

民法四一六条の不法行為への（類推）適用に関する一考察

——民法典における総則の意義と、総則規定の各則事例への適用という視点から——

矢 澤 久 純

- 一 はじめに
- 二 民法九四条二項の「解除と登記」問題への類推適用論
- 三 民法四一六条の不法行為への（類推）適用論
- 四 結 語

一 はじめに

かつて私は、民法典の中に債権総則は必要なのかという問題につき、「総則」というものの意義の検討という視点から拙稿を発表したことがある。「民法典に債権総則は必要か・再論——総則規定の各則事例への適用態様に留意して——」北九州市立大学法政論集第四八巻第一・二合併号九一頁（二〇二〇年二月）がこれである（以下、「前稿」と略

民法四一六条の不法行為への（類推）適用に関する一考察（矢澤）

称する。そこにおいて、①日本は明治期の民法典制定時にドイツのパンデクテン方式を採用し、第三編債権編の中に「第一章 総則」を置き、一二〇年の長きに亘って「債権総則」というものを維持し続けてきたこと、②二〇一七（平成二九）年の民法（債権法）改正の際も、（編別についての議論はあったものの）編別については何ら変更されず、債権総則もそのまま維持されたこと、③ところが、債権総則の中で規定されている内容は実質的にはほとんどが契約法の総則と言えるものであって、法定債権も含む「債権」の総則であるとは言いが切れないこと、④世界には、（ドイツ式であつても）債権総則を置かない民法典が実際に存在すること（例えば、二〇二〇年五月に制定された中国民法典）等を述べた。こうして、言わば当然視されていると考えられる債権総則の存在に対しては、（法制審で否決されたとは言え）検討し続ける必要があることを指摘した。

その際、総則内の規定が各則事例に適用ないしは準用されるケースについて検討する必要があるのではないかと指摘した。それはこういう理由からである。すなわち、——「総則」を設けるといふ考え方は、共通する事項を抽象化してあらかじめ規定しておくことで、各則部分においては再度、同種の内容の規定を置く必要がなくなり、規定の重複を避ける^{（一）}と共に、規定の遺漏を防ぐというメリットを生じさせるものである。そして、民法典の第一編を「総則」とすることで後のすべての編に共通する事項を、編の下位である章については第一章を「総則」とすることで同一編内の後のすべての章に共通する事項を、さらにその下位である節については第一節を「総則」とすることで同一章内の後のすべての節に共通する事項を、そのまた下位である款についても第一款を「総則」とすることで同一節内の後のすべての款に共通する事項をあらかじめ規定しておくといった「階層的構造」を採用し、常に、共通する事項を抽象化して前へ出していくという発想で法文を整理して配列^{（二）}している。こうして、現行民法の中には、財産法部分には

一四の、家族法部分には七の、合計二一の「総則」が置かれているのである。ところが、これらの総則が本当にそれぞれ総則の下位となる規定群の共通事項を抽象化して置かれたものなのかという疑問が生じる。さらに、もし総則の規定群が、その下位の規定群に共通する事項を定めているのだとすれば、各則で規定がない事項については当然に総則の規定が適用されるはずで、あえて総則の規定を用いる旨の法文、例えば総則内の規定を準用する旨の法文は不要なはずなのに、七二二条一項に見られるように、その点は貫徹されていない。「規定の重複と遺漏を避ける」ために総則を設けているのに、それが貫徹されていないのである。こうして、民法典内の法文の適用状況について、とりわけ準用の法文について、総則・各則という視点から再検討しても良いのではないか、ということになるのである。

前稿で指摘したように、裁判所も、実はこの問題を論じたことがあった。大判明治四四年二月一三日民録一七輯四九頁は、債権総則は「債権ニ関スル通則」であるとするとするものの、債権各則の規定である七二二条一項が、債権総則内の規定である四一七条（損害賠償の方法）を準用しているということは、債権総則の規定は当然には債権各則では使われないという理解に繋がると理解して、債権総則の規定を債権各則の不法行為で適用することを否定した。ここでは、遅滞となる時期が争われ、大審院は、「履行の請求を受けた時から」遅滞となるとする四一二条三項の不法行為への適用を否定して、債権者（被害者）の請求を待たずに債務の発生と同時に、つまり不法行為成立時に遅滞となると判断したわけであるから、被害者側の救済の結論となっている。従って、あくまでも当該事案の解決が裁判の目的であることからすれば、支持されうる結論である。

