで **493 条の責任と、402 条の特定は必ずしも一致しない**のである。

すなわち、特定が生じたかどうかについては、

① **種類債権**…履行不能が起こらないので、考える必要なし

② **特定物売買**…契約時に特定されているので問題ない

③ **制限種類債権**…「**債務者が物の給付をなすに必要な行為を完了**」したとき

そしてこの「必要な行為」とは、契約付随の債務が持参債務なのか取り立て債務かどうかなどといった細かい契約内容の確定によって導かなくてはならないのである。ここで、債務の履行に関しては 493 上も問題になるが、不履行責任とは必ずしも連動するわけではないことに注意しよう。

2 2 3 なぜ危険移転のタイミングを考えるのか

危険負担に関する前提状況は、売買である。534 条などをそのまま読むと、危険負担は履行不能になったタイミングを基準に考えているようだ。

規定を素直に読めば、536 条では、代金債権は有しないとしているが、534 条では代金債権を有することになる。なぜ 534 条では、特定物売買にこんな規定をおくこととしたのだろうか？

端的に言って、これは**危険が移転**するタイミングを考えているのだと思われる。責任を負うに値する支配が移動したときに、危険負担も移るのだと言う規定なのである。

ここで、「危険の移転」と言う点に厳密に着目すれば、解釈論としては、契約が成立していて滅失していながらも債権者負担と理解するほか、引き渡しまであって初めて債権者負担とする見方も可能である。不動産については登記は登記簿上そのものを占有しているのと同視しうると言われるが、登記の移転と現実の引き渡しのどちらを、あるいはどちらもあって初めて支配が移るのか？とか言う問題は、やはり存在する。これについて起草者は「**所有権**」が危険負担を基礎づけると解していたため、現行の規定は権利移転時に危険が移転している。フランス法からの要請だとのこと。根本的にはローマ法からきているみたい。

確かに値上がりなどから得られる利益を得るのだから、損失も得るだろうという言い方もできる。しかしながらこの損失と滅失とは決してパラレルではない気もするし、議論が深いところである。

アプローチとしては、売買を経て「完全に売り主のモノ」から「完全に買い主のモノ」に変わっていく「どの」タイミングで切ればいいのかという問題に近い。

所有権と一口にいってもそれは使用する権利、収益する権利などが束になったものであり、その権能は一挙に買い主に移るかということそうでもない。少なくとも使用収益する権利の前に諸権能が買い主に移ることはありうるはずで、目的物に対してどの段階まで権能が移れば移転といえるのかが問題となるのである。

多くの学説はこの理論から**所有権の移転と、危険負担の移動がずれる**ことを基礎づけて、現実の「実質的な支配」を基礎づけるべきであり、ここでは**引き渡し**までが必要だ、とする。

このように現在の 534 条 1 項ルールは疑問が多く、債権法が改正されると引き渡しがなされて初めて危険負担が移転するとなるとのことである。

まあ起草者は「所有権の移転」が一番の債務であり、契約によって移転した所有権を中心に代金債務も発生するんだとしていたのだが最近の学説はこれに対し、引き渡しだとか登記だとかまで債務に含むので、そこまで代金債務が発生するとしたのである。

224 受領遅滞の問題

課題 7

これはブツを自宅まで配送しろということだったので配送したら不在で引き渡しができず、不在票をポストに入れて帰ることにしたら帰り道に事故ってしまい、ブツが一部滅失してしまったという事案。

これは危険がまだ移転していないと見るべきなのだろうか。

①債務者の責めに帰すべき事由によらないという要件がある以上、まずバイクマンに帰責事由があるかというのも問題だが、

②受け渡せるはずだったのだから、勝手にいなくなった買い主にも責任があるのではないか

ということのほうが問題である。ここで、債権者の**受領遅滞**には責任が伴う(413 条)とされている。通説は、**受領遅滞によって引き渡しは擬制され、危険が移転する**とする。413 条は「受領を受けることを拒み」または「できない」とする場合を要件にしている。

債権者は履行の提供があったときから責任を負うので、債務者が履行の提供をしたことも要件になるが、特定したうえで持参債務を果たし、履行不能であった場合には危険が移転するとし、よって代金請求できるといのである。

※ただし、不在が善意もしくは無過失だった場合はどうするのかと言う問題はまた起きる。債権者の側のことなんて知らないから気にしないでいいだろうという立場もあるが、議論のあるところ。

※善管注意義務

関連条文として、400 条と 401 条 2 項はセットで覚えよう。特定すると色々な効果が生じるわけだが、目的物の対象がそれに集中することになり、**特定の時点で所有権が移る**ことになる。

するとこのときから売り主は買い主のものを「**保管**」している状況になるわけだが、このとき**善管注意義務**が課されるとされる。善良な管理者の立場なら払うだろう注意を払う義務である。

ここの義務は、民法でもう一つ基準とされる、「自己の物のように扱う」基準よりも重いとされる。

最近では自分のもののほうが大事だ！と言う人がいるが、それは知りません。また、受領遅滞の効果として、善管注意義務も軽減されると解される(え？これもう捨ててもいいかな…と思うのは当たり前だし)。まあこの善管注意義務も、「債務者に帰責があったのか」を判断する際には考える必要があるだろう。

225 債権者の責めに帰すべき事由

よく、家庭教師の授業にいくと「今日子供がいないんだごめん！でも指導の回数には一回分カウントしていいよ」と言われることがある。だが、この場合反対給付は法的には本来的にどうなるのだろうか。

このとき、教えると言う履行をしてないから、536 条の原則だと、反対給付はもらえないような気がする。

だが 2 項を見よう。**債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは債務**

者は、**反対給付を受ける権利を失わない**のである。ただし**代償請求権**として、債務の免除で利益を得たらその分の利益はもともとの債務の限度で返還しなくてはならない。家庭教師の時間に採点バイトしてたら、その分の時給は、もらった工賃給料の範囲で返さないといけなくなる。

以上の規定は、相手方が債務履行に協力しなかったことに対する損害賠償としての側面をとらえれば理解できるものではないだろうか。

判例集 18 事件（昭和 41 年 12 月 23 日：最高裁）

代償請求権の問題。

（相手方の帰責無く）履行不能になった結果債務を免れた結果、保険が入ってきてそのぶんもうかったら、債務者は債権者がこうむった損害の範囲でそれを補てんしないといけなくなるとされた。

230 同時履行の抗弁権

231 533 条の問題

危険負担は、対価関係にある債務が片方消えちゃった場合。

ここからは、消えてないけど**出し惜しみ**してる場合。533 条「双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる」

これによって、買い主が金を払わないとき、売り主がモノを引き渡さないときに、それぞれ反対給付を行わなかったことに対して債務不履行責任を問われない。

すなわちこれは、さきに義務を履行することに対する不平等の是正である。先履行者は弁済を受けられなかったり、履行を求めて訴訟をしなくてはならないなどのリスクを負う。だから裁判外で「払えよ」「よこせよ」と、変にアクションを起こさなくても拒絶できるように、**相手方に「アクションの提起」というめんどくさいプロセスを転化することができる**という利点があるのだ。

232 要件との関係

双務契約について、どの債務とどの債務が同時履行の関係に立っているのだろうか。

危険負担や解除については、対価関係に立つような債務を念頭においていた。同時履行がそれらの債務で成り立つと言うのは当然として、この同時履行の抗弁権はもっと広く解されている。

例えばロレックスの時計を直してもらうときに、店はめっちゃ高いロレックスを預かって持っているのに対し、客は払って 1 万くらいである。明らかに対価関係にはないが、だとしても店に「お金払わないと返さないよ」と言う権利は認めるべきだろう。

基準についてだが、こればかりは抽象的な**「公平」観念**から個々に分析するとして、各論にゆだねるほかないように思える。

533 条但し書きは、この同時履行については、自己にもともと**先履行義務**がある場合には抗弁権を認めないとしていて、これは当然である。ここで同時履行の抗弁権を認めると先履行義務は意味をなさなくなる。問題なのは、待ってたら相手の弁済期もやってきたとき、もう同時履行の抗弁権を行使できるかどうかである。だがこれも債務の性質を検討して、「先履行の意味」を考えていくことが必要であるため、一律には決められない。結局先履行が、**後の弁済の確保のためだとすれば同時履行を求めるのは無理があるし、そうでないなら認めても差支えない**だろう。

233 抗弁権の機能

一つは債務者にとってディフェンスの作用。債権者が何を求めてくるかによるが、

①**履行請求**を求めてくる場合にはそれを阻止できる（引き渡しの拒絶、支払いの拒絶など）。

訴訟になった場合、この抗弁が認められれば、条件付き判決すなわち**「引換給付判決」**が出ることになる。

「まず履行する前に自分が履行してね～、そしたらもう片方も給付しろよな～」と言う判決である。

履行請求者は、条件をクリアすれば給付を求められると言う意味では一部勝訴である。

この場合権利抗弁として、訴訟上で同時履行の抗弁は履行に待ったをかける側からなされることになる。

なぜなら履行請求権じたいは、本来的には先履行がなくても認められるはずだからである。

※ただ、民事執行法の規定ではそもそも執行の前に執行機関に「自らの履行」を証明しなくてはならないので、結局は履行請求者が先履行をしなくてはならない。

②履行が遅れたことによる**損害賠償**を求める、もしくは**契約を解除**するという措置を相手方がとってきた場合に、債務不履行に対して「同時履行の抗弁権があるんで不履行じゃないっす」と抗弁できる。

ここでは先の履行請求の時と違い、双務契約であれば売買代金と目的物は当然に同時履行の関係に立つのだから、債務不履行を言うためには本来的に同時履行の抗弁を潰す必要がある。そのため先履行の立証がオフェンス側に最初から必要になるが、このような理解を**存在効果説**と言ったりする。

つまりは、**債務不履行を基礎づけるために同時履行の抗弁を潰す必要があるのに対して、履行請求権は同時履行の抗弁以前に基礎づけられる**という点が差異を生んでいる。

だがまあ、見方を変えればここでは**相手の出方によって相対的に効果が変わっている**ともいえる。履行請求に際してはディフェンス側が同時履行の抗弁を主張しなくてはならないのに対し、損害賠償請求などでは当然に先履行の立証がオフェンスする側に課せられているからである。そういう意味で非難されているのは確かであるが、森田教官的には別に要件に照らしてるだけだし大丈夫では？という感じらしい。

存在効果説からは、法的判断のためには同時履行の抗弁権の要件はつねにチェックされる必要がでてくる。基本的には「代金」「引き渡し」のような通常対抗する債務には同時履行抗弁が推定されるわけだが、債務が対抗しているかどうか、同時履行抗弁が使用可能かにつながるし、ひいては債務不履行の成立に関わることになるからである。

234 492条との関係

弁済の提供の時から債務不履行責任を負わないとするのが492条である。

債務不履行となるのを同時履行抗弁で阻止できるぜ！ということだが、同時履行の抗弁以外にも反論に使えるクールな仲間がまだいる。

①受領遅滞です

受領遅滞が生じればたとえ弁済できてなくても債務不履行にもならないんだっただよね。493条は現実の提供を求めているけど、いざとなれば弁済の準備して口頭の提供をしておけばよいと判例はしている。

これが明文規定だが、さらに口頭の提供すらいらないときがある。

それが、**受領しない「明確な意思」があると推察される場合**である。一つは「契約そのものの存在」を否定するような場合(あんたなんか貸貸人じゃねえ！出ていけ！)。この場合には口頭の提供が無くても債務不履行責任は問われない。つまりは受領遅滞の状態を解消してからでないと、通常の解除手続きをとるだけでは債務不履行責任を取れないことになっているのである。

②同時履行抗弁

そして、こんなとき債権者の側からみると、この損害賠償を請求するためには「先履行」を言わない限り、売買契約が双務契約である以上当然に同時履行の抗弁を受けることになる。

このようにダブルパンチで対抗してくれる奴らなのだが、逆にこの弁済の要件を緩和してくれる規定は、「先履行」があったと主張したい債権者にとっても使えることは指摘しておくとしよう。

235 課題8について

甲は乙に商品を売却する契約を結び、甲が3月30日に乙の店舗に商品を持参し、4月5日に乙が代金を払うと言う約束をしたのであった。甲は3月30日に乙のところに持参したが、乙は受け取りを拒否。

いっぽう4月15日になって、乙は18日までに持ってくるよう甲に催告した。ブチ切れていた甲は持ってこなかったが、そこで乙が契約を解除し、損害賠償を請求したと言う事案である。

ここで、乙は415条に基づき、甲の売主債務の不履行を原因として損害賠償を請求している。

まあすなわち本来の履行に代わる「填補賠償」を求めていることになる。同じものを入手するのに110万円かかるとするならば、その110万円が賠償額となる。

填補賠償をするのに解除が必要かというところでもないが、解除をすると確定的に賠償請求できるとされる。解除すれば、乙はまた受領義務から逃れることになる。

したがって、541条の「**履行遅滞に基づく解除**」が成立しうるかが問題になるわけである。

●解除の要件

実体的要件…弁済期までに履行がない

手続的要件…相当な期間を定めて催告したにもかかわらず、履行期間内には履行がない

後者から見ていくと、18日までに持ってこいと言ったのに持ってこなかったのだから手続的要件は形式上満たす。3日間という期間が適当かという問題があるが、甲は履行できる状態にあるのだから、3日間でも十分といえる。前者については、甲に帰責を問えるような事由があるかが問題となる。履行可能であるのに弁済期が来ても履行していないのだから、債務不履行責任があるといえそうである。

ということで、これだけだと商品の市場価値と自らが負う代金債務の額を相殺した金額を填補賠償として請求できることになる。

しかしながら、甲としてみれば、3月30日に受領しなかったことに対する乙の責任が気になってくる。

より具体的には、甲は「やるべきことをしているから責任を問われるいわれはない」という主張ができると考えられる。

492 条には「**弁済の提供**」が債務不履行責任を問われない要件と書かれているが、前回話したように弁済の提供にもいろいろあるのであった。493 条が「どこまでのことをすればよいか」ということにつき、「現実の履行」か相手方が拒否する場合の「口頭の提供」を定めているが、本件だと 3 月 30 日に実際に持っていったも断られたのだから、そのときはさすがに「この」履行については債務不履行責任は問われないものと考えていいだろう。

※**判例 14**（昭和 41 年 3 月 22 日：最高裁）では、「事故の債務の履行をしない意思が明確な場合には、相手方において自己の債務の弁済の提供をしなくても」履行遅滞の責任はない口頭の提供すらいらない場合も救っているのだから、少なくともこの場合は債務不履行にならないだろう。明らかに明確に拒否されている。ということで、いったん履行したとは認めよう。問題は、そうすれば**すべての責任から逃れられるのか、それとも相手から催告があったらもう一度履行しなければならないのか**である。

仮に、もう一度履行しなければならないとすると、15 日から 18 日にかけて履行があったかが改めて問われることになる。493 条の要求する履行の形態は「現実の提供」「口頭の提供」「相手方の受領意思なしのときは何もいらない（判例）」のいずれかであった。

ここで 15 日から 18 日にかけては現実の提供、口頭の提供は明らかにない。そして、一応くれているんだから、相手方に受領の意思がないかと言われると厳しいものがある。

ということで、甲は 15 日から 18 日にかけては確かに履行をしていない。

だがやはり、前提事情として「**乙はいったん受領拒絶をしている**」というのはやはり考慮すべきに思える。やはり、受領遅滞の状態にある債権者は**受領遅滞の状態を解消**するような措置をとらなければ解除できないのではないかという命題が立ってくる。

ここで、**昭和 45 年 8 月 8 日の判決**では、**受領遅滞にある状態を解消してから、その後に催告をしないと債務不履行解除ができない**としたのだった。

解消するための措置としては「今度持ってきたら必ず受け取る」ということを通知するなど、単に催告をするにとどまらない措置が必要になると思われる。

また、この場合だと甲としては同時履行の抗弁権も使えるのではないかという気がする。

結局さっき確認した通り、解除や損害賠償請求しようとしても同時履行関係にあればそもそも前提である債務不履行が発生しないとされているわけである。

存在効果説からは、対価的關係にある債務につき当然に同時履行の關係に立っているわけだが、本件の契約は対価的關係にあると素直に読めばなりそうである。

相手方も弁済期にあるのであれば、ここで同時履行により、債務不履行責任を負わないことになる。

以上より結論としては乙の請求が認められないとするのが妥当であろう。

※ただし、本件債務が先履行債務であった可能性はまあなくはない。

もちろん 4 月 5 日までは先履行だったとしても、そういう契約が出来た時点でそれ以降は同時履行関係にあるといえる可能性もあり、これは契約の趣旨から判断するしかない。

ともかく問題文からはわからないが、仮に先履行関係にあるとすると「同時履行の抗弁権はない」ということにはなる。

236 課題 9 について

X と Y が、1000 万と引き換えに土地の移転登記を行う契約をした。代金支払いの期日に、Y は「いや、1100 万だった」として譲らない。X は一度帰り、弁護士と相談して所有権移転登記請求訴訟を提起したのだった。その後すぐ Y から X に対し、2 週間以内に 1000 万払わないと契約解除されたとみなす意思表示がされたが、X はそのまま訴訟を提起した。この訴訟で争われる論点を挙げて検討しろという課題。

前提として、X の請求とは、Y が所有権の移転登記を行うことである。そのためには、契約が有効に成立していなくてはならない。売買契約について、①代金と②目的につき③合意があれば契約法上は有効に所有権が移転するから、X はまずそれを主張することになる。

すると Y は、履行義務を否定する必要がある。Y のとれる手段としてはそもそも「契約」の否定(合意していない、錯誤があった…など)もあるが、本件事案から読める手段としては、X が事実代金を Y に支払っていない事から、533 条同時履行の抗弁権を主張することだろう。この場合、引き換え給付判決になる。だがこれでは意味がない。そこではそもそも 1000 万円で買えることになるから Y にとっては意味がなくなるし。これは最後の保険として言うべき主張である。

1000 万では納得しないからこんなことになったのだし、ここで求めるべきはまず解約の解除であろう。

とすると解除の実体的手続き的要件のどれかを満たす旨を主張したい。まず、**債務不履行責任**を買い主に認めさせることができれば、この点解除を実体法上主張することができる。

よって X の債務が「1000 万の代金支払い」であるから、その現実の不履行を主張することになる。492 条では、債務不履行責任を現実の弁済なく消滅させるために「通知」を要するので、この点通知していない X は保護されない可能性もある。しかし判例では、弁済としての提供、口頭での提供がなくとも「契約自体が否定される」ような相手方の状態につき、提供をしなくてもよいとしている。Y は契約を否定していないのが問題になるが、ここでは契約の内容に齟齬があったのであり、契約自体が否定されている事案ではない。しかし X はそれにつき、Y も現実の弁済をしていないのだから、契約解除は同時履行抗弁からしてできないと反論してくる可能性がある。よって Y は契約の解除につき、同時履行の抗弁権をつぶさなくてはならない。口頭の提供などの作業があったかが確認されることになる。

240 契約の解除

241 不完全履行と解除

契約のスタンダードなルールとして、債権者は債務者の債務不履行を理由として、債務者に対しての一方的な意思表示を持って契約を終了させることができる。

もちろんこれに上書きルールが存在することも多いが、不完全履行の場合の解除はよく問題になる。そもそもどんな些細な解除についても契約関係そのものを否定するというのは行き過ぎである。たとえばスポーツクラブの会員契約を結んだとして、利用できると思っていた施設の一部(たとえばプール)が使えないからと言って解除は出来るのだろうか？

プールなんて使わない人にとってはこんな問題にはならないが、水泳のために会員になった人にとって見れば大問題である。性質としても、例えば譲渡性がある会員権だったらこのせいで価値が下がることになるから、投機目的だったとすれば損害が出る可能性もある。

ある債権が解除の対象なのかどうかについて、判例は**要素たる債務**(契約の解除認める)と**付随的債務**(認めない)という区分を行っている。余談だがこれは付随義務論(法律関係に付随する義務)とは別の話である。内田民法はこの点なぜかごったにしているけど不正確である。

判例集 22 事件 (平成 8 年 11 月 12 日：最高裁)

施設(スポーツクラブ)付きのリゾートマンションを買ったら、施設のプールが使えないという事件で問題になった。

まず、プールが使えないから会員契約を解除！という主張と、プール付きのマンションに住む契約だ！として売買契約すら解除！という主張の二つがなされていた。

判決は、会員契約については、プールは会員契約の「要素たる債務」だから解除出来るよ！ということを確認、そしてマンションの売買契約についても、「付随施設の利用も契約内容に備わっている」ときに、その施設に不備があれば、不履行が解除の対象となる「要素たる債務」だとしたのだった。

【参照】

「2 個以上の契約から成る場合であっても、それらの目的とするところが相互に密接に関連付けられていて、社会通念上、甲契約又は乙契約のいずれかが履行されるだけでは契約を締結した目的が全体としては達成されないと認められる場合には、甲契約上の債務の不履行を理由に、その債権者が法定解除権の行使として甲契約と併せて乙契約をも解除することができる」

ようするに、目的に密接に係る範囲で、債務不履行は拡張的に影響するものと解されている。

242 立法論

立法論として、潮見さんとかは解除とは自己の権利の処分自由からくるもので「解除について相手方の**帰責自由**はいらない」としている。むしろ**自己の契約目的**が達成できないことが重要だとする。

まず帰責事由についてだが、ここで通説判例に従っても、重大な不履行でなければ解除ができないというのは同じである。もちろん立証責任の問題があるけど。

必要かどうかの問題は、従来解除と危険負担、とくに履行不能の際の反対給付の扱いについて語られるのが今までのことであった。帰責事由がある場合は、完全に危険負担として反対給付の消滅だとか存続だとかで処理していたはず。

だから履行不能になれば、現行法でも当然に債務からの解放がなされる。

ここで潮見さんの見方をすることは**まさに危険負担としての問題を、解除の意思表示に統一することになる**。ここでは意思表示なく解除が認められた 536 条のようなケースでも、意思表示が必要になるという変化が起きる。これは危険負担と解除の問題の実質を失わせるというわけではなく、整理のようなものともいえる。

2 4 3 解除の要件

A 履行遅滞

①履行遅滞

②催告及び相当期間の経過

541 条の規定である。ただ、相当期間を定めないで行った催告だとしても、客観的に見て相当な期間が経過していると判断されるのならば、それで大丈夫である。催告不要の特約を定めることも可能である。

※「定期行為」

あるタイミングに履行しないと、そもそも債務の意味がなくなるような場合には、そのタイミングを逃したことが催告の要件に代わるものとして扱われる。たとえばウエディングケーキとか。

③相手方への解除の意思通知

解除権は形成権なので、意思表示によって行われる。

ただし解除の意思表示は原則として、撤回することができないとされている。

B 履行不能

①契約締結

②履行不能

③解除の意思表示

債務者は履行不能が自らの責めに帰すべき事由ではないものによることを主張して抗弁することになる（危険負担の原則参照）。ただし、潮見さんはさっきからみてるように「帰責事由」の要件を解除のレベルで持ってくることに否定的。

C その他

その他の場合も「重大な契約違反」を認めることができるかどうか潮見さんの立場からすると要件になる。もっと言えば、上でみたこれらの要件は、すべて「重大な契約違反」と認められるような要件ということになる。

2 4 4 解除権の消滅

A 相手方による催告

いつでも解除権の行使の期間が定まっていない場合はいつ解除されるかわからない不安な状態になるので、解除の相手方が催告をして解除権の行使の有無を問うことができる。この催告から相当期間内に解除の意思表示が来なかった時、解除権は消滅する。

B 解除権者がやらかす

解除権者が契約の目的物を損傷や変更した時も、もう解除は出来なくなる。

C 消滅時効

10 年間の消滅時効に、債務不履行時からかかることになる。

3 0 0 権利移転契約

ものなどの権利を移転する契約には、大きく分けて売買（第 555 条～）・贈与（第 549 条～）・交換（第 586 条）という契約類型がある。ここではまず一番スタンダードな契約として売買を取り上げ、最後にちょっと贈与について述べることにする。交換は森田さんの話の尺の犠牲になった。

3 1 0 やることの概観

3 1 1 基本としての売買契約

売買の成立についてはもう述べたので、条文をざっとみてみよう。

559 条とか見ると、この節の契約は「原則」全ての有償契約に準用されるとされている以上、**売買ルールはすべての有償契約の総則になっている**。ここに売買の一般性と言うか、スタンダード性を見出すことができる。

そして、560 条から 572 条までの規定が重要である。

560 条から 571 条までには「**担保責任**」が羅列され、実はここがお話の中心になる。担保ってのはフランス民法からもってきた「将来の責任・リスクにそなえた準備」である。

さて、売買はお金を払って受け渡せばそれで終わりだとは考えられていなくて、目的物の「品質」「属性」についても約束されていれば、それがついていないことにつき契約の一部不履行になる。もちろんこれが「要素に関する」ものなら解除の原因になる。

売買ならば当然に所有権が移転されなくてはならないが、それだけではないのである。

3 1 2 担保責任

そんな所有権以外の部分に関するリスクにつき「**担保責任**」は効果を持つ。例えば「これダメだったよ！欠陥品じゃねーか」ってときに、売り主と買い主のどちらがどうリスクを負えばいいの？危険負担が「滅失」して契約がそもそも台無しになっている場合の規定なのに対して、担保については契約が「形式」上成立しちゃった場合の規定である。まあ後述するのでここはこれくらいで。

3 1 3 予約・手付

予約については売買のオプションと見ていればいい。ここでは「**売買契約の締結**」をする権利を一方的に相手方に付与する行為を指して予約と呼ばれている。例えば「〇〇年後に君が買いたと思ったら買いなよ」みたいな契約である。双方の予約が行われている場合は、そもそも契約の効力を認めて構わないので、片方が予約している場合が問題になる。

手付については、**解約権を留保**する合意をするもの。

契約の時に手付金を払うことで一方的に契約を破棄できる、この手付金は、相手方のポジション保つための規定である。ここでは両者に解除権がある。手付をもらった側も、倍額を支払うことによって契約を解除できる。

手付の解除の意思表示としては、現実の提供が必要。

手付は「**履行の着手**するまで」機能するものなので、履行の着手があったのかどうか、が良く問題になる。一般論としては、**客観的に外部から認識できる形で履行に必要で欠くことのできない行為をしたかどうか**が問題にされる。

よって履行期が来る前から一定の準備をする場合、履行期が来ていなくても履行の着手と見られる場合がある。逆に履行期前に履行の着手があると言うと困る場合もあるけどね。まあこれは、ある程度目的などの諸様態を総合判断して行われるものである。

例 土地建物を売却して新しい住宅地に買い替えようとする時、売るかつ買うの両方の契約をしなくてはならないが、買い替えが困難になった場合。

このとき、土地を売却したあとに手付で解除しようとすることは、基本的に認められることになる。買い替えの場合、履行期と言うのは重要な意味を持つことになる。そこを考えると、こいつはただ売っただけならば住むところがなくなってしまうし、そうならないための「履行期」制度なのだから、ここでは履行の着手は認められないことになる。

3 2 0 売買の担保責任

3 2 1 前提

売買の効力の中心は担保責任と言っても過言ではない。起草者の考え方は一種の債務不履行責任であった。予定しない瑕疵(欠陥)のあった際の責任の所在を定めるという意味で、債務を履行できない場合の定め。だが長らくその法的性質は議論されてきた。これを債務不履行とは別の法的責任に認める「**法的責任説**」と、債務不履行責任の亜種(特別規定)としてとらえる「**契約責任説**」とで議論が分かれている。ただ、現在では有力学者で法定責任説を取る人はあまりいなくなった。

売買における担保責任には、他人物売買における担保責任、権利の一部が他人のものであったときの担保責任、そして一番のメイン、瑕疵担保責任とがある。

以下では、基本的に瑕疵担保責任を想定した話をしつつ、法定責任や契約責任について述べた後、その他の種類の担保責任について述べていく。

問題となるのは、570 条と 566 条の解釈である。570 条では売買の目的物に隠れた瑕疵があった場合に、566 条を準用できる。566 条は、売買の目的物上に地上権等の負担がのっていた場合に、目的が達成できないなら契約解除ができるし、さらにそのとき損害が出たならば損害賠償が認められるというものである。ちなみに、一年の期間制限がかかる。

この責任が、一体なんなのかというのが問題になったのである。

3 2 2 法定責任説

瑕疵とは、**契約で予定した目的のために必要な性質が備わっていない**ことである。目的は契約内容に照らし判断するが、それを達せていないなら、基本的には債務を履行できていないとして債務不履行責任が生じそうである。

だが法定責任説からは、「**特定**」されたものに対してはそれを瑕疵があろうがなかろうが引き渡すことが売り主の債務であって、それさえすれば債務不履行にはならないとする。そしてその時、**瑕疵がないと信頼した買い主を保護するために特別に規定をした法定の責任**が 570 条だと言うのである。

当然、「なんでそもそも特定するとそんな引き渡し義務でよくなるの？」という疑問が出てくるだろう。瑕疵がないものを持ってこいってということじゃないの、と言うかもしれないがそこで彼ら法定責任論者は「**特定物ドグマ**」というものを持ち出して、この理論を正当化する。

たとえば、実際に特定が起きて「この家を引き渡して」、というときには、「ここにキズがあった！別の家にして」なんて入れ替えは不能だろう。ここでモノの性状(どんな家か)は、あくまで動機にしか関わっていない。ここでは**特定物の性状は、契約の内容には入っていない**のだとされる。

時と空間で個別化された以上、契約内容としてはそれを受け渡せば構わない。果たしてそれがどういうモノかは契約の内容ではないおまけ要素、と言うのが特定物ドグマの考え方なのである。

そのものがどういう性質かというのは契約内容にはなりえないというのは、動機の錯誤の話にも(ゴッホの絵だと思った！！だけじゃダメってやつ)つながる。錯誤の解釈としてもこれは現行の通説に合致している。

3 2 2 法定責任説の賠償範囲

目的物に瑕疵があるとき、このものを渡せ！と言って言われたモノを引き渡す以上、(主観的な)契約内容に対して「瑕疵」の存在は**原始的一部不能**である。その不能を除去した限度でしか契約は成立しないことになる。

種類物の場合には、売り主が取って来たものが瑕疵を持っていたとしても、別にこれを持ってこいというわけではないのだから、原始的不能でもない。ここでは引き渡し義務が以前残り、当然に債務不履行による完全履行を請求できる。これに対して原始的一部不能ではそもそも債務不履行責任が問えないから、そこに新しく法定責任を設置したということになる。

通常の債務不履行責任だと、契約が成立するとこういう状態になる！ということまで保護している以上、損害賠償責任は**履行利益**になる。しかしここで 570 条は法定の特別な責任でありそこまでは保護していないし、保護すべきは「信頼」しちった買い主なので、**信頼利益**(原状回復に必要な利益)に賠償は限ることにされる。

だが良く考えてみると、原始的不能の欠けた部分をどう補うのかの議論の時点で、法定責任として履行利益を課してしまうこともできるのではないだろうか。信頼利益を「そう法定した」だけであって、違う法定だって考えられるはず。事実、帰責事由があるなら履行利益までとらせる(我妻先生)などの様々な理解がなされたのも確かである。

もう一つの問題は、法律がその限度で特別に認めた、ということならばそこに書いてある限りでしか責任を負わせることができない。つまり、例えば耐震強度が足りないという瑕疵があった際に、直してもらうだとかの**完全履行請求権が存在しない**ことになる。

しかし契約上の義務と解すれば、契約の合意の効力で耐震強度を増させる権利だって存在することになる。もとなる履行義務から完全履行請求を発生させるような意味を持たせるならば、この後に言う「**契約**」責任と解していくべきになってしまう。

論者の中には特約もしくは信義則による完全履行請求権を認めることもあるが、特約を認めたら彼らのいう特定物以外のものを請求出来ることになって、そもそも特定物ドグマが否定されることになってしまう。信義則も一般法だしね。この特例を敗れるほどの効果があるのかと言う話。

ちなみに債権法改正で、ドイツでも契約責任説はとられなくなったのだった。

3 2 3 法定責任と判例

判例集 38 事件 (タービンポンプ売買事件：大審院)

種類物に対しての瑕疵担保責任を判断した。ここでは**不特定物に対しても瑕疵担保責任の適用がある**とされた。引き渡しさがされるとさすがに特定されるわけだが、瑕疵があると知りながらもそれを受領した場合は、それに対する瑕疵をもとにする主張を封じられるとした。

そのとき瑕疵担保責任を追及することは出来ず、できるのは債務不履行責任一般になる。だがそうでない場合に 570 条で瑕疵担保の規定をもって解除や損害賠償をすべきだとした。

ここで瑕疵に対しての悪意善意を区別したわけだが、判例法理としては「善意」の買い主を保護しようとしていると言える。

ここでは特定物ドグマは適用されておらず、一定の段階における**買い主の態度**に着目している。条文上は 566 条 3 項で、期間制限がなされているところが瑕疵担保とその他の手段との違いになっている。1 年間の期間制限と言うのは他の規定よりも短い。

まあ瑕疵を放置した買い主よりも、適切に履行できていたと思っていた売り主が保護されることもあってもいいはずなので、合理的な範囲で保護範囲を限定したのである。

法定責任説からはここで不特定物についての瑕疵担保は認めず、不完全履行に際して信義則などの別の解釈ルートで保護を実現するべきだとされる。

判例集 39 事件（塩釜声の新聞社事件：最高裁）

最高裁になると「スピーカー」のケースが出てくる。

引き渡しを受けた後に、欠陥が発覚、修理を受けたがうまくいかなかった事案。代金返してと損害賠償席球を行ったのだった。こっちでは受領だけでは瑕疵担保責任による法定責任にはならないよ、として先の判例よりも柔軟になった。

瑕疵の存在を認め、履行として任用する場合は別として、そうでないなら完全な履行の請求も可能であるとした。

ここで問題になっているのは普通の不完全履行というより「客観的」には瑕疵に気付かぬままに契約が成り立ってしまっているということである。ここでは債務不履行と違って、買い主の態度次第では主張を封じ、逆に場合によっては修補や取り替えを認めるべき…という判断が行われているわけだが、まあ **570 条をいちおうは法定責任としつつも、それででてくる問題をごまかしごまかし運用していた**（と、法定責任説からはみる）ということである。

3 2 4 契約責任説

ここでは担保責任は、**債務不履行責任の亜種**として考えられる。

あくまでここでは 415 条の特則としてとらえるので、期間制限だとかは特則にとって代わられるにしても、その他の損害賠償の範囲や**完全履行請求権**、**代物請求権**、**修補請求権**などは 415 条からそのままやってくることになる。

判例も長いものに巻かれ、表立っては法定責任説を取りつつもこっちよりに判断をずらしてきた。というかむしろ、判例の立場を合理化した説と見ることもできる。

ただ、契約が解除できる要件がここでは変わっていることになる。541 条では履行不能になれば直ちに解除できるが、**催告**をして解除することになっていたのに対し、570 条は**無催告解除**を認めている。

契約責任説はこれにつき整合性をとらなくてはならないが、不完全履行の場合にも履行の一部は確かに存在しているわけで、まったく履行しないときは異なる。**まったく履行されない場合は催告が必要だとは思いますが、事実ここで一部の履行がなされているのだから、その分催告は必要ない**よね、と契約責任説からも説明することが可能である。まあ例えれば契約責任説からも 541 条の催告をモーニングコールのようなものとしてとらえることで理屈付けていると言える。瑕疵担保のような、「一応起きてるよ～」的な履行状態に対してはモーニングコールしても意味がない。

※法定責任説からは「法定だから」だけで問題ないけど。

ここでは買い主は、**修補請求権**と**損害賠償請求権**とを共に持つことになる。この点、一度契約した以上、まずは履行請求権が優位に立つのではないかと解せば、先に修理などを求めなくてはならないことになってしまう。だが、例えば手抜き工事をした施工店に修補を頼むと言うのも安全面からすればおかしい話である。むしろこのような時には**第三者に修補を頼み、損害賠償として施工店に請求することも認められるべき**であるだろう。そもそも、契約により当然に生じる履行請求権と、救済手段たる瑕疵修補請求権を同視するというのも必ずしも正しいとはいえない。

ということで、あくまで契約目的の達成という観点から、無催告解除するかどうか決めてよいはず。

判例も含め、理論的な流れは法定責任から契約責任へ向かう。債権改正がなされれば、たぶん契約責任的な立場になるだろうと言われる。ちなみに潮見さんは期間制限とかはいらない、というまた変わった契約責任説をとり、森田さんもこの立場だとのこと。

試験だと契約責任、法定責任とか言うけど、それともそもそもしらない時期に来ているかもしれない。

3 2 5 担保責任と過失の有無

担保責任は、通説では（そして条文を素直に読めば）**無過失責任**である。

法定責任説からは、法定なんだからで済んでしまう話ではあるが、ここで契約責任説をとった場合に、この規定が特別に無過失責任を課しているんだという理解が一般的になされることになる。契約責任説の依拠する 415 条などを通説的に捉えると、一定の帰責性を要求しているからである。

ここで帰責性は、具体的には少なくとも過失があるということとなる。これについては 709 条の不法行為の要件の際に話すので省略するが、近時の通説は過失を**客観的な義務違反**と解している。義務とは具体的な行為義務であり、当該加害者が具体的にその状況下で何をすべきだったのかということである。客観的に捉えても債務を履行する際当然にすべきことをしなかったときに帰責事由を持つと解することになる。

さて、これを踏まえて、もう一度確認しよう。**本当に特別な無過失責任なのか？**

これは不法行為法のとくにもう一度やるが、このような帰責性の認定は、当該行為者がそのときどのような義務を負っていたかによって、限定される。

たとえば、例外的な場合、そういうリスクがあるとはだれも想定できなかった不可抗力の事態が発生した場合には、帰責事由がないということにもなったりする。

そしてそれに加えてここで指摘しておきたいのは、別に不可抗力とか言う話をしなくても、契約の内容によっては当然に、一定の義務の限定がなされることである。たとえば医師の診療債務は、必ず治すなんてことは別に約束していない。そもそも人の生き死にはコントロール不能なところがあるのであって、ここで求められているのは、当時の医療水準に照らして適切な処置を果たす事ではないのである。できるだけ長生きしてもらうというのはあくまで努力規定であって、こういうのを**手段債務**とか言ったりする。

手段債務の時にはこのような「ここでは具体的な行為義務はなんなのか」を確定していくことが大きな問題になるから、過失がどう認められるのかは議論されることになる。

だが、**売買でものを引き渡すなんて場合に、そもそもこのような議論をする必要があるのだろうか。**

「そういう契約をした」限りにおいて、売買契約で一定の結果の実現を約束し、それが実現されるのが確実であるのにそれを果たさなければ、ここでは当然に客観的には**義務違反**が生じていると言えないだろうか。このような債務を**結果債務**というが、結果債務については伝統的な議論での故意過失は、そもそも問題にならないのである。ふつう「●日に届ける」ものを届けなかったら、それで責任を負うのである。

むしろ、これを踏まえれば売買の担保責任が特別な無過失責任というよりは、実質的な契約の解釈にてらして債務がどこまでの行為を約束しているのかと言う射程が違っているために、無過失責任と言える状況が生じていると言えるのではないか。

実は起草者もこのような考え方をとっていて、ここでは 570 条においても、なんら「特別の」無過失責任でなく、あくまで債務の内容が斟酌された結果とされることになる。

結局帰責事由については瑕疵担保に関わらずそれをどうとらえるのかが問題になっているのである。債権法改正で 415 条をどうするかだけど、結局責めに帰すべき事由という言い方は残るかなーと言う感じがする。とにかく明文で「契約の趣旨」から帰責性の判断を行うことを取り込もうとしているみたい。

3 2 6 解釈で問題になる規定

問題になる規定をもうちょっとみていこう。

●「隠れた」

いつの時点で問題となるかだが、法定責任説の立場からはこれは**契約時**になるはず。ここがまさに特定がなされるタイミングだからである。しかし判例は**受領時**の主観的様態を問題にしており、これはむしろ債務不履行の判断地点であって契約責任説からの見方に近い。ただ見本売買とかだと話は変わってくるだろう。あとは契約の内容になっているものも買い主の主観に関わるので、判断の対象となる。

●「瑕疵」

契約でどういう性質を前提にされたのかが問題になってくる。典型は物理的な瑕疵であるが、建築規制や都市計画といった**権利上の瑕疵**も存在する。あとは機能的瑕疵(眺望などの機能が契約内容になっている場合)、社会的瑕疵、心理的瑕疵なども存在。

やはりここでは契約内容によって何をもって瑕疵とするのかは変わってくる。例えば近隣に暴力団が住んでいた事案で瑕疵が認められた場合もある。

※同様に、どこまで損害賠償をとれるのか、についても契約内容(対価の内容など)から判断していく必要がある。やっぱりこういう感じで「契約不適合」と言う概念がこの瑕疵担保の根幹にあるわけで、契約責任と言う理解もこの点で法定責任より実質に近いように思える(個人的感想)。

平成 22 年 6 月 1 日の判決

フッ素が土壤に含まれていることが明らかになった事案(契約の後に、規制の対象になり、フッ素の基準を超えた)について瑕疵に含まれるのかが判断された。確かに想定していなかった有害物質があるのだから瑕疵と言える気がするが(時効にかからなければね)、最高裁はこれについて瑕疵ではないとした。まずは**契約締結時の契約内容が尊重されるべき**であるとして、契約締結時にはフッ素とかそんなことは契約目的上関係ないというのである。

契約のタイミングで想定しえないリスク(**発見しえない**と言う意味。調べれば壊れているとかならわかるが、フッ素については、事実状態を瑕疵とすら判断しえない)は、瑕疵の対象とならないとしたのだった。

●「一年」

これは**除斥期間**と解されている。売り主からすれば、債務を完了したと思っているのだから、当事者同士で早くいってやるシステムを構築して、さっさと権利関係を明確にするということである。

権利保全期間の起算点は、善意の買い主は事実を知った時、悪意なら契約締結時とされる。権利を保存したと言えるには、担保責任を問う意思を明確に示す必要がある。

※様々な法的保護の権利が保存されるマキシマムの限界点というのが除斥期間であり、中断とかが出来る**時効**とは違うので注意しよう。566 条にはとくに確認規定とかがおかれていないと言うのも、これが時効でないことを示している(消滅時効だとするなら、例外状況で時効カウントをストップさせるための規定がおかれるのが一般的である)。

これは除斥期間であって時効ではないので、**時効の規定(167 条 1 項)も適用される**。

判例集 42 事件(平成 13 年 11 月 27 日：最高裁)

一般債権は 10 年で消滅時効にかかるわけだが、これは瑕疵担保における損害賠償請求権についても適用され、引き渡し時から 10 年間で権利が消滅することが示された。判例は、こうしなければ瑕疵に「気付く」までは半永久的に瑕疵担保責任が売り主に発生するので過大な負担となることを理由にする。

まあこの判例の立場は起草者が想定した通りと言えるとのことである。

立法論としては、この一年の期間制限が売り主を不意打ちから保護する規定であるところから、悪意の売り主からは期間制限の主張ができないものとするところにも合理性がある。

3 3 0 数量指示売買の担保責任

3 3 1 問題の所在

瑕疵が目的物の性質をあくまで指すとすれば、**数量**は瑕疵には入らない。しかしながら 565 条は、**数量を指示して売買したものに不足があった場合、もしくは物の一部が契約の時に既に滅失していたような場合に、売り主の善意を要件に①代金減額、②解除、③損害賠償ができる**としている。

※ちなみに代金を減額するというのは、事実上損害賠償請求で達成することができる。

ただし、**数量を指示**して売買したものを対象にしているというこの何気ない規定は、実は解釈の余地がある。とくに、数量を指定と言うのは、「個数」だったりすると割に視覚的にも分かりやすいし「五個くれ」といって四個しかなかったら文句を言うのも当然なわけだが、たとえば土地の「坪」数などの場合、正確にそれが契約内容に入っているかというところ非常に曖昧なところがある。

たとえば、土地の空間が「100 坪」と記載されている土地を購入しようとして、「ここの 100 坪くださいな」と契約をするとする。しかし記載ミスがあって、実はその土地は 90 坪しかなかった、というような場合に、ここで数量を指示した契約として担保責任を認めるべきなのだろうか。そもそも、「10 坪たりねーよ」とか言ったところで、その辺から 10 坪が出てくるわけではない。ここで判例は、以下の二つの判例に見るような解釈で数量指示売買の救済範囲を決めている。

3 3 2 賠償額の範囲

判例集 34 事件(平成 13 年 11 月 22 日：最高裁)

「数量指示売買とは、当事者において目的物の実際に有する数量を確保するため、その一定の面積、容量、重量、員数又は尺度があることを売主が契約において表示し、かつ、この**数量を基礎として代金額が定められた売買**」であるとし、とりあえず数が指定されれば(つまり、契約書に坪数とかが書いてあれば)ただちに数量指示売買として担保責任が生じると言う訳ではないことが示された。

つまり、じゃあどのようなときに数量を基礎としていると言えるのか考えるに際して、契約における数量を

①実際にそんだけあるし、**その数量を売るという意味で書かれている場合**

②とりあえず範囲指定に際して、**おまけ的に書いておいた場合**

とに区分し、扱いを変えることとしたのだった。

ただし、以下に見るように、それがすなわち賠償額にそのまま反映されている状況ではない。

判例集 35 事件(昭和 57 年 1 月 21 日：最高裁)

この事件では、数量が記載されている坪数よりも本当は 10 坪少なかったため。この 10 坪分があれば稼げた額を賠償請求できるのかが争われた。

判例はここで、「数量指示売買だとしても」数量の表示が**売買契約の目的**を達するに**特段の意味**をもつ表示でなければ、賠償範囲には入らないものとしたのであった。判例はこのように、**数量指示売買であるかどうかと、数量指示売買における担保責任の範囲を区別**している。

これを見ると、履行利益が賠償されていないとして、判例理解として正しいのが「法定責任説だ」!と言い出す人が出てくる。契約責任説では履行利益が賠償請求できることと、10 坪分から得られる利益を賠償範囲から外した以上の判例が矛盾すると言うのである。

ただ、ここで最高裁は 565 条の責任について、「数量が契約の中で持つ意味づけによる差異があるんだ」としているだけであって、別に法定責任って決まったわけじゃないよね。ここで議論されているのは、あくまで「もともとの債務」がどこまでなのかの程度問題である。契約解釈の問題ということで、むしろ契約内容に応じた責任を与えていることには注意しておこう。

また、この判決はそもそも過失無過失を区別していないため、「過失があれば債務不履行で、無過失の時に瑕疵担保が言える」と棲み分けを主張する立場の法定責任説とはそもそも整合しない。

担保責任については、法学教室 142 号、193 号に、それから数量指示売買では百選Ⅱで解説書いているとのこと。

340 債権売買と担保責任

341 総説

A が B に三か月後の 100 万円+利益の債権を有するとする。これをすぐに現金にしたかったら、まず他の人に債権を売ることが考えられるだろう。

債権であるから、三か月たった時に 100 万を相手がもってなかったりするとかなりめんどくさいし、100 万円+そこまでの利益で売買することは難しいので、売る額としては多少安くすることになる。

そこでたとえば 90 万円で債権を売ったとして、仮にここで 3 月後に B は 100 万円がなくなって、取り立て不能の状態になったとする。このとき A に責任はあるのだろうか。

民法第 569 条は、「**弁済期に至らない債権の売り主が債務者の将来の資力を担保したとき**」について、**これが弁済期の資力を担保したものと推定する**規定を置いた。

したがって、「資力としてこうこうなのは担保するぜ」と言って債権を売買した場合には、債務不履行責任がとえる可能性がある。

逆に言えばなんでもない債権売買では責任は生じない。**一定のリスク**は織り込み済みとされるからである。これは別に 569 条の規定がなくても意思解釈をすれば出てくることではある。債権は前提として少々難ありと言うリスクを理解した上で購入するものであり、文句は言えないのである。

しかしながら、もちろん限度はある。何も動かないなんて中古車ははっきりいってゴミだし、とくに契約責任の立場からはここでは「どこまでが」契約内容なのかを解釈する必要が出てくるのである。

※法定責任説だとそのものを引き渡せばいい、契約責任説だと完全なものを渡せばいいという二分論は実は間違いで、契約責任では「**契約で定めた（リスク込の）商品を引き渡すこと**」が問題になっているのだ。

342 借地権付き売買

さて、ここからは賃借権の話に移ろう。土地の上の建物を利用しようという時には、単純に土地の所有権ごとを買うと言うだけでなく、土地の借地権を買うというパターンがありうる。こういうときは建物と借地権をセットにして売買が行われることになる。

このとき、土地に欠陥があって、たとえば倒壊の危険があるなど利用が難しい状況の場合に、売り主に対して責任を追及できるのだろうか？

判例集 45 事件（平成 3 年 4 月 2 日：最高裁）

借地権の買い主が、土地の亀裂のせいで、賃貸人に修繕を求めたがシカトされて建物を取り壊さざるを得なくなった。そこで買い主は賃貸人を諦め、売り主のほうに担保責任を追及したと言う事案。

結論からいって、判例では**売り主には責任がない**とされた。まあ何故そうなるのかかが問題になるよね。

ここでは、売買の目的物に「**隠れた瑕疵**があるとは言えない」と 570 条の適用を否定している。

これは一見すると、建物の敷地その物でなく**賃借権**を売買しているのだから、土地に瑕疵があっても目的物における瑕疵ではないという理論構成に読めるかもしれないが、それは不正確である。

権利としての完全性を判断するについて考えるに、ここでは建物所有を目的とした賃貸借契約を結んでいるわけである。ここでは一見それは達成されていないような感じだが、第 608 条により**賃貸人には賃貸借契約の目的地のある土地に瑕疵があるとき、使用収益に必要な修繕を行う義務がある**という任意規定が存在し、特約がなければ適用される。ようするに、**修繕義務**自体はあるのである。

端的に、これは債権売買においては実際に債務者から回収できるかどうかは担保しない限り瑕疵と判断されないのと同じなのである。ここでは**実際に賃貸人に修繕義務を履行してもらえるかどうかはともかく、その**

