

論 說

付随義務の分類（三・完）

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、第一二六卷九・十号）

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

付随義務の分類（三・完）（高田）

四 三分説（以上、第一二六卷十一・十二号）

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（以上、本号）

第四章 ドイツにおける議論の整理

以上で紹介してきたドイツの諸見解を、次の順で整理していく。⁽²⁷⁵⁾はじめに、付随義務の分類をめぐる議論状況について、共通傾向が見られる点と、見解が分かれている点に分けて跡づけていく。⁽²⁷⁶⁾次に、付随義務の実際の必要性に關し、具体的なイメージを伴いつつ検討を加えるために、諸見解から、分類や用語からは離れて、付随義務の個別的内容を抽出する。最後に、付随義務の基礎づけに関する議論を概観する。

一 付随義務の分類

(1) 共通傾向の存する点

ドイツにおける付随義務の議論は、その分類や用語は統一されておらず、複雑な様相を呈している。⁽²⁷⁷⁾しかし、次の点は、顕著な共通傾向がある。

第一に、主たる給付義務と付随義務を分けることに異論はない。

第二に、付随義務の中でも、保護義務は、完全性利益の保護を目的とする点で、顕著な特徴をもつものと理解され、他の義務と区別されている。⁽²⁷⁸⁾そして、二〇〇二年施行の債権法改正以降は、保護義務違反には二八二条・三二四条が適用されると解されている。保護義務と給付利益確保を目的とする付随義務とを区別する基準としては、目的設定基準が用いられている。⁽²⁷⁹⁾

第三に、一般に、情報提供義務は保護義務の一形態であるとされている。

第四に、分類や用語は不統一であるものの、付随義務の個別的内容の中には、多くの見解が共通して挙げるものがある。

(2) 見解が分かれている点

見解が分かれているのは、第一に、付随義務の分類において、訴求可能性の有無を基準とするか否かの点である。これについては、訴求可能性を区別基準として重視し、これを有する付随義務をとくに従たる給付義務として分類する説⁽²⁸⁰⁾があるが、少数説である。これに対し、多数の見解は、訴求可能性の有無は個別に判断されるとし、訴求可能性

のあるものを付随義務の分類として独立させていない。

その上で、第二に、その多数の見解は、付随義務のうち、給付利益確保を目的とする付随義務に関し、二八一条・三二三条の適用を受けるものと、二八二条・三二四条の適用を受けるものに分けてそれぞれに分類を立てるべきか否かの点で分かれる。一方で、この区別をせずに、付随義務のうち給付利益確保を目的とする義務を従たる給付義務と呼び、これには、一律に二八一条・三二三条が適用され、二八二条・三二四条は保護義務に適用されるとする理解がある。これを本稿では、二分説と呼ぶ⁽²⁸⁾。他方で、給付利益確保を目的とする付随義務の中でも、二八一条・三二三条の適用を受けるものと、二八二条・三二四条の適用を受けるものがあり、前者を従たる給付義務として位置づけ、後者はこれと区別すべきとする理解が、本稿で三分説と呼んでいる立場である。

(3) 訴求可能性の分類上の意義

訴求可能性をめぐる議論状況を敷衍すると、しぎのとおりである。Larenz・Böttcher・Gröschlerは、従たる給付義務を、訴求可能性によって特徴づけ、その点で、給付利益確保を目的とする他の付随義務から区別する。どのように訴求可能性の有無が決まるかについては、Larenzだけがこれを論じ、当事者の合意による具体的内容の確定をその基準とする。

これに反し、多くの見解は、訴求可能性の義務分類上の意義を否定する。この立場では、給付利益確保を目的とする付随義務の訴求可能性は、付随義務の分類とは無関係の、種々の要素によって定まると論じられている。この点を意識的に論じるのは、Thiele/Fezer、Grigoletti、Weller、Bachmannである。Thiele/Fezerは、訴求可能性は、「当事者合意を考慮しつつ、付随義務の内容・危殆化している利益によって、さらに履行請求がそもそも実用的かによっ

て」決まるといふ。Grigolatも、給付利益確保を目的とする付随義務の「訴求可能性は、それが具体化可能か、すなわち、手続的意味において十分に確定されているか否か、および、その義務の貫徹に対して、債権者が特定の法的保護利益を有しているか否か、にのみ依存する。」とする。Wellerは、「同説のいう給付関連的配慮義務の訴求可能性を、それをめぐる論争を意識しつつ、義務内容の具体性と保護法益の優越を条件として認める。さらに、Bachmannは、付随義務のうち、「主たる給付と並んで、独立の目的のために働く義務」は訴求可能であるとし、訴求可能性を考える上で「常に問題なのは、時間的な側面において、そもそも、義務の積極的な貫徹が、なお有益なものかどうか、いつ、その貫徹の命脈が尽き、なお意味を持つものとして残るのが損害賠償だけとなるか、である。」とする。⁽²⁸²⁾

以上を総合すると、多数説は、訴求可能性を付随義務の分類上の特徴とは位置づけず、訴求可能性については、それを認めるのにふさわしい義務違反かどうかによって、個別的に決まるとする。ここで訴求を認めるのにふさわしいかどうかを判断するときに重視されているのは、一方で、当該義務が、判決において義務者に行為を命じるのに足るだけの具体性があるかということ（義務内容の具体性）、他方で、義務違反による結果が固定しておらず、⁽²⁸³⁾履行請求の訴求を認めることになお実際の意義が残されているか（履行請求訴求の実際の意義）に集約できよう。

(4) 給付利益確保を目的とする付随義務の扱い

給付利益確保を目的とする付随義務違反の処理をめぐる、二分説、三分説の立場を敷衍すると、つぎのとおりである。

二分説によれば、給付利益確保を目的とする付随義務は、すべて従たる給付義務であるとされ、その義務違反には、二八一条・三二三条が適用される。この従たる給付義務と保護義務は、目的設定基準によって区別される。そうする

と、従たる給付義務違反の場合、猶予期間設定を行えば、原則として、全体的権利（給付の全部に代わる損害賠償・解除）が認められ、例外的に、義務違反が軽微であるときはこれが許されず、小さい損害賠償のみが認められる。この立場では、給付利益確保を目的とする付随義務違反に際して、全体的権利が認められる範囲が、比較的広い。

三分説によれば、給付利益確保を目的とする付随義務のうち、従たる給付義務については、二分説と同様、二八一条・三二三条が適用されるが、給付利益確保を目的とする付随義務のうち、従たる給付義務でないものには、二八二条・三二四条が適用される。⁽²⁸⁵⁾ 後者の場合、全体的権利は、認められないのが原則であり、債権者に対する契約存続の受忍要求不可能性があるときに限り、認められる。したがって、この立場では、給付利益確保を目的とする付随義務違反に際して、全体的権利が認められる範囲が、比較的狭い。

三分説においても、保護義務と給付利益確保を目的とする付随義務とは、目的設定基準によって区別される。しかし、三分説は、その給付利益確保を目的とする付随義務の中に、二八一条・三二三条が適用されるものと二八二条・三二四条が適用されるものの区別を認めるので、それを識別する基準が必要となる。その基準については、Gröschlerは訴求可能性を重視し、Wellerは、契約締結時から義務内容が具体化しているかを基準とする。Bachmannは、目的設定基準・具体化の基準を取り入れた複数の基準が段階的に作用する総合的判断を論じる。

(5) 多数説の整理

以上を踏まえて、ドイツにおける多数の見解を簡潔に整理すると、次のとおりである。

第一に、債権関係から生じる義務を、主たる給付義務と付随義務とに分ける。

第二に、付随義務の分類において、訴求可能性に、重要な意義を持たせない。

第三に、付随義務は、保護義務と、給付利益確保を目的とする付随義務とに分類する。両者の区別は、目的設定基準による。

第四に、給付利益確保を目的とする付随義務について、その全てに二八一条・三二三条が適用されるとする（二分説）か、その中には二八一条・三二三条が適用されるものと二八二条・三三四条が適用されるものが含まれると考える（三分説）か、について見解が分かれている。

二 給付利益確保を目的とする付随義務の個別的内容

当事者は、一定の給付利益の獲得・達成を目指して、契約内容（給付結果）を定める。主たる給付義務は、当事者が契約内容として合意した給付結果の実現を義務づけるもののうち、当該契約の類型を決定し、対価的牽連関係を構成するものである。付随義務の例としてドイツの議論で挙げられるものの中にも、この主たる給付義務の一部をなすと考えられるもの（具体的行為義務）がある。目的物の保管・梱包⁽²⁶⁾、目的物が動物である場合の給餌⁽²⁷⁾、目的物が機械であるときの保守などがこれにあたる。

ドイツの議論では、契約内容としての給付結果ではないものの、契約目的に照らして保護が要請される債権者の利益を確保するための付随義務も生じることが指摘されている。Emmerich 旧説、Esser/Schmidt、Stürner が、とくにその点を意識している。もともと、それ以外の見解がそのような付随義務の発生を否定しているわけではなく、多くの場合、給付結果以外の利益を確保するという特徴を意識しないまま、給付利益確保を目的とする付随義務について、多くの個別的内容が論じられているのが現状である。

実際に挙げられている例であつて、給付利益確保を目的とする付随義務にあたるものを概観すると、債権者の具体的な利益の保護のためのものと、契約関係の維持・展開に不可欠である信頼を害さないもの（以下、「信頼維持義務」と呼ぶ）の二種類があるように思われる。後者は、とくに、Gröschler、Weller、Bachmann、Emmerichがその重要性を説いており、ある形態では、BGH（ドイツ連邦通常裁判所）判決も出ていることが注目される。

債権者の具体的利益の確保を目的とする義務の代表例は、営業用物件の使用賃貸人の競合回避義務である。その他、商品の売買で、商品の取扱説明をする義務・取扱説明書を交付する義務、資金調達・輸入許可や税法上の利益を受けるために相手方が必要とする書類を交付する義務、契約相手方との競合行為を行わない義務、フランチャイズ契約において、フランチャイザーが、広告の際、フランチャイズチェーンのイメージを損なわないよう配慮する義務、販売店契約において、供給者・メーカーが約款条項を作成する際、販売店の利益に配慮する義務、相手方が第三者に法的主張をするときに必要な支援をする義務、契約の効力維持や履行に必要な官公庁の許認可を得ることに協力する義務がこれにあたる。

信頼維持義務の例としては、高級車の売買において、注文に応じて用意していた新車の部品を買主に無断で中古品と交換しない義務、根拠なく履行を拒絶しない義務、根拠のない解除・解約の主張をしない義務、実際は存在しない契約上の権利（担保給付請求等）を主張しない義務、契約相手方の従業員に違法行為をそそのかさないう義務、相手方に対して繰り返し虚偽の説明をしない義務、報告義務・結果報告義務を挙げうる。

ここで論じられている付随義務の個別的内容は、全体的にみて、義務を課される当事者に過度の不利益を負わせるものでないという意味で穏当であり、かつ、契約目的達成に不可欠なものが認められているといえよう。

三 付随義務の基礎づけ

基礎づけについては、保護義務と給付利益確保を目的とする付随義務とで、議論のされ方に顕著な違いがある。まず、保護義務は、信義則によって基礎づけられることに異論はない。

これに対して、給付利益確保を目的とする付随義務については、その発生根拠を、契約（債権関係）に求める見解⁽³⁰⁾と、信義則に求める見解⁽³⁰⁾とがある。

給付利益確保を目的とする付随義務について細分類を施す見解の中には、細分類を基礎づけに関連させるものもある。すなわち、Larenzは、従たる給付義務は明示的な契約上の合意によって生じるとするが、その他の行為義務は信義則から生じるとする。Wellerも同様に、従たる給付義務の発生には契約上の定めによる具体化が必要とするが、「給付関連の配慮義務」は、信義則という他律的基礎から生じるとする。

両者の議論は、基礎づけにおいても、特色がある。

Larenzは、契約に基づく債権関係上の義務のうち、当事者意思に基づく核心部分（主たる給付義務等）以外の義務、すなわち「その他の行為義務」は、信義則をも含む客観的な法を根拠にして形作られるという。当事者意思も客観的な法も、契約目的の維持・貫徹、適切な利益調整という共通の目的を持ち、それ故にこそ協働するという。

Wellerによれば、同説にいう「給付関連の配慮義務」は、信義則に根拠を持つだけでなく、制度としての契約にも根拠を持つという。すなわち、同義務の契約目的実現という使命に鑑みれば、その内容・目的方向性は、契約目的が決するという。

Larenz・Wellerの基礎づけにおいて注目するべきは、「契約」が、当事者が合意に基づいて自分たちが望む義務を設計しうる制度として捉えられているのみならず、合意が目指す契約目的実現のために、必要であれば、合意上の根拠がなくとも、そのための行為・措置を当事者に求める制度としても捉えられていることである。⁽³⁰⁶⁾

第五章 日本法における付随義務

以上のドイツの議論状況を参考にして、日本法における付随義務のあり方を考えていく。まず、給付利益確保を目的とする付随義務について、その必要性、保護対象の利益を検討する。保護対象利益の検討では、可能な限り多くの具体例を裁判例・解釈論議から挙げることに努める。そして、それらを前提として、同付随義務の基礎づけを試みる。その後、分類のあり方（細分類の要否、主たる給付義務との区別）を論じる。これらの一通りの検討を経て、重要な関連問題である保護義務に関し、その必要性・基礎づけを論じつつ、給付利益確保を目的とする付随義務との区別を検討する。最後に、給付利益確保を目的とする付随義務への違反を理由に全体的権利（契約全体の履行利益の損害賠償請求・解除）を認めることの可否をめぐる解釈論を提唱する。

どのような場合にどのような基準で付随義務が認められるべきか、という具体的な検討は、付随義務が議論される個別の問題類型⁽³⁰⁷⁾ごとに、当該契約の目的・特徴、当事者の利益状況の詳細な分析を交えて行うべき作業であるため、⁽³⁰⁸⁾他日を期する。

一 給付利益確保を目的とする付随義務

(1) 必要性

給付利益確保を目的とする付随義務の個別的内容について、ドイツで論じられているものを先のように整理したが、これらは、総じて、一方では、契約目的達成のために不可欠なものであると考えられ、同時に、他方では、これを課される契約相手方に過度の負担を課すまではいえない、穏当な内容のものであるといえる。契約上定めが置かれていないことを理由としてこれらの義務の発生を認めないという扱いは、一見契約を尊重するかのようみえて、かえって、契約関係の維持・展開による契約目的達成を妨げるおそれが強いといえる。そうすると、契約目的を確保し促進するために必要な範囲では、契約上明記されていない義務でも、積極的に認めていくことが要請される。この理由から、日本法でも、契約上定めがあると解されない場合でも、給付利益確保を目的とする付随義務を認めるべきであると解する。そのような義務は、従来、多くのケースで、信義則等を根拠として認められてきたことは、次に述べるとおりである。

(2) 保護利益

給付利益確保を目的とする付随義務が認められるべきであるとして、次に考えられなければならないのは、そこでいう給付利益の内容は何か、ということである。

第二章で論じたように、付随義務として論じられるものうち、主たる給付義務の一部（または同義務が具体化したもの）にすぎないと解されるもの（具体的行為義務）もある。この具体的行為義務は、主たる給付義務と独立して論じ

る必要はないと思われる。⁽³⁰⁾ もっとも、債務の履行過程においてこれを具体化する作業の重要性は、疑いをいれない。⁽³¹⁾

具体的行為義務を除けば、給付利益確保を目的とする付随義務は、ドイツの議論を参考にすると、大きく二つに分けられる。⁽³²⁾ 一つは、主たる給付義務によって直接に実現される利益（給付結果）ではないが、契約目的に照らして保護されるべき具体的利益（給付利益。すなわち、債権者が元々は有していない利益であって、債権者が契約上の給付を通じて獲得・実現しようとする利益。）を確保するものである。もう一つは、契約関係の維持・展開を通じた契約目的（給付利益）実現に不可欠である信頼を維持し害さない義務（信頼維持義務）である。⁽³³⁾

両者ともに、給付利益の実現・確保を目指すものであるが、当事者の合意に基づいて契約内容に取り込まれている義務にはあたらぬものである。このような付随義務が現れる具体的事例は、次に概観するように、従来の裁判例・解釈論議からも、相当な数を挙げることができる。⁽³⁴⁾

