

# 契約利益の不法行為法的保護

## — 契約当事者間の義務違反事例を中心に —

生 田 敏 康\*

- I. 序
  1. 問題の所在
  2. 本稿の目的と対象の限定
  3. 表題についての注釈
- II. 裁判例の検討
  1. はじめに
  2. 最高裁判決
    - (1) 契約締結過程の説明義務・情報提供義務違反が問題となった事例
    - (2) 契約締結後の説明義務・情報提供義務違反が問題となった事例
    - (3) 検討
  3. 近時の下級審裁判例の動向
    - (1) 裁判例
    - (2) 検討
- III. 考察
  1. 責任の競合と保護法益
    - (1) 生命・身体・人格的利益・所有権の侵害
    - (2) 契約利益の侵害
  2. 契約利益の侵害と不法行為規範の役割
    - (1) 損害賠償債権の発生原因としての債務不履行と不法行為の違い
    - (2) 評価規範としての不法行為法
    - (3) 不法行為規範に依拠する理由
    - (4) 契約利益の侵害と保護法益
    - (5) 不法行為法の可能性
- IV. 結びに代えて

---

\*福岡大学法学部教授

## I. 序

### 1. 問題の所在

不法行為法の目的は何か。その回答として、被害者の救済すなわち損害填補であるといわれることが多いが、最近ではこれに異を唱える見解も出てきているなど、一様ではない<sup>1</sup>。いずれにせよ、何が主たる目的であろうとも、法制度が社会的な役割・機能を果たしているからこそ、その存在意義があるのであって、不法行為法も例外ではない。

不法行為法が想定する典型的ケースは、ある者が他者の行為によって損害を被った場合、その回復を加害者に対して求めるというものであろう。では、加害者が契約の相手方であった場合はどうか。契約当事者が相手方の契約上の義務（給付義務または信義則上の〔付随〕義務）の違反によって損害を被った場合、いうまでもなく債務不履行を理由とする救済（損害賠償など）を求めることができるが、同時に不法行為責任をも追及することができるだろうか。これは請求権競合の問題として、従来から議論されてきたものであるが、伝統的に債務不履行責任と不法行為責任の競合は、医療過誤や安全配慮義務違反あるいは賃借人や受寄者による賃借物・寄託物の滅失・損傷行為のような生命・身体あるいは所有権の侵害が念頭に置かれてきたといつてよい。

しかし、今日では、そうした典型的な権利侵害ではなく、説明義務・助言義務あるいはプロジェクトマネジメント義務等の違反によって契約上の利益を侵害され、あるいは経済的な損失を被る場合にも不法行為責任が追及されるケースが裁判上、見受けられるようになった（後記Ⅱ参照）。

このような契約利益の侵害（純粋経済損失または総体財産の喪失などと呼ばれることもある）に対して不法行為責任を追及できるかに関しては近年、多くの研究が現れているが<sup>2</sup>、そもそも契約当事者間においては、相手方に対して契約責任（債務不履行責任）を追及できるので、これに加えて不法行

為責任の追及を認める（請求権競合を認める）必要があるのかという疑問を呈することができる<sup>3</sup>。

契約利益の侵害が不法行為を構成するかについては、消費者契約のような交渉力の不均衡が存在する場合を念頭に自己決定権の侵害として、あるいは専門家責任が問われるケースのように専門的知識・経験に対する信頼を保護法益として、その権利侵害性を肯定しようという見解もある。しかし、企業間の紛争（いわゆる B to B の関係）に見られるように、自己決定権の保障が問題とならず、権利侵害要件の充足が疑わしいものがあるのも事実である（なお、これには、契約外の第三者が不法行為責任を追及する場合<sup>4</sup>、契約当事者間において不法行為責任を追及する場合があるが、本稿のテーマからは後者のみが対象となるのはいうまでもない）。

仮に不法行為責任が成立するとしても、契約利益の侵害に対する責任追及として、契約責任と不法行為責任の競合（一般に請求権競合といわれるが、以下ではもっぱら「責任の競合」と称することにする）を認めてよいか（認める必要があるか）ということが問題となる。

このように、契約利益の侵害に対し不法行為責任を肯定してよいか疑問があり、本稿はこれについて考察しようとするものである。

## 2. 本稿の目的と対象の限定

以上の問題意識にもとづき、本稿は、契約当事者間においてその義務違反を理由とする損害賠償等が請求され、かつ、不法行為責任が追及された裁判例（債務不履行責任も併せて追及されているものを含む）を参考にしながら、不法行為責任を肯定することの当否、すなわち責任の競合（請求権競合）を認めることの当否について検討し、仮にこれを認める場合、不法行為規範はどのような意味をもちうるのか（不法行為法の役割は何か）について検討を加えるのが目的である。

したがって、本稿では原則として、契約が成立し、債務不履行責任と不法行為責任がともに問題となっているケース、すなわち責任が競合するケースを対象とすることにし、いわゆる契約交渉段階における義務違反が問題となるケースは扱わない<sup>5</sup>。

なお、典型的な権利（法益）侵害の事例（生命・身体・所有権等の侵害）は、従来の請求権競合論においてさかんに議論されてきたので、本稿では主要な検討の対象とはしない<sup>6</sup>。したがって、ここでは、もっぱら契約の相手方の義務違反によって生じた経済的損失（契約利益の侵害）について不法行為にもとづき損害賠償等を求めている事例を俎上にのせることにする。

本稿のテーマに関しては、建物の瑕疵による経済的損失（修補費用）につき不法行為責任を認めた近時の最高裁判決を契機に論じられることがある<sup>7</sup>。しかし、上記にあげた、システム開発におけるプロジェクトマネジメント義務違反や金融商品等の販売をめぐる説明義務違反の事例については、不法行為責任を追及できるかどうかについて論じられることはあっても、契約責任との競合という観点からはあまり検討されていないように思われる。とりわけ、この種の紛争事例においては、訴訟当事者は必ずといってよいほど、請求原因として債務不履行と不法行為をあげるのが常であり（たとえば「債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償として・・・金〇〇万円の支払を求める」との請求文言がそうである）、かつ、契約上、責任限定条項が置かれるのが一般的であり、責任の競合（請求権競合）の問題を考察するにあたって好個の素材であると考えられるので、説明義務、助言義務、プロジェクトマネジメント義務等の違反によって経済的損失を被った事例を中心に検討を加えたいと思う。

なお、このテーマを検討するに当たっては比較法的考察が有益と思われるが<sup>8</sup>、本稿では我が国の裁判例と学説（およびそれを通じて得られる間接的な外国法の知識）のみに依拠して検討することをあらかじめ断わっておく。

### 3. 表題についての注釈

ここでいう「契約利益」は、不法行為における権利侵害要件の前提としての権利ないし利益（被侵害利益）を意味するものであり、単なる損害とは区別される。すなわち、民法709条が、損害の発生とは別に権利侵害を要件として要求している以上、これを無視した議論ができないのはいうまでもない（これを違法性と呼び換えるかどうかは別の話である）。

では、契約利益とは何か。狭義には、契約の締結および履行によって財産的利益を取得しうること、広義には、契約の締結・履行過程を通じて財産的損失を被らないことと定義することができよう。よって、形式的には、財産的利益を取得できないこと、あるいは財産的損失を被ることが権利侵害といえるであろうが、それが単なる損害とどのように異なるのかは不明確である。この契約利益は、上記のとおり（不法行為の成立要件につき過失一元論をとらない限り）権利性ないし保護法益性を帯びるものでなければならない以上、両者の区別を明確にする必要が出てこよう。これらの問題は、本稿のテーマの根幹にかかわるものなので、以下の叙述において改めて検討する<sup>9</sup>。

一方、「不法行為法的保護」というのは、ある事象を不法行為の要件（民法709条）にあてはめることにより、その効果を被害者に享受させることを意味する。したがって、契約当事者の義務違反行為が、故意・過失をもってなされ、相手方の権利または利益を侵害することが要件となる。その要件を具備した場合は、それによって生じた損害について賠償請求権を取得し、この請求権は3年または20年で消滅することになる（同724条）。そして、賠償の範囲は不法行為と因果関係のある損害となる（民法416条を類推適用する判例もあるが<sup>10</sup>、実際には事案ごとに判断しているといわざるをえない）。いずれにせよ、契約当事者が相手方の義務違反により損害を被った場合に、民法709条の損害賠償請求権を取得することが、ここでいう不法行為法的保護（救済）の内容である。

## Ⅱ. 裁判例の検討

### 1. はじめに

本章では、最高裁判所および下級審裁判所の裁判例を一瞥する。検討の対象として種類・数例とも十分とはいえないが、実務における準則、少なくとも傾向は、ここに掲げた裁判例からも見えてくるのではないかと思う。

### 2. 最高裁判決

#### (1) 契約締結過程の説明義務・情報提供義務違反が問題となった事例

①最判平成8年10月28日金融法務事情1469号49頁<sup>11</sup>

変額保険の募集にあたり、保険会社の外務員の説明義務違反と断定的判断の提供を認めて、保険会社および外務員の損害賠償責任を肯定した原審の判断を支持した（債務不履行責任か不法行為責任かは不明）。