ような権利関係自体は問題なく移行していた。そして修繕義務は、仮に賃貸人になかったとしたら単純に賃借人のほうにあるものである。この場合において、売り主が修繕義務を負うことはない。

※その場合、これを込みで対価も（賃料）定まっていることになるだろう。

よって、貸借権に瑕疵があるかどうか、と言う観点から判断した結果、売り主には責任がないとされた。なお問題があるとすれば、確かに修繕義務を求めていくことも出来るのだが、果たされるかわからないし、手間暇がかかる可能性もあるよねってこと。権利としては実現可能なものをもっていたとしても、それが現に実現されるのかはわからないのが当然である。

ただまあさっき言った通り、担保責任の内容に金銭債権の完全な履行が無いのと同様に、ここでは責任が否定されているということになる。

もちろんこれは絶対こうなる！的なルールと言うよりは、あくまで契約内容の実現を問題にしての判示である以上、例えばすごい大きな不動産を借地権付きで売っている場合なんてときには話が変わってくると思う。

客観的に売買契約の目的が達成できないような状態については、なお瑕疵と解する余地はあるのである。

350 権利の担保 560～564 条

351 総説

性質や数量の問題でなく、そもそも権利が移転できないというパターンについて最後に触れておく。これは例えば、真の所有者がいたために所有権移転が不可能だというような場合である。

他人物売買自体は可能とされており、第 560 条は、他人物売買では売り主は真の権利者から権利を取得してもってこいと命じている。種類物売買だったら、綾波「私が死んでもかわりはいるもの…」ということで問題にはならなかったけど、土地の場合は直ちには引き渡したりすることができなくなる

このとき、結局移転できなかった権利に対して、売り主は落とし前をつけなくてはならない。このような責任のことを、**追奪担保責任**という。追奪と言う名前だが、買い主は所有権者に返せと言われれば追奪されるという側面から名付けたとのことである。

法定責任説は債務不履行が成り立つか成り立たないか以前にこれを特別の規定だぜ、としてストップしてしまうけど、契約責任からはこの他人の権利を移転する義務を、「債務」として構成しなくてはならない。

しかしながらここで、とくに**所有権移転義務と言うのは観念できないのではないか**という批判がある。意思表示が合致して契約が締結されれば、ただちに所有権が移るはずだというのである。だが、これに対し日本の民法起草者はあくまで売り主には「所有権移転義務」があるとして、売買のときには実は契約によって移転義務が即時履行されているのだと解している。

そのような前提で、他人物売買であっても売買契約は有効に成立すると解され、成立要件として売り主に実際の権利があるのかどうかは気にされなくなる。

また、売り主の側が自分に所有権をもたないことをやむをえず知らなかった場合、ここでは責任を負わせるのは適当だろうか考える際にも、法定責任説からは特別の規定でそれが実現されるとされるが、契約責任説においては売買契約を結んだ事情と実際に事情との間の関係をとらえ判断しなくてはならない。

352 効果

561 条は、他人物売買で権利移転に失敗した売り主に対し、買い主は**契約の解除**が出来ることを規定している。無理なんて時は実現不可能な契約なんだし解約してもいいよ、というわけである。

ただ、**損害賠償**がとれるのかどうかについては、同条で買い主が他人物売買であることを知らなかった場合のみ認められるものとされている。特別な規定に見えるかもしれないが、買い主がどのような意思をもっていったのかに注目するのはおかしいことではない。そもそも他人物売買にリスクが伴うことは、買い主の側も了承すべきことと思われる。

ただ、そうすると、普通の債務不履行責任との関係が問題になってくる。

判例集 31 事件（昭和 41 年 9 月 8 日：最高裁）

この事件では、561 条で言う悪意者が、415 条の債務不履行責任を言えるのかが争われた。

他人物売買につき**悪意である買い主は 561 条においては損害賠償請求ができないのだけど、一般の債務不履行責任に基づいてなお賠償責任が問えるのではないか**と言う訳である。

ここで判決は、なお 415 条で買い主が保護されうる余地があることを示したのであった。ようするに、悪意とはいえ他人物売買においては、売り主は必ず引き渡す結果債務とまではいかなくても（これは買い主が善意なら必要と言うことになる）、**売買が成立するよう頑張る債務**（手段債務）はあり、ここで売り主の帰責で権利移転が実現しないようなこととなれば、それに対して債務不履行が言えると言うのである。

その努力義務の不履行の判断ポイントはおおむね以下のようなものと思われる。

①他人に売却する意思を所有者が持っているかどうか

絶対に売るわけない！って時は翻意させるのにも限界がある。対して全然頼めば売ってくれたのにそれをしていない場合は責任が生じやすい。

②相当な価格を提示したかどうか

あとは、相当な価格を提示して買取交渉にあたったのが問題になる。このケースでは他人物売買のタイミングでは13万で「オッケー承った入手してくるぜ」と言ったものの、戦後バブル期のためにあっという間に時価は70万相当になっていたために、交渉をやめてしまったのである。

ようするにここで売り主は自分の利益の存する範囲で頑張っただけであり、「故意」による履行不能の可能性すら示唆したのだった。同じ理屈で例えば他人物売買者が暴利をとろうとしていた、などという事情は他人物売買につき悪意だった買い主に有利に働くことになる。

ここからも415条の帰責事由が内心の注意ではなく、契約で何を決めているのかから判断される客観的な義務から判断されるものであると分かる。

最後に細かい点を注意しておく、以下の二点くらいである。

①売り主の側からも契約が履行不能なら損害賠償を払ったうえで契約の解除が可能である。

②一部不履行に付きの解除を認めるのか否かも、契約目的を達成できるかどうかで決まる

結局、条文だけ見ると415条と違って見えるが、契約責任説に立てば、それは415条があくまで典型的な場合のルールを書いているだけだから、ということに過ぎない。とくに目的物の権利や質については契約内容に従うものであって、それを細かく見ていく中で細分化したルールとして、561条以下で確認規定がおかれているのである。

360 贈与

361 はじめに

贈与をやります。

贈与は契約各論の冒頭、549条以下に規定される。今まではほとんどが有償契約だったけれど（委任も実際は有償であることがほとんどだった）、これは**無償契約**。

贈与は片方の当事者の一方的意思表示に対し、受け取る者がそれを受諾することで成立する諾成契約である。書面によってもよらなくてもいいのは、「書面によらない贈与は、各当事者が撤回することができる」というところから読み取れる。

注意するのは、無償で「財産」を与えるということ。売買では「財産権」として、広い意味で物権だとかを移転する契約であったが、ここで「財産」となることで**ひろく経済的利益を贈与の対象として取り込んでいる**のである。債務免除契約（519条）なども、利益を移転することに他ならないから、贈与契約として取り扱うことができる。この場合には権利は移転していないから、売買等では捕捉できない。

※贈与も「財産権」という規定に直そうと言う動きもあるのだが、これはまあまだ説得的ではない。

362 法的背景

贈与はどのような法的性質をもっているのだろうか。

①**共同体的**な贈与

法律的な定義で行くと、受贈者に対して一方的な利益（反対給付なし）を与えることが贈与となりそうである。しかし、贈与が一方的に利益をなすために行われることは現実には少なく、多くの場合に「いつか」やってくる見返りを求めることが多いであろう。特定の物体、対象物に対して「これは●●の時のお返しで…」と厳密に覚えていることは少ないから、たしかに直接にある利益や財物との対応関係があるわけではないのだが、ポトラッチじゃあねーんだから**贈与はお互いに交互にやる形で、相互性をもって行われている**のである。法的にはこれを全て救い上げるのはむずかしいので、このように贈与契約の部分だけを取り上げたのである。

②**親族間**の贈与

世代間・親族間の財産移転の手段として贈与が使われることがある。遺贈や生前贈与など手段は様々だが、さて、このような前提をもって、個々の条文の解釈論に入っていこう。

363 550条 書面による贈与

550条は、書面によることで意思の真正さを担保していると考えている。効果としては、書面にしない限りは贈与者、受贈者ともに贈与契約を容易に撤回することができるということになる。

これはようするに、書面化を促すことで権利関係をはっきりさせようという趣旨である。まあ書面にすると撤回できないとなれば、熟慮してくれるだろうと言う期待もある。

ただ問題は、**何をもって「書面」だと認めていいのか**である。

判例集 24 事件（昭和 60 年 11 月 29 日：最高裁）

この事件ではその「書面性」がどうすれば認められるのかが争われた。

判例は、この点書面性を緩和してとって、「書面において贈与のあったことを**確実に看取**しうる程度の記載がされている」というときにはもう認めていいんじゃないか、としている。

確かに贈与を基礎づけるのは**人間関係**なのだとしたら、書面がないという形式要件だけで、相続した本人でない人が自由に撤回できるのはおかしいし、確実な人間関係があると言えるような場合は保護をすべきともいえる。同様な理由から**贈与後の書面**や**第三者宛の書面**にも書面性が認められているのも確かである。

ただ、さきの沿革からして、550 条はそのような人間関係を全て取り込むことができないから形式的な判断基準を設けた、というものでもあるのでやっぱり書面性を厳しく見てもいいのではという見解もある。まあ贈与の規定はこのように二面性を持った理解が可能なのである。

364 撤回

以上のように書面化された場合のほかに、契約は履行まですると拘束力が増すものとされるということで、**履行が終わったら撤回は無理**とされる。

ただ、やっぱり例外があってもいいよね。たとえば諸外国ではその例外として「忘恩行為」と言うものが考えられる。人殺しとかはまさにそれだけど。ようするに裏切り行為があったら撤回していいよということ。日本でもそのような事情が考えられるのだが、まあこれは「**負担付贈与**」なら負担の不履行による解除だとか、解除条件の成就や事情変更の原則の適用とかを考えればいいので、なんとかなるだろうと取り立てて特別な議論が必要だと言う感じではない。裁判所が結構アドホックなやり方を取っているというのもあるし。ただまあ贈与者の困窮による解除だとか、その他の著しい非行による解除をこれから項目として設けようとしているみたいですね。

※**負担付贈与**…受贈者も一定の給付義務を負っていると言う贈与契約のことである。老後の面倒を見ることの代わりに、この家をあげようみたいな感じ。

365 551 条 瑕疵担保

もちろんこのような話は当事者や相手の立場によっても変わってくるが、**無償なので原則としてはものが滅失していたとしても瑕疵担保責任を贈与者は負わない**（551 条 1 項）。だが、瑕疵等を知りつつ告げない、容易に手に入るのにそれをしない、などの特段の事情がある時は受贈者が救われる可能性がある。

※条文としては 551 条 1 項但し書きで「**瑕疵を知っていて**」これを受贈者に告げないような場合と悪意のみが救われるので、特段の事情で 551 条 1 項但し書きが類推適用されるとしてもそれは重過失の場合に限られるだろうと思われる。

ちなみに負担付贈与の場合は、受贈者が負担している義務の限度で（つまり、受贈者が損をしない範囲で）瑕疵担保責任を負うことになる。

366 554 条 死因贈与

死因贈与とは、**贈与者の死亡**によって効力が発生する贈与の事である。死因贈与は贈与なので諾成契約であるが、基本的に遺贈の規定が準用されることになる（554 条）。

やはり死後の財産処分と言うことで共通する点があるので、このような扱いになっているのである。

ただし、これが贈与契約であるがゆえに、①遺贈の要式性に関する規定は準用されないし、②承認や放棄の規定も準用されない。また、③遺贈の撤回自由を定める 1022 条も一部準用されない。

※③については、判例は遺贈の「方式に関する」部分以外は適用されるとして、贈与者の最終意思を尊重する形になっている。だが学説は契約の拘束力を安易に奪うべきでないと反対している。

370 交換

371 とりあえず規定だけ紹介

【参照】民法第 586 条

交換は、当事者が互いに金銭の所有権以外の財産権を移転することを約することによって、その効力を生ずる

②当事者の一方が他の権利とともに金銭の所有権を移転することを約した場合におけるその金銭については、売買の代金に関する規定を準用する

ということで、これだけ。売買の規定が 559 条によって準用されるので、まあ説明が省略されても仕方ない規定であった。

400 利用提供契約

何らかのものの利用を目的とする契約を、利用提供契約と言う。ここでは典型契約として、**賃貸借**（第 601 条～）、**消費貸借**（第 587 条～）、**使用貸借**（第 593 条～）が規定されている。が、森田さんは使用貸借については光速で駆け抜け、さらには消費貸借については「あちこちで折に触れて話した」などと意味の良くわからない供述をしたために、ここでは賃貸借がメインになっている。

410 消費貸借・使用貸借

411 賃貸借・消費貸借・使用貸借

●賃貸借

601 条には当事者の一方が使用収益をさせることを約し、対してもう一方がそれに賃料を支払うことを合意した時に、**賃貸借契約**は成立すると規定されている。

●使用貸借

無償で住まわせるのは**使用貸借**と言うことになる。

593 条では**使用貸借**は、当事者の一方が無償で使用および収益をしたあとに返還することを相手方と約して、ものを相手方から受け取ることで効力が生じると規定される。

使用貸借では使用収益を受忍するが、別に積極的になにかする義務をおうわけではない。特約は作れるけどね。そしてこれは要物契約である。無償契約では基本的にはものの交付があってはじめて確定的に効力が認められる。

●消費貸借

消費貸借は、587 条にあるように、当事者の一方が種類・品質及び数量の同じものをもって変換することを約して相手方から金銭その他の物を受け取ることによって効力が発生するというものである。

ようするに、これはお金を借りるみたいなことを想像すれば分かりやすい。使ってしまったら全く同じお金は返せないのであって、同額の別のお札や硬貨を返すこととなる。

補足しておくなら、一定の間ならば、いつでも一方的な意思表示を以て消費貸借契約を締結することができる契約の事を**特定有償契約**という。売買の予約とかと一緒に、消費貸借の予約と言うのがある。

これは特別法による規定で、必要になるかわからないけど、もしものときにお金を貸してね、その代り手数料を払うから、という契約の形でよく出てくる。そのままだと利息制限法（元本に対して利息を定める）違反になってしまうので、その手数料を別どりできるように（手数料は基本的にすべて「利息」に入る）特別規定をおいたのである。

412 注意書き

こういう他人のものを使用収益する場合については、まず有償か無償かという区別があるのだが、さらには 265 条に定める地上権等の物権的権利との差を意識しておくといふことである。

※地上権は他人の土地で工作物や竹木を所有するための権利で、物権の一部のうち、土地の工作物、竹木の使用収益権能を地上権者に与えることが地上権の設定になる。地上権は地下まで行く。その他物権としては永小作権（農業経営に使うモノ）地役権（他人の土地を自己の土地の便益のために使用する権利）などがある。

物権的な利用権と債権的な利用権の違いとしては、物権的な権利のほうがもちろん強い（物権には排他性がある）。例外的なものはあるけれど、そのせいでほとんどの土地利用に関する権利移転は、物権的な権利設定ではなく債権的な契約による権利設定となることが多い。

ただし親族間の土地利用などはこの点が非常に不明確なままに利用が行われ、こういうのが親が死んで相続が問題になったときに明確な権利がはっきりしなくて困る原因だったりする。

さて、高速でザコ契約を終わらせ、ここからはたっぷり尺をとって貸☆貸☆借です。頑張ろう。

420 賃貸借と特別法

421 特別法が大事な賃貸借

賃貸借契約に関しては、実は特別な規定が設定されている。体系的にはまず民法典の賃貸借の話をしすが、その後すぐに個別法を見ます。

見ることになるのは、**借地借家法**である。この法律は平成 3 年に出来た法律で、それ以前は借地法、借家法、建物保護法の三つがこのような特別ルール規定だったのだが、これが全面改正され、新しく一つになった。借地法の適用は今なおあるので、借地借家法適用以前からの建物とかにはこっちが使われる。改正附則 4 条とかには特別な規定があり、新法を適用して違いを生じる時は借地法が優先するとされているためである。

※借地と借家

「**借地**」とは所有を目的とする地上権及び土地の賃借権（借地借家法1条）と書いてあり、2条（定義）でも繰り返される。つまり所有を目的とする土地の賃借が対象であり、使用貸借はここで範囲外である。所有の目的のない月極め駐車場とかは含まれないよね。限界ケース、中間のところはもちろんあるけど、それは特別法の趣旨に照らして考えるしかない。

対して「**借家**」は建物を借りていればすべて対象になる。諸外国では「営業」賃貸借と「居住」賃貸借を分けるのが普通なのだが、わが国では分けていないという珍しい立法形態である。日本は店舗兼住宅が非常に多く区別が難しいと言う理由があって、包括的な規定がなされた。

ただ建物内部が区別され、一定の空間を支配しうるようではないケース、例えばフロアの片隅を借りるなんていうときには借家にならない。ここで保護されているのは**権利の存続の安定性**である。

4 2 2 民法の一般原則

民法の一般原則は何か最低限だけここでは確認します。そしたらもうすぐに特別法見よう。残りはそれから確認すればよいだろう。もちろんここでわざわざ「前もって」確認するということは、「特別法で修正される」からに他ならない。

①賃貸借契約の期間

民法では、賃貸借契約の存続期間について定めている。最長期間は604条によって**20年**とされ、これは強行規定である。国によっては99年とかもありなので、これは日本独自の規定である。日本は永久の貸借を認めず、**強い期間の安定的な利用がしたいのだったら、債権でなく物権を使えよ**、ということで20年を限度にしているのである。対して最短期間の定めはなく、ここは一般に自由にきまることが多い。

賃貸借契約の相続期間は更新することが可能であるが、これは更新時から20年を超えることができない。※ちなみに行為能力が処分につき制限されているものが結ぶ賃貸借契約に関しては期間の特則がある。602条参照。

②賃貸借契約の終了

期間が満了すれば終了するのが民法の原則である。しかし上に述べたように、合意をもって**更新**することが可能である。ここではそもそも「もう一回」契約を結び直すことになるのか、とか理解に争いもあるが実益はとくにないからスルーしてよい。

合意による更新には**黙示の推定規定**があり、（619条）知っていて述べないとか不作為については同意とみなされる。

対して、期間を定めなかった時にはいつでも解約の申立をすることが可能であるが、一定の**猶予期間**が必要である。まあ明日出て行けって言われても困るもんね。これは当事者のどちらでも可能であるというのが民法総則での規定である。

継続的契約一般については、定めた期間を前提に契約が進むわけである。

ただ、借地借家法はこういったルールで終わらせるのには少しおかしい、というところを修正し、さらに終了に「正当事由」が必要だと言う審査を取り入れた。そして合わせていくつかのルールを整備しているのである。

潮見さんの教科書とは順序が変わるけど、まずはここで特別法の基本的枠組みをみていこう！借地借家法の適用領域は前回話したけど、これが民法の基本ルールをどう変更しているのかを見ていきます。

4 2 3 借地① 契約期間

①4条は、「最低」**30年**の存続期間を借地契約に設けている。もちろんこれより長くても有効で、片面的な強行規定と言うことになる。借家人に有利な契約はオッケーだけど、不利な規定は禁止。21条とか30条にはもっと直接的にこのことが書いてある。

また、**更新**する場合も更新の日から10年（最初の更新は20年間）は有効でこれも片面的強行規定である。※鉄筋・木造の区分をしていたのだが、実情に合わなくなってきたのでやめた。しかし借地法の施行前からの契約は借地法の規定を受けないので、いまだ無意味なルールではない。

②25条は、一時使用目的の借地権について定め、一時使用については上の30年ルールとかは使われず一時期間が終わったら契約が終了することとされる。でも濫用はできず、実情にかんがみて判断される。

4 2 4 借地② 期間満了

次に、借地の契約終了のタイミングで明け渡しとか出来るのかなって問題についても、**基本的には借地者有利なように修正がなされている**。

- ① 5条は、満了した場合に、契約の更新を借地者が請求した場合は、借地権設定者が遅滞なく異議を述べなかった場合**従前と同一の条件で更新したものとみなされる**とする。
- 使用を継続している場合にも同じなので、普通に使われている状態に対して意義を述べないと契約は続く。
- ② 6条では、前条の異議は財産上の給付をする旨の契約をした場合はそれを考慮したうえで、正当事由がある場合でないと述べることができない。

すなわち、

A 適切なタイミングで**異議**を述べる

B 正当事由

少なくとも（契約満了に加えて）二段階を経ない限りは借地者を追い出したりできないことになる。ここではそれぞれの事情が総合考慮され、最終的には裁判所によって正当事由の有無が判断されることになる。

※自分で使うからというだけではこの正当事由に当たらない。

この正当事由の判断については借地・借家に共通するので後でまとめて述べます。

正当事由がない場合は、法定更新がされるので、10年後また異議を述べることになる。ただ一回裁判してまで意義を申し立てている以上は少しは考慮されるんじゃないか？とは思うけど。ということで借地借家法の対象にすると色々怖く、建物所有目的とかダメだ！と月極め駐車場にする人が増えるわけである。

もちろん正当事由がある場合は、期間満了でおしまいということになる。

契約が終了した場合につき、借地者は借地権者に**建物を時価で買い取ることを請求することができる**。これがないと、期間満了で契約が終了しても、借地者は建物の利用権原がないことになり、建物収去取り壊しを行わないといけなくなるが、建物の額分だけ損をすることになる。そこで買い取れ！ということが認められる。この権利を、**建物買取請求権**というので覚えておこう。

4 2 5 借地③ 権利関係の整理

これを踏まえて借地権を設定したときに、当事者の権利関係はどうなるかを考えてみると、使っている限りにおいて法定更新がどんどんされていくことになり、これから40年50年好きに土地を使えないことになるので、**事実上は時間を区切った所有権の譲渡みたいなものになる**。

これにともない、借地権価格が発生する。5000万の土地ならそのうちの代替6割、7割程度の価値を借地権価格として借地者はもっているとされ、固定資産税なんかがかかる時も借地権付きの財産として評価されることになる。

つまるところこれは、土地の**価値の分配状態**が捉えられているということである。更新拒絶アンド正当事由があるならば、建物については13条が買取請求にともなう売買で、その価額と引き換えに借地者は建物分の擬似分配価格を失うことになるわけであるが、これは建物の価値の保障と理解できる。

※当事者間で売買契約が自動的に成立することになるので、13条による権利はあくまで当事者間における**形成権**である。

処理としては、建物収去取り壊し請求は、借地権者にとってみれば「俺の土地に「しらんもの」があるからぶっ壊すわ」と言う権利だが、ここで買い取りが行われると、収去取り壊し請求は所有権が移って自分のもの（つまり、「しらんもの」ではないもの）になった限度で棄却されることになる。

ただしここで、その請求の中に**「明け渡し請求」を含めると解して、一部認容判決でそれが認められる**というのが判例である。

あとは不当利得、留置権や同時履行抗弁の後始末の話はあるけど（時価を払うまでは建物渡さないぞとか）いずれにせよ建物の価値は保障されることになる。

4 2 6 借地④ 滅失パターン

以上が満了で終了する場合。いずれの場合も建物が建っていた場合の話だが、土地の上にある建物が滅失していたらどうなるのだろうか？

30年前に建てたのが滅失して、新しく建て直したら5年で契約満了とかいうとき困るよね。

①最初の更新までに滅失した場合（7条）

地主の承諾があって建て直したのならば、承諾の日か、もしくは立て直してから**20年間**は契約を続けて良いこととされる。

②更新後に滅失した場合（8条）

教科書見ろ！とのことだが、とりあえず借地権者は地上権の放棄若しくは賃貸借の解約の申し入れが可能となっている。勝手に借地者が建てちゃったという場合には、借地権設定者は地上権の消滅の請求又は土地の賃貸借の解約の申し入れが出来るとされている。

4 2 7 借家① ざっと

借家契約についてもかなりの保護が加えられることになる。

●期間

①29 条により**一年未満**の賃貸借契約は、期間についての効力を失い、その代わり期間の定めのない契約と言うことになる。

②ただし 40 条では借地と同じように、借家の場合にも**一時使用の借家権**が存在することを認める。一時使用に関しては 29 条などもきかないことになる。

●期間の定めのある契約

①26 条で、期間の定めがある場合は期間満了に際して、**1 年から 6 ヶ月前の間に更新しない旨の意思表示をしない限りはそもそも更新拒絶をすることができない**。通知をしても、期間満了に際して何も言わないと更新を承諾したことにされる。

②28 条ではさらに！**正当事由**がなければ結局は法定更新されるとしている。

※借地と借家の違いとしては、26 条で期間の定めがなくなってしまったときの処理があげられる。借家だと法定更新されると期間の定めがない契約として更新されたことになる。だが借地では期間が決まっているのでこの点食い違いが生じる。

●期間の定めのない契約

①27 条…期間の定めがない場合は、契約終了より 6 ヶ月前に解約の申し込みをしないとイケない。解約は民法 617 条でも相当の期間が必要とされるけど、ここではそれを強化するとともに、期間の定めがあるとき同様に 28 条の正当事由の要件をクリアしない限り契約は解約できないことにしている。

4 2 8 両者の小括① 正当事由

まとめて、結局はここでは「**正当事由**」制度が、「自分の使う必要がある」程度では認められないと言う意味では、**双方の利害関係をもとに社会通念に照らす形で相当強化されて借主を保護している**。

ただ、こうなると土地の貸し出しをしづる貸主が増えてしまうはず。ほかにも要件を明確にしろ！などという主張がかなり多くなされた結果、改正で別の制度が作られたりした。（後述）

●正当事由

ここで両者を通じて問題になるのは、やはり**正当事由**であろう。

備わっていれば法的効力を生じるのだから、解約申し込みなら**申込み時点**での正当事由の存在が必要とされる。だから、出て行ってほしいという訴訟が起きたときに正当事由は、訴訟時点ではなく解約申し入れの時点で判断されることになる。

ただ解約申し入れについては継続して訴訟をする限りは、訴訟のなかで正当事由が具備されてから半年たてば借家契約を終了させることができる。

※解約申し入れは**継続的な評価**をしないとされている。特に訴訟しているときなんかは時々刻々と意思表示を行っていることが明らかだし、妥当な解釈だろう。

4 2 9 両者の小括② 立ち退き料

28 条では、一定の財産上の給付を立ち退きに際してすれば「正当事由」に組み込んでいいことにされた。100 選 59 事件参照。

立ち退き料は正当事由を補完するということになる。判例集 61 事件は、解約申し出の後に立ち退き料を払ってもいいよ、と申し出るケース。似た事件は多かったみたい。訴訟の中で「チッ！じゃあ払うからさ～」というわけである。

しかし「**解約申し出の時点**で正当事由はなくてはならない」のだったから、ここで問題が生じることになる。立ち退き料が正当事由を補完するならば、訴訟の途中に継続して行われていた時点からの「正当事由」を補完するだけで、もともとの正当事由を補強しえないように見える。

判例は、「あとから支払った立ち退き料も**当初の契約解消の正当事由について組み込んでいい**」としている。ここでは正当事由を補完するとは、それぞれの正当事由を基礎づける事実、たとえば「子供が結婚するから困る」とかを勘案した結果正当事由「なし」だった天秤を、お金というおもりで「あり」サイドに引き戻すことであるとした。つまり、「いくら足りないか」は天秤にのつけた時点すなわち当初の解約申し込み時点から判断できるのであって、その額は、解約申し出をした後に立ち退き料とかを足そうがなんだろうが、事実とは別にして「差額」と評価することができるのである。

まとめると、**実体法上は「あといくら払えば正当事由アリ」という評価が最初からできるのだから、それを当事者が「払う」というのがいつだろうがそれを評価する**というわけである。たしかに訴訟法上の**処分権主**

義の観点からは、立ち退き料の支払いと引き換えに契約を解消する際には当事者側からの申し出が必要だから、それもないのに「これは●●円払えばいいかな」と裁判所が勧告するわけにはいかない。ただ、「50万払う」という当事者が正当事由アリとされる額に達しているかどうか、は（申し出者に不利な形では一部認容としても）判断していいのである。

つまり、「50万払うよ」と言う奴に「80万にしろ」というのは大丈夫だが、「50万払うよ」と言う奴に「30万でいいよ」ということは言えないのである。テストの合否判断の採点みたいなもん。「あー13点くらい多くとりすぎてからこれいらないよ」とは言えないけど、「あと5点たりないから落とす」とは言える。ということで判決理由は少し道徳的に過ぎるとはいえ、紛争解決について理屈は通っている法理である。おかしくない。

4 2 A 両者の小括③ 批判

正当事由制度に関しては批判も多く、とくに規制緩和を訴える側からはかなり「もっと自由にしろよ！」という意見が出ている。**契約自由**の侵害だ！とかいうわけである。

あとは借地と借家の違いに注目して、

借地…建物を建築するために資本を投下するし、その目的に沿った合理的な期間がでてくるはず。

借家…住むために建物を建てる（資本を投下する）必要もない。引越し費用くらい。

この違いから「**借家なら引越し費用出せばよくね？**」という勢力もいらっしゃる。

まあ借家法は戦後の住宅難のなかで、限られた住宅資本を分け合うための規定であったから、今はそんな事由を残す必要があるのか？は問題である。今の世の中、低所得者層への住宅保証は**国家**がすべきことである。

「合理的経済的に活動できる私人」はいまやなんてすぐ見つけることができるのだから、国まがいのことをしなくてもいいんじゃないか！という人もいる。

それに対して社会法的な側面を肯定した上で「いや、まだ国家の整備も不十分だ」と借家法の在り方を認める人もいる。居住権から話す人もいるし、改正への道のり、未来的にどうなるかは非常に倒錯している。

4 2 B 両者の小括④ 批判への批判

ただ、契約自由の原則にのっとればこの種の保護はいらないというのは本当か？とは森田さんは思うらしい。継続的な契約が問題になっているわけだが、**継続的契約の場合に途中で契約を自由に打ち切れると言うのが一般原則の帰結として許されるのか？**という話である。

契約の自由はまあ「どこに住む」「いくらで済む」とか、マーケットが機能してる空間を想定して考える分にはまだ自由度が高いからいいけど、職場、教育、介護、人間関係とか**社会生活上の関連性を鑑みれば限定されうる余地は十分にある**だろう。

いろんなコミットメントが発生するわけであって、この種の資産特殊、取引特殊的な投資を人間はしているのである。ここに目をつければ、言ってみれば「足元を見る」ことも全く不可能ではない。代替不可能な住宅、環境は、考えるだろう。

こうした過度な**権利濫用的な行動**を抑止することは、民法内在的な課題と言ってもいいだろう。だから借地借家法の機能はいくつかの側面があり、その一部（とくに弱者保護）は失われてきたと言う見方をできないこともない時期には来ている。だが借地借家法の意味がそれだけで失われたとは言い難い状況であろう。まあそれでも正当事由の要件の明確化、など**予測可能性**を増させていくのは必要なことであろう。しかし契約自由ありきでそもそもこの借地借家法をぶっこわすというのは、暴論に過ぎる。

4 2 9 両者の小括⑤ タイサク

実体法上の解決としては、**定期借地・定期借家**（時期が来たら出ていく）といった別の手段を用意したうえで選択の余地を作った。

定期借地権

22条では存続期間を50年以上として、借地権を設定する場合において公正証書とかで行えば、建物買取請求とか法定更新を無視して借地することができる。期間満了すれば建物をぶっ壊して土地を返すことになる。

ただ、実際50年たったあとに返してもらえるのか…？という疑問は残るが。立法者も50年したら死んでるだろ…。トラブルとして「え…定期借地だなんてしらなかった！あと一年しかないじゃん」というパターンが考えられるので35条で「**猶予期間**」を許与するとして保護を図る。あと、土地の利用については利用条件を結構絞って規定を分けている。例えば、事業用の定期借地ではもっぱら事業に使う用に土地を30年以上50年借りることができる（23条）。これを事業用借地権といい、22条と区別される。

あとは、24条で建物譲渡特約付借地権と言うのも設定できるが、これは条文を見ればいいだけである。

定期借家権

借家についても同じ。土地の場合には目的の限定が付されるが、借家ではあまり制限がない。まあこんな感じでメニューを増やすやり方が取られている。もちろん要件には限定を付すし、公正証書を使って契約内容に関しての明確な認識を当事者が形成するように喚起している。ただ「ファミリー向けの賃貸物件がどんどん出てくる！」という主張のもとで盛り込まれた規定のわりにそこまで増えていない。

終身借家権

借地、借家権はあくまで財産権に位置づけられるが、財産権は一般に相続対象となる。例えば家を借りた人が死んでしまった場合、親族が借家権を相続することになる。

このとき、不要なら合意で契約を解消するわけだが、法定更新とかがある以上、「いやなガキ」とか、本人とは別の、つまり貸すと言った奴と違う人間を強制的に住まわせなくてはならない可能性がある。そこで選択肢の一つとして、「終身」で、死ぬまでの借家権として**終身借家権**を整備したりしている。

こういう選択肢があれば、あとは選ぶ側の問題であり、需要や供給で問題が決まることになる。

さて、特別法の話はこれくらいにして、ここからは民法規定の話にまた戻ることにする。

4 3 0 敷金と礼金

4 3 1 敷金の扱い

さて、契約の中で問題になるのが**敷金**のあつかいである。諾成契約であるこの賃貸借契約に、要物性はからないからこの意味が問題になるが、これは一言で言えば担保である。賃借人が賃貸人に対して債務を負う可能性が賃貸借では考えられるわけだが、金銭でもってあらかじめ担保をとっておくというのが敷金の制度である。

敷金をいつ返すのかは敷金返還請求権の問題として訴訟に成ったりする。

判例集 68 事件（昭和 48 年 2 月 2 日：最高裁）

賃貸借の終了後、明け渡しが生じたときに、それまでに生じた債務を差し引いて余りがなおあれば返還請求権が発生すると示された。つまり**明け渡し時期になつてはじめて発生する**のが返還請求権ということになる。学説では契約終了時だとかいうものもあるけど（どうやら同時履行の帰結を導きたいようである）、判例は「明け渡しまでの担保」が敷金なんだから明け渡した後で発生する話でしょとしている。明け渡しまでの担保と明示したのは、**判例集 69 事件**（平成 14 年 3 月 28 日：最高裁）である。

ここでは債務があれば残高について当然に控除されるメカニズムをとっていて、これが実は民法第三部で役に立つらしいっす。知らんけど。

4 3 2 原状回復

よくあるのは「ここのクリーニングが…」「ここの壁が…」といった形で敷金が思ったより帰ってこない「敷金トラブル」だが、これは事実上は「原状回復」をどのレベルまで賃借人が行わなくてはならないのかという問題である。と言う意味で契約メカニズムの問題よりは、**事実の評価**の問題になる。

「現状回復」までは確かに賃借人の義務である。598 条を賃貸借にも適用するからね。条文そのままだと「収去する権利がある」としか書いてないけど、その裏返しとして原状回復の義務があるとされているのです。

問題は「現状」とは？という話。新品のマンションを借りたら新品の状態で返さないといけないなんてことはさすがになくなって、ここでは**「通常損耗」は織り込み済みですということになっている**。通常の劣化分は、家賃として含まれると言う解釈であり、これに関しては賃借人が負担する必要はない。

ただ、問題となるのは、これを**特約**で動かせるのかどうかである。

賃貸借は地域によって習慣が違い、特に関西などでは、敷金から一定分を補修費として最初からかさう特約が行われている。そもそもこのような特約は、民法 90 条に違反しなければ、**総則的には合法**である。しかし消費者契約法とかの特別法が内容について規制をしているわけで、こういう特別規定、**消費者保護**の規定にひっかかるのではないかという疑問がでてくる。

端的には消費者契約法 10 条に定める**不当条項**によって保護されないだろうと言う話である。

まず基本的な判例の考え方を確認しよう。

平成 17 年 12 月 16 日の判決

最高裁判決は、**賃借物件を使用した対価として払う賃料のなかには、補修費用は通常織り込まれている**ものとした。だから通常損耗について貸した側が投下資本を回収するためには、賃料のなかですればよいということになる。むしろ別個に補修費用をとるとするのは、賃借人からすれば予期しない別個の負担を課することになるだろうとした。

ただ、「通常」含まれるのだから、今度は含まれないときに気になってくる。これは「特別」な補修費だよ～とか言えば、理論上はお金をとれるということになるのではなかろうか。

そのことを曖昧にして、明け渡しの時に初めて言及するとかじゃあ結局予期しない負担を貸していることになるよね。だから、前提として特約が成立するには「**内容につき合意**」ができていなければならない。対価が何を意味するのかを合意していれば、(もちろん契約書にも明記) その特約は有効と言えるだろう。これは合意とはどんな時に成り立つのかという合意の基本ルールの問題にも関わる。とにかくここでは一般的枠組みとして消費者契約法と、合意の成立につくルールに関しての二段階審査というべきものが提示されたことになる。

平成 23 年 3 月 24 日の判決

そんななか、に敷引き特約に関する判決が出た。訴え自体は、同特約は消費者契約法 10 条により無効だ！というものである。だがこれが明確に無効になるなら、慣行そのものがなくなる。

同判決は、**信義則に反して賃借人の利益を害する不当条項だとは直ちには言えない**とした。ただし、特段の事情がある場合、例えば補修費用が通常想定される額に照らして高額にすぎる場合は、それを相殺するような事情(家賃が超安いなど)が無い限り無効となる場合がある、とした。

ここでは先の判決ででていた「明確な合意」があったかどうかとは別に敷金について制限可能性を提示したことになる。

このケースでは家賃の 2～3.5 倍の敷引きで、高額に過ぎるとはまだ認められないということになった。まあ慣行は慣行なので、一定程度現状に配慮したってことだね。

以上が敷引き特約の話と言うことになる。なお、定額を引くと言う場合、一定の年数暮らして損耗があることが前提だが、予期しない契約終了で、ほとんど使っていない(損耗しない)のに定額持っていられるのは不合理じゃないかと言う問題がある。これも判決で、「**契約内容の合意が、こういうときもお金を持っていられるところまで至っているとは思わないよね～**」と、合理的な契約解釈で敷引を制限したのだった。

まあバブル崩壊後は賃料を下げざるを得ず、どうにかして貸す側からすればお金を取ろうとしていた事情があるんだけど。

4 3 3 権利金の話

権利金は交付して帰ってこないお金。**礼金**ともいう。

敷金は債務がなければそのまま戻ってくる担保だが、こっちは戻ってこないの、何のためのお金なのか問題になる。ただいろんなパターンがあって一概に言うのは難しい。

例えば物件でも**場所的な対価**として支払う場合(無形資産に対する対価)、**賃借権を譲渡**することを認める代わりに対価として払う場合、とかね。対価の一部をあらかじめパッケージ的に払っている趣旨のものもある。これが返ってくるかどうかは、それぞれの「権利金」が何を目的とするのかをはっきりさせたうえで、それが実現しているかなどを考慮していく作業を経て決まることになる。

判例集 71 事件 (昭和 43 年 6 月 27 日 : 最高裁)

予定より早く賃貸借契約が終わってしまったので、借主が払っていた権利金を返してと請求した事案。この事件での権利金は何なのかを丁寧に認定した後で、「これは場所的な利益の対価であって、賃料の一時支払ではない」として返還請求を認めなかった。

4 3 4 建設協力金

ビルの建設等にはけっこうなお金がかかるので、よくテナントから建設資金を借りる際に「**建設協力金**」が使われることがある。まあこれをお金を借りた**金銭消費貸借**とみれば、一定期間がくれば返還することになる。ようするにこのとき、物権の建設等の費用の融資をしているという実態になる。やはりここでは**当事者がどういう名称をつけたのか、ではなく実際に権利としてどのような性質をもっているのかが大事**である。どういう合意をするのかは基本的に当事者に委ねられるが、その内容確定の作業が必要になる。

4 3 5 更新料の話

契約につき定めた期間がくれば、契約を合意で更新するか、しないかは自由だった。借地借家法にひっかかるものではさらに特別な保護がなされ、法定更新が規定されていた。

問題はこの更新につき、**一定の金銭の支払い**がなされることがあるということである。**法定更新制度ではその結果として更新料を支払う義務はない**わけだから、理論的には当事者の合意がないのなら慣習法から支払い義務が生じていることになる。

だが一般的にそのような慣習は判例で否定されている。だから、払うとしたら「契約で**合意**した上」で更新料を〇〇円払う…ということを決めていることになる。更新する時に「そんなの払わない」と争うことがで

きるのかどうかは、その合意の射程の問題になる。合意が当事者を拘束するレベルであったなら、更新料を払わないことは債務不履行として契約解除事由になりうるだろう。

ただ問題は、この**更新料特約も消費者契約法 10 条の不当条項になるのではない**かということではないか。もちろんここで不当条項になるとされれば、払う必要はないのだから不払いは契約解除の要因にもならないし、たぶん全国の更新料払ったひとが集団訴訟を起こすことになるから非常に大きい。消費者金融の過払い金返せという判決が出たときには訴訟がめっちゃくちゃ増えたけど、それと同じことになりかねないわけだった。

平成 23 年 7 月 15 日の判決

最高裁は、「まあこの更新料特約は**原則有効**だわ」とした。そもそも更新料は、賃貸人の事業収益の一部を構成するのが通常だし、それに支払うことにより円満に使用を継続できるのだから、**一般的には賃料の補充ないし前払いなどの複合的な性質を含むもの**であるというのを理由にしたのだった。ようするに「25 か月分の賃料が実は 2 年分の賃料に相当していて、更新料は実はその一部なんですよ」みたいな感じだとした。結局ここでは更新料は契約の内容に含まれていれば、高かったとしても**市場原理**で淘汰されうるという点で先の敷金とも異なるので、特段の事情がなければ値段についても問題にならないものとされた。

これが無効とされるとしたら、更新料が契約の合意に含まれていないような場合（そもそも契約書の隅っこに小さく書かれているみたいなとき）であり、これは更新料の法的性質の問題でなく、むしろ明確な合意ができていたかどうかの問題ということになる。

4 4 0 契約存続中

4 4 1 賃貸人サイド

賃貸人は**使用収益**を賃借人にさせるという観点からの一定の協力義務を負う。というか、これはそもそも契約の大前提であるし、ここが使用貸借と変わっている点だよね。そこから派生して、賃貸人には使用収益に適した状態を作っておく義務が出てくる。

同じ考えから 606 条では**修繕義務**が賃貸人に課されており、建物が使用に耐えない状態にある場合には、それが賃借人の帰責によるもの、もしくはそもそも修繕可能でない限りは直さなくてはならない。

一応この修繕義務は強行規定ではなくて、家賃の額とかと照らして多少なり任意の修正ができる。任意だが限界はあり、すべてを賃借人が直せ！とかは言えないと思われる。できて日常生活上使うモノの補修くらい。ただ、ここで管理人はそもそも部屋の中のことを知りえないのだから、借りている側にはその**通知義務**が存在することになっている（615 条）。だから客観的には義務違反に見えても、事実上はそうっていないことがある。

4 4 2 賃借人サイド

もちろんお金を払う義務がある。

そして使用収益に際しても、契約の趣旨に従って最終的に返すモノに対しての**保管義務**が存在する。自己の物と言うことではなく、他人の物を保管していることになるので、ここで必要なのは**善管注意義務**である。この義務に違反して物件を返還出来なければ、債務不履行責任を負うことになる。

もちろん保管しても返さないと意味がないので、賃貸借契約が終了した時には賃借人は目的物を現状に服して返還する「目的物変換義務」、そして原状回復に際していらぬものはちゃんと処分する収去義務と言うものが課せられることになる。

4 4 3 契約内容の変更・増減請求

総則的には契約内容の合意については、更新毎に変更することができるなど好き放題できるけど、いまは**借地借家法**が勝手に法定更新を認めている。正当事由がない場合はそのまま契約が更新されたりするので、このときに多少なり契約内容に変更を賃貸人に認めてあげないとさすがに涙目である。

ということで、借地借家法では**賃料の増減請求権**というものが認められている。借家では 32 条で、「租税その他の負担の増減により、土地もしくは建物の価格の上昇若しくは低下その他の経済事情の変動により、又は近傍同種の建物の賃借に比較して不相当となったときは、契約の条件に関わらず、当事者は、**将来に向かって建物の賃借の額の増減を請求することができる**」としていて、借地でも 11 条で同じような規定をしている。

これは契約内容につき**形成権**を付している規定で、一方的に「客観的に見て相当な額（判例）」まで契約内容を変更することができる。

だが、裁判所が客観的判断をするまでは「客観的に」いくら払えばいいのかはわからない。するといざ裁判所が額を出した時に、不足分の不履行が生じて契約解除できちゃったりすることになるので、第二項と第三

項で、**当事者間に協議が整わない場合は裁判が終わるまでは（賃借人からして）相当と認める額を払っておけば、不履行責任を負うことはない**としている。

※主観で「相当」でいいが、さすがに固定資産税より安いとか、あからさまなのは最高裁は否定する。まあ「1円で！」とかはダメなのはわかるよね。

ただ不足が生じたときには、一割の利息を払うことになっているので、「確定するまではまあ安く払っておこうかな～」という賃借人に厳しく当たっている。

4 4 4 債務不履行による解除

債務不履行があれば契約の解除権が認められる。

適用条文には争いもあったが、判例は 541 条以下の通常の解除で良いとする。継続的契約なので、**将来にむかってその効力は生ずる**と言う解釈を前提としたうえで、541 条以下の一般原則が適用される。

ここで問題は、賃貸借の場合に「**信頼関係破壊の法理**」というものが適用されていることである。

同法理については判例集 62 事件以降から 66 くらいまでに主要なものが載っている。

判例集 62 事件（昭和 39 年 7 月 28 日：最高裁）

「本賃貸借契約の基調である借主信頼関係を破壊するに至る程度の不誠意があると断定することはできない」として、解除権の行使が「信義則」から制限されると言う原審の判断を是認した。

一般の解除事由があつたとしても、ここではそれに加えて信頼関係を破壊するほどの行為があつたときにはじめて解除をしていいよ、という法理であって、これは賃借人側からの抗弁要件となるだけでなく、**賃貸人側からの加重要件**（たとえば催告がない場合にも解除権を拡張する）にもなっている。

判例集 64 事件（昭和 27 年 4 月 25 日：最高裁）

賃貸人からの催告が無かったが、この判例は信頼関係が破壊されていることを理由に賃貸人が賃貸借契約の解除を請求したのを認容した。

4 4 5 信頼関係破壊の法理の背景

この法理は判例のなかで徐々に形成されてきたものであるが、その背後にあるものは少し不正確なところがある。とりあえず名前からすると、法理の前提として賃貸借契約は「**信頼関係**」に基づくものだ、という議論があるようにも見える。だが現在の判決が同じ前提を共有しているのかというと実は謎で、たとえば判例は**公営住宅**についても信頼関係破壊の法理を適用していて、これは特定の人間関係を前提としていない以上、「信頼関係」をどう観念していいのかわからない。

むしろここでは「**契約の違反が軽微にとどまり悪質でもない時には、賃貸借契約そのものをなくすというのはちょっとやりすぎ**だよね」、と言う一種の限定解釈のようなものであると見るべきである。

確かに、5 月分の家賃の不履行に対しては 5 月の使用収益を停止させればいいだけともいえるし、5 月分の滞納が将来全ての使用収益を停止させる効果をもつというのは、売買契約などが解除されたときと比較してみてもバランスブレイカーすぎるくらいはある。そういう意味で「**信頼関係破壊の法理**」は**使用収益させる利益と家賃債権とのバランスをとっている**とも言えるのである。

※立証責任について

貸す側が解除の要件の充足を立証した場合には、賃借人側の抗弁事由であるから賃借人が「信頼関係破壊はされてないっすよ…」と言うことになる。だが、「一か月分の滞納」でしかないじゃん！これで解除なんてひどい ZE！ということが抗弁だというのであれば、「一か月分の滞納」という客観的事実自体はすでに貸す側からも解除の要件として主張立証されており、改めての立証は必要なくなったりする。ようするに客観的なシチュエーションを裁判所がどう解釈するかの問題になる。

4 4 6 事例問題

課題 10

Y は、2005 年 4 月に、X が所有する家屋を、家賃を一か月 30 万円、契約期間を 2 年とする賃貸借契約を締結し、最初の月の賃料と敷金および礼金として書く家賃二か月分を支払った。

その後、家賃は、毎月末日に翌月分を、近所に住む X のもとに出向いて支払うことになっていた。

それ以来、Y はこの家屋に居住を続けている。以上の事実関係のもとに次の書く場合について論じなさい。

（1）

X は賃貸借契約の終了を理由に、明け渡し請求を行うことになる。終了には終了原因が必要と言うことになるが、ここでは

①期間終了もしくは催告。（借地借家法 26 条、27 条）

②正当事由がある（借地借家法 28 条）

として、まずは**借地借家法**に従って期間満了によって契約解除を迫る。それができない場合は、

③家賃を支払わなかった

として、**541 条**を利用し**債務不履行**による契約解除を迫るというのが挙げられる。

◎期間満了

期間満了について、この事例では 2007 年からは期間の定めのない賃貸借になっているはずなので、期間満了ではなく解約申し入れのほうの問題ではないかという感じがする。いずれにせよ 26 条か 27 条で正当事由があるかどうか問題になるわけだが、書いてある事由からは特に重大な事情は見つからないように思える。言えるとしたら契約条件の変更を断られたことだろうか。

◎債務不履行について

確かに、4 月分、5 月分、6 月分の家賃は払っていない。よって、債務不履行につき 541 条で解除ができないだろうか。

※まず、30 万しか払うつもりがないのに、債務の本旨に従った弁済をしているかという問題が出てくる。

しかし増額請求は相当な額まで一方的意思表示で改訂への対抗力（債務不履行責任を負わない）をもたせることができる。すなわちここでは、30 万しか払っていないことは問題にならない。

4 月分については債務者の弁済の提供があるので債務不履行責任を負わない（492 条）が、残りは別である。まあ相手は明確に**受領拒絶**の意思を示しているので、債務不履行責任を負わないためには**口頭の弁済**さえしていれば足りるし、判例によれば今回のように**契約関係の存在自体を否定しているならば口頭の提供すら**いらないよね。