(ア) 契約目的に照らして保護されるべき具体的利益

(a) 最高裁判決に現れた例

最判平成一四・九・二四判時一八〇三号二八頁は、「診療契約に付随する義務」として、末期的疾患に罹患し余命が限られている患者に対する関係で、医師が、当該患者の家族に当該患者の疾患を告知することの適否を検討する義務（告知検討義務）を負うことを認めた。このような告知検討義務が保護する利益は、患者が、家族から「できる限りの手厚い配慮」を受け、物心両面で支えられ、「余命がより安らかで充実したものとなる」という利益である。⁽³⁵⁾ この告知検討義務は、とくにそのような特約がない限り、診療契約の内容になつていゝとは考えられないであろう。⁽³⁶⁾ しかし、診療契約の目的は、当然ながら疾病の治癒・身体健康の回復・日常生活への復帰であると考えられるところ、これが

叶わない末期的疾患にある患者にあつては、同目的は、家族に支えられ安らかで充実した余命を過ごすことに向けられよう。告知検討義務を要請するのは、この目的であると考え⁽³¹⁷⁾。したがって、同判決の認めた告知検討義務は、契約内容となつた給付結果（診断・治療・説明）以外の、契約目的（安らかで充実した余命を過ごすこと）に照らして保護されるべき利益（家族から手厚い配慮を受けること）の確保を目指すものといえる⁽³¹⁸⁾⁽³¹⁹⁾。

最判平成一七・七・一九民集五九卷六号一七八三頁は、旧貸金業規制法四三条に基づく「みなし弁済」にあたるものとして、いわゆる超過利息の支払を受けていた消費者金融業を行う貸金業者が、「貸金業法の適用を受ける金銭消費貸借契約の付随義務として」、その利用者（借主＝債務者）に対して、取引履歴開示義務を負うとした。同義務は、借主が「債務内容を正確に把握」することを目的とし、弁済計画を立て、残債務、過払金の存否・額を知る利益を確保するためのものである。金銭消費貸借契約における借主の目的は、金銭を借受け、返済期限まではそれを消費する権利を得ることであり、同契約において貸金業者に対して給付結果として課せられるのは、通常は、目的物の消費ができる立場に借主を置くことに尽きる⁽³²⁰⁾といえよう。しかし、貸金業の利用者は、当該契約によって課せられる負担（元本と適法な利率による利息の支払）以上の負担を強いられないことも期待しているといえ、その期待は法的保護に値するのではなからうか⁽³²¹⁾。すなわち、「契約によって正当化されるもの以上の負担・不利益は課されない・要求されない」ということも、貸金業利用者の契約目的を構成しているといえよう⁽³²²⁾。取引履歴開示義務は、この契約目的を全うするために不可欠であるものとして要請されると解する⁽³²⁴⁾⁽³²⁵⁾。

最判平成一七・九・一六判時一九一二号八頁は、室内に防火戸が設置されたマンションの売買における売主は、「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、操作方法に

ついで説明すべき義務」を負うとした。この説明義務は、当該電源スイッチを入れて類焼を防止できる状態をもたらすことを通じて、買主の生命・身体・財産に関する安全を確保すること、ないし、そのような高い安全性を備える物件の所有・利用を享受できるようにすることを目的とするといえよう。売買契約の買主の目的は、通常は、目的物の取得にあり、売買契約において給付結果として売主に課せられるのは、目的物の所有権移転と引渡である（五五五条）。しかし、防火戸を備える物件の売買では、買主は、単に物の所有権と占有を取得するだけでなく、当該物件の安全性を享受すること（高い安全性という付加価値も含めて物件の価値を享受すること）をも契約目的としていると考えられる。このように、同判決が認めた説明義務も、給付結果以外の利益で、契約目的に照らして保護されるべき利益を確保するものであると考えられる⁽³²⁶⁾。

(b) その他の例

宅地建物取引業者が不動産の売主として取引をするときは、宅建業法上の重要事項説明義務を、売買契約の付随義務としても負うものとされており⁽³²⁷⁾、重要事項として定められていないことでも、近隣環境や物件に関する重要な情報について説明ないし告知する義務が、付随義務として認められることがある⁽³²⁸⁾⁽³²⁹⁾。

建物賃貸借契約における賃貸人の主たる給付義務は、賃借人に賃貸目的物を使用収益させる義務であるが（六〇一条）、賃貸人が集合住宅・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）による物件の適正な利用が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もあると考えべきであろう⁽³³⁰⁾。賃借人に対し契約上保障されているのは賃借目的物の使用収益（契約内容としての給付結果）であるが、その契約目的は、利用環境破壊行為を受

けずに、平穩な生活・支障のない營業を営むことであるところ、その契約目的は相手方（賃貸人）に容易に認識可能であり、かつ、賃借人の契約目的たる平穩な生活・支障のない營業の維持に必要な措置をとることを賃貸人に課しても、過度の要求になるとは思われなからである⁽³³²⁾。

請負契約において、請負人の仕事完成のために、注文者が一定の行為により協力する義務を負うとされることがある⁽³³³⁾。注文者の主たる給付義務は報酬支払義務であり（六三二条、これとは別に、たとえば、適時に工事着工の指示をするべき注文者の協力義務を認めるとすれば⁽³³⁴⁾、これは、給付利益確保を目的とする付随義務に位置づけられよう⁽³³⁵⁾）。

いわゆる特約店契約・フランチャイズ契約においては、契約目的は、特約店・フランチャイジーにとっては、当該販売網・当該チェーンに所属することから生じる利益を得ること、および、それを活用して店舗營業からの利潤を実現することにある⁽³³⁶⁾。これに照らせば、特約店・フランチャイジーの店舗經營に不可欠である商品在庫確保のために、契約上の規定がなくとも、契約相手方である供給者・フランチャイザーは、商品や原材料等の供給義務を負うと解される⁽³³⁷⁾。また、強い販売圧力がかかり在庫が多くなりがちな販売網・チェーンの場合は、供給者・フランチャイジーには、特約店・フランチャイジーに対し、無理な販売活動によって「経営基盤を危うくしたりすることのないよう指導監督していくべき」義務がある⁽³³⁸⁾と考えられる。また、供給者・フランチャイザーは、一定の場合は、既存の特約店・フランチャイジーと競合することになる店舗の新規開設を控える義務（競合回避義務）を負うと解される⁽³³⁹⁾。

（イ） 信賴維持

上記のような具体的な給付利益への侵害の有無にかかわらず、契約当事者による重大な不信任行為は、給付による契約目的（給付利益）の実現を危殆化する⁽³⁴⁰⁾。したがって、契約関係の展開・維持による契約目的の実現に不可欠な当事

者間の信頼を維持することも、給付利益確保を目的とする付随義務として認められるべきであろう。このような義務の存在や必要性は、とくに、継続的契約関係（その中でも賃貸借契約）に関して論じられてきた。⁽³¹⁾しかし、契約目的の実現における信頼の重要性は、契約の一般に妥当すると思われる。⁽³²⁾

賃貸借契約においては、古くから、必ずしも賃貸借契約上の義務違反とはいきれない賃借人の不信行為でも、これを信頼関係破壊行為として、契約の解除を認める解釈が確立している。⁽³³⁾このような不信行為は、信頼維持義務違反にあたる。

建設請負契約の履行過程において第三者との紛争（たとえば、建設現場付近住民から起こされた大規模な反対運動。）が生じたときには、請負人には、「いやしくもその第三者を利するような行為をしてはならないことはもとより、自らこれを処理解決できない場合であっても、注文者に協力してその解決に努力し、自らの債務である仕事の完成を期すべき信義則上の義務があるというべき」であるが、この義務も、契約目的実行に不可欠な信頼を維持するためのものであるとみることができる。

ドイツの議論で信頼維持義務違反として挙げられている、先述の具体例も、個別の検討を要するものの、⁽³⁴⁾基本的には、日本においても、給付利益確保のための付随義務として認められるべきではなからうか。

確定的履行拒絶（履行拒絶意思の明確な表示）も、同様の義務違反とみることができる。⁽³⁵⁾もつとも、これについては、二〇一七年民法改正において、債務不履行に該当することが明文化されたので（四一五条二項二号、五四二条一項二号・三号、五四二条二項二号）、⁽³⁶⁾付随義務違反と構成する意義は小さい。

(ウ) 報告義務・結果報告義務の独自性

いわゆる報告義務・結果報告義務も付随義務に数えられることがある⁽³⁴⁾。私見は、報告義務・結果報告義務は、財産管理事務に伴う義務、すなわち、財産管理事務という給付（契約が財産管理を主な内容とするときは、主たる給付にあたる）を全うするために働くものであると解する。そして、それが要請される理由は、財産管理受託者は、財産管理委託者の権利・利益に大きな影響を及ぼしうる地位にあるため、その権利・利益を害さぬよう、適切な監視・統制下におか
れなければならないことにあると解する⁽³⁵⁾。合意上の根拠がなくとも、報告義務・結果報告義務が課されることがある⁽³⁵⁾のも、同じ理由であると考ええる。報告義務・結果報告義務は、このように、上記（ア）・（イ）とは区別される特別の目的・機能を持つと考えられるため、その位置づけは今後の課題とする。

（3） 名 称

ここで論じた給付利益確保を目的とする付随義務は、契約目的達成を支援するために認められるものである。また、私見は、後述のように、契約上の定めに基づかない契約目的達成のための付随義務は、信義則を発生根拠とすると解する。そこで、名称としては、「信義則に基づく契約目的支援義務」を用いたい。

（4） 発生基準

信義則に基づく契約目的支援義務を認めるため基準の具体化は、先に述べたように、個別の問題類型ごとの作業を要するものとして、他日を期する。

その際に基本とされるべき大枠を示すと、第一に、先に具体例を挙げたような、給付結果以外のもので保護されるべき当事者の利益（給付利益・契約目的）が存在しなければならぬ。これは、当事者の一方の単なる主観的期待では足りない⁽³⁶⁾。給付結果には含まれないが、「主たる給付義務が実現しようとしている利益、または、それと密接に関連

する利益であつて、両当事者にとつて客観的に認識可能である利益」が存在しなければならぬと考える。⁽³³⁾ このような契約目的（給付利益）の存在を前提に、第二に、Wellerの主張を参考に、「契約目的を達成するために、当該契約目的支援義務を認めることが不可欠であり、その義務を課すことが相手方に対して受忍要求可能であるといえること」を基準とすることが適当であると解する。⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾

(5) 基礎づけ

上記のような契約目的支援義務は、どのように基礎づけるべきであらうか。

ドイツの議論では、給付利益確保のための付随義務（私見でいう契約目的支援義務）の発生根拠を、契約（債権関係）に求める議論と、信義則に求める議論とがある。これらには、それぞれに問題点があるといえる。前者については、合意から読み取ることができない義務がなぜ契約に根拠を持つといえるのか、⁽³⁶⁾ 後者については、信義則上の義務がなぜ契約上の義務に位置づけられるのかについて不明確である。⁽³⁷⁾

私見は、Larenz・Wellerの付随義務の基礎づけをめぐる議論に着想を得て、契約目的支援義務は、信義則と契約目的を達成するという契約の機能とに根拠を持つと解する。

当事者は、それぞれに契約によつて達成しようとする目的を有して契約を締結する。その目的の達成に必要な結果は、基本的には、給付結果として合意され、契約内容に組入れられる。⁽³⁸⁾ 契約は、当事者が契約内容として合意した給付結果を実現する義務を当事者に負わせる。このときの契約は、二つの重要な使命を持つように思われる。一方で、契約には、契約目的の実現のために必要な給付結果の内容を当事者自身で取決められることを保障する使命がある。他方で、契約には、給付結果の実現義務に法的効力を与えることで、給付結果実現を通じた契約目的達成をもたらす使

命がある。⁽³⁵⁹⁾ 私見は、この二つ目の契約の使命に着目したい。

繰り返しになるが、契約目的は、それを達成するために必要な給付結果が合意されて契約内容になることを通じて実現されるのが基本である。しかしながら、契約目的、すなわち、契約が給付を通じて契約当事者の元を実現することを目指す利益（給付利益）は、契約内容に取り込まれている給付結果に収まらないことがある。たしかに、個々の当事者の目的であって合意によって契約内容とならなかったものは、多くの場合は、契約締結の「動機」をなすのにすぎず、個々の当事者の動機の全てが、相手方によっても配慮されるべき契約目的となるわけではない。⁽³⁶⁰⁾⁽³⁶¹⁾ しかし、主たる給付義務が実現しようとしている利益、または、それと密接に関連する利益であって、両当事者にとって客観的に認識可能である利益については、これを給付利益（契約目的）として位置づけ、合意による具体化がなくとも、この給付利益（契約目的）の実現を支援する義務を認めるべきであると解する。⁽³⁶²⁾ 契約は、先述のように、契約目的を達成することを、その使命とするからである。この使命に照らせば、契約は、契約内容となっていない行為・措置であつても、契約目的を達成するために不可欠である行為・措置については、過度の負担とならない範囲で、これを契約上の義務として負うことを当事者に要請すると考えられる。⁽³⁶³⁾

信義則は、契約当事者に対して、このように契約が要請する契約目的支援義務を引き受けることを、正当な理由なく拒絶することを許さない規範として働く⁽³⁶⁴⁾と解する。

(6) 契約目的支援義務の重要度

以上のように、信義則上の契約目的支援義務は、契約目的（給付利益）のうち、給付結果として合意に取り込まれているとはいえない利益の確保を担うものである。契約目的に必要な給付結果は、当事者が全て契約内容に取り入れ、

そのための定めを置いておくのが理想である。実際、多くの場合、契約目的達成に必要な給付結果は、契約内容に取り込まれていると思われる。

しかしながら、契約目的に照らして保護されるべき重要な給付利益であるのに、契約内容上考慮がされていない場合もあるように思われる。そのようなときは、信義則上の契約目的支援義務は、契約目的を支える点において、主たる給付義務と同等の重要性を持つこともありうる³⁶⁵と考える。たとえば、先に挙げた特約店契約・フランチャイズ契約における供給者・フランチャイザーの「経営基盤を危うくしたりすることのないよう指導監督」する義務や供給義務・競合回避義務については、これらへの違反があれば、特約店・フランチャイジーの経済的破綻をもたらすおそれがある。これらの義務は経済的破綻を防ぐためのものであるから、契約目的を支える点において、契約上定められた供給者・フランチャイザーの主たる給付義務（商品販売上の有利さを特約店に提供する供給者の義務、フランチャイザーの指導援助義務・ノウハウ提供義務³⁶⁶）と同程度の重要性があるといえる。

(7) 細分類の要否

上記のような契約目的支援義務を、訴求可能性の有無や適用法条の違いを識別基準として、細分類する必要はあるだろうか。

(ア) 訴求可能性

私見は、履行請求の訴求可能性には、分類上の重要な意義はないと解する。

一方で、一部の見解は、当事者の合意（または法律規定）³⁶⁵によって具体的内容が定まっている付随義務にのみ、履行請求の訴求可能性を認める³⁶⁶。しかし、そのような合意があっても、履行請求の訴求が実際的でない場合もあると考え

られる。⁽³⁶⁶⁾ 逆に、当事者の合意による具体的内容の確定がなくなるとも、契約目的に照らして当事者に求められる行為が具体化できるのであれば、履行請求の訴求を認めることが、効果的な救済になりうる場合は少なくとも⁽³⁶⁷⁾⁽³⁶⁸⁾はなからうか。

他方で、潮見佳男教授は、「従たる給付義務」の一般に関して履行請求権を肯定されるようである⁽³⁶⁹⁾。しかし、契約目的支援義務の多様な内容に鑑みれば、履行請求の訴求が実際的でない場合もあるように思われる⁽³⁷⁰⁾⁽³⁷¹⁾。

私見は、履行請求の訴求可能性は、ドイツの多くの見解が論じるように、当該付随義務（契約目的支援義務）違反に際し、当該義務の内容の具体性および履行請求の訴求を認めることの実際の有用性の有無を、個別に判断することで決まると解する。その帰結として、履行請求が訴求可能であるか否かは、付随義務の分類において、特段の意味を持たないと解する。

(イ) 適用法条の違い

日本法には、ドイツ法における、給付義務違反であれば、BGB二八一条・三二三条適用、保護義務違反であれば、BGB二八二条・三二四条の適用という区別に相当するものは、存しない。したがって、ドイツの三分説のように、契約目的支援義務をさらに分類して条文の適用を分ける必要はない。

しかしながら、日本法でも、付随義務違反を理由として、全体的権利（契約全体の履行利益の損害賠償請求・解除）を認めてよいか、認めてよいとしても、そのために求められる要件は主たる給付義務違反の場合と同じ要件（四一五条二項、五四一条・五四二条を単純に適用すること）でよいか、という問題は生じうる（後で検討する）。これらの条文は、主たる給付義務の不履行を念頭においたものであると考えられるからである。ドイツにおける三分説の問題提起は、