②最判平成15年11月7日判例時報1845号58頁<sup>12</sup>

金融機関の従業員が顧客に対して融資を受けて宅地を購入するよう勧誘する際に、接道要件を具備していないことを説明しなかったことが不法行為を構成するものではないとして金融機関の責任を否定した。

③最判平成15年12月9日民集57巻11号1887頁<sup>13</sup>

地震保険に加入するか否かに際し、情報提供義務に違反して意思決定の機会を奪ったとして不法行為等にもとづき慰謝料請求した事案につき、保険会社の行為は違法行為とはいえないとして責任を否定した。

④最判平成16年11月18日民集58巻6号2225頁<sup>14</sup>

公団の分譲住宅の譲受人が価格決定の適否を検討するうえで譲渡人からの説明がなかったことが譲渡契約を締結するか否かを決定する機会を奪い、信義則に反するとして不法行為責任を肯定し、公団に慰謝料の賠償を命じた。

⑤最判平成17年7月14日民集59巻6号1323頁<sup>15</sup>

証券会社の担当者が顧客の意向と実情に反して明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行かせたときは、当該行為は不法行為法上も違法となると一般論を述べたうえで、証券会社の損害賠償責任を認めた原審判決を破棄して差し戻した。

⑥最判平成17年9月16日判例時報1912号8頁、判例タイムズ1192号256頁<sup>16</sup>

マンション防火戸の電源スイッチの位置、操作方法等について説明を受けていなかった買主が、火災の際、防火戸が閉じなかったことにより死亡した事例につき、マンションの売主には、売買契約上の付随義務として、マンション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があるとした。なお、同時に売主から委託を受けた宅地建物取引業者についても売主と同様の信義則上の説明義務を負い、その義務違反によって買主が損害を被った場合には、不法行為による損害賠償義務を負うとした。

⑦最判平成18年6月12日判例時報1941号94頁<sup>17</sup>

容積率の上限に近い建物を建築した後に敷地の一部を売却して資金を調達する計画につき、敷地の二重使用になって売却額が低下する恐れがあることを認識しながら、説明しなかったことにつき、請負人に信義則上の義務違反があり、融資する銀行にも説明義務違反があったとした（債務不履行責任か不法行為責任かは不明）。

⑧最判平成23年4月22日民集65巻3号1405頁<sup>18</sup>

信用協同組合の組合員らが組合からの勧誘に応じて追加出資をしたところ、その後、組合が経営破綻して、出資金の払戻しが受けられなくなったことにつき、組合員らは組合に対して説明義務違反があったとして、主位的に不法行為にもとづき、予備的に債務不履行にもとづき、出資金相当額の損害賠償を求めた。原審が債務不履行による損害賠償を認めたのに対して、最高裁は

次の理由により、原審判決を破棄して組合員らの請求を退けた。

「契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為による賠償責任を負うことがあるのは格別、当該契約上の債務の不履行による賠償責任を負うことはないというべきである。」「なぜなら、上記のように、一方当事者が信義則上の説明義務に違反したために、相手方が本来であれば締結しなかったはずの契約を締結するに至り、損害を被った場合には、後に締結された契約は、上記説明義務の違反によって生じた結果と位置付けられるのであって、上記説明義務をもって上記契約に基づいて生じた義務であるということは、それを契約上の本来的な債務というか付随義務というかにかかわらず、一種の背理であるといわざるを得ないからである。契約締結の準備段階においても、信義則が当事者間の法律関係を規律し、信義則上の義務が発生するからといって、その義務が当然にその後に締結された契約に基づくものであるということにならないことはいうまでもない。」「このように解すると、上記のような場合の損害賠償請求権は不法行為により発生したものであるから、これには民法724条前段所定の3年の消滅時効が適用されることになる」として、信用協同組合の責任を否定した。

⑨最判平成25年3月7日判例時報2185号64頁<sup>19</sup>

金利スワップ契約締結の際の銀行の顧客に対する説明義務違反を理由に不法行為責任を認めた原審に対して、最高裁は、本件取引の仕組みは単純で、企業経営者であれば理解は困難でなく、説明義務を尽くしているとして、銀行の責任を否定した。

## (2) 契約締結後の説明義務・情報提供義務違反が問題となった事例

### ①最判平成21年7月16日民集63巻6号1280頁<sup>20</sup>

商品先物取引委託契約において、受託者たる商品取引員が専門的知識を有しない委託者に対して当該取引が利益相反の可能性が高いものであることを説明すべき義務を負い、かつ、利益相反の状況をその都度、通知すべき義務を負うとして、受託者の委任契約上の説明義務違反による債務不履行責任を認めた。

### ②最判平成25年4月16日民集67巻4号1049頁<sup>21</sup>

債務整理を受任した弁護士は、委任契約上の善管注意義務の一環として、時効待ち方針に伴う不利益・リスクおよびその他の選択肢の存在について説明すべき義務を負っていたと判示して、弁護士の責任を否定した原審判決を破棄して差し戻した。

## (3) 検討

契約利益の侵害をめぐる責任の競合に関する最高裁判決の多くは、説明義務違反に関する事例である。

契約締結過程における説明義務違反に関する上記(1)の最高裁判決のうち、損害賠償責任を肯定したものは、その性質が不明確なものを除き、不法行為を根拠としている。これらはいずれも説明義務違反が契約の締結に重大な影響を与えたことが認定されており、契約を締結しないという権利あるいはより有利な契約を締結しうる権利、すなわち自己決定権を侵害したと判断したものであり、不法行為の権利侵害要件の充足について一応判断しているといえる。これを一般準則として定式化しているのが、(1)⑧（最判平成23年4月22日）であることはいうまでもない。なお、(1)⑤は、適合性の原則が問題となったものであるが、この原則に違反したときは不法行為法上の違法性を帯びると明言している。

また、(1)⑥は契約締結前の説明義務違反が問題となりながら、売買契約上

の義務違反を理由に責任を認めた事例であるが、防火扉に関する説明の欠如じたいは契約締結に影響を与えるものではないことから、上記最判平成23年の趣旨とは矛盾するものではない<sup>22</sup>。

これに対し、契約締結後の説明義務等の違反に関する上記(2)①②の最高裁判決は、いずれも契約責任が肯定されている。これらは(1)と異なり、説明義務違反が契約締結に影響を与えたものではない。しかし、(2)①は利益相反行為という忠実義務の違反、(2)②はより有利な訴訟上の利益の獲得の機会を奪ったという点で、不法行為における権利侵害要件を満たしているともいえるので、不法行為構成をとることが可能であったと思われる事例であるが、債務不履行構成をとったのは、このようなケースでは契約責任を追及すれば足り、あえて不法行為構成をとる必要もないからだといえる。

### 3. 近時の下級審裁判例の動向

#### (1) 裁判例

①東京地判平成21年12月4日判例時報2072号54頁<sup>23</sup>

証券会社の株式誤発注の取消注文に対し、東京証券取引所のシステムの不具合により売買停止ができず、売却損を被ったことにつき、取引所の重過失を認め、売買停止義務違反にもとづく債務不履行責任及び不法行為責任を肯定し、約107億円の損害賠償を命じた（ジェイコム株式誤発注事件第1審判決）。

②東京地判平成24年3月29日金融法務事情1952号111頁<sup>24</sup>

銀行の基幹システムの開発が頓挫したことにつき、ユーザ（銀行）がベンダ（システム開発業者）の請負契約上の債務不履行責任及びプロジェクトマネジメント義務違反にもとづく不法行為責任の追及としての損害賠償を求めた事例。本判決は、ベンダの請負契約上の債務不履行責任は否定したが、ベンダのプロジェクトマネジメント義務違反を理由とする不法行為責任（損害

賠償額74億円)を認めた。本件において、債務不履行責任(請負契約上の本質的義務の不履行)が否定された背景には、最終合意の法的拘束力が個別契約の締結を条件としており、その大部分が未締結であったという事情が存在していた。

③東京地判平成25年7月19日金融法務事情2007号100頁

大企業が取り組んだ実質的ディフィーザンスなる仕組み金融商品につき、証券会社の説明義務違反はないとして損害賠償責任を否定した(武富士対メリルリンチ事件)。

④東京地判平成25年7月24日判例タイムズ1403号184頁

企業再生を目的とするアドバイザー契約を締結した者に対し契約上の助言義務違反を理由に損害賠償責任を肯定したが、不法行為責任については、権利侵害行為、被侵害利益についての主張・立証がないとして否定した。

⑤東京高判平成25年7月24日判例時報2198号27頁<sup>25</sup>

①の控訴審判決(ジェイコム株式誤発注事件控訴審判決)。証券会社の株式誤発注の取消注文に対し、東京証券取引所のシステムの不具合により売買停止ができず、売却損を被ったことにつき、取引所の売買停止義務違反にもとづく不法行為責任を肯定した。本判決は、債務不履行の主張に関し、取引参加者契約の免責規定が適用され、取引所には重過失がないから債務不履行責任は負わないが、不法行為に関し、同様に免責規定は適用されるものの、公益的・投資者保護の観点から売買停止義務を負うとし、この義務違反に関し、重過失が認められるから、不法行為責任があるとした(賠償額は第1審判決と同額)。なお、本判決に対しては当事者双方から上告されていたが、新聞報道によれば、最高裁(平成27年9月3日決定)は双方の上告を棄却し、本控訴審判決の内容が確定した<sup>26</sup>。