あと、受領遅滞の解除には、解消する措置を講じた上でないといけなかった。413 条により、履行提供の拒絶をした場合の履行不能責任は債権者にあるから、これだと解除権行使はできない。

継続的契約なら、4 月分の受領遅滞が 5 月以降にもかかるから、これで解除行使できないでしょとさらに言える。これに加えて、賃料不払いに対しては**信頼関係破壊の法理**も足し算的に使えるので、たぶん契約解除できないんじゃないの?という感じではある。

4 4 7 サブリースの問題

判例集 74 事件（センチュリータワー対住友不動産事件：最高裁）

センチュリータワーは本郷二丁目にあるぜ！これがサブリースと言う形を取っていた。所有者に対し不動産会社が、賃料収益をもって借金返済することを前提に建物を建てる融資をするやりかた。不動産会社は立てた人から全体を一括して賃借し、転賃借することになる。テナントが入っていないくても、こいつらが借りている以上は賃料がかかる。この場合は、10%ずつ 3 年ごとに値上げするという、賃料保証も行われていた。作る側からすれば毎年いくらお金が入るのが計算できるので、事業に協力しやすい。建物の管理ノウハウも不動産屋がもっているから楽という夢の経営方法であった。

だがバブルが崩壊すると、人は入らないわ賃料保証のせいで家賃は増すわけで、結構負担がでかくなってくることになる。毎年何億と言う赤字が増える中で、不動産屋側は、借地借家法 32 条に基づく家賃の減額請求を行うことにしたのだった。

32 条のもつ片面的強行規定性を持ち出した不動産側だが、タワー側にとってみれば向こうからもちかけた商談である。そもそも**借地借家法は社会的弱者に向けた法律だが、住友不動産さんを保護するのだろうか？**タワー側はサブリースを一種の共同事業だとし、つまり、「ただの賃貸借、転賃借ではない。これは利益分配的な**共同事業**であり、借地借家法の適用外だ」とする。当然住友は反対。

大きな訴訟だとそれぞれの陣営から意見書が飛び交う訳だが、最高裁はそんななか 32 条は適用されるとし、サブリースと言う契約形態は、あくまで「適正」な価格を決める際に、契約内容の判断要素として組み込まれるべきだとしたのだった。

まあ形式的には転賃借そのものをしているわけで、実質が共同事業だから適用外と言うにはちょっときつい感じではあったし、妥当かなという気がする。仮にサブリースが賃貸借でないのなら無名契約と言うことになるが、そうだとどうなるのかがはっきりしないし、無名契約である「共同事業」をわざわざ優先的に取り出していく意味がない。共同事業「だとしても」、32 条の適用があるだろうということである。

ただ、将来に向かって減額される賃料については、それを「下がることがない」と契約の際にしていた事情を勘案しないといけなことになる。ようするに、バブルで金利がめっちゃ下がったとこだけ考慮するわ、と言う意味。たとえばタワー側からしても、銀行に対する返済の金利が低下している分得をしているわけで、その分を相殺させるとかは問題なく可能だよね。ようするに「**サブリースの趣旨に反しない限りで、適正価格に変更できる**」としたわけで、つまりは折衷的な考え方であると言える。

このような形でサブリースが連呼されたので特殊な契約類型に見えるが、そうでもない。

判例集 75 事件（平成 17 年 3 月 10 日：最高裁）

これもある種の共同事業の性質をもった賃貸借契約に関する事案であった。

大型なスーパー以外には使えないオーダーメイド建物を建てて、その人にずっと使ってもらい、かつ 3 年ごとに自動で賃料がアップしていく契約をしたのだった。賃料収入で建築料のもとをとる…という感じ。

このような**共同事業的な契約にも 32 条は適用される**としたし、かつ適正価格の判定において契約の在りかたが勘案されるんだというさっきと同じ考え方がなされるのだった。

まあ現在の判例では、「**特殊類型**」としてのサブリースなどは存在しないとみていいだろう。

4 5 0 履行不能

4 5 1 履行不能

地震が起きて建物が倒壊した…とかいう**履行不能**が生じたときに、法律関係はどうなるのだろうか？

賃貸人の使用収益させる債務が履行不能になるのだから、売買契約と同じように見るなら**解除と危険負担**の問題になるはずである。賃貸人に帰責事由があるとき、天災の場合（どちらにも帰責事由なし）…と区別していくことになる。

売買契約なら帰責事由があれば代わりに填補賠償請求権が生れるが、帰責性が無いときは、危険移転前は債務者、移転後は債権者が危険負担をするのだった。

では、賃貸借ならどうなるのだろうか？少なくとも**売買契約なら代金債務は契約時に発生するから以上の議論が通ったわけだが、期間 10 年と定めた賃貸借の場合、その 10 年分の賃料債権は、契約時に発生しているとは言えないのではなかろうか。**

ということで賃貸借における履行不能の問題を考えていく際には、**賃料債権の法的な性質**を考える必要が出てくるのである。確かに賃貸借では弁済期は将来の各支払日に設定されているが、これは最初から発生している弁済の猶予なのだろうか。それとも債権は契約と違って、時々刻々と発生しているものなのだろうか。学説には賃料債権を抽象的な賃料債権と具体的賃料債権とにわけて、存在自体と請求権とを区分するものもあるが、あまりここで議論する意味はない。抽象的な債権がある、というのは単に賃貸人としての地位があると言うのと対して変わりがないからである。

ということでスルーして判例通説を見てみると、これは「**時々刻々**」タイプを主張している。

つまり 5 月で建物が滅失したら、それ以降の賃料債権はそもそも発生しないことになる。ここでは履行不能が生ずると、賃貸借契約は催告もなく当然に終了するとされている。

4 5 2 基本ルール

◎賃貸人の帰責事由

契約ならば**填補賠償請求権**に転化するはずである。だが先の判例通説に従えば履行不能になった時点で、家賃債務もそれ以降は発生しないことになる。家主の帰責で賃借人に転居などの損害がでればさすがに損害賠償を請求出来るが、貸す債務、家賃の債務自体は存続させるだけ無駄なので残らず、それに対しての賠償の関係もない。

◎責めに帰す事由なし

その時点以降の債務は消滅。ここでは賠償にもならない。

◎賃借人側の帰責事由

契約と同じように考えると、家賃は払わないといけな。だがその場合でも利益を受けた場合には 536 条で**償還の義務**が出てくるので、得た賃料を「利益」と見れば、同額を返還せねばならず相殺がなされるため、結局お金を払ったりする必要はなくなる。この 536 条は対価が発生したときにそれが存続するかどうかを問題としているわけだが、そもそもここでは新たに対価が発生しないという「時々刻々」の見方をすれば、議論にもならない。まあ契約が終了したのだから原状回復義務があるのはその通りだけど。

◎一部滅失

民法の 611 条には、**一部滅失**の場合の規定がある。**賃料の減額**を請求することができるとかいうのがあって、ちょっと一般原則からは外れる形の規定。まあ見とけとの事であった。

4 6 0 VS 第三者① 譲渡・転貸

4 6 1 譲渡・転貸（612 条）

譲渡とは賃借権そのものを譲渡するのに対して、**転貸**は賃借人の地位を保ちつつ、新たに賃貸借契約を結ぶというものになる。

とくに譲渡者は自分の地位を、他人に明け渡すこととなる。物権の話なら、借りた側も「物権」を得ている以上は自由な利用が可能であるが、ここでは債権の話なので地位をそのまま移転とかしていいのかよというのが問題になってくる。

※民法3部で**債権譲渡**をやるけど、この譲渡・転貸では契約上の地位そのもの、権利だけでなく義務も移転しているので**債権譲渡**とは区別しよう。全然知らないけど**債権譲渡**は割に好き勝手できるらしい。これにつき、一般的規定を確認してみると、賃借権については612条で、**賃貸人の「承諾」**と言う要件を設け、それがあるときに限り、譲渡したり転貸借したりすることができるとしている。

462 承諾の意味

ただ、譲渡と転貸は同時に書かれてはいるのだが、上の議論では地位をそのままポイするのが問題なのであったから、**自分の地位は保つ転貸借の場合、承諾の有無とかは本来的には関係ないはずである**。

だが、たとえば元の貸主が転貸借人に対して妨害排除請求権を発動するようなときに、この承諾の有無は「自己の建物について**占有権限**を付与する」したか否かと同視できる。

つまり、自分のものを誰が使っているのかについて関与するのは許されるべきだ、という大前提のもとに、612条は「承諾」を前提に転貸借や譲渡について規定しているのである。この限りで、転貸借にも承諾を要求する規定には一定の理由があるし、譲渡についても上に述べた総則的な問題（地位を移転できるのかと言う問題）よりもこちらの関心が起草者のなかにあったものと見て良いだろう。

この理屈のもと612条2項では、上に違反して無断に使用収益を第三者にさせた場合に**契約解除**が出来る旨規定されており、あくまで最初の借主は、転貸する権限を与えられているかどうかとは別に転貸についての合意がないと対抗できないとされている。

※逆に言えば、**契約自体は有効**と言うことになる。あくまで対抗できないだけ。

463 信頼関係破壊の法理、再び

一方、612条が**「承諾」を転貸借や譲渡につき対抗要件としているということが「自己の物を誰が使っているのかは、重要な関心ごとである」ことを前提にしているのならば、その前提が崩れれば話はまた変わってくる**。近代的な**契約自由**、金銭的に不利益がなければ相手は誰でもいいよという契約スタンスが発展してきた現代においては、「承諾」を解除事由とすることには一定の制限がかかってよいということになる。

※例えば、レンタカーを借りる時に、貸す側は要件さえ満たしていれば誰だろうが気にしていない。「お前の顔が気に入らない」とか言って拒否されることはないだろう。このとき、誰とは契約するが、誰とは契約しないということを「承諾」する意味自体がなくなってくる。

条文ガン無視と言うのはさすがにできないが、これについても**信頼関係破壊の法理**が適用されると判例ではしており、契約関係を存続させる方向へ一定程度「承諾」の効果の制限をしている。

判例集 54 事件（昭和28年9月25日：最高裁）

5 当該行為が配信的行為と認められない特段の事情があるなら、解除権は発生しない、としている。もちろん特段の事情があることの立証責任は解除はやめて！と言う側になる。

※解除できないかも知れないのは、あくまで転貸人と賃貸人の間の契約である。

判例集 55 事件（平成8年10月14日：最高裁）

法人の同一性が失われないような人員構成の変更は、信頼関係破壊に至っていないと認めうる事情であるとして、賃貸人の承諾がないことによる解除を認めなかった事案。

464 賃貸人と転借人

Xの建物をYが借り、Zにまた貸ししていた場合を考えよう。さっきはXとYとの関係を述べていたが、ここではXが、Zに対して明け渡し請求を求めることも十分に考えられる。

このとき一般原則として、①**賃貸人と賃借人（XとY）の契約**、②**賃借人と転借人（YとZ）の契約**、③賃借人と転借人の契約への賃貸人（X）からの**承諾**があれば、転借人の占有権限は賃貸人に対して対抗できるものとされている。

が、承諾が無くても**信頼関係破壊の法理**によって②の契約が存続することがある以上、「賃借人との契約は続くけど、承諾はしてねーぞ」という状況が生れうる。するとこのとき、上の一般原則からは、転借人は承諾を得ていない以上は賃貸人からの明け渡し請求に対抗できなくなる。

だが判例は、Zに対する明け渡し請求にも信頼関係破壊の法理が適用されることを認めた。もはや**信頼関係破壊の法理は、承諾を擬制する機能を持っている**ことになる。

例でいうと、Zの立場からすれば、Xから出て行けと言われたら、まずは承諾がある！次に信頼関係破壊していない！と言えることになる。

その後さらに**賃借権の時効取得**を主張することも出来るだろう。転借権についても、時効取得の要件を認めれば転貸権の移転が認められるから、ずっと建物を借りていたときは、YZ間の賃貸借の内容を時効取得し、Xに対して対抗できる可能性が生じる。

承諾されていない転借主にとってみれば、3つのやりかたがあるということになる。

465 転貸借の効果(613条)

いずれにしても適法な転貸借になった場合は、それぞれに契約関係に従った債務の履行をしないといけないことになる。ここで賃貸人と転借人の間には直接の関係がないから、請求権はもともとはない。だが613条では、「転借人は、賃貸人に対して直接に義務を負う」として、**直接請求権**を認めている。

ここでは、賃貸人が8万で貸した物権を賃借人が10万で転貸していた場合、8万の範囲まで(重なり合う範囲)で転借人に対して賃料請求をできることになる。つまり、Yが賃料を払わないときは、Zから部分的にだが直接の取り立てを行うことができる。言ってみれば**自動的に担保を取得したようなもの**である。

まあようするにこの義務の実態は、契約によるものとかではなく、現実の賃料債権の担保である。だから逆に転借人が賃貸人に使用収益をさせることを主張できるかと言われると無理です。まあ転貸人に聞けよと言う話である。

466 解除と転貸借

適法に転貸借契約がなされているときに、もとの賃貸人と賃借人との間の賃貸借契約が合意解除された場合どうなるだろうかということも話しておく。まあ親亀こければ子亀もこける理論で、転貸借契約関係ももってかれますというのが一見素直であるが、適法と言うことは、**賃貸人は転貸借契約を承諾した**ということでもある。なのに、転借人の同意とかを一切気にせずに、転貸借契約もおじゃんというのは少し悲しい感じがある。

昭和9年3月7日の判決

そーゆーわけで、もとの**賃貸借の合意解除を、転借人に特別な事情もなしに対抗することはできない**という大審院判決が下されることになった。理論構成は**信義則**からの権利行使の制限である。つまり、一度承諾している以上は転借人との関係を一方的に無効とすることはできないということになる。

ここで「対抗できない」だけであり、**元の賃貸借契約は終了している**。それを転借人に対抗できないだけであり、転借人が自分で出ていけば、当然対象となっているものは賃貸人のもとへと戻るだろう。

ただ、YがXに賃料を払わない…といったときのように、合意解除ではなく**債務不履行**で解除するようなパターンでは少し事情が異なるのではなからうか。もちろん信頼関係破壊の法理などの条件はクリアしての事であるが、ここでは信義則も働くとは思えず、Zの占有を支える3要素である①賃貸人と賃借人の間の契約はなくなってしまう。ようするに転借人は明け渡さざるをえない。

ただし、賃借人が債務不履行である時に転借人が**第三者弁済**することは可能である。一応正当な理由が必要だが利害関係があるのは容易に認められる可能性が高く、こいつが代わりに払ってあげるのならば、まあ追い出されはしないことになる。このときYには残りの額(Xに払うお金を差し引いた分)だけ支払えばいい。ただ、明らかにこの解除は、転借人にしてみれば「え…払ってなかったの賃借人さん…さきに言ってよ…」というパターンにつながるから、**転借人に対しての催告を義務付けるべきである**という学説もある。

ただ、解釈でそんなことができるのかと言う問題はある。転借人と賃貸人との間には直接の契約関係はないから、債務者じゃない人に催告が必要なの？と言うことになる。やっぱりこれは解除の一般原則からは導かれないことだから、立法論としてまあ考える価値あるかな…と言うくらい。転貸借している時点で、貸すに際して甘受すべき義務じゃね？という議論もあったりするけど。

467 賃料不払いの解除と転貸借契約の終了

あともう一つ、賃料不払いで、もとの賃貸借契約解除された場合、付随する転貸借契約関係はいつ終了するのだろうか?この議論の実益は、「Zはいつまで転賃料を払わなくてはならないのか」という話に関わる。

履行不能になれば債務は消滅するから転貸借契約も終わるはずだが、履行不能とはいったいなのだろうか?

判例集 67 事件 (平成9年2月25日)

じゃあいつ転貸借契約の終了を認めるか?転貸人に対して賃貸人が「**明け渡し請求**」をしたときでしょ!ということで判例が出たのだった。ようするに明け渡し請求に対抗できないと言うことは、使用収益出来ないってことなんだから、請求が来た時点でもう履行不能だよなってことである。

まあ理論的に見ても、転借人は、賃貸人が契約を終了させられたタイミングから、明け渡すまでずっと当該建物もしくは土地の使用をしているわけである。189条より**善意占有につき生じる利得は返還しなく****いいこと、そして使用収益している間は賃料を払うべき**であるところとのバランスを取って、「**明け渡し請求**」

がそのタイミングだと決めるのには一定の合理性がある。190 条により**明け渡し請求がなされた時点で転貸者は悪意に転換し、不当利得を返還すべき立場になる**わけだが、そうなるまでは賃料を普通に払わせるべきだと言う理解は、まあ受け入れられないこともないだろう。

468 事例問題

課題 13 (判例集 67 事件から)

乙は、甲からその所有する建物を月額賃料 100 万円で貸借し、甲の承諾を得て、自ら費用を投じてこれをスポーツ施設に改装した上で、丙に月額賃料 300 万円で転貸し、丙は、この建物で会員制のスポーツクラブを経営してきた。ところが、乙は経営不振に陥り、甲に対して賃料を半年にわたり滞納したため、本年一月に、甲は、その支払いを催告したうえ、甲乙間の賃貸借契約を解除した。そのため、丙は、本年一月以降、乙に対して転借料を支払っていない。その後、本年6月に入って、甲は、乙と丙に対して、上記建物の明け渡しを求めて訴えを起こした。以上の場合において、甲乙丙間の法律関係について論じなさい。

事案としてはこんな感じ。まあここで乙へ請求をするとしたら

●甲→乙

①乙は、甲の所有権を侵害している。と言うことで、**不法行為**で構成する。

甲は、賃料相当額の損害を受けている。仮に遊んでいるような土地の利用の仕方だったとしても、不法行為としては損害が生じていると通説ではみなされる。この辺は不法行為のところでやります。

②契約が無いのに、乙は土地を利用しているので、**不当利得**として構成する

このように攻めたとしても、不当な利得の額は変わらない。

だが、**賃料とは何なのだろうか**。素直に見れば甲から乙に対しての賃料な気もするが、これだとその分を回収しても、乙にしてみれば差額は得られてラッキーということになる。その分も不当利得として請求できるという見方もある。

判例は先に行ったように、**転借人に、明け渡し請求時までは賃借人への賃料支払いの義務がある**と言うことを述べているので、裏を返せばそれゆえ甲が要求できる賃料も**甲乙間の賃料**に限定されることとなるだろう。だが、これによる乙の差額のもうけは、是認すべきかはなお検討すべきである。この差額はまさに乙の努力（改修したわけだし）によるものであると言う点を強調すれば、是認する余地はなおあるだろう。（さっき、明け渡し請求までの理解も「一定の合理性もある」とか消極的な理解をしたのも、このせいである）期間については、甲乙の契約が解除された時点からの賃料相当額ということになる。

※甲から丙に直接請求権を行使するような場合には、転賃料請求権が発生している以上、乙丙間の賃料が（判例だと甲乙間の賃料を上限とした限定があるが）基準となる。

●乙→甲

ただ、乙は自分で（承諾も得て）改修をしたために甲の借りている建物がパワーアップした。なので、**乙が金を出した分につき、建物について所有権を一定程度得るのではない**ということが問題になる。

ここで賃借人が自らの費用で取り付けたものが符合して賃貸人のものになった場合は、民法は契約で除去する留保をした場合を除いて基本的には不当利得、というか有益費の償還の請求を認める。条文としては 608 条が**有益費**として賃借物について償還の規定を定める。符合していない限りは収去義務の対象だが、この改修につき、それを取り外したりすることはできないから付合はしている。すると、不当利得返還請求は可能であるとみえる。

この有益費の償還を求める請求に関して、いつから**利息**が付くのかに関連して問題になる。ここでは、575 条の規定を参考に、**引き渡し時**を基準とするのが一般的である。

ちなみに、575 条が規定するのはあくまで売買における収益権の移転の問題である。例えばアパートを持っている人が入居者付きでそれを売るなんて時には、そのアパートには賃料収入が入ってくる。だが一体いつ売り主から買い主に収益の帰属が転換するのだろうかといった問いに対して、「売り主に引き渡し時まで帰属する」と答えを与えるのがこの規定である。そしてそこから、引き渡し時から、代金に対しても利息がつくことになると言うのが通説である。危険負担の解釈では、引き渡しの時が通説的な危険移転のタイミングであったはず。それを引き継いでいると言えるよね。

ただもっと言えばあくまで「利益が得られる」と言うのと「利息がつく」という、**プラスマイナスそれぞれの要素をいっぺんに移転させると解決の際に丸いと言う配慮**がここにはある。

575 条はあくまで権利移転についての規定だが、この場合でいうと乙が丙に対して費用償還請求をしたとき、費用償還請求に利息が付くタイミングをこの引き渡し時にすれば、同じように甲に利息が付くタイミングと甲に利益が帰属するタイミングが一致して、まあ丸いんじゃないかということだよね。

●甲→丙

これについて債務不履行解除は転借人に対抗できるのは述べた通りで、転借人は建物を明け渡すことになる。

●乙→丙

先ほど確認した通り、乙は引き渡し請求時までは丙からの転貸料を得ることができることとされる。ということで、甲乙の契約解除から引き渡し請求までの間の転貸料が不当利得として請求可能だと思われる。

470 VS 第三者② 売買

471 契約ごとの移転

今までは、賃借人があれこれする話だったが、例えば「賃借人付きのアパートを、その賃貸借契約付きのまま売る」など、**賃貸借契約ごとまるっと他人に渡したい**ようなときもあるはずである。

ようするに、ある物権の所有権だけでなく、同時に賃貸人という契約関係上の地位を、そのまま他人に売るようなケースがまだ考えられていなかったで、ここで考えてみようということである。

人に貸す賃貸物件としては、従前の契約者がいてくれたほうがいいのは確かである。だが、どうすれば契約関係を移転することができるのだろうか。賃借人が絡むわけから、ここでは**賃借人の承諾**が必要な気がするけど、そのところどうなのだろうか。

また、このとき新しい買い主は、**そもそも賃貸借契約の関係を引き継ぐつもりがない**場合も考えられる。このとき、賃貸借契約はどうすればいいのだろうかという問題もあるだろう。

472 基本的な視点

論理的には契約は二者間の問題で、賃借人に対する義務を賃貸人が負っているだけである。**合意はあくまで第三者に対しては効力を持たない**とされるから、ある建物の所有権を他人に移した時には、端的に使用収益させると言う当初の賃貸人の義務は履行できなくなる。社会通念からしてここでおきているのは、あくまで**履行不能**である。すると賃貸借契約は、当然に履行不能で終了することになりうる。

よって、新所有者が明け渡し請求を行ったら、それに従わざるを得ないのが原則となる。これが「売買は賃貸借を破る」とよばれるものであろう。

※ただ、**権利濫用**による制限がかかる余地は、なお残されてはいる。

もちろん、勝手に他の人に売った賃貸人の責めに帰すべき事由による履行不能であるから、この点で賃借人は責任を追及することができる。対して、賃貸人の地位を移転する場合には、今度はここで**賃借人の合意はいらない**とされている。賃借人の合意無く当然に、売買によって賃貸人と言う地位も移転するのである。良く考えてみると、「契約の相手方が変わりまくと、思わぬ義務履行の障害があるかもしれない」から同意が必要なのである。しかしながら、この場合において**賃借人は別に特に問題なく賃貸借契約を履行できる**。はっきり言って、借りる相手が誰だろうがここであまり困ると言う事態は生じないのである。したがって賃借人が改めて同意をするという必要もないことになり、新所有者との契約に移って行くこととなるだろう。この場合、新所有者が賃借人に対して、その地位が移った旨を知らせて、賃料を請求することができる。

473 登記

だが、賃借人は「お前賃貸人ってほんとにィ〜？」というかもしれない。もし賃貸人でもない人に賃料を払っていたとしたら、本当の賃貸人から契約を解除される可能性もないではないので、この点は重要である。そこで判例は、不動産の**所有権移転登記**をすることで、賃貸人の地位を対抗することができるとした。

177 条が物権優先の劣後を決める時に使われたのは覚えていると思うが、ここでは**最初から賃借人の地位を容認し引き受けることを前提にしている**。と言うことで典型的な対抗問題ではないが、177 条が**権利保護資格要件**として、一定の権利主張をする時に登記まで経ると言うシステムを認めるように解されることから、このような理解がなされている。まあ権利取得が確実でないときには権利を保護しない、とすることで取引安定を図っていることになる。

※対抗問題と言っても賃借人から認めることはできるから、ここで「オッケー貸す人変わったんすね」と言っただけで家賃を払ってもいいし、それに対して登記見せろや！と言うことも出来る。

本来的には、建物の所有権だけを得た場合は何等負担のない建物だけを得ることになるはずである。目的物そのものに物権的な負担（隣地通行権など）がくっついている場合には、買ったときから物権にくっついてくることになるけど（もちろん 177 条はかかる）、債権はあくまで人に対しての権利であった。

民法は 605 条で、**賃貸借契約を登記した時は、その後物件を取得した人間にも対抗できる**ものとしている。ここでは所有権にくっつくものとして賃借権を見ており、賃借権の登記をしておけば、契約関係の承継を主張することができるのだから、言ってみれば**賃借権の物権化**が起きていることになる。

605 条による登記と、賃貸人の登記が相反する場合にはご存知の通り、対抗問題となる（177 条）。

474 登記ってどうやんの

基本的には登記は権利者と義務者の**共同申請**が要求されていたよね。移転義務者と権利者が一緒に行くのだった。ここでは物権変動の際に相互に登記に協力することが要請されており、移転義務者に嫌だと言われた時も、移転登記請求手続きは売買契約の場合はそれに基づいてすることが可能である。裁判を起こして勝訴すると、勝訴判決をもって移転登記の意思表示と変えることができたのだった。

だからここでも賃借人は賃貸人に「登記して」と頼み、一緒に行くことになるだろう。ここで賃貸人に断られたとき、売買の時と同じように契約から「登記請求権」ができれば同じように処理できるのだが、大審院以来ここでは「それは無理」とされている。なぜなら賃借権はあくまで**債権**であるからである。移転協力義務は、あくまで所有権の変動にともなうものとして発生するので、まだ認められていない。

すると、貸しているが登記は与えない状態にすれば、貸す側からすればいざとなれば売って登記を他人に移転し、賃借人には明け渡しを求められることになる。これでは契約の更新などなど多様な保護をする借地借家法をもってしても抜け穴が生じることになりかねない。そこで日露戦争下の地価高騰のなかで作られた**建物保護法**が借地借家法に吸収され、いままでとは別の保護の仕方をしていることを知っておこう。

①借地

ここでは、**土地の賃借をしているときであっても、「建物の登記」があれば、それで賃貸人に対抗できる**ことにしたのだった。基本的に借りているのは、土地である。一番困る「建物立てたのに追っ払われた」パターンを保護する規定と言える。

【参照】借地借家法第10条1項

借地権は、その**登記がなくとも**、土地の上に借地権者が登記されている建物を所有する時は、これをもって第三者に対抗することができる。

この場合は建物登記は自分でもできるので、新権利者への対抗の幅が広がることとなった。この登記は多少構造や面積が実際と差異をとまなっている問題ないが、登記名義人が借地人かどうかは気にするので注意。

判例集 52 事件(昭和41年4月28日)は、これは建物保護法の時代の判決だが、**家族名義の建物所有に、賃貸借への対抗力扶養の効果はない**ものと判示したのだった。ただ、親族名義とかならいいじゃんということで、買い主に**現地調査義務**があることなども踏まえ、これをゆるく解するというのが学説では有力らしい。もちろんこれだけでなく権利濫用などを使い登記が無くても救ってくれることもあるが、微妙なところ。

②借家

借家契約の家主が変わる場合については、より強い保護が与えられることになる。ここでは借地借家法31条が、建物の引き渡し、すなわち入居があればそれだけで物権取得者への効力を認められるとしている。

【参照】借地借家法第31条

建物の賃貸借は、その登記が無くとも、建物の**引渡し**があったときは、その後その建物について物権を取得したものに對し、その効力を生ずる。

ここで入居するのは**「排他的支配」**のことだから、鍵もらってガチャボタンでもう入居があったことになる。以上では条文が「対抗できる」「効力を生ずる」として物権取得者へ制限をかけるわけだが、**理論的な説明としてはそもそも新しい所有者は引き受けていない賃借人の使用収益を否定することができない**ことになる。ここで物権取得者側の合意はないわけだが、借地借家法第10条、第31条の解釈として、当然に賃貸人の地位が移るんだということにしたのだった。

この解釈には異論もあるけど、「対抗できる」という文言を素直に読めばこうなるし、基本的に地位は移転することになるのには合理性はないとは言えないだろう。

※これは賃借権だからこう言えるけど、他の場合(**特許権**や**知的財産権**)は別の理論建が必要である。たとえば知的財産権ではライセンス契約について、ライセンス者はもとの契約関係を権利者が変わっても当然に対抗できる。**ライセンス契約**では誰が権利を使うかなどが非常に問題になるので特別規定が置かれていて、当然に契約関係も移動し権利関係に制限がかかるということである。

借地借家の法理はその点では決して一般法理と言う訳ではないことは指摘しておく。

475 敷金の承継

敷金は当然に承継されるとされるのが判例通説である。これは確認した通り不動産契約に付随する**担保**なので、契約移転に伴って不動産にくっついていくと解されるわけである。ただし、**未払い賃料**がある場合には、旧当事者間の関係の整理のために、元の権利者へ**充当**の必要性が認められる。

このとき物権取得者のほうが敷金をもらえない可能性があるが、ここで新たに敷金を請求できるかは契約の内容が決める。たとえばつねに二か月分の敷金を入れておくという契約ならば払わないといけないだろう。

※賃借人が地位を譲渡した場合

判例集 70 事件（昭和 53 年 12 月 22 日）において、賃借人の交代の際には敷金は承継されないというのが判例の立場と示された。理由としては、そうしないと**当初の敷金交付者は新賃借人がやらかしたりしたときの負担まで担保していることとなり、予期に反する**ことになるからとのことである。ただ、「予期しない」というのもある意味ではデフォルトルールをどうするかという問題で、合意していたなど特段の事情がある場合まで継承を否定はしていない。

とにかく債権者が交代する場合に対し債務者が交代しているという状況に着目しよう。担保は「債務者」がその人のために担保として交付するのだし、これを「債権者」の交代についてはスルーしてもいいけど、債務者その人が変わったのだったら、ここでは線引きをしてもいいでしょうとは思う。

476 第三者の問題：二重賃貸借

債権譲渡など三部の問題にも関わるけど、二重譲渡がなされているとき、あるいは所有権を取得したはいいいものの第三者が不法占有、一部占拠されているなんて場合に、賃借人は相手に何が言えるだろうか。

ようするに、**所有権のない賃借人には、物権的請求権は認められないのだろうか**と言う話である。

①本人にかわって権利を行使する

②賃借権に基づいてなんとかする。

まあ方針を立てるとしたらこんな感じだよな。一つずつ確認することにしよう。

①は**債権者代位権**の問題で移転登記のところでも話したはず。423 条では債権者が債務者に対して持っている権利を保全するためには、債権者は債務者の権利を行使できると定められている。

すなわち、**賃借人は賃貸人に代わり妨害排除請求を行うことが可能**である。詳しくは第三部でやります。

②は賃借人そのものの権利性を認めることができるかと言う話だが、判例はここでも**対抗力のある賃借権ならば妨害排除請求権を認める**解釈を取っている。

まあ、冷静に考えて、「正当な所有者すら賃借権をこれに対抗できない」対抗力があるのだったら、不法占拠者はなおいっそうそんなことを言える状況にない。まあそもそも 177 条の第三者にあたるかすら微妙な事案なら、言うまでもない。ということで、債権は相対的であるという「履行請求」の次元の話とは別に、

「侵害を排する」権利の不可侵性はこの場でもなお問うことが可能である。

もちろんこの場合に、不法占拠者とかにはもっと要件を弱めて妨害排除請求してもいいよね、保護しようぜと言う人もいる。だがまだコンセンサスには至っていない。

480 借地と借家

481 借地と借家の組み合わせ

X から Y が土地を借りて、そこに建物を建てた。その建物を、Z に貸してみたという場合を考えよう。

このとき、Y の借地権の上に Z の借家権がのっている場合と言うことになる。

ここで、Z は X との関係でどのような関係に立つのだろうか。

ここで、単に土地のみを転貸借しているなら、話は簡単である。二者の間には契約関係は直接には存在しないのだけれど、①XY の契約、②YZ の契約、③X による転貸の承諾という要件をみたせば、Z は X に対抗できたのはもうやったよね。ここで、Z はあくまで建物を使っているわけで、土地から使用収益しているわけではない。もちろん、カーズ様じゃなければ土地を使わずに建物には入れないのだから、土地を使用収益しているとして**転貸借を類推**する立場もあるが、判例は採用していないのである。

承諾が必要な転貸借ではないということで、建物の賃借権自体の対抗要件には土地の所有者の承諾が含まれないことになる。だが逆に、この建物賃借権自体は、「土地の」土地の所有権/賃借権とは一切リンクしないということにもなる。すなわち、**土地所有者は、建物占有者に対して（この例で言えば X が Z に対して）自分の土地から出て行ってくれと妨害排除請求ができるのではないだろうか**。ところが、判例は別の理屈を建てて、住んでいる人間を思いのほか保護し、類推しているわけではないが転貸借と近い結果となる。

①**借地契約の合意解除は建物賃借人へ対抗できるか**

判例集 57 事件（昭和 38 年 2 月 21 日：最高裁）

結論としては合理解除しても、建物の借家人には転借人同様にその効果を対抗できないとした。

要するに借地すれば、借地人は建物の使用収益をなす権利を持つし、他人に貸すかもしれないことは土地を貸す時点で予想できるでしょということ。転貸借と基本的には同じような考え方が貫かれている。つまり転貸借が類推適用されているわけではないが、建物に住む人間を保護する思想が共通しているのである。

②**借地契約が債務不履行解除は建物賃借人へ対抗できるのか**

これも転貸借と同じ結論に達し、解除を対抗することが可能となる。

482 特有の問題

以上は割と今までの話でなんとかあったわけだが、特有の問題として、借地契約が**更新拒絶**で終了した場合に、建物賃借人の存在がどう影響するかが挙げられる。

つまりこの場合には、**更新拒絶につき「正当事由」がいるわけだけれど、この正当事由に果たして建物賃借人がどう影響するか**という疑問があるのである。

借地借家法第6条には、「土地を必要とする事情のほか、借地に関する従前の経過及び土地の利用状況」が考慮されると明文で示される。ここでは両当事者間の事情が総合考慮されるわけだが、ここに建物賃借人のことは含まれるのだろうか？

普通の転貸借（XからYに土地を貸し、YからZに土地をさらに貸し、Zは建物を土地に立てた）というときには、**転借権者も考慮**する旨が同条に書かれているために考慮することになる。だが、判例によるとこの場合、転貸借とは結論が異なってくる。

判例集 60 事件（昭和 58 年 1 月 20 日：最高裁）

結論としては、正当事由の判断の際の借地人側の事情としては、借地上の建物の借家人の事情は「**借地契約が当初から建物賃借人の存在を容認したものであるとか又は実質上建物賃借人を土地賃借人と同一視**」できるような時以外は考えなくても差支えないとした。

結局、ここでは土地の**所有者の承諾**が建物賃貸借契約についてはいらないという点から、土地所有者に不利が起きないように配慮がなされている。実質的には土地賃借人自身「だけが」使うのかどうかといったことは別に自由なのだけど、**承諾していない「土地賃借人が使っているのか、それとも建物賃借人が使っているのか」という事情によって正当事由の判断の中身が変わってこないようにしようとしている**のである。借地人は自由に建物に人を済ませることができると、それによって地主が損害を被らないようにバランスをとっているのである。

論理必然かというとも必ずしもそうは言えないけど、でもまあ一定の合理性はあるんじゃないかなとおもう。

483 建物買取請求権

借地借家法では更新拒絶されて正当事由があればその時点で賃貸借契約は終了することになるわけだが、このとき土地の賃貸人は土地賃借人に対して「土地を明け渡して」と請求できる（**建物収去土地明け渡し請求**）。ようするに、「土地を返せよ！あとその建物邪魔だから片しといてよ」ということ。

だが賃借人からすれば投下資本が全部無駄になりかねないし、更新することを期待していたのも確かである。借地借家法は、その期待保護のために 13 条で**建物買取請求権**を賃借人に与えている。ここでは**土地賃貸人と土地賃借人との間での時価による建物の売買契約が、一方的意思表示を以て成立する**という**形成権**が賃借人に与えられている。

仮に収去せよといったタイミングで買取請求権を発動すると、そもそも建物の所有権が移転するため請求は棄却され、賃貸人からすれば建物の明け渡し請求ができるようになるだけである。

前置きはこれくらいにして、**この局面で土地賃借人が建物を他人に貸しているときはどうなるのだろうか。****売買は賃貸借を破る**と言う原則からすると、借家契約まで引き継ぐ義務はなく、明け渡しを建物賃借人に要求出来るのが原則のように見える。

だが、借地借家法第 31 条は、引き渡し後には建物について物権を取得したものへの対抗力があるとしている以上、建物賃貸人の地位が当然に土地賃貸人に移転すると原則を修正している。

ようするに期間満了で更新拒絶と言うときは、土地についての賃貸借契約は解除できても、土地にある建物についての借家契約は承継することになるのである。すると、この段階で土地の所有者（土地賃貸人）が「更地にしてなんかするぞー」と思っているなら、**改めて借家契約を解除しなくてはならない**ことになる。解約申し入れはいつでもできるが、借地借家法では 6 ヶ月である。

そして、先の土地賃貸借契約のときには建物賃借人の事情は考慮されなかったが、ここでの改めての解除請求においては、建物賃借人は単に請求の相手方であり。**先の例で言えば Y との契約では事情が考慮されていなかった「Z」について、借家契約の解除に際しての正当事由の判断は、彼の事情を考慮してなされる**ことになる。（61 事件）

つまるところ、①XY の**借地契約解除**→②Y の**買取請求の発動**→③XZ の**借家契約解除**、の三段階構成のなか、フェーズ③において Z の事由も考慮されている、というのが現行法における枠組みなのである。

ただ、あくまでこれは**土地の賃借人**（Y）が建物買取請求権を行使した場合であるから、土地賃借人がここで買取請求をしなかった場合には建物賃借人（Z）も出ていくしかない。

学説には債権者代位と同じ感じで、**建物賃借人が代わりに買取請求権を使えないだろうか**とするものもある。

代位行使ができるなら転貸借において転借人が妨害排除請求権を代位行使する時と同じような議論となるが、判例はこれを否定している。

代位と言うのは、本来の債権者が債権を実現することによって、代位者の債権も保全できるという状況をもって成り立つ。ここでは別に土地賃借人 Y さんが買取請求をしたところで、それは土地賃貸人 X から Y に対しての金銭債権を発生させる効果を持つだけである。その金銭債権は、建物賃借人 Z にとっての債権とはなんら関係ない。つまり、本来的には Y の債権の実現は Z の保護には関係なく、建物買取請求の行使によって Z が出ていかなくて良いことになっても、それは条文適用による反射的な効果でしかない。

まあ、若干不安定な立場に借家人はなってしまふことになる。

490 相続の問題

491 事例 14

課題 14

A さんは妻が亡くなったあとに、内縁の妻である Y と暮らしていた。A さんはマンションを X から借りていたのだが、しばらくして A は亡くなったのだった。

(1) 前妻との間には CD が子としていたが、ともに成人して家庭を以て別に暮らしていたとき

(2) A には誰も相続人がいなかった場合

この二つのパターンにつき、それぞれ法律関係を考えてみよう。ようするにここで問われているのは、**相続**と賃借権との関わりである。

大前提として財産権は、本人専属的なものを除き 896 条によって相続される。賃借権は、本人専属の権利ではない**財産権**と考えられるので相続の対象になる。だから、仮に法律婚が Y との間になされていた場合は、相続のメカニズムで Y が賃借権を得てそのまま住み続けることが可能となるだろう。

問題は内縁の妻にどこまで権利を認めるかである。

日本には**内縁準婚理論**と言うのがあり、確かに一定の範囲でもろもろの権利を認めるべきだとはされている。これは歴史的文脈にもよるもので、家長が許さないと結婚できなかったのも、逃げてしまう…みたいな事実婚の事例が結構あったため保護をしようとしたのである。

日本の内縁理論は比較法的にはなかなか特殊であったりして(スターリン政権下と同じような状態と分類がされる教科書すらあった)面白いのだが、まあいずれにしても、相続の話になるとこの保護の限界を超え、内縁事実婚につき相続規定がそのまま適用されることは無い。

ではそれが許されるとするならば、どう考えようかという話が出てくるのである。

492 (1) の場合：法定相続人がいるとき

基本的に相続人がいるならば、まあそいつらに賃借権が相続されることとなる。基本的に相続は CD が半分ずつすることになるが、そんな中で内縁の妻 Y には、どのような保護が与えられるのだろうか。

判例集 76 事件 (昭和 42 年 2 月 21 日：最高裁)

さっきの登場人物で言うと、賃貸人 X が内縁の妻 Y に明け渡し請求をしてみた事案。内縁の妻にはやはり利用権限がないので、所有権に基づく明け渡し請求をなされたら対抗できそうにないところだが、ここで判例は、**相続人が相続した賃借権を援用して対抗できる**ものとした。まあこれはどう見ても一種の救済法理だが、これにより内縁の妻 Y は一定の保護を得ることとなる。この場合、あくまで賃貸借契約が降りてくる先は相続人の CD であり、彼らが X に賃料を払う必要があるということになってしまうので、Y としては CD に相当分を払うことが実際上必要になるだろう。Y と X との直接の関係は特にはないことになる。

ただ、相続人と内縁の妻の折り合いが悪いことは往々にしてありうるし、たとえば CD にしてみれば家賃を払わないことで解除を促すとか、彼ら自身が明け渡しを求めるなどする可能性があるよね。

判例の中には CD の明け渡し請求を「**権利濫用**」としてごまかしたものもあるのだが、毎回使えるかと言われると微妙すぎる。やはり内縁者への保護は薄い部分があるのは否めない。もちろん「じゃあ結婚しろよ」というド正論があるにはあるんだけどね。

493 (2) の場合：相続人がいないとき

相続人がいないとき、財産権は最終的には国庫に帰属することになる。だが、その前に救済はある。

借地借家法 36 条は、相続による承継人がいないような場合に、**事実上の配偶者や養親子**に権利承継を認めているので、これに基づいて Y は借家人として X の請求対抗しうるのである。

もちろんこれを聞くと、「あれ、最初から (1) のときもこのようにすればいいんじゃないか」とかいうことになるのだけど、やはり**相続の対象人がいる財産権でありながら、相続人でないものを承継対象としてよいのか**、という問題がクリアできなかったみたい。

500 役務提供契約

財産権を移転する契約、貸借に続き、ここからは「サービス」を提供する、**役務提供契約**について述べていく。条文だと**雇用**（第 623 条～）、**請負**（第 632 条～）、**委任**（第 643 条～）、**寄託**（第 657 条～）である。起草者の頭にあった基本類型は、かつては雇用契約であった。現代語化によって用語も多少は変わったが、当事者の一方が相手方に対して労働に従事することを約し、相手方がこれに対してその報酬を与えることを約することによって効力を生ずる（623～）契約である。

ただ、現在ではこのような分野については労働法の分野に取り出されてしまったので、現在における一般形は委任契約の中の**準委任**（第 656 条）とされる。委任は代理権付与のもとともなる契約で、ある法律行為をしてもらうことを委託し、それに相手が承諾した時に効力を発する。

しかしそれだけでなく、法律行為でないものについても、対外的に自分に何かするということでないサービス系の行為をしてもらうことを一般に規定していると言うのが我妻さん以降は有力である。よって、様々なサービス提供の一般形としてこの準委任が想定されるのである。

ただし、委任契約はいつでも解除できるので、準委任があまりに広く適用されると困る。そこで、**無名契約**として様々な契約を準委任から外しているのが現状である。

510 請負

511 基本

【参照】民法第 632 条

請負は、当事者の一方がある仕事を完成することを約し、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。

これは**諾成契約**で、さらには**仕事完成義務**（債務）を**報酬**とともに発生させることになる。

ただ、ここで問題になるのは、仕事への報酬が、あくまで「結果」に対してであることである。ここでは**結果債務**が発生しているのだが、**仕事の「結果」についても有体物として目に見える場合と、そうでない場合がある**。633 条には報酬を「仕事の目的物」の引き渡しと同時に支払わないといけない旨を規定するが、物の受け渡しのない場合も但し書きで書いているので、**実は無形の請負を有形の請負同様に認めている**というのは注意しておくべきである。例えば講演会や音楽の演奏も、請負契約の範疇である。

ただほとんど規定はない。仕事の成果が物として現れていることが前提となっている規定ではある。

512 仕事の完成

請負のなかで重要なのは結果債務ゆえに請負人に**仕事完成義務**があることである。ようするに請負債務の実現には、A **仕事の完成**と B **成果物と対価の交換**という二つのフェーズが存在するのである。

やはり請負の一番の性質はここにあるものと解されている。

ようするにマクドナルドでは単に売買をしているが、モスバーガーでは注文付けているから請負じゃね…とかどうでもいいことを考える必要はあんまりなくて、とにかく仕事完成義務があるかないかが問題を生むケースにつき区分をしていけばよい。

やはり、請負においては「仕事完成」は大変重いファクターとなる。

たとえば建築請負契約を結んで、建物が完成間際に台風でその家が倒壊してしまったとしよう。ここで完成義務は果たされていないのだから、もう一度家を建てなくてはならないことになる。しかし、逆に成果が有体物となる時には一回作ったらそれを作り直す義務はなくなるのである（この場合は履行不能）。

これは**種類物の売買**に似ているよね、なくなならない限りは調達する必要があるってやつ。特定されるまでは重い債務を持つが、必要なものが特定されたならばそれだけを考えればよいのだった。これと結構似てる。だから仕事の対象物の滅失が起きた場合には、請負人は完成前ならばまだ完成義務を負っているのだから、債権者からすれば履行請求が可能である。ここでは義務が果たされていないのが不可抗力だろうが、請負人の責めに帰すべき事由であっても問われないことになる。人件費や手間賃は、いくらいくらで…という定額請負ならばその額以上は支払われず、このリスクは請負人が負うのである。

※しかし、さすがに酷だと言うことで、一般的には**約款**で一定の場合に増加費用を請求できるなんていうのが書かれていたりすることも多い。あと、注文者に帰責のせいで完成債務が果たせない場合、536 条 2 項の危険負担の規定が適用されるので、注文者への反対給付は失われない。さすがに。

513 報酬債権

報酬債権との関係も問題になるが、いつ報酬債権は発生するのだろうか？

売買なら観念的には債務発生が**契約時**になされ、賃貸借においては具体的な債権は**時々刻々**と発生していくのだった。

対して請負の場合は、**契約時に一応債権は発生することになっているが、仕事の報酬請求自体は、完成義務を果たさないとできないもの**と解される。

ただ、これだと問題になるのが、普通に完成はさせたのに、受け渡せませんでした、つまり完成後に滅失した場合である。仕事が完成すると、この段階で成果物が滅失しても完成させる義務はもうなくなっていることになる。

そうすると、引き渡せないわけだから**履行不能**になる。履行不能が生じると、同時に**引き渡し債務**も消滅するわけだが、報酬債権はどうなるのだろうか。

これは、さきにやった同時履行関係にほかならない。**ここでは引き渡し債務と報酬支払債務は、同時履行の問題、つまり双務契約の履行不能の問題として扱われる**。ようするに帰責事由の所在に応じて 534 条以下の**危険負担**の規定による処理を受けるのである。

売買だと、契約で所有権が移転するタイミングで危険が移転するのだとされていた（最近では現実の移転を考えるが）が、請負の場合はいつになるのだろうか。仕事の完成を持って特定が生じているとの見方もあるが、利用可能性、支配可能性と言うものを踏まえても**引渡し時**が基準となるだろう。だから、それまでは危険は移転せず、請負人は反対給付の消滅というリスクを負うということになりそうだ。

※想定されるのは 536 条 1 項である。引き渡したあとは 534 条の範疇となる。例外的に帰責が注文者であれば、536 条 2 項が処理する所となり、注文者に危険負担が課される。

危険負担の問題は双務契約の一方の債務が履行不能で、それに帰責事由がない場合の話だった。請負についてもその応用でなんとかなるということである。

5 1 4 事例問題

課題 16

建築業者である X 社は、Y から新築物件の請負工事を請負代金 3000 万円で請け負った。ところが、X 社は、建物の基礎工事を完了したが、その後の工事は中断したままとなっている。

仕事完成義務を果たすまでは具体的な請求権は生じないわけだが、このケースは基礎工事までやったけど放置して状態である。ここではまだ仕事は完成していないわけだが、このような事案で、**いくつかの条件を満たせば注文者は契約の「全部」を解除することができず、請負人は仕事の完成割合に見合った額で報酬を得られる**という判例がでた。その条件と言うのは、具体的に以下の二つである。

①工事の内容が**可分**である

②既施工部分について請負を委託した側に**利益**を有する

こういうときに解除が「全部」できないという言い方をして、その部分についての報酬請求を認めるルールを確立したのである。

判例集 19 事件（昭和 52 年 2 月 22 日：最高裁）

さらには注文者の協力が必要なのにそれがなく履行不能になり、それがもっぱら債権者の責めに帰すべき事情にと言える場合には、**危険負担**の規定によりこれも反対給付を受ける権利を失わないとした。これは先ほども少し述べた通り。ただ、その場合に**材料費**などの免れた利益は控除されるとして、これも危険負担の規定のままであろう。

ただ、これは良く考えると 536 条が規定する「反対給付を受ける権利を失わない」という規定からは直ちに導けるものではない。**本当ならば完成して「はじめて」報酬請求をできるのだから、より厳密には仕事を完成したものと擬制されている**のである。ある意味でこれは損害賠償みたいなものであって、請負代金相当額の損害賠償のために、この 536 条は「類推」適用されているようなものである。

5 2 0 請負と瑕疵担保責任

5 2 1 瑕疵があった場合

仕事の目的物に瑕疵があった場合につき、634 条によって民法は請負人に瑕疵担保責任を設定している。まあ売買とそこまで全力で違いまくるわけではないのだけれど、それでも多少は違いがあるので、それについて述べていくことにしよう。

