

# 付随義務の分類（一）

高田 淳

## 第一章 問題提起および議論状況

- 一 問題提起
- 二 従来の議論
- 三 検討課題
- 四 いわゆる「契約解釈アプローチ」について

## 第二章 ドイツ学説分析のための前提

### 一 債権関係概念

### 二 義務違反をめぐる規定内容（以上、本号）

## 第三章 ドイツにおける付随義務をめぐる議論

- 一 訴求可能性重視説
- 二 旧二分説
- 三 二分説
- 四 三分説

付随義務の分類（一）（高田）

#### 第四章 ドイツにおける議論の整理

- 一 付随義務の分類
- 二 給付利益確保を目的とする付随義務の個別的内容
- 三 付随義務の基礎づけ

#### 第五章 日本法における付随義務

- 一 給付利益確保を目的とする付随義務
- 二 主たる給付義務・合意に基づく付随義務との区別
- 三 保護義務との関係
- 四 契約上の義務の分類に関する総括
- 五 契約目的支援義務違反の効果
- 六 まとめ

### 第一章 問題提起および議論状況

#### 一 問題提起

##### (1) 契約内容としての給付結果

契約において、両当事者は、それぞれが獲得ないし実現を望む利益・目的のために必要な結果を定め、その実現について、相手方当事者が義務を負うことを合意する。このとき、契約によって実現が義務づけられる結果は、これを「給付結果」と呼ぶのが適当である。契約によって当事者に課されることは「給付」と呼びならわされてきたからである。

契約が有効に成立すると、当事者は、合意された給付結果を実現するよう義務づけられる。<sup>(1)</sup> 給付結果が当該契約を契約類型として特徴づけ、かつ、当該契約の対価関係を構成するとき、当該給付結果の実現義務は、とくに、主たる給付義務と呼ばれる<sup>(2)(3)</sup>。主たる給付義務など、合意された給付結果の実現義務が不履行を受けると、債務不履行として、強制履行・解除・損害賠償・代金減額等の効果もたらされる。すなわち、給付結果実現は、法的拘束力によって保障されている。

## (2) 給付利益確保を目的とする付随義務

しかし、当事者が契約による実現ないし保護を望む利益は、契約内容となっている給付結果に収まらないこともある。たとえば、建物賃貸人が、複数の入居者を予定する集合住宅・賃貸用建物を運営している場合において、その入居者の中に暴力行為や悪臭を発生させるなどの利用環境破壊行為をする者がおり、それにより賃借人（別の入居者）が物件の適正な利用を深刻に害されるときは、賃貸人には、利用環境破壊行為を排除する義務があると考えられる。<sup>(4)</sup> ところで、建物賃貸借契約における賃貸人の主たる給付義務（契約内容としての給付結果の実現義務）は、賃借人に賃貸目的物を使用収益させる義務である（六〇一条）。これを、損壊のない賃借物の物的な利用の提供と狭く解すれば、利用環境破壊行為を排除する義務は、別段の合意がない限り、賃貸人の主たる給付義務には含まれないこととなる<sup>(5)</sup>。しかし、賃借人の契約目的は、建物の物的な利用収益を得るだけでなく、それを前提に、利用環境破壊行為を受けることなどなく、妨害状況に煩わされない平穏な生活・営業を営むことにある。そして、この契約目的は賃借人にも容易に認識できるのであるから、主たる給付義務に含まれないとしても、契約目的を確保するために、賃貸人は、入居者による利用環境破壊行為を排除する義務を負うべきであろう。

このように、賃借人は、契約内容としての給付結果（物的損壊のない賃借物の利用収益の提供）を求めるだけでなく、契約目的ないし給付利益（妨害状況のない環境での目的物利用収益を通じた生活・営業）の確保のために、その障害の除去（他人の入居者による利用環境破壊行為の排除）を求めうると考えられる。<sup>(6)</sup> このような利用環境破壊行為の排除義務を認めるならば、この義務は、契約内容としての給付結果以外の、契約目的（給付利益）の確保を使命としている。本稿では、建物賃貸借契約における、「目的物利用収益を通じた生活・営業を妨害状況のない環境で行うことができること」のように、給付結果（物的損壊のない賃借物の利用収益の提供）には含まれないが、しかし、当該給付結果を通じて債権者が実現ないし獲得を目指す利益を、「給付利益」または「契約目的」と呼ぶこととする。そして、給付利益確保を目的とするが、主たる給付義務でないものを、「給付利益確保を目的とする付随義務」と呼ぶ。本稿の主たる関心は、給付利益確保を目的とする付随義務であって、合意によって生じるものではないものに置く。<sup>(7)</sup>

(3) 保護義務（完全性利益保護を目的とする付随義務）

また、判例法上、いわゆる安全配慮義務、すなわち、労働関係において、使用者等が負う、当該関係の相手方に対して、その生命・身体・健康の安全に配慮すべき義務が確立を見ている。そのリーディングケースでは、自衛隊員が勤務現場の車両整備中の事故により死亡した事案について、最高裁は、給与支払義務のほかに、「国は、公務員に対し、国が公務遂行のために設置すべき場所、施設もしくは器具等の設置管理又は公務員が国もしくは上司の指示のもとに遂行する公務の管理にあたって、公務員の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務（以下「安全配慮義務」という。）を負っているものと解すべきである。」「安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の關係に入った当事者間において、当該法律關係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信

義則上負う義務として一般的に認められるべきもの」と判示した<sup>(8)</sup>。そして、学説では、後述のように、労働現場における事故・被害に限らず、より広く、契約関係の一般において、「当事者間において、相互に、相手方の生命・身体・所有権その他財産的利益を侵害しないように配慮すべき注意義務」すなわち保護義務を認めるべきであるとする主張が有力である。裁判例でも、保護義務という概念こそ浸透しているとはいえないものの、同趣旨の多くの判断が示されている<sup>(9)</sup>。

安全配慮義務・保護義務で保護対象とされるのは、「相手方の生命・身体・所有権その他財産的利益」である。保護義務は、その利益の完全性が保たれることを目指すものである<sup>(10)</sup>ので、この保護利益は、「完全性利益」と呼ばれる。完全性利益の保護が主たる給付義務の内容であることもあるが、そうでない場合は、保護義務は、先の給付利益確保を目的とする付随義務と同様に、契約内容としての給付結果以外の利益を保護対象としていることとなる。

なお、上記の意味での給付利益および完全性利益の、両者を保護利益とする義務で、主たる給付義務でないものが認められることもある<sup>(11)</sup>。

#### (4) 付随義務の役割

このように、契約内容となつている給付結果以外の当事者の利益（給付利益・完全性利益）を実現・確保するための行為ないし措置を相手方当事者が行うべきことを、契約上の義務として認めるとき、その義務は、「付随義務」と呼ばれている<sup>(12)</sup>。このとき、付随義務は、契約上の合意から導き出されるのではないにも関わらず、契約上の義務として、当事者に一定の行為・措置を課している。付随義務には、給付結果に収まらない当事者の利益にも契約による保護を与えるという重要な役割があるといえる。そして、付随義務を認める裁判例も多く確認できるとされており、そのよ

うな扱いは学説でも支持されているといえる。<sup>(13)</sup><sup>(14)</sup> 実際には、この認識を前提として、後述のように、二〇一七年民法改正の改正案審議過程において、付随義務ないし保護義務に関する規定を置くことの当否が論議された。<sup>(15)</sup>

(5) 本稿の目的

存在・必要性について異論がないとされる付随義務であるが、しかし、同義務が、具体的に、どのような契約で、どのような場合に、どのような内容で生じるのかについては、明確な整理や基準が示されているとはいえない。そもそも、付随義務をめぐる従来の議論では、同義務の具体例に乏しい。その上、潮見佳男教授が強調するように、付随義務概念や給付義務・付随義務の区別は、もとより、「債務関係の実体構造を認識するための分析道具の域を出るものではない」のであって、その意味で「整理概念」であり、「具体的結論を導き出すための解釈技術としての用を直接に果たすものではない」<sup>(16)</sup>。また、付随義務を論じる裁判例は少なくないものの、「これは飽くまで個別具体的な事実関係の下で、そのような解決がされたということであって、多くの裁判例がこういう一般論を言わば法理として示しているか」と、必ずしもそうではない<sup>(17)</sup>との指摘もある。すなわち、付随義務が認められるべき必要性や個別の妥当性は、個々の事案に即してその事案の特徴を考慮して（裁判所によって）検討されるのであり、その検討が、契約上合意されているとみることは難しいものの、当該事案において認める必要のある契約上の義務が存するとの結論に至ったときに、その義務に、「付随義務」という名が付けられるのに過ぎないということであろう。そうであれば、解釈論ないし学説によって用意されるものは、具体例を伴わない、整理概念としての抽象的な分類のみで足りるのかもしれない。

たしかに、付随義務は整理概念に過ぎないが、しかし、同時に、給付結果以外の当事者の利益に、契約という法的

制度を通じて必要な保護を与えるという重要な役割をも持つものである。そうであれば、最終的には個別の事例判断としてその存否・内容は判断されるものであるとしても、その判断を支えるために、付随義務について、その具体例、発生根拠、発生を判定する基準、保護義務等の下位分類の必要性について、可能な限りの検討を深めることには、相当の意義があるのではなからうか。そのような作業は、付随義務の存否・内容をめぐる判断の内実の、透明化・客観化・類型化に資するようにも思われる。

本稿は、このような問題意識に基づいて、付随義務の分類を論じるものである。この問題意識から、検討の際は、可及的に多くの具体例を挙げることに努める。また、本稿は、先述のように、付随義務の中でも、給付利益確保を目的とする付随義務に主な関心を置く。保護義務については、後述のように、宮本説・潮見説・長坂説等によって、議論の大きな進展が見られる。これに対して、後述のように、給付利益確保を目的とする付随義務については、その独自性こそ北川説・潮見説によって解明されたものの、それ以上に検討は深められていない状況である。しかし、契約が給付結果実現を保障するのは、もともと給付利益の達成・獲得のためであることに鑑みれば、給付利益確保を目的とする付随義務の重要性は、保護義務に劣るものではない。

本稿は、付随義務概念の意義を論じるために、ドイツにおける解釈論議に示唆を求める。その理由は、第一に、同概念を用いた分析は、従来ドイツの議論を参考にして行われてきたからである<sup>(18)</sup>。第二に、ドイツでは、二〇〇二年施行の債権法改正において、保護義務に関する独自の規定が置かれたため、その適用範囲などをめぐって、付随義務の分類をめぐり、議論に新たな進展が見られるからである<sup>(19)</sup>。第三に、ドイツでは、付随義務の具体的内容が豊富に挙げられており、その一部については、判例における処理が明らかにされているものもあるからである<sup>(20)</sup>。

## (6) 本稿における用語

本稿における用語の定義は、次のとおりである。

「給付結果」とは、契約上の合意によって実現が義務づけられている結果である。そして、「主たる給付義務」とは、給付結果を実現する当事者の義務のうち、当該給付結果が当該契約を契約類型として特徴づけ、かつ、当該契約の対価関係を構成しているものを指す。

本稿において、「付随義務」の語は、契約上の義務であつて、主たる給付義務ではないものを指すものとして用いる。付随義務は、当事者の合意に基づいて生じることもあるが、本稿の関心は、付随義務のうち、合意に基づかないものにある。

本稿において、「給付利益」（または「契約目的」とは、給付結果には含まれないが、当該給付結果を通じて債権者が実現ないし獲得を目指す利益である。そして、この利益のために生じる付随義務を、「給付利益確保を目的とする付随義務」と呼ぶ。

本稿において、「保護義務」とは、完全性利益を保護するための付随義務を指す。完全性利益とは、「相手方の生命・身体・所有権その他財産的利益」が完全性を保ち害されないことを意味する。

## 二 従来の議論

次に、右の問題意識に基づいて、付随義務をめぐる従来の主な見解を概観していく。

本稿は、給付利益確保を目的とする付随義務に関心の重点を置くので、以下では、同義務の独自性・必要性に対し



てどの程度の言及がされているかを、整理の指標とする。ここでは、各見解における、給付利益確保を目的とする付随義務の法的根拠・発生基準をめぐる主張に着目する。

ところで、ここで取り上げる見解の多くが、主たる給付義務以外の契約上の義務として、具体的行為義務および保護義務を論じている。「具体的行為義務」とは、債務者に、債務（給付義務）の履行過程において、履行に向けた個々の行為を義務づけるもの、ないし、履行過程の具体的状況下において債務者がなすべき義務を指し、後述のように、北川説の命名によるものである。<sup>(21)(22)</sup> 具体的行為義務違反は、後述の潮見説が強調するように、主たる給付義務が個別の状況で具体化したものに過ぎない。<sup>(23)</sup>

本稿の関心の重点は保護義務にも置かれてはいないが、給付利益確保を目的とする付随義務と保護義務には、重要な共通点（契約内容となつている給付結果以外の利益の確保を目的とする付随義務であること）がある。したがって、基礎づけ・保護法益・内容において両者にどのような異同があるかを明らかにする必要がある、その範囲で、保護義務をめぐる議論も整理する。

さらに、二〇一七年民法改正審議において、付随義務ないし保護義務に関する規定を置くことが提案され議論が行われたが、その議論内容も、本稿の関心にとつて多くの示唆を与えるので、ここで概観する。

(1) 付随義務として具体的行為義務と保護義務を論じる見解

この立場は、付随義務に、具体的行為義務と保護義務とがあることを指摘するが、給付利益確保のための付随義務を、独立した分類とはしていない。もともと、同義務に相当するものに、断片的な言及がされることもある。

(ア) 林良平説

付随義務の分類(二)(高田)

林説によれば、債権関係とは、給付義務を中心とする、「附随的義務を包含した全体すなわち義務群を生ぜしめる、当事者間の規範群」である。<sup>(24)</sup> 同説は、給付義務の他に、二つの債権関係上の義務（給付義務を守るための補助的な付随義務（具体的行為義務にあたる）および保護義務）を認める。

同説では、給付義務を守るための補助的な付随義務のうち、「準備過程における注意義務」については、訴求可能性はなく、これへの違反があっても、それだけでは何らの効果も生じない。この義務の不遵守は、一方で、債権者が予防的措置を請求することを可能にし、他方で、給付義務が履行されないうちに、過失ないし有責性の判定に影響を与える（有責性の要件を充足させる）、<sup>(25)</sup> という。

給付義務を守るための補助的な付随義務のうち、給付結果実現後もその目的確保のための余後的な注意義務（従たる給付義務）も存するという。その例は、商品の使用方法の説明・指導、アフターサービスを行う義務である。<sup>(26) (27)</sup>

なお、給付義務を守るための付随義務の発生根拠・発生基準は不明である。

同説は、債権関係上の義務として、相手方の身体・財産を侵さないようにする特別な配慮義務（保護義務）も生じるとされる。<sup>(28)</sup> 同説では、保護義務が生じるのは、債権者・債務者という特別な結合関係にある者の間で、相互に相手方を保障する特別な信頼関係が生じる結果、それに違反した者が責任を負うべきだと考えられる場合である。保護義務は、身体・財産という既存の利益すなわち完全性利益を保護するものである。保護義務の履行請求は、原則として否定される。<sup>(29)</sup>

(イ) 前田達明説

前田説も、付随的注意義務（具体的行為義務にあたる）と保護義務という、二つの付随義務を認める。

同説では、付随的注意義務は、「債務の本旨に従って履行がなされ得るようにする債務者および債権者の作為不作為義務」と定義される。同義務に訴求可能性はなく、同義務違反によって本来的履行義務が債務不履行となれば、その付随的注意義務違反は、帰責事由としての過失と構成される、という<sup>(30)</sup>。このような付随的注意義務が法規・契約によって履行義務にまで高められることもあり（付随的履行義務<sup>(31)(32)</sup>）、この付随的履行義務には訴求可能性があるという。付随的履行義務は、信義則から生じることもあるという<sup>(33)</sup>。その例として「目的物の正しい使用方法の開示義務」が挙げられる。

同説では、保護義務は、「履行に際して債権者・債務者が相互に相手方の生命・身体や財産的利益などを侵害しないように配慮・保護すべき義務」と定義される。保護義務の根拠は、相手方の利益への干渉可能性を高める、特別な結合関係（債権関係）に入った当事者は、相互に相手方の利益を侵害しないことへの信頼を付与したといえることに求められる<sup>(34)</sup>。同義務は、訴求可能性を持たないが、債務不履行法で保護されるといえる<sup>(35)</sup>。

(ウ) 奥田昌道説

奥田説も、付随的注意義務（具体的行為義務にあたる）と保護義務という、二つの付随義務を認める。

同説は、付随的注意義務を、「給付義務を債務の本旨にかなって実現すべく配慮すること、および給付結果ないし給付利益（債務者の給付を通して債権者が獲得しようとしている利益）の保護へと向けられた注意義務」と定義する。その具体例は、給付義務（所有権移転義務・目的物引渡義務等）を債務の本旨にかなって実現するために適切な準備・保管を行い、引渡の際目的物を毀損しないよう注意を尽くす等の義務や、目的物の使用方法を買主に開示する義務である<sup>(37)</sup>。