その後の関連判決として、大判大正三年一〇月二九日民録二〇輯八三四頁がある。これは、連帯債務者の一人に対する免除に関する（二〇一七（平成二九）年改正前の）四三七条が不法行為による損害賠償請求権の場合にも適用され

るかが争われた事件で、大審院は、「民法第三編第一章債権ノ総則ハ各種ノ債権ニ通スル一般ノ法則ヲ規定シタルモノナレハ不法行為ニ因リテ生シタル債権ト雖モ特ニ反對ノ規定ナキニ於テハ其性質ノ許ス限り之ヲ適用ス可キモノトス」(八三七頁)と解した(便宜上、この部分を【判旨部分】とする)。そして、四三七条に関しては、不法行為に特別な規定がなく、かつ性質上、四三七条の適用を許さないものではないから、これを適用した原判決には違法はない、とした。この上告人は上告理由において前述の大判明治四四年二月一三日を援用したわけであるが、それについては、上告人の援用する大審院判決の趣旨も、前述【判旨部分】の「意ニ外ナラス」とされた(八三七頁)。この点については議論の余地があるであろう。しかし、詳細は前稿に譲るが、この大判大正三年一〇月二九日は、大判大正三年一〇月二九日は大判明治四四年二月一三日と同じ趣旨であると述べており、裁判所の立場としては、前述【判旨部分】で固まったことになる。

その後、裁判所が、この総則規定の各則事例への適用の問題を扱ったのかどうか、定かではない。⁽³⁾ 学説においても、どのような論点を議論の対象とするにせよ、「総則規定の各則事例への適用」という視点からは検討されたことがないのではあるまいか。前稿においては、財産法分野に限っては、現行の準用規定をすべて指摘し、その一部についてはあるが、総則という場所に規定していることの不適切さを述べた。この準用論文問題の研究は今後も続けていく必要があるが、それとは別に、裁判所や学説によって(類推)適用される場面(裁判所によっては未だに認められていなくても、学説による解釈によって、それが行われている場合も含む)についても、総則規定の各則事例への適用であるが故に、法典の構成上、「総則」の意義の検討に繋がりがりうる諸ケースも、一度は研究対象としても良いのではないか、と考えるのである。仮に従来の議論の方法に全く問題がないという結論になるにしても、検討せずにそ

のように考えるよりは、検討した結果としてどのように考える方が望ましいはずである。これは、言ってみれば、前稿においてこの問題について議論し始めた者の宿題でもあろう。

本稿では、この不法行為による損害賠償の範囲画定に際しての四一六条（類推）適用問題を取り上げて論じることとした。周知のように、この損害賠償範囲画定問題をめぐっては夥しい数の文献があるわけであるが、しかし今日の多数説は、おおむね、四一六条の系譜について説明し、不法行為の場合にこの法文を用いるのは好ましくないという理解をしていると思われる。⁽⁴⁾ それについては本稿で論じるつもりはない。本稿で論じたいのは、裁判所が不法行為による損害賠償範囲画定のために四一六条を（類推）適用する判示をしたときに、総則規定の各則事例への適用という問題を意識していたのかどうか、そして学説が四一六条の類推適用の可否を論じるに当たり、この問題を意識していたかどうか、という観点から、四一六条の類推適用問題を考えてみたいということである。従って、本稿は、不法行為の損害賠償範囲画定問題を論じたり、四一六条は相当因果関係を規定したものであるという捉え方が適切なのか否かとか、ましてや賠償範囲の問題なのか損害の金銭的評価の問題なのかの区別の議論をすることが目的なのではなく、⁽⁵⁾ あくまでも、「総則規定の各則事例への適用」の一類型と考えられるものを考察することにより、「総則」というものの意義、とりわけ「債権総則」というものの意義を考える一資料とすることが目的なのである。

四一六条の見出しは「損害賠償の範囲」ではあるが、そもそも本条が置かれている「第二節 債権の効力」中の第一款（四二二条から四二三条の二まで）の題名が「債務不履行の責任等」であり、かつ、一項は「債務の不履行に対する損害賠償の請求は」で始まっているから、金銭での賠償が原則であるとする四一七条が「損害賠償は」で始まっているのと比べても明らかに、債務不履行の場面のみを想定していると言える（いずれも二〇一七年債権法改正前後で同