まず、仕事に瑕疵があったときは、注文者には請負人に対しての「**瑕疵修補請求権**」が生じることが明文で述べられている。要するに不完全な履行があったときには、追完を請求できることが明文で規定されているのである。

※とはいえ、売買についても明文での規定はなくとも契約責任説からは解釈によって追完請求ができた。但し、瑕疵が**重要でない場合**で、修補に**過分の費用**を要するときには瑕疵修補請求権が生じないことが但し書きで規定されている。

ここで修補に多分の費用を要することによって修補請求権が生じなくなるというルールについては、たとえば「修補に費用多大な費用を要することで、**理論上は修補可能だとしても社会通念上は不能になる**」といった解釈や、「**損害賠償と修補との均衡が取れなくなる**」といったように、一般原則とは少しばかり違った理由付けがなされていることについては指摘しておく。

また、瑕疵修補を本来の**履行請求権**と捉えてよいのかという、瑕疵担保の際に述べた問題もここではより顕著に現れる。これを履行請求権と見てしまうと、一般原則からは履行請求が優位として、まず損害賠償よりも先に瑕疵修補を求めるべきとなる。しかし、例えば仕事があまりにもひどい請負人を信用できるだろうか。ここでは別のの人に頼んだほうが明らかにいいのであって、やはり一律に修補を求めるのは解決に資さないところがある。何が依頼人の利益にかなうのかと言う観点からは、損害賠償と並んだ選択肢として理解していきたいところである。

5 2 2 報酬債権と瑕疵

仕事の目的物の引渡しと同時に、**報酬支払債務**が依頼人には生じることになる。抽象的には契約時にこの債務が生じるとしても、具体的には仕事完成時にこの債務は効果を生じるとされており、目的物の引渡し債務と**同時履行の関係**に立つのであった。

ここで瑕疵修補が問題になるようなときは、この瑕疵修補の請求権と報酬の支払い請求権が同時履行の関係に立つことが 533 条の一般原則から導かれるだろう。これは一般原則から導かれるのでわざわざ 634 条には規定していないのだが、要するに瑕疵修補がなされるまでは、報酬支払いを拒める。

ただし、ここで注意すべきなのは、単なる瑕疵修補請求権だけでなく、**瑕疵修補に変わる損害賠償請求権も、請負人の請負代金請求権と同時履行の関係に立つ**ことが 634 条の 2 項で規定されていることである。ここで想定されているのは共に可分の**金銭債権**である。たとえば 300 万円の瑕疵修補に変わる損害賠償請求権と、1000 万円の請負代金請求権が同時履行の関係に立つと言うとき、それはいったい、「どこまで」なのだろうか。言い換えれば、300 万円分までしか同時履行関係ではないとは言えないのだろうか、違うならそれは何故なのだろうかという問題がでてくるのである。

判例集 83 事件（平成 9 年 2 月 14 日：最高裁）

この判例が、修補に関する損害賠償請求権と報酬債権とは、相殺の意思表示がない限りは、それぞれ**全額を一体と見て同時履行の抗弁権を行使できる**ものであるとした。

つまり、額が全然違っていても、互いに「**全額に**」対して同時履行抗弁が使えるのである。

ようするに、瑕疵修補請求権と報酬債権は完全な同時履行関係に立つと言うのに、瑕疵修補にかわる損害賠償請求権と報酬債権とでは全額が同時履行関係に立たないというのであれば、**取りうる選択肢によって大きく公平さのバランスが揺れる事態になる**ため、ここで損害賠償請求権を盾にした時も全体の支払いを拒めることにしてバランスをとっているのである。

※なぜバランスに差が出るかは、利息について考えると分かる。つまり、注文者の請負代金債務が 1000 万、請負人の瑕疵修補に変わる損害賠償債務が 300 万で、注文者が「払わんぜ」といっているとき、同時履行関係を全体につき認めなければ、注文者は差額の 700 万円の債務につき、**履行遅滞に陥るため遅延損害金**が発生していることになる。これは瑕疵修補請求の時には起こらないので、不平等である。

5 2 3 代金減額の実現

ただ、このようにバランスバランス言っているだけでは、全て説明できないところもあるように思える。判決には、**瑕疵の程度**や**当事者の交渉態度**などから**信義則**に反する場合はこの限りではない、つまり同時履行抗弁は認められないこともあるという留保がついており、危険負担に全面的にこの処遇を任せてはいない。そもそも、瑕疵修補とそれに代わる損害賠償は、本当に同列に語るべきものだろうか。たとえば、実際に修補請求でなく損害賠償を請求する時、他の業者などに頼んで「瑕疵が治っている」場合がある。

このときに「瑕疵を修補してもらう」こととは全く別の目的、「払い過ぎた金返せよ」ということのために損害賠償は請求されるのであって、533 条の同時履行を準用するというのは、実質的に見ると単に 634 条の 1 項 2 項のバランスを取ると言うだけではなくて、「**代金減額請求**」をこの状況で事実上実現するために持ち込まれたのではないかと見ることもできるのではないだろうか。

だが、減額したいと言っても瑕疵についてはその額を算出することは容易ではない。対して、報酬債権は一定であることがほとんどである。すると、はっきりとしている報酬債権の方が先履行となる可能性が十分にあるわけである。

ここではすなわち、**代金がかかりすぎるまでの間は同時履行抗弁によって注文者が不利益をこうむらないようにしよう**、という規定として 533 条を使っているのではないだろうか。

同じことは 571 条についても見て取れる。売買についての担保責任に関しても 533 条を準用しているわけだが、これも「減額請求」という規定が無くても、損害賠償請求をしつつ、瑕疵によってどれくらい値段が引かれるのかが分かるまでは支払いを猶予できるようにすることで代金減額を達成する主旨ととれるのではなかろうか。

先ほどの判決は括弧のなかで、仕事が複数の部分に**可分**で、可分である目的の一部にのみ瑕疵がある場合は、その部分についてのみ同時履行抗弁が使えるとしている。可分と言うことは、その部分については値段がはっきりしているということでもある。上の「値段がはっきりするまで」保護する思想が、見え隠れしているとは言えないだろうか。

判例集 81 事件（平成 15 年 10 月 10 日：最高裁）

通常の相殺は**遡及効**があるので、相殺の意思表示をして認められると、かつてに遡ってお互いの債権がその分消滅し、そしてその時から残債務に**利息**も発生することになる。

しかしながら、遡及効を認めて**利息が発生するものとする**と、まさにここに先の「同時履行抗弁」を準用して**減額請求を認めた趣旨がなくなってしまう**。

この理論を適用して、遡及効を認めなかったという判例である。

両判例を合わせて見れば、**起草者が代金減額を事実上達成しようとした**のだということがわかる。

※潮見さんはこれをさらに強め、注文者の側からしか相殺の意思表示が出来ないとして注文者を保護しようとする。さらに抗弁が付着しているときには、少なくとも請負人からは絶対無理！みたいな見方をするのだが、その点は判例はまだ認めていることではない。

5 2 4 売買との異同

●解除について

さて、635 条は瑕疵がある場合、契約目的が達成できないときにつき注文者は**解除**が可能とする。これは債務不履行解除とほぼ同じ趣旨であり、この請負が基本的に契約責任であることを示すものでもある。

●建物その他土地工作物の特則について

ここまでは契約責任説からすれば瑕疵担保一般と対して変わらないことになるのだが、問題は但し書きである。「ただし、建物その他の土地の工作物については、この限りでない」として、解除を認めていない。

この規定の主旨としては、「**解除をしてしまうと収去しないとイケないから、莫大な損失にもなるし、国民経済全体の不利益になる。だから、お金で修繕なりして処理しろ**」ということであろう。

しかしこれは、妥当するだろうか。仮に「建物」を一度請負わせてしまったなら、基本構造の根本に問題があるような姉歯建築的なサムシングだった場合にも、この規定から注文者は解除できないことになるのだろうか。それは誰の目から見ても不都合であろう。

実質的には判例は、これにつきこの但し書きを空文化する手段をとった。

判例集 82 事件（平成 14 年 9 月 24 日：最高裁）

判例は、建て替えるほかにような場合には決して国民経済上の不利益にもならないし、「解除」が出来るまでは言わないけど、**建替費用**まで賠償請求できると認めた。これは実質的には解除ができるのと同じことである。請負人には収去の行為義務を課しはしなかったが、金銭でそのぶんの責任を負わせたのである。まあ正面から条文を無視すると波風が立つので、このように空文化させるという手段をとったという感じ。

●通知

瑕疵担保責任を言うためには、引き渡し後一年以内に通知する必要があるというのは売買と同じ趣旨である。

●保証期間

638 条は**保証期間**に相当する規定で、建物やその他工作物については、引き渡しから 5 年間は担保しなくてはならない。ようするにこうした**土地に付随するものは「ある程度は使えるもの」として注文者にはとられて**いるわけで、その予想をはるかに下回る期間内に壊れてしまったとき、それを最初から（契約の目的からすれば）瑕疵があったのだと見てしまう規定である。

ちなみに、より壊れにくいであろうコンクリや金属造だと保証期間は 10 年に強化されている。

5 2 5 事例問題

課題 17

A 建設会社の設計施工する B 不動産会社の建売住宅を C が買う契約をした。その建物に地震の際に亀裂が生じた場合に、C から B または A に対して、また B から A に対して、どういう請求をすることができるか。こういった問題を解くに際しては、請負契約が結果債務を生む以上、地震のタイミングを自分で区別していく必要がある。そして大前提として AB 間にあるのは**請負契約**であり、BC 間にあるのは**売買契約**である。

●B から A

地震が①建物完成前の場合

B から A に対して（請負契約）は、ここでは 632、3 条によりこの債務が結果債務であることから、なお完全な状態である建物を引き渡してもらう権利を失っていない旨主張することができる。また、完成の遅れに対しては遅延損害金も請求することができる。この債務を履行しない場合には、415 条債務不履行の問題とみてよく、帰責があれば損害賠償請求も可能であろう。

ただ、地震は不可抗力である。仕事完成が不可抗力で不可能になる場合は、の報酬債権の行方が問題になる。この場合は、危険負担のルールにしたがって処理されることになる。

危険負担の問題は、双務契約の一方の債務が履行不能になった時に反対給付はどうなるかという問題であったが、ここでは**危険負担の 536 条 1 項における原則により、請負人が危険負担をすることになり、反対給付を受ける権利を有しない**のである。例外的に注文者に帰責があれば報酬債権は残るが、たぶん地震ではそんなケースにはならないであろう。

ようするに建物完成前には、「仕事完成前」であるから、不可抗力だろうがなんだろうが、請負人がその責任を負うことになるのである。仕事を完成するまでは重い義務を負うのだといえよう。

地震が②建物完成後の場合

A 引渡し前

仕事を完成すると、建物を完成する義務はなくなるから、引き渡し義務だけが残る。本来約束した形での引き渡しは実現されないが、そもそも完成義務自体は果たした後である。よって、端的に履行不能だけが生じていると考えればよい。

完成した時点で特定され、危険負担の 534 条の原則から債権者に危険移転するという理解もあるが、完成債務と引き渡し債務を完全にはバラせない一体のものと見れば、**引き渡し**までは債務者が危険負担することになり、先ほどと状況は変わらない。

B 引き渡し後

ここからは、**瑕疵修補請求権**が行使できるかが問題になる。これは履行請求の延長上であると同時に損害賠償の側面も持ち合わせるが、亀裂そのものが不可抗力であるなら、瑕疵修補請求権は危険も移転しておりないといえよう。もちろんその分、買い主側からの減額請求は可能であろう。

●C から B

C と B との間にあるのは、売買契約が**履行不能**となる事態である。

請負の場合には仕事完成前と完成後の違いが問題になったが、ここでは①と②の違いは出てこない。売買の履行不能の問題を同じなので、華麗に省略します。

●C から A

この人たちに間には直接の契約関係はないのだが、耐震強度が十分でないために亀裂が生じたとするなら、**債権者代位**を行うだとかの他に、**不法行為責任**を追及するという構成がありうる。条文は 709 条である。ただ、当然には無理そうな感じ。

ここで、**平成 19 年 7 月 6 日、平成 23 年 7 月 21 日の最高裁判例では、建物としての基本的な安全性を損なうような瑕疵については、この場合で言う A が C に対して不法行為責任を負う**としたのだった。

権利侵害される対象はここでは**生命身体**または**財産**とされるが、たとえばバルコニーが落下してしまえばかなりの確率で生命身体が害されることになるし、そのときは他人の生命身体を害したことになるのだと基礎付けたのである。

ここで問題は、まだ事故はないがバルコニーがブラブラしている状態のときに、費用を投じて直したい…として、A にその金額を請求できるのかでもある。でも、ここで使用する費用はあくまで、「**生命・身体・財産を保護するために使う**」というかつこ付きのものであるし、これもまた賠償請求の範囲にふくめていいとしたのだった。

ただ、この壁紙がどうだ…とか言う部分は、契約上の問題として処理しろ、という判旨でもあったが。

526 現代の問題

今の事例問題はいつかの試験問題で、おおむね今のような事を書けばよいとのことであったのだが、出題時点では想定されていない問題が出てくる。

①特別法ができた

住宅の品質確保の促進に関する法という新築住宅の請負や売買に関する特別法ができている。対象は新築に限るわけだが、売り主、請負人の責任について、構造体力上重要な部分（住宅の基本をなす部分）に関して

は強行的に引き渡しから **10 年間** 瑕疵担保責任を負うことになっているほか、明文で売り主も瑕疵修補を負うことを定めている。これは契約責任説からすれば確認規定でしかないが、一般人の予測可能性を担保する、しかも強行規定があるというのは困ったことではない。

②倒産

もう一つ、強行規定で責任を負わせても、欠陥住宅につき責任を追及しても、実際には**倒産**しているなんて場合も多い。このような社会問題に対応するため、いくつかの資力確保のための措置を設け、業者に保険加入や供託金の義務付けを行ういわゆる「履行担保法」が実際上の履行までを担保するようになった。

5 2 7 所有権の問題

請負には**無形請負**と**有形請負**と言うタイプの違いがあったのだったが、ただ目的物を移す場合が圧倒的に想定されているスタンダードなやつである。

※中間の問題はある、漫画をメールで送る場合と、原稿を送る場合など

そうすると、材料が必要であることが多いわけだが、これと目的物の**所有権**との関わりとが問題になる。

判例は、**材料をどちらが出したのかで所有権の所在を考えている**。よって、注文者が材料を出すようなときには原始的に注文者に所有権が帰属していることになるし、それと対比的に請負人が全て材料を出したような場合は、ひとたび所有権が請負人に帰属し引き渡すことによって所有権移転がなされるという立場になるだろう。

プラスして、**代金**を払っているのか払っていないのかという判断も判例はしている。

たとえば材料は請負人が出すが、契約時に注文者が**全額代金を支払っているような場合は、完成と同時に（完成するまでは存在しない）注文者に帰属させる暗黙の合意がある**と判例は判断している。

これは、「請負人にはもはや代金債権を確保させる必要がない」ため、もはや所有権を一度請負人に帰属させて保護を強める意味もないからと説明される。学説上は、別に**所有権を帰属させなくても請負人の保護はできるんじゃない**として、最初から原始的に注文者に帰属しているとする見方が多い。出来上がった時に注文者のものになるのだと解釈すればよいとするのである。

まあ確かに他に保護のやりかたが考えられなくもない。たとえば**同時履行の抗弁権**では不十分なのか？という話もある。だが、これは占有を失ってしまえばまず使えなくなるし、そもそも第三者に対しては契約関係のない場合に抗弁として機能しないのである。

担保物権として**留置権**などを考えることもある。これは確かに契約が無くても使えるが、建物の場合には、引き渡しは拒めても、敷地の利用権がなければ所有権に基づいて収去とかを命じられた場合、もしくは破産した場合に保護が弱い。

他にも商法上の留置権とかもあるけどこれも適用が問題ありで、**結局は所有権で強い保護を持たせることが必要なのだと考えれば、判例の立場にもそれなりの合理性がある**だろう。

判例集 80 事件（平成 5 年 10 月 19 日：最高裁）

代金を払ったら暗黙の所有権移転の合意があるとする理解を示した判例である。

5 2 8 複数の請負人がいる場合

複数の請負人が絡んだ時に、話はめんどくさくなってくる。

①請負人が順次工事をするパターン A 基礎→B 建物→C 内装 **みたいな感じ**。

基本は材料を出した請負人に所有権がある、といっても材料提供者が複数いることになる。最高裁はこの処理を判示し、そこでは 246 条の**加工の規定**に基づいて所有権の帰属を処理する、としている。

②**下請け**が工事をした

実際の工事は一括で下請けが行っていた場合。※合法としての話です。

ここでは請負契約が二重に存在している。注文者 X→元請 Y→下請け Z という感じだよね

たとえば注文者 X がお金を払ったのに、元請 Y がつぶれて下請け Z にお金が回らない、というような場合に、このリスクは誰が負うべきなのかという問題が出てくる。たとえば Z は「まだお金払っていないから渡さん！」と言えるのだろうか。それとも X は「俺は金払ったんだからよこせ」と言えるのだろうか。

判例集 80 事件（平成 5 年 10 月 19 日：最高裁）

元請け契約の存在及び内容を前提としたのが下請け契約なのだから、**下請け Z は注文者 X に対して、元請 Y が注文者 X に主張しえた以上のことを主張しえない**とした。つまり、契約の「限度」をもとの契約が規定する、という理論である。ちなみに転貸借の判例でも同じような理屈が使われている。

では、元請の報酬債権はどのように解決するのか、という話もあるが、所有権の帰属についてこうならないと**下請け人が元請け人以上の立場に立つことになりおかしい**ため、判例の立場は妥当である。

530 委任

531 無償の委任契約

委任は、643 条に規定される**諾成契約**である。

【参照】民法第 643 条

委任は、当事者の一方が法律行為をすることを相手方に委託し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずる。

ざっくり言えば法律行為をやってくれ～と頼む契約なわけだが、ここでまず、報酬は契約の成立に不可欠な要素ではなく、**無償**でもよいことに注意しよう。なおかつ 648 条より、特約なしに報酬を請求できないこととなっている。**原則は無償の契約なのである。**

これはローマ法来の原則であって、「**委任無償**」という。まあこれは知的な高級労務には対価概念はふさわしくなく、社会から別の形で報奨が与えられるという理屈であった。

よって、沿革的にはお金を払うものはむしろ雇用とみることになる。だが現在は有償であるのが一般的だし（商法 512 条には、有償になることを前提に利息について規定されている）、弁護士とかに相当の報酬を払うのことは黙示の同意がある。これも債権法改正があればそのままの形では維持されない規定だろう。しかしながらこのように無償と言う前提が改められつつあっても、**有償が無償かで義務の内容は必ずしも変わらない**。どちらにしろ、委任にあたっては合理的な一般人の払う注意、として**善管注意義務**を負うことになっている。

これが他の契約（寄託など）では自分のものと同じくらいの注意でよいというのが無償の場合のルールであるから、そういうのとは異なる特殊性があることになる。もちろん無償となれば、責任の範囲が解釈の中で斟酌されないかというウソになるが、別に絶対的な要素ではない。

532 委任と準委任

643 条自体は、「**法律行為**」を代わりにしてもらうことを相手方との間で約束する規定であり、**代理権付与**などのもとになったりする。例えば委任者の土地の売買契約を頼んだりする、とかね。

この法律行為の効果帰属については、代理関係の成立をもとに行えばよい。**委任契約は、代理関係の裏側、体内的なところを規定している**のである。

※ただし代理では**顕名**が必要だったが、委任契約の時には自己の名で契約を行うこともある。これは**取次や問屋**などと言われるが、そういう広い意味を含んだのが委任であるから、委任＝代理ではない。

これに対して、もっと適当な「スピーチ」とかも人に頼むことはある、こういう時、法律行為でないけれどそこにある関係自体は似ているよね。こういうのにつき、**準委任**として委任の規定を準用することが 656 条で規定されている。ただ、全てのサービス契約にこの規定が準用されるべきか、と言われると、近年の契約の多様化の中で批判もあったりするが。

委任そのものは委任された人間の裁量判断を内在的に予定しており、裁量が無いものはただの「**使者**」である。使者は法律行為の委託の範疇ではなく、委任された側には裁量があるのが前提なので注意しよう。

ただ、裁量は**委任の本旨**にそうことになっている（644 条）。すなわち、本人の利益になるように裁量を行使しないといけない。

ようするに、**委任は当事者の信頼関係を基礎におく契約であって、その範囲で裁量を与えられる**のである。人に裁量を与えその人に決定させるという信頼が存在となるのだから濫用があると困るので、受任者には結果についてや委任事務の過程における**報告義務**が存在する。さらに解釈次第では、本人の指示を仰ぐような必要がある際には、ここでも報告義務が生じると言う説もあったりする。

533 取得物・報酬

①取得物

646 条を見れば分かるのだが、委任の過程で取得した権利や金銭その他の物は、**委任者に移転**しなくてはならない。代理の場合には、委任者に直接に権利が帰属するのだが、これはさっきの「代理じゃない」パターンが想定されていることが分かる規定でもある。

②報酬

報酬が支払われる場合のその請求の仕方は、**仕事の完成を約したわけではないので一定の成果に報酬を払う、というやりかたをとるわけではない**。それを示すように 648 条 3 項には、既に履行が済んだ割合に応じて報酬請求が出来ることが記されている。もちろん契約のやり方によっては報酬契約にすることもできるが、とにかく委任は成功報酬かどうか気にしていないのである。

そして委任事務を処理するのに必要な費用を支出した場合には、650 条で**償還請求**が可能である。

されには過失なく受任者が損害を被ったとしたら、**損害賠償請求**が本人にできる。これは賠償請求と言うかたちを取った無過失の損失保険であり、理由としては「本人がやっていたら受託者はこうならなかった」ことが言えるだろう。

534 委任契約の解除

651 条により、委任は、各当事者がいつでもその解除をすることができる。

つまり、**委任者も受任者もいつでも将来に向かって解除をすることができる**。もちろん2 項では「相手方の不利な時期」に解除すると損害賠償請求を受ける旨規定しておりタダとは言わないが、契約から双方共が自由に離脱できると言うのは、**権利移転型**の有償契約であった売買・賃貸借とはだいぶ趣が異なる規定である。民法の売買などの規定では解除がわりと難しいのだけど（契約の拘束力）、**役務提供契約**ではたとえば請負でも 641 条は「注文者の側から損害を賠償していつでも契約を解除することができる」としており、利益の調整は考えつつも**任意解除権**を認めるのである。

※もちろん調整では、期待されていた利益と、かける必要がなくなった実費を差し引いて考えている。この差はどこからくるのだろうか。

やはり、売買の場合は、いらぬものを買わないといけないとされてもそれは**最終的に第三者に売ればいい**から、まあここはいったん買ってね！ということが比較的容易に言えるのに対し、**役務提供は汎用性が低い**ために、途中でリセットすることが許されるのである。

委任についてはさらに強い理由として、**当事者の信頼関係**からくる裁量というものがある。信頼関係に懷疑が生じたときに解除できることすることによって、基礎となる信頼がなくなった際の「コントロール権」が認められているといえよう。

受任者の側からも解除ができるのは、自分に対して課される責務からである。無償だとしても**善管注意義務**やら**説明義務**を負うのだから、解除はできるようにしておくのが納得がいくという理由からである。

これが原則なのだが、例外はあるのだろうか。任意解除権は制限されるのだろうかと言う問題を次は考えてみよう。

535 任意解除権の制限

具体的に、解除権を制限すべき事態を考えてみよう。

たとえば、**債権回収**のために、委任者の債権を代わりに行使する場合はどうだろう。「あなたが代わりに私の債務者に取り立てて、債権を回収してください」として委任を頼むときには、任意解除権を認める必要はないように思える。

判例も、このようなもっぱら委任者のためでなく、**受任者の利益**のための委任については解除権が放棄されるとしている。**担保目的だという客観的事実がある時には、解除権を放棄したと基本的に認定してよいもの**と思われる。逆に委任者に利益があるときには、解除も認めていい方向に行きそうである。

※もちろん有償委任の場合は当然受任者に利益が生じるが、ここでは委任事務以外にある利益をいう。これだけなら話は分かりやすいが、問題となるのは、委任者の利益が受任者の利益でもある場合である。

判例集 89 事件（昭和 56 年 1 月 19 日：最高裁）

共同住宅の管理を X 会社が Y 会社に委託した。住宅からの収入は X 会社に利益をもたらすが、その利益のうちから管理している Y 会社にも一定額が入るという状況が生れたのだった。

この場合に、解除はできるのだろうか、と言うことが争われた。学説の中には共同事業だからやめるとは言えないよね、として解除できないと言う人もいるけど、判例は違った。

受任者の利益のためにされたものでも、基本的には相手方が著しく不誠実な行為をしたとかいうやむをえない事情があるときはもちろん、そうでない場合であっても**解除権自体を放棄したと解される事情が無いときには原則として解除することが可能である**としたのだった。

ようするに、委任の基本はまず**委任者の利益**にあり、これがもう「ねーな（確信）」と判断された時に限り、解除権が制限されると言うのが判例の立場なのである。この場合、受任者の利益は損害賠償で処理されることとなるだろう。

536 その他

●「不利な時期」

2 項には「不利な時期」とされているが、これはなんなのだろうか。

651 条 2 項の不利な時期というのは、期間の定めとかがあるときにその途中で任意解除をするようなときである。期間との関係で、**利益が継続的に保障されているようなときには特別な配慮がなされる**ということである。

●「やむを得ない事由」

まだ、同項のやむを得ない事由というのは、典型的なのは受任者が著しく不誠実な行動をしたとき（忠実義務違反）にことを指す。多くの学説は委任の本質から外れるような状況につき、これを認める。

※というわけで、651条1項と2項はこういう意味では同じような考え：「**信頼関係**」を基礎としているといえる。

●終了事由

653条にはいくつか終了事由が認められている。たとえば**受任者の死亡**が終了事由となるが、これはあくまで**任意規定**なので、特約次第では覆せる。

ただ、それによって死後の委任もありとなるとはいえ、ある程度の限定性が必要である、非常に広範な委任は無理と解されている。また、死亡に関しては**通知**しないと相手方に対抗できない。

540 寄託

541 寄託契約

寄託は、**他人の物を保管する**と言う、特定の内容を持つ役務提供契約である。本人に代わって本人の財産を管理する、ということを考えれば**委任**と同じような感じにもなる。

【参照】民法 657 条

寄託は、当事者の一方が相手方のために保管をすることを約してあるものを受け取ることによって、その効力を生じる。

委託は**動産**に限るとすみ分けることもできそうだが、日本民法では**不動産**の場合にも寄託はありうると課している。また、今言ったように委任と寄託は共通性を持つので、規定を準用している。

寄託そのものは**要物契約**だが、諾成化することも可能である。

ここでは詳しくはやらないが、寄託が分かりにくい原因となる 660 条について説明を補っておく。

542 660 条が分かりにくい理由

【参照】民法 660 条

寄託物について権利を主張する第三者が受寄者に対して訴えを提起し、又は差し押さえ、仮差し押さえ若しくは仮処分をしたときは、受寄者は、遅滞なくその事実を寄託者に通知しなければならない。

賃貸借では 615 条で、修繕が必要なとき、そして権利主張する者があるときは通知しろと規定する。

この微妙な差異はなんなのだろうか。

ここで食い違っているのは、単に第三者が「返せやこら」と言ってきただけでは寄託では通知義務が生じないことである。この点、受寄者は**所有権**を対抗できない第三者であるゆえ、**対抗力がないから言われたら渡さないといけない**との見方も出来る。

だが、寄託においては、受託者は他人のために財産を管理しようと本人の指示をもって行動する。そもそも寄託は、寄託者が所有者であることを前提にはいない契約である。ようするに**権利の移転や設定が前提的な契約類型とごっちゃにして考えること自体、おかしい**。

この規定は、まず委託契約の主旨に従って考えるべきである。委託契約ではそもそも、**受託者は自分の判断で預かっているものを渡してはいけない**。

しかし自らの所有権を主張した奴が判決とかを持ってきたらもう渡さざるを得ないし、その際にはやはり寄託者本人が訴訟に関してけりをつける必要がある。そこで防御の機会を与えるために、そういう事態になる時には通知をして寄託者で準備してもらうことが想定されているだけなのである。

そのことがはっきり分かるように起草段階では「引き渡さざるを得ない状況になる前に」通知する必要があるとされていたのだが、その条文が消されたので、これだけ残ってめんどくさいことになっているのである。そっから先の話は民法 3 部とかなので、ここではベースのみ。

543 消費寄託 (666 条)

寄託の中でも預かったものを使用してよく、同種同等同僚の物を返還すればよいというのが**消費寄託**である。基本的には銀行にお金を預けるようなものである。銀行にお金を預けておくと、これは寄託に見えるが、お金と同価値のものが返されているだけなのでもとの寄託ではない。その点では**消費貸借**に近いのだが、違いもある。後述するが、多くの規定を準用しつつも 591 条を準用しない。

銀行預金は結構出てくるのだが、その基礎になるのが 666 条である。フランス民法にはこのようなものは無かったりするが、日本では消費寄託と言う規定を置いている。

【参照】民法 666 条

第五節(消費貸借)の規定は、受寄者が契約により寄託物を消費することができる場合について準用する。

②前項において準用する第 591 条第一項の規定に関わらず、前項の契約に返還の時期を定めなかったときは、寄託者は、いつでも返還請求をすることができる。

さて、591 条は準用しない、と言ったが、これは「**貸主は相当の期間を定めて返還の催告ができる**」という規定である。そして実際、銀行の預金とかでこれを準用すると困る。

たとえば、今日飲みに行くから普通預金おろす、というときに催告が必要となるととっても困る。消費貸借は借主の利益をまず尊重する規定であるのに対して、**寄託者の利益のための契約として新たに「消費寄託」という寄託者目線の契約が必要**なのである。

5 4 4 消費寄託と銀行預金口座の開設

銀行預金口座の開設については、もちろん約款で詳しい内容は作り直すが、もともとは 666 条の**消費寄託**に基礎を置くものと考えられていた。

だがここで、とくに普通預金で「口座を開いてそこに金銭を受け入れる」と言う契約の扱いが問題になる。普通預金口座を開くときに、その口座を使ってする契約は消費寄託だが、では「**口座を開くのはなんなのか**」というわけである。意味はないんだ、とする説明もかつてはあったのだが、口座は事実決裁のために使われている。そしてこの残高が変動してゼロになったとしても口座自体は続いていることも踏まえると、あくまで別個の契約として観念すべきだろう。ここでは、以下の二点に注意しよう。

①入金や支払で入れ替わったりする「差し引き計算」で残高が決まるので、複数の債務債権を一つの残高債権に置き換える合意がある。

②本人に代わって事務を処理している

これらを考慮するとつまり、**委任契約**であると捉えられるのではなかろうか。

これを言い出したのは森田さんで、これが現在の判例になっているとのこと。具体的にこの理解で何か問題が解決するとすれば、例えば遺産相続の際、相続人の一人が、死者が存命中入院しているうちにこっそりとお金を引き出していたかもしれない…ちょっと調べたいぞ…というようなとき。

ここで銀行に引出履歴を聞きに行ったのに、「第三者に教えられません」と答えを返されると問題だよね。取引経過の「**報告義務**」がある、とここで言えば、問題は少し改善しそうである。そして**委任契約から、この報告義務は引き出せる**のである。

つまり準委任としてさっきの①の部分をつまみ、消費寄託と委任の複合的な契約としてこれを捉えればいいんじゃないか？ということになる。そして判例は各相続人に対して報告する義務を銀行に認定したのだった。振込や預金の法的問題が民法第三部では出てくるが、消費寄託はその議論の大前提だから覚えておこう。

Ⅱ 事務管理

以上までで、典型的な契約については大体説明した。あとは組合・和解契約などがあるが、これはそれぞれ第一部での法人規定の説明と、民事訴訟法における和解の説明に委ねることにして、ここからは「契約」してないけどやったほうがいいことがあるよね、という少し変わった「**事務管理**」の話をちょっとだけする。

1 0 0 事務管理

1 1 0 事務管理

1 1 1 義務無き事務管理

697 条では「**義務なく**他人のために事務の管理を始めたものは、その事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法によって、その事務の管理をしなければならない」としている。

義務が無くとも人のために補完すると言うのは、ある種の社会的連帯を背景に思わせる。

だが、日本民法は連帯の精神から相互の援助義務を認めていると言う訳ではない。それはあくまで管理者の自由意思によってなされるべきだからである。これは端的に、**自分の意思でそれをはじめたのだったら、その人が責任を有するぜ**という規定である。管理開始義務と言うものはここには観念されておらず、あくまで管理ははじめたら面倒見切れと言う義務。ただ、逆に言えば事務管理として認められることで、他人への支配権への介入について一定の違法性が阻却されるということでもある。

まあ条文を見てみよう。700 条には、義務がないけど一回ははじめたら、**本人もしくはその代りの人（本人・相続人・法定代理人）が管理出来るようになるまでは、その人が管理する義務が生じる**として、いつまで事務管理が必要かが規定される。途中でやめると、責任が生じる。

一応 702 条により基本的には有益な費用の支出については本人に払ってもらえるが、報酬は規定されない。しかしこれではあまりにも「やり始めた人が得をしない」規定である。特別法はこの点で報酬規定を設けることが多く、たとえば落し物の場合は一定額の報酬が与えられることが法定されている。これによって多少なり社会的な連帯・協力へ向けてのインセンティブを確保しようとしている。

とはいっても、一般法である民法には規定がない。やはりボランティア精神を持ったやさしい人間に対しては冷たいといわれてもしょうがないところがある。

1 1 2 犠牲が出たとき

川でおぼれている子供を助けようと飛び込んだ結果、子供は助かったのに当の自分が死んでしまったときはどうなるだろうか。自己の死亡というのは、費用ではない。だから残念ながら、費用償還請求をすることはできないのである。

しかしながら、これで何にも遺族などに手当てがないのは立法としていかなものだろうかという問題は間違いなくあるだろう。これは単に当事者間の問題というよりは、むしろ**社会政策の問題**として国の方から手当てをなすべきだという考えもある。もちろん当事者間でも賠償などを認めるべきではないかとする考えもあるが、なにせよ現行法では特別法のようなものはまだ存在していない。委任の論理を用いることも考えられるが、このような場合には当事者の合意が存在しないのだから、やはりこれも難しいといえる。

このように、**民法はあくまで「助け合い」を推奨するものではなく、「やるなら最後までやれ」という最低限の規定しかおいていない。**

1 1 3 準事務管理

他人のために事務を管理するのが事務管理であったが、それに対して自分自身のために他人の事務の官吏をする場合が存在する。

例えば他人の小説を無断で映画化したら、たぶんすごいもうかることもあるだろう。

このとき、単に**不当利得返還請求をしたり、不法行為での損害賠償を求めるだけでは、本人への損害額や、そのものの客観的価値以上の価額を回復できず、はっきり言えば「侵害し得」が生れる。**

ここで、事務管理の規定と同じように処理し、とりわけ 701 条によって 646 条の**受領物返還請求**を駆使して、儲けたものにその利益を吐き出させようと言う法律構成があり、このことを**準事務管理**と言う。

準事務管理とはこの意味で、サンクションである。つまり、本来的にはその利益は権利者のものなのだから、権利者に返させようぜということである。

準事務管理は事務管理から引っ張ってきている以上は**故意**が前提となっているので、他人の権利であることを知っていて、さらにそれを使って儲けようという意思が必要とされる。

一応今は特許法などの特別法でこの問題は解決されたとか言われたりするのだが、そこでの準事務管理的な規定はもはや事務管理と不法行為の規定をあわせたものであって、準事務管理とは多少異なるものである。

Ⅲ 不当利得

契約じゃないけど債権が発生するものシリーズとして、703 条以下に規定される不当利得がある。

【参照】民法第 703 条

法律上の原因なく他人の財産又は労務によって利益を受け、そのために他人の損失を及ぼした者は、その利益の存する限度において、これを返還する義務を負う。

ようするに、**ある者がある利益を持つが、これに正当な法的根拠がないときに、それを本来所持すべきものに返還する義務を受益者に負わせるのがこの不当利得のルールである。**あくまで「**受益者**」の視点に立つところからスタートしていると言うのは、この後に説明する不法行為法とは異なる視点である。

1 0 0 不当利得

1 1 0 不当利得法とは

1 1 1 衡平説

不当利得の本質は何かという議論はずっと行われてきたのだが、かつて有力であったのは、「**衡平説**」という考え方であった。これはすなわち、不当利得制度を「**形式的・一般的には正当視される財産的価値の移動が、実質的、相対的には正当視されない場合に、公平の理念に従ってその矛盾を調整することを目的とした制度である**」と理解する。

この衡平説からは、不当利得事件に関わる要件効果はすべてこの「衡平」という視点のみから一括で扱われることになり、たとえば 703 条本文より読み取れる「**法律上の原因なく**」「**他人の財産又は労務**」「**利益・損失**」「**利益と損失の因果関係**」の返還請求の 4 つの要件が、すべての不当利得事件に共通するものとして扱われることになる。

しかしながら、このような考えで不当利得を考えるとかなり不当利得の輪郭はぼやけて曖昧なものになる。例えば何も知らない人に対し、相場よりも高い値で商品売りつけたときは、これも実質的に正当とはいえないから不当利得の問題になってしまうのだろうか。

このような微妙なケースに対して、「衡平」と言う言葉はラインを引く上で何の解決も与えない。判断基準としては機能していないのである。

さらには、この「衡平」的な考え方を輸入してきたドイツではあくまで「物権契約は、そのもとの債権契約が無効になっても有効である」という**物権行為の無因性**という原則があったからこれが認められていた。だが、日本ではこの原則がそもそも妥当していない。

そもそも、これは不当利得法、「衡平」の視点を民法の諸法理よりも上の次元（行ってみれば、神の視点からの監視として）おくことで成り立つ議論であるが、このような理解は正しいのだろうか。民法は諸規定を分担し合っているだけではないのだろうか。

1 1 2 類型論

そこで現在有力なのが、**利得をもたらした法律上の原因の解明を通じ、不当利得が問題になる場面を類型化しようとする考え方**である。このような見方を、**類型説**と呼ぶ。

ということでここで考えるのは、法律上の給付原因と、その有効性になる。つまりこの立場からは、問題のほとんどは当該「**契約**」について追及する作業がほとんどにおいて考えられる中心となる。

例えば、人をだまして商品を買わせた人に対する財物の移動は、**売買契約**に基づくものであり、この財物の移動に問題があるとすればそれは契約の内容自体に問題がある。ここでは相手から不当な利益を得ようという主観的要件と、対価性のない値段といった客観的要件を満たしていれば、暴利行為として売買契約が無効になる。そして契約が無効であるから、財物の移動も法律上の理由を欠き、不当利得となる。

ここでは、給付の原因となった法律関係が存在しなかったために、受益者の給付利得が法律上の理由を欠いていることになる。

この類型論からは、利得の目的を正当化する制度やら何やらを考察し、言い換えればある利益を正当化したような契約関係の有効性に連動させるような形で、表側の契約に対しての「もとに戻せ」という**裏返しの法律関係**を探っていくことになるのである。

衡平説に立てば契約関係がなくても不当利得が発生するが、類型論からはこのように契約等の法律関係がどこまで有効なのか、どこまで規律をしているのかと言うものを考えることになることがほとんどである。契約とは関係ないたとえば「俺の新聞を勝手に見るな！」みたいな主張は、不法行為の範疇で処理してねという理解になるだろう。衡平かどうかで判断するなら、これも不当利得になる可能性がある。

1 2 0 類型論

1 2 1 利得の類型

類型論は上記のようにそれぞれの契約につき裏返しの関係を考えていくが、このような視点からは不当利得をそのまま一律に見ていくことは難しくなる。そのために類型化がなされるわけだが、主に四つに利得が区別されることになる。

①給付利得

契約によって財貨が移転したときには、報酬の原因としての契約の性質に従って不当利得を考えることになる。例えば無効な売買契約があったときなどは給付利得が生じる。

②侵害利得

それから、他人の権利の侵害によって利得をえたとき、所有物そのものにかわる利得が残っているときには返還義務が生じる。

人の土地を勝手に売って得た代金は返してもらおう、みたいな感じである。ある財貨が最終的に誰に帰属するか、所有権から考える。

③**求償利得**…他人の債務を弁償した時に、それが法律上のその人が支払う理由がないものなら（保証人である場合などでなくとも）そのぶんを真の債務者に請求できる。他人の債務を弁償した時には契約→事務管理→不当利得の順に検討することができるのである。

④**費用利得**…他人のものに費用を投下することによって価値を増させたとき、その増した価値分は費用請求が可能である。たとえば、加工については他人の物を加工したときには 703 条に従って…という規定があるが、ここではこの費用利得が考えられている。

※③と④は、まとめて**支出利得**と呼ばれることもある。

1 2 2 給付利得

給付利得が現れる典型例は、契約が取り消されたり無効になったようなときである。

たとえば自動車の売買契約が結ばれて、それにつき錯誤無効で契約が効力を失うとする。そのとき自動車について、売買契約が無効なら所有権は移転しないことになるから、終始売り主のもとに所有権があったことになる。よって、車の返還に際しては持ち主が所有権に基づく返還請求をすることになるだろう。

対して、売り主が手元にもっている代金は、債権によって得たものであるが、その債権は最初から存在しなかったことになる。

ここでその額の回収のため、つまりは**法律関係が無効になったことを清算**するために、**不当利得制度**が登場することになる。ただこのときに 703 条をそのまま適用すると、効果としては**利益の存する限度**において返還しなくてはならない（悪意除く）というだけである。利益のある限度というのなら、すでに使っちゃった分は返さなくてもいいということなのか？

※悪意とは、**法律上の原因がないことについて悪意**ということである。

確かに、一方的な給付が問題となる時にはこれでもいいかもしれない。しかしながら、**双務契約**は少し特殊である。つまり、これだと**売り主はもらったお金を使いこんでいたら残りだけ返せばよく、対して買い主は車があればそれをまるっと返さないといけないことになるが、これは不公平のきらいがある**。ここで現在の通説は、「清算」の意味合いからも、対価関係にある相互の給付についてはお互いに利得消滅の抗弁を認めるべきではないとする。両者はそのとき、**同時履行の関係**に立つことになり、抗弁権が認められる。

要するにここでは、無効が主張されたとき、ここでそれまでとは**逆向きの売買契約**が結ばれることになると考えるのである。だから同時履行の関係に立つわけであり、そこから素直に考えると、通常の売買同様に返還時の目的物の滅失については**危険負担**の問題として処理されることになる。

※潮見さんなどは、「契約内容の実現」のための危険負担の規定を、「契約の清算」のこの場面に適用はせずに、むしろ目的物が滅失なりなんなりしても客観的価額を返すべきとしている。

1 2 3 給付利得と果実・使用収益

目的物から得た**果実**や**使用収益**については、これは不当利得となるのだろうか。

ようするに錯誤無効で契約は無効だ！建物を返して！というときには、たとえば賃料収入を得ていた場合にそれも付して元の持ち主に返す必要があるのだろうか。

ここで、民法は第 575 条に、引き渡すまでの目的物の使用利益を売り主に帰属させる代わりに、代金には利息がつかないという相殺規定を用意していた。これを適用すれば、この場面においても**引き渡し**までは果実や使用収益も変換しなくてよいことになるだろう。ここでは潮見さんなど適用すべきでないという論者もいるが、判例にはこのルールを適用し、片方が返した時からの使用利益について支払いを命じるものがある。ここでは基本的に、無効になったといっても**売買契約の履行として財貨が移転したのだから、それが無効になって返還が生じる時にも、売買の性質は反映されるべきだ**としているのである。双務契約としての性格が考慮された、と言えよう。ここにあるのは単なる衡平理論ではなく、契約の性質を考慮した議論である。ここでは確かに、反対の売買契約が行われたかの様な処理が行われているのである。

だから、売買でない場合は別の議論が行われて当然である。たとえば**贈与**の場合に贈与者が錯誤していたとすると、やはりここでも受け取ったものは返さなくてはならないが、双務契約ではないのだし、703 条 704 条が普通を適用して善意のものは現存利益の限度でもらったものを返せばいいと言えそうである。

※もちろん出費の節約になったぶんは考慮される。これは民法総則と一緒にある。

1 2 4 判決見てもよう

とはいえ、あまり形式的に「575 条が適用されるとすれば使用利益は返さなくてイインデス、でもそうじゃないと言う潮見さんのような人もイルンデス」とか覚えてしまうのは大間違いである。実質考慮のための方法が形式論に転換してしまうことの危険性は、日比野さんが試験講評でも指摘していたことではあるまいか。

判例集 32 事件（昭和 51 年 2 月 13 日：最高裁）

車を買ったところ、実は売ってきた奴が所有権を留保されていて、真所有権者に買った車を追奪されてしまった。ここでは買い主は自動車売買契約の解除が出来るので、売り主に対して払った代金を不当利得だから

返せとすることができる。そこで売り主は代金を返すのだが、ここで「いやさー、使っただけだし使用利益ぶんは控除してもいいよね？」ということを書いてきた、という事案である。

ようするに、**使用利益は不当利得につきどう扱われるのかが問題なのであるが、結論から「控除すべきだ」とのことであった。**

あれ？さっきの話はどうすんだよという感じだが、冷静に考えて動産は不動産に比して使えば使うほど**減価**し、**償却**してしまうものであると言える。ようするに車は引き渡しからの原状回復の間に、かなり減価しているのである。不当利得の原則は「受け取ったときの価値」を返すことだから、ここで**減った部分は何か別のもので上乗せしていかななくてはならない**。実質的にみるとそれに対応するものとして使用利益の控除が認められるのではないかな。

平成 22 年 6 月 17 日の判決

新築建物が欠陥住宅で、その欠陥がもう根本的なものだったので、建て替えざるを得ないものとして売買の解除が行われた。売り主は代金を返却するとは言ったが、そこから「居住利益は控除するぜ～」と言ったのだった。上の事例と同じ処理なら控除されそうだが、ここで最高裁は**居住利益は控除しない**といったのだった。ここでは、建て替えざるをえないような建物は、それ自体**社会経済的に無価値**と判断すべきもので、これに住んでいても利得はないとする。ようするに、使用利益はそもそも無価値な建物には発生しないと言うことであり、そこに住んでいようが、これは法的利益とは判断されないということになる。

ちなみに、この種類の建物は単に財産的な価値だけでなく、**慰謝料**を請求できるかも問題になり、下級審レベルではそれが認められる判決もある。このような時、居住の利益を単に財産的に換算するのではなく、それに尽きない評価をしていることになるが、ここではそのような判断がなされうるものを単純に「使用利益」といえるのかどうか問われているともいえる。

さて、まあここまで見れば、**契約関係にあり、さらに双務有償の場合はかなり特別な、そして実質的な考慮を行うという修正が不当利得の判断においておこなわれている**ことがわかった。

ここで行われているのは何回も言うが形式論ではなく、例えば、詐欺で二束三文のツボを 500 万で買ったとして、その契約を詐欺取消または消費者契約法上の取り消しで無効にした時、ツボ売り野郎が「オマエ 500 万ワタス、オレ、ツボカエス」と**同時履行の抗弁**をすることは許されないと見て良い。

ここでは対価的と言いながらそもそも事実として対価関係にないわけで、最初から不均衡なのだからそういった解釈をとるべきではない。このように考えると、どのような取消原因なのかまで詳しく立ち入らなくてはならなくなり、このような判断は結構めんどくさい事実の特定を含むことになる。ということで、あまり形式的に「こんなときはこうです」と覚えるのはよろしくない。

1 2 5 侵害利得

人の土地を無断で使用収益したような場合が、侵害利得の典型例となる。ようするに、**他人に帰属すべき利益**をひたたくた奴は返せ、というような類型である。

自分に所有権があるようなときは、使用収益しても法律上の原因があるといえるが、それが他人の所有物だったならば、得た利益は本来他人に帰属すべきなのだから不当利得として返還しなくてはならないだろう。例えば、A から Y へ車を売買したが、真の所有者だった X が現れたというときを考えよう。ちなみにこれは**判例集 32 事件**の焼き直しである。

ここでは X と Y の関係が問題になるが、まず Y のもとに車があるのならば、X はこれを所有権に基づいて返還させることができる。この場合、目的物があればそれを返せばいい。

しかしながら、Y がさらに B に車を転売していたとき、X は B から取り戻せるならそうすればいいが、B から取り戻せないような場合もある。ようするに、**即時取得**することもありうるよねって話。登録のある車では厳しいけど。

このとき、X としては Y のもとに行って、「あんた勝手に車を売ったけど、車って俺のだから俺に代金を返して」ということが考えられる。Y は X との関係では法律上の理由はなんらもないのだから、このような場合に**侵害利得**を返還してもらおうとしていることになる。

ここでは先のような契約関係のリセットという側面はなくなるので、703 条や 704 条は普通に適用されて、善意ならば現存利益の範囲でお金を返せばいいことになる。

ここで、転売している以上 Y の利得は「**差額**」のみであると主張してくることも考えられる。確かに転売しているなら差額が利益ではあるのだが、**現物が残っているときには現物をそのまま返すのに、残っていないと差額と言うのはなんともおかしい**。やはりこのような Y の売買から生じた問題については Y 自身が A との関係で処理すべき問題であって、ここでの侵害利得には法的には関係ないものとして扱うのが正しい。

126 侵害利得と果実・使用収益

果実や使用収益の処遇について 575 条を適用すると言う考え方は、「双務契約の清算」においてはとられたが、侵害利得においては双務契約が前提であることはほぼないのでこれがとられることはなく、端的に **189 条、190 条**の「他人の所有物からの果実」についての規定によることとなるだろう。

189 条では、善意の占有者は果実を取得すると規定している。まあ普通の場合、Y が A から適法に買ったと思っていたらこうなったということなので、使用利益は不当利得として払わなくてよくなる。