付随的注意義務違反の効果については、一方で、同義務違反により遅滞・不能が生じるときは、遅滞・不能の法理

に従って処理すれば足りる。他方で、遅滞・不能以外の態様で債権者の給付利益を侵害した場合は（たとえば、売主が目的物の使用方法について買主に適切な指示を与えなかったため買主が使用方法を誤って目的物を毀してしまった場合などは）、付随的注意義務に違反したものとして、損害賠償義務が生じるとする<sup>(38)</sup>。

付随的注意義務の法的根拠は、信義則である<sup>(39)</sup>。

同説は、保護義務を、当事者間において「相互に、相手方の生命・身体・所有権その他財産的利益を侵害しないように配慮すべき注意義務」と定義し、その保護法益は、相手方の生命・身体・健康の完全性すなわち完全性利益であるとされる<sup>(40)</sup>。保護義務は、契約法上の義務であるとし、その理由は、同義務が、「債権者・債務者という特別な結合関係に入ったことのゆえに、相互にこれらの法益に干渉し関与する可能性が濃厚となったこと、および、各当事者が相互に、相手方の法益を侵害しないことへの信頼を付与していること」に基づいていることにある。保護義務の法的根拠も、信義則に求められる<sup>(41)</sup>。

(エ) 松坂佐一説<sup>(41)</sup>

松坂説によれば、債権関係は、「当事者が財貨の移動という共同の目的のために、相互に協力すべき関係にあるが故に生ずるもの」であって、「当事者間の信頼関係を基礎」とし、契約締結以前の契約締結の交渉開始から生じる<sup>(42)</sup>。給付義務は、この債権関係上のものとして、契約の成立によって生じる。

同説は、給付義務以外の債権関係上の義務として、四つのもの（非独立的従たる義務、独立的従たる義務、誠実義務、保護義務）を認める。

同説にいう、非独立的従たる義務（具体的行為義務にあたる）は、履行の不能・遅滞を防ぐよう行為すべき準備義務・

監督義務である<sup>(43)</sup>。非独立的従たる義務は、独立して履行請求ができない。その不履行によって給付義務の遅滞・不能が生じたときにのみ、給付義務違反として効果が生じうる<sup>(44)</sup>。その例は、売主の保管義務や、物の作製の請負人が履行のために必要な原材料を調達する義務である。

同説では、独立的従たる義務は、履行請求ができ、その義務自体の遅滞・不能を考へうる<sup>(45)</sup>。独立的従たる義務は、当事者の合意または法律規定から生じるのが原則である。具体例は、地域を特定した商品の転売禁止や代理商の競争禁止義務である<sup>(46)</sup>。

同説によれば、債権関係から、共同目的の達成に当たって信義誠実の原則に従って行動すべき義務、すなわち誠実義務が生じる<sup>(47)</sup>。これは、債権関係を支配する「最高次の義務」である。契約目的を危殆化する行為はこの誠実義務への違反にあたりとされ<sup>(48)</sup>、その例として、継続的供給契約において、ある期の給付において瑕疵ある給付がされたケースや履行拒絶が挙げられる<sup>(49)</sup>。

同説は、誠実義務からは、契約の準備・履行に当たって、相手方の人格・財貨（権利領域）に対する特別な干渉から生じうる損害を防止すべき義務も生じるのであって、これが保護義務であるという<sup>(51)</sup>。保護義務は契約の準備・実行に当たって相手方の権利領域に対する特別な干渉から生じうる損害の防止を目的とする<sup>(52)</sup>。

なお、給付利益確保を目的とする付随義務のうち、合意に基づかないものについては論じられていない<sup>(53)</sup>。

#### (オ) 小 括

以上の四説は、共通して、付随義務として、具体的行為義務にあたるものと、保護義務を認める。そして、具体的行為義務違反は、それ自体が効果をもたらすことなく、同義務違反が給付義務の不履行に至るとき、損害賠償義務

の発生などの効果が生じる、とされている。

前田説・松坂説は、給付利益確保を目的とする付随義務について、これが合意・法律規定に基づくときは、<sup>(54)</sup>訴求可能性があり、その義務自体の不履行が生じうるとしている。

#### 《給付利益確保を目的とする付随義務》

これに対し、合意に基づかない給付利益確保を目的とする付随義務は、独立した分類として論じられていない。もっとも、前田説は、信義則によって独立して訴求可能な付随的履行義務が認められる場合もあるとし、そのような例として、目的物の使用方法を説明する義務を挙げる。奥田説も、同じ例を挙げ、その違反があるときは、それを理由とする損害賠償義務が生じるとする。両説では、目的物の使用方法の説明義務という付随義務が認められるときは、その義務違反が独自の効果を持つこと（独立した訴求可能性または損害賠償義務の発生）となる。したがって、両説でも、具体的行為義務と同様に給付利益確保を目的とするが、違反に際して独立の効果を持つ付随義務（したがって、具体的行為義務に収まらない付随義務）で、合意に基づかないものが存することが認識されている。ただし、そのような付随義務の独自性に、大きな注意は向けられていない。

#### 《付随義務の基礎づけ》

付随義務の基礎づけに関しては、奥田説が、具体的行為義務についても、保護義務についても、信義則が根拠であることを明言している点が目を引く。松坂説でも、誠実義務および保護義務の根拠は信義則に求められる。

#### 《契約目的危殆化行為（不信行為）の禁止》

松坂説には、誠実義務の内容および位置づけに関し特徴がある。誠実義務は、直接には、契約目的危殆化行為を禁

ずる。したがって、契約目的危殆化行為にあたる不信行為は、誠実義務違反となる。それだけでなく、誠実義務は、債権関係における「最高の義務」であり、そのような義務として、当事者に対し、相手方の完全性利益を保護することを課す（保護義務）という。誠実義務から保護義務が派生するというこのような理解は、他に類をみない特徴である。<sup>(55)</sup>

本稿の関心からは、松坂説が、契約目的危殆化行為が付随義務違反となると論じている点に注目したい。この主張は、後述の北川説がその方向を示唆する以外は、他に見られないものである。

#### 《付随義務の訴求可能性》

付随義務の訴求可能性については、林説および前田説が、付随義務を具体化する合意がなければ、これを原則として否定する考えを示している。林説は、給付義務は、相手方に給付結果を増加させるので履行請求ができるが、保護義務は、新たな価値の増加をもたらさないので履行の請求を求めることができないとする。そして、具体化した保護義務とくに「給付義務として約する」ときは、履行請求できるようになるという。<sup>(56)(57)</sup>前田説は、付随的注意義務は、合意または法律規定によって付随的履行義務に格上げされない限り、訴求可能性を持たないとし、保護義務も同様であるとされる。<sup>(58)</sup>

#### (2) 北川善太郎説

#### 《債権関係概念》

北川説は、債権関係について、次のように論じる。<sup>(59)</sup>「給付義務関係における契約目的実現のため、いいかえれば、共通目的に現れた利益・期待の対立原理の貫徹のために、……利益・期待の衝突・紛争を調整することが必要になる」。

債権関係の意義と機能は、このような「諸利益や期待の外枠ないし定着点となる点にある」。そして、付随義務や保護義務は、信義則によつて債権関係へと固定される。このような債権関係の理解を基礎に、「契約責任の段階的構造」、すなわち、給付義務に関する不履行責任体系を中軸としつつ、それと一定の距離のある「補充的な契約責任」として、給付義務外にあつて契約利益の保護を目的とする各種の付随義務・保護義務が、「債権関係を介して契約責任に取り込まれている構造」を説かれる。<sup>60</sup>

#### 《四種類の付随義務》

北川説では、主たる給付義務以外の債権関係上の義務は、四種類に分けられる。

北川説にいう従たる給付義務は、給付結果面において、主たる給付義務の構成部分ではなく、それとは別個の内容をもつ点で、独立的であるとされる。<sup>61</sup> 従たる給付義務は、給付結果実現の一翼を担うが、契約類型の決め手にならない。<sup>62</sup> 従たる給付義務の具体例として、目的物の据え付け・組立をする義務、目的物の性能・使用方法の説明をする義務が挙げられる。

このように、主従の給付義務は給付結果実現に直接関連するのに対し、『付随義務』<sup>63</sup>は、「その履行が直ちに給付結果の実現にいたるものではない」が、その不履行が「給付結果の実現をおびやかすもの」または「給付結果の不実現とは異なる不利益」を契約相手方に与えるものである。<sup>64</sup> 前者は、「給付義務の発生・履行・消滅の全過程を通して契約目的の維持、保護を目的とする付随義務」である（以下、「狭義の付随義務」とする）。後者は、契約締結から終了までの過程で「相手方の生命・身体・人格・財産を保護することを目的」とした付随義務である（以下、「保護義務」とする）。



北川説において、狭義の付随義務は、先述のように、契約目的の維持・保護を目的とするものであり、給付行為にかかり、信義則を根拠とする。<sup>(66)</sup> この狭義の付随義務にも、異質なものが混在しているという。一つは、具体的行為義務であり、もう一つ、契約目的に直接関連する付随義務である。<sup>(67)</sup>

狭義の付随義務のうち、具体的行為義務は、給付義務の履行過程において債務者に、履行に向けた個々の行為を義務づけるものである。<sup>(68)</sup> 具体的行為義務違反は、それが給付義務違反にまで至ってはじめて、給付義務の不履行として債務不履行をもたらす。したがって、具体的行為義務には訴求可能性はなく、具体的行為義務の違反があっても、直ちに損害賠償義務等の効果もたらされるのではない。<sup>(69)</sup> それにも関わらず具体的行為義務を論じる意義は、二つある。一つは、給付義務の債務不履行状態があるときに、具体的行為義務違反があることが、債務者の有責性の判断根拠となることである。<sup>(70)</sup> もう一つは、具体的行為義務には、その違反をもって、給付義務の債務不履行の前段階たる、債権危殆・契約危殆状態（債務不履行へ至る危険度が高い状態）の識別ができるという意義がある。<sup>(71)(72)</sup> 具体的行為義務の例は、給付目的物の保存・準備・調達である。

#### 《給付利益確保を目的とする付随義務》

狭義の付随義務のうち、契約目的に直接関連する付随義務<sup>(73)</sup>は、その不履行が、主たる給付義務の給付結果を害することはないものの、それとは別個の相手方の利益を害し、その意味で、債務不履行（債務の本旨不履行）をもたらすところに特徴がある。<sup>(75)</sup> したがって、その不履行は、独自に、損害賠償義務を生じさせる。<sup>(76)</sup> その不履行が契約目的の実現の全体的な不能をも帰結すれば、解除権・填補賠償の請求権が生じるといえる。契約目的に直接関連する付随義務の例は、債権者の協力義務、スーパーマーケットが特定の売主の製品を不当に安く差別して販売しない義務である。

## 《保護義務》

北川説では、保護義務は、契約準備関係ないし契約関係に伴う、相手方の利益への、特別な介入可能性から生じる、侵害の不作為義務であつて、契約過程において、相手方の生命・身体・人格・財産を保護することを目的とする。<sup>(77)</sup> 保護義務は、給付義務から内容的にも時間的にも独立し、契約利益には内容的に関連しない。保護義務も、信義則を根拠とする。<sup>(78)</sup>

## 《契約目的危殆化行為（不信行為）の禁止》

以上とは別に、明確な意思に基づく履行期前の履行拒絶について、これを、明確に債務不履行の一類型とする。<sup>(79)</sup>

また、履行期前履行拒絶に限らず、相手方当事者の不信行為（契約の不当破棄、継続的契約関係における信頼関係破壊行為）についても、それが給付義務の不履行を確定的にする程度にまで至れば、これを給付義務に関する債務不履行と解することを主張される。<sup>(80)</sup> そして、これらの不信行為が、給付義務不履行を確定的にする程度にまで至っていないくとも、契約危殆状態としての付随義務違反であるとし、それを理由に予防的権利が生じうるとする構成も示唆される。<sup>(81)</sup>

## 《小括》

北川説も、具体的行為義務・保護義務を、付随義務として論じる。北川説は、具体的行為義務の位置づけを解明し、同義務を論じる意義（帰責性の判断根拠になること、予防的権利をもたらす契約危殆化状態の識別基準となること）を明らかにした、先駆的理論である。

北川説は、その他に、具体的行為義務と同様に給付利益の実現を目指す、これとは区別される付随義務を論じる。すなわち、従たる給付義務と契約目的に直接関連する付随義務である。従たる給付義務は、主たる給付義務とは別個

の給付結果の実現を義務内容とし、独立して訴求可能である。

もう一つの契約目的に直接関連する付随義務が、給付利益確保を目的とする付随義務にあたる。この種類の付随義務を論じる意義（および具体的行為義務と区別される理由）は、その義務違反が、独自に損害賠償義務や解除権をもたらす点にある。もつとも、その具体例には乏しく、また、「契約目的に直接関連」するということの意味も、明晰とはいえない。また、同義務の発生を判定する基準についても、「契約目的に直接関連」すること以外の手がかりは示されていない。

北川説は、狭義の付随義務・保護義務の基礎づけは、信義則によることを明言する。

付随義務の訴求可能性については、当該付随義務の給付が「明示または黙示で特約されている」場合を例外として、原則として否定されている。<sup>(82)</sup>

北川説の特徴は、明確な意思に基づく履行期前の履行拒絶を、債務不履行の一類型であることを打ち出す点にも認められる。本稿の関心からは、それに関連して、履行拒絶に限らず、当事者の不信行為（契約の不当破棄や信頼関係破壊行為）も、その解消不能が確定的であれば債務不履行と位置づけうるという点、さらに、当事者の不信行為自体が、誠実に履行する信義則上の付随義務違反にあたりうるとを示唆する点が注目される。契約目的危殆化行為（当事者の不信行為）自体が、付随義務違反となりうるとの視点は、松坂説が強調したことであったが、北川説も、その方向を示唆するのである。

### （3） 潮見佳男説

#### 《合意と契約上の義務》

契約による規範的拘束（各種の契約上の義務）が、合意・信義則・制定法規定等の債務発生原因とどのように関連づけられるかを主な課題意識とする潮見説によれば、主たる給付義務が実現を目指す給付結果の確定は、合意によらなければならない<sup>(85)</sup>。給付結果は、合意の内容で定まり、それが明確でないときに、条理その他が補充をするという。

これに対して、給付義務の内容確定は、それに関する合意があればそれによるが、そうでないときは、直ちに任意規定等の客観的標準に依拠するのではなく、まずは、合意を取り巻く諸般の事情をも斟酌しつつ契約において両当事者が下した評価を尊重して解釈するべきであるという<sup>(87)</sup>。

#### 《給付義務概念と具体的行為義務》

潮見説では、給付義務に関し、給付義務概念をめぐるドイツ学説理論の精緻な分析検討の結果を基礎として、次のように二つのレベルで理解することが提唱される<sup>(88)</sup>。一つは、債務者は、先のように合意によって定まる給付結果を実現することを義務として課せられる（給付結果実現義務）のであって、このレベルの給付義務は、「抽象的な意思拘束」として理解される。もう一つのレベルの給付義務は、この給付結果実現義務を果たすために、「履行過程の具体的状況下において債務者がなすべき義務」であって、「具体的行為義務」と呼ばれる。具体的行為義務は、抽象的意思拘束である給付結果実現義務が、履行過程において具体的に発現したもの（給付結果実現義務の内容的具体化）に他ならない<sup>(89)(90)</sup>。具体的行為義務の例として、結果実現のために必要な材料・道具の調達、目的物を他から取得する義務が挙げられている。

北川説と同様、具体的行為義務違反は、給付義務（給付結果実現義務）の債務不履行の前段階としての危殆化段階において、一定の予防的措置を講ずる権利を債権者に与え、また、給付義務の債務不履行の場合に、違法性の本質を示

すと同時に、過失の前提としての注意の客観的尺度ともなる、<sup>(91)(92)</sup>という。

《給付利益確保を目的とする付随義務（付随的給付義務）》

潮見説は、具体的行為義務と区別される、給付利益確保を目的とする付随義務について、独自性の明確な分類を立てる。すなわち、「給付結果実現それ自体のために必要なものではないが、債権者が給付結果取得を通して実現しようとした目的の達成のために必要な義務」が要請されるとし、これを従たる給付義務と称する。<sup>(93)(94)</sup> 従たる給付義務は、給付結果の背後に存する契約目的が、契約規範の生成に当って考慮されることから生じる。<sup>(95)</sup> このような従たる給付義務は、「給付結果に性質上必然的に伴う債権者の一定の利益（付随的利益）」に対して、給付義務の履行に当って配慮すべき義務」と定義される。<sup>(96)</sup> 従たる給付義務の例として、売主の操作方法説明義務、登記移転義務、農地転用における、所有権移転許可申請義務、賃貸人の賃借物修繕義務が挙げられる。

潮見説は、この従たる給付義務について、契約上の義務の中で独立の分類として認める必要性を、明確に打ち出す。すなわち、従たる給付義務は、「給付結果を超えてこれに従属している付随的利益」を確保するものであるから、給付結果実現義務（主たる給付義務）の請求権によっては、履行が確保されない。<sup>(97)</sup> したがって、その付随的利益の実現を担う付随義務を、主たる給付義務とは区別して、独立の種類として認める必要がある。そして、「契約規範は、何よりも給付結果実現状態を、——しかも契約目的が有効に達成されるように——積極的に作出するという使命を担っているものである」から、従たる給付義務にも、履行請求権を付与することが妥当である、<sup>(98)</sup>という。