じ)。すなわち、見出しはともかくも、四一六条は前条の債務不履行による損害賠償（四一五条）の場合のみの規定であり、それを不法行為による損害賠償に用いるのは本来的に不適切な法適用であるという解釈が自然な理解となる。しかしながら、周知のように、二〇〇四（平成二六）年の現代語化改正の前は、そもそも見出しがなかっただけでなく、「第二節 債権ノ効力」の内部で款が置かれておらず、四一六条一項については、「損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ為サシムルヲ以テ其目的トス」とされていたわけであるから、題目を表す助詞「ハ」の前の文言だけでは、「債務不履行の損害賠償」についての話だということを明記しきれていなかったとも言いうる（四一七条も、現行と同じく、「損害賠償ハ」で始まっていた）。となると、四一六条と不法行為に関する一連の裁判例や学説の華々しい議論はいずれも二〇〇四年現代語化改正前の話であるから（もちろん、学説の議論はその後も続いていることは言うまでもないことであろう）、実は債権総則内の規定の各則事例への適用という問題が含まれていた、と言えるのではあるまいか。いずれにしても、四一六条が（債権）総則中の規定であるとしても、（債権）各則に位置づけられる不法行為には用いられず、それでも敢えてそれを用いるのだとすれば、「適用」なのか「類推適用」なのかといった議論を一旦は通る必要があり、もしもその説明方法について検討することによって「債権総則の総則性」の問題が少しでも明らかにするのであれば、わずかであれ意義があると言えるのではなからうか。

こうした問題意識から、本稿では、四一六条の不法行為への（類推）適用の可否に関して、裁判所と学説がどのような仕方でも議論してきたのかを検討することとしたい。

二 民法九四条二項の「解除と登記」問題への類推適用論

さて、こうした視点から民法全体を考えると、同種の議論として、いわゆる「解除と登記」という論点が思い浮かぶ。すなわち、裁判所の立場ではないが、解除と登記という論点の中で、解除後の第三者について、九四条二項を類推適用して処理すべきという見解が有力である。周知のように、これは、不動産の売買契約が解除されるケースにおける「解除と第三者」の問題の中で、解除前の第三者については五四五条一項ただし書により処理され、解除後の第三者については同条ではなく、九四条二項を類推適用して解決すべきとする見解である。⁽⁸⁾ もちろん、この論点は解除の効果の法的構成の議論と関連しており、解除により当該契約が遡及的に消滅するという直接効果説を採った上での議論であることは言うまでもない。ただ、私は、今のところ、解除の効果については、契約は非遡及的に消滅すると解する立場（例えば、折衷説とか原契約変容説とか）の方が優れているのではないかと考えており、解除後の第三者についても一七七条の問題となるのではないかと考えている。とは言うものの、直接効果説が多数説であり、かつかような九四条二項類推適用説がその中でも有力と考えられるため、この学説について触れておく必要はあろう。

この議論においては、債権編の第二章である「契約」の中にある解除という制度（五四〇条以下）の問題について、第一編総則の規定である九四条二項を類推という形で用いて解決すべきというのであるから、総則規定の各則事例への適用という本稿の視点から見たとき、状況は四一六条を不法行為の場合に類推適用する前述の議論と同じである。⁽¹⁰⁾ それでは、この議論についても、議論する必要はあるのだろうか。

この議論については、実は論じる必要はないように思われる。理由は以下の通りである。すなわち、——解除後の

第三者の処遇の問題は、確かにこの問題が発生する出発点は契約の解除であつて、債権編の各則たる解除の問題ではある。しかしながら、解除後の第三者の問題は、不動産の不実登記という一般的な問題なのであり、そもそも（各則たる）解除法制の問題ではないと解されるからである。解除前の第三者については、五四五条一項ただし書で本文に対する例外を定めているのであり、まさしく（各則たる）解除法制の問題（原状回復のやり方について定めているということになる。）であるのに対して、解除後の第三者については規定がないのであるから、「各則に規定がなければ、その上位の規範たる総則による」の原則が当てはまる場面となるからである。まさに、総則の「遺漏を避ける」機能と言えるであろう。そして、「適用」ではなく「類推適用」となるのは、解除される契約の当事者間に通謀虚偽表示が実際にあつたわけではなく、いわゆる不実登記を信頼した第三者保護の問題だから、と理解できる。⁽¹¹⁾