ちなみに 191 条では目的物の滅失についても、善意悪意とで違いを設けている。

まあ侵害利得と給付利得と言う有名どころには説明をしたので、あとは特殊なケースを見て終わりにしようと思います。

130 特殊な不当利得

131 騙取金による弁済

他人からだましとったお金で借金を返すゴミ野郎がいたとき、だまし取られた奴は借金を回収した人間に対して「それ俺の金なんすよwww」と言えるのだろうか。

最初のころは、因果関係があるかどうか、とか直接性だとか間接性の問題として話されたのだが、それ自体に適切性がないのではと非難がでたりもしていた。

さて、具体的には A が X から横領したお金をもって Y に借金を返した時に、 $(X \rightarrow A \rightarrow Y)$

①**所有権**に基づく請求が X から Y にできるだろうか

金銭については**占有とともに所有権も移転する**とされていて(紙やコイン自体には価値がないから)、価値の帰属と媒体とが一致する。よって、X が A に交付した段階でもう所有権移転がなされることになる。よって、所有権に基づく請求はちょっと厳しいところがある。

※ただ、封筒に入れたり特定がなされていることもある。

②**不当利得**の返還請求ができるだろうか

だまし取られたとはいえ所有権が一回移転してしまっている以上、不当利得の要件として「X がだまし取られた損失と、Y の得た利益の間に因果関係があるのか」が問題になる。

判例集 98 事件 (農林事務官国庫金詐取事件：最高裁)

ここで裁判所は「**社会観念上の連結**」があれば因果関係が認められるとしたのだった。そして、一定の悪意や重過失がある場合にはさらに「法律上の理由」もないものとしてよいとしたのだった。

ここでは所有権が残ってついていくことは事実としてはないのだし、なんで悪意重過失が要件なのかも謎という結構アレな判例であるが、とにかくこう言ったケースで判例は、直接の因果関係以外のつながりを観念していることは知っておこう。有力な学説はここで、A に対する債権から Y が給付を受けている以上は不当利得の一般原則からは外れると指摘する。

代わりに彼らは**詐害行為**と言う概念を持ち出し(第三部でやります)、AY 間の行為を詐害行為として取り消して構成していくとのこと(このとき悪意の受益者が要件)。彼らは、「いやいや不当利得で考えることではないよ」という。

132 転用物訴権

A が Y から借りたもの(AY 間に賃貸借契約がある)が故障したので、X に修理を依頼した(AX 間に請負契約)が、例えば A が倒産して修理代金を払えないときを考えてみよう。

このとき、修理を依頼された X からしてみれば、Y から払ってもらうために不当利得を使えないか? という問題が生じる。このような問題が転用物訴権として扱われるのだが、ようするに、理屈としては「**私があなたのものの価値を高めた!**」ということで、**その分を Y の不当利得と構成できないか**と言うことである。

X の加工という労務で Y の所有物の価値が増したのだから、ここには**因果関係**が生じるだろうし、確かに不当利得の問題にもなりそうである。

判例集 100 事件 (ブルドーザー修理事件：最高裁)

以上の論理を適用して、不当利得返還請求を認めた事案。だが、学説から批判を受けて以下の判例が出た。

判例集 101 事件 (店舗ビル改築事件：最高裁)

批判を受けて、実質的にこれを判例変更したと言われている。(ただ、問題となる争点はずれていたのだから「実質的」と留保がつくのである)

こっちでは因果関係の話ではなく、そもそも Y には賃貸借契約の中身では修理費用を A もちにしていたという**法律上の原因**があるのだから、これは不当利得ではないとしたのだった。仮に不当利得が認められると、修理費用を A もちだとしたのにもかかわらず Y が払わないといけないというようなことになる。

ようするに、**契約の間のリスク分配に反する形でこの不当利得が認められてしまうと、ここでは Y に二重の負担を強いる**ことになるという考慮である。X にとってみれば YA 間の契約は第三者の契約であるとも考えられたが、この契約がなければそもそも AX 間の契約もないので、この点から契約の存在を対抗してよいとされた。

つまり、対価的な関係がすでに存在し、二重の負担を強いることになる場合には、不当利得は立てられない。賃貸借以外の場合が気になるが、この理論(第三者との契約を対抗できる)が広く解せるとするならば、転用物訴権が認められる場合は少なくなりそうである。

ようするにある契約を前提とした別の契約につき不当利得を考える際には、先に存在する契約の内容が縛りをかけてくるといえる。

Ⅳ 不法行為法

契約がなくても何かしなくてもいけないシリーズの大ボスが、不法行為、なんかやらかしたときの規定である。まあ不法行為そのものについてはこれまでも少しずつだが述べてきたところではあるはずだろう。

民法 709 条が一般的なルールとして、「**故意または過失により他人の権利又は法律上保護される利益を侵害したものは、これによって生じた損害を賠償する責任を負う**」ということを規定する。

実は「**法律上保護される利益**」は現代語化の際に取り入れられた新しい規定で、これは権利性がなくても利益が保護されるという意味で広い言葉である。今までの判例法理として確立したものを含めてこう規定したのであるが、ただ基本的な考え方は変わっていない。さて、この条文から、

①**加害行為**

②**損害**

③**両者の因果関係**

の三つの要素があることがわかる。損害賠償(415 条)の場合は、債務不履行、損害、因果関係という要件が建てられるわけだが、これと似たようなイメージであろう。

加害行為などの細かい内容はここから話すが、ここには条文上**故意過失**が必要となる。合理的な人間として、他人の物をぶちこわさないような義務を負うとされているのである。

刑法と違うのは、結局 709 条に引かかるのかの判断は、あくまで「**金銭賠償が認められ、填補が認められるか**」の判断であるということである。ここで何が違法なのかは、結果無価値行為無価値の両側面からケースバイケースで考えていく形になるから、刑法の違法性とは必ずしも一致しないのである。

たとえば、タクシーの乗客が運転手の信号無視でけがをした事例を考えてみよう。故意過失により、身体に損害を与えられたとして、709 条で損害賠償請求をしていくことになるだろう。

過失は近年の有力説では**客観的な義務違反**と捉えられており、信号無視が当該交差点において運転手が果たす義務を果たしていないと評価される可能性が高いだろう。過失判断に際してはこのように、客観的な行為義務が法秩序全体から判断されるプロセスがとられるのである。

また、タクシーの乗客とドライバーとの間には通常請負契約としての場所的な利益を与える**契約**が結ばれている。安全に届けるところまで契約内容なのだから、ここでは「適切な速度を守り安全に運転する」と言う意味では債務不履行でもあることになる。つまり、契約責任でもありうる。

不法行為責任と契約責任は、このように両立することもある。このような両立する責任についても考えつつ、これから後半のメイン、不法行為法の勉強に入っていくことにしよう。

1 0 0 故意過失の要件

1 1 0 過失

1 1 1 過失について

過失とは現在では有力に、「**客観的な注意義務違反**」だとして考えられている。

だがかつては過失も、刑法同様に**有責性**の要件だとされていた。ここでは違法性は権利侵害をもって置き換えられているとされていたわけだが、構成要件違法有責のドイツ的な構成要件論を真似ての議論である。

ただ、**民法は損害の公平な分担という観点から問題を見ているので、刑法のようにその人を倫理的に非難しようとしているのではない**。その意味から過失はこのように内心の状態として見るより、より客観的な義務違反として扱ったほうがいいだろう。

なんにせよ過失の前提としては**行為規範の内容**を理解しているのが前提となるが、これがおよそ理解できないような場合には責任を問えるのかといった問題は依然ある。**責任能力**(712、713)の規定では規範も何にも理解できないよという人には民事の賠償責任を負わせないと規定していることを踏まえると、このように**客観的な義務違反**として**過失**を見ても、**一定の有責性をもつ部分が否定できず完全に客観的にはなりきれないもの**だということになる。まあ現在の考え方を貫徹するならば、この責任能力規定は政策的見地からの規定なのだ、ということになるだろうか。

1 1 2 予見可能性と回避義務

通説では、過失は**予見可能性**を前提とした**結果回避義務**の違反ということになる。

かつては過失の中核はこの予見可能性と結果回避義務のうちどちらであるかということが盛んに論じられたが、これは問題によって、そして価値判断によってウエートをおくところが変わるので、ちょっと何とも言えない所であったりする。

予見可能性を前提と言うのは、例えば「避けられるのにどうして避けなかったの！」というときを考えると理解できる。ここでは確かに結果回避義務が問われているが、実は**この時当然に「予見できた」ことを前提としている**のである。

そしてこの予見可能性をもとにした、単なる事実というより規範的な評価として、その意味では**予見義務**とも言えるべく回避義務が立ち現われることになる（さっきもいったが、客観的義務と言いながらもその実で主観的な部分を前提にしているのである）。つまり何人たりとも予見できないものは709条の対象にならないのは確かだが、そうでないものについても、実際に予見できただけでなく「予見して回避すべきだった」という評価が出来る限りで責任を負うのである。

この「**予見・回避すべきであった**」という絞りに厳しくウエートを置けば過失はゆるく認定されるが、**予見可能性そのものを重視すれば過失はそれよりもかなり厳しく認定される**ことになる。（言い換えれば、予見できた範囲のほうが予見・回避すべきであった範囲よりも広いものになるということである）

判例集 106 事件

工場の煙によって農作物に被害が生じた責任が追及された事案だが、この判例では大審院は予見可能性よりも回避義務の判断にウエートをおいている。ただ、ここには**産業保護思想**があったので、これが正しい、ということではまったくない。こっちが優先された事案、というだけ。

結局のところはこの比重の掛け方は、ある予見可能性に対して「予見・回避義務」をどうやって設定するか of バランス感覚で決まってくることになる。例えば一つの方法としては、**ハンドの定式**として「**損害発生**の**蓋然性**」×「**損害の重大さ**」と、回避義務を設定することで「**発生する不利益**」とを比較考量し、線引きをするというのが挙げられる。

これは理論的には一つの説明にはなるだろうし、実際にそのように数値化することはないにしても、たとえば「新幹線を走らせることは社会全体に利益をもたらすが、付近の住民からみれば騒音被害が発生する」というような場合にバランスの妥当性が常に判断されるように、結局はこうした**比較考量の問題**に帰着することになる。

もちろんそこである行為がどのような危険をもたらすか、その蓋然性はどのくらいか、そこには主観というよりも客観的な判断が加わっているのは言うまでもない。この意味で客観的な義務違反であるが、今の説明から分かったように、それは思ったよりもメンタル面を気にする「客観」である。

1 1 3 過失をめぐる座標軸群：抽象的過失と具体的過失

過失の前提となる**行為義務**は、わが国の一定の規範として、裁判例のなかで蓄積されてきた。これを抽象的に捉えると、通常の**一般人**を基準とすることになる（**抽象的過失**）。しかし問題によってはもう少し特定された具体的人間、究極的には加害者に主体を限定して判断していく（**具体的過失**）必要があることも否定できない。どこまで抽象化する必要があるのか、というのは当然加害行為の性質によって変わってくる。

例 医療過誤

このとき加害者は医師なわけだが、医師の過失は医者前提にすべきであろう。しかし医師のなかにも経験の浅いものや専門的な認定を受けたものもいるから、それでも明確ではない。ある医療事故において医師が責任を追及された時、どの水準で過失を設定するかはこのように問題になるのである。

判例集 110 事件（光凝固法医師了知事件：最高裁）

この事件では、「**人の生命及び健康を管理すべき業務に従事するもの**」には、「**業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務**」が課され、医師の場合、さらに基準となるのは診療当時の**臨床医学の実践における水準**であることが明らかにされている。

ということで、医師の場合は一定の水準が一律に求められることがわかった。経験の浅い医師にこのような水準を求めると言うのは酷なようにも思えるが、これはあくまで被害者にどこまで負担を分配するかという話だからね。ここで医師ごとにリスク負担が変わるならば、医者を選択と言う、およそ一般人には正しくできない作業の責任を被害者に負わせることになってしまう。

●具体的過失と慣行

付け加えれば、集団の間では当時このような対応をするのが一般的だった（**業界の慣行**）というのは、過失の判断にどのように作用するのだろうか。

判例集 108 事件（梅毒輸血事件：最高裁）

A が輸血を受けた血液が梅毒に感染しており、そのせいで損害を被ったと言う事案。輸血のもととなった血液（B から採血したもの）は、職業的給血者から輸血したものだった。ちなみに東大病院での出来事。

B が採決の前に梅毒に感染していたために、A は被害を受けた。医者ของผู้者である国は、問診とかしていなかったじゃねーかとかいう原告の追及に対して、当時の慣行は職業的給血者については証明書をチェックするだけで問診はいらなかったんすよ！それは行っただし、潜伏期間があるからこれはちょっと分からないよと無過失を主張した。

だが判例はここで、あくまで**注意義務は業界の慣行に必ず従うとは限らず（考慮はされるが）、それがそのまま尊重されはしない**とした。まあ業界全体で注意義務を果たしていないと言う可能性もあるのだから、妥当である。判例の指摘は「ではどうすればいいのか」については「問診くらいしろ」ということで、なんか実効性には欠けるところでもある。だがこの事例では少なくとも B が（本当かは別にして）「聞かれなかったからね」と言っており、少なくともやるべきことではあったと思われる。

●医療水準の変化

医療水準自体が変わる時、過失の判断はどのように変化すべきか？と言うのも問題である。

判例集 110 事件（光凝固法医師了知事件：最高裁）

酸素投与が引き金となって起こる未熟児の網膜の疾患に対し、有効な方法として光凝固法というものがあった。昭和 46 年、この方法がまだ試験段階で確立していなかったときの患者の被害について、「医師に求められている基準を守っていない（光凝固法を使えやカス）」として過失を主張した。

判例は、ここで、あくまで**「実践」における医療水準を医学的な水準**と切り離し、当時の実践医療の水準からすれば、この光凝固法を使えるように転院を打診したりする義務まではないとしたのだった。

判例集 111 事件（光凝固法姫路日赤事件：最高裁）

判決は医療水準の発展のプロセスについて一般論を示して**普及の間のラグ**を強調するとともに、「**全ての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準一律に解するのは相当ではない**」とした。代わりに、当該機関と同程度の設備などを備えた機関と比べつつ判断するべきであるとしたのである。

ようするに、医学の発展は学界→大病院→小病院と波及していくのだから、この間の時差を考えられるようにしろと言う訳である。結論としては破棄差し戻しで、そういう前提で審理をしろということになった。

120 他人の権利・利益の侵害

121 権利利益の侵害

709 条には**権利または利益の侵害**という言葉が挿入される。ここにつき考える前に、大前提として日本法が諸外国の法からするとどのような規定であるのかを確認しよう。

一般に不法行為のシステムは種類があって、一つには**フランス**民法に連なる「一つの広い範囲を持った条文」でなんとかするタイプと、**ドイツ**法のように典型的に分けて不法行為をカバーするタイプがある。ドイツの場合は三つのパターンで典型的に不法行為をカバーしている。

※もちろんこうした不法行為責任が全てをカバーしているわけでは諸外国でも決してなく、契約責任も拡張して救済しているのだった。そうして契約していない段階での責任が肯定されてきた沿革がある。

大陸法からはフランス法とドイツ法の影響を強く受けたわが国であるが、日本はここでフランス民法と共通し、一つの条文で全てをカバーする体制をとっている。

だが**フランスには、実はこの権利侵害要件は存在していない**。かつての民法にもこの要件はなかったのだが、修正されて導入されたものなのである。すなわち日本は何らかの理由でこの規定を足したわけである。

端的に言ってこれは、**故意過失で損害を与えた場合にそれをすべて賠償の対象にすると、不法行為が広くみとめられてしまいすぎてバランスを失する**と言う考慮による。

例えば競合する顧客を奪うなんて言うのも、権利利益の侵害要件がなければ賠償責任の対象に入ってしまうそうである。こういうのをとっぱらうために、権利侵害要件を設けて限定をかける余地を残したのである。

※それだけでは結局「顧客とのやりとりによる利益が…」と」が言われそうな気がするが、権利利益に「法律上保護される」とかの枕詞をつけることによる限定の可能性が圧倒的に増すことは疑いようがない。

※このことはフランスでも条文にないだけで意識されている。

122 利益の侵害

このような「むやみやたらに不法行為が広がるのを防ぐ」制限規定であるのに、かつては「権利」侵害のみが保護対象とされており、ここにはかねてより不合理な結果を招くのではないかと言う批判があった。そこで議論が始まり、今日の「利益侵害」が規定されるに至ることとなる。

権利侵害しか規定になかった改正前民法が問題になったのは、以下の事件でのことである。

雲右衛門事件

これは、吹き込み盤の著作権侵害を附帯控訴で訴えた事件である。

※**附帯控訴**と言うのは刑事の事件の中で民事の判断をしてもらえる便利な制度である。

損害賠償請求を大審院は否定した。浪曲師は音楽的な著作権を有しないとして権利侵害がないとしたからである。著作権を認めるには独創性のほか「定型性」が必要であり、このような「低級音楽」でアドリブ的要素があるものに著作権は認めないと言うのである。

※現在では著作権についてもそもそもこんな判断はされないが、ぐっとこらえよう。

ここでは「**権利侵害**」ではないのだから、**709条の対象ではなくなる**とざっくり請求を切ってしまった。

この事件につき民法の教科書でも言及されるように「権利侵害を厳格に解すると、非常に不合理な結果になる」ということが批判され、ここからもっと緩やかに権利侵害を介すべきだと言うことになった。

判例集 114 事件（大学湯事件：大審院）

原告がある湯屋について、建物を賃借するとともに、お金を払う代わりに設備や固定客など無形の資産をセットでもらう契約をしていた。ようするにのれん分け、老舗の買い取りという感じである。賃貸借終了後にはもらったのれんを別の奴に売るか、建物所有者に買い取りなおしてもらえる約束だったのに、建物所有者は原告にあげたはずの「のれん」を勝手に別の奴にあげてしまい原告がブチぎれたと言う事件。

ここで侵害されたのは**法律で権利が付与されているわけではない**「のれん」である。

ところがここで裁判所は、損害賠償請求を認めたのである。大審院は 709 条の故意過失責任は、法的な「権利」として確立されたものの侵害に限定されないとした。ここでは権利侵害と言う文言が非常に広く解釈され、〇〇権ではなくても、一つの「**法律上保護せらるる一の利益**」として保護される場合があるとしたのだった。この感じは現行法に近づいているね。

だが、ここでこの判例を見て「権利要件がなくなった」という点に注目するのは正確ではない。実は判例は「権利」の文言を外した代わりに、「法規違反の行為」という文言を判決中に取り入れているのである。

ここでは、権利侵害で判断するんだという基準は確かに外したと思うが、それ以上に**権利侵害に違法性の観点を取り込んで**いる。

実はここにあるのは、フランス式と言うよりはむしろドイツ式の不法行為の影響である。権利侵害を違法性の観点からとらえる、ドイツ的な視点がつきこまれているのである。この点は誤解のないようにしよう。こうした形で、法的な利益が法律上権利となったかとは別の視点で射程に入り込み、確立していった。このような判例群が現代語化のときに確認として明文化されることになった。

123 権利と利益の区別

今度は権利か利益かの区別が必要になる気がするが、今のところはあまり実益が無いことは述べておく。

権利と利益の区別が必要となりそうなのは、不法行為責任につき、広い意味での違法行為がなされた際の損害賠償は**金銭賠償**である（722 条、417 条）ことに端を発する。

履行不履行があるときなどは完全履行も求められるだろう、例外的な場合を除き（謝罪文を乗せるなど）損害賠償は金銭をもってしなくてはならない。フランスでは現実賠償として「行為」を要求することもできるのだが、日本ではお金のみ。

じゃあ邪魔な奴の排除は?と思うかもしれないけど、それはまあ、所有権でおねがいしますということになっているのである。自分の土地を勝手に使われているとき、不法行為によって生じた損害を求めていくことができる。そして邪魔な奴は、所有権でつぶす。

差し止めは人格権などにも基づくが、**とにかく「金」以外がほしいなら、必要なものは権利だ！だったら、権利と利益は区別しなきゃ！**という議論になって行くのである。

だが、権利が無くても差し止めが可能な時はあり、**独禁法 24 条**などは、民事上の差し止め請求を一定の**利益侵害行為**につき認めている。

【参照】独占禁止法 24 条

「……に違反する行為によってその**利益**を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、これにより著しい損害を生じ、又は生じるおそれがあるときは、その**利益**を侵害する事業者若しくは事業者団体又は侵害するおそれがある事業者若しくは事業者団体に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる」
具体的な法律によって差し止め請求が認められている以上は、法概念として利益も差し止め請求と結びつくということになる。このようなことを踏まえると、じゃあ権利と利益との区別は 709 条においてどのような効果があるのだろうかと言うのは必ずしもはっきりとしていないところになってくるのである。

1 2 4 無形財産侵害のいま

権利が付与されていない無形財産の侵害に対しても、114 事件のように柔軟に認めなよと言う姿勢があらわれたわけだが、現在はどうなっているだろうか。近年の動向を見てみることにしよう。

そもそもの前提として、**無形財産に特別法で権利が付与されている場合が近年は増えてきている**ことに気をつけよう。詳しい話は知的財産法の講義に譲るが、**著作権**や**特許権**などは無形の財産に権利を付与している。しかも**不正競争防止法**はたとえば営業秘密と言う無形財産に対して、権利を与えているとはいえないが保護を与えている。一定の無形財産に権利を付与したり保護を与えたりする実定法はこのようにあり、そうである以上は民法上でも保護されることになる蓋然性は高い。

ただし、これは決して民法でも保護「すべき」と素直につながるとは限らない。先ほどからの議論で「権利なら保護する、権利じゃなければ保護しない」というのはやめようぜと言う話になったわけだが、裏を返せば「権利だから 100%保護する」というわけでもなくなる。判断はより実質的なものでなくてはならないのは当然である。

判例集 115 事件（ギャロップレーサー事件：最高裁）

この事件には無体財産権として**パブリシティの権利**と言うものが出てくる。これは判旨に述べられているが、名称や外観のイメージの経済的価値を顧客吸引力などに結びつくものとして、権利化したものである。

モノのパブリシティと人のパブリシティと言う概念があるが（後者は、あの〇〇が使った！みたいな宣伝で使われるもの）、モノのパブリシティについて、709 条による保護は認められるだろうか問題になった。まず所有権の対象として無体的な価値が認められればその時点で保護の対象になるのだが、所有権は有体的側面に対してのものであるとして最高裁はすでにこれを否定している。

そこで、パブリシティ権の保護がなされるかが判断されるのだが、これについて 709 条の保護をみとめなかったのである。つまり、**知的財産権での保護は、必ずしも 709 条の保護を与えない**のである。

すなわちこの知的財産権は、国民の経済活動と無形財産の価値との調整をはかるためにそれぞれ特別に規定された法で、それぞれが一定の要件と保護の効果を定めることで非常に具体的な形で権利保護のバランスをとっているのである。だとすれば 709 条もむやみに適用はできず、特別法が作りあげたこのバランスを壊さないよう慎重に適用されるべきであるとされたのである。

このように、近年は単に保護をするための「権利利益の侵害」要件と言うよりは、特別法が乱立するこの法体系との間での難しい調整作業の出発地点として要件が機能している側面に注意しておかなくてはならないのである。人のパブリシティについては、後述する。

1 2 5 学説の議論

「故意または過失」の要件と「権利侵害」を理論的にどう整理すべきなのかは、結構議論される。

●かつての通説

大学湯事件では権利侵害要件を、「違法性」というドイツ法の観点におきかえていた。ここから違法性—有責の枠組みで、**権利侵害を違法性、対して故意過失を有責性要件とする見方が有力に主張された**のであった。まあこの立場は過失を主観的要件とすることになる。

ただ、権利侵害が違法性であると一般条項的な事を言われても、じゃあ何が違法なのかという基準の問題が出てくる。ここで**我妻栄**先生が**相関関係理論**というものを持ち出して、これに対応しようとした。

我妻説の相関関係理論は、結果と侵害行為の態様を相関させて違法性を判断すると言う議論である。

たとえば生命身体などの絶対的権利についてはそれを侵害すること自体が違法と言っていいが、債権を侵害した場合などはただちに違法とは言えず、その場合は侵害行為の悪性から不法行為を限定するのである。

●今の通説

ただ過失などは現在は**客観的な義務違反**だとされているのは述べた。とすると、ここで禁止規範に違反したかどうかという違法性の破断をしていることになる。この場合、**権利侵害要件を経ることで違法性の判断を二重にかけているということになり、要件が重複している**ような気がしてくる。だから整理が必要になる。

①**過失一元化…新過失論**とも。過失のもととなる義務設定の段階で権利利益の判断、すなわち違法性判断が組み込まれているとすれば、わざわざ権利侵害要件で違法を言わずとも一元的に判断することができる。

②**違法性一元化**…そうしたようなものを「違法性」と考えるだけで内容的には上と同じ。
まあいずれかに一元化するとするが、これは当然だが「要件が重複している」という前提を置いているからである。ここで「いや、実は重複していないんだ」と見れば、また違う見方になる。

③ゆるやかに**区分け**…ここでは、権利侵害も**消極的な要件**だとする。まあ確かに、「権利侵害」があったが「故意過失」場合に不法行為が成立しないが、このような状況は全く考えられないのだろうか。あるとするならこの時点で**違法性判断を過失に完全には取り込むことができない**し、このような区別を前提とした見方にも一定の説得力があるのではなかろうか。

つまり、ある法益侵害があった…！というときに、「じゃあその侵害がないようにすべきだったとすればどんな義務があったか」を**二段階**にして考えるべきではないか、と言う見方なのであり、現在の条文を素直に読めばそうなるのではなかろうか。

130 法的に保護に値するもの

131 709条の位置づけ

709条と言う条文は、損害賠償請求が認められるのかどうかを決めるものだが、裏返せば**何が法的に保護に値するものなのか規定する条文だと言える**。法律によって権利も与えられず保護されない場合は少なくとも判例上は保護されないのだから、裏返せば新たな権利や保護が生じるプロセスと見る事が可能である。これは言ってみれば709条は法的な権利利益の「承認」の場であるということになるだろう。そういう意味では、709条は判例の蓄積の中、裁判所による**権利生成作業**を行うものだということである。

ただ、じゃあこれが保護されていますよと言うことをここで全部話しきすることはさすがにできないので、典型的なものについてだけ話していくことにする。もちろん、所有権だとか説明しなくても保護されるにつき問題がないようなものは飛ばしていきます。まあ具体的には**債権**や**プライバシーの権利**、**名誉**などを扱っていくことにしようと思います。

132 債権侵害その① 二重売買

債権も財産権の一つならば、709条の権利にあたることは難しくなさそうである。しかし、それはいかなる要件のもとであろうか。例えば、土地の二重譲渡の場合、第一買い主と第二買い主は対抗要件を具備したほうになるが権利を主張できることになるよね。

第一買い主は契約をしているのだから、土地を明け渡してもらった債権を有している。だが第二買い主が先に登記をすれば、第一買い主にしてみれば当然、履行不能と言う状態が発生することになるだろう。

ここで、**第二買い主が第一買い主に対して債権侵害をしているのは確かであるが、これが常に不法行為にあたるのだろうか。**

我妻説をとれば、債権の保護は弱い（債務者の意思を媒介するため）から、不法行為の成立には加害行為そのものの違法性が強くならないとならない。したがって、先行売買がないと第二買い主が信じていたようなときには不法行為が成立しないだろうし、先行売買につき悪意でも、「**背信的**」でなければ大丈夫とするのが、177条の要件との関係からはバランスがよさそうである。つまりは、**自由競争の原理**が適用される範囲としてこの債権侵害もとらえるということである。

まあそのような背信的悪意者が絡む場合は、第一買い主は所有権自体から保護を受けられるだろうが、論理的にはどちらも選べる。

※債権は弱い、というのはここでの大前提で、それを行為の悪性が補完しているのである。なぜ弱いかは先ほど述べた通り、**相対的な権利であり、なお債務者の意思に服するもの**だからである。

ただ、なににせよそこでは債権の相対性が、保護を弱めているように見える。

133 債権が相対的？

通説はこう説明し、判例もこのような立場を採っているようにみえるが、最近の学説は原則として**先行契約**を知っていれば速攻で709条にひっかけるべきだと主張している。

そもそもこの相対性（債務者に対してのみ主張できるという意味）をそのまま裏返すと、売り主はともかくそれ以外の人は、「**債権をないものとして行動してよい**」ということになる。これをまあ**自由競争**というわけだが、通説の論理を徹底すると、およそ債権侵害は成立しえなくなる。

これをつきつめると、**自由競争を違反した場合に侵害が認められるといっても、実は債権を侵害しているのではなく自由競争のルールを破っているのにすぎないのではないか**、と見ることもできるだろう。たとえば不正競争防止法などが守る法益は、債権侵害ではなく、自由競争に対する侵害ではないだろうか。

そして債権は相対的だとこの自由競争とか言っちゃう奴らは前提にするわけだが、そもそもこれは「相対的」であるという意味の取り方にもよるのではなかろうか。

契約において、売り主と買い主の間には履行義務があり、それは第三者からすれば何も関係ない相対的なものであるとする。これは契約の拘束力は当事者にしかおよばないという意味で、**合意の効力**ということになるだろう。

しかしここで真に問題となるのは、第二買い主が、第一買い主が買ったものを買うことで、第一契約の内容実現を妨げることをしてよいのかどうかである。

これは契約の履行義務の話ではなく、契約を尊重すべきではないか、もっといえば他人の権利は侵害していけないのではないかと言う話である。「契約の拘束力」に限らない構成で「相対」と言う言葉の意味をとれば、債権には不可侵性がない、とはただちに言いきれない部分があるのではないかということである。

とすると、自由競争の問題を直ちに引き出す通説は、この相対効を簡単にとらえすぎていることになる。

対して以上に説明したような理解を執る立場からは、債権も尊重される。

他方で、では債権には特殊性がないのかといわれると、とくに契約上の債権は目に見えないし、うかがい知ることが難しく、またそれを調査するのも難しいところである。だから、そのバランスを取る地点として、債権の存在を「知っているかどうか」、**悪意**を基準にして、不法行為を成立させるかどうかを決めるべきだとする結論が引きだされることになる。

※ここでの悪意というのは、行為義務が課されるある種の前提としての**主観的違法要素**である。違法性判断をしているのであって、責任判断の話ではない。

よって、先行契約があることを知り、それをぶちこわすようなことをした時には 709 条により賠償責任を負うことになるのである。このような議論をする人たちは、自由競争論を「神話」として批判する。

この議論を **177 条**まで持ち込めば、背信的悪意者ではなく悪意者も排除する可能性が出てくる。

※しかしこの時は、**登記制度の趣旨**も考えないとダメである。不動産の取引安全を図るという公益目的から登記制度は要求される。そこでは公示して第三者に知らせない場合には権利取得は認められない可能性、失権する可能性があるよとサンクションを加えることで「登記を促す」ところに意義がある。だとすれば、先行契約について悪意であるだけで登記しなくても権利を認められるのなら、登記しなくても失権しない場合が広く認められることにつながり、登記制度の趣旨に反することになりかねない。このような制度主旨まで考えると、悪意者の扱いを一律にとらえるのは不適切である。

このように、伝統的な通説は登記を早いものがちだから自由競争！債権でも自由競争！という理解だったが、近年の説では債権侵害において自由競争ルールを所与とはしない。

むしろそこからは**悪意の債権侵害行為が広く 709 条の範疇に入ることになり、そこから登記制度の趣旨を拡張するなどという形でバランス取りがなされる**。こうすることで不動産に関する契約における悪意侵害者を 709 条の対象から外すわけであった。

フランスなどでは一時期判例もこの説を受けてぶれたりして（現在はまた背信的悪意者排除というやりかたに戻っている）、依然この問題が根強く残っていることが分かる。

134 債権侵害その② 授業員の引き抜き

他の企業の人材を引き抜くことは、債権侵害にあたるだろうか。言えるのなら、他者の人と知りながら引き抜くことは、先の二重売買と同じように自由競争の枠組みで判断することになるのだろうか。

近似の有力説によると、引き抜き行為については二重売買と決定的な違いがあるとされている。雇用については特別法につきほとんど修正されているので民法第二部では詳しく扱わないが、例えば 627 条の期間の定めのない契約の場合は、**従業員側から雇用契約解約の申し入れをすることができ、申し入れから二週間で契約は解除されることとなっている**。つまり辞めますと言って二週間たてば、それで辞められる。（使用者側からの解雇は特別法で制限されることになるが）

そうだとすると、引き抜きが「今いる企業をやめて」「こっちにこい」ということならば、契約を**適法に終了**させてそこから契約を結び直しているだけである。売買だと解消できなかったりするが、雇用契約はこのように**辞めることができる**点で異なるのである。これは適法行為なのだから、不法行為を形成することは原則としてなさそうである。つまり、引き抜きはなんら違法行為にはならないように見える。

しかしこれを貫徹すると、ある部門の人たちをごっそり引き抜く（競合企業を立ち上げるなど）ことも、企業は退職する自由がありうる前提で組織をくむべきだろ？全然オッケーだぜということになる。

しかしこれは、会社の運営を**意図的に害する目的**で行われる可能性があるし、判例もこのように目的が取れる場合は不法行為だとしている点に注意しよう。

判例では「**社会的相当性**を逸脱した」という言い回しがよくなされるが、自由で公平な範囲を超えた形での退職は不法行為になるのである。これは一見すると自由競争論が妥当しているように見えるが、近似の有力な考え方にのっとっても、今言ったような場合には雇用契約上の義務違反と言うより**営業上の業務攪乱行為**としての違法性をおびていると見ることになる。

135 債権侵害その3 競業行為

引き抜きをされると困ると言うのは、決して人材流出だけにとどまらず、**営業上のノウハウ**がライバル企業に流出する可能性があると言うことも含む。しかし、顧客情報とかは規制できるにしても従業員が自ら蓄積したノウハウは制限しようがない。ここで、就業規則などで、「辞めてから二年間は同種の企業で働いてはいけない」、などといった**競業禁止契約**を結んだとき、それを破った場合に不法行為になるかが問題になることがある。これもさきほどの引き抜き同様の問題になるだろう。

しかしこのような特約は、そもそも民法 90 条で**公序良俗**に反すると言われることもありうる。何故ならこの契約は、**個人の職業選択の自由**と言う基本的な人権を制約するものであるからである。ということで、このような制約も、第一に憲法に適合するような合理的な範囲内である必要がある。よって、**引き抜きもしくは自分がライバル企業に移ると言うことは、それがただちに不法行為を形成することはない**。

下級審レベルでは東京リーガルマインド事件と言うのがあり、「二年間ライバル企業を立ち上げるな」という契約した上で伊藤真が退職したのに、伊藤塾を立ち上げて問題になった。

ただこれは、契約自体が公序良俗に違反するので、退職金 1000 万位でこの金稼いでいたやつを仕事につくのを禁止するのは無理やで～としたのだった。法律力の差が出た形になるな…。

まあ引き抜き行為は例外的な場合にのみ不法行為になると理解しておこう。退職後の従業員が競業業務に就くことが信義則上（企業の利益を害すな！）の義務に違反するのではないかという事案では、判例は「自由競争を逸脱した範囲ではじめて不法行為になる」としている。具体的には不当な**信用棄損**や**機密漏えい**などといった事情がなくてはならないとした。伝統的通説からはこれも自由競争逸脱と説明されるのだが、ここでは「債権が弱い」からとかいう単なる理由でなく、競合する権利と綱領的に判断される形で、このように個人の自由が制約されることがあるから上記の結論が出るとみたほうが実際にはいいだろう。憲法の日比野さんの考え方と似ている感じ。

136 債権侵害その4 不貞行為

恋愛の自由競争はあるか？というような話でもあるのだが、これは民法 4 部でやりますからもう省略します。

137 広義の人格的利益の侵害① 生活妨害（日照・通風・眺望など）

ここからは広い意味での人格権に基づく問題シリーズに立ち入って行くことにする。

まず扱うのは、生活妨害の事例である。判例は生活妨害を、騒音や煙を炊くことなど、行為自体が直接に侵害行為となる「**積極的な生活妨害**」と、建物を建てて通風や日照が遮られるなど、行為そのものというより反射的な効果として侵害が起きる「**消極的な生活妨害**」とに区分している。

判例集 120 事件（世田谷日照権事件：最高裁）

日照という消極的な生活妨害、すなわち広い意味で他人の生活環境に影響を与えるような行為が、709 条の対象となるか、そして差し止め対象になるかが問題となっていた。

歴史的にはこれは、権利濫用で片づけられていた問題である。判例集 121 事件（信玄光旗掛松事件）を参照してほしいところだが、かつては権利の濫用があって第三者に被害が生じたと言えるかが問題にされており、この判断がもっぱら加害者側の視点から考えられていた。ちなみに判例集 121 事件は、汽車の煙で松が枯れた！みたいな事案。

対してこの判例では、被害者側に視点を置いている。ここでは**被害者側**から見て、**社会生活上受忍すべき限度を超すものかどうかで違法性を帯びるのかを判断する**のだとした。

ただ、濫用構成だろうが受忍限度公正だろうが、ここでは当然の前提として「程度問題」で判断していく構造があることになる。**何故、程度問題で処理されるのだろうか？**

これは疑問に思うことかもしれないが、他の理論構成がとれるだろうかと言う話である。たとえば積極的な生活妨害の場合には「それ自体違法」という枠組みの設定も不可能ではないが、日照の場合など消極的な形のときにこれが言えるはやはりできない。そもそも日照などは、そもそも誰かに専属しているものではない。所有権などは占有が認められるのに対し、ここで議論されるような諸問題は、〇〇のもの、などと言う形で**専属することがなく、代わりに社会のルールの中で決まったラインを超えるかどうかで判断されている**ものなのである。「先に建物を建てた人は、後から建物を建てた人より尊重されるべきだ」といような早い者勝ちの理論では現実の社会生活上のスペースの割り振りは無理であろう。

「社会的に妥当な」範囲が決まっていると判例は述べるのだが、この種の調整は、その地域での**慣行や行政法規、私法の枠組み**といった諸要素を総合勘案しなくては導けないものである。ここでは日照や通風が、排他的利益でなく「そもそも調整によって認められる」権利として描かれるがゆえに、程度問題になるのである、それも根本的に、である。

※以前、契約法上「見晴らしが良い」ところにマンションを買ったら高層マンションができた！なんてときに取り消しができるか、代金減額ができるかという話をした。これは契約上の利益として、契約内容にどこまでの条件が帰属するののかと言う問題であるから、ここでの不法行為責任の問題とは別物である。そもそもここでは契約とかしてない第三者に対して観念するような話だし。

138 広義の人格的利益の侵害その② 景観の利益

このような人格的利益への侵害は、とくに**景観の利益**とかいう形でより個々のものではない、主観を超えたレベルに観念されることがある。

国立マンション訴訟

20メートル越えのマンションを建てる計画に対して、付近の人々が損害賠償請求と、同時に差し止めを要求したのだった。原告は地域に住む人たちであるが、この都市の良好な景観の中で生活する利益は、明らかに各人の利益ではなく**地域全体が共通で持つもの**である。

ここには純粋な主観的利益を超えたものが取り込まれているわけだが、その種の物が果たして 709 条の対象にかかり、あるいは差し止め請求の対象となるのだろうか？ということが焦点になったのである。

最高裁はここで、**景観の利益と言うものが司法上保護されうる**ことを述べたのだった。都市の景観は良好な風景として人々の歴史的文化的環境を作り上げそれ自体価値があるとし、接した地域でそれを日常に享受する者は景観利益につき 709 条の射程に入る密接な利害関係を有するとしたのである。

日照の場合は、日当たりの悪さなどはある程度個別に算定することができるのだが、このように景観として住民に共通の利益になってもなお保護に値するというのである。もちろんここでは、眺望などが**建物価格**に影響すると言うことが考慮されている。

※しかし判例は同時に、この保護されるべきものの内容自体は確定していないとして、権利と言えるような強固な内容が確立していないので、「**利益**」だとした。利益と権利の具体的な違いははっきりしないが、内容にまだ**可変性**があるときは利益であるといっていいたいだろう。

これが違法性の判断にどのように関わるかは問題だが、これをうけても**総合的な判断が必要になる**ことには変わらない。そして、これが**結局は社会的な合意の中で生まれる権利である**ことも述べた通りである。よって、さきほどのべたように権利濫用や公序良俗といった事情がなければ、結局はこのように社会生活の中で合意されたレベルで与えられた権利なのだから、その程度の利益として、違法判断がなされることは「例外的」でしかないだろうといえる。

この主観的利益を超えたある種の「抽象化」が極限まで行けば、**世界全体**まで客体にできなくもない。が、そうすると、そもそも 709 条の利益にはなんかちょっとならなそうになる。これについては EU で議論されているが、少なくとも従来の枠組みのなかでそのまま判断できるものではないし、まだ議論も甘い。

139 調整の必要な権利

まあ結局は、生命身体と言った絶対的な権利ではなく他の権利との「**調整**」が予定されている権利についてはあくまでその衡量のもとで判断されるし、基本的には社会的な合意のバランスの中なら 709 条で違法と判断されるレベルの物にはならないことが多い。

※しかしそれは、具体的に考量しなくては分からないことだから、判断がそもそもなされないという意味では決してない。

差し止めについても枠組みは同じである。人格権を根拠にした差し止め請求自体は認められているが、どのようなときに差し止め請求が認められるのかについては、それによる損失と利益がもちろん考量されて判断されていくことになるのは同じである。

ただ考慮要素は同じといっても、**差し止めはただの賠償とは別の影響を伴うことがほとんどだし、その要素はとても大きいものだから、結論が異なる**（差し止めは認められないが、損害賠償は認められるケースなど）ことはありうる。

判例 159 事件（国道 43 号線公害事件）

差し止めと不法行為の違法について、上のような理由から「右両場合の違法性の有無の判断に差異が生じることがあっても不合理とは言えない」として判断を異にした。

※日本は権利がないと請求が出来ないので、かなり人格権は広く解される。

13A 広義の人格的利益① 名誉棄損

名誉・人格・プライバシーなどについては人格的利益としての明文法規はないものが多いが、709条でそのような利益が侵害されたことにつき救済を求めていくことができる。709条はこの意味で社会の変化に応じ新たに権利を創設するものとして理解することができるだろう。いくつか並べるがこれを狭義とするか広義とするかも外延は微妙なところであるから、あまり広義だとかの区別は気にしないで読んでくれる。

さて、**名誉棄損**は刑法各論でも習っているので重複しないようにするが最低限は述べよう。

前提としては、名誉には評価としての**社会的名誉**と、個人が内面に持つ**名誉感情**とがある。このように社会的な名誉と名誉感情を区別したうえで、この**不法行為法の保護は基本的に社会的名誉に及ぶものと解される**。723条は他人の名誉を毀損したのに対して、損害賠償と、名誉回復処分を行わせることを認めているが、ここでこの名誉とは、あくまで**社会的な名誉**なのである。名誉感情の侵害に対してできるのはせいぜい慰謝料請求くらいであり、たとえば**謝罪広告**という措置も、どちらかというやはり社会的に名誉を回復する処分である。

※授業ではあまり説明はされなかったのだが、不法行為の在り方としては社会の中でどう損害を補てんするかの規定なのだし、社会的な意味での損害を捉えるこのような考え方にも妥当性はあるのだろう。

名誉については人の社会的評価を参照するが、ここでは厳密には名誉ではない「**信用**」が毀損された場合にも、損害賠償や差し止めが認められることがある。まあなんにせよ、基本は社会的な名誉を対象にしたものが保護される。

例：テレビ朝日のダイオキシン報道…所沢の農家が報道番組によって社会的な評価を低下させられたとして訴えが起こされた。これは社会的な評価のほうに焦点があつた訴訟である。

ただし、刑法同様に709条の解釈はなされている。要するに、「**公共利害に関する事実であり、かつ公益目的で適示する**」場合には、**摘示された事実が真実なら不法行為でないし、真実と信じるにつき相当の理由があれば不法行為でない**と刑法の理論を引っ張ってくる。

つまり、裏を返せば名誉に関しての社会的法益には、公益利害に関するもの（真実でも違法性阻却されない）とそうでないものがあるのである。

ここで真実の判断は、**口頭弁論の終了時**が基準になる。名誉棄損に関する真実は、事実認定をする口頭弁論が終わったあとの事実認定は含まない。まあそもそもそれだと証拠調べできないけど。

しかし、「真実でないとき相当の理由」というものは**行為時**を基準とする。何故ならそうでなければ、ずさんな判断で毀損的な放送をしても、あとから証拠を集めればなんとかごまかせることになる可能性があるからである。

真実性のほうは、それがあれば守るべき法益が事後的とはいえ消滅するから、結果付合的な違法性の判断を行えばよく口頭弁論終結時に判断するが、客観的な行為義務としての裏付け要請については当該行為時に判断されるのであって、この区別には一定の合理性があるだろう。

※**配信サービスの抗弁**…お金もない新聞社とかだと、一定のクレジットを載せたりするなどして他の会社のニュースを載せることがある。そうして載せた記事が真実でなかった時、「相当の理由があった」と言えるだろうか。少なくともここで自前での確認はしていない。

ここで、もし確認をしなければ配信サービスを載せることが認められないことになれば、そもそも配信サービスは合理的判断をすれば載せられなくなる。こうして、「配信サービスなら確認しなくても相当の理由が認められ、不法行為にならないだろう」という**配信サービスの抗弁**が出てくることになった。

判例集 117 事件（口疑惑「極悪人」事件：最高裁）

裁判所は私人の犯罪やスキャンダルは、取材に真実性のないものが多々見られるので、**配信記事だからといってそのままのつければ信じたことに相当な理由ありとはただちにはみなされない**としたのだった。例えば警察が公式の記者会見をしたとき、それをそのままのつけたなんていう時にはこれにつき相当の理由を認めてもいいだろうが、刑事を捕まえてききまくって得た情報ではまだ足りないだろうとして、少なくとも配信サービスを前者ではないとしたのである。

ただ、別の判例は、**配信元の新聞社**が十分な調査を行ったということを確認すれば、それで確認義務は必要なくなるのだとして多少基準を緩めたのだった。

※**フェアコメントの法理**…人格的な社会から受ける価値を低下させるにも、事実の摘示でそうする場合と、意見や論評で行う場合とがある。ここで論評の場合は、事実の適示のように端的にその表現したいが受け止められるのではなく、それを読んだ各人が言論の中でまた評価をして、そこから意見を形成する

と言う形で読まれるものである。だからこのような意見の表明などの場合には、これは名誉棄損の対象外なのではないか、という議論である。もちろん、論評の形態をとって事実を摘示する場合もあるから、その場合はこの範疇にはない。

先の 117 事件では、一定程度この法理に近い事を言っており、公共目的 + 公共利害の先の要件を満たした真実である事実を基礎とする論評は、「人身攻撃に及ぶなど意見ないし論評の域を逸脱したものでない限り」違法性を欠くとしている。

一般論として、このように**意見ないし論評の場合は、論評の形態をとった事実の適示なのか、それとも論評そのもののなかを分けて考える必要がある。**

判例集 158 事件（北方ジャーナル事件：最高裁）

差し止めについての判例。事後的な賠償や販売中止などが取られることがあるが、そもそも事前に差し止め請求することもできる。ここでは人格権としての名誉権に基づく差し止め請求として訴えが提起されており、それが認められている。**裁判所は物権と同様に人格権を排他的なものにとらえており、強い保護を与えようとしている**のである。

事前の差し止めの場合には、そもそも真実かも含めて人格権について判断されることになる。

13B 狭義の人格権の侵害その② プライバシー

次に、**プライバシー**について考えよう。

基本的にプライバシーの意味については明確で無い所が多い。初期には「**宴のあと**」事件において、「**私生活をみだりに公開されない**」のがプライバシーとされたが、現在ではより広く、「**自己についての情報をコントロールする権利**」として考えられるのが一般的であろう。

だが、なににせよこれをあまり広く考えるのは適当ではないし、具体的事案に即してどんな側面がプライバシーとして保護に値するとされているかを考える必要がある。

この点を考えつつ、何が保護されているのかをみていこう。

「**石に泳ぐ魚**」事件では、モデルとなった人が作者や出版社に対して出版差し止めを求め、裁判所はそれを認めたが、その論拠としては名誉感情を傷つけるというもののほかに、プライバシーの侵害について述べていた。だが具体的事案に即してどの部分がプライバシーであり、どの部分が名誉感情なのかは特定できないというあまり役に立たない判例。

いっぽう**江沢民名簿提出事件**では、早稲田大学での江沢民の演説への参加申し込みの際に記入された個人情報をも同意なく警察に開示した事に対し、裁判所は個人情報の侵害を認めた。氏名そのものは個人を識別するものに過ぎず個人情報ではないが、それに付随する住所等は保護に値する個人情報だと考えられたのである。ここでは、名誉感情とかそういうものと区別されて、プライバシーに関しては「**知られたくないものを知られないままでおくこと**」が保護法益となっていることが分かる。有能な判例だ。

つまりここから名誉の時と違って、真実であるという理由でプライバシー侵害が許容されることはないとわかる。そして名誉棄損ではないが、プライバシーの侵害になることも、当然あり得ることになる。

プライバシー一般についての説明はこんなもんだけど、他に説明することとして、**前科の問題**がある。

判例集 119 事件（ノンフィクション「逆転」事件：最高裁）

アメリカ占領下の沖縄で、米兵と喧嘩して起訴された被告人が、裁判の末逆転無罪となった。

この事件を使用した作品として「逆転」が出版されたのだが、このなかで、無罪とはいえ実は一部有罪だったということが明かされてしまった。つまり、前科をばらされたということになる。

それをつけ、モデルとなった人物が著者に対し慰謝料を請求したという事件。

だが、**刑事裁判が存在して前科がついたということは当然には私生活上の秘密とはいえない**。なぜなら刑事裁判は公開が原則で、知ろうと思えば知れないこともないからである。だから、前科がほんとにプライバシーと言えるかどうかが問題となったわけである。