《保護義務》

潮見説の今一つの主な課題意識は、給付結果実現を目指す履行過程において、保護義務がどのように位置づけられ

るかの解明と、それを踏まえた保護義務の妥当領域の限界づけである。<sup>(99)</sup> この課題意識から、保護義務が認められる領域は、三段階に分けて論じられている。<sup>(100)</sup> 第一段階は、当事者が、給付結果として、完全性利益の保護を合意する場合であり、この場合は、保護義務は主たる給付義務である。<sup>(101)</sup> 第二段階は、実現について合意された給付結果は完全性利益ではないが、給付結果を契約目的に適って保持・利用するためには、完全性利益が保護されていることが必要である場合である。<sup>(102)(103)</sup>

第三段階は、完全性利益保護が契約目的のための必要条件となっていないけれども、取引的接触、つまり、給付結果を実現する目的でなされた具体的行為に際して発生しうる完全性利益侵害から相手方を保護すべき保護義務が論じられる場合である。この場合の保護義務は、給付結果や契約目的の確保を使命とするものではないので、主たる給付義務にも従たる給付義務にも位置づけられない。しかし、相互の信頼を基礎とした取引的接触の中で契約に特殊な危険が実現されるならば、この危険から相手方を保護することが妥当であると考えられる。<sup>(104)</sup> このような機能を持つ第三段階の保護義務では、完全性利益侵害が、給付結果ないし契約目的達成を目指す履行過程に組入れられていなければならない。<sup>(105)</sup> そのためには、完全性利益の開示、開示された完全性利益の保持について委ねられたこと、完全性利益侵害が履行過程で生じること、完全性利益侵害が履行過程における特別の危険の実現であること、の四規準が満たされる必要がある。そして、これらが満たされるときは、履行過程において契約に特殊的な完全性利益侵害の危険が具体化した場合に事前的に対処するために、保護義務に対応する請求権を付与するべきである。<sup>(106)</sup> という。

#### 《小 括》

潮見説の大きな特徴は、ドイツ給付義務論分析を背景に、給付義務（債務）とは給付結果実現義務であるとの理解

を基礎に据え、そこでいう給付結果は、当事者意思によって定まるのに対し、具体的行為義務やそれ以外の義務（従たる給付義務、保護義務）は、その給付結果との、それぞれの関連性を根拠として、契約上の義務として位置づけられるという構想を打ち立て、それにより、当事者意思と契約上の諸義務（規範的拘束）の關係に関し、一貫した理論的説明を示すことにある。

潮見説も、具体的行為義務の位置づけ・意義については、北川説を代表とする従来の見解の踏襲を基本としている。もつとも、潮見説は、より踏み込んで、具体的行為義務は主たる給付義務の具体化に他ならないことを明言し、かつ、そうであるならば、具体的行為義務違反は主たる給付義務と並立するものではないから、同義務を付随義務として理解するのは不適当であるとの主張にまで及ぶ。

潮見説において本稿の関心から最も注目されるのは、従たる給付義務をめぐる議論である。<sup>(107)</sup> 潮見説によれば、従たる給付義務違反があるときは、それ自体を理由として（すなわち、主たる給付義務の不履行としてではなく）、履行請求が認められる。<sup>(108)</sup> このように、義務違反の際に固有の効果をもたらすのであるから、従たる給付義務の独自性は明確である。また、なぜ、従たる給付義務違反は固有の効果を持つのかといえは、同義務が、合意された給付結果以外の、「付随的利益」の確保を目指すものであるからである。この「付随的利益」の確保のために、契約上の義務としての従たる給付義務が要請されるのであるから、従たる給付義務の必要性およびその発生の判定基準にも明快な説明が与えられている。

潮見説は、給付利益確保を目的とする付随義務をめぐり、その固有の保護対象利益の析出および独立の種類としての意義に関し、従来にない明瞭な理解を与えるものである。<sup>(109)</sup>

付随義務の訴求可能性（履行請求権の付与）については、上述のように、契約目的達成のための従たる給付義務についても、完全性利益保護のための従たる給付義務についても、肯定されている。その前提として、訴求可能性が認められるためには、当該付随義務が当事者の合意に基づく必要はないことが明言されている。

（4）保護義務に検討を絞る見解

付随義務の全般よりも、保護義務を中心的に論じる見解として、宮本説、長坂説がある。

（ア）宮本健蔵説

宮本説は、安全配慮義務と保護義務とを峻別して、次のように論じる。<sup>(11)</sup>

まず、完全性利益の配慮が主たる給付義務となっている場合については、「主たる給付義務としての安全配慮義務」にあたり、全面的に契約法規範が適用される。

次に、契約類型を決定づけない義務であるが、合意または信義則に基づいて相手方の完全性利益に配慮すべき義務が生じ、かつ、その義務が「給付義務」を觀念しうるほどに他方当事者に強く要請されているときは、「従たる給付義務としての安全配慮義務」にあたるとする。これも、契約法規範に全面的に服し、したがって、義務違反のときに、履行請求権・解除権・労務給付拒絶権（同時履行の抗弁権）が生じるといふ。<sup>(12)</sup><sup>(13)</sup>労働契約における使用者の安全配慮義務も、労務給付拒絶権・履行請求による保護の必要性を挙げて、従たる給付義務としての安全配慮義務であるとき<sup>(14)</sup>れる。従たる給付義務としての安全配慮義務は、信義則を根拠とするといふ。<sup>(15)</sup><sup>(16)</sup>

そして、右の二つに該当しないが、合意または信義則に基づいて完全性利益に配慮すべき義務が生じるとき、その義務は、保護義務である。保護義務は、契約責任と不法行為責任の中間領域に属するといふ。保護義務には契約法



規範が全面的に適用される必然性はなく、保護義務に最も適合した規範を発見（創造）するべきであるという。<sup>(117)</sup> 同説は、保護義務は、給付義務から独立して生じる統一的保護関係に基づくとする構成（いわゆる統一的保護関係理論）により、保護義務の特殊性を説明する。<sup>(119)</sup> 労働契約関係において使用者が負う、完全性利益に配慮するべき義務の中でも、「契約的接触関係にある」ことを理由に認められる義務は、保護義務である。<sup>(120)</sup>

本稿の関心からとくに二点が注目される。一つは、宮本説において、上記（従たる給付義務としての）安全配慮義務・保護義務について、これらは保持利益（完全性利益）を保護対象とするとし、その点で、給付利益を保護対象とする給付義務および給付利益確保を目的とする付随義務との区別がされていることである。<sup>(121)</sup> もう一つは、保護義務も含め、信義則上の義務は、事前に義務内容を確定することは困難であるため、履行請求（訴求可能性）が認められないこと、したがって、履行請求が認められるためには原則として当該義務が合意に基づくことが必要であるとされていることである。<sup>(122)</sup>

#### （イ） 長坂純説

長坂説は、保護義務の契約規範への取り込みを徹底する理論である。<sup>(123)</sup>

同説によれば、「契約債務関係は、債権者・債務者の権利義務の結合体であり、当事者の意思と信義則が複合的に機能するものとして捉えられる」。<sup>(124)</sup> そこでは、契約上の義務の内容を導く債権者利益（給付結果・契約目的）は、明示的な合意があればそれによって決まるが、それが無い場合でも、契約解釈・信義則によって合意が補充される。<sup>(125)</sup> 信義則による合意の補充により、給付結果のみならず、契約上の給付によって維持しうる完全性利益の保護も、いわば給付結果に付随した契約目的として、共に債権関係の枠内で位置づけられる。すなわち、完全性利益の侵害は、給付結

果に付随した契約目的に対する侵害であるとされる。<sup>(126)</sup>

このように、同説は、完全性利益をも、極めて柔軟な契約解釈（信義則による合意の補充）により、契約目的に取り込むので、完全性利益に配慮する保護義務も、当然に、契約上の義務の位置を得て契約規範に服することになる。<sup>(127)</sup> その帰結が顕著な点として、同説によれば、完全性利益の侵害により保護義務違反だけでなく同時に不法行為も成立する場合においては、契約規範が優先的に適用されることが基本となること、<sup>(128)</sup> および、社会的接触はあるが有効な契約関係が存しない場合は、「基本的には不法行為責任の規律に服する場面である」とされることを挙げうる。<sup>(129)</sup><sup>(130)</sup>

(5) 二〇一七年改正における審議

(ア) 検討案の変遷

(a) 中間的な論点整理<sup>(131)</sup>

中間的な論点整理では、次の記述内容で、付随義務に関する規定を置くことの当否を検討することが提案された。<sup>(132)</sup>

「債権債務関係においては、当事者は相手方に対し、民法第1条第2項の信義則の現れとして、債権債務の内容や性質等に応じて、本来的な給付義務に付随する義務（例えば、契約目的を実現するために信義則に従って行動する義務や、相手方の生命・財産等の利益を保護するために信義則に従って行動する義務）や弁済の受領に際しての協力義務などを負うことがあるとされている。このことは従来からも判例上認められていることから、これらの義務の法的根拠となる規定として、債権債務関係における信義則を具体化した規定を設けるべきであるとの考え方がある。他方、付随義務等の内容は個別の事案に応じて様々であり、一般的な規定を設けるのは困難であるとの指摘や、特定の場面についてのみ信義則を具体化することによって信義則の一般規定としての性格が不明確になるとの指

摘などもある。そこで、債権債務関係における信義則を具体化するという上記の考え方の当否について、具体的な規定の内容を含め、更に検討してはどうか。」

この記述において用語の点で注目されるのは、契約目的を実現するために信義則に従って行動する義務（本稿の「給付利益確保を目的とする付随義務」に相当する）と保護義務とが、「本来的な給付義務に付随する義務」に一括されている点である。<sup>(13)</sup>

#### (b) 第一次検討案

この提案を受けて、中間試案とりまとめへ向けて、次の検討案（便宜上、「第一次検討案」と呼ぶ。）が示された。<sup>(14)</sup>

「債権債務関係における信義則の具体化

(1) 契約の当事者は、債権の行使又は債務の履行に当たり、契約をした目的を達することができるよう、信義に従い誠実に行動しなければならない旨の規定を設けるものとしてどうか。

(2) 契約の当事者は、債権の行使又は債務の履行に当たり、相手方の生命、身体、財産その他の利益を害しないよう配慮しなければならない旨の規定を設けるものとしてどうか。」

第一次検討案の(1)が、給付利益確保を目的とする付随義務にあたり、この義務は、「契約をした目的」の達成のために、信義則に従った行動をすることを内容とする。<sup>(15)</sup> 第一次検討案補足説明は、この義務を「付随義務」と呼ぶ。第一次検討案の(2)は、保護義務に該当し、同条項は保護法益を「相手方の生命、身体、財産その他の利益」と定め、(1)との区別がされている。第一次検討案の補足説明において、はじめて、給付利益確保を目的とする付随義務を「付随義務」、それと区別される「生命、身体、財産その他の利益」を保護法益とする付随義務を、「保護義務」

と呼ぶ用語が使われ始めた。

付随義務・保護義務およびその他の論点をめぐる審議のために、分科会がもたれた。<sup>(137)</sup>

(c) 第二次検討案

分科会での審議を経て、次の検討案（便宜上、「第二次検討案」と呼ぶ。）が示された。<sup>(138)</sup>

「付随義務及び保護義務

契約の当事者は、当該契約に基づく債権の行使又は債務の履行に当たり、当該契約において明示又は黙示に合意されていない場合であっても、相手方が当該契約によって得ようとした利益を得ることができるよう、又は相手方の生命、身体、財産その他の利益を害しないよう、当該契約の趣旨に照らして必要と認められる行為をしなければならぬものとする。

（注）このような規定を設けるべきでないという考え方がある。」

第二次検討案において注目されるのは、三点ある。第一に、付随義務が契約上合意されている義務ではないことを示すために、「当該契約において明示又は黙示に合意されていない場合であっても」との文言が入れられていることである。第二に、給付利益確保を目的とする付随義務の保護利益について、「相手方が当該契約によって得ようとした利益」として定式化されていることである。第一次検討案の「契約をした目的」による特徴づけからの変遷がみられる。<sup>(139)</sup> 第三に、当事者が求められることについても、「当該契約の趣旨に照らして必要と認められる行為」という内容へ変更された点である。<sup>(140)</sup>

(d) 中間試案

第二次検討案に関する審議の結果、中間試案では、次の提案がされた。<sup>(14)</sup>

「付随義務及び保護義務

(1) 契約の当事者は、当該契約において明示又は黙示に合意されていない場合であっても、相手方が当該契約によって得ようとした利益を得ることができるよう、当該契約の趣旨に照らして必要と認められる行為をしなければならぬものとする。

(2) 契約の当事者は、当該契約において明示又は黙示に合意されていない場合であっても、当該契約の締結又は当該契約に基づく債権の行使若しくは債務の履行に当たり、相手方の生命、身体、財産その他の利益を害しないために当該契約の趣旨に照らして必要と認められる行為をしなければならないものとする。

(注) これらのような規定を設けないという考え方がある。」

中間試案では、「当該契約の締結又は当該契約に基づく債権の行使若しくは債務の履行に当たり」が、保護義務にだけかかるようにした点を除いて、第二次検討案から変更はない。第二次検討案に引き続き、給付利益確保を目的とする付随義務が『付随義務』と呼ばれており、<sup>(15)</sup> 保護義務と区別されている。

(e) 規定設置の見送り

中間試案の公表およびそれを受けたパブリック・コメントの手続を経て行われた、要綱案策定へ向けた審議において、付随義務ないし保護義務は、二〇一七年改正では、論点として取り上げないこととされた。これについて次のように述べられている。<sup>(16)</sup>

中間試案の該当提案に関して、「契約の当事者が義務づけられることになる「契約の趣旨に照らして必要と認め

られる行為」については、「相手方が当該契約によって得ようとした利益を得ることができるよう」「相手方の利益を害しないため」という目的によってどのような行為がこれに含まれるかの判断基準が一応示されることになり、少なくとも民法第1条第2項の抽象的な文言のみに比べると、規範の内容が明確になるという意見がある一方、その内容が十分に明確であるとは言えず、契約当事者の予測可能性が高まるかどうかには疑問もあり得るし、裁判規範として十分に機能するかどうかには疑問も残るとの批判もある。部会においてもこのような規律の有用性については意見が分かれており、パブリック・コメントに寄せられた意見も分かれている。以上から、この論点については取り上げないこととした。」

このように、当該規定設置が見送られた理由は、総じて、新規規定を設けたとしても、信義則を定める現行法と比べて、明確性や規範適用のし易さは増すとは考えられないため、そのような規定新設の意義が積極的には見いだせないという点にある。本稿の関心からは、付随義務ないし保護義務による契約上の義務の発生自体や必要性が否定されたのではない、という点を確認しておきたい。

(イ) 規定設置をめぐる賛否の論拠

二〇一七年民法改正の審議では、付随義務ないし保護義務に関する規定を置くことについて、積極論・消極論がたかかわされた。

積極論の主な論拠は、信義則に基づいて付随義務ないし保護義務が生じることは、多くの裁判例が認め、学説にも異論がないことであり、そうであれば明文化が適当であるとするものである<sup>(145)</sup>。また、信義則が、一定の法律関係における誠実行動を課すだけでなく、義務の発生根拠となりうることを明らかにする意義も挙げられた<sup>(146)</sup>。さらに、契約上

の権利義務が合意されたものに限られずそれを補充する義務（付随義務ないし保護義務）を伴うことは、その旨の明文規定がなければ、一般の契約当事者にとつては必ずしも容易に理解できることではなく、むしろ当事者に合意がない以上そのような補充的な義務は存在しないとの誤解を招きかねないとの指摘もあつた。<sup>(147)</sup>そして、規定を置いて付随義務ないし保護義務が発生する基準はなお不明確であるから規定の新規設置に意味がないとする消極論に対し、上記の検討案・中間試案の提案内容は、少なくとも、信義則規定しかない現状よりは具体的な基準を提供するものといえる、との反論があつた。<sup>(148)</sup>

消極論は、付随義務ないし保護義務の存在を否定するものではなく、明文化は不要とする立場である。その論拠として、付随義務ないし保護義務に関する規定を置くことで、当事者が過大な義務・負担を負わされるおそれ、または、そのような誤解を生むおそれがあることが指摘された。<sup>(149)</sup>また、明文規定のない現状でも、信義則に基づいて付随義務ないし保護義務は認められており、それにより問題は生じておらず、新規の規定を置くことの必要性は疑わしいこと<sup>(150)</sup>と、それと関連するが、上記の検討案・中間試案の提案内容では、信義則の規定のみがある現状と比べ、付随義務ないし保護義務の判断基準に関して明確性・具体性が向上したといえないこと<sup>(151)</sup>が挙げられた。

本稿の関心から重要なのは、以上の各論拠を概観しても、付随義務ないし保護義務の存在および必要性自体には、消極論も含めて全く異論がないことである。

(ウ) 給付利益確保を目的とする付随義務の保護法益・発生基準

ここでは、二〇一七民法改正審議の中で、給付利益確保を目的とする付随義務の保護法益および発生基準について示された見解を挙げる。

## 《保護法益》

保護法益については、第一次検討案、中間試案のそれぞれ補足説明において論じられている。<sup>(152)</sup> 両補足説明において、給付利益確保を目的とする付随義務は、「給付義務の存在を前提としてこれを契約の趣旨に従って実現できるように配慮し、給付結果・給付利益を保護すべき注意義務（付随義務）」と定義されている。そこでいう「給付結果・給付利益」が何かについて、中間試案補足説明は、中間試案の当該規定案が「相手方が当該契約によって得ようとした利益を得ることができるよう」と定めるのは、「付随義務が、相手方の契約利益の獲得を目的として課されるものであることを示すものである。契約の当事者は何らかの利益を獲得することを目的として契約を締結するのであり、給付義務に加えて契約当事者が様々な付随義務を負うのは、当事者が契約を通じて獲得しようとした利益を適切に獲得し保持することを可能にするためであると考えられるからである。」とする。