契約目的支援義務違反の場合においても、軽微でない義務違反でありさえすれば、催告を行うだけで、契約全体の履行利益の損害賠償請求・解除を認めてもよいかという問題提起として、日本法にとっても意味があると考えられる。

二 主たる給付義務・合意に基づく付随義務との区別

主たる給付義務は、契約の種類を決定し、対価的牽連関係を構成するものである。したがって、主たる給付義務が生じるためには、当事者の合意が不可欠である³⁷²⁾。これに対し、契約目的支援義務は当事者の合意に基づかずに生じる。したがって両者は区別するべきである。

また、主たる給付義務は、当事者が契約上確定可能な内容として合意した給付利益の実現を義務づけるものであり、契約という合意を直接に根拠とするものであるから、合意が存するだけで基礎づけられる。主たる給付義務の一部をなす具体的行為義務も、同様である。これに対して、信義則に基づく契約目的支援義務は、契約上規定がないにもかかわらず、信義則によって基礎づけられるものであるから、その義務を認めなければ契約目的が達成できないという基準を満たす必要がある。このようにそもそも義務として認められるか否かの基準にも違いがある。

さらにまた、当事者が、主たる給付義務にあたらぬ義務でも、一定の給付利益の実現・獲得を旨指して、契約上確定可能な内容を持つ義務を合意することがありうる（合意に基づく契約目的支援義務と呼ぶことができよう³⁷³⁾）。これは、主たる給付義務とは区別されるという意味では契約目的支援義務であるが、契約という合意を発生根拠とする点では、信義則に基づく契約目的支援義務とは区別される。合意に基づく契約目的支援義務の基礎づけには、主たる給付義務におけると同様、契約上内容が確定可能である合意が存すれば十分である。

三 保護義務との関係

(1) 保護義務の必要性

第二章・第三章で述べたように、ドイツでは、債権関係上保護義務が生じることが、確立した法原則となっており、二〇〇二年施行の債権法改正において、その点について明文が置かれた。

債権関係上の保護義務は、これを日本の解釈論でも認める必要があるであろうか。一方で、裁判例では、なお、保護義務という考え方は定着しているとはいえない⁽³⁷⁶⁾。他方で、学説では、契約当事者が完全性利益を害されたとき、相手方の契約責任を基礎づけるために、契約に関連する義務としての保護義務を認めることに積極的である説が多い⁽³⁷⁶⁾。これに対して、債権関係から付随義務・保護義務を析出する手法に対して批判的な見解や、そもそも完全性利益侵害に対する救済は不法行為制度によるべきであるとして、保護義務構成の必要を否定する見解が対峙している⁽³⁷⁷⁾。

被害者救済の実益の点でみると、周知のとおり、債務不履行責任よりも、むしろ不法行為責任の方が、被害者に有利な点も少なくなく⁽³⁷⁸⁾、保護義務構成の実際の意義は、限定的である。保護義務構成の意義は、二〇一七年の民法改正により「人の生命又は身体」が侵害されたときの賠償責任の消滅時効期間について、債務不履行責任と不法行為責任の規律が統一された⁽³⁷⁹⁾（一六七条、七二四条の二）ことよって、さらに薄れることとなった⁽³⁸⁰⁾。

たしかに、契約当事者の完全性利益が害されたとき、保護義務構成を用いて債務不履行責任を導く実際の意義は、大きいとはいえない。しかし、限られた場面であっても、その実際の意義はなお存するように思われる。第一に、とくに安全配慮義務違反のケースを念頭におき、完全性利益侵害の具体的危険性が存するとき、これを防止・排除する

請求権が認められるかが論じられることがあるが、保護義務違反構成には、この請求権を、債権関係上の履行請求として基礎づけることを可能にする意義がある。⁽³⁸¹⁾ 第二に、保護義務による保護を受ける法益には、ハラスメントを受けない人格的利益も含まれると解されるところ、セクシユアルハラスメントやパワーハラスメントのケースに七二四条の二が適用されないとすれば、⁽³⁸²⁾ 不法行為責任の消滅時効の期間（七二四条）は、債務不履行責任のそれ（一六六条）と比べ、主観的起算点による消滅時効期間については被害者に不利であるから、後者による救済の方が望まれる場合もあるように思われる。⁽³⁸⁴⁾

以下の検討では、完全性利益侵害のときに、不法行為責任とは別に債務不履行責任を根拠づけるために、保護義務構成を論じる実際の意義は、なお失われていないということを前提とする。

(2) 契約目的支援義務と保護義務との区別

(ア) 必要性・機能における相違

契約目的支援義務が認められる必要性は、同義務を認めなければ、契約目的が全うされないという点にある。そして、契約目的支援義務の機能は、契約が目指す利益状態（給付利益＝契約目的）⁽³⁸⁵⁾ 実現の支援・確保にある。

これに対して、保護義務が認められる必要性は、契約（またはそれに類する関係）を機縁とする社会的接触により、当事者が、生命・身体・財産等の契約相手方の法的権利・利益（完全性利益）に対して影響可能性をもつ、という点にある。⁽³⁸⁶⁾ そして、保護義務の機能は、契約相手方が、その社会的接触より前から有する法的権利・利益を侵害から守り、保護する点にある。

(イ) 区別の意義

義務の必要性・機能における違いは、義務の発生根拠・義務発生の基準の検討に関連すると考えられる。すなわち、信義則上の契約目的支援義務は、契約目的を実現するという契約の機能と信義則とを発生根拠とし、したがって、それが発生するか否かは、契約目的に照らして当該義務を認めることが必要不可欠であり、かつ、その義務を当事者に課すことが受忍要求可能であるかを基準とする。

これに対して、保護義務は、契約を機縁とする社会的接触により、完全性利益が相手方の影響を受けるときは、その相手方は、完全性利益を害さないようにする義務を負うべきであるという、信義則に由来する考えに基づく。⁽³⁸⁷⁾ そうすると、保護義務の存否も、当該完全性利益が契約を機縁として相手方の影響可能性に服したか、当該完全性利益侵害を回避する義務を当事者に負わせることが必要かを基準とすることとなる。⁽³⁸⁸⁾

また、義務違反の効果に関しては、保護義務違反は、完全性利益の賠償請求権をもたらず。⁽³⁸⁹⁾ これに対して、契約目的支援義務違反の賠償請求は、そうではない。⁽³⁹⁰⁾

なお、保護義務の効果に関しては、同義務違反を理由として、履行に代わる損害賠償を求めうるか、解除をなしうるかも、問題となりえよう。ドイツ法では、第二章で整理したように、この点についての規定が存する。日本法には、このような規定はないため、保護義務違反を理由として、四一五条二項により履行に代わる損害賠償請求ができるか、五四一条・五四二条により解除ができるかは、一つの解釈問題となると考えられる。⁽³⁹¹⁾⁽³⁹²⁾ そうすると、保護義務は、履行に代わる損害賠償請求や解除が認められるかという解釈問題を提起している点にも特徴を見いだせる。

以上のように、保護義務と契約目的支援義務には多くの相違点があるので、両者は区別するべきである。

(3) 両方の性格を持つ付随義務

私見は、契約目的支援義務と保護義務についてこのような区別をするべきであると考え、すでにドイツで広く認識されているように、付随義務には、給付利益確保を目的とする付随義務（私見でいう契約目的支援義務）と保護義務の両方の性格を持つものも少なくない。実際に、前掲最判平成一四・九・二四が認めた告知検討義務、前掲最判平成一七・九・一六が認めた説明義務は、契約目的支援義務であると同時に保護義務でもありと⁽³⁸³⁾考えられる⁽³⁹⁴⁾。その場合の効果面の扱いは、後述する。

四 契約上の義務の分類に関する総括

契約上の義務の分類に絞り、以上を要約する。

まず、契約には、当事者が合意で定める主たる給付義務が不可欠である。

そして、契約上の義務として、主たる給付義務以外に、付随義務が生じる。付随義務とは、契約上の義務であって、主たる給付義務ではないものを指す。付随義務は、主たる給付義務とは異なり、当事者の合意を基礎とせずとも生じうるものである⁽³⁸⁵⁾ので、両者は区別するべきである。

さらに、付随義務は、保護義務と、契約目的支援義務（給付利益の確保・実現を目的とする付随義務）とに分かれる。保護義務と契約目的支援義務は、それらが発生する根拠、要件・効果において大きく相違するので、区別するべきである。

契約目的支援義務の内部に、履行請求の訴求可能性などを基準とした細分類を立てる必要はないと考える。

五 契約目的支援義務違反の効果

二〇一七年改正を経た民法では、四一五条一項において、債務不履行の一般について、債務者の帰責事由（の不存証明がないこと）を要件として損害賠償請求権が生じることが定められ、そして同二項において、債務不履行が生じている場合において、とくに、履行に代わる損害賠償請求ができる場合の規定が新設された。そして、解除については、全ての不履行形態について適用のある一般的規定として五四一条が置かれ、同条は、債務者が「債務を履行しない」場合に、催告を経て解除ができるものとしつつ、「債務の不履行」が「軽微」であるときは、解除ができないものとした。

日本法四一五条一項、五四一条は、その文言により、履行遅滞・履行不能に加え、契約不適合も含む不完全履行を適用対象とすることは明らかであると考えられるところ、ここに付随義務違反も含まれるかは、検討しなければならぬであろう。⁽³⁶⁾

ドイツにおける三分説の問題提起は、契約目的支援義務（給付利益確保を目的とする付随義務）に対する違反の場合でも、軽微でない義務違反でありさえすれば、催告を行うだけで、契約全体の履行利益の損害賠償請求・解除を認めてもよいかという問題提起として、日本法でも意味があると考えられる。すなわち、日本法でも、契約目的支援義務違反を理由として履行に代わる損害賠償請求・解除が認められるかの問題（すなわち、付随義務違反に四一五条二項・五四一条が適用されるか、適用されるとしてどのようにかの問題）を生じることとなる。

（一） 契約目的支援義務違反の条文上の位置づけ

二〇一七年民法改正以前から、四一五条の債務不履行には、付随義務違反も含まれるとの解釈があった⁽³⁹⁷⁾。そして、二〇一七年改正の検討過程でも、同様の理解がとられていた⁽³⁹⁸⁾。

私見も、四一五条、五四一条に定める「債務」には、付随義務（契約目的支援義務）も含まれると解する⁽³⁹⁹⁾、⁽⁴⁰⁰⁾。

(2) 契約目的支援義務違反と履行に代わる損害賠償・解除

(ア) 原則

契約目的支援義務に関しても、主たる給付義務におけると同様、その違反があったときは、義務違反を受けた当事者に対し、契約に反して、契約がその当事者に与えようとした利益（給付利益）の享受・実現が妨げられている。したがって、契約目的支援義務の不履行の場合でも、原則として、義務違反を受けた当事者に、四一五条二項に基づく契約全体の履行利益の賠償請求権⁽⁴⁰¹⁾、五四一条・五四二条に基づく解除権を、それぞれ所定の要件のもと、認めるのが適当であると考ええる。契約目的支援義務は、それを認めることが契約目的（給付利益）の実現に不可欠であるものといえる程度に、契約にとって重要であるからである。

(イ) 例外

しかし、当該契約目的支援義務が保護するのが、給付利益の「一部の」確保・実現であって、当該契約目的支援義務違反が契約全体に影響を及ぼす程度のものではないときは、契約全体の履行利益の賠償請求権や契約全体の解除を認めるのは適当でないと思われる⁽⁴⁰²⁾。このような場合の救済は、当該契約目的支援義務が保護しようとした利益の侵害に対するものに限定されるべきである⁽⁴⁰³⁾。すなわち、五四一条による契約全体の解除、四一五条二項に基づく契約全体の履行利益の損害賠償請求は、認めるべきでない。

このことを条文適用に反映する法律構成については、つぎのように考えたい。

(a) 解除

まず、契約目的支援義務違反を理由とする解除が許されるかについては、当該義務違反が五四一条但書における「軽微」な債務不履行にあたるか否かで決定される。そもそも、同条但書は、「付随的義務」(本稿の用語では、合意に基づく契約目的支援義務⁽⁴⁰⁾)違反を理由とする解除が許されるかに関する判例を明文化しようとするものである⁽⁴⁰⁾。

当該契約目的支援義務違反が、給付利益の一部の実現を妨げるにとどまり、契約全体に影響を及ぼす程度のもではないときは、当該義務違反が契約全体にとって「軽微である」ものと位置づけるのが適当である。このとき、当該義務を負う当事者が、契約相手方から義務履行の催告を受けた後なお義務違反を続けたとしても、その義務違反が軽微であると評価される限り契約相手方は解除をすることができない⁽⁴⁰⁾。

(b) 履行に代わる損害賠償

つぎに、当該契約目的支援義務違反が給付利益の一部の実現を妨げるにとどまり契約全体に影響を及ぼす程度のもではないときの、履行に代わる損害賠償請求については、つぎのように考える。

第一に、当該義務の違反状態の解消が不可能になっている場合、または、当該義務を負う契約当事者が同状態の解消を拒絶する意思を明確に示したときは、当該義務の部分に関してのみ四一五条二項一号または同二号に該当する事態が生じていると解し、当該義務違反から直接に生じた損害に限定した賠償請求のみが認められるべきである⁽⁴⁰⁾。

第二に、当該契約目的支援義務の義務違反状態が継続する場合において、第一の場合に該当しないときは、条了解釈上困難な問題を生じる。一方で、この場合における履行に代わる損害賠償を認めるための根拠条項を四一五条二項

三号に求めると、同条項によれば、履行に代わる損害賠償請求が認められるのは、解除がされた場合または解除権が生じている場合に限られてしまい、そうすると、軽微な債務不履行のときは、履行に代わる損害賠償が否定されてしまふとも考えられるからである。しかし他方で、契約全体にとっては軽微であるとはいえ、契約目的支援義務違反が存し、同義務を負う当事者による帰責事由不存在証明がないときは、契約全体の履行利益の賠償請求は認められないとしても、当該義務違反から直接に生じた損害に限定した賠償請求は肯定すべきであると考えられる。

これは、契約不適合のときの追完に代わる損害賠償を念頭において論じられている難しい解釈問題であるが、つぎのように考えたい。まず、一部解除が可能な場合は、四一五条二項三号を通じて、その一部解除ができる範囲での、履行に代わる損害賠償請求、すなわち、当該義務違反から直接に生じた損害に限定した賠償請求が認められる⁽⁴¹⁾。つぎに、一部解除ができない場合については、四一五条二項三号は、契約全体の履行利益の賠償請求権の可否のみを定める規定であると解する。すなわち、同条項は、契約全体の履行利益の賠償を求めるときは、当該債務不履行が軽微でないことを要求するが、当該債務不履行が軽微であるときの、当該義務違反から直接に生じた損害に限定した賠償請求が認められるか否かについては、定めをしていない（これを排除する趣旨ではない）、と解する。そうすると、この場合の賠償請求は、その根拠を、債務不履行損害賠償請求に関する基本規定である、四一五条一項に求めるのが適当である。当該契約目的支援義務違反から直接に生じた損害に限定した賠償請求は、このように、四一五条一項に基づいて認められると解する。ただし、この際、「追完の優先」を貫徹させるために、同様に契約の部分的な不履行状態にかかる定めである減額請求権に関する五六三条を、要件面において類推適用⁽⁴²⁾するのが適当であると解する。

(3) 保護義務でもある契約目的支援義務の扱

先述のように、付随義務の中には、契約目的支援義務であると同時に保護義務でもあるものが少なくない。⁽⁴⁶⁾

日本法では、保護義務違反に対する独自の規定は存しない。したがって、両方の性格を持つ義務の違反が存するときは、単純に、両方の義務違反の効果を併存的に認めてよいと解する。すなわち、両方の性格を持つ義務の違反があつたときは、一方で、保護義務違反があつたことを理由に完全性利益の賠償請求を認め、他方で、契約目的支援義務の義務違反があつたことを理由とする、効果を認めるべきである。すなわち、上述したように、原則として、四一五条二項に基づく履行に代わる賠償請求、五四一条・五四二条に基づく解除が認められると解する。

六 ま と め

最後に、本稿の主張を要約する。

(1) 付随義務の分類

契約上の義務は、主たる給付義務と、それ以外の付随義務に分けるべきである。前者の発生には合意が必要であるが、後者は信義則から生じることもあるという重要な違いがあるからである。

付随義務は、保護利益の違いを基準として、給付利益(契約目的)の確保を目指す契約目的支援義務と、完全性利益の保護を目的とする保護義務とに分けるべきである。両者は、発生根拠・発生基準・義務違反の効果において、重要な違いがあるからである。ただし、ある契約目的支援義務が同時に保護義務であることはありうる。