⑥東京高判平成25年9月26日金融・商事判例1428号16頁<sup>27</sup>

②の控訴審判決(当審においてユーザは主位的主張を不法行為構成に変更

している)。本判決は、ベンダの不法行為責任を肯定したものの、最終合意締結後のプロジェクトマネジメント義務違反のみを認定し、損害賠償額を②より大幅に減額した（41億円）点が特徴である。なお、本判決に対しては当事者双方から上告されていたが、新聞報道によれば、最高裁（平成27年7月9日決定）は双方の上告を棄却し、本控訴審判決の内容が確定した<sup>28</sup>。

⑦大阪高判平成26年6月19日判例タイムズ1409号255頁

依頼者は行政書士に対して専門的知識を用いて適切な手続選択に関する助言を期待しているので、介護タクシー事業を営もうとする者に対して不適切な助言・説明をしたため、依頼者が誤った手続を選択した場合、行政書士は信義則上の助言・説明義務違反にもとづく損害賠償責任（不法行為責任）を負うとした。

⑧東京高判平成26年8月27日金融法務事情2007号70頁<sup>29</sup>

③の控訴審判決。第1審と異なり、証券会社の説明義務違反を認めて、約145億円の不法行為にもとづく損害賠償を命じた。

## (2) 検討

ここで紹介したのは、平成20年以降の裁判例に限り、それも網羅的ではなく、ごく一部のケースをあげたにすぎない。しかし、ここに掲げた裁判例のうちには、巨額の賠償を命じたものもあり、また、単なる説明義務違反の事例ではなく、システム開発をめぐるプロジェクトマネジメント義務や取引所開設者にシステムの瑕疵に起因して生ずる損害を回避するための売買停止義務などを課している点で特徴的で、法理論的に興味深い素材に満ちており、下級審の裁判例でありながら、十分に検討する価値があるものといえよう。

株式誤発注事件に関する①および⑤においては、取消注文に対しシステムの不具合により売買停止ができなかったことの取引所の責任が追及されたが、第1審である①では取引所の債務不履行責任と不法行為責任が認められたのに対し、控訴審である⑤においては不法行為責任のみが認められている。こ

の相違は、本件では故意または重過失があるときのみ責任を負う旨の免責規定があるところ、①が債務不履行および不法行為につき取引所の重過失を認めているのに対し、⑤は不法行為にのみ重過失が認められると判断したことによる。不法行為の前提としての加害者の行為義務が契約上の債務の内容とは独立に定められるとすれば、裁判所は、本件においては契約上の義務より高度の不法行為上の義務を設定したことになる。これは単なる企業間の紛争とは異なり、市場設営者という公益的性格を有する者には特別に重い責任が課されているからだと説明できるのではないか。

システム開発の失敗に関してベンダのプロジェクトマネジメント義務違反を認めた②および⑥は、いずれもこれを不法行為と構成して損害賠償を認めたものであるが、義務違反が認められた範囲に相違があるため、賠償額も大きく異なる結果となった。⑥は最終合意締結後に生じた損害についてのみ賠償を命じたものであるので、結局、契約上の義務違反を理由として損害賠償を認めてもよかったと思われる。なお、⑥は違法性の強い場合にのみ不法行為責任が成立するというベンダの主張を排斥し、そうでない場合にも両責任は競合すると明言している。

そのほか、④は明確に権利侵害要件の具備を要求して、不法行為責任を否定しているのに対し、典型的な助言義務違反の事例である⑦は行政書士の専門的知識に対する信頼を根拠に不法行為責任を肯定している。

### Ⅲ. 考察

#### 1. 責任の競合と保護法益

##### (1) 生命・身体・人格的利益・所有権の侵害

契約上の義務の違反によりこれらの法益が侵害された場合は本稿における

主要な検討の対象ではないが、念のため言及すれば、給付義務違反か信義則上の義務の違反かを問わず、債務不履行責任とともに不法行為責任（責任の競合）が当然に認められるべきであろう。

まず、信義則上の義務（保護義務）に違反してこれらの法益が侵害された場合は、被侵害者がたまたま契約当事者であったということにすぎないので、不法行為規範を適用することに何ら障害はない。契約責任を追及するにしても、その義務違反の根拠は、保護義務すなわち契約の相手方の完全性利益を害しない義務であり、不法行為における一般的不可侵義務と同一といってよいので、実質的に不法行為法における過失判断と異ならないといえる。そして責任の競合を認める以上、一方の責任の追及が（消滅時効期間の経過等により）不可能または困難になったとしても、他方の責任を追及できることになる（被害者は自己に有利な規範を選択して権利行使できる）。

次に、契約の給付内容がこれらの法益を保護することを目的とするものであり（運送契約、医療契約など）、その給付義務に違反して当該法益を侵害した場合も、債務不履行責任のほか不法行為責任が認められるべきである。しかし、この場合の双方の責任判断は必ずしも一致するものではない。なぜなら、契約責任を追及する場合は、締結された契約によってその義務の内容が定められているのに対し、不法行為責任を追及する場合は、当該契約とは独立に（一般的不可侵義務として）義務の内容が定められ、義務違反の有無が判断されなければならないからである。この場合、契約責任が不法行為責任より重いとき、すなわち契約責任の方が被害者保護に厚いときは、より有利な契約責任の追及を選択できることはいうまでもない。

他方、契約責任の方が軽いとき、すなわち免責条項あるいは責任限定条項があるときは、少なくとも生命・身体その他の人格的利益が侵害された場合は、保護の必要性の高さから、免責条項等の適用により被害者を不利な立場に立たせるべきではない<sup>30</sup>。すなわち、当該契約においていかなる条項が定

められても、被害当事者は、相対的に有利な不法行為規範を選択して、最低限、不法行為法上の効果を享受しようとする。

なお、単純な請求権競合説に立った場合、一方の責任追及手段を選択することにより、他方の責任追及手段を選択した場合の有利な効果を享受できなくなるということが指摘されている<sup>31</sup>（契約規範と不法行為規範のいずれが被害者に有利かどうかは相対的なものにすぎない）。したがって、全規範統合説などが主張するように、被害者救済の目的を達するには、両規範のうち被害者に有利な規定のみが適用されるのが望ましいことになる<sup>32</sup>。しかし、同説に対する批判説が述べるように、何をどのような基準で選択・適用すべきか難問であり、現実には困難であると思われる<sup>33</sup>。

これに対して所有権に代表される財産権の侵害（目的物の滅失・損傷など）の場合は、不法行為責任についても契約的な修正すなわち責任限定条項の適用による責任の減免を認めてよいだろう<sup>34</sup>。なぜなら、このような責任限定条項がおかれる事情は、対価決定の要素として組み込まれているのが通常であり<sup>35</sup>（対価を下げる代わりに責任を減免する）、また、財産権は一般に、人格的利益に比べて保護の必要性の低い法益であるといえるからである。もちろん、これが消費者の利益を不当に害するものである場合は、消費者契約法の規定に見られるように（同法8条および10条参照）、契約的な修正が許されないことがあるのはいうまでもない。

## （2）契約利益の侵害

### （i）はじめに

上記のような典型的な権利の侵害ではなく、契約利益の侵害にとどまる場合、責任の競合を認めるべきであろうか。以下、説明義務違反によって契約利益が侵害された場合とその他の義務違反によって契約利益が侵害された場合に分けて検討する<sup>36</sup>。

## (ii) 説明義務違反

### ①最判平成23年4月22日の論旨

契約締結過程の説明義務違反に対する救済に関しては、不法行為構成が判例上ほぼ固まっていると見てよい。上記最判平成23年4月22日（Ⅱ 2(1)⑧参照）の趣旨は、契約締結に先行する、契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼす情報を提供すべき信義則上の説明義務の違反に対しては、不法行為責任のみを追及することができるとするものである（よって、責任は競合しない）。そして、この場合の保護法益は、契約を締結するか否かの自己決定権であるということを読み取ることができるだろう<sup>37</sup>。

権利侵害要件についての判断を曖昧にしたまま不法行為責任を認める裁判例が散見されるなか、この判決を含めて、最高裁が契約締結過程の説明義務違反に対して、自己決定権の侵害を理由に不法行為責任を認めているのは評価してよい。不法行為規範が、権利侵害が生じたときのみ発動されるという、不法行為法の制度趣旨がここに確認できるからである。

### ②債務不履行構成の可能性

しかし、以上のとおり、不法行為責任が成立するという上記の最判の判示部分は是認できるとしても、債務不履行責任は成立しないとの論旨には賛成しがたい。上記最判は、説明義務の根拠を説明義務違反にもとづいて締結された契約上の義務に求めることは「背理」（論理矛盾）である、とする。

最判の論旨に対しては、契約交渉段階の信義則上の義務も含めて契約上の義務と解せば背理は存在しないという反論が可能であるほか<sup>38</sup>、説明義務違反に対して債務不履行責任を負わないとする実質的な根拠を欠くものと批判できる。なぜなら、民法415条の債務不履行における「債務」は、契約上の義務に限定されるものではなく、信義則を根拠として発生する義務も含まれると解すべきであるからである<sup>39</sup>。