ここでは、契約内容としての給付結果以外の利益であって、当事者が契約によって実現・獲得を目指した利益（本稿で、「給付利益」と呼んでいるもの）が、保護法益として想定されていることを確認できる。また、中間試案補足説明が、その利益を指して、「契約利益」と呼んでいることにも、留意しておきたい。

## 《発生基準》

発生基準については、「契約をした目的」を文言として採用した第一次検討案をめぐって議論があり、<sup>(153)</sup> そこでいう契約目的は、「契約上予定された目的であって、一方当事者が主観的に思い描いている、こうあってほしいというものではない。双方の当事者が行った契約で、そこに取り込まれている目的でないとおかしい」との理解が示された。<sup>(154)</sup> この立場によれば、上記「契約利益」が保護されるためには、同利益の実現・確保が、契約により予定された目的に



含まれなければならないこととなる。

### 三 検討課題

以上の学説・二〇一七年民法改正審議過程を参照・整理しつつ、本稿の検討課題を確認する。<sup>(15)</sup>

(1) 給付利益確保を目的とする付随義務の保護利益・発生基準・基礎づけ

(ア) 合意に基づく付随義務との区別

本稿が主として論じるのは、給付利益確保を目的とする付随義務であるが、同義務の発生根拠が合意・法律規定である場合があり、この場合の義務は訴求可能であるなど独自性があるとの指摘がある。松坂説、前田説、北川説がこれにあたる。

これに対し、給付利益確保を目的とする付随義務について、合意・法律に基づかずにこれが生じることを認め、そのような義務が独自の意義を持つことを主張するのが、北川説・潮見説である。また、二〇一七年民法改正審議における各検討案・中間試案も、同義務の独自の意義を認めて明文化を提起するものであった。

(イ) 保護利益

北川説は、契約目的に直接関連する付随義務を論じる。しかし、同義務が具体的にどのような利益を保護するのは明確ではない。具体例が少ないうえに、「契約目的に直接関連」というだけでは、保護される利益を特徴づけるのは困難であろう。

潮見説は、給付利益確保を目的とする付随義務にあたる従たる給付義務を論じ、同義務が保護するのは、「給付結

果に性質上必然的に伴う債権者の「一定の利益」である「付随的利益」であると特定されている。そして、その付随的利益は、「債権者が給付結果取得を通して実現しようとした目的の達成」とも表現されているので、相手方の給付を通じて当事者が獲得・実現を目指している利益であつて、給付結果には収まらない利益が想定されていることとなる。

また、二〇一七年民法改正審議における中間試案でも、給付利益確保を目的とする付随義務にあたる『付随義務』の保護利益は、「相手方が当該契約によつて得ようとした利益」であつて、明示的・黙示的合意に含まれないものと規定されていた。すなわち、端的に、保護利益は当事者が契約を通じて獲得しようとした利益（契約利益）であることが示されていたのであり、潮見説と同様の立場であると理解できる。<sup>(156)</sup>

この「付随的利益」ないし「契約利益」が、本稿でいう給付利益である。本稿は、給付結果以外の当事者の利益を確保するために、合意に基づかない契約上の義務を認める必要性があること、および、そのような義務を検討する際、給付利益に着目する手法を有用とみる点において、潮見説・中間試案と立場を同じくする。

給付利益確保を目的とする付随義務の具体例として最も頻繁に挙げられるのは、売買目的物の使用方法を説明ないし指導する義務（林説、前田説、奥田説、潮見説、中間試案補足説明）である。その他、債権者の協力義務（北川説）、登記移転義務・農地転用における所有権移転許可申請義務・賃貸人の賃借物修繕義務（潮見説）が挙げられている。中間試案補足説明は、マンションの買主に対して防火扉のスイッチの位置や操作方法を説明する売主の義務、金銭消費貸借契約において貸金業者が債務者に対して負う取引履歴開示義務、システム開発契約において注文者が負う開発者が適切に債務を履行するために必要な協力をする義務を挙げる。

このように、従来挙げられてきた給付利益の具体例は豊富とはいえないため、給付利益確保を目的とする付随義務

の有用性を高めるには、具体例を増やしていく必要がある。

(ウ) 発生基準

北川説では、給付利益確保を目的とする付随義務の発生基準についても、「契約目的に直接関連」という手がかりしか示されない。

潮見説では、債権者が主張する何らかの利益が存する場合において、同義務によって保護されるべき付随的利益がそうでないのかどのように判断されるかについて、給付結果の背後に存する債権目的（契約目的）が規範生成に当たって考慮される際、「当事者の主観的目的（動機）から、当該具体的契約を客観的に評価した場合に看取される客観的目的へという変容」を伴う、という<sup>(15)</sup>。この基準に立つとしても、「客観的目的」への「変容」を支えるのはどのような要因か、検討を深める余地があると思われる。

なお、二〇一七年民法改正審議過程では、給付利益が付随義務によって保護を受けるためには、同利益の実現・確保が、契約上予定された目的に含まれなければならないとの見解が示された<sup>(16)</sup>。しかし、契約上予定されていると認定できる利益が存するのであれば、それは、当事者が合意によって契約内容に取り込んだ給付結果として位置づけるのが適当であるように思われる。そのような利益を保護法益とする義務は、合意に基づく義務に他ならない。これに対して、本稿が関心を持つ給付利益確保を目的とする付随義務は、契約内容としての給付結果以外の当事者の給付利益を保護法益とするものであって、当事者意思に根拠を持つものではない。給付利益確保を目的とする付随義務の保護法益を、契約上予定された目的ないし利益に限るとするならば、同義務を認める意義を狭めてしまうと思われる。

(エ) 発生根拠

給付利益確保を目的とする付随義務の発生根拠をめぐっては、北川説が、これを信義則に求めている。中間試案補足説明も同様である。<sup>(10)</sup>

この点について、潮見説では、給付結果の背後に存する契約目的が、契約規範の生成に当たって考慮されるとされている。<sup>(10)</sup>

この発生根拠の問題は、給付利益確保を目的とする付随義務が合意から直接導かれるのではないのならば、同義務はなぜ「契約上の」義務の位置づけを得るのかという、関連の問いをも合わせて考えなければならない。

## (2) 付随義務の訴求可能性

前述のように、給付利益確保を目的とする付随義務が合意・法律規定に基づく場合を論じ、その場合の同付随義務は訴求可能であるとする見解（松坂説、前田説、北川説）がある。

そして、上述のように、北川説・潮見説は、給付利益確保を目的とする付随義務について、合意・法律に基づくかにこれが生じることを論じる。

両者の相違が発生根拠にあることは明らかであるが、それ以外の相違があるか否か、検討しなければならないであろう。一方では、付随義務の訴求可能性について、当該付随義務の具体的内容を定める合意がない限り、これを原則として否定する考えが、林説、前田説、北川説、宮本説によって説かれている。この考えに立つと、給付利益確保を目的とする付随義務や保護義務が認められても、これらが合意に基づくものでなければ、訴求可能性が認められないこととなる。そうすると、付随義務の中に、合意に基づいて生じ・訴求可能であるものと、合意に基づかず・生じ・訴求可能でないものという下位分類を設ける必要が生じよう。これに反して、潮見説は、同説のいう従たる給付義務、

保護義務について、これが合意に基づいて生じるのではない場合でも、一律に、訴求可能性（独立した履行請求）を肯定する。同説によれば、発生根拠の違いは訴求可能性の有無と関係しない。

このように、付随義務の訴求可能性に関して、合意の有無によって決する見解と、付随義務の一般にこれを肯定する見解とが主張されている。付随義務の種類を検討する本稿も、関連問題として、訴求可能性の有無を決する基準について考えなければならぬ。

### （3） 契約目的危殆化行為（不信行為）を禁ずる付随義務

本稿の関心からは、履行期前の明確な履行拒絶や契約不当破棄、信賴関係破壊行為などの契約目的危殆化行為を付随義務違反とする構成が注目される。松坂説は、債権関係を支配する高次の誠実義務を論じ、契約目的危殆化行為は、この誠実義務への違反であるとする。北川説は、主に、履行期前の履行拒絶を論じて、これを（主たる）給付義務の不履行の一類型であるとしつつ、それに限らず、契約不当破棄や信賴関係破壊行為も、それにより給付義務の不履行が確定的となるならば、給付義務の不履行にあたるとする。さらに、その程度にまで至っていないくとも、契約目的危殆化行為を、契約危殆状態としての付随義務違反と位置づけることを示唆する。

契約目的危殆化行為は、主たる給付義務の不履行（遅滞・不能等）にはあたらず、かつ、具体的な給付利益を害するものでもない。しかしながら、契約目的危殆化行為は、給付義務の履行およびそれを通じた契約目的・給付利益の達成を深刻に危うくする行為であるから、これを契約上の義務の違反と構成する意義は小さくないのではないか。このような観点から、本稿は、契約目的危殆化行為を禁ずる義務が、契約上の付随義務として生じるのではないか、という問題にも注目したい。

## (4) 保護義務との区別

保護義務の定義および必要性は、各見解においてほぼ共通している。すなわち、保護義務とは、契約関係（または、契約交渉段階の関係等契約関係に準ずる関係）にある当事者が、相互に、相手方の生命・身体・所有権等の財産的利益（完全性利益）を侵害しないように配慮するべき義務であつて、これが必要とされる理由は、契約関係ないし債権関係という特別な結合関係に入る当事者は、それぞれ、相手方の権利・利益に対して特別な干渉・介入可能性を得ることになるため、相手方の信頼に依えて、権利・利益を害さない義務を負うべきである、というものである。保護義務の法的根拠としては、信義則が挙げられる。<sup>(16)</sup> 保護義務違反の効果については、害された完全性利益の賠償が認められる。

本稿の関心が置かれる給付利益確保を目的とする付随義務との関連では、同義務と保護義務の区別が必要となる。保護利益が異なるため、<sup>(17)</sup> 両者は、義務違反のときの効果が異なると考えられるからである。すなわち、一方で保護義務違反の効果は、完全性利益の賠償である。他方で、給付利益確保を目的とする付随義務の違反については、当該の給付利益の賠償に加え、履行に代わる損害賠償（四一五条二項）や解除（五四一条・五四二条）をももたらさう。<sup>(18)</sup> このように、義務違反が異なる効果をもたらすのであれば、給付利益確保を目的とする付随義務と保護義務は区別されなければならない。

両者は定義によって区別できるようにも思われるが、上述のように保護義務の保護対象である完全性利益には「財産的利益」も挙げられていて広範にわたるため、これと給付利益とをどのように区別するべきか、考えなければならぬ。この点に関しては、給付利益（給付利益確保を目的とする付随義務の保護法益）<sup>(19)</sup> について、「当事者が契約を通じて獲得しようとした利益」と定義する中間試案補足説明が示唆的である。<sup>(19)</sup>

#### 四 いわゆる「契約解釈アプローチ」について

上述のように、本稿は、付随義務には、給付結果以外の当事者の利益について、契約による保護を与えるという積極的な役割があるとの評価を前提とし、付随義務をめぐる個別的な判断を支えるために、その分類・具体例・発生根拠を論じるものである。

このようなアプローチは、債権関係上の義務に関し、給付義務・付随義務・保護義務といった概念を用いて分類を行うので、義務構造論と呼ばれることがある。<sup>(16)</sup> この義務構造論は、周知のとおり、平井宜雄説から、厳しい批判を受けている。<sup>(16)</sup> その批判によれば、まず、義務構造論は、(二〇〇二年施行の改正前の)ドイツ民法において、債務不履行形態が履行不能・履行遅滞しか定められてなかったために、それに該当しない場合を積極的債権侵害(付随義務違反・保護義務違反)として損害賠償法へ取り込む必要があったために、要請されたものと捉え、そのような債務不履行形態の狭隘な限定のない日本民法においては、義務構造論に従う理論的根拠はない、という。そこで、付随義務・保護義務などとして論じられてきた問題は、「個々の契約の解釈」として解決されるべきである。すなわち、第一に、契約当事者が本来意図したとおりに、「共通ノ意思」の意味を明らかにするべきである(本来的解釈)<sup>(16)</sup>。第二に、本来的解釈だけでは適切な権利義務関係が得られないと判断されるときに、「規範的判断として当該契約によって意図された……目的を最もよく達成できるような義務が承認されるべきである」。これは、「契約当事者の意思如何に関わりなく行われる契約上の権利義務を創造する作業である」(規範的解釈)<sup>(16)</sup>。規範的解釈の法的根拠は、信義則である。義務構造論における付随義務・保護義務に相当するものは、規範的解釈によって基礎づけられることとなる。平井説のこの

主張は、「契約解釈アプローチ」と呼ばれることがある。<sup>(170)(171)</sup>

仮に、義務構造論と契約解釈アプローチが排斥しあう関係であるとしたら、本稿は、前者に与するものである。しかしながら、私見は、両者が排斥しあうものではないと考える。<sup>(172)</sup> なぜならば、両者は、重要な二点、すなわち、当事者意思（本来的解釈）から導くことができないにもかかわらず、一定の契約上の義務が生じる場合があることを認める点、および、その際の法的根拠を信義則に求める点において、一致しているからである。そして、当事者意思から導くことができないが、契約上の義務として認められるべきものは、「当該契約によって意図された目的を最もよく達成できるような義務」であるとする契約解釈アプローチの主張に、義務構造論も異論はないはずである。なぜなら、義務構造論とは、契約によって意図された目的に照らして保護されるべき利益を、その保護されるべき必要性を指標として整序するために、給付利益・完全性利益を析出し、これを踏まえて義務分類を試みるアプローチであるからである。

私見も、給付結果以外の当事者の利益（すなわち、実現・保護が契約上合意されているとは認定できない利益）<sup>(173)</sup>を保護する契約上の義務は、当該契約によって意図された目的を達成するために必要な義務であるという点、および、そのような義務を認める作業は、当事者意思に依拠しない権利義務の創造であるとする点について、契約解釈アプローチに全く異論はない。<sup>(174)</sup> 私見は、そこでいう、当該契約によって意図された目的を達成するために必要な義務の存否をめぐる個別的判断の客観化・類型化には、義務構造論こそ有用であるとする立場である。<sup>(175)</sup>



## 第二章 ドイツ学説分析のための前提

ドイツの議論を理解するためには、債権関係概念の内容およびその債権関係上の義務違反に関するドイツ民法（以下、BGBと表記する。）の規定内容を踏まえる必要があるので、ここで整理する。

### 一 債権関係概念

ドイツでは、当事者は、「債権関係 [Schuldverhältnis]」に基づいて、種々の義務を負うとされる<sup>(176)</sup>。債権関係は、契約または法律に基づいて形成される<sup>(177)</sup>。契約に基づく債権関係のとき、当事者は、「主たる給付義務 [Hauptleistungspflicht]」を負う。主たる給付義務は、契約の類型を決定する、契約にとって不可欠の構成部分（たとえば、売買における物引渡請求権・代金債権）であって、その発生には合意が必要であるものとされる<sup>(178)</sup>。本稿では、とくに断らない限り、債権関係上の義務であって主たる給付義務でないものを、総称して「付随義務 [Nebenpflicht]」と呼ぶ<sup>(179)</sup>。

当事者が、主たる給付義務以外に、債権関係に基づいて、どのような付随義務を負うか、そしてそれらをどのように分類するかには、種々の見解があり、本稿の主な目的もその分析にある。もともと、付随義務の中に、債権者の「完全性利益 [Integritätsinteresse]」を保護するための「保護義務 [Schutzpflicht]」がある<sup>(180)(181)</sup>と、および、この保護義務が他の付随義務と区別されることには異論がない<sup>(182)</sup>。

なお、二四一条二項<sup>(183)</sup>が示唆するように、債権関係の中には、この保護義務だけを当事者に課すものもある。そして、三二一条二項が明記するところによれば、保護義務だけを内容とする債権関係は、契約締結前の接触ないし契約類いの接触を契機として、契約に基づかずに生じることもある。契約締結前に人身・財産の安全を確保する義務や情報提供義務などを課す、いわゆる「契約締結上の過失」[Verschulden bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo)]は、同条項に依拠する。同条項を根拠とする債権関係は、契約に基づくものではないので、「法律に基づく債権関係」[das gesetzliche Schuldverhältnis]とある<sup>(184)</sup>。

## 二 義務違反をめぐる規定内容<sup>(185)</sup>

### (1) 給付義務と保護義務の区別と区別基準(目的設定基準)

二四一条は、債権関係に基づく義務を、二つに分けて規定している。同条一項が定めるのは給付義務であり、ここに、主たる給付義務が含まれることに異論はない<sup>(186)</sup>。一般的には、同条一項には、主たる給付義務のほか、同義務と同様に、「給付利益」[Leistungsinteresse]<sup>(187)</sup>を目的とする付随義務(従たる給付義務、給付関連的付随義務などと呼ばれる)も含まれると考えられている。これに対し、二項が定めるのは保護義務であるとされている<sup>(188)</sup>。