契約目的支援義務を、訴求可能性によって細分類する必要はない。訴求可能性は、個別のケースにおいて、当該義務の具体性・訴求の実際的有用性によって判断するべきであるからである。

(2) 契約目的支援義務

契約目的支援義務がどのような場面でのどのような内容を持って実際に生じるかは、個別に研究されるべきである。その際基本とされるべき大枠としては、第一に、保護されるべき当事者の給付利益（契約目的）が存しなければならぬ。これは、「主たる給付義務が実現しようとしている利益、または、それと密接に関連する利益であつて、両当事者にとって客観的に認識可能である利益」であることを要する。第二に、「契約目的を達成するためには、当該契約目的の支援義務を認めることが不可欠であり、その義務を課すことが相手方に対して受忍要求可能であること」が必要である。

具体的な給付利益の確保を担う契約目的支援義務の他に、給付利益の実現を深刻に危殆化する不信行為について、これを禁ずる内容の契約目的支援義務（信頼維持義務）も生じうる。

契約目的支援義務は、給付結果に法的効力を与えることで契約目的の実現をもたらすという契約の機能と信義則とを発生根拠とする。

契約目的支援義務違反には、四一五条、五四一条・五四二条が適用される。したがって、違反を受けた当事者は、所定の要件が満たされれば、原則として、履行に代わる損害賠償請求・解除権を得る。例外的に、当該義務違反によって害されたのが給付利益の一部であつてその影響が契約全体に及ばないときは、契約全体の解除は許されないものとし、また、履行に代わる損害賠償請求についても、義務違反のあつた部分に代わる損害賠償請求にこれを限る必要がある。

- (275) なお、第四章では、各見解に関して第三章にて述べた内容については、文献引用箇所の指示を省略する。
- (276) 高嶋英弘教授は、契約の余後効をめぐる、錯綜するドイツの議論状況を整理する際、「近時の見解に共通する点を手掛りとしてその基礎にある全体的方向を見極めたうえ、可能な限り個々の相違点を吟味するという順序をとるほうが、無用の繁雑さや誤解を避けるうえで適切である」との方針をとられた(高嶋英弘「契約の効力の時間的延長に関する一考察(二・完)」産大法学二五卷一号(一九九二年)六頁)。本稿が試みるのも、そのような手法である。
- (277) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I Allgemeiner Teil (14. Aufl., 1987), 10; Madaus, JA 2004, 290; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht (36. Aufl., 2012), 9. 潮見佳男『契約規範の構造と展開』(一九九一年)一三四頁。
- (278) Hadding だけが、この点について特殊な立場をとる。
- (279) もともと、付随義務の中には、完全性利益保護と同時に給付利益確保をも目的とするものも存することは広く認識され(よく挙げられるのは、電動ノコギリの売買契約において、取扱説明書を引渡す付随義務が生じるケースがありうるが、この場合の付随義務は、一方で、契約目的どおりの製品の使用を確かにする目的を持っているが(給付利益確保を目的とする付随義務の性質)、他方で、誤った使用により買主が傷害を負わないようにする目的をも持っている(保護義務の性質)、「とりわけ例である。」、その扱いについても議論される(Gröschler, in: Dauner-Lieb/Hommelhoff/Jacobs/Kaiser/Weber (Hrsg.), FS für Horst Konzen zum 70. Geburtstag (2006), 126f.; Grigoleit, in: Heldrich/Prössl/Koller (Hrsg.), FS für CLAUS-WILHELM CANARIS zum 70. Geburtstag Bd. I (2007), 280; 298; Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil (17. Aufl., 2019), 9; Olzen, in: Olzen/Looschelders/Schiemann, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse Einleitung zum Schuldrecht § 241-243 (Treu und Glauben) (Neubearbeitung 2015), § 241 Rn. 162; Bachmann, in: Krüger (Redakteur), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2 (8. Aufl., 2019), § 241 Rn. 64)。第三章で述べたように、この点について詳しく掘り下げたい。
- (280) 訴求可能性重視説(Larenz/Böttcher)に加え、Gröschlerがこの立場である。なお、Wellerは、訴求可能性について、区別基準としての意義は認めないものの、訴求可能性が給付義務を特徴づける重要な性質であることを認め、これを強調する。

- (281) なお、訴求可能性を付随義務の分類上の特徴としない点では二分説・三分説と立場を同じくしつつも、給付利益確保を目的とする付随義務について、「従たる給付義務」という用語を用いず、「給付関連的付随義務」と呼ぶ用語法 (Teichmann, Thiele/Fezer) もあり、本稿ではこの立場を旧二分説と呼んだ。旧二分説は、二〇〇二年施行債権法改正前の見解であり、したがって、二八一条・三三三条、二八二条・三三四条の適用問題は論じていない。
- (282) また、Madaus も、付随義務の訴求可能性は、それを定める明確な合意がない限り、補充的契約解釈を通じて決まることとなり、そうすると結局、契約目的や当該付随義務の保護必要性が考慮要因となるとし、訴求可能性の分類上の意義に否定的である。さらに、Heersthahle も、いわゆる余後効としての付随義務を論じる中で、その付随義務を給付確定化付随義務 (その代表としてもっぱら給付誠実義務を論じる。) と保護義務とに分けつつ、どちらについても、訴求可能な履行請求権・訴求可能な予防的差止請求権を肯定する。義務の訴訟上の貫徹に権利者が正当な利益をもつ事態を想定するのに困難はないこと、訴求可能性の肯定は権利・法益の効果的保護に資すること等がその理由である。Heersthahle, in: Arnold/Lorenz (Hrsg.), GEDÄCHTNISSCHRIFT FÜR HANNES UNBERATH (2015), 209f.
- (283) もっとも「義務違反の結果が固定する」とは、義務違反によりすでに具体的な損害が生じていて、事後的に履行請求の訴求を認めてもその損害は回復できず、かつ、義務違反の影響は持続してはならず、今後の損害拡大の危険は認められない場合を指している。この場合に履行請求の訴求を認める意義はないと考えられる。
- (284) Gröschler は、給付関連的付随義務と呼び、Weller は、給付関連的配慮義務と呼ぶ。
- (285) Gröschler 説では類推適用。
- (286) Larenz, Böttcher, Esser/Schmidt, Olzen, Madaus, Gröschler, Weller, Bachmann, Teichmann, Thiele/Fezer がこれを挙げる。
- (287) Böttcher, Bachmann がこれを挙げる。
- (288) Weller, Bachmann がこれを挙げる。
- (289) この義務を認めるのは、ドイツの確定判例である。BGHZ 70, 79 (1977, 12, 7); BGH NJW 1979, 1404 (1979, 1, 24), 学説では Emmerich 旧説, Olzen, Bachmann がこれを挙げる。
- (290) Larenz, Esser/Schmidt, Looschelders, Grigoleit, Olzen, Madaus, Teichmann がこれを挙げる。

- (291) Böttcher¹ Bachmann¹ Teichmann¹ がこれを挙げる。
- (292) Böttcher¹ Olzen¹ がこれを挙げる。
- (293) これを認めたのは BGHZ 136, 295 (1997. 7. 23) (ベネトン事件判決) である。これを付随義務違反の例として挙げるのは、Olzen¹ Groschler¹ による。
- (294) これを認めたのは BGHZ 93, 29 (1984. 11. 26) (オペル事件判決) である。Groschler¹ がこれを付随義務違反の例として挙げる。
- (295) Olzen¹ Bachmann¹ Teichmann¹ がこれを挙げる。
- (296) Emmerich¹ Olzen¹ Weller¹ Bachmann¹ がこれを挙げる。
- (297) これを認めたのは BGH NJW 1978, 260 (1977. 10. 19) (ポルシェカレラ事件判決) である。これを付随義務違反の例として挙げるのは Groschler¹ Weller¹ Emmerich¹ である。
- (298) Bachmann¹ がこれを挙げるが、このケースに関しては、二〇〇二年施行債権法改正において、断固とした終局的な履行拒絶のときは、猶予期間設定を要することなく、直ちに給付に代わる損害賠償または解除ができることを、それぞれ B G B 二八一条二項・三三三条二項一号において定める形で、明文化が行われた(条文の試訳については、第二章参照)。なお、履行期「前」の断固とした終局的な履行拒絶については、三三三条四項において、猶予期間設定を要しない解除事由の一つとして明記されているが、給付に代わる損害賠償ができるかは、明文規定がない。しかし、改正前から給付に代わる損害賠償も肯定されていたとして、二八一条ないし二八二条の解釈上これを肯定するべきとされている(Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen (6. Aufl. 2005), 335f.)。この問題については、松井和彦『契約の危殆化と債務不履行』(二〇一三年) 三六〇頁以下に詳しく。
- (299) Larenz¹ Bachmann¹ がこれを挙げる。根拠のない解除・解約の主張は、二〇〇二年施行の債権法改正後は、断固とした終局的な履行拒絶に位置付けられることになろう(Emmerich, aaO, 334)。
- (300) BGH NJW 2008, 1147 (2008. 1. 23) (同判決の詳細については、青野博之「買主の不当な瑕疵修補請求に対する売主の損害賠償請求」駒澤法曹五号(二〇〇九年) 四二頁以下参照) は、買主が根拠のない担保給付請求をする場合、BGHZ 179, 238 (2009. 1. 16) は、売主が根拠のない代金請求および契約解除をする場合、BGHZ 195, 207 (2012. 10. 25) は、代理商契約の当

事者が代理商契約終了後の競争禁止合意が無効であるのにその効力を主張することについて、それぞれ配慮義務違反（二四一条二項の義務の違反）にあたるとした。このようなケースを付随義務違反の例として挙げるのは、Weller、Bachmann、Emmerichである。

- (301) Emmerich がこれを挙げる。
- (302) それを認めたのは、BGHZ II, 80 (1953, II, 13) である。Gröschler、Bachmann がこれを挙げる。
- (303) Larenz、Teichmann、Esser/Schmidt、Olzen がこれを挙げる。
- (304) Looschelders、Olzen（従たる給付義務の根拠は、明示的または推定される当事者合意であるという）、Bachmann（給付利益実現のための付随義務の根拠は、「給付交換をするという当事者の契約上の意思」であるという。）がこの立場である。
- (305) Böttcher、Teichmann がこの立場である。
- (306) Herrestahlも、Larenz・Wellerと同様に、給付利益確保を目的とする付随義務（Herrestahlの用語では、給付確実化付随義務）の基礎づけとして、契約目的実現のために当事者を拘束する契約の機能と信義則の両者を挙げる。Herrestahlは、給付確実化付随義務の代表例としての給付誠実義務の基礎づけに関して、次のように述べる。一方で、「給付義務の基礎は、法律行為に基づく債務者の約束、すなわち、給付をもたらし、それによって相手方の給付利益を促進するという債務者の約束である。そこから生じる、法律行為に基づく当事者の自己拘束は、給付誠実義務の基礎をも形成する。給付誠実義務は、BGB三六二条による履行の時点より後にも及ぶ。なぜなら、当事者が契約によって原則として目指しているのは、持続的な、少なくともより長く存続する給付利益の保持なのであって、それは、契約によって求められた目的を広い範囲で達成するためであるからである。給付約束によって、当事者は、また、広い契約目的を認め、給付結果を、より長く存続するのが原則である結果として認めることをもしているのである。」という。他方で、余後的な給付誠実義務は、「BGB二四二条、二四一条一項から引き出される。同義務は、客観的な法の一部である。すなわち、同義務は、債権関係から生じる、特に条文化はされていないもの、任意規定的な当事者の義務である。」とごう。Herrestahl, in: Arnold/Lorenz (Hrsg.), aaO, 186f. 付随義務が論じられる問題類型に、どのようなものがあるかは、管見の及ぶ限り、本稿でも概観する（後述）。
- (308) 筆者は、以前、フランチャイザーの競合回避義務をテーマとして、そのような個別的検討を、試行的に行った。拙稿「フランチャイザーの競合回避義務」滝沢昌彦ほか編『民事責任の法理 岡谷峻先生古稀祝賀論文集』（二〇一五年）所収三三

九頁以下。

(309) 同旨、田中教雄「債権者の受領義務について」九大法学五八号（一九八九年）二六頁。田中教雄教授は、具体的行為義務に関して、「給付結果が実現すればその違反は問題とならないのであるから、この付随義務（具体的行為義務を指す。——筆者注）は法的義務ですらないであろう。そもそも給付結果が実現されない場合には給付義務の違反を問題とすれば足りる

とも考えられるので、このような付随「義務」を承認する必要性があるかどうかは、なお検討を必要とする。」とされる。なお、同義務は、損害賠償請求の際、帰責事由の有無として判断される事情に含まれるとの指摘がある（奥田昌道編「注釈民法（一〇）債権（一）」（一九八七年）四一三頁以下（北川善太郎執筆）、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。）七八頁。）。

(310) 具体的行為義務違反を理由とする解除が認められたと考えられる例として、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、本件建物に沿った建物を建築するということの把握を正確に把握し、これを施主である原告に説明しなければならぬのはもちろん、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うべきである」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（民法六三二条（以下、本章において、条文の番号は、日本民法のそれを指すこととする。））の具体的内容をなすものと考えられるので、具体的行為義務にあたるといえよう。同判決は、「（1）調査不足から本件土地に対する法令上の制限に関する事実を誤認し、施主である原告の意向に必ずしも沿わない設計をしたばかりか、法令上の制限を知った後もその制限内容の説明や設計変更の打診もしていない、（2）契約締結後においても、設計図書、見積書（内訳書、工程表）を速やかに交付しない、（3）原告に工事の進捗状況を把握されていなかったことを奇貨とし、……施主に無断で設計内容を変更し、施工に及んだなどの付随的債務の不履行がある。このような被告の付随的債務の不履行は、施主である原告に対する著しい背信行為で、これにより原被告間の信頼関係は破壊され、施主である原告の意向に沿った建物を建築するという契約の目的の達成自体にも重大な影響を与えている。そうとすれば、原告は、かかる付随的債務の不履行による信頼関係の破壊を原因として本件請負契約を解除することができる」と解するのが相当」とした。この判

断は、主たる給付義務の全体の不履行を認定し、それを理由とする解除を認めたものではないと考えられるので、「具体的行為義務の違反は、債務不履行（債権侵害）の前段階としての危殆化段階（債権危殆）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る」のであって、ここに具体的行為義務を特に論じる意義があるとする見解（潮見佳男「構造と展開」七七頁以下。同旨、北川善太郎「契約責任の研究」（一九六三年）三五五頁以下。）に対する、傍証となつているように思われる。ただ、私見は、同判決の事案のようなケースでも、単純に主たる給付義務自体の違反を認めることに困難はないと考へる。二〇一七年改正民法施行後は、同判決の事案は、五四二条一項三号または五号の適用または類推適用による処理に委ねられよう。また、具体的行為義務が履行請求訴訟の対象となることも考えうるが、その場合でも、主たる給付義務そのものないしその一部の履行を求める訴えとして捉えてよいのではないか。具体的行為義務の訴求可能性を論じるものとして、次の文献がある。Stürner, JZ 1976, 390f.; Neumann, Leistungsbezogene Verhaltenspflichten: zur Durchsetzung sogenannter vertraglicher Nebenpflichten (1989); Bachmann, in: Krüger (Redakteur), in: Krüger (Redakteur), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd 2 (8. Aufl., 2019), § 241 Rn. 69f.