このことに関連して参照すべきは、最高裁が安全配慮義務につき、「ある

法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間」に認められる信義則上の義務であると判示して、民法415条を適用していることである<sup>40</sup>（周知のとおり、安全配慮義務は公務員関係や元請人と下請人の従業員との間に認められているように、契約関係のある場合に限定されていない）。もちろん安全配慮義務と契約締結過程の説明義務を単純に比較することはできないが、相手方の説明義務違反を原因として契約を締結するに至った者と相手方の間の関係は、特別な社会的接触の関係に入った当事者というものであり、契約締結前の信義則上の義務とはいえ、民法415条の損害賠償請求権の発生原因としての安全配慮義務と区別する形式的な理由はないはずである。

最高裁が契約締結過程の説明義務違反が債務不履行責任を生ぜしめないとするのは、当該説明義務が民法415条の債務でないということを意味する。すなわち、同条の債務が契約上の義務に限定されるという法規上の根拠がないにもかかわらず、最高裁は本事案においては、実質的に契約上の義務に限定した（同条を縮小解釈した）のである。これに対して本事案は、安全配慮義務とは事案が異なるものであって、とりわけ説明義務は契約締結前の義務であり、前者ほどの特別な社会的接触関係（特別結合関係）が不十分であり、「債務」性に欠けるとの反論が予想できるが、本事案では、加害者の説明義務違反により被害者が契約締結を余儀なくされたほどに、被害者の加害者に対する信頼が醸成されたというべきであるから、両当事者は、民法415条の債務を構成するに足る社会的接触関係（特別結合関係）を形成しているとみなすことも十分可能であろう。

なお、以上の見解の帰結として、理論的には契約不成立の場合でも「債務」性が認められる可能性があるが、現実には契約締結に至る程度の特別結合関係が必要というべきであろう（よって、私見としては、債務性が肯定されるのは、その後に契約が締結された場合に限定されたい）。

もとより、契約締結過程の説明義務違反に対して不法行為責任を認めることには何ら異論はない。日本法において不法行為法がカバーする領域は広範に渡るものであり、債務不履行構成によらずとも、被害者の救済に欠けるところはないといわれるのは、そのとおりである。しかし、そのことは、説明義務違反に対する債務不履行規定の適用を排除する理由とはならない。

説明義務の債務性を認めることは、その義務違反＝不履行に対する履行請求・履行強制が可能であることを意味し、被害者救済に益するものである。また、消滅時効期間においてもメリットを有することはいうまでもない。

### ③説明義務違反を理由とする契約解除

そして、このようなケースにおける被害者救済の最も効果的な手段は、被害者を契約から解放し、原状回復（代金等の返還）を実現すること、つまり、解除を認めることである<sup>41</sup>。たしかに、契約締結前の義務違反そのものを理由に解除を認めることは、前提となる契約が存在しない以上、「背理」となるが、この場合、多くの論者が指摘するように、契約締結前の説明義務を締結後の契約上の義務に組み入れることは不可能ではない。すなわち、相手方は被害者に与えた説明・情報により、被害者を自身の契約に巻き込んだ以上、その契約上の義務を誠実に履行しなければならず、不当な内容の契約であれば妥当な内容に是正する義務を負い（仮に契約の成立を問題としないとしても、不実の表示により第三者に信頼を与えた者は責任を負わなければならないともいえるし<sup>42</sup>、それを拒むことは矛盾的態度＝信義則違反と評価されよう）、その義務が履行されない以上、債務不履行として契約の解除が認められるべきであろう（そのような義務の履行が期待できなければ、催告は不要である）。

なお、契約の締結過程に瑕疵がある場合（意思表示の形成過程に瑕疵がある場合）、本来は錯誤無効、詐欺取消しあるいは消費者契約法における誤認・困惑を理由とする取消しなどの法律行為法的救済が図られるべきであるが、

それらが実際には困難であるという事情に鑑みれば、同様の目的の達成が可能な契約法的救済（債務不履行構成）を厭うべきではない。たしかに不法行為構成にもとづいて金銭賠償を認めることは、（評価矛盾の問題はさておき）実質的に原状回復（代金返還）の効果をもたらすものであるが、かといって、解除を否定して契約の拘束から解放する途を遮断する理由はない。

思うに、契約締結過程の瑕疵を理由とする契約の解消（詐欺・強迫等による取消し）と契約締結後の債務不履行による契約の解消（契約の解除）は、パラレルに捉えることができるのではないだろうか。なぜなら、いずれも契約の拘束からの解放という点では共通しており、その原因を契約締結前の事情に求めるか、契約締結後の事情に求めるかの違いにすぎないからである。契約を維持することが不当であるという観点からすれば、その原因の時間的な先後関係は重要ではない。

履行請求・履行強制についても、相手方に対する説明・情報提供請求権を認めることは決して不当なものとはいえない。これらは不法行為構成からは導くことができないものであり、債務不履行構成をとることのメリットである。

よって、本ケースにおいては、債務不履行責任の追及（責任の競合）を認めるべきである。

### （iii）その他の義務違反

この類型としてあげられるのが、助言義務<sup>43</sup>やプロジェクトマネジメント義務<sup>44</sup>の違反である（後者につきⅡ 3(1)②および⑥判決参照）。これらの義務違反についても不法行為責任を認める裁判例が多いが、その根拠として、説明義務違反の場合と同様、自己決定権の侵害のほか、専門家責任に代表される当事者の一方の他方に対する信認義務の違反に求められることがある。とりわけ、交渉力の格差が問題とならない当事者間の関係（たとえば企業間の関係）は、原則として自己決定権の保障に配慮する必要のない場合であり、

専門家・事業体として具備すべき専門的知識・経験に対する信頼に責任の根拠を求めざるをえないというものである<sup>45</sup>。

たしかに顧客（ユーザ）の専門家（ベンダ）の能力・経験に対する信頼は保護されるべきものであるが、両者の関係は、とくに企業間取引においては、通常、事前のリスク計算が可能なものであり、契約的な調整がふさわしいケースといえる。事務処理ないしプロジェクトの遂行に当たって、専門家・ベンダは、複数の選択肢を示すなど依頼者が最善の選択ができるように適切な助言を行い、あるいはプロジェクトが挫折しないように、それを管理（マネジメント）すべき義務があり、顧客・ユーザはそれを信頼して、意思決定を行うのであるが、仮に助言あるいはプロジェクトの管理が不適切で、その結果、顧客・ユーザの誤った意思決定を導き、損害を与えたとしても、債務不履行によるのはともかく、不法行為責任を追及することがふさわしいといえるだろうか。

もちろん、自己決定権の侵害が問題となる場合とそうでない場合を区別して、不法行為の成否を判断するのは、実際には困難で、恣意的な結論を導く危険性をはらむものであり、また、無下に不法行為法上の救済を拒む必要はないというのはもっともである。しかし、理論的には、このような場合は、行為の適法性ではなく、妥当性が問題となっているというべきであるから（つまり、債務者の違法な侵害ではなく、行為のまずさが問題である）、約束したことを守らなかったからその責任を追及するという意味で、債務不履行責任を追及するのが正攻法といえよう。もちろん、紛争が契約締結段階で生じ、契約の成立が争われている場合や、契約上の義務が不明確な場合など、不法行為規範を適用せざるをえない場合があることはそのとおりであるが、そうでない限り、債務不履行構成で行くべきではないだろうか（責任の競合を認める必要はない）。

もっとも、意思決定にあたっての自己決定権の侵害が問題にならない場合

でも、不法行為構成をとることがやむをえない場合もありえよう。たとえば、上記東京地判平成21年12月4日（Ⅱ 3(1)①参照）およびその控訴審判決である東京高判平成25年7月24日（Ⅱ 3(1)⑤参照）のようなケースである。この事例は、企業間どうしの紛争というよりは、市場設営者とその参加企業の間での損失の負担をめぐる争いという点で特異性を有するものである。このような市場設営者が有する公益的・後見的な性格から、市場設営者たる東京証券取引所に、契約上の義務というよりは法定義務ないし一般的不可侵義務としての市場を適切に運営・管理する義務が課せられ、その義務（売買停止義務などの具体的義務）違反に対して不法行為責任を負わせることはあながち不当ではないからである。

契約利益の保護法益性に関しては、後記2(4)において再度、検討する。

## 2. 契約利益の侵害と不法行為規範の役割

### (1) 損害賠償債権の発生原因としての債務不履行と不法行為の違い

債務不履行（民法415条）は債権総則に規定され、不法行為（同709条）は債権の発生原因の一つとして規定されている。すなわち、債務不履行における「債務」とは、契約から生ずるものに限られるのではなく、他の発生原因から生ずる債務も含まれ、たとえば、不法行為によって生じた損害賠償債務（金銭債務である）もその一つである。したがって、その債務の不履行から生ずる損害の賠償に関しては、債権総則（および民法総則）規定が適用されるべきことになる。

一方、不法行為によって加害者は被害者に対して損害賠償をすべき責任を負うが、不法行為は債務の発生原因であって、債務そのものではない。したがって、「債務の不履行によって生ずる損害（賠償）」と「不法行為によって生ずる損害（賠償）」は、賠償請求権の根拠が全く異なるものであることはいうまでもない。