給付義務と保護義務は、義務違反があったときの扱いを異にする。詳しくは後述するが、最も重要な違いは、給付義務違反には二八一条・三二三条が適用され、保護義務違反には二八二条・三二四条が適用される点にある。したがって両者をどのように区別するかは重要である。

この点について、支配的な見解は、区別の基準を両者の目的設定の違いに求める。すなわち、給付義務は、「債権

関係の具体的目的の達成、すなわち、あるべき状態〔status ad quem〕を確かにする」ものであるのに対し、保護義務は、「現状〔status quo〕が受ける損害、すなわち、給付の内容および給付が目指す目的を除く、当事者のその他の法的財貨が受ける損害を回避する」ためのものであるという<sup>(18)</sup><sup>(19)</sup>。同じ趣旨は、より端的に、給付義務は給付利益を確保するためのものであるのに対し、保護義務は、完全性利益を保護するためのものである、とも表現される<sup>(19)</sup>。このように、給付利益とは、債権者がもともとは有していない利益であつて、債権関係（契約）が給付を通じて債権者の元来实现しようとする利益を指すのに対し、完全性利益とは、債権者がもともとは有している身体・健康・財産等の完全性が害されずに保たれる利益を指している。

この区別を前提として、第三章で紹介するように、たとえば、付随義務のうち給付利益確保を目的とするものは、二八一条・三二三条が適用されるとする議論が行われている。本稿では、給付利益確保を目的とする義務と保護義務を分ける基準を両者の目的設定に求めることを、「目的設定基準」と呼ぶこととする。

### (2) 付随義務の発生根拠としての信義則

ドイツでは、付随義務は、手がかかりとなる合意がなくとも生じることがあることが認められている。合意がなくとも付随義務が生じる根拠として、二四二条が定める信義則が挙げられることが多い<sup>(19)</sup>。二〇〇二年施行の債権法改正以降でも、二四二条は、保護義務も含めた付随義務の発生根拠として、しばしば言及される。

### (3) 義務違反の効果

債権関係上の義務について義務違反〔Pflichtverletzung〕があるとき、債権者は種々の救済手段を得る。すなわち、義務違反という統一的基本要件が、債権者の救済手段を定める給付障害法〔Leistungsstörungsrecht〕の中核に位置

する。<sup>(198)</sup>

(ア) 適用関係の概要

救済手段のうち、損害賠償請求権および解除権に関する基本的な規定は、二八〇条、二八一一条・三二三条、二八二条・三二四条である。これらの規定も含め、給付障害法は、二〇〇二年施行の債権法改正で大きく変容している。これらの条文の適用関係は次のとおりである。

給付義務違反の場合において、遅延損害賠償を求めるときは、二八〇条一項・二項、二八六条が適用される。給付義務違反の場合において、給付に代わる損害賠償を求めるときは、二八〇条一項・三項、二八一一条（履行遅延・不完全履行・付随義務違反の場合）、二八三条（履行不能等給付義務が排除される場合）が適用される。給付義務違反の場合で、債権者が解除を行うときは、三二三条が適用される。給付義務違反が瑕疵結果損害〔Mangel(schaden)〕を伴う場合において、その賠償を求めるときは、二八〇条一項が単独で適用される。

保護義務違反の場合において、完全性利益侵害を理由とする賠償請求をするときは、二八〇条一項が単独で適用される。保護義務違反の場合で、給付に代わる損害賠償を求めるときは、二八〇条一項・三項、二八二条が適用される。保護義務違反の場合で、解除を行うときは、三二四条が適用される。

(イ) 統一的責任要件と付加的要件

義務違反を理由とする損害賠償請求をするときは、二八〇条一項が定める統一的責任要件が満たされなければならぬ。同条一項によれば、義務違反を行った債務者は、自らの帰責事由の不存在の証明に奏功するときを除き、それによって生じた損害の賠償義務を負う。同条が統一的責任要件であるとは、次の意味である。<sup>(199)</sup> まず、義務違反とは、

債権関係の義務プログラムとの一致が客観的にみて存しないこと、ないし、客観的にみて債務者の行為が債権関係に適合していないことであり、必ずしも過責非難（帰責事由）を伴うものではない。そして、この義務違反は、改正前のBGBにおいては複雑に細分化しそれぞれに独立した法的効果を持っていた多様な給付障害形態の全てを包括するもの、すなわち、履行不能、履行遅滞、（瑕疵ある物の引渡を典型とする）不完全履行、付随義務違反の全てを含むものである。<sup>(195)</sup> これらのどの給付障害形態にあたるのであれ、損害賠償請求権が生じるためには、二八〇条一項が定める統一的責任要件、すなわち義務違反および帰責事由（の不存在証明がないこと）が必要である。

二八〇条は、義務違反を理由として請求できる損害賠償を、単純な損害賠償 [einfacher Schadensersatz]（一項だけに依拠する、統一的責任要件（一項）以外の付加的要件を要しない損害賠償。）、遅延損害賠償 [Verzögerungsschaden]（二項）、給付に代わる損害賠償（三項）の三つに分ける。<sup>(196)</sup> 後二者について、同条は、統一的責任要件に加えて必要となる要件（付加的要件）を定める条文を挙げる。すなわち、二八〇条二項は、遅延損害賠償について必要となる付加的要件として、二八六条を指示する。<sup>(198)</sup> 二八〇条三項は、給付に代わる損害賠償請求について必要となる付加的要件を定める条文として、二八一条から二八三条を指示する。<sup>(199)</sup>

#### （ウ） 給付義務違反と保護義務違反の扱いの違い

給付義務違反の場合において、給付に代わる損害賠償請求をするためには、二八一条が、統一的責任要件に加え、猶予期間設定 [Fristsetzung] が必要であるとの原則を定める。これを満たせば、債権者は、義務違反が軽微である [unethelich] 場合を除き、給付の全部に代わる損害賠償請求を行いうる。<sup>(200)</sup> 給付義務違反を理由として解除をするためには、三二三条が、同様に、給付義務違反（債務者の帰責事由によることを要しない）に加えて猶予期間設定を要件と

して求める。二八一条・三二三条にいう給付の義務違反とは、履行遅延のほか、瑕疵ある物の引渡も含む不完全履行および付随義務違反を指す。<sup>(20)</sup>

これに対して、保護義務違反の場合において、給付に代わる損害賠償請求をするためには、二八二条が、統一的责任要件に加え、契約存続が債権者に対して受忍要求不可能である〔unzumutbar〕ことが必要であると定める。保護義務違反を理由とする解除については、三二四条が、同様に、保護義務違反（債務者の帰責事由によることを要しない）に加えて、契約存続が債権者に対して受忍要求不可能であることを要件としている。<sup>(20)(23)</sup>

この仕組みにおいて、給付の全部に代わる損害賠償請求権・解除権を、給付の全体に代わる権利という意味で、「全体的権利〔Totalrecht〕と呼ぶ」とがある。<sup>(20)</sup>

#### (エ) 全体的権利の発生要件の違い

ここで、上記の制度のうち、全体的権利（給付の全部に代わる損害賠償請求権または解除権）の発生要件の違いに着目したい。注意を要するのは、上述のとおり、給付義務違反の場合においては、猶予期間設定さえ行えば、全体的権利が得られるのであり、全体的権利が得られないのは、義務違反が軽微であるときに限られるということである。すなわち、給付義務違反のときは、付随義務違反の場合も含め、猶予期間設定を経さえすれば、全体的権利を得られるのが原則であり、義務違反が軽微であるとき、これを得られないという例外があるのである。<sup>(26)</sup>これに対して、保護義務違反のときに全体的権利を得るためには、保護義務違反に加え、債権者に対して契約存続が受忍要求不可能であることが必要である。すなわち、保護義務違反のときは、全体的権利が与えられないのが原則であり、例外的に、保護義務違反が、契約存続の、債権者に対する受忍要求不可能性をもたらすときのみ、全体的権利が与えられるのである。

両者を比較すると、義務違反が軽微でないことよりも、義務違反の重大性が契約存続の受忍要求不可能性をもたらす程度にまで達していることの方が、要件として厳しいと考えられる。すなわち、債権関係上の義務違反（たとえば付随義務違反）が存するとき、当該義務違反を給付義務違反とみなして二八一条・三二三条を適用する方が、当該義務違反を保護義務違反とみなして二八二条・三二四条を適用するよりも、全体的権利を認めやすくなる。付随義務をめぐるドイツの議論は、この違いを念頭に置いていることが多い。

（オ） 軽微な義務違反のときの救済（小さい損害賠償）

なお、給付義務違反の場合に関連して、次の点を補足しておく。上述のように、給付義務違反を理由として給付に代わる損害賠償を求める場合で猶予期間設定等の要件が充足されても、義務違反が軽微と解されるときは、債権者は、給付の全部に代わる損害賠償を求めることはできない。しかしながら、給付に代わる損害賠償が完全に排除されるのではなく、義務違反の程度に応じてこれを求めることはできる。すなわち、軽微な義務違反の場合、債権者は、行われた給付は保持し続けなければならない反面で、給付義務違反（不完全履行・付随義務違反）を原因とする価値減少分または修理費用の損害に限って賠償請求をすることはできる。<sup>(208)</sup>これは、二〇〇二年施行の債権法改正以前から「小さい損害賠償 [Kleiner Schadensersatz]」と呼ばれていたものである。これと対照させて、給付の全部に代わる損害賠償を「大きな損害賠償 [großer Schadensersatz]」と呼ぶ。<sup>(209)</sup>

（１） 潮見佳男教授によれば、給付結果実現のために拘束を受けた相手方（債務者）の地位が、債務である。潮見佳男『契約規範の構造と展開』（一九九一年）（以下、『構造と展開』として引用。）四九頁以下・一六三頁、同『新債権総論Ⅰ』（二〇〇七年）一五二頁・一五七頁。

- (2) たとえば、売主に課せられる目的物引渡・所有権移転という給付結果、買主に課せられる代金支払という給付結果は、当該契約を売買契約として特徴づけ（民法五五五条（以下、本章において、条文の番号は、二〇一七年改正後の民法のそれを指すこととする。）、かつ、対価関係を構成する。これらの義務は、主たる給付義務と呼ばれる。
- (3) 契約上の合意または法律規定によって、主たる給付義務以外の義務が、当事者に課せられることもある。たとえば、不動産売買契約において、買主が租税負担を負うことを約す例（大判昭和一三・九・三〇民集一七卷一七七五頁、最判昭和三六・一一・二二民集一五卷一〇号二五〇七頁）、土地の売買契約において「所有権移転登記手続は代金完済と同時にすること、それまでは買主は契約の目的物である土地の上に建物その他の工作物を築造しないこと」を約す例（最判昭和四三・二・二三民集二二卷二号二八一頁）における、それぞれの買主の負担がこれにあたる。本稿では、そのような場合の義務を、給付利益確保を目的とする付随義務であって、合意または法律規定によって生じるもの、と呼ぶ。
- (4) 大阪地判平成一・四・一三判時一三三二号一二〇頁、東京地判平成一五・一・二七判タ一二二九号一五三頁参照。
- (5) 前掲大阪地判平成一・四・一三や前掲東京地判平成一五・一・二七は、賃貸人の主たる給付義務（目的物の使用収益させる義務）を柔軟に捉え、そこに、利用環境破壊行為を排除する義務も含まれていると解される。私見は、このような柔軟な解釈を否定するものではない。本文では、本稿でいう「給付結果」や「契約目的」「給付利益」に関して、思い浮かべ易い具体例を得るために、あえて、これらの裁判例とは異なり、賃貸人の主たる給付義務を「物的損壊のない賃借物の利用収益の提供」に限定する捉え方をして、利用環境破壊行為排除義務に関し、付随義務としての基礎づけを試みた。
- (6) 賃貸人からみれば、契約内容としての給付結果（目的物の使用収益の提供）だけでなく、契約目的を妨げる障害の除去（利用環境破壊行為の排除）をも課されることとなる。
- (7) 給付利益確保を目的とする付随義務には、先述のように、合意・法律規定を発生根拠とするものもある。本稿では、「給付利益確保を目的とする付随義務」の語は、特に断らない限り、合意・法律規定に基づかず生じるものを指す。
- (8) 最判昭和五〇・二・二五民集二九卷二号一四三頁。
- (9) 長坂純『契約責任の構造と射程』（二〇一〇年）二二五頁以下に、裁判例の詳細な分析検討がある。
- (10) 潮見佳男『構造と展開』一四八頁・一六八頁、宮本健蔵『安全配慮義務と契約責任の拡張』（一九九三年）一六六頁、長坂純・前掲書三一〇頁。本稿では、保護義務の語は、特に断らない限り、主たる給付義務にはあたらぬ保護義務（付随義務）



務としての保護義務)を指す。

- (11) たとえば、不動産の売買契約において、売主に課せられる給付結果は、通常、目的物の引渡とその所有権・登記名義の移転である(五五五条)。しかし、室内に防火戸をも備えた安全性の高いマンションの売買の場合は、買主は、安全性の高い物件の利用・価値を十分に享受すること(給付利益)をも、当該売買契約から取得する利益として望んでいると考えられる。同時に、買主は、防火戸により自らの生命・身体・財産(完全性利益)を保護されることも、正当な期待として持つであろう。そして、これらの利益は、売主からも認識可能である。このような、安全性の高い物件の利用・価値の享受は、特別の合意がなければ、売買契約において売主が実現に関して義務を負う給付結果には含まれないと思われる。しかし、これらの利益は、事案の特徴を考慮すれば、買主にとって重要な利益であり、かつ、売主にもそのことは十分認識可能であるのだから、これを確保すべき契約上の義務(防火戸の作動スイッチが分かりにくいところにある場合には、これを買主に説明する義務)を売主に課することが適当であると考えられる。最判平成一七・九・一六判時一九一二号八頁は、当該事案におけるマンションの売買の売主は、「売買契約上の付随義務として」、「一見分かりにくい場所に設置されていた防火戸の「電源スイッチの位置、操作方法等について説明すべき義務」を負うとした。このときの義務は、買主の給付利益(安全性の高い物件の利用・価値の享受)も、完全性利益(防火戸により生命・身体・財産が守られること)も保護利益としていることになる。

(12) 本稿では、付随義務の語も、特に断らない限り、合意に基づかずには生じるものを指す。

- (13) 法制審議会民法(債権関係)部会第九回会議(二〇一〇年五月一八日開催)部会資料11-2・1-1頁以下(付随義務や協力義務が認められ得ることについては、判例・学説に異論は見られず、その法的根拠は一般に信義誠実の原則に求められている。)という)、同第四八回会議(二〇一二年六月五日開催)部会資料41・1-2頁以下、法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明」(二〇一三年)三三八頁以下。

(14) もっとも、学説では、付随義務をめぐる、後述のように、分類等をめぐって種々の多様な見解が示されている。

- (15) 周知のとおり、付随義務・保護義務に関する規定を置くことは、二〇一七年民法改正においては、最終的には見送られた。法制審議会民法(債権関係)部会第八回会議(二〇一四年二月二五日開催)部会資料75A・3頁以下。

(16) 潮見佳男『構造と展開』五頁。

- (17) 法制審議会民法(債権関係)部会第六七回会議(二〇一三年一月二二日開催)議事録三三頁(岡崎克彦幹事発言)。

- (18) 本稿で取り上げる、いわゆる義務構造論を用いる諸見解（林説、奥田説、前田説、松坂説、北川説、潮見説、宮本説、長坂説）は、全て、ドイツの学説を参照にしている。
- (19) もっとも、第三章で整理するように、ドイツの各見解は、付随義務の定義や分類・用語法について、多種多様な理解を示しており、それらについての統一のないし標準的な理解は未だ形成されていない。
- (20) 第三章参照。ただし、本稿は、付随義務の個別的判断を支えるために、まずはその分類の要否や発生根拠を探ることに重点を置くため、ドイツの裁判例についても網羅的な分析を行うまでには至っていない。この点は今後の課題とする。
- (21) たとえば、売買契約における売主が、目的物の調達や保管を行うなど、履行のために不可欠な準備をする行為の義務がこれにあたる。具体的行為義務違反をめぐる実際の紛争例にあたると考えられるものとして、名古屋地判平成一八・九・一五判タ一二四三号一四五頁がある。同判決は、「設計及び施工を請け負う本件請負契約においては、施主である原告（当該事例における注文者——筆者注）の希望に沿った建物を建築するという契約の目的を達成するため、請負人である被告は、同契約に付随する債務として、本件建物に関する法令上の制限を正確に把握し、これを施主である原告に説明しなければならぬものももちろん、仮に、規制内容の把握の誤りなどから当初の施主である原告に対する説明に不備があった場合、これを直ちに訂正の上、設計変更の必要などを協議すべき義務があったといふべきである」とした。同判決のいう「契約に付随する債務」は、請負人の主たる給付義務（仕事完成・引渡義務（六三二条））の具体的内容をなすもので、具体的行為義務にあたるといえよう。
- (22) 具体的行為義務は、潮見説・北川説以外の見解では、それぞれに異なる呼ばれ方をしている。この点は、以下の記述内で個別に補足する。
- (23) したがって、具体的行為義務は給付結果以外の給付利益の確保を目的とする付随義務ではないから、本稿では、関心の重点は置かれない。
- (24) 林良平「契約責任の構造」林良平ほか編『谷口知平先生追悼論文集 第二巻 契約法』（一九九三年）所収一四頁、林良平ほか「債権総論」（第三版、一九九六年）（林良平・安永正昭執筆）一五頁。
- (25) 林良平・前掲論文一五頁以下・一七頁以下。
- (26) 林良平・前掲論文一六頁。