(311) 北川善太郎教授は、「具体的行為義務の内容は、債権者・債務者の合意、法規、業界ないし当事者間の慣行、債務者ないし債権者の内部準則（弁済方法や出荷方法についての内部的規則、品質規格等）や信義則にてらして履行の各段階の状況に対応して決まってくる。」とされる（奥田昌道編・前掲書四〇一頁（北川善太郎執筆））。

(312) なお、一つの付随義務が両方のタイプに該当することも多い。

(313) この信頼維持義務は、第一章では、「契約目的危殆化行為（不信任行為）を禁止する付随義務」と呼んでおいたものである。第一章で整理したように、信頼維持義務は、すでに、松坂説および北川説によつてその意義が論じられている。

(314) 以下の裁判例の整理は、「付随義務が論じられる問題類型に、どのようなものがあるか」を示すものでもある。

(315) 新美育文教授も、同判決は、「末期ガンの患者にとつては家族等による手厚い看護を受けることが重要な法益」であると判断したものと指摘される（新美育文・最判平成一四・九・二四評釈私法判例リマックス二八号（二〇〇四年）二九頁）。

(316) 診療契約において医師側が引受ける給付結果は、通常、診断・治療・それらに関する説明であると考えられる。なお、診療契約において医師側が引受ける給付結果を包括的な「治療義務」として捉え、その内容決定因子を論じる研究として、村山淳子『医療契約論』（二〇一五年）一三二頁以下。

(317) 草野類教授によれば、同判決が認めた告知検討義務は、「診療契約上の給付義務の内容たる診察・治療行為に付随して認められる義務であつて、かつ、その給付義務が目的とする患者の健康状態の改善・維持に資するべく認められたものであると解される」(草野類・最判平成一四・九・二四評釈法学新報一一〇巻九・十号(二〇〇四年)二六一頁)。

(318) 草野類教授も、同判決が認めた告知検討義務は、「付随義務に従来与えられてきた、「給付目的を実現かつ促進する(義務)」という同義務の積極的な意義を改めて具体化したものとして把握できよう」とされる(草野類・前掲最判平成一四・九・二四評釈二六一頁)。私見も同様に考える。

(319) なお、診療契約の給付利益は、身体・健康の完全性の回復であるから、同契約においては、給付利益自体が完全性利益である。最判平成一四・九・二四の認めた告知検討義務は、本文で論じたように給付利益確保を目的とする付随義務であると考えられるが、診療契約ではその給付利益自体が完全性利益であるため、告知検討義務は、同時に保護義務でもある。

(320) 貸付実行後の消費貸借契約の貸主には、「貸しておく義務」は存しないという理解(我妻栄「債権各論 中巻一」(一九五七年)三五二頁以下、中田裕康「契約法」(二〇一七年)三五八頁以下)に立てば、貸主が提供すべき給付結果は、貸付実行時に完全に実現したことになる(五八七条の二が適用されるときは、五八七条が適用されるときは、貸付実行による結果と契約成立とが同時に生じることとなる)。のに対し、「貸しておく義務」を認める立場(広中俊雄「債権各論講義」(第六版、一九九四年)一〇三頁、北川善太郎「債権各論」(第三版、二〇〇三年)五一頁以下、平野裕之「契約法 民法総合5」(第三版、二〇〇七年)四二二頁以下)によれば、貸付実行後、返還期限到来まで請求をしないことで、給付結果実現を果たすことになる。どちらの立場に立つにせよ、貸付実行後の貸主は、(期限前の請求をしない限り)給付義務を完全に果たしていることになる。そうすると、「給付義務に付随する義務」を觀念する余地はないのではないか、という疑問が生じる(小杉茂雄・名古屋地判平成一三・九・二八評釈私法判例リマークス二六号(二〇〇三年)五三頁、千葉恵美子「貸金業取引をめぐる新判例の意義と今後の立法的課題」みんけん(民事研修)五八八号(二〇〇六年)一四頁)。

(321) 別途、弁済を受ける債権者としての一般的な義務が生じうる(四八六条、四八七条等)。

(322) 考察の出発点に置くべきは、なによりも、超過利息の支払は、そのための合意があつたとしても、利息制限法旧規定一条一項(現行利息制限法一条)およびその趣旨を徹底した一連の最高裁判決(最判昭和三九・一一・一八民集一八巻九号一八六八頁、最判昭和四三・一一・一三民集二二巻一二号二五二六頁、最判昭和四四・一一・二五民集二三巻一一号二二二七頁)

によって、金銭消費貸借契約の借主には、契約上の義務として課されえないということ、および、そのことは、みなし弁済制度を規定していた旧貸金業規制法四三条の適用要件は極めて厳格に解するべきとする、最判平成一八・一・一三民集六〇巻一頁一頁を嚆矢とする判例の確立の前後を問わず、さらには当該事例における金銭消費貸借契約締結の前後を問わずに、一貫して妥当していた・妥当しているということである。旧貸金業規制法四三条のみなし弁済制度は、政策的判断に基づいて、超過利息の支払は借主に義務づけられないという原則に対して、嚴重な要件が支払のときに満たされるときに限り、支払われた超過利息相当額の返還請求を封じるという特異な例外的効果を認めていたものである。同制度の適用を受けうる金銭消費貸借契約に限り、同契約が、超過利息の支払を義務づけえたのではない（森泉章編『新・貸金業規制法』（二〇〇三年）二九一頁以下・二九四頁以下（鎌野邦樹執筆）。このことを基礎にするならば、みなし弁済制度の適用があるときであっても、同制度の要件が満たされそれに基づく特殊な例外的効果が生じることを主張・立証し、超過利息相当額の返還義務がないことを正当化するべきは、貸金業者側の責任範囲に属するとしか考えようがない。みなし弁済制度の適用がないにもかかわらず貸金業者が超過利息相当額の支払を受けているときにおいても、同様に、どの範囲が利息制限法上許容されて返還義務を負わないのか、そして、どの範囲で、みなし弁済制度という特殊な例外的制度の適用を試みるも不奏功におわり、したがって返還義務が生じるのかを、資料に基づいて明らかにする負担は、これを貸金業者側の責任範囲に配すべきである。

- (223) BGHZ 179, 238 (2009 I 16) が次のように述べていることが、参考になる。「契約の相手方当事者に対し、その者が契約によって課されていないことを請求し、または、存在しない形成権を行使する契約当事者は、二四一条二項（—— BGB (ドイツ民法) の条文である。筆者注) による配慮義務に違反する。同条項によれば、契約当事者のそれぞれは、相手方の権利および利益に配慮しなければならない。この権利および利益には、契約によって合意されたことを超えた範囲で請求を受けることはないという、債務者の利益も属する。債権者が、債務者に対して、給付結果の無制限の招来を求めることができるように、債務者は、債権者に対して、債権者もまた合意されたことの限界を遵守することを求めることができるのである。」
- (324) これに対し、潮見佳男教授は、「両当事者が合意の中で引き受けていなかったリスクを両当事者間に配分するため、換言すれば、「貸金業法の適用を受ける金銭消費貸借契約」における典型的状況にかんがみ、借入金債務の実体に関する情報・証拠面でのリスクを債務者から貸金業者へと転嫁するため、最高裁は、貸金業者の取引履歴開示義務を「信義則」に基づく「付随義務」として捉えた」ものと見るべきであるとされる（潮見佳男・最判平成一七・七・一九評釈 N B L 八二二二号（二〇〇

五年)一七頁以下。なお、ここでいう「典型的状況」とは「債務の実体を明らかにするうえで必要な情報・証拠に関して貸金業者・債務者間に格差(ないし偏在)が認められ、かつ、自己の借入債務に関して適切な情報管理をすることが債務者に期待できないという典型的特徴」が存することが含意されている。また、千葉恵美子教授は、「貸金業者は資金需要者に對して業として貸付を行っており、交渉力の点で契約当事者間に格差があること、……貸金業者が債務者と社会的接觸関係を継続的に持つていること、以上の点から、貸金業者は貸付契約上の一種の保護義務として開示義務を負担していると考えることができないであろうか」とされる(千葉恵美子・前掲評釈一四頁)。また、角田美穂子教授は、付随義務の類型として、給付価値の実現に奉仕する義務と、相手方の生命・人格・財産の保護に配慮すべき義務(安全配慮義務ないし保護義務)が知られているとした上で、「本件で問題とされた取引履歴開示義務は、このいずれとも異なる内容をもつもののように見える。」とされる(角田美穂子・最判平成一七・七・一九評釈判例時報一九二五号(二〇〇六年)一七八頁)。なお、法制審議会民法(債権関係)部会第四八回会議(二〇一二年八月二六日開催)部会資料41「民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(13)」一三頁および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)三二九頁は、それぞれ、債権者が信義則上債務者に対して負う付随義務の例として、同判決を挙げる。

(325)

かつてある電信電話事業者(NTT)が提供していた、「ダイヤルQ2事業」なる事業(NTTが、「情報提供者」との契約に基づき、情報提供者が、NTTの加入電話契約者に対して、有料情報サービスを提供できるようにする仕組み。情報提供者が電話契約者から得る情報料と、NTTが電話契約者から得る通話料とは、NTTによって電話契約者に対して一括請求され、NTTは、一定の手数料を控除して情報料を情報提供者に支払っていた。加入電話のための契約では、加入電話契約者以外の者が行った通話についても、加入電話契約者が支払義務を負うことが、約款により定められているため、加入電話契約者が知らないうちにその家族等がダイヤルQ2事業による有料情報サービスを利用しても、それによる通話料は加入電話契約者が支払義務を負うことになる。そのため、ダイヤルQ2事業という新規事業は、加入電話契約者にとって、自らが把握しない通話の急激な増加により、通話料の高額化に容易に結びつく危険を内包していた。)をめぐる、家族等の加入電話契約者以外の者による同事業を通じた有料情報サービスの利用により、予想外に高額となった通話料の請求を、NTTが、加入電話契約者に対してできるかが問題となった事案について、最判平成一三・三・二七民集五五卷二号四三三頁は、まず「加入電話契約は、……民法上の双務契約であるから、……その契約上の権利及び義務の内容については、信義

誠実の原則に照らして考察すべきである。そして、当該契約のよって立つ事実関係が変化し、そのために契約当事者の当初の予想と著しく異なる結果を招来することになるときは、その程度に応じて、契約当事者の権利及び義務の内容、範囲にかなる影響を及ぼすかについて、慎重に検討する必要があるといわなければならない。」とし、「Q2情報サービス（ダイヤルQ2事業を通じて有料情報サービスを指す。——筆者注）は、……その利用に係る通話料の高額化に容易に結び付く危険を内包していた。……このようなQ2情報サービスの開始は、……加入電話契約のよって立つ事実関係を変化させたものといえることができる」とした。そして、NTTは、「電気通信役務提供の条件やそのあり方を自ら決定し、事業の内容等についての情報を独占的に保有する立場にあるのであるから、ダイヤルQ2事業の創設に伴ってQ2情報サービスの無断利用による料金高額化の危険が存在していた以上、上告人（当該事業における電気通信事業者（NTT）——筆者注）には、……電話に関わる公益的事業者として、ダイヤルQ2事業の開始に当たり、あらかじめ、加入電話契約者に対して、同サービスの内容や危険性等について具体的かつ十分な周知を図るとともに、その危険の現実化をできる限り防止するために可能な対策を講じておくべき信義則上の責務があった」とし、加入電話契約者が通話料高額化を認識しこれに対する措置を講ずることが可能になるまでの間に生じた通話料について、加入電話契約者の支払義務を定める約款上の「規定が存在することの一事をもって被上告人（当該事業における加入電話契約者——筆者注）にその全部を負担させるべきものとする」とし、信義則ないし衡平の觀念に照らして直ちに是認し難いといふべきである。」として、当該期間における通話料について、五割を超える部分の支払請求を退けた。この判決が認めた「信義則上の責務」は、予想外に過大な負担を契約によつて負わされること（同判決の表現によれば「契約当事者の当初の予想と著しく異なる結果」の招来）がないことに対する利益の保護するものであつて、「契約によつて正当化されるもの以上の負担・不利益は課されない」ことを目的とする付随義務に近いように思われる。なお、同判決のいう「信義則上の責務」について、「契約のよつて立つ事実関係の変化をもたらした契約当事者に課される信義則上の付随的責任として理解されるべきものであろう」とする見解がある（豊澤佳弘・最判平成一三・三二七解説『最高裁判所判例解説 民事篇 平成一三年度（上）』（二〇〇四年）所収三二—三頁）。

(326) 小粥太郎教授は、同判決は「防火戸による買主の生命身体財産等の保護の重要性と関連させて説明義務を導いている」とし、同判決の説明義務は「相手方の契約締結のための意思決定の基盤と異なる意思決定（防火戸の電源スイッチを入れるかどうか）の基盤、さらにそれを介して間接的に契約利益・生命身体財産等の保護を狙うものといえようか」と指摘される（小粥

太郎・最判平成一七・九・一六紹介民商法雑誌一三四卷二号（二〇〇六年）二七八頁。尾島茂樹教授も、従来、売主の説明義務として問題とされてきたのは契約締結の可否に関する事項に関わるものであったのに対し、同判決で問題とされたのは、「契約の目的を円滑に達成しうるか否かに関する事項であつて、その性質が異なる。」と指摘される（尾島茂樹・最判平成一七・九・一六評釈別冊ジュリスト一九六号〔民法判例百選 Ⅱ 第六版〕（二〇〇九年）一一頁）。また、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針 Ⅱ』（二〇〇九年）一四頁は、「契約目的達成のための付随義務」の例として、法制審議会民法（債権関係）部会第四八回会議（二〇一二年八月二六日開催）部会資料41「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（13）」一三頁は、「給付結果・給付利益を保護すべき注意義務（付随義務）」の例として、それぞれ同判決を挙げる。

(327) 石川博康・大阪高判平成一六・一二・二評釈NBL八〇四号（二〇〇五年）二〇頁、岡本正治・宇仁美咲『改訂版 逐条解説 宅地建物取引業法』（第二版、二〇一二年）三八九頁・五三三頁以下。例として、東京高判昭和五二・三・三一判時八五八号六九頁（「本件のように宅建業者が取引の当事者である場合に、重要事項の説明義務は、本件土地売買に附随する売主として当然の義務」であると述べる）、大阪高判昭和五八・七・一九判時一〇九九号五九頁（「不動産業者たるものが売主として取引の当事者となつている場合には、本件建築規制の如き事項の説明義務は本件土地売買に附随する売主としての当然の義務というべきである」と述べる）。

(328) 例として、南側隣接地に建物が建築されることについて告知する義務が肯定された東京地判平成一一・二・二五判時一六七六号七一頁（「区分所有建物を分譲販売する業者は、宅地建物取引業法三五条、四五条等の趣旨や信義則等に照らし、売買契約に付随する債務として、区分所有建物を購入しようとする相手方に対し、購入の意思決定に重要な意義をもつ事項について、事実を知っていながら、故意にこれを秘匿して告げない行為をしてはならないとの義務」を負うとする）、物件が南向きかどうかについて正確な情報を伝えるべき義務が肯定された京都地判平成二二・三・二四判タ一〇九八号一八四頁（「不動産分譲事業者が居住を目的とする買主に不動産を分譲する場合、…不正確な表示・説明を行わないという信義則上の付随義務があるというべきである。」とする）。不動産開発業者が売主であったケースについて、札幌地判昭和六三・六・二八判時一二九四号一一〇頁は、「売買契約の売り主は、信義則上、本件西側の空き地に本件マンションの日照・眺望・通風に影響を与えるおそれのある高層マンションが建設されることを知っていた場合、あるいは、簡単な調査により右のような

高層マンションが建設されることを容易に知りえた場合（すなわち、明らかな認識可能性がある場合）には、これを調査・説明する本件各売買契約上の附随的義務」があるとした（事案において認識可能性を否定）。

(329) このように、契約上の付随義務として生じる説明義務については、契約締結前の信義則上の説明義務違反を理由とする債務不履行責任の発生は認められないとした最判平成二三・四・二二民集六五卷三号一四〇五頁の射程は及ばないと解するべきではないか。

(330) 大阪地判平成一・四・一三判時一三三二二二〇頁は、「一般に人の住居に使用される建物の賃貸借契約においては、賃借人は賃借人に対し、いわゆる使用収益させる義務として、賃貸借の目的物である建物をも人の住居（ちなみに、これには、当事者がその契約において当然の前提としている一定の平穏さが要求される。）としての円満な使用収益ができる状態（以下「本件状態」という。）で引渡すべき義務があるというべきであり、そして、このことは本件賃貸借契約についても妥当するから、被告（当該事例における賃借人——筆者注）は本件賃貸借契約に基づいて原告（当該事例における賃借人——筆者注）に対し二〇一号室（当該事例における賃借目的物——筆者注）を本件状態で引渡すべき義務があつた」。「被告が本件状態を欠くまま二〇一号室を原告に引渡したことは、被告の原告に対する右義務についての不履行に当たるといふべきである」。「被告は本件賃貸借契約に基づいて原告に対し二〇一号室の引渡後も二〇一号室につき本件状態を維持すべき義務があり、したがって、たとえば本件のように第三者の侵害行為により二〇一号室について本件状態が阻害された場合には、右義務に基づいて能う限り右侵害行為を排除して二〇一号室につき本件状態を回復すべき義務がある」が、賃借人が、同侵害行為の排除に十分に努めなかつたことは、「被告の原告に対する前記義務についての債務不履行に当たるといふべきである」とした。東京地判平成一五・一・二七判タ一一二九号一五三頁は、賃借人が、賃借人からビルの一室を借り受けて婦人服販売店を経営していたところ、同一賃借人から同ビルの別の部分を賃借して飲食店を経営していた者が悪臭を発生させたことにより、営業上の損害を被つたとして、賃借人の債務不履行を主張したケースについて、「賃貸借契約における賃借人の義務を考へるに、賃借人には、あらゆる臭いの発生を防止すべき義務があるといふものではなく、賃貸借の目的から見て、目的物をその目的に従つて使用収益する上で、社会通念上、受忍限度を逸脱する程度の悪臭が発生する場合に、これを放置し若しくは防止策を怠る場合に、初めて、賃借人に債務不履行責任が生ずるといふべきであり、悪臭発生の有無、悪臭の程度、時間、当該地域、発生する営業の種類、態様などと、悪臭による被害の態様、程度、損害の規模、被害者の営業等を総合して、