それにもかかわらず、今日では、不法行為の要件たる過失を一種の（客観的行為）義務違反と理解するのが一般的になっているので<sup>46</sup>、債務不履行とパラレルに語られることが多くなっている。しかし、債務不履行による損害賠償が、既存の（確定した）債務の不履行に対する救済であるのに対し、不法行為による損害賠償は、既存の債務が存在しない場合において、典型的には赤の他人どうしの突発的な事故・事件が生じた場合において、被害者に加害者に対する請求権（法定債権としての不法行為債権）を付与することによって、被害者を救済するものであり（ただし、救済を無制限に認めるのではなく、故意・過失と権利侵害という独自の要件を付け加えたのが今日不法行為法である）、その制度趣旨を同一に解することはできず、原理的には両者は以上のような役割分担を果たしていると見るべきである。

## （2）評価規範としての不法行為法

いくら過失を客観的行為義務違反と定義し、その前提として万人（通常人）を名宛人とする一般的不可侵義務を措定したとしても、これは実質的には擬制にすぎず、不法行為法は基本的に事後的な評価規範としての性格を有するものである<sup>47</sup>。

もちろん、加害者が不法行為責任を追及されることにより、加害行為の抑止機能を果たしていることから、不法行為法が潜在的加害者に対する事実上の行為規範となっていることを否定するものではない<sup>48</sup>。とりわけ、公害訴訟、薬害訴訟あるいは医療過誤訴訟などにおいて、加害企業や医療従事者・病院に対して厳しい責任を負わせることにより、被害者の救済の道を開き、国・地方自治体の政策決定に対しても重大な影響を与えた意義は、十分、評価に値するものである。

しかし、これはあくまで「事実上の」機能にすぎないものであるから、不法行為法のこのような義務設定機能（行為規範性）は過度に強調されるべきではない。上記のとおり、不法行為法は、被害者救済のため、一定の要件の

もと、加害者に対する請求権を被害者に付与するものにすぎない。これはもとより法定の金銭債権であり、行為請求権ではない。すなわち、不法行為の（潜在的）加害者に指定された客観的行為義務（一般的不可侵義務）が、民法415条の「債務」と同列に語られるものでないことに注意すべきである。このことは、前者の義務違反に対して履行の強制等を観念しえないことから明らかである（もっとも、不法行為の効果として差止めを命じうるとすることは、事実上、不可侵義務の履行強制を容認するようなものではあるが、それはきわめて限定された範囲で認められるにすぎないものである）。

### （3）不法行為規範に依拠する理由

それでも判例が、契約当事者間の紛争解決手段においてすら不法行為構成にこだわる理由は何であろうか。一つは、適切な救済手段の欠如であり、もう一つは、技術的・便宜的な事情であると思われる。

前者の代表的な例としては、消滅時効等によって契約上の債権が消滅している場合である。すなわち、契約上の債権が短期消滅時効にかかる場合や、除斥期間を徒過してしまったような場合（売主の担保責任など）、契約当事者は不法行為規範による救済を選択するしかない。このような状況において、救済手段の欠如を理由に救済を拒むことが正義に反する場合は、不法行為構成によることが正当化されよう。しかし、そうした事情がない場合、あえて不法行為構成にこだわる必要はないといえる。とりわけ、短期消滅時効等が定められている場合などは、債務者の利益にも配慮してそのような扱いがなされているのであるから（たとえば紛争の早期解決の要請）、むしろ責任の競合を認めるべきではないことになる。

技術的・便宜的な事情とは、とりわけ役務提供契約において顕著である。しばしば役務提供契約をめぐる紛争の解決手段として不法行為構成がとられる背景には、このような契約類型が民法典になく、これを規律する根拠規定が欠如していることが影響しているものと思われる。すなわち、権利義務の

根拠となる規範が、実定法上、民法にも特別法にも存在せず（請負・委任の規定が参考になる程度）、せいぜい約款あるいは業界の契約モデルくらいしか存在しないような状況において、訴訟当事者および裁判官は、自ら規範を定立することを迫られることになる。

そして、役務提供契約は、債務不履行の判断において、物給付契約と異なり、履行結果だけではなく、履行過程自体も履行・不履行の評価の対象となることから、債務者の行為態様も問題とせざるをえないという側面を有している。その行為態様の適否は、契約の文言からは必ずしも明らかでなく、事後的に判断しなければならないことが多い。

このような状況から規範定立する場合、てがかりとなる規定がない以上、給付義務を除き、一般原則、具体的には信義則に依拠せざるをえないことになる（信義則上の義務の措定）。すなわち、信義則上の義務は、付随義務として契約上の義務に位置づけられるものではあるが、他面、不法行為上の過失要件の前提としての一般的不可侵義務に近似するので、信義則上の義務違反＝不法行為と想起されやすいのは当然である。

さらに、役務提供契約は、性質上、債務の内容が契約締結時に確定していないことが多く、その履行過程において、徐々に債務内容が明らかになり、確定していくものであることが指摘されている<sup>49</sup>。したがって、契約の履行過程のある段階における行為が適切かどうかは、事後的・回顧的に判断せざるをえないのであり、それはあたかも不法行為にもとづいて損害賠償請求する場合において、加害者の過失の有無を判断するのと本質的には同じ作業であるといえよう。

すなわち、役務提供契約における債務不履行を理由として損害賠償を求める場合、原告にはまず債務の内容を確定し、その不履行（義務違反）を主張・立証することが求められるが<sup>50</sup>、これは相手方の過失を立証することと等しいものであるので、この面における訴訟技術上の債務不履行構成の不法行為

構成に対する優位性はほとんどない。当事者にとって要件の主張・立証が容易な構成、より有利な効果（消滅時効期間など）をもたらす構成を選択するのが合理的である以上、結局、債務不履行構成と不法行為構成のいずれを選択するかは、単に技術的・便宜的な理由にすぎないものとなる。

こうした事情が、不法行為規範を選択する理由となるものと思われる。

#### (4) 契約利益の侵害と保護法益

では、契約利益の侵害を理由として不法行為責任を追及する場合、権利侵害要件の前提としての被侵害権利あるいは保護法益とは具体的には何であろうか。

まず、契約締結過程における説明・情報提供義務違反を理由とする場合、契約を締結するか否かの自己決定権をあげるのが一般的である。とくに消費者と事業者間のような交渉力に格差のある当事者間で契約が締結された場合が典型的なケースである。

たしかに、自己決定権を保護法益の一つとして位置づけたことは、権利侵害の要件の充足の問題をクリアすることを可能にし、契約利益の侵害における不法行為規範の適用を正当化したという意義は大きいといえよう。しかし、自己決定権の侵害が、はたして契約利益の侵害のケースにおいて権利侵害要件としてふさわしいかは、検討の余地があるように思われる。なぜなら、自己決定権の侵害は必然的に財産的損害をもたらすとはいえず、単にその可能性を与えるにすぎないともいえるからである（正常な意思決定を妨げたのであるから、人格権の侵害ともいえよう<sup>51)</sup>）。むしろ、自己決定権の侵害というより、加害者の行為（説明義務違反）によって自己決定を誤らせ、被害者の財産を不当に減少させることをもって権利侵害というべきではないだろうか<sup>52)</sup>。すなわち、ここにおける保護法益とは正確には、自己の財産を不当に減少させられることのない利益という意味での財産権であるということができよう。もっとも、不法行為の成立要件である権利侵害としては、自己決定

権の侵害で十分であり<sup>53</sup>、ここにおける保護法益を自己決定権とすることに問題は無いと思われる。

そして、このような自己決定権の侵害の場合、契約責任の追及が可能である場合にも不法行為責任の追及（責任の競合）が認められるべきであろう。なぜなら、究極的には財産権の侵害であるとしても、実質的には自己決定権という人格的利益に関するものであること（要保護性が高い）、事案が往々にして消費者対事業者間の紛争に代表される交渉力の不均衡が存在するケースであり、社会的・経済的弱者の保護という公序に関わるものであるからである。

次に、助言義務あるいはプロジェクトマネジメント義務の違反を理由とする場合の保護法益は何か。これらの義務が設定される目的は、自己決定の機会の確保というよりは、最善の利益の取得（ベスト・インタレスト）あるいは瑕疵のないシステムの完成にあるといえる<sup>54</sup>。そして、助言者あるいはベンダの不適切な助言ないしマネジメントが依頼者あるいはユーザの誤った判断を誘引し、損害を被らせたことが権利侵害にあたるということができよう。よって、ここでの保護法益は、助言者・ベンダの専門的知識・経験ないし事業遂行能力に対する依頼者・ユーザの特別な信頼・期待ということになる。しかし、それらが不法行為規範によって保護しなければならないほどの強固な権利ないし利益であるかは、疑問である。

これに関し、こうした専門家（請負人・ベンダも広義の専門家といえる）の責任の根拠は、その高い専門性に対する信頼であるから、契約関係の有無にかかわらず、専門家は責任を負い、したがって、契約関係が存在する場合であっても、契約責任のみならず、不法行為責任を追及できるといわれることがある<sup>55</sup>。しかし、弁護士、司法書士等の専門家とその顧客（個人、零細企業など）の間の関係のように専門的知識において隔絶した格差がある場合はそのとおりであるが、ともに大企業どうしであるような場合は、必ずしも