(27) もっとも、この義務違反の効果については、掘り下げられていない。「同時履行の抗弁とか、解除で占める割合、本来の給付なくして余後的な給付は無意味だとかの点で、本来の給付義務と異なるだけである。」という指摘があるのみである。

(28) 林良平・前掲論文一六頁以下・一八頁以下、林良平ほか・前掲書（林良平・安永正昭執筆）一一二頁以下。

(29) その理由は、次のものである。給付義務の場合は、給付結果が相手方に「増加」するのだから、その意味で、履行請求が可能である。これに対して、保護義務は、身体・生命・財産という、本来相手方が有している利益について、これを害しない義務であり、したがって、「新たに価値が増加するのだから履行の請求もありえない」。しかしながら、保護義務を具体化し、とくに「給付義務として約する」ことはできるのであり、このときは、新たな価値を生むと認められるから、履行請求が可能になる、とされる。林良平ほか・前掲書（林良平・安永正昭執筆）一一五頁。

(30) 前田達明「口述 債権総論」（第三版、一九九三年）一一〇頁以下。

(31) このようにして、履行義務にまで高められた付随的注意義務（付随的履行義務）には、さらにこれを確保するための付随的注意義務をも観念することができることになる。前田教授は、このことを「義務の入れ子型構造」と称される（前田達明・前掲書一二二頁）。

(32) 契約によって付随的履行義務へと高められる例として、宅地建物取引業者との契約において、同業者が、当該宅地に都市計画法上の制限があるか否かを調査する義務を負うこととする約定が挙げられる。

(33) 「具体的内容が確定しておりかつ本来の履行義務と同等程度の価値があつて履行請求（や強制履行）あるいは同時履行の抗弁権（五三三条）を認める必要があるような場合（例えば、目的物の正しい使用方法の開示義務）は、「信義則」によつて「附随的履行義務」に高められることがあり得ます。」とされる。

(34) 前田達明・前掲書一二二頁。

(35) もっとも、保護義務も、法規・契約・利益衡量（信義則）により、「履行義務」に高められることもある、とされている。

(36) なお、保護義務と付随的注意義務の区別の実益は、後者の違反は、純粹に債務不履行責任として扱いるのに対し、前者の違反の場合は、債務不履行責任と不法行為責任とが競合するので両責任を衡量して法効果を導く必要がある点にあるとされる。前田達明・前掲書一二三頁。

(37) 奥田昌道『債権総論』（増補版、一九九二年）一七頁以下。

- (38) 奥田昌道・前掲書一八頁・一六三頁。
- (39) 奥田昌道・前掲書一八頁。
- (40) 奥田昌道・前掲書一八頁以下。
- (41) 松坂説は、先の三説よりも古い時期に主張されていたものであるが、債権関係概念の強調および誠実義務の位置づけに大きな特徴があるので、この位置で論じることとした。
- (42) 松坂佐一『民法提要 債権総論』（第四版、一九八二年）七頁。
- (43) 松坂佐一「積極的債権侵害の本質について」同『債権者取消権の研究』（一九六二年）所収二四六頁。
- (44) 松坂佐一・前掲論文二四六頁・二四九頁以下、同「信頼関係としての債務関係」同・前掲『債権者取消権の研究』所収二九二頁以下。
- (45) 松坂佐一・前掲「積極的債権侵害の本質について」二四六頁。
- (46) 松坂佐一・前掲「積極的債権侵害の本質について」二四九頁。
- (47) 松坂佐一・前掲「積極的債権侵害の本質について」二四五頁、同・前掲『民法提要 債権総論』七頁。
- (48) 松坂佐一・前掲「積極的債権侵害の本質について」二四七頁。
- (49) 瑕疵のある当該給付については遅滞が生じ、全体の債務については、一部遅滞となり、これにより当事者間の信頼が動揺させられるときは、誠実義務違反となるから契約解除の理由となる、という。
- (50) 松坂佐一・前掲「積極的債権侵害の本質について」二五二頁以下。
- (51) 松坂佐一・前掲「積極的債権侵害の本質について」二四五頁、同・前掲『民法提要 債権総論』七頁。
- (52) 松坂佐一・前掲「信頼関係としての債務関係」二八一頁・二八七頁。
- (53) 給付利益確保を目的とする付随義務のうち、合意・法律規定を根拠とするものは、松坂説では、「独立的従たる義務」として論じられている。
- (54) 前田説は、「付随的履行義務」と呼び、松坂説は「独立的従たる義務」と呼んでいる。
- (55) なお、松坂説に着想を得て、債権関係上の義務として、協力義務（相手方の企図）の挫折・危殆化を防ぐ義務、保護義務が生じるとしつつ、これらが「債権関係の外延を形成するところの一般的誠実義務に支配」されるとする構成を説

くものとして、田沼証「いわゆる積極的契約侵害論のわが国における展開（2）」中央大学大学院研究年報四号（一九七五年）五七頁がある。

(56) 林良平ほか・前掲書（林良平Ⅱ安永正昭執筆）一一五頁。

(57) 林説の論理では、保護義務に限らず、履行請求をするためには、合意による義務の具体化（を通じた新たな価値の増加）が必要となることとなる。

(58) 前田達明・前掲書二二一頁以下。もつとも、信義則によって付随的履行義務が生じることがあることは、排除されていない。ただし、それがどのような場合は、掘り下げられていない。

(59) 北川善太郎『契約責任の研究』（一九六二年）（以下、『研究』として引用）三五一頁以下。

(60) 北川善太郎『研究』三六一頁。

(61) 北川善太郎『研究』三五六頁。なお、同書では、従たる給付義務は、訴求可能性があり、また、「明文の規定なしに信義則上」発生することであるとされていた。しかし、これらの点については、より時期の新しい論考（北川善太郎「債務不履行の構造とシステム」下森定編『安全配慮義務法理の形成と展開』（一九八八年）所収（以下、「システム」として引用。））では言及がなく、むしろ、合意がない限り、付随義務の訴求可能性は否定されているとの読解を許す記述箇所もある（北川善太郎「システム」三〇四頁）。

(62) 北川善太郎「システム」二七五頁・二九七頁。

(63) 本稿で用いる付随義務という用語は、契約上の義務であつて、主たる給付義務でないものを総称するものであるのに対し、北川説のそれは、そのような義務から、従たる給付義務を除いたものを指す。そこで、用語として後者と前者を区別するために、後者について「付随義務」と表記する。

(64) 北川善太郎「システム」二七五頁以下。

(65) 北川善太郎「システム」二七六頁。

(66) 奥田昌道編『注釈民法（一〇）債権（二）』（一九八七年）三八〇頁（北川善太郎執筆）。

(67) 北川善太郎「システム」二八四頁以下・二九一頁以下。

(68) 奥田昌道編・前掲書三四八頁以下・四〇一頁（北川善太郎執筆）。具体的行為義務という用語は、北川説の創設である。

- (69) 北川善太郎『研究』三五五頁以下・三七七頁、同「システム」二八四頁・二九二頁、奥田昌道編・前掲書三四八頁以下・四〇一頁（北川善太郎執筆）。
- (70) 奥田昌道編・前掲書四〇二頁（北川善太郎執筆）。
- (71) 北川善太郎『研究』三七七頁、奥田昌道編・前掲書四〇二頁（北川善太郎執筆）。
- (72) この状態にあるとき、債権者は、契約履行の危殆化に対する一定の予防的措置（契約の解約・解除、仮差押・仮処分、担保の要求等）をとりうることもある。そのような段階に至っているか否かが、具体的行為義務違反の有無で識別されるのである。
- (73) これが、本稿でいう、「給付利益確保を目的とする付随義務」にあたる。
- (74) その具体例は、スーパ―が特定の売主の製品を不当に安く差別して販売しない義務を負っているのにそれに違反した場合における、取引関係から生ずる売主の給付利益（北川善太郎「システム」二八五頁）、債権者が協力義務を負っているのにそれに違反したときの、債務者が被る利益侵害（北川善太郎「システム」二九一頁）である。
- (75) 北川善太郎「システム」二八四頁以下・二九一頁以下・二九七頁以下。
- (76) この点が、具体的行為義務と異なる。具体的行為義務の不履行は、先述のように、それだけでは、損害賠償請求権や解除権をもたらさない。
- (77) 北川善太郎『研究』三五七頁・三七九頁以下、同「システム」二七六頁・二八六頁以下、奥田昌道編・前掲書三五一頁以下（北川善太郎執筆）。
- (78) 北川善太郎「システム」三〇四頁、奥田昌道編・前掲書三八二頁以下（北川善太郎執筆）。
- (79) 北川善太郎「システム」二八一頁以下、奥田昌道編・前掲書三五六頁以下（北川善太郎執筆）。明確な意思に基づく履行期前の履行拒絶が、付随義務違反ではなく、給付義務に関する、遅滞・不能等と並ぶ債務不履行として構成されている。なお、二〇一七年民法改正は、この構成を明文によって採用したものと考えられる（四一五条二項二号、五四二条一項二号・三号、同二項二号）。
- (80) 北川善太郎「システム」二八二頁以下。
- (81) 北川善太郎「システム」二八八頁。

(82) 北川善太郎「システム」三〇四頁。保護義務は、「信義則上の付随義務の一種」であるが、同義務に対応して「安全配慮を目的とした付随債権までが信義則上発生しているのではない。ただ、契約の目的から主たる給付と並んで契約の相手方の生命・身体・健康・財産の安全維持を目的とする従たる給付が明示または黙示で特約されていると解しうる場合がある。この場合にはそうした内容の従たる給付請求権が認められる。」という。この理解は、保護義務と同様に信義則上の付随義務である、契約目的に直接関連する付随義務にも妥当するであろう。

(83) 潮見佳男『構造と展開』六頁以下・一六二頁。

(84) 潮見説では、「給付結果」は、「債権者が請求権の作用に基づいて債務者に求めることができる利益」と定義されている。潮見佳男『構造と展開』一四四頁。

(85) 潮見佳男『構造と展開』一四二頁・一六二頁。

(86) これは、規範的拘束の具体的細目・具体的内容（給付結果の実現のために「債権者として何を請求することができ、債務者として何を給付しなければならないか」）を指す。

(87) 潮見佳男『構造と展開』一四二頁以下・一六二頁以下。このことは、「補充的契約解釈」ないし「契約内容の補充」であるとされている。

(88) 潮見佳男『構造と展開』七七頁・一四五頁・一六四頁。

(89) 具体的行為義務は、給付結果実現義務の具体化に過ぎないので、「付随義務」なる名称は、この種の行為義務については避けたほうが賢明であるかと思われる。」という。潮見佳男『構造と展開』一六四頁。

(90) 具体的行為義務は、潮見佳男教授の近時の著作では、「履行の際の誠実行動義務」と呼ばれている。潮見佳男・前掲『新債権総論Ⅰ』一五九頁以下。

(91) 潮見佳男『構造と展開』七七頁以下・一六六頁。

(92) なお、現在の潮見説は、債務不履行責任の要件として「違法性」の要件は不要であると断じ（潮見佳男『債権総論（第二版）Ⅰ』（二〇〇三年）二八二頁）、また、債務不履行損害賠償責任の正当化原理を過失責任の原則に求める理解と決別し、これに契約の拘束力に求める立場を強く打ち出している（潮見佳男・前掲『新債権総論Ⅰ』三七三頁以下）。したがって、かつての潮見説における具体的行為義務の位置づけは、現在の潮見説においては維持されない。

- (93) 潮見佳男『構造と展開』七九頁以下・一四五頁以下・一六六頁以下。
- (94) 従たる給付義務は、潮見佳男教授の近時の著作では、「債権目的・契約目的達成のために必要な措置を講じる義務」と呼ばれている。潮見佳男・前掲『新債権総論Ⅰ』一六〇頁以下。
- (95) 潮見説は、給付結果の背後に存する債権目的（契約目的）が規範生成に当たって考慮される際、「当事者の主観的目的（動機）から、当該具体的契約を客観的に評価した場合に看取される客観的目的へという変容」を伴う、とされる。
- (96) ここでいう「付随的利益」については、「契約目的・債権目的が契約規範設定に当り債権者利益の形に具現化したもの」であるとされ、「給付目的物の十分な利用ないし受益可能性、安全性（無傷性）」が例示されている。潮見佳男『構造と展開』七九頁以下。
- (97) 潮見佳男『構造と展開』八〇頁・一六七頁。
- (98) なお、この主張に先立ち、履行請求権を伴う給付義務であるためには、必ずしも当事者意思に基づく義務であることは必要ではなく、履行請求権の存否は、「当事者の意思を離れて、当該行為に対する請求権能を付与するのが妥当か否か」という判断に基づき決定されるべきである」という立場が打ち出されている。潮見佳男『構造と展開』八〇頁以下・一四三頁。
- (99) 潮見佳男『構造と展開』八六頁以下。
- (100) 潮見佳男『構造と展開』一四八頁以下・一六八頁以下。
- (101) そのような場合の例として、警備契約、寄託契約、幼児保護預かり契約が挙げられている。この第一段階では、保護義務の発生根拠は、給付結果を合意した当事者意思に求められよう。
- (102) そのような場合の例として、運送契約、診療契約、宿泊契約、在学契約、運動施設利用契約が挙げられている。
- (103) この場合の保護義務は、契約目的達成のための従たる給付義務である。したがって、先の従たる給付義務の一例として、契約上の義務であることが正当化される。
- (104) 潮見佳男『構造と展開』一六九頁。
- (105) 潮見佳男『構造と展開』一五〇頁以下・一六九頁。
- (106) 潮見佳男『構造と展開』一五一頁。履行請求権も認められることを含意するために、この場合の保護義務は、「完全性利益保護のための従たる給付義務」と呼ばれる。



- (107) この従たる給付義務が、給付結果以外の給付利益（潮見説では、「付随的利益」と呼ばれている。）の確保を目的とする付随義務にあたるからである。
- (108) その履行請求も実現しないときは、解除・損害賠償請求の効果も生じるであろう。
- (109) そのような見通しを提供する見解は、現在でも、他に存しないように思われる。
- (110) 宮本健蔵・前掲書一六六頁以下。
- (111) そのような例として、寄託契約、運送契約、医療契約が挙げられている。
- (112) 宮本健蔵・前掲書一六六頁以下・一九四頁以下。
- (113) ただし、損害賠償請求権については、不法行為損害賠償請求との競合が生じるとし、契約規範・不法行為規範の統合が論じられる。宮本健蔵・前掲書一六七頁・一九八頁以下。
- (114) 宮本健蔵・前掲書一八〇頁以下・一九四頁以下。ただし、使用者の安全配慮義務が従たる給付義務として位置づけられるのは、「労働者の生命・健康に対する損害の防止に関する、使用者の指揮・命令の下でなされる労務のための物的環境の整備および人的環境の整備を内容とする」ことを使用者が義務として負うときである。宮本説は、この義務をとくに「安全確保義務」と呼ぶ（宮本健蔵・前掲書一八二頁以下）。
- (115) 宮本健蔵・前掲書二一九頁。
- (116) なお、宮本説は、保護義務などの信義則上の義務については、履行請求（訴求可能性）を否定するが、使用者の安全配慮義務（宮本説のいう安全確保義務）の場合について、「雇傭・労働契約の特殊性を考慮して、例外的に履行請求権は肯定されるべき」とあるという。宮本健蔵・前掲書三七二頁。
- (117) したがって、保護義務違反を理由とする、履行請求、同時履行の抗弁権・解除権の成立は、原則として認められない。宮本健蔵・前掲書一六七頁・一八三頁以下・二〇一頁・三六七頁以下。
- (118) 不法行為規範が契約法規範よりも被害者に有利であるときは、不法行為規範が適用されるべきであるが、その逆のときは、契約法規範の適用は、保護義務の中間的性質に適合するかを具体的に検討して決まるといふ。詳細は、宮本健蔵・前掲書一六八頁・二〇二頁以下。
- (119) 宮本健蔵・前掲書五二頁以下・一六九頁。

- (120) 宮本健蔵・前掲書一八三頁以下。
- (121) 宮本健蔵・前掲書一九九頁。給付利益・完全性利益という、保護利益に着目した義務の分類基準は、ドイツの学説に由来するものであるが(第二章参照)、そのような学説について、宮本健蔵・前掲書五三頁以下・一三六頁以下に言及がある。
- (122) 宮本健蔵・前掲書三六七頁以下。
- (123) 長坂純・前掲書二九四頁以下。
- (124) 長坂純・前掲書三〇一頁。
- (125) 長坂純・前掲書二九五頁。この点は、「規範的解釈により当事者意思が補充」されるとも表現されている(長坂純・前掲書三〇〇頁)。
- (126) 長坂純・前掲書三〇一頁。
- (127) 保護義務違反が契約規範の適用を受けることについては、繰り返し言及がある(長坂純・前掲書三〇〇頁以下・三三三頁・三三五頁以下)。
- (128) 長坂純・前掲書三二五頁。
- (129) 長坂純・前掲書二七頁。
- (130) そのほか、完全性利益を給付利益と共に契約目的に取り込む長坂説の特徴をよく表す帰結として、同説においては、給付目的物の瑕疵による拡大損害のケースにおいて、完全利益侵害の帰責根拠が、完全性利益を固有の保護法益とする保護義務への違反があったことには求められておらず、給付義務違反をしたこと(瑕疵のない目的物の給付をする義務を怠つたこと)に求められている点がある。長坂純・前掲書三二二頁以下。
- (131) 中間的な論点整理の前には、関連規定を設けるかの問題提起があった。すなわち、「債務者は、当事者間に特別の合意が無くても、本来的な給付義務のほかに、様々な付随義務を負うことがあると解されており、また、債権者も、弁済の受領時における協力義務等を負うことがあるとされているところ、これらの義務の法的根拠は、一般に信義誠実の原則に求められている。」とし、「これらの義務の法的根拠がより明確になるような一般的规定を設けるべきであるという考え方が、どのように考えるか。」との問いかけがされていた。法制審議会民法(債権関係)部会第九回会議(二〇一〇年五月一八日開催)部会資料11―2・一〇頁以下