賃借人として受忍すべき限度内の悪臭か否かの判断をすべきである。」本件についてみると、賃借人は、「賃借人に目的物を使用収益せしめる義務を怠ったものであるから、……債務不履行責任を負う」と判示した。

(31) このようなケースでは、賃借人は、利用環境破壊行為をしている入居者との関係でも賃貸借契約上の賃借人としての権利を有しているから、それに基づいて、同行為の中止を要求することができ（利用環境破壊行為を禁じる条項が当該賃貸借契約に存しない場合であったとしても、賃借人は、賃借人の給付利益を確保するための付随義務として同行為をしない義務を負うべきである）、最終的には賃貸借契約解除により同居者を退去させることもできる。

(32) 私見は、このような賃借人の利用環境破壊行為排除義務を、給付利益確保を目的とする付随義務として認めるべきであると解する。これに対して、前掲大阪地判平成一・四・一三・前掲東京地判平成一五・一・二七は、賃借人の主たる給付義務を柔軟に捉え、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、このように主たる給付義務を柔軟に解して契約上明記されていない当事者の義務を認めるアプローチに、反対するわけではない。付随義務としての基礎づけも、主たる給付義務の柔軟な解釈も、どちらも可能なアプローチなのであって、どちらかが可能であるからといって他方が否定される関係ではなからう。

(33) 笠井修教授は、日本・ドイツの関連裁判例・学説の分析検討を経て、請負人の履行着手・履行継続にとって必要な協力行為は、「仕事の完成そのものにとつて欠くことのできない行為であり、これについては、請負契約自体から導かれる注文者の債務の一部と位置付けられるのではなからうか。」当事者の協働を不可欠とするような内容の「請負契約を締結した当事者は、注文者もまた報酬支払債務に加えて一定の協力義務（債務）を負うことを合意しているものとみる必要性もうかがえるのではなからうか。」とされる（笠井修「注文者の協力義務」岡谷峻ほか編『好美清光先生古稀記念論文集 現代契約法の展開』（二〇〇〇年）所収二八二頁以下）。その際、注文者の非協力により適時の履行ができないと、請負人は、施工能力を無駄にするという不利益を受け、かつ、別契約の締結や履行が妨げられるという、建設契約請負の特殊性が強調されている。また、荒井八太郎『建設請負契約論』（一九六七年）五九七頁も、建設請負契約において、「明示がなくても契約履行上必要と認められる協力行為については、……注文者に協力義務があると解すべきである」とされる。さらに、生田敏康教授も、「請負人は、報酬請求権の取得という意味での契約実現に対する利益を有しているのであり、これは正当な利益であり、注文者はそれを妨げてはならないのである（その意味で契約実現に対する協力義務を負うと解すべきであろう）。よって、このよ

うな協力義務違反（注文者の帰責事由）がある場合には、請負人の約定報酬請求が認められるべきであろう」とされる（生田敏康「請負契約における注文者の非協力と請負人の報酬請求権」福岡大学法学論叢四三巻三号（一九九八年）二二二頁）。履行の中途段階において問題となる債権者の協力について具体的な規律をしているドイツの建設請負契約約款を取り上げ、そこでどのような発注者の協力が問題とされているのかを考察するものとして、小林友則「ドイツ建築請負契約約款における発注者の協力」名古屋大学法政論集二五四号（二〇一四年）六六三頁以下。

(334) 焼鈍炉の建設請負契約において、請負人側は着工の準備を整えたが、注文者が工事着工の指示を怠りつづけ、請負人がそれを理由に契約解除の意思表示をした事案について、名古屋地判昭和五三・一二・二六判タ三八八号一二二頁は、「注文者たる被告としては請負人たる原告に対し相当と認められる期間内に当該工事に着手することを指図して同人に請負人として負担する義務を履行させ契約の目的を達成することに協力する義務を負うものであり、これをしないまま漫然と契約関係を不確定な状態に放置しておくことは信義誠実の原則に反し許されないものというべきであつて、この義務の懈怠は注文者の側における債務不履行として契約解除の原因となるものというべき」とした。

(335) 請負人は、工事着工の指示がなければ、指示があれば着工を開始できるよう、施工能力を待機させ、また、当該工事と両立しえない別の工事受注を控える必要があると思われる。着工の指示が不当に遅延すれば、請負人は施工能力を活用できず、別口の収入源を逸するおそれがある。適時に工事着工をする注文者の協力義務は、請負人のこのような利益を保護するためのものであると考えられる。そうすると、報酬の獲得以外の、請負人の具体的利益が、同義務で保護されることとなる。

(336) フランチャイズ契約の契約目的に関しては、拙稿「フランチャイズ契約の法的性質（総論的考察）」法学新報一二二巻七八号（二〇一四年）二五三頁参照。

(337) 平井宜雄「いわゆる継続的契約に関する一考察」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題 下』（一九九六年）所収七一八頁、同『債権各論 I 上 契約総論』（二〇〇八年）一二二頁、拙稿「特約店契約およびフランチャイズ契約の特徴と解消について（三・完）」法学新報一〇五巻一二号（一九九九年）一二四頁以下。東京地判平成五・九・二七判時一四七四号二五頁は、次のように判示した。「本件特約店契約の有効期間がその規定上は一年ではあるものの、自動更新条項に従つて二八年間という長期にわたつて原・被告間の取引が継続されてきたのであるから、原告（当該事例における特約店——筆者注）において被告（当該事例における供給者——筆者注）との取引が今後も継続されるものと期待することには合理性

があり、その合理的期待は保護に値するものである。まして、その取引高も原告の経営規模からして決して少なくない額であつて、資生堂化粧品（当該特約店契約における取扱商品——筆者注）を他から仕入れる方途もない以上、被告との取引が解消されれば原告が深刻な経営的打撃を受けることとなることは明らかである。このような状況に鑑みれば、本件特約店契約はいわゆる継続的供給契約であり、各注文ごとに売買が成立するものではあるが、特段の事由のない限り、被告は原告の注文に応じる義務があるといふべきである。同様に供給義務を肯定したと考えられる例として、次のものがある。東京地判昭和四七・五・三〇判タ二八三号二七四頁、フランチャイズ・ハンドブック（第四版、一九九五年）二二七頁、神戸地判昭和五六・一〇・二〇判タ四六六号一四九頁、東京地判平成六・七・一八判時一五〇〇号三頁、大阪地決平成七・二・一七日公取委審決集四一巻五一頁、東京地判平成二・六・三〇金融・商事判例一一一八号四三頁、神戸地判平成一四・九・一七公取委審決集四九巻七六六頁。

(338) 東京高判平成一四・一二・五判時一八一四号八二頁。このような指導監督義務を認めた同判決の意義については、拙稿・同判決評釈・法学新報一一一巻一一―一二号（二〇〇五年）二九八頁以下参照。

(339) コンビニエンスストアのフランチャイズ契約において、フランチャイジーが、フランチャイザーが当該フランチャイジーの近隣に、同一チェーンに属する別店舗（競合店）を出店させたことが、債務不履行・不法行為にあたと主張した事案において、福岡地判平成二三・九・一五判時二一三三三号八〇頁は、一方で、当該契約の規定のとおり、当該事案において、フランチャイザーはフランチャイジーに一定の地域について独占的権利を与えておらず、フランチャイジーと商圏が重なる地域に別店舗を出店させることができるとしたが、他方で、本件契約書前文が「原告（当該事案におけるフランチャイジー——筆者注）と被告（当該事案におけるフランチャイザー——筆者注）が相協力して、事業の繁栄を図ることを本件契約の目的の一つとして掲げていること」本件契約書において「被告は、原告の営業努力が十分報いられるように配慮すると規定されていることの趣旨からすれば、被告が別のセブンイレブン（当該事案におけるフランチャイズチェーン名——筆者注）店を出店させることによる本件店舗の売上げや原告の生活に与える影響の程度、それに対する被告の認識ないし認識可能性の有無によつては、別のセブンイレブンの出店が信義則（民法一条二項）に反するものとして債務不履行を構成する場合や不法行為を構成する場合もあり得る」と判示した。日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『フランチャイズ事件処理の手引』（二〇一二年）四一頁は、このような近隣出店の際、フランチャイジーには、フランチャイジーの「経営を害す

ることがないよう配慮すべき義務がある」とする。金井高志弁護士も、同様の問題をめぐる議論として「本部の新規出店が信義則に反する（信義則上の保護義務違反）」というものがありません。」と指摘される（金井高志「フランチャイズ契約を巡る課題と留意点」会社法務A2Z・二〇一三年二月号一八頁）。この問題を論じるものとして、拙稿・前掲「フランチャイザーの競合回避義務」。

- (340) 田中教雄教授も、不信行為による契約目的危殆化を理由とする損害賠償請求は、給付利益（同教授は、「積極的損害」と呼ばれる。）の賠償を求めると指摘される（田中教雄・前掲論文三四頁）。同教授は、その立場から、そのような損害賠償請求を、保護義務違反を理由として認めたと目されるBGHZ 11, 80 (1963, 11, 13) を批判される。なお、松坂佐一教授は、契約目的危殆化行為は、「契約の基礎たる信頼関係に動搖を与える点において、給付義務・保護義務よりも更に高次の誠実義務違反と見て差支えあるまい。」とされる（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)所収二四七頁。第一章参照)。

- (341) 奥田昌道編『新版 注釈民法(一〇)Ⅱ 債権(一)』(二〇一二年)一一一頁以下（北川善太郎＝潮見佳男執筆）、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』(二〇一七年)一六〇頁。

- (342) 潮見佳男教授は、(履行期前の)明確な履行拒絶にあたらぬ場合であっても、「個々の契約関係において、契約または信義則に基づく義務(付随義務)として、信用状態・財産状態等を維持し、契約危殆を生じさせないようにする義務を相手方が負っていたときには、この義務の違反(債務不履行)を理由とする損害賠償や解除も、これらに関する規定が定める要件を充たせば可能である」とされる（潮見佳男・前掲『新債権総論Ⅰ』三二五頁）。

- (343) 最判昭和三八・九・二七民集一七卷八号一〇六九頁（建物賃借人が、賃貸人所有の土地の上に、賃借建物に接続して別の建物を無断建築したケース）、最判昭和五〇・二・二民集二九卷二号九九頁（建物を区分してショッピングセンターとして青物・果物等の店舗用にこれを賃貸している賃貸人が、建物の一区画を賃借している賃借人に対し、同賃借人には、粗暴な言動を用い又は濫りに他人と抗争する行為などを禁止する特約に違反する行為があったと主張したケース）。

- (344) 東京地判昭和六〇・七・一六判時一二一〇号六六頁。もっとも、同判決の事案は複雑に入り組んでおり、同判決は、請負人が、反対住民と注文者との話合いがつくまでには請負人としては「工事ができない、工事をしない、との言質」を、注文者に無断で住民らに与えていたことを主な義務違反としながらも、それだけでなく、住民が日照権問題を重視し日照図・日影

図を要求していたのにその作成・説明を拒んだこと、住民の強硬な反対運動のため請負人に代わり注文者が工事車両の導入を試みたが、その際傍観するのみであったこと、事態打開のための助言・具体的対策の相談をしなかったこと等の請負人の行為・姿勢を挙げ、それらを総合的に勘案して、「紛争解決義務の一環として本件請負契約に基づいてその仕事を完成するため第三者たる住民らの妨害ないし反対を処理解決するにつき信義則上求められる原告（当該事案における注文者——筆者注）への協力義務に反し、これを尽さなかった点において、被告（当該事案における請負人——筆者注）は債務不履行の責任を免れない」とした。同判決が挙げた請負人の義務違反には、主たる給付義務（仕事完成・引渡義務）の一部（具体的行為義務）への違反であると考えられるものも含まれているが、主たる給付義務に収まりきらない義務（契約履行過程において第三者との紛争が生じたときに、その第三者を利するような行為を控えるべき義務等）を、「信義則上の義務」として請負人に課している点が注目される。

(345) 相手方に対して繰り返し虚偽説明をしない義務 (BGHZ 11, 80 (1953, 11, 13)) が認めた義務、買主の注文に応じて用意していた高級車の部品を買主に無断で交換しない義務 (BGH NJW 1978, 260 (1977, 10, 19)) (ポルシェカレラ事件判決) が認めた義務) は、日本法においても、給付利益確保を目的とする付随義務として認めるのが適当であるように思われる。これに対して、根拠のない担保給付請求をしない買主の義務 (BGH NJW 2008, 1147 (2008, 1, 23)) が認めた義務) は、これを肯定すると、買主は、確かな根拠を得てからでない限り、担保給付を求めると (日本法においては契約不適合責任追求) を躊躇するようになると予想され、同制度による救済を萎縮させかねないという懸念がある。

(346) 二〇一七年民法改正以前の解釈として、中田裕康教授は、履行期前の確定的履行拒絶の構成に関して、「その根拠としては、契約の解釈により契約当事者間では履行期に履行がされるよう適切に準備する義務が認められることがあり、……その義務違反が債務不履行となると考えられよう。」と示唆されていた (中田裕康『債権総論』(第三版、二〇一三年) 一一六頁)。

(347) 各条項の定める確定的履行拒絶には、履行期前の債務に関するそれも含まれる (潮見佳男・前掲『新債権総論 I』三二五頁・三三八頁以下・五七二頁以下、中田裕康・前掲『契約法』二一一頁、潮見佳男ほか編『詳解 改正民法』(二〇一八年) 一三三頁 (田中洋執筆)、松井和彦『改正民法における契約の危殆化』阪大法学六九卷三〇四号 (二〇一九年) 五三三頁)。

(348) 確定的履行拒絶の位置づけについては、履行拒絶を受けた履行期前の債務 (主たる給付義務) についての、(履行遅滞・履行不能等と並ぶ) 債務不履行形態の一つとされているようである (中田裕康・前掲『契約法』二二二頁は、「今回の改正は、

履行期の前後を問わず、債務者の履行拒絶に焦点をあて、履行不能の規律に準じることとするものである」とされる。潮見佳男・前掲『新債権総論Ⅰ』五七二頁は、「履行期前の確定的な履行拒絶は、債務不履行の一種である。」とされる。同頁、松井和彦・前掲論文五三三頁）。

(349) Larenz/Teichmann/Esser/Schindt/Looschelders/Olzenの各見解。なお、潮見佳男・前掲『新債権総論Ⅰ』一六一頁。

(350) 筆者は、以前、民法が定める受任者の義務のうち、報告義務も含む「財産管理者としての義務」を、このような目的設定によって特徴づけ、その適用範囲を論じた。拙稿「フランチャイザーの受任者的地位」法学新報一二二巻一〇二二号（二〇一五年）五七一頁以下。

(351) 契約上の規定を根拠としない報告義務が認められた例として、二つの著名な例が想起される。コンビニエンスストアのフランチャイズシステムにおいて、フランチャイザーが発注した商品仕入代金の決済をフランチャイザーが代行する仕組みのあるフランチャイズ契約について、最判平成二〇・七・四判時二〇二八号三三二頁は、代金支払に関する事務の点に、フランチャイザーを受任者とする準委任契約の性質を認め、これを根拠にフランチャイザーは代金支払に関する報告義務を負うと解した。預金契約に関して、最判平成二一・一・二二民集六三巻一〇二二八頁は、「預金契約に基づいて金融機関の処理すべき事務には、預金の返還だけでなく、振込入金受入れ、各種料金の自動支払、利息の入金、定期預金の自動継続処理等、委任事務ないし準委任事務（以下「委任事務等」という。）の性質を有するものも多く含まれている」こと、預金者にとって、預金口座の取引経過の開示を受けることは、「預金の増減とその原因等について正確に把握するとともに、金融機関の事務処理の適切さについて判断するために必要不可欠である」ことを挙げて、「金融機関は、預金契約に基づき、預金者の求めに応じて預金口座の取引経過を開示すべき義務を負う」と解した。