こうして、解除後の第三者の場合に九四条二項を類推適用する見解は、本稿の視点からは、支持可能な見解と言えよう。

三 民法四一六条の不法行為への（類推）適用論

この問題について、裁判所はどのように考え、述べていたのか。

周知のように、大正一五年の富喜丸事件（後述）前は、不法行為による損害賠償に四一六条を用いていなかった。

先ず、大判大正四年二月八日民録二二輯八一頁は、「不法行為ノ場合ニ於テハ不履行ノ場合ニ於ケル民法第四百十六條ノ如キ規定ナキヲ以テ通常生スヘキ損害ト特別ノ事情トニ因リ生シタル損害トヲ問フノ要ナク從テ不法行

為ニ因リテ損害ヲ生シタル本件ノ場合ニ於テハ其損害カ行為者ノ予見シタルモノ又ハ予見シ得ヘキモノナリヤ否ヤヲ審究スルノ要ナシ」とした。不法行為による損害賠償の場合には（賠償範囲を定める）規定がないので、通常損害か特別事情による損害かを問う必要がない、としている。

次に、大判大正六年六月四日民録二三輯一〇二六頁は、「不法行為ヨリ生スル損害ノ賠償ニ付テハ民法第四百十六條ノ規定ヲ適用スヘキモノニ非ス苟モ其行為ト損害トノ間ニ因果ノ關係ヲ有スルニ於テハ其損害カ通常生スヘキ損害ナリト又ハ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ナルトヲ問ハス等ク加害者ニ於テ之カ賠償ヲ為スノ義務ヲ有スルモノトス而テ其行為ト損害トノ間ニ因果關係アリト做スニハ事物通常ノ状態ニ依リ社会普通ノ觀念ニ基キ之ヲ判断スルノ外ナキモノトス」とした。ここでは、四一六條の不法行為への適用を明確に否定したわけである。しかし、本件は、原審で賠償義務ありとされた上告人が、本件は特別の損害であるから、四一六條二項によれば予見できた場合にしか賠償責任を負わないはずだという主張をしたのに対して、大審院は、被上告人が本件損害を受けることは「事物普通ノ状態ニ於テ決シテ偶発ノ事実ニ非ス社会一般ノ觀念上其間ニ因果關係アルモノト看做スヘキハ当然」であるとして、上告理由を却下したものである。それ故、上告人が四一六條二項を持ち出して賠償責任を否定しようとしたのを却けているに過ぎず、四一六條それ自体の不法行為への適用を否定したとか、同条項の規範内容を不法行為で用いることを否定したとかの積極的内容はないと考えられる。

この大判大正六年六月四日を受け継いでいるのが大判大正九年四月一二日民録二六輯五二七頁である。大判大正九年四月一二日曰く、「行為ト損害トノ間ニ因果關係ノ存スルヤ否ヤハ事物通常ノ状態ニ依リ社会普通ノ觀念ニ基キ之ヲ判断スヘキモノナル」ことは当院判例の示すところであるとして、その後で具体的な基準を示した。ここでは、

四一六条は全く登場せず、そもそも不法行為による損害賠償の範囲画定の根拠といった議論は出てきていない。

次に登場するのが大判大正九年一〇月一八日民録二六輯一五五五頁である。大審院曰く、不法行為により「生シタル損害ノ範圍ニ付テハ法律ハ特ニ之ヲ明定セスト雖モ其行為ト損害トノ間ニ因果ノ關係ノ存スルコトヲ必要トシ而シテ其因果關係ノ存スル場合ニ於テモ亦一般取引ノ通念ニ從ヒ之ヲ一定ノ限度ニ制限スヘク即チ行為カ具体的ノ場合ニ一定ノ損害ヲ生シタルノミナラス之ヲ抽象的ニ觀察シテ一般ノ場合ニ同種ノ損害ヲ生シ得ル可能性ヲ有スル場合ニ限ルヘキ」ことは当院判例（右記大判大正九年四月二日）の示すところであり、「既ニ此關係ノ存スル以上ハ其發生シタル損害カ行為直接ノ結果タルト間接ノ結果タルト將又通常ノ事情ニ因リ生シタルト特別ノ事情ニ因リ生シタルトヲ問ハス等シク」賠償責任を負わねばならない、と。ここでは、原審の肯定した賠償額につき、それよりも高い値段であるか否かの判断をしなかったことを問題視し、上告を受け入れて、破棄差戻しをしている。上告人は、本件損害について本件不法行為との間に「相当因果關係ノ存スルコト勿論」であり、また予見し、予見し得た事情から生じた損害はすべて賠償すべきとの内容の主張をしていた。⁽¹²⁾ 大審院はその上告を受け入れたわけだが、不法行為の場合の賠償範圍について法律は特に定めていないということを明確に述べ、そして「相当因果關係」という言葉を使うことなく、かつ、通常事情によるものか特別事情によるものかといった点は問わないことも指摘して、賠償責任を認めたわけである。⁽¹³⁾