そのようにはいえないのではないだろうか。というのは、仮にユーザ等にそのような専門的知識がなくても、豊富な資金、人的資源を活かしてベンダ等に対抗することが可能である以上、不法行為責任を認めてまで保護しなければならない法益とは思われないからである。つまり、抽象的レベルでは信頼・期待は保護法益にはなりうるとしても、具体的レベルではその要保護性には疑問を抱かざるをえない。上記のとおり、専門家に対する責任追及手段としての不法行為責任は、専門的知識・経験において隔絶した格差がある場合に認められれば十分ではないだろうか。このような場合に専門家に求められる助言義務の意義は、顧客が適切な意思決定をするための環境整備であり、（契約関係に入るかどうかについての意思決定ではない点では相違するが）契約締結における説明義務と質的な差異はないはずである。ここにおける保護法益も、結局は自己決定権に尽きるものであり、あえて専門家に対する信頼を保護法益にする必要は薄いように思われる（もちろん、その権利性・保護法益性を否定するものではなく、自己決定権の侵害をもって足りるとするケースが多いのではないかという指摘である）。

なお、上記1(2)(iii)で述べたように、当事者間に交渉力の不均衡が存在せず、自己決定権の保障が問題とならない場合であっても、ジェイコム株式誤発注事件のように、一方当事者が公益的性格を有するものであって、損害の填補にとどまらず、取引秩序の維持という目標を達成する必要がある、そのためにこのような行為の発生の抑止が要請される場合は、例外的に不法行為規範の適用を認めてもよいと思われる。

要約すれば、契約当事者間における不法行為規範の適用は、基本的には消費者契約に代表されるような、一方当事者に対する後見的な保護を必要とする関係が存在する場合か、公益性（公序）が問題となる場合に限定すべきことになる<sup>56</sup>。

### (5) 不法行為法の可能性

しかし以上の考察とは逆に、実際の裁判実務はますます不法行為法の適用領域を拡大する方向にあることは否定できない。こうした事実を前に、契約当事者間の紛争において不法行為法に期待されるものがあるとすれば何であろうか。考えられるのは、契約（とくに役務提供契約）の履行過程における紛争解決手段としての役割である。周知のとおり、契約成立前の契約締結段階（準備段階）において生ずる紛争に対して不法行為規範が適用されることはほぼ判例の準則となっている。この段階において契約上の義務を観念できないという立場に立てば、その不存在を理由に救済を拒むことは不正義になるので、この結論は首肯できるものである。では、履行過程における紛争についても不法行為規範を適用することは妥当であろうか。すなわち、ここにおいて上記(3)で見たような不法行為規範に依拠する事情を考慮すべきであろうか。

そこで述べたように、契約が成立して履行の段階に入ったとしても、契約から生ずる義務がすべて明らかになり、その内容が確定するようなものではない。しかし、合意がないからといって義務の存在を否定し、損害を被った当事者の救済を拒むことは正義に反する。仮にこのような義務の存在を肯定しても、結局、その根拠は信義則に求めざるをえず、契約当事者の合意から導くことは困難である。もとより、これに対しては契約上の義務概念を拡大し、信義則を根拠として契約上の付随義務を措定することにより、契約当事者の救済が可能であり（債務不履行構成）、現に行われてきたことは周知のとおりである。

しかし、これとは逆に、契約上の義務は基本的に給付義務その他の主要な義務に限定し、契約規範がカバーしない部分をすべて不法行為規範で補完するという方向性も理論的には考えられる<sup>57</sup>。これは、従来、契約上の付随義務として理解されていた事象を契約規範の枠外に放逐し、不法行為法の問題

として理解するものである。この考え方は、これまで契約上の義務を拡大することによって救済を図ってきた近來の契約法理の潮流に逆行するものであるが、単純明快さにおいて説得力を有するものであることは否めない。とりわけ、債務不履行にもとづく損害賠償の要件としての帰責事由を、過失ではなく、契約において引き受けたリスクと理解する近時の有力説の立場からすれば<sup>58</sup>、契約上の合意にもとづかないで生ずる義務群を契約外の義務と位置づけることにはあまり抵抗がないともいえよう。上記で検討したように、民法415条の債務がある程度、確定したもの（履行可能なもの）であることを要するとすれば、事後的にその当否を評価せざるをえないような不確定な「義務」の違反に関しては、むしろ端的に過失とみなして不法行為規範を適用してさしつかえないともいえる。もっとも、過失の前提たる注意義務は、契約の趣旨・内容と離れて観念することができない以上、契約責任を追及するのとあまり変わらないことになろう。

契約の履行過程において生起する紛争を、契約上の付随義務違反として処理するか、不法行為として把握するかは、実際の紛争解決にあたって、（消滅時効期間の問題などを除き）具体的な帰結において顕著な違いをもたらすものではなく、単なる法的構成の問題としての意義しか有しないともいえる。ただ、不法行為構成をとることにより、契約の締結段階から履行に至る過程を統一的・連続的に把握でき、とりわけ、損害賠償請求権の消滅時効の適用に関して、それが契約の締結段階から生ずるものであるか、契約締結後の原因によって生ずるものであるかにかかわらず、すべて民法724条によって規律できるというメリットがあるのも事実である（反対に債権債務関係を契約締結段階にも遡及させ、一般の債権時効をこの段階にも適用するというのも論理的には可能である）。

もとより、不法行為規範を適用する以上、権利侵害要件の充足を必要とすることはいうまでもない。上記のとおり自己決定権あるいは取引秩序などの

侵害がある場合は格別、そうでない場合はどう考えるか。これについては、具体的な法益の侵害がない限り、消極的に解さざるをえないといえよう。不法行為規範が単なる契約当事者間の責任追及手段にとどまるものではないことは当然であり、そこには権利の保護（権利を侵害された者の救済）、権利の確認、権利の創造（潜在的・萌芽的権利の明示化）という役割が果たされなければならないからである。この点、契約の履行過程における信義則上の義務であるとしても、たとえば、ベンダのプロジェクトマネジメント義務違反に対して不法行為責任を認めることは疑問といわざるをえない<sup>59</sup>。この場合、上記1(2)(iii)で見たように、契約責任の追及を認めれば十分だからである。

しかし、逆にいえば、このような権利の確認、権利の創造といった不法行為規範の機能に鑑み、新たな法益侵害が認められれば、単なる責任の競合を超えて、不法行為法上の救済を認めてもよいことになろう。

#### IV. 結びに代えて

近年の裁判例において不法行為法が適用される領域・範囲の広さを見るにつけ、我々が伝統的に不法行為に抱いてきたイメージとの乖離に驚くばかりである。これは我々の不法行為に関する観念が狭隘すぎるのか、あるいは不法行為法の紛争解決規範としての有効性を証明するものなのか、明確な回答をなしえない。もちろん、これによって従来、救済が及ばなかった領域に、救済の手が及ぶようになったことは歓迎すべきことであり、否定されるべきことではない。少なくとも債務不履行と不法行為は、救済方法としての損害賠償という点で共通するものであるから、単に法的性質あるいは訴訟における主張構成の違いにすぎないと考えれば問題はないともいえるからである。

しかし、危惧されるのは、不法行為法理に対する過剰な依存である。本来、他の手段で解決されるべきものを、制度の趣旨を顧みることなく、とりあえず不法行為規範により解決しようとする安易さに危うさを感じるのは杞憂にすぎないであろうか。

もちろん、今日、不法行為法に関する精緻な研究が盛んに行われ、積極的に解釈学的な試みや立法的提言がなされているのは周知のとおりである<sup>60</sup>。しかし、実務すなわち現実の裁判例は、それをとくに考慮することなく、無批判に不法行為法の領域を広げているようにも思われる。従来の諸研究はこうした現状に対して十分な分析をせず、肯定的にせよ否定的にせよ、正しく評価するに至っていないというのが筆者の感想である。

債務不履行＝不法行為ではないことはいうまでもない。たとえば、金銭債務の履行遅滞があったからといって（これもある意味、債務者による債権者に対する侵害である）、これが不法行為を理由とする損害賠償の対象になるとは誰も思わないだろう<sup>61</sup>。この場合、債権者は債務者に対し、債務不履行にもとづいて損害賠償を請求すれば足りるからである。しかし、本稿のテーマである契約利益の侵害のようなケースを、契約法（債務不履行法）と不法行為法においてどのように位置づけるかにつき、不明確な点が残っているのも事実である。これに関し本稿では、もっぱら私見を開陳するのみで、裁判例および学説の検討を通じての裏付けが十分にできなかった。これについては他日を期すことにし、改めて本稿のテーマにつき考察できれば幸いである。

<sup>1</sup> 最近の不法行為法の動向を概観するものとしてさしあたり、浦川道太郎ほか「[座談会] 不法行為法の新時代を語る」法律時報78巻8号（2006年）4頁、山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究5号（信山社・2008年）77頁、潮見佳男『不法行為法Ⅱ [第2版]』（信山社・2009年）[とくに13～55頁の記述が詳しい]、日本私法学会シンポジウム資料「新しい法益と不法行為法の課題」NBL936号（2010年）8頁（能見善久、新堂明子、水野謙、大塚直、田村善之の各氏の論文を所収）、シンポジウム「新しい法益と不法行為法の課題」