(132) 法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（二〇一一年四月二二日部会決定）七五頁、法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」（二〇一一年）一八一頁以下。

(133) この分類の仕方は、主たる給付義務以外の契約上の義務を付随義務と呼ぶ本稿の用語法と同じである。

(134) 法制審議会民法（債権関係）部会第四八回会議（二〇一二年六月五日開催）部会資料41・一二頁以下

(135) (一)の義務の具体例として、「マンシヨンの売主が売買契約上の付随義務として、買主に対して防火扉のスイッチの位置や操作方法を説明する義務を負うとした」裁判例、および、「貸金業者の金銭消費貸借契約における付随義務として、債務者に対して信義則上、取引履歴開示義務を負うとした裁判例」が挙げられている。

(136) 本稿で用いる付随義務という用語は、給付利益確保を目的とする付随義務と保護義務とを包括するものであるのに対し、第一次検討案（およびそれ以降の検討案）のそれは、給付利益確保を目的とする付随義務のみを指すものである。そこで、用語として後者と前者を区別するために、後者については「付随義務」と表記する。

(137) 法制審議会民法（債権関係）部会第三分科会第四回会議（二〇一二年七月一〇日開催）分科会資料6。その際、第一次検討案を審議する際に考えるべき点として、次の点が指摘された。

〔一〕付随義務に関する規定の具体的な在り方（部会資料41第1、4（1））を検討するに当たり、以下の点についてどのように考えるか。

- ① 契約の当事者が相手方に対して負う義務は当該契約において合意された義務に限られないことを明らかにすることの当否
- ② 契約の当事者が当該契約において合意された義務以外に負う義務の内容は、契約をした目的を達するために必要であると認められるかどうかによつて判断されるところの当否
- ③ ②の必要性を判断するための考慮要素として、例えば、当事者の知識、経験、契約締結までの経緯などを列挙することの当否

(2) 保護義務に関する規定の具体的な在り方（部会資料41第1、4（2））を検討するに当たり、以下の点についてどのように考えるか。

- ① 当事者は、保護義務として、債権の行使又は債務の履行に当たり、相手方の生命、身体、財産その他の利益を害してはな

らないとすることの当否。特にこのような趣旨では保護義務の範囲が広がりすぎるとの批判について。  
 ② 広がりすぎるとすると、これを限定する要件の内容」

なお、引用中、「部会資料41第1、4」とは、第一次検討案が記載されている資料箇所を指している。

(138) 法制審議会民法（債権関係）部会第六七回会議（二〇一三年一月二二日開催）部会資料56・二三頁

(139) この点の変更は、第一次検討案では、給付利益確保を目的とする付随義務の特徴づけとして「契約をした目的」が用いられていたところ、その文言をめぐり、契約当事者の一方の主観も契約目的として考慮され、課される義務が無限に広がるような解釈を許すのではないかという問題提起や、「契約の目的を達するという、実に何とでも捉えられる、曖昧な漠とした概念が入ってくるから瞬間に抵抗を感じる」という指摘があった（法制審議会民法（債権関係）部会第三分科会第四回会議議事録四四頁（山野目章夫幹事発言）・五〇頁（三上徹委員発言））ことを受けてのものであると推測される。

(140) この点の変更は、付随義務ないし保護義務は契約上の義務であるから、契約との関連性を示す文言が不可欠であるという指摘（法制審議会民法（債権関係）部会第三分科会第四回会議議事録五一頁、同部会第六七回会議議事録二〇頁（山本敬三幹事発言））を受けたものであり、また、第一次検討案では、当事者に求められることについて、「信義に従い誠実に行動しなければならない」とされていたところ、「信義則の具体化というからには信義則という言葉を使わないでその具体的な内容を書いていかないと、本来、それを具体化したことにはならないのではないか」という趣旨から「信義則という言葉を使わないで他の言葉で語る努力」（法制審議会民法（債権関係）部会第六七回会議議事録二二頁（筒井健夫幹事発言））がされたことによるものであると推測される。

(141) 法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（二〇一三年七月四日補訂）四七頁以下。

(142) その例として、次のものが挙げられている。「商品の売買に当たってその商品の適切な使い方を説明すること」、「貸金業者の金銭消費貸借契約における付随義務として、債務者に対して信義則上、取引履歴開示義務を負うとした裁判例」、「例えば請負契約に該当するとされるシステム開発契約においては、注文者の側から必要な機能等について十分な指示がなく、開発者側の債務の履行に支障を来すことがある」ところ、そのような契約における「開発者が適切に債務を履行するために必要な協力をする義務」である。法務省民事局参事官室・前掲「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」三二九頁。

(143) 保護義務の具体例として、次のものが挙げられている。「家具の売買契約において、売主が買主の自宅に家具を搬入するに当たって買主の他の家財を傷つけてはならない義務」、「食品の売買において食中毒の原因となる物質の付着した食品を売り渡してそれを食べた買主の身体を傷つけてはならない義務」、「債務の履行のために債権者方に赴いた債務者が債権者のペットによって危害を加えられないように配慮すべき義務」。法務省民事局参事官室・前掲『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』三三〇頁以下。

(144) 法制審議会民法（債権関係）部会第八四回会議（二〇一四年二月二十五日開催）部会資料75A・三頁以下。

(145) 法制審議会民法（債権関係）部会第九回会議議事録二二頁（深山雅也幹事発言）、同第四八回会議（二〇一三年六月五日開催）議事録四八頁（高須順一幹事発言）・五五頁（深山雅也幹事発言）。

(146) 法制審議会民法（債権関係）部会第九回会議議事録一九頁（潮見佳男幹事発言）。

(147) 法務省民事局参事官室・前掲『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』三二九頁。同旨、法制審議会民法（債権関係）部会第三分科会第四回会議議事録五七頁（内田貴委員発言）。

(148) 法制審議会民法（債権関係）部会第八四回会議議事録五四頁以下（深山雅也幹事発言）。

(149) たとえば、債権回収のために債権者が債務者の自宅や職場へ訪れたり電話をすると、そのこと自体が「体裁が悪い」「私生活の平穏を害して」として保護義務違反を問われかねないという誤解が生じるのではないか、また、金融機関が敵対的買収の当事者の双方に融資をする場合は、防衛側への融資が、買収側との融資取引における「契約をした目的」を反するものとして、買収側から非難されるおそれがあるとの問題提起がされた。法制審議会民法（債権関係）部会第八四回会議議事録四八頁・五二頁（三上徹委員発言）。

(150) 法制審議会民法（債権関係）部会第三分科会第四回会議議事録四四頁以下・五一頁以下（三上徹委員発言）。また、提案に対する論評を含むものではないが、第一次検討案に対して、「想定されているものがそのまま適切に条文化される限りは、この条文ができていても裁判は変わらないのであろうと考えております。」との指摘もあった（法制審議会民法（債権関係）部会第三分科会第四回会議議事録五四頁（坂庭正将関係官発言））。

(151) 法制審議会民法（債権関係）部会第三分科会第四回会議議事録五三頁以下（三上徹委員発言）。

(152) 法制審議会民法（債権関係）部会第四八回会議部会資料41・一三頁以下、法務省民事局参事官室・前掲『民法（債権関係）

の改正に関する中間試案の補足説明』三二九頁以下。

- (153) すなわち、給付利益確保を目的とする付随義務（第一次検討案自身は「付随義務」と呼ぶ）の存否内容の基準として「契約をした目的」を採用する第一次検討案をめぐり、そこでいう契約目的が当事者の一方のみの主観だと解すると、「相手方がこうしてほしいと思っっていることのためには、無限に当方当事者がいろいろなことを留意してあげなくてはいけないのか」という疑問が生じる旨の問題提起があった（法制審議会民法（債権関係）部会第三分科会第四回会議事録四四頁（山野目章夫幹事発言））。

- (154) 法制審議会民法（債権関係）部会第三分科会第四回会議事録四六頁（山本敬三幹事発言）。

- (155) なお、具体的行為義務については、同義務違反は、それ自体では独自の法的効果をもたらさないとされているため、これを独自に論じる意義は小さいと思われる。

- (156) すなわち、潮見説にいう「給付結果取得を通して」が、中間試案では、「契約を通じて」と言い換えられているものと捉えうる。当事者が一定の結果の実現を合意し、それにより当事者が契約内容としてその結果の実現義務を負うときの、その結果が給付結果なのであるから、「給付結果取得を通して」と「契約を通じて」とは、同趣旨であると考えられる。

- (157) 潮見佳男『構造と展開』七九頁。このような「客観的目的」への「変容」がなければ、当事者の主観的目的は、規範生成に当たって考慮されない（従たる給付義務は認められない）、という趣旨である。

- (158) 法制審議会民法（債権関係）部会第三分科会第四回会議事録四六頁（山本敬三幹事発言）。

- (159) 法務省民事局参事官室・前掲『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』三二八頁以下。

- (160) もっとも、これだけでは、契約解釈を通じて当事者意思を根拠とするものか、そうでなく、当事者意思以外の根拠（信義則）を根拠とするのか、明らかではないように思われる。

- (161) 奥田説・北川説が法的根拠として信義則を挙げる。松坂説は、信義則から高次の義務としての誠実義務が生じるとし、保護義務はこの誠実義務から派生するとする。長坂説は、「信義則による合意の補充」ないし「規範的解釈」によるとする。

- (162) なお、長坂説は、給付利益も保護利益も、ともに契約目的に取り込まれるとするので、両者の区別を重視しない立場であると目される。

- (163) 履行に代わる損害賠償や解除は、給付利益を目指す給付結果の不実現に対する効果であるから、給付利益確保を目的とす

る付随義務への違反のときも、これらの効果が認められるべきであろう。これについては、第五章で検討する。

(164) すでに、給付利益・完全性利益による契約上の義務の分類を論じている見解として、宮本説がある。

(165) 潮見佳男『構造と展開』六頁以下。本章で検討した各学説は、基本的に義務構造論を用いるものと位置づけられよう。義務構造論は、中田裕康『債権総論』(第三版、二〇一三年)一一三頁以下では、「債務構造分析アプローチ」と呼ばれている。

(166) 平井宜雄『債権総論』(第二版、一九九四年)四九頁以下。

(167) この点は、本稿では、第二章で補足をする。

(168) 本来の解釈の基準・手順については、川島武宜ほか編『新版注釈民法』(三)総則(三三)(二〇〇三年)六九頁以下(平井宜雄執筆)、平井宜雄『債権各論Ⅰ上 契約総論』(二〇〇八年)九二頁以下に詳しい。

(169) 平井宜雄・前掲『債権各論Ⅰ上 契約総論』一〇二頁以下。規範的解釈の基準・手順については、同書のほか、川島武宜ほか編・前掲書七九頁以下(平井宜雄執筆)に詳しい。

(170) 中田裕康・前掲書一一二頁。

(171) 鈴木祿弥説も、日本民法上は、主たる給付義務にせよ付随義務にせよ、その不履行のときは、四一五条に該当し、それによりサンクションが与えられる点は同じであるから、「とくに付随義務という観念を力説する必要はない」。「このいわゆる付随義務に当たるものの内容は、それぞれの債権、とくに契約にもとづくものであるときの各具体的な契約の態様によつて千差万別であるから、それぞれの場合につき、個別的に考えていくほかない。」とされる。鈴木祿弥『債権法講義』(三訂版、一九九五年)一九八頁。

(172) 義務構造論が、仮に、「日本法は履行遅滞・履行不能以外の債務不履行形態を条文中認めていないため、これを認めるためには、積極的債権侵害の構成(付随義務違反・保護義務違反の構成)を採用する必要がある。」と主張するものであれば、その主張は根拠を欠くので、批判されるべきである。しかし、本稿で取り上げた各見解における義務構造論はそのような主張をしていない。また、義務構造論が、仮に、「当事者意思から導くこと(本来的解釈)ができないにもかかわらず、一定の契約上の義務が生じることを認めるためには、付随義務・保護義務の構成を採用せざるをえない。」と主張するものであるならば、これも必然性なく他のアプローチを否定するものとして、批判されるべきであろう。この点についても、従来の義務構造論でそのような主張が打ち出されているわけではない。ただ、従来の義務構造論は、分類を提示しさえすれば諸義

務の基礎づけも同時に行えると主張するかのような印象を喚起しかねないという点については、たしかに、必ずしも自覚的でなかったようにも思われる。しかしながら、潮見説にならない、この点に十分な注意を払うのであれば（潮見佳男教授は、義務構造論の論じる義務の分類は、「あくまでも整理概念であって、そこからなんらかの具体的規範を設定するような概念ではない。」義務の分類が「意味を持つのは、契約目的並びに給付結果と当該給付義務との論理的関連を明らかにする限りにおいてであり、それ以上に出るものではないことを認識の上、かかる区別を用いるべきである。」とされる（潮見佳男『構造と展開』八四頁。）、義務構造論の論じる枠組は、積極的な参照価値を持ち続けるように思われる。

(173) これに対して、実現・保護が契約上合意されていると認定できる利益とは、本来的解釈を通じて契約内容を構成していると認められる利益のことである。本稿は、その利益に、(契約内容としての)「給付結果」の語をあててきた。

(174) また、義務構造論を用いる諸見解も、これらの点に異論があるものではないと思われる。

(175) 中田裕康・前掲書一一四頁でも、契約解釈アプローチをもって基本とするべきとしつつ、義務構造論にも一定の有用性を認めるスタンスが示されている。

(176) ドイツでは、債権関係の概念を広義と狭義のものに分け、狭義の債権関係〔das Schuldverhältnis im engeren Sinne〕は債務者に対して一定の給付を求める個々の債権そのもの（たとえば、買主の物引渡請求権、売主の売買代金請求権）を指すのに対し、債権など個々の権利義務の発生根拠となるのが広義の債権関係〔das Schuldverhältnis im weiteren Sinne〕（たとえば、売買契約）であると論じられる（Emmerich, in: Emmerich/Gerhardt/Grunsky/Huhn/Schmidt/Tempel/Wolf, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts (1974), 293ff.; Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schmamm (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 241 – 243 (Treu und Glauben) (Neubearbeitung 2015), § 241 Rn. 36ff.; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht (36. Aufl., 2012), 7f.); Westermann, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I (15. Aufl., 2017), Einl. vor § 241 Rn. 5; Bachmann, in: Krüger (Redakteur), MünchKommBZ zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2 (8. Aufl., 2019), § 241 Rn. 4)。本稿では、債権関係の語は、この分類による広義の債権関係を意味するものとして用いる。

(177) Emmerich, in: Emmerich et al., aao, 283f.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil (19. Aufl., 2010), 27f.; Bachmann,



in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 3.

- (178) Medicus/Lorenz および Bachmann によれば、「主たる給付義務とは、債権関係に特有的性質を与えるものであり、契約においては、当事者により、「要素 [essentia negotii]」として、契約自体において規定されなければならないものである」(Medicus/Lorenz, aaO, 63; Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 29)。Looschelders は、「次のように述べる。『主たる給付義務は、当該債権関係の特質と類型を決定する。主たる給付義務は、契約の本質的構成部分(要素 [essentia negotii])をなし、したがって、原則として、当事者により、契約締結時に決定されなければならない。なぜなら、そうでなければ、契約は成立しないからである。』」(Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil (17. Aufl. 2019), 3f.)。Ebenso Emmerich, in: Emmerich et al., aaO, 304; Weller, Die Verragstreue (2009), 239; Oizen, in: Oizen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aaO, § 241 Rn. 146; Brox/Walker, aaO, 9.