これに対して判決は前科を保護法益と認めたのだった。

確かに刑事裁判は公開だが、前科者かどうかは普通の人には知らないことである。この判決では「**有罪判決を受け、服役したという事実は、その者の名誉あるいは信用に直接かわかる事項であるから、その者は、みだり右の前科等に関わる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有する**」というふうに判示した。一市民として社会に復帰することが要請されているのだから、その新しい生活の平穏を侵害されない利益があり、これがこの事件における保護法益になっているのである。

時間が経つと事件のことを知らない人が増えてくるのに対して、かつての犯人は昔のことを忘れてほしいと思う。このような「忘れて貰う権利」というものを保護法益としているのである。

ただ、注意すべきはこれは前科公開☆即☆不法行為というわけではないということである。判例はここで一定の**社会的な利益**というものがあることも認めており、時にはそれが「忘れて貰う権利」を凌駕するときもあるとも言っているのである。

たとえば小説家や歴史家というのは、過去の事実の意味づけを世に訴えることにその職務の意義を持っている側面があるし、このような行動には一定の利益がある。公開されない利益とこれは相克することになる。だから、結局は**ある情報を公開することによる利益や影響と、果たしてその行為が必要なのかという点とを加味して判断する必要がある、状況によっては実名での事実の公開が受任されねばならないこともある**のである。

とはいえ、本件では公人でもない一般人の生活を公開することにそのような公共的な利益があったとはいえない。そもそも仮名でも十分であったろうし、それゆえ被害者の方の請求を認めたことになる。

13C プライバシーについて 肖像権

肖像権もプライバシーの枠組みのなかで保護される人格的利益の一つだとされている。この言葉は一般でもよく使われる言葉となっているが、改めて考えてみると、その内容に厳密な定義を付すことはプライバシー同様に容易ではない。

だがまあ一般的にはこれは「**無断で撮影されない権利**」と考えられている。これには撮影自体をされない権利だけでなく、自分の容貌を世の中に公表されない権利も含まれている。

ただし、自分の容貌を公表されない権利を守るということを徹底すると、BLEACH の愛染のようにマスクメンとして生きていかねばならない。およそ**人間が公の場で顔を晒して歩いている以上、ある程度の範囲に容貌が公開されることは受容せねばならないものでもある**。

とはいえ容貌を赤の他人に公表されると、公の場を歩くときには常にネームプレートをつけてあるいている状態になるから、結果行動の自由が制限されることにもなるので、バランスを取らなくてはならない。

また、誰かと一緒にいるところを撮影され公表されたときは、容貌そのものよりは「特定の時間、特定の場所で、特定の人と一緒にいた」という**広義のプライバシー**のほうの問題となってくるので、「肖像権」の問題とは厳密には射程がずれてくる。

撮影自体をされない権利について考えてみても、それを徹底すると何かを撮る時には誰も写り込まないように撮影せねばならず、撮影の自由を侵害することにもなろう。だから、どの場合に撮影の許可が必要かはケースごとに考えねばならないことになる。

ということでなんにせよ、**無断で撮影したり無断で公表したりすることは、それ自体で直ちに違法とはならず、より具体的な利益の衡量が必要である**ことになる。

問題は、これはプライバシー権などの侵害全般に言えることであるが、「じゃあどうやって考量すんだよ」という点に他ならない。

和歌山毒カレー事件

事件の被告の容貌が無断撮影されて雑誌で公開されたことについて、出版社が訴えられた事件である。判決では、上に述べたように撮影されない利益、公表されない利益について述べた後で、肖像権含むプライバシーの権利侵害における共通の判断枠組みとして、①**公共性**、②**公益目的性**、③**手段の相当性**が、違法阻却のために必要である旨を判示している。これを見て、社会的に受任される限度を超えるかどうかを判断するということである。ここで考慮されるファクターとしては、被害者の社会的地位、撮影された場所、態様、社会的必要性などが挙げられた。

※これは、③を「真実性」に置き換えれば完全に**名誉棄損の判断枠組み**である。

このケースの判断としては、報道目的ということでは一定の公共性が認められないでもないが、撮影の態様としては裁判所の許可のない撮影であり、本人の許可もない。だから、**撮影行為には手段の相当性がない**とした。しかもここでは手錠や腰縄を付けられた状態での容貌を撮影されたのだから、本人の人格的利益が傷つけられたといえる。法廷は撮影が想定される場所ではなく、本人は好き好んでそのような場所に行ったのではないし、また一般の人が自由に立ち入れるわけではない。だから、この撮影行為には違法性があるとされたのだった。

※イラストの問題

では、イラストだったらどうか。こちらについては、撮影行為はないので公表されない利益が保護法益になる。**結局イラストも限りなくうまく書けば写真とほぼかわらないので、みだりに公表されないという人格的**



利益につながるのは確かである。ただし、写真は科学的に写実的に対象を映すのに対して、イラストは作者の技術、主観に応じて出来が変わってくる。だから、イラストに込められた作者の主観も考慮される。和歌山毒カレー事件ではこの点を考慮し、被告の単なるイラストについて違法性を認めなかったが、腰縄を付けられた状態のイラストについては名誉感情の侵害との評価を下した。

※ただまあ判例は、「法廷スケッチはもう慣行やから…」という感じで判断しており、その慣行じたいを正当化する理屈は謎である。

肖像権については**差し止め**も問題になる。さっきも言ったが人格権は精神的自由と同様、排他的支配を問題とするのであるから、妨害排除とかを請求できる。事前差し止めは表現の自由の侵害の度合いが強いものの、肖像権などについては許容されることも多い。

1 3 D 狭義の人格権の侵害その③ パブリシティ

パブリシティ権というものは、**容貌や名称などに付される財産的利益**である。たとえば有名人の名前は CM やブロマイドに使われると、一定の顧客誘引力を持つことになる。パブリシティの侵害に関しては、もちろん人格的利益の填補のためにここでは慰謝料が払われるのだが、そのような慰謝料の他にも**経済的損失があった場合に損害賠償が請求できるか**ということが問題になる。

ピンクレディー事件

パブリシティと言うものを示した判例がピンクレディー事件最高裁判決である。ピンクレディーの写真を勝手に使った芸人が訴えられたのだが、ここではある種の著名人の肖像には人格権に由来する権利として、**顧客吸引力**を内容とする不法行為上の非侵害利益が存在することが認められたのである。

他方で肖像は、時事報道や創作物に使われることもあるので、正当な表現行為として使われるならば許されるともした。つまり、いつものように比較衡量が必要になる。「何をもって不当な表現と評価されるのか」が問題となるのである。

判例を見ると、**目的**による限定がなされており、独立の商品として使おうとする場合、商品の差別化をはかる目的で（キャラクター性による差別化をはかる）使う場合、広告として使う場合など、**顧客吸引力をもつばらの目的として使用しているかどうか**が問題になる（**もつばら基準**とか言ったりする）。今後最高裁の判示をベースにして裁判が行われていくはずだが、判例の蓄積はまだあまりない。

※ここでは**人のパブリシティ権**は認めるが、たとえば競走馬などモノへのこの権利が認められてはいないのは、先のギャロップレーサー事件が示す。物の利用については、その有体的側面は**所有権**が、その無体的な利用については**知的財産権**に委ねられると言う二元化が行われ、この法秩序が尊重されているのである。この差異は、パブリシティが所有権ではなく人格権から規定されるところに由来する財産権的な側面であることの証左になる。

1 3 E 狭義の人格権④ 氏名

氏名権などとも言われる。だがまあいつものようにこれも何かははっきりせず、いくつかの解釈がある。

①氏名を冒用されない利益

他人になりすまして土地売買を行うなどは、これは所有権の侵害だからここでは氏名権の侵害の問題ではない。そういうことではなく、小説の中で実在の人物の氏名を使うようなときに問題になるものである。ただ、橋爪隆という名前を大学の教授が主役の官能小説に使うとかすれば問題にはなるが、そうではない場合にまですべてこれを侵害しているとするのは適当ではない。**人格的な混同が生じるようなときをもって、氏名権の侵害が生じたといえる**だろう。すなわちこの判断には、氏名以上にそれを用いることによって具体的に何が生じているかを特定する必要があることには注意しよう。

②氏名を正しく呼ばれる利益

これについても最高裁は 709 条の対象とした。この利益の存在は昭和 63 年に最高裁が示した。NHK がテレビのニュース番組で、韓国籍を有する人物の名前を日本語読みで報道したところ、この人が謝罪文の掲載と慰謝料を請求した事案である。

ここではそもそも名前を正確に呼ぶことが私法上の救済対象になるかが判断されたが、ここで法的利益になることは示した。然し常にこれが法的利益として保護されるのではなく、基準を示した。

氏名とは個人から見ると、人が個人として尊重される基礎として、人格権の一内容をなすものである。しかし他方で社会から見て、個人が誰かを特定する識別作用としての側面も氏名は持っているのも確かである。皆同じ名前なら名前で区別できない。

この二つの側面から、個人の人格権が侵害された場合とは、どこで調整すればいいのかが問題であるとした。本人にとって人格権の侵害になっても、社会からすればこれをもって識別を果たしていることもありうるか

ら、結論としては「漢字の場合には読み方がいくつかあるから、どうしてその呼称で読んだのかという目的などをもってその侵害も変わってくる」とし、この読み方が社会的に是認されているやり方であるならば、**個人がそれを嫌と思っていてもそれをもってただちに不法行為になることはない**のだとした。

現在では民族語読みが普通なのでまた判決の基準も変わっているだろう。この訴訟自体、賠償を目的としたのではなく、このような変遷の端を発する目的からのものだったと思われる。

もちろん他にも問題になる氏名の利益はあるだろうが、ここで大事なのはいちいちその利用がもたらすものを特定する作業である。ちなみに芸名は、これが**顧客吸引力**を持つときにはそれ自体利益を認められるかが問題となる。

加勢大周出演禁止等請求事件

加瀬大周という芸名に経済的な価値は認めた事案。しかしながらここでいうのは人格権由来とはいえどちらかという経済的な側面での利益であり、**パブリシティ**、すなわちピンクレディー事件のほうの射程である。これが真に人格的な部分からくる利益なのかについては、判決は明らかな立場を述べたわけではない。

※肖像権もそうだが、人格権への侵害は、それが精神的な側面へダメージを負わせていることが中心的な問題である場合と、経済的な被害をメインにする場合とに分かれており、いわば人格権由来の財産権とでも言うようなものがある。判例はここにまで含めて保護を及ぼしているので、果たして判例が保護するのは人格権のなかの経済的な部分なのか、それとも経済的でない側面なのかが分かりにくくなる。

私見としては、剛力彩芽が事務所変えたときに改名しろと言われそうするとしたら、まず考えるのは経済的な利益（この名前と呼ばれることがなくなったら、きっと収入減るな）でなく、きっと「アイデンティティ」の側面への打撃なのではないかと思うので、人格権の経済的でないほうの側面（精神的とでもいえばいいか）の範疇に入れて考えてもいいと思う。

1 3 F 宗教的な感情を害されない利益

これも訴訟で争われたものである。

自衛官合祀訴訟

憲法上も問題になったよね。殉職した自衛官は、自衛隊 OB の組織が共同で護国神社に合祀する習慣があり、この事件でも同様のことがあった。亡くなった自衛官のクリスチャンの妻がこれに対し、**人格権の侵害**を主張したのだった。

原審は、残された妻の宗教的な性質が侵害されたことを認めたのだった。この事件ではなくなった人の親の意向は「これで合祀してほしい」というものだったのでさらにめんどくさいのだが、親の意向に従うことは妻の宗教的人格利益を侵害しているのだろうか。

最高裁の大法定的判決は、**そもそもこのようなものが 709 条の法益にはあたらない**ものとしたのだった。このような宗教的人格権が不法行為法の保護法益にあたり、この行為を権利利益の侵害と認めるならば、むしろ他者の信教の自由を妨げることになるとしたのである。つまり、「あなたは祀ってはいけない」とすることがすなわち、祀れないという侵害になるという理論である。物理的な他者の信教の妨害の場合とはちがくとして、それぞれが自己の信教によってそれに従って行為するときには互いに寛容でなくてはならないというのが最高裁の態度である。この論で行くと、709 条の問題はこれにつき門前払いされていることになる。一般論としてはこの主張はその通りな気もするし、この点について批判が強いということでもないのだが、逆に言えば**これは宗教的人格権の問題ではない**ということもできる。この場合に合祀するという行為は単なる死者の追慕に留まらず、もっと特別な意味があるのではないかという別のレベルの問題もあるけど。

このような問題は、民法上では妻と親の宗教的な方針が違った時に出てくる。特に**有体物**（遺骨など）に対して排他的な権利を誰かに認めるようなときに、親族法上もどうするのかという問題が出てくることもある。一般的には配偶者に有利だが、これも意見の一致をみているわけではない。

1 3 G 小括

権利利益の侵害は違法性のあるものと広い意味へ解釈されるようになったが、違法性が不明確と批判された際には**相関関係理論**で対応されると学説はいった。すなわち非侵害利益のタイプと、侵害行為の悪性の相関によって判断されるとのことであった。

しかしながら近時の学説や判例は、かつてのように相関関係理論で責任と区別された「違法」のみを判断するかという点必ずしもそうではなく、過失を客観的義務違反と捉える中でより権利侵害にも一元的というかごちゃまぜな判断を下しつつある。

たとえば債権は相関関係理論の枠組みなどでは「弱い権利」とされるが、それ自体が絶対的に弱いということではなく、177 条の登記の規定などとの兼ね合いのなかで問題になるだろう。

人格権的利益もこれまた範囲は不明確だが、特定されれば上記の枠組みの中での調整の問題となり、受忍限度だとかとの比較考量のもとで不法行為が成立する余地が生れる。これは単に相関関係理論を捨てたと言うよりは、違法性と言う条文外の要件を外し、709条上の操作だけで相関関係を考えているのである。まあなんにせよどんな立場だろうがあくまで大事なものは、行為の様態、ある行為がどのような効果を生むのかに着目する視点である。条文上の権利を単に絶対視するような視点では、この議論は理解不能ッ！

140 因果関係

141 枠組み

端的に、**因果関係**が損害と不法行為との間に必要である。何か悪いことをしたからといって、全く関係のないお金を支払う必要はない。

ここではまず学説の展開を大まかにされておくことにしよう。伝統的な考え方は、加害行為との相当因果関係に立つ損害が、709条の賠償の対象になるという**相当因果関係説**であった。条文操作については415条の損害賠償の規定が相当因果関係説を示すものだとして解釈し、それを類推する作業が取られている。これは今なお通説である。

しかし学説には、それと異なるフレームワークとして**平井理論**というものがあり、これも判例に一定程度影響を与えている。となると、この伝統的通説と平井説との差異を明らかにしたいところである。

というわけで、これから明らかにしていきます。

142 伝統的通説

民法第709条「故意または過失に**よって**他人の権利または法律上保護される利益を侵害したものは、**これによって**生じた損害を賠償する責任を負う」

「これによって生じた」、と言う因果関係が相当因果関係なのだが、実は709条には「よって」という言葉が二階使われていることに気付く。伝統的通説はこれを、不法行為の成立には①**不法行為の成立根拠としての因果関係**として、故意過失に「よって」他人の法的利益が侵害されたと言う抽象的な侵害があったことと、②その不法行為と相当因果関係に立つところまで賠償すると言う趣旨の、**効果確定の意味を持つ責任の範囲に関する因果関係**が必要とした規定と理解する。

ここから②の因果関係を**相当因果関係**として「あれなければこれなし」の条件関係ではない、責任限定の文言が置かれている、と解することができる。

このように成立の因果関係と範囲の因果関係を二分してとらえるやりかたでは、前者①の因果関係からは全てが賠償の対象となるが(**完全賠償説**)、それに対して相当性の限定を後者②で加えている構造になる。

143 平井説

この二分論というか、両者を別のものとしてとらえる見方を批判したのが平井説である。この具体的な内容について、ここから説明していきます。

大前提だが、**平井説は実際上の解決がおかしいというのではなく、判例のとりやりかたを相当因果関係という判断で説明しきることができるのか、というような指摘である**。ということで、平井説が判例によって受け入れられていない、という説明はおかしい。平井説は「形式的には相当因果関係と上から乗っけているだけであり、実際にはこうなんだよ」というような、日比野さんがよくいうレッテル張りの理屈なんだよね。平井理論はまず、相当因果関係説のいうように**成立要件**と**効果**を分ける(二つの「よって」の文言を、成立要件と効果の確定の規定に区分していたよね)、というやりかたをとって対応させる必要は必ずしもないという。結局は**責任原因**、どういう理由で責任があるのかという観点からどこまで賠償を負わせるかという法的判断を下すのであり、要件と効果を切断するのではなく、従来相当性で説明したところを三つに分けて話していくべきだとする。

ここで「**要件と効果を分ける**」、というのを実例で考えると違和感に気付くのではなかろうか。例えば交通事故→怪我→運ばれる→病院→退院→後遺症→仕事を辞める→収入減
という流れを考えれば、要件の上で問題となる損害がどこまでであり、派生する損害が効果のレベルの問題だ、とどこかで区切らなくてはならないことになる。でもこれって相当難しくないか？

不法行為においてはむしろ、**抽象的な意味だけがをしたという点で責任が発生していて、全体的な帰責判断をしている**のだろう、と平井説はいうわけである。そして、そのような考え方で責任の限界を判断するには、むしろここでは三つの観点に分けて考えるべきとする。

①**事実的因果関係**の問題

純粹の過程の認識の問題としての問題がまず一つある。これが認められるときに、どこまでが不法行為責任で保護されるのかを(保護範囲)を決めなくてはならない。

②保護範囲

どこまでを賠償すべきなのかという問題である。ここでは基本的に**義務射程**（scope of duty）が勘案されるというのが一般的理解である。**一定の法益を侵害しない、と命じるためには一定の法的義務が必要になる**。その義務の射程がどこまで及ぶのか、一体どんな結果を保護するためにある義務なのかを考えたうえで、不法行為法で保護される範囲を考える必要があるというのである。

この議論は契約上の義務の射程として契約責任に基づく賠償の議論にも出てくることになる。

③損害の**金銭的評価**

ここまで賠償すべきだという判断を最終的には金銭に置き換える必要がある。（金銭賠償が原則である）

そのために具体的に評価をしていく作業が必要になってくる。

まあ平井説はそれぞれをひっくるめて、実際の判例は議論しているのではないかというわけである。

完全賠償からの相当因果関係による限定というやり方はドイツ由来なんだけど、必ずしもそのまま導入する必要はないよね、ということになる。

1 4 4 平井説② 具体的な問題

判例集 131 事件（富喜丸事件：大審院）

まず、平井説の契機となった事案がこれである。船舶の衝突のせいで可哀そうな富喜丸が沈没した。このせいで所有者が相手方に対して損害賠償を求めた事案である。問題は賠償範囲だが、

①**沈没した船舶の価格の評価はいつを基準にしてやるべきか**

ふき丸事件のタイミングでは第一次大戦下で船舶の価格は高騰していたが、戦後急落した。被害者からすればピーク時の 190 万円がよいが、そこでいいのだろうか。

②**船の使用収益による利益はどうなるのか**

船は貸しておけば一定の利益が入ることになる。沈没するとこの用船契約によるうべかりし利益も失ったこととなるのだが、この消極的な利益は賠償の範囲に入るのだろうか。

この二点が問題になったのだった。

ここで大審院はこの種の問題は **416 条** によって決定されるという一般論をたてた。そしてその際に、**これは因果関係の範囲を明らかにした規定として、不法行為にも類推適用可能だとした**のだった。

【参照】民法第 416 条

①債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって**通常生ずべき損害**の賠償をさせることができる。

②特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、又は**予見**することができたときは、債権者は、その賠償を請求することができる。

とするとこの問題は、まず、**通常生ずべき損害**か特別の損害かを判断し、後者ならば**予見**可能性の判断もしなくてはならないことになる。つまり、**通常生ずべき損害と言う基本額（基本バック）と、特別な事情とそれに対する予見可能性があった損害額（オプション）が賠償額として算定される**ということになるだろう。さて、とすると滅失時の客観的価値は基本バックとして賠償請求できるだろうが、そうではない特段の事情、すなわちその**高騰分**については、予見可能性の有無によって判断されることとされる。まああるわけないですよ。それに特別の事情と言うのがそもそも「確実」に利益を得られたというようなものでないといけないので、「もしかしたらもうけられた」ではアウト。

使用収益についても、通常に船を持っていれば使用による利益が存在する以上、沈没時の交換価値（基本バック）にこの使用収益も含まれるとして、これを別建て（オプション）で取ることは認めなかった。これも特別の事情とその予見可能性がある使用収益があったならまた話は別だが、なかった。

1 4 5 平井説③ 富喜丸事件への考え方

平井さんの批判はいくつかあった。

A **金銭評価について、この特別だとか一般だとかの議論が適当なのか**

平井説からは沈没については要素③**金銭的評価**の問題につきなくなる。

ここには最終的な裁判官の総合的評価が要求されるとしており、経済価値の変動が生じたことを理解した上で、**裁判官が事後的に見て妥当な額を定めればいいのであって、特定の基準時を固定していく必要性がない**のだとする。そもそも予見可能性を要件とすると、価格変動に対して予見なんて認められるわけがないのだから、これを満たすことが無理になるという。

使用収益の立証についても、いつ人にかすのかが分からなければどれくらい貸すのかもわかり知ることができないわけで、そもそもここで予見可能性を問題にするのが適当ではなく、裁判官が事後的に相当な範囲で結果実現可能性などの観点から判断するしかないというわけである。

B 416 条はマジで一般条項なのか

もう一つ、416 条の規定を判例は因果関係一般の問題とすることで、民事責任に共通するルールとして格上げしたわけだが、平井説は 416 条のルールは沿革的にみてそのようなものではないとする。

この 416 条は、フランスの民法制定前の学説が民法に明文化され、それがイングランドを通じ日本へ継受されたものであった。だがこうして遡って使われ方を確認すると、これはどうみても**契約に特有なルール**だった。というかそもそも**予見可能性**が問題になるのは、契約だからである。明らかにここでの立法は、帰責事由の種類を問題にしている、これは因果関係の問題であるから等しく妥当すると言うやり方は正当化できないと平井説は主張する。

まあいずれにせよ、この範囲で賠償すべきだと思えばそれを「通常の範囲」と言っているのであって、相当因果関係と言うのは**枕詞の一種**であるとし、むしろ**実際の判断に適合的な理論枠組みを示す必要がある**のだと平井説は考える。そしてよりよく説明できる議論を提示してきたのである。ではさらに具体的な問題をお話していく中で、平井説のほうの考え方と、そしてそれはどう実際の解決に役立つのかをみていこう。

146 平井説④ 事実的因果関係

まあなる立場をとっても、**事実的な因果関係**が必要であることは確かである。

※ただ、因果関係の問題を論じる際には、**作為義務の確定をしなれば因果関係の起点がそもそもなくなる**ことにも注意する必要がある（これは不作為を例にとるとわかりやすい。ある行為を「しなかった」と評価しうるのは、「すべきであった」という義務があるからであろう）。近年の通説では過失の前提となる「義務」があるわけだが、これと作為義務を起点とした因果関係とは密接な関係にあるのであり、過失の問題にこの議論を解消する端点となるからである。

基本的にはあれなければこれなしという条件関係を修正しつつ因果関係を確定すると言うのは刑法で論じられるはなしとあまり変わることはない。

民法で話しておくこととしては

①事実的因果関係も一定の**法的思考枠組み**を経由している。

因果関係の議論はかなりいろんなところででてくる。ただ、原因は目的や義務によって定まるのであって、客観的には定まらないのだから、あくまで**賠償**と言う観点からみて法的に判断ができる要素を探しているのである。だから**事実的因果関係と言ってもおよそ法的判断を経ていないわけではなく、賠償責任の議論における事実、という思考枠組みを経た「事実」である。**

②**法的な証明**をどこまで求めるのか

あまり厳密にこの証明を求めると、因果関係がはっきりしないから責任なし！という話にすべてなってしまう。これにつき有名なのは**門前理論**という考え方である。水俣病の時に工場からの有害物質で病気になった人が訴訟を起こしたのだが、ここで A 疾患の特性と原因物質、B 原因物質が被害者に到達する汚染経路が証明された場合には、原因物質の生成・排出のメカニズムについては事実上**推認**されるという、立証責任を転換する判決が出た。このように、**因果関係の立証の負担を軽減することが、特に専門的な知識が必要な化学物質などが介在する加害行為があった場合には必要になる**のである。

判例集 126 事件（ルンバール・ショック事件：最高裁）

被害者の後遺症の原因が何なのかははっきりしない事件で、脳出血が原因だと言うことを経験則を用いて導き、立証責任を転嫁した。判例は「一点もくもりない証明」は必要なく、**高度の蓋然性**を通常人が疑いをはさまない程度に証明すればいいとした。

147 平井説⑤ 因果関係についての付け加え

因果関係についてはさらに二点ほどいいたいことがある。

①**確率的心象論**

事実認定の「証明度」を下げる、という議論がある。蓋然性とまではいかない 50 : 50 のときなどに、請求棄却として 0 にするのでなく、**確立の値に応じた反映で割合的に賠償責任を認定すればいい**じゃんという主張がなされた。しかしこれで、二割ありうる！だから二割賠償しろ！というような考え方を一般的にとることには無理がある。実質的なものは判例も別のやり方で取り入れているのだが、これはあくまで確率的心象論が一般化できないからである。

②**経験則**

臨床学的な因果関係でなくとも、統計的に因果関係が想定されることもある。

いちおう不法行為の要件論はこのくらいにしておこう。まあ平井理論からは要件と効果を峻別しないから、効果のほうで話してもいいのであんまり関係ないけど。

200 効果論

210 賠償額の算定

211 総論

損害の発生が必要なのは前提として、ここから**賠償額の算定**を考えていく。

そもそも損害を金銭で填補するのが、この不法行為法の大大前提である。

これにつき、普通は権利利益が侵害されれば損害が発生するが、良く考えるとそうでないこともある。

例えば医師が判断をミスしたとしても（がんを発見しなかった）、完全に末期であって、それによって死亡する時期がまるで変わらないのであったら別に損害は発生していないのではないだろうか。

しかしながら過失はあるのだし、ミスをした人間にサンクションが無いと言うのは抑止の観点からすればおかしい話であるから、例えば**慰謝料**はとれないだろうかという話になる。このように、損害を賠償すると簡単に言うが、その内実は「損害があった」というだけで簡単に決まることではない。

ここからは、「**賠償額が一体いくらとれるのか**」という問題が、**実はこの不法行為法におけるかなりの核心部分である**ことがわかる。ここからはそんなシビアな世界、お金の世界の話をしていきます。

※ちなみに諸外国では名目的な損害賠償としてお金はもらえない（一応1ドルとかだけ払えと言う感じになる）が違法行為認定をするという立法もあるが、わが国ではこのようなやり方はとられていない。

212 損害の種類

損害には、**財産的損害**、**精神的損害**があると通常言われる。

※精神的な損害については、710条が非財産的な損害も賠償責任の範囲に含めている。

ここで注意しておくべきは、これはあくまで侵害から生じた不利益についての説明の仕方であって、侵害の仕方そのものとは離れた表現であることである。すなわち、財産権侵害があっても財産権損害につながる保証がない以上、これは別の概念である。

たとえば生命身体が害された時には出費分も、人格権に対する侵害も賠償されるが、このように**各損害は各権利に一对一で対応はしていない**点には気をつけよう。

220 生命侵害の場合

221 基本的視点（積極損害と消極損害）

後述していくが、死亡により相続人は**損害賠償請求権**を相続するし、相続人に**固有の請求権**もある。ただまずはここで、死亡による損害に一定のタイプ分けをしていくことができるのを説明する。

①死亡による**積極的な損害**

払うことになったお金。負傷してから死ぬまでにかかった**入院費用**や、死亡そのものによる**葬儀**その他の費用も含まれる。確かに人間とはいずれか死ぬもので、どうせ葬式はするじゃねーか（つまり、損をしていないと主張する）という意見はあるのだが、**これは一種の制裁的な意味を持つ**と説明される。もちろんじゃあめっちゃ豪華な葬式するぜ！ということは認められないが、ここにも相当因果関係の議論がかかってくる。

②**消極的利益**

死亡によりもらえなくなったお金。本人が生きていたらこれだけの収入が得られたらという価額を判断することになる。つまり、死者の**就労可能年数に年間収入**をかけあわせて算定することになる。

具体的に流れを確認すると、そこから**生活費を控除**することになる。本人が生きていない分、かからないことになった生活費が控除されるのである。さらに、**中間利息**も控除される。全額を運用すれば、将来もらったあと運用した額以上の価額になってしまうからである。

ここで働く年齢としては普通の人**67歳**まで、55歳以上の人**平均余命の二分の一**までということにされている。それぞれの年の平均寿命などのデータからそれは産出される。

生活費は基本的に所得の3割から5割であるが、ここでは技術的な操作が行われ、結果として妥当な額になるようにここで差し引きが調整されている。基本的に男子の方が生活費を多くひかれ、女子の方が多くもらえるようにするとのことである。中間利息は**単利か複利**かが問題になるが、実際はソフトに数値を代入するだけであります。ということで、さしあたり問題なのは**基礎収入**ということになる。

これに関しては、裁判例がたまってくるなかでかなり予測可能性が出てくるようになったのだった。ある時期交通事故で訴訟がめっちゃ増えた時期があったのだが、そこでルールが確定されると裁判外でもルールがでてきて、額が分かりかなり訴訟も減ることとなった。

特に数年前、地方裁判所ごとの運用ルールも公開された。今までは地域によって少し異なったのだが、専門部の人たちが集まって共同提言することになった。これにより全国一律の賠償額の算定基準が示されるようになり、これが大方現在の裁判所のルールとなっている。

222 消極的利益の算定の仕方：各論

じゃあ具体的にどんな人にどんな算定をしていくのか見ていくことにしよう。

①新入社員

まず、有職者はその前の実収入が算定の基準となる。ただ、新入社員の給料で何十年も…ということは普通はありえない。ということで、若年であって、これからもずっと働けたことが確実な場合には、全年齢の業種などで分けられた**平均賃金**を基礎として算定されることになる。ということで、実収入が平均賃金より低額で、これが増える見込みがあるならばそこまでは上乗せできるということになる。

②医学部の学制

医学部にいる人は基本的には医者になるのだから、基礎収入も医者を基準にされる。これが法学部とかだと弁護士？なれんの？という問題がまた出てくることになる。

③女子中学生

まだ働いていないから収入はないわけだが、将来67歳まで働いたとしてその基礎収入はいくら算定するのだろうか。この時に本人の希望とか言ってもしょうがない。ウルトラマンになりたいという女子中学生(14)の収入はどうなるのだろうかって話になってしまう。

※ちなみに**初代ウルトラマン**は、怪獣墓場に護送する途中で逃亡した怪獣を追って地球に来たのだが、そのときに誤ってハヤタ隊員を殺してしまい罪滅ぼしから彼の体と一心同体となって地球のためにシュワシュワ言っている。つまりこの時点で宇宙警備隊その他就いていた仕事はやめており、**作中時点ではウルトラマンに基礎収入はない**。ただ、これがなければ宇宙警備隊としての基礎収入と、さらには宇宙大学教授としての基礎収入があったものと見込まれる。

判例集 134 事件（8歳児2人乗り事件：最高裁）

ただし、額が立証できないから賠償できないというのはあまりに酷である。そこでこの事件では良識にかなう額を、しかし客観性のある額として算定しようとする。

この判例のように将来の職場が立証できないようなときは、基本的には**全年齢の平均賃金**を基礎収入として算定することになる。大学生などになると、学歴別の平均賃金などより具体化された賃金体系を採用することもある。男子は男子で、女子は女子でもしくは平均賃金で基礎賃金を出して、現実には先の述べた「生活費」における調整を行うことになる。

※ということで、あくまで「大体」のための平均値でありこのあと生活費の計算で具体的に調整が入るのだから、この算定の平均額だけ取り出して「男女に格差がある！これは不平等じゃあああ」というのは、たしかにもっともではあるが、無意味。

④専業主婦

専業主婦は仕事についていないし、おそらくこれからもつくことはない。だが判例は、**家事労働分の金銭評価**をすることにしている。

判例集 136 事件（初婚年齢後平均賃金算定判決：最高裁）

家事労働に属する多くの労働が、労働社会においては他人に依頼すれば対価を金銭的に評価されるとして、ここに専業主婦の家事労働について保護すべき利益を認定した。

ただ、判決には疑義もなくはない。家事労働とは、人に頼んだらいくらもらえるというもので、ヘルパーにやってもらう分をやっているのでもなく、本質的には**無償**のものであるはずである。そういう意味では理論的に問題があるだろうが、いっぽう逸失利益をそれなりの額で算定するための客観的な理屈をここに求めているのだ、と言う意味ではちょっと仕方ない部分がある。

⑤定年退職した男性（無職）

高齢者でも働いていたらその賃金収入を逸失利益としてカウントすることはできるが、退職していたらどうなるのだろうかと言う問題がある。ここで判例は、**年金の受給額**を基礎に損害賠償請求額を算定している。

判例集 147 事件（未確定遺族年金不控除判決：最高裁）

平均余命期間に受給することができたであろう退職年金の額を、その人への損害として賠償請求できるとした。ただし、退職年金は**社会保障制度**の一環であって賃金とは性質が違うとする反対意見もある。

多数意見は「結局働いている時に保険料を払ったから年金もらえるんでしょ」として被害者本人の財産とみなして賠償を認めた。

ただし、遺族は**遺族年金**ももらうことができるから、こうした二重取りを認めて良いかという問題がある。この場合の解決のため**損益相殺**として、被害者の死亡によって得ることのできる利益（遺族年金など）は賠償額から控除することになっている。

2 2 3 中間利息の控除、利率

中間利息の控除について、**単利**で計算をするのか、それとも**複利**で計算をするのかについては、裁判所は統一的な方式としてライブニッツ式の複利計算をとることを提言している。もともと東京では複利計算だったのだが、地裁の共同提言でこれに一致させていくことになった。

※複利(ライブニッツ式)だとN年目にもらえる額を $(1+0.05)^N$ で割ることで控除するのに対し、単利(ホフマン式)だとN年目にもらえる額を $(1+0.05n)$ で割ることになる。

また、**利率**については民事法定利率が404条に定められているのでそれに従い、ようするに利息の合意がなければ年5%になることにされる。不法行為の損害賠償は利息が付く債権にあたるので、これに従う。

つまり、以上を整理すれば、「**年5%の利率で運用した額から複利計算で中間控除をしたぶんが、あなたが将来もらえたはずの額と同じくらいになるんです**」ということになる。

しかし、これは適当だろうか。そもそも年5%の利率ということは、「お金は年に5%ぶんは運用で増やせる」ことを前提にするわけだが、今の金利を思い出そう。無理じゃね？

とくにバブル崩壊後は**ゼロ金利政策**を受けて、5%の利率は不相当であるとした訴訟が起こされていた。しかし、未来永劫ゼロ金利政策が続くとは限らないから、実務では5%が必ずしも不相当とはいえないとして退けられてきた。賢い裁判官によると、5%の金利は長期的に経験則で見えていくと適当だといえるらしい。何を経験してきたのかはわからないけど、こいつらにFXとかやらせてみたい。かなり大爆笑できそう。遅延利息のような場合は5%では不相当だとする意見がより強い。というのも、人身損害の時は今後何十年という長期間について考えるのは確かなのに対して、**遅延利息の利率は比較的短期的なもの**だからだ。債権法の改正にあたっては遅延利息について変動利率を採用しようという動きがあるみたい。ただそれでも中間利息控除については5%で固定するっぽいね。

2 2 4 生活費の控除

生活費の控除についても、額はその人ごとに変わってくる。たとえば**扶養家族**がある場合は、家族のために使っていたような費用は控除されず、もっぱら本人にかかっていたと思われる費用だけが控除される。そのため扶養家族がある場合は、扶養家族がない場合よりも控除額が低くなる。

また、男女の間でも、女子は30~40%の控除であるのに対して男子は50%程度の控除をすることが普通である。なぜこのような格差が生じるかだが、これは**一般に男子の方が多く認定される逸失利益の計算と帳尻を合わせる**ためである。この格差は、まずは女子の家事労働分を加算するということで調整しようとしたのだが、やはり「女子が家事労働をする」という考えは適当ではなく、最高裁も認めていない。

慰謝料も特定の理由・計算式は必要とされない点を踏まえ調整に使えそうだし、最高裁もある程度は慰謝料の加算を認めている。とはいえあまり露骨なことはできないので、生活費控除で調整する方法が考えられた。現在の調整では男子の労働者の平均賃金から50%の控除をして年260万円、で、女子の平均から30%控除して年245万円くらいにしているが、全労働者の平均から40%控除すると年260万円になるので、まあこのぐらいが妥当だよなという結果になる。

※まあ男女間の格差をなくすためのものとしての控除の調整であり、女子のほうが多いとまではならない。

2 2 5 西原理論

ここで、判例の計算の仕方を批判する**西原理論**というものについて述べておく。

これは端的に判例の算定方式というか、「収入を基礎に算定すること」自体を不合理だとするものである。ようするに**個人の稼働能力を元にして賠償額を算出するのは、人間を工場の機械同様に利益を生み出すものとして扱っていて、不当だ**というのである。さらに判例の計算方式についても、これは仮定に仮定を重ねたものであり、一見精緻に見えるが蓋然性を重ねたものにすぎないものであるとしている。むしろ西原さんは、より定型化した形の生命侵害への賠償額を定めるべきという。

とはいえ、実収入が異なると言うのはある意味では真理だし、西原理論の批判もまあわかるっちゃわかるが、それじゃあ「うん、命に優劣はないよね!」ということで一律の賠償額になると言うのはさすがにはどうかということになる。そんなわけで、あまり実務には影響を与えなかった。しかし、「あまり」というのは限定的には影響を与えたからであって、要するに**集団で原告となる時にある程度一律な包括請求が可能であれば便利である**。そのような形で、**現実の便宜**から被害者を迅速に救済する動きの背後に、西原理論の影響は見え隠れしているのも確かである。

判例集 159 事件 (国道43号線公害事件：最高裁)

平成7年7月7日の事件。いくつかの基準で原告を19のグループに分け、それぞれに騒音レベルを設定し、そのなかで一律の賠償額を認めるやり方を「合理的」として許容した。

230 損害概念

231 損害とは① 差額説と損害事実説

ここまで見てきて問題なのは、**理論的に見て「損害」とは何なのか**という損害概念のとらえ方である。一般に損害は、法益について被った損害だとか、被害者に生じた不利益などと説明されるわけだが、より具体的な判例の立場は、**差額説**と言われる。これはつまり損害を、**現存する財産状態と不法がなければ存在した財産状態の差額である**ととらえるのである。

※実際には「まあこれくらいあったしょ」というような理念的な決め方をするのではなく、逸失利益や積極損害を個別に積み上げていく、「個別損害項目積み上げ方式」を採用している。

それに対して、金銭的にいくらかは別の問題であるとして、**被害者に不利益が生じたという事実自体が損害だ**という考え方が存在する。これを**損害事実説**というが、ここでは例えば人が死んだら、その死亡によっていくら損失が出たとか言う以前に、死んだこと自体が損害になるということになる。

そして、損害があったこととは別にして、それを金銭的に評価する問題が後から出てくることになる。

※ここで「**金銭的評価を得ない不利益はあるのか**」と指摘したくなる気もするが、たとえば土地に無断駐車をした場合、土地を所有者がまったく利用していない、すなわち無断駐車によつては財産状態に一切の変更がない状況でも**所有権侵害**は観念できる。権利侵害などを金銭的評価を抜きにして抽出することは、この例が示すように不可能ではない。ここにあるのは損害をあくまで法的なレベルでとらえる、**規範的な損害概念**である。このことから損害事実説は、**規範的損害説**とも言われる。

232 損害とは② 両説は排他的か

一般に、この差額説と損害事実説の二項対立で議論がなされることが多い。だがここで、判例を「差額説」と呼ぶにつき少し注意しておかなくてはならない。

なぜなら、判例は差額説をとりつつも、さらに**相当性**という相当因果関係の基準を(平井説からの批判はあれど、少なくとも形式的には)求める。この時、その差額がそのまま実費として損害賠償額となるとは限らない。ここでは規範的な評価が加えられることになるのだから、現に逸失した額が当然に損害になるのではなく、あくまで金銭的評価の一要素に過ぎなくなる。つまり、判例は**形式的には「差額」を賠償額としつつも、その実では単なる事実的な損害「差額」でなく、評価を経た規範的な損害を意識している**のである。

課題 21

判例からもってきたものだが、怪我をさせられて病院に行ったら医師に温泉行ったらと勧められた(指示されたわけではない)。そうして行った温泉の費用が相手方へ請求できる賠償額に含まれるかが問題になった。判例はここでも「相当」な範囲という言い方をしており、基本は実費としながらも、それに**相当性による修正**を加えている。つまり理念としては差額説は、実費を基準としつつも、その賠償が合理的かどうかという**規範的な評価**をしているのである。

他にもたとえば交通事故で負傷した人の介護費用は、これは実損とはなりうるから、賠償の対象となりそうである。しかしながらここには相当性の判断が加えられ、ここぞとばかりに超高級な介護サービスを頼んだようなときはこれがそのまま認められないこともあるだろう。

逆に、近親者が労働を提供したような場合は、それ自体は**家事労働**と同じで金銭では評価しきれない部分がある。だが判例はこれにつき、現実介護を必要とするならば「相当額」の損害として、それを介護費用という名で賠償内容に計上している。

まあこれは**出費を節約**したという言い方で実費の側面からも説明が(少し無理はあるが)できるだろうが、やはり規範的な評価が加えられた操作であるというべきだろう。

事実的損害か規範的損害かは、ここでは排他的なものでは決してなく、むしろお互いに補強していくものになっている。

まあ差額説には限界があると言うのは、少し考えれば分かる。

積極的な損害については領収書があればよいだけだが、これが**消極的な損害になると、そもそも何らかの仮定に基づいてその損害額を設定しなくてはならない**からである。ここにあるのは単なる事実の立証ではなく、**仮定的事実**の立証である。ここでは損害を規範的にとらえていれば特に積極的なものとの違いはない(金銭的なものは、あとで考えればいい)だろうが、損害を金銭的にとらえるとかかなり難しい部分が出てくるし、規範的評価から完全に脱しきれない部分がある。

判例は、事実的な証明、蓋然性の証明が難しいようなときには一律の算定基準に基づくやり方をとっている。なので、まずは事実的な損害の額をその基礎におきつつも、証明の難しい状況、事実的損害で解決できないようなときに仮定的な規範的損害を観念することになる。

※紛らわしいが、損害事実説は事実としてかかった額を損害と見るのではなく、法的レベルでの侵害があったという事実をもって金銭評価は抜きに損害を認める立場である。「事実的な損害～」と言う感じで説明する時にマジで紛らわしいので、改名した方がいい気がする。

現状の回復、差額の補てんのために、結局はどちらかの説を取っているというわけではなく、ここでは妥当なやり方が取られているだけなのである。ということで、実損主義で全てが説明できるのではなく、規範的な意味が込められることになるのである。

もちろんここでいう規範的、というのは**西原理論**のいうそれではないことは指摘しておく。彼の「規範」は人間の金銭的評価その物から脱却しようとする規範だが、あくまでここで**規範的損害を持ち出すのは金銭的評価のため**であるから、前提として違っている。

233 規範的な損害の例

財産的損害についてもあれ、これって規範的じゃね？と言える例があったりする。

●賃料相当損害金

賃貸借契約が終了したあと、明け渡さずにその物件を占拠すると、賃料分は得していることになるよね。しかし、ここでも実費として把握するのならば、**貸していた側が実際に他人に貸すだとか、自分で使うという約束が無い限りは不利益がない**ことになる。しかしながら、およそ人に貸すつもりがないときであっても、無断で使っているときには賃料相当損害金として規範的に損害が発生するということになっている。

●特許権

そのほかの例としては特許法の102条などもあげられる。特許権を侵害したとき、それを理由に損害賠償を請求する時は709条を根拠規定とするのだが、損害額の算定ルールは102条に特則が設けられている。この条文は3項までであるが、1項が98年に**森田教官の提案**で改正されて挿入された。

【参照】特許法第102条第1項

特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為を組成した物を譲渡したときは、その譲渡した物の数量（以下この項において「譲渡数量」という。）に、特許権者又は専用実施権者がその侵害の行為がなければ販売することができた物の単位数量当たりの利益の額を乗じて得た額を、特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた額を超えない限度において、**特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額とすることができる**。ただし、譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を特許権者又は専用実施権者が販売することができないとする事情があるときは、当該事情に相当する数量に応じた額を控除するものとする。

これはいわゆる「みなし」規定なわけだが、要するに相当額を**規範的損害**として推定しているのである。立法目的としてはこれによって、特許侵害のときの逸失利益を推定し**証明の負担**を軽減させるとともに、「賠償すればいいんだろ」とか「お前損してねーだろ」という言い逃れを封殺することができる規定なのである。

※たとえば、相互排他的なマーケットの構造があるならば損害は立証しやすいが、現実にはそのようなことはほとんどない。このとき損害を事実として立証するのは非常に困難であるから、このため適切な賠償がとれないと指摘されていた。また、個別に積み上げて賠償額を請求する普通のやり方だと、権利侵害者は100%の損害額を立証されない限りは賠償額を支払っても儲けが出るということになってしまう。

102条は譲渡数量を基準としながらも、それに権利者の実施能力からの修正を加えて侵害額と推定している。**市場には様々な事情があり、これを事実として高度の蓋然性をもって証明することはできない**。そんなことができる奴はたぶん大儲けできるからきっと訴訟の場にはでてこないだろう。だからここでは、代わりの算定スタイルを形成できるように、この条文が出てきたのである。「金銭に見積もる」この作業を、差額説で説明しようとするとなんらかの規範的操作が必要になるし、これは生命侵害に限られた話ではない。

●民事訴訟法

後は民事訴訟法248条もこのような規範的損害を認めている規定に近いと思われる。

【参照】民事訴訟法第248条

損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全主旨及び証拠調べの結果に基づき、**相当な損害額**を認定することができる。ここには**証明度の軽減**という効果もある、と立法担当者は言うのだが、そうだとするとそれが軽減されていけば、規範的な評価によって損害額を算定するという方向へと向かう。

やはり差額説は実損主義に根差しつつも、規範的な評価によって賠償額を導いている点は否定できない。幼児の生命侵害に一定の損害賠償額の算定ルートが形成されているというのは、実際のその人の寿命だとかを

実証するのが不可能であるときに、実損でない規範的な損害を想定している。知的財産権侵害ではマーケットにおいて独占的に利用できる権利が侵害されるが、マーケット全体の実損を測定するのは不可能である。だからここでも、妥当な額が算定されている。

以上のようなやりかたは、結局のところ**差額説**で語られる枠組みをはみ出ている、いわゆる**損害事実説**に近いものであるように考えられる。

234 差額説の別の面

差額説をとり、損害をあくまで財産状態を基準とするものと扱うのだとすると、ここで反射的に、**慰謝料**とか**精神的損害**については別の評価のされ方がなされなくてはならないことになる。つまり、言ってみれば**二分的に損害をとらえる**ことになる。だが、この二分論がそのまま妥当するとは言えるのだろうか。

たとえば人身損害の場合として、身体機能の一部が回復不能になってしまったようなときを考えてみよう。そのようなとき、損害賠償はどのように算定されるだろうか。

ここで不幸にも右手の小指を失ったとする。小指を使えば得られたであろう収益、収入があり、それが減ったというときにはその減少分は金銭賠償と出来るだろうが、減収が生じなかったときが問題になる。

差額説を徹底すれば、損害はゼロになる可能性もある。

判例集 137 事件(労働能力2%喪失事件：最高裁)

昭和の判例だが、交通事故で被害を受けたとはいえ格別の収入減が生じていないとき、現実の損害の填補の観点からは損害賠償ができないと言った。不法行為の目的は**損害の填補**だと言うレベルではこれは当然のことなのだが、減収が生じなければ損害がないというのはどうも直観に反している。

内田さんの教科書では、ピアノ演奏者であれば…とか、パソコンを使えなくなれば…とか考えていて、これが批判につながる。**そもそもこの種の不利益を何らかの形でお金に見積もるべきなのか**が問題なのである。現実として以上の判例はあるわけだが、現在の裁判所でも同じように判断されるのだろうか。これは必ずしもそうはならず、先ほどの判例は下級審などでは採用されてはいないこともある。

理由① 将来使う可能性はある。潜在的な減収の可能性を考慮する。

ただ、潜在的なといってもそれをいくらに見積もればいいのかは問題として残る。

下級審であるが、**後遺障害の等級表**では薬指の障害が14級10号におかれ5%の労働能力が失われるとされていることを利用し、それを定年までの年収に乗じて逸失利益を算定しているものがある。

それぞれの身体機能障害における労働能力喪失割合が認定されているのを利用して、それに対応した賠償額を認めると言うのは現在の下級審では通常に運用されているものである。

ただここまでは、あくまで**収益(労働能力)の財産的な把握を前提にした立場である**。だがそれだけだと、これ以外のものは視野に入っていない。

例えば指が使えなかったら、仕事でなく「**趣味**」15年間続けていたピアノができなくなるかもしれない。足を怪我したら、同じように趣味のサッカーができなくなるかもしれない。

生きていることに伴うような喜び、悲しみ、活動だって、損害に含めることができないのだろうか。ここには稼働労力という観点以外の視点から不利益をいうものを捉えるべきではないのかという見方がある。

慰謝料に換算することは可能かもしれないが、たとえば将来楽しめたはずのもの、「可能性」を失ったというようなことは精神的苦痛とは少し性質が違出し、これを独自の損害として把握することはできないのだろうか問題になるのである。差額説は、このような部分をすくい上げない。

西原理論は、人ひとりの命の価値を財産的に捉えることすら否定するが、そこまではいかなくとも財産的にとらえるだけでいいのか、という疑問はいまだなお残っているといえよう。