(352) 潮見佳男教授は、給付結果の背後に存する債権目的（契約目的）が規範生成にあ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（同「構造と展開」七九頁）。

(353) 二〇一七年民法改正における審議過程では、付随義務の存否内容の基準として「契約をした目的」を取り入れる案をめぐり、そこである契約目的は、「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いうことです。」との理

解が示された（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）議事録四六頁（山本敬三幹事発言））。この立場では、付随義務を肯定するためには、「契約上予定された目的」が認定されなければならないであろう。しかし、一定の利益の実現ないし保障が「契約上予定」されていると解釈できるといことは、その利益の保護について、契約上の合意があると解釈でき、またそう解釈するべきである（合意（契約解釈）に基づく契約目的支援義務）という他に他ならないのではなからうか。合意に基づかない契約上の義務として、契約目的の実現を使命とする付随義務（信義則に基づく契約目的支援義務）が、その使命を全うするためには、「契約上予定された目的」が認定できる場合を超えて同義務を認める必要があるように思われる。

- (354) 第三章で紹介したように、Waller は、「給付関連付随義務」の発生のためには、第一に、同義務が契約目的達成のために必要不可欠であること、第二に、同義務の求める行為が、義務を課される当事者の固有の利益を犠牲にすることなく可能であつて受忍要求可能であること、第三に、その行為が、同義務によつて保護される方の当事者のリスク領域に位置しないこと、が要件となると主張する。

(355) Waller 以外のドイツの見解で、契約目的支援義務の発生基準にとつて参考になる見解としては、次のものを挙げる。第三章参照。

Teichmann：「契約履行段階の給付関連付随義務は、「両当事者によつて目指された取引の結果、または、一方当事者の契約目的であるものとして相手方当事者が承認した取引の結果をもたらすために、受忍要求可能なすべてのことをする義務」である。

Bachmann：「給付利益実現のための付随義務に属する協力義務は、「契約の実行のための前提を創出し、契約上の給付の利用を相手方ができるようにするため」に協力する義務である。同義務が生じうるのは、「障害が両当事者のリスク領域に存するとき、または、当事者の一方が、一次的には自らが負うべき責任領域において、契約目的の達成のために、相手方当事者に依存しているときであつて、かつ、その相手方当事者の助力が、相手方当事者自身の利益を犠牲にすることなく可能であり受忍要求可能でもあるときである。」

Emmerich：「給付誠実義務は、契約目的を危うくさせまたは挫折させない義務、すなわち、契約相手方が契約締結によつて目指していた利益を取得し、または、契約相手方の目標を実現すること、まさにそのことについて契約相手方を妨げない

義務」である。

(356) いわゆる契約解釈によるとする見方が考えられるが、どのような契約解釈技法がどのような手順で用いられて付随義務が基礎づけられるか、について掘り下げるドイツの議論があるわけではない。日本法の議論としては、平井宜雄教授によってそのような掘り下げが展開されている(平井宜雄・前掲書八四頁以下)。

(357) 二〇一七年民法改正における審議過程でも、信義則の具体化として保護義務・付随義務を定める規定を設けるべきかをめぐり、「信義則を具体化したときに、その義務違反というのを契約責任と考えるのか、不法行為責任と解するか、それともいずれとも決めないでまだオープンな問題だと見るのか」を考えなければならぬとの指摘があった(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)議事録四九頁(能見善久委員発言))。

(358) 奥田昌道「契約法と不法行為法の接点」磯村哲編『於保不二雄先生還暦記念 民法学の基礎的課題 中』(一九七四年)所収二〇九頁以下、潮見佳男「構造と展開」五一頁・七九頁、同・前掲『新債権総論I』一五六頁・一六〇頁、長坂純「契約責任の構造と射程」(二〇一〇年)二九五頁、同「契約債務関係の構造」『明治大学法学部創立百三十周年記念論文集』(二〇一一年)所収三六二頁。

(359) 潮見佳男教授も、「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。」と指摘される(潮見佳男「構造と展開」一六七頁)。

(360) Emmerich 旧説がこの点を強調する。二〇一七年民法改正における審議過程でも、付随義務を定める規定の検討の際、同義務の存否内容の基準として「契約をした目的」を採用する案をめぐって、そこでいう契約目的は、当事者の主観で決まるのか、そうであるならばどちらの当事者の主観かという問題があることの指摘(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)議事録五一頁(中田裕康委員発言))、および、その点について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(二〇一二年七月一〇日開催)議事録四四頁(山野目章夫幹事発言))。

(361) 契約目的概念が、具体的なものから抽象的なものまで様々なレベルをもち、主観的な要素と客観的な要素とを併有するとの視点から同概念を分析するものとして、森田修「契約目的」概念と解除の要件論」小林一俊ほか編『債権法の近未来像』(二

〇一〇年）所収三三一頁以下。

(362) また、給付利益（契約目的）を直接に害する行為でなくとも、その実現を深刻に危殆化する当事者の重大な不信行為については、これをも禁ずる必要があると考える。そのために、契約目的の支援義務として、信頼維持義務が認められるべきであると解する。

(363) 森田修教授は、契約解釈を論じる文脈において、契約における合意が、契約目的概念を媒介として、欠落部分を自己修復するプロセスを指摘される。次のように論じられる。「合意は、「契約目的」概念を介して欠落した部分をいわば自己修復していくものとして現れる。この自己修復性を可能にしているのが、……再帰的な概念としての「契約目的」なのである。」¹⁾「契約目的」は意思によって起動しながら、意思によらないものを契約規範の中に持ち込む。」（森田修・前掲論文二三五頁・二五五頁）。

(364) 特約店契約・フランチャイズ契約における主たる給付義務については、拙稿・前掲「特約店契約およびフランチャイズ契約の特徴と解消について（三・完）」一一七頁以下、同・前掲「フランチャイズ契約の法的性質（総論的考察）」二二二頁以下・二五四頁以下参照。

(365) 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）一一五頁、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）所収三〇四頁、宮本健蔵「安全配慮義務と契約責任の拡張」（一九九三年）三六七頁以下、前田達明「口述 債権総論」（第三版、一九九三年）一一二頁。ドイツの学説では、訴求可能性重視説（Larenz・Bötinger）がこの立場である。この立場では、履行請求の訴求可能性のある付随義務（従たる給付義務）と称されることが多い）は、それがない付随義務と区別される。したがって、履行請求の訴求可能性には、分類上重要な意義があることになる。

(366) 周知のように、絵画の作成や小説の執筆等の創造的行為については、履行の強制を求めることはできないと解されている。

(367) 宮本健蔵教授は、同説のいう「安全確保義務」（判例上確立している安全配慮義務に相当する）については、信義則を根拠するにもかかわらず、履行請求の訴求可能性を認められる（宮本健蔵・前掲書一九五頁）。安全配慮義務違反を理由とする履行請求を肯定したものととして、東京地判平成二・三・二七判時一三四二号一六頁がある。高尾英弘教授は、契約の余後効的義務の訴求可能性をめぐるドイツの裁判例・学説を分析し、ここでは、「義務内容が具体化され他の権利保護手段では

債権者の利益が適切に保護されない場合」には、合意に基づかない義務であるにもかかわらず、訴求可能性が肯定されていることを指摘し、「直接には当事者の合意に基づかない義務であっても、場合によっては履行請求が可能であると解するほうが適切であろう。」とされる(高野英弘「契約の効力の時間的延長に関する一考察(二・完)産大法学二五巻一号(一九九一年)九頁以下)。また、奥田昌道教授は、一般的に、「ある義務がいかなる目的・内容のものであるかということ、それが請求可能か(さらには訴求するに適するか)ということとは別次元の問題である。」と指摘される(奥田昌道「安全配慮義務」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編「石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集・中巻 損害賠償法の課題と展望」(一九九〇年)所収二九頁)。中田裕康教授も、「付随義務・保護義務とされるものについて、履行請求を認めるのが妥当な場合もありうる。」とされる(中田裕康・前掲「債権総論」一一四頁)。

(368) 前掲最判平成一七・七・一九が認めた取引履歴開示義務は、その目的・内容に照らして、訴求可能な履行請求を認めるのにふさわしいように思われる(もつとも、いわゆる過払金返還請求訴訟においては、貸金業者は、取引履歴を記録した業務帳簿の任意提出を拒んでいたとしても、(文書提出義務(民事訴訟法二二〇条)に裏打ちされた)文書提出命令によってその提出義務を負うことになる)との指摘がある(福田剛久・最判平成一七・七・一九解説ジュリスト一三一四号(二〇〇六年)一三〇頁)。そうであれば、少なくとも訴訟提起後は、取引履歴開示の必要は、すでに文書提出命令制度によって満たされている。角田美穂子教授は、同判決を受けて貸金業法一九条の二において導入された同法上の閲覧・謄写請求権は、「債務者の履行請求権の内容を特定した意味を持つとはいえないか。」とされる(角田美穂子・最判平成一七・七・一九評釈金融・商事判例一三三六号(二〇一〇年)一五頁)。

(369) 潮見佳男「構造と展開」八一頁・一四三頁以下・一六七頁。

(370) 我妻榮Ⅱ有泉亨(清水誠補訂)『新版 コンメンタール民法V 契約法』(第二版、一九九八年)七〇頁でも、同書にいう「付随的義務」(本稿にいう、契約目的支援義務と保護義務に相当する)に関する「現実的履行の強制」の可否について、「そこまでの効力を認めるということは一般的ではないということができよう」とされている。また、保護義務を論じる文脈であるが、潮見佳男教授も、「債務の内容を構成しているからといって、直ちに個々の具体的行為についての履行請求権(具体的履行請求権)が帰結されるわけではない。」とされる(同・前掲「新債権総論I」一六七頁)。

(371) 前掲最判平成一四・九・二四が認めた告知検討義務、前掲最判平成一七・九・一六が認めた説明義務は、それぞれの事案

において、履行請求を訴求するのになじまないと考えられる。

(372) 我妻栄Ⅱ有泉亭(清水誠補訂)・前掲書六七頁以下、潮見佳男『構造と展開』一四二頁、石川博康『契約の本性』の法理論(二〇一〇年)五二三頁以下・五六頁、長坂純・前掲書二九五頁、同・前掲論文三六二頁。

(373) 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・二三民集二卷二号二八一頁)、建物建築請負契約において、注文者がその所有する敷地を担保に提供して請負人に建築資金の調達をなさしめる特約がある例(東京高判昭和四九・七・一八判時七五五号六一頁)、電算システム開発業務委託契約に関し、その開発過程において、資料等の提供その他本件電算システム開発のために必要な協力を受託者(ベンド)から求められた場合、これに応じて必要な協力を行うべきことを委託者(ユーザ)が約す場合(東京地判平成一六・三・一〇判タ二二一号一二九頁)、ゴミ処理施設であるガス化溶融施設整備工事に係る請負契約において、請負人が、完成後の「本件施設に配属される職員に対し、本件施設の円滑な操業に必要な機器の運転・管理及び取扱いについて、必要に応じて十分な教育指導を行うこと」を約す場合(東京地判平成二二・三・八判時二〇九九号三二頁)がこれにあたる。

(374) Larenz, Weller は、「従たる給付義務」の語を、このような義務を指すのに限定して用いる。

(375) 長坂純・前掲書二七九頁。もつとも、同書二二三頁以下による完全性利益侵害をめぐる裁判例の詳細な分析によれば、保護義務という用語は用いないものの、「信義則上の付随義務」違反(ないしそれに類する構成)により完全性利益侵害に対する損害賠償を認める判断は、相当な数にのぼる。

(376) 北川善太郎・前掲『契約責任の研究』三五七頁・三七九頁以下、同『債権総論』(第三版、二〇〇四年)一六頁、林良平ほか・前掲書(林良平Ⅱ安永正昭執筆)一一二頁以下、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』第二卷「契約法」(一九九三年)所収一六頁以下、潮見佳男「構造と展開」一六七頁以下、同・前掲『新債権総論Ⅰ』一六一頁以下、奥田昌道『債権総論』(増補版、一九九二年)一八頁以下、宮本健蔵・前掲書五二頁以下(ドイツの統一的保護関係論を支持する)、長坂純・前掲書二九四頁以下。第一章参照。

(377) 平井宜雄『債権総論』(第二版、一九九四年)四九頁以下。第一章参照。

(378) 平野裕之「契約責任の本質と限界」法律論叢五八巻四二五号（一九八六年）六〇八頁以下、同「利益保障の二つの体系と契約責任論」法律論叢六〇巻二二三号（一九八七年）五三六頁以下。もつとも、現在の平野説は、契約上の義務が完全性利益保護を射程とする場合もあることを否定はしない立場であると考えられる（平野裕之「債権総論」(二〇一七年)七六頁以下・九八頁以下参照）。

(379) 履行遅滞になる時期や被害者の遺族の固有の慰謝料請求権の成否など。詳しくは、潮見佳男・前掲『新債権総論Ⅰ』一六三頁・一八〇頁以下。

(380) 潮見佳男・前掲『新債権総論Ⅰ』一六三頁・一七七頁。この改正前は、契約相手方の完全性利益を理由とする損害賠償請求権を、保護義務違反構成を通じて債務不履行責任であると理解すると、その消滅時効期間が一〇年間となり、被害者に有利であった（民法旧規定一六七条一項）。改正により、債務不履行責任と不法行為責任のこの点の違いは消え、債務不履行責任（保護義務違反）構成が有していたこの点のメリットは失われた。

(381) 潮見佳男・前掲『新債権総論Ⅰ』一七九頁。「不法行為による救済のほうが金銭面で有利になった新法下においては、労災の予防および事後的救済が問題となる局面で、不法行為構成によるのではなく、安全配慮義務違反と説くことのもつ重要な意味は、この安全配慮義務の履行請求の点にあるといつてよい。」という。実際に、労働者が、「作業環境管理、作業条件管理及び健康管理に関する諸措置を講ずる」ことについて、使用者に対して履行請求権を有すると解した例として、前掲東京地判平成二・三・二七。長坂純教授は、より広く、「保護義務を契約上の義務として捉えることにより、その内容は契約の類型により決せられ、また、合意により義務の程度を強化する余地が認められるのであり（給付義務としての性質及び履行請求権の付与）、一般的規範としてその規準が固定化しやすい不法行為法上の義務に比して、いわば当事者の主体性を重視できる。」とされる（長坂純・前掲書三二五頁）。

(382) 雇用契約において、労働者がセクシユアルハラコメントを受けた場合において、使用者の防止・対応体制に不備があるときに、使用者は、労働者契約上の職場環境配慮義務違反を理由に責任を問われることに異論はないといつてよい（一例として、岡山地判平成一四・一一・六労働判例八四五号七三頁は、「使用者は、被用者に対し、労働契約上の付随義務として信義則上被用者にとつて働きやすい職場環境を保つように配慮すべき義務を負っており、セクハラ行為に関しては、使用者はセクハラに関する方針を明確にして、それを従業員に対して周知・啓発したり、セクハラ行為を未然に防止するための相談体制

を整備したり、セクハラ行為が発生した場合には迅速な事後対応をするなど、当該使用者の実情に応じて具体的な対応をすべき義務があると解すべき」とする。類似の判断として、京都地判平成九・四・一七判タ九五・一四頁、津地判平成九・一一・五判時一六四八号一二五頁、仙台地判平成一三・三・二六判タ一一一八号一四三頁。このことは、保護義務違反の一般に及ぼしてよいのではなからうか。なお、名古屋高判平成二八・七・二〇労働判例一一五七号六三頁は、このような職場環境配慮義務を「雇用契約上の安全配慮義務」として認めている。安全配慮義務が保護義務の一種であるか否かには議論があるが（奥田昌道編・前掲「注釈民法（一〇）債権（一）」三六六頁以下（北川善太郎執筆）、奥田昌道・前掲「安全配慮義務」二〇頁以下参照）、その点についてどのような立場をとるにせよ、ハラスメントによって害される人格的利益を保護義務の保護法益に含めることに、異論はなからう（安全配慮義務と保護義務とを区別する立場（たとえば、奥田昌道・前掲「安全配慮義務」二三頁以下・三四頁以下、同・前掲書一六六頁以下。また、宮本健蔵も独自の区別説に立つ（第一章参照））。では、当該ハラスメントは、労働関係におけるときは安全配慮義務違反とされ、そうでないときは保護義務違反とされることとなるう。

(383) セクシュアルハラスメント・パワーハラスメントによる人格的利益への侵害を「生命又は身体」への侵害に含めるのは、人格的利益侵害が疾病をもたらす場合（その場合は、身体侵害にあたる（筒井健夫・村松秀樹編著『一問一答 民法（債権関係）改正』（二〇一八年）六一頁以下））。を除けば、難しいと思われる。