こうした中で登場したのが、大審院民刑連合部による中間判決である大連判大正一五年五月二二日民集五卷三八六頁であった（富喜丸事件）。大審院民刑連合部曰く、「被害者カ其ノ独特ノ技能特別ナル施設其ノ他其ノ物ノ特殊ノ使用収益ニ因リ異常ノ利益ヲ得ヘカリシ特別ノ事情アル場合ニ於テ不法行為ニ因リ使用収益ヲ妨ケラレ為ニ其ノ得ヘカ

リシ利益ヲ失ヒタルトキハ不法行為ト損害トノ間ニ相当因果關係存スル限り該利益喪失ニ対スル被害者ノ賠償請求權ヲ認メサルヘカラス」。「蓋不法行為ニ因リテ生スル損害ハ自然的因果關係ヨリ論スルトキハ通常生シ得ヘキモノナルト特別ノ事情ニ因リテ生シタルモノナルトヲ問ハス又予見シ若ハ予見シ得ヘカリシモノナルト否トヲ論セス加害者ハ一切ノ損害ニ付責ニ任スヘキモノト謂ハサルヲ得スト雖其ノ責任ノ範圍広キニ過キ加害者ヲシテ無限ノ負担ニ服セシムルニ至リ吾人ノ共同生活ニ適セス」。「共同生活ノ關係ニ於テ其ノ行為ノ結果ニ対スル加害者ノ責任ヲ問フニ當リテハ加害者ヲシテ一般的ニ觀察シテ相当ト認メ得ル範圍ニ於テノミ其ノ責ニ任セシメ其ノ以外ニ於テ責任ヲ負ハシメサルヲ以テ法理ニ合シ民法第七百九條以下ノ規定ノ精神ニ適シタルモノト解スヘキモノナレハナリ」。「然リ而シテ民法第四百十六條ノ規定ハ共同生活ノ關係ニ於テ人ノ行為ト其ノ結果トノ間ニ存スル相当因果關係ノ範圍ヲ明ニシタルモノニ過キスシテ独リ債務不履行ノ場合ニノミ限定セラルヘキモノニ非サルヲ以テ不法行為ニ基ク損害賠償ノ範圍ヲ定ムルニ付テモ同條ノ規定ヲ類推シテ其ノ因果律ヲ定ムヘキモノトス」(以上、四一九頁―四二〇頁)。こうして、四一六條を不法行為による損害賠償の場合に「類推適用」する⁽¹⁴⁾という裁判所の立場が示され、本稿前記の大判大正四年二月八日と大判大正六年六月四日を変更する(四二二頁)に至ったわけである。

戦後は、この大審院の立場を踏襲する。代表的な最高裁判決だけ紹介する。

最判昭和四八年六月七日民集二七卷六号六八一頁は、「不法行為による損害賠償についても、民法四一六條が類推適用され、特別の事情によつて生じた損害については、加害者において、右事情を予見しまたは予見することを得べかりしときにかぎり、これを賠償する責を負うものと解すべきであることは、判例の趣旨とするところであり」、「いまだだちにこれを変更する要をみない」。