235 別の問題：法人と710条

判例は、法人に対する名誉棄損は認める。だが、このときの損害とはなんなのだろうか。普通個人に対するものであれば慰謝料と言う形で損害が填補されるわけだが、ここで精神的な損害の前提となっている「**人格**」が法人にはない。では、新聞の誹謗記事で名誉信用を傷つけられたとして法人自体が損害賠償を求める時に、それは何を損害とするのだろうか。最高裁の判示は、710条の財産以外の損害に慰謝料だけでなく含まれている全ての「**無形の損害**」がここでいう損害をカバーしているのだと言う。

つまり、この法人の名誉棄損の場合には、**無形の損害**が起きているとするわけだが、では無形の損害とは何だろうか。

① 財産的な損害

誹謗中傷によってイメージが毀損されると、顧客が減少するので営業上の利益が損なわれるという見方。しかし立証が難しいし、逆に言えば、顧客に聞こえないような形なら何をやってもいいのだろうか。

②構成員への損害がある

法人には構成員がおり、彼らが精神的損害を被るのだということを、無形の損害としてまとめて法人が請求しているという見方。つまりは構成員の人格的利益（ある種の慰謝料）にとらえる。

このあたりはまだはっきりしていないし、議論の余地がある感じである。

だがこれを見ても、「精神的」「財産的」という二分法だけでは全ての損害を扱いきれていないのではないかという疑義を抱くには十分であろう。

236 損害の確実性① 担保

損害が発生したと言うときには、損害が現実のものとして確実に発生している、もしくはすることが必要であり、これが高度の蓋然性を以て証明できなくては困る。

だが問題は、**損害が発生するのか不確定な場合がある**ということである。

例えば損害が将来にならないとはっきりしないものとして、**担保権の侵害**がある。具体的には抵当権を設定した建物が放火されてしまったようなときは、抵当権設定者にとってみればふざけんなどという感じであるが、**そもそも債務者自身がしっかりお金を払えば抵当権は消滅する**。それができないときに初めて抵当権が行使されるわけで、放火した段階では法益侵害はあるとは言えてもこの時点でいくらの損害になるのかはよくわからないのではなかろうか。

デフォルトになるかならないかは、将来の不確定な事実で決まるわけで、これはなかなか算定できるものではない。このような**偶発的な損害**を現在にどう処理するのかは大きな問題である。ただ、担保関連は民法3部の話なので第二部では問題提起にとどめる。

237 機会の喪失

適性試験を交通事故で受けられなかった…ということがあったらどうだろう。もっといえば司法試験のときに事故にあったらどうだろう。このとき、自分の能力からすれば云々…と想像することはいくらかでもできる。しかしながら加害者からすれば「試験は水物」だし必ず受かったとはいえないじゃん、と反論してくることになる。果たして合格率 80%！とかでは足りるのか、という話だが、ここで少なくともチャンス逃していることは確かである。

ここで、**機会を失ったこと自体を損害としてとらえることができれば、賠償を追及できる**かもしれない。フランスとかでは、競走馬が搬送途中で事故にあったときなどで問題になったし、日本でも医療過誤がなかったら手遅れにはならなかったのに…というような訴えがある。ここで言われているのは、レースで勝つ「可能性」そして助かった「可能性」である。この分野については判例が進展を見せている。

平成 11 年 2 月 25 日の判決

肝細胞がんにかかった人が医者に行ったところ、医者が適切な検査をしなかった。当時の医療水準からして当然の検査をしていれば、外科手術等で除去を行うことが可能で、少なくとももう少し長く生きられる可能性があった。この人は結局死んでしまったのだが、このとき損害賠償の請求は認められるだろうか。

判決では、まともな対応をしていれば「**現実に死んだとき**」に**本当は生きていたんですと立証できたとき、生命侵害としてカウントしていいこと**とした。

※つまり、7月25日に死んだ人は、治療をいくらしても結局死ぬとしても、治療で25日については生きられる蓋然性があったのなら生命侵害をされたと言ってよいことになる。

課題 24 は胃がんのケースを想定して作ったものだが、この判決を前提とする。しかしながら、生命侵害だと言われても、「じゃあどれくらいの侵害なのか」かはわからず、ここで問題がまた生じてくる。死亡との間で医療過誤との因果関係があるといえても、生命侵害の場合の逸失利益は、**余命**というものを考慮して考えられるものだからだ。死期を早めたらアウトというのは刑法でも同じようにカバーする考え方であるが、その先が問題になる。もちろん通常の人のように、あと何十年も生きていたと仮定するのは不当だろう。とすれば、**罹患者の平均余命**まで生きられたと仮定して賠償額を算出するのが妥当で、裁判所もこうしている。

判例集 128 事件（「生存の相当の可能性」判決：最高裁）

上記の問題から進み、医療が適切に行われても**死んでいた可能性**が多少なりある時には、高度の蓋然性があるとはなかなかいえず、それゆえ医療過誤と死亡との因果関係は認められない。しかしながらこの判決では、生きていたことは確かに説明できないけど、**相当程度の可能性があったことを示せば不法行為になる**とした。ここでは、生命侵害はもっとも基本的な利益を侵害していて、その侵害をもって不法行為が成立する！としている。つまり、**生命侵害可能性そのものを法益の一種として見ている**のである。

言い換えれば、この判決は「可能性」を言えれば前倒しで損害を認定するという意味で可能性を重視しているのではなく、あくまで侵害法益に対応する形で、機会の喪失へ保護を及ぼすことが妥当かが考えられている。

るのである。ただ現在の判例は機会の喪失につき、これそのものが損害にあたるかを慎重に検討することを注意しておこう。

ここからいうと、司法試験の逸失利益が正当化できるとしたら、この司法試験に対する利益がもっとも大事な利益だと言いきらないといけないだろう。多分無理。

構成のうえでは、さすがにこのような形の（相当程度の可能性からの）逸失利益を財産的損害として認めた判例はないが、**慰謝料**として賠償をみとめている。だから実際に慰謝料に可能性ぶんの%を乗じるとかいう作業が行われてはいない。

平成 15 年 11 月 11 日判決

ここでは重大な後遺症まで、相当程度の可能性からの救済範囲に含めた。

他にも後遺症が問題になった事件では、やはり相当程度の可能性が要求されているが、反対意見にはそれがいらなくともするものもあったりする。

※期待権

このような状況下で、専門委員によって適切な医療行為を受けられないときに、「**期待権**」を侵害しているのだという理解などもでてきた。期待侵害を不法行為としていくのは下級審の流れなのだが、まだ最高裁では受け入れられていない。しかしながら期待権を侵害することが不法行為になる余地もあるよ、と最高裁も示唆はしていることには注意しよう。

平成 23 年 2 月 25 日判決

期待権が侵害されたと言う主張に対し、本件はそのようなものを判断する事案ではないとして切り捨てたが、相当程度の可能性がなくとも、**適時適切な医療行為を受ける権利が成り立つ可能性は否定しなかった。**

2 3 8 自己決定権の侵害

エホバの証人輸血拒否事件

ご存知のようにこの宗教は輸血を禁止しており、医師に患者は事前にその旨御伝えていた。ここでは明示的に輸血を拒否していたのである。だが本人の期待に反した輸血治療が行われ、患者は助かった。

ここで大事なのは、生命侵害について、**手術が成功して生存可能性が上がった時にはむしろ法益が保護されているのだから損害がなくなっている**ことである。

ここで、患者自身が拒否をしていたのにその**自己決定権**が侵害されたとして、不法行為が成立すると言えるかが問題になった。そして判例はここで、不法行為の成立を認めた。ここでは、明示の拒否があったにもかかわらず医師が方針を説明せずに治療を行ったことが自己決定権侵害との関係で不法行為になるのだとしている。ここにあるのは、宗教上の信念に従い選択を行う権利であり、これは身体への権利とは別物である。ただ、このケースでは保護が認められたが、**じゃあ医者としては何をすればよかったのだろうか。**まあ確かにここでは輸血の必要性をとくか、輸血を伴わない手術をする医者のもとに転移すればよかっただろう。しかし、ここでは上記のことができた事案だったとはいえ、中には緊急でそれを行ってしまうパターンもある。そもそも明示に信条が伝えられていることが珍しい。

どう考えても医者にだって職業的な自律・信念というようなものがあり、これが患者の信仰と衝突することになるのである。これらが衝突した時には、医者は自分への指示に絶対に従わないといけないと言うのもなんか可哀そうだし…と言う感じである。

ここには、**患者の意思決定**が保護されるべき法益であることは示されるが、たとえば今のような医師の気持ちや、もっといえば家族の気持ちなど、考慮すべきものがまだあることは触れておく。これも未解決の問題である。

2 4 0 平井説：損害賠償の範囲

2 4 1 義務射程

保護範囲について、具体的な事案に即して判断をどうするのかみていこう。判例の立場は相当因果関係の限りで責任を認める。だが、実際に判例が行っていることはそう言った判断ではないのだとして、**平井説**はより適合的な枠組みとして「**義務射程**」という概念を取り出すのだった。

義務射程と言うのは、法益侵害との関係で一定の法的義務を想定し、それによって回避すべき対象が想定できるとともに、賠償の範囲もその義務のスコープが及ぶ範囲でのものになる、という理論であった。

どっちがやっているにせよ、とにかく平井さんの指摘が「実際はこうじゃね？」というものである以上、実際にどうやっているのか、具体的な事例を見ていかないことにはこの議論はうまくできない。

ということで、三つほど事例を見ていく中で、平井説の言うこととその是非を含め判断していくことにしようぜ！

242 事例その①

判例集 123 事件（タクシー泥棒交通事故事件：最高裁）

タクシー会社の車庫に置いてあったタクシーを勝手に盗んだ奴が、自分がタクシー会社であることを装ってそれに人をのせて事故を起こした。このとき、事故に遭った人は会社に責任を問わせることが可能だろうか。判決は、ここで被用者は不法行為責任を負わないとした。理屈としては**相当因果関係**が認められないと判断した。鍵をさしっぱなしにするという保管上適切でない過失があったとは言える事案だったのだが、**過失行為があったとしても、それと盗んだ人が事故を起こすこととの間には、相当因果関係がないとしたのである**。事実的因果関係はあるが、ここに相当性からの限定が加えられていることになる。自賠法からの視点でのお話もあるがまあそこには今は触れずに、フレームワークとしては相当因果関係に絞って見ていくことにする。結局ここで、**相当性とは何か？と言われるとこれ自体はそれほどはっきりしているわけではない**。判決を全部見ればよりそう思える所があるが、判決は「客観的に（車庫だから）第三者の自由な立ち入りを禁止する構造」があるからとかうだうだ言っているけれど、結局「相当因果関係」って言えばいいんだぜみたいな感じでマジックワードのように使われているととれなくもないんだよね。そのことをもっと確かめるために、次の事例も考えてみよう。

243 事例その②

課題 26

駐車禁止区域にキーつけっぱで止めてた車が盗まれ、またまた盗んだ奴が事故を起こしやがった事案。ここで先ほどと違うのは、①道路交通穂違反と言う**法令違反**と、②**誰でもすぐ奪える状況**に車がある点になろう。事実的因果関係や過失については先ほどと同様に認めていい。

では、このときに不法行為責任はどう変わってくるだろうか。

①車の所有者の責任を被害者との関係で基礎づけるためのものとして、道交法違反は機能するか。

法令違反は確かに「違法」であるが、あらゆる違法が不法行為につながるというのは少し考えるとおかしいことに気が付く。実際に起きた事故の原因と関係がないのなら、そこに違法があったとしても、相当因果関係から責任が否定され、当該被害者との関係で違法を基礎づけるものではなくなるのである。キーの問題も過失ではあるが、同様である。

②管理が雑だったことは、責任を基礎づける時に機能するか。

窃盗をした人は急いで逃げようとするために、通常の運転者よりも事故を起こす蓋然性が高いとは言えるかもしれない。仮に言えるとする、窃盗後の事故の危険を防止するために、**そもそも窃盗されないよう保管するという義務**が所有者に課されているとも考えられる。この観点からは、所有者の義務違反が起きた事故の原因と関連しており、そして当該義務が想定していた危険が実現した以上は、賠償義務をおうべきだとされることになる。

「相当因果関係」の一言で片づけられたブラックボックスを、無理矢理開放するとしたらこんなもんだらうということになる。そして、今まさにやってみたことが、違反が責任につながる「義務」はどこまでなのか、そしてそれに違反しているかを確かめる、**義務射程**の議論そのものではないだろうか！！こうして、義務射程論は「ほら、実際にやっているのはこういうことなのさ」とドヤ顔で言ってくるわけである。

244 事例その③とまとめ

課題 27

27 のケースでは、今度は乗り込んだのが興味津々の小学生であった。

ここでは子供のたくさんいる場所に放置すると言う行為自体が、先ほどよりも事故の危険性を高めていると評価しうるだろう。所有者には車に乗り込む危険性を減らし事故を避ける義務があるし、これは予見すべきものでもある。このような点から先程の例よりもわりにすんなり相当因果関係が認められるだろう。

これを**義務射程**の話として一般化すると、**当該義務違反に「よって」作出される特定の法益侵害に発生結果が包含されるときに義務射程内として、すなわち責任を負う**考え方と言えるだろう。そしてこの作業を、「相当因果関係」と判例は呼んでいる、というわけである。

この考え方からは、ケースが少しかわるだけで賠償範囲に入る、入らないがまったく変わってくることになる。先ほどは責任を負うとした 26 事件でも、例えば事故が、盗んだ奴がその後普通に自己の物として運転しているときに起きたものならどうだろうか。

先の議論は、「人の車を盗んで逃げる時にはスピードを上げるから、通常よりも危険な運転になる」可能性があり、それゆえに事故にならないためには盗難されないような義務が課されるぜという理論をとっていた。ここで**「保管義務」によって作出される法益侵害は、あくまで「盗んで焦った奴による事故」である**。

それがあるときには、義務は認められることもありうるだろうが、対して盗んだその後に自家用車のごとく使っているときに事故を起こしたのだったら、別に盗難車であるがゆえに何か事故がおきたのではなく、路上駐車、盗難逃走とは無関係の事故で、作出されるはずの法益侵害は、実は起きていない。この場合、義務射程からは外れているのである。

実際にはこのような判断をしていると読める判例は下級審レベルではたくさんある。

キーをつけたままの注射と盗難との間に相当因果関係があるかについては例えば、「盗難車と言っても事故を起こさないようにするのが普通だから、基本的には相当因果関係がないけど、**場所的・時間的・近接性**があるなんて時には盗難によって特別に高められた事故の危険性が実現したものとしていいよね（要旨）」として相当因果関係を判断しているものがある。

このような判例は自賠法でもみられるし、ここでやっていることは、**あくまで「相当因果関係」と言いつつも理論的には今述べたような義務射程の判断と言わざるを得ない**だろう。平井説 tueeee!!

250 危険性関連説

251 後続侵害

今まで言っていたのは特定の法益侵害との関係での責任だったが、さらに複雑なのが**後続侵害**がある場合である。第三者の寄与によって損害が拡大したとき、その範囲まで果たして賠償責任が認められるのだろうか。例えば交通事故＋医療過誤として、事故で被害者が運ばれていった先がやぶ医者で大変なことになったとき、加害者はその責任まで負う必要があるのだろうか。病院と言う第三者によって損害が拡大しているとき、どう考えるべきだろうかと言う問題である。

判例集 172 事件（交通被害児硬膜外血腫死事件：最高裁）

判例はここで、医療過誤の問題についても相当因果関係を認めて、共同不法行為を成立させたのだった。この形式的な枠組みを踏襲すると、相当因果関係というものが認められるかの判断はどうするのが問題になる。

たとえばこれまでの議論では、路駐していたら盗難されて、盗難した奴が事故を起こしたときには、盗難の被害者は**どのような範囲まで義務をおっているのか**が重要であった。

駐車禁止区域に駐車すると道路の往来が阻害されて事故が発生しやすくなるという観点で危険を回避するための義務を觀念すれば、盗難車の事故の危険は義務射程の外になる一方で、盗難車による事故をも回避する義務があったとすれば、盗難の結果被害が第三者に及んだ場合は義務の射程はこれをカバーすることになる。

では後続侵害の場合はどうなのだろうか。ここで、交通事故の加害者に医療過誤を防ぐ義務があったのかというと、それはなかなか認められることではない。後続侵害は、そもそも**故意過失の対象外**であることがほとんどで、そうである以上は**故意過失を前提とする 709 条の義務射程には、どう転んでも入りそうもない**。確かに、義務射程の論理はかなりの部分で真理をついているのも確かなのだが、ここには相当因果関係を義務射程だけでとらえていくことへの限界があるともいえる。もちろん開き直って「いや救済は無理なんです」と言うことも可能ではある。だが、故意過失はなくとも客観的に関連性がある行為につき民法上責任を全く負わせないと言うのは、これは無過失責任を認めたりして、あくまで衡平な解決を目指す観点からは前提として取るべき立場ではないように思える。そして判例も、先の事例で相当因果関係を認めている。

それではどのように考えるべきか。学説は様々な概念を使うけど、その実質を考えると共通要素として、「危険性」の増加に着目することができる。このような、義務射程の議論の限界を察知して、**より客観的な連関から保護される範囲を決めよう**とする「**危険性関連説**」というものが、提唱されている。

※これは、平井説の判断スキームを否定するものではない。彼は①事実的因果関係、②保護範囲、③損害の金銭的評価という三段階の評価を考えたわけだが、この二段階目をどうさばいていくかの議論である。

252 危険性関連説

交通事故の加害者に医療過誤への予見可能性があったかということ、それはなかなか認められない。しかし、被害差の立場からすると、そもそも入院して医療過誤なんていう最悪な目にあったのは事故に遭ったからである。そうすると、**交通事故によって医療ミスに合う危険性が増大した**といえないだろうか。まさにここに着目するのが**危険性関連説**であり、**当該行為によって後続の損害の危険性が高められたかどうか**が、賠償を認めるか否かの判断基準となるのである。

これによれば一般に医療が過誤を伴うものである前提ならば危険性関連が認められるだろう。

だがこれは、すべての後続の医療過誤について加害者が責任を負うと言う話ではない。例えば、医師がかねがね被害者に恨みを抱いており、ここで医療過誤にかこつけて死亡させたという場合は、決して交通事故に

よって何か危険が変動したとはいえないだろう。あくまで**交通事故によって**高められた危険であることが必要で、交通事故とまるで無関係なものは排除される。ここまで極端ではないが、医師に重大な過失があり、医者としては普通有り得ないような過誤があった場合についても、交通事故の加害者に責任を追わせるのは適当ではないだろう。これも交通事故によって高められた危険と言うよりは、その医師に特有の危険だったというべきである。

ようするにここでは**定型性**や**反復性**が認められる医療過誤と、**その医師に特有**の医療過誤を分けて考えており、後者にまで責任を追わせるのは適当ではないとしているのである。逆に前者の医療過誤は交通事故によって危険が高められたわけで、そこまで事故の加害者は責任をおうべきだとするのだ。

つまり、**義務射程が及ばなくても、先行行為によって危険性が高められ、その危険が実現した場合には責任を負う**ことになる。

253 自殺

被害者が不法行為の後に精神的にダメージを負い、**自殺**した場合などについても、後続侵害と同じ枠組みで考えられよう。被害者が**自己の意思**に基づいて選択した結果だと考えると、事故との因果関係が切断されるとも考えられる。というか**義務射程が自殺の防止にまで及んでいるのだろうか**と考えると、結構厳しいところがある。

ここで危険性関連説からは、たとえ義務射程が及んでいなかったとしても、**不法行為によって自殺の危険が高められ、それが実現したといえるか**が問題になるのである。ここでは、先の医療過誤の議論と同じように自殺が定型的・反復的なものといえるかが問題になるだろう。もし定型的反復的なものだったら責任を問われることになる。

判例集 122 事件（交通事故被害者自殺事件：最高裁）

事故の結果うつ病になり自殺したという事件である。

交通事故によって後遺症を負ううつ病になることは一定確率で起こりうるし、うつ病になると自殺の危険が高まることもまた確かに言える。ということで、**自殺は事故の危険が具体化したものと言え、そこまで責任を負う**としている。ここでは事実経過を事後的に法的に評価して結論を出している。

電通社員自殺事件

長時間に渡る残業を恒常的に続けていた労働者が、ついにうつ病になって自殺した事案。

ここで、自殺そのものが予見できたかどうかについてはなかなか認定できることではない。しかし、適切な睡眠が取れないような労働を続けさせればうつ病になることはありうるし、鬱になれば自殺をする危険性も増す。

ここから、**会社には労働時間が長時間に及ばないようにコントロールして、自殺に至らないようにする義務がある**と評価することもできる。こうすると、**危険性**が増加したとして責任を問われうる。

学校における自殺でも、基本的な判断の枠組みは同じである。いじめによる自殺について考えるなら、いじめから自殺に至るまでに加害者に課される義務を認定するのが難しくとも、いじめの程度から、自殺の結果が一定の頻度で起こりうるものであれば危険が具体化したものとして危険性の関連を認めていいことになる。

260 別原因と損害賠償

261 事故と別の原因があるとき

ここからは、事故と全く別の原因で死亡したような場合に生じる問題について考えることにしよう。

貝採り事件（課題 31）

交通事故で後遺症も残る大きなけがをしたのだが、数日後、症状が固定したあとに貝を採りに海に行ったら心臓麻痺で死んでしまったと言う事案。

とりあえず、心臓麻痺は交通事故によって危険が高められたものではないし、心臓麻痺にならないように心がける義務が行為者にあったとも言い難い。ということで、ぶっちゃけこの事故と全く関係ない原因で被害者が死んでしまった訳だが、果たしてこれは損害賠償の範囲に影響するのだろうか。

というのも、純粋に差学説を徹底すれば、「**可哀そうにもそこで死んでしまうのなら、その後に逸失利益が生じたとはいえないよね**」ということになるからである。つまり、どうせ死んでしまうのだから、就労可能年数も死亡時点までに限られ、その後もらえた給料とかは賠償範囲から外れることになる。この考え方を、**切断説**と呼ぶ。

対して、いいや死亡の後も就労可能年数を数えて逸失利益を算定するという考え方を、**継続説**と呼ぶ。もう一度いうが、差額説を素直に捉えると切断説になる。当該交通事故が「なかったら」いつまで生きることが

できたかを考える以上は、事故と「なくても」死亡した以上、その時点までの逸失利益だけを考えれば良いのである。むしろ継続説は、**労働能力の喪失そのものを損害として捉えており、その損害が不法行為の時点で生じていると考える以上、損害事実説に親和的な立場である**。就労可能年数の判断は、不法行為の時点で抽象的・規範的な就労可能年数に対して行われるのであって、事実としていつ死亡したかは考えない。例外的に、癌などに罹患していて、事故時点で既に残りの余命がわかっているときは、事実としての死亡時点を基準に考えるのである。

262 継続説をとる判例

しかし、判例は意外にも、継続説に近い。

判例集 138 事件（負傷高校生第2事故死事件：最高裁）

トラックとぶつかり怪我をした少年が、別の事故でなくなったと言う事案。ここで判例は、あくまで「**交通事故の時点で、その死亡の原因となる具体的自由が存在し、近い将来における死亡が客観的に予想されていたなどの特段の事情がない限り**」就労可能時間の算定に第二事故をカウントすべきではないとした。

これは明らかに継続説の立場である。さらに死亡原因が病気でも事故でも自殺でも天災でも結論は変わらないと徹底した口ぶりである。

生活費についてもここでは控除しないことしている。損害賠償が不法行為時に発生するという継続説の考えが一貫されているといえる。

いっぽうで、より広く判例を見渡すと、必ずしも継続説は貫徹されていない。

判例集 139 事件（要介護被害者ガン死亡事件：最高裁）

事故によって介護が必要となった場合、介護費用も賠償として請求できるのだが、この場合訴訟中に病死してしまった。介護費用は実際にはかかっていないし、これからの介護も当然必要なくなる。ともすると賠償の必要もなくなりそうである。ここで裁判所は、一方で**逸失利益の算定**においては**継続説**をとって死亡した事実を考慮しなかったのに、介護費用の減額については考慮するという構成をとった。

介護費用については、「引き続き介護が必要な蓋然性を統計等によって認めるから」その時までの介護費用を請求できるのだとする。そして、**事実として被害者が死んでいるのだからこの時点で介護が必要ないことは分かる以上、根拠のない利得を与えることはかえって公平に反するとしたのである**。

ここで、先の**逸失利益の計算、労働可能年数の計算とはまったく逆の論理が取られている**ことに留意しよう。介護費用だって一回は発生したのだから、もうそれは変化しないのではないか？と言えないのかが問題だが、ここについても判例が説明する。

つまり、この事故時点での「損害の発生」というのはあくまで、衡平性の観点からの**法的な擬制**であって、規範的な評価の問題であるというのである。そして、擬制とは撤回されうる。ここでは介護費用まで請求を認めるのは、「衡平性のラインを超えるから」犠牲を撤回をしてもかまわないが、逸失利益について請求を認めるには「ラインは超えない」から擬制は撤回されないとするのである。ここでは**死亡に伴う逸失利益と、介護費用とで、どこまで要求するか、衡平性のラインを別に設定した**と言える。

判例はあくまで実損主義の立場をまず取るべき瀬とし、衡平性という一定のハードルを超えない限りで規範的な操作を加えることで、解決を模索しているのである。

263 小括

以上に見た諸判例に証明されるのは、**実損主義をまず取るべき姿としながらも、規範的な損害そのものへの責任を觀念する枠組みが、差学説と言われる日本の判例の中にも見られる**ということである。ここにあるのも、結局は「このようなことを起こしたのならこのくらいは払えよ」という法的な「**事実への評価**」の側面であるのは否めないだろう。

介護費用については積極的費用として実損で判断するが、死亡と言う消極的な損失について、ここでは**より規範的な評価**で算定している（つまり、衡平性の観点から、実損がどうかを離れた形で規範的に操作することを、よりゆるく認めている傾向にある）と言え、このようなやりかたを最高裁は「**法的な擬制**」と呼んでいるのである。

そしてこれは、ずっと見てきた判例の態度と、果たして矛盾するだろうか？もちろん、**差学説か損害事実説かの二者択一で捉えれば話は別であるが、現実の所の判例は、必ずしも片方のみを利用して損害を算定しているとは言えない状況だった**のは、もうずっと確認してきたことである。よってここまでの判例の立場とは矛盾しないし、むしろいつも通りのやり方を踏襲し、実際に納得できる解決を模索しているのだと評価できるだろう。

300 損害賠償請求権者

直接の被害者に生じた損害は、それと一定の関係のあるものに及んだと評価しうるのかという問題である。

310 家族の請求権

311 相続構成と固有構成

父・妻・子二人の家族で父が働けなくなると、それに経済的に依存していた家族は収入を連带的に立たれることになる。だが、よく考えると**生命侵害の場合には、被害者は死んでいるから被害者が訴訟を起こすことは考えられない**。ここで判例は、**相続構成**をとり、被害者に発生した損害賠償請求権を相続した家族がこれを行行使するのだとしている。つまり、被害者の逸失利益や慰謝料を、本人がいったん得た後に相続させるのである。

だが、このとき**家族が「相続」した賠償権を行行使するわけだが、これはどのような理屈であろうか。**

※ちなみにこれは珍しい構成である。諸外国にはなかなかこのようなやり方は見られないのである。

法的操作としては**709条**に基づく不法行為を基にして損害賠償請求権が発生し、本人の財産とともに金銭債権である損害賠償請求権も**896条**により相続されるという形になるだろう。相続分については899条や900条など一連の条文を参照しよう。

ただし、学説には「遺族には遺族の固有の損害賠償請求権が発生する」とする見方がかつては有力であった。

これを**固有被害説**などと言う。ここで固有の被害とは以下の二つくらいから説明される。

①本人から扶養を受ける**期待・利益の損失**

妻らは経済的に依存していると言えるが、ここで問題なのは子供である。自活をするとあればそもそも扶養は必要なくなるが、どこで考えればいいのか。

②**相続期待**

事故なく生きていたとすれば、使いきれなくなるお金の額（相続される額）も増える。それに対する期待が保護されると言う訳である。

312 日本の立場

諸外国では固有に認めるのが有力なのだが、なぜ日本ではこのような構成になったのだろうか。理由は、死んだその人が固有の賠償請求を出来ない点にある。

理由は二つで、以下に示す。

①**将来にわたるダメージを負って労働能力を喪失した場合と、本人が死亡した場合とで、逸失利益の額が異なることになる。**

同じく労働能力は喪失しているのに、死亡した場合のほうが加害者にとってより**金銭的に得**ということになるのはおかしいというわけだ。ただ判例に反対する側からすれば、本人にいったん賠償請求権を発生させたとしても死亡した場合はそれ以降何ら精神的な苦痛を被るわけではない以上、**慰謝料**が観念できないぶん同じレベルでバランスがとれないことはある意味当たり前であるということになる。

②**即死の場合と時間差で死んだ場合とのバランスがおかしくなる。**

いったん本人が生きて賠償請求権を生じたら、それが金銭債権として相続されるのだが、即死になるとこれが認められなくなると言うのはおかしい。同時であってもここでいったん損害賠償請求権を発生させると言うのが、公平を実現する立場からは望ましい法的な擬制と言うことになる。

313 批判と相続構成の利点

不法行為法が発展していた昭和40年代にはこの判例の立場には批判があったとはさっき言った。

①理論的理由

そもそも理論的には**死亡**によって損害賠償請求権を取得すると言うが、**死亡によって被害者が人格を失っている以上、即死のケースで損害賠償請求権を死者が取得すると言うのは論理矛盾ではないか**と言う点が気になる。

②実質的理由

実質的にも、小学生の子供が亡くなったような場合には相続が生じるが、ここで逸失利益を親が取得することになる。**平均余命までを前提に算出した損害賠償を、明らかにその平均余命より生きられない親が取得する逆相続**が起きることになる。

あとは、血縁以外は全く関係のない、損害も事実上ほぼ受けていないような奴が膨大な利益を受けることになる可能性もある。このような所謂「**笑う相続人**」を生む必要はないのではないか、ということで、当時に有力な学者が判例に対して否定説をとったのである。

ただ、相続構成にすれば法定相続がある日本では**請求権者が明確になる**実務的なメリットはある。

相続額についてもこれは本人基準でいいので相当である（総額から本人の生活費用を控除した分が当然に相続の対象になるのが判例である）。また、賠償額も高額になるだろうから（本人が固有にもらえる額と、その周りの人間が固有にもらえる額とでは前者の方が大きいのは当然である）被害者救済にも資するだろう。扶養利益・相続期待等こみいった事情の調整については「生活費」や慰謝料を利用すれば可能だから、あながち不合理ともいえないし。

また、理論的問題については、**時間的間隔説**と言う立場がとられ、即死だろうが時間を細切れにすれば損害と死亡の間に時間間隔があるんだし大丈夫だろといわれる。

3 1 4 両立する権利

ここまで両説を対比してみてきたが、**相続による賠償請求と固有の賠償請求を「両立」することが否定されているわけではない**と言うのは注意しよう。

事実上相続が出来ないが扶養されている人間は社会の中に存在するわけで、（内縁の配偶者など）そういう人間に固有の請求権を認めると言うのは意義があることである。

判例 149 事件（阪神電鉄事件）などを参照しよう。

後は、相続放棄をした場合にも相続人ではなくなる。

ただ、**法定相続構成**で行く場合は亡くなった人が得ていた報酬に依存していた被扶養者は、本人がもらえる額を基準としそこから生活分として控除した残りを相続分で割っていくことになるのに対して、**扶養利益構成**で行くのなら、**自ら依存していた額を立証しないといけない**し、さらに法律上の扶養義務のある関係にない者が扶養利益を立証する時、この**扶養関係が続くと言うことを立証しないといけない**ことになる。ということで事実関係についても一定の立証が必要になる。そして扶養利益の喪失というときは、基本的に扶養を受けている、要する状態が終了するまでが期間として認められる限度になる。この点でちょっと不利な感じもする。

3 1 5 調整問題

以上見たように相続利益と扶養利益の双方が言えるときには、さらに調整の問題がでてくることになる。自賠法の判例であるが、相続する人間と、内縁で扶養されている人間がいた際の自賠法 72 条に基づく損害の填補について、相続の対象となるのは死亡しなかったらうべかりし利益であるところ、死者の逸失利益から**扶養にかかる費用が先に控除され、残りが相続される**と言う調整を図った。

つまり、扶養構成分を先に控除したうえで、相続を処理することとした。

似たような問題は、離婚していない**前妻と内縁の妻**がいるとき、法定相続分は財産分与に相当する形で清算するので割り振りの際に出てくる。

また、**相続放棄**になったような場合も問題である。夫が事業したがそれに失敗したようなときは、それを相続せずに放棄するケースがありうる。たとえば死亡した夫の年収が 780 万なのに対して 48 億の負債を抱えていたというような事案で、**相続を放棄する他方で、扶養利益の喪失を理由に損害賠償請求をする**事案があった。ここでは債権者への配分と妻と子への配分が問題になる。

生きていればさすがに年収全額を近親者に与えることは不可能で、債権者にも払っていた分があることを考慮して、原審は扶養利益につき実年収の 780 万ではなく男子平均賃金を基礎にやや控えめな判定をしたが、最高裁はそれでもまだ多いだろうとして、さらに減額した。

このように、わりとケースバイケースに衡平な額を目指した調整が行われている。

3 1 6 扶養利益構成の理論的問題

最後により進んで、扶養利益の侵害と言う構成が持つ理論的問題に触れておく。

遺族には 709 条に基づく固有の権利があるというのが、ここで権利とは何か。**扶養利益請求権**なのか、それとも**利益の喪失**なのだろうか。

権利とするならば、権利はない場合が存在する。事実婚カップルのうち、自由な意思で関係を続けているような場合には、そもそも権利があるとはいえないように思える。そこにあるのは義務による扶養ではなく、**善意による扶養**ではないだろうか。実際には様ざまなカップルがあるし、被害者自身が生きていれば扶養されている関係が続いていただろうというときも当然あるだろうが、このとき権利はなく、**利益**が喪失されたのだというべきである。

二つ目に、じゃあ権利構成はやめて、仮に**扶養利益の侵害**が 709 条で保護されるにしても、故意過失の前提となる義務はいかなる法益との関係で保護されるのだろうか。ある事故で、遺族が「扶養利益の喪失」をいって損害賠償を請求する時、加害者は「扶養利益」を故意過失で侵害したことになるわけだが、このときあくまで**故意過失は生命侵害を回避する義務との関係において語られるもの**である。

相続構成ならば、そこから生じたものをそのまま受け取っているだけなのでいいが、ここでは**故意の対象となる直接不法行為との関係で何か扶養の利益を侵害しているといえるだろうか**。ここにあるのは波及損害の問題であり、本人に生じた被害が近親者などに転化していったときにどこまで賠償責任が生じるのかである。この場合、実は不法行為要件はあくまで本人に対しての効果で判断されており、効果のみが本人に代わって近親者に現れたという状況が生れているのである。

相続構成はその近親者への効果帰属をどう法的に説明し、保護するかについて「法的な相続」を持ち出しているわけだが、扶養利益構成は間接損害としてこれを引き受けているのだとするわけで、この点でかなり特殊な状態であることを見逃してはならない。

317 慰謝料

慰謝料は**精神的損害**に対してのものであるから、**一身専属的**にみえるこの慰謝料を相続できるとする判例法理はかなり疑問を持たれていた。

当初は**被害者自身の意思表示を推知できるのか**が問題だとして、「残念」といって死んだケースでそれが慰謝料請求の意思表示であるとして、それを金銭債権として相続させた。解釈によっては自分の過失を悔やんでいるとかいろいろとれるけど、ここでは慰謝料についてのことだと認定した。

これだと「助けてくれ」はダメですね〜とか、亡くなる前に何を叫んだかが重要になり大真面目に議論されたが、これは即死の場合どうするのとか言う以前に、はた目から見れば「何をやっているんだこいつらは…」というそもそもおかしい話であり、もっと別の理論建がなされることになった。

※しかし彼らはアホなのではない。限られた枠組みの中で必死に救済を図ろうとしていたために、このような事態になっていたことは裁判官たちの名誉のために指摘しておく。

判例集 151 事件（10 日間意識不明後死亡事件：最高裁）

慰謝料請求権と言っても不法行為と同時に発生しており、もう普通の金銭債権と同視していいとしたのだった。何が侵害されているかと言うと確かに人格と言うその人限りの法益であるが、発生してしまった慰謝料請求権は**金銭債権**であり、原則として相続されるのだとして一応は説明がなされたのだった。

318 711 条

このほか慰謝料については 711 条に規定があり、近親者が**固有の慰謝料請求権**を持つものとしている。

起草者はこのとき、近親者が死亡したことによって自分の法益が侵害されたとは、直接には非侵害利益が觀念しにくく言えないと考えていたようである。ようするに本人の慰謝料請求権を相続することが考えられていなかったからできた規定のため、**現在の判例法理では本人からの相続と、自分自身の苦痛による慰謝料をダブルで手にできること**になっている。

ただ、これらはもちろん質的には異なるが、取れる額の総額はバランシングされてどのような構成でいっても取れる額は大体同じになっている。

やはり**慰謝料について近親者への波及損害が觀念できるのか**と言う突っ込みをされると、本人の悲しみが家族に移ったというのは確かに難しい。ここではそのような問いに対して慰謝料を固有にみとめてしまうことで、事実上一定の範囲で波及損害の認定を緩和していると言えよう。

ただし、**父母と配偶者と子**に近親者の内実を限定している点に注意しよう。たとえずっと暮らしてきた妹であっても、711 条構成はできないのである。

だが、さすがに実質を誤る結論になりかねないので、このとき 711 条の類推適用で本条と実質的に同視しうる関係の時に限りそれを救う構成をとっている。それから、生命は侵害されない傷害の場合にも 709 条、710 条に基づいて自己の権利として慰謝料請求できるとした判例が昭和にはある。

これは 10 歳の女の子が無免許のバイクに衝突され、一生残るキズと麻痺を顔におってしまった事案であった。傷はふさがらず水が垂れたりするというひどいことになり、711 条には直接載らないが 709 条の一般原則を介して保護者も慰謝料が請求できるものとしたのだった。

まあそもそも 711 条が使えなくても 709 条で行けるのか（じゃあ 711 条は意味ねーじゃん）と言う問題があるが、それはさておいても判例はカテゴリを拡張してきているのは確かである。

320 企業損害

321 総論

加害行為によって、この者と契約関係にある企業だとかがこうむった損害の賠償請求を、**企業**はすることができるだろうか。たとえば大事なプロジェクトの責任者が入院したら、そのプロジェクトがうまくいかず、ライバル企業に負けてしまって損失を負うことも考えられる。このとき会社は加害者に「てめーのせいだからああ金払えよ」とか、言えるのだろうか。

判例集 124 事件（真明堂薬局事件：最高裁）

これは純粋な意味での企業損害ではないが見ておく。純粋な意味では…と言ったのは、実質は個人営業だが会社組織をとって家族を重役に使っていた会社だったからである。つまりはその人の会社とその人は損害の帰属を同視する状況であったのだ。名目上の役員しかおらず、実質は被害者一人で切り盛りしていると言う事情から、「余人を以てかえがたい」として会社と個人をオーバーラップして考えているのである。つまりここでは、個人への損害が、そのまま企業の損害に直結していた。企業への賠償を認めたといいつつも、ただの逸失利益であった事案。

322 根拠

そもそも企業が損害賠償請求すると言うのなら、何を根拠としているのだろうか。

たとえば労働契約に基づく**債権の侵害**という見方が考えられるが、加害者からすればその人の債権とかに対する認識可能性はほとんどない。

というか、仮に債権侵害は、その**内容を認識**してその実現を妨げることだとするならば、企業の利益を妨げるような不法行為とは観念できないのではないだろうか。ここでは企業の活動を邪魔するような目的がないと、これをもって債権侵害を考えても不法行為責任は発生しないような気がする。

一般に企業は人をやとっているのであって、被用者が働けなくなる可能性は一般的には講じておくべきだという見方もできる。やはり企業損害と言うが、波及損害と同じように考えていいのではなからうか。

「企業にも本人の損害が波及した」と言うとなんか特殊になるが、ここでは一般原則通り、**本人の損害と同視できる時以外は、それだけで 709 条の責任が認められることがあるだろうかと考えればいいのではなからうか**と思われる。

400 損害賠償の減額事由

410 損益相殺

411 第三者が一定の給付をする場合の調整

たとえば事故にあって命が亡くなると大きな損失が発生するのだが、場合によっては**生命保険**によってかなりの額が不利益の填補となることもある。**同一の不法行為から損害とともに利益設けた場合は、それが相殺される**と言うのがこの**損益相殺**のシステムである。

つまり、保険会社が払うとその分が損害賠償額から減額されることになる。

※だがここでは商法の保険代理の規定により、加害者によって代償請求できることになるので、加害者が実質払う額は変わらない。

ただし、ここでは**「損害の給付」を目的とするような給付でなければ控除の対象にはならない**。

同じことは社会保障でも言えて、労災給付があったとしてもそれが加害者からの賠償請求より除かれるかどうかは給付の目的によるのである。損害の填補を目的する場合にはその分が控除され、債権者のかわりに代位行使されることとなる。

判例集 147 事件（未確定遺族年金不控除事件：最高裁）

第三者に対する債権を取得した（事案では遺族年金）時、それだけで損益相殺のような調整をすることは、原則として許されないとすべきであるとした。すでに履行された場合、履行が確実な場合においては控除が許されるが、**そもそも債権は不確実なものであり、確実性なしに調整の対象にできない**としたのである。履行が確実な部分において損益調整的な控除を行うとした。

この辺りは社会保障法で扱うのでまあ略しますとのことでした。

420 過失相殺

421 被害者の落ち度

722 条により、**被害者の過失**によって損害賠償額を減額することが可能だとされている。

典型的なのは赤信号で横断歩道を渡ったら事故に遭ったような場合である。落ち度がある分では、責任を加害者に填補できないと言う趣旨の規定である。

ここでは過失の割合を違法性の大きさ、行為義務との乖離からみて判断する。これが被害者：加害者 = 7：3 なら、70%が減額されるわけである。

※ちなみにこの規定が使えるとき、自動車事故などなら大体の場合は裁判例からまとめた本ができています。

ここからかなり予測可能性が生れるので、当事者間でも示談とか若いとかが成立しやすくなっているのである。交通事故の場合にはそういうのを見れば大体分かるので便利である。

4 2 2 過失相殺における被害者の能力

709 条に基づく損害賠償請求をする時には有責性判断がなされ、未成年者や精神疾患患者など責任能力が問題になる（712、713 条）のだった。

この 713 条の**責任弁識能力**が（だいたいボーダー11～12 才）加害者として責任を負うときには必要であるが、被害者の側にも「過失」があるというとき、ここにも**過失相殺能力**がまた必要になる。

※責任弁識能力はまたやるが、まあこれやったらなんか法的に責任もあるよなと思える能力のこと。

問題は、**この過失相殺能力は、責任弁識能力と同視しうるか**である。

判例集 141 事件（8 歳児 2 人乗り事件：最高裁）

この判例では、**加害者として責任を問われるときと、被害者が過失相殺される対象になるラインは違う**と判断している。前者はまあ積極的に責任を負わせていいのかどうかの判断であるが、後者は「公平の見地」から被害者の過失をいかに斟酌するかによるものである。

こうしてここでは、被害者には行為責任能力よりもゆるい、「**事理を弁識するに足る能力**」があればいいのだとした。本件では被害者は 8 歳くらいの男児であり、日ごろから交通事故が危険だと注意自体はうけていたはずだから、法的責任能力とは別に過失相殺の対象にはなりうるとしたのである。

4 2 3 事理弁識能力

上の判例は、過失相殺の根拠として事理弁識能力があればいいというのだが、これはなぜだろうか。もっと具体的に言えば、「別に事理弁識とかなくても過失相殺できるんじゃないか？」ということにつくる。

①**被害者**から見て

損害を回避する義務を、被害者に課することができるかというのが問題である。加害者側にはもちろん損害を回避する行為義務があるわけだが、被害者の側にも相応の注意をする義務があるならば、それは**損害回避、事故の抑止のインセンティブを与えるのが事故の回避に合理的である**からであり、（たとえば、どうせ事故っても賠償してもらえらるんだと思って散歩に出られたらこわい）そうだとすれば**責任回避のために行動をとれる程度の能力**がないと過失相殺を認めるべきではない。この観点からは確かに、事理弁識能力と言う新たな基準は必要である。

②**加害者**から見て

だが、加害者から見て責任あるいは違法性が低減していたと言えるかの判断を重視すれば、反対の立場もとれる。たとえば赤信号に急に飛び込んできた人がいたら、それを回避すべきだったと、全てを義務として加害者に帰責させるのは、被害者が中学生だろうが高校生だろうがおかしいものはおかしいだろう。ここで重視されるのは**被害者の行為態様**であり、客観的な判断である。

ここでは加害者の違法性が低減していると見ることができるかどうかが大いなのであって、積極的に責任弁識能力を要求することは必要ない。

まあこのように反対する意見もあるにはあるが、基本的には①の観点を重視している。まあ被害者視点に立つというならそれはそれでいいのでは？

4 2 4 被害者「側」の過失

たとえば 3～4 歳の子供が飛び出してきた場合には、事理弁識能力がないとして過失相殺が否定されることになるが、このようにどんなに状況を読み切れない感じでも全ての責任は加害者側なのだろうか。

ここで問題なのが**監督者の責任**である。普通は 3～4 歳の子供は単独で行動することは出来ないのだから、保護者などがついて初めて一人前の大人と同じように行動できるのであって、やはり保護者だとか先生だとか、こーいうやつらに一定の責任が認められてもいいのではなかろうか。

ここで出てきたのが「被害者**側**の過失」という概念である。

判例集 142 事件（母の看護過失事件：最高裁）、**143 事件**（保母の看護過失事件：最高裁）

非常に幼い子などには事理弁識能力が認められないから過失相殺は無理だとしたが、ここで被害者側の過失と言う法理を持ち出すことで、**父母や家事使用人など、「身分上ないし生活関係上一体」の関係を持つものまで一体視して過失認定をしている**。

身分上、そして生活関係上と言う言葉の外延ははっきりとしないが、この法理は今の判例にまで受け継がれている。ただ線引きとして、家事使用人は当たるがここで保母はあたらないとした。基準は謎。

やはりこのように線引きするのは非難も強い。何故なら**客観的に見て、加害者側からすれば子供の近くにいるおばさんが母なのか保母なのか使用人なのかはわからない**からである。むしろ過失を客観的に見ていけば、このような区別はおろか事理弁識能力もいらず、そもそも被害者の行動が合理的なそれと言えるかどうかの判断に帰着することになるのはさっきいった通りである。

4 2 5 配偶者の過失

妻が助手席に乗っていたとき、別の車と事故を起こしてしまい妻が負傷したような場合を考えよう。この時は、夫と相手車両の運転手の二者にそれぞれ加害（過失）があるわけだが、妻としては当然夫ではなく相手方にお金を請求することになる。

ここで「**夫の過失**の分は減額」ということはできるのだろうか。つまり、妻 VS 加害者の訴訟に、夫の過失がどう関わってくるのかと言う問題である。

判例集 144 事件（同乗妻負傷事件：最高裁）

さきの幼児の例では、本人に**事理弁識能力**がないからわざわざ被害者側の過失とか言う概念をもってきたわけだが、ここでは妻に事理弁識能力がないとは思えない。そして夫には妻に対して多少の義務はあっても、1 から 10 まで面倒を見る義理もない。

だが判例はここで、全く同じように「被害者側の過失」を認めて、**夫が妻を同乗させた状態で事故が双方の過失で発生した場合は、特段の事情が無い場合は夫の過失は被害者側の過失と斟酌してよい**としたのである。まあ事実として、ここで被害者側の過失を認めないとかなりめんどくさいのはある。

夫と第三者が過失をともにしているのは**共同不法行為**の一類型で、この場合は理論的には、トータルの賠償額が一定の範囲内であれば、誰にいくら払わせるのかは被害者が決めることができ、加害者相互間で最終的に過失割合に応じて賠償額の割り当てを決めることになる。割り当て以上の分を払わされた場合、他の加害者に求償請求することになる。

つまり普通にいけば、**相手方に全額負担させてもその後夫に求償請求が行く**のである。しかしこれはめんどくさいし、夫に事故の過失分を払わせることを最初からまぜこぜにでも判断してしまうのが、「夫婦が婚姻生活を営んで財産的に一体」であるならば一回的解決に資する。だから、判例は**婚姻関係が破綻でもしていない限りという条件をわざわざつけて、この過失相殺を被害者「側」の法理で認めた**のである。

※一点だけ注意すると、妻が相手方の過失と夫の過失を相殺しているのだが、ここで夫に対して 1000 万請求すること自体は可能である。普通はしないが、内田先生はこのようなときには分割責任になるとして、夫も減額を請求できると説かれているのだが、**第三者の過失**を斟酌して減額することは、被害者側の過失の法理からは無理である。「全額が分割責任ではなく請求可能だ」という前提にたっている判例があるので、多分判例もこのようなときに分割請求ができるとは思っていない。

内縁とかの場合は、婚約者についての判例はこれを「被害者側ではない」とした。ただし同居していなかった事案。内縁の配偶者については「被害者側である」としている。

4 3 0 訴因の問題

4 3 1 訴因

損害の発生や拡大に被害者の『**訴因**』（雑に言えば、特別な事情のこと）が加功しているときがある。このときに賠償額をどうするのが問題になる。ここには**身体的な訴因**の問題と、**心因的な訴因**の問題がある。前者はその人の加齢や病気のような事由であり、判例集 145 事件でまずこれが現れた。

判例集 145 事件（むち打ち神経症事件：最高裁）

交通事故でむち打ちになったという被害者。しかしこの追突事故じたいは非常に軽いものであった。さらに、被害者の車が突然ストップしたために後ろから止まりきれず追突してしまったというものである。