民法73号（2011年）3頁（右NBL論文にもとづくシンポジウム報告に対する質疑応答・討論を記録したもの）などを参照。なお、2015年10月に開催された日本私法学会第79回大会において「不法行為法の立法的課題」というテーマでシンポジウムが開催された（報告者の論文はNBL1056号（2015年）4頁以下に掲載されている）。

- <sup>2</sup> 能見善久「比較法的にみた現在の日本民法－経済的利益の保護と不法行為法（純粹経済損失の問題を中心に）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅰ』（有斐閣・1998年）619頁、橋本佳幸「不法行為法における総体財産の保護」法学論叢（京都大学）164巻1－6号（2009年）391頁、潮見・前掲注(1)116頁以下、新堂明子「契約と過失不法行為責任の衝突－建物の瑕疵により経済的損失（補修費用額）が生じる例をめぐって」NBL936号（2010年）17頁など参照。
- <sup>3</sup> 不法行為法は契約に介入すべきでないという観点から、契約によるアレンジメントどおりに契約責任を追及することなく不法行為責任を追及することは認めるべきではないと主張するのが、新堂・前掲注(2)18頁である。また、平井宜雄『債権各論Ⅰ上 契約総論』（弘文堂・2008年）19頁以下は、原則として請求権非競合説に立ちながら、契約本来の目的範囲を逸脱する場合には債務不履行と不法行為との競合が認められ、それは①故意または害意にもとづく不履行と②契約当事者の生命身体に侵害があった場合であるとする。
- <sup>4</sup> 荻野奈緒「契約不履行により経済的損害を被った第三者の不法行為法による保護－フランス破毀院全部会二〇〇六年一月六日判決前後の議論を中心に－」同志社法学60巻6号（2008年）391頁参照。
- <sup>5</sup> 最高裁の裁判例として、最判昭和58年4月19日判例時報1082号47頁、同昭和59年9月18日判例時報1137号51頁、判例タイムズ542号200頁、同平成2年7月5日裁判集民事160号187頁、同平成18年9月4日判例時報1949号30頁、判例タイムズ1227号131頁、同平成19年2月27日判例時報1964号45頁、判例タイムズ1237号170頁がある。なお、説明義務違反事例も含めて、裁判例を概観するには加藤新太郎編『判例 Check 契約締結上の過失 [改訂版]』（新日本法規出版・2012年）が参考になる。
- <sup>6</sup> 請求権競合論に関する学説史的検討は、この小論ではなしえない課題である。これに関する古典的業績として、川島武宜「契約不履行と不法行為の関係について－請求権競合論に関する一考察－」『民法解釈学の諸問題』（弘文堂・1949年）所収1頁、四宮和夫『請求権競合論』（一粒社・1978年）、奥田昌道「債務不履行と不法行為」星野英一編『民法講座4』（有斐閣・1985年）所収565頁などをあげておくほか、奥田昌道編『取引関係における違法行為とその法的処理－制度間競合論の視点から』（有斐閣・1996年）に所収される諸論文がこの問題を考える有益な視座を与えてくれる。
- <sup>7</sup> 最判平成19年7月6日民集61巻5号1769頁。なお、同判決は、契約当事者間の紛争ではない

ので（契約法上の救済が形式的には困難なので不法行為責任を追及せざるをえない）、本稿のテーマとは若干ずれるが、契約利益の侵害（修補費用の支出）の権利侵害要件該当性が問題となっている点で参照すべき事案であることには違いない。

- <sup>8</sup> たとえば、英米法に関しては新堂・前掲注(2)、フランス法に関しては萩尾・前掲注(4)など参照。
- <sup>9</sup> この問題について言及するものとして、山本敬三「不法行為法における「権利又は法律上保護される利益」の侵害要件の立法的課題」NBL1056号（2015年）17頁（26、27頁）参照。
- <sup>10</sup> 民法416条を類推適用するものとして、大連判大正15年5月22日民集5巻386頁（富貴丸事件）、最判昭和48年6月7日民集27巻6号681頁参照（いずれも消極的損害が特別損害にあたり、予見可能性がないとして賠償が否定された事例）。なお、最判昭和49年4月25日民集28巻3号447頁は、被害者が交通事故で重傷を負い、近親者が留学先に赴く途上で帰国した事案につき、その帰国等に要した費用が「通常生ずべき損害」にあたるとして賠償を認めたが（ウィーン留学帰国旅費事件）、民法416条じたいには言及していない。
- <sup>11</sup> 本判決に関する判例研究として、山下丈「判批」私法判例リマークス15号（1997年）115頁など参照。
- <sup>12</sup> 本判決に関する判例研究として、後藤巻則「判批」私法判例リマークス30号（2005年）62頁など参照。
- <sup>13</sup> 本判決に関する判例研究として、竹濱修「判批」平成15年度重要判例解説（2004年）117頁など参照。
- <sup>14</sup> 本判決に関する判例研究として、久保宏之「判批」平成16年度重要判例解説（2005年）70頁など参照。
- <sup>15</sup> 本判決に関する判例研究として、黒沼悦郎「判批」平成17年度重要判例解説（2006年）119頁、松井智予「判批」金融商品取引法判例百選（2013年）40頁など参照。
- <sup>16</sup> 本判決に関する判例研究として、尾島茂樹「判批」民法判例百選Ⅱ債権〔第6版〕（2009年）10頁など参照。
- <sup>17</sup> 本判決に関する判例研究として、吉岡伸一「判批」私法判例リマークス35号（2007年）38頁など参照。
- <sup>18</sup> 本判決に関する判例研究として、久須本かおり「判比」愛知大学法経論集190号（2011年）89頁、平野裕之「判比」NBL955号（2011年）15頁、池田清治「判批」平成23年度重要判例解説（2012年）74頁、潮見佳男「判批」金融法務事情1953号（2012年）75頁、市川多美子「判批」法曹時報66巻6号（2014年）1460頁、角田美穂子「判批」民法判例百選Ⅱ債権〔第7版〕（2015年）10頁など参照。
- <sup>19</sup> 本判決に関する判例研究として、山本宣之「判批」平成25年度重要判例解説（2014年）87頁

など参照。

- <sup>20</sup> 本判決に関する判例研究として、尾崎安央「判批」平成22年度重要判例解説（2011年）147頁、川島いづみ「判批」私法判例リマックス42号（2011年）70頁、上杉めぐみ「商品先物取引における説明義務—最高裁平成21年7月16日判決をもとに—」愛知大学法経論集189号（2011年）51頁など参照。
- <sup>21</sup> 本判決に関する判例研究として、佐久間毅「判批」平成25年度重要判例解説（2014年）83頁など参照。
- <sup>22</sup> フランス法の分析から、情報提供義務を「契約の締結に向けられた義務」と「契約の履行に向けられた義務」に分けて考察することを提唱するのが、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリスト1094号（1996年）128頁（130頁）である。
- <sup>23</sup> 本判決に関する判例研究として、小塚莊一郎「判批」金融商品取引法判例百選（2013年）146頁、柴崎暁「判批」判例時報2093号（2011年）183頁など参照。
- <sup>24</sup> 本判決に関する判例研究として、小林秀之「判批」金融法務事情1952号（2012年）52頁、桶田大介「判批」NBL977号（2012年）4頁、松島淳也「スルガ銀行・IBM裁判が今後のシステム開発プロジェクトに及ぼす影響（上）（下）」ビジネス法務2012年8月号82頁及び同2012年9月号82頁、滝澤孝臣「判比」私法判例リマックス47号（2013年）18頁、一木孝之「判批」新・判例解説 Watch（法学セミナー増刊）12号（2013年）87頁、伊藤雅浩「スルガ銀行 vs 日本 IBM 事件から導かれるモデル契約の変更点」ビジネス法務2013年10月号25頁、生田敏康「判批」福岡大学法学論叢59巻3号（2014年）527頁など参照。
- <sup>25</sup> 本判決に関する判例研究として、森田修「判批」NBL1025号（2014年）14頁、渡沢昌彦「判批」NBL1025号（2014年）24頁、渡辺達徳「判批」私法判例リマックス50号（2015年）10頁など参照。
- <sup>26</sup> 日本経済新聞2015年9月5日付朝刊の記事による。
- <sup>27</sup> 本判決に関する判例研究として、桶田大介「判批」NBL1013号（2013年）4頁、仮屋篤子「判批」新・判例解説 Watch（法学セミナー増刊）14号（2014年）91頁、河上正二「判批」金融法務事情2001号（2014年）71頁、生田・前掲注24など参照。
- <sup>28</sup> 日本経済新聞2015年7月10日付朝刊の記事による。
- <sup>29</sup> 本判決に関する判例研究として、森下哲朗「判批」金融法務事情2010号（2015年）6頁、福島良治「判批」金融法務事情2010号（2015年）18頁など参照。
- <sup>30</sup> 四宮・前掲注(6)94頁以下参照。
- <sup>31</sup> 大久保邦彦「請求権競合論の問題構造」ジュリスト1092号（1996年）91頁（96頁）参照。
- <sup>32</sup> 四宮・前掲注(6)88頁以下参照。
- <sup>33</sup> たとえば、平井・前掲注(3)18頁参照。