この多数意見に対して、大隅健一郎裁判官による著名な反対意見が付されている。大隅裁判官は、不法行為による損害賠償に四一六条が類推適用されるとする見解（本件の多数意見）そのものに反対する。「債務不履行の場合には、当事者は合理的な計算に基づいて締結された契約によりはじめから債権債務の関係において結合されているのであるから、債務者がその債務の履行を怠った場合に債権者に生ずる損害について予見可能性を問題とすることには、それなりに意味がある」。「これに反して、多くの場合全く無関係な者の間で突発する不法行為にあつては、故意による場合はとにかく、過失による場合には、予見可能性ということはほとんど問題となりえない」。「不法行為の場合においては、各場合の具体的事情に応じて実損害を探究し、損害賠償制度の基本理念である公平の觀念に照らして加害者に賠償させるのが相当と認められる損害については、通常生ずべきものであると特別事情によつて生じたものであると、また予見可能なものであると否とを問わず、すべて賠償責任を認めるのが妥当であるといわなければならない。不法行為の場合には、無関係な者に損害が加えられるものであることからいつて、債務不履行の場合よりも広く被害者に損害の回復を認める理由があるともいえる」。民法が債務不履行について四一六条の規定を設けながら、これを不法行為の場合に準用していないのは、理由があつてのことであり、「この規定を不法行為について類推適用することともまた否定されなければならない」（以上は、六八三頁―六八六頁）。大隅裁判官は、その翌年の最判昭和四九年四月二五日民集二八卷三号四四七頁においても、これと同趣旨の意見を述べておられる。

この問題について、学説がどう述べているか、簡潔に見ておく。

従来の判例・通説の立場を支持される加藤教授の体系書によると、「四一六条の規定は、債務不履行についての損害賠償の範囲を定めたものなので、当然に不法行為にも適用されるわけではない。現に、初期の判例、学説は、不法

行為には四一六条を適用すべきではないとしていた。しかし、大正末期に、大審院は相当因果関係論の名のもとに四一六条の適用を不法行為にも認めるにいたった。この考え方は、その後、一部に反対はありながらも多くの学説の受け入れられるところとなった。現在では、判例はこの考え方に従っているが、学説のなかには強い反対もある⁽¹⁵⁾（注は省略）。加藤教授は「適用」というひとことで説明されておられる。

山野目教授は明確に、「適用」なのか、「類推適用」なのかを説明される。山野目教授の概説書によると、「法的因果関係は、裁判実務上、相当因果関係があるかどうか、の問題として扱われてきた。これは、四一六条の賠償範囲の規定が相当因果関係の概念を定めるものであるという理解に立ちつつ、同条を不法行為の場面に類推するという考え方である。おもに契約に基づく義務の不履行に基づく損害賠償の範囲を画するものが同条であり、不法行為の場面は、損害賠償が主題であるという本質を共通にしつつも異なる、という理由から、適用ではなく、類推適用とされる。まさにそのとおりであり、さらに述べると、本当に本質を共通にするかは、疑問が残る。契約や事務管理の場面における損害賠償は、根拠となる法律関係が与える規範に基づいて予見し、回避する義務があったかどうかを問うのに対し、不法行為の場面は、通常、そのような法律関係が前提として存在するとは限らない⁽¹⁶⁾」。

ちなみに、裁判所が、いわゆる不真正連帯債務に債権総則内の連帯債務の規定が使われるか否かの問題について述べるときは、「適用はない」、「適用されない」という言い方をしている⁽¹⁷⁾。

以上、検討してきたことから、どのようなことが言えるであろうか。

富喜丸事件より前の四件の大審院判決は、債権総則規定の各則事例への適用に関して述べた前述の大判大正三年一〇月二十九日とは趣旨を異にしていると言えよう。なぜなら、この大正三年判決は、債権総則内の規定は、不法行為の場合にも「特ニ反対ノ規定ナキニ於テハ其性質ノ許ス限り之ヲ適用ス可キ」としたのであるから、少なくとも当時の四一六条の法文からすれば、不法行為の損害賠償に「適用」が可能であつたはずだからである。すなわち、総則規定の各則事例への適用という発想の貫徹である。

では、本稿の問題関心から考えたとき、富喜丸事件の判決はどう解すべきか。前述の引用箇所を要約すれば、自然的因果関係で損害について判断するとすれば広くなり過ぎるので、相当と認められる範囲に限定する必要がある、他方で、四一六条が相当因果関係の範囲を定めているから（もちろん、後の学説によって、この「四一六条」相当因果関係」という捉え方が強く批判される）、不法行為による損害賠償の場合に四一六条を類推する、というものである。それ故、四一六条が（債権）総則の規定であるからという理由で各則に用いるという発想とは全く異なり、誤解を恐れずに言えば、（損害賠償の場合の）相当因果関係という考え方がいわば債務不履行や不法行為の上位にあつて、それが四一六条という形で法文化されているからという理由で不法行為にも用いられる、そしてその用いる方法が「類推適用」である、という構造と考えられる。そうであるとすれば、大判大正三年一〇月二十九日で明確になつたはずの、「債権総則内規定の各則事例への適用」問題についての大審院の立場には全く言及することなく、かような議論の仕方さえ顧