車にも同乗者らにも大した被害はなく、一応病院に行ったらと言ったのだがそのときは急いで省略と言うようなものであった。だがいざ通院してみるとかなり長引いて、長期間にわたり症状を訴えるのだった。これらは全て賠償に対象になるのかが問題になったわけであるが、ここで最高裁は、公平な理念に照らし相当でないということを述べ、**被害者の心因的要因によるところがあるとして、ここで賠償額を大幅に減額した**のだった。

加害行為と相当因果関係がある賠償範囲内だとしても、双方が原因となった形でその被害が通常発生する範囲を超える場合に、理論構成としては 722 条 2 項の過失相殺を類推適用していく形で、賠償額を減額させることとなった。

4 3 2 身体的訴因

上記のように、身体的訴因は斟酌の範囲にはなる。しかし、それは非常に慎重に判断される。

訴因で減額するということは、その平均値から離れているぶんを自己負担させると言うことになるが、それはすなわち、**一部においてその人は他人より慎重に生きることを強いられる**と言うことでもある。

それよりは、これも加害者の方で個体差の範囲内として受け入れるべきと言う見方も当然あるわけで、このバランス取りが問題となるのである。被害者をあるがままで加害者は受け入れるべきというような前提の

もとで加害者に慎重な行動を強いるのか、それともそうではなく被害者に慎重さを強いるのかという**規範的な評価**がここには必要になる。判決文からはこのような考慮が行われているものとわかる。ただ、前提としてはやはり世の中には様々な人がいるということは、判決文中の「個体差」と言う言葉で表されているように見える。その意味からは、むやみやたらに訴因とは判断されないだろう。

判例集 146 事件（長い首事件：最高裁）

首が他人より長い、という特徴につき、それが病気でもないのに訴因に入れるべきではない、と訴因が特別な事情と判断される場合を厳しく判定している。

4 3 3 心因的訴因

過労から鬱になって自殺した事案につき、前には自殺と言う本人意思の介在が、義務射程の議論でからは素直に扱えなくね？むしろ危険性関連説からいうべきではないか？というような観点からお話したこともあったはず。仮にここで「義務射程に入る」もしくは「危険性が増加した」と賠償範囲自体には入るとして、本人の**心因的な要素**が入っているぶんを減額するのか、問題にしてみよう。

電通社員自殺事件

判例は、心因的な要素が訴因たるとしても、**同種の業種に就くものには多様な個性があり、このことは、あるがままに引き受けなくてはならない**と、様々な労働者がいるということを前提にし、引き受けるべきだとした。これも身体的訴因の問題意識と一緒にあるが、やはり一定程度の差異を人間は有していることを大前提にして、かなり厳しい訴因減額の認定を行っているように思える。

5 0 0 特殊の不法行為

709 条の一般原則に基づいて話したが、ここからは **709 条以外**の規定に基づく不法行為責任について見ていく。大きく分けてこれには以下の二つがあると言えよう。

①**他人の行為**についての責任

②**もの**に関する責任

709 条は自分自身の行動についての責任規定であるが、ここではそれ以外によって生じた損害に責任をとらなくてはならない場合がある。

5 1 0 監督責任

5 1 1 総説

714 条では、**責任無能力者が 709 条の責任を負わないとき、法定の監督義務者がその責任を負う**と規定され、ただし書きに一定の免責事項が示されている。2 項により、監督者に変わって監督を実行する人間も同じようにこの規定の効力を受ける。

これは個人としての賠償責任が問えない場合に、監督義務者に責任を追及させることで**損害の填補**をしようという規定である。一応**責任能力**については、「これは法律上なんか問題があるな」と思える知能があるかどうかで問題で、未成年者では 12 歳程度で判断されるとされる。

●問題

すなわち、この規定では**加害者に責任があるのか、監督者に責任があるのかが択一の関係にたつ**わけだが、ここに問題があると言われている。

良く考えると、被害者の現実の救済のためには**資力**が何より肝心であり、とくに未成年者のようなものに責任があるというより、監督義務者に責任があったほうがよい。とすればここで、被害者は加害者の責任能力を否定し、監督者は積極的に認めようとすることになるが、なにかおかしい気がするし、そもそも「加害者の年齢が高いほど、被害者は損をする」ことになりかねない。

そもそも加害者に責任があることと、監督者に責任があることは択一の関係にあるかどうか疑わしいのであって、**不真正連帯債務**のようにとらえられるべきではないだろうか。反制定法的な法解釈になってしまうのでさすがに現行法では正面切っては出来ないのだが、何らかの形で法改正の中にこのような考えも反映させたいところではあるとのこと。

5 1 2 監督責任と 709 条

これに解決をあたえるために、**709 条による責任**を監督者に発生させる構成が現実（判例・通説）にはとられている。つまり親自身の監督義務違反を過失と捉え、709 条責任を課すのである。

このような解釈を通じて、714 条の要件は事実上緩和されている。

ただ、このような原則が確立できるとすると、一見 714 条の存在意義がわけわからないことになる。だが 714 条は、単に責任を言うだけではなく、「義務を負わなかったこと」「過失のなかったこと」が証明でき

た場合に但し書きで免責されるという条文である以上、**立証責任を加害者に転換する規定でもある**ことに注意しよう。つまりは 714 条があるおかげで、監督義務の履行を証明するのが加害者の監督者になるのである。このような責任の態様を**中間責任**とか言う。

これも一つ 714 条の存在意義だが、さらにもう一つ、709 条と 714 条で、要求される「過失の中身は変わらないのか」ということが議論される。

当該加害行為について予見可能性を前提とした客観的義務違反があったかどうかというのが 709 条のいう過失判断（近時の通説）であるから、ここでは具体的な行為への予測可能性を大前提にしている。しかし良く見ると、714 条の過失の対象は、**無能力者の生活全般**につき生じるものになっており、監督義務の射程を広げているように思える。

実際、709 条で何が問題にされているかを見てみよう。

判例集 160 事件（中学生殺害事件：最高裁）

色ガラのシャツがほしいので金を持っていた奴を殺して奪ったと言う事案がある。殺したのは中 3 の子供であったから、彼に責任能力自体はある。ここで 709 条での責任を認めることによって監督責任も間接的に肯定された。

だが、このとき親はあくまでこの具体的行為を予見していたとは言い難い。

ここで丁寧に認定されるのは子供のころからの家庭環境について、基本的な生活態度についての**しつけ**がなかったことである。本件加害行為を予見したかではなく、ひいてはそのようなことに至るような適切な看護の欠如が非難されており、やはり過失の中身は少し特殊になっていることがわかる。そしてそのような**「しつけ」までを義務として課すことができるのは、ひとえに 714 条の規定があるから**であろう。このような意味で、709 条を用いた救済が一般化した今の判例法理においても、714 条に実質的な意味を見出すことは可能である。

もちろん、当初の問題意識が指摘した通り、ここで実行者と監督者の負う責任から生じる債務は不真正連帯債務となるのは言うまでもない。（そうでなかったらこのように救済を広げた効果がなくなる）

5 1 3 何故立証責任が転換するのか

地味に立証責任が転換していると言うのは大きな意味合いを持つ。何の理由もなしにそのようなことはできないはずだから、ここではなぜ立証責任が転換しているのかを考えてみることにしよう。

①危険源だから

四宮先生が説かれるが、人的な危険源として責任無能力者をとらえる理解がある。精神障害などで自分の行動を抑制できないようなとき、責任が問えないのだとしたら加害行為への危険は確かに増す。

そこで危険を管理する責任が監督者には生じるのであって、それゆえ**危険責任**の考え方が適用され、ここには立証責任が転換された重い責任が課されるとする。

もちろん人間をそのようなものに捉えていいのかという疑問は否定できないが。

②家族関係があるから

とくに親には教育監護する**法定の義務**が親権から存在している。そこから**経験則上、被害が生じた場合に「しつけとかしてなかったのね」という推定が働く**とする理解もある。ここでは親権や懲戒権などの規定が根拠条文となり、日常生活から子供をコントロールすることによる**保障責任**が発生していることになる。

5 1 4 親は責任を常に問われるのか

以上の議論だとなんやかんやすべての場合に保護者に過失が認定されそうな勢いである。とはいえ、ここではさすがにそうはいかない。

判例は「当該加害行為に結びつくような監督義務の違反」がなければ 709 条による責任を認めないこととしている。たとえば子供も育てば一人暮らししているときもあるだろうし、物理的・精神的な親の影響など総合考慮され、親と言えどもそこまで責任を追及できないような場合が存在する。

これはひとえに基準をきめられるものではないが、具体的には**自立の度合い**、要するに一人暮らししているのかどうかなどが考慮されることになる。

5 2 0 使用者責任

5 2 1 総説

715 条は、ある事業のために他人を使用する者は、**被用者**がその**事業の執行**について第三者に加えた損害を賠償することを規定する。715 条の特徴は被用者にも損害賠償請求できる余地を残していることと、あくまで**事業の執行**についてという制限がかかることである。

実体的な運用に注目すると、ここでは 709 条の故意過失を前提とした一般的な不法行為責任とは、だいぶ毛色が違うものが想像されているということは指摘しておかなくてはならないだろう。

もちろん免責規定には「ただし、**使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたとき、または相当の注意をしても損害が生ずべきであつたときは、この限りでない**」とあるので、ここだけ見るとあくまで自分自身の選任監督上の過失が大事であって、709 条と同様に使用者が何か（使用者として）やらかした時に責任を負えと言う規定にも見える。使用者にはやはり仕事の際、そして仕事を終わった後にも余計な事をさせない責任がある、というわけだ。

ただ、**現在の判例では 715 条の免責は通常認められていない**。とすると、「過失があつたから」というよりは、使用者が被用者の行為について、ある範囲までは当然に補償責任をおっているとみるべきである。ここにあるのは**代位責任**の考え方である。

これには**危険責任**や**報奨責任**と言う考え方が援用されることもある。

※報奨責任とは人を使うとメリットがあるのだから、そのことによる危険についても適切に管理しなよというものである。危険責任は監督責任の時に述べたように「危険源」を持つものはそれを適切に管理しなくてはならず責任を持つという考え方である。

もちろん、法人自身の責任を考える時に、法人はそれ自体は抽象的観念的な存在である。だから直接の加害者が要件を満たすかどうか、というあくまで 709 条の問題をクリアした上での責任が問題になる。

5 2 2 外形理論

そもそも中間責任となっており、故意過失などでの免責はほぼないから、ここで条文上使用者側がめっちゃ気にすることになるのが、「**事業の執行**」につきの行為かどうかである。事業が関係ないならば使用者に責任を負わせる筋合いは確かにないだろうが（たとえば休暇取らせたら趣味のツーリングで事故を起こしたなんてときに会社が面倒を見る必要があるだろうか！）、問題はじゃあ「どうしたら事業の執行につきの行為と言えるの」と言うことであろう。

これについては、**外形理論**と言う考え方が採用されていると、一般的に説明される。これは、**客観的に第三者から見て事業範囲に属すると見ることができると**かを重視して業務執行性を判断し、実際のところどうだったかは気にしないというものであるとして語られ、判例は事実的な不法行為、そして取引関係についての不法行為についてこれを採用しているようである。

※が、後述するように、このような**外觀的**に行為を見る理解は、浅い見方である。外形理論はより深い実質を持つが、ここではたたき台として一般論を提示する。

判例集 162 事件（業務用ジープ無断使用事件：最高裁）

実際のところは私用で社用車を使っていたのだとしても、被用者の行為の外形を捉えてそれを客観的に観察したときに、使用者の事業の態様だとか規模からしてそれが被用者の職務行為の範囲内に属するものと認められるならば、使用者責任が成立するとした。

だが学説は、事実的な不法行為についてこの外形理論を採用することを批判するものが多い。これはつまり、**権限を信じてみたらそれを逸脱していた…**とかというような**信頼保護が外形理論の骨組みだとする理解からは、契約と言う信頼関係に根差す行為についてはまだしも、事実行行為という信頼もへったくれもないような行為にまで外形理論を適用するのがおかしい**というのである。たしかに自動車事故のような場合に、「あれ？この車はトヨタのだな…俺マツダ派なんだけどな…」とか考えているというのはありえない。

だが、そもそも判例の立場はこのようなものだろうか。外形理論と言う概念は、信頼保護の規定、たとえば**表見代理**の理論から出てきたのだったのかと言われると必ずしもそうではない。客観性は、単に行為者自身の主観と対極の位置にあるというだけである。行為の外形を客観的に判断するために外形理論があるのだとすれば、言い換えれば、「業務執行性については客観的に関連性を判断すべき」だと言う意味合いでこれがとられるだけのならば、信頼保護を強調する以上の批判は的を外していると言わざるを得ない。

5 2 3 客観的

以上のような批判をするよりも、むしろより実質的な形で「客観的に判断するとはどういうことなのか」を改めて評価していかななくてはならない。果たしてこのやりかたが妥当するかは、あくまで「**使用者に帰責があると判断するに際して、客観的に関連性を判断することが納得のいく根拠づけになるか**」で決まるものであろう。

確認すると、「直接の加害行為を行った被用者を用いて、使用者が**利益**を得ようとしているからそのぶんマイナスも背負えよ」というのが使用者への帰責の根拠である。表見代理の場合は信頼をぶち壊したことに責任が発生し、そのためには基本代理権の有無が判断の要素になったわけであるが、このような場合はむしろ

被用者を**支配**し、その利益を**帰属**させる点に帰責根拠がある。そのことをふまれば、やはり**当該行為と使用者の責任との実質的な関連を客観的に判断することが求められる**。具体的には**職務内容**や、**行為の容易性**などが重視される。

昭和 40 年 11 月 30 日の判決は、外形理論の中身につき、当該行為が被害者の分掌する職務かどうか、そして客観的に見てその行為が容易かどうかを判断基準としている。

そしてこれは、事実的な行為かどうか、そして契約行為かどうかは関係ない事である。その意味で**外形理論は、外観理論ではない**。それっぽく見えたから、という外観的な判断がなされているわけではなく、あくまで帰責根拠に基づいて、「ため一のせいで危険が増してるんだよ」と使用者を非難できるような判断ポイントとして、客観的な関連性が実質的に判断されているのである。このことを理解した上で、単なる見た目理論とは隔絶したものとして外観理論を見ない限り、非常に陳腐な議論に留まることになる。外観理論と勘違いして「信頼保護規定だ」とか言っていた人たちをさっき確認したが、この点浅はかだったと言わざるを得ないだろう。

※ただし、取引的不法行為については、信頼をぶちこわしたことも帰責根拠の一端をなす。それゆえに使用者責任とは別に「**悪意**」ならば保護されなくなるのも確かである。**判例集 165 事件**（融通手形割引斡旋事件：最高裁）では、相手方が**悪意重過失**ならば、取引的な加害行為について賠償責任がないとしている。この場合、新たに「悪意」というリトマス紙が足され、二段階での判断ということになる。

5 2 4 外形理論の射程

外形理論は全ての場合に適用されるかのように言われることもあるが、それは本当だろうか。いくつかの場合分けして考えてみよう。適用できないケースとかなないのかな。

①職務執行行為が不法行為要件を満たす場合

この場合は外形理論とか考える必要がそもそもない。この外形理論による判断以前の問題なので、無視。

②職務執行行為から逸脱する行為が取られた場合

権限濫用や**権限逸脱**をしたときということになる。手形を振り出すものが自己または第三者のために手形を振り出す、などが濫用行為である。これは別に使用者によって許容されてはいないが、まさに外形理論によって使用者責任が認められる範疇だった。事実的行為については、営業に使う車で時間外に遊びにいった場合は、行為の外形からして職務の範囲内であるなら使用者責任が発生することになる。行為の容易性や職務を考慮して外形ありかなしかを判断するという外形理論は、こうしたケースの判断のためにある。

③被用者同士の加害行為

判例集 163 事件（「配管工だらういばるな」事件：最高裁）

この事件のように、被用者同士が喧嘩したような場合などが考えられる。この判例では、使用者が責任を負うのかにつき、「**契機**」「**密接な関連**」と言う、一見外形理論と異なる基準で判断を下している。**外見法理を外観信頼とする考え方からは、このような場合に外形理論を適用しないことの証左としてこの判決はとられることもある**。しかしながらさっき言ったように、外形理論は決して外「観」理論ではなく、濫用・逸脱行為でもどのように責任を負うのか実質的関連性の問題であった。

この判例では単に喧嘩というのが個人としての喧嘩なのか、それとも業務に潜む危険としての業務起因性があるのかが問題にされているのであって、これは**外形理論の扱う「逸脱・濫用行為」とはそもそも別のレベルの問題が判断されている**にとどまる。

とまあ、外形理論は適用されないこともあるが、それは適用不可の領域があると言うより、別の次元に判断すべきポイントが存在するからと言う感覚が強い。

5 2 5 事例課題

平成 16 年 11 月 12 日の判決では、暴力団の組長に 715 条の使用者責任を認めた。しかし暴力団は**階層組織**を為して、単なる使用一被用と言う関係ではない。ここにおいて、末端の組織員の行為につき、715 条責任がほんとうに問えるのだろうか。そもそも**暴力団の業務**とは、何なのだろうか。

一応、下級組員は誤って警察官を射殺しており、ここで実行犯を直接の加害者として、系列の最上位の組長に対し 715 条の使用者責任を遺族が訴えたのである。

ここで最高裁は「**資金獲得活動**」という暴力団としての業務を觀念し、これにつき使用者関係を認めたのだ。階層構造をなしているとしても、対立抗争で活躍したらうんぬん…などの内部ルールがあったということなどを考慮して、これを事業としたうえで密接な関連等を判断して（こちらはわりに容易だろう）715 条の責任を認めたのである。

知識として、**業務がこのように違法的法含め広めに解釈されうる**ものであることは知っておこう。

526 求償

715 条 3 項により、使用者は被用者に**求償権**を行使してよいとされている。被用者は前提として 709 条での責任を負っており、使用者は代位責任を負っていると言う状況であるから、この状況で直接の加害者への求償を、代位した使用者が求めていいと言うのには一定の合理性もある。

ただ、**これはつまり「使用者は本来はお金払わなくていいよ」ということなのだろうか**？事故を起こすにもたくさんの原因があるわけで、過酷な労働条件で注意力散漫になったような場合に事故がおきることもあるだろう。そのようなとき、直接の加害者は確かに事故を起こした人であるが、当該勤務状況に起因して事故が起きた側面があるのなら、少し考慮すべき問題ではないだろうか。

後は、被用者が保険に入っているようなときも考慮すべきであろう。

判例集 166 事件（タンクローリー臨時乗務事件：最高裁）

この判例では損害の公平な分担と言う観点から、直接の根拠は「**信義則**」においたうえ、求償できる部分が減額されることを述べている。たしかに、そもそも使用者責任が問われる行為が、職務の執行行為そのものであることも多い。そのときに全て被用者に責任が負わされるには不公平な感じはする。

そして、**被用者が職務逸脱行為をしている場合もこの観点は無視されない**。たしかにこれは内部的にみれば使用者自身に落ち度はなさそうであるし、たとえば勝手に遊ぶために持ち出したのなら内部的には全額求償を認めてよさそうである。とはいえ、なお「過酷な労働につき自主的に労働していた」というように、漆黒の労働環境が原因だった場合などはまた変わってくる余地があるだろうからである。

527 逆求償

最終的な負担は使用者が一部負担すると言うのなら、逆に被用者から「使用者さんよオ～!金払えっての」ということはできないのだろうか？これが**逆求償**の問題である。

一貫したと言う観点からすれば、最終的な負担割合として逆求償を認めると言うのも成りたちうる考え方である。しかしながら、上の判例は「**信義則**」で求償額を制限している以上、権限は本来的には使用者にあると言う見方が保たれている。したがって逆求償する権利は、これだけでは被用者にはないと言わざるを得ない。ちなみに逆求償を認めるべき根拠として持ち出されるのは、**共同不法行為**が成り立つような場合に、**各不法行為者は自己の負担する割合（これは過失割合などで決まる）以上に損害を賠償した場合には、他の不法行為者に不当利得返還請求を行うことができる**ことである。共同不法行為については後述する。

528 複数の加害者がいる場合の求償

ある事故がおき、二人の加害者の双方の過失割合は 3 : 7 であるが、それぞれに使用者責任が問えるというような事例を考えてみよう。それぞれの過失と被害者の怪我とに因果関係があるならば、被害者はそれぞれに好きに損害賠償請求すればよい。だが、たとえば加害者 A の使用者が被害者からの請求に応じて、被害者のこつむった損害を全額賠償した場合、もう一人の加害者 B も 7 割の過失を持っているのだから、求償ができないだろうか。それに並んで、加害者 B の使用者にも求償出来ないだろうかが問題になる。

①加害者 A の使用者から加害者 B

これについては、**共同不法行為**として、過失割合の範囲で加害者 B に求償することができる。

②加害者 A の使用者から加害者 B の使用者

共同不法行為者同士では**過失割合に応じて最終的な負担が決まる**ことになる。だが、ここで加害者 B の使用者には、固有の過失割合はないことになる。

昭和 63 年 7 月 1 日の判決

判例集 167 事件の判決文中に引用される部分にこの判決が載っているが、「**過失割合に応じて、共同不法行為者の指揮監督者に求償請求が可能である**」と言う判示をしている。ここでは、一体の関係にある使用者と被用者は同じ責任を負うべきとされ、その限りで求償も認められることとされた。

715 条が直接的に規定しているのは**補償責任**、あるいは**代位責任**である。その趣旨をここまで広げたとすることになる。

わりに求償がフレキシブルに解釈されているのは見れば分かったと思うが、では何故このように規定するのだろうか。これは、715 条の目的もやはり**被害者救済**にあり、**加害者の求償行為も最終的には被害者の救済につながる**からだとされている。

結局求償が出来るのなら、支払う側の「払い過ぎる」リスクは減る。よりてきとーに言えば、「後で払ってくれるならまあ俺がここは出しておくよ」という理論が成り立つのである。そしてこれを認めない場合、そもそも被害者が最初にどの使用者に訴えるかによって支払う額が変わってしまい公平さに欠ける結果となる。よって、**求償をここで認めることは公平な解決にも資するし、ひいては被害者の救済にも資する**のである。

る。このような点を踏まえてみていけば、715条の趣旨からこの昭和63年判決を理解することができるだろう。

判例集 167 事件（クレーン車賃貸借事件：最高裁）

使用者相互の求償も被害者の救済に資するとして、これを可能だとしている。

さらに複雑なのは、指揮監督する立場のものが複数ある場合であるが、このような場合についても、これはコントロールを及ぼす度合いによって使用者間の責任が判断され、その責任を超える範囲は上の議論と同様に求償が可能であると示した。

530 物の状態に関する責任

531 総説

物の状態、といっても規範的な概念ではあるのだが、ここからは一定の物を持っているとき、そこから発生する危険について生じる責任を確認していくことにする。

まあ、物としてよく取り上げられるのは**自動車**である。

いきなり特別法の話になるけど、**自賠法**3条には、「自己のために自動車を運行の用に供するものは、他人への損害につきその損害賠償責任を負う（要旨）」という規定がある。

運行供用者は、運行によって事故が起きた場合にはそれによる責任を負うとするわけである。一応免責の要件が設けられてはいるのだが、原則としては認められず**無過失責任**に近い。さらには、自賠法では強制保険制度に所有者をぶっこむことで、賠償の履行をある程度確保しているという点も特徴的である。

なんてこんなことを確認したかって、ここにあるのが**自動車と言う高速で運用されるものに内在的に危険があると言う考慮**だからである。つまり、利益を生むかもしれないけれど危険が具体化する可能性があるものを使うときに、それを使う奴には厳しめに責任を負わせとけというのが、この「**物の状態に関する責任**」なのである。

ここで潜在的に加害者になる可能性が高い車については、保険制度を作ることによって潜在的加害者間でリスクを分散していると言える。

532 車

車の場合は上にも書いたが、条文からして**自己のために運行の用に供する者が誰なのか**が問題になる。ここでは、単なる所有権の問題ではなく、「**運行支配**」「**運行利益**」を総合考慮することが重要であるとされている。運行供用者と言う概念はかなり操作可能性があり、様々な事情が考慮される。

判例集 175 事件（まかせ飲酒運転事件：最高裁）

Aが友達Bに運転させてそれに同乗し、帰宅する際にBが「運転は任せろ！」といったので運転は委ねた。そしたら友達が運転を誤って、のっていたAは死亡してしまったのだった。遺族がBに賠償請求をしたと言う事案である。

この場合には、自賠法が「他人」への損害を賠償しろという規定であるのに対して、A君は他人なのか？と言う観点からも運行利益、運行支配がAにあるかが問題になった。（つまり、Aが自己のために運行の用に供していたと認められれば、同じ車につき同様に運行の用に供するBとの関係では他人とは言えない）

だが、最高裁は運行利益と運行支配は「いまだにある」として、賠償請求を認めた原審を是認しなかった。原審はA君が抽象的な支配可能性しかなかったのに対してB君は具体的に支配ができたと言って差異を認めたのだが、最高裁はそれをせず、あくまで**特別の事情がない限りは、同乗していたA君にも同程度の支配がある**と見るべきで、原審ではその特段の事情が指摘されたわけでもないという。

ようするに、単にハンドル握っているかどうかだけではなく、もっと**個別的な事情**を加味して定まるのがこの「自己のために運行の用に供する」という概念なのである。

533 工作物責任

717条により**工作物の責任**が規定され、工作物の**所有者/占有者**は、その**設置保存の瑕疵**による責任を負わなくてはならないとされる。**国賠法2条**にも似たような規定があるが、基本的な問題は共通している。**あるものが危険な状態にあり、通常備えるべき安全性を欠くようなときに、それによる損害を賠償しないといけない**とするわけである。

ここにおける「**通常備える安全性**」がどれくらいなのかは結構問題になるが、とにかくここで適示されるものが**物の状態であり、人の行為態様でない**ことは注意しよう。ここでは背後にある人の行為をとらえれば709条で責任を問うこともできるのであるが、あえて物の状態を直接の主題としているのである。

たとえば道路に穴が開いていた、堤防が弱くなっていた…とか言うときに、背後の人のやったことにも問題があるとは言えるだろうが、ここで証明するのは結局「瑕疵」なので、ある程度客観的な形で立証できる。

5 3 4 製造物責任法

PL 法の責任根拠規定は第 3 条。製造業者等はその引き渡したものの**欠陥**により他人の**生命身体**または**財産**を侵害した場合には、その賠償責任を負うとされるが、ただし損害が**当該製品にのみ**生じた場合にはその限りではないという規定である。たとえばプラズマテレビがぶっ壊れ炎上して、怪我したりしたら侵害が認められるし、部屋が焦げたりすれば財産侵害が認められる。が、そのプラズマテレビにのみ侵害が生じていたのだったら（テレビのみ急に壊れたようなとき）、製造物責任としては追及できないことになる。

他のものがあれば合わせて賠償請求できることになるというこの請求の曖昧さは説明不能ではある。まあこれは「単体の被害は当事者が契約責任で解決しろ」という EC 指令（日本の輸入元の規定）の翻訳の仕方がちょっとまずかったねと言う感じがします。

薬などについても製造物の欠陥は観念できる。但し、**不動産**は製造物責任の対象から外されている。

22 条では欠陥の定義がなされるが、まあいろいろ考えて「**通常有すべき安全性**」を欠くという、いつもの言葉に帰着することになる。

PL 法の前は背後者の故意過失まで立証して 709 条で追及していくことになっていたもので、**大幅に立証する負担が軽減された**ことになる。というかそれ以前に、先ほども議論したが、「物」に主眼が置かれることで、**責任の客観化**がなされたということになる。

免責事由についてはさらに、科学又は技術の知見ではそのリスクが認識できない場合には責任を負わなくてもよいことにしている。これを**開発危険の抗弁**というが、これによって萎縮効果を回避しようとしている。ただ、これを安易に認めると意味がないので、相当厳しい基準で判断される。

6 0 0 共同不法行為

719 条 1 項と 2 項に規定される概念である。ただ、学説は結構混迷していて、さらには判例の立場も混迷しているので、基本的な問題意識についてのみ述べていくことにします。

これはおもに**損害賠償**との関係で問題になっている概念である。まあ工場が一定の物質を排出していて被害が出ているとかいうときには、将来に向かって一定の差し止めができるのかとかいうことも議論されることはあるが、それくらいである。

また、インターネットとかの時代になったから、著作権侵害とかにつきわりと差し止め命令が出たりするのだが、これは著作権法とかの範疇になっちゃうので、やっぱり共同不法行為は**損害賠償**の問題で語られる。

6 1 0 一般的な問題

6 1 1 問題の所在

【参照】民法 719 条

1 項 ①数人が、共同の不法行為によって他人に損害を与えた場合は、各自が連帯して責任を負う。

②共同行為者のいずれのものが損害を加えたか知ることができない場合も、同様とする。

2 項 行為者を幫助教唆したのも共同行為者にあたる。

ここではやはり、「**共同の不法行為**」とは何か、そして「**連帯**」して責任を負うとは何かなどが問題になる。つまり条文を整理してみると、一項の前段、後段が問題だとわかる。2 項は確認規定でしかない。

6 1 2 「連帯して責任を負う」

各自が連帯して責任を負うとはどういうことだろうか。

一般的な理解としては、「それぞれが全額について、連帯した形で債務を持っている」ということである。つまり、100 万円の賠償ならば全員が 100 万円の債務をとりあえずは持っており、もし一人が 100 万円を賠償した場合、他の人間の債務も連带的に消滅することになるのである。ようするに不真正連帯債務として、他の効果はともかく全額支払えばそこで終わりという感じ。過失割合に応じて分割されたりはしない点に注意しよう。

※不真正連帯債務とかは、債権総則（民法第三部）でやるからあんまり気にしないでいいよ！

だがまあ、このように理解すると、じゃあ「連帯して責任を負う」としたその効果の独自性は何なのかも少し問題である。これだけなら、別にわざわざ規定しなくても他の条文でそうなるんだよね。

6 1 3 共同の不法行為

この問題は、**主観的関連共同**と**客観的関連共同**という区分を前提に話されるのが一般的である。

●主観的関連共同による不法行為

刑法で言う**共謀共同正犯**など、加害行為についての**共通の意思**がある場合、それらは全て共同不法行為であり、意思の共同があることから**主観的関連共同**とされる。

教唆なども、主観的関連共同の一類型と言うことになる。主観的と言うのはこのように、共同行為の認識、あるいは共通の加害意思があるということであり、ここには**他人の行為を利用し利用されることを認容する意思が広く含まれる**のだとされている。細かい学説の差異があったりするが、どの立場をとっても**意思**を帰責根拠として連帯債務を正当化することになる。

●客観的関連共同による不法行為

交差点でスピード違反の車同士が衝突し、スピンして歩道へと向かい、歩行者がけがをしたような場合を考えよう。A という車と B という車の間には客観的な関連共同性があるとして、このようなときに共同不法行為を認めるのである。

このようなときには、共謀や意志的な共同も、利用する意思もない。複数の工場が廃液を排出し健康被害がでているようなときも、領域は一致するが「あの工場と一緒に物質を出すぜ」というようなことはない。しかし**相互作用の結果甚大なそして複雑な不法行為が起こされる**ことを理由に、この客観的関連から不法行為の連帯責任を正当化する。

そして判例は、基本的にこの客観的関連共同性があれば、719 条の責任を負わせるに足るとしている。

6 1 4 客観はアリか

この規定がそもそも、**現代の複雑な因果系列をたどるような不法行為につき、特定の行為との間の立証責任を負担させなくてもよいようにする**ための規定であるともいえる。

やはり、個々の加害行為との立証をせずとも、共同不法行為として構成すればかなり立証は楽になる。とすればこの観点からは、「**社会的に一体なものとして責任を負わせるのが適切と思われる（そうしないと、救済が難しい）**」ときには、**客観的な関連共同**を認めて共同不法行為性を認めると言うのである。

ただ、責任を負わせるべきだから負わせると言うのはトートロジーであるから批判も多い。そもそも帰責性の根拠が、「**意思**」のように明確ではないし。

ただ、やはり**被害者の救済**に資する事実がある。そして判例も、このような客観的な関連共同を認めている。まあ「社会通念上一体をなす」というところまで相関しているんだというだけではあまりに抽象的だから、具体化するとすれば**時間的・場所的近接性**などが判断のファクターになるはずである。

とはいえ、たとえば河川の流域で、それぞれの工場から汚染物質が出ているようなときなどを考えていくと、場合によってはちょっと酷な場合があるのではないかというのが指摘されている。

この例だと、工場によって汚染物質の量はたぶん違う。だから端的に言って、すべての工場に責任を同じように負わせることはできないのではないかというわけである。つまり **719 条で全額負うとした責任に、何らかの寄与度減責もしくは免責を認めるべきではないか**と言うことである。分割責任と言う訳ではないが、何らかの形でバランスを調整しようと言う訳である。

これは理屈についても①強い関連共同性と弱い関連共同性とを区別したり、②弱い者には寄与度に応じた免責を認めようとかいう人や、③719 条の趣旨に関わるからまったく認めないという立場もあったり、位置づけにしても④719 条 1 項の前段の問題とする人と②後段の問題とする人とかがいたりして、かなりカオスな様相を呈している。

まあこれは**現代的な不法行為**につき、一定の法操作をして妥当な解決を図ろうとするも、それに対しての理論的説明がまだできていないということを端的に示す例である。

6 1 5 公害パターン

具体的なケースに即してもうちょっとみていこう。典型事例は、公害等で複数の工場から排水や汚染物質が排出されて、それによって付近住民が被害をこうむったような場合である。大気汚染による健康被害なども似たようなパターンになる。

判例集 170 事件（山王川事件：最高裁）

古典的なケースとして挙げられる事例。アルコール工場が窒素を含む廃液を川に流したために、農作物に被害が生じたと言う場合である。

ただ、この判例では各自の行為がそれぞれ独立に 709 条の要件を満たす、とまあ単純に損害との間に相当因果関係があると言うような言い方だったので、これだけ見ると 709 条だけで処理できそうな感じがする。もちろんこの場合は排水には複数の原因があったということに注意して、「**他にも加害者がいるからといって責任が分割されたりすることはないのだぜ**」、ということを示しているのかもしれないが、他にも加害者がいるから当然に減責されるということは別に 709 条からしてもないだろう。

じゃあ、719 条第 1 項を使う意味がある場合とは、どのようなときなのだろうか？それは端的には、**各自の行為だけではこれだけの損害が発生したとは言い難い**ような場合である。

たとえば ABC 三つの工場から河川に汚染物質が排出されて、付近の住民に健康被害が生じたようなとき、一つの工場からはこの被害が生じたとは言えないような場合でも（たとえば A70、B60、C50 の排出に対し、人体に被害が出るには 100 以上の排出がないといけないようなケース）、この行為に**客観的関連共同性**があると言えるならば、719 条によって各工場に全額の賠償を請求できる。あとは内部の求償の問題として処理すればよいということになる。

そして、過失割合とか寄与度とかはそのときに改めて考えればいいということになる。

すなわち**複雑な因果関係の絡まりがあり、それぞれの特定した加害行為の立証が難しい**ような場合に 719 条 1 項の意味があることになる。

6 2 0 寄与度減責

6 2 1 責任を縮減する必要性

ここまでは連帯しているというときだが、たとえば先の ABC の工場がある例では、他にも D という工場があり、こいつの排出は総量で 20 だったと言うような場合を考えよう。

この場合でも D は、共同不法行為が認められる限りは損害を賠償する責任を負う訳だが、**このように排出の小さかった工場にも同じだけ賠償責任を負わせるのは、すこし不適當なのではないか**と言う考え方がでてくるはずである。

ここで、D はその割合に応じた範囲に責任を減額してやろうと言うのが、**寄与度減責**の考え方であり、判例も少なからずこの考え方を取り入れている。

※もちろん減責の割合は寄与度の評価が入るものである。

初期には裁判例でも**寄与度**という言葉を用いるものがあったが、一般的には「**強い関連共同性**」、「**弱い関連共同性**」という言葉を使い分けて、前者では寄与度減責を認めず、後者では寄与度減責を認める構成をとる。

※条文操作としては、719 条第 1 項の前段と後段とを分けて、前段を「強い関連共同性」があるとし、後段は「弱い関連共同性」があるものとする。

区別は明確ではないが、たとえばコンビナートがあるような場合には、強い関連共同性があるとされている。似たようなことは、**違法性の強弱**で減責を認めるべきだと言うような考え方にも表れている。

社会的に一体と見られる行為の因果関係を推定する点に共同不法行為の趣旨があり、一応の因果関係が 719 条による「**推定**」で認められているにすぎないのだから、その後で**自己の行為と結果との間の因果関係が認められない、あるいは一部しかないということが言えるのであれば、その寄与度に応じて減責が可能**なのだ、という考え方がこの議論の背景にある。

※他方で、関連共同性を認めいったんは全額の賠償責任を負わせるが、一般に様々な類型に対応できるように解釈に弾力性を求めるのだという立場もある。

6 2 2 主観的観念共同と寄与度減責

ちなみに、客観的関連共同からはもともと意思がばらけている分以上の議論は認められやすいが、主観的関連共同についても説明は可能である。

関連共同というためには意思に基づく**主観的な共同性**が無くてはならないと言う立場からすると、共通の意思によって一個の損害が起きているから分割不可能じゃね？寄与度もへったくれもなくね？といえそうである。だが、あくまで**主観的なもの**に関連共同性が限定される以上、**損害自体は、「関連的な部分損害」とでもいうべき小損害が重なり合っていてできているのだと見ることもできなくもない**。

709 条ではその部分に応じた損害をおうべきだとされるが、その正確な範囲が曖昧で立証が難しい。これでは被害者にとって酷なので、被害者の利益のために、関連的に一個の損害全部に責任を負わせているとするのである。

このときは 2 項の反対解釈として、加害者側で自身の不関与を証明できれば負担を免れるというものを類推して処理すべきだとする。つまり、厳密には関連共同性の問題というよりあくまで立証責任の問題が意識されている。

6 2 3 意義を損なうか

このように、擬制だとか推定だとか、はたまた複数の不法行為がまじりあっているだけだ、など理屈付けは非常に曖昧であり、解釈論からすると混乱するが、寄与度減責を認める立場じたいは有力である。

他方、**減責を認めるということは 719 条の意味を失わせる方向に向かう**のも確かであり、平井先生などはそのようなことを主張している。

このように考え方は分かれているが、なににせよ共通の問題意識としては、やはり複合型の汚染問題などの責任の所在をどこまで「副次的」な主体に認めるのかという問題なのである。

判例集 171 事件（西淀川公害第一次訴訟：大阪地裁）

寄与度減責を「強い関連共同性」の認められるものには認めず、「弱い関連共同性」のみ認められる不法校については認めた。

損害の形態に応じて寄与度減責を認めるか否かという判断をしているのは、やはり責任を副次的にどこまで飛ばすかの慎重な判断が前提にあるように思える。

624 交通事故と医療過誤

これも良くあるケースなのが、共同不法行為の絡みとして出てくる**交通事故**と**医療過誤**の競合である。交通事故+医療過誤と言うケースは実はけっこうな判例があり、判例分析が成り立つ程度には集積している。とはいっても、たまたま医者が恨みを持っている人間が運ばれてきた…というのはドラマの話であって、基本的にはこういうのが来るのは**客観的な関連性**の問題になる。

ようするに、**事故に加えて医療ミスがあった時に、死亡と言う結果まで加害者や医者は責任を持つのか**、と言う話である。義務射程の時にも論じたよね。

判例集 172 事件（交通被害児硬膜外出血腫死事件：最高裁）

6歳の少年が自転車を運転していたところ、自動車との事故がおきた。病院に搬送されたものの、医者は頭がい骨骨折を見落としてしまい、そのまま帰宅させたために適切な治療はできず死亡してしまった事案。

前提として、適切な治療があれば助かっていたとみられる点はおさえておこう。

判例は放置すれば死亡する障害を負ったが、通常期待されるべき治療が施されれば高度の蓋然性をもって助けることができたはずと認定する。そして、Aの死亡と言う不可分の結果について加害者と医者の双方に相当因果関係をみとめつつ、719条で**共同不法行為責任**を認めた。

625 混迷

ただ、上の事件について注意すべきはここで前段か後段か（すなわち強い関連共同性があるのか、弱い関連共同性しかないのかの判断）を明示しなかったということである。しかしながらここで、寄与度減責自体は否定した。

この判例の読み方は、非常に考えるのが難しい。

判例は客観的関連共同性は認めていて、順次共同したこの行為を一体に見ている。だが、各自の行為レベルでそもそも相当因果関係を認めるのだから、関連共同性とか言わなくても709条で責任を全損害について負わせることが可能でありそうである。単純に不真正連帯債務になるだけじゃね？と言うことになる。

ようするに**709条の不法行為が競合しているだけで、判決がこの719条を持ち出す意味があるのか**という共同不法行為の説明の最初に指摘した問題意識にもろにひっかかってくるのである。

※これは一度言ったが、加害者が複数の場合には分割責任が生じると言う考え方もあるにはあるから、そこにおいて分割責任を否定する意義はある。

このケースは、実は719条を適用したのは確かだが、その見方はかなり微妙。ほかにも死亡と言う不可分の一個の結果を招来したと言う言い方から、単なる**因果関係の推定**と言う見方も出来る。

※ちなみに時間的近接性があったケースであったから、一体的な行為として関連共同性があると言っているので、入院している間に別の医療過誤があったような場合はこれもまた別である。特定のタイプを切り取った判決である。

ただ、これは裏を返せば**ある不法行為が719条第1項の前段の行為か後段の行為か、前段だとしてもこれは推定規定かか擬制なのかという、理解の対立がたくさんあるなかで、あえて立場を明示せず、変に混乱を深めようとしなかった**とも見ることができる。

ということで判例の立場ははっきりしていないし、これはある種仕方のない事でもある。

たとえば他にも学説を言えば、寄与度減責を認めるべきだという平井先生は、「**競合した不法行為**」と共同不法行為をとらえ、寄与度があることを立証さえできればいつでも減責してよいというし。

※つまり、逆に言えばいきなり死亡など不可分の結果が生じた場合には、この寄与度減責は非常に難しいということになる。これが可分にできるかは、死亡の前に何か「別の」段階があったかなどを確かめる作業、すなわち709条の相当因果関係の分析となっていく。

概観したように共同不法行為には学説がたくさんあるし判例も曖昧なので、やはり混迷している。

ただ、分岐点となる争点はいくつかに絞られていて、今述べたようなケースくらいなので、まあその限度で理解しておけば多分今の段階では問題ないだろうとのことでした。

700 時効

724 条に規定される**時効**の問題があるので、最後に取り扱うことにしよう。

一般的な債権の時効は、167 条 1 項で 10 年の時効、それ以外の財産権が 20 年の時効にかかることにされている。

対して 724 条では、不法行為の損害賠償は不法行為の時点から **20 年**、加害者に責任を追及できると知ったときから **3 年**の時効にかかることにされている。

まず 724 条の時効は**短期消滅時効**として 3 年の規定を置くわけだが、**当初消滅時効として規定された 20 年**と言う時効は、**現在では除斥期間として理解されている**。

除斥期間はマキシマムの存続期間であるから**中断**とかはないけれど、時効と言うのは「最低限」その期間は権利がなくなると言う期間である。そのぶん除斥期間については援用しなくても大丈夫だが、時効だと援用が必要。このように結構異なる。

だが判例はここにつき、20 年ルールは、除斥期間であるとした。参照は判例集 153 事件。

710 時効の諸問題

711 20 年

なぜ、20 年なのだろうか？実はこれには一定の経緯があった。というか**起草者はそもそも時効の一般原則を 20 年だと解していた**ため、これはおかしいことではなかったのである。

※ちなみに諸外国は 30 年くらいが当時一般的だった。

ところが 167 条については第 9 回の帝国議会において、債権について 10 年にしようと修正がなされたのである。ここでは取引上の各種債権について特則を設けようということであって、**あくまで全ての債権をそうしようぜという問題意識があったわけではない**ことに気を付けよう。

つまり起草者としては、あくまで一般原則を「20 年」と思っており、不法行為による賠償責任について 3 年の時効を特則として設けたあと、20 年のほうのルール、「一般」原則がその通り生じることを確認的に設けただけなのである。一種の確認規定ですらあるわけですね。

だが帝国議会修正からすると、20 年はやはり長い期間になる。特則となってしまうわけである。そこでこの規定を「権利関係の速やかな確定」のための**除斥期間**とする説明が出てきたというわけである。こうして、原則期間が修正された経緯の中で、起草者とのズレもあって「条文上は時効なのに除斥期間」という奇妙なことになったのである。

そしてその奇妙な沿革が、この条文をなんだか除斥期間なのか時効なのかわからないような運用に向かわせていることも知っておくべきである。

判例集 154 事件（予防接種禍 22 年後提訴事件：最高裁）

なんと、ここでは時効の停止を除斥期間とされる 724 条に類推したのである。

判例はここで、「158 条の法意に照らし」て類推適用を認めたと言っている。

※**時効の停止**というのは日常用語の中断に近いものである。権利行使が客観的に出来ない場合に、特別にカウントを止めてやろうと言うもの。もちろん「あ、今君困ってるね」みたいな感じでいちいち停止するとかはないけど、時効完成 6 カ月前を過ぎたギリギリの状況なのに権利行使ができないようなときには **THE WORLD** を認めてあげようと言う規定である。

判例 154 は「除斥期間」であるこの 20 年規定に、個別事情を考慮して救済を認めた。このような状況下に、**「ならばもう時効とすればよくね？」**というような批判もあったりする。

712 3 年・20 年のスタート

さて、20 年と言う行為の性質には今説明を加えた。ここからは、時効のカウントがいつ始まるかの問題に入っていくことにしよう。

まず「損害」と「加害者」を知ったときから 3 年と言う消滅時効のスタートが問題になる。この起算点は、**権利行使の可能性**が具体的に生じた時点とこれは解されている。だがこの「可能」の評価の仕方は、法律上可能ならばよいとする考え方と、その人が具体的に知っていないとダメだとする考え方と分かれる。

短期の時効の場合には後者、長期の時効の場合には前者が妥当するとされているが、この場合は**短期、すなわち具体的に知ったときからとあつかつてよい**だろうとされている。

ただ本当に問題なのは、こういう単純なカウントというより、時間的なタイミングの取り方がそもそも難しいような状況であろう。たとえば挙げられるのは、**後遺症**の問題である。

基本は加害行為があったらもう損害賠償請求が可能になるわけだが、**加害行為からずっとあとに被害が生じたような場合には、傷を負った受傷時から離れたタイミング**と言うことで損害賠償請求が難しくなりそうで

ある。判例はここに、医学上**通常予想しえないような被害**があとから出た場合は別途時効を考えるという法理を確立している。

続いて 20 年のほうで問題になるのは、いわゆる**累積性、進行性**の損害が生じた場合である。段々と蓄積するタイプの被害が生じた場合にいずれの時点から起算をすればいいのかが問題になるが、ここでは**損害が実際に生じたときから 20 年の起算もはじまる**ことに特別法でもう定められている。たとえば水質汚濁防止法とか製造物責任法 5 条とかはそのような規定をもつ。20 年の時効は長期であり、抽象的な評価をする規定なのだといいても、潜伏期間が長いときなどには救済をはかるわけである。

7 1 3 塵肺

特に訴訟で争われるのは、**塵肺**の問題である。この問題については安全配慮義務の観点から債務不履行責任を追及することも考えられるが、不法行為で行く場合にはとくに 20 年の時効の問題になる。

不法行為で行く場合について、ここで判例は蓄積していった人体に被害を与えるようなばあい、ようするに**潜伏期間**がある場合には、損害の性質上、**損害の一部または全部が発生した時が起算点となる**と特別法なくして解釈したことに触れておかななくてはならないだろう。これは平成 16 年 4 月 27 日の判決であるが、これによって上記の特別法での立場が民法そのものに読み込まれている。(ただし、加害行為のタイプ自体を「潜伏期間がある」というものに限定している)

※ちなみに債務不履行で行く場合、**10 年の時効のカウントは「法律上」可能になった時から**はじまるものだとなっている。

ちなみに塵肺の場合は先に行ったように重大の欠陥に向けての進行性に着目するだけではなく、「**行政上の決定**」の存在も時効の判断に組み込まれている。塵肺の症状には①～④の段階が行政上の決定で設けられているのだが、り患したという事実は、行政上の決定が無ければその事実そのものが認めにくいのであって、その決定を受けた時点で当該決定に対応する責任追及が可能であるとしたのだった。

①から④の段階の決定というのは、あくまで最新のものである。レベル①の請求が可能だと決定を受けたあとに、進行して②になったとすれば、それぞれの決定がその時点で発生したものとして、再び起算点として扱うこととしたのだった。

このように**時効の場合は一般原則として抽象的な起算を行うにしても、起算そのものを揺らすことで、解釈論によってなんとか救済をはかろうとしている**のである。

7 1 4 継続的加害行為

加害行為が続く場合、たとえば**不法占拠**しているような場合に、時効はどう考えるべきだろうか。契約責任からも賃料相当損害金が請求できるのはかつて言った通りだが、損害とこれを見て賠償責任を追及することも不可能ではないだろう。この不法占拠が続いている場合には日々新たな被害が生じているのだから、

①**日々刻々と損害が発生し、その日（月）の損害はその日（月）を起算とする。**

この場合、三年前以前の損害は消滅する。

②**不法占拠が続く間は損害は一体として見て、終わったタイミングでまとめて時効がスタートする**

この場合、三年前以前の損害もなんとかなる。

という二つの理解が考えられる。判例は**逐次進行説**として、①の立場をとる。似たようなものに**不倫関係**があり、結婚しているのに他人と暮らす様な場合、不貞行為として損害賠償責任を追及できる。このときにも、3 年前以前の不貞行為への責任は①の理論からして認められない。

日々これ責任が生じ、むしろ風化するものとして損害をみているのである。もちろん、損害を風化するものとして扱うことには、異論もあるところであろう。

講義は以上

平成 25 年 8 月 6 日 初版完成

平成 25 年 9 月 30 日 訂正