- <sup>34</sup> 最判平成10年4月30日判例時報1646号162頁、判例タイムズ980号101頁参照。
- <sup>35</sup> 前掲注<sup>34</sup>の最判平成10年4月30日に対する半田吉信「判批」私法判例リマークス19号（1999年）56頁（59頁）は、運送料金と連動し、合理的な企業計算にもとづくものであれば、約款制定の前提とされた債務者の通常の業務遂行過程で生じた毀滅である限り、不法行為にもとづく損害賠償請求の場合も約款の効力を認めるべきとする。
- <sup>36</sup> 説明義務・情報提供義務をめぐる判例・学説についてはさしあたり、横山・前掲注<sup>22</sup>、小粥太郎「説明義務違反による不法行為と民法理論（上）（下）－ワラント投資の勧誘を素材として－」ジュリスト1087号（1996年）118頁、同1088号（1996年）91頁、本田純一『契約規範の成立と範囲』（一粒社・1999年）53頁以下、円谷峻『新・契約の成立と責任』（成文堂・2004年）262頁以下、中田裕康ほか編『説明義務・情報提供義務をめぐる判例と理論』判例タイムズ臨時増刊1178号（2005年）、後藤巻則「情報提供義務」民法の争点（ジュリスト増刊・2007年）217頁、光岡弘志「説明義務違反をめぐる裁判例と問題点－説明義務の成否及び内容の問題を中心として」判例タイムズ1317号（2010年）28頁、加藤編・前掲注<sup>5</sup>、小笠原奈菜「当事者が望まなかった契約の適正化と情報提供義務<sup>1</sup>～<sup>3</sup>」山形大学法政論叢47号110頁、同49号160頁、同54＝55号1頁（2010～2012年）、山城一真『契約締結過程における正当な信頼－契約形成論の研究』（有斐閣・2014年）など参照。
- <sup>37</sup> 取引における自己決定権の侵害については、錦織成史「取引的不法行為における自己決定権侵害」ジュリスト1086号（1996年）86頁、浅野有紀「権利と法秩序－自己決定権論の側面－」民商法雑誌134巻4＝5号（2006年）525頁（とくに550頁以下）など参照。
- <sup>38</sup> 本判決に対する多くの判例批評が指摘するところである。たとえば、池田・前掲注<sup>18</sup>75頁など。
- <sup>39</sup> 本田・前掲注<sup>36</sup>98頁は、契約の準備段階における信義則上の義務違反について、これを民法415条にいう「債務」に該当すると考えることに格段の問題はないとする。なお、佐久間毅「不法行為による損害賠償債権の消滅時効－最二小判<sup>23</sup>. 4. 22を契機にして」金融法務事情1928号（2011年）40頁（41頁）は、民法167条1項の適用がないというためには、契約上の債務不履行による損害賠償債権ではないというだけでは十分でない可能性がある旨を指摘する。
- <sup>40</sup> 最判昭和50年2月25日民集29巻2号143頁ほか。
- <sup>41</sup> 契約締結上の過失にもとづき解除を認める見解として、本田・前掲注<sup>36</sup>95頁以下参照。
- <sup>42</sup> 藤田寿夫『表示責任と契約法理』（日本評論社・1994年）[とくに第4章「契約締結上の過失責任」（同書205頁以下）]参照。なお、小笠原・前掲注<sup>36</sup>山形大学法政論叢54＝55号57頁は、情報提供義務違反にもとづいて損害賠償をする場合、ドイツにおいては当事者が想定した仮定的な契約の成立が前提とされ、その仮定的な契約を基礎として損害賠償の範囲が画定され

ており、日本法においても仮定的な契約の成立を前提として情報提供義務違反と因果関係のある損害の画定を行うことができるとする。また、山城・前掲注86426頁は、フランス法において契約締結過程における表示された意思に基づく契約内容の形成という法的解決は、契約締結過程において不適切な表示を行い、あるいは適切な表示を怠ったことによって相手方の信頼を裏切ったことにつき、当該情報の契約の領域への取込み、すなわち給付義務の承認という形でサンクションを課するものとして捉えられていたと指摘する。

- <sup>43</sup> 助言義務に関しては、後藤卷則『消費者契約の法理論』（弘文堂・2002年）166頁以下、潮見・前掲注(1)155頁以下など参照。
- <sup>44</sup> 生田敏康「請負人の債務（1）（2・完）－プロジェクトマネジメント義務をてがかりに－」福岡大学法学論叢58巻4号（2014年）923頁、同59巻1号（2014年）113頁参照。
- <sup>45</sup> 専門家責任についてはさしあたり、河上正二「『専門家の責任』と契約理論」法律時報67巻2号（1995年）6頁、「[座談会]『専門家の責任』法理の課題」同67巻2号（1995年）30頁、鎌田薫「専門家責任の基本構造」山田卓生ほか編『新・現代損害賠償法講座（3）』（日本評論社・1997年）所収295頁など参照。
- <sup>46</sup> 大判大正5年12月22日民録22輯2474頁[大阪アルカリ事件]参照。過失の意義に関する判例・学説の変遷については、潮見・前掲注(1)266頁、内田貴『民法Ⅱ債権各論【第3版】』（東京大学出版会・2011年）336頁以下など参照。
- <sup>47</sup> 評価規範という概念（および行為規範との区別）は、民事訴訟法学者の新堂幸司に由来するといわれる（新堂『民事訴訟法（初版）』（青林書院・1974年）32頁、同「訴訟当事者の確定基準の再構成－行為規範と評価規範の区別を手がかりとして－」『民事訴訟法の基礎』（有斐閣・1998年）所収163頁[初出・石井照久先生追悼論文集『商事法の諸問題』（1974年）]参照）。行為規範と評価規範については、内田貴「民事訴訟における行為規範と評価規範」新堂幸司編『特別講義 民事訴訟法』（有斐閣・1988年）所収3頁も参照。また、不法行為法の「評価規範」性を強調するものとして、前掲注(1)「不法行為法の新時代を語る」19頁（浦川道太郎発言）参照。
- <sup>48</sup> 不法行為法の行為規範性を強調するものとして、潮見佳男「民事過失の帰責構造」（信山社・1995年）315頁以下、前掲注(1)「不法行為法の新時代を語る」19頁（窪田充見発言）など参照。
- <sup>49</sup> 北居功「役務の顧客適合性－履行プロセスで確定される給付内容」名古屋大学法政論集254（2014年）459頁参照。
- <sup>50</sup> 安全配慮義務違反の立証責任につき、最判昭和56年2月16日民集35巻1号56頁参照。
- <sup>51</sup> 説明義務違反に対して慰謝料の賠償を認めた上記Ⅱ2(1)④の最判平成16年11月18日参照。
- <sup>52</sup> 錦織・前掲注87は、取引的不法行為における自己決定権侵害の問題には、自己決定権という

人格的利益の侵害を不法と考えて財産的利益の保護の枠組みを考えると「ずれ」があると指摘し（86頁）、ここでの自己決定権侵害の構想は、当事者の自己決定という人格的利益を目指すのではなく、財産的利益の保護を実現するという効果を導き出すという枠内で認められるとする（90頁）。浅野・前掲注37556頁は、絶対権論を評価する方向で、自己決定権侵害ではなく、直接的に財産権侵害や生存権侵害を認めるべきとする。

<sup>53</sup> 山本・前掲注(9)26頁が指摘するように、財産的損害の発生をもって自己決定権の侵害が判定されると理解すればよい。なお、浅野・前掲注37555頁は、財産権をめぐる争いに人格的要素を持ち出してくる選択説的自己決定論を批判し、財産権の侵害が実際には発生しないのに慰謝料請求を認めることは行き過ぎであるとする。

<sup>54</sup> 顧客の利益顧慮を目的とした義務として助言義務を位置づけるものとして、潮見・前掲注（1）155頁以下参照。

<sup>55</sup> 河上・前掲注4510頁参照。

<sup>56</sup> 新堂・前掲注(2)28頁は、不法行為法は契約に介入すべきでないというときに想定しているのはコマースなビジネスのアレンジメントであり、消費者保護や専門家責任については別途考慮しなければならないとする。

<sup>57</sup> 最判平成23年4月22日に対する判例研究において、平野・前掲注(8)25頁は、立法的提言として、債務不履行責任を限界付ける基準の設定に関して「法定の債務以外は、契約で引き受けた債務の不履行に債務不履行責任を限定することを夢見ている（信義則上の義務違反は取引法的不法行為に収斂する）」と述べている。

<sup>58</sup> 小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリスト1318号（2006年）117頁、潮見佳男『プラクティス民法 債権総論 [第4版]』（信山社・2012年）110頁など参照。なお、現在、国会に提出中の民法改正案における民法415条の帰責事由につき、このような考え方がとられていることについては、商事法務編集版『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（2013年）112-113頁および内田貴『民法改正のいま－中間試案ガイド』（商事法務・2013年）117頁参照。

<sup>59</sup> 生田・前掲注24551、556頁参照。

<sup>60</sup> 前掲注(1)に掲げた諸文献を参照。

<sup>61</sup> 我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社・1937年〔復刻版1988年〕）131-132頁が、債務不履行を債務者による債権侵害ととらえて、特殊な不法行為と位置づけているのが興味深い（もちろん我妻は、債務不履行は法規の適用において特別な扱いをなすべく、民法709条以下の不法行為から区別すべきであると述べているが）。このような発想は、近年の不法行為のテキスト等にはほとんど見られないものであるため、ある意味、新鮮である。