みられることなく判決が下されたと言えるのではないか。もちろん、それは当事者が主張しなかつたからであるという理解もありうるが、少なくとも、内容が極めて重要という意味で大々的な意味を持つこの連合部判決によって、四一六条の不法行為への（類推）適用の可否の問題を論じるにあたっては、債権総則の規定が各則事例に（類推）適用されるといふ論点は考慮するような話ではないということが固まったものと思われる。

四一六条を不法行為に用いる立場の場合に、同条の適用か類推適用かの議論からは、次のことが言えるのであるまいか。すなわち、——この議論において、不法行為と債務不履行の性質の違いのようなことを強調して、適用ではなく類推適用だ、と説明するのであれば、その説明は、（適用ではなく類推適用であることの説明としては適切で支持できるものであつても）債務不履行を債権総則の場所に置いたことの不適切さを述べていることになるように思われる。換言すれば、債務不履行と不法行為とで性質が異なるのであれば、その両者の位置関係は対等であるべきで、共通事項を集めて前に置くことになる総則内に債務不履行規定を置くことは不適切である、と言っていることになるのではなからうか。もし債務不履行規定が債権総則にあることが正しいと主張するのであれば、総則規定は各則事例に適用されることの方が原則となるから、逆に、四一六条は不法行為に「適用されない」ということを、説得力をもって、説明しなければならなくなるはずである。

次に、四一六条は不法行為に用いられないという立場の見解はどうか。大隅裁判官の反対意見及び意見がまさにそれである。四一六条の不法行為への（類推）適用の可否という論点に関して言えば、この反対意見及び意見は債務不履行と不法行為の各当事者が置かれる状況の差異の指摘から始まり、学説によっておおかた支持される内容のものと言え、まさにその通りなのであろう。しかしながら、仮に損害賠償の範囲画定問題で四一六条は不法行為に使われな

いということに関する適切な見解であるとしても、債務不履行と不法行為との性質の相違を出発点としている以上、やはりここでも、債務不履行規定が債権総則の場所に置かれていることの不適切さを述べていることにはならないだろうか。債務不履行という制度の特徴から債務不履行の場合の賠償範囲、責任の限界づけが決まり（それが四一六条）、不法行為という制度の特徴から不法行為の場合の賠償範囲、責任の限界づけが決まるのであれば、やはり、四一六条は、「共通事項を抽象化して前に（総則に）置かれた規定」ではないということ述べていることになるのではなからうか。⁽¹⁸⁾

裁判所の見解を含めて（昭和四〇年代の大隅裁判官の反対意見及び意見も含めて）、四一六条と不法行為をめぐっていくつかの説明を見てきた。どれも、四一六条の類推とか、あるいはこれはハドレー事件等を参考に行っている契約違反の場合の条文であって不法行為への適用としては不適切であるとかの説明としては説得力のあるものであるとしても、とりわけ類推適用であることの説明のときのように、債権総則内に債務不履行の法文を置くことが不適切であるという（いわば「ウラの」）意味が含まれるものであったと言える。ただ、本稿のような議論がこれまで行われていなかったが故に、いずれの論者もそうした意図を持っていなかったに過ぎない、と言えるのではあるまいか。やはり、債権総則問題の存在が明確になった今日（採用はされなかったが、改正の議論の際に、この論点の存在が明々白々となったのは紛れない事実である）、本稿のような視点からの再検討はあっても良いのではあるまいか。以上の本稿に対する、文献の検討が少ないのではないかとの批判は甘受するしかなく、実に拙いものを津野義堂先生に謹呈することとなり、大変、心苦しいのではあるが、諸先生方のご批判・ご叱正を頂戴できれば幸甚である。

(1) 川名博士曰く、(民法総則の通則性に関して)「総則編ハ、此等ノ各編ニ共通ナル規定、又ハ其何レニモ収ムルコトヲ得サル規定ヲ集ム、此一編アルカ故ニ、同一ノ規定ヲ各処ニ重複規定スル繁ヲ避クルコトヲ得ルノ実益大ナリ」と(川名兼四郎『日本民法総論』(金刺芳流堂、一九二二年)七頁)。(中川高男『民法総則講義 上巻』(明玄書房、一九八五年)三二頁からの再引用)。