(384) 生命・身体侵害を理由としない損害賠償のときは、主観的起算点からの消滅時効期間については、なお、債務不履行構成のほうが有利であるとの指摘として、潮見佳男ほか編・前掲書九五頁以下（窪田充見執筆）。

(385) 付随義務の方法や基準については第一とするところは知らないドイツの諸見解も、保護義務とそれ以外の義務の区別に関しては、一様に、完全性利益保護を目的とするか給付利益確保を目的とするかという目的設定基準を用いていることは、第三章で論じた。日本の解釈論として、保護義務とそれ以外の義務の区別について、目的設定基準を論じるのは、奥田昌道・前掲「契約法と不法行為法の接点」二五九頁以下、林良平・前掲論文一八頁、林良平ほか・前掲書（林良平・安永正昭執筆）一一五頁、宮本健蔵・前掲書五三頁・一九九頁。

(386) 奥田昌道・前掲「安全配慮義務」二三三頁、宮本健蔵・前掲書四六頁、長坂純・前掲書三一五頁（ただし、「給付義務の不履行がない場合」に関する指摘）。

- (387) 保護義務の発生根拠が信義則であることを明言するのは、北川善太郎・前掲「債務不履行の構造とシステム」三〇四頁、同・前掲「債権総論」一六頁、奥田昌道・前掲書一九頁。
- (388) 潮見佳男教授は、「契約に特殊な危険の存在」のほか、当事者が完全性利益の管理を相手方に委ねざるをえなかったこと、および、完全性利益侵害が契約履行過程で生じたことを、保護義務違反肯定の基準として挙げられる（同・前掲「新債権総論I」一六五頁以下）。
- (389) この場合の損害賠償請求権の根拠は、四一五条一項に求めるべきであろう。完全性利益の賠償請求は、もともと主たる給付義務が完全性利益を保護利益としている場合（診療契約など）を除き、同二項の「履行に代わる損害賠償」にはあたらないと考えられ、そのような履行に代わる損害賠償にあたらぬ損害賠償請求は、原則規定であると考えられる同一項の適用対象とするのが適当であると思われるからである。この点について、ドイツでは、義務違反を理由とする損害賠償請求の原則規定であるBGB二八〇条一項が単独で適用される場合は、付加的要件を伴わない「単純な損害賠償請求」であって、完全性利益の賠償請求を対象とすのに対して、同条二項・三項が、付加的な要件を伴う遅延賠償請求・給付に代わる損害賠償請求を定めていると理解されているが（第二章参照）、この理解は日本法の解釈にとっても参考となる。
- (390) ただし、契約目的支援助義務が同時に保護義務でもある場合は、別である。
- (391) とくに、四一五条二項は、二〇一七年民法改正によって新規に導入された規定であって、同条項は、保護義務に同条項が適用されるか否かという新たな問題をもたらしたものと考えられるのではないか。この問題の検討は、本稿における準備を越えるものとして、今後の課題とする。
- (392) 潮見佳男教授は、保護義務違反のときも、五四一条の適用を認められるようである（潮見佳男・前掲「新債権総論I」五七八頁）。
- (393) 小粥太郎教授は、最判平成一七・九・一六は「防火戸による買主の生命身体財産等の保護の重要性と関連させて説明義務を導いている」とされる（小粥太郎・前掲最判平成一七・九・一六紹介二七八頁）。尾島茂樹教授も、同判決で問題とされた説明義務は、「買主の生命に係わる説明義務である」とされる（尾島茂樹・前掲最判平成一七・九・一六評釈一一頁）。
- (394) また、合意に基づく契約目的支援助義務の例であるが、ゴミ処理施設整備工事請負契約において、完成後の「本件施設の円滑な操業に必要な機器の運転・管理及び取扱いについて、必要に応じて十分な教育指導を行う」請負人の義務も、二つの性

質を持つ例であるといえる。この事案では、施設完成・引渡・運営開始後に施設で火災事故が生じ、前掲東京地判平成二二・三・八は、当該教育指導義務違反と火災事故の間の相当因果関係を肯定した。なお、生田敏康教授は、同義務に関して、「注文者の従業員に対する教育指導がなされることは契約目的達成（ごみ処理施設の正常かつ安全な稼働）のために不可欠なものであるから、この義務を請負人に課される契約上の（保護義務と対比される）ところの狭義の）付随義務と位置づけることは間違っていないであろう」とされる（生田敏康『請負人の義務（2・完）』福岡大学法学論叢五九巻一号（二〇一四年）一三五頁）。

(395) なお、合意によって契約目的支援義務が生じることもあるのは、論じてきたとおりである。

(396) 第二章で紹介したように、BGBでは、給付障害に対する救済が生じるための統一的基本要件として、BGB二八〇条の中で「義務違反」という統一的基本要件が定立され、この要件は、従来の履行不能・履行遅滞・積極的債権侵害（不完全履行および付随義務違反）を包括するものとされた。

(397) 北川善太郎・前掲「債務不履行の構造とシステム」三〇二頁、奥田昌道編・前掲『注釈民法（一〇）債権（一）』三二四頁（北川善太郎執筆）、奥田昌道・前掲書一五八頁・六〇九頁以下。

(398) 二一〇七年民法改正へ向けたプロセスにおいて議論のたき台とされていた、民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」（二〇〇九年）に関して、この理解は明確に確認できる（民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針 Ⅱ』（二〇〇九年）二四四頁）。法制審議会民法（債権関係）部会における付随義務（保護義務も含む）に関する規定をめぐる議論でも、次のように、同義務違反は、「債務不履行」に含まれるとの理解が示されている（そして、その理解に対しては、審議内で異論はみられない）。

「契約当事者間の契約上の責任・義務として、本来的な債権債務のほかに、付随的な義務と称されるものがあるということについての実体法上の根拠規定を置くべきではないか」（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）議事録五五頁（深山雅也幹事発言））。

付随義務に関する規定において契約との関連性を文言上示す必要に関して、「契約当事者間で何らかの義務が認められる場合に、その義務の違反があったことをもって契約の不履行であると考え。そして、契約不履行に基づく様々な救済手段が認められるとするならば、それは契約上の債務を構成する義務の不履行でなければならないはずである。」（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）議事録五一頁（山本敬三幹事発言）。

付随義務を保護義務と給付利益確保を目的とするものに分けるのでなく、両者を一体的に規定して「違反があったときには契約法上の債務不履行の問題として取り扱うんだというふうなもの」にする方がよい、「契約債務の不履行であるということが基礎付けられることが重要」である（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）議事録五六頁（鎌田薫委員発言、山本敬三幹事発言））。

いわゆる中間試案における付随義務に関する規定は、「債務における義務というものはどのようなものであるか」ということで、恐らく確立した考え方ではなからうか」（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）議事録五七頁（潮見佳男幹事発言））。

- (399) この点を明言するのは、北川善太郎・前掲「債務不履行の構造とシステム」三〇二頁、奥田昌道編・前掲『注釈民法（二〇）債権（二）』三三四頁（北川善太郎執筆）。また、鈴木祿弥「債権法講義 三訂版」（一九九五年）一九八頁・三〇五頁も同旨を述べる。付随義務違反に五四一条・五四二条が適用されることを論じるのは、潮見佳男・前掲『新債権総論Ⅰ』五六七頁・五七四頁・五七八頁。これらに対し、奥田昌道・前掲書六〇九頁以下は、四一五条にいう債務は、本来は給付義務を意味するとして、厳密には、付随義務違反のときに「四一五条を根拠とするとはいっても、それは、四一五条の類推適用といふべきであらう。」とされる。

- (400) なお、保護義務違反が四一五条一項に言う債務不履行に該当することには問題がないと思われるが、保護義務違反に四一五条二項・五四一条が適用されるか否かは、本稿における準備を超えるものとして、留保する。

- (401) これは、契約目的支援義務の義務違反をした方の当事者が契約上負っている、全ての給付（主たる給付も含む）に代わる損害賠償請求を指す。ドイツの解釈論でいう、「大きい損害賠償」にあたる。

- (402) たとえば、合意に基づく契約目的支援義務の例であるが、前掲東京地判平成二二・三・八の事案と同様に、ゴミ処理施設等の施設工事請負契約において、請負人が、「施設の円滑な操業に必要な機器の運転・管理及び取扱いについて、必要に応じて十分な教育指導を行う」義務を負っている場合において、請負人が義務に反して教育指導を怠り注文者がその実施を催告したが、請負人が相当期間を経過しても応じないので、注文者が、自らの費用負担において、（別業者に教育指導を依頼するなど）当該施設運転管理の技術・知識を得たときは、注文者は、自らの対応により、請負人の教育指導義務履行によつ

て達成されるべきであった契約目的（施設の正常かつ安全な稼働ができるようになること）を実現している。したがって、この場合の注文者に、全部解除や契約全体の履行に代わる損害賠償を認めるのは適当でない。しかしながら、この場合でも、請負人が教育指導義務違反（契約目的支援義務違反）をしたこと、および、それによって注文者に損害（請負人による教育指導実施によって得るはずであった技術・知識を得るために要した費用）が生じているのであるから、請負人は、当該損害を賠償する責任を負うべきであろう。

(403) 本稿で紹介したように、ドイツでは、このことを扱うための法律構成として、給付利益確保を目的とする付随義務違反が存するとき、BGB二八一条・三二三条を適用して、原則として、全体的権利（解除または給付の全部に代わる損害賠償）を認め、例外的に「軽微である」ときに全体的権利を否定して小さい損害賠償に救済を限定する枠組に、一律に依拠するべき（二分説）か、その枠組だけでなくBGB二八二条・三二四条を適用して、原則として、全体的権利を否定し、「受忍要求不可能である」ことの証明があるときに、例外的に全体的権利を認めるという枠組をも併用するべき（三分説）か、について議論がある。

(404) 解除の可否をめぐる判例（前掲大判昭和二三・九・三〇、前掲最判昭和三六・一一・二二、前掲最判昭和四三・二・二三）において用いられる「付随的義務」と、義務構造論における「付随義務」は区別されるべきであるという指摘がある（森田宏樹・最判昭和三六・一一・二二評釈別冊ジュリスト一九二号〔不動産取引判例百選 第三版〕（二〇〇八年）五六頁、民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書三〇二頁）。たしかに、両者は同一ではないという意味では、区別が必要である。本稿は、付随義務の語を、後者の意味で用いてきたものである。ただ、解除の可否をめぐる判例における「付随的義務」と、義務構造論における「付随義務」は、両者とも、主たる給付義務ではないが、給付利益確保を目的とする契約上の義務であるという点で共通する。解除の可否をめぐる判例では、「付随的義務」が合意によって成立していることには争いはなく、その不履行を理由に解除ができるかが問題とされている。このような義務を、本稿では、合意に基づく契約目的支援義務と呼ぶ。たしかに、二〇一七年民法改正によって定められた五四一条但書は、合意に基づく契約目的支援義務（義務構造論における「付随義務」にあたる）の不履行に対しては適用されないと解する理由は、ないように思われる。なぜなら、両者は、「主たる給付義務ではない、給付利益確保を目的とする契約上の義務である」という重要な点で共通するからである。

- (405) 法制審議会民法（債権関係）部会第九〇回会議（二〇一四年六月一〇日開催）部会資料79―3・一三頁以下。筒井健夫・村松秀樹編著・前掲書二二六頁は、五四一条但書について、「判例の基本的な考え方を前提に催告解除が制限される要件を明文化している。」とする。
- (406) この場合、契約相手方は、当該契約目的支援義務の履行請求を訴求することも考えうる。ただし、契約目的支援義務の履行請求の訴求が認められるためには、先述のように、当該義務が具体化でき、かつ、訴求が実質的な救済であるといえることが必要であると解する。
- (407) この場合でも、当該義務が独立かつ可分である場合は、一部解除の余地は排除されないであろう。付随義務違反のときの一部解除を論じるものとして、潮見佳男・前掲『新債権総論Ⅰ』五七八頁。なお、「一部解除が可能なのは一つの契約のうちの一部のみを解消することが可能な程度に当該部分が区別されている場合に限られる」とされている（法制審議会民法（債権関係）部会第九六回会議（二〇一四年八月二六日開催）部会資料83―2・一〇頁）。
- (408) この賠償請求は、その対象を当該契約目的支援義務が履行されていれば生じていたはずである利益に限るものであり、ドイツの解釈論でいう「小さい損害賠償」にあたる。
- (409) なお、この場合、当該義務の義務違反状態は契約全体にとっては軽微であるから、四一五条二項に基づく契約全体の履行利益の賠償請求権は認められない。
- (410) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（二〇一七年）七〇頁、潮見佳男ほか編・前掲書一三六頁以下（田中洋執筆）。
- (411) なお、この場合も、当該義務の義務違反状態は契約全体にとっては軽微であるから、四一五条二項に基づく契約全体の履行利益の賠償請求権は認められない。
- (412) すなわち、契約の一部解除が可能でない場合に関しては、四一五条二項三号は、当該債務不履行が軽微であるときに、「契約全体の」履行利益の賠償請求権を否定する趣旨の規定であると解する。
- (413) すなわち、追完に代わる損害賠償請求の要件としても、原則として、追完の催告とその不奏功が必要であると解する。このような五六三条の類推適用は、潮見佳男ほか編・前掲書一三八頁以下（田中洋執筆）において示唆がある。他の法律構成として、潮見佳男・前掲『新債権総論Ⅰ』四八三頁。
- (414) これは、契約の部分的不履行状態に対する救済手段の扱いは、体系的・論理的に一貫するべきであるという判断に基づく

解釈（論理解釈ないし体系的解釈）である。すなわち、一部解除・減額請求においては「追完の優先」が作用する（五四一条、五六三条）にもかかわらず、追完に代わる損害賠償請求についてだけ「追完の優先」が働かないとすると、等しく契約の部分的債務不履行（契約不適合ないし付随義務違反）があるときに適用される救済手段の間で、説明のつかない要件上の不一致が生じることとなるが、これは避けねばならないという考えである。他の救済手段よりも追完の試みが先行するべきであるという「追完の優先」については、潮見佳男ほか編・前掲書一三二頁以下・一三八頁以下（田中洋執筆）（「追完の優先」を、四一五条二項から読み取れる「履行の優先」から導出することを示唆）、潮見佳男「基本講義 債権各論Ⅰ 契約法・事務管理・不当利得」（第三版、二〇一七年）九六頁以下（代金減額請求権に対する追完請求権の優位性を指摘）参照。なお、第二章で整理したように、ドイツでは、「給付義務違反」のときは、BGB二八一条において、「給付に代わる損害賠償請求」の要件として、猶予期間設定（催告）が原則として要求されているが（解除も同様（三二四条））、ここでいう給付義務違反には、（瑕疵ある物の引渡（日本法の契約不適合に相当する）も含む）不完全履行や付随義務違反も含まれる。したがって、履行遅延だけでなく、不完全履行・付随義務違反のときも、給付（追完）に代わる損害賠償請求をするためには、原則として猶予期間設定（催告）を経なければならぬことは、文言上明らかである。売買契約・請負契約において瑕疵ある物の引渡があったときも同断であることについて、とくに注意を促す言及として、次のものがある。Emmerich, Das Recht der Leistungsförderung (6. Aufl. 2005), 323f.

- (415) 契約不適合のときの追完に代わる損害賠償請求に、四一五条二項を適用することを否定し、かつ、その帰結として、追完に代わる損害賠償請求は、追完の催告およびその不奏功を要件としないとする見解がある（筒井健夫・村松秀樹編著・前掲書七六頁・三四一頁、潮見佳男ほか編・前掲書一四九頁（荻野奈緒執筆）。また、請負契約における修補に代わる損害賠償請求に関し、先立って追完（修補）請求をすることを要件としないのが、二〇一七年改正前民法における判例学説の「共通の要点」であったこと、かつ、同改正における「立案担当者」の構想であったことを論証するものとして、原田剛「修補に代わる損害賠償」論序説「法学新報一二六卷一―二号（二〇一九年）四九頁以下」。しかしながら、この見解は、二〇一七年改正後民法が方針としている「追完の優先」を、追完に代わる損害賠償請求が主張されたときのみ無視することとなり、妥当とは思われない。

(416) ドイツ法では、給付に代わる損害賠償請求・解除に関し、給付義務違反に対して適用される条文（BGB二八一条・三三

三条)と保護義務違反に対して適用される条文(二八二条・三二四条)が異なるため、両者の性格をもつ義務の扱いは、論議を呼んでいる。第三章・第四章参照。

(本学法学部教授)