- (179) ドイツでも、この点の用語法は確立しているとはいえない。すなわち、本稿と同様に、主たる給付義務でないものを総称して付随義務とする整理方法 (Teichmann' Hohloch' Madaus' Grigoleit) もあれば、より狭い意味で『付随義務 [Nebenpflicht]』の語を用いる整理方法もある。詳細は、第三章で論じる。

- (180) 完全性利益という用語には、所有権、身体、健康などいわゆる絶対権等が害されなくことに対する利益、すなわち、それらの完全性が害されずに保たれることに対する利益という意味が込められている (Gröschler, in: Dauner-Lieb/Hommelhoff/Jacobs/Kaiser/Weber (Hrsg.), FS für Horst Konzen zum 70. Geburtstag (2006), 114)。もともと、保護義務による救済はいわゆる絶対権侵害の場合に限られず、それ以外の債権者の財産的利益の侵害にも及ぶことも指摘されている。Medicus/Lorenz が挙げる例では、契約交渉の挫折により費用が無駄になるケース、契約交渉の成果を信頼したため別の有利な契約の締結を逸するケース、相手方の説明を信じて契約をしたが、後にその説明が不正確であったり不利な契約であることが判明するケースは、ドイツ法によれば、個々の保護法律が存在するか、または、故意の良俗違反に該当しなければ不法行為は成立しないところ、保護義務違反と構成すれば、通常の過失があれば損害賠償請求権の成立が可能になる (Medicus/Lorenz, aaO, 53f.)。Ebenso Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 1 Allgemeiner Teil (14. Aufl. 1987), 105; Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241 Rn. 50; Rn. 114, 115; 保護義務による救済対象には、決定自由 (Entscheidungsfreiheit) が含まれると解される (Medicus/Lorenz, aaO, 65; Looschelders, aaO, 8; Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aaO, § 241

Rn. 50)。

- (181) 完全性利益は「保持利益 (Erhaltungssinteresse)」と呼ばれ、§ 241 Rn. 58. (Redakteur), a.o., § 241 Rn. 58.
- (182) Emmerich, in: Emmerich et al., a.o., 306f.; Teichmann, JA 1984, 546; Larenz, a.o., 10; 138f.; Grigoleit, in: Heldrich/Prüss/Koller (Hrsg.), FS für CLAUS-WILHELM CANARIS zum 70. Geburtstag Bd. I (2007), 277f.; Looschelders, a.o., 6; Bachmann, in: Krüger (Redakteur), a.o., § 241 Rn. 57f., 103; Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), a.o., § 241 Rn. 156ff.
- (183) 以下、本章から第四章においては、条文の番号は、BGBのそれを指すこととする。
- (184) Medicus/Lorenz, a.o., 27. Vgl. auch Larenz, a.o., 106; Bachmann は、契約締結前から存する保護義務関係 (vorvertragliches Schutzpflichtverhältnis) と呼ぶ (Bachmann, in: Krüger (Redakteur), a.o., § 241 Rn. 53; Rn. 58)。
- (185) 以下で、必要な範囲で、BGBの抄訳掲げる (岡孝編『契約法における現代化の課題』(二〇〇二年) 一八二頁以下参照)。

#### 第二四一条 債権関係から生じる義務

- (一) 債権関係に基づき、債権者は、債務者に対して給付を求める権利を持つ。給付は、不作為にも存しうる。
- (二) 債権関係は、その内容に従って、各当事者に、相手方の権利、法益及び利益への配慮を義務づけうる。

#### 第二四二条 信義誠実に従った給付

債務者は、信義誠実が取引慣習を考慮して求める態様で、給付を行う義務を負う。

#### 第二八〇条 義務違反に基づく損害賠償請求

- (一) 債務者が債権関係から生じる義務に違反したときは、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。これは、債務者に、義務違反について責めに帰すべき事由がないときには適用しない。
- (二) 債権者は、第二八六条の付加的な要件を満たすときのみ、給付の遅延に基づく損害賠償を請求することができる。
- (三) 債権者は、第二八一条、第二八二条又は第二八三条の付加的な要件を満たすときのみ、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

第二八一条 給付の不履行に基づく損害賠償又は義務づけられたのとは異なる態様で給付が行われたことに基づく損害賠償

## 債

(一) 債務者が、履行期にある給付を行わず、又は義務づけられたのとは異なる態様で履行期にある給付を行う場合において、債権者が債務者に給付又は追完のために相当な期間を定めたが、これが徒過したときは、債権者は、第二八〇条第一項の要件のもとで、給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が給付の一部を行ったときは、債権者は、給付の一部に利益を有しないときのみ、債権者は、給付の全部に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が、義務づけられたのとは異なる態様で給付を行った場合において、義務違反が軽微である〔*un erheblich*〕ときは、債権者は、給付の全部に代わる損害賠償を請求することができない。

(二) 期間の定めは、債務者が、断固としてかつ終局的に給付を拒絶し、又は当事者双方の利益を衡量して損害賠償請求の即時の行使を正当化する特別の事情が存するときは、これを要しない。

### (三項以下省略)

#### 第二八二条 第二四一条第二項による義務への違反に基づく、給付に代わる損害賠償

債務者が二四一条二項による義務に違反する場合において、債務者による給付が債権者に対してもはや受忍要求可能でないときは、債権者は、第二八〇条第一項の要件のもとで、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

#### 第三一一条 法律行為に基づく債権関係及びそれに準ずる債権関係

### (一項省略)

#### (二) 第二四一条第二項による義務を伴う債権関係は、次の各号のいずれかによっても生じる。

##### 一 契約交渉の開始

二 契約の交渉の準備であつて、当事者の一方が生じることとなる法律行為に基づく関係に鑑みて、相手方に、自己の権利、法益及び利益に対して影響を及ぼす可能性を与える場合、又は、当事者の一方が、相手方に対して、これらを委ねる場合

##### 三 これらに類する取引上の接触

#### 第三二三条 給付の不履行又は給付が契約に適合しないことに基づく解除

(一) 双務契約において債務者が、履行期にある給付を行わず、又は契約に適合しない態様で履行期にある給付を行う場合において、債権者が債務者に給付又は追完のために相当な期間を定めたが、これが徒過したときは、債権者は、契約を解除

することができる。

- (二) 次の各号のいずれかに該当するときは、期間の定めを要しない。  
 一 債務者が、断固としてかつ終局的に給付を拒絶するとき。

(二号・三号省略)

(三項省略)

(四) 債権者は、解除の要件が生じることが明らかであるときは、給付の履行期到来の前においても、解除をすることができる。

(五) 債務者が給付の一部を行ったときは、債権者は、給付の一部に利益を有しないときのみ、債権者は、契約の全部を解除することができる。債務者が契約に適合しない態様で給付を行った場合において、義務違反が軽微である〔*unerheblich*〕ときは、債権者は、契約を解除することができない。

第三四條 第二四一條第二項による義務への違反に基づく解除

双務契約において債務者が二四一條二項による義務に違反する場合において、契約への拘束が債権者に対してもはや受忍要求可能でないときは、債権者は、契約を解除することができる。

(186) Madaus, JA 2004, 290.

(187) 給付利益は、「等価利益〔*Äquivalenzinteresse*〕と呼ばれる*ケルン*である。Lorenz, Jus 2008, 204; Medicus/Lorenz, aaO, 2.

(188) この点に関しては、二四一條二項が定める義務は、完全性利益保護を目的とする保護義務に限られるかをめぐって異論もある。第三章参照。

(189) Grigoletti, in: Heldrich/Pröiss/Koller (Hrsg.), aaO, 276f. Medicus は、「給付義務は、「債権者が当初は得ていなかったものを債権者に得させる」ものであるのに対し、保護義務は、「債権者がすでに有しているものを債権者が失うことから守る」ものである」という (Medicus, in: Heldrich/Pröiss/Koller (Hrsg.), aaO, 835)。Oizen は、「給付義務と呼ばれるのは、一般に「一次的な債務目的の達成に傾注する義務である。給付義務は、債権者の財産状況の変動を目的とし、「現状変更〔*Status ad quem*〕」を推進するためのものであり、主たる給付義務と従たる給付義務の上位概念をなす」という。保護義務については、「給付関連性がないことを特徴とし、……対価利益ではなく、完全性利益を対象とする」ものであり、当事者の「現在の財

産状況、すなわち完全性利益の保護を目的として「Olzen」及び「Olzen in: Olzen/Looschelders/Schiemann (Hrsg.), aao, § 241 Rn. 145; Rn. 153; Rn. 161」。Ebenso Emmerich, in: Emmerich et al., aao, 306ff.; Medicus/Lorenz, aao, 2; 62ff.; Heersthall, in: Arnold/Lorenz (Hrsg.), GEDÄCHTNISSCHRIFT FÜR HANNES UNBERATH (2015), 185ff.; Bachmann, in: Krüger (Redakteur), aao, § 241 Rn. 57f.

- (190) Thiele は「保護義務は、給付利益の保護ではなく、「相手方をその他の法的財貨および生活財貨に対する損害から守る」とを目的とする」ものであり、保持利益(完全性利益)のためのものであるのに対し、「付たる」給付義務は、債権者の履行利益(給付利益)を保ち確かにするものであるとする。そして、「従たる給付義務と保護義務の違いは、課せられた行為の内容にあるのではなく、その目標・目的にある。」と強調する(Thiele, JZ 1967, 650)。Thiele のこの見解が、給付義務・保護義務の区別を目的設定に求める傾向を決定づけた。なお、その区別を前提に、「いわゆる統一的保护関係理論に至るThiele 説については、奥田昌道「契約法と不法行為法の接点」磯村哲編『於保不雄先生還暦記念 民法学の基礎的課題 中』(一九七四年)所収二五四頁以下、潮見佳男『契約規範の構造と展開』(一九九一年)一〇五頁以下、宮本健蔵『安全配慮義務と契約責任の拡張』(一九九三年)二二三頁以下、長坂純『契約責任の構造と射程』(二〇一〇年)二四頁以下参照。

(191) Medicus, in: Heldrich/Pröls/Koller (Hrsg.), aao, 837f.

- (192) Teichmann, aao, 545ff.; Bötcher, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), aao, § 242 Rn. 67; Rn. 76. 付随義務に法的根拠を与えるのは「信義則の機能の分類において「補充機能 [Ergänzungsfunktion]」と呼ばれているものの、一つの現れ方である (Weller, aao, 304ff.)。ドイツでは、信義則の機能として、給付の態様を具体化する「具体化機能」のほか、付随義務を基礎付ける補充機能、権利の行使を制限する「制限機能」(二〇〇二年改正前には、明文規定のなかった)行為基礎障害理論や継続的債権関係における重大な事由を理由とする解約告知権など、明文規定上は存しなかった法制度を形成発展させる「創造機能」ないし「修正機能」が論じられている (Bötcher, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), aao, § 242 Rn. 18; Looschelders, aao, 33ff.)。周知のとおり、日本では、裁判官が信義則を通じて果たす機能の観点から、法具体化機能、正義衡平的機能、法修正的・法創造的機能が論じられている。谷口知平ほか編『新版 注釈民法 (一) 総則 (一)』(一九八八年)(安永正昭執筆)一一七頁以下参照。

(193) Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht Ein Lehrbuch (2002), 73; Emmerich, Das

Recht der Leistungsstörungen (6. Aufl. 2005), 312; Lorenz, JUS 2007, 213.

- (195) Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), aO., 73ff.; 84ff.; Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 728ff.; Emmerich, aO., 312ff.; 330; Lorenz, aO., 213ff.

(196) それゆえ、二八〇条が定める義務違反は、統一的基本要件と呼ばれる。二〇〇二年施行のBGB改正前は、債務不履行として履行不能と履行遅滞の二つの態様しか定めていなかったため、そのどちらにも該当しない不完全履行・付随義務違反については、これを第三の不履行態様たる積極的債権侵害として捉える解釈理論が、学説・判例において確立していた(その詳細は、林良平「積極的契約侵害論とその展開」『近代法における物権と債権の交錯』(一九八九年)所収(初出一九五九年、一九六二年)一三一頁以下、北川善太郎「契約責任の研究」(一九六三年)四二頁以下、森田修「ドイツ民法典における不能・遅滞二分法成立史の再検討」『法学協会雑誌』一〇三卷一二号(一九八六年)二四四三頁以下参照)。積極的債権侵害を理由とする損害賠償義務については、遅滞に関する規定・不能に関する規定から演繹される一般原則、すなわち、債務者は、債務者の責に帰すべき義務違反によって、債権者がその財産その他の法的財貨に関して被った損害について、賠償の義務を負う、という一般原則によって基礎づけられていた(Larenz, aO., 366f.)。改正後の二八〇条の定める義務違反は、このような積極的債権侵害をも包含する統一的基本要件を定立するものである。

- (196) Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), 84ff.; Grigoleit/Riehm, aO., 728ff. (二八〇条一項の損害賠償請求を「一般的な損害賠償[Allgemeiner Schadensersatz]」と呼ぶ)；Grigoleit, in: Heldrich/Prüss/Koller (Hrsg.), aO., 288f.
- (197) 付加的要件の定めのある遅延損害賠償・給付に代わる損害賠償とは違い、二八〇条一項に基づく単純な損害賠償を求める請求権は、統一的責任要件の充足だけで成立する。これにあたるのは、完全性利益の侵害によって生じる損害に関する賠償請求権である。この損害に該当するのは、具体的には、瑕疵ある物の給付(不完全履行)により債権者が自らの身体・財産を害されたときの損害(瑕疵結果損害[Mangelfolgeschaden])と、債務者の保護義務違反によって債権者が自らの身体・財産を害されたときの損害である。これらは、遅延損害賠償や給付に代わる損害賠償とは異なり、督促や猶予期間設定を要せずに賠償されるのが適当であると思われる。Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), aO., 94f.; Grigoleit/Riehm, aO., 751ff.; Emmerich, aO., 324; 340f..

- (198) 遅延損害賠償の請求のためには、二八〇条二項が指示する二八六条によって、統一的責任要件のほか、債権者による督促

[Mahnung] または (確定期限の定めなど) それに準ずる事由が求められている。

- (199) 二八一条は給付義務違反の場合について、二八二条は保護義務違反の場合について、それぞれ給付に代わる損害賠償請求をするための付加的要件を定める。同様に給付に代わる損害賠償請求権に関する条文である二八三条は、履行不能やそれに準ずる事由によって二七五条に基づき給付義務が排除されるときの規定であり、同条は、このとき、猶予期間設定を求めず、統一的責任要件の充足のみで、同請求権の成立を認める。

- (200) 給付の不履行(給付義務違反)において、統一的責任要件および猶予期間設定要件が満たされても給付の全部に代わる損害賠償が認められない場合が二つある。一つは、一部履行遅延の場合で、債権者が(履行された)一部給付に利益を持たないとはいえないとき(二八一条一項二文)であり、もう一つは、不完全履行・付随義務違反の場合で、義務違反が軽微であると解されるとき(二八一条一項三文)である。これらのときは、債権者は、(反対給付としての対価の減額制度が適用可能になることを除けば)いわゆる「小さい損害賠償」(後述)しか認められない。

- (201) 二八一条は、給付の不履行、または「義務づけられたのとは異なる態様で給付がもたらされたこと」を理由として行う、給付に代わる損害賠償に関する規定であるが、給付の不履行が履行遅滞のことであるのに対し、「義務づけられたのとは異なる態様で給付がもたらされたこと」が意味するのは、瑕疵ある物の引渡も含む不完全履行および付随義務違反であると解される<sup>222</sup>。Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Hedel/Lepa/Ring (Hrsg.), aO, 73; 77; Emmerich, aO, 330; Looschelders, aO, 222.

- (202) 保護義務違反が存する場合において、受忍要求不可能性が満たされるときには、給付に代わる損害賠償請求・解除ができることは、二〇〇二年施行の債権法改正に際して、二八二条・三二四条において、はじめて明文化された。両条文は、同改正以前に、積極的債権侵害理論の一環として同趣旨を認めていた判例解釈を引き継ぐ規定である。Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Hedel/Lepa/Ring (Hrsg.), aO, 93f.; Emmerich, aO, 341f. また、小野秀誠「給付障害の体系」一橋法学四卷三号(二〇〇五年)二九頁以下参照。

- (203) なお、後で紹介するように、ドイツの学説の中には、二八二条・三二四条の適用は、完全性利益侵害たる保護義務違反に限られず、給付利益確保を目的とする付随義務への違反の場合の一部にも及ぶとするものもある(後述の三分説のGröschler・Weller・Bachmann)。Weller は、この立場から、二八二条・三二四条の適用対象は完全性利益侵害に限られな

いことを示すために、その適用対象を、「保護義務」違反と呼ぶのを避け、「配慮義務 [Rücksichtspflicht]」違反と呼ぶ。<sup>(204)</sup> Emmerich, aO., 341.

(205) この場合において、義務違反に債務者の帰責事由があるときは、債権者は、三二三条に基づいて解除をするか、解除をしないで二八一条に基づく給付に代わる損害賠償を求めらるるかを選択できることになる。後者を選んだ債権者は、さらに、不完全履行・付随義務違反があるにも関わらず受領した給付を保持したまま、かつ、不完全履行・付随義務違反による損害に限って賠償請求をする（小さい損害賠償）か、または、受領した給付を返還し、かつ、給付の全体に代わる損害賠償請求をする（大きい損害賠償）かを選択できることとなる（Lorenz, JUS 2008, 205; Looschelders, aO., 231f.; 高橋眞『損害概念論序説』（二〇〇五年）五七頁）。後の方の選択は、三二三条によって解除を行い、合わせて給付に代わる損害賠償を請求することと、実質的に同じ扱いである。

(206) この場合でも、代金減額を定める特別規定があるときは、その適用を受けることはありうる。たとえば、売買契約では、四四一条において代金減額が定められている。

(207) とくに、第三章における三分説（Gröschler・Weller・Baumann）。

(208) Grigoleit/Riehm, aO., 738f.; Lorenz, aO., 205; 岡孝「目的物の瑕疵についての売主の責任」岡孝編・前掲書所収一一五頁。

(209) 給付の全部に代わる損害賠償（大きな損害賠償）の対象となるのは、たとえば、給付が物の引渡であるときの物自体の市場価値相当額や、債権者が代替取引を行ったときの全費用である。

（本学法学部教授）