(2) 山本敬三『民法講義Ⅳ―1 契約』(有斐閣、二〇〇五年)五頁参照。

(3) 判例データベース「LEX/DB インターネット」(TKC社)によれば、この大判大正三年一月二九日を引用するその後の判決として最判昭和四八年二月一六日民集二七卷一〇九頁と最判昭和五七年三月四日判時一〇四二号八七頁の二件が挙げられているが、いずれも上告理由中で触れられたに過ぎず、しかもいずれの上告理由も債権総則問題を論じたわけではないから、この大判大正三年一月二九日の議論は、その後、裁判所によって触れられていないように思われる。

(4) 内田貴『民法Ⅱ 債権各論』(第三版)(東京大学出版会、二〇一一年)四二八頁―四二九頁、窪田充見『不法行為法』(有斐閣、二〇〇七年)三一頁―三四頁。これに対し、従来の判例・通説の考え方によるべきと解するのは、加藤雅信『新民法大系Ⅴ 事務管理・不当利得・不法行為』(第二版)(有斐閣、二〇〇五年)二四一頁―二四四頁。

(5) これらの諸問題に関する差し当たりの私見については、もしも拙書『民事帰責範囲研究』(淡水社、二〇一三年)をご参照いただけるならば、身に余る光栄である。

(6) 裁判所は、いずれが早く登記を具備したかによって優劣が決められるとする(大判昭和一四年七月七日民集一八卷七四八頁)。

(7) 登記の要否の論点は、完全に本稿の問題関心から離れるので、本稿では触れない。

(8) 内田貴『民法Ⅰ 総則・物権総論』(第四版)(東京大学出版会、二〇〇八年)四五〇頁、山野目章夫『民法概論 4 債権各論』(有斐閣、二〇二〇年)六〇頁。

(9) 批判する見解として、中田裕康『契約法』(有斐閣、二〇一七年)二三五頁―二三六頁。

(10) この点で、いわゆる「取消しと登記」の問題とは性質が異なると考えられる。なぜならば、取消しの場合は、民法総則内の話であって(典型例が九六条三項)、同じく民法総則内の九四条二項を類推適用する議論は、総則規定を各則事例に(類推)適用しようとしている場面ではなく、規定の配置の上で同列の総則内の他の制度に類推適用しようとしている

民法四一六条の不法行為への(類推)適用に関する一考察(矢澤)

に過ぎないからである。

- (11) 九六条三項の議論について取消しうべきときの前後で分ける見解（取消しうべきとき以後は九四条二項類推でいくとする見解）を解除の場合でも使うとすれば、解除しうべきときの前後で分かれることになるから、もしかような見解であれば、解除しうべきときの後も、解除法制と問題と云えてしまうかもしれない。この問題については態度保留としたい。

- (12) その際、根拠条文は特に示していない。

- (13) これは、四一六条のような考え方はしない、という意味と理解できよう。

- (14) この判決を掲載した民集の判決冒頭に書かれる「判決要旨」には、「民法第四百十六條ノ規定ハ不法行為ニ因ル損害賠償ニ準用スヘキモノトス」と記載されている（三八七頁）が、判決本文は、「準用」とは言っていない。「準用」は本来、成文法の中で他の規定を用いる場合の書き方であることが原則であるから、ここで「準用」という語を使うのは不適當であると思われる。また、船の沈没に関する事件であるためか、上告理由では、旧商法の規定が出されることはあっても、民法四一六条を持ち出しての議論は行なっていないように思われる。

- (15) 加藤・前掲書二四一頁。

- (16) 山野目・前掲書四〇四頁―四〇五頁。

- (17) 例えば、最判昭和四八年一月三〇日集民一〇八号一一九頁、最判昭和五七年三月四日集民一三五号二六九頁。

- (18) 前述のように、二〇〇四年の現代語化改正により、四一六条が債務不履行の損害賠償についての規定であることが明白々となったわけであるが、これは同時に、本文で指摘した問題、すなわち、債務不履行に関する一連の規定群を債権総則内に置くことの問題性を表すものでもあるのではなからうか。

(二〇二〇年一月一日脱稿)

(北九州市立大学法学